

연구보고서

1995 - 010

고용형태 변화에 따른 노동법적 대응

한국노동연구원

目次

머리말

第1章 序論: 雇傭形態 多樣化의 背景

第2章 多樣化된 雇傭形態의 類型

第1節 多樣化된 雇傭形態의 非正規勤勞

第2節 多樣化된 雇傭形態의 類型

1. 臨時雇傭
2. 勤勞者派遣
3. 파트타임雇傭
4. 家內勤勞

第3章 雇傭形態와 變化와 ‘勤勞者’ 概念

第1節 序 論

第2節 勤勞基準法 第14條의 ‘勤勞者’ 概念

第3節 雇傭形態의 變化에 따른 勤勞者性 判斷

1. 使用從屬關係
2. 使用從屬性에 대한 判斷
3. 派遣勤勞者의 勤勞者性
4. 臨時職勤勞者 및
파트타임勤勞者의 勤勞者性
5. 家內勤勞者의 勤勞者性

第4章 臨時職勤勞者에 대한 勞動法 適用

第1節 臨時勤勞의 概念

第2節 臨時勤勞의 類型

1. 契約社員
2. 囑託社員
3. 아르바이트社員
4. 業務委託型의 臨時雇傭

第3節 臨時勤勞에 대한 勤勞法的 保護

1. 勤勞者性의 判斷
2. 勤勞條件의 明示
3. 就業規則
4. 賃金
5. 勤勞時間・休暇・休憩・休日
6. 連鎖的 勤勞契約과 解雇
7. 臨時職勤勞者의
勞組加入・結成

第5章 파트타임勤勞者에 대한 勤勞法 適用

第1節 파트타임勤勞의 背景과 概念

第2節 파트타임勤勞者에 대한 勤勞法 適用

1. 均等待遇의 原則
2. 勤勞基準法의 適用
3. 集團의 勞使關係法의 適用

第3節 小 結

第6章 派遣勤勞者에 대한 勤勞法 適用

第1節 派遣勤勞의 概念

1. 派遣勤勞의 概念 및 類似한
雇傭形態

序言

1980년대 후반 이후 우리나라의 취업구조와 고용형태는 큰 변화를 보이고 있다. 즉 근로의 실태에 있어 지금까지의 통상적인 고용형태와는 구별되는 임시고용, 근로자파견, 파트타임근로 등의 다양한 고용형태가 확산되고 있다.

이와 같은 비전형적 근로가 증가하고 있는 원인으로는 노동시장의 수요공급구조의 변화와 1987년 6·29 이후 변화된 노사관계를 들 수 있다.

다양화된 고용형태가 기존의 고용형태와 구별되는 노동법적 의미는 변화된 고용형태에 따라 이루어지는 근로관계의 차이에 있으므로 그에 따른 노동법적 대응이 문제이다. 즉 근로기준법이 제정된 당시에는 예상하지 못했던 다양한 근로관계가 노사간에 이루어지고 있으므로

상용·정규근로자들을 전제하고 그들을 보호하는 체계를 취하고 있는 현행 노동법을 변화된 고용형태에 의해 취업하는 근로자들에게 적용시키기에는 한계가 있다.

따라서 이들은 임금, 근로시간, 재해보상, 후생·복지 등 근로조건에 있어 정규근로자에게 비하여 합리적 이유없는 차별을 받고 있으며 대부분 상용이 아닌 고용형태로 취업하므로 고용안정도 확보되지 못하고 있는 상황이다. 또한 이들을 고용하는 사용자의 입장에서 분쟁발생시 적용법규의 부재로 인한 곤란함에 직면하게 되므로 고용의 활성화에 장애요인이 되고 있다.

본 연구는 고용형태의 다양화에 따른 노동법적 대응의 방향을 제시함을 목적으로 하였다.

노사간의 현실적 필요에 따라 발생하는 다양한 고용형태를 일정한 카테고리 속에 포함시켜 유형별로 명확하게 분류하기는 어려운 일이다. 임시고용과 파트타임 같은 경우 실제로 양자를 구분하여 논하기 어려우며, 또한 가내근로의 경우 최근 노동시장의 변화로 인해 새롭게 등장한 고용형태는 아니지만 생산적 인력의 부족이 심화되고 있는 가운데 앞으로 기업의 하청에 의한 가내근로에 대한 의존도가 커질 전망이고, 노동법적 보호로부터 소외된 비전형적 근로의 한 유형으로 파악되고 있다.

본 연구에서는 다양화된 고용형태의 유형을 계약직, 촉탁을 포함하는 임시(계약)고용, 근로자파견, 파트타임근로, 하청에 의한 가내근로 등 네 가지로 분류하여 각각의 고용형태하의 근로관계에 대한 현행 노동법 적용의 문제점 및 해석·입법방향을 살펴보았다.

다양화된 고용형태하의 근로자들에 대한 노동법적 대응에서의 쟁점은 이들에 대한 노동법적 보호를 하면서 동시에 고용의 활성화를 꾀해야 한다는 것이다. 고용창출이라는 측면에서 본다면 임시근로, 파견근로, 파트타임근로, 가내근로와 같은 고용형태하의 근로자들에 대한 노동법적 보호가 노동시장의 유연성 확보에 부정적 요인으로 작용한다고 생각할 수도 있다. 그러나 실업해소 및 고용창출을 위한 근본적이고 장기적인 대책은 오히려 합리적이고 적절한 보호를 통하여서만 세워질 수 있다. 각각의 고용형태의 특성에 따라 그 보호의 내용과 정도는 차이가 있을 수 있으나 기본적인 근로조건 유지와 고용의 안정은 공통적으로 확보되어야 한다.

또한 고용형태의 다양화에 따른 대응이 정책적이든, 법적이든간에 우선적으로 선행되어야 할 것은 변화된 고용형태하의 근로관계의 실질에 대한 파악이다. 그러나 본 연구는 그와 같은 근로관계의 실질에 대한 실태의 파악이나 조사를 수반하지 않은 규범적 해석에 의한 접근에 한정하였음을 밝혀둔다. 앞으로 본 연구를 시발점으로 하여 구체적 근로관계의 실질을 바탕으로 한 연구가 활발히 이루어지기를 기대한다.

본 연구를 진행하는 과정에서 도움을 준 본원의 洪惠淑·申史齡 두 연구조원과 편집·교정을 위해 많은 애를 써준 朴贊暎 출판팀장, 鄭澈 연구원 등 출판담당자들에게도 진심으로 감사드린다. 끝으로 본 보고서에 수록된 모든 연구내용은 저자의 개인의견이며 본 연구원의 공식적 견해가 아님을 밝혀둔다.

1995年 5月
韓國勞動研究員
院長 金大模

第 1 章

序 論 : 雇傭形態 多樣化의 背景

우리나라의 취업구조와 고용형태는 노동시장의 변화와 함께 최근에 들어와 큰 변화를 보이고 있다. 선진산업국가의 경우 고용형태의 변화 및 다양화는 지난 20년간 광범위하게 이루어져왔으며, 그러한 변화는 각국의 정책 및 법제에 영향을 미쳐왔다.¹⁾ 우리나라의 경우에도 이러한 변화는 이미 1980년대 후반부터 시작된 추세로서, 1960~70년대의 공업화 추진기간에 있었던 변화와는 다른 양상이다.²⁾

취업구조 및 고용형태의 변화는 노동시장의 수요공급 구조의 변화는 물론 1987년 6·29 이후 활성화된 노동운동으로 변화된 노사관계도 그 요인으로 작용한다.

노동시장을 둘러싼 경제상황 및 노사관계의 변화는 근로의 실태에 있어 지금까지의 통상적인 고용형태와는 구별되는 임시고용, 근로자파견, 파트타임근로, 하청에 의한 가내근로 등 다양한 고용형태를 등장시키고 있는데, 이와 같이 정규의 고용형태가 아닌 비전형적 근로(atypical, contingent work)가 증가하고 있는 원인은 여러 가지 측면에서 찾을 수 있다.

첫째, 고용형태의 변화 내지 다양화의 원인을 노동시장의 수요측면에서 찾는다면 자동화를 위한 기술혁신과 서비스경제화의 진전에 따른 기업의 노동력 수요의 변화를 들 수 있다. 자동화에 의한 제조업의 소프트화 추세는 종래 하나의 직종으로 통합되어 있던 업무를 전문적인 직종과 단순기능의 직종으로 분화시킴으로써 직종간 수요측면의 변화를 가져왔으며, 서비스경제화 및 정보 산업화 역시 산업간 수요변화를 초래하였다.³⁾ 즉 급변하는 국제경제환경에 대처하기 위하여 JIT(Just in Time), 다품종소량생산 등 생산방식의 변화가 이루어지면서 기능적 유연성(functional flexibility)을 가진 숙련된 多能工에 대한 수요가 증가됨과 아울러 업무량의 단기적 변동에 대한 탄력적 대응과 경비절감을 위한 기업의 비정규근로에 대한 수요가 증가하고 있다.⁴⁾

둘째, 노동시장의 공급측면에서도 취업구조 및 고용형태의 변화요인을 찾을 수 있다. 노동력의 여성화·고령화·고학력화로 요약되는 노동력 구성상의 변화는 비정규근로자群을 증가시키고 있다.⁵⁾ 즉 노동력의 여성화·고령화는 산업간 취업구조의 여성화 및 고령화뿐만 아니라 직종선택의 변화까지 초래하여 제조업 생산직부문에서 사무직·서비스직부문으로 취업구조를 변화시키고 있다.⁶⁾ 1980년 졸업정원제 확대정책의 결과인 노동력의 고학력화 현상 역시 직종선택에 있어 사무직·서비스직의 선호를 가져옴으로써 취업구조 변화의 한 요인이 되었다. 주부나 고령자의 경우 가사와의 양립 또는 체력적 이유에서 정규근로의 부담을 피하고자 비정규근로를 선호하거나 일부 전문직 종사자들의 경우 근로시간의 탄력성이 확보되고 기간의 정함이 있는 계약의 형태를 선호하기도 한다. 즉 상용·정규근로자에 비하여 자주성이 확보되는 새로운 고용형태를 선호하는 노동공급자의 비중이 커지고 있다.

셋째, 취업구조 및 고용형태의 변화에 중요한 영향을 미치게 된 요인으로서 기업의 고용관리의 변화를 들 수 있다. 기업의 고용관리면에서의 변화는 두가지 측면으로 요약할 수 있다. 그 하나는 기업간의 경쟁이나 국제경쟁에 따라 기업은 경비절감과 아울러 불황기에 해고의 용이함을 꾀할 목적으로 비정규근로자를 활용하려 하는 것이고, 또 다른 하나는 1987년 6·29 이후 노조의 고용관리에 대한 발언권 강화로 인해 노동투입량 조절의 탄력성을 상실하게 된 기업으로서는 생산 및 고용관리의 탄력성 회복을 위하여 외주, 공장내 하청, 소사장제, 파견근로의 확대와 함께, 임시고용, 파트타임 고용 등 다양한 고용형태를 활용하고자 한다.⁷⁾

넷째, 인력수급의 불균형, 특히 최근 중소기업의 인력난 심화에 따라 노동력의 양적 공급을 확대하고자 하는 정책방향 역시 비정규근로의 증가 원인이 된다.⁸⁾ 여성 및 고령자 등 취업희망 비경제활동인구의 산업인력화정책의 일환으로서 정부는 시간제근로의 확산을 위한 법·제도의 정비 및 보육시설의 확충을 꾀하고 있으며, 하청에 의한 가내근로자에 대해서도 제도적으로 보호하고자 하는 움직임이 보이고 있다. 또한 1991년에 고령자고용촉진법을 제정하여 정년연장 효과와 더불어 고령자 취업적합 직종에서의 고용을 통한 고령자의 노동시장 진입을 꾀하고 있다.⁹⁾

이상과 같은 여러 가지 요인에 의한 노동시장의 취업구조와 고용형태의 변화는 기업의 내부화된 고용관리체계, 즉 내부노동시장(internal labormarket)에 있어 이중구조화(dualization)의 모습으로 나타난다. 내부노동시장의 이중구조화에서의 구조변화는 근로자들을 핵심근로자(core workers)와

주변근로자(peripheral workers)로 구분하여, 핵심근로자에게는 고용의 안정을 보장하고 교육·훈련, 전환배치, 승진 등의 경력개발기회(career development opportunity)를 제공하여 평생직장이 되도록 하는 한편, 주변근로자와는 기간의 정함이 있는 계약을 체결하고 임금 이외의 복지혜택, 경력개발기회의 부여에서는 배제시키는 고용관리를 특징으로 하고 있다. 따라서 후자의 주변근로자군에 속하는 비정규근로자들은 고용안정(employment security)과 근로조건의 보장에 있어 핵심근로자군에 속하는 정규근로자들에 비하여 많은 문제를 안고 있다.¹⁰⁾ 그러나 현행 노동법은 정규고용 형태의 통상근로자들을 전제로 하여 만들어진 것이므로 다양화된 고용형태의 변화에 대응하지 못하고 있다.¹¹⁾ 물론 비정규근로자의 고용실태를 일률적으로 저임금, 무권리, 불안정 고용이라는 관점에서 파악하는 것은 타당하지 않을 것이나 비정규근로의 현실적 증가원인이 기업의 경비절감, 노동법 적용의 회피에 있다는 점은 부인할 수 없다.¹²⁾ 따라서 파견근로자, 파트타임근로자, 임시근로자, 가내근로자 등 기존의 고용형태와는 다른 새로운 고용형태의 근로자들은 법적·제도적으로 충분한 노동법상의 보호를 받지 못하고 있는 것이 현실이다.

이들은 임금, 근로시간, 작업환경, 산업재해, 기타 복지·후생 등에 있어 상용·정규직의 일반근로자보다 불리한 근로조건으로 일하고 있으며, 특수한 전문기술 노동력에 대하여 사용자가 그의 필요에 의하여 높은 근로조건을 보장해 주지 않는 한 대부분의 근로자들은 사실상 노동법적 보호로부터 소외의 사각지대에 놓여 있다.

파견근로자의 경우 현행법상 파견근로 자체가 불법일 뿐만 아니라 고용계약을 체결한 사용자와 실제 근로의 제공을 받는 사용자가 같지 않기 때문에 임금을 비롯하여 산업재해 보상 등에 있어 분쟁이 발생한 소지가 크며, 파트타임근로자나 임시근로자 역시 정당하고 합리적 이유 없이 상용·정규근로자에 비해 근로조건에 있어서 차별을 받고 있다.

기업의 하청에 의해 가내근로에 종사하는 근로자의 경우에도 마찬가지로 노동법적 보호에서 배제되어 있다.

비정규근로로 요약·표현할 수 있는 다양화된 고용형태에 대한 법적 대응에 있어서 중요한 과제는 정규고용에 의한 통상근로자들의 경우와 달리 근로자보호의 이념과 더불어 이들에 대한 고용창출의 효과까지 충족시켜야 한다는 것이다. 이에 대하여 비정규근로에 대하여도 법적·제도적으로 통상근로자와 같은 수준으로 보호를 한다면 사용자가 이들을 고용하는 동기부여가 약화되어 고용창출의 효과는 기대할 수 없다는 견해가 있다.

이러한 견해에 의한다면 고용형태의 다양화에 따른 가장 합리적 대응은 노동시장의 대한 입법적 규제보다는 노사의 관행 또는 노사 당사자의 노력에 의하는 방법이 될 것이다. 그러나 단순히 규제를 완화하여 양적으로 노동력의 공급을 증가시키는 것은 장기적 안목에서 볼 때 오히려 시장기능을 악화시킬 소지가 있다.

또한 규제의 강화가 고용을 감소시키고, 반대로 규제를 완화하면 고용이 증가된다고 하는 단순논리는 노동시장에서 성립될 수 없을 것이다.

사용자는 비정규근로자를 고용하는 경우 통상·정규근로자를 고용하는 경우에 비하여 경비절감을 꾀할 수 있고, 계약의 해지에 있어 탄력적이며, 노무관리가 용이하므로 경쟁력을 확보할 수 있다. 그러나 이와 같은 고용전략에 의하여 장기적으로 경쟁력을 확보하기는 어렵다. 왜냐 하면 다른 기업, 다른 국가 역시 같은 전략으로 대응하기 때문이다. ‘있어야 할 근로관계’를 실현하기 위한 근로자보호라는 노동법 본래의 이념적 요청 이외에도 취업희망자를, 노동시장에 진입시켜 산업인력화하기 위하여는 다양화된 고용형태하에 취업하는 근로자들의 근로조건을 고용형태에 관계없이 보장해 주어야 할 것이다.

또한 기업은 새로운 고용형태를 택함으로써 절감된 비용을 그러한 비정규·임시직근로자의 복지·후생 등 근로조건 보호에 전향적으로 재투자하고, 대신 유연생산방식(flexible production system)과 같은 생산방식의 변화를 추구하여 기능적 유연성을 확보하는 것이 경쟁력을 지속적으로 확보하는 길이 된다.¹³⁾

본 연구는 고용형태의 다양화에 따른 법적 대응책의 마련에 있어서 상기한 바와 같은 관점을 바탕으로 최근 다양화된 고용형태의 유형을 임시(계약)직, 파견근로, 파트타임, 가내근로로 분류하여 고찰해 보고자 한다.

제1장 서론-고용형태 다양화의 배경에 이어 제2장에서는 다양화된 고용형태의 유형을 분류한다. 제3장에서는 고용형태의 변화와 근로자 개념에 대하여, 제4장 임시직근로 제5장 파트타임근로,

제6장 파견근로, 제7장 가내근로에서는 각각의 고용형태하의 근로관계에 대한 노동법 적용의 문제점 및 해석·입법방향에 대하여 고찰하기로 한다.
제8장 결론에서는 이상의 연구를 바탕으로 하여 다양화된 고용형태의 근로관계에 대한 바람직한 해석론 및 입법론적 대응책을 제시한다.

주석1) OECD, Flexibility in the Labour Market-The Current Debate(Labour Force Statistics) 1986; OECD, Labour Force Statistics 1972~92, 1994(특히 파트타임근로자의 경우가 가장 빠른 속도로 확산되어가는 고용형태라고 할 수 있다. 호주의 경우 1982년 전체근로자의 17.1%를 차지하던 파트타임근로자가 1992년에는 24.4%에 달하였으며, 독일은 12%에서 15.5%로, 영국은 17.9%에서 23.3%, 일본은 15.9%에서 20.5%로 증가하였다).

주석2) 1960~70년대의 노동시장의 변화를 농촌 또는 농업부문의 저학력·저연령계층의 풍부한 노동력이 도시부문의 제조업과 서비스부문으로 흡수되었다는 점에서 찾을 수 있다면, 1980년대 후반의 노동시장의 변화는 건설·섬유·고무·전자 등 노동집약적 산업의 중소기업분야에 있어 단순기능, 숙련기능 및 기술인력 등 생산직 인력이 전반적으로 공급부족인 반면 인문계 및 여성 중심의 고학력자의 공급과잉으로 부문간 수급불균형 현상이 두드러진다는 점이 특징이다(어수봉, 『韓國의 勤勞移動』, 1992. 15쪽).

주석3) 김장호, 『자동화 기술혁신과 고용』, 한국노동연구원, 1991, 34쪽; 김종렬, 『서비스 산업의 고용』, 한국노동연구원, 1991, 67쪽.

주석4) Richard S. Belous, The Centingent Economy: The Growth of the Temporary, Part-Time and Subcontracted Workforce, 1989, p. 32.

주석5) 신영수, 『여성노동력의 중장기전망과 과제』, 한국노동연구원, 1991, 9쪽 이하;
이효수, 『고학력화 현상과 고용』, 한국노동연구원, 1991, 13쪽 이하; 박성준, 『고령화와 고용』, 한국노동연구원, 1991, 17쪽 이하.

주석6) 신영수, 위의 책, 1991, 23쪽; 어수봉, 앞의 책, 1992, 16쪽

주석7) 어수봉, 『한국의 여성노동시장』, 한국노동연구원, 1991, 65쪽; 어수봉, 『한국의 노동이동』, 1991, 17쪽.

주석8) 경제기획원, 『여성인력 등 유희인력 활용과 직업안정기능 확충방안』, 1991.

주석9) 일본은 「중고령자 고용촉진특별조치법」을 실시하여 상용근로자의 일정비율(약 6%)을 55세 이상으로 의무화하고 있으며, 미국의 경우에도 「Age Discrimination in Employment Act」에 의하여 정년연령의 상한을 폐지함으로써 중·고령인력을 활용하고 있다. 이들 나라의 경우 중·고령인력이 2차 노동력이라는 점에서 노동시장의 인력수급에 따라 보완·완충역할로 보고 노동시장에서의 1차 노동력(청·장년계층)에 대한 초과수요시에는 중·고령인력으로 대처하는 조치를 취하고 있다. 신영수, 앞의 책, 1991, 47쪽.

주석10) 그러나 비정규고용 형태는 고용기회를 확대시켜 광의의 고용안정을 제고하는 측면이 있다는 관점도 있다. 어수봉, 『고용관련법의 경제학-노동유연성과 고용안정의 법제도화의 제문제-』, 한국노사관계학회, 1994. 3. 25, 15쪽

주석11) 김유성, 「산업구조조정과 경기변동에 따른 근로자보호」, 『노동법 연구』 제2권 제2호 1992, 16쪽.

주석12) 오문완, 「시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위 논문, 1994, 17쪽.

주석13) Richard S. Belous, op. cit p.50ff.

第2章

多様화된 雇傭形態의 類型

第1節 多様화된 雇傭形態와 非正規勤勞

새로운 고용형태가 기존의 고용형태와 구별되는 노동법적 의의는 변화된 고용형태에 따라 이루어지는 근로관계의 차이에 있다.

그와 같은 관점에서 학계에서는 새로운 고용형태에 의해 이루어지는 근로를 정규, 典型(typical)노동과 대비하여 ‘비정규(atypical contingent)근로’라는 범주로 분류한다.¹⁾ 물론 다양화된 고용형태에 의해 취업하는 근로자를 일률적으로 비정규근로자로 판단할 수는 없을 것이다. 그러나 현실적으로 임시직, 파견근로, 파트타임 등 새로운 고용형태하에 취업하는 근로자들의 근로관계는 비정규근로의 특성을 지니고 있으므로 ‘비정규근로’의 범주로 분류하여 고찰하는 것이 타당하다고 생각된다. ‘비정규근로’에 대한 개념이 확정되어 있는 것은 아니나 ‘정규근로’와의 대비하에 정의하는 것이 일반적 경향이다.²⁾

정규근로자의 전형적 징표를 전일제(full-time) 근로, 계속성이 전제되는 고용관계라고 볼 때, 비정규근로자의 개념적 징표를 ① 근로시간의 길이, 근로시간의 규칙성, ② 노무제공의 양태, ③ 법적·경제적 지위의 안정성을 기준으로 하여 끌어낼 수 있을 것이다. 즉 비정규근로자를 나타내는 개념징표는 불규칙한 근로시간, 짧은 근로시간, 통상적이지 않은 노무제공의 양태, 불안정한 법적·경제적 지위로 요약될 수 있다.³⁾

비정규근로자의 근로관계의 특성을 정규근로자와 비교하여 볼 때 가장 두드러진 특징은 고용안정이 확보되어 있지 않다는 점이다. 이는 대부분 비정규근로자의 고용이 상용이 아니라는 데에 기인한다. 다만 모든 비정규근로자가 常傭이 아닌 것으로 파악해서는 안 될 것이다. 즉 상용에 의한 비정규근로자도 존재하며, 그 비중은 앞으로 커질 전망이다.

기업의 고용관리체계가 핵심근로자와 주변근로자를 분류하여 이중구조화하는 추세에 있다고 볼 때, 비정규근로자의 고용이 상용화될 가능성은 크다. 그러나 일반적으로 사용자는 비정규근로자를 고용하는 경우 단기간의 계약을 체결하며 고용의 계속성을 보장해 주지 않으므로 근로관계는 임시적이다. 따라서 비정규근로자의 경우 정규근로자에 비하여 고용의 안정이 확보되지 않아 신분적으로 불안정하다.

또한 사용자는 비정규근로자에 대하여는 정규근로자에 대하여 부여하는 교육·훈련·전환·배치·승진 등의 경력개발기회를 부여하지 않는다. 뿐만 아니라 비정규근로자는 각종 수당이나 복리·후생 등의 수혜대상에서 제외되어 있다.

이와 같이 비정규고용 형태에 의해 이루어지는 근로관계는 각각의 고용형태에 따라 각기 다른 특성을 갖고 있으나 고용의 불안정성과 노동법적 보호로부터의 소외라는 공통점을 갖는 이는 노동법, 특히 근로기준법이 기존의 고용형태에 의한 근로관계를 보호하는 체계를 취하고 있기 때문이다.⁴⁾ 즉 고용형태가 다양화되면서 새로운 유형의 근로관계가 형성되고 이에 따라 근로자와 사용자 사이에 근로기준법 제정시에는 예측할 수 없었던 다양한 권리·의무관계가 설정될 것이 요구되나, 현행 근로기준법을 비롯한 노동법은 그에 미치지 못하고 있다.⁵⁾

그리고 모든 범주의 비정규고용에서 공통적으로 나타나는 점은 여성근로자들의 비율이 높다는 것이다. 파트타임근로자의 경우 대부분이 주부사원이다(55.7%).⁶⁾

결국 고용형태의 다양화에 따른 대응이 정책적이든 법적이든간에 우선적으로 선행되어야 할 것은 어떠한 고용형태가 기존의 고용형태와 구별되는 새로운 고용형태인가에 대한 파악이다. 그러나 노사간의 현실적 필요에 따라 발생하는 다양한 고용형태를 일정한 카테고리 속에 포함시켜 유형별로 명확하게 분류하는 것은 어려운 일이다. 특히 임시고용과 파트타임 같은 경우 실제로 양자를 구분하여 논하기 힘들다.

이하에서는 계약직, 촉탁 등을 포함하는 임시(계약)고용, 근로자파견, 파트타임근로, 하청에 의한 가내근로 등 네 가지로 새로운 고용형태의 유형을 분류해 보기로 한다.

주석1) 또는 marginal work라는 표현을 쓰기도 하나, 이는 기업의 핵심근로자(core workers)에 대비하여 주변근로자(peripheral workers)를 설명하는 개념으로 사용되므로 엄밀한 의미에서 비정규근로의 개념과 동일한 것으로 볼 수는 없다.

주석2) 정규근로의 전형적 특징은 근로자는 사용자와 종속적 관계에 있으며, 고용계약은 특별한 사유가 없는 한 常傭이라는 것, 전일제의 근로시간, 통상근로에 준하는 근로일수, 노동법, 단체교섭 노사협의회 등에 의한 근로관계의 보호, 근속연수에 따라 계산되는 월급제의 임금 등을 들 수 있다(Konile-Seidi, Ulmann and Walweid “The European Social space : Atypical forms Employment and Working hours in the European Community” , International Social Security Association, 1990; 김성환, 『비정규노동에 관한 연구』, 15쪽 이하).

주석3) Rodgers, “Precarious Work in Western Europe” , Precarious Jobs in Labour Market Regulation : The Growth of Atypical Employment in Western Europe, ILO, Geneva, 1989; Creighton and Stewart, Labour Law An Introduction, 1990, p. 104ff; Leighton, “Marginal Workers” , Labour Law in Britain, 1986, p. 510.

주석4) 김유성, 「산업구조조정과 경기변동에 따른 근로자의 보호」, 『노동법 연구』, 제2권 제1호, 16쪽.

주석5) Arbeitsvertragsgesetz-Ein Diskussionsentwurf, 1992. S.13ff;

毛塚勝利, 「労働契約法制の立法論的 検討課題」, 『ジュリスト』, 1993. 9. 15, NO.1030, p.68ff.

주석6) 경제단체협의회, 『파트타임고용실태조사』, 1993. 3. 46쪽; 비정규고용 형태에서 여성 근로자의 비율이 높은 현상은 선진산업국가에서도 마찬가지이다. 미국의 경우(1992년) 전체 파트타임근로자의 66.4%, 호주의 경우 75.1%, 독일의 경우 89.6%가 여성근로자이다(OECD), Statistics on the member Countries in Figures, No. 108, June/July 1994).

第2節 多様화된 雇傭形態의 類型

1. 臨時雇傭

새로운 고용형태의 첫번째 유형으로서 임시적 고용형태(casual, intermttent fixed time Employment)를 들 수 있다.

임시적 고용형태란 근로자가 사용자와 일정기간 일시적으로 고용계약을 맺고 노무급부를 하는 고용형태를 의미한다. 임시고용은 파트타임 고용과 함께 선진산업국가에서도 가장 빠른 속도로 확산되어 가는 고용형태이다.¹⁾

사용자는 특정기간 임시직 성격의 작업을 수행하기 위하여 임시근로자를 채용하지만, 경영편의적 목적에서 상용근로자를 피하고 이들을 채용하기도 한다.²⁾ 즉 사용자는 근로자를 종신고용하는 데서 오는 부담으로부터 벗어나기 위하여 개개근로자와 단기계약을 체결하여 상용근로자를 채용함으로써 지게되는 작업환경의 정비, 각종 수당, 산업제해 예방과 보험금 납부, 퇴직금 및 연금지급 등에 대한 의무를 회피하고자 하는 것이다.³⁾

또한 임시고용 형태는 불황과 경영부진에 대비하여 임시근로자들을 채용한 후 해고의 자유를 확보하고 저임금을 강행하는 정책으로도 이용된다.

사용자는 임시근로자를 계속 고용하는 경우에도 처음에 6개월, 11개월⁴⁾ 등으로 단기계약을 체결하고 그 기간이 경과하면 반복하여 재계약하는 방식을 택함으로써 노동법적 권리를 박탈하고자 한다.

실제 기업에서 취하고 있는 임시고용의 방식은 다양하므로, 임시직근로자에 대한 개념 정립은 쉽지 않다, 일반적으로 아르바이트직, 계약직, 촉탁직의 형태가 이용되고 있으며, 전일제 또는 시간제의 근무형태가 있다. 그러나 근로계약 체결시의 명칭이나 기업내에서의 명칭에 따라 임시직근로자로 단정해서는 안 된다. 왜냐 하면 명칭과 상관없이 근로계약 성립시의 상황, 근로계약 기간, 종사하는 직무 및 그 밖의 계약내용에 따라서는 상용근로자와 다른없는 경우도

있기 때문이다.

아르바이트직이란 학생을 중심으로 졸업시까지 단기간의 고용계약을 갱신하는 형태가 주종을 이룬다. 계약직이란 기업에서 외부의 신규노동력을 채용하여 일정기간 이용하는 형태로서 판매직(학습지 판매, 보험 모집, 단체관광 모집 등)이나 전문직(번역, 설계, 섭외, 서류작성 등)의 경우에는 업무의 범위와 처리방법만을 정하고 근로시간·장소에 대하여는 근로자의 자유의사에 맡겨지는 경우도 있다. 그러한 경우 계약사원을 종속근로자로 보아야 할지 자유직근로자로 보아야 할지 애매한 경우도 있다.⁵⁾

다음으로 촉탁직이란 기업내부의 기존 노동력을 재고용하는 경우로서, 그 고용형태는 세부적으로 다양하게 이루어 지고 있다. 결혼후 직장을 떠나거나 정년퇴직을 한 근로자를 다시 촉탁사원으로 재고용하는 형태, 비서나 서류정리 등 단순사업업무를 촉탁사원으로 계약하는 형태, 수위나 시설관리인 등 한정된 업무를 촉탁사원으로 계약하는 형태 등이다.

