

노사정 위원회 '합의안'의 문제점에 대한 법률적 검토 의견서

2015. 9. 17.

민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회,
법률원(민주노총, 금속노조, 공공운수노조)

■ 순서

<실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고>

1. '합의안'의 내용
2. 관련 법률 규정
3. 관련 판례
4. '합의안'의 문제점
5. 소결

<사용자가 임의로 할 수 있는 취업규칙 변경>

1. '합의안'의 내용
2. 관련 법률 규정
3. 관련 판례
4. '합의안'의 문제점
5. 소결

<특별연장근로 허용 등 근로시간 연장>

1. '합의안'의 내용
2. 관련 법률 규정
3. 관련 판례
4. '합의안'의 문제점
5. 소결

<통상임금 범위의 축소>

1. '합의안'의 내용
2. 관련 법률 규정
3. 관련 판례

4. '합의안'의 문제점

5. 소결

<기간제, 파견노동의 전면화>

1. '합의안'의 내용

2. 관련 법률 규정

3. 관련 판례

4. '합의안'의 문제점

5. 소결

<청년고용 대책의 문제점>

<원하청 동반성장과 재벌 책임>

<실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고>

1. '합의안'의 내용

3-2. 근로계약해지 등의 기준과 절차 명확화

- 노사정은 인력운영과정에서의 근로관행 개선을 위하여 노사 및 관련 전문가의 참여 하에 근로계약 전반에 관한 제도개선방안을 마련한다. 제도개선 시까지의 분쟁 예방과 오·남용 방지를 위하여 노사정은 공정한 평가체계를 구축하고, 근로계약 체결 및 해지의 기준과 절차를 법과 판례에 따라 명확히 한다. 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며, 노사와 충분한 협의를 거친다.

2. 관련 법률 규정

<근로기준법>

제23조(해고 등의 제한)

- ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(징벌)(이하 "부당해고등"이라 한다)을 하지 못한다.

제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한)

- ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

3. 관련 판례

- 해고가 유효하기 위한 정당한 이유에 관해 법원은 다음과 같이 일관되게 판시하고 있다.

- “근로기준법 제27조 제1항은, 사용자는 정당한 이유 없이 해고 등의 징벌을 하지 못한다고 규정하여 사용자로 하여금 자유로이 근로자를 해고할 수 없도록 제한하고 있는바, 여기에서의 "정당한 이유"라 함은 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근

로자에게 책임 있는 사유가 있다던가, 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말하는 것이다”(대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5884 판결 등).

- “해고처분은 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것”이다(대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결 등 참조).

- 요컨대 법원은 해고 정당한 이유가 있기 위해서는 ① 노동자에게 책임이 있어야 하고 (따라서 노동자에게 책임이 없는 때에는 경영상 이유에 의한 해고가 아닌 이상 해고를 할 수 없고), ② 그 정도가 “사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도”로 심각해야 한다고 판시하고 있다. 그리고 어떤 경우에 정당한 이유가 있는지는 ③ 개별적이고 구체적인 사정을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다고 판시하고 있다.

○ 위의 원칙하에 개별적인 사안마다 법원은 해고의 정당한 이유를 판단해 오고 있으나 성과 부진, 업무 능력 부족만을 이유로 한 해고에 관해서는 대체로 명시적인 입장을 표명하지 않고 있다. 다만 다음과 같이 비위 사실의 존재를 추가로 판단하거나, 성과 부진 인력을 퇴출하기 위한 해고는 부당하다고 판단한 것으로 보아 실적 부진, 업무 능력 부족 그 자체만을 이유로 한 해고에 대해서는 부정적인 입장을 견지하고 있는 것으로 보인다.

- “해고처분은 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 ... 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것”(대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결 등 참조)

- “2005년 부진인력 대상자들과 일반 직원들 간의 인사고과 등급 비율의 격차는 피고 회사의 2005년 부진인력 대상자들에 대한 차별적 의도에서 기인한 것이고, 이러한 차별은 피고 회사에게 부진인력들을 퇴출하거나 퇴직시켜야 하는 긴박한 경영상의 필요가 없는 이상 그러한 차별처우가 피고 회사의 정체성을 유지하기 위하여 불가피한 것으로서 필요한 한도 내의 조치로 보기 어려우므로 피고 회사의 2005년 부진인력 대상자 명단에 기재된 원고 A, C, D, E, H, I에 대한 2009년 인사고과 F등급 부여에 의한 임금 삭감은 특별한 사정이 없는 한 헌법 제11조가 선언한 평등원칙, 헌법 제32조 제3항이 근로조건의 기준을 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하는 취지 및 우리 사회의 건전한 상식과 법감정에 비추어 용인될 수 있는 한계를 벗어나 사회질서에 위반되는 것이어서, 인사평가자의 재량권을 남용한 부당한 인사고과라 할 것이다”(수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결¹⁾).

4. ‘합의안’의 문제점

가. 합의안의 취지

- 위 합의문은 직접적으로 실적부진자(저성과자)에 대한 해고 가능성을 명시하고 있지 않다. 그러나 지금까지 정부는 실적부진자(저성과자)에 대한 해고 제도를 도입하겠다는 방침을 세워 왔고 이를 토대로 다음과 같이 구체적인 입장을 밝혀 왔다²⁾.

(1) 해고제도 개선의 필요성

- **현행 근로기준법은 기술적으로 일부 개선과 진전을 이뤄냈으나 정당성 판단 구조는 1953년 제정된 근로기준법의 프레임을 그대로 유지**

- 진행 경과 및 논의 과정에 비추어 본다면 노사정 합의는 실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고를 도입하겠다는 것, 다만 제도 개선(법률 개정) 시까지는 가이드라인이라는 행정지침을 마련하겠다는 것을 의미한다. 더하여 “근로계약 전반”에 관한 제도개선방안

1) 이에 대해 대법원은 “원심의 위와 같은 판단에 인사평가의 적법성 판단에 관한 법리 등을 오해하거나 석명의무를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다”고 하여 상고 기각 판결을 하였다(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22195 판결)

2) “근로조건 변경 및 근로관계 종료에 관한 쟁점과 과제”, 박지순, 2015. 9. 7. 노동시장 구조개선 관련 쟁점 토론회 / “해고제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구”, 박지순.김희성.김기선, 2014. 12. 고용노동부

- 장기고용관행(연공형인사관리)에서 성과주의 인사관리체제로 전환하는 추세를 고려한 해고제도의 정비 필요성
 - 직무·성과 등 능력중심의 인사관리 전개·확산으로 성과·근무성적·적격성 등을 이유로 한 해고가 증가하는 추세에 따라 그에 관한 법적 규제도 명확히 할 필요성이 있음
 - 기존 판례는 이러한 범용성을 갖출 만큼 일반해고에 대하여 충분한 기준과 판단자료를 제시하고 있다고 볼 수는 없음
- 구체적으로 해고사유, 정당성기준, 해고절차, 부당해고구제절차 및 구제방법에서 종합적이고 체계적인 현대화된 해고제도로 정비해야 할 필요가 있음
 마련이라고 함으로써 해고뿐만 아니라 승진, 배치전환 등 인사 전반에 관해 저성과자를 관리할 수 있는 제도를 마련하겠다는 것을 의미한다.

나. '합의안'의 문제점

- 노사정 합의는 1) 실적부진자(저성과자)에 대한 해고가 가능하다는 전제 하에 성과 부족, 업무 능력 부족으로 인한 해고는 현행법상 해고 사유에 해당하지 않으므로 해고 사유에 포함될 수 있도록 제도를 개편해야 한다는 점을 논거로 한다. 또한 2) 법률이 정하는 해고 요건인 '정당한 이유'는 추상적이고 모호하기 때문에 이를 구체화하기 위한 제도 개편이 필요하다는 점을 논거로 한다. 그러나 이러한 논거는 다음의 점에서 문제가 있다.
 - 실적 부진을 이유로 해고를 해서는 안 된다는 것이 헌법, 법률 및 판례의 취지다.
 - 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이를 토대로 특별히 노동에 관해 헌법 제32조 제1항 제1문은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다”, 제32조 제3항은 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정함으로써 인간의 존엄성을 보장하기 위한 근로조건을 요구할 수 있는 권리를 구체적으로 정하고 있다. 여기서 말하는 근로조건에는 임금, 근로시간 등의 노동자의 대우에 관한 조건뿐만 아니라 근로조건 자체이자 근로조건에 기초하여 현실에서 행해지는 조치인 해고도 포함된다. 따라서 헌법상 인간의 존엄성을 해치는 해고는 인정되지 아니하며, 인간의 존엄성을 해치는 해고를 막기

위해 법률은 구체적으로 이를 명시해야 한다. 민법의 계약 자유의 원칙을 제한하는 근로기준법이 임금, 근로시간뿐만 아니라 해고를 제한하기 위한 해고 사유도 규정하고 있는 이유는 여기에 있다. 정당한 이유가 있는 때에만 해고를 할 수 있다는 것, 노동자에게 귀책사유가 있는 때에만 정당한 해고가 될 수 있다는 것, 노동자에게 책임이 없음에도 불구하고 해고를 하는 것은 인간의 존엄성에 반한다는 것이 헌법과 근로기준법이 정한 해고 규정의 취지라 할 것이다.

- 이러한 맥락에서 헌법재판소도 “고용의 유지는 근로자들의 경제적 생활의 기반이 되므로 사용자에 의하여 일방적으로 노동관계를 종식시키는 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주게 된다. 우리나라와 같이 실업에 대비한 직업소개제도나 실업보험제도 등의 사회안전망이 제대로 완비되지 못한 사회에서는 근로자의 생존권을 보장하기 위하여 부당해고를 사전에 방지할 수 있는 예방적 기능의 제도화가 절실히 요구된다.”고 결정한 바 있다(헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌바12 결정).
- 법원이 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 노동자에게 귀책사유가 있는 때에만 해고가 정당하다는 입장을 견지하고 있는 이유도 여기에 있다. 앞서 본 바와 같이 법원은 성과 부진, 업무 능력 부족 외에 비위 사실의 존재를 추가로 판단하거나 성과 부진 인력을 퇴출하기 위한 해고는 부당하다고 판단한 것으로 보아 성과 부진, 업무 능력 부족 그 자체만을 이유로 해고해서는 안 된다는 입장을 견지하고 있다. 성과 부진, 업무 능력 부족을 노동자의 귀책사유로 볼 수 있는지도 의문이며, 실적이 적거나 업무 능력이 부족하다는 이유로 생활 관계의 일대 전환을 가져오는, 인사의 가장 불이익한 조치를 해고를 해서는 안 된다는 원칙을 세운 것이다.
- 저성과자 해고를 주장하는 측에서도 “현행 근로기준법의 해고 규정은 해고를 징벌의 하나로 기술하고 있어서 실제로 행해지고 있는 일반해고 부분이 형식적으로는 법적 공백상태에 이루어지고 있는 모순이 발생하고 있다”고 보고 있다. 이는 실적부진자(저성과자)를 이유로 한 해고는 우리 법상 정확한 근거 규범이 없다는 점을 인정하고 있는 것이라고 할 수 있다.
- 이처럼 실적 부진, 업무 능력 부족을 이유로 한 해고는 헌법, 법률 및 판례가 정하고 있는 해고의 원칙에 반하는 것으로 부당하다.

