

간접고용(근로자공급·하도급·파견·용역) 규율의 법리

문 무 기*

I. 문제의 제기

비전형근로(atypical work)의 하나의 유형으로서 간접고용(근로자공급·파견·하도급·용역 등)은 고용형태 다양화, 노동시장 유연화 및 1998년 ‘파견근로자보호등에관한 법률(이하 ‘파견법’)’ 제정 등에 따라 우리 산업사회에서 점차 확대되고 있으나 그 부작용도 적지 않다. 즉 간접고용을 활용하는 사용사업주는 물론 고용사업주도 경기불황 등으로 기업의 활동전망이 불투명할 경우 용이하게 고용조정을 행할 수 있다. 특히 사용사업주는 직접고용에 따르는 인적자원관리, 인건비 및 노사관계 등의 부담을 상당부분 경감할 수 있어 선호하는 경향이 있다. 그러나 근로자의 입장에서는 고용의 불안정, 열악한 근로조건, 정규직과의 차별 및 노동3권 실현의 어려움 등을 호소하고 있다.

특히 최근 국회의 비정규직 법안 계류를 계기로 노동단체는 강경투쟁 입장을 보이고 있으며, 해당 업체 노조 및 상급단체 등도 불법파견 및 위장도급 여부에 대해 관할노동관서에 진정·고발하고 있다.¹⁾ 노동부, 공정거래위원회 등도 조선, 자동차, 중공업, 전자, 화학 등 관련 업종에 대해 집중적인 사내하도급 실태조사를 실시하고 있으며, 일부 업체에 대해서는 시정조치 명령을 내리는 등 강력한 규제의지를 보이고 있다.²⁾

따라서 법 논리적 타당성이라는 요청에 부합하면서, 사회·경제적 요인으로 발생한

* 한국노동연구원 연구위원(mgmoon@kli.re.kr).

- 1) 현대미포조선 사례(2003. 12. 1., 울산지방노동사무소), 현대자동차 집단진정 사례(2004. 5. 27., 울산지방노동사무소) 등이 대표적이다.
- 2) 현대자동차 사내하도급 불법파견 인정(2004. 9. 22., 2004. 12. 9., 울산지방노동사무소), 하이닉스반도체 분사화 불법파견 인정(2004. 10. 15., 성남지방노동사무소), 금호타이어 하도급 불법파견 인정(2004. 5. 24., 광주노동청) 등이 대표적이다.

법규범적 질서와 현실 노동시장간의 괴리를 적절히 조정함으로써 현실정합성(現實整合性)을 제고할 수 있는 간접고용에 대한 합리적 규율방안을 모색할 필요가 있다.

II. 간접고용의 개념 및 유형

1. 간접고용의 개념

전통적인 노동법에서 상정되고 있는 근로계약관계에서는 노무제공자인 근로자에 대한 근로계약의 상대방으로서의 사용자는 현실적인 노무수령자와 동일하며, 사용자가 부담해야 할 노동법상의 책임 역시 양자가 동일하게 통합되어 있다. 그러나 기업의 필요에 의하여 타인의 노무를 제공받지만 노무제공자와 근로계약을 직접 체결하지 않고 타인에게 고용된 근로자를 이용하는 고용형태에서는 “근로계약관계와 지휘·명령관계의 분리”를 그 핵심적인 특징으로 하고 있다. 즉, 한 근로자의 노무제공에 대해 직접적인 사용종속관계를 맺고 있는 한 사용자만이 대응하는 이른바 “직접고용” 내지 “이면적(二面的) 근로관계”와 구분한다는 측면에서, 산업현장 및 학계에서는 이를 “간접고용” 내지 “다면적(多面的) 근로관계”³⁾로 부르고 있다.

따라서 간접고용에서는 중간에 끼어든 제3자(고용사업주)가 형식적으로만 근로계약의 당사자일 뿐 당해 근로관계의 내용을 실질적으로 좌우하는 것은 노무수령자(사용사업주)이다. 결과적으로 실질적인 사용자인 노무수령자는 중층적(重層的) 근로관계를 통해 노동력을 제공받게 되는 구조를 가지고 있다. 이에 따라 간접고용에 있어서는 ‘근로계약상 당사자’의 사용자책임과 ‘실질적 지휘·명령을 통한 노무수령자’의 사용자책임이 분리·병존하게 되며, 이러한 복수 사용자간의 노동법상 책임의 귀속문제가 제기되고 있다.