임시근로자에게 있어서 노동법상 문제가 되는 것은 첫째, 근로시간이나 작업내용에 있어서 상용근로자와 차이가 없는 경우라도 대부분 상용근로자에 비해 낮은 임금을 받고 있으며, 동일한 임금을 받는다 해도 상여금, 퇴직금, 사회보험료 부담, 복리후생 비용 등에서 차이가 있기 때문에 결국 상용근로자와의 임금격차가 크다는 것 둘째, 단기간의 근로계약으로 인해 계약 갱신기마다 해고의 위협을 받는다는 것 셋째, 기업내의 직업훈련, 교육 등에서 제외됨으로써 근로자 개인의 직업적 적성이나 능력을 개발할 기회가 없다는 것 등이다.

2. 勤勞者派遣

새로운 고용형태 중에서도 최근 가장 급속하게 증가하고 있는 형태가 바로 근로자파견 형태이다.⁶⁾

근로자파견이란 사용자가 자신에게 고용되어 있는 근로자를 다른 회사의 파견, 근로자로 하여금 파견된 회사의 사용자에게 노무급부를 하도록 하는 고용형태를 의미한다. 즉 근로자가 고용계약을 체결하는 대상으로서의 사용자와 직접 근로제공에 대한 지휘감독권을 갖고 있는 사용자가 분리된다.

이와 같이 중층적 계약관계를 특징으로 하는 근로자파견은 지금까지 경비, 청소, 하역작업 등의 합법적 경우 또는 통역, 번역, 타자, 파출부, 간병인 등 유료직업소개 직종의 경우에 이루어지고 있었으나 최근에는 생산직·사무직 등 상시적 업무에 있어서도 두드러지게 나타나고 있다.⁷⁾

새로운 고용형태의 발생과 관련하여 특히 근로자파견이 논의의 초점이 되고 있는 이유는 첫째, 근로자파견 자체가 합법적이지 아니라는 점이며 둘째, 근로자를 고용하는자와 실제 노무급부를 제공받는자가 분리되어 있어 근로자와 파견회사 및 사용회사 사이에 발생하는 당사자관계가 파견근로자에 대한 노동법적용 회피의 원인으로 작용할 수 있다는 점이다.

근로자파견사업이 합법적이지 아니라 함은 그것이 근로자공급사업으로서 행하여지기 때문이다.

근로자공급사업은 직업소개와는 구별되는 것으로서, 직업소개가 구인자와 구직자 사이에 고용계약이 성립되도록 알선하는 일인데 반하여(직업안정법 시행령 제2조 제1항)

근로자공급사업이란 자기가 고용하는 근로자를 타인의 지휘·명령하에 노무급부를 하도록 하는 것이다.

「직업안정법(1967년 제정, 1994. 1. 7. 전문 개정)」에 의하면 유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 시·도지사의 허가(국내 유료직업소개사업) 및 노동부장관의 허가를 받도록 하고 있다(제19조). 반면에 근로자공급사업에 대하여는 "누구든지 노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급을 하지 못하며(제33조) 국내근로자 공급사업의 허가를 신청할 수 있는자는 노동조합법에 의한 노동조합에 한정된다(동법 시행령 제33조 제2항 제1호, 1994. 7. 16)"라고 규정하고 있다.⁸⁾ 또한 허가 없이 직업소개업이나 근로자공급사업을 행하는 자에 대하여는 5년 이하의 징역이나 2,000만원 이하의 벌금형에 처해진다(제47조).

따라서 현재 이루어지고 있는 근로자파견⁹⁾은 법적 근거가 없는 불법적인 것이다. 직업안정법 제19조는 근로기준법 제8조의 '중간착취 배제의 원칙'에 입각하여 노동부장관의 허가를 받은 유료직업소개사업에 대하여도 "그 요금은 고용정책심의회 심의를 거쳐 노동부장관이 결정·고시한 요금외의 금품을 받아서는 아니된다"고 규정하고 있다.

현재와 같이 근로자파견에 대해 소극적으로 대처하는 것은 근로기준법 제8조의 '중간착취

배제'원칙의 기본정신에 어긋나는 것이다. 또한 파견근로자는 기존의 고용형태하의 근로관계와 달리 고용계약상의 사용자와 사용종속관계에서 근로를 제공하는 사용자가 일치하지 않음으로써 노동법상의 보호를 받지 못할 소지가 크다.

파견근로자의 임금의 경우 동종 또는 유사한 근로에 종사하는 자의 임금에 미치지 못하고 있으며,¹⁰⁾ 체불이나 회사 도산의 경우 파견회사와 사용회사가 연대책임을 지지 않는 불이익을 당하기 쉽다.

산업재해보상의 경우에도 파견근로자는 일반근로자에 비하여 보호받지 못하고 있는 것이 현실이다.¹¹⁾ 파견근로자의 상당수가 생산직, 운전직 등의 직종에 종사하고 있음을 감안할 때 산재보험적용률이 낮은 심각한 문제로 지적되고 있다. 뿐만 아니라 근로자파견 역시 임시고용이나 파트타임근로 등 새로운 고용형태와 마찬가지로 고용의 불안정성이 문제된다. 따라서 열악한 상태에 있는 파견근로자의 근로조건을 개선하고 고용의 안정을 꾀하기 위해서는 파견근로에 대한 제도적 보호가 요구된다.

3. 파트타임雇傭

파트타임고용이란 전일제 고용에 대치되어 사용되는 개념으로서, 계약체결시 1주일이나 1일에 일반근로자의 비하여 짧은 근로시간을 일하기로 약정한 고용형태를 말한다. 파트타임근로는 선진산업국가를 중심으로 확산되어 왔으며, 우리나라의 경우에도 앞으로 확산될 전망이다. 제81차 ILO총회(1994. 6.24)에서는 파트타임근로권고(제182호)와 파트타임근로협약(제175호)이 채택되었다.

아직 우리나라에서 파트타임 고용형태에 대해서 법률상 확정된 개념은 없다. 다만 노동부의 「시간제근로자의 근로조건 보장에 관한 지침(근기 320032, 92. 1.14)」은 "시간제근로자란 1주, 1일의 소정근로일 또는 소정근로시간이 4주간을 평균하여 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 소정근로일 또는 소정근로시간에 비해 3할 이상 짧은자"라고 정의하고 있다. 일반적으로 파트타임근로자는 임시직으로 고용되고 있으며,¹²⁾ 어느 나라의 경우에도 기혼여성이 주류를 이루고 있다는 것이 특징이다.¹³⁾

파트타임고용 역시 다른 새로운 고용형태들과 마찬가지로 고용의 불안정성과 노동법적 보호로부터의 소외가 문제되나, 특히 파트타임고용의 경우 명칭만 파트타임근로자일 뿐 실제로는 근로시간의 길이나 노무급부의 내용에 있어서 일반근로자나 다름없는 경우가 문제점으로 지적된다. 또한 전일제근로를 찾지 못하여 파트타임근로에 종사하는 비자발적 파트타임근로자(involuntary)의 경우 파트타임고용은 일종의 부분적 실업(partial unemployment)으로 보아야 할 것이다.¹⁴⁾

파트타임근로라도 노동법상 근로자인 이상 원칙적으로 근로기준법, 노동조합법 등의 노동관계법규가 적용되어야 하며, 다만 '근로시간의 길이'의 차이로 인한 합리적이고 정당한 차별만이 허용되어야 할 것이다.

그러나 파트타임근로자는 일반근로자에 비하여 임금, 퇴직금, 수당, 휴가, 산업재해보상 등에 있어 불리한 근로조건하에 취업하고 있으며,¹⁵⁾ 노동부의 시간제근로지침 역시 확산되고 있는 파트타임 고용형태에 따라 제기되는 많은 문제점들을 합리적이고 적절하게 해결하기에는 한계가 있다. 특히 파트타임근로자가 대부분 여성임을 감안할 때 파트타임근로자에 대한 차별은 여성에 대한 차별과도 관련된다.¹⁶⁾ 따라서 파트타임근로자 보호를 위한 입법 및 제도적 장치가 이루어져야 하며, 정부나 기업에 의한 정책 및 관행상의 개선이 이루어져야 한다.

4. 家內勤勞

가내근로는 엄격히 말한다면 새롭게 등장한 고용형태라고 할 수는 없다. 오히려 노동시장의 변화와 관계없이 그 동안의 산업화과정에서 주로 저소득층 기혼여성을 중심으로 하여 꾸준히 이루어져온 고용형태라고 볼 수 있다. 그러나 향후 기업의 하청에 의한 가내근로 의존도는 더욱 커질 전망이다.

작업공정의 합리화로 단순노동력이 필요하게 된 기업이 직접 고용관계를 맺지 않고 주문내용이나

물량변동 등에 따라 손쉽게 동원할 수 있는 노동력을 선호하기 때문이다. 위탁업자와 수급업자간의 계약에 의한 생산분업 관계인 하청이 확산되면서 재하청이나 다단계하청에 의하여 가내근로가 이루어지는 것이다. 즉 대기업은 중소기업에 하청을 주고, 중소기업은 다시 개인에게 하청을 주어 개인은 가내에서 근로를 하게 된다.

일반적으로 가내근로자란 타인에게 고용되어 있는가의 여부와 관계없이 집이나 스스로 선택한 작업장 또는 위탁자가 지정하는 공장외부의 장소에서 위탁자로부터 원재료를 지급받아 물품을 제조·가공하며 상시적 고용이 아닌 보조자로 둘 수 있는 자를 의미한다.¹⁷⁾

가내근로자의 경우 사용자의 작업장이 아닌 외부의 작업장에서 대부분 위탁자와 특별한 계약없이 일감에 따라 노무를 제공하는 근로실태의 특성 때문에 국가가 정책적·제도적으로 이들을 보호하지 않는 한 근로조건이나 고용안정에 있어 불리한 처지에 놓이기 쉽다.

독일(Heimarbeitsgesetz, 1951 제정, 1993. 10. 7 최종 개정과 일본(가내노동법, 1970 제정)은 가내노동법을 통하여 가내근로자를 보호하고 있다. 독일 가내노동법에 의하면 "2인 이내의 보조자 또는 가내근로자와 함께 제품을 제조·가공 또는 포장하고 제품의 완성과정에 전체적으로 협력하는" 가내공업 경영자(Hausgewerbetreibende)도 가내근로자에 포함시켜 법률상 보호를 받게 하고 있다(제2조 제2항). 그리고 보호의 필요성 여부에 대한 판단은 경제적 종속성의 정도에 따른다고 한다(동법 제1조 제2항 4호).

가내근로자에 대한 보호의 필요성이 요구되는 이유로 과다한 작업량의 수탁, 기계·작업용구 및 도구로부터 입게 되는 위험과 재해로부터 방치, 낮은 보수, 위탁자에 의한 이유없는 계약의 해지 등을 들 수 있다. 즉 가내근로자들은 특별한 전문기술을 보유하지 않는 한 대부분 단순작업공으로서 일반근로자에 비하여 임금, 작업환경, 고용안정 등에 있어 매우 열악한 조건하에서 근로 하고 있다.¹⁸⁾

가내근로자를 법적·제도적으로 보호하기 위하여는 우선 노동법상 근로자로서의 '가내근로자'의 개념이 확립되어야 할 것이며, 노동집약적인 산업부문의 생산직 기능인력 확보라는 장기적 시각에서 이들을 지원할 수 있는 정책적·제도적 방안이 마련되어야 한다.

주석 1) OECD, Employment Outlook, 1993: OECD, Labour Force Statistic: 1972~92, 1994.

주석 2) 이병태, 「특수한 근로형태와 근로자 보호-임시근로자·파견근로자 및 시간근로를 중심으로」, 『고용구조와 고용형태 변화에 따른 제문제』, 한국노사관계학회, 1990, 2쪽.

주석 3) 이은영, 「고용형태의 변화에 대한 대응-여성고용을 중심으로」, 『한국사회의 민주적 변혁과 정책적 대안』, 역사비평사, 1992. 10, 221쪽.

주석 4) 근로기준법 제21조는 "근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 1년을 초과하지 못한다"고 규정한다. 근로기준법 제21조의 취지는 근로자가 장기간의 계약에 의하여 신분적 구속을 당하는 폐해를 방지하기 위한 것일 뿐 근로자가 고용관계의 지속을 원하는 경우에는 아무런 의미가 없는 것이다. 그러나 기업측에서는 근로기준법 제21조의 취지를 이와 같이 해석하지 않음으로써 임시직근로자를 채용하는 경우 11개월의 단기계약을 반복하는 듯하다.

주석 5) 이은영, 앞의 논문, 222쪽.

주석 6) 파견사업이 현재와 같이 불법으로 이루어지고 있는 한 정확한 실태 파악은 어렵다. 노동부가 추산하는 파견사업체는 청소 513, 경비 218, 건물관리 815, 생산관련 322, 사무관리 52개로 1000여개 업체에서 약 10만명 내외의 근로자를 파견하고 있다고 추정한다(노동부, 『근로자공급사업지도』, 1993. 6 참조).

주석 7) 정인수·윤진호, 『근로자파견의 현황과 정책과제』, 1993. 8의 파견근로현황 실태조사분석에 의하면 사무직종사자가 전체 파견근로자의 40% 정도를 차지하여 가장 높은 비율을 보이고 있으며, 그 다음으로 시설관리직, 노무직, 전문직, 운전의 순이다.

주석 8) 항만노조의 경우 해운항만청장의 허가를 받아 항만처리용역을 행하며, 경비용역은 경비용역법(제4조)에 의해, 청소용역은 공중위생법(제4조 제2항)에 의해 행하여지고 있다.

주석 9) 백화점이나 슈퍼마켓의 매장에 파견되는 파견점원이나, 구매처에 출장 파견되어 기계·설비장치의 납품과 설치를 하는 근로자라든지, 관련기업과 자회사의 파견되는 근로자의 경우는 명칭만 '파견사원'일뿐 여기에서 말하는 파견근로형태에 해당되지

않는다(정인수·윤진호·앞의 책, 4쪽)

주석10) 정인수·윤진호, 앞의 책, 32쪽의 『파견근로 실태조사분석』에 의하면 파견근로자는 정규근로자의 임금의 70%내외의 임금을 받고 있다. 남성일, 『한국의 인력파견에 관한 연구』. (서강대학교 경제연구소, 1993. 10), 박성준, 『근로자파견제도의 활성화 방안』, 한국경제연구원, 1993. 8의 실태조사결과에서도 역시 파견근로자의 평균임금은 정규근로자보다 5~20%정도 낮은 것으로 나타나고 있다.

주석11) 정인수·윤진호, 앞의 책, 68쪽.

주석12) 그러나 파트타임근로자가 모두 임시직근로자는 아니므로 파트타임고용을 임시고용의 개념으로 이해해서는 안될 것이다.

주석13) Richard S. Belous, op. cit., p20, 52.

주석 14) Richard S. Belous, op. cit., p.22; Erika N. Szyszezak, Partial Unemployment :The Regulation of Short-Time Working Britain, 1990; 이은영, 앞의 논문, 233쪽.

주석 15) 경제단체협의회, 『파트타임고용실태조사』, 1993. 3.

주석 16) 이광택, 「비정형근로의 법적보호」, 『여성인력의 불안정고용 실태 및 그 대책』, 한국여성단체협의회, 1992. 6.

주석 17) Ralf Holtschmidt, Die Gleichstellung nach dem Heimarbeitsgesetz, 1984, S. 14; Sheila Allen and Carol Wolkowitz, Homeworking 1987. p.46ff.

주석 18) 최근에는 새로운 정보통신수단에 의한 첨단기능이 요구되는 재택근로(Telearbeit)의 형태도 나타나고 있다. 독일, 일본 등에서도 아직 이들을 가내근로자의 범주에 포함시켜 보호하고 있지 않으나 최근 가내노동법에 포함시키고자 하는 논의가 활발하다.

第3章

雇傭形態의 變化와 '勤勞者' 概念

第1節 序 論

정규고용 형태가 아닌 근로관계인 경우에는 고용형태의 다양성에 따라 근로관계의 내용이 다르기 때문에 근로자의 법적 지위를 확정하기가 어렵다. 개별적 사례에서 노동법의 적용을 인정해야 할 것인가 부인해야 할 것인가의 여부, 그리고 인정한다면 전면적용을 해야 할 것인가 근로의 실태에 따라 일부 적용을 해야 할 것인가의 여부는 당해 근로자의 법적 지위에 따라 결정되기 때문이다.

노동법, 특히 근로기준법의 적용대상이 되기 위하여는 근로자성이 전제되어야 하므로 임시직근로자, 파견근로자, 파트타임근로자, 가내근로자 등의 경우에 일반근로자와 고용형식, 직무내용, 근무형태, 보수지급 방법 등에 있어 차이가 있기 때문에 근로자성의 판단은 중요한 선결과제가 된다.

근로기준법상 근로자는 ① 특정 사업 또는 사업장에서 근로를 제공하고, ②임금을 받는자를 의미하나, 고용형태가 다양화됨에 따라 근로자성은 상대적으로 판단되어야 한다.¹⁾ 왜냐하면 근로자성 내지 근로자 개념은 근로자에게 일신상 고정된 것이 아니라 구체적인 법률관계를 중심으로 개별적으로 파악되어야 하는 개념이기 때문이다. 즉 '근로자'성을 판단함에 있어서는 '근로자'의 개념 정의에 관한 근기법규정의 문언상 해석에 구속된 것이 아니라 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다.

첫째, 고용계약의 형식에 따라 근로자성을 판단할 것이 아니라 계약의 실태에 의해 판단해야 한다.

둘째, 사용자와의 근로관계의 대한 종합적인 파악을 통하여 근로자성을 판단해야 한다. 근로관계의 준비 내지 근로자성을 판단하는 종합적·구체적 기준으로는 전속관계의 유무, 근무에 대한 응락 또는 거부, 자유의 유무, 근무시간(사업 및 종업시간의 결정) 및 근무장소의 지정 유무, 노무제공의 대체성의 유무, 업무수행과정에 있어서의 지휘·명령의 유무, 재료·업무용 기구의 부담관계, 보수의 성격 등이 해당된다. 그러나 이러한 판단기준들을 모두 만족시키는 경우에만 근로자성이 인정되는 것은 물론 아니며, 개별적 사례에 따라 구체적으로 판단되어야 한다.

셋째, 사용자와의 근로관계에 있어 '사용종속성'의 존재여부를 확인함으로써 근로자성을 판단해야 한다.

그러나 최근 근로자 개념의 판단기준에 대하여 '사용종속성'보다는 노사 당사자 사이의 관계 전반에서 나타내는 사업과의 결합정도, 즉 '노기간의 결합도' 또는 '사업결합성'에서 찾는 것이 바람직하는 견해가 제시되고 있는데, 이러한 새로운 관점은 비정규고용의 특성을 끌어내는 중요한 개념징표로 생각된다.²⁾

이하에서는 먼저 노동법상의 근로자 개념의 정의를 살펴본 후 고용형태의 변화에 따른 근로자성의 판단을 고찰한다.

주석1) 古典美喜夫, 「雇用・就業形態の變化と労働者概念」, 『雇用・就業形態と保護法制』, 日本労働法學會誌, 第68號, 1986, p.30ff.

주석2) 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대학교 박사학위 논문. 1994.

第2절 勤勞基準法 第14條의 '勤勞者' 概念

근로기준법은 취업근로자에게 국가에 의해 정립된 최저기준을 현실적으로 적용하기 위한 필요에서 그 적용대상자인 근로자의 개념을 정의하고 있다. 즉 근로기준법 제14조는 "이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자"라고 규정하여, 근로기준법의 적용을 받는 근로자의 개념과 범위를 확정하고 있다.¹⁾ 이 정의규정에 의하면 근로자는 근기법이 적용되는 사업장에서 근로를 제공하는 근로계약관계에 있는 자를 의미하며 사용자와 사용종속관계에 있어야 한다.

근기법 제14조에 의하면 근로자는 특정 사업 또는 사업장에서 근로를 제공하고 '임금'을 받는 자이다. 여기에서 임금이란 봉급, 기타 여하한 명칭으로든 간에 이를 불문하고 근로제공에 대한 대가를 의미하므로, 근로자가 사용자에게 제공하는 노무에 대한 代償이다. 또한 근로자는 직업의 종류를 불문하고 사용자에게 노동력을 제공하는 자를 의미하므로 임시직근로자이든 파트타임근로자이든 간에 근로기준법상의 보호를 받는 것은 당연하다.

그런데 근기법 제14조가 '사업 또는 사업장에서' 근로를 제공하는 자를 근로자로 정의하고 있으므로 일반근로자와 다른 고용형태에 의해 취업하는 근로자, 즉 파견근로자나 가내근로자의 경우 근기법상의 근로자인지 여부가 문제 될 수 있다. 또한 임시적근로자와 파트타임근로자의 경우에도 의무, 전기·가스 점검, 판매 등의 근로에 종사하는 경우가 문제될 것이다.

주석1) 이는 노동조합법 제4조가 노조활동에 의한 근로조건의 유지·개선을 위하여 노조활동의 주체로서 근로자의 개념을 정의하고 있는 것과는 구별된다.

第3節 雇傭形態의 變化에 따른 勤勞者性 判斷

1. 使用從屬關係

근로기준법의 적용을 받는 근로자는 사용자와 사용종속관계에 있어야 한다. 사용종속관계에 있다고 하는 것은 사용자의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하는 것을 의미한다. 즉 근로자는 그가 원하는 내용의 일을 그의 마음대로 수행할 수 없으며, 사용자가 결정하는 바에 따라 노무제공을 구체적으로 실현하게 된다. 이와 같이 근로자는 그의 노무제공을 사용자의 지휘·명령을 받으며 수행해야 한다는 점에서 사용종속관계에 있다. 그러므로 근로자성을 판단함에 있어 사용종속관계의 여부를 어떤 기준에 의하여 판단할 것이냐 하는 것은 매우 중요한 문제이다. 지금까지의 일반적 견해에 의하면, 사용자와의 계약유형에 착안하여 계약유형이 민법상의 고용(민법 제655조 이하)에 해당된 경우에는 근로자의 종속관계를 인정하고, 도급(민법 제664조 이하)또는 위임(민법 제680조 이하)에 해당되는 경우에는 종속성을 인정하지 않고 근로자성을 부인한다.¹⁾ 즉 학설과 관례는 사용자의 지휘·명령하에서 노무를 제공하는 고용계약상의 노무자에게 사용종속관계와 근로자성을 인정하고, 도급 또는 위임계약관계에서 타인의 지휘·명령에 구속되지 아니하고 자주적 판단하에 노무공급을 하는자에게는 근로자성을 부인하고 있다.

2. 使用從屬性에 대한 判斷

민법은 타인의 노무를 이용하는 노무공급계약의 형태로서 고용·도급·위임의 세 가지 계약유형을 인정한다. 고용·도급·계약의 내용과 형식에 있어서 구별된다. 즉 고용은 노무 그 자체의 이용을 목적으로 한다는 점에서 일의 완성을 목적으로 하는 도급 또는 통일적 처리를 목적으로 하는 위임과 구별된다. 또한 고용관계에 있는 근로자는 사용자의 지휘·명령에 복종하여 노무를 수행한다는 점에서 자주성이 없으나, 도급·위임관계에 있는 수급인·수임인은 노동력을 제공하는 자이기는 하나 광범위한 의미의 자주성을 보유하고 있다. 이와 같이 고용·도급·위임은 노무공급계약이라는 점에서 공통점 내지 유사성을 갖고 있지만, 단지 노무제공과정에서 사용자의 지휘·명령에 구속·복종하느냐 또는 자주성 내지 재량권을 보유하느냐 하는 점이 다르다. 따라서

도급·위임과 고용관계를 구별하는 징표인 사용종속관계의 종속성의 내용을 어떤 기준에 의해 판단하느냐는 매우 중요하다. 종속성의 내용을 어떻게 판단하느냐에 관해서는 견해가 대립되어 있으나 노무수행중에 사용자의 지휘·명령에 구속되는가의 여부에 따른 인적 종속성에 대한 판단이 가장 중요하며, 경제적 종속성도 함께 판단되어야 한다. 왜냐 하면 근로자의 근로계약 내용은 계약체결시에 사용자에게 의하여 일방적으로 결정되는 것이 통상적이기 때문이다.

3. 派遣勤勞者의 勤勞者性

근로자파견은 도급(민법 제664조 이하 참조) 및 소위 출향(사용자가 자신이 고용한 근로자를 관련회사나 자회사로 배치·전환하는 것)과는 구별된다. 도급은 일의 완성을 목적으로 하는 것으로서 도급인으로부터 업무를 주문받는 수급인이 직접 근로자를 지휘·감독하여 작업을 완성하고 그 대가로 도급인으로부터 보수를 받는 것이다. 근로자는 도급인의 사업장에서 일을 하더라도 도급인의 지휘·명령을 받는 것이 아니라 수급인에 의해 지휘·감독을 받는다. 출향의 경우에는 이적전환과 재적전환이 있다. 이적전환이란 근로자를 배치·전환한 기업과 근로자간의 고용관계가 종료하고 배치·전환받은 기업과 근로자 사이에 고용관계가 성립하는 것이며, 재적전환이란 근로자의 근로관계가 자신을 배치·전환시킨 기업과 배치·전환받은 기업 양측 사이에 성립하는 것을 말한다. 이적전환의 경우는 물론이고 재적전환의 경우에도

근로자공급에 해당되므로 근로자파견과는 구별된다. 그러나 이것을 '業'으로서 행한다면 「직업안정 및 고용촉진에 관한 법률」에 의하여 금지된다.

근로자파견의 경우 도급이나 출향과 달리 고용계약상의 사용자나 지휘·명령을 받아 근로를 제공하는 사용자가 구별되므로, 파견근로자는 파견회사에 대하여 또는 노무급부를 받는 사용자에게 대하여 근로자의 지위에 있느냐 하는 것이 문제된다. 파견회사는 파견근로자의 채용과 파견, 해고 등의 권리를 갖고 있기 때문에 파견회사와 근로자는 인적·경제적 종속관계에 있으므로 파견회사에 대하여 파견근로자는 근로자로서의 지위에 있다.

그러나 파견근로자는 한편 사용회사에 지휘·명령하에 근로를 제공하므로 사용회사의 사용자에게 대해서도 사용자에게 대해서도 근로자로서의 지위를 갖고 있다. 그러므로 사용회사의 사용자가 파견근로자에게 근로기준법의 수급자로서 사용자의 지위를 갖느냐가 문제된다. 이러한 경우 사용회사의 사용자는 사용종속관계가 인정되는 범위내에서 파견회사의 사용자와 연대하여 사용자로서의 책임을 져야 할 것이다. 즉 채용과 임금·해고 등의 근로조건 보호에 대하여는 파견회사가 근기법상 사용자가 되나, 작업환경·재해보상 등의 근로조건에 있어서는 사용회사의 사용자로도 근기법상 사용자로서의 지위를 면할 수 없다. 왜냐 하면 사용회사의 사용자는 파견근로자의 노무를 제공받아 기업의 영리목적 달성하기 때문이다.

4. 臨時職勤勞者 및 파트타임勤勞者의 勤勞者性

임시적근로자이건 파트타임근로자이건 사용자와의 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 한 근기법상 근로자임에 틀림없다. 다만 임시직이나 파트타임근로자의 고용유형이 다양하고 명칭이나 계약의 형식과 달리 실제로는 정규근로자와 거의 다른 경우도 있기 때문에 근로기준법 적용을 일률적으로 논하기는 어렵다.

현행법상 임시직근로자에 대하여는 근기법 제29조의 '해고예고의 적용제외'에 대한 규정이 있을 뿐이다. 즉 ① 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자 ② 2월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 ③ 월급근로자로서 6월이 되지 아니한 자 ④ 계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 ⑤ 수습사용중의 근로자에게는 일반근로자에게 적용되는 '해고예고'(근기법 제27조의 2)가 적용되지 않는다. 근기법 제29조 5호의 '수습사용중의 근로자'라 함은 수습사용한 날로부터 3월 이내의 자를 말한다(근기법 시행령 제11조). 파트타임근로자의 경우 노동부의 「시간제근로조건 보장에 관한 지침」(근기32003-2, 92. 1. 14) 이외에 근로기준법상 관련조항은 없다.

파트타임근로자와 일반근로자의 차이가 근로시간의 길이에 있는 것이라면 이는 파트타임근로자에 대해서도 원칙적으로 근로기준법, 노동조합법 등의 노동관계법규가 적용되며 다만 '근로시간이 짧다'는 성질로 인한 합리적이고 정당한 차별만이 허용된다는 것을 의미한다.

5. 家內勤勞者의 勤勞者性

가내근로자에 대하여 현행법상 규정은 존재하지 않으나 취업실태에 따라서 주문자와 가내근로자 사이에 사용종속관계가 인정된다면 근로기준법의 적용이 고려되어야 한다.

가내근로에 종사하는 근로자에 대한 것은 아니나 석제가공업소에 종사하는 근로자에 대한 법무부의 해석에 따르면 "석제가공업소에서 장소·시설과 원석 등을 제공하고 '석공'은 공구를 지참하여 회사가 요구하는 종류와 규격 등에 의하여 제품을 가공하여 주면 일정한 加工賃을 지급하고 있는 등 노무제공을 완성하여 주면 이에 대한 보수를 지급하기로 약정한 경우 이는 '노무도급계약'의 일종으로서 이러한 석공은 일반적으로 근로기준법상의 보호대상인 근로자(동법 제14조)에 해당한다고 사료함. 다만 이러한 도급에 의한 노무제공과정에 있어서의 근로자의 출·퇴근에 대한 단속 및 근로시간 등을 정하지 아니하기로 당사자간에 약정하든지 또는 그러한 관행에 따라서 시행하여 왔더라도 약정한 노무제공을 완성할 때까지의 기간은 계속근로기간으로 볼 수 있을 것"²⁾이라고 한다.

영세하청업자의 경우 자기의 계산하에 사업을 영위하므로 근로자가 아닌 자영업자로 생각될 수 있으나 기계·기구 및 경비의 부담, 잉여금의 취급, 위험 및 책임의 인수, 외부보조자의 고용 등의 사실에도 불구하고 노무제공자 관련하여 일일이 사용자의 지휘·감독을 받는다면 그러한 한도내에서 근로자로서의 지위를 인정해야 할 것이다.³⁾

독일 가내노동법(Heimarbeitsgesetz)은 가내근로자 자신뿐만 아니라 2인 이내의 외부보조자 및 가내근로자와 함께 가내근로에 종사하는 가내공업 경영자(Hausgewerbetreibende)까지 가내노동법의 적용대상에 포함시키고 있다(제2조 제1·2항).

주석 1) 김형배, 「근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념」, 『노동법연구』, 1991. 88쪽.

