

사내하청 노동관계 규율의 새로운 방안*

강 성 태**

I. 머리말

1. 글의 목적

우리의 사내하청관계는 하청관계의 확대라는 세계의 보편적 현상에 원청에 대한 하청의 강한 사업적 종속이라는 한국의 특수성이 더해진 모습이다.¹⁾ 1970년대 조선업에서 시작된 사내하청은 점차 여러 산업이나 업종으로 확산되었지만, 하청의 사업적 독자성과 독립성은 초기보다 도리어 약해졌다. 현재 거의 모든 사업에서 관찰되는 사내하청은 한국의 균열일터와 하청사회를 이끌고 있는 중심이다. 대기업인 원청과 중소기업인 하청의 거래력 차이는 고스란히 원청 근로자와 하청근로자 사이의 임금과 근로조건 차이로 이어지고 있다. 그 때문에 하청근로자는 법적 신분이 무엇이든 실질적으로는 비정규직으로 취급된다.

이 글에서는 사내하청관계에서 근로하는 하청근로자의 노동권을 보호하기 위한 방안을 살펴본다.²⁾ 특히 두 가지를 중점적으로 검토한다. 하나는 사내하청관계의 실체를 확인하기 위해

* 이 글은 한국노동연구원에서 진행한 포럼을 바탕으로 2018년 1월 출판된 『비정규직 대책의 현황과 과제』의 일부 내용을 요약·정리한 것이다.

** 한양대학교 법대 교수(kangst@hanyang.ac.kr).

1) 이 글에서는 두 가지 이유에서 사내하청이라는 용어를 사용한다. 하나는 사회적으로 일상화된 용어를 그대로 사용함으로써 일반인의 인식과 법·정책의 대상을 같게 한다. 다른 하나는 지위의 불안정성을 보여주기 위해서는 법적으로 인정된 용어보다는 모호성을 가진 일반 용어가 더 효과적이다. 형식상 도급이나 위탁 등으로 맺어진 사내하청관계는 법적으로는 노무대행관계, 근로자파견관계, 적법한 도급관계 등 세 가지로 재분류될 수밖에 없다. 이 중에서 마지막의 적법한 도급관계만이 법적 용어인 사내하도급이나 사내도급으로 불릴 수 있을 것이다.

2) 넓은 의미의 사내하청에는 회사와 개인적으로 하청계약을 체결하고 개인이 자신의 사업으로서 수행하는 경우도 있다. 개인사업자로서 업무위탁계약의 형식으로 일하는 이들을 흔히 특수형태근로종사자라 부른다. 이들의 문제는 일반적인 사업적 사내하청과 다른 점이 많고 규율 방식 역시 다를 수밖에 없기 때문에 이 글에

파견과 도급의 구별 기준을 명확하게 하는 방안이고, 다른 하나는 하청근로자의 안전, 임금 및 단체교섭 등에서 원청의 책임을 확대하는 방안이다.

2. 사내하청관계의 유형

현행법과 판례에 따를 때, 사내하청의 외형을 띤 사업관계는 세 가지로 구분할 수 있다. ① 하청업체에 사업주로서의 실체가 전혀 없어 원청업체의 노무대행기관에 불과한 것으로 보아야 하는 관계, ② 하청업체에 사업주로서 실체가 있긴 하지만 하청근로자에 대한 실질적인 지휘감독은 원청업체가 하는 실질적 근로자파견계약관계, ③ 하청업체가 사업주로서의 실체도 갖추고 있고 하청근로자에 대한 지휘감독도 하는 합법적 도급계약관계가 그것이다.³⁾

원청과 하청 사이의 관계에 따라 원청 사업주와 하청근로자 사이의 법률관계도 달라진다. ①과 같이 하청업체에 사업주로서 실체가 없는 경우에는 직접고용관계, ②와 같이 두 사업주 사이에 실질적 근로자파견계약관계가 있는 경우에는 파견근로자와 사용자업주 간의 사용자관계, ③과 같이 두 사업주 사이에 합법적 도급계약관계가 있는 경우에는 수급인의 이행보조자와 도급인의 관계, 즉 노동법상으로는 산업안전 등 극히 일부의 문제를 제외하면 아무 관계가 없다.

