

정책연구

2012-01

간접고용 국제비교

- 파견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로 -

은수미 · 김기선 · 박제성

목 차

제1장 서 론	(은수미)	1
제2장 독일에서의 간접고용	(김기선)	5
1. 머리말		5
2. 독일에서의 근로자과건과 도급의 판단		6
3. 집단적 노사관계에 의한 규율		54
4. 소 결		77
5. 보론: 독일 근로자과건법의 최근 개정		80
제3장 프랑스 노동법상 파견/공급/도급의 구별 법리	(박제성)	95
1. 프랑스 논의의 기본 구조		95
2. 근로자공급 금지의 의의		101
3. 근로자공급과 사내하도급의 구별		107
4. 사건의 재구성		111
5. 결론을 갈음하여		114
6. 보론: 공동사용자 개념		116
제4장 한국의 사내하도급 규율: 단체협약을 통한 보호	(은수미)	133
1. 머리말		133
2. 단체협약에 영향을 주는 요인		141
3. 단체협약 비교		149

4. 소 결	195
제5장 결론 및 정책적 대안	(은수미 · 박제성) 199
1. 요약 및 정책적 대안	199
2. 토론: 향후과제(사내하도급 관련 입법 논의)	213
참고문헌	223

표 목 차

<표 1- 1> 병원 규모별 사내하도급 활용 정도(2008)	3
<표 2- 1> 독일 내 연평균 파견근로자의 수(2000년 이후)	55
<표 2- 2> 전체 사용사업 내 파견근로자의 평균적인 수 (2004~2008)	56
<표 2- 3> 사업규모에 따른 파견근로의 이용 빈도 (2008년 6월 기준)	57
<표 4- 1> 사업체규모별 노동조합 조직률(2009)	139
<표 4- 2> 산별 단체협약의 적용범위와 조합원 가입범위: 보건과 금속	150
<표 4- 3> 2011년 금속산업산별협약 구성 및 비정규직 관련 조항 ...	154
<표 4- 4> 비정규직 관련 내용: 금속산별협약(2011)	154
<표 4- 5> 비정규직 관련 내용: 보건의료산별협약(2008)	158
<표 4- 6> 보건의료노조 기업협약 조합원 가입범위: 보건의료노조 조사결과(2009)	162
<표 4- 7> 보건의료노조 37개 지부 단체협약: 조합원 자격 제한 ...	163
<표 4- 8> 금속노조 산하 59개 지부 단체협약: 조합원 자격 제한 ...	164
<표 4- 9> 금속노련 산하 58개 지부 단체협약: 조합원 자격 제한 ...	167
<표 4-10> 금융산업 민주노총 산하 36개 지부 단체협약: 조합원 자격 제한	168
<표 4-11> 공공부문 상급단체별 기업노조 협약: 조합원 자격 제한	169
<표 4-12> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형: 보건의료산업	171
<표 4-13> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형: 금속산업	178

<표 4-14> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형: 금융산업	186
<표 4-15> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형: 공공부문	189
<표 5- 1> 파견과 도급의 판단기준 (도급계약일지라도 파견인 경우)	200

그림목차

[그림 4-1] 지난 5년간 비정규 노동시장의 변화	134
[그림 4-2] 기간제 근로의 파견, 용역으로의 대체 효과	135
[그림 4-3] 법제도적인 개혁방안	136
[그림 4-4] 상급단체별 노조유형별 조합원 비중	142
[그림 4-5] 전체 조직률과 초기업노조 조합원 비중(2004~2010)	142

제 1 장 서 론

본 연구는 한국노동연구원의 『사내하도급과 노동법』(박제성 외, 2009), 『사내하도급과 한국의 고용구조』(은수미 외, 2011)의 후속 연구이다. 더불어 최근까지 이루어진 사내하도급의 연구 성과를 발전시키고 향후 과제를 분명히 하려는 시도이다.

그동안의 연구에 따르면 간접고용, 특히 사내하도급은 중심-주변으로의 노동시장 분절과 사회적 양극화, 노동3권 사각지대를 형성하는 주요한 요인이다. 또한 사내하도급은 그 자체로 실체적 법률관계를 갖는 법적 개념이라기보다는 하나의 현상(노동력 사용에 관한 특별한 방식을 둘러싼 현상)을 지칭하는 것이다(박제성 외, 2009). 따라서 그 실체를 규명하고 헌법과 노동법 및 사회적 정의와 상식에 걸맞은 정책적 대안 모색이 긴급하다는 것이 중요한 연구 결과이다.

그 이유를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 한국의 사내하도급은 규모와 비중이 상당히 크고 제조업만이 아니라 전 산업에 걸쳐 있다. 대기업·공기업일수록 사내하도급을 많이 활용하고 2008년 현재 300인 이상 대기업의 54.6%가 사내하도급을 활용하며 사내하도급 근로자는 369천 명¹⁾이다. 또한 사내하도급까지를 포함한 300인 이상 대기업 비정규직은 684천 명²⁾으로 전체 임금근로자의 30.8%이다. 비정규직의 53.9%가 사내

1) 300인 이상 대기업 정규직 대비 18.8%, 300인 이상 대기업 중 사내하도급 활용 기업 정규직 대비 28.0%이다.

2) 2008년 실시한 300인 이상 대기업 전수조사에도 불구하고 무응답 기업이 꽤 있기

2 간접고용 국제비교

하도급이며, 정규직(1,532천 명, 2008년) 대비 44.6%가 비정규직이다. 비정규직의 70~80%가 100인 미만 기업에 분포한다는 것은 300인 이상 대기업 사내하도급을 제외한 일종의 은폐효과이다. 300인 이상 대기업의 임금 노동자가 1993년 22.6%에서 2009년 13.7%로 줄어든 것, 특히 1,000인 이상 대기업의 임금노동자가 13.6%에서 6.1%로 감소한 것과 사내하도급 등 비정규직이 증가한 것은 동전의 양면일 수 있다.

사내하도급은 일자리의 질과 양 모두에 부정적인 효과를 미친다. 특히 1997년을 전후한 사내하도급의 확산은 기업의 중간 직무를 대체하기 때문에 중간 일자리의 소멸과 저임금 노동의 확산, 중심-주변으로의 노동시장 분절을 강화했다. 사내하도급을 매개로 한 노동시장 구조 분절(dualism)의 전형적인 사례는 KT의 지속적인 정규직 정리해고와 아웃소싱으로의 대체이다. 1993년 정부 지분이 90%였던 KT는 2002년 정부 지분 0%의 민간기업으로 바뀌었다. 2008년 외국인 지분이 47.5%(의결권 지분의 63.9%)였으며 배당성향도 2002년 10%에서 2008년 50%로 확대되었다. 반면 정리해고 등 구조조정이 동시에 이루어져 1995년부터 2009년까지 총 26,555명을 해고하였다. 민영화를 본격적으로 시작하기 이전인 1986년부터 1994년까지의 구조조정 인원이 509명에 불과한 것과 대비된다. 더군다나 없어진 일자리의 대부분을 아웃소싱으로 대체하고 정규직 노동자의 노동 강도가 급격하게 강화되어 2011년 한 해 동안 자살을 포함한 사망자가 14명이었다(권혜원, 2009; 은수미, 2011a). 결국 민영 KT의 성장은 정리해고를 통해 정규직이나 중간 직무를 없애고 사내하도급을 늘리는 한편 노동강도를 강화시키고 고용불안을 야기하는 분단 노동시장의 강화인 것이다.

이와 유사한 양상이 서비스업에서 급격하게 확산되어 최근에는 병원산업으로까지 퍼졌다. 노동부의 2008년 사내하도급 전수조사에 따르면 300인 이상 병원의 82%가 사내하도급을 활용하며 무응답 혹은 미활용이라고 응답한 병원의 상당수도 사내하도급을 사용한다는 점에서 거의 100%일 가능성이 높다. 정규직 대비 사내하도급 노동자의 비중은 14.0%로 300인 이상 전체기업의 18.8%보다는 낮지만 하우스키핑(청소, 세탁, 린넨, 조리, 배식 등)뿐만 아니라 간호보조 업무에의 불법파견이 늘어나는 등 사

때문에 이 수치는 최소 수치이다.

〈표 1-1〉 병원 규모별 사내하도급 활용 정도(2008)

	전 체	300~500인 미만	500~999인	1,000인 이상
정규직 대비 사내하도급 노동자 비중(%)	14.0	9.8	16.0	15.1
사내하청업체당 평균 노동자 수(명)	36.2	21.1	34.7	50.0

주: 2008년 조사 당시 응답하지 않은 병원은 2009년 조사결과와 비교하여 수치 부여.
자료: 노동부(2008)의 사내하도급 전수조사 결과를 은수미(2011b)에서 재인용.

내하도급이 계속 확대되는 추세이다. 이 역시 중간 직무를 없애고 간접고용, 저임금 일자리로의 대체를 통해 사회적 양극화를 강화하는 효과를 가진다.

경쟁이나 비용절감 때문에 사내하도급 활용이 불가피하다는 주장은 입증되지 않는다. 사내하도급 활용이 정부정책, 이윤 중심의 단기적 경영전략, 대기업 따라하기 등의 조직적 동형화 탓일 가능성이 크다. 1970~80년대 정부의 중공업육성정책은 제조 대기업에서 정규직과 사내하도급을 동시에 활용하는 모델을 만들었다. 이 모델은 1997년을 전후하여 전 세계적인 경쟁력 강화와 노동유연화 담론의 확산, IMF 경제위기에 따른 정리해고와 아웃소싱의 확산, 정부의 공기업 민영화와 경영혁신 요구 등을 배경으로 제조업만이 아니라 서비스업 등의 전 산업으로 확산되었다. 더불어 사내하도급이 법적 규율이나 노사관계를 통한 보호의 무풍지대였다는 사실 역시 사내하도급 확대의 중요한 원인이다. 외국에서는 파견법 도입과 더불어 파견과 도급을 구분하고 법률이나 판례에 의해 그것을 규율하는 반면 한국에서는 아직 그와 같은 규율이 취약하다.

최근 변화 가능성이 엿보이긴 하다. 2008년 현대중공업 대법원 판결부터 2010년 현대자동차 대법원 판결 등에 이르기까지 사내하도급의 불법성을 인정하는 판례가 쌓이는 추세이다. 일부 지자체에서는 사내하도급까지를 포함한 비정규직의 정규직 전환이나 준공영화를 추진하는 중이다. 또한 2011년 민주당 등은 파견법 개정을 통한 사내하도급 규율을 주장하고 한나라당 역시 파견법 개정안을 통과시켰다.

고용노동부 역시 사내하도급 가이드라인을 노사정위원회의 합의사항으로 추진한 바 있다. 하지만 이것은 위법한 사내하도급과 적법한 사내하도급에 대한 구분 없이 모든 사내하도급을 대상으로 합리적 활용을 권고

4 간접고용 국제비교

한다는 점에서 취약하다. 가이드라인의 목적도 “사내하도급 관계가 상호 협력하여 (중략) 사내하도급 근로자의 고용안정 및 근로조건을 개선하고 기업의 경쟁력을 높이기 위한 것이다”라고 제시하여 사내하도급의 보호에 초점을 맞춘 것인지 경쟁력 강화에 초점을 맞춘 것인지 불분명하다. 또한 사내하도급을 “원사업주로부터 업무를 도급받거나 (중략) 수행하는 것을 말한다”고 정의하여 기존의 민법상의 규정에 머물러 있다.

이 때문에 위법한 경우와 적법한 경우를 구별하여 각각 그 법률 효과 및 규율방식을 만드는 것은 여전히 남아 있는 과제이다. 따라서 이 글은 독일과 프랑스의 파견과 도급의 기준을 살펴보는 것을 통해 위법한 사내하도급과 적법한 사내하도급에 대한 구별 및 법제도적 규제를 소개하고 그것이 한국에 던지는 함의를 추적한다. 그리고 이 연구는 노사관계를 통한 규율에 주목한다. 경영전략의 변화나 간접고용에 대한 보호는 법적인 강제만이 아니라 노사관계를 통한 규율에 의해서도 가능하기 때문이다. 하지만 노사관계를 통한 사내하도급 보호 등에 대한 연구는 아직 취약하다. 따라서 독일과 프랑스에서의 노사관계를 통한 규율 관행이나 사례를 소개하면서 한국의 금융, 금속, 보건산업 및 공공부문 단체협약에서의 사내하도급 규율 관행을 분석하여 향후 노사관계를 통한 보호와 규제 가능성을 검토한다. 연구방법은 필요할 경우 해당 장에서 별도로 소개한다.

제 2 장 독일에서의 간접고용

1. 머리말

오늘날 독일 내 상당수의 기업이 외부 인력(Fremdfirmenarbeitnehmer)에 의존하고 있다. 일반적으로 외부 인력이란, 근로계약상의 사용자가 아닌 다른 사용자의 사업 내에서 근로를 제공하는 근로자를 일컫는다.³⁾ 아웃소싱(outsourcing)에 의해 일정한 업무를 외부 기업에 위탁하는 방법 이외에, 외부 인력의 사용은 근로자파견에 의할 수도 있고 독일 민법 제 631조 이하에서 규정하고 있는 도급계약 등에 의해 수급인의 근로자를 활용하는 방식에 의해서도 이루어질 수 있다. 그런데 실제에서는 실질은 근로자파견이지만 이에 대해 독일 근로자파견법상 가해지는 여러 가지 제한 등을 회피하기 위해 형식상 도급계약을 체결하는 경우가 빈번히 일어나고 있다. 말하자면, 우리의 경우에도 그러하듯이 독일에서도 불법파견임을 감추기 위한 일종의 ‘도급계약으로의 도피(Flucht in den Werkvertrag)’⁴⁾ 현상을 볼 수 있다.

한편 기업의 외부인력 활용은 두 가지의 측면에서 근로자에게 중대한 영향을 미친다. 첫째, 외부 인력은 직접 고용된 근로자에 비하여 열악한

3) Feuerborn, “Gestaltungsmöglichkeiten des Einsatzes von Fremdfirmenarbeitnehmern,” WiB 1996, p.198.

4) Hamann, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2010, § 1 Rn. 113.

6 간접고용 국제비교

근로조건하에 있을 뿐만 아니라, 심각한 고용불안마저 안게 된다. 둘째, 기업 내 외부인력 근로자의 사용은 외부인력 근로자뿐만 아니라, 사업 내의 정규직 근로자에게도 중대한 영향을 미친다.⁵⁾ 예컨대 사업 내에 외부인력을 다수 사용되게 되면 정규직 근로자의 수는 점차 감소하게 되고, 이에 따라 노동조합의 교섭력이 약해지거나 쟁의행위의 효력이 반감될 수 있다는 우려가 바로 그것이다. 근로자 측의 입장에서 본다면 이러한 점에서 기업의 외부인력 활용을 집단적 노사관계의 측면에서 대응할 필요성이 있게 된다.

이하에서는 독일 내 근로자파견과 도급의 구별에 관한 논의를 살펴보고 이에 대해 평가를 해보며, 독일 내 외부인력 활용, 특히 파견근로에 대한 집단적 노사관계 측면에서의 규율에 대해 살펴보고자 한다.

2. 독일에서의 근로자파견과 도급의 판단⁶⁾

가. 서론

1) 판단의 의의

독일에 있어서 근로자파견과 도급의 구별은 여러 법률분야에 걸쳐, 특히 노동법적으로 상당히 중요한 의미를 갖는다. 우선, 해당 법률관계가 도급인지 근로자파견인지는 개별 근로자에게 대단히 중요한 의미가 있다. 도급의 경우와는 달리, 근로자파견은 독일 근로자파견법상 여러 가지 제한을 받는다. 예컨대 파견사업주가 합법적으로 영리를 목적으로 하는 근로자파견을 하기 위해서는 독일 근로자파견법 제1조 제1항 제1문에 따라 근로자파견허가가 있어야 한다. 그리고 파견사업주에게 파견허가가 없는 경우에는 독일 근로자파견법 제9조 제1호에 의해 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로계약은 무효가 되며, 이 경우 사용자사업주와 파견근로자 사

5) Ulber, "Rechtliche Grenzen des Einsatzes von betriebsfremden Arbeitnehmern und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats", AuR 1982, p.59.

6) 이하의 내용은 김기선(2011), 『근로자파견과 도급의 판단 - 독일의 논의를 중심으로』, 『노동법연구』 제31호, 서울대학교 노동법연구회, pp.51~105의 내용을 보충 및 재편집하여 수록한 것임을 밝혀둔다.

이에는 근로관계가 성립된 것으로 간주된다(독일 근로자파견법 제10조 제1항 제1문).⁷⁾

근로자파견인지 도급인지의 판단은 독일 노동법상 근로자대표(Betriebsrat)의 권한행사 여부와 관련해서도 상당한 의미를 가지고 있다. 독일 근로자파견법 제14조 제3항 및 사업조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 제99조에 따르면, 사용사업주는 파견근로자를 사용하기에 앞서 근로자대표에게 이에 관해 일정한 정보를 제공하고 그 동의를 얻어야 한다. 그리고 근로자대표는 법률에 정해진 일정한 사유(사업조직법 제99조 제2항 제1호 내지 제6호)가 있는 경우 파견근로자의 사용에 대한 사용자의 동의 요구를 거부할 수 있다. 사용자가 근로자대표의 동의 없이 파견근로자를 이용하면 근로자대표는 노동법원에 파견인력의 사용중지를 신청할 수 있다(사업조직법 제101조). 이에 반해 진정 도급계약의 경우 도급인은 수급인의 근로자에 대하여 노동법상의 지시권을 가지고 있지 않기 때문에, 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내에서 업무를 수행하더라도 근로자대표에게는 이에 대한 동의를 거부할 권한이 일반적으로 인정되지 않는다.⁸⁾

또한 독일 근로자파견법은 제15조 이하에서 무허가 불법 근로자파견에 대한 형벌 및 과료를 규정하고 있다. 따라서 독일에서 도급인지 근로자파견인지 여부는 벌칙규정의 적용 여부와 관련해서도 의미가 있다.⁹⁾

2) 판단상의 어려움

이론상으로 근로자파견과 도급은 명확히 구별될 수 있다. 근로자파견의 경우에, 파견사업주는 근로자파견계약에 의하여 '사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사할 근로자를 파견'할 채무를 부담한다. 파견사업주의 채무는 사용사업주가 그 근로자를 지휘·감독할 수 있도록 인력을 조달하는 데 머무르고, 그 인력의 이용에 따른 일정한

7) 불법파견으로 인해 파견근로자와 사용사업주 간에 직접고용이 간주되는 경우에 근로관계의 내용에 관하여는 Boemke/Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2005, § 10 Rn. 32 이하 참조.

8) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 8; Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 14 Rn. 541 이하.

9) Niebler/Biebl/Roß, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2003, Rn. 645 이하 참조.

결과 발생에 대한 채무를 부담하지는 않는다. 파견사업주는 파견근로자의 선발에 대한 과실에 대해서만 책임을 부담할 뿐이다. 파견기간 중 근로자를 사용하는 자는 사용자이며, 파견근로자는 근로자파견기간 동안 사용자사업주의 지시를 받는다. 이에 반해 도급의 경우에 수급인은 도급인에게 노동력 파견에 대한 채무가 아니라 ‘약정한 일의 결과’에 대한 채무를 부담한다. 수급인은 일의 완성을 위하여 자신의 근로자를 사용하기 때문에 도급계약에서 수급인의 근로자는 수급인의 이행보조자 위치에 서게 되고 수급인으로부터 노동법상의 지시를 받는다. 도급계약의 이행을 위하여 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내에서 업무를 수행하더라도 그 근로자는 도급인으로부터 노동법상의 지시를 받지 않는다.

이렇게 근로자파견과 도급은 이론상 명확히 구별되지만, 실제에 있어서는 이를 판단하기란 쉽지 않다. 근로자파견과 도급의 판단을 어렵게 하는 근본적인 원인은, 민법상의 도급에 관한 규정이 채권법상의 다른 대부분의 규정과 마찬가지로 강행법규가 아닌 임의법규적 성격을 가지고 있기 때문에, 계약당사자는 계약자유의 원칙에 의하여 계약내용을 자유로이 형성할 수 있는 상당한 여지를 가진다는 점에 있다. 따라서 도급계약은 다양하면서도 복잡한 형태로 이루어질 수 있고 형식상으로는 도급이지만 실제의 모습과 기능은 근로자파견에 더욱 근접할 수도 있다. 예컨대 도급계약이 노무도급과 같이 서비스의 급부를 계약 대상으로 하거나 수급인의 근로자가 도급인의 사업장에서 사용되는 경우에는 그 구별이 어려워진다.

3) 판단에 관한 법률규정의 부재

독일의 경우 근로자파견과 도급을 구별하는 명확한 판단기준을 제시하는 법률규정은 존재하지 않는다. 1972년 근로자파견법 제정 당시 독일 정부는 근로자파견과 도급을 구별하는 데 적지 않은 어려움이 있음을 인정하면서도, 구별 기준에 관한 입법을 의식적으로 하지 않은 것으로 보인다.¹⁰⁾ 근로자파견법 제정 당시 연방의회의 노동·사회위원회 보고서는

10) Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienstund Scheinwerkverträgen, 1995, p.68; Rosenstein, Die Abgr-

근로자파견법 제1조(파견허가의무)를 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법률규정에 의해 보완하는 것은 적절치 않고, 근로자파견과 도급의 구별 문제는 연방노동청 고시에 의해 해결되어야 하며 행정관청은 위장도급에 의한 파견허가의무의 회피를 주된 감독대상으로 삼아야 할 것이라고 밝히고 있다. 그리고 이를 위해 연방정부는 2년마다 파견허가에 의한 근로자파견 및 불법 근로자파견의 실태에 관해 보고해야 할 것이라고 하였다.¹¹⁾

그러나 이후 연방노동청의 고시가 이루어지지 않으면서 근로자파견과 도급의 구별을 둘러싼 법적 불안은 지속되었다. 때문에 독일 정부는 근로자파견과 도급의 구별 기준을 법률로 제정할 것으로 고려하였다. 이에 따라 1975년 당시 연방노동부는 법률초안에 근로자파견법에 대한 회피가 있음을 보여주는 전형적인 경우를 근로자파견으로 추정하는 규정을 마련하였다.¹²⁾ 그러나 이 법률안에 대해 각 주정부, 사회보험기관 및 노동계는 동의를 한 반면, 경영계는 반대를 함으로써 결국 입법화되지는 못하였다. 그 이후에도 법률로 근로자파견과 도급의 상세한 구별 기준을 마련해야 한다는 제안이 있었지만 연방정부는 이를 실천에 옮기지 않았다. 이로 인해 도급인지 아니면 (불법한) 근로자파견에 해당하는지의 판단은 결국 판례와 학설에 의해 해결되어야 할 문제로 남겨졌다.

enzung der Arbeitnemerüberlassung von Fremdfirmeneinsatz aufgrund Dienst- oder Werkvertrags, 1997, p.102; Walle, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, p.78.

11) BT-Drucksache VI/3505, p.2.

12) “사용자의 행위가 주로 다른 사업으로 근로자를 파견하는 데 제한되거나, 사용자가 근로자를 다른 사용자의 사업에 근로자를 파견하고 근로자가
1. 다른 사용자의 지시에 따라 근로를 제공하거나,
2. 다른 사용자의 근로자와 동일한 업무를 제공하거나,
3. 다른 사용자의 원료 및 작업도구에 의해 주로 업무를 수행하거나,
4. 파견한 사용자가 일의 결과에 대해 책임을 부담하지 않고 근로를 제공하거나,
5. 파견한 사용자에 대해 시간에 기초한 보수가 지급되는 업무를 수행하는 경우에는, 영리를 목적으로 한 근로자파견이 있는 것으로 추정한다.”

나. 판례에 의한 근로자파견과 도급의 판단

1) 판단의 기본원칙

가) 실질 판단의 원칙

근로자파견과 도급의 구별에 있어서 독일 연방노동법원의 확고한 기본 원칙은, 도급 또는 근로자파견인지에 대한 법적 판단에 있어서는 계약당사자가 원한 법적 효과 또는 계약명칭이 기준이 되는 것이 아니라 실제 법률행위의 내용이 중요한 의미를 갖는다는 것이다.¹³⁾ 따라서 계약을 체결하는 자는 법률행위의 내용과 다른 계약형식을 선택함으로써 근로자파견법이라는 강행적 보호규정의 적용을 회피할 수 없다.¹⁴⁾ 그리고 연방노동법원에 의하면, 실제 법률행위의 내용이 무엇인지는 계약당사자 간에 합의된 내용뿐만 아니라 계약의 실제적 이행모습에 의해 이를 파악할 수 있고, 계약상의 합의 내용과 계약의 실제적 이행모습이 일치하지 않는 경우에는 실제 이행된 계약의 모습이 중요한 의미를 갖는다.¹⁵⁾ 계약이 실제 어떻게 이행되었는가를 봄으로써 계약당사자가 어떠한 권리의무를 승인한 것인지, 다시 말해 계약당사자가 진정으로 의도한 것이 무엇인지를 가장 잘 파악할 수 있기 때문이다. 따라서 이와 같은 방법에 의해 확인된 계약당사자의 실제적 의사에 의해 법률행위의 내용 및 계약 형태가 결정된다.

뿐만 아니라 연방노동법원은 최근 판결¹⁶⁾에서, 개념상 근로자파견은 근로자파견계약에 의한 것이어야 하며 도급계약 등과 같이 이와 다른 합의가 있다는 것으로는 근로자파견을 인정하기에 불충분하다는 하지만,

13) 예컨대 BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 6. 8. 2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG.

14) 도급과 근로자파견의 판단에 있어서 ‘법형식강제(Rechtsformszwang)’가 적용된다는 점은 학설에서도 거의 이론의 여지없이 인정되고 있다. 대표적으로 v. Hoyningen-Huene, “Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?”, BB 1985, p.1672; Schaub, “Die Abgrenzung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von Dienst- und Werkverträgen sowie sonstigen Verträgen der Arbeitsleistung an Dritte”, NZA 1985 Beilage 3, p.4.

15) BAG v. 15. 6. 1983, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG; BAG v. 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7; BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

16) BAG v. 13. 8. 2008, AP Nr. 19 zu § 10 AÜG.

계약의 내용과 실제 계약의 이행모습이 다른 경우에는 계약의 실제 이행된 모습이 중요한 의미를 가지는 것이므로 계약당사자가 형식상으로는 도급계약 등을 체결하였지만 계약에 합의된 내용과 다르게 계약이 이행될 것이라는 사실에 대한 인식이 있거나 또는 적어도 이를 용인한 경우에는 근로자파견계약이 없다 하더라도 계약의 실제 이행모습으로부터 계약당사자의 진정한 의도가 근로자파견에 있었음을 추론하는 것이 허용될 수 있다고 판단한 바 있다.

나) 제반 사정을 고려한 종합적 판단

독일 연방노동법원에 따르면, 근로자파견은 파견사업주가 사용사업주에게 인력을 공급하고 그 공급된 인력이 사용사업주의 사업에 편입되어 사용사업주의 지시에 따라 근로를 제공하는 경우를 말한다. 따라서 이에 의하면, 근로자파견은 파견된 근로자가 사용사업주의 사업으로 편입된다는 점, 그리고 사용사업주에 의한 지시권의 행사가 있다는 데 그 특징이 있다. 그러나 연방노동법원은 파견근로자의 사용사업주로의 편입, 사용사업주에 의한 지시권 행사에 의해서만 도급 또는 근로자파견인지를 판단하지는 않고 있다. 독일 연방노동법원은 기본적으로 근로자파견과 도급이라는 이 두 계약유형이 가지고 있는 각각의 특수성을 중심으로 하여 근로자파견과 도급을 구별하는 방식을 택하고 있다. 연방노동법원은 도급인지 근로자파견인지가 문제된 거의 대부분의 사건에서 다음과 같이 판시하고 있다.

“3면 당사자가 관련된 모든 인력활용형태가 근로자파견법상의 근로자파견에 해당하는 것은 아니다. 근로자파견은 도급계약에 의한 수급인 근로자의 업무수행과는 구별되어야 한다.

근로자파견의 경우에 사용사업주는 인력을 공급받는다. 사용사업주는 공급받은 인력을 사업 내에서 자신의 생각과 목적에 따라 자기의 근로자와 마찬가지로 사용한다. 이들 인력은 사용사업주의 사업 내에 전적으로 편입되어 사용사업주의 지시에 따라서만 근로를 수행한다. 사용사업주에 대한 파견사업주의 계약상 의무는 파견사업주가 근로자를 선발하고 이들 근로자를 근로제공을 목적으로 사용사업주에게 제공함으로써 종료된다.

파견사업주는 파견근로자의 선발에 과실이 있는 경우에만 책임을 진다.

도급계약에 의한 수급인의 업무수행은 근로자파견과는 구별된다. 도급 계약의 경우에 수급인은 다른 자를 위하여 행위한다. 수급인은 독자적인 경영상의 여건에 따라 경제적 효과를 달성하기 위하여 필요한 행위를 계획·수행하고, 계약상 합의된 일의 완성에 대하여 책임을 진다. 도급계약의 이행을 위하여 투입된 근로자는 수급인의 지시 아래 있으며 수급인의 이행보조자이다. 이러한 도급계약에 대하여는 근로자파견법이 적용되지 않는다.”¹⁷⁾

이상에서 보는 바와 같이, 연방노동법원은 도급계약(독일 민법 제631조) 또는 근로자파견(독일 근로자파견법 제1조 제1항 제1문)의 정의를 토대로 해당 사건의 사실관계를 이에 포섭(Subsumtion)하는 방법에 의해 근로자파견과 도급을 구별하는 것이 아니라, 대비되는 여러 기준을 기술하는 유형적 방법(Typusmethode oder typologische Methode)에 의해 근로자파견과 도급을 구별하고 있다.¹⁸⁾ 유형적 방법론에서는 일정한 계약유형에 해당하는 것으로 판단하기 위해 반드시 존재해야 할 유일한 기준이란 존재하지 않는다. 그렇기 때문에 문제가 된 사건의 사실관계가 어떠한 법률관계에 해당하는지에 대한 판단은 해당 사건의 모든 세부적인 사항이 각각의 계약형태에 완전히 일치하는지가 아니라 사건의 전체적인 모습이 어떠한가를 평가하는 방식으로 이루어진다.¹⁹⁾ 따라서 구체적 사실관계에 대한 법적 판단은 제반 사정을 종합적으로 고려하는 방식을 통해서만 가능하다. 이 점에서 연방노동법원은 도급과 근로자파견의 구별에 의미가 있다고 판단되는 다양한 기준이 각각의 사건에서 가지는 의미를 전체적으로 고려하는 방식(abschließende Gesamtbetrachtung)에 의해 도급 또는 근로자파견에 해당하는지를 판단하고 있다.²⁰⁾

17) 예컨대 BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 6. 8. 1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39; BAG v. 6. 8. 2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG.

18) v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, p.1672.

19) Walle, 앞의 책, p.95.

20) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

2) 판단기준

이상과 같은 판단 원칙에 기초하여, 독일 연방노동법원은 다음과 같은 기준을 근로자과건과 도급의 판단기준으로 활용하고 있다.

가) 사용사업으로의 실제적 편입

연방노동법원에 따르면 근로자과건은 근로자가 사용사업주의 사업 내에 편입되어 그 지시에 따라 근로를 제공하는 경우에 해당하기 때문에, 도급 또는 근로자과건인지의 판단에 있어서는 근로자가 사용사업주의 사업 내에 실제로 편입되었는지 여부가 중요한 기준이 되고 있다.²¹⁾ 근로자가 사용사업 내의 정규근로자와 마찬가지로 그 사업에 편입된 경우에는 근로자과건에 해당할 수 있는 반면, 이러한 편입이 없으면 이는 도급계약에 의한 인력 이용으로 볼 수 있다는 것이다.

이에 따르면, 근로자가 종전까지 사용사업주의 정규근로자에 의해 처리되던 업무를 수행하는 경우,²²⁾ 근로자가 사용사업 내의 정규근로자와 혼재되어 있거나 정규근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 있는 등 분업적 협업관계에 있는 경우,²³⁾ 근로자가 계약에서 정한 것 이외의 업무를 수행하는 경우²⁴⁾ 등은 사용사업으로의 편입이 있음을 보여주는 정황으로 인정될 수 있다.

또한 도급사업에 의해 원료 및 작업도구가 조달되는 경우²⁵⁾나 작업복, 안전복 또는 안전장구 등이 도급사업에 의해 지급되는 경우²⁶⁾와 같이 근로자가 외관상 사용사업 내의 정규근로자와 구별되지 않는 경우 이는 사용사업으로의 편입이라는 관점에서 볼 때 도급계약이 아님을 보여주는 사정으로 인정될 수 있다.²⁷⁾

21) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 5. 3. 1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG; BAG v. 9. 7. 1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG.

22) BAG v. 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7.

23) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 31. 3. 1993, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 76.

24) BAG v. 6. 8. 1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39.

25) BAG v. 15. 6. 1983, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG; BAG v. 18. 1. 1989, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972.

26) BAG v. 25. 6. 1986, EzAÜG § 10 AÜG Vertrauensschaden Nr. 1.

27) 그에 반해 연방노동법원은 다른 판결에서는 근로자과건과 도급의 구별에 있어 작

한편, 연방노동법원은 근로자가 도급사업 내에서 업무를 수행하고 있다는 사실 그 자체 또는 근로자가 도급사업 내에서 업무를 수행한 기간은 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 데 중요한 의미를 갖지 않는다고 한 바 있다.²⁸⁾

나) 노동법상의 지시권

근로자파견의 경우에 사용사업주는 파견사업주와의 근로자파견계약에 의하여 파견기간 동안 파견근로자에 대하여 지시권을 갖는다. 이 점에서 연방노동법원은 누가 노동법상의 지시권을 가지고 있는지를 도급 또는 근로자파견인지 판단하는 중요한 기준으로 삼고 있다.²⁹⁾ 이에 따르면, 도급인이 정규근로자와 수급인의 근로자로 구성된 하나의 작업집단 전체에 대하여 지시를 하는 경우에는 도급인에 의한 노동법상 지시권의 행사를 인정할 수 있게 된다.³⁰⁾ 뿐만 아니라, 수급인을 대신하여 근로자를 지시, 감독할 수급인의 현장감독인이 선임되어 이들이 도급사업 내 수급인 근로자의 업무수행을 감독하고 있기는 하지만, 이들 현장감독인이 도급인이 결정한 지시내용을 그대로 근로자에게 전달하는데 머물고 있는 경우에도 도급인에 의해 노동법상의 지시권이 행사된 것으로 볼 수 있다.³¹⁾

한편, 연방노동법원은 독일 민법 제645조 제1항 제1문³²⁾에서 보는 바와 같이 도급인도 수급인 또는 그 이행보조자에 대하여 일의 완성과 관련

업도구의 조달 및 작업복의 지급은 중요한 의미가 없을 수 있다고 판단하였다 (BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG). 또한 이 판결에서 연방노동법원은 근로자의 근로시간을 사용사업 내 정규근로자의 근로시간과 조율함으로써 근로자가 사용사업 내 정규근로자에게 적용되는 근로시간 및 휴게시간을 준수토록 하는 것은 근로자파견을 긍정 또는 부정하는 기준이 될 수 없다고 판단한 바 있다.

28) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

29) BAG v. 10. 2. 1977, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG; BAG v. 15. 6. 1983, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG.

30) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

31) BAG v. 15. 6. 1983, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG.

32) 독일 민법 제645조 제1항 제1문: 도급인에 의해 조달된 재료의 하자 또는 도급인에 의해 일의 완성에 대하여 부여된 지시로 인해 일이 도급인에게 인도되기 전에 수급인의 책임 없이 멸실되거나 상태가 악화되거나 또는 수행할 수 없게 된 경우에 수급인은 제공한 일에 상응하는 보수 및 보수에 포함되지 않은 비용의 변상을 요구할 수 있다.

한 지시를 할 수 있다는 점을 고려하여, 어떠한 지시가 있었던 경우 이것이 도급인이 가지는 도급계약상의 지시인지 아니면 노동법상 지시인지를 검토해야 한다고 한다.³³⁾ 이에 따르면 도급계약상 도급인의 지시는 일의 완성과 관련성이 있어야 한다. 따라서 일정한 지시가 특정한 공정방식 또는 품질에 관한 것이거나 도급목적물의 크기나 수량과 같이 도급계약의 내용에 관한 것인 경우 이는 도급계약상 허용되는 지시로 인정된다. 한편 노동법상의 지시는 근로제공의 내용, 장소, 시간 등과 같이 개별 근로자의 업무수행을 직접 구속하는 형태의 인적 관련성을 가지는 지시를 말한다. 그러므로 도급인에 의해 개별 근로자가 제공해야 할 업무의 내용이 결정되는 경우 이는 도급상의 지시권을 넘는 것이 된다고 한다.³⁴⁾

이와 같이 독일 연방노동법원은 도급상의 지시와 노동법상의 지시를 구별하면서, 이 두 가지 형태의 지시는 택일적 관계에 있다고 보고 있다. 하나의 지시는 도급계약상의 지시 또는 노동법상의 지시라는 것이다 ('Entweder-oder-Prinzip').³⁵⁾ 그러나 이와 같은 연방노동법원의 태도는 하나의 동일한 지시가 도급상의 지시인 동시에 노동법상의 지시도 될 수 있다는 “지시의 이중적 기능(Doppelfunktionalität der Weisungen)”을 간과하고 있다는 강한 비판을 받고 있다.³⁶⁾ 예컨대 대형할인매장에서 물건의 진열을 수급인에게 도급주면서 도급인이 진열될 물건을 조달해 주고 수급인의 근로자로 하여금 이를 진열대에 진열토록 한 경우에, 이러한 지시는 일의 완성과 관련된 것이기도 하지만 근로제공의 내용을 결정한다는 점에서 인적 관련성도 가진다는 것이다. 따라서 이는 도급상의 지시인 동시에 노동법상의 지시에 해당하고, 이와 같이 지시의 이중적 기능이 인정되는 경우에는 사용자업주에 의한 지시권의 행사로 인정되어야 한다는 것이다.³⁷⁾

33) BAG v. 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7; BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

34) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

35) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 5. 5. 1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG; BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

36) Hamann, 앞의 책, pp.126~127; in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 1 Rn. 134.

37) Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, 3. Auflage 2007, pp.88~89.

다) 도급계약으로서의 실체

연방노동법원에 의하면 도급계약으로서의 실체가 있는지 여부도 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 기준이 되고 있다.

도급계약에서는 도급인 사업 내의 다른 업무와 구분 가능하며 수급인에게 귀속될 수 있는 일의 결과가 있을 것이 그 전제가 된다. 그러므로 “조립업무” 또는 “수리업무”와 같이 계약당사자 간에 합의된 업무에 대한 정함이 구체적이지 않고 대략적인 수준에 머물고 있는 경우, 이는 계약의 목적이 일정한 일의 완성이 아니라 근로제공을 목적으로 한 근로자파견이었음을 보여주는 사정으로 인정될 수 있다.³⁸⁾

그리고 근로자파견과 달리, 도급계약의 경우 수급인은 도급인에 대하여 하자담보책임, 보수에 대한 위험부담, 이행보조자의 불완전이행에 대한 책임 등 특수한 위험을 부담한다. 따라서 도급계약으로서의 실체가 있는지 여부는 수급인이 실제 이러한 위험을 부담하고 있는지에 의해서도 판단될 수 있다. 그러므로 법률에 정해진 바와 다르게 계약상 수급인의 하자담보책임 또는 보수에 대한 위험이 인정되지 않거나 또는 수급인에 의해 투입된 인력의 불완전이행에 대한 책임이 면제되어 있는 경우 이는 도급계약이 아님을 보여주는 사정에 해당할 수 있다.³⁹⁾

또한 연방노동법원의 판결에 의하면, 보수의 산정방식 등도 도급계약으로서의 실체가 있는지 여부를 판단하는 기준이 될 수 있다. 일정 금액에 대한 합의가 있는 경우 이는 도급계약에 해당함을 보여주는 것인 반면, 투입된 근로자가 제공한 근로시간의 수에 기초하여 보수가 지급되는 경우 이는 근로자파견임을 보여주는 사실로 평가되기도 한다.⁴⁰⁾ 그러나 이와 다른 판결에서 연방노동법원은 보수의 산정방식은 근로자파견과 도급의 구별에 있어 중요한 의미를 갖지 않는다고 판단한 바도 있다.⁴¹⁾ 도급계약에 있어서도 근로자에 의해 제공된 근로시간 수를 보수산정의 기

38) BAG v. 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7.

39) BAG v. 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7; BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

40) BAG v. 25. 6. 1986, EzAÜG § 1 AÜG Arbeitsvermittlung Nr. 9.

41) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

초로 삼을 수 있으며 이와 반대로 일정 금액에 대한 합의가 있는 경우에도 근로자파견에 해당할 수 있다는 점에서, 시간에 기초한 보수산정이 있다는 사실에 의해 근로자파견에 해당한다는 근거가 도출되지는 않는다는 것이다.

라) 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한

근로자파견의 경우 파견사업주의 의무는 사용사업주에게 근로자를 제공함으로써 종료되고, 파견근로자를 선발함에 있어 과실이 없는 한 파견사업주는 파견근로자의 업무수행에 대하여 책임을 지지 않는다. 반면, 도급계약의 경우 수급인은 일정한 일의 완성에 대해 책임을 지며, 일의 완성을 위해 필요한 행위를 독자적으로 계획하고 수행한다. 이 점에서 연방노동법원은 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한이 있는지 여부를 도급과 근로자파견을 구별하는 판단기준으로 삼고 있다.⁴²⁾

근로자파견의 경우에 파견사업주는 파견될 근로자의 수를 일방적으로 정할 수 없다. 파견사업주는 사용사업주가 원하는 만큼의 근로자 수를 파견기간 동안 제공할 의무를 진다. 파견사업주는 사용사업주에게 가능한 한 많은 근로자를 파견할수록 많은 이윤이 생긴다. 이와는 달리 도급의 경우, 수급인은 어느 정도의 인건비로 도급계약상 합의된 일을 완성할 것 인지를 독자적으로 결정한다. 도급계약에서는 가능한 한 적은 인력으로 업무를 처리할수록 인건비는 작아지고 이에 비례하여 기업의 이윤은 커진다. 그리고 근로자파견의 경우 파견사업주는 파견기간 내내 사용사업주에게 원하는 수의 근로자를 조달할 의무를 부담하기 때문에 파견사업주는 인력에 결원이 발생하는 경우 사용사업주에게 대체인력을 조달할 의무를 지는 반면, 도급계약에서 결원 발생 시 수급인으로 하여금 대체인력을 조달하도록 하는 것은 흔치 않은 경우에 해당한다. 이러한 점에서 수급인에게 일의 완성에 필요한 행위를 할 수 있는 수급인으로서의 권한이 있는지 여부는, 수급인에게 투입될 근로자의 수를 정할 권한이 있는

42) BAG v. 8. 11. 1978, AP Nr. 2 zu § 1 AÜG; BAG v. 13. 5. 1992, EzaÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 71.

지,⁴³⁾ 결원 발생 시 수급인에게 대체인력을 조달할 계약상의 의무가 있는지⁴⁴⁾ 등 수급인이 투입인력에 대하여 일정한 권한을 가지고 있는지에 의해 판단될 수 있다.

또한 도급계약의 경우 수급인은 일의 완성에 관해 도급인에 대하여 책임을 부담하며 일정한 재량에 따라 업무를 수행한다. 따라서 수급인에게 업무수행과 관련하여 독자적인 권한이 있는지 여부는 누가 근로자의 근태를 점검하는지,⁴⁵⁾ 누가 근로자의 근무태도 등을 감독·통제하는지,⁴⁶⁾ 수급인이 근로자의 휴가시기를 정할 권한을 가지고 있는지⁴⁷⁾ 등에 의해서도 판단될 수 있다.

마) 수급인으로서의 실체

이 밖에 연방노동법원은 일부 판결에서 도급 또는 근로자과견인지를 판단함에 있어 수급인으로서의 실체가 존재하는지를 살피고 있다.⁴⁸⁾

이에 따르면, 수급인 또는 적어도 그 근로자가 위탁받은 업무처리에 필요한 기술을 보유하고 있는지 여부는 근로자과견과 도급의 구별에 있어 중요한 의미가 가질 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 도급계약상의 업무를 수행함에 있어 특별한 전문기술이 필요함에도 불구하고 수급인뿐만 아니라 그 근로자에게 이러한 기술이 없다면 수급인이 도급인의 사업 내에서 도급계약상의 업무를 독자적 책임으로 수행할 수 있을지 의문시될 수밖에 없기 때문이다.

또한 연방노동법원에 의하면, 수급인이 독자적인 기업조직 또는 설비를 갖추고 있는지 여부도 수급사업주로서의 실체를 판단하는 기준이 될

43) BAG v. 14. 8. 1985, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 42; BAG v. 9. 7. 1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972; BAG v. 5. 5. 1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG.

44) BAG v. 9. 7. 1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972.

45) BAG v. 5. 5. 1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG; BAG v. 31. 3. 1993, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 76.

46) BAG v. 15. 6. 1983, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG; BAG v. 5. 5. 1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG.

47) BAG v. 9. 7. 1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972.

48) BAG v. 5. 3. 1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG; BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

49) BAG v. 1. 12. 1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35.

수 있다.⁵⁰⁾ 일정한 기술 장비의 투입이 필요한 업무를 수행함에 있어 수급인이 이러한 물적 시설을 갖추고 있지 못해 결국 이를 도급인에게 의존하는 경우에는 수급인의 독자적 업무수행을 기대하기 어렵고, 수급인의 역할은 업무수행에 필요한 근로자를 조달하는 데 머물 수밖에 없기 때문이다.

3) 평가

독일 연방노동법원은 실질판단의 원칙을 바탕으로 도급과 근로자파견의 구별에 의미가 있다고 판단되는 다양한 기준들이 해당 사건에서 갖는 의미를 전체적으로 고려하는 방식을 통해 도급 또는 근로자파견인지를 판단하고 있다.

판례의 방식에 대해서는 법적 불안정성의 문제가 지적되고 있다. 이러한 판단방식에 의할 경우, 해당 사건에 있어 개개의 판단기준이 가지는 의미가 명확하지 않을 뿐만 아니라 개별 판단기준이 일부 판결에서는 도급과 근로자파견을 구별하는 중요한 판단기준으로 인정되는 반면 다른 판결에서는 큰 의미를 가지는 않는 것으로 판단되는 등 사안에 따라 각각의 의미가 다르게 평가될 수 있기 때문이다. 따라서 관련당사자가 법률적 판단을 예측할 수 없게 된다는 것이다.⁵¹⁾

그러나 이는 독일 연방노동법원의 판단방식의 단편적 부분만을 지적하는 것이어서 적절치 않다고 판단된다. 다수의 구별기준을 종합적으로 고려하는 독일 판례의 판단방식에 의할 경우, 계약관계에서 직접 드러나지 않는 사정을 법률판단에 반영함으로써 개별 사건에 능동적으로 대처하는 것이 가능해진다. 또한 제반 사정을 고려한 종합적 판단에 있어서는 설령 해당 사건에 도급계약임을 보여주는 일부 요소가 있다고 하더라도 근로자파견으로서의 징표가 보다 강하게 나타나는 경우 이를 근로자파견으로 판단함으로써 개별 사건의 구체적 타당성이 확보될 수 있다. 이뿐만 아니라 판례와 다수설이 제시하는 근로자파견과 도급의 다양한 구별기준은 경영실무상으로는 일종의 ‘체크리스트’로서 기능한다는 점에서 분쟁의 사

50) BAG v. 5. 3. 1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG.

51) 대표적으로 Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 1 Rn. 133.

전 예방적 효과가 있다. 기업경영진의 입장에서는 도급인지 근로자파견 인지를 둘러싼 분쟁이 발생할 여지를 최소화하기 위해서라도 판례에 제시되고 있는 구별기준에 맞춰 계약내용에 근로자파견으로 판단될 만한 요소가 혹여 하나라도 포함되어 있지는 않은지, 또한 계약이행과정 중간에 실제로 근로자파견과 같이 운용되는 것은 아닌지 면밀히 검토할 것이 요구되기 때문이다. 따라서 도급계약의 형식을 빌려 근로자파견의 적용을 회피하고자 하거나 또는 합법적 형태의 도급계약을 이후 실제 이행과정에서 근로자파견으로 변질시키고자 하는 시도가 크게 줄어들 수 있다.

물론 독일 판례의 판단방식에 대한 비판의 여지는 있다. 앞서 살펴 본 바와 같이 연방노동법원은 도급계약상 도급인의 지시와 사용사업주에 의한 노동법상의 지시를 구별하면서 양자는 택일적 관계에 있는 것으로 이해하고 있다. 그러나 도급에서는 일의 완성과 관련하여 수급인에 의한 지시가 이루어지는 경우가 일반적이고 도급인에 의한 지시는 예외적인 경우에 해당하기 때문에, 마치 도급인의 도급계약상 지위가 광범위하게 행해질 수 있는 것인 양 원칙과 예외를 전도하여 도급인에 의한 도급계약상의 지시와 사용사업주에 의한 노동법상의 지시를 동일한 평면에 놓고 이를 비교하거나 구분하는 것은 타당하지 않다. 뿐만 아니라 설령 도급인의 지시가 일정 부분 인정될 수 있다 하더라도 그것이 항상 도급상의 지시로서의 성격만을 가지는 것은 아니다. 독일 학설이 이미 적절하게 지적한 바와 같이 하나의 지시에는 이중적 기능이 있을 수 있다. 도급계약상의 지시와 노동법상의 지시는 결코 배타적 관계에 있지 않다. 따라서 어떠한 지시가 도급상 지시인 동시에 노동법상 지시로서의 성격을 가지고 있는 경우 이는 사용사업주에 의한 지시권의 행사로 인정하는 것이 타당하다.

다. 학설에서의 근로자파견과 도급의 판단

1) 판례의 판단방식에 의하는 견해

가) 개 관

학설에는 판례의 판단방식과 마찬가지로 다양한 여러 가지의 판단기준을 동원하여 근로자파견과 도급을 구별해야 한다는 견해가 다수이다.⁵²⁾

근로자과건과 도급 간의 적절한 구분은 가능한 한 많은 기준을 동원함으로써 보장될 수 있다는 것이다.

그렇지만 어떠한 기준에 의해 근로자과건과 도급을 구별해야 할 것인지에 관하여는 견해가 일치되어 있지 않다. 뿐만 아니라 판단기준으로 제시된 각각의 기준이 가지는 의미도 각기 다르게 이해되고 있다.⁵³⁾ 예컨대, 다수의 구별기준을 제시하는 견해의 대부분은 근로자의 사용사업으로의 편입을 근로자과건과 도급을 구별하는 중요한 기준의 하나로 들고 있지만, 이를 독자적인 구별기준으로 언급하지 않는 견해⁵⁴⁾도 있고, 사용사업으로의 편입과 지시권의 행사를 하나의 판단기준으로 파악하려는 견해⁵⁵⁾도 있다. 그리고 대부분의 견해는 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한을 도급 또는 근로자과건임을 판단하는 기준으로 제

52) Bachner, in: Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, 5. Auflage 2009, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 8 이하; Becker, "Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen", DB 1988, pp.2565~2566; Boemke/Lembke, 앞의 책, § 1 Rn. 85 이하; Erdlenbruch, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer, 1992, p.12 이하; Dewender, Betriebsfremde Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung der unechten Leiharbeiter, 2004, pp.37~38; Golücke, in: Hümmelich /Boecken/Düwell, Anwalt Kommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage 2010, § 1 AÜG Rn. 19 이하; Henssler, "Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe", NZA 1994, pp.302~303; Hiekel, in: Tschöpe, Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 6. Auflage 2009, Teil 6 D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn. 62 이하; v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, pp.1672~1673; Jüttner, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006, p.43 이하; Kaufmann, Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung gewerbsmäßig überlassener Leiharbeiter, 2003, p.46 이하; Loof, Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Beschäftigung von Leiharbeitern nach neuem Recht, 2005, p.36 이하; Marschall, "Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung", NZA 1984, pp.150~151; Niebler/Biebl/Roß, 앞의 책, Rn. 46 이하; Schaub, 앞의 글, pp.4~5; Marschner, "Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Personaleinsatzes", NZA 1995, pp.669~670; Zahmt, "Arbeitnehmerüberlassung", CR 1991, p.736 이하.

53) Hamann(1995), 앞의 책, p.94 이하.

54) Erdlenbruch, 앞의 책, p.16; Marschall, 앞의 글, pp.150~151.

55) Marschner, 앞의 글, p.669.

시하고 있는데, 일부에서는 이를 “사업주로서의 처분의 자유” 또는 “사업주로서의 자기책임”이라 표현하기도 한다.⁵⁶⁾ 또한 도급과 근로자파견을 구별함에 있어 지시권의 행사가 중요한 의미를 가지고 있다는 점에는 이 론이 없지만, 일부에서는 지시권의 행사를 판단기준의 하나인 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한의 하위기준으로 이해하기도 하고,⁵⁷⁾ 지시권의 행사를 사용사업으로의 편입이라는 판단기준과 함께 다루기도 한다.⁵⁸⁾ 이 밖에도 다수설은 계약상의 합의에 의해 독일 민법 제633조 이하의 규정에 따라 수급인의 하자담보책임이 면제되거나 제 640조 이하에 규정된 보수에 대한 위험부담과 다른 합의가 있는 경우, 이는 근로자파견에 해당함을 보여주는 것이라 함으로써 하자담보책임과 보수에 대한 위험부담을 한데 묶어 수급사업주로서의 독자적인 위험부담을 근로자파견과 도급을 구별하는 또 하나의 판단기준으로 평가한다. 이에 반해, 하자담보책임과 보수에 대한 위험부담을 각각 독자적인 구별기준으로 언급하는 견해⁵⁹⁾도 있다.

어쨌든 이와 같은 차이에도 불구하고, 판례의 판단방식에 따르고 있는 다수의 견해에 의하면 대체로 “수급인에게 귀속될 수 있는 구체적인 일 에 대한 합의(계약의 목적)”, “일의 완성을 위해 필요한 행위에 관련한 수급인으로서의 권한”, “근로자의 사용사업으로의 편입”, “사용사업주로서의 지시권의 행사”, “수급사업주로서의 독자적 위험부담(근로자의 불완전 이행에 대한 책임, 보수에 대한 위험부담, 하자담보책임)”, “보수의 산정 방식” 등이 근로자파견과 도급의 주된 구별기준으로 열거되고 있다.⁶⁰⁾

이 밖에도 다수설에서는 위에 열거된 판단기준을 구체화하기 위한 여러 가지의 기준이 제시되고 있다. 예컨대, 도급인에게 투입된 인력을 거부할 권한이 있는지 여부,⁶¹⁾ 투입될 근로자의 수를 결정할 권한이 누구에

56) Becker, 앞의 글, p.2566; Marschner, 앞의 글, p.669.

57) Marschall, 앞의 글, p.151.

58) Marschall, “Arbeitnehmerüberlassung in der Datenverarbeitung”, CR 1987, p.179.

59) v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, pp.1672~1673; Marschall, 앞의 글, p.151; Schaub, 앞의 글, pp.4~5.

60) Becker, 앞의 글, pp.2565~2566; Erdlenbruch, 앞의 책, p.16 이하; v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, pp.1672~1673; Schaub, 앞의 글, pp.4~5.

61) v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, p.1672; Marschall, 앞의 글, p.151; Schaub, 앞의

게 있는지 여부⁶²⁾ 등이 일의 완성을 위해 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한이 있는지 여부를 판단하기 위한 기준으로 제시되고 있다.

한편 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 데 의미가 있다고 평가되는 기준 가운데도 학자에 따라서는 이에 대해 제한적 또는 상대적 의미만을 부여하는 경우도 있다. 예컨대 일부 견해에 의하면, 도급인에 의한 작업도구의 조달, 보수의 산정기준, 하자담보책임의 면제 등에 의해 바로 도급인지 근로자파견인지가 확인되는 것은 아니라고 한다.⁶³⁾

이하에서는 판례의 판단방식을 따르고 있는 견해에 따른 도급과 근로자파견의 판단기준을 보다 상세하게 살펴보기로 한다.

나) 판례의 판단방식에 의하는 견해의 내용

(1) Marschall은 도급과 근로자파견의 판단기준으로, 담보책임, 보수에 대한 위험, 일의 완성을 위해 필요한 행위에 관련한 수급인으로서의 권한, 지시권한, 보수의 산정기준을 든다.⁶⁴⁾

우선 담보책임과 관련하여, 하자 있는 일의 완성에 대하여 수급인의 책임이 완전히 또는 상당 부분 면제되어 있는 경우에 이는 대부분 계약의 목적이 일정한 일의 완성이 아니라 파견된 근로자의 근로제공, 다시 말해 근로자파견이었음을 추론할 수 있다고 한다.⁶⁵⁾ 그렇지만 합의된 일의 특성상 계약상 하자담보청구권을 인정하지 않는 것이 경제적으로 합리적이라 판단되는 경우 또는 통상적으로 수급인에게 담보책임을 지우는 것이 과도한 경우에는 계약상 수급인에 대한 담보책임의 면제가 있더라도 도급에 해당할 수 있다고 한다.

그리고 도급의 경우와 달리 근로자파견에서는 일의 완성과 상관없이 보수를 청구할 수 있다는 점에서, 도급과 근로자파견은 보수에 대한 위험 부담 여부에 의해서도 명확히 구분될 수 있다고 한다.⁶⁶⁾

글, pp.4~5.

62) Becker, 앞의 글, p.2565; Erdlenbruch, 앞의 책, p.17; v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, p.1672.

63) Erdlenbruch, 앞의 책, pp.22~23; Marschall, 앞의 글, p.151; Schaub, 앞의 글, pp.4~5.

64) Marschall, 앞의 글, pp.150~151.

65) 위의 글, p.150.

뿐만 아니라 근로자파견과 도급의 가장 중요한 차이는 일의 완성을 위해 필요한 행위에 관한 수급인으로서의 권한에 있다고 한다. 도급계약은 수급인이 일의 완성에 대하여 독자적 책임을 지고 업무 방식 등을 스스로 결정하는 것을 전제로 하기 때문에, 수급인이 경영상의 독자적 판단에 따라 일의 완성에 필요한 행위를 수행할 가능성이 없고, 도급인이 자신의 사업 내에서 업무를 수행하고 있는 수급인의 근로자에 대하여 자신의 판단과 목적에 따라 이들 인력을 이용하고 있는 경우 이는 근로자파견에 해당할 수 있다고 한다. 따라서 도급인이 수급인의 특정 근로자를 거부할 권한을 가지고 있거나 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 일정 정도의 자격을 갖출 것을 정할 수 있는 경우에도 이는 근로자파견에 해당할 수 있다고 한다.⁶⁷⁾

또한 지시권한과 관련하여, 도급의 경우에도 도급인은 수급인의 근로자에 대하여 일정한 지시를 할 수 있기는 하지만 도급인의 지시는 일의 완성과 관련된 것으로 제한된다는 점에서 사용자가 가지는 포괄적 지시와는 구별되기 때문에, 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 노동법상의 지시권을 가지는 경우는 근로자파견에 해당될 수 있다고 한다. 그러므로 계약상 합의된 지시권이 도급목적물로 제한된 도급상의 지시권의 범위를 넘는 경우에는 근로자파견임이 인정될 수 있다고 한다.⁶⁸⁾

마지막으로 보수의 산정과 관련해서는, 근로자 업무수행의 대가가 수행한 업무시간 수에 의해 산정되는 경우 이는 근로자파견임을 보여주는 것이라고 한다.⁶⁹⁾ 뿐만 아니라 업무시간에 따른 보수산정이 없는 경우에도 근로자파견에 해당할 수 있다고 한다. 연방노동청에 의한 불법 근로자 파견 점검에서 임률에 따른 보수산정방식을 물량방식으로 환산하는 도식화된 표본이 확인된다는 점에서, 물량에 따른 보수산정이 있다고 해서 근로자파견임이 부정되는 것은 아니라고 한다.⁷⁰⁾

66) 위의 글, p.151.

67) 위의 글, p.151.

68) 위의 글, p.151.

69) 위의 글, p.151.

70) 위의 글, p.151.

(2) v. Hoyningen-Huene는 근로자파견인지 도급인지를 판단하는 구체적인 기준으로, 일의 완성을 위해 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한, 사용사업으로의 편입, 노동법상의 지시권한, 일의 완성과 관련된 인력 이용, 하자담보책임, 보수에 대한 위협, 보수의 산정방식 등을 들고 있다.⁷¹⁾

일의 완성을 위해 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한과 관련하여, 몇 명의 근로자로 도급계약을 이행할 것인지를 결정하는 것은 원칙적으로 수급인의 판단에 맡겨져 있기 때문에 수급인이 계약상 일정 수의 근로자를 동원할 의무를 지고 있는 경우 이는 근로자파견에 해당하는 것이라 한다.⁷²⁾ 그리고 인력투입 기간이 계약상 정확히 정해져 있는 경우에도 이는 근로자파견임을 보여주는 정황이 된다고 한다.⁷³⁾ 왜냐하면 일을 완성하기로 정해진 기한 이전이라도 도급계약을 완성을 하는 것은 원칙적으로 수급인의 자유에 맡겨져 있기 때문이다. 또한 수급인이 특정 근로자를 투입하는 것에 대해 도급인이 이를 거부하거나 또는 도급인이 수급인의 근로자에게 일정한 자격을 요구하는 경우에도 이는 도급계약이 아닌 근로자파견에 해당할 수 있다고 한다.⁷⁴⁾ 이로 인해 수급인으로서의 독자적 업무수행능력이 제한된다는 것이다.

사용사업으로의 편입에 관하여, 근로자가 사용사업의 사업조직에 편입되어 그 사업 내에 있는 정규근로자와 마찬가지로 사업주가 정한 작업공정 내에서 노무를 제공하는 경우 이는 실제로는 근로자파견에 해당한다고 한다. 이와 같은 이유에서 수급인이 성질상 도급인의 사업목적과 일치하는 업무를 수행할 의무를 부담하고 있는 경우에는 근로자파견이라고 한다. 따라서 컨베이어벨트(Fließband)의 경우에는 근로자파견에 해당한다고 한다.⁷⁵⁾

노동법상의 지시권한과 관련해서는, 도급인이 노무제공과 관련하여 지시권을 가지는 경우는 근로자파견에 해당한다고 한다. 독일 민법 제645조

71) v. Hoyningen-Huene, 앞의 글, pp.1672~1673.

72) 위의 글, p.1672.

73) 위의 글, p.1672.

74) 위의 글, p.1672.

75) 위의 글, p.1672.

에 의해 도급인도 지시를 할 수 있기는 하지만 도급인은 일의 완성과 관련하여만 지시를 할 수 있고, 개별 근로수행과 관련된 지시를 할 수 없다는 것이다. 다시 말해 도급관계에서는 도급인에 의해 사용자의 지시권과 전형적으로 결부된 권한이 행사되어서는 안 된다는 것이다. 따라서 도급에서는 도급인에 의해 근로자의 업무가 지정될 수 없으며, 도급인에 의한 근로시간의 결정이나 업무수행과정에 대한 감독 또는 작업속도의 결정이 있는 경우 이는 근로자파견에 해당하는 사정이 된다고 한다.⁷⁶⁾

일의 완성과 관련된 인력이용에 대하여, 도급으로 인정되기 위해서는 근로자의 업무수행이 일의 완성과 관련하여 이루어질 것, 다시 말해 전적으로 수급인이 부담하는 일의 완성과 관련된 것이어야 한다. 근로자의 업무수행이 수급인이 부담하는 일의 결과 달성을 위한 것이 아니거나 근로자에게 도급계약에서 정해진 것 이외의 업무가 부여되는 경우 이는 근로자파견에 해당한다고 한다. 또한 도급계약에서는 근로자의 업무수행의 결과가 수급인에게 귀속될 수 있어야 한다. 따라서 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내에 있는 작업집단, 예컨대 연속공정(Serienproduktion)에 포함되어 있는 경우에는 수급인에게 귀속될 수 있는 구분 가능한 일의 결과가 존재하지 않기 때문에 근로자파견에 해당한다고 한다.⁷⁷⁾

담보책임에 대해서는, 하자 있는 일의 완성에 대한 수급인의 책임이 전적으로 또는 상당 부분 면제되어 있는 경우 이는 계약의 목적이 일정한 결과를 이끌어 내기 위한 것이 아니라 근로제공을 위한 파견이라는 정황이 될 수 있다고 한다.⁷⁸⁾

보수에 대한 위험부담과 관련하여, 도급계약에서 수급인은 독일 민법 제644조 제1항에 의해 원칙적으로 완성된 일의 인도 시까지 보수에 대한 위험을 부담하기는 하지만, 계약에 의해 수급인의 보수에 대한 위험부담에 대해 이와 달리 정하는 것도 가능하다고 한다. 그렇지만 실제로 이러한 합의가 있는 경우 이는 노무제공을 위한 근로자파견이었다는 정황 증거는 될 수 있다고 한다.⁷⁹⁾

76) 위의 글, p.1673.

77) 위의 글, p.1673.

78) 위의 글, p.1673.

보수의 산정방식과 관련하여, 근로자의 업무수행이 시간을 기초로 산정되는 경우 이는 근로자파견임을 보여주는 것이라고 한다. 그러나 도급계약의 경우에도 시간에 따라 보수를 산정하기로 합의할 수 있고, 불법파견의 경우에도 이를 은폐하기 위해 근로시간이 아닌 다른 방식에 의한 보수산정이 이루어질 수 있기 때문에 보수의 산정방식도 정황증거로서만 유용하다고 한다.⁸⁰⁾

(3) Schaub은 근로자파견과 도급의 판단기준으로 우선, 인도가 가능한 일의 완성이 있는지 및 담보책임이 부담되고 있는지 등을 든다.⁸¹⁾

그리고 도급계약에서는 수급인이 목적물의 멸실에 대한 보수의 위험을 부담하기 때문에, 도급과 근로자파견은 보수에 대한 위험부담 여부에 의해 구별될 수 있다고 한다.⁸²⁾

또한 도급인지 근로자파견인지의 판단에 있어서는 일의 완성을 위해 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한이 중요한 판단기준이 된다고 한다. 이 점에서 도급인이 수급인의 특정 근로자를 거부할 수 있는지 또는 그 자격요건을 정할 수 있는지도 판단기준으로 동원될 수 있다고 한다.⁸³⁾

뿐만 아니라 지시권의 행사권한도 중요한 구별기준이 된다고 한다. 도급계약의 경우에도 일의 완성과 관련하여 수급인의 근로자에 대하여 도급인의 지시권이 존재할 수 있기는 하지만 이러한 지시는 대상적 측면에서 일의 완성에 제한되는 반면, 근로자파견은 사용자사업주가 파견된 근로자에게 사용자로서의 지시권을 행사할 수 있다는 데 특징이 있다는 것이다.⁸⁴⁾

이 밖에 보수의 산정도 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 기준이 될 수 있다고 한다. 수급인의 보수가 투입된 근로자 및 제공된 근로시간

79) 위의 글, p.1673.

80) 위의 글, p.1673.

81) Schaub, 앞의 글, pp.4~5.

82) 위의 글, p.5.

83) 위의 글, p.5.

84) 위의 글, p.5.

의 수에 따라 산정되는 경우 이는 근로자과견임을 보여주는 정황이 된다고 한다.⁸⁵⁾ 다만 실제에 있어서는 근로시간에 따라 산정된 보수를 몰량단위로 환가하여 산정하는 모델이 개발되어 있다는 점도 고려해야 할 것이라고 한다.

(4) Becker도 근로자과견과 도급이라는 두 계약유형을 비교하는 방식을 도급 또는 근로자과견인지를 판단하는 출발점으로 삼고 있다.⁸⁶⁾

우선, 도급계약에서는 사용자로서의 지시권이 수급인에 있어야 한다고 한다. 또한 도급인이 가지는 도급계약상의 지시권은 일의 완성과 관련된 지시를 할 수 있는 권한만을 의미하기 때문에, 도급상의 지시권은 완성될 일의 성질에 관한 것이어야 하고 개별 노무수행과 관련된 것이어서는 안 된다고 한다.⁸⁷⁾ 그리고 수급인은 독자적 판단에 따라 일의 완성을 위해 필요한 행위를 수행하기 때문에, 수급인은 업무의 수행과정을 작업반장 등의 대리인을 통해 실시하고 감독해야 한다고 한다. 뿐만 아니라 투입될 인력의 선발(전체 인력 수, 작업조의 규모, 작업조의 질적 구조), 작업템포의 결정, 초과근로의 지시, 휴게시간의 부여, 연차휴가 및 특별휴가의 부여, 근태 및 근로시간에 대한 감독, 개별 업무처리과정의 감독 등이 수급인으로서 가지고 있어야 할 권한으로 열거되고 있다.⁸⁸⁾

그리고 도급계약의 경우에 수급인의 근로자는 노무제공기업의 작업과정 또는 생산공정에 조직상 편입되어서는 안 되기 때문에, 도급계약의 목적인 업무를 수행함에 있어서 수급인의 근로자에게는 상당한 자율이 보장되어야 한다고 한다.⁸⁹⁾ 이는 예컨대 근로자가 도급사업에 의해 수행될 수 없는 특별한 업무를 처리하는 경우에 인정될 수 있다고 한다. 이에 반해

85) 위의 글, p.5.

86) Becker, 앞의 글, pp.2565~2566.

87) 위의 글, p.2565.

88) 위의 글, p.2566.

89) 위의 글, p.2566. 다만 이 견해에 따르면, 근로자의 업무수행을 생산공정 또는 정규근로자의 근로시간에 맞춰 조율하는 것만으로는 사업의 편입이 되지 않는다고 한다. 또한 사업 또는 일정 사업부분에서 모든 인력에 의해 특정한 산업안전보호 규정(예컨대, 안전복의 착용)이 준수되어야 한다는 사정이 도급계약에 의해 업무를 수행하는 근로자의 사업으로의 편입을 가져오는 것은 아니라고 한다.

기술적 제품의 특정 부분에 대한 조립작업과 같이 도급계약상의 목적물이 도급사업의 생산공정 내에서 수행되는 경우 이러한 노무제공은 도급계약상의 목적물로 인정되기 어렵다고 한다. 컨베이어벨트(Bandarbeit) 형태로 이루어지는 작업이 이러한 유형에 포함된다고 한다.⁹⁰⁾

이 밖에 근로자과건과 도급은 하자담보책임이나 근로자의 불완전이행에 대한 책임 등의 측면에서 차이가 있다고 한다.⁹¹⁾

뿐만 아니라 근로자과건에서는 보수의 형태가 대부분 일정한 임률에 따라 실제의 근로시간에 의해 정해지고 도급계약에서는 일의 완성에 따른 일정 보수가 일반적이기는 하지만, 도급의 경우에도 이와 같은 방식의 보수산정이 어려운 업무는 임률에 따른 산정이 가능하다고 한다.⁹²⁾

이 밖에 도급계약에서는 그 계약의 목적물이 가능한 한 구체적으로 기재되어야 하기 때문에, 목적물에 대한 상세한 설명 없는 일반적인 표현(예컨대, 조립작업 또는 용접작업)은 근로자과건에 해당함을 보여주는 것이 된다고 한다.⁹³⁾

이와 같은 두 계약유형의 차이를 토대로 다음과 같은 경우, 즉 수급인이 사업주로서 독자적인 책임하에 계약을 수행할 능력이 없는 경우, 수급인의 근로자가 도급인의 지시하에 있는 경우, 근로자가 도급인의 사업조직으로 편입된 경우, 수급인이 사업주로서 위험을 부담하지 않는 경우(예컨대, 담보책임 또는 수급인의 근로자에 대한 책임면제), 수급인의 근로자가 일의 완성과 관련되지 않은 업무에 노무를 제공하는 경우, 임률에 따라 보수산정이 이루어지는 경우 등은 도급관계가 존재하지 않음을 보여주는 것이 된다고 한다.⁹⁴⁾

(5) Erdlenbruch는 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한, 노동법상의 지시권한, 수급인으로서의 위험부담 및 담보책임, 보수

90) Becker, "Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber andern Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz", ZfA 1978, p.142.

