

파견노동에 대한 비판과 모색

이혜수

한국비정규노동센터 광인노무사

들어가며

1998년 7월부터 실시된 '파견근로자보호 등에 관한 법률'로, 그 동안 불법으로 행해져 온 파견노동은 일정한 요건을 충족시키는 한에서 합법적으로 허용되었다. 그 이전에도 파견노동은 불법파견의 형태로, 또는 도급을 가장하여, 청소·경비·용역 등으로 행해져 왔던 것이 사실이다. 일명 파견법의 도입으로 파견노동은 합법화되었으나, 이것은 대단히 역설적인 일이었다. 불법파견, 그러니까 현실 속에서 행해지고 있지만 불법이기에 사회적으로 인정받지 못해 파견노동자를 보호할 수 없으니, 파견노동자보호법을 제정하여 보호하자는 취지는 결국 파견노동을 허용하여 구체적으로 무엇이 불법인가를 알려주어, 법망을 빠져나갈 수 있는 근거를 제시한 것이기도 했다.

파견근로자보호법을 아무리 완벽하게 만든다고 해도 파견노동의 허용은 근본적인 문제(惡)를 가지고 있는데, 그것은 중간착취와 간접고용이 가져오는 노동법의 형해화이다. 노동자와 자본가의 근로계약에 개입하여 이익을 취하는 것, 다시 말하면 노동자의 노동력을 매매함으로써 영리를 취하는 주체가 있다는 것은 현대판 노예제에 다름 아니다. 파견사업자의 중간착취와 더불어 간접고용의 문제는 사용사업주에게 비용절감과 고용조정의 안전판이라는 이득을 준다. 실질적인 사용종속관계에 있음에도 사용사업주는 노동자에 대해 노동법상 책임을 거의 지지 않고 있고, 정규직보다 훨씬 낮은 임금과 열악한 근로조건을 제공하고도 어떠한 저항도 받고 있지 않다. 물론 파견법에 사용사업주에게 책임이 있는 것을 정해 놓고 사용자개념이 확대되었다고 말하지만, 한마디로 그것은 돈 안 드는 조항들뿐이다. 결국 파견노동자는 자신의 노동조건에 대한 결정권한이나 집단적인 교섭권을 봉쇄 당했을 뿐더러 사후적인 보상마저도 불확실한 상태에 놓여 있다. 결국 직접고용관계를 당연히 전제한 노동법(파견법규에서 일일

이 정하는 것 말고는)에도 불구하고, 사용사업주는 노동법을 지키지 않아도 전혀 거리낌이 없는 아주 특별한 지위에 있으며, 앞으로 이를 보편적으로 확대시키려고 한다.

또한, 우리 파견노동의 특징은 단기간근로계약과 병행되고, 그리고 양자가 번갈아 행해지고 있어 비정규노동이 상용화되는 모습을 보이고 있어 앞으로 비정규노동자의 노동조건을 개선해야 할 법개정 논의를 할 때 단기간근로계약을 중요하게 사고해야 함을 시사하고 있다. 따라서 이 글에서는 간접고용에 따른 폐해를 중심으로 하여, 임시직과의 관계를 밝혀 전체 비정규노동과의 연관 속에서 대안을 모색해 보도록 한다.

1. 무권리 상태의 파견노동자

1) 근로조건의 악화

노동법은 최저기준을 정하여 사용자보다 상대적으로 약한 지위에 있는 노동자의 고용과 근로조건을 보호하고 있다. 즉, 사용자는 노동자에게 노동력사용의 대가로 임금을 지급하는 것뿐만 아니라 일정한 요건이 되면 휴기를 주어야 하고, 퇴직금도 지불해야 한다. 또한 노동자의 안전과 생명을 보호해야 하고, 노동3권의 행사를 보장해야 할 법적 의무도 있고, 정당한 이유 없이 노동자를 해고해서도 안 된다. 노동자와 자본가 사이의 실질적인 평등을 위해 시민사회와 기본 원칙들인 '계약자유', '소유권절대', '과실책임'이 노동법에서는 어느 정도 제한을 받는 것이다.

사례 1

구직활동을 하다 정규직으로 취업이 안되어서, 용역회사를 통해서 이를만 대체 일만한 증권회사 전산실에 오피레이터로 근무중이다(1년 계약). 그 회사에 입사하기 전까지는 한번도 파견이나 계약직의 형태로는 근무한 적이 없어서 근무여건에 대해서 내가 달하고 있는 것이 당연한 것으로 여겼다. 솔직히 나의 생각은 회사 내에서도, 파견사원은 극소수이고, 부당하다고 생각되면 조용히 나가야 되는 것이 아닌지….

을 1월부터 지금까지 겨우로 하루 16시간씩 아간에만 근무하고 있다. 그러니까 1일 평균 8시간씩 근무하는 셈이다. 그런데 요즘은 부각되고 있는 '주당 평균 근무시간 44시간' 같은 얘기를 들다보니, 나의 경우에는 무려 주당 $8\frac{1}{7} = 56$ 시간에다 휴일도 한번도 없었다. 그 회사에서는 조만 간에 사람을 1명 더 뽑아서 교대 시간을 줄여 주고, 돌아가면서 휴일도 갖도록 하겠다고 하지만, 그런 말을 한 것이 어떤 6개월이 되어간다. 이제는 처음과는 달리 몸도 많이 피곤하고, 아간에만 일을 해서 그런 것 같다. 임금은 세금 등을 제하면 90만원 정도이고.(초과근무 시간수령까지 다 합한 금액) 나의 경우를 생각할 수록 아간에만 일하는 열악한 근무여건이고, 휴일도 없이 일하는데, 너무 임금이 박힌 것 아닌가 생각한다. 다른 사람(나와 같이 아간에 근무하는)은 현재 어떤 대우를 받고 있는지도 궁금하고 내가 근무하고 있는 직원으로부터 들은 얘기로는 원래 나의 임금으로 책정된 금액이 140만원이라고 들었는데, 파견회사로부터 받는 본 급은 90여만 원이니까(보너스 없음), 도대체 파견회사의 수수료가 매달 50만원은 된다는 소리다. 내가 어떻게 행동을 해야 하는지….