원청업체와 하청업체를 비교할 때, 일반적으로는 원청업체가 지불능력을 비롯하여 각종 보호와 대우의 측면에서 월등하다. 근로자의 입장에서는 원청업체와 근로관계를 가지는 것이 유리하다. ①의 직접고용관계가 가장 유리하고, ②의 근로자파견관계가 다음이며, ③의 도급관계는 가장 불리하다. 이 점은 노동법의 적용 혹은 노동법상 책임이라는 점에서도 마찬가지이다. ①이라면 원청은 모든 노동법의 적용에서 사용자로 본다. ②의 파견관계라면 원청은 파견법상 사용자업주의 책임을 진다. ③의 도급관계라면 원청은 산업안전보건법 등 극히 예외적인 경우에만 책임을 진다. 이렇게 사내하청관계의 실질에 따라 하청근로자의 법적 지위가 확연히 달라지기 때문에 하청근로자의 보호를 위한 방안 마련은 사내하청관계의 실질을 확인하는 작업 곧 파견과 도급의 구별로부터 시작해야 한다.

서는 제외하였다.

3) 대법원 판결들 중에서 사내하청관계를 규율하는 법리를 형성한 것으로는 현대미포조선 판결(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결; ①의 사건에 적용), 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결; ②의 사건에 적용), 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등; ③의 사건에 적용) 및 현대자동차 판결(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결; ①+②의 사건에 적용) 등이 있다.

II. 파견과 도급의 구별

1. 개 관

파견과 도급의 구별은, 즉 원청업체에서 일하고 있는 하청근로자가 근로자파견관계에서 사용되는 파견근로자인지 도급관계에서 사용되는 수급인의 이행보조자인지를 구별하는 것은, 이론상으로는 어렵지 않다. 하청근로자의 노무제공에 원청이 지휘명령을 하면 파견이고 하청이 지휘명령을 하면 도급이기 때문이다. 그러나 현실에서의 사내하청은 계약 형식과 다른 실질을 가진 경우가 적지 않다.

파견과 도급의 구별에 관한 기준은 현재, 행정과 사법에서는 존재하나 법적 구속력이 있는 법령 즉 입법으로는 존재하지 않는다. 행정에서는 명문의 지침 형식으로 존재하는 반면, 사법에서는 두 개(이상)의 판례가 혼재되어 불안정한 모습으로 존재한다. 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하려는 시도는 있었으나 실패했다. 특히 2015년 ‘노동개혁 5대입법’에 포함되었던 내용은 불법파견의 합법적 도급화라는 비판을 받은 바 있다.

2. 판 례

현재 관련 판례는 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결과 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결 등 두 개이다.

가. 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결

현대자동차 사건에 관한 판결로서 판단 방식은 아래와 같다.⁴⁾

“원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속

4) 이 판단방식을 따른 대법원 판결로는 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결 등이 있다.

근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”

이 판결은 파견과 도급의 구별에서 실질판단을 원칙으로 한다. 실질 판단에는 다섯 가지의 요소들을 사용한다. ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등이다. 위의 요소들 중에서 ①, ②, ③은 지휘명령관계를 판단하는 요소로 보인다. 그리고 ③, ④, ⑤는 고용관계(도급사업주로서의 실체가 있는지)를 판단하는 요소로 이해된다.

나. 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결

다른 판례는 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결로서 판단방식은 아래와 같다.⁵⁾

“도급계약관계인지, 파견근로관계인지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상의 독립성, 계약이행에서 사용사업주의 지휘, 명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.” (원심은) “원고와 사내협력업체 사이에 체결된 근로계약의 내용, 사내협력업체와 참가인 사이에 체결된 도급계약의 내용, 참가인에 의한 참가인의 사내협력업체 관리 실태, 참가인에 의한 각종 업무표준의 제정 및 실시사실과 함께, 참가인과 사내협력업체 사이에 체결된 위 도급계약에 따라 사내협력업체 소속의 근로자들이 참가인에게 노무를 제공하는 내용과 방식, 그에 관한 참가인의 지배 내지 통제 내용과 범위

5) 2015년 이후에 이 판결을 참조한 판결로는 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도11659 판결 등이 있다.

