

고용형태 다양화와 법·제도 개선과제

김 소 영

www.kli.re.kr

책머리에

이미 1980년대 후반부터 취업구조의 변화와 함께 우리 노동시장에 나타나기 시작한 고용형태의 다양화 현상은 특히 1997년 말 외환위기 이후 더욱 두드러지게 되었다. 즉, 종전의 정규직 근로자와는 근로실태 및 근로조건에 있어서 구별되는 비정형적 근로자군이 증가하여 이들에 대한 실태 파악의 필요성과 함께 노동법적 보호의 필요성 내지 보호범위 확정 등의 문제가 발생하고 있다.

따라서 고용형태 다양화와 불안정고용이 교차함으로써 발생하는 노동법적 문제를 해결하고, 동시에 노동시장의 유연성을 확보하기 위하여 이들에 대한 적절한 근로조건을 확보를 위한 법제도 개선책이 마련될 필요가 높아지고 있는 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식에서 출발하여 고용형태의 다양화에 따라 등장한 각각의 고용형태가 안고 있는 해석론적·입법론적 쟁점을 분석하고 법제도 개선과제를 제시하는 것을 목적으로 하였다.

본 연구의 주요 내용은 ‘고용형태가 다양화된 배경과 실태 및 현황, 주요 국가의 비정형근로 실태와 관련정책 및 제도, 다양화된 고용형태가 공통적으로 안고 있는 노동법적 문제점, 각 고용형태의 유형에 따른 최근의 법제도 개선논의, 해석론적·입법론적 쟁점 및 과제’이며, 결론으로서 고용형태 다양화에 따른 비정형근로의 법제도 개선과제를 제시하였다.

비정형근로정책의 노동시장정책적 목표는 결국 경제의 효율성과 비정형

근로자의 지위안정성이며, 나아가 고용의 유지 및 창출에 있다. 그리고 입법정책적 목표는 비정형근로자가 상용근로자에 비하여 불리한 처우를 받아서는 안되며, 비정형계약의 체결에 대하여 사용자의 자의적 판단과 남용을 방지하기 위하여 요건과 절차를 명확히 하는 것을 목적으로 제도 개선이 이루어져야 한다고 본다. 아울러 법적 안정성과 체계화, 탈규제화를 염두에 두어야 할 것이다. 그리고 이와 같은 기본원칙에 입각하여 균등대우와 고용보장, 직업훈련기회 부여 및 사용자의 정보제공, 계약체결에 있어서의 서면요건주의 등이 확립되어야 한다.

또한 본 연구는 결론에서 고용형태의 유형별 법제도 개선과제로서 단기간근로, 기한부 고용(계약직), 파견근로, 특수고용관계, 텔레워크(재택근로)에 대한 구체적 제도개선 방안을 제시하였다.

끝으로 본 연구를 담당한 본원의 김소영 선임연구위원, 출판을 담당한 박찬영 전문위원과 정철 책임연구원의 노고에 감사드리며, 본 연구보고서에 수록된 내용은 모두 필자의 의견이며 본원의 공식견해가 아님을 밝힌다.

2001년 8월

한국노동연구원

원 장 李 源 德

목 차

제1장 서 : 연구의 목적과 범위	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 순서	4
제2장 고용형태 다양화의 배경 및 실태	6
제1절 고용형태 다양화의 배경	6
1. 규제완화·유연화	6
2. 대량실업으로 인한 노동시장 환경의 변화	7
3. 기업의 인력활용전략 변화	8
4. 가계소득 확대를 위한 공급측의 필요성	8
제2절 고용형태 다양화의 실태	9
1. 전반적 실태	9
2. 단시간근로	14
3. 파견근로	16
4. 특수고용관계	17
5. 텔레워크(telework)	21
제3장 주요 국가의 고용형태 다양화 실태와 관련제도	27
제1절 개 관	27
제2절 독 일	29
1. 개 관	29
2. 비정형고용 관련제도	32
제3절 프랑스	47

1. 개관 : 비정형고용의 촉진과 보호	47
2. 비정형고용에 대한 관련제도	50
제4절 일 본	58
1. 개 관	58
2. 비정형고용 관련제도	59
제4장 각 고용형태의 유형에 따른 해석론적·입법론적 쟁점과 과제	75
제1절 단시간근로	75
1. 현행 법제도	75
2. 쟁점 및 제도개선 과제	79
제2절 기한부 고용(계약직)	84
1. 현행 법제도	84
2. 법·제도 개선과제	90
제3절 파견근로	93
1. 현행 법제도	93
2. 쟁점 및 제도개선 과제	104
제4절 특수고용관계	115
1. 특수고용관계 종사자의 근로자성 판단과 노동법적 보호의 문제	115
2. 근로자의 개념에 관한 학설 및 판례	118
3. 특수고용관계 종사자 보호방안 마련의 기본방향	135
제5절 텔레워크(telework)	139
1. 현 황	139
2. 법제도 개선과제	141
제5장 결 론 : 고용형태 다양화에 따른 법제도 개선과제	144
제1절 고용형태 다양화와 노동법적 과제	144
제2절 고용형태의 유형별 법제도 개선과제	157

1. 단시간근로	157
2. 기한부 고용(계약직)	159
3. 파견근로	160
4. 특수고용관계	163
5. 텔레워크(재택근로)	165
참고문헌	167

제 1 장

서 : 연구의 목적과 범위

제 1 절 연구의 목적

이미 1980년대 후반부터 취업구조의 변화와 함께 우리 노동시장에 나타나기 시작한 고용형태의 다양화 현상은 특히 1997년 말 외환위기 이후 더욱 두드러지게 되었다. 즉, 종전의 정규직 근로자와는 근로실태 및 근로조건에 있어서 구별되는 비정형적 근로자군이 증가하여 이들에 대한 실태 파악의 필요성과 함께 노동법적 보호의 필요성 내지 보호범위 확정 등의 문제가 발생하고 있다.

노동계, 경영계, 학계에서는 일반적으로 다양한 고용형태하의 근로자군을 비정규근로자군으로 표현하고 있다. 그러나 ‘비정규근로’라는 용어는 학문적으로 명확하게 개념이 정립된 것도 아니고, 법률용어도 아니다. 흔히 다양한 고용형태하에서 노무를 제공하는 자들의 근로조건을 현상적으로 파악하여 ‘고용의 불안정성과 낮은 근로조건’을 속성으로 비정규근로자군으로 분류하며, 정규근로에 대한 상대적 개념으로 ‘비정규근로’라는 용어를 사용하고 있으나, 명확한 개념정의는 존재하지 않는다.

또한 관련통계가 충분하게 있는 것도 아니다. 노동계와 일부 학계에서는 통계청과 노동부의 ‘임시·일용직’ 통계를 인용하여 비정규근로자의 비중 및 증가를 파악하고 있다. 그러나 비정규근로의 개념정의를 ‘불안정고용(precarious employment)’의 속성에서 끌어낸다 해도, 고용계약기간의

2 고용형태 다양화와 법·제도 개선방향

길이만을 기준으로 하는 ‘임시·일용직’ 통계로는 비정규근로의 실태를 파악하기 어렵다.¹⁾

현재 일반적으로 통용되고 있는 비정규고용의 개념 표지(標識)를 ‘비자발성, 한시성, 동종업무 종사자와의 근로조건 격차, 고용의 불안정성’ 등으로 파악한다면, 본 연구는 ‘다양화된 고용형태’와 ‘비정규고용’을 동일시하지 않는다. 다양화된 고용형태하의 근로실태는 기존의 정규직 근로자들의 정형적 근로실태와 근로시간, 노무제공의 형태, 사용자와의 법적 관계, 노무제공의 장소, 고용계약기간의 길이 등에 있어 차이가 있으므로, 오히려 ‘비정형(atypical)근로’ 또는 ‘비표준적(non-standard)근로’라는 용어가 더 적합할 것이다.

파트타임근로자(단시간근로자), 파견근로자, 임시직·계약직 근로자, 도급이나 위임의 형태로 노무를 제공하는 특수고용형태의 근로자에서 텔레워커²⁾에 이르기까지 다양한 고용유형을 가지는 근로자가 증가하는 원인

-
- 1) 현재 통계청의 「경제활동인구조사」는 고용계약기간이 1년 이상 또는 특별히 계약기간이 명시되지 않은 경우를 ‘상용직’, 1개월 이상 1년 미만인 경우를 ‘임시직’, 1개월 미만인 경우를 ‘일용직’으로 분류하고 있다. 반면에 노동부의 「사업체노동실태보고서」에서는 기간을 정하지 않고 고용되어 있거나 임시 또는 일용근로자로서 조사기준일 이전 3개월을 통산하여 45일 이상 근무하고 있는 자를 ‘상용근로자’, 1개월 미만으로 고용된 자를 ‘임시근로자’, 사업체에서 그날 그날의 필요에 따라 고용된 자로서 조사기준일 이전 3개월 동안 45일 미만 근로한 자를 ‘일용근로자’로 분류하고 있다.
 - 2) 텔레워크(telework)는 흔히 재택근로라 칭해지기도 하고, 통신근로 또는 원격근로로 불리우기도 한다. 이와 같이 다양한 표현으로 쓰이는 이유는 첫째, 텔레워크 역사의 일천성을 들 수 있다. 즉, 텔레워크는 1970년대 근로자의 출·퇴근 문제의 해결을 위한 노동방식으로 논의되다가, 그 후 컴퓨터와 통신기술의 비약적 발전에 힘입어 1980년대 이후 급속도로 확대되고 있는 근로유형이다. 따라서 텔레워크의 역사는 선진국에서조차 20년을 넘지 않았고, 이 정도의 경험만으로 텔레워크의 특성을 정확히 파악하기란 매우 곤란할 것이다. 둘째, 텔레워크의 다양성이다. 초기 텔레워크는 매우 간단한 직무(예를 들어, teletypewriting 등)로부터 시작되었으나, 그 후 고도의 전문적 지식과 기능을 필요로 하는 직무(예를 들어, 상업적 회계 계획, 연구, 정보수집과 정보교환 등)로까지 확대되었고, 행해지는 방식도 직무의 장소(예를 들어, 사내근로, 위성사무소나 근린센터에서의 근로, 이동근로 등)나 계약형태(예를 들어, 자영형, 가내근로형, 근로자형 등)에 있어 다양하다. 이와 같은 이유에서 외국에서도 ‘Telecommuting, Electronic cottage, Intelligent building, Flexipace, Remote work, Distant work, Networking, Industrial homework, Home

은 이미 외환위기 이전부터 노동시장의 주요 흐름으로 자리잡고 있었던 규제완화 및 유연화 추세, 그리고 외환위기 이후 대량실업으로 인한 노동시장 환경의 변화와 기업의 인력활용전략 변화, 가계소득 확대를 위한 공급측의 필요성 등 여러 가지가 있을 것이다.

그동안 선진국들, 특히 유럽에서는 규제완화 및 유연화의 측면에서 또는 실업문제의 해결 차원에서 고용형태의 다양화가 이루어져 왔으며, 일부 전문직이나 보다 여유로운 시간의 확보를 원하는 경우에는 근로자의 자발적 동기에서 비정형적 고용형태를 선호하기도 하였다.

그러나 우리나라에서 ‘고용형태 다양화’가 안고 있는 심각한 문제는 사용자가 경비절감 또는 경영의 편의를 위해 정규근로자를 비정규근로자로 대체하여, 실제 정규근로자와 근로실태(근로시간, 노무제공의 형태, 근로장소 등)는 차이가 없으나 편법적으로 비정규고용의 형식을 취함으로써 ‘근로조건 악화와 고용의 불안정성’을 확산시키고 있다는 것이다.

다시 말해 우리나라에서의 고용형태 다양화는 취업구조의 변화나 유연화와 같은 노동시장 전반의 변화라는 측면 이외에도, 기업의 편법적 경영·노무전략과 관련되어 있기 때문에 문제가 된다.

고용형태 다양화와 불안정고용이 교차함으로써 발생하는 노동법적 문제를 해결하고, 동시에 노동시장의 유연성을 확보하기 위하여는 ‘비정형근로의 개념정의 및 판단기준 확립, 비정형근로자의 정확한 규모와 근로조건 등에 대한 실태파악’을 전제로 하여 이들에 대한 적절한 근로조건의 확보를 위한 법제도 개선책이 마련되어야 한다.

단시간근로자(1997. 3. 13 근로기준법 개정)나 파견근로자(1998. 2. 20 파견근로자보호등에관한법률제정)에 대하여는 법이 마련되어 있으나, 입법적 개선 요구가 계속 제기되고 있으며, 계약직과 관련해서는 근로기준법상의 근로계약기간 규정의 ‘법과 현실의 괴리’가 지적되고 있다.

도급이나 위임의 형태로 노무를 제공하는 특수고용형태나 텔레워커는 근로기준법 제정 당시에는 예상하지 못했던 고용형태이다. 따라서 예상한 바는 없지만, 취업구조의 변화와 함께 노동시장에 등장하여 점차 증가해

office work, Location independent tasks’ 등 다양한 표현이 사용되고 있다. 본고에서는 개념상의 혼란을 피하고, 해당 근로유형의 특성을 가장 집약적으로 표현하기 위해 텔레워커라는 용어를 사용하기로 한다.

4 고용형태 다양화와 법·제도 개선방향

가는 새로운 고용형태를 법률이 추인하여 합법화시킬 것인가, 그리고 노동법적 보호의 범위를 어느 범위까지 확정할 것이냐가 문제된다.

따라서 비정형근로자에 대하여 고용형태의 다양화에 대응하되, 노동법의 본래의 목적인 근로자 보호이념을 충족시킬 수 있도록 법제도를 마련하는 것이 노동법의 중요한 과제로 대두되었다.

본 연구는 이러한 문제의식에서 출발하여 고용형태의 다양화에 따라 등장한 각각의 고용형태가 안고 있는 해석론적·입법론적 쟁점을 분석하고 법·제도 개선과제를 제시하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위 및 순서

일반적으로 기존의 고용형태와 새로운 고용형태 내지 다양화된 고용형태는 계약의 형식, 사업장 내에서의 지위, 사용자와의 법적 관계, 노무제공의 방식, 근로시간 및 근로장소, 보수의 지급형태, 고용계약기간의 길이 등에 있어서 비정형화되어 있다는 점이다.

본 연구에서는 다양한 고용형태를 분류하는 기준으로서 근로기간의 길이에 따라 ‘임시직·계약직’을, 근로시간의 길이에 따라 ‘단시간근로’를, 노무제공의 방식 및 사용자와의 법적 관계에 따라 ‘파견근로’, ‘도급이나 위임계약에 의하여 노무를 제공하는 특수고용’, 근로시간의 장소에 따라 ‘재택근로’를 비정형근로로 구분하여 연구의 대상으로 하였다.

이와 같은 비정형근로 유형 이외에도 실제 노동시장에는 다양한 고용형태가 존재한다. 근로시간의 장소를 기준으로 비정형근로를 분류하는 경우 재택근로 이외에 가내근로도 이미 오래 전부터 우리 노동시장에 존재하는 비정형고용 형태이며, 최근에는 호출근로자(규칙적으로 근무하는 것이 아니라 호출을 받은 경우에만 일시적으로 근로를 제공하는 자)도 등장하고 있다. 그러나 본 연구에서는 노동시장에서의 비중이 증가하고 있고, 최근 노동법적 보호기준 마련 내지 개선에 논의가 집중되고 있는 고용형태를 연구의 대상으로 하였다.

이에 따른 연구의 순서는 다음과 같다.

제2장에서는 고용형태가 다양화된 배경과 실태 및 현황을, 제3장에서는 주요 국가의 비정형근로 실태와 관련정책 및 제도를 살펴본다. 그리고 제4장에서는 다양화된 고용형태가 공통적으로 안고 있는 노동법적 문제점을 정리한 다음, 제5장에서 각 고용형태의 유형에 따라 최근의 법제도 개선 논의의 소개와 함께 해석론적·입법론적 쟁점 및 과제를 분석한다. 제6장의 결론에서는 대안으로서 고용형태 다양화에 따른 비정형근로의 법제도 개선과제를 제시한다.

제 2 장

고용형태 다양화의 배경 및 실태

제 1 절 고용형태 다양화의 배경

이미 유럽의 선진산업국가에서는 1970년대 중반 이후부터 고용형태가 다양화되기 시작하였으나, 우리나라에서는 1980년대 후반부터 이와 같은 추세가 시작되어, 특히 IMF 이후 급속하게 확산되고 있다.

우리나라에서 고용형태가 다양화된 배경은 노동시장의 국제적 경향인 유연화·규제완화 추세, IMF 이후 대량실업으로 인한 노동시장의 변화, 기업의 인력활용전략 변화, 가계소득 확대를 위한 공급측의 필요성 등으로 요약할 수 있다. 이와 같은 요인들은 서로 관련되어 있으며 상호 영향을 미치고 있으나, 이하에서는 각각의 요인들을 구분하여 분석해 보기로 한다.

1. 규제완화·유연화

재화 및 서비스의 생산방식에서의 변화와 관련되어 있는 유연화(flexibilisation)와 규제형식의 변화를 의미하는 규제완화(deregulation)³⁾는 국

3) 규제완화의 접근방법은 두 가지 입장이 있는바, 하나는 영미식으로서 노동 및 상품 시장의 자유화와 노사관계에 대한 규제완화를 목표로 하는 입장이 있고, 다른 하나는 규제완화와 함께 복지국가로서의 역할 수행을 위하여 再規制(re-regulation)

제경제 환경과 노동시장 환경의 변화에 따른 기업조직 및 산업구조의 재편성, 기업 및 국가의 경쟁력 강화 차원에서 논의된다. 또한 일반적으로 노동의 유연화는 경제 및 사회정책 분야에서 경제적 자유에 대한 다양한 법적 규제를 철폐 또는 완화함으로써 시장원리의 복권을 꾀하는 규제완화라는 큰 흐름 속에서 이해되고 있다.

규제완화 및 노동유연화 정책은 1970년대 중반 이후부터 1980년대에 이르기까지 유럽을 비롯한 선진자본주의 국가에서 경기불황과 성장의 침체, 인플레이의 심화, 대량실업의 위기상황을 극복하기 위한 방편으로서 등장하였으며, 현재는 거의 모든 국가에서 불황타개와 인플레이 및 대량실업극복, 경쟁력 확보를 위하여 규제완화 및 유연화 정책이 추진되고 있다고 할 수 있다.

우리나라에서도 1980년대 후반 이후 규제완화 및 유연화 논의가 전개되기 시작하였으나, 영미식의 신자유주의 정책의 도입과 함께 유연화 및 규제완화가 노동시장의 전반적 경향으로 자리잡은 것은 특히 IMF 금융위기 이후라고 할 수 있다.

결국 노동유연화란 노동조직의 탄력성을 신장시키기 위하여 경제의 변동상황에 따라 노동력 규모, 근로시간, 임금 등을 조정할 수 있는 유연성을 증가시켜 나가는 모습으로 나타나기 때문에 고용형태의 설정에 대한 당사자의 재량을 넓히게 되고, 고용형태 다양화의 주요 원인이 된다.

2. 대량실업으로 인한 노동시장 환경의 변화

실업의 증가는 고용형태를 다양화시키고 비정규직 및 불안정고용을 증가시키는 주요 원인이 된다. 대량실업 사태하에서 노동시장은 노동력 과잉과 함께 불안정해지고, 보다 열악해진다. 우리나라의 경우 IMF 이후 실업

의 필요가 있는 경우에는 계속적 규제를 추진하는 입장이 있다. 이와 같은 재규제 방식에 의하면 다양화된 고용형태에 대응하여 근로자 보호를 위한 법제도를 개선하거나 새로운 입법을 추진하게 된다. 물론 이러한 경우에도 노사관계를 규율하는 제도들은 노동시장의 경직성을 제거하고, 고용의 탄력성을 제고시키는 차원에서 그 내용과 방식에 있어서 합리성과 타당성을 검증받게 된다.

8 고용형태 다양화와 법·제도 개선방향

의 증가로 인한 노동시장 환경의 변화는 고용형태를 더욱 다양화시키는 요인으로 작용하였다. 사용자들은 기존의 인력이나 신규 채용인력에 대하여 파트타임근로, 계약직 등의 보다 불리한 고용형태를 강요하고, 공급측인 근로자들은 이를 감수할 수밖에 없는 상황이 초래되었다. 즉, 기업은 기존의 정규인력을 비정규직으로 대체하거나, 신규 인력채용시 처음부터 정규직이 아닌 형태로 또는 시용기간(試用期間)의 단서를 붙여 채용함으로써 고용의 불안정성을 증가시켰다. 신규 취업자를 소위 인턴사원으로 취업시켜 시용기간 만료후 본 채용을 거부하는 잠정적 취업이 증가하였다.

3. 기업의 인력활용전략 변화

고용형태가 다양화되는 중요한 원인 중의 하나는 기업의 인력활용전략의 변화이다. 기업은 탄력적 운영을 위하여 핵심근로자만을 정규근로자로 고용하고, 핵심근로자가 아닌 경우에는 파트타임근로자나 파견근로자, 임시직 근로자 또는 하도급 계약형태에 의한 노무를 활용하는 전략을 취하게 된다.

4. 가계소득 확대를 위한 공급측의 필요성

고용형태가 다양화되는 또 하나의 원인은 대량실업 내지 노동시장의 유동성으로 인하여 발생하는 공급측의 가계소득 확대 필요성을 들 수 있다. 지금까지 혼자서 가족부양의무를 지던 근로자의 실업 및 고용 불안정 증가로 인하여 배우자 및 다른 가족구성원들은 가계수입 부족분을 보충하려는 시도를 하게 된다. 이들은 노동시장에서 정규직 일자리를 찾기 어렵기 때문에 고용형태에 관계없이 취업하게 되고, 사용자는 정규근로자에 비하여 낮은 근로조건이나 열악한 작업환경을 감수할 수밖에 없게 된다.

제 2 절 고용형태 다양화의 실태

1. 전반적 실태

가. 현 황

일반적으로 우리 사회에서는 통계청과 노동부의 ‘임시·일용직’의 통계 수치를 인용하여 비정규근로자의 비중 및 증가를 파악하고 있다. 그러나 고용계약기간의 길이만을 기준으로 하는 ‘임시·일용직’ 통계로는 비정규 근로의 실태를 파악하기 어려우며, 통계청과 노동부의 기준이 달라 ‘고용 계약기간이 짧은 자’의 실태 역시 정확히 파악하기 어렵다는 점은 위에서 밝힌 바와 같다⁴⁾.

하지만 아직 비정형근로 내지 비표준적 근로에 대한 개념정의도 정립되지 않은 단계이고, 그에 따른 고용통계도 없는 상태이므로, 현재로서는 비정형근로 전반의 실태파악은 통계청과 노동부의 ‘임시·일용직’ 통계분석에 의존할 수밖에 없을 것이다.

임금근로자 중 임시·일용직 근로자가 차지하는 비중은 1999년 3월에 최초로 그 비중이 50%를 넘어서, 2000년 8월에는 52%에 달하였다⁵⁾(통계청, 「경제활동인구조사」). 임시·일용직의 증가 추세는 임시·일용직이 상용과

4) 임시·일용근로자에 대한 분류기준의 차이로 인하여 1998년 임금근로자의 종사상 지위별 분포에서는 상용근로자(통계청 73.1%, 노동부 97%), 임시근로자(통계청 20.2%, 노동부 1.4%), 일용근로자(통계청 6.7%, 노동부 4.6%)의 비중이 각각 차이를 보이고 있다.

5) 그러나 이와 같이 최근 임시·일용직이 증가한 배경에 대하여 외환위기 이후 기업의 인력운용 방식의 변화(청소, 경비, 운송 등 비핵심부문에 대한 아웃소싱 확대 등)뿐만 아니라, IMF 이후 대규모로 실시된 실업대책의 공공근로·인턴사업의 종사자들이 통계상 임시·일용직으로 구분되기 때문이라는 주장이 있다. 공공근로·인턴사업은 1999년 연간 1,536천명을 대상으로 실시하였으며, 이 중 75~80%가 취업자로 집계되었다는 것이다(노동부, 『비정규근로자 보호대책』, 2000. 10).

구분되어 통계수치로 잡히기 시작한 1993년부터 지속적으로 증가해 왔다 (1993년 41.3%, 1994년 42.2%, 1995년 42%, 1996년 43.4%, 1997년 46.1%, 1998년 47.2%, 1999년 51.7%).

일용직의 비중은 1970년대의 27%에서 1998년에는 14.2%로 낮아졌다. 그러나 일본의 2%대(1998년 취업자 대비 1.9%, 임금근로자 대비 2.3%)나 미국의 1%대(1997년 취업자 대비 1.5%, 임금근로자 대비 1.7%)보다는 훨씬 높다.

우리나라의 경우 임시근로자의 비중이 다른 나라에 비하여 매우 높은 편이다. 일본은 우리와 마찬가지로 고용계약기간이 1개월 이상 1년 미만인 자를 임시근로자로 구분하고 있는데, 10% 미만(1998년 취업자 대비 7.6%, 임금근로자 대비 9.2%)이다. 미국은 임시근로자에 1년 미만의 임금근로자와 1년 미만 예정의 자영업자 및 도급계약자, 고용계약기간이 정해진 임금근로자를 포함시키고 있어 우리의 경우보다 범위를 넓게 잡고 있는데도 불구하고 5% 미만(1997년 취업자 대비 4.3%, 임시직의 비중은 임금근로자 대비 4.7%)에 불과하다. 우리나라와 일본의 임시근로자 비중은 증가하고 있는 반면에 미국은 감소 추세에 있다.⁶⁾

이하에서는 통계청의 「경제활동인구조사」와 한국노동연구원의 「한국노동패널자료」에 나타난 비정규직의 실태분석을 요약한다⁷⁾.

통계청의 「경제활동인구조사」에 의하면 1990년대 초반에는 상용직의 비중이 상승하였으나(1990년 54.2%, 1993년 58.8%), 1995년 이후에는 비정규직(임시·일용직)의 비중이 상승하기 시작하였다(1995년 41.2%, 1997년 45.9%). 그 후 1997년 말의 외환위기와 함께 1998년 47%에서 1999년 51.3%로 비정규직의 비중이 급상승하였으며, 특히 실업률이 하락하기 시작한 1999년 3월 50%를 넘어서 52~53%를 지속하다가 2000년 8월 52%로 안정되는 추세를 보이고 있다.

인구통계학적 특성별 비정규직의 구조 변화(2000년과 1996년 대비)를 보면 비정규직은 여성에 집중되고, 여성을 중심으로 비중이 상승하고 있

6) 노동부, 『비정형근로자 고용통계 개선방안』, 2000. 2.

7) 이하의 분석은 한국노동연구원 제1차 노동시장 콜로кви엄(2000. 10. 11)의 주제발표 자료(안주엽, 노동시장 비정규직화에 대한 이론적 검토와 정책방안 마련)를 참고로 하였다.

음을 알 수 있다. 남성의 비정규직 비중은 2000년 41.1%로 1996년 대비 7.3%포인트 상승한 반면, 여성은 70.2%로 1996년 대비 10.9%포인트 상승하였다. 또한 비정규직의 비중은 학력과 반비례하여 대졸 이상의 경우 20.4%에 불과한 반면, 고졸 미만은 79.7%에 달하였다.

산업별 비정규직 집중도를 보면 비정규직 집중산업과 정규직 집중산업 사이의 격차가 큰 것을 알 수 있다. 비정규직 집중산업은 농림어업(91.7%), 건설업(74.8%), 도소매 및 음식·숙박업(76.3%), 금융·보험 및 부동산업(45.1%)이며, 정규직 집중산업은 광업(74.0%), 전기·가스 및 수도사업(74.6%), 운송·창고·통신업(71.8%)이다. 비정규직 집중산업 중에서 임시직이 집중되어 있는 산업은 도소매 및 음식·숙박업(56.3%)과 금융·보험 및 부동산업(39.1%)이며, 일용직이 집중되어 있는 산업은 농림어업(77.1%)과 건설업(57.1%)이다.

직종별 비정규직 분포를 보면 주로 일용직의 비중이 높은 단순노무직(84.8%), 서비스직(81.2%), 기능직(66.3%)이 비정규직 집중직종이다. 이 중에서 서비스직은 임시직의 비중(58.7%)이 높다.

한국노동연구원의 「한국노동패널자료」(2000)에 나타난 비정규직의 실태는 다음과 같다. 전체 15세 이상 표본 11,239명 중 경제활동참가율은 58%, 전체 취업자 중 임금근로자의 비중은 63.8%이며, 임금근로자 중 3.1%가 비정규직이다. 1차조사(1998년) 당시의 23.9%보다 비정규직이 차지하는 비중이 6.2% 상승하여 1998년과 1999년 사이에 비정규직화가 급속하게 진행된 것을 알 수 있다. 여성의 비정규직 비중은 39.4%, 남성의 비중은 23.9%이며, 학력수준이 증가할수록 비정규직의 비중이 높았다. 그리고 남성의 경우 미혼(29.2%)의 비정규직 비중이 다소 높고, 여성의 경우는 기혼(42.5%)의 비중이 높다.

비정규직의 근로조건을 보면, 월평균 임금이 68만원으로 임금근로자의 57%이며, 남성 정규직과 여성 비정규직의 격차는 약 2.5배에 달한다(그러나 이는 1차년도의 2.8배보다는 줄어든 것이다).

4대 보험의 가입률에서는 정규직과 비정규직의 격차가 특히 큰 것으로 나타났다. 국민연금의 경우 정규직의 67.3%가 가입된 것으로 나타났으나, 비정규직의 경우 11.0%만이 가입하고 있다. 이는 직장의료보험과 고용보험에서도 동일하게 나타나고 있어, 결국 비정규직에 대한 4대 보험 가입

률은 10% 안팎에 불과하다.

그밖에 노동부를 비롯하여 한국노동연구원, 노동계 등에 의하여 조사된 비정형근로의 실태조사 결과는 다음과 같다.

5인 이상 사업체 5,500개를 대상으로 조사한 노동부의 1999년 11월 조사에 의하면 조사업체의 35.7%가 평균 해당 사업장 근로자의 16.4%를 비정형근로자로 고용하고 있다. 비정형근로자의 임금은 상용근로자의 72.1%이며, 근로시간은 정규직의 88.4%로 나타나고 있다.

한국노동연구원의 1999년 9~10월 실태조사(10인 이상 350개 사업체 소속 근로자 1,000명 면접조사)에 의하면 조사대상 근로자의 약 27%가 비정형근로자이며, 이들 비정형근로자는 사회보험, 휴가, 학자금 대부 등에서 차별이 존재하고 있다. 또한 약 50%의 비정형근로자가 휴가관련 규정의 적용제외를 받고 있다.

또한 특히 비정형근로자가 많은 업종의 32개 업체를 대상으로 한 한국노동연구원 실업대책모니터링센터의 1999년 11월 실태조사에 의하면 병원의 10% 내외, 상업 서비스업의 20~84%, 금융업의 10~60%가 비정형근로자를 고용하고 있다. 이 중 상업 서비스업의 근로조건이 가장 열악하며, 임금은 업종별로 40~90% 수준까지로 다양하고 사회보험, 퇴직금, 휴가 등에서 차별이 존재한다.

노동계는 임시·일용직, 특수고용형태 근로자, 파견근로자 등을 포함하여 비정형근로자의 규모를 800~870만명으로 추정하고 있다(비정규공대위). 한국노동사회연구소의 1999년 12월~2000년 1월 조사에 의하면 비정형근로자의 월평균 임금은 약 85만원으로 상용직 97만원의 87% 수준이며, 주당 평균 근로시간은 약 47시간으로 상용직 46시간과 유사하다. 그리고 약 30%의 사업체가 비정형근로자에 대하여는 보수 및 휴가규정을 적용하지 않고 있으며, 약 20% 정도의 사업체가 4대 보험 및 최저임금제를 적용하지 않고 있다.

이를 종합하여 보면 비정형근로자들은 임금, 휴일, 휴가 등 근로조건과 학자금 대부 등 사내복지 서비스에서 차별받고 있으며, 사회보험 적용에 있어서도 적용제외되고 있어 사회안전망에 의한 보호 측면에서도 취약한 것으로 드러나고 있다.

나. 현행통계의 문제점

다양화된 고용형태의 현황 및 실태는 근로계약기간의 길이뿐만 아니라, 근로시간의 길이, 노무제공의 방식, 노무제공의 장소, 사용자와의 법적 관계 등 근로실태의 변화에 맞는 다양한 판단기준에 의하여 파악해야 한다.

노동계와 경영계, 일부 학계에서는 다양한 고용형태하의 근로자군을 비정규고용의 개념에 포섭하여 통계청과 노동부의 ‘임시·일용직’ 통계에 의한 수치로 파악하고 있으나, 통계청의 「경제활동인구조사」나 노동부의 「사업체노동실태보고서」는 단지 ‘고용계약기간의 길이’에만 초점을 맞추어 파악하고 있다. 즉, 임금근로자의 종사상 지위를 ‘상용근로자, 임시근로자, 일용근로자’로 구분하는 통계청과 노동부의 통계를 중심으로 임시근로자와 일용근로자를 비정규근로자로 구분하는 것이 일반적 경향이다. ‘근로계약기간의 길이’라는 기준은 비정형근로를 파악하는 기준들 중의 일부에 불과하다.

뿐만 아니라 통계청의 「경제활동인구조사」와 노동부의 「사업체노동실태보고서」의 상용·임시·일용근로자에 대한 정의가 각각 차이가 있으며, 또한 ‘근로계약기간의 길이’라는 기준에 의해서도 정확한 현황파악은 기대하기 힘들다.

다양화된 고용형태에는 취업구조의 변화에 따라 기존의 정규직 근로자의 근로실태와 비교하여 정형화되지 않은 근로실태를 가진 모든 고용형태가 포함되어야 한다. 따라서 현재 우리 사회나 학계에서 일반적으로 통용되는 ‘고용계약기간이 짧은 자 또는 일정기간으로 정해진 자’(임시·일용직)만을 그 대상으로 포함시키는 것은 비정규직을 불안정고용으로만 파악하는 입장에서 본다면 해도 합리적이라 할 수 없다.

UN, ILO, OECD 등 국제기구도 비정형근로에 대한 통일적 기준은 갖고 있지 않으며, 나라마다 비정형근로의 개념이나 비정형근로의 범주에 포함시키는 고용유형은 상이하다.

일본의 경우 1985년 이전까지 취업자를 임시근로자, 일용근로자, 단시간근로자(주 35시간 미만 근로자)로 구분하여 파악하였으나(파견근로자는 1986년부터 파악), 1985년 이래 비정규근로자는 ‘파트타임근로자, 아르바이트, 촉탁직 및 기타’로 구분하여 통계를 작성하고 있다. 독일은 비정형근로자를 별도로 구분하지는 않으나, 근로시간의 길이에 따라 임금근로자를

전시간근로와 시간제근로(유동근로: mobilzeitarbeit, 주당 근로시간의 길이가 당해 사업장이나 같은 업종의 정규근로시간보다 적은 근로)로 구분하고 있다. 프랑스는 단시간근로자(주 33시간 미만 일하는 자)와 계절적 근로자, 비계절적 임시근로자를 비정형근로자로 구분하고 있다.

미국은 장기 고용계약을 체결하지 않은 자는 파트타임근로자, 임시근로자(contingent worker), 대체근로(alternative work arrangement)로 구분하고, 재택근로(work-at home)는 별도로 파악하고 있다. 대체근로에는 도급계약자, 파견근로자, on-call workers(일용 건설인부 또는 대체교사 등 일자리가 있을 때 일하게 되는 근로자)가 포함된다.

위에서 보듯이 각국이 임금근로자 중 비정형근로자를 구분하는 기준이 상이하고 다양한 것은, 비정형근로의 개념정의를 확정하고, 어떤 기준에 의하여 유형을 분류할 것이냐의 문제가 정책적 판단 내지 결정과 관련이 있으며, 사회적 합의가 요구되는 부분이기 때문일 것이다.

우리나라의 경우에도 향후 취업구조 및 노동시장의 유연화와 더불어 고용형태의 다양화로 인한 비정형근로가 증가할 것으로 예상되므로, 정확한 실태파악을 위하여 비정형근로의 개념정의 확립과 다양하고 세분화된 기준에 의한 고용유형의 구분이 필요하다.

2. 단시간근로

근로기준법에 의한 단시간근로는 정규직에 비해서 주당 근로시간이 짧은 자의 근로를 의미하나, 통계청에 의한 기준은 주당 36시간이다.

통계청 고용통계에 의하면 우리나라의 단시간근로의 취업자 대비 비율은 1990년 4.5%, 1995년 4.4%, 1997년 5.1%에서 1998년도에는 6.8%로 증가하였다.

각국의 단시간근로 기준근로시간이 상이하기는 하나⁸⁾, 우리나라의 단시간근로 비중은 OECD 29개 국가 중 26위이며, OECD국가의 평균 14.3%에 비해서 낮은 수준이다⁹⁾. 그러나 다른 나라의 단시간근로의 비중이 완

8) 미국의 경우 주된 일에서 주당 30시간 미만 근로자를, 일본은 실근로시간이 주당 35시간 미만인 근로자를 시간제(단시간)근로자로 보고 있다.

9) OECD국가의 단시간근로자 비율 : 네덜란드(30.0%), 일본(23.6%), 영국(23.0%), 독

만한 속도로 증가하거나(독일, 일본, 영국, 프랑스), 변화가 없는(미국, 캐나다, 네덜란드) 반면에 우리나라의 단시간근로 증가 속도는 빠른 편이다.

또한 우리나라의 단시간근로자 중 여성의 비율은 54.8%¹⁰⁾로서 OECD 국가 평균 73.6% 중 최하위이다¹¹⁾. 그리고 단시간근로자 중 여성의 비중은 통계수치로는 높아지지 않고 있다(1990년 58.7%, 1995년 61.2%, 1996년 63.5%, 1997년 62.4%, 1998년 54.8%).

이는 우리나라의 경우 모성보호비용의 사회화, 탁아시설의 확충 등을 통하여 기혼여성이 가사와 양육을 병행하면서 일할 수 있는 여건이 확보된다면, 기혼여성의 잠재노동력 활용여지가 크다는 것을 의미한다. 그러나 노동부 「단시간근로 실태조사(1997년)」의 단시간근로 성별·연령 비중을 보면 남성 단시간근로자의 대부분이 20대인 반면에 여성 단시간근로자는 전연령대에 걸쳐 있고, 20대 단시간근로자 중 남성은 29.3%에 불과한 반면, 여성은 70.7%를 차지하고 있다.

단시간근로자는 근로시간의 길이가 정규근로자에 비하여 짧은 점에서, 즉 근로시간의 길이에 의하여 정형적·표준적 근로관계의 범주에서 제외되는 비정형근로이다. 그러나 실제로는 정형적(정규) 근로자와 같은 길이의 근로시간으로 일하는 명목(유사)상의 단시간근로가 일반화되어 있어서, 사용자가 인건비 절감이나 경영의 편의를 위하여 풀타임근로자를 단시간근로자로 대체하는 현상을 보이고 있다. 현행 근로기준법은 단시간근로자의 초과근로에 대한 한도를 규정하고 있지 않기 때문에 단시간근로자의 근로시간과 정규근로자의 근로시간은 현실적으로 차이가 발생하지 않을 수 있다.

단시간근로자의 근로조건에 대한 각종 실태조사 결과에 의하면, 단시간

일(16.6%), 프랑스(14.8%), 미국(13.4%), 터키(6.2%), 헝가리(3.4%), 체코(3.3%).

10) 그러나 노동부의 단시간근로 조사결과에 의하면 단시간근로자의 약 80%가 여성으로 나타나고 있다. 단시간근로자 중 여성의 비율은 1993년은 77%, 1994년은 78.7%이고, 1995년은 78.3%이다(최경수, 『단시간근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1997; 노동부, 『시간제 고용실태조사』, 1996). 또한 전국금융노동조합연맹의 조사에 의하면 1998년 4월 말 현재 금융업의 단시간근로자의 95% 이상이 여성이며, 대부분의 경우 이들은 사실상 정규직과 동일한 근로시간을 일하면서도 단시간근로자로 고용되어 있다고 밝히고 있다(전국금융노동조합연맹, 『금융산업구조조정 분석과 노동조합의 대응전략』, 1998).

11) 시간제 취업자 중 여성의 비중 : 일본(67.5%), 미국(68.0%), 영국(80.4%), 독일(84.7%), 프랑스(79.3%), 캐나다(69.5%), 네덜란드(75.8%), 스페인(75.9%).

근로자는 정규직 근로자에 비해 낮은 임금을 받고 있으며 상여금, 수당, 시간외 근로수당 등에 있어서도 불이익을 받고 있는 것으로 나타나고 있다.¹²⁾ 그리고 연월차휴가, 생리휴가 등 휴가제도에 있어서도 정규근로자에 비하여 적용비율이 낮다¹³⁾.

3. 파견근로

우리나라의 임금근로자 대비 파견근로자(파견법에 따라 등록된 파견근로자) 비중은 1998년 현재 0.3% 수준으로 일본의 1.3%(1997년 기준), 미국의 1.8%(1997년 기준), 독일의 0.5%에 비해 낮은 수준이다. 1998년 파견근로자보호등에관한법률이 시행된 후 공식통계에 의하면 우리나라의 파견근로자수는 4만 2천명으로 취업근로자 대비 0.2%, 임금근로자 대비 0.3%이다.

1998년 이전에는 파견근로에 대한 공식적인 통계가 나오지 않았으나, 1997년 노동부 각 지방사무소에 보고된 파견업체수는 2,699개, 파견근로자수는 10만명, 사용사업체수는 3,164개(100인 이상 규모)였으며, 이미 합법화되어 있는 청소·경비를 포함하여 파견업체수는 3,573개, 사용사업체수는 3,954개(30인 이상 규모), 파견근로자수는 22.5만명으로 추정되었다. 그리고 공식적으로 파악되지 않는 불법 파견근로까지 포함하여 사실상 더 많은 숫자의 파견근로자가 추산되었다. 그러나 1998년 파견법 시행후 공식통계에 의한 파견근로자수는 불과 4만 2천명으로 파악되었다.

그밖에 1997년 5월 한국노동연구원에 의한 ‘파견근로 실태조사’¹⁴⁾에서는 개략적이거나 파견근로자의 근로실태 및 근로조건을 파악할 수 있었다.

1996년 민주노총에 의하여 실시된 ‘파견근로에 대한 실태조사’¹⁵⁾에 따르

12) 노동부, 『시간제 고용실태조사』, 1996; 최경수, 『단시간근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1997.

13) 민주노총의 조사(김유선, 『한국의 고용사정과 정책과제』, 1997)에 의하면 조사대상업체의 단시간근로자에게 적용되는 휴가는 월차휴가 17.4%, 연차휴가 8.7%, 산전산후휴가 4.3%, 생리휴가 17.4%에 불과하다. 그리고 각종 사회보장보험 가입률은 산재보험 21.7%, 의료보험 21.7%, 고용보험 4.3%, 국민연금 8.7%로 나타나고 있다.

14) 정인수, 『파견근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1998.

15) 동 조사는 1996년 5월 15일부터 6월 17일까지 민주노총 산하의 단위노조를 대상으로 실시되었으며, 노동조합 108개, 근로자 915명(남자 75.5%, 여자 24.5%)이 응

면 파견근로자의 주당 근로일은 5.9일, 평균 근로시간은 58.2시간으로 정규직의 1994년 주당 평균 근로시간의 47.4시간보다 21% 이상 장시간노동을 하고 있는데 반해, 임금은 정규직의 60.3%에 불과했다. 특히 여성의 경우 월급여 총액은 남성 파견근로자의 70% 정도에 불과하며 근로시간은 남성보다 16%가 더 긴 것으로 나타났다. 또한 파견직임을 알고 취업한 근로자 중 64%가 원하는 직종의 정규직을 구할 수 없어 선택한 것으로 나타났으며, 75%의 파견근로자가 기회만 있다면 정규직으로 전환하고 싶다고 응답했다.

4. 특수고용관계

골프경기보조원, 학습지 교사, 보험상품판매인, 컵서비스 배달원 등 도급 또는 위임의 형태로 노무를 제공하는 특수고용관계 종사자들의 숫자는 44만여명으로 추정되나¹⁶⁾, 노동계에서는 100만명을 주장하기도 하는 등 정확한 숫자는 파악하기 어렵다.

1999년 한국노동연구원의 특수고용관계 종사자들에 대한 실태조사¹⁷⁾에

답하였다. 고용유형별로는 정규직 85.9%, 임시·일용직 5.3%, 용역·파견직 4.6%, 파트타임 0.1%, 촉탁·계약직 3.0%, 사내 하도급 1.0%, 기타 0.1%였다.

16) 김소영·김태홍, 『근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안』, 노동부, 1999. 12.

17) 실태조사는 현재 근로계약을 맺고 있지는 않으나 근로자적 성격을 가지고 있는 대표적인 업무인 7개를 대상으로 사업체 110개와 취업자 700명을 조사하였다. 조사대상 근로자는 조사된 기업 중에서 임의로 5개사를 추출하고, 회사별로 다시 조사대상 근로자 20명을 임의추출하여 조사하였다. 그리고 실태조사를 위한 설문지의 조사항목은 사업체용이 ‘인적자원 활용현황, 계약형식 및 계약내용, 근무형태 및 근로조건, 인적자원관리 현황’ 등이고, 취업자용이 ‘특수계약 취업자의 인구학적 특성, 입직경로, 계약내용 및 형식, 근무형태, 임금 및 근로조건, 복리후생, 노조(권리옹호단체) 가입유무와 필요성에 대한 인지도’ 등이었다(김소영·김태홍, 『근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안』, 노동부, 1999. 12.).

<조사대상직종 및 조사규모>

	조사사업체 현황(개)		조사근로자 현황(명)	
	조사대상	조사완료	조사대상	조사완료
골프경기보조원	20	12	100	93
방문지도교사	20	19	100	100

의하면 골프경기보조원의 경우 100%가 여성이며, 학습지 방문지도교사는 88.9%, 보험상품 판매원은 95.9%, 서적판매원은 95.7%, 화장품판매원은 95.1%, 식품 및 음료판매원은 83.3%가 여성으로 나타나고 있다. 각각의 직종별 실태 및 대우는 다음과 같다.

골프경기보조원의 경우 75%가 주당 1회에서 12회 이상 업무지시를 받고 있으며, 25%는 전혀 업무지시를 받지 않고 있다. 업무지시는 정규직 관리자(66.7%)와 비정규직 관리자인 캐디 마스터(33.3%)가 하고 있다. 업무의 전속성 및 비대체성과 관련해서는 골프장의 66.7%는 골프경기보조원이 다른 회사와 계약을 체결해도 된다고 응답하였으며, 골프경기보조원들 역시 59.1%가 다른 회사와의 계약이 가능하다고 답변하고 있다. 시간적·장소적 구속을 보면 33.3%가 출근시간이 정해져 있고, 93.5%가 근무장소의 제한을 받고 있다. 취업규칙 등의 적용에 있어서는 특수직만의 취업규칙, 복무규정, 인사규정이 적용되는 비율이 55.9%, 정규직을 위한 규정이 적용되는 비율이 11.8%이다.

계약관계 및 계약형태에 관해서는 골프장들의 75%가 그들이 경기보조원과 체결한 계약은 근로계약, 위탁계약 등 어느 것에도 포함되지 않는다고 하며, 8.3%만이 근로계약을 체결하였다고 응답하고 있다. 골프경기보조원의 근로시간 및 대우를 보면, 이들은 평균 주당 5.9일, 1일 7.9시간 일하고 있으며, 평균 보수는 121.39만원이다. 그리고 이들이 받는 보수 중 118.8만원이 내장객이 지급하는 캐디피이다. 임금지급 형태에 있어서는 91.7%는 본인이 직접 내장객으로부터 수익을 확보하고 있고, 8.3%만이 사용자로부터 급여를 지급받고 있다. 골프경기보조원에게 퇴직금이나 상여금을 지급하고 있는 골프장은 전혀 없었으며, 75%의 골프장이 의료보험, 국민연금, 고용보험을 적용하고 있으며, 58.3%가 산재보험을 적용하고 있다.

학습지 교사의 경우 68.5%가 회사와 위탁계약 또는 도급계약을 체결하고 있다. 그러나 학습지 교사는 대부분 회사내 관리자와 대리점의 점장

보험대리인	20	20	100	100
서적판매사원	20	13	100	100
화장품판매사원	10	10	100	100
식품판매사원	10	10	100	100
자동차판매사원	10	9	100	93
전 체	110	93	700	696

또는 소장으로부터 업무지시를 받고 있으며(58%가 주당 5회 이상의 업무지시를 받고 있으며, 업무지시를 받지 않고 있는 경우는 전혀 없다), 회사의 업무지시를 위반한 경우 계약해지를 당하거나, 경고를 받는다. 그리고 학습지 교사는 계약유형에 관계없이 다른 회사와 계약을 체결할 수 없다. 78.9%는 계약유형에 관계없이 다른 회사와 계약을 체결할 수 없으며, 94%가 별도로 근로자를 채용하거나 계약을 체결하여 업무를 대행시키는 것이 불가능하다. 또한 52.6%는 출퇴근시간이 정해져 있지 않으나, 거의 대부분이 1주 1~2회 이상의 아침조회에 참석하고 있으며, 조회 미참석시에는 경고를 받거나, 급여 및 수당을 삭감당하고 있다. 선발과정에 있어서도 채용시험은 치르지 않으나, 면접을 통하여 선발된다.

그리고 절반 이상이 실적관리에 의하여 그 결과가 급여 및 승진에 반영된다. 교육훈련에 있어서도 대다수가 기초교육훈련, 전문지식과 기능교육, 승진 전후의 관리자 교육을 받고 있다.

학습지 교사의 근로시간 및 대우를 보면, 이들은 평균 주당 5일, 1일 8.2시간 일하고 있으며, 평균 보수는 118.5만원이다. 이 중 직접 수익확보가 68.8만원, 성과급이 39.8만원이며, 고정기본급과 정액수당은 각각 5만원, 4만 5천원에 불과하다. 임금지급 형태에 있어서는 78.9%가 본인이 판매를 통하여 받은 수익을 납부하고 월별수익을 정산하여 지급받고 있다. 학습지 교사에게 퇴직금(5.3%)이나 상여금(5.3%)을 지급하고 있는 경우는 거의 없으며, 휴가비용과 자녀학자금은 각각 10.5%가 지급하고 있다. 의료보험과 국민연금은 전혀 적용하지 않고 있으며, 고용보험은 15.8%가, 산재보험은 21.1%가 적용하고 있다.

보험상품판매인의 경우 보험판매회사의 50%가 그들이 보험상품판매인과 체결한 계약을 위탁계약이라고 응답하였으며, 27.3%는 근로계약, 9.1%는 도급계약이라고 응답하였다. 보험상품판매인의 근로실태를 보면, 90.9%가 소정근로일이 정해져 있으며, 출퇴근시간에 있어서도 전혀 정해져 있지 않은 경우는 4.5%에 불과하다. 그리고 보험상품판매인은 다른 특수고용관계의 근로자들보다 주당 업무지시를 받는 횟수가 훨씬 많다. 95.5%가 주 1회 이상의 업무지시를 받고 있으며, 54.5%는 주 6회 이상의 업무지시를 받고 있다. 4.5%만이 업무지시를 받지 않고 있다. 그리고 회사의 업무지시를 위반한 경우 61.9%가 경고를 받으며, 19%는 급여가 삭감되는 등 그 실태

에 있어 노무제공에 대한 구체적인 지휘·감독이 행하여지고 있다. 보험상품판매인의 직무만족도에 대한 분석결과에서도 근무의 자율성이 없다는 사실이 가장 큰 불만으로 나타나고 있다. 또한 보험상품판매인의 63.6%는 계약유형에 관계없이 다른 회사와 계약을 체결할 수 없으며, 77.3%가 별도로 근로자를 채용하거나 계약을 체결하여 업무를 대행시키는 것이 불가능하다.

보험상품판매인의 근로시간 및 대우를 보면, 이들은 평균 주당 5.6일, 1일 5.7시간 일하고 있으며, 평균 보수는 148만원이다. 이 중 직접 수익확보가 62만원, 성과급이 65.6만원이며, 고정기본급과 정액수당은 각각 12.5만원, 6만원이다. 그리고 18.2%가 퇴직금을, 40.9%가 상여금을, 31.8%가 교통비를, 77.3%가 자녀학자금을 지급받고 있다. 건강진단은 63.6%가 실시하고 있다. 보험판매회사의 사회보험 적용비율은 의료보험 4.5%, 국민연금 9.1%, 고용보험 4.5%, 산재보험 13.6%로 매우 낮다.

보험상품판매인은 18.2%가 퇴직금을, 40.9%가 상여금을, 31.8%가 교통비를, 77.3%가 자녀학자금을 지급받고 있다. 건강진단은 63.6%가 실시하고 있다. 보험판매회사의 사회보험 적용비율은 의료보험 4.5%, 국민연금 9.1%, 고용보험 4.5%, 산재보험 13.6%로 매우 낮다.

다음 방문판매원들의 실태조사 결과는 조사대상인 음료식품판매원, 서적판매원, 화장품판매원, 자동차판매원의 업종에 따라 상이하기는 하나, 다음과 같이 요약할 수 있다. 서적판매인의 77%, 화장품판매인의 63.7%, 자동차판매인의 44.4%가 주 5회 이상의 업무지시를 받고 있다. 업무의 전속성에 있어서는 음료식품판매회사의 50%, 서적판매회사의 53.8%, 화장품판매회사의 36.4%, 자동차판매회사의 66.7%가 판매원이 다른 회사와 계약을 체결할 수 없다고 응답하여 업종에 따라 차이가 있다. 시간적·장소적 구속성에 있어서는 음료식품업종은 90%, 자동차판매인은 66.7%, 화장품판매인은 54.5%, 서적판매업종은 53.8%가 소정근로일이 정해져 있다. 그밖에 업무평가 및 실적관리의 실시에는 업종별로 차이가 있으나, 업무지시 위반에 대한 징계는 거의 모든 판매업종에서 이루어져 아무런 제재도 하지 않는 비율은 10%에 불과하다. 교육훈련의 실시비율도 모든 판매업종에서 매우 높게 나타나고 있으며, 업무의 중요도에 대한 평가에서도 대부분의 판매업종(90~100%)에서 판매원들의 판매업무가 ‘핵심적인 업무’

라고 응답하고 있다.