- 공정한 평가기준도 없고, 공정한 평가인지를 가리는 것도 불가능하다. 즉 자의적인 평가와 이를 토대로 한 해고가 가능해지며, 이는 해고의 전권을 사용자가 쥐게 되는 것을 의미한다.
- 지침에 담긴다는 저성과자 해고의 절차는 다음과 같다. ① 먼저 평가를 한다. → ② 저성과자(하위 평가자)에 대하여 교육, 직무재배치 등의 기회 제공, → ③ 일정기간(6개월 또는 1년) 후 재평가 → ④ 개선이 없는 경우 해고통지, 이 경우 해고는 정당한 이유를 충족한 것으로 간주한다는 것이다.
- 먼저 공정한 평가기준을 마련할 것이라고 주장한다. 그러나 객관적인 수치로 성과를 측정할 수 있는 직무는 극소수에 불과하다. 지금 현장에서 사용되는 인사평가기준들을 보면 ‘리더십이 있는가 책임감이 있는가, 부서원과의 소통은 원만한가, 창의성을 발휘하고 있는가, 업무에 적극적으로 임하는가’ 등과 같은 극히 주관적인 평가지표들로 이루어져 있다. 이미 법원도 인사평가의 기준과 관련하여 위와 같이 주관적인 기준을 ‘불가피’하다고 하여 용인하고 있다. 결국 사용자의 자의적인 평가를 막을 장치는 없으며, 공정한 평가기준이라는 것은 허구에 불과하다.
- 두 번째로 공정한 평가를 하였는지 여부를 그 누구도 확인할 수 없다. 주관적 기준을 두고 1차, 2차 부서장의 평가점수를 0점에서 10점 기준으로 부여하는 방식이 일반적인데, 그렇게 부여된 점수가 불공정하다는 것을 노동자가 입증할 방법이 없다. 소송실무상 거의 불가능에 가깝다고 보면 된다. 즉 사용자의 자의적인 평가결과를 통제할 장치나, 구제받을 길이 전혀 없다는 것이다.
- 다음으로 개선의 기회를 부여한다고 한다. 교육을 부여하거나, 직무재배치, 배치전환 등의 기회를 일정기간 부여하고 다시 평가를 한다는 것이다. 그러나 사용자가 일정인원의 구조조정, 특정 노동자의 해고를 의도한다면 이러한 교육, 직무재배치 등은 의미가 없다. 그 시간이 지난 후 재평가에서 다시 저성과자로 평가하는 것을 막을 수는 없기 때문이다.
- 그리고 상시적인 저성과자가 존재할 수밖에 없다. 상대평가라면 하위 5%, 10% 이런 식으로 존재하게 되고 절대평가라고 하더라도 평가점수의 조절을 통해 얼마든지 일정 인원수의 저성과자를 만들 수 있다.

- 결국 저성과자 해고제도는 정리해고를 대체하게 된다. 구조조정이 필요한 인원만큼 상대평가이든, 절대평가이든 자의적인 평가를 통해 저성과자를 작출할 수 있다. 교정기회만 부여하면 정당한 해고로 간주되므로 복잡한 법적 요건을 요구하는 정리해고를 할 필요가 없어진다. 둘째로 부당노동행위 제도가 무력화되고 노조가 무력화될 수 있다. 노조간부, 조합원을 적절히 비조합원과 섞어 저성과자로 사업장에서 배제하더라도 구제받을 방법이 없게 된다. 해고의 전권을 사용자가 쥐게 되면 노조활동은 더욱 어렵게 되고, 노동조건 대등결정의 원칙은 형해화되어 다른 노동조건도 개악될 가능성이 크다.

○ 정당한 이유가 추상적이고 모호하다는 것이 제도 개편의 이유가 될 수 없다.

- 헌법재판소는 해고에 있어서 정당한 이유 부분이 명확성의 원칙에 위배되는지가 문제된 사안에서 다음과 같이 결정한 바 있다(헌법재판소 2013. 12. 26. 자 2012헌바375 결정).

- 이 사건 법률조항은 ‘정당한 이유’라는 다소 추상적인 내용을 가진 용어를 해고 제한의 기준으로 사용하고 있고, 무엇이 ‘정당한 이유’인가에 대하여 근로기준법에는 더 이상 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 오랜 기간 법원의 판례를 통하여 해석의 기준이 정립되어 있다.

- 오랜 기간 판례 등이 집적되어 ‘해고’에 있어서 ‘정당한 이유’란 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 노동자에게 책임 있는 사유를 의미하게 되었고, 보충적인 가치 판단을 통해서 그 의미 내용을 확인할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 명확성 원칙이 추구하는 공정한 고지를 통한 예측가능성을 갖추고 있다. 그리고 집적된 판례 등을 통하여 법집행자에게 ‘정당한 이유’ 판단을 위한 합리적 기준이 제시되고 있으므로 이 사건 법률조항이 법집행자에 의해 자의적으로 해석·적용될 여지가 크다고 할 수 없다.

- 해고는 본질상 그 태양이 다양하고 장래 근로조건과 환경의 변화에 따라 발전, 변화하기 마련이다. 또한 모든 해고의 형태를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하여 그 정당성의 범위를 규정하여 두는 것은 입법 기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 정당한 이유를 어느 정도 구체적으로 유형화하는 개선 입법이 가능하다고 하더라도 해고의 태양을 모두 망라하여 그 정당성의 범위를 구체적으로 규정할 수는 없다.

- 이처럼 해석의 기준이 정립되어 있는 상황에서 이를 구체화하기 위한 제도 개편은 불필요할 뿐만 아니라 저성과자나 업무 능력 부족이라는 용어 역시 추상적이고 모호하다는 점에서 이를 구체화하는 것 역시 똑같은 문제를 내포하고 있다고 할 것이다.

5. 소결

노사정위원회는 실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고가 당연히 가능하다는 전제 하에 이에 부합하지 않는 근로기준법과 판례를 비판하면서 오히려 제도 개편(법률 개정)과 제도 개편 시까지 행정지침으로 문제를 해결하겠다고 한다. 그러나 실적 부진, 업무 능력 부족만으로는 해고를 할 수 없다는 것이 헌법 및 근로기준법의 취지이며 이에 따라 법원도 해고에 관한 원칙 및 판단 기준을 마련한 것이다. 노사정 합의는 이러한 헌법, 법률 및 판례에 반하는 것이며, 법률이 정하는 해고 사유인 ‘정당한 이유’에 관해 해석의 기준이 정립되어 있는 상황에서 이를 구체화하기 위한 제도 개편은 불필요할 뿐만 아니라 저성과자나 업무 능력 부족이라는 용어 역시 추상적이고 모호하다는 점에서 이를 구체화하는 것 역시 똑같은 문제를 내포하고 있다고 할 것이다. 더 나아가 헌법 및 현행 법률상 금지되고 있는 실적부진자(저성과자)에 관한 해고를 행정지침으로 담는 것은 법률유보 원칙에도 반하는 것이다.

<사용자가 임의로 할 수 있는 취업규칙 변경>

1. '합의안'의 내용

3. 정년연장 연락처 등을 위한 임금제도 개선

3-2. 임금·근로시간 피크제 확산

- 노사는 정년연장 안착 및 점진적 퇴직 준비와 청년 신규채용 확대를 위하여 사업장 여건에 맞추어 임금·근로시간·근로일수 등의 조정을 추진한다. 정부는 정년연장 및 임금·근로시간 피크제가 합리적으로 운영될 수 있도록 적합직무 개발, 컨설팅, 장려금 지원 등을 강화한다.

3-3. 임금체계 개편

- 노사정은 임금피크제 도입을 비롯한 임금체계 개편과 관련하여 단체협약 및 취업규칙 개정을 위한 요건과 절차를 명확히 하고 이를 준수한다. 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며, 노사와 충분한 협의를 거친다.

3-4 임금체계 개편 지원 조치

- 임금직무체계의 자율적 개편을 촉진하기 위해, 노사는 전담기구를 설치·운영하고, 정부는 이에 대한 지원방안을 강구한다. 특히 『임금직무센터』를 확대 개편하여 임금통계·정보 제공, 임금체계 모델 및 공정한 평가기준 개발, 우수사례 발굴·확산, 컨설팅서비스 등의 지원을 강화한다.

2. 관련 법률 규정

<근로기준법>

제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

② 사용자는 제93조에 따라 취업규칙을 신고할 때에는 제1항의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다.

3. 관련 판례

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 근로자집단의 동의를 대신할 만한 사회통념상의 합리성이 있는지를 판단함에 있어서는 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다. (대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결)

사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다.(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결 등 참조)

4. '합의안'의 문제점

가. 취업규칙 변경 가이드라인의 내용

- 위 합의안에는 임금피크제뿐만 아니라, 직무성과급제, 성과연봉제 등 성과주의 임금체계로의 개편까지 포함되어 있다. 그와 관련 단체협약 및 취업규칙 개정을 위한 요건과

절차를 명확히 한다고 되어 있는데, 결국 정부는 이른바 취업규칙 변경 가이드라인(지침)을 발표하겠다는 것이며, 노사와 충분한 협의를 거친다고 되어 있으나, 합의가 아니라 협의로 되어 있다.

○ 취업규칙 변경 가이드라인과 관련하여 그 간 정부가 발표해 온 내용을 요약하면 다음과 같다³⁾.

- ‘법정 정년에 따른 임금체계 개편에 관한 불이익 여부 등 법적 쟁점에 관한 판단 기준 제시, 노사가 이를 참고하여 취업규칙을 개정하도록 지원하는 한편, 지방노동관서에서 취업규칙 심사시 활용하고자 한다’
- 정년 60세에 따른 임금피크제 등 임금체계개편은 임금체계 개편의무를 부과한 고령자 고용촉진법의 입법취지, 정년 연장에 따른 기업의 재정, 인력채용 부담 등을 고려할 때 임금체계개편의 고도의 필요성이 인정된다면서 사용자가 근로자의 집단적 동의절차를 밟지 않고 일방적으로 변경하더라도 사회통념상 합리성이 있는 변경으로 보아 취업규칙 변경의 효력이 인정된다는 취지를 담겠다는 것임
- 나아가, 성과중심의 임금체계를 도입하는 등 임금체계를 변경하는 것은 사용자의 경영 판단에 관한 사항이며 인력운용의 효율성 및 생산성 향상을 도모하기 위한 것으로 근로조건의 불이익 변경으로 볼 수 없다면서, 성과주의 임금체계 개편 역시 근로자의 집단적 동의없이 사용자가 일방적으로 변경할 수 있다는 취지의 내용을 담겠다고 밝힌 바 있음

나. ‘합의안’의 문제점

(1) 취업규칙 변경 가이드라인(지침)은 근로기준법 제94조에 정면으로 반하는 불법을 중용하는 지침이며, 법적 효력이 없다.

- 취업규칙이란 근로자에 대한 노동조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적이고 통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 준칙을 의미한다. 취업규칙이 근로관

3) 정지원(고용노동부 근로기준정책관), ‘취업규칙 변경의 합리적 기준과 절차’, 임금체계 개편과 취업규칙 변경 공청회 자료집(2015. 5. 28.) 23면 이하 참조

계규율에서 근로계약이나 단체협약보다 더 중요한 역할을 담당하고 있는 것이 현실이다. 특히 90% 무노조 사업장은 전적으로 취업규칙에 의해서 노동조건이 규율된다. 그렇기 때문에 취업규칙의 제정, 변경, 특히 불이익 변경 과정의 적법한 절차는 매우 엄격하게 이루어져야 한다.