근로계약상의 사용자와 실제 사용자가 분리되어 있는 파견노동은 노동법상의 핵심적인 의무가 파견사업주에게만 있어, 실제 근로조건에 대해 결정권한이 있고 업무지시를 하는 사용사업주는 법적인 책임을 합법적으로 지지 않을 수 있다. 노동법상 책임을 지지 않고 있는 그 자체도 문제지만, 사용사업주는 더 나아가 경쟁입찰을 통해 파견금액을 낮추어 노동자의 임금을 저하시키고 있는 방식, 파견계약상 약정되어 있는 업무 이상을 파견회사에 요구하여 노동자의 노동강도를 강화시키는 방식, 파견노동자에 대한 부당한 요구, 예를 들어 정의행위로 중지된 업무에 배치하여 이를 거부하자 해고하는 것이나, 정당하지 않은 이유를 들어 실질적인 해고권을 행사하는 방식 등을 통하여 노동법을 행해화시키고 있다. 그런데 근로계약상 사용자는 파견업체일 뿐이어서, 노동법상 어떤 제재도 받지 않는 것이다. 또한 파견업체의 일방적인 근로계약과 과도한 수수료의 공체로 파견노동자의 임금수준은 더욱 저하되고, 노동강도는 강화되며, 고용불안으로 그 모든 부담이 파견노동자를 짓누르고 있다.

비록 파견법 제21조에서 '파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업 안의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다'고 정하고 있지만, 위의 파견계약의 한계와 사용사업주의 전횡은 차별규정도 없는 이 조항을 무의미하게 만들어 버렸다.

2) 임시노동과 파견노동의 의순환

① 단기간을 정한 근로계약

우리 근로기준법 제23조는 '근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다'고 정하고 있다. 이 조항은 노동자가 장기간의 근로계약을 체결하여 사용자에게 구속되는 것을 방지하고, 이직의 자유를 보장하고자 함이지, 1년 이하 단위로 계약을 체결하여 노동자가 고용불안의 상태에 빠지게 하자는 취지는 결코 아니다. 노동자 보호의 관점에서 보면 '기간의 정함이 없는 근로계약'을 체결하는 것이 원칙이지만, 기간을 정한 경우에도 계약을 계속 갱신하라는 취지로 이해해야 한다. 그러나 현실에서는 근로기준법 제30조의 해고제한의 규정을 회피하기 위한 수단으로 활용되고 있어, 일시적인 사유가 아님에도 1개월, 3개월, 6개월 단위로 계약을 체결하여 열악한 근로조건과 노동3권의 제한을 합리화하고 있다. 더구나 근로계약 기간은 근로조건이 아니라는 대법원

판례(대법원전원합의체 1996.8.29 95다5783)는 계약기간 종료에 의한 사실상의 해고를 정당화하고 있다.

단기간을 정한 근로계약의 경우에도, 그 계약이 수회 반복되어 기간을 정하는 것이 단지 형식에 불과하다고 판단되면, 판례는 기간의 정합이 없는 근로계약으로 보고 있다(대법원 1998.5.29. 98두625). 그렇지만 이러한 우호적인 판결에도 불구하고 ① '수회 반복된다는 것의 의미'가 무엇인지, ② 기간의 정합이 없는 근로계약으로 본다고 해서 정규직노동자와 동일한 대우를 요구할 근거가 되는 것인지, 즉 채용형식에 의한 차별이 계속된다는 문제, ③ 또한 고용조정 시에 임시직을 우선 해고하는 문제 등은 여전히 해결되어야 할 과제로 남아 있다.¹¹⁾ 그래서 임시직노동자와 수회계약을 반복 간신하여 어느 정도 해고권을 제한 받는다 해도, 여전히 근로조건에서의 차별은 정당화되고, 고용조정에서 사용자의 안전판 구실을 할 수 있다.

② 단기간을 정한 근로계약과 파견노동의 문제

최근 파견체한기간 2년 만료에 따른 수회의 상담과정에서 필자는 파견노동의 문제를 '파견' 자체만이 아니라, 전체 노동자의 비정규화와 관련시켜 볼 수 있었다. 그것은 ① 파견노동시행이전부터 계약을 수회 반복 간신하여 수년간 임시직(또는 계약직)으로 고용되어 있다 파견법인 시행된 이후로 파견회사 소속으로 바뀌는 사례, ② 파견체한 기간이 다가오면서 정규직 채용의 부담을 회피하기 위해서, 또는 불법파견으로 지적된 경우에 임시직으로 전환시키는 사례, ③ 파견회사와 파견노동자간의 근로계약이 1년 이내의 기간을 정한 임시직인 경우가 대부분인 사례들을 접하면서였다. 다음 사례에서 구체적인 내용과 문제점을 살펴보도록 하자.

임시직에서 파견으로

사례 2

정부출연기관연구소에 연구원으로 파견되어 있다. 연구소에서 일한 기간은 4년 반이고 처음 3년은 계약직으로 99

1) 1999.1.26 연합뉴스 '직장 일은 실업자 절반은 기능·단순노무직' 해고, 개인적 사유 등으로 다니던 직장을 그만둔 전직실업자의 절반 가량은 기능공, 노무자 등 비교적 단순업무 종사자들인 것으로 나타났다. … 전 근로 형태는 일용직 35.4%, 임시직 31.5%, 사용직 17.7%, 자영입주 13.3% 등으로 조사됐다.

(참고) 일본 東京高 1980.2.16 最高小院 1986.12.4: 임시공은 경기변동에 대응하여 불황 시에 고용량의 조정을 도모한다는 전제 하에 비교적 간이한 채용수속에 의하여 기간을 정하여 고용된 것이기 때문에 일반 종업원과는 기업과의 결부의 정도에 있어서 차이가 있으며 불황 하에서는 우선 임시공의 소멸을 피하는 것이 합리적이며, 또한 인원축소 후에 기업의 효율적 운영이란 관점에서 먼저 기간근로자의 소멸을 피할 합리적 이유는 없다.