이상 실태조사 결과를 분석할 때 보수에서 고정기본급과 정액수당의 비중이 낮고, 직접 수익확보와 성과급의 비중이 낮다는 사실과 계약의 형태(위탁계약이나 도급계약)만을 갖고 근로자성을 부인하는 것은 타당하지 않다는 사실을 확인할 수 있다. 물론 각 직종별, 업종별로, 그리고 동일 직종 내지 업종에 있어서도 근로실태가 차이가 있기는 하나, ‘업무수행에 대한 지시·감독, 업무의 전속성 및 비대체성, 시간적·장소적 구속, 선발 및 채용관계, 취업규칙 등의 적용, 인사고과 및 실적관리, 징계, 교육·훈련, 근로제공관계의 계속성 및 업무의 중요도(업무확보의 필요성·항상성), 시설, 작업도구의 제공, 보수의 성격, 근로소득세 납부, 계약관계 및 계약형태, 근로조건의 보장’ 등에 대한 실태조사 결과 이들의 근로자성은 대체로 부인하기 힘들다.

5. 텔레워크(telework)

산업정보화 및 정보산업의 발달이 결합하여 만들어낸 새로운 고용형태인 텔레워크(telework)는 유연화된 고용형태 중에서도 가장 파격적인 유형으로서, 재택근로라 칭해지기도 하고, 통신근로 또는 원격근로로 불리우기도 한다¹⁸⁾. 우리나라에서는 영어권 국가에서 사용되는 홈워크(home work)를 ‘가내근로’ 또는 ‘재택근로’로 번역하기도 하고, 텔레워크(telework)를 ‘통신근로’ 또는 ‘재택근로’로 번역하기도 하여, 개념상의 혼돈을 초래하고 있다. 본고에서는 ‘텔레워크’라는 용어를 사용하기로 한다¹⁹⁾.

텔레워크에 관해 널리 받아들여지는 정의는 아직 없다. 다만 근로의 장소가 공간적으로 작업주문자(사용자)로부터 분리되어 있고, 컴퓨터 등 프로그래밍수행적 노동수단을 사용한다는 두 가지 표지에 대해서만은 이론이 없다.²⁰⁾

18) 텔레워크를 작업주문자와의 공간적 분리라는 점에 주목하여 가내근로의 현대화된 형태, 즉 가내근로의 한 유형으로 파악하기도 하지만, 양자는 기술과 조직 및 작업주문자와의 결합형태 등에서 차이가 있다. 텔레워커는 가내근로자보다는 작업주문자와의 결합도가 상대적으로 높은 것이 일반적인 경향이다.

19) 그 이유에 관해서는 본고의 주 2) 참조

20) Reinhard Richardi & Otfried Wlotzke, 1993, pp.1878 참조.

텔레워크에 관하여는 명확한 개념 정립도 안되어 있지만, 근로의 장소가 공간적으로 기업과 분리되어 있다는 특성상 외국에서도 그 정확한 숫자나 실태 파악이 어려운 것으로 지적되고 있다. 다만 몇몇 연구에 의하여 이들의 근로조건이나 근로실태를 개략적으로 알 수 있을 뿐이다.²¹⁾

한국노동연구원의 1999년 ‘텔레워크를 활용하고 있는 기업 및 텔레워커에 관한 실태조사’²²⁾ 결과에 의하면 우리나라에서도 정보통신의 발달과 함께 다양한 분야에서 텔레워커의 활용이 증가되고 있는 것으로 나타났

21) 김소영·조준모·강성태, 『텔레워크(재택근로)의 실태 및 노동법적 과제』, 노동부, 1999. 12; 김소영·어수봉, 『재택근로에 관한 연구』, 한국노동연구원, 1997; 조성혜, 「재택근무자(텔레커뮤니티)의 시·공간 행태에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1995.

22) 본 실태조사는 크게 텔레워크를 활용하는 기업체와 텔레워커의 두 부분으로 나누어 각각의 특성에 맞게 활용실태를 조사하였다. 기업 사례조사는 텔레워크의 현황과 특성을 파악할 수 있는 부분, 텔레워크의 도입 효과 및 텔레워커의 계약형태 및 근로조건, 관리·감독형태를 파악할 수 있는 부분과 텔레워크 활용에 대한 평가 및 계획을 파악할 수 있는 부분 총 4개의 부분으로 구성하여 조사하였다. 텔레워커에 대한 설문은 텔레워커의 기본사항 및 텔레워크의 형태에 관한 부분, 재택근로자의 계약형태 및 근로조건, 관리·감독 형태 등에 관한 부분, 재택근로에 대한 만족도 및 희망사항에 관한 부분으로 구성하였다.

<사업체 사례조사 현황표>

	업종	텔레워커수	계약형태	업무내용
한국통신	정보통신	260명	정규직	전화번호 안내
현민시스템	정보통신	4명	임시·계약직	자료입력, 회원관리 그래픽 디자인
크낙정보통신	정보통신	100명	임시·계약직	그래픽 보정작업
네스트	정보통신	1명	임시·계약직	자료입력, 회원관리
브롱스 인터내셔널 그룹	정보통신	3명	임시·계약직	번역, 통역
아이빌소프트	정보통신	120명	임시·계약직	가상 강의/교육
TodSystem	정보통신	6명	임시·계약직	프로그래밍, 인터넷 웹디자인
NWP	과건업	120명	임시·계약직	번역, 자료정리
웅진출판	출판	15~20명	임시·계약직	출판관련 업무

다. 그리고 텔레워커의 활용은 아직 단순반복적인 업무에 집중되어 있지만, 프로그래밍과 그래픽 디자인 작업 등 근로자의 창의성과 능력을 반영할 수 있는 업무들로 점차 그 범위가 확장되고 있는 것을 알 수 있다. 회사측이 텔레워커를 활용하는 목적은 주로 인력관리의 편리성, 사무실 비용 및 업무시설비의 절감 등이지만, 반면에 텔레워커의 갑작스런 이직과 이에 따른 대체인력 투입의 어려움, 업무성과의 측정방법 미비에 따른 양질의 근로서비스의 지속적인 제공의 어려움 등을 단점으로 지적하고 있다. 한편 텔레워커들의 계약형태는 자유계약 형태(54.4%)가 근로계약 형태(33.1%)보다 많았으며, 텔레워커의 단점으로서 고용의 불안정, 보수 및 퇴직금, 승진에 있어서의 불리함, 복지혜택의 결여, 회사에의 소속감 결여 등을 지적하고 있다. 아직까지 우리나라에 텔레워커가 본격적으로 도입되었다고 볼 수는 없으나, 실태조사 분석결과 텔레워커들은 급여수준(평균 근로시간이 40~50시간 이상임에도 불구하고 실제로 받는 급여수준은 대체로 60~80만원 수준임) 및 복지, 근로환경 등에서 정규근로자에 비하여 상대적으로 낮은 대우를 받고 있으며, 노동법적 보호에서도 소외되고 있는 것으로 나타나고 있다.

본 연구원의 실태조사 결과를 보다 상세히 살펴보면 다음과 같다.

텔레워커들이 근무하고 있는 회사의 업종으로는 주로 정보통신업, 언론출판분업, 금융보험업의 순으로 나타났으며, 회사형태별로는 순수민간기업, 개인업주, 공기업 순으로 소속되거나 계약을 체결하는 것으로 나타났다.²³⁾

설문응답자의 160명 중 남녀 비율은 각각 50%로 나타났는데, 응답자의 대부분(86.7%)이 미혼자들로서, 일반적 인식과 달리 기혼 여성의 참여가 매우 낮은 것으로 나타났다.

연령대별로는 20대가 83%를, 30대가 13.7%를 차지하고 있다. 이는 텔레워커가 컴퓨터와 인터넷을 통한 정보통신을 활용하는 업무가 대부분이기 때문일 것이다. 학력별로는 텔레워커의 특성상 고학력을 가진 사람들

23) 이러한 분포는 기존에 제시되었던 선진국의 사례분석과 비슷한 결과를 보여주는 것으로 특히 텔레워커가 가장 많이 실행되는 산업으로 정보통신산업과 컴퓨터 관련업, 그리고 금융보험업 및 언론출판 분야가 대표적인데, 이들 업종은 생산성 증대 및 비용절감, 숙련기술자의 확보 등을 위해 텔레워커를 활용하고 있다.

이 많은 것으로 나타나고 있다.

그리고 텔레워커의 신분은 자유계약직이 54.4%였고, 근로자 신분을 가진 자가 33.1%로 나타났다. 그러나 근로자인 텔레워커의 경우 임시직, 계약직이 83.6%를 차지하고 있다. 또한 근로계약기간도 3개월 이상 12개월 미만이 83.7%를 차지함으로써 장기보다는 단기의 텔레워커가 일반적이었다. 즉 텔레워커의 신분이 대부분 단기계약직 형태로 이루어지고 있음을 볼 수 있다.

텔레워커에 종사하는 이유로는 ‘통근부담의 감소와 여유 있는 생활의 실현’(35.7%), ‘정규직 직장에 얹매이는 것이 싫어서’(26.6%), ‘일 자체가 마음에 들어서’(26.4%), ‘정규직을 구할 수가 없어서’(22.8%) 등을 들고 있다. 이러한 결과로 볼 때, 텔레워커를 선택하는 이유가 통근부담 감소와 여유 있는 생활실현이라고는 하지만 정규직을 구할 수 없거나 정규직에 얹매이기 싫어서 텔레워커를 선택하는 근로자들도 상당수에 이름을 알 수 있다. 한편 재택근로자의 특성인 가사 및 육아와의 병행에 대한 특성이 적은 것은 응답자의 대부분이 미혼이기 때문일 것이다.

텔레워커의 장소로는 ‘자택 또는 오피스’라고 응답한 응답자가 72.9%로 가장 많았고, 회사에서 마련한 공동사무실에서 근무하는 경우도 11%로 나타났다. 또한 별도의 사무실 없이 휴대단말기 등을 통해 장소에 구애받지 않고 업무를 하는 경우도 9%나 되는 것으로 나타났다.

한편 텔레워커의 업무지시는 정기적인 출퇴근으로 지시받는 경우가 71.6%로 가장 많았고, 통신상의 온라인 업무처리가 13%로 다음을 차지했으며, 오프라인 형태도 8.1%에 이르는 것으로 드러났다.

텔레워커들의 1주일 평균 근로시간은 41~50시간이 28.1%, 31~40시간이 19.6%, 21~30시간이 18.3% 순이었으며, 50시간 이상 근로자들도 7.8%나 되었다. 이러한 결과로 볼 때 텔레워커의 노동강도가 정규직과 비교할 때 큰 차이가 없으며, 오히려 더 큰 것으로 나타났다. 텔레워커의 월평균 급여수준은 60~80만원 수준이 30.1%로 가장 많았고, 다음이 80~100만원 수준으로 17.8%, 40~86만원 수준이 16.4% 순으로 나타났다. 이러한 결과로 볼 때 텔레워커의 급여수준이 100만원 미만인 근로자가 전체의 71%를 차지하는 것으로 나타나고 있다.

회사와의 관계에서 신분 및 직위를 볼 때 도급위탁 형태나 프리랜서 등

자유계약자라고 대답한 응답자들은 보수결정에 있어서 업무성과에 따른 차등지급이 57.3%로 고정된 급여를 받는 경우보다 많았다. 이는 텔레워크의 특성으로 할당된 업무의 성취도가 우선됨을 보여주고 있다. 근로자 신분의 텔레워커의 임금을 결정하는 기준은 크게 업무성과와 근로시간에 따라 구분해 볼 수 있는데, 근로시간에 따른 성과지급이 45.8%로 주를 이루고 있었으며, 업무성과에 따른 임금지급도 37.5%를 차지하였다.

또한 임금이 근로시간에 따라 결정된다면 근로시간은 일정한 시간을 일한 것으로 간주하는 형태가 87.5%로 대부분을 차지하였고, 실제 일한 근로시간만을 적용받는 근로자는 12.5%에 불과한 것으로 나타났다. 이는 텔레워크의 노동강도 및 정도를 파악할 수 있는 수단이나 방법이 없기 때문에 텔레워크를 할 때 초기에 일정한 시간대비 근로계약을 체결하는 것으로 보인다. 이와 함께 상여금, 퇴직금 모두가 지급되고 있다라는 응답이 16.9%를 차지하지만 잘 모르겠다라고 응답한 비율이 40.8%로 자신의 상여금과 퇴직금 등 부가급여에 대한 정확한 내용을 파악하고 있지 못하는 것으로 파악되었다.

텔레워커의 경우 근로 자체가 집에서 이루어지기 때문에 별도의 휴가를 대부분 가지고 있지 않았다. 그러나 휴가제도가 있는 경우도 24.7%에 이르는 것으로 나타났는데, 이는 정규직 신분으로 월차나 정규휴가의 혜택을 주는 경우에 해당된다. 이렇게 휴가가 없는 것은 대부분 계약, 임시직의 형태로 근무하기 때문에 정규적인 휴가혜택을 누릴 수 있는 기회가 상대적으로 적은 것도 하나의 원인이 될 것이다.

또한 텔레워커에 대해서 정규적인 승진이나 승급제도가 없다라는 응답이 64.8%를 차지함으로써 단순계약직이나 사외근로자로서 근로환경이 고정된 형태를 이루고 있음을 말해주는 것이다. 한편 승급제도가 있다면 사내근로자와 승급제도가 동일하게 이루어진다는 응답이 68.0%로 나타났는데, 승급제도의 적용을 받는 근로자들은 대부분 전문성을 지닌 근로자이거나 이에 준하는 형태가 일반적일 것이다. .

텔레워커에 대해서 회사가 실시하는 안전 및 보건교육 또는 건강진단에 대해 80% 정도가 텔레워크의 특성상 아무런 혜택을 받지 못하는 것으로 나타났다. 또한 텔레워커의 경우 의료보험을 비롯한 사회보험 내지 사내보험의 혜택을 받는 경우는 국민연금은 83.6%, 의료보험은 81.8%,

고용보험은 84.8%, 산재보험은 68.3%로 나타났다. 하지만 학자금 혜택이나 사내 휴양시설의 이용 등 후생복지의 혜택은 받지 못하는 경우가 86.1%나 되었다.

54.2%의 텔레워커들이 회사의 행사에 참여하거나 회사에서 별도의 모임을 조직하여 회합을 갖는 경우가 전혀 없으며, 부정기적으로 모임을 갖는 경우는 29.2%로 나타나 직장동료와의 의사소통이 없으며 원활한 대인관계나 집단단식이 결여된 것으로 나타나고 있다. 텔레워킹에 대한 만족도 조사에 의하면 텔레워킹을 하면서 장점으로 느낀 부분에 대해서는 통근부담의 감소와 여유 있는 생활의 실현이라고 지적한 응답자가 47.4%, 가사 및 육아와의 병행을 장점으로 지적한 응답자가 14.7%였다. 텔레워킹을 하면서 단점으로 느낀 부분에 대해서는 고용의 불안정이 43.0%, 보수 및 퇴직금, 승진 등에 있어서의 불리함이 22.0%, 연금, 유급휴가, 사회보험 등 복지혜택의 결여가 19.7%로 지적되었다. 또한 대인 접촉의 결여로 인한 소외감 및 고립감은 14.0%, 근로시간의 불규칙함으로 인한 개인 생활의 불균형, 피로는 14.8%, 직무훈련 기회의 부족과 비조직 생활로 인한 능력개발 기회의 감소가 3.4%, 안전위생과 산업재해에 대한 대비책의 미비는 1.8%를 지적하였다.

본 실태조사를 통해 텔레워커들의 여건이 근로환경과 급여수준, 업무내용 및 근로시간 등에서 그리 만족스럽지는 못하다는 것을 알 수 있다. 아직까지는 우리나라의 텔레워킹 수준이 초보적인 단계에 머물러 있는 수준이기 때문에 업무영역이 단순업무와 반복적인 형태의 업무에 제한된 것으로 볼 있으며, 이들의 대부분이 임시·계약직 형태를 취함으로써 고용의 보장을 받을 수 없다는 문제점이 지적될 수 있다. 또한 평균 근로시간이 40~50시간 이상에 해당되는 데도 불구하고 실제로 받는 급여수준은 60~80만원 수준이 일반적이라는 것은 근로에 비해 충분한 대우를 받지 못함을 보여주는 것이다. 이와 함께 다수의 텔레워커들이 승진이나 휴가의 혜택을 받지 못함은 물론 정규직 근로자들처럼 소속감을 느낄 수 없어 소외감이나 이질감, 능력개발의 기회가 멀어질 뿐 아니라, 각종 회사의 후생복지제도를 누리지 못한다는 단점을 여러 부분에서 드러나고 있다.

제 3 장

주요 국가의 고용형태 다양화 실태와 관련제도

제 1 절 개 관

1970년대 석유위기를 계기로 미국과 유럽 등 선진자본주의 국가는 경제의 저성장과 고용·실업문제에 직면하여 산업서비스화나 첨단기술 혁신을 크게 진전시켰으며, 동시에 노동시장의 구조변화를 피하여 파견근로, 파트타임근로, 임시직·계약직 근로자 등의 비정형근로가 증가되었다. 게다가 1980년대에 들어와 각국은 신자유주의에 기초한 규제완화 및 유연화 정책을 추진하여 왔다. 이에 따라 경제환경 및 노동환경의 변화와 함께 기존의 표준근로관계 내지 정형근로관계에 해당되지 않는 비정형근로관계가 크게 확산되었다.

그러나 고용형태 다양화에 대응하는 선진자본주의 국가들의 정책기조는 각국이 규제완화 및 유연화에 대하여 어떤 시각을 갖고 접근하느냐에 따라 크게 두 가지 부류로 구분할 수 있다.

첫번째 유형은 독일이나 프랑스와 같이 비정형근로자에 대하여 근로자 보호나 고용안정을 위한 ‘사회적 규제’와 ‘경제적 효율화’를 동시에 추구하며 조정하고자 하는 시도를 보이고 있다.²⁴⁾ 즉, 대량실업을 방지할 목적으

24) 독일의 경우 1985년의 고용촉진법(Beschäftigungsförderungsgesetz)을 통하여 비정형고용의 법적 근거를 부여함으로써 고용에 관한 규제완화를 고용창출로 연결시키고자 하였다.

로 파트타임근로 등의 비정형고용을 촉진하는 법정책을 취하면서, 동시에 노동조합의 근로시간 단축에 대한 공세에 대응하여 단체협약이나 법개정을 통하여 탄력적 근로시간제를 도입하는 등 고용시스템과 근로시간의 규제완화 및 유연화를 추진한다. 그리고 임시직의 대체는 상용근로자의 결근 또는 긴급상황에 한하여 인정하거나, 단기계약직의 고용기간을 반복갱신하거나 계속고용한 경우에는 기간의 정함이 없는 고용으로 취급하는 등 고용형태 유연화에 대한 일정한 방지책을 마련하고, 비정형근로자와 정형근로자간에 부당한 격차가 발생하지 않도록 하는 노력이 정책으로서 추진되고 있다.

두번째 유형은 영국이나 미국과 같이 철저한 신자유주의에 입각한 규제완화 방식에 의하여 비정형근로에 대응하는 유형이다. 1980년대부터 현재에 이르기까지 영미식의 유연화 및 규제완화의 논의는 “유연성을 결여한 경직적 근로조건제도와 노동시장의 수급조정에 대한 다양한 규제가 노동시장과 부조화를 초래하고, 그것은 특정 분야에서의 구인난과 시장에서의 실업상태를 초래한다”는 데에 초점이 맞추어져 있다. 즉, 기업의 기술혁신, 조직변경, 직무내용의 변화, 직능평가의 기준의 전환 등 기존의 노동환경이 변화함에 따라 기업이 요구하는 근로자의 구성도 변화할 수밖에 없으며, 정책과 제도는 이를 뒷받침해야 한다는 것이다.

이와 같은 정책의 차이는 EC 내부의 대립관계를 초래하여 유럽통합을 지향하는 ‘유럽연합(EU) 조약’(마스트리히트 조약)의 성립시(1991. 12. 체결, 1993. 11. 발효) 사회노동입법의 확대추진을 목적으로 하는 사회정책조항을 조약에 포함시키고자 하는 제안이 영국의 강한 반대로 실현되지 못하기도 하였다. 이미 유럽경제공동체(EEC) 성립을 위한 EC 기본조약(1975. 3. 25, 통상 로마조약이라고 한다)의 제117조 이하에서는 EC의 사회정책적 목표와 임무를 정하고 있으며, 각 회원국에 대하여 여러 가지 규정(regulations)과 입법지침(directives)을 두어 왔으나, 크게 진전을 보았다고 평가할 수는 없다.²⁵⁾ 그럼에도 불구하고 EU는 노동·사회정책 분야에서 ① 경제적·사회적 통합과 균형, ② 인적자원의 질적 향상, ③ 산업민주주의의 유지와 경제성장, ④ 고용을 위한 사회활성화, ⑤ 적절한 사회보장의

25) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7.Aufl., S.11f.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S.113f.

확립, ⑥ 고용의 안정과 경제적 적합성, ⑦ 경제발전의 결과로서의 근로생활의 질적 향상을 위한 목표와 방침을 설정하여 계속 추진해 나감으로써 세부 분야의 변혁을 도모하며, 현재 각국의 사회관행이나 제도에 따른 분단화 현상을 점차 개선하고자 하는 노력을 계속하고 있다.

이하에서는 위에서 살펴본 바와 같이 규제완화 및 유연화에 대한 시각과 입장 차이에 따라 고용형태 다양화에 대응하는 각국(독일, 프랑스, 영국, 일본, 미국)의 실태 및 관련제도들을 구체적으로 살펴보기로 한다.

제2절 독 일

1. 개 관

1970년대 중반 이후 독일에서는 석탄, 철강, 조선 등 주요 산업에서 심각한 경영위기가 나타나고 고용의 지속적인 감소와 대량실업사태가 발생함에 따라 비정형근로가 증가하기 시작하였다. 또한 1980년대 독일경제의 구조적 변화 및 기술변화에 따른 유연성의 증대와 1990년대 통독 이후 노동시장의 악화, 전반적인 유럽경제의 재편으로부터 발생하는 도전들로 인하여 다양한 고용형태들이 확산되었다.²⁶⁾

원래 독일의 노동관련법제와 정책의 초점은 1980년대 이전까지는 주로 정형적 고용형태에 맞추어져 있었다.²⁷⁾ 그러나 노동환경의 변화와 비정형 고용의 증가에 따라 그동안 사회적 시장경제를 지향하며 전통적으로 노동조합이 주체가 되어 법률이나 단체협약에서 확립해 왔던 공동결정제도,

26) Friedrich Fűrstenberg, 「독일의 고용관계」, 『국제비교 고용관계』, 한국노동연구원, 2000. 11, 225~248쪽 참조.

27) 원래 독일의 노동법체계는 비교적 강력한 노동조합조직에 의한 단체교섭제도를 중심으로 하여 사회적 시장경제체제하에서 사회복지정책을 실현하기 위한 개별적 노동보호법과 사회보장제도 및 기업 경영상의 결정과정에 대한 근로자의 적극적인 참여를 보장하는 경영참가제도를 중요한 구성요소로 하고 있었다. 그러나 근년에 와서는 다른 선진산업국가와 마찬가지로 경쟁력 강화 및 노동시장 유연화에 대응하는 개별적 근로관계법의 개정을 시도해 왔다.

근로자 보호제도, 해고의 엄격한 규제 등 노동법제도에 규제완화(deregulierung)의 큰 흐름이 작용하게 되었다.²⁸⁾ 물론 다른 선진산업국가들에 있어서의 논의와 마찬가지로 고용형태 다양화에 대한 독일 내의 논의와 정책방향도 이와 같은 새로운 고용형태의 등장인 노동법적 보호와 사회보장을 위태롭게 할 수 있다는 부정적 측면과 반면에 근로자의 사적 생활의 여유 확보와 개인적인 선호에 보다 적합한 근로형태라는 긍정적 측면을 지니고 있다는 두 가지 입장이 대립하면서 전개되어 왔다.

그러나 기본적으로 독일은 비정형근로자에 대하여 근로자 보호 및 고용안정을 위한 ‘사회적 규제’와 ‘경제적 효율화’를 동시에 추구하며 조정하고자 하는 시도를 보여왔다고 평가할 수 있다.

비정형고용의 법적 근거를 부여하고, 비정형근로자의 근로조건 개선을 통한 고용창출을 꾀하고자 1985년 제정된 고용촉진법(Beschäftigungsförderungsgesetz, 1985. 5. 1. 시행)이 그 예이다. 또한 1994년 시행된 근로시간법²⁹⁾의 “두 개 이상의 사업장에서 일하는 파트타임근로자의 근로시간

28) 1990년 이후 독일 내부에서는 이와 같은 규제완화의 필요성 이외에도 노동시장의 변화를 둘러싸고 다음과 같은 요구들이 제기되고, 이러한 요구들을 수용하여 입법화하려는 시도가 이루어졌다. 첫째, 종래 기계화와 분업화에 의한 대량생산 단계에서의 국가의 후견적 보호를 탈피하여 생활수준 및 교육수준의 향상에 따른 근로자의 삶의 질 향상을 이루고자 하는 요청 및 직장생활과 가정생활의 조화를 요구하는 등 노동법의 인간주의화가 크게 요구되었다. 둘째, 여성노동력의 진출이 확대되면서 직장에서의 여성근로자의 인권신장이 요청되었으며, 이로써 구체적으로 남녀동권의 실현을 위한 제도적 정비가 요구되었다. 셋째, 독일의 통일과 만성적 경제불황에 따라 실업자가 현저히 증가함으로써 기업의 적극적인 고용창출노력과 이를 위한 노사 공동협력의 필요성이 증대되었다. 넷째, 유럽연합의 주도국가로서 유럽연합의 지침에 부합하는 노동법의 개정(Europäisierung des Arbeitsrechts)이 요청될 뿐만 아니라, 독일 통일에 즈음하여 제정한 통일조약에 따라 동·서독 노동법의 통합을 위한 통일노동법전의 마련 등 입법적 과제가 부여되었다(하경효, 『노사관계의 규제완화와 노동법의 발전방향』, 노총중앙연구원, 1996. 3, 35쪽 이하).

29) 근로자 삶의 질 향상과 고용창출 및 고용유지를 목적으로 마련된 근로시간법은 동시에 기업의 경쟁력 강화를 위해 단체협약이나 경영협정이 정하는 바에 따라 또는 법이 허용하는 범위 내에서 개별 약정에 따라 근로시간을 탄력적·자율적으로 배분하거나 연장할 수 있도록 하여 변형근로시간제를 확대하고 있다. 동법은 1일 8시간근로제를 원칙으로 하면서도 주당 최고근로시간을 규정하지 않고 있으며, 1일 8시간 원칙의 예외로서 1일 10시간까지 근로시간을 연장하더라도 이를 8시간으로 의제할 수 있는 변형근로시간제도를 최고 6개월 또는 24주 단위로 인정

의 합계가 법정한도를 초과하면 나중에 체결된 근로계약은 근로시간법 위반으로 무효가 된다”는 규정은 파트타임근로의 확산을 통하여 실업자에게 일자리를 분배하고, 동시에 노동시장의 부담을 경감하고자 하는 취지이다.

그러나 독일 역시 ‘불안정고용’이 비정형고용의 심각한 문제로 대두되고 있다. 단시간근로, 기간제근로(계약직), 파견근로 등에 종사하는 비정형근로자들은 공통적으로 표준적 고용계약을 맺는 근로자에 비하여 고용의 불안정, 임금 및 소득수준의 격차, 직업훈련 기회의 결여 등 불안정고용의 특징을 보이고 있다.

2000년 12월 21일 독일 연방상원은 단시간근로를 촉진하고, 기간제근로의 요건을 확정하며, 단시간근로자와 기간제근로자의 차별을 방지하기 위하여 단시간근로 및 기간제근로에 관한 새로운 법률안에 의결하였다. 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률 및 관련 노동관계법의 개정 및 폐기에 관한 법률」(2001. 1. 1. 시행, 이하 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」이라 약칭한다)에 의하여 그동안 단시간근로, 기간제근로 등 비정형고용의 법적 근거를 부여하고, 규율하던 고용촉진에 관한 노동관계법은 폐지되었다.

이하에서는 새로 제정된 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」과 「근로자파견법」(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) 등을 중심으로 독일의 비정형고용 관련제도를 살펴보기로 한다.

하고 있다. 그리고 다시 근로시간을 1일 10시간 이상으로 연장하거나 변형근로시간을 다시 완화·변형시킬 수 있는 예외를 인정함으로써(제7조 제1항 제1호), 근로시간의 탄력화·자율화를 기하고 있다. 한편 여성의 야간근로 및 교대제근로를 허용하였으나, 동시에 인간으로서의 존엄성에 부합하는 한도에서 야간 및 교대제근로자의 근로시간이 결정되어야 한다는 원칙적인 제한규정을 두고 있으며, 야간근로자는 야간작업 개시 전이나 후에 사용자의 부담하에서 건강진단을 청구할 권리를 갖는다.

2. 비정형고용 관련제도

가. 파트타임근로(단시간근로, Teilzeitarbeit)

1) 2001년 이전의 규율(고용촉진법)

기간제근로와 마찬가지로 단시간근로는 1985년 고용촉진법이 제정되기 이전에는 학설과 판례에 의하여 규율되어 왔었다. 고용촉진법은 단시간근로자를 주당 소정근로시간이 당해 사업장의 비교가능한 통상근로자의 주당 소정근로시간보다 짧은 자로 정의하고, 사업장에 주당 소정근로시간이 정해져 있지 않은 경우에는 연간 평균 근로시간을 1주당으로 환산한 소정근로시간을 기준으로 하는 자보다 근로시간이 짧은 자를 단시간근로자로 규정하였다(제2조 제2항). 또한 고용촉진법은 “사용자는 합리적 이유에서 차별대우가 정당화되는 경우를 제외하고는 단시간근로를 이유로 통상근로자와 단시간근로자를 차별하여 처우해서는 안된다”고 규정하여, 단시간근로자에 대한 차별적 처우를 금지하고 있다(제2조 제1항). 따라서 사용자는 합리적 이유에 의해서 차별이 정당화되지 않는 한 단시간근로라는 것을 이유로 통상근로자와 단시간근로자를 차별할 수 없다. 다만 단시간근로자와 통상근로자 사이의 차별적 처우가 단시간근로를 이유로 하는 것이 아니라 노무급부의 질이나 양, 지위, 직업경험, 사회적인 이유(예, 가족수당의 지급요건인 가족의 유무 등의 차이)에 근거하거나, 기타 단시간근로를 이유로 한 차별이라고 하더라도 차별을 정당화하는 합리적 이유가 인정되는 경우에는 그 차별은 적법한 것으로 인정된다. 예를 들어 기업연금 등의 사회급부금액을 임금에 비례시키는 것은 합리적 근거가 있는 것으로 취급되나, 회사가 복지혜택에서 단시간근로자를 완전히 배제하는 것은 적법하지 않은 것으로 인정된다.

연방 연차휴가법, 모성보호법, 해고제한법 등은 단시간근로자에게도 적용된다. 고용촉진법의 균등대우 규정은 이 법 제정 이전부터 학설과 판례상 확립된 원칙을 명문화한 것으로서, 사용자가 근로자에 대하여 취하는 모든 조치와 노사협정에 적용되며, 특히 임금지급과 관련하여 문제된다.

독일 연방노동법원(BAG)은 단시간근로자에 대한 노동법적 보호의 결여라는 문제점에 직면하여 기업 차원의 노령연금 지급문제, 부가급여 지급의 문제, 정상근로시간의 50% 이하로 취업중인 근로자에 대한 부조적 청구권의 인정여부 및 질병시의 임금계속지급 문제 등에 대하여 일관된 태도를 유지하여 왔다. 다만 단시간근로에 관한 각종 간접차별 문제에 대하여는 확립된 견해를 정립하지 못하여 왔으나,³⁰⁾ 신임금계속지급법(1994. 5. 26)은 단시간근로자에 대한 차별적 취급을 폐지하였다.³¹⁾

또한 고용촉진법 제3조는 “사용자는 근로시간의 길이나 배치의 변경을 희망하는 단시간근로자에 대하여 사업장의 당해 직무에 결원이 생기는 경우에는 근로자에게 이를 통지해야 한다”고 규정하고 있으며, 동법 제5조 제1항은 “사용자는 하나의 직무를 두 명 이상의 근로자에게 분할할 것을 근로자와 합의할 수 있으며, 그 중 한 명이 결근하는 경우 다른 근로자가 그 직무를 대행할 의무는 긴급한 경영상의 필요성이나 노사협정에 의해서만 발생한다”고 규정하고 있다.

이와 같이 독일의 경우 단시간근로자의 근로조건 등에 관하여 법률과 판례가 보호의 범위를 넓혀나가고 있기는 하지만, 여전히 정규근로자에 비하여 근로자 보호법규나 근로조건에 집단적 규율 측면 모두에서 불이익을 받고 있다고 볼 수 있다. 즉, ① 일반 근로자의 경우 1주 10시간 또는 1월 45시간을 한도로 인정되는 유급질병휴가권(임금지급법 제1조)이 파트타임근로자에 대해서는 인정되지 않는다. ② 통상의 주당 근로시간이 15시간 이하이며 월급여 총액이 최저생계비(현행 440마르크) 이하인 파트타임근로자에 대해서는 의료보험과 법정 연금기금 모두에 대한 의무적인 보험료가 면제된다. ③ 공공실업보험이 적용되지 않으며, 주당 근로시간이 17시간을 초과하지 않는 경우에는 실직하더라도 여타의 급여에 대한 권리가 인정되지 않는다. ④ 주당 15시간 이하로 근로하는 파트타임근로자에

30) 하경효, 앞의 책, 40쪽.

31) 종전의 임금계속지급법은 소정근로시간이 주 10시간 또는 월 25시간을 초과하지 않는 생산직 근로자는 사용자에 대하여 임금계속지급청구권이 없다고 규정하였다(제1조 제3항 2호). 그러나 연방노동법원은 동 규정이 생산직 근로자와 사무직 근로자간의 차별이며(BAG, 5. 8. 1987, AP Nr.72 zu §1 LohnFG.), 여성 근로자에 대한 간접적 차별(BAG, 9. 10. 1991, AP Nr.95 zu §1 LohnFG.)이라는 이유로 무효라고 판시하였다.

게는 상당수의 단체협약의 적용이 배제된다.³²⁾

뿐만 아니라 파트타임근로자는 대부분 소규모의 사업장에 집중되어 있으므로 간접적으로 불이익을 받고 있다. 즉, 사업장의 규모로 인하여 해고 제한법상의 부당해고에 대한 보호규정이 적용되지 못한다거나 경영협의회를 설치할 수 없는 등 법적·제도적 불이익이 축적되는 경향이 있다.

2) 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」(2001. 1. 1. 시행)

가) 단시간근로의 정의

단시간근로를 촉진하고 단시간근로자의 차별을 방지하기 위한 목적으로 2001년 1월 1일부터 시행되기 시작한 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」은 단시간근로자를 다음과 같이 정의하고 있다. 즉, ‘단시간근로자’라 함은 1주간의 소정근로시간이 비교할 수 있는 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다. 주간근로시간을 특정하지 아니한 경우에는 1년을 평균한 근로시간이 비교할 수 있는 통상 근로자의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다. ‘비교할 수 있는 통상 근로자’라 함은 당해 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자를 말한다. 당해 사업장에 비교할 수 있는 통상의 근로자가 없는 경우에는 적용 가능한 단체협약을 기준으로 한다. 그 외의 경우에는 당해 산업에 종사하는 자를 비교할 수 있는 통상의 근로자로 본다(제2조 제1항).

또한 동법은 사회법전(Sozialgesetzbuch) 제4권 제8조 제1항 제1호에 의한 일시적 근로행위자(geringfügige beschäftigung)도 이 법의 단시간근로자로 본다(제2조 제2항). 이는 1985년의 고용촉진법보다 단시간근로자의 범위를 확장한 것으로서, 보호대상의 확대를 의미한다.

나) 차별금지 원칙

단시간근로자는 단시간근로를 이유로 비교할 수 있는 통상의 근로자보다 불리한 처우를 받지 아니한다. 단, 통상의 근로자와 달리 처우하는데

32) 그러나 단체협약이 적용되는 경우라도 고용촉진법 제6조 제1항은 “동법의 파트타임근로자에 대한 보호규정은 단체협약에서 이와 다르게 정하는 경우 근로자에게 불리한 경우에도 적용된다”고 하여, 협약우위의 원칙을 규정하고 있다.

대한 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 단시간근로자는 임금 또는 분할가능한 금전적 보상에 대하여 최소한 비교할 수 있는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 범위의 보장을 받는다(제4조 제1항).

다) 단시간근로의 촉진을 위한 조치

사용자는 근로자에게 중견간부를 포함하여, 이 법에 의한 단시간근로를 가능하게 하여야 한다(제6조). 그리고 사용자가 기업 내에 또는 공개적으로 모집공고를 내는 경우 그 업무가 단시간근로에 의해서도 수행될 수 있는 경우에는 단시간근로도 가능하도록 하여야 한다(제7조).

라) 단시간근로의 통상 근로로의 전환을 위한 조치

사용자는 근로자대표(Arbeitnehmervertretung)에게 해당 사업장 또는 기업의 단시간근로에 대한 정보, 특히 기존의 또는 계획된 단시간근로에 대한 정보 및 단시간근로에서 통상 근로로의 전환 및 통상 근로에서 단시간근로로의 전환에 관한 정보를 제공하여야 한다. 근로자대표는 필요한 정보를 요구할 수 있다(제7조 제3항 본문).

근로자가 단시간근로에서 통상 근로로의 전환을 거부하거나 또는 통상 근로에서 단시간근로로의 전환을 거부한 것을 이유로 행하여진 해고는 무효이다. 다른 사유에 의한 해고에 관한 규정은 계속하여 유효하다(제11조).

마) 단시간근로자의 근로시간

단시간근로자의 근로시간은 수요에 따라 탄력적으로 이루어질 수 있다. 동법 제12조 제1항은 “사용자와 근로자는 노동력의 수요에 따라 노무를 제공할 것에 합의할 수 있다”고 규정하여 노동력의 수요에 따른 근로를 규정하고 있다. 또한 노사의 이러한 합의에는 주당 근로시간과 1일 근로시간의 길이가 명시되어야 하며, 주당 근로시간을 명시하지 아니한 경우에는 주당 10시간을 근무하기로 한 것으로 본다. 1일 근로시간을 명시하지 아니한 경우에는 사용자는 매번 3시간 동안 연속하여 근로할 것을 근로자에게 요구할 수 있는 것으로 본다(제12조 제1항 참조). 다만, 근로자는 사용자가 자신이 일해야 할 시간을 최소한 근무일 4일 전까지 통보한 경우에 한하여 노무를

제공할 의무를 부담한다(제12조 제2항).

그러나 단체협약에서 1일 및 주당 근로시간과 사전통지의무에 대한 규정을 두고 있는 경우에는 협약우위의 원칙이 적용되어, 동 규정은 근로자에게 불이익하게 변경될 수 있다(제12조 제3항 참조).

또한 6개월 이상 근무한 근로자는 자신의 근로계약상의 근로시간을 단축시켜 줄 것을 요구할 수 있으며(제8조 제1항), 사용자는 근로자의 근로시간의 단축과 근로자가 원하는 근로시간의 배분을 받아들일 수 없는 경영상의 이유가 없는 한 사용자는 근로자의 요구를 수용하여야 한다. 경영상의 이유라 함은 근로시간의 단축이 해당 사업의 조직, 작업진행 또는 안전을 위하여 현저한 침해를 주거나 지나치게 많은 비용을 야기하는 경우를 말한다(제8조 제3항 및 4항 참조). 반면에 근로자는 사용자가 근로시간의 단축에 동의 또는 거부한 후 2년이 지나야 새로운 근로시간 단축을 요구할 수 있다(제8조 제6항).

그리고 단시간근로자가 근로계약 체결시 합의된 근로시간의 연장을 요구할 경우, 사용자는 이에 상응하는 자리에 대하여 신규 채용을 하고자 할 때는 동일한 자격을 가진 다른 자들에 우선하여 당해 근로자를 채용하여야 한다. 단, 긴박한 경영상의 필요가 있거나, 다른 단시간근로자의 근로시간에 대한 요구와 배치되는 경우에는 그러하지 아니하다(제9조).

바) 단시간근로자의 직업(연수)교육

사용자는 단시간근로자가 직업능력과 유동성을 향상시킬 수 있는 직업교육 및 연수교육에 참가할 수 있도록 배려하여야 한다. 단, 긴박한 경영상의 필요가 있거나, 다른 단시간근로자 또는 통상 근로자의 교육희망과 배치되는 경우에는 그러하지 아니하다(제10조).

사) 일자리 나누기

사용자와 근로자는 다수의 근로자가 하나의 일자리에 대한 근로시간을 나누어 가지는 것에 대해 합의할 수 있다. 다수의 근로자가 서로 대리할 것에 대하여 개별적으로 합의한 경우, 이들 중 한 근로자의 노무제공이 불가능한 경우에는 다른 근로자들이 그를 대신하여 노무를 제공할 의무를 진다. 또한 이같은 대리업무는 긴박한 경영상의 필요가 있을 경우 동의

무가 있다는 것이 근로계약에 명시되어 있고 구체적 사안에서 이를 요구하는 것이 기대될 수 있는 경우에도 인정된다(제13조 제1항). 일자리 분할에서 한 근로자가 이탈한 경우, 사용자가 이를 이유로 그와 함께 일자리를 나누어 일하던 근로자를 해고하는 것은 무효이다. 변경해고 및 해고에 관한 다른 규정의 효력은 계속하여 유효하다(제13조 제2항).

나. 기간제근로

1) 2001년 이전의 규율(고용촉진법)

독일에서는 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 계약이며, 2001년 1월 1일 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」이 시행되기 이전까지는 기간제근로는 1985년 제정된 고용촉진법(Beschäftigungsförderungsgesetz, 1985. 5. 1. 시행)에 의해서 규율되어 왔다.

고용촉진법에 의하여 기간제근로는 1회 한도로 18개월까지만 허용되었으며, 새로 업무에 종사하는 종업원이 20인을 넘지 않는 사용자에 대하여는 2년까지 연장되었다.

고용촉진법 제1조는 기간 설정에 합리적인 이유가 없는 경우라도 근로자를 새로 채용하거나, 또는 훈련생을 채용하였는데 기간의 정함이 없는 고용을 위한 직무가 존재하지 않는 경우에 기간제근로를 허용하고 있다. 이 때 기간제근로가 허용되기 위하여는 새로 채용된 근로자의 근로가 기존 근로자의 근로와 객관적으로 밀접한 관련이 없어야 한다. 따라서 기존 근로관계의 종료와 새로운 근로관계의 개시 사이에는 적어도 4개월 이상의 기간이 있어야 한다. 또한 훈련생을 기간제근로로 채용하기 위해서는 당해 훈련생을 위한 직무의 존속 여부가 불확실해야 한다.

판례(BAG GS vom 12. 10. 1960 등)는 근로계약기간 설정에 합리적인(sachlich) 이유가 없는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 취급하며, 유계약(유기계약)을 정하는 경우에는 객관적으로 정당한 이유가 필요한 경우에 한하여 인정해 왔다. 즉, 판례는 단체협약에서 기간 설정의 요건을 정하고 있는 경우, 직무의 한시성이 인정되는 경우(예를 들어, 특정 프로젝트를

위한 채용 또는 질병에 걸린 근로자의 대체요원의 채용 등), 계절적 고용의 필요성이 인정되는 경우이다(예를 들어, 농림업, 일정한 식료품부문, 여관업 등), 무대관련사업에서 예술적 컨셉을 변경할 필요성이 있는 경우, 방송국에서 프로그램 작성의 자유를 위한 경우, 시용관계에 있는 근로자의 경우, 고용촉진법 제91조 이하에 기한 고용창출조치로서 직무에 관한 자금 각출이 시간적으로 한정되어 있는 경우, 근로자의 희망 및 그에 대응하는 독자적 이익이 있는 경우(예를 들어, 근로자가 계속적 성격을 지닌 직무를 얻을 때까지만 근로를 희망하는 경우나 근로자가 학생인 경우 등)에는 기간 설정의 합리성이 있는 것으로 보았다.

또한 고용촉진법 이외에 특별법으로 기한부 고용을 인정하는 예는 다음과 같다. 대학기본법에서는 연구직원과의 근로계약에 대하여 기간을 설정할 수 있는 특별한 사유를 인정하고 있으며(제57조의 a), 연방 육아수당법은 모성보호법에 의한 취업금지기간, 육아휴직기간 동안 대체근로자로서 채용된 경우에는 기간 설정을 위한 합리적 이유가 있는 것으로 의제하고 있다(제21조 제1항).

2) 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」(2001. 1. 1. 시행)

가) 법률의 목적

독일의 경우 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 계약이다. 그리고 기간의 정함이 있는 근로계약에 대하여는 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」이 적용된다(독일 민법 제620조 제3항, 2000. 12. 21. 신설).

기간제근로와 관련하여 동법은 ‘유효한 기간제근로의 요건을 확정하고, 기간제근로자의 차별을 방지하는 것’을 그 목적으로 하고 있다(제1조).

나) 기간제근로자와 기간제 근로계약의 정의

‘기간제근로자’라 함은 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자를 말한다(제3조 제1항). 그리고 기간의 정함이 있는 근로계약이라 함은 일정한 시점까지로 계약기간을 정하는 경우(befristeter arbeitsvertrag)와 일의 종류, 일의 목적 또는 일의 완성까지로 계약기간을 정하는 경우(zweckbefristeter arbeitsvertrag)를 말한다(제3조 제1항).

다) 차별금지

기간제근로자는 기간제근로를 이유로, 사업장에서 당해 기간제근로자와 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’보다 불리한 처우를 받지 아니한다. 단, 달리 처우하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제4조 제2항). 이때 ‘비교할 수 있는 근로자’라 함은 당해 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’를 말한다. 당해 사업장에 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’가 없는 경우에는 적용가능한 단체협약을 기준으로 한다. 그 외의 경우에는 당해 산업에 종사하는 자를 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’로 본다(제3조 제2항).

기간제근로자는 임금 또는 근로기간을 기준으로 하여 보장되는 분할 가능한 금전적 보상에 대하여 최소한 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’의 ‘근로기간’을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 보장을 받는다. 그리고 일정한 근로조건이 해당 사업장 또는 기업에서의 ‘근속연수’에 따라 결정될 경우 기간제근로자는 근로기간에 비례하여 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’와 ‘동일한 대우’를 받는다. 단, 달리 처우하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제4조 제2항).

라) 기간제근로의 정당한 사유 및 기간

(1) 기 간

기간의 정함이 있는 근로계약은 계약기간 또는 최장 3회에 걸쳐 연장된 계약기간의 합이 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 일정한 시점까지로 기간을 정한 경우에는 정당한 사유가 없어도 유효하며(제14조 제2항 1문), 기간의 정함은 서면으로 체결하여야만 유효하다(제14조 제4항). 일정한 시점까지로 계약기간(ein kalendermäßig befristeter arbeitsvertrag)을 정한 기간제 근로계약은 당해 합의한 기간의 경과로 종료한다(제15조 제1항). 그러나 노사는 단체협약에 의하여 법의 규정과 다른 연장횟수나 최장기간을 정할 수 있다. 또한 단체협약의 적용범위 안에서 단체협약의 적용을 받지 않는 근로자와 사용자도 당사자 사이의 합의에 의하여 이러한 단체협약 규정의 적용을 받을 수 있다(제14조 제2항 3문).

일의 종류, 일의 목적 또는 일의 완성까지로 계약기간을 정하는 기간제 근로계약(ein zweckbefristeter arbeitsvertrag)은 그 사업이 완성되고, 사용자가 근로자에게 당해 사업의 완성을 통지한 후 2주가 경과함으로써 종료한다(제15조 제2항). 기간제 근로계약에 대한 일반해고는 개별근로계약 또는 적용가능한 단체협약에 의한 합의가 있는 경우에 한하여 허용된다(제15조 제3항).

종신제 근로계약 또는 5년을 초과하는 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자는 5년이 경과한 후에 근로계약을 해지할 수 있다. 해고예고기간은 6월로 한다(제15조 제4항).

그리고 약정한 기간이 경과하거나 사업의 목적이 달성되었음을 사용자가 인식하였음에도 불구하고 근로관계가 계속되고 있는 상황에서 사용자가 즉시 이의를 제기하지 않거나 근로자에게 사업의 완성을 통지하지 아니한 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 본다.

(2) 정당한 사유

법률이 그 효력을 인정하고 있는 기간제근로의 정당한 사유는 다음과 같다(제14조 제1항).

- ① 노동력에 대한 해당 사업의 수요가 일시적인 경우
- ② 기간의 정함이 직업교육이나 학업과의 연결에서 연유되어 근로자의 장래활동을 보장하기 위한 경우
- ③ 다른 근로자의 업무를 대신하기 위한 경우
- ④ 업무의 특성이 기간의 정함을 정당화하는 경우
- ⑤ 기간의 정함이 시용기간의 의미를 가지는 경우
- ⑥ 근로자의 개인적 사정이 기간의 정함을 정당화하는 경우
- ⑦ 근로자가 예산법에 의하여 지정된 기간제근로에 대한 예산에 의하여 급여를 지급받고 있거나 이에 상응하는 근로에 종사하고 있는 경우
- ⑧ 기간의 정함이 법원의 화해에 의한 경우

위의 정당한 사유가 있는 경우라도 이미 동일한 사용자와 기간제근로 또는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 적이 있는 경우에는, 그 정당성이 인정되지 않는다(제14조 제2항 2문). 반면에 기간제근로를 시작할

당시 근로자의 연령이 만 58세를 초과한 경우에는 위의 정당한 사유가 없어도 기간제 근로계약은 유효하다. 그러나 ‘기간의 정함’이 이전에 동일한 사용자와 체결되었던 기간의 정함이 없는 근로계약과 밀접한 관련성(enger sachlicher zusammenhang)을 가지고 있는 경우에는 그 정당성이 인정되지 않는다. 체결된 두 근로계약 사이의 기간이 6월을 넘지 않는 경우에는 양 계약간에 밀접한 관련성이 있는 것으로 본다(제14조 제3항).

(3) 기간의 정함이 무효인 경우의 효력과 구제

근로계약의 기간의 정함이 무효인 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 본다. 사용자는 약정한 기간이 경과하기 전까지는 이 같은 근로계약을 해지할 수 없다. 기간의 정함이 서면주의 원칙에 반하여 무효가 된 경우에는 약정한 기간이 경과하기 전에도 근로계약이 해지될 수 있다(제16조).

근로자가 근로계약의 기간의 정함이 무효임을 주장하기 위해서는 약정한 근로계약기간이 만료된 날로부터 3주 이내에 노동법원에 근로계약이 기간의 정함으로 인하여 종료되지 아니하였음을 확인하는 소송을 제기하여야 한다. 이 경우 해고제한법 제5조 내지 제7조가 준용된다. 약정한 기간이 경과한 후에도 근로관계가 계속된 경우에는 제1문의 기산점은 기간의 종료로 근로관계가 종료되었다는 사용자의 통보가 도달된 날로 한다(제16조).

마) 직업(연수)교육, 정보의 제공 등

사용자는 기간제근로자가 직업능력과 유동성을 향상시킬 수 있는 직업교육 및 연수교육에 참가할 수 있도록 배려하여야 한다. 단, 긴박한 경영상의 필요나 다른 근로자의 교육희망과 배치되는 경우에는 그러하지 아니하다(제19조). 그리고 사용자는 기간제근로자에 대하여 새로 채용되어져야 할 기간의 정함이 없는 상응하는 일자리에 대한 정보를 제공하여야 한다. 정보의 제공은 해당 근로자들이 쉽게 접할 수 있는 사업장 또는 기업 내의 장소에 대해 일반적인 공지수단으로 할 수 있다(제18조).

또한 사용자는 근로자대표에게 해당 사업장 또는 기업의 기간제근로자

의 수 및 당해 기간제근로자의 전체 근로자에 대한 비율에 관한 정보를 제공하여야 한다(제20조).

다. 파견근로

1967년 연방 헌법재판소가 근로자파견금지에 대한 위헌판결(헌법에 보장된 직업선택의 자유 위반)을 내린 후 독일에서는 근로자파견사업이 아무런 규제 없이 자유롭게 행하여졌다. 그 결과 근로자파견업체는 1968년의 145개소에서 1972년에는 1,046개소로 늘어났고, 외국인근로자 불법파견, 임금체불 등 파견근로자의 남용이 행하여졌다. 이에 1972년 독일 정부는 파견근로의 남용 방지 및 파견근로자 보호차원에서 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1997. 4. 1. 최종 개정)을 제정하여 일정한 경우의 근로자파견을 허용하였다.

독일에서 파견근로자의 지위는 파견사업체의 상용근로자이고, 파견대상 업무는 건설업을 제외하고는 제한이 없으며, 파견사유에 있어서도 제한이 없다. 파견사업은 허가제로 운영되고 있는데, 유효기간은 1년이며, 계속하여 3년간 영업한 때에는 무기한 허가된다.