등에 관한 판시사실을 인정하고, 그 인정사실에 비추어 원고가 사내협력업체에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다. … 이러한 원심의 판단은 대법원의 환송판결의 취지에 따른 것으로서 정당하다…”

이 판결에서 중요하게 고려해야 한다고 본 요소는 ① 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, ② 계약당사자의 기업으로서 실제 존부와 사업경영상의 독립성, ③ 계약이행에서 사용사업주의 지휘, 명령권 보유 등이다.

다. 정 리

위의 두 판결 모두 실질판단을 원칙으로 하며, 이는 정당하다. 실질판단은 노동법에서는 아주 익숙하여, 근로자성이나 사용자성을 판단할 때 혹은 기간의 정함이 진정한지 등을 판단할 때도 사용된다. 또한 2012년 판결이 살피는 세 가지 측면들 곧 계약의 목적, 업무수행의 과정, 계약당사자의 적격성은 2015년 판결의 요소들과 상당 부분 겹친다.⁶⁾

그러나 양자는 무엇에 중점을 두어 파견과 도급을 구별할 것인가라는 관점의 측면에서는 상당히 다르다. 2012년 판결이 “도급으로 볼 수 있는가?”라는 관점에서 판단한 것인 반면, 2015년 판결은 “파견의 요소가 강한지 아니면 도급의 요소가 강한지?”라는 관점에서 판단한 것이다. 2015년 판결의 서술 순서에서 보면 파견에서 출발하고 있어, 상대적으로 파견으로 볼 것인 지에 관해 강조점이 있다고 할 수 있다. 다만 두 개의 대법원 판결 모두 종합적 고려라는 판단 방식에서는 동일한 입장을 취하고 있어, 출발에서 강조점의 차이가 실제 사건에서 결론의 차이로 이어질지는 의문이다.

3. 행정지침

행정지침으로는 파견과 도급의 구별 기준을 정한 ‘근로자파견의 판단기준에 관한 지침’(2007. 6; 이하 ‘파견판단지침’이라 함)이 있다.

6) 계약의 목적은 2015년 판결 기준의 ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지와, 업무수행의 과정은 2015년 판결 기준의 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 및 ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지와, 그리고 계약당사자의 적격성은 2015년 판결 기준의 ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등과 내용적으로 대동소이하다.

가. 현 황

‘파견판단지침’은 목적, 구성 주체, 판단의 체계, 판단의 기준으로 구성되어 있다. 이 중에서 중요한 것은 판단의 체계와 기준이다.

판단의 체계는 판단의 순서와 방법에 관한 것이다. ‘파견판단지침’에 따르면, 판단 순서는 【1) 근로자파견에 해당하는지의 여부는 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주, 수급인, 수임인 등에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지를 먼저 판단한다. 2) 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주, 도급인, 위임인 등이 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하여 노동관계법 위반 여부를 판단한다. 3) 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주 등의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 ‘근로자파견’에 해당하는지를 판단한다.】

판단의 기준은 고용관계와 사용관계의 존재를 확인하기 위한 것이다. 하나는 고용관계의 존부 곧 ‘파견사업주 등에 대한 사업주로서의 실체 판단’이다. 곧 “사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 파견사업주 등에게 다음 각 호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주 등의 실체가 인정되기 어려우므로, 법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지”하는 것으로 보지 아니한다. 1) 채용·해고 등의 결정권, 2) 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임, 3) 법령상 사업주로서의 책임, 4) 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담, 5) 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한”(다만, 4), 5)는 단순히 육체적인 노동력을 제공하는 경우에는 적용되지 아니한다.)