3) 강성태, 『다면적 근로관계와 사업주책임』, 『노동법연구』, 제7호, 서울대 노동법연구회, 1998. 5. 20., 190~191쪽, 윤애림, 『다면적 근로관계에서 사용자의 책임』, 서울대 법학 박사학위논문, 2003. 2. 7~9쪽, 조경배, 『간접고용의 문제점과 해결방안』, 『민주법학』, 제21호, 2002 참조.

2. 간접고용의 유형

가. 근로자공급 및 도급·위임

간접고용의 가장 대표적 유형인 근로자공급은 ‘근로자를 공급하고자 하는 공급사업주가 자신이 고용·지배하는 근로자를 제공하여 타인, 즉 사용사업주가 사용하게 하는 것’을 말한다. 다만 직업안정법상 근로자공급에 해당되기 위해서는 근로자와 공급사업주 및 사용사업주 사이의 관계가 법적인 근로계약관계인지, 사실상의 지배관계 내지 사용관계인지를 불문한다. 판례⁴⁾도 “사용사업체가 직접적인 지휘·명령을 하는지 여부”를 실질적으로 판단하고 있다. 근로자공급은 “근로계약 없이 사용종속관계는 없다”는 전통적인 노동관계법의 원칙에 따라 직업안정법상 노동조합만이 노동부장관의 허가를 얻어 할 수 있도록 엄격하게 제한되어 있다.⁵⁾ 한편 파견법이 제정되면서 파견법에 의한 근로자파견사업은 근로자공급사업에 해당하지 않게 되었다.

현실적으로 근로자공급과의 개념구분이 가장 문제되는 유형은 ‘도급’ 및 ‘위임’인데 실무에서는 도급, 업무위탁, 용역 등의 명칭으로 널리 사용되고 있다. 민법상 정의(민법 제664조, 제680조)에 따르면 도급 및 위임에서는 수급(임)인이 근로자에 대하여 지휘·감독을 하는 반면, 근로자공급에서는 공급사업자가 아닌 근로자를 공급받은 자, 즉 사용사업자가 지휘·감독을 행한다는 점에서 양자는 쉽게 구별될 수 있다. 그렇지만 사실상 근로자공급이면서도 외형상 도급 또는 위임의 형식을 이용하는 위장업무처리도급(위임) 또는 위장노무도급(위임)이 성행하고 있다. 대표적 사례로서 건물의 경비·청소·냉난방·방재 등 시설관리업무에 종사하는 근로자들이다. 또 1980년대부터 자동차·조선·전자·화학 등의 제조업에 도입된 이른바 ‘사내하청’ ‘외주용역’ 근로자도 있다. 이러한 고용유형들은 계약 형식적으로는 파견·용역업체와 근로계약관계를 가지고 있지만, 사용업체의 노동조직에 편입되어 사용업체로부터 실제적인 지휘·감독을 받으면서 노무를 제공하는 경우가 많다.

한편 ‘소사장제’는 노동의 유연성 제고방식 가운데 하나로서, 일정한 기업에서 장기간 근무한 특정 간부사원에게 독립된 사업체를 설립·운영하게 하고 당해 기업에서 분리(out-sourcing)된 특정 업무영역이나 생산라인·제조공정의 경영을 그 사업체가 전담하도록

4) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결(서한기업 사건); 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결 등.

5) 직업안정법 제33조 제1항은 “누구든지 노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다”라고 규정하고 있고, 근로기준법 제8조는 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 영리로 타인의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다”라고 규정하여 간접고용관계를 엄격히 규제하고 있다.

록 하는 외부화(분사화) 방식이다. 실제로 경영상 독립성이 약하고 ‘사내하청’의 초기단계에 불과할 경우 위장도급으로 평가될 가능성이 높지만, 소사장제 그 자체가 간접고용의 한 형태라고 단언하기는 힘들다.

나. 근로자파견

파견법은 근로자공급 중 일부를 근로자파견으로 설정하면서(파견법 제2조, 직업안정법 제4조 제7호) 이를 합법화하였다. 현행 파견법의 기본구조를 보면 비교적 전문지식이나 기술·경험이 필요한 업무나 일시적 인력확보의 필요성이 있는 경우에만 근로자파견을 허용하되, 그 기간을 제한(최장 6월 내지 2년)하고 있다. 파견법이 직업안정법에서 원칙적으로 금지되고 있는 근로자공급사업을 제한된 요건하에 허용한 것이라면, 파견법이 정한 요건을 충족하지 않는 무허가 파견업체에 의한 파견, 허용업무 이외의 파견, 허용기간 이상의 파견인 경우에는 불법적인 근로자파견임과 동시에 직업안정법이 금지하는 근로자공급사업에 해당한다고 볼 수 있다.

