

경제활성화를 위한 공정경쟁질서 확립방안

- 사내하도급을 중심으로 -

정 성 숙*

차 례

I. 서 론

II. 간접고용의 유형과 법적 규제

1. 도급과 하도급
2. 직업안정법상 근로자공급
3. 파견근로자보호에 관한 법률에 따른 근로자파견
4. 하도급법에 따른 하도급
5. 소결

III. 사내하도급

1. 의의
2. 사내하도급의 유형과 법적 취급
3. 사내하도급의 문제점

IV. 개선방안

1. 직접고용의 원칙
2. 상시적 업무에 대한 무기계약·직접고용 원칙의 채택
3. 파견법의 폐지와 직업안정법의 적용
4. 파견법의 개선
5. 파견과 도급의 구분
7. 간접고용 노동자의 보호
8. 정규·비정규직 간 차별해소
9. 엄격한 법집행과 규제의 지속

V. 결 론

* 영산대학교 법과대학 교수.

접수일자 : 2014. 11. 30. / 심사일자 : 2014. 12. 10. / 게재확정일자 : 2014. 12. 10.

I. 서론

불공정거래행위는 현실의 경제사회에서 행해지거나 행해질 가능성이 있는 ‘공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위’이다. 현실의 자본주의경제는 본래의 자본주의 정신을 왜곡한 자유방임적 이윤추구행위, 또는 자유경쟁의 과정 중 자본이 집중·집적된 결과 나타나는 거래주체간의 경제력 차이 등이 나타나고 있지만 독과점 및 카르텔의 규제 등 시장지배력 형성의 방지만으로 공정하고 자유로운 경쟁을 충분히 확보할 수 없다. 따라서 공정한 자유경쟁을 확보하기 위해 각국은 불공정거래행위를 규제하는 것이 일반적이다. 우리나라의 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’은 불공정거래행위를 모든 사업자에게 공통적으로 적용되는 일반 불공정거래행위와 특정 사업 또는 특정행위에만 적용되는 특수 불공정거래행위로 구분, 지정하여 규제하고 있다. 다른 종류의 불공정 거래 행위는 ‘공정하지 못하다’는 말 그대로 대체로 기업에게는 유리하고 소비자들에게는 불리한 조건을 만들어내는 것으로서 기업은 유리한 위치에서 조건을 흥정할 수 있고 소비자들은 불리한 조건을 억지로 받아들여야 하는 거래라면 불공정거래행위에 포함될 수 있다. 불공정거래행위로 인한 한 기업의 시장지배력 강화는 다른 기업의 경영욕구와 잠재기업의 시장진입에 큰 장벽으로 작용하게 되어 한 기업의 대형화가 독점으로 이어지게 되어 도덕적 해이와 비효율성 문제로 시장 전체와 소비자, 전 사회적인 후생손실이 발생하게 하는 결과, 이는 정상적인 기업활동에 저촉하는 행위로서 경쟁기업, 나아가 소비자에게까지도 불이익을 끼치는 행위이다. 그 결과 시장경제체제의 심각한 문제인 빈부격차가 갈수록 심해지게 되고, 시장경제의 기본원리인 수요와 공급에 의한 보이지 않는 손의 시스템이 작동할 수 없게 되어 경제활동이 위축되게 된다. 따라서 시장의 기능을 정상화하여 경제활동이 촉진되도록 사회의 재화 분배를 합리적으로 조정하는 것과 함께 불리한 위치에 놓인 불특정의 다수인의 권리 보호 및 수요와 공급시스템의 작동을 위한 공정경쟁질서의 확립이 필요한 것이다.

경제활성화는 일종의 경기부양책으로서, 1930년대 세계적인 공황과 불황의

만성화로 자본주의 시장경제의 조절기능이 마비되면서 국가가 적극적으로 개입하여 경제활동을 활성화하는 정책으로서 정부의 주요정책은 크게 공급측면에서의 정책과 수요측면의 정책으로 나뉘는데 공급측면에서의 활성화 대책은 직접적인 경기부양정책이다. 각종 조세감면·은행이자율 인하를 통한 기업의 금융부담 경감 등 화폐의 수량을 조절하여 경기파동의 효과를 완화하면서 동시에 기업의 투자의욕을 고취시키는 방안이다. 이러한 경제활성화의 목적은 경제민주화를 달성하는 데 있다. 즉, 경제활성화는 유효수요창출을 위한 파이를 키우는 것이고 경제민주화는 그 파이를 나누는 것으로 볼 수 있다. 일부 소수 계층이 대다수의 부를 거머쥐고 있다면 대부분 계층의 구매력이 축소되고, 따라서 전체 시장 크기는 축소되고 경제의 활력도 사라지게 된다. 부가 평등에 가깝게 분배된다면, 대부분의 계층의 구매력이 최대치를 기록하게 된다. 그렇다면 전체 시장 크기는 최대로 커지면서, 경제의 활력은 최고조에 이르게 된다. 경제활성화의 수단으로 법인세 감면, 규제개혁 등이 있을 수 있고, 경제민주화의 수단으로는 사회보장제도 확충, 서민지원정책 등으로 이 두 가지는 동시에 잘 조화되어서 이루어져야 한다. 2014년 7월 24일 최경환 경제팀의 경제활성화발표의 내용의 세부분은 내수활성화, 민생안정, 경제혁신 등이었다. 공공부분의 개혁, 규제개혁, 유망서비스업육성, 창조경제구현과 더불어 경제민주화¹⁾의 추진은 경제혁신의 카테고리에 포함되는 부분이다. 이 카테고리 내에서 특히 하도급·유통·가맹 분야, 영화 등 콘텐츠·소프트웨어·정보통신 같은 분야의 불공정 거래관행을 개선하여 공정경쟁질서 확립과 신성장분야에 있어서 경제민주화 체감성과를 가시화하고자 하였다. 이에 본 연구는 이러한 경제팀의 시책에 맞추어 간접고용의 형태와 법적규제를 살펴본 후, 생산적인 노사관계의 창출과 고용문화의 혁신을 통한 경제활성화에 기여하여야 함에도 불구하고 오히려 걸림돌이 되는 건설 및 제조업 등에서 만연하고 있는 사내하도급의 법적 취급과 효과 및 문제점을 언급한 후 개선방안을 검토하고자 한다.

1) 헌법상 경제민주화의 핵심 내용은 우리나라 경제에 참여하는 각 주체 간 조화에 불균형이 발생한 경우, 잘사는 사람만 잘사는 건 국가 전체적으로 좋지 않으니 많이 가진 사람의 몫을 덜 가진 사람에게 나누어 줄 수 있는 권한을 국가가 행사할 수 있다는 것이라고 한다, 이진영, “경제민주화실현을 위한 원·하도급 간 공생발전 방안”, 『국토』 2013년 9월호(통권383호), 국토연구원, 20쪽.

II. 간접고용의 유형과 법적 규제

먼저 간접고용과 관련된 법은 크게 민법 제664조·건설산업기본법 제2조 제11호에 의한 도급, 건설산업기본법 제2조 제12호·시설물의 안전관리에 관한 특별법 제2조 제11호·정보통신사업법 제2조 제13호에 따른 하도급, 직업안정법 제33조에 의한 근로자공급사업과 파견근로자보호 등에 관한 법률 제7조에 의한 근로자파견사업으로 구분되며, 후자의 두 업종은 모두 고용노동부장관의 허가를 얻도록 각 법에 명시되어 있다.

1. 도급과 하도급

(1) 의의

민법상의 도급은 계약당사자 일방(수급인)이 어느 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약(민법 제664조)이다. 민법상 도급계약에 근거하여 계약을 이행하는 과정에서 근로자를 이행보조자로 사용하는 관계로서²⁾ 도급은 일의 완성이라는 결과를 목적으로 하는 점에서 특별한 신뢰관계가 없으므로 하도급(수급인이 그 일을 다시 제3자에게 도급하는 계약)도 가능하다. 민법에 하도급에 관한 규정을 두지 않았다고 하도급을 인정하지 않는다는 것은 아니다. 즉, 수급인은 자신의 채무(맡은 일의 완성)를 이행함에 있어서 자신의 채무의 일부 혹은 전부를 다시 제3자로 하여금 이행하도록 할 수 있는데 이를 하도급이라고 한다. 그러므로 하도급은 도급에 의하여 수급인이 맡은 일의 전부나 그 일부의 완성을 제3자인 하수급인에게 다시 도급을 주는 2단계 도급계약이라고 할 수 있어 도급인과 수급인과의 도급계약과는 전혀 별개의 계약이다. 하도급은 반드시 도급인과 수급인이 전제되고 도급인이나 수급인이 없는 하도급이란 성립될 수 없으며, 통상적인 하도급의 개념은 수급인이 도급인으로부터 위탁 받은 일을 제3자에게 위탁하는 경우를 주로 뜻한다.

2) 유성재, “사내하도급과 근로자파견의 구분”, 『중앙법학』 제15집 제1호(2013. 3), 중앙법학회, 205쪽.

건설산업기본법에 따른 도급이란 원도급, 하도급, 위탁 등 명칭에 관계 없이 건설공사를 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 공사의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말한다(제2조 11호).

하도급 또는 하청이란 수급인이 자신이 해야 할 일의 완성을 제3자로 하여금 하게 하기 위하여 다시 체결하는 수급인과 제3자와의 계약을 말하며, 여기에서의 제3자는 이행대행자만을 의미하는 것으로 이행보조자는 포함되지 않는다. 하도급은 제2단계의 도급계약으로 제1단계의 도급계약과는 별개의 독립한 계약이다. 따라서 도급인과 수급인 사이의 법률관계는 아무런 영향을 받지 않는다.

각기 다른 법령에서 하도급은 ‘도급받은 건설공사의 전부 또는 일부를 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약(건설산업기본법 제2조 제12호)’, ‘도급받은 안전점검이나 정밀진단 용역의 전부 또는 일부를 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약(시설물의 안전관리에 관한 특별법 제2조 제11호)’, ‘도급받은 공사의 일부에 대하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약(정보통신공사업법 제2조 제13호)’ 등으로 정의되고 있다.

(2) 법적 효과

도급계약은 수급인과 도급인 사이에 계약관계이고, 도급계약이 성립하면 수급인과 수급인의 근로자 사이에는 일반적으로 고용계약에 근거하는 지휘·명령관계가 존재하며, 도급인과 수급인의 근로자 사이에는 원칙적으로 아무런 법률관계가 존재하지 않는다. 수급인은 일의 완성과 목적물인 도의무, 도급인은 보수지급의무를 부담하고 부차적으로 수급인은 일의 결과에 하자가 있을 경우 담보책임을 부담한다. 또한 수급인은 자신이 활용한 이행보조자 또는 이행대행자의 고의·과실에 대하여 책임을 부담하게 되며(민법 제391조, 제756조), 수급인은 법률 또는 계약에서 달리 정하지 않는 한 원칙적으로 하도급을 이용할 수 있다.

사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유³⁾로 근로자에게 임금을 지급하지 못

3) 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다(근로기준법 제44조 제2항).

한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 져야한다(근로기준법 제 44조).

건설업에서 사업이 2차례 이상 건설산업기본법(제2조 제11호)에 따른 도급이 이루어진 경우에 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다(근로기준법 제44조의2 제1항).