91) Becker(1988), 앞의 글, p.2566.

92) 위의 글, p.2566.

93) 위의 글, p.2566.

94) 위의 글, p.2566.

에 대한 위험, 보수산정방식 등을 도급인지 근로자파견인지를 판단하는 기준으로 제시한 바 있다.⁹⁵⁾

일의 완성에 필요한 행위에 관한 수급인으로서의 권한과 관련하여, 수급인은 일의 완성에 대하여 독자적인 책임을 지기 때문에 도급인에 대해서도 수급인으로서의 독자적 업무수행 가능성이 있어야 한다고 한다. 도급계약의 경우 어떠한 방식을 통해 일을 완성할 것인지는 원칙적으로 수급인의 자유에 맡겨져 있기 때문에, 도급인이 수급인의 근로자를 거부하거나 일정한 자격을 요구할 권한을 가지고 있는 경우 이는 근로자파견임을 보여주는 것이라고 한다.⁹⁶⁾

그리고 노동법상의 지시권한은 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는데 중요한 의미가 있으며, 도급인의 지시와 사용자로서의 지시는 양적인 측면으로 구분될 수 있다고 한다. 따라서 도급인의 지시권이 대상적 측면에서 일의 완성과 관련된 지시를 넘어서는 경우, 이는 근로자파견관계에 가깝게 된다고 한다. 이러한 예로는 도급인이 근로시간을 결정하거나, 근로시간에 대한 감독을 하거나, 휴가문제를 결정하거나, 작업과정을 감독하거나, 작업속도와 관련하여 지시를 하는 경우를 든다.⁹⁷⁾ 이에 반해 도급이라 하기 위해서는, 수급인의 근로자가 수급인의 지시권하에 있어야 할 뿐만 아니라, 지시권과 전형적으로 결부된 권한이 행사될 수 있도록 하기 위해 조장 등과 같이 수급인을 대리할 수 있는 자가 도급인의 사업 내에 있어야 한다고 한다. 컨베이어벨트(Bandarbeit)에서와 같이 근로자가 부분적 또는 완전히 도급인의 작업·생산공정에 편입되어 있는 경우에는, 이미 기술상, 조직상의 이유에 의해 수급인을 대리하는 자에 의한 감독의 가능성은 인정될 수 없다고 한다. 따라서 이러한 경우에는 근로자파견임을 의심할 여지가 거의 없다고 한다.⁹⁸⁾ 그리고 지시권의 행사 여부는 누가 근로자에 대하여 실질적으로 노동법상의 지시권을 행사하는가에 의해 판단해야 한다고 한다. 따라서 수급인을 대리하는 자가 일시적으로

95) Erdlenbruch, 앞의 책, p.16 이하.

96) 위의 책, p.17.

97) 위의 책, p.19.

98) 위의 책, p.20.

만 근로자의 노무제공을 감독하거나 또는 이들의 업무가 도급인의 지시를 그대로 전달하는 데 머무르는 경우 이는 근로자과건에 해당한다고 한다.⁹⁹⁾ 또한 수급인이 기업의 구조 또는 물적 설비 미비 등에 의해 지시권을 실제로 행사할 수 없는 경우 역시 근로자과건에 해당한다고 한다.¹⁰⁰⁾

그 이외에 수급인으로서의 위험부담 및 담보책임과 관련하여, 하자 없는 일의 완성에 대한 수급인의 책임이 전적으로 또는 상당 부분 면제되어 있는 경우 계약의 목적이 일정한 결과의 달성이 아닌 노무제공을 위한 근로자과건이라 판단할 수 있기는 하지만, 건설산업과 같은 특정 산업분야에서는 수급인의 책임을 제한하는 것이 통상적이라는 점에서 수급인에 대한 담보책임의 면제가 근로자과건임을 징표하는 것은 아니라고 한다. 그렇지만 하자담보책임의 면제가 수급인의 실제적 위험과 상관관계에 있지 않은 경우 이는 근로자과건법을 회피하기 위한 것이라는 근거가 될 수는 있다고 한다.¹⁰¹⁾

또한 보수에 대한 위험과 관련하여, 도급계약의 경우에도 수급인의 보수에 대한 위험에 대하여 합의로 법률에 규정된 바와 다르게 정하는 것도 원칙적으로 가능하긴 하지만, 이와 같은 경우에는 실제로는 근로자과건이 행해진 것이라는 정황이 인정된다고 한다.¹⁰²⁾

그리고 수행된 업무시간에 기초하여 보수가 산정되는 경우 이는 근로자과건임을 보여주는 것이라고 한다. 그러나 도급계약의 경우에도 시간 단위로 보수가 산정되는 분야가 적지 않고, 근로자과건임을 감추기 위한 방편으로 근로시간에 의해 산정된 보수를 외형상으로는 물량 등의 방식에 의한 보수산정으로 전환하는 경우가 드물지 않다는 점에서, 보수산정 방식이라는 기준이 근로자과건과 도급의 구별에 있어서 가지는 의미는 희석될 수밖에 없다고 한다. 따라서 업무시간에 따른 보수산정이 있다고 해서 그 즉시 근로자과건임을 인정할 수 없는 것과 마찬가지로, 물량을 기초로 한 보수산정에 의해 근로자과건임을 부정되는 것은 아니라고 한

99) 위의 책, p.20.

100) 위의 책, p.21.

101) 위의 책, p.23.

102) 위의 책, p.23.

다.¹⁰³⁾

이 밖에, 앞서 열거된 주된 판단기준 이외에 근로자과견 또는 도급임을 보여주는 여러 가지 보조적 기준이 있을 수 있다고 하면서, 이들 판단기준은 주된 판단기준에 의해 근로자과견인지 도급인지가 명확히 판단될 수 없는 경우에만 의미가 있다고 한다.¹⁰⁴⁾ 수급인이 도급계약의 이행에 필요한 사업으로서의 조직을 갖추고 있지 못하고 있는 경우,¹⁰⁵⁾ 일의 완성과 관련된 인력이용이 없는 경우 및 수급인에 의해 완성된 일의 결과가 양적 측면에서 개별화될 수 없는 경우,¹⁰⁶⁾ 수급인의 근로자가 수행하는 업무가 내용상 도급사업의 사업목적과 일치하거나 수급인의 근로자가 도급인과 직접고용관계에 있는 근로자에 의해 동일한 방식으로 수행되는 업무를 맡고 있는 경우¹⁰⁷⁾ 등은 근로자과견임을 보여주는 것이라고 한다.

(6) Henssler는 연방노동법원이 근로자과견과 도급의 구별에 관하여 상세하며 명확한 판단기준을 확립하였다고 평가한 바 있다.¹⁰⁸⁾ 그러면서 투입될 수급인 근로자의 수에 대한 구체적 합의가 있는 경우, 도급인이 특정 근로자를 거부할 수 있거나 또는 도급인이 업무를 수행할 근로자의 자격을 결정할 권한이 있는 경우 등은 일반적으로 도급계약이 아닌 근로자과견임을 보여주는 것이라고 한다.¹⁰⁹⁾ 또한 수급인이 계약이행에 필요한 사업설비를 갖추고 있지 못하여 이에 필요한 설비가 도급인에 의해 제공되고 있다는 사정도 도급계약이 아님을 보여주는 것이라고 한다.¹¹⁰⁾ 그리고 수급인의 근로자가 도급인에게 직접 고용된 근로자와 동일한 업무에 종사하는 경우 이는 수급인 근로자가 도급사업으로 편입되었음을 보여주는 것이기 때문에 근로자과견에 해당한다고 한다.¹¹¹⁾

103) 위의 책, pp.24~25.

104) 위의 책, p.25.

105) 위의 책, p.25.

106) 위의 책, p.26.

107) 위의 책, p.27.

108) Henssler, 앞의 글, p.302.

109) 위의 글, p.302.

110) 위의 글, pp.302~303.

111) 위의 글, p.303.

(7) Boemke/Lembke는 근로자과견과 도급의 구별은 사용사업주에게 노동법상의 지시권이 이전되었는지, 즉 수급인의 근로자가 사용사업주의 사업 내에 편입되었는지에 의해 판단되어야 한다고 한다.¹¹²⁾

그러나 누가 노동법상의 지시권을 행사하는지가 명확하게 확인될 수 없는 경우에는 다음과 같은 사정, 즉 구분 가능하며 계약서에 그 목적물이 충분히 명확히 기재되어 있는 일의 완성이 있다는 사정, 그 일이 도급인 소속 근로자의 협력과 무관하게 이행될 수 있다는 사정, 수급인이 담보책임을 부담하고 있다는 사정, 수급인이 독자적인 사업목적물 추구하고 있는 사정 등은 도급계약임을 보여주는 것이라 한다.¹¹³⁾

반면, 누가 노동법상의 지시권을 행사하는지 분명하지 않은 경우에는 다음과 같은 구체적인 사정, 즉 계약의 목적물이 개괄적으로만 기재되어 있어서 구체적인 일의 내용이 도급인의 지시에 의하여 비로소 정해지거나 또는 도급인에게 소속된 근로자와 협업이 필요하다는 사정, 도급계약에 정해진 목적을 이행할 수 있게 하고 근로자에게 그 목적이행을 위해 필요한 지시를 가능케 할 수급인의 사업조직이 결여되어 있다는 사정, 도급인 소속 근로자와 수급인 근로자의 분업적 협력이 있다는 사정, 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내에 적용되는 노무제공수칙의 적용을 받고 있다는 사정 등은 근로자과견임을 보여주는 것이라 한다.¹¹⁴⁾

(8) Bachner에 의하면, 도급계약은 일의 완성이라는 결과와 관련성이 있다는 특징이 있기 때문에 도급계약은 수급인에게 귀속될 수 있는 하자 없는 일의 완성이 합의된 경우에만 인정될 수 있다고 한다. 따라서 기간의 정함이 있는 특정한 업무의 경우에 도급을 인정할 수 있다고 한다.¹¹⁵⁾

이에 반해 계약체결시점에 계약에 정해진 목적이 분명치 않아서 계약 이행과정에서 도급인의 지시에 의해 비로소 구체화되어야 할 경우에는 일반적으로 근로자과견에 해당한다고 한다. 계약서에 그 목적이 대략적

112) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 1 Rn. 86 이하.

113) 위의 책, § 1 Rn. 86 이하.

114) 위의 책, § 1 Rn. 90 이하.

115) Bachner, in: Kittner/Zwanziger, 앞의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 12.

으로만 합의된 경우는 도급계약에서 말하는 구분 가능한 일의 결과라고 할 수 없고 단순히 노무의 제공만이 계약의 목적이기 때문에 근로자과건에 해당한다는 것이다.¹¹⁶⁾

또한 도급계약에서는 도급인의 정규근로자와 수급인 근로자가 혼재하여 작업하는 것이 가능하지 않다고 한다. 따라서 도급인이 수급인의 근로자로 하여금 - 예컨대 컨베이어벨트(Fließband)에서 - 정규근로자와 함께 하나의 작업집단에서 노무를 제공토록 하는 경우 이는 근로자과건에 해당한다고 한다.¹¹⁷⁾

그리고 수급인이 가지는 보수청구권의 형태도 도급인지 근로자과건인지를 판단하는 또 하나의 기준이 될 수 있다고 한다. 이 점에서 시간에 따른 보수산정의 합의는 전체 사실관계의 판단에 있어서 강력한 정황증거로서 의미가 있다고 한다.¹¹⁸⁾

이 밖에도 일의 완성을 위해 필요한 행위에 관한 수급인으로서의 권한이 있는지 여부가 근로자과건과 도급을 구별하는 중요한 기준이 된다고 한다. 도급인이 수급인의 현장감독인과 지속적인 연락하에 이들 감독인에게 자신이 결정한 내용을 실행하는 데 필요한 정보를 부여하고 지시를 내리는 경우 이는 근로자과건에 해당한다고 한다.¹¹⁹⁾ 또한 계약이행의 개별적 사항이 도급인에 의해 상세히 규정되어 있어 수급인이 사업주로서 독자적으로 판단할 여지가 거의 없는 경우, 수급인에게는 도급계약의 이행에 필요한 행위를 지휘할 권한이 없기 때문에 이는 근로자과건에 해당한다고 한다.¹²⁰⁾ 또한 도급인에 의해 투입될 근로자의 선발(자격 및 인원수), 직업훈련 및 숙련, 근로시간 및 초과근로의 지시, 작업과정에 대한 감독 등이 이루어지는 경우에 이는 근로자과건임을 보여주는 것이라고 한다.¹²¹⁾

그리고 근로자과건과 도급을 구별하는 중요한 기준이라 할 수 있는 지

116) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 13.

117) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 14.

118) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 15.

119) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 16.

120) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 17.

121) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 18.

시권의 행사와 관련하여, 도급계약이기 위해서는 수급인 스스로 또는 그에 의해 선임된 대리인에 의해 노동법상의 지시권이 행사될 것이 요구되기 때문에, 수급인이 근로관계에서 전형적으로 볼 수 있는 지시나 명령을 할 수 없는 상태에 있는 경우 이는 근로자파견에 해당한다고 한다. 또한 지시권은 수급인에 의해 실제로 행사되어야 하고, 지시권을 행사할 수 있는 가능성이 있다는 것만으로는 불충분하다고 한다. 수급인을 대리할 자가 단지 형식적으로 선임된 경우에도 마찬가지라고 한다.¹²²⁾

(9) Hiekel은 도급인과 수급인 사이에 구체적이고 구분 가능하며 도급계약의 목적물이 될 수 있는 것이 합의되어 있는지 여부,¹²³⁾ 수급인이 자기책임으로 업무를 수행할 수 있을 만큼 독자적 사업조직 및 전문적 능력을 갖추고 있는지 여부,¹²⁴⁾ 누가 노무를 제공하고 있는 근로자에 대하여 지시권 및 업무수행과 관련된 권한을 행사하는지 여부(예컨대, 사업에 투입될 근로자의 선발 및 그 수, 근로시간의 결정 및 초과근로의 지시, 근태감독, 규정에 따른 근로제공이 이루어지고 있는지에 대한 감독).¹²⁵⁾ 근로자가 사용사업주에 소속된 근로자와 분업 및 협업을 하고 있는지 여부,¹²⁶⁾ 근로자가 도급계약에서 정한 업무 이외의 다른 업무를 수행하고 있는지 여부,¹²⁷⁾ 사업주로서의 책임, 특히 담보책임을 부담하는지 여부 및 합의에 의해 담보책임이 면제된 경우 이에 대한 정당한 사유가 있는지 여부,¹²⁸⁾ 완성된 일의 전부 또는 개별 부분에 대한 보수지급이 합의된 산정기준에 따라 행해지는지 여부 또는 일의 완성에 따른 보수지급이 가능함에도 불구하고 시간을 기초로 한 보수지급이 행해지는지 여부¹²⁹⁾ 등을

122) 위의 책, § 112 Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 19~20.

123) Hiekel, in: Tschöpe, 앞의 책, Teil 6 D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn. 63.

124) 위의 책, Rn. 64.

125) 위의 책, Rn. 65. 이에 따르면, 지시가 완성될 일의 성질(예컨대 품질기준, 크기, 수량 및 종류에 대한 언급)에 대한 것, 이른바 일의 완성과 관련된 지시가 아니라 일의 완성에 필요한 행위에까지 미치는 경우 이는 노동법상의 지시에 해당한다고 한다.

126) 위의 책, Rn. 66.

127) 위의 책, Rn. 67.

128) 위의 책, Rn. 68~69.

도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 기준으로 열거하고 있다.

(10) Preis는 예컨대 지시권, 계약의 목적, 사업주로서의 위험부담을 근로자파견과 도급의 결정적 판단기준으로 든다.¹³⁰⁾

근로자파견의 경우에 파견근로자는 사용사업주의 노동법상의 지시권 하에 있는 반면, 도급계약에서 도급인의 지시권은 구체적인 계약의 목적물에 제한되고 수급인은 자신이 일의 완성을 담당하게 한 근로자에 대하여 지시권을 행사한다고 한다.

그리고 근로자파견의 경우에는 일정한 결과의 달성이 아니라 근로자의 근로수행이 계약의 목적인 반면, 적어도 도급계약에서는 구분 가능하며 도급계약의 목적물이 있을 것을 요한다고 한다.

또한 근로자파견의 경우에 파견사업주는 원칙적으로 파견근로자의 선발에 과실이 있는 경우에만 책임을 부담하지만, 수급인은 일의 완성에 대한 책임 및 경우에 따라서는 담보책임을 부담한다고 한다.

2) 판례와 다른 방식을 제시하는 견해

한편, 학설에서는 근로자파견과 도급의 구별에 관해 판례와 다수설의 태도와는 다른 판단방식을 제시하는 견해도 있다.

가) 민법상 도급계약을 중심으로 근로자파견과 도급을 구별하는 방식

1972년 근로자파견법이 제정된 지 얼마 지나지 않아 학설에서는 계약의 목적 측면에서 “종속적 이행보조자에 의한 일의 완성”을 목적으로 하는 도급계약과 “근로제공을 위한 근로자의 파견”을 목적으로 하는 근로자파견을 대비하면서, 진행계약으로서 도급계약이 가지는 본질적 특징을 기준으로 근로자파견과 도급을 구별해야 한다는 주장이 제기되었다.¹³¹⁾

이 견해에 의하면, 수급인이 사업주로서 독자적 책임을 부담할 능력이 있고 이에 기초하여 도급인에 대하여 일의 완성과 관련한 일정 정도의 재

129) 위의 책, Rn. 70~71.

130) Preis, in: Preis, Arbeitsvertrag, Arbeitnehmerüberlassung Rn. 8.

131) Göbel, “Arbeitnehmerüberlassung, Werkvertrag und vorgeschobene Arbeitgeberrisiken (II)”, BIStSozArbR 1973, p.324 이하.

량을 가지고 있는지, 양적 측면에서 개별화될 수 있으며 수급인에게 귀속될 수 있는 일의 완성에 대한 합의가 있는지, 수급인에 의하여 전적으로 지시권이 행사되는지, 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내로 편입되지는 않았는지, 수급인에 의한 사업주로서의 위험부담(특히 담보책임)이 있는지, 일의 완성과 관련된 보수산정 규정이 있는지 등이 근로자과견과 도급의 구별에 있어서 중요한 의미를 가지는 판단기준이 된다.¹³²⁾ 그리고 위에서 열거된 도급계약으로서의 전형적인 요소를 갖추지 못한 경우에는 근로자과견으로 인정될 수 있다고 한다.

반면 이 견해에 의하면, 이 밖의 도급계약에 전형적으로 보이는 특징, 예컨대 “도급인에 의한 작업도구의 도달” 및 “수급인의 경제적 독립성” 등은 기껏해야 정황사실로서의 의미만을 갖는다고 한다.¹³³⁾

나) 근로자과견법의 법률 목적을 고려한 구별기준에 따른 판단방식

이 학설에서는 근로자과견법이 추구하고자 하는 법률 목적을 고려한 구별기준에 따라 도급 또는 근로자과견인지를 판단해야 한다고 주장한다.¹³⁴⁾ 그러나 근로자과견법이 추구하고자 하는 법률 목적이 무엇인가에 관해서는 견해가 나뉘어 있다.

(1) 우선 1970년대 중반, 근로자과견법의 목적은 과견근로자에 대한 사회적 보호를 확보하는 한편 과견근로로 인한 노동시장 및 국민경제에 대한 부정적 영향을 막는 데 있고, 도급계약과 같은 계약형식의 활용에 의해 근로자과견법이 가지는 법률 목적이 좌초되는 경우 근로자과견법은 이러한 계약유형에 대하여도 적용되어야 한다는 견해가 제기된 바 있다.¹³⁵⁾ 이 견해는 근로자과견법의 보호 목적에 비추어 볼 때, 근로자과견법에 대

132) 위의 글, p.330.

133) 위의 글, p.330.

134) Hempel, Das Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und den wirtschaftlichen Interessen der Verleiher und der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung, 1975, p.175 이하; Rosenstein, 앞의 책, p.201 이하; Wank, “Anm. zu BAG v. 15. 6. 1983”, SAE 1985, p.74 이하 및 in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage 2011, § 1 AÜG Rn. 19 이하.

135) Hempel, 위의 책, p.176 이하.

한 회피가 인정될 수 있는 다음의 세 가지 요건에 해당하는 경우, 구체적으로 ① 근로자의 사회적 보호가 위협받는 경우, ② 수급인의 근로자가 수행하는 업무를 사용사업 내에 고용된 근로자가 대체하는 것이 가능한 경우, ③ 계약상 사용자의 지위에 있는 자가 사업주로서의 위험을 부담하지 않는 경우에는 당사자 간에 체결된 계약형태와는 관계없이 근로자과건법이 적용되어야 한다고 주장한다.¹³⁶⁾

이 견해가 말하는 근로자의 사회적 보호가 위협받는 경우란, 근로자가 사용기업에 인적으로 종속된 경우, 다시 말해 사용기업으로부터 지시를 받는 경우를 말한다.¹³⁷⁾ 또한 이 견해에 의하면, 근로자에게 사용사업 내의 노무제공수칙이 적용되는 경우, 도급인에 의해 근로시간이 정해지는 경우, 고가의 기계 및 원료가 도급인에 의해 조달되는 경우, 수급인의 근로자와 사용사업 내 근로자의 협동작업이 있는 경우 사용사업에 의한 지시를 인정할 수 있다고 한다.

그리고 업무의 대체가능성이 인정되는 경우는, 수급인의 근로자가 도급인의 사업목적에 일치하는 업무, 다시 말해 수급인의 근로자가 수행하는 업무가 사업목적의 달성에 반드시 필요하고 그 업무가 사용기업에 고용된 근로자에 의해서도 능히 수행될 수 있는 경우를 말한다.¹³⁸⁾

끝으로 근로계약상 사용자의 지위에 있는 자가 사업주로서의 위험을 부담하지 않는 경우란, 수급인이 도급계약상의 하자담보책임 및 보수에 대한 위험을 부담하지 않거나 수급인이 그 책임을 부담하고 있다 하더라도 금액상 제한이 있는 경우를 말한다.¹³⁹⁾ 이 밖에, 수급인이 실제 사업주로서의 위험을 부담하는지는, 수급인이 전문적 기술을 보유하고 있는지 여부, 수급인이 일정한 자본을 갖추고 있는지 여부에 따라서도 판단될 수 있고 일의 완성에 따른 보수산정과 같은 징표에 의해서도 판단될 수 있다고 한다.

(2) 한편, 근로자과건법의 목적은 진정성(Seriosität)이 없는 파견사업

136) 위의 책, pp.176~177, p.182.

137) 위의 책, pp.177~178.

138) 위의 책, pp.181~182.

139) 위의 책, pp.180~181.

주에 의해 파견근로자의 사회적 보호가 회피되는 것을 저지하는 데 있기 때문에, 인력을 공급한 자의 진정성 또는 부진정성을 추론할 수 있는 판단기준에 의하여 근로자파견과 도급을 구별해야 한다는 견해도 주장되고 있다.¹⁴⁰⁾ 이 견해에 의하면, 인력공급자의 진정성을 보여줄 수 있는 징표들은 인력공급자와 인력공급을 받은 자와의 관계 및 인력공급자와 근로자 간의 관계에서 찾을 수 있다고 한다.

우선 인력공급자와 인력공급을 받은 자와의 관계에서는, 일의 완성에 대한 합의가 있는지 여부 및 인력을 공급한 자가 도급계약상의 사업주로서의 위험(담보책임 및 보수에 대한 위험)을 부담하고 있는지 여부에 의해 근로계약상 사용자의 지위에 있는 자의 진정성 여부를 파악할 수 있다고 한다.¹⁴¹⁾ 이 경우 인력공급자가 수급인으로서 독자적인 사업주로서의 위험을 부담하고 있는지는 수급인이 맡은 업무를 수행할 수 있는 사업상의 조직을 갖추고 있는지와 도급인과 어떠한 보수산정방식을 체결하였는지에 의해 판단될 수 있다고 한다.¹⁴²⁾

인력공급자와 그 근로자와의 관계에서는, 인력공급자가 사용자로서의 의무를 이행하고 있는지, 인력공급자에 의해 지시권이 행사되고 있는지 또는 근로자가 인력을 공급받은 자의 사업 내에 편입되었는지에 의해 인력공급자의 진정성을 판단할 수 있다고 한다.¹⁴³⁾ 인력을 공급한 자가 도급계약상의 의무를 이행하기 위해 필요한 정도 또는 해당 분야에 통상적인 정도를 넘어 지시권을 포기하고 있는 경우 이는 근로자파견에 해당할 수 있다고 한다.¹⁴⁴⁾ 또한 인력공급자가 지시권을 가지고 있는지 여부에 있어서는 인력을 선발하고 감독할 권한이 있는지 여부가 결정적인 기준이 될 수 있다고 한다. 인력을 공급받은 자가 근로자에게 직접 지시를 하는 경우 이는 인력공급자에게 지시권이 없음을 보여주는 것이라고 한

140) Rosenstein, 앞의 책, p.201 이하; Wank, 앞의 글, p.74 이하 및 in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 앞의 책, § 1 AÜG Rn. 19 이하.

141) Wank, 위의 글, pp.76~77. 한편, Rosenstein은 인력공급자의 수급인으로서 업무 수행을 가능케 할 기업조직 및 사업주로서의 위험부담을 기준으로 삼고 있다(위의 책, p.209 이하).

142) Wank, 위의 글, p.77.

143) Rosenstein, 앞의 책, p.214 이하; Wank, 위의 글, p.77.

144) Rosenstein, 위의 책, p.217; Wank, 위의 글, p.77.

다.¹⁴⁵⁾

그리고 이 견해에 따르면, 인력공급자에게 진정성이 있는지 여부, 다시 말해 도급 또는 근로자과건에 해당하는지 여부는 중국적으로 이와 같은 제반 사정을 종합적으로 고려하는 방식에 의해 이루어진다.¹⁴⁶⁾

다) 직접고용간주규정의 목적론적 축소를 주장하는 견해

이 밖에도 학설에서는 독일 근로자과건법상의 직접고용간주규정(제10조 제1항)은 목적론적으로 축소 해석되어야 한다는 견해가 주장된 바 있다.¹⁴⁷⁾ 이 견해는 불법 근로자과건을 파견허가 없이 이루어진 고의적이며 명백한 불법과건(“위반행위,” “Verletzungstatbestand”)과 도급계약에 의해 근로자과건법이 회피된 불법과건(“회피행위,” “Umgehungstatbestand”)으로 구분한다. 그리고 회피행위는 다시금 근로자과건임을 은닉하기 위해 도급계약이 체결된 “인식 있는 회피(bewußtes Umgehen)”와 계약에 합의된 내용과 실제 이행에 있어서 발생한 괴리로 인한 “인식 없는 회피(unbewußtes Umgehen)”로 구분될 수 있다고 하면서 이를 “회색지대(Grauzone)”라고 칭하고 있다.¹⁴⁸⁾

이 견해는 “회색지대”에서는 독일 근로자과건법상의 직접고용간주규정(제9조 제1호 및 제10조 제1항)이 무차별적으로 적용될 수 없다고 주장한다. 이 견해에 따르면, 근로자과건법상의 규정을 고의로 위반한 경우(위반행위)와 근로자과건에 해당한다는 인식이 있었음에도 불구하고 근로자과건을 은닉하기 위한 방편으로 도급계약이 체결된 경우(인식 있는 회피) 근로자과건법상의 직접고용간주규정의 법률효과가 적용되어야 한다는 점에는 의문의 여지가 없다고 한다.¹⁴⁹⁾ 반면, 인식 없는 회피행위의 경우는 인식 있는 회피와 비교할 때 반가치적 내용에 큰 차이가 있기 때문에 다르게 판단할 필요가 있다고 한다. 이러한 경우에는 근로자과건법의 범

145) Wank, 위의 글, p.77.

146) Rosenstein, 앞의 책, p.220.

147) Leitner, “Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung”, NZA 1991, p.293 이하.

148) 위의 글, p.294.

149) 위의 글, p.294.

를 목적을 고려하여 직접고용간주규정이 제한적으로 적용되어야 한다는 것이다.¹⁵⁰⁾ 근로자과견법은 과견근로자의 사회적 보호를 보장하고 진정성이 없는 과견사업주를 노동시장으로부터 배제하는 데 일차적인 목적이 있기 때문에, 인식 없는 회피의 경우에 도급인과 수급인 근로자 간을 직접고용관계로 의제하는 것은 개별 사안에 있어서 이들 근로자의 사회적 보호가 위협받는 경우에만 인정될 수 있다는 것이다.¹⁵¹⁾ 이러한 경우가 아니라면 목적론적 축소해석을 통해 근로자과견법상 직접고용간주규정의 적용은 제한되어야 한다는 것이다.¹⁵²⁾

라) 사용 지시권의 행사 여부에 의해 근로자과견임을 확인하고자 하는 방식 뿐만 아니라 학설에서는 해당 법률관계가 도급 또는 근로자과견인지의 판단은 사용사업주의 지시권이라는 유일 기준에 의해 근로자과견임을 확인하는 방식에 의해야 한다는 견해도 강하게 주장되고 있다.¹⁵³⁾ 도급계약 임이 부정된다고 해서 곧바로 근로자과견에 해당한다는 결론이 도출되는 것은 아니기 때문에, 근로자과견인지 도급인지의 판단은 근로자과견법상의 근로자과견에 해당하는지를 적극적으로 확인하는 것에서 출발해야 한다는 것이다.¹⁵⁴⁾ 그리고 근로자과견이 도급 등 다른 계약유형과 구별되는 본질적 특징은 과견기간 동안 사용사업주가 과견근로자의 근로제공과 관련하여 지시권을 행사할 수 있다는 데 있기 때문에, 사용사업주에 의해 근로자의 근로제공을 지휘·감독할 수 있는 “사용 지시권(arbeitsbezogenes Weisungsrecht)”이 행사되었는지가 근로자과견과 도급을 구별하는 유일한 구별기준이 되어야 한다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 뿐만 아니라 이 견해에 따르면, 과견기간 동안 과견사업주에게는 근로자를 직접 자신을 위해 이용할 가

150) 위의 글, p.296.

151) 위의 글, pp.296~297.

152) 위의 글, p.297.

153) Hamann(1995), 앞의 책, p.129 이하. 이와 유사한 견해로 Eckhardt, “Einführung in das Recht der Arbeitnehmerüberlassung”, JA 1989, p.393 이하; Dauner-Lieb, “Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienstoder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG”, NZA 1992, p.817 이하 등이 있다.

154) Hamann(1995), 위의 책, p.129 이하.

155) 위의 책, p.131 이하.

능성이 인정되지 않기 때문에, 근로자파견은 파견기간 중 근로자가 온전히 사용사업주의 지시에 따라 근로를 제공하는 경우에만 인정될 수 있다고 한다.¹⁵⁶⁾

(1) 사용 지시권의 내용

사용사업주는 근로자파견에 의해 파견근로자에 대하여 근로관계 전반에 관한 지시권을 갖게 되는 것이 아니라 파견근로자의 근로제공의무를 구체화하는 한도 내에서, 즉 파견근로자에게 근로를 지시하고 이를 감독하는 데 필요한 범위 내에서만 지시권을 갖는다. 따라서 이 견해에 의하면 지시권의 내용을 보다 세분화하여 이 중 어떠한 지시가 사용 지시에 해당하는지를 명확히 할 필요가 있게 된다.¹⁵⁷⁾

그리고 이 견해에 의하면, 지시권은 근로제공과의 밀접성 정도에 따라 “근로에 반드시 필요한 지시(arbeitsnotwendige Weisungen),” “근로에 수반하는 지시(arbeitsbegleitende Weisungen),” “조직관련 지시(organisationsbedingte Weisungen)”로 구분될 수 있다.¹⁵⁸⁾

“근로에 반드시 필요한 지시”는 근로자의 근로제공과 가장 밀접한 관계에 있는 것으로서, 그 지시가 없으면 근로자가 언제 어디서 무엇을 어떻게 해야 할지 알 수 없기 때문에 근로자가 제대로 된 근로제공을 할 수 없게 되는 지시를 말한다.¹⁵⁹⁾ 예컨대 근로자가 처리할 업무의 내용, 시간, 장소에 대한 지정, 초과근로 또는 긴급업무의 지시 등이 “근로에 반드시 필요한 지시”에 속한다.¹⁶⁰⁾

그리고 “근로에 수반하는 지시”는 이러한 지시가 없다 하더라도 근로자가 근로를 수행할 수 있다는 점에서 근로제공을 함에 있어 반드시 있어야 하는 것은 아니지만, 근로자의 구체적 업무수행과정에 영향을 미치는 지시를 말한다.¹⁶¹⁾ 예컨대, 작업속도를 높일 것을 지시하거나 근무 중 담

156) 위의 책, p.152.

157) 위의 책, pp.154~155.

158) 위의 책, p.166 이하.

159) Hamann(2007), 앞의 책, p.86.

160) Hamann(1995), 앞의 책, p.167.

161) 위의 책, p.168.

소, 음식물섭취 또는 흡연을 금지하는 것과 같이 근로제공 중의 업무태도와 관련된 지시, 기계의 청소 또는 업무종료 후 작업장 정리정돈 등과 같이 근로제공에 부수하는 업무의 지시, 유니폼 착용 또는 일정한 용모의 유지 등과 같이 근로제공 시 근로자의 외형적 모습과 관련된 지시 등이 “근로에 수반하는 지시”에 포함될 수 있다.¹⁶²⁾

한편, “조직관련 지시”는 정규근로자, 파견근로자 또는 도급계약에 의한 수급인의 근로자 등 그 지위와 관계없이 사업 내에서 업무를 수행하는 모든 자, 그리고 경우에 따라서는 고객 또는 방문객 등 제3자에 대하여도 적용되는 지시를 말한다.¹⁶³⁾ 예컨대, 사업 내에서의 음주, 흡연, 출입통제, 구내식당 및 주차장의 이용 등 사업의 질서유지와 관련된 지시 및 산업재해 및 직업병의 예방, 기타 산업안전보호와 관련된 지시 등이 “조직관련 지시”에 포함될 수 있다.¹⁶⁴⁾

사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사 여부를 도급과 근로자파견의 유일한 구별기준으로 하는 견해에 따르면, “근로에 반드시 필요한 지시”와 “근로에 수반하는 지시”는 근로자의 근로제공 및 업무수행의 구체적 과정을 지시, 감독하기 위한 것이라는 점에서 사용 지시권의 내용이 되는 반면,¹⁶⁵⁾ “조직관련 지시”는 근로자의 근로제공과 직접적인 관련성을 가지고 있지 않다는 점에서 원칙적으로 사용 지시권의 내용에 포함되지 않는다.¹⁶⁶⁾ 그러므로 사용사업주에 의해 “근로에 반드시 필요한 지시”와 “근로에 수반하는 지시”가 행해지는 경우 이는 근로자파견에 해당한다고 한다.

한편, 이 견해는 “근로에 반드시 필요한 지시”와 “근로에 수반하는 지시”의 구별은 유동적일 수 있다는 점을 지적한다. 예컨대 “좀 더 빨리 하라”는 ‘업무속도에 관한 지시’는 기간이 정해져 있으며 그 기간 내에 이행할 때에만 경제적으로 의미가 있는 업무의 경우에는 “근로에 반드시 필요한 지시”가 될 수 있는 반면, 그 밖의 경우에는 “근로에 수반하는 지시”

162) Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 1 Rn. 158.

163) 위의 책, § 1 Rn. 161.

164) Hamann(1995), 앞의 책, p.171 이하.

165) 위의 책, pp.167~168. p.170.

166) 위의 책, pp.173~174.

에 해당한다는 것이다.¹⁶⁷⁾ 그러나 “근로에 반드시 필요한 지시”와 “근로에 수반하는 지시” 모두 사용 지시권에 포함되기 때문에, 근로자과견임을 판단함에 있어서 이를 엄격하게 구별할 필요는 없다고 한다.¹⁶⁸⁾

(2) 사용 지시권 이외 판례와 다수설이 제시하는 구별기준의 의미

사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사를 근로자과견을 확인하는 유일한 판단기준으로 하는 견해에 의하면, 도급과 근로자과견의 구별에 있어 판례와 다수설에서 동원되고 있는 그 밖의 기준은 도급과 근로자과견의 판단에 있어 원칙적으로 상당 부분 그 의미를 잃게 된다. 이 견해에 의하면, 판례와 다수설에 따르면 근로자과견임을 인정할 수 있는 여러 가지의 기준이 존재하는 경우에도 이들 기준이 사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사를 대체하는 효력을 가지는 것은 아니기 때문에, 사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사가 인정되지 않는 한 반드시 근로자과견이라는 결론이 도출되는 것은 아니라고 한다.¹⁶⁹⁾

그렇지만 이 견해에 의하더라도 사용 지시권의 행사와 객관적 관련성이 있는 몇몇 판단기준의 경우에는 도급계약에 의해 은닉된 형태로 불법 근로자과견이 행해진 것은 아닌지를 면밀히 확인해야 할 계기가 될 수 있다고 한다.¹⁷⁰⁾ 예컨대 일에 대한 구체적 합의가 없이 업무가 대략적으로 기술되어 있는 경우 누가 이를 구체화하기 위해 필요한 지시를 하는지를 자세히 검토해야 할 필요가 있다는 것이다.¹⁷¹⁾ 그리고 도급인에 의해 투입될 근로자의 수가 결정되는 경우¹⁷²⁾ 또는 수급인이 결원시 대체인력을 조달해야 할 의무가 있는 경우¹⁷³⁾는 실제 업무수행에 있어 사용사업주에 의한 사용 지시가 이루어지는 것은 아닌지를 조사해야 할 특별한 필요가 있다고 한다. 또한 수급인이 위탁받은 업무를 수행하는 데 필요한 기술을 가지고 있지 않거나 또는 수급인에게 적정한 인적·물적 설비가 갖추어

167) 위의 책, p.170.

168) 위의 책, p.171.

169) Eckhardt, 앞의 글, p.397; Hamann(1995), 위의 책, p.176.

170) Hamann(1995), 위의 책, p.177.

171) 위의 책, p.179.

172) 위의 책, p.186.

173) 위의 책, p.189.

져 있지 않은 경우 이는 사용 지시권의 행사 여부와 관련하여 실제 계약 이행의 모습이 어떠한지를 살펴보아야 할 충분한 계기가 된다고 한다.¹⁷⁴⁾

뿐만 아니라 수급인의 근로자가 도급인이 선임한 자의 지도하에 도급인의 정규근로자와 하나의 작업집단에서 같이 업무를 수행하고 있는 경우 이는 근로자과견임을 강력히 보여주는 것이어서 근로자 측의 입증책임이 완화될 수 있다고 한다.¹⁷⁵⁾ 그리고 앞서 언급한 사정이 여럿 존재하는 경우에는 개별사건에 있어 입증책임이 전환될 수도 있다고 한다.¹⁷⁶⁾

(3) 불법과건의 유형

한편, 사용사업주에게 사용 지시권이 이전되었는지 여부를 근로자과견과 도급의 유일한 구별기준으로 하는 견해는, 사용 지시권의 행사가 있는지 여부 또는 사용 지시권이 누구에 의해 행사된 것인지를 판단하기 쉽지 않은 몇 가지의 형태를 불법과건의 유형으로 검토하고 있다.¹⁷⁷⁾

이 견해는 이에 해당하는 유형의 하나로 우선, 불법과건이라는 의심을 피하기 위해 도급인 또는 도급인이 선임한 근로자가 직접 수급인의 근로자에게 지시를 하는 것이 아니라 수급인으로 하여금 현장감독인을 선임케 한 후 이들을 통해 근로자에게 지시를 하는 형태를 들고 있다.¹⁷⁸⁾ 그리고 이 경우 누가 사용 지시권을 행사한 것인지를 판단함에 있어서는, 지시를 말한 자가 누구인지가 아니라 근로자의 근로제공이 누구의 지시에 근거한 것인지가 중요하다고 한다.¹⁷⁹⁾ 따라서 수급인의 현장감독인이 독자적인 판단여지 없이 단지 도급인이 정한 사항을 수급인의 근로자에게 그대로 전달하는 ‘확성기’에 불과한 경우 이는 도급인에 의해 사용 지시권이 행사된 것이기 때문에 근로자과견에 해당한다고 한다.¹⁸⁰⁾

그리고 사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사는, 도급인이 수급인의 근로자가 수행할 업무의 내용을 자세한 정한 이른바 “하도급 근로자에

174) 위의 책, p.206.

175) 위의 책, pp.196~197, p.212.

176) 위의 책, p.212.

177) 위의 책, p.237 이하.

178) 위의 책, p.237.

179) Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 1 Rn. 185.

180) Hamann(2007), 앞의 책, p.93.

대한 작업지시서(Arbeitsanweisungen für das Fremdpersonal)”를 도급 계약의 내용으로 포함하는 방법에 의해서도 이루어질 수 있다고 한다.¹⁸¹⁾ 이 경우 수급인의 근로자는 외형적으로는 도급인이 아니라 근로계약상의 사용자인 수급인으로부터 지시를 받기는 하지만, 수급인의 역할은 도급인이 이미 도급계약에서 정한 작업지시를 단지 근로자에게 그대로 전달하는 데 그치게 된다.¹⁸²⁾ 그리고 수급인의 근로자가 처리해야 할 업무의 내용이 계속적·반복적일 경우 수급인은 도급인이 도급계약에서 이미 이에 관해 상세한 규정을 둔 탓에 근로자의 근로제공과 관련하여 어떠한 영향력도 미칠 수 없게 된다는 것이다.¹⁸³⁾ 그렇기 때문에 이 경우는 사용자에 의한 사용 지시권의 행사를 은닉하기 위해 수급인의 현장감독인을 지시 전달의 중개자로 개입시킨 경우와 달리 판단할 필요가 없고 한다.¹⁸⁴⁾ 따라서 수급인의 근로자가 수행할 업무의 내용을 작업지시서의 형태로 도급계약에 포함한 경우 수급인의 역할은 결국 파견사업주와 마찬가지로 일정 기간 동안 일정 수의 근로자를 다른 사업에 제공하는 데 머물기 때문에 이는 근로자파견에 해당한다고 한다.¹⁸⁵⁾

또한 사용 지시권의 행사는 “전자설치업무의 실행 및 생산시설의 유지” 등과 같이 도급계약에서 그 업무의 내용을 대략적으로 정한 채 그때 그때 필요한 때마다 수급인 또는 수급인의 근로자에게 직접 “개별위탁(Einzelaufträge)” 또는 “개별주문(Einzelbestellungen)”을 하는 형식에 의해서도 달성될 수 있다고 한다.¹⁸⁶⁾ 이 경우 도급인의 개별위탁 또는 개별주문이 수급인 근로자의 업무내용 및 업무과정을 통제하는 작업지시 기능을 가지고 있고 수급인에게 인력투입계획에 있어 파견사업주가 가지는 것 이상으로 독자적인 판단여지가 없는 경우 이는 근로자파견에 해당한다고 한다.¹⁸⁷⁾

181) Hamann(1995), 위의 책, p.243.

182) Hamann(2007), 앞의 책, p.95.

183) 위의 책, p.95.

184) Hamann(1995), 위의 책, pp.248~249.

185) Hamann(2007), 앞의 책, p.96.

186) Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, § 1 Rn. 186.

187) Hamann(1995), 위의 책, p.254.

뿐만 아니라 이 견해에 의하면, 외형상으로는 단순한 사실의 통지에 불과한 경우에도 사용 지시에 해당하는 경우가 있다고 한다.¹⁸⁸⁾ 예컨대 “대형할인매장의 상품진열업무”¹⁸⁹⁾와 같이 단순·반복적인 업무의 경우에는 상품을 진열하라는 구체적 지시가 없이도 “진열될 물품이 준비되어 있다”거나 또는 “상품진열대가 비어 있다”는 단순한 사실의 통지만 있어도 근로자는 이후 자신이 무엇을 해야 할지 알 수 있는 경우가 있다는 것이다.¹⁹⁰⁾ 따라서 이와 같은 단순·정형화된 업무에 있어서는 업무수행이 필요한 사정이 발생하였다는 사실의 통지는 단순한 정보제공 차원에 머물지 않고 근로자에게 작업을 지휘하는 이른바 ‘제어정보(Steuerungsinformationen)’로서의 기능을 갖게 된다고 한다.¹⁹¹⁾ 그러므로 이러한 식의 작업지시가 이루어짐으로써 수급인의 역할이 일정 기간 동안 일정 수의 근로자를 공급하는 데 그치는 경우 수급인은 파견사업주와 동일한 수준에 있게 된다고 한다.¹⁹²⁾

마) 하자담보책임에 의해 도급계약임을 확인하고자 하는 방식

또 다른 학설에서는 도급상의 지시와 노동법상의 지시는 대부분의 경우 명확하게 구분되지 않기 때문에 사용사업주에게 노동법상의 지시권이 이전되었는지를 확인하는 것은 불가능하다는 전제하에, 근로자파견에 해당하는지를 확인하는 대신 도급으로서의 계약관계가 있는지를 확인하는 방법을 통해 근로자파견 또는 도급인지를 판단해야 한다고 주장한다.¹⁹³⁾

이 견해에 따르면, 도급계약에는 이를 확인할 수 있는 간단하면서도 확실한 기준이 있다고 한다. 근로자파견과는 달리, 도급계약은 수급인이 하자담보책임을 통해 일의 완성에 대하여 책임을 진다는 점에 특징이 있다는 것이다. 따라서 이 견해에 의하면, 도급에 해당하는지 여부는 약정된

188) 위의 책, p.256 이하.

189) LAG Frankfurt a. M. v. 11. 7. 1989, EzAÜG BetrVG Nr. 35.

190) Hamann(1995), 위의 책, p.257.

191) 위의 책, p.257.

192) 위의 책, p.257.

193) Schüren, in: Blanke, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, Teil 4, Rn. 229 이하 및 in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage 2009, § 318 Rn. 135 이하.

대로 하자담보책임이 추급되었는지 여부에 따라 확인될 수 있다고 한다.¹⁹⁴⁾ 도급인에 의한 하자담보책임의 추급은 수급인이 독자적 책임으로 일정한 일의 완성에 대한 채무를 부담하였다는 증거가 된다는 것이다.¹⁹⁵⁾ 또한 하자담보책임에 대한 추급 여부를 도급임을 확인하는 기준으로 하는 경우, 하자담보책임의 추급 여부는 대부분의 경우에 서면으로 작성되기 때문에 이를 확인될 수 있다는 점에서도 장점이 있다고 한다.¹⁹⁶⁾

계약에 하자담보책임에 대한 합의가 있었고 실제 하자가 발생했음에도 불구하고 도급인에 의해 하자담보책임이 추급된 바가 없다면, 이는 하자담보에 대한 진정한 합의의사가 없었음을 보여주는 것이라고 한다.¹⁹⁷⁾ 반면, 계약의 이행과정에서 하자가 발생하지 않았던 경우에는 수급인이 과거에 하자담보책임을 진 적이 있는지 또는 다른 도급인에게 이와 비슷한 정도의 난이도를 가진 업무를 수행함에 있어서 하자담보책임에 대한 합의를 하였는지 그리고 하자발생 시 실제로 이를 이행하였는지를 살펴봐야 한다고 한다.¹⁹⁸⁾ 그리고 수급인이 여러 도급인을 상대로 업무를 수행한 바 있으나 이들 근로자에 의해 야기된 하자를 무보수로 제거한 적이 없거나 또는 보수에서 이에 상응하는 금액을 공제한 적이 없다면 이는 명백히 도급이 아님을 보여주는 것이라고 한다.¹⁹⁹⁾

3) 평가

독일 연방노동법원의 판단방식과 마찬가지로, 대부분의 학설도 여러 가지의 판단기준을 가지고 근로자파견과 도급을 구별해야 한다는 입장을 보이고 있다. 한편 이 밖에도 학설에서는, 민법상의 도급계약을 중심으로 근로자파견과 도급을 구별하고자 하는 견해, 근로자파견법이 추구하는 법률목적을 고려한 구별기준을 제시하고 이에 따라 근로자파견과 도급을 구별하고자 하는 견해, 독일 근로자파견법상 직접고용간주규정의 목적론

194) Schüren, in: Blanke, 위의 책, Rn. 263.

195) 위의 책, Rn. 265.

196) 위의 책, Rn. 268.

197) 위의 책, Rn. 269-270.

198) Hamann, in: Schüren/Hamann, 앞의 책, Rn. 271.

199) 위의 책, Rn. 272.

적 축소를 주장하는 견해, 사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사를 근로자파견과 도급을 구별하는 유일한 기준으로 하여 근로자파견임을 확인하고자 하는 견해, 이와는 반대로 하자담보책임을 유일 기준으로 삼아 도급계약임을 확인하고자 하는 견해 등 판례와 다수설과는 다른 방식에 의해 근로자파견과 도급을 구별해야 한다는 견해도 주장되고 있다.

그러나 판례와 다수설과 다른 방식에 의해 근로자파견과 도급의 구별하고자 하는 시도 중 어느 하나 구별문제를 명확하게 해결하고 있다고 평가하기는 어려워 보인다.

우선, 민법상의 도급계약을 중심으로 근로자파견과 도급을 구별하고자 하는 견해는 도급계약에 전형적인 요소가 결여되었다는 것에 의해 반드시 근로자파견임이 인정되는 것은 아니라는 점에서 비판을 받고 있다. 또한 도급계약의 본질적 표지로부터 판단기준을 도출하는 이 견해도 결국에는 기존에 이미 인정되고 있던 구별기준을 근로자파견과 도급의 판단기준으로 한다는 점,²⁰⁰⁾ 그리고 도급계약의 본질적 표지로부터 판단기준을 도출함으로써 판단방식이 불필요하게 협소해진다는 점²⁰¹⁾에서 비판의 대상이 되고 있다.

근로자파견법이 추구하는 법률목적에 고려한 구별기준에 의해 도급 또는 근로자파견인지를 판단하고자 견해에 대하여는 다음과 같은 비판이 가해지고 있다. 근로자파견법의 법률목적에 비추어 이에 대한 회피가 인정될 수 있는 경우 그 계약형식과 관계없이 근로자파견법이 적용되어야 한다는 견해는, 목적론적 관점에 의한 근로자파견과 도급의 구별을 강조하고 있지만 근로자파견법의 회피를 인정하기 위한 세 가지의 요건을 확인하기 위한 방법으로 결국에는 기존의 판단기준에 의존한다는 비판을 받고 있다.²⁰²⁾ 또한 인력공급자의 “진정성” 여부에 의해 도급과 근로자파견의 구별을 주장하는 견해에 대하여도 인력공급업자의 “진정성” 여부의 판단을 위해 결국 기존에 이미 인정되고 있는 판단기준으로 귀결되고 있

200) Rosenstein, 앞의 책, p.146.

201) Dewender, 앞의 책, p.35; Hamann(1995), 앞의 책, p.103.

202) Hamann, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2007, § 1 Rn. 170.

다는 점에서 동일한 비판이 가능하다.²⁰³⁾ 뿐만 아니라 인력공급자의 “진정성”에 따른 근로자과견과 도급의 구별을 시도하는 견해는, 근로계약상 사용자의 지위에 있는 자가 사용자로서의 의무를 다하고 있는 경우, 다시 말해 인력공급자에게 진정성이 있다고 볼 여지가 있는 경우에 근로자과견법의 적용이 부정될 수 있으며, 이러한 근로자과견법의 목적론적 축소는 결국 불법 근로자과견의 용인으로 귀결될 위험이 있다는 점에서도 문제점을 안고 있다.²⁰⁴⁾

직접고용간주규정의 목적론적 축소를 주장하는 견해는, 독일 근로자과견법상의 직접고용간주규정의 적용 여부는 허가를 받지 않은 불법 근로자과견인지 아닌지에 의해서만 결정될 뿐, 고의에 의한 불법과견, 인식 있는 회피, 인식 없는 회피와 같은 계약당사자의 주관적 의사에 의해 제한될 수 없다는 비판을 받고 있다.²⁰⁵⁾ 뿐만 아니라 도급계약에 의해 근로자과견을 회피하고자 하는 의사가 있는지 여부는 관련 당사자의 주관적 의사에 해당하기 때문에 이를 확인하기 쉽지 않다는 중대한 문제점을 안고 있다.²⁰⁶⁾ 연방노동법원도 직접고용간주규정의 목적론적 축소해석은 인정될 여지가 없다는 점을 분명히 한 바 있다.²⁰⁷⁾

사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사를 도급과 근로자과견의 유일한 구별기준으로 하는 견해가, 도급 또는 근로자과견인지의 판단은 결국 근로자과견을 전제로 한 법률규정이 적용되어야 할 것인지와 관련된 문제이기 때문에 원론적으로는 근로자과견임을 적극적으로 확인해야 한다는 점을 지적한 것은 평가할 만하다.²⁰⁸⁾ 또한 이 견해는, 중간에 수급인의 현장감독인을 개입시킨 경우, 도급인이 “도급 근로자에 대한 작업지시서”를 도급계약의 내용에 포함시킴으로써 수급인을 이 작업지시를 그대로 전달하는 데 머물게 한 경우, 계약의 내용을 대략적으로만 정한 채 필요에 따라 개별위탁을 하는 형식으로 근로자에게 구체적 업무를 부여하는

203) Hamann(1995), 앞의 책, p.109.

204) 위의 책, p.109.

205) Hamann, in: Schüren/Hamann(2007), 앞의 책, § 1 Rn. 174; Walle, 앞의 책, p.113.

206) Dewender, 앞의 책, p.36; Hamann(1995), 앞의 책, p.115.

207) BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

208) Rosenstein, 앞의 책, p.168.

경우, 외형상으로는 사실의 통지에 불과한 듯 보이지만 실제로는 근로자를 제어·통제하는 내용을 담고 있는 경우 등과 같이 사용 지시권의 행사가 있는지 여부 또는 누가 사용 지시권을 행사하였는지 여부를 판단하기 어려운 실무상의 여러 가지의 유형을 실질적 관점에서 사용사업주에 의한 지시권의 행사로 파악하고 있다는 점에서 탁월하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 견해가 판례와 다수설이 취하는 판단방식과 본질적으로 구별되는 견해라고 하기는 어렵다고 판단된다.²⁰⁹⁾ 사용사업주에 의한 사용 지시권의 행사를 유일한 구별기준으로 하는 이 견해에 의하더라도, 판례와 다수설이 제시하는 판단기준은 도급 또는 근로자파견인지를 판단하는 데 일정한 법적 의미를 가지기 때문이다. 그리고 이 견해는 파견기간 동안 사용사업주에 의해 전적으로 사용 지시권이 행사되는 경우를 근로자파견으로 인정함으로써 파견근로자의 보호라는 근로자파견법의 목적에 배치되게 근로자파견법의 적용범위를 부당하게 좁게 만든다는 점에서 상당한 비판을 받고 있다.²¹⁰⁾

하자담보책임에 의해 도급계약임을 확인하는 방식에 의해 근로자파견 또는 도급인지를 판단해야 한다는 견해는 - 도급계약을 중심으로 근로자파견과 도급을 구별하는 방식과 마찬가지로 - 하자담보책임에 대한 실제적 추급이 없었기 때문에 도급계약임이 확인되지 않는 경우에도 반드시 근로자파견에 해당하는 것은 아니라는 문제점이 지적되고 있다.²¹¹⁾

〈보론〉 오스트리아에서의 근로자파견과 도급의 판단

독일의 경우와 달리, 오스트리아는 근로자파견과 도급에 관련하여 명문의 규정을 두고 있다. 그러나 위장도급에 의한 근로자파견법을 회피하는 것을 막기 위해, 반드시 이에 관한 특별규정을 둘 필요가 있었던 것은 아닐지도 모른다.²¹²⁾ 왜냐하면 오스트리아 판례²¹³⁾는 학설의 견해와 일

209) 위의 책, pp.170~172.

210) 위의 책, pp.168~170.

211) Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), § 1 Rn. 143.

212) Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung, 2010, p.19.

213) OGH v. 10. 1. 1984, 4 Ob 163/83; VwGH v. 5. 6. 2002, 2001/08/0107.

치하여 도급계약과 근로계약의 정치한 구별을 통한 확고한 법리로서 이러한 시도를 무력화해왔기 때문이다.

이에 따르면, 도급계약은 근로계약에서와 같은 장기적 채권관계(Da-
uerschuldverhältnis)가 아닌 목적이 있는 채권관계(Zielschuldverhältnis)
에 해당한다. 따라서 수급인은 계약서에 구체적으로 기재된 급부의 제공
에 대하여만 책임을 부담할 뿐, 일정 기간 동안의 인력조달에 대한 채무
를 부담하는 것이 아니라고 한다. 그리고 도급계약은 수급인이 근로자처
럼 인적으로 종속되어 있지 않고 계약상대방에 대하여 독립적이라는 데
또 하나의 특징이 있다고 한다. 또한 도급계약은 그 자체로 일체성이 있
는 특정한 결과의 완성을 목적으로 한다는 점에서 근로자파견과 중요한
차이가 있다고 한다.²¹⁴⁾ 따라서 완성되어야 할 일의 결과가 계약서에 구
체적으로 개별화되어 있고 그 예가 설명되어 있는 경우에만 도급계약을
인정할 수 있다고 한다.²¹⁵⁾ 뿐만 아니라 수급인은 일정한 일의 결과에 대
해 책임을 부담하기 때문에 도급의 목적물은 일정한 구분이 가능하며 하
자담보를 추급하기에 적합한 것이어야 한다는 점에서도 도급과 근로자파
견은 중요한 차이가 있다고 한다.²¹⁶⁾

1988년 근로자파견법을 제정한 오스트리아는, 근로자파견법 제4조에서
근로자파견과 도급의 판단방식 및 판단기준을 규정하고 있다. 즉, 오스트
리아 파견법은 제4조 제1항에서, “근로자파견에 해당하는지 여부의 판단
에 있어서는, 사실관계의 외관적 형태가 아닌 실제 경제적 내용이 결정적
판단기준이 된다”고 규정하여 실질 판단원칙을 밝힘과 동시에, 제2항에서
는 근로자파견과 도급의 판단기준을 제시하면서 여기에 규정된 요건에
해당하는 경우 ‘도급계약’의 이행을 위해 제공된 근로를 근로자파견과 동
일하게 다루고 있다.²¹⁷⁾

214) OGH v. 27. 9. 1989, Ob 210/89.

215) VwGH v. 5. 6. 2002, 2001/08/0107; VwGH v. 28. 10. 1997, 93/08/0168.

216) VwGH v. 5. 6. 2002, 2001/08/0107.

217) 오스트리아 근로자파견법 제4조(판단기준)

① 근로자파견에 해당하는지 여부의 판단에 있어서는, 사실관계의 외관적 형태
가 아닌 실제 경제적 내용이 결정적 판단기준이 된다.

② 특히 근로자파견은 파견된 인력이 도급인의 사업 내에서 도급계약의 이행을
위해 근로를 제공하고 있지만 다음 각 호 중 하나에 해당하는 경우에 존재한다.

오스트리아 파견법 제4조 제2항 제1호에 따르면, 투입된 인력이 도급인의 사업 내에서 도급계약의 이행을 위해 근로를 제공하고 있지만 “도급인의 생산품, 서비스 또는 중간생산물과 다르지 않고 구별되지도 않으며 수급인에게 귀속될 수 없는 일을 완성하거나 그 완성에 협력”하고 있는 경우에 그 인력은 수급인의 이행보조자로서 업무를 수행하는 것이 아니게 된다. 수급인은 일정한 일의 완성을 의무를 부담하기 때문에 수급인에 의해 투입된 인력은 수급인의 지시하에 도급계약상 맡은 업무의 완성에 협력한다. 이와는 달리 수급인의 근로자가 도급인의 업무를 처리하기 위해 투입된 것이라면 이는 도급계약과는 전혀 관계가 없는 것이며 근로자 파견에 의한 것이라 할 수 없게 된다는 것이다. 이를 통해 오스트리아 입법자는 도급계약의 이행이라는 명목하에 수급인의 근로자를 도급인의 일상적인 작업과정에 결합하는 것을 막고자 하였다.²¹⁸⁾

그리고 수급인과 그 인력 간에 근로계약이 있음을 보여주는 하나의 징표로서, 투입된 인력이 “주로 수급인의 원료와 작업도구로 업무를 수행하지 않는” 경우에도 근로자파견에 해당하는 것이 된다(오스트리아 파견법 제4조 제2항 제2호). 그러나 이에 대하여 수급인에 의한 원료 및 작업도구의 제공은 도급과 근로자파견을 구별하는 데 적절한 기준이 아니라고 비판하는 견해도 있다.²¹⁹⁾

또한 오스트리아 파견법 제4조 제2항 제3호에 따르면, 투입된 인력이 “도급인의 사업 내에 조직상 편입되었으며 도급인 감독자의 지시하에 있는 경우에도 근로자파견으로 취급된다. 수급사업주는 완성된 일의 품질에 대하여 책임을 져야 하기 때문에, 그 근로자에 대한 지시권을 포기하거나 다른 자에게 위임할 수 없다. 입법이유서에서도 일의 완성을 위해 필요한 전문적, 조직상, 시간상의 처분권한은 수급인에게 있어야 한다고

1. 도급인의 생산품, 서비스 또는 중간생산물과 다르지 않고 구별되지도 않으며 수급인에게 귀속될 수 없는 일을 완성하거나 그 완성에 협력하고 있는 경우
2. 근로가 주로 수급인의 원료와 작업도구에 의해 수행되지 않는 경우
3. 도급인의 사업 내에 조직상 편입되었으며 도급인 감독자의 지시하에 있는 경우
4. 수급인이 일의 결과에 대하여 책임을 부담하지 않는 경우

218) EB zur RV 450 BlgNR 17. GP 17.

219) Tomandl, 앞의 책, p.21.

강조하고 있다.²²⁰⁾

끝으로, 오스트리아 파견법 제4조 제2항 제4호에 의하면, “수급인이 일의 결과에 대하여 책임을 지지 않는 경우”에도 근로자파견에 해당하는 것이 된다. 수급인은 일의 일정한 결과에 대하여 책임을 부담하기 때문에, 도급계약의 대상은 구분 가능하며 하자담보책임에 적당한 결과이어야 한다는 것이다. 따라서 하자담보책임이 없는 경우에는 민법상의 도급계약으로서의 본질적 요소를 갖추지 못한 것이 된다.

이상에서 본 바와 같이, 오스트리아에서는 도급과 근로자파견의 구별함에 있어 법률에 규정된 네 가지 판단기준이 중요한 의미를 갖는다. 그런데 이와 관련해서는 법률에 규정된 사유 중 하나만 있는 경우에도 근로자파견을 인정할 수 있는 것인지 아니면 도급에 해당하는지를 판단함에 있어서 개별 사안의 전체적 사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 하는 것인지가 문제된다. 이에 대해 판례는 법률에 열거된 네 가지 사유 중 하나만 충족되는 경우에도 근로자파견에 해당한다고 거듭 판시²²¹⁾함으로써 근로자파견과 도급의 구별에 있어 상당히 엄격한 태도를 취한다고 할 수 있다.²²²⁾

3. 집단적 노사관계에 의한 규율

가. 독일 내 파견근로의 실태

독일 내 파견근로는 1972년 근로자파견법이 제정된 이래 완만한 증가세를 보여 왔다. 그러나 지난 2002년 말 소위 ‘하르츠개혁(Hartz-Reformen)’의 일환으로 진행된 독일 근로자파견법의 개정 이후 독일 내 파견근로자의 수는 급격히 증가하였다. 2002년 말의 개정으로 그간 독일 근

220) EB zur RV 450 BlgNR 17. GP 18.

221) 예컨대 VwGH v. 4. 9. 2006, 2005/09/0068. 그러나 이러한 태도가 반드시 일관되어 있는 것은 아니다. 제반 사정을 전반적으로 고려해야 한다는 판결도 있다 (VwGH v. 18. 12. 2006, 2005/09/0142).

222) Grillberger, “Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland”, Festschrift für Rolf Birk zum 70. Geburtstag, p.163.

로자파견법의 특징이라 할 만한 파견근로자에 대한 보호규정이 대부분 사라져 버렸다. 파견근로자와 반복적으로 기간제 근로계약을 체결하는 것을 금지하는 규정(구 근로자파견법 제3조 제1항 제3호), 파견사업주가 파견근로자를 해고 후 3개월 이내에 재고용하는 것을 금지하는 규정(구 근로자파견법 제3조 제1항 제4호), 파견사업주가 반복적으로 근로자파견 기간과 파견근로계약기간을 일치시키는 것을 금지하는 규정(구 근로자파견법 제3조 제1항 제5호)이 삭제되었다. 뿐만 아니라 사용사업주가 파견 근로자를 사용할 수 있는 최대 기간인 24개월의 파견 상한기간이 폐지되었다(구 근로자파견법 제3조 제1항 제6호). 근로자파견법의 제정 당시 3개월이었던 파견 상한기간이 이후 6개월(1985년), 9개월(1993년), 12개월(1997년), 그리고 24개월(2001년)로 점차 연장되어 오다가 결국 파견기간의 상한이 사라지게 된 것이다. 근로자파견의 최대 기간을 제한한 까닭은 파견근로자를 장기간 상용직일자리에 사용하는 것을 막기 위함이었다.²²³⁾ 그러나 파견 상한기간이 폐지됨으로써 사용사업주는 동일한 파견근로자를 기간 제한 없이 사용할 수 있게 되었으며 사용사업 내 일자리를 장기간 파견근로자로 충원하는 것이 가능하게 되었다.²²⁴⁾

이에 따라 2003년 연평균 330,000명 정도이던 파견근로자의 수는 2008년에는 760,000여 명으로 늘어났다.²²⁵⁾ 5년간 파견근로자의 수가 2배 이상 증가하면서 가파른 성장속도를 보였다. 2008년 파견근로자의 수를 기

〈표 2-1〉 독일 내 연평균 파견근로자의 수(2000년 이후)

(단위: 명)

연도	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
수	328,011	341,053	318,465	330,219	385,256	443,949	579,771	715,056	760,604	625,411

223) BT-Drucksache VI/2303, p.12.

224) BT-Drucksache 15/6008, p.8.

225) 파견사업허가를 얻은 파견사업주는 근로자파견법 제8조 제2항에 따라 매년 2회 통계보고를 하여야 한다. 파견사업주는 상반기보고(1월 1일부터 6월 30일까지)는 그 해 9월 1일까지, 하반기보고(7월 1일부터 12월 31일까지)는 이듬해 3월 1일까지 하여야 한다. 연방노동청(Bundesagentur für Arbeit)은 이 자료를 토대로 근로자파견에 대한 통계자료를 발표하고 있다.

준으로 전체 고용에서 파견근로자가 차지하는 비중은 2.6% 수준이었다.

독일 내 파견근로의 급격한 증가는 파견근로를 활용하는 기업들의 전략변화에 기인한 측면이 크다. 기업들이 종전까지는 일시적으로 인력이 필요한 경우에 이를 해결하기 위한 방안으로 근로자파견을 이용하였다면, 최근에는 인사정책의 일환으로서 파견근로를 전략적으로 활용하여 그 비율이 높아지고 있는 것이다.²²⁶⁾ 이러한 경향은 특히 중·대규모사업장에서 뚜렷하게 나타나고 있다. 독일 정부가 2010년 1월 연방하원의회에 제출한 제11차 근로자파견법보고서²²⁷⁾에 따르면, 파견근로자를 사용하는 사업의 비율은 50인 이상 249인 이하 사업의 경우는 2004년 17%에서 2008년 23%로 증가하였고, 250인 이상 사업의 경우에는 그 비율이 34%에서 48%로 높아졌다.²²⁸⁾ 중·대규모 사업에서는 파견근로자를 사용하는 사업의 비율뿐만 아니라 파견근로를 이용하는 빈도도 상당히 증가한 것으로 나타나고 있다. 사용된 파견근로자의 수는 50인 이상 249인 이하 사업의 경우에 2004년 평균 8명에서 2008년 11명으로 증가하였고, 250인 이상 사업에서는 25명에서 46명으로 거의 두 배 가까이 늘어났다.²²⁹⁾

뿐만 아니라 2008년 6월 30일을 기준으로 사용사업 내 전체 근로자 중

〈표 2-2〉 전체 사용사업 내 파견근로자의 평균적인 수(2004~2008)

(단위: 명)

	2004	2005	2006	2007	2008
1인 이상 19인 이하	2	2	2	2	2
20인 이상 49인 이하	3	4	3	3	3
50인 이상 249인 이하	8	8	9	10	11
250인 이상	25	28	38	39	46
전체 사용사업	6	7	9	9	10

226) Seifert/Brehmer, "Leiharbeit: Funktionswandel einer flexiblen Beschäftigungsform", WSI-Mitteilungen 6/2008, p.335.

227) Elfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucksache BT-Drucksache 17/464.

228) BT-Drucksache 17/464, p.28.

229) BT-Drucksache 17/464, p.29.

〈표 2-3〉 사업규모에 따른 파견근로의 이용 빈도(2008년 6월 기준)

(단위:%)

	이용 빈도 (사용사업 내 전체 근로자에서 파견근로자가 차지하는 비율)				전체
	낮음 (5% 이내)	보통 (5~10%)	높음 (10~20%)	아주 높음 (20% 이상)	
20인 이상 49인 이하	38	25	27	9	100
50인 이상 249인 이하	51	20	18	11	100
250인 이상	59	16	16	9	100
전체 사용사업	48	21	21	10	

파견근로자가 차지하는 비율이 10% 이상 20% 이하인 사업이 전체 사용사업의 21%이고 20% 이상인 사업도 10%에 이르는 것으로 나타나고 있다.²³⁰⁾

지난 몇 년간 독일 내 파견근로의 급격한 증가는 사용사업 내 정규고용의 대체와 밀접한 관련성이 있다. 2008년 노르트라인-베스트팔렌주의 용역으로 실시한 연구결과에 의하면, 2006년 기준 파견근로자를 사용한 전체 사업 중 26.3%에 달하는 사업에서 파견근로자의 사용이 정규일자리의 대체효과를 가져온 것으로 조사되었다. 다시 말해, 전체 사용사업체 4개 중 1개 이상에서 파견근로자의 수가 증가 또는 유지된 데 반해 정규근로자의 수는 감소하였거나, 파견근로자의 수는 증가한 데 반해 정규근로자의 수는 종전 그대로인 것으로 나타났다.²³¹⁾ 이는 결과적으로 근로자파견법의 규제완화 이후 사용사업주가 사업 내 정규일자리를 파견근로자에 의해 대체하는 경우가 빈번하게 일어나고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

그리고 파견근로자를 사용할 수 있는 기간에 제한이 없어졌음에도 불구하고 파견근로관계의 존속기간은 상당히 짧은 편이다. 제11차 근로자파견법보고서에 의하면, 2008년 하반기를 기준으로 파견사업주와 파견근

230) BT-Drucksache 17/464, p.30.

231) Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen, Strukturen, Einsatzstrategien, Entgelte, 2008, p.59 이하.

로자 간의 근로관계의 종료를 그 기간에 따라 유형별로 분류하면, 파견근로자의 고용기간이 1주일 이하인 경우가 8.7%, 3개월 미만인 경우가 42.5%, 3개월 이상인 경우는 48.9%인 것으로 나타났다.²³²⁾ 파견기간의 제한이 없어진 2004년 이후의 상황을 보더라도 전체 파견근로관계 중 3개월 이상 지속된 파견근로관계가 차지하는 비율은 소폭 증가하는 데 그치고 있다. 이는 파견근로관계의 상당수가 해고제한법의 적용요건인 6개월의 근속기간이 되기 이전에 이미 종료된다는 것을 의미하기 때문에, 파견 상한기간의 폐지 이후에도 파견근로자의 고용불안정성은 여전하다고 할 수 있다.