한편 근로자파견에서는 파견사업주가 “근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지”할 것이 요구된다. 따라서 이른바 ‘모집형 파견’ 혹은 ‘등록형 파견’은 파견법이 요구하는 “고용관계의 유지”에 해당하지 않는다고 해석할 여지가 있다. 결국 적어도 ‘알선’의 성격을 넘어 파견사업주가 해당 근로자의 채용·근로장소(사용사업주) 선정, 임금 기타 근로조건의 결정 및 지급 등에 관해 실질적으로 자신의 판단과 결정 아래 행하고 노동법상 사용자로서의 책임을 지고 있는가를 판단해야 할 것이다.⁶⁾ 따라서 ‘등록형’ 내지 ‘모집형’의 경우 파견법이 허용한 근로자파견이 아니라 직업안정법이 제한하는 근로자공급에 해당하여 위법이라고 보아야 할 것이다.

다. 진출·점원파견 및 격지근무

진출(轉出)은 근로기준법 제30조 제1항이 규율하는 전직(轉職) 가운데 근로계약의 상대방은 그대로 유지되면서 근로제공의 상대방만이 변경되는 기업간 전직을 말한다.⁷⁾ 따

6) 조경배, 「위법한 근로자공급사업에 있어서 사용사업주와 공급근로자간의 근로계약 성립여부」, 『노동법의 쟁점과 과제 : 김유성교수 화갑기념논문집』, 법문사, 2000, 72~74쪽 참조.

7) 전직은 근로계약상의 당사자는 동일하면서 근로의 종류, 장소 등이 변경되는 ‘기업내 전직’, 근로제공의 상대방이 변경되는 ‘기업간 전직’으로 구분된다. ‘기업간 전직’은 다시 근로계약상의 상대방은 동일하게 유지되면서 근로제공의 상대방만 변경되는 ‘진출(轉出)과 근로계약상의 상대방 자체가 변경되는 ‘전직(轉籍)’으로 구분된다(자세한 것은 문무기, 「전직의 법리」, 서울대 법학 박사학위논문, 2000, 42~43쪽 참조).

라서 일반사업에서 일시적 인사이동의 한 유형으로서 근로자공급 내지 파견을 주된 사업목적으로 하지 않으며, 일정기간 동안 전출근무한 후에는 다시 원래 사용자로의 복귀를 전제하는 것이 일반적이라는 측면에서 원칙적으로 간접고용에 해당하지 않는다고 평가될 수 있다.⁸⁾ 그러나 전출이 근로계약관계와 지휘·명령관계의 분리라는 간접고용의 기본구조를 지니고 있으며 반복·계속적으로 이루어지고 있다면, 사용사업주가 사용자책임을 회피함으로써 해당 근로자의 임금 등 권익을 부당하게 침해하지 않는가의 여부에 따라 실질적으로 판단해야 할 필요성도 있다.⁹⁾

이와 관련하여 ‘판촉사원 파견’이 현실적으로 문제될 수 있다. 실태를 보면 납품업체와 근로계약을 맺고 백화점 등 대형유통업체에 파견되어 당해 업체의 지휘·감독을 받으면서 판매업무에 종사하고 있는 것이 대부분이다. 특히 대형유통업체가 채용·징계에 관해 권한을 행사할 뿐 아니라 출·퇴근관리, 근로시간 및 시간외근로의 결정, 교육 및 근무수칙 등에 대한 통제권도 행사하고 있다고 한다.¹⁰⁾ 따라서 파견판촉사원에 대한 근로시간 등의 노무관리가 파견지사업자 및 그 사용자에게 위임되거나 파견사업자의 사업과 관계없는 업무지원이 요청되는 등 전형적인 점원파견제와 달리 운용되는 경우처럼 직접 업무상의 지휘·명령에 따라야 하는 때에는 실질적으로 간접고용에 포함시켜 규제를 받도록 하는 것이 타당하다.¹¹⁾

한편 ‘격지근무’는 근로계약상 사용자가 일반적으로 지정하는 근무장소가 아닌 다른 장소(일반적으로 다소간의 공간적 거리가 발생)에서 근로하게 하는 형태로서, 원칙적으로는 근로기준법 제30조 제1항의 전직(배치전환)의 한 형태라고 하겠다. 그러나 당해 근로자가 종사하는 업무의 특성에 따라 사용자의 직접적·구체적인 지휘·명령이 미치지 않고, 오히려 사용자가 지정한 특정 장소를 운영하는 제3자의 지휘·명령에 따라 노무를 제공할 가능성이 있다는 측면에서 간접고용의 유형으로도 볼 수 있다.