다른 하나는 사용관계의 존부 곧 사용사업주 등의 지휘·명령에 대한 판단이다. 지침에 따르면, “사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 사용사업주 등이 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 ... 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”으로 판단한다. 1) 작업배치·변경 결정권, 2) 업무 지시·감독권, 3) 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권, 4) 업무수행에 대한 평가권, 5) 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)”

나. 문제점

제일 큰 문제점은 행정지침의 판례화이다. 즉 행정지침이 판례처럼 불법파견의 최종적 판단

을 위한 기준을 가지고 있을 뿐이다. 정작 행정부의 가장 중요한 임무인 적법 또는 합법의 행위를 유도, 촉진, 장려하기 위한 지침은 가지고 있지 않다. 파견과 도급의 구별에 관한 지침만 있지, 정작 합법적 도급 사용을 위한 지침이나 안내는 없다.

둘째, 현행 파견판단지침은 불법파견에 해당하는 경우와 그렇지 않은 경우만을 상정하고 파견적 요소와 도급적 요소가 혼재하고 있는 경우의 지도 방안은 명시되어 있지 않다. 즉 불법파견이라고 단정하기는 어렵지만 불법파견적 요소가 상당한 사례들이 더 많을 것이다. 이런 경우에는 합법도급으로 운영되기 위해 적절한 지도를 하여야 한다. 참고로 일본의 경우 파견과 도급의 구별을 위한 노력과 함께 도급사업의 합법적 운영을 위한 행정적 활동도 경주하고 있다.

셋째, 지침상 파견과 도급의 구별은 판례의 변화를 적절히 반영하고 있지 못하다. 2007년 지침이 마련된 후 사내하청 혹은 불법파견에 관한 다수의 판결들이 나왔고, 2012년 이후에는 파견과 도급의 구별에 관한 기준을 직접 실시한 판결들도 많다. 2007년 지침은 이러한 판례에 나타난 기준에 맞추어 개정할 필요가 있다.

넷째, 파견과 도급의 구별 및 현행법에는 고용사업주(파견사업주)에게 사업주로서의 실체가 없는 경우를 대비한 규정이 없다. 사내하청관계를 단속한 결과 불법파견이 아니면 무혐의로 종료하게 되어 있다. 그런데 불법파견보다 좀 더 심한 상황, 즉 하청근로자를 고용한 하청업체에 사업주로서 실체가 없는 경우에는 정작 단속할 근거가 마땅치 않다.

다섯째, 불법파견으로 판정된 경우 실질상 파견사업주(도급계약상 수급인)에 대한 감독 내용이 보이지 않는다.

다. 개 선

첫째, 파견판단지침 외에 도급사업의 합법적이고 적절한 운영을 위한 지침을 함께 마련한다. 둘째, 파견에 해당함이 명백한 경우와 도급에 해당함이 명백한 경우가 아니라 파견과 도급의 요소들이 혼재되어 있는 경우의 처리 방법을 마련한다. 셋째, 파견판단지침을 현행 판례 특히 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결에 맞게 수정, 보완하여야 한다. 넷째, 근로자를 형식상 고용하고 있는 원고용주에게 사업주로서의 실체와 독립성이 없는 경우에도 단속의 실효성을 높일 수 있는 방법들을 보완한다. 다섯째, 단속 결과 하청업체에게 사업주로서의 실체가 없거나 혹은 실질적으로 파견사업주에 불과한 경우, 하청업체를 적절하게 지도, 단속할 사항들을 보완해야 한다.

4. 입법안

가. 입법안의 유형

입법안은 크게 종합적 고려 방식과 추정 방식 및 간주 방식으로 구분할 수 있다.

종합적 고려 방식은 “다음의 각 호의 요소들을 종합적으로 고려하여 결정한다.”라는 식으로 규정하는 것이다. 현행 행정지침인 ‘과건판단지침’과 판례의 입장이 종합적 고려 방식이다. 2015년 정부가 추진하였던 과건법 개정법률안도 종합적 고려 방식이긴 하였으나, 도급추정으로 경도된 내용이었다.