- 일반적인 민사계약 관계에서도 어느 당사자가 그 조건을 일방적으로 정할 수 있도록 하는 것을 생각하기 어렵다. 하물며 종속관계에 있기 때문에 근로자 보호 필요성이 큰 ‘근로관계’에서는 그 노동조건(근로계약의 조건)을 사용자가 일방적으로 정하고 심지어 불이익하게 변경하는 경우에도 사용자가 일방적으로 할 수 있다고 하는 것은 어떤 경우에도 그 정당성을 갖기 어렵다.
- 근로기준법은 근로자 보호를 위한 최소한의 장치로 사용자에게 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하도록 하고(근로기준법 제93조), 취업규칙을 작성 또는 변경하는 경우 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(이하 ‘과반수 조합’)이 있는 경우에는 그 노동조합, 과반수 조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하고, 다만 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 하고 있다(근로기준법 제94조).
- 취업규칙의 불이익변경에 근로자의 집단적 동의를 받도록 한 것은 ① 집단적인 근로조건 대등 결정의 원칙, ② 근로기준법의 기본원리로서 근로자 보호의 정신, ③ 기득권, 기득이익 보호의 원칙, ④ 근로조건을 통일적 규율을 위한 규범적 요청에 따른 것이다. 위 네 가지 규범적 요청 중 집단적 동의 요건의 직접적 근거가 되고 집단적 동의의 주체, 방법, 효력 등을 실질적으로 좌우하는 원칙은 집단적 근로조건 대등 결정의 원칙이다. 근로기준법 제4조(근로조건 결정)는 ‘근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.’고 규정하여 근로조건 대등 결정의 원칙을 천명하고 있다. 사회경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자에게 대하여 노동자로서는 노동조합 또는 노동자의 단결체를 통하는 경우에 대등한 교섭력을 확보하는 것이 가능하고, 따라서 근로조건 결정에 대하여 노동자의 단결체가 그 중심적인 역할을 할 것이 요구되는 것이다.
- 정부가 주장하는 이른바 사회통념상 합리성 이론은 근로기준법 제94조 제1항 단서와 같이 취업규칙 불이익변경에 대해 근로자의 집단적 동의를 얻도록 하는 명문의 규정이

없는 일본에서 판례를 통하여 확립되었고, 2007. 12. 5. 제정되어 2008. 3. 1.부터 시행되고 있는 노동계약법 제10조로 명문화된 것이다.

- 근로기준법은 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우 집단적 동의를 요구함으로써 사용자의 일방적 법규범 제정 권한을 제한하고 사용자와 근로자 집단을 공동의 법규범 제정권자로 보고 있다. 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하면서 집단적 동의를 받지 않은 경우 변경된 취업규칙은 절차적 정당성을 결여하게 된다. 그런데 변경된 취업규칙의 내용이 합리적이라고 하는 것은 법규범으로서 취업규칙이 내용적으로 정당하다는 것인데, 마치 입법권자로서 국회가 제정하지 않은 것은 그 내용이 아무리 정당하더라도 법률로서 효력을 가질 수 없는 것처럼, 변경된 취업규칙의 내용이 아무리 정당하더라도 공동의 법규범 제정권자로서 근로자 집단의 동의가 없는 경우에는 취업규칙으로서 법규범적 효력을 가질 수 없는 것으로 봐야 한다.
- 근로기준법 제94조는 일본과 달리 취업규칙의 일방적 불이익 변경에 있어 절차적 정당화사유를 채택하였고 집단적 동의를 얻어야 정당화되도록 규정하고 있으며 이는 강행규정이다, 이러한 규범체계에서 사실상 일본의 사회통념상 합리성론(실체적 정당화사유)를 차용할 이유가 없다. 정부는 판례를 이야기하지만 대법원이 위 이론을 차용하고는 있으나, 매우 엄격히 적용하는 추세이고 이는 강행규정인 위 규정을 사실상 배제하는 것이기 때문이다.
- 사회통념상 합리성 인정 사례들은 노동조합의 ‘합의’ 내지 그에 준하는 ‘추인’이나 ‘참여’가 있을 경우에 인정하는 것이지, 정부가 취업규칙 변경 가이드라인에 담으려는 것과 같은 사안은 해당 사항이 없다.

피고공사를 포함한 종전의 정부투자기업들이 공무원과 마찬가지로 국민의 조세부담으로 그 급여 등이 지급되는 국민소유의 기업들인데, 그 운영에서는 매년 적자를 보게 되어 궁극적으로는 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 보수와 퇴직금은 일반공무원에 비하여 훨씬 많이 지출되는 불합리한 운영을 하여 왔으므로, 이를 시정하고 국영기업체의 적자운영을 탈피하기 위하여, 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 개정조치가 이루어졌다 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고는 여겨지지 않는다(대법원 1990.3.13. 선고 89다카24780 판결).

이 사건 보수규정의 개정 당시 모든 국영기업체의 운영 정상화를 위하여 급여규정이 하향 개정되는 상황이었고, 피고 법인 역시 재정상의 궁핍한 상황에서 경영합리화를 위하여 정부 감독기관의 지시에 따라 이 사건 개정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없는 것이다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 소론과 같은 위법이 없다. 논지 또한 이유 없다.”(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다25322 판결)

퇴직급여규정을 불이익하게 개정하게 된 경위가 회사의 퇴직급여규정이 일반 공무원이나 다른 법인체보다 높아서 생긴 위화감을 시정하고 정부투자기관의 적자운영을 탈피하기 위하여 정부가 취한 방침에 따른 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고는 보이지 않으므로 근로기준법에 따라 노동조합의 동의를 얻지 않은 취업규칙의 불이익 변경은 무효이다(대법원 93다 26168 판결)

피고는, 인사적체 등 공기업 경영구조개선을 위하여 위와 같은 인사규정의 개정이 필요하였으므로 설사 원고들의 동의가 없었더라도 이는 사회통념상 합리성이 있는 취업규칙의 개정으로서 원고들에 대하여도 유효하다는 취지의 항변을 한다. 그러나 단순히 경영구조개선이 목적이라는 이유만으로 원고들에 대한 정년감축에 사회통념상의 합리성이 있다고 보기 어려우며, 위에서 본 바와 같이 원고들과 같은 지위에 있는 근로자들의 수는 210명에 불과하여 피고의 전체 근로자 수 중 극히 일부에 해당하고, 따라서 이들에 대한 정년감축이 피고의 경영구조개선에 미치는 효과도 미미할 것으로 보이므로(이에 대한 입증책임은 피고가 부담하고 있으나, 별다른 입증을 하고 있지 않다) 이 점 피고의 항변 역시 이유 없다. (서울고법 2002. 10. 2. 선고 2002나 11047 판결 : 상고기각 확정)

- 따라서 정부의 취업규칙 변경 가이드라인은 법적 근거가 없고 근로기준법 제94조에 위배되는 것이며, 노동조건 대등결정의 원칙이라는 노동법의 근간을 훼손하고 있다.

(2) 노동조합 조직율이 10%에 불과한 현실에서, 90%의 미조직, 비정규직, 중소기업 사장 노동자들에게는 치명적 결과를 초래한다.

- 한국 노동조합 조직율은 10%내외이다. 90%의 노조 없는 미조직, 비정규, 중소기업 사

업장 노동자들은 노동조건이 전적으로 취업규칙에 의해 규율된다. 노조가 없으므로 사용자가 일방적으로 노동조건을 불이익하게 변경하더라도 집단적인 목소리를 내기 어렵다. 그렇기 때문에 근로기준법상 취업규칙 불이익 변경시 사용자가 개입하지 않는 상태에서 과반수 노동자들의 집단적인 동의 방식으로 해야 한다는 절차 조항은 대다수 무노조·중소영세 사업장 노동자의 노동조건 보호를 위한 최소한이자 유일한 장치이다. 그렇기 때문에 불법적인 취업규칙 변경 가이드라인의 강행은 90%의 노조 없는 미조직, 비정규직, 중소기업 사업장 노동자들에게는 치명적 결과 초래하게 될 것이다.

(3) 노동조건 대등결정의 원칙이 구현되도록 제도와 관행을 개선해야 한다.

- 2010년 기준 OECD 평균 단체협약 적용율은 53.5%, 한국은 10%, 독일 61.05%, 프랑스 92% 등으로 나타나고 있다¹⁾ 한국은 노동조합 조직율이 낮고 단체협약 적용율도 낮다. 노동자들이 자신의 노동조건을 결정하는데 있어 유일한 대표인 ‘노동조합’이 조직되어 있지 않으며, 대표적 산별노조 등이 체결한 단체협약의 확장 적용제도도 없기 때문에 단체협약에 의한 보호도 받지 못하고 있다. 따라서 노동조건 대등결정의 원칙이 현실에서 구현되려면 정부가 추진하는 불법적인 취업규칙 변경 가이드라인의 중단, 현행 근로기준법 제94조의 집단적 동의절차의 엄격한 준수, 획기적인 노동조합 조직율 제고를 위해 이를 막는 제도와 관행의 개선, 지역적 구속력 조항 등의 개정을 통해 대표적 산별노조 등이 체결한 단체협약의 효력확장 도입 등이 필요한 시점이다.

1) OECD 「<http://www.oecd.org/>」 2014.09. 「Economic Policy Reforms 2014 Going for Growth Interim Report」 2014

<특별연장근로 허용 등 근로시간 연장>

1. '합의안'의 내용

2. 실근로시간 단축을 위한 법제도 정비

2-1 장시간근로 관행 개선과 근로문화 선진화를 위하여 2020년까지 전 산업 근로자의 연평균 실근로시간이 1800시간대로 단축될 수 있도록 적극 협력한다.

- 노사정은 근로시간 현안문제에 관한 입법이 조속이 이루어질 수 있도록 협력하고, 근로시간 단축과 일·가정 양립을 위한 근로문화 개선 및 생산성 향상 운동을 전사회적으로 전개한다.

2-2 휴일근로의 연장근로 포함

- 1주일은 7일로 하여 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함하고, 주당 근로시간은 52시간(기준근로시간 40시간 + 연장근로시간 12시간)으로 한다.

2-3 단계적 적용

- 휴일근로의 연장근로 포함은 법 개정 후 1년이 경과한 시점부터 시작하여 기업규모를 기준으로 하여 1년씩 4단계에 걸쳐 시행한다.
 - 1단계: 1000인 이상, 2단계: 300~999인, 3단계: 100~299인, 4단계: 5~99인

2-4 특별연장근로

- 휴일근로가 연장근로에 포함되는 시점부터 특별연장근로($52+\alpha$)를 허용하되, 남용방지를 위하여 사유(주문량 증가 등), 절차(노사대표 서면합의), 상한(1주 8시간)을 설정한다. 그리고 휴일근로의 연장근로 포함이 모두 완료되는 시점부터 일몰을 전제로 4년간 허용한 후, 특별연장근로제도의 지속 여부를 재검토하기로 한다.

2-5 정부는 근로시간이 급격히 단축됨에 따라 발생하는 중소기업의 경영상 애로와 중소기업 근로자의 임금소득 감소에 대해 설비투자지원 및 인건비 보조금 등을 지원한다.

2-6 근로시간 특례업종 축소

- 근로시간 특례업종은 현재 26개 업종에서 10개 업종으로 축소하고, 남아있는 특례업종의 근로시간 상한선 수준 및 최소휴식시간 보장 등 장시간 근로 개선 방안은 2016년 5월 말까지 업종별 실태조사 및 노사정위원회 논의 등을 통해 마련한다.

2-7 근로시간 적용제외제도의 개선

- 5인 미만 사업장, 농업 등에 대한 근로시간 적용제외제도 개선방안을 2016년 5월 말

까지 실태조사 및 노사정 논의 등을 통해 마련한다.

2-8 실근로시간 단축의 보완 조치

- 실근로시간을 단축하고, 근로시간 규제의 사각지대를 해소해 나가되, 총 근로시간 범위 내에서 노사가 자율적으로 근로시간제도를 운영할 수 있도록 한다. 다만, 근로자 건강보호 등을 위해 남용방지 방안을 강구한다.

2-9 탄력적 근로시간제

- 탄력적 근로시간제의 단위기간은 1개월(취업규칙) 6개월(노사합의)로 하되, 특별연장근로의 허용이 종료되는 시점부터 적용한다.

