

단시간근로 및 파견근로에 관한 법적연구

1998

한국노동연구원

目次

短時間勤勞

I. 短時間勤勞 現況

1. 단시간근로의 증가
2. 단시간근로 법제의 도입에 대한 입장
3. 단시간근로 법제에 관한 연구의 개요

II. 短時間勤勞 法制의 比較

1. 개괄
2. 국제기구 및 각국의 법제
3. 단시간근로 법제의 유형

III. 短時間勤勞에 대한 現行制度

1. 법제도 정비
2. 단시간근로 법제의 기본 개념 및 원리
3. 단시간근로 법제의 내용

IV. 短時間勤勞 法制의 政策課題

勤勞者派遣

I. 勤勞者派遣制의 意義

1. 현황과 문제점
2. 근로자파견의 개념
3. 근로자파견제도의 논의배경

II. 各國의 制度 概要

1. 국제노동기구(ILO)
2. 일본
3. 독일의 근로자파견법
4. 프랑스의 근로자파견법
5. 기타 국가

III. 勤勞者派遣의 法的 構成

1. 근로자파견의 3면관계
2. 근로계약관계: 파견사업자-파견근로자
3. 근로자파견계약: 파견사업자-사용사업자
4. 사용종속관계: 파견근로자-사용사업자

IV. 勤勞者派遣法의 政策課題

1. 근로자파견법의 입법과정
2. 근로자파견법의 내용
3. 요약 및 소결

短時間勤勞

1.短時間勤勞의 現況

1.단시간근로의 증가

(1)단시간근로의 고용형태는 노동력의 수요와 공급의 양측면에서 급속도로 확대되고 있다. 우선, 수요측인 기업의 필요성은 최근 강화되고 있는 기업의 고용유연화에 있다. 일반적으로 고용유연화는 두 가지 측면에서 진행된다. 정규종업원의 노무관리·신인사제도 및 고용조정을 위한 해고를 중심으로 하는 내부노동시장에서의 유연화와 파견·하청·외주화 등 외부노동시장에서의 유연화가 있다. 그런데 단시간근로는 이들 두 가지 고용유연화전략의 양측면을 모두 포괄할 수 있는 것으로서 그 어떠한 유형보다도 기업의 입장에서는 효율적인 고용유연화전략으로 꼽히고 있다.

다른 한편, 공급측인 근로자의 필요성은 근로생활과 개인생활의 조화를 도모한다는 견지에서 근로자의 時間主權論의 대두라든가, 생활의 질 향상이라는 차원에서 전문직을 중심으로 기업에의 종속성을 근로시간의 측면에서 완화된 형태의 단시간근로를 선호하는 경향이 있다. 또한 기업의 고용유연화전략 및 전반적인 경기축소에 따른 고용기회의 감소 및 여자·고령자·장애인과 같은 주변적인 노동력 공급자의 노동시장에의 참가 가능성이라는 점에서도 단시간근로 형태가 선호되고 있다.

(2)이러한 양자의 필요성과 맞물려 단시간근로는 비전형적인 고용형태중에서 가장 "전형적"·'대표적'인 유형이라고 할 수 있다. 통계상으로 본다면 유럽에서 1980년대 초반 단시간근로자의 숫자가 900만명 정도(EC국가)였으며¹⁾, 1990년대 초반에는 비전형근로자의 숫자는 2,400만명에 달하며 이 중 단시간근로 형태가 이미 1,200만명(유럽 전체)에 달하고 있다고 한다.²⁾ 우리나라는 아직 이들 유럽 등 선진국 수준에 비하면 3분의 1에서 5분의 1수준이기는 하지만 1980년대 후반부터 꾸준히 증가하여 1994년에는 전체 근로자 숫자(1,230만명)의 4.7%인 58만명에 달하는 것으로 보고 되고 있으며, 앞으로도 증가추세는 계속될 것으로 전망되고 있다.³⁾사용자 단체가 실시한 최근의 실태조사에 따르면 기업들이 감량경영의 일환으로 파트타임근로제를 활용하고 있는 것이 더욱 두드러지게 나타나고 있다.⁴⁾

주석 1)R.Blanpain &C. Engels(ed)., Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrial Market Economies, Kluwer Law &Taxation Publishers, 1993. 210쪽.

주석 2)Catherine Barnard EC Employment Law. John Wiley and Sons.1995.335쪽 참조.

주석 3)노동부 근로기준국. 「파트타임 고용의 활성화 방안 검토」.1996.2쪽

주석 4)한국경영자총협회가 434개 기업을 대상으로 한 1996.9.17.발표 조사 결과, 파트타임제도입업체의 비율. 기타 조사 결과에 대해서는 <조선일보>1996.9.18. 참조

2. 단시간근로 법제의 도입에 대한 입장

(1) 단시간근로의 확대에 따라 그 법제 논의가 진행되는 과정에서 노사는 서로 상반된 입장을 제시하였다. 사용자는 단시간근로가 근로자의 새로운 생활양식에 부합되며 기업의 노무관리정책에도 유용하고 나아가 실업률 저하에도 기여할 것이라고 한다. 따라서 단시간근로의 법제화에 있어서는 통상근로자에 대한 보호보다는 완화된 형태의 입법이 필요하다고 한다.¹⁾ 반면에 노동조합측은 단시간근로의 법제화에 대해서 원칙적으로 반대의 입장을 표명하고 있다. 단시간근로자들은 낮은 근로조건에 노출되어 있을 뿐만 아니라 기존의 통상근로자의 고용상태에도 악영향을 주기 때문에 그 법제화는 경영계가 주장하는 바와 같이 고용기회를 확대하는 효과도 크지 않을 뿐만 아니라 기존의 통상근로자의 고용상태에도 악영향을 주기 때문에 그 법제화는 경영계가 주장하는 바와 같이 고용기회를 확대하는 효과도 크지 않을 뿐만 아니라 만연해 있는 단시간근로에 대한 노동보호법의 보호의 흠결 및 단시간근로 형태에 의한 남녀차별을 더욱 합법화하는 효과만을 낳게 될 것이라고 한다.

(2) 학계에서도 이러한 사정을 반영하여 입법화의 필요성을 중심으로 논의가 전개되기 시작했다. 대표적인 주장으로는 첫째, 단시간근로에 대한 노동법적인 평가는 새로운 고용형태의 근로자와 기존의 정규직 근로자의 극심한 차별의 문제를 해결하는 데에서 시작해야 한다는 견해가 있다.²⁾ 둘째, 단시간근로의 특징에 대한 분석에서 출발하여 '유사단시간근로자'에 대해서는 전통적인 노동보호법의 적용을 확대하는 이론적인 노력이 필요하다는 것을 전제로 하면서 근로계약, 법정근로조건, 집단적 노동관계, 사회보험 등 각 영역에서 단시간근로자에 적합한 규율을 포괄할 수 있는 법제가 필요하다는 견해도 있다.³⁾ 이러한 두 가지 입장은 노동법학계에서의 설문조사에서도 반영되어 특별입법이 필요하다는 견해가 56.1%, 근로기준법을 통한 전통적인 보호의 확대가 필요하다는 견해가 42%로 나누었으나 단시간근로자에 대해서는 어떠한 형태이건 법적인 보호가 확충되어야 한다는데 대해서는 거의 이론이 없는 실정이다.⁴⁾

주석 1) 한국경영자총협회. 「노동관계법 개정에 대한 경영계의 의견」. 1996.7.29쪽.

주석 2) 신홍. 「임시근로 및 시간제근로에 대한 보호법리」. 한국노동법학회. 『노동법학』. 제6호 1996, 169쪽.

주석 3) 오문완. 「단시간근로자의 법적 지위」. 한국노동법학회 1997년 토론회 발표문, 7쪽.

주석 4) 박원석·정기남. 「노동법개정의 방향-설문조사 결과 및 분석」. 한국노동법학회편. 「노동법학」. 제6호. 1996. 136쪽 참조.

3. 단시간근로 법제에 관한 연구의 개요

이하에서는 단시간근로에 관한 이상과 같은 이상과 논의 현황을 근거로 하여, 1997년 3월 13일 개정에 이어 노사정위원회의 결과에 따른 1998년 2월 20일 개정의 근로기준법 및 동시행령에 규정된 단시간근로에 관한 현행 법제의 개요를 소개하고 단시간근로 법제의 정착 및 체계화에 필요한 앞으로의 정책과제를 제시하고자 한다.

II. 短時間勤勞 法制의 比較

1. 개괄

단시간근로에 관한 각국의 법제를 연구하기에 앞서 유의하지 않으면 안될 사항은 외국에서 어떠한 법제도가 존재하고 있다고 해서 우리나라에서도 그러한 법제도가 반드시 필요하다는 근거로 인용되어서는 안 된다는 점이다. 각국의 특수한 상황과 실태에서 비롯된 제도이기 때문이다. 그렇지만 각국에서의 경험이 앞으로 단시간근로에 대한 법리를 준비해 나가야 할 우리의 입장에서는 중요한 시사점이 될 수 있다는 점도 역시 부인하기 어렵다. 특히 단시간근로에 대해서는 아직 그 실태에 비하여 법적인 규제의 경험이 충분하지 않은 실정일 뿐만 아니라, 근로기준에 있어서 국제화의 추세도 역시 간과할 수 없기 때문이다.

2. 국제기구 및 각국의 법제

1) 국제노동기구(ILO)

ILO는 단시간근로자의 보호에 관하여 협약이나 권고 등 지침을 마련하는 데 있어서는 초기부터 깊은 관심을 보여왔던 것은 아니다. 그러나 1981년 제165호 「가족부양의 책임이 있는 근로자에 대한 권고의 제21조에서 "사회보장의 적용을 포함하여, 단시간근로자 및 임시근로자의 근로조건은 가능한 한 통상근로자 및 상용근로자의 근로조건과 균등하여야 한다. 적절한 경우 이들의 권리는 비례의 원리에 따라(on a pro rata basis) 계산되어야 한다" 고 하여 균등대우 및 비례의 원칙을 천명한 이후로 단시간근로에 대한 관심을 높여가고 있다.

특히 ILO는 주변적 근로자의 고용기회의 확대에 단시간근로가 유용한 대안이 될 수 있다는 입장을 보여주고 있다. 1980년 제162호 「고령근로자에 대한 권고」는 단시간근로의 촉진이고령자의 고용 문제 및 적절한 여가설계에 긴절(緊切)한 과제임을 선언하였다. 또한 1983년 제168호 「장애인의 직업재활 및 고용에 관한 권고」도 역시 장애인고용촉진 수단으로 각인의 능력에 따른 단시간근로 기회의 제공을 들고 있다. 또 근로조건에 특수성으로 말미암아 특별한 보호 및 규율이 필요하다는 견지에서 1977년 제157호 「간호근로자에 대한 권고」에서도 간호사들의 단시간근로의 촉진 및 권리의 비례적 부여를 규정하고 있다.

결국 단시간근로형태에 대하여 일반적인 차원에서 국제기준의 설정이 필요하다는 점이 인정되어, 1994년에는 제175호 「단시간근로에 관한 협약」 및 제182호 「단시간근로에 관한 권고」를 채택하기에 이르렀다. 이 협약과 권고의 주된 내용은 ①근로삼권의 보장, ②차별금지, ③단시간근로자에게 통상근로자와 동일한 수준의 시간당 기본임금의 보장, ④모성보호, 고용종료, 휴일·휴가의 균등대우 보장, ⑤단시간근로자의 통상근로자로의 전환, ⑥사회보장 혜택의 비례적 보장 등이다.

2) 독일

독일에서도 1960년대의 고도경제성장기를 거치면서 단시간근로자가 급속히 보급되었는데, 서비스산업의 확대 및 여성의 사회진출 확대와 함께 그 추세를 더욱 가속화시키고 있다. 특히 독일의 경우에는 정부 주도하에서 경제위기의 극복을 위한 고용형태의 다양화정책이 추진되었는데 단시간근로에 대한 정책도 이러한 맥락에서 비롯되었다고 할 수 있다.

1985년 4월 26일 제정된 취업촉진법은 ①단시간근로의 정의규정, ②차별대우의 금지, ③근로시간(길이·배치)의 변경, ④작업량에 상응하는 근로시간의 조정, ⑤근로조건에 있어서 단체협약 기준의 우선적용 등을 규정하고 있다. 1994년 6월 24일 제정 1994년 9월 1일 시행의 「남녀평등권 실현을 위한 법」(일명 제2차 남녀평등권법) 제1편의 '여성지원법'(일명 연방행정기관과 법원의 여성지원 및 가정·직장의 양립에 관한 법률)도 공무원의 단시간근로를 촉진하기 위한 법으로, 공무원인 단시간근로자가 정규공무원으로 전환하고자 할 경우 우선 고려 및 정당한 이유가 없는 차별의 금지를 규정하고 있다.

그러나 이러한 법률들은 전반적으로 고용형태의 다양화를 통하여 고용기회를 확대한다는 데 그

주안점이 있으며 단시간근로 자체에 대한 체계적인 법리의 기초를 다진 것이라고는 볼 수 없다. 단시간 근로에 대한 법리를 이후 관례법리를 통하여 체계화되었다는 점에 독일 단시간근로에 관한 법제의 특징이 있다.

3)프랑스

프랑스에서도 다른 나라와 마찬가지로 고용구조의 악화로 인하여 1980년대부터 나타난 고용형태 다양화 현상의 하나로 단시간근로가 확대되었다. 단시간근로에 대한 법제는 1970년 6월19일 법이 공공부문에서 단시간근로의 촉진을 규정하면서 나타났는데 특히 여자근로자, 병약한 자, 정년에 가까운 자와 같이 한계적 지위에 있는 자와 고용기회의 확대를 지향하고 있었다.

프랑스에서는 1981년 1월 18일 법률 제81-64호 (단시간근로에 관한 법률) 및 1982년 5월 26일 제82-271호 (단시간근로에 관한 법규명령)에 의해 단시간근로의 법리가 본격적으로 확산되는 계기를 맞게 되었고, 현재에는 1993년 12월 20일 법률(노동·고용 및 직업훈련에 관한 고용5개년법)중 근로시간의 '장(章)'에 설정된 단시간근로의 '절(節)'이 기본법으로서의 지위를 갖고 있다. 이 법은 ①단시간근로의 정의, ②근로시간에 비례한 근로조건 보호, ③근로계약의 서면작성의 의무화, ④단시간근로자의 자격, ⑤단시간근로자의 급여의 결정요소, ⑥근로시간·연장근로의 한도, ⑦통상근로로의 전환 희망시 우선권의 부여, ⑧산업분야에 따른 고용 불균형시 단시간근로의 실시명령 등을 내용으로 하고 있다.

프랑스에서는 유기(有期)근로계약·파견근로계약 등 비정규근로형태에 대해서는 실체적·절차적인 여러 가지 제한이 설정되어 있다. 그러나 단시간근로에 대해서는 기본적으로 근로조건 결정에 있어서 당사자의 자유의사에 따른다는 점이 특징적이다. 이는 단시간근로에 관한 법제가 단시간근로의 촉진과 동시에 단시간근로자의 근로조건을 보호하여야 한다는 두가지 정책목적의 조정에 의해서 결정된다는 점을 가장 잘 보여주는 예라고 할 것이다.

4)일본

일본은 단시간근로에 대해서 다양한 행정해석을 통하여 규율하고 있었는데, 이들은 근로조건 보호라는 견지에서 아주 원론적인 입자를 표명하고 있다는 특징을 갖고 있다.

예컨대"(단시간근로는) 신분에 의한 구분이 아니라 단시간 취업이라는 고용형태의 일종이며 근로시간 이외의 근로조건에 관하여 통상근로자와 아무런 차이가 없다"고 한 부인소년국장 통첩 1980년 1월 12일 婦發 제5호 및 "(단시간근로의)시간당 임금은 당해 사업장에 근무하는 동일직종·동일작업·동일경력·동일근무시간대의 통상근로자의 시간당 임금에 미달하지 않을 것"이라고 한 직업안정소장의 통첩 1981년 9월 24일 職發등이 그 대표적인 예이며, 간혹 1982년 12월 17일 基發 제790호에 의해 채용통지서 모델양식을 보급하거나 「단시간근로 대책요강」 1984년 12월 3일 基發 제 97호는 채용통지서의 교부, 취업규칙의 정비, 근로시간 관리의 적정화, 근로기준관련 법령의 적용 등을 정한 일도 있었다. 또한 1989년 6월23일에는 「단시간근로자의 처우 및 근로조건 등에 관하여 고려할 사항에 대한 지침」을 통하여 부분적으로 단시간근로에 대한 포괄적·체계적 규율을 시도한 예도 있었다.

현재에는 1993년 6월 제정 「단시간근로자의 고용관리 개선 등에 관한 법률」이 단시간근로에 관한 기본법으로서의 지위를 갖고 있으며 단시간근로의 법리를 이 법률의 해석·적용을 둘러싸고 전개되고 있다. 그 내용은 ①적정한 근로조건 확보, ②교육훈련의 실시, ③복리후생의 충실, ④고용관리 개선조치, ⑤직업능력 개발·향상조치 등이며, 1993년에는 노동성이 고시의 형태로 낸 「사업주가 강구해야 할 단시간근로자의 고용관리 개선등을 위한 조치에 관한 지침」을 통하여 행정지도하고 있다.

3. 단시간근로 법제의 유형

단시간근로에 관한 각국의 법제는 다소의 편차는 있으나, 모두 단시간 근로에 관한 단행법률을 갖고 있으며 고용 문제에 대한 대책의 일환으로 마련되었다는 점에서 공통적이다. 또한 어느 나라에서나 단시간근로의 문제는 여자근로자의 고용기회의 확대 및 근로조건 보호와 관련하여 시급한 정책과제라는 점에서도 동일하다. 그런데 다음과 같이 각국의 법제를 유형화 할 수 있다.¹⁾

	독 일	프 랑 스
정의규정	통상근로시간이 짧은 자	5분의 1을 하회하는 자
규제대상	단시간근로의 개별적 규제	비전형근로의 종합적 규제
규제내용	신중형	적극형
본 질	실업대책법	실업대책+근로조건 보호
균 등 대 우	차별금지의 원칙 규정 객관적 차별은 허용 · 복지에택제한·부가급부차별	상세하고 포괄적인 평등 시용·근로시간·보수·근속· 해고 등
비율중립화 (1975년)	법정기준인원 산정시 단계적 기준 적용 · 주 10시간 이하 자 제외 · 주 20시간 이하 자 0.5인 · 주 30시간 이하 자 0.75인	법정기준인원 산정시 비례적 기준 적용 · 근로시간의 길이에 비례 사회보험료 기초한도 · 근로시간의 길이에 비례
통상 전환	사용자의 정보제공의무	전환희망자 우선권 부여
규제 방식	관계에 의한 규율	입법에 의한 규율

주석 1)오문완, 「단시간근로」, 1997년 6월 한국노동법학회 발표문

Ⅲ.短時間勤勞에 대한 現行制度

1.법제도 정비

1)법제도 정비에 있어서의 원칙

단시간근로에 관한 법제를 정비하는 데 있어서 무엇보다도 우선시되어야 할 점은 정책목표의 설정이다. 진술한 바와 같이 어떠한 나라이건 단시간근로에 대해서는 노사양측의 이해관계를 공익적 견지에서 조정하여야 할 필요성이 있다. 따라서 단시간근로를 일면적으로 파악하여, 법적 책임을 회피하여 노동비용을 감축하려는 기업측의 필요에 의한 것이라고 보아 그 규제만을 강화한다거나, 근로시간 이외의 여가시간을 자신의 선택에 따라 활용하고자 하는 근로자측의 필요에 의한 것이라고 보아 근로조건 보호만을 완화한다면, 단시간근로의 법률 문제는 해결되지 못할 것이다.

우리나라의 경우에는 급속하게 고용형태의 다양화가 진전되고 있는 데 비하여 그에 대한 법적 대응은 미흡한 수준이다. 이러한 현상을 방지한다면 단시간근로형태가 갖고 있는 긍정적인 기능보다는 그로 인한 역기능에 전면에 부각되어 궁극적으로는 단시간근로자 스스로 단시간근로형태에 대한 선호가 저하될 것이며 사회 전체적으로는 고용기회의 감소로 연결될 것이다. 따라서 단시간근로에 관한 법제의 대강(大綱)은 단시간근로의 활용에 대한 노사 당사자의 이해관계를 비례의 원칙에 따라 적절한 수준에서 조정함으로써 단시간근로로 인한 피해를 방지하는데 놓여져야 할 것이다.

2)법제도 정비의 방법

(1)앞서 각국의 단시간근로 법제의 유형에서 보았듯이 단시간근로 법제의 유형은 다양하다. 그것은 상충될 수 있는 이해관계를 조정하여야 한다는 단시간근로 법제의 특유한 정책목표에서 비롯된다. 법제의 정비를 통하여 단시간근로를 보호하면서도 동시에 고용형태의 다양화라는 현실에 부응하여야 한다는 정책목표의 기본에는 이의가 없으나 그 구체적인 방법에 있어서는 입장의 차이가 드러나고 있다.

(2)우선 이제까지의 법제도의 틀 안에서 단시간근로에 관한 보호규정을 두어야 한다는 입장이 있다. 별도의 법률을 제정하는 것은 통상근로자와 단시간근로자의 근로조건에 존재하는 차별을 더욱 항구화시킬 우려가 있다는 것이다. 더구나 실질적인 의미에서의 단시간근로보다는 기존의 법적 책임을 회피하기 위한 명목적인 의미에서의 단시간근로가 이미 보편적으로 보급되어 있는 현실을¹⁾ 감안할 경우 현존하는 불합리한 차별을 합법화시킬 우려가 있다고 한다.²⁾ 이러한 입장에서 제시한 입법론은 기본법인 근로기준법에 단시간근로자에 대한 정의 규정을 두고 근로기준법 시행령에 근기법에 대한 특례규정들을 마련하는 방안이 제시되었던 바 있다.³⁾ 반면에 그동안 노동부의 지침을 통한 단시간근로자의 근로조건 보호가 갖고 있었던 한계를 지적하면서 시행령이나 행정부의 지침을 통해서 미흡할 수밖에 없음을 지적하는 입장이 있다. 이 입장에서는 ILO협약에서도 지적되고 있듯이 단시간근로자에 관해서는 직접 근로기준법에 따라 규율하거나 별도의 단행법률이 필요하다고 한다.⁴⁾

또한 이상과 같은 법제화 방법에 관한 원론적인 입장이외에도, 정책적인 견지에서 단시간근로형태가 원래의 긍정적인 기능을 발휘할 수 있는 여건이 마련되는 것이 더욱 시급하다는 점을 주장하는 견해가 있다. 법제화가 필요하다는 점에는 앞서의 견해들과 입장을 같이 하지만 오히려 육아휴직제도, 병가휴직제도,보육시설의 확대 등과 같은 여건조성이 선행하여야 한다는 것이다.⁵⁾

(3)기존의 주장 중 포괄적인 입법체계를 갖고 있는 프랑스의 단시간근로에 관한 법제를 기본모델로 하면서 법제화에 따른 대립되는 두 가지 요청을 조정하여야 한다는 오문완 교수의 주장은, 이미 근로기준법이 개정되고 시행령마저 마련된 현재의 시점에서는 이미 늦은 감이 없지 않으나, 여전히 앞으로 단시간근로에 관한 해석론 및 입법론에 있어서 중요한 사항을 시사하고 있다. 오문완 교수의 주장에 따르면 단시간근로에 관한 법제는 근로자가 단시간근로를 선택하게끔 근로조건이 충분히 매력적이어야 하며 동시에 단시간근로자의 근로조건 보호에만 관심을 갖는 것이 아니라 단시간근로자의 고용을 확대하기 위해서 단시간근로자의 공용에 따라

사용자에게 일정한 편의조치 부여하여야 한다는 것이다. 그런데 프랑스의 경우에는 이러한 두가지 요청을 제도화하는 데 어느 정도의 성과를 거두고 있으며, 법제도 자체가 이미 두 가지 요청의 조정에 그 목적이 있음을 선언하고 있다는 점에서 시사적이라고 한다.⁶⁾

(4)우리나라의 경우에도 노동력의 수급 등 고용시장에 관한 법규제의 내용이 근로기준법 등 기존의 노동보호법 영역이 영향을 받는다는 점은 부정할 수 없다. 이는 흔히 근로기준법의 '분열'이라고 하거나 근로기준법의 '상대화'를 초래하는 원인이기도 하지만, 그 만큼 노동보호법 본래의 역할이 중요시되어야 할 필요성을 의미하는 것이기도 하다.

특히 단시간근로의 문제는 기업이 취하는 노동력 유연화 경영전략중에서 외부노동시장과 내부노동시장이 동시에 관련되는 복합적 성질을 갖고 있다. 단시간근로의 증가가 주변적 입장에 있는 근로자들의 고용기회의 창출을 의미하는 동시에 내부노동시장에서 정규근로자의 고용안정을 경우에 따라서는 지지하기도 하면서 동시에 위협하는 요인이 되기도 한다. 또한 근로자의 생활수준의 향상과 함께 임금인상뿐만 아니라 근로시간의 배분의 문제가 직접 근로자 본인에게는 여가선용에 대한 욕구와 직결됨으로써 '근로생활의 질'과 직접 연관된 요인이 되기도 한다.