년 1월에 파견회사소속이 되었다. 파견회사와의 계약은 1년 미만의 기간으로 계약해왔다. 연구팀장은 정규직이고, 연구원 중에도 정규직이 있다. 나는 팀원이고, 이전 계약직일 때는 위촉연구원이리 했다. 나 말고도 파견연구원이 몇 있고, 다른 파견근로자는 컴퓨터보조원이 다수다. 전체파견인원은 약 50여명이다. 연구소에서 6월말로 계약을 해지한다는 소문이 있다. 그러면 다른 연구소로 파견되어야 하는데, 예의치 않다고 한다. 아직 공식적으로 말한 것은 아니지만 불안하다. 파견연구원 중 연구소근로기간은 내가 가장 오래되었다.

1998년 7월 이후 파견노동이 합법화되면서 임시직 또는 계약직으로 채용되어 있다가 파견회사 소속으로 단지 소속만 바뀌는 사례이다. 비록 근로장소나 내용, 근로조건은 전혀 달라지지 않지만, 파견직(외부용역)으로 바뀌는 과정에서 형식적인 해고가 있을 수밖에 없다. 그러나 노동자들은 실질적으로 근로조건이 악화되지 않았고 해고되지도 않았기 때문에 거의 문제제기를 하지 않았던 것이다. 그러나 최근 파견체한기간 만료에 다다르자 상황은 달라졌다. 사용회사측은 이들에 대해 책임을 지지 않으려고 파견계약을 해지하기 시작한 것이다. 그러나 외부 파견업체 소속으로 되면서부터 사용사업주의 법적 근로관계는 없어졌기 때문에 파견체한기간 만료에 의해 사용사업주의 고용책임을 묻는 것은 적어도 노동법으로는 불가능하다.² 실제 사용회사와의 근로관계가 임시직으로 있을 때부터 수년간 단절되지 않았음에도 단지 계약상 사용자가 아니기 때문에 권리구제를 받을 길은 전혀 없는가? 노동자가 자발적으로 파견업체 소속이 되는 일은 없다. 대부분 사용자의 요구에 의한 경우로서, 해고와 파견업체로의 입사라는 절차의 현실적인 의미가 거의 없다는 것이다. 그렇다면 민법상 비전의 의사 표시에 의거 임시직에서 해고되어 파견업체에 입사한 것을 무효로 하여, 사용회사 소속의 노동자임을 주장할 수 있다(민법 제107조제1항 전의 아닌 의사표시). 즉, 임시직으로 채용된 기간에서부터 파견업체소속이 되어 파견근로한 기간동안까지도 사용업체와의 근로관계가 지속되었다는 것이 인정되어야 하는 것이다.

파견에서 임시직으로

사례 3

S텔레콤지사에서 파견사원으로 일하고 있다. 나와 같은 파견사원이 전체 약 3,4천명정도라고 한다. 이번 파견체한기간 2년이 만료하는 문제 때문에 우리모두를 S텔레콤소속 아르바이트로 전환시켰다. 사전통보나 의견수렴도 없이 갑자

2) 대법원 1998.3.13 98재다53: 회사가 경영합리화 방안으로 문송사업 부문을 폐지하고 전문용역업체에 이관시키면서 회사를 퇴직하고 전문용역업체에 취업하는 문전기사들에 대하여 아직 전 회사에서의 둘째한 신분과 대우를 보장하며 전문업체의 존폐와 관계 없이 전문업체에 종사하는 아직 근로자들의 이익이 침해되지 않도록 회사와 전문업체 간의 용역계약서에 당면의무사항으로 명문화 한다는 내용의 약정을 한 경우에도, 전문용역업체) 이직한 근로자들의 귀책사유가 아닌 사유로 이들을 해고했을 때 회사가 그 근로자들을 다시 고용하여 주거나 다른 회사에 취업을 알선하여 충전과 같은 대우를 보장하거나, 해고 당시 그 근로자들의 받았던 수입 상당액을 지급하기로 약정한 것으로는 볼 수 없다.

기 신청서를 제출하라고 하고 파견회사에 사직서를 제출하도록 하였다. 근속기간이 3년 이상, 5년 이상인 사람들도 많이 있다. 우리 지점은 관리사원은 모두 남자 4인에 정규직원이고 여자는 모두 파견직으로 20명이 있다. 회사에서 시키는 대로 열심히 일했는데, 너무 억울하다. 이미 파견회사로부터 퇴직금이 입금된 사람도 있다. 사측의 부당한 처사에 대한 대응방법은 없는가?

이는 오히려 노동부에서 권장하는 태도이다.³⁾ 정규직으로의 채용이 부담이 된다면 일용직이나, 임시직으로 채용되어 파견노동자의 고용을 보장하는 것이 낫다는 것이다. 파견법 제6조 제3항에서 반드시 정규직으로 채용해야 한다는 전제도 없고, 그 조항의 강제성도 없는 상태에서 그나마 현실적인 요구일 수 있다. 그러나, 앞에서 언급한 바와 같이 단기간 근로계약도 일정한 요건을 충족하면 노동법상 사용자 책임을 져야 하고 고용조정도 용이하지 않게 되어 오래 지속될 수 없음이 자명하다. 업무대체가 용이한 단순업무일수록 사용자가 파견을 선호할 것은 너무나 당연하다.

임시직인 파견노동자

사례 4

98. 10부터 모사에 파견되어 안내데스크로 일하고 있는데, 사측에서 파견제한기간이 만료되니 사람을 교체해줄 것을 요구하여 5.31까지만 다니라고 한다. 계약기간은 1년이었다. 연봉은 1,100만원이었고 퇴직금 적립금이라는 것을 감하고 자금하였다. 월차수당이나 연차를 쓴 적도 없다. 이번 계약기간은 9월에 만료되는데, 파견회사는 다른 곳에 파견할 수 없다고 한다. 부당해고구제신청을 해도 그 동안 기간이 끝나 별 소용이 없고 번거롭게만 할 것 같다. 그냥 받아들이고 미지급수당과 퇴직금을 받는 것이 좋을 것 같은데 어떻게 해야 받을 수 있는가?