2-10 재량근로시간제

- 정부는 실태조사 및 노사와의 협의를 거쳐, 업무의 성격에 비추어 근로자의 재량에 위임할 필요가 있는지 등을 기준으로 대상업무를 조정하기로 한다.

2-11 휴가 소진

- 노사정은 휴가제도의 본래 취지에 맞추어 연속 연차휴가 사용 등을 통한 휴가 소진을 촉진하고, 일터 문화를 일·가정 양립형으로 전환하는데 함께 노력하기로 하며, 특히 정부가 솔선수범하여 이러한 분위기가 전사회적으로 확산될 수 있도록 한다.

2. 관련 법률규정

<법정근로시간 등에 관한 근로기준법 규정>

제50조(근로시간) ① 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.

② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.

제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

제55조(휴일) 사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다.

제56조(연장·야간 및 휴일 근로) 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴

일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

제110조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2009.5.21., 2012.2.1.>

1. 제10조, 제22조제1항, 제26조, 제50조, 제53조제1항·제2항·제3항 본문, 제54조, 제55조, 제60조제1항·제2항·제4항 및 제5항, 제64조제1항, 제69조, 제70조제1항·제2항, 제71조, 제74조제1항부터 제5항까지, 제75조, 제78조부터 제80조까지, 제82조, 제83조 및 제104조제2항을 위반한 자

<근로시간 유연화 제도 및 적용 제외 등에 관한 근로기준법 규정>

제51조(탄력적 근로시간제) ① 사용자는 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함한다)에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 단위기간을 평균하여 1주간의 근로시간이 제50조제1항의 근로시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 제50조제1항의 근로시간을, 특정한 날에 제50조제2항의 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 다만, 특정한 주의 근로시간은 48시간을 초과할 수 없다.

② 사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 다음 각 호의 사항을 정하면 3개월 이내의 단위기간을 평균하여 1주간의 근로시간이 제50조제1항의 근로시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 제50조제1항의 근로시간을, 특정한 날에 제50조제2항의 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 다만, 특정한 주의 근로시간은 52시간을, 특정한 날의 근로시간은 12시간을 초과할 수 없다.

1. 대상 근로자의 범위
2. 단위기간(3개월 이내의 일정한 기간으로 정하여야 한다)
3. 단위기간의 근로일과 그 근로일별 근로시간
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

③ 제1항과 제2항은 15세 이상 18세 미만의 근로자와 임신 중인 여성 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.

④ 사용자는 제1항 및 제2항에 따라 근로자를 근로시킬 경우에는 기존의 임금 수준이 낮아지지 아니하도록 임금보전방안(賃金補填方案)을 강구하여야 한다.

제58조(근로시간 계산의 특례) ③ 업무의 성질에 비추어 업무 수행 방법을 근로자의 재량에 위임할 필요가 있는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무는 사용자가 근로자대표와 서면 합의로 정한 시간을 근로한 것으로 본다. 이 경우 그 서면 합의에는 다음 각 호의 사항을 명시하여야 한다.

1. 대상 업무
2. 사용자가 업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시를 하지 아니한다는 내용
3. 근로시간의 산정은 그 서면 합의로 정하는 바에 따른다는 내용

제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여

사용자가 근로자대표와 서면 합의를 한 경우에는 제53조제1항에 따른 주(週) 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 제54조에 따른 휴게시간을 변경할 수 있다.

1. 운수업, 물품 판매 및 보관업, 금융보험업
2. 영화 제작 및 흥행업, 통신업, 교육연구 및 조사 사업, 광고업
3. 의료 및 위생 사업, 접객업, 소각 및 청소업, 이용업
4. 그 밖에 공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 사업

제63조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다. <개정 2010.6.4.>

1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업
2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업
3. 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 자
4. 대통령령으로 정하는 업무에 종사하는 근로자

3. 관련 판례

○ 현행 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 함)은 주 40시간의 근로시간 외 연장근로의 한도를 12시간으로 제한하고 있으나, 고용노동부는 행정해석을 통해 이들의 휴일근로(16시간)를 연장근로에서 제외하고 있다. 노동부의 해석대로라면 주당 최대 노동시간은 총 68시간(=40시간+ 12시간+ 16시간)에 달한다. 그러나 법원은 1주 12시간의 연장근로에 휴일근로가 포함된다는 점을 확인하고 있고, 대법원의 최종 판결만 남아 있는 상태이다.

“근로기준법 및 이 사건 단체협약에서는 1주간의 근로시간은 40시간을 초과할 수 없다고 하고 있을 뿐이므로 1주간의 근로시간 산정시 휴일근로시간을 공제하라는 취지로 보기는 어려운 점, 할증임금제도의 취지가 시간외근무 억제에 있는 점 등에 비추어 보면, 휴일 외 다른 날의 근로시간이 1주에 40시간을 넘은 경우 휴일에 한 근로시간은 모두 휴일근무시간임과 동시에 초과근무시간에 해당하고, 그 근로시간에 대하여는 휴일근무수당과 초과근무수당을 중첩적으로 지급하여야 한다고 봄이 상당하다. 한편 휴일 외 다른 날의 근로시간이 1주에 40시간을 넘은 경우 휴일에 한 근로시간은 모두 휴일근무시간임과 동시에 초과근무시간에 해당하므로, 토요일이 휴일인 이상 토요일이 유급

휴일 또는 무급휴일인지 여부에 따라 연장근로수당 발생에 어떠한 차이가 있다고 할 수 없다.”(대구지방법원 2013. 9. 4. 선고 2012나61504 판결)

“그러므로 1일을 단위로 하는 경우 유급휴일 자체로 8시간을 초과하는 근로시간은 물론이고, 1주일을 단위로 하는 경우 유급휴일 근로시간 중 주 40시간을 초과하는 근로시간도 역시 주 40시간을 초과하여 근로를 제공한다는 점 및 휴일에 근로를 제공한다는 점에서 주 40시간 범위 내의 휴일근로보다 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 줄 수 있고, 따라서 근로자의 건강과 인간다운 생활을 위하여 그 억제 필요성이 더욱 강하므로 중복할증을 인정하여야 한다. 이러한 해석은 근로자의 건강과 인간다운 생활을 위하여 사용자가 근로자의 추가고용 없이 기존 근로자들에게 할증임금 50%의 휴일근로를 연장하는 방법으로 장시간 근무하게 하는 것을 막는 데에도 그 의미가 있다. 그리고 연장근로와 휴일근로는 그 제한의 대상이 다르다는 점도 이러한 해석을 뒷받침한다.

… (중략)… 또한 위 규정에서 말하는 '근로시간'이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간, 즉 '실근로시간'을 말하는 것이다(대법원 1992. 10. 9. 선고 91다14406 판결, 1992. 11. 24. 선고 92누9766판결 참조). 여기에다가 앞서 본 입법 취지를 감안하여 보면, '실근로시간'에는 실제 근로를 제공한 연장근로나 휴일근로도 포함되는 것으로 해석함이 옳다. 그리고 '1주'란 역(曆)상 7일, 즉 연속하는 7일로 이해하는 것이 상식적이라는 점에서도 위와 같은 해석이 위 규정의 문언에 부합하는 자연스러운 해석임을 알 수 있다.”(서울고등법원 2012.11.9. 선고 2010나50290 판결)

4. '합의안'의 문제점

가. 법정근로시간 등에 관한 근로기준법과 판례의 취지

근기법 제50조 제1항은 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다고 규정하고 있고, 이를 위반한 사용자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 근기법은 노동자의 육체적·정신적 건강 보호, 가족생활과 사회적·문화적 생활의 보호, 고용창출 등을 위해서 1주간의 근로시간을 40시간으로 제한하고 있는 것이다.

비록 근기법 제53조가 당사자간의 합의에 의해서 1주간 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다고 정하고 있지만 동 조항은 예외 조항일 뿐이다. 따라서 법정근로시간은 원칙적으로 주 40시간을 초과할 수 없고 그야말로 예외적인 경우에 한해 주당 최대 12시간까지 연장할 수 있다. 그러나 그 예외적인 경우라 하더라도 사용자가 노동자에게 1주간 12시간을 초과하는 연장근로를 시키는 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 1주란 역상 7일을 의미하는 것이므로 예컨대 연속한 5일 동안 주 40시간을 근무한 노동자가 사용자의 지시에 의해서 휴일에 근무한 결과 12시간을 초과하여 연장근로를 제공했다면 이 역시 당연히 법 위반으로 해석해야 한다.

그럼에도 불구하고 고용노동부는 ‘휴일근로시간은 연장근로시간에 포함되지 않기 때문에 주당 최대 68시간까지 근무할 수 있다’고 해석하며 탈법적인 장시간 노동을 허용하고 있다. 그러나 휴일근로시간을 연장근로시간의 산정에서 제외하여야 한다고 해석할 수 있는 근거를 근기법에서 찾아보기 어렵고, 법원도 연장근로수당과 휴일근로수당의 중복 지급에 관한 사안에서 이미 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함된다고 해석한 바 있다.

나. 근로시간 유연화 제도 및 적용 제외 등의 문제점

(1) 탄력적 근로시간제도

근기법 제51조에서 규정하고 있는 탄력적 근로시간제는 일정한 기간을 단위로 그 기간 내의 총 근로시간이 그 단위기간으로 평균하여 법정기준 이내인 경우에, 특정한 날 또는 특정한 주의 근로시간이 법정 기준을 초과하더라도 사용자에게 연장근로수당 지급 의무를 면제하고 형사처벌도 받지 않도록 하는 제도이다.

탄력적 근로시간제는 1980. 12. 31. 도입되었으나 그 폐단이 심각하여 1987. 11. 28. 개정된 근로기준법에서 삭제되었다가 1997. 3. 13. 경영계의 요구가 수용되어 재도입되었다.

탄력적 근로시간제가 실시되면 노동자 입장에서는 불규칙한 근로와 일시적이고 집중적인 장시간 근로로 인하여 생활리듬과 건강을 훼손할 우려가 있고, 탄력적 근로시간제가

채택되지 않았을 때에 지급받을 수 있었던 연장근로수당을 지급받지 못하게 됨에 따라 실질적으로 임금이 감소되는 효과가 있다.

(2) 재량근로시간제도

근기법 제58조 제3항에서 규정하고 있는 재량근로시간제는 업무의 성질상 그 수행 방법을 대폭적으로 근로자 자신에게 위임하지 않으면 안 되기 때문에 업무의 수행 수단과 시간 배분의 결정 등에 관하여 사용자가 구체적으로 지시할 수 없는 재량근로에 대하여 사전에 노사간의 서면합의로 정한 시간을 근로시간으로 간주하는 제도이다. 기자, 연구직 등의 재량근로시간제도가 대표적인 예에 해당한다.

재량근로시간제도가 도입되면 특정한 날 또는 특정한 주의 실근로시간이 법정기준시간을 초과하더라도 사용자는 연장근로수당 지급의무를 면하고 형사처벌도 받지 않는다.

아무리 업무 수행의 수단과 시간 배분의 결정이 근로자에게 위임되어 있더라도 가장 중요한 의미를 가지는 근로의 내용 즉 업무량과 그 처리 기한 자체는 사용자가 결정하기 때문에 근로자에게 부과된 근로의 양이 과다한 경우에는 장시간 근로가 사실상 강요되고, 그 결과 실근로시간이 간주근로시간보다 아무리 길어지더라도 근로시간에 부합하는 임금을 청구할 수 없는 사태가 생길 수 있다.

(3) 근로시간 특례업종제도

근기법 제59조는 근로시간 규제로 인해 공중생활의 불편을 초래할 수 있는 운수업 등 사업의 특수성이 있는 몇몇 사업에 대하여 일정한 요건에 따라 1주 12시간의 한도를 초과하여 연장근로를 실시할 수 있고, 법정 휴게시간을 변경할 수 있는 특례를 인정하고 있다.