최근 기업이 처한 노동력 유연화라는 과제는 초기에는 흔히 내부노동시장과 외부노동시장을 탄력화할 수 있을 뿐만 아니라 외부노동시장에서 필요한 인력을 조달할 수 있는 수단을 제공한다는 점에서 그 어떠한 근로형태보다도 기업측에게 효과적인 수단으로 인식되고 있다. 이러한 견지에서 이제까지와 같이 기업의 단시간근로의 활용을 ①단순보조직무에 한하여, ②임시적·단기적으로, ③저임금형태로 지속하도록 한다면, 궁극적으로는 현재 단시간근로자의 공급측을 구성하는 여성근로자·고령근로자의 노동시장에의 참여가 저해될 수 밖에 없다. 그러므로 실현 가능성을 기준으로 노사간의 관행에 비추어 지침을 제시하여 합리적인 근로기준법의 적용을 권장하는 행정지도로 노사당사자의 노력을 기대할 수밖에 없다는 현실론⁷⁾이나 현행 노동법규를 널리 단시간근로자에게도 적용한다는 관점에서 처리하여 해결하여야 한다는 이상론⁸⁾은 모두 문제점을 안고 있다고 할 것이다.

이에 대해서 우선 법리적으로는 시행령에 의한 법제화가 자칫 근로조건에 대한 이제까지의 방치를 더욱 고착화할 우려가 있다는 지적이 있을 수 있다. 또한 이러한 견지에서 단시간근로제가 긍정적 기능을 발휘할 수 있는 여건조성이 선행되어야 한다는 주장도 역시 경청할 만한 견해임은 부정할 수 없으나, 현존하는 단시간근로에 대한 대응책으로서의 단시간근로의 법제화라는 과제와는 차원을 달리하는 논의라는 점을 부정할 수 없다.

따라서 단시간근로의 대강만을 마련하고 시행령에 대부분의 규율을 위임한 1997년 3월의 근로기준법 및 동시행령에 개정내용은 실망스러운 것이 아닐 수 없다.⁹⁾ 어쨌건, 마련된 시행령 부칙상의 단시간근로에 관한 규제내용을 중심으로 단시간근로에 관한 법제가 전개되고 있으므로 단기적으로는 시행령에 규정되어 있는 내용에 대한 규범력을 제고하며 장기적으로는 단시간근로에 고유한 법리의 전개 및 독자적인 입법화의 기초설정이 요청되는 상황이라고 할 수 있다.

3)법체계상의 문제점

1997년 개정 근로기준법상으로는 정의규정과 기본원칙만 제시되어 있는데 불과하므로, 단시간근로의 법리는 대부분 근로기준법 시행령의 별표에 의해 규율된다. 결국 1997년 개정법이 전제로 하고 있는 근로기준법상의 단시간근로에 대한 기본관념은 통상근로자와 비교하여 근기법상의 권리에 대한 비례적 보장(근로기준법 제25조 제1항) 및 일부 규정의 적용배제(근로기준법 제 25조 제3항)뿐이다. 따라서 1997년 개정 근로기준법은 단시간근로에 대해서 특별한 규율을 마련하지 않은 채로 시간비례를 기준으로한 통상근로자에 근접한 보호를 보장할 것을 그 이념형으로 삼고 있다고 할 것이다.

1998년 개정에 의해 고용보험법이 시간제근로자에게도 적용될 수 있게 되기는 하였지만(1998년 7월 1일 이후), 명목상의 단시간근로에 대한 노동보호법의 적용을 보다 더 확대하는 것인 긴절한 정책과제임은 부정할 수 없다. 그리고 단시간근로의 지배적인 존재형태가 명목상의 단시간근로 실근로에 대응하는 권리보장이 형해화되어 있다는 현실은 단시간근로의 법제 도입에 대한 원론적인 반대의 근거를 제공하고 있다. 이러한 관점에서 볼 경우에는 1997년 개정 근로기준법과 같은 형태의 법제화 방안도 의미를 가질 수 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 명목상의

단시간근로제에 대한 보호는 어디까지나 본래 의미에서의 근로기준법 본연의 규율 영역이다. 따라서 단시간근로의 특성에 적합한 규율방식이라고 보기에는 미흡하다. 따라서 궁극적으로는 법률에 의한 단시간근로 법제의 대강이 제시되는 것이 바람직하며, 1997년 개정 근로기준법 및 시행령과 같은 법제화 방법은 그 적정성에 계속 의문이 제기될 것이다.

- 주석 1)한국여성민우회에서 1994년 은행.병원.유통업의 단시간근로장에 대한 조사를 실시한 바에 따르면 주당 근로시간이 (당시)노동부가 정한 근로시간인
- 주석 2) 「노사관계개혁방향과 노동법 개정방향에 대한 한국여성단체연합의 의견(축약)」.1996.6.26~28쪽. 전국금융노동조합연맹이 주관한 『신인사제도 및 비정규직실태와 개선방안에 대한 토론회』.1996.7.9.에서의 논의 상황도 단시간근로의 폐해를 확인하는 것이었다.
- 주석 3)신홍, "고용유형의 다양화와 한국노동법상의 대응", 대한민국학술원. 제24회 국제학술대회 「고용유형의 다양화와 노동법상의 과제」 자료집.1996.10.22. 112쪽.노사관계개혁위원회. 「노동관계법 개정요강 제1차 합의안」.1996.10.25.54쪽
- 주석 4)김유성. 「신고용정책과 근로자의 보호」.김경동(외). 『한국노사관계의 새 지평』.다산출판사
- 주석 5)김태홍. 『시간제 및 임시직 고용현황과 정책과제』.한국여성개발원.1994.214쪽
- 주석 6)1981년 법은 두 가지 요청을 가급적 중립적으로 채택한다는 기본원칙이 관철되었고, 1982년 오르도낭스는 단시간근로자의 근로조건 보호 측면에 보다 역점을 두었다고 한다. B.Teyssi, "Le Travail Temps Partiel". Droit Social.1982년 5월호. 195쪽 참조.
- 주석 7)한정현. 『파트타임의 문제점과 보호대책』.김진웅박사 화갑기념논문집 편찬위원회. 『노동법과 노동정책』.1985.89쪽
- 주석 8)이광택. 「비정형근로의 법적보호」. 한국여성단체협의회. 『여성인력의 불안정고용 실태 및 그 대책』.1992.참조
- 주석 9)오문완. 「단시간근로자의 보호」.한국노동법학회.1997.6.

2. 단시간근로 법제의 기본 개념 및 원리

1) 비례적 균등대우의 원칙

(1) 단시간근로의 법리에서 무엇보다도 중핵을 이루는 것은 균등대우의 원칙이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 단시간근로의 법제화에 있어서의 균등대우의 원칙의 중점은 단시간근로가 통상근로와 다르다는 데에서 출발하는 것이므로, 오히려 균등대우의 원칙은 비례적으로 수정된다. 특이한 사실은 독일·프랑스에서 단시간근로를 법제화함에 있어서 노사간에 쟁점이 된 사항은 단시간근로자의 특별보호에 관한 규정이었으며 균등대우의 원칙 자체에 대해서는 거의 논란이 없었다는 점이다. 이는 일본이나 우리나라에서 단시간근로의 법제화에 있어서 균등대우의 원칙을 확인하는 데 고용감소의 효과를 우려한 반대론이 강하다는 점과 대조적이다. 이는 일반적으로 독일·프랑스의 경우에는 이미 산업별 노동조합조직 및 단체협약의 관행이 발전해 있어서 직종·숙련 정도에 대응하는 임금제도가 형성되어 동일노동·동일임금의 기반이 되어 있으며 이는 통상근로자와 단시간근로자 사이에도 역시 타당한 원리임이 오래 전부터 확인되어 왔기 때문에, 기업단위에서 종업원의 고용형태별 임금격차가 상존하고 있는 일본이나 우리나라의 관행과는 대조적이라는 데에서 유래한다고 지적되고 있다. 즉 일본이나 우리나라와 같은 경우에는 기업에 대해서 부담하는 책임과 구속의 정도에 있어서 통상근로자와 단시간근로자에 차이가 있다고 한다. 정규종업원에 대한 기업의 노무관리가 종신고용제를 중심으로한 고용보장에 중점이 놓여 있기 때문에, 기업으로서는 인력관리에 있어서 유연성·탄력성의 확보수단으로 기업 내부에 중층적인 인력관리구조를 설정하거나 전직 등의 수단을 활용하게 된다. 따라서 정규종업원은 종신 고용에 대한 대가로 기업에 대해서 객관적으로는 평가되지 않는 불명확한 업무상의 책임을 부담하고 있기 때문에, 이러한 부담을 지지 않는 단시간 근로자에 대해서 균등대우를 보장할 수 없다는 것이 그 골격을 이룬다. 또한 현행 근로기준법의 해석에 있어서도, 단시간근로자 또는 통상근로자라는 것은 동조가

명시하고 있는 차별대우의 예시사유 중 '사회적 신분'을 이유로 한 차별에 해당되는가 여부가 문제로 되는데, 노동법학에서는 단시간근로자와 같은 후천적인 신분은 포함되지 않는다고 하거나 후천적인 신분을 이유로 한 차별대우도 역시 균등대우 위반이라고 하면서도 단시간근로자와 통상근로자의 근로조건의 격차는 균등대우의 원칙에 반하지 않는다고 해석하는 경향이 있다.

(2) 그러나 근로기준법이 이미 제5조에서 명문화하고 있는 균등대우의 원칙이 단시간근로자에 대해서 규범적으로 배제되어야 할 사유로는 될 수 없다. 우선 근로기준법 제5조에 열거되어 있는바, 금지되는 차별대우의 원인이 예시적이라는 데에는 이문이 있을 수 없다. 따라서 근로기준법이 열거하는 '성별, 국적, 신앙, 사회적 신분'이외에도 근로자의 노동능력에 대한 합리적인 평가 이외의 기준에 근거한 불합리한 차별대우는 금지되는 것으로 해석된다. 즉 근로기준법 제5조가 전제로 하는 평등의 관념은 상대적 평등이다. 그러므로 이와 같이 노동력 평가의 객관적인 기준에 따른 차등대우가 아니라면 단시간근로자라는 것을 이유로 균등대우의 보장이 부정되어서는 안 된다. 다만 단시간근로는 개념필연적으로 근로시간이라는 기준에 있어서는 차이가 예정되어 있기 때문에 그 한도에서 비례적인 평등의 원칙에서 구체화될 것이다.

(3) 단시간근로자에 대하여 비례적 균등대우를 인정하는 것이 국제적인 추세이기도 하다. 예컨대 1981년 ILO 제165호 「가족부양의 책임이 있는 근로자에 관한 권고」나 EU의 단시간근로에 대한 지침안은 모두 단시간근로자에 대한 균등대우의 원칙을 선언하고 있다. 특히 후자의 경우에는 "근로시간의 차이에 의해 객관적으로 정당화되는 경우를 제외하고는"이라고 하여 근로시간이라는 측면에 관하여는 비례의 원리를 명시함으로써 간접적으로 그 이외의 영역에 대한 균등대우를 더욱 강조하고 있다. 특히 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」 제7조(a)(i)은 "공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 근로에 대한 동등한 보수"가 모든 근로자에게 보장되어야 함을 규정하고 있다.

(4) 그렇다면 결국 단시간근로자에 대한 비례적 균등의 원칙이 수행하는 기능은 추상적인 의미에서의 평등보다는 근로시간의 차이에서 기인하는 근로조건의 차이를 어떻게 명확히 할 것인가로 귀결된다고 할 수 있다. 근로기준법의 균등대우의 원칙과 관련하여 관례·행정해석은 동조의 균등대우를 합리적인 이유의 존재 유무에 따라 판단하고 있는데, 그동한 합리적인 차별로 인정된 사례로는 기능·능률에 따른 근로조건의 차이(1987. 5. 15. 근기 01254-7861), 근속년수에 따른 상여금 지급률의 차등(1987. 2. 25. 근기 01254-3066), 성실한 근로자에 대한 우대조치(1987. 5. 11. 근기 01254-7526), 개인적인 직무·기능·능률·근무의 난이도에 따른 상여금의 차등(1987. 11. 28. 근기 01254-18898), 근무부서·업무의 난이도에 따른 상여금·학자금·근속수당의 차등지급(1989. 6. 12. 근기 01254-8593) 등이 있다. 개정 근로기준법 제25조 제1항은 동종업무종사 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 단시간근로자의 근로조건이 결정되어야 함을 밝히고 있다.

2) 단시간근로자의 정의

가) 근로시간의 길이

(1) 단시간근로자의 정의규정은 단시간근로에 관한 법제의 규율범위를 확정하는 것으로서 특히 민사상·형사상의 책임귀속을 명백히 하기 위한 것이다. 정의규정의 입법례는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 소정근로시간의 짧은 경우를 모두 단시간근로로 보는 ILO·독일·일본의 경우이며, 둘째는 일정한 한계를 설정하여 그 기준을 명시하는 프랑스의 경우이다. 프랑스에서 후자와 같은 정의규정을 취한 이유는 전술한 바와 같이 프랑스의 단시간근로법이 단시간근로자에 대한 특별한 보호를 설정하고 있으므로 그 적용범위를 명확히 하여야 할 필요성이 있기 때문이다.

(2) 단시간근로자와 통상근로자를 구분하는 기준에 관하여 각국이 마련하고 있는 기준은 대체로 다음과 같다.¹⁾

독 일	통상적으로 37시간 미만 근로하는 자
프랑스	주당 30시간 미만 근로하는 자(정규직 직업이 없는 사람과 부분적 실업상태에 있는 경우는 제외)
영 국	스스로 파트타임근로자라고 응답하는 자
미 국	보통 35시간 미만 근로하는 자
일 본	보통 35시간 미만 근로하는 자(계절근로자와 부정기근로자 포함)

(3) 우리나라에서는 노동부가 1992년 마련한 「시간제근로자의 근로조건 보장에 관한 지침」에 따르면 "통상근로자의 소정근로일 또는 소정근로시간에 비해 상당한 정도 짧은 자"로서 법정 기준근로시간을 기준으로 1주 소정근로일이 4일 이하이거나 1주 소정근로시간이 30시간 이하인 자를 의미한다고 정의하고 있었다. 그러나 1997년 개정 근로기준법은 제21조에서 "이 법에서 '단시간근로자'라 함은 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다"고 하여 종전의 지침과는 다른 정의규정을 두고 있다.

그런데 단시간근로자에 관한 법제를 마련함에 있어서 장시간근로가 상시화되어 있는 명목상의 단시간근로자의 보호가 중요한 정책목표의 하나였음에도 불구하고 개정 근로기준법의 정의규정에 따라 극단적으로 해석한다면, 통상근로자보다도 1시간이라도 짧은 근로자는 모두 단시간근로자에 해당되는 결과가 되어 버린다. 따라서 개정 근로기준법 및 시행령은 그 적용범위를 결정하는 단계에서부터 이미 많은 문제점을 노출할 것이며 입법과정에서 부각된 명목상의 단시간근로자에 대한 보호를 외면하는 결과가 되어 버릴 소지를 안고 있다. 또한 앞으로 탄력적 근로시간제가 도입됨에 따라서 주단위의 근로시간제 자체가 변형적으로 운용될 경우, 개정 근로기준법과 같은 정의규정으로는 그에 대한 적절한 대책이 마련되지 않을 것이다. 다만 시행령에서는 단시간근로자의 임금결정과 관련하여 4주 평균의 1일 소정근로시간의 개념을 인정하고 있는데 이것은 어디까지나 임금의 계산방법에 관한 규정이지는 하지만, 단시간근로자의 범위를 결정함에 있어서 월단위 나아가 연단위의 근로시간의 길이라는 기준도 마련되어야 한다는 점을 간접적으로 추측할 수 있다. 어쨌건 앞으로 단시간근로자의 정의에 있어서는 월단위·연단위의 근로시간 길이까지도 동시에 고려할 수 있는 기준이 마련되는 것이 바람직하다.²⁾

나) 근로관계의 계속성

ILO 단시간근로에 관한 협약 제1조에서는 단시간근로인지 여부의 판단에 있어서 근로형태의 계속성까지 고려하여야 한다는 점을 시사하고 있다. 즉, 일시적인 조업단축에 대응하기 위하여 정규종업원의 근로시간이 단축된 경우에는 조업단축이라는 사정에 적합한 규제가 필요한 것이며 이와 같은 일시적인 필요에 대응하기 위한 정규종업원의 단시간근로까지 단시간근로에 관한 법제에 포함되어야 할 필요는 없다. 요컨대 단시간근로는 비록 근로시간제의 정함 자체는 통상근로자보다 짧은 것은 하지만 근속기간에 있어서는 정규근로자와 마찬가지로 일정기간 계속적인 고용을 상정하고 있는 근로형태를 의미한다고 보아야 할 것이다.

종래 단시간근로의 개념을 정의함에 있어서 임시직 근로자가 포함되는가 여부가 다투어진 바 있다. 각종 통계나 초기의 ILO는 단시간근로자를 상용(permanent) 단시간근로자만을 의미하는 것으로 보았다. 일본의 노동성도 1984년 「단시간근로 대책요강」에서 "바쁠 때 일시적으로 고용된 보조적 근로자와 계절적 업무 기타 단기간의 정함이 있는 사업을 위해 고용되는 임시직 근로자(일용근로자, 방학을 이용한 아르바이트학생 등)"는 단시간근로자에서 제외된다고 한 바도

있다.

그러나 임시직 근로계약이 법적으로 문제되는 것은 고용 종료의 영역이다. 만일 임시직근로자를 단시간근로자로부터 제외한다면 단시간근로를 임시직 형태로 고용함으로써 사용자에게 단시간근로에 관한 법제의 제한을 회피할 수 있는 방도를 열어주는 결과가 되어 버릴 것이다. 법리적으로 임시직 근로자가 문제되는 것은 고용 종료로부터의 보호이다. 단시간근로는 어디까지나 근로시간의 길이에 의해서 결정되는 것이며 고용 종료와는 직접 관계되어 있지 않다. 요컨대 상시고용-임시고용의 기준과 통상근로-단시간근로의 구분은 각각 별개의 판단기준에 따른 것으로서 각 기준에 대응하여 각 근로형태가 존재하는 것으로 보아야 할 것이다.

다) 근로계약 체결의 자발성

단시간근로자의 정의에 있어서는, 단시간근로계약을 체결하게 된 과정에서의 '자발성'까지도 고려하여야 한다는 견해도 있다. 물론 상태적으로는 통상근로를 희망함에도 불구하고 의사에 반하여 단시간근로에 종사하게 된 경우와, 근로자 스스로 이의에 따라 통상근로보다는 단시간근로에 종사하기를 희망하는 경우를 구분할 수 있다. 하지만 이를 법적인 기준에 따라 구분하는 것은 불가능하며 경우에 따라서는 불합리한 결과를 낳을 수 있다. 근로자의 의사라는 주관적인 요소를 판단기준으로 한다면 그 기준의 애매성 때문에 각 경우에 법률 효과를 달리 할 수는 없고 특히 명목상의 단시간근로에 대한 규제의 완화를 초래할 우려성도 있기 때문이다.³⁾

3) 명목상의 단시간근로자에 대한 보호

실제로 기업의 고용관행·일상적인 용례에 따를 경우⁴⁾ '단시간근로자'에 포함된다고 하더라도 실제로는 통상근로자와 근로시간의 길이에 있어서 하등의 차이가 없는 유형의 근로자가 있다. 이를 '유사단시간근로자'라고도 하는데, 엄격히 말한다면 이들을 단시간근로자에 관한 법제에서 말하는 '단시간근로자'라고는 볼 수 없다. 따라서 이러한 명목상의 단시간근로자의 경우에는 그 근로계약형태, 기업에서의 고용관행 또는 일상적인 용례에도 불구하고 단시간근로자가 아니라고 보아야 한다.

다만 명목상의 단시간근로자에게는 비전형 고용형태에 일반적으로 나타나는 바와 같이 기업과의 결합도가 약하며, 노사 양측 모두 근속에 있어서 고정보다는 유연성을 지향하며, 근로자 본인도 기업과의 결합도보다는 업무의 성질 자체에 대한 결합도를 중요하게 평가한다는 등의 특징을 갖고 있다.⁵⁾ 그렇지만 이러한 차별성은 비전형 고용형태에 일반적으로 나타나는 속성이며 단시간근로자에게 고유한 특성은 아니다. 따라서 엄밀하게 말한다면 명목상의 단시간근로자의 경우에는 그 고용형태의 비전형성 때문에 이러한 문제가 발생하는 것이지 근로시간의 길이가 짧기 때문에 비롯되는 것은 아니다. 그러므로 명목상 '단시간근로자'라는 것을 이유로 근로시간의 길이가 실질적으로 통상근로자와 다를 바가 없는 근로자에게 상이한 근로조건을 적용하는 것은, 단시간근로자에 관한 법제의 적용 이전에 근로기준법 제5조의 균등대우의 원칙에 직접적으로 저촉된다.

특히 단시간근로자에게 적용되는 시간외근로에 대한 규제에 있어서, 사용자가 단시간근로자를 활용하여 사실상 장시간근로를 강요하는 것을 방지하기 위해서는 명목상의 단시간근로자에게는 통상근로자와 마찬가지로의 시간외근로에 대한 규율을 받는다는 점을 명확히 할 필요가 있다.

4) 단시간근로자 보호의 적용제외

개정 근로기준법은 4주 평균하여 1주 평균근로시간이 15시간에도 미달하는 단시간근로자에 대해서는 퇴직금제도, 주휴일, 월차휴가, 연차휴가에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다(근기법 제25조 제3항, 시행령 제9조). 또한 현행 각종 사회보장제도에서도 단시간근로자는 적용범위에서 제외되어 있다. 사회보장제도와 같은 경우에는 관리의 효율성, 국가재정 등을 그 적용제외의 이유로 들 수 있을 것이나, 근로기준법의 적용제외는 그 이상의 합리적인 근거를 발견하기 어려우며 그 1주 평균근로시간이 15시간이라는 제한이 설정되는 근거도 미약하다. 따라서 근로기준법의 일부 적용 제외에 대해서는 단시간근로에 관한 법제의 일반원리에 따라 비례적인

권리보장을 충실화하는 방향으로 개정할 필요가 있을 것이다. 다만 1998년 법개정에서는 고용보험법상 주당 소정근로시간이 통상근로자의 70% 이상 근로하는 근로자에게만 적용되도록 한 보험적용 제한규정을 삭제함으로써, 시간제근로자에게도 1999년 7월 1일 이후 고용보험을 확대적용할 수 있게 되었다.

주석 1) ILO, Part-Time Work(Conditions of Work Digest, Vol.8 No.1), 1989.

주석 2) 프랑스나 독일은 월단위·연단위의 복수기준에 따라 단시간근로자를 정의하고 있다.

주석 3) 결국 자발성이라는 요소는 단시간근로가 일시적인 조업단축(Kurzarbeit)과 구분되는 기준을 제시하는 정도의 의미밖에는 없다고 한다. W. Zollner/K.G. Loritz, Arbeitsrecht 4. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, 17쪽 이하 참조.

주석 4) 이러한 측면을 지적하여, 유사단시간근로자는 근로시간의 장단에 의한 구분이 아니라 통상근로자와 같거나 거의 같은 시간 동안 일하면서 단시간근로자로 불리는 직장에서의 신분의 차이를 가리킨다는 지적도 있다. C. Nicole, "Les femmes et le travail temps partiel: tentations et perversions", Revue Francaise des Affaires Sociales, 1984년 4월호 참조.

주석 5) S. Belous, "How human resource systems adjust to the shift toward contingent workers", Monthly Labor Review, Mar, 1989, 8쪽.

3. 단시간근로 법제의 내용

1) 근로조건·근로계약

가) 근로계약서

근로기준법상 일반적으로는 근로계약이 반드시 서면으로 작성되어야 할 필요는 없으나, 단시간근로는 비전형 고용형태로서 근로자 보호의 필요성에 비추어 근로조건에 관한 정함을 사전에 명확히 함으로써 분쟁을 예방하고 근로자에게 근로조건에 대한 예견 가능성을 높이기 위해서 근로계약의 서면화가 요처오인다. 프랑스와 같은 경우에는 서면화되지 않은 단시간 근로계약을 기간의 정함이 없는 계약으로 간주하는 규정까지 두고 있을 정도로 단시간근로계약의 서면화를 중시하고 있다.

근로기준법 시행령 제9조 제1항 별표1의 2는 단시간근로계약 체결시 근로계약서를 작성·교부하여야 할 사용자의 의무를 규정하고 있다. 이때 근로계약서에 기재되어야 할 사항은 임금, 근로시간, 계약기간, 근로일, 근로시간의 시작과 종료 시각, 시간급임금, 기타 노동부 장관이 정하는 사항이다.

나) 취업규칙

취업규칙에 대해서는 개정 근로기준법 및 시행령 별표1의 2는 1982년 노동부 지침과 거의 유사한 내용을 규정하고 있다. 특히 단시간근로에 관한 법제의 기본원리인 비례적 평등의 원리와 관련하여 다음과 같은 제한을 상세히 설정하고 있다.

- ① 사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다.
- ② 별도로 취업규칙을 작성·변경하고자 할 경우에는 적용대상이 되는 단시간근로자의 과반수의 의견을 들어야 하며, 불이익하게 변경하고자 하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.
- ③ 별도의 취업규칙을 작성하지 아니한 경우에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 단시간근로자에게도 적용된다(다만 취업규칙 자체에서 달리 규정이 있는 경우에는 예외).
- ④ 별도의 취업규칙을 작성·변경하고자 할 경우에는 비례적 평등의 원리에 반하는 내용이 포함되어서는 안 된다.