주석 2) 1979. 9.8, 법무 811-21468.

주석 3) 1970. p. 7, 근기 1455-8545.

第4章

臨時職勤勞者에 대한 勞動法 適用

第1節 臨時勤勞의 概念

임시고용 내지 임시직근로자에 대하여 법률상 또는 학설, 판례에 의해 정립된 개념은 아직 없으며 실태에 대한 정확한 파악도 되어 있지 않은 상태이다.

또한 일반적으로 쓰이는 '임시고용'이라는 용어 자체의 개념도 혼동되어 있다. 따라서 임시고용이란 넓게는 근로자파견, 파트타임고용, 계약직, 축탁직, 일용직 등 정규고용 형태가 아닌 비정규고용 형태를 포함하는 개념으로 사용되기도 하며,¹⁾ 좁은 의미로는 계약직, 축탁직, 아르바이트직의 고용형태를 의미하기도 한다. 특히 파트타임고용과 임시직고용은 노동현장에서 서로 밀착되어 있어서 양자를 분리하여 고찰하기 어려운 경우도 있다. 대부분의 파트타임근로자가 임시직으로 고용되어 있기 때문이다.

그러나 일반적으로 임시고용(Temporary, casual, intermittent Employment)이란 일정한 기간의 노무급부를 목적으로 사용자와 근로자가 限時的(for a limited time)으로 근로관계를 맺는 모든 비조직화된 고용형태를 말한다.²⁾

통상적으로 임시직의 계약기간은 1개월, 3개월, 6개월, 1년 이내지만 1년 이상의 장기계약을 체결하는 경우도 있다.³⁾

사용자는 한시적인 업무에 사용하기 위하여 또는 정규근로자가 휴가를 사용하는 등의 업무의 공백을 메우기 위한 목적으로 임시직근로자를 사용한다. 따라서 임시직근로자의 개념징표로서는 첫째, 일정한 기간을 정하여 고용계약이 체결된다는 것 둘째, 조직화된 노동력이 아니라는 것을 들 수 있다.

임시직근로자는 고용계약의 내용F에 따라서 전일제 또는 파트타임으로 근로한다.⁴⁾

주석1) 그러나 정규고용 형태가 아닌 비정규고용 형태로 취업하는 근로자라 하여 임시고용의 성격을 띠고 있다고 볼 수는 없다. 왜냐 하면 비정규근로자의 경우라도 임시 고용이 아닌 常傭으로 장기고용될 수 있기 때문이다.

주석2) 일부의 학자들은 임시고용을 근로자파견업과 같은 임시고용회사(temporay help industry)를 중심으로 분석한다. 그러나 임시고용 알선서비스에 의존하는 임시직 노동력은 사용자에게 직접 고용되는 임시근로자의 일부에 지나지 않는다. 따라서 임시고용 형태에 대한 고찰은 한시적인 고용형태의 비조직화된 노동력을 대상으로 해야 한다(Richard S. Belous, The contingent Economy : The Growth of the Temporary, Part-Time and Subcontracted Workforce, p.26; Anne H. Nelson, "Temporary Help is becoming a permanent solution", The Contingent Workplace : New Diredtions for Work in the year 2000, 1987. 1.).

주석3) 경제기획원에서 발표하는 가계조사를 기본으로 한 『경제활동인구연보』는 고용형태를 상시고와 일고로 분류하여 '일고'란 '고용계약기간이 1개월 미만인자' 또는 '일정한 사업장 없이 사업을 경영하는 자'라고 한다. 반면에 노동부의 사업체를 대상으로 한 고용통계에서는 고용형태를 상용과 일용(또는 임시)으로 구분하고, 임시·일용근로자에 대하여 "1개월 이내의 기간을 정하여 고용된 자 또는 매일매일 고용된 근로자로서 조사기준일 이전 3개월을 통산하여 동일사업주에게 45일 미만으로 고용되어 있는자"이다. 따라서 『경제활동인구연보』의 '일고'와 노동부의 '임시·일용'은 최근 변화된 고용형태로서의 '임시고용'의 범주와는 일치하지 않는다.

주석4) 김성환, 앞의 책 53쪽 이하.

第2節 臨時勤勞의 類型

임시직근로자는 계약사원, 촉탁사원, 아르바이트사원 등의 명칭으로 불리고 있으나 실제 고용계약의 내용이나 근로관계는 매우 다양하다. 특히 자유직과 구분하기 어려운 임시고용 형태의 경우에는 당해 근로자의 '근로자성'판단이 문제가 될 것이다.

임시직근로자들의 고용형태를 유형별로 분류하면 다음과 같다.¹⁾

첫째, 직종이나 직무의 특성상 종신고용의 보장이나 연공서열형 임금체계적용이 적합하지 않은 경우에 계약사원으로 고용한다. 둘째, 정년퇴직하거나 결혼후 퇴직한 여성근로자를 촉탁사원으로 고용한다. 셋째, 학생 등의 경우에 졸업시까지 계약기간을 정하여 아르바이트사원으로 임시고용한다. 넷째, 신규사업을 개척하기 위하여 특수한 자격이나 기능을 가진 자에게 업무를 위탁하거나 특별한 고객을 확보하기 위하여 임시직 전문경영인(part-time managers)을 고용하는 경우이다.²⁾

1. 契約社員

계약사원의 개념 역시 명확하게 정립되어 있는 것은 아니나 기업에서 외부의 신규노동력을 채용하여 일정기간 계약사원으로 고용하는 형태로서 근로자를 정년퇴직시까지 고용해야 하는 부담으로부터 벗어나려는 사용자의 의도가 특히 강한 임시고용 형태라고 할 수 있다.

예를 들어 디자이너와 같이 새로운 변화가 요구되는 직종 또는 신기술이 요구되는 직무의 경우 기업내의 근로자가 갖지 못한 전문적 지식·기능을 가진 자를 채용, 신진대사를 위하여 기업은 계약사원을 활용한다.³⁾ 기업은 종신고용과 연공형의 임금지급 부담으로부터 벗어날 수 있을 뿐만 아니라 단기간의 계약이 종료된 후 기업에의 공헌도와 실적을 판단하여 계약갱신 여부를 결정한다.

대체로 이와 같은 계약사원의 경우 사용자는 근로자에게 연봉형의 임금지급방법을 제시한다. 연봉형 계약사원의 경우 문제가 되는 것은 첫째, 연봉급의 지급이 근로자와 사용자와의 개별교섭에 의해 결정되므로 근로자가 종속적이고 불리한 입장에 놓이게 될 가능성이 있다는 점 둘째, 연봉액의 결정에 있어 객관적이고 공정한 심사기준이 요구된다는 점 셋째, 연봉의 분할지급 방법과 근기법 제36조 2항의 「매월지급원칙」과의 관련 등이다.

2. 囑託社員

촉탁사원이란 기업내의 기존의 노동력을 재고용하는 형태로서 정년퇴직을 한 근로자나 결혼후 떠난 여성근로자를 기간을 정하여 임시고용하는 형태이다.

일반적으로 기업측에서는 인건비 절감과 고용조정 목적으로 촉탁사원을 활용하며, 금융기관 등에서 이용되고 있다. 촉탁사원은 파트타임으로 고용되는 경우가 많으나 실제로는 정규근로자와 다른 없는 내용의 노무급부를 제공하고 명칭만 촉탁사원인 경우 문제가 된다.

3. 아르바이트社員

아르바이트사원의 경우 대개 사무보조직으로서 주로 학생들이 취업하고 있다. 따라서 근로기준법상의 연소자보호규정과의 관련이 문제가 될 수 있다(근기법 제52조 내지 제58조).

4. 業務委託型的 臨時雇傭

업무위탁형 임시고용은 근로자로서의 지위를 판단하기 어려운 고용형태로서 특수한 자격이나 기능을 가진 자에게 업무를 위탁하거나 신규사업을 개척하는 경우 점포경영을 위탁할 때 이용된다.

대개 고용계약상으로는 업무의 범위와 처리방법만을 정하고 근로시간이나 근로장소에 대해서는 근로자의 자유의사에 맡겨진다. 고용계약의 형식이 민법상 위임이나 도급계약에 해당되는 경우 근로자성 판단이 문제되므로 실질적 근로관계에 있어서 사용자와의 사용종속관계가 인정되는 한도내에서 근로기준법이 적용된다고 보아야 할 것이다.

주석 1) 이은영, 앞의 논문, 221쪽; 한국여성민우회, 『임시고용과 노동조합의 나아갈 방향』, 1992. 9, 3쪽.

주석 2) 大由宏, 「特殊な雇用・就業形の労働者」, 日本労働法學會誌, 1993, 第81號, p.87; Richard C. Belous, op. cit., p.22.

주석 3) 이와 같이 고도의 전문적 기능을 갖춘 임시근로자의 경우 일반적 임시직근로자와 비교하여 노동시장에서의 지위, 교섭력에서 월등하며, 그 숫자도 실제에 있어서는 미비 하므로 임시고용을 비정규고용 또는 주변근로(marginal work)의 개념으로 파악할 때 그 대상에서 제외시켜야 한다는 견해가 있다(Karl-Jurgen Bieback. The Protection of Atypical work in Australian and West German Labour Law, p. 17ff).

第 3 節 臨時勤勞에 대한 勞動法的 保護

1. 勤勞者性의 判斷

임시고용 형태에 의해 취업하는 근로자로서의 지위가 인정되는 한 근로기준법이 적용되는 것이 원칙이다.

근로기준법은 상용·정규근로자를 전제로 하여 제정되었으나 임시직, 일용직, 시간제근로자에게도 사용종속관계가 인정되는 한 근로기준법이 적용된다.

일용근로자의 경우 판례나 행정해석에 의하면 근로기준법이 적용되나 소정근로일이 없는 등 근로형태가 특수하며 근로기준법 중 일부조항을 구체적으로 적용하는 데 있어서는 상용근로자와 다르게 취급될 뿐이다.¹⁾

임시직근로자에 대한 판례와 행정해석은 발견되지 않으나 근로기준법이 전면 적용됨은 물론 계약기간 동안 고용이 보장되어야 한다.

한편 법에 정한 기준 이상의 근로조건에 대하여도 단체협약, 취업규칙, 근로계약에 특별히 규정하지 않는 한 상용·정규근로자와 같은 근로조건을 보장받아야 할 것이다.

다만 업무위탁형의 임시고용 형태인 경우 근로자로서의 지위를 판단하기 어려운 경우가 있으나 근로기준법이 적용되는 근로자성 여부를 판단함에 있어서 단순히 고용계약의 형식만을 기준으로 하여 결정해서는 안 될 것이다. 즉 고도의 전문적·기술적 노동에 종사하는 근로자 또는 관리감독직 지위에 있는 근로자의 경우 형식적으로는 고용계약관계에 있으나 노무수행 과정에 있어서는 자주·독립성이 인정되고 있는 경우가 존재하며, 반면에 계약의 형식은 도급 또는 위임의 형태를 취하고 있으나 당사자 사이에는 실질적 지배종속관계가 존재하는 경우도 있기 때문이다. 그러므로 노무제공 과정에서 사용자의 지휘·명령에 구속·복종하느냐 또는 자주성

내지 재량권을 보유하느냐 하는 점이 중요하나, 이러한 자주성 내지 재량권은 실체에 있어서는 정도의 문제에 지나지 않는 경우가 많다. 그러므로 업무위탁 형태의 임시직사원이나 임시직 전문경영인과 같은 노무수행 과정에 있어서 실질적 내지 사실상의 사용종속관계 여부에 의해 근로자성을 판단하고 근로자로서의 지위가 인정되는 경우 근로기준법이 적용되어야 한다. 그러나 상기한 바와 같이 사용종속관계가 존재한다 하더라도 그 내용과 정도는 한결같지 않으므로 개별적 사례에 따라 여러 단계의 차이가 있을 수 있다. 즉 사용자가 업무를 위탁하는 계약을 체결하면서 고용계약적 요소와 위임 또는 도급계약적 요소가 혼합되는 경우 어느 특정 계약유형만을 고집하여 근로기준법상의 보호법규의 전면적용 또는 전면부인을 결정하기 어렵게 된다. 이러한 경우 각각의 개별적 사례에서 문제가 되는 근로기준법상의 규정들, 예컨대 재해보상, 근로시간, 임금, 퇴직금, 해고 등의 제도 내지 법률규정의 취지와 목적을 고려하면서 상대적으로 근로자성을 판단하고, 사용종속관계가 인정되는 범위내에서 근로자보호 법규의 적용을 인정하는 것이 타당할 것이다.

그러나 우리나라의 임시고용에서 주종을 이루는 형태는 특수한 기술이나 전문적 기능·자격을 가진 근로자에 대한 단기간의 계약형태가 아니라 사용자가 인건비 절감과 고용조정, 노사분규 예방차원에서 고용하는 단순·미숙련노동력 고용이다. 따라서 근로계약 체결시 근로조건의 명확한 보장, 임금·근로시간 및 휴일·휴게·휴가 등에 대한 보호, 산업재해, 후생복지 등의 사회보장적 혜택과 기회의 부여, 해고로부터의 보호에 의한 고용보장 등이 문제가 된다. 특히 단기간의 근로계약을 반복, 갱신하여 장기간 계약상태에 있는 상용적 임시근로자들의 경우 고용의 불안정성뿐만 아니라 근속연수에 비례한 임금, 보너스, 퇴직금 등의 적용을 받지 못할 뿐만 아니라 각종 수당에 있어서도 정규근로자에 비하여 차별을 받고 있으므로 이들에 대한 보호가 요구된다.

2. 勤勞條件의 明示

근로기준법 제22조는 "사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건을 명시해야 한다"고 규정하고 있다.

그러므로 사용자는 임시직근로자를 채용할 경우 일반근로자와 마찬가지로 임금, 근로시간 및 기타의 근로조건을 명시해야 한다. 그러나 현실적으로 임시직근로자에게 적용되는 취업규칙이 없는 사업장이 대부분이므로 근로계약 체결시에 근로조건이 명시되지 않는다면 근로조건의 미확정 상태에서 불리한 취업을 강제당할 위험이 있다. 계약체결시에 명시되어야 할 근로조건에는 임금·근로시간 이외에 장소와 종사해야 할 업무에 관한 사항이 해당된다. 만일 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에는 근로자는 근로조건의 위반을 이유로 노동위원회에 손해배상을 청구할 수 있으며, 즉시 근로계약을 해제할 수 있다(근기법 제23조, 노동위원회법 제20조 제1항).

3. 就業規則

근로기준법상 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고할 의무가 있다(제94조). 취업규칙은 전체근로자를 대상으로 하는 것이므로 임시직근로자에게도 적용되는 것은 당연하다. 따라서 임시직근로자에 대한 취업규칙의 적용을 배제하기 위하여는 취업규칙내에 임시직근로자에 대한 특칙이 있거나 임시직근로자만을 적용대상으로 하는 취업규칙을 따로 작성하여 일반 취업규칙(일반근로자의 취업규칙)의 적용을 배제할 것을 규정해야 한다. 그렇지 않은 경우에는 일반 취업규칙이 임시직근로자에게도 적용되어야 하며, 다만 합리성을 상실하지 않는 범위내에서 적용이 제외되는 부분은 인정되어야 할 것이다.

근로기준법 제95조는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 "당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 의견을, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하며 취업규칙을 불이익하게 변경할 경우에는 '동의'를 얻어야 한다"고 규정하고 있다. 즉 문제가 되는 것은 일반근로자의 취업규칙 중 임시직 근로자에 대한 부분, 또는 임시직근로자에게만 적용되는 취업규칙을 작성·변경하는 경우

임시직근로자의 과반수대표자 의견만을 들어야 하는가의 여부이다.

생각컨대 하나의 사업장에 복수의 취업규칙이 병존할 경우 형식적으로 별개이나 하나의 취업규칙으로서 취급되어야 할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 근로기준법 제95조에서 의미하는 사업장의 "근로자"라 함은 사업장에 고용되어 있는 전근로자를 의미하므로 임시직근로자도 당연히 포함되는 것이며, 이는 일반근로자의 취업규칙 속에 임시직근로자에 대한 특별규정이 있는 것과 마찬가지이다.

그러므로 전체근로자의 과반수가 가입하고 있는 노동조합이 있는 경우에는 그 노조가, 그러한 노조가 없는 경우에는 사업장의 근로자 과반수를 대표하는 자를 선출하여 그의 의견을 들어야 한다. 그러나 이는 일반근로자와 임시직근로자를 합한 수의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 하는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐 하면 임시직근로자가 소수이거나 일반근로자의 노조가 임시직근로자의 노조가입을 용인하지 않는 경우에는 임시직근로자의 의견이 무시될 위험이 있기 때문이다.

4. 賃金

가. 균등대우

근로기준법 제5조는 '국적, 신앙, 사회적 신분, 성별'을 이유로 하는 근로조건의 차별을 금지하는 균등대우원칙을 규정하고 있다. 근기법 제5조의 균등대우원칙에 의하여 차별이 금지되는 사회적 신분은 봉건적·특권적 신분과 같은 생래적 지위를 의미하므로 임시직근로자에 대한 임금차별은 이에 해당되지 않는다.

그러나 임시직근로자의 노동이 정규·상용근로자와 동일가치의 노동임에도 불구하고 임금의 차별이 있는 경우 그것이 합리적이고 정당한 것인가의 문제가 발생한다. 만일 임시고용 형태에 의하여 취업하는 근로자에 의한 임금차별이 단순히 고용형태에 의한 차별이라면 허용될 수 없을 것이다. 그러므로 고용형태만 임시직일 뿐 실제로는 일반근로자와 동일한 내용의 노무제공을 하는 경우 사업장에서의 임시직근로자의 실제근로관계의 내용과 동일가치노동을 평가할 수 있는 객관적 기준에 의하여 판단되어야 한다.

또한 임시직근로자의 임금과 관련하여 문제가 되는 것은 단기간의 계약을 반복·체결하여 장기계약상태에 있는 경우에 근속연수에 비례한 임금, 상여금, 퇴직금, 수당 등에 있어 일반근로자와 차별을 받는 것이다.

이러한 경우 현행 근로기준법상 임시직근로자를 특별히 보호하는 규정이 존재하지 않으므로 입법적·제도적 장치에 의한 보호가 있어야 할 것이다.

나. 최저임금법의 적용

임시직근로자도 근로자인 이상 당연히 최저임금법의 적용을 받는다. 따라서 최저임금의 적용제외대상(최저임금법 제7조 참조)에 해당되지 않는 경우라면 최저임금이 적용되어야 한다.

다. 가산임금

근로기준법 제46조의 시간외근로, 야간 및 휴일근로에 대한 가산임금 지급규정은 임시직근로자에게도 적용된다.

라. 수당 및 상여금

노동법은 임금의 체계나 임금의 결정방법 등에 관하여 관여하고 있지 않으므로 임시직근로자의 수당, 상여금 등에 대하여는 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 의해 정해진다.

마. 퇴직금

근로기준법 제28조는 "사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정해야 한다"라고 규정하고 있다. 따라서 근기법 제28조의 요건에 해당되는 임시직근로자에게는 퇴직금이 당연히 지급되어야 한다. 또한 퇴직금누진제를 택하고 있는 경우에는 임시직근로자에게도 누진제가 적용된다.

바. 임금의 「매월지급원칙」 (근기법 제36조 제2항)

특수한 신기술이나 전문적 자격과 기능을 가진 계약사원의 임금을 연봉으로 지급하기로 약정하는 경우 연봉액 책정에 있어 근로자는 취업규칙이나 단체협약 등의 보호를 받지 못하므로 종속적 위치에서 불리하게 결정당할 우려가 있다.

또한 근기법 제36조 제2항 본문은 "임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다"고 규정하고 있는바, 근로자의 연봉을 분할지급하기로 약정한 경우 매월 지급되지 않는다면 근기법 제36조 제2항에 위반될 것이다.

5. 勤勞時間・休暇・休憩・休日

가. 시간외근로와 휴일・야간근로

- ① 임시직근로자가 근로기준법 제42조에서 규정하고 있는 기준근로시간인 1일 8시간 1주 44시간을 초과하여 근로하거나 야간근로(하오 10시부터 상오 6시까지 사이의 근로)또는 휴일근로를 한 경우에는 근기법 제46조의 가산임금이 지급되어야 함은 당연하다.
- ② 이때 임시직근로자에게도 일반근로자와 같은 정도로 시간외근로・야간 및 휴일근로의무가 발생하느냐가 문제가 된다.
생각컨대 임시직근로자의 경우에도 근로제공의무 이외에 충실의무(Treupflicht)를 지므로 시간외근로가 필요한 특별한 사정이 있는 경우에는 신의칙상 근로의무를 지나(근기법 제42조 제3항 참조)사용자가 시간외근로 및 휴일・야간근로 일시를 구체적으로 확정하여 제시하는 경우에만 근로의무가 발생한다고 하는 것이 타당할 것이다.
시간외근로의무에 대하여 근로기준법 제42조 제1항 단서는 "당사자간의 합의에 의하여 1주에 12시간 한도로 연장근로할 수 있다"고 규정하고 있다. 여기에서 연장근로의 합의를 할 수 있는 당사자의 정의에 관하여 해석상의 문제가 발생하는데, 근로기준법은 개개근로자와 사용자가 同法の 법정기준을 저하 또는 약화시키는 것을 금지하고 있으며(제20조), 실질적으로 개별적인 당사자간의 합의는 근로자에게 불리하게 의제될 가능성이 있으므로 동 조항의 근로자측 당사자란 원칙적으로 교섭의 대등성을 확보하고 있는 노동조합 또는 노사협의회법상의 근로자대표라고 보아야 한다. 따라서 일반근로자의 노조에 가입하고 있지 않은 임시직근로자의 경우 임시직근로자를 포함한 전체근로자의 과반수를 대표하는 자와의 합의가 요구된다.

나. 연차유급휴가

근로기준법 제48조는 "1년간 개근한 근로자에 대하여 10일, 9월 이상 출근한 근로자에 대하여는 8일의 유급휴가를 주어야 한다"라고 규정하고 있다. 임시직근로자도 근기법 제48조의 요건을 충족시키는 경우에는 사용자는 연차유급휴가를 줄 의무가 있다. 그러나 주 소정근로일수가 일반근로자에 비하여 현저히 적은 임시직근로자의 경우에도 연차유급휴가권이 발생하는지가 문제된다. 그러한 경우 연차유급휴가권의 발생요건이 '1년간 개근 또는 9월 이상 출근'이라는 요건을 전제로 하여 소정근로일수에 비례하여 휴가를 부여하는 것이 합리적이라고 생각된다.

다. 휴게・휴일

- ① 근로기준법 제44조의 "8시간 근로인 경우 1시간 이상, 4시간 근로의 경우 30분 이상의 휴게시간 부여"원칙은 임시직근로자에게도 적용되어야 한다.
- ② 근로기준법 제45조는 "사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야

한다"라고 규정하고 있다. 임시직근로자도 근로자인 이상 원칙적으로 휴일에 대한 청구권이 있다.

6. 連鎖的 勤勞契約과 解雇

근로기준법 제21조는 "근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정하는 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다"고 규정하고 있다. 즉 근로기준법 제21조의 규정은 사용자가 근로자와 장기근로계약을 체결함으로써 근로자가 인신구속을 당하는 폐해를 방지하기 위하여 계약의 최장기간을 1년으로 한 것이다.

한편 장기의 근로계약이라 하더라도 그 기간중 근로자가 퇴직할 수 있으며, 퇴직시 손해배상을 하지 않기로 합의한 경우 1년을 초과하여 인정된다. 다만 1년을 초과하는 기간으로 체결된 계약은 1년 동안만 근로자를 구속하고 1년을 초과한 이후에는 '기간의 정함이 없는 계약'이 된다. 근로기준법 제21조의 규정은 장기간의 계약을 체결함으로써 근로자의 신분을 구속하는 것을 방지하기 위한 것이므로 근로자측에서 퇴직을 원하지 않는 한 의미가 없다.

통상 정규·상용근로자의 경우 근로계약의 체결은 '기간의 정함이 없는 계약'으로서 사용자가 근로자를 해고하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항의 "정당한 이유"가 존재해야 하며, 정당한 이유가 없는 한 그 해고는 무효가 된다. 사용자는 보통 임시직근로자와 1개월, 3개월, 6개월, 1년 등의 단기계약을 체결하여 반복·갱신하는 계약을 체결하는데, 이와 같이 연쇄적 근로계약을 체결하는 상용적 임시근로자의 경우 근로기준법 제27조 제1항의 적용을 받아야 한다.

원칙적으로 근로관계는 기간의 약정이 있는 경우 기간의 만료에 의해 종료된다. 그러나 기간을 정한 근로계약이 연속적으로 반복되는 연쇄적 근로계약은 사용자에게 연쇄적 근로계약을 체결할 정당한 경제적·사회적 이유가 없는 한 인정될 수 없다.²⁾ 그러므로 서류상으로는 계약기간이 종료되면 해고되었다가 다시 채용된 것으로 하더라도 해고로서의 효력은 생길 수 없다 할 것이다.³⁾ 이와 같이 사용자가 근로기준법상의 해고제한규정을 회피할 목적으로 연쇄적 근로계약을 체결하는 것은 위법이나 그 계약 자체가 무효가 되는 것은 아니므로 기간의 약정이 없는 근로계약으로 전환되어 해고제한규정의 적용대상이 된다.

또한 연쇄적 근로계약 체결로 인한 상용적 임시근로자의 경우 근로기준법 제29조의 "해고예고의 적용제외" 대상이 되느냐의 문제가 있다.

근로기준법 제29조는 해고예고(근로기준법 제27조의 2)의 적용제외 대상으로서 ① 일용근로자로서 3월을 계속 근무하지 아니한 자 ② 2월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 ③ 월급근로자로서 6월이 되지 아니한 자 ④ 계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 ⑤ 수습사용중의 근로자를 정하고 있으며, 근로기준법 시행령 제11조는 "근로기준법 제29조 제5호에 규정된 수습사용중의 근로자라 함은 수습사용한 날로부터 3월 이내의 자를 말한다"고 규정하고 있다.

그러나 임시직근로자가 근로기준법 제29조로서 각호의 대상에 해당된다 하더라도 사용자가 해고를 용이하게 할 목적으로 해고제한 법규를 회피하기 위하여 연쇄적 근로계약을 체결하여 기간의 정함이 없는 계약으로 전환된 경우에는 근로기준법 제29조는 적용되지 않는다.

7. 臨時職勤勞者의 勞組加入・結成

노동조합법 제4조는 노동조합법상 근로자의 개념에 대하여 "근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료, 기타 수입에 의하여 생활하는 자"라고 정의 하고 있다. 따라서 임시직근로자도 노동조합법상 근로자이므로 노동조합을 결성하거나 정규근로자들의 기존 노조에 가입할 수 있음은 당연하다.

그러나 우리나라의 고용현실에서는 임시직근로자가 노조를 결성하거나 기존 노조에 가입하고 있는 경우는 드물다. 1980년대에는 하나의 기업에 근무하는 근로자들은 일체적 연대감 속에 노조활동을 하며 단결력을 과시하였으나 최근 고용형태의 변화는 기업내의 근로자를 여러 계층으로 분화시키고 있다. 즉 정규근로자와 임시직근로자는 임금, 승진 등의 근로조건에 있어 구별되며, 지급체계를 세분화시켜 종합직과 일반직으로 구분하는 소위 '신인사 제도'라 불리는 복선형 인사관리의 경우 근로자계층을 더욱 세분화시키고 있다. 그러나 임시직근로자의 근로조건 개선은 단결에 의한 노조활동을 통하여 집단적으로 해결하는 것이 법적·제도적 보호 못지않게 중요하다.

현행법상 임시직근로자들의 단결을 금지하는 규정은 없으나 현실적으로 기존 노조의 대부분이 규약에서 가입조건을 정규근로자로 제한하고 있다. 노조의 가입자격 제한은 노조의 자율적 권리이나 노동법적 이념에 비추어 볼 때 합리적 이유없이 자격을 제한하는 것은 부당하다고 생각된다.

주석 1) 大判 1979. 1.30, 78다2098, (일용근로자에 대한 퇴직금 지급); 1983 1. 21. 근거 1455-1697.

주석 2) BAG 8.5.1985. EzA § 620 BGB Nr. 76; BAG 30.11.1977, 21.1.1987. EzA § 620 BGB Nr. 33, 89; KR-Hillebrecht, § 620 BGB Rz 93f.

주석 3) 大判 1975.6.24, 74다1625.

第 5 章

파트타임 勤勞者에 대한 勞動法 適用

第 1 節 파트타임 勤勞의 背景과 概念

최근 고용관계에서 파트타임근로의 형태가 차지하는 비중이 커지면서 이에 대한 법적규제와 함께 파트타임근로자에 대한 보호문제가 심각하게 대두되고 있다.¹⁾ 노동부는 1992년 1월 5일 「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」을 제정하여 파트타임근로자 보호의 기준을 제시한 바 있다.²⁾ 그러나 이 지침만으로는 파트타임근로의 확산과 함께 제기되고 있는 많은 문제점들, 즉 일반근로자에 비하여 현저한 근로조건 격차 및 고용의 불안정성, 그리고 경우에 따라서는 일반근로자와의 구별이 명확하지 않은 근로관계 등을 합리적이고 적절하게 해결할 수 없는 것이 현실이다.

파트타임근로는 주로 선진산업국가를 중심으로 크게 확산되었으나 최근에는 개발도상국의 고용형태에서도 그 차지하는 비중이 점차 커지고 있으며, 어느 경우나 공통점은 여성, 특히 기혼 여성근로자에 집중되어 있다는 점과³⁾ 서비스산업에서 주로 활용되고 있다는 점이다.⁴⁾

파트타임근로는 사용자측에서 볼 때에는 노동력 및 생산시설의 효율적 운용이라는 측면이 있으며, 근로자측에서 볼 때에도 가정생활이나 학업과의 병행 및 전일제근로의 긴장을 감당할 수 없는 고령의 경우 등 능력과 여건에 적합한 근로기회를 제공받을 수 있다는 이점이 있으나 반면에 일반근로자가 향유하는 노동법적 보호 밖의 사각지대에 놓일 가능성이 크다.

일반근로자(full-time worker)의 입장에서 파트타임근로가 자신들의 고용기회를 한정시켜 급여수준을 하락시킬 것을 우려한다.

그러나 파트타임근로에 대한 지나친 규제는 고용의 유연성을 저해하여 사용자로 하여금 노동력 및 설비의 활용을 효율적으로 사용하기 어렵게 할 뿐만 아니라 근로자에게도 오히려 고용기회의 상실을 초래할 수도 있다. 그렇다고 하여 이 문제를 자본의 논리에 의해서만 접근하여 관행적으로 이루어지고 있는 파트타임근로자에 대한 근로조건 차별을 개선하려는 노력을 하지 않는다면 역시 파트타임근로의 축진은 기대하기 어렵다.

결국 파트타임근로의 문제는 최근 급증하고 있는 불안정 고용형태, 즉 비정규근로⁵⁾의 범주에 속하는 것으로서 파트타임근로자에 대한 노동보호법적 측면과 인력의 효율적 활용 및 고용기회의 창출이라는 고용정책적 측면의 조화 및 조정이라는 문제로 귀착된다.