8) 예를 들어 강성태, 전계논문, 192~193쪽.

9) 윤애림, 전계논문, 21~23쪽 참조.

10) 자세한 것은 심재진, 『백화점 파견판촉사원의 근로관계형태와 근로기준법상 사용자 문제』, 『노동법연구』 제9호, 서울대 노동법연구회, 2000, 81~85쪽 참조.

11) 이철수, 『아웃소싱의 법리』, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 258쪽 참조.

Ⅲ. ILO 및 독일·일본 법제의 변화

1. ILO의 입장변화

종래 국제노동기구(ILO)의 입장은 근로자파견을 비롯한 간접고용사업을 유료직업소개사업의 하나로 파악하여 이를 금지하여야 한다고 보았다.¹²⁾ 그러나 노동시장에는 다양한 고용관련 서비스업이 생성·발전하였다. 특히 공적 직업소개가 불필요하게 된 것은 아니지만, 유료직업소개소 폐지주장은 시장의 수요에 응하지 못했고 민간사업으로의 규제내용도 시대에 맞게 개혁할 필요가 있었다. 따라서 1994년 ILO 총회에서는 “노동시장의 기능에 있어 민간고용서비스사업의 역할(The Role of Private Employment Agencies in the Functioning of Labour Markets)”이라는 일반토론을 거쳐, 1997년 민간고용서비스사업 협약(Private Employment Agencies Convention, 제181호)과 같은 이름의 권고(제188호)가 채택되었다.

이 협약은 ① 직업소개소, ② 근로자를 고용하여 제3자의 이용에 공급하는 사업, ③ 기타 구직관련 서비스로서 유권기관이 노사단체와 협의를 거쳐 결정한 사업 등 3종을 민간고용서비스사업으로 정의하고(제1조), 그 영업을 원칙적으로 승인하였다(제2조). 그 법적 지위는 국내법·관행에 맡기되 반드시 허가(인가)제로 할 필요는 없다(제3조)고 하여, 국가와 민간고용서비스사업 사이의 협력을 강조하고 있다. 또한 각국 정부는 민간고용기관에 의해 고용된 근로자들이 근로조건에 대한 정보를 제공받도록 보증해야 하며, 그 중요한 목표는 이급(second class) 임금·급여(benefit)를 받는 이급 노동력이 양산되지 않도록 하는 것에 있다. 그리고 ‘고용에의 접근에 있어 기회와 대우의 평등’이 임시직 근로자에게도 제공되도록 하였다(제5조). 이 반차별규정은 연령, 장애, 정치적 견해와 사회적 출신에 기해서 임시직 근로자를 보호하며, 근로자들에게 결사의 자유를 포함한 일련의 적절한 보호¹³⁾가 주어지도록 하였다.

12) 이러한 입장은 1966년 공식적으로 표명되었다.

13) a) 단결권 b) 단체교섭 c) 최저임금 d) 근로시간과 기타 근로조건 e) 법령에 의한 사회보장 급여 f) 직업훈련 g) 산업안전보건 h) 산업재해에 대한 보상 i) 사용자 도산의 경우 보상과 근로채권의 보호 j) 모성보호와 급여, 육아보호와 급여 등. 나아가 개인정보의 보호와 프라이버시의 존중(제6조), 근로자에게의 무료원칙(제7조), 국제모집·소개·고용의 폐해방지(제8조), 고충조사기관의 설치(제10조), 파견노동에 관한 보호조치(제11조·12조) 등의 규제와 민관직업소개소의 협력이 정해져 있다

결국 ILO의 입장을 정리하면, 불안정 노동력의 보호를 지지하지만 그렇다고 탄력적 노동방식 자체를 비난하지도 않는다는 것이다. 즉, “탄력적 노동관행이 기계산업부문 (mechanical sector)에서 기업의 경쟁력과 고용전망을 촉진할 것”임을 인정했다. 또 사회적 보호와 기업번영 사이의 균형을 옹호하며, 단체교섭과 기술혁신이 이 균형의 도달에 있어 중요한 역할을 할 것으로 보고 있다고 하겠다.