물론 이러한 취업규칙에 관한 규제는 단시간근로자를 사용하고자 하는 모든 사업장에서 작성될 것을 예상한 것이기는 하지만, 취업규칙에 관한 일반법제에서도 취업규칙의 작성의무가 있는 사업장은 10인 이상의 사업장으로 한정된다. 따라서 현재의 근로기준법 및 그 시행령에 따른 경우

단시간근로자에게 적용되는 별도의 취업규칙의 작성·변경은 어디까지나 사용자의 재량에 맡겨져 있다는 점이 문제로 지적될 수 있을 것이다. 다만 별도의 취업규칙을 작성하지 아닐 경우 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 단시간근로자에게도 적용되기 때문에 결과적으로 이들에 대한 별도의 취업규칙 작성을 간접적으로 강제하는 효과를 기대할 수 있을 것이지만, 그 조항 자체가 예정하고 있듯이 통상근로자에게 적용되는 취업규칙 자체에서 단시간근로자에 대한 적용을 배제할 수 있기 때문에 그 실효성이 의문스럽다.¹⁾

이러한 견지에서 취업규칙의 작성을 의무화할 경우, 물론 소규모 사업장에 대해서 사용자 비용의 중립화라는 견지에서 소규모 기업에서 단시간 근로자를 고용할 경우의 비용에 대해서 사용자의 부담을 완화하여야 할 필요가 없으며, 이에 관한 규정을 이미 마련하고 있는 프랑스의 단시간근로에 관한 법제는 크게 참고할 만하다. 예컨대 단시간근로자의 총근로시간수에 비례하여 취업규칙의 작성의무가 있는 사업장의 범위를 결정하는 방법 등을 강구할 수 있을 것이다.

다) 단기계약의 규제

개정 근로기준법 및 시행령은 단시간근로자의 계약기간에 대해서는 특별히 규제하고 있지 않다.

그러나 단시간근로계약의 체결에 있어서 기업측으로 하여금 고용의 필요성에 대해서 합리성·상당성을 요건으로 규제하여야 할 필요가 있다. 프랑스나 독일의 경우에는 법률이나 판례는 有期契約의 체결에 합리적인 이유를 요구하고 있다. 예컨대 통상근로자의 출산 휴가로 인한 업무의 공백을 메우기 위한 경우이거나 계절적 업무와 같이 업무의 성격 자체가 일시적인 경우 등에 한하여 인정된다는 것이다.

그리고 단시간근로자의 근로계약이 갱신 등을 통하여 일정한 기간(예컨대 1년)이 경과한 경우에는 기간의 정함이 없는 계약으로 그 성격이 변하는 것으로 간주하여 그 이후의 고용 종료에 있어서는 일반적인 해고제한의 법리가 적용되도록 명시하는 방안도 강구하여야 한다. 하지만 모든 경우에 일률적으로 이러한 간주규정을 적용할 수는 없으며 단시간근로계약을 체결하게 된 원인이 일정한 기간 동안 존속하는 것이 객관적으로 확인되는 경우에는 이러한 간주규정이 적용되지 않도록 하여야 한다. 만일 그렇지 않다면 예컨대 공사의 지연과 같이 애당초 단시간근로계약을 체결하게 된 원인이 일정한 기간 동안 계속되리라고 예상되는 경우처럼 기간의 정함을 두고 갱신하여야 할 필요성이 있는 경우에도 무조건 기간의 정함이 없는 계약으로 간주해 버리는 결과가 되어 무리가 따르기 때문이다. 이러한 규제는 단시간근로자를 사실상 지속적으로 반복 갱신하여 사용함으로써 정규근로자의 고용안정을 위협하는 요인이 되는 것을 막기 위한 것이다.

라) 상호전환제도

(1) 사회 전반적으로는 근로자로 하여금 다양한 생활설계를 위하여 고용기회를 접하도록 할 필요성이 크다. 예컨대 결혼 및 출산 등 가사부담으로 인하여 일시적으로 노동시장에서 퇴장한 여성근로자에게 다시 취업기회를 보장하는 데 있어서 단시간근로형태는 유용한 수단이 된다. 그러나 전술한 바와 같이 이들이 노동시장에 참여하는 데 있어서는 그만큼의 매력적인 유인을 제공할 수 있어야 한다. 따라서 단시간근로형태로 일정한 기간 동안 업무에 적응·재적응의 기회를 갖도록 하면서 동시에 근로자 스스로 그 적성 판단에 따라 통상근로로 전환할 수 있는 합리적인 기회를 제공하는 것이 기업의 노동력 활용이라는 측면에서도 바람직하다. 이를 위해서는 단시간근로자를 대상으로 통상근로자에게 제공되는 것과 동일한 취업기회를 제공하는 방안이 있을 수 있다. 그 형태는 통상근로자의 모집에 있어서 우선권을 부여하는 방식이 될 것이다.

그러나 궁극적으로 채용 여부의 결정은 궁극적으로는 사용자의 재량에 맡겨져 있다. 다만 통상근로로의 전환에 있어서 단시간근로자의 보호를 실질화하기 위해서는 취업응모 기회에의 우선권 부여에서 더 나아가 단시간근로자에게 일정한 법적인 기대권을 인정하는 방안도 강구해 볼 수 있다. 직접적으로 단시간근로자에게 법적인 기대권을 인정하지는 않더라도 사용자로 하여금 전환의 거부에 대한 합리적인 이유를 제시하도록 하는 입증책임의 전환과 유사한 방법을 강구하는 것도 유용할 것이다.

이와 같이 단시간근로자가 통상근로자로 전환할 수 있는 방안을 허용하는 것은 우리나라에서 단시간근로자의 취업동기가 대부분 통상근로로의 취업기회를 갖지 못했기 때문에 차선책으로 근로자에게 받아들여지고 있다는 점을 감안한다면, 이러한 현실에 대한 유용한 대안으로 제시될

수 있을 것이기는 하지만, 그 영향에 대해서는 다각도의 검토가 역시 필요하다. 왜냐하면 그동안 금융업에서 기혼 여자근로자를 중심으로 도입되고 있는 단시간근로제와 그에 대한 대응책의 일환으로 노동조합의 요구에 따라 단체협약 등을 통하여 인정되고 있는 단시간근로자의 통상근로로의 전환이 단시간근로자들 사이에 심한 반목을 초래하거나 심지어 노동조합활동에 적대적인 근로자들의 경우에만 전환이 인정되는 등 계량화할 수 없는 부작용도 나타나고 있기 때문이다.

(2) 반면에 통상근로자에게도 자신의 개인적 필요에 따라 일시적으로 단시간근로자로 전환하여 계속근로하는 것을 허용하는 것도 근로자의 직업능력의 개발이나 업무공백을 피하는 등 노사 양측의 이익이 될 수 있다. 예컨대 통상근로자가 결혼·출산·간호 등 일시적으로 단시간근로를 원하는 경우 그에 합치하는 범위에서 단시간근로로의 전환을 인정하는 것이다. 물론 이에 는 그에 상응하는 근로조건이 변경이 인정되어야 한다. 현행법상으로는 여자근로자에게 인정되는 무급육아휴직 등이 활용될 수 있으나 현실적으로 휴직을 청구할 수 있는 기업여건도 보장되어 있다고 보기도 어렵거니와 휴직기간의 만료시 복직이 원활하게 보장될 수 있을 것인지도 의문이기 때문이다. 따라서 이러한 경우 일정한 자격요건(예를 들어 근속기간 1년 등)을 갖춘 근로자에게 단시간근로로의 전환을 요구할 수 있는 권리를 인정하는 방안도 강구해 볼 수 있다. 프랑스에서는 3세 미만의 자녀가 있는 근로자에게 완전한 육아휴가와 단시간근로로 취업에 대한 선택권을 인정하여 직업생활과 개인생활의 조화를 도모하고 있는 데 유효한 참고가 될 것이다.

(3) 그러나 통상근로와 단시간근로의 상호전환이 이처럼 긍정적인 기능을 수행하리라는 지적이 있었고 1997년 입법예고되었던 원안에서는 규정되어 있었음에도 불구하고,²⁾ 1997년 근로기준법 및 시행령의 개정에 있어서는 받아들여지지 않았다. 앞으로의 단시간근로의 활성화 및 개선책으로 고려해야 할 사항이다

2) 근로시간·시간외근로

가) 시간외근로의 제한 및 가산임금

다른 어떠한 고용형태보다도 단시간근로자의 경우에는 근로시간 문제에 민감할 수밖에 없다. 따라서 단시간근로자의 근로시간의 관리에 대해서는 통상근로자의 경우보다 더욱 면밀한 검토가 필요하다. 이러한 관점에서 단시간근로자의 시간외근로의 규제에 관하여 침묵하고 있는 개정법과 시행령은 근본적인 결함을 안고 있다고 할 수 있다.

참고로 프랑스의 단시간근로법은 시간외근로를 몇가지 차원에서 제한하고 있다. 첫째, 총근로시간을 제한하고 있다. ① 시간외근로의 한도를 처음부터 근로계약에 명시하여야 하며 ② 소정근로시간과 시간외근로의 합계가 법정 최저근로시간을 상회할 수 없고 ③ 시간외근로시간이 동일한 주·월 소정근로시간의 3분의 1을 상회할 수 없다. 둘째, 소정근로시간을 상향조정한다. 즉 계속되는 12주 동안 실근로시간의 평균이 주소정근로시간보다 2시간 이상 상회할 경우에는 7일간의 예고기간을 거쳐 실근로시간의 평균을 소정근로시간으로 상향조정한다. 셋째, 단시간근로자의 경우에는 법내초과근로(법정 최고근로시간 범위 내에서의 시간외근로)에 대해서도 가산임금을 지급하여야 한다.

하지만 개정 근로기준법 및 시행령에서는 시간외근로는 당사자의 자유로운 의사의 합치가 있어야 하며 근로계약서·취업규칙에 시간외근로의 내용 및 정도를 명시하여야 할 의무, 시간외근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급률을 명시하여야 한다는 규정만을 두고 있다. 그러나 이러한 규정만으로는 단시간근로자에 고유한 가산임금의 지급 대상이 되는 시간외근로에 관한 기준이 제시되었다고는 볼 수 없다.

나) 근로시간의 통산

복수의 사업장에서 근로하는 단시간근로자는 근로시간의 통산이 인정되어야 한다. 이는 근로자 1인을 기준으로 할 경우 각 사업장에서의 근로시간이 법정근로시간의 범위 내라고 하더라도, 각 사업장의 근로시간을 합산한 결과 총근로시간의 법정근로시간을 상회하는 경우에는 아무리 근로자가 원하는 경우라고 할지라도 근로자의 건강에 지극히 유해하기 때문이다.

다만 근로시간을 통산한 결과 법정근로시간을 상회하는 경우 구체적으로 어떠한 규제조치가 가능할 것이며 그러한 규제조치에 대해서 각 사업장의 사용자가 어떠한 책임을 부담하는지에 대해서는 좀더 면밀한 검토가 요청된다.

3) 임금·퇴직금

(1) 단시간근로자에게 비례적 평등의 원리가 인정되어야 한다고 할 경우 그에 대응하는 무엇보다도 핵심적인 사항은 임금 등 급여에 관한 것이다. 단시간근로자라고 하더라도 짧은 근로시간에 비례적으로 동일한 수준의 급여가 보장되어야 한다는 것이다. 하지만 개정 근로기준법에 대한 노동부의 해설을 비롯하여³⁾ 이에 대한 반대 입장은 완강하다. 따라서 입법론적으로 "사업주는 동일한 사업내의 동일가치 노동에 대해서는 동일한 임금을 지급하여야 한다"고 명시한 남녀고용평등법 제6조와 같이 '동일노동 동일임금'과 같은 원칙을 명시적으로 확인하여야 할 필요성이 있다. 또한 이러한 원칙의 선언이 실효성 있게 확보될 수 있도록 급여에 있어서 차별을 두고자 하는 경우에는 그 노동능력의 차이 등 근로조건의 차별이 허용되어야 할 만한 객관적인 합리적 사유에 대해서 사용자측에게 입증책임을 부담하도록 하는 규정으로 보완되어야 할 필요성도 있다. 이는 단시간근로에 관한 법제가 입각하고 있는 비례적 평등과 모순되는 것이 아니라 오히려 비례적 평등의 원리를 급여의 측면에서 실질적으로 규정하여야 할 필요성 때문이다.

(2) 또한 현행 근로기준법상의 퇴직금제도에 관한 규정의 해석상 단시간근로자라고 하더라도 근속년수 1년 이상이라는 요건이 갖추어지기만 한다면 법정최저한도의 퇴직금이 보장되어야 함은 물론이다. 나아가 현행 근로기준법은 한 사업내에서 퇴직금제도에 차등을 설정하는 것을 금지하고 있으므로 단시간근로자의 근로시간에 상응하는 퇴직금의 차등 이외에는 다른 차등기준을 설정할 수 없다. 따라서 퇴직금 산정에 있어서 통상근로자와 단시간근로자에게 차등을 설정하는 것도 금지된다.⁴⁾ 해석상 논란이 될 수 있는 사항으로는, 통상근로로 전환한 또는 그 반대로 단시간근로로 전환한 근로자에게 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간을 어떻게 인정할 것인가 여부이다. 우선 근속기간 자체를 근로형태에 따라 비례적으로 산정하는 방법을 우선 고려할 수 있을 것이다. 하지만 근로형태의 전환시 일정한 그 선택에 따라 기대이익에 큰 차이가 생길 가능성이 있으므로, 노사간의 합의에 따라 개정 근로기준법에 도입된 퇴직금 중간정산제를 활용하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

4) 휴게·휴식·휴일·휴가

일반적으로 근로시간이 짧은 단시간근로자에 대해서까지도 통상근로자와 동일하게 휴게·휴식·휴일을 보장하여야 할 필요가 있는지 회의적인 의견이 지배적이다. 그러나 단시간근로자라고 하더라도 근로시간에 상응하는 정도의 권리가 보장되어야 한다는 것은 노동보호법의 규범적 요청이

- ① 주휴일 : 통상근로자와 마찬가지로 주 1일 이상의 주휴일을 보장한다.
- ② 월차·연차휴가 : 통상근로자와 마찬가지로의 요건하에서 월차·연차휴가를 보장하되 다만 그 단위는 '시간'으로 한다.⁵⁾
- ③ 모성보호휴가 : 생리휴가 및 산전후휴가는 통상근로자와 동등하게 인정한다.
- ④ 유급처리하여야 할 임금 : 연차·월차휴가 → 시간급 기준
주휴일·모성보호휴가 → 일급 통상임금기준

5) 산업재해·산업안전보건

단시간근로자는 여러 가지 원인에서 산업재해의 위험에 노출되어 있다. 우선 사용자측은 통상근로자의 경우에는 안전교육을 비롯하여 산업재해를 최소화하기 위한 다양한 노력을 기울인다. 그러나 단시간근로자의 경우에는 직무 자체가 산업재해에 취약한 위험업종인 경우가

적지 않으며 숙련도 및 작업환경에의 친화도 등에 있어서 통상근로자에 못미치는 경우가 많다. 나아가 이를 방지하기 위한 산업안전교육 등 예방조치로부터도 소외되어 있는 실정이다. 따라서 사전예방조치로서의 산업안전보건법상의 주의의무는 단시간근로자의 경우에도 동일하게 - 나아가서 근로자의 특성에 비추어 더욱 세심하게 - 인정되어야 한다.

또한 이미 산업재해가 발생한 경우 그 보상수준에 대해서도 1982년의 지침에서는 사용자의 비례적 균등대우의 노력의무만을 규정하고 있을 뿐이나, 단시간근로자의 1일분의 평균임금을 기준으로 하여 보상수준이 확보되어야 한다. 특히 근로시간이 지극히 짧아서 1일분의 평균임금수준이 낮은 경우라고 하더라도 최소한 도시일용노임을 기준으로 보상이 인정되어야 한다.⁶⁾

6) 직업훈련

업무의 성격 등에 비추어 단시간근로자 중에는 고도의 전문적 기능을 보유하고 있는 경우도 있겠지만, 현재 단시간근로자의 확대가 기업의 노동력 유연화의 일환으로 추진되고 있는 경우가 더 많다. 따라서 단시간근로자가 담당하는 업무도 항상 대체가 가능한 단순업무에 국한되는 경향이 크다. 이러한 사정에 비추어 본다면 단시간근로자의 경우에는 직업능력개발의 기회가 처음부터 봉쇄되어 버릴 가능성도 크다. 원래 직업능력개발은 국가의 공공정책이 담당하여야 할 영역이라는 점은 부정할 수 없지만, 역시 현재 수준에서는 기업에서 사내직업훈련의 비중이 크기 때문이다.

따라서 앞서 언급한 단시간근로자의 통상근로로의 전환이 원론적인 수준에서 인정된다고 하더라도 단시간근로자에게 통상근로에 적합한 직업능력개발의 기회가 보장되지 않는다면 실질적으로 단시간근로자는 계속적으로 단시간근로자의 고용시장에만 방치될 우려가 있기 때문이다. 이러한 관점에서 단시간근로자에 대한 기업의 직업훈련 등을 촉진·지원할 수 있는 방안, 단시간근로자가 활용·접근할 수 있는 공공직업훈련의 확대, 비용부담의 중립화라는 관점에서 특히 중소기업을 대상으로 하는 단시간근로자에 대한 기업의 직업훈련의 지원과 같은 구체적인 방안이 필요하다.

이에 관하여는 일본의 「단시간근로자에 관한 법률」이 단시간근로원조센터를 운영한다거나 직업훈련을 중시하고 있는 것은 중요한 입법상의 참고자료가 될 수 있을 것이다.

7) 집단적 노사관계

현행 법령상 단시간근로자가 그 근로조건에 있어서 집단적으로 참가할 수 있는 방법은 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙 작성·변경시 취업규칙의 법리에 의한 의견제시·동의 정도에 불과하다. 그러나 이는 앞서 언급한 바와 같이 근본적인 한계를 안고 있다. 또한 현재 대부분의 노동조합도 기업별 조직형태를 취하고 있을 뿐만 아니라, 조직대상 범위에서 단시간근로자를 제외하고 있는 경우가 많다. 결국 단시간근로자들 스스로 노동조합을 조직하지 않는 한 이들이 집단적으로 근로조건에 있어서 사용자와 대등한 입장에서 참여할 수 있는 기회는 사실상 봉쇄되어 있다고 보아도 과언이 아니다. 또 사업장단위의 복수노조의 금지가 일정한 유예기간을 두고 있기는 하지만 앞으로 노동운동의 발전에 따라서 단시간근로자만으로 조직된 노동조합의 출현도 기대할 수 있게 되었다.

다만 이러한 노동운동의 현실적 발전 이외에도 노동조합및노동관계조정법이 규정하는 사업장단위의 효력확장제도와 관련하여 동조항이 규정하는 '상시 사용하는'이라는 규정을 단시간근로자에 대해서는 확대해석하여 할 필요성이 있다. 단시간근로에 관한 법제의 기본은 '근로시간의 길이'를 제외하고는 통상근로자와 근로조건에 있어서 차등을 인정하지 않고자 하는 것이므로, 단시간근로자에 대해서도 근로시간에 비례하는 정도의 수준에서 사업장단위의 효력확장을 인정하여야 할 것이다.

또 1997년 노동법 개정의 큰 특징의 하나로 노사협의체도의 강화를 들 수 있는데, 이러한 개정취지에 비추어 노사협의회 근로자위원의 선출에 있어서도 사업(사업장) 내에서 단시간근로자가 점하는 비중에 상응하는 정도의 근로자위원의 선출이 보장될 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

8) 사회보장제도

(1) 단시간근로자는 개별적인 사회보장관련 법률에 의해서 그 적용이 배제되어 있다(국민연금법 제3조, 동시행령 제2조 제4호, 의료보험법 제6조, 동시행령 제14조 제5호). 그러나 고용보험법은 1998년 법개정으로 단시간근로자에 관한 적용제한 규정을 삭제함으로써 1999년 7월 1일부터 단시간근로자에 대해서도 전면적으로 고용보험이 적용되게 되었다. 개정 전에 있어서도 국민연금법이나 의료보험법 등의 다른 사회입법에 비하여 적용제외되는 단시간근로자의 범위에 대해서 통상근로자의 소정근로시간 보다 3할 이상 짧은 근로자라고 적용배제의 범위를 좀더 명확하게 규정함으로써(개정전 고용보험법 제8조 2호) 의료보험이나 국민연금에 비해서는 단시간근로자에 대한 보험적용을 확대하고 있었다.

(2) 그러나 사회보험제도가 기여금·재정의 안정을 기초로 한다는 점에 비추어 일정한 한도에서 사회보장제도의 적용범위를 한정하여야 할 필요성은 인정된다. 대개 근로자를 대상으로 하는 사회보험제도는 사용자의 각출지 부담을 동반하므로 단시간근로에 대한 기업의 선호를 좌우할 정도에까지 이른다면 결국 단시간근로를 그 수요의 측면에서 억제하는 효과가 있을 수 있기 때문이다. 하지만 독일이나 프랑스의 경우에는 단시간근로자의 경우에도 근로시간·근로일수·수입액 등의 다양한 기준에 의하여 사회보장 혜택을 확대하고 있다는 점을 참고할 만하다. 결국 단시간근로자에 대한 사회보장제도의 적용확대는 사회보험 재정의 안정성, 사회보험 각출료 부담 방법의 합리화, 기업측의 단시간근로 수요의 감소효과 등 제반요인을 고려하여 적절한 수준에서 결정, 그 적용배제를 최소화하는 것이 바람직하다.

(3) 이 경우 외국의 예에 비추어 도입 가능한 대안적 조치로는, 우선 기업단위로 볼 경우 총각출료 부담을 단시간근로의 경우와 통상근로의 경우를 비교하여 과부족이 없도록 하여야 할 것이다. 사회보험의 각출비에는 대체로 상한제·급여수준에 체감적으로 비례가 동반하게 된다. 따라서 단시간근로자에 대해서 사회보장제도를 완전한 수준으로 확대한다면, 1인당 인건비 부담이라는 견지에서는 사용자가 유리·불리를 타산하여 단시간근로의 선호가 위축될 우려도 있다. 그러므로 단시간근로자에 대한 사회보험의 확대에 수반하여 기업측에게도 동시에 비용 중립화를 도모할 수 있는 세제지원 등의 조치가 요구된다. 또한 공적연금제도의 경우에는 근로형태의 변화에 따라 그 지급수준 및 지급요건이 연동된다. 예컨대 단시간근로 형태가 고령자 취업기회의 확대 효과를 갖기 위해서는, 퇴직후의 고령자가 단시간근로 형태로 취업하는 경우 국민연금의 산정기준을 단시간근로시의 수입이 아니라 통상근로에 종사하던 기간 동안의 수입을 기준으로 하는 보완조치가 필요하다. 또한 선진국에서 일부 시행되고 있는 단계적인 연금지급제도의 도입 가능성도 검토해야 할 것이다.

주석 1) 물론 실태에 비추어 판단해야 할 문제이기는 하지만, 노동조합이 정규종업원을 중심으로 조직되어 있는 경우가 많으며 기업의 내부노동시장의 유연성 확보와 관련하여 단시간근로자와 통상근로자의 이해관계가 상충될 가능성이 높은 현실하에서는 단시간근로자의 취업규칙의 작성·변경에 대한 단시간근로자의 집단적 참가권을 인정할 규정들도 그 실효성이 없게 될 가능성도 높다.

주석 2) 입법예고되었던 근로기준법 시행령안에서는 "가. 사용자는 통상근로자를 본인의 의사에 반하여 단시간근로자로 전환하여서는 아니된다. 나. 사용자는 단시간근로자가 통상근로로 전환해 줄 것을 요청하는 때에는 동일직종의 통상근로자를 채용할 때 우선하여 채용될 수 있도록 배려하여야 한다."는 규정이 포함되어 있었으나, 재계와 경제부처의 반대로 삭제되었다.

주석 3) 노동부는 단시간근로자에 대한 비례적 평등의 원리에도 불구하고, 단시간근로자의 시간급자체가 통상근로자의 시간급과 동일하여 한다는 의미는 아니라는 입장을 밝히고 있다. 노동부, 『알기 쉬운 새노동법』, 1997. 6, 170쪽.

주석 4) 1982년의 노동부 지침은 단시간근로자의 퇴직금은 근로시간을 감안, 통상근로자에 비해 불리하지 않도록 할 사용자의 '노력의무'를 규정하였으나(제7조) 퇴직금관련 근기법 규정의

해석상 단순한 노력의무에 그치는 것이 아니라 해석상 당연히 인정되는 법적인 의무라고 보아야 할 것이다.

주석 5) 그 구체적인 계산방법은 다음과 같다.

$$\text{통상근로자의 월차 또는 연차휴가일수} \times \frac{\text{단시간근로자의 소정근로시간}}{\text{통상근로자의 소정근로시간}} \times 8$$

주석 6) "공장에서 직공으로 종사하는 자가 거기서 얻은 수익보다 일반노동임금이 훨씬 많은 경우에는 장차 일반노동에 종사하리라는 개연성이 농후하다 할 것이므로, 불법행위로 인하여 신체장애를 일으켜 노동능력의 감퇴를 가져온 경우에 있어서 사고 당시의 도시일용노동임금이 공장에서 현실로 얻은 수익보다 다액일 때에는 피해자는 그가 도시일용노동에 종사하지 않으리라는 특별한 사정이 없는 한 사고 당시의 도시일용노동임금을 기준으로하여 그 일실수익의 배상을 구할 수 있다."고 한 대법원 1989.12.26. 선고, 89다카18723 판결도 이러한 취지와 합치된다고 생각한다.

IV. 短時間勤勞 法制의 政策課題

이상 밝힌 단시간근로 법제의 개선방향 및 앞으로의 연구과제는 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 법제화 형식에 있어서 근로기준법에 대강만을 밝히고 대부분의 규율을 시행령 별표에 위임한 현재의 방식은 법체계상 문제가 있다. 따라서 앞으로 단시간근로에 관한 법제를 정비함에 있어서는 법률 자체에 의한 체계적인 규율이 필요하다. 그렇다면 문제는 근로기준법 자체에 별도의 규율을 마련하는 방안과 단행법률에 의한 규율의 장단의 문제가 남는데, 앞으로 단시간근로에 관한 법제가 다른 유형의 비전형 근로에 관한 법제의 모델이 될 수 있다는 점을 감안한다면, 단행법률에 의한 규율이 더 타당할 것이다.