한편 제11차 근로자파견법보고서에 따르면, 전체 파견근로자 중 이전의 사용사업에 의해 직접 고용된 파견근로자의 비율은 2003년 5%에서 2008년 7%로 미세하게 증가된 수준을 보이고 있을 뿐이다.²³³⁾

나. 단체협약에 의한 규율

1) 파견사업주와의 단체협약에 의한 규율

과거 독일 근로자파견분야는 몇몇 기업별 단체협약의 경우를 제외하고는 단체협약이 체결되어 있지 않은 분야였다. 이는 파견근로의 불안정성 및 정규근로자의 근로관계에의 부정적인 영향을 이유로 파견근로에 반대 입장을 고수하였던 노동조합 측의 태도에서 그 이유를 찾을 수 있다.²³⁴⁾ 독일노동총연맹은 1981년에 파견근로의 금지를 요구하는 기본정책을 결의하기도 하였다. 그러나 1990년대 들어 파견근로의 금지를 주장하는 노동조합의 요구와는 반대로 근로자파견법이 변화되고 파견근로의 수가 점차 증가함에 따라 1990년대 후반 노동조합 측의 전략은 파견근로의 금지 대신에 단체협약을 통해 파견근로를 규율하는 쪽으로 변화되었다. 독일노동총연맹은 1996년 파견근로금지의 기본정책을 폐기하고, 1998년 단체협약을 통

232) BT-Drucksache 17/464, p.23.

233) BT-Drucksache 17/464, p.28.

234) Wölflé, "Gewerkschaftliche Strategien in der Leiharbeit", WSI-Mitteilungen 1/2008, p.39.

한 파견근로의 규율을 천명하였다.

이후 2002년 말의 근로자파견법 개정은 노동조합이나 파견업체 모두가 파견근로분야에 단체협약을 체결하고자 하는 결정적 계기를 마련해주었다. 2002년 말 독일 근로자파견법의 규제완화에 대한 반대급부는 파견근로자에 대한 평등대우원칙이었다. 근로자파견에 있어서도 ‘동일노동 동일 임금(gleicher Lohn für gleiche Arbeit)’ 원칙을 관철해야 한다는 것이다.²³⁵⁾ 즉, 파견근로자는 파견기간 중 임금을 포함한 중요 근로조건과 관련하여 사용사업 내에 있는 비교 가능한 근로자와 동등한 대우를 받아야 한다. 그런데 독일 근로자파견법은 단체협약으로 파견근로자의 근로조건을 정한 경우를 평등대우원칙의 예외로 인정하고 있다. 단체협약에 대해 평등대우원칙의 예외를 인정한 까닭은 단체협약 당사자가 파견분야의 특수성을 반영하여 파견근로자의 근로조건을 정할 수 있도록 함과 동시에, 단체협약을 통해 파견기간 및 비파견기간 중 파견근로자의 임금수준을 한데 묶어 규율하는 것이 가능하도록 하기 위한 것이었다.²³⁶⁾

단체협약에 의한 평등대우원칙의 예외는, 노동조합과 파견업체 양쪽 모두가 파견분야에 대해 적극적으로 단체협약을 체결하게 된 유인(誘因)이 되었다. 노동조합 측에서는 단체협약으로 파견근로를 포괄적으로 규율함으로써 규제완화에 대응코자 하였다. 한편, 파견업체의 입장에서는 평등대우원칙의 적용을 피하기 위해서라도 단체협약으로 파견근로자의 근로조건을 정하는 것이 상당히 시급한 문제가 되었다.

이러한 법률의 변화에 따라, 2003년 이후 독일 내 파견분야에는 다수의 기업별 단체협약 이외에도 산업별 단체협약이 광범위하게 체결되었다.²³⁷⁾ 독일노총(DGB)은 연방파견회사사용자단체(BZA), 독일파견업협회(iGZ)와 각각 산업별 단체협약을 체결하였고, 기독교노동조합(CGGB) 산하 공동교섭단(CGZP)은 중견인력공급서비스업사용자단체(AMP), 연방독일 서비스업단체(BVD), 전문인력공급서비스업사용자단체(mercedarius)와도 각각 산업별 단체협약을 체결하였다.

235) BT-Drucksache 15/25, p.38.

236) BT-Drucksache 15/25, p.38.

237) BT-Drucksache 17/464, p.12.

문제는 파견분야의 단체협약에 정해진 임금수준이 상당히 낮다는 데 있다. 파견분야의 단체협약이 이처럼 낮은 임금수준에서 체결된 이유는 독일노총과 기독교노동조합의 경쟁관계에서 그 주된 원인을 찾을 수 있다.

단체협약에 의한 평등대우원칙의 예외가 인정되자 이들 노동조합은 단체협약의 체결을 통한 파견분야의 주도권을 잡기 위한 다툼을 시작하였다. 그 시발점이 된 것이 2003년 2월 24일 기독교노동조합이 북바이에른 파견업협회(INZ)와 체결한 단체협약이었다.²³⁸⁾ 기독교노동조합 산하 공동교섭단이 북바이에른 파견업협회(INZ)와 체결한 단체협약에서는 구서독지역에 대해 6.30유로, 구동독지역에 대해 5.70유로를 시간당임금으로 합의하였다. 이후 기독교노동조합 산하 공동교섭단은 중견파견협회(MVZ)와도 단체협약을 체결하였다. 그리고 2005년 북바이에른 파견업협회(INZ)와 중견파견협회(MVZ)는 중견인력공급서비스업사용자단체(AMP)로 통합되었다.

한편, 기독교노동조합이 북바이에른 파견업협회(INZ)와 단체협약을 체결할 당시, 독일노총은 파견사업주 사용자단체와 단체교섭과 관련된 중점사항에 대해 합의안을 도출하고 단체교섭을 진행 중이었다. 그리고 이 합의안에서 정한 수준은 기독교노동조합이 체결한 단체협약보다 훨씬 높았다. 독일노총 산하 공동교섭단은 2003년 2월 20일 연방파견회사사용자단체(BZA)와 주당 평균 35시간의 근로시간, 일반시간당임금 8.40유로(2004년) 내지 8.80유로(2006년), 최저시간당임금 6.85유로(2004년) 내지 7.15유로(2006년), 사용사업 내 적용되는 각 산업별 단체협약을 고려하여 정한 추가적 수당지급 등을 골자로 한 중점사항을 합의하였다.

그러나 기독교노동조합의 단체협약 체결은 독일노총의 단체교섭에도 큰 영향을 끼쳐 이후 단체교섭이 신속하게 마무리되는 결과를 가져왔다.²³⁹⁾ 독일노총은 2003년 5월 29일 독일파견업협회(iGZ), 2003년 7월 22일 연방파견회사사용자단체(BZA)와 각각 산업별 단체협약을 체결하였다. 임금수준에 있어서도 독일노총은 기독교노동조합이 정한 수준에서 벗어나지 못

238) Düwell/Dahl, "Aktuelle Gesetzesund Tariflage in der Arbeitnehmerüberlassung", DB 2009, p.1071.

239) Lembke, "Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit", BB 2010, p.1533.

했다. 독일노총이 체결한 단체협약은 기독교노동조합이 합의한 임금보다는 높은 수준이기는 하지만 이를 크게 상회하는 정도는 아니었다. 파견분야 단체협약의 낮은 임금수준은 이후 단체협약이 여러 번 갱신되는 과정에서 그대로 유지되고 있다.

독일 내 파견근로자의 임금 등 근로조건은 거의 대부분 파견사업주와 체결된 단체협약에 의해 결정되고 있다.²⁴⁰⁾ 그렇지만 파견근로자가 조합원 자격으로 단체협약상의 임금을 적용받는 경우는 예외에 해당한다. 파견근로자의 노조조직률이 낮은 수준에 머물고 있기 때문이다. 때문에 95% 이상이 넘는 대부분의 파견근로자는 협약상의 임금을 적용하기로 한 근로계약상의 합의에 따라 파견분야의 단체협약에서 정한 금액을 임금으로 받는 것으로 파악되고 있다.

파견근로자의 저임금은 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자의 임금과 비교할 때 여실히 드러난다. 2008년 노르트라인-베스트팔렌주(Nordrhein-Westfalen)가 실시한 연구결과에 따르면, 보조업무에 종사하는 파견근로자는 다른 분야의 보조업무에 종사하는 자에 비해 대략 45%가량 적은 임금을 받고 있다. 이에 의하면 행정·사무직과 같은 업무에서의 임금격차는 대략 35% 정도이다.²⁴¹⁾ 뿐만 아니라 이 연구조사에 따르면 1999년과 2006년 사이 파견근로자와 파견근로자가 아닌 자 간의 임금격차는 거의 모든 분야에서 확대된 것으로 나타나고 있다.²⁴²⁾

한편, 기독교노동조합 산하 공동교섭단이 파견분야에 대해 단체협약을 체결한 직후부터 학설에서는 파견근로자를 조합원으로 거의 가지고 있지 않은 기독교노동조합이 파견분야에 단체협약을 체결할 수 있는지에 대해 다툼이 있었다. 이에 대해 연방노동법원은 2010년 12월 14일 결정²⁴³⁾에서 기독교노동조합은 단체협약을 체결할 능력이 없다고 판단하였다. 단체협약 체결능력(Tariffähigkeit)이 없는 노동조합이 체결한 단체협약은 무효이

240) Waltermann, "Fehlentwicklung in der Leiharbeit", NZA 2010, p.483.

241) Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 앞의 책, p.73 이하.

242) Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 앞의 책, p.77 이하.

243) BAG vom 14. 12. 2010-1 ABR 19/10.

기 때문에, 기독노동조합의 단체협약을 적용받음으로 인해 평등대우원칙이 적용되지 않았던 파견근로자에게는 이미 지급받은 임금과 사용사업 내 비교 가능한 근로자가 받는 임금과의 차액을 청구할 수 있는 길이 열리게 되었다.

2) 사용사업주와의 단체협약에 의한 규율

앞서 말한 바와 같이, 파견근로자의 노동조합 조직률은 낮은 수준으로 알려져 있다. 따라서 일반적으로 파견근로자의 사용을 규율하거나 파견근로자의 임금 등 근로조건 등을 정할 수 있는 노동조합의 교섭력은 파견사업주나 파견사업주사용자단체보다 사용사업주의 산업에서 더 크다. 이러한 이유에서 이전부터 파견근로자가 사용되는 산업 내에 조직된 노동조합이 사용사업주와 근로자파견의 사용요건, 파견근로자의 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결하는 경우가 있었다.²⁴⁴⁾

노동조합은 이러한 단체협약의 체결에 의해 - 예컨대 대체인력이 필요한 경우나 수주물량의 증가 등 파견근로자의 사용을 특정한 경우로 제한하는 등의 방법으로 - 사용사업주의 사업 내 고용정책에 영향을 미칠 수 있다. 또한 전체 근로자 중 파견근로자가 차지하는 비율이 일정한 정도를 초과하지 못하도록 그 수를 제한하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.²⁴⁵⁾ 그리고 사용사업주가 인력을 공급할 파견사업주를 선택할 때 고려해야 할 기준(예컨대, 평등대우원칙의 적용, 사용자단체에 가입 여부) 등도 단체협약의 내용이 될 수 있다.

파견근로자를 사용하는 산업 내에 조직된 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 단체협약으로 파견근로자의 임금 등 근로조건도 규율할 수 있다. 예컨대, 사용사업에서의 파견기간 중 사용사업 내 정규직 근로자와의 완전한 동등대우, 산업안전보건에 관한 규정, 사업 내 교육훈련프로그램에의 참여, 복리후생시설의 이용 등이 그 대상이 될 수 있다. 이와 관련하여, 사용사업주에게 파견사업주와 근로자파견계약을 체결할 때 이러한 의무를 이행토록 할 의무를 부과하거나 그 준수를 감독할 의무를 부과하는

244) Zachert, in: Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz, § 1 Rn. 444.

245) Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Auflage 2009, Rn. 2020.

채무적 규정이 체결될 수 있다. 그리고 단체협약에 이를 지키지 않은 경우에 대해 위약금 약정을 해둠으로써 같은 채무적 합의의 이행을 확보할 수 있다.²⁴⁶⁾ 뿐만 아니라, 제3자를 위한 계약(Vertrag zugunsten Dritter, 독일 민법 제328조)의 방법을 통해,²⁴⁷⁾ 파견근로자에게는 사용사업주에 대한 직접적 청구권이 인정될 수도 있다.²⁴⁸⁾

한편 파견근로자를 사용하는 사용기업과의 파견근로에 관한 단체협약은 쟁의행위의 방법을 통해서 이를 얻어낼 수 있다. 노동조합이 채무적 규정의 체결을 요구한다고 해서 쟁의행위의 가능성이 없어지는 것은 아니다. 단체협약으로 규율 가능한 범위가 규범적 부분으로 제한되는 것은 아니기 때문에 채무적 부분만을 내용으로 하는 단체협약에 대해서도 쟁의행위는 가능할 수 있다.²⁴⁹⁾

실제로 지난 몇 년간 독일 금속노조(IG Metall)는 파견근로자를 활용하는 기업을 상대로 단체협약 등의 다양한 방법으로 파견근로를 규율하고자 하는 여러 가지 시도를 하고 있다. 이는 최근 금속노조와 사용사업주 간에 상당히 많은 수의 단체협약이 체결되는 결과를 낳고 있다.²⁵⁰⁾ 예컨대,

- 에어부스 독일 유한회사(Airbus Deutschland GmbH)와 금속노조 간에 체결된 기업별 단체협약(Zusatztarifvertrag LAK)에 의하면, 에어부스는 자신과 근로자파견계약을 체결하고 있는 파견사업주와의 계약에서 파견사업주에게 고용된 파견근로자의 파견이 4개월째 되는 달부터는 금속·전자산업의 단체협약에 따라 근로제공 및 임금을 지급받도록 하는 방법을 확보할 의무를 부담한다.
- 2007년 12월 13일 슈틸이라는 유한회사(Still GmbH)와 금속노조 간에 체결된 기업별 단체협약에 의하면, 파견근로자로 하여금 파견 첫

246) Zachert, in: Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz, § 1 Rn. 444.

247) Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage 2011, § 1 TVG Rn. 80.

248) Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2002, § 9 Rn. 159.

249) BAG v. 19. 10. 1976 AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form: Dieterich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage 2011, Art. 9 GG Rn. 114.

250) 이하의 내용은, Berg, "Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung", JbArbR Bd. 46(2009), pp.85~86.

날부터 금속단체협약에 의해 임금을 지급하는 파견사업주와만 근로자파견계약을 맺도록 하고 있다. 뿐만 아니라 기업은 파견근로자를 감축하며 2009년 1월 1일부터는 최대 6개월로 제한할 의무를 부담한다.

- 2007년 12월 19일 휘텐베르켄 크룹 마네스만이라는 유한회사(Hüttenwerken Krupp Mannesmann GmbH), 근로자대표(Betriebsrat) 그리고 금속노조 간에 체결된 합의(따라서 단체협약으로서의 효력이 있음)에 의하면, 파견근로자의 수를 2011년 1월 1일까지 100명으로 제한하도록 되어 있다. 뿐만 아니라 정규직 근로자와 파견근로자의 동등대우가 규정되어 있다. 그리고 기업은 자신과 근로자파견계약을 체결하고 있는 파견사업주와의 계약에서 파견근로자가 사용사업 내 정규직 근로자가 받는 철강산업 단체협약에 따른 급여를 파견근로자에게 지급되도록 보장할 의무를 부담한다. 다만, 기업에 대한 파견근로자의 직접 청구권은 인정되지 않는다.

또한, 파견근로자가 파견된 특정 사용기업과 관련하여 금속노조와 파견사업주 간에 단체협약이 체결되는 경우가 있었다.

- 자동차회사인 아우디 주식회사(Audi AG)에 파견된 파견근로자를 위해 2007년 8월 21일 금속노조와 파견회사인 아데코(Adecco Personaldienstleistungen GmbH) 간에 체결된 단체협약에 의하면, 아데코는 파견근로자에게 연방파견회사사용자단체(BZA)와 독일노총 간에 체결된 단체협약에서 정한 수준을 초과하는 임금을 지급할 의무를 부담한다.
- 2007년 11월 27일 베엠베 주식회사(BMW AG)와 체결된 합의에 의하면, 베엠베에 파견된 파견근로자의 통상임금을 금속단체협약의 기본급에 따라 정하는 파견사업주와만 근로자파견계약을 체결하도록 하고 있다. 그리고 금속노조와 베엠베에게 인력을 공급하는 파견회사 간에는 베엠베에 파견된 근로자를 위한 이와 동일한 단체협약(제3자를 위한 계약)이 체결되었다.
- 한편, 포드-베르케 주식회사(Ford-Werke AG)의 경우, 전체 근로자

중 파견근로자가 차지하는 비율을 일정한 비율로 제한한다는 합의가 이루어진 바 있다. 2003년 7월 17일 이루어진 합의에 의하면, 파견근로자의 수를 상시 생산직중에 종사하는 포드 직원의 총 3%로 제한하도록 하고 있다. 뿐만 아니라 이에 의하면, 포드는 연방파견회사사용자단체(BZA)와 독일노총 간에 체결된 단체협약을 적용하는 파견사업주와만 근로자파견계약을 맺도록 하고 있다. 보충적으로 포드는, 이들 파견사업주로 하여금 포드에 파견된 기간 동안은 금속·전자산업 단체협약에 따라 임금을 책정하고 지급할 의무를 부담하게끔 한다는 약속하였다.

끝으로, 단체협약에서는 파견사업주, 사용사업주, 노동조합의 3자합의의 형태로 파견근로자에 대한 사용사업 내 정규직 근로자와의 동일임금이 합의되기도 하였다.

- 2007년 9월 11일 금속노조, 파견회사인 HS Personaldienstleistung GmbH, 그리고 사용기업인 SAKTHI Germany GmbH 간에 체결된 단체협약에 따르면, 파견사업주와 파견근로자의 관계에서 파견기간 동안에는 금속·전자산업 단체협약이 적용된다. 그리고 SAKTHI Germany GmbH는 이로 인해 파견사업주에게 발생한 추가비용을 보전할 의무를 부담한다.

다. 근로자대표에 의한 규율

1) 사용범위의 제한

독일 사업조직법 제92조에 따르면, 사용자는 인사계획, 특히 현재와 장래의 인원수요, 인사계획으로 인한 인사조치 및 직업훈련조치에 관하여 이를 문서로 적시에 포괄적으로 근로자대표위원회에 통지하여야 한다. 또한 사용자는 필요한 조치의 방법과 범위, 조치로 인한 피해를 회피할 수 있는 방법에 관하여 근로자대표위원회와 협의해야 한다(사업조직법 제92조 제1항 제2문). 일반적으로 인사계획이란 사용자가 장래에 계획하고 있는 인사행위를 말하고, 이는 채용, 전직 및 해고와 같은 개별 인사조

치 등으로 나타난다. 예컨대 인사수요계획, 인원조달계획, 감원계획 등이 인사계획의 중요 부분에 해당할 수 있다.²⁵¹⁾ 뿐만 아니라, 사용자가 인사계획을 수립하기 전 단계에서는, 근로자대표위원회가 사용자에게 인사계획의 수립과 실시에 관한 제안을 할 수 있다(사업조직법 제92조 제2항). 즉, 독일 사업조직법 제92조는 사용자의 인력계획수립에 있어 근로자대표가 정보를 제공받을 권리, 협의권, 제안권을 인정한다.

향후 특정 일자리를 파견근로자로만 충원하겠다고거나 현재 직접고용된 근로자가 처리하는 업무를 앞으로는 사내도급의 형태로 전환하겠다고는 사용자의 계획은, 사업 내 인력수요 및 인력조달계획에 해당함과 동시에 사업 내 전체 근로자의 고용상황에 중대한 영향을 미친다. 따라서 근로자대표는 이와 관련하여 사업조직법 제92조에 따른 권한을 행사할 수 있다.²⁵²⁾ 예컨대, 근로자대표는 사업 내에서 사용될 파견근로자를 일정 범위로 제한할 것을 제안할 수 있다. 또한 근로자대표는 현재 사내도급의 형태로 운영되고 있는 업무에 대해 직영으로 전환할 것을 제안할 수 있다. 뿐만 아니라 도급계약에 의한 사내 업무의 외주를 상세히 규율하는 서면합의의 체결도 가능하다. 예컨대 사내도급 업무를 일정한 범위(예컨대, 청소, 경비, 구내식당 등)로 제한하는 것을 고려해 볼 수 있다. 뿐만 아니라 사내도급 근로자를 일정 수로 제한하는 합의도 인정될 수 있다.²⁵³⁾

그리고 근로자대표가 사용자에게 인력계획에 대한 합리적 제안을 할 수 있으려면, 사업 내 간접고용 근로자에 대한 정확한 정보를 필요로 한다. 따라서 근로자대표는 사용자에게 간접고용 근로자에 의해 수행되는 업무의 종류 및 범위 등에 대한 정보(예컨대, 근로자파견계약 또는 도급계약, 작업일과 작업시간이 기재된 작업일지 등)를 요구할 수 있다.²⁵⁴⁾

실제로 독일에서는 종종 사용자업주와 그 사업 내에 있는 근로자대표 간에 사업 내에서 사용될 파견근로자의 범위를 제한하는 합의가 체결된

251) Thüsing, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage 2010, § 92 Rn. 3.

252) Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), 앞의 책, § 14 Rn. 308, 547.

253) Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), 앞의 책, § 14 Rn. 309, 548.

254) Hamann, "Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal", WiVerw 2001, p.227.

다.²⁵⁵⁾ 예컨대, 제강분야의 한 사업에서 체결된 서면합의에 따르면, “회사는 파견근로자를 최대 15명까지 사용할 수 있다”고 하여, 근로자대표와의 서면합의에서 사업 내에서 사용될 수 있는 파견근로자의 최대 인원 수를 구체적으로 제한하기도 한다.

그리고 파견근로자를 사용할 수 있는 최대 시간을 제한하는 방법이 선택되기도 한다. 교통사업분야에서 체결된 서면합의를 보면, “파견근로자를 사용하는 것이 불가피한 경우 한 달 평균 그 시간은 1,400시간을 초과할 수 없다. 휴가철인 6월, 7월, 8월은 여기에서 제외한다. 이 휴가기간 중 파견근로자의 사용시간은 최대 1,700시간이 될 수 있다”고 규정하여 구체적 시간범위를 제한하고 있다.

뿐만 아니라 몇몇 서면합의에서는 전체 근로자의 수에서 파견근로자의 비율을 일정한 범위로 제한하는 합의가 이루어지고 있다. 예컨대, 화물차 생산업체에서 체결된 서면합의에서는 “파견근로자의 수는 전체 근로자의 최대 3%까지로 한다”는 규정이 체결되기도 한다.

2) 파견근로자의 사용에 대한 동의 및 사내도급계약에 대한 검토

가) 파견근로자의 사용에 대한 동의

(1) 파견근로자의 사용

독일 근로자파견법 제14조 제3항에 의하면 사용사업 내 근로자대표는 사용사업주가 파견근로자를 사용(Übernahme)하기에 앞서 사업조직법 제99조에 따른 권한을 행사할 수 있다.²⁵⁶⁾ 그리고 독일 사업조직법 제99조에 따르면, 통상적으로 선거권이 있는 근로자²⁵⁷⁾가 20명 이상 있는 기업

255) 이하의 내용은 Zumbeck, Leiharbeit und befristete Beschäftigung, 2009, pp.43~44 참조.

256) 이 규정은, 1981년 12월 15일 불법취업의 극복을 위한 법률(Gesetz zur Bekämpfung der illegaler Beschäftigung, BGBl. I, p.1390)에 의해 1982년 1월 1일부터 적용되고 있다. 물론 이 규정이 있기 전에도 연방노동법원은 파견근로자의 사용에 대하여는 사용사업주 사업 내에 있는 근로자대표의 동의가 필요하다고 판시한 바 있다. 이에 대한 판례로는 BAG v. 14. 5. 1974, AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG가 있다.

257) 사업조직법 제7조에 의하면, 18세에 달한 사업의 모든 근로자는 선거권을 가지며, 또한 근로제공을 위하여 파견된 다른 사용자의 근로자의 경우에는, 그가 사

에서 사용자가 인력사용(Einstellung), 전직(Versetzung), 임금등급의 분류(Eingruppierung), 임금등급의 재분류(Umgruppierung) 등의 개별 인사 조치를 실시하고자 하는 경우, 이를 사전에 근로자대표에게 통지해야 하고 지원 서류를 제시해야 하며 해당 관련자에 대한 정보를 제공해야 한다. 뿐만 아니라 사용자는 계획하고 있는 인사조치로 인한 효과에 대하여 근로자대표에게 정보를 제공해야 하고(사업조직법 제99조 제1항 제1문), 인력사용의 경우에 사용자는 사용이 예정된 업무 및 임금등급의 분류에 대하여도 통지하여야 한다(사업조직법 제99조 제1항 제2문).

독일 연방노동법원과 다수설에 의하면, 인력사용이란 사업 내에 실제 편입되어 지시에 종속하면서 사업 내에 근로를 제공하고 있는 근로자와 함께 사업의 노동기술상의 목적을 실현하는 경우를 말하고,²⁵⁸⁾ 이에 의하면 파견근로자의 사용도 사업조직법 제99조에서 말하는 인력사용에 해당한다.²⁵⁹⁾ 따라서 파견근로자의 사용 전에 사용사업주는 사업 내에 있는 근로자대표의 동의를 얻어야 한다.

독일 근로자파견법 제14조 제3항에서 말하는 파견근로자의 사용이란, 파견근로자가 사용사업주에 의한 업무범위의 지정에 의해 사용사업주 사업으로 편입되는 것을 말한다. 사용사업주로의 편입을 인정하기 위해서는 파견근로자가 사용사업 내에서 실제로 근로를 제공하는 것이 필요하며,²⁶⁰⁾ 파견사업주와 근로자파견계약을 체결한 것만으로는 파견근로자의 사용이 인정되지 않는다.²⁶¹⁾ 근로자파견계약의 체결만으로는 사업 내 전체 근로자의 이익에 영향이 없기 때문이라고 한다. 그러나 파견근로자를 사용하는 이상, 근로자대표의 권한은 파견기간의 장단에 의해 영향을 받지 않는다. 따라서 아주 짧은 기간 동안, 예컨대 몇 시간이나 며칠 동안만 파견근로자를 사용한다고 하더라도 이는 파견근로자의 사용에 해당하고,

업 내에서 3개월 이상 사용되는 경우에 선거권을 가진다.

258) Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage 2004, § 3 Rn. 67.

259) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 98.

260) Körner, "Neue Betriebsratsrechte bei atypischer Beschäftigung", NZA 2006, p.578; Thüsing, in: Thüsing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2005, § 14 Rn. 159.

261) Hamann(2001), 앞의 글, p.216.

따라서 이에 대한 근로자대표의 동의가 필요하다.²⁶²⁾ 그리고 파견근로자의 사용이 최초 계획된 파견기간을 초과하여 연장된 경우에도 이에 대하여 다시금 사용사업 내 근로자대표의 동의를 얻어야 한다.²⁶³⁾

한편, 파견근로자가 파견기간 중 다른 파견근로자로 교체된 경우 새로운 인력사용에 해당하기 때문에 근로자대표의 동의가 있어야 하는지 여부에 대해서는, 이를 긍정하는 견해²⁶⁴⁾와 부정하는 견해²⁶⁵⁾로 견해가 대립되고 있다. 또한 파견근로자가 근로자파견기간 이후에 사용사업주와 직접 근로관계를 맺게 되는 경우에도, 다시금 근로자대표의 동의가 필요로 되는가 하는 문제에 대하여도 견해가 나뉘어져 있다.²⁶⁶⁾

(2) 사용사업주의 정보제공 및 동의 요청

독일 사업조직법 제99조 제1항에 의하면, 사용자가 개별 인사조치를 하고자 하는 경우, 사용자는 이를 사전에 근로자대표위원회에 통지하여야 하고 지원서류 및 관련자에 대한 정보를 제공하여야 한다. 뿐만 아니라 사용자는 계획하고 있는 조치의 효과에 관하여 자료를 제시하여 이에 대한 정보를 제공하여야 한다. 특히 사용자는 채용과 전직의 경우에 예정된 일자리와 임금분류에 관하여 통지하여야 한다.

이에 따라 사용사업주가 파견근로자를 사용하고자 하는 경우, 사용사업주는 근로자대표가 파견근로자의 사용에 대해 동의 여부를 판단하는데 기초가 될 수 있는 모든 사실을 근로자대표에게 통지해야 한다.²⁶⁷⁾ 예컨대, 사용사업주가 근로자대표에게 통지해야 할 사항에는, 파견근로자의

262) Boemke/Lembke, 앞의 책, §14 Rn. 99; Wensing/Freise, "Beteiligungsrechte des Betriebsrat bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern", BB 2004, p.2239.

263) Wensing/Freise, 앞의 글, p.2239.

264) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 100; Hamann(2001), 앞의 글, p.217.

265) Wensing/Freise, 앞의 글, p.2239.

266) 근로자대표의 동의를 필요로 한다는 견해로 Hamann(2001), 앞의 글, p.217; Thüsing, in: Thüsing, 앞의 책, § 14 Rn. 162가 있다. 한편, Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 101은 경우를 나누어, 일반적으로 파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용되는 경우에는 근로자대표의 동의가 필요하지만, 파견근로자가 파견기간의 정함 없이 사용사업으로 파견되어 직접 고용된 경우에는 동의를 필요로 하지 않는다고 한다.

267) Erdlenbruch, 앞의 책, p.185.

수, 파견기간, 예정된 업무 및 업무의 종류, 근로시간, 파견근로자의 직업 능력 등이 포함된다.²⁶⁸⁾ 그리고 근로자파견계약에 의하여 파견근로자가 구체적으로 합의된 경우에는, 사용자는 파견근로자의 성명, 주소, 연령, 성별, 국적, 장애 여부 등과 같은 파견근로자의 상세한 인적사항을 근로자대표에게 통지해야 한다.²⁶⁹⁾ 또한 사용사업주는 근로자대표에게 파견사업주와 체결한 근로자파견계약도 제시하여야 한다.²⁷⁰⁾ 다만, 파견사업주와 합의한 파견보수에 대한 합의는 이에 포함되지 않는다. 뿐만 아니라, 사용사업주는 파견사업주의 파견허가 소지 여부에 대해 서면으로 파견사업주의 의사표시를 근로자대표에게 제시하여야 한다.²⁷¹⁾ 한편, 사용사업주는 파견근로자와 파견사업주 간에 체결된 근로계약을 근로자대표에게 제시할 필요는 없다.²⁷²⁾

사용사업주가 근로자대표에게 정보를 제공하지 않았거나 근로자대표가 그 동의 여부를 판단함에 있어 필요한 모든 정보를 제공하지 않는 경우에는 근로자대표에게 통지한 것으로 인정되지 않기 때문에 사용사업주는 근로자대표에게 동의를 요청하지 않은 것이 된다. 사용사업주가 파견사업주의 파견허가 소지 여부를 통지하지 않은 경우에도 이와 동일하다.²⁷³⁾

(3) 파견근로자 사용에 대한 근로자대표의 동의 거부

사용사업 내 근로자대표가 법률에 규정된 바에 따라 적법한 정보제공을 받은 경우, 근로자대표는 독일 사업조직법 제99조 제2항에 열거된 사유가 있으면 통지를 받은 날로부터 1주일 이내에 그 사유를 서면으로 명시하여 그 동의를 거부할 수 있다. 근로자대표가 동의를 거부할 수 있는 사유는, 인력사용이 ① 법률, 명령, 재해예방규정, 단체협약이나 근로자대

268) Hamann(2001), 앞의 글, p.217.

269) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 102.

270) Niebler/Biebl/Roß, 앞의 책, Rn. 623.

271) 독일 근로자파견법 제12조 제1항 제2문에 따르면, 파견사업주는 자신이 근로자파견법 제1조에 따른 파견허가를 소지하고 있는지 여부를 근로자파견계약에 분명히 하여야 한다.

272) Wensing/Freise, 앞의 글, p.2241.

273) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 105.

표와의 서면합의(Betriebsvereinbarung), 법원의 판단, 행정관청의 명령에 반하는 경우, ② 인사선발기준에 반하는 경우, ③ 경영상 또는 일신상의 정당한 사유 없이 사업 내 근로를 제공하고 있는 근로자가 해고 또는 기타 불이익을 받게 될 우려가 있는 경우(근로계약기간의 정함이 없는 근로자를 채용함에 있어, 동일한 자격을 갖춘 기간의 정함이 있는 근로계약에 있는 근로자를 고려하지 않는 것도 불이익으로 간주된다), ④ 경영상 또는 근로자의 일신상의 정당한 사유 없이 해당 근로자가 불이익을 받는 경우, ⑤ 근로자대표와 사용자의 합의로 사업 내에 사전에 공고를 하기로 한 경우에 이를 행하지 않은 경우, ⑥ 사용이 예정된 지원자 또는 근로자가 사업의 평온을 해할 우려가 있는 경우 등이다(사업조직법 제99조 제2항). 근로자대표가 이 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 파견근로자의 사용에 대하여 동의를 한 것으로 간주된다(사업조직법 제99조 제3항 제1문 및 제2문).

따라서 파견사업주에게 파견허가가 없는 경우, 사용사업 내 근로자대표는 법률위반이 있음을 이유(사업조직법 제99조 제2항 제1호)로 파견근로자의 사용을 정당하게 거부할 수 있다.²⁷⁴⁾ 또한 정당한 사유 없이 사업 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자가 불이익을 받을 우려가 있는 경우(사업조직법 제99조 제2항 제3호) - 예컨대 파견근로자가 근로를 제공하게 될 업무에 종사하고 있던 사업 내 종전 근로자가 해고되어야 할 경우 - 근로자대표는 사용자의 동의요청을 거부할 수 있다.²⁷⁵⁾

(4) 근로자대표의 동의거부 효과

근로자대표가 파견근로자의 사용에 대해 동의를 거부하였음에도 불구하고 사용사업주가 파견근로자를 사용하고자 하는 경우, 사용사업주는 근로자대표의 동의를 대체하는 결정을 내려줄 것을 노동법원에 신청하여야 하고 노동법원은 결정절차로 이를 판단한다(노동법원법 제2조의a 제1항 제1호 및 제2항). 사용사업주는 근로자대표의 동의를 대체하는 법원의 결정이 있을 때까지는 사업 내에서 파견근로자를 사용할 수 없다. 근로자

274) Hamann(2007), 앞의 책, p.79.

275) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 110.

대표가 동의를 거부했음에도 불구하고 사용자가 사업 내에서 파견근로자를 사용하는 경우, 근로자대표는 사용사업주에게 파견근로자의 사용을 금지하는 명령을 내릴 것을 노동법원에 신청할 수 있다(사업조직법 제101조 제1문). 사용사업주가 법원의 판단에 불구하고 파견근로자의 사용을 중단하지 않는 경우, 사용사업 내 근로자대표의 신청에 의해 노동법원은 강제금을 통한 파견근로자 사용의 중단을 명한다. 강제금의 상한은 위반일수마다 250유로이다(사업조직법 제101조 제2문).

한편, 정당한 사유에 의한 긴박한 필요가 있는 경우, 사용사업주는 근로자대표가 그 의견을 표명하기 전이나 동의를 거부한 경우에도 잠정적으로 파견근로자를 사용할 수 있다(사업조직법 제100조 제1항). 하지만 이 경우 사용자는 즉시 이를 근로자대표에게 통지하여야 한다. 근로자대표가 파견근로자를 사용할 긴박한 필요성이 있는지 여부에 관해 즉시 의견을 제기하는 경우에, 사용자는 3일 이내에 근로자대표의 동의 대체 및 이러한 조치가 정당한 사유에 의해 긴박하게 필요했다는 확인을 노동법원에 신청한 경우에만 파견근로자의 사용을 유지할 수 있다(사업조직법 제100조 제2항).

나) 사내도급계약에 대한 검토

파견근로자의 사용에 대해 근로자대표의 동의가 필요한 것에 반해, 학계의 다수설에 의하면 진정 도급계약의 경우 도급인은 수급인의 근로자에 대하여 노동법상의 지시권을 가지고 있지 않기 때문에, 수급인의 근로자가 도급인의 사업 내에서 업무를 수행하더라도 근로자대표에게는 이에 대한 동의 또는 동의를 거부할 권한이 일반적으로 인정되지 않는다.²⁷⁶⁾ 그러나 독일 연방노동법원의 판례에 의하면, 사용자가 사내도급 근로자에 대하여 적어도 '사용자가 가지는 권한의 일부'를 행사하는 경우에는 사업으로의 편입이 인정되므로 사업조직법 제99조에서 말하는 인력사용에 해당한다고 판시한 바 있다.²⁷⁷⁾

한편, 파견근로자는 파견기간 동안 사용사업주의 지시에 종속하여 근

276) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 8; Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), 앞의 책, § 14 Rn. 541 이하.

277) BAG v. 15. 12. 1998, NZA 1999, p.722; Hamann(2001), 앞의 글, p.226.

로를 제공하는 반면에, 진정 도급계약에 의한 수급인의 근로자는 사업 내에서 근로를 제공하는 동안에 도급인이 아닌 수급인의 지휘명령을 받는다는 데 차이가 있다. 그러나 사내도급 근로자는, 자신과 근로계약에 있지 않은 사용자의 사업 내에서 노무를 제공하고 있다는 점에서는 파견근로자와 공통점을 가진다. 그리고 이들 근로자는 사업 내에서 이미 근로를 제공하고 있던 근로자와 함께 노무를 제공하고 또한 종전에 사업 내 근로자가 처리하던 업무를 행한다는 점에서, 사업 내 전체 근로자의 이해관계에 영향을 미친다. 이러한 점에서 근로자대표는 사내도급 근로자의 활용이 실제 도급계약에 일치하는 것인지 아니면 근로자파견임을 은닉하기 위한 방편으로 형식상으로도 도급계약의 형태를 취한 것인지를 독자적으로 살펴봄으로써 이에 대해 일정 권한을 행사할 수 있는지 여부를 판단할 필요가 있다.²⁷⁸⁾

그 전제조건으로 근로자대표에게는 이를 판단할 수 있는 기초자료들이 제공되어야 한다. 이러한 측면에서, 독일 사업조직법 제80조 제2항은 근로자대표는 사용자에게 요청함으로써 임무수행을 위해 필요한 자료를 언제든지 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 근로자대표가 요구하는 경우, 사용자는 수급인과 체결한 ‘도급계약서’를 근로자대표에게 제시하여야 한다.²⁷⁹⁾ 근로자대표는 사용자에 의해 제시된 계약서와 작업일지를 토대로 실제 사업 내에서 이루어지는 인력사용을 비교 검토함으로써 이러한 인력활용이 법률상 진정 도급에 해당하는지 아니면 (불법) 파견에 해당하는지를 판단한다.²⁸⁰⁾ 그리고 사내도급 근로자의 업무수행이 형식상으로는 도급계약이지만 실제로는 근로자파견에 해당한다고 판단되는 경우, 이에 대해 동의를 받아야 했음에도 불구하고 얻지 않았다는 이유로 사용자에게 이러한 인력사용의 금지명령을 내릴 것을 노동법원에 신청할 수 있다(독일 사업조직법 제101조 제1항). 이에 따라 노동법원은 불법파견에 해당하지는 여부를 판단하게 된다.

278) BAG v. 31. 1. 1989, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 20; Boenke/Lembke, 앞의 책, § 14 Rn. 9.

279) BAG v. 31. 1. 1989, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 20; Hamann(2001), 앞의 글, p.227.

280) BAG v. 31. 1. 1989, DB 1989, p.982; Hamann(2001), 앞의 글, p.227.

3) 평등대우원칙의 준수 및 감독

독일 사업조직법 제75조 제1항에 의하면, 사용자와 근로자대표는 사업 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자가 법과 형평(Recht und Billigkeit)의 원칙에 따라 대우받고 있는지를 감독하여야 하고, 특히 인종 또는 민족적 혈통, 국적, 종교 또는 세계관, 장애, 연령, 정치적 또는 노동조합적 활동 또는 사상, 성별 또는 성적 정체성으로 인해 불이익이 발생하지 않는지, 평등원칙(Grundsatz der Gleichbehandlung)이 준수되고 있는지를 감독하여야 한다.

“사업 내에 근로를 제공하는 근로자”라는 법률문언에서 드러나는 바와 같이, 다수설에 의하면 평등대우원칙은 근로제공의 형태와 관계없이 사업 내에서 근로를 제공하는 모든 근로자에 대하여 적용된다.²⁸¹⁾ 또한 “특히”라는 표현이 보여주는 바와 같이 차별사유는 예시적인 것에 불과하기 때문에, 정당한 사유 없이 고용형태를 이유로 차별적 처우를 하는 것은 금지된다.

법률에는 이러한 원칙이 준수되고 있는지에 대한 감독의무만이 규정되어 있기는 하지만, 사용자와 근로자대표는 원칙준수 여부에 대한 감독의무뿐 아니라 이를 본인 스스로가 행할 의무도 부담한다. 따라서 사용자와 근로자대표는 파견근로자나 사업 내에서 업무를 수행하는 수급인 소속 근로자가 사업의 복리후생시설의 이용에서 배제되지 않도록 하여야 한다.²⁸²⁾ 사용자가 반복적으로 평등대우원칙에 위반하는 경우, 근로자대표 또는 사업 내에 조합원인 근로자가 있는 노동조합은 독일 사업조직법 제23조 제3항에 따라 사용자에게 일정 행위를 중지, 행위실행의 수인 또는 행위의 실시를 명할 것을 노동법원에 신청할 수 있다. 사용자가 확정력 있는 법원의 판단에 의해 부과된 행위의 중지 또는 행위실시의 수인의무에 반하는 경우에, 신청에 의해 노동법원은 사용자에게 사전 경고 후 각 위반행위를 이유로 한 질서금을 선고한다. 사용자가 기판력 있는 법원의 판단에 의해 부과된 행위를 실행하지 아니하는 경우에, 신청에 의해 노동법원은 강제금을 통해 사용자가 행위를 실행하도록

281) Körner, Flexicurity in atypischen Arbeitsverhältnissen, 2006, p.49.

282) Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), 앞의 책, § 14 Rn. 220.

록 할 것임을 선고한다. 신청권자는 근로자대표위원회 또는 사업 내에 조합원인 근로자가 있는 노동조합이다. 질서금과 강제금의 상한은 10,000유로이다.

반면, 사용자가 파견사업주 또는 수급인과의 근로계약에 의해 정해지는, 예컨대 임금 등의 근로조건과 관련하여 파견근로자와 사내도급 근로자를 정규직 근로자와 동등하게 대우할 의무를 부담하는 것은 아니다.²⁸³⁾ 하지만 실제에 있어서는, 파견근로자와 사용사업 내 정규직 근로자의 평등대우를 정한 합의가 이루어지기도 한다. 예컨대 최근 오펔(Opel)이 뤼셀하임 공장(Werk Rüsselheim)에 대해 근로자대표와 체결한 서면합의에서는, 회사로 하여금 파견근로자가 파견사업주로부터 최소한 사용사업 내 정규직 근로자와 동일한 임금을 받을 수 있도록 할 의무를 부과한다는 합의가 이루어진 바 있다.²⁸⁴⁾

4) 직접고용으로의 전환

간접고용 근로자든 이미 직접 고용된 정규직 근로자든 근로자는 사업 내의 일자리가 가능하면 직접 고용된 인력에 의해 충원되는 데 당연히 큰 관심을 가지고 있다. 정규직 근로자와 비교하여 열악한 근로조건에 있는 간접고용 근로자는 직접고용으로의 전환을 통해 고용의 불안정성 및 근로조건에 향상을 기대한다. 뿐만 아니라 간접고용 인력이 많아지는 만큼 사업 내 정규직 근로자의 수는 감소되고, 이는 근로자와 사용자 간의 힘의 불균형을 가져올 수 있기 때문이다. 독일 사업조직법은 기업의 인사계획에 의해 근로자의 고용상황이 불안정해질 수 있다는 점을 고려하여 2001년 법률 개정에 의해 근로자대표위원회가 고용의 보장 또는 촉진과 관련하여 일정한 권한을 행사할 수 있도록 하고 있다.

독일 사업조직법 제92조의a에 따르면, 근로자대표위원회는 고용 보장 및 촉진을 위한 제안을 사용자에게 할 수 있다. 이 규정은, 고용보장 및 고용촉진과 관련하여 사용자와 근로자대표 간의 사업 내 대화를 촉진하

283) 위의 책, § 14 Rn. 220.

284) Düwell/Dahl, "Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitern", NZA-RR 2011, p.7.

고자 하는 것이다. 고용보장과 촉진에 관한 제안은 특히 근로시간의 유연한 형성, 단시간근로 및 고령단시간근로의 촉진, 근로조직의 새로운 형태, 작업절차 및 작업공장의 변경, 근로자의 자격취득, 작업의 분리 또는 작업의 다른 기업으로의 위탁 및 투자프로그램에 관한 선택 등을 그 대상으로 할 수 있다(독일 사업조직법 제92조의a 제1항). 법문에서 “특히”라고 표현하는 데서 알 수 있듯이, 법률에 열거된 고용보장 및 촉진에 관한 제안은 예시적인 것에 불과하다. 이 점에서 근로자대표는 정규직 근로자의 고용보장의 측면에서 뿐만 아니라 사업 내에 있는 파견근로자 또는 도급계약을 통해 사내에서 업무를 제공하는 근로자의 고용보장 및 촉진에 관한 제안을 할 수 있다. 예컨대 근로자대표는 파견근로자 또는 사내도급근로자를 직접고용으로 전환할 것을 제안할 수 있다.²⁸⁵⁾

사용자는 근로자대표위원회와 그 제안에 관하여 협의해야 한다. 사용자가 그 제안이 적절하지 않다고 판단되는 경우, 사용자는 근로자대표위원회에 그 사유를 제시해야 한다. 100명 이상의 근로자가 있는 사업에서는 그 사유를 서면으로 제시하여야 한다. 그리고 사용자 또는 근로자대표위원회는, 협의에 연방노동청의 대표자를 동석할 수 있다(독일 사업조직법 제92조의a 제2항). 사용자가 근로자대표의 제안을 수용하는 경우에, 사용자와 근로자대표 간에는 서면합의(Betriebsvereinbarung)가 체결될 수 있다.

실제 독일에서는 파견근로자의 직접고용으로의 전환과 관련하여 근로자대표와 사용자 간에 다양한 형태의 서면합의가 체결되고 있다.²⁸⁶⁾

우선, 신규채용 시 파견근로자를 어떻게 대우할 것인지를 정한 서면합의가 이에 포함된다. 예컨대 기계제작분야에서 체결된 서면합의를 보면, “공석 중인 일자리의 충원에 있어 파견근로자가 이에 맞는 능력을 갖추고 있는 경우 정규근로관계의 전환에 대한 제안을 받는지가 검토된다. 근로를 제공하고 있는 파견근로자는 외부의 지원자에 비해 우선적으로 고려되어야 한다”라고 규정하여, 사업 내 신규인력의 채용 시 파견근로자를 다른 외부의 지원자보다 우선적으로 고려할 것을 규정하고 있다.

285) Hamann, in: Schüren/Hamann(2010), 앞의 책, § 14 Rn. 309, 549.

286) 이하의 내용은, Zumbeck, 앞의 책, pp.58~62.

그 밖에 파견근로자가 채용요건에 맞는 경우에 간소화된 채용절차를 거치도록 하는 정하는 경우도 있다. 예컨대, 기계제작분야에서 체결된 서면합의에서는 “파견근로자가 적성, 능력 및 자격조건을 갖추고 있어 공식 중인 일자리에 충원될 수 있는 경우, 근로자대표의 동의를 받아 간소화된 채용절차(구인공고의 불실시)가 적용된다”고 규정하고 있다.

또한 일정한 파견기간이 경과한 후 사용사업주로 하여금 파견근로자에게 정규직 근로관계로의 전환 기회를 제공할 의무를 부담케 하는 경우도 있다. 예컨대, 화물차생산업체에서 체결된 서면합의에서는 “파견근로자가 사용되는 분야에 신규채용을 가져오는 장기적 인력수요가 있는 경우, 현재의 자격 및 필요한 자격조건을 고려하여 파견근로자를 우선적으로 고려하여야 한다. 파견근로자가 동일한 일자리에 3개월 이상 사용되는 것이 장기적 인력수요의 징표가 된다”고 규정하고 있다.

뿐만 아니라, 일정 파견기간이 경과하면 자동적으로 파견근로 일자리를 정규직 일자리로 전환시키도록 하는 서면합의가 체결되기도 한다. 예컨대 전자산업에 체결된 서면합의에서는, “파견근로자의 사용기간이 1년 인 경우 그 일자리는 기간의 정함이 없는 정규직 일자리로 전환되어야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 최근 쾨니히 메탈(König Metall)이라는 회사와 근로자대표 간에 체결된 합의에 의하면, 파견기간이 15개월이 경과하면 정규직으로의 전환을 보장하는 합의가 체결된 바 있다.²⁸⁷⁾

4. 소 결

가. 근로자파견과 도급의 구별

근로자파견법 제정 당시부터 독일에서는 근로자파견과 도급의 구별에 상당한 법률적 어려움이 있다는 점이 인식되고 있었고, 실제로도 그 법률관계의 판단에는 적지 않은 애로가 있다. 독일과 우리나라의 문체상황이 비슷함에도 불구하고, 독일에서는 왜 우리나라에서 나타나는 사내도급의 형태가 전방위적으로 확산되지 않았을까? 다음과 같은 점이 그 이유 중

²⁸⁷⁾ Düwell/Dahl(2011), 앞의 글, p.7.

하나가 될 수도 있으리라 생각된다.

독일 근로자과건법 제정 당시 독일 연방의회는 비록 근로자과건과 도급의 구별에 관한 명문의 구별규정을 마련하지는 않았지만, 독일 정부로 하여금 2년마다 주기적으로 불법과건실태를 보고토록 함으로써 도급의 형식을 가장한 탈법적 행위에 대한 의회의 감시기능의 끈을 놓지는 않았다. 이에 따라 실제 독일 정부는 지속적인 점검을 통해 불법과건에 대한 단속 및 형사처벌을 실시함과 동시에 불법과건의 실태를 2년 또는 4년마다 주기적으로 독일연방의회에 보고하였다.²⁸⁸⁾

한편, 독일의 경우도 근로자과건과 도급의 구별에 관한 법률규정이 없는 탓에 도급과 근로자과건의 명확한 판단기준을 정립하는 것은 관례의 몫이 되었다. 독일 연방노동법원은 실질판단의 원칙하에 제반 사정을 고려한 종합적 판단방식에 의해 개별 사안에 능동적으로 대처함과 더불어, 해당 사건에 도급계약임을 보여주는 일부 요소가 있다고 하더라도 근로자과건으로서의 징표가 보다 강하게 나타나는 경우 이를 근로자과건으로

288) 이에 따라 독일 연방정부는 1974년(BT-Drucksache 7/2385), 1976년(BT-Drucksache 7/5631), 1978년(BT-Drucksache 8/2025) 그리고 1980년(BT-Drucksache 8/4479)에 연방하원의회에 실태보고서를 제출하였다. 이후 1981년 11월 12일 불법고용의 근절을 위한 법률(Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BillBG)이 의결된 것을 계기로 연방하원의회는 연방정부로 하여금 4년마다(최초 보고는 1984년 3월 30일까지) 불법고용의 근절을 위한 법률의 적용에 얻어진 결과를 포함해 근로자과건법의 실태에 관한 보고를 하도록 하였다. 이에 따라 1984년(BT-Drucksache 11/1934), 1988년(BT-Drucksache 11/2639), 1992년(BT-Drucksache 12/3180), 1996년(BT-Drucksache 13/5498), 2000년(14/4220)에 연방하원의회에 보고서가 제출되었다. 또한, 2002년 말 노동시장에 있어 현대적 서비스를 위한 첫 번째 법률에 의해 근로자과건법에 큰 변화가 있었지만 이들 중요 개정 사항은 2004년 1월 1일부로 발효되기 때문에, 연방하원은 이 법률을 의결하면서 연방정부의 10차 보고서의 보고기한을 1년 연장하기로 하였다. 연방정부의 제10차 보고서는 2005년 9월 28일에 연방하원의회에 제출된 바 있다(BT-Drucksache 15/6008). 2003년 12월 23일의 노동시장에 있어 현대적 서비스를 위한 세 번째 법률에 의해 불법고용의 근절업무는 연방노동청에서 관세청으로 업무가 이관되었다. 이러한 이유에서 연방하원의회는 법률을 가결하면서 향후에는 근로자과건법의 실태에 관한 보고와 불법고용의 근절을 위한 법률의 적용실태를 각기 다른 보고서로 제출하도록 의결하였다. 불법고용 근절의 법률효과에 관한 최근의 독일 연방정부의 보고서는 2009년 7월 3일에 있었다(BT-Drucksache 16/13768).

판단함으로써 구체적 타당성을 고려하고자 하였다. 독일 연방노동청(Bundesagentur für Arbeit)도 독일 연방노동법원이 확립한 기본원칙 및 판단기준을 반영하여 작성된 고시(Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, GA-AÜG)²⁸⁹⁾에 따른 지도 및 감독을 통해 근로자과건법 등을 회피하기 위한 시도에 적극적으로 대처하고자 하였다.

이는 우리 사회에 벌어지고 있는 사내하도급의 문제는 도급의 이름을 빌어 이를 악용하는 사례에 대한 입법부, 사법부, 행정부의 적극적 의지와 노력이 필요하며, 이러한 모습이 보여질 때 우리 사회의 사내하도급 문제가 해결될 수 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

나. 간접고용에 대한 집단적 노사관계의 규율

기업의 간접고용 활용은 근로자 전체에 영향을 미치게 된다. 우선, 간접고용 근로자는 심각한 고용불안과 열악한 근로조건에 처하게 된다. 뿐만 아니라 간접고용의 활용에 의해 정규직 근로자 수는 줄어들게 되고, 이는 노동조합의 교섭력을 약화하고 쟁의행위의 파급력을 반감한다.

독일의 경우 간접고용에 의해 발생할 수 있는 간접고용 근로자 및 정규직 근로자에 대한 영향을 적절하게 제한하기 위한 규율이 집단적 노사관계에 의해 이루어지고 있다. 집단적 노사관계에 의한 간접고용 규율은 두 가지 측면에서 이루어진다.

우선 간접고용 규율은 노동조합을 통한 단체협약의 체결에 의해 이루어진다. 특히, 사용사업을 대상으로 조직된 노동조합이 사용사업주와 파견근로자를 사용할 수 있는 요건, 파견기간 중 파견근로자의 임금 등 근로조건, 파견근로자가 직접고용으로 전환되기 위한 요건 등에 관해 적극적으로 단체협약을 체결하고 있다는 점이 인상적이다. 예컨대, 파견근로자가 가장 많이 활용되는 금속·전자분야에서는 독일 금속노조와 개별 기업 간에, 전체 근로자 대비 파견근로자의 비율을 일정하게 제한하거나,

289) 2010년 11월 기준으로 작성된 독일 연방노동청 고시의 내용은 <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A08-Ordnung-Recht/A083-AUEG/Publikation/pdf/GA-AUEG.pdf>에서 볼 수 있다.

파견근로자에게 파견기간 중 복리후생시설을 포함한 임금 등 근로조건에 평등대우에 대한 직접적 청구권을 인정하는 단체협약 등이 활발하게 체결되고 있다.

한편, 독일에서는 간접고용과 관련하여 근로자대표에게 다양한 권한이 부여되고 있다. 독일 내 근로자대표는 기업이 간접고용 인력의 활용을 계획하는 단계에서부터 실제 활용하는 단계, 그리고 그 사용기간이 만료되는 단계까지 각기 다른 권한을 행사할 수 있도록 되어 있다. 예컨대, 독일의 경우 파견근로자를 사용하고자 하는 사용사업주는 파견근로자를 사용하기에 앞서 사업 내에 있는 근로자대표에게 이에 대해 일정한 정보를 제공하고 동의를 얻어야 한다. 그리고 근로자대표는 법률에 정해진 일정한 사유에 의해 사용자의 동의 요구를 거부할 수 있고, 근로자대표의 동의가 없는 한 원칙적으로 사용자는 파견근로자를 사용할 수 없다. 뿐만 사용자가 수급인과 도급계약을 체결한 경우에도 근로자대표는 사용자에게 도급계약서 및 작업일지의 제출을 요구할 수 있고, 이러한 자료를 통해 실제 인력활용실태를 검토함으로써 불법파견 여부를 독자적으로 검토할 수 있는 기회를 가지고 있다. 이 밖에도, 간접고용 사용범위, 간접고용 근로자의 처우, 간접고용 근로자의 직접고용으로의 전환 등에 관해 근로자대표와 사용자 간에 다양한 합의가 이루어지고 있다.

5. 토론 : 독일 근로자파견법의 최근 개정

가. 개정의 주요 내용

소위 ‘하르츠개혁’에 의해 파견근로에 대한 패러다임의 전환으로 불릴 정도의 대폭적인 변화가 있는 후 8년이 지난 최근 독일에서는 2011년 4월 29일²⁹⁰⁾과 2011년 7월 20일²⁹¹⁾의 법률 개정²⁹⁰⁾에 의해 근로자파견법에 상당

290) Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 29. 4. 2011, BGBl. I, p.642.

291) Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20. 7. 2011, BGBl. I, p.1506.

한 변화가 있었다. 법률 개정의 배경에는 크게 두 가지 이유가 있었다. 우선, 2008년 말 파견근로유럽연합지침이 제정됨으로써 2011년 12월 5일까지 관련 내용을 국내법으로 수용할 필요가 있었다. 한편, 법률 개정의 또 다른 이유 하나는 지난 근로자파견법 개정 이후 독일 내 근로자파견에 상당한 수준의 문제점들이 드러났다는 점이다. 이하에서는 독일 근로자파견법의 최근 개정 내용을 살펴보기로 한다.²⁹²⁾

1) '일시적 파견'으로서의 근로자파견

독일 근로자파견법은 제정 당시 사용사업주가 파견근로자를 사용할 수 있는 최대 기간을 3개월로 제한하고 있었다. 파견 상한기간을 둔 까닭은 상용직에 파견근로자를 장기간 사용하는 것을 막기 위한 것이었다.²⁹³⁾ 그러나 이후 법률 개정에 의해 파견 상한기간은 6개월(1985년), 9개월(1993년), 12개월(1997년) 그리고 24개월(2001년)로 점차 연장되었다. 그리고 2002년 말 단행된 법률 개정에 의해 최대 24개월로 제한되어 있던 파견 상한기간이 폐지되었다. 이에 따라 사용사업주는 동일한 파견근로자를 기간 제한 없이 사용할 수 있게 되었고 사업 내의 정규근로자를 파견근로자로 대체하는 것이 가능하게 되었다.²⁹⁴⁾

그런데 파견근로유럽연합지침은 제1조 제1항에서 근로자파견을 인력의 '일시적' 공급으로 정의하고 있고, 제3조 제1항 e호에서는 파견을 파견근로자가 사용사업주의 지시 및 감독하에 '일시적으로' 근로를 제공하기 위해 사용사업주에게 공급된 기간이라고 규정하고 있다. 즉 파견근로유럽연합지침은 근로자파견을 '일시적' 근로제공 형태로 이해하고 있다.

이 점에서 독일 근로자파견법의 규정을 파견근로유럽연합지침에 맞게 개정할 필요가 있었다. 이에 따라 이번 법률 개정에서는 독일 근로자파견법 제1조 제1항 제2문에 "사용사업주에 대한 근로자의 파견은 일시적으로 행해진다"는 규정이 추가되었다. 다만, 2002년 법률 개정 이전과 같은

292) 이하의 내용은, 김기선(2011), 『독일 근로자파견법의 개정과 시사점』, 『노동정책 연구』 11(3), 한국노동연구원, p.167~187에 실린 논문을 상당 부분을 인용한 것이다.

293) BT-Drucksache VI/2303, p.12.

294) BT-Drucksache 15/6008, p.8.

최대 파견기간이 제도입되지는 않았다.²⁹⁵⁾ 법에서 근로자파견의 상한기간을 구체적으로 정하고 있지 않은 탓에, 어떠한 경우가 일시적 파견에 해당하는지는 불명확하다. 또한 독일 근로자파견법은 일시적 파견에 해당하지 않는 경우 어떠한 법적 효과가 발생하는지에 관해서도 규정하고 있지 않다. 따라서 향후 이에 관한 상당한 해석상의 논란이 있을 것으로 예상된다.²⁹⁶⁾

2) 파견허가 의무

가) 영리 목적이 없는 근로자파견에 대한 파견허가 의무의 확대

파견근로유럽연합지침은 영리 목적을 추구하는지 여부와 관계없이 경제적 활동을 수행하는 공기업 또는 민간기업 형태의 파견기업 또는 사용기업에 적용된다(파견근로유럽연합지침 제1조 제2항). 경제적 활동을 수행하는 파견기업 또는 사용기업이면 족하고, 영리를 취할 목적이 있는지는 중요하지 않다. 즉, 파견근로유럽연합지침은 영리를 목적으로 하는 근로자파견뿐만 아니라 영리 목적이 없는 근로자파견에도 적용된다. 따라서 파견근로자에 대한 평등대우원칙은 비영리 근로자파견에 대해서도 적용된다.²⁹⁷⁾

그런데 독일 근로자파견법은 영리를 목적으로 하는 근로자파견만을 그 규율대상으로 하고, 영리 목적이 없는 근로자파견에 대하여는 원칙적으로 적용되지 않았다. 그래서 파견근로자의 평등대우원칙이 영리를 목적으로 하지 않는 근로자파견의 경우에도 적용되는지에 관해 해석상 다툼이 있었다. 때문에 파견근로유럽연합지침 제정 이후 학설에서는, 파견근로유럽연합지침의 내용을 반영하여 영리를 목적으로 하지 않는 근로자파견에 대하여도 파견근로자의 평등대우에 관한 규정을 비롯한 근로자파견법상의 규정이 적용되는 방향으로 근로자파견법을 개정해야 한다는 견해가 강하게 주장되었다.²⁹⁸⁾

295) BR-Drucksache 847/10, p.7.

296) Hamann, "Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?," NZA 2011, p.72.

297) Leuchten, "Die neue Recht der Leiharbeit", NZA 2011, p.609.

298) Boemke, "Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht", RIW 2009, p.178.

이와 같은 배경하에 독일 근로자파견법은, 영리를 목적으로 한 것인지에 관계없이 경제적 활동의 범위 내에서 행해진 근로자파견에 대해서는 허가 의무가 적용된다는 것으로 개정되었다(개정 독일 근로자파견법 제1조 제1항 제1문). 이전까지의 독일 연방노동법원의 판례는, 별도의 파견 수수료 없이 파견근로자 임금수준의 파견료만을 받고 이루어지는 근로자 파견의 경우에는 영리 목적이 없는 근로자파견에 해당한다고 판단하였다.²⁹⁹⁾ 그러나 이번 법률 개정으로 인해 앞으로는 이러한 형태의 근로자 파견의 경우에도 파견사업주에게 파견허가가 필요하게 된다.³⁰⁰⁾

나) 파견허가 의무의 예외

독일 근로자파견법은 제1조 제3항에서 파견허가가 필요치 않은 예외적인 경우에 대해 규정하고 있다.³⁰¹⁾ 이에 따르면, 기업집단에 속한 기업들 간의 근로자파견으로서 근로자가 기업집단에 속해 있는 다른 기업에서 ‘일시적으로’ 근로를 제공하는 경우에는 허가 의무의 예외로서 파견허가가 필요치 않다(독일 근로자파견법 제1조 제3항 제2호). 그런데 앞서 본 바와 같이, 이번 법률 개정에서는 사용자에 대한 근로자의 파견은 ‘일시적으로’ 행해진다는 규정이 추가되었다. 이로 인해 용어상의 중복이 생기는 것을 피하기 위해, 개정 근로자파견법은 기업집단에 속한 기업들 간의 근로자파견으로서 근로자가 파견을 목적으로 고용되지 않은 경우에는 파견허가가 필요 없는 것으로 규정이 수정되었다.³⁰²⁾

그러나 이러한 규정의 변화로 인해 법률 해석상 실질적인 큰 변화가 발생되지는 않는다. 기업집단을 이루고 있는 다른 기업에 파견할 목적으로 근로자를 채용하는 소위 기업집단 내 인력운영회사(konzern-eigene

299) BAG v. 20. 4. 2005-7 ABR 20/04; BAG v. 25. 1. 2005-1 ABR 61/03.

300) Hansen/Ragnit, “Neue Regeln für die Zeitarbeit,” AuA 2011, p.9.

301) 독일 근로자파견법 제1조 제3항에 따르면, 단축근로 또는 해고를 피하기 위해 동일 산업분야에 속해 있는 사용자 간에 근로자파견이 이루어지는 경우(제1호), 기업집단(Konzern)에 속한 기업 간의 파견으로서 근로자가 기업집단 내 다른 기업에서 일시적으로 근로를 제공하는 경우(제2호), 파견근로자가 양국 간의 합의에 의해 설립된 해외에 있는 공동기업으로 파견되는 경우(제3호)에는 파견허가가 요구되지 않는다.

302) 기업집단 내 근로자파견에 대해 근로자파견법의 적용을 제한하는 것이 파견근로유럽연합지침에 부합하지 않는다는 비판적 견해로 Lembke, “Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung”, DB 2011, p.416가 있다.

Personalführungsgesellschaft)³⁰³⁾는 – 개정 이전과 마찬가지로 – 허가 의무의 예외에 해당하지 않기 때문에 파견허가를 받아야 한다.³⁰⁴⁾ 이들 회사에 고용된 파견근로자는 기업집단에 속한 기업에 일시적으로 파견된 경우에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 기업집단에 속한 다른 기업으로의 파견만을 예정하여 채용된 자이기 때문이다.

한편, 이번 법률 개정에 의해 허가 의무의 또 다른 예외가 규정되었다. 허가 의무의 적용범위가 영리를 목적으로 하지 않는 근로자파견으로 확대되었음은 앞서 본 바와 같다. 하지만 반복 의사 없이 행해지는 일회적 파견의 경우 개정 이후에도 파견허가를 받을 필요가 없다는 점을 분명히 하기 위해, 개정 근로자파견법에는 파견이 반복적이지 않으며 근로자가 파견을 목적으로 고용하지 않은 사용자 간의 근로자파견에 대해서는 근로자파견법이 적용되지 않는다는 규정이 추가되었다(개정 독일 근로자파견법 제1조 제3항 제2a호).

이 밖에 개정 전의 독일 근로자파견법은, 50인 미만의 근로자를 고용하고 있는 사용자가 단축근로 또는 해고를 피하기 위해 다른 사용자에게 12개월 이내에서 근로자를 파견하고 이를 사전에 연방노동사무소에 신고한 경우에는 근로자파견에 대한 허가를 받을 필요가 없는 것으로 규정하고 있었다(독일 근로자파견법 제1조의a). 즉, 이러한 경우에는 사전 신고에 의해 파견허가가 대체되는 것으로 하고 있었다.

이번 개정에 의해 파견허가 의무의 적용범위가 확대됨과 더불어, 이 규정 또한 근로자 50인 미만을 고용한 사용자가 단축근로 또는 해고를 회피하기 위해 최대 12개월 이내에 ‘파견을 목적으로 고용되지 않은’ 근로자를 파견하는 경우에만 파견허가 없이 신고하면 되는 것으로 개정되었다.

3) 파견근로에 대한 최저임금

독일 내 파견근로의 문제점 중의 하나로 지적되던 사항은, 파견근로자

303) 이에 관해서는 Ki Sun Kim(2011), Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung durch die Personalführungsgesellschaft und das Betriebsverfassungsrecht Diss, Uni. Leipzig, 참조.

304) Hamann(2011), 앞의 글, p.76.

에 대한 평등대우원칙의 도입에도 불구하고 파견근로자의 임금수준이 개선되지 않았다는 점이였다. 그런데 파견근로유럽연합지침은 제5조 제1항에서, 파견기간 중 파견근로자의 중요 근로조건은 최소한 파견근로자가 사용기업에 의해 동일한 일자리에 직접 채용되었더라면 적용받았을 근로조건에 상응하는 것이어야 한다고 함으로써 파견근로자에 대한 평등대우원칙을 규정하고 있다. 이와 동시에 파견근로자의 평등대우원칙이 적용되지 않는 예외적인 경우에 대해서도 규정하고 있다.³⁰⁵⁾ 특히 제5조 제3항에서는 단체협약으로 파견근로자의 임금 기타 근로조건을 정한 경우를 평등대우원칙의 예외로 인정하고 있는데, 이는 일견 독일 근로자파견법과도 상당 부분 일치하는 것으로 보인다.

그러나 파견근로유럽연합지침과 독일 근로자파견법상의 규정에는 결정적인 차이가 있다. 파견근로유럽연합지침 제5조 제3항이 “파견근로자의 전체적 보호수준이 유지되는 한도 내에서만” 단체협약에 의한 평등대우의 예외를 인정하고 있다는 점이다. 때문에 파견근로유럽연합지침 제정 이후 독일에서는, 파견분야의 저임금 단체협약의 문제를 해결하기 위해서는 파견근로자에 대해 적정 보호수준을 정하고 있는 단체협약의 경우에만 평등대우원칙의 예외를 인정하는 방향으로 평등대우규정을 개정해야 한다는 견해가 강하게 주장되었다.³⁰⁶⁾

305) 파견근로유럽연합지침 제5조 제2항에 따르면, 유럽연합회원국은 파견근로자가 파견기업과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 파견이 없는 기간 중에도 임금을 지급받는 경우 노사단체의 의견을 수렴하여 임금과 관련하여 평등대우원칙의 예외를 정할 수 있도록 하고 있다. 이 규정은 임금에 있어 평등대우원칙의 예외를 인정함으로써 비파견기간 중에도 임금지급 책임을 부담하는 파견사업주에 대한 비용 보전을 고려한 것이라 할 수 있다. 또한 파견근로유럽연합지침 제5조 제4항에 의하면, 단체협약에 의한 일반적 효력이 인정되는 법률적 시스템이 존재하지 않거나 또는 특정 분야나 지역 내에 있는 유사한 기업에 단체협약을 확대할 법률적 시스템이나 관습이 존재하지 않는 유럽회원국은 - 파견근로자의 전체적 보호수준이 보장되는 한 - 국가 차원의 노사단체에 의해 합의된 내용에 근거하여 평등대우원칙과 다른 내용을 파견근로자에 대한 규정으로 정할 수 있다. 이 규정은 파견근로유럽연합지침 제5조 제3항의 단체협약에 의한 평등대우원칙의 예외를 인정할 수 있는 조건을 충족하고 있는지가 불확실한 영국과 아일랜드를 위해 도입된 예외규정이다.

306) 이와 같은 견해로 Boemke, 앞의 글, p.183; Ulber, “Die Richtlinie zur Leiharbeit”, AuR 2010, p.15가 있다.

그러나 독일 정부는 이번 개정에서 파견근로자의 저임금 문제를 해결하기 위한 방안으로 평등대우에 관한 규정을 손보는 대신 파견분야에 최저임금을 설정하는 방안을 선택하였다. 여기에는 2011년 5월 1일부터는 2004년 5월 1일 유럽연합에 가입한 동유럽 8개 회원국의 근로자에게도 전면적인 거주이전의 자유가 허용된다는 고려도 포함되어 있었다. 이에 따라 임금수준이 낮은 동유럽 근로자가 독일 노동시장에 대거 유입될 수 있고, 이로 인해 독일 내 임금덤핑(Lohndumping)이 발생할 우려가 있기 때문이다.³⁰⁷⁾

개정 독일 근로자파견법에 따르면, 연방 차원에서 단체협약으로 파견 분야에 대한 시간당 최저임금을 합의한 노동조합과 사용자단체(제안권이 있는 단체협약 당사자)는, 연방노동·사회부에 그 협약상의 시간당 최저임금을 법적 구속력이 있는 법규명령으로 정할 것을 공동으로 제안할 수 있다.³⁰⁸⁾ 제안에는 파견기간 및 비파견기간에 대한 시간당 최저임금 및 그 유효기간이 포함되어야 한다(개정 독일 근로자파견법 제3조의a 제1항). 한편, 시간당 최저임금은 각 지역에 따라 다르게 정할 수도 있다.