공사도급이 이루어진 경우로서 ① 직상 수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 사용한 근로자에게 지급하여야 하는 임금을 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 직상 수급인과 하수급인이 합의한 경우, ② 민사집행법 제56조제3호에 따른 확정된 지급명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조제4호에 따른 집행증서, 소액사건심판법 제5조의7에 따라 확정된 이행권고결정, 그 밖에 이에 준하는 집행권원이 있는 경우, ③ 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상 수급인에게 알려주고, 직상 수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우는 직상 수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 한다(근로기준법 제44조의3 제1항). 또한 건설산업기본법 제2조제10호에 따른 발주자의 수급인(원수급인)으로부터 공사도급이 2차례 이상 이루어진 경우로서 하수급인이 사용한 근로자에게 그 하수급인에 대한 제1항 제2호에 따른 집행권원이 있는 경우에는 근로자는 하수급인이 지급하여야 하는 임금에 해당하는 금액을 원수급인에게 직접 지급할 것을 요구할 수 있으며, 원수급인은 근로자가 자신에 대하여 민법 제404조에 따른 채권자대위권을 행사할 수 있는 금액의 범위에서 이에 따라야 한다(근로기준법 제44조의3 제

2항). 직상 수급인 또는 원수급인이 동조 제1항 및 제2항에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다(근로기준법 제44조의3 제3항). 또한 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 하여야 한다(근로기준법 제47조). 그 외 노동법상 특별한 보호규정은 없으며 산업안전보건법상 도급사업에서의 산업안전보건책임(제18조 제1항), 산업재해보상보험관계에서 재해보상에 관한 원수급인의 사용자로서의 지위(제9조 제1항), 고용보험 및 산재보상보험에의 가입의무 등을 통해 수급인의 근로자를 보호하는 규정을 두고 있다.

2. 직업안정법상 근로자공급

(1) 의의

근로자공급사업이란 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말한다. 다만, 파견근로자보호 등에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 근로자파견사업은 제외된다(직업안정법 제2조의2 제7호). 모든 근로자가 각자의 능력을 계발·발휘할 수 있는 직업에 취업할 기회를 제공하고, 정부와 민간부문이 협력하여 각 산업에서 필요한 노동력이 원활하게 수급되도록 지원함으로써 근로자의 직업안정을 도모하고 국민경제의 균형있는 발전에 이바지함을 목적으로(직업안정법 제1조) 제정되었으며, 사용사업주가 근로자공급을 받는 형태를 취하는 경우에 이 법이 적용된다.

(2) 법적 효과

공급사업자와 사용사업주사이에 공급계약이 존재하게 되고, 사용사업주와 공급근로자 사이에는 지휘·명령관계, 공급사업주와 공급근로자 사이에는 지배관계가 존재한다. 누구든지 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다(제33조 제1항)고 규정하고 있어 허가를 받지 않고 근로자공급사업을 행한 자만을 처벌대상으로 삼았으며, 이

를 위반하여 근로자를 공급받은 자(근로자공급사업에 따른 역무를 제공받은 자)는 처벌대상으로 하고 있지 않다.⁴⁾

노동조합 및 노동관계조정법에 따른 노동조합만이 국내 근로자공급사업의 허가를 받을 수 있는 자이다. 국내 유료직업소개사업을 하려는 자가 주된 사업소의 소재지를 관할하는 특별자치도지사·시장·군수 및 구청장에게 등록(직업안정법 제19조 제1항)을 하지 않고 국내유료직업소개사업을 한 경우 그리고 고용노동부장관의 허가(직업안정법 제33조 제1항)를 받지 아니하고 근로자공급사업을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(직업안정법 제47조 제1호).

근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 ① 근로자를 공급한 자가 그 근로자의 업무수행, 근로시간, 배치결정과 그 변경 및 복무상 규율에 관한 사항에 대한 지시 기타 관리를 스스로 함으로써 실질적으로 지휘·감독하는 경우, ② 근로자를 공급한 자가 스스로 제공하는 기계, 설비, 기재 또는 재료나 자재를 사용하거나, 스스로의 기획 또는 전문적 기술과 경험에 따라 업무를 행하는 경우로서 단순히 육체적 노동을 제공하는 것이 아닌 경우, ③ 근로자를 공급한 자가 소요자금을 자기 책임 하에 조달·지변하며 민법, 상법 기타 법률에 규정한 사업주로서의 모든 책임을 부담하는 경우, ④ 근로자를 공급한 자가 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 부담하는 경우를 제외하고 근로자공급사업을 행하는 자로 본다(도급 등과의 구별).⁵⁾ 고용노동부장관의 허가를 받지 않았지만 허가를 받은 것처럼 고의로 위장된 것으로서 그 사업의 본 목적이 노동력의 공급인 때에는 공급사업을 행하는 자로 본다(직업안정법 제2조 제2항). 파견법이 제정되기 전의 판례는 무허가 근로자공급계약은 강행법규위반이므로 무효이며, 이러한 경우 해당 근로자와 공급받은 자 사이에 바로 근로계약관계가 성립하는 것은 아니고 근로자공급사업자

4) 제정 직업안정법 제25조는 이를 위반한 공급사업자 및 공급받는 자 모두를 처벌대상으로 하였다, 강선희, “직업안정법상 근로자공급사업과 공급근로자의 산업안전의 문제점 및 보호방안”, 『노동포럼』 12호 (2014. 4), 188쪽).

5) 국내 근로자공급사업 허가관리규정[고용노동부예규 제46호, 2012.9.25., 일부개정], 제2조 제1항.

의 실체가 없어 근로제공의 상대방과 근로자 사이에 묵시적인 근로계약 관계가 성립하였다고 볼 수 있는 경우에만 근로관계를 인정하고 있었다.⁶⁾

누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인 여부 등을 이유로 직업소개 또는 직업지도를 받거나 고용관계를 결정할 때 차별대우를 받지 아니한다(직업안정법 제2조, 균등대우).

3. 파견근로자보호에 관한 법률에 따른 근로자파견

(1) 의의

근로자파견이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하며, 근로자파견사업이라 함은 근로자파견을 업으로 행하는 것을 말한다(제2조 제1호, 제2호). 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 파견법이 마련되었다.

(2) 법적 효과

파견사업주와 사용사업주 사이에 근로자파견에 관한 계약이 체결되고, 파견사업주와 파견근로자 사이에는 고용계약관계가 존재하며, 사용사업주와 파견근로자 사이에는 지휘·명령관계가 존재한다.

근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 하며(제5조 제1항), 예외적으로 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다(제5조 제2항). 제5조 제1·2항의 규정에도 불구하고 ① 건설공사현장에서 이

6) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결; 대법원 1993. 10. 22. 선고 93도2180 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결 등 참조.

루어지는 업무, ② 항만하역사업·검수사업·감정사업·검량사업, 철도여객·화물운송사업 및 철도와 다른 교통수단과의 연계운송사업, 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률에 따른 하역업무, 물류정책기본법 상의 하역업무로서 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, ③ 총톤수 5톤 미만의 선박에 따른 선원의 업무, ④ 산업안전보건법에 따른 유해하거나 위험한 업무, ⑤ 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령이 정하는 업무는 근로자를 파견할 수 없다(제5조3항).

파견기간은 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우를 제외하고 1년을 초과할 수 없으며, 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 파견기간을 연장할 수 있고 이 경우 1회를 연장할 때에는 그 연장기간은 1년을 초과하지 못하며, 연장된 기간을 포함한 총파견기간은 2년을 초과하지 못한다. 고령자인 파견근로자에 대하여는 2년을 초과하여 근로자파견기간을 연장할 수 있으며, 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 ① 출산·질병·부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간, ② 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월 이내의 기간⁷⁾이 파견기간이 된다(제6조 제4항 제1, 2호).

사용사업주는 ① 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우를 제외하고 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우, ② 근로자파견사업을 행하여서는 안되는 업무에 파견근로자를 사용하는 경우, ③ 총 파견기간 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우, ④ 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에 예외적으로 주어지는 파견기간을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우, ⑤ 사용사업주는

7) 다만, 그 사유가 해소되지 아니하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 3개월의 범위 내에서 그 기간을 연장할 수 있다(제6조 제4항 제2호 단서).

주무관청의 허가를 받지 않고 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자 파견의 역무를 제공받은 경우에 해당 파견근로자를 직접 고용해야 한다(제6조의2 제1항). 그러나 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다(제6조의2 제2항). 고용조건은 ① 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건, ② 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 당해 파견근로자의 기존의 근로조건의 수준보다 저하되어서는 안된다.

근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부령이 정하는 바에 의하여 고용노동부장관의 허가를 받아야 하는데(파견법 제7조 제1항) 이 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(파견법 제43조 제1호). 정식으로 파견업을 허가 받은 기업의 경우 산재책임은 파견사업주가 지게 되어 있으나, 불법파견을 하는 경우에는 직접 사용한 기업이 산재책임을 지게 되고, 파견사업주는 파견법위반으로 처벌받게 된다. 그리고 사용기업은 산재책임 이외에 근로자에게 임금을 직접 지급해야한다는 근로기준법 규정위반으로 또 처벌받게 된다.⁸⁾

4. 하도급법에 따른 하도급

(1) 의의

‘하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 하도급법)’이 하도급의 개념에 대해서는 규정하고 있지 않으나, 하도급거래란 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받

8) 하경효, “사내하도급 근로자보호를 위한 입법과제”, 『경영법률』 23권 2호 (2013), 한국경영법률학회, 472쪽.

은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위를 하도급거래로 정의하고 있어(제2조 제1항), 통상적인 하도급뿐만 아니라 원도급도 하도급법상의 하도급의 범주에 포함시키고 있다.

(2) 법적 효과

하도급거래의 경우 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하여서는 아니 되며(부당한 특약의 금지, 제3조의4), 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하거나 하도급 받도록 강요하여서는 안되며(부당한 하도급대금의 결정 금지, 제4조), 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에 그 목적물 등에 대한 품질의 유지·개선 등 정당한 사유가 있는 경우 외에는 그가 지정하는 물품·장비 또는 역무의 공급 등을 수급사업자에게 매입 또는 사용(이용)하도록 강요하여서는 아니 된다(물품 등의 구매강제 금지, 제5조). 그 밖에 원사업자는 선급금의 지급(제6조), 부당한 위탁취소의 금지 등(제8조), 부당반품의 금지(제10조), 하도급대금 감액금지(제11조), 물품구매대금 등의 부당결제 청구의 금지(제12조), 경제적 이익의 부당요구 금지(제12조의2), 기술자료 제공 요구 금지 등 (제12조의3), 하도급대금의 지급 등(제13조), 건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증(제13조의2), 하도급대금의 직접 지급(제14조), 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정(제16조), 원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정(제16조의2), 부당한 대물변제의 금지(제17조), 부당한 경영간섭의 금지(제18), 보복조치의 금지(제19조), 탈법행위의 금지(제20조) 등의 의무를 규정하고 있다. 공정거래위원회는 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 특약의 삭제나 수정, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다(제25조). 또한 공정거래위원회는 위반 시 과징금을 부과할 수 있고(제25조의3), 벌칙으로서 벌금을 부과할 수 있다. 원사업자

가 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 하도급법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 지며, 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다(제35조)

사내하도급이 적법하게 운영될 경우 노동법적 규제가 거의 없는 반면, 불법인 경우에는 파견이 되어 원청이 사내하도급 근로자에 대해 노동법상 사용자책임을 부담하게 된다.