파견회사와의 계약도 단기간이어서 파견계약이 해제되거나 종료되면, 동시에 또는 약간의 시차를 두고 파견회사와의 근로계약도 종료된다. 파견회사와는 실질적인 근로관계가 없어 부당한 처우나 해고에 대해서 구제를 받는 것이 불가능하거나, 구제를 받는다 해도 계약기간이 종료하여 실익이 없어지는 것이다. 이는 곧 파견형식의 문제이기도 하다.

③ 소 결

기간을 정한 근로계약, 그 중에서도 1년 이내의 단기간을 정하여 그것을 반복 개신하

3) 2000.5 노동부 '근로자파견제도의 물바른 이해': 사용사업주가 2년을 초과하여 파견근로자를 사용하는 경우에는 [파견근로자보호등에관한법률] 제6조 제3항의 규정에 의하여 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 정규근로자로 고용한 것으로 간주됩니다. 그러나 사용사업주가 파견사업주의 근로자파견계약을 종료한 후 파견근로자를 채용한 경우에는 당시자의 의사에 따라 계약직 또는 임시직으로 채용할 수 있습니다.

는 경우는 비정규노동자의 고용안정을 위한 핵심적인 사안이다. ②절의 사례를 보았을 때 사용자의 필요에 의해 임시직과 파견노동이 상호순환하고 있음을 알 수 있다. 노동자 자신의 의지와 환경에 상관없이 사용자가 원하는 때에, 원하는 고용형태로 변화해야 한다. 때로는 임시직으로, 때로는 파견직으로, 때로는 용역으로, 때로는 위탁계약으로, 그나마 일자리라도 부여하기 위해서는 마치 탁구공처럼 왔다갔다 해야 한다.

따라서, 파견노동자의 고용안정과 비정규노동의 확산을 막기 위해서는 단기간을 정한 근로계약을 일정한 사유 외에는 하지 못하도록 철저하게 규제하여야 한다. 그리고 파견법 제6조 제3항에 대한 해석을 노동자보호의 관점에서 실효성 있게 해석하고 적용해야 한다.

3) 수습(또는 시용 기간)의 장기화

우리 법은 수습이나 시용 기간에 대해 명시하고 있지는 않지만, 대략 3개월 내지 6개월 이하로 보고 있다.⁴⁾ 수습(시용)기간은 노동자의 업무 적격성을 판단하기 위한 기간으로 정한 기간이 종료한 뒤 업무 부적격성을 이유로 정식채용을 거절할 수 있으나, 정당한 사유가 없다면 사용자의 권리남용이 되어 해고할 수 없다.⁵⁾

한편, 경영계는 파견노동자의 불안한 지위가 사회문제화되면서 파견노동자를 일정 기간 사용하다 업무능력이 인정되면 정규직으로 채용되는 기회가 있다는 것을 긍정적 사례로 부각시키고 있다. 그들이 진정으로 주장하고 싶은 것은 파견의 순기능으로서 기업측은 노동자의 업무 적격성을 평가하고 정식 채용할 수 있어 채용위험을 줄일 수 있고, 경험이 없는 노동자로서는 경력을 쌓으면서 정규직으로 채용될 기회가 부여되니 양자 모두를 만족시킬 수 있다는 것이다. 과연 그런가? 오히려 파견노동이 법과 판례에서 인정하고 있는 수습기간을 부당하게 장기화시키고, 정식채용 거부에 대한 법적인 판단조차도 배제하게 된 것 아닌가? 그래서 부당한 해고에 대한 노동자의 권리구제의 기회조차도 막아버린 것은 아닌가?

4) 근로기준법제35조는 3월이내의 수습사용중인 근로자와 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자에 대하여 해고예고나 해고수당에서 적용제외하고 있다.

5) 일정한 수습기간을 두고 고용된 시용근로자라 할지라도 그에 대한 해고에 있어서는 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유⁶⁾가 있어야 한다. 시용근로제도는 확정적인 근로관계를 맺기전에 앞서서 정식채용을 전제로 하여 당해 근로자의 업무적격성 및 일반적격성을 판단하기 위한 것으로서 그 기간 종료 후의 정식채용 여부 또는 그 기간 중의 해고에 관하여는 통상의 근로자에 대한 해고와 동일한 기준에 따라야 한다고 볼 수 있고, 업무적격성이니 일반적격성에 대한 부정적 평가로 인하여 정식채용을 거부하거나 해고할 만한 합리적 이유가 있을 때에는 그 해고 또는 정식채용의 거절이 가능하고, 이런 측면에서 시용근로제도는 해고의 규제를 어느 정도 완화하는 가능성이 있다고 보지 않을 수 없다(서울행법 1999.2.12 98구15558, 대판 1994.1.11 92다44695, 대판 1987.9.8 87다카1555).

4) 파견형식의 문제

일본에서는 파견형식을 ① 파견회사에서 노동자를 상시 고용하고 있다가 사용회사가 요청하면 파견계약을 체결하고 사용사업체에 일정기간 노동자를 파견하는 상용형, ② 파견회사에 노동자를 등록시켜 놓았다가 사용회사에서 요청하면 노동자와는 근로계약을 맺고 사용회사와는 파견계약을 체결하여 사용회사에 파견노동자를 파견하는 등록형, ③ 사용회사에 노동자를 요청하면 노동자를 모집하여 노동자와는 근로계약을 사용회사와는 파견계약을 체결하여 파견하는 모집형으로 구분하고 있다. 등록형과 모집형은 근로계약을 파견업체와 한다는 것이 다를 뿐이어서 직업소개와 다를 바 없다는 비판을 받아 왔다. 그래서 일본에서는 상용형에 대하여는 감독관청에 신고를 하면 승인이 나고 등록형은 허가제, 모집형은 불법으로 하고 있다.