둘째, 비례적 균등대우의 원칙과 관련하여 현행 법제는 휴가를 시간단위로 계산하는 일반적인 기준을 제시하는 정도에 그치고 있으며, 각론적으로 임금·법정수당·휴일·휴가 등의 각론적인 권리에 대해서 비례적인 균등대우의 원칙이 어떻게 실무적으로 운용될 두 있는가에 대해서는 구체적인 해석기준이 마련되어 있지 못하다.

셋째, 단시간근로자의 정의규정은 단시간근로자에 대한 특별규율의 필요성이라는 정책목표에 부합하는 것이어야 한다. 하지만 현행 법제는 이미 별도의 기준을 마련하고 있는 고용보험법의 정의규정의 수준에도 미치지 못한다. 앞으로 적용제외 등 사회보험제도의 정비와 함께 단시간근로자의 정의규정의 기본법으로서의 성격을 분명히 하여야 할 필요성이 있다. 특히 근로시간의 기준뿐만 아니라 임시성·계속성과 같은 보충적인 기준의 설정은 다른 유형의 비전형 근로와의 구별 및 그 구별에 의한 다른 유형의 비전형 근로에 대한 법제의 발전모형을 제시한다는 점에서 중요하다.

넷째, 명목상의 단시간근로자 또는 일명 유사단시간근로자에 대한 보호가 필요하다. 이러한 유형의 근로자는 실제의 사회관념이나 관행이 어떻건 근로기준법상의 통상근로자와 구별하여야 할 이유가 없다. 따라서 기본적으로는 통상근로자의 개념에 대한 해석법리 및 판례의 발전을 기대하여야 할 것이지만, 단시간근로에 관한 법제에서도 이를 원리적인 차원에서 확인하는 취지의 규정을 두어야 할 필요성이 있다. 실천적으로는 현재 만연해 있는 명목상의 단시간근로에 대한 단호한 정책적인 대응의지의 표현으로서의 의미를 가질 수 있을 것이다.

다섯째, 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙에 관한 규정과 관련하여, 현행 법제로는 사용자에게 통상근로자에게 적용되는 취업규칙에 의해서 단시간근로자에 대한 취업규칙상의 균등대우를 회피할 수 있는 예외가 인정되어 있는데 앞으로는 단시간근로자의 참여권을 실질화할 수 있는 구체적인 방안이 강구되어야 할 것이다.

여섯째, 산업안전 문제는 단시간근로자가 통상근로자보다 취약하다는 사정을 감안하여 보다 가중된 보호수준이 확보되어야 한다. 나아가 관련 산업안전보건법 규정의 보안조치까지 적극적으로 검토하여야 할 필요가 있다. 산재보상제도에 있어서는 단시간근로자의 보상기준이 되는 평균임금의 개념을 명확히 하여야 할 필요가 있다.

일곱째, 단시간근로를 둘러싼 노동시장의 성패를 궁극적으로 좌우하는 것은 단시간근로자에 대한 직업훈련 및 공공직업안정기능의 강화이다. 다만 구체화에 있어서는 사용자에 대한 비용중립화 조치의 일환으로 사용자에 대한 일정한 보조방안도 검토되어야 할 것이다.

여덟째, 사회보장제도는 기본적으로 사회전반의 인식의 확대가 필수적이다. 다만 비례적인 수준에서의 사회보장제도의 확충작업은 외국의 관련제도의 비교검토를 통하여 구체적인 실시방안을 마련하여야 할 것이다.

勤勞者派遣

I. 勤勞者派遣制의 意義

1. 現狀과 문제점

(1) 최근 우리나라의 고용형태는 종래의 상용고용 형태와는 다른 다양한 비정규적 고용형태가 나타나고 있는데 이러한 형태하에 있는 근로자수는 급속히 증가하고 있다. 이러한 비정규 고용형태는 종전부터 존재해 왔으나, 특히 최근에 급속히 확산되고 있는 형태가 바로 파견근로 형태이다.

노동부의 비공식적 보고에 따르면 현재 근로자파견업의 총규모는 경비·청소 등의 용역업무와 통역·번역·타자·파출부·간병인 등의 비정규직 업무를 포함하여¹⁾ 총 1천여개 기업에 10~15만명에 이르는 것으로 추정되고 있다.²⁾

(2) 이러한 파견근로 형태의 확산에 대해서는 산업구조의 변화에 따른 고용시장의 변화를 그 요인으로 설명하는 것이 일반적이다. 즉, 1980년대에 들어 산업구조의 고도화와 3차산업화의 진전, 사무자동화와 ME화에 전문직 노동수요의 증대, 여성의 경제활동참가율 상승, 기업의 합리화 추진 및 이에 따른 고용유연성의 증대노력 등이 근로자파견제의 확산요인으로 작용하였다는 것이다.

그러나 문제의 소재는 파견근로 형태의 보급이 반드시 이상과 같은 노동의 유연성 제고 및 노동력 수급구조의 개선이라는 합리성에 근거한 것이 아니라,³⁾ 노동비용의 절감이라는 안이한 경영자세 또는 노동시장 구조의 불안정성에서 비롯되는 현실적인 취업기회의 제한 및 실업의 증가와 같은 연유에 의해서 변태적으로 활용되고 있다는 점이다. 이러한 변칙적이고 불합리한 고용관행의 확대는 근로자측에게 근로조건에 직접적인 저하를 초래한다는 점 이외에도, 경영측에게는 안이한 경영자세에서 비롯되는 기업경쟁력의 약화를 초래한다는 점에서 문제의 심각성이 있다.

(3) 이러한 우려는 그동안의 실태조사 결과를 보더라도 단순한 기우가 아님을 알 수 있다. 예컨대 정인수 박사의 실태조사에 따르면, 파견사업체는 대부분 영세사업장이며 임금의 중간착취가 행해질 가능성이 있으며, 그 업종도 사무보조·운전업무·단순작업 등 업무능력에 있어서 숙련이 요구되는 업종보다는 대체근로가 가능한 업종이 주된 직종이라고 한다. 또한 사용자측에서도 파견근로자를 사용하는 목적이 임금, 복지비용의 절감,⁴⁾ 일시적인 노동수요에 대한 대응, 노사분규에 대한 사전대응 등이라는 점에서 전형적인 의미에서의 파견근로의 적극적인 기능과는 상반된 현실을 보여준다.

그리고 파견근로의 양적인 증가도 눈에 띈다. 최근 노동부가 밝힌 바에 따르면, 파견업체수는 4,000여개, 파견근로자는 50여만명으로⁵⁾ 정규직의 임금수준에 비하여 70% 정도이며, 주 평균근로시간은 5.5일, 1일 평균근로시간은 9시간 정도로 나타나고 있다.⁶⁾

가장 최근의 실태보고에 따르면, 1997년 8월 말 현재 국내 파견근로자수는 631개 사업장에서 22만5천명에 달하며, 직종별로는 생산보조(27.0%) 사무보조(10.6%), 기능·보일러(7.7%), 운수·통신(6.6%) 순으로 지역별로는 서울 사용자(37.5%)·파견업체(57.3%)이지만 1992년에 비하여 전국 대도시·공업도시의 비중이 크게 증가하고 있다. 업종별로는 제조업(58.4%), 사회 및 개인서비스업(17.2%), 금융·보험업(9.5%), 도소매 및 음식·숙박업(8.5%), 운수·창고 및 통신업(4.8%) 순으로, 업체규모별로는 1,000인 이상 대기업 27.5%를 포함해서 300인 이상의 대규모 기업이 전체의 85.2%를 차지하고 있으며, 이들의 임금수준은 정규직 근로자의 80% 수준인 평균 827,000원으로서 소폭 증가하고 있는 것으로 나타나고 있다.

이번 한국노동연구원의 실태조사 중에서 특히 주목하여야 할 점은, ① 기업의 파견근로 형태의 선호 이유에 대해서는 특별한 기술과 지식이 필요한 업무에 실시적으로 대응하기 위해(27.8%), 일시적 업무증가 또는 결원을 보충하기 위해(25.3%)와 같은 전형적인 이유가 53.1%로 여전히 중요한 비중을 차지하고 있으나 해고가 용이해서(19.2%), 임금 및 퇴직금 절감(8.7%)과 같이 종래 근로자파견제의 폐단으로 지적되던 사유가 27.9%에 달하는 것으로 나타나고 있으며, ②

파견근로자 중에서 가정의 주소득원이 '본인'이라고 응답한 사람이 55.5%(←37.1%, 1992년 조사치)로 '부모'라고 응답한 사람은 28.9%(←38.4%, 1992년 조사치)의 감소와 대조를 보여주고 있어서, 가정을 기준으로 본다면 파견근로가 주소득원으로서의 비중이 커졌다는 점이다.⁷⁾

특히 사용자단체가 실시한 실태조사는 기업체를 대상으로 한 파견근로제의 실시현황 및 실시계획을 알 수 있는데, 434개 조사업체 중에서 1996년 현재 파견근로자를 활용하고 있거나 가까운 시일 내에 활용할 계획이라고 응답한 기업이 26.5%에 달하며, 업종별로는 비제조업이 32.7%로 24.6%의 제조업보다도 높게 나타난 점이 특징적이다. 그리고 파견근로자의 활용목적에 대해서는 역시 일시적인 업무량의 증가에 대한 대응이 45.0%로 가장 많았으나, 임금·복지비용의 절감도 28.0%로 높았고 특수한 기술·지식 요구업무에 대응의 필요성이 26.0%로 나타나고 있다. 이러한 조사 결과는 기업의 입장에서 파견근로자의 도입에 대해서 적극적이라는 점을 잘 보여주고 있다.⁸⁾

특히 사용자업체는 파견근로를 상시적으로 사용함으로써 고용형태만 파견근로일 뿐, 그 실질에 있어서는 '사실상의 상용근로'와 다를 바가 없는 실정이며, 파견근로자 본인들도 정규직으로의 취업기회가 없어서 파견근로를 선택한 경우가 대부분이며 학력수준도 고졸 이하가 70%를 상회한다고 한다.⁹⁾

(4) 이러한 실태에 비추어 몇 가지 전제요건이 충족되지 않는 한, 파견근로에 관한 법제의 도입이 노동시장의 왜곡으로 인한 근로조건 저하 뿐만 아니라 기업 체질의 약화를 초래할 가능성이 있다는 지적은 충분히 경청하지 않으면 안 될 것이다.

실사 일부에서 지적되고 있듯이 근로자들 스스로가 파견근로 형태를 선호하는 점이 있다고 가정하더라도, 파견근로 형태가 기본적으로는 기업의 경영전략 내지는 인사노무관리정책의 일환으로 안출되었다는 점은 부정할 수 없다. 그런데 우리나라의 경우 파견근로 자체는 법률적으로 금지되어 있음에도 불구하고 이미 상당히 보급되어 있으며,¹⁰⁾ 그 보급 속도는 앞으로 더욱 가속화될 전망이다.

따라서 지금까지와 같이 파견근로에 관한 탈법적인 관행을 그대로 방치할 수 없는 시점에 도달했다고 할 수 있다. 파견근로는 당사자인 파견근로자에게 국한되는 문제가 아니며 거시적으로 정규근로자의 고용과 기업의 경쟁력까지 고려한다면, 노동경제의 미치는 영향은 간과할 수 없다. 외국의 예에 비추어 보더라도, 파견근로는 노동시장의 유연성과 탄력성을 제고시킨다는 긍정적인 기능이 있으나, 다른 한편으로는 안정적 고용관계를 훼손하고 근로자에게 불이익을 강요하는 부정적인 역기능을 수반한다.

(5) 1998년 노사정위원회에서는 파견근로자보호법을 제정하기로 합의하였고, 1998년 2월 20일에는 결국 그동안의 무수한 도입 찬반론에도 불구하고 「파견근로자보호등에 관한 법률」(이하 파견법으로 약칭)이 제정되었다. 이 법에 제정된 목적은 최근이 산업구조 및 노동시장 여건의 변화에 따라 파견근로자를 사용하는 업체가 점차 확산되었으나, 관련법규가 미비하여 파견근로자의 권익을 보호하는 데 어려움이 있을 뿐 아니라 기업이 인력을 탄력적으로 활용하는 데에도 제약이 되고 있어, 근로자파견제도를 법제화함으로써 파견근로자의 근로조건을 개선하고 기업의 인력관리에 신축성을 제고하기 위한 것이다(노동부). 이에 본 연구에서는 파견근로에 관한 일반적인 법리를 개관하고, 이를 근거로 파견근로자보호법의 해석 및 이후 예상되는 문제점을 검토해 보고자 한다.

주석 1) 이들 파견업종 중 경비·청소는 도급형태로서, 파출부와 간병인은 유료직업안내소에서 취급하는 소개직종으로서 일용 합법시되고 있다.

주석 2) 여기에는 법적인 의미에서의 파견근로제뿐만 아니라 도급 등의 형식을 빌린 외부노동력 이용제도도 포함된 것으로 보인다. 업계에서는 이보다 훨씬 많은 40~50만명으로 추산하고 있다(정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993, 20쪽).

현행법상으로는 근로자공급사업이나 파견근로가 불법이기 때문에 이러한 추산치도 그 신뢰도에 있어서 그리 높지 않을 것으로 여겨진다. 그러나 우리가 주목할 점은 유일한 공식자료인 경제기획원에서 발행한 『총사업체통계조사보고서』에 따르면 1986~91년 사이에 파견업체수와

근로자수(14,000명 → 207,000명)가 비약적으로 증가하고 있다는 사실이다.

주석 3) 파견근로의 실태에 대한 각종의 조사결과를 보더라도 이는 명백하다. 우선 파견기간이 노동시장에서의 수급에 관한 이상과 같은 가설과는 달리 장기간인데 정규직의 이직률과 비교해 본다면 적어도 파견기간에 관한 한 실질적으로 정규직과 파견직의 차별성은 없다고 할 수 있다. 또한 파견근로자의 학력도 전문·기술직에서의 파견근로의 선호에 관한 이상의 가설은 역시 타당성을 상실한다. 이러한 견지에서 근로자파견법의 도입과 관련하여 미국·일본의 경우에는 노동조합운동의 쇠퇴와 맞물려 있으며 높은 조직률을 유지하고 있는 이탈리아·스웨덴의 경우에는 여전히 근로자파견제가 불법으로 되어 있다는 점은 시사적이다.

주석 4) 파견근로자의 임금수준은 상용근로자의 약 60~70%에 불과한 것으로 드러났다. 노동부, 「근로자공급사업지도」, 1993. 6. 5쪽.

주석 5) 이 중 항만·경비·청소와 같은 합법적인 파견근로가 30~40만명, 사무관리·건물관리·생산보조직 등이 15만명에 달한다고 밝히고 있다.

주석 6) 노동부가 1996. 10. 1. 국회에 제출한 국정감사 자료.

주석 7) 한국노동연구원, 1997. 9. 30. 국회 환경노동위원회 제출 국정감사 자료. 근로자파견업체 455개소·파견근로자 사용업체 644개소·파견근로자 3,117명을 대상으로 한 설문조사 결과. 문화일보 1997. 9. 30. : 한국경제신문 1997. 10. 1.

주석 8) 조선일보 1996. 9. 18.

주석 9) 정인수·윤치호, 앞의 책, 52쪽 이하 참조.

주석 10) 이러한 불법관행이 자행되는 이유는, 현행법상의 벌칙규정이 경미하기 때문에 법의 실효성이 확보되지 않고 있고 또한 도급의 형태로 탈법적으로 행해지고 있어 단속상의 어려움이 있기 때문인 것으로 풀이할 수 있을 것이다. 노동부 측에서도 파견근로의 현실적 필요성을 인정하기 때문에 파견근로를 의법처리하려는 의지가 약한 것도 한 요인으로 거론할 수 있을 것이다.

2. 근로자파견의 개념

1) 3당사자간의 법률관계

(1) 일반적으로 근로자파견이라 함은 자신이 고용하는 종업원을 다른 사업체에 파견하여 그곳 사용자의 지휘명령에 따라 업무를 수행하도록 하는 노동력 공급형태를 지칭한다.

(2) 한편 근로자파견의 의의에 관하여 파견법은 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견 계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"을 의미한다고 정의하고 있다.

그런데 구체적인 입법상의 정의규정 형식 여부를 불문하고, 근로자파견에 있어서는 3당사자의 존재가 전제로 된다는 점에는 차이가 없다. 즉, 법적으로 근로자파견은 근로자파견사업을 업으로 행하는 자(派遣事業主), 파견되는 근로자(派遣勤勞者) 및 근로자파견을 신청하여 파견회사로부터 근로자를 공급받는 자(使用事業主)의 3당사자가 맺는 법률관계를 의미한다. 이 경우 파견사업자와 파견근로자 사이에만 고용관계가 존재하며 사용사업자와 파견근로자 사이에는 전형적인 고용관계와는 달리 지휘명령관계만 발생하게 된다. 이 점에 다른 근로자의 노동력을 이용하는 법률관계의 전형적인 권리의무관계와 차이가 발생하게 된 원인이 된다.

(3) 근로자파견 법률관계의 특징을 다른 유형의 타인 노동력 이용관계와 비교를 통하여 살펴보면 다음과 같다.

2) 노동력 이용관계로서의 특징

가) 근로자공급사업과의 비교

(1) 직업안정법 제33조 제1항 및 동 시행령 제8조 제1항은 노동시장에서 사인(私人)에 의한

근로자공급사업이 임금의 중간착취의 수단으로 활용되어 왔던 역사적 경험 및 노동시장에 대한 국가의 배타적·독점적 지배력을 통한 근로권의 실질화라는 견지에서, 사인(私人)에게는 근로자공급사업을 원칙적으로 금지하고 있다. 다만, 노동조합이 노동부 장관이 허가를 받은 경우에 한하여 근로자공급사업이 예외적으로 허용되고 있다.

(2) 이 경우, 근로자공급이라 함은 자기가 고용하는 근로자 또는 자기의 지배관계에 있는 근로자를 공급계약에 의해 타인에게 사용시키는 것, 즉 자기의 지배하에 있는 노동력을 타인의 요구에 따라 타인에게 제공하여 사용하게 하는 것을 말한다(직업안정법 제4조). 이를 반복 계속의 의사로서 행하는 사업을 근로자공급사업이라 한다.

'공급계약'이라 함은 "근로자를 공급하고자 하는 자와 근로자의 공급을 받고자 하는 자 사이에 체결되는 근로자의 제공에 관한 계약"을 말한다. '근로자'는 공급자의 지배하에 있는 근로자이며 당해 근로자와 당해 공급자 사이에 고용계약관계가 있는 경우나 실질적인 지배관계가 있는 경우 모두를 포함하며, '사용'이라 함은 타인의 노동력을 자기를 위하여 사용하는 것을 말하고 당해 사용자와 당해 근로자의 사이에 고용관계가 있는 경우나 사실상의 지휘명령체계의 경우를 모두 포함한다.

(3) 근로자공급사업을 일반적으로 금지하여 노동조합에게만 예외적으로 허용하는 이유는, 노동력 이용관계로서 근로자공급사업은 근로관계에 근로자와 사용자 사이에 제3자로서 개입하여 중간착취·강제근로 등 근로자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있기 때문이다. 그리고 이는 노동시장의 정보에 대한 접근방법이 제한되어 있던 산업화 초기단계에 있는 근로자공급사업을 통한 중간착취 및 인신구속의 폐단에 대한 반성에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

그런데 오늘날에는 노동시장의 정보에 대한 접근 가능성이 크게 제고되었을 뿐만 아니라, 근로자의 교육수준의 향상 및 근로자의 의식변화, 그리고 국가의 노동정책의 체계화 및 국가의 감독기능의 강화에 따라, 근로자 공급사업이 갖고 있었던 부정적 측면보다는 오히려 근로자공급사업을 통한 노동시장의 유연성의 제고 및 노동력 수급조정에 있어서 근로자·사용자 양자의 이익을 동시에 도모할 수 있는 가능성도 확대되어 가고 있다.

즉, 근로자공급사업은 그로 인한 전근대적인 중간착취 및 강제근로의 폐해를 방지할 수 있기만 하다면, 오히려 전문적인 노동시장에 대한 정보기능 강화를 통하여 노동시장에서의 공급자와 수요자를 매개함으로써 적극적인 고용창출기능을 수행할 수 있다는 인식이 나타나게 되었다.

국가기관에 의한 감독에 의한 중간착취 등 반사회적인 역기능의 규제를 전제로 하여 근로자공급사업을 통한 노동력 수급조정의 적극적 역할에 대한 재평가가 필요하게 되었다. 근로자파견도 이러한 맥락에서 등장하는 새로운 형태의 근로자공급의 일종이라고 할 수 있다.

(4) 이러한 측면에서는, 근로자공급은 근로자의 공급자와 파견되는 근로자 사이에서, 노동시장의 정보에 대한 접근 가능성의 확대를 의미한다. 즉, 근로자가 자신의 자유의사에 따라 일정한 계약조건하에서 노동시장에 대한 접근 가능성의 확대라는 파견사업체의 용역에 대한 대가 지불이 정당한 시장원리에 의하여 정당한 수준에서 확보된다면, 그로 인하여 발생하는 이윤의 획득을 목적으로 하는 근로자공급사업을 전문적으로 수행하는 사업의 존재가 부정될 이유가 없다.

따라서 오늘날에는 직업안정법이 근로자공급사업을 원칙적으로 금지하고 있는 취지가 존중될 것을 조건으로, 특히 파견사업자와 파견근로자 사이에서 기본적인 고용계약이 체결되며 기본적인 근로조건이 그에 따라 규율되고 그 근로관계를 매개로 일반적인 노동법에 의한 보호가 가능하다면, 파견사업자에 대해서 고용계약 당사자로서의 지위를 부정할 이유는 없으며 나아가 전근대적인 중간착취의 폐단도 막을 수 있다.

따라서 근로자공급 중에서 공급자와 근로자 사이에서 고용계약관계가 존재하여 기본적인 노동법적인 보호가 담보되는 경우, 이를 근로자파견으로 개념화하고 그에 수반될 여지가 있는 중간착취 등 전근대적인 폐단에 대한 사전·사후의 방지조치와 파견근로자의 보호가 확보될 것을 조건으로 하는 경우, 이를 법제도에 의하여 승인하는 것이 직업안정법에 의한 근로자공급사업의 원칙적 금지와 양립할 수 있다고 인식하게 되었다.

이러한 맥락에서 근로자파견은 근로자공급의 한 유형이라고 할 수 있다.¹⁾

나) 도급과의 비교

(1) 근로자파견은 근로자가 사용사업자의 지휘명령에 따라 사용사업자가 필요로 하는 노동력을 제공한다는 점에서, 이와 유사한 경제적 효과를 갖는 도급의 경우에는 근로자는 어디까지나 도급인과의 관계에 있어서는 수급인의 이행보조자에 불과하며 근로자는 수급인의 지휘명령에 따라 노동력을 제공하게 된다. 즉, 도급인은 수급인의 근로자에 대해서 지휘명령을 하지 않는다.

(2) 도급은 계약의 일방당사자가 '일의 완성'을 약정하고 타방이 보수의 지급을 약정함으로써 성립된다(민법 제664조). 도급계약의 목적물의 '일의 완성'이라는 것은 도급계약의 채무자인 수급인이 도급계약에 정해진 일정한 업무 결과를 달성하는데이르기까지의 일체의 위험을 부담하게 된다. 이 경우 위험에는 경제적인 효과에 있어서의 위험에만 국한되는 것은 아니며 도급인과 도급근로자는 직접적인 법률관계가 존재하지 않는 의미에서의²⁾ 법적인 위험까지도 포괄한다.

'위험부담의 채무자주의'의 이론적 귀결의 하나로, 도급계약관계에서 수급인은 그 채무를 채권자의 지휘명령으로부터 독립하여 이행한다. 왜냐하면 도급인이 수급인의 채무이행에 있어서 지휘명령을 한다면, 수급인의 '일의 완성'은 도급인의 위험부담하에서 진행되는 것이며 이를 도급관계라고는 볼 수 없다. 수급인이 도급계약에 기초하여 도급인의 사업장에 근로자를 이행보조자로서 투입한 경우, 도급인과 근로자간에 '지휘명령관계'는 성립되지 않는다.

(3) 그러나 전술한 바와 같이 도급과 파견근로는 모두 그 노무제공의 경제적인 이익이 궁극적으로는 제3자에게 귀속된다는 점에 있어서는 동일하다. 따라서 근로자가 근로계약상의 사용자의 사업장이 아닌 제3의 사업장에 투입된 경우, 그것이 도급인지 근로자파견인지 구별하기 어려운 경우가 많다.

이러한 유사성은 법률상의 권리의무관계에도 반영되어 있다. 즉 도급인은 수급인에게 큰 부담을 주지 않는 범위 내에서 적당한 지시나 감독을 할 수 있는데(민법 제669조)³⁾ 여기에서 말하는 '지도'와 파견근로자에 대한 '지휘명령'은 현실적으로 거의 구별하기 어려운 경우가 많다. 나아가 근로자파견관계에서 사용사업자가 파견근로자 이외에도 별도의 자기관리하에서 도급계약의 형식으로 파견근로자 이외의 도급근로자를 고용하여 양자가 동시에 존재하는 경우도 현실적으로 많아서, 양자를 구별하는 것은 실제로는 더욱 곤란하다.

(4) 외부의 노동력을 이용하는 경우, 도급의 형식을 빌리면 사업자는 노동법상의 일련의 보호책임을 회피할 수 있고, 노동법이 사용자의 책임으로서 규정한 여러 종류의 보호조치를 도급관계에서는 노동법상의 '사용자'가 아니라는 이유에서 회피할 소지도 있다.⁴⁾ 일본의 경우 근로자파견법의 제정에 따라 사용사업체에게도 파견근로자를 위한 의무규정을 두고 있는데, 이러한 의무를 회피하기 위하여 도급계약형식을 이용하는 경우가 많으므로 양자의 구별에 관하여 시행령상으로 별도의 기준을 설정하고 있고, 독일에서도 근로자파견과 청부를 둘러싸고 소송 이슈화되는 경우가 많다.