5. 소결

근로기준법 제9조는 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다고 규정하고 있지만 직업안정법에 따른 근로자공급사업은 법률적 예외가 된다. 즉, 원칙적으로 근로자공급을 금지하되 파견법에서 정한 바에 따라 허용하는 방식을 취하고 있다. 파견법제2조에 따른 근로자파견사업을 행하는 자는 공급사업을 행하는 자에서 제외되어 있다.⁹⁾ 그러나 사내하도급 등 간접고용이 늘어나게 되면서 근로자에 대한 근로제공관계에서 사용자성 문제와 관련하여 위장도급문제가 제기되었고, 노무도급과 근로자공급으로서 근로자를 타인에게 사용하게 하는지의 여부가 쟁점이 되었다.

Ⅲ. 사내하도급

1. 의의

산업현장에서 고용관계의 유연화 및 임금부담의 완화, 해고 등 노동관계법상의 적용을 완화시킬 목적으로 자주 이용되고 있어¹⁰⁾ 관행적으로 사용되는 개념인 사내하도급¹¹⁾은 간접고용¹²⁾ 형태의 하나로 그 작업수행

9) 국내 근로자공급사업 허가관리 규정[제46호, 고용노동부, 2012.09.25.], 제2조 3항.

10) 한광수, “사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적 효과의 문제”, 『노동법논총』 제31집(2014.8), 한국비교노동법학회, 680쪽.

11) 도급계약에서는 수급인이 도급인과 장소적 또는 업무적으로 어떤 관계를 요구하지

이 도급인의 사업장 밖이 아니라 사업장 내에서 이루어지는 하도급을 말하며, 원사업주의 사업장 내에서 수급사업주가 원사업주로부터 도급 또는 위임받은 업무를 독립적으로 수행하는 것¹³⁾, 원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무처리를 수탁한 사업주(도급인)가 자신의 업무를 이행하기 위하여 원사업주의 사업장에서 해당업무를 수행하거나 하게 하는 경우¹⁴⁾ 또는 원사업자가 자신의 사업의 일부를 다른 사업자에게 위탁하여 납품을 받는 하도급거래 중에서 원사업자의 사업장 내에서 작업이 이루어지는 경우 혹은 타인이 고용한 근로자를 자신의 사업장에서 자신의 사업을 위하여 직접적으로 편입시키거나 결합시켜 사용 또는 이용하는 형태로서 그 근로자에 대해 그 자신이 직접적인 지휘·감독을 하지 않는 경우 및 원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무처리를 수탁한 사업주가 자신의 업무를 이행하기 위하여 원사업주의 사업장에서 해당업무를 수행하는 것¹⁵⁾으로 이해되고 있다.¹⁶⁾ 도급의 본래의 목적이 ‘일의 완성’이지만, 수급인이 맡은 일의 전부나 일부를 다시 제3자가 하수급인으로 맡는 하도급인 점을 고려하면 사내하도급의 경우 작업공정의 일부에 대한 하도급이라는 점에서 도급으로서의 성질을 갖는다고 할 수 있지만¹⁷⁾, 산업현장에서 활용되고 있는 사내하도급은 도급의 순수한 형태라고 볼 수만은 없다.¹⁸⁾ 이러한 행태는 근로자를 사용한 도급인은 임금을 근로자에게 직접

않으므로, 사내하도급 또는 사외하도급 사이에는 특별한 법적 의미가 생기는 것은 아니다(한광수, 앞의 논문, 683쪽).

12) 도급, 위탁, 용역 등 명칭에도 불구하고 제3자를 매개로 하여 근로자를 사용하는 형태 또는 기업이 필요한 노동력을 자신이 직접 고용하지 않고 다른 기업이 고용한 근로자를 사용하는 것으로 고용과 사용이 분리되는 특징이 있으며, 간접고용을 지칭하기 위하여 도급, 파견, 용역, 하청 등의 다양한 용어가 혼용되고 있으며, 아웃소싱, 외주화, 분사화 등은 간접고용으로 전환하는 과정을 일컫는다(김선수, “법제도 부문 하도급실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소, 85쪽.

13) 이한구, 안효대 새누리당 의원 대표발의 각 의안번호 12, 1435 참조.

14) 한광수, 앞의 논문, 680쪽.

15) 고용노동부, 사내하도급 가이드라인의 의의 및 활용계획, 2011. 7. 18.

16) 조성재, “사내하도급의 실태 및 쟁점과 개선방안”, 『노동리뷰』 (2012.6), 한국노동연구원, 6쪽.

17) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결.

18) 한광수, 앞의 논문, 681쪽.

지급하는 것이 아니라 수급인에게 지급하고, 수급인은 임금의 몇%와 기타 비용을 제외한 임금을 근로자에게 지급하는 고용관계를 취하고 있다. 그러나 이러한 방식의 외부인력 활용은 도급인인 사용자가 근로자를 직접 고용하는데 따른 부담을 피하는 동시에 노동법적 규제를 회피하기 위하여 도급계약을 편법적으로 이용한 위장도급 또는 근무형태가 파견근로와 비슷한 금지되는 근로자불법파견이다.

(1) 근로자공급사업, 근로자파견사업으로부터 구분

가장 중요한 것은 누구와 고용계약을 체결하였는가 이다. 근로자파견사업은 실제 파견사업주와 근로자 사이에 고용계약이 체결된다. 다만 파견사업주와 사용사업주 간의 파견계약에 따라 근로자를 사용사업주에게 파견시켜 근로를 제공하도록 한다. 파견사업은 실제 사용사업주가 아닌 파견사업주와 근로자사이에 고용계약이 체결된 형태이다. 근로자공급사업이 되기 위해서는 공급사업자와 근로자간에 고용계약 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있어야 하고, 공급사업자와 공급을 받는 사용사업자 간에 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자 간에는 사실상 고용관계가 있어야 한다.¹⁹⁾ 결국 근로자공급사업의 경우 근로자파견사업과 유사하다고 볼 수 있지만, 공급사업자와 근로자간에 고용계약뿐만 아니라 사실상 근로자를 지배하는 관계에 있으면 충분하고 근로자와 공급받는 자 사이에는 사실상 사용관계가 있으면 된다. 사내하도급은 일반적으로 도급인으로부터 업무를 도급받은 수급인이 도급인의 사업 또는 사업장에서 업무를 수행하는 것이다. 또한 도급인에게 업무를 도급받은 수급인이 고용한 근로자인 수급인의 근로자는 도급인의 사업장에서 계속적으로 도급인의 업무를 수행하지만 근로계약은 수급인과 체결한다. 즉 수급인의 근로자는 수급인에게 채용되어 그로부터 업무지휘명령을 받아 근로제공을 통하여 일을 완성한다는 점에서 그와 근로계약을 맺은 근로자에 대한 사용권한(지휘·명령권한)은 수급인에게 있다. 이러한 이유로 사용사업주가 직접 사업을 수

19) 대법원 2010. 1. 11 선고 2009도3806 판결.

행하고 근로자만 파견사업주로부터 받아 사용하는 ‘파견근로’와는 개념상 구분된다.²⁰⁾

(2) 사내하도급과 근로자파견의 구분

근로자파견의 판단기준에 관한 지침 및 사내 하도급 관련 사건에서 판례 및 의 기본적 논리는 파견법상 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하기에 앞서 파견사업주, 수급인, 수임인 등이 사업주로서의 독자적인 실체성 여부를 먼저 검토하고, 사업주로서의 실체가 없는 경우에는 근로자를 사용하는 도급인, 위임인 등(사용사업주)과 해당 근로자간 고용관계가 있는 것으로 추정하여 노동관계법이 적용된다. 만약 사업주로서 실체성과 독자성이 인정된다면 사용사업주등과 파견사업주등이 도급관계인지 아니면 근로자파견관계를 판단하게 되는데 이때 사용사업주등의 지휘·명령에 대한 판단기준들을 종합·고려하여 실제로 파견인지 여부를 결정하되, 작업배치·변경결정권, 업무지시·감독권, 휴가, 병가 등의 근태관리권 및 징계권 등은 주요판단기준이 된다.²¹⁾ 즉 주요 판단요건은, 채용, 해고, 승진 등 인사결정권과 임금, 퇴직금 등 급여 지급 책임, 사업주로서의 법률상 책임, 도·수급인간 사업적 종속성, 수급인의 수요자금 조달능력 및 규모 관리 능력 등과 계약의 본질 측면에서 계약의 목적과 대상 (체결된 계약의 목적이 일의 완성, 사무처리의 위탁, 근로자의 노무제공인지에 따라 도급, 위임, 파견으로 구분된다), 계약의 이행과 의사, 계약서상 담보책임과 이행이 중요하고, 노무관리상 사용종속성 등이 주요한 판단 요건이 된다.

사내하도급에 있어 도급인과 수급인의 관계설정과 수급인 소속 근로자 등과의 근로관계에 대한 개념정립을 위해서는 이러한 사내하도급이 도급으로서의 성격을 갖는지 근로자파견으로서의 성질을 갖는지에 따라 그 책임범위가 달라질 수 있다. 파견이라면 파견법의 적용을 받아 동법상의 보호를 향유하면서 경우에 따라 불법파견으로 인정되는 경우 고용의제

20) 한광수, 앞의 논문, 683쪽.

21) 김영완, “사내하도급 문제의 쟁점과 합리적 개선방안”, 『임금연구』 2010년 겨울호, 한국경영자총협회, 95쪽.

내지 직접고용의무에 의해서 원도급(청)기업의 근로자가 될 여지가 있어서 노동계가 선호하는 법률구성을 할 수가 있다. 이에 비하여 도급으로 보는 경우 파견법에 의한 규제를 받지 않고, 원도급(청)기업과 근로관계가 형성될 여지가 없으며 민법상 도급계약의 법리에 따른 제한과 도급사업에서의 임금보호 및 산업안전보호법 및 산재법상의 보호규정 등의 적용을 받게 될 것이다. 따라서 사내하도급 근로자들의 노무제공 형태가 원도급(청)기업과의 관계에서 도급인가, 파견인가 하는 문제가 부각되게 된다.²²⁾

2. 사내하도급의 유형과 법적 취급

(1) 유형

불법파견의 유형으로서 위장도급, 주무장관의 허가를 받지 않은 무허가 파견, 기타파견으로 나눌 수 있다. 위장도급은 형식적으로는 도급조건(사업경영 및 인사노무관리의 독립성)을 갖추었으나 파견법 적용을 회피하기 위하여 고의로 위장한 경우로서 독립적인 사업주체인 도급인·수급인이 공모하여 실제로 파견사업을 하면서 도급계약을 하는 것으로 위장하는 경우 그리고 사용자채 주도로 사실상 독립적인 사업주체가 아닌 수급업체에게 도급을 주는 방법으로 사용자책임을 회피하는 경우를 들 수 있다. 또한 기타의 불법파견으로서 파견사업은 허가받았으나 파견대상이 아닌 업무에 근로자를 파견한 경우, 파견기간을 위반하여 근로자를 파견한 경우를 들 수 있다.

(2) 파견법 적용여부

무허가 파견 및 기타 불법파견은 당연히 파견법이 적용된다. 고의적 위장도급의 경우 실질적인 파견관계이므로 파견법이 적용되며, 하도급자의 사업경영 독립성이 인정되지 않는 위장도급의 경우 실질적인 파견관계를 인정할 수 있는지 여부가 불분명하여 법 적용여부에 논란의 여지가 있으나, 근로자파견과 도급, 위임 등이 실제로는 근로자파견 관계이나 파견법

²²⁾ 한광수, 앞의 논문, 688~689쪽.