연방노동·사회부는 제안된 시간당 최저임금을 법규명령으로 제정할 것인지를 결정함에 있어, 그 임금수준이 사회보장 시스템의 재정적 안정성을 보장하는 데 적합한 것인지 여부, 파견분야에 현재 존재하는 연방 차원의 단체협약, 최저임금을 제안한 단체협약 당사자의 대표성 등을 고려하여야 한다(개정 독일 근로자파견법 제3조의a 제3항). 또한 제안이 여러 개인 경우, 연방노동·사회부는 최저임금을 제안한 단체협약 당사자의 대표성을 특히 고려하여야 한다. 그리고 대표성을 결정함에 있어 연방노동·사회부는, 법규명령의 적용범위 내에 있으며 제안을 한 사용자단체에 소속된 사용자가 고용하고 있는 근로자의 수, 법규명령의 적용범위 내에 있는 제안한 노동조합의 조합원의 수를 우선적 기준으로 하여야 한다(개정 독일 근로자파견법 제3조의a 제4항).

307) Hamann(2011), 앞의 글, p.71.

308) 독일노동총은 2010년 4월 30일에 이미 연방파견회사사용자단체(BZA), 독일파견업 협회(iGZ)와 최저근로조건에 관한 단체협약을 체결하였다. 현재 이 단체협약에서는 서독 지역에 대해 7.79유로, 동독 지역에 대해 6.89유로를 최저임금으로 규정하고 있다.

파견분야의 최저임금을 공포하기에 앞서, 법규명령의 초안은 연방관보에 공고된다. 연방노동·사회부는, 파견사업주와 파견근로자, 그리고 법규명령의 적용범위 내에 최소한 부분적으로라도 단체협약을 체결할 권한이 있는 노동조합 및 사용자단체에게 연방관보에 법규명령 초안이 공고된 날로부터 3주 이내에 서면에 의한 의견표명을 할 기회를 부여한다. 의견표명 기간의 만료 이후, 근로자대표와 사용자대표 각 3인으로 구성된 위원회(Tarifausschuss)가 제안을 심의하게 된다(개정 독일 근로자파견법 제3조의a 제5항).

이러한 절차를 거쳐 법규명령으로 제정된 시간당 최저임금은 그 적용범위 내에 있는 모든 사용자 및 파견근로자에 적용된다(개정 독일 근로자파견법 제3조의a 제2항). 따라서 파견사업주는 적어도 파견근로자에게 법규명령에서 정한 파견기간 및 비파견기간 중의 최저임금을 지급할 의무를 진다(개정 독일 근로자파견법 제10조 제5항).

파견사업주가 파견분야의 최저임금을 준수하지 않는 것은 평등대우원칙에 대한 위반의 경우와 마찬가지로, 파견허가의 거부 사유에 해당한다. 또한 최저임금에 미달하는 임금을 지급하기로 하는 합의는 무효이기 때문에, 파견근로자는 파견사업주에게 사용사업 내 비교 가능한 근로자와의 평등대우를 요구할 수 있다.

한편, 법규명령으로 정해진 파견분야 내에서 시간당 최저임금의 지급이 실질적으로 이루어질 수 있도록 하기 위해, 2011년 7월 20일 법률 개정에 의해 벌칙 및 감독 시스템이 대폭 강화되었다(개정 독일 근로자파견법 제16조 내지 제18조의a 참조).

4) 파견근로자에 대한 평등대우원칙의 예외

가) 정규근로자를 파견근로자로 전환한 경우 평등대우원칙의 예외 불인정
이번 독일 근로자파견법 개정 이전 독일 내 파견근로의 또 하나의 문제점은, 기업들이 회사 운영에 필요한 인력을 신규채용이 아닌 파견근로자를 조달받는 방식으로 해결하기 위해 독자적으로 (기업집단 내에) 파견 회사를 설립하는 경우가 증가하였다는 점이다.³⁰⁹⁾ 파견 상한기간의 폐지

309) 이는 독일 정부가 제출한 제11차 근로자파견법 보고서에서도 확인되고 있다. BT-

에 의해 동일 파견근로자를 기간제한 없이 사용할 수 있게 되었기 때문에 파견근로자를 활용하는 경우 정규직 근로자의 수를 감소하는 효과를 볼 수 있기 때문이다. 또한 앞서 말한 바와 같이, 파견근로자의 임금은 각 산업별 단체협약의 적용을 받는 정규직 근로자의 임금에 훨씬 못 미치는 수준이기 때문에, 파견근로자를 사용하는 경우 인건비 절감의 효과를 볼 수 있게 된다. 즉 기업의 입장에서 보자면, 파견근로를 적극적으로 활용하는 경우 사업 내 정규직 근로자의 수를 감소함과 동시에 인건비 절감이라는 두 마리 토끼를 잡을 수 있게 된다.

뿐만 아니라 독일에서는 현재 사업 내에 정규직 근로자로 재직 중에 있는 자를 저임금 파견근로자로 전환해 이전과 동일한 업무에 종사시키기 위해, 이들 근로자와의 근로관계를 해고 또는 기타의 방법으로 종료한 후 파견회사로의 전적을 강요하는 사례도 속속 나타나고 있다. 특히 AS Schlecker라는 한 생활용품 체인이 사업을 폐쇄하고 근로자를 해고한 후, Meniar라는 파견회사로 하여금 이들 근로자를 저임금 파견근로자로 다시 고용케 한 후 새로 설립한 생활용품 체인인 Schlecker XL GmbH에 근로자를 파견받은 사건(소위 Schlecker 사건)이 언론에 대대적으로 보도되면서 대중적 분노가 일었고, 정치권으로서는 이와 같이 근로자파견을 악용하는 사례에 대한 효과적인 대책 마련에 부심하지 않을 수 없었다.³¹⁰⁾

이에 따라, 이번 개정의 핵심적인 목표 중 하나는, 현재의 정규직 근로자를 저임금 파견근로자로 둔갑시켜 재사용하는 소위 ‘회전문 효과(Dreh-türeffekt)’를 차단하기 위한 대책을 마련하는 것이었다. 이에 대한 대책으로 이번 개정에서는 파견근로자가 파견 직전 6개월 이내에 사용사업주 또는 사용사업주와 동일한 기업집단 내에 속한 사용자와 근로관계 또는 직업훈련관계에 있었던 경우에는 단체협약에 의한 예외를 인정하지 않고 파견근로자의 평등대우원칙을 적용하도록 하였다(개정 독일 근로자파견법 제3조 제1항 제3호, 제9조 제3호).

그렇지만 이번 개정에서는, 근로자가 이전 사용자와의 근로관계를 종

Drucksache 17/464, p.18.

310) Düwell/Dahl, “Verhinderung des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung und Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie”, DB 2010, p.1759.

료한 지 6개월이 경과하기 전에는 이들 근로자를 파견근로자로 종전의 사용자에게 파견하는 것을 아예 금지해야 한다는 주장은 수용되지 않았다. 그렇기 때문에 이러한 경우에는 파견근로자의 평등대우원칙에 대한 예외가 인정되지 않을 뿐, 과거 6개월 이내에 근로관계에 있었던 근로자를 동일 기업 또는 기업집단 내의 다른 기업에서 파견근로자로 사용하는 것은 여전히 허용된다.³¹¹⁾

나) 파견근로 이전 실업상태였던 자에 대한 평등대우원칙의 예외 삭제
개정 전의 독일 근로자파견법은, 단체협약에 의하는 경우 이외에 파견근로 이전 실업상태였던 자에 대하여도 평등대우원칙의 예외를 인정하고 있었다. 즉, 파견사업주가 실업상태에 있던 자를 파견근로자로 채용하고 최대 6주의 기간 동안 최소한 그 근로자가 직전에 실업급여로 받았던 금액을 실수령임금으로 지급하는 경우에는 평등대우원칙이 적용되지 않았다(독일 근로자파견법 제3조 제1항 제3호).³¹²⁾ 이는 파견기업에 이전에 실업상태에 있던 자를 채용할 유인을 제공함으로써 사업주가 노동시장으로 재복귀하는 것을 쉽게 하기 위한 것이다.³¹³⁾

그러나 파견근로유럽연합지침은 파견근로 이전 실업자였던 자에 대하여 평등대우원칙의 예외를 인정하고 있지 않을 뿐만 아니라 사업자에 대한 평등대우원칙의 예외가 실제 활용되는 경우가 많지 않기 때문에,³¹⁴⁾ 이번 근로자파견법 개정에서는 이 규정이 삭제되었다.

5) 파견근로자에게 직업소개 수수료 요구 금지

파견근로유럽연합지침은 파견 종료 후 파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용되는 것을 용이하게 하기 위해 제6조 제2항에서 파견 종료 후 파견근로자와 사용기업 간에 근로계약의 체결 또는 고용관계의 성립을

311) Zimmermann, “Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung”, *Arbeitsrecht Aktuell* 2011, p.63.

312) 그러나 동일한 파견사업주와 이전에 파견근로관계가 있었던 경우에는 예외가 인정되지 않는다(독일 근로자파견법 제3조 제1항 제3호 제1문 단서).

313) BT-Drucksache 15/25, p.38.

314) Leuchten, 앞의 글, p.610.

금지하거나 방해하는 합의를 금지하도록 하고, 동조 제3항에서는 파견근로자가 파견 종료 후 사용기업과 근로계약을 체결하는 경우 파견기업은 파견근로자에게 소개 수수료를 요구할 수 없도록 하고 있다.

독일 근로자파견법은 제9조 제3호와 제4호에서 파견근로자의 채용을 금지하는 사용사업주와의 합의 및 파견근로관계의 종료 후 사용사업주와의 근로계약체결을 금지하는 파견근로자와의 합의를 무효로 하고 있으나, 파견근로자에 대한 직업소개 수수료에 대해서는 직접적인 규정을 두고 있지 않았다. 이에 이번 근로자파견법 개정에서는 파견근로자가 파견사업주에게 직업소개 수수료를 지급하도록 하는 합의는 무효라는 점을 분명히 하였다(개정 독일 근로파견법 제9조 제5호).³¹⁵⁾

6) 파견근로자에 대한 사용기업 내 공식 중인 일자리에 대한 정보제공
파견근로유럽연합지침 제6조 제1항은, 파견근로자가 사용기업 내 기간의 정함이 없는 일자리에 대한 기회를 얻을 수 있도록 하기 위해 사용사업주가 기업 내에 공식 중인 일자리에 대한 정보를 파견근로자에게 제공할 의무를 규정하고 있다. 독일 근로자파견법에는 이와 관련된 규정이 없었기 때문에 이와 유사한 규정을 마련할 필요가 있었다. 이에 따라 개정 독일 근로자파견법에는 제13조의a가 추가되었다. 이에 따르면, 사용사업주는 파견근로자에게 사용사업주의 기업 내에 있는 충원이 필요한 일자리에 대한 정보를 제공하여야 한다.³¹⁶⁾ 그리고 사용사업주가 정보제공 의무를 이행하지 않는 경우에는 최대 2,500유로의 과태료가 부과될 수 있다(개정 독일 근로자파견법 제16조 제1항 제9호 및 제2항).

파견근로유럽연합지침은 파견근로자가 사용기업 내 공식 중인 ‘기간의 정함이 없는 일자리’에 대해 정보를 제공받을 수 있도록 규정하고 있는

315) 그렇지만 학설상으로는 이미 파견근로관계의 종료 후 사용사업주와의 근로계약 체결을 금지하는 파견근로자와의 합의뿐만 아니라 이와 유사한 효과를 가진 합의도 무효이며(Boemke/Lembke, 앞의 책, § 9 Rn. 194), 이에는 소개 수수료도 포함되는 것으로 이해되고 있었다(Mengel, in: Thüsing, 앞의 책, § 9 Rn. 59).

316) 이와 비슷한 규정은 독일 단시간·기간제근로법 제18조에서도 찾아볼 수 있다. 이에 따르면, 충원해야 할 기간의 정함이 없는 일자리가 있는 경우에, 사용자는 그 일자리에 적당한 능력을 갖춘 기간제 근로자에게 이에 대한 정보를 제공해야 한다.

데 반해, 독일 근로자파견법은 사용사업주에게 파견근로자에게 기업 내에 공식 중인 ‘모든 일자리’, 다시 말해 기간의 정함이 없는 일자리뿐만 아니라 기간의 정함이 있는 일자리에 대하여도 정보를 제공할 의무를 부과하고 있다.³¹⁷⁾ 파견근로자가 해당 일자리에 적절한 능력을 갖추고 있는지 여부는 중요하지 않다.³¹⁸⁾ 정보제공은 파견근로자가 접근할 수 있는 사용사업주의 사업 및 기업 내의 적당한 장소, 예컨대 게시판이나 모든 근로자가 접근할 수 있는 인트라넷 등에 일반적인 공고를 함으로써 이루어질 수 있다.

7) 사용사업 내 복리후생시설 및 제도의 이용

파견근로유럽연합지침은, 파견근로자에 대한 평등대우원칙(파견근로유럽연합지침 제5조 제1항)과는 별도로, 제6조 제4항에서 파견근로자는 사용기업 내에서 직접 채용된 근로자와 동일한 조건으로 복리후생시설 및 제도, 특히 식당, 직장 내 보육시설 및 지원자금을 이용할 수 있고, 다만 객관적인 사유가 있는 경우에는 파견근로자와 직접 채용된 근로자를 달리 대우하는 것이 허용된다고 규정하고 있다. 즉, 파견근로유럽연합지침 제6조 제4항은 파견근로자의 평등대우원칙을 제3조 제1항 f)에 열거되지 않은 근로조건에까지 확대하고 있다. 또한 사용사업 내 복리후생시설 및 제도의 이용과 관련해서는, 파견근로유럽연합지침상의 파견근로자에 대한 평등대우원칙과 달리, 사용사업 내 복리후생시설 및 제도를 이용할 파견근로자의 권리는 단체협약으로 달리 정하는 것이 허용되지 않는다.³¹⁹⁾

개정 독일 근로파견법은 제13조의b에서 파견근로유럽연합지침 제6조 제4항을 거의 그대로 수용하고 있다. 이에 따르면, 사용사업주는 사업 내에서 근로를 제공하는 파견근로자에게 사업 내의 비교 가능한 근로자와 동일한 조건하에서 기업 내의 복리후생시설의 이용을 보장해야 하고, 다만 객관적인 사유가 있는 경우에 파견근로자와 직접 채용된 근로자를 달

317) Lembke, “Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern”, NZA 2011, p.320.

318) Zimmermann, “Die neuen Pflichten der Einsatzunternehmen nach der AÜG-Reform 2011”, Arbeitsrecht Aktuell, 2011, p.265.

319) Lembke, DB 2011, p.418.

리 대우하는 것이 허용될 수 있다. 복리후생시설 또는 제도에는 특히 보육시설, 식당, 지원 자금이 포함된다(개정 독일 근로자파견법 13조의b).

파견근로유럽연합지침과 마찬가지로 개정 독일 근로자파견법 제13조의b는 단체협약으로 법률에 규정된 바와 다르게 정할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 사용사업주는 단체협약에 의해 파견근로자의 근로조건이 정해짐으로써 평등대우원칙이 적용되지 않는 경우에도 파견근로자를 달리 대우할 정당한 사유가 없는 한 파견근로자에게 복리후생시설의 이용을 보장하여야 한다.³²⁰⁾ 그리고 법률에 정해진 바와 다르게 사용기업 내 복리후생시설 및 제도에 대한 이용을 제한하는 합의는 무효가 된다(개정 독일 근로자파견법 제9조 제2a호). 그러므로 이와 같은 내용의 사용사업주와 파견사업주 간에 체결된 근로자파견계약상의 합의, 파견사업주와 파견근로자 간의 합의, 또는 사용사업주와 파견근로자 간의 합의는 모두 무효다.³²¹⁾ 그리고 사용사업주가 정당한 사유 없이 파견근로자에게 복리후생시설 및 제도의 이용을 보장하지 않는 경우에는 최대 2,500유로의 과태료가 부과될 수 있다(개정 독일 근로자파견법 제16조 제1항 제10호 및 제2항).

나. 개정에 대한 평가 및 시사점

독일은 근로자파견법 제정 이후 상당 기간 근로자파견을 엄격히 제한하는 입법 태도를 견지하고 있었다. 그러나 1990년대 후반 이후 파견근로가 가진 노동시장 정책적 기능에 주목하여 파견근로의 규제완화가 시작되었고, 2002년 법률 개정에서 파견근로에 대해 유연안정성 전략으로의 전환이 이루어졌다. 파견근로에 대한 대부분의 규제를 없애는 대신 평등대우원칙에 의해 파견근로자를 보호하겠다는 것이었다. 이러한 변화에 따라 지난 몇 년간 독일 내 파견근로시장은 규모가 커졌다. 이는 근로자파견법의 규제완화로 인한 파견근로의 기능 변화, 근로자파견에 대한 기

320) Oberhür, "Umsetzung der EU-Richtlinie und Einführung einer Lohnuntergrenze in der Leiharbeit", ArbRB 2011, p.148.

321) Lembke, NZA 2011, p.324.

업의 전략 변화에 상당 부분 기인하고 있다. 이와 동시에 독일 내 파견근로에는 여러 가지 문제점이 발생하였다. 평등대우원칙에도 불구하고 파견근로자의 저임금은 개선되지 않았고 정규직 근로자와의 임금격차는 여전히 큰 폭으로 유지되고 있다. 뿐만 아니라, 정규근로자를 장기 파견근로자로 대체하거나 현재의 정규직 근로자를 저임금 파견근로자로 전환하기 위한 노골적인 시도가 자행되었다.

독일 근로자파견법의 최근 개정의 목표는, 파견근로유럽연합지침의 내용을 국내법으로 수용하는 것과 지난번 법률 개정 이후 노정된 독일 내 파견근로의 문제점을 해결하는 것을 큰 축으로 하고 있다. 그러나 이번 개정에 의해 파견근로유럽연합지침이 온전히 독일 근로자파견법에 수용된 것인지, 이번 법률 개정에 의해 현재 독일 내 파견근로의 문제점이 일시에 해소될 수 있을지는 의문이다. 독일 근로자파견법은 파견근로유럽연합지침에 따라 근로자파견을 일시적 파견으로 규정하고 있기는 하지만, 근로자파견의 상한기간에 대한 별도의 규정을 마련하지는 않았다. 또한 정규직 근로자를 파견근로자로 둔갑해 재사용하는 것에 대한 대책으로 이러한 경우에는 평등대우원칙의 예외를 인정하지 않도록 규정하였으나, 과거 6개월 이내에 근로관계에 있었던 근로자를 파견근로자로 해당 기업 또는 그 기업과 기업집단을 이루고 있는 기업에서 다시 사용하는 것 자체가 금지되는 것은 아니기 때문이다.

한편, 독일 근로자파견법의 개정이 시사하는 바를 몇 가지 정리하면 다음과 같다. 첫째, 독일 근로자파견법의 변화는 파견근로에 있어 유연성과 안정성의 균형을 꾀하는 것이 얼마나 어려운 것인지를 잘 보여준다. 근로자파견의 남용을 방지할 충분한 대책 없는 파견근로의 유연화는 자칫 파견근로자에 의한 정규직 근로자의 대체를 낳을 수도, 더 나아가 노동시장의 존립을 위태롭게도 할 수 있다. 이러한 점에서 파견근로가 노동시장정책으로서 자리매김할 수 있기 위해서는, 파견대상 업무의 확대 또는 파견기간의 연장과 같은 파견근로의 규제완화를 검토하기에 앞서 파견근로의 남용을 규제할 수 있는 실질적 대책이 우선적으로 확보되어야 한다. 이 대목에서 우리는 독일 근로자파견법을 타산지석으로 삼아야 할 필요가 있다.

둘째, 이번 법률 개정을 통해 독일 근로자파견법은 - 파견근로유럽연합지침과 마찬가지로 - 파견근로자에 대한 평등대우원칙과는 별개로 파견근로자가 사용기업 내에서 직접 채용된 근로자와 동일한 조건으로 사용사업주의 복리후생시설 및 제도, 특히 식당, 직장 내 보육시설 및 지원을 이용할 수 있도록 할 것을 규정하였다. 현행 우리 근로자파견법에 있어서도, 사용사업 내 복리후생시설 및 제도에 대한 평등대우원칙을 보다 명확히 하는 취지에서 별도의 규정을 둘 필요가 있다고 판단된다.

끝으로, 파견근로유럽연합지침 및 개정 독일 근로자파견법이 규정하는 바와 같이, 파견근로자에게 사용사업주의 기업 내에 공식 중인 일자리에 대한 정보를 제공하도록 하는 등 파견근로자의 정규직 전환을 촉진할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다고 판단된다.

제3장 프랑스 노동법상 파견/공급/도급의 구별 법리

1. 프랑스 논의의 기본 구조³²²⁾

가. 파견/공급/도급의 관계

근로자파견의 실질, 즉 외견상의 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 실질을 가지지만, 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 “파견법”이라 한다)에서 정한 요건을 준수하지 아니한 경우, 한국에서는 “불법파견”으로 취급되지만, 프랑스에서는 “불법공급” 곧 위법한 근로자공급으로 취급된다.³²³⁾ 여기에는 두 가지 정도의 이유가 있을 것으로 생각된다. 첫째, 근로자파견 자체가 종래 금지되던 근로자공급을 엄격한 요건하에 부분적으로 합법화한 것이므로 “불법파견”이라는 말 자체가 형용모순이라는 점이다. 마치 “불법파업”이라는 말이 형용모순인 것과 같다. 파업이면 합법이고, 불법이면 파업이 아니듯이, 파견이면 합법이고 불법이면 파견이 아닌 것이다. 둘째, 근로자파견과 근로자공급의 실질

322) 제1절부터 제2절까지의 내용은 서울대학교 법학전문대학원 인권법학회에서 펴낸 박제성(2011), 『프랑스 노동법상 파견과 도급의 구별 법리』, 『공익과 인권』 제9호의 내용을 재수록한 것이다.

323) Henry Blaise, “A la frontière du licite et de l’illicite : la fourniture de main-d’œuvre”, Droit social, 1990. n° 5, pp.418~425 참조.

은 동일하기 때문에, 양자를 구별하는 기준은 형식적 기준이 될 수밖에 없다는 점이다. 그 형식적 기준이 바로 서면의 근로자파견계약이다. 프랑스 노동법전은 파견이 개시된 후 이틀 이내에 사용자업주와 파견사업주가 근로자파견계약을 서면으로 체결하도록 규정하고 있다.³²⁴⁾ 만약, 정해진 기간 내에 서면의 근로자파견계약이 체결되지 아니하면 어떻게 되는가? 파견근로자와 사용자업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다.³²⁵⁾ 이는 파견기간이 만료한 후 새로운 근로자파견계약을 서면으로 체결하지 아니한 채 계속해서 파견근로자를 사용한 경우에도 마찬가지이다.³²⁶⁾ 서면의 근로자파견계약이 체결되지 아니한 채 이루어진 근로자파견 행위는 그 자체로 무효가 되고 사실상 근로자공급

324) Code du travail (프랑스 노동법전), Article L. 1251-42.

325) 프랑스 대법원 사회부 1998. 10. 14. n° 96-42738 판결. (통상적으로 프랑스에서 판례를 인용할 때에는 사건 번호를 명시하기보다는 판례를 소개하고 있는 학술지를 인용하는 편이다. 그러나 이렇게 해서는 한국의 연구자들이 해당 판례를 찾아보기가 어렵다. 한국에서는 프랑스 종합법률정보 사이트인 Légifrance(www.legifrance.gouv.fr)를 통해서 판례를 검색할 수 있는데, 이때에는 사건 번호가 유용하다. 그런 점에서 프랑스에서 통상적으로 사용되는 판례 인용 방식보다는 한국적 필요성에 부합하는 인용 방식이 더욱 적절하리라고 생각한다). 한국의 대법원에 해당하는 프랑스의 “Cour de cassation”은 직역하면 “파기하는 법원”이라는 뜻이다. 그런데 한국에서는 파기의 경우 원심 법원으로 “환송”되지만, 프랑스에서는 다른 법원으로 “이송”된다는 차이가 있다. 또한, 한국의 대법원은 사법(민형사소송)과 공법(행정소송)을 총괄하는 법원이지만 프랑스의 그것은 사법만을 관할하고, 공법은 최고행정법원(Conseil d’Etat)의 관할이라는 점에서 차이가 있다. 이런 이유들로 종래 Cour de cassation를 “파기원”으로 번역하는 경우가 많았다. 그러나 “파기원”이라는 번역어는 프랑스법을 전공하지 않은 독자들 과 소통하는 데 큰 문제점을 노정하였기 때문에, 차라리 “프랑스 대법원”이라 번역하고 한국 대법원과 차이점을 지적해 두는 방식이 더 적절하지 않을까 하는 반성이 들어, 앞으로는 “프랑스 대법원”이라 번역하고자 한다. 이는 미국의 “President”나 프랑스의 “Président”를, 한국의 대통령과 유사하긴 하지만 반드시 그 선출 방식이나 권한이 같다고 할 수는 없음에도 불구하고, “미국 대통령”, “프랑스 대통령”으로 번역하는 것과 마찬가지이다. 프랑스의 대법원은 제1민사부, 제2민사부, 제3민사부, 상사부, 사회부, 형사부 등 여섯 개의 부를 두고 있다. 노동민사사건과 사회보장법원 관할 사건은 사회부가 전담한다. 이하에서는 “프랑스 대법원”이라는 표현은 생략하고, 그냥 “사회부” 또는 “형사부”로 지칭한다.

326) C. trav., Article L. 1251-39. 이때 구두의 합의가 있었다는 사정만으로는 새로운 근로자파견계약이 체결된 것으로 인정되지 않고, 반드시 서면으로 새로운 계약이 체결되어야 한다.

이 이루어진 것으로 간주된다. 즉, 근로자공급이란 서면의 근로자파견계약이 체결되지 아니한 채 이루어지는 근로자파견 행위의 다른 이름일 뿐이라는 것이다.

프랑스 노동법상 근로자파견은 요식행위이다. 파견사업주와 사용사업주 사이³²⁷⁾ 및 파견사업주와 파견근로자 사이³²⁸⁾의 계약은 모두 서면으로 체결되어야 한다. 특히, 파견사업주와 사용사업주 간 근로자파견계약의 서면 요식성은 근로자파견이 근로자공급으로 금지되는 것에 해당하지 않고 합법적인 것이 되기 위한 요건들에 대한 준수를 확보하고자 하는 것으로서 공서(公序)에 해당하기 때문에 이를 위반한 계약은 완전히 무효가 된다.³²⁹⁾ 무효가 되고 나면, 이는 위법한 노동력 대여, 즉 근로자공급에 해당하게 되고, 그 사법적 효과로서 사용사업주와 파견(공급)근로자 사이에 직접 근로계약이 성립하는 것으로 간주된다. 근로자공급이란 개념상 사용사업주와 공급근로자 사이에 종속관계가 존재하는 것이므로, 법에서 금지하는 근로자공급에 해당하면 형사적으로는 벌칙이 적용되고, 민사적으로는 사용사업주와 공급근로자 사이에 근로계약의 성립이 인정될 수 있다.³³⁰⁾ 판례도 사용사업주를 진정한 사용자로 인정하거나,³³¹⁾ 사용사업주와 공급사업주에게 연대책임을 부과한다.³³²⁾ 그러므로 요컨대, 프랑

327) C. trav., Article L. 1251-42.

328) C. trav., Article L. 1251-16. 파견사업주와 파견근로자 사이에 근로계약을 서면으로 체결하지 아니한 경우 파견을 목적으로 하는 근로계약은 무효가 되고, 근로자의 청구가 있는 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 재규정된다(사회부 1981. 6. 12. n° 79-41037 판결; 2000. 3. 7. n° 97-41463 판결).

329) 사회부 1980. 4. 17. n° 78-14349 판결.

330) Jean-Yves Kerbourc'h, "Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel?", Droit social, 2009. n° 5, p.540 참조.

331) 사회부 1992. 4. 2. n° 88-44105 판결. 갑 은행과 을 사이에 체결된 노무도급계약에 근거하여 갑 은행의 지점에서 수 년 동안 상시적으로 근로해운 을의 근로자들(보일러공)은 은행의 배관팀에 완전히 편입되어 있었다는 점, 을의 검토는 전혀 없이 은행이 부과한 근무 시간표에 따라 은행의 지시하에서 은행이 제공한 수단들을 가지고 일했다는 점들에서 볼 때, 해당 근로자들은 노무도급계약의 외관에도 불구하고 갑 은행의 종속하에 있었으며, 따라서 갑 은행이 이들의 진정한 사용자이고, 이들은 은행과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 지위에 있다.

332) 사회부 1990. 4. 4. n° 86-44229 판결. 신약판매촉진사원을 제약회사에 공급한 것

스에서의 근로자파견은 서면의 근로자파견계약이라는 요식행위를 갖춘 경우에만 성립하며, 노동법전상의 규정들은 모두 그것을 전제로 한 것들이다. 근로자파견계약의 서면 요식성이란 단순히 형식적으로 계약이 서면으로 체결되기만 하면 된다는 것을 의미하는 것이 아니라, 법에서 규정한 핵심적인 사항들이 서면 계약에 포함되어야 한다는 것을 의미하는 것이다.³³³⁾ 근로자파견계약에서 명시해야 할 요건들은 파견의 사유, 기간, 갱신에 관한 내용, 파견 업무의 내용, 파견근로자가 이용할 수 있는 보호장비들, 보수 등이다.³³⁴⁾

한편, 프랑스 노동법전은 사용사업주가 다음과 같은 방식으로 파견근로자를 사용한 경우에 파견근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약에 상응하는 제 권리를 사용사업주에 대하여 주장할 수 있다고 규정하고 있다: ① 파견이 사용사업체의 통상적이고 상시적인 업무에 관련된 고용을 장기간 대체하는 목적이나 효과를 갖는 경우, ② 사유 위반, ③ 파업 근로자를 대체하는 파견, ④ 특별한 위험성으로 파견이 금지된 업무에 파견하는 경우, ⑤ 노동의사(médecin du travail)를 대체하기 위한 파견, ⑥ 기간 초과.³³⁵⁾

이는 곧 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주(재규정)된다는 의미로서,³³⁶⁾ 이는 모두 근로자

은 위법한 근로자공급에 해당하며, 사용사업주인 제약회사와 공급사업주 사이의 계약이 해지됨에 따라 공급사업주가 해당 근로자를 해고한 경우, 부당해고에 대한 책임(금전배상)은 사용사업주와 공급사업주가 연대해서 부담해야 한다(근로자가 사용사업주와 공급사업주 모두를 상대로 부당해고에 대한 금전배상책임을 물었고, 이에 대하여 사용사업주는 위법한 근로자공급이 아니었다고 주장했으며, 공급사업주는 근로계약이 사용사업주와의 관계로 이전되었기 때문에 자신은 부당해고의 책임이 없다고 주장하였다).

333) 사회부 1989. 10. 31. n° 86-44198 판결 참조. 근로자파견에 관한 법규의 핵심적인 요건을 위반한 채 체결된 근로자파견계약은 파견법의 범위에서 제외된다고 한다.

334) C. trav., Article L. 1251-43.

335) C. trav., Article L. 1251-40. 일부 학설에서는 연속하는 두 파견 사이의 의무적 경과 기간 위반의 경우에도 직접고용으로 간주된다고 한다(조임영(2001), 『프랑스 노동법상 간접고용의 규제와 근로자보호』, 민주주의법학연구회 노동법분과편, 『간접고용 제한법제의 국제비교』, p.166 참조, 조임영 교수의 학설이 아니라 프랑스의 학설을 조임영 교수가 소개하고 있는 것임을 유의할 것).

파견계약이 적법하게 서면으로 체결된 다음에 사용사업주가 계약의 내용과는 다르게 파견근로자를 사용한 경우에 적용되는 규정들이라고 해석된다.³³⁷⁾

정리하자면 다음과 같다. 첫째, 근로자파견의 실질이 있지만 근로자파견계약이 서면으로 체결되지 아니한 경우 또는 파견법상의 핵심 요건들을 위반하여 근로자파견계약이 체결된 경우에는 근로자파견이 아니라 근로자공급에 해당한다(근로자공급 법리에 따라 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다). 둘째, 근로자파견계약 그 자체는 적법하게 체결되었지만 사용사업주가 근로자파견계약의 내용과는 다르게 법을 위반하는 내용으로 파견근로자를 사용한 경우(가령, 근로자파견계약에서 명시된 사유와 다른 사유로 파견근로자를 사용한 경우)에는 노동법전의 명시적인 규정의 적용에 따라 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다. 한마디로, 법에서 정한 요건에 따라 이루어지지 않은 근로자파견에 대해서는 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 간주(재규정)를 통해서 엄격하게 규제하겠다는 것이 프랑스 노동법의 기본원칙이라고 할 수 있다.

근로자파견과 근로자공급의 구별 기준은 형식성에 있다고 했으므로, 한국에서 파견과 도급의 구별 기준으로 다루어지는 논의들은 프랑스에서는 근로자공급과 도급을 구별하는 기준으로 논의된다는 점을 유의해야 한다. 하지만 파견/도급인가, 공급/도급인가, 형식은 다르지만 그 논의 내용은 사실상 같다.

나. 공급/도급 구별의 문제

프랑스 노동법전에서는 두 가지 유형의 근로자공급을 금지하고 있다. 하나는 영리적 목적으로 근로자에게 손해를 끼치는 노동력 공급을 금지

336) Jean Pélissier et al., *Droit du travail*, 25e éd., Dalloz, 2010, p.413 참조.

337) C. trav., Article L. 1251-40. 자체의 규정 형식이기도 하다. “사용사업주가 (관련 규정들을 위반하여) 파견근로자를 사용하는 경우 ...”

하는 규정이고,³³⁸⁾ 다른 하나는 영리적 목적의 배타적 노동력 대여를 금지하는 규정이다.³³⁹⁾ 근로자공급은 노동법전에서 금지하고 그 위반에 대해서는 벌칙이 적용되기 때문에, 근로자공급 해당 여부는 우선 실정법상 구성요건해당성 여부의 문제가 된다. 구성요건해당성의 핵심적인 문제는 종속관계의 존재 여부이다. 그러므로 형사적으로는 근로자공급의 구성요건해당성 문제이지만, 민사적으로는 근로계약의 성립 문제가 된다(근로계약 = 종속관계).

근로자공급과 도급의 구별과 관련하여 이 글에서 인용되는 프랑스 대법원 판결들은 상당수가 형사부 판결이다. 프랑스 대법원은 민사부, 형사부, 상사부, 사회부로 특화되어 있고, 노동민사사건은 사회부에서 관할한다. 그러나 “사소당사자(partie civile)”³⁴⁰⁾라는 독특한 제도 덕분에 실질은 노동민사사건이지만 형식상 형사사건으로 되는 경우가 많다. 사소당사자 제도는 두 가지로 구별되는데, 하나는 어떤 범죄 행위의 피해자로서 검찰의 기소가 이루어지지 아니한 경우에 직접 형사소송을 제기하는 경우이며, 다른 하나는 검찰에서 이미 기소를 하고 난 다음에 소송에 참여하는 경우이다. 두 경우 모두에 있어서, 사소당사자는 해당 범죄 행위로 인한 손해배상액을 제시해야 한다. 이는 형사소송과 민사소송을 한꺼번에 처리하는 것으로서, 법원은 일단 형사재판을 진행하여 유무죄 여부를 가린 다음, 유죄로 인정되는 경우 그에 따른 손해배상액을 결정하는 민사재판을 진행한다.³⁴¹⁾ 위법한 근로자공급의 사법적 효과를 다투는 사건이 우리의 경우에는 통상 해고무효확인에 관한 민사소송이나 부당해고구제 신청에 관한 행정소송으로 가서 원직 복귀와 미지급 임금의 지급이라는 결론으로 이어지는 데 비해, 프랑스에서는 흔히 부당한 해고로 인한 금전적 손해를 배상하는 소송으로 간다. 그것은 프랑스에서는 부당해고의 사법적 효과로서 원직 복귀가 당연히 인정되는 것이 아니라, 경영상 해고가 아닌 경우에는³⁴²⁾ 근로자나 사용자 일방이 복직을 거부하면 법원은 금전

338) C. trav., Article L. 8231-1.

339) C. trav., Article L. 8241-1.

340) Code de procédure pénale(프랑스 형사소송법전), Article 85.

341) 『한국의 소송촉진 등에 관한 특례법』 제25조에 규정된 “배상명령” 제도와 유사하다고 할 수 있다.

배상을 선고하도록 되어 있기 때문이다.³⁴³⁾ 이 손해배상에는 해고예고보상금,³⁴⁴⁾ 해고보상금,³⁴⁵⁾ 부당해고배상금³⁴⁶⁾에 더하여, 기간의 정함이 없는 근로계약으로 재규정(간주)됨에 따라 사용자업주의 정규직 근로자와 동등한 대우를 받을 권리(특히 동일한 단체협약의 적용)로부터 발생하는 임금 및 제 수당 청구권이 포함된다.

2. 근로자공급 금지의 의의

가. 연 혁

프랑스 1848년 3월 2일 법령은 “근로자이면서 하도급자인 이른바 마르상되르 또는 십장에 의한 근로자의 착취는 본질적으로 부정의하고 학대이며 형제애 원칙에 어긋난다는 점을 고려하여 공화국 임시 정부는 하도급자에 의한 근로자의 착취 또는 마르상다지를 폐지한다(Considérant que l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs ou tâcherons, est essentiellement injuste, vexatoire et contraire aux principes de la Fraternité, le gouvernement provisoire de la République décrète: l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchandage est abolie.)”라고 규정하였다. 이후 근 오십 년 가까이 이 규정은 특별한 논쟁을 야기하지 않았다. 그러다가 19세기 말에

342) 경영상 해고의 경우에는 사용자의 복직 거부권이 인정되지 않는다. 경영상 해고가 부당한 경우, 근로자의 신청이 있고 복직이 불가능한 경우가 아니면 법원은 근로자의 복직을 명할 수 있다. 반대로 근로자가 복직을 신청하지 않거나 복직이 불가능한 경우에는 부당해고보상금을 지급하도록 명할 수 있으며, 이 보상금은 직전 12개월분 임금 총액 이상이어야 한다(C. trav., Article L. 1235-11).

343) C. trav, Article L. 1235-3. “진실하고 중대한 사유 없는 해고의 경우, 법원은 근로자의 복직을 제안할 수 있다. 만약 당사자 중의 일방이 이를 거부하면, 법원은 근로자에게 보상금의 지급을 명한다. 이 보상금은 사용자의 부담으로 하며 직전 6개월분의 임금 총액 이상이어야 한다. 이 보상금은 Article L. 1234-9에 규정된 해고보상금에 대한 권리를 침해하지 않는다.”

344) C. trav., Article L. 1234-5.

345) C. trav., Article L. 1234-9.

346) C. trav., Article L. 1235-3.

와서 일련의 판결들이 대립하게 된다. 먼저, 프랑스 대법원 형사부는 마르상다지 그 자체는 범죄가 아니며, 그 행위로부터 과도한 이윤을 취한 경우에만 범죄가 된다는 입장을 취했다. 그러나 항소법원들은 정반대의 입장을 취했다. 가령, “임시정부가 없애려고 했던 것은 마르상다지를 남용함으로써 과도한 이윤을 취하는 것만이 아니라, 당시의 언어로 인간에 의한 인간의 착취라고 불렀던 방식들 가운데 하나인 마르상다지 그 자체이다”라는 입장이었다.

1901년 1월 31일 프랑스 대법원 전원합의회 판결은 형사부의 손을 들어 줌으로써 이러한 논쟁을 종결시켰다. “1848년 3월 2일 법령과 1848년 3월 21일 명령의 문언 자체로부터 다음과 같은 결론이 나온다. 즉 임시정부가 금지하고 처벌의 대상으로 삼는 행위는 십장이 일용직으로 근로자를 고용하는 행위 일체가 아니라, 이 마르상다지를 통해서 근로자를 착취하는 행위만을 의미하며, 여기서 착취란 하도급자가 자신이 고용하고 있는 근로자의 노동으로부터 과도한 이윤을 취하는 것만을 의미한다. 따라서 해당 행위가 범죄가 되기 위해서는 객관적 사실, 침해의 고의 및 근로자에게 실제로 손해가 발생하였다는 세 가지 요소를 필요로 한다. 원심은 마르상다지 금지법 위반죄를 이유로 상고인을 벌함에 있어서 기망 의사의 존재나 근로자들이 고용되었던 조건이 근로자들에게 손해를 입히는 성질의 것인지를 입증하지 못한 위법을 범했다(La Cour; ... attendu qu'il résulte du texte même tant du décret du 2 mars 1848 que de l'arrêté du 21 du même mois que le fait qui a été d'abord interdit, puis puni de peines correctionnelles par le Gouvernement provisoire, n'est point tout embauchage d'ouvriers à la journée par un tâcherons, mais seulement l'exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage, exploitation qui ne consiste de la part du sous-traitant qu'à tirer un profit abusif du travail de ceux qu'il emploie; que l'acte nécessite donc, pour devenir délictueux, la réunion de ces trois éléments : un fait matériel, l'intention de nuire, et un préjudice causé aux ouvriers; qu'en condamnant le demandeur en cassation à raison d'un prétendu délit de marchandage, sans constater, ni l'existence d'une fraude, ni le caractère dommageable

des conditions dans lesquelles les ouvriers avaient été employés, la cour d'appel de Bourges a violé la loi)."³⁴⁷⁾

이 판결은 마르상다지의 구성요건을 아주 엄격하게 해석하였다. 마르상되르가 자신이 고용한 근로자의 노동으로부터 과도한 이윤을 취한 경우에만 금지된다고 해석한 것이다. 하도급자가 이윤을 취하였다는 사실 자체는 처벌받을 일이 아니며, 그 이윤이 과도한 경우에만 처벌의 대상이 될 수 있다는 것이다. 이 판결에서는 ① 객관적 사실, ② 근로자의 이익 침해, ③ 침해의 고의 등 세 가지 구성요건을 제시하였다. 하지만 고의의 입증은 사실상 불가능하기 때문에, 마르상다지 금지 법규를 공허하게 만들었다는 비판이 가해졌다. 또한 프랑스 대법원은 1848년 법은 근로자이면서 하도급자인 마르상되르 또는 십장에 대해서만 적용될 뿐, 근로자가 아닌 하도급자에 대해서는 적용되지 않는 것으로 보았다.

나. 실정법 규정

지금 형태의 입법은 1972년에 근로자과건이 합법화된 후, 1973년에 이루어진다(1973년 7월 6일 법). 근로자과건을 합법화하면서 금지되는 근로자공급의 요건을 좀 더 명확하게 규정한 것이라고 볼 수 있다. 두 가지 종류의 규정이 있다.

첫째, “근로자에게 손해를 야기하는 효과를 갖거나 또는 법령이나 단체협약의 적용을 잠탈하는 효과를 갖는 모든 영리적 목적의 노동력 공급 행위, 즉 마르상다지는 금지된다.”³⁴⁸⁾

둘째, “노동력의 대여만을 목적으로 하는 영리 행위는 모두 금지된다. 다만, 근로자과건 …에 관한 규정의 범위 안에서 이루어지는 행위에 대해서는 적용되지 아니한다.”³⁴⁹⁾

347) 프랑스 대법원 전원합의부, 1901. 1. 31. 판결(Gérard Lyon-Caen et Jean Pélissier, *Les grands arrêts de droit du travail*, Edition Sirey, 1978, p.240 이하 참조).

348) C. trav., Article L. 8231-1: “Le marchandage, défini comm toute opération à but lucratif de fourniture de main-d’œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu’elle concerne ou d’éluder l’application de dispositions légales ou de stipulations d’une convention ou d’un accord collectif de travail, est interdite.”

전자의 규정이 1848년 법령을 개정한 것이라면, 후자의 규정은 근로자 파견을 합법화하면서, 근로자파견의 실질을 가지지만 형식을 갖추지 아니한 행위를 금지하기 위하여 마련된 규정이라고 할 수 있다. 현재의 규정 형식은 조금 달라졌지만, 입법 당시의 규정은 “노동력의 대여만을 목적으로 하는 영리 행위는 근로자파견에 관한 규정의 범위 안에서 이루어지지 않는 한 모두 금지된다”라고 되어 있었다. 즉, 근로자파견은 노동력 대여를 배타적 목적으로 하는 영리 행위이지만 관련 규정의 범위 안에서는³⁵⁰⁾ 허용된다는 의미인 것이다.

두 규정의 구성요건 자체는 좀 다르다. 전자의 규정은 노동력의 공급, 영리적 목적(영리성), 근로자에게 손해 야기 또는 법령이나 협약 적용 잠탈 효과(침익성) 등의 세 가지 구성요건을 제시하고 있다. 반면, 후자의 규정은 노동력의 대여, 영리성, 배타성이라는 세 가지 구성요건을 가지고 있다. 앞에서 언급한 1901년 판결에서 “과도한 이윤” 요건을 통해서 나타난 요소 중에서, “영리성” 요건은 1973년 법에 의하여 명시적으로 반영되었지만, “과도성” 요건은 반영되지 않았음을 알 수 있다. 그리고 고의성 요건 또한 사라지고, 영리성 요소만이 남았다는 것도 알 수 있다. “근로자에게 손해를 야기하는 효과” 또는 “법령이나 협약의 적용을 잠탈하는 효과”라는 법문에서 보듯이, 구성요건은 “효과”이기 때문에 반드시 그러한 것을 “의도”한 경우에만 죄가 성립하는 것은 아니다. 두 규정을 비교하면 “노동력의 공급”과 “노동력의 대여”는 사실상 같은 구성요건이므로(지휘 명령권의 이전 또는 종속관계의 이전), 마지막 하나의 구성요건에서 차이가 난다. 배타적 목적성이 인정되면 근로자의 침익이 없더라도 법 위반이 되며, 근로자의 침익이 있는 경우에는 배타적 목적이 아니라도 법 위반이 된다는 의미이다. 배타적 목적성과 근로자의 침익이 모두 인정되는 경우에는 두 규정의 구성요건을 모두 만족한다.

349) C. trav., Article L. 8241-1 : “Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d’œuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s’appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre : 1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire ….”

350) 구법과 달리 현행법은 “안에서는” 허용된다는 뉘앙스를 갖고 있으나, 그 의미는 여전히 “안에서만” 허용된다고 이해되어야 한다.

그런데 그러한 구별은 큰 의미가 없다. 왜냐하면 “영리성”이라는 구성 요건 자체가 근로자의 침익을 내포하기 때문이다. 영리성이란 유상계약 보다 좁은 개념이다. 왜냐하면 유상계약이라고 해서 모두가 반드시 어떤 영리의 실현을 내포하는 것은 아니기 때문이다. 물론, 상업적 목적에서 이루어지는 사내하도급에서는 사용자업주 또는 고용사업주가 그로부터 일정한 영리를 취할 것이라는 점은 쉽게 짐작할 수 있다. 그렇다고 하더라도 위 조항 위반이 되기 위해서는 영리성이 객관적으로 입증되어야 한다. 근로자의 침익 자체가 발생하지 않는 경우에는 영리성을 갖고 있다고 보기가 어렵다. 가령, 그룹 내 계열사 간 인사이동을 하면서 해당 근로자의 임금과 근로조건을 동일하게 유지하는 경우가 그러한 예에 해당할 수 있다. 또한, 두 규정 위반에 대한 벌칙의 내용 또한 같으며, 사법상의 효과(지휘명령권의 이전에 따른 근로계약의 재규정)도 다를 바 없다는 점도 두 규정의 엄격한 구별이 그다지 소용없는 이유이다. 실제 소송에서도 두 규정은 동시에 인용되는 경우가 대부분이다. 요컨대, 복잡해 보이는 외견 뒤에는 영리적 목적의 근로자공급을 금지한다는 단순 명쾌한 진실이 있다.

정리하자면, 노동력을 공급(대여)하는 영리 행위로서 근로자의 이익을 침해하거나, 그 행위를 배타적 목적으로 하는 경우에는 위법한 근로자공급에 해당한다. 그런데 실제 소송에서는 침익성 곧 영리성이나 배타성에 대해서는 크게 다투어질 부분이 별로 없기 때문에, 결국은 “노동력의 공급(대여)”에 해당하는가가 핵심 쟁점이 된다(사실, “노동력의 공급”이라는 말 자체가 “근로자공급”이라는 말과 다르지 않다).³⁵¹⁾ 그리고 그것에

351) “근로자공급”이라는 말은 마치 근로자를 기계 부품처럼 공급한다는 인상을 불러 일으킨다. 하지만 그런 의미로 이해하는 것은 허용되지 않는다. 이 용어에서 “근로자”란 인간으로서의 근로자를 의미하는 것이 아니다. 노예제가 아닌 다음에는 인간을 공급한다는 것은 있을 수 없다. “그래서 금지하는 것 아닌가?”라는 말도 성립할 수 없다. 우리 법이 언제 노예제를 금지한다고 규정한 적이 있는가? 근로자공급에서 말하는 근로자란 “노동력” 곧 “일손”을 의미한다. “일손이 필요하다.”라는 표현에서 보듯이, 일상 언어에서도 일손은 진짜 손이 아니라 사람을 가리킨다. 즉 근로자공급을 일상어로 옮기면 “일손을 대어 주다”라는 의미이다. 직업안정법에서 금지하고 있는 근로자공급은 일손을 대어 주는 행위, 즉 노동력 공급 행위를 금지하는 것이다.

대한 판단이 공급(파견)과 도급의 구별 기준에 관한 논의의 내용이다.

다. 적용 사례

근로자 X는 2000년 11월 6일에 농기계 제조사인 갑에 채용되어, 같은 날 을에 3년 기간으로 파견되었다. 을은 A사와 B사가 50%씩 출자하여 만든 회사이며, 그 종업원은 100%가 A사와 갑으로부터 파견된 근로자들로 되어 있다. 두 번째 기간 갱신 무렵 갑은 근로자 X에게 급여 체계의 변경을 통지하였고, 근로자는 이에 동의하지 않았다. 갑은 2006년 11월 28일 자로 근로자 X의 복귀를 명하였다. X는 근로계약의 종료를 선언하였고, 노동법원에 부당해고소송을 제기하였다(프랑스 노동법에 따르면, 근로자의 근로계약 종료 선언이 사용자의 귀책으로 인한 것인 때에는 부당해고로 간주되고, 그렇지 않은 경우에는 사직으로 간주된다). 근로자의 주장은 다음과 같다. 첫째, 이 사건 근로계약 종료 선언은 근로계약 변경에 대한 거부를 이유로 한 부당한 전직으로 인한 것이므로 부당해고에 해당한다. 둘째, 이 사건 파견은 노동법전에서 금지하는 근로자공급에 해당하며, 사용사업주에게 적용되는 단체협약의 적용에 따른 임금 추가분을 지급해야 한다. 1심과 2심은 근로자의 청구를 모두 기각했지만, 프랑스 대법원은 근로자의 청구를 모두 인용하는 취지로 원심을 파기하였다.³⁵²⁾ 우리의 논의와 관련된 두 번째 쟁점만 살펴 보도록 한다.³⁵³⁾

이 사건은 근로자공급으로 인한 손해의 배상을 청구하는 민사소송으로서 보기 드문 사례이며, 또한 어떤 경우에 동일 그룹 내 계열사 간 파견이 근로자공급으로 인정될 수 있는가에 관한 판단 기준을 제공한 사례이다. 프랑스 대법원의 판결 요지는 다음과 같다. 첫째, 근로자공급은 고용사업주와 사용사업주 모두에게 금지되며, 인사노무관리상의 유연성 증가 및

352) 사회부 2011. 5. 18. n° 09-69175 판결.

353) 첫 번째 쟁점과 관련해서 급여 체계의 변경은 근로자의 동의를 필요로 하는 근로계약의 변경에 해당하는가 여부가 중요한데, 대법원의 판결에 따르면, 급여는 근로계약의 구성 부분이므로 급여 총액의 변경이든 급여 체계의 변경이든 모두 근로자의 동의가 있는 경우에만 가능하다. 이때 변경에 결과 전체적인 급여 수준이 변경 전보다 근로자에게 유리하다는 사정은 중요하지 않다.

그로 인한 비용의 절감으로부터 “영리성”이 인정될 수 있다. 사용사업주인 을은 근로자 X의 임금과 사회보험료에 해당하는 금액만을 고용사업주인 갑에 지급했을 뿐, 그 밖에 인사노무관리비용은 전혀 부담하지 않았다. 둘째, 근로자 X는 포괄임금제에 따른 임금을 지급받았는데, 사용사업주인 을에 적용되는 단체협약은 포괄임금제를 허용하고 있지 않다. 그 결과 근로자는 추가근로시간에 대한 가산임금을 지급받지 못하였다. 그렇다면 이 사건 행위는 근로자에게 손해를 야기하는 효과를 갖거나 또는 법령이나 단체협약의 적용을 잠탈하는 효과를 갖는 영리적 목적의 노동력 공급 행위에 해당한다. 그러므로 근로자 X는 해당 단체협약의 적용에 따라 추가근로시간에 따른 가산임금을 청구할 권리를 갖는다.

3. 근로자공급과 사내하도급의 구별

가. 판단의 원칙

프랑스 대법원의 판례는 근로자공급과 사내하도급을 구별함에 있어서 계약의 형식이나 문언이 아니라 근로의 실태 속에서 판단하며(이른바 노동법적 리얼리즘), 종합적 판단을 원칙으로 한다. 하지만 이는 선형적으로 마련된 징표들이 중첩적으로 확인되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 하나의 징표가 결정적인 역할을 할 수도 있다는 점이 인정된다.

구체적으로는 대략 다섯 가지 정도의 판단 징표가 예시되고 있는데, 앞에서 언급한 바와 같이 근로자공급(즉, 노동력의 공급 또는 대여)을 구성하는 본질적인 내용은 종속관계의 이전(즉, 지시권의 이전)이므로, 근로자공급과 사내하도급을 구별하는 본질적인 기준도 종속관계의 유무이며, 기타 구체적 징표들은 종속관계의 유무를 드러내는 징표로서의 의미를 갖는다고 할 수 있다.

나. 구체적 징표³⁵⁴⁾

1) 일의 특정

사내하도급 관계를 구성하는 계약의 목적이 근로자(즉, 노동력)의 공급 그 자체가 되어서 안 된다는 점은 분명하다. 약정된 업무를 이행하기 위하여 근로자를 도급인(사용사업주)의 처분하에 두는 것은 도급계약의 한 수단일 뿐이지 목적일 수는 없다는 데 모든 학자들이 동의한다. 따라서 계약의 목적은 사내하도급에 의하여 달성되어야 할 결과일 것이다. 이때 달성해야 할 일은 엄격하게 정의되어야 한다.

또한, 가능한 범위에서 일은 물화(物化)되어야 한다. 정신노동의 성질을 갖는 것일 경우에도 마찬가지이다. 상대방이 기대하는 결과는 예컨대 전산 프로그램의 설치, 연구 보고서의 작성, 근로자의 채용, 문서의 번역 등이 될 수 있다. 따라서 장기간 동안 디자이너와 기획자를 여덟 명의 도급인에게 공급하는 것은, 수급인(고용사업주)이 아무런 특별한 기술적 연구 부담을 지지 않고 또 그 관리자들도 스스로도 공급된 근로자들이 어떤 프로젝트에 참가하여 일할지를 특정할 수 없었던 경우에는, 위법한 근로자공급에 해당한다.

일시적인 경제적 어려움 혹은 기술적 전문성의 결여로 인해 자신의 종업원만으로는 과업을 이행할 수 없는 경우에는 도급으로 인정될 여지가 많다. 반대로, 도급인의 업무와 엄격히 구분되어 정의되는 진정한 노무가 없는 경우에는 근로자공급을 나타내는 징표를 구성할 수 있다. 프랑스 대법원에 따르면 사내하도급의 목적이 된 노무가 도급인의 일반적 영업 활동과 엄격히 구분되고 도급인에게 필요하지만 존재하지 않는 노하우가 결합되어 있는 경우에만 적법한 것으로 인정된다. 만약 수급인이 약정된 일에 있어서 특별한 능력을 입증하는 경우에는 위법한 근로자공급이 아니라는 것을 드러내는 징표로 고려된다. 그러나 수급인에 고유한 기술적

354) 이하의 내용은 Gérard Couturier, *Droit du travail*, t. 1, *Les relations individuelles de travail*, 3e éd., PUF, 1996; Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail. droit vivant*, 7e éd., Liaisons, 1998; Jean Pélessier et al., *op. cit.* 등에서 소개된 내용을 정리한 것이다.

특수성은 그러한 종류의 특수성이 도급인에게는 결여되어 있는 경우에만 결정적 징표로 작용한다.

제공된 노무가 불확정의 기간 동안 판매를 실현하기 위한 판매촉진사원의 공급으로만 정의되고, 판매촉진사원에게 주어진 직업 교육의 기간이 그 교육을 이수한 근로자에게 진정한 직업적 자격을 부여할 수 없을 정도로 단기간이고, 공급된 판매촉진사원의 업무가 도급인의 직접고용 근로자들인 판매사원들의 업무와 동일한 경우, 이는 위법한 근로자공급이다.

한편, 수급인의 근로자가 도급인의 관리자의 지시만을 따라 일하는 경우에는 노무의 특수성은 일절 배제된다. 수급인에 의하여 수행되는 노무에 특수성이 결여된 것은 위법한 근로자공급을 특징짓는 성질을 갖는다.

요컨대, 도급인이 자신의 영업 범위에 속하는 업무에 근로자를 이용하기 위해서는 다음의 두 가지 선택만이 있을 뿐이다. 해당 업무가 일시적인 것일 경우에는 파견근로자를 사용하거나 기간제 근로자를 직접 고용하는 것이 가능하며, 해당 업무가 상시적인 것일 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 근로자를 직접 고용해야 한다.

2) 원료 및 도구의 소유

수급인의 독립성은 달성해야 할 일의 수행에 필요한 수단들을 소유하고 있는지 여부로 판단될 수 있다. 사내하도급의 이행 목적이 되는 일의 수행에 필수불가결한 물질적 수단 또는 원료의 결여는 불가피하게 위법한 근로자공급을 특징짓는다. 도급인이 수급인에게 원료와 설비 등을 대여하는 것은 시간적으로 제한되어야 하며 계약에 의하여 미리 정해져야 한다. 종업원의 대여는 목적이 아니라 수단이어서 한다. 도급인이 직접 일의 내용과 일의 장소를 정하고, 일의 경과를 감독하는 경우, 수급인의 독립성이 부정된다.

원료 및 도구의 소유 여부를 구별 기준으로 삼는 것에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기된다. 프랑스 민법전 제1787조는 “누군가 타인으로 하여금 어떤 일을 하도록 할 경우, 그 누군가는 상대방이 단지 노동 또는 기술만을 제공할 것을 약정하거나 또는 상대방이 원료도 제공할 것을 약

정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 즉 도급계약에서 수급인이 단지 노동만을 제공하는 것이 아니라 원료까지도 제공하는 내용으로 계약을 체결할 수 있다. 따라서 원료의 제공 여부로 수급인의 독립성을 판단하는 것은 도급계약의 성질에 반한다.

3) 지시권

위법한 근로자공급이 되지 않기 위해서는 수급인과 근로자 사이의 종속관계가 도급인과 근로자 사이로 이전되어서는 안 된다. 즉, 수급인은 근로자에 대해서 지시권을 유보하고 있어야 한다. 도급인이 수급인의 근로자에 대해서 지시권을 행사한 경우에는 위법한 근로자공급이다. 하도급 근로자가 일의 전부를 도급인의 사업장에서 수행하고, 도급인의 근로자들과 동일한 근무 시간표의 적용을 받는 경우, 도급인이 지시권을 행사한 것으로 인정될 수 있다.

4) 정량적 보수

적법한 도급에서는 정량적으로 보수가 정해지는 것이 특징이다. 일의 성격과 일의 수행에 필요한 기술적, 물질적 자원의 평가에 따른 정량적 보수가 아니라, 실제의 비용을 보전하는 방식으로 정해진 보수 또는 노동의 양(시간)에 따라 정해지는 보수는 도급과 친하지 않다. 그러므로 보수가 근로시간에 따라서 책정되는 경우에는 위법한 근로자공급으로 평가될 수 있다.

그러나 이 지표는 부차적인 것으로 여겨지고 있다. 도급인이 수행되는 노무에 정확히 대응하는 근로시간 수를 쉽게 계산할 수 있는 경우에는 보수가 포괄적으로 책정되어 있다고 해서 해당 계약이 곧바로 적법한 도급계약이 되는 것은 아니다.

5) 결과 채무

결과 채무의 존재 여부는 위법한 근로자공급 여부를 판단하는 데 있어서 중요한 지표로 고려된다. 그러나 이 또한 절대적인 기준은 아니다.

4. 사건의 재구성

이상의 논의들을 염두에 두고 실제 소송 사례를 검토해 보기로 하자. 프랑스 대법원은 법률심만 하기 때문에 사실관계를 구체적으로 파악하기에는 한계가 있다. 그러므로 여기에서는 고등법원 판결례 하나를 통해서 사건을 재구성해 보기로 한다.³⁵⁵⁾

가. 사건의 개요

사용사업주인 갑은 프랑스 서부 지역의 바스 굴렌느(Basse Goulaine)에서 대형가구할인매장을 운영하고 있었다. 1999년 11월, 이 지역을 관할하는 근로감독관은 갑의 매장에서 일하는 근로자들의 일부가 형식상 고용사업주인 을(을의 소재지는 프랑스 남부 마르세이유로 되어 있었다)로부터 급여를 받고 있었으며(매달 임금명세서를 발급한 것은 을이었다), 을은 해당 근로자들을 갑의 지시 아래 근로하게 하고 있었음을 확인하였다. 근로감독관은 이를 노동법전 L. 8231-1조와 L. 8241-1조를 위반한 위법한 근로자공급으로 판단하였고, 갑과 을을 고발하였다. 검사도 마찬가지로 위법한 근로자공급으로 판단하여 기소하였다. 형사소송이 진행되었고, 근로자 X는 5,000유로의 손해배상을 청구하면서 사소당사자로 참여하였다. 소송이 진행되던 와중인 2001년 4월에 을은 사업을 폐지하였으며, 갑은 해당 근로자들에게 직접고용을 제안하였다.

나. 인정된 사실

다음과 같은 사실들이 인정되었다. 첫째, 해당 근로자들은 사실상 갑에 의하여 채용된 것이나 마찬가지다. 채용 공고를 낸 것도 갑이었으며, 면접에도 갑의 매장 지배인이 참석하였다. 을은 단지 채용된 근로자들의 행정 사무 처리를 맡았을 뿐이다. 둘째, 작업 시간의 결정, 휴가의 승인 및 징계도 갑의 매장 지배인이 담당하였다. 셋째, 해당 근로자들의 업무는

³⁵⁵⁾ 렌느 고등법원(Cour d'appel de Rennes) 2004. 6. 24. 04/00119 판결.

갑의 근로자들과 비교했을 때 아무런 특수성이 없었으며, 똑같이 판매 업무와 재고 목록 작성 업무를 수행하였고, 매장 이름이 새겨진 배지를 똑같이 착용하였다. 넷째, 이러한 방식은 해당 근로자들로 하여금 갑의 근로자들에게 적용되는 단체협약의 적용을 향유하지 못하게 하였으며,³⁵⁶⁾ 갑에게는 전체 임금 총액의 0.2퍼센트에 상응하는 보조금을 노사협의회에 지원하도록 한 법정 의무를 경감해주는 효과를 가져 왔다.³⁵⁷⁾

다. 법원의 판결

판결문상 법원의 판단 순서대로 정리하면 다음과 같다. 우선 형사소송에 관한 부분이다. 첫째, 노동법전은 근로자파견에 관한 규정에 따른 경우가 아닌 한, 근로자공급을 금지한다. 둘째, 이 사건 관련 행위가 영리적 목적의 근로자공급에 해당한다는 점은 다툼의 여지가 없다. 셋째, 근로자파견은 사용사업주의 상시적 업무를 장기간 대체하는 것을 목적으로 할 수 없는데, 을의 근로자들이 수행한 판매 업무는 가구의 판매를 주목적으로 하는 갑의 상시적 업무에 해당한다는 것은 그 성질상 당연하므로, 이 사건 관련 행위가 근로자파견에 관한 규정에 따른 것이 아니라는 점도 다툼의 여지가 없다. 넷째, 과거에 산발적으로 이루어진 세 건의 종업원 직업 교육은 의미가 없고, 을의 근로자들이 수행한 업무는 갑의 사업과 구별되는 어떠한 특수성도 없으며, 근로자들의 채용도 갑의 일이었다는 점 등을 볼 때, 이 사건 관련 행위가 근로자공급을 배타적 목적으로 하고 있음이 인정된다. 다섯째, 해당 근로자들은 갑의 매장 지배인의 배타적 지휘명령 아래 놓여 있었다는 점이 인정된다. 을의 책임자는 마르세이유에 거주하면서 이따금씩 매장을 방문할 뿐이어서 해당 근로자들에 대한 실질적인 인사노무관리를 책임질 수 없었다. 여섯째, 이 사건 관련 행위는 해당 근로자들이 사용사업체에 적용되는 단체협약에서 비롯되는 권리와

356) “근로자에게 손해를 야기하는 효과를 갖거나 또는 법령이나 단체협약의 적용을 참탈하는 효과를 갖는 모든 영리적 목적의 노동력 공급 행위, 즉 마르상다지는 금지된다”(C. trav., Article L. 8231-1)는 규정을 상기하기 바란다.

357) 이는 위법한 근로자공급의 구성요건 가운데 하나인 “영리성”과 관련된다.

이익을 향유하지 못하는 한, 해당 근로자들에게 침해를 가하는 효과를 갖는다. 일곱째, 그러므로 유죄를 선고한 1심의 판결은 유지되어야 한다.

다음으로 민사소송에 관한 부분이다. “형사소송의 결과를 고려할 때, 근로자 X가 그의 진정한 사용자에 관한 법규의 위반 및 그에 따른 제 권리의 박탈에서 비롯된 침해를 복구하기 위해 주장한 바는 근거가 있다.”

라. 의 의

충분하지는 않지만 그래도 우리는 이를 통해서 사내하도급이 위법한 근로자공급으로 처벌되는 과정, 사소당사자 제도를 통하여 형사소송으로 민사적 문제가 처리되는 방식, 민사적 문제는 사용사업주의 정규직 근로자와 동등한 근로조건이 적용되었을 경우를 상정하여 근로자가 입은 손해에 대한 배상으로 나아간다는 점 등의 여러 가지 사실들을 확인할 수 있다.

한편, 이 사건의 특징 중 하나는 해고 사건이 아니라 근로감독관이 인지하여 고발한 사건이라는 점이다. 그리고 소송이 진행되는 와중에 사용사업주가 해당 근로자들에게 직접고용을 제안한다. 판결문에서 더 이상 자세한 내용은 알 수 없지만, 근로자 X의 청구를 보면, 해고와 관련된 보상금 및 배상금에 대한 청구는 빠진 채, 단체협약의 미적용으로 인하여 발생한 손해에 대한 배상 청구만 있다는 점에서, 아마도 근로자들은 직접 고용 제안을 받아들이지 않았을까 생각한다. 만약 어떤 식으로든 고용관계가 단절되었다면 해고에 관련된 손해배상청구가 포함되었을 것이기 때문이다. 근로자 X가 청구한 5,000유로는 자신이 사용사업주에게 직접 고용된 판매원이었다면 그 사업장에 적용되는 단체협약에 따라 더 받을 수 있었던 임금 및 제 수당을 합한 금액일 것이다.³⁵⁸⁾

358) 파리고등법원의 2007년 2월 8일 판결(05/08498)과 비교해 보면 흥미로울 것이다. 이 사건에서 파견사업주는 파견근로자와 2002년 12월 20일부터 2003년 8월 19일까지 파견근로계약을 체결하였고, 다시 2003년 10월 14일부터 12월 13일까지 파견근로계약을 체결하였다. 사용사업주는 해당 근로자를 2004년 3월 5일 기간의 정함이 없는 근로계약으로 직접 고용하였다가 4월 7일 해고하였다. 두 번의 파견에서 모두 파견근로계약은 파견사업주와 체결된 기간의 정함이 없는 근로

5. 결론을 같음하여

프랑스 법에 관한 논의를 마무리하면서 생각해보고 싶은 것 중의 하나는 왜 프랑스에서는 한국처럼 불법 시비가 일어나는 사내하도급이 남용되지 않는가 하는 것이다. 근로자파견을 규제하고 근로자공급을 금지하는 입법이 있다는 것만으로 탈법과 불법이 근절되지 않을 것이기 때문이다. 우선 생각해 볼 수 있는 것은 4절의 사례에서 본 것처럼 근로감독관의 적극적인 감독이다. 그런데 근로감독관이 아무리 감독 업무를 충실하게 수행한다고 해도 수많은 개별 사업장 안에서 벌어지는 상황을 속속들이 알기는 어려울 것이다. 여기서 중요한 것이 바로 사업장 안에서 사용자의 노동관계법 및 단체협약의 위반 여부를 감시하는 노동조합 또는

계약으로 간주되었고, 사용사업주의 해고는 부당해고로 판단되었다(이 사건은 근로자공급으로 인정되지 않았다).

법원은 두 번의 파견은 따로따로 판단해야 한다는 전제하에, 우선 제1차 파견에 대하여 파견사업주에게 다음에 해당하는 금액을 파견근로자에게 지급하도록 명하였다.

- 2,253유로(파견근로계약이 무기계약으로 간주된 결과)
 - 3,299유로(사용사업체의 직접고용 근로자와 비교해서 차별로 인해 미지급된 임금)
 - 329유로(임금 재산정에 따른 유급휴가비 미지급분)
 - 274유로(임금 재산정에 따른 단체협약상 연말 상여금 미지급분)
 - 1,270유로(단체협약상 다른 연말 상여금)
 - 3,000유로(파견근로계약이 무기계약으로 간주되었으므로 파견기간 종료를 이 유로 한 계약해지는 부당해고에 해당. 이에 따른 손해배상금)
 - 2,255유로(해고예고도 없었으므로 이에 대한 보상금)
 - 225유로(해고와 관련하여 부수적으로 발생한 연차휴가비).
- 제2차 파견에 대해서도 다음과 같은 금액을 지급하도록 명하였다(2차 파견은 근로자가 먼저 해지한 것으로 인정되어 해고 부분은 기각).
- 2,255유로(파견근로계약이 무기계약으로 간주된 결과)
 - 654유로(사용사업체의 직접고용 근로자와 비교해서 차별로 인해 미지급된 임금)
 - 65유로(임금 재산정에 따른 유급휴가비 미지급분)
 - 54유로(임금 재산정에 따른 단체협약상 연말 상여금 미지급분)
 - 311유로(단체협약상 다른 연말 상여금).

한편, 사용사업주에게도 다음에 해당하는 금액을 근로자에게 지급하도록 명하였다.

- 3,000유로(부당해고에 따른 손해배상금)
- 300유로(해고예고절차 미준수에 따른 보상금).

종업원대표의 역할이다. 그리고 프랑스에서는 사업장 안에만이 아니라 사업장 밖 시내에도 노동조합 사무실이 있어, 사업장 안에 노동조합이 없는 소규모 사업장의 근로자도 찾아가 고충을 토로하거나 사용자의 불법 행위를 고발할 수 있는 길이 있다. 이런 식으로 노동조합 혹은 종업원 대표의 감시와 근로감독관의 감독이 이루어짐으로써 사용자의 불법이 제어 될 가능성이 커지는 것이다.