따라서 근로자파견의 개념은, 계약형식을 불문하고 근로자파견과 동일한 경제적 효과를 의도하는 '형식상의 도급'의 경우까지도 포괄할 수 있는 개념이어야 한다.

다) 출향(出向)과의 비교

(1) 출향이 무엇을 의미하는지는 현행법상 특별한 규정은 없으나, 기업 실무 등에 비춰 일반적으로 정의한다면 出向元 사업자와 일정한 법률관계는 유지하면서 出向先 사업자와 새로운 근로계약에 따라 상당한 기간 동안 계속근무하는 형태를 의미한다. 이때 出向元 사업자와의 법률관계의 유지 여하에 따라 ① 在籍출향과 ② 移籍출향으로 분류된다. 전자는 出向元 사업자 및 出向先 사업자 쌍방에 근로계약관계가 중첩적으로 존재하는 경우이고, 후자는 出向元 사업자와의 관계에서만 근로계약관계가 존재하는 경우이다.

실무적으로도 출향(出向)은 기업간 인사이동의 한 형태로서 회사간 의사합치에 따라 고용관계의 존속을 인정한 채로, 새로운 기업에서 종업원 지위를 취득하여 그 회사의 지휘명령에 따라 노무제공 및 그 대가로서 임금을 지급받는 것은 의미한다. 이때 임금은 出向元 사업자가 부담하는

경우도 있고 出向先 사업자가 부담하는 경우도 있으며 양자가 분할하여 부담하기도 한다. 대개는 계열회사간의 在籍출향의 경우가 많다.

(2) 두 가지 유형을 고용관계의 존속 여하에 따라 구분하면, 移籍출향의 경우 出向元 사업자와의 고용관계는 종료되는 반면, 在籍출향의 경우에는 出向先 사업자와 고용관계를 맺게 된다. 하지만 어쨌건 양자는 모두 이전 기업과의 고용계약관계가 종료되지 않으면서도 새 기업과의 고용계약관계는 발생하지 않는 근로자파견과는 구별된다.⁵⁾ 따라서 출향에 대해서는 파견에 관한 법률적 제한이 적용되지 않는다.

이때 출향 자체가 직업안정법이 말하는 근로자공급사업에 해당되는 것은 아닌가 여부가 논란이 될 여지가 있다. 그러나 출향은 出向元 사업자가 전문적으로 노동력의 공급에 의한 이윤의 획득을 목적으로 하지 않는다는 점에서 파견과는 본질적으로 구분된다. 실무상 대부분의 경우 출향은 出向先 기업의 업무응원 또는 교육훈련 방법의 일환으로 실시되는 경우가 많다. 따라서 이를 근로자공급사업'을 한다고 볼 수는 없다. 따라서 출향에 대해서는 직업안정법상 근로자공급사업 금지의 제한도 받지 않는다고 봄이 타당하다.⁶⁾

라) 점원파견과의 비교

자신이 고용된 회사의 명령에 따라 타사에 가서 업무를 행하는 형태이나 그 업무가 자사의 업무로서 자사의 지휘감독하에서 행해지는 근로형태가 있다. 대표적인 예가 유통업 매장에 자사 종업원을 점원으로 파견하거나 자사 상품이 판매촉진을 위해 마케팅 또는 선전요원을 파견하는 경우이다.

이는 파견자와의 고용계약에 기초하여 파견자에게 고용되고 파견자의 지휘명령에 따라 파견지(地)에서 취업하는 것이고 통상의 경우 파견지의 사업자의 지휘명령을 받지 않는다. 따라서 사용자사업자의 지휘명령을 받아 근로에 종사하는 근로자파견에는 해당하지 않고 근로자파견법상의 규제를 받지 않는다.

그러나 파견점원에 대한 근로시간에 대한 근로시간 등의 관리가 파견지 사업자 및 그 사용자에게 위임되거나 파견자의 사업과 관계없는 업무지원이 요청되는 경우가 있는 등 전형적인 의미의 점원파견제와는 달리 운용되는 경우가 더욱 빈번하다. 따라서 이처럼 직업 업무상의 지휘명령에 따라야 하는 경우에는, 실질적으로 근로자파견의 개념에 포함시켜 그 법제에 의한 규제를 받도록 하는 것이 타당하다.

주석 1) 근로자파견법은 형식적으로 본다면 노동시장정책에 관한 일반법인 직업안정법에 대한 특별법으로 위치지워진다(國武輝久, 『勞動者派遣法と勞動法上の使用者概念』, 『季刊盧動法』, 142호, 1987. 34쪽).

주석 2) 물론 근로기준법상 도급근로자의 보호를 위해서 도급근로자에 대한 직상수급인의 연대책임 등, 예외적으로 법적인 책임이 발생하는 경우도 있다.

주석 3) 광운진, 『채권각론』, 박영사, 1979, 379쪽.

주석 4) 우리나라에서도 노동부예규 제182호 「국내근로자공급사업허가관리규정」 제2조에서 탈법적인 공급사업을 막기 위해 공급사업과 도급을 구별할 수 있는 일응의 지침을 제공하고 있다. 이에 따르면 근로자를 타인에게 사용시키는 자는, ① 근로자를 공급한 자가 그 근로자의 업무수행, 근로시간, 배치결정과 그 변경 및 복무상 규율에 관한 사항에 대한 지시 기타 관리를 스스로 함으로써 실질적으로 지휘감독하는 경우 ② 근로자를 공급한 자가 스스로 제공하는 기계, 설비, 기재(업무상 필요한 간이한 공구를 제한한다) 또는 재료나 자재를 사용하거나, 스스로의 기획 또는 전문적 기술과 경험에 따라 업무를 행하는 경우로서 단순히 육체적 노동을 제공하는 것이 아닌 경우 ③ 근로자를 공급한 자가 소요자금을 자기책임하에 조달·지급하며 민법, 상법 기타 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하는 경우 ④ 근로자를 공급한 자가 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 부담하는 경우를 제외하고는 공급사업을 행하는 것으로 보도록 하고 있다.

주석 5) 이러한 외형적인 개념상의 차이뿐만 아니라 출향이 기업간 인사이동의 문제로서 취급되어 온 반면 근로자파견은 수평적인 노동시장의 노동력수급시스템의 문제로서 안출된 것이라는 데 기본적 차이가 있다.

주석 6) 高梨 昌, 『労働者派遣法』, 일본노동협회, 1985, 190쪽.

3. 근로자파견제도의 논의배경

1) 노동 유연성(labor flexibility)의 시각

(1) 노동 유연성에 관한 논의는 기본적으로 기업의 대내외 경영여건이 변화하게 됨에 따라 인력의 관리활용을 어떠한 매커니즘에 의해 변화·대응해 나갈 것인가에 대한 경영전략적 차원에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 이는 특히 기업경영환경의 급격한 변화가 이어진 1970년대 이후 선진자본주의 경제에 있어 관심의 대상으로 제기된 외부적 노동시장의 유연성 문제와 관련된 것으로서, 1980년대 이후 각국의 노동정책, 노동이론에 주요 관심사가 되고 있다.¹⁾

이와 관련하여 최근의 OECD의 이에 관련한 한 보고서²⁾에서는 기업 내부의 노동의 유연성을 ① 외부적인 양적 유연성(external numerical flexibility) ② 외부화(externalization) ③ 내부적인 양적 유연성(internal numerical flexibility) ④ 기능적인 유연성(functional flexibility) ⑤ 임금의 유연성(wage flexibility)과 같은 5개 항목으로 나누어 논의하고 있다. 앞의 4개 항목은 고용 또는 노동력 관리의 문제이고 마지막 1개 항목은 고용비용의 문제인데, 근로자파견을 위시한 노동력수급시스템은 주로 전자의 차원에서 다루어진다.³⁾

(2) 우선 외부적인 양적 유연성의 문제는 노동수요의 변화에 따른 고용량 조정의 문제이다. 선진자본주의 경제에 있어 1950~60년대의 고도성장 시기에는 노동력 부족과 높은 노동이동으로 노동력의 확보 문제가 크게 제기되었으며 따라서 '고용안정'을 위한 제도적 장치가 관심의 대상이 되었다. 그러나 성장둔화가 기업경영 여건의 변화 속에서 기업은 해고에 대한 법적 규제의 완화와 노동력 관리방식의 변화를 통해 고용조정이 보다 용이한 비정규직의 활용을 더욱 강조하게 되었으며 이에 따라 파트타임·단기고용, 임시직 고용의 증대, 견습기간 연장 등의 다양한 고용형태가 확대되었다.

내부적인 양적 유연성의 문제는 주로 주어진 고용규모하에서 근로시간의 변화를 통한 적응력 제고에 관한 문제이다. 근로시간의 조정 문제는 주어진 기간에 변형된 스케줄에 의한 근로시간의 조정(변형근로시간제), 휴일·휴가제도의 유연성 제고, 다양한 교대제의 운영 등의 형태로 구체적으로 검토되고 있으며, 상당수의 선진 노동시장에 있어 입법을 통해서나 단체협약의 변경을 통해서 보다 유연한 근로시간의 운영이 검토·모색되고 있다.⁴⁾

기능적 유연성의 문제는 노동력 활용의 가능성 제고의 문제로, 이는 대량생산체제에 있어 흔히 나타나는 다기화(多技化)된 직무분화와 이에 따르는 노동력 활용에 있어서의 경직성의 문제가 생산기술이나 생산체제의 급격한 변화 속에서 기업의 적응력 제고에 엄청난 제약요인으로 작용하고 있다는 인식에서 중요한 과제로 거론되고 있다. 직업훈련을 통해 종업원을 다능화(多能化)시켜 필요에 따라 업무교대의 원활화를 기하고 있는 것이 그 예라 할 수 있다. 외부화의 문제는 기업활동의 일부를 도급 또는 고용관계를 맺지 않는 외부인력에 의해 수행하게 하는 방안으로서의 근로자파견제도와 가장 직접적인 연관성을 지닌다. 외부화가 진행되면 미래의 불확실성이나 경기변동에 대한 위험부담이 타기업으로 이전될 수 있게 된다. 또한 기업활동 수행의 일부를 수행하기 위한 인력의 확보가 고용계약이 아닌 상업계약에 의해 대체되는 것을 의미하는데,⁵⁾ 이는 기업측으로 볼 때 운영상의 재량폭이 넓어진다거나 노동법상의 의무규정을 회피할 수 있는 방법이 되기도 한다. 외부화에 의한 기업의 유연성 제고는 외주하청, 내부하청, 외부고용기관으로부터의 임시직 고용 등의 형태나 수단이 검토되고 있는데, 이 중 근로자파견제도는 외부기관으로부터의 임시직 고용에 속하는 것이라 할 수 있다.

(3) 기업이 사업을 수행함에 있어 본체적 사업으로서 스스로 포섭해야 할 사업분야와 반드시 그렇게 하지 않아도 될 사업분야가 있다. 이 중 후자의 간접적 업무분야는 이를 전문적인 입자에 위탁하는 방법이 기업의 입장에서는 훨씬 경제적인 것이다. 이러한 이유로 인해 외주·위탁화가 진행되고 이와 같은 외주·위탁의 한 형태로서 근로자파견이 발전해 온 것이라 할 수 있다.

이러한 측면에서 본다면 근로자파견은 일종의 사회적 분업(社會的分業)이라 할 수 있다. 또한 기업 스스로 포섭해야 할 본체적인 사업분야에 있어서도 임시적·돌발적으로 업무가 증대하는 경우가 있다. 예컨대 프로그램 개발이라든가 신기술의 개발을 행하고자 할 때 프로젝트팀을 만들어 작업을 진행시키게 되는데, 이 경우 전문적 지식·기술을 가진 자를 사외(社外)에서 공급받을 필요가 있을 경우가 있다. 이러한 경우 근로자파견은 기업의 활력을 유지하고 코스트의 증가를 방지하는 하나의 유력한 수단으로 이용되는 측면도 있다.

2) 서비스경제화에 수반되는 직업의 전문분화

대량생산·대량소비에 근거한 대규모 경영체를 효율적으로 관리운영하기 위해서는, 고도로 전문적인 기술·지식 및 경험을 가지고 있는 인력을 다수 필요로 한다. 이와 같은 전문직은 근년의 마이크로일렉트릭스 기술을 중심으로 하는 변화, 즉 ME혁명의 진전에 의하여 더욱 증가되고 있다. 이러한 ME혁명에 의하여 증가되고 있는 근로의 내용은 매우 다양하고 근로의 성격은 두뇌 노동이 중심이 되는 서비스산업적인 노동이다. 이러한 의미에서 직업의 전문화를 중핵으로 하여 탄생한 것이 근로자파견사업 형태이고 이는 일종의 새로운 타입의 대사업소 서비스업이라고도 할 수 있다.

3) 근로자 의식의 변화 등

이상과 같은 노동력 수요자측의 변화 이외에도, 노동력 공급자로서 근로자의 의식변화도 중요한 요인이다. 최근에 와서는 근로자가 특정 회사에 정규종업원으로 장기근속하기보다는 오히려 스스로의 선택에 의해 일시적으로 자신의 전문적인 지식·기술·경험을 살리기를 원하는 근로형태를 바라며, 이러한 새로운 노동관을 갖는 근로자가 증가하고 있다. 그리고 파견형태는 종신고용제가 지배적인 경우 중도퇴직으로 인하여 초래될 수 있는 고용기회의 상실에 대한 부담을 줄임으로써 진직에 따라 근로자가 부담하여야 할 제반 비용을 줄일 수 있을 뿐만 아니라, 가사부담이 일정부분 해소되어 취업을 희망하는 기혼 여성근로자에 대해서도 노동시장에의 접근 가능성을 높이는 기능을 수행한다. 고령화 사회에서 고연령자의 고용취업대책은 사회 문제로 대두되고 있는데, 근로자파견은 이러한 고연령자에 대하여도 다수의 고용기회를 제공해 줄 수 있다.

이상과 같이 근로자파견업은 구인측, 노동력 수요측의 경영전략 변경과 구직자측, 노동력 공급측의 구조변화를 배경으로 수요와 공급의 적절한 결합을 도모하기 위한 제도로 설명되어지고, 연혁적으로 보면 사용자측에서 이 제도를 보다 적극적으로 요망하고 있으며 특히 1970년 이후의 경기불황의 여파로 인건비 절약이나 부대급부 감소를 위한 사용자측의 기업합리화정책과 궤를 같이하면서 정착되어 왔다.

주석 1) 노동의 유연성에 관한 자료로는 OECD, Japan at Work : Markets, Management and Flexibility, Paris, 1989 : OECD, Labor Market Flexibility : Trends in Enterprises, Paris, 1989 : OECD, Labour Market Policies for the 1990s, Paris, 1990 : 이정택, 『유연적 노동관계론-한국 노사관계의 대안적 모델 모색』, 한국노동교육원, 1992.

주석 2) Brunhes, Labour Flexibility in Enterprises : a Comparison of Firms in four European Countries : OECD, Labor Market Flexibility-Trends in Enterprises, Paris, 1989.

주석 3) 임금의 유연성과 노동력 관리의 유연성은 밀접불가분의 관계에 있음은 재론할 여지가 없을 것이다. 조지아 대학의 이병남 교수는 현재 미국 임금관리의 기본방향울 유연성의 제고에 두고 있다고 주장한다. 이에 관해서는 이병남, 『미국 기업에서의 임금관리의 최근 경향: 한·미·일 임금제도의 현황과 과제』 (1992 한국노사관계학회 추계국제학술발표회 자료), 1992 참조.

주석 4) 이에 관해서는 한국경영자총협회, 『탄력적 근로시간제도』, 1990 : 萩原勝, 『新雇用革命』, 時事通信社, 1989 참조.

주석 5) 이런 점에서 외부화는 영국이 가장 앞서 있다. 영국에서는 노동법적 규제가 가장 약하고

고용계약과 상업계약의 구별이 불분명하다(Brubnes, 앞의 논문, 14쪽).

II. 各國의 法制 概要

1. 국제노동기구(ILO)

(1) 파견형태의 근로관계 및 파견업에 관한 한, 아직도 국제노동기구(ILO)가 협약이나 권고와 같은 명시적인 입장을 채택한 예는 없다. 그러나 1933년의 『유료직업소개소에 관한 협약』(Convention Concerning Fee-Charging Employment Agencies)에서 유료직업소개소의 폐지 원칙을 밝히고 있는 것에서도 알 수 있듯이, ILO는 일찍부터 직업소개사업이 민간에 의해 영리를 목적으로 추구되어서는 안 된다는 입장을 취해 왔다.

그 후 동 협약을 개정한 1949년의 제96호의 협약에서는 이와 같은 원칙적인 금지의 입장을 완화하여 권한있는 기관의 감독과 허가를 받는 것을 조건으로 영리 유료직업소개소를 예외적으로 인정하게 되었으며, 이 협약이 채택된 1949년 시점에서 유료직업소개사업의 개념에는 오늘날의 근로자파견사업이 명시적으로 내포되어 있는 것은 아니었다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 ILO는 기본적으로 직업안정이나 노동시장에서의 서비스 업무에 대한 국가독점의 원칙에 따라 민간이 영리를 목적으로 노동시장에 개입하는 것은 가능한 한 억제되어야 한다는 기본적인 입장에는 변화가 없어 왔다.

그런데 근래 전세계적인 직업안정법제의 전환기를 맞아 ILO 이사회도 1982년 이래 근로자파견업을 규제하는 기준을 토의할 필요성을 인식하게 되고, 1984년에 설치된 국제근로기준에 관한 작업부회의 보고서에서는 파견업 규제를 위한 새로운 협약 또는 권고의 작성을 제안하였고 이사회는 이를 승인하였다. 이에 따라 1997년 ILO 제85차 총회에서는 민간 취업알선업체에 관한 협약(제181호, The Convention on Private Employment Agencies)과 권고(제188호)를 채택하여 파견근로제를 포함하는 민간 취업알선업체들의 기능을 긍정적으로 인정하면서 여러 요건들을 제시하고 있다.

(2) 근로계약관계의 매개 여부에 따라, 근로자파견과 유료직업소개는 개념적으로는 구분된다.

그러나 아무리 형식적으로는 근로계약관계가 매개되는 근로자파견이라고 하더라도 실질적으로는 ILO 협약상이 규제하는 '유료직업소개'에 해당되는 것으로 해석될 소지가 많은 것들이 있다. 근래 ILO의 사무국 또는 전문가위원회의 견해에 따르면, 파견사업자가 근로자를 고용하는 경우에 있어서도 ① 사용사업자에게 근로를 제공하는 경우에만 임금이 지급되고 ② 파견근로 및 서비스의 내용이 사용사업자에 의하여 결정되며 ③ 근로의 수행을 감독하는 것이 사용사업자인 경우에는 동 협약상의 유료직업소개에 해당되는 것이 된다.²⁾

1997년 제181호 협약 제1조 제1항 (b)에서는 근로자에게 업무를 할당하고 그 업무진행을 감독하는 사용사업자에게 근로자를 제공할 목적으로 근로자들을 고용하는 경우를 민간취업알선업의 하나로 규정하여 근로자파견제를 협약규율 대상으로 삼고 있다.³⁾

1997년 제181호 협약은 근로자 개인정보 보호(제6조), 수수료·비용에 관한 문제(제7조), 근로자의 단결권 보호 및 임금·근로시간·사회보장급여·직업훈련보장·산업안전 및 산업재해로부터의 보호(제11조), 이와 같은 의무에 대한 민간취업알선업체와 사용자 기업간의 의무분배(제12조) 등에 대해 규정하고 있다.

주석 1) 동 협약상의 유료직업소개소라 하면 다음을 말한다.

① 영리를 목적으로 경영되는 직업소개소, 즉 사용자 또는 근로자로부터 직접 또는 간접으로 금전 기타 물질적 이익을 얻을 목적으로 근로자에 대하여는 직업을, 사용자에게 대하여는 근로자를 알선하기 위하여 중개자로서 행동하는 개인·회사·협회·기관 및 기타 단체, 다만, 전적으로 또는 주로 사용자와 근로자간을 알선하기 위해 간행되는 것이 아닌 한 신문 또는 기타 간행물은 이에 포함되지 않는다.

② 영리를 목적으로 하지 아니하고 경영되는 직업소개소로서 직업소개에 관하여 금전 기타 물질적 이익을 얻을 것을 목적으로 하지 아니하고 경영되지만 사용자 또는 근로자로부터 입회금, 정기적 이용료 기타 요금을 징수하는 회사·협회·기관 및 기타 단체의 직업소개사업.

주석 2) 이러한 ILO의 견해에 관해서는 三富紀敬, 『労働者派遣法の日本の特質과 西歐의

經驗』, 1986, 169쪽에 의존하였다.

주석 3) 馬渡淳一郎, 「新民間職業紹介所條約・勸告」, 『世界の노동』, (財)日本ILO協會, 1997年 9月號, 15~19쪽 참조.

2. 일본

1) 근로자파견법제의 성립배경

일본에서의 근로자파견에 관한 일반법은 1986년 제정

『労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律』(이하 '근로자파견법'이라 함)이다.

일본도 현재 우리나라와 마찬가지로, 노동조합만이 노동성 장관의 허가를 받아 무료 근로자공급사업을 행할 수 있도록 한 직업안정법 규정을 두고 있었다. 그러나 1970년대 후반에 들어와 경영여건과 노사환경의 변화로 근로자파견은 노사 양측 모두에게 필요하다는 인식이 등장하게 되었다. 즉, 일반적으로 지적되듯이 근로자파견은 산업계의 다양한 노동력 수요에 대응하는 데 필요할 뿐만 아니라, 근로자측에게도 다양한 취업기회의 제공이라는 측면에서 의미가 있으므로, 이를 제도화하여야 한다는 주장이 제기되었다.

이에 따라 일본의 노동성에서는 약 5년에 걸친 검토를 통하여 1984년 초 근로자파견사업을 원칙적으로 인정하되 근로자보호의 관점에서 필요한 규제를 강구해야 하는 것으로 법제화의(大綱)을 결정하였다. 그 후 근로자파견사업의 입법화를 향한 작업에 본격적으로 착수하여 1986년 근로자파견법이 성립되었다.

서구의 여타 입법례와 비교되는 일본의 근로자파견법의 큰 특징은 등록형 근로자파견사업을 인정하고 파견사업을 행할 수 있는 업종을 구체적으로 지정·제한하고 있다는 점이다.

2) 근로자파견법의 주요내용

가) 일반근로자파견사업과 특정근로자파견사업의 구별

일본의 근로자파견법은 근로자파견사업을 둘로 구분하고 있다. 즉, 특정근로자파견사업이란 그 사업의 파견근로자가 상시고용된 근로자만인 근로자파견사업을 말하고(제2조 제5호), 일반근로자파견사업은 특정근로자파견사업을 제외한 형태의 파견사업을 말한다(제2조 제4호). 따라서 파견사업체와 파견근로자 사이에 상시적인 근로계약관계가 존재하지 않는 경우에는 일반근로자파견사업으로서의 규율을 받게 된다. 특정근로자파견사업으로서의 규율은 파견근로자 전원에 대해서 상시적인 근로계약관계가 존재하는 이른바 '상용형'파견인 경우를 의미하므로, 상시적인 근로계약관계가 존재하지 않는 파견근로자가 1인만 포함되어 있더라도 일반근로자파견사업에 해당된다. 요컨대 파견근로를 희망하는 근로자를 등록해 놓고 파견의 수요가 있을 경우에 한하여 근로계약관계를 체결하고 사용사업자에게 파견하는 이른바 '등록형' 파견을 일반근로자파견사업으로 규율하는 것이 일본 근로자파견법의 주요 골자라고 할 수 있다. 일본의 근로자파견법은 일반근로자파견사업에 대해서는 허가제로, 특정 근로자파견사업에 대해서는 신고제로 규제를 이원화하고 있다. 이는 상시적인 근로계약관계가 있는 근로자만을 파견하는 특정근로자파견사업은 등록형 파견근로자에 비하여 상대적으로 고용이 안정되어 있다는 판단에 근거하고 있다.

나) 적용대상업무의 한정

(1) 일본의 근로자파견법의 중요한 두번째 특징은 근로자파견이 허용되는 업무영역을 한정하고 있다는 점이다. 일본의 근로자파견법상 파견이 허용되지 않는 업무로 명시되어 있는 것이 항만운송업무와 건설업무인데(제4조 전단), 그 이유는 이러한 업무에서는 전통적으로 중간착취의 가능성이 높기 때문에 이에 대해서는 특별한 규제가 필요하기 때문이다. 이외에도 근로자파견에 의하여 파견근로에 종사시키는 것이 적당하지 않다고 인정되는 업무로서 정령(政令)에 정한 경우도 적용대상제외업무가 되는데(제4조 전단), 아직 이는 구체화되지 않은 상태이다.

(2) 그런데 적용대상제외업무가 아니라고 하더라도 곧바로 근로자파견이 허용되는 것은 아니다. 일본의 근로자파견법은 다시 정령(政令)에서 지정한 업무에 한하여 파견근로가 허용된다고 규정하고 있다.¹⁾ 대상업무 지정시에는 파견근로의 필요성에 관하여 판단하여야 하는데, 그 구체적인 기준으로는, ① 당해 업무의 신속·정확한 수행을 위하여 전문적인 지식·기술 또는 경험이 필요한 업무(제4조 제1호) ② 그 업무에 종사시키는 근로자에 대하여 취업형태, 고용형태 등의 특수성으로 인해 특별한 고용관리를 행할 필요가 있다고 인정되는 업무(제4조 제2호) 중에서, 노동력의 수급 및 공급의 신속·정확한 결함을 도모하기 위해 근로자파견에 의하여 파견근로자를 종사시키는 것이 필요한 경우(제4조 후단)이어야 한다.