상 규제(대상업무, 파견기간, 사업주 책임 등)를 회피하기 위해 도급·위임 등으로 위장하는 사례가 발생하고 있는 바, 당사자간 노무를 제공하고 사용하는 형태가 근로자파견에 의한 것인지 도급 등에 의한 것인지를 구별할 필요가 있어 고용부와 법무부가 2007년 4월에 마련한 ‘근로자파견의 판단기준에 관한 지침’에 따라 당해 근로자가 사용사업주의 지휘·명령을 받는지 여부²³⁾와 더불어 사업주로서의 실체판단²⁴⁾을 종합적으로 고려하여 불법파견여부를 판단하도록 하였다.²⁵⁾ 동 지침에서는 파견과 도급의 양자간 구별의 핵심은 전반적인 사업수행과정에서 상기의 판단요소에 대한 책임과 권한 등이 파견사업주 등에게 전속되어 있는 경우에는 파견사업주의 실체성이 인정되는 것으로 본다. 그러한 경우로는 첫째, 파견사업주 등의 실체가 인정되지 않는 경우에는 사용사업주등이 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하고, 둘째, 파견사업주 등의 실체가 인정되고, 사용사업주등이 파견사업주 등의 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사한다면 파견근로관계로 본다. 셋째, 파견사업주 등의 실체가 인정되고, 사용사업주등이 파견사업주등의 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사하지 않는다면 도급, 위임·위탁, 용역 등의 관계로 본다.²⁶⁾

지난해 11월 29일 수원지법 제1민사부는 컨베이어벨트를 이용한 자동차 생산공정에는 도급이 성립할 수 없다는 기존의 판례를 반영하였다. 재판부는 근로자 파견관계에 있다는 근거로 쌍용차가 사내협력업체에 도급 계약에 따라 지급한 보수는 노동력 자체에 대한 대가라는 점, 사내협력업체별로 이뤄진 근태관리를 쌍용차가 보고받아 관리한 점을 들었다. 법원은 또 사내협력업체 직원들이 쌍용차 정규직과 같은 생산라인에서 혼합돼 단순업무를 한 점, 쌍용차가 사내협력업체 근로자들에게 표준작업요령

23) 작업배치·변경 결정권, 업무 지시·감독권, 휴가·병가 등의 근태 관리권 및 징계권, 업무수행에 대한 평가권, 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권 등.

24) 사업주로서의 실체를 판단하기 위한 요소로서 채용·해고 등의 결정권, 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임, 법령상 사업주로서의 책임, 기계·설비·기자재의 자기 책임과 부담, 전문적 기술·경험과 관련된 기획책임과 권한 등의 요소.

25) 조성재, 앞의 논문, 7쪽.

26) 한광수, 앞의 논문, 690~691쪽.

을 제시해 작업을 지시한 점도 강조했다.

재판부는 특히 “사내협력업체 직원들이 쌍용차가 통제하는 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름 생산방식에 맞춰 작업을 수행하고, 쌍용차의 전체적인 작업지휘에 따라 근로에 종사한 반면 사내협력업체는 독자적으로 차체·의장의 일부 공정상 업무를 진행한 증거가 없다”고 판시하고, 컨베이어벨트를 이용한 생산라인, 정규직과 혼재작업, 원청회사 생산시설 사용, 원청이 만든 작업지시서, 사내하청업체에 대한 원청의 근태관리를 불법파견의 주요 요소로 지목하였다.²⁷⁾ 이것은 사법부가 ‘도급을 가장한 대기업의 사내하도급고용관행은 불법’이라고 썰기를 박은 것이다. 법원은 사내하청 근로자들에 대한 지위확인 소송에서 원청업체의 하청업체근로자들의 관계에 초점을 두어 사용자로서의 지휘감독이라는 사용자성을 강조하면서 이를 위장도급으로 보아 불법파견으로 판단하여 파견법 적용을 원용하고 있기 때문이다.²⁸⁾ 또 2014년 9월 25일 서울중앙지법 민사41부의 판결에 따르면 국내 자동차 완성업체가 직접 생산공정에서 사내하청 노동자를 쓰는 것은 모두 불법이라는 판단이다. 재판부는 내용 면에서 연속된 업무를 수행함에 따라 그 작업 결과가 혼합돼 누구의 작업으로 말미암은 것인지 구별이 곤란하다고 판결했다. 원청의 사업장에서 정규직이 중심이 돼 진행되는 자동차 생산 공정의 작업 특성상 사내하청 노동자가 중간에 끼인 형태로는 합법적인 도급이 불가능하다고 판단하여 사내하청 노동자 모두가 불법파견임을 인정하였다.²⁹⁾

(3) 고용의제 적용여부

구 파견법상(제6조 제3항) 파견근로자의 사용기간이 2년을 초과한 경우 사용사업주의 고용의제를 규정하고 있었다. 무허가, 위장도급 등 불법파견이 파견법상 고용의제규정이 적용되는지에 대해서는 과거 노동부는 적

27) “쌍용차 사내하청도 불법파견 판결”

(<http://blog.daum.net/wls1969/1733>, 2014.11.18.방문)

28) 한광수, 앞의 논문, 676쪽.

29) “자동차 사내하청 모두 ‘불법’판결”

(<http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/656943.html>, 2014.11.18.방문)

용된다고 해석하였고³⁰⁾, 대법원 판례³¹⁾도 구법 하에서 적용의제규정의 적용을 긍정하였다. 파견법 개정 전 대법원은 계약의 형식이 아닌 노무제공의 실질에 따라 법률관계를 파악해야 한다는 기본입장에서 외형상으로는 사내도급의 형태를 띠고 있지만, 실질적으로는 하청회사의 근로자와 원청회사 사이에 묵시적으로 직접적인 근로관계가 있는 것으로 인정하였으며³²⁾, 실질이 파견인 경우에는 불법파견에 해당되어 원청업체가 파견사용사업주로서 파견법상의 직접고용간주 규정(현재는 직접고용의무)을 적용할 수 있다고 판시하였다.³³⁾ 2012년의 대법원 판결도 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되는 자동차 조립·생산 작업의 의장공정에 종사하면서 정규직 근로자들과 함께 원청의 작업지시서 등에 의하여 단순·반복적인 업무를 수행해온 원청 자동차제조회사의 하청업체 근로자들은, 형식상의 도급계약에도 불구하고 원청회사와 근로자파견관계에 있다고 인정하고, 불법파견의 경우에도 구 파견법의 직접고용 간주조항에 따라 파견근무 2년 후부터 원청회사의 근로자 지위를 인정하였다.³⁴⁾

(4) 직접고용의무

파견근로자 보호 등에 관한 법률은 제6조의2 제1항에서 고용의무 규정을 두어 파견 근로자 근로기간이 2년이 넘을 경우 직접 고용하도록 하는 의무를 부과하고 있다(제3호). 종래 직접 고용한 것으로 간주하는 '고용의제' 조항이었으나, 2012년 개정되어 고용의무 조항으로 규율하고 있다.

3. 사내하도급의 문제점

(1) 기업의 경영전략으로서 간접고용

우리나라 기업들의 간접고용 활용 이유는 대체로 업무성격, 비용절감,

30) 사내하도급점검지침, 2004.7, 관련해석 고판 68460-573(2001.5.11.).

31) 대법원 2008. 9. 16. 선고 2007두22320 판결.

32) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.

33) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

34) 대법원 2012. 2. 23 선고 2011두7076.

경영전략(합리화, 효율화)과 노사관계 등의 이유 때문이며³⁵⁾, 이것들은 기업의 핵심전략중의 하나이다. 파견근로자를 사용하는 이유는 주로 고용조정 용이, 비용절감, 사용자책임의 경감 등이다. 즉, 파견근로를 사용하는 기업의 대부분이 고용조정과 비용절감 등 인력관리를 원활하기 위한 목적에서 출발하고, 파견법이 상정하고 있는 것과 같이 기업 외부로부터 전문인력을 확보할 필요성은 미미하다는 것을 의미한다. 달리 말하여, 기업이 파견근로 등 간접고용을 선호하는 이유는 단순히 저임금 활용에 있는 것이 아니라, 경기변화에 따른 고용조정이 더 쉽고 인력관리가 용이하기 때문인 것으로 풀이될 수 있다. 직접고용형태로 업무를 수행하다가 일정 업무를 용역·도급을 통해 간접고용형태로 전환하는 주요 원인을 노동조합 활동을 약화시키기 위한 목적에서 찾을 수 있으며 그로 인하여 조직력이 강한 직군을 간접고용 함으로써 궁극적으로는 노동조합에 대응하는 비용을 절감할 수 있을 뿐만 아니라 사용자가 근로조건을 결정할 수 있는 가능성을 높이고, 근로자 또는 노동조합의 집단적 반발을 줄일 수 있다는 점을 노리고 있다.

(2) 노동관계법상 사용자책임 회피수단

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률과 파견법 등 비정규직법 시행 이후 비정규직근로자의 확산을 막고자 하는 입법 취지와는 달리 규제를 회피하기 위하여 직접 고용해 오던 인력을 도급이나 용역 등 간접고용으로 대체함으로써 비정규직법의 회피수단으로 악용하고 있다.³⁶⁾

(3) 사내하도급 근로자의 증가와 고용불안

사내하도급 근로자는 근로조건과 수행업무에 실질적인 영향력을 행사하는 사용자사업주와의 관계에서 기본적인 노동기본권조차 보호받지 못하는 법적용의 사각지대에 놓이게 됨으로서 고용불안정, 노동3권 행사의 제

35) 김종진, “비제조업 부문 사내하도급 실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소, 39쪽.

36) 김선수, 앞의 포럼자료, 87쪽.

약, 제반 근로조건에서의 심각한 차별대우, 신분상 지위로 인한 차별 등으로 인하여 근로조건 개선을 위해 노조가 결성되거나 혹은 도급계약을 해지하고 고용승계를 거부함으로써 생존권을 박탈하는 경우 파업, 농성, 투신 등으로 극한의 투쟁과 갈등이 불거지는 요인이 되었다.³⁷⁾

(4) 사내하도급의 한계

파견법이 제정 시행된 후에도 실제 파견근로자의 운용에서 사용사업주는 근로기준법에 따른 사용자책임이나 파견법에 따른 고용의제 규정(현행 고용의무 규정)을 회피하기 위하여, 또한 파견사업주는 파견법상의 각종 제한을 회피하기 위하여, 파견근로자를 편법으로 사용하는 위장도급 및 불법파견 사례가 발생하여 이를 둘러싼 법적인 분쟁이 끊이지 않고 있다. 사내하도급 근로자들의 노무제공 형태가 원도급(청)기업과의 관계에서 도급인가, 파견인가 하는 문제가 핵심적인 쟁점으로서 실제의 도급과 파견의 구분은 매우 모호하고 유사하여, 이에 대한 법규제를 회피(잠탈)하기 위한 수단으로 이용된다는 데에 사내하도급의 한계가 있다. 그렇기 때문에 불법파견이나 직접고용의 실질을 은폐하기 위한 수단으로서의 법형식(위장도급)이 사회문제로 되며³⁸⁾, 반인권, 반정의, 반사회통합, 반인본주의적인 현상으로써 그 해결은 우리 사회의 주된 과제이다.³⁹⁾ 일의 수행이 필요하지만 노동법상 사용자 또는 파견법상 사용사업주에게 해당하는 책임으로부터 벗어나고자 하는 사업주는 사내협력업체와 도급계약을 체결하고 민법상의 책임만 부담하려고 하는 의도를 사전에 차단할 필요가 있다.