2. 일본·독일에서의 법제 변화

가. 변화의 추이

간접고용에 대한 구체적인 입법적 규율을 하고 있는 나라는 일본과 독일이 대표적이다.¹⁴⁾

먼저 일본에서는 직업안정법에 의한 근로자공급사업의 금지가 1950년대 이후 계속하여 완화되었으며, 일본 정부는 1980년 4월 노동성 직업안정국장의 사적 자문기관인 『노동력수급시스템연구회』의 제언을 받아 업무처리 도급의 확대현상을 추인하고 파견업을 공인하는 것을 목적으로 직업안정법 개정작업을 진행하였다. 많은 반대에도 불구하고 근로자파견법은 직업안정법의 특례법으로서 1985년 7월에 제정되었고,¹⁵⁾ 이 법에 의거하여 근로자파견사업은 원칙적으로 합법화되었다. 한편 2003년에 근로자파견법(근로자파견사업의적정한운영의확보및파견근로자의취업조건의정비등에관한법률의일부를개정하는법률, 2003. 6. 6.)이 개정되어, 2004년 3월 1일부터 시행되었다. 이 개정은 1999년 근로자파견법 개정과 마찬가지로 적용대상업무의 제한 철폐라는 목적에서 추진된 것으로 평가된다.

독일에서 간접고용과 유사한 관계가 발생하는 경우는 크게 ‘간접적 근로관계’, ‘임차 근로관계’, ‘근로자파견’, ‘콘체른’(친자회사)에서의 근로관계 등이다. 특히 영업적 근로자파견은 1972년 근로자파견법의 제정¹⁶⁾ 이후 제도 개선과 관련하여 다양한 논의가 진행되어 왔고, 독일에서도 간접고용의 중심적 대상이 되어 왔다. 한편 1990년대 일련의

(제13조).

- 14) 반면 미국은 별도의 입법적 규율을 전혀 하고 있지 않다. 즉 어떠한 형태의 고용도 원칙적으로 허용되며, 간접고용 역시 다른 고용과 같은 법제도가 적용된다.
- 15) 일본 근로자파견법의 제정과정에 관한 세부적 내용은 馬渡淳一郎, 『労働者派遣法と三者間勤務供給契約 - その労働法理論のフロンティア』, 『季刊労働法』, 제157호, 1990, 6쪽 참조.
- 16) 1967년 연방헌법재판소의 합법화 결정 이후 근로자파견사업은 크게 증가하였고, 파견근로자의 저임금(착취)과 사회보험료의 체납이 가장 큰 문제로 제기되었다. 연방의회는 이에 대처하기 위해 1972년 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG)을 제정.

근로자파견법 개정과 마찬가지로 2001년 이후 독일에서 진행된 근로자파견법의 개정은 기본적으로는 실업문제 등을 해결하기 위한 ‘노동시장·노동법 및 사회보장제도 개혁’의 일환이었다. 포괄적인 개혁프로그램은 슈뢰더 총리가 2003년 3월 14일 발표한 『아젠다 2010』에 포함되어 있지만, 파견법 등 노동법 개정 핵심내용의 기초가 된 것은 2002년 8월 16일 하르쯔위원회(Hartz-Kommission)가 제안한 ‘노동시장에서 현대적 노무급부를 위한 개혁안’이었다. 하르쯔위원회의 제안은 부분적 수정을 거쳐 2002년과 2003년 4차에 걸친 ‘노동시장에서 현대적 노무급부를 위한 법률(Gesetze für die Modernen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt)’에 의해 법제화되었다.

나. 공통점과 시사점

일본과 독일은 2000년대에 들어와 간접고용과 관련된 법제도를 양과 질적 측면에서 크게 수정했다. 가장 큰 공통점은 간접고용의 사용에 대한 제한을 대폭적으로 축소함으로써 거의 자유롭게 허용했다는 점이다. 일본의 경우 2003년 개정에서의 파견금지업무의 축소, 파견기간 최고한도의 연장이 대표적이며, 독일의 파견기간 최고한도 폐지 등이 이러한 간접고용 확대정책을 보여주는 사례이다. 이를 통해 1990년대 이래 고민해 오고 있는 실업을 감소시키고자 하고 있는데, 이러한 현상은 OECD의 다른 많은 국가들에서도 나타나는 모습이다. 또 다른 공통점은 양국 모두 간접고용 근로자의 보호를 보다 강화하였다는 점이다. 다만 구체적 보호방안은 차이가 있다. 즉, 일본법에서는 사용자사업주의 고용의무를 강화한 반면, 독일법에서는 간접고용 근로자의 차별금지를 강화하였다. 특히 독일법에서는 간접고용 근로자에 대한 평등대우의 촉진을 위해 파견사업주의 책임을 높이고 이를 근로자파견사업의 허가와 연결시켜 놓았다. 결국 양국은 간접고용의 사용은 확대하면서도 근로자 보호는 강화하는 방향으로 법제도를 개선함으로써 노동시장의 유연성과 근로자의 고용보호를 함께 추구하고 있다.