한편, 우리 파견법에서는 이에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않고, 파견법상 일정한 요건을 충족하면 파견업을 허가하고 있다. 그러나 실질적으로 등록형 파견은 유료직업소개사업과 다를 바 없고(직업안정법 제19조), 모집형 파견은 근로자공급사업에 다른 아니다(같은 법제33조). 특히, 국내 근로자 공급사업의 경우는 '노동조합 및 노동관계조정법'에 의한 노동조합만이 할 수 있도록 정하고 있는데(직업안정법 제33조 제2항), 파견법은 등록형과 모집형 파견을 인정하고 있어 결과적으로 유료직업소개사업과 근로자공급사업을 파견업으로 허용하고 있는 것이다. 결국 파견법이 노동자에 대한 지속적 중간착취와 대리고용을 허가해 준 셈이다. 등록형과 모집형 파견은 근로계약이 파견개시와 동시에 성립하고 파견종료와 동시에 끝나기 때문에 노동자의 고용은 불안정할 수밖에 없다. 그런데 우리 파견노동의 비율을 보면 모집형이 전체 파견노동의 61%를 차지하고 있어(한국노동연구원, 정인수, 『파견근로의 실태와 정책과제』, 1998. 1), 파견노동이 가진 대리고용과 중간착취의 폐해가 더욱 심하다는 것을 알 수 있다. 따라서 등록형과 모집형의 파견은 법률로 정하여 금지시켜야 한다.

5) 불법파견과 노동자보호

불법파견에 해당되는 여러 사례 가운데 대표적으로 첫째 파견대상업무를 위반한 경우가 있으며, 둘째는 형식상 도급이지만 실질은 파견인 경우이어서 무허가 파견이 되는 경우다. <사례 2>의 경우 26개 파견허용업무를 위반한 불법파견에 해당하는데, 파견법 제5조 제4항은 '누구든지 제1항 내지 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 그 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서

는 아니 된다'고 정하고 있고 동법 제43조에서 파견사업주에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 제44조에서 사용사업주에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 정하여 이에 따른 처벌을 받게 된다. 결국 사용사업주와 파견사업주간의 파견계약은 불법으로, 소급적으로 무효가 된다. 남는 것은 파견사업주와 파견노동자간의 근로계약인데, 그것의 실내용은 사용사업주와 파견노동자간의 사용종속의 관계이다. 법적으로 파견계약이 무효가 되어도 사용사업주와의 사용종속 관계, 실제 사용사업주에게 노동을 제공해온 파견기간을 어떻게 해석해야 하는가? 노동부의 입장은 파견계약이 무효가 되어도 파견사업주와 파견노동자 사이의 근로계약은 유효하고, 파견노동자와 사용사업주 사이의 법률관계가 없었기 때문에 문제될 것이 없다는 입장이다. 실질적인 파견기간 동안의 사용종속관계가 중심이 아니라, 계약에 의한 법률관계를 중심으로 판단하기 때문이다.

그러나 독일파견법 제9조 제1호는 '파견사업주가 근로자파견법에 따른 허가를 받지 아니한 경우에는 파견계약과 파견근로계약은 무효로 된다.', 제10조 제1항에서는 '파견사업주와 파견노동자 사이의 계약이 제9조에 의해 무효로 되면 사용사업주와 파견노동자간의 근로관계는 노무제공을 개시하기로 한 시점에서 성립한 것으로 한다. 사용사업주가 그 노무제공을 받아들인 후에 비로소 무효로 된 경우에 사용사업주와 파견노동자 사이의 근로관계는 무효의 효력이 발생한 때에 성립한 것으로 한다'고 정하고 있다(최홍엽, '근로자파견법의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰'에서 재인용).

이에 비해, 우리 파견법은 불법파견에 대해 파견계약을 무효화하고, 파견사업주와 사용사업주를 처벌하는 것으로 마치고 있다. '파견근로자보호에 관한 법률'이라는 명칭이 무색하게 실제 파견계약이 무효화되는 시점에 파견노동자는 실업자가 되고 만다. 파견노동자의 고용을 실질적으로 보호하기 위한 법해석 또는 법개정이 필요하다.

6) 파견노동자의 노동3권의 행사

현실에서 전혀 평등하지 못한 노사관계에서 노동자의 자주적인 힘으로 실질적인 평등을 확보할 수 있도록 보장하는 것이 노동3권이다. 파견노동자를 비롯한 비정규노동자들이라 해서 여기서 제외될 하등의 이유가 없는데, 파견노동자 중 노동조합 가입자는 전체의 4.6%에 불과하고 노동조합이 있음에도 가입하지 않는다는 응답은 16%에 해당하고, 그 이유는 노동조합이 사용업체의 노동조합이기 때문이라고 한다(정인수, 위의 자료).¹⁰⁾ 기업별노동조합의 한계로 인해 노동조합에 가입하지 못하는 이유와 더불어 파견노동자들이 독자적으로 노동조합을 결성하는데 있어서 어려움을 겪는 이유는

사용자들이 합법적으로 노동3권의 행사를 가로막을 수 있기 때문이다. 하나는 근로계약상의 사용자인 파견회사는 파견노동자의 근로조건의 결정에 권한이 거의 없는 경우가 많은데 비해, 실질적인 사용종속 관계에서 많은 권한을 가진 사용사업주가 사용자로서의 지위를 부정하고 있는 것이다. 다른 하나는 단기간을 정한 근로계약이 대부분 이어서 기간의 만료를 이유로 근로관계가 종료된다는 것. 마지막으로 파견계약의 해지로 실질적인 사용사업주와의 근로관계가 종료되는 것이다.

노동자의 노동3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)은 노동자의 생존권적 기본권이어서, 헌법 제33조 제1항에서도 명시하고 있고, 사용자는 당연히 노동3권을 보장해야 할 의무가 있다. '노동조합 및 노동관계조정법' 제43조 '채용제한'은 쟁의행위(파업)를 할 때에 사용자로 하여금 파업으로 중지된 업무를 하도록 주거나 신규 채용하여 대체할 수 없도록 하여 노동조합의 쟁의권을 보호하고 있다. 이 채용제한을 파견노동자의 노동조합에도 적용할 수 있어야 한다. 파견노동자의 경우, 형식적인 사용자가 파견업주라서 파업을 파견회사 안의 분쟁으로 인정하여 사용사업주가 파견계약을 해제하고 다른 파견회사와 새로이 파견계약을 체결하게 되면, 노동자의 노동3권(단체행동권)을 제한하는 결과를 냥고 만다.