37) 조성재, 앞의 논문, 10~11쪽.

38) 한광수, 앞의 논문, 684쪽.

39) 김선수, 앞의 포럼자료, 87쪽.

IV. 개선방안

우선 직접고용의 원칙과 무기계약의 원칙을 천명하고, 파견법을 폐지하여 직업안정법에 따른 근로자공급사업을 권장하며, 파견법의 폐지가 어려울 것이라는 것을 감안한 파견법 규정의 제·개정 및 관련법의 보완 등의 순으로 개선방안을 언급하고자 한다.

1. 직접고용의 원칙

국제노동기구는 1944년 필라델피아선언, 2003년 고용관계에 관한 결의, 2006년 고용관계에 관한 권고에서 직접고용의 원칙을 표명하고 있다. 우리 헌법도 원칙적으로 사용자와 근로자 사이에 중간자를 두어 노동의 결과는 사용자가 전유하고 사용자의 책임은 실질적으로 책임을 질 능력이 없는 중간자에게 전가하는 식의 고용관계를 허용하고 있지 않다. 이러한 관계를 폭넓게 허용하면 헌법이 근로3권을 보장한 취지인 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 자치보장이 무의미해지기 때문이다. 또한 직접고용의 원칙은 직업안정법이 원칙적으로 근로자 공급사업을 금지하고 있다는 점에서 확인되고 있다. 직무의 특성상 중간자를 두는 고용형태를 허용하는 경우도 있으나 파견법에 따라 허용범위를 최소한도로 제한하고 있으며, 이 때에도 파견기간의 최대한 2년으로 제한하고 2년 이상 경과시에는 직접고용의무를 부과하고 있으며, 이는 파견근로자의 상용화와 장기화를 방지해 직접고용원칙을 준수하기 위한 취지이다. 이러한 취지에서 은수미의원이 대표 발의한 근로기준법 개정안 제9조 제2항과 3항⁴⁰⁾, 파견법개정안 제6조의2 제1항⁴¹⁾ 및 심상정의원이 대표 발의한 근로기준법 개

40) 은수미의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호 1901513) 제9조(중간착취의 배제)

② 사용자는 해당 사업 또는 사업장의 상시적인 업무에 대하여 직업안정법, 파견근로자보호 등에 관한 법률 등 다른 법률(민법을 제외한다)이 정하고 있는 경우를 제외하고는 근로자를 간접고용 하여서는 아니 된다.<신설>

③ 사용자가 전항의 규정을 위반하여 근로자를 간접고용한 경우 사용자는 해당 근로자를 직접 고용한 것으로 본다.<신설>

41) 은수미의원 파견법개정안 제6조의2(고용의제).

정안 제9조의2(42)는 이러한 원칙을 명문으로 규정한 것으로 볼 수 있다.⁴³⁾ 상시고용 외주화 금지⁴⁴⁾도 마찬가지로 취지다.

사업장내에 불합리한 차별을 시정하고 사내하도급근로자의 고용안정 및 근로조건 개선의 도모하는 것을 목적으로 한 “사내하도급 근로자 보호 등에 관한 법률안⁴⁵⁾”은 민법상 도급계약에 지나지 않은 사내하도급을 하나의 고용형태로 간주할 수 있게 되고 그러면 간접고용을 합리화할 수 있게 되고, 사내하도급을 법으로 명시함으로써 현재 기업이 저지르고

① 사용자주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 본다.<밑줄개정> 다만, 파견근로자의 명시적 의사에 반할 수 없다.<밑줄신설>

42) 심상정의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호 1900465) 제9조의2(상시적 업무에서의 간접고용의 금지)<신설>

- ① 사용자는 사업 또는 사업장에서 수행하는 상시적 업무에 대하여 근로자를 사용하는 경우 기간의 정함이 없이 직접 고용하여야 한다.
- ② 사용자는 사업 또는 사업장에서 수행하는 상시적 업무에 대하여 직업안정법 또는 파견근로자보호 등에 관한 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 도급·위탁·용역·파견 등 어떠한 형태로도 제3자를 매개로 하여 근로자를 사용하여서는 아니 된다.
- ③ 사용자가 제2항을 위반하여 제3자를 매개로 하여 근로자를 사용한 경우에는 그 근로자를 최초로 사용한 때부터 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 본다.
- ④ 제3항에 따라 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 보는 경우 그 근로조건은 다음과 같다.
 1. 해당 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 동종 또는 유사한 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 있는 경우에는 근속년수에 비례하여 그 근로자에게 적용되는 근로조건에 의한다.
 2. 해당 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 동종 또는 유사한 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 없는 경우에는 근속년수에 비례하여 해당 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건 중 최저수준 이상의 근로조건에 의한다.
- ⑤ 제4항의 동종 또는 유사한 업무의 판단 기준은 제6조의2 제2항을 준용한다.

43) 예외적으로 간접고용을 허용하는 경우에 대해 심상정 의원안은 직업안정법과 파견법에 정한 경우만으로 제한했으나, 은수미 의원안은 ‘등’을 사용하여 민법을 제외한 다른 특별법에 의해 허용될 여지를 인정함. 경비업법 등 특별법에 의한 도급 또는 용역이 인정되는 경우가 있고, 이들 법률을 모두 나열할 수 없으므로 ‘등’으로 탄력적으로 규정하는 것이 타당하다(김선수, 앞의 포럼자료, 95쪽).

44) 손정순, “제조업 부문 사내하도급 실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소, 17쪽.

45) 이한구의원 대표발의 및 안효대의원 대표발의 사내하도급근로자 보호 등에 관한 법률안(의안번호 1900012 및 1901435) 참조.

있는 불법 파견을 ‘합법 도급’으로 둔갑시켜 버릴 가능성을 내포한다.⁴⁶⁾ 이 법안이 재벌들이 오랫동안 꿈꾸던 파견 업종 전면 확대와 기간 연장, 고용 의무 완화라는 3대 과제를 완벽하게 해결해 주고, 정규직 노조를 무력화시키고 합법적인 비정규직 공장을 양산하는 법이라는 사실을 그들 스스로 인정하고 있으며, 제조업뿐만 아니라 전 영역에 사내하도급을 인정해 오히려 비정규직을 확산하는 법안이라는 비판을 받고 있다. 고용노동부도 민법상 도급계약은 노동법에서 다룰 영역이 아닐뿐더러 법률적으로 모순이 발생할 수 있다고 하여 동 법안의 제정에 소극적 입장을 보이고 있으며, 더욱이 지난해 11월 13일에는 국가인권위원회가 고용노동부의 의견조회에 대해 동 법안이 사내하도급근로자의 인권을 침해할 우려가 있다는 견해를 표명하였다. 사내하도급의 합법화는 직접고용의 원칙에 반함이 틀림없다.

2. 상시적 업무에 대한 무기계약·직접고용 원칙의 채택

간접고용은 고용과 사용의 분리를 전제로 하여 중간착취를 합법화한 제도인 점에 비추어 보면, 사용자와의 관계에서 사회·경제적 지위가 열악한 근로자의 헌법상 보장되는 기본권인 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 근로의 권리, 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건 법정주의, 인간다운 생활을 할 권리, 노동기본권 등을 실질적으로 보장하기 위해 근로계약의 무기계약 및 직접고용 원칙이 도출된다. 따라서 국가인권위원회는 상시적인 업무에 대한 직접고용 원칙을 법률에 명시적으로 규정함으로써 간접고용의 남용을 억제할 것을 권고하거나 이러한 원칙을 명문으로 입법한다면 개별적 근로관계에 관한 기본법인 근로기준법에 규정하는 것이 타당하다.⁴⁷⁾ 국가인권위원회는 사용자책임을 회피하고자 사내하도급 등 간접고

46) 파견법제정 이전에는 계약의 형식이 도급계약이라도 실제 근로자공급사업에 해당한다면 이는 직업안정법을 위반한 위법적인 근로자공급사업으로 보아 처벌대상으로 삼았으며, 불법파견의 경우에도 불법적인 근로자공급사업으로 취급되었다. 즉, 이미 불법적인 형태로 만연하고 있던 근로자공급사업의 일부를 파견법의 제정을 통해 합법적으로 승인해 주었는데(강선희, 193면) 이것은 불법을 합법으로 둔갑시키는 사내하도급 근로자보호법 안도 경우도 마찬가지라고 할 수 있다.

47) 김선수, 앞의 포럼자료, 95쪽.

용을 남용하는 사례를 억제하기 위해 일시적인 업무가 아닌 상시적으로 행해지는 업무인 경우에는 근로자를 직접 고용하도록 하는 원칙을 법률에 명시할 것을 권고하였다.⁴⁸⁾

나아가 상시적 업무에 대한 무기계약·직접고용 원칙 적용의 결과 비정규직의 사용은 이를 정당화할 만한 객관적이고 정당한 사유가 있는 경우에만 허용될 수 있다는 사용사유제한방식을 도입하고, 파견대상업무를 확대하거나 혹은 특히, 제조업의 경우에는 절대금지⁴⁹⁾할 필요가 있다.

3. 파견법의 폐지와 직업안정법의 적용

입법연혁을 보면, 우리나라가 외환위기를 겪고 있었던 1998년 2월 IMF의 고용유연화정책 권고를 받아들여 입법한 것이다. 파견법은 파견근로자를 보호하기 위한 법인데, 파견근로라고 하는 고용형태를 합법적인 제도화된 영역으로 들여오기 위한 가교의 역할을 하는 정도다. 파견법상 해고, 임금 등 중요한 근로조건에 관하여 파견업주가 근로기준법상 사용자이므로 사용자업주가 파견근로자를 원치 않는 경우 언제든지 -노동법상 해고가 아닌- 사실상 해고하는 것을 합법적으로 보장해주는 파견법은 실제로 근로자를 위한 법이 아니라고 할 수 있다. 따라서 간접고용 일소를 위한 법·제도 개선의 중심은 파견법의 폐지와 파견노동을 현행 직업안정법상의 근로자 공급조항을 통한 규제이어야 한다.⁵⁰⁾ 즉, 직접고용의 예외인 근로자파견제도를 금지하고 직업안정법에 의한 근로자 공급사업 및 직업소개로서 규율하는 것이 타당하다.⁵¹⁾

48) 국가인권위원회 상임위원회 “사내하도급근로자 노동인권 개선을 위한 법령 및 정책 개선 권고”, 2009. 9. 3.

49) 은수미의원 발의 파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 1900647) 제5조 제3항 제1호, 이인영의원 대표발의 파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 12100) 제5조 제3항 참조.

50) 손정순, 앞의 포럼자료, 17쪽.

51) 김선수, 앞의 포럼자료, 97~98쪽.