독일 근로자파견법의 특징은 파견기간에 의한 제한에 있다. 원래 근로자파견법은 제정 당시 파견기간을 3개월로 한정하였으나, 1980년대 중반 이후 근로자파견은 고용촉진의 일환 및 노동시장의 유연성 제고 차원에서 그 규제가 계속 완화되었다. 1985년에는 근로자파견기간이 3개월에서 6개월로 늘어났고, 다시 1994년 1월 1일부터는 6개월에서 9개월로, 1997년 4월 1일부터는 9개월에서 12개월로 연장하였다. 또한 근로자파견업체와 파견근로자 사이에 최장 12개월 범위 내에서 1회에 한하여 '기간을 정한 근로계약'도 허용하였다.

그리고 근로자파견법은 다음과 같이 사용자가 근로자의 해고나 조업단축(일시 귀휴)을 회피하기 위하여 파견을 활용하는 경우에 대하여는 적용을 제외하고 있으므로(제1조 3항과 제1조 a), 근로자파견의 허가를 얻을 필요가 없다.

- ① 동일한 단체협약이 적용되는 동일산업 내의 파견사업주와 사용사업주 사이에서 조업단축이나 해고를 회피하기 위한 파견

- ② 콘체른 기업 내의 근로자가 일시적으로 본래의 직장에서 일을 하고 있지 않은 경우의 파견
- ③ 20인 미만의 사업장에서 조업단축이나 해고를 피하기 위해서 근로자를 다른 사업주에게 3개월 이내의 기간으로 파견하는 경우

고용촉진법은 건설업에 대하여는 원칙적으로 근로자파견을 금지하고 있으나, 건설업 중에서 동일한 단체협약의 적용을 받거나 일반적 구속력의 효력이 미치는 사업장에는 근로자파견을 허용하고 있다(제12조 a).

라. 특수고용관계

독일은 노동법의 적용대상을 ‘근로자’와 함께 ‘근로자와 유사한 자’의 두 가지 범주로 하고 있다. 다만, 근로자에 대하여는 노동법이 전면적으로 적용되지만, ‘근로자와 유사한 자’에 대하여는 일부 노동법규만이 적용된다. 독일은 고용·취업형태의 다양화에 따른 특수고용관계에 있는 자들의 보호를 위하여 이를 입법적으로 해결하였다는 데에 그 특징이 있다. 우리나라나 일본의 경우 특수고용관계에 있는 자들에 대하여 구체적 사례에서 근로자성을 판단하여 판례법적으로 그에 따른 보호를 하고 있으나, 독일의 경우 「노동법원법」에서 “타인을 위하여 경제적으로 종속적인 지위에서 노무를 급부하는 모든 자는 ‘근로자와 유사’하다”고 규정하고 있다. 다시 1974년 「단체협약법」에서는 ‘근로자와 유사한 자’에 대한 실정법적 정의를 규정하여 ‘경제적으로 종속되어 있고, 근로자에 대한 그것과 유사한 사회적 보호의 필요성이 있는 자’로 그 개념을 명확히 하였다.

독일 노동법상의 기초 개념으로서 근로자 개념에 대하여는 실정법상 규정도 없으며, 학설도 다양하다. 학설과 판례의 가장 대표적인 입장은 다음과 같다.³³⁾ 첫째, 근로자는 ‘노무’급부의무를 지고 있어야 한다. 여기서 말하는 노동은 경제적인 의미에서 파악된다. 노동이 정신적인 행위이든 육체적인 행위이든 상관없으며, 또한 행위의 강도나 정도의 낮고 높음도 상관없다. 둘째, 노무급부의무 이행에 관한 의무는 ‘사법상의 계약’이나 ‘그와 유사한 관계’에 기초한 것이어야 한다. 셋째, ‘타인의 고용에서’ 노무가

33) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S.34f.

급부되어야 한다.

이 요건은 근로자성 여부를 결정짓는 중요한 기준으로서 Hueck/ Nipperdey는 이를 ‘인적 종속성’이라고 불렀다. 이는 다른 표현으로 하면 노동에 대한 타인결정성이라고도 하는데 이에 대한 가장 중요한 징표는 노동의 모습, 장소, 시간 등에 대한 노무공급자의 노무지휘권자로부터의 명령구속성에 있는 것이다. 그런데 이와 같은 ‘인적 종속성’의 개념표지는 1960년대 후반부터 1980년대 초반에 걸쳐 매스미디어 산업에 종사하는 자유공동작업자(방송, 영화, 신문 등의 매스미디어를 비롯하여 문화, 교육영역을 포함한 광범위한 직역에서의 취업자 유형으로서 카메라맨, 음악가, 아나운서, 리포터, 시나리오 작가, 가수, 배우, 감독 등의 프리랜서 등 스태프, 대학의 조교, 스포츠 트레이너 등)들의 소송이 잇따르면서 변화를 맞게 되었다. 이들 자유계약자들은 주로 방송국과 위탁 내지 촉탁관계를 맺고 노무공급을 하여 오다가 1970년대에 들어와 경기하락에 따라 방송국에 의한 위탁 취소가 단행되자, 노동법(특히, 해고제한법) 적용의 전제가 되는 근로관계-근로자로서의 지위-의 존재확인을 구하는 소송을 제기하게 된 것이다.³⁴⁾

연방노동법원은 이들을 노동법의 적용대상에 포함시키기 위하여 ‘인적 종속성’의 개념을 새롭게 정립하였다. 법원은 그동안 ‘인적 종속성’의 결정적 표지로 보았던 ‘타인결정성, 즉 노무수행과정에서의 사용자의 명령구속성’이라는 요소를 근로자성 판단의 기초가 되는 여러 가지 사실적 징표들 중의 하나 정도로만 파악하였다. 특히 1978년 3월 15일 판결에서는 노무공급자가 노무이용자에게 사실상 전속되어 있었는가의 여부, 즉 ‘타인 이용의 노동’이라는 개념을 사용하여 근로자성을 판단하였다. 노무공급자가 사실상 당해 노무공급관계의 존속 여부에 대한 자유를 갖고 있지 못한 점을 근로자성 판단의 요소로 파악하였다는 것은 독일법상 근로자 개념에 대한 접근에 있어서 커다란 변화를 보여 주는 것이다.

이에 따라 학설에서도 연방노동법원의 견해를 수용하는 견해들이 제기되었다. Söllner는 근로자 개념은 유형적으로 파악해야 한다는 전제하에 근로자성 판단기준으로서 ① 노무급부의 장소와 시간에 대한 타인결정성

34) 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대 박사학위논문, 1994, 58쪽

② 노동조직적 종속성 ③ 지시구속성 ④ 노무급부의 인적 구속성을 들었다.³⁵⁾ Günter Schaub는 인적 종속성에 의하여 근로자성을 판단하되, 인적 종속성은 사실적 종속성의 계기와 노동조직적 종속성의 계기에서 포착되는 것이며, 노동조직적 종속성은 인적, 전속적 지시구속성을 보여주는 표지라고 보았다.

독일 단체협약법 제12조 (a)는 ‘근로자와 유사한 자((arbeitnehmerähnliche person))’에 대하여 “경제적으로 종속되어 있고, 근로자에 대한 그것과 유사한 사회적 보호의 필요성이 있는 자”라고 규정하고 있다. 따라서 ‘근로자와 유사한 자’의 판단기준은 ‘경제적 종속’과 ‘사회적 보호의 필요에 있어 근로자와의 유사성’이다. 이와 같이 독일법에서만 형성되어 있는 독특한 개념인 ‘근로자와 유사한 자’라는 개념이 형성되게 된 이유는 노동시장의 유연화에 따라 발생하게 된 ‘근로자도 아니고, 사업자도 아닌 노무제공자’의 보호를 위해서이다. 즉, 인적 종속성이 결여되어 있으므로 근로자로 볼 수도 없지만, ‘경제적 종속성 때문에 사업자로 볼 수도 없는 자’들이 증가하게 되자, 더 이상 노동법의 적용대상을 이분법적으로 ‘완전한 보호를 받는 그룹’과 ‘전혀 보호를 받지 못하는 그룹’으로 구분할 수가 없게 되었기 때문이다. ‘근로자와 유사한 자’의 판단기준인 ‘경제적 종속’과 ‘사회적 보호필요에 있어 근로자와의 유사성’은 다음과 같은 기준에 의하여 결정된다.

첫째, 노무공급에 있어서 제3의 노동력을 이용하지 않는다는 것이다. 즉, ‘근로자와 유사한 자’는 그들의 의무를 자신이 수행해야 하며 기본적으로 타인의 도움을 받지 않아야 한다. 둘째, 작업이 특정한 자나 조직과의 관련성이 있어야 하고, 그들 수입의 상당부분이 특정한 자나 조직에 의하여 지급되어야 한다는 것이다.

‘근로자와 유사한 자’에게 적용되는 노동법적 보호의 범위는 다음과 같다.

- ① ‘근로자와 유사한 자’와 그의 계약상대방과의 사이에 분쟁이 발생한 경우 그 분쟁은 노동법원에 의해 해결된다(노동법원법 제5조).
- ② 연차휴가와 휴일에 대한 최저기준에 관하여는 근로자와 동일한 취급을 받는다(연방휴가법 제2조).

35) 강성태, 앞의 논문, 66쪽; Söllner, *Grundriß des Arbeitsrechts*, 1990, S.31

- ③ ‘근로자와 유사한 자’의 작업조건은 단체협약에 의하여 규율될 수 있다(독일 단체협약법 제12조 (a)).

이에서 보듯이 ‘근로자와 유사한 자’에 대하여 노동법은 원칙적으로 적용되지 않으며, 예외적으로 노동법의 일부 규정에 대하여만 적용이 허용되는 것이다. 특히 이들에 대하여는 해고제한법이 적용되지 않는다.

마. 텔레워크

다른 유럽국가들과 마찬가지로 독일에서도 텔레워크는 증가 추세에 있다. 1965년 이후 감소 추세에 있던 가내근로 종사자(약 230,400명)는 텔레워크의 확산에 힘입어 1980년대 이후에 증가하고 있다³⁶⁾.

독일은 텔레워크에 대하여 명확한 규율방식을 마련하고 있지는 않다.

다만, 가내노동법은 그 적용대상에 정신적 활동에 종사하는 근로자도 포함하고 있을 뿐이다. 따라서 텔레워크에 종사하는 자는 도급이나 위임 계약 등에 의해 텔레워크에 종사하며 완전한 사업자성을 인정받지 않는 한 일반 노동법의 적용을 받는 근로자이거나 가내근로자가 된다.

그러나 도급이나 위임계약 등에 의해 텔레워크에 종사하는 자 이른바 업무도급형 텔레워커들의 경우에 모두 사업자성을 인정받는 것은 아니므로 그 법적 지위가 문제된다. 독일의 법원은 이와 같은 경우 사업자인지, 근로자인지의 구분에 대한 기준을 제시한 바 있다.³⁷⁾ 즉, 텔레워크가 온라인(on-line) 방식(데이터 처리가 주컴퓨터와 연결되어 이루어지는 방식)으로 수행되는가 아니면 오프라인(off-line) 방식(데이터 처리가 주컴퓨터와는 별도로 이루어지는 방식)으로 수행되는가에 따라 사업자와 근로자를 판단하였다. 다시말해 텔레워커의 업무가 온라인의 방식으로 진행되는 경우에는 사용자의 감독과 통제에 의하여 업무가 처리되므로 통상의 근로자로 본 반면에, 오프라인의 방식으로 업무가 처리된다면 사용종속성을 부인하여 근로자로 보지 않는 것이다.

다만 오프라인 방식에 의한 텔레워커의 경우에도 경제적 자율성과 독립

36) 강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대학교, 2000. 2, 235쪽의 주 111 참조.

37) 강성태, 앞의 책, 245쪽; (제)Veneziani(1993), p.218 및 Vittorio Di Martino/Linda Wirth(1990), p.514.

성을 갖고 있지 않아서 일반 자영업자와 같이 사업적 부담을 지지 않는 때에는 가내노동법상의 가내근로자로 취급되고 있다.³⁸⁾

제 3 절 프랑스

1. 개관³⁹⁾ : 비정형고용의 촉진과 보호

프랑스에서도 경제위기와 함께 1970년대 이래 고용형태가 다양화되기 시작하였다. 특히 1980년대에 들어와서는 고용구조의 악화와 함께 파트타임근로, 파견근로 등 비정형고용이 크게 증가하기 시작하였다. 1990년대 중반에는 전체 취업자 중 임시직이 11%, 파트타임근로가 16%를 차지하였다⁴⁰⁾. 특히 이 시기에는 신규 취업인력의 70% 이상이 임시직이나 파트타임, 파견근로의 형태로 노동시장에 진입하였다. 주로 단순업무에서 활용되고 있는 기한부 고용은 신규취업자나 여성들이 상당한 비중을 차지하고 있으며, 파견근로의 경우 주로 공업과 건설·토목업, 자동차산업 등의 단순노무직종에서 남성 근로자들이 종사하고 있다⁴¹⁾. 파견근로자의 수는 1992년에 1982년과 비교하여 약 65%가 증가하였다. 1995년에는 파견근로자의 비중은 전체 고용인구의 1.5%를 차지하였다.

파견근로자는 생산 및 노무직이 73.7%, 사무관리직이 23%, 기타 2.3%로 구성되어 있고, 남자 73%, 여자 27%의 성별 구성을 보인다.

38) 강성태, 앞의 책, 246쪽(1984년 뮌헨노동법원은 한 회사로부터 워드프로세스를 빌려 고정된 배당이나 작업수행에 대한 별다른 제약없이 그 회사를 위해 재택근로를 수행한 두 명의 여성에 대하여 가내노동법의 적용대상이라고 판시하였다).

39) 그레그 J. 뱌머 & 러셀 D. 란즈베리, 『국제비교 고용관계』, 한국노동연구원, 2000. 11, 190~224쪽 참조.

40) 1999년 전체 취업자 중 파트타임고용이 차지하는 비중은 14.7%로서 1996년의 16%보다 감소하였다(1998년 14.7%). 1999년 현재 프랑스에서의 파트타임고용의 비중은 영국의 23%, 독일의 17.1%, 호주의 26.1%, 일본의 24.1%보다는 낮은 편이며, 미국의 13.3%보다는 다소 높다.

41) 파견근로자는 생산 및 노무직이 73.7%, 사무관리직이 23%, 기타 2.3%로 구성되어 있고, 남자 73%, 여자 27%의 성별 구성을 보이고 있다.

이와 같이 비정형근로자가 증가한 이유는 실업률의 증가 및 노동시장의 변화뿐만 아니라 파트타임근로의 확산을 유발하는 고용관행과 고용계약이 늘어났기 때문이기도 하였다. 또한 비정형근로의 증가는 프랑스 단체교섭 제도의 결함과의 관련이 있었다. 프랑스는 다른 유럽국가들과 마찬가지로 산별조직체계를 전제로 하면서도 성문법상의 규정으로 기업별 단체교섭방식을 보호·장려하고 있으며, 동시에 다양한 형태의 근로자 경영참가제도를 갖고 있다. 이와 같이 산업수준과 기업수준의 교섭의 조화라는 목적에도 불구하고, 실제로 부정적 의미에서 프랑스 노사관계의 모델은 대기업(회사차원의 교섭에서 노조의 참여가 활동적이고 대표기관들이 그들의 권리를 행사하는)과 중소기업(노조나 종업원대표들이 거의 없고, 회사차원의 교섭이 불가능한) 사이의 구조적 차이로 특징지어지고 있다. 오록스(M. Jean Auroux) 보고서(1982)⁴²⁾는 “기업수준 단체교섭의 중요성이 증가하고 있음에도 불구하고 산업·공장수준을 불문하고 다수의 임금근로자가 어떠한 단체교섭의 대상에도 포함되지 않는다는 것”을 프랑스 단체교섭의 결함으로 지적하였다. 즉, 종업원 10인 이상의 기업에서 일하는 임금근로자의 11%가 단체교섭에서 제외되었는데, 이러한 소외된 근로자는 배달업, 호텔, 레스토랑 같은 업종의 임시직 근로자에 특히 집중되어 있었다.

또한 노동조합의 낮은 조직률과 ‘노조를 무시하거나, 종업원대표제도 밖에서 근로자들과 직접 대화함으로써’ 유연화를 추진하려는 사용자들의 정책 변화가 맞물려 비정형고용의 비중을 더욱 높이게 되었다.

기한부 고용이나 파견근로에 대한 규제와 달리 파트타임근로에 대하여는 기본적으로 근로조건의 결정에 있어서 당사자의 자유의사에 따른다는 입장을 취하고 있는 프랑스 정부는 고용기회 확대차원에서 파트타임근로

42) 미테랑 정권의 주요 목표는 작업장 노사관계를 개혁하는 것이었는데, 노동장관인 오록스의 「근로자의 권리에 관한 보고서」에서 그 윤곽이 그려졌다. 오록스 보고서는 근로자에게 기업 내에서의 진정한 시민적 권리를 부여하고, 근로자가 기업 내에서 변혁의 주체가 되도록 새로운 기회를 창출하는 것을 목표로 하였다. 오록스 보고서를 토대로 1982년 만들어진 단체교섭법은 근로자들에게 직접 참가권을 부여하고 있는데, 사용자들은 이에 근거하여 근로시간(탄력적 근로시간제), 채용(단기계약직, 파트타임근로 등) 등과 관련하여 전반적인 유연화에 착수하였다. 즉, 사용자들은 노조의 역할 감소와 더불어 종업원대표제도 밖에서 직접 근로자들과 대화하려고 시도하거나, 중간관리자들을 동원하여 유연화를 추진하였다.

의 확대를 유발하기 위하여 1981년 1월 18일 법률 제81-64호(파트타임근로에 관한 법률)에서 공공서비스 분야의 근로자들에게 광범위한 파트타임 근로의 기회를 부여하고, 1982년 5월 26일 법령 제82-271호(파트타임근로에 관한 법규명령)에서는 파트타임근로자 보호와 고용촉진을 위한 제반 규정들을 제정하였다. 동 법령에서는 파트타임근로를 통상 근로시간의 4/5 이하를 일하는 경우로 규정하면서, 파트타임근로자들에게 유리한 보호규정과 아울러 해당 기업에 대해서는 사회보장부담금 및 법정임무에 대해 유연성을 부여하였다. 그리고 1985년 3월 5일 법령에 의해서는 실업수당 이하의 액수만을 지급받는 파트타임근로자(특히 50세 이상)에게 보상금을 급여하도록 하고, 기업들로 하여금 장기간 실업자를 파트타임근로자로 고용하는 경우 재정적으로 지원하는 규정을 신설하였다. 이는 파트타임근로를 고용문제에 대한 대책의 일환으로서, 특히 여성근로자와 병약자·정년이 가까운 자 등 한계근로자의 고용기회의 확대 측면에서 접근하고 있다는 것을 보여 주고 있다.

또한 프랑스 정부는 고용의 유연화 촉진을 위하여 1994년부터 5년간의 고용계획을 목표로 1993년 12월 20일 「노동, 고용 및 직업훈련에 관한 5개년법」⁴³⁾을 제정하여 ‘근로시간에 관한 장(章)’의 ‘파트타임근로에 관한 절(節)’에서 파트타임근로자 보호에 관한 기본원칙을 마련하였다.

이와 같이 고용형태 다양화에 대응하는 프랑스 정부의 입장은 노동시장 변화에 대응하고 고용기회를 확대한다는 차원에서 파트타임근로에 대하여는 고용의 촉진과 함께 근로조건 보호를 동시에 추구하는 정책을 펴고 있으나, 기한부 고용, 파견근로 등의 비정형고용에 대하여는 실체적·절차적인 여러 가지 제한을 설정하여 비교적 엄격한 규제를 가하고 있다⁴⁴⁾. 그

43) 이 법은 고용문제와 관련된 모든 영역에서 당사자들의 교섭을 통한 유연화 촉진을 추구하고 있다. 즉, 노조가 없는 중소기업에서의 단체교섭을 발전시키고 산업수준과 기업수준의 교섭의 조화와 함께 세계화에 대한 대응이라는 두 가지 목적을 갖고 있다. 법의 주요 내용은 고용창출에 대한 장애요소들의 제거, 종업원대표제의 개선, 근로시간의 편성, 파트타임근로의 촉진, 청년들의 직업통합, 직업훈련, 실업자 보호 등이다. 1994년 이래 이 법에 의하여 직업훈련, 고용, 보조연금, 후생 등과 관련된 다수산업협약이 체결되었으며, 특정산업과 다수산업협약에 활력을 주었다는 평가를 받았다.

44) 이철수, 『단시간근로 및 파견근로에 관한 법적 연구』, 한국노동연구원, 1998, 7쪽.

러나 프랑스에서는 비정형근로에 대한 종합적 규제의 일환으로 기한부 고용을 규제하고 있기 때문에, 기한부 고용은 파트타임, 파견근로에 관한 법제와 연계되어 있다.⁴⁵⁾

2. 비정형고용에 대한 관련제도

가. 파트타임근로

프랑스는 파트타임근로에 대하여 국가가 적극적으로 입법에 의해 규제를 하고 있으며, 파트타임근로에 대한 정책은 기본적으로 ‘실업대책과 근로조건 보호’라는 두 가지 목적을 추구하고 있다. 법률은 ‘법정근로시간 또는 협약에 정한 근로시간의 5분의 4 이하의 근로시간을 일하는 자’를 파트타임근로자로 정의하고, 근로시간에 비례한 근로조건의 보호, 통상 근로자로의 전환 희망시 우선권 부여를 규정하고, 통상 근로자와의 균등대우의 내용은 상세하고 포괄적인 평등을 포함하고 있다.

파트타임근로에 대한 기본법으로서의 지위를 갖고 있는 「노동, 고용 및 직업훈련에 관한 5개년법」은 파트타임근로의 정의, 근로시간에 비례한 근로조건 보호, 근로계약의 서면작성의 의무화, 파트타임근로자의 자격, 파트타임근로자의 급여의 결정요소, 근로시간과 연장근로의 한도, 통상 근로로의 전환 희망시 우선권 부여, 산업분야에 따른 고용불균형시 파트타임근로의 실시명령 등을 규정하고 있다.

또한 노동법전은 파트타임근로자에게 통상 근로자와 동등한 권리를 보장하고 있는데(L. 212-4-2조 제9항), 동등대우의 내용에는 시용, 근로시간, 보수, 근속, 해고 등이 포함된다. 반면에 프랑스에서는 파트타임근로자도 통상 근로자와 마찬가지로 사용자에 대한 부수적 의무를 지닌다고 해석되고 있다. 즉, 기본적인 노무제공의무 이외에 소정의 시간외근로, 배치전환, 부업금지, 경업금지의무(競業禁止義務)의 측면에서 통상 근로자와 파트타임 근로자는 차이가 없다.

45) 조임영, 「프랑스의 불안정근로계약—유기근로계약법제를 중심으로」, 『근로시간단축 및 비정규근로자 보호에 관한 노동법적 검토』, 2000. 9, 한국노동법학회 2000년도 추계학술대회, 65~66쪽.

특히 파트타임근로자의 임금은 당해 사업장이나 기업에서 동일 또는 동등한 직무에 종사하는 통상 근로자의 임금과 비교하여 그 근로시간 및 당해 기업에서의 재직기간을 고려하여 비례적으로 지급하도록 규정하고 있다(동조 제2항).

프랑스가 이와 같이 파트타임근로자의 임금에 대한 균등대우 원칙을 실시하고 있는 배경은 산업별 조직체계하에서 다수산업협약이 일반화되어 있기 때문에 협약에 의한 직종·직무분류·지위별 임금제도(직무급에 가까운 임금제도)가 확립되어 있다는 점을 지적할 수 있다. 즉, 협약에 의한 ‘직무’와 ‘임금’의 연결에 의하여 다른 집단에도 ‘직무’를 매개로 임금을 비교·결정하는 것이 용이하기 때문이다.

그리고 근로자의 권리 및 사용자의 코스트의 양 측면에서 파트타임근로의 ‘중립성(neutralite)’을 보장하는 정책을 취하고 있다. 즉, 사용자에게 법률상 의무를 부과하는 요건이 되는 종업원수(법정기준인원)의 산정시 비례적 기준을 적용하도록 하고 있으며, 사회보험료 기초한도에 있어서도 근로시간의 길이에 비례하도록 하여 사용자의 코스트 측면에서도 비용중립화 조치를 취하고 있다(노동법전 L. 212-4-4조, 동 R. 242-7조 이하).

나. 기한부 고용(계약직)⁴⁶⁾

프랑스에서도 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 계약이며, 기간의 정함이 있는 계약은 법에서 인정된 경우에 한한다. 1979년 기한부 고용에 관한 법률이 최초로 제정되기 이전에는 판례에 의해서 규율되었으며, 1979년 법은 그 후 기한부 고용의 이용사유, 이용기간의 상한 및 갱신의 한도, 근로자의 권리보호 등을 주요 개정사유로 하여 수차례 개정되었다(1979년 제정, 1982년, 1986년, 1990년 개정).

특히 프랑스에서는 비정형근로에 대한 종합적 규제의 일환으로 기한부 고용을 규제하고 있기 때문에 기한부 고용은 파트타임, 파견근로에 관한 법제와 연계되어 있다.⁴⁷⁾

현행법인 1990년법은 기한부 고용에 대하여 법에 정한 사유가 있는 때

46) 프랑스의 기한부 고용 관련법제도에 대하여는 조임영, 앞의 책, 65~115쪽을 참조.

47) 조임영, 앞의 책, 65쪽 이하 참조.

에만 허용하고, 법에서 정한 방식으로만 기한부 고용을 체결하도록 하여 실체적·절차적 제한을 규정하고 있다. 사용자가 법 위반의 계약을 체결한 경우에는 일정한 벌칙이 부과되며, 사법상으로는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다.

현행법상 기한부 고용계약의 체결이 허용되는 사유는 크게 통상적 이용사유와 고용정책 및 직업훈련과 관련된 경우로 구분된다.

첫째, 통상적 이용사유에는 ① 근로자의 대체(결근 및 근로계약이 정지된 근로자의 대체, 노동포스트 이전의 공백, 새로 채용된 상용근로자의 업무개시까지의 대기기간) ② 기업업무의 일시적 증가(기업의 일상적 업무의 일시적 증가, 수출을 위한 예외적 주문의 발생, 안전조치를 위한 긴급작업의 이행, 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무) ③ 본래 일시적 업무(계절적 성격의 고용, 무기근로계약을 체결하지 않는 것이 항상적인 관행인 고용)가 해당된다.

둘째, 고용정책과 관련된 기한부 고용이 인정된다. 즉, 기한부 고용은 일자리가 없는 특정범주의 근로자의 채용을 촉진하기 위해 체결될 수 있다. 이에는 직업자격취득계약, 고용적응계약, 고용복귀계약, 고용촉진연대계약이 포함된다. 이러한 유형의 계약은 사용자가 법령상의 요건에 따라 직업훈련을 보완하기 위해 프랑스에 온 외국인과 교육기관에 입학하기 위해 견습중인 근로자에게 직업훈련의 보완을 보장하는 경우에도 허용된다.

셋째, 직업훈련과 관련된 기한부 고용이 인정된다. 수습근로자가 수습종료후 1년 이내에 병역의무를 이행하여야 하는 경우에 수습계약 종료시에 기한부 고용이 인정된다.

기한부 고용이 금지되는 사유에는 ① 파업근로자의 대체 ② 특별히 위험한 작업의 이행 ③ 경제적 해고 이후의 기한부 고용의 이용이 해당된다.

사용자가 근로자를 기한부 고용으로 채용하는 경우에는 원칙적으로 근로계약기간을 명시해야 한다. 그 기간은 계약갱신에 의해 연장될 수 있지만, 갱신에 대한 조건은 적어도 최초계약기간의 만료 이전에 근로자에게 제시되어야 한다. 확정기한부계약은 1회의 갱신이 가능하다. 근로계약이 확정기한부계약으로 체결될 경우 그 기간은 갱신기간을 포함하여 18개월을 초과할 수 없다. 그러나 신규채용되는 근로자의 업무개시 이전의 공백기간과 안전조치를 위해 필수적이고 긴급한 작업을 위한 경우는 9개월이

최장기간이 된다. 또한 외국에서 이행되는 계약, 직무가 폐지되는 근로자의 확정적 사직, 이례적인 수출주문에 대처하기 위한 경우는 24개월이 최장기간이 된다. 불확정기한부계약(예: 결근 및 근로계약이 정지된 근로자의 대체, 계절적 성격의 고용, 무기근로계약을 체결하지 않는 것이 항상적인 관행인 고용 등과 관련하여 기한부 고용계약이 체결되는 경우)의 경우 계약의 목적 실현으로 계약은 종료하며, 갱신될 수 없다.

기한부 고용의 계약은 법에서 정한 사항을 기재하여 반드시 서면으로 체결되어야 한다. 필요적 기재사항에는 ‘계약의 목적, 필요한 경우 대체되는 근로자의 성명과 직업자격, 기간만료일, 최소기간, 수행업무의 지정, 필요한 경우 견습기간, 적용되는 단체협약의 제목, 임금액, 보충퇴직기금기관에 관한 사항, 필요한 경우 공제기관에 관한 사항 등’이 포함되어야 한다.

프랑스 노동법전이 규정하고 있는 기한부 근로자의 법적 지위는 ‘평등대우의 원칙’과 ‘고용불안정의 결과로부터의 보호와 보상’으로 요약될 수 있다.⁴⁸⁾ 즉, 포괄적 범위에 적용되는 평등대우와 고용의 불안정성의 결과를 보상하는 동시에 불안정성의 결과로부터 근로자를 보호하기 위한 특별보호규정이 그것이다.

첫째, 기한부 근로자에 대하여 일반 근로자와 동등한 보호를 하고 있다. 노동법전은 명시적인 입법규정이 있는 경우와 근로계약의 파기에 관한 규정을 제외하고, 기간의 정함이 없는 계약을 체결한 근로자에게 적용되는 입법과 협약의 제규정 및 관행으로부터 유래하는 제규정 등은 기한부계약을 체결한 근로자에게도 적용된다(L. 122-3-3조).

둘째, 근로계약관계가 기간만료시에 계속될 경우에는 근로자는 이 계약 기간중에 획득한 근속기간을 유지한다(L. 122-3-10조 제3항).

셋째, 기한부 근로자가 당해 기업에서 적용되는 휴가제도상 실질적인 유급휴가를 취할 수 없는 경우, 당해 근로자는 계약기간에 관계없이 그 기간에 걸쳐 실제 이행한 노동에 기한 유급휴가의 보상수당을 청구할 권리를 가진다(L. 122-3-3조). 이 연차유급휴가보상수당은 보수총액의 10%를 하회할 수 없다.

넷째, 기간만료로 근로계약이 종료한 경우에 근로자는 보상권(계약종료

48) 자세한 내용은 조임영, 앞의 책, 97쪽 이하 참조.

보상권)을 갖는다(L. 122-3-4조). 다만 고용이나 직업훈련을 위하여 체결된 계약이나 연소자와 휴가기간 동안 체결된 계약의 경우는 그러하지 아니다. 보상액은 계약기간 동안 근로자의 총임금액의 6%에 해당하는 금액이다.

그리고 이 밖에도 안전교육 및 직업교육휴가에 대해서도 특별보호규정을 두고 있다.

다. 파견근로⁴⁹⁾

프랑스에서 파견근로는 전문직에 이용되는 것이 아니라, 단순노무직에 일시적으로 이용되는 경우가 많으며, 거의 4분의 3의 비중을 직업자격이 낮은 남성근로자가 차지하고 있다. 연령별로도 18~24세까지의 근로자가 40%를 차지하고 있다(1990년). 그리고 파견근로가 이용되는 산업은 주로 공업과 건설·토목업, 자동차산업 등이다.

프랑스에서는 파견근로에 대해서도 파트타임근로와 마찬가지로 기한부 고용을 통한 규제와 연계하여 비정형근로에 대한 종합적 규제의 일환으로 규제하고 있기 때문에 파견근로 역시 기한부 고용에 대한 규정들과 연계되어 있다. 즉, 프랑스에서는 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙이라는 전제 위에 비정형고용에 대한 법규제를 하고 있다.

프랑스의 파견근로제도는 일시적 업무에 대해 Negative 방식을 채용한 우리나라의 파견제도와 유사하다. 즉, 적용대상업무를 구체적으로 열거하지 않고, 파견근로의 이용사유를 다음과 같이 제한하고 있다. 파견근로가 상용근로를 대체하지 않도록 파견근로의 이용가능성을 다음의 세 가지 사유로 한정하고 있다. 이는 기한부 고용의 허용사유로서 ① 근로자의 대체(결근 및 근로계약이 정지된 근로자의 대체, 노동포스트 이전의 공백, 새로 채용된 상용근로자의 업무개시까지의 대기기간) ② 기업업무의 일시적 증가(기업의 일상적 업무의 일시적 증가, 수출을 위한 예외적 주문의 발생, 안전조치를 위한 긴급작업의 이행, 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무) ③ 본래 일시적 업무(계절적 성격의 고용, 무기근로계약을 체결하지 않는

49) 최홍엽, 『외국의 근로자파견제도의 최근동향』, 한국법제연구원, 1998; 윤광희, 「파견근로의 법리에 관한 연구」, 동국대 박사학위논문(1997)을 주로 참조.

것이 항상적인 관행인 고용)가 해당된다(1990년 법, L 124조의 2의 1).

또한 기한부 고용의 허용기간과 마찬가지로 파견의 최장기간을 24개월에서 18개월로 단축하고(이는 파견근로계약이든 근로자파견계약이든 적용된다), 원칙적으로 갱신은 1회까지만 허용된다(L 124조의 2의 2). 다만 최장기간에 대해서는 이용사유에 의하여 24개월, 9개월의 예외를 인정하고 있다.

프랑스의 근로자파견제도의 특징은 다음과 같다.

첫째, 파견사업체는 파견근로업무만을 하는 기업이어야 한다. 즉, 파견사업체는 파견근로업무를 독점함과 동시에 기타의 업무(예를 들면, 노무도급업)를 겸할 수 없다(파견사업체의 파견근로업무의 배타성, L. 124조의 1). 파견사업체의 설립은 신고제에 의한다. 이때 파견사업체는 임금지불, 사회보험료 지불 등의 재정적 보증의 존재를 증명해야 한다(L. 124조의 8, L. 124조의 10).

둘째, 파견사업체와 파견근로자와의 관계에 있어서 양자간의 근로계약은 파견기간중에만 체결된다. 즉, 프랑스에서는 파견기업의 상용근로자에 의한 파견근로, 즉 상용형 파견근로는 존재하지 않고, 등록형의 파견기업만이 인정되고 있다. 이 파견사업체와 파견근로자와의 근로계약인 파견근로계약은 근로자파견계약과 같이 서면으로 작성되며, 그 기재내용에 대해서 상세한 규제를 받고 있다. 즉, 근로자파견계약 및 파견근로계약도 모두 서면으로 작성되어야 하며, 양 계약은 다수의 의무적 필요기재사항을 지닌다. 이 서면계약을 결여한 경우에 그 파견근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주된다. 특히 이 근로자파견계약의 서면작성의무에 위반한 경우, 사용사업체나 파견사업체도 형사책임을 지며, 그 근로자파견계약은 무효가 된다. 따라서 파견근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있는 것으로 된다.

의무적 필요기재사항은 다음과 같다.

- ① 파견근로를 이용하는 이유
- ② 파견기간
- ③ 파견근로가 이용되는 자리의 구체적 상황
- ④ 요구되는 직업자격, 파견근로의 장소와 시·종업시간
- ⑤ 근로자가 사용할 개인용보호구의 종류: 필요한 경우에는 이 개인용

보호구를 파견사업체가 지급하는 것 여부를 명시한다.

- ⑥ 사용사업체에서 동일한 자리에 종사하는 동등의 직업자격의 근로자가 시용기간 후에 받을 수 있는 보수액: 이 경우 제수당과 부가급부의 종류 등 그 보수의 내역을 알 수 있도록 해야 한다.

또한 파견기간 종료 후에 사용사업체가 그 파견근로자를 고용하는 것을 금지하는 취지의 조항은 효력이 부정된다.

파견사업체와 사용사업체의 관계에 있어서 파견사업체의 책임은 다음과 같다. 파견기간중에 파견근로자가 범한 비행에 의해 사용사업체에 손해를 발생시킨 경우의 파견사업체의 민사책임에 대해서는 이제까지 많은 판례가 존재하고 있는데, 판례는 근로자파견계약상 이 경우의 책임에 관한 조항을 중시하는 입장을 취하고 있다.

파견근로자의 비행에 의해 제3자가 받는 손해에 대해서는 사용사업체가 지는 것이 원칙이다. 사용사업체는 파견사업체의 재정적 보증(L. 124조의 8)이 충분하지 않는 경우에는 파견기간중의 파견근로자에 대한 임금 및 사회보험료를 파견사업체를 대위하여 지불할 의무를 진다.

또한 사용사업체는 파견근로자의 이용기간중 파견근로자를 위해 안전·위생에 관한 제법령을 준수할 의무를 지며, 이 의무에 대응하여 파견근로자의 산업재해에 대해 형사책임을 진다.

노동관계법의 적용에 있어서 파견근로자는, 사용사업체의 근로자에 필적하는 개별적·집단적 권리를 향유할 수 있다. 파견근로자는 사용사업체에서 노무를 제공하기 때문에 근로시간, 심야업, 주휴일 및 축일, 안전위생, 여자노동, 연소자 및 청년에 관한 제규정 등의 근로조건에 대해 사용사업체에 적용되는 법령 및 협약의 적용을 받는다. 특별한 의학적 감독의 대상으로 되는 업무로 인한 여러 사용자 책임은 사용사업체가 부담한다.

파견근로자의 보수에 관한 원칙은 사용사업체의 근로자와의 평등대우이다. 즉, 파견근로자의 보수는 사용사업체에서 기간의 정함이 없는 근로계약에 따른다. 동등한 직업자격으로 동일한 직무에 종사하는 근로자가 시용기간 후 수취할 보수액을 하회해서는 안된다(L. 124조의 3 제6호 및 L. 124조의 4의 2). 여기에서 말하는 보수는 기본급만이 아니고, 사용자가 근로자에게 지불하는 모든 임금을 의미하지만, 파견근로자와 사용사업체 근

로자와의 보수의 평등원칙은 근로자의 자리에 관한 보수에만 적용하는 것을 주의해야 한다. 따라서 근속요건을 필요로 하는 임금부분은 파견근로자가 그 근속요건을 충족하는 경우에만 받을 수 있다.⁵⁰⁾ 또한 파견사업체는, 파견근로자에 대해 그 파견기간 종료시에 불안정고용수당을 지불해야 한다(L. 124조의 4의 4). 이 불안정고용수당의 액수는 법률로 정해지지 않는고, 단체협약으로 정해진다. 이 수당은 1990년 3월의 전국적인 단체협약에 의해 파견기간중에 파견근로자가 수취하는 총보수액의 10%로 정해져 있다.⁵¹⁾

집단적 노사관계에 있어서의 권리로는 조합대표위원(délégué syndical)의 피선출자격, 조합으로부터의 연락의 확보, 조합대표위원으로서의 활동 등이 보장되고 있으며, 기업수준에서의 의무적 단체교섭에 있어서 대표적 조합과 사용자와 사이에 연 1회 해야 하는 기업단위 단체교섭의 틀 내에서 파견근로자의 이용상황도 의무적 교섭사항으로 정해져 있다.

50) 그러나 이용사유, 직업자격 등의 기재가 막연하여 불명확하고 근로감독관에 의한 감독이 곤란한 경우가 많다는 지적이 있다. 예를 들면, 보수의 평등에 대해서도 파견근로자의 직업자격이 사용사업체의 급여체계와 일치하지 않는 경우에는 결국 적용이 곤란해지게 된다.

51) 동 단체협약 이래로 파견종료수당(end of assignment pay)이라고 칭해지기도 하는 불안정고용수당은 임금으로서의 특성을 지니므로, 과세의 대상이며 사회보장료 산정의 기준이 된다. 다만 불안정고용수당은 이하의 경우에는 지급되지 않는다.

- ① 파견근로자가 파견기간 종료 후 바로 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 경우.
- ② 파견기간중에 불가항력 또는 파견근로자의 중대한 비행에 의해 계약이 파기된 경우.
- ③ 직업훈련을 위한 파견계약의 경우.
- ④ 계절노동 및 기간의 정함이 없는 근로계약에 의하지 않는 것이 직업관행으로 된 때의 파견근로에 대해서도 확장적용된 부문협약·협정의 정함에 의해 파견사업체는 불안정고용수당의 지불을 면할 수 있다.

제 4 절 일 본

1. 개 관

1970년대 세계적인 석유위기를 경험하면서도 일본은 다른 선진제국과는 달리 비교적 안정적인 경제성장을 이룬 편이었으나, 역시 이 시기에 산업 구조의 변화와 기업활동의 세계화에 직면하여 노동시장의 유연성을 제고하게 되었고, 이에 따라 파트타임근로자, 파견근로자, 임시직, 계약사원 등 비정형근로자가 증가하는 등 고용형태 다양화 현상이 나타나기 시작하였다. 따라서 정규직 근로자의 고용에 따른 사용자의 비용부담 증가와 변화하는 경제환경에의 탄력적 대응에의 필요성, 노동력의 전반적인 여성화·고령화·고학력화라는 추세, 근로자의 욕구의 다양화 등이 결합되면서 일본 특유의 고용형태라고 할 수 있는 ‘종신고용제’가 서서히 붕괴되었다.

특히 파트타임근로자의 증가는 다른 국가들과 비교하여 큰 비중을 차지하고 있으며, 증가율도 빠른 편이다. 1975년에 전체 근로자의 약 10%를 차지하던 파트타임근로자는 1993년에는 21.1%, 1999년에는 24.1%로 증가하였다. 특히 여성 파트타임의 증가가 두드러져 1999년 현재 여성 파트타임어는 전체 파트타임어의 67.9%를 점하고 있다.⁵²⁾ 임금근로자 중 1.3%를 차지하는 파견근로자의 수는 1997년에 1986년의 5.8배 정도로 증가하였다.

노동시장의 가장 큰 구조적 변화 중 하나인 파트타임근로의 증가와 함께 파트타임근로자의 취업을 둘러싼 여러 문제점이 지적되면서 일본에서는 1993년에 파트타임근로자의 적정한 근로조건 확보, 교육훈련·고용관리의 개선 등을 목적으로 「단시간근로자의 고용관리 개선 등에 관한 법률」(이하 파트타임근로자법)을 제정·시행하기에 이르렀다. 동법에서는 ‘단시간근로자’를 “1주간의 소정근로시간이 동일한 사업장에 고용되는 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자”로 정의하고 있

52) OECD, *Employment Outlook*, 2000.

다. 그리고 동법은 다른 선진각국에서의 법률들과 달리 근로시간에 비례한 형태로 파트타임근로자에 대한 통상 근로자와의 균등대우를 명시적으로 보장하고 있지 않다. 이와 같은 비정형고용의 확산 이외에 일본에서는 효율적인 인력관리라는 차원에서 근로시간 또는 근로자수의 조정이라는 양적 조정수단보다는 고용의 총량은 유지한 채 기존의 활용방법을 변경하는 질적 조정수단, 예컨대 배치전환, 전출, 전직(轉籍), 근로자파견 등의 수단을 활용하였다. 그리고 다양한 업종을 지닌 기업으로 구성된 그룹회사의 증대와 함께 근로자의 이동이 빈번히 행해지고 있는 것도 일본의 특징이라고 할 수 있다.⁵³⁾

2. 비정형고용 관련제도

가. 파트타임근로

1993년 6월 일본은 단시간근로자의 적절한 근로조건의 확보 및 교육훈련의 실시, 복리후생의 충실 기타 고용관리의 개선, 직업능력의 개발·향상 등을 도모하려는 목적으로 ‘단시간근로자의고용관리의개선등에관한법률’(약칭 ‘단시간근로자법’)을 제정하였다(1993. 12. 1. 시행).

동법의 적용대상인 ‘단시간근로자’란 1주간의 소정근로시간이 동일사업

53) 통상 근로자는 자신이 소속된 기업의 사용자에게 노무를 제공하게 되나, 근로자는 다각적인 기업경영 또는 기업의 자회사 설립추진 등으로 인해 母子會社 및 밀접한 관련기업 사이의 업무제휴, 기술습득, 인사교류 등의 고용조정수단으로서 일상적으로 활용되기에 이르렀다. 그리고 기업 외의 인사이동 형태로서, 전출(轉出)과 전직(轉籍)이 있다. 전출은 근로자가 원래 소속되었던 기업의 근로자로서의 지위를 유지한 채 법인격을 달리하는 다른 기업의 지휘명령하에서 상당기간 노무를 제공하는 것이며, 전직이란 원래 소속 기업과의 근로관계를 해소하고 다른 기업과의 근로관계를 성립시키는 경우이다. 최근 판례에서는 母子會社 또는 관련 회사로의 전출과 관련해 취업규칙 또는 단체협약에서 전출의무를 명확히 규정하지 않더라도 채용시 또는 근로관계의 전개과정에서 근로자의 포괄적 동의만으로도 전출의무가 인정될 수 있다고 함으로써 규제를 완화하고 있다. 그러나 이러한 사용자의 전출명령(권)은 사용자의 업무상 필요성, 전출이 근로자의 생활관계에 미치는 영향, 전출의 절차·방법 등에 있어서 신의칙 위반 내지 구체적 타당성의 존부 등을 기준으로 하여 남용여부가 판단되어야 한다는 견해가 지배적이다.

장에 고용된 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비해 짧은 근로자이다(제2조).

단시간근로자의 보호에 대하여는 사업주의 고용관리 개선, 근로조건에 관한 문서의 교부, 취업규칙 작성에 관하여 단시간근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견의 청취 및 단시간고용관리자의 선임 등에 관한 노력의무를 규정하고 있다. 그리고 노동대신은 사업주가 강구해야 할 고용관리 개선을 위해 필요한 조치 등에 관하여 지침을 정할 수 있도록 하였다. 이에 기해 「사업주가강구해야할단시간근로자의고용관리의개선등을위한조치에관한지침」이 작성되었다.

또한 사용자에게 대하여 취업실태 및 통상 근로자와의 균형을 고려하여 적정한 근로조건 등을 확보하기 위한 조치를 취함으로써 파트타임근로자의 능력을 발휘할 수 있도록 노력할 책무를 부여하고 있다(동법 제3조 참조).

그리고 다른 선진각국에서의 법률들이 근로시간에 비례한 형태로 파트타임근로자에 대한 통상 근로자와의 균등대우를 명시적으로 보장하고 있는 점과 달리, 일본의 파트타임근로자법에서는 파트타임근로자와 통상 근로자의 고용시장이 상호 다르며 따라서 다른 임금기준을 적용하는 것이 당연함을 전제한 듯하다.⁵⁴⁾ 또한 동법은 근로시간 및 기타 근로조건에 관한 사항을 명확히 기재하여 파트타임근로자에게 교부할 사용자의 노력의무를 규정하고 있다(동법 제6조). 이는 파트타임근로자의 경우에는 근로조건이 다양하고 고용 후에 분쟁이 발생할 소지가 많다는 점을 고려하여 임금 이외의 사항에 대해서도 서면에 의한 명시를 책무화한 것이다. 특히

54) 片岡 昇, 『労働法』, 송강직 역, 337쪽. 학설에서도 동일한 질과 양의 노동을 행하는 파트타임근로자에 대한 임금격차가 현행 일본 노동법의 체계에 비추어 위법한 것인가라는 문제에 대해 견해대립이 있지만, 어떠한 견해에 따르더라도 일반적으로 불합리한 임금격차는 해소되어야 한다는 점에서는 일치하고 있다(淺倉むつ子, 「ハートタイマー」, 『増刊 労働法の争点』, 1990, 163쪽). 한편 파트타임근로자의 중요한 근로조건인 年次休暇取得에 대해 종래 해석의 여지가 있었으나, 1987년 노동기준법을 개정하여 소정근로일수가 4일 이하인 파트타임근로자에 대해서는 노동기준법 제39조 제3항과 노동기준법 시행규칙 제24조의 3 제4항·제5항을 통해 비례부여 방식을 채택하였다. 물론 주 소정근로일수가 5일 이상인 파트타임근로자에 대해서는 연차휴가에 있어서 통상의 근로자와 동일하게 취급된다(菅野化夫, 『労働法』, 1989, 243쪽).

동법에서는 그간 많은 논란이 있었던 파트타임근로자에 대한 해고보호 문제를 별도로 규정하고 있지 않다는 점에서 이 문제를 여전히 판례와 학설에 맡겨두고 있다. 물론 기간을 정하지 않은 파트타임근로자의 경우에는 정규근로자와 마찬가지로 노동기준법상의 해고제한(동법 제19조) 및 해고예고(동법 제20조)가 적용될 것이다.⁵⁵⁾ 다만 이에 대해 판례에서는 해고의 상당성을 판단하는데 있어서 정규직 근로자와 비정규직 근로자 사이의 ‘輕重의 차’를 인정함으로써 비정규근로자의 경우 해고에 대한 규제를 완화하는 경향이 있다.⁵⁶⁾ 또한 파트타임근로자를 정리해고의 우선적 대상으로 인정할 수 있는가 하는 문제에 대해서도 일본 판례는 정리해고 대상자의 선발에 있어서 기업과의 연계정도나 기업에의 공헌도가 고려되어야 한다고 함으로써 비정규직 근로자는 고용보장에 관한 한 정규직 근로자와 같을 수 없음을 분명히 하고 있다.⁵⁷⁾ 이러한 판례의 태도를 비판하면서 비정규 근로자에 대해서도 근로계약기간을 정할 만한 정당한 사유가 없는 한 기한 없는 계약으로 파악하는 방법 등을 통하여 정규근로자와 유사한 해고보호를 인정하려는 견해가 있다.⁵⁸⁾

나. 기한부 고용(계약직)

일본에서 기한부 고용을 제한하는 입법은 없다.⁵⁹⁾ 기한부 고용에 관한

55) 菅野和夫, 『労働法』, 147쪽.

56) 이에 대해서는 東京高判 昭和 54. 2. 27, 労働判例 315호 42쪽(삼화은행사건) 참조.

57) 대표적인 판례로는 日最判 1986. 12. 4, 労働判例 486호 6쪽(日立メテイク事件) 참조.

58) 片岡 昇, 『労働法』, 송강직 역, 455쪽.

59) 1990年 神戸弘陵学園事件 最高裁判決에서는 기간 설정의 목적이나 취지가 근로자의 적성을 평가 또는 판단하기 위한 것이었다면, 이 기간은 계약의 존속기간이 아니라 시용기간으로 보아야 한다(즉, 통상의 기간의 정함이 있는 근로로 볼 수 없다)고 함으로써 기간 설정 자체에 제한을 가하였다. 좀더 구체적으로 보면, “사용자가 근로자를 신규로 채용함에 있어 그 고용계약에 기간을 설정하는 취지·목적이 근로자의 적성을 평가·판단하기 위한 것인 경우에는 위 기간의 만료에 의해 위 고용계약이 당연히 종료한다는 취지의 명확한 합의가 당사자간에 성립하고 있는 등의 특단의 사정이 인정되는 경우를 제외하고 위 기간은 계약의 존속기간이 아니라 시용기간으로 봄이 상당하다”고 하였다(矢野昌浩, 「労働契約に付された期間の法的性質」 - 神戸弘陵学園事件・最一小判 1990. 6. 5 - 日本労働法學會誌 77호, 1991, 284쪽 참조).

입법상의 규제는 기간의 길이 제한이다. 노동기준법은 전쟁 전의 年期契約에 의한 신분적 구속의 경험에 비추어 장기간의 근로계약을 금지하고 근로계약은 “일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 경우를 제외하고는 1년을 초과하는 기간에 관해 체결할 수 없다”고 규정하고 있다(제14조). 그러나 한편 전쟁 후 50년 이상을 거쳐 장기간의 근로계약에 의한 폐해가 감소하고, 다른 한편 산업계에서 탄력적인 사업운동을 위하여 전문적 기능을 가진 자를 일정기간 확보할 필요성이 높아지고 있다. 또한 근로자측에서도 복수기업을 이동하면서 전문적 기능을 발전시키려는 근로자와 인퇴과정에서 일정기간의 취로를 확보하려는 고령자 등이 증가하고 있다. 그래서 위의 최장기간 1년 제한의 철폐와 완화의 주장이 높았지만, 이에 대해서는 기간고용자의 증가에 의한 기간의 정함이 없는 정규고용자의 대체화(고용의 유동화)를 경계하여 반대하는 주장도 강하다.

그래서 중앙노동기준심의회의 검토 결과, 1998년의 노기법 대개정에서는 기간의 상한은 1년으로 한다는 원칙은 유지하면서 다음 세 가지 경우에 관해서는 특례로서 기간의 상한을 3년으로 정하였다.

- ① 신상품, 신역무, 신기술의 개발 또는 과학에 관한 연구에 필요한 고도의 전문적 지식·기술·경험을 가진 근로자가 부족한 사업장에서 이러한 근로자를 새로이 채용하는 경우
- ② 사업의 개시, 전환, 확대, 축소 또는 폐지를 위한 업무에 있어 일정한 기간 내에 완료가 예정되어 있는 경우에 필요한 고도의 전문적 지식·기술·경험을 가진 근로자가 부족한 사업장에서 이러한 근로자를 새로이 채용하는 경우
- ③ 만 60세 이상의 근로자를 채용하는 경우

위의 ①, ②의 고도의 전문적 지식 등에 관해서는 학위, 국가시험자격, 직무경험연수 등에 의한 기준이 정해져 있다.⁶⁰⁾ ①, ②의 특례는 정규고

60) 고도의 전문적 지식 등에 관한 기준: 계약기간의 상한 3년을 이용할 수 있는 고도의 전문적 지식 등의 기준으로서 ① 박사학위를 가진 자, ② 修士학위 및 당해 업무에 관해 3년 이상의 경험을 가진 자, ③ 공인회계사, 의사, 치과의사, 수의사, 변호사, 1급건축사, 약제사, 부동산감정사, 변리사, 기술사, 사회보험노무사, ④ 특허발명의 발명가, 등록의장의 창작자 또는 등록품종을 육성한 자로서 당해 업무에 관해 5년 이상의 경험을 가진 자, ⑤ 노동성 노동기준국장이 인정한 국가,

용의 대체화에 이용되지 않도록 하려는 취지에서 그러한 전문적 근로자를 새로이 채용하는 경우만 이용할 수 있도록 하는 건의가 있었지만, 법문상은 이미 고용되어 있는 근로자를 (본인의 동의를 얻어) 다른 사업장에서 기간 3년(이내)의 특례유기계약으로 전환시키는 것도 가능할 수 있도록 되어 있다(법문상은 “당해 고도의 전문적 지식 등을 가진 근로자가 부족한 사업장에서 지식 등을 필요로 하는 업무에 새로이 취로하는 자에 한한다”고 표현되어 있다). 그러한 전문적 근로자가 ‘부족한 사업장에 있어서’라는 요건도 있는데, 기존의 전문적 근로자를 퇴직시키거나 달리 배전·출향시킴으로써 새로이 전문적 근로자를 3년 이내의 계약으로 채용하는 것은 인정되지 않는다(1999. 1. 29. 基發 45호).