파트타임 근로관계도 일반근로자의 근로관계와 같이 사용자의 지휘·명령하에 노무를 급부할 것을 약정하는 관계이므로 노동법의 적용대상이 되는 것은 당연하나⁶⁾ 그 적용의 내용은 위에서

언급한 바와 같이 근로자보호와 노동력의 효율적 운용이라는 두 가지 목적을 충족시키는 범위내에서 파트타임근로의 특성에 따라 구체적으로 결정되어야 한다.

파트타임근로를 법적으로 규제하고 파트타임근로자를 보호하기 위해서는 우선 그 대상의 범위를 확정하는 것이 중요하다.

파트타임근로라 함은 일반근로(풀타임근로)에 대치하여 사용되는 개념으로 '부분시간의 근로'를 의미하며 최근에는 단축시간근로(short-time working)라는 표현도 쓰이고 있으나 통상적으로 파트타임근로에 종사하는 근로자를 '시간제근로자'라고 한다.⁷⁾

1992년 1월에 발표된 노동부의 「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」(근기 32003-2,92.1.14)은 시간제근로자에 관하여 "1주, 1일의 소정근로일 또는 소정근로시간이 4주간을 평균하여 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 소정근로일 또는 소정근로시간에 비해 3할 이상 짧은 자"라고 정의하고 있다.

한편 1993년 6월에 파트타임노동법을 제정한 일본의 경우 파트타임근로자에 관하여 "1주간의 소정근로시간이 동일한 사업장에 고용된 통상근로자에 비하여 짧은 자"라고 규정하였다.⁸⁾

이와 같이 파트타임근로자와 일반근로자의 차이가 근로시간의 길이에 있는 것이라면 이는 파트타임근로자에 대해서도 원칙적으로 근로기준법, 노동조합법 등의 노동관계법규가 적용되며, 다만 '근로시간이 짧다'는 성질로 인한 합리적이고 정당한 차별만이 허용된다는 것을 의미하는 것이다.

독일의 고용촉진법(Beschäftigungsförderungsgesetz, 1985)에서 규정하고 있는 시간제근로자의 개념은 "주 소정근로시간이 당해 사업장의 일반근로자의 소정근로시간보다 짧은 자"이다.⁹⁾

금년 제81차 ILO총회에서 채택된 「파트타임근로협약(제175호)」에 의하면 파트타임근로자란 "사업장이나 산업부문에서 동일유형의 고용관계를 맺고 있으면서 동일하거나 유사한 근로유형이나 직업형태를 취하는 일반근로자(comparable full-time worker)의 정규근로시간 보다 짧은 근로자"를 의미한다(협약 제1조 및 권고 제2조). 다만 경제·기술·구조적 이유로 일시적인 조업단축상태에 있는 근로자는 파트타임근로자로 보지 않는다.

미국 노동통계국(The Bureau of Labor Statistics)은 파트타임근로를 주당 35시간 이하의 근로로 정의한다.¹⁰⁾

유럽공동체는 "통상보다 짧은 근로시간과 그것에 대응한 저임금을 수반하는 규칙적 그리고 자발적인 근로에 종사하는 자"라고 파트타임근로자를 정의하고 있다.¹¹⁾

위에서 보듯이 파트타임근로자의 정의에 대한 공통점은 일반근로자에 비하여 근로시간이 짧은 종사자로서 계속적 고용관계에 있으며¹²⁾ 자발적으로 근로한다는 점이다.¹³⁾

주석1) 경제단체협의회가 1992년 11월에 100인 이상 사업체 1,050개 업체를 대상으로 하여 실시한 「파트타임고용 실태조사」 결과에 의하면 파트타임근로제 도입사업장은 18.5%였으나 '앞으로 고용할 생각'이라고 응답한 업체가 35.3%에 달하였다. 또한 기업들이 파트타임근로자를 채용하는 이유는 주로 '직무내용이 단순하기 때문에 상용근로자 채용의 필요성을 느끼지 않아서'(26.0%), '연말등 일시적 업무과다에 대처하기 위하여'(22.0%) 등으로 다양한 생산관리측면의 필요성에 기인한 것으로 보인다. 따라서 산업발전과 근로자의 생활방식의 다양화에 따라 향후 파트타임근로자를 채용할 사업장이 더욱 증가하리라 예상된다(경제단체협의회, 1993. 3 「파트타임고용 실태조사」 <표 1-1>, <표 1-2> 참조).

주석2) 노동부는 근로기준법을 개정하여 주당근로시간 37~40시간 이하인 자를 '시간제'근로자로 규정하고 '근로시간'에 비례하여 상시근로자와 동일하게 퇴직금, 연월차수당, 휴가 등의 근로조건 등을 적용하기로 하였으나 아직 개정되지 않고 있다.

주석3) 앞의 주 1)에서 인용한 「파트타임고용실태조사」, (경제단체협의회, 1993.3) <표 1-3>, <표 1-4>에 따르면 약 85%가 여성근로자이며, 주부사원을 채용하고 있는 사업체가 55.7%, 반면에 고령자를 채용하고 있는 업체는 6.6%에 지나지 않아 퇴직근로자의 채용이 일반화되지 않았음을 알 수 있다.

주석4) 우리나라의 경우 유통산업 등 소수의 비제조대기업에서 주로 파트타임근로자를 고용하고 있으며, 직종별로 볼 때 판매직이 57.5% 생산 및 단순노무직이 31.5%,

사무·관리·전문·기술직이 11.0%인 것으로 조사되었다(「파트타임고용실태조사」 <표 4-9>, <표 4-10> 참조).

주석5) 김성환, 『비정규노동에 관한 연구』, 한국노동연구원, 1992, 19쪽 이하.

주석6) BAG AP Nr.10 zu §4TVG.

주석7) 이은영, 「고용형태의 변화에 대한 대응-여성고용을 중심으로」, 『한국사회적 민주적 변혁과 정책적 대안』, 역사비평사, 1992; 이원희, 「파트타임근로의 법률상 보호문제」, 『민주법학 6호』, 1993 - 이 두 편의 논문은 시간제근로자라는 용어의 부적절함에 대한 견해를 주장하고 있다. 즉 시간제근로자라는 표현은 대부분의 파트타임근로자가 시간급 임금을 받는 상황을 당연시하게 오도할 우려가 있다고 한다. 필자도 이 견해와 같은 입장을 취한다. 왜냐 하면 파트타임근로자의 임금지급 형태가 시간급에만 한정된 것은 아니며, 임금이 시간급이나 일급으로 계산되는 경우 근로자에게 불이익이 초래되므로 노동부의 지침과 행정해석에서 사용되고 있는 시간제근로자라는 표현은 파트타임근로자로 대체하는 것이 바람직할 것이다.

주석8) 일본 참의원은 1993년 6월 10일 「단시간노동자의 고용관계 개선등에 관한 법률안」(短時間労働者の雇用管理改善等に関する法案要綱)을 가결하였다. 이번에 새로 제정된 일본의 파트타임노동법은 기존의 파트타임근로지침을 법제화한 것으로서 주요내용은 파트타임근로자를 고용관리하는 '단시간 고용관리자'의 선임. 사용자와 파트타임근로자에 대한 정보제공 및 상담을 실시하는 파트타임노동센터의 설치 등이다(週刊労働, 『ニュース』, 93.6.14).

주석9) 판례는 "당해 사업장에 적용되고 있는 소정근로시간보다 짧은 근로시간으로 근로하고 있는 자"(BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung). "노사간의 단체협약에 따른 근로시간보다 짧은 근로시간을 근로계약상 약정한 자"(BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Teilzeitbeschäftigung)등을 파트타임근로자로 보고 있다.

주석10) Richard S. Belous, The Contingent Economy : The Growth of the Temporary, Part-time and Subcontracted Workforce, 1989, p. 20.

주석11) Olive Rovinson, "Part-time Employment in the European Community", International Labour Review, May-Tune, 1979.

주석12) 그러한 의미에서 일일고용관계(Eintagsarbeitsverh Itnis)와는 다르다(Günter Schaub, Arbeitshandbuch, 6. Aufl., 1987, S. 202)

주석13) 주문감소나 원료부족 등에 의한 조업단축으로 단시간근로(Kurzarbeit)가 행하여지는 경우가 이에 해당되지 않는다(Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 17ff.).

第 2 節 파트타임 勤勞者에 대한 勞働法 適用

1. 均等待遇의 原則

노동법은 근로자의 개념을 정의함에 있어 근로기준법 제14조에서 "근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자"라고 규정하고 있으며, 노동조합법 제4조에서는 "근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료, 기타 수입에 의하여 생활하는 자"라고 규정하고 있다. 따라서 파트타임근로자는 근로시간의 길이를 기준으로 일반근로자와 구별될 뿐 근로기준법을 비롯하여 노동조합법 및 기타 노동관계 법규가 적용되는 것이 당연하다.¹⁾ 따라서 근로조건 및 기타 대우에 있어서 '근로시간이 짧다'라는 것을 이유로 하는 합리적이고 객관적인 정당한 차별을 제외하고는 일반근로자와 동일하게 취급되어야 한다.²⁾ 즉 근로자가 제공하는 노무급부의 내용, 자격, 경험 등 차별적 대우를 정당화할 객관적 사유가 존재하지 않는 한 파트타임근로자에 대한 균등대우원칙이 적용되어야 한다.³⁾ 우리 헌법 제11조는 "모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다"라고

규정하여 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있다.

헌법에 규정된 차별대우 사유와 생활영역은 하나의 예시규정에 불과하므로 이는 모든 생활영역에 있어서의 차별이 금지된다는 것을 의미한다.⁴⁾ 그러나 헌법의 평등권에 내포된 '평등'의 규범적 의미는 합리적으로 사유와 기준에 의한 차별대우까지도 금지하는 것은 아니다.

또한 헌법 제11조의 '법앞의 평등'을 근로관계에서 구체적으로 실현하고자 하는 취지로 규정된 근로기준법 제5조는 '국적·신앙·사회적 신분·성별'을 이유로 하는 근로조건의 차별을 금지하는 균등대우원칙을 규정하고 있다. 근로기준법 제5조의 균등대우 역시 합리적이고 객관적인 정당한 사유가 있는 경우의 차별까지 금지하는 것은 아니다.⁵⁾

그러므로 임금을 비롯한 파트타임근로자의 근로조건이 일반근로자와 동일하지 않다 하여 어느 경우에도 균등대우원칙에 위반한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

균등대우원칙에 대한 위반여부는 파트타임근로자에 대한 임금 및 근로조건에 대한 차별이 단순히 고용형태에 의한 차별인가 아니면 합리적인 차별인가에 따라 판단되어야 한다. 그런데 파트타임근로자는 채용기준, 배치, 훈련 등에 있어서 일반근로자와 동일하게 취급되는 것은 아니며 업무의 범위와 책임도 일반근로자에 비하여 제한되어 있고 직장규율도 보다 완화된 적용된다. 그러므로 직종, 경험, 근속기간 등에 있어 일반근로자와 동일한 파트타임근로자를 그와 같은 이유로 임금을 비롯한 근로조건에 있어 동등한 대우를 하지 않는다 하여 합리성을 상실했다고 볼 수는 없다고 할 것이다.⁶⁾ 물론 '동일가치의 노동에 대한 동일임금 또는 동일근로조건의 원칙'을 법해석의 기본원칙으로 하거나 이 원칙을 근거로 하여 근로기준법 제5조에 고용형태의 차별금지를 규정하자는 견해는 입법론적으로 고려해 볼 만하다고 생각된다.⁷⁾ 그러나 현행법상 임금 및 그밖의 근로조건에 대해서 '동일가치노동에 대한 동일임금 또는 동일근로조건의 원칙'을 규정한 실정법적 근거는 존재하지 않으며,⁸⁾ 또한 동일가치노동에 대한 동일임금을 객관적으로 파악하여 확정해야 하는 문제는 여전히 해결해야 할 과제로 남게 된다.

따라서 파트타임근로자에 대한 균등대우원칙의 적용은 노동부의 「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」 제6조 제2항 "사용자는 시간제근로자의 임금이 근로시간업무의 양과 질 등을 감안하여 근로자에 비해 불이익하지 않도록 노력해야 한다"를 기준으로 하여 구체적으로 합리성을 도출해야 하는 문제이다.

2. 勤勞基準法の 適用

가. 근로조건의 명시

근로기준법 제22조는 "사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간, 기타의 근로조건을 명시해야 한다"고 규정하고 있다.

그러므로 사용자는 파트타임근로자를 채용할 경우 일반근로자와 마찬가지로 임금, 근로시간 및 기타의 근로조건을 명시해야 한다. 그러나 현실적으로 파트타임근로자에게 적용되는 취업규칙이 없는 사업장이 대부분이므로 근로계약체결시에 근로조건이 명시되지 않는다면 근로조건의 미확정상태에서 불리한 취업을 강제당할 위험이 있다. 계약체결시에 명시되어야 할 근로조건에는 임금·근로시간 이외에 취업의 장소와 종사해야 할 업무에 관한 사항이 해당된다. 만일 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에는 근로자는 근로조건의 위반을 이유로 노동위원회에 손해배상을 청구할 수 있으며, 즉시 근로계약을 해제할 수 있다(근기법 제23조, 노동위원회법 제20조 제1항). 기존의 파트타임근로자에 관한 지침을 법제화하여 1993년 6월에 제정된 일본 파트타임노동법 제6조는 "사용자가 파트타임근로자를 채용할 경우 근로시간 및 기타의 근로조건에 관한 사항을 명확히 기재한 문서를 교부하도록 노력해야 한다"고 규정하고 있다.

노동부의 「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」(92. 1)-이하 노동부지침이라 한다.-을 "사용자가 시간제근로자를 고용할 때는 임금, 근로시간 기타 근로조건을 명확히 한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부한다"(제4조 제1항)라고 규정하고 있다.

나. 취업규칙

1) 취업규칙의 적용

근로기준법상 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고할 의무가 있다(제94조). 취업규칙은 전체근로자를 대상으로 하는 것이므로 파트타임근로자에게도 취업규칙이 적용되는 것은 당연하다. 따라서 파트타임근로자에 대한 특칙이 있거나 파트타임근로자만을 적용대상으로 하는 취업규칙을 따로 작성하여 일반 취업규칙(일반근로자의 취업규칙)의 적용을 배제할 것을 규정해야 한다. 그렇지 않은 경우에는 일반 취업규칙이 파트타임근로자에게도 적용되어야 하며, 다만 합리성을 상실하지 않는 범위내에서 적용이 제외되는 부분은 인정되어야 할 것이다.⁹⁾ 그러므로 실제 근로관계에 있어 일반근로자와 명확히 구별하기 어려운 파트타임근로자의 경우에는 일반근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용되어야 할 것이다. 노동부지침 제5조는 "시간제근로자를 포함하여 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 시간제근로자에게 적용될 별도의 취업규칙을 작성하지 아니한 경우에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙 중 시간제근로자에게 적용하지 않거나 달리 적용하고자 하는 근로조건을 명시하여야 한다"(제1항, 제2항)라고 규정하고 있다.

2) 취업규칙의 작성·변경

근로기준법 제95조는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 "당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 의견을, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하며 취업규칙을 불이익하게 변경할 경우에는 '동의'를 얻어야 한다"고 규정하고 있다. 즉 문제가 되는 것은 일반근로자의 취업규칙 중 파트타임근로자에 대한 부분, 또는 파트타임근로자에게만 적용되는 취업규칙을 변경하는 경우 파트타임근로자의 과반수대표자 의견만을 들어야 하는가의 여부이다.

생각컨대 하나의 사업장에 복수의 취업규칙이 병존할 경우 형식적으로 별개이나 하나의 취업규칙으로서 취급되어야 할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 근로기준법 제95조에서 의미하는 사업장의 '근로자'라 함은 사업장에 고용되어 있는 전근로자를 의미하므로 파트타임근로자도 당연히 포함되는 것이며, 이는 일반근로자의 취업규칙 속에 파트타임근로자에 대한 특별규정이 있는 것과 마찬가지이다.¹⁰⁾

그러므로 전체근로자의 과반수가 가입하고 있는 노동조합이 있는 경우에는 그 노조가, 그러한 노조가 없는 경우에는 사업장의 근로자 과반수를 대표하는자를 선출하여 그의 의견을 들어야 한다. 그러나 이는 일반근로자와 파트타임 근로자를 합한 수의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 하는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐 하면 파트타임근로자가 소수이거나 일반근로자의 노조가 파트타임근로자의 노조가입을 용인하지 않는 경우에는 파트타임근로자의 의견이 무시될 위험이 있기 때문이다.¹¹⁾

노동부지침 제5조 제4항은 "취업규칙을 작성 또는 변경할 때에는 시간제근로자 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만 시간제근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다"라고 규정하고 있다.¹²⁾

그러나 파트타임근로자의 취업규칙 작성·변경절차에 있어서는 근로기준법 제95조와 관련하여 "사용자는 파트타임근로자를 포함한 전체근로자의 과반수 대표자(또는 노조)의 의견과 동시에 파트타임근로자 과반수대표자의 의견을 들어야 할 것"으로 해석하는 것이 동조항의 입법취지에 부합될 것이다.

다. 근로조건

1) 임금

가) '동일노동임금의 원칙'과 파트타임근로자의 임금¹³⁾

근로기준법 제5조의 균등대우원칙에 의하여 차별금지되는 '사회적 신분'은 봉건적·특권적 신분과 같은 생래적 지위를 의미하므로 파트타임근로자의 근로조건에 대한 일반근로자와의 차별은 이에 해당되지 않는다.¹⁴⁾ 그러므로 일반근로자와 동일한 노동을 하는 파트타임근로자가 낮은 임금을 받는 경우 현행법상 근기법 제5조의 균등대우원칙 위반이라 할 수는 없다.¹⁵⁾ 그러나 파트타임근로자의 노동이 일반근로자와 동일가치의 노동임에도 불구하고 임금차별을 두는 것이 합리적이고 정당한 것인가 하는 의문이 제기된다.¹⁶⁾ 이에 대하여는 제2절 파트타임근로자에 대한

노동법 적용의 균등대우원칙에서 밝힌 바와 같이 파트타임근로자의 채용기준, 배치, 교육훈련, 업무의 범위와 책임, 직장규율의 적용에 있어서 일반근로자와 차이가 존재한다면 이를 근거로 하는 근로조건의 차별은 합리적이고 객관적으로 정당한 차별이라고 생각된다. 따라서 파트타임근로자의 임금차별이 합리적이고 정당한 것인가의 여부는 첫째로 사업장에서 파트타임근로자의 실제 근로관계의 내용에 대한 판단, 둘째로 동일가치노동을 평가할 수 있는 객관적 근거의 확립에 달려 있다. 특히 전자의 경우 고용형태만 파트타임근로관계일 뿐 실제로는 일반근로자와 동일한 내용의 노무제공을 하는 경우가 문제될 것이다.

나) 최저임금법의 적용

파트타임근로자도 근로자인 이상 당연히 최저임금법의 적용을 받는다. 따라서 최저임금의 적용제외대상(최저임금법 제7조 참조)에 해당되지 않을 경우라면 최저임금이 적용되어야 한다.

다) 가산임금

근로기준법 제46조의 시간외근로, 야간 및 휴일근로에 대한 가산임금지급 규정은 파트타임근로자에게도 적용된다. 다만 법정기준근로시간 내에서 일반근로자의 소정근로시간을 초과하는 법내 초과근로를 하는 경우가 문제된다. 이때 사용자가 단체협약이나 취업규칙 등에서 법내 초과근로에 대한 가산임금의 지급약정을 하지 않는 이상 가산임금 지급을 청구할 수 없다고 생각된다.¹⁷⁾

라) 수당 및 상여금

노동법은 임금의 체계나 임금의 결정방법 등에 관하여 관여하고 있지 않으므로 파트타임근로자의 수당, 상여금 등에 대하여는 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 의해 정해진다. 노동부지침 제6조 제3항은 "시간제근로자의 상여금 등에 관하여는 당사자가 정한 바에 따르고, 정하지 아니한 경우에는 근로시간을 감안하여 통상근로자에게 불이익하지 아니하도록 한다"고 규정하고 있으므로 근로시간에 비례하여 지급해야 할 것이다. 또한 가족수당과 같이 근로시간이나 근로의 양 및 질과 관련이 없는 수당에 대하여는 근로계약, 취업규칙 등에서 이를 지급하지 않는다고 약정하지 않는 이상 일반근로자와 동일하게 지급되어야 한다.

마) 퇴직금

근로기준법 제28조는 "사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정해야 한다"라고 규정하고 있다. 따라서 파트타임근로자에게도 퇴직금이 당연히 지급되어야 하나, 사업장에서 아직까지는 일반화 되어 있지 않은 현실이다.¹⁸⁾ 또한 퇴직금누진제를 택하고 있는 경우에는 파트타임근로자에게도 누진제가 적용된다.

노동부지침 제7조 및 제8조는 "사용자는 시간제근로자의 퇴직금, 재해보상등이 근로시간을 감안하여 통상근로자에 비해 불이익하지 아니하도록 노력해야 하며, 평균임금을 산정함에 있어 근로기준법 제19조 제2항의 규정에 따라 당해 근로자의 통상임금보다 저액인지 여부를 판단하는 경우에는 사유발생일전 3개월간에 지급된 임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 1일의 평균임금과 그 기간 동안 소정근로시간에 대하여 지급하기로 정해진 통상임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 1일의 통상임금을 비교한다"라고 규정하고 있다.

2) 근로시간

가) 근로기준법 제42조의 '8시간 근로의 원칙'은 파트타임근로자에게도 적용된다. 따라서 파트타임근로자가 기준근로시간을 초과해서 근로한 경우 가산임금이 지급되어야 한다(근기법 제46조 참조). 근로기준법 제42조의 1일 8시간, 1주 44시간의 범위내에서 연장되는 법내 초과근로시간에 대하여는 가산임금이 지급될 필요가 없으나¹⁹⁾ 사업장내의 단체협약이나 근로계약에서 지급하기로 하였다면 파트타임근로자는 가산임금의 지급을 청구할 수 있다. 그러나 근로기준법의 근로시간에 관한 규정은 파트타임근로와 같이 정규고용형태가 아닌 경우까지 예정해서 정한 것은 아니기 때문에 근로자가 사업장을 달리해서 근무하는 경우 그

적용의 한계가 발생한다.

독일 근로시간법 제2조 제3항에 의하면 근로자가 복수의 사업장에 근무하는 경우에는 통상근로시간은 근로시간의 법정최고한도를 초과할 수 없고, 고의 또는 과실에 의해 동 규정에 위반하는 경우에는 벌금형 또는 구류형에 처한다(근로자를 포함하여)고 규정하고 있으며(제25조), 판례(BGA AP Nr.2zu §A20)는 그와 같은 위험이 발생할 우려가 있는 경우에 사용자는 청취의무, 근로자는 보고의무를 진다고 규정한다. 일본 노동기준법 제38조 제1항 역시 '근로시간은 사업장을 달리하는 경우에 있어서도 근로시간에 관한 규정의 적용에 있어서는 통산한다'라고 규정하고 있으며 행정해석(日昭和 24.5.14, 基收 769號)은 사용자를 달리하는 경우에도 동 규정이 적용된다고 한다. 생각컨대 근로자가 사업장을 달리해서 근로하는 시간이 법정기준근로시간을 초과한다는 사실을 모르는 경우까지 근로기준법 위반(그러나 우리 근로기준법에는 위에서 열거한 독일이나 일본의 규정에 해당되는 규정이 없다)이라 할 수는 없을 것이다.²⁰⁾

나) 시간외근로와 휴일·야간근로

① 파트타임근로자가 근로기준법 제42조에서 규정하고 있는 기준근로시간인 1일 8시간, 1주 44시간을 초과하여 근로하거나 야간근로(하오 10시부터 1상오 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로를 한 경우에는 근기법 제46조의 가산임금이 지급되어야 함은 당연하다. 그러나 파트타임근로자의 소정근로시간이 야간근로시간대(하오 10시부터 상오 6시)에만 해당되거나 휴일에만 근로하는 경우에는 당해 파트타임근로자의 임금이나 월급에는 가산임금이 포함된 것으로 해석해야 할 것이다. 다만 파트타임근로자의 소정근로시간 중 일부의 근로시간만이 야간 근로시간대 또는 휴일근로에 포함된다면 당사자간의 약정이 있는 경우에만 시간급금액에 가산임금이 포함된 것으로 보는 것이 합리적인 것이다.

② 다음으로 파트타임근로자에게도 일반근로자와 같은 정도로 시간외근로, 야간 및 휴일근로의무가 발생하느냐의 문제가 있다.²¹⁾

생각컨대 근로자가 자신의 생활설계와 행동계획에 맞추어 소정근로시간의 길이·시간대·근로일수를 선정하고 근로에 종사하는 것이 파트타임근로의 특성이므로 파트타임근로자의 시간외근로 및 휴일·야간근로의 의무를 일반근로자와 똑같은 범위로 한정할 수 없다.²²⁾ 따라서 파트타임근로자의 경우 사용자가 시간외근로 및 휴일·야간근로일시를 구체적으로 확정하여 제시하는 경우에만 근로의무가 발생한다고 해야 할 것이다.

파트타임근로자도 근로제공의무 이외에 충실의무(Treupflicht)를 지므로 시간외근로가 필요한 특별한 사정이 있는 경우에는 신의칙상 근로의무를 진다고 생각된다(근기법 제42조 제3항 참조). 노동부지침 제9조 제2항은 "사용자는 시간제근로자에 대하여 소정근로시간 또는 소정근로일을 초과하여 근로시키려고 할 경우에는 고용시 근로계약서, 취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시해야 한다"라고 규정하고 있다.

시간외 근로의무에 대하여 근로기준법은 "당사자간의 합의에 의하여 1주에 12시간 한도로 연장근로할 수 있다"고 규정하고 있다. 여기에서 연장근로의 합의를 할 수 있는 당사자의 정의에 관하여 해석상의 문제가 발생하는데, 근로기준법은 개개근로자와 사용자가 同法の 법정기준을 저하 또는 악화시키는 것을 금지하고 있으며(제20조) 실질적으로 개별적인 당사자간의 합의는 근로자에게 불리하게 의제될 가능성이 있으므로 동 조항의 근로자측 당사자란 원칙적으로 교섭상의 대등성을 확보하고 있는 노동조합 또는 노사협의회법상의 근로자대표라고 보아야 한다. 따라서 일반근로자의 노조에 가입하고 있지 않은 파트타임근로자의 경우 파트타임근로자를 포함한 전체근로자의 과반수를 대표하는 자와의 합의가 요구된다.²³⁾ 그러나 파트타임근로자의 경우 전술한 바와 같이 파트타임 근로계약의 실제적 성격이 고려되어야 하므로 노조 또는 근로자대표와의 합의 이외에도 독자적으로 개별근로자의 동의가 있는 경우 또는 취업규칙이 있는 경우에만 시간외근로의무가 발생한다고 생각된다.²⁴⁾

3) 연차유급휴가

근로기준법 제48조는 "연차유급휴가권은 1년간 개근한 근로자에 대하여 10일, 9월 이상 출근한 근로자에게 대하여는 8일의 유급휴가를 주어야 한다"고 규정하고 있다. 노동부의 지침에는 연차유급휴가권에 관한 규정이 없으나, 파트타임근로자도 근기법 제48조의 요건을 충족시키는

경우에는 사용자는 연차유급휴가를 줄 의무가 있다. 그러나 주 소정근로일수가 일반근로자에 비하여 현저히 적은 파트타임근로자의 경우에도 연차유급휴가권이 발생하는지가 문제된다.²⁵⁾ 그러한 경우 연차유급휴가권의 발생요건인 '1년간 개근 또는 9월 이상 출근'이라는 요건을 전제로 하여 소정근로일수에 비례하여 휴가를 부여하는 것이 합리적이라고 생각된다. 또한 일반근로자의 경우에도 마차간지이나, 특히 파트타임 근로계약이 성격을 고려할 때 파트타임근로자가 원하는 시기에 휴가를 주어야 할 것이다(근기법 제48조 제2항 참조). 일본노동기준법 제39조 제 3항은 "1주간의 소정근로일수가 통상근로자의 소정근로일수에 비해 현저히 적은 근로자의 연차휴가일수는 통상근로자의 1주간의 소정근로일수와 당해 근로자의 1주간의 소정근로일수 또는 1주당 평균근로일수와의 비율을 고려하여 결정한다"고 규정하고 있다.

4) 휴게 · 휴일

① 근로기준법 제44조의 "8시간 근로의 경우 1시간 이상, 4시간 근로의 경우 30분 이상의 휴게시간 부여" 원칙은 파트타임근로자에게도 적용되어야 한다. 그러나 파트타임근로자가 복수의 기업에서 근로하는 경우 어느 사용자가 휴게시간을 주어야 하느냐가 문제된다. 근로자가 2개의 사업장에서 근로한다고 가정할 때 A사업장의 작업종료와 B사업장의 작업개시 사이의 시간에 휴게시간을 부여하는 방법이 가장 합리적이라고 생각된다.²⁶⁾ 그러나 근로자가 다른 사업장에서의 근로를 사용자에게 보고하지 않는 경우에만 사용자에게 휴게시간 부여의무가 발생한다고 할 수는 없을 것이다.²⁷⁾

② 근로기준법 제45조는 "사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다"라고 규정하고 있다. 파트타임근로자도 근로자인 이상 원칙적으로 휴일에 대한 청구권이 있다. 노동부의 「시간제근로지침」 관련 해설자료도 "시간제근로자에게도 구체적인 근로형태에 따라 법정휴일 · 휴가를 적절하게 부여해야 한다. 다만 휴무일이 많은 경우에는 근로자의 희망에 따라 당사자간의 계약을 체결하여 동 휴일 · 휴가를 휴무일로 대체하고 임금을 지급받고자 하면 이를 인정한다"고 밝히고 있다.

그러나 근기법 제45조의 유급주휴제는 상용근로자를 전제로 한 규정이기 때문에 소정근로시간이나 근로일수가 일반근로자에 비해 짧은 파트타임근로자에게도 주휴제를 적용하는 것이 합리적인가 의문이 제기된다. 근기법 제45조의 입법취지는 근로자로 하여금 6일간 근로한 후 휴일의 휴식을 통해 건강을 유지하고 근로의욕을 재충전시키기 위한 것으로서 일반근로자에 비해 여가시간이 충분한 파트타임근로자에게까지 주휴제를 적용시킬 필요는 없다고 생각된다.²⁸⁾ 그러나 당사자간의 근로계약이나 취업규칙, 단체협약 등에서 주휴제에 관한 합의를 할 수 있음은 물론이다. 또한 일반근로자와 소정근로시간이나 근무일수에 있어서 거의 구별이 안 되는 파트타임근로자의 경우에는 근기법 제45조가 적용되어야 한다.