4. 파견법의 개선

노동을 둘러싼 역관계와 정치적 조건, 그리고 ILO 또한 파견 노동을 인정·합법화하고 있는 상황, 그리고 실질적으로 파견노동이 만연해 있는 노동시장에 대한 충격을 감안하여 즉각적인 폐지가 쉽지 않다면, 차선책으로라도 파견노동에 대한 엄격한 규제를 통해 노동시장 내 간접고용을 점진적으로 축소시켜 나가는 정책방향이 우선되어야 한다.⁵²⁾

대법원이 불법 근로자공급의 경우에도 사용자사업주의 직접고용을 인정하지 않아 중간착취금지를 목적으로 하는 근로자공급사업에 대한 규제와 무허가 근로자공급계약에 근거하여 실질적으로 근무한 근로자보호에 허점이 있게 되고⁵³⁾, 직접고용의무를 이행하지 않는 경우에는 파견근로자와 사용자사업주 사이의 직접적인 고용관계가 형성되지 못하는 한계가 있다는 점은 현행 고용의무 규정을 종전과 같이 사용자사업주가 파견근로자를 고용한 것으로 보는 고용의제규정으로 다시 전환하고자⁵⁴⁾ 파견노동이 불법 근로자공급인 경우 공급대상이 되는 근로자의 명시적 의사에 반하지 않는 한 불법근로자공급인 경우 직접고용을 의제하도록 요구하고 있는 근거가 된다.⁵⁵⁾

또 직접고용 의제시 적용되는 근로조건은 해당 사업 또는 사업장에 적용되는 취업규칙, 단체협약 등에 의한 근로조건으로 그 기준⁵⁶⁾도 명확하

52) 손정순, 앞의 포럼자료, 17쪽.

53) 김선수, 앞의 포럼자료, 98쪽.

54) 하경효, 앞의 논문, 485쪽.

55) • 은수미의원 파견법개정안 제6조의2(고용의제).
 • 은수미의원 발의 직업안정법 일부개정법률안(의안번호 1901588) 제33조의2(고용의제)<신설>
 ① 근로자공급사업에 따라 근로자를 공급받는 자가 이 법의 규정에 위반된 근로자공급을 받은 경우에는 공급대상이 되는 근로자를 직접 고용한 것으로 본다. 다만, 공급대상이 되는 근로자의 명시적 의사에 반할 수 없다.

56) 은수미의원 발의 직업안정법 일부개정법률안 제33조의2(고용의제)<신설>
 ② 전항의 규정에 따라 근로자 공급을 받은 자가 공급대상이 되는 근로자를 직접 고용한 것으로 보는 경우에 있어서 해당 근로자의 근로조건은 해당 사업 또는 사업장에 적용되는 취업규칙, 단체협약 등에 의한 근로조건으로 하는 것을 기준으로 다음 각 호에 따라 적용된다.
 1. 근로자공급을 받은 자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 해당 공급대상이 되는 근로자와 동종 또는 유사업무에 종사하거나 종사하였던 근

게 확정할 것을 요구하고 있다. 더불어 직업안정법의 근로자공급사업의 정의 규정에 따르면 공급의 대상이 되는 근로자(공급근로자)와 공급받는 자와 사용관계가 형성되나, 공급근로자와 공급사업자와의 관계는 침묵하고 있는데 이에 관한 규정마련이 시급하다. 판례는 “직업안정법 소정의 근로자공급사업에 해당하기 위하여는 근로자공급사업자와 근로자간에 고용 기타 유사한 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계에 있어야 하고, 근로자공급사업자와 공급을 받는 자 간에는 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자 간에는 사실상 사용관계에 있어야 할 것이다”고 전제하고 있다.⁵⁷⁾

나아가 파견법의 폐지가 불가능 한 경우라면 파견노동에 대해 사유규제 도입과 동일한 효과를 낼 수 있도록 상시파견 허용대상 업무를 대폭 축소⁵⁸⁾할 필요가 있을 것이다. 상시적 업무에 대한 무기계약·직접고용 원칙 적용의 결과 비정규직의 사용은 이를 정당화할 만한 객관적이고 정당

로자가 있는 경우에는 근속년수에 비례하여 그 근로자에게 적용되는 근로조건을 적용한다.

- 2. 근로자공급을 받은 자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 해당 공급대상이 되는 근로자와 동종 또는 유사업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 없는 경우에는 근속년수에 비례하여 근로자공급을 받은 자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건 중 최저수준의 근로조건보다 하회할 수 없다.

57) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결; 대법원 1993. 10. 22. 선고 93도2180 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결; 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결; 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도13346 판결.

58) 은수미의원 파견법개정안 제5조(근로자파견사용사유의 제한 등)<밑줄개정>

- ① 근로자파견사업은 고도의 전문적인 지식 또는 기술을 요하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.<밑줄개정>
- ② 제1항의 규정에 불구하고 파견사업주와 사용사업주는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 파견근로자를 파견하거나 사용할 수 없다.<밑줄개정>.
 - 1. 근로자의 출산·육아 또는 질병·부상 등으로 인하여 발생한 결원을 대체하는 경우<신설>
 - 2. 계절적 사업의 경우<신설>
 - 3. 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 경우<신설>
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 파견사업주와 사용사업주는 다음 각 호의 업무에 대하여는 근로자를 파견하거나 사용할 수 없다. 파견사업을 행하여서는 아니 된다.<밑줄개정>
 - 1. 제조업의 생산공정업무<신설>
 - 2. 이하 생략.

한 사유가 있는 경우에만 허용될 수 있다는 - 인권위도 권고하였던- 사유사유 제한 방식을 도입하여야 한다는 것을 의미하며⁵⁹⁾, 이것은 결과적으로는 상시파견 허용대상 업무를 대폭 축소시킴으로써, 노동시장 내 파견노동 활용 관행을 감소시키는 효과를 낼 수 있을 것이다.⁶⁰⁾ 파견법 제정 당시 정부안은 파견금지 업종만을 명시하는 네거티브 방식이었는데 노동계와 정치권의 입장이 반영돼 결국 허용 업종만 열거하는 포지티브 방식으로 법제화어 1998년 7월부터 파견노동 허용 업종을 32개로 제한하고 있는 점을 들어 경총 등 사용자 쪽은 파견금지 업무만을 명시해 사실상 파견노동을 전면 허용하는 네거티브 방식으로 변경할 것을 지속적으로 요구해오고 있고, 고용노동부에서도 파견노동이 전면 확대되는 방안도 검토될 가능성이 높아 보인다는 것⁶¹⁾은 인권위권고의 해석에 정면으로 배치되는 것이라고 할 수 있다. 파견허용대상업무의 축소는 단기적으로는 파견노동 및 노동시장 내 불법적인 간접고용 노동을 규율 및 축소시켜 나감으로써, 중·장기적으로는 노동시장 내 간접고용을 폐지하기 위한 최소한의 법제로 인권위의 권고에 상응하고, 현재의 재계와 정부의 의도에 대처하기 위해 반드시 필요하다.⁶²⁾

5. 파견과 도급의 구분

도급법은 하청회사 근로자에 대한 차별적 처우를 금지하는 등의 내용을 담고 있으나, 불법논란이 많은 사내하도급을 원청회사의 사업장 내에서 하청회사가 원청회사로부터 도급 또는 위임(사무의 처리)받은 업무를 독립적으로 수행하는 것으로 정의하고 있다. 더구나 위임 업무의 범위와 사유에 아무런 제한을 두지 않고 있다. 그렇다면 사내하도급 계약시 원청업체가 위임한 내용까지 포함할 수 있게 되어 적법도급과 불법파견의 구분기준을 불분명하게 만들고, 국제기준 및 헌법 등 국내규범에서 천명하

59) 김선수, 앞의 포럼자료, 99쪽.

60) 손정순, 앞의 포럼자료, 18쪽.

61) 고용부 간부 “우리나라만 유독 파견 규제” 발언 파장

(http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/666171.html, 2014.11.18. 방문).

62) 손정순, 앞의 포럼자료, 20쪽.

고 있는 직접고용의무원칙에도 발할 수 있는 등의 문제가 있다.⁶³⁾ 또 지금까지 판례나 정부의 지침에서 정한 판단기준으로 위장도급여부를 판단하는 것으로는 사내하도급근로자의보호에 한계가 있을 뿐만 아니라 가볍게 볼 수 없는 부작용을 초래하고 있다.⁶⁴⁾ 파견과 도급 등을 구별함에 있어 정부와 대법원이 일정한 판단기준을 제시하고 있어 궁극적으로 법원이 구체적인 사안마다 최종적으로 판단할 문제이나, 이를 보다 명확하게 하고 객관적인 해석기준을 제시함으로써 남용이나 잘못된 해석의 여지를 줄일 수 있어 근로자파견의 범위가 명확해져야 한다.⁶⁵⁾ 사내하도급의 법적 성질을 파악하여 이를 도급으로 처리해야 할 것인지, 파견법의 적용대상으로 파견법의 보호를 할 것인지가 확정될 필요가 있다. 이들 관계를 명확히 하여 도급의 경우 민법상의 채무불이행이나 하자담보책임으로 해결함은 물론 도급사업에 있어서의 근기법상의 임금채무에 대한 연대책임 규정(불이행시 징벌적 손해배상의 도입 적용) 및 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 등 사회보험연대책임적용을 통한 해결을 피하고 위장도급에 대해서는 그 목적이 노동법상의 적용을 면탈할 목적으로 이루어진 경우에는 근로관계적용을 강제하는 방안으로, 파견의 경우에는 파견법 적용을 통한 구제를 피하도록 하는 것이 타당하다.⁶⁶⁾ 2013년 1월 15일 인권위도 “고용노동부장관은 대법원 판례에서 제시된 기준과 같이 원청회사가 하도급 근로자에 대한 실질적 지휘·감독권을 가지고 있으면 불법파견으로 인정되도록 적법도급과 불법파견의 구분기준을 명시하라”고 밝히기도 하였다.⁶⁷⁾ 그러한 점에서 사내하도급을 사업장 안이든 밖이든 제조업이든 서비스업이든 형식상 도급인이 형식상 수급인의 근로자를 자신의 사업을 위하여 사용하는 현상 일체를 가리키는 것으로 정의해야한다는 견해⁶⁸⁾ 및 도급이라 하더라도 법률의 규정을 고의로 면탈하기 위하여 도급

63) 인권위 “불법파견 합법화 여지두면 안돼, 법률에 기준 명시해야”,
(<http://blog.daum.net/samil00053/326>, 2014.11.18. 방문)

64) 하경호, 앞의 논문, 480쪽.

65) 은수미의원 파견법개정안 제2조의2 참조.

66) 한광수, 앞의 논문, 721쪽.

67) 인권위 “새누리당 사내하도급법 보완하라”
(<http://blog.hani.co.kr/nomusa/5395>, 2014.11.18. 방문).

등의 형태로 위장한 경우에는 근로자파견사업을 행한 것으로 보며, 수급인 등에 소속된 현장대리인을 두고 독립적으로 업무를 수행하더라도 도급인의 지시가 구체적이거나 현장대리인에 의해 단순히 전달되는 경우에는 근로자파견사업을 행한 것으로 규정한 개정안⁶⁹⁾은 절적인 것으로 여겨진다. 그렇다면 사실상 인력공급업 성격의 불법 파견은 충분히 규율 가능하다.⁷⁰⁾

6. 사용자개념의 확대

타인이 고용한 근로자(의 근로)를 자신의 사업에 직접적으로 편입시키거나 결합시켜 사용 또는 이용하는 고용형태중의 하나인 사내하도급은 사용자성이 애매하고 교섭 당사자 불분명해 노사관계가 자의적일 여지가 크거나 노사관계의 형성 자체가 불가능해 보인다. 그래서 노동을 이용하는 것에 대한 책임이 고용주에게 있는가 아니면 사용자에게 있는가, 혹은 임금 및 근로조건, 해고, 단체교섭의 주체가 누구인가라는 논란이 끊임없

68) 김선수, 앞의 포럼자료, 85쪽.