기간의 상한이 1년이라는 제한에 관해서는 기간갱신의 제한은 없다. 즉, 1년 이내의 기간의 계약이라면 기간만료시에는 1년 이내의 기간을 붙인 계약의 갱신이 가능하다. 이에 대하여 기간의 상한 3년의 특례는 1회밖에 이용할 수 없고(“새로이 취로하는 자에 한한다”라는 문언에 따른다), 이를 갱신하는 경우에는 그 기간에 관해서는 상한 1년이라는 원칙에 따른다(다만, 갱신시점에서 60세 이상이라면 위의 ③의 경우로서 3년 이내의 계약이 가능하다).

위의 1년(내지는 특례의 3년)이라는 상한을 초과하는 계약기간을 정한 근로계약의 효력은 어떻게 되는가, 통설 및 판례는 1년을 넘는 기간의 근로계약은 기간제한 규정(노기법 제14조)의 강행적·직률적 효력(노기법 제13조)에 의해 기간 1년으로 단축되고, 또한 기간 1년을 넘어서도 근로관계가 계속되는 경우에는 묵시의 갱신에 의해 기간의 정함이 없는 근로계약으로 연장된다고 해석한다.⁶¹⁾ 특례 3년의 상한위반에 관해서도 마찬

지방공공단체, 공익법인 등에 의한 인정제도에 따라 지식 등이 우수한 자라고 인정된 자로서 당해 업무에 관해 5년 이상의 경험을 가진 자로 되어 있다(1998. 勞告 153호).

61) 菅野和夫 교수는 이에 대해 다음과 같은 異見을 표시하고 있다. “노기법상의 기간 제한규정이 근로자 보호(근로자에 대한 인신구속의 방지)를 위하여 민법의 관계 규정을 수정한 특칙이라는 점을 생각한다면, 그 위반에 관해서는 다음과 같은 편면적인 무효가 생긴다고 하겠다. 즉, 사용자는 근로계약의 기간을 정한 경우는, 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 경우를 제외하고는 1년을 넘는 기간을 정할 수 없다. 만약 1년을 넘는 기간을 정한 경우는 사용자는 기간제한 규정에 위반함과 함께 근로자에 대하여 1년을 넘는 기간의 구속관계를 주장할 수 없다.

가지의 처리가 행해지는 것으로 한다(위의 基發 45호).

한편 반복갱신의 경우에 대해서 최고재판소를 비롯한 대부분의 관례는 갱신거절의 유효여부를 “당해 고용의 임시성·상용성, 갱신의 횟수, 고용의 통산기간, 계약기간 관리의 상황, 고용계속의 기대를 야기시킬 만한 언동·제도의 유무 등”⁶²⁾에 따라 판단하고 있다.

다. 근로자파견

일본의 근로자파견법은 1985년 6월에 제정되어 1986년 7월 1일부터 시행되었다. 당초 적용대상업무는 소프트웨어 개발, 비서, 건물청소, 안내 등 16개 업무였으나 1996년 12월 6일부터 연구개발, 편집, 광고디자인 등 11개 업무가 추가되었다.

그러나 1999년 근로자파견법은 대폭 개정되어, 기존에는 파견대상업무를 positive list 방식에 의하여 26개 업무로 한정하던 것을 개정법에서는 항만운송·건설·경비·의료관계·물건제조(제품 등의 운반, 보관, 포장업무 제외)업무, 기타 업무(인사노무관리 사무 중 사용사업체의 단체교섭 등에 종사하는 자) 이외에는 모두 원칙자유화하였다(negative list). 따라서 영업, 판매, 기획, 관리직이 해제되었다(1999년 12월 시행).

그리고 파견기간도 개정 전에는 26개 업무를 제외하고 원칙적으로 사용사업체는 1년 이상 파견서비스를 제공받을 수 없었으나, 개정법에서는 기존의 26개 업무에 대하여는 현행대로 최장 3년까지 파견이 가능하게 되었다.

그외에도 파견사업체와 사용사업체간의 시장의 교섭력을 보호하는 차원에서 사용사업체가 미리 면접을 실시하거나 이력서를 제출하도록 하는 것을 금지하고, 사용사업체가 중도에 일방적으로 파견계약을 해지할 경우 파견사업체에 대한 손해배상을 하는 규정을 신설하였다.

근로자파견법의 주요 내용은 다음과 같다.

그러나 근로자에 관해서는 1년을 넘는 기간의 정함은 유효하고 근로자는 그 기간의 고용보장을 받음과 함께 그 기간이 만료하면 묵시의 갱신 등이 생기지 않는 한 근로관계가 종료한다고 하겠다. 다만 사건에서도 개정 후의 3년의 특례적 상한위반에 관해서는 입법취지의 상이로부터 통설·판례의 처리에 동의한다”(菅野和夫(1999), 182쪽).

62) 菅野和夫, 190쪽.

일본의 근로자파견법은 근로자파견사업을 두 가지로 구분하고 있다. 즉, 파견사업체가 파견근로자를 상시 고용하는 경우인 특정근로자파견사업과 특정근로자파견사업을 제외한 형태의 파견사업인 일반근로자파견사업이 그것이다. 즉, 특정근로자파견사업은 ‘상용형’ 파견사업, 일반근로자파견사업은 ‘등록형’ 파견사업 “파견근로를 희망하는 근로자를 등록해 놓고 파견 수요가 있을 때 근로계약관계를 체결하고 사용업체에 파견하는 일시고용(기간을 정한 고용) 형태”이라고 부른다. 또한 일반근로자파견사업에 대하여는 허가제, 특정근로자파견사업에 대하여는 신고제로 규제를 이원화하고 있으며, 근로자파견법은 주로 일반근로자파견사업에 대한 규제를 주요 내용으로 하고 있다.

근로자파견사업을 할 수 있는 업무로서 ① 그 업무를 신속 그리고 적확(適確)하기 위해서 전문적 지식 또는 경험을 필요로 하는 업무, ② 그 업무에 종사하는 근로자에 대하여 취업형태, 고용형태 등의 특수성에 의하여 특별한 고용관리를 행할 필요가 있는 업무로서 당초에는 소프트웨어 개발, 비서, 조사업무 등 16개 업무가 허용되었다. 1996년 12월 16일 법개정시부터 1999년 법개정 때까지는 연구개발, 제작편집, 광고디자인 업무 등 11개 업무가 추가되어 현재는 27개 업무에 대하여 근로자파견이 허용되었었다.⁶³⁾ 그러나 전술한 바와 같이 1999년 법개정에 의하여 항만운송·건설·경비·의료관계·물건제조(제품 등의 운반, 보관, 포장업무 제외)업무, 기타 업무(인사노무관리 사무 중 사용사업체의 단체교섭 등에 종사하는 자)를 제외하고는 모두 자유화하는 negative list로 전환되었다.

그리고 노동보호법 등의 적용에 관한 광범위한 특례를 인정하고 있는데, 파견근로자에 대한 사용자 책임을 원칙적으로 파견근로자와 고용관계에 있는 파견사업주가 진다. 그런데 근로자파견은 그 특수성으로 인하여 사실상 파견사업주에게 책임을 물을 수 없는 경우가 있고, 또한 파견근로자 보호의 실효를 거두기 위하여 사용사업주에게 책임을 부담시키는 것이 적절한 경우가 있다.

일본 파견법은 이러한 사항에 대하여 특례규정을 두고 있다.

① 균등처우, 강제근로, 폭행금지 등 기본규정에 대하여는 파견사업주와

63) 1999년 법개정 이전의 적용대상업무는 다음과 같다.

사용사업주 양자가 사용자 책임을 진다.

- ② 근로시간, 휴일·휴게 등 파견근로자의 구체적인 파견취업 운용에 관하여는 사용사업주가 책임을 진다.
- ③ 사업안전보건에 관하여는 원칙적으로 사용사업주가 책임을 진다. 다만 일반건강진단 등 고용기간중 계속적으로 행하여야 할 사항에 대하여는 파견사업주가 책임을 진다.
- ④ 근로자파견계약에 정해진 취업조건에 따라서 파견중인 근로자를 사용사업주가 사용하였는데 이것이 노동관계법 등에 저촉되는 경우에는 파견사업주는 근로자를 파견할 수 없다.

또한 파견법은 파견근로자의 보호 및 파견사업의 적정한 운영을 위하여 근로자파견계약, 파견사업주가 강구해야 할 조치, 사용사업주가 강구해야 할 조치 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

1. 소프트웨어 개발	2. 기계설비
3. 방송기기 조작	4. 방송프로그램 등 연출
5. 사무기기 조작	6. 통역, 번역, 속기
7. 비서	8. 파일링(filing)
9. 조사	10. 재무처리
11. 거래문서 작성	12. 전시(demonstration)
13. 여행(단체여행) 안내	14. 건물청소
15. 건물설비운전, 점검, 정비	16. 안내, 접수, 주차장 관리 등
17. 여행관련업무(추가사항)	18. 연구개발
19. 기획	20. 제작, 편집
21. 광고디자인	22. 인테리어 코디네이터
23. 아나운서	24. 사무자동화사용법 지도
25. 텔레마케팅 영업	26. 세일즈 엔지니어 영업
27. 방송도구 관련	

1986년 당초 : 1~16번 업무

1996년 12월 이후 : 17~27번 업무 추가

라. 특수고용

일본은 우리나라와 마찬가지로 노동법의 보호대상은 ‘근로자’에 국한되며, 실정법상 근로자에 대한 개념 정의를 노동기준법과 노동조합법에서 규정하고 있다. 독일의 경우 이른바 “노무급부를 하는 자로서 인적 종속성이 없어서 근로자라고 할 수는 없지만, 다른 한편 그들이 가지는 경제적 종속성으로 인하여 사업자도 아닌 자”에 대하여 ‘근로자와 유사한 자’라는 개념을 사용하고 있는데 반하여 일본은 우리나라와 마찬가지로 ‘근로자성’ 여부를 노동법적 보호여부의 판단기준으로 삼고 있다.

다만 근로자성 여부를 판단함에 있어서 노동기준법과 노동조합법 등 개별 법규의 목적과 입법취지가 다르므로 각 개별 법규에 따라 근로자성을 달리 판단해야 한다는 개별적 접근방법과 함께 근로자성 판단은 기본적으로 ‘사용종속성의 유무’에 따라 판단해야 한다는 통일적 접근방법이 절충적으로 이루어지고 있다.

근로자성 여부를 판단하는 ‘사용종속성’의 기준으로는 인적 종속성과 경제적 종속성을 들고 있으나, 특수고용관계에 있는 취업자들이 증가하면서 학설 및 판례는 종전보다 경제적 종속성 내지 조직적 종속성을 중시하는 경향을 보이고 있다.

1) 근로자 개념에 관한 법규정

일본에서는 일찍이 근로자의 개념에 대한 활발한 논의가 있어 왔다. 근로자 개념에 관한 논의는 노동법의 기초개념으로서의 근로자 개념에 관한 논의 이외에도 노동기준법이나 노동조합법상의 근로자와 여타의 노무공급자를 어떻게 구별할 것인지에 대한 논의가 중심이 되었다.

일본의 노동관계법은 그 보호대상이 되는 근로자에 관한 정의를 각각의 법률의 입법목적에 따라 달리 규정하고 있다.

노동기준법 제9조는 “이 법률에서 근로자⁶⁴⁾라 함은 직업의 종류를 불

64) 일본 노동관계법은 ‘노동자’라는 용어를 사용하고 있으나, 본 논문에서는 우리나라 노동법에서 사용하고 있는 ‘근로자’로 번역하였다. 일본은 헌법 제28조에서만 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있다.

문하고 前條의 사업 또는 사무소에서 사용되는 자로서 임금을 지급받는 자를 말한다”고 규정하고 있다. 즉, 노동기준법 제9조는 근로자성을 판단함에 있어서 ‘사업 또는 사무소에서 사용될 것’과 ‘임금을 지급받을 것’의 두 가지 조건을 요구하고 있다. 노동기준법상 근로자의 개념이 적용되는 노동관계법에는 노동기준법 이외에 최저임금법, 노동안전위생법, 임금확보법 등이 있다.

한편 노동조합법 제3조는 근로자의 개념에 대하여 “직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의해서 생활하는 자”라고 규정하고 있다.

그밖에 직업훈련법은 ‘사업주에게 고용되어 있는 자’와 ‘구직자’를 동법의 대상이 되는 근로자로 규정하고 있으며, 직업안정법, 고용보험법, 고용대책법 등은 근로자의 개념에 대하여 특별한 정의를 내리고 있지 않다.⁶⁵⁾

2) 근로자 개념에 관한 학설 및 판례

가) 노동기준법상 근로자 개념

(1) 근로자성 판단기준

일본의 학설 및 판례에서 노동기준법상의 근로자를 판단하는 방법은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째 ‘사용종속성’이라고 하는 기준에 의하여 통일적으로 파악하는 입장과 둘째, 사용종속성보다는 개별 법규나 제도의 목적과 취지에 따라 개별적으로 파악하려는 입장이다. 다수설의 입장은 개별 노동법, 특히 노동기준법과 노동조합법에서의 근로자 개념에 대한 접근에 있어서 각 정의규정과 입법목적이 다르기 때문에 이를 달리 파악해야 하는 개별적 접근방법에 동의하면서도 그 기본적 방법은 결국 ‘사용종속성’의 유무에 의하여 판단해야 한다는 견해이다.⁶⁶⁾ 이와 같이 ‘사용종속성’에 의하여 근로자성을 판단하는 것이 일본 노동법학계의 다수설 및 판례의 입장이나, 구체적으로 ‘사용종속성’을 결정하는 표지가 무엇인

65) 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대 박사학위논문, 1994, 71쪽.

66) 吉田美喜夫, 「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」, 日本労働法學會誌, 68號, 総合労働研究所, 1986, 31쪽; 片岡昇, 「特殊勤務者の法的問題」, 『季刊労働法』, 60號, 総合労働研究所, 1967, 143쪽 以下.

가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

그러나 1970년대 이후 고용형태 내지 취업형태가 다양화되면서 비판적 견해가 제기되고 있다. 특히 1980년대에 들어와서는 미국 판례법에서 형성된 근로자성 판단방법을 수용하자는 견해들이 유력하게 제기되고 있다.⁶⁷⁾ 즉, 근로자성의 판단이 어려운 한계영역은 ‘사업자’와의 한계영역이므로 ‘근로자인가, 독립적인 사업자인가’의 구별방법에 의하여 판단해야 한다는 것이다. 즉, 근로자성 판단은 개별 법규의 목적과 취지에 따라 판단해야 하므로, 구체적으로 노동기준법의 대상이 되는 근로자성 판단의 경우 ‘근로기준의 법정’과 ‘근로조건의 노사대등결정의 촉진’이라고 하는 법적 목적에 의하여 근로자인가 사업자인가 구별해야 한다는 것이다.

(2) 사용종속성

노동기준법상의 근로자성 판단에 대하여 지배적 학설과 판례, 행정해석은 대체로 ‘사용종속성’이라는 판단기준을 사용하고 있는데, 그 논거는 다음과 같다.

노동기준법 제9조는 동법의 보호대상이 되는 근로자에 대하여 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사무소에서 사용되는 자로서 임금을 지급받는 자’라고 규정하고 있다. 즉, 노동기준법 제9조는 근로자성을 결정함에 있어서 ‘사업 또는 사무소에서 사용될 것’과 ‘임금을 지급받을 것’의 두 가지를 규정하고 있으며, 동법 제11조는 임금에 대하여 ‘근로의 대상’이라고 규정하고 있다. 임금이 ‘근로의 대상’인가 아닌가의 여부는 결국 ‘사업 또는 사무소에서 사용될 것’의 문제로 귀착되며, ‘사용되는 것’이란 ‘타인의 지휘명령에 복종하며 노무를 제공하는 것’으로 해석할 수 있기 때문에 근로자성의 판단기준으로 ‘사용종속성’이 가장 중요한 기준으로 작용하고 있는 것이다.⁶⁸⁾

이와 같이 학설과 판례는 노무공급관계에 있어 사용종속성이 존재하는가의 여부에 따라 근로자인가의 여부를 판단하는 이외에 계약의 형식보다

67) 小山鳥典明, 「労働者の判断基準」, 『季刊労働法』, 139號, 総合労働研究所, 1986, 25쪽 이하.

68) 伊藤博義, 「労基法上の労働者・使用者」, 『現代労働法講座』 9卷, 総合労働研究所, 1982, 106~107쪽.

는 근로의 실태를 중시하며, 노무공급관계에 대하여 종합적으로 판단하는 경향을 보이고 있다.⁶⁹⁾

그러나 사용종속성에 의하여 근로자 개념을 통일적으로 파악하는 입장에서 사용종속성의 의미에 대한 견해의 차이로 인하여 다시 몇 가지 입장으로 나뉘고 있다.⁷⁰⁾ 현재 학계의 다수설과 판례는 인적 종속성과 경제적 종속성의 복합적 개념을 사용하고 있는 입장이다.

대표적 판례인 東京地判(昭和 1948. 2. 6)의 판결은 사용종속관계의 징표로서 “① 작업의 의뢰, 업무종사에 대한 승낙거절의 자유의 유무 ② 시간적·장소적 구속성의 유무~근무시간(시업 및 종업시의 정함), 근무장소의 지정 ③ 업무내용이 사용자에 의해 정해지고 업무수행 과정에 있어서의 사용자의 일반적인 지휘감독의 유무, 복무규율의 적용 ④ 노무공급의 대체성의 유무 ⑤ 업무용 기구의 부담관계 ⑥ 보수가 노동 자체의 대상적 성격을 갖는가의 여부~생활보장급적 요소, 노동의 질에 대한 격차, 결근 공제, 초과근로수당의 유무, 부수적으로 급여소득세의 원천징수의 유무, 나아가 퇴직금제도의 존부 등을 고려해야 할 것”이라고 판시하고 있다.

다음, 인적 종속성에 기초하여 사용종속성을 판단하는 노동기준법연구회의 입장이 있는데, 동 연구회는 1979년 보고와 달리 1985년 보고에서는 인적 종속성에 기초하면서도 이익형량론(즉, 근로자성의 징표와 사업자성의 징표를 비교형량)을 수용하고 있다.

<노동기준법연구회의 ‘근로자성 판단기준’(1985.12.19)>

노동기준법연구회의 ‘근로자성 판단기준’에 의하면 근로자성 판단기준으로서 가장 중요한 것은 “형식적인 계약형태를 불문하고 실질적인 사용종속성을 종합적으로 판단하는 것”이라고 한다. 동 기준은 이를 위해 구체적인 판단기준이 명확하게 제시되어야 한다고 하며, 근로자성의 판단기준을 ‘사용종속성에 관한 판단기준’과 ‘근로자성의 판단을 보장하는 요소’로 이분하였다. 그리고 사용종속성에 관한 판단기준으로 ‘지휘감독하의 근로’에 관한 판단기준과 ‘보수의 노무대상성’을 들었다. 다음으로 이상의 판단기준을 가지고도 ‘사용종속성’의 판단이 곤란한 한계적 사례가 있는 점에

69) 강성태, 앞의 논문, 73쪽.

70) 강성태, 앞의 논문, 87쪽.

주의하여 이러한 경우에는 사업자성의 유무와 전속성의 정도 등으로 말해지는 제요소도 함께 감안한 종합적 판단을 할 필요가 있다는 점을 언급하였다.⁷¹⁾

나) 노동조합법상 근로자 개념

(1) 근로자성 판단기준

노동조합법 제3조는 “이 법률에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 규정하고 있다. 학설과 판례는 노동조합법의 목적이 노동기준법의 목적과 달리 ‘근로자들이 자주적으로 노동조합을 결성하고 단결하여 사용자와 대등한 입장에서 교섭하도록 촉진하는 것’에 있기 때문에 노동조합법상 근로자의 개념은 개방적이고 포괄적으로 해석해야 한다는 입장이다. 즉, 노동기준법의 목적은 ‘근로자에게 임금, 근로시간, 안전위생, 재해보상 등의 근로조건 의 최저기준을 확보해 주기 위한 것’에 있기 때문에 현재 특정한 사업 등

71) 이를 구체적으로 보면 다음과 같다.

<사용종속성에 관한 판단기준>

가. ‘지휘감독하의 근로’에 관한 판단기준

- ① 구체적인 작업의 의뢰, 업무종사의 지시 등에 대한 승낙거절의 자유의 유무
- ② 업무수행상의 지휘감독의 유무
 - 업무내용 및 수행방법에 관한 ‘사용자’의 구체적인 지휘명령을 받는가 아닌가
 - ‘사용자’의 명령, 의뢰에 따라 통상 예정되어 있는 업무 이외의 업무에 종사 하는 경우가 있는가 아닌가(보강기준)
 - 근무장소 및 근무시간이 지정되고, 관리되고 있는가 아닌가
 - 노무공급에 대체성이 인정되는가 아닌가(보강기준)

나. ‘보수의 노무대상성’에 관한 판단기준

보수의 성격이 사용자의 지휘감독하에서 일정시간 노무를 제공하고 있는 것에 대한 대가로 판단되는가 아닌가(보강기준)

- ① 사업자성의 유무
 - 기계, 도구의 부담관계
 - 보수의 액
- ② 전속성의 정도
 - 타사의 업무에 종사하는 것이 제도상 제약되거나 사실상 곤란한가 아닌가
 - 보수에 생활보장적인 요소가 강하다고 인정되는가 아닌가

에서 사용되고 있는가의 여부에 의하여 근로자 개념을 판단해야 할 것이지만 노동조합법상의 근로자 개념에는 현재 특정한 사업 등에서 사용되고 있을 필요는 없다고 한다. 따라서 노동기준법상의 근로자에 포함되지 않는 실업자라 할지라도 노동조합법상의 근로자 개념에는 포함된다고 한다.

그러나 노동조합법상의 근로자성을 판단하는 가장 중요한 기준은 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입’을 얻고 있는가의 여부이며, ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입’이란 결국 ‘사용종속관계’에서 얻는 수입을 의미하므로 노동조합법상의 근로자성 판단기준 역시 ‘사용종속성’이라는 것이 일본의 학설과 판례의 지배적 입장이다.

(2) 사용종속성

노동조합법상 근로자 개념을 판단할 때의 ‘사용종속성’은 노동기준법상의 그것과 달리 ‘현재성’을 요구하고 있는 것은 아니지만, ‘사용종속성’에 대한 구체적 판단요소는 노동기준법상의 판단요소와 거의 동일한 판단기준으로서 접근하고 있다.

그러나 이에 대하여는 유력한 반대설이 존재한다.⁷²⁾ 이 견해는 노조법 제3조의 ‘임금, 급료’는 고용계약상 근로자가 노무의 대가로 받는 것을 의미하며, ‘기타 이에 준하는 수입’은 고용계약하에 있는 근로자들과 마찬가지로 단체교섭의 보호를 받아야 할 필요성이 인정되는 동종의 노무공급계약(즉, 고용계약관계와 유사한 노무공급계약관계)하에 있는 자들의 수입을 의미한다는 것이다. 따라서 노동조합법 제3조의 근로자성을 판단하는 데 있어서 ‘사용종속관계의 존재’라는 요건을 부과하는 것은 동법의 입법취지에 부합되지 않는다는 것이다. 다시 말해 도급, 위임 기타의 제반 노무공급계약하에 있는 자가 노동조합법상의 근로자인가 아닌가의 판단은 ‘노무를 제공하는 자에게 노동조합법상의 단결권 및 단체교섭권을 보장해 줄 필요성이 있는가의 여부’에 따라 결정되어야 하기 때문에 노동기준법상의 근로자성 판단과 달리 ‘노무의 수행방법에 대한 사용자의 지휘·감독의 유무’는 반드시 필요한 판단표지가 아니라는 것이다.

72) 菅野和夫, 『労働法』, 1988, 376쪽; 東京大 労働法研究会, 『註釋労働組合法(上)』, 220쪽.

마. 텔레워크

일본은 유럽이나 미국 같은 선진국에 비하여 텔레워크가 그다지 확산되고 있지 않다.⁷³⁾ 일본에는 1970년 제정된 가내노동법이 있으므로 텔레워커의 법적 지위는 역시 가내노동법이 있는 독일의 경우와 마찬가지로 판단할 수 있다. 즉, 텔레워커의 법적 지위는 독립사업자이거나, 아니면 가내근로자 또는 근로자가 된다.

일본에서 가내노동법의 적용대상은 ‘위탁’ 관계에 있는 가내근로자와 그 보조자이다.⁷⁴⁾ ‘위탁’이란 “타인에게 물품을 제공하여 그 물품을 부품, 부속품 또는 원재료로 하는 물품의 제조 또는 그 물품의 가공, 개조, 수리, 세척, 선별, 포장이나 해체를 위탁하는 것”(가내노동법 제2조 제1항 제1호)과 “타인에게 물품을 매도하고 그 자가 그 물품을 부품, 부속품 또는 원재료로 하는 물품을 제조한 경우 또는 그 물품의 가공 등을 한 경우에 그 제조 또는 가공 등에 관련된 물품을 매수할 것을 약속하는 것”(동법 동조 동항 제2호)이다. 또한 ‘가내근로자’란 “물품의 제조, 가공 등이나 판매 또는 그것의 하도급을 업으로 하는 자 기타 이와 유사한 행위를 업으로 하는 자로서 노동성령에서 정하는 자로부터 주로 근로의 대상을 얻기 위하여 그 업무의 목적물인 물품(물품의 반제품, 부품, 부속품 또는 원재료를 포함한다)에 관하여 위탁을 받아 그 업무에 관하여 동거의 친족 이외의 자를 사용하지 않는 것을 상태로 하는 자를 말한다”(동법 제2조 제2항). 또한 ‘보조자’는 “가내근로자의 동거의 친족으로서 당해 가내근로자가 종사하는 업무를 보조하는 자를 말한다”(동법 제2조 제4항).

위에서 보듯이 텔레워커의 업무와 가내노동법의 적용대상이 되는 업무는 일치될 가능성이 그리 크지 않다.⁷⁵⁾ 일본의 가내노동법은 독일의 가내

73) 강성태, 『비전형근로와 노동법』, 237쪽 참조(화이트칼라 근로자 중 2.3%가 텔레워크의 형태로 근무하고 있으며, 30인 미만 소규모 기업에서 8.5% 정도로 가장 많이 실시하고 있다. 또한 본인과 상사의 재량(61.5%)으로 행해진 경우가 대부분이어서 아직 텔레워크가 제도화되지 못한 것을 알 수 있다).

74) 강성태, 앞의 책, 239쪽.

75) 강성태, 앞의 책, 239쪽; (재) 馬渡淳一郎(1998), 14쪽 참조.
(워드프로세스 작업에 관한 노동성의 통달은 다음과 같다.

노동법과 같이 정신적 활동에 종사하는 자를 별도로 포함하여 규정하고 있지 않으므로 텔레워커가 가내노동법의 적용대상이 되기는 어렵다.

따라서 텔레워커는 독립사업자 또는 근로자로서의 법적 지위를 갖는 것이 일반적이며, 도급 또는 위임에 의하여 텔레워크를 행하는 경우에는 판례와 학설에 의하여 확립된 근로자성 판단기준에 의하는 수밖에 없게 된다.

① 원고(原稿)에 따른 워드프로세스 작업을 행하고 당해 워드프로세스 조작에 의해 발생한 전기신호를 플로피 디스켓 기타의 외부기억매체……에 보존하는 작업은 가내노동법에서 말하는 ‘가공’에 해당된다

② 플로피 디스켓 등의 제공 또는 매도가 있었던 경우는 가내노동법에서 말하는 ‘물품’에 해당된다.

즉, 가공을 위한 플로피 디스켓 등의 물품의 수수가 있다면 동법이 적용된다. 그러나 인터넷상의 이메일 교환 등에 의해 작업의 위탁과 인도가 행해지는 경우는 물품이 아닌 전기신호가 수수될 뿐이다(예를 들어, 퍼스날 컴퓨터 본체가 제공되었더라도 적용되지 않는다). 그리고 위탁자는 물품의 제조·가공 등·판매 또는 이러한 하도급업자 기타 유사행위업자(성령 지정)에 한정되어 있기 때문에 플로피 디스켓 등의 물품의 제조·가공·판매업자(출판인쇄회사 등)로부터 위탁된 경우에 한한다. 그러므로 근로자의 주택 속에서 행하더라도 텔레워크에 동법이 적용되는 경우는 거의 없다.

제 4 장

각 고용형태의 유형에 따른 해석론적·입법론적 쟁점과 과제

제 1 절 단시간근로

1. 현행 법제도

가. 단시간근로의 의의

근로기준법상 단시간근로란 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로를 말하며, 그러한 근로에 종사하는 자를 단시간근로자라고 한다(근기법 제21조). 한편 '1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령으로 정하는 자'(동법 제25조 제3항)는 여타의 단시간근로자와 근로기준법적 보호의 범위에 있어서 달리 취급되고 있으며 '초단시간근로자'라 불리우기도 한다.

단시간근로 여부는 '당해 사업장'을 기준으로 하기 때문에 당해 사업장의 근로자 전체의 소정근로시간이 다른 사업장의 그것이나 법정기준근로시간보다 짧은 경우는 당연히 단시간근로가 아니다. 또한 단시간근로는 1주간의 소정근로시간이 '常時的'으로 통상 근로자의 그것보다 짧은 경우를 염두에 둔 것이기 때문에, 사업장의 사정에 따라 일시적으로 근로시간을 단축하는 이른바 단축근로 또는 조업단축은 단시간근로와 구별된다.

그리고 단시간근로와 통상 근로는 1주간의 '소정'근로시간에 의해 구별되는 것이므로 연장근로 등에 의해 실근로시간이 통상 근로자의 그것에 비해 짧지 않은 경우라도 '소정'근로시간이 짧으면 단시간근로에 해당한다.

나. 단시간근로자의 근로조건 보호

근기법(1997. 3. 13. 법률 제5309호)은 단시간근로자의 정의와 함께 단시간근로의 근로조건 보호에 관한 규정을 신설하였다.⁷⁶⁾ 이에 의하면, 우선 근기법상 단시간근로자란 “1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자”를 말한다(제21조). 다음으로 단시간근로자의 근로조건에 관해서는 제25조에서 규정하고 있다. 즉, “단시간근로자의 근로조건은 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정하여야 한다(제1항)”고 규정하면서, 단시간근로자의 근로조건을 결정함에 있어서 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 동법 시행령에 위임하고 있다(제2항).

이에 따라 동법 시행령(1997. 3. 27. 대통령령 제15320호) 및 1998년 개정시행령(1998. 2. 24. 대통령령 제15682호)은 단시간근로자의 근로조건에 기

76) 현행법은 1992년의 '시간제근로자의근로조건보장에관한지침'(이하 1992년 지침)과 비교하여 볼 때 단시간근로자의 범위를 확대하고 있다. 1992년 지침은 1주의 소정근로시간이 통상 근로자의 그것에 비해 3할 이상 짧은 자를 단시간근로자로 파악하였으나(제2조), 현행법에서는 1주의 소정근로시간이 통상 근로자에 비해 짧은 자라고 함으로써 법적 의미에서 단시간근로자의 범위는 상당히 확대되었다. 또한 근로조건규율의 원칙이라는 측면에서 보면, 1992년 지침은 '노사자치의 존중'과 '비례적 평등의 원칙'(제3조)을 규정하였으나, 현행법에서는 후자만을 규정하고 있다. 그러나 현행법에는 1992년 지침에 있었던 “사용자는 시간제근로자의 임금인 근로시간, 업무의 양과 질 등을 감안하여 통상 근로자에 비해 불이익하지 아니하도록 노력한다”(제6조 제2항)는 규정과 “시간제근로자의 상여금 등에 관하여는 당사자가 정한 바에 따르고, 정하지 아니한 경우에는 근로시간을 감안하여 통상 근로자에 비해 불이익하지 아니하도록 한다”(동조 제3항)는 규정이 없다. 또한 1992년 지침에 있었던 퇴직금과 재해보상 및 평균임금의 계산 등에 관한 규정도 현행 법에는 없다.

준을 다음과 같이 정하고 있다(제9조 제1항에 의한 별표 1의 2). 우선 근로계약의 체결에 관하여 사용자는 단시간근로자를 고용할 경우에 임금·근로시간 기타의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부하여야 한다. 그리고 단시간근로자의 근로계약서에는 계약기간, 근로일, 근로시간의 시작과 종료시각, 시간급임금 기타 노동부장관이 정하는 사항이 명시되어야 한다. 통상 근로자의 경우에도 사용자는 근로계약 체결시에 근로조건을 명시하여야 하고 특히 임금의 구성항목, 계산방법 및 지불방법에 관해서는 서면으로 명시하여야 하나, 단시간근로자의 경우에는 근기법 시행령에서 특별히 사용자에게 대하여 근로조건을 명시한 근로계약서의 작성과 교부의무를 부과한 것이다. 그 이유는 단시간근로자의 경우 통상 근로자에 비하여 근로조건이 불안정성과 불명확성이 초래될 위험이 더 크다고 보아 사전에 이를 예방하고자 한 것이다.

임금의 계산 등에 관하여는 임금계산의 기초가 되는 단시간근로자의 1일 소정근로시간수는 4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일수로 나눈 시간수로 하며, 단시간근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 한다. 시간급임금을 일급통상임금으로 산정할 경우에는 1일 소정근로시간수에 시간급임금을 곱하여 산정한다. 이는 근로기준법상의 각종 수당의 계산이 시간급임금이나 일급임금을 기초로 한 경우가 많기 때문이라고 판단된다.

초과근로에 관하여 사용자는 단시간근로자에게 대하여 소정근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하며, 초과근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급률을 명시하여야 한다. 그리고 사용자는 근로자와의 합의가 있는 경우에 한하여 초과근로를 시킬 수 있다. 즉, 사용자는 단시간근로자에게 초과근로를 시키기 위해서는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시함과 동시에 근로자의 동의를 받아야 하고, 실제로 이루어진 초과근로에 대해서는 약정된 가산임금을 지급하여야 한다.

휴일·휴가의 적용에 관하여는 세 가지를 규정하고 있는데, 첫째, 사용자는 단시간근로자에게 대하여 법 제54조의 규정에 의한 유급휴일을 주어야 하며, 둘째, 사용자는 단시간근로자에게 대하여 법 제57조의 규정에 의한 월차유급휴가 및 법 제59조의 규정에 의한 연차유급휴가를 주어야 한다. 이

경우 유급휴가는 각각 다음의 방식으로 계산한 시간단위로 하며 1시간 미만은 1시간으로 본다(통상 근로자의 월차 또는 연차유급휴가일수×단시간 근로자의 소정근로시간/통상 근로자의 소정근로시간×8). 사용자가 지급하여야 하는 임금은 시간급을 기준으로 한다. 셋째, 사용자는 여자인 단시간 근로자에 대하여 법 제71조의 규정에 의한 유급생리휴가 및 법 제72조의 규정에 의한 산전후휴가를 주어야 한다. 이 경우 통상 근로자와 휴가일수에 차이를 두어서는 아니된다. 이 경우에 사용자가 지급하여야 하는 임금은 일급통상임금을 기준으로 한다.

취업규칙의 작성 및 변경에 관하여는 사용자는 통상 근로자에게 적용되는 취업규칙과는 별도로 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성할 수 있다. 이와 같이 별도의 취업규칙을 작성하거나 이를 변경하고자 하는 경우에는 적용대상이 되는 단시간근로자 과반수의 의견을 들어야 하고, 특히 취업규칙을 단시간근로자에게 불이익하게 변경하고자 하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다. 단시간근로자에게 적용될 별도의 취업규칙이 작성되지 아니한 경우에는 통상 근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용되고, 취업규칙에서 단시간근로자에 대하여 적용이 배제되는 규정을 두거나 달리 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따르도록 한다. 또한 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성 또는 변경하는 경우에는 근로시간수에 따른 비례적 평등을 정한 법 제25조 제1항의 취지에 반하는 내용이 포함되어서는 아니된다.

한편 근로법 제25조 제3항은 “1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 이 법의 일부 규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자’라 함은 4주간(4주간 미만으로 근로하는 경우에는 그 주간)을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자를 말한다(동법 시행령 제9조 제2항). 이들에 대해서는 근로기준법 제34조(퇴직금 제도), 제54조(유급휴일), 제57조(월차유급휴가) 및 제59조(연차유급휴가)를 적용하지 아니한다(동법 시행령 제9조 제3항).

2. 쟁점 및 제도개선 과제

현행법은 단시간근로자의 지위를 명확히 하고, 주요 근로조건에 있어 단시간근로자의 보호를 명시적으로 규정하였다는 점에서 긍정적 평가를 받을 수 있다.

그러나 단시간근로의 가장 큰 문제점은 다른 비정규고용에 있어서의 문제와 마찬가지로 근로자 자신의 자발적 선택보다는 내부노동시장에의 진입장벽 때문에 비자발적으로 선택하게 되어 결국 고용구조를 악화시킨다는 점이다. 또한 정규직과 같은 수준의 근로시간을 근무하지만, 근로조건에 있어서는 정규직과 같은 대우를 받고 있지 못한 ‘명목상의 유사(類似) 단시간근로자’ 문제를 해결할 필요가 있다. 근로기준법 시행령에 의하면 노사간 합의에 의하여 연장근로가 가능하도록 되어 있어 사실상 전일제 근로자와 동일한 시간을 근로하는 것이 가능하도록 되어 있다. 그리고 노동시장에서의 ‘단시간근로와 임시직의 중첩성’을 차단할 필요가 있다. 원래 단시간근로는 근로계약기간과는 무관함에도 불구하고 사업장에서는 단시간근로가 임시직이나 계약직의 형태로 이루어지고 있다. 그러나 업무상 임시직이나 계약직의 필요성이 인정되지 않는 한, 단시간근로라 할지라도 일반적 근로계약관계와 마찬가지로 ‘기간의 정함이 없는 근로’가 원칙이다.

따라서 단시간 근로자관련 개선방안은 다음과 같은 원칙을 기본방향으로 마련되어야 할 것이다.

첫째, 단시간근로자의 근로조건은 원칙적으로 일반근로자와 동등하게 보호되어야 하나(동등대우), 근로시간과 관련된 근로조건에 있어서는 합리적으로 대우한다(비례적 대우). 둘째, 단시간근로의 탈법적 남용을 방지함으로써 단시간근로의 본래적 의의(순기능)을 살릴 수 있도록 한다.

그밖에 실효성 있는 단시간근로 정책을 수립하기 위하여 근로기준법상의 단시간근로자 규정과 별도로 공식적인 통계를 위한 ‘개념정의’가 요구된다. 단시간근로에 대한 공식적 통계적 정의를 확립하여 정책의 대상과 기준을 확정할 필요가 있다. 뿐만 아니라 단시간근로의 풀타임근로 전환 또는 풀타임근로의 단시간근로 전환을 가능하게 하는 방안이 마련될 필요가 있다.

이하에서는 상기한 문제의식을 바탕으로 구체적 제도개선 방안에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 근로시간의 상한선 규제

통상 근로자와 실근로시간에 있어 크게 차이가 나지 않지만, 근로조건 등에서 불리한 대우를 받는 소위 유사(명목)상의 단시간근로자 문제를 해결할 필요가 있다. 이를 위하여 단시간근로자의 근로시간에 대한 상한선 규제를 주장하는 논의가 노동계 등을 중심으로 이루어지고 있다.⁷⁷⁾

법률에서 단시간근로자의 정의규정을 두는 방법은 단시간근로자와 비교되는 통상 근로자의 근로시간과의 상대적 기준에 의해 정의하거나, 또는 단위기간 동안의 일정근로시간수 미만과 같이 절대적 기준에 의해 정의하는 방법이 있다. 절대적 기준에 의하여 단시간근로자를 정의하는 방법은 노동통계 등의 실무적 목적에서 여러 나라에서 활용하고 있다.⁷⁸⁾

그러나 일반적으로 법률에서는 통상 근로자의 근로시간수와의 상대적 기준에 의하여 정의되고 있다. 즉, 비교되는 통상 근로자의 근로시간보다 일정기준 이상 짧은 자 또는 비교되는 통상 근로자의 근로시간보다 짧은 자와 같이 정의되고 있다.

우리나라의 현행 근기법은 “1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은

77) 2001년 6월 현재 노사정위원회 논의과정에서 노동계는 단시간근로자의 1주간 근로시간은 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상 근로자의 1주간 법정근로시간의 70%를 초과할 수 없도록 제한하고(초과근로도 동일비율로 제한), 소정근로시간 초과시 가산임금을 지급하도록 규율할 것을 주장하고 있다. 또한 강성태 교수는 ‘1주간의 소정근로시간’을 산정함에 있어서 근로자와 사용자간에 실질적이고 진정하게 합의한 근로시간은 얼마인가라는 관점에서 파악할 필요가 있다고 하며, 다음과 같은 입법론적 제안을 하고 있다. 즉, 근기법 제21조에 다음과 같은 취지의 단서를 설정하는 것도 한 방법이라고 한다. “다만, 상시 근로시간이 통상 근로자의 1주간의 소정근로시간보다 짧지 않은 자를 단시간근로자로 보아서는 아니된다.”

78) 일본은 노동력 조사에서 ‘주간 취업시간이 35시간 미만인 고용자’를 단시간근로자로 보고 있으며, 독일의 경우는 조사기간 동안 통상적으로 주 37시간 미만, 프랑스의 경우는 주 30시간 미만, 미국은 주 35시간 미만으로 근로하는 자를 단시간근로자로 보고 있다.

근로자”(제21조)라고 하여 비교되는 통상 근로자의 근로시간보다 짧은 자라고 정의하고 있다.⁷⁹⁾

우리나라의 단시간근로 관련 규정은 단시간근로자와 통상 근로자의 평등대우에 중점을 두고 있으므로, 현재와 같이 단시간근로자를 정의하는 것에 큰 문제는 없다고 판단된다. 다만 실업의 감소, 고용의 창출 및 직업훈련 등과 같은 노동시장정책을 수행하기 위하여, 또는 노동통계를 비롯한 근로감독과 관리 등 노동행정실무상의 목적을 위해서는 그와 같은 목적에 부합되는 기준 마련을 위하여 일정한 시간이나 비율을 정할 필요가 있을 것이다.

또한 단시간근로의 탈법적 남용을 방지하기 위하여 ‘소정근로시간’의 상한선을 설정하는 방안이나 연장근로의 상한선을 설정하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다.

나. 1주간 소정근로시간 산정의 단위기간

근기법은 ‘1주간의 소정근로시간’의 차이에 의하여 단시간근로자와 통상 근로자를 구별하고 있다. 그런데 1주간의 소정근로시간은 주별 또는 월별로 다를 수 있으므로, 이와 같은 기준은 혼란을 초래할 가능성이 있다.

근기법 시행령은 단시간근로자 여부를 판단함에 있어서 1주간 소정근로시간 산정의 단위기간을 정하고 있지 않다. 다만 초단시간근로자의 여부 및 시간급임금의 산정에 있어서는 ‘1주간 소정근로시간’ 산정의 단위를 4주간(4주간 미만으로 근무한 그 주간)으로 하고 있다.

따라서 ‘1주간의 소정근로시간’의 산정단위가 되는 기간을 정할 필요가 있다.

다. 균등대우

단시간근로자는 원칙적으로 일반 근로자와 동등하게 보호되어야 한다. 우리나라의 단시간근로 관련 규정은 단시간근로자와 통상 근로자의 평등

79) ILO의 단시간근로협약, 독일의 취업촉진법, 일본의 단시간근로자법 참조.

대우에 중점을 두고 있으며, ‘통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라’(근기법 제25조 제1항) 대우함으로써 비례적 평등을 원칙으로 하고 있다.

노동계를 비롯하여 근로기준법 제5조의 균등대우 조항에 차별금지사유로 ‘고용형태’를 명시하고 ‘동일노동 동일임금원칙’을 규정할 것을 주장하는 논의가 있다.

그러나 평등대우의 영역은 절대적 평등취급의 영역과 근로시간에 따라 비례적으로 평등한 대우를 받아야 할 비례적 평등취급의 영역으로 구분된다. 마찬가지로 근로조건에 있어서도 절대적 평등이 보장되어야 하는 부분이 있으므로(예: 근로계약의 체결, 연·월차유급휴가, 취업규칙의 작성·변경 등), 일반적인 차별금지를 원칙으로 하는 균등대우 규정을 들 필요가 있다.

또한 이와 같은 맥락에서 15시간 미만의 단시간근로자에 대한 특례규정의 타당성을 검토해 볼 필요가 있다.

라. 통상 근로에로의 상호 전환 및 직무배분형 단시간근로

단시간근로자의 통상 근로에로 전환을 용이하게 해주는 방향으로의 입법적 보완이 필요하다. 프랑스와 같이 파트타임근로자가 풀타임근로로 전환을 희망하는 경우 우선권을 부여하고 산업분야에 따라 고용불균형이 초래될 때 파트타임근로의 실시에 대해 명령으로 제한이 가능하도록 하는 방법도 입법론적으로 고려해 볼 필요가 있다. 또한 육아를 위한 근로시간 단축제도(part-time for child care)를 도입하는 경우 여성근로자는 정규근로자의 신분을 유지하면서 단시간근로의 형태로 근무할 수 있게 되므로 정규직 여성근로자가 출산이나 육아로 인하여 노동시장에서 퇴출되어 재취업시에는 단시간근로 등의 비정규고용 형태로 취업하는 악순환을 방지할 수 있다.

독일 고용촉진법 제3조는 “사용자는 근로시간의 길이나 배치의 변경을 희망하는 파트타임근로자에 대하여 사업장의 당해 직무에 결원이 생기는 경우에는 근로자에게 이를 통지해야 한다”고 규정하고 있다.

ILO의 단시간근로 권고에 의하면 근로자가 임신, 아동양육, 장애인 기

타 가족의 간호 등 정당한 사유로 단시간근로로 전환하였다가 그 후 통상근로로 복귀를 원할 경우 그 권리(return ticket)를 보장하여야 하며(권고 제19조), 사용자가 통상 근로와 단시간근로의 상호 전환을 근로자에게 요구한 경우에 근로자가 이를 거절함을 이유로 해고할 수 없도록 규정하고 있다(권고 제18조).

또한 두 사람 이상의 근로자와 사용자간에 직무분할계약(job sharing agreement)을 체결하여 통상 근로자 1명이 담당하던 직무를 두 사람 이상의 단시간근로자가 담당하게 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 독일 고용촉진법 제5조 제1항은 “사용자는 하나의 직무를 두 명 이상의 근로자에게 분할할 것을 근로자와 합의할 수 있으며, 그 중 한 명이 결근하는 경우 다른 근로자가 그 직무를 대행할 의무는 긴급한 경영상의 필요성이거나 노사협정에 의해서만 발생한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 직무분할형 단시간근로에 있어서는 별도의 정함이 없는 한 근로자상호간에는 대행 의무(한 근로자가 결근했을 때 다른 근로자가 대신하여 그 일을 할 의무)가 없다고 보아야 하며, 또한 한 근로자의 근로관계의 종료가 다른 근로자의 해고를 정당화할 할 수 있는 사유가 될 수 없다고 보아야 한다.

마. 취업규칙의 작성 및 변경

현재 근기법은 단시간근로자에 관한 취업규칙의 작성과 변경시의 특칙들을 두고 있으나(시행령 별표 1의 2 제5호), 상시 일정수(가령 10인) 이상의 단시간근로자를 사용하는 사용자에게는 의무적으로 단시간근로자에게 적용되는 별개의 취업규칙을 두도록 하는 경우 단시간근로자 보호에 더욱 실효성을 담보할 수 있을 것이다.

제 2 절 기한부 고용(계약직)

1. 현행 법제도

가. 현행 근로계약기간 규정의 의의 및 문제점

기한부 고용 또는 기간제 고용(fixed-term employment)이란, 근로계약의 기간이 정해진 고용형태로서 흔히 임시직, 계약직 등으로 불리워지고 있다. 기한부 고용은 원래 단순·보조업무에서 주로 사용되어 왔으나, 최근에는 상당한 전문직이나 관리직 업무에서도 많이 사용되고 있다. 또한 연봉제의 도입으로 대표되는 이른바 능력주의(또는 성과주의) 노무관리와 결합하여 전산업 영역에서 확산되고 있는 고용형태라고 할 수 있다.

민법에 의하면 고용계약기간을 3년 이상으로 정할 수도 있으나(민법 제 659조), 근로기준법은 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정하는 경우를 제외하고는 그 기간의 약정에 있어서 1년을 초과할 수 없다고 규정하고 있다(근기법 제23조, 특례 제78조 I, 벌칙 제115조⁸⁰⁾).

민법은 기간의 정함이 없는 계약과 정함이 있는 계약을 구분하고 있다. 기간의 정함이 없는 고용(제660조)에서는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있으며, 이 때 해지의 효력은 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 발생한다. 기간의 정함이 있는 고용(제659조)에서는 약정기간이 3년을 넘거나 당사자의 일방 또는 제삼자의 종신까지로 체결된 때에는 각 당사자는 3년이 경과한 후 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고, 해지의 효력은 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 3월이 경과하면 발생한다.

80) 근기법 제23조에 위반하여 1년을 초과하는 근로계약을 체결한 경우에는 사용자는 500만원 이하의 벌금형에 처해지게 된다. 동 벌칙이 사용자에게만 적용되는 이유는 근기법 제23조의 취지가 장기간의 근로계약에 의한 근로자의 인신구속성을 방지하기 위함에 있기 때문이다.

기간의 정함이 있는 계약의 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 약정기간중이라도 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다. 그러나 그 사유가 당사자 일방의 과실로 인하여 생긴 때에는 상대방에 대하여 손해를 배상하여야 한다(제661조 참조). 반면에 고용기간이 만료한 후에도 근로자가 계속하여 그 노무를 제공하는 경우에 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 아니한 때에는 그 이전의 고용과 동일한 조건으로 다시 고용한 것으로 본다(제662조 제1항). 그러나 당사자는 제660조의 규정에 의하여 해지의 통고를 할 수 있다.

이에 비하여 근로기준법 제23조는 “근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다”고 규정하고 있다.

이 규정의 법문상의 의미는 “첫째, 근로자와 사용자는 기간을 정하지 않고 근로계약을 체결할 수 있으며, 둘째, 기간을 정한 근로계약도 체결할 수 있지만 그 기간은 1년을 초과하지 못하고, 셋째, 일정한 사업완료에 필요한 경우에는 계약기간은 1년을 초과할 수도 있다”는 것으로 요약될 수 있다.

통상적으로 근로계약은 기간의 정함이 없이 체결되는 것이 원칙이며⁸¹⁾, 근로관계의 존립보호 및 계약내용의 보호를 장기적으로 실현하기 위하여는 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결이 근로기준법의 이상에 합치된다고 할 수 있다.⁸²⁾ 그러나 근로기준법 제23조는 근로기준법 제정 당시 사용자의 근로자에 대한 인신구속을 방지하기 위하여 규정된 내용으로서, 근로자를 장기간 근로계약에 의하여 묶어 두려는 사용자를 규제하기 위한 것이다.

그런데 노동시장의 변화와 더불어, 특히 최근에 와서 현실적으로 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 私法的 효력 여부와 기한부 고용이 반복·갱신된 경우에 사용자는 기간만료시에 계약 갱신을 거부할 수 있는지의 여부가 실무상 자주 다투어지고 있다. 또한 업무의 성격상 계약기간의 설정이 필요한 특수직종의 근로자들은 오히려 근로계약을 1년으로 제한하

81) 정년제 근로계약은 기간의 약정이 없는 근로계약으로서, 계약의 종료사유, 즉 계약기간의 최대한도를 정한 것이므로 근기법 제23조에 위반되지 않는다.

82) 김형배, 『근로기준법』, 1999, 165쪽 참조.

는 것이 직장상실의 위험이나 불안감을 야기시키는 원인이 되고 있으며, 사업장에서 1년 미만 근로계약의 편법적 갱신이 반복되는 현상이 야기되고 있다.

현대 산업사회에서는 근로계약기간을 설정하지 않음으로써 발생할 수 있는 인신구속 내지 강제노동의 위험보다는 기간을 설정함으로써 발생하는 근로자 지위의 불안정성을 제거하는 것이 더욱 중요한 과제가 되고 있다.⁸³⁾ 이와 같은 의미에서 현행 근로기준법 제23조의 근로계약기간 규정은 현실적으로 노동시장의 효율적 인력수급에도, 근로자의 직장보호에도 기여하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다.

그리고 현행 근로기준법 제23조를 산업사회의 변화에 적합하게 ‘퇴직의 자유’ 보장이라는 측면보다는 ‘고용보장’이라는 측면이 중요하게 고려되는 방향으로 입법론을 정립하고자 하는 논의가 이루어지고 있다.