하지만 무엇보다도 근로계약을 은폐하려는 시도에 대해서 프랑스 법원이 취하고 있는 엄격한 태도를 말하지 않을 수 없다. ‘중속노동의 도급노동화’ 현상에서 근로계약은 한편으로는 개별적 도급노동화(이른바 한국식의 ‘특고’), 다른 한편으로는 집단적 도급노동화(이른바 한국식의 ‘사내하도급’)를 통해서 은폐되는데, 프랑스 대법원은 두 가지 경우 모두에서 도급을 인정하는 데 상당히 엄격하다(현대 복지국가가 기본적으로 고용, 즉 근로계약에 근거하고 있다고 할 때, 근로계약의 은폐는 복지국가의 기초를 위협하는 것이므로, 기존 체제의 안정을 지향하는 보수적인 법원이 근로계약의 인정 범위를 확대하는 방향으로 판례를 형성해 가는 것은 지극히 당연하다 할 것이다). 지시권 행사가 인정되는 순간, 사내하도급은 근로자공급으로 판단되고, 그 사법적 효과로서 직접고용으로 간주됨에 따라 사용사업주는 상당히 무거운 책임을 부담해야 한다. 실제로도 사내하도급과 관련된 법률 조언을 제공하는 프랑스 인터넷 사이트들을 검색해 보면, 근로자공급에 관한 프랑스 대법원의 판례를 상세하게 소개하면서 사용사업주가 지시권을 행사하면 언제든지 근로자공급으로 간주되어 민형사상 책임을 질 수 있으므로 주의해야 한다는 점을 지적하고 있음을 알 수 있다. 법원의 엄격하고 확고한 태도는 예측 가능성을 높임으로써 사용자의 경영 행위를 규범 합치적으로 이끄는 것이다.

요컨대, 사업장 안에서의 노동조합과 종업원 대표의 감시 기능(노동조합이나 종업원대표가 없는 사업장의 경우에는 사업장 밖의 산업별 노조 혹은 지역별 노조의 감시 기능), 근로감독관 및 관할 관청의 적극적인 행정 감독, 근로계약 은폐 시도를 차단하고자 하는 법원의 확고한 태도 등이 어우러져 사내하도급의 남용을 막고 있다고 할 수 있다.

6. 토론 : 공동사용자 개념³⁵⁹⁾

‘공동사용자(co-employeur)’ 개념은 그룹 내 자회사의 근로자가 정당한 이유 없이 해고되었을 때 모회사의 공동사용자로서의 연대 책임을 정당화한다는 것이다.³⁶⁰⁾ 그럼에도 불구하고 공동사용자 개념은 아직 제대로 정의되고 있지 않은 것 같다. 프랑스 대법원의 판례를 분석한 바에 따르면, 공동사용자 개념은 다음의 세 가지 접근법 가운데 어느 하나에 속하는 것으로 보인다.³⁶¹⁾ 첫째, 법률적 접근으로서, 지시권의 실질적인 공유를 상징하는 관점이다. 각각의 회사가 공동으로 또는 상호 대체적으로 동일한 근로자 집단에 대하여 명령과 지시를 하는 경우이다.³⁶²⁾ 둘째, 경제적인 접근으로서, 두 개의 회사가 이해 관계, 경영진, 영업 활동 및 영업수단이 일체로서 결합되어 있는 경우에는 이 회사들을 공동사용자로 보는 것이다.³⁶³⁾ 셋째, 위의 두 가지 접근법을 결합한 것이다. 즉, 공동사용자는 한편으로는 이해 관계, 영업 활동 및 경영진이 결합되어 있는 일체를 상징하며, 다른 한편으로는 이 일체를 구성하는 회사들 각각이 근로자와 종속관계에 있음을 상징한다.³⁶⁴⁾ 이러한 관점에 따르면 회사들 사이에 존재하는 관계뿐만 아니라 형식상 제3자의 지위에 있는 회사와 근로자들 사이에 형성된 관계에 대해서도 주의를 기울여야 한다. 요컨대, 근로자가 이해 관계, 영업 활동 및 경영진이 결합되어 있는 복수의 회사의 지시 아래 그 회사들의 이익을 위하여 근로하는 경우에 공동사용자가 인정된다는 것이다.³⁶⁵⁾

359) 아래 가항과 나항은 Pierre-Henri D'Ornano, "Le coemployeur", La semaine juridique: Sociale, n° 50, 2010. 12. 14., pp.14~16를 번역한 것이다.

360) A. Mazeaud, "Le déploiement de la relation dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail", Droit social, 2010. n° 7/8, p. 738.

361) P. Morvan, "Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et coemployeur", JCP S 2010, 1407.

362) Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45394, JurisData n° 2005-029502, Bull. civ. 2005, V, n° 244, JCP S 2005, 1333, note J.-K. Adom.

363) Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 04-43887, inédit ; Cass. soc., 27 mars 2008, n° 07-40229, inédit.

364) Cass. soc., 9 juin 2004, n° 01-43802, inédit.

365) Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42551, JurisData n° 2007-039646, Bull. civ.

그러나 공동사용자에 대한 경제적 기준과 법률적 기준이 대등한 수준에 놓여 있는 것으로 보이지는 않는다. 사실, 공동사용자 개념은 사용자 개념과 관련성을 가질 수밖에 없다. 그런데 사용자란 종속적 지위에 있는 자에게 명령과 지시를 하고 그 이행을 감독하며 그 불이행을 제재하는 권한을 행사하는 자를 말한다.³⁶⁶⁾ 그러므로 공동사용자란 무엇보다도 지시권을 공유하는 자이다. 경제적 접근은 회사들 사이에 존재하는 관계를 명확하게 함으로써 이 회사들이 지시권의 행사에서 상호 협의한다는 것, 나아가 지배적 지위에 있는 회사가 다른 회사의 지시권 행사에 있어서 이를 대체한다는 것을 추정할 수 있도록 해 준다.

가. 경제적 결합

공동사용자는 법적으로 서로 다른 회사들이 자본이 심히 뒤섞여 있거나 소재지나 경영진 또는 이사들이 동일하다는 것을 이유로 결합되어 있는 상황으로 표현될 수 있다. 프랑스 대법원은 회사들이 “이해 관계, 경영진, 영업 활동 및 영업 수단이 결합된 일체”³⁶⁷⁾를 형성하고 있다는, 전적으로 경제적인 사실 확인에 근거하여 공동사용자성을 인정한 바 있다. 법적으로 서로 다른 회사들 사이의 밀접한 관계에서 이 일체를 구성하는 근로자들에게 공통된 종속관계가 탄생한다.³⁶⁸⁾

회사들 사이에 이러한 착종 현상은 아주 흔하다는 점을 지적할 필요가 있다. 이러한 착종은 다른 한편으로는 경제사회단일체(UES)를 인정하는 근거가 되지만, 경제사회단일체를 구성하는 기업들은 근로자들에 대한 공동사용자가 아니라는 점을 인식해야 한다.³⁶⁹⁾ 경제사회단일체의 범위 안에 있는 근로자는 자신의 사용자가 아닌 기업을 상대로 주장할 수는 없

2007, V, n° 109, JCP S 2007, 1618, note Ph. Coursier, RDT 2007, p. 543, note F. Jault-Seske.

366) Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45394, préc. note 3.

367) Cass. soc., 27 mars 2008, n° 07-40229, préc. note 4.

368) H. Tissandier, “Société à structure complexe et droit du travail”, RJS 2010, p. 251.

369) Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-42229, inédit.

다.³⁷⁰⁾ 근로자는 비록 자신의 사용자가 청산 중에 있는 경우라도 다른 기업을 상대로 임금의 지급을 청구할 수는 없다.³⁷¹⁾

따라서 공동사용자는 권한의 집중, 영업의 유사성 또는 보충성, 영업수단의 공유 이상의 것을 상정한다. 사실 공동사용자는 어느 회사가 다른 회사를 지배하는 상황, 즉 그러한 상황으로 인해 전자가 후자의 근로자들에 대하여 지시권을 행사하는 상황을 상정한다. 프랑스 노동총동맹(CGT)이 부설 연구소의 근로자에 대해서 공동사용자의 지위에 있음이 인정된 사례가 그런 것이다. 이 사례에서 연구소의 재정은 완전히 노동총동맹에 의하여 지원되었고, 노동총동맹은 연구소의 유일한 고객이었다. 노동총동맹은 연구소의 설립을 결정하고 연구소의 사무실을 자신의 처분 아래 두었으며 해산 과정에서 지배적인 역할을 수행하였다.³⁷²⁾ 연구소는 어떠한 경제적 실체도 없었으며, 노동총동맹은 연구소의 대 근로자 업무, 특히 근로자들의 재배치 과정에 개입하였다.

마찬가지로 한 노동법원은 모회사가 자기 스스로를 강화하기 위하여 구조 조정을 단행하는 바람에 자회사가 판매 지점의 3분의 2를 상실하고 2백 명의 고객을 잃었으며 영업 수지가 40% 하락하는 손해를 입게 된 경우에 공동사용자성을 인정하였다.³⁷³⁾ 이와 같이 하나의 그룹 안에서 통상적으로 행해질 수 있는 관행을 훨씬 넘어서는 지배는 자회사의 대 근로자 업무에 모회사가 치유할 수 없는 수준으로 개입하게 만든다.

이상의 판결례들을 통해서 알 수 있는 것은 공동사용자를 인정하기 위해서는 회사 구조가 착종되었다거나 한 회사가 다른 회사와의 관계에서 실체가 없다는 사정만으로는 충분하지 않다는 것이다. 기실 작업장 책임자와 사용자를 혼동하지 않도록 주의해야 한다. 작업장 책임자는 비록 근

370) Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-40331, Bull. civ. 2006, V, n° 254, JurisData n° 2006-034622, JCP S 2006, 2013, note R. Vatinet.

371) Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 04-40332, JurisData n° 2007-040229, JCP S 2007, 1698, note G. Blanc-Jouvan.

372) CA Paris, 18e ch. D, 16 oct. 2006, n° S 06/00170, Association Institut syndical d'études et de recherches économiques et sociales et Confédération générale du travail c/ Ouadanne, JurisData n° 2006-400104.

373) Cons. prud'h. Bordeaux, 11 sept. 2006, Bergeon et al. c/ Aurbone SA et al., Dr. ouvrier 2007, n° 708, p.331, note A. de Senga.

접에서 일상적으로 지시권을 행사하지만 실제로는 전혀 결정자가 아니다. 모든 중요한 결정들은 상부에서 이루어진다. 그런데 현실에서는 하나의 회사가 이 작업장 책임자 이상의 권한과 자율성을 갖지 못하는 경우가 많다. 이 경우 회사법에 의하여 그어진 경계는 인위적인 것에 불과하며, 공동사용자는 진정한 결정권자를 가리는 데 대단히 유용하다는 점이 드러난다. 이러한 메커니즘은 모회사가 자회사에 임명한 이사를 직접적으로 지휘하고 감독하는 경우에 관찰되는 메커니즘과 유사하다. 이러한 경우 이사의 위임계약은 근로계약으로 재규정될 수 있다.³⁷⁴⁾ 마조(Mazeaud) 교수가 말한 바와 같이, “자회사에게 모회사와 같은 수준의 사용자 지위를 인정하는 것에는 허구적인 부분이 있다. 사용자는 사실상 모회사이다.”³⁷⁵⁾ 모회사는 자회사를 옆으로 쓸어내고, 제3자와 계약을 체결하고, 이행하고, 해지하는 과정에서 형성되는 계약 관계에서 완전히 또는 부분적으로 자회사를 대체한다. 따라서 공동사용자는 일종의 모순적 효과를 가져 오는 개념이다. 왜냐하면 공동사용자는 진정한 사용자를 가려낼 수 있도록 하기 때문이다.

물론 공동사용자성 여부가 다투어지는 상황이 지시권의 진정한 공유로 밝혀지는 경우도 없지 않다. 하지만 이 경우에도 두 회사는 각각 충분한 실체를 갖고 있어야 한다는 것이 여전히 필요하다. 파리 항소법원은 파리의 한 백화점에서 판매원으로 일한 근로자의 사례에서 이러한 입장을 확인한 바 있다.³⁷⁶⁾ 이 사례에서 판매원은 다른 회사에 의하여 채용되었고, 임금을 받았으며, 해고되었다. 파리 항소법원은 공동사용자를 인정하기 위하여 최종적인 채용이 두 회사의 협의 속에서 이루어졌으며, 백화점의 책임자는 해당 근로자의 근로계약을 지속할 것인지 아니면 해지할 것인지 또는 징계를 통지할 것인지에 대한 의견을 제시하였다는 사정을 분명히 하였다. 또한 법원은 지시권의 행사에서 두 회사의 협력이 있었음을 다시 한번 명확히 하면서, 백화점이 해당 근로자의 임금 액수에 대하여

374) Cass. soc., 13 juin 2006, n° 04-43878, JurisData n° 2006-034106.

375) A. Mazeaud, “Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail”, préc. note 1.

376) CA Paris, 22e ch. B, 14 mai 2004, n° S 03/30533, SA Villeroy et Boch c/ Mme Delgorgue et SA BHV, JurisData n° 2004-241870.

직접적인 영향력을 행사하였다는 사정을 추가로 언급하였다. 파리 항소 법원의 입장은 대법원에 의해서도 채택되었다. 대법원은 다음과 같은 사정에 주목하였다. ① 근로자의 결근이나 휴기는 근로자에게 임금을 지급한 명목상 사용자가 백화점과의 협의 후에 결정하였다. ② 근로자는 백화점의 매장 책임자의 직접적인 지휘 아래 있었으며, 매장 책임자는 지시를 하고 지시의 이행을 감독하고 지시의 불이행을 제재하는 권한을 가지고 있었다.³⁷⁷⁾

나. 종속관계

어떤 회사가 실체가 없거나 공통의 경제적 이해 관계가 존재한다거나 하는 상황은, 공동사용자 문제가 제기될 수 있는 이상적인 상황을 구성한다고 하더라도, 공동사용자 여부는 지시권의 실질적인 공유 또는 이전이 인정되는 경우에만 구체화된다. 한편, 프랑스 대법원의 많은 판결례들은 공동사용자를 인정하기 위해서는 종속관계가 존재해야 한다는 점을 강조한다. 예를 들어, 세 회사가 상호 보완적인 영업 활동을 수행하고 공통의 경영진을 갖고 있다고 하더라도, 이 회사들이 상호 독립적으로 근로자에게 업무 지시를 하고 그들의 공통 이익 속에서 부여된 연구 작업의 결과를 보고하도록 요구한 사정이 인정된 경우에만 공동사용자를 인정한다.³⁷⁸⁾ 마찬가지로, 을 회사가 실질적인 재정상, 경영상 독립성이 없이 갑 회사의 일개 사업장에 불과하고, 을 회사에서 근로자들에게 업무 지시를 하는 유일한 관리직은 갑 회사로부터 명령을 받아 이를 을 회사의 팀장들에게 직접 전달하였을 뿐 자신이 직접 근로자들에게 지시를 할 수 있는 어떠한 권한도 없었으며, 을 회사의 종업원들에 대한 인사 관리는 갑 회사에 의하여 행해지는 등, 갑 회사는 을 회사의 전체 근로자에 대한 지시 감독권을 가지고 있었으며, 을 회사의 근로자들은 갑 회사와의 사이에 종속적인 상태에 놓여 있었다는 점이 인정되는 경우, 갑 회사는 을 회사 근로자들의 공동사용자로서의 지위를 가지고 있는 것으로 판시되었다.³⁷⁹⁾

377) Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-45518, JurisData n° 2006-032763.

378) Cass. soc., 3 févr. 1983, n° 80-41819, JurisData n° 1983-700515.

또한 비록 명목상의 사용자가 실질적인 권한이나 자율성이 없는 빈 껍데기에 불과하더라도, 법원은 지배기업과의 사이에 종속관계가 성립하는지 여부를 규명하기 위하여 노력한다. 앞에서 본 사례에서 노동총동맹은 연구소 직원들의 재배치에 적극 참여하였으며, 이 점에서 노동총동맹은 “진정한 사용자로서 행동”하였다.³⁸⁰⁾ 반대로, 을 회사가 독자적인 고객과 인사 경영상 자율성을 확보하고 있으며, 그 근로자들이 갑 회사의 지시와 감독 아래 놓여져 있지 않는 것으로 드러난 경우에는 공동사용자성이 인정되지 않는다.³⁸¹⁾

이러한 종속관계를 특정하기 위하여, 노동법원은 자회사 내에서 해고 절차의 이행, 종업원 대표 기구와의 회의, 단체협약에 관한 교섭에서 모회사의 “적극적 역할”을 거론하기도 한다.³⁸²⁾

어쨌든 한 회사가 다른 회사의 사업에 포섭되어 있다는 사정만으로는 그 포섭이 비록 의미있는 경우라 하더라도 공동사용자가 인정되지 않는다. 사실 지배기업이 자신이 통제하고 있는 기업들에 대하여 전략적 방향을 정하고 활동을 조정하며 이행 절차를 등질화하는 것은 정당하다. 그러므로 두 회사 사이의 협력과 지원을 다른 회사에 대한 한 회사의 지배와 구별하기 위한 기준을 발견해야 한다.

이에 관하여, 대부분의 하급심들은 모회사가 자회사에 대하여 일정하게 개입하는 것은 정당한 관행이라는 것을 인정한다. 따라서 모회사의 경영진이 프랑스 자회사의 집단적 노동관계에 개입하고 있는 경우, 그러한 개입이 근로자들의 임무 수행을 감독하거나 근로자들에 대해서 징계권을 행사하는 수준까지 나아가지 않는 한, 그 자체만으로는 공동사용자성을 인정하기에 충분하지 않다.³⁸³⁾

모회사의 인사노무관리 책임자가 자회사에서 35시간 근로제의 실시와

379) Cass. soc., 28 sept. 2010 n° 09-41243, JCP S 2010, 1518, note S. Brissy, RJS 12/10, n° 987.

380) CA Paris, 18e ch. D, 16 oct. 2006, n° 06/00170, préc. note 13.

381) Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.294 à n° 07-41316, JurisData n° 2008-044575.

382) Cons. prud'h. Aubenas, formation départage, 15 avr. 2008, n° 06/00153, Dr. ouvrier 2008, p.478.

383) CA Paris, 18e ch. D, 25 nov. 2008, n° S 08/01336, Bouvet c/ Sté Sphère Network inc., JurisData n° 2008-010367.

관련한 회의를 주재한 경우도 마찬가지이다. 그러한 개입은 인사노무관리 의 일관성을 유지하고자 하는 의도에 부합하는 것으로서, 그룹에서는 전통적인 것이다. 이와 관련해서 법원은 근로자들이 착용하는 배지나 편지지에 모회사의 로고가 새겨져 있는 것은 하나의 그룹 안에서는 통상적인 것이며 마케팅 차원에 해당하는 것이므로, 그러한 사정을 이유로 근로자들이 모회사와 종속관계에 있다는 주장은 지지될 수 없다고 밝힌 바 있다.³⁸⁴⁾ 근로자들을 위한 이익과 전직의 용이함으로 번역되는 단순한 그룹 내 문화의 존재 또한 공동사용자를 성립시키지 않는다.³⁸⁵⁾

마지막으로, LBO 차원에서 인수된 회사의 자본 전체를 소유하고 있는 공동투자기금의 경영을 맡고 있는 회사는, 특히 금융위기 상황에서는 주주가 자신의 유가증권 상황에 관해서 회사의 상황을 주기적으로 보고받는 것은 통상적인 것인바, 사용자로서의 지위를 갖고 있다고 할 수 없다.³⁸⁶⁾ 또한 이 주주가 그 회사들을 위하여 업무상 여행을 다닌 것도 여행의 목적인 총자산 계획 해법이 그의 소관인 한 비난될 수는 없다.³⁸⁷⁾

그러므로 어떤 지배기업이 자회사의 전략을 정의하고, 영업 활동을 조정하고, 또는 중요한 사업과 관련하여 필요한 경우 개입하였다는 사정만으로는 이 지배기업을 공동사용자로 만들기에 충분하지 않다. 공동사용자를 인정하기 위해서는 모회사가 자회사의 근로자들에 대하여 지시권을 행사했다는 구체적인 사정이 필요하다. 요컨대, 공동사용자는 노동관계에 적극적으로 가담한다는 것이며, 이는 거의 개별적 노동관계라는 의미에서 그러하다.

한편, 판결례들에 대한 분석을 통해서 알 수 있는 것은 공동사용자란 멀리서 노동관계를 경영한다는 것 그 이상의 것이라는 점이다. 공동사용

384) CA Lyon, ch. soc., 6 févr. 2008, n° 06/06013, Groupe Nouvelles Frontières, publié par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

385) Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42230, inédit.

386) CA Douai, 27 nov. 2009, n° 08/03824, Bull. Joly 2010, p. 265, note A. Couret et B. Dondero.

387) 이 사건에 관해서 좀 더 구체적인 것은 H. Tissandier, "Le LBO et la théorie du co-employeur", Semaine sociale Lamy 2010, n° 1434, p.9; I. Raoul-Duval et Y. Sexer, "Les sociétés d'investissement face à l'obligation de reclassement", Les Cahiers du DRH, 2010, n° 167를 참조.

자란 노동관계의 주요한 지점들, 예컨대 채용,³⁸⁸⁾ 평가와 고과,³⁸⁹⁾ 업무 지시와 보고서 요구,³⁹⁰⁾ 재배치 과정의 참여,³⁹¹⁾ 징계권의 행사와 해고³⁹²⁾에 개입하는 것을 의미한다. 가령, 베르사이유 항소법원은 자회사의 책임자가 발송한 해고 통지서에 모회사의 부회장과 인사노무 담당 책임자가 방문하여 해당 근로자의 업무에 위생과 조직이 결핍되어 있다는 점을 확인하였다는 사정을 적시했음을 확인하면서 Sodexo 그룹의 회사들 사이의 공동사용자성을 인정하였다. 이 경우는 제3자인 회사의 대표자가 계약 관계에 구체적으로 개입하였음이 명백한 경우이다. 항소법원은 이러한 통제는 제3자인 회사를 공동사용자로 인정하기에 충분하다고 본 것이다.³⁹³⁾ 그러므로 종속관계라는 법적 기준은 공동사용자성을 인정하는데 충분한 기준이다. 설령 서로 다른 회사들이 밀접하게 연관되어 있는지 의심스러운 경우라도 그렇다.

다. 공동사용자 관련 몇 가지 소송 사례³⁹⁴⁾

1) 프랑스 대법원 사회부 2005. 7. 12. n° 03-45394

가) 사실관계

Lourdes Invest Hôtels 사(갑)는 호텔 식당 사업을 하는 회사인데, 식당의 경영을 Groupe Envergure 사(을)에 위탁하였다. 갑은 X를 지배인으로, X의 부인인 Y를 부지배인으로 채용하였다. Y의 근로계약에는 다음과 같은 조항이 있었다. “당신은 X가 회사를 그만두는 경우에는 이유를 불문하고 또 누구 결정한 것인지와 무관하게 퇴직하기로 약정한다.” 그 후, X가 퇴직함에 따라 Y도 해고 통지를 받았다. 이에 Y는 갑과 을은 공동사용자로서 부당한 해고에 대한 보상금을 연대하여 지급할 책임이 있다고

388) CA Paris, 22e ch. B, 14 mai 2004, n° S 03/30533, préc., note 17.

389) Cons. purd'h. Bordeaux, 11 sept. 2006, préc., note 14.

390) Cass. soc., 3 févr. 1983, n° 80-41800, préc., note 19.

391) CA Paris, 18e ch. D, 16 oct. 2006, n° S 06/00170, préc., note 13.

392) Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 87-44284, JurisData n° 1992-000190, Bull. civ. 1992, V, n° 23; Cass. soc., 10 févr. 2000, n° 98-40196, inédit.

393) CA Versailles, 31 mars 2009, Dr. soc., 2009, n° 684, p.1263, note P. Chaumette.

394) 이하의 판결례들은 모두 <http://www.legifrance.gouv.fr/> 참조.

주장하면서 소송을 제기하였다.

나) 원 심

을은 수탁자의 자격으로 행위하였을 뿐이라는 점, 근로계약은 갑과의 사이에 체결되었다는 점, 임금을 지급하고 임금명세서를 발급한 것도 갑이었다는 점을 들어 갑만이 Y의 유일한 사용자라고 판시하였다.

다) 대법원 사회부

근로계약은 당사자들이 표시한 의사나 계약에 붙인 이름에 좌우되는 것이 아니라, 노무의 제공이 실제로 이루어졌던 조건에 좌우된다는 점 및 사용자가 근로자에게 근로의 수행과 관련된 지시를 하고 지시의 이행을 감독하고 지시의 불이행을 제재할 수 있는 권한을 갖는 경우에는 종속관계가 인정된다고 한 다음, 원심은 을이 Y의 공동사용자인지 여부를 판단하기 위해서 Y가 을과의 종속관계에서 일한 것은 아닌지 여부를 살피지 않았다는 이유로 원심을 파기하였다.

라) 의 의

고용사업주가 사용자로서의 표식을 드러내고 있다고 하더라도, 사용자업주와 근로자 사이에 종속관계가 인정되는 경우에는 양자 사이에 근로계약이 성립한다. 이 경우 고용사업주와 사용자업주는 근로자에 대해서 공동사용자의 지위를 갖는다.

2) 프랑스 대법원 사회부 2006. 11. 8. n° 04-43887

가) 사실관계

Syndicat mixte d'aménagement du lac de Madine(갑)은 위탁 관광 단지의 운영을 La Financière sport et loisir Gesclub(을)에게 위탁하였고, 을은 처음에는 이를 직접 운영하다가 나중에 Callisto(병)이라는 자회사를 설립하여 위탁 업무를 이전하였다. 이후 갑은 위탁 계약을 해지하였고, 경영상 이유로 해고된 근로자들은 손해배상과 임금 채권의 지급을 청구하였다.

나) 판 결

을과 을이 설립한 병은 이해관계, 경영진, 영업 활동 및 영업 수단 등의 병합으로 결합되어 있는 일체를 구성한다는 점을 드러냄으로써 을과 병이 공동사용자의 지위를 갖는다고 판시한 원심은 옳다.

3) 프랑스 대법원 사회부 2004. 6. 9. n° 01-43802

가) 사실관계

근로자 X는 Optic Data(갑)에게 상업 엔지니어로 채용되었다가 경영상 이유로 해고되었다. X는 갑과 Péridata(을) 및 Péridata France(병)을 상대로 연대 책임을 물었다.

나) 판 결

X는 갑, 을, 병에 대하여 종속관계에 있었으며, 이 세 회사들은 이해관계, 경영진 및 영업 활동의 병합으로 결합되어 있는 일체를 구성하는바, X에 대해서 공동사용자의 지위를 갖는다고 판시한 원심은 옳다.

4) 프랑스 대법원 사회부 2007. 6. 19. n° 05-42551

가) 사실관계

Aspocomp 그룹은 550명을 고용하고 있던 Philips circuits imprimés 사를 인수하였다. 이 회사는 Aspocomp 그룹의 자회사인 Aspocomp 사(갑)가 되었다. 핀란드 회사인 Aspocomp Group OYJ(을)은 Aspocomp 그룹의 지주회사이다. 갑의 사업위원회에 인원 감축안이 제출되었다. 122명의 근로자들이 1차 해고 명단에 포함되었고, 을은 이 근로자들에게 금전적 보상을 하기로 약속하였으며, 구조조정안의 부속협정이 체결되었다. 근로자 X는 희망퇴직을 선택했지만 경영상 이유로 해고되었고, 을은 더 이상 갑에 재정 지원을 하지 않기로 결정하였으며, 갑은 청산 절차에 들어갔다. 남아 있던 근로자들도 해고되었다. 구조조정안에 예정되어 있던 금액을 전혀 받지 못한 X는 갑과 을이 연대하여 부당 해고에 따른 금원을 지급할 것을 청구하였다.

나) 판 결

유럽연합이사회는 제44/2001호 규칙 제19조에 따라, 회원국의 영토 안에 소재지를 두고 있는 사용자는 다른 회원국, 특히 근로자가 통상적으로 근로를 수행하고 있는 곳의 법원에 소환될 수 있다. 제44/2001호 규칙 제19조의 적용을 위하여 원용될 수 있는 1968년 9월 27일의 브뤼셀 협약에 대한 유럽사법재판소의 해석에 따르면, 사용자란 근로자가 어떤 자를 위해서 일정한 기간 동안 그 자의 지시 아래 근로를 수행하고 그 대가로 그 자가 보수를 지급할 때의 그 자를 말한다. 따라서 원심이 근로자 X는 갑과 을의 지시 아래 갑과 을의 이익을 위하여 근로를 수행하였고, 갑과 을은 이해관계, 영업 활동 및 경영진이 병합되어 있었다는 점을 들어 갑과 을은 공동사용자의 지위를 갖는다고 판시한 것은 옳다.

5) 프랑스 대법원 사회부 2000. 11. 22. n° 98-42229

가) 사실관계

Villeurbanne 지방법원은 BVO(갑), SHC(을), Avisa(병) 및 Soverex(정) 사이에 경제사회단일체(UES)가 존재한다고 인정하였다. 갑이 청산에 들어갔고, 갑의 근로자들은 해고되었다. 갑의 근로자들은 갑뿐만 아니라 경제사회단일체를 구성하는 다른 회사들을 상대로도 소송을 제기하였다. 1심 노동법원은 이 회사들을 모두 공동사용자로 인정하였지만, 항소심은 이를 기각하였다.

나) 판 결

서로 다른 회사들이 하나의 경제사회단일체를 구성한다고 해서 이 회사들이 곧바로 공동사용자의 지위를 갖는 것은 아니다. 갑의 근로자들과 을, 병, 정 사이에 근로계약의 존재를 입증하는 어떤 요소도 인정되지 않는다고 판시한 원심은 옳다.

6) 프랑스 대법원 사회부 2006. 7. 12. n° 04-40331

가) 사실관계

Presto formes(갑)과 갑의 자회사들인 Rota formes(을), Gravure 95(병), Laser activité(정) 들은 노동조합(FO)과 「경제사회단일체인정협약」

을 체결했다. 협약 제1조에는 “갑, 을, 병, 정 들은 노동법 및 근로자 집단과 관련하여 하나의 동일한 사업으로 간주된다”라고 규정되어 있었다. 근로자 X는 을에 채용되었다. 이후 을은 청산에 들어갔고, X는 을의 청산인 및 갑을 상대로 밀린 임금의 지급을 청구하였다.

나) 판 결

복수의 회사들 간 경제사회단일체를 인정하는 단체협약은 종업원 대표 기구의 설치를 넘어 그 효력을 확장할 수 있기는 하지만, 사건 협약은 종업원 대표 기구의 설치에만 관련되는 것이었고 을의 근로자의 근로계약을 갑에게 이전하는 효과를 갖는 것은 아니었다. 그룹에 소속되어 있는 근로자라 할지라도 임금 청구는 자신의 사용자에 대해서만 할 수 있다. 갑과 을은 공동사용자가 아니라고 한 원심은 옳다.

7) 프랑스 대법원 사회부 2007. 7. 10. n° 04-40332

가) 사실관계

Presto formes(갑), Rota formes(을), Gravure 95(병), Laser activité(정) 들은 같은 그룹에 속하는 회사들이다. X와 Y는 Otor Godard 사에 채용되어 갑의 업무에 투입되었다. 갑, 을, 병, 정과 노동조합(FO)은 『경제사회단일체인정협약』을 체결했다. 협약에 의하면, “갑, 을, 병, 정은 노동법 및 근로자 집단과 관련하여 하나의 동일한 사업으로 간주된다.” 마지막에 근로자들의 임금명세서를 작성한 회사는 정이었다. 정이 청산에 들어갔고, 청산인은 X와 Y를 경영상 이유로 해고하였다. X와 Y는 갑을 주 채무자로, 정을 보조 채무자로 하여 해고 보상금의 지급을 청구하였다.

나) 판 결

복수의 회사들 간 경제사회단일체를 인정하는 단체협약은 종업원 대표 기구의 설치를 넘어 그 효력을 확장할 수 있기는 하지만, 사건 협약은 종업원 대표 기구의 설치에만 관련되는 것이었고 정의 근로자들의 근로계약을 갑에게 이전하는 효과를 갖는 것은 아니었다. 그룹에 소속되어 있는 근로자라 할지라도 임금 청구는 자신의 사용자에 대해서만 할 수 있다. 갑과 정은 공동사용자가 아니라고 한 원심은 옳다.

하지만 근로자들은 자신들이 갑과 근로계약으로 맺어져 있다고 주장하였는데, 원심은 이에 대해 살피지 않았고 근로자들이 자신들의 근로계약이 정으로 이전되는 데 동의하였는지 여부도 살피지 않았다. 이 점을 지적하는 상고는 이유가 있다. 원심을 파기한다.

다) 의 의

근로자들의 상고 이유는 두 가지이다. 첫째, 갑과 자신들 사이에 근로계약이 성립되었다. 둘째, 갑과 자신들 사이에 근로계약의 성립이 인정되지 않는다 할지라도 갑과 정은 공동사용자의 지위에 있다. 원심은 두 번째 상고 이유와 관련하여 갑과 정의 공동사용자성을 부정한 것이다. 대법원은 첫 번째 상고 이유에 대한 판단이 필요하다고 지적한 것이다.

8) 프랑스 대법원 사회부 2006. 6. 13. n° 04-43878

가) 사실관계

IMI Norgren(갑)은 IMI PLC(을)의 자회사이다. X는 갑의 근로자로 채용되었다. 이후 갑은 X와 근로계약을 해지하고 “용역계약”을 체결하여 X를 대표이사로 임명하였다. 10년 뒤 X는 이사에서 해임되었다. X는 갑과 을을 상대로 해고 보상금 지급을 청구하였다.

나) 판 결

을은 X의 채용에 직접 개입하였으며, X가 갑의 대표이사로 임명되었음에도 불구하고 X의 권한을 제한하는 지시를 내리고, X에게 달성해야 할 목표를 정해 주고, X의 보수를 결정하는 등 X에 대해서 지시감독권을 행사하였다. X는 표면상의 이사직을 수행하는 동안 어떠한 자율성도 갖지 못했으며, 실제로는 갑과 을에 종속된 상태에서 이전의 근로계약에 규정된 업무를 수행하였다. 이로부터 갑과 을이 공동사용자의 지위를 갖는다고 판단한 원심은 옳다.

9) 프랑스 대법원 사회부 2006. 3. 15. n° 04-45518

가) 사실관계

X는 Villeroy et Bosch 사(갑)에 판매원으로 채용되어 BHV(을)의 매장

에서 일했다. 갑은 X에게 근로계약의 변경을 제안했으나 X가 이를 거부하자 갑은 X를 해고했다. X는 이 해고의 부당성을 다투면서, 자신과 을 사이에 종속관계가 존재한다고 하며 을을 공동사용자라고 주장하였다.

나) 판 결

X는 결근이나 휴가는 을과 상의한 후에 갑이 결정하였다는 점, X의 급여는 갑이 지급했다는 점 등이 인정된다 하더라도, X는 을의 매장 책임자의 직접적인 권한 아래 있었다는 점, 매장 책임자는 X에게 지시를 내리고 그 지시의 이행을 감독하고 불이행을 제재할 권한을 갖고 있었다는 점을 고려할 때, 갑과 을은 X의 공동사용자의 지위를 갖는다고 판시한 원심은 옳다.

10) 프랑스 대법원 사회부 1983. 2. 3. n° 80-41819

가) 사실관계

X는 Jacobsen 사(갑)에 연구원으로 채용되었다. Ulmic diffusion europe 사(을)는 갑의 주식의 과반수를 취득하였다. 을과 Société X France(병)은 같은 그룹 소속이다. X는 갑, 을, 병의 업무에 동시에 그리고 공동으로 속해 있었다. X는 갑에 의해 해고되었다.

나) 판 결

갑, 을, 병은 비록 법률적으로는 별개의 회사이지만, 상호 보완적인 영업 활동을 수행하고 있었다. 경영진이 같았고, X에 대해서 구별 없이 업무 지시를 하거나 보고서의 제출을 요구하였으며, X의 임금을 갑이 지급하기도 하고 을이 또는 병이 지급하기도 했다. X는 갑, 을, 병과 종속관계에 있었으며, 따라서 갑, 을, 병이 X의 공동사용자라고 판단한 원심은 옳다.

11) 프랑스 대법원 사회부 2010. 9. 28. n° 09-41243

가) 사실관계

Briffaz Albert(갑)은 Eurodec 그룹에 인수되었다. LC Maitre Industrie(을)은 Eurodec 그룹 소속이다. 갑이 청산에 들어갔고, 근로자들이 해고되었다. 해고된 근로자들은 갑과 을을 상대로 부당해고에 대한 보상금 지

급을 청구하였다.

나) 판 결

갑은 재정과 경영상 진정한 자율성이 없는 을의 일개 사업장에 불과하다는 점, 갑과 을 사이에는 영업 활동과 이해관계, 경영진의 혼합이 있었다는 점, 형식상 갑의 근로자들은 갑에 소속된 임원의 지시를 받았지만 갑의 임원은 을로부터 지시를 받아 이를 그대로 갑의 팀장들에게 전달했을 뿐 직접 지시를 할 수 있는 권한은 없었다는 점, 갑의 종업원들에 대한 인사관리는 전적으로 을에 의해서 이루어졌다는 점 등을 고려할 때, 을은 갑의 근로자들에 대해서 지시감독권을 갖고 있었고 갑의 근로자들은 을에 종속된 상태에 있었으며, 따라서 을은 갑의 근로자들에 대해서 공동사용자의 지위를 갖는다고 판시한 원심은 옳다.

12) 프랑스 대법원 사회부 2008. 6. 26. n° 07-41294 - n° 07-41316

가) 사실관계

Aérolyon(갑)은 Nouvelles Frontières(을)의 자회사이다. 갑은 Aéroplus(병)에게 양도되었고, 병은 Altitude plus(정)에게 양도되었다. 정이 청산에 들어갔고, 청산인은 정의 근로자 전부를 해고하였다. 정의 항공 운항 노선은 을의 다른 자회사인 Corsair(무)가 인수하였다. 해고된 근로자들은 자신들의 근로계약은 무에게 이전되었어야 하기 때문에 해고는 무효이며, 을과 무가 공동사용자의 지위에 있다고 주장하였다.

나) 판 결

갑과 을 사이에는 경제적 이해관계라는 공통점이 있고 경영진의 상호 의존성이 있는 것은 맞지만, 갑은 자신의 고유한 고객을 갖고 있었고 종업원 및 운항 노선에 대한 경영 자율성을 갖고 있었으며 갑의 근로자들은 업무 수행에 있어서 을의 지시감독을 받지 않았다. 따라서 갑과 을 사이에 이해 관계와 영업 활동과 경영진의 혼합이 없었다고 판시한 원심은 옳다.

13) 프랑스 대법원 사회부 2008. 10. 22. n° 07-42230

가) 사실관계

X는 Hôtel de Porticcio(갑)에 미용사로 채용되었다가 Goldtur Hotels E Turismo(을) 및 Hôtel Coralia Saint-Raphaël(병)과 차례로 계약을 갱신하면서 일하였다. 갑, 을, 병은 모두 Accor(정)의 자회사들이다. X는 해고되었고, 정을 공동사용자로 하여 소송을 제기하였다.

나) 판 결

X는 정과 아무런 관계가 없다. 갑, 을, 병은 서로 독립되어 있는 회사들이다. Accor 그룹 안에는 근로자들의 전적을 용이하게 하려는 그룹 문화가 있었을 뿐이다. 따라서 X의 주장은 이유 없다.

14) 프랑스 대법원 사회부 1992. 1. 22. n° 87-44284

가) 사실관계

X는 패스트푸드 식당 사업을 하는 주식회사인 Flunch(갑)에 채용되었다. 유한회사 Restor Evry(을)은 갑과 다른 16개 유한회사로 구성된 비법인 회사에 가입하였다. 을은 X를 Evry 지역의 카페테리아에 2인자로 임명하였으나 갑의 지역 책임자가 X에게 해고를 통지하였다. X가 갑에게 해고 사유의 제시를 요구함에 따라 갑은 X에게 해고 사유를 알려 주었다. X는 갑과 을을 상대로 부당해고에 대한 연대책임을 물었다.

나) 판 결

애초에 X를 채용한 것은 갑이었다. 을이 X를 자신의 식당에 임명한 뒤에도 갑은 계속해서 X에게 경고의 서한을 발송했으며, 이에 근거하여 X는 해고되었다. 갑은 X에 대해서 계약 기간 내내 지시권을 행사하였다. 그러므로 갑과 을은 X에 대한 공동사용자이다.

15) 프랑스 대법원 사회부 2000. 2. 10. n° 98-40196

가) 사실관계

X는 1988년에 Club Saint-Jean Bellefontaine 미용실에 미용사로 채용되었다. 1991년에 Colomiers 시에 있는 미용실로 옮겼으며, 1993년에 Saint-

Patrick coiffure(갑)에 채용되었다가 해고되었다. 이 미용실들은 모두 을이 소유하고 있었다. X는 해고가 부당하다며 갑과 을을 상대로 보상금과 밀린 임금의 지급을 청구하였다.

나) 판 결

을은 X의 채용에 관여하였고 X를 자신이 관리하는 여러 미용실들에 배치하였으며 X에 대해서 징계권을 행사하고 해고하였다. 을은 갑과 함께 X의 공동사용자이다. 그러므로 X의 근속연수는 1988년부터 계산된다.

제 4 장

한국의 사내하도급 규율 : 단체협약을 통한 보호

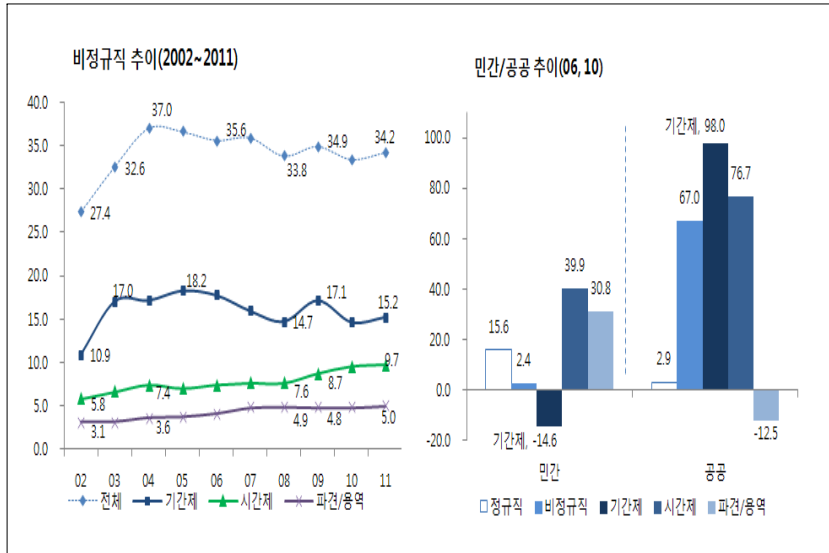
1. 머리말

가. 문제 제기

비정규직법 제정을 전후한 5년간(2005~10년)의 노동시장 변화를 살펴 보면, 기간제가 줄어들고 정규직 전환이 소폭 증가하는 등의 효과가 나타났다지만 시간제, 파견, 용역은 비정규직법과 무관하게 계속 늘어나고 기간제의 파견이나 용역으로의 전환 등의 풍선 효과 역시 동시에 나타났다(이병희 외, 2011: 46~48). 사내하도급 등 간접고용 전체를 규율하지 못하는 비정규직법의 약점이 드러난 것이다. 최근 간접고용의 확산이 사회적 쟁점으로 부각된 것을 고려하면 기존의 비정규직법 이외의 효과적인 대책 마련이 시급하다.

그런데 비정규직법 시행 이후 고용형태의 변화는 민간부문과 공공부문에서 차이가 있다. 2006년 대비 2010년 민간부문에서는 기간제는 뚜렷하게 감소(-14.6%)하였지만 시간제(39.9%), 파견 및 용역(30.8%)은 모두 늘었다. 반면 공공부문에서는 기간제가 대폭 증가(98.0%)하였고 시간제 역시 76.7% 늘었으나 파견 및 용역은 12.5% 줄었다. 비정규직 전체적으로 민간부문은 2.4%, 공공부문은 67.0% 증가했다. 정규직 증가 폭(민간 15.6%, 공공 2.9%)의 차이까지를 고려하면 공공부문에서의 노동시장 구조 악화가 민간부문보다 심각하다.

(그림 4-1) 지난 5년간 비정규 노동시장의 변화



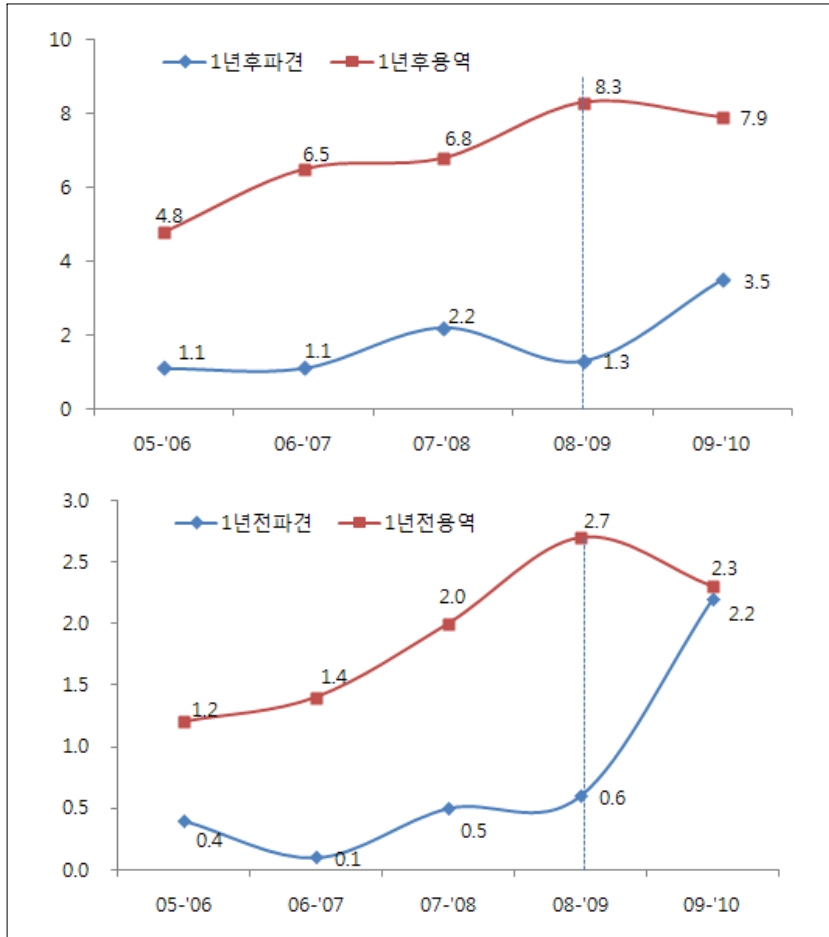
자료 : 이병희 외(2011)에서 수정·보완.

다음으로 기간제 근로의 정규직 전환 효과는 미약하게나마 드러났지만 파견 혹은 용역으로의 대체가 2009년을 전후하여 뚜렷해졌다. 용역의 경우 2007~08년에 6.8% 수준이던 것이 2008~09년에 8.3%로 늘었고, 파견도 같은 기간 2.2%에서 3.5%로 증가했다. 기간제의 1년 전 고용형태 역시 파견 혹은 용역의 비중이 높은 것으로 볼 때 기간제와 간접고용을 둘러쓰는 방식이 정착되었을 가능성이 있다.

특히 300인 이상 대기업을 경우 2008년 현재 전체 노동자는 1,853천 명이고 이 중 비정규직은 321천 명으로 그 비중이 17.3%로 나타나 전체 비정규직의 비중(33.8%)보다 낮다. 하지만 사내하도급까지 합하면 대기업 비정규직은 684천 명으로 정규직(1,532천 명, 2008년) 대비 44.6%일 뿐만 아니라 비정규직의 53.9%가 사내하도급이다. “정리해고와 아웃소싱으로의 대체”가 대기업을 경영전략(은수미 외, 2011)이고 사내하도급에 대한 규율이 거의 이루어지지 않는 것을 고려하면 향후에도 이와 같은 추세가 계속될 가능성이 크다.

이와 관련하여 기존의 연구보고서에서는 가장 우선해야 할 정책으로 친

(그림 4-2) 기간제 근로의 파견, 용역으로의 대체 효과



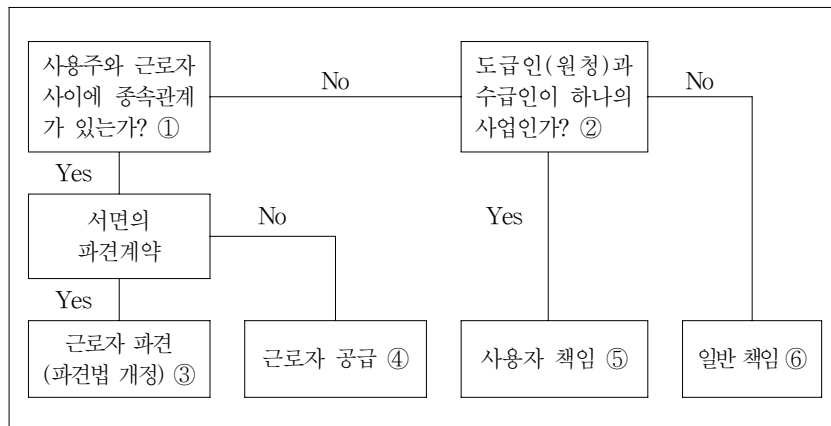
자료: 이병희 외(2011)에서 수정·보완.

고용적인 공공부문 개혁을 강조했다(은수미 외, 2011: 177~179). 공공부
 문에서 간접고용을 직접고용으로 바꾸거나 공공적인 형태로 전환하는 모
 범 사례를 만들고 공공부문 비정규직대책위원회 등을 재구성하여 그 과
 정을 일관되게 관리하는 것이다. 또한 고용구조 공시제도와 공공부문 조
 달정책을 결합하는 것도 제안했다. 그 내용은 일자리 창출의 양적 지표와
 질적 지표를 기업별로 공개할 것을 권장하고, 공공부문 조달 시 고용구조
 공시제도를 의무화할 뿐만 아니라 고용구조가 좋을 경우 해당 기업에 가

점을 주는 등의 인센티브를 제공하는 것이다. 조달 규모가 GDP의 10%를 넘으며 대기업(혹은 중견기업)에 끼치는 영향이 크기 때문에 공공부문을 통해 민간부문 노동시장의 형평성을 제고하는 효과적인 정책이 될 수 있다. 여기에 불법파견이나 위장도급 판정을 받은 기업의 입찰 자격을 박탈하는 제도를 도입한다면 간접고용의 지나친 확산을 빠르게 억제할 수 있다. 참고할 만한 제도로 2009년 4월 20일 제정된 독일 강행근로조건법³⁹⁵⁾이 있다. 이 법 제 21조는 “최소 2,500유로의 과태료를 부과받은 자는, 그 신뢰성이 회복되었다고 증명될 때까지의 적정한 기간 동안 독과점방지법 제98조에 열거된 위탁자가 행하는 운송·건설 또는 서비스 업무에 대한 입찰에서 제외”한다고 규정하는 등 공공업무 위탁으로부터 배제하고 있다.

두 번째로 파견법 개정 등의 법제도 개선이다. [그림 4-3]은 법제도적인 개혁방안을 요약한 것이다. 이에 따르면 파견법에 사용자와 근로자 사이의 종속관계 판단 조항을 만들어 위장도급이나 불법파견을 규율하는 것이 1차적이다(①, ③번). 이미 대법원 판례에서 파견/도급의 판단기준을 밝혔기 때문에 파견법에 그 내용을 넣어 실질적인 종속관계를 판단할 수

[그림 4-3] 법제도적인 개혁방안



자료 : 은수미 외(2011: 179).

395) 법령의 제목은 “Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerin”(김기선, 2011)

있는 지표를 만드는 것은 어렵지 않다. 필요하다면 독일, 프랑스, 오스트리아 등의 입법례를 활용할 수 있다.

또한 2년 이상의 파견만을 대상으로 한다거나 직접고용 간주조항이 아닌 의무조항이라는 취약점은 이번 파견법 개정을 통해 보완되었다는 점에서 긍정적이며, 이와 더불어 불법파견일 경우 공공부문 입찰 등에 대한 제한은 정책적으로 해결하면 될 것이다. 다른 한편 파견계약이 없는 경우(법적으로는 묵시적 근로계약으로 간주함)는 직업안정법상 근로자공급 금지 위반에 해당하므로 직접고용으로 간주하고 그에 따른 민사상의 책임을 원청이 져야 한다(④번). 더불어 원청, 즉 근로자공급을 받은 업체만이 아니라 근로자공급을 한 업체에게도 책임을 물을 수 있어야 하며, 허가 없이 근로자공급을 하였을 경우에는 공공부문 입찰 자격을 박탈해야 할 것이다.

위장도급이나 불법파견이 아닌 적법한 사내하도급이라도 규율은 필요하며 그것은 노조법상 사용자책임을 부과하거나 근로기준법의 개정을 통해 가능하다(②, ⑤번). 고용승계(혹은 사업 이전)의 제도화, 적절한 임금 및 근로조건 확보를 위한 사용자책임, 공동교섭제도 등 단체교섭에서의 사용자책임 등을 포함할 수 있다. 프랑스의 공동사용자 개념을 적극적으로 활용하는 것도 한 가지 방법이다(제3장 b. 토론: 공동사용자 개념 참고).

그리고 하나의 사업이 아닐 경우에는 일반적인 도급계약으로 간주하여 규율해야 한다(⑥번). 대기업과 중소기업 간의 불공정 거래행위를 규제할 수 있는 실효성 있는 대책의 모색이 필요하며 박제성 외(2009) 등에서 제안한 바 있는 기업집단법의 도입을 중장기적으로 검토해야 할 것이다. 만약 파견법의 개정 등이 아닌 별도의 입법이 필요하다면 기업집단법 등까지를 포괄하는 광범위한 법제도의 도입을 염두에 두어야 한다.

세 번째로 노사관계를 통한 규율이 가능하다. 노조법 개정을 통해 노동조합의 대표성을 조합원이 아닌 근로자 전체로 확대시키고 노동조합의 규약 및 단체협약의 조합원 가입범위 제한을 없애거나 최소화하는 것이 필요하다. 또한 파견사용에서의 노동조합이나 근로자대표와의 합의, 정보 공개 등에서 독일의 사례를 적극적으로 활용할 수 있다. 이 외에도 간접

고용을 규제하고 간접고용 노동자의 보호를 단체협약의 보편적 형태로 명문화하는 관행을 권장하는 것도 한 가지 방법이겠다.

하지만 법 개정이나 관행의 형성은 시간이 걸리며 특히 노조조직들과 단체협약 적용률이 낮은 것도 걸림돌이 된다. 한국의 노동조합 조직률은 2010년 기준 9.8%(고용노동부 발표)이며 대부분이 300인 이상 기업에 몰려 있다. 전체 노동자의 78%가 취업하고 있는 100인 미만 사업장의 노조 조직률은 0.9%에 불과하다(표 4-1 참고). 또한 민간부문의 노조조직률도 2006년 9.5%에서 2010년 8.6%로 계속 떨어지고 있다.³⁹⁶⁾

단체협약 적용률도 12% 내외(OECD, 2010)이기 때문에 전체 노동자의 일부, 주로 300인 이상 기업의 노동자만이 노사관계를 통한 보호를 받고 있다. 산업별 단체교섭이나 협약을 체결하는 경우 비정규직이나 아웃소싱 관련 조항에 합의하기는 하지만 실질적으로는 20% 이내의 노동자만이 전부 혹은 일부 노사관계의 규율 대상이다. 더불어 노사관계의 또 다른 영역인 협치,³⁹⁷⁾ 즉 사회적 협의 역시 취약하거나 부재하고, 아웃소싱 등 간접고용 관련 규제의 부재, 즉 법치 영역마저 제대로 기능하지 않기 때문에 한국에서 노사관계를 통한 규율이나 보호는 그림의 떡이다. 한국

396) 공무원 부문은 2006년 27.7%에서 2010년 58.0%로 늘어나고 있지만 교원 부문은 2006년 25.9%에서 2010년 18.9%로 줄어드는 추세이다(노동부, 2010년 노동조합 조직현황).

397) 노사관계에는 노사 자율적인 교섭과 협의의 자치, 노사정 혹은 제3자까지가 결합한 사회적 합의 등의 협치, 법치주의의 원리를 노사관계에 적용하는 법치 등의 세 가지 구성 부분이 있다. “첫째, 자치이다. 이는 노사 자율교섭의 원칙을 확립하는 것이다. 이를 위해서는 우선 노동조합의 설립과 운영에 있어서 단결권 보장의 의미를 재확인하고 이를 현실의 변화에 맞게 구체화하는 작업이 필요하다. 나아가 자율적 교섭이 실현될 수 있도록 하기 위한 불가결한 전제로서 교섭의 규칙을 확립하는 것이 필요하다. 둘째, 협치이다. 이는 대기업과 중소기업 간 상생 협력 체계를 구축하고 비정규직·특수형태근로종사자·사내하도급 근로자 등 노동시장 약자를 위한 다각적인 사회적 대화를 활성화하기 위한 제도적 설계를 하는 것이다. 이는 사회적 대화의 수준과 범위 및 그 사이의 조율에 관한 재인식을 요구한다. 셋째, 법치이다. 이는 법치주의에 입각한 교섭과 쟁의 질서의 확립을 의미한다. 이를 위해서는 우선 산업별 교섭의 발전 및 복수의 노동조합이 존재하는 상황을 대비한 교섭의 틀을 재정비할 필요가 있다. 다음으로 노사간의 자율적 교섭과 타결을 진작시키고 갈등의 수위를 조절할 수 있도록 쟁의 법제가 재정비될 필요가 있다”(박제성 외, 2008: 1~2).

〈표 4-1〉 사업체규모별 노동조합 조직률(2009)

(단위: 명, %)

	30인 미만	30~99인	100~299인	300인 이상
임금노동자	9,602,000	3,361,000	1,646,000	1,946,000
조합원	22,548	98,080	210,046	825,659
노조조직률	0.2	2.9	12.8	42.4

자료: 노동부, 사업체조사.

의 노사관계는 있는데 잘못 작동하는 것이 아니라, 거의 없는 것이 문제이다. 노사관계가 위기를 넘어서서 실종 상황이 아닌가 우려할 수밖에 없는 것이다.

그러나 더디더라도 노사관계의 대표성 확대가 가능하다면, 즉 조직률이 낮더라도 체결한 단체협약의 적용범위를 넓히거나 조직률을 제고할 수 있다면, 노사 자치의 영역이 넓어지고 규율의 대상도 커져서 노사관계를 통한 보호 효과를 달성할 수 있다. 특히 기업별 노사관계에 비해 산별 노사관계가 대표성을 확대하는 것에 유리하기 때문에 산별 노사관계로의 전환이 가지는 의미는 적지 않다. 어렵긴 하지만 불가능한 것은 아니다. 이미 일부 산업이나 사업장에서 암묵적인 협의나 공식적인 협약을 통해 관행적 혹은 상징적으로 시행하고 있는 사례가 있다. 이 중 시행 가능한 부분을 유사 사업장이나 업종, 지역, 산업으로 확대한다면 향후 노사관계를 통한 규율 가능성이 없지 않다. 또한 그것이 노동시장의 변화에 부응하는 노사관계를 형성하는 기회가 될 수 있다.

이 장에서는 자치 영역의 확대를 통한 노사관계의 규율의 가능성을 살펴보기 위해 기존에 체결한 단체협약을 대상으로 간접고용 규율과 관련된 어떤 협약이 존재하는가를 들여다보고 효과적인 보호 및 규율 방안을 검토한다. 주요한 질문은 첫째, 산별협약에서 나타나는 사내하도급 등 비정규직 규율 내용은 무엇인가? 산별교섭 수준이 중앙집중적일수록, 즉 기업교섭으로부터 독립적이고 자율적일수록 간접고용 관련 협약의 내용이 충실한가? 둘째, 산별노조 산하 기업별 지부와 독자적인 기업별 노조의 협약 사이에 사내하도급 등 비정규직의 규율 수준이나 내용에 차이가 있는가? 즉 노사관계 시스템의 차이가 규율 수준이나 내용의 차이를 만들

어내는가 아니면 다른 요인이 존재하는가? 셋째, 민주노총 산하 지부 혹은 노조와 한국노총 산하 지부 혹은 노조 간에는 차이가 있는가? 등이다.

나. 연구방법과 자료

여기서 활용하는 단체협약은 금융산업, 금속산업, 보건의료산업, 공공기관 등 네 가지 부문으로 나뉜다. 금융, 금속, 보건의 단체협약을 살펴보는 이유는 첫째, 이 세 산업은 산별협약(혹은 집단협약)³⁹⁸ 및 지부·지회 보충협약을 체결하는 사례와 기업별 노조를 유지하면서 기업협약을 체결하는 사례가 공존하기 때문에 사내하도급과 파견에 대한 노사관계 측면에서의 접근 방식의 차이를 살펴볼 수 있다. 즉 산별 지향 노사관계와 기업별 노사관계 중 어떤 것이 사내하도급 등의 비정규직 규율 및 보호 효과가 클 것인지를 경험적 사례를 통해 파악하는 것이 가능하다. 노사관계를 통한 보호는 노사관계 시스템과 밀접한 관계가 있기 때문에 협약유형별로 간접고용 규율에서 차이가 있다면 향후 정책 대안 마련에서의 시사점이 적지 않을 것이다.

둘째, 세 산업 외에 공공부문을 포함시킨 이유는 고용친화적 공공부문 개혁에서 공공부문 노사관계가 제대로 다루어지지 않았기 때문이다. 공공부문 노사관계를 통해 간접고용 규율 및 보호를 이루어낼 수 있다면 공공부문 개혁 효과를 극대화할 수 있다. 또한 공공부문에서의 파견 및 사내하도급의 비중이 상당히 높고 노조 조직률 역시 민간부문보다 높다는 점에서도 공공부문의 단체협약을 분석할 필요가 있다. 더불어 이 영역 역시 산별 지향 노사관계 사례와 기업별 노사관계 사례가 혼재하여 협약 유형별 차이를 살펴보는 데 도움이 된다.

연구 대상 단체협약은 한국노총 산하, 민주노총 산하, 미가맹 일부 등

398) 산별협약은 산별 사용자단체와 산별노조 간에 체결하는 협약을 의미하며 집단협약은 산별 사용자단체가 존재하지 않지만 집단교섭을 통해 협약을 체결하는 것을 의미한다. 전자가 보건 및 금속의 사례라면 후자는 금융의 사례이다. 물론 금융노사는 2008년 집단협약에서 [사용자단체 설치관련 합의서]를 채택한 바 있어 그 추이를 좀 더 지켜보아야 한다. 그러나 이 연구에서 활용한 자료는 주로 2008년 집단교섭 결과이기 때문에 집단협약 및 보충협약의 형태라고 할 것이다.

총 303개이며 주로 2007년부터 2009년까지 체결된 것으로 협약 유효기간이 대부분 2년인 것을 고려하면 최근까지의 파견 및 사내하도급에 대한 규율방안이 거의 다 담겨있다고 해도 과언이 아니다.³⁹⁹⁾ 이 중 보건의이 44개 협약, 금속은 116개 협약, 금융이 55개 협약, 공공은 88개 협약이다.

단체협약 분석 초점은 크게 두 가지인데 첫째, 협약 적용이나 협약상 조합원 가입범위에서의 비정규직 포괄 여부, 둘째, 비정규직(직접고용과 간접고용) 관련 단체협약 유무 및 해당 내용이다.

2. 단체협약에 영향을 주는 요인

노사관계 시스템은 단체협약에 영향을 준다는 것이 공통적인 의견이기 때문에 한국의 산별 노사관계와 기업별 노사관계의 발전정도와 작동원리를 부문별로 파악해야 한다.

전체적으로 한국은 기업별 노사관계를 기본으로 한다. 보다 정확하게는 사업장별로 단체교섭을 하며 협약 역시 사업장별로 체결한다. 그동안 변화가 없었던 것은 아니다. 기업별 노사관계를 넘어서기 위한 산별전환 운동이 1987년 민주화 운동 직후의 시기와 2006년을 전후한 시기, 이렇게 두 번에 걸쳐 이루어졌다. 그 결과 2010년 현재 산별노조·지역업종노조 등 초기업별 노조(지역 및 업종 포함) 조합원 비중은 전체의 54.1%(조합원 수 888,437명)로 2004년의 39.4%(조합원 수 606,071명)에 비해 14.7% 늘었다. 2004년 대비 노조 조직률이 0.6% 감소한 반면 초기업 노조 조합원 비중은 계속 증가하는 추세인 것이다.

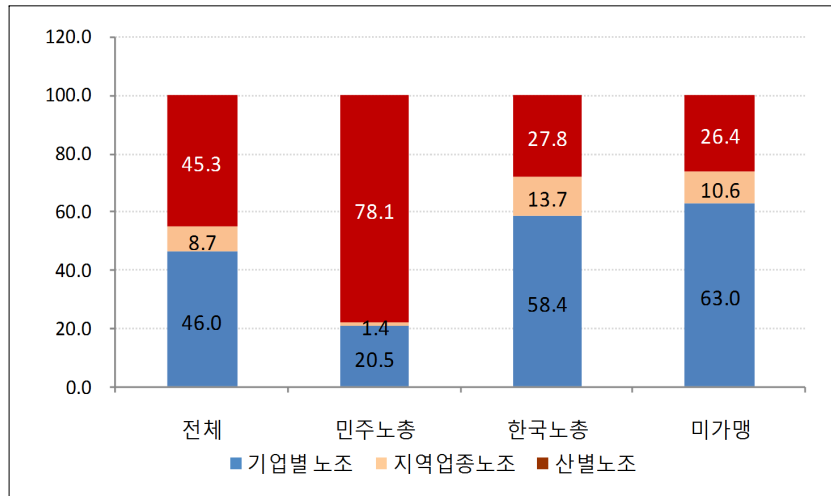
이것을 상급단체별로 살펴보면 민주노총 51.9%(민주노총 조합원의 79.5%), 한국노총 34.1%(한국노총 조합원의 41.6%), 미가맹노조 14.0%(미가맹노조 조합원의 37.0%)로 민주노총이 주도하고 있다. 다음으로 초기업노조 중 산별노조에 초점을 맞추어 보면 현재 전체 산별노조 조합원은 744,917명으로 초기업 노조 조합원의 83.8%이다. 상급단체별로 내부 조합원의 분포(그림 4-4 참고)를 보면 민주노총은 산별노조 78.1%, 기업

399) 해당 시기 단체협약 자료가 없거나 구하지 못한 경우 2006년 단체협약까지를 포함했다.

별 노조 20.5%이며 8:2 정도로 산별노조 조합원이 많다. 반면 한국노총은 산별노조 조합원이 27.8%, 기업별 노조 조합원이 58.4%이다.

(그림 4-4) 상급단체별 노조유형별 조합원 비중

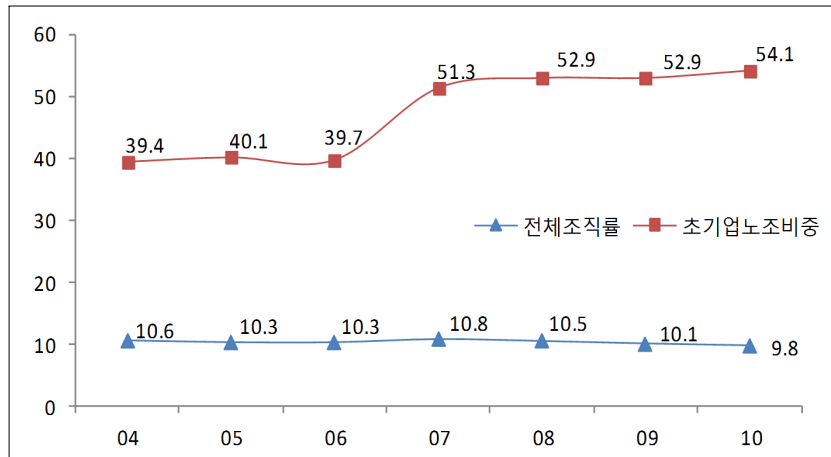
(단위:%)



자료: 고용노동부, 『2010년 전국노동조합 조직현황』.

(그림 4-5) 전체 조직률과 초기업노조 조합원 비중(2004~2010)

(단위:%)



자료: 고용노동부, 『2010년 전국노동조합 조직현황』.

산별노조 전환의 역사를 산업별로 살펴보면, 금속산업에서는 1998년 전국민주금속노동조합연맹, 자동차연맹, 현대그룹노동조합총연맹의 세 조직의 통합에 의해 출범한 민주노총 산하 금속산업연맹(이하 민주노총 금속연맹)이 지속적으로 산별전환을 추진하였다. 2001년 2월 8일 민주노총 금속연맹 산하 전국금속노동조합(이하 금속노조)이 출범할 당시에는 중소기업장을 중심으로 3만여 명만이 산별전환에 성공하였다(조성재, 2009). 하지만 2006년 6월 30일 현대자동차를 포함한 민주노총 금속연맹 산하 13개 노조(조합원 8만 7천여 명)가 금속노조에 신규 가입하면서 산별전환은 새로운 전기를 맞이했다. [그림 4-5]에서와 같이 초기업노조 비중이 2006년 39.7%에서 2007년 51.3%로 증가한 것도 이 때문이다.

산별전환의 활성화에는 몇 가지 이유가 있다. 당시 민주노총 금속연맹 산하 대기업 노조는 정리해고와 제조업 공동화와 같은 금속산업 전체의 문제에 대한 대응이 필요했다. 또한 해가 갈수록 노동조합 조직률이 떨어지는 현실, 비정규직을 배제한다는 비난 등에 대한 위기 의식 역시 존재했다. 비정규직 등 상당수 근로자가 노동조합에의 가입을 원하지만 해당 사업장에 노동조합이 없거나, 있다 하더라도 가입하기 어려워 발생하는 대표권 갭의 축소 역시 또 다른 배경이었다(윤진호, 2002). 하지만 지금까지의 금속의 산별전환은 그다지 성공적이지 않다. 대기업 노조의 가입으로 금속노조의 외연은 넓어져, 2006년 12월 41,476명이던 조합원 수는 통합 대의원대회 이후 144,984명으로 늘었다. 2009년 3월 152,651명으로 정점에 다다른 후 줄어들긴 했지만 2010년 현재 144,429명으로 적지 않은 규모이다. 그러나 조합원의 대부분은 정규직 노동자이며 비정규직의 조직률은 2~3% 수준이다. 형식적으로 조직형태는 바뀌었지만 정규직 중심이라는 내용까지 바뀐 것은 아닌 것이다. 또한 단체교섭이나 협약이 여전히 기업노조 중심적이다.

구체적인 내용을 살펴보면 2006년 4월 100여 개 기업이 참여한 금속산업사용자협회의 출범은 산별 수준의 교섭 당사자의 형성과 더불어 교섭구조의 틀을 갖추는 계기였다. 금속노조와 금속산업사용자협회 간의 산업별 중앙교섭, 기업별 사용자와 지역지부 간의 지역별 집단교섭, 기업지부 혹은 지회 수준의 기업별 교섭의 3중 구조가 이때 정착되었다. 하지

만 실질적인 교섭은 여전히 기업별 교섭 수준에서 이루어져 ① 중앙교섭에서 금속산업 최저임금, 사내하도급 및 비정규직 문제, 노동시간 단축 및 교대제 변경 등 일부 사항만을 다루며 임금 및 근로조건의 대부분을 지역지부집단교섭이나 기업지부 혹은 지회 교섭에서 결정한다. ② 중앙교섭에 현대차, 기아차, 한국GM, 두산그룹 계열사 등 대기업이 불참하여 2011년 3월 현재 중앙교섭 참여 사업장은 85곳, 2만 3천여 명의 조합원(전체 조합원 대비 약 15%)에 불과하다. ③ 또한 민주노총 금속노조 이외의 한국노총 산하 전국금속노동조합연맹(이하 한국노총 금속연맹)과 미가맹 노동조합 모두 기업별 노조이고 기업별 교섭을 한다는 것 역시 고려해야 한다. 한국노총 금속연맹은 2,292개 조합에 111,476명의 조합원으로 구성되어 있다. 평균 조합원 수가 48.6명으로 상대적으로 작은 기업이 대부분이며 기업별 교섭이다. 또한 현대중공업(조합원 수 17,963명), 세아제강(조합원 수 501명), STX(조합원 수 144명), 오리온 금속(조합원 수 102명) 등을 제외하면 금속산업 내 미가맹 노조는 규모나 조합원 수가 매우 적어 미가맹의 영향력은 크지 않다. 그렇다 해도 금속부분에서 산별교섭에 참여하는 것은 전체 금속산업 조합원 대비 약 8%에 불과하고 협약 적용률에도 큰 차이가 없으며, 금속노조에 가입한 대기업 노조가 여전히 기업별 교섭을 선호하여 산별 노사관계의 비중이나 영향력은 취약하다.