69) 은수미의원 파견법개정안 제2조의2(도급 등과의 구별) <신설>

- ① 근로자를 타인에게 사용시키는 자는 다음 각 호에 해당하는 경우를 제외하고는 근로자파견사업을 행하는 자로 본다.
 1. 도급계약의 목적 및 내용이 특정되어 있고 단순히 노무의 공급만을 목적으로 하는 것이 아닌 경우
 2. 채용, 근로조건 결정, 인사, 업무수행의 방법 및 평가 등에 관한 사항에 대하여 독립적으로 결정하고 직접적으로 지시·관리하는 등 노동력을 스스로 직접 이용하는 경우
 3. 스스로의 전문적인 기획과 기술에 따라 업무를 처리하고, 자기책임과 부담으로 업무에 필요한 설비·기자재 등을 제공하여 독립적인 계획에 따라 작업순서 및 과정을 결정하는 경우
 4. 「민법」, 「상법」 또는 그 밖의 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하고, 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 다하는 경우
- ② 제1항 각 호에 해당하는 경우라도 그것이 법률 등의 위반을 면하기 위하여 고의로 위장된 경우에는 근로자파견사업을 행한 것으로 본다.
- ③ 수급인 등에 소속된 현장대리인이 있고 독립적으로 업무가 이루어지는 경우라도 도급인의 도급지시가 지나치게 구체적이거나 현장대리인에 의하여 단순히 전달되는 경우에는 근로자파견사업을 행한 것으로 본다.

70) 손정순, 앞의 포럼자료, 21쪽.

이 벌어진다.⁷¹⁾ 그 점에서 개별적·집단적 노사관계 영역에서 -노동자성 확대와 더불어 그에 대응한- 사용자성 개념의 확대가 법·제도 개선의 출발점이라고 할 수 있다. 즉, 간접고용 비정규노동자의 임금, 노동조건 결정에 영향을 미치는 자를 사용자로 간주하도록 함으로써, 최소한 사내하청업체와 더불어 공동 사용자 책임을 지도록 하는 것이다. 이러한 점은 이미 파견법에서도 인정되고 있는 부분이며, 제조업부문 사내하청노동에 대한 불법파견 여부를 떠나, 원청의 지배력이 관철되는 공간에서 근로제공이 이루어진다는 점에서 최소한의 사용자 책임은 부정할 수 없는 상황이다.⁷²⁾ 인권위원회는 사내하도급근로자에 대하여 지휘·명령 등을 행사하면서도 근로계약 체결의 당사자가 아니라는 이유로 노동관계법상의 각종 사용자 책임을 회피하는 사례를 방지하기 위해 현행 노동관계법상의 사용자 정의규정을 근로계약 체결의 당사자가 아니라 할지라도 근로조건 등의 결정에 실질적인 영향력을 행사하는 자까지 포함하는 개념으로 개정할 것을 요구하였던 바⁷³⁾, 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력이 있는 자도 사용자로 보거나⁷⁴⁾ 또는 근로계약당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자를 사용자로 보는 것⁷⁵⁾은 이를 충분히 반영한 안으로 보인다.

71) 은수미, 앞의 논문, 18쪽.

72) 손정순, 앞의 포럼자료, 23쪽.

73) 국가인권위원회 상임위원회 “사내하도급근로자 노동인권 개선을 위한 법령 및 정책 개선 권고”, 2009. 9. 3.

74) 김경협의원 대표발의 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정 법률안(의안번호 1901589) 제2조(정의)

2. "사용자"라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다. 이 경우 당해 노동조합의 상대방 지위를 인정할 수 있거나 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력이 있는 자도 사용자를 포함한다.<밑줄 신설>.

75) • 심상정의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안 제2조(정의)

2. “사용자”란 사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다. 이 경우 근로계약의 당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 보며 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약의 당사자와 함께 연대책임을 진다.<밑줄 신설>

7. 간접고용 노동자의 보호

사용과 책임의 일치를 위해 노동법상 사용자 개념을 확대하여 법적용의 회피에 대응함과 더불어 원청회사(사용사업주)에 의한 실질적인 노동3권 침해행위 및 불이익취급 등과 같은 부당한 차별을 부당노동행위의 종류로 확대⁷⁶⁾함으로써 원청회사(사용사업주)에 의한 불이익취급과 부당노동행위에 관여할 수 없도록⁷⁷⁾ 할 필요가 있다. 국가인권위원회도 파견근

-
- 심상정의원 대표발의 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정안(의안번호 1900464) 제2조(정의)
 2. “사용자”라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다. 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니라고 하더라도 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.<밑줄신설>
- 76) 김경협의원 대표발의 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정안(의안번호1901589) 제 81조(부당노동행위)
- 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "부당노동행위"라 한다)를 할 수 없다.
1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자의 근로계약이나 노무제공계약의 해지 또는 갱신을 거부하거나 해고하는 등 근로자에게 불이익을 주는 행위<밑줄개정>
 - 2.3 생략
 4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와, 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액(災厄)의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.<밑줄개정>
 5. 노동자가가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또 는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자의 근로계약이나 노무제공계약의 해지 또는 갱신을 거부하거나 해고하는 등 근로자에게 불이익을 주는 행위<밑줄개정>
 6. 근로계약의 형식적 당사자가 아니더라도 제2조제2호의 후단의 규정에 따라 사용자로 보는 자가 실질적인 지배력을 행사하여 제1호 내지 제5호의 행위를 하거나 다른 사람으로 하여금 위 각 호의 행위를 하게 하는 행위<신설>
 7. 사용자가 각 노동조합 사이에 정당한 이유 없이 차별적인 취급을 하는 행위<신설>
- 77) 심상정 의원, 김경협 의원이 각각 대표발의한 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정안 제81조의2(부당노동행위 간여 금지)<신설>
- ① 누구든지 도급·위임 그 밖의 계약을 체결함에 있어서 상대방은 다음 각 호의 어

로자의 사용사업주를 상대로 한 노동3권의 인정 및 사용사업주의 사업장 노사협의회 참여보장을 권고한 바 있다.⁷⁸⁾

8. 정규·비정규직 간 차별해소

근로자의 고용불안과 원청회사 근로자와의 근로조건 격차, 고용불안등 사내하도급의 부작용에 대한 정책적 개선 방안이 마련돼야 한다는 점에 대해서는 어느 정도 공감대가 형성돼 있다고 보지만, 그렇다고 하여 입법을 통해 문제의 원인을 근본적으로 제거한다는 차원에서 모든 사내하도급 근로자가 원청회사의 정규직 근로자로 전환되도록 강제하는 것은 불가능하지만⁷⁹⁾ 사내하도급근로자와 원청회사근로자사이의 근로조건 격차 문제를 완화 내지 해소할 수 있는 입법적 조치는 얼마든지 가능하다. 인권위원회도 기존에 알려진 개선방안이 현실적으로 시행되기까지 시간이 소요될 수도 있으므로 우선 사내하도급근로자에 대한 차별적 처우금지 및 차별시정 신청권을 노동관련 법률에 명문화할 것을 권고하였다.⁸⁰⁾

사내하도급 근로자문제의 핵심은 원청회사 근로자와의 근로조건 특히 임금격차에 있기 때문에 객관적으로 동일한 업무 심지어 상대적으로 힘들고 위험한 업무로 평가되는 업무를 같은 사업장내에서 수행함에도 불구하고 사용자가 다른 하청회사 소속이라는 이유만으로 임금은 오히려 턱없이 적게 받게 되는 점을 시정할 수 있는 동일노동 동일임금' 원칙이 명문화되어야 한다. 같은 의미에서 근로기준법상의 고용형태에 따른 차별 처우 금지 조항을 신설하는 것도 필요하다.⁸¹⁾ 정부는 파견근로자에 대한

느 하나의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 제81조 각 호의 행위를 하는 것을 조건으로 하는 행위
 2. 소속 근로자들이 노동조합에 가입하지 아니하거나 탈퇴할 것을 조건으로 하는 행위
 3. 정당한 단체행동에 참가하지 않을 것을 조건으로 하는 행위
- ② 누구든지 쟁의행위 등 노동조합 활동을 이유로 당해 조합원들이 소속된 업체와의 도급·위임 그 밖의 계약을 해지하여서는 아니 된다.

78) 김선수, 앞의 포럼자료, 97쪽.

79) 하경호, 앞의 논문, 497쪽.

80) 국가인권위원회 상임위원회 “사내하도급근로자 노동인권 개선을 위한 법령 및 정책 개선 권고”, 2009. 9. 3.

불합리한 차별을 해소하기 위한 정책을 수립·시행하고 해당 정책에 관하여 파견사업주와 사용사업주의 이해를 높이기 위한 시책을 추진토록 하고⁸²⁾, 고용노동부장관은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건을 보호하며 파견근로자에 대한 불합리한 차별을 예방하기 위한 기본계획을 5년마다 수립·시행하고, 파견근로자의 근로조건에 대한 실태조사를 정기적으로 실시하도록 하고⁸³⁾, 파견사업주·사용사업주·파견사업관리책임자 및 사용사업관리책임자는 파견근로자의 근로조건 보호 및 파견근로자에 대한 차별적 처우의 예방에 관한 교육을 받도록 하고, 이를 위반한 자는 500만원 이하의 과태료를 부과하도록 한 법률안⁸⁴⁾은 차별해소를 위한 최소한으로 보여진다.

9. 엄격한 법집행과 규제의 지속

도급의 외양을 갖춘다고 하더라도 간접적으로 비정규직을 활용함으로써 기업은 이윤을 얻지만 취약근로자가 양산되는 시스템은 교정되어야 한다. 그러기 위해서는 불법파견에 대한 엄정한 단속이 이루어져야 한다. 경제에 대한 파급효과가 큰 재벌이라고 하여 불법을 묵인하기 시작하면 중견기업과 중소기업들로 이러한 잘못된 관행이 널리 퍼지게 되고, 결국 피해를 보게 되는 것은 근로자들이다.⁸⁵⁾ 불공정 하도급거래를 근절하기 위한 엄정한 조사와 법 위반자에 대한 엄격한 제재는 정부의 가장 기본적인 역할과 책임이다. 법을 위반한 재벌 총수들에 대한 검찰과 법원의 파주기 관행을 근절하는 것도 핵심이다. 법치주의 확립은 개혁과 진보를 말하기 이전에 민주주의의 기본이다. 잘 알려진 바와 같이 재벌의 성장이 일정 부분 정부주도의 불균형 경제성장전략이나 정경유착, 분식회계와 탈세 등을 통하여 가능해졌다면, 그리고 그 과정에서 공정하고 자유로운 경

81) 손정순, 앞의 포럼자료, 24쪽.

82) 김경협의원 대표발의 파견근로자보호등에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호 1905382) 제3조 제2항.

83) 김경협의원 대표발의 파견법개정안 제4조의2 및 제4조의3.

84) 김경협의원 대표발의 파견법개정안 제35조의2 및 제46조 제4항 제2호.

85) 조성재, 앞의 논문, 14쪽.