라. 근로관계의 종료

1) 파트타임근로자의 경우 근로조건이 계약체결시에 정규근로자에 비하여 불명확하거나 불리하게 결정될 가능성이 많으므로 합의해지가 아닌 경우에는 계약기간의 만료나 해고로 근로관계가 종료될 경우 일반근로자에 비하여 근로기준법상의 보호를 받지 못할 위험이 크다. 기간의 정함이 없는 파트타임근로자의 해고에 있어서는 근로기준법 제27조(해고의 제한) 및 제29조(해고의 예고)가 적용된다. 그러나 파트타임근로자의 근로계약기간은 일반근로자와 비교할 때 단기간으로 약정되는 경우가 대부분이므로 이른바 연쇄적 근로계약(Kettenarbeitsvertrag)의 문제가 발생할 소지가 높을 것이다.²⁹⁾ 물론 파트타임고용은 임시고용의 성격이 강하지만 사용자가 해고를 용이하게 하기 위하여 기간을 정한 계약을 연속적으로 체결하는 것은 위법이다. 따라서 기간이 만료했다고 하여 계약이 당연히 종료하는 것은 아니며, 기간을 반복 · 갱신할 객관적이고 타당한 사유가 있어야 한다.³⁰⁾ 그러므로 파트타임근로 계약을 반복 · 갱신하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 계약으로 전환된 것과 다름없는 경우에 사용자가 갱신을 거부한다면 근로기준법 제27조 제1항에 의하여 '정당한 이유'없는 해고로서 무효가 된다.³¹⁾

2) '긴박한 경영상의 필요'에 의한 해고(정리해고)

파트타임근로자의 해고에 있어서 특히 문제가 되는 것은 소위 정리해고의 경우이다. 정리해고가 정당하기 위한 요건으로는 긴박한 경영상의 필요, 사용자의 해고회피 노력의무, 합리적 선발기준에 따른 해고대상과 선정, 노동조합 또는 근로자측과의 협의 등을 들 수 있다.³²⁾ 그런데 파트타임근로자와 관련하여서, 특히 '합리적 선발기준에 따른 해고대상자 선정'이 문제가 될 것이다. 해고대상자의 선발은 '사회적 관점'(Soziale Gesichtspunkte)-즉 근로자의 연령, 근무연한, 부양가족수, 재산, 건강상태 등-을 고려하여 '공평한 기준'에 의해 이루어져야 한다.³³⁾ 그러나 사용자의 경영상의 이익이 완전히 무시될 수는 없으며,³⁴⁾ 또한 일반근로자만을 정리해고의 대상으로 하고 파트타임근로자를 계속 고용하는 경우에는 사회적으로 부당한 (Sozial ungerechtfertigt) 것으로 되어 위법하다고 생각된다.³⁵⁾ 따라서 단체협약이나 취업규칙의 정리해고대상자 선발순위에 있어서 '파트타임근로자'를 우선순위로 하는 것이 긴박한 경영상의 필요가 발생하여 일반근로자의 해고를 회피하기 위한 목적에서 정해진 것이라면 합리적 기준에 의한 선발이라고 해야 할 것이다.³⁶⁾ 그러나 사용자는 파트타임근로자라는 이유만으로 정리해고의 대상으로 할 수 없으며, 파트타임근로자의 해고에 있어서도 역시 해고회피 노력의무를 수행해야 한다.³⁷⁾

3. 集團의 勞使關係法의 適用

가. 노동조합의 가입 · 조직

파트타임근로자도 근로자인 이상(노동조합법 제4조) 노동조합에 가입할 수 있는 것은 당연하다. 또한 파트타임근로자가 독자적으로 노조를 결성할 수 있음은 물론이다. 그러나 노동조합이 규약에서 조합원 자격을 일반근로자로 한정 한 경우에는 규약을 개정하지 않는 한 파트타임근로자는 가입할 수 없다.³⁸⁾ 물론 노동조합은 조합원의 범위를 자주적으로 결정할 수 있다.³⁹⁾

그러나 노동법의 기본이념에 비추어 볼 때 근로자가 근로조건 및 기타 사항에 대하여 사용자와 대등한 지위에서 교섭하고 협약을 체결하는 노동조합의 의사결정에 참여하고자 할 때 노동조합이 이를 거절할 수 있느냐가 문제된다. 노조가 가입희망 근로자에게 가입거부를 하는 행위 자체가 노동관계법규의 위반은 아니라 해도 노조는 합리적 이유 없이 근로자의 가입신청을 거부할 수는 없다고 생각된다.⁴⁰⁾

나. 단체협약의 효력

현실적으로 문제가 되는 것은 노동조합법 제37조의 일반적 구속력의 효력이 파트타임근로자에게도 미칠수 있느냐의 여부이다.⁴¹⁾ 즉 하나의 사업장에서 상시 사용되는 동종근로자의 반수 이상의 근로자가 하나의 단체협약의 적용을 받는 경우, 당해 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에게도 단체협약이 적용되므로 파트타임근로자가 노조법 제37조의 요건을 충족시키는 한 적용되는 것이 원칙이다. 따라서 파트타임근로자의 업무가 일반근로자의 직종으로 볼 수 없는 특수업무에 해당되거나 소정근로시간이 현저히 짧은 경우를 제외하고는 파트타임근로자에게도 단체협약이 확장되어야 한다.

주석1) 국민연금법, 의료보험법은 시행령에서 파트타임근로자 등 상시근로에 종사할 목적이 아닌 자는 제외한다고 규정하고 있으므로 원칙적으로 파트타임근로자에게는 국민연금법과 의료보험법을 제외하고 근로기준법, 산업재해보상법, 산업안전보건법, 최저임금법과 같은 개별적 근로관계법은 물론 노동조합법을 비롯한 집단적 노사관계법이 모두 적용된다.

주석2) 독일 고용촉진법(1985) 제2조 제1항은 "사용자가 근로자를 파트타임근로에 종사하고 있는 이유로 일반근로자에 비하여 차별적으로 대우하는 경우 그 차별을 정당화할 객관적

사유(sachliche Gründe)가 없는 한 부당하다"고 규정하고 있다. 동 규정은 그동안 판례(BAG AP Nr. 1 zu §1 Betr-AVG Gleichbehandlun'g, 6.4.1982)에서 취하고 있던 파트타임근로자에 대한 균등대우원칙(Gleichbehandlungs-grundsatz)을 명문화한 것이다. 판례는 "사용자가 파트타임근로자에게만 크리스마스 휴가비를 지급하지 않기로 하는 약정을 하거나 일반근로자에 비하여 2분의 1의 근로시간에 종사하는 파트타임근로자에게 일반근로자의 4분의 1에 해당되는 휴가비를 지급하는 경우에는 이러한 차별적 대우를 정당화하는 객관적 사유가 존재하지 않는다"라고 판시하고 있다.(BAG DB 1991, 866; DAG DB 1991, 865).

주석 3) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 1993; Martin Lorenz, Teilzeitasbeitsrecht, 1987, S. 21.

주석 4) 우리 헌법은 독일 기본법 제1조 제3항과 같이 국민 개개인에게 직접 적용되는 권리(unmittelbar geltende Rechte)로서 기본권을 보장하고 있는 규정은 없으나, 헌법학계의 지배적 입장은 독일의 이론적 영향하에 사인간의 기본권 효력을 원칙적으로 인정하고 다만 그 성질상 사인간에 적용될 수 없는 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙(민법 제2조와 제103조 등)을 통해서 간접적으로 사인간에 효력이 미친다고 한다. 헌법 제32조 제4항(고용·임금 및 근로조건에 있어서 여자근로자의 차별금지)은 사인간에 직접적 효력을 미치는 헌법상 명문규정에 해당된다(허영, 『한국헌법론』, 1992, 253쪽 이하).

주석 5) 大判 1988.12.27, 85타카657(합리적 이유없이 여자라는 이유만으로 부당하게 낮은 정년을 정한 인사규정은 근기법 제5조의 균등대우원칙에 위반되므로 무효이다).

주석 6) 菅野和未, 『노동법』, 145~146쪽; 下井隆史, 『노동기준법』, 30~31쪽.

주석 7) 이원희, 앞의 논문, 141쪽

주석 8) 다만 남녀고용평등법은 제6조의 2, 제1항 '동일가치노동에 대한 동일임금'원칙을 규정하고 있으며 동일가치노동의 기준으로서 노무수행에서 요구되는 '기술, 노력, 책임 및 작업조건'등을 들고 있다(제2항).

주석 9) 고용형태가 파트타임근로에 해당된다 해도 실제 근로관계에 있어서 일반근로자와 명확히 구별하기 어려운 경우 일반근로자의 취업규칙이 적용되어야 하는 것이 원칙이라고 생각된다.

주석 10) 『秋北バス事件』, 日昭和 43.12.25, 民集 第22卷 第13號; 山本吉人, 「ベ-トタトム 노동자めぐる 裁判例の 動向」, 『이익노동법』, 第159號, 1991.

주석 11) 파트타임근로자는 기업내에서 일부사회를 구성하고 있으므로 일부사회를 규율하는 법규범의 작성·변경에는 일부사회의 구성원 자체가 직접 참여하는 방법이 보장되어야 한다.(中嶋士元也, 「ベ-トタトム 노동시간, 休息, 休日, 年次有給休暇」, 『이익노동법』, 第127號, 1983.

주석 12) 일본 파트타임노동법 제7조 역시 사용자에게 파트타임근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성·변경하고자 할 경우 파트타임근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견을 청취할 것을 요구하고 있다.

주석 13) 「파트타임고용실태조사」(경제단체사회협의회, 1993. 3)의 조사결과에 의하면 파트타임 근로자의 평균임금 수준은 일반근로자와 비교하여 비슷하거나 높은 경우가 조사대상업체의 76.8%에 달하는 것으로 나타났다(표 4-18 참조). 그러나 이는 고용불안정에 대한 보상, 수당, 상여금 등을 기본급에 포함시킨 임금체계의 단순화로 인한것으로서 이 결과를 놓고서 파트타임근로자의 임금이 일반근로자보다 높다고 속단할 것은 아니다.

주석 14) 김형배, 『근로기준법』, 54쪽; 日字都官地判昭 40.4.15, 『勞民集』, 第16卷 第2號, 256쪽.

주석 15) 남녀고용평등법 제6조의 2, 제1항이 "동일가치노동에 대한 동일임금원칙"을 규정하고 있는 것은 여자근로자의 동일가치노동에 대하여 성별을 이유로 하는 차별적 임금을 금지한다는 이유이다.

주석 16) 파트타임근로자에 있어서의 일반근로자와의 임금격차는 公序(우리民法 제103조, '반

사회질서의 법률행위')에 반하여 무효라는 견해가 있다(本多淳亮「パートの勞基法反はなぜ續發するか」,『이익노동법』,第127號,11쪽).

주석 17) G.Schaub. a.a.O. SS. 203~204; Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. L3. Aufl. 1961, S. 349; 반대 : Jorg Schultze, Überstunden bei Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen, RdA 1975, S. 116.

주석 18) 경제단체사회협의회, 「파트타임고용실태조사」, 1993. 3. <표 4-20> 참조.

주석 19) 大判 1991. 6. 28. 90다카14358.

주석 20) 同旨 : 下井隆史, 앞의 책, 165쪽.

주석 21) 日東京地判, 昭 43.3.22; 파트타임근로자의 근로시간 변경은 일반근로자보다 엄격히 해석되어야 하므로 취업규칙 등의 일반적·개괄적 규정에 의하여 근로의무를 부과할 수는 없다고 한다. 파트타임근로자의 시간외근로에 대하여는 근로시간 연장의 한도가 합리적 범위내에서 제한될 것, 그 전일까지 통지할 것을 조건으로 일방적 명령이 허용된다고 하는 견해(野田進, 「パートタイム 노동者の 勤勞條件」, 『노동』, 제64호, 59쪽)도 있다.

주석 22) 동경대학노동법연구회, 『주택노동법』, 463쪽.

주석 23) 일본노동기준법 제36조는 노조가 없는 경우 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 협정을 요구하고 있다.

주석 24) 同旨 : 中嶋, 1988. 앞의 논문, 274쪽.

주석 25) 독일연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz) 제3조 참조. 판례는 연간근로일수가 51일 이내로 일반근로자의 약 6분의 1에 해당되는 경우에는 이 근로일수에 비례하는 연차휴가를 부여해야 한다고 한다(BAG Urteil vom 21. 10. 1965, AP Nr.1 zu § 1BUr1G).

주석 26) 大脇雅子, 「パートタイム 법률문제 - 休日, 休息, 年次有給休暇」, 『이익노동법』, 第76號, 45쪽.

주석 27) 大脇雅子, 앞의 논문, 45쪽; 中嶋土元也, 앞의 논문, 22쪽.

주석 28) 同旨 : 한국경영자총협회편, 『파트타임고용과 법률실무』, 120쪽 이하.

주석 29) 김소영, 「해고사유에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문, 1992, 25쪽; 菅野和未, 『노동법』, p. 143ff

주석 30) 日東京地判 昭 42.12.19(判時 530號 18項); 日大阪地裁判 平成

3.10.22-三洋電機事件(계약기간 1년의 파트타임근로자라도 계약의 계속을 기대하게 하는 계약서상의 표현 또는 그간 계약해지가 없었다는 사실에 비추어 볼 때, 당해 파트타임근로자를 해고하기 위해서는 특별한 사정이 있는 경우에 한해서 계약해지가 가능하다).

주석 31) 김소영, 앞의 논문, 1992. 26쪽.

주석 32) 김소영, 앞의 논문 1992, 83쪽 이하; 大判 1989.5.23. 87다카2132의 판결 이래 대부분의 판례가 정리해고의 정당성 판단기준으로서 이러한 네 가지 요건을 취하고 있다.

주석 33) Becker/Etzel/Friedrich/Groninger/Hillebrecht/Rost/Weigand/Weller/M. Wif/I.Wolf, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Aufl., 1989, §1 Rz 340; Schaub, Arbeitshandbuch, S. 825.

주석 34) KR-Becker, §1 KSchG Rz. 360-Rz. 368; BAG 20.1.1961 u. 27.2.1958, AP Nr.1 zu §1 KSchG Bdtresbedingte Kündigung; 1983.3.24, 1984.10.18 u. 1985.4.25, EzA §KSchG Bdtresbedingte Kündigung Nr. 21, 33 u. 35.

주석 35) LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.10.1968, DB 1969, S. 1155.

주석 36) 下井隆史, 앞의 책, 58쪽.

주석 37) 日大阪地裁判 平成 3.10.22-三洋電機件.

주석 38) 井土克樹, 『雇用多様化時代の法律實務』, 1988, 321쪽.

주석 39) ILO 제87조 협약 제1~3조 참조.

주석 40) 同旨 ; 동경대노동법연구소, 『주택노동조합법』 上卷, p.174ff.

주석 41) 正田彬橋, 『신관노동조합법』, p.243ff.

第3節 小 結

이상 파트타임근로자에 대한 노동법 적용의 문제에 대하여 살펴보았다. 파트타임 근로관계의 법리는 노동력의 활용도를 높이고 고용기회를 창출시킨다는 경제·정책적 목적과

근로자보호라는 노동사회정책적 측면의 조화 속에서 접근되어야 한다.

파트타임근로자도 노동법상 근로자이므로 당연히 노동법이 적용되는 것이 원칙이나 그 내용은 파트타임 근로관계의 특성을 고려하여 구체적으로 결정되어야 한다. 파트타임근로자의 보호와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 임금을 비롯한 근로조건에의 취약함, 단기간의 근로계약의 반복·갱신으로 인한 고용의 불안정성, 근로시간을 비롯하여 일반근로자와 비슷한 근로를 제공하면서도 단지 고용형태에 의하여 차별을 받고 있는 경우 등이다.

노동부의 「시간제근로지침」 만으로 이러한 문제들을 해결하기에는 한계가 있으며, 실제 사업장에서도 '관련법규의 적용상의 문제'를 파트타임근로자를 고용하는 데 있어서의 가장 큰 문제점으로 지적하고 있다.¹⁾

따라서 파트타임근로자의 증가와 더불어 발생하는 문제점들을 합리적으로 적절하게 해결하기 위해서는 현행법의 개선·보완이나 파트타임근로자에 대한 별도의 입법이 요구된다. 이러한 입법적 해결은 파트타임고용의 실태를 근거로 하여 노동력의 활용과 근로자보호라는 두 가지 측면의 조정·조화의 추구속에서 시도되어야 할 것이다. 또한 이러한 입법적 과제에 선행하여 정부나 기업에 의한 정책 및 관행상의 개선이 이루어져야 함은 물론이다.

이와 같이 볼 때 현행법의 해석 및 입법방향과 관련하여 다음과 같은 결론을 내릴 수 있을 것이다.

첫째, 단기간의 근로계약을 반복·갱신하는 등 연쇄적 근로계약의 문제에 대하여는 현행 근로기준법에 의하여도 근로자보호가 가능하기는 하지만, 특히 그 대상범위를 파트타임근로에 한정하여 보호하는 입법적 조치의 강구가 요구된다.

둘째, 임금과 관련하여 합리적이고 정당한 이유없이 일반근로자에 비하여 차별을 받고 있는 관행을 시정하기 위하여는 실제 사업장에서의 파트타임 근로관계의 내용에 대한 판단기준 및 동일가치노동을 평가할 수 있는 객관적 근거를 확립할 수 있는 제도적 장치가 요구된다.

셋째, 파트타임근로자의 노동시장 참여를 촉진시키기 위하여는 임금 이외에 후생복지제도의 내용을 다양화할 수 있도록 입법정책이 수립되어야 한다. 이는 파트타임근로자의 대부분이 여성(특히 기혼 주부)이나 학생임을 감안할 때 더욱 그러하다.²⁾

넷째, 현실적으로 파트타임 노동시장에서 비자발적 파트타임근로자가 차지하는 비중이 적지 않다고 볼 때 파트타임근로자를 정규근로자로 전환시키기 위하여 근로기준법 및 직업훈련관계법 등에 교육·훈련관계 규정이 강화되어야 할 것이다.

다섯째, 기업의 정규인력 활용방식이 신축성이 있게 이루어질 때 파트타임근로에 대한 수요가 커진다는 사실을 고려할 때 파트타임근로의 활용과 일반 근로자의 근로시간 운용에 있어서의 유연성은 밀접한 관련이 있다. 즉 변형근로시간제가 도입되는 경우 근로시간이 유연화됨으로써 파트타임근로자 활용가능성이 그만큼 높아진다.

주석 1) 경제단체사회협의회, 『파트타임고용실태조사』, 1993.3.63쪽 <표 4-23> 참조.

주석 2) 유아를 자녀로 둔 경우 의료보험, 학생을 자녀로 둔 주부의 경우에도 장학제도 등 다양한 후생복지제도 패키지가 활용될 수 있다.

第 6 章

派遣勤勞者에 대한 勞動法 適用

第 1 節 派遣勤勞의 概念

1. 派遣勤勞의 概念 및 類似한 雇傭形態

파견근로 또는 근로자파견이란 사용자가 자신이 고용하는 근로자를 자신과의 고용계약관계하에서 타인을 위하여 타인의 지휘·명령을 받으면서 근로하게 하는 것을 말한다. 즉 貸主(Verleiher: Überlassender Arbeitgeber)이 처음부터 有償賃與를 목적으로 근로자를 고용하여 근로자를 노무의 공급을 목적으로 借主(Entleiher: aufnehmender Arbeitgeber)에게 일정한 기간 또는 불확정한 기간 동안 빌려주는 것(berlassen)을 내용으로 계속적·쌍무적 채권관계를 성립시키는 것이다.¹⁾

따라서 파견근로관계는

사용자	고용계약관계	근로자
지휘·명령관계		

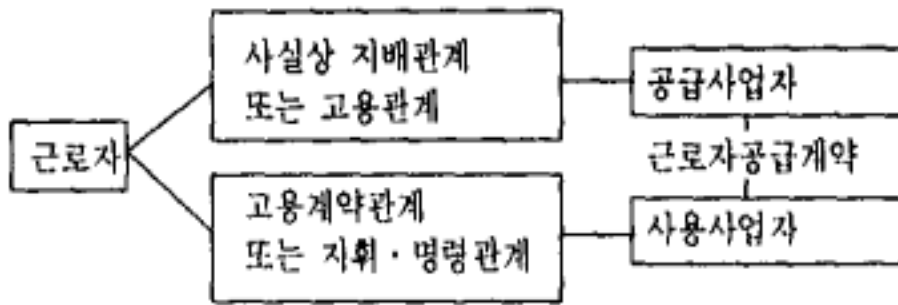
 라는 통상적 고용관계와 구별된다.

근로자는 파견사업자와의 고용계약에 의해 근로제공의무를 지고 파견사업자는 근로제공에 대한 임금지급의무를 지는 것은 통상의 고용관계와 동일하나, 통상의 고용관계와 구별되는 점은 사용사업자가 파견사업자와의 근로자파견계약에 근거하여 파견사업자로부터 근로자에 대한 업무의 지휘·명령권을 위임받아 노동력을 사용·수익한다는 점이다. 즉 사용사업자는 근로자파견계약에 의하여 파견사업자에게 약정된 보수를 지불하고 노무급부를 수령할 권리를 갖는다.

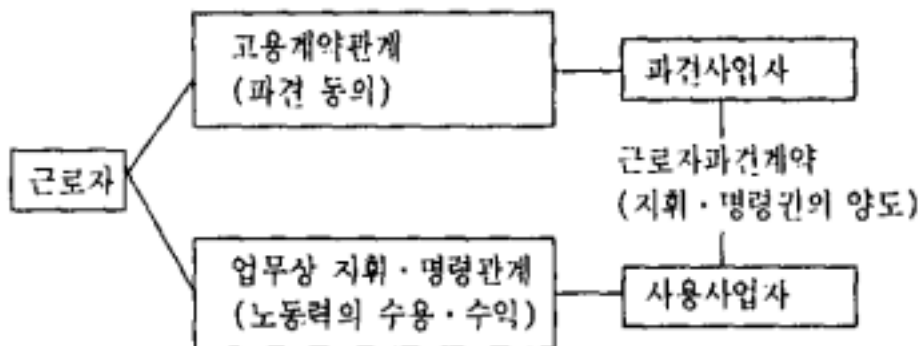
노동부의 「근로자파견사업의 규제 및 파견근로자 보호에 관한 법률안」²⁾ (1993. 10) 제3조에 의한 근로자파견의 정의에 의하면 '근로자파견'이라 함은 자기가 고용하는 근로자를 타인의 지휘·명령을 받아 그 타인을 위하여 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.³⁾ 그리고 동 법안에 의하면 '파견근로자'이라 함은 사업주가 고용하는 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 말하며 '근로자파견계약'라 함은 당사자의 일방이 상대방에 대하여 근로자파견을 약정하는 계약을 말한다고 한다. 그리고 '근로자파견사업'이란 근로자파견을 '業'으로 행하는 것을 말한다고 정의하고 있다. 여기에서 근로자파견을 '업'으로서 행한다는 것은 영리를 목적으로 근로자파견을 반복하여 행하는 것을 의미한다. 그러나 단 1회에 한한 행위라 하더라도 계속적으로 행하려는 의사가 추정된다면 '업'으로서 행하는 것이 된다.⁴⁾

현행 작업안전법(1967 제정, 1994. 1. 7 전문 개정) 제19조 및 제33조는 근로자공급사업을 원칙적으로 금지하고 있으며, 다만 노동조합법에 의한 노동조합에 한해서만 예외를 인정하고 있다(동법 시행령 제33조 제2항 제1호, 1994. 7. 16). 따라서 근로자파견법이 제정되지 않은 현재로서는 모든 근로자 파견사업은 불법이다. 합법적인 근로자파견사업으로는 경비용역법 제2조 및 제4조에 의한 경비용역, 공중위생법 제4조 제2항에 의한 청소용역만이 허용된다. 또한 직업안전법에 의한 근로자공급사업에 의하면 공급사업자와 사용사업자가 근로자공급계약을 체결하는 경우 근로자는 공급사업자와 사실상 지배관계에 놓이게 되며 사용사업자와는 고용계약관계 및 지휘·명령관계에 놓이게 된다.

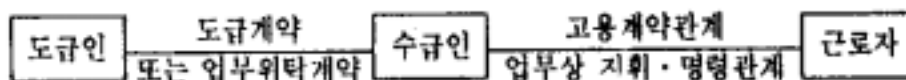
그러나 근로자와 공급사업자 고용계약관계가 있다 해도 근로자의 자유의사에 기하여 직접 사용사업자와 고용계약을 체결하는 경우에는 근로자공급사업에 해당될 수 없을 것이다. 이를 그림으로 나타내면 다음과 같다.



그러나 근로자파견은 근로자공급사업 중에서 근로자파견을 하는 자와 근로자 사이에 고용계약관계가 있는 경우만을 의미한다. 이를 그림으로 나타내면 다음과 같다.



또한 근로자파견은 민법상의 위임(민법 제680조)이나 도급(민법 제664조)과도 구별된다. 도급이란 "당사자 일방이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고 이에 대하여 상대방이 그 일의 결과에 대한 보수를 지급할 것을 약정하는" 것이며, 위임은 "당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙하는 것"을 의미한다. 따라서 도급이나 위임은 사업으로서의 독립성을 가지며, 도급인과 수급인 사이의 도급계약 또는 업무위탁계약에 의하여 수급인과 근로자 사이에 고용관계 및 지휘·명령관계가 성립되는 것이므로 이러한 점에서 근로자파견과 구별된다. 즉 도급이나 위임의 경우 수급인이 자신이 고용하는 근로자에 대하여 업무상의 지휘·명령권을 가지므로 다음과 같은 그림으로 표시할 수 있다.



그러나 계약의 명칭이나 형식에 의하여 도급인가 근로자파견인가의 여부를 확정할 것은 아니다. 계약의 외관은 도급계약이라 하더라도 수급인이 근로자를 자신의 지휘·명령하에 두지 않고 다른 사용자에게 위탁하는 경우에는 근로자파견에 해당된다. 즉 도급이나 위임이 근로자파견과 구별되는 것은 '사업으로서의 독립성'에 있다. 근로자파견의 경우 사용사업자가 근로자에 대하여 업무상의 지휘·명령권을 가지므로 파견업무가 파견사업자의 독립업무라고 볼수 없으나, 도급이나 위임의 경우 수급인이나 수입인은 도급인 또는 업무위탁자로부터 독립성을 유지한다. '사업으로서의 독립성'을 갖느냐의 여부에 대한 판단기준은 근로자의 업무에 대한 지휘·명령권, 근로시간·작업내용, 人事 등에 대한 권리에 있어서의 독립성을 포함하는 노무관리상의 독립성과

재정상·법률상 독립, 업무상 설비 및 자재조달을 포함하는 사업경영상의 독립성이 될 것이다.⁵⁾

2. 勤勞者派遣法 制定을 둘러싼 論議

노동부는 「근로자파견사업의 규제 및 파견근로자 보호에 관한 법률안」을 고용관계법안으로서 입법예고한 바 있으나, 1993년도 정기국회에서는 고용정책 기본법(1993. 12. 27 제정), 고용보험법(1993. 12. 27 제정) 직업안정법(1994. 1. 7 전문 개정)등 고용3법만이 제정되었다. 그 이유는 파견사업의 합법화에 대한 찬·반의 입장이 워낙 첨예하게 대립되어 합의점을 도출해 내기가 어려웠기 때문이다.

정부에 의한 근로자파견법안은 파견근로의 적용대상업무로서 ① 업무를 신속하고 정확하게 수행하기 위하여 전문적인 지식이나 기술 또는 경험을 필요로 하는 업무로서 대통령령에서 정하는 업무, ② 특정한 사유에 해당하는 업무(일시적 업무)를 범위로 정하고(제5조), 근로자파견사업은 허가기준을 정하여 허가제에 의하도록 하며(제7조), 허가의 유효기간은 2년으로서 매 2년마다 갱신하도록 하고 있다(제11조), 또한 파견근로자의 근로조건 보호를 위하여 파견기간을 원칙적으로 1년 이내에 적용대상업무별로 결정하도록 하고 있으며(제6조), 파견근로계약에서 정해야 할 법정사항(제22조)과 파견사업자나 사용사업자의 조치사항(제25조 내지 제38조)을 정하고 있다. 그리고 파견근로관계의 특성상 파견근로자에 대한 사용자책임을 묻기 어려운 경우에 대비하여 개별적 근로관계법 적용의 특례규정을 두었으나, 원칙적으로 파견사업주에게 사용자책임을 부과하고 있다(제39조, 제40조).

근로자파견법이 노동수급의 원활화를 꾀함과 아울러 중간착취의 배제를 방지해야 하는 역할을 해야 한다는 전제하에 이와 같은 정부의 근로자파견법안에 대하여 많은 비판이 제기되고 있는바, 노동계와 경영계는 물론 학계에서도 그 의견이 엇갈리고 있다. 근로자파견법 제정 자체를 반대하는 입장은 근로자 파견사업은 중간착취에 불과하며, 정규고용을 감소시키고, 노사관계에 악영향을 미치므로 규제해야 한다고 주장한다. 반면에 찬성하는 입장은 파견근로는 인력의 수요와 공급이라는 노동시장의 자생적 요구에 의해 발생하는 것이라고 하며 파견근로의 경제적 기능을 들어 파견근로의 합법화를 주장한다.

근로자파견법의 제정을 찬성하는 견해는 다음과 같이 파견근로의 순기능을 들고 있다.⁶⁾

첫째, 파견근로자의 활용은 기업측에 전문기능이나 특별한 기술분야의 인력이용을 용이하게 하고 일시적인 노동수요가 있는 경우 탄력적으로 이용할 수 있게 함으로써 노동비용을 감소시킨다.

둘째, 파견근로는 공공직업망만으로는 기업과 근로자의 효율적 연결을 꾀하기 어려운 현실에서 민간의 파견사업체가 개입함으로써 노동수급을 확대하고 기업과 근로자가 연결되는 데 발생하는 거래비용을 줄일 수 있다.

셋째, 미숙련근로자의 경우 노동시장에의 진입 자체가 어려우므로 파견근로를 통해 현장훈련 기회를 부여받을 수 있다.

넷째, 파견근로는 유휴인력에게 신축적인 2차노동시장으로서 취업기회를 제공하여 고용기회를 창출시킨다.

다섯째, 파견근로는 정규고용형태하에 있는 근로자들의 고용안정 효과를 가져온다. 즉 불황이나 고용조정 필요에 있을 때 우선적으로 파견근로자를 해고하는 유연성을 추구할 수 있으므로 정규직근로자의 고용을 안정시킨다고 한다.

파견근로의 법제화를 찬성하는 이와 같은 입장에 대하여 파견근로의 합법화를 반대하는 입장은 근로자파견법의 제정이 오히려 파견근로를 양성할 수 있다고 하며, 다음과 같이 파견근로의 단점을 들고 있다.⁷⁾

첫째, 파견근로는 노동시장의 이원화를 고착시킨다는 점이다. 즉 기업은 파견사업체와의 계약이나 묵계에 의하여 파견근로자의 정규직으로의 전환을 막을 수 있으므로 파견근로자는 계속 2차노동시장에만 머물게 되며 노동시장의 이원화가 고착된다.