다음으로 금융산업의 산별전환은 한국노총 전국 금융산업노동조합(이하 금융노조)가 주도하고 있다. 2000년 3월 창립된 한국노총 금융노조에는 2011년 3월 현재 총 35개 지부(기업지부 34개, 비정규직 지부 1개), 9만1천889명의 조합원이 참여하고 있고 대부분이 대기업이다(금융노조 홈페이지 <http://kfiu.org>). 하지만 금융노조 사업장 중 기간제 등 비정규직의 조합 가입을 허용하거나 비정규직에서 무기계약직으로 전환한 노동자의 노조 가입을 허용한 사업장은 극히 일부에 불과하다.⁴⁰⁰⁾ 그리고 기업지부의 영향력이 매우 크기 때문에 금융노조는 산별노조라기보다는 기업

400) “부산은행, 자산관리공사 등이 비정규직을 지부별로 조직한 데 이어 2008년에는 KB노조가 비정규직을 조합원으로 받아들인 사례가 있기는 하지만 8만 8천여명인 조합원의 대부분은 정규직이 차지하고 있다. 2004년 오랜 논란 끝에 본조직활의 비정규 특별지부를 두게 되었지만 실제 조합활동에 참여 중인 비정규직 지부 조합원은 60명 안팎으로 대표성을 결여하고 있다(권현지, 2009: 72).

별 노조 연합체의 성격이 강하다. 2010년 사용자단체가 공식적으로 설립⁴⁰¹⁾되면서 노조 성격과 형태상의 변화 가능성은 있지만 진행 경과를 살펴보아야 한다.

교섭구조는 금속사용자단체가 출범하기 직전인 2008년까지 금융노조와 개별 사용자들 간의 중앙 집단교섭과 기업지부별 교섭이 이루어지는 이중 구조이다. 중앙교섭 자체는 “2003년 은행연합회가 실질적 사용자단체로 기능하기 시작하면서 대표단 교섭방식이 채택되었다. 대표단 교섭위원은 업종별 특성과 조직규모 등을 고려하여 선정된다. 최근 경향을 보면 금융노조 위원장 및 지부위원장 총 5명과 은행연합회회장 및 사업장 대표 총 5명으로 교섭위원이 구성되었다”(권현지, 2009: 76). 하지만 산별협약을 공동단체협약이라 부르고 공동단체협약의 서문에 협약에 참여하는 개별 기업지부 및 개별 사용자의 조직 명칭을 거명하며 협약 역시 이들 모두의 서명을 첨부한다는 점에서 중앙 산별교섭이기보다는 집단교섭(혹은 공동교섭)이라고 보는 것이 타당하다. 즉 교섭대표가 기업지부로부터 독립된 교섭권과 체결권을 갖고 있지 않은 것이다. 물론 금융노사는 2002년 이후 매해 적어도 한 가지 이상 눈에 띄는 산별의체를 합의했다. 2002년 주5일 근무제 합의, 2004년 비정규직 노동자의 처우개선에 대한 별도 협약, 2006년 교육훈련 및 전직체계 구축관련 합의, 2008년 영업시간 단축과 임금동결 등이 그것이다. 하지만 중요한 임금인상 협약에서 연공적 임금체계를 가정하고 산별 최저 수준의 단일 인상률을 정하며 기업협약에서 기업 노사간 구체적인 임금인상률을 결정한다. 따라서 주요한 임금 및 근로조건이 사실상 산별협약이 아닌 기업협약을 통해 이루어지며 산별협약은 일종의 가이드라인의 성격을 지닌다.⁴⁰²⁾

금융노조 외에도 금융산업에는 여러 노동조합이 별도로 존재한다. 우선 한국노총 전국공공노동조합연맹(이하 공공노련) 소속 한국자산신탁,

401) 2008년 노사가 사용자단체 구성에 합의하고 2009년 금융산업사용자협의회가 출범하지만 2010년 1월 노동부 정식 설립인가를 받는다는 점에서 법적인 사용자단체의 출범은 2010년 초이다.

402) 예를 들어 2008년 기업은행은 임금을 공동단체협약에서는 임금의 정의와 원칙 등을 정하여 “매 1년 단위로 물가변동 등에 따른 실질임금 수준 확보에 최선을 다한다”고 하며 지부보충협약에서 임금에 관하여 정하는 방식을 취하고 있다.

대한지방행정공제회, 농업정책자금관리단 등의 한국노총 산하 소규모 기업별 노동조합이 있지만 조합원 수가 총 150여 명 내외로 소규모이다. 따라서 보다 주목해야 할 것은 제2 금융권 노동조합이 가입한 민주노총 산하 전국사무금융노동조합연맹(사무금융노련, 조합원 62,792명)이다. 사무금융노련 산하에는 전국손해보험노조, 전국농업협동조합노조, 전국민주금융노조, 전국증권산업노조, 전국생명보험산업노조, 전국축산업협동조합노조, 전국사무연대, 전국상호저축은행노조, 전국새마을금고노조, 전국전세버스공제노조 등 소산별 형태의 초기업노조(총 조합원 33,993명)도 참여하여 사무금융노련 전체 조합원의 54.1%를 차지한다. 또한 사무금융노련은 2012년 소산별노조를 포함한 전체 조합원을 구성원으로 하는 산별노조 체제 확립을 목표로 하고 있다. 그러나 현재는 기업별 노조 형태이다. 사무금융노련 외에도 신용보증재단중앙회(민주노총 공공운수연맹), 한국캐피탈(민주노총 직가입) 등의 소규모 노조가 존재하며 저축은행, 보험회사나 증권회사 일부 등에 미가맹 노조(총 조합원 수 약 3,600명)가 있지만 금융노조나 사무금융노련에 비교하면 그 비중이 매우 적다.

결국 금융산업에는 금융노조와 사무금융노련이 양대 축이며 사무금융노련은 산별노조와 교섭의 틀을 갖추지 못한 반면 금융노조는 산별노조이며 산별교섭을 하지만 기업별 노조나 교섭으로부터의 독립성과 집중도가 현저하게 떨어진다. 산별을 표방하나 기업별 노사관계의 구심력이 강한 것이다.

병원산업의 산별전환은 민주노총 산하 보건의료노동조합(2010년 현재 조합원 40,171명)이 적극적으로 추진하였다. 1988년 80여 개 노조, 15,000여 명의 참여로 만들어진 병원노련은 1998년 150개 노조, 35,322명의 조합원으로 확대되었고 이 중 94개 지부, 25,451명이 같은 해 보건의료노조를 결성하면서 산별노조로서의 공식적 활동을 개시하였다. 현재는 모든 지부가 산별노조에 가입하여 병원노련은 해체되었다. 2007년 5월 약 110개 병원 사용자가 참여하는 보건의료산업 사용자협회가 만들어지고, 중앙 산별교섭에서 임금인상률을 포함한 산별협약을 체결하며 지부 보충교섭을 규율함으로써 비록 핵심사업장인 빅4병원(서울대병원, 연세의료원, 현대아산병원, 삼성의료원)이 산별교섭에 불참하지만 2008년까지는

가장 진전된 형태의 산별교섭 시스템을 확립하였다(은수미, 2009). 하지만 보건의료사용자협회가 사용자를 대표하는 단체로서의 대표성 확보 및 내부 의견 조율에 실패하고 2009년 산별중앙교섭이 파행을 거듭하자 결국 자진해산하였다. 이로 인해 산별중앙교섭 대신 특성별 중앙교섭의 형태로 교섭 방식이 바뀌었고 2011년 현재 특성별 중앙교섭조차 민간 중 소병원과 지방의료원에서만 성사되었다. 나머지 특성별 병원은 사용자 측이 교섭장에 나오지 않아 현장 대각선 교섭으로 진행하고 있어 산별교섭의 영향력이 현저하게 떨어졌다(한국노동연구원, 『2011년 노사관계 실태조사』). 산별교섭의 안정화가 여전히 남은 과제인 것이다.⁴⁰³⁾ 그럼에도 불구하고 보건의료 산별노조는 금속노조나 금융노조와 비교할 때 노조형태나 교섭구조에서 산별적 노사관계의 형태를 가장 많이 지닌다. 또한 보건의료노조가 병원산업에서 차지하는 비중이 크다는 점 역시 고려해야 한다.

병원산업에는 민주노총 산하 전국공공운수사회서비스노동조합(공공운수노조, 2011년 6월 24일 창립) 의료연대분과에 소속된 강원대, 경북대, 경상대, 동국대, 동아대, 서울대, 울산대, 제주대, 서귀포의료원, 제주의료원, 한마음병원, 청구성심병원, 충북대병원, 한동선린대병원, 동산의료원과 서울대간병인, 한국음주문화연구센터 등 17개 의료관련 조직이 있으나 총 조합원 수는 10,000명을 넘지 않는다. 그리고 한국노총 연합노련 산하 청주병원, 원광대치과병원, 봉생병원, 해동병원, 강화영광병원, 분당서울대병원환경, 청아의료재단, 연세의료원 환경, 국립중앙의료원, 한국노총 직가입 원광대한의과산본한방병원, 인하대부속병원, 공공노련 산하 대구의료원, 의료산업노련 산하 순천향천안병원, 이원의료재단, 한도병원, 서울병원, 순천향대학교중앙의료원, 연세의료원, 전주삼성병원 등의 기업별

403) 사용자단체 해산 과정의 계기는 2009년 산별중앙교섭 과정에서 사용자 측이 중앙노동위원회 조정안을 거부한 것이다. 중앙노동위원회의 막판 쟁점은 임금이었다. 당시 보건의료노조는 임금총액 대비 6.8% 인상을, 사용자 측은 동결을 제시하였고 중앙노동위원회는 사립대와 민간중소병원은 2%, 공공부문은 노사자율로 결정하라는 조정안을 내놓았다. 교섭타결의지가 강했던 노조는 조정안을 받아들였지만 사측은 거부한 후 교섭 재개를 요구했다. 이에 노동조합이 중앙교섭을 중단하고 현장교섭(대각선교섭)으로의 전환을 선언하자 사용자 측은 강경한 입장을 대변하였던 일부 대기업 병원의 주도로 2년 만에 해산에 이르렀다.

노조가 있으며 이들의 조합원 수는 7,700여 명이다. 결국 보건의료 산별 교섭에 참여하는 조합원은 병원산업 전체 조합원의 약 70%이기 때문에 보건의료 노조가 미치는 효과가 적지 않다.

금속, 금융, 병원산업 이외의 산별노조로 전국우정, 전국전력, 전국담배인삼, 한국철도산업, 전국선박관리선원, 전국택시산업(이상 한국노총), 전국교직원, 전국대학, 전국언론, 공공운수, 전국건설, 전국플랜트, 전국화학섬유산업(이상 민주노총), 전국민주공무원, 한국교원, 법원공무원노조, 전국여성, 전국기능직, 한국방송영화공연예술인 등이 있다. 하지만 공공운수노조와 전국여성노조를 제외하면 산별이라기보다는 단일 업종 노조의 성격을 띤다. 또한 공공운수노조는 2011년 출범하여 아직 교섭체계를 갖추고 있지 않으며 전국여성노조는 비정규 여성을 대상으로 한 특징을 갖는다. 따라서 병원, 금속, 금융을 제외하면 산별노조로의 전환이나 산별교섭의 경험이 있는 산업은 거의 없으며 있다 하더라도 이제 시작이다. 또한 병원산업 외의 금속, 금융은 산별교섭 참여기업이 적거나, 참여한다 하더라도 기업별 지부의 영향력이 크기 때문에 한국에서 산별 노사관계의 형성은 걸음마 단계이다.

단체협약에 영향을 끼치는 요인으로는 노사관계 시스템 외에도 법제도와 정책, 노동쟁의 등의 두 가지 요인이 더 있다. 예를 들어 비정규직법이나 공공부문 비정규직 대책 등은 단체교섭에 영향을 준다. 비정규직 관련 합의를 추진할 경우 이와 같은 법제도가 긍정적 요인으로 작용하거나 반대로 법제도가 정책이 산별 단체교섭에 비정규직 관련 의제를 던질 수 있다. 또한 노동쟁의 역시 무시할 수 없다. 사실 단체교섭 특히 산별교섭에서 비정규직 문제가 중요한 이슈로 등장한 것은 지난 10여 년간 계속된 간접고용 노동쟁의 때문이다. 이에 대해 어떤 태도를 취하지 않고 산별교섭이나 협약을 체결하는 것은 거의 불가능하다. 기업노조의 단체교섭은 해당 사업장에 관련 쟁의가 없다면 영향을 받지 않을 수 있다. 그러나 산별교섭이나 협약은 산별전체를 포괄하는 것을 목표로 하고 기업별 지부에 가입하지 못한 비정규직이 산별노조에 직접 가입하는 경우도 생기기 때문에 상당한 영향을 받기 마련이다. 단체협약 비교에서는 이와 같은 요인을 동시에 고려해야 한다.

3. 단체협약 비교

가. 산별협약 비교

1) 조합원 가입범위와 협약 적용범위

금융, 보건, 금속의 순으로 산별협약의 조합원 가입범위와 협약 적용범위를 살펴보면, 우선 한국노총 산하 금융노조(34개 지부)의 2008년 단체협약에는 조합원 가입범위와 적용범위가 둘 다 규정되어 있다. 단체협약 제 2조(적용범위) “이 협약은 사용자와 조합 및 조합원에게 적용한다. 다만, 근로조건에 관한 적용범위는 사용자와 조합이 별도로 정하는 바에 따른다”와 제12조(조합원의 범위) “사용자와 조합이 별도로 정하는 바에 따른다”가 그것이다. 효력의 적용범위와 조합원 가입범위가 다 있으며 조합원 가입범위를 특정하지 않고 사용자와 조합이 별도로 정하는 바에 따른다고 한 것은 몇 가지 의미를 갖는다.

첫째, 규약상의 조합원 자격이 존재하며 사실 그것만으로도 충분한데도 단체협약상 조합원 가입범위를 재규정하는 것은 사실상 가입을 어렵게 하는 ‘이중 장치’이다⁴⁰⁴. 규약상의 조합원 자격이 있다 해도 단체협약상의 조합원이 아닐 경우 규율이나 보호의 대상이 아닐 수 있기 때문이다. 규약 제7조에서 금융노조의 조직대상은 “금융업, 금융관련 서비스업 및 이와 관련된 업종에 종사하는 자, 그리고 다음 각 호의 모든 노동자는 조합에 가입할 수 있다.(2010.1.20 개정) 1. 조합 활동과 관련하여 해고된 자, 2. 경영상 이유로 정리해고 된 자” 등으로 금융산업에 취업한 노동자 전체이다. 하지만 규약상의 조합원이어야 할 뿐만 아니라 협약상의 조합원이어야 보호를 받을 수 있기 때문에 만약 협약상의 조합원 범위가 좁으

404) “상당수 기업별 노동조합이 규약을 통해 해당 기업 근로자의 노동조합 가입을 제한할 뿐만 아니라 사용자와 맺는 단체협약에 의거하여 다시 한번 제한하는 ‘이중 장치’를 갖고 있다는 사실은 그다지 알려져 있지 않다. ‘이중 장치’가 법적 인 요건보다 더 가혹하고 장기간 유지되어 왔다는 점도 관심의 대상이 아니다. 더군다나 산별노조의 상당수 지부 혹은 지회 역시 이중 장치를 갖고 있는 경우가 있으며, 이를 통해 노동조합이 사업장의 전체 근로자 혹은 종업원이 아니라 조합원만을 대표한다는 사실에는 그다지 주목하지 않는다.”(은수미, 2010)

면 규약의 효과가 사라질 수 있다.

둘째, 협약상의 조합원 범위를 산별노조나 협약에서 정하는 것이 아니라 사용자와 조합이 별도로 정하는 바에 따른다고 한 것은 사실상 기업별 노사가 현재 규정하고 있는 바에 의해 좌우될 수 있기 때문에 기업별 지부에 가입하지 않은 노동자를 배제할 가능성이 있을 뿐만 아니라 산별노조로서의 실체가 의심스럽게 된다. 왜냐하면 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위에서 금융노사의 산별교섭 및 협약은 기업 지부교섭이나 협약으로부터 독립된 실체라기보다는 기업지부의 협약 중 공통사항을 모아 놓은 것 혹은 지부협약의 가이드라인 정도의 성격을 갖는 위치로 전락하기 때문이다.

반면 보건과 금속의 산별협약은 금융 산별협약보다는 조합원 가입범위와 협약 적용범위가 넓다. 가장 포괄적인 것은 보건의료 산업의 단체협약으로 해당 협약에서는 별도의 조합원 가입범위나 협약의 적용범위가 없다. 다만 산별협약이 기업별 협약에 우선한다는 우선적용과 기존 노동조건 저하금지 규정만을 명시한다. 이 경우 협약의 적용은 규약상의 조합원 규정에 따르기 때문에 규약이 중요하다. 보건의료노조 규약 제7조(조직대상)에서 조합원의 범위는 “1. 보건의료산업의 모든 노동자와 아래의 자는 조합에 가입할 수 있다”는 전제 아래 “1) 노조활동과 관련하여 해고된 자, 2) 조합에 임용된 자, 3) 보건의료산업에 구직중인 일시적 실업자, 보건의

〈표 4-2〉 산별 단체협약의 적용범위와 조합원 가입범위 : 보건과 금속

	협약의 적용범위 등
보건의료노조	제1장 제3조(협약의 적용범위와 우선적용 및 기존 노동조건 저하금지) 본 협약은 근로기준법, 지부 단체협약, 취업규칙과 제 규정 등 기타의 개별적 근로계약에 우선한다. 단, 지부에서 기 합의한 사항과 지부 단체협약이 본 합의를 상회하는 경우는 그에 따른다.
금속노조	제1조(협약의 우선적용) 본 협약은 조합과 사용자협의회와 회사가 맺은 산별협약으로서 조합에 가입되어 있는 사업장의 노동자를 적용범위로 하며 근로기준법, 회사의 취업규칙과 제 규정, 여타의 개별적 근로계약 및 사업장 단체협약에 우선한다. 다만, 사업장 단체협약에 이미 확보되었거나 관행으로 실시해 온 조합활동 권리와 기존 노동조건을 저하시킬 수 없다.

자료: 2008년 보건의료산업 산별중앙협약 잠정합의서; 2011년 금속산별협약.

료산업에 근무한 경력이 있는 자, 보건의료 관련 자격을 취득하고 있는 자, 4) 보건의료산업에 근무하다 퇴직한 자” 등으로 매우 넓다. 또한 준조합원에 대해 “5) 조합은 조합원 이외에 준조합원을 둘 수 있으며, 준조합원의 자격 및 권리와 의무는 별도의 규정으로 정한다”고 규정하고 있다.

물론 “단 사용자, 사용자의 경영담당자, 또는 그 사업의 노동자에 관한 사항에 대해 사용자를 위하여 행동하는 자는 제외 한다”⁴⁰⁵⁾는 단서조항이 있는데 그것은 『노동조합 및 노동관계조정법』(이하 노조법) 제2조 제4항 가목에서 “사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우” 노동조합으로 보지 아니한다고 정하였기 때문이다. 이처럼 법적 제한에 따른 한계는 있지만 규약 자체가 모든 보건의료산업 노동자 전체를 조합의 가입범위로 하고 있고, 단체협약이 규약을 따르고 있다는 점에서 보건의료산별협약은 기업사용자와 지부가 맺은 협약으로부터 독립된 실체이며 상당히 포괄적이다. 이것이 금융산별 협약과의 가장 큰 차이일 것이다.

금속산업은 어떨까? 금속노조의 단체협약은 보건과 금융의 중간 수준이다. 협약에 조합원 가입범위는 없지만 적용범위는 “조합에 가입되어 있는 사업장의 노동자”로 별도로 정하고 있다. 가입범위와 적용범위가 모두 없는 보건의료 노조와 달리 금속노조에서는 규약의 조합원 범위와 협약의 적용범위가 불일치하고 후자가 더 좁아서 조합에 가입하더라도 협약의 적용범위가 아닌 사례가 발생한다.⁴⁰⁶⁾ 문제는 이와 같은 불일치로 누가 배제되는가인데 주로 기업지부에 가입하지 못하는 비정규직이 여기에 해당한다.

조합에 가입하고 있지만 교섭에 참여하지 않아서 협약의 효력 적용을

405) 해당 조항은 노동조합의 가입범위를 좁힐 여지가 크기 때문에 개정되어야 한다는 의견이 이미 제기된 바 있다(박제성 외, 2008).

406) 2011년 금속노조의 규약에서 조합원 가입범위는 “제2조(조직대상) 금속산업과 금속관련산업 노동자와 다음 각호의 자는 조합에 가입할 수 있다. 1. 조합 활동과 관련하여 해고된 자, 2. 조합에 임용된 자, 3. 금속산업과 금속관련산업에 근무한 경력이 있는 자, 구직중인 실업자, 4. 기타 제조업에 근무하는 자, 5. 기타 가입을 희망할 경우 지부운영위에서 가입을 심의하고 중앙위에서 승인된 자”로 훨씬 넓다.

받지 않는 조합원의 상당수는 대기업 정규직이다. 하지만 이들을 규율하는 지부·지회의 보충협약이 금속단체협약보다 우위에 있기 때문에 규약과 협약에서의 조합원 범위와 적용범위의 불일치는 문제가 되지 않는다. 반면 기업지부에 가입하지 못한 노동자, 즉 사내하청이나 기간제, 시간제, 호출이나 일일근로 등의 비정규노동자나 기업지부조차 없는 금속산업 내의 중소기업사업장 노동자는 기업지부에 가입하지 못하는 것이 곧바로 효력의 적용 외부자가 됨을 의미한다.⁴⁰⁷⁾ 즉 금속 단체협약에서 좁게 정의된 적용범위가 그것보다 넓게 정의되어 있는 금속노조 규약상의 조합원 범위를 무력화하는 효과가 있으며 특히 비정규직에 대해서는 규율이나 보호 효과를 떨어뜨릴 가능성이 크다⁴⁰⁸⁾.

결론적으로 보건산별협약은 상징적일지라도 단체협약의 조합원 가입범위나 적용범위가 규약의 조합원과 일치한다면, 금속산업과 금융산업은 상호 불일치하다. 또한 적용범위는 보건 → 금속 → 금융 순으로 좁고 기업별 규약이나 협약으로부터 독립된 정도 역시 같은 순으로 낮다. 보건에 비해 금속 및 금융에서 비정규직의 가입이나 보호가 어렵다는 것을 추측할 수 있을 뿐만 아니라 산별 노사관계의 수준과도 일치한다.

2) 비정규직에 대한 보호 및 규율

협약의 조합원 가입범위나 적용범위가 좁아서 비정규직을 배제한다 하더라도 협약 내에 특별조항이나 특별협약을 두어 비정규직을 어느 정도 포괄할 수도 있다. 따라서 산별협약에 그와 같은 조항이 있는가를 살펴봐야 한다.

금융, 금속, 보건 산별협약의 순으로 사내하청 등 간접고용 비정규직과 기간제 등 직접고용 비정규직 관련 조항을 살펴보면, 금융산업은 2008년

407) “금속산업 최저임금 4천670원은 그야말로 최저임금이어서 조합원의 임금인상에 적용되기 어렵고 금속산업 최저임금이라 했지만 산별교섭에 참여한 사업장 사용자에게만 해당하는 것이어서 산별 최저임금으로서 의미는 없는 것이다”(매일노동뉴스 2011년 9월 20일자)는 이미 누가 배제되는가를 지적하고 있다.

408) 물론 규약과 단체협약의 조합원 범위가 일치하는 보건산별협약도 실질적인 적용을 보장할 수 있는 기제가 없기 때문에 상징적일 가능성이 있다, 하지만 명문상의 규정부터 차이가 있는 것은 주목해야 한다.

산별협약 제34조(비정규직 채용)에서 “① 비정규직의 범위, 인원 수 또는 정규직원 대 비정규직원의 비율은 각 사업장 노사가 정한 바에 따른다 ② 비정규직원의 담당업무 변경 시에는 조합의 합의를 득하여야 한다”고 규정한다. 즉 비정규직 관련 협약을 사실상 기업지부에게 맡긴 것이다. 이외에 별도합의서를 통해 “1. 비정규직 관련. 사용자는 비정규직의 차별금지 및 처우개선을 위하여 비정규직의 정규직 전환 등을 포함한 기관별 상황에 맞는 대책을 수립한다”는 등 비정규직법의 시행을 노사 합의사항으로 선언하고 있다. 하지만 구체적인 방법이나 절차는 기업별 지부협약이 정하는 것으로 정하고 있으며, 따라서 비정규직 관련 보호나 규율은 기업지부와 사용자 간의 합의 정도에 따라 기업별로 상이할 수 있다. 물론 국민은행·우리은행 등에서 비정규직의 정규직화를 시행하였다는 점에서 직접고용 비정규직에 대한 규율과 보호는 존재한다 하겠지만 그와 같은 시도가 없는 지부도 있다는 사실 역시 주목해야 한다.

게다가 이 선언은 직접고용 비정규직으로 한정되며 간접고용과 관련해서는 보호 및 규율 정도가 더 약하다. 2008년 금융산별협약에서는 「고용안정에 관한 협약」을 별도로 체결하여 파견근로자를 규율한다. 고용안정협약 제10조(파견근로자의 사용) “사용자는 파견근로자를 사용하고자 하는 경우는 파견근로자의 사용직종 및 업무 등에 대하여 조합과 사전에 성실하게 협의하여야 한다”는 규정이다. 파견의 사용에 관한 노사협의를 명문화한다는 점에서는 의미가 있지만 파견 사용보다 더 문제가 되는 불법 파견이나 사내하도급 사용에 대해서는 명확한 언급이 없다. 때문에 금융산별협약은 말 그대로 상징적이고 선언적인 차원에서 비정규직에 대한 규율 및 보호를 하고 있는 것이다.

반면 금속산별협약은 협약 자체에 비정규 관련 조항을 명시한다. 2011년 금속산업산별협약은 전문과 부칙 이외의 6개의 장으로 구성되어 있는데 이 중 비정규직 관련 조항은 <표 4-3>의 19조, 20조, 26조, 32~41조 까지(총 13개 조항)이며 구체적인 내용은 <표 4-4>와 같다.

13개 비정규 관련 조항의 특징은 첫째, 법정 최저임금 이외의 금속산업 최저임금을 합의한다는 것이다. 2011년 시간당 최저임금은 4,320원보다 350원 많은 4,670원으로 법정 최저임금보다 높다. 물론 이 최저임금을 금

〈표 4-3〉 2011년 금속산업산별협약 구성 및 비정규직 관련 조항

전문과 부칙	
제1장 총칙	제1조(협약의 우선적용), 제2조(사용자단체 가입), 제3조(유일교섭 단체), 제4조(산별협약준수조치), 제5조(복수노조 창구단일화)
제2장 조합활동 보장	제6조(조합원 및 조합간부 교육시간), 제7조(대의원 활동시간), 제8조(중앙위원 활동시간), 제9조(감사위원, 선거관리위원 활동시간), 제10조(열람·복사 편의와 자료제공), 제11조(조합전임), 제12조(노조전임자), 제13조(전임자의 처우), 제14조(노동3권 보장을 위한 손배·가압류 관련), 제15조(조합비 등 일괄공제)
제3장 노동조건, 임금, 퇴직 금	제16조(노동시간), 제17조(노동시간단축과 교대제 변경), 제18조(실노동시간 단축요구), 제19조(금속산업 최저임금), 제20조(임금차별 해소), 제21조(퇴직금 및 퇴직연금), 제22조(노동시간 단축을 통한 일자리 만들기)
제4장 건강권, 노동안전보건	제23조(근골격계질환 예방대책 마련), 제24조(산재은폐 방지), 제25조(산업재해 예방), 제26조(발암물질 금지 및 예방)
제5장 고용안정	제27조(해외공장), 제28조(신기계도입, 공장 이전), 제29조(별도법인), 제30조(분할, 합병, 분사), 제31조(적정인원, 배치전환), 제32조(산업공동화 대책), 제33조(고용안정 등), 제34조(신규채용)
제6장 비정규직 관련	제35조(비정규 노동자의 조합활동 및 고용보장), 제36조(불법 파견 및 용역 사용 금지), 제37조(임시직의 정규직화), 제38조(사내하청 노동자의 처우개선), 제39조(원청의 사용자성 인정), 제40조(사내하청 노동자의 산업안전보건), 제41조(명예감독관 위촉)

자료 : 전국금속노동조합 홈페이지(<http://metalunion.nodong.org/>).

〈표 4-4〉 비정규직 관련 내용 : 금속산별협약(2011)

비정규 관련 규정	내 용
제19조 금속산업 저임금	① 회사는 금속산업 최저임금으로 통상시급 4,670원과 월 통상임금 1,060,090원 중 높은 금액을 적용한다. ② 적용대상은 금속산업에 종사하는 노동자로 금속사업장에 고용된 비정규직, 이주노동자를 포함하며, 적용기간은 2012년 1월 1일부터 2012년 12월 31일까지로 한다.
제20조 임금차별 해소	회사는 조합원에 대하여 포괄임금제를 사용하지 않으며, 비정규직(단시간제, 기간제, 파견제)이 정규직과 동일한 업무를 수행하는 경우 합리적인 이유 없이 기본급 인상을 차별하지 아니한다.

〈표 4-4〉의 계속

비정규 관련 규정	내 용
제26조 발암물질 금지 및 예방	5. 위 발암물질 관련 합의 사항은 사내하청 노동자에게 동일하게 적용될 수 있도록 한다.
제32조 산업공동화 대책	② 회사는 협력업체와의 거래에 있어서 공정한 거래를 위해 노력한다.
제33조 고용안정 등	① 회사는 해당 사업장의 비정규직을 포함한 총고용을 최대한 보장한다. ② 회사는 사내하청의 변경시 고용, 근속 및 단협(제반 사항) 등이 승계되도록 노력한다.
제34조 신규채용	회사와 조합은 고용안정과 기업의 사회적 책무를 위한 신규채용 확대를 위하여 적극 협력한다. ① 회사는 기간제 노동자, 단시간 노동자가 있는 부서에서 신규채용을 하게 되는 경우 기간제 노동자, 단시간 노동자 중 결격사유가 없는 자에 대하여 사내 채용절차에 따라 우선 채용한다. ② 회사는 신규채용 시 제1호에 의한 채용인력과 회사의 인력분포를 감안하여 만 29세 이하의 청년을 일정 비율로 채용한다.
제35조 비정규 노동자의 조합활동 및 고용 보장	① 회사는 사내하청 및 비정규 노동자와 이주 노동자의 노동조합 가입을 이유로 불이익 처분을 하지 않으며 이로 인한 고용문제 발생시 고용이 보장되도록 한다. ② 회사는 사내하청 노동자의 노조활동을 이유로 사내하청 계약을 해지하지 아니한다.
제36조 불법 파견 및 용역 사용 금지	① 회사는 불법파견 인력을 사용하지 않는다. ② 회사는 관계기관에 의해 불법파견 확인시, 소정의 절차에 따라 정규직 채용을 원칙으로 한다. ③ 회사는 경영상 부득이한 사유로 일부 부서나 생산 물량을 외주 또는 하도급으로 전환하고자 하는 경우 조합원의 고용안정, 노동조건에 관한 사항은 60일 전에 조합에 통보하고 합의하여 추진한다.
제37조 임시직의 정규직화	① 임시직의 고용기간은 3개월을 초과할 수 없으며 다만 부득이한 경우 사전에 조합과 합의하여 연장할 수 있다. 또한 계절적 업무의 경우 예외로 한다. ② 임시직 근무자가 있는 부서에서는 인원보충시, 결격사유가 없는 한 임시직 근무자를 우선적으로 채용한다. ③ 임시직에서 정규직으로 채용할 경우 임시직 근무기간을 수습기간에 포함한다.

<표 4-4>의 계속

비정규 관련 규정	내 용
제38조 사내하청 노동자의 처우개선	① 회사는 사내하청 노동자의 노동조합 가입을 이유로 어떠한 종류의 불이익 처분도 행하지 않는다. ② 회사는 사내하청 근기법, 산안법, 산재보상법, 기타 노동관계법을 위반치 않도록 지도 감독한다. ③ 회사는 사내하청 노동자에게 동일한 작업복이 지급되도록 하고 복지후생 시설을 공동으로 사용하도록 한다. ④ 회사는 직접생산공정(조립, 가공, 포장, 도장, 품질관리 포함)에 종사하는 사내하청 노동자의 퇴직금, 연월차휴가, 생리휴가, 주휴, 법정공휴일에 대하여 당해 사업장에 노동자와 차별하여 대우받지 않도록 한다. ⑤ 회사는 간접생산공정(청소, 식당, 경비 등)에 종사하는 노동자들의 처우 개선을 위하여 해당 업체가 노동관계법령에 따르도록 권고하며, 3회 이상 법 위반시에는 해당 업체를 변경한다.
제39조 원청의 사용자성 인정	회사는 관계기관에서 사내하청 노동자들의 실질적 사용자라고 결정된 경우에는 조합의 교섭요구에 응한다.
제40조 사내하청 노동자의 산업안전 보건	① 회사는 사내하청 노동자들의 재해예방과 산업안전관리를 위해 해당 업체별로 제반 예방활동에 대한 업무지도와 확인감독을 실시하며, 산업안전보건법 제31조에 의한 교육이 실시되도록 한다. ② 회사는 사내하청의 작업환경 측정 및 사용 기계장비에 대한 안전점검을 정기적으로 지도감독 한다. ③ 회사는 사내하청에서 발생한 안전사고를 분석하여 안전교육 미실시, 안전관리 미비, 안전장구 미지급으로 인한 사고와 산재 사고 다발업체에 대하여 재발방지를 위한 제반 조치를 취한다. ④ 회사는 사내하청 노동자의 건강관리를 위하여 해당업체의 건강진단 실시 여부를 점검한다.
제41조 명예감독관 위촉	회사는 근로기준법, 최저임금법 적용 등을 지원하기 위해 근로자참여 및 협력증진에 관한법률에 따라 위촉한 고충처리위원을 명예감독관으로 위촉한다.

속산업 전체에 적용하지는 못하지만 최소한 산별교섭에 참여하는 사업장에서는 준수하고 있으며 여타 중견기업 이상의 사업장에서 일종의 기준점으로 작용한다. 둘째, 차별시정 조치이다. 비록 제한적이긴 하지만 기간제, 단시간, 파견 노동의 경우 기본급 인상·여타 근로조건에서의 차별을

해서는 안 된다고 강조하고, 산업재해에 관해서는 정규직과 직접고용 비정규직, 간접고용 비정규직이 동일한 보호를 받아야 함을 명시한다. 또한 사내하청 노동자와 같은 간접고용에 대해서는 임금에 대한 차별시정 조항은 없지만 근로조건에서의 차별금지와 산업안전 보건에서의 보호규정은 기간제 등과 유사하다. 셋째, 우선채용 조항이다. 채용에서 임시직 등 직접고용 비정규직의 우선채용을 명기하고 있을 뿐만 아니라 청년 우선채용 조항도 있다. 넷째, 기존 일자리를 비정규직으로 바꾸거나 외주화할 경우 노사합의이다. 다섯째, 불법과건 인력사용의 금지와 정규직화와 함께 정규직화 이전이라도 실질적 사용자라고 관계기관에 의해 결정된 경우 교섭에 응해야 함을 분명히 한다. 여섯째, 사내하청 노동자의 노동법상의 권리를 인정하고 있다. 일곱째, 협력업체와의 공정거래 노력조항이 존재하며 노사협회의 고충처리위원을 명예감독관으로 위촉하여 해당 사항에 대한 근로감독을 자율적으로 실시하게 한다.

대다수 대기업이 이 협약 범위 밖에서 별도의 기업별 교섭을 하며, 산별협약에 참여하는 사업장에서도 협약의 준수를 강제하기 어려워 상징적이거나 도덕적인 측면이 있다. 하지만 그것이 갖는 영향력을 무시해서는 안 된다. 특히 사내하도급 노동쟁의가 금속산업에서 주기적으로 발생하는 것은 한편으로는 협약의 강제성이 낮다는 것을 의미하지만 다른 한편으로는 협약에 힘을 실어줘서 직간접적인 영향력을 부여한다. 예를 들어 특정 사업장에서 사내하도급 문제가 발생할 경우 금속산별협약은 일종의 준거 틀이 되는 것이다. 금속산별협약에서 비정규 규율 및 보호정도가 높은 것은 협약의 강제성이 떨어지기 때문이기도 하지만 노동쟁의가 빈발하는 현실을 반영하는 것이다.

다음으로 보건의료산별교섭은 임금 등의 상당 부분을 산별협약에서 명시하기 때문에 임금에 대한 가이드라인을 정하는 금융산별협약이나 최저임금만을 정하는 금속산별협약보다 진일보한 것이며 산별협약으로서의 독립성과 안정성 역시 크다. 하지만 비정규직 관련 조항은 금속산업에 비해 약하다. 금속협약이 준수 의무이기보다는 상징의 측면이 있어서 협약의 수준이 문제가 안 되며 따라서 노사가 상호 합의할 수 있는 수준이 높다. 하지만 보건의료산별협약은 준수해야 할 의무이기 때문에 합의하기

〈표 4-5〉 비정규직 관련 내용 : 보건의료산업협약(2008)

	내 용
제3장 고용협약	<p>2. (직접고용 비정규직) ① 사용자는 직접고용 비정규직의 임금 및 근로 조건 개선을 위해 노력하며, 직접고용비정규직을 단계적으로 정규직화 하도록 노력한다.</p> <p>② 사용자는 임시계약직, 시간제노동자 등 직접고용 비정규직의 고용이 보장되도록 노력한다.</p> <p>③ 사용자는 비정규직 노동자와 근로계약을 체결하는 경우 반드시 근로계약서를 교부하여야 한다.</p> <p>3. (간접고용 비정규직) ① 사용자는 간접고용 비정규직의 고용안정을 위해 용역업체가 변경될 경우 이전 용역회사 직원들의 해고 문제가 발생될 경우 새로운 용역회사에 채용될 수 있도록 계약 체결시 반영되도록 노력한다.</p> <p>② 사용자는 새로운 용역회사 계약 체결시 용역회사의 임금 지불능력을 고려하여 계약을 체결한다.</p> <p>4. (동종 또는 유사 업무의 균등처우) 사용자는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 직접고용 비정규직에 대하여 합리적인 이유 없이 차별적 처우를 하지 아니한다.</p> <p>5. (비정규직대책노사특별위원회) ① 조합과 사용자는 비정규직 문제 해결을 위하여 협약의 체결일로부터 즉시 비정규직대책노사특별위원회를 구성, 운영한다.</p> <p>② 비정규직대책노사특별위원회의 구성과 임무, 운영방안 등 세부적인 내용은 위원회가 따로 정한다.</p>
제4장 임금협약	<p>2. (비정규직 임금) ① 직접고용 비정규직 노동자 임금과 정규직 노동자 임金的 격차를 줄이기 위하여 노력한다.</p> <p>② 2008년의 비정규직 임금인상은 정규직 임금인상률 이상이 되도록 한다.</p> <p>3. (산별최저임금) ① 사용자는 보건의료산업에 종사하는 취약계층 노동자의 보호와 생활향상을 도모하고자 최저임금법이 정하는 금액을 초과하는 산별최저임금을 적용 한다.</p> <p>② 보건의료산업의 최저임금은 월평균 정액급여 950,000원과 시급 4,100 원 중 높은 금액을 적용한다.</p> <p>③ 적용 시기는 2009. 1. 1~12. 31까지로 한다.</p> <p>④ 사용자는 이 합의를 근거로 종전의 임금 수준을 저하시켜서는 아니 된다.</p>
제5장 노동과정협약	<p>1. (1일 8시간, 주 40시간 주5일제 실시) ④ 사용자는 주5일제 노동시간 단축에 따른 필요인력을 즉시 충원하고, 충원함에 있어 각 병원 및 사</p>

〈표 4-5〉의 계속

조 항	내 용
제5장 노동과정협약	<p>업장별로 조합(지부)와 협의하여 시행하되, 병원에 근무하는 직접고용 비정규직을 정규직으로 우선 채용하도록 노력한다.</p> <p>13. (비정규노동자의 건강권보장) 사용자는 직접고용 비정규노동자의 재해 예방을 위하여 산업안전보건법상의 조치 즉, 안전교육, 작업환경 측정, 건강진단, 보호구 지급 등을 실시해야 하고 구체적인 사항은 산업안전보건위원회에서 심의·의결한다.</p>
부속합의서	<p>2. (비정규직대책노사특별위원회) ① 조합과 사용자는 비정규직관련법 시행에 따른 산별노사의 공동대처를 위하여 체결일로부터 즉시 비정규대책노사특별위원회를 구성한다.</p> <p>② 위원회의 구성은 노사 각각 4~5인의 동수로 한다.</p> <p>③ 위원회는 비정규직의 처우개선과 고용안정화 대책, 단계적 정규직화 방안 등에 관하여 공동으로 연구조사하고 그 효과적인 시행을 적극적으로 지원함을 목적사항으로 한다.</p> <p>④ 위원회는 분쟁이 제기된 사업장과 그 대안에 대하여 협의하고 분쟁 조정의 방법을 적극적으로 권고할 수 있다.</p> <p>⑤ 기타 위원회의 운영에 관한 사항은 따로 정한다.</p>

가 어렵고 그 수준 역시 노사관계의 힘판계에 좌우되며 따라서 대부분 노력조항으로 합의된다. 그러나 보건의료산별협약은 합의할 경우 기업지부에서 실질적인 이행을 강제하며 노력조항조차도 준수를 요구하는 경향이 있기 때문에 급속처럼 상징적인 것에 머무르지 않는다.

그 특징을 살펴보면 첫째, 직접고용 비정규직의 정규직 전환 노력이다. 또한 단지 노력이나 상징적 언급만이 아니라 실제 정규직 전환을 했다. 2007년 보건의료 노사는 비정규직 정규직화에 합의하면서 직접고용 5,500여 명과 간접고용 5,150여 명의 정규직화 및 처우개선의 길을 열었다. 당시 산별 노사는 정규직 임금인상분의 30%를 비정규직 정규직화 기금으로 만든다는 전제하에 사립대 5.3%, 민간중소 4.3%, 국립대 2.5%+1.5% 임금 인상 등을 합의하였는데 기금 액수가 300억 원이고 그에 따라 직접고용 비정규직의 약 4%가 정규직으로 바뀌었다(은수미 외, 2007). 둘째, 직접고용 비정규직의 차별시정·우선채용·임금인상 방안을 명기하고 있으며 법정 최저임금보다 높은 보건의료산업 최저임금을 합의했다. 셋

제, 용역 등 간접고용 비정규직에 관해서는 노력조항에 머문다. 또한 기업지부 수준에서도 노력 수준을 넘지 않아 보건의료노조 산하 사업장에서 다른 사업장과 유사하게 아웃소싱 비중이 높다⁴⁰⁹). 하지만 일부 지부에서는 조리, 배식 등에서 아웃소싱을 막았기 때문에 규율 수준이 약해진 하지만 기업지부의 영향력이나 노사관계에 의해 규율이 불가능한 것은 아니다(은수미, 2011b).

요약하자면 ① 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위, ② 비정규직에 대한 보호 및 규율의 두 가지 측면에서 금융산별협약은 기간제 등 직접고용은 물론이고 간접고용을 규율하는 정도가 매우 취약하다. 금융산별협약이 아직도 공동협약 및 가이드라인이어서 실질적으로는 기업지부와 노사관계에 의해 좌우되며, 산별협약이 기업 협약으로부터 독립된 실체가 아니라는 사실이 커다란 약점이다. 산별교섭 및 산별협약의 외양을 띠고 있기는 하지만 정규직 중심의 기업별 노사관계에서 벗어나고 있지 못한 것이다. 물론 산별교섭이나 산별협약을 한다는 것이 기업을 넘어서는 노사관계의 형성에 대한 문제의식을 갖도록 강제하기 때문에 향후 추이를 지켜보아야 할 것이다.

반면 금속은 직접고용과 간접고용 규율에 있어서 협약의 내용은 가장 진전되어 있다. 문제는 산별교섭에 참여하는 사업장과 조합원이 매우 적고 주요 대기업이 참여하고 있지 않아 협약의 사각지대가 넓다는 사실이다. 특히 금속산별협약이 대기업의 지부나 사용자를 전혀 강제하지 못한다. 따라서 상징적인 의미는 크지만 실질적인 영향력은 그것보다 적다. 그러나 노동쟁의 효과와 결합하여 일종의 준거 틀로 작용할 수 있다.

마지막으로 보건은 직접고용에 대한 규율은 가장 진전되어 있지만 간접고용에 있어서는 취약하다. 보건 산별교섭에 대기업 병원이 참여하고

409) “2008년 보건의료노조 산하 30개 지부(병원)의 간접고용 현황에 대한 조사결과, 전체 지부가 경비, 주차관리, 시설관리, 세탁, 청소, 조리 및 배식, 진료 및 사무 보조, 차트관리 및 파일작업, 입출고관리, 컴퓨터 유지보수, 승강기운행, 전화 교환 및 예약, 안내, 간병인, 사체염습, 응급실안전, 물품배송 등의 업무 중 1개 이상을 아웃소싱하며 거의 전부를 아웃소싱 하는 병원도 있다. 또한 아웃소싱을 하는 경우 급여 수준은 노조 유무와 무관하게 거의 비슷하다. 다만 노조가 있는 경우 용역업체 변경시의 고용승계, 법정 기업복리(시간외수당, 퇴직금 등), 근속수당, 작업복 지급 등의 부가적인 혜택이 있을 뿐이다.”(은수미, 2011b)

있으며 산별협약이 기업을 강제하는 것은 커다란 장점이다. 그러나 이 때문에 간접고용 규율 조치를 합의하기가 어렵고 대부분이 노력사항에 머문다. 또한 보건의료 사용자단체가 해산하고 2009년부터는 산별교섭 자체가 뒤흔들린 것 역시 약점이다. 하지만 그동안의 경험을 폄하해서는 안 되며 향후 추이를 지켜보아야 할 것이다.

결국 ① 금속 및 보건의료 산별협약에 직접고용뿐만 아니라 간접고용 관련 규율 내용을 갖고 있다. 파견 및 사내하도급 등 외주화시 노사합의 혹은 협의, 불법파견 정규직화, 간접고용의 차별금지 및 임금과 근로조건 개선 등이 주요 내용이고 특히 금속산별협약은 규율 방안을 충실하게 담고 있다. 이것은 금속산업에서 오랜 사내하도급 활용관행과 불법파견 노동쟁의가 끊임없이 발생하는 현실을 반영하는 것이다. ② 산별교섭과 산별협약이 기업별 교섭이나 기업별 협약으로부터 독립적이고 자율적일수록 규율내용이나 규율범위에 차이가 있다. 금융산별협약에 관련 조항이 매우 취약하고 가이드라인 수준에 머무는 것은 금융 산별교섭과 산별협약이 기업교섭 및 협약으로부터 독립적이지 않으며 기업교섭과 협약이 여전히 지배적인 지위에 있다는 사실을 반영한다. ③ 이 외에도 노동쟁의 효과가 적지 않다. 이것이 금속산별 협약을 상징적인 것 이상으로 만든다. ④ 보건산별협약은 준수해야 할 의무이긴 하지만 이 때문에 합의가 어려워 규율내용은 금속보다 약하다.

나. 기업별 협약 비교 : 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위

1) 산별노조 산하 기업지부

기업별 협약은 크게 ① 산별노조의 기업별 지부 단체협약과 ② 산별노조가 아닌 독립적인 기업별 노조 단체협약의 두 종류로 나뉜다. 여기서는 두 유형에서 어떤 차이가 있는가를 살펴볼 것이다. 더불어 산별노조의 지부가 아닌 기업별 노조 단체협약일지라도 상급단체에 따라 차이가 있는가를 확인한다. 기존의 연구에 따르면 산별노조의 기업별 지부 단체협약에도 차이가 있다. 보건의료노조 산하 기업별 지부는 상당 부분 단체협약상의 가입제한을 완화하고 있으나 금속노조 산하 기업별 지부는 여전히

가입제한이 크다(은수미, 2010). 또한 금융노조 산하 기업별 지부는 아예 정규직만을 가입범위 및 적용범위로 한다는 조항이 있는 경우가 많다.

보건의료산하 기업별 지부에서 조합원 가입범위와 협약 적용범위는 크게 세 가지 유형이 있다. ① 현행 노조법이나 규약에 근거하거나 그런 언급조차 없는 유형(노조법·규약수준 유형), ② 사용자만 제한하여 구체적으로 적시하는 유형(사용자 제한 유형), ③ 사용자와 비정규직을 함께 제한하여 적시하는 유형(사용자+비정규직 제한 유형)이 그것이다. 물론 비정규직만 제한하는 유형이 있을 수 있지만 보건 기업지부 협약에는 해당 유형이 존재하지 않는다.

2009년 보건의료노조 기업별 지부 71개를 대상으로 한 기존의 조사결과에 따르면 사용자 제한 협약이 전체의 42.3%이며 정규직이 아닌 자에 대한 제한은 70.4%이다.

하지만 이 조사에서는 사용자와 비정규직을 함께 제한하는 유형은 확인하기 어려우며 정규직이 아닌 자를 제한하면서 사용자 제한은 하지 않는, 즉 비정규직만 제한하는 유형이 있는지 역시 확인하기 어렵다. 또한 정규직이 아닌 자에 대한 제한이 넓은 이유는 여기에 임시직, 계약직, 촉탁직, 일용직뿐만 아니라 수습근무자, 실습생, 별정직, 이주노동자, 해외근무자, 노사합의한 자, 노사협의를 한 자, 기타 등을 모두 포함하여 이 중 하나라도 적용한 경우는 정규직이 아닌 자이기 때문이다. 따라서 이 조사는 규율 유형을 정확하게 확인할 수 없다. 때문에 보건의료노조 산하 37개 지부의 단체협약을 앞의 세 가지 유형 분류에 기초하여 분석한 것이 <표 4-7>이다.

관계법이나 규약을 따른다거나 아예 제한조항이 없는 유형은 17개 지

<표 4-6> 보건의료노조 기업협약 조합원 가입범위 : 보건의료노조 조사결과(2009)

(단위: 개, %)

	노조규약이나 관련법 준수	부서 직책 명시	무응답 및 기타
사용자 제한	24(33.8)	30(42.3)	17(23.9)
	제한 없음	임시직, 시간제, 촉탁, 수습, 일용 등 제한	
정규직이 아닌 자 제한	21(29.6)	50(70.4)	

자료: 은수미(2010)에서 수정·인용.

〈표 4-7〉 보건의료노조 37개 지부 단체협약 : 조합원 자격 제한

(단위: 개, %)

사용자+비정규직 제한 유형	사용자 제한 유형	노조법·규약수준 유형
6(16.2)	15(40.5)	16(43.2)

부(43.2%)이며 사용자 제한 유형은 15개 지부(40.5%)이고 사용자+비정규직 제한 유형은 6개 지부(16.2%)이다. 예를 들어, 서울대학교 치과병원이나 한국원자력의학원 지부는 조합원 가입범위나 협약 적용범위에 대한 언급이 없다. 또한 정읍아산병원지부도 제6조(조합원 범위)에서 “조합원으로 가입자격이 있는 자는 노동조합법 제5조에 의한 사용자에 속하는 자를 제외하고 입사와 동시에 본인의 의사에 따라 조합에 가입한다”고 하여 모두 첫 번째 유형의 전형적인 사례에 해당한다.

반면 고려대병원은 사용자+비정규직 제한 유형으로 단체협약 제5조(조합원의 자격과 범위)에서 “조합원은 소정의 조합가입 절차를 마친 자로 한다. 다만, 다음 각 1호에 해당하는 자는 조합원이 될 수 없다. 1. 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호의 사용자에 준하는 자, 2. 과장급 및 이에 준하는 자, 3. 인턴, 레지던트, 임상강사, 4. 교육공무원법에 해당된 자, 5. 기관장 비서 및 기관장 운전기사, 6. 청원경찰, 전산요원, 7. 사환, 촉탁 및 시간제근무자, 시용근무자”라고 규정한다. 건국대병원도 동일 유형으로 단체협약 제4조(조합원의 자격과 가입)에서 “① 조합가입대상자는 입사와 동시에 조합원이 된다. 단, 다음 각 호의 1에 해당되는 자는 예외로 한다. 1. S2급 이상 및 팀장, 2. 전략기획팀, 인사팀, 3. 수습 중인 자 및 계약직원, 4. 비서 및 보직자의 운전기사”라고 규정한다.

가톨릭대학교 성모병원지부는 사용자만 제한하는 유형으로 제6조(조합원 범위)에서 “1. 발령과 동시에 조합원이 된다. 2. 다음에 해당하는 자를 제외한 모든 직원은 조합원이 될 수 있다. 가. 팀장급 이상에 상당한 자, 나. 교원 및 의사, 다. 인사담당책임자(인사기록표작성 및 인사위원회위원), 라. 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2항의 사용자”라고 한다.

금속노조 기업협약은 보건의료노조 기업협약에 비해 가입제한 유형이 더 많고 강도 역시 강하다. 보건의료 기업지부의 세 가지 유형(노조법·

〈표 4-8〉 금속노조 산하 59개 지부 단체협약 : 조합원 자격 제한

(단위: 개, %)

사용자+비정규직 +사무직 제한	사용자+비정규직 제한	사용자+사무직 제한	사용자 제한	비정규직 제한	사무직 제한	노조법· 규약수준
10(16.9)	19(32.2)	5(8.5)	16(27.1)	1(1.7)	1(1.7)	7(11.9)

규약수준 유형, 사용자 제한 유형, 사용자+비정규직 제한 유형) 외에도 사용자+사무직 제한 유형, 사용자+비정규직+사무직 제한 유형, 비정규직만 제한 유형, 사무직만 제한 유형 등 4가지가 더 있어서 총 7가지 유형이 있다. 이 중 노조법·규약수준 유형은 7개 지부(11.9%)로 보건의 43.2%의 4분의 1 수준이다. 하지만 사용자+비정규직 제한 유형은 19개 지부(32.2%)로 보건 16.2%의 두 배 수준인데다가 사용자+비정규직+사무직 제한 유형(10개 지부, 16.9%)과 사용자+사무직 제한 유형(5개 지부, 8.5%)까지를 고려하면 두 개 이상을 한꺼번에 제한하는 유형이 전체의 57.6%이다.

예를 들어 캐리어에어컨 지회는 노조법·규약수준 유형이다. 제6조(조합원의 범위)에서 “회사의 종업원 중 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호에 의한 사업주를 위하여 행동하는 자를 제외하고는 조합원이 될 수 있다. 단, 사업주를 위하여 행동하는 자란 사회통념상 관례에 따르며 회사와 조합이 협의하여 결정한 자로 한다”고 규정하고 있다. “제4조(비조합원의 범위) 현행 노조 규약에 따른다”고 한 한국로버트보쉬기전, “제4조(조합원의 범위) 종업원은 그들의 의사에 따라 자유로이 조합에 가입하거나 탈퇴할 수 있다”고 규정하는 아이에스텍 역시 동일 유형이다.

동회는 사용자+비정규직+사무직 제한 유형으로 단체협약 제5조(조합원의 가입과 자격)에서 “1. 조합가입 대상자는 생산직에 한하여 입사와 동시에 조합원이 된다. 단, 아래 사항 해당자는 조합원이 될 수 없다. 1) 사무직(월급직) 근로자, 2) 실습생, 3) 경비, 청소원 등 총무 소속 일용직 근로자, 4) 납품차량운전자, 5) 비정규직 근로자, 6) 외국인근로자, 7) 수습사원(단, 수습기간 3개월이 끝나면 조합원이 된다), 8) 기타 노사합의한 자. 단, 기존 비가입자에 대하여는 예외로 한다”고 규정한다.

현대자동차는 사용자+비정규직 제한 유형이다. 2008년 단체협약 제6조(조합원의 자격과 가입)에서 “1. 회사의 종업원 중 다음 각 호에 해당하는

자를 제외하고 신규 입사자는 입사와 동시에 조합원이 된다. 단, 울산, 전주, 아산공장과 남양연구소, 서비스센터 및 판매지점 이외의 종업원은 본인의 의사에 따라 조합원이 될 수 있다. (1) 과장급 이상(판매영업직은 제외), (2) 인사노무담당(사업부 포함), (3) 경리회계담당(사업부 원가포함), (4) 임원과 임원에 준하는 자의 비서 및 운전원, (5) 예비군 및 민방위 관련 상시근무자, (6) 직업훈련생, (7) 종합생산관리실(KDI부문은 제외) (8) 수습사원, 임시고용원, 촉탁원, 별정직(단, 기존 조합원은 제외), 선임연구원 이상, (9) 경비원, (10) 교환 및 통신업무취급자, (11) 총무, 법규담당 (12) 정보기술센터의 주전산기 담당자(프로그램개발, 시스템운영, 오퍼레이터), (13) 노사쌍방이 합의한 자” 등을 구체적으로 명시한다.

위니아 만도는 사용자 제한 유형으로 단체협약 제5조(조합원의 범위)에서 “1.회사의 종업원은 조합규약에 의거 조합원이 될 자유로운 권리가 있으며, 기능직 사원은 입사와 동시에 조합원이 된다. 단, 아래 사항 해당자는 조합원이 될 수 없다. 1) 관리직: 과장 이상, 총무, 인사, 기획, 경리, 전산, 비상계획, 2) 별정직: 감시직, 승용차기사, 3) 기능직: 직장보 이상, 비상계획” 등으로 규정하고 있다.

금융노조 지부 중 지부보충협약에서 조합원 가입범위나 단체협약 적용범위를 확인할 수 있는 것은 IBK 기업은행, 외환은행, 한미은행, 광주은행, 부산은행, 우리은행, 수협중앙회, 한국감정원, 한국기업데이터, 한국자산관리공사 등 10개 지부에 불과하다. 나머지 두 개 지부(신한은행, 기술신용보증기금)는 단체협약의 앞 부분이 훼손된 자료라서 확인할 수가 없다.

10개 지부에 한정하여 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위를 살펴보면 보건이나 금속과 구분되는 특징이 있는데 정규직원으로만 아예 범위를 제한한 유형이 6개나 있는 등 정규직에게만 적용하는 경우가 지배적이다. 예를 들어 한미은행은 “제2조(적용범위) 본 보충협약은 은행과 지부 및 조합원에게 적용한다. 다만 근로조건에 관한 사항은 전 종업원(정규직원)에게 적용한다. 제7조(조합원의 범위) ① 조합원은 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2항의 규정에 의한 사용자를 제외한 주식회사 한국씨티은행의 종업원(정규직원)으로서 조합가입 대상자는 입행과 동시에 조합원이 된다”고 한다. 부산은행 지부처럼 “다만, 비정규직원은 본 협약

의 적용을 받지 아니하고 별도 협약을 체결한다”고 한 사례를 포함하면 10개 지부 중 7개가 사실상 정규직에게만 적용되는 유형이다.

반면 노조법·규약수준 유형은 IBK 기업은행 지부, 한국감정원 지부 등 2개이며 한국자산관리공사 지부도 정규직과 계약직에게 적용한다며 비정규직을 포함하고 있어 유사 유형에 속한다. 즉 노조법·규약수준 유형의 비중은 적지 않지만, 나머지가 정규직에게만 적용한다는 보다 적극적인 제한 유형이기 때문에 조합원 가입범위와 협약 적용범위가 좁다할 것이다. 이것은 금속 및 금융의 산별교섭이나 산별협약의 수준이 사실상 기업별 교섭이나 협약을 넘어서지 못하고 여전히 기업별 노사관계의 형태라는 점과 밀접한 연관이 있다. 또한 금융노조 산하 지부가 다른 기업별 지부에서 볼 수 없는 정규직에게만 적용한다는 조항을 갖고 있는 것은 최근이라는 사실에 주목해야 한다. 왜냐하면 정규직이나 비정규직 개념이 사용된 것은 2000년대 이후이기 때문에 이 조항은 2000년대 이후 만들어진 것이다. 따라서 기간제의 무기계약으로의 전환이나 분리직군 방식의 전환을 전후하여 확립되었을 것으로 추정된다. 만약 이것이 사실이라면 정규직 중심의 기업지부가 비정규직의 무기계약으로의 전환 대신 이 조항을 사용자 측과 교환하였거나 개정했을 가능성이 크며, 비정규직은 무기계약으로의 전환에도 불구하고 단체협약에서 동등한 자격을 갖지 못한다.

요약하면 산별노조 산하 지부 중 보건의료노조 산하 지부가 조합원 가입범위나 협약 적용범위에서 가장 포괄적이다. 하지만 금속노조는 여전히 사무직이나 비정규직을 배제하는 조항을 갖고 있으며 금융은 아예 정규직에게만 적용한다는 조항을 신설하였다. 보건→금속→금융의 순으로 포괄범위가 낮아지는 것이다.

2)기업별 노조

기업별 노조는 어떨까? 동일 산업에서 기업별 지부와 기업별 노조 간의 비교, 산업을 넘어서서 기업별 노조 상호 간의 비교를 염두에 두고 살펴보면, 보건산업에서는 한국노총 산하 노조로 순천향대학교노조, 순천향대학교천안병원노조, 순천향대학교구미병원노조, 연세의료원노조, 국립의

료원노조 등 5개의 단체협약이 분석 대상이다. 이 중 4개 노조는 사용자 제한 유형이며 국립의료원 노조 1개만이 노조법·규약수준 유형이다. 민주노총 산하는 대한적십자사와 경북대학교 노조인데 두 개 모두 노조법·규약수준 유형으로 한국노총 산하 노조까지 합하면 7개 노조 중 3개가 여기에 해당한다. 하지만 비교 가능한 기업별 노조의 단체협약 사례가 적고, 보건의료 산업에서는 보건의료 노조 산하 지부가 조합원 수에 있어 지배적이기 때문에 대체적으로 보건의료 노조 산하 지부와 유사할 것으로 추정된다. 즉 상급단체별 차이나 보건의료노조 산하 지부와와의 차이가 거의 없는 것으로 보인다. 이것은 보건의료노조 및 산하 지부가 해당 산업에서 일종의 준거집단으로 작용하기 때문일 수 있지만 쉽게 결론 내리기 어렵기 때문에 향후 더 많은 단체협약을 확보하여 살펴보아야 한다.

금속산업에서는 한국노총 금속노련 산하 58개 기업별 노조의 단체협약을 분석하였으며 그 결과 조합원 가입범위 및 협약 적용범위는 <표 4-9>와 같다.

한국노총 금융노련 산하 기업별 노조의 제한 유형은 민주노총 금속노조 산하 기업별 지부에 비해 한 가지 더 많은 8가지 유형이다. 노조법·규약수준 유형, 사용자 제한 유형, 사용자+비정규직 제한 유형, 사용자+사무직 제한 유형, 사용자+비정규직+사무직 제한 유형, 비정규직만 제한 유형, 사무직만 제한 유형 등 금속노조 산하 지부가 갖고 있는 7가지 유형에 사무직+비정규직 제한 유형이 더 있기 때문이다. 제한 유형의 종류는 기업별 노조가 더 많다.

그러나 그 수준을 금속노조 산하 기업별 지부와 비교하면 금융노련 산하 기업별 노조는 노조법·규약수준 유형이 15.5%로 금속노조 지부 11.9%에 비해 높아 포괄적인 유형이 좀 더 많은 반면, 가장 배제적인 사

<표 4-9> 금속노련 산하 58개 지부 단체협약 : 조합원 자격 제한

(단위: 개, %)

사용자+비정규 +사무직 제한	사용자+비정규 제한	사용자+사무직 제한	사용자 제한	비정규+사무직 제한	비정규 제한	사무직 제한	노조법· 규약수준
3(5.2)	24(41.4)	3(5.2)	12(20.7)	4(6.9)	1(1.7)	2(3.4)	9(15.5)

용자+비정규직+사무직 제한 유형은 5.2%로 금속노조 지부 16.9%보다 낮다. 사용자 제한 유형 역시 20.7%로 금속노조 지부 27.1%보다 낮다. 하지만 사용자+비정규직 제한 유형이 41.4%로 금속노조 지부 32.2%에 비해 높으며 금속노조 지부에서 발견하지 못한 비정규+사무직 제한 유형도 6.9%이다. 따라서 외형상 양자 중 어느 쪽이 더 포괄적이거나 배제적이라고 하기 어렵다.

금속노조 기업별 지부와 금속노련 기업별 노조 간에 차이가 적은 것은 두 가지 이유가 있을 수 있다. 하나는 금속노련의 기업별 노조가 사용자와 상대적으로 더 협력적이어서 사용자 관련자의 노조 가입에 따른 위험을 금속노조 기업별 지부보다 덜 느껴 사용자 제한 유형이 상대적으로 적고 노조법·규약수준 유형이 클 가능성이 있다. 다른 하나는 금속노조가 산별로서 충분한 형식과 내용을 갖추고 있지 못한 것이다.

금융의 경우에는 어떨까? 민주노총 사무금융노련 산하이거나 공공운수연맹 산하 노동조합 36개의 단체협약을 분석한 결과가 <표 4-10>이다. 금융산업 민주노총 산하 기업별 노조의 비정규직 제한 유형은 크게 3가지(사용자+비정규직 제한유형, 사용자 제한 유형, 노조법·규약수준 유형)로 보건의료노조 산하 기업별 지부와 유형의 가짓수는 동일하다. 반면 금융노조 산하 지부처럼 정규직으로만 제한하는 유형은 보이지 않는다.

다만 에스지신용정보노조가 “제2조(조합원의 자격과 범위) 조합원에게 적용하되 정규직 조합원에 해당하는 규정은 정규직 조합원에게, 계약직 조합원에 해당되는 규정은 계약직 조합원에게 구별하여 각각 적용”한다는 규정을 갖고 있는데 이 역시 구별적용이지 정규직에게만 적용한다는 의미는 아니기 때문에 정규직으로만 제한하는 유형이라고 보기 힘들다. 즉 금융노조 산하 지부보다 민주노총 산하 기업별 노조의 포괄성이 더 넓다.

하지만 같은 민주노총 산하인 보건의료노조 산하 지부와 비교하면 포

<표 4-10> 금융산업 민주노총 산하 36개 지부 단체협약 : 조합원 자격 제한

(단위: 개, %)

사용자+비정규직 제한 유형	사용자 제한 유형	노조법·규약수준 유형
21(58.3)	6(16.7)	9(25.0)

괄성이 낮은 편이다. 사용자+비정규직 제한 유형이 58.3%로 보건(16.2%)의 3.4배에 달하는 반면, 노조법·규약수준 유형이 25.0%로 보건의 43.2%에 비해 낮기 때문이다. 결국 민주노총 산하이고 제한하는 유형은 비슷하지만 보건의료 부문이 산별노조가 지배적이고 산별교섭을 하는 반면 금융 부문은 그렇지 않기 때문에 차이가 있는 것이다.

마지막으로 산별교섭을 하지 않는 공공부문(주로 공공기관) 기업별 노조에서 상급단체 효과가 있는지를 확인한다. 한국노총 산하 노조 23개와 민주노총 산하 노조 54개의 협약을 분석한 것이 <표 4-11>이다. 유형은 크게 네 가지이지만 비정규직 제한 유형이 한국노총 1개 사례에 불과하기 때문에 이것을 제외한 나머지를 살펴보면 한국노총 산하 노조와 민주노총 산하 노조 사이에는 뚜렷한 차이가 있다. 한국노총 산하 기업별 노조는 사용자+비정규직 제한 유형이 전체의 52.2%로 가장 높고 그 다음으로 노조법·규약수준 유형(26.1%)이며 사용자 제한유형이 17.4%이다. 반면 민주노총 산하 기업별 노조는 노조법·규약수준 유형이 53.7%로 가장 높고 그 다음이 사용자 제한 유형으로 31.5%이며 사용자+비정규직 제한 유형은 14.8%에 불과하여 후자의 포괄성이 높다. 공공부문의 모든 협약을 대상으로 한 결과는 아니기 때문에 제한적 해석이 필요하지만 동일 부문에서 기업별 노조일 경우에는 상급단체 차이가 뚜렷하게 드러나는 것은 현실과 부합한다. 또한 민주노총 산하 공공부문 노조 중 일부는 2008년부터 2010년까지 산별노조로의 전환이나 집단교섭을 추진하였다는 사실을 고려하면 상급단체 간에 차이가 드러나는 이유를 추정할 수 있다.

요약하면 기업별 노조에서 보건산업 부문은 대상이 제한적이긴 하지만 산별지부와 기업별 노조 간의 차이가 거의 없고 상급단체 간의 차이도 나

<표 4-11> 공공부문 상급단체별 기업노조 협약 : 조합원 자격 제한

(단위: 개, %)

	사용자+비정규직 제한 유형	사용자 제한 유형	비정규직 제한 유형	노조법·규약수준 유형
한국노총	12(52.2)	4(17.4)	1(4.3)	6(26.1)
민주노총	8(14.8)	17(31.5)	0(0.0)	29(53.7)

타한다고 하기 어려우며 대체적으로 포괄적이다. 또한 금속산업은 민주노총 금속노조 산하 지부와 한국노총 금속노련 산하 지부 간 조합원 가입 범위와 협약 적용범위 간에 차이가 나타나지 않는 것은 유사하지만 상대적으로 배제적이다. 즉 금속산업은 상급단체 효과나 산별노조 효과가 나타나지 않고 기업별 노조의 배타성이 두드러지는 것이다. 반면 금융산업은 한국노총 금융노조 산하 기업별 지부보다 민주노총 산하 기업별 노조의 포괄성이 훨씬 높다. 산별노조 효과가 나타나지 않고 상급단체 간의 차이가 나타나는 것이다. 마지막으로 공공부문 기업별 노조는 상급단체 효과가 두드러진다.

결국 산별노조와 상급단체의 효과가 모두 나타나지 않는 금속산업, 민주노총 산별 효과가 지배적인 보건의료산업, 산별효과보다는 민주노총이라는 상급단체 효과가 나타나는 금융산업, 산별노조가 거의 없고 산별교섭의 경험이 없어서 상급단체 효과만 나타나는 공공부문으로 나누어 볼 수 있다. 최소한 금융, 보건의료, 공공에서는 민주노총이면서 산별을 지향하거나 민주노총 산하일 경우 조합원 가입범위와 협약 적용범위가 상대적으로 넓어서 비정규직을 보호하고 규율할 가능성이 크다.

다. 기업별 협약 비교 : 비정규직에 대한 보호 및 규율

기업별 협약에서 비정규직에 대한 보호 및 규율은 크게 간접고용 관련 조항과 직접고용 관련 조항으로 나뉜다.

1) 보건의료산업

보건의료산업 분석대상 협약은 민주노총 보건의료노조 산하 기업지부 37개, 보건의료노조 외의 기업별 노조 2개, 한국노총 산하 기업별 노조 5개 등 총 44개이다. 규율 유형은 크게 간접고용만 있는 유형, 직접고용만 있는 유형, 두 개 모두 있는 유형, 두 개 모두 없는 유형 등 네 가지로 나뉜다. 사내하도급에 대한 규율 정도이기 때문에 비교의 초점은 간접고용에 대한 규율(간접고용만+두 개 모두 있음) 조항의 비중이다.