쟁의 룰이 제대로 준수되지 않았다면, 나아가 경제력집중의 정도가 헌법 질서에 비추어 더 이상 용인되기 어려운 상황에 이르고 있다면, 단순히 경쟁원리만을 강조하는 것은 결국 재벌의 과도한 국민경제지배를 정당화 해줄 뿐만 아니라 재벌중심의 경제구조를 더욱 고착화하는 결과를 가져 올 것이다.⁸⁶⁾ 정부는 대기업과 중견기업·중소기업간 거래과정에 발생하는 불공정거래행위를 근절하고, 대기업과 중견기업·중소기업간 질적 협력의 증진을 유도하기 위하여 기회주의적 행동을 억제할 수 있는 경제적 유인 구조의 재설계해야 한다. 따라서 대기업과 중견·중소기업간 상생적 하도급거래질서 확립을 위해서 공정거래법과 하도급법상 규제의 집행강화와 제도정비가 필요하다.⁸⁷⁾

기업이 스스로 규제의 준수 의지가 없는 한 어떠한 방법으로든 규제를 피해하는 모습을 많이 보아왔다. 즉 규제가 강화되면 회피도 교묘해진다. 근본적인 원인은 합리적으로 사고하고 행동하리라는 비현실적인 가정에 바탕을 두어 부작용이 초래되거나 혹은 규제부족으로 인식하고 계속규제를 해왔으나 소기의 목적을 달성하지 못하데 있다. 그럼에도 불구하고 규제는 계속되어야 한다. 시대의 변화는 규제를 필요로 하게 되고, 다양한 사회적 역학구조 때문에 규제를 확장하게 되고, 공적인 이익을 앞세울 필요가 있기 때문이다.

V. 결 론

과정이 공정하여야 결국 그 결과에 대하여 각 당사자가 서로 승부에 승복하고 결과에 스스로 책임을 지게 되는데 이것이 바로 과거 공정사회의 개념인 ‘과정에서의 공평한 기회’이며 이는 공생발전론과도 조화를 이루고 있다.⁸⁸⁾ 사용자에 대해 근로자가 대등한 계약교섭력을 가지지 못하

86) 이봉의, “대·중소기업 공생발전을 위한 법의 역할”, 『저스티스』 통권 제134-2호 (3013. 2. 특집호), 225쪽.

87) 박정구, “중견기업의 하도급거래 공정화를 위한 법적 개선방안 - 대기업·중견기업·중소기업간 상생적 하도급거래방안을 중심으로-”, 『동아법학』 제62호(2011), 동아대학교 법학연구소, 611쪽.

고 사용자의 우월한 지위 남용에 의한 불공정 거래관행의 존재가 바로 근로자들이 가지는 어려움이며, 이러한 관점에서 경제분야의 주체인 기업과 근로자의 공생발전을 위한 구체적인 정책실현의 형태로서 사용자와 근로자간 거래관계에서의 불공정성 개선필요성이 제기된다. 경제력의 차이로 인한 수직적 관계와 첨예한 이해관계 때문에 쌍방의 합의와 타협 또는 기업의 자발적 노력 등으로 해결될 수 없다는 것을 지난 수년간 발생한 노사교섭과 노동쟁의는 노사자율적 해결의 최대치이긴 하지만 다른 한편 기업수준에서는 실마리를 풀 수 없다는 사실을 반증하는 현대자동차 사례에서 이미 경험한 바 있다. 어쩔 수 없이 정책결정권자의 역할이 요구될 수밖에 없다. 즉, 정책결정권자가 이중구조화 되어 있는 노동시장 제도를 개선하기 위하여 간접고용근로자에 대한 합리적인 고용보호방안을 강화를 마련하여야 한다. 기업 스스로 사업목적의 달성을 위해 인력수급과 활용을 어떠한 방식으로 할 것인지를 자유롭게 정할 수 있는 것이 원칙이지만, 자신의 근로자가 아닌 외부업체에 위탁하여 외부업체의 근로자가 수행하도록 할 것인지 여부를 정할 수 있는 자유도 법질서가 허용하는 한도에서 인정되는 것이다. 이러한 계약자유 원칙 내지 기업경영의 자유가 노동법의 근로자보호이념의 실현을 위해 어느 정도 제한될 수 있는가는 입법자의 법정정책적 판단에 맡겨져 있다.

정권이 바뀌면서 수많은 일자리 창출방안과 고용 유연성을 강조한 정책들이 쏟아져 나왔지만 고용유연성을 강조하면서 시작된 간접고용산업은 대규모 비정규직 양산이라는 인식을 심어주었다. 이러한 인식을 전환하기 위해 노동시장 내 간접고용 비정규노동자를 포함한 전체 비정규노동자의 지위는 반드시 개선되어야 한다. 그러나 노사관계상의 분단구조, 특히 대·중소기업 간의 노동시장 분단 구조완화 노력이 병행되지 않으면, 중소기업 내 간접고용 비정규노동자의 고용상 지위상승은 제한적일 수밖에 없지만⁸⁹⁾, 간접고용 비정규노동에 대한 법·제도적 규율은 어떤 방식이든 그 귀결에서는 고용상의 지위를 상승시키는 효과를 가져와야 하고, 노동시장 내 임금·노동조건 개선

88) 최수정, “소프트웨어산업 하도급규제의 개선방안”, 『상사법연구』 제30권 제4호(2012), 상사법학회, 86쪽.

89) 손정순, 앞의 포럼자료, 23쪽.

효과를 낼 수 있어야만 한다. 따라서 개선방안은 대체로 기존 입법내용의 수정보완, 법안신설, 산업구조의 변화와 고용형태의 다양화 등을 고려하여 범위와 내용을 설정하였다. 물론 입법의 중요도, 난이도, 시급성, 파급효과, 당사자의 이해관계의 정도 등도 염두에 두어야 하겠지만 무엇보다도 중요한 것은 경제활성화에 도움이 되는 바람직한 노사관계와 국가발전을 목적으로 내용과 범위가 결정되어야 한다. 이러한 결정에 있어서 다양한 이익과 가치가 고려되어야 함은 물론이겠지만 어떠한 경우에도 정치적인 목적이 우선되어서는 안될 것이다.

참 고 문 헌

- 강선희, “직업안정법상 근로자공급사업과 공급근로자의 산업안전의 문제점 및 보호방안”, 『노동포럼』 12호 (2014. 4), 한국노동사회연구소.
- 김선수, “법제도 부문 사내하도급 실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소.
- 김영완, “사내하도급 문제의 쟁점과 합리적 개선방안”, 『임금연구』 2010년 겨울호, 한국경영자총협회.
- 김종진, “비제조업 부문 사내하도급 실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소.
- 박정구, “중견기업의 하도급거래 공정화를 위한 법적 개선방안 - 대기업·중견기업·중소기업간 상생적 하도급거래방안을 중심으로-”, 『동아법학』 제62호(2011), 동아대학교 법학연구소.
- 이건영, 경제민주화실현을 위한 원·하도급 간 공생발전 방안, 『국토』 2013년 9월호(통권383호), 국토연구원.
- 이봉의, “대·중소기업 공생발전을 위한 법의 역할”, 『저스티스』 통권 제134-2호 (2013. 2. 특집호), 한국법학원.
- 손정순, “제조업 부문 사내하도급 실태와 개선방안”, <한국노동사회연구소 제100차 노동포럼 - 사내하도급 실태와 개선방안> (2013.4.25.), 한국노동사회연구소.
- 유병규, “창조경제 시대의 경제 활성화 방안”, 『도시문제』 48권 535호(2013), 대한지방행정공제회.
- 유성재, “사내하도급과 근로자파견의 구분”, 『중앙법학』 제15집 제1호(2013. 3), 중앙법학회.
- 은수미, “사내하도급의 원인과 대책”, 『한국사회정책』 제18집 제3호(2011), 한국사회정책학회.
- 조성재, “사내하도급의 실태 및 쟁점과 개선방안”, 『노동리뷰』 (2012.6), 한국노동연구원.
- 최수정, 최수정, “소프트웨어산업 하도급규제의 개선방안”, 『상사법연구』 제30권 제4호(2012), 상사법학회.

법제연구 / 제47호

하경효, “사내하도급 근로자보호를 위한 입법과제”, 『경영법률』 23권 2호 (2013), 한국경영법률학회.

한광수, “사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적 효과의 문제”, 『노동법논총』 제31집(2014.8), 한국비교노동법학회.

<국문초록>

기업이 급료를 지불하고 근로자를 취업시키는 일련의 형태를 고용이라 하는데, 고용은 노동력이 경제적 재화 또는 서비스의 생산을 위해 투입되는 것을 말한다. 여기서 모든 노동력을 생산활동에 투입되는 상태를 완전 고용이라고 하며 생산활동의 핵심적인 부분 또는 일부에 한시적으로 투입되는 방식을 간접고용이라 한다. 이러한 간접고용방식인 사내하도급은 원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무처리를 수탁한 사업주가 자신의 업무를 이행하기 위하여 원사업주의 사업장에서 해당업무를 수행하는 것을 말한다. 기업들의 간접고용 활용 이유는 대체로 업무성격, 비용절감, 경영전략(합리화, 효율화)과 노사관계 등을 고려하여 사용자가 근로조건을 결정할 수 있는 가능성을 높이고, 근로자 또는 노동조합의 집단적 반발을 줄일 수 있다는 점이다. 그러나 사내하도급은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률과 파견법 등 비정규직법 시행 이후 비정규직근로자의 확산을 막고자 하는 입법 취지와는 달리 규제를 회피하기 위하여 직접 고용해 오던 인력을 도급이나 용역 등 간접고용으로 대체함으로써 비정규직법의 회피수단으로 악용하고 있다. 즉, 실질적으로는 근로자파견임에도 도급으로 위장하여 노동법의 적용을 피하는 탈법행위가 이루어지고 있고 이로 인하여 사내하도급 근로자는 근로조건과 수행업무에 실질적인 영향력을 행사하는 사용자사업주와의 관계에서 기본적인 노동기본권 조차 보호받지 못하는 법적용의 사각지대에 놓이게 됨으로서 고용불안정, 노동3권 행사의 제약, 제반 근로조건에서의 심각한 차별대우, 신분상 지위로 인한 차별받고 있는 상황이다. 이를 개선하기 직접고용의 원칙, 상시적 업무에 대한 무기계약·직접고용 원칙을 채택하고, 파견법을 폐지하여 직업안정법을 적용하거나 혹은 파견법의 규정내용을 보완하여 경제활동의 한 축을 담당하는 하도급근로자의 지위를 강화할 필요가 있다.

주제어 : 도급, 하도급, 사내하도급, 불법파견, 간접고용, 무기계약·직접고용의 원칙

Establishment plan of the fair competition order for economic revitalization

Jeong, Seong-Suk*

Companies provide jobs, workers receive a salary from the company is a relationship of employment. Employment refers to the input of labor for the production of economic goods or services. The full employment means to inject all labor in production activities. The indirect employment means a limited time to inject a portion of the production activity. The in-house subcontracting(Internal subcontracting) as the indirect employment is that the operators entrusted with the task processing or contract work from companies conducting business in the company in order to fulfill their duties. The reason for businesses to take advantage of the indirect employment is likely that the employer can determine the working conditions. Indirect employment can reduce the collective opposition of workers or unions. However, in-house subcontracting being misused In order to escape regulation. In other words, despite the dispatch of workers masquerade as a undertaking to avoid the application of labour law. As a result workers not protected even the basic labor rights. Also, workers are discriminated against because of employment instability, limiting workers' rights, a serious discrimination about working conditions and discrimination based on status etc. In order to improve this situation I feel need to adopt the principle of direct employment and the principle of indefinite contracts, to abolish or to reform dispatch law. This will strengthen the position of workers.

Key Words : Contract, Subcontracting, In-house subcontracting (internal subcontracting), Illegal dispatch, Indirect employment, Direct employment, Indefinite contract

* Prof. Dr.jur., Youngsan Univ.