추정 방식이란 “다음 각 호의 요소들을 갖추면 과건(또는 도급)으로 추정한다.” 또는 “다음 각 호의 요소 중 하나에 해당하면 과건(또는 도급)으로 추정한다.”라는 방식으로 규정하는 것이다. 추정 방식과 규정 형식은 비슷하나 법 효과의 강도 혹은 정도가 센 것이 간주 방식이다. “다음 각 호의 요소들을 갖추면 과건(또는 도급)으로 본다.” 또는 “다음 각 호의 요소 중 하나에 해당하면 과건(또는 도급)으로 본다.”라는 방식으로 규정하는 것이다. 법의 효과가 추정이 아니라 간주인 것이다. 추정 방식이나 간주 방식에서는 적극적 요소들을 열거하는 포지티브(positive) 방식과 결격 요소들을 열거하는 네거티브(negative) 방식이 가능하다. 오스트리아 근로자과건법이 대표적으로 추정 방식의 입법이며, 입법화에는 실패하였지만 독일 정부가 마련했던 입법안도 추정 방식이었다. 우리나라에서는 노동계가 ‘근로자공급 간주’ 방식을 주장한다.

종합적 고려 방식은 종래 판례에서 사용하던 방법이기 때문에 기존 판례가 명확할 경우 비교적 입법화가 용이하며 노사의 이견이나 갈등도 최소화할 수 있는 장점이 있다. 반면에 판례의 입장이 통일되어 있지 않을 경우에는 입법화가 기술적으로 어려울 뿐더러 입법 과정에서 고려하는 요소들을 두고 이견이 클 수 있으며, 입법 후 법의 적용에서 모호성과 불안정성 역시 클 수밖에 없다는 점 등은 단점이다. 추정 방식이나 간주 방식은 입법 후 법의 적용에서 명확성과 안정성이 상대적으로 크다는 것이 장점이다. 그에 비해 어떤 쪽으로의 추정 또는 간주인가와 열거하는 요소는 무엇인가 등에 관해 이견과 갈등이 클 수 있다는 것이 중요한 단점이다.

나. 입법화의 현실적 여건

과건과 도급의 구별 기준을 법령으로 가지고 있는 국가는 많지 않다. 독일처럼 입법화에 실패한 예도 종종 있다. 그만큼 입법화가 용이하지 않은 주제이다. 어떤 방식으로 규정하는가에 따라 노사의 유리와 불리가 커서 사회적 합의가 쉽지 않기 때문이다. 우리나라에서 과건과 도급의 구별 기준을 입법화하려는 시도는 지난 2015년에 있었으나, 기준의 허술함과 편향성으로

인해 막상 입법화에 성공하지는 못했다.

이번 정부 들어서도 파견과 도급의 구별 기준을 법제화하지는 의견이 종종 들리고 있다. 그러나 현재 우리나라의 상황은 입법화를 위한 조건이 충분히 갖추어져 있지 않다. 통일된 판례도 없다. 가장 체계화되어 대다수 실무에서 원용되는 2015년 대법원 판결도 아직 완성된 것으로 보기에는 무리가 있다. 노사 사이는 물론 학설 사이의 이견도 크다.

다. 입법안의 방향

입법 시기는 여건이 갖추어진 때로 잡아야 하겠지만, 입법 방향은 대개 다음과 같다.

첫째, 입법의 형식은 추정 방식이 바람직하다. 기실 입법의 용이성 측면에서 본다면 노사나 입법부에서의 타협을 유도하기 쉬운 종합적 고려 방식이 장점이 있다. 즉 가장 쉽게 입법안을 만드는 방법은 판례를 입법화하는 것이다. 현재의 상태라면 2015년 대법원 판결이 밝힌 다섯 가지 요소를 종합적으로 고려하여 파견과 도급을 구별하라고 하는 것이다. 그러나 종합적 고려 방식은 개별 사건의 합목적적 해결을 위해 판례로서는 좋은 방법이겠으나, 법적 명확성과 안정성을 지향하는 입법 방식으로 최선의 것은 아니다. 간주 방식은 법적 명확성이라는 점에서는 장점이 있으나, 간접고용관계를 과도하게 단순화시킬 위험성이 있다. 독일의 법안처럼 추정 방식을 택하는 것이 적절한 타협책이 될 수도 있을 것이다.