두 개 모두 규율하는 유형은 44개 협약 전체의 70.5%이며 보건의료노

〈표 4-12〉 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형 : 보건의료산업

(단위: 개, %)

	간접고용만	직접고용만	두 개 모두 있음	두 개 모두 없음	총 수
전 체	2(4.5)	6(13.6)	31(70.5)	5(11.4)	44(100.0)
보건의료 산하 지부	2(5.4)	4(10.8)	29(78.3)	2(5.4)	37(100.0)

조 기업지부 협약의 78.3%로 보건의료노조 기업지부 협약이 대체적으로 직접고용과 간접고용 모두를 규율하는 형태로 정착되어 있고 그것이 전체 산업에 영향을 끼친다고 볼 수 있다. 비교의 초점인 간접고용에 한정할 경우 보건의료노조 산하 지부는 83.8%가 보호 및 규율 조항을 갖고 있으며 보건의료산업 전체로는 72.7%이다.

또한 한국노총 산하 5개 기업협약에서는 두 개 모두 없는 경우가 3개 협약, 직접고용만 규율하는 협약이 2개 협약이며 간접고용을 규율하는 협약은 없다. 따라서 한국노총 산하 병원 협약은 비정규직 보호 및 규율 정도가 낮지만 한국노총 산하 병원노조 모두를 대상으로 한 것이 아니기 때문에 제한적으로 해석해야 할 것이다. 그리고 민주노총에 속하지만 보건의료노조 지부가 아닌 두 사업장(대한적십자 노동조합과 경북대학교병원 노동조합)은 간접고용과 직접고용 비정규직을 모두 규율한다.

문제는 규율의 수준일 것이다. 가장 큰 특징은 간접고용에 비해 직접고용 비정규직에 대한 보호 및 규율 수준이 매우 높다는 사실이다. 특히 보건의료 노조 산하 기업별 지부의 대부분은 직접고용 비정규직의 정규직 전환, 처우개선과 차별시정, 사용제한, 우선채용 조항을 갖고 있으며 직접고용 비정규직 사용시 노사간 협의 혹은 합의할 것을 규정한다. 구체적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

정규직화와 관련하여 한양대 지부협약 제38조 (비정규직의 정규직화 및 근로조건 개선)은 “③ 10개월 이상 근무한 비정규직의 정규직화 시 시용기간을 두지 않는다. (중략) ④ 의료원은 비정규직 근무가 2년을 넘지 않도록 노력한다. ⑦ 2007년 단체협약 합의사항(2007. 8. 17 신설) ㉞ 직접고용 비정규직 59명(서울 40명, 구리 19명)을 2007년 9월 1일부로 정규직화한다. ㉟ 직접고용 비정규직 70명(서울 44명, 구리 26명)을 2009년 7월

1일부터 정규직화한다”는 등 매우 구체적이고 실질적이다. 이와 유사한 조항을 제일병원지부,⁴¹⁰⁾ 경기도립의료원지부,⁴¹¹⁾ 일신기독병원지부,⁴¹²⁾ 이화여대의료원지부,⁴¹³⁾ 고려대학교의료원지부⁴¹⁴⁾, 전북대학교병원지부,⁴¹⁵⁾ 대한적십자사노동조합⁴¹⁶⁾ 등 다수의 병원지부 협약에서 확인할 수 있다.

- 410) “제40조(계약직의 채용) ① 2005년 1월부터 입사하는 직접고용 비정규직의 계약기간을 1년으로 하고 계약만료 시점에 공정한 채용절차를 거쳐 정규직화한다. 단, 정규직 전환이 어려운 일부 부서는 담당했던 업무가 조정되거나 해고 사유 등 특별한 사유가 발생한 경우를 제외하고는 고용이 보장되도록 한다. ② 계약직에서 정규직으로의 전환 시 계약근무기간의 경우 승격심사 시 경력사항에 반영하도록 한다.
- 411) “제37조(비정규직의 근로조건 및 처우) ⑤ 1년 이상 된 계약직원은 정규직원으로 즉시 전환하고 1년 미만인 경우 1년이 될 때 정규직으로 전환하며 비정규직기간의 경력을 100% 인정한다. 다만, 1년 미만의 경우라도 정원 내 결원 발생 시 근속기간의 우선순위에 따라 즉시 정규직으로 전환한다. ⑥ 의료원은 1년 이상 된 비정규직의 재계약 시 정규직의 임금인상분 이상의 임금을 인상한다. ⑦ 비정규직의 정규직화 1. 정원 내 비정규직 근로자는 2001년도 7월 31일까지 정규직화한다. 다만, 당해 근로자 본인의 의사에 반할 수 없다. 2. 의료원은 현재 근무중인 비정규직을 전원 정규직화하되 50%는 2002년 12월 말까지 정규직화하고 나머지 50%는 2003년 12월 말까지 정규직화한다. 3. 현 정원 내 비정규직을 2002년 4월 1일까지 정규직화하고, 정원 외 비정규직에 대해서는 정원을 확보하도록 한다. ⑧ 계약기간 만료를 이유로 정당한 이유 없이 해고할 수 없다.
- 412) “제23조(정원유지) 2-1. 기존의 1년 이상 비정규직을 2006년 1월 1일부로 정규직으로 전환한다.”
- 413) “[별도합의서] ■산별 합의안에 따른 세부사항 2) 비정규직(임금인상 중 1.8%에 대하여) ▲정규직화 1. 목동병원 임시직 중 의무부 11명, 3개월 이상된 간호사, 치과위생사 4명은 정규직화한다. 2. 2006년 정규직화 합의한 동대문병원 기계설비계 1명, 해부병리과 1명은 동대문병원 인권관련 논의 시 대상에 포함시켜 논의한다.”
- 414) “[2008년도 지부교섭 노사합의서] 4. 비정규직의 정규직 전환 - 비정규직 10명을 정규직으로 전환한다(시행일: 2009년 3월 1일자).”
- 415) “제15조(직원채용) ⑤ 병원은 비정규직 채용 시 사전에 조합과 협의한다. [2008년 별도합의] 2. 비정규직(한시대체 및 단시간근로자 제외) 31명은 이사회에 상정하여 정원을 확보한 후 2009년 1월 1일 정규직으로 전환한다(단 수습직을 제외한 계약직은 전형절차를 거쳐야 한다).”
- 416) “[별도협약서] 제13조(직접고용 비정규직운영) ① 병원사업장의 간호직 직접고용비정규직운영은 2010년까지 약 30% 이하 수준으로 단계별로 축소한다. 다만 통영병원의 경우에는 약 40% 이하 수준으로 단계별로 축소한다. ② 혈액사업장의 직접고용 비정규직 운영은 혈액안전성강화를 위해 기관별, 직종별로 2006년 약 20%부터 2010년까지 약 10% 수준으로 단계별로 축소 운영한다. ③ 만 2년 초과 40세 이하 직접고용 비정규직을 단계적으로 정규직화(기간의 정함이 없는 근로자)하도록 노력한다.”

또한 직접고용 비정규직 처우개선을 거의 대부분의 병원에서 분명하게 명기한다. 예를 들어 서울대학교 치과병원은 “제19조 (2) 임시직은 임시직으로 꼭 필요한 업무 이외에는 임시직을 쓸 수 없다. (3) 부분적으로 필요한 업무에만 운용되고 있는 단시간근무자로 인해 정규직원이 불이익을 보아서는 아니 된다. 제22조의2(비정규직 처우개선) ① 삭제 ② 병원은 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 의한 휴일 및 병가, 청원휴가, 정기휴가를 정규직과 동일하게 부여한다. 단 2001년 단체협약 체결일 이전의 휴일 및 휴가는 소급적용하지 아니한다. ③ 비정규직의 임금은 매년 정규직 직원의 임금인상률과 동일하게 적용한다. 단 2001년 실질 임금인상자는 제외한다. ④ 직원호봉 사정 시 우리병원 비정규직 근무경력은 80% 인정하며, 경력인정에 따른 호봉 재확정은 2002. 1. 1.자로 한다. 단, 2002. 1. 1. 이전 퇴사자는 제외한다. ⑤ 비정규직 직원 본인, 배우자 및 직계존비속에 대하여 정규직원과 동일한 진료비 감면율을 적용한다. ⑥ 비정규직 직원에 대하여 하계휴가비와 귀향활동비를 정규직원과 동일한 기준으로 지급한다. 단 1년 미만 근무자 및 단시간근로자에 대하여는 지급기준액의 50%를 지급한다. ⑦ 병원은 비정규직의 정규직화를 위한 정원확보에 노력한다. ⑧ 비정규직의 연월차수당 지급액 산정기준을 정규직과 동일하게 적용한다. ⑨ 병원은 비정규직 직원에 대하여 근속연수를 고려한 임금체계를 신설한 후 2004년부터 이를 적용한다. ⑩ 병원은 계약직근로자(한시적근무자 제외)에게도 정규직과 동일하게 단체협약을 적용한다. 단 기존의 합의 사항을 제외한 임금과 관련된 조항은 별도의 합의를 통하여 적용하되 보육수당은 정규직과 동일하게 적용한다. ⑪ 35세가 경과된 자는 어떠한 이유로도 상시적인 업무에 채용하지 아니한다”는 등의 상세한 규율 내용을 포함하고 있다. 원자력병원지부,⁴¹⁷⁾ 대한적십사자노조,⁴¹⁸⁾ 한양대의료원

417) “제37조(비정규직의 고용) ④ 의학원은 비정규직의 처우(임금포함) 개선을 위해 지속적으로 노력하고, 다음 각 호와 같은 처우를 한다. 1. 비정규직 직원의 고용·산재·건강·국민연금 등 사회보험은 제반 관련법에 의거하여 적용한다. 2. 시간제 및 임시직직원의 복리후생을 위하여 의학원이 시행하는 복리시설의 이용 및 진료비 감면은 정규직과 동일하게 적용한다. ⑤ 의학원은 비정규직을 가능한 확대하지 않으며, 비정규직의 정규직화를 위하여 지속적으로 최대한 노력한다. ⑥ 임시직에서 정규직으로 변경된 자의 입소일은 최초 입소일로 통일하며 이를 근무기간에 포함한다. ⑦ 의학원은 비정규직 직원이 담당하던 업무가 조정

지부,⁴¹⁹⁾ 이화여대의료원지부,⁴²⁰⁾ 건국대학교충주의료원지부,⁴²¹⁾ 춘해병원지부⁴²²⁾ 등의 사례도 유사하다.

직접고용 비정규직 사용제한이나 우선채용 조항은 경북대학교병원 2007년 지부보충협약의 우선채용 조항인 “제39조(적정인력확보및정년유

되거나 해고 등 특별한 사유가 발생한 경우를 제외하고는 가능한 한 고용보장이 되도록 노력한다. ⑧ 의학원은 직접 고용한 1년 미만의 비정규직 직원에 대하여 월 1회의 유급휴가를 부여한다. ⑨ 비정규직 직원의 근로시간 단축과 생리휴가 무급화로 인하여 기존의 임금이 저하되어서는 아니된다.”

418) “[별도협약서] 제14조(병원사업장 직접고용 비정규직 임금) 2007년도 임금인상은 정규직과 동일한 인상률로 하되, 정규직의 해당 직종 초호봉을 기준으로 80% 미만 직원에 대해서는 정규직 임금인상률에 25%를 할증하고 60% 미만 직원에 대해서는 정규직 임금인상률에 50%를 할증한다. 제15조(혈액사업장 직접고용 비정규직 임금) ① 직접고용 비정규직 임금(총액기준: 보건수당, 연차수당, 실적평가급 제외)은 정규직의 해당 직종 초호봉을 기준으로 2007년부터 60% 이하는 4년 이내, 60% 이상은 3년 이내 단계별로 인상하여 약 80% 수준을 유지토록 한다. ② 2007년도 임금인상은 정규직과 동일한 인상률로 하되, 정규직의 해당 직종 초호봉을 기준으로 80% 미만 직원에 대해서는 정규직 임금인상률에 25%를 할증하고, 60% 미만 직원에 대해서는 정규직 임금인상률에 50%를 할증한다. ③ 직접고용 비정규직에 대해 각 지부에서 지부보충협약 등 노사간의 합의를 통해 지급되고 있는 위로금 및 격려금등을 지급하지 않는 조건(관련근거 삭제)으로 실적평가급을 2007년도 50%, 2008년도 100%를 지급한다.”

419) “[2008년도 임금협약서] 1. 총액 대비 4.2% 인상한다. 2. 비정규직에게 2008년 급여인상분 총액 대비 4.2%를 인상한다.”

420) “[별도합의서] ■ 산별 합의안에 따른 세부사항 ▲ 차별시정 1. 직접고용 비정규직에 대한 차별시정은 7월 1일부터 적용한다. 2. 직접고용 비정규직의 차별시정은 복리후생 부분은 정규직과 동일하게 적용하고, 임금은 정규직 총액임금의 87%로 한다.”

421) “제25조(비정규직) 6) 병원은 병원 내의 모든 비정규직 근로자에게 근로기준법, 산업안전보건법, 산재보상보험법 및 4대보험(건강보험, 국민연금, 산재보험, 고용보험)을 가입한다.

422) “제40조(비정규직 근로조건 및 처우) 1. 비정규직은 임금 및 계약기간을 제외하고는 정규직과 동일한 단체협약을 적용받는다. 3. 사용자는 직접고용 비정규직 근로자에 대하여 근로기준법, 산업안전보건법, 산재보상보험법과 4대보험(건강보험, 국민연금, 산재보험, 고용보험)을 적용한다. 4. 사용자는 직접고용 비정규직 임금을 포함한 근로자의 처우 개선을 위해 노력한다. 7. 직접고용 1년 미만 비정규직에 대하여 월1회 유급휴가를 보장한다. [2008년 임금합의서] □병원은 산별 중앙 교섭 임금합의안에 따라 총액 기준 4.0%를 인상한다. 1. 비정규직(임시직) 1) 촉탁직 ① 시급 또는 일급 근로계약자: 4.5% 인상 ② 월급 근로계약자: 기본급 4.5% 인상 2) 그 외: 최저임금법과 산별 중앙협약에 따른다.”

지) ① 의학원은 자연퇴직, 업무량의 증가 및 변화, 부서의 통폐합 및 신설 등으로 인한 결원발생 시 또는 증원 시 정규직으로 충원하는 것을 원칙으로 한다. 단, 직접고용 비정규직이 있는 부서에서 인원 보충 시 결격 사유가 없는 한 비정규직 근무자를 채용하도록 노력한다.” 경기도립의료원의 2006년 지부보충협약의 사용제한 조항인 “제37조(비정규직의 근로조건 및 처우) ③ 의료원은 인턴사원제 도입 시 노동력의 대체가 아닌 연수생으로서만 그 역할을 한정하고, 연수관리 책임자와 교육일정에 대하여 노동조합과 합의하며, 연수기간 동안 식대와 교통비를 지급한다. 만약 연수생이 정식 직원으로 채용될 경우 근무경력을 인정한다. ④ 의료원은 공공근로 취로사업 및 공익근무요원의 근무를 정규직 업무를 대체하는데 사용해서는 안 되며 보조업무에 한해 행한다. ⑬ 임시직과 시간제: 의료원은 일반적으로 기존의 정규직의 업무를 임시직이나 시간제로 대체해서는 아니 되며, 일시적인 업무 과중(산전·산후휴가, 병가 등) 특수한 경우를 제외하고는 임시직 또는 시간제 노동자를 채용하지 않으며 이의 경우에도 최소한의 인원, 기간에 한한다” 등이 대표적이다. 부평세림지부,⁴²³⁾ 서울아산병원지부,⁴²⁴⁾ 홍성의료원지부,⁴²⁵⁾ 일신기독병원지부,⁴²⁶⁾ 이화여대의료원,⁴²⁷⁾ 예수병원지부⁴²⁸⁾, 구미차병원지부,⁴²⁹⁾ 고려대병원지

423) “제97조(임시직과 시간제) ‘병원’은 정규직의 업무를 임시직 또는 시간제 근로자로 대체해서는 아니 되며, 현재 정규직 업무를 대체하고 있는 임시직 또는 시간제 노동자는 정규직으로 전환하여야 한다.”

424) “제19조(직원의 채용) (2) 통상 근무를 요하는 업무에 대해서는 임시직을 사용하지 않는다. 단, 정규직원 결원 시 임시직으로 근무한 자 중 적임자를 채용절차를 거쳐 정규직으로 우선 채용될 수 있도록 한다.”

425) “[인력충원](신설, 2004. 8. 17 중앙교섭) 1. 의료원은 주5일제 노동시간 단축에 따른 필요인력을 충원함에 있어 각 병원 및 사업장별로 조합(지부)과 협의하여 시행하되 병원에 근무하는 직접고용 비정규직을 정규직으로 우선 고려한다. 4. 의료원은 주5일제에 따른 인력충원과 연계하고 직접고용 비정규직에 대하여 2년 이상 근무한 경우 우선적으로 정규직화를 고려한다.”

426) “제24조(수습기간) 정직 중에 결원이 발생하였을 시에는 임시직을 우선순위로 한다.”

427) “제29조(수습기간) (2) 임시직은 3개월을 초과할 수 없으며(이것은 재계약을 통해 임시직으로 운영할 수 없다는 의미도 포함) 정규직의 결원이 생기는 경우 임시직으로 근무한 자를 특별 배려한다.”

428) “제15조(수습기간 및 임시직) 3. 일용직은 채용하지 않는 것을 원칙으로 한다.

부⁴³⁰⁾ 협약 등에서도 우선 채용 및 사용제한을 확인할 수 있다. 이 외에 직접고용 비정규직 도입 시 노사간의 협의 혹은 합의는 거의 모든 병원 지부협약에서 발견할 수 있다.

하지만 간접고용의 규율 내용이나 수준은 직접고용에 비해서는 취약하다. 가장 보편적으로 나타나는 조항은 업무의 일부를 용역과 같은 간접고용으로 전환하거나 새롭게 용역을 도입할 경우 노동조합과 협의 혹은 합의하며, 도입하지 않는 것을 원칙으로 하는 등 도입을 자제하거나 도입하는 경우에도 그것이 정규직을 대체하거나 기존 직원에 불이익을 주지 않아야 한다는 협약이다. 대한적십자사 노동조합,⁴³¹⁾ 한국원자력의학원 지부,⁴³²⁾ 전북대학교병원지부,⁴³³⁾ 서울대학교치과병원지부,⁴³⁴⁾ 서울아산병원지부,⁴³⁵⁾ 건국대학교병원지부⁴³⁶⁾ 등이 대표적인 사례이다.

-
- 단, 부득이한 경우에는 공채를 원칙으로 한다. 4. 충원을 목적으로 한 신규직원의 사용기간은 3개월의 수습기간을 거쳐 부적격 사유가 없을 시 정식 발령하되 부득이한 경우 인력위원회에서 협의한다. 제15조2(비정규직 도입 및 처우) 1. 병원은 비정규직 도입을 더 이상 확대하지 않으며 T/O 범위 내에서 정규직 채용을 원칙으로 한다. 2. 비정규직 채용은 T/O 범위를 벗어난 경우, 일시적 결원을 보충, 한시적 업무, 정년 퇴직자, 예우차원, 어린이집, 수련생, 기타로 한정한다.”
- 429) “제23조(직원의 채용 및 결원보충) 3. 병원은 병원운영상 지속적으로 인력이 필요한 부분에 대해 정규직 채용을 원칙으로 한다. 단, 원내 근무한 비정규직 및 감원자를 우선 채용한다. 제24조(수습직) 3. 병원은 정규직의 업무를 임시직 또는 시간제 노동자로 대체할 수 없다.”
- 430) “제25조(인력보충) ④ 의료원은 인간의 생명을 다루는 병원으로 가능한 비정규직(시간제)을 고용하지 않으며, 현재 고용되어 있는 비정규직(시간제)에 대해서는 점차적으로 정규직으로 전환시키는 데 노력한다.”
- 431) “제26조(용역근절) 적십자사는 업무의 일부를 용역으로 전환할 경우 조합과 사전 협의하여 시행한다.”
- 432) “제43조(용역도입금지) ① 의학원은 노사합의 없이 정규직 업무를 용역으로 전환하지 아니한다. ② 용역업체 계약과 관련하여 낙찰업체에게 노동조합에서 복지후생 및 해고회피 노력에 대하여 설명할 수 있도록 한다.”
- 433) “제16조(용역관리) ① 병원은 추가로 용역을 도입하지 않는 것을 원칙으로 한다. 단, 경영상 부득이한 경우는 노사협의를 한다. ② 제1항에 의거하여 용역이 도입될 경우 해당 조합원의 의사에 반하는 신분상 불이익한 조치(해고)를 할 수 없다.”
- 434) “제25조(용역) 병원은 용역 도입 시 사전에 충분히 노동조합과 협의하여 시행한다. 다만 신규 용역으로 인하여 현재 근무 중인 직원의 신분상 불이익을 주어서는 아니 된다.”
- 435) “제26조(인원정리 등) (3) 병원은 용역을 이유로 직원의 신분상의 불이익을 줄 수 없다.”

불법용역 근절을 명기한 것도 상징적인 수준에 머문다. 예를 들어 흥성 의료원 지부협약 “제54조(불법용역근절) 1. 의료원은 노사협의 없이 정규직의 업무를 용역으로 전환해서는 안 된다. 2. 의료원은 명목이 어떠한든 불법용역을 근절한다”나 “제56조(비정규직 정규직화, 차별철폐, 용역 및 외주도입)(신설, 2002. 6. 7 중앙교섭) 3. 의료원은 용역, 위탁, 도급 등의 도입이 근로조건을 악화시킬 경우 사전에 노조와 합의하여야 한다”가 그러하다.

다음으로는 간접고용의 고용승계이다. 경기도립의료원 지부협약 제37조에서 “① 의료원은 용역업체 변경 시 병원에 근무하고 있던 이전 용역회사 직원들 중 본인이 희망하고 의료원 노사가 인정하는 경우 새로운 용역회사에 채용되어 병원에서 계속 근무할 수 있도록 계약서에 명시한다”고 규정한 것은 지방의료원의 거의 모든 협약에서 공통적으로 확인할 수 있다. 또한 예수병원지부협약 “제22조의2(간접고용(파견, 용역) 노동자의 고용보장) 1. 원하청 계약이 해지되어 하청(파견, 용역)업체가 변경되더라도 동일하고 유사한 업무일 경우 병원은 신규하청(파견, 용역)업체가 하청(파견, 용역) 노동자의 고용을 승계할 수 있도록 적극 노력한다. 2. 고용승계시 임금 등 노동조건을 저하할 수 없도록 적극 노력한다”, 건국대학교병원지부 별도합의서 “1. 적정인력 확보 및 비정규직 정규직화 요구 ② 용역(도급)계약에 근거하여 근무하는 노동자에 대하여 재계약 혹은 업체가 변경되어도 계속 근무할 수 있도록 고용승계 및 임금 및 근로조건에 대해서는 최소한 현행 이상으로 유지되도록 노력한다”, 춘해병원 지부협약 “제40조(비정규직 근로조건 및 처우) 8. 사용자는 용역회사 직원들의 직접사용자는 아니지만 고용안정이라는 사회적 요청에 부응하여 용역업체가 변경될 경우 가급적 이전 용역회사 직원들의 해고 문제가 발생될 경우 새로운 용역회사에 채용될 수 있도록 계약 체결 시 반영되도록 노력한다” 등이 해당 사례이다.

상대적으로 드물긴 하지만 간접고용 노동자의 근로조건 보호 조항도

436) “제28조(용역 및 축탁) ① 병원은 병원 경영상 신규용역을 주게 될 경우 현재 근무 중인 직원에 대한 불이익을 주지 않기 위한 사항에 대하여 조합과 합의한다.
② 병원은 조합과 합의 없이 파견근로자를 도입할 수 없다.”

있다. 경기도립의료원 지부협약 “제37조 ⑫ 의료원은 의료원에 근로를 직접 제공하는 외주 및 용역 노동자의 4대 보험과 법정 최저임금 보장을 위해 노력한다”, 이화여대의료원 지부협약 “제31조(비정규직 대우) (2) 의료원에 근무하는 모든 용역노동자의 최저임금은 보건의료산업노동자(산업분류: 보건업)의 최저임금, 노동부 ‘매월노동통계 조사보고서’에 의거한 월평균 정액급여의 40%로 정한다. [별도합의서] ■ 산별 합의안에 따른 세부사항 ▲ 차별시정 3. 간접고용 비정규직에 처우개선을 위하여 월 33,000원의 수당을 지급하도록 한다”, 정읍아산병원지부 “제22조(고용조정) ⑥ 용역, 파견계약이 해지되어 용역, 파견업체가 변경되더라도 동일하고 유사한 업무일 경우 병원은 신규 용역업체가 노동자의 고용을 승계할 수 있도록 협조한다” 등이다.

요약하면 보건의료 산업은 보건의료노조 지부의 주도 아래 상당수의 협약에서 직접고용과 간접고용 모두를 규율한다. 하지만 규율 내용이나 수준에는 차이가 있다. 직접고용은 구체적이고 실질적인 실행계획을 담고 있는 반면, 간접고용에는 도입 시 노사협의 혹은 협의조항이 대부분이고 고용승계는 선언적인 노력 조항이며 임금 및 근로조건 개선 역시 일부 협약에 포함되어 있다. 또한 한국노총 산하 병원노조 5개 중 2개에서만 직접고용 비정규직 관련 조항이 존재하며 간접고용 규율 조항은 없기 때문에 상당한 차이가 있다.

2) 금속산업

한국노총 금속노련 산하 58개 노조, 민주노총 금속노조 산하 58개 지부·지회 등 총 116개 협약에서 직접고용 비정규직과 간접고용 관련 규율 유형은 <표 4-13>과 같다.

<표 4-13> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형 : 금속산업

(단위: 개, %)

	간접고용	직접고용	두 개 모두 있음	두 개 모두 없음	총수
전 체	22(19.0)	11(9.5)	47(40.5)	36(31.0)	116(100.0)
한국노총 금속노련	16(27.6)	7(12.1)	3(5.2)	32(55.2)	58(100.0)
민주노총 금속노조	6(10.3)	4(6.9)	44(75.9)	4(6.9)	58(100.0)

금속산업 전체적으로 간접고용만 규율 19.0%, 직접고용만 규율 9.5%, 두 개 모두 규율 40.5%, 두 개 모두 규율하지 않음 31.0%이다. 간접고용 규율(간접고용+두 개 모두 있음)은 59.5%인 반면, 직접고용 규율(직접고용+두 개 모두 있음)은 50.0%로 간접고용을 규율하는 사업장이 좀 더 많다. 보건의료산업의 간접고용 규율 비중이 72.7%인 것과 비교하면 규율 및 보호 조항을 갖고 있는 사업장은 상대적으로 적다. 특히 사내하청 노동쟁의의 대부분이 금속산업 사업장에서 발생한 것을 고려하면 그 효과가 충분히 반영되어 있지 않다 할 것이다. 이것은 산별교섭 비중이나 효과가 보건의료산업에 비해 낮기 때문인 것으로 해석할 수 있다. 또 다른 특징은 금속노조와 금속노련 간의 차이이다. 금속노조 산하 지부·지회의 75.9%가 직접고용과 간접고용 모두를 규율하고 있으며 이것은 보건의료노조 지부와 거의 비슷하다. 하지만 금속노련 산하 기업별 노조에서 두 개 모두를 규율하는 경우는 3개 지부(5.2%)에 불과하며 두 개 모두 규율하지 않는 비중이 반수를 넘는 55.2%로 금속노조 6.9%와 뚜렷한 차이를 보인다. 또한 하나만 규율할 경우 금속노련이나 금속노조 모두 직접고용보다는 간접고용의 보호 및 규율 비중이 높지만 그 역시 차이가 있어 금속노련은 간접고용 규율 사업장이 32.8%인 반면 금속노조는 86.2%이다. 금속노조로 한정할 경우 간접고용 규율 정도는 보건의료노조 83.8%보다 높다. 즉 산업 전체적으로는 간접고용 규율 정도가 떨어지지만 산별노조로만 한정할 경우에는 그렇지 않은 것이다.

보호 및 규율의 내용 면에서 금속노련과 금속노조 사이의 차이도 크다. 간접고용을 예로 들자면 금속노련은 대부분 외주화 시 노사 협의나 합의 정도를 명시한다. 매그나칩반도체 노동조합 협약 “제21조(인원정리) 2. 기존 생산부서 전부 또는 일부를 하도급으로 할 때는 회사는 반드시 조합과 사전 협의하여야 한다. 3. 회사의 증축, 확장 시에도 전부 및 일부를 하도급으로 할 때 회사는 조합과 사전 협의하여 결정한다”가 대표적인 예이다. 하이닉스반도체 노동조합 협약,⁴³⁷⁾ 삼화콘덴서공업(주) 노동조합 협약,⁴³⁸⁾

437) “제21조(인원정리) 2. 기존 생산부서 전부 또는 일부를 하도급으로 할 때는 회사는 반드시 조합과 사전 협의하여야 한다. 3. 회사의 증축, 확장 시에도 전부 및 일부를 하도급으로 할 때 회사는 조합과 사전 협의하여 결정한다.”

LIG넥스원 노동조합 협약,⁴³⁹⁾ 텔코 노동조합 협약,⁴⁴⁰⁾ 동희정공 노동조합 협약,⁴⁴¹⁾ 동해전장주식회사 노동조합 협약,⁴⁴²⁾ (주)지코 노동조합 협약⁴⁴³⁾도 마찬가지이다. 약간의 예외가 있다면 도급사업의 안전보건까지 강조한 한라스택폴 노동조합 협약⁴⁴⁴⁾이나 외주계약 체결 이후 하도급업체 관련 사항을 노조에 통보하도록 한 경신공업 노동조합 협약⁴⁴⁵⁾ 정도이다.

또한 (주)성우하이텍 노동조합처럼 구조조정 시 정규직보다는 간접고용을 먼저 정리한다는 합의⁴⁴⁶⁾를 하거나 현대미포조선 노동조합처럼 작업에서 직영을 우선한다는 협약⁴⁴⁷⁾도 있어 비정규직을 정규직 고용안정의 완충제로 활용함을 직간접적으로 드러내기도 한다. 특히 직접고용을 인원정리의 우선순위로 한다는 것은 다른 협약에서도 나타나는데 체시스 노동조합,⁴⁴⁸⁾ (주)지코 노동조합,⁴⁴⁹⁾ 동부제철 노동조합⁴⁵⁰⁾ 등이 그러하다.

-
- 438) “제45조(인사원칙) 3. 회사는 정규직 사원 외에 용역, 임시직, 시간제, 외국인근로자를 채용할 시는 조합과 사전 협의한다.”
- 439) “제14조(인사권) 3. 공장이동, 외주전개 또는 기구축소, 확장 등으로 다수 인원의 이동 또는 감원 시에는 조합과 사전에 협의한다.”
- 440) “제20조(고용보장) 조합원이 근무하는 공정의 분사, 용역으로 전환 시에는 사전에 노동조합과 충분한 협의를 거친다.”
- 441) “제21조(하도급 및 일용공) 1. 회사는 생산부의 일부를 외주처리 할 때에는 반드시 사전에 조합과 협의하여야 한다.”
- 442) “제23조(인원정리) 3. 일부의 생산부서를 하도급으로 전환코자 할 때는 사전 조합에 60일 전에 통보하고 성실하게 협의하여야 하며 고용불안이 발생되지 않도록 최선을 다하여야 한다.”
- 443) “제52조(용역 또는 하도급) 회사는 경영상 부득이한 사유로 생산부의 일부를 용역 또는 외주, 하도급으로 전환하고자 할 때에는 사전에 조합과 협의하고 조합원의 고용안정 및 근로조건에 관하여 사전에 조합과 협의한다.”
- 444) “제86조(도급사업의 안전보건조치) 회사는 사업장 내에서 행하여지는 도급사업으로 인해 발생하는 도급 노동자의 산업재해를 예방하기 위하여 산업안전보건법상의 조치를 취해야 한다.”
- 445) “제46조(하도급) 2. 회사는 외주계약이 체결되면 외주 또는 하도급업체의 주소, 대표자, 전화번호, 종업원 수 등을 노동조합에 통보하여야 한다.”
- 446) “제27조(인원정리) 우선순위-자발적지원자, 임시직(계약직, 단기근로자), 해외현지법인연수생, 사내하청근로자, 수습사원, 단기근로자”
- 447) “제27조(하청운영) 1. 부서 직종별 소속된 조합원은 하청으로 인하여 어떠한 불이익의 손해를 보아서는 아니 되며, 작업의 우선순위는 직영으로 한다.”
- 448) “제34조(인원정리) 2. 인원정리 시 희망퇴직자, 촉탁, 수습기간 중인자의 순으로

반면 금속노조의 보호 및 규율 내용이나 강도는 매우 강한데 첫째, 외주화 시 노사합의는 보편적인 조항일 뿐만 아니라 합의 내용 역시 구체적이다. 예를 들어 기아자동차 지부협약은 “제46조(외주처리 및 하도급, 분사) ① 회사는 타 법인과 조직 통폐합 및 생산(KD 포함), 연구, 정비, 판매 부문의 전부 또는 일부(공정 포함)를 외주처리(모듈화 포함), 분사 및 하도급으로 전환할 경우 계획 확정 전 조합에 서면으로 통보하고 노사 의견 일치하여 시행한다. ② 양산되는 차종의 판매권(통신판매 포함)을 이양 및 중단하고자 할 때에는 사전에 조합에 통보한 후 노사 의견을 일치하여 시행한다. ③ 엔진 및 변속기를 타사 및 타 법인에 이전 투입할 경우 확정 전 관련 현황을 조합에 통보하고, 고용안정위원회에서 노사 의견을 일치하여 시행한다. ④ 개발된 신차종 및 생산차종(단산차종 제외)을 동회오도 및 타 법인에 투입(하이브리드카 포함)하고자 할 경우 노사 의견을 일치하여 시행한다” 등의 구체적인 내용을 규정하고 있다.

현대자동차 지부협약에도 “제40조(하도급 및 용역 전환) 1. 생산, 연구, 정비부문의 전부 또는 일부를 외주처리(모듈 포함)하거나 하도급 또는 용역 전환 등 고용에 영향을 미치는 계획을 수립할 시 60일 전 조합에 통보하고 노사공동위원회를 구성하여 심의, 의결한다. 2. 판매부문 대리점의 신규로 추가 개소되는 T/O에 관한 사항 등 전반적인 사항은 소위원회(부문위원회와 산하지회) 및 조합과 심의, 의결한다. 대체개소 및 거점이동 등은 소위원회(부문위원회와 산하지회) 및 조합과 협의하되 일방적으로 시행하지 않으며, 대체개소 및 거점이동 시 모지점 관할구역으로 한다. 기타 대리점 관련 사항은 기존 노사합의 및 대리점 운영방안 별도합의서에 따른다. 5. 회사는 하도급 또는 용역업체가 조합의 지적에 의해 부당노동행위 판정을 3회 이상 받은 업체와 재계약시 조합에 사전 통보하여 조합의 의견을 확인(동의)한 후 재계약한다”는 등의 구체적인 조항이 있다.

하며 근무성적, 출퇴근성적, 근속연수, 건강상태, 나이 등의 요소를 감안하여 정리해고의 기준을 정한다.”

449) “제43조(인원정리) 2. 희망퇴직자가 감원계획 인원내 미달한 때에는 임시직원, 수습사원, 단기근속자 순위로 정리한다.”

450) “제6조(인원정리 및 하도급) 인원정리 방법은 다음과 같다 2. 희망퇴직자가 인원정리 계획인원에 미달할 때에는 임시직, 수습사원 순으로 한다.”

앞에서와 같이 구체적이지는 않지만 위아지회는 협약 제32조(사내하청·비정규직)에서 “① 직접 생산라인에 사내하청 노동자를 투입할 시 조합에 사전 통보하고 노사협의 한다. ② 회사는 사내하청계약이 체결되면 사내하청업체의 업체명, 대표자, 사업등록, 계약내용을 조합에 문서로 통보한다”는 등의 노사협의 조항을 명기하고 있다. 이와 유사한 협약은 STX엔진, 유성기업, 동희, 세정, 케피코, 케이아이씨, 비엔지스틸, 코람, 상신브레이크 등 대부분의 지부나 지회협약에서 발견할 수 있다.

둘째, 금속노조 산하 지부지회 협약에는 사내하청에 대한 사용제한과 불법파견 금지 조항이 있다는 점에서 금속노련 산하 노동조합과 차이가 있다. 예를 들어 유성기업지회 협약은 “제43조(사내하청 사용제한과 불법파견 금지) 1) 회사는 정규직의 업무를 파견, 용역으로 대체해서는 안 된다. 2) 회사는 불법파견을 하지 않는다. 3) 불법파견으로 인한 신규채용 시 결격사유가 없는 한 해당 사내하청 노동자와 사업장 내 비정규직 노동자를 우선 채용한다. 4) 불법파견이 확인되었을 경우 불법파견 업체와 계약을 해지하고 재계약 업체와의 고용승계를 위해 노력한다. 5) 회사는 경영상의 부득이한 사유로 일부 부서나 생산물량을 외주 또는 하도급으로 전환하고자 할 때에는 해당 조합원의 직장 및 생계에 영향을 미치는 사항에 대해서는 사전 조합과 합의하여 문제가 발생하지 않도록 한다”는 등의 내용을 담고 있다.

또한 동희지회는 “제40조(사내협력업체의 사용제한과 불법파견 금지) 사내 협력업체 인원은 2005년 말 기준으로 200명으로 한다. 200명 이상으로 인원 필요시 정규직으로 채용하고 2006년도 단체협상 때 재논의한다”고 최대치를 합의하였다. 세정지회 협약도 “제38조(사내하청(도급) 노동자) 1. 회사는 사내하청(도급)은 현 인원으로 유지하되 자연 감소 시 정규직 사원으로 채용한다. 2. 내국인 사내하청(도급) 노동자는 정규직 사원으로 전환한다(단, 대상자는 노사협의하여 결정한다). 3. 기타사항은 노사합의한다”고 규정한다. 더불어 대우라이프지회는 [별도합의서]를 통해 “1. 2007년도 용역인원 투입기준은 구미공장 생산직 인원 총원 대비 14% 이하로 한다. 단, 아래 각 호의 인원은 기준율에서 제외한다. 가. 청소인원(미화원, 소각로, 분쇄실) 및 사고자 대체인원, 나. 단기간 또는 간헐적으

로 사용하는 인원, 2. 회사는 합법 용역업체로부터 용역인원을 공급받는다”고 합의한 바 있다. 위니아만도 역시 “제32조(파견 및 용역 또는 하도급) 1. 회사는 불법파견 인력을 사용하지 않는다. 2. 회사는 관계기관에 의해 불법파견 확인 시 소정의 절차에 따라 정규직 채용을 원칙으로 한다. 3. 회사는 경영상의 부득이한 사유로 생산부문의 일부(후속 제품 포함)를 용역 또는 외주, 하도급으로 전환하고자 할 때에는 조합원의 고용안정 및 근로조건에 관한 사항은 60일 전에 통보하고 조합과 협의하여 추진한다”는 조항을 갖고 있다.

하지만 불법파견이 사회적 쟁점이며 오랫동안 지속되었고 노동쟁의 역시 빈발하다는 점에서 단체협약의 규율 정도는 상대적으로 낮다고 할 것이다.

셋째, 사내하도급의 산업안전 관련 합의가 꽤 많이 있다. 기아차 “제99조(적용범위) 산업안전보건에 관한 규정은 전 종업원에게 적용되며, 하청(임시직, 도급노동자)에 대하여는 법적인 산재보험 및 건강진단, 보호구 지급, 작업환경측정 등 산업안전보건 관련 법규를 성실히 이행하도록 한다”, 금호타이어 “제100조(도급업체 안전보건조치) 1. 회사는 월 1회 도급업체 대표자협의회를 통하여 안전보건교육을 실시한다. 2. 회사는 도급업체 종사자가 적정한 안전보호장구를 착용하도록 도급업체 대표들을 지도한다. 3. 회사는 도급업체 대표와 함께 분기 1회 정기적으로 해당 작업장에 대한 안전보건점검을 실시한다. 4. 기타사항은 산업안전보건법에 따른다”, 위아지회 협약 “제69조(사내하청 노동자의 건강권 보호에 관한 조치) 회사는 사내하청업체의 산업재해 예방을 위하여 다음 각 호의 조치를 취한다. 1. 안전보건에 관한 협의 및 감독 2. 작업장의 순회 점검 등 안전보건 관리 3. 하청업체가 행하는 근로자의 안전보건에 대한 지도 4. 기타 재해예방을 위해 필요한 사항” 등이 그것이다. 이와 유사한 조항을 STX엔진이나 케이아이씨 등 상당수 지부지회협약에서도 확인할 수 있다.

넷째, 사내하도급의 임금 및 근로조건에 관한 광범위한 보호와 규율 조항이 있다. 위아지회 협약은 “제32조(사내하청·비정규직) ③ 회사는 사내하청업체가 근로기준법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법을 위반하지 않도록 계도하며, 위반사항이 있을 시 7일의 시정 기간을 주고 관계

법령을 준수토록 지도한다. ④ 회사는 사내하청 노동자가 근로기준법상의 노동시간, 퇴직금, 연월차휴가, 생리휴가, 주휴, 법정공휴일 등에 불이익 대우받지 않도록 지도한다. ⑤ 회사는 사내하청 노동자에게 동일한 작업 복과 안전보호 장구를 지급하며, 복지시설을 공동으로 사용하도록 한다”고 규정한다. 이와 유사한 협약은 STX엔진, 동희, 세정, 케이아이씨, 상신 브레이크 등에서도 확인 가능하다.

다섯째, 상대적으로 적지만 사내하청 고용승계 및 노사관계에 대한 사항이 있다. 위아지회는 협약 제32조(사내하청·비정규직)에서 “⑥ 사내하청 업체의 노사문제로 인하여 당사와의 도급계약에 불이익 처분을 하지 아니한다”고 규정한다. 분말야금지회는 협약 제33조(기업의 분할, 합병, 양도시 고용승계)에서 “회사를 분할, 합병, 양도, 분사, 아웃소싱 시 60일 전에 조합에 통보하며, 고용 및 근속연수 승계, 단체협약 및 노동조합을 승계한다”고 명기하였다. 또한 기아자동차 지부는 사내하청 노동자를 우선채용 범위에 넣었다. “제27조(우선 및 특별채용) ① 회사는 인력 수급계획에 의거 신규채용 시 사내 비정규직, 재직 중 질병으로 사망한 조합원의 직계가족 1인, 정년퇴직자 및 장기근속자(25년 이상)의 자녀에 대하여 채용규정상 적합한 경우 우선 채용함을 원칙으로 한다. 단, 가점부여 등 세부적인 사항은 별도로 정한다.”

여섯째, 직접고용 비정규직에 대한 보호 방안 역시 금속노련 산하 노동조합에 비해 구체적이다. 위아지회는 협약 제32조(사내하청·비정규직)에서 “⑦ 임신·출산·육아 또는 질병·부상으로 발생한 결원에 대해 노조와의 합의 없이는 임시직, 단기계약직을 사용할 수 없다”고 한다. STX엔진은 협약 제42조(임시직의 사용제한과 정규직화)에 “1. 임시직 사용기간은 3개월을 경과할 수 없으며 경과될 시 조합과 합의한다. 2. 임시직 근무자가 있는 부서에서는 인원보충 시 결격사유가 없는 한 임시직 근무자를 우선적으로 채용한다. 3. 임시직에서 정규직으로 채용할 경우 임시직 근무기간을 수습기간에 포함한다. 4. 조합가입 범위에 속한 업무를 수행하기 위하여 계약직을 채용하고자 할 때는 조합과 합의하여 채용한다”는 내용을 명기했다. 이와 유사한 조항은 유성기업, 동희, 케이아이씨, 코람, 분말야금 등의 단협에서도 확인할 수 있다.

하지만 금속노조 산하 지부 및 지회 일부에서 인원정리 시 비정규직을 우선하는 협약이 있어 규율이나 보호와 충돌한다. 예를 들어 현대모비스는 협약 제40조(하도급 및 용역전환) 내에 “1. 생산, 연구, 부품부문의 전부 또는 일부를 외주처리 및 하도급 또는 용역 전환 등 고용에 영향을 미치는 계획을 수립할 시 60일 전 조합에 통보하고 노사공동위원회를 구성하여 심의, 의결한다. 3. 회사는 하도급 또는 용역업체가 조합의 지적에 의해 부당노동행위 판정을 3회 이상 받은 업체와 재계약 시 조합에 사전 통보하여 조합의 의견을 확인(동의)한 후 재계약한다”는 조항과 “2. 회사는 부문 내 일감부족으로 여유인력이 예측되는 경우 외주 또는 하도급 및 용역전환을 중단하고 연간 협력업체 운영계획의 재조정 등을 통하여 최우선적으로 사업소 내 작업물량을 확보하여야 한다”는 조항을 동시에 갖고 있다.

또한 현대자동차 지부협약에도 “제40조(하도급 및 용역 전환) 3. 정비부문의 그린서비스(부분정비업체, 지정정비공장) 개설 및 전반적인 운영에 관한 사항은 부문위원회와 사업부문 간 별도 합의서에 의해 시행한다. 또한, 정비부문 내 일감부족으로 여유인력이 예측되는 경우 외주 또는 하도급 및 용역전환을 중단하고 연간 협력업체 운영계획의 재조정 등을 통하여 최우선적으로 서비스센터 내 작업물량을 확보하여야 한다”는 조항이 있다.

코람의 “제34조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) 2. 감원 시 자퇴자를 우선 적용하고 비조합원, 임시직, 수습직, 단기 근속자 순위로 정리한다”, 분말야금의 “제31조(고용안정유지) 2. 자퇴자가 감원계획 인원 미달할 때에는 비조합원 및 임시, 수습 등 단기 근속자 순으로 정리한다” 등도 충돌하는 조항이다.

요약하자면 금속노련 산하 노동조합과 금속노조 산하 지부 및 지회 간에 비정규직에 대한 규율 및 보호와 관련한 단체협약은 큰 차이가 있다. 이것은 산별적 노사관계를 지향하거나 산별교섭의 경험이 있는 조직과 기업별 노사관계를 유지하는 조직 간의 차이이기도 하다. 하지만 직접고용뿐만 아니라 간접고용에 대한 보호나 규율을 한다 하더라도 인원정리라는 비상 시기에는 결국 비정규직보다는 정규직을 보호한다는 것이 협

약에 드러나 있다. 또한 최대 쟁점인 불법파견이 단체협약에 충분히 반영되고 있지 못하다는 것도 눈에 띈다.

3) 금융산업

한국노총 금융노조 산하 12개 지부와 공공노련 산하 4개 기업노조(총 16개 지부 및 노조), 민주노총 산하 37개 노조의 비정규직 보호 및 규율 유형은 <표 4-13>과 같다. 전체적으로는 간접고용만 규율 7.5%, 직접고용만 규율 35.8%, 두 개 모두 규율 9.4%, 두 개 모두 규율하지 않음 47.2%이다. 간접고용을 규율(간접고용만+두 개 모두 있음)하는 사례가 전체의 17.0%로 직접고용을 규율(직접고용만+두 개 모두 있음)하는 사례 45.3%보다 적다. 금융산업의 외주화가 상당히 많이 진전된 것을 고려하면 간접고용에 대한 규율이 매우 취약하다. 또한 전반적으로 보건이나 금속에 비해 비정규직에 대한 보호 및 규율 정도가 상대적으로 취약하며 산별교섭의 효과가 잘 나타나지 않는다. 이것은 금융노조 산별교섭이 사실상 기업별 교섭 및 협약의 확대에 불과하고 민주노총 산하 노조는 일부를 제외하고는 대체적으로 산별 교섭이나 협약을 체결하지 못하기 때문이다.

또한 보호 및 규율 내용 역시 떨어진다. 간접고용에 대한 규율은 주로 파견근로 사용에 한정하며 사내하도급에 대한 규율을 찾아보기 어렵다. 가장 전형적인 사례는 금융노조 우리은행 지부의 [고용안정에 대한 협약] 제3조(고용안정대책)와 제10조(파견근로자의 사용)로 그 내용은 다음과 같다. “제3조 ① 사용자는 조합과 고용안정을 위하여 다음 사항을 성실하고 충분하게 협의한다. 4. 업무위·수탁의 운영기준에 관한 사항, 제10조 사용자는 파견근로자를 사용하고자 하는 경우에는 파견근로자의 사용직

<표 4-14> 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형 : 금융산업

(단위: 개, %)

	간접고용	직접고용	두 개 모두 있음	두 개 모두 없음	총 수
전 체	4(7.5)	19(35.8)	5(9.4)	25(47.2)	53(100.0)
한국노총 금융노조 등	2(12.5)	5(31.3)	0(0.0)	9(56.3)	16(100.0)
민주노총 사무금융 등	2(5.4)	14(37.8)	5(13.5)	16(43.2)	37(100.0)

종 및 업무 등에 대하여 조합과 사전에 성실하게 협의하여야 한다.” 민주노총 증권노조 현대증권지부,⁴⁵¹⁾ 대한생명보험노동조합, 제일화재해상보험지부, NH투자증권노조, 사립학교교직원연금관리공단노조 등도 유사하다.

반면 직접고용에 대한 보호 및 규율은 상당히 구체적이는데, 이에 대해서는 첫째, 무기계약 혹은 분리직군으로의 전환 방침을 담고 있는 사례가 있다. 예를 들어 민주노총 전국축산업협동조합과 부경양돈협동조합은 협약 제23조(임시직, 일용직, 계약직)에서 “① 협동조합이 임시직, 일용직, 계약직 노동자를 채용, 배치, 해고 시 그 대상 및 기간, 임시직, 일용직, 계약직 노동자 관련 각종 규정 및 표준계약서 등과 관련해 노동조합 지부와 사전에 합의하여야 한다. ② 현재 정규직이 담당하고 있는 업무를 임시직, 일용직, 계약직 노동자로 대체할 수 없으며 현재의 임시직, 일용직, 계약직 노동자는 본 합의서 후 정규직으로 전환하되 그 구체적인 실행방안은 노동조합 지부와 협의한다”고 규정하고 있다.

민주노총 증권노조 산하 대우증권 지부는 [단체교섭 지부요구안 합의문]에서 “3. 비정규직 정규직화를 위하여 분리직군제를 도입하며 세부적인 사항은 협동조합 실무진과 노동조합 실무진에 위임하며 시행은 노사 협의회에서 결정한다”고 분리직군 방식을 명시했다. 현대증권지부,⁴⁵²⁾ 동양종합금융증권노조,⁴⁵³⁾ 에스지신용정보노동조합⁴⁵⁴⁾ 등도 유사하다. 또한 전국증권산업노조(교보증권, 굿모닝 신한증권, 대한투자증권, 대한투자신탁운용, 하나증권, SK증권 지부)는 2008년 협약에서 비정규직의 정규

451) “[고용안정에 관한 협약] 제12조(파견근로자의 사용) 사용자는 파견근로자 사용 시 노동조합과 사전 협의한다.”

452) “제28조(비정규직) ② 비정규직은 임시적 필요성을 벗어나는 일정 기간 후에는 정규직으로 전환하여야 하며, 전환과 관련한 세부 사항은 노사가 정한 바에 따른다.”

453) “제87조(비정규직의 정규직 전환) ① 회사는 상시적 업무에 비정규직을 2년 이상 계속 고용해야 하는 경우 해당 근로자에 대한 직간전환 평가기구 설치 후 정규직으로 전환하는 데 최선을 다한다. ② 회사는 정규직 전환평가 기준 및 근거에 대하여 사전에 조합과 협의한다.”

454) “제29조(비정규직의 정규직 전환) 다음 각 호의 경우 정규직으로 전환 1. 업무계약직은 입사 후 1년이 경과하면 정규직으로 전환한다. 단 2008년 5월 입사자 이후부터 적용하며 OP, 교환, 기사, 별도계약직은 제외, 2. 영입계약직은 6개월 계약을 원칙으로 하여 1회 연장계약 할 수 있으며, 계약기간 만료 후 회사의 필요에 따라 정규직으로 전환한다.”

직 전환에 관하여 “① 사용자는 일정 기간 후에는 비정규 노동자를 정규직으로 전환하며, 구체적인 사항은 별도의 노사합의에 의한다. ② 비정규직 노동자의 경우 1년 후에는 정규직 전환 기회를 부여하며, 정규직 전환에 대한 구체적 사항은 별도의 노사합의에 의한다. ③ 비정규직에서 정규직으로 전환 시 비정규직으로 근무한 기간을 근속연수에 포함하는 것을 원칙으로 한다”는 내용을 명시하고 있다.

둘째, 직접고용 비정규직의 임금 및 근로조건 개선을 합의한 사례도 있다. 한미은행 지부는 2009년 [‘고용안정에 관한’협약 및 ‘회사발전협의회에 관한 협약에 관한 합의서]에서 “④ 계약직의 복리증진 및 시장 경쟁력 확보를 위하여 임금 및 복리후생에 대하여 지속적으로 개선·노력한다. 4. 전문계약직을 제외한 계약직의 임금 및 근로조건에 대해서 조합과 협의하여야 한다”고 규정한다. 그러나 2009년 [비정규직 임금인상에 관한 별도합의서]에는 “① 2008년도 비정규직의 임금인상은 합의 일 현재 재직 중인 직원을 대상으로 하되, 전문계약직 및 실적급제, 섭외계약직, 실적급제 채권회수 계약직, 은행에 직접고용 되지 않은 비정규직 직원은 제외한다”는 등의 배제조항 역시 함께 존재한다.

전국축산업협동조합과 부경양돈협동조합은 2008년 단체협약 제23조(임시직, 일용직, 계약직)에서 “③ 임시직, 일용직, 계약직 노동자는 고용, 임금, 모성보호, 휴일, 휴가, 안전 및 보건과 관련해 정규직 노동자와 동등한 권리를 보장하여야 한다. ④ 임시직, 일용직, 계약직 노동자에 대해 그 고용형태를 이유로 고용 및 노동조건과 관련된 차별적 대우를 할 수 없다. ⑤ 임시직, 일용직, 계약직 노동자는 단체협약, 취업규칙상의 모든 규정을 정규직과 동등하게 적용받는다”고 규정하였다. 동시에 2008년 임금협약에서는 “4. 비정규직 계약직 직원에 대하여는 정규직에 준하여 임금을 인상 조정하며, 1년 이상 근속한 시간제업무 보조원에 대하여는 소급급여 지급 일에 300,000원(무기근로시간제업무 보조원에 대하여는 600,000원)을 정액으로 지급한다”고 합의하였다.

셋째, 직접고용 비정규직 우선채용이나 사용제한 합의 조항도 눈에 띈다. 동양종합금융증권노조는 다음과 같이 우선채용을 합의하였다. “제88조(인력 충원 시 우선채용) 회사는 신규인력을 충원할 경우 사업장 내의 비

정규직 중 적격자에 한하여 일반에 우선하여 채용함을 원칙으로 한다.”

LG카드 노동조합은 제85조(고용형태 전환금지)에서 “회사는 정규직 노동자를 비정규직으로 전환시킬 수 없으며, 특히 여성임을 이유로하여 노동자의 고용형태상 지위를 변경할 수 없다”고 하고 제86조(비정규직 채용 제한)에서는 “① 비정규직은 정규직 외에 특정한 업무수행을 위하여 기한을 정하여 회사에 고용된 인력을 말한다. ② 비정규직은 CRM(상담), DM, 심사업무 등의 직무에 운영함을 원칙으로 한다. ③ 제2항에 한정된 직무외 그외 나머지 인력의 정규직 대비 비정규직 비율은 25% 내로 운영함을 원칙으로 하며 비율을 초과할 경우 노사간에 합의한다”고 명시했다. 대한화재해상보험지부⁴⁵⁵⁾, 당진축산업협동조합, 농협중앙회지부 등도 유사하다.

요약하면, 금융산업은 직접고용과 간접고용 비정규직에 대한 보호 및 규율 정도가 상대적으로 취약하며 특히 간접고용 비정규직에 대한 규율 관행이 더 약하다. 또한 산별교섭을 진행하는 한국노총과 기업별 노조 시스템인 민주노총 간에 차이가 거의 없거나 금융노조 산하 지부가 오히려 규율이 약한 것은 산별노조 및 교섭의 효과가 나타나지 않음을 의미한다.

4) 공공부문

공공부문은 한국노총 산하 25개 노조, 민주노총 산하 57개 노조 등 총 82개 노동조합을 대상으로 한다.

〈표 4-15〉 비정규직에 대한 보호 및 규율 유형 : 공공부문

	간접고용	직접고용	두 개 모두 있음	두 개 모두 없음	총 수
전 체	2(2.4)	28(34.1)	18(30.0)	34(41.5)	82(100.0)
한국노총	0(0.0)	4(16.0)	3(12.0)	18(72.0)	25(100.0)
민주노총	2(3.5)	24(42.1)	15(26.3)	16(28.1)	57(100.0)

455) “인사기준에 관한 보충협약 제1조 ⑦ 촉탁 및 임시직원의 운용. 1. 회사는 비정규직원의 축소를 위하여 노력한다. 2. 촉탁임용자는 일반직 35명, 영업직 90명 이내로 한다. 3. 회사는 일반직 촉탁을 임용할 때 조합과 사전협의한다. 4. 이 보충협약 체결일 이후 신규채용 되는 일반직 촉탁은 채용일로부터 1년 이내에 정규직원으로 임용하거나 해고할 수 있다.”

전체적으로 간접고용만 규율하는 비중은 2.4%로 보건, 금속, 금융과 비교하면 가장 낮지만 간접고용 규율(간접고용만+두 개 모두 있음)은 32.4%로 금융보다는 높고 보건이나 금속보다는 낮다. 하지만 직접고용 규율(직접고용만+두 개 모두 있음)은 보건(84.1%) 다음으로 높은 64.1%이다(금속 50.0%, 금융 45.3%). 한국노총이 28.0%이지만 민주노총은 68.4%로 공공부문 비정규직의 무기계약직으로의 전환을 민주노총 사업장이 상대적으로 충실하게 이행하였다는 것을 보여준다. 즉 공공부문은 산별교섭이나 협약은 없지만 공공부문 비정규직 대책과 상급단체 효과가 결합하여 나타났다.

또한 산별교섭이나 산별협약이 존재하지는 않지만 금융산업보다 비정규직 보호 및 규율 정도가 높다는 것에 주목할 필요가 있다. 산별교섭이 사실상 기업별 노사관계의 확대에 불과할 경우에는 그 효과가 나타나지 않는다. 더군다나 금융노조에는 대기업 노조가 결합하고 있으며 그것이 기업별 노사관계를 보다 지배적인 것으로 만들어 금융산업에서는 상급단체 효과도 가장 낮은 것으로 보인다.

다음으로 민주노총 산하 공공부문에서 비정규직 보호 협약은 직접고용과 간접고용을 모두 규율하는 비중이 직접고용만을 규율하는 비중보다는 낮지만 금융처럼 차이가 나지는 않아서 직접고용을 규율하는 협약이 있을 경우 과반수 정도가 간접고용을 규율한다. 공공부문 비정규직 대책이 직접고용 비정규직에 초점을 맞추고 있지만 그것이 간접고용에 대한 규율에도 일정하게 영향을 미칠 가능성이 있음을 보여준다. 또한 최근 공공부문 간접고용 관련 노동쟁의의 활성화를 반영하는 것이기도 하다.

우선 간접고용 규율 협약의 특징을 보면 첫째, 노사합의 혹은 협의가 가장 보편적인 형태이다. 대한주택공사노동조합은 제25조(파견근로자 사용 제한)에서 “공사가 파견근로자를 사용코자 할 때에는 파견근로자 수, 사용직종 및 업무, 기간 등에 대하여 사전에 조합과 성실하게 협의하여야 하며 파견업주와 계약 체결 시 그 내용을 조합에 공개하여야 한다”며 파견근로를, 제25조의2(외부위탁 제한)에서 “공사가 공사 업무와 관련하여 외부위탁(아웃소싱)을 하고자 할 때에는 사전에 조합과 협의하여야 한다”며 사내하도급을 내용적으로 나누어 규율하고 있다. 한국마사회노동조합

은 “제46조(하도급 및 용역전환) 조합원의 집단적인 직무전환배치 또는 인력감축이 수반되는 기존 업무의 하도급 용역으로의 전환, 일부 사업의 폐지 시 사전에 조합과 협의하며, 직무전환 또는 인력감축방법 및 절차를 정함에 있어 관련된 조합원에게 불이익한 처우가 되지 않도록 조합의 의견을 적극 반영한다”고 규율하는 한편, 2007년 [구조조정 및 고용안정 보충협약]에서는 “제9조(협의사항) 1. 파견근로자의 사용 2. 인력감축을 전제로 한 일부 업무의 용역전환 시 그 절차와 방법에 관한 사항”이라고 규정한다. 반면 아스공항지부는 파견에 대한 언급 없이 도급 혹은 용역을 규율한다는 차이가 있지만 그것은 사업장의 내부 여건 등에 따른 것으로 보인다.⁴⁵⁶⁾ 아리랑방송부,⁴⁵⁷⁾ 신문발전위원회,⁴⁵⁸⁾ 한국영상자료원,⁴⁵⁹⁾ 한국항공연구원,⁴⁶⁰⁾ 대한주택공사,⁴⁶¹⁾ 한국조폐공사,⁴⁶²⁾ 영화진흥위원회,⁴⁶³⁾

456) “제59조(회사의 매각, 분할, 합병, 양도, 도급 용역) ① 회사를 매각, 분할, 합병, 양도, 도급, 용역하고자 할 때 회사는 조합에 통보하고 그 진행경과에 대한 정보를 수시로 조합에 제공한다. ② 회사는 분할, 합병하거나 사업의 전부 또는 일부를 타인에게 매각하고자 할 때에는 고용 및 근속연수 승계, 단체협약 및 노동조합 승계를 원칙으로 한다.”

457) “제49조(비정규직 채용의 제한) ① 재단이 단기간 계약직·용역·파견노동자 등 비정규직 노동자를 채용 또는 사업장에 근무하게 할 경우는 조합과 사전에 협의한다.”

458) “제32조(비정규직의 정규직 전환) ③ 사측은 파견직, 임시직, 계약직 또는 시간제노동자 채용을 가급적 제한하고 부득이 채용할 경우 조합과 사전에 협의하여야 한다.”

459) “제33조(비정규직) ① 사용자는 임시직, 계약직, 시간제, 일용직, 축탁직, 용역, 파견노동자 등 비정규직 노동자를 채용 또는 사업장에 근무하게 할 경우는 조합과 사전에 협의한다.”

460) “제16조(용역) 사용자는 용역 인력활용에 대하여 조합이 의견을 제시할 경우 최대한 반영한다.”

461) “제25조(파견근로자 사용제한) 공사가 파견근로자를 사용코자 할 때에는 파견근로자 수, 사용직종 및 업무, 기간 등에 대하여 사전에 조합과 성실하게 협의하여야 하며 파견업주와 계약 체결시 그 내용을 조합에 공개하여야 한다. 제25조의2(외부위탁제한) 공사가 공사 업무와 관련하여 외부위탁(아웃소싱)을 하고자 할 때에는 사전에 조합과 협의하여야 한다.”

462) “제29조(용역전환) 공사는 공사업무의 일부를 용역으로 전환하고자 할 때에는 3개월 전에 조합에 통보하며 조합원의 고용 및 제반 근로조건에 관한 사항은 사전에 조합과 성실히 서면으로 협의한다.”

463) “제35조(비정규직) ① 사용자는 임시직, 계약직, 시간제, 일용직, 축탁직, 용역, 파견노동자 등 비정규직 노동자를 채용 또는 사업장에 근무하게 할 경우는 조합

아시아나항공,⁴⁶⁴ 한국소방검정공사,⁴⁶⁵ 한국철도산업철도유통본부,⁴⁶⁶ 한국시설안전공단⁴⁶⁷ 등이 유사한 협약을 갖고 있다.

둘째, 간접고용 사용제한이다. 영화진흥위원회지부는 제35조(비정규직)에서 “② 비정규직 노동자의 채용은 다음 각 호의 경우로 한정한다. 1. 임신, 출산, 육아 또는 질병, 부상 등으로 발생한 결원을 대체할 경우 2. 기타 조합과 합의된 경우, 단, 중대재해가 발생할 가능성이 많은 업무(직무)에 대해서는 비정규직을 채용 또는 사용할 수 없다”고 한다. 국립중앙청소년수련원,⁴⁶⁸ 한국철도시설공단 등에도 이와 같은 협약이 있다.

셋째, 간접고용의 직접고용으로의 전환 합의가 있다. 대한장애인협회 노동조합은 제42조(사용자의 사회공공성 강화책무)에서 “① 사용자는 관련 공공서비스분야의 외주용역화, 도급, 민간위탁 등의 구조조정을 중단하고 불가피하게 구조조정이 필요할 경우 노동조합의 동의하에 이를 추진해야 한다”고 합의했다. 또한 제49조 ②에서는 “민간위탁된 사업의 경우 민간위탁의 객관적이고 합리적인 이유가 없는 경우 민간위탁 기간이 만료하는 대로 재직영화한다. ③ 제2항은 최단 시일 내 시행하도록 한다. 다만 해당 기간에는 비정규직 사용의 객관적이고 합리적인 사유를 기관

과 합의해야 한다. 제82조(용역인력활용의 억제) 사용자는 조합과 합의하지 않은 상태에서 용역인력을 활용할 수 없다.”

464) “제22조(고용안정) 6. 회사는 조합원의 고용안정에 문제가 될 수 있는 아웃소싱을 시행할 경우 조합과 합의하여 시행한다.”

465) “제44조(채용) ② 공사가 임시직, 계약직, 시간제, 일용직, 축탁직, 용역, 파견노동자 등 비정규직 근로자를 채용 또는 사업장에 근무하게 할 경우는 조합과 사전에 합의해야 한다.”

466) “제61조(외주 및 용역) ① 갑은 정규직의 업무를 용역으로 전환하거나 사업 또는 업무의 일부를 하도급으로 전환하고자 할 때에는 사전에 을과 협의한다. ② 갑이 불가피하게 파견, 용역근로자를 사용할 때는 채용 여부, 업종, 대상, 기간, 인원, 근로조건 등에 대하여 을과 사전에 협의하여야 한다.”

467) “제28조(파견근로자 활용제한) 사용자는 조합과 합의하지 않은 상태에서 파견근로자를 활용할 수 없다. 제29조 (용역활용의 제한) 사용자는 조합원이 수행하고 있는 업무를 용역으로 변경할 경우에는 조합과 합의한다.”

468) “제56조(파견·용역노동자의 사용제한) ① 수련원은 파견·용역노동자를 사용할 때는 채용 여부, 업종, 대상, 기간, 인원, 노동조건, 계약업체 선정 등 그 내용을 조합에 공개하여야 한다. ② 수련원은 현재 근무 중인 직원의 업무를 파견·용역노동자로 대체해서는 아니 된다. 단, 긴박한 경영상의 이유로 대체하고자 할 때에는 노사 합의하에 시행하여야 한다.”

이 입증한 경우를 제외하고는 해당자를 기간만료를 사유로 해고, 해임, 재계약체결 거부 등 사실상 해고효과를 가져오는 조치를 취할 수 없다. ④ 해당 기관에서 외주용역 또는 도급, 위탁 등으로 인해 간접고용 노동자가 발생했을 경우 신속히 기관의 직접고용 정규직화를 추진한다”고 한다. 직접고용으로의 전환 합의가 상대적으로 드물 뿐만 아니라 그것을 사용자의 사회공공성 책무로 합의했다는 사실이 흥미롭다.

넷째, 간접고용 노동자의 처우개선 조항을 사용자의 의무로 인정한 것도 주목할 만한 사례이다. 대한장애인협회 노동조합은 제50조(간접고용 노동자의 고용안정 및 처우개선)에서 “① 사용자는 해당 공공기관의 민간 위탁 또는 외주용역화로 인해 간접고용 노동자가 발생했을 경우, 이를 간접고용 노동자에 대한 노사관계법상의 사용자의무를 인정해야 한다. ② 사용자는 해당 공공기관의 업무 외부위탁에 따른 간접고용 노동자에 대해 신속하게 직접고용으로 전환시키기 위한 제도적 조치를 강구해야 하고, 직접고용 전환 이전 간접고용 노동자에 대해 고용안정 및 처우개선, 용역업체 변경 시 간접고용 노동자의 고용보장에 대해 적극적인 조치를 취해야 한다. ③ 제2항의 처우개선을 위해 공공부문 공통의 최저임금제를 적용하되, 최저임금의 기준은 직접고용 노동자의 70% 이상의 임금을 반드시 설정해야 한다”고 규정한다.

직접고용과 관련된 조항은 보다 구체적이다. 첫째, 정규직 전환이나 우선채용 조항이 있다. 신문발전위원회 협약에는 우선채용과 정규직 전환에 관련한 내용이 있고,⁴⁶⁹⁾ 아리랑방송 협약에는 재단의 사회적 책무로서 정규직 전환을 합의한다는 내용이 있다.⁴⁷⁰⁾ 또한 중소기업진흥공단은 관련 법률에 따른 정규직 전환을 명시한다.⁴⁷¹⁾ 한국문화진흥원,⁴⁷²⁾ 한국철도산

469) “제26조(우선채용) ① 사측은 정규직 신규채용 시 해당 분야 비정규직 조합원을 우선적으로 정규직으로 전환토록 한다. 제32조(비정규직의 정규직 전환) ① 사측은 고정업무나 상시업무에 반복적으로 근무하는 비정규직이나, 현재 정규직 업무를 2년 이상 대체하고 있는 비정규직을 정규직으로 전환해야 한다.”

470) “제5조(재단의 사회적 책무) ③ 재단은 비정규직 노동자들에 대한 차별철폐와 정규직화를 위해 적극 노력한다. 제49조(비정규직 채용의 제한) ② 재단과 조합은 직접고용 계약직(무기)의 정규직 전환을 위해 노력하며 구체적 사항에 대해서는 별도 협의한다.”

471) “제37조(비정규직 전환 및 차별금지) ①(차별금지) 중진공은 비정규직에 대하

업철도유통본부,⁴⁷³⁾ 한국관광공사⁴⁷⁴⁾ 등에도 비슷한 협약이 있다.

둘째, 차별철폐와 처우개선도 정규직 전환과 함께 협약에 나타난다. 한국보건산업진흥원은 동일임금 동일노동 원칙과 정규직 전환을 합의했다.⁴⁷⁵⁾ 한국생명공학은 제36조에서 비정규직 동일노동 동일임금 원칙을 적용하고 정규직화 제도를 마련하였으며, 대한장애인협회 역시 정규직화 제도가 있다.⁴⁷⁶⁾

셋째, 직접고용 사용제한 조항이 있다. 한국폴리텍은 제40조(비정규고용의 제한)에서 “법인은 지속적이고 상시적인 업무에 비정규직 교사를 고용할 수 없다. 다만, 원활한 학사운영을 위해 시간강사를 채용하는 때에는 예외로 한다”고 한다. 한국시설안전공단은 제23조 비정규직채용의 제한과 제25조 계약제 양산 억제를 합의했다. 한국과학기술원,⁴⁷⁷⁾ 한국보

여도 정규직과 동일한 근로조건(노동시간, 휴일, 휴가, 임금수준, 복지, 근무비품, 기념품, 복무제도)을 적용한다. ②(정규직 전환) 중진공은 지역본·지부의 직접 계약한 비정규직은 관련 법률에 따른다.”

472) “제20조(채용) 3. 정규직 채용 시는 이미 근로 중인 비정규직 직원을 우선 채용할 수 있다.”

473) “제73조(고용직 및 비정규고용직의 제한과 정규직화) 같은 정규직 신규채용의 필요가 생겼을 경우 기존 동일업무 비정규근로자를 우선 채용하여야 한다.”

474) “제29조(상용직의 우선채용) 공사는 특정직무 직원의 결원 충원 시 그 직무의 직원으로 우선 채용함을 원칙으로 하고 그 기준과 방법은 노동조합과 협의하여 결정기로 한다.”

475) “제36조(비정규직 동일노동 동일임금 원칙 적용 및 정규직화 제도 마련) ① 사용자는 비정규직 노동자의 임금, 복지, 휴가 등 노동조건 차별을 철폐하기 위해 동일노동 동일임금 적용을 원칙으로 한다. ② 사용자는 전조 제1항의 실태파악을 토대로 비정규직 노동자의 합리적인 정규직화 방안을 마련한다. ③ 사용자는 제1항, 제2항을 실현하기 위해 정부의 예산 및 제도적 지원 등을 노동조합과 공동으로 정부에 요구한다. 제63조(선택적복리후생) ② 선택적복리후생제도는 예산 범위 내에서 비정규직에게 확대 적용될 수 있도록 한다.”