관련된 노동부 행정해석의 변화를 살펴보면, 1988년도 행정해석에 의하면 '하청용역회사가 쟁의기간중일 때 용역계약을 해지할 수 없다', '도급인은 수급인 소속 근로자들이 파업을 하는 경우 한시적으로 도급업무를 타업자로 대체하여 정상조업을 할 수 없다'고 하였다(노사32281-9083 1988.6.18, 노사32281-19968 1988.12.31). 그러나 최근에는 '용역업체노사간의 쟁의행위로 인하여 중단된 업무를 구청이 직접 수행하거나 다른 용역업체로 하여금 수행하도록 하는 것은 동법 규정에 저촉되지 아니한다', '하청업체노조파업시 하청업체를 교체할 수 있다', '하청업체의 파업으로 중단된 업무를 원청회사가 직접 수행하거나 다른 하청업체를 선정하여 행하는 것은 법위반이 아니다'로 입장이 변화하였다(협력68140-173 1997.5.6, 협력68140-469 1997.12.4, 협력68140-226 1998.6.17). 이전에는 노동자의 노동3권 보장을 우선에 두고 해석했다면, 최근에는 파견계약을 보다 우선하여 해석하고 있는 것이다.

즉, 노동조합 결성 후의 파견회사와 사용회사의 부당노동행위에 대해 법적인 보호를 해야 실질적인 파견노동자의 노동3권이 보장될 수 있을 것이다. 파견노동자의 근로

6) 현재 기업별노조에서 파견노동자를 포함하는 것이 범도의 노동조합을 조직하는 것보다 파견노동자의 입장에서 효과적일 수 있겠지만, 그렇게 하기 위해서는 기업별노조가 지역노조로 조직형태를 변경-노동조합을 해산하고 신규설립해야 한다. 그렇게 되면 단체협약이 소멸하고 새로운 단체협약을 체결해야 한다.

조건 개선과 파견노동의 폐해에 대항하기 위해서는 노동3권이 실질적으로 보장되도록 하는 것이 가장 중요하다.

2. 의무(책임)없는 권리의 확대

파견노동 제한기간 2년이 목전에 다가오면서 경영계는 2년 이상 사용한 파견노동자를 직접 채용해야 하는 압박을 받고 있다. 그런데 최근 들어 제한기간을 정한 파견법 제6조 제3항을 본래 취지와 달리 왜곡시키고 있다. 파견노동자를 2년 이상 사용하면 직접 채용하라는 취지임에도 같은 파견노동자를 2년 이상 사용하면 안 된다는 것으로 주장하여, 파견법이 파견노동자의 실업을 조장한다는 비판을 하고 있다. 그래서 경영계는 이 상황을 돌파하기 위한 방안으로 우선 파견 제한기간을 1년 더 연장하여 당장의 실업사태를 막고, 궁극적으로는 ① 26개파견업무에 대한 제한철태, ② 파견제한기간을 당사자의 합의에 의하여 무한정 연장할 수 있도록 법개정을 해야 한다고 주장하고 있다. 그래서 파견노동을 활성화하여 파견시장을 확대하면 파견노동의 결과 파견노동자의 처우도 개선될 것이라고 한다(2000.4.6 대한상의 '파견기간 만료에 따른 업계의견 건의', 1999.9.29 남성일 '인력파견의 각국실태와 한국 인력파견의 과제').

경영계는 자기 주장의 근거로서 파견체가 선진국가에서 얼마나 활성화되어 있는지 예를 들곤 한다. 그런데 그들이 간파하는 것은 선진국에서도 무조건 파견노동을 허용하고 있지 않다는 것이고, 그들의 노동시장 환경을 고려하지 않은 절대수치에 의한 비교라는 것이다. 첫째로, 우리는 공공직업안정기능이 선진국처럼 활성화되어 있지 않고, 법 집행력에 있어 선진국과 많은 차이가 있다. 가장 파견이 자유롭게 이루어지고 있는 미국과 비교해 보자. 미국 고용평등위원회에서는 최근 파견근로 등과 같은 비정규직의 파견근로자들의 근로조건이 열악해짐에 따라 비정규직에 대한 차별을 금지하는 세부지침을 마련하여 차별이 발생한 경우 공민권법 제7편에 따라 고액의 징벌적 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁾ 둘째, 독일은 대상업무에 대한 제한은 없지만 파견기간을 12개월로 제한하여 장기파견을 금지하고 있고 허용되는 파견기간을

7) 2000. 5. 29 민주노총, 한국비정규노동센터 토론회 '파견노동의 정규직화 어떻게 해야 하니', 조순경 '검증되지 않은 전제와 현실: 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 입법취지와 규제 완화론의 해구': 1998년 현재 작업안정기원 직원 1인당 담당하여야 할 경제활동인구 수는 독일의 경우 338명 영국 887명 한국 8049명, 공공직업안정기능이 일정한 수준에 있는 나리에서 파견업체와 같은 민간직업알선 사업을 허용하는 것과 우리나라와 같이 공공직업안정기능이 거의 직업알선 기능을 하지 못하는 상황에서 영리주의 파견업체를 허용하는 것은 큰 차이를 가진다.

넘게 되면 파견사업주가 무허가 작업소개를 한 것으로 추정하여 파견노동자와 사용사업주와의 근로관계가 성립한다. 또한 파견사업자는 파견노동자와 원칙적으로 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하도록 하고, 파견기간과 근로계약기간의 일치를 금지하고 있다(위의 토론회 최홍엽 '근로자파견법의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰'). 프랑스는 모든 업종에 대해 파견을 허용하고 있지만, 파견사유를 결근의 대체, 업무의 일시적 증가에 대한 대처, 일시적 노동의 경우로 한정하고 파견기간은 최장 24개월로 한정하고 있다(최홍엽의 같은 자료).