나. 근로계약기간의 원칙 및 예외

1) 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 효력

그런데 1년을 초과한 기간을 정하여 근로계약을 체결한 경우에 근로기준법 제23조가 정한 예외적 경우에 해당되지 않는 한, 동조 위반으로서 사용자가 벌칙의 적용을 받는 것은 당연하지만, 그 사법상의 효력에 대하여는 견해의 대립이 있다.

종래의 통설 및 판례⁸⁴⁾에 의하면, 예를 들어 3년의 기간으로 계약을 체결한 경우 그 계약 자체가 무효가 되는 것은 아니라고 한다. 다만, 근로기준법의 강행적·직물적 효력⁸⁵⁾에 의하여 1년의 기간을 정한 계약으로 단축될 뿐이며, 1년을 경과한 후에도 근로관계가 현실적으로 계속되고 있을

83) 김선수, 「1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 효력」, 『1996 노동판례 비평』, 민주사회를 위한 변호사 모임 노동위원회 편, 1997.

84) “1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 경우에 그 근로계약은 1년의 계약기간을 가진 근로계약으로 인정되고, 그 이후의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것으로 보아야 한다”(대판 1989. 7. 11, 88다카21296).

85) 근기법은 동법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하고 있다(법 제22조).

때에는 묵시적 갱신에 의하여(민법 제660조, 제662조 참조) 기간의 정함이 없는 계약으로 전화하는 것이라는 입장이다. 따라서 근로자는 1년이 경과한 후 언제든지 계약해지(퇴직)의 의사표시를 할 수 있으나, 사용자는 근로기준법 제30조의 ‘정당한 이유’가 있는 경우가 아니면 해지(해고)할 수 없다고 해석되었다.⁸⁶⁾ 이와 같이 근로기준법 제23조가 사용자에게만 편면적으로 적용되는 이유는, 동 규정의 입법취지가 사용자에 의하여 근로자가 장기간 인신구속적 상태에 빠지게 되는 것을 방지하기 위한 것이지 근로자의 고용보장적 측면까지 제한하는 데 있는 것은 아니기 때문이다. 예컨대 근로계약기간이 3년으로 정해진 경우에 1년이 경과한 후 근로자가 해지의 의사표시를 하지 않는 한 여전히 3년의 기한부 근로관계가 성립하고 있는 것이 된다.

그런데 이 경우에 3년의 기한부 근로관계가 종료한 후의 근로계약의 효력 여부가 문제된다. 이에 대하여 1996년 대법원 판례⁸⁷⁾는 “첫째, 근로계약기간은 근로계약의 ‘존속기간’이지 ‘근로조건’은 아니기 때문에 노동법이

86) “근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고, 다만 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 예외적인 경우에 한하여 비록 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되는 것이고 그 경우에 사용자가 정당한 사유없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효가 된다”(대판 1994. 1. 11, 93다17843; 대판 1995. 7. 11, 95다9280).

87) 한국KDK 사건에서 대법원은 종래의 판례입장을 근본적으로 변경하였다. 동 판결은 “근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐, ‘근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건’을 의미하는 근로기준법 제20조 소정의 근로조건에 해당하지 아니하므로 근로계약 당사자는 원칙적으로 이를 임의로 정할 수 있다 할 것이며, 따라서 1년을 초과하는 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효하므로 약정기간 범위 내에서는 사용자는 근로기준법 제21조를 근거로 단순히 근로자에게 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자로서는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있다 할 것이며, 한편 근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다”고 하였다(대판 1996. 8. 29, 95다5783).

개입할 근로조건(근로기준법 위반의 근로조건을 정한 근로계약의 법적 효력에 관한 근기법 제22조)은 적용되지 않는다. 둘째, 계약기간의 정함은 적어도 私法상으로는 그대로 유효하기 때문에 사용자로서는 정해진 기간 동안 계약을 존속시킬 의무가 있다. 셋째, 근로자는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지하고 자유롭게 퇴직할 수 있다. 넷째, 당사자간에 자유롭게 정한 계약기간이 만료된 후에는 특별한 사정이 없는 한 사용자에게 의한 해고 등 별도의 해고조치가 없이도 근로관계는 당연히 소멸한다”는 취지의 판시를 하였다.⁸⁸⁾

1년을 초과하지 않는 기간을 정한 경우에는 기간만료시 당사자 쌍방의 합의에 의하여 다시 계약을 갱신하거나, 처음 계약을 체결할 당시에 당사자 일방의 이의신청이 없는 한 당연히 계약은 갱신된다는 취지의 자동갱신약정을 체결하는 것도 가능하다.

원래 우리 근기법 규정이나 판례는 기간 설정 그 자체를 문제삼은 경우는 없었다. 다만, 1998년 대법원⁸⁹⁾은 “처음으로 근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우 그 근로계약이 계약서의 문언에 반하여 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 하기 위해서는 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호 법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되어야 한다”고 함으로써 1년 이하의 기간을 정한 근로계약도 일정한 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 될 수 있다고 보았다.

88) 동 판례의 입장에 대하여 김형배 교수는 다음과 같은 해석상의 견해를 밝히고 있다. 즉, 근로자가 1년을 초과하는 계약기간을 정한 것이 그의 자유로운 의사에 의한 것인 때에는 그 의사에 반하여 근로계약기간의 연장 가능성을 문제삼을 것이 없으나, 사용자가 근로관계의 장기적 존속을 피하기 위하여 그 기간을 2년 또는 3년으로 정한 경우에는 기간의 만료와 함께 근로관계가 당연히 소멸한다고 볼 수 없다고 한다. 따라서 이 때에는 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정할 객관적인 사유가 존재했느냐의 여부와 근로자의 자유의사의 유무를 기준으로 기간만료에 따른 근로관계의 당연소멸의 타당성을 판단해야 한다는 것이다(김형배, 앞의 책, 166쪽 참조).

89) 대판 1998. 5. 29, 98두625.

2) 반복·갱신된 계약의 효력

기한부 고용이 반복·갱신된 후에 사용자가 아무런 이유없이 갱신을 거절할 수 있는지, 즉 사용자의 갱신거절이나 기간만료의 주장에 의해 근로관계는 자동적으로 종료하는지가 문제된다.

이 경우에 근로계약의 묵시적 갱신이 있는 것으로 보는 데에는 이견이 없다. 판례는 ‘장기간의 반복·갱신’과 함께 ‘기간이 단지 형식(또는 명목)에 불과하게 된 것’이라는 두 요건을 갖추면 계약의 종료에는 해고제한법규가 적용된다고 보고 있다.⁹⁰⁾

다만, 묵시의 갱신 후의 근로관계에 대하여는 견해의 대립이 있다. 즉, 근로계약의 기간이 만료된 후 근로자가 사실상 노무를 계속 제공함으로써 행해진 묵시적 갱신의 경우, 그 이후의 근로계약에는 어떠한 기간이 설정된 것으로 보아야 하는가의 문제이다. 이에 대하여는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전화한다는 견해와 동일한 기간의 계약으로 갱신된다는 견해로 나뉘어지고 있다.

우리 대법원은 후자의 견해를 취하고 있다. 대법원은 “민법 제622조에 의하면 고용계약이 만료된 후 근로자가 계속하여 노무를 제공하는 경우에 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 아니한 때에는 앞의 고용계약과 동일한 조건으로 고용한 것으로 보게 되어 있으므로 당초의 해위취업 계약기간이 1년이었던다면 그 연장계약기간도 특단의 사정이 없는 한 1년으로 연장되었다 보아야”⁹¹⁾ 한다는 입장을 취하고 있다.

90) 판례는 ‘계약이 장기간에 걸쳐 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 되었는가’라는 기준과 함께 다음과 같은 점들을 판단기준으로 채택하고 있다. 즉, “연단위계약의 갱신이 관례화됨으로써 별다른 하자가 없는 이상 계속 근무할 수 있다는 기대관계가 원고들과 피고 사이에 존속하여 왔고”(대판 1994. 1.11., 93다17843), “피고회사가 원고 이외의 정년을 도과한 촉탁사원에 대하여 관례적으로 정년을 65세까지 연장하여 계속하여 근로계약관계를 갱신하여”(대판 1995. 7. 11, 95다9280) 기간의 정함이 단지 형식에 불과한 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위와 마찬가지로의 지위에 있었다고 보았다.

91) 대판 1986. 2. 25., 85다카2096.

3) ‘근로계약기간 1년 원칙’의 예외

근기법 제23조는 ‘일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우’에는 근로계약기간 1년 원칙에 대한 예외를 규정하고 있다.

‘일정한 사업완료에 필요한 기간을 정하는 경우’란 당해 사업이 유기적 사업의 성질을 가지는 것이 객관적으로 명백한 경우에 그 사업의 종기까지를 계약기간으로 정하는 것을 말한다.⁹²⁾ 그러나 사업완료에 필요한 기간을 구체적으로 명시하지 않고, 막연히 ‘건축공사가 완료될 때까지’ 등으로 정하였을 경우에는 사회통념에 따라 계약의 종료시기를 인정해야 한다.⁹³⁾

2. 법·제도 개선과제

기한부 고용에 관한 현행 근로기준법 제23조는 근로자와 사용자 모두에게 환영을 받지 못하고 있는 규정이다.⁹⁴⁾

동 규정은 근로기준법 제정 당시에는 사용자의 근로자에 대한 인신구속을 방지하기 위한 취지에서 규정되었으나, 현재로서는 근로자의 직장보호

92) 김형배, 앞의 책, 167쪽.

93) 예를 들어, 옥외의 토목공사와 같이 날씨에 크게 좌우되는 사업에 있어서는 구체적인 사업완료 시기를 확정할 수 없다. 그러나 이 경우에도 불확정적 근로계약기간을 무한정 인정할 수는 없으므로, 사회통념에 따라 그 불확정기간을 합리적 한도 내에서 인정해야 할 것이다(김형배, 앞의 책, 168쪽; 박상필, 『축조 근로기준법 해설』, 1986, 139쪽).

94) 2001년 6월 현재 기간제근로 개선방안을 둘러싼 노사정위원회에서의 논의 현황은 다음과 같다. 노동계는 합리적 사유가 있는 경우(일시적·계절적 업무·일시적 결원이 있는 경우)에만 기간을 정한 근로계약을 허용하고, 그 사유가 요구하는 기간으로 계약을 제한할 것을 주장하고 있다. 그리고 계약기간에 대하여는 최장 1년을 주장하며, 1회에 한하여 갱신 가능하게 하되, 2년을 초과하여 고용하는 경우에는 정규직(기간의 정함이 없는 계약)으로 간주할 것을 주장하고 있다. 이에 대하여 경영계에서는 기간제근로에 대하여 허용사유를 설정하는 것은 노동시장의 경직화를 초래하므로 반대한다는 입장이며, 고용의 안정성을 제고하기 위하여 계약기간의 상한선을 현행의 1년에서 3년으로 연장할 것을 주장하고 있다. 그리고 반복·갱신 제한을 입법화하자는 것에 대하여 반대하고, 현행과 같이 판례에 맡기자는 입장이다.

에도, 노동시장의 효율적 인력수급에도 기여하지 못하고 있다.

또한 직무의 성격에 따라 당해 사업에서 1년을 초과하는 기간(2년 혹은 3년) 동안만 근로자를 사용해야 할 필요성이 있는 사용자의 경우나, 업무의 성격상 계약기간의 설정이 필요하고 사용자와의 교섭력이 인정되는 특수·전문직종의 근로자들에게 있어서도 현행 근기법은 적절하고 합리적인 제도라고 볼 수 없다.

기한부 고용의 문제는 파견근로자 문제와도 관련이 되어 있다. 파견사업주에게도 기한부 고용에 대한 법적 규율이 적용되므로 파견근로자의 고용보장 측면에서도 개선이 요구된다.

기한부 고용 문제는 근로자와 사용자의 이해관계에만 국한되어 논의되어서는 안된다. 즉, 노동시장 외부에 존재하는 취업희망자도 고려의 대상이 되어야 한다. 정규직과 비정규직 근로자, 사용자, 실업자 및 취업희망자들간의 이해관계가 적절하게 조화되는 방향으로 제도 개선이 이루어져야 할 것이다.

따라서 기한부 고용과 관련하여 근로기준법 제23조의 개선방안은 다음과 같은 관점을 고려하여 마련되어야 한다.

첫째, 사용자가 기한부 고용을 탈법적으로 남용하는 것을 방지하고 근로자의 고용이 보장되도록 해야 한다.

둘째, 산업사회 및 노동시장의 변화에 적절히 대응할 수 있어야 한다.

셋째, 고용정책적 관점에서 실업자 및 취업희망자들의 노동시장 진입을 저해하지 않아야 한다.

이와 같은 취지에서 근기법 제23조를 개선한다고 할 때 구체적 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 기한부 고용이 허용되는 합리적 '사유'를 구체적으로 규정할 것인지, 둘째, 근로자 개인의 계약기간의 상한선을 설정할 것인지(현행 방식), 셋째, 근로자 개인의 실질적 계속근로기간에 따라 규제할 것인지, 넷째, 동일한 업무에 기한부 고용 근로자를 반복 사용하지 못하도록 규제할 것인지, 다섯째, 업종 및 직무에 따라 규제를 달리할 것인지가 쟁점이 될 수 있다.

上記한 관점에서 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

'사회적으로 합리성이 있는 경우'에만 기한부 고용을 허용한다는 것은

가능하지만, 기한부 고용이 허용되는 ‘사유’를 ‘구체적·객관적’으로 규정하는 것은 입법론적으로 적합하지 않다고 판단된다.⁹⁵⁾ 프랑스의 경우 기한부 고용의 허용 사유를 명시하고 있으나, 이는 기업으로 하여금 노동시장 환경변화에 적응하기 어렵게 할 것이다. 즉, 기한부 고용의 허용사유에 해당되지 않더라도 기업은 구체적 상품시장의 수요 변화나 주문량의 변화에 따라 상품생산량을 조절할 필요가 있는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

그리고 근로계약기간의 상한선은 현재의 1년에서 3년으로 연장하고, 근로자측에게만 해지권을 인정하는 것이 바람직하다고 판단된다. 현재의 노동시장 상황에서는 근로계약기간을 1년으로 제한하는 것이 직장상실의 위험이나 불안감을 야기시키는 원인이 되고 있으며, 실제로 사업장에서 1년 미만 근로계약의 편법적 갱신이 반복되는 현상이 야기되고 있으므로 3년으로 연장하고 근로자에게만 해지권을 부여하는 것이 사용자에 의한 기한부 고용의 남용을 방지하면서 교섭력이 없는 일반 근로자들을 보호하는 방안이 될 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

또한 기한부 고용의 반복·갱신은 원칙적으로 ‘사회적·경제적으로 합리적 이유가 있는 경우에만’ 허용해야 할 것이다. 이에 대하여는 현재와

95) 이에 대하여 “기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 사유와 절차를 명시하는 한편 그 기간은 현행과 같이 1년을 원칙적인 최장한도로 하면서 사업완료 등 특별한 경우에만 이를 초과할 수 있도록 규정해야 한다”는 견해가 있다(강성태, 『비전형근로와 노동법』, 2000, 52쪽). 또한 강성태 교수는 형식적인 측면에 있어서도 기한부 고용을 제한할 필요가 있으므로 법 위반의 기한부 고용에 대하여는 형사벌과 함께 기간의 정함이 없는 고용으로의 간주(전환)를 명시하는 것이 필요하다고 한다. 이와 같이 일본은 매우 제한된 범위 내에서만 ‘3년 계약유형’을 신설하였으며, 기한부 고용을 제외하는 입법과 해석은 별로 바뀐 것이 없다는 평가를 받고 있다(이승길, 「근로계약의 기간에 대한 입법론」, 『노동법률』, 2001. 4, 97쪽).

96) 일본은 1998년 노동기준법을 개정하여 근로계약기간의 상한은 1년을 원칙으로 하되, ① 신상품, 신역무, 신기술의 개발 등에 필요로 하는 ‘전문적 지식·기술·경험’(전문적 지식 등)을 가지는 자 ② 사업의 개시, 전환, 확대, 축소 또는 폐지를 위하여 일정한 기간 내에 완료하는 것이 예정되는 업무에 필요한 ‘전문적 지식 등’을 가지는 자가 부족한 사업장에서 이러한 근로자를 새로이 채용하는 경우 ③ 만 60세 이상의 근로자를 채용하는 경우 등 세 가지 경우에 한정하여 기간의 상한을 3년으로 연장하고 있다.

같이 판례에 맡겨두자는 입장도 있으나, 이에 의하면 해고제한규정을 회피하기 위한 수단으로 악용될 수 있는 소지가 있다.

물론 ‘합리적 이유’에 해당하는지의 여부에 대하여는 다시 법원이 판단해야 하므로 판례의 법형성적 기능에 의존하게 되나, 일부의 견해와 같이 반복 횟수의 제한에 의하여 기간의 정함이 없는 계약으로 전화시키는 경우 사용자로 하여금 일정한 횟수가 되면 더 이상 근로관계를 지속시키지 않도록 유도할 우려가 있다.

이러한 폐해를 방지하기 위하여 동일한 업무에 기한부 고용 근로자를 반복 사용하지 못하도록 규제하는 방안을 고려해 볼 수 있으나 실업자 및 취업희망자들의 노동시장 진입을 저해할 가능성이 있다.

다음, 기한부로 고용된 근로자들의 계약체결단계에서의 보호 및 근로조건 보호를 위하여 기간의 정함이 있는 계약은 서면으로 체결하도록 하되, 당해 서면에는 계약기간을 포함한 주요 근로조건을 필요적 기재사항으로 기재하도록 한다.

또한 기한부 근로자의 근로조건 보호를 위해 균등대우의 원칙을 명시하도록 할 필요가 있다.

제3절 파견근로

1. 현행 법제도

가. 법 제정의 의의 및 특징

「파견근로자보호등에관한법률」(이하, 근로자파견법이라 칭한다)은 이미 노동시장 내에서 새로운 고용형태로서 광범위하게 이루어지고 있었던 파견근로를 규제하기 위하여 몇 년간의 논란 끝에 1998년 2월 20일 제정(1998.7. 1. 시행)되었다.

우리나라에서는 노동조합에 의한 근로자공급사업 및 특별법에 의하여

허용된 일부사업⁹⁷⁾을 제외하고는 어떤 형태의 근로자파견제도도 금지되어 왔었다. 그러나 현실적으로 이미 확산되고 있는 근로자파견을 불법인 상태로 방치할 경우 자격미달 파견사업체의 난립과 그로 인한 파견근로자의 근로조건 악화가 심각하다는 판단 아래 그 동안의 근로자파견법 초안(1991년, 1993년, 1995년의 법안)⁹⁸⁾을 수정·보완하여 법률을 제정하게 된 것이다. 그러나 근로자파견법은 제정 당시부터 법 제정 자체 및 내용을 둘러싸고 노사간에 의견이 대립되었으며, 특히 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우에 직접 고용한 것으로 본다는 간주규정이 적용되기 시작한 2000년 6월 말을 전후하여 법 개정을 둘러싼 논란과 갈등이 증폭되어 현재 노사정위원회에서 논의중에 있다.

우리나라의 근로자파견법은 전문적 업무에 대한 파견, 사용사업주와 파견사업주의 책임 분배 등에 있어서는 일본 근로자파견법과 유사한 측면을 갖고 있는 반면에, 프랑스와 독일의 파견법을 참고한 측면도 발견된다.⁹⁹⁾

일시적 업무에 대한 파견의 제한이나 균등대우원칙 등은 프랑스 파견법과 유사하며, 파견기간의 상한을 초과한 경우에 사용사업주가 고용한 것으로 간주하는 규정은 독일과 프랑스의 입법례를 참고한 것이다.

97) 경비용역법에 의한 경비용역사업(제2조), 공중위생법에 의한 청소용역사업(제2조), 엔지니어링 기술진흥법에 의한 기술용역사업.

98) 이에 대한 논의는 김소영, 『고용형태 변화에 따른 노동법적 대응』, 한국노동연구원, 1995. 5, 64쪽 이하 참조.

99) 일본의 근로자파견법은 전문적 지식, 기술, 경험이 필요한 26개 업무를 대상으로 근로자파견을 허용하고 있다는 점에서 우리 법과 유사한 점이 있다. 전문적 지식, 기술, 경험이 필요한 업무로서 政令(우리의 시행령에 해당함)에 의해 지정되어야만 근로자파견이 가능하다. 그러나 최근 일본의 근로자파견법제는 보다 경제적 기능의 확대에 초점을 맞추고 있다. 즉, 1999년의 대폭적 법 개정을 통하여 항만 운송·건설·경비·의료관계·물건제조업무(제품 등의 운반·보관·포장업무 제외), 기타 업무(인사노무관리 사무 중 사용사업체의 단체교섭 등에 종사하는 자) 이외에는 모두 원칙적으로 자유화(네가티브 리스트 방식)하고, 파견기간도 기존의 26개 업무에 대하여는 현행대로 최장 3년까지의 파견을 허용하고 있다. 우리와 다른 점은 상용형 파견에 대하여는 노동대신에 대한 신고제에 의하며, 등록형 파견은 노동대신에 대한 허가제로 하고 있다. 프랑스와 독일의 파견법은 중간착취의 배제, 정규근로자의 대체 억제 등 파견근로자 보호에 충실한 법제이나, 지난 10년간 프랑스를 제외한 유럽국가들은 대부분 파견근로에 대한 규제를 완화하는 추세를 보여 왔다.

나. 파견근로자보호등에관한법률의 주요 내용

1) 법률의 목적

근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고, 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다(제1조)

그러나 근로자파견법의 기본취지에 대한 이해에는 노사 당사자간에 큰 차이가 있다. 파견기간의 상한, 파견대상업무의 범위 등에 관하여 노사의 입장이 첨예하게 대립되어 있거나, 학자들 사이에서도 쟁점에 관한 해석론이 대립되는 이유는 결국 근로자파견법의 기본 취지에 대한 이해에 있어서 차이가 나기 때문이다.

2) 적용대상

가) 근로자파견사업

근로자파견이란 파견사업체가 파견근로자를 고용한 후 사용사업자와의 사이에 근로자파견계약에 따라 근로자를 파견하여 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하도록 사용하는 것이다(제2조 제1항). 그리고 이 법의 적용을 받는 근로자파견사업은 근로자파견을 ‘業’으로 행하는 것¹⁰⁰⁾을 말한다. 즉, 우리나라의 근로자파견법은 ‘파견사업’을 규제하는 ‘業法’으로서 성립하고 있다.

따라서 최근에 고용조정 또는 기술지도 등을 위하여 기업간 자주 이루어지는 사외파견은 근로자파견에 해당하지 않는다. 사외파견은 사용자의 인사권에 근거해서 이루어지는 인사이동의 한 유형이므로 정당한 인사권 범위 내에서 이루어지는 한 기업이 자유롭게 할 수 있다. 이에 비하여 근로자파견제는 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 사용사업주에 파견하여 사용사업주의 지휘·명령을 받아 종사하게 하

100) ‘業’으로 행한다는 의미는 일정한 목적을 위하여 동종의 행위를 반복하여 계속하는 것을 말하는 것으로서, 영리를 목적으로 하는가의 여부는 묻지 않는다.

는 것을 말한다.

특히 근로자파견법의 규제를 회피하기 위하여 위장으로 도급이나 업무 위탁계약의 형식을 취하는 사례가 많으므로, 근로자파견과 도급의 구별은 큰 의미를 지닌다. 근로자파견은 자신이 고용하는 근로자를 타인을 위하여 근로하게 한다는 점에서는 도급과 일견 유사한 측면이 있지만, 근로자파견은 근로자가 사용사업주의 지휘·명령을 받아 근로하는 반면에 도급에 있어서는 근로자가 수급인의 이행보조자의 지위에 있고 도급인의 지휘·명령을 받지 않는다는 점에서 근본적인 차이가 있다. 노동부 고시¹⁰¹⁾에 의하면 도급으로 인정받기 위하여는 ‘노무관리상의 독립성’과 ‘사업경영상의 독립성’이라는 두 가지 기준을 충족시켜야 한다. ‘노무관리상의 독립성’이란 자신이 고용하는 근로자의 노무를 직접 이용하는 것으로서 작업관리상의 독립성, 근로시간 관리상의 독립성, 질서의 유지확인, 인사관리상의 독립성을 갖추어야 한다. ‘사업경영상의 독립성’이란 사업을 자기 책임하에 독립적으로 수행하는 것으로서 경리상의 독립성, 법률상의 독립성, 업무처리상의 독립성을 갖추어야 한다.

나) 위법한 근로자파견사업

근로자파견법에 의한 근로자파견은 합법적인 근로자공급으로 인정되므로 직업안정법의 적용을 받지 않지만(직업안정법 제4조 제7호), 근로자파견법을 위반하여 이루어지는 위법한 근로자공급은 직업안정법에 의한 형사처벌을 받는다. 또한 근로자파견법은 파견사업을 하고자 하는 자에게 허가요건 등 소정절차를 의무화하고 파견허용대상업무를 일정범위로 제한하는 등 절차상 또는 실체적인 제한·금지규정을 두고 있다. 따라서 근로자파견법의 제한·금지규정에 위반하여 자신이 고용한 근로자를 사용사업주에게 공급하는 행위는 모두 위법한 근로자공급에 해당된다.

근로자파견사업을 하는 자가 이와 같은 제한·금지규정에 위반하여 위법한 근로자파견사업을 하는 경우, 즉 위법한 근로자공급의 경우에 그 사업이 근로자파견법의 적용범위에 해당되느냐가 문제된다.

위법한 근로자공급의 형태는 매우 다양하나, 크게 다음과 같은 세 가지

101) 「근로자파견사업과 도급 등에 의한 사업의 구별기준에 관한 고시」, 1998. 7. 20, 노동부 고시 제98-32호.

유형으로 구분할 수 있다.¹⁰²⁾ 첫째, 근로자공급사업의 외관을 띠고 있으나 유료직업소개에 지나지 않는 경우, 둘째, 계약의 형식은 도급이나 위탁의 형식을 띠고 있으나 실질적으로 근로자공급사업에 해당되는 경우,¹⁰³⁾ 셋째, 근로자공급사업이지만 위법한 경우가 그것이다.

근로자파견법의 적용범위를 이와 같은 모든 위법한 근로자공급에 적용할 것이냐, 아니면 합법적인 근로자파견사업에 대해서만 근로자파견법을 적용할 것이냐의 문제는 특히 2년의 파견기간 초과시 고용간주규정의 해석과 관련하여 매우 중요한 의미를 지닌다.

합법적인 근로자파견사업에 대해서만 근로자파견법을 적용하는 것은 우선 입법취지에 맞지 않는다고 생각된다. 이와 같이 판단할 경우 근로자파견사업의 허가를 받아 파견업을 행하는 사업자는 근로자파견법의 엄격한 규제를 받게 되는 반면에, 위법한 근로자파견사업을 하는 자는 직업안전법에 의한 규율을 받을 뿐 근로자파견법의 규제로부터 자유롭게 되므로 형평의 원칙에 어긋난다.¹⁰⁴⁾ 또한 근로자파견법은 “누구든지 근로자파견허용대상업무가 아닌 업무에 파견을 행하거나, 파견의 역무를 제공받아서 안되며, 근로자파견사업을 행하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다”는 규정과 그에 대한 벌칙을 규정하고 있다(제5조 제4항, 제7조 제1항, 제43조, 제44조 참조). 따라서 법문상의 의미로 판단해도 근로자파견법의 대상을 합법적인 근로자파견사업으로 한정할 수 없다.

만일 근로자파견법의 대상을 합법적인 근로자파견사업으로 한정한다면 2년의 파견기간 초과시 고용간주규정(제6조 제3항, 사용사업체의 동종근로자와의 균등처우(제21조), 차별적 근로자파견계약 해지의 금지(제22조)를 둘러싼 적용범위가 달라지게 된다.¹⁰⁵⁾

102) 조경배, 「위법한 근로자공급사업에 있어서의 사용사업주와 공급근로자간의 근로계약 성립여부」, 『노동법의 쟁점과 과제』(김유성 교수 화갑기념 논문집), 2000, 72쪽.

103) 현실적으로 사용사업주는 파견근로가 행정기관에 의하여 위법한 파견근로로 판명되면 계약의 형식을 도급계약으로 전환하여 동일근로자를 계속 사용하는 행태를 보이고 있다. 노동부는 「국내근로자 공급사업 허가관리규정」(개정 2000. 12. 27, 노동부 예규 제456호) 제2조에서 근로자공급과 도급을 구별하는 기준을 제시하고 있다.

104) 최홍엽, 「파견기간 초과시 고용간주규정의 해석」, 『노동법연구』, 제10호, 서울대노동법연구회, 2001, 211쪽.

3) 파견대상업무

근로자파견이 적법하기 위하여는 파견대상업무가 다음과 같은 근로자파견업무에 한정되어야 한다.¹⁰⁶⁾

① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산 공정업무를 제외하고 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령이 정하는 업무를 대상으로 한다(법 제5조 제1항, 동 시행령 제2조 제1항 참조).

그리고 ‘대통령령이 정하는 업무’로 열거된 26개 업무(별표 제1)의 분류는 통계법의 규정에 의한 한국표준직업분류(통계청 고시 제1992-1호)에 의한 것이다(positive rule).

② 다만, 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다(법 제5조 제2항).¹⁰⁷⁾ 그리고 이 경우에 사용사업주는 당해 사업 또는 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳐야 한다(법 제5조 제3항).

법 제5조 제2항 단서는 negative rule을 규정하고 있는데, 제5호는 “근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고

105) 최근 서울지방노동위원회는 근로자파견사업 허가를 받지 않은 근로자파견사업에 대하여 파견기간 초과시 고용간주규정을 인정하였다(서울지노위 2001. 3. 21, 2000부해902·부노247 병합).

106) 당초 노사정위원회에서 파견대상업무에 관하여 합의된 내용은 다음과 같다.
“전문지식, 기술, 경험 등을 필요로 하는 업무는 포지티브 방식(해당업무를 나열하고 나열된 업무 외에는 모두 금지), 일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 될 필요가 있는 경우에는 네거티브 방식(나열된 업무의 경우 금지하고 그 외에는 모두 허용)”

107) 이 경우에도 다음 각호의 업무에 대하여는 그러하지 아니하다.
1. 건설공사현장에서 이루어지는 업무
2. 해운운송사업법 제3조의 제1호, 철도소운송사업법 제2조, 농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률 제33조의 2, 무역유통촉진법 제2조의 제1호, 제10호의 규정에 의한 하역업무로서 직업안정법 제33조의 규정에 의하여 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무
3. 선원법 제3조의 규정에 의한 선원의 업무
4. 산업안전보건법 제28조의 규정에 의한 유해하거나 위험한 업무
5. 기타 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령으로 정하는 업무

인정하여 대통령령으로 정하는 사업”이라 하여 다시 대통령령에 금지업종을 위임하고 있다.

이와 같이 근로자파견은 법에서 허용하는 범위 내에서 이루어져야 하지만, 다음과 같은 경우에는 근로자를 파견하거나 사용할 수 없다.

첫째, 파견사업주는 쟁의행위중인 사업장에 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 안된다(법 제16조 제1항, 벌칙 제44조 제3호). 이는 노동조합의 쟁의행위를 무력화할 수 있는 대체근로를 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 보장하기 위해서이며, 노동조합 및노동관계조정법 제43조 제1항에 위반되는 것은 당연하다(벌칙 제91조 제3항).

둘째, 근로기준법 제31조의 규정에 의하여 경영상의 이유에 의하여 해고를 한 후 원칙적으로 2년간은 파견근로자를 사용하여서는 안된다. 다만, 사업장에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의가 있을 때에는(근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자) 6월이 경과하면 파견근로자를 사용할 수 있다(법 제16조 제2항).

4) 근로자파견계약의 기간 및 종료

근로자파견기간은 다음의 세 가지 경우로 나누어진다(법 제6조).

첫째, 전문지식·기술 또는 경험을 필요로 하는 업무의 경우 파견기간은 1년 이내가 원칙이며, 파견사업주·사용사업주·파견근로자의 합의로 1회에 한하여 1년의 범위 안에서 연장할 수 있다. 그리고 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날로부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.

따라서 파견근로자와 사용사업주와의 사이에 현실적으로 근로계약을 체결하지 않더라도 묵시적으로 근로계약이 성립되는 효과가 발생하는 것이므로 당연히 근로관계가 성립하는 것으로 보아야 한다.¹⁰⁸⁾ 이에 따라 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로관계도 사용사업주와 파견근로자 사이의

108) 김형배, 『노동법』, 2000, 502쪽; 임종률, 『노동법』, 1999, 516쪽.

근로관계가 성립하는 때에는 당연히 소멸하는 것으로 해석된다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사 표시를 밝힌 경우에는 그러하지 아니하다. 또한 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로계약이나 파견사업주와 사용사업주간의 파견계약에 의하여 정당한 이유없이 파견근로자가 사용사업체에 채용되는 것을 금지하는 특약을 할 수 없다(법 제25조). 이와 같은 정규근로자 채용금지특약은 사법상 무효가 된다.

둘째, 출산·질병·부상 등 사유가 객관적으로 명백한 경우의 파견기간은 그 사유해소에 필요한 기간으로 병가 또는 휴가기간이 이에 해당한다.

셋째, 계절적 요인 등 일시적 사유로 인력확보가 필요한 경우의 파견기간은 3월 이내가 원칙이며, 당사자간 합의로 1회에 한하여 3월의 범위 안에서 연장할 수 있다.

파견사업주가 2년을 초과하여 근로자를 파견하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처해야 하며, 파견기간을 초과하여 파견받은 사용사업주는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해야 한다(법 제43조, 제44조).

또한 파견사업주는 사용사업주가 근로기준법 및 산업안전보건법을 위반한 경우에는 근로자파견을 정지하거나 파견계약을 해지할 수 있다(법 제22조 제2항). 그러나 사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지해서는 안된다(법 제22조 제1항).

5) 근로자파견사업의 허가

근로자파견사업의 허가를 받고자 하는 자는 최근 3년 이내에 근로기준법, 직업안정법 등을 위반하여 처벌받은 사실이 없어야 하며 다음의 허가조건을 충족하여야 한다(제7조).

- ① 상시 5인 이상의 근로자(파견근로자는 제외)를 사용하는 사업 또는 사업장으로서 고용보험, 국민연금, 산업재해보상보험 및 의료보험에 가입되어 있을 것¹⁰⁹⁾

109) 독일이나 프랑스의 경우 파견사업주가 사회보험료 등을 완전히 지급하지 않고 파견사업을 행한 경우에는 사용사업주에게도 연대책임을 지게 하고 있으나, 우

- ② 1억원 이상의 자본금(개인인 경우는 자산평가액)을 갖출 것
- ③ 전용면적 66제곱미터 이상의 사무실을 갖출 것

6) 파견근로자의 근로조건 보호

가) 개별적 근로관계법상의 보호

파견사업주가 파견계약에 따라 근로자를 파견하려면 근로자를 채용하고 근로계약을 체결해야 하므로 근로기준법상 근로계약 체결에 관련된 규정에 관하여는 파견사업주가 사용자로서의 책임을 진다(법 제34조 단서).

파견사업주는 근로자를 파견근로자로 채용하고자 하는 경우에는 미리 본인에게 그 취지를 알려주어야 하며, 파견근로자로 채용되지 않은 자를 파견하는 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다(법 제24조).

또한 파견사업주는 근로자파견시 당해 파견근로자에게 종사업무, 근로시간 등 근로조건을 기재한 근로자파견계약서의 내용을 알려 줄 의무가 있는데(법 제26조), 이는 근로기준법상의 근로조건 명시 의무(근기법 제24조)의 일환이라 할 것이다.

파견근로자는 파견사업주와 근로계약을 체결하고 파견사업주와 사용사업주 사이의 파견계약에 의하여 사용사업주의 지휘명령하에 근로를 제공하지만, 이에 대하여 임금을 지급할 의무는 파견사업주에게 있다. 따라서 근기법상 임금, 퇴직금, 휴업수당, 가산임금, 휴가수당 등에 관한 규정(근기법 제34조, 제42조~47조, 제55조)과 재해보상(근기법 제81조~95조)에 대하여는 파견사업주가 책임진다.

그러나 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 파견사업주와 연대하여 책임을 진다. 사용사업주의 귀책사유란 사용사업주가 정당한 사유없이 근로자파견계약을 해지한 경우와 사용사업주가 정당한 사유없이 근로자파견계약에 의한 근로자파견의 대가를 지급하지 아니한 경우를 말한다.

근로기준법상 근로시간·휴일·휴가에 관한 규정에 대하여는 파견근로자를 지휘명령하여 근로를 제공받는 사용사업주가 사용자로서 책임을 지

리나라의 경우 사회보험 가입을 파견사업체 허가요건으로 함으로써 이를 해결하고 있다.

나, 예외적으로 연차휴가에 대하여는 파견사업주가 책임을 진다(법 제34조 제1항 단서). 산업안전보건법의 일정부분에 대하여는 파견사업주와 사용자사업주가 공동으로 책임을 지며, 건강진단의 일부는 사용자사업주가 단독으로 책임을 부담한다(법 제35조).

파견사업주는 파견근로자에 대하여 근로계약의 상대방으로서의 지위를 가지므로 근기법상 해고 및 근로관계 종료에 관한 규정(근기법 제30조~33조, 제37조, 제38조)에 대하여는 파견사업주가 사용자로서의 책임을 진다(법 제34조 단서).

나) 집단적 노사관계법상의 보호

근로자파견법에는 달리 규정이 없으나, 파견근로자도 헌법상의 노동3권을 향유할 수 있는 것은 당연하다. 따라서 파견근로자는 파견사업체 내에서 노동조합을 결성하거나 당해 노동조합에 가입할 수 있다. 또한 근로계약관계가 있는 당사자 사이에서는 당연히 단체교섭관계가 인정된다. 그러나 파견근로자 노조가 파견사업주에게 단체교섭을 요구할 경우 그 교섭대상은 파견사업주가 사용자책임을 지는 '임금, 연장·야간·휴일 근로, 연차유급휴가, 재해보상 등에 관한 사항에 국한될 것이다. 또한 파견사업주는 근로자파견계약의 체결을 통해서만 파견근로자들의 근로조건을 개선할 수 있기 때문에 파견사업주에 대한 쟁의행위는 제한적이고 무의미할 것이다.¹¹⁰⁾

근로자파견법은 사용자사업주가 파견근로자들에 대하여 노동조합및노동관계조정법상의 사용자의 지위에 있는가, 또는 파견근로자들이 사용자사업주에 대하여 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구할 수 있는가에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 이에 대하여는 다음과 같이 판단하는 것이 합리적이라고 생각된다.

노동시장에서 노무공급의 양태는 법률이 예정하고 있는 노무공급의 유형이 아니더라도 시장변화와 노사 당사자 사이의 필요에 따라 자연발생적으로 결정된다. 이렇게 볼 때에 노무공급방식은 파견근로관계가 아니더라도 종래의 일반적인 단선적 형태(고용과 사용의 일치)에서 벗어나 고용과

110) 김형배, 앞의 책, 507쪽; 윤성천, 「한국에서의 근로자파견의 법제화 문제」, 『노동법학』, 제6호, 1996. 12, 164쪽.

사용의 분리라는 새로운 고용형태가 등장할 가능성이 크다. 즉, 노동시장 변화에 따라 고용형태의 다양화와 함께 삼자적 노무공급관계가 확산될 수 있다. 그러나 현재의 대법원 판례¹¹¹⁾의 입장과 같이 집단적 노사관계 당사자로서의 지위는 개별적 근로관계 내지 이와 유사한 사용종속관계를 전제한다는 입장을 견지할 경우, 근로자의 법적 지위는 불안정하게 될 수밖에 없다. 오늘날 노동력수급제도의 변화에 따라 사용자 개념의 확대 내지 분열에 관한 논의가 등장하는 것도 이 때문이다. 즉, 개별적 근로관계에 있어서의 사용자 개념은 근로계약체결 당사자뿐만 아니라 이와 동등시될 수 있는 자로 확대되어 가고 있다. 집단적 노사관계에 있어서도 사용자 개념은 분열되어 가는 현상을 보이고 있다. 다시 말해 집단적 노사관계에 있어서도 사용자는 근로계약 당사자인가의 여부와 관계없이 집단적 노사관계에 대한 영향력 및 지배력을 행사할 수 있느냐에 따라 노동조합및노동관계조정법상의 사용자가 될 수 있다.¹¹²⁾

따라서 파견근로자들로 구성된 노동조합은 사용사업체에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있다. 사용사업체는 근로계약의 당사자는 아니지만, 파견근로자들의 근로조건에 관한 지배력과 영향력을 행사하고 있기 때문이다. 다만, 파견근로자들은 사용사업주에 대하여 사용사업주가 사용자 책임을 지는 부분, 즉 노무공급과 관련된 근무시간 배정, 휴식, 작업환경 등 취업과 관련되는 제반조건에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있을 것이다. 파견근로자의 노사협의회 활동에 대하여는 근로자파견법에 아무런 규정이 없으나, 파견근로자는 파견사업주에게 고용되어 있는 근로자이므로 사용사업체에 근무하고 있는 동안에도 파견사업체의 노사협의회에 선거권이나 피선거권을 행사할 수 있다.¹¹³⁾ 그러나 파견근로자는 사용사업체의 사업장에서는 노사협의회에 선거권이나 피선거권을 갖지 못한다.¹¹⁴⁾

111) 대판 1993. 11. 23, 92누13011 등 다수의 판례가 같은 입장을 견지하고 있다.

112) 노동조합이 근로계약을 체결하고 있는 근로자들의 근로조건 개선만을 위하여 단체교섭을 요구할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 단체교섭을 요구할 수 없다고 하는 것은 개별적 근로계약관계와 집단적 노사관계를 구별하지 못하는 것으로서 집단적 노사관계법상의 적법한 질서형성을 부당하게 제약한다는 견해가 있다(김형배, 앞의 책, 510쪽; 『항운노조 조합원과 사용자 사이의 법률관계』, 1996, 359쪽).

113) 근로자참여및협력증진에관한법률 제6조 참조.

2. 쟁점 및 제도개선 과제

가. 쟁점 및 논의 현황

오랜기간의 논란 끝에 1998년 2월 20일 제정(1998. 7. 1. 시행)된 근로자 파견법에 대하여는 제정 당시부터 현재에 이르기까지 그 쟁점을 둘러싸고 노사의 입장이 계속 첨예하게 대립되어 왔다.

근로자파견제도 개선방안에 대하여는 현재 노사정위원회에서 논의중이며, 노사의 대립되는 입장을 정리하면 다음과 같다.

노동계는 현재 26개 업종의 positive list로 되어 있는 근로자파견사업 허용업종을 축소하고, 동일업무에 계속 사용하는 것을 금지하며, 모집·등록형 파견을 금지할 것을 주장하고 있다. 또한 최장 2년 제한으로 되어 있는 현행 파견기간은 그대로 유지하자는 입장이다. 반면에 경영계는 근로자파견사업 허용업종을 negative list로 전환하고(허용업종 확대), 파견기간 제한을 폐지하며, 동일업무에 계속 사용할 것을 주장한다. 상용·모집·등록형에 대한 별도 규제는 불필요하다는 입장이다.

이와 같은 쟁점들 중에서 해석상이나 실무적으로 가장 논란이 되고 있는 것은 근로자파견법이 시행된지 2년이 지난 시점에서 크게 부각된 ‘파견기간의 제한’ 문제라고 할 수 있다. 즉, 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우에 직접 고용한 것으로 본다는 간주규정이 적용되기 시작한 2000년 6월 말을 전후하여 법 개정을 둘러싼 논란과 갈등이 증폭되어 현재도 논의 중에 있다. 파견기간 문제에 대해서는 노동계뿐만 아니라, 사용자측에서도 강하게 문제 제기를 하였다.¹¹⁵⁾ 노동계에서는 근로자파견법의 폐지 및

114) “노사협의회는 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위로 설치하여야 한다”(근로자참여및협력증진에관한법률 제4조 제1항 본문).

115) 경영계는 파견기간의 종료로 인하여 사용사업체의 업무단절과 새로운 파견근로자의 교육훈련 부담이 발생한다는 것을 지적하였다(대한상공회의소, 「파견기간 만료에 따른 업계의견 건의」, 2000. 4). 이에서 보듯이 우리나라의 사용사업체들은 장기간의 고용이 필요한 업무에 파견근로자를 활용하는 것으로 드러나고 있다. 우리나라의 사용사업체의 절반 정도가 장기의 근로자파견을 원하고 있으며, 파견근로자의 1/3 정도가 계약기간 종료 후에 현 업체에서 계약을 연장하여 근

간접고용의 철폐를 주장하는 반면에, 파견사업주 단체를 비롯한 경영계에서는 파견기간의 상한 연장을 주장하고, 동시에 파견대상업무의 확대, 해고 후 사용금지기간의 단축 등을 요구하는 대립 양상을 보였다.

파견기간에 대하여는 기한부 고용에 관한 근기법상의 근로계약기간과 통일적으로 규율하는 방안과 반복갱신의 경우에 실질적인 파견기간에 따른 제한 방안도 검토되고 있다.¹¹⁶⁾ 그리고 무엇보다도 파견근로의 탈법적 남용을 방지하고 파견근로자의 근로조건을 보호하기 위하여는 우선 정확한 규모와 실태를 파악할 필요가 있다. 또한 파견근로의 허용범위, 상용형 파견과 등록·모집형 파견의 정비, 파견수수료에 대한 규제, 균등대우, 남녀고용평등법의 적용, 파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 확보 등도 쟁점이 되고 있다.

이하에서는 上記한 쟁점들을 구체적으로 분석하고 개선방안을 제시하기로 한다.

나. 파견근로자의 법적 지위안정과 중간착취의 배제 : 모집·등록형 파견의 금지와 파견 수수료에 대한 규제

근로기준법 제8조는 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 영리로 타인의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다”고 규정하고 있다. 동 규정은 근로기준법의 기본원칙으로서, 근로자의 근로관계 개시 및 존속에 관여하여 영리를 목적으로 중간착취를 하는 폐습을 방지하기 위한 취지로 제정된 것이다.

그런데 근로자파견이 상용형 파견이 아닌 등록형 또는 모집형 파견으로 이루어질 경우에는 이와 같은 중간착취가 이루어질 가능성이 크며, 파견근로자의 법적 지위도 취약하다.¹¹⁷⁾

즉, 파견사업주가 상시 고용하고 있는 파견근로자를 사용사업주의 요청

무하기를 희망하고 있다고 한다(남성일, 「한국인력파견의 현황과 쟁점분석」, 인력파견 국제심포지엄 2000. 4. 12쪽).

116) 「비정규직 근로자 대책관련 논의」, 노사정위원회 회의자료, 2001. 5. 31.

117) 1998년 말 현재 파견근로자 현황에 의하면, 총 파견근로자수 41,545명 중 상용 파견근로자는 18,347명으로 44.2%를 차지하고 있다(김세곤·김연식·송중학, 「알기쉬운 근로자파견제도」, 『중앙경제』, 1999, 272쪽).

시 근로자파견계약에 의하여 일정기간 사용사업체의 사업장에 근로하게 하는 ‘상용형’ 파견과 달리, 등록시켜 두었던 파견근로자를 사용사업주의 요청시 파견하는 ‘등록형’이나 사용사업주 요청시 근로자를 모집하여 파견을 행하는 ‘모집형’은 파견근로자의 지위를 불안정하게 하며, 중간착취의 위험도 크다. ‘등록형’ 파견이나 ‘모집형’ 파견의 경우 파견사업주와 파견근로자의 계약관계는 파견기간중에만 유지되기 때문이다.¹¹⁸⁾

그러나 현행법상 등록형 및 모집형 파견에 대한 규제가 없어 파견근로자의 고용불안과 함께 중간착취가 문제된다. 독일은 원칙적으로 상용형 파견만을 허용하고 있으며, 일본의 경우에도 상용형 파견과 등록형, 모집형 파견근로에 대하여 규제를 달리 하고 있다.¹¹⁹⁾

따라서 근로자파견의 허가기준에서 상용형 파견으로 한정하여 규정하거나, 일본의 입법례를 참고하여 등록형 및 모집형 파견에 대하여는 별도의 엄격한 규제장치를 마련하는 것이 필요하다고 생각된다.

또한 파견사업주의 수수료에 대한 규제가 없어 사용사업주와 파견사업주의 낮은 단가 체결을 통한 근로자파견과 파견사업주의 중간착취가 문제될 수 있으므로 이에 대한 제도적 보완방안을 검토해 볼 필요가 있다.

다. 근로자파견대상 업무의 범위

노동계는 현재 26개 업종의 positive list로 되어 있는 근로자파견사업 허용업종을 축소하자고 주장하고 있으나, 경영계는 근로자파견사업 허용업종을 negative list로 전환하고 허용업종을 확대하자고 주장하고 있다.

그러나 장기파견이 관행적으로 이루어지고 있는 상황에서 파견대상업무의 확대는 파견근로의 정규직 대체를 더욱 확산시킬 것이다.¹²⁰⁾ 또한 제

118) 특히 모집형의 경우 실제로는 직업소개와 거의 다름없다(강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대학교 출판부, 2000, 117쪽).

119) 일본 근로자파견법은 파견사업체가 파견근로자를 상시고용하는 특정근로자파견사업과 특정근로자파견사업을 제외한 일반근로자파견사업으로 구분하고 있다. 통상적으로 특정근로자파견사업은 ‘상용형’ 파견사업이며, 일반근로자파견사업은 ‘등록형’ 파견사업이라 한다. 특정근로자파견사업은 노동대신에 대한 신고제로, 일반근로자파견사업은 허가제로 운영되고 있다.

120) 조순경, 「검증되지 않은 전제와 현실 : 파견근로자보호등에관한법률의 입법취지

조업과 직접생산 분야까지 파견근로로 대체된다면 기업내 기술전수와 직업훈련이 더욱 어려워질 것이며, 장기적으로 국제경쟁력의 저하를 초래할 것이다.¹²¹⁾ 또한 현재 시행령에서 제시하고 있는 26종의 근로자파견 허용 직종은 한국표준직업분류 5단위의 세세분류별로 볼 때 100개 직종이 넘는 데, 상당부분이 기술축적과 고부가가치산업에 해당된다.

근로자파견법의 입법취지는 파견근로자 보호와 함께 인력수급을 원활하게 하여 노동시장의 탄력성을 제고하기 위한 것이며, 파견근로에 의한 정규직 대체를 방지하고자 하는 것이다. 따라서 파견근로는 원칙적으로 임시적·간헐적 업무와 일시적 업무에만 허용되어야 한다. 독일이나 프랑스의 입법례도 1년 이내의 단기파견과 일시적·간헐적 업무를 중심으로 한 파견을 허용하고 있다. 그런데 우리 근로자파견법 제5조 제2항은 “제1항의 규정에도 불구하고 출산, 질병, 부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다”고 규정하고 있어 결국 모든 업종과 직종에 파견사업이 가능하게 되어 있다. 다시 말해 현행법상 절대금지업무를 제외하고는 모든 업무가 파견근로의 대상으로서 허용되어 있다. 그 이유는 현행법이 대상업무의 범위를 매우 포괄적으로 규정하고 있고, ‘일시적·간헐적’의 의미가 모호하기 때문이다. 따라서 제5조 제2항의 ‘일시적·간헐적’이라는 표현을 ‘사용사업주의 특별한 사업상의 필요성’이라는 의미가 강화되도록 명확하고 구체적으로 규정할 필요가 있다.

또한 파견사유에 제한이 없고 장기간 파견이 허용되는 상시허용업무에 대하여도 다음과 같은 두 가지 요건을 충족시키는 경우로 그 범위를 한정시켜야 한다는 견해가 있다.¹²²⁾

첫째, 정규 노동시장에서 수급이 원활하지 않은 상당한 정도의 전문적 지식·기술·경험을 필요로 하는 업무이어야 하며, 둘째 일반사업에서 그러한 능력을 지닌 근로자를 상시적으로는 필요로 하지 않아야 한다는 것

와 규제완화론의 허구], 『파견노동의 정규직화, 어떻게 해야 하나?』, 민주노동정책토론회 자료집, 2000. 5. 60쪽.

121) 정인수, 『취업형태의 다양화와 정책과제』, 한국노동연구원, 1997, 107쪽; 『파견근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1998, 102쪽.

122) 강성태, 앞의 책, 121쪽.

이다.

그러나 근로자파견법 시행령에서 파견근로 허용직종을 규정할 당시, 이와 같이 경제적으로 정당화되는 근거에서 결정되었다기보다는 정치적 고려가 작용했다는 비판을 받고 있다.¹²³⁾ 따라서 향후 파견허용 대상에 대한 개선안을 마련할 때에 上記한 바와 같이 파견근로의 사용이 경제적으로 정당화되는 경우에 한정하여 직종을 조정해야 할 것이다.

다. 파견기간 제한과 직접고용간주규정

근로자파견법은 “근로자파견의 기간은 1년을 초과하지 못하지만, 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 1년의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있으며, 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용한 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고, 다만 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외하고 있다(제6조, 벌칙; 제34조).

노동계는 최장 2년 제한으로 되어 있는 현행 파견기간은 그대로 유지하자는 입장이나, 경영계는 파견기간 제한을 폐지하며 동일업무에 계속 사용할 것을 주장하고 있다. 그러나 파견기간에 관한 근로자파견법 제6조의 입법취지는 원래 정규근로자를 대체하는 장기파견을 규제함으로써 파견근로자의 정규직화를 촉진하고, 무분별한 파견근로의 확산을 방지하는 것에 있다.¹²⁴⁾

따라서 파견기간의 연장은 근로자파견법의 입법취지에 어긋날 뿐만 아니라 파견근로의 정규직 대체가 광범위하게 확산될 것이다. 독일은 1년,

123) 즉, 당초 입법예고된 시행령에 포함되었던 일부 직종은 관련 이익단체의 항의에 의해 빠지게 되었고, 대신 노조 조직률이 낮거나 여성근로자가 집중적으로 고용되어 있는 직종이 포함되었다(조순경, 앞의 논문, 61쪽).