(3) 이 규정을 위반하여 적용대상업무 이외의 업무에 관해서 근로자파견사업을 행한 자에게는 자유형(自由刑)을 포함한 벌칙이 가해지고(제59조 제1호), 나아가 일반근로자파견사업의 경우에는 허가의 취소(제14조 제1항), 사업의 정지명령의 대상(제14조 제2항)이 되고, 특정근로자파견사업의 경우에는 사업의 정지명령(제21조 제2항)의 대상이 된다.

다) 노동보호법 등의 적용에 관한 광범한 특례 인정

(1) 원칙적으로는 파견사업자가 파견근로자에 대해서 사용자책임을 지게 되지만 사실상 파견사업자나 사용자사업자의 어느 한쪽에 책임을 물을 수 없는 경우가 있고 또한 사용자사업자에게 책임을 묻는 것이 보다 적당한 경우도 있다. 따라서 근로자파견법에서는 파견중의 근로자를 보호한다는 관점에서 노동기준법, 노동안전위생법, 진폐 및 작업환경측정법의 규정에 대한 적용특례를 규정하고 있다(제44조~47조).

(2) 적용특례에 관한 규정의 기본적인 사고방식은 다음과 같다.

- ① 일정한 기본규정에 대해서는 파견사업자와 사용자사업자 양자에게 그 책임을 묻고 있다.
- ② 공민권행사의 보장, 근로시간, 휴식·휴일 등의 근로자의 구체적 취업에 관한 사항에 있어서 기본내용의 설정에 대해서는 파견사업자가, 구체적인 운용에 대해서는 사용자사업자가 책임을 지도록 하고 있다.
- ③ 안전위생에 관한 사항은 원칙적으로는 사용자사업자가 조치의무를 부담하고, 다만 일반건강진단 등의 고용기간중 계속적으로 행하여야 할 사항에 대해서는 파견사업자에게 조치의무를 부과하고 있다.
- ④ 근로자파견계약에 정해진 취업조건에 따라서 파견중의 근로자를 사용자사업자가 사용하였는데 이것이 법에 저촉되는 경우에는 파견사업자는 근로자를 파견할 수 있도록 하고 그 위반자에 대해서는 벌칙을 적용한다.

라) 파견근로자의 근로조건 정비에 관한 조치

근로자파견법에서는 파견근로자의 취업조건을 정비하고 중간착취를 배제하는 등 파견제의 역기능적 측면을 최소화하기 위해서 근로자파견계약(제26~29조), 파견사업자의 의무사항(제30~38조), 사용자사업자의 의무사항(제39~43조) 등에 관해서 상세한 규정을 마련해 놓고 정부가 직접 이에 개입·감독할 수 있도록 하고 있다.

3) 근로자파견법 제정 이후의 실태와 문제점

(1) 근로자파견법의 제정 이후로 일본에서는 파견사업체와 파견근로자 수가 대폭 증대하였다. 그 실태에 대해서는 취업기회의 증가와 같은 긍정적인 측면이 있다는 점도 인정되고 있으나, 파견업무의 내용, 학력별 구성, 직업훈련 상황, 임금지급 형태, 각종 수당에 관한 실태조사에 따르면 부정적인 측면에 대한 우려의 목소리가 더 크다.²⁾

(2) 근로자파견법의 제정과 운영에 관련하여 제기된 비판은 다음과 같다.³⁾

- ① 현재의 적용대상업무로 지정되어 있는 16개 업종을 볼 때 이를 굳이 파견제로 하여 기존에 금지되었던 근로자공급사업의 한 유형을 법적으로 승인할 필요가 있을까 하는 비판이 제기된다.
- ② 파견근로자 보호의 측면에서 볼 때 역기능적인 현상이 노정될 소지가 많다는 비판이다. 공급과잉시장인 여성근로자, 고령자 등이 파견사업에 흡수되면서 저임금이 고착될 우려가 있을

뿐만 아니라 고용이 불안정하게 된다는 것이다.

③ 파견기간은 탈법적인 직업소개나 공급사업을 가늠하는 잣대이므로 파견기간에 관해서 좀더 명확한 기준을 설정하여야 한다는 비판이 제기된다.

주석 1) 현재 ① 소프트웨어 개발, ② 기계설비, ③ 방송기기 등 조작, ④ 방송프로그램 등 연출, ⑤ 사무용 기기조작, ⑥ 통역, 번역, 속기, ⑦ 비서, ⑧ 타이프라이터, ⑨ 조사, ⑩ 재무처리, ⑪ 거래문서 작성, ⑫ demonstration ⑬ 관광안내, ⑭ 건축물청소, ⑮ 건축설비운전, 점검, 정비 및 <16> 안내, 접수, 주차장관리의 업무가 지정되어 있다. 자세한 내용은 五十嵐清, 『労働者派遣法の現状と課題』, 『労働調査』, 労働調査協協議會, 1989. 9. 참조.

주석 2) 이에 관한 자세한 통계치는 정인수·윤진호, 앞의 책, 58~76쪽 참조.

주석 3) 野川 忍, 『多様な働きかたお活かす公正な労働指針の確立お』, 『파견노동』, 일본노동조합총연합회, 1990: 三富紀敬, 『노동자파견법의日本的特質と西歐の経験』, 『노동운동』, 제249호, 1986: 정인수·윤진호, 앞의 책, 84쪽 이하 참조.

3. 독일의 근로자파견법¹⁾

1) 근로자파견법제의 성립배경

1972년 근로자파견법이 제정되고 그후 수차례 걸쳐 개정되기는 했으나, 독일에서도 근로자파견에 관한 법제도가 정착되어 가고 있다.

전통적으로 독일에서는 직업소개를 노동부의 전속관할사항으로 취급하여 이를 금지해 왔었다.²⁾ 그러나 1967년 4월 4일의 연방헌법재판소가 직업소개의 국가독점이 기본법 제12조의 직업선택의 자유보장과 합치하지 않는다고 판시한 이래, 근로자파견업을 상행위의 하나로 자유롭게 영위할 수 있게 되었다. 그 후 독일에서는 근로자파견업이 비약적으로 증가하게 되었는데, 실태는 근로자파견업이 탈법적인 직업소개로 악용되어 외국인 근로자의 무단소개, 사회보험금의 미각출, 임금체불 등의 여러 문제점을 노정시키게 되었다. 따라서 이러한 폐단을 시정하기 위해 근로자파견업을 정부의 일정한 감독하에서 허용하는 것을 골자로 하는 근로자파견법이 1972년 제정되었다.

2) 근로자파견법의 주요 내용

가) 직업소개와 근로자파견의 준별

독일의 근로자파견법은 근로자파견과 직업소개의 구별을 대전제로 하고 있다.

독일의 근로자파견법에 따르면, 양자는 두 가지 점에서 구별된다. 첫째, 노사관계의 중점이 파견사업자와 파견근로자간에 있는 경우에는 양자 사이에는 근로자파견이라는 계속적인 채권관계가 형성되어 있으며 이는 파견근로자가 사용사업자의 사업장에 취로하고 있는 기간 동안에도 지속된다는 것이다. 둘째, 파견기간이 6개월(구법에서는 3개월)로 제한되어 있다. 다시 말해서 파견근로자의 근로계약상의 상대방 당사자는 파견사업자이며, 사용사업자는 근로자와 아무런 근로계약관계가 존재하지 않는 '제3자'의 지위에 불과한 것으로 보며 그 파견사용기간은 엄격하게 제한되어 있다. 근로자파견은 이러한 요소가 없는 직업소개와 엄밀하게 구분하여 규율하고자 하는 것인 독일의 근로자파견법의 기본시각이라고 할 수 있다.

나) 파견사업자, 파견근로자, 사용사업자의 관계

(1) 독일의 근로자파견법이 근로관계의 중점을 파견사업자와 파견근로자 사이에서 파악하고 있기는 하지만, 구체적인 업무에 있어서는 사용사업자의 조직에 편입되어 그 업무지시를 따르면서 근로한다는 점은 부정할 수 없다. 따라서 독일의 근로자파견법은 이와 관련하여 다음과 같은 몇가지 제한을 마련하고 있다.

(2) 첫째, 파견사업자와의 근로관계의 형성은 서면에 의해서만 가능하고 서면상의 필요적 기재사항은 법정화되어 있다(동법 제11조 제1항), 그리고 파견사업자는 계약의 중요한 내용에 관해 계약체결시에 근로자에게 고지하여야 한다(동조 제2항).

둘째, 파견근로자가 사용사업자의 지휘명령하에 놓여 있다는 점을 고려하여 사용사업장에 적용되는 노동보호법은 파견근로자에게도 적용된다. 즉, 사용사업자는 노동보호법상의 사용자책임을 부담한다. 다만, 파견사업자의 고유한 의무는 해소되지 않음을 주의적으로 규정하고 있다(동조 제6항).

셋째, 파견사업자와 파견근로자간의 근로계약이 법 제9조 제1호의 규정에 무효로 된 경우에는, 사용사업자와 파견근로자간의 근로관계가 형성된 것으로 간주한다(제10조 제1항 전단). 이는 사용사업자와 파견근로자의 근로관계 존재를 의제하여 파견근로자가 파견사업자와의 계약무효로 인해 무계약상태 또는 실직상태에 빠지지 않도록 하기 위한 것이다.

넷째, 파견근로자는 사용사업자 소속사업장의 종업원대표 기관에 상담을 하거나 종업원 총회 및 근로청소년 총회에 참가할 수 있다(제14조 제2항).

다섯째, 파견사업자와 사용사업자간의 계약은 서면으로 작성하여야 하며 파견사업자는 사용사업자에게 허가증을 소지하고 있는지의 여부를 명백히 하여야 하고, 허가의 효력상실 시기에 대하여 즉시 알려야 한다(제12조).

여섯째, 제국보험법(Reichsversicherungsordnung) 제393조의 해석론상 파견근로자를 위하여 파견사업자가 각출하는 사회보험료에 대하여 사용사업자는 연대보증인 책임을 진다.

다) 적극적인 정부의 지도·간섭

독일의 근로자파견법은 그 출발 자체가 근로자파견업으로 인한 피해의 시정에 있기 때문에 정부의 포괄적 규제 내지 간섭이 제정시부터 예정되어 있는데, 주요 규정은 다음과 같다.

- ① 실행위로서 근로자파견사업을 행하는 자는 허가를 받아야 한다(제1조 제1항).
- ② 파견기간은 6개월로 제한된다. 이 기간을 초과하면 불법적인 직업소개로 추정한다(제1조 제2항).
- ③ 허가증은 서면신청에 의하여 교부한다. 허가증 발급시 조건이나 부담을 붙일 수 있으며 철회권을 유보할 수 있다. 허가의 유효기간은 1년으로 제한된다(제2조).
- ④ 허가의 거절 또는 허가 갱신의 거절 사유를 폭넓게 열거하고 있다(제3조 제1항 각호).
- ⑤ 무허가 파견업에 대해서는 행정강제(行政強制)가 인정되며 자유형(自由刑)을 포함한 벌칙의 제재가 있다(제6조, 제16조 이하).
- ⑥ 파견사업자는 사업장의 이전, 폐쇄 및 설치에 관해서 신고하여야 하며 관청의 요구시 법집행에 필요한 보고를 하여야 한다. 필요한 경우 허가관청의 위탁을 받은 자는 파견사업장에 출입하여 자산과 활동상황에 관하여 조사할 수 있다(제7조).
- ⑦ 파견사업자는 6개월마다 법소정의 통계사항을 보고할 의무가 있다(제8조).
- ⑧ 사법상(私法上)의 효력이 부인되는, 탈법적인 직업소개의 수단으로 악용될 소지가 있는 파견계약을 명시적으로 열거하고 있다(제9조 각호). 이 경우 근로자보호의 차원에서 별도의 조치를 취하고 있다(제10조, 제13조).
- ⑨ 파견업이 허가증 없는 외국근로자를 불법채용시키는 데 악용된 사례가 있었던 사정을 감안하여 이와 관련한 특례규정을 두고 있다(동법 제15조).
- ⑩ 일본의 경우와 달리 건설업에 대한 제한(고용촉진법 AFG 제12(a) 참조)이 있을 뿐 여타 직종 또는 파견사유와 관련한 제한은 없다.

3) 근로자파견법 적용상의 문제점

근로자파견은 기본적으로 경기변동에 강한 영향을 받지만, 독일에서는 1981년도를 제외하고는³⁾ 파견업체가 계속적으로 증가하고 있다.⁴⁾ 파견 근로자의 수도 증가하고 있다. 연방노동성은 그 이유를 사용사업자가 정규종업원수를 증가시키거나 장기간의 지속적인 노동법적 관계를 체결하는 데 따르는 제반 법적 의무를 부담하기를 꺼리는 경향에서 찾는다. 한편 근로자파견법의 규제를 피하기 위한 위법적인 노동공급의 사례도 증가하고 있다.

이러한 사실은 독일의 근로자파견법이 파견업이 불법적인 직업소개로 악용되는 것을 방지하기

위하여 제정된 것이라는 점에서 보면, 그 입법의 실효성이 제대로 나타나지 않고 있다는 사실을 반영하는 것이라 할 수 있다. 그러나 현재 독일에서는 근로자파견법 자체에 대해 ① 근로자파견제도의 긍정적 측면인 고용확대의 효과는 별로 기대할 수 없고 ② 파견기간의 제한규정으로 인해 근로자파견보다는 직업소개를 더욱 선호하는 실정을 막을 방도가 없으며 ③ 직업소개와 근로자파견을 준별하고자 하는 입법의 기본구상 자체가 불협화음의 소지를 안고 있고 ④ 종전의 탈법행위를 실질적으로 방지하기는 불가능하며 ⑤ 법리적으로 사용자사업자와의 노동법적인 관계를 부정하고 있으므로 파견근로자의 집단법적인 권리가 부당하게 제약된다는 등의 이유로 비판 내지 부정론이 제기되고 있는 실정이다.⁵⁾

주석 1) 정인수·윤진호, 92쪽 이하의 내용과 유사하다.

주석 2) 그 당시의 「직업소개와 실업보호에 관한 법률」 제37조 제3항.

주석 3) 1981년경에 수가 감소한 이유는 고용촉진법상의 건설업 제한규정의 신설과 근로자파견법 제8조의 통계보고 조항에 기인하는 것으로 분석하고 있다(Kittner, Arbeits-und Sozialordnung, 15. Auflage, bund, 1990. 65쪽).

주석 4) 통계는 위의 책 65쪽 참조.

주석 5) Kittner, 앞의 책, 67~68쪽 참조.

4. 프랑스의 근로자파견법

1) 근로자파견법제의 성립배경

프랑스에서 근로자파견이 급속히 확산되고 노동력 관리정책의 일환으로 제도에 편입된 것은 1970년도 중반이라 할 수 있다.¹⁾ 경제적 측면에서는 1970년대 오일쇼크의 여파로 기업들이 경영합리화정책을 실시한 결과 대량실직 사태가 발생하게 됨에 따라 이러한 실업자들이 파견 및 임시근로시장에 유입되고 기업측으로서도 이른바 유연한 고용관리를 표방하여 불안정한 근로계약 형태를 선호하게 된 데에 그 원인을 찾을 수 있다. 뿐만 아니라 1968년 이후 프랑스의 사회적 측면도 근로자파견제의 확산요인으로 작용하였다. 즉, 그 당시 노동쟁의 관심사는 임금·근로시간 등에 머물지 않고 이른바 경영전권에 속하는 사항까지 미치게 되어 노동쟁의의 조정이 용이하지 않았으며, 근로자측에서 기업구조 및 시장경제기능 그 자체를 문제삼기도 하였다. 이로 인한 장기간의 파업사태 등은 노사간의 대화의 단절과 갈등을 초래하였고 사용자는 이러한 노동쟁의에 대처하는 수단으로 근로자파견제를 선호하게 되었다.

프랑스에서도 애당초에는 근로자공급사업의 금지와 직업소개의 국가독점의 원칙이 확인되어 있었다. 그러나 근로자파견은 민법상 자유로운 계약유형으로 용인되어 왔다. 1972년의 근로자파견법은 근로자파견의 합법성을 확인함과 아울러 파견근로자가 노동법상 보호를 받을 수 있도록 파견사업자와 사용자사업자에 대한 행정지도와 감독을 강화하는 상세한 기준을 마련하게 되었다.

그 후 여러 가지 문제점이 노정됨에 따라 몇 차례에 걸친 개정이 이루어졌는데 그 중 1981년 미테랑 사회당 정권이 집권하자 1982년 2월 5일자 법령(Ordinance No. 82-131)을 통하여 1972년 법이 주로 파견근로자의 보호에 중점을 두고 대폭적으로 개혁되었다. 주요 개혁내용은 ① 파견근로자를 사용할 수 있는 이유와 기간에 실질적인 제한을 가하고, ② 파견근로자와 정규근로자의 동일수준의 임금을 확보하고 수당지급을 보장하며, ③ 불안정 고용에 대한 규제를 강화하고, ④ 파견근로의 남용에 대한 처벌을 강화하였다. 특히 파견근로자의 집단적 권리도 상당부분 보장되었는데, ⑤ 파견 사업체 내에서의 종업원대표의 선거권, 피선거권 보장, 조합대표 자격의 완화, 조합활동 강화 및 사용자사업체 내에서의 파견근로자의 발언권 보장, 사용자기업 내의 종업원대표 조직에 대한 정보수취권 등이 보장되었다.

2) 근로자파견법의 주요내용

가) 신고제

프랑스의 근로자파견법은 파견사업의 신고제를 채택하고 있는데 파견사업체가 영업장소를 이전하거나 지사·대리점·지점 등을 개선할 때도 사전신고하여야 한다. 신고시에는 기업의 법적 형태, 대표자 성명, 영업대상 지역 및 파견대상기업의 업종 등을 밝혀야 한다. 파견대상이 되는 업종이나 직종에 관한 제한은 없으나 위험·유해업무에 대한 파견은 금지되어 있다.

근로감독관은 신고사항이 법규정과 합치되는지를 심사한 다음 15일 이내에 신고필증을 발급한다.²⁾ 사전신고 없이 파견사업을 행할 경우에는 벌칙의 제재를 받는다. 그러나 프랑스의 근로자파견법이 신고제를 채택하였다고 해서 완화되어 있다고는 할 수 없다. 미테랑 정부 이래 규제조치가 강화되어 왔고 사용자나 파견사업자에 관한 규제사항이 법률상으로 명확히 규정되어 있을 뿐만 아니라 그 실효성을 담보하기 위해 벌칙규정도 마련해 놓고 있기 때문이다.

나) 파견근로자 보호를 위한 상세한 보호조치

프랑스의 근로자파견법에는 여타의 나라에 비하여 파견근로자 보호에 관한 규정을 상세하게 마련해 놓고 있는데 구체적 내용을 보면 다음과 같다.

- ① 사용기간의 제한
- ② 파견근로자의 임금이 사용자에서 동종근로자의 사용기간 만료후의 임금보다 하회하는 것을 금지
- ③ 파견근로자에 대해서 불안정고용수당, 유급휴가보상수당을 보장. 건설업 등의 경우 약천후수당을 보장
- ④ 파견사업자가 기간 만료전에 파견근로자의 근로계약을 파기하였을 경우 새로운 근로계약의 제공을 강제
- ⑤ 계약기간 종료후 사용자에서 당해 파견근로자를 고용한 경우 고용전 3개월간에 당해 사용자에서 취로한 기간은 근속기간에 산입
- ⑥ 파견근로자에 관한 근로시간, 야간근로, 안전위생, 여성·연소자의 근로에 관한 사항에 대해서는 사용자가 사용자책임을 부담. 파견사업자는 기타 사항에 관하여 사용자책임을 부담. 파견사업자의 금융보장이 불충분할 경우 사용자가 그에 관한 사용자책임을 대위하여 부담
- ⑦ 쟁의행위 중 대체근로를 위한 파견근로자 사용을 금지.
- ⑧ 파견사업체 및 사용자에서 파견근로자의 일정한 집단적 권리 보장

다) 파견기간에 대한 제한 등

대부분의 서구 입법례와 마찬가지로 프랑스의 근로자파견법도 파견업종에 관한 제한은 없으며 파견기간을 6개월은 제한하고 있다. 신고제를 채택하고 있으나 파견사업자와 사용자에 대하여 포괄적·적극적인 규제조치가 마련되어 있다.

3) 실태와 개정동향

1972년 근로자파견법 제정 이후 프랑스에서는 근로자파견이 확산되었는데 파견근로자의 고용불안정, 산업재해율의 증가 등 그에 따른 부작용도 함께 발생하여, 노동조합측에서는 파견근로자 보호차원의 법제 보완을 촉구하고 있다. 노동조합은 초기에는 근로자파견에 대한 부정적 시각을 견지하고 있었으나, 1980년대에 들어서면서 일괄적 반대입장을 변경하여 사용사업자의 책임강화와 파견근로자의 취업조건 개선 등을 법률을 통해 확보하려는 개량적인 방향으로 선회하였고 1982년 법개정도 이러한 맥락과 관련되어 있다.

기업측에서도 경제사정 악화에 대응하여 노동시장의 유연성을 증대시키기 위해 근로자파견의 활용을 모색하고 정부에 대해 압력을 행사하고 있는데, 1985년 법개정은 이러한 기업측의 요구를 일부 반영하여 규제를 완화하기도 하였다.

프랑스에서는 근로자파견법의 도입과정에서 노동쟁의에 대한 대응책으로 활용되었다는 사정이 존재하고 있다. 따라서 근로자파견법을 둘러싼 노사간의 이해대립이 어떤 다른 나라보다도 예민하며 근로자파견법과는 별도로 단체협약 등을 통하여 근로자파견에 대한 자율적인 규범이 형성되어 있다. 따라서 앞으로 법개정이나 구체적인 법제도의 형성은 노사간의 역관계 및

경제환경의 영향으로 변모될 가능성이 특히 크다고 할 수 있다.

주석 1) 三富紀敬, 『フランスの파견노동おぬぐる論點』, 『法經研究』 제33권 3/4, 1985, 263쪽.

주석 2) 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 106쪽.

5. 기타 국가

영국 및 벨기에의 경우도 각각 1973년, 1976년에 근로자파견법제를 마련하였다. 미국의 경우는 근로자파견에 관해서 아무런 규제도 하지 않고 시장기능에 맡기고 있는데 경영합리화정책으로 파견제가 상당히 보급되어 있다.¹⁾ 그러나 이탈리아, 그리스, 스페인, 스웨덴, 터키 및 몰타 등 아직도 근로자파견을 금지하고 있는 나라도 상당히 많다.

주석 1) 미국의 파견제 또는 임시고용업(Temporary Help Service Industry)에 관해서는 박원구, 「인재파견제도-제도의 배경과 문제점」, 한국노사관계학회 발표논문, 1992 : 정인수 · 윤진호, 앞의 책, 118쪽 이하 참조.

Ⅲ. 勤勞者派遣의 法的 構成

1. 근로자파견의 3면관계

근로자파견은 ① 파견사업자와 파견근로자의 근로계약관계 ② 파견사업자와 사용사업자간의 파견계약관계 ③ 사용사업자와 파견근로자의 사용종속관계의 3면관계로 구성되어 있다. 파견법은 정의 규정에 의하면 사용사업자와 파견근로자의 근로계약관계가 존재한다고 하더라도 반드시 근로자파견관계에서 제외되는 것은 아니지만 입법취지, 다른 조문간의 논리정합적 해석의 필요성 등을 종합해 볼 때 근로자파견은 위 양자간의 근로계약관계 부존재를 전제하고 있다고 할 수 있다. 우리나라의 근로자파견법안과 유사한 일본에서도 근로자파견이란 파견사업자와 파견근로자 사이에 근로계약관계가 존재하지 않는 경우를 말한다고 해석되고 있다.¹⁾

주석 1) 横政芳弘, 「파견노동자의 法的地位」, 『계간노동법』, 제140호, 1986, 6~7쪽.

2. 근로계약관계 2 : 파견사업자-파견근로자

1) 계약유형으로 본 파견사업자와 파견근로자의 근로계약관계

전형적인 의미에서의 근로계약하에서는, 통상근로자는 계약상대방인 사용자를 위하여 그 지휘명령에 따라 노무를 제공한다. 그러나 근로자파견의 근로계약은 파견사업자와 파견근로자 사이에 존재함에도 불구하고 파견근로자는 제3자인 사용사업자를 위하여 그 지휘명령에 따라 노무를 제공한다. 따라서 현상적으로 양자의 차이는 계약당사자 일방을 위하여 그 지휘명령을 받아 노무를 제공하는 것인가, 제3자를 위하여 그 지휘명령을 받아 노무를 제공하는 것인가에 있다.

그렇다면 과연 양자는 전혀 다른 계약유형이라고 할 수 있는가가 문제되는데 다수설¹⁾은 이를 민법상의 고용계약으로서 파악한다. 그 주장 내용은 다음과 같다.

① 법문의 문리해석상 : '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서'라는 명문의 규정을 보더라도 명백하다. 파견사업자와 파견근로자 사이에서 제3자를 위하여 제3자의 지휘명령에 따라 노무를 제공할 것을 내용으로 하는 계약이 성립하더라도 이는 민법상의 전형계약의 하나인 고용계약에 해당되며 그것이 민법의 문언에 저촉되는 것도 아니다.