외국의 경우 파견노동을 허용하고 있지만, 사유를 일시적이고 간헐적인 사유로 기간을 정하여 파견노동의 확산을 제한하고 있는 것이다. 그러나 우리 파견노동의 현실은 어떠한가? 파견노동자를 사용하는 목적은 단순보조업무는 46.4%인 반면, 전문기술직의 일시적 고용은 7.7%에 불과하다는 사실에서(1999.1.25 대한상의 '파견근로자 사용실태와 개선과제' 실태조사), 경영계가 주장하는 전문인력의 적기 확보라는 화려한 포장 뒤에 주변화된 단순노동이 있음을 알 수 있다. 또한 26개 업무에 대한 파견은 87%, 필요에 따라 일시적으로 항상 사용하는 경우는 9.1%에 불과하였다(1998.1 한국노동연구원 정인수 '파견근로의 실태와 정책과제'). 그런데도 파견제한기간과 파견업무의 규제철폐를 주장하는 것은 파견노동자를 상시적인 필요에 의해 사용하여 정규직을 대체하고 있음을 시인하는 것이다.

파견노동이 완전히 자유로운 미국에서는 어떠한가? 1990년 미국의 파견노동자는 150만 명으로 추정되며, 그들 중 70% 이상이 정규직을 찾을 수 없어서 파견직으로 일하고 있다. 이들에게는 고용불안정과 낮은 소득이 가장 큰 문제인데, 경제적 필요에 의해 두 개이상의 직장에서 일하고 있는 노동자는 미국 전체노동자의 6%이며, 이들 중 11.2%가 주 70시간이상의 장시간노동을 하고 있다. 파견회사가 부가급여와 복지혜택을 주고 있다고 하지만, 최소 일정기간(예를 들어 한 회사는 파견노동자가 법정 유급휴일을 사용하기 위해서는 6개월간 1,500시간을 근무할 것을 요구하였다)을 근무하여야 하는데 이 근무시간을 채우는 파견노동자는 얼마 되지 않는다(조순경, 앞의 자료).

경영계가 원하는 파견제의 규제완화 목적이 이와 같다면, 자신들이 원하는 바를 보다 분명하게 말해야 한다. 경쟁력을 강화시켜 국가의 발전을 추구한다는 보편적 명분 대신에, 보다 낮은 가격에 노동자를 사용하겠다는 주장을, 노동법상 모든 사용자책임을 합법적으로 던져버리겠다는 주장을 명확히 해야 한다.

3. 파견제한기간 2년 만료에 따른 파견노동자의 권리보호

1) 종이호랑이에 불과한 파견법 제6조 제3항

파견법 제6조 제3항은 '사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다'고 정하고 있다. 사용자가 이 법을 위반하는 경우는 파견노동자를 2년 이상 사용했을 때인데, 그 때에 이미 법으로 고용의제가 되기 때문에 위반하는 경우란 있을 수가 없다. 문제는 이를 회피하기 위해 파견계약을 종료시키거나 파견노동자를 교체했을 경우인데, 이에 대해서는 아무런 처벌규정이 없다. 사실상 이 규정은 있으나마나한 규정으로서, 오히려 파견노동자를 실업자로 만들고, 사용사업주들은 다른 파견회사를 찾거나 새로이 파견노동자를 배치해야 하기 때문에 귀찮기만 할뿐이다.

더구나 노동부는 이 조항을 강력하게 실행할 의지가 없는 듯 한데, 그 근거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 2년의 제한기간을 업무가 아닌 사람을 중심으로 해석하여 같은 업무에 다른 파견노동자를 쓰면 2년을 경과해도 무방하다는 해석, 둘째 같은 파견노동자를 일용직이나 임시직으로 바꾸도록 유도하고 있는 것, 셋째 이 조항을 회피하기 위한 사용업주의 탈법적인 계약해제와 해고에 대해 법위반이 아니라는 이유로 수수방관하고 있는 것이다. 이에 대한 문제 제기를 지속적으로 하여 노동부로 하여금, 해당업무를 중심으로 파견노동을 2년 이상 사용하지 못하도록 해석하고 반드시 정규직으로 채용하도록 하여, 파견노동자가 항상적인 고용불안의 상태에 놓여 있지 않도록 보호하고 비정규직 확산을 제어해야 한다.

2) 파견노동자의 권리보호를 위하여

① 노동법상 사용자책임 확대

노동3권 보장 문제

- 사용사업주의 단체교섭의 상대방으로서의 지위를 인정하여 강제할 수 있도록 해야 한다.
- 파견노동자의 노동조합이 쟁의행위를 할 때에도 '노동조합 및 노동관계 조정법 제43조'를 사용사업주에게 적용하여 파견계약을 해제하고 다른 파견업체와 계약을 체

결하거나, 자기사업장의 노동자를 동원하여 대체근로하지 못하도록 법적으로 강제해야 한다.

- 노동3권의 행사를 이유로 하여, 집단적으로 또는 개인적으로 파견계약을 해제하거나 근로계약기간의 만료를 주장하며 실질적으로 근로관계를 종료시켰을 때 부당노동행위로 규정하여 구제받을 수 있도록 해야 한다.

근로조건의 결정

- 파견사업주나 사용사업주는 파견계약서를 파견노동자에게 고지하도록 해야 한다. 파견계약서와 근로계약서에 명시된 근로조건을 위반했을 때에 근로기준법 제26조 근로조건에 위반에 관한 규정이 적용되어 파견노동자는 사용사업주와 파견사업주를 상대로 손해배상을 청구할 수 있도록 해야 한다.

- 파견노동자와 사용사업주에게 고용된 노동자 사이에 부당한 차별대우를 하지 않아야 한다. 이를 위해서는 사용사업장의 복리후생을 합리적인 조건을 두어 적용하는 것, 파견계약금액과 파견노동자가 받는 임금액비율의 최저선을 법률에서 정하여 정규직과의 임금격차를 줄이도록 해야 한다.

- 현재 파견법에서는 근로시간, 휴일, 휴가 등에 관한 규정에서 사용사업주를 사용자로 보고 있다(파견법제34조 '근로기준법의 적용에 관한 특례'). 그러나 노동법 위반에 대해 주로 처벌보다는 사후적인 보상이 중심이 되어 있는 우리 현실과 금전적인 보상책임이 모두 파견사업주에게 있는 파견법에 의해 이 규정이 가지는 의미는 거의 없다. 구체적 사용종속관계를 근거로 하여 사용사업주를 상대로 한 법적 제재와 보상 청구도 가능하도록 법개정이 필요하다.