476) “제47조(직원의 채용) ② 비정규직 사용의 객관적이고 합리적인 이유의 입증책임은 기관에 있으며, 기관이 이를 입증하지 못할 경우 해당자는 정규직으로 간주한다. ③ 사용자는 비정규직에 대해 동일노동 동일임금 원칙을 적용한다. 제49조(비정규직의 정규직화) ① 사용자는 현재 사용 중인 비정규직 중 비정규직 사용의 객관적이고 합리적인 이유가 없는 경우는 정규직화한다. 비정규직 사용의 객관적이고 합리적인 이유 입증책임은 기관에 있다.”

477) “제46조(임시직과 시간제 고용) 사용자는 조합원을 해고시키고 그 업무를 임시직 또는 시간제 근로자로 대체하지 않는다. 다만 조합과 합의된 경우에는 그러하지 아니한다.”

건산업진흥원⁴⁷⁸⁾ 등도 전형적인 사례일 것이다.

4. 소 결

노사 자율적인 비정규직, 특히 사내하도급 규율 방안을 모색하기 위한 이 장의 질문은 크게 네 가지였다. 첫째, 산별노조의 경우 산별교섭 수준이 중앙집중적일수록, 즉 기업교섭으로부터 독립적이고 자율적일수록 산별협약에서 사내하도급을 규율하고 보호하는 정도가 강한가? 둘째, 산별노조 산하 기업별 지부와 산별노조에 소속되지 않은 기업별 노조의 협약 사이에 사내하도급 등 비정규직의 규율 수준이나 내용 간에 차이가 있는가? 특히 산별노조 산하 기업별 지부의 규율 내용이나 범위가 충실하고 넓은가? 셋째, 민주노총 산하 지부 혹은 노조와 한국노총 산하 지부 혹은 노조 간에는 차이가 있는가? 넷째, 단체협약에 영향을 끼치는 요인 중 가장 중요한 것이 무엇인가?

또한 이 글에서는 비정규 관련 단체협약에 영향을 끼칠 가능성이 큰 요인을 노사관계 시스템, 법이나 정책, 관련 노동쟁의, 상급단체 차이 등의 네 가지로 보며 그중에서도 노사관계 시스템의 효과가 상대적으로 클 것으로 가정하였다. 노사관계 시스템만을 보면 보건의료산업에서만 산별교섭과 협약이 기업별 교섭 및 협약과 독립적인 실체로 존재하며 그것이 기업별 교섭을 규율할 뿐 금속, 금융은 사실상 기업별 교섭을 넘어서지 못하고 있다. 따라서 보건의료 산업은 단체협약의 조합원 가입범위 및 협약적용 범위와 비정규직 관련 특별 조항 모두 포괄적일 수 있다. 하지만 다른 부분에서는 산별 노사관계만이 아니라 나머지 요인이 복합적으로 영향을 끼칠 수 있다.

산별노조부터 살펴보면 다음과 같다. 보건의료노조 산별협약은 조합원 가입범위나 협약 적용범위가 가장 포괄적이고 비정규직 관련 조항 역시

478) “제35조(비정규직 채용제한 및 정규직 채용확대) ①사용자는 비정규직 규모와 고용형태, 노동조건 등 전반적 현황과 문제점에 대한 정확한 실태파악을 노동조합과 공동으로 실시한다. ②사용자는 비정규직 문제해결의 기본원칙으로서 비정규직 확산을 방지하고 그 비율을 축소하기 위하여 비정규직 채용을 엄격히 제한하고 정규직 채용을 확대한다.”

가지고 있다. 보건의료 산별교섭의 독립성과 집중성이 반영된 것이라 하겠다. 다만 간접고용보다는 직접고용 비정규직의 규율 및 보호 수준이 높다. 이것은 보건의료 산별교섭 및 산별협약이 다수의 사업장을 실질적으로 규율하기 때문에 노사간의 합의가 쉽지 않고, 이 때문에 높은 수준의 합의를 이루기 어렵기 때문이다. 또한 간접고용 관련 쟁점이 직접고용 관련 쟁점보다 그 비중이 적은 것 역시 한 가지 요인이다.

금융노조 산별 협약은 조합원 가입범위와 협약 적용범위를 사실상 기업 노사에게 맡기고 있으며 비정규직 관련 조항 역시 선언적이고 상징적인 수준이며 기업 노사에 따라 다를 수 있다. 이것은 금융노조의 산별교섭이 사실상 기업별 노사간의 교섭을 확대한 형태에 불과한 현실을 반영한 것으로 보인다.

금속노조는 규약상의 조합원 가입범위와 협약상의 그것 간의 불일치로 비정규직, 특히 사내하도급 등이 배제될 가능성이 높지만 이를 비정규직 관련 특별협약으로 보완하고 있다. 특히 간접고용에 대한 보호 및 규율 정도가 높는데 금속산업 최저임금, 차별시정 조치, 비정규직 우선채용 조항, 외주화 시 노사합의, 불법과건 인력사용의 금지와 정규직화, 사내하청 노동자의 노동법상 권리, 협력업체와의 공정거래 노력조항 등이 그것이다. 보건의료산업에 비해 산별교섭이 상대적으로 취약한 금속노조 협약에서, 간접고용 등 비정규직에 대해 강한 규율을 반영한 단체협약이 나타나는 이유가 무엇일까? 이것은 대다수 대기업이 이 협약 범위 밖에서 별도의 기업별 교섭을 하며, 산별협약에 참여하는 사업장에서도 협약의 준수를 강제하기 어렵다는 점, 즉 산별협약 자체가 상징적이거나 도덕적인 측면이 강하여 노사 합의가 상대적으로 쉽다는 사실과 사내하도급 노동쟁의가 금속산업에서 주기적으로 발생하기 때문에 그것이 상징적일지라도 관련 협약을 요구하는 노조의 목소리가 크다는 사실의 결합이다. 그렇다 해도 금속노조 산별협약이 단지 상징적인 수준에 머무르는 것은 아니며 일종의 준거 틀로서 작용한다는 사실에 주목해야 한다.

기업별 협약을 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위, 비정규 관련 규율의 두 가지 측면에서 순서대로 살펴본 결과는 다음과 같다. 산별노조 산하 지부의 경우 조합원 가입범위와 협약 적용범위는 보건의료 산하 지

부가 가장 포괄적이고 금속→금융의 순으로 포괄범위가 적어진다. 또한 기업별 노조와 산별 기업지부 간 비교에 초점을 맞추면 보건의료산업은 전체적으로 포괄적인데 산별 지부뿐만 아니라 기업별 노조 역시 그러하여 상호 간의 차이가 상대적으로 적다. 보건의료노조 지부가 지배적인 비중을 차지하면서 영향을 미치기 때문인 것으로 해석할 수 있다.

금속산업은 금속노조와 금속노련이 포괄성이 모두 적기 때문에 차이가 크지 않다. 그것은 두 가지 때문인데, 하나는 금속노조가 산별교섭이나 협약의 영향력이 적고 대기업 노조의 효과가 커서 기업별 노조형태가 지배적이라는 점이고, 다른 하나는 금속노련이 사용자 관련 자의 노조 가입에 따른 위협을 상대적으로 덜 느껴 사용자 제한 조항의 비중이 낮다는 사실이 결합된 것이다. 즉 산별교섭의 효과가 크지 않을 뿐만 아니라 상급단체 효과 역시 상쇄되기 때문이다.

금융산업은 민주노총 산하 기업별 노조의 포괄성이 금융노조 기업별 지부보다 약간 더 높다. 이것은 금융노조의 산별교섭과 협약이 사실상 기업별 교섭과 협약의 확대에 불과하여 산별효과가 나타나지 않고 다른 한편 상급단체 효과가 작용하기 때문이다. 또한 산별교섭이나 협약이 이루어지지 않은 공공부문에서는 상급단체 효과만이 나타나서 기업별 노조 간에도 차이가 꽤 크다.

결론적으로 따라서 산별노조와 상급단체 효과가 함께 나타나는 보건의료 지부가, 상급단체 효과가 무력화되는 금속부문이나 상급단체 효과만이 주로 나타나는 금융이나 공공부문보다 포괄성이 큰 것이다. 또한 나머지 부문에서는 상급단체 효과가 어느 정도인가에 따라 포괄 정도에 차이가 있다.

하지만 비정규직 관련 규율은 조금 다르다. 간접고용 규율 조항을 중심으로 살펴보면 보건의료산업은 전체적으로 높고 보건의료노조 기업별 지부의 83.9%가 간접고용 관련 보호 조항을 갖고 있다. 금속산업에서는 금속노조 산하 기업별 지부가 보건의료노조 산하 지부보다 약간 더 높아서 86.2%이지만 금속노련 기업별 노조의 규율 및 보호 정도가 떨어져서 산업 전체적으로는 40.5%에 불과하다. 세 번째로는 공공부문인데 여기서도 민주노총 산하 기업별 노조의 규율 및 보호 정도가 상대적으로 높은

29.8%이며 한국노총 산하 기업별 노조는 12.0%만이 보호조항을 갖고 있다. 마지막으로 금융이 가장 낮는데 그것은 한국노총 금융노조 기업별 지부가 직접고용에 대한 규율을 하지만 간접고용에 대한 규율은 12.5%만이 보호조항을 갖고 있기 때문이며, 오히려 민주노총 산하 기업별 노조가 18.9%로 더 높다. 간접고용 보호 협약의 비중으로는 금속노조와 보건의료노조가 매우 높고 한국노총 산하 금속노련 기업별 노조 및 민주노총 산하 공공부문 기업별 노조는 중간 수준이며 민주노총 금융부분 기업별 노조가 그 다음이고 한국노총 금융노조 산하 기업별 지부와 한국노총 공공부문 기업별 노조가 가장 낮다. 그런데 보호 수준이나 내용에서는 금속노조 산하 지부가 압도적으로 강하고 보건의료노조 지부와 민주노총 공공부문 노조, 한국노총 금속노련 노조가 유사하며 민주노총 및 한국노총 금융부분과 한국노총 공공부분은 취약하다. 결국 간접고용에 대한 규율은 노동쟁의와 산별적 노사관계가 결합하여 단체협약으로 나타나며 그렇지 않을 경우 상급단체와 정책 혹은 법제도가 결합하여 단체협약에 반영되는 것이다. 따라서 법제도나 정책과 더불어 산별적 노사관계를 확대할 경우 자율적인 규율과 보호가 극대화될 수 있을 것이다.

제 5 장

결론 및 정책적 대안

1. 요약 및 정책적 대안

이 글은 두 가지 목적을 가지고 있다. 하나는 독일과 프랑스의 과건과 도급기준을 살펴보는 것을 통해 위법한 사내하도급과 적법한 사내하도급에 대한 구별 및 법제도적 규제 방식을 소개하는 것이다. 다른 하나는 노사관계를 통한 규율방안을 모색하기 위해 독일 등에서의 노사관계 규율을 살펴보고 한국의 단체협약에서의 사내하도급 규율 관행을 분석하는 것이다. 분석결과를 요약하면 다음과 같다.

(1) 독일에서는 근로자과건인지 도급인지 판단하는 데 있어서 법률규정이 아니라 연방법원의 판례에 따른다. 이때 판단의 기본원칙은 첫째, 실질판단의 원칙이다. 계약당사자가 원한 법적효과나 계약명칭이 아니라 계약의 실제적 이행 모습이 중요하다. 예를 들어 계약명칭이 도급계약일지라도 그 실질이 과건이라면 근로자과건에 따른 법률에 의해 규제한다. 둘째, 종합적 판단이다. 여러 가지 판단기준 중 어느 하나에 초점을 맞추기보다는 해당 기준을 종합하여 살펴보는 방식이다.

다음으로 연방법원의 판단 기준은 <표 5-1>과 같다.

대부분의 학설에서는 판례의 판단원칙 및 기준에 대체적으로 동의한다. 판례와 다른 방식을 제시하는 견해도 없지 않는데 그중 흥미로운 것은 사용지시권을 가지고 판단하자는 입장이다. Hamann(1995)은 지시권

〈표 5-1〉 파견과 도급의 판단기준(도급계약일지라도 파견인 경우)

기 준	내 용
사용사업으로의 실제적 편입 여부	① 근로자가 종전까지 사용사업주의 정규근로자에 의해 처리되던 업무를 수행하는 경우, ② 근로자가 사용사업 내의 정규근로자와 혼재되어 있거나 근로자가 사용사업 내의 정규근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 있는 등 근로자가 사용사업 내의 정규근로자와 분업적 협업관계에 있는 경우, ③ 근로자가 계약에서 정한 것 이외의 업무를 수행하는 경우, ④ 도급(원청)사업에 의해 원료 및 작업도구가 조달되는 경우, ⑤ 작업복, 안전복 또는 안전장구 등이 도급사업에 의해 지급되는 경우
원청이 사실상 노동법상의 지시권을 갖는지 여부	① 도급인(원청)이 정규근로자와 수급인의 근로자로 구성된 하나의 작업집단 전체에 대하여 지시를 하는 경우, ② 근로자를 지시, 감독할 수급인(하청)의 현장감독인이 선임되어 이들이 도급사업 내 수급인 근로자의 업무수행을 감독하고 있기는 하지만, 현장감독인이 도급인(원청)이 결정한 지시내용을 그대로 근로자에게 전달하는 데 머물고 있는 경우, ③ 원청이 근로제공의 내용, 장소, 시간 등과 같이 개별 근로자의 업무수행을 직접 구속하는 형태의 인적 관련성을 가지는 지시를 하는 경우
도급계약으로서의 실체가 없을 경우	① “조립업무” 또는 “수리업무”와 같이 계약당사자 간에 합의된 업무에 대한 정함이 구체적이지 않고 대략적인 수준에 머물고 있는 경우, ② 하자담보책임, 보수에 대한 위험부담, 이행보조자의 불완전이행에 대한 책임을 하청이 지지 않는 경우, ③ 보수 산정방식이 투입된 근로자가 제공한 근로시간의 수에 기초하여 보수가 지급되는 경우
일의 완성에 필요한 행위에 대한 수급인(하청)의 권한이 없을 경우	① 원청이 파견근로자의 수를 지정하는 경우, ② 결원발생 시 수급인(하청)에게 대체인력을 조달할 계약상의 의무가 있는 경우, ③ 원청이 근로자의 근태를 점검하고 감독통제 하는 경우, ④ 원청이 휴가 등을 정하는 경우
수급인(하청)으로서의 실체가 없는 경우	① 하청이 위탁받은 업무처리에 필요한 기술을 보유하지 않은 경우, ② 하청이 독자적인 기업조직 또는 설비를 갖추고 있지 않은 경우

을 근로제공과의 밀접성 정도에 따라 “근로에 반드시 필요한 지시(arbeitsnotwendige Weisungen),” “근로에 수반하는 지시(arbeitsbegleitende Weisungen),” “조직관련 지시(organisationsbedingte Weisungen)”로 구분한다. 이 중 첫 번째와 두 번째는 사용지시권이며 조직관련 지시만 노

동법상의 사용지시권이 아닌 도급 업무에 필요한 지시권이다.

“근로에 반드시 필요한 지시”는 근로자의 근로제공과 가장 밀접한 관계에 있는 것으로서, 그 지시가 없으면 근로자가 언제 어디서 무엇을 어떻게 해야 할는지 알 수 없기 때문에 근로자가 제대로 된 근로제공을 할 수 없게 되는 지시를 말한다. 예컨대, 근로자가 처리할 업무의 내용, 시간, 장소에 대한 지정, 초과근로 또는 긴급업무의 지시 등이 이에 해당한다. “근로에 수반하는 지시”는 이러한 지시가 없다 하더라도 근로자가 근로를 수행할 수 있다는 점에서 근로제공을 함에 있어 반드시 있어야 하는 것은 아니지만, 근로자의 구체적 업무수행 과정에 영향을 미치는 지시를 말한다. 예컨대, 작업속도를 높일 것을 지시하거나 근무 중 담소, 음식물 섭취 또는 흡연을 금지하는 것과 같은 근로제공 중의 업무태도와 관련된 지시, 기계의 청소 또는 업무종료 후 작업장 정리정돈 등과 같은 근로제공에 부수하는 업무의 지시, 유니폼의 착용 또는 일정한 용모의 유지 등과 같은 근로제공 시 근로자의 외형적 모습과 관련된 지시 등이 포함될 수 있다. 반면 “조직관련 지시”(즉 도급업무 지시)는 정규근로자, 파견근로자 또는 도급계약에 의한 수급인의 근로자 등 그 지위와 관계없이 사업 내에서 업무를 수행하는 모든 자, 그리고 경우에 따라서는 고객 또는 방문객 등 제3자에 대해서도 적용되는 지시를 말한다. 예컨대 사업 내에서의 음주, 흡연, 출입통제, 구내식당 및 주차장의 이용 등 사업의 질서유지와 관련된 지시 및 산업재해 및 직업병의 예방, 기타 산업안전보호와 관련된 지시 등이 포함될 수 있다.

(2) 오스트리아는 근로자파견과 도급에 관련한 명문의 규정을 두고 있다. 더불어 오스트리아 판례는 도급계약과 근로계약의 정치한 구별을 통한 확고한 법리에 의거하여 위장도급에 의한 근로자파견법 회피 시도를 무력화해왔다.

오스트리아 근로자파견법은 제1항에서 실질판단의 원칙을 밝히고 제2항에서 근로자파견과 도급의 기준을 제시한다. 외관상 도급계약을 체결하였지만 근로자파견에 해당하는 것은 “① 도급인(원청)의 생산품, 서비스 또는 중간생산물과 다르지 않고 구별되지도 않으며 수급인에게 귀속

될 수 없는 일을 완성하거나 그 완성에 협력”하고 있는 경우, ②수급인의 근로자가 도급인의 업무를 처리하기 위해 투입된 경우, ③투입된 인력이 ‘주로 수급인의 원료와 작업도구로 업무를 수행하지 않는’ 경우나 일의 완성을 위해 필요한 전문적, 조직상, 시간상의 처분권한은 수급인에게 없는 경우, ④수급인이 일의 결과에 대하여 책임을 지지 않는 경우” 등이 다.

결국 도급계약은 수급인이 근로자처럼 인적으로 종속되어 있지 않고 계약 상대방에 대하여 독립적이어야 하며 그 자체로 일체성이 있는 특정한 결과의 완성을 목적으로 한다는 점에 근로자과건과 중요한 차이가 있다. 또한 도급의 목적물은 일정한 구분이 가능하며 하자담보를 추급하기에 적합한 것이어야 한다.

(3) 독일의 근로자과건과 도급의 구별은 노동법적 판단만이 아니라 노동조합 및 근로자대표의 권한행사 여부와 관련해서도 중요한데 노동조합과 근로자대표는 단체협약만이 아니라 다양한 방식의 규율을 행사할 수 있기 때문이다.

첫째, 과건사업주와의 단체협약을 통한 규율이 가능하다. 2002년 말 독일 근로자과건법의 규제완화에 대한 반대급부로 과건근로자에 대한 평등대우원칙을 명문화함과 동시에 단체협약으로 과건근로자의 근로조건을 정한 경우를 평등대우원칙의 예외로 인정하여 과건사업주와의 단체협약을 활성화하였다. 문제는 기독노동조합이 낮은 수준의 단체협약을 체결한다는 것이며 연방노동법원은 2010년 12월 14일 결정에서 과건근로자를 거의 조합원으로 갖고 있지 않은 기독노동조합은 단체협약을 체결할 능력이 없다고 판단하였다.

둘째, 사용사업주와의 단체협약에 의한 규율이다. 과건근로자가 사용되는 산업 내에 조직된 노동조합이 사용사업주와 근로자과건의 사용요건, 과건근로자의 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결하거나 노동쟁의를 통해 이를 얻어낸 바 있다.

셋째, 근로자대표에 의한 규율이다. 근로자대표는 독일 사업조직법 제 92조에 따라 근로자대표는 사업 내에서 사용될 과건근로자를 일정 범위

로 제한할 것을 제안할 수 있고 현재 사내도급의 형태로 운영되고 있는 업무를 직영으로 전환할 것으로 제안할 수 있다. 뿐만 아니라 도급계약에 의한 사내 업무의 외주를 상세히 규율하는 서면합의의 체결도 가능하다. 이를 위해 근로자대표는 사용자에게 간접고용 근로자에 의해 수행되는 업무의 종류 및 범위 등에 대한 정보(예컨대, 근로자과건계약 또는 도급계약, 작업일과 작업시간이 기재된 작업일지 등)를 요구할 수 있다.

이 외에도 사용사업주는 사업조직법 제99조에 따라 파견근로자 사용 전에 사업 내에 있는 근로자대표의 동의를 얻어야 하며 이를 위해 사용사업주는 근로자대표에게 파견근로자의 수, 파견기간, 예정된 업무 및 업무의 종류, 근로시간, 파견근로자의 직업능력 등을 통지해야 한다. 그리고 근로자과건계약에 의하여 파견근로자가 구체적으로 합의된 경우에는, 사용자는 파견근로자의 성명, 주소, 연령, 성별, 국적, 장애 여부 등과 같은 파견근로자의 상세한 인적사항을 근로자대표에게 통지해야 한다. 또한 사용사업주는, 근로자대표에게 파견사업주와 체결한 근로자과건계약을 제시하여야 한다. 뿐만 아니라, 파견사업주의 파견허가 소지 여부에 대해 파견사업주의 의사표시를 서면으로 근로자대표에게 제시하여야 한다.

근로자대표는 법률에 규정된 바에 따라 적법한 정보제공을 받은 경우, 통지를 받은 날로부터 1주일 이내에 사유를 서면으로 명시하여 동의를 거부할 수 있다. 근로자대표가 동의를 거부할 수 있는 사유는, 인력사용이 ① 법률, 명령, 재해예방규정, 단체협약이나 근로자대표와의 서면합의(Betriebsvereinbarung), 법원의 판단 또는 행정관청의 명령에 반하는 경우, ② 인사선발 기준에 반하는 경우, ③ 경영상 또는 일신상의 정당한 사유 없이 사업 내 근로를 제공하고 있는 근로자가 해고 또는 기타 불이익을 받게 될 우려가 있는 경우, ④ 경영상 또는 근로자의 일신상의 정당한 사유 없이 해당 근로자가 불이익을 받는 경우, ⑤ 근로자대표와 사용자의 합의로 사업 내에 사전에 공고를 하기로 한 경우임에도 이를 행하지 않은 경우, ⑥ 사용이 예정된 지원자 또는 근로자가 사업의 평온을 해할 우려가 있는 경우 등이다(사업조직법 제99조 제2항).

더불어 근로자대표는 사내도급계약의 진위를 검토할 수 있다. 즉 사내도급 근로자의 활용이 실제 도급계약에 일치하는 것인지 아니면 근로자

파견임을 은닉하기 위한 방편으로 형식상으로도 도급계약의 형태를 취한 것인지를 독자적으로 살펴볼 수 있다. 이를 위해 근로자대표가 요구하는 경우, 사용자는 수급인과 체결한 ‘도급계약서’를 근로자대표에게 제시하여야 한다. 근로자대표가 사내도급 근로자의 업무수행이 형식상으로는 도급계약이지만 실제로는 근로자파견에 해당한다고 판단하는 경우, 근로자대표는 이에 대해 동의를 받아야 했음에도 불구하고 인지 않았음으로 이유로 사용자에게 이러한 인력사용의 금지명령을 내릴 것을 노동법원에 신청할 수 있다(독일 사업조직법 제101조 제1항). 이에 따라 노동법원은 불법파견에 해당하는지 여부를 판단하게 된다. 이 외에도 독일사업조직법 제75조 제1항에 의하면, 사용자와 근로자대표는 사업 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자가 법과 형평(Recht und Billigkeit)의 원칙에 따라 대우받고 있는지를 감독하여야 하고, 특히 인종 또는 민족적 혈통, 국적, 종교 또는 세계관, 장애, 연령, 정치적 또는 노동조합적 활동이나 사상, 성별이나 성적 정체성으로 인해 불이익이 발생하지 않는지, 평등원칙(Grundsatz der Gleichbehandlung)이 준수되고 있는지를 감독하여야 한다. 그리고 근로자대표는 정규직 근로자의 고용보장 측면뿐만 아니라 사업 내에 있는 파견근로자 또는 도급계약을 통해 사내에서 업무를 제공하는 근로자의 고용보장 및 촉진에 관한 제안을 할 수 있다. 예컨대 근로자대표는 파견근로자 또는 사내도급 근로자를 직접고용으로 전환할 것을 제안할 수 있으며 실제 독일에서는 파견근로자의 직접고용 전환과 관련하여 근로자대표와 사용자 간에 다양한 형태의 서면합의가 체결되고 있다.

(4) 최근 독일에서는 2011년 4월 29일과 2011년 7월 20일 법률 개정에 의해 근로자파견법에서의 규율 정도가 높아졌다.

첫째, 근로자 파견을 ‘일시적’ 근로제공 형태로 이해하는 파견근로유럽연합지침에 맞추어 독일 근로자파견법 제1조 제1항 제2문에 “사용사업주에 대한 근로자의 파견은 일시적으로 행해진다”라는 규정이 추가되었다. 다만, 2002년 법률 개정 이전처럼 최대 파견기간이 제도입되지는 않았다. 둘째, 영리를 목적으로 하지 않는 파견근로에 관해서도 파견허가 의무를 확대하였다. 셋째, 파견근로자의 저임금을 해결하기 위해 최저임금을 도

입하고 최저임금은 각 지역에 따라 다르게 정할 수 있다. 넷째, 파견근로자의 평등대우원칙 예외 범위를 좁혀 정규근로자를 파견근로자로 전환한 경우, 파견근로 이전 실업상태였던 경우 등은 예외를 인정하지 않거나 예외조항에서 삭제하였다. 또한 파견근로자에게 직업소개 수수료 요구를 금지하고 사용기업 내 공식중인 일자리에 대한 정보를 제공해야 하며 파견근로자는 사용사업 내 복리후생시설 및 제도를 동등하게 이용할 수 있다.

(5) 프랑스에서는 법에서 정한 요건에 따라 이루어지지 않은 근로자파견에 대해서는 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 간주(재규정)를 통해서 엄격하게 규제하는 것이 노동법의 기본 원칙이다. 따라서 공급과 도급의 구별이 중요하다.

첫째, 근로자파견의 실질이 있지만 근로자파견계약이 서면으로 체결되지 아니한 경우 또는 파견법상의 핵심 요건들을 위반하여 근로자파견계약이 체결된 경우에는 근로자파견이 아니라 근로자공급에 해당한다(근로자공급 법리에 따라 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다).

둘째, 근로자파견계약 그 자체는 적법하게 체결되었지만 사용사업주가 근로자파견계약의 내용과는 다르게 법을 위반하는 내용으로 파견근로자를 사용한 경우(가령, 근로자파견계약에서 명시된 사유와 다른 사유로 파견근로자를 사용한 경우)에는 노동법전의 명시적인 규정의 적용에 따라 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다.

셋째, 프랑스 노동법전에서는 1972년 근로자파견을 합법화한 이후 근로자공급의 요건을 좀 더 명확하게 정의하였다. 두 가지 유형의 근로자공급을 금지하는데, 하나는 영리적 목적으로 근로자에게 손해를 끼치는 노동력 공급이며 다른 하나는 영리적 목적의 배타적 노동력 대여이다.

(6) 프랑스에서의 공급과 도급의 판단 기준은 다음과 같다.

첫째, 사내하도급 관계를 구성하는 계약의 목적이 근로자(즉, 노동력)의 공급 그 자체가 되어서는 안 된다. 도급인의 업무와 엄격히 구분되어

정의되는 진정한 노무가 없는 경우에는 근로자공급을 나타내는 징표를 구성할 수 있다. 따라서 한국의 노무도급은 프랑스의 근로자공급에 해당할 가능성이 크다.

둘째, 원료와 도구의 소유 여부와 더불어 지시권도 중요하다. 사내하도급의 이행 목적이 되는 일의 수행에 필수불가결한 물질적 수단 또는 원료의 결여는 불가피하게 위법한 근로자공급이라고 특징짓는다. 따라서 위법한 근로자공급이 되지 않기 위해서는 수급인과 근로자 사이의 종속관계가 도급인과 근로자 사이로 이전되어서는 안 된다. 즉, 수급인은 근로자에 대해서 지시권을 유보하고 있어야 한다.

셋째, 부차적으로 정량적 보수와 결과에 대한 채무도 판단 기준이다. 보수가 근로시간에 따라서 책정되는 경우에는 위법한 근로자공급으로 평가될 수 있다. 결과 채무의 존재 여부는 위법한 근로자공급 여부를 판단하는 데 있어서 중요한 징표로 고려된다. 그러나 이 또한 절대적인 기준은 아니다.

(7) ‘공동사용자’(co-employeur) 개념은 그룹 내 자회사의 근로자가 정당한 이유 없이 해고되었을 때 모회사의 공동사용자로서의 연대책임을 정당화한다는 것이다. 하지만 아직 제대로 정의되고 있지는 않으며 프랑스 대법원 판례에 따라 다음 세 가지 접근법으로 나뉜다.

첫째, 법률적 접근으로서, 지시권의 실질적인 공유를 상정하는 관점이다. 즉 각각의 회사가 공동으로 또는 상호 대체적으로 동일한 근로자 집단에 대하여 명령과 지시를 하는 경우이다. 둘째, 경제적인 접근으로서, 두 개의 회사가 이해관계, 경영진, 영업활동 및 영업수단이 일체로서 결합되어 있는 경우에는 이 회사들을 공동사용자로 보는 것이다. 셋째, 위의 두 가지 접근법을 결합한 것이다. 즉, 한편으로는 이해관계, 영업활동 및 경영진이 결합되어 있는 일체를 상정하고, 다른 한편으로는 이 일체를 구성하는 회사들 각각이 근로자와 종속관계에 있음을 상정한다. 그러나 공동사용자에 대한 경제적 기준과 법률적 기준이 대등한 수준에 놓여 있는 것으로 보이지는 않으며 공동사용자란 무엇보다도 지시권을 공유하는 자이다.

(8) 프랑스에서는 한국처럼 불법시비가 일어나는 사내하도급이 남용되지 않는다. 그런데 그 이유를 근로자과건을 규제하고 근로자공급을 금지하는 입법이 있다는 것에서만 찾기는 어렵다. 그 외에도 몇 가지 이유가 있는데 ① 근로감독관의 적극적인 감독, ② 사업장 안에서 사용자의 노동관계법 및 단체협약의 위반 여부를 감시하는 노동조합 또는 종업원대표의 역할, ③ 근로계약을 은폐하려는 시도에 대해서 프랑스 법원이 취하고 있는 엄격한 태도 등이 그것이다. ‘종속노동의 도급노동화’ 현상에서 근로계약은 한편으로는 개별적 도급노동화(이른바 한국식의 ‘특고’), 다른 한편으로는 집단적 도급노동화(이른바 한국식의 ‘사내하도급’)를 통해서 은폐되는데, 프랑스 대법원은 두 가지 경우 모두에서 도급을 인정하는 데 상당히 엄격하다는 사실에 주목해야 한다.

(9) 한국의 노사관계는 간접고용의 활용에 대한 규율이 어렵다. 그것은 9.8%에 불과한 노동조합 조직률과 12% 수준의 단체협약 적용률, 기업별 노사관계 시스템에 기인한다.

산업·업종·지역 등의 초기기업별 노조 조합원 비중이 전체 조합원 대비 2006년 39.7%에서 2007년 51.3%로 증가하는 등 산별전환이 활기를 띠었지만 단체교섭이나 단체협약에서 여전히 기업별 수준이 지배적인 것은 한국의 기업별 노사관계 시스템의 강한 생명력을 반영한다. 산별전환이 활발하게 이루어진 금속산업은 산별교섭에 참여하는 조합원 비중이 8%에 불과하며 공공부문은 그보다도 낮다. 상대적으로 참여비중이 높은 금융산업은 산별교섭이 정착되지 않아 집단교섭 수준에 그치며 보건의료산업은 산별교섭 체계가 갖추어졌으나 2009년 이후 교섭을 하지 못하고 있다. 따라서 단체협약에 간접고용 관련 보호조항을 명기하지 않거나 명기한다 하더라도 사실상 작동하지 않는 경우가 많다. 하지만 산별교섭 시스템을 지향하는 산업이나 업종은 그렇지 않은 경우보다 단체협약에서의 간접고용 규율 조항이 많아 그것이 상징적일지라도 향후 노사관계 변화에 따른 규율 가능성이 없지는 않다.

(10) 보건, 금속, 금융 산별협약 비교결과 단체협약에서의 조합원 가입

범위와 적용범위는 보건의 가장 넓다. 반면 간접고용을 포함한 비정규직 관련 조항은 금속이 가장 구체적일 뿐만 아니라 간접고용에 대한 보호 혹은 제한 조항이 많다. 보건의 그보다는 적으며 금융은 매우 취약하다.

조합원 가입범위는 보건의 가장 넓으며, 금속산업과 금융산업은 좁다. 또한 적용범위는 보건→금속→금융 순으로 좁고 기업별 규약이나 협약으로부터 독립된 정도 역시 그 순으로 낮다. 보건에 비해 금속 및 금융에서 비정규직의 가입이나 보호가 어려울 것을 추측할 수 있을 뿐만 아니라 산별 노사관계의 수준과도 일치한다.

다음으로 간접고용 등 비정규직 관련 조항을 살펴보면 ① 금속 및 보건의 산별협약에 직접고용뿐만 아니라 간접고용 관련 규율 내용을 갖고 있다. 파견 및 사내하도급 등 외주화 시 노사합의 혹은 협의, 불법파견 정규직화, 간접고용의 차별금지 및 임금과 근로조건 개선 등이 주요 내용이며 특히 금속산별협약은 규율 방안을 충실하게 담고 있다. 이것은 금속산업에서 오랜 기간 사내하도급 활용관행과 불법파견 노동쟁의가 끊임없이 발생하는 현실을 반영하는 것이다. ② 산별교섭과 산별협약이 기업별 교섭이나 기업별 협약으로부터 독립적이고 자율적일수록 규율 내용이나 범위에 차이가 있다. 금융산별협약에 관련 조항이 매우 취약하고 가이드라인 수준에 머무는 것은 금융 산별교섭과 산별협약이 기업 교섭 및 협약으로부터 독립적이지 않으며 기업교섭과 협약이 여전히 지배적인 지위에 있다는 사실을 반영한다. ③ 이 외에도 노동쟁의 효과가 적지 않다. 이것은 금속산별협약을 상징적인 것 이상으로 만든다. ④ 보건산별협약은 준수해야 할 의무이긴 하지만 이 때문에 합의가 어려워 규율 내용은 금속보다 약하다.

(11) 보건, 금속, 금융, 공공의 기업별 협약에서의 조합원 가입범위와 단체협약 적용범위를 분석한 결과, 기업별 지부 협약이 기업별 노조 협약보다 단체협약상 조합원 가입범위와 협약의 적용범위가 상대적으로 넓다.

물론 기업별 지부 협약에서도 보건, 금속, 금융 간의 차이가 있어 보건의료 노조 산하 지부가 조합원 가입범위나 협약 적용범위에서 가장 포괄적이다. 반면 금속노조는 여전히 사무직이나 비정규직을 배제하는 조항을 갖고 있으며 금융은 아예 정규직에게만 적용한다는 조항을 신설하였

다. 보건→금속→금융의 순으로 포괄범위가 낮아지는 것이다.

기업별 노조 협약에서는 기업별 노조에서 보건산업 부문은 산별 기업별 지부와 기업별 노조 간에 차이가 거의 없고 상급단체 간의 차이도 나타난다고 하기 어려우며 대체적으로 포괄적이다. 또한 금속산업은 민주노총 금속노조 산하 지부와 한국노총 금속노련 산하 지부 간의 조합원 가입범위와 협약 적용범위간의 차이가 나타나지 않는 것은 유사하지만 상대적으로 배제적이다. 즉 금속산업은 상급단체 효과나 산별노조 효과가 나타나지 않고 기업별 노조의 배타성이 두드러지는 것이다. 반면 금융산업은 한국노총 금융노조 산하 기업별 지부보다 민주노총 산하 기업별 노조의 포괄성이 훨씬 높다. 산별노조 효과가 나타나지 않고 상급단체 간의 차이가 나타나는 것이다. 마지막으로 공공부문 기업별 노조는 상급단체 효과가 두드러져 민주노총 산하 기업별 노조일수록 상대적으로 포괄적이다.

(12) 보건, 금속, 금융, 공공의 기업별 협약에서의 비정규직 관련 조항을 비교하면 산업별 특징이 존재한다.

간접고용 규율 조항을 중심으로 살펴보면 보건의료산업은 전체적으로 높고 보건의료노조 기업별 지부의 83.9%가 간접고용 관련 보호 조항을 갖고 있다. 금속산업에서는 민주노총 금속노조 기업별 지부가 보건의료노조 지부보다 약간 더 높은 86.2%이지만 한국노총 금속노련 기업별 노조의 규율 및 보호 정도가 떨어져서 산업 전체적으로는 40.5%에 불과하다. 공공부문은 민주노총 기업별 노조 중 규율 및 보호 조항을 갖고 있는 비중이 29.8%이지만 한국노총 산하 기업별 노조는 12.0%만이 보호조항을 갖고 있다. 마지막으로 금융이 가장 낮는데 그것은 한국노총 금융노조 기업별 지부가 직접고용에 대한 규율을 하지만 간접고용에 대한 규율에 대해서는 12.5%만이 보호조항을 갖고 있기 때문이며 오히려 민주노총 산하 기업별 노조가 18.9%로 더 높다. 또한 보호 수준이나 내용에서는 금속노조 산하 지부가 압도적으로 강하고 보건의료노조 지부와 민주노총 공공부문 노조, 한국노총 금속노련 노조는 유사하며 민주노총 및 한국노총 금융부문과 한국노총 공공부문은 취약하다. 결국 간접고용에 대한 규율은 노동쟁의와 산별적 노사관계가 결합하여 단체협약으로 나타나며 그렇

지 않을 경우 상급단체와 정책 혹은 법제도가 결합하여 단체협약에 반영되는 것이다. 따라서 법제도나 정책과 더불어 산별적 노사관계를 확대할 경우 자율적인 규율과 보호가 극대화될 수 있을 것이다.

(13) 산별전환 및 교섭구조 확립정도, 상급단체 가입효과, 노동쟁의 및 정책 혹은 법제도의 효과 등에 따라 단체협약에서의 조합원 가입범위, 적용범위, 간접고용 등 비정규직 규율 정도에서 차이가 있다. 또한 상대적으로 비정규직에까지 문호를 개방하고 보호를 하는 조항이 있다 하더라도 실질적으로 작동하지 않는다는 한계도 존재한다. 하지만 단체협약에서 이와 같은 조항이 존재한다는 사실 자체가 향후 단체교섭 구조 변화에 따라 변화가 가능하다는 것을 의미한다. 때문에 기업별 노사관계 시스템을 산별 노사관계 시스템으로 바꾸려는 시도는 필요하며 노동조합과 사용자측의 노력만이 아니라 법제도적 변화를 통한 관행 개선 역시 의미가 크다. 이를 위해서는 첫째, 산별 노사관계의 정착을 가로막는 각종 법제도를 개선해야 한다. 여기에는 노조 설립의 자유를 가로막는 법제도(노조법 제2조 등), 노조의 대표성을 가로막는 법제도(노조법 제 29조 등), 단체교섭을 가로막는 법제도(창구단일화 등) 등의 개선이 언급될 수 있을 것이다.

둘째, 간접고용을 포함하여 비정규직 관련 규율 및 보호 조항의 모범 사례를 적극적으로 공유해야 한다.

셋째, 간접고용에 대한 규율 및 보호를 법적으로 명문화해야 한다. 이미 강성태(2011)는 그와 같은 입법 제안을 한 바 있는데 요약하면 다음과 같다.

① 사내하도급에 관한 독자적인 특별 입법은 신중하게 접근해야 한다.

왜냐하면 규율 대상으로서 사내하도급의 범위에 관해 아직까지 공통된 의견이 없는데다가 사내하도급의 정의는 파견과 도급의 구별에 영향을 미치기 때문에 논의의 성숙을 기다려야 한다. 게다가 사내하도급 가이드라인이나 현재 한나라당에서 제안한 사내하도급 특별법처럼 불법파견 규율을 우회하여 사실상 면죄부를 줄 위험성이 있다. 더불어 사업양도 및 사업이전 등의 공통적인 규율이 필요한 사항과 특별 규율이 필요한 사항

을 구별해서 접근하여야 한다.

② 파견법 개정을 중심에 두어야 한다.

위장된 사내하도급(불법파견)을 방지하는 대책과 함께 진정한 사내하도급에 대해서도 일정한 규율(예를 들어 차별시정 및 노조법의 적용 등)이 미치도록 해야 한다. 또한 불법파견 방지는 사용의 제한(파견대상과 파견기간의 제한), 사용절차의 제한(허가제, 서면 등), 불법파견의 사법적 효과 등을 통해 이루어지나 핵심은 불법파견의 사법적 효과의 강화이다. 그런 점에서 2011년 통과한 근로자 파견법 개정은 2년 미만의 불법파견에 대해서도 직접고용을 의무화하였다는 점에서 의무가 있다. 또한 향후 기간제한 규정은 개별 근로자가 아닌 업무기준으로 바꿀 필요가 있다.

③ 고용보장을 중심에 두어야 한다.

우선 모집형이나 등록형 파견을 금지해야 한다. 근로자 파견사업의 허가는 원칙적으로 상용형 파견을 행하는 사업에 한정하고 예외적으로 정규직 취업을 지향하는 직업소개형 파견만을 허용해야 한다.

또한 하도급 관계에서의 고용보장은 두 가지 측면에서 필요하다. 하나는 도급사업 근로자의 무분별한 대체(이른바 외주화)를 적절하게 방지해야 하고, 하도급 근로자의 불안정한 고용상태를 개선할 수 있도록 사업양도 또는 사업이전에서 고용승계 의무를 규정해야 한다는 점이다. 그러나 사업양도 또는 사업이전에서의 고용승계 의무는 전체 근로자와 관련된 사항이므로 근로기준법에 신설하는 것이 타당하며 입법례는 유럽연합 2001년 사업이전 지침과 영국의 2006년 사업이전 지침을 참고하면 될 것이다.

[유럽연합 2001년 사업이전 지침]

- 최초의 1977년 지침(Directive n° 77/187)과 이를 수정한 1998년 지침(Directive n° 98/50)을 통합하여 2001년 지침(Directive n° 2001/23, 'the Acquired Rights Directive'라고도 불림) 제정
- 지침의 적용범위(제1조제1항(a)): "법적 이전 또는 합병의 결과로서 발생한 다른 사용자에게 사업(undertaking)이나 영업(business)의 전부 또는 그 일부를 이전하는 경우에 적용된다."

- 근로자 보호: ① 사업이전일 당시 존재하고 있던 근로자에 대한 사업양도인의 권리와 의무는 사업양수인에게 승계된다(제3조 제1항). ② 사업이전은 그 자체로서 사업의 양도인이나 양수인에 의한 해고 사유가 되지 못한다(제4조 제1항). 또한 만약 사업 이전으로 인하여 근로자의 근로조건이 실질적으로 불리하게 변경되어 근로계약이 종료된 경우에는 사용자에게 근로계약 종료의 책임이 있는 것으로 본다(제4조 제2항).
- 지침의 적용 제외 및 수정 적용: 공공부문 행정기구의 재편이나 민영화, 파산절차에 따른 사업이전 등

[영국의 2006년 사업이전법]

- 1981년 사업이전(고용보호)법[The transfer of Undertakings(Protection of Employment) Regulations 1981]의 개정법. ‘서비스 공급주체의 변경’(service provision change) 방식의 사업이전 신설. 이에는 외부위탁[outsourcing, 제3조 제1항 (b)(i)], 위탁업체의 변경[reassign, (b)(ii)], 외부위탁 한 업무를 다시 기업 내부로 되돌리는 내부화[insourcing, (b)(iii)] 등 세 가지 형태가 모두 포함.
- 근로자 보호: 서비스 공급주체의 변경 시에도 원칙적으로 고용승계 의무화(근로자의 거부권 인정: 제4조), 사업이전 그 자체를 이유로 하는 해고는 불공정한 해고, 다만 정리해고에 정당한 사유가 있으면 허용(제7조).

④ 하도급 근로자의 근로조건 및 복지 향상을 명문화해야 한다.

하도급 근로자에게도 근로조건과 복지에서의 평등대우(차별금지) 원칙을 적용해야 하며 이를 위해 차별시정 제도에 하도급 근로자를 포함하는 것이 필요하다. 형식으로는 “이 법에서 정하는 제○조 등을 적용(차별시정 제도의 적용)함에 있어서는 사내하도급 근로자를 제○조의 파견근로자로 본다” 등이 가능하다.

⑤ 이 외에도 차별시정 제도의 대폭적인 개선이 필요하다.

신청권자의 확대(예를 들어 하도급 근로자, 비정규직으로 근로계약을 체결한 근로자, 관련 노동조합 등), 신청기간의 확대(차별을 안 날로부터 6월 또는 근로관계가 종료한 날로부터 3월 이내), 차별시정 범위의 확대 등이 필요하다.

⑥ 간접고용에 대한 노조법 적용을 명시해야 한다.

단체교섭권을 명시하여 사용사업주가 결정권을 갖고 사용자로서 책임을 지는 사항에 대해서는 사용사업주에 대해 단체교섭을 신청할 수 있도록

록 하고 파견근로자와 사내하도급 근로자들의 노동조합 활동에 대한 사용자업주의 부당노동행위 책임도 분명히 해야 한다. 관련 형식은 파견법 제○조(노조법의 적용에 관한 특례)를 다음과 같이 신설하고, 이 경우에도 파견근로자에 사내하도급 근로자가 포함됨을 명시하는 것이 한 가지 방법이다.

- ① 파견근로자가 소속된 노동조합의 대표자와 그 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 조합원과 노동조합을 위하여 사용자업주에 대해 단체교섭 그 밖에 단체협약을 체결할 권한을 가진다.
- ② 사용자업주는 노조법 제81조 각 호의 행위를 할 수 없다. 제1호와 제5호의 적용에 있어서 근로자파견계약의 해지 그 밖에 파견근로자에게 근로관계의 종료로 야기하는 사용자업주의 행위는 ‘그 근로자에게 불이익을 주는 행위’로 본다.
- ③ 전항의 경우 노조법 제82조 내지 제86조, 제89조 제2호, 제90조, 제94조, 제95조를 준용한다.

2. 토론 : 향후과제(사내하도급 관련 입법 논의)

현재까지의 사내하도급 입법 논의는 파견법 개정을 중심으로 근로기준법과 노조법 등을 보완하는 것으로 충분하다. 하지만 최근의 변화는 그 이상의 연구와 검토를 필요로 한다. 왜냐하면 장소를 중심으로 정의하는 사내하도급에 대한 규율은 파견법의 개정 등 기존 법체도의 보완만으로도 충분하지만 동회오토와 원청과의 관계, 방송국의 독립제작사와 원청과의 관계, 지자체의 사례처럼 장소뿐만 아니라 사내하도급이나 사외하도급 이냐의 구분조차 어려운 고용형태의 변화가 이루어지고 있기 때문이다. 하지만 이에 대해서는 충분한 연구와 논의를 전제해야 하기 때문에 여기서는 토론의 형식을 취하여 향후 연구과제로 제기한다.

가. 사내하도급 입법의 목적

향후 사내하도급 입법의 목적은 크게 세 가지 이다.

첫째, 사회적 목적: 중간착취 근절, 사용자업주의 책임 명확화, 근로자

의 보호, 사회적 대화 활성화

둘째, 법률적 목적: 노동법 원칙(직접고용) 실현, 당사자들 간 사법적 효과 명확화

셋째, 경제적 목적: 헌법(제119조 제2항) 정신 실현

이와 같은 사내하도급 입법의 목적은 노사정위원회 사내하도급 가이드라인 공익위원안의 견해와 구별된다.

cf. 노사정위원회 가이드라인 공익위원안(이하 가이드라인)

“사내하도급 관계가 상생과 협력의 관계로 발전하기 위해서는 원사업주와 수급사업주 간에 공정한 거래질서를 확립하고 상호 협력하여 도급사업의 적절한 운영을 도모해야 할 것이며, 사내하도급 근로자의 고용 및 근로조건에 대한 배려가 필요하다. 이 가이드라인은 이를 위해서 원사업주와 수급사업주가 준수하거나 노력해야 할 사항들을 제시함으로써 기업의 경쟁력을 높이고 사내하도급 근로자의 고용안정 및 근로조건을 개선하기 위한 것이다.”

나. 사내하도급 정의

사내하도급이라는 용어에는 두 가지의 오해가 있음을 분명히 할 필요가 있다.

첫째, 사내하도급은 “사업장 내 하도급”을 의미한다는 오해이다. 사내하도급은 사업장 내 하도급이 아니라 “사업 내 하도급”을 의미한다. 그러므로 현대자동차 사례처럼 사업장 내 하도급의 경우뿐만 아니라, 동희오토의 사례처럼 사업장 외 하도급의 경우까지 포괄하는 개념이다. 두 경우 공히 형식상 도급인이 형식상 수급인의 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용한다는 점에서 사업 내 하도급, 즉 사내하도급에 해당한다. 모든 하도급이 사실상 사업 내 하도급 아닌가 반론이 제기될 수 있다. 그러나 통상적인 하도급은 도급인의 사업과 수급인의 사업이 분리되어 있다. 적어도 법적으로는 그렇다고 간주된다. 수급인은 자신의 사업을 하는 것이지 도급인의 사업을 일부 맡아 하는 것이 아니다. 그러므로 사업 내 하도급

이라는 말 자체가 비정상적인 형태의 하도급을 가리킨다.

둘째, 사내하도급은 제조업에만 있다는 오해이다. 여기에는 사내하도급이 제조업에서 사용되던 “사내하청”이라는 말을 순화한 것이라는 연혁적 한계가 작용하고 있다고 보인다. 그러나 사내하도급으로 지칭되는 현상은 제조업에서 먼저 시작하였을 뿐이지 지금은 이미 서비스업으로까지 확산되어 있다는 점을 인식하는 것이 중요하다. 현대자동차가 형식상 제3자에게 고용된 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용하는 것과 ○○호텔, ○○마트, ○○대학교, ○○시청, 철도공사, 인천공항 등이 형식상 제3자에게 고용된 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용하는 것은 법적으로는 동일한 의미를 갖는다.

요컨대, 사내하도급은 사업장 안이든 밖이든, 제조업이든 서비스업이든, 형식상 도급인이 형식상 수급인의 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용하는 현상 일체를 가리키는 말로서 재정의해야 한다.

우선 형식상으로 수급인 등(고용사업주)의 근로자(사내하도급 근로자)가 도급인 등(사용사업주)의 사업 또는 사업장 내에서 계약(사내하도급계약)의 목적이 된 근로를 수행하는 것이다. 실질상으로 수급인 등(고용사업주)의 근로자(사내하도급 근로자)가 사용사업주와의 관계에서 근로계약관계를 특징짓는 조건들과 유사한 종속 또는 의존 상황에서 근로를 수행하는 것이다.

따라서 ① 수급인 등(고용사업주)의 근로자(사내하도급 근로자)가 도급인 등(사용사업주)의 사업 또는 사업장 내에서 계약(사내하도급계약)의 목적이 된 근로를, 근로계약관계를 특징짓는 조건들과 유사한 종속 또는 의존 상황에서 수행하는 것이거나 ② 도급인 등(사용사업주)이 수급인 등(고용사업주)의 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용하는 것이다.

이것이 기존 정의와 다른 것은 사내하도급을 사용사업주와 고용사업주의 근로자 사이에 직접적인 지휘명령 관계가 존재하지 않는 경우로 명시하지 않는 것이다. 이것은 실질에 따라서 사후에 근로자공급으로 판단될 수 있는 가능성이 차단될 것을 우려하기 때문이다.

cf. ILO 제86차 총회(1998)에서 정의된 내용

The term “contract labour” means work performed for a natural or legal person (user enterprise) by a person (contract worker) where the work is performed by the contract worker personally under actual conditions of dependency on or subordination to the user enterprise and these conditions are similar to those that characterize an employment relationship under national law and practice and where either :

(ii) the contract worker is provided for the user enterprise by a subcontractor or an intermediary.

cf. 가이드라인

“사내하도급”이란 원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무의 처리를 수탁한 사업주가 자신의 의무를 이행하기 위해 원사업주의 사업장에서 해당 업무를 수행하는 것을 말한다.

cf. 강성태(강성태·은수미(2007), 『용역노동자의 노동실태와 관련 법제도 고찰 및 정책제언』, 국회환경노동위원회)

“타인이 고용한 근로자를 자신의 사업장에서(사외 하도급 제외) 자신의 사업을 위하여 직접적으로 편입하거나 결합하여 사용 또는 이용하는 형태(사내하도급 근로관계가 간접고용에 의한 근로관계의 한 형태임을 밝힘)로서 그 근로자에 대해 그 자신이 직접적인 지휘감독을 하지 않는 경우(간접고용 중 실질적인 근로자파견관계는 사내하도급에서 제외)”

다. 다른 법과의 관계

이 법의 적용에도 불구하고 사내하도급 근로자는 사내하도급이 근로자 파견 또는 근로자공급에 해당함을 이유로 파견법 또는 직업안정법의 적용을 주장할 수 있다.

cf. 파견법 개정 사항

- 사용사업주와 파견사업주 사이에 근로자파견계약을 서면으로 체결하지 아니한 경우, 사용사업주와 파견근로자 사이를 직접무기근로계약

관계로 간주

- 파견사업주와 파견근로자 사이에 근로계약을 서면으로 체결하지 아니한 경우, 파견사업주와 파견근로자 사이를 무기근로계약관계로 간주
- 둘 다 없는 경우, 근로자의 선택적 청구권 인정

cf. 직업안정법 개정 사항

- 근로자공급의 정의: 파견법 또는 사내하도급법의 규정에 따른 경우가 아닌, 영리적 목적의 노동력 공급
- 근로자공급의 경우 사용자사업주와 공급근로자 사이에 직접무기근로계약관계 간주

라. 사내하도급 대상 범위

상시적이고 주된 업무에 대해서는 사내하도급을 금지하거나 노동조합 또는 근로자대표와 사전 협의를 통해서 사내하도급 대상 범위를 정할 수 있도록 해야 한다. 혹은 노동조합 또는 근로자대표와 사전 협의를 통해서 사내하도급 대상 범위를 정할 수 있도록 할 수도 있다. 이때도 상시적이고 주된 업무에 대해서는 사내하도급을 금지한다는 사실은 변함이 없을 것이다.

cf. 가이드라인

원사업주가 직접 수행하던 업무를 사내하도급 관계로 전환하여 수급사업주에게 위탁하는 경우에는 사전에 근로자대표 또는 노사협의회 등에 위탁 사유와 그 시기에 대한 정보를 제공하고, 근로자의 고용안정과 근로조건 보호에 대해 상호 협력한다.

cf. 김선수

근로기준법 제8조(중간착취의 배제 등) ② 사용자는 당해 사업 또는 사업장의 상시적인 업무에 대하여 다른 법률에 규정이 있는 경우를 제외하고는 도급, 파견, 용역 등 간접고용을 하여서는 아니 되고 근로자를 직접 고용하여야 한다.

마. 사내하도급의 서면계약

사용사업주와 고용사업주 사이의 사내하도급계약은 서면으로 체결되어야 한다. 그렇지 않으면 사용사업주와 사내하도급 근로자 사이에 처음부터 직접 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 성립된 것으로 간주한다.

또한 고용사업주와 사내하도급 근로자 사이의 근로계약은 서면으로 체결되어야 한다. 그렇지 않으면 양자 사이에 처음부터 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주한다.

둘 다 없는 경우에는 근로자의 선택적 청구권을 인정한다.

cf. 가이드라인

사내하도급 근로자와 근로계약을 체결할 때에는 임금, 근로시간, 휴일 등 근로조건을 서면으로 명시하여 교부하고, 사내하도급 근로자를 해고할 경우에는 해고사유와 시기를 서면으로 통지한다.

바. 사업이전과 근로계약관계의 이전

고용사업주의 변경에도 불구하고 사내하도급계약의 목적이 된 사업이 폐지되지 않고 새로운 고용사업주에 의하여 계속하여 운영되는 경우, 사내하도급 근로자와 종전 고용사업주 사이의 근로계약관계는 사내하도급 근로자와 새로운 고용사업주 사이로 이전되어 존속한다. 이 경우, 종전 근로계약관계에서 발생한 근로자의 제 권리는 이전된 근로계약관계로 그 대로 이어진다.

사용사업주의 변경에도 불구하고 사내하도급계약의 목적이 된 사업이 폐지되지 않고 새로운 사용사업주에 의하여 계속하여 운영되는 경우, 고용사업주와 종전 사용사업주 사이의 사내하도급계약은 고용사업주와 새로운 사용사업주 사이로 이전되어 존속한다. 이 경우, 종전 사내하도급계약관계에서 발생한 근로자의 제 권리는 이전된 사내하도급계약관계로 그 대로 이어진다.

cf. 가이드라인

하도급 관계가 종료되어 수급사업주가 교체되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원사업주는 신/구 수급사업주와 협의하여 사내하도급 근로자의 고용이 유지될 수 있도록 노력한다.

사. 차별금지

사내하도급 근로자는 사용사업주의 근로자로 직접 고용되어 동일한 근로를 수행했다면 향유할 수 있는 임금과 복리후생을 포함한 제 근로조건을 향유해야 한다. 이를 위하여 사내하도급 근로자가 수행하는 근로와 동일한 또는 유사한 근로를 수행하는 사용사업주의 근로자에게 법령, 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 적용되는 임금 및 근로조건이 사내하도급계약에 포함되어야 하며, 고용사업주는 그 내용을 사내하도급 근로자와 체결하는 근로계약에 포함하여야 한다.

사용사업주의 근로자 가운데 사내하도급 근로자가 수행하는 근로와 동일하거나 유사한 근로를 수행하는 자가 없는 경우에는, 사내하도급 근로자를 대표하는 노동조합이 포함된 근로자 측 교섭단과 사용사업주가 포함된 사용자 측 교섭단 사이에 체결된 단체협약으로 따로 정한 바가 없는 한, 사용사업주의 근로자 전체의 평균을 기준으로 한다. 다만, 사용사업주의 근로자 모두에게 일률적으로 제공되는 권리 및 이익은 사내하도급 근로자에게도 동일하게 제공되어야 한다.

cf. 가이드라인

- 원사업주와 원사업주 소속 근로자대표는 원사업주 소속 근로자의 근로조건을 결정할 경우 사내하도급 근로자의 근로조건에 대해서도 배려하도록 노력한다.
- 원사업주와 원사업주 소속 근로자는 사내하도급 근로자가 우리사주조합에 가입(직전 연도 연간 총매출액의 100분의 50 이상을 거래하는 수급업체에 한한다)할 수 있도록 배려하고, 사내근로복지기금의 수혜를 받을 수 있도록 노력한다.

- 원사업주 소속 근로자가 이용하는 복리후생시설을 사내하도급 근로자가 함께 이용할 수 있도록 가능한 범위에서 편의를 제공한다. 이 경우 원사업주 소속 근로자는 사내하도급 근로자와 공동으로 복리후생 시설을 이용할 수 있도록 협조한다.

아. 연대책임

고용사업주가 사내하도급 근로자에 대하여 노동관계법과 사회보장관계법상 의무를 이행하지 못한 경우 사용사업주는 고용사업주와 연대책임을 부담한다.

고용사업주 또는 사용사업주가 차별금지원칙을 위반한 경우 양자는 사내하도급 근로자와의 관계에서 연대책임을 부담한다.

cf. 가이드라인

원사업주의 귀책사유로 사내하도급 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 원사업주는 수급사업주와 연대하여 책임을 진다.

cf. 김선수

근로기준법 제15조(사용자의 정의) ② 근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.

③ 전항의 실질적 지배력 또는 영향력이 있는 자는 임금, 근로시간, 복지, 해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약체결 당사자와 함께 연대책임을 진다.

자. 단체교섭

기본원칙은 고용사업주와 사용사업주는 각각 또는 함께 사내하도급 근로자를 대표하는 노동조합과 교섭할 의무가 있다.

교섭창구단일화는 사내하도급 근로자가 수행하는 근로와 동일하거나 유사한 근로를 수행하는 사용사업주의 근로자를 대표하는 복수의 노동조

합이 노조법에서 정한 바에 따라 교섭창구단일화 절차를 진행하는 경우, 사내하도급 근로자 집단도 하나의 교섭 단위에 포함할 수 있다. 단 이와 같은 교섭창구단일화를 인정하기 위해 노동조합의 대표성을 조합원대표가 아닌 근로자대표로 변경해야 함을 전제한다.

cf. 가이드라인

- 원사업주는 사내하도급 근로자의 정당한 노동조합 활동을 존중하며, 이를 이유로 사내하도급 계약을 해지하거나 갱신을 거부하지 않도록 한다. 이 경우 사내하도급 근로자도 원사업주의 시설관리권 등 경영권을 존중한다.

차. 단체협약의 확대

사내하도급 근로자가 수행하는 근로와 동일하거나 유사한 근로를 수행하는 사용사업주의 근로자에게 적용되는 단체협약은 사내하도급 근로자에게도 적용된다.

카. 노사협의

사용사업주는 사내하도급을 활용하고자 할 때 사전에 노동조합 또는 근로자대표와 협의해야 한다. 또한 사용사업주는 사내하도급계약 및 활용 실태와 관련된 사항을 노사협의회에서 보고해야 한다.

이때 사내하도급 근로자를 대표하는 노동조합이 선임한 근로자 또는 그러한 근로자가 없는 경우에는 사내하도급 근로자들의 다수결에 의하여 선출된 근로자가 노사협의회에 참석할 수 있다.

cf. 가이드라인

- 원사업주와 원사업주의 근로자대표는 필요하다고 인정될 경우 수급 사업주의 근로자대표가 원사업주의 노사협의회 또는 간담회에서 바람직한 협력방안에 관한 의견을 개진할 수 있도록 기회를 부여한다.

cf. 김선수

근로기준법 제8조 ③ 사용자가 일시적인 업무에 외주·용역·도급 등의 형식으로 외주화할 때는 그 채용 여부, 업종, 대상, 기간, 인원, 근로조건, 계약업체 선정 등에 대해서 당해 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자와 사전에 합의(협의)하여야 한다. ④ 전항에 의해 외주화한 경우 사용자는 근로자 대표에게 3개월마다 외주화한 근로자의 상황 및 직접 고용하기 위한 방안 등을 제시하여야 한다.

참고문헌

- 강성태(2011), 「간접고용 규율의 현황과 과제」, 『간접고용의 실태와 법·제도적 개선방안』, 국회입법조사처.
- 권현지(2009), 「금융산업의 산별교섭 평가」, 『산별교섭의 이론과 실제』, 한국노동연구원.
- 권혜원(2009), 「한국통신의 정원관리」, 『공공부문 정원관리의 한일비교』, 한국노동연구원.
- 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원.
- 박제성·강성태·김홍영·정주연(2008), 『미래 노사관계 발전을 위한 법·제도 개선방안』, 노동부.
- 윤진호(2002), 「비정규 노동자의 실태와 조직화 문제」, 산업노동연구 8(2), pp.1~39.
- 은수미(2009), 「보건의료 산별교섭 평가」, 『산별교섭의 이론과 실제-산업별·국가별 비교를 중심으로』, 한국노동연구원.
- _____(2010), 「기업별 노사관계와 조합원 대표성: 보건의료노조와 금속노조를 중심으로」, 비판사회학회 2010년 추계학술대회 발표문.
- _____(2011a), 「복지국가 무한연대」, 대안담론포럼 복지국가 건설의 정치경제학 발표문.
- _____(2011b), 「저임금 노동 발생원인: 병원산업 국제비교」, 장지연 외, 『노동시장 구조와 사회보장체계의 정합성』, 한국노동연구원.
- 은수미·이병희·박제성(2011), 『사내하도급과 한국의 고용구조』, 한국노동연구원.
- 은수미·배규식·조성재·권현지·강병식·김가람·임상훈(2007), 『2007년도 노사관계 실태분석 및 평가: 총괄』, 한국노동연구원.
- 이병희·은수미(2011), 『비정규직법의 고용 영향 분석』, 국회입법조사처.

조정재(2009), 「금속산업의 산별교섭 평가」, 『산별교섭의 이론과 실제』, 한국노동연구원.

Becker, Friedrich: “Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen,” DB 1988, 2561 ff.

Becker, Friedrich: “Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz,” ZfA 1978, 131 ff.

Berg, Peter: “Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung,” JbArbR Bd. 46, 2009, S. 69 ff.

Blanke, Thomas(Hrsg.): Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002

Boemke, Burkhard: “Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht,” RIW 2009, S. 177 ff.

Boemke, Burkhard: Studienbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage 2004

Boemke, Burkhard/Lembke, Mark: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2005

Däubler, Wolfgang: Arbeitsrecht 2, 12. Auflage 2009

Dauner-Lieb, Barbara: “Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienstoder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG,” NZA 1992, S. 817 ff.

Dewender, Sascha: Betriebsfremde Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung der unechten Leiharbeiter, 2004

Düwell, Franz Josef/Dahl, Holger: “Aktuelle Gesetzesund Tariflage in der Arbeitnehmerüberlassung,” DB 2009, S. 1070 ff.

Düwell, Franz Josef/Dahl, Holger: “Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern,” NZA-RR 2011, S. 1 ff.

Düwell, Franz Josef/Dahl, Holger: “Verhinderung des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung und Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie,” DB 2010, S. 1759 ff.

- Eckhardt, Bernd: "Einführung in das Recht der Arbeitnehmerüberlassung," JA 1989, S. 393 ff.
- Erdlenbruch, Michael: Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer, 1992.
- Feuerborn, Andreas: "Gestaltungsmöglichkeiten des Einsatzes von Fremdfirmenarbeitnehmern," WiB 1996, S. 198 ff.
- Göbel, Jürgen: "Arbeitnehmerüberlassung, Werkvertrag und vorgeschobene Arbeitgeberberrisiken(II)," BIStSozArbR 1973, S. 324 ff.
- Grillberger, Konrad: "Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland," Festschrift für Rolf Birk zum 70. Geburtstag, S. 151 ff.
- Hamann, Wolfgang: "Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?," NZA 2011, S. 70 ff.
- Hamann, Wolfgang: "Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal," WiVerw 2001, S. 215 ff.
- Hamann, Wolfgang: Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienstund Scheinwerkverträgen, 1995
- Hamann, Wolfgang: Fremdpersonal im Unternehmen, 3. Auflage 2007
- Hansen, Leif H/Ragnit, Regina: "Neue Regeln für die Zeitarbeit," AuA 2011, S. 8 ff.
- Hempel, Frank: Das Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und den wirtschaftlichen Interessen der Verleiher und der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung, 1975.
- Henssler, Martin: "Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe," NZA 1994, 294 ff.
- Hümmerich, Klaus/Boecken, Winfried/Düwell, FranzJosef(Hrsg.): Anwaltskommentar Arbeitsrecht, 2008.
- Jüttner, Andreas: Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht,

2006.

Kaufmann, Stephanie: Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung gewerksmäßig überlassener Leiharbeitnehmer, 2004.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich(Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage 2006.

Ki Sun Kim, Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung durch die Personalführungsgesellschaft und das Betriebsverfassungsrecht 2011.

Kittner, Michael/Zwanziger, Betram: Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 5. Auflage 2009

Körner, Marita: Flexicurity in atypischen Arbeitsverhältnissen, 2006.

Körner, Marita: “Neue Betriebsratsrechte bei atypischer Beschäftigung,” NZA 2006, S. 576 ff.

Leitner, Ulrich: “Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung,” NZA 1991, S. 293 ff.

Lembke, Mark: “Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung,” DB 2011, S. 414 ff.

Lembke, Mark: “Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern,” NZA 2011, S. 319 ff.

Lembke, Mark: “Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit,” BB 2010, S. 1533 ff.

Leuchten, Alexius: “Die neue Recht der Leiharbeit,” NZA 2011, S. 608 ff.

Loof, Ariane: Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nach neuem Recht, 2005

Marschall, Dieter: “Arbeitnehmerüberlassung in der Datenverarbeitung,” CR 1987, S. 176 ff.

Marschall, Dieter: “Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung,” NZA 1984, S. 150 ff.

Marschner, Andreas: “Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von

- anderen Formen des Personaleinsatzes,” NZA 1995, S. 668 ff.
- Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen, Strukturen, Einsatzstrategien, Entgelte, 2008.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage 2011.
- Niebler, Michael/Biebl, Josef/Roß, Corinna : Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2003.
- Oberhür, Nathalie : “Umsetzung der EU-Richtlinie und Einführung einer Lohnuntergrenze in der Leiharbeit,” ArbRB 2011, S. 146 ff.
- Richardi, Reinhard(Hrsg.) : Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage 2010.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried(Hrsg.) : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage 2009.
- Rosenstein, Sabine : Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Fremdfirmeneinsatz aufgrund Dienstoder Werkvertrags, 1997.
- Schaub, Günter : “Die Abgrenzung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von Dienst- und Werkverträgen sowie sonstigen Verträgen der Arbeitsleistung an Dritte,” NZA 1985 Beilage 3, S. 1 ff.
- Schüren, Peter/Hamann, Wolfgang : Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2010.
- Seifert, Harmut/Brehmer, Wolfram : “Leiharbeit: Funktionswandel einer flexiblen Beschäftigungsform,” WSI-Mitteilungen 6/2008, S. 335 ff.
- Thüsing, Gregor(Hrsg.) : Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2005.
- Tomandl, Theodor : Arbeitskräfteüberlassung, 2010.
- Tschöpe, Ulrich : Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 6. Auflage 2009.
- Ulber, Jürgen : “Rechtliche Grenzen des Einsatzes von betriebsfremden Arbeitnehmern und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats,” AuR 1982, S. 54 ff.

- Ulber, Jürgen: "Die Richtlinie zur Leiharbeit," AuR 2010, S. 10 ff.
- Ulber, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2002
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick: "Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?," BB 1985, S. 1669 ff.
- Walle, Andreas: Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998
- Waltermann, Raimund: "Fehlentwicklung in der Leiarbeit," NZA 2010, S. 482 ff.
- Wank, Rolf: Anm. zu BAG v. 15. 6. 1983, SAE 1985, S. 74 ff.
- Wensing, Hans-Hubert/Freise, Agnes: "Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern," BB 2004, S. 2238ff.
- Wölfle, Tobias: "Gewerkschaftliche Strategien in der Leiharbeit," WSI-Mitteilungen 1/2008, S. 38 ff.
- Zahrnt, Christoph: "Arbeitnehmerüberlassung," CR 1991, S. 736 ff.
- Zimmermann, André: "Die neuen Pflichten der Einsatzunternehmen nach der AÜG-Reform 2011", Arbeitsrecht Aktuell, 2011, S. 264 ff.
- Zimmermann, André: "Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG-Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung", Arbeitsrecht Aktuell 2011, S. 62 ff.
- Zumbeck, Leiharbeit und befristete Beschäftigung, 2009.

◆ 執筆陣

- 은수미(한국노동연구원 연구위원)
- 김기선(한국노동연구원 초빙연구위원)
- 박제성(한국노동연구원 연구위원)

간접고용 국제비교

- 과견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로 -

- | | |
|---------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2012년 3월 15일 인쇄
2012년 3월 20일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 김 승 택 원장직무대행 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
150-740 서울특별시 영등포구
은행로 30
☎ 대표 (02) 3775-5514 Fax (02) 3775-0697 |
| ▪ 조판·인쇄 | 거목정보산업(주) (02) 2164-3232 |
| ▪ 등록 일자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등록 번호 | 제13-155호 |

© 한국노동연구원 정가 10,000원

ISBN 978-89-7356-898-7