근로시간 특례업종제도는 노사 합의만 있다면 1주 12시간을 초과하여 연장근로가 허용된다는 점에서 근로시간 단축에 역행하는 대표적 제도이다. 특히, 공중의 안전을 위해 누구보다도 장시간 근로를 제한하고 충분한 휴게시간을 보장해야 할 운수업과 의료 및 위생사업 등을 특례업종에 포함하는 것은 대단히 심각한 문제이다.

(4) 근로시간 적용제외제도

근기법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하고, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 근기법의 일부 규정만 적용할 수 있다. 그런데, 근기법 시행령 별표1에 의하면 상시 4명 이하의 사업장에는 근기법 제50조(근로시간), 제53조(연장근로의 제한) 등 근로시간 단축에 관한 규정이 적용되지 않는다.

한편, 근기법 제63조는 사업 또는 업무의 특수성으로 인해 근로시간 규제에 관한 근기법의 제 규정을 그대로 적용하는 것이 곤란하다고 여겨지는 특정 근로자에 대해서는 근기법 제4장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정의 적용을 배제하는 특칙을 두고 있다. 대표적인 경우가 감시·단속 노동자이다.

그러나 상시 4인 이하 사업장의 노동자 수가 결코 적지 않은바 이들 영세사업장 노동자에게 근로시간제도를 확대 적용하는 것은 근로시간 단축의 가장 중요한 지점이다. 또한, 근로시간 적용제외제도의 경우도 예컨대 감시·단속적 노동자의 업무밀도가 희박하고 육체적 부담이 다소 경미하더라도 노동자가 그에 구속되어 시간의 자유 이용에 지장을 받는다는 점에서 다른 노동자와 다를 바가 없기 때문에 감시·단속적 노동자를 근로시간 규제의 적용 대상에서 제외하는 것은 문제가 있다.

다. ‘합의안’의 문제점

(1) 근로시간 단축이 아닌 근로시간 연장 대책

앞서 살펴본 것처럼, 현행 근기법에 따르면 법정 근로시간은 1주간 40시간이며 예외적으로 1주간 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있고, 그 연장근로가 휴일에 이루어졌든 그렇지 않든 1주간 12시간을 초과할 수 없다. 휴일근로시간이 연장근로시간에 포함된다는 것은 지극히 상식적이며 판례 또한 이를 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고 고용노동부는 그 동안 ‘휴일근로는 연장근로에 포함되지 않는다’는 위법한 행정해석을 하고 있었다.

이처럼 휴일근로를 연장근로 한도에 포함시키는 것은 그 동안의 잘못을 바로잡는 것

일 뿐 ‘개선’이 아님에도 불구하고, 합의안은 마치 이를 엄청난 ‘개선’ 사항인 것처럼 포장하고 있다. 그러면서 휴일근로의 연장근로 포함은 법 개정 후 1년이 경과한 시점부터 시작하여 기업규모를 기준으로 하여 1년씩 4단계에 걸쳐서 시행하기로 했다. 이는 사실상 각 시행일 전까지 현행 주 68시간제를 유지하는 방안이다. 그리고 새누리당의 입법 안에는 휴일근로시 가산수당은 8시간 이내에는 50%, 8시간 초과시 100%로 되어 있는데, 이는 휴일근로 가산수당을 연장근로 가산수당과는 별도로, 즉 중복해서 가산해 온 판례 취지에 반한다. 결국 위 합의안과 위 새누리당의 입법안은 현행 법률의 취지에 반하는 내용으로 개악하겠다는 것이다.

특히, 합의안은 휴일근로가 연장근로에 포함되는 시점부터 1주 8시간의 ‘특별연장근로’를 허용하고 있고, 향후 특별연장근로제도의 지속 여부를 재검토하기로 하였다는 점에서 매우 심각하다. 휴일근로가 연장근로에 포함되는 시점부터는 사실상 현행 연장근로 포함 주 52시간에서 주 60시간으로 근로시간이 연장된다. 비록, 특별연장근로제도가 ‘노사합의’를 조건으로 허용되더라도, 현재 우리나라 노동조합 조직률이 11%에 불과하고, 특히 저임금·장시간 노동에 시달리는 중소기업사업장에서는 노동조합이 거의 조직되어 있지 않다는 사실을 고려하면, ‘노사합의’라는 단서 조항의 실효성은 거의 기대하기 힘들 것이다.

그러나 실근로시간을 단축시키려면 특별연장근로를 도입할 것이 아니라 우선 현행 근로기준법을 엄격하게 적용하고 집행하는 것부터 시작해야 한다. 더 나아가 연간 1,800시간까지 총 근로시간을 단축하려면 단순한 선언만으로 해결될 수 없고 법에 명시하고 철저히 감독해야 할 것이다.

(2) 근로시간 단축에 역행하거나 실효성을 떨어뜨리는 조치

현행 근기법 하에서도 탄력적 근로시간제와 재량근로시간제의 경우 특정의 요건만 충족하면 1주간 12시간을 초과한 연장근로가 가능하고, 운수업 등 근로시간 특례업종에 종사하는 노동자, 감시·단속 노동자, 5인 미만 사업장 노동자의 경우 업종, 업무의 성격, 사업장 규모만을 이유로 1주간 12시간을 초과한 연장근로를 할 수 있다. 위 제도들은 공히 근로시간 단축에 역행하거나 실효성을 떨어뜨리는 것으로서 사라지거나 축소되어야 한다.

그러나 합의안에는 위 제도들을 실질적으로 개선하는 어떠한 방안도 담겨 있지 않다. 오히려, 탄력적 근로시간제의 단위기간을 2주에서 1개월로, 3개월에서 6개월로 확대함으로써 사용자의 총 운영가능한 시간이 확대되고 결과적으로 노동자는 단기간에 고강도의 장시간 노동을 하게 될 가능성이 커졌고, 재량근로시간제의 대상업무를 조정하기로 하여 향후 그 대상업무가 확대될 가능성이 커졌다. 반면, 근로시간 특례업종 축소, 근로시간 적용제외제도 개선 등에 대해서는 “2016년 5월 말까지 실태조사 및 노사정 논의 등을 통해 마련한다.”고만 합의하여 아무런 개선 조치가 담보되지 않았다.

탄력적 근로시간제, 재량근로시간제 등 근로시간 유연화는 실질적인 근로시간의 단축이 전제되지 않는 한 결코 확대되어서는 안 될 것이다. 근로시간 특례업종제, 근로시간 적용제외 사업장, 5인미만 사업장의 노동자는 가장 열악한 환경에서 장시간 노동을 강요당하고 있는바, 근로시간 특례업종 및 근로시간 적용제외 제도는 폐지되어야 하고, 5인 미만 사업장도 근기법이 전면 적용되어야 할 것이다.

<통상임금 범위의 축소>

1. '합의안'의 내용

1. 통상임금 제도 명확화

1-1 통상임금을 둘러싼 산업 현장의 갈등과 혼란을 해소하기 위하여 2013.12.18. 대법원 전원합의체 판결을 토대로 통상임금의 개념정의와 금품의 성질에 따른 제외금품 등에 대한 명확한 기준을 입법화하기로 한다.

(1) 개념 정의

- 통상임금이란 그 명칭 여하를 불문하고 소정근로에 대하여 사용자가 근로자에게 정기적, 일률적으로 지급하기로 사전에 정한 일체의 금품이다.

(2) 제외금품

- 근로의 양 또는 질과 관계없거나 근로자의 개인적 사정에 따라 달리 지급하기로 정한 금품은 제외하도록 법률에 규정하되, 구체적인 유형은 시행령에 위임할 수 있도록 한다.

* 시행령에서 규정할 제외금품의 예시

- ① 근로자의 건강, 노후생활 보장, 안전 등을 위한 보험료
- ② 근로자 업적성과 등 추가적인 조건의 충족 여부에 따라 지급여부지급액이 미리 확정되지 아니한 임금
- ③ 경영성과에 따라 사후적으로 지급되는 금품

1-2 노사는 통상임금 포함 여부 등을 둘러싼 소모적인 갈등을 방지하고 근로자의 안정적인 소득 확보와 기업의 생산성 향상에 기여할 수 있도록 임금구성 단순화와 지급요건 명확화가 이루어질 수 있도록 상호 협력한다.

2. 관련 법률규정

<근로기준법 시행령>

제6조(통상임금)

- ① 법과 이 영에서 "통상임금"이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(소정)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또

는 도급 금액을 말한다.

- ② 제1항에 따른 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 경우에는 다음 각 호의 방법에 따라 산정된 금액으로 한다.
 - 1. 시간급 금액으로 정한 임금은 그 금액
 - 2. 일급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액
 - 3. 주급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 주의 통상임금 산정 기준시간 수(법 제2조제1항제 7호에 따른 주의 소정근로시간과 소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액
 - 4. 월급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액
 - 5. 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정한 임금은 제2호부터 제4호까지의 규정에 준하여 산정된 금액
 - 6. 도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감 기간을 말한다)의 총 근로시간 수로 나눈 금액
 - 7. 근로자가 받는 임금이 제1호부터 제6호까지의 규정에서 정한 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 제1호부터 제6호까지의 규정에 따라 각각 산정된 금액을 합산한 금액
- ③ 제1항에 따른 통상임금을 일급 금액으로 산정할 때에는 제2항에 따른 시간급 금액에 1일의 소정근로시간 수를 곱하여 계산한다.

3. 관련 판례

어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다. 여기서 소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다. 위와 같이 소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 하고, 그 금품이 소정근로시간에 근무한 직후나 그로부터 가까운 시일 내에

지급되지 아니하였다고 하여 그러한 사정만으로 소정근로의 대가가 아니라고 할 수는 없다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결).

4. ‘합의안’의 문제점

가. ‘제외금품’만 적시하고 ‘인정금품’은 구체화하지 않고 있음

노사정 합의는 ‘통상임금을 둘러싼 산업 현장의 갈등과 혼란을 해소하기 위하여 2013. 12. 18. 대법원 전원합의체 판결을 토대로 통상임금의 개념정의와 금품의 성질에 따른 제외금품 등에 대한 명확한 기준을 입법화하기로 한다’고 하였다.

여기서 개념을 정의하는 것 그 자체는 노사 중립적인 내용으로 본다고 하더라도 “인정금품”과 “제외금품”에 대한 명확한 기준은 공평하게 입법화되어야 하는 것이어야 한다. 그럼에도 노사정 합의는 “제외금품”에 대해서만 명확한 기준을 입법화하겠다고 하고 있고 “인정금품”에 대한 아무런 언급이 없다. 그 결과 노동자가 어떤 임금 항목이 통상임금에 해당한다고 인정받기 위해서는 오랜 시간 소송을 거쳐 법원의 판결을 받아야만 하고, 사용자가 어떤 임금 항목이 통상임금에 해당하지 않는다고 주장함에 있어서는 시행령을 확인하는 것만으로도 가능하게 되어 노사간 형평에 반한다.

나. 노사정 합의에서 예시로 들고 있는 “제외금품”에 관하여

(1) 노사정 합의에서의 제외금품

노사정 합의는 앞으로 법령에서 명시할 “제외금품”에 대한 예시로서 “① 근로자의 건강, 노후생활 보장, 안전 등을 위한 보험료, ② 근로자 업적성과 등 추가적인 조건의 충족 여부에 따라 지급여부지급액이 미리 확정되지 아니한 임금 ③ 경영성과에 따라 사후적으로 지급되는 금품”을 들고 있다. 예시라는 말에서도 알 수 있듯이 일단 제외금품은 국회에서의 법률이 아니라 정부의 시행령을 통해서 얼마든지 늘어날 수 있다. 그런데 이러한 예시에 해당한다고 하여 곧바로 일괄적으로 통상임금으로서의 성격이 없다고 할 수는 없다. 따라서 항목이나 명칭에 따라 제외금품을 정의한다는 것 자체가 문제이다.