124) 근로자파견의 법제화에 대한 논의가 이루어지기 시작한 시점인 1992년에 남성 파견근로자의 근속기간은 2.7년, 여성은 1.5년이었으나, 1997년의 조사에서는 남성 파견근로자의 경우 3.3년, 여성의 경우 2.5년으로 장기화된 것으로 나타나고 있다(정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993. 8, 30쪽; 『파견근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1998. 1, 41쪽).

프랑스는 18개월을 파견기간의 원칙적인 상한으로 규정하고 있으며, 우리나라는 2년을 규정하고 있다. 사용자측은 파견기간이 연장되는 경우, 그만큼 파견근로자의 고용기간이 연장된다는 논지를 펴고 있으나, 원칙적으로 파견근로자의 고용안정에 대한 책임은 파견사업주에게 있는 것이므로 사용자업체와의 파견기간 연장에 의하여 파견근로자의 고용안정을 도모한다는 것은 근로자파견제도의 기본 구조와 맞지 않는다.

근로자파견법 제6조의 해석을 둘러싸고 제기되는 가장 큰 쟁점은 파견기간의 상한 및 직접고용간주규정이 특정 파견근로자에 한정된 것인가, 아니면 특정 파견근로자의 여부와 관계없이 계속사용기간의 최장한도인가 하는 문제이다. 동 규정을 전자의 의미로 해석한다면 실제 사례에서 사용자사업주가 파견기간 종료 후에 다른 파견근로자를 파견받아 사용하는 경우 문제될 것이 없게 된다. 이에 대하여 노동부는 동 규정의 취지를 동일 파견근로자를 2년 이상 사용하는 것을 금지하는 취지라고 해석하여 파견근로자를 교체하는 것은 법 위반이 아니라는 취지로 보고 있다.¹²⁵⁾ 또한 노동부의 해석과 같은 취지로 해석하는 견해도 있다.¹²⁶⁾ 이 견해에 의하면 법 제6조 제3항의 단서규정, 즉 “당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다”는 법문상 표현으로 볼 때 특정 파견근로자의 파견기간의 상한을 염두에 두고 규정된 것이라는 점을 근거로 들고 있다. 그리고 이렇게 보는 경우에도 파견근로자가 동일하다면 누가 이 근로자의 파견사업주인가는 문제되지 않는다고 한다.

그러나 법 제6조의 취지는 파견근로자의 직접고용을 촉진하는 취지이며, 근로자파견법의 당초의 입법취지나 법문의 해석상 파견기간의 상한 및 직접고용간주규정을 특정 파견근로자의 파견기간의 계속사용기간의 최장한도로 보는 것은 무리라고 판단된다.¹²⁷⁾

125) 고관 68460-407, 1998. 6. 9.

126) 강성태, 앞의 책, 124쪽; 강성태, 「파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제」, 『노동법학』, 제8호, 1998. 12, 173쪽.

127) 최홍엽, 앞의 논문, 199쪽 이하에 의하면 “근로자파견법 제6조 제1항의 문리해석 상으로도 특정 파견근로자와 관계 없이 파견기간의 상한을 정한 것으로 해석된다”고 한다. 즉, 우리 법은 독일의 근로자파견법처럼 “동일한 사용자사업주에게 특정 파견근로자를 연속하여 1년을 초과하여 파견하는 경우”라고 표현한 것이 아니라, “근로자파견의 기간은 1년을 초과하지 못한다”로 규정되어 있기 때문이다.

또한 파견기간이 만료된 이후에도 동일한 파견근로자가 다른 파견사업체로부터 파견되는 형식으로 사용사업체에서 계속 근로하는 경우의 법 위반 여부가 문제된다. 이러한 경우는 법 제6조 제2항에서 정한 파견기간을 위반한 것이므로 해석상 논란의 여지가 없을 것이다. 따라서 2년 이상 계속 고용하는 때에는 사용사업주가 고용한 것으로 보아야 한다(법 제6조 제3항).¹²⁸⁾

다음으로, 파견기간 2년의 제한을 회피하기 위하여 파견기간이 종료된 이후에 일정기간 후 다시 파견근로자를 다시 사용하는 경우 또는 약간의 시간차를 두고 반복하여 해지와 사용을 반복하는 경우¹²⁹⁾에는 이를 위법한 것으로 보아야 할 것이다. 이에 대하여 노동부의 행정해석도 2년계약 만료 후 1개월 동안 임시직 등으로 고용한 후 다시 동 근로자를 파견근로자로 사용한 경우에도 사용사업주가 고용한 것으로 보아야 한다는 입장이다.¹³⁰⁾

그런데 이러한 경우 프랑스의 입법례에 의하면 파견기간의 만료 후 또는 기간의 정함이 있는 근로계약의 만료 후에 그 자리에 대해 갱신을 포함한 이들 기간의 3분의 1에 해당하는 기간의 경과 이전에는 파견근로를 이용할 수 없다(L. 124조의 7).¹³¹⁾ 이러한 조치들은 기업이 파견근로의 반복사용에 의해 상용근로자의 고용을 회피하는 것을 방지하려는 취지이다. 독일 연방고용청은 제1차 파견기간과 제2차 파견기간 사이에 ‘의미있는 중단’(beachtlich unterbrechung)이 있는 경우에는 제2차 파견도 허용해야 하며, 파견근로자는 이전 파견노동의 최소 25%에 이르는 중단기간이 개

또한 “당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다”고 하는 단서규정도 2년 초과 당시의 파견근로자가 그 사용사업주에게 고용되는 것을 반대하면 고용되지 않는다는 사실을 의미하는 데에 그친다고 한다.

128) 노동부 행정해석(고관 68400-219, 1998. 4. 4)에 의하면 파견기간은 사용사업주가 파견근로자를 최초로 사용한 시점을 기준으로 산정되며, 사용사업주가 파견근로자를 사용한 이후에 파견근로자의 소속이 변경되었다 하더라도 그와 같은 사실은 파견기간 산정에 아무런 영향을 미치지 못한다고 하고 있다.

129) 한국노총은 「파견근로자보호등에관한법률 시행령 제정에 관한 건의」(1998. 2. 23)에서 일시적·간헐적 업무에 대해 1년간 통산하여 6개월을 초과하는 업무를 할 수 없도록 할 것을 제안한 바 있다.

130) 노동부 고시; 고관 68400-626, 1998. 8. 7.

131) 독일과 프랑스의 입법례에 대하여는 최홍엽, 앞의 논문, 192~196쪽 참조.

별 파견의 중간에 있다면, 동일한 사업장에 여러 차례 파견될 수 있다고 해석하고 있다.¹³²⁾

법 제6조의 직접고용간주규정에 의하여 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주하는 경우에도 그 구체적 근로조건, 즉 근로계약기간, 임금, 근로시간 등 간주노동관계의 내용이 문제된다. 이 중에서 가장 문제되는 것이 직접고용으로 간주되기 시작하는 시점부터의 근로계약기간이다. 법은 문언상 ‘고용한다고 본다’고 규정하고 있을 뿐이므로, 기간의 정함이 없는 계약으로 전화된 것으로 볼 것인지 아니면 당사자간에 기간을 정한 근로계약으로 볼 것인지의 문제가 여전히 남아 있다.¹³³⁾

프랑스의 경우 파견기간 초과시에 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보는 법 규정이 있다. 독일의 경우에도 무허가파견시의 간주근로와 관련하여 객관적인 정당한 사유가 있을 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 성립한다는 규정이 있다.

그러나 이와 같은 규정을 두고 있지 않은 우리 현행법 체제하에서는 직접고용간주규정에 의하여 기간의 정함이 없는 계약으로 전화된 것으로 본다든지, 위법한 근로자파견의 경우에 기간의 정함이 없는 계약이 존재한다고 보는 것은 무리라고 판단된다.

노동부의 행정해석은 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 당사자의 의사에 따라 계약직 또는 임시직으로 채용할 수 있다는 입장이다.¹³⁴⁾ 이에 대하여 근로계약기간, 임금, 근로시간

132) 예를 들어 60일 동안 파견된 근로자 A는 다시 동일한 사업장에 파견되기 이전에 15일간 중단해야 한다(최홍엽, 앞의 논문, 201쪽; (再) W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 5. Aufl., s.814; S. Kaufmann, Arbeitnehmerüberlassung, RWS Verlag Kommunikationsforum(Köln), 1998, s.48-49).

133) 조경배, 앞의 논문, 87쪽에 의하면 “실제로 파견근로의 법정최장기간 만료와 함께 기존의 파견근로자를 다시 임시직, 계약직, 아르바이트 등의 기한부 고용으로 채용하는 사례가 급증하였는 바, 기간을 정한 근로계약의 법적 규율 문제를 동시에 해결하지 않고는 위법파견에 대한 법적 규제는 그 자체로서 불완전하며, 그 목적을 달성할 수 없다”는 견해를 밝히고 있다. 조 교수는 또한 “직접고용의 원칙과 상사고용의 원칙은 비정규직 근로자의 고용안정을 위한 두 개의 법적 지렛대이며 근로권의 충실한 보장을 위해서 그 어느 하나라도 결여되어서는 안된다”는 결론을 내리고 있다.

134) 노동부 고시; 고관 68400-490, 1998. 7. 6.

등 간주노동관계의 내용은 원칙적으로 사용사업체의 단체협약이나 취업규칙에 의해야 하며, 그렇지 않을 경우 ‘사용사업체에서 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에 대한 통상의 근로조건’에 따라야 할 것이라는 견해가 있다.¹³⁵⁾ 그러나 이 문제에 대하여는 근로자파견법 전반의 개선방안, 더 나아가 기한부 고용에 관한 근로기준법의 개선방안과 관련하여 체계적이고 통일적인 검토가 필요하다고 생각된다.

라. 균등대우

파견근로의 남용을 방지하기 위하여는 파견근로자와 정규직 근로자 사이의 균등대우가 확보되어야 한다. 근로자파견법 제21조는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 이에 대한 별책은 없다. 프랑스 근로자파견법도 우리 파견법과 같은 균등대우를 규정하고 있다. 즉, “파견근로자의 보수는 사용사업체에 있어서 기간의 정함이 없는 근로계약에 따르고, 동등한 직업자격으로 동일한 직무에 종사하는 근로자가 받을 수 있는 보수액을 하회해서는 안된다”고 규정하여 균등대우원칙을 명시하고 있다(L 124조의 3 제6호 및 124조의 4 제2호 참조). 그러나 우리와 달리 프랑스법은 균등대우 실현을 구체화하는 방안으로서, 불안정고용수당(또는 파견종료수당), 유급휴가보상수당, 악천후보상수당 등을 규정하고 있다.¹³⁶⁾ 이와 같이 균등대우의 내용을 구체화할 경우 사용자가 비용절감을 위하여 파견근로를 남용하는 것을 방지할 수 있을 것이다.

특히 파견근로의 경우 정규근로자의 임금과 비교하여 낮은 임금이 문제되고 있으므로 ‘동일가치노동 동일임금원칙’이 중요한 의미를 지닌다. 또한 근로시간이나 근로기간에 비례한 대우는 비례적·상대적 평등의 영역이지만, 동일가치의 노동에 대하여는 동일임금이 보장되어야 하는 것은 절대적 평등의 영역이다. 그러나 ‘직종, 작업내용, 기능, 책임, 노동밀도,

135) 최홍엽, 앞의 논문, 205쪽.

136) 최홍엽, 『외국의 근로자파견제도의 최근 동향』, 한국법제연구원, 1998. 12, 64쪽 이하.

능률 등'의 분석을 통한 직무평가의 경험이 별로 없는 우리나라에서는 현실적으로 '동일가치노동 동일임금원칙'의 실현에 많은 어려움이 따른다. 특히 한 사업장에서 특정직종에 모두 파견근로자가 사용되고 있다면, '동일노동'을 하는 비교대상 정규직이 존재하지 않게 된다. 이와 같은 경우 '적용가능한 단체협약을 기준으로 하거나, 당해 산업에 종사하는 자를 기준으로 하는' 독일의 입법례를 참조하거나, 당해 파견근로자가 고용된 시기 이전에 고용되어 동일노동에 종사하고 있었던 정규직의 임금과 비교하여 판단할 수 있다.¹³⁷⁾

마. 파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 확보

파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 불균형은 파견근로자 보호를 위하여 바람직하지 않다. 현재 파견사업주들은 지나친 단가 경쟁으로 사용사업체와의 교섭력을 깨뜨리고 있으며, 이는 결국 파견근로자의 낮은 근로조건으로 귀결된다.¹³⁸⁾¹³⁹⁾

따라서 파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 확보를 위하여 사용사업체가 일방적으로 파견사업체와의 근로자파견계약을 해지할 경우 파견사업체에 대한 손해배상책임을 지도록 규정할 필요가 있다¹⁴⁰⁾.

137) 조순경 교수는 남녀 동일임금원칙 실행과 관련하여 유럽공동체 사법재판소(ECJ)가 1980년 택하였던 원칙을 파견근로자의 균등대우에도 적용할 것을 주장한다.

ECJ는 동일가치노동 동일임금원칙의 실행과 관련하여 “남녀가 동일한 고용으로, 동일한 노동으로 동일한 시기에 종사하고 있다는 상황에 한정되지 않으며, 이전에 그 자리에 취업하고 있던 남성과 비교하여 판단할 수 있다”는 입장을 밝힌 바 있다(조순경, 앞의 책, 70쪽).

138) 지나친 단가 경쟁에 대하여 파견사업체 및 인제파견업체의 자정노력이 필요하며, 파견사업주는 파견근로자의 전문성 제고를 통한 차별화전략으로 서비스 단가를 높여야 한다는 견해가 있다(이승길, 「현행 근로자파견법의 문제점」, 『노동법률』, 2000. 5, 67쪽).

139) 일본은 1999년 근로자파견법 개정시 사용사업체의 일방적 파견계약 해지에 따른 파견사업체에 대한 손해배상책임 규정과 사용사업체가 부당하게 파견사업체의 파견근로자 선발권을 침해하지 못하도록 방지하는 규정을 신설하였다.

140) 사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지해서는 안 된다(법 제22조 1항).

또한 사용사업체가 파견사업체에게 미리 파견근로자의 이력서를 2배수 내지 3배수 제출하도록 하거나, 미리 면접하는 경우가 있다. 그런데 이는 근로자파견제도의 본래의 취지에 맞지 않는 것이며, 파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 불균형의 원인이 된다.

따라서 사용사업주가 파견근로자를 미리 면접하거나, 이력서를 제출하도록 하는 등 부당하게 파견사업체의 파견근로자 선발권을 침해하지 않도록 제도적 보완이 필요하다.¹⁴¹⁾

바. 남녀고용평등법의 적용문제

근로자파견법은 파견사업주와 사용사업주의 노동법상 책임에 대하여 규정하고 있다. 그러나 남녀고용평등법 위반사례가 발생한 경우에 파견사업주와 사용사업주 중에서 누가 책임을 져야 하는지에 대하여는 규정하고 있지 않다. 예를 들어 파견근로자의 결혼·임신·출산 등을 이유로 사용사업주가 파견사업주와의 계약을 해지하고자 하는 경우, 근로자는 누구를 상대로 법 위반에 대한 책임을 물을 것이냐가 분명치 않다. 따라서 다른 근로기준법상의 책임과 마찬가지로 누가 책임을 지는지를 분명히 규정해야 할 것이다.¹⁴²⁾

사. 근로감독행정의 강화

근로자파견법의 전반적 개선 못지 않게 중요한 것이 위법한 근로자파견을 단속하고, 법 시행을 감독하는 근로감독행정의 강화이다. 현행법상 파견이 금지되어 있는 생산직접공정을 포함한 다양한 업종에서 불법 파견근로가 광범위하게 확산되고 있다. 또한 도급과 파견을 구분하는 지침으로서 노동부 예규가 있으나, 도급과 파견은 사실관계를 파고 들어 확인하지 않고는 위장도급의 판단이 쉽지 않다. 노동계는 위법파견근로에 대하여

141) 이승길, 「비정형고용의 현황과 과제」, 『노사포럼』, 제14호, 2001. 5, 89쪽 참조.

142) 조순경, 「검증되지 않은 전제와 현실 : 파견근로자보호등에관한법률의 입법취지와 규제완화론의 허구」, 『파견노동의 정규직화, 어떻게 해야 하나?』, 민주노동정책토론회 자료집, 2000. 5, 71쪽.

노동부 등 관계기관에서 별다른 조치를 취하지 않는 것은 정부의 정책 의지에 원인이 있다고 비난하고 있다.¹⁴³⁾

그러나 현재의 근로감독 기능이나 인력 등으로는 법의 집행력을 담보하기 어렵다고 판단된다. 또한 파견근로는 고용관계와 사용관계가 분리되는 새로운 고용유형으로 파견법, 근로기준법 그리고 남녀고용평등법의 복합적 적용에는 상당한 전문성이 요구된다.

위법한 파견근로의 근절과 법의 실효성 담보를 위하여 근본적인 대책이 마련될 필요가 있다.

제 4 절 특수고용관계

1. 문제의 소재 : 특수고용관계 종사자의 근로자성 판단과 노동법적 보호의 문제

현재 우리나라에서는 골프경기보조원, 학습지 교사, 보험상품 판매인, 퀵서비스 배달원 등 도급 또는 위임의 형태로 노무를 제공하는 자들을 소위 특수고용관계 종사자들과 칭하고 있다. 이들을 둘러싼 노동법적 문제의 핵심은 특수한 노무공급 형태로 인한 근로자성 판단과 노동법적 보호의 범위이다. 특수고용관계 종사자들은 노무공급의 내용과 형태상의 특징, 즉 노무공급의 장소, 물적 수단의 소유, 노무제공의 목적이나 내용의 특수성에 따라 각각 그 특징이 있다. 그러나 전통적인 근로자 개념에 의해서는 근로자성을 판단하기 어려운 한계적 사례라는 공통점이 있다. 즉

143) 노동부는 1998년 2월부터 1999년 2월까지 1년 동안 파견사업체들을 단속하여 77개의 무허가 파견사업체를 적발, 2개 업체에 대해 사법처리하고 75개 업체에 대해서는 파견중지조치를 내렸다. 허가받은 파견업체의 경우 136개 업체에서 위법사항을 적발, 4개 업체에 허가취소, 1개 업체에 영업정지, 131개 업체에 경고·시정조치를 내렸다. 국정감사 자료에 의하면 136건의 위반사례 중 파견법의 핵심사항을 위반한 경우가 전체의 65.2%에 달했으나 중징계(허가취소, 영업정지)는 3.6%에 머무른 것으로 보고되고 있다.

사용자의 사업장 내에서 사용자가 정한 시간에 구체적이고 직접적인 지휘·명령을 받으며 노무를 제공하는 전통적인 근로자와는 구별되는 노무공급 형태를 보이고 있다.

특수고용관계 종사자를 둘러싼 우리나라에서의 노동법적 논의는 ‘근로기준법상 근로자 정의를 (확대)개정하거나, 준근로자(유사근로자) 개념을 도입하여 이들을 노동법적으로 보호하자는 입법론적 해결방안을 주장하는 입장’¹⁴⁴⁾과 ‘노사관계 당사자와 경제상황을 종합적으로 고려하여 법원이 구체적 타당성에 맞게 판단해야 한다는 입장’¹⁴⁵⁾으로 요약할 수 있다.

현재 근로기준법상의 근로자나 아니냐 하는 판단은 기존의 학설 및 판례에 의하면 ‘실질적 내지 사실상의 사용종속관계’의 여부에 의하고 있다. 사용종속성의 판단기준은 ‘노무공급자가 노무수령자의 지휘감독하에서 근로하는지의 여부’ 둘째, ‘보수의 노무대상성 여부’로 구분할 수 있다. 그밖에 근로자성을 판단하는 보강기준으로서 사용자의 명령·의뢰에 따라 통상 예정되어 있는 업무 이외의 업무에 종사하는 경우가 있는가 아닌가에 대한 판단이 요구되며, 보수의 노무대상성 여부를 판단함에 있어서는 보수의 성격이 사용자의 지휘감독하에서 일정시간 노무를 제공하고 있는 것에 대한 대가로 판단되는지의 여부, 보수에 생활보장적인 요소가 강하다고 인정되는지의 여부가 판단되고 있다.

그러나 향후 생산방식의 변화와 고용형태의 다양화에 따라 上記한 판단

144) 노동계는 근기법상의 근로자 개념을 확대하자는 입장이며, 2000년도 노동부 안은 근로기준법에 ‘근로자에 준하는 자’의 개념을 신설하고, 근기법 규정 중에서 ‘보수, 해고제한, 산재보험’을 적용한다는 것이었다. 그런데 이에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 첫째, ‘정당한 이유없는 해고제한, 보수, 산재보험’의 세 가지 근로조건만을 보호해야 하는 당위성을 어디에서 찾을 것인가의 문제가 지적되고 있다. 즉, 실태조사에 근거한 것인가, 아니면 사용자의 수급능력 및 경제환경에 따른 것인가에 의문이 제기된다. 둘째, 4인 미만 영세사업장 근로자의 보호가 미흡한 것과 관련하여 형평에 어긋난다는 것이다. 셋째, 유사근로자의 경우 주로 실적급에 의존하고 실적이 없는 경우 계약을 해지하는 경우가 많은데, 해고조항을 두는 것은 무리라고 한다. 넷째, 독일과 같이 유사근로자의 개념을 자영업자의 하위개념으로 분류하고 유사근로자를 보호하기 위하여 노동법의 일부 규정을 적용하는 것은 가능하지만, 유사근로자 개념을 근로자, 자영업자와 대등한 독립적 개념으로 인정하는 경우에는 별도의 특별법 등을 통하여 이루어져야 한다는 것이다.

145) 강희원·김영문, 『근로자 개념과 계약의 자유』, 2001, 388쪽.

표지들만 가지고는 근로자인지 사업자(자영업자)인지 불분명한 한계적 사례, 또는 ‘근로자도 아니고 사업자도 아닌 노무제공자’들이 증가하게 될 것이다. 즉, 앞으로는 노동법의 적용대상을 이분법적으로 ‘완전한 보호를 받는 그룹’과 ‘전혀 보호를 받지 못하는 그룹’으로 구분할 수 없는 근로자들이 더욱 증가하게 될 것이다.

따라서 해석론적으로 특수고용관계와 같은 새로운 고용형태에 대응하여 노동법적 보호이념을 근본적 판단 지표로 하면서 ‘사용종속성’을 유연하게 해석할 필요가 있으며, 입법론적 검토도 필요하다.

그런데 특수고용의 형태로 노무를 공급하는 자들은 자영용역관계(계약자유에 의한 노무급부의 정형계약), 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자, 노동법상의 포괄적인 보호를 받아야 하는 자로 구분할 수 있다. 노동법적으로 포괄적인 보호를 받아야 하는 자의 경우에는 사용자가 노동법의 적용을 회피하기 위하여 계약자유를 남용하는 경우로서 강행법규에 위반하는 법률관계의 형성을 무효화하고 근로관계를 인정해야 할 것이다. 또한 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자의 경우에는 노동법을 전면적으로 적용할 필요는 없을 것이다. 따라서 특수고용관계에 있는 근로자들의 직종별 유형과 실태가 이와 같이 다양함에도 불구하고 일률적으로 기준을 마련하여 이들을 노동법적 보호의 틀 안으로 편입시키는 것이 현실적으로 가능한지, 경제적 측면과 근로자보호 측면에서 바람직한 것인지의 근본적 문제부터 따져보아야 할 것이다. 즉, 일반 재화시장에 적용되는 계약법이나 경제법을 적용해야 할 경우가 있고, 노동시장에 적용되는 노동법을 적용해야 할 경우가 있을 것이다.

또한 현실적으로 근로기준법상의 근로자 개념을 확대 규정하여 특수고용관계에 있는 근로자들을 포섭하거나, 준근로자(또는 유사 근로자) 개념을 도입하여 근기법의 적용대상을 확대한다 하여도, 특수고용관계에 있는 근로자들의 근로실태가 워낙 다양해서 또다시 법원의 판단에 의존하지 않을 수 없다는 점과, 보호의 범위를 어떤 기준에 의하여 어디까지 할 것이냐의 문제는 여전히 남는다.

그리고 근로자의 범주에 포함되어야 할 취업자가 예컨대 준근로자의 범주로 넘어가게 될 우려도 있으므로 입법론적으로 매우 신중하게 접근해야 할 문제라고 판단된다.

이하에서는 우리나라의 근로자 개념에 관한 기존의 학설 및 판례의 입장과 각국의 입법례 및 논의를 정리하고, 특수고용관계 종사자에 대한 노동법적 보호의 기본방향을 제시하기로 한다.

2. 근로자의 개념에 관한 학설 및 판례

가. 근로자 개념

1) 헌법 및 노동법상 근로자 개념의 의의

우리나라 헌법과 노동법은 ‘근로자’라는 용어를 명시적으로 사용하고 있다.¹⁴⁶⁾ 다만, 노동법은 근로자 개념에 관하여 정의 규정을 두고 있는 반면, 헌법은 근로자 개념에 대하여 아무런 정의를 내리지 않고 있다.

그러나 헌법의 근로자 개념을 확정하는 것은 노동법적으로 매우 중요한 의의가 있다. 왜냐하면 노동법의 해석이나 입법론적 논의는 헌법의 한계 내에서만 허용될 수 있기 때문이다. 그것은 특수고용관계 종사자에 대한 근로자성 인정 및 노동법적 보호와 관련하여 기존의 근로자 개념에 관한 해석론을 변화시키거나, 새로운 입법을 시도하는 경우에도 마찬가지이다.

우리나라 헌법 제33조는 ‘근로자’에게 노동3권을 보장하고 있으나, 근로자 개념에 대하여는 아무런 정의를 내리지 않고 있다. 따라서 헌법 제33조의 근로자 개념이 단순히 전형적인 공장노동자를 전제한 것인지, 아니면 광범위하게 종속노동을 제공하는 자(즉, 법적 형식과 관계없이 인적으로든 경제적으로든 계약 상대방에게 종속되어 단체협약이나 단체행동권에 의한 보호를 받아야 할 필요성이 인정되는 자)까지 전제한 것인지는 해석론에 맡겨져 있다. 이와 같이 헌법의 근로자 개념을 해석론적으로 확정하는 실익은 준근로자 내지 유사근로자, 가내근로자, 종속노동을 제공하는 자영업자들이 헌법의 노동3권의 보호영역 안에 들어올 수 있는지, 또는 이들의 단결체에 대하여 근로자의 단결체인 노동조합과 같은 권한을 부여

146) 독일 헌법은 근로자라는 용어를 사용하지 않고 “모든 자 또는 누구나(Jedermann) 단결의 자유를 향유한다”고 규정하고 있기 때문에 헌법상의 근로자 개념은 존재하지 않는다고 할 수 있다(강희원·김영문, 앞의 책, 76쪽).

할 수 있느냐의 문제와 관련되어 있다. 구체적인 사례에서 법률적으로는 자영업자이면서 경제적으로는 종속성이 인정되어 재화시장과 노동시장의 중첩적 영역에 위치하고 있는 자들이 단결체를 구성하여 단체협약 체결과 쟁의행위를 요구하는 경우 그 정당성 여부는 헌법상 노동3권의 주체로서의 근로자 개념을 어떻게 파악하느냐에 달려 있다.

헌법학계는 거의 헌법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념을 동일한 것으로 보고 있으며¹⁴⁷⁾, 노동법학계에서도 노조법은 헌법 제33조의 노동3권 보장을 구체화하기 위한 법률로서 헌법 제33조의 근로자는 단결의 주체라고 보는 입장으로서는 양자를 달리 구별하지 않고 있는 입장이다.

그러나 헌법의 근로자 개념이 광의의 의미를 가지고 있어서 입법자가 이를 구체화해야 한다거나, 노조법상의 근로자 개념도 입법자의 형성재량권이나 위임에 의하여 구체화된 것이라고 본다면, 양자의 개념은 동일하게 볼 수 없게 된다.¹⁴⁸⁾

향후 생산방식의 변화와 고용형태의 다양화에 따라 현재 문제가 되고 있는 특수고용관계 종사자가 아니더라도 현행 노조법상의 근로자 개념에는 포함되지 않는 노무공급자가 발생할 가능성이 존재한다. 이들에게도 집단적인 이익단체를 통한 이익보호가 필요하므로 헌법상의 노동3권의 보호영역에 들어올 수 있을 것이다¹⁴⁹⁾. 그러나 헌법은 근로자 개념에 대하여 구체적 정의를 내리고 있지 않으므로, 이들의 단결체에 근로자의 단결체인 노동조합과 동일한 권한을 부여할 수 있느냐의 문제는 입법자의 형성재량권에 속한 문제이다. 즉, 노조법상의 근로자 개념이 부인된다고 하여, ‘인적 종속성은 없으나 경제적 종속성은 인정되는 자들(독립된 자영업인으로서 민법상의 고용, 도급, 위임계약 등에 의해 노무를 제공하고, 급료 및 이에 준하는 수입에 의해 생활하는 자)에 대하여 입법론적으로 근로자성을 박탈하여 헌법 제33조의 포섭대상에서 제외시킬 근거는 없는 것이다. 따라서 현존하는 재능학습지 노조를 비롯하여 자영업자와 근로자의 한계적 사례에 위치하는 특수고용관계 종사자가 노조를 결성하는 경우,

147) 계희열, 『헌법학(중)』, 2000, 206쪽; 홍성방, 『헌법(Ⅱ)』, 2000, 206쪽 참조.

148) 강희원·김영문, 앞의 책, 79쪽.

149) ILO협약 제141호(1975.6.23)는 농업부문에서 노동력을 제공하는 단체에 관한 협약으로서 이들의 결사의 자유를 보장하고 있다.

이를 이분법적으로 노조법상의 주체가 아니면 민법상의 사단으로 보는 것은 적절치 않다고 판단된다. 다시 말해 현행 판례로는 근로자성이 부인되는 자도 헌법상의 근로자로 볼 수 있다.

다만, 경제적으로만 종속성이 인정되어 재화시장과 노동시장의 중첩적 영역에 위치하고 있는 자들의 경우 노동법 이외의 다른 법률, 즉 상법, 민법, 소비자보호법, 약관규제에 관한 법, 공정거래법 등에 의한 보호장치가 존재한다는 사실이 고려되어야 한다.¹⁵⁰⁾

노동법에는 근로자의 개념에 관하여 각각의 해당법률에 정의규정이 있으며, 그 법률의 규율목적에 따라 근로자의 정의가 서로 달리 기능적으로 규정되고 있다. 각각의 법률에서 근로자로 포섭된 자는 각각의 법 영역이 규정하는 권리와 의무, 법률 효과를 향유할 수 있을 뿐이다. 전체 노동법에 통일적으로 형성되어 있는 근로자 개념은 없으며, 각 법률의 규범목적에 따라 상이하게 판단되는 것이다.

즉, 근로기준법은 현재 근로계약관계에 있는 근로자의 근로조건을 확보하려는 것이고, 노동조합및노동관계조정법(이하 노조법이라 한다)은 근로자의 단결권 등 노동기본권을 확보해 주기 위한 것이므로 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념은 서로 다르게 구성되어 있다. 근로기준법은 근로기준법의 적용대상으로서의 근로자의 개념을 규정하고 있다. 근로기준법 제14조는 근로자의 정의에 대하여 “직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다”고 규정하고 있다. 다시 말하면 근로기준법에서 말하는 근로자는 근로관계를 전제하고 있는 것이므로 현실적으로 타인에 의하여 결정되는 근로를 제공하는 자가 아니라면 근로자라 할 수 없다.

150) ‘헌법의 경제질서’에 근거하여 “사회적 보호의 필요성이나 보호의무가 노동법적 보호의 범위와 근로자성까지 지배해야 한다는 논리는 헌법으로부터 도출될 수 없다”고 한다. 그 이유는 경제질서와 관련된 경제법, 중소기업보호법, 민법, 주택임대차보호법, 약관규제에 관한 법 등은 각각의 법률에서 사회적 약자에 대하여 그 사회적 보호의 필요성에 따라 일정한 보호를 하고 있기 때문이라는 것이다. 즉, 노동시장에 적용되는 근로자 개념의 확장은 상대적으로 재화시장의 경제질서를 건드리게 된다고 한다. 따라서 유사근로자를 설정하거나, 이들을 근로자로 포섭하여 노동법을 전면적으로 적용해야 한다는 점은 적어도 헌법으로부터는 도출될 수 없다는 것이다(강희원·김영문, 앞의 책, 81쪽).

이에 대하여 노조법 제2조 제1호는 근로자란 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있다. 즉, 노조법상의 근로자는 노동조합에 가입할 수 있는 근로자의 범위에 해당하는 자를 기준으로, 다시 말하면 노조활동의 주체로서의 근로자의 개념을 규정하고 있다. 따라서 노조법상의 근로자가 되기 위하여 사용자와의 근로계약관계가 반드시 전제되는 것은 아니므로, 현재 구체적 근로계약관계를 맺으면서 현실적으로 취업하고 있는지의 여부는 문제되지 않으며, 법이론상 실업자나 해고된 근로자라 하더라도 노조법상의 근로자에 해당된다.¹⁵¹⁾ 그렇다면 현실적 노무공급자를 중심으로 볼 때 노조법상의 근로자 개념이 근기법상의 근로자 개념과 동일한 것이냐가 문제된다. 판단컨대, 노조법상의 “임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라는 근로자에 대한 정의규정의 취지는 ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’로서 단체교섭 및 단체협약에 의하여 보호받을 필요성이 인정된다면 노조법상의 근로자 범주에 포함시키려는 것이라고 생각된다. 그러므로 동 조항의 ‘임금·급료’는 근로계약에 기하여 근로자가 노무의 대가로 받는 것이며, ‘기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’는 근로계약관계에 있는 자와 마찬가지로 단체교섭 및 단체협약에 의한 보호받을 필요성이 인정되는 동종의 노무공급계약관계에 있는 자라고 해석된다.¹⁵²⁾

다시 말하면 노조법상 근로자 개념은 동법의 목적과 근로자에 대한 정의규정에서 파악되어야 한다. 즉, 단결권 등의 보호가 필요한가라는 관점에서 임금 등의 수입에 의하여 생활하는 자의 의미를 광범위하게 파악하는 입장에서 해석되어야 한다. 그러므로 노조법상의 근로자의 범주로서는 현실적으로 임금 등에 의해 생활하는 자와 잠재적으로 그러한 자로 대별되므로, 근기법상의 근로자를 포함하면서 나아가 ‘기타 이에 준하는 수입’의 의미를 살려 근기법상의 근로자와 유사한 정도로 단결권 등의 보호가 필요한 노무공급자도 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이다.¹⁵³⁾

151) 통설: 김형배, 『노동법』, 529쪽; 이병태, 『노동법』, 103쪽 등.

152) 菅野和夫, 『労働法』, 423쪽 이하.

153) 강성태, 『근로자의 개념』, 176쪽.

2) 근로기준법상의 근로자 개념

가) 근로자성 인정의 의의 - 개별적 근로관계법의 적용

근로자성 인정의 의의는 개별적 근로관계법의 적용 여부에 있다. 즉, 근로기준법상 근로자로 인정되면 근로기준법 및 산업재해보상보험법, 최저임금법, 남녀고용평등법 등 개별적 근로관계법의 적용대상이 되지만, 근로자성을 인정받지 못하면 적용대상이 되지 않는다.

산업재해보상제도는 근로관계의 존재를 기초로 하는 노동재해를 규율하기 위하여 생긴 제도이므로, 근로자성을 인정받는 경우 근로기준법 및 산업재해보상보험법이 적용된다.¹⁵⁴⁾ 또한 최저임금법은 “이 법에서 근로자라 함은 근로기준법 제14조의 근로자를 말한다”(제2조)고 규정하고 있으므로 근로자성 인정여부가 최저임금법 적용여부의 결정기준이 된다. 남녀고용평등법 역시 적용범위를 근로기준법의 적용을 받는 사업 또는 사업장으로 하고 있으며(제3조), 법의 목적을 ‘근로여성의 지위 향상과 복지증진 기여’에 두고 있으므로 근로기준법상의 근로자성 인정여부가 법 적용여부의 판단기준이 된다. 그러나 근로기준법상 근로자성이 인정된다고 하여 근로기준법의 모든 규정이 전면 적용되지는 않는다. 근로기준법은 각각의 규정에 대하여 적용대상의 예외를 두고 있는 경우가 있기 때문이다(예: 예고해고의 적용예외를 규정한 제35조, 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정의 적용제외 대상을 규정한 제61조 등).

또한 근로자의 개념은 근로자 보호의 견지에서 상대적으로 규정되는 것이므로 근로자성이 인정된다고 하여 근로기준법을 비롯한 개별적 근로관계법이 전면적으로 적용된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 예컨대 회사의 임원인 근로자에 대하여는 근로기준법상의 근로시간 관련규정은 적용되지 않으나, 재해보상·퇴직금·해고 등의 규정은 적용될 수 있다. 즉, 주식회사의 이사·부장·과장 등은 최고경영자(대표이사)의 지휘·명령에 따르면서 노무를 제공하는 근로자의 지위에 있는 한편, 일반근로자에 대하여는 사용자로부터 위임받은 지시권과 감독권을 행사하는 지위에 있기 때문에 근로자성을 인정받는 한도 내에서는 근로기준법의 적용을 받게 되

154) 선원의 재해보상에 대하여는 선원법 및 선원보험법, 공무원과 사립학교교원의 재해보상에 대하여는 공무원연금법과 사립학교교원연금법이 각각 적용된다.

는 것이다. 판례는 회사 또는 법인의 임원인 이사는 원칙적으로 사용자의 지위에 서는 자이나, 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 이외에 일정한 노무를 제공하는 경우에는 근로자로서의 지위가 인정되어 재해보상이나 산재보험을 인정받을 수 있다는 입장을 취하고 있다.¹⁵⁵⁾ 따라서 사용자와의 사이에 사용종속관계가 인정되는 한도 내에서는 근로자의 지위에 있다고 할 수 있으며, 특히 재해보상 청구 및 퇴직금 청구와 관련해서는 근로자로서의 보호를 받는 것이 마땅할 것이다.¹⁵⁶⁾

나) 학설 및 판례

(가) 학 설

근로기준법의 규율대상은 사적 자치에 의하여 성립된 근로관계이고, 근로관계의 당사자 중에서 노무를 제공할 의무가 있는 자가 근로자이다. 학설은 근로기준법상의 근로자나 아니냐 하는 결정적 표지를 ‘실질적 내지 사실상의 사용종속관계’의 여부에 의하여 판단하고 있다. 즉, 근로기준법 제14조의 ‘근로자성’을 판단함에 있어서 학설은 ‘사용종속관계의 존부’ 내지 ‘사용종속관계의 전제’를 판단기준으로 삼고 있다.¹⁵⁷⁾ 그리고 사용종속관계의 존재여부는 계약의 유형이나 당사자 사이의 의사에 좌우되는 것이 아니고, 노무공급자와 노무이용자 사이에서 실질적으로 나타나는 실태에 의하여 결정된다는 것에는 의견의 일치를 보이고 있다.

그러나 이와 같은 사용종속관계의 존재여부를 결정할 수 있는 구체적 징표들이 무엇인가에 대하여는 약간의 견해 차이가 있다. 예컨대 김형배 교수는 “전속관계의 유무, 근무에 대한 응낙 또는 거부 자유의 유무, 근무 시간 및 근무장소의 지정 유무, 노무제공의 대체성 여부, 업무수행과정에

155) 대판 1992.5.12, 91누11490; 대판 1997.11.11, 97도813; 대판 1997.12.23, 97다44393; 1987.5.15, 근기 01254-7858.

156) 김형배, 『근로기준법』, 1998, 28쪽; 김형배, 『노동법연구』, 1991, 95쪽; 日本労働省労働基準局 編著, 『解釋通覽 労働基準法(上)』, 1973, 49쪽.

157) 김형배 교수는 “근로자는 근기법이 적용되는 사업장에서 근로를 제공하는 근로계약관계에 있는 자를 의미하는 것으로서 사용자와 이른바 사용종속관계에 있어야 한다”고 하며, 김유성 교수는 “사업 또는 사업장에서……근로를 제공하는 자란 종속관계에……현실적으로 처해 있는 자”라고 설명하고 있다. 박상필 교수는 “근로를 제공하고 있는 자란 적용사업에 종사하고 있는 자를 의미하는 것으로서 사용종속관계 또는 종속근로관계에 있는 자”라고 한다.

있어서의 지휘·명령의 유무, 재료·업무용 기구의 부담 관계, 보수의 성격 등”과 같은 기준들을 제시하고 있다.¹⁵⁸⁾

박상필 교수는 “업무 내지 작업에 대한 사용자의 명령과 지휘에 대하여 이를 거부할 수 있느냐의 여부, 업무의 종사에 대하여 계약상(또는 사실상), 시간적(근로시간·시업 및 종업시간 등)·장소적으로 구속을 받고 있느냐의 여부, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정해지고, 이로 말미암아 업무의 수행과정에 있어 구체적인 지휘·감독을 받으며 아울러 복무규정 등의 규칙을 지켜야 하는지의 여부, 보수가 근로의 대상으로서 성격을 가지느냐 또는 독립적인 사업에 대한 보수로서의 성격을 가지느냐의 여부”를 구체적 징표로 들고 있다.¹⁵⁹⁾

그러나 학설의 공통적 입장은 위의 판단기준들이 모두 구비되는 경우에만 근로관계의 존재 내지 근로자의 지위가 인정되는 것은 아니므로 사안에 따라 구체적으로 판단되어야 한다는 견해를 보이고 있다. 대체로 근로관계의 존부 내지 근로자의 여부가 문제되는 경우는 근로관계의 존부를 확실히 판단할 수 있는 경우가 아니라 근로관계의 요소로 볼 수 없는 것들이 혼합된 경우이므로, 사용종속관계의 존부는 노동법에 의한 보호필요성을 염두에 두면서 구체적 사안에 따라 판단하여야 한다는 것이다.

(나) 판례 및 행정해석

학설과 마찬가지로 판례와 행정해석 역시 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부의 판단 기준에 대하여 ‘사용종속관계’의 존재를 들고 있다. 즉, 근로기준법상의 근로자에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 것이 판례의 공통적 견해이다.¹⁶⁰⁾ 또한 ‘사용종속관계가 있는지 여

158) 김형배, 「근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념」, 『노동법연구』, 1991, 90쪽 이하.

159) 박상필, 『한국노동법』, 1992, 135쪽 이하.

160) 대판 1991. 12. 13, 91다24250; 대판 1994. 12. 9, 94다22859; 대판 1995. 12. 22, 95누2050; 대판 1996. 4. 26, 95다20348; 대판 1996. 7. 30, 95누13432 등.

부'에 대하여는 구체적 사안에 따라 근로자성을 판단할 수 있는 징표들을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다는 입장을 보이고 있다.

대법원 판례¹⁶¹⁾는 ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고, 취업 규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부 ② 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부 ③ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무 ④ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계 ⑤ 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부 ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 ⑦ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도 ⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 ⑨ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 사용종속관계의 구체적 판단징표로서 채택하고 있다.

그밖에 하급심 판례¹⁶²⁾에서는 '계약의 내용, 작업의 성질과 내용'을 근로기준법상 근로자성의 판단요소로 채택한 경우도 있다. 동 판결은 일반적인 판단요소 이외에 "당해 사업에 있어 당해 업무확보의 필요성과 항상성 여부, 계약체결과정에 있어서 계약조건 결정의 일방성 여부"를 제시하고 있다.

그밖에 노동부 행정해석(1990. 9. 3, 근기 01254-12276)은 ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정해지고, 업무의 수행과정도 구체적으로 지휘·감독을 받는지의 여부 ② 근로자가 업무를 수행함에 있어서 사용자로부터의 정상적인 업무수행 명령과 지휘·감독에 대하여 거부할 수 있는지 여부 ③ 시업과 종업시각이 정하여지거나 사용자의 구속을 받는 근로시간이 구체적으로 정하여져 있는지 여부 ④ 지급받은 금품이 업무처리의 수수료 성격이 아닌 순수한 근로의 대가인가 여부 ⑤ 복무위반에 대하여 제재를 받는지 여부를 근로기준법상 근로자 여부의 판단기준으로 채택하고 있다.

161) 대판 1997.2.14, 96누1795.

162) 서울지법 남부지원 1990. 6. 26. 89가합3473.

3) 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성 판단

가) 근로자성 인정의 의의

노조법상 근로자 개념을 확정하는 의의는 노동3권의 주체, 즉 노조법 등 집단적 노사관계법의 제반 보호를 향유할 수 있는 자의 범위를 정하기 위한 것에 있다. 근로기준법의 입법목적은 최저 근로조건 기준의 강제에 있으므로, 근로기준법상 근로자는 현실적으로 ‘사용종속관계에 있는 자’가 된다. 그러나 노조법은 노동3권의 보장을 목적으로 제정된 것이기 때문에 노조법상의 근로자는 반드시 그 대상을 현실적 취업자에 한정할 필요가 없다. 따라서 노조법상의 근로자가 되기 위하여 사용자와의 근로계약관계가 반드시 전제되는 것은 아니다. 즉, 현재 구체적 근로계약관계를 맺으면서 현실적으로 취업하고 있는지의 여부는 문제되지 않으며, 실업자나 해고된 근로자라 하더라도 노조법상의 근로자에 해당된다. 즉, 노조법상의 근로자에 대한 정의규정은 ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’인 한은 노조법상의 근로자성을 인정하려는 취지로 이해되므로, 이 요건 외에 사용종속관계의 유무를 또 하나의 요건으로 추가하는 것은 입법취지에 부합하지 않는다. 그러므로 동 조항의 ‘임금·급료’는 근로계약에 기하여 근로자가 노무의 대가로 받는 것이며, ‘기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’는 근로계약관계에 있는 자와 마찬가지로 단체교섭·단체협약에 의한 보호받을 필요성이 인정되는 동종의 노무공급계약관계에 있는 자라고 해석된다.¹⁶³⁾ 다시 말하여 ‘기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’란 현실적으로 ‘기타 이에 준하는 수입’에 의하여 생활하는 것 뿐만 아니라 그에 의하여 생활할 수밖에 없는 경우도 포함하는 것이다.¹⁶⁴⁾ 또한 ‘……에 의하여 생활하는 자’라는 의미는 ‘……에 의해서만 생활하는 자’나, ‘……에 의하여 주로 생활하는 자’의 의미로 한정하여 해석할 것은 아니다.¹⁶⁵⁾ 왜냐하면 단순히 가게·학비 보조를 위하여 일하는 시간제근로자(주부, 학생 등)의 경우에도 노동3권의 보호에서 제외되어야 할 합리적 이유는 없기 때문이다.

163) 菅野和夫, 『労働法』, 423쪽 이하.

164) 김유성, 『노동법 II』, 1997, 53쪽.

165) 東京大學労働法研究会 編, 『注釋労働法(上卷)』, 1980, 227쪽.

다시 말하면 노조법상 근로자 개념은 동법의 목적과 근로자에 대한 정의규정에서 파악되어야 한다. 즉, 단결권 등의 보호가 필요한가라는 관점에서 임금 등의 수입에 의하여 생활하는 자의 의미를 광범위하게 파악하는 입장에서 해석되어야 한다. 그러므로 노조법상의 근로자의 범주로서는 현실적으로 임금 등에 의해 생활하는 자와 잠재적으로 그러한 자로 대별되고 전자에서는 근기법상의 근로자를 포함하면서 나아가 ‘기타 이에 준하는 수입’의 의미를 살려 근기법상의 근로자와 유사한 정도로 단결권 등의 보호가 필요한 노무공급자도 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이다.¹⁶⁶⁾

나) 학설 및 판례

학설은 대부분 노조법상의 근로자가 되기 위하여 사용자와의 사용종속관계가 반드시 전제되는 것은 아니라고 한다. 따라서 현실적으로 취업하고 있는지의 여부는 문제되지 않으며, 실업자나 해고된 근로자라 하더라도 노조법상의 근로자에 해당된다고 한다(노조법 제2조 제1호).¹⁶⁷⁾ 그러나 판례의 지배적인 입장은 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념을 동일하게 보고 있다. 즉, 판례는 사용자와의 사이에 근로계약관계 내지 사용종속관계가 없다면 노조법상의 근로자에 해당하지 않는다고 함으로써 사용종속관계의 여부문제가 주된 판단기준임을 밝히고 있는 바, 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념을 실질적으로 동일한 것으로 판단하고 있다.¹⁶⁸⁾ 판례는 사용자와의 사이에 근로계약관계 내지 사용종속관계가 없다면 노조법상의 근로자에 해당하지 않는다는 입장이다.

한편 ‘기타 이에 준하는 수입’의 의미에 대하여 판례와 일부 학설¹⁶⁹⁾은

166) 김유성, 앞의 책, 53쪽; 강성태, 『근로자의 개념』, 176쪽.

167) 김형배, 『노동법』, 529쪽; 심태식, 『개론』, 137쪽; 김치선, 『강의』, 296쪽; 이병태, 『노동법』, 103쪽; 임종률, 『노동법』, 38쪽.

168) 대법원 판례는 “노동조합의 구성원인 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다”(대판 1970. 7. 21, 69누152; 대판 1992. 5. 26, 90누9438)고 판시하여 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념을 실질적으로 동일한 것으로 판단하고 있는 것이다.

그 독자적 의미를 부정하여 왔는데, 최근의 대법원 판결에서는 그에 대한 독자적 의미를 부여하는 것이 나타나고 있다.¹⁷⁰⁾

4) 사회보험법상의 근로자 개념

사회보험법상은 보험의 부여가 필요한 자를 보호하기 위하여 노동법상의 근로자 개념에 구속되지 않고, 독자적으로 다른 정의를 내리고 있다. 즉, 근로자 개념의 확대가 아니라 입법자의 결단에 의하여 근로자 개념을 정의함으로써 보험보호를 확대하고 있다.

국민연금법 제3조 제1호는 “직업의 종류에 불구하고 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자(법인의 이사 기타 임원 포함)”를 근로자로 정의하고 있으며, 국민건강보험법 제3조 제1호는 “직업의 종류에 불구하고 근로의 대가로서 보수를 받아 생활하는 자(법인의 이사 기타 임원 포함)”를 근로자로 정의하고 있다. 양자의 차이는 사업장과의 관련성 여부에 따른 차이가 있으나, 보험료의 징수문제를 고려하여 근로 관계를 맺고서 취업중인 근로자만으로 한정하면서도 반드시 근로관계를 전제로 하지 않는 사회보험의 특성상 보호범위를 확정하기 위하여 근로자의 개념에 사용자의 지위에 있는 자를 포함시키고 있다.¹⁷¹⁾

다. 특수고용관계 종사자에 대한 판례 및 행정해석

1) 골프경기보조원

가) 판례의 입장

골프경기보조원에 관하여는 근기법상 근로자로 인정하지 않은 판례와 노조법상 근로자로 본 판례가 있다.

169) 서울 고판 1990. 2. 1, 89구9762 판결; 박상필, 『한국노동법』, 1991, 134쪽.

170) 대판 1993. 5. 25, 90누1731 판결.

171) 임종률, 『노동법』, 24쪽.

(가) 근로법상 근로자로 인정하지 않은 판례(대판 1996. 7. 30, 95누13432)

“골프장에서 일하는 캐디는 ① 골프장 시설운영자와의 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 아니하고 있고(캐디를 관리하는 참가인의 직원인 캐디 마스터가 위 골프장에서 일할 캐디를 모집하고 있으나 이는 위 골프장을 이용하는 내장객의 편의를 위하여 내장객의 경기보조업무라는 용역을 제공할 캐디를 미리 확보하는 것에 불과하고 캐디를 참가인의 직원으로 채용하고 있다고는 할 수 없다), ② 그 경기보조업무는 원래 골프장측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 이와 같은 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이라고 할 수 없으며, ③ 내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 참가인과 같은 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, …… ④ 골프장에서 용역을 제공함에 있어 그 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 캐디가 내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 참가인이 캐디피에 상응하는 금품이나 근로기준법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니하고, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 참가인이 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조 소정의 근로자로 볼 수 없다.”

(나) 노조법상 근로자로 인정한 판례(대판 1993. 5. 25, 90누1731)

이 판례는 골프경기보조원을 노조법상 근로자로 인정하는 판례로서 ‘기타 이에 준하는 수입’에 일정한 의미를 부여하고 있다.

“노조법 제3조는 노동조합의 주체는 근로자임을 명시하고 있고, 같은 법

제4조는 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타에 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 규정하고 있는 바, 노조법상 근로자라 함은 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무공급자 사이에 지휘감독관계의 여부, 보수의 노무대가성의 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다고 할 것이고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노조법상의 근로자로 보아도 무방할 것이다. 캐디는 내장객보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수, 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 캐디피는 근기법상의 임금이라고 단정하기 어렵지만 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발, 채용될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무공급을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금액인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근시하다고 보이므로 캐디피를 노조법 제4조의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 못 볼 바도 아니라는 점, 캐디의 업무의 성질이나 근무시간이 정해져 있어 골프장 운영자에 거의 전속되어 있는 점에 비추어 캐디들은 골프장 운영자와의 사이에 종속적 노동관계에 있어 노조법상 근로자에 해당한다 할 것이다”

(다) 행정해석

행정해석은 골프경기보조원에 대하여 초기에는 ‘사용자가 제공한 시설을 이용하여 금품을 받는다’는 이유로 근로자로 인정하였다(근기 1455-4192, 1973. 4. 30). 그러나 이와 같은 입장은 노동조합 설립과 관련하여 변경되었으며(노조 01254-10992, 1989. 7. 26), 이에 따라 근기법상 근로자성도 인정하지 않는 쪽으로 변경되었다(근기 01254-11493, 1989. 8. 4).

당시의 행정해석이 골프경기보조원에 대하여 근로자성을 인정하지 않은 논거는 ① 근로계약관계의 존재여부가 불명확하다는 것, ② 내부 약속으로 자체적인 순번에 따라 출근하고 자유롭게 퇴근한다는 것, ③ 회사가 캐디피를 수령하여 그대로 캐디에게 인계하거나 캐디가 직접 수령한다는

것, ④ 소득세법에서도 캐디의 봉사료를 근로소득으로 보지 않는다는 것이었다.