둘째, 파견근로는 고용관계의 불안정을 야기한다. 즉 파견근로의 확산은 기존의 근로자를 파견근로자화시킴으로써 항상 해고의 위협에 직면해 있는 불안정한 고용관계를 가져온다.⁸⁾

셋째, 파견근로자의 저임금이 문제된다. 기업이 파견근로자를 활용하는 이유가 인건비의 감소에 있는 경우 정규직근로자에 비하여 저임금이 될 것이며, 파견업체에 의한 중간착취의 위험이 배제될 수 없기 때문이다.

넷째, 기업은 노조의 활동을 위축시키기 위하여 정규근로자를 파견근로자로 대체할 수 있기 때문에 노사관계에 미치는 악영향이 문제된다. 파견근로의 장·단점에 대한 이상과 같은 논의가 입법예고된 근로자파견법을 둘러싸고 학계와 경영계, 근로자측에서 활발하게 이루어졌으나, 결국 법제정은 연기된 상태이다.

생각컨대 이미 노동시장내에서 새로운 고용형태로서 자연발생적으로 확산되어 가고 있는 파견근로를 현행과 같이 계속 불법인 상태로 방치한다면 오히려 파견근로자 보호를 위하여 바람직하지 않을 것이다. 근로자파견법을 제정하여 파견근로를 양성화하는 경우 첫째, 근로자파견업체의 자격요건을 강화하여 파견업체의 난립을 방지함으로써 과당경쟁에 의한 용역단가의 저하를 막을 수 있으며, 둘째, 파견사업자와 사용사업자 사이의 사용자책임의 소재를 명확히함으로써 파견근로자의 근로조건 보호를 기할 수 있을 것이다.⁹⁾

주석1) 근로자가 賃主의 기업에서 노무를 급부하면서 비교적 단기간으로 借主의 기업의 필요에 따라 노무를 제공하는 경우를 賃貸근로자관계(unechtes Leiharbeitsverh Itnis)라고 하며, 이와 같은 파견근로의 경우에는 유사임대차관계(unechtes Leiharbeitsverhältnis)로 본다(Schaub, ArbRHb, S. 918f; Zöllner/ Loritz, ArbR, S. 298ff).

주석2) 원래 정부는 1993년 7월 28일 근로자파견법안을 입법예고하였으나 수차례에 걸친 공청회에서 파견사업의 합법화에 대한 찬반의 입장이 첨예하게 대립되자 다시 10월 9일에 수정된 내용의 법안을 내놓기에 이르렀다. 1993년도 정기국회에서는 고용관계 법안 중 고용정책기본법(1993. 12. 27 제정), 고용보험법(1993. 12. 27 제정), 직업안정법(1994. 1. 7 전문 개정) 등 고용3법만이 통과되어 각각 1994년 7월부터 1996년 7월 사이에 시행될 예정이다.

주석3) 일본 「근로자파견법」(1985 제정) 제2조는 근로자파견에 대하여 "자기가 고용한 근로자를 당해 고용관계하에서 타인의 지휘·명령을 받아 그 타인을 위하여 근로에 종사하게 하는 것을 말하며, 그 근로자를 그 타인에게 고용하게 함을 약정하는 것을 포함하지 않는다"고 규정한다. 즉 근로자공급사업 중에서 근로자파견업자와 근로자 사이에 고용관계가 있는 경우만을 분리하여 '근로자파견'으로 개념정의하고 있다.

주석4) 井上克樹, 『出向・派遣と 配置轉換』, 1986, 148쪽.

주석5) 노동부, 『근로자공급사업지도』, 1993. 6. 16쪽 이하; 일본 노동부 고시 제37호(1986. 4. 17)에 의하면 계약의 형식이 도급이라 하더라도 자신이 고용하는 근로자의 노동력을 자신이 직접 이용하고, 근로시간이나 기업의 질서유지 및 확보에 대한 지시와 관리를 직접 행하며, 도급계약에 의한 업무를 자신의 업무로서 당해 계약의 상대방으로부터 독립하여 처리하지 않는 경우에는 근로자파견에 해당된다고 한다.

주석6) 남성일, 『한국의 인력파견에 관한 연구』, 1993. 10, 31쪽 이하; 박원구, 『인재파견제도: 제정의 배경과 논의점』, 한국노사관계학회, 1992. 6, 24쪽 이하; 박준성, 「파견근로의 경제적 당위성과 사용업체 실태조사」, 『근로자파견제도의 활성화와 법제정방향』, 한국경영자총협회, 1993. 10, 34쪽.

주석7) 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993. 8, 16~18쪽, 127~137쪽; 전국노동조합협의회 외 3개단체, 『무권리, 이중착취, 용역노동의 실태와 대응』, 1993. 3.

주석8) 정인수·윤진호, 앞의 책(26쪽)의 파견근로자실태조사에 의하면 파견근로자의 70%가 취업이유로서 정규직을 찾을 수 없었기 때문이라고 한다(이와 상이한 분석결과는 남성일, 앞의 책, 45쪽 참조).

주석9) 남성일, 앞의 책, 66~71쪽의 파견근로자실태조사에 의한 '파견직 계약단가 및 임금분석'에 의하면 파견근로자의 평균임금이 정규직근로자의 평균임금보다 낮은 이유는 파견사업체의 부당이득 때문이 아니라 계약단가 자체가 정규직근로자의 인건비보다 훨씬 낮은 데 기인한다고 한다.

第2節 派遣勤勞 擴散의 背景과 現況

파견근로가 확산되는 배경은 파트타임, 임시직 등 비정규고용 형태의 발생 배경과 동일한 차원에서 분석될 수 있으나, 특히 파견근로의 경우에는 기업이 파견근로자를 직접 고용하여 노동력을 사용·수익하는 것이 아니라 근로자 파견회사를 통하여 근로자로부터 노무를 제공받는다는 파견근로의 특성이 고려된다.

자동화를 위한 기술혁신과 서비스경제화의 진전에 따른 기업의 노동력 수요는 비정규고용 형태의 확산과 함께 파견근로의 형태를 확산시켜왔으나, 1980년대 이후 파견근로에 대한 수요가 급격히 증가하는 데에는 특히 경제환경의 변화에 따른 기업경영의 불확실성과 그에 따른 노동비용 절감 및 고용의 유연화 전략, 산업구조의 변화와 같은 수요측면에서의 변화와 노동력 공급측면에서의 변화 등이 지적된다.¹⁾ 이를 수요측면에서 보면 기업은 내부노동시장에서 핵심근로자가 필요한 경우에 굳이 상시고용이 요구되지 않는 경우에는 파견근로자를 활용하고자 하며, 또한 임시고용으로 대체시킬 수 있는 주변근로자의 업무의 경우에도 근로자의 채용, 충원, 선발, 훈련, 해고 등의 거래비용을 줄이기 위하여 파트타임이나 임시직(계약직)근로자 대신에 파견근로자를 이용한다.²⁾

즉 비교적 업무의 계속성이 요구되는 경우에는 기업은 직접 고용관계를 체결하게 되는 임시고용 형태를 택하게 되나, 매우 단기적 업무의 경우에는 근로자파견회사를 통한 파견근로자를 활용한다. 구체적으로는 경기회복 초기에 시장전망이 매우 불투명한 경우 노동력의 수요에 대한 결원이 생기는 경우가 될 것이다. 그러나 이러한 이유 외에도 급속한 기술혁신으로 인해 새로운 첨단기술의 전문기능을 갖춘 근로자가 부족한 경우 파견근로가 활용되기도 한다.³⁾

또한 파견근로의 확산을 공급측면에서 보면 근로시간의 신축성을 원하는 경우(즉 주부, 예술가, 학생, 퇴직자 또는 정규고용에 구속당하고자 하지 않는 전문기능인) 또는 정규근로자로 취업하기 전 임시로 파견근로자로 취업하는 경우를 그 요인으로 들 수 있다. 전자의 경우 자발적 요인이 될 것이나, 후자의 경우 신규졸업자, 주부, 고령자, 실업자 등 노동시장에의 재진입자들은 노동시장의 취업정보를 얻기 위하여 정규고용을 찾기 위한 탐색과정으로 파견근로를 활용함으로써 비자발적 요인이 된다.⁴⁾

이와 같이 파견근로는 1980년대 이후 노동시장의 수요와 공급측면에서의 변화로 인해 양적으로 확산되어 왔으나 파견근로의 현황을 파악할 수 있는 공식적 통계는 없는 실정이다. 그 이유는 파견근로가 현행법상 불법이기 때문에 공식적인 통계에 의하여 정확한 실태를 파악할 수 없기 때문이다. 경제기획원의 『총사업체 통계조사보고서』 (1986, 1991), 노동부의

『근로자파견실태조사 분석』 (1991), 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과

실태조사분석』 (1993. 8), 남성일, 『한국의 인력파견에 관한 연구』 (1993. 10), 박성준,

『근로자파견 제도의 활성화방안(1993. 8)』 과 노동부 관계자 및 파견업체 종사자들의 추정을

토대로 대강의 규모를 짐작할 수 있을 뿐이다. 경제기획원의 『총사업체통계조사보고서』 에 의하면 1991년 현재 '인력공급'에 종사하는 사업체수는 1,363개, 종업원수는 27,072명이다. 그밖에 상기한 4개의 조사는 한정된 표본을 바탕으로 한 것이므로 전체의 규모를 파악하기에는 한계가 있다. 그러나 노동부의 추정과 파견업체 종사자들의 추정에 의하면 약 600~1,000여개의

파견업체가 10만~15만명 정도의 근로자를 파견하고 있는 것으로 보여진다.

주석 1) Richard S. Belous, The Contingnet Economy: The Growth of the Temporary, Part-time and Subcontracted Workforce, 1989, p. 32.; 小井上有治, 『人材派遣業法』 1986, 30쪽

주석 2) 정인수·윤진호, 앞의 책, 1993. 8, 12쪽; 남성일, 앞의 책, 24쪽; Richard S. Belous, Ibid, p.33.

주석 3) 高梨昌 編著. 『詳解労働者派遣法』, 1987, 4쪽.

주석 4) 정인수·윤진호, 앞의 책, 16쪽; 박성준, 「파견근로의 경제적 당위성과 사용업체 실태 조사」, 『근로자파견제도의 활성화와 법제정 방향』, 한국경영자총협회, 20쪽; Carey Max and Kim L. Hazelbaker, "Employment Growth in the Temporary Help Industry", Monthly Labor Review, April 1986.

第3節 派遣勤勞者에 대한 勞動法 適用

1. 派遣勤勞者에 대한 使用者責任

근로기준법 제15조는 "사용자라 함은 사업주 또는 사업경영담당자, 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자"라고 규정하고 있다(노동조합법 제5조 역시 문언상 이와 동일하게 규정하고 있다). 이와 같이 노동법은 사용자개념의 본질적 징표에 대해서 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 사용자개념의 핵심적 징표는 근로자의 노무에 관한 타인결정성(Fremde Bestimmtheit)에 대응하여 근로자의 노무에 대한 지휘권 내지 지시권(Weisungsrecht)의 취득여부라고 할 수 있다.

또한 노동법상 사용자개념은 근로계약상의 일반당사자, 즉 근로계약을 체결한 사용자로서의 개념과 근로기준법상의 의무를 이행하고 책임을 부담해야 할 수급자로서의 사용자개념을 포함한다. 후자의 사용자개념은 상대적인 것으로 근로계약상의 당사자로서의 사용자와 반드시 일치하는 것은 아니다. 파견근로에 있어서 근로자는 파견사업자와 근로계약을 체결하지만 업무상 지휘·명령은 사용사업자로부터 받게 된다. 즉 근로자는 파견사업자와는 근로계약관계에 놓이게 되며, 사용사업자와는 업무상 지휘·명령에 의한 사용종속관계에 놓이게 된다. 다시 말하여 전형계약으로서의 고용계약관계와 달리 파견근로에 있어서 근로자는 계약의 상대방(파견사업자)의 지휘·명령을 받아 노무를 제공하는 것이 아니라 제3자(사용사업자)의 지휘·명령을 받아 노무를 제공하게 된다.

따라서 파견근로자에 대한 사용자책임에 있어서 근로계약상의 사용자와 실제로 노무를 제공받는 사용자의 책임이 문제된다. 이에 대한 이론적 검토를 위해서는 우선 사용사업자가 근로자에 대하여 갖는 업무상 지휘·명령권의 법적 근거를 밝힐 필요가 있다. 근로자파견법안 제22조에 의하면 근로자파견계약의 당사자는 근로자파견계약을 체결함에 있어서 계약체결의 근로자에게 근로자파견사업의 허가를 받은 것을 명시해야 하며(제2항), 파견근로자가 종사하는 업무의 내용, 파견사유, 기타 계약내용에 대하여 명시하도록 하고 있다(제1항). 즉 파견사업자는 근로자와 근로계약을 체결할 때 당해 근로자가 파견근로자라는 사실을 주지시켜야 한다. 이로 볼 때 파견사업자와 사용사업자 사이의 파견계약에는 근로자에 대한 업무상 지휘·명령권을 양도한다는 합의가 포함되어 있다고 해석되므로 파견사업자가 근로자에 대하여 갖는 지휘·명령권의 근거는 파견계약에 있다고 할 수 있다.

노동법상 사용자개념의 핵심적 징표를 근로자의 노무에 대한 지휘권 내지 지시권의 귀속여부라고 볼 때 파견근로자에 대한 사용자책임은 근로계약의 당사자인 파견사업자에게만 국한되지 않음은 분명하다. 사용자의 개념은 근로자에 대한 사용종속성의 정도와 근로계약관계의 유무에 따라 확대되고 있다.

근로자파견법안이 제4절 '근로기준법 등의 적용에 관한 특례 등' 제39조, 제40조에서 사용사업자에게 사용자책임을 부과하고 있는 것은 규범목적에 따라 사용자의 개념을 목적론적으로 확대한 것이라고 생각된다. (법)안 제4절 '근로기준법 등의 적용에 관한 특례 등', 제39조와 제40조는 근로기준법에 의한 임금, 재해보상 등에 대해 파견사업주가 책임을 부담하도록 하고 근로시간, 휴게, 휴일 등의 구체적 운용에 관해서는 사용사업주를 법률상 사용자로 간주한다. 또한 산업안전보건법에 의한 안전보건상의 책임을 사용사업주가 부담하도록 하며, 일반건강진단 실시의무와 같이 고용기간중 지속적으로 강구하여야 할 조치에 관하여는 파견사업주가 부담하도록 하고 있다.

2. 勤勞條件의 明示

특히 파견근로자의 경우 통상의 근로자와 상이한 고용형태이므로 근로계약의 체결시 근로조건의 명시가 요구된다. 1993년 10월에 입법예고된 근로자파견법안에서도 파견근로자의 보호를 위하여 계약체결시의 필요적 기재사항을 규정하고 있으며,¹⁾ 사전에 근로자파견사업의 허가를 받은 것을 명시해야 한다고 하고 있다. 만일 파견사업자가 파견에 앞서 당해 근로자에게 동 법안 제22조 제1항 각호에 掲記하는 사항, 기타 노동부령으로 정하는 사항을 주지시키

1. 파견근로자수
2. 파견근로자가 종사하는 업무의 내용
3. 파견사유(동 법안 제5조 제2항에 해당되어 근로자파견사업을 행하는 경우에 한한다)
4. 파견근로자가 파견되어 근로하는 사업장의 명칭 및 소재지, 기타 파견근로자의 취업장소
5. 파견취업중인 파견근로자를 직접 지휘·명령하는 자에 관한 사항
6. 근로자파견기간 및 파견취업을 하는 날에 관한 사항
7. 시업 및 종업의 시각과 휴게시간에 관한 사항
8. 휴일, 휴가에 관한 사항
9. 시간외, 야간 및 휴일근로에 관한 사항
10. 안전 및 보건에 관한 사항
11. 근로자파견의 대가
12. 위 각호에 계기된 것 이외에 노동부령으로 정하는 사항

지 않는다면 500만원 이하의 벌금에 처해진다(법안 제28조, 제50조).

그리고 파견사업자가 강구해야 할 조치로서 "근로자를 파견사업자로서 고용하고자 할 경우에 파견사업자는 사전에 당해 근로자에게 그 취지를 명시해야 하며 파견근로자로 고용하지 아니한 자를 근로자파견의 대상으로 하고자 할 경우에는 사전에 그 취지를 명시하고 당해 근로자의 동의를 얻어야 한다"고 규정하고 있다(법안 제26조). 또한 파견사업자는 파견근로자 또는 파견근로자로서 고용되고자 하는 자가 정당한 이유없이 고용관계의 종료후 사용사업자에게 고용되는 것을 금지하는 내용의 계약을 체결하여서는 안된다(법안 제27조 제2항). 이와 같이 근로자파견법안이 파견사업자에게 파견근로자와의 계약체결에 있어 근로조건의 명시를 의무조항으로서 규정한 것은 계약당사자간의 법률관계를 명확히 함으로써 파견근로자를 보호하기 위한 것이다. 그러므로 동 규정을 위반하여 취업조건을 명시하지 않는 경우 그 계약은 무효라 할 것이다. 다만 근로자와 파견사업자와의 근로계약이 무효가 된다 하더라도 파견사업자와 사용사업자의 근로자파견계약까지 당연히 무효가 되는 것은 아니므로 파견사업자는 사용사업자에 대한 채무불이행 책임을 지게 된다.

3.賃金

가. 동일노동 동일임금의 원칙

파견근로자의 근로조건에 있어서 가장 문제가 되는 것은 정규근로자에 비해 낮은 임금이다. 파견근로자의 임금수준에 대한 실태조사의 결과에 따르면 정규근로자의 71% 수준을 지급받고 있는 것으로 나타나고 있다. 그러나 사용사업체 조사에서는 정규직원대비 파견근로자의 인건비가 87%로 나타나 파견근로자 조사와 사업체 조사의 차이는 파견사업체에서의 관리비나 이윤 등의 명목으로 계산되는 부분으로 보인다.²⁾

또 다른 조사³⁾에 의하면 정액급여의 경우 파견근로자의 임금수준은 일반근로자에 비하여 낮지 않으나, 평균임금으로 환산한 급여는 파견근로자가 일반근로자보다 5~20% 덜 받는 것으로 나타나고 있다. 이같이 정액급여는 비슷하거나 많은 반면 평균임금은 10% 이상 떨어지는 이유는 파견근로자의 상여금이 일반근로자에 비하여 매우 낮기 때문이다. 다시 말해 상여율이 300~400%이므로 일견 차이가 없는 것처럼 보이나 일반사원의 상여금 기준은 기본급+제수당의 정책급여인 반면에 파견근로자의 상여금 수준은 기본급이기 때문이다. 파견사원의 기본급은 정액급여의 65% 정도가 된다.

균등대우원칙과 관련하여 정규근로자와 파견근로자의 임금에 차이가 없어야 한다. 파견근로자와 정규근로자간의 동일노동 동일임금원칙의 법제화가 요구되나 직무급 임금체계가 확립되어 있지 않은 우리나라의 경우 동일노동 동일임금의 구체적 실현은 사실상 곤란하다는 이유로 입법예고된 근로자파견법안은 "파견사업자와 사용사업자는 파견근로자가 사용사업 내지 동일한 업무를 수행하는 동일한 조건의 근로자와 비교하여 차별적 처우를 받지 않도록 노력하여야 한다"(제23조)는 노력의무규정만을 두고 있다.⁴⁾

사실상 파견근로자를 사용하는 사용업체는 임금·복지·교육비용의 절감을 파견근로의 가장

중요한 목적으로 간주하고 있다(46.7%).⁵⁾ 따라서 경제적으로 볼 때 파견근로에 대한 이해의 충족이 파견근로자와 사용사업자 양당사자간의 목적에 따라 현실적으로 일치할 때 해결된다고 할 수 있으나,⁶⁾ 비교가능가치(Comparable Worth)노동에 대하여는 동일임금이 지급되어야 하는 것이 원칙이다. 노동부는 우리나라의 경우 직무급 임금체계가 확립되어 있지 않으므로 동일노동 동일임금의 구체적 실현이 어렵다고 하나, 동일가치노동의 기준을 업무와 직종의 난이도, 책임의 경중과 직무수행도, 공헌도 등 각 기업의 임금결정요소에 상응하는 기준에 의함으로써 임금체계를 설정하는 것이 가능하다고 본다.⁷⁾

나. 임금의 보장

파견근로자에 대한 임금지급의무는 파견사업자에게 있으나 파견사업의 사용자의 귀책사유로 파견중인 근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업의 사용자는 당해 파견사업의 사용자와 연대하여 책임을 져야 한다(근로자파견법안 제39조 제5항).

다. 최저임금제의 적용

파견근로자의 경우에도 최저임금법이 적용되는 것은 당연하다. 파견근로자는 최저임금법 제2조가 규정하는 근로자의 개념에 해당되며, 적용배제(법 제7조 및 시행령 제6조)의 대상에 해당되지도 않기 때문이다.

라. 퇴직금

근로기준법 제28조는 "사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급하여야 한다. 다만 근로연수가 1년 미만인 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다. 따라서 파견근로자가 1년 이상 근로하였다면 퇴직금을 지급받는 것은 당연하다. 파견근로자에 대한 실태조사에 의하면 88.7%의 파견사업체가 근로기준법에 정하여진 법정기준율로 퇴직금제도를 설정하고 있는 것으로 나타나고 있다.⁸⁾ 그러나 일반근로자의 상여금 기준이 기본급+제수당의 정액급여인 데 반하여 파견근로자의 상여금 기준은 기본급이므로 파견사원의 기본급이 정액급여의 65% 내외임을 감안할 때 파견근로자의 퇴직금 수준은 상대적으로 낮아지게 된다.

1993. 10. 8. 일부내용이 수정되어 입법예고되기 전의 근로자파견법안에는 1년 미만 근무한 파견근로자에 대한 퇴직금지급 조항이 포함되어 있었으나 최종적으로 발표된 법안에서는 삭제되었다. 그 이유는 고용보험제도의 도입에 따라 향후 퇴직금제도의 개선방안을 강구하여야 하므로 현행 퇴직금제도보다 전향적인 규정의 신설은 불합리하다는 것과 파견기간을 1년 이내로 제한하면서 퇴직금에 대한 특례규정을 두는 것은 바람직하지 않다는 것이었다. 그러나 파견근로자의 경우 고용의 불안정성이 현실적으로 큰 문제이므로 퇴직금에 대한 특별보호규정이 필요하다고 생각된다.

실태조사에 의하면 파견기간이 해제되더라도 고용관계는 유지된다고 하는 응답이 31%, 파견해제후 해고예고기간을 주거나 예고기간없이 자동해고되는 경우가 48%이며, 나머지는 별도의 규정이 없는 것으로 나타나고 있다.⁹⁾ 즉 파견해제후 해고되는 비율이 절반가량이고, 파견사업체와 고용관계를 유지한다고 해도 임금을 지불하지 않는 경우가 60%에 해당되므로 파견근로자의 퇴직금지급에 대하여 일반근로자보다 두터운 보호가 요구된다.

4. 勤勞時間・休憩・休日

가. 근로기준법 수급자로서의 '사용사업자'

파견근로관계에 있어 파견사업자는 근로계약의 당사자로서 파견근로자의 채용과 파견, 해고 등의 권리를 가지며 임금지급의무를 부담한다. 사용사업자와 근로자의 관계에 있어서 사용사업자는 근로자에 대하여 채용, 해고 등의 인사권도 없으며 임금지급의무도 부담하지 않는다. 그러나

사용사업자는 파견근로자로부터 받는 노무제공의 구체화를 위하여 지휘·명령권을 행사한다. 그리고 사용사업자는 자신의 사업장에서 현실적으로 근로하는 근로자에 대하여 노동보호법을 준수할 의무를 진다. 따라서 노무제공과 직접 관련이 있는 근로시간, 휴게, 휴일 등의 구체적인 운용에 관하여는 사용사업자가 근로기준법의 수급자로서 사용자가 되어야 한다. 정부의 근로자파견법안에서도 근로기준법 등의 적용에 관한 특례규정을 두어 "근로기준법 제42조(근로시간), 제44조(휴게), 제45조(휴일), 제47조(월차유급휴가), 제55조(13세 이상 18세 미만자의 근로시간), 제56조(여자와 18세 미만자의 야업 금지), 제57조(시간외근로), 제60조 제2항(임신중의 여자에 대한 시간외근로 금지), 제58조(갱내근로 금지), 제59조(생리휴가), 제61조(육아시간) 및 이들 규정에 따른 대통령령(별칙조항 포함)"¹⁰⁾의 적용에 있어서는 사용사업자만을 파견근로자의 사용자로 규정하고 있다.

나. 시간외근로

① 파견근로자가 근로기준법 제42조에 규정하고 있는 기준근로시간인 1일 8시간, 1주 44시간을 초과하여 근로하거나 야간근로(하오 10시부터 상오 6시까지의 근로) 또는 휴일근로를 한 경우에는 근기법 제46조의 가산임금이 지급되어야 함은 당연하다. 그러나 정부의 근로자파견법안의 「근로기준법의 적용에 관한 특례」(제39조)의 내용에 근기법 제46조는 포함되어 있지 않다. 이는 입법적 不備로서 근로자파견법안 제39조 제2항은 근로기준법 제42조의 적용에 있어 사용사업자만을 파견근로자의 근리법상 사용자로 규정하고 있으므로 내용상 당연히 포함되어 해석된다고 생각된다.

② 다음으로 파견근로자에게도 일반근로자와 같은 정도의 시간외근로·야간근로 및 휴일근로의 의무가 발생하느냐가 문제된다. 근로기준법 제42조 제1항의 단서는 "당사자간의 합의에 의하여 1주에 12시간 한도를 연장근로할 수 있다"고 규정하고 있다. 파견근로자의 경우에 파견사업자에 대하여 근로계약상의 노무제공의무를 지나 실제로는 사용사업자에게 노무를 제공하므로 파견계약의 범위내에서 사용사업자에게 노무제공의무를 지며, 그러한 범위내에서 시간외근로가 필요한 특별한 사정이 있는 경우에는 신의칙상 근로의무를 진다고 생각된다.

다. 연차유급휴가

근로기준법 제48조는 "1년간 개근한 근로자에 대하여 10일, 9월 이상 출근한 근로자에 대하여는 8일의 유급휴가를 주어야 한다"라고 규정하고 있다. 사용사업자는 파견근로자가 근기법 제48조의 요건을 충족시키는 경우에는 연차 유급휴가를 줄 의무가 있다. 근로자파견법안에는 파견근로자의 연차유급휴가에 대한 근기법상 특례규정이 없으나 이는 파견기간을 1년 이내로 제한하면서 연차유급휴가에 대한 특례규정을 둘 필요가 없었기 때문이라고 보여진다.

라. 휴게·휴일

① 휴게시간은 근로자에게 심신의 회복을 통하여 노동의 재생산을 꾀하고 생산성을 부여하기 위하여 주어지는 것이므로 근로기준법 제44조의 "8시간 근로의 경우 1시간 이상, 4시간 근로의 경우 30분 이상의 휴게시간 부여" 원칙은 파견근로자에게도 당연히 적용된다.

② 근로기준법 제45조는 "사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다"라고 규정하고 있다. 이같은 휴일제도는 근로자의 피로회복과 건강회복 및 여가의 이용을 통한 사회적·문화적 생활의 향상을 위하여 마련된 것이다. 그러므로 파견근로자도 근로자인 이상 휴일에 대한 청구권이 있는 것은 당연하다. 그런데 근로자파견법안이 근로기준법의 적용에 관한 특례규정에서 "근기법 제45조의 적용에 있어서 유급으로서 지급되는 임금은 제외한다"고 하여 파견근로자에게 무급휴일에 대한 청구권만 부여한 것은 일반근로자와 파견근로자의 균등대우원칙에 비추어 볼 때 근거가 없는 것이다.¹¹⁾

5. 産業安全 및 災害補償

파견근로자는 파견사업자와 사용사업자의 파견계약에 의하여 사용사업자의 사업장에서 사용사업자의 지휘·명령하에서 근로를 제공한다. 따라서 사용사업자는 자신의 사업장에서 현실적으로 근로하는 근로자의 작업환경과 관련하여 노동보호법을 준수할 의무가 있다. 산업안전보건법(1993. 12. 27. 개정) 제2조 제3호는 산업안전보건법상 사업주의 定義에 대하여 "사업주라 함은 근로자를 사용하여 사업을 행하는 자"를 말한다고 한다. 이렇게 볼 때 파견근로자에게 적용되는 산업안전보건법상의 사업주는 사용사업의 사업주가 된다. 근로자파견법안은 「산업안전보건법의 적용에 관한 특례」 규정으로서 제40조 제1항에서 "파견중인 근로자의 파견취업에 대하여는 사용사업의 사업주도 산업안전보건법 제2조 제3호의 사업주로, 파견중인 근로자를 사용사업의 사업주에게도 사용되는 근로자로 간주한다"고 규정하고, 일부 규정¹²⁾의 경우에는 사용사업주만을 파견근로자의 사업주로 간주한다고 규정하고 있다(제3항). 그리고 사용사업자가 산업안전보건법 제31조(안전·보건교육의 실시), 제45조, 제46조(근로시간 연장의 제한) 및 제47조 제1항(자격 등에 의한 취업제한)의 규정에 위반하는 경우에는 파견사업자에게 근로자파견을 금지시키고 있으며 벌칙이 적용된다. 또한 사용사업자는 파견근로자의 건강진단결과를 파견사업자에게 송부하고, 파견사업의 사업자는 이를 보호해야 하며, 위반시에는 500만원 이하의 벌금형에 처해진다(제6항 내지 제8항). 재해보상의 경우 파견근로자에 대한 실태조사¹³⁾에 의하면 산재보험을 적용하고 있는 사업장은 90%정도로 나타났다.

우리나라의 경우 대부분 파견사업체가 재해보상책임을 부담하고 있으며, 정부의 근로자파견법안 역시 명시적 규정은 없으나 이금과 더불어 재해보상은 파견사업체가 책임을 부담하도록 하고 있다. 재해보상의 책임을 파견사업체가 지는 것은 우리나라 파견근로에서만 나타나는 특기해야 할 현상이다. 파견근로자의 재해는 근로자가 사용사업자의 사업장에서 노무를 제공하는 과정에서 발생하는 것이므로 사용사업자가 산재보험의 책임을 지지 않는다는 사실은 파견근로자 보호를 위하여 바람직하지 않다. 즉 사용사업자는 파견근로자에 대한 산재보험의 책임을 지지 않으므로 파견근로자가 일하는 작업장에 대한 재해예방의 시설투자에 미흡해질 우려가 있는 것이다. 사용사업자는 자신의 사업장에서 자신의 지휘·명령하에 파견근로자로부터 노무제공을 받는 것이므로 파견근로자의 재해의 예방과 관련하여 산업안전조치뿐만 아니라 재해의 사후구제에 대한 책임도 져야 한다. 따라서 산업안전보건법상의 사용자는 사용사업자로 하고, 산업재해보상의 경우에는 파견사업자를 사용자로 한다는 것은 재해의 예방과 구제에 있어서 효율적이지 못한 측면이 있다.