이러한 법개정과 정책변화에서 다음과 같은 유의미한 시사점을 발견할 수 있다. 첫째, 간접고용을 확대하면서도, 이것이 정규직의 대체(상용대체)로 이어지지 않도록 조심하고 있다는 점이다. 특히 일본의 경우에는 2003년의 파견법 개정시 국회의 부대결의를 통해 이 점을 명문으로 확인하였다. 둘째, 간접고용 근로자의 보호를 강화하기 위해 노력하고 있다는 점이다. 독일과 일본의 보호방안을 병행한다면 근로자 보호의 효과는 증가할 것으로 보인다. 즉 사용자사업주의 직접고용의무, 파견사업주의 파견근로자에 대한 평등대우의무 및 파견사업의 허가제와 차별금지의 연계 등을 병행하는 방안이 그것이다. 셋째, 일본의 직업소개형 파견과 같이 통상 근로자로서의 취업을 확대할 수 있는 방향의 파견은 노동시장정책적 측면이나 근로자 보호라는 측면 모두에서 유용성이 많은

제도로 보인다. 마지막으로 지적할 수 있는 점은 양국이 모두 위장도급에 대해 깊이 우려하면서 그에 대한 대처를 매우 적극적으로 하고 있다는 점이다. 특히 일본의 경우에는 2004년에 들어 전국적으로 위장도급에 대한 단속, 지도, 교육 및 홍보를 벌이고 있다.

IV. 간접고용에 대한 법리적 검토

1. 직접고용의 원칙

간접고용의 합리적 규율을 위해 제시될 수 있는 첫번째 방안은 고용형태에 대한 기본 원칙으로서의 “직접고용 원칙”¹⁷⁾의 재확인이다. 직접고용 원칙은 간접고용을 가급적 억제하는 행위규범으로서 사회적 역할을 수행하는 동시에, 당사자간의 법률관계가 불확실·불명확한 고용형태에 있어서 이를 명확히 하는 법적 기준으로서 중요한 의의를 가질 수 있다. 따라서 타인의 노동력을 필요로 하는 기업은 과건법 등 실정법의 틀 내에서 제공받든지 아니면 적법한 도급(또는 위임)계약에 의하여 업무처리를 수급인(또는 수임인)에게 완전히 맡기지 않는 한 근로자를 직접 고용하여 사용하지 않으면 안되는 것이다. 그러한 의미에서 고용형태의 기본원칙은 “직접고용”이라고 보아야 하며, 이러한 직접고용의 실정법적 근거는 헌법 제32조가 보장하고 있는 근로의 권리에서 출발해야 한다.

2. 사용자책임의 확장

이와 관련하여 먼저 생각할 수 있는 것은 사용자책임의 전환(사용자책임의 완전한 부담, 즉 근로계약의 당사자인 사용자를 배제하고 사용사업주에 대한 사용자책임의 완전한 부과)이다. 관련 판례¹⁸⁾를 통해 볼 때 간접고용에서 사용종속관계의 실태에 따라 형식적인 근로계약의 당사자를 배제하고 사용사업주와의 근로계약관계를 직접적으로 인

17) 직접고용의 원칙이란 기업의 ‘통상적’이고 ‘계속적’인 업무수행을 위하여 필요한 인력은 당해 기업이 직접 고용하여 사용해야 한다는 원칙으로 이해할 수 있다. 따라서 근로계약의 당사자이면서 동시에 근로자를 지휘·명령하여 근로하게 하는 자가 당연히 노동법상의 사용자로서 그 법적 책임을 부담하는 것이 원칙이다.

18) 대법원 2003. 9. 23. 선고, 2003두3420 판결((주)SK 사건); 대법원 1990. 9. 25. 선고, 90도1214 판결(선도전기(주) 사건); 대법원 1987. 2. 24. 선고, 86도2475 판결(동명화물자동차 사건); 대법원 1987. 4. 14. 선고, 86다카899 판결(정석중기(주) 사건); 대법원 1986. 8. 19. 선고, 83다카657 판결(동아건설산업(주) 사건); 대법원 1979. 7. 10. 선고, 78다1530 판결(동원탄좌개발(주) 사건) 등이다.