② 노무제공과 보수지급에 대가관계 유지 : 이는 근로계약의 본질적 특성인데 대가관계 존재방식은 고용형태 및 취업형태의 변화·변동에 따라 여러 형태가 있을 수 있다. 따라서 다양한 고용형태 및 취업형태의 존재를 전제로 하는 한, 당사자의 법률관계를 근로계약관계로 해석하는지의 여부는 다양한 고용형태 및 취업형태하에서 당사자 일방의 노무제공과 이에 대한 보수지급 사이에 대가관계가 형성되어 있는가 여부에 따라 판단하여야 한다. 근로계약의 본질은 대가관계가 유지되어 있는가 여부에 놓여 있으며 그 대가관계의 형성이 직접적이냐 아니면 간접적이냐 여부, 당사자 이외의 제3자가 매개되어 있는가 여부는 강행법규·공서양속에 반하지 않는 한 문제되지 않는다.

③ 목적론적 해석 : 이 법률관계를 근로계약이 아니라고 본다면, 파견 근로자의 보호에도 미흡한 결과가 초래되며 근로자파견법의 입법취지에도 부합되지 않는다.

2) 권리의무관계

파견사업자와 파견근로자의 계약관계를 근로계약으로 해석하게 되면 당사자간의 권리의무관계는 다음과 같다.

① 당사자간에 있어서의 기본적 권리의무 : 파견근로자는 파견사업자에 대하여 제3자(사용사업자)의 지휘명령을 받아 사용사업자를 위하여 노무를 제공할 의무를 진다. 파견사업자는 파견근로자에 대하여 파견근로자가 사용사업자의 지휘명령을 받아 사용사업자를

위하여 행한 노무의 제공을 자기에 대한 노무의 제공이 있었던 것으로 보아 그 보수(임금)를 지급할 의무를 진다.

② 노무제공의 구체적 내용 : 사용사업자의 지휘명령을 받아 사용사업자를 위하여 행하는 노무제공의 구체적 내용은 기본적으로는 파견사업자와의 근로계약, 파견사업자가 작성한 취업규칙 및 파견사업자와 체결한 단체협약 등에 따른다.

③ 파견사업자와 사용사업자의 법률관계 : 파견계약의 형태에 따라 파견근로자와 파견사업자의 법률관계가 좌우되는 것은 아니다. 사용사업자를 위한 노무제공으로 인하여 파견근로자와 사용사업자 사이에 어떠한 법률관계가 발생하는가는 파견사업자와 파견근로자 사이의 근로계약관계와는 별개의 문제이다.

④ 파견근로자의 채무불이행 : 파견근로자가 사용사업자의 지휘명령에 따르지 않는다거나 노무의 제공을 하지 않는 경우, 기본적으로 파견사업자와 파견근로자 사이에서는 근로계약상 어떠한 평가를 받는가의 문제에 해당된다. 그러나 노무제공이 사용사업자를 위하여 행해져야 한다는 측면에서 동시에 사용사업자와의 관계에서도 평가되어야 할 여지가 있다.

3) 파견근로자라는 사실의 명시 등

(1) 파견사업자는 근로자를 파견근로자로서 고용하고자 할 경우에는 사전에 당해 근로자에게 파견근로자임을 알려주어야 한다(파견법 제24조 제1항). 또한 파견사업자가 그가 고용한 근로자 가운데 파견근로자로 고용하지 아니한 자를 파견근로의 대상으로 하고자 할 경우에는 사전에 당해 근로자의 동의를 얻어야 한다(파견법 제24조 제2항). 이에 위반할 때에는 허가취소, 사업정지 명령의 대상으로 할 필요가 있다. 이는 파견근로자의 노무제공이 통상 예상되는 것과는 다른 고용형태 및 취업형태하에서 행해진다는 점을 고려하여 근로자보호의 견지에서 추가된 공법상 규제로서의 의미가 있다. 그러나 현행법상 파견근로자에 대한 고지의무 위반시 벌칙 규정은 존재하지 않고, 다만 파견사업주가 파견근로자에게 취업조건에 대해 사전에 고지하지 않은 경우에 대해서만 벌금규정이 존재하고 있을 뿐이다. 이는 입법상 보완이 필요하다.

(2) 파견법 제24조의 고지의무의 내용을 볼 때, 그 성격은 표현형식을 보거나 근로자보호의 견지에서 설정된 것이라는 입법취지에 비추어, 파견 사업자에 과하여진 의무 규정인 것은 당연하다. 따라서 이러한 의무위반 행위는 위법으로 평가되며 민법상 불법행위 손해배상청구의 대상이 된다.

나아가 파견근로자임을 명시하지 않은 근로계약은 그 법적 효력이 부정되는 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 파견근로임의 명시를 요구하는 것은 근로자파견에서의 근로계약이 통상적인 근로계약상의 대가관계의 존재방식과는 다르다는 데에서 비롯된 것이며, 이러한 대가관계의 존재방식이 파견근로자의 근로관계의 기본적인 요소를 구성하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 파견근로자임을 명시하지 않은 근로계약은 그 법적 효력을 부인하는 것이 근로자파견법의 입법취지에 부합한다.

다만, 파견근로자임을 명시하지 않은 근로계약이 무효로 된다고 하더라도, 파견사업자와 사용사업자가 체결한 파견계약 자체까지 무효로 된다고는 볼 수 없다. 따라서 파견사업자는 사용사업자에 대해서는 파견계약의 불이행책임까지 부담한다.

4) 취업조건의 명시와 고용계약

근로자파견을 업으로서 행하는지의 여부를 묻지 않고 파견사업자는 근로자파견을 하고자 할 때에는 사전에 파견계약의 내용을 알려주어야 한다(파견법 제26조). 이 위반에 대해서는 현재 벌금규정이 정해져 있다(파견법 제44조 제3호).

이는 취업조건의 사전고지를 통하여 파견근로자의 보호와 당사자간에 있어서의 법률관계의 명확화를 도모하고자 하는 것이다. 또한 이러한 제한은 앞서 근로자파견의 고지의무 위반과 마찬가지로, 불법행위 손해배상청구의 대상으로 된다고 해석되어야 할 것이다. 또한 근로자파견법의 강행법규적 성질, 그리고 통상 파견시마다 근로조건에 큰 변동이 초래된다는 점, 근로조건에 관한 정함은 파견계약의 중요한 부분이라는 점을 고려한다면 사전고지위무 위반으로

인하여 그 사법상(私法上)의 효력도 부정된다고 보아야 할 것이다.

5) 파견사업자가 강구하여야 할 조치

파견사업자는 균등처우의 노력의무를 진다. 이 의무는 후술하는 사용사업자와 동시에 부담하는 의무로, 사업내에서 동일한 업무를 수행하는 다른 근로자와 비교하여 차별적 처우를 받지 아니하도록 노력하여야 한다(파견법 제21조). 또한 파견사업주에게는 복지증진노력의무(파견법 제23조), 파견사업관리책임자의 선임의무(제28조), 파견사업관리대상의 작성·보존의무(제29조)가 지워지고 있다.

주석 1) 대표적으로, 下井隆史, 「파견노동의法律關係」, 『ジュリスト』, 제894호, 有斐閣, 1987; 横井芳弘, 「파견노동자의法的地位」, 『계간노동법』, 제140호, 1986.

3. 근로자파견계약 : 파견사업자-사용사업자

1) 파견근로자에 대한 지휘명령의 근거로서의 파견계약

사용사업자와 파견근로자 사이에는 근로계약관계가 존재하지 않는다. 따라서 사용사업자의 지휘명령의 근거를 통상적인 근로계약관계에서와 같이 당사자의 합의에서 구하기는 어렵다. 이에 대해서 이론적으로는 다음과 같은 견해들이 존재하는데 파견사업자와 사용사업자 사이의 근로자파견계약을 그 근거로 드는 것이 일반적인 경향이다.

① 양도설 : 근로자파견계약에는 이미 파견사업자의 지휘명령권을 사용사업자에 이전·귀속시키는 데 대한 합의도 포함되어 있다고 보는 입장이다.

② 위임설 : 파견사업자는 파견근로자에 대한 근로계약관계에서 완전히 이탈하는 것이 아니므로 지휘명령권을 완전히 양도한 것은 아니며 위임한 것이라고 보는 입장이다.

③ 임대차유사 무명계약설 : 근로자파견계약을 근로계약상 권리의 양도로 본다면 파견근로자는 사용사업자와 근로계약관계에 놓이는 것으로 해석되는데, 이는 근로자파견의 개념과 상치되며, 사용사업자는 징계처분, 교육 등 근로계약관계에 고유한 권리는 없이 단순히 제공된 노동력을 사용·수익하는 권한만을 갖는데 불과하기 때문에 근로계약상의 지휘명령권의 양도라고는 보기 어렵다고 한다. 이 견해에서는 노동력에 대한 사용·수익의 권한은 마치 임대차에서의 사용·수익과 유사하다는 입장이다.

④ 노무도급계약의 일종 : 근로자파견계약은 약정된 내용에 따른 근로자 파견이라는 일의 완성과 그에 대한 대가로서의 보수지급의 약정으로 이해하는 입장이다.

2) 서면에 의한 파견계약의 체결

근로자파견계약의 당사자인 파견사업자와 사용사업자의 계약은 반드시 서면으로 작성하여야 하며 거기에는 파견근로자수, 파견근로자가 종사하는 업무의 내용, 파견사유, 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭·소재지·기타 파견근로자의 취업장소, 파견근로자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항, 근로자파견기간 및 파견할 날에 관한 사항, 시간외·야간·휴일근로에 관한 사항, 안전 및 보건에 관한 사항, 근로자파견의 대가, 기타 사항(시행령에의 위임)을 반드시 기재해야 한다(파견법 제20조 각호).

이는 당사자 사이의 법률관계를 명확히 함으로써 분쟁을 예방하고자 한다는 일반적인 목적에서 비롯된 것이기는 하지만 동시에 파견근로자의 근로조건과 관련하여 파견사업자와 사용사업자의 책임을 명확히 함으로써 파견근로자의 근로조건을 보호하고자 하는 것이다.

4. 사용종속관계 : 파견근로자-사용사업자

1) 파견근로에서의 사용자 개념

(1) 파견근로자와 파견사업자의 관계, 파견사업자와 사용사업자와의 관계에 대해서 파견법은 공익적 견지에서 여러 가지 제한을 설정하고 있기는 하지만, 어디까지나 이 두 가지 법률관계의 대강은 계약에 의해서 결정된다는 점에는 이론의 여지가 없다. 이들 법률관계가 형성되는 가장 기본적인 원인은 당사자의 합의에 있기 때문이다.

반면 사용사업자와 파견근로자에 법률관계를 규정하는 당사자간의 직접적인 합의는 존재하지 않는다. 따라서 사용사업자와 파견근로자의 법률관계에 대해서는 근로자파견의 본질에 적합한 이론적 해명이 선행되어야 하며, 그에 따라 근로자파견법안의 규제 내용도 결정된다고 할 수 있다. 결국 어떠한 입법레이전 근로자파견에 관한 법제도라면 파견근로자와 사용사업자의 법률관계에 대한 규제를 내용으로 한다. 실제로도 이 법률관계야말로 파견근로자에 대한 노동법적인 보호가 필요한 영역이기도 하다.

(2) 노동법학적으로 근로관계는 종속노동을 매개로 하는데, 이는 종속 노동 개념에 의해서 근로자 개념과 사용자 동일적으로 결정하고자 하는 이론적 일관성의 요청 때문이다. 그런데 실제로는 개별적 근로관계 법에서의 종속노동의 개념과 집단적 노사관계법에서의 종속노동의 개념에는 다소의 차이가 있다. 이는 각 법규에 의해 부여된 의무이행의 주체를 확정하고 별칙의 적용대상을 확정하기 위해서 마련된 개념으로 종속노동개념을 매개로 한 근로자·사용자 개념의 통일적 결정과 모순되는 것은 아니다.

그러나 최근 기업간 결합관계의 다양화·도급·파견 등 복수의 기업간의 계약 등의 법률관계의 존재형태에 의해서 근로관계가 영향을 받게 되었으며, 특히 이러한 경향이 노동력 유연화 경영전술의 일환으로 행해지는 다양한 고용형태의 형성 등으로 인하여 가속화되는 경향이 있다. 따라서 전통적인 노동법상의 종속노동의 개념은 재검토가 요청되고 있다. 종속노동 개념의 재검토는 실무상으로는 전통적인 종속노동의 관념으로는 부정될 여지가 있는 사용자책임을 확대하는 데 그 의의가 있으며 법인격부인(法人格否認)의 법리,¹⁾ 일본에서 보편적인 사외공(社外工)제도²⁾ 등에 대해서는 법리적인 해석론에 의해서 일정한 이론적 발전을 보여주고 있다.

반면에 앞서 지적한 노동력 유연화 경영전술의 일환이라고 할 수 있는 근로자파견에 대해서는 법리적인 해석론이 한계를 드러내고 있다. 아직 우리나라에서 본격적으로 판례에서 쟁점화되지는 않았으나 일본의 판례를 참고한다면 비록 사용사업자에게도 사용자책임을 인정할 소수의 예가 있기는 하지만³⁾ 일반적으로 근로자파견에서 사용사업자에 대해서 사용자책임을 인정하는데 전제가 되는 사용자 개념의 인정에는 소극적인 경향이다.⁴⁾

왜냐하면 근로자파견의 경우에는 파견사업자와 사용사업자 사이에서 경제적 일체성이나 자본 구성에 의한 구성에 의한 지배종속관계가 일반적으로는 존재하지 않으며, 파견사업자가 사회적 실체로서 독립된 기업인 한 사용사업자와 파견근로자 사이에서 전형적인 근로계약관계를 인정하는 것은 이론적으로 무리이기 때문이다.

(3) 결국 근로자파견에 있어서는 사용사업자에게 일정한 사용자책임을 인정하기 위한 정책적 보호의 필요성이 부각된다고 할 수 있다. 문제는 그 근거인데 앞서 설명한 바와 같이 이론적으로는 근로계약이 전제로 되지 않는 근로관계는 본다거나,⁵⁾ 파견근로자에 대한 관계에 있어서 사용사업자를 파견사업자의 이행보조자로 본다거나,⁶⁾ 파견사업자와 사용사업자 사이에 존재하는 파견계약을 근거로 보는 등 여러 가지 가능태가 있다. 그러나 근로자파견법안은 파견근로자 보호의 견지에서 파견계약에 필요적 기재사항과 파견근로자에 대한 사전고지의무를 명문화함으로써 파견계약을 사용사업자의 사용자책임을 근거로 보는 입장에서 있다고 할 수 있다.

2) 사용사업자가 강구하여야 할 조치

전술한 바와 같이 사용사업자는 파견사업자와 함께 균등처우의 노력의무를 부담한다. 즉, 양자는 사업내에서 동일한 업무를 수행하는 다른 근로자와 비교하여 차별적 처우를 받지 아니하도록 노력하여야 하며(파견법 제21조), 사용사업자는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분·파견근로자의 정당한 조합활동을 이유로 근로자파견계약을 해지할 수 없다(파견법 제22조

제1항).

또한 반드시 노동조합과의 집단적 노사관계를 전제로 하지 않더라도, 파견근로자의 집단적인 의견수렴과정 및 합리적인 노무관리를 가능하게 하는 방안도 마련되어야 한다. 즉, 사용사업자가 파견근로자를 사용하고자 하는 경우에는 당해 사업장에 과반수로 조직된 노동조합이 있으면 그 노동조합, 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자의 의견을 청취하도록 하거나, 사용사업자에게 관리책임자를 선임하여 적절하게 노무관리가 행해지도록 하거나, 사용사업자에게 파견근로자의 관리대장을 작성·보존하도록 하는 등의 방안이 강구되어야 할 것이다.

3) 사용사업자의 근로기준법상의 사용자책임

파견법은 파견사업자가 사용자라는 원칙을 확인하면서도 동시에 사용사업자가 지휘명령권을 갖는다는 점을 감안하여 다음과 같은 근거법 등의 의무에 대해서 사용사업자도 공동으로 또는 단독으로 또는 연대하여 사용자책임을 부담한다는 점을 밝히고 있다.

① 공동의무 : 원칙적으로 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자의 사용자로서 근로기준법의 적용을 받는다(파견법 제34조 제1항 본문).

② 단독의무 : 법정근로시간의 준수, 휴게, 월차휴가, 근로시간 및 휴게시간의 특례, 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정의 적용제외, 연소근로자의 근로시간, 여성근로자와 연소근로자의 야간·시간외·깁내근로의 금지, 생리휴가, 임신중인 여성근로자에 대한 작업전환, 육아시간, 탄력적 근로시간에 관한 규정, 선택적 근로시간에 관한 규정, 연장근로의 제한, 교육시설 설치의무(파견법 제34조 제1항 단서).⁷⁾

③ 연대의무 : 파견사업자가 사용사업자의 귀책사유로 임금을 지급하지 못한 경우의 임금에 대한 연대책임(파견법 제34조 제2항).

주석 1) 경제적으로 단일의 기업체로서의 실질을 가진다는 점, 모회사의 자회사에 대한 관리지배가 현실적이고 통일적이라는 점 등, 法人格否認의 법리를 적용하여 母會社에 대해서 실질적인 사용종속관계를 인정하여 사용자책임을 긍정한 川岸工業事件 仙台地裁 1969. 3. 26.은 그 대표적인 예이다.

주석 2) "근로자를 제공하여 타인에 종사시키는 기기업은 이를 사용하는 母기업간에 형식상으로는 도급계약을 체결하고 있다 하더라도 그 근로자를 지휘감독하지 아니하는 한 직업의 제공자 즉, 사용자는 아니고 단순한 근로자공급자로 보지 않을 수 없으며 ... 이렇게 본다면 참가인 회사(母기업)은 원고(社外工) 3명의 근로관계성의 제이익에 대한 고용계약상의 고용주와 동일한 지배력을 직접 현실적이고 구체적으로 가지고 있기 때문에 ... 양자 사이에는 직접고용에 준하는 고용관계가 실질적으로 성립되고 있다"고 한 일본의 油研工業事件 横兵地裁, 1972. 10. 24. 판결 및 最高裁, 1976. 5. 6. 판결 등 참조. 우리나라에서도 유사한 사실관계에 대해서 사용자책임을 인정한 예가 있다. 대법원 1978. 1. 17. 선고, 77다1239 판결 : 대법원 1979. 7. 10. 선고, 78다1530 판결 : 대법원 1986. 8. 19. 선고, 83다카657 판결 참조.

주석 3) 이른바 '이중근로계약론'에 근거하여 "피신청회사(사용사업자)와의 근로계약의 존재만을 요구해 온 경우에는 ... 사용자로서의 책임을 일체 지지 않을 수 없다"고 한, 세가텔레비전사건 제1심 佐賀地裁, 1980. 9. 5. 판결 참조.

주석 4) 일본 데이터비즈니스사건 大阪地裁, 1976. 6. 17. 판결 : British Airways Board 사건 東京地裁, 1979. 11. 29. 판결 : 앞의 세가텔레비전사건 제2심 福岡高裁, 1983. 6. 7. 판결.

주석 5) 독일의 연방노동법원이나 학설은 파견사업자를 사용자로 하고 사용사업자를 제3자로 하려는 독일의 근로자파견법의 기본구상과는 달리, 파견근로자의 보호에 착안해 사용사업자와 파견근로자간에도 사실상의 취로관계가 성립하기 때문에 근로관계가 성립하고 그 결과 사용사업자는 사용자책임을 져야 하는 것으로 해석하고 있다. 독일법상의 '사용자 기능의 분열'(Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen)에 관해서는 Ramm, "Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen", Zeitschrift für Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1973 : Mehrhoff, Die Veränderung des Arbeitgeberbegriffs, Dukler & Humbulot, 1984 참조.

주석 6) 보통 出向과 관련하여 出向先·出向元 두 회사 사이에 단일계약관계에 놓여 있다는 점을

입론의 근거로 出向先의 사용자 책임을 인정하는 이론에 그 근거를 두고 있다. 그러나 근로자파견의 실태에는 부합되지 않는다고 보는 것이 일반적인 경향이다.
주석 7) 다만 휴일·휴가와 관련하여 지급되는 유급임금은 성질상 파견사업자의 책임에 속한다(파견법 제34조 제3항).

IV. 權勞者派遣法의 政策課題

1. 근로자파견법의 입법과정

(1) 노동부가 최초로 근로자파견법의 입법의사를 밝힌 것은 1993년 3월 중순경이다. 하지만 입법화에 대해서는 이미 초기단계에서부터 반대에 직면하였다.¹⁾ 정부는 1993년 정기국회에 「근로자파견사업의적정한운영및파견근로자보호에관한법률안」을 제출하기까지 하였으나, 파견사업체의 중간 착취 및 근로조건의 저하를 우려한 당시의 노동계를 중심으로 한 거센 반발로 보류되고 말았다. 그 후로도 근로자파견법의 중심으로 한 거센 반발로 보류되고 말았다. 그 후로도 근로자파견법의 입법추진 의사를 여러 차례 밝힌 바 있다. 1994년에는 노동부 장관이 1994년 4월 12일 인간개발연구원 주최 경영자세미나에서 파견기간(6개월)의 단축, 파견대상 직종의 제한(번역사·통역사 등) 등을 골자로 하는 수정안을 제출할 계획을,²⁾ 경제기획원 차관보는 1994년 4월 29일 한국경영자총협회 주최 경영조찬세미나에서 여성·고령자·청년층 등 유희인력을 산업인력화하기 위해서 파견근로제·시급제근로 등 다양한 근로형태를 개발할 계획을 밝혔던 바 있다.³⁾

한편 정부의 움직임과는 별도로 기존의 근로자파견업체가 1994년 7월 권익단체로서 한국인재파견협회를 결성하였고, 다양한 측면에서 근로자파견제에 대한 입장표명이 계속되는 가운데,⁴⁾ 급기야는 직업안정법 위반으로 선고유예처분을 받은 인력공급업체가 1995년 9월 21일에는 근로자공급사업을 금지하고 있는 직업안정법 조항에 대해서 위헌의 헌법소원을 제기하기에까지 이르렀다.

(2) 그 후 경제부처를 중심으로 근로자파견법의 입법추진 시도는 1995년 3월 15일 재정경제원이 관계부처 국장회의(노동부, 통상산업부, 건설교통부, 보건복지부)에서 노동력 수급의 신축성 제고방안으로 근로자파견법의 제정 및 시간제근무의 앞선·중개기능 제고 등의 방안을 논의할 것을 계기로 다시 본격화되기 시작했다.⁵⁾ 그러나 이 시기에는 노동력 공급부족을 해소하기 위한 방안으로 변형근로시간제의 도입까지 검토되고 있었는데, 당시 노동계에서 변형근로시간제와 근로자파견제에 대한 절대반대운동이 확산되어감에 따라 다시 근로자파견법의 입법 시도는 표류하게 되었다.⁶⁾

이에 따라 근로자파견법의 입법추진은 다른 방향으로 전개되기 시작했는데, 1995년 8월 28일 재정경제원이 밝힌 「중소사업자의 구조개선을 위한 특별조치법」의 입법추진이였다. 이 법안은 중소기업에 한하여 변형근로시간제와 근로자파견제를 허용하는 것을 골자로 하고 있었다. 당시의 현안 노동문제 전반에 관하여 열린 1995년 8월 21일 민자당-한국노총 정책간담회에서도 정부의 특별법 입법추진 움직임이 재확인되었다. 하지만 이 계획은 현실화되지 못하였다.

1996년 정기국회에 다시 파견대상업무의 제한 및 파견사업 유효기간·파견기간의 제한 등을 내용으로 하는 수정된 법안이 다시 제출되었다. 하지만 이 시기에는 신한국당이 노사관계개혁위원회를 통한 노사합의의 결론을 중시한다는 입장을 취하고 있었으므로 정부 단독적인 입법추진 움직임이 크게 가시화되지는 않았다.⁷⁾

(3) 지난 1997년 9월 3일에는 재경원의 관계자가 "금융개혁법안이 국회에 제출된 만큼 현정권 말까지 21세기 국가과제의 하나인 노동시장 유연성 제고 대책의 이행에 주력할 방침"이라고 밝히면서 "사업주가 퇴직금 부담 없이 원하는 시기에 근로자를 고용하고 해고할 수 있도록 법적으로 보장하는 근로자파견법 제정안이 정기국회에서 통과, 내년부터 시행될 수 있도록 주무부처인 노동부와 협의해 나가기로 했다"고 밝혔다. 그런데 이번 입법추진에 있어서는 종전과는 다르게 "대통령선거가 임박했고 노동단체가 반대한다고 해서 근로자파견제 도입을 더 이상 늦출 수 없다"고 하면서 "법안 제출에 다소 소극적인 노동부를 설득, 이번 국회에 반드시 근로자파견법을 제출하도록 하겠다"고 한 점에서도 알 수 있듯이 그 어느 때보다도 적극적인 입장을 보이고 있다는 점에 차이가 있다.⁸⁾ 또 유사한 입장은 경총이 주최한 「기업체질 개선을 위한 정책방향」이라는 경총 주최의 경영조찬세미나에서 강만수 재경원 차관의 발언을 통해서도 확인되고 있다.⁹⁾

(4) 그리고 1998년 2월 6일 노사정위원회에서 1998년 2월중 근로자파견법을 제정할 것을 결정하여, 1998년 2월 20일 임시국회에서 위와 같은 우여곡절 끝에 「파견근로자보호등에관한법률」(이하 '파견법'이라 함)을 제정하기에 이르렀다. 이것은 최근의 산업구조 및 노동시장 여건의 변화에 따른 것이다. 이하에서는 이 「파견근로자보호등에관한법률」을 중심으로 그동안 논의되어 왔던 파견근로자에 대한 기본관념 및 기본원리를 설명하고, 그리고 이번의 법제정에서 미비했다고 생각되는 내용들에 대해서는 앞으로의 정책과제로 제시하고자 한다.

주석 1) 1997. 3. 27. 에 열린 「무권리·이중착취·용역노동의 실태와 대응」 토론회는 그 대표적인 예이며, 당시에 이미 한국여성단체연합, 전노협, 전국사무금융노련 등이 반대의사를 공개적으로 표명하였다.