6. 派遣勤勞者の 職場保護

파견근로자의 경우 해고를 둘러싼 문제는 일반근로자와 다른 특성이 있다. 즉 파견근로자의 고용계약의 상대방은 파견사업자이므로 파견사업자와의 계약의 해지에 있어서 노동법적 보호를 받아야 하는 외에 사용사업자와 파견사업자의 파견계약에 있어서도 보호를 받아야 한다.¹⁴⁾ 왜냐 하면 파견근로자의 노무제공을 받는 사용사업자가 정당한 이유없이 근로자파견계약을 해지하는 경우 파견근로자의 입장에서는 자신의 귀책사유없이 일자리를 잃게 되는 셈이 되기 때문이다. 정부의 근로자파견법안에 의하면 근로자파견사업은 허가제로 운영하도록 하고 있는데, 이는 파견사업체가 상시고용하고 있는 파견근로자를 사용사업체의 요청이 있는 경우 파견계약 체결후 사용사업체에 일정기간 근무시키는 常傭型의 고용형태이다. 따라서 파견근로자는 파견계약이 종료하더라도 파견사업자와의 고용관계는 당연히 유지된다.

파견근로자에 관한 실태조사¹⁵⁾에 의하면 파견기간이 해제되더라도 고용관계는 유지된다고 하는 비율이 31%, 파견계약 해제후 해고예고기간을 주거나 예고기간없이 자동해고되는 경우가 48% 정도이며 나머지는 별도의 규정이 없다고 응답하고 있다.

그러나 파견근로자도 노동법상 근로자인 이상 근로기준법상 해고제한규정의 적용을 받는 것은 당연하다. 따라서 근거법 제27조 제1항의 '정당한 이유'가 없는 한 파견사업자는 파견근로자를 해고할 수 없다.

또한 파견사업자와 사용사업자 사이의 파견계약에 있어서도 파견근로자의 직장보호의 이익은 보호되어야 하므로 사용사업자는 정당한 이유없이 파견계약을 해지할 수 없다.

정부의 근로자파견법안 제24조는 "근로자파견의 역무를 제공받는 자는 파견근로자의 성별, 종교,

사회적 신분, 파견근로자가 노동조합의 정당한 행위를 한 것 등을 이유로 근로자파견계약을 해지하여서는 아니된다"고 규정하고 있다.

또한 동 법안 제27조 제1항은 "파견사업자는 파견근로자 또는 파견근로자로서 고용되고자 하는 자와 정당한 이유없이 고용관계의 종료후 사용사업자에게 고용되는 것을 금지하는 내용의 계약을 체결하여서는 아니된다"고 규정하여 파견근로자가 파견계약이 끝난 후 사용사업자에게 정규근로자로 채용되는 것을 파견사업자가 막는 일이 없도록 하고 있다. 이는 근로자가 파견사업자와 인신구속적 계약을 체결하게 되는 것을 방지하기 위함이다. 마찬가지로 파견사업자는 사용사업자와도 파견근로자의 고용관계 종료후 사용사업자가 파견근로자를 고용하는 것을 금지하는 내용의 계약을 체결하여서는 안된다(동 법안 제27조 제2항).

주석 1) (법)안 제22조는 근로자파견계약의 당사자는 계약체결시에 다음과 같은 사항이 포함되는 계약을 서면으로 체결하도록 하고 있다.

주석 2) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 67쪽 이하.

주석 3) 남성일, 앞의 책, 48쪽 이하.

주석 4) 노동부, 근로자파견법 수정내용, 1993. 10.

주석 5) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 45쪽

주석 6) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 135쪽

주석 7) 김태홍 · 양승주, 『동일노동 동일임금에 관한 연구』, 한국여성개발원, 1993, 198쪽.

주석 8) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 61쪽.

주석 9) 정인수 · 윤진호, 앞의 책 69쪽.

주석 10) 근기법 제45조, 제47조, 제59조의 경우에는 각각 유급으로서 지급되는 임금은 제외된다. 즉 파견근로자의 사용사업자는 파견근로자에 대하여 1주에 평균 1회 이상의 휴일, 1월에 대하여 1일의 휴가, 여자근로자에 대한 월 1일의 생리휴가를 주어야 하나 유급으로서 지급되는 임금에 대한 지급의무는 없다.

주석 11) 유급휴일의 근로에 대하여는 근기법 제46조의 가산임금지급규정이 적용되므로 일반근로자가 유급휴일에 근로하는 경우 유급으로서 당연히 지급되는 임금(100%)에 당해 휴일에 근로한 통상임금을 기준으로 하는 할증임금(150%)을 포함한 임금(250%)이 지급되어야 한다.(1969. 6. 4. 기준 1455. 9-6172). 그러나 법안에 의하면 파견근로자의 경우 휴일에 근로하여도 당해 휴일에 근로한 통상임금을 기준으로 하는 할증임금(150%)만을 지급받게 되므로 일반근로자와의 임금격차는 더욱 커진다.

주석 12) 산업안전보건법 제12조 내지 제27조, 제29조, 제31조, 제32조, 제36조, 제40조, 내지 제42조, 제43조, 제4항 및 제5항, 제45조, 제46조, 제47조 제1항, 제48조 내지 제50조 및 이들 규정에 따른 명령(별칙규정 포함).

주석 13) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 60쪽의 <표 4-56>에서 보듯이 복지제도에 의하면 산재보험 · 의료보험, 국민연금 모두를 적용하고 있는 업체가 전체 업체의 90% 정도로 높게 나타났다.

주석 14) 安西愈, 『労働者派遣法の 法律實務』, 1990. 234쪽.

주석 15) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 69쪽.

第4節 小結

파견근로는 1980년대 이후 새롭게 등장하고 있는 고용형태 중에서도 가장 빠른 속도로 확산되어가고 있는 고용형태이다. 현행법상 파견근로는 불법이며, 1993. 10 정부의 근로자파견법안이 입법예고된 바 있으나 아직 입법화되지는 않고 있는 상태이다. 파견근로에 대하여는 이에 대한 문제점의 지적과 함께 법의, 제정이 오히려 파견근로를 양성시킨다는 우려의 입장과 오히려 법적 규제를 통해 파견근로를 양성화시키는 것이 파견근로자 보호를 위하여도 바람직하다는 입장이 대립되고 있다.

파견근로자의 활용을 통한 기업의 경쟁력 제고라는 경제적 논리는 논외로 한다 하더라도 이미 자연발생적으로 확산되어 난립하고 있는 파견업체 종사근로자들의 보호를 위하여 파견근로를 법으로 규제하여 양성화시키는 것이 합리적이라고 생각된다.

파견근로는 고용계약상의 사용자와 업무상 지휘·명령권을 행사하며 노무의 제공을 받는 사용자가 분리되는 특수성으로 인해 일반근로자에 비하여 고용의 불안정은 물론 근로조건의 보호에 있어서도 매우 불리한 입장에 놓이기 쉽다.

현재 입법예고되어 있는 근로자파견법안은 근로자파견사업을 행할 수 있는 업무의 범위를 전문적 지식, 기술 또는 경험이 필요한 업무(구체적 내용은 고용정책심의회 심의를 거쳐 대통령령으로 정함)나 일시적 업무(근로자가 출산, 질병 또는 부상 등으로 휴업하거나 계절적 업무에 사용하는 경우 및 일시적으로 노동력을 확보해야 할 필요가 있는 경우)로 하며, 허가제로 운영하고, 허가의 유효기간은 2년이다. 그밖에 파견기간은 1년 이내로 제한하며 근로기준법상 임금, 재해보상규정의 적용에 있어서는 파견사업자를 사용자로 하고 근로시간, 휴게, 휴일 등의 규정에 대한 적용에 있어서의 사용자는 사용사업자로 하고 있다. 한편 산업안전보건법에 의한 안전보건상의 책임은 사용사업자로 하고 있다. 한편 산업안전보건법에 의한 안전보건상의 책임은 사용사업자가 부담하되 일반건강진단실시의무와 같이 고용기간중 지속적으로 강구해야할 조치에 관하여는 파견사업자가 부담하도록 하고 있다.

근로자파견법안의 이러한 내용들은 파견근로자의 노동보호의 측면에서 볼 때 몇 가지 문제점을 안고 있다.

첫째, 계절적 업무나 일시적 업무의 증가는 그 기간이 1년을 초과하는 경우는 드문데도 불구하고 파견기간을 1년으로 한 것은 지나치게 긴 것이다. 노동수급의 원활화와 파견근로자에 대한 중간착취의 배제를 위하여는 파견근로에 대한 수요와 공급의 이해가 일치하는 적절한 기간설정이 요구된다. 독일과 프랑스의 경우 파견기간은 3~6개월에 한하며, 명백한 이유가 있는 경우에만 1회 연장할 수 있도록 하고 있다.

둘째, 법안은 파견근로자와 일반근로자의 균등처우에 대하여 파견사업자와 사용사업자에게 노력의무를 규정하고 있는데, 이는 선언적 규정에 불과하다. 이와 같은 선언적 규정만으로는 파견근로자의 근로조건에 있어서 가장 큰 문제로 지적되고 있는 낮은 임금의 해결이 어려울 것이다.

셋째, 산업재해의 예방과 구제는 분리되어 생각할 수 없음에도 불구하고 근로기준법 적용의 특례에 있어 산업안전보건법상의 사용자와 재해보상 책임에 대한 사용자를 달리함으로써 파견근로자에 대한 재해의 효율적 예방을 어렵게 하고 있다.

第 7 章

家內勤勞에 대한 勞動法的 問題

第 1 節 家內勤勞의 背景과 概念

가내근로는 임신(계약)근로자, 파견근로자, 파트타임근로자와 같이 최근의 노동시장의 변화로 인해 새롭게 등장하고 있는 고용형태는 아니다. 오히려 우리나라의 산업화과정에서 국가경제구조의 저변에 자리잡아 계속 존재해 온 비공식부문의 고용형태로서 주로 도시주변의 저소득층 기혼여성들이 참여해 왔다. 그럼에도 그동안 가내근로는 정상적인 '근로' 내지 '직업'의 개념으로 파악되지 못하고 기혼여성의 부업정도로만 인식된 채 노동보호적 입법이나 정책의 대상에서 소외되어 왔으며, 노동시장의 변화에 관계없이 꾸준히 지속되어 온 고용형태이다. 그러나 최근 단순기능·기술인력 등 생산직 인력의 부족이 노동집약적 산업부문의 중소기업들 중심으로 심화되고 있는 가운데 앞으로 기업의 하청에 의한 가내근로에 대한 의존도는 더욱 커질 전망이다.¹⁾

즉 작업공정의 합리화로 단순노동의 분야가 확대되고 다품종 소량생산 추세에 따라 주문내용 및 물량변동 등에 적응할 것이 요구됨에 따라 기업은 자기회사의 근로자라는 신분을 주지 않고도 필요할 때마다 동원할 수 있는 노동력으로서 하청에 의한 가내근로를 활용하게 된다. 또한 생산조직의 수직분화(vertical disintegration)로 인한 생산라인의 외부화 역시 하청에 의한 가내근로 확산의 원인이 된다.²⁾

기업이 가내근로를 활용하는 또 다른 이유는 상용·정규근로자를 채용할 경우 지게 되는 각종 노동법규의 적용을 회피하고 인건비를 절감할 수 있기 때문이다. 즉 시간외근로나 야간근로에 대한 보호규정이나 유해·위험작업 금지, 휴가, 재해보상, 해고제한 등의 근로기준법을 준수해야 하는 부담을 덜게 되며, 정규노동력을 채용할 경우 지게 되는 고용보장의 의무로부터 벗어날 수 있다고 생각하기 때문이다.

한편 대부분이 기혼여성인 가내근로자로서는 가계수입의 보조방법으로 가내근로를 택한다. 따라서 가내근로자들은 가사와의 양립 속에서 추가적 소득원으로서 가내근로를 택하므로, 이들을 보호하기 위한 별도의 입법적·제도적 장치가 없는 한 저임금과 재해보상, 후생·복지, 계약의 종료 등에 있어서 불리하고 열악한 근로조건이라도 감수하는 것이 현실이다.

독일은 이미 1951년에 가내노동법(Heimarbeitsgesetz)을 제정하여 수차례 개정한 바 있고(1993. 10. 7. 최종 개정), 일본의 경우에도 1970년 가내노동법을 제정하여 시행해 오고 있으나 우리나라에서는 그간 국가경제의 성장과정에서 가내근로자가 저임금 여성노동력의 공급원으로서 매우 중요한 역할을 해왔음에도 불구하고 가내근로자를 보호·지원하는 정책적·제도적 장치가 존재하지 않았다.³⁾

최근 가내근로는 소위 **Telearbeit**라고 하는 새로운 정보통신수단에 의한⁴⁾ 재택근로까지 포함하여 다양한 형태로 이루어지고 있으나 아직 가내근로자의 대부분을 차지하는 노동력은 단순·미숙련근로자이다.⁵⁾

우리나라의 경우 가내근로의 개념조차 확립되어 있지 않으나 외국의 입법과 학설에 의해 정립된 바에 의하면 가내근로의 개념을 '타인에게 고용되어 있는가의 여부와 관계없이 가정에서 독자적으로 수행하는 임금노동', '타인에 의해 원자재를 공급받아 개당 공임(piece rate)을 받는 자 또는 원자재를 구매하고 판매하여 소득을 얻는 자'라고 정의할 수 있을 것이다.⁶⁾

일반적으로 가내근로자라 할지라도 외부의 보조자를 고용하여 완성된 제품을 위탁업주에게 납품하는 경우에는 가내근로의 범주에서 제외시키고 있으나, 독일의 경우에는 자영업자인 가내공업경영자까지 가내노동법의 적용대상으로 하고 있다. 독일 가내노동법 제2조 제1항 및 제2항은 "가내근로자(Heimarbeiter)란 집 또는 스스로 선택한 사업장에서 단독으로 또는 가족과 함께 공업경영자 또는 중간인수인(zwischen Meister)의 위탁을 생업으로 근로하는 자로서 근로의 성과를 간접 또는 직접위탁을 한 공업경영자에게 위임하는 자이며,

가내공업경영자(Hausgewerbetreibende)란 고유의 작업장에서 위탁으로 상품을 제조·가공 또는 포장하고 그때 제품의 완성에 직접 관여하는 자로서 근로의 성과를 직접 또는 간접으로 위탁을 한

공업경영자에게 위임하는 자이다"라고 규정하여 2인 이내에 보조자 및 가내근로자와 함께 가내근로에 종사하는 가내공업경영자를 가내노동법의 적용대상에 포함시키고 있다.

일본 가내노동법 제2조 제2항에 의하면 "가내근로자란 물품의 제조·가공, 판매 또는 이들의 청부를 업으로 하는 자, 기타 이들의 행위에 유사한 행위를 업으로 하는 자로 労働省이 정하는 바와 같이 주로 노동의 보상을 얻기 위하여 그 업무의 목적물인 물품(물품의 반제품, 부품, 부속품 또는 원재료 포함)을 위탁받아 물품의 제조 또는 가공 등에 종사하는 자이며 그 업무에 대하여 동거하는 친족의 자를 평상시에 사용하지 않는 자"라고 정의한다.

이상으로 볼 때 가내근로자란 "자신의 주택이나 자신이 선택한 작업장 또는 위탁자가 지정한 공장 외부의 장소에서 단독으로 또는 상시적 고용이 아닌 보조자·가족 등과 함께 위탁자로부터 원재료를 공급받아 물품을 제조·가공하는 자"로 정의할 수 있을 것이다.

주석1) 어수봉, 『한국의 여성노동시장』, 1991. 20쪽의 <표 2-1>에서 보듯이 여성의 연령계층별 인구에 의하면 베이비붐세대를 정점으로 하는 인구구조의 변화는 1970년대에는 저연령 여성의 비중 증가, 1980년대와 1990년대에는 중년여성의 비중 증가, 그리고 2000년 이후에는 장년 및 고령여성의 비중 증가라는 인구구조의 특징을 보여주며, 바로 이 점은 여성인력의 공급구조 변화를 결정하는 주요요인으로서 1960~70년대 우리나라 산업화의 중요한 인적자원이었다던 저연령 여성인력이 1980년대 이후에는 상대적으로 희소한 자원이 되어 단순기능인력 부족의 원인으로 작용한다.

따라서 생산적 노동력의 지속적 확보를 위하여 중장년 여성노동력 활용이 중요 정책과제가 된다고 한다.

주석2) Werner Sengenberger, "Flexibility in the Labor Market-Internal versus External Adjustment in International Comparison", Applbaum and Schettkat(eds), Labor Market Adjustments to Structural Change and Technological Progress, 1990.

주석3) 우리나라 중소기업체의 70퍼센트 이상이 하도급관계에 놓여 있으며, 주문판매업체의 경우 사업체당 평균 도급기업체수는 1991년 20개이고, 수급판매업체의 경우 19개이며, 주문판매업체와 수급판매업체 모두 기업규모가 작을수록 도급업체 또한 중소기업인 경우가 많다. 주문판매업체의 경우 도급업체가 중소기업인 비율은 5~9인의 경우 68퍼센트이지만, 200~299인의 경우 25퍼센트이다(상공부·중소기업협동조합중앙회, 『주요기업 실태조사보고』, 1991).

주석4) Telearbeit란 정보통신기계를 통해 외부의 작업장에서 근로를 제공하며, 정보통신망에 의해 위탁자(사용자)와 연결되는 업무를 의미한다. 이와 같이 첨단기술을 요구하는 재택근로의 경우 단순·미숙련기능의 가내근로자와 달리 노무제공의 행태상 특성으로 인해 작업장이나 노무에 종사하는 자의 숫자를 외부적으로 파악하기가 힘들다. 따라서 새로운 형태의 재택근로는 독일이나 일본에 있어서도 가내노동법에 의한 법적 보호를 받지 못하고 있다. 그러나 최근 이들을 가내근로자의 범주에 포함시켜 가내노동법에 의한 보호대상으로 하고자 하는 논의와 움직임이 활발하다. 독일의 판례는 Telearbeiter의 법적 지위는 외형상의 근로실태와 실제의 노무제공에 따라 판례는 Telearbeiter의 법적 지위는 외형상의 근로실태와 실제의 노무제공에 따라 판단되어야 한다고 한다(BAG AP Nr. 26 zu 611 BGA Abhängigkeit).

실제 사례에서 Telearbeiter의 법적 지위는 근로자, 가내근로자, 준가내근로자(Heimarbeitnehmer Personen), 준근로자, 자영업자 등으로 다양하게 판단되고 있다(Wolfgang Killian, Wolfgang Borsum, Uwe Hoffmeister, "Telearbeit", Bundesarbeitsblatt, 2/1987; Ulber, Heimarbeit, neue Technologien und betriebliche Interessenvertretung, AiB 1985, S. 22ff; Müller, Arbeitsrechtliche Aspekte der Telearbeit, OJR 1985, S. 33ff).

주석5) 이러한 측면에서 가내근로자의 유형을 생산적 가내근로자, 화이트칼라 가내근로자, 서비스직 가내근로자로 분류하는 학자도 있다(한국여성개발원, 『가내노동실태에 관한 연구』, 1989, 5쪽; Dennis Chamot, "Blue-Collar, White Collar Home-Worker Problems", K. E. Christensen, ed., The new Era of Home-Based Work, 1988, p.169).

주석6) Ralf Holtschmidt, Die Gleichstellung nach dem Heimarbeitgesetz, 1984, S. 14; Sheila Allen and

Carol Wolkowitz, Homeworking, 1987 p. 46ff. ; Kathleen E. Christensen, "White Collar Home-Based Work", The New Types of Homebased Work, P.2 ; Renana Jhaval, "The Home-based Workers", Social Welfare, 1987. 3, p.9.

第2節 家内勤勞者에 대한 勞動法 適用

1. 家内勤勞者의 勤勞者性

근로기준법상 근로자는 ① 특정사업 또는 사업장에서 근로를 제공하고 ② 임금을 받는 자(근기법 제14조)이며 사용자와 사용종속관계에 있어야 한다.

통상적으로 근로관계의 존부 내지 근로자여부를 판단하는 구체적 기준으로는 ① 전속관계의 유무 ② 근무에 대한 응락 또는 거부 의 자유 ③ 근무시간(사업 및 종업의 시각) 및 근무장소의 지정 유무 ④ 노무제공의 대체성의 유무 ⑤ 업무수행과정에 있어서의 지휘·명령의 유무 ⑥ 재료·업무용 기구의 부담관계 ⑦ 보수 성격 등이 제시되고 있으나 이러한 기준들을 모두 충족시키는

경우에만 근로관계 내지 근로자로서의 지위가 인정되는 것은 아니다.

가내근로자의 경우 근기법 제14조의 규정에 의한 '사업 또는 사업장'에서 근로를 제공하는 것은 아니지만 생업으로서(erwerbsmäßig) 노무급부의 내용에 있어 위탁자의 지휘·명령에 따르며 근로자 자신의 자주성이나 재량권이 허용되지 않으므로 근기법상 근로자라 할 수 있다.¹⁾ 즉

가내근로의 근로실태를 외형상 파악하면 사용자의 사업장에서 근로하는 근로자와 달리 작업장소의 지정을 받지 않으므로 사용자의 지휘·감독하에 있지 않는 것처럼 보이지만, 실제로 노무제공을 하는 과정에서 물품의 제조·수량·납기일 등에 관하여 위탁자의 지휘를 받고 있으므로 근로자성은 부인될 수 없다. 그러므로 근기법의 전면적 적용, 예를 들어 근로시간에 대한 규정같은 경우 사실상 적용하기 어렵다 해도 임금보호규정 및 최저임금법의 적용, 유해·위험작업에 대한 보호규정, 안전·위생규정, 재해보상규정 등은 적용되어야 한다. 또한 가족이 아닌 외부의 보조근로자를 고용하여 가내근로에 종사하는 경우 근로자성이 문제된다. 사용자개념을 근로기준법의 수급자로서 파악할 경우 사용자의 지위는 명확한 근로계약이 존재하는 경우에만 인정되는 것이 아니라 사용종속관계가 성립하고 있는 한도내에서는 근로기준법의 책임을 취급해야 할 것이다. 즉 '근로계약없는 근로관계'의 존재를 인정하여 사용자의 개념을 확대시킬 것이 요구된다. 다시 말해 근로관계가 수차의 하청에 의하여 이루어지는 경우의 사용자책임의 문제이다.

근기법 제36조의 "도급사업에 대한 임금지급은 사업이 수차의 도급에 의해 행하여지는 경우에 하수급인이 직상수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에는 그 직상수급인은 당해 수급인과 연대하여 책임을 진다"라고 규정하고 있다. 근기법 제36조의 규정은 도급사업에 대한 임금지급에 대하여만 규정하고 있으나, 유해·위험작업 금지, 안전·위생 등의 근로자보호 규정에 대하여도 사용자의 개념을 확대하여 동 규정을 유추적용할 수 있을 것이다. 즉 원청자와 가내공업경영자 사이에 직접적인 형식적 근로계약의 체결이 없다 해도 사용종속관계가 인정되는 범위내에서 근로기준법상 사용자의 개념을 확대할 수 있을 것이다.

일본 판례²⁾에 의하면 다음과 같은 사실이 전제되어 있을 때에만 사용자개념을 확대하지 않고 있다. 즉 ① 원수급회사가 작업내용의 세부에 관하여 개별적인 지시를 내리는 일이 없는 경우 ② 원수급회사가 특정 하수급근로자의 파견을 거부하거나 다른 근로자와의 교체를 요구하는 일이 없는 경우 ③ 원수급 회사가 하수급회사의 장이 작성한 근무표에 대하여 별도의 요청을 하거나 지시를 하는 일이 없는 경우 ④ 하수급회사가 독립된 기업으로서 원수급회사의 기업조직에 편입되어 실질상 원수급회사의 노무담당의 지배하에 있다고 볼 수 없는 경우에는 묵시적 근로계약이 성립했다거나 근로관계의 승인을 인정할 수 없을 것이다.

원칙적으로 영세하청업자가 자기의 예산하에 사업을 영위하는 자라는 요소, 즉 기계·기구 및 경비의 부담, 잉여금의 취급, 위험 및 책임의 인수, 타인의 고용 등이 있다면 근로자라고 인정할 수 없으나, 노무제공과 관련하여 일일이 사용자의 지휘·감독을 받는다면 그러한 한도내에서 근로자로서의 지위를 인정해야 한다.³⁾

또한 개별적 사례의 경우 구체적으로 근로관계가 다를 것이므로 사안에 따라 판단되어야 한다.

2. 勤勞條件의 明示

사용자의 사업장에서 노무를 제공하는 근로자들과 달리 가내근로자의 경우 위탁자와 계약을 체결하지 않고 일을 하는 경우가 대부분이다. 서면에 의하여 계약을 체결하지 않는 것은 물론 공임이나 납기일, 계약해지와 같은 중요한 근로조건에 대하여도 그 내용을 명확히 하지 않기 때문에 후일 당사자간에 분쟁이 생길 경우 더욱 불안정한 위치에 놓이게 된다.

가내근로자는 통상의 정규근로자와 같이 취업규칙이나 단체협약에 의하여 근로조건이 결정되는 것이 아니므로 계약체결시에 위탁조건 및 근로조건을 명시하는 것은 특히 중요한 의미를 지닌다.

그러나 실제로 가내근로의 특성상 위탁자와의 계약서 작성을 기대하기는 어려우므로

가내근로자를 제도적으로 보호하기 위한 방법으로서 가내근로자를 고용하는 위탁자로 하여금 행정관청에 신고하고 등록하게 하거나 가내근로자에게 가내노동수첩을 교부하는 방법이 고려될 수 있다.

독일의 경우 가내노동을 위탁하거나 재위탁하는 자는 관할지역의 행정관청의 가내근로자 명부에 가내근로자 명단과 보수명세서, 기타의 계약조건에 관한 신고서를 제출하여야 하며,

가내근로자를 고용하기 전에 계약조건을 통고해야 한다(Heimarbeitsgesetz 제6~9조).

일본의 경우에는 가내근로자에게 가내노동수첩을 교부하여 가내노동을 감독하는 중요 수단으로서 활용하고 있으며, 위탁자에 대하여도 가내근로자의 고용에 대한 신고의무를 부과하고 있다(가내노동법 제3조).

3. 賃金

가내근로자의 임금과 관련하여 우선 문제가 되는 것은 동일직종의 정규근로자에 비하여 매우 낮은 임금을 받는다는 것이다.⁴⁾

가내근로자의 개당 공임(piece rate)을 근거로 한 실적급 임금체계로서 가내근로자의 일당은 $\text{단가} \times \text{일 작업량}$ 으로 산출된다.⁵⁾

이러한 임금체계는 가내노동의 공장노동과 달리 작업장소와 작업과정에 대한 감독없이 이루어지기 때문에 작업과정에 대한 통제책으로 사용자측에 의해 고안된 것으로 보여지며, 단가가 낮은 경우 근로자들은 일정한 일당을 확보하기 위하여 더 많은 작업을 할 수 밖에 없게 하는 악순환을 초래하게 된다.

또한 임금지급 방식은 대개 월급제인데 이는 가내근로자의 위탁업체가 상위의 모기업으로부터 도급거래비를 결제받는 월말 정산시기에 맞추어 공임을 지불할 수 있기 때문이다.

특히 가내근로는 하청의 여러 단계 중 마지막 단계에서 행해지므로 이 과정에서 공임의 연체 또는 체불의 가능성이 높다. 또한 경기불황으로 기업이 도산하거나 수출기업의 상품이 클레임을 당했을 때 가내근로자는 무방비상태에 놓이게 된다.

이와 같이 가내근로자의 임금보장이 다른 비정규근로자들에 비하여 취약한 것은 가내근로의 특성상 야기되는 것이므로, 법적·제도적으로 이들을 보호해 주지 않는 한 사용자에게 대한 임금채권의 확보가 어렵다.

또한 가내노동은 기혼여성의 부업의 형태로서 가계보조적인 추가소득원의 하나로서 인식되고 있는 것⁶⁾이외에도 현행 노동시장의 구조하에서 가내근로자의 낮은 임금수준의 개선은 법적·제도적 보장이 없는 한 이루어지기 힘들다.

법해석상 가내근로자의 근로자성이 인정된다 해도 가내근로자는 현실적으로 근로기준법상 보호의 대상에 포함되기는 어려우므로 입법적 해결이 최선의 방법이 될 것이다. 가내근로자의 저임금 문제를 해결하기 위하여는 최저임금제와 같은 최저공임제를 설정하여 최저공임 지불을 확보해 주어야 한다. 또한 최저공임의 산출기준을 업종별·공정별 생산능률에 의한 경우 생산능률을 일반화시키는 문제가 발생하므로 최저공임제의 적용범위가 제한될 수 있다. 따라서 보다 많은 가내근로자가 혜택을 받을 수 있도록 하기 위하여는 전산업에 걸친 일률적 최저공임을 설정하는 것이 바람직할 것이나 산업적·지역적 특성에 따라 산업별·지역별 최저공임제 설정을

병행하는 방법이 고려될 수 있다.

일본 가내노동법은 일정지역내의 일정업무에 종사하는 공임이 저렴한 가내근로자의 근로조건 개선을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 중앙가내노동심의회 또는 지방가내노동심의회의 조사심의회에 따라 해당업무에 종사하는 가내근로자와 위탁자에게 적용되는 최저임금을 결정하도록 하고 있다(제8조). 이 경우 최저공임액은 해당 최저공임에 관련되는 일정지역과 같은 지역내에 있는 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에게 적용되는 최저임금과의 균형을 고려하여 결정되며, 최저공임액은 가내근로자가 제조 또는 가공하는 물품의 일정단위에 의해 정해진다(제13조). 이러한 최저공임에 관한 규정은 강행규정으로서 최저공임보다 낮은 공임을 지불하도록 체결된 계약은 무효가 된다. 독일의 경우에는 가내노동법에서 최저공임에 대한 규정은 두고 있지 않으나, 가내근로자가 유사 또는 동일가치의 노동을 하는 근로자에 비하여 낮은 임금을 받는 경우 가내노동위원회(Heimarbeitsschüsse)⁷⁾가 가내근로자와 위탁자에게 법적 구속력이 있는 보수를 확정한다(제19조). 일본 가내노동법의 최저공임제 규정과 마찬가지로 독일의 경우에도 일단 가내노동위원회에 의하여 최저공임이 설정된 경우에는 강행적 효력이 발생하게 되므로 위탁자와 가내근로자는 그보다 낮은 공임으로 계약을 체결하는 것은 무효가 된다. 또한 가내근로자는 추가지급청구권이 있다(제25조).

한편 가내근로자의 임금보장을 위하여는 근로기준법상의 임금보호원칙이 동일하게 적용되어야 할 것이다. 일본 가내노동법은 가내근로자의 공임보장에 대하여 위탁자에게 물품수령 후 1개월 내에 통화로 전액지불할 것을 규정하고 있다(제6조).

독일의 경우에는 가내근로자뿐만 아니라 가내근로자가 고용하고 있는 외래보조자(fremde Hilfskräfte)의 임금까지 보호하고 있는 것이 특색이다.