(2) “추가적인 조건”에 대하여

특히 주목해서 보아야 할 것은 위 ② 근로자 업적·성과 등 추가적인 조건의 충족 여부에 따라 지급여부·지급액이 미리 확정되지 아니한 임금 부분이다. 그러나 노사정 합의는 통상임금의 개념에 관하여 “통상임금이란 그 명칭 여하를 불문하고 소정근로에 대하여 사용자가 근로자에게 정기적, 일률적으로 지급하기로 사전에 정한 일체의 금품이다.”라고 하였는데, 이처럼 노사정 합의 개념 자체에서도 위와 같은 “추가적인 조건”의 유무는 전혀 언급이 없다. 즉 통상임금의 기본개념에는 존재하지도 않는 요건을 거론하고 있는 것이다.

(3) 대법원이 인정한 금품도 시행령(대통령령이나 부령)에 의해서 제외될 수 있다.

노사정 합의는 ③ ‘경영성과에 따라 사후적으로 지급되는 금품’을 제외금품의 예시로 들고 있다. 그러나 2013. 12. 18.자 전원합의체는 “근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 한다.”(대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결)고 하였다. 예를 들어 2014년도 경영성과에 따라서 연간 성과금을 2,400만원 12개월로 나누어 2015년도 임금에서 매월 기본급에다가 200만원 매월 지급할 경우, 이는 통상임금이라고 한 것이다. 그럼에도 노사정 합의는 “경영성과에 따라 사후적으로 지급”되는 것을 아무런 근거 제시도 없이 통상임금에서 제외한다고 하였는데, 이와 같은 제외는 근거가 없다.

다. 노사정 합의는 정기상여금도 “인정금품”으로 합의하지 않았다.

2013. 12. 18. 전원합의체 판결은 해당사건에서 정기상여금이 통상임금에 해당한다고 하였고, 대법원의 보도자료 제20면은 아래와 같이 정기상여금은 통상임금이라고 명시하였다.

| | | |
|--|--------------------------------|-------|
| | 정기적인 지급이 확정되어 있는 상여금(정기상여금) | 통상임금○ |
|--|--------------------------------|-------|

그런데, 이후 사용자들은 각종 소송에서 정기상여금이라고 하더라도 지급일 이전 퇴직 시에 일할계산하지 않고 정기상여금을 전혀 지급하지 않기로 하거나 전혀 지급하지 않았다면 통상임금이 아니라고 하거나, 정기상여금에 관한 취업규칙에서 ‘2개월 가운데 10일 미만으로 일해야 지급한다’는 등의 규정이 있다면 “추가적인 조건의 충족 여부에 따라 지급여부·지급액이 미리 확정되지 아니한 임금”이므로 통상임금이 아니라는 주장을 하고 있고, 이것이 논란이 되고 있다. 그런데 노사정 합의는 위 제외금품 예시 ②를 뚫으로써 업적, 성과와는 상관없이 출근하여 근로하기만 하면 지급되는 정기상여금 역시 “지급일까지 퇴직해야 하는 추가적인 조건”, “2개월 가운데 10일 이상은 일해야 하는 추가적인 조건”이 달성되어야만 지급되는 것이므로 결국 통상임금이 아니라고 주장할 가능성을 완전히 열어 놓고 있는 것이다. 대법원 보도자료에 따르면 통상임금인 정기상여금도 노사정 합의에서 언제든지 제외되도록 설계되어 있다.

5. 소결

노사정 합의는 인정금품은 명확히 하지 않은 반면 제외금품은 명확히 하였고, 현행 법령에 근거 없이 추가적인 조건 부과된 임금을 통상임금에서 제외하였고, 대법원이 제시한 기준 이외의 기준을 설정해 통상임금에서 제외하거나 심지어 대법원이 인정한 금품까지 통상임금에서 제외하였다. 제외금품을 구체화하여 사용자의 이익은 도모하였으나, 이에 상응하는 근로자의 이익은 전혀 찾아볼 수 없다.

<기간제, 파견 노동의 전면화>

1. '합의안'의 내용

<합의안>

2-5. 기간제·파견근로자 등의 고용안정 및 규제 합리화

-노사정은 관련 당사자를 참여시켜 공동실태조사, 전문가 의견수렴 등을 집중적으로 진행하여 대안을 마련하고, 합의사항은 정기국회 법안의결시 반영토록 한다.

-추가 논의과제는 다음과 같다 : 기간제의 사용기간 및 갱신횟수, 파견근로 대상 업무, 생명·안전 분야 핵심업무에 대한 비정규직 사용제한, 노동조합의 차별신청대리권, 파견과 도급의 구분기준의 명확화 방안, 근로소득 상위 10% 근로자에 대한 파견규제 미적용, 퇴직급여 적용문제 등

<새누리당 법 개정안 중 일부>

4. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 개정안

-기간제근로자 사용기간 연장 허용(2년+2년)

-35세 이상 근로자가 직접 연장을 신청하는 경우로 한정

-연장된 기간 만료 시 사용자는 무기계약 근로자로 전환시키거나 이직수당 지급 의무

-연장된 기간 만료 이후 계속 사용 중일 경우 무기계약 간주

5. 파견근로자 보호 등에 관한 법률 개정안

-제조업 직접생산공정업무 및 파견 절대금지업무 제외한 모든 업무에 고령자 파견 허용

-전문직에 종사하는 고소득자 관련 업무 파견 허용(파견 기간 제한 없음)

-뿌리산업(주조, 금형, 소성가공, 열처리, 표면처리, 용접 등 6개 업종)에 대한 파견 허용

-근로자파견과 도급의 구별기준을 법률에 명시(도급인이 수급인의 근로자에 대한 작업배치·변경 결정, 업무상 지휘·명령, 근로시간·휴가 등 관리, 징계권 행사 여부 등을 종합적으로 고려)

-원청의 공동안전보건조치, 직업훈련, 고충처리 지원 등을 근로자파견의 징표에서 제외

2. 관련 법률 규정

<기간제 및 단시간 근로자 보호에 관한 법률>

제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
 2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
 3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
 4. 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
 5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일 자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
 6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
- ② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

<시행령>

제3조(기간제근로자 사용기간 제한의 예외) ① 법 제4조제1항제5호에서 "전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
 2. 「국가기술자격법」 제9조제1항제1호에 따른 기술사 등급의 국가기술자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
 3. 별표 2에서 정한 전문자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
- ② 법 제4조제1항제5호에서 "정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일 자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 「고용정책 기본법」, 「고용보험법」 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일 자리를 제공하는 경우
 2. 「제대군인 지원에 관한 법률」 제3조에 따라 제대군인의 고용증진 및 생활안정을 위하여 일 자리를 제공하는 경우
 3. 「국가보훈기본법」 제19조제2항에 따라 국가보훈대상자에 대한 복지증진 및 생활안정을 위하여 보훈도우미 등 복지지원 인력을 운영하는 경우
- ③ 법 제4조제1항제6호에서 "대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우
2. 국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식·기술을 가지고 관련 직업에 종사하거나 「고등교육법」 제2조제1호에 따른 대학에서 안보 및 군사학 과목을 강의하는 경우
3. 특수한 경력을 갖추고 국가안전보장, 국방·외교 또는 통일과 관련된 업무에 종사하는 경우
4. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(같은 법 제30조에 따른 대학원대학을 포함한다)에서 다음 각 목의 업무에 종사하는 경우
 - 가. 「고등교육법」 제14조에 따른 조교의 업무
 - 나. 「고등교육법 시행령」 제7조에 따른 겸임교원, 명예교수, 시간강사, 초빙교원 등의 업무
5. 「통계법」 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 「소득세법」 제20조제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우
6. 「근로기준법」 제18조제3항에 따른 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간근로자를 사용하는 경우
7. 「국민체육진흥법」 제2조제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우
8. 다음 각 목의 연구기관에서 연구업무에 직접 종사하는 경우 또는 실험·조사 등을 수행하는 등 연구업무에 직접 관여하여 지원하는 업무에 종사하는 경우
 - 가. 국공립연구기관
 - 나. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 또는 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 정부출연연구기관
 - 다. 「특정연구기관 육성법」에 따른 특정연구기관
 - 라. 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관
 - 마. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 부설 연구기관
 - 바. 기업 또는 대학의 부설 연구기관
 - 사. 「민법」 또는 다른 법률에 따라 설립된 법인인 연구기관

<파견근로자 보호 등에 관한 법률>

- 제5조(근로자파견대상업무 등) ① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 업무에 대하여는 근로자파견사업을 행하여서는 아니 된다.
1. 건설공사현장에서 이루어지는 업무

2. 「항만운송사업법」 제3조제1호, 「한국철도공사법」 제9조제1항제1호, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제40조, 「물류정책기본법」 제2조제1항제1호의 하역업무로서 「직업안정법」 제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무
3. 「선원법」 제2조제1호에 따른 선원의 업무
4. 「산업안전보건법」 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무
5. 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령이 정하는 업무
 - ④ 제2항의 규정에 의하여 파견근로자를 사용하고자 할 경우 사용사업주는 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 사전에 성실하게 협의하여야 한다.
 - ⑤ 누구든지 제1항 내지 제4항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 그 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서 아니된다.

제6조(파견기간) ① 근로자파견의 기간은 제5조제2항의 규정에 해당하는 경우를 제외하고는 1년을 초과하지 못한다.

- ② 제1항의 규정에 불구하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 파견기간을 연장할 수 있다. 이 경우 1회를 연장할 때에는 그 연장기간은 1년을 초과하지 못하며, 연장된 기간을 포함한 총파견기간은 2년을 초과하지 못한다.
- ③ 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제2조제1호의 규정에 따른 고령자인 파견근로자에 대하여는 제2항 후단의 규정에 불구하고 2년을 초과하여 근로자파견기간을 연장할 수 있다.
- ④ 제5조제2항의 규정에 의한 근로자파견의 기간은 다음과 같다.
 1. 출산·질병·부상등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간
 2. 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월이내의 기간. 다만, 그 사유가 해소되지 아니하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 3월의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

<근로기준법>

제9조(중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.

<뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률>

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "뿌리기술"이란 주조(鑄造), 금형(金型), 소성가공(塑性加工), 용접(鎔接), 표면처리(表面處理), 열처리(熱處理) 등 제조업의 전반에 걸쳐 활용되는 공정기술로서 대통령령으로 정하는 기술을 말한다.

2. "뿌리산업"이란 뿌리기술을 활용하여 사업을 영위하는 업종이거나 뿌리기술에 활용되는 장비 제조업종으로서 대통령령으로 정하는 업종을 말한다.

3. 관련 판례

가. 기간제 노동 관련 판례

<갱신기대권 법리 일반론을 판시한 판례-1회의 계약체결만으로도 갱신기대권 인정한 사건>

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결).

<기간제법의 입법취지와 기간제법 시행에도 갱신기대권 법리 유효하다고 인정한 판례들>

기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간

제법의 시행만으로 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결).

기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어렵다(서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결).

나. 파견 노동 관련 판례

<근로자파견과 도급의 구별기준 제시한 판결-현대자동차 아산공장 사건 등 판결>

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가,근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결).