둘째, 직접근로관계 혹은 묵시적 근로관계가 인정되는 상황에 대해서도 명시할 필요가 있다. 앞서 판례나 행정해석의 검토에서 본 바와 같이, 파견과 도급의 구별은 근로자파견관계인지 도급관계인지에 더하여 직접고용관계까지 구분하는 것이기 때문이다. 직접고용관계가 인정될 때 임금과 근로조건은 어떻게 할 것인지 그리고 원고용주인 하청업체의 책임은 어떻게 할 것인지 등에 대해서도 명시하는 것이 바람직하다.

셋째, 판단의 요소 또는 기준은 사업주로서의 실체에 관한 것, 사용자로서 기본적 권한과 책임의 이행에 관한 것, 노동과정의 지배에 관한 것 등 세 가지 측면을 모두 포함할 수 있어야 한다.

III. 원청의 책임 강화

사내하청의 실질이 묵시적 근로관계에 해당한다면 법적으로 원청은 하청근로자의 직접고용 사용자로 취급되기 때문에 별도로 사용자책임의 강화를 논할 필요는 없다. 즉 원청의 책임 강

화는 사내하청관계의 실질이 도급관계이거나 파견관계일 때 필요한 것이다.

1. 간접고용과 사용자책임 원칙의 수정

현행 노동법은 계약 책임주의를 원칙으로 한다. 즉 근로계약을 체결하고 근로자를 사용한 사용자가 노동법상 책임을 지도록 한다. 계약을 체결한 일방이 타방을 직접 사용하는 고용이 일반적이었던 시대 곧 직접고용시대에 만들어진 원칙으로 형식적 사용자에 대한 책임의 추구는 형식과 실질의 일치 또는 통일에 정당성의 근거를 둔다.

간접고용은 고용 곧 근로계약의 체결이라는 형식과 사용 곧 지휘명령이라는 실질의 분리를 본질로 함으로써 형식적 사용자인 계약상 사용자에게만 노동법상 책임을 묻는 것의 정당성을 그 근거부터 흔든다. 간접고용의 시대라고 부를 만한 현대 사회에 계약 책임주의를 고집하게 되면 노동법의 보호는 사라진다. 균열일터 현상은 계약 책임주의의 한계와 위험성을 증명하고 있다. 대기업과 능력 있는 기업은 계약 책임주의를 이용하여 다른 법인격에 책임을 전가할 수 있는 반면, 노동법상 보호를 이행하고 위험을 제거할 능력이 없는 법인격과 계약을 체결한 근로자는 보호의 바깥, 위험의 중앙에 서게 된다.

능력 책임주의란 해당 노무공급관계를 주도하고 그럼으로써 역으로 현재의 상황을 바꾸어 근로자 보호라는 노동법이 예정한 본래 목적을 달성할 수 있는 능력이 있는 자에게 책임을 지우자는 것이다. 능력 책임주의는 간접고용관계에서 발생하는 노동법 회피와 보호의 실종이라는 새로운 위험에 대처하기 위한 법 원칙이다. 그러나 능력 책임주의는 완전히 새로운 것은 아니다. 근로기준법상 도급인의 책임을 비롯하여 파견법상 사용사업주의 책임, 산업안전보건법상 도급사업주의 책임과 같이 특정한 상황에서 근로자의 보호를 위해 계약 책임주의를 보완하는 원칙으로 존재하여 왔다. 간접고용의 확산에 맞추어 이 원칙을 보다 많은 상황에 적용하는 것이다. 또한 원칙의 사용자책임은 계약책임주의를 보충하는 것이기 때문에 기본적으로 중요한 노동조건에 대해 예외적으로 인정되어야 하겠지만, 만약 원칙의 실질적인 법적 지위가 진정한 도급인이 아니라 파견법상 사용사업주에 해당하는 경우라면 책임의 대상이 되는 노동조건은 넓어지고 책임의 정도 역시 커질 것이다.