정하는 여지를 발견할 수 있다. 즉, 간접고용관계에서 근로계약관계와 사용종속관계의 분리를 인정하지 않고 실질적 사용자에게 사용자로서의 책임을 전환시켜야 할 부분이 존재할 경우에는, 근로계약관계가 단지 형식에 불과하고 사용사업주가 사용자로서의 권한을 실질적으로 행사하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

두번째로 그 실태에 따라 근로계약상의 당사자가 아닌 자에게 사용자책임을 일정하게 분배해야 할 영역이 존재할 수 있다. 예를 들어 파견법에서는 파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제15조의 규정에 의한 사용자로 보아 근로기준법을 적용하고 있다(파견법 제34조 제1항 본문). 또 파견법 제34조와 제35조는 사용사업주와 파견사업주 사이의 사용자책임을 분배에 관한 기본사항을 정하고 있다. 고용사업주 및 사용사업주의 사용자책임 분배에 관해서는 간접고용의 목적·취지, 근로자의 동의 내용, 양 기업에서의 취업규칙 또는 단체협약상의 간접고용에 관한 내용 등에 따라 판단할 수 있다. 이 경우 근로기준법이나 산업안전보건법 등 개별 법규의 적용이 문제가 될 때에는 각각의 법규의 취지로부터 사용자책임을 부담해야 할 자를 결정해야 할 것이다.¹⁹⁾

마지막으로 사용자책임을 확대되는 경우도 상정할 수 있을 것이다. 예를 들면 집단적 노사관계 영역에서 해당 근로자·노동조합의 노동기본권을 침해할 수 있는 위치에 있는 자에게 사용자책임을 확대하는 경우이다. 특히 부당노동행위의 주체로서의 사용자를 판단함에 있어서는 노조법 제81조상 부당노동행위제도의 목적이 근로계약상의 사용자책임을 문제삼는 것이 아니라 해당 근로자·노동조합의 노동3권 침해상태를 신속하게 시정·회복하려는 데 주안점이 있다. 즉, 노조법상 근로자·사용자성의 인정여부에 대하여 종래 판례²⁰⁾와 같이 ‘명시적·묵시적 근로계약의 존재’를 요청하는 기준에 의할 경우 현실적으로 간접고용 근로자의 노동3권은 형해화될 위험성이 크다. 따라서 ‘사실상의 사용종속관계’, ‘실질적 지배력’ 내지 ‘대향(對向)관계’가 존재하는 경우에는 실질적으로 집단적 노사관계상의 사용자, 즉 간접고용 근로자의 노동3권을 침해할 수 있는 위치에 있는 자로 보아 노조법상 사용자책임을 부과하는 것이 바람직할 것이다.

19) 예를 들어, 근로기준법 제30조에 의한 고용유지의무를 적극적으로 고려할 필요도 있을 것이다.

20) 예를 들어, 대법원 1995. 12. 22. 선고, 95누3565 판결(항만운송협회 사건) 등 참조.

V. 결 론

1. 간접고용 규율의 기본방향

간접고용에 대한 합리적 규율을 위해서는 간접고용 근로자와 정규직 근로자간의 부당한 차별을 해소함으로써 노동시장의 수요에 적응하면서도 법적 권리와 책임을 합리적으로 조율할 필요가 있다. 특히 근로자공급 및 도급·위임(사내하청·외주용역), 근로자 파견, 진출·점원파견, 격지근무 등 다양한 간접고용의 유형에도 불구하고 고용사업주와 사용사업주 가운데 누가 노동법상 사용자책임을 부담할 수 있는 능력과 자격을 갖추고 있는지를 파악하는 것이 중요하다. 이와 관련하여 종래 행정해석(노동부 지침 또는 예규²¹⁾)상의 문제점(사용사업주와 근로자와의 근로관계에 대한 판단기준 불명확)을 보완하여 이를 입법화하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 즉, 합법적인 간접고용의 유형을 판단할 수 있는 기본적인 개념지표를 파견법 및 직업안정법 등에 포함시키고, 세부적인 항목은 그 하위법령으로 구체화하는 방법이 타당할 것이다. 다만 어떠한 기준을 설정하는 경우라 하더라도, 근로계약의 형식적인 외형보다 구체적·실질적인 사용종속 관계의 내용을 중심으로 판단해야 한다는 점이 기본원칙으로 자리잡아야 할 것이다.