상기한 바와 같이 가내근로자도 근로자성이 인정되는 한 근로기준법의 적용을 받는 것이 원칙이나 사용자의 사업장에서 일하지 않는다는 이유만으로 '부업'으로 인식되어 낮은 임금뿐만 아니라 임금채권의 확보에 있어서도 불안정한 위치에 놓이게 된다. 따라서 가내근로의 공임지불 확보에 대한 입법적, 정책적 보호가 우선되어야 할 것이다.

4. 勤勞時間

사용자의 사업장에 편입되어 노무를 제공하는 여타의 근로자들과 달리 가내근로자의 경우 일정한 근로시간을 확정하기가 곤란하며, 사실상 규제하기도 어렵다. 또한 가내근로자가 근로시간에 대하여 갖는 재량권은 실체에 있어서는 명목상의 재량권에 그친다. 왜냐 하면 가내근로자는 소득을 목적으로 작업에 종사하는 것이므로 보다 많은 소득을 올리기 위하여 가능한 한 자신에게 위탁된 작업량을 거부하지 않으려 하기 때문이다. 따라서 이들의 근로시간은 작업량에 따라 불규칙한 동시에 근로기준법 소정의 근로시간을 초과할 소지를 항상 안고 있다.⁸⁾

특히 주부가 야간작업을 하는 경우 양육자녀에게까지 영향을 미치며, 가내근로가 전업일 경우 생계유지의 수단이 되므로 장시간 일하게 된다. 이러한 장시간 작업의 원인은 주로 낮은 공임에 있는 것으로 장시간근로와 낮은 공임은 밀접한 관계가 있다. 물론 가내근로자의 작업장이 자택이므로 근로시간의 규제는 개인적 생활에 대한 규제의 성격을 갖게 되어 규제가 어렵다는 현실적 문제가 있다. 그러나 위탁자가 가내근로자에게 부여하는 작업량이 일반근로자가 통상근로시간중에 수행하는 작업량을 초과하는 경우 가내근로자 보호를 위하여 근로시간에 대한 규제를 할 필요가 있다.

독일의 가내노동법은 "가내노동을 위탁하거나 위탁받는 자는 위탁 또는 위탁시에 불필요한 시간의 지체를 방지하도록 유의하여야 한다. 주의 최고노동청 또는 당해 관청이 지정한 기관은 가내노동위원회와 협력하여 당해 작업을 처리함에 있어서 불필요한 시간의 지체를 방지하기 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다"(제10조)고 규정하고 있으며, 가내근로자에게 적절한 작업량의 확보를 위하여 "가내노동을 위탁하는 자는 가내근로 종사자 및 그의 협력자의 작업능력을 고려하여 작업량이 동등하게 해당종사자에 분배되도록 하여야 한다"(제11조 제1항)고 한다. 특히 미성년자인 가내근로자의 작업량에 대하여 특별한 보호를 규정하고 있다(제11조 제2항).

가내근로의 특성상 근로시간의 확정이나 규제에는 어려움이 따르나 가내근로자의 작업능력을 초과할 정도의 작업량에 대하여는 제한할 수 있는 방법이 제도적으로 마련되어야 할 것이다. 즉 가내근로자의 근로시간을 법적으로 규제하는 데에 한계가 있다 해도 독일 가내노동법의 경우와

같이 사용자의 노력의무를 규정하거나 가내노동위원회 설치 등 감시 및 규제에 의한 방법이 고려될 수 있을 것이다.

5. 産業安全 및 災害補償

가내근로자에 대한 노동법적 보호와 관련하여 작업환경으로부터의 보호는 가장 시급하게 해결되어야 할 문제이다.

가내근로자들은 주로 장신구, 완구, 의복, 가죽·가죽대용제품, 신발 등 업무가 단순하며 노동집약적인 제조업에 종사하지만 작업에 따르는 구체적인 위험도와 작업환경은 상이하다. 그러나 대부분의 가내근로자들은 먼지, 소음, 온도냄새, 비좁은 공간 등 열악한 작업환경에서 근로하고 있으며 자신이 취급하고 있는 물품의 유해성분에 대해 전혀 대책이 없이 작업을 하고 있다. 더욱이 작업공간이 가족의 생활공간인 경우가 많기 때문에 문제는 더욱 심각하다. 그러나 가내근로는 노동법의 적용대상에서 제외되고 있으므로 작업중 재해를 입는다 해도 전혀 보상을 받지 못하고 있다. 사용자는 자신이 직접 고용하고 있는 근로자의 경우 산업안전보건관련 대책 및 조치에 의하여 재해를 예방하며, 재해가 발생할 경우 그에 대한 보상의무가 있다. 즉 사용자는 근로자에게 산업안전교육을 실시하고 위험작업의 경우에는 근로자로 하여금 안전보호장비를 구비하고 작업하게 한다. 그러나 가내근로자는 재해의 예방이나 사후구제에 있어 아무런 보호를 받지 못하고 있다.

ILO의 「산업안전보건 및 작업환경에 관한 협약」(제155호) 제2조 및 제3조에 의하면 근로자가 작업장소에서 사용자의 직접적 규제를 받지 않는 경우에도 사용자는 경제활동에 종사하는 모든 근로자에게 산업안전보건조치를 취하도록 하고 있다.

일본은 가내근로자의 안전한 작업환경을 위하여 위탁자는 위탁업무에 관련되는 기계, 기구, 기타 설비 또는 원재료, 기타 물품을 가내근로자에게 양도하는 경우 유해물질에 대하여는 경고문을 부착하고 작업의 성격상 필요한 경우 환풍기나 보호장치 등의 설치를 의무화하는 등 노동성령이 정하는 바에 따라 필요한 조치를 취하도록 하고 있다(일본 가내노동법 제17조 참조). 또한 업무상 부상이나 질병의 발생가능성이 높은 가내근로자에 대해 무료 정기건강진단을 통해 이들의 건강을 보호하고 있으며 산재보험에의 특별가입을 허용하고 있다.

독일 가내노동법은 "작업장소, 기계, 작업용구 및 도구는 가내근로자의 생명, 건강과 풍속 및 공중위생에 위해를 발생시키지 않도록 설치·정비 또는 관리되어야 한다"고 규정하고, 이에 대한 사용자로서의 책임을 외래보조자를 사용하는 가내근로자에게도 지우고 있다(제12조). 그리고 위해방지를 위하여 특별규정이 적용되는 개별업종 또는 특정유형의 직종이나 작업장에 가내근로를 위탁하는 자는 영업관서 및 경찰관서에 대하여 가내근로자의 성명과 작업장을 신고해야 하며, 정부는 가내근로자의 생명, 건강, 풍속에 중대한 위해를 발생시키는 가내근로를 금지시킬 수 있다(제13조 내지 제15조). 또한 경찰관서는 공중위생 보호를 위하여 식료품 및 기호품의 제조, 가공 또는 포장시에 발생하는 위해를 방지하기 위한 처분을 개별작업장에 내릴 수 있으며, 이 경우 영업감독관서와 보건소의 양해를 얻어야 한다(제14조).

독일의 경우 가내근로 종사자가 재해를 입은 경우 가내근로자는 물론 중간인수인(Zwischenmeister)⁹⁾과 가내공업경영자(Hausgewerbetreibende), 그밖에 작업장에서 공동작업을 하고 있는 자까지 재해보상의 대상이 된다.¹⁰⁾

우리나라의 산업안전보건법 제28조 제1항은 "안전·조건상의 유해 또는 위험한 작업중 대통령령(동 시행령 제26조)이 정하는 작업은 노동부장관의 인가를 받지 아니하고는 그 작업만을 분리하여 도급(하도급 포함한)을 줄 수 없다"고 하여 도급금지 작업을 규정하고 있다. 즉 도급작업이나 수은·연·카드뮴 등 중금속을 제련·주입·가공 및 가열하는 작업 등 특정한 유해작업에 있어서 동일한 사업장내에서 제품생산에 필요한 공정을 일부분을 도급하는 경우가 이에 해당된다.

따라서 상기한 유해작업의 경우 가내근로 위탁이 금지된다고 해석된다. 그러나 산업안전보건법상의 유해·위험방지조치나 근로자 보건관리조치, 여자 및 18세 미만의 연소자에 대한 취업금지규정은 도급관계에 적용된다 하여도 "사업주가 사용하는 근로자 및 그의 수급인(하수급인 포함)이 사용하는 근로자가 동일한 장소에서 작업을 할 때 생기는 산업재해를 예방하기 위한 것"이므로 가내근로자에게는 적용되지 않는다.

그러나 가내근로자의 작업환경의 문제는 가내근로자의 가족에게까지 영향을 미치게 되므로

산업안전보건법의 적용대상에 가내근로자를 포함시켜 시행가능한 일부규정을 적용하는 것이 바람직할 것이다. 또한 유해·위험한 작업에 종사하는 가내근로자의 경우 재해보상의 대상이 되도록 해야 할 것이다.

6. 家内勤勞者の 契約解止

가내근로는 주로 구출산업에서 많이 활용되고 있는데, 경기변동이 심하고 노동집약적인 수출산업의 특성상 필요한 시기에 인력을 조달할 수 있는 이점이 있기 때문이다. 그러나 이를 가내근로자의 입장에서 보면 언제 취업의 계속성이 단절될지 모르는 불안한 지위에 놓이게 하는 요인이 된다.

더구나 가내근로자는 대부분 명시적인 계약을 체결하지 않고 일감의 유무에 따라 근로하기 때문에 더욱 고용의 불안정성이 문제된다.

가내근로자들이 지속적으로 작업하지 못하고 비자발적 실업기간을 갖게 되는 주된 이유는 첫째는 일감이 끊겨서이고, 둘째는 임금이 낮고 노동강도가 높다는 근로조건상의 이유이다. 기혼여성의 노동력을 주요 기반으로 하는 가내노동의 취업형태 자체가 저임금의 이점을 누리면서 경기변동, 주문물량의 변동에 대처하여 노동력의 공급을 조절하기 위한 자본측의 이해를 주요 원인으로 하여 지속되어온 만큼 취업의 불안정성은 가내노동의 내재적 특성이라고 볼 수 있다.

가내근로 위탁자와 가내근로자의 계약을 도급이나 고용계약, 또는 도급과 고용의 혼합계약으로 본다면 근로기준법상 해고제한의 개념은 적용될 여지가 없다. 그러나 가내근로자가 사용자의 사업장에서 근로를 제공하지 않는다 하여 노무급부의 내용에 있어서도 사용자의 지휘·감독을 벗어나 있는 것은 아니다. 다시 말해서 물품의 제조·수량·납기일 등에 관하여

가내근로자에게는 재량권이 허용되지 않으므로 사용자와의 사용·종속관계를 부인할 수 없으며, 이는 가내근로자의 근로자성을 인정하는 근거가 된다. 따라서 위탁자와 가내근로자 사이에 명확한 근로계약이 없어도 가내근로자의 근로자성은 인정된다. 그러나 가내근로 위탁자와 가내근로자의 계약의 해지를 엄격하게 근로기준법상 해고제한규정에 의해 해석하는 것은 현실적으로 무리일 것이다.

결국 가내근로자의 계약해지는 민법의 고용계약상 해지를 원칙으로 하되 가내근로자 보호를 위하여 노동법상 해고보호의 법리가 보충적으로 적용되어야 한다고 생각된다. 예를 들어 위탁업자와 가내근로자의 계약이 장기간 계속되어온 경우에는 계약을 해지하기 전에 예고를 해야 할 것이다.

독일 가내노동법 제29조에 의하면 가내근로 종사자의 고용관계는 양측이 언제든지 해지할 수 있으나 가내근로자의 고용기간에 비례해서 예고기간을 장기간으로 하고 있다.¹¹⁾ 그러나 사용자가 계약을 즉시 해지할 수밖에 없는 중대한 사유가 있는 경우에는 예고기간을 두지 않을 수 있다(제29조의 a).

주석 1) BAG AP Nr. 3 zu 2 HAG BI. 2f.

주석 2) 日本判例: 日鋼田農場事件-名古屋高判 昭 47.2.28, 『高刑集』, 第25巻, p.26; 日最高判 昭 48.3.9; 우리나라의 행정예규(1976.6.8. 법무 811-9942)는 원수급인의 사용자의 지위를 부인하고 있다.

주석 3) 1970.9.7, 근거 1455-8545 참고.

주석 4) 가내근로자의 임금은 個數制 임금형태이므로 가내근로자의 월 보수총액을 공장근로자의 월급여액과 단순비교하는 것은 평면적 고찰이 될 것이다. 그러나 1989년 여성개발원이 실시한 가내노동 실태조사에 따르면 전체 가내근로자의 월 평균공임액은 제조업부문 기혼여성근로자의 월 평균임금액의 절반수준인 58.2퍼센트에 지나지 않았으며, 동일부문 남성근로자의 월 평균임금액의 26.2퍼센트에 불과하였다(여성개발원, 앞의 책, 40쪽).

주석 5) 독일의 경우 가내근로에 대한 보수는 통상개당보수(Stuckentgelte)로서 가능할 경우 개당 제작소요시간(Stuckzeiten)을 기준으로 하며, 이것이 불가능할 경우에는 개별적으로 개당보수 산정의 기초로 할 수 있는 시간급을 확정하도록 하고 있다(Heimarbeitsgesetz 제20조 참조).

주석 6) 그러나 가내근로자에는 '가사와 양립하여 가계보조를 위하여 종사하는' 가내근로자 이외에 '전업적 가내근로자', 즉 가내근로를 가구주 자신의 본업으로 하고 단독으로 또는 가족보조자와 함께 종사하는 가내근로자도 있으므로 가내근로로부터 얻는 수입이 가구의 주소득원이 되는 경우도 있다. 또한 임금을 결정하는 요소에 그 임금이 추가소득원인가 주소득원인가의 여부가 고려될 수 없다는 것은 명백한 사실이다.

주석 7) 가내노동위원회는 위탁자, 가내근로자 중 3인과 관할노동청이 지정한 위원장 1인으로 구성되며, 가내근로가 상당한 규모로 행하여지는 업종 및 직종에 있어서 설치된다(Heimarbeitsgesetz 제4조~5조).

주석 8) 실제로 여성개발원이 1989년 실시한 「가내근로 실태조사」에 의하면 하루 8시간 이상 작업하는 가내근로자 중 공정근로자와 같이 1개월에 25일 및 25일을 초과하여 근로하는 가내근로자의 비율은 전체의 33.2%로 가내근로에 종사하는 기혼여성 3명중 1명은 공장에 다니는 기혼여성과 같은 정도 또는 그 이상 작업을 하고 있다. 또한 편직과 재봉을 하는 가내근로자는 평균 한 달에 23일, 하루에 9시간 작업함으로써 높은 작업강도를 나타내고 있다(한국여성개발원, 앞의 책, 38쪽).

주석 9) 중간인수인이란 근로자를 고용하고 있지 않으면서 기업경영자로부터 위탁받은 작업을 가내근로자 또는 가내공업경영자에게 양도(weitergeben)하는 자를 말한다(독일가내노동법 제2조 제3항).

주석 10) 제국보험령(Reichsversicherungsordnung) 제539조 참조. 이 조항은 1990. 8. 31의 합의조약(Vertrag Über die Herstellung der Einheit Deutschlands Einigungsvertrag)에 의하여 1992년 1월 1일부터 구동독지역에도 적용되었다.

주석 11) 독일 가내노동법 제29조(1993. 9. 12 개정)의 a (4) 가내근로자의 위탁자나 중간인수인(Zwischenmeister)은 다음과 같은 해고예고기간을 준수해야 한다.

1. 고용관계가 2년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 1개월
2. 고용관계가 5년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 2개월
3. 고용관계가 8년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 3개월
4. 고용관계가 10년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 4개월
5. 고용관계가 12년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 5개월
6. 고용관계가 15년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 6개월
7. 고용관계가 20년간 계속된 경우에는 그 달의 말일까지 7개월

第3節 小結

비정규적 고용형태 중에서도 가내근로는 가장 근로조건이 취약하고 노동법적 보호로부터도 소외의 사각지대에 놓여 있으나 가내근로에 대한 수요는 앞으로 여전히 존재할 전망이다. 왜냐하면 기업이 가내근로를 활용하는 이유는 가내근로의 업무 자체가 기계화로 전환하기 어렵거나 기계화로 전환시키는 경우 추가비용이 발생하는 작업이라는 사실에 있기 때문이다. 또한 주로 가정주부인 가내근로자들로서는 출퇴근의 부담없이 가정생활과 양립할 수 있는 이점이 있기 때문에 저임금이나 고용의 불안정성에도 불구하고 가내근로에 종사하게 된다. 일반적으로 가내근로의 문제점으로 지적되는 것은 저임금, 임금의 체불, 불충분하고 불규칙한 작업주문량, 이로 인한 높은 작업강도, 위험한 작업환경 등이다.

최근 새로운 정보통신수단에 의한 재택근로(Telearbeit) 등의 가내근로도 나타나고 있으나 가내근로자의 대부분은 단순·미숙련근로자이다. 노동법적 보호의 이념에서 뿐만 아니라 인력부족 해소의 대책으로서 가내근로를 활성화시키기 위하여는 가내근로자에 대한 노동법상의 보호가 이루어져야 한다. 가내근로자의 경우 근기법 제14조에 의한 '사업 또는 사업장'에서 근로를 제공하는 고용근로자는 아니지만 실제로 노무제공을 하는 과정에서 위탁자의 지휘·명령에

따라야 하며 근로자 자신의 재량권이 허용되지 않으므로 노동법상 근로자성을 부인할 수 없다. 따라서 그와 같은 근로자성이 인정되는 한도내에서 노동법적 보호규정이 적용되어야 한다. 특히 임금의 보호, 최저공임의 확립, 유해·위험한 작업 및 환경으로부터의 보호, 재해보상 등이 기본적으로 이루어져야 할 것이다. 이를 위하여는 현행 근로기준법 및 산업재해보상보험법 등에 가내근로자에 대한 특별규정을 두거나 가내근로자를 위한 별도의 입법적 해결이 요구된다.

第8章

結論

1980년대 후반, 특히 1990년대에 들어와 노동시장의 수요구조와 공급구조의 변화는 파견근로, 임시고용, 파트타임근로, 하청에 의한 가내근로의 확산 등 고용형태의 다양한 변화를 초래하였다. 현행 노동법은 이와 같이 고용형태에 의해 취업하는 근로자들을 보호하기에는 한계가 있다. 왜냐 하면 새로운 고용형태하에서는 근로기준법이 제정될 당시에는 예상하지 못했던 다양한 근로관계가 노사간에 이루어지고 있기 때문이다. 근로기준법은 상용·정규근로자를 전제로 하고 그들을 보호하는 체계를 취하고 있으므로 새로운 고용형태에 의한 근로자보호는 노동법적 보호로부터 소외의 사각지대에 놓이게 된다. 따라서 이들은 근로기준법상의 보호에서 제외되어 임금, 근로시간, 재해보상, 후생·복지 등 근로조건에 있어 정규근로자에 비하여 합리적 이유없는 차별을 받고 있으며 대부분 常傭이 아닌 고용형태로 취업하므로 고용안정도 확보되지 못하고 있는 상황이다.

이들을 고용하는 사용자로서도 분쟁발생시 적용법규의 부재로 인한 곤란함에 직면하게 되므로 고용의 활성화에 장애요인이 되고 있다.

고용은 원래 정형적인 것이 아니라 노동시장의 필요에 따라 어떤 형태로든지 창출될 수 있는 것이기 때문에 고용형태의 변화에 대응하기 위하여는 근로자의 개념이나 사용자의 개념을 새롭게 정립할 필요가 있다. 즉 고용계약의 명칭이나 형식을 근거로 근로자로서의 지위를 판단할 것이 아니라 실질적 사용종속성을 파악하여 근로자성을 판단한 다음 사용종속관계가 인정되는 한도내에서 노동법적 보호를 해야 할 것이다.

다양화된 고용형태하의 근로자들에 대한 노동법적 대응에서의 쟁점은 이들에 대한 노동법적 보호를 하면서 동시에 고용의 활성화를 꾀해야 한다는 것이다. 고용창출이라는 측면에서 본다면 임시근로, 파견근로, 파트타임근로, 가내근로와 같은 고용형태하의 근로자들에 대한 노동법적 보호가 노동시장의 유연성 확보에 부정적 요인으로 작용한다고 생각할 수도 있다. 그러나 실업해소 및 고용창출을 위한 근본적이고 장기적인 대책은 오히려 합리적이고 적절한 보호를 통하여서만 세워질 수 있다. 각각의 고용형태의 특성에 따라 그 보호의 내용과 정도는 차이가 있을 수 있으나 기본적인 근로조건 유지와 고용의 한정은 공통적으로 확보되어야 한다.

그리고 새로운 고용형태에 따른 노동법적 대응은 단순한 고용촉진의 목적에서가 아니라 '있어야 할 근로관계의 실현'이라는 노동법 본래의 규범목적의 실현에 일차적 가치를 두고 행하여질 때에만 '고용의 활성화'와 '근로자보호'라는 두 가지 목적이 함께 달성될 수 있을 것이다.

정규근로자만을 상정하고 제정된 현행노동법 체계하에서는 이러한 목적을 실현하는 데 한계가 있으므로 다양화된 고용형태의 특성에 따른 합리적인 보호기준의 설정, 해석기준의 제시, 법의 제정이 요구된다.

뿐만 아니라 다양한 고용형태하에서는 기존의 근로기준법이 전혀 예상하지 못하였던 근로자의 권리·의무관계가 다양하게 설정될 수 있으므로 근로기준법 자체의 성격도 변화되어야 할 것이다. 즉 근로기준법은 '계약자유의 제한'의 기본성격을 탈피하여 당사자간의 자율성을 확보할 수 있도록 '근로계약에 관한 기본법'으로서 새롭게 정립되어야 한다. 그러나 당사자간의 자율적 결정가능성을 열어주기 위한 전제로서 근로기준법이 '힘의 균형'을 유지해 주는 장치로서 작용해야 한다는 사실은 간과해서는 안될 것이다.

이하에서는 현행법체계하에서 새로운 고용형태와 관련된 노동법상의 문제점과 각각의 고용형태에 따라 요구되는 입법적·제도적 보호장치를 살펴본다.

임시고용은 노동현장에서 파트타임근로자와 밀착되어 있으며 명확하게 정립된 개념도 아직 없으나 일정기간의 노무급부를 목적으로 하는 한시적 고용형태를 의미한다.

또한 파트타임근로는 전일제근로에 대비되는 개념으로서 통상 '시간제근로'로 통용되고 있다.

임시고용과 파트타임근로에 있어 특히 문제가 되는 것은 근로시간이나 작업내용에 있어 정규근로자와 차이가 없는 경우에도 임금, 재해보상 등 근로조건에 있어서 합리적 이유없는 차별적 대우를 받는다는 것과 단기간의 계약을 반복·갱신함으로써 고용이 불안정하다는 것이다. 파트타임근로자에 대하여는 노동부의 지침(「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」, 1992.1.14.)이 있으나 파트타임근로자의 근로관계에서 발생하는 문제점들을 해결하기에는 한계가 있다.

따라서 이들을 보호하기 위하여 근로기준법에 특칙을 두거나 별도의 입법을 제정할 것이 요구된다. 그리고 산업재해보상보험과 고용보험 등의 사회보장적 혜택을 받을 수 있는 제도적·행정적 장치가 필요하다고 생각된다. 또한 임시직근로자와 파트타임근로자의 경우 노조활동을 통하여 단결을 바탕으로 근로조건을 개선할 것을 꾀하는 것이 국가에 의한 입법적·제도적 보호 못지않게 중요하다. 그러나 대부분의 노조는 가입자격을 정규근로자로 제한하고 있는 현실이므로 이들의 노조활동을 지원할 수 있는 방안이 요구된다.

한편 다양화된 고용형태 중 가장 급속한 증가를 보이고 있는 근로자파견의 경우 근로자파견 자체가 합법적이지 아니므로 근로기준법 제8조의 '중간착취금지'규정에 위반되며, 근로자를 계약상 고용하는 사용자와 실제 노무급부를 받는 사용자가 분리되어 이러한 중층적 계약관계가 파견근로자에 대한 노동법적용 회피요인으로 작용할 수 있다는 것이 문제점으로 지적된다. 파견근로자의 임금지급이나 재해보상의 경우에 파견회사와 근로자를 실제 사용하는 회사가 연대하여 책임을 지도록 사용자개념을 확대할 필요가 있다. 왜냐 하면 근로기준법 제15조가 '사용자'개념을 규정하고 있는 기본취지는 근로기준법을 위반하는 경우 사용자의 범위를 확대함으로써 그 책임을 효과적으로 취급하여 근로자보호를 확보하려는 것이다.¹⁾ 따라서 사용자로서의 지위는 명확한 고용계약이 존재하는 경우에만 인정되는 것이 아니라 사용종속관계가 성립하고 있으면 그와 같은 간계에 있는 자에게 근로기준법의 책임을 취급할 수 있다고 판단해야 한다. 즉 '근로계약 없는 근로관계의 존재'를 인정해야 한다.

정부는 1993. 10. 「근로자파견사업의 규제 및 파견근로자의 보호에 관한 법률안」을 입법예고한 바 있으나 법제정 자체에 대한 찬성과 반대의 입장이 첨예하게 대립되어 유보되어 있는 상태이다. 일부의 견해에 의하면 근로자파견법이 제정되는 경우 근로기준법의 중간착취금지 정신이 사장되며, 오히려 근로자파견에 대한 철저한 근로감독으로 인하여 위법인 근로자파견의 경우 근로자가 임금을 제대로 받지 못하거나 산업재해를 당하는 등 불이익을 받게 된다고 한다. 그러나 이미 노동시장내에서 새로운 고용형태로서 자연발생적으로 확산되어가고 있는 파견근로를 현행과 같이 불법인 상태로 방치한다면 오히려 파견근로자 보호를 위하여 바람직하지 않을 것이다. 파견근로에 대한 법제화를 통하여 파견업체의 자격요건을 강화하여 파견업체의 난립을 방지함으로써 과당경쟁에 의한 용역단가의 저하를 막을 수 있고, 또한 파견사업자와 사용사업자사이의 사용자 책임의 소재를 명확히 함으로써 파견근로자의 근로조건 보호를 꾀할 수 있다고 생각된다.

끝으로 가내근로의 문제점과 법적 대응에 관하여 살펴본다.

중소기업에 의한 하청거래의 확대가 심화되면서 증가하고 있는 가내근로 역시 증가추세에 있다. 가내근로자는 기혼여성이 '부업'으로서 수행하는 근로라는 인식하에 지금까지 전혀 정책적·제도적 보호를 받지 못하였다. 그러나 저임금, 장시간근로, 임금의 연체 및 체불, 불규칙한 주휴량, 위험한 작업환경 등의 문제를 해결하여 가내근로자를 보호하고 가내근로를 활성화시키기 위하여는 우선 독일, 프랑스일본의 경우처럼 가내노동법의 제정이 시급하다. 현행 근로기준법을 가내근로자에게 적용시키기에는 한계가 있기 때문이다.

구체적인 입법방향으로는 가내근로자의 계약상의 권리를 명확히 하기 위한 방안(예: 일본의 경우와 같이 공임, 납기일 등 위탁조건을 명시한 가내노동수첩의 보급), 임금체불의 금지, 최저임금(공임)제, 안전·위생, 산재보험규정의 적용 등이 제시될 수 있다.

주석 1) 근로기준법 제15조; 이 법에서 사용자라 함은 사업주 또는 사업경영 담당자, 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.

參考文獻

- 경제기획원, 『총사업체 통계조사보고서』, 1986, 1991.
- 경제단체사회협의회 편, 『파트타임고용 실태조사』, 1993. 5.
- 강성태, 『근로자개념』, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 김성환, 『비정규노동에 관한 연구』, 한국노동연구원, 1992. 8.
- 김유성, 『산업구조조정과 경기변동에 따른 근로자의 보호』, 『노동법 연구』, 제2권 제1호.
- 김형배, 『근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념』, 『노동법 연구』, 1991.
- 김소영, 『해고사유에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 1992.
- _____, 『파트타임근로자에 대한 노동법 적용』, 『노동동향분석』, 제6권 제3호, 한국노동연구원, 1993.
- 김태홍·양승주, 『동일노동 동일임금에 관한 연구』, 1993.
- 남성일, 『한국의 인력파견에 관한 연구』, 서강대학교 경제연구소, 1993. 10.
- 노동부, 『근로자 공급사업지도』, 1993. 6.
- _____, 『근로자파견 실태조사분석』, 1991. 10.
- _____, 『일본 근로자파견제도의 실태』, 1992. 5.
- _____, 『외국의 근로자파견제도』, 1991. 10.
- _____, 『일본의 근로자파견법령』, 1992. 2.
- _____, 『일본 근로자파견법의 법률실무』, 1993. 12.
- _____, 『각국의 근로자파견제도』, 1993. 12.
- _____, 『일본 근로자파견법 해설』, 1992. 9.
- 박원구, 『인제파견제도: 제도의 배경과 논의점』, 한국노사관계학회, 1992. 6.
- 박성준, 『근로자파견제도의 활성화방안』, 한국경제연구원, 1993. 8.
- 여성개발원, 『가내노동실태에 관한 연구』, 1989.

- 어수봉, 『한국의 노동이동』, 한국노동연구원, 1992.
- _____, 『한국의 여성노동시장』, 한국노동연구원, 1991.
- _____, 「고용관련법의 경제학-노동유연성과 고용안정의 법제도화의 제문제」, 한국노사관계학회, 1994. 3. 25.
- 오문완, 「시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1994. 8.
- 이광택, 「비정형근로의 법적 보호」, 『여성인력의 불안정고용실태 및 그 대책』, 1992. 6.
- 이병태, 「특수한 근로형태와 근로자보호-임시근로자·파견근로 및 시간근로를 중심으로」, 『고용구조와 고용형태 변화에 따른 문제』, 한국노사관계학회, 1990.
- 이원희, 「근로시간제에 관한 법적 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1992.
- _____, 「파트타임근로의 법률상보호 문제-서독의 노동법제를 중심으로」, 『민주법학』, 제6호, 관학사, 1993.
- 이은영, 「고용형태의 변화에 대한 대응-여성고용을 중심으로」, 『한국사회의 민주적 변혁과 정책적 대안』, 역사비평사, 1992. 10.
- 전국노동자협의회 외, 『무권리 이중착취, 용역노동의 실태와 대응』, (1993).
- 이효수, 「고학력화 현상과 고용」, 한국노동연구원, 1991.
- 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993.
- 한국경영자총협회 편, 『파트타임고용과 법률실무』, 1992.
- 한국노동연구원 편, 『KLI 해외노동통계』, 1992.
- _____, 『노동동향분석』, 1993, 2/4분기.
- 한국여성민우회, 「임시고용과 노동조합의 나아갈 방향」, 1992. 9.
- 한정현, 「파트타임의 문제점과 보호대책」, 『노동법과 노동정책』, 1985.
- 岡 伸, 「パートタイム労働の国際比較」, 『日本労働協會雑誌』, NO.355, 1989.
- 山口浩一郎, 「諸外國の労働時間法制」, 『日本労働協會雑誌』, NO.320, 1986.
- いなげや労働組合, 「パートタイムの組織化に成功」, 『季刊労働法』, 第158號 1991.
- 菅野和夫, 『労働法』, 1989.