4. ‘합의안’의 문제점

가. 노사정 합의안의 문제점

노사정 합의안은 기간제·파견노동에 대하여 규제완화를 통한 전면화의 토대를 마련해 주었고, 향후 정부·여당과 재계가 밀어붙인 구체적인 합의안을 국회가 입법에 반영토록 함으로써 법 개정의 일방 추진의 길을 열어 두었다. 구체적인 논의는 향후 과제로 남겨두었으나 새누리당이 주요 과제와 추가적인 개악안을 포함한 노동법 개정을 즉각적으로 강행하고자 개정안을 의총에서 이미 의결한 상태이다. 관련 내용의 구체적인 문제점은 아래와 같다.

나. 새누리당 추진 법안의 문제점

(1) 기간제근로자 사용기간 연장의 문제점

(가) 현행 기간제법은 기간제 근로계약의 남용을 방지하고 기간제 근로자의 노동조건을 보호하는 것을 그 입법취지로 밝히고 있다. 그런데 새누리당이 추진하는 기간제근로자 사용기간 연장안은 해당 업무가 사용기간 연장이 필요한 경우, 즉 사실상 상시·지속적 업무를 규율 대상으로 한다는 점에서 현행 법의 사용기간 관련 규정을 후퇴시킴과 동시에 상시·지속적 업무에 대한 정규직 고용 원칙을 천명한 현행 기간제법의 입법취지는 물론 노사정 합의안의 선언에도 정면으로 반한다.

(나) 이미 현행 기간제법에는 사용기간의 제한을 받지 않는 예외 사유가 상당히 많다. 오히려 예외 사유를 축소 내지 폐지하자는 설득력있는 의견이 제기되고 있는 마당에 또 다시 전반적인 사용기간을 연장할 수 있도록 하는 규정을 도입하는 것은 예외와 원칙의 전도이다.

(다) 사용기간의 연장은 해당 기간제 근로자에게 계속근로의 기회를 보장하는 것이 아니라 무기계약 전환 시점을 유예하는 것이자 사용자로 하여금 계약해지의 재량을 마음껏 행사할 수 있는 기간의 연장(달리 말하면 기간제 근로자는 4년의 계속근로를 보장받는 것이 아니다)에 불과하다. 즉, 기간제 근로자는 사용자의 계약해지라는 칼자루 앞에 종속노동을 할 수밖에 없는 기간이 4년으로 장기화되는 것을 의미한다.

- (라) 사용자가 사용기간을 일방적으로 연장신청 할 수 없고 해당 노동자가 자율적인 판단으로 신청할 경우에만 예외적으로 사용기간의 추가 연장이 가능하다고 하지만, 해당 노동자는 계속근로를 위해서는 울며 겨자먹기 식으로 사용자의 요구에 따라 기간제근로의 추가 연장을 신청할 수밖에 없고, 이는 결국 사용기간의 원칙적 상한인 2년이 사용자의 의지에 따라 사실상 형해화되는 형국이다.
- (마) 현행 기간제법상 관례의 갱신기대권 법리는 여전히 유효하고, 한 번의 계약체결만으로도 갱신기대권이 인정될 수 있기 때문에 사용자가 무기계약 전환을 회피하기 위해 계약갱신을 거절하더라도 갱신거절의 정당성이 없다면 부당해고로 취급되어 계속근로를 할 수 있는 여지가 있으나, 개정법에 따르면 사용자에게 전혀 부담이 되지 않는 수준의 이직수당만 지급하면 사용자는 4년 동안 기간제근로자를 사용한 후 무기계약 전환을 회피하기 위해 합법적으로 계약을 종료할 수 있는 여지가 생긴다.
- (바) 정부와 여당은 기간제근로자들에 대한 설문조사 결과 당사자들이 기간제로라도 계속근로하기를 원한다고 주장하지만, 이는 ‘정규직 근로’의 선택지를 제외한 채 이루어진 불합리한 설문조사 결과일 뿐만 아니라 당사자들의 원치 않는 선택을 이유로 상시·지속적 업무에 대한 정규직 고용 원칙을 폐기한 채 기간제근로의 전면 확대를 입법기조로 삼는 것이어서 본말이 전도된 것이다.
- (사) 기간제법 제정 당시 2년 이후에는 정규직이 되어 고용안정을 달성할 것이라고 주장했지만 예상과 전혀 다른 상황이 현실화된 마당에 또 다시 같은 논리로 사용기간 연장을 추진하는 것에 불과하다. 사용자는 추가 연장에 따른 4년의 기간제 사용 이후 무기계약 전환 대신 다시 새로운 기간제근로를 선택할 개연성이 높고, 기존 정규직의 일자리마저 기간제로 대체할 것으로 예상된다.
- (아) 현행 기간제법 하에서 2년 이후 무기계약 근로자로 전환될 확률이 50%라고 가정한다면, 총 4년의 기간 동안 두 번의 무기계약 근로자 전환 기회가 주어지게 되어 결과적으로 무기계약 근로자 전환률은 총 75%(처음 2년 50%+ 다음 2년 50%*50%)가 되지만(김유선, 2015), 사용기간 추가 연장 법안이 통과되면 한 번의 전환 기회만이 부여되어 50%의 무기계약 전환률에 그치게 된다(정부 논리대로 근무기간이 길수록 무기계약 전환률이 증가한다고 하더라도 현행법의 전환률을 넘는다고 보장할 수 없다).

(2) 파견 허용 업무 확대의 문제점

(가) 중간착취금지와 직접고용은 노동법의 대원칙이다. 현재 추진되는 파견 허용 업무 확대의 법 개정 추진은 이에 역행하는 것으로서 노동법의 대원칙을 정면으로 흔들 수 있다는 점에서 문제의 심각성이 있다.

(나) 파견 허용 업무의 확대가 매우 광범위하다. 고령자 파견은 현재도 파견기간 제한 없이 이루어지고 있으므로 일부 업종을 제외한 전면 허용으로 갈 경우 평생파견이 될 것이고, 고소득 전문직 파견은 한국표준직업분류의 총 9개의 대분류 중 2개의 대분류에 해당할만큼 광범위하고(세세분류 기준으로 볼 때는 현행 187개의 업무에서 고소득 전문직만 총 486개의 업무가 추가 허용되는 것임) 이에 대해서도 파견기간의 제한을 두지 않는 입법이 예상되므로 결과적으로 광범위한 업무에 대한 평생파견이 추진되는 꼴이다. 한 연구결과에 따르면 고령자 및 고소득 전문직 파견이 허용될 경우 중복을 제외하더라도 그 대상은 약 741만명(전체 노동자의 39.5%)으로 추산될 정도이다(김유선, 2015).

(다) 결국 이러한 시도는 현행 파견법상 파견 허용 업무에 대한 포지티브 리스트 방식의 규제를 사실상 네거티브 리스트 방식으로 전면 변경하는 결과를 야기한다.

(라) 파견법 제정 당시, 불법파견을 합법의 범주 내로 포섭하여 근로자 보호 규정을 적용토록 하자고 하였으나 결과적으로 합법파견의 주변부에 광범위한 불법파견이 양산되고 있다. 이러한 상황에서 다시 광범위한 불법파견을 합법화하자는 논리는 파견법 제정 당시의 논리의 재탕일 뿐으로 문제해결은 요원하고 불법만 건잡을 수 없이 증폭될 것이다.

(마) 뿌리기술 및 뿌리산업은 2011년에 제정되고 2012년에 시행된 “뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률”에 규정된 용어이다. 여기서 “뿌리기술”이란 주조(鑄造), 금형(金型), 소성가공(塑性加工), 용접(鎔接), 표면처리(表面處理), 열처리(熱處理) 등 제조업의 전반에 걸쳐 활용되는 공정기술을 말하고, “뿌리산업”이란 뿌리기술을 활용하여 사업을 영위하는 업종이거나 뿌리기술에 활용되는 장비 제조업종으로서 대통령령으로 정하는 업종을 말한다. 새누리당 개정안은 위 뿌리산업의 업무에 대한 파견을 전면 허용한다는 것이다. 그런데 이는 주로 자동차·조선·기계금속 등 제조업 주요 업종 대

부분을 망라하는 것으로서 사실상 현행 파견법이 금지하는 제조업 파견을 허용하자는 것에 불과하다.

(바) 뿌리산업의 인력확보 방안은 이미 현행 뿌리산업법 제3장 ‘뿌리산업 인력양성’하에 명문으로 규정되어 있고, 정부가 이에 대한 실질적인 투자와 관리를 했다면 이미 충분히 해결할 수 있었을 문제인데 전혀 엉뚱한 방식으로 해법을 모색하는 것이다. 개정안 내용을 보면 뿌리산업의 부족인력 규모는 약 28,000명이라고 하는데 이를 해소하기 위해 이에 대한 파견을 전면 허용하는 것은 균형이 안 맞는 과도한 조치라고 할 수 있다.

(사) 뿌리산업에 대한 파견의 전면 허용은 사실상 제조업 직접생산공정에 대한 파견의 전면적 허용이라 해도 과언이 아니고, 이는 이미 대법원에서 불법파견으로 확정된 대기업 사내하청을 합법화시켜 주기 위한 재벌의 청부입법에 불과하다.

(3) 근로자파견과 도급의 구별기준 내용의 문제점

(가) 앞서 언급한 바와 같이 판례는 도급과 근로자파견의 구별기준을 제시한 바 있는데, 크게 계약의 내용, 계약의 이행과정, 계약당사자의 적격성 등을 범주로 나누고 이에 따른 세부적인 기준을 종합적으로 고려하는 방식이다. 현재까지 제시된 판례의 구별기준은 여러 가지 판단지표를 병렬적으로 나열하여 본질적인 요소와 부차적인 요소에 대한 평가에 있어 자의적인 판단의 여지를 남겨 두고 있다. 그리고 현행 파견법상 근로자파견의 정의에 부합하지 않는 요소까지도 고려의 요소로 삼고 있어 근로자 파견을 인정하는 기준이 지나치게 엄격한 점이 없지 않다. 그러나 기존의 고용노동부 지침(이를 폐지하고 고용노동부와 법무부/검찰이 공동으로 마련한 지침도 마찬가지)이 직접적인 근로관계의 징표까지도 파견과 도급의 구별기준에 포함시켜 도급과 근로자 파견을 모호하게 구분하고 있는 것에 비하면 현행 판례의 입장은 일응 진전된 기준으로 볼 수 있다.

(나) 그런데 이번 새누리당의 개정안은 위와 같은 판례의 구별기준에 부합하지 않을 뿐만 아니라 기존에 재벌 대기업이 꾸준히 요구한 일용의 기준 즉, 원청이 변경하기 쉽지 않은 계약의 내용이나 계약당사자의 적격성과 관련된 징표들은 제외하고, 도급으로 가장하기 용이한 기준들을 중심으로 도급과 파견을 구별하자는 것에 불과하여 결과적

으로 이미 대법원에서 불법과건으로 확정된 대기업 사내하청의 합법화 수단에 불과하다.

(다) 구체적으로, 현대자동차 판결에서 법원은 원청의 하청노동자들에 대한 ‘일반적인 작업배치·변경권, 하청업체를 통한 근로시간, 휴가 등의 관리, 원청이 작성한 작업지시서 등에 의한 하청노동자들의 업무수행이나 하청업체 관리자들을 통한 하청노동자들에 대한 작업지시’ 등을 모두 근로자과건의 징표로 판단하였고, 징계권 행사를 과건업체가 독자적으로 한다고 하더라도 이를 두고 도급이라고 단정할 수 없음에도, 개정안에 따르면 원청이 ‘직접, 구체적으로’ 하청노동자들에 대한 작업배치·변경권을 행사하거나 업무상 지휘·명령을 하거나 근태 및 징계권의 행사를 하는 등의 징표가 보이지 않는다면 도급으로 볼 여지가 농후하다는 점에서 최소한의 판례 법리에도 반한다.