(2) 파견노동자의 고용안정을 위하여

파견업무·파견사유·파견기간의 제한

우리 파견법 제5조 제1항은 파견노동을 파견업무는 26개 업무로, 파견 제한기간은 1년으로 하고, 1회에 한해 1년 이내에 연장 가능하도록 하고 있다. 동조 제2항은 일시적이고 간헐적인 필요가 있는 경우, 금지업무를 제외한 모든 업무에 3개월 이내의 기간동안 파견을 할 수 있도록 하고 있다. 우리 파견노동의 경우, 앞에서 살펴보았듯이 26개 업무에 대한 파견이 90% 이상을 차지하고 있고, 평균계약기간이 1년 8개월이며, 1년 이상이 60%이어서 사실상 일시적 사유에 의한 수요는 미비하다는 것을(정인수, 앞의 자료), 결국 대리고용이 주목적임을 유추할 수 있다. 따라서 파견노동 도입 시 본

래의 취지, 즉 일시적인 사유와 전문인력의 수요 충족에 맞추어 법개정이 필요하다고 본다. 구체적으로 파견사유를 일시적이고 간헐적으로 하여 기간은 3개월 내지 6개월로 한정하고, 파견업무는 26개 업무 중 주로 수요가 발생하는 업무로 제한해야 한다.

등록형과 모집형 파견의 금지

법에서 등록형과 모집형 파견은 금지하고, 상용형으로만 파견을 하도록 명시해야 한다. 그래서 파견되지 않은 기간에도 법정 휴업수당수준 이상의 임금을 보장하여 파견노동자의 기본 생계를 보호하도록 해야 한다. 동시에 파견업체와 노동자간의 근로 계약도 원칙적으로 단기간을 정한 근로계약을 금지해야 한다. 만일 등록형이나 모집형으로 파견하면 무허가 파견으로 간주하여 사용업체에서 파견노동자를 직접 고용한 것으로 의제하여야 한다.

불법파견 및 파견노동자 보호

소사장이나 사내하청, 도급(용역)을 가장하였지만 실내용은 파견노동인 경우, 노동부는 그것을 파견으로 간주하여 사용사업주와 파견사업주는 무허가 파견에 대한 처벌을 받게 된다. 그리고, 현재 파견법을 위반하여 파견계약이 무효가 되는 경우 앞의 사례와 같이 사업주들을 처벌할 수 있으나, 파견노동자는 보호받지 못하는 역설적인 결과가 벌어진다. 따라서 파견법에 파견노동자를 보호할 구체적인 조항, 즉 불법파견기 간 파견계약 뿐만 아니라, 파견사업주와 파견노동자 사이의 계약도 소급적으로 무효가 되고 사용사업주와 실질적인 사용종속관계를 인정하여 무효가 되는 시점으로부터 사용사업주에게 고용된 것으로 보아야 한다.

결론

예측되었던 파견노동자 실업문제는 사회 문제로 확대되고 있지 않다. 모든 파견노동자가 정규직으로 채용되어서가 아니다. 임시직이나 도급으로 전환된 사례도 있고, 해고되는 사례도 많아 보인다. 그러나, 사안의 중요성에 비해 당사자들로부터의 문제 제기는 많지 않다. 현재까지 파악된 것은 주로 개별적인 해고였고, 집단적인 해고는 없었다. 대기업일수록 사회적 비난을 염두에 둔 때문인지, 일단 임시직이나 도급으로 전환한 뒤 보다 유리한 방법을 모색하고 있는 듯 하다. 해고된 개별노동자의 경우도 법적인 해결보다는 다른 파견업체를 찾거나 재교육기회를 선택했다. 문제는 해결되지 않았고, 온전하게 드러나지 않고 있다. 파견제한기간 때문에 해고되었다는 것이 알려

졌지만, 그것이 전체 비정규문제와 어떻게 연관되어 있는지, 그 연관 속에서 해결의 방향과 구체적 실천은 아직 드러나지 않았다.

파견법은 중간착취와 간접고용을 정당화한다는 측면에서 철폐되어야 마땅하다. 그러나 구체적 투쟁과제로는 파견법의 규제를 강화하여 무력화시키는 것을 정할 수 있다. 단, 파견제를 규제하는 것으로 모든 문제가 해결될 것이라는 오류에 빠지지 않아야 한다. 기업이 고용유연화를 계속 추구하는 한 다른 형식의 비정규노동자의 지위는 새로이 생길 수밖에 없다. 파견노동만이 가장 중대한 문제라고 인식하는 것은 저엽적인 대책에만 친착하는 오류를 범할 수 있다. 예를 들어, 당장의 해결책으로 파견기간을 1년 더 연장하자는 주장이 그렇다. 시간을 벌어 그 동안 자신들에게 유리한 방향으로 법개정을 추진하겠다는 것이다.

그러나, 우리는 파견노동이 가지는 본질적 문제, 즉 노동법의 전제를 전면적으로 부정하는 간접(대리)고용임을 폭로하면서, 현실적으로 파견자체를 무력화시킬 정도의 규제강화를 주장하며 투쟁해야 한다. 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- 단기간을 정한 근로계약을 규제하고 파견형식도 상용형만을 허가하여 파견노동자의 고용을 보호하고, 비정규직의 확산을 억제할 수 있어야 한다.
- 불법 파견 또는 무허가 파견인 경우 파견계약과 근로계약을 모두 무효로 간주하여 사용사업주와의 직접 고용을 의제하여야 한다.
- 사용사업주에게까지 사용자 지위를 확대 적용하여 실질적 사용종속관계에서 발생한 문제에 대해 사용사업주를 상대로 법적 책임(근로기준과 노동3권의 보장 관련)을 물을 수 있도록 해야 한다.
- 마지막으로 현행 파견법의 고용의제조항을 준수할 것과 사용자측의 다양한 불법 행위와 불법파견에 대해서 노동부가 강한 의지를 가지고 처벌하도록 투쟁해야 할 것이다. ♦