아울러 위장도급 내지 법규위반의 근로자파견과 같은 불법파견에 대한 구체적 규제 방안으로는 직접고용 원칙의 재확인과 함께 구체적인 사안에 있어서 사용자책임을 전환을 통한 직접고용의무의 부과, 고용사업주와 사용사업주에 대한 사용자책임을 분배 그리고 사용자책임을 확대를 통한 집단적 노사관계상의 노동3권 보장 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

2. 합법적 간접고용의 판단기준

다양한 형태로 나타나고 있는 간접고용의 유형에 있어서 실질적인 노동법상의 사용자책임을 부담할 수 있는 능력과 자격을 갖추고 있는 사업주를 판단하기 위해서는, 근

21) 국내근로자공급사업허가관리규정(개정 2000. 12. 27. 노동부예규 제456호) 및 근로자파견사업과도급등에의한사업의구별기준에관한고시(1998. 7. 20. 노동부고시 제98-32호); 한편 2004년 7월의 노동부 『사내하도급 점검지침(개정)』에서는 종전 예규·고시를 보다 구체화하여 세부적인 점검기준을 제시하고 있다.

로계약의 형식·외양보다는 구체적·실질적인 사용종속관계의 존부를 확인할 수 있는 구체적인 증거가 확보되어야 한다. 구체적으로는 근로자공급의 ‘독립성’을 추정할 수 있는 외형적·형식적 요소를 일차적인 구별기준으로 삼아야 할 필요가 있으며, 여기에는 합법적인 사업허가, 소요자금의 자체적 지급·조달, 노동관계법·사회보장법상의 법률 책임 등 사업의 독립성을 확인할 수 있는 외형적 요소가 제시될 수 있다. 한편 도급과 파견을 구별하는 준거로서 기능하는 ‘지휘·감독권의 존부’를 판단하는 징표로는 ① 구체적인 작업내용의 결정·변경권한, ② 작업방식의 결정·변경권한, ③ 작업시간(시간외·야간·휴일근로 포함)·휴게시간·휴일·휴가의 길이와 그 배치에 대한 결정·변경권한, ④ 작업장소의 결정 및 변경권한, ⑤ 임금 등 근로에 대한 직접적인 대가의 결정·변경권한, ⑥ 업무수행에 대한 평가의 결정권한, ⑦ 채용·해고 등의 인사권 및 인사이동(배치)·징계 등 작업장내 질서유지를 위한 규율의 결정·변경권한, ⑧ 기계·설비 등 작업도구와 재료공급의 실질적 책임자 등이 구체적인 판단징표가 될 수 있을 것이다. 또한 ⑨ 이러한 구체적 결정·변경사항을 근로자에게 전달하는 지시·관리자(현장감독자)를 실질적으로 누가 규율·통제하는가 여부 역시 중요한 판단징표가 될 수 있을 것이다. 아울러 합법적인 도급사업이 되기 위한 사업의 독립성을 실질적으로 담보할 수 있는 징표로는 ① 수급사업기간 또는 비수급기간 동안 소속된 근로자수(인원)의 변동 정도, ② 최종적인 일의 완성에 대한 담보책임의 존재여부, ③ 사업상의 지식·경험·기술 등 노하우의 축적 및 그 발휘 정도, ④ 당해 업무를 수행하기 위해 중요성을 갖는 시설·설비·기자재의 소유·조달 여부, ⑤ 도급계약의 체결, 단가결정 등에 있어서 수급업자에게 독자적인 시장접근성이 존재하는지 여부 등이 있다.

다만, 이러한 판단징표들이 혼재하는 실제 사안에서의 판단에 있어서는 구체적 상황을 종합적으로 판단하여 결정하되, 당해 사업에 있어서 차지하는 판단징표들의 비중 내지 중요도에 따라 평가해야 할 것이다. end

<참고문헌>

- 강성태, 「다면적 근로관계와 사업주책임」, 『노동법연구』, 제7호, 서울대 노동법연구회, 1998.
 김소영, 「사내하청의 노동법적 쟁점」, 한국노동연구원 고위지도자과정 교재, 2004/2005.
 문무기·이승렬·강성태, 「간접고용(파견·도급·용역근로)에 대한 합리적 규율방안 연구」, 노동부 정책연구보고서, 2004.
 윤애림, 「다면적 근로관계에서 사용자의 책임」, 서울대 법학 박사학위논문, 2003. 2.
 조경배, 「간접고용의 문제점과 해결방안」, 『민주법학』, 제21호, 민주주의법학연구회, 2002.