(라) 한편, 직업능력개발을 위한 훈련비용 및 장소의 지원은 하청노동자의 직무교육에 원청이 관여하는 것으로 하청업체의 도급 수행 능력의 부재나 직무교육 등을 통한 작업지시의 징표로 볼 여지가 있고, 고충처리는 매우 포괄적인 것이어서 인사노무관리나 작업지시도 이에 해당하는 경우가 있을 수 있으며, 작업장 안전과 작업지시는 구분이 쉽지 않고 실제로 사용자들은 관련 재판에서 하청노동자들에 대한 업무지시를 안전에 관한 사항으로서 산업안전보건법상 원청이 할 수 있다고 주장하였는데, 개정안은 이와 같은 사정들을 근로자과건의 징표에서 모두 배제토록 법률에 명시하겠다는 것이다.

(마) 결국 새누리당의 개정안은 판례에 비추어도 불법과건이 명백한 대기업 사내하청 등에 대하여 면죄부를 부여하는 것이다.

<청년고용 대책의 문제점>

1. 노사정 협력을 통한 청년고용 활성화

1. 청년고용 확대 노력

- 향후 3년간 예상되는 청년 고용절벽을 돌파하기 위해 대기업, 공기업은 청년 신규 채용 규모를 확대하기 위한 제반 조치를 강구하고, 정부는 청년고용을 확대하는 기업에게 세대간 상생고용지원, 고용창출투자세액공제, 세무조사 면제 우대, 중소기업 장기근속 지원, 공공조달계약 가점 부여 등 정책적 지원을 강화한다.
- 노사정은 투자확대, 임금 및 근로시간의 조정 등을 통해 청년고용의 공간을 확대하여 세대 간 상생고용 생태계를 조성하도록 적극 노력한다. 특히, 임금피크제를 통하여 절감된 재원을 청년고용에 활용하도록 한다. 고소득 임·직원은 자율적으로 임금 인상을 자제하고, 기업은 이에 상응하는 기여를 통해 청년 고용을 확대하도록 노력한다.
- 노사정은 청년의 유망한 중소·중견기업 진입을 촉진하기 위하여, 대/중소기업간 임금·복지 격차를 축소하고, 중소기업의 경쟁력 강화와 근무여건 개선을 추진하는 한편, 미래지향적 강소기업 등 우수중소기업을 발굴하여 지원을 강화해 나간다.
- 정부는 청년 창업 활성화 및 고용 기회 확대를 위하여 국내외의 성공불용자제도 등을 참고하여 청년기술창업 활성화 방안을 강구한다. 아울러 정부정책 제도 사업의 고용창출 효과를 제고하기 위해 고용영향평가 대상을 대폭 확대한다.

- 기업의 청년고용 창출에 관하여 아무런 실효성 없는 추상적인 내용만 나열하고 있으며, 대책으로 열거된 내용들도 ‘제반 조치 강구’, ‘적극 노력’ 등 공문구에 불과한 추상적이고 모호한 내용으로 채워져 있다.

- ‘정부는 청년고용을 확대하는 기업에게 세대간 상생고용지원, 고용창출투자세액공제, 세무조사 면제 우대, 중소기업 장기근속 지원, 공공조달계약 가점 부여 등 정책적 지원을 강화한다’고 하면서, 기업에게 신규 고용 창출과 관련한 어떠한 강제적 의무도 부과하지 않은 채 기업에게 각종 지원과 세제혜택 등 인센티브를 부여하고 있다. 기업이 응당 뽑아야 할 신입사원을 뽑을 경우에도 국민의 세금으로 기업을 지원하거나 기업의 세무 부담을 경감하고 있다. 즉 청년고용 창출과 관련한 기업의 책임을 모조리 국민의

부담으로 전가한 셈이다.

- ① 최저임금 1만원 인상, 공공부분 좋은 일자리 만들기는 정부의 의지가 있으면 당장 실현할 수 있는 청년고용 대책임에도 전혀 언급이 없다. ② 재벌대기업의 책임을 강화하여 사내하청 등 비정규직 나쁜 일자리를 정규직으로 전환하도록 하는 등 좋은 일자리를 늘려야 함에도 이에 대한 언급이 없고, 오히려 새누리당 5대 법안에는 기간제 4년으로 연장(그나마 2년 시점 정규직 전환 효과 박탈), 재벌대기업 사내하청 합법도급화(형해화된 파견도급 구분 기준 입법화) 등 거꾸로 가는 정책을 펴고 있다. ③ 노동시간을 현재 주40시간, 최장 연장근로시간 12시간에서 휴일근로 8시간을 추가로 허용하는 방법으로 노동시간 단축이 아니라, 연장을 하고 있다. 나아가 탄력적 근로시간제 단위기간을 3개월에서 6개월로 늘려 특정시기 장시간 근로를 장려하고 있다. 노동시간 단축을 통한 일자리 나누기 정책을 통해 청년고용의 여력을 만들어야 함에도 오히려 장시간 노동을 부추기고 있는 실정이다. ④ 법인세 정상화, 사내유보금 과세 등 재벌대기업에게 공정한 세금을 부과하여 그 청년고용 정책재원을 확보할 필요가 있는데도, 그에 대한 아무런 대책을 마련하고 있지 않다.
- 이와 같이 청년고용 확대의 책임을 기업의 '선의'와 '자율'에 일임하면서 의무를 면제해 주고 그나마 대책도 '제반 조치 강구', '적극 노력' 등 공문구에 불과한 추상적이고 모호한 내용으로 채워져 있을 뿐, 오히려 청년들을 위한 좋은 일자리 만들기에 역행하는 정책들을 추진하고 있다.

<원하청 동반성장과 재벌 책임>

1. 원·하청, 대·중소기업 상생협력 등 동반성장

1-1 성과 공유 활성화

- 대기업원청 노사는 중소협력업체에 임금인상 비용부담이 전가되지 않도록 하고, 생산성 향상, 임금 복지 개선 등 동반성장할 수 있도록 노력한다.
- 기업이 대·중소기업 상생협력재단 등을 통해 협력업체 근로자의 근로조건 개선을 지원하는 것도 세제지원 대상에 포함하는 것으로 한다.
- 정부는 동반성장지수 개선, 성과공유제 우수모델 발굴 확산, 그리고 참여기업 정책자금·R&D 우대 등을 실시하고, 산업안전 원·하청 공동대응체계를 구축하며, 대·중소기업 공동훈련 지원을 확대한다.

1-2 노사정의 부담 분담

- 노사정은 기업의 사내근로복지기금 활용, 중소협력업체간 공동근로복지기금 도입 등을 통해 중소협력업체 및 비정규 근로자를 위한 복지사업을 활성화하고, 이에 대해 손비 인정, 기업 소득환류세제 과세 제외 및 비용 등을 지원한다. 아울러 근로복지진흥기금을 확충하여 비정규직·저소득근로자의 생활 안정 지원을 강화한다.
- 근로소득 상위 10% 이상의 임·직원은 자율적으로 임금 인상을 자제하고 이로 인해 발생하는 여유 재원과 이에 상응하는 기업의 기여를 재원으로 하여 청년 채용을 확대하고, 비정규직·협력기업 근로자의 처우개선을 추진한다. 그리고 이러한 노사의 고통분담 및 상생고용 운동을 전 사회적으로 확산시키도록 노력하고, 정부는 상생고용장려금 지원방안을 강구하며, 세제 및 사회보장제도를 고용친화적인 방향으로 개선하기 위한 노력을 지속한다.

1-3 상생협력을 위한 노사정 파트너십 강화

- 노사정은 상생협력을 위한 사회적 책임 행위준칙을 마련하고, 공동으로 우수사례를 발굴하여 포상한다.
- 생산성 향상 및 근로자 복지 증진 등을 위한 노사의 참여와 협력이 활성화 될 수 있도록 제도 개선을 추진하는 한편, 원·하청 상생협력 모범사례를 만들어 나간다.

1-4 공정한 거래질서 확립 및 시장경제 활성화

- 적정납품단가 보장을 위해 원청은 하청에 대한 비용부담 전가를 자제하고, 정부는 납품단가 조정협약제가 활성화될 수 있도록 지원한다. 더불어 정부는 불공정거래 의무고발요청제도 활성화 방안을 강구하고, 불공정행위 적발 시 입찰제한 강화, 하청대금 지급 관련 조사방식 개선, 익명제보처리시스템 구축 등 불공정거래행위 근절을 추진하는 한편, 표준하도급계약서 작성을 활성화한다.
- 최저가낙찰제의 부작용을 시정하기 위하여 공공조달계약에 있어서 적용하고 있는 종합심사낙찰제 적용대상을 단계적으로 확대한다.

- 공공부문에 있어서 시중노임단가 적용제도의 합리성 제고 및 이행 강화를 위하여 업종 업무 별 시중노임단가 세분화 등 개선방안을 강구한다.
- 정부는 기업의 고용창출과 임금지불능력, 서비스의 질적 향상을 저해하지 않도록 가격 규제를 최대한 자제한다.

- 대중소기업 상생협력이나 동반성장을 언급하고 있으나, 원인제공자라 할 원청 대기업에게 어떤 책임도 부과하지 않고 있다. 재벌 대기업의 갑질 횡포를 완화하기 위한 공정거래법 개정, 골목상권 보호·중소영세자영업자 보호를 위한 유통산업발전법 개정, 원하청 불공정거래 개선을 위한 하도급법 개정 등 경제민주화 관련 법·제도 개선 사항을 하나도 반영하지 않고 있다.
- 또한 비용 부담에 있어서도, 하청 중소기업에 대한 비용 전가와 하청 노동자들에 대한 착취·수탈을 통해 부당한 초과이익을 획득한 재벌 대기업의 책임을 전혀 묻지 않은 채 ‘노사정의 부담 분담’이라는 식으로 책임을 희석하거나 회피, 전가하고 있다. 재벌 대기업에 대한 법인세 정상화, 기업소득의 사회환류를 위한 세제 강화, 일감 몰아주기와 부당 내부거래에 대한 규제를 통한 세수 확보 등 재벌 대기업의 특혜와 불법·편법 이익 환수 등의 조치는 하나도 거론되지 않고 있다.
- 그밖에 ▽ 상생협력을 위한 노사정 파트너십 강화와 ▽ 공정한 거래질서 확립 및 시장 경제 활성화 등의 내용도, 원청 대기업에게 ‘상생협력’이나 ‘공정거래’를 강제할 실효성 있는 대책을 마련하지 않은 채, ‘사회적 책임 행위준칙 마련’, ‘제도 개선 추진’, ‘모범 사례 만들어 나간다’, ‘하청에 대한 비용부담 전가를 자제’, ‘개선방안 강구’ 등 애매모호하고 추상적일뿐더러 실효성 없는 문구로 일관하고 있다.
- 특히 공공부문 비정규직에게 중요한 의미를 갖는 시중노임단가 관련 항목의 경우도, 그 근거가 되는 정부의 ‘용역근로자 근로조건 보호지침’ 실효성 확보 및 관리감독 강화 방안이 전혀 제시되지 않은 채, 단지 ‘시중노임단가 적용제도의 합리성 제고’, ‘개선 방안 강구’ 등의 추상적 문구에 그치고 있다.
- 그리고 공정거래법, 하도급공정화법 등이 현실을 실질적으로 개선하지 못하고 있으므로

납품업체, 대리점, 가맹점 등 하청기업이 재벌대기업과 직접 집단교섭을 할 수 있도록 제도적인 보장이 필요하다. 나아가 재벌의 산별교섭 참여제도화로 산별노조-재벌대기업-하청기업 3자간의 교섭으로 하청, 납품업체 노동자들의 처우도 개선하고, 원하청간 불공정거래도 개선할 수 있도록 해야 할 것이다.