2. 산업안전

사내하청관계는 간접고용을 주도하면서 전 산업에서 빠르게 확산되고 있다. 그런데 하청근로자가 근로를 제공하는 장소는 원청의 사업장이고 그 위험을 지배하는 자는 원청임에도 불구하고, 하청근로자의 안전보건책임은 하청에게 부과되고 있다.

이를 보완하여 현재 사내하청관계의 실질이 도급관계인 경우 원청의 산업안전 책임을 정하고 있는 가장 중요한 규정은 유해위험 작업의 도급을 제한하고 있는 산업안전보건법 제28조와 도급사업주의 안전조치 의무를 정하고 있는 같은 법 제29조이다. 그런데 이 규정은 도급관계에서의 산업안전을 확보하기에는 한계가 있다.

개선 방향은 세 가지이다. 첫째, 도급을 줄 수 없는 업무 또는 작업의 범위를 확대한다. 둘째, 도급사업주의 산업안전조치 의무를 확대하여 원칙적으로 모든 장소의 모든 업무를 포괄하도록 한다. 셋째, 법 위반 시 원청과 원청 경영담당자에 대한 형사책임을 강화한다.

3. 임금

사내하청 등 간접고용관계에서는 임금체불이 발생할 가능성이 더 크다. 현행 근로기준법과 최저임금법은 도급인(원청)의 귀책사유로 수급인(하청)이 근로자에게 임금을 지급할 수 없는 경우에만 원청의 책임을 인정한다. 파견관계에서도 임금은 파견사업주(하청)의 책임이고, 오직 사용사업주의 귀책사유로 파견근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에만 사용사업주도 책임을 지도록 하고 있다. 하청근로자의 임금을 확보하기 위해서는 적어도 최저임금에 대해서는 원청도 함께 책임을 지도록 해야 할 것이다.

먼저, 사내하청관계의 실질이 파견관계일 때 파견근로자의 임금을 확보하기 위해 사용사업주도 임금책임을 지도록 하는 것이 바람직할 것이다. 만약 이것이 어렵다면 최소한 최저임금의 적용에서는 파견사업주와 사용사업주 모두를 사용자로 보도록 할 필요는 있다. 한편, 파견근로자가 받는 임금 등이 사용사업주인 원청의 직접고용 근로자보다 적은 경우에는 최근 고등법원 판결을 참고하여 원청도 함께 차별시정의 책임을 질 수 있음을 밝히는 행정해석이나 안내서를 낼 필요가 있다.

다음으로 사내하청관계의 실질이 도급관계인 때에는 도급인(원청)이 수급인(하청)의 근로자(하청근로자)에 대한 임금체불에 책임을 지는 경우를 현행보다 확대하기는 어렵겠지만, 적어도 최저임금의 적용에서는 도급인(원청)에게 보증 책임을 지울 필요가 있다. 만약 이것이 어렵다면 적어도 이인영 의원이 대표 발의한 최저임금법 일부법률개정안(2017. 9. 5)처럼, 최저임금법상 도급인이 책임져야 할 사유에 ‘인상 적용된 최저임금액 이상으로 인건비 단가를 조정하지 아니한 행위’를 추가해야 할 것이다.

4. 노동조합 활동과 단체교섭

하청근로자가 노동조합을 결성하기도 어렵지만, 결성한 때에도 노동조합 활동 역시 쉽지

않다. 원청의 부당노동행위는 최악의 경우 하청업체 폐업의 방식으로 자행되기도 한다. 그러나 사내하청관계에서 노동조합 활동이나 단체교섭과 관련된 명시적인 법 규정은 존재하지 않는다.

분쟁은 사법부에서 해결되고 있는데, 가장 중요한 판례는 2010년의 현대중공업 판결이다. 그러나 판례만으로 간접고용시대의 노사관계를 규율하기에는 불안정성이 높다. 사내하청관계에서 도급인 또는 사용사업주에 해당하는 원청의 부당노동행위 책임과 단체교섭 책임을 인정하는 명문의 규정이 필요하다. 입법 이전에도 고용노동부는 현대중공업 판결을 기초로 사내하청관계에서의 단체교섭과 부당노동행위에 관한 처리 지침을 만들어 운영할 필요가 있다. **KL**