주석 2) 매일신문, 1994. 4. 13.

주석 3) 조선일보, 1994. 4. 30.

주석 4) 현대경제사회연구원의 1994. 10. 15. 자 『최근 인력난의 문제와 대책』, 대한상공회의소의 1995. 8. 1.자 대정부건의서.

주석 5) 이 자리에서 재경원은 선진국에 근로자파견법제가 존재하고 있음을 들면서, 직업안정법상 근로자공급사업의 금지는 기업의 인력 및 비용절감 노력을 저해하고 있다고 지적하였다. 매일경제신문 1995. 3. 15.

주석 6) 한국노총의 1995. 9. 27.자 「근로자파견법의 문제점」 문건에서는 ① 노동자의 고용안정 저해, ② 중간착취의 양성화, ③ 노동조합의 단결력·교섭력 약화, ④ 직업훈련의 소홀 및 산재 증가, ⑤ 여성의 고용조건 악화, ⑥ 불합리한 파견기간 제한, ⑦ 정부의 직업안정기능 저해 등을 들고 있으며, 민주노총(준)의 1995. 5. 7.자 「정부의 변형근로시간제와 근로자파견법 도입검토에 대한 성명서」 정책해설자료에서 ① 중간착취를 합법화하고 ② 근로자조건을 악화시키고 노동조합의 조직력을 약화시켜 노사관계의 불안요인이 되며 ③ 노동시장의 유연성은 공공직업소개기능의 강화를 통해서 해결되어야 한다고 밝히고 있다.

주석 7) "정부가 노개위의 활동과 관계없이 일방적으로 근로자파견법안을 제출하지는 않을 것"이라고 한 신한국당 정책관계자의 발언도 이러한 분위기를 반영한 것이다. 동아일보, 1996. 9. 12.

주석 8) 한국경제신문, 1997. 9. 4.

주석 9) 매일노동뉴스, 1997. 9. 12.

2. 근로자파견법의 내용

1) 적용대상업종

노동부는 최초 근로자파견법의 입법을 추진하는 과정에서는 "컴퓨터요원, 동시통역, 사무보조원 등 각종 전문인력을 기업체에 파견, 근무케 하는 인력파견업체를 효과적으로 관리·감독하고 소속근로자를 보호하기 위해 관련법규의 연내 제정을 여·야당과 협의중"이라고 밝히고 있다.¹⁾ 그리고 금회의 법제정에서는 파견사업의 적용대상업무에 관하여 ① 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 그 대상으로 하고(파견법 제5조 제1항), ② 제1항의 규정에 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다고 정하고 있다(파견법 제5조 제2항). 다만, ① 건설공장현장에서 이루어지는 업무나 ② 각각의 법에 의하여 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, ③ 선원법에 의한 선원의 업무, ④ 산업안전보건법에 의한 유해하거나 위험한 업무, ⑤ 기타 근로자보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령으로 정한 업무에 대해서는 근로자파견을 제한하고 있다(동항 각호). 하지만 실태조사의 결과에 따르면 파견근로는 직종·업종을 불문하고 확대일로에 있으며 따라서 사실상 전근로자의

고용상태에 미치는 영향이 크다.

근로자파견법에서 적용대상업종의 결정은 근로자파견법의 적용범위의 결정 문제이므로, 적용대상업종의 결정은 실질적으로는 근로자파견법의 정책적 정당성을 좌우하게 된다. 또한 근로관계에 있어서 균등대우의 원칙과 관련해서도 문제된다. 현재 파견근로자가 종사하는 업종을 본다면 점차 제조업체의 비중이 높아지고 있기는 하지만, 서비스업·사무직에서의 활용이 여전히 높은 비중을 차지하고 있다. 그런데 서비스업·사무직의 경우에는 대부분 여성근로자로 충당되고 있는데 이는 남녀근로조건의 균등의 차원에서 문제될 소지가 있으며 여성의 노동시장의 참여를 장기적으로는 오히려 저해하는 요인이 될 것이다.

2) 근로조건·복지혜택 등에 있어서 정규직과의 격차 해소

(1) 파견근로자의 임금수준은 정규직에 비하여 72%(1992년 한국노동연구원 조사 결과) 50.3만원, 80%(1997년 한국노동연구원 조사) 82.7만원으로 다소 상승하고 있기는 하지만, 여전히 낮은 수준이며 특히 파견근로자중에서도 남성근로자와 여성근로자의 임금차별이 크게 나타난다. 사회보장제도는 1992년 조사 결과에서는 의료보험·국민연금은 80~90% 정도가 보장받고 있으나 산업재해보상보험을 사용사업자가 부담하는 경우는 드물며 특히 사내건강진단, 근로자재산형성저축 등의 복지혜택에 대해서는 40% 수준에 그치는 것으로 나타나고 있다.

(2) 임금 등 근로조건의 격차 해소는 법리적으로는 동일노동 동일임금으로 대표되는 균등대우라는 규범적 요청에 따른 것이다. 하지만 파견근로자에 대한 노동보호의 소홀은 저임금→저고용안정성→저능률→저생산성이라는 악순환의 고리를 낳을 가능성이 농후하다.²⁾ 또 근로조건에 있어서의 차별은 파견근로시간, 파견근로자와 정규근로자 사이에서 위화감과 갈등을 조성함으로써 계량화되지 않은 비용을 수반하게 된다.

따라서 규범적 요청에서 더 나아가 경제적인 효율성의 측면에서도 근로조건에 있어서의 균등원칙의 확인이 필요하다. 그리고 이는 파견근로자의 근로조건에 대한 실태조사 및 노동과정에 대한 체계적인 모니터링에 근거한 노동과학적인 평가에 근거하여 임금격차를 해소할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다.

파견법에서는, 현실적으로는 파견근로자와 동일한 업무를 수행하는 사용사업의 동종근로자와 '임금'의 차별적 처우가 있을 수 있으므로, 부당한 차별적 대우를 금지하는 규정을 신설하고 있다(법 제21조). 그리고 파견계약의 해석상의 다툼을 줄이고 그 내용을 명시하도록 하는 것이 실질적으로 파견근로자의 보호를 도모하는 실질적인 방안이 될 수 있기 때문에 파견법에서는 근로자파견계약에 "파견근로자의 업무내용, 근무하는 사업장의 명칭·소재지, 파견기간·시업시각·종업시각·휴게·휴일·휴가에 관한 사항, 근로자파견의 대가 등"을 명시하며, 파견근로자의 동의 없이 파견할 수 없도록 하는 방안(법 제20조, 제24조 제2항)을 제시하고 있다.

3) 파견기간 장기화의 방지

(1) 장기화로 인한 폐단을 방지하기 위하여 파견사업의 유효기간과, 파견기간을 제한하는 방안이 초기의 법안에서부터 제기되어 왔다. 또한 파견법에서는 파견기간의 장기화로 인한 폐단을 방지하기 위하여 ① 특정지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무의 경우에는 1년 이내로 하되, 다만 파견사업자·사용사업자·파견근로자간의 합의가 있을 경우에 1회에 한하여 1년 범위 내에서 연장이 가능하도록 하며, ② 2년을 초과하여 계속사용시 2년 기간이 만료된 날의 다음날부터 직접 고용한 것으로 간주하는 안을 제시하고 있다(법 제6조 제1항·3항). 그리고 출산·질병·부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간, 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월 이내의 기간(합의로 1회 연장 가능)으로 한정된다고 정하고 있다(법 제6조 제2항).

그러나 1992년 한국노동연구원의 조사 결과에 따르면 파견기간은 1년 이상인 경우가 대부분이며(85.8%), 파견기간이 종료되더라도 재계약하는 경우가 98.4%에 달하고 있어서

파견기간의 제한이 명목상의 것으로 그칠 가능성이 높다. 외국의 입법례에 비추면다면, 1년은 지나치게 장기적이어서 파견근로자의 보호에 미흡하다. 하지만 사용사업자는 원래 대체성이 강한 업무에 파견근로자는 활용하기 때문에 기간전 신규 파견근로자로의 대체, 일시해고후 재고용 등의 편법을 통하여 얼마든지 파견근로자를 장기간 활용할 수 있을 것이다. 제도적으로는 파견기간이 장기에 걸쳐 계속되는 경우 사용사업자에 대해서 고용을 강제하거나 간주하는 등의 조항을 두는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이지만 근로자파견법이 궁극적으로 이 문제를 완전히 해결하는 것은 불가능할 것이다. 어쨌건 파견근로의 장기 활용을 통하여 사용 사업자가 노동법상의 책임을 회피하기 위한 수단으로 남용할 경우에 대비하여 파견기간에 대해서 좀더 엄격한 제한이 필요하다.

(2) 파견법은 근로자파견제가 중소기업의 인력난 해소에 도움이 될 것이라는 가정에서 출발하고 있다. 그러나 그동안 근로자파견업체를 보면 재벌기업들이 자회사 및 출자회사의 형태로 자체적으로 설립한 파견업체가 상당수에 이르고 있으며, 근로자파견법이 법제화 될 경우 대기업에서는 그동안 자제하고 있었던 파견업체의 설립이 폭주할 것이 예상된다. 그런데 이들 업체는 근로자파견을 하는데 있어서도 특정기업과의 연고를 중시하는 파견 관행을 보이고 있다. 따라서 대기업의 자회사· 계열회사들이 오히려 파견근로를 중심으로 한 노동시장에서 자본력을 바탕으로 한 독점적인 지위를 강화할 우려도 있는바, 오히려 단기적으로는 중소기업에서의 인력난이 가중될 우려마저도 있다. 하지만 이를 근로자파견법 자체에서 규제하는 데에는 역시 한계가 있을 수밖에 없을 것이다.

이에 파견법에서는, 특정한 기업만을 대상으로 근로자파견사업을 행할 수 없게 규정하여 모기업의 인력채용 전담을 목적으로 하는 파견회사의 설립을 금지하는 방안(법 제9조 제1항 제2호)을 제시하고 있는 것도 이 때문이다.

4) 정규근로자로의 전환

근로자파견법제의 도입을 찬성하는 논거 중의 하나가 근로자파견법이 파견근로를 합법화하여 파견근로의 확대 자체가 고용기회를 확대하는 것은 물론이고 파견근로가 정규직 취업형태에 대한 유효한 준비수단으로 기능한다는 주장이다. 하지만 이는 파견근로의 이용이 노동비용의 절감에 있음을 고려한다면 사실과는 다르다. 또한 파견법상 아무리 정규직으로의 전환이 인정된다고 하더라도 파견근로 자체가 정규직보다는 채용·해고에 있어서 유연성을 확보하는 데 있고 파견근로의 동기가 자발적이라면 정규직으로의 전환을 원할 이유가 없으며 반대로 그 동기가 비자발적인 경우에는 정규직으로의 전환이 인정된다는 것은 의제(擬制) 이상의 의미는 없다. 더군다나 실태로서 보급되어 있는 파견근로의 업종이 단순생산·업무보조·경비·청소 등이라는 점을 감안한다면 정규직으로의 전환 가능성에는 더욱 의문이 있다.

결국 근로자파견제의 법제화에 있어서 정규직 근로자로의 전환으로 고려할 수 있는 형태는 근속기간의 장기화에 따라 일정한 요건하에서 사용 사업자와의 근로계약의 장기화에 따른 근로계약 성립의 의제이다. 다만, 그 입법화에 있어서는 사용사업자의 채용의 자유와의 관계에 비추어 사용 사업자의 회피수단을 완전히 봉쇄하는 것은 사실상 불가능할 것이다.

오히려 문제는 노동계에서 우려하고 있듯이 파견법이 지향하고 있는 바와 같이 근로자파견제는 파견근로자의 정규화보다는 정규근로자의 파견화를 더욱 촉진하는 효과가 있다. 단시간근로와는 달리 파견근로는 근로자의 입장에서는 정규직으로의 취업 가능성이 있는 한 하등 근로조건에 있어서 유리한 점이 없기 때문에 별 매력을 갖지 못한다.³⁾ 문제는 파견근로의 확보가 보장되는 한, 기업은 정규직 노동력을 자연감원 등에도 불구하고 보충하지 않으면서 정규직이 담당하던 업무를 파견근로로 대체하는데 있다. 만일 이에 대한 대응책을 법규범적으로 받아들인다면 결론은 근로자파견제의 금지 이외에는 없을 것이다. 즉 기업으로 하여금 모든 노동력의 활용을 정규직 형태로만 가능하게 하지 않는 한, 이와 같은 기업의 노동력 유연화 전략 자체를 금지할 수는 없으나 파견법의 적용대상업종에 대한 규제를 통하여 간접적인 규제는 가능할 것이다.

5) 산업재해 및 산업안전보건

앞서 파견근로의 법적 구성에서 보았듯이 파견근로자에 대한 사용자책임이 3면계약관계에서 분절됨으로써 결과적으로 파견근로자를 보호영역으로부터 방치하게 되는 대표적인 예가 바로 산업재해 및 산업안전보건이다. 주지하듯이 산업재해보상제도는 사후적인 책임인 데 비하여, 산업안전보건제도는 사전적인 책임이다.

파견법에서는 ①파견사업자와 사용사업자가 모두 사용자의 지위에 있음을 명시하되

②안전보건상의 사업주책임 및 근로시간·휴게·휴일 등 구체적인 운용에 관하여는

사용사업자에게 책임이 있고 ③고용관계의 당사자는 파견사업자이므로

임금·재해보상·건강진단실시의무 등은 파견사업자가 책임을 지도록하여 산재 책임소재의 불분명으로 보상·치료 등에서 불이익을 당하는 일이 없도록(법 제34조 제1항) 하는 방안을 제시하고 있다.

하지만 이러한 규정 자체에서도 상정하고 있듯이 예방 및 사후관리가 이원화될 수 밖에 없으며, 산재근로자가 재해보상 이외의 민사배상 등의 구제절차를 밟을 경우 그 책임한계가 불분명하게 될 우려가 있다.

따라서 산업재해발생률에 따라서 산재보험요율이 결정되는 경험요율제도를 취하는 현행 산업재해보상제도하에서는, 사용사업체가 사업안전보건조치를 소홀히 하여 발생하게 되는 산재의 증가와 그 결과인 산재보험료의 인상이 파견사업자에게 귀속되는 결과가 된다. 이는 사용사업자에게 산재예방활동의 철저화를 기한다는 경험요율제도의 본래적 취지와는 반한다. 또 산재보험료와 같은 사회보험비용의 증가는 사용사업자로부터 파견사업자에게 지급되는 보수로부터 충당될 것이기 때문에 궁극적으로는 파견근로자의 임금 저하로 연결될 가능성이 높다. 따라서 산재보험료의 산정에 있어서 경험요율제도를 파견근로의 실태에 맞게 재조정할 필요성이 크다.

6) 직업훈련

현재 기업의 노동력 유연화 전략은 근로자의 기능·기술향상을 통한 기능적 유연성과 근로시간의 조절, 외부노동시장의 규율과 같은 수량적 유연성으로 나뉘어진다. 이 중 장기적인 기업발전을 위해서는 전자를 지지하는 직업능력개발 및 직업훈련이 필요하다는 것이 지적되고 있다. 하지만 기업으로서는 단기적으로 외부노동시장의 파견근로를 활용하여 기업의 직업훈련비용을 절감할 수 있는 손쉬운 방법을 제공하겠지만 이는 장기적으로는 숙련·기술축적의 미흡으로 인하여 기업경쟁력의 약화를 초래할 것이다. 그리고 국가의 차원에서 공공직업안정기능이 저해되리라는 점은 쉽게 예측할 수 있다.

따라서 근로자파견제도의 도입에 있어서는 기업의 기능적 유연성 제고까지도 동반할 수 있는 제도적 보장이 필요하다. 그 구체적인 제도화 방법으로는 정규직 근로자의 직업훈련보다 파견근로자의 직업훈련에 대해서 기업의 비용중립화의 견지에서 사내직업훈련으로서 적극적인 의의를 부여하고 그에 대한 세제 및 보조금·노하우의 제공 등의 방법을 동시에 강구하는 것이 바람직하다. 다만 이는 어디까지나 공공직업안정의 요청에서 비롯되는 것이며 이미 파견근로의 활용을 통해서 모집·채용·훈련비용의 절감효과를 누리고 있는 사용사업자에게 이중적인 혜택을 의미하는 것은 아니다. 따라서 그 제도화에 있어서는 공적 보조의 남용을 방지할 수 있는 조치가 동시에 강구되어야 한다.

7) 행정감독의 정책의지

노동부는 1993년부터 1996년 상반기까지의 기간 동안 용역업체에 대해서 478개소 공급중지, 155개소 사용사업체의 직접채용 지시, 20개소에 대해서 고발조치했다고 한다.⁴⁾ 그러나 근로자파견법에 대한 그동안의 노동계의 반발도 상당한 부분은, 중간착취의 성격을 갖고 현존하는 탈법적인 고용관행을 합법화한다는 것이었다. 그러나 그동안 직업안정법에 따라 노동력공급사업의 국가독점 및 노동조합에 대한 예외적 허용의 원칙에 대한 중대한 예외를 인정하는 것을 골자로 하는 근로자파견법의 제정에 있어서는 특히 감독행정의 실효성을 확보할 수 있는 방안이 필요했다.

파견법에서는 ① 법에서 허용하는 업무 이외의 업무에 파견근로자를 사용하거나, 무허가

파견사업자로부터 근로자를 파견받아 사용하면 파견사업자뿐만 아니라 사용자도 동시에 처벌하도록 하며(법 제5조, 제43조 제1호, 제44조 제1호), ② 법률 또는 관련 명령·처분에 위반이 있을 경우 허가취소·사업정지 등의 제한을 가하도록 하고 있다(법 제12조 제1항).

8) 집단적 노사관계

근로자파견제도가 법제에 의해 도입될 경우 예상되는 근로자파견의 양적인 확대는 우선 사용자내에서의 집단적 노사관계에 대해서도 직접적인 영향을 미치게 될 것이다. 하지만 대부분의 노동조합이 기업별 조직 형태를 취하고 있으며 나아가 조직대상에 있어서도 정규종업원만을 대상으로 한다는 점을 감안한다면,³⁾ 파견근로자가 사용자내의 노동조합에 가입하는 것은 상정하기 어려우며 앞으로 개정 노조법상의 유예기간이 경과한 이후에는 사업장단위의 복수노조의 설립이 허용된다고는 하나 이들이 별도의 노동조합을 조직하리라고 쉽사리 단정할 수도 없다.

그리고 파견사업체 자체에서 노동조합이 조직되어 있다고 하더라도 그 조직물 자체가 지극히 낮아서(5~10% 정도) 근로삼권이 실질적으로 보장되어 있지 않다. 더군다나 소수이기는 하지만 사용자내에는 노동조합의 조직 약화를 위해 파견근로자를 활용하는 예까지 나타나고 있다. 따라서 「근로자파견법의 추진방향」(1996년 8월)에서는 ① 파견근로자가 사용자내에서도 노동조합에 가입하거나 노동조합을 결성하여 사용자내와 관련되는 근로조건에 관하여 사용자내와 단체교섭 등 노조활동을 할 수 있도록 명시하고(법안 제32조), ② 파견근로자가 정당한 노조활동을 했을 경우 이를 이유로 파견사업자와 사용자내가 파견계약을 해지할 수 없도록 하여 노조활동 약화를 방지하도록 규정하며(법안 제24조), ③ 근로자파견 대상업무를 한정하고, 직접생산공정업무 등에서는 파견근로를 할 수 없게 하며, 또 남용의 우려가 있는 일시적·간헐적 업무에 근로자 파견시 근로자대표의 의견을 듣도록 규정하고 쟁의행위중인 사업장에 쟁의행위에 영향을 끼칠 목적으로 근로자파견을 할 수 없도록 규정하는(법안 제5조, 제18조, 제48조) 등의 방안을 제시하고 있었다.

그러나 파견법에서는 위와 같은 내용 중 ③에 대해서만 규정하고 있을 뿐이다(법 제5조, 제16조). 따라서 노동계에서 우려하고 있는 바와 같이, 파견근로로 인한 근로삼권의 약화와 근로삼권에 대한 실질적 보장에 대한 문제해결이 시급하다.

궁극적으로 집단적 노사관계에 있어서 파견근로자의 보호는 개별적인 사안에 있어서 그 사업장의 실태에 적합하도록 앞서 지적한 바와 같이 감독행정을 통하여 적극적으로 대응하리라는 정책의지의 문제에 달려 있다고 하지 않을 수 없을 것이다.

또 1997년 노동법 개정의 큰 특징의 하나로 노사협의체도의 강화를 들 수 있는데, 이러한 개정 취지에 비추어 노사협의회 근로자위원의 선출에 있어서는 사용자내(사업장) 내에서 파견근로자가 차지하는 비중에 상응하는 정도의 근로자위원의 선출이 보장될 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

주석 1) 한국경제신문, 1993. 2. 15.

주석 55) 1980년대 미국 의료업계에서 간호직·간호보조직에 파견근로자가 확대되는데 대해서 국제서비스노련(Service Employees International Union)이 심각한 우려를 표명했던 것도 이 때문이다.

주석 2) 1980년대 미국 의료업계에서 간호직·간호보조직에 파견근로자가 확대되는데 대해서 국제서비스노련(Service Employees International Union)이 심각한 우려를 표명했던 것도 이 때문이다.

주석 3) 근로자파견제 도입론 중에는 파견근로형태가 근로자의 입장에서 본인에게 적합한 근로조건·근로시간·근로장소 등을 선택할 수 있는 가능성을 확대시켜 준다는 것이 있다. 그러나 이는 극소수의 전문직을 제외하고는 실태에 전혀 부합되지 않는다.

주석 4) 노동부가 1996.10.1. 국회에 제출한 국정감사 자료.

주석 5) 한국노총 중앙연구원, 「1996년 단체협약 분석」에 나타난 직종별 조합원의 범위에 관한 단체협약 규정의 실태를 보면, 같은 비전형 고용형태 중에서도 임시직, 수습중인 자, 촉탁직에

대해서는 어느 정도(각 33.22%, 29%, 24.6%) 나타나는데 비하여 파견직(용역직 포함)을 조합원 범위에 포함시키는 단체협약은 드물다(2.64%).

3. 요약 및 소결

이상 살펴본 바에 따라 근로자파견법의 정책과제는 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 근로기준법의 일반원리와 의 관계를 명확히 하여야 한다. 즉, 파견법의 규율을 받지 않으면서도 파견법의 적용을 회피할 것을 목적으로 하는 탈법적인 유사 파견형태에 대한 규제가 행해져야 할 것이다.

둘째, 어떤 나라이건 파견법을 입법화함에 있어서는 적용대상업종의 결정이 문제로 된다. 왜냐하면 근로자파견이 근로자측의 선호에 있다기보다는 사용자측이 수량적 유연화 수단의 일환으로 파견근로를 선호하기 때문이다. 따라서 정규직 근로자의 고용에 대한 위협, 파견근로자 본인의 근로조건 보호를 위해서라도 파견법의 적용대상이 되는 업종은 - 다시 말해서 노동력 공급사업의 국가독점 내지는 중간착취의 금지 원칙에도 불구하고 - 예외적으로 금지의 해제라는 점이 밝혀져야 한다.

셋째, 파견법의 성패는 파견근로자에게 근로조건에 있어서의 균등원리를 어느 정도까지 실질화하는가에 달려 있다. 그러나 근로조건에 대한 규율은 면밀한 현실분석에서 시작되어야 하므로, 이제까지의 조사 결과를 토대로 하되 균등대우의 구체화를 위한 기준을 획득하기 위한 실태조사에 입각한 것이어야 한다.

넷째, 직업훈련·산업재해·사회보장 등의 영역에서 파견근로자는 취약한 지위에 놓여 있다. 특히 산업재해로부터의 보호는 더욱 그러하다. 따라서 이러한 제도적인 보장에 있어서 파견근로자의 보호에 미흡함이 없도록 관련제도의 개선이 필요하다. 예컨대 ① 사용자측은 파견근로로 인하여 확보한 노동비용의 절감을 직업훈련 등으로 전환시키도록 유도할 수 있는 방침이 제시되어야 한다. 노동력의 수량적 유연화가 갖는 한계를 인식한다면 단기간의 이익을 위해서 노동력의 수량적 유연화를 선호한 사용자측에게 보다 적극적인 기능적·질적 유연화로 유도할 수 있는 직업훈련 등에 대한 일정한 의무 내지는 촉진조치가 강구되어야 한다. ② 산업재해에 있어서 사용자책임의 분절을 해소할 수 있는 방안으로 산재보험요율을 산정에 있어서의 특례를 마련하는 것이 바람직하다. ③ 이제까지 파견근로자는 특히 사회보험 중에서도 산업재해의 위험에 노출되어 있다. 하지만 사후적인 보상에 있어서도 파견사업자는 그 규모가 영세한 경우가 많다. 그러므로 산재보상 책임에 있어서는 사용자측의 책임을 확대하여야 할 필요가 있다.¹⁾

다섯째, 이상 모든 문제를 포괄할 수 있는 것이기는 하나, 파견근로자의 보호를 위해서는 감독기관의 적극적인 감독행정이 무엇보다도 필요하다. 그간 근로자파견제 도입으로 예상되는 효과에 대해서는 많은 지적이 있었다. 하지만 그 결과는 서로 크게 상반된 경우가 많았으며 앞으로 근로자 파견법의 입법·시행에 있어서는 예상치 못했던 효과들까지도 출현할 것이다. 따라서 앞으로 감독행정도 일정한 합리적인 기준을 중시하면서도 신속·단호하게 대처할 수 있는 적극적인 정책의지가 필요하다고 본다.

주석 1) 예컨대 파견사업자에게 자력(資力)이 충분하지 않은 경우에는 일정한 요건·범위하에서(모자회사·계열회사 등) 사용자측에게 연대책임을 인정하는 방법이 있을 것이다.