그 후 골프경기보조원을 노조법상 근로자로 인정한 대법원 판례(대판 1993. 5. 25, 90누1731)에 따라 행정해석은 과거의 태도를 다시 변경하였다(근기 68207-906, 1994. 6. 2). 최근 부산컨트리클럽 경기보조원 사례의 경우에도 행정해석은 근로자성을 인정하고 있다(근기 68207-2077, 1999. 8. 24). 동 행정해석은 다음과 같은 판단요소들을 종합적으로 고려하여 회사측과 캐디간에는 실질적으로 지휘·감독을 받는 종속적인 관계에 있다고 보여지므로 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 근기법 제14조의 근로자에 해당한다고 보았다. 동 행정해석이 골프경기보조원에 대하여 사용종속관계를 인정한 판단요소들을 요약하면 ① 회사측의 모집공고에 의거하여 서류심사 및 면접을 통하여 선발하고, 소정교육후 캐디로서의 자격을 인정함 ② 회사측이 제정한 캐디의 업무준칙이 있고, 특히 근무태만, 무단결근, 규정된 봉사료 초과요구 등에 대한 엄격한 제재를 규정하고 있음 ③ 회사측에서 캐디피에 대하여 사실상 일정한 액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있으며, 캐디피는 캐디의 노무제공 대가를 내장객이 봉사료의 명목으로 지급하도록 관행화된 것이라고 볼 수 있으므로 사실상 임금의 성격으로 볼 수 있음 ④ 캐디의 업무준칙 위반시 회사측에서 배치중지명령을 내릴 수 있도록 업무준칙에 규정되어 있음 등과 같다.

위에서 살펴본 바와 같이 초기의 행정해석은 골프경기보조원의 근로자성을 부인하는 판단기준으로서 근로계약관계의 존재여부, 출퇴근시간의 자유로움, 캐디피의 성격, 근로소득세 부과여부를 제시하였으나, 최근의 행정해석은 골프경기보조원의 근로실태에 따라 회사와의 실질적 사용종속성을 기준으로 판단하고 있다. 즉, 계약형태의 외관에 대하여는 판단기준으로 삼고 있지 않으며, 캐디피에 대하여도 과거의 행정해석과 달리 임금의 성격을 인정하고 있다.

그러나 2000. 5. 16. 노동부는 근로실태가 거의 유사한 사업장 4개에 대하여, 2개 사업장에 대하여는 근로자성을 인정하고, 또다른 2개 사업장에 대하여는 근로자성을 인정하지 않고 있다.

2) 학습지 방문지도교사

가) 판례

대법원 판례(대판 1996. 4. 26, 95다20348)는 학습지 방문지도교사에 대하여 근기법상의 근로자성을 인정하지 않고 있다.

판례요지는 다음과 같다.

“학습지 등을 제작·판매하는 회사와 위탁업무계약을 체결한 교육상담 교사의 경우, 그 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 그 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 그 회사로부터 지급받는 수수료는 그 위탁업무 수행을 위하여 상담교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규 회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 종속적인 관계에서의 근로제공의 대가로서의 임금이라 보기 어려운 점 및 그 밖에 업무수행시간의 정함이 없는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 교육상담교사는 그 회사와의 사이에 사용·종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다.”

3) 보험상품판매원

가) 판례

대법원(대판 1990. 5. 22, 88다카28112)은 생명보험회사 외무원에 대한 판결에서 근로자성을 부인하고 있다. 동 판결의 요지는 다음과 같다.

“원고들이 피고의 생명보험회사에서 외무원으로 근무할 당시 외무원에 대하여는 사원 및 별정직 직원에 대한 인사규정은 별도로 외무원 규정을 두고 있었으며, 피고 회사의 외무원은 위 규정에 따라 위임·위촉계약에 의하여 그 업무를 위촉받도록 되어 있고, 외무원의 보수에 대해서도 기본급 내지 상여금의 임금이 따로 정해진 바가 없었으며, 회사의 일반직원에 대한 보수규정과 달리 별도의 지급규정을 두고 그 실적에 따라 일정비율의 수당만을 지급받았던 사실, 다른 일반직원과 달리 출퇴근사항이나 활동구역 등에 특별한 제한을 받지 않고 또한 보험가입의 권유나 모집, 수금업

무 등을 수행함에 있어서 회사로부터 직접적이고 구체적인 지휘·감독을 받음이 없이 각자의 재량과 능력에 따라 업무를 처리하여 왔다는 사실을 볼 때 당해 회사에 대하여 종속적인 근로관계에 있다고 보기 어렵다.”

1977년 대법원 판례(대판 1977. 10. 11, 77다972)에서도 보험모집 외무원에 대하여 “외무원은 기본급 내지 고정급이 없고 보험모집 실적이 있는 때에는 일정비율에 따른 수당의 지급을 받고, 근무시간의 제한도 없으며, 업무수행에 있어서 직접 구체적인 지휘감독을 받지 않고 자주적으로 행한다는 사실에 비추어 근로기준법상의 근로자로 볼 수 없다”는 것을 이유로 근로자성을 부인하고 있다.

나) 행정해석

생명보험회사 보험모집인(외무원)과 관련하여 행정해석(법무 811-2351, 1981. 1. 23)은 보험모집인은 보험회사와 위임에 유사한 관계를 갖고 있어 회사의 직접적 지휘·감독을 받지 않으며 취업시간 및 장소에 대한 제한이 없는 등 임금에 의한 노무지휘관계에 있는 근로자로 취급하기 어렵다고 판단하였다. 그러나 ① 보험모집인에게 회사의 출근의무가 부과되고 있으며, ② 매일 근무상황을 보고 받고, ③ 계약권유의 장소나 상대방에 대하여 개별적·구체적인 지시를 받거나, ④ 매월 고정급을 지급받으며, ⑤ 회사에 대한 손해나 성적불량으로 인해 일반사원과 동일한 제재를 받는 등 그 실태에 있어 노무제공에 대한 구체적인 지휘·감독이 행하여지는 경우라면 근로법상의 근로자로 판단되며, 의료보험 가입관계는 근로자 여부 판단기준이 되지 못한다고 함으로써 보험모집인의 근로자 여부 판단 기준을 제시하고 있다.

4) 위탁판매원, 광고외근원 등

가) 신문판매요원(대판 1988.11.8, 87다카683)

“광고외근원으로 고용한 자라 하더라도 회사가 발행한 신분증명서를 소지하고 정년의 적용을 받으며 출근부와 인사기록카드에 기재되어 있고 직장방위대원으로 편성되어 있으며, 직장의료보험에 가입되어 있고, 광고외근원의 업무수행과정에서 광고국장의 지시와 명을 받는 사실관계가 인

정된다면, 광고외근원의 수입이 업무활동에 따른 수당(소위 리베이트)에 의존하고 있고, 승급제도 및 호봉이 없으며, 광고외근원을 촉탁으로 발령하고 있고, 광고외근원의 근무시간과 장소에 대한 구속이 없으며, 광고유치활동의 대상선정에 대한 사용자의 구체적인 지시를 받지 않는다 하더라도 이를 이유로 사용자의 지휘감독권이 부인된다거나, 고용관계가 아니라 위임관계라고 할 수는 없다.”

나) 신문사 판매확장요원(서울 민지판 1994.5.12, 93가합26460)

“신문사 판매확장요원의 경우 위탁계약 형식을 빌어 어느 정도 자유로운 지위에서 업무를 처리하나, 회사의 일방적 조건에 따라 계약을 체결하고 있고, 회사가 일방적으로 업무를 부여하고 있으며, 출근상황을 통제받고 있고, 교육을 통하여 업무수행 방법을 지시받고 있으며, 성과급 이외에 기본급을 수령받고 있는 등을 종합하여 볼 때 근기법상의 근로자에 해당된다.”

다) 광고외근원

(가) 근로자로 인정한 판례(대판 1988. 11. 8, 87다카683)

“광고외근원으로 임명받음에 있어 근무기간중 소속장의 명을 받아 직무를 성실히 수행하였으며 위반시에는 어떠한 조치도 감수하겠다는 내용의 서약을 하고 입사하였으며, 입사후에는 피고회사가 발급한 신분증명서를 소지하고 회사 내에는 출근부와 직원인사기록카드가 비치되어 있고, 사원 명부에 직원으로 등재되고, 직장민방위대원으로 편성되어 있으며, 의료보험에도 가입되어 있고, 업무수행과 정상수급에 있어 회사에 보고를 하고, 그 수입이 업무활동에 따른 수당에 의존하나 소액이나마 기본급·상여금이 지급되는 경우라면 회사로부터 지급받는 고정급보다 활동과 능력에 따라 좌우되는 수당(리베이트)에 의존하는 광고외근원이라 할지라도 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아야 할 것이다”.

(나) 근로자성을 부인한 행정해석(법무 811-30812, 1980. 11. 26)

신문사 광고외근사원에 대하여 행정해석은 신문사와 위임에 유사한 관계에 있어 회사의 직접 지휘·감독을 받고 있다고 보기 어려우며, 취업시간 및 장소에 대한 제한이 불명확하다는 점 등에서 노무지휘관계에 있는

근로자로 취급되기 어렵다는 원칙을 밝히면서 근로자로 인정할 수 있는 기준을 ① 외근사원에게 출근의무가 부과되고, ② 매일매일 근무상황을 보고하고, ③ 광고계약 권유의 장소나 대상에 대해 개별적·구체적 지시가 있고, ④ 고정급이 지급되고, ⑤ 회사에 대한 손해나 성적불량의 경우 일반사원과 동일한 제재를 받는 등 구체적 근무실태에 있어서 노무제공에 대한 구체적 지휘·감독이 행해지는 경우 등과 같이 제시하고 있다.

3. 특수고용관계 종사자 보호방안 마련의 기본방향

현재 노동계는 특수고용형태로 노무를 제공하는 근로자들의 보호를 위하여는 법률에 의하여 이들의 근로자성을 인정해야 한다는 입장이다. 즉, 근로기준법을 개정하여 근로자 개념을 확대하고, 노동조합및노동관계조정법의 개정을 통하여 사용자와 근로자의 개념을 확대하자고 주장한다. 반면에 경영계는 근로자성 인정을 위한 근기법 개정 또는 노동조합및노동관계조정법의 개정에 반대하고 있다.

특수고용관계 종사자를 둘러싼 우리나라에서의 노동법적 논의는 아직 일천한 상황이나, 기존의 논의를 정리해 보면 ‘근로기준법상 근로자 정의를 (확대)개정하거나, 준근로자(유사근로자) 개념을 도입하여 이들을 노동법적으로 보호하자는 입법론적 해결방안을 주장하는 입장’과 ‘노사관계 당사자와 경제상황을 종합적으로 고려하여 법원이 구체적 타당성에 맞게 판단해야 한다는 입장’으로 요약할 수 있다.

현재의 판례와 학설에 의한 근로자성 판단기준을 갖고는 특수고용관계 종사자 내지 향후 생산방식의 변화와 고용형태의 다양화에 따라 등장하게 될 근로자인지 사업자(자영업자)인지 불분명한 한계적 사례 또는 ‘근로자도 아니고, 사업자도 아닌 노무제공자’ 들을 둘러싼 노동법적 분쟁에 대응할 수 없다. 따라서 해석론적으로 특수고용관계와 같은 새로운 고용형태에 대응하여 노동법적 보호이념을 근본적 판단지표로 하면서 ‘사용종속성’을 유연하게 해석할 필요가 있으며, 입법론적 검토도 필요하다.

그러나 해석론적 논의이든, 입법론적 검토이든, 현재의 논의는 그 대상이 불분명한채로 전개되고 있다. 즉, 보호의 대상을 확정하지 않은 상태에서 특수고용관계 종사자를 포괄적으로 노동법의 영역으로 포섭할 것인지,

아닌지에 대해서만 논의가 집중되고 있다.

특수고용의 형태로 노무를 공급하는 자들은 ① 자영용역관계(계약자유에 의한 노무급부의 정형계약) ② 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자 ③ 노동법상의 포괄적인 보호를 받아야 하는 자로 구분해 볼 수 있다.

이러한 분류는 각각의 범주에 속하는 자들에게 일반 재화시장에 적용되는 계약법이나 경제법을 적용해야 할 것인지, 노동시장에 적용되는 노동법을 적용해야 할 것인지에 대한 판단기준이 된다.

③의 범주에 포함되는 근로자의 경우에는 계약당사자가 노동법의 적용을 회피하기 위하여 계약자유를 남용하는 경우로서 강행법규에 위반하는 법률관계의 형성을 무효화하고 근로관계를 인정해야 할 것이다.

문제는 이 중에서 ①을 제외시키고 ②와 ③을 보호하는 방안과 ②와 ③을 구분하여 보호하는 방법이다. 근로자성 판단에 대한 새로운 해석론으로서 ‘시장으로의 접근과 기업주적 위험과 기회를 갖느냐의 여부’라는 기준에 의하여 근로자 여부를 결정한다 해도 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자를 포섭하기 어렵다. 왜냐하면 ②에 속한 근로자의 경우 노동시장에서 스스로 기업주적 위험과 기회를 가질 수 있으며, ①에 속한 자의 경우에도 계약법, 상법, 경제법, 독점금지법에 의하여 보호를 받고 있기 때문이다.

따라서 특수고용관계에 있는 근로자들의 직종별 유형과 실태가 매우 다양함에도 불구하고 일률적으로 기준을 마련하여 이들을 노동법적 보호의 틀 안으로 편입시키는 것이 현실적으로 가능한지, 경제적 측면과 근로자 보호 측면에서 바람직한 것인지의 근본적 문제부터 따져보아야 할 것이다. 다시 말해 보호의 필요성이 있는 집단(대상)을 어떤 기준에 의하여 확정할 것인가(판단기준)와 보호의 범위를 어떻게 확정할 것인가(보호범위)의 문제가 매우 중요한 쟁점이 된다.

구체적으로 근로자성 판단기준을 넓게 확장하여 해석하거나 새롭게 규정할 것인가, 아니면 준근로자(유사근로자)¹⁷²⁾의 ‘준근로자성 판단기준’을

172) 독일의 경우 유사근로자는 자영인의 지위를 갖고 있으며, 노동시장에서 보호받는 근로자의 지위에 있는 것은 아니다. 즉, 유사근로자는 계약법이 지배하는 재화시장에서 보호되고 있으며, 다만 노동조합을 결성하여 단체교섭을 할 수 있고 개별적으로는 연방휴가제나 성희롱에 대한 보호를 향유할 수 있을 뿐이다.

개념정의할 것인가의 문제가 제기된다. 전자의 경우 준근로자도 일단 근로자의 범주에 포함시키는 것이므로 근로자로서의 지위를 인정하는 것이며, 원칙적으로 근로관계의 본체에 대한 노동법적 보호를 해야 할 것이다. 후자의 경우 자영인과 근로자의 중간영역에 있는 준근로자를 ‘인정’하기 위한 것이지, 준근로자에게 근로자로서의 지위를 인정한다는 것은 아니다. 따라서 노동법적 보호의 범위는 준근로자의 실태와 노동시장의 현실여건, 사용자의 수급능력에 따라 정책적으로 결정해야 할 것이다. 또한 근로자의 범주에 포함되어야 할 취업자가 예컨대 준근로자의 범주로 넘어가게 될 우려도 있으므로, 입법론적으로 매우 신중하게 접근해야 할 문제라고 판단된다.

현재 준근로자성 ‘판단기준’으로서 논의되고 있는 표지(標識)들에 대한 비판은 다음과 같다. 즉, ‘사회적 보호의 필요성’은 전체 시장에서 인정되는 것이고, 시장참여자의 시장참여로부터 오는 부정적 결과를 조정하는 원리로서 기능하는 것이지, 노동법에 국한하여 노동시장 참가자의 자격, 즉 근로자성을 판단하기 위한 전제조건이 될 수 없다고 한다. 또한 보호의 범위 확정을 positive list로 하든, negative list로 하든 현실적으로 보호범위의 확정은 노동시장의 현실여건과 사용자의 수급능력에 따라 정책적으로 결정될 수밖에 없다는 것이다.

또한 향후 산업기술의 발전과 환경변화에 따라 다양한 노무공급형태 내지 업무형태가 출현하리라는 것을 가정할 때, 준근로자 또는 유사근로자에 의한 규율(입법론적 해결)이 바람직한 것인지, 법원이 계약당사자와 노동시장 및 경제상황을 고려하여 구체적 타당성을 고려하여 판단할 것인지는 신중하게 고려해야 할 문제라고 판단된다. 다만, 경제적으로만 종속성이 인정되어 재화시장과 노동시장의 중첩적 영역에 위치하고 있는 자들의 경우 노동법 이외의 다른 법률, 즉 상법, 민법, 소비자보호법, 약관규제에 관한 법, 공정거래법 등에 의한 보호장치가 존재한다는 사실이 고려되어야 할 것이다.

특수고용관계 종사자들의 단결체 구성과 관련해서는 다음과 같이 판단하고자 한다. 현실적으로 이들의 단결체는 上記한 특수고용관계 종사자들의 유형 중 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자, 노동법상의 포괄적인 보호를 받아야 하는 자로 구성될 것이다. 문제가 되는 것은 근로자와 자

영자의 중간지대에 있는 자들에 대한 헌법상의 노동기본권 적용이다.

법률적으로 자영업자이면서 경제적으로는 종속성이 인정되어 재화시장과 노동시장의 중첩적 영역에 위치하고 있는 자들, 즉 독립된 자영인으로서 민법상의 고용, 도급, 위임계약 등에 의해 노무를 제공하고, 급료 및 이에 준하는 수입에 의해 생활하는 자들의 단결체에 대하여는 이들에게도 집단적인 이익단체를 통한 이익보호가 필요하므로 헌법상 노동3권의 보호 영역에 들어올 수 있을 것이다. 그러나 헌법은 근로자 개념에 대하여 구체적 정의를 내리고 있지 않으므로 이들의 단결체에 근로자의 단결체인 노동조합과 동일한 권한을 부여할 수 있느냐의 문제는 입법자의 형성재량권에 속한 문제라고 판단된다. 따라서 현존하는 재능학습지 노조를 비롯하여 자영업자와 근로자의 한계적 사례에 위치하는 특수고용관계 종사자가 노조를 결성하는 경우, 이를 이분법적으로 노조법상의 주체가 아니면 민법상의 사단으로 보는 것은 적절치 않다.

특수고용관계 종사자들에 대한 사회보험 적용문제는 원칙적으로 노동법에 의한 근로자성 판단 내지 개념 정의하고는 관계가 없으므로 각각의 사회보험법 자체의 문제로서 판단하면 될 것이다. 현재 국민연금법이나 국민건강보험법도 보험의 부여가 필요한 자를 보호하기 위하여 노동법상의 근로자 개념에 구속되지 않고, 독자적으로 다른 정의를 내리고 있다. 따라서 특수고용관계 종사자들의 경우에도 근로자 개념의 확대가 아니라 각각의 사회보험법에서 입법자의 결단에 의하여 근로자 개념을 정의함으로써 보험보호를 확대하면 될 것이다.

제 5 절 텔레워크(telework)¹⁷³⁾

1. 현 황

텔레워크¹⁷⁴⁾는 산업정보화 및 정보산업의 발달이 결합하여 만들어진 새로운 고용형태로서 일반적으로 “작업자가 생산시설에 있는 공동작업자와 인격적 접촉을 하지 않고 통신수단을 통해 접촉하면서 본래의 사업장에서 떨어진 곳에서 수행하는 근로”라고 정의되고 있다.

텔레워크가 도입되는 배경은 크게 보아 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 첫째, 통신근로를 활용할 수 있는 과학기술의 발전과 비용의 저렴화, 둘째, 삶의 질을 중시하는 가치관의 확대 및 가정과 직장을 양립하고자 하는 기혼여성이나 장애인·고령자 등에게 부합하는 근무형태, 셋째, 노동의 유연성 확보 등 경제환경의 변화에 적응하고자 하는 기업의 요구가 그것이다.¹⁷⁵⁾

어쨌든 향후 텔레워크는 기업이 필요로 하는 서비스의 개선과 비용절감, 효과적인 인적자원의 활용, 그리고 이를 통한 생산성 향상과 근로자측이 요구하는 노동과정에 대한 참여증대와 근로시간에 대한 자율적 관리,

173) 강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대학교 출판부, 2000; 강성태, 「가내근로와 통신근로의 노동법적 규율」, 『노동법연구』, 제8호, 서울대 노동법연구회, 1999; 김소영·조준모·강성태, 『텔레워크(재택근로)의 실태 및 노동법적 과제』, 노동부, 1999; 김소영·어수봉, 『재택근로 활성화방안 연구』, 한국노동연구원, 1997 참조.

174) 우리나라에서 텔레워크는 통신근로, 재택근로, 원격근로 등으로 사용되고 있는데, 이는 현실적으로 텔레워크의 유형과 범주가 워낙 다양한 탓으로 보여진다. 강성태 교수는 ‘통신근로’라는 용어를 사용하고 있는데 그 이유를 다음과 같이 들고 있다. 즉, 정보통신기술을 이용한 근로라는 점과 사업장 외부(작업자가 스스로 선택한 장소)에서 작업이 이루어지는 근로라는 점을 고려한다면 (재택)통신근로 또는 (외부)통신근로라고 부르는 것이 가장 적절하다고 한다(강성태, 앞의 책, 218쪽).

175) 강성태, 앞의 책, 221쪽 이하 참조.

그리고 이를 통한 삶의 질 향상 등 양측의 요구를 모두 충족시킬 수 있는 대안이 될 수 있으며, 또 다른 측면에서는 기업의 조직을 분사화시키거나 특정업무를 외부에 하청하는 아웃소싱이 일반화되는 질적 고용조정과정에서 텔레워크는 새로운 취업경로로서 고용기회의 창출효과를 제고할 수도 있다.

아직까지 다른 나라들에서도 텔레워크의 일천함과 다양성 및 실태 파악 미비 등으로 인해 명확한 규율방식을 마련하고 있지는 않다. 그러나 텔레워크의 급속한 확산속도에 발맞추어 각국은 나름대로의 규율을 마련하고자 노력하고 있으며, 1996년에는 ILO도 텔레워크를 포함하여 가내근로에 관한 보호를 위한 협약과 권고를 채택한 바 있다.

텔레워크에 관한 법제도는 가내노동법이 있는 국가와 그렇지 않은 국가에 따라 구분될 수 있다. 가내노동법이 있는 국가의 경우 텔레워커는 ‘독립사업가’형, ‘가내근로자’형 및 ‘근로자’형 중 하나로 분류될 수 있다. 또한 가내노동법이 있는 국가들의 경우에도 독일과 같이 정신적 활동에 종사하는 근로자를 가내근로자의 적용대상으로 포함시키는 경우와 일본과 같이 사실상 텔레워커가 가내근로에 포함되기 어려운 경우로 구분된다.

뿐만 아니라 독일의 경우에는 관련기업과의 결합성 및 관련성의 정도에 따라 텔레워커에게 사업자성이 없는 한 근로자나 가내근로자에 상응한 노동법적 보호를 받고 있다.

가내노동법이 없는 국가의 경우에 텔레워커는 ‘독립사업자’ 또는 ‘근로자’로 분류될 뿐이다. 어떤 경우에도 노동법상 법적 지위가 문제되는 텔레워커는 위임이나 도급에 의해 노무를 제공하는 텔레워커이다. 즉, 독립사업자로 보기는 어려우나 노동법의 적용대상이 되는 근로자로 보기도 어려운 텔레워커들의 경우이다.

우리나라에서는 아직 텔레워크에 관한 명확한 개념 정립조차 되어 있지 않아 텔레워크의 활성화나 텔레워커의 지위 및 근로조건 보호를 기대하기 어려운 상황이다. 따라서 텔레워크를 활용하는 기업과 텔레워크에 종사하는 텔레워커 사이의 법률적 분쟁에 대비하여 해석론적·입법론적 대안을 마련할 필요가 있다.

2. 법제도 개선과제

현재 우리나라에는 ‘근로자’를 규율 대상으로 하는 근로기준법 이외에 여타의 고용형태를 상정한 법률이 없다. 따라서 텔레워커에 대한 노동법적 보호를 위해서는 입법론적으로 텔레워커에 대한 별도의 법률을 제정하거나, 해석론적으로 근로자성 판단기준에 의하여 텔레워커의 법적 지위를 확정하는 수밖에 없다. 다시 말해 가내노동법이 있다면 텔레워커를 가내노동법에서 규율할 가능성이 존재하나, 그렇지 않으므로 현재 우리나라에서는 텔레워커의 법적 지위는 독립사업자 또는 근로자가 된다.

입법론에 의하든 해석론에 의하든 텔레워커를 노동법적으로 규율하기 위하여는 우선 텔레워커의 실태에 따라 그 유형을 구분해 볼 필요가 있다. 독립사업자로서의 텔레워커에 대하여 노동법적 고려가 적용될 여지가 없는 것은 당연하다. 또한 기업 내에서 통상적으로 근로자의 신분을 가지고 사용자의 지휘명령하에 통신기술을 활용하여 자택 또는 기업 외부에서 텔레워커를 수행하는 자의 경우에는 근로시간 산정 등 이외에는 노동법적으로 크게 문제될 것이 없다.

노동법적으로 법적 지위의 확정이 문제가 되는 경우는 업무도급형 텔레워커로서 노동법적 보호가 필요한 경우이다. 노동법적 보호가 필요한 텔레워커는 단순프로그램의 제작, 컴퓨팅, 자료 입력과 같이 작업자의 기능에 대체가능성이 크며 기업이 주로 인건비 절감차원에서 활용하는 경우로서 작업주문자와의 관계에 있어서 실질적 대등성이나 경제적 독립성을 확보하기 어려운 자가 될 것이다.¹⁷⁶⁾ 현재 대법원 판례는 근로자성 판단에

176) 강성태, 앞의 책, 253쪽; 조성혜 박사는 논문(「채택근무자(텔레커뮤니티)의 시·공간 행태에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1995)에서 텔레워커를 작업자의 능력 및 작업주문자와의 관계를 기준으로 다음과 같이 분류하고 있다. 즉, 업무도급형 텔레워커는 ‘전문형’, ‘중간형’ 및 ‘단순형’으로 구분할 수 있다. 전문형 텔레워커는 작업자의 기능에 대하여 수요보다 공급이 적은 경우로서, 계약 체결과정에서 독립사업자의 지위 또는 근로자의 지위를 스스로 선택할 수 있으며 계약내용에 있어서는 작업장소의 선택이나 근무조건, 대우 등에 있어서 우위에 서 있다. 중간형 텔레워커는 주로 직무의 성격이 전문성을 필요하는 경우로서 채택근로가 가능하기 때문에 기업이 선택하는 텔레워커로서, 업무의 독립적

대하여 사용종속성을 가장 중요한 판단기준으로 하고 있으므로 실제로 노동법적 보호가 필요한 텔레워커의 경우라도 사용자의 지휘명령적 요소가 입증되지 않는 한 근로자성을 인정받아 근로기준법의 적용대상이 되기는 어려울 것으로 판단된다. 따라서 텔레워커 등 고용형태의 변화에 대응하는 판례의 진향적 변화가 있거나, 텔레워커를 포함하는 가내노동법의 제정이 입법론적으로 고려되어야 할 것이다.

근로자인 텔레워커의 근로조건은 다음과 같이 규율하는 것이 합리적일 것으로 판단된다. 근로계약의 체결 또는 텔레워크의 도입은 신규근로자를 대상으로 한 경우와 기존 근로자를 대상으로 한 경우로 나누어서 살펴볼 수 있다. 신규채용에서는 모집과정, 근로계약서의 교부, 근로조건 명시 등에서 문제가 될 수 있고, 기존 근로자를 대상으로 텔레워크를 도입하는 경우에는 개별근로자의 동의나 취업규칙의 불이익변경절차의 필요여부가 문제될 것이다. 근로시간의 규율이 특히 문제되는 텔레워커는 사용자의 지휘감독이 미치지 않거나 텔레워커의 재량에 전적으로 의지하는 텔레워크이다. 텔레워크는 근로자의 주거나 그가 선택한 장소 등에서 행해진다. 점에서는 사업장밖 근로로 볼 수 있는 반면, 대부분의 텔레워크가 고도의 지적 노동으로서 근로자의 재량을 필요로 한다는 점에서는 재량근로로 볼 수도 있다. 그러나 텔레워크 실시의 실제적 측면에서 보면 후자의 성격이 보다 강하다고 판단된다. 따라서 당해 텔레워크가 재량근로에 해당하는가를 우선 판단한 후, 그것에 해당하지 않는 경우에만 사업장밖 근로로 파악하여 근로시간을 산정하는 것이 합리적일 것이다. 현행 산업안전보건법은 주로 사업장내 근로를 전제한 것으로서 텔레워크에 적용하기 곤란할 것이나, 안전보건관리규정의 작성과 근로자에 대한 주지의무, 안전상의 조치와 보건상의 조치 등의 규정은 텔레워커에게도 적용할 수 있을 것이다. 특히 근로자에 대한 안전·보건교육(제31조)과 건강진단(제43조)은 독립적 노동을 행하는 텔레워커에게 적용되어야 할 것이다. 취업규칙과 관련해서는 텔레워커용의 특별 취업규칙이 필요하며, 그 내용에는 ‘근

성격이 강하며 보수는 성과급에 의한다. 반면에 단순형 텔레워커는 단순프로그램의 제작, 컴퓨팅, 자료 입력과 같이 작업자의 기능에 대체가능성이 크며 기업이 주로 인건비 절감차원에서 활용하는 경우로서 계약당사자간의 평등을 확보하기 어렵다.

로조건 명시에 범위에 포함된 내용'과 함께 기밀유지, 제3자로의 업무위탁, 겸업금지관련규정 등이 포함되는 것이 바람직하다.

제 5 장

결 론 : 고용형태 다양화에 따른 법제도 개선과제

제 1 절 고용형태 다양화와 노동법적 과제

1. 법제도 개선의 원칙 및 기본 방향

‘고용형태 다양화’와 ‘비정규고용’을 동일시할 수 없음에도 불구하고 결국 우리 노동시장에서 고용형태의 다양화 현상은 비정규직 문제로 귀결된다. 우리나라에서 다양화된 고용형태하의 근로실태는 현재 일반적으로 통용되고 있는 비정규고용의 개념 표지(標識)인 ‘비자발성, 한시성, 동종업무 종사자와의 근로조건 격차, 고용의 불안정성 등’과 일치되기 때문이다.

특히 1997년 말 외환위기 이후 비정규직의 확산과 함께 이들의 고용안정과 근로조건에 대한 문제는 우리 사회가 해결해야 할 커다란 사회적 이슈로 제기되었다.

비정규직 문제는 취업구조의 변화나 유연화와 같은 노동시장 전반의 변화라는 측면 이외에도 기업의 경영·노무전략과 관련되어 있기 때문에 노동시장의 변화에 대응하되 노동법의 본래의 목적인 근로자 보호이념을 충족시킬 수 있도록 법제도를 마련하는 것이 노동법의 시급한 과제로 대두되고 있다. 그럼에도 불구하고 다른 노동법적 이슈에 비하여, 특히 비정규직 문제에 대한 노동법적 접근에 ‘신중함’이 요구되는 이유는 비정규직에 대한 법제도 개선은 노동시장의 패러다임을 어떻게 설정할 것이냐의

문제와 관련되어 있기 때문이다. 따라서 전체 노동시장 구조와 관련하여 비정규직 정책의 근본적인 방향을 어떻게 확립할 것이냐가 전제되어야만 합리적 법제도 개선방안을 마련할 수 있을 것이다.

또한 현재 우리 노동시장에서는 ‘비정형근로, 비전형근로, 비표준적 근로’ 등 용어의 사용과 개념 정의에 대한 혼란 못지 않게 그 정확한 규모에 대하여도 통일적 공감대가 형성되어 있지 않다. 외환위기 이후 임시·일용직의 비중이 50%를 상회(1999년 3월)하기 시작하였다고 하나, 노동경제학회는 통계청 경제활동인구조사 부가조사(2000년 8월)를 분석한 결과, OECD국가 분류방법으로 임시·일용직은 17.6%이며, 단시간근로자, 호출근로자 등을 포함한 비정규직은 26.4%라고 발표하였다. 한편 한국노동연구원은 비정규직의 규모를 26.4%로 보고 있다.¹⁷⁷⁾

분명한 것은 현재와 같이 고용계약기간의 길이만을 기준으로 비정규직을 파악하는 통계청이나 노동부의 통계방식은 비정규고용의 정확한 규모나 전반적 실태를 파악하는데 한계가 있다는 것이다. 따라서 비정규직 대책의 방향을 정립하고, 실효성 있는 대책이 수립되기 위하여는 우선 신뢰성 있는 조사를 통하여 비정규직의 규모 및 근로조건 실태에 대한 공감대가 형성되어야 한다. 이와 같은 인프라의 구축이 전제되지 않고는 합리적인 법제도 개선방안을 기대하기 어렵다.

노동계는 비정규직 문제의 핵심을 ‘차별 철폐’와 ‘조직화’에 두고 있으며, 법제도 개선에 있어서는 비정규근로자의 근로조건 악화와 고용불안을 해결하기 위하여 비정규고용에 관한 일정한 규칙을 정할 것을 주장하고 있다. 특히 기간제근로(유기근로계약)의 무분별한 반복·갱신을 방지하기 위한 제도적 장치의 마련을 요구하고 있다. 그밖에 파견근로 허용업종의 축소, 단시간근로자의 근로시간 상한 규제(통상 근로자의 70%), 특수고용근로자의 근로자성 인정을 위한 근로자 개념 확대 등을 주장하고 있다.¹⁷⁸⁾

177) 양측의 차이는 한국노동연구원의 경우 주당 30시간 미만 근로자를 단시간근로자로 파악한 반면에, 노동경제학회는 파트타임근무 여부를 설문조사한 것에 기인한다고 보여진다.

178) 2000년 6월 현재, 노사정위원회 논의를 중심으로 각 고용형태의 유형에 따른 노사간 주요 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

반면에 경영계는 비정규직 문제는 정규직과의 역학관계, 즉 정규직의 높은 임금과 해고의 경직성 등 정규직에 대한 과보호에 대응한 시장의 결과라고 보고 있다. 정부는 노동시장의 장기적 발전을 도모함과 동시에 비정규근로자의 정당한 대우 보장을 위한 대책을 마련할 것을 전제로 2001년 6월 노사정위원회에 비정규직 문제 특별위원회를 설치하기로 하였다.¹⁷⁹⁾

결론적으로 유연화에 대한 근본적인 성찰을 통한 ‘노동시장의 비전과 큰 그림’의 확립 없이, 그리고 비정규직의 규모 및 근로실태에 대한 공감

	노 동 계	경 영 계
유기근로 계약	<ul style="list-style-type: none"> • 합리적 사유가 있는 경우에 한하여 유기근로계약 허용(일시적·계절적 업무 등) • 업무의 성질에 따른 최소한의 기간 인정(예: 일시적 업무는 6개월) • 최장 2년 고용시 기간의 정함이 없는 계약으로 간주 	<ul style="list-style-type: none"> • 유기근로계약 사유 설정 반대 • 계약기간 상한 1년에서 3년으로 연장
파견근로	<ul style="list-style-type: none"> • 허용업종 축소(현행 positive list: 26개 업종) • 파견기간 최장 2년 제한(현행) • 동일업무 계속 사용금지 • 모집·등록형 파견금지 	<ul style="list-style-type: none"> • negative list로 전환(허용업종 확대) • 파견기간 제한 폐지 • 동일업무 계속 사용 • (상용·모집·등록형에 대한) 별도 규제 불필요
단시간근로	<ul style="list-style-type: none"> • 근로시간 상한 규제(통상 근로자의 70%) • 소정근로시간 초과시 가산 임금 지급 	<ul style="list-style-type: none"> • 현행 유지
특수고용(업무)형태	<ul style="list-style-type: none"> • 근로자성 인정을 위해 근기법 개정(근로자 개념 확대) • 노동조합및노동관계조정법 개정(사용자와 근로자의 개념 확대) 	<ul style="list-style-type: none"> • 근로자성 인정을 위한 근기법 개정 반대 • 노동조합및노동관계조정법 개정 반대

179) 노사정위원회는 1999년 10월부터 비정규직 근로자 대책을 주요 논의과제로 선정하고, 2000년 4월부터 논의를 진행해 왔다. 2001년 2월 7일에는 위원회 내의 노사관계소위와 경제사회소위를 중심으로 확대실무회의를 구성하여 비정규직 문제의 각 세부쟁점들을 논의해 왔다.

대의 형성이나 인식의 공유 없이 ‘노동시장 유연화’와 ‘비정규근로자 보호’라는 두 마리 토끼를 잡기는 어렵다고 보여진다.

물론 고용형태가 다양화되는 현상에 일정한 경제적·사회적인 근거가 존재한다는 사실은 노동법적 보호장치의 마련에 있어서 간과할 수 없는 걸림돌로 작용한다. 그러나 고용형태 다양화를 둘러싼 모든 현상형태가 법제도 정비의 전제가 될 수는 없다.

입법자는 고용형태 다양화가 근로자에게 끼치는 영향을 충분히 고려하고, 근로자의 인간으로서의 존엄과 가치의 보장(헌법 제10조, 근로법 제1조)이나 균등대우의 원칙(헌법 제11조, 근로법 제5조)이라는 현행법상의 기본이념이 지켜지도록 적극적으로 대처해야 한다.

따라서 법제도 개선을 위한 上記한 기본전제의 충족과 함께 고용형태의 다양화에 대한 법규범의 대응원칙을 다음과 같이 확립할 필요가 있다.

첫째, 관련정책이나 법제도 개선에 대한 논의에 있어서 근로자의 자발적 의사 및 필요에 의한 고용형태의 선택과 노동시장 유연화에 따른 비정규직 확산을 구별하여 접근해야 한다. 왜냐하면 고용형태 다양화 현상과 비정규고용의 증가는 현상적으로는 거의 동일하게 파악되고 있으나, 개념적으로는 구별되는 것이기 때문이다.

따라서 단순히 사용자가 비용절감을 위하여 또는 노동법을 회피하기 위한 목적으로 정규근로를 비정규근로로 대체하는 것을 차단할 수 있도록 제도적 장치가 마련되어야 한다. 즉, 일시적 노동력의 수요나 특수기능 보유의 필요성 등 기업경영상의 필요성과 근로자의 자발적 요구가 인정되는 경우에만 비정규근로가 허용되도록 법제도 개선의 기본방향을 정립하여야 한다.

둘째, 비정규고용 관련문제는 근로자와 사용자의 이해관계에만 국한되어 논의되어서는 안된다. 즉, 노동시장 외부에 존재하는 취업희망자도 고려의 대상이 되어야 한다. 정규직과 비정규직 근로자, 사용자, 실업자 및 취업희망자들간의 이해관계가 적절하게 조화되는 방향으로 제도 개선이 이루어져야 할 것이다. 다시 말해 고용정책적 관점에서 실업자 및 취업희망자들의 노동시장 진입을 저해하지 않아야 한다.

셋째, 사용자가 비정규근로를 탈법적으로 남용하는 것을 방지하고 근로자의 고용이 보장되도록 하되, 산업사회 및 노동시장의 변화에 적절히 대

응할 수 있기 위하여는 ‘필요한 경우에 사용할 수 있게 하되, 균등대우를 확보해 주어야’ 한다.

넷째, 경직적 규제를 유연화하되, 그에 대한 대상조치가 충분히 마련되어야 한다.

다섯째, 비정형근로에 통일적으로 적용되는 기준을 설정하되, 다양한 고용형태에 따라 개별적이고 구체적인 법적 규율이 마련되어야 한다. 즉, 프랑스나 독일과 같이 기간의 정함이 있는 근로계약의 규율을 통하여 파견근로 등 모든 비정형근로를 규율하는 방안을 강구할 필요가 있다.

여섯째, 노사 당사자의 합의우선주의를 가미하여 근로자의 자기결정의 자유 및 경제변동에의 적응을 유도할 필요가 있다.

결론적으로 비정형근로 정책의 노동시장정책적 목표는 결국 경제의 효율성과 비정형근로자의 지위안정성이며, 나아가 고용의 유지 및 창출에 있으나, 입법정책적 목표는 비정형근로자가 상용근로자에 비하여 불리한 처우를 받아서는 안되며, 비정형계약의 체결에 대하여 사용자의 자의적 판단과 남용을 방지하기 위하여 요건과 절차를 명확히 하는 것을 목적으로 제도 개선이 이루어져야 한다고 본다. 아울러 법적 안정성과 체계화(법률상호간의 통일성 유도), 탈규제화(법률수요자에게 불필요한 부담 방지)를 염두에 두어야 할 것이다.

이하에서는 이와 같은 기본 원칙에 입각하여 고용형태 다양화에 따른 노동법적 개선과제를 제시하고자 한다

2. 균등대우

현재 우리 사회에서 비정규고용 문제의 핵심은 사용자가 정규직을 사용할 자리를 비정규직으로 대체한다는 것과 사실상 비정규근로자의 업무가 정규직의 업무와 큰 차이가 없음에도 불구하고 고용이나 근로조건에 있어서 차별받고 있다는 것이다. 그리고 사용자가 비정규고용을 선호하는 가장 큰 이유는 해고의 용이함과 비용절감이라는 것이 일반적인 인식이다.

이와 같은 차별적 상황은 물론 비정규근로자 보호에 대한 제도적 흠결에도 기인하지만, 상당부분은 사용자의 잘못된 노동관행에 기인한다. 후자의 문제는 근로감독행정의 미비에도 그 이유가 있다.

현재 비정규근로자의 근로조건 보호에 대하여는 두 가지 견해가 대립되고 있다. 모든 비정규근로자와 정규직 근로자간의 균등대우가 철저히 보장되어야 한다는 노동계의 입장¹⁸⁰⁾과 정규근로자에 대한 노동법적 보호를 완화하여 정규근로자와 비정규근로자의 임금 및 근로조건 격차를 축소하는 입장¹⁸¹⁾이다. 후자의 견해에 의하면 근로기준법상의 해고관련 규정이나 퇴직금관련 규정같이 정규근로자에 대한 지나친 보호규정을 완화·폐지하여 정규근로자와 비정규근로자의 격차를 해소하는 것이 비정규고용 문제의 해결책이라고 한다.

노동시장 유연화가 비정규고용의 확산으로 이어지는 것을 방지하기 위하여는 정규근로자와 사실상 차이가 없는 비정규근로자에 대한 균등대우를 확보해 주어야 한다. 또한 정규직과 차이가 있는 비정규근로자라 할지라도 합리적 대우가 보장되어야 한다.

상시적 업무에 비정규근로자를 사용해도 비용부담과 법적 의무가 차이가 없다면 사용자로서는 정규고용을 비정규고용으로 대체할 유인이 적어지게 된다. 또한 노동법적으로도 비정규근로자에 대한 불합리한 차별대우는 근로자 보호이념에 맞지 않는다는 것은 당연하다. 따라서 계약의 형식에 있어서만 비정규고용일 뿐, 실제 근로관계 및 실태는 정규직과 아무런 차이가 없다면 균등대우(평등대우)가 보장되어야 한다.

정규직과 그 직무의 내용이나 업무의 강도, 책임 등에 있어서 구별되는 비정규근로자의 경우에는 합리적·정당한 대우가 문제될 것이다.¹⁸²⁾ 모든 비정규근로자와 정규근로자간의 무조건적 균등대우는 사회전반적인 고용기회의 감소로 귀결될 우려가 있기 때문이다.¹⁸³⁾ 1년 이상 고용되는 근로

180) 이에 대하여 “동일가치노동을 제공하고 있는 정규근로자와 비정규근로자 사이에 평등하게 대우해야 한다는 법적 원칙이 당연히 있다는 주장”은 현행법에 기초한다면 커다란 난점이 있다는 견해가 있다(이승길, 앞의 논문, 74쪽). 이승길 박사에 의하면 현행법은 근로기준법과 최저임금법 등의 규정을 제외하면 근로조건 의 설정은 기본적으로 시장거래의 동향과 노사자치에 맡겨져 있다는 것이다.

181) 박기성, 「비정형근로자의 측정과 제언」, 『비정형근로자의 규모와 실태』, 한국노동경제학회 2001년 학술세미나, 2001. 1. 19, 116쪽; 배진한 외, 『비정형고용의 실태와 정책개선방향』, 한국노동경제학회, 2001. 12. 31, 142~143쪽.

182) 이 경우에 비교대상 정규직이 당해 사업장에 없는 경우에 대하여는 이하에서 후술한다.

183) 어수봉, 「비정규 노동자의 기본권 확대방안」, 『월간 노동』, 2000. 5, 49쪽.

자에게 해고보호나 퇴직금의 누적, 연차휴가의 누적 등은 노동의 숙련에 따른 추가적 보상이라 할 수 있다. 그런데 기업으로서는 갑자기 수요가 증대되었다 사라지는 일자리나 단순반복작업을 하는 일자리에 대하여는 노동비용이 낮은 비정규근로자를 사용하는 것이 유리하다. 기업은 핵심적 일자리를 비정규근로자로 채우지는 않지만 그렇다고 하여 일자리에 대한 정규근로자와 비정규근로자의 적합성이 고정되어 있는 것은 아니다. 일자리에 대한 적합성은 제품수요의 불확실성의 변화, 정보화, 전산화 등에 의한 작업조직의 변화, 노동공급측의 변화 등 다양한 요인들에 의하여 변화한다.¹⁸⁴⁾ 따라서 정규직과 근로관계의 내용이나 책임에 있어 구별되는 비정규근로자에까지 무조건적 균등대우를 보장하는 것은 노동시장의 유연성을 불필요하게 저해함으로써 시장변화에 대응하기 어렵게 만들 뿐만 아니라, 사용자의 고용기피현상을 초래할 가능성이 크기 때문에 고용정책적 관점에서조차 맞지 않는다. 그러나 이와 같은 경우에도 정규직과의 차이에 근거하지 않는 부분에 대하여는 역시 균등대우의 문제가 제기된다.

근로기준법 제5조의 균등대우조항의 ‘사회적 신분’에 고용형태에 의한 차별이 포함된다고 해석해야 한다거나, 입론적으로 고용형태에 의한 차별을 금지해야 한다는 견해가 노동계를 중심으로 제기되고 있다. 근기법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다”고 규정하고 있다. 사회적 신분이라 함은 사람이 태어나면서부터 갖고 있는 사회적 지위를 의미하는 것이다. 근기법 제5조의 사회적 신분은 헌법 제11조 제1항의 ‘사회적 신분’으로 인한 불평등대우의 금지원칙이 구체화된 것으로서, 그 입법취지가 봉건적 신분의 타파에 있기 때문에 생래적 의미로 해석하는 것이 일반적이다.¹⁸⁵⁾ 즉, 정규직이나 임시직 등과 같이 근로계약의 내용상의 차이로부터 인정되는 차별대우는 사회적 신분을 이유로 한 차별대우에 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다.¹⁸⁶⁾

184) 박기성, 앞의 책, 116쪽 참조.

185) 김형배, 『근로기준법』, 1999, 77쪽; 박상필, 『한국노동법』, 1993, 153쪽. 그러나 생래적 의미뿐만 아니라 후천적인 것으로서 자신의 의사에 의해서는 피할 수 없는 사회적 지위를 모두 지칭하는 입장도 있다(이병태, 『최신노동법』, 1998, 488쪽; 서울 民地判 1994. 9. 16, 94가합40258; 1987. 5. 15, 근기 01254-7861).

186) 동지: 김형배, 앞의 책, 77쪽; 임종률, 『노동법』, 2000, 320쪽.

비정규근로자에 대한 불합리한 차별대우를 방지하고, 노동시장 유연화가 비정규고용의 무분별한 확산으로 이어지는 것을 방지하기 위하여 ‘균등대우’가 보장되어야 하는 데는 이론의 여지가 없다.

그러나 실제 근로관계 및 실태에 있어서 정규직과 아무런 차이가 없는 비정규직에 대한 균등대우(평등대우) 보장과 정규직과 구별되는 비정규근로자에 대한 합리적 대우보장은 각 고용형태의 유형과 실태에 따라 법적 접근이 달라지리라 본다. 기한부 고용의 경우 계약이 반복·갱신되어 사실상 기간의 정함이 없는 계약과 차이가 없음에도 불구하고 노동법적 보호에 있어 차이가 나는 경우를 우선적으로 차단해야 할 것이며, 단시간근로의 경우에는 상시적 시간외근로로 인하여 통상 근로자의 근로시간과 차이가 없는 경우를 차단하는 장치가 마련되어야 할 것이다.

또한 입법론적으로 각 고용형태의 유형에 따라 균등대우원칙을 규정하여 차별금지를 규정할 필요가 있다. 예를 들어 기간의 정함이 있는 계약에 의한 근로자의 경우, “기한부 고용을 이유로 사업장에서 당해 기한부 근로자와 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’보다 불리한 처우를 받지 아니한다”고 규정하는 것이 필요하다. 이때 ‘비교할 수 있는 근로자’라 함은 당해 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’를 의미한다. 독일의 경우에는 당해 사업장에 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’가 없는 경우에는 적용가능한 단체협약을 기준으로 하거나, 당해 산업에 종사하는 자를 기준으로 하고 있다.

그리고 금전적 보상에 대하여는 ‘근로기간에 비례한 보상’을 원칙으로 해야 할 것이다. 즉, 비교할 수 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로자’의 ‘근로기간’을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 보상을 받도록 해야 한다.

단시간근로자의 경우에는 금전적 보상에 대하여 비교할 수 있는 통상 근로자의 ‘근로시간’을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 범위의 보상을 받도록 규정하면 될 것이다.

이 경우 ‘동일가치노동 동일임금원칙’과의 관련이 문제된다. 근로시간이나 근로기간에 비례한 대우는 비례적·상대적 평등의 영역이지만, 동일가치의 노동에 대하여는 동일임금이 보장되어야 하는 것은 절대적 평등의 영역이다. ‘동일가치노동 동일임금원칙’은 현재 남녀고용평등법 제6조의 2

에만 규정되어 있으나, 이 원칙은 헌법 제11조의 평등대우원칙과 근로법 제5조의 균등대우원칙에서도 도출될 수 있다.¹⁸⁷⁾ 2001년 독일의 ‘기간제근로 및 단시간근로에 관한 법’에서도 구법이 ‘서로 다른 취급(ungleichbehandlung)’을 금지한 것과 달리 새 법에서는 ‘보다 덜 불리한 취급(schlechterbehandlung)’을 금지하고 있다.

그러나 실제로 비정규근로자에 대하여 ‘동일가치노동 동일임금원칙’을 실현하는 데에는 현실적으로 많은 문제점이 있다. 남녀고용평등법 제6조의 2 제2항은 “동일임금원칙에 대한 동일가치근로의 판단기준은 직무수행에서 요구되는 기술·노력·책임 및 자격조건 등으로 한다”¹⁸⁸⁾고 규정하고 있으나, 아직 우리나라에서는 ‘직종, 작업내용, 기능, 책임, 노동밀도, 능률 등’의 분석을 통한 직무평가의 경험이 별로 없기 때문에 ‘동일업무’는 ‘똑같은 업무’로 이해되고 있는 상황이다. 그리고 한 사업장에서 특정 직종에 모두 비정규근로자가 사용되고 있다면, ‘동일노동’을 하는 비교대상 정규직이 존재하지 않게 된다.¹⁸⁹⁾ 이와 같은 경우 위에서 밝힌 바와 같이 ‘적용가능한 단체협약을 기준으로 하거나, 당해 산업에 종사하는 자

187) 우리나라는 1990년 6월 13일, ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제조약’에 비준하였는 바, 동 조약 제7조(a)(1)은 모든 근로자에게 공정한 임금과 동일가치근로에 대하여 동일한 보수를 지급할 것을 규정하고 있다.

188) 여기에서 ‘기술, 노력, 책임 및 작업조건 등’이라 함은 당해 업무가 요구하는 내용에 관한 것으로서 각 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 기술 : 자격증, 습득된 경험 등 업무수행능력 또는 솜씨의 객관적 수준
2. 노력 : 업무수행에 필요한 육체적·정신적 힘의 작용
3. 책임 : 업무에 내재된 의무의 성격·범위, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도
4. 작업조건 : 소음, 열, 물리적·화학적 위험의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 작업환경

그리고 임금지급에 있어 성차별 행위로 보지 아니하는 경우는 다음과 같다.

1. 비교되는 남녀근로자가 동일하거나 비슷한 일을 하더라도 당해 근로자 사이의 학력·경력·근속년수·직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등지급되는 경우
2. 임금형태를 직무급·능률급·능력급 등으로 정하여 비교되는 남녀근로자 사이에 능력 또는 업적상의 격차가 구체적·객관적으로 존재함으로써 임금이 차등지급되는 경우

189) 조순경, 「검증되지 않은 전제와 현실 : 파견근로자보호등에관한법률의 입법취지와 규제완화론의 허구」, 『파견노동의 정규직화, 어떻게 해야 하나?』, 민주노동정책토론회 자료집, 2000. 5. 19, 70쪽 참조.

를 기준으로 하는' 독일의 입법례를 참조하거나, 당해 비정규근로자가 고용된 시기 이전에 고용되어 동일노동에 종사하고 있었던 정규직의 임금과 비교하여 판단할 수 있다.¹⁹⁰⁾

그밖에 근로계약의 체결, 연차휴가, 취업규칙의 작성·변경 등에 있어서 절대적 평등이 보장될 수 있으리라 본다. 연차휴가의 경우에도 프랑스의 입법례와 같이 근로한 기간에 비례하여 부여하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 또한 비정규근로자가 자신의 권리를 주장하였다는 이유로 사용자로부터 불이익취급을 받지 않도록 법에 명시하는 것도 필요하다.

한편 노사간 협상력의 차이를 극복하기 위한 방안으로서 근로자가 임금과 관련하여 근로감독관이나 노조, 노사협의회에 대하여 이의를 제기하였으나 사용자가 이를 시정하지 않을 경우 '부당임금 정정위원회(가칭)'를 통하여 조정을 신청하는 '부당임금 청원제(가칭)'를 도입하는 것이 바람직하다는 견해도 제기되고 있다.¹⁹¹⁾

3. 고용보장

근로기준법 제30조 및 제31조의 해고제한규정은 모든 근로자를 그 적용 대상으로 하고 있다. 따라서 기한부 고용으로 고용된 근로자이든, 단시간 근로자나 파견근로자이든 정당한 해고의 사유가 없는 한(경영상의 해고를 포함하여) 해고할 수 없다. 그럼에도 불구하고 사용자는 비정형근로자에 대하여 해고가 용이하다고 인식하고 있으며, 비정형근로 문제에 있어서 고용의 불안정은 가장 큰 쟁점이 되고 있다.

또한 '긴박한 경영상의 필요성'이 인정되는 경우, 사용자는 해고대상의 범위에 속하는 근로자들 중에서 비정형근로자를 우선적으로 해고할 수 있는 등의 문제가 제기되고 있다. '임시·일용직 근로자에 대한 일차적 인원

190) 조순경 교수는 남녀동일임금원칙 실행과 관련하여 유럽공동체 사법재판소(ECJ)가 1980년 택하였던 원칙을 파견근로자의 균등대우에도 적용할 것을 주장한다. ECJ는 동일가치노동 동일임금원칙의 실행과 관련하여 "남녀가 동일한 고용으로 동일한 노동으로 동일한 시기에 종사하고 있다는 상황에 한정되지 않으며, 이전에 그 자리에 취업하고 있던 남성과 비교하여 판단할 수 있다"는 입장을 밝힌 바 있다(조순경, 앞의 책, 70쪽).

191) 안주엽 외, 『비정규근로의 실태와 정책과제(Ⅰ)』, 한국노동연구원, 2001, 275쪽.

정리'를 경영상 이유에 의한 해고의 정당화 요건으로서의 '해고회피노력의무'로 인정하고 있는 판례¹⁹²⁾가 있다.

그러나 해고대상자 중에서 정규근로자보다 우선적으로 비정형근로자를 해고하는 것이 언제나 정당한 것은 아니다.¹⁹³⁾ 대법원 판례는 공정한 '해고대상자 선발기준'으로서 '근속년수, 연령, 근무성적, 기능의 숙련도 등'을 제시하고 있으며,¹⁹⁴⁾ 그밖에 배우자의 소득, 기타 재산정도, 건강상태 등이 고려될 수 있다. 기업측의 이익을 보호하기 위한 기준은 이차적으로 고려될 수 있을 뿐이다. 해고대상자 선발에 있어서 우선적으로 고려되어야 할 것은 대체가능한 근로자들의 근로계약관계와 관련된 공통적 기준이어야 한다. 단기근속자 순으로 해고대상자 선정기준을 정한 경우를 정당하다고 한 판례¹⁹⁵⁾가 있으나, 단순히 비정형근로의 고용형태만을 갖고 해고대상 우선순위로 하는 것은 정당하지 않다. 실질적 고용관계가 임시적인가의 여부, 기업과의 결합도, 사회적 보호의 필요성 등이 정규직과 비교하여 희박한가의 여부 등을 기준으로 판단해야 할 것이다.¹⁹⁶⁾

현실적으로 노동시장에서 비정형근로자의 고용불안정 문제는 노동법의 보호장치와 관계 없이 '시장의 관행'과 '근로계약기간의 문제'로 귀결된다. 근로계약기간의 문제는 기한부 고용으로 채용된 근로자만의 문제는 아니

192) “회사가 해고회피노력의무 내지 방지조치로서 일부 사업소를 폐쇄함에 따라 이 사업소의 상근직원 중의 일부를 본사 및 다른 사업소 현장에 배치·전환하고, 또 일부를 의원사직 처리하며, ‘임시·일용직을 일차적으로 정리하였음에도’ 남게 된 나머지 근로자에 대한 정리해고는 이미 다른 사업소에도 동일직무의 근로자가 과잉되어 있어서 더 이상 배치전환이 곤란한 사정이 있으면 근기법상의 해고회피노력의무 요건을 충족하는 것이다”(대판 1990. 1. 12, 88다카34094).

193) 이에 대하여 경영상 해고시 정규근로자에 앞서서 단기근로자를 먼저 감원하는 것은 타당하고 합리적이며, 상식적인 결론이라는 견해가 있다(이승길, 「비정형고용의 현황과 과제」, 『노사포럼』, 제14호, 경총 노동경제연구원, 2001. 5, 72쪽). 이 견해에 의하면 단기근로자의 경우 채용이 간편하고 기간을 약정한 것인데 비하여 정형근로자는 엄격한 전형절차를 거쳐 채용되어 정년까지 고용된다는 기대를 갖고 기간을 약정하지 않는다는 점에서 차이가 있으므로 경영상 해고대상자 선발에 있어서 ‘균등대우의 원칙’을 엄격하게 적용할 수는 없다는 것이다.

194) 대판 1987. 4. 28, 86다카1873; 대판 1992. 11. 10, 91다19463; 대판 1993. 12. 28, 92다34858 등.

195) 대판 1996. 5. 9, 95구19784 판결 참조.

196) 조경신, 「정리해고제한의 법리」, 『노동법학』, 제10호, 1999. 12, 351쪽 참조.

다. 이는 파견근로자의 계약기간과도 관련되어 있으며, 현실적으로 대부분의 단시간근로자는 계약직으로 채용되어 있다. 따라서 근로기준법의 근로 계약기간 규정의 합리적 개선은 계약직 근로자뿐만 아니라 파견근로자나 단시간근로자의 고용불안정을 동시에 해결하는 열쇠가 될 수 있다.¹⁹⁷⁾

현행 근로기준법 제23조는 근로기준법 제정 당시 사용자의 근로자에 대한 인신구속을 방지하기 위하여 규정된 내용으로서 현실적으로 노동시장의 효율적 인력수급에도, 근로자의 직장보호에도 기여하지 못하고 있다. 따라서 현행 근로기준법 제23조의 해석에 있어서 ‘퇴직의 자유’ 보장이라는 측면보다는 ‘고용보장’이라는 측면이 중요하게 고려되는 방향으로 새로운 해석론 내지 입법론을 정립할 필요가 있다. 현대 산업사회에서는 근로 계약기간을 설정하지 않음으로써 발생할 수 있는 인신구속 내지 강제노동의 위험보다는 기간을 설정함으로써 발생하는 근로자 지위의 불안정성을 제거하는 것이 더욱 중요한 과제이기 때문이다.

4. 직업훈련기회 부여 및 사용자의 정보제공

비정형근로가 확산되는 원인에는 여러 가지가 있으나 비정형근로에 대한 기업의 관행적 의존도 증가 이외에도 비정형근로자의 직업훈련 및 능력개발기회의 부족에도 그 원인이 있다. 일반적으로 사용자는 정규직 근로자에 대하여는 유리한 대우뿐만 아니라 교육훈련에 대해서도 우대하고 있으나, 비정형근로자에 대하여는 정규직 근로자와 비교하여 대우의 차이뿐만 아니라 교육훈련에 대해서도 차이를 두고 있다.

그러나 비정형근로자에 대한 직업훈련투자는 근로자 자신의 정규직 전환을 위한 기회부여뿐만 아니라 기업에게도 중·장기적으로 근로자의 동기부여를 통한 직무처리능력이나 생산성 향상에 도움이 된다.

따라서 사용자는 비정형근로자에게 정규직의 채용정보를 제공하고 그에 적절한 직업교육 및 재교육프로그램을 제공할 필요가 있다. 2001년 독일의 ‘기간제근로 및 단시간근로에 관한 법’은 사용자가 기간제근로자나 단

197) 독일은 2001년부터 시행되고 있는 「단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률」에 의하여 기한부 고용과 단시간근로를 연계하여 규율하고 있다(자세한 내용은 제3장 주요 국가의 고용형태 다양화 실태와 관련제도의 제2절 독일 참조).

시간근로자에 대하여 직업교육이나 재교육프로그램에 참여할 수 있도록 배려해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 사용자는 기간제근로자나 단시간 근로자에 대하여 사업장내 또는 기업의 근로자 대표에게 상용직 채용계획에 대한 정보를 제공해야 하고, 근로자 대표에게는 기간제근로자와 단시간근로자의 숫자와 그 비율에 대한 정보를 제공해야 한다.

사용자의 구체적 비용부담과 관련해서 ‘정부 및 공공부문의 교육훈련 예산’을 활용하는 방안에 대한 견해가 있다.¹⁹⁸⁾ 이에 의하면 각급 직업훈련 기관, 대학, 학원 등에서 비정규직에 대한 직업훈련이 이루어질 수 있도록 해야 한다고 한다. 또한 직업훈련 수용자에게 체계적인 교육훈련 정보를 제공하고, 그들에게 필요한 직업훈련을 스스로 선택할 수 있는 ‘바우처제도’를 정착할 필요가 있다고 한다.

5. 계약체결에 있어서의 서면요건주의

비정형근로자의 불안정한 지위는 계약체결과정에 있어서의 서면요건을 택하는 경우 어느 정도 보완될 수 있으리라 생각된다.

최근 독일은 법개정을 통하여 유기근로계약의 체결과 해고 및 해지, 합의해지에 대하여 서면요건을 채택함으로써 근로계약을 부분적으로 방식주의로 전환하였는데, 우리의 비정형근로 법제도 개선방향에 시사점을 제시하고 있다.

계약체결에 관한 서면방식주의의 도입은 실질적으로 근로관계에 대하여 상당한 영향을 미칠 수 있다. 독일에서는 서면방식주의의 도입으로 인하여 법적 안정성이 증대된 것으로 평가되고 있다. 우선 계약당사자는 자신의 법률행위에 대하여 다시 한번 숙고하게 될 뿐만 아니라 이 요건을 준수하지 않을 경우 자신이 의도한 법률효과를 실현시키지 못하게 됨으로써 무시하지 못할 대가를 치르게 된다. 또한 소송실무에 있어서도 사실관계 확인에 대한 번잡한 신문과정이 절약됨으로써 법원의 부담이 덜어지게 된다.¹⁹⁹⁾

「기간제근로 및 단시간근로에 관한 법」(2001) 제14조 제4항은 유기근로

198) 이승길, 「비정형고용의 현황과 과제」, 『노사포럼』, 제14호, 2001. 5, 85쪽.

199) 박지순, 「독일의 최근 노동입법동향」, 『노동법학』, 제12호, 2001, 261쪽.

계약의 유효요건으로서 서면방식을 취하고 있다. 즉, 서면에 의하지 않은 유기근로계약의 체결은 즉시 기간의 정함이 없는 상용근로계약의 체결로 본다. 민법(BGB) 제623조는 노동법상 매우 중요한 의미가 있는 법률행위, 즉 해고 또는 해지, 합의해지 또는 근로관계소멸계약 및 기간의 정함이 있는 근로관계(유기근로계약)의 체결에 대하여 법정 서면방식을 도입하였다. 따라서 근로계약의 체결에 대하여 원칙적으로 적용되는 방식의 자유는 유기근로계약에 대하여는 적용되지 않으며, 민법 제623조의 서면방식주의는 단순한 선언적 의미가 아니라 법률행위의 효력을 좌우하는 요건을 규정한 것이다. 즉, 서면요건이 준수되지 않은 계약은 무효가 된다.

이와 같이 법률행위의 방식주의는 법률행위의 성립시기와 내용을 명료하게 하며, 분쟁에 대비한 증거자료가 확보될 뿐만 아니라 자신의 행위에 대한 법적 의미를 일깨워줌으로써 법률행위를 신중하게 하는 기능을 담당한다.²⁰⁰⁾ 따라서 비정형근로자의 법적 지위안정과 분쟁발생시 합리적 해결을 위하여 기간제근로나 단시간근로계약 체결시 서면요건주의의 채택을 검토해 볼 필요가 있다.

제2절 고용형태의 유형별 법제도 개선과제²⁰¹⁾

1. 단시간근로

1997년 근로법 개정에 의하여 단시간근로자의 지위가 명확하게 되고, 주요 근로조건에 있어서도 명시적 보호가 규정됨으로써 단시간근로자의 보호에 있어서 진일보했다는 평가를 받고 있다.

그러나 정규직과 같은 수준의 근로시간을 근무하지만, 근로조건에 있어서는 정규직과 같은 대우를 받고 있지 못한 ‘명목상의 유사(類似) 단시간 근로자’ 문제를 해결할 필요가 있으며, 노동시장에서의 ‘단시간근로와 임시직의 중첩성’을 차단할 필요가 있다.

200) 박지순, 앞의 논문, 257쪽.

201) 주 178)의 표 참조

따라서 단시간 근로자관련 개선방안은 다음과 같은 원칙을 기본방향으로 마련되어야 할 것이다. 첫째, 단시간근로자의 근로조건은 원칙적으로 일반 근로자와 동등하게 보호되어야 하나(동등대우), 근로시간과 관련된 근로조건에 있어서는 합리적으로 대우한다(비례적 대우). 둘째, 단시간근로의 탈법적 남용을 방지함으로써 단시간근로의 본래적 의의(순기능)를 살릴 수 있도록 한다.

따라서 다음과 같은 구체적 제도개선 방안을 제시하고자 한다.

첫째, 우리나라의 단시간근로 관련규정은 단시간근로자와 통상 근로자의 평등대우에 중점을 두고 있으므로, 현재와 같이 단시간근로자를 정의하는 것에 큰 문제는 없다고 판단된다. 다만 실업의 감소, 고용의 창출 및 직업훈련 등과 같은 노동시장정책을 수행하기 위하여, 또는 노동통계를 비롯한 근로감독과 관리 등 노동행정실무상의 목적을 위해서는 그와 같은 목적에 부합되는 기준 마련을 위하여 일정한 시간이나 비율을 정할 필요가 있을 것이다. 또한 단시간근로의 탈법적 남용을 방지하기 위하여 ‘소정 근로시간’의 상한선을 설정하거나 연장근로의 상한선을 설정하는 방안을 검토할 수 있다.

둘째, 1주간의 소정근로시간의 산정단위가 되는 기간을 정할 필요가 있다. 근기법은 ‘1주간의 소정근로시간’의 차이에 의하여 단시간근로자와 통상 근로자를 구별하고 있으나, 1주간의 소정근로시간은 주별 또는 월별로 다를 수 있으므로 이와 같은 기준은 혼란을 초래할 가능성이 있다.

셋째, 일반적인 차별금지를 원칙으로 하는 균등대우 규정을 둘 필요가 있다. 우리나라의 단시간근로 관련규정은 단시간근로자와 통상 근로자의 평등대우에 중점을 두고 있으며, ‘통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라’(근기법 제25조 제1항) 대우함으로써 비례적 평등을 원칙으로 하고 있다. 그러나 평등대우의 영역은 절대적 평등취급의 영역과 근로시간에 따라 비례적으로 평등한 대우를 받아야 할 비례적 평등취급의 영역으로 구분된다. 마찬가지로 근로조건에 있어서도 절대적 평등이 보장되어야 하는 부분이 있으므로(예: 근로계약의 체결, 연·월차유급휴가, 취업규칙의 작성·변경 등), 일반적인 차별금지를 원칙으로 하는 균등대우 규정을 둘 필요가 있다. 또한 이와 같은 맥락에서 15시간 미만의 단시간 근로자에 대한 특례규정의 타당성을 검토해 볼 필요가 있다.

넷째, 단시간근로자의 통상 근로자로 전환을 용이하게 해주는 방향이나 직무분할이 가능하도록 하는 입법적 보완이 필요하다. 프랑스와 같이 파트타임근로자가 풀타임근로로 전환을 희망하는 경우 우선권을 부여하고 산업분야에 따라 고용불균형이 초래될 때 파트타임근로의 실시에 대해 명령으로 제한이 가능하도록 하는 방법도 입법론적으로 고려해 볼 필요가 있다. 독일 고용촉진법 제3조는 “사용자는 근로시간의 길이나 배치의 변경을 희망하는 파트타임근로자에 대하여 사업장의 당해 직무에 결원이 생기는 경우에는 근로자에게 이를 통지해야 한다”고 규정하고 있다.

또한 두 사람 이상의 근로자와 사용자간에 직무분할계약(job sharing agreement)을 체결하여 통상 근로자 1명이 담당하던 직무를 두 사람 이상의 단시간근로자가 담당하게 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 독일 고용촉진법 제5조 제1항은 “사용자는 하나의 직무를 두 명 이상의 근로자에게 분할할 것을 근로자와 합의할 수 있으며, 그 중 한 명이 결근하는 경우 다른 근로자가 그 직무를 대행할 의무는 긴급한 경영상의 필요성이거나 노사협정에 의해서만 발생한다”고 규정하고 있다.

다섯째, 현재 근기법은 단시간근로자에 관한 취업규칙의 작성과 변경시의 특칙들을 두고 있으나(시행령 별표 1의 2 제5호), 상시 일정수(가령 10인) 이상의 단시간근로자를 사용하는 사용자에게는 의무적으로 단시간근로자에게 적용되는 별개의 취업규칙을 두도록 하는 경우 단시간근로자 보호에 더욱 실효성을 담보할 수 있을 것이다.

2. 기한부 고용(계약직)

기한부 고용과 관련하여 근로기준법 제23조의 개선방안은 “사용자의 탈법적 남용을 방지하고 근로자의 고용을 보장하되, 산업사회 및 노동시장의 변화에 적절히 대응할 수 있도록 하며, 고용정책적 관점에서 실업자 및 취업희망자들의 노동시장 진입을 저해하지 않는 것”을 기본 방향으로 해야 한다. 또한 파견사업주에게도 기한부 고용에 대한 법적 규율이 적용되므로 기한부 고용에 관한 입법적 개선은 파견근로자의 고용보장과도 관련되어 있다.

이와 같은 취지에서 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

기한부 고용이 허용되는 ‘사유’를 ‘구체적·객관적’으로 규정하는 것보다는 ‘사회적으로 합리성이 있는 경우’에만 기한부 고용을 허용한다고 규정하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 생각된다. 기한부 고용의 허용사유를 구체적으로 명시하는 경우 노동시장 환경변화에 적응하기 어려울 것이기 때문이다.

그리고 근로계약기간의 상한선은 현재의 1년에서 3년으로 연장하고, 근로자측에게만 해지권을 인정하는 것이 사용자에게 의한 기한부 고용의 남용을 방지하면서 교섭력이 없는 일반 근로자들을 보호하는 방안이 될 수 있을 것이다. 현재의 노동시장 상황에서는 근로계약기간을 1년으로 제한하는 것이 직장상실의 위험이나 불안감을 야기시키는 원인이 되고 있으며, 실제로 사업장에서 1년 미만 근로계약의 편법적 갱신이 반복되는 현상이 야기되고 있기 때문이다.

기한부 고용의 반복·갱신은 원칙적으로 ‘사회적·경제적으로 합리적인 이유가 있는 경우에만’ 허용하도록 하여 제한할 필요가 있다. 물론 ‘합리적 이유’에 해당하는지의 여부에 대하여는 다시 법원이 판단해야 하므로 판례의 범형성적 기능에 의존하게 되나, 일부의 견해와 같이 반복횟수의 제한에 의하여 기간의 정함이 없는 계약으로 전화시키는 경우 사용자로 하여금 일정한 횟수가 되면 더 이상 근로관계를 지속시키지 않도록 유도할 우려가 있다.

이러한 피해를 방지하기 위하여 동일한 업무에 기한부 고용 근로자를 반복사용하지 못하도록 규제하는 방안을 고려해 볼 수 있으나 실업자 및 취업희망자들의 노동시장 진입을 저해할 가능성이 있다.

다음, 기한부로 고용된 근로자들의 계약체결단계에서의 보호 및 근로조건보호를 위하여 기간의 정함이 있는 계약은 서면으로 체결하도록 하되, 당해 서면에는 계약기간을 포함한 주요 근로조건을 필요적 기재사항으로 하고, 법률에 기한부 근로자에 대한 균등대우원칙을 명시하도록 해야 할 것이다.

3. 파견근로

오랜기간의 논란 끝에 1998년 2월 20일 제정(1998. 7. 1. 시행)된 근로자

파견법은 제정 당시부터 현재에 이르기까지 노사간에 이견과 해석상의 쟁점이 가장 많이 표출되고 있는 법률이다. 특히 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우에 직접 고용한 것으로 본다는 간주규정이 적용되기 시작한 2000년 6월 말을 전후하여 논란과 갈등은 더욱 증폭되었다.

근로자파견제도의 해석상의 쟁점 및 개선방안을 다음과 같이 요약한다. 첫째, 근로자파견법의 적용범위를 둘러싸고 모든 위법한 근로자공급에 적용할 것이냐, 아니면 합법적인 근로자파견사업에 대해서만 근로자파견법을 적용할 것이냐가 문제된다. 이는 특히 2년의 파견기간 초과시 고용간주규정의 해석과 관련하여 매우 중요한 의미를 지닌다. 합법적인 근로자파견사업에 대해서만 근로자파견법을 적용하는 것은 입법취지나 문리해석상 맞지 않으며, 형평의 원칙에 어긋나므로 근로자파견법의 적용범위는 모든 위법한 근로자공급으로 판단해야 할 것이다.

둘째, 파견근로자의 법적 지위안정과 중간착취 배제를 위하여 모집·등록형 파견의 금지와 파견수수료에 대한 규제를 위한 개선책이 마련되어야 한다. 근로자파견이 상용형 파견이 아닌 등록형 또는 모집형 파견으로 이루어질 경우에는 중간착취가 이루어질 가능성이 크며, 파견근로자의 법적 지위도 취약하다. 따라서 근로자파견의 허가기준에서 상용형 파견으로 한정하여 규정하거나 일본의 입법례를 참고하여 등록형 및 모집형 파견에 대하여는 별도의 엄격한 규제장치를 마련하는 것이 필요하다. 또한 파견사업주의 수수료에 대한 규제가 없어 사용사업주와 파견사업주의 낮은 단가 체결을 통한 근로자파견과 파견사업주의 중간착취가 문제될 수 있으므로, 이에 대한 제도적 보완방안을 검토해 볼 필요가 있다.

셋째, 파견대상업무 중 상시허용업무(현재 26개 업종의 positive list)에 대하여는 경제적으로 정당화되는 근거(예 : 전문적 지식·기술·경험을 필요로 하는 업무로서 정규 노동시장에서 노동력 확보가 어려운 경우)에 의하여 합리적으로 직종을 조정해야 할 것이다. 기술축적과 고부가가치산업에 해당되는 직종의 경우에도 파견근로의 사용은 장기적으로 국제경쟁력의 저하를 초래할 것이므로 제외시켜야 한다.

또한 근로자파견법 제5조 제2항의 ‘일시적·간헐적’이라는 표현을 ‘사용사업주의 특별한 사업상의 필요성’이라는 의미가 강화되도록 명확하고 구체적으로 규정할 필요가 있다. 현행규정은 대상업무의 범위를 매우 포괄적

으로 규정하고 있고, ‘일시적·간헐적’ 의미가 모호하기 때문에 결국 절대금지업무를 제외하고는 모든 업종과 직종에 파견사업이 가능하게 되어 있다.

넷째, 근로자파견법 제6조의 ‘파견기간의 상한 및 직접고용간주규정’은 특정 파견근로자의 여부와 관계없이 계속사용기간의 최장한도로 해석해야 할 것이다. 노동부는 동 규정의 취지를 동일 파견근로자를 2년 이상 사용하는 것을 금지하는 취지라고 해석하여 파견근로자를 교체하는 것은 법 위반이 아니라는 취지로 보고 있으나, 이와 같이 해석할 경우 근로자파견법의 취지에 어긋나게 된다. 즉, 동 규정의 취지는 파견근로자의 직접고용을 촉진하는 데 있기 때문이다.

파견기간 2년의 제한을 회피하기 위하여 파견기간이 종료된 이후에 일정기간 후 다시 파견근로자를 사용하는 경우 또는 약간의 시간차를 두고 반복하여 해지와 사용을 반복하는 경우에는 이를 위법한 것으로 보아야 할 것이다.

법 제6조의 직접고용간주규정에 의하여 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주하는 경우에도 그 구체적 근로조건, 즉 근로계약기간, 임금, 근로시간 등 간주노동관계의 내용이 문제된다. 우리 현행법 체제하에서는 직접고용간주규정에 의하여 기간의 정함이 없는 계약으로 전화된 것으로 본다든지, 위법한 근로자파견의 경우에 기간의 정함이 없는 계약이 존재한다고 보는 것은 무리라고 판단된다. 이에 대하여는 근로자파견법 전반의 개선방안, 더 나아가 기한부 고용에 관한 근로기준법의 개선방안과 관련하여 체계적이고 통일적인 검토가 필요하다고 생각된다.

다섯째, 파견근로의 남용을 방지하기 위하여는 파견근로자와 정규직 근로자 사이의 균등대우가 확보되어야 한다. 특히 파견근로의 경우 정규근로자의 임금과 비교하여 낮은 임금이 문제되고 있으므로 프랑스법과 같이 균등대우 실현을 구체화하는 방안을 검토해 볼 필요가 있으며, ‘동일가치노동 동일임금원칙’을 실현하기 위한 노력이 요구된다.

여섯째, 파견사업주들의 지나친 단가 경쟁으로 사용사업체와의 교섭력 불균형이 초래되고, 이는 결국 파견근로자의 낮은 근로조건으로 귀결되므로 파견사업체와 사용사업체간의 교섭력 확보를 위한 보완책을 마련할 필요가 있다. 사용사업체가 일방적으로 파견사업체와의 근로자파견계약을 해지할 경우 파견사업체에 대한 손해배상책임을 지도록 규정하고, 사용사

업주가 파견근로자를 미리 면접하거나 이력서를 제출하도록 하는 등 부당하게 파견사업체의 파견근로자 선발권을 침해하지 않도록 제도적 보완이 필요하다.

일급제, 현행 근로자파견법은 남녀고용평등법 위반사례가 발생한 경우에 파견사업주와 사용사업주 중에서 누가 책임을 져야 하는지에 대하여는 규정하고 있지 않으므로 다른 근로기준법상의 책임과 마찬가지로 누가 책임을 지는지를 분명히 규정해야 할 것이다.

여덟째, 위법한 근로자파견을 단속하고, 법 시행을 감독하기 위하여 근로감독행정 강화방안을 마련해야 한다. 현행법상 파견이 금지되어 있는 생산직접공정을 포함한 다양한 업종에서 불법 파견근로가 광범위하게 확산되고 있으며, 위장도급이 관행적으로 이루어지고 있는 상황이므로 위법한 파견근로의 근절과 법의 실효성 담보를 위하여 근본적인 대책을 마련할 필요가 있다.

4. 특수고용관계

특수고용형태로 노무를 제공하는 자들에 대한 보호방안과 관련된 기존의 논의는 ‘근로기준법상 근로자 정의를 (확대)개정하거나, 준근로자(유사근로자) 개념을 도입하여 이들을 노동법적으로 보호하자는 입법론적 해결방안을 주장하는 입장’과 ‘노사관계 당사자와 경제상황을 종합적으로 고려하여 법원이 구체적 타당성에 맞게 판단해야 한다는 입장’으로 요약된다.

특수고용형태뿐만 아니라 향후 생산방식의 변화와 고용형태의 다양화에 따라 근로자인지 사업자(자영업자)인지 불분명한 한계적 사례가 확산될 것이므로 해석론이든 입법론이든 노동법적 보호이념을 근본적 판단지표로 하면서도 근로자성 판단이나 노동법의 적용에 대하여 유연한 접근이 필요하다.

그러나 현재의 논의는 보호의 대상이 불분명한 상태에서 특수고용형태의 노무공급자들을 포괄적으로 노동법의 영역으로 포섭할 것인지, 아닌지에 대해서만 논의가 집중되고 있다.

특수고용의 형태로 노무를 공급하는 자들은 ① 자영용역관계(계약자유에 의한 노무급부의 정형계약) ② 근로자와 자영자의 중간지대에 있는

자 ③ 노동법상의 포괄적인 보호를 받아야 하는 자로 구분해 볼 수 있다.

이러한 분류는 각각의 범주에 속하는 자들에게 일반 재화시장에 적용되는 계약법이나 경제법을 적용해야 할 것인지, 노동시장에 적용되는 노동법을 적용해야 할 것인지에 대한 판단기준이 된다.

자영용역관계에 의한 자영업자의 경우 계약법, 상법, 경제법, 독점금지법 등에 의하여 보호를 받고 있기 때문에 노동법적 보호가 필요없다고 판단된다. 그러나 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자 또는 사용자가 노동법의 적용을 회피하기 위하여 근로계약을 회피하여 도급이나 위임에 의하여 노무를 제공하는 자의 경우에는 노동법적 보호가 필요하다. 후자의 경우 강행법규에 위반하는 법률관계의 형성을 무효화하고 근로관계를 인정해야 한다. 그러나 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자에 대하여는 달리 판단해야 할 것이다. 근로자성 판단에 대한 새로운 해석론으로서 ‘시장으로의 접근과 기업주적 위험과 기회를 갖느냐의 여부’라는 기준이 제시되고 있으나, 이에 의하여도 근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자를 포섭하기 어렵다는 문제가 있다.

따라서 특수고용관계에 있는 근로자들의 직종별 유형과 실태가 매우 다양함에도 불구하고 일률적으로 기준을 마련하여 이들을 노동법적 보호의 틀 안으로 편입시키는 것이 현실적으로 가능한지, 경제적 측면과 근로자 보호 측면에서 바람직한 것인지의 근본적 문제부터 따져보아야 할 것이다. 다시 말해 보호의 필요성이 있는 집단(대상)을 어떤 기준에 의하여 확정할 것인가(판단기준)와 보호의 범위를 어떻게 확정할 것인가(보호범위)의 문제가 매우 중요한 쟁점이 된다.

구체적으로 근로자성 판단기준을 넓게 확장하여 해석하거나 새롭게 규정할 것인가, 아니면 준근로자(유사근로자)의 ‘준근로자성 판단기준’을 개념 정의할 것인가의 문제가 제기된다. 전자의 경우 준근로자도 일단 근로자의 범주에 포함시키는 것이므로 근로자로서의 지위를 인정하는 것이며, 원칙적으로 근로관계의 본체에 대한 노동법적 보호를 해야 할 것이다. 후자의 경우 자영인과 근로자의 중간영역에 있는 준근로자를 ‘인정’하기 위한 것이지, 준근로자에게 근로자로서의 지위를 인정한다는 것은 아니다. 따라서 노동법적 보호의 범위는 준근로자의 실태와 노동시장의 현실여건, 사용자의 수급능력에 따라 정책적으로 결정해야 할 것이다. 또한 근로자

의 범주에 포함되어야 할 취업자가 예컨대 준근로자의 범주로 넘어가게 될 우려도 있으므로 입법론적으로 매우 신중하게 접근해야 할 문제라고 판단된다. 또한 향후 산업기술의 발전과 환경변화에 따라 다양한 노무공급형태 내지 업무형태가 출현하리라는 것을 가정할 때, 준근로자 또는 유사근로자에 의한 규율(입법론적 해결)이 바람직한 것인지, 법원이 계약당사자와 노동시장 및 경제상황을 고려하여 구체적 타당성을 고려하여 판단할 것인지는 깊이 검토해 보아야 할 것이다. 그리고 경제적으로만 종속성이 인정되어 재화시장과 노동시장의 중첩적 영역에 위치하고 있는 자들의 경우 노동법 이외의 다른 법률, 즉 상법, 민법, 소비자보호법, 약관규제에 관한 법, 공정거래법 등에 의한 보호장치가 존재한다는 사실이 고려되어야 할 것이다.

근로자와 자영자의 중간지대에 있는 자 내지 노동법상의 포괄적인 보호를 받아야 하는 자로 구성되는 단결체에 대한 노동기본권 적용문제에 대하여는 다음과 같이 판단하고자 한다. 즉, 헌법은 근로자 개념에 대하여 구체적 정의를 내리고 있지 않으므로 이들의 단결체에 근로자의 단결체인 노동조합과 동일한 권한을 부여할 수 있느냐의 문제는 입법자의 형성재량권에 속한 문제이다. 따라서 현존하는 재능학습지 노조를 비롯하여 자영업자와 근로자의 한계적 사례에 위치하는 특수고용관계 종사자가 노조를 결성하는 경우, 이를 이분법적으로 노조법상의 주체가 아니면 민법상의 사단으로 보는 것은 적절치 않다. 다만, 이들에게도 집단적인 이익단체를 통한 이익보호가 필요하므로 헌법상의 노동3권의 보호영역에 들어올 수 있다는 것은 법률적으로 이론의 여지가 없다고 생각된다.

특수고용관계 종사자들에 대한 사회보험 적용문제는 원칙적으로 노동법에 의한 근로자성 판단 내지 개념 정의하고는 관계가 없으므로 근로자 개념의 확대가 아니라 각각의 사회보험법에서 입법자의 결단에 의하여 근로자 개념을 정의함으로써 보험보호를 확대하면 될 것이다.

5. 텔레워크(재택근로)

산업정보화 및 정보산업의 발달이 결합하여 만들어진 새로운 고용형태로서의 텔레워크는 우리나라에서도 꾸준히 확산추세에 있으나 실제로 텔

레워크의 다양성으로 인하여 명확한 규율방식을 마련하는 것이 쉽지는 않다. 또한 텔레워크의 실시규모와 유형, 구체적 근로실태에 관한 파악도 되어 있지 않으며, 아직 텔레워크에 관한 명확한 개념 정립조차 되어 있지 않은 실정이다. 그러나 향후 텔레워크를 활용하는 기업과 텔레워크에 종사하는 텔레워커 사이의 법률적 분쟁에 대비하고, 텔레워크의 활성화 및 텔레워커의 지위 및 근로조건 보호를 위하여는 해석론적·입법론적 대안 마련의 준비가 필요하다.

현재 우리나라에는 ‘근로자’를 규율대상으로 하는 근로기준법 이외에 여타의 고용형태를 상정한 법률이 없으므로 텔레워커에 대한 노동법적 보호를 위해서는 입법론적으로 텔레워커에 대한 별도의 법률을 제정하거나, 해석론적으로 근로자성 판단기준에 의하여 텔레워커의 법적 지위를 확정하는 수밖에 없다. 독립사업자로서의 텔레워커에 대하여 노동법적 고려가 적용될 여지가 없는 것은 당연하다. 또한 기업 내에서 통상적으로 근로자의 신분을 가지고 사용자의 지휘명령하에 통신기술을 활용하여 자택 또는 기업 외부에서 텔레워크를 수행하는 자의 경우에는 근로시간 산정 등 이외에는 노동법적으로 크게 문제될 것이 없다.

노동법적으로 법적 지위의 확정이 문제가 되는 경우는 업무도급형 텔레워커로서 노동법적 보호가 필요한 경우이다. 구체적으로 단순프로그램의 제작, 컴퓨팅, 자료 입력과 같이 작업자의 기능에 대체가능성이 크며 기업이 주로 인건비 절감차원에서 활용하는 경우로서 작업주문자와의 관계에 있어서 실질적 대등성이나 경제적 독립성을 확보하기 어려운 자의 경우에는 노동법적 접근이 요구된다. 현재 대법원 판례는 근로자성 판단에 대하여 사용종속성을 가장 중요한 판단기준으로 하고 있으므로 실제로 노동법적 보호가 필요한 텔레워커의 경우라도 사용자의 지휘명령적 요소가 입증되지 않는 한 근로자성을 인정받아 근로기준법의 적용대상이 되기는 어려울 것으로 판단된다. 따라서 텔레워커 등 고용형태의 변화에 대응하는 판례의 전향적 변화가 있거나, 텔레워커를 포함하는 가내노동법의 제정이 입법론적으로 고려되어야 할 것이다.

참고문헌

- 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대 박사학위논문, 1994.
- _____, 「가내근로와 통신근로의 노동법적 규율」, 서울대노동법연구회, 『노동법연구』 제8호, 1999.
- _____, 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단」, 한국노동법학회 추계학술대회, 2000.
- _____, 『누가 근로자인가? - 근로기준법상 근로자의 개념』, 대구대학교 출판부, 2000.
- _____, 『비전형근로와 노동법』, 대구대학교 출판부, 2000.
- _____, 「파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제」, 『노동법학』, 제8호, 한국노동법학회, 1998.
- _____, 「다면적 근로관계와 사업주책임」, 『노동법연구』, 서울대노동법연구회, 제7호, 1997.
- 강희원·김영문, 『근로자개념과 계약의 자유』, (주)중앙경제, 2001.
- 김세곤·김연식·송종학, 『알기 쉬운 근로자파견제도』, (주)중앙경제, 1999.
- 김소영, 『고용형태 변화에 따른 노동법적 대응』, 한국노동연구원, 1995.
- _____, 「특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제」, 『사회변동과 사법질서』(김형배 교수 정년퇴임기념논문집), 2000.
- 김소영·김태홍, 『근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안』, 노동부, 1999.
- 김소영·어수봉, 『재택근로 활성화방안 연구』, 한국노동연구원, 1997.
- 김소영·조준모·강성태, 『텔레워크(재택근로)의 실태 및 노동법적 과제』, 노동부, 1999.
- 김유성, 「산업구조조정과 경기변동에 따르는 근로자의 보호」, 『노동법연구』, 제2권 1호, 1992.
- 김주일, 「비정규직의 고용구조와 고용관리에 관한 연구」, 한국인사관리학회 추계학술대회, 2000.

- 김태홍, 『비정규직 고용형태의 확산에 따른 여성고용구조의 변화와 정책 과제』, 한국여성개발원, 1999.
- 김유선, 『단시간근로자 보호와 조직화를 위한 정책과제』, 한국노동사회연구소, 1999.
- 김형배, 「근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념」, 『노동법연구』, 박영사, 1991.
- _____, 『항운노조 조합원과 사용자 사이의 법률관계』, 1996.
- _____, 『노동법』, 박영사, 2000.
- _____, 『근로기준법』, 박영사, 1999.
- 권혜자, 『비정규노동자의 실태와 노동운동』, 한국노총중앙연구원, 1996.
- 권혜자·박선영, 『비정규노동자의 규모, 법적 지위, 조직화방안』, 한국노총중앙연구원, 1999.
- 남성일, 「한국 인력파견의 현황과 쟁점분석」, 인력파견 국제심포지엄 발표문, 2000. 4. 19.
- 노동부, 『텔레워크(在宅勤勞)의 실태 및 노동법적 과제』, 한국노동연구원 학술연구용역보고서, 1999.
- _____, 『시간제 고용실태조사』, 1996.
- 노동경제학회 2001년 학술세미나 자료집, 『비정형근로자의 규모와 실태』, 2001. 1. 19.
- 노사관계개혁위원회, 『여성 및 비정규근로』, 1996.
- 노사정위원회, 「비정규직 근로자 대책관련 논의자료」, 2000~2001.
- 민주노총 정책토론회 자료집, 『과건노동의 정규직화, 어떻게 해야 하나?』, 2000. 5. 19.
- 박수근, 「근로자파견의 기간제한과 직접고용의 문제」, 『노동법학』, 제11호, 한국노동법학회, 2000. 12.
- 박석운, 『비정규직 학원강사의 실태와 법적·제도적 방안—외근형 노무공급자의 보호방안에 대해』, 노동정책연구소. 미간행자료, 1999.
- 박원석, 「독일노동법의 새로운 경향」, 『노동법학』, 제5호, 한국노동법학회, 1995.
- 박지순, 「독일의 최근 노동입법동향」, 『노동법학』, 제12호, 한국노동법학회, 2001.

- 박홍규, 「EC 노동법에 관한 연구」, 『민주법학』, 제12호, 관악사, 1997.
- 배진한 외, 『비정형고용의 실태와 정책개선방향』, 한국노동경제학회, 2001.
12. 31.
- 볼프강 도이블러, 이은숙 역, 『독일노동법의 규제완화와 유연화 (1)(2)(3)』, 현장에서 미래를, 1996년 10~12월호.
- 선한승, 『정보화사회와 노동세계변화의 궤적』, 정보사회와 사회윤리, 1996.
- 신 흥, 「임시근로 및 시간제근로에 대한 보호법리」, 『노동법학』, 제6호, 한국노동법학회, 1996.
- 오문완, 「단시간근로자의 법적 지위」, 『노동법학』, 제7호, 한국노동법학회, 1997.
- 오문완, 「노동유연성을 살리는 노동법제도의 모색」, 『노동법학』, 제11호, 한국노동법학회, 2000. 12.
- 윤성천, 「한국에서의 근로자파견의 법제화 문제」, 『노동법학』, 제6호, 한국노동법학회, 1996.
- 이상덕, 「근로자용역대여사업의 문제점」, 『노동법학』, 제5호, 한국노동법학회, 1995.
- 이승길, 「근로계약의 기간에 대한 입법론」, 『노동법률』, 2001. 4.
- _____, 「현행 근로자파견법의 문제점」, 『노동법률』, 2000. 5.
- _____, 「비정형고용의 현황과 과제」, 『노사포럼』, 제14호, 2001. 5.
- 이원희, 「파트타임노동의 법률상 보호문제」, 『민주법학』, 제6호, 관악사, 1993.
- 이철수, 『단시간근로 및 파견근로에 관한 법적 연구』, 한국노동연구원, 1998.
- _____, 「아웃소싱의 법리」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998.
- 임무송, 『영국의 노동정책 변천사』, 한국노동연구원, 1997.
- 임종률, 『노동법』, 박영사, 1999.
- 정양희, 「시간제 노동의 실태와 정책방향」, 시간제고용대책회의 자료집, 1995.
- 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993.
- 정인수, 『주요국 노동시장 정책의 변화』, 한국노동연구원, 1997.

- _____, 『취업형태 다양화와 정책과제』, 한국노동연구원, 1997.
- _____, 『파견근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1998.
- 전국여성노조·한국여성노동자협회의, 『경기보조원에 대한 근로기준법 적용과 성차별적 조기정년제에 관한 토론회』, 2000. 1. 31.
- 전국민주노동조합총연맹, 『비정규직 여성노동자 조직화방안에 관한 연구』, 미간행자료, 1999.
- 전국상업노동조합연맹 상업연맹보고서, 『유통산업의 비정규직 및 근무시간 문제에 대하여』, 미간행자료, 1999.
- 조경배, 「위법한 근로자공급사업에 있어서의 사용사업주와 공급근로자간의 근로계약 성립여부」, 『노동법의 쟁점과 과제』(김유성 교수 회갑기념 논문집), 2000.
- 조성혜, 「재택근무자(텔레커뮤니티)의 시·공간 행태에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1995.
- _____, 『우리나라 재택근무(텔레커뮤니티)의 현황과 전망』, 정보사회연구, 1996.
- 조순경, 「파견근로의 실태와 정책방향」, 한국민주노동조합총연맹, 1995.
- _____, 「검증되지 않은 전제와 현실: 파견근로자보호등에관한법률의 입법 취지와 규제완화론의 허구」, 『파견노동의 정규직화, 어떻게 해야 하나?』, 민주노총 정책토론회 자료집, 2000. 5.
- 조임영, 「프랑스 불안정 근로계약법제」, 영남대 박사학위논문, 2000. 6.
- _____, “프랑스의 불안정근로계약—유기근로계약법제를 중심으로”, 「근로시간단축 및 비정규근로직 보호에 관한 노동법적 검토」, 한국노동법학회 2000년도 추계학술대회.
- 최경수, 『단시간근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1997.
- 최홍엽, 『외국의 근로자파견제도의 최근 동향』, 한국법제연구원, 1998.
- _____, 「근로자파견과 집단적 노사관계」, 『노동법학』, 제10호, 한국노동법학회, 2000.
- _____, 「파견기간 초과시 고용간주규정의 해석」, 『노동법연구』, 제10호, 서울대 노동법연구회, 2001.
- _____, 「근로자파견법의 쟁점과 과제」, 『민주법학』, 제18호, 2000. 8.
- 파견철폐공동대위, 『2000년 간접고용 실태조사보고서』.

- 하경효, 『노사관계의 규제완화와 노동법의 발전방향』, 한국노총 중앙연구원, 1996.
- 한국노동연구원, 『2000년 해외노동통계』, 2000.
- 한국노총 중앙연구원, 『노동시장변화에 따른 노동법적 대응방안』, 4월 월례토론회, 2000.
- 한국사회보장학회, *Flexibility vs. Security? Social Policy and the Labor Market in Europe and East Asia*(사회보장과 노동시장의 유연성), 한국사회보장학회 2000년 추계국제학술회의, 2000. 11. 30~12. 1.
- 한국여성노동자협의회·한국여성연구·전국민주노동조합총연맹, 『비정규직 여성노동자 조직화방안에 관한 연구』, 미간행자료.
- 그레그 J. 뱀버·러셀 D. 란즈베리 共編, 박영범·우석훈 共譯, 『국제비교고용관계』, 한국노동연구원, 2000.
- 菅野和夫, 『労働法』, 1988.
- 吉田美喜夫, 「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」, 『日本労働法學會誌』 68號, 総合労働研究所, 1986.
- 東京大學労働法研究會編, 『注釋労働法(上卷)』, 1980.
- 馬渡淳一郎, 「ネットワーク化と雇用の多様化」, 『季刊労働法』, 187호, 総合労働研究所, 1998.
- 社團法人日本サテライトオフィス協會, 「テレワーク導入マニュアル」, 『旬刊労働實務』, No.1274, 1999.
- 社團法人日本サテライトオフィス協會, 「日本のテレワーク人口調査」, 『研究2報告書』(平成8年度版), 1997.
- 小山鳥典明, 「労働者の判斷基準」, 『季刊労働法』 139號, 総合労働研究所, 1986.
- 神谷隆之, 「企業のネットワークに伴う労働の問題點」, 『季刊労働法』, 187호, 総合労働研究所, 1998.
- 伊藤博義, 「勞基法上の労働者・使用者」, 『現代労働法講座 9卷』, 総合労働研究所, 1982.
- 日本労働省 労働基準局 編著, 『解釋通覽 労働基準法(上)』, 1973.
- 中脇晃, 「家内労働法」, 『現代労働法講座 9 労働保護法論』, 総合労働研究所, 1980.

- 片岡昇, 「特殊勤務者の法的問題」, 『季刊労働法』, 60號, 総合労働研究所, 1967.
- 大橋範雄, 「労働者派遣事業制度の改正に關する中職審「建議」を讀んで」, 『労働法律旬報』, 1437号, 1998. 8.
- A. Adlercreutz, 'Sweden', in Blanpain(ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Vol.9, 1982,
- Andrew Bibby, "Is Telework right for You", *Home is Where the Office is: A Practical Handbook for Teleworking from Home*, Hodder, 1991.
- _____, "Trade Unions and Telework", *Report Produced for International Trade Secretariat FIET*, Autumn 1996.
- B. A. Hepple, Flexibility and Security of Employment, in : R. Blanpain(ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economics*, Vol.1, Deventer, 1990.
- Blande, *Flexibilisierung und Deregulierung : Modernisierung ohne Alternative ?*, in : Festschrift für Albert Gnade, 1992.
- Beaumont, P.B., and J. Elliott J., "Employment Choice Among Unions : the Case of Nurses in the NHS", *Industrial Relations Journal* 23. 2, 1992.
- Berndt Keller, Hartmut Seifert Hrsg, *Atipische Beschäftigung, Verboten oder Gestalten*, Köln, 1995.
- Britton, F.E.K., "Rethinking Work, An Exploratory Investigation of New Concepts of Work in a Knowledge Society", *Ecoplan International*, RACE, 1994.
- Buschmann/Ulber, "Flexibilisierung: Arbeitszeit, Beschäftigung", *Basis-kommentar*, 1989.
- B. Veneziani, "The New Labour Force", R. Blanpain/C. Engels ed., *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrial Market Economies*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1993.
- Däubler, "Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses", *AuR*, 1988.
- _____, *Das Arbeitsrecht* 2, 7. Aufl., 1990.
- _____, "Trends in German Labour Law", in : Wedderburn et. a.,

- Labour Law in the Post - Industrial Era*, 1994.
- Deregulierungskommission(Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen), *Marktöffnung und Wettbewerb*, 1991.
- Di Nicola, P. & Parotto, R., "Are the Telos Key Actors for the Expansions of Telework?", Paper presented to the workshop on New International Perspectives on Telework: From Telecommuting to the Virtual Organization, Brunel University, July. 1996.
- Edwards, Linda N. and Field-Hendrey, Elizabeth, "Home-based Workers : Data from the 1990 Census of Population", *Monthly Labor Review*, Nov. 1996.
- Industrial Relations Services, *European Industrial Relations Review*, Issue 322, Nov. 2000.
- Gay Watson, "The flexible workforce and patterns of working hours in the UK." *Employment Gazette*, July. 1994.
- Hanau, "Arbeitsrecht in der sozialen Marktwirtschaft", in *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1984.
- Hiltz, S.R., "Online Communities". *A Case Study of the Office of the Future*, 1984.
- Hromadka, "Ein Arbeitsvertragsgesetz für Deutschland", *Wirtschaftsrecht* 346, 1992.
- Hueck/Nipperdey, "Lehrbuch des Arbeitsrechts", 1963. V. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, "Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb", *ZfA*, 1988.
- Huws, Ursula, "Teleworking in Britain", *A Report to the Employment Department*, 1993.
- _____, "The new Homeworkers: New Technology and the Changing Location of White-collar Work", *Low Pay Unit, Low Pay Pamphlet*, No.28, 1984.

- International Labour office, *Conditions of Work Digest: Telework*, Geneva, 1990.
- Jacqueline O'Reilly and Colette Fagan, "PART-TIME PROSPECTS: An International Comparison of Part-time Work in Europe", *North America and the Pacific Rim*, London and New York, 1998.
- J.A. Young, "The Advantages of Telecommuting", *Management View*, 1991.
- J. Atkinson, J. Rick, S. Moris, M. Williams, "Temporary Work and the Labour Market", *The Institute for Employment Studies*, 1996.
- Judkins, P., West, D. & Drew, J., *Networking in Organizations: The Rank Xerox Experiment*, Gower, Aldershot, 1986.
- Kathleen Barker, Kathleen Christensen, "CONTINGENT WORK", *American Employment Relations in Transition*, Cornell University, 1998.
- Kittner(Hrsg.), *Gewerkschaftsjahrbuch*, 1990.
- Korte, W.B., "Telework. Potential and Reasons for its Utilization from the Organization's as well as the Individual's Perspective", in *Concerning Home Telematics*, 1988.
- Kraft, "Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses: Lohn ohne Arbeit", *ZfA*, 1994.
- Linda N. Edwards & Elisabeth Field-Hendrey, "Home-based Worker: Data from the 1990 Census of Population", in *Monthly Labour Review*, U.S. Department, Nov. 1996.
- Löwisch, *Die Flexibilisierungsbestrebungen im Deutschen Arbeitsrecht*, 1988.
- Mark A. Rothstein, Andria S. Knapp, Lance Liebman, *Employment Law*, 2nd ed., The Foundation Press, Inc., 1991.
- Mark Beatson, "Progress Towards a Flexible Labour Market." *Employment Gazette*, Feb. 1995.
- Michael Kittner, *Arbeits- und Sozialordnung*, 22. Aufl., Köln, 1997.
- Moran, R. & Tansey J., "Telework: Women and environment",

- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Dublin, Nov., 1986.
- National Reserch Council: Office Workstations in the Home, National Academy Press, 1985.
- Nilles, J.M., Carlson, F.R., Gray, P. and Hannemann, G.J., *The Telecommunications - Transportation Tradeoff*, 1976.
- _____, "Traffic Reduction by Talecommuting: A Status Review and Selected Bibliography", in *Transportation Research, A*, Vol. 22A, No.4, 1988.
- OECD, *Employment Outlook*, 1999.
- Olson, M.H. and S.B. Primps, "Working at Home with Computers: Work and Nonwork Issues", *Journal of Social Issues*, Vol.40, No.3.
- Paul Blyton, "Flexible Times? Recent Developments in Temporal Flexibility", *Industrial Relations Journal*, Vol.23 No.1., Spring 1992.
- Qvortrup, L., "Telework: the Trend Towards Networking", CCS, Odense University, Denmark, 1994.
- Reinhard Richardi · Otfried Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 2*, C.H. Beck, 1993.
- Richard S. Belous, "The Contingent Economy", *National Planning Association*, 1989.
- Rüthers, "Funktionswandel im Arbeitsrecht", *ZfA*, 1988.
- _____, "Wandel der Industriegesellschaft-Möglichkeit und Grenzen des Arbeitsrechts", in: Scholz (Hrsg.), *Wandel des Arbeitsrechts als Herausforderung des Rechts*, 1988.
- Söllner, *Grundriß des Arbeitrechts*, 1990.
- Ursula Engelen-Kefer/Jürgen Kohl-Peter Peschel-Hans Ullmann, *Beschäftigungspolitik, Dritte, völlig neu Bearbeitete Auflage*, Köln, 1995.
- Vittorio Di Martino, Linda Wirth, "Telework: A New Way of Working and living", *International Labour Review*, Vol. 129, 1990.

Wedderburn, “Labour Law and the Individual in Post-Industrial Societies”, Wedderburn, et.al., *Labour Law in Post-Industrial Era*, Dartmouth, 1994.

Wlotzke, “Das Gesetzliche Arbeitsrecht in Einer Sich Wandelnden Arbeitswelt”, DB 1985.

Zachert, “Die Zerstörung des Normalarbeitsverhältnisses”, *AuR*, 1988.

Zimmermann, “Deregulierung der Arbeitsbedingungen-Gefährdung koll Ektiven des Handelns”, in: Gaugler/Müller/Reuter/Auflösung, *Zimmermann des Normalarbeitsverhältnisses?*, 1988.

Zöllner, “Flexibilisierung des Arbeitsrechts”, *ZfA*, 1988.

Zöllner/Loritz, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl.