

비정규근로의 법리

오문완

사회과학부 법학전공

<요 약>

산업구조가 고도화되고 노동력구조가 변화함에 따라 점차 고용·취업형태가 다양화하고 비정규근로자가 늘어나게 된다. 또한 정부로서는 실업문제에 대한 대책으로 단시간근로를 널리 활용하고자 한다. 그런데 이러한 '고용·취업형태의 다양화현상'의 결과 종신고용제나 연공서열형 임금체계 등 통상적인 근로자를 기반으로 한 종래의 고용관행이 붕괴되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되기도 한다. 또한 이러한 현상은 이른바 정규근로자의 보호를 주로 염두에 두고 만들어진 현행 노동법제와 노동법학에 대해서도 새로운 문제를 제기하고 있다.

이 글에서는 임시근로, 단시간근로, 파견근로, 하도급근로, 가내근로 등 비정규근로 형태로 일하는 근로자들에 대한 처우와 관련된 법적 쟁점을 살펴보았다. 그 결과 비정규근로자에 대한 법적 보호가 필요하고, 특히 동일가치노동에 대한 동일한 보수를 포함한 균등처우원칙의 정립이 절실하다는 결론을 얻었다.

A legal theory of atypical work

Oh, Moon-wan

Professor of Law

<Abstract>

With the adjustment of Korea's industrial structure and changes in the composition of the labour force, the patterns of employment are becoming diversified and the number of atypical workers are increasing. While most governments are able to cope with the burgeoning unemployment rate that of late has become an urgent issue, part-time work is now the subject of attention as an appropriate countermeasure against joblessness.

However as the patterns of employment are becoming diversified, workers worry about

that the life-time employment system and seniority-based wage scheme may be collapsed. And the existence of atypical workers makes us to reconsider the labor law structure as now.

We examined the legal status of atypical workers who work in the form of such as fixed-term contract, part-time work, temporary help service, subcontract work, and homework. And we arrived at the conclusion that the atypical workers should be protected and that the principle of equal treatment including fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind should be established.

I. 머리말 - 비정규근로의 문제상황

산업구조가 고도화되고 노동력구조가 변화함에 따라 점차 고용·취업형태가 다양화하고 파견 근로자, 하도급근로자, 단시간근로자와 같은 비정규근로자가 늘어나게 된다. 또한 정부로서는 실업문제에 대한 대책으로 단시간근로를 널리 활용하고자 한다.

이렇듯 비정규근로자가 증가하는 원인은 어디에서 찾을 수 있을까? 이에 대해서는 크게 보아 노동수요와 노동공급 및 정부의 노동정책이라는 세 가지 측면에서 설명할 수 있겠다.¹⁾

우선 기업의 노동수요 측면에서 들 수 있는 것이 극소전자화(ME화)와 서비스경제화의 진전에 따른 비정규근로에 대한 수요증가이다. ME화는 종래 하나의 직종으로 통합되어 있던 업무를 보다 전문적인 직종과 그다지 기능을 요하지 않는 직종으로 분화하였고, 이에 따라 각 영역에서는 노동력확보의 어려움을 타개하기 위해서 또는 경비절감 등을 위해 비정규근로에 대한 수요가 증가하고 있다. 그리고 서비스경제화 역시 업무량의 단기적 변동에 대한 탄력적 대응 또는 근로시간 단축 움직임 속에서의 영업시간의 연장을 위해 비정규근로에 대한 수요를 촉진시키고 있다. 더욱이 기업간 경쟁이나 국제경쟁의 심화에 따라 기업은 감량경영의 이름 아래 고정인건비를 절감하려고 함으로써 비정규근로자에 대한 수요는 한층 늘고 있다. 요컨대 노동수요측면에서는 산업구조의 고도화와 정보산업화의 진전 등에 따라 필요한 전문인력을 적기에 확보하고, 인력관리·임금관리면에서의 유연성을 확보하기 위하여 일정 업무를 파견근로, 단시간근로, 하도급근로 등으로 해결하려는 경향이 보이고 있다.

다음으로 노동공급 측면에서 들 수 있는 것이 여성화, 고령화, 고학력화 등으로 불리우는 노동력 구조의 변화이다. 이에 따라 고용기간의 일시성, 근무시간의 탄력성 등을 확보할 수 있는 비정규적 형태의 근무를 원하곤 한다. 일부 전문직·기술직 근로자들은 특정 직장에 얽매이지 않고 자신의 지식과 기술을 자유롭게 활용하려는 경향도 나타나고 있다. 특히 학생이나 주부, 고령자들의 사회참가의욕이 높아지고 있는데, 이들은 학교생활이나 가사·육아의 필요 내지는 체력적인 이유에서 자신의 형편에 맞는 근로시간과 근무일을 선택하고자 하고 이러한 욕구를 충족시키킬 수 있는 비정규적인 고용형태를 선호하곤 한다.²⁾

한편 노동력의 수요와 공급측면에서의 이상과 같은 요인과 함께 비정규근로의 증가 원인으로 또 하나 들 수 있는 것이 정부의 노동정책이다. 최근 들어 우리 사회에는 취업난과 구인난이 함께 병존하는 인력수급의 불균형현상이 나타났고 정부는 이에 대한 대처방안으로 기존의 실업해소를

1) 오문완, 「시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구」(서울대학교 박사학위논문), 1994, 1~3쪽 참조.

2) 제조업부문 단시간근로자의 구성을 보면 중장년여성과 고령노동력이 상대적으로 많이 진출하고 있어, 이들이 한계근로자(marginal workers)의 성격을 가지면서 젊은 노동력의 제조업 기피로 인한 공백을 보완하고 있는 현실을 확인할 수 있다(어수봉, 「노동시장변화와 정책과제」, 한국노동연구원, 1991, 63쪽 참조).

중심으로 한 소극적 고용정책에서 탈피하여 산업간 노동력 이동의 촉진, 유휴노동력의 활용, 직업안내와 직업소개의 체계화 등 이른바 종합적 고용정책을 적극적으로 추진하고 있다. 특히 중소기업을 중심으로 심화되고 있는 인력난에 대처하기 위해서는 유휴노동력의 활용이 매우 필요하다고 판단하고 이를 위한 효율적인 방안으로서 단시간근로의 활성화 등 비정규근로의 확대를 염두에 두고 있는 것으로 보여 비정규근로자는 더욱 늘어날 전망이다.³⁾

그런데 이러한 ‘고용·취업형태의 다양화 현상’의 결과 종신고용제나 연공서열형 임금체계 등 통상적인 근로자를 기반으로 한 종래의 고용관행이 붕괴되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되기도 한다. 또한 이러한 현상은 이른바 정규근로자의 보호를 주로 염두에 두고 만들어진 현행 노동법제와 노동법학에 대해서도 새로운 문제를 제기하고 있다. 다음의 신문기사가 그 문제점을 여실히 드러내고 있다.

<임시직이 정규직 밀어낸다>

임시직이 정규직을 일터에서 밀어내고 있다. 기업들이 시간제나 일용 계약직 채용을 늘리는 반면 정규직을 줄이거나 새로 뽑지 않아 임시직 비중이 크게 늘어나고 있다. 최근 명예퇴직의 찬바람이 불어치고 있는 은행들은 「빈 자리」를 시간제 근로자들로 채우고 있다.

조흥은행의 시간제 근로자수는 작년말 4백95명에서 9월말 5백40명으로 늘었으며 △상업(5백51명) △제일(5백49명) △서운은행(5백10명) 등 4개은행을 합해 1천 8백 58명에서 2천 1백 50명으로 2백 92명이 증가했다. 이와 함께 용역직원의 숫자도 크게 늘어나는 추세. 이에 따라 15개 시중은행의 비정규직원은 지난 8월말 1만 1천명을 넘어선 것으로 나타났다. 이는 정규직원의 14%에 이르는 규모.

은행을 비롯해 기업들이 비정규직원을 선호하는 것은 정규직의 60% 미만의 급여만 주고도 고압인력을 쉽게 확보할 수 있기 때문. 최근 극심한 취업난을 반영, 시간제 채용에도 대졸자들이 크게 몰리는 현상도 비정규직을 늘려 뽑는 한 요인이 되고 있다. 노사간 문제가 줄어들다는 점도 기업측엔 매력적인 요소다.

백화점과 할인점 등 유통업계의 경우에도 전체 직원중 파트타임 등 임시직이 15~20%를 차지, 3년전의 10% 안팎에 비해 비중이 크게 높아졌다. 서울의 한 백화점은 2, 3년전에 비해 정규직 사원의 숫자가 10% 정도 감소한 반면 일용직 사원의 비율은 5% 가량 높아졌다. 관측과의 경우 정규직 사원은 35명에서 1년새 5명이 줄었는데 충원을 하지 않고 시간제 아르바이트생을 쓰고 있다. 이 백화점 관계자는 “임시직이 정규직에 비해 인건비를 20~30% 이상 절약할 수 있어 임시직을 더 뽑고 있다”고 말했다.

통계청은 지난 4~6월 1년 미만의 계약직이나 파트타임 근로자 수가 6백 6만명으로 1년전에 비해 40만명(7%) 늘어난 반면 정규직은 7백 26만명으로 2% 줄었다고 밝혔다.

이같은 임시직의 증가는 정규직과의 「노노(勞勞)마찰」을 빚는 등 부작용을 낳고 있다. 지난 봄부터 여직원의 대부분을 계약직으로 쓰고 있는 한 증권사의 경우 정규직 여사원들 상당수가 “임시직과 같이 대우한다”는 이유로 퇴사하기도 했다. 이 증권사의 한 지점장도 “임시직과 정규직 간에 알력이 있어 관리에 애를 먹고 있다”고 말했다. 이모씨(31·백화점 대리)는 “임시직이 많아지면서 임금인상 등 근무조건 개선 등을 위한 직원들 간의 결속이 잘 안된다”고 불만을 나타냈다.⁴⁾

II. 비정규근로의 특징

비정규근로자란 종래의 정규(전형; typical)근로자에 대비되는 의미에서 사용되는 용어인데, 정근로자는 다음과 같은 속성을 지니고 있다.⁵⁾ ① 근로자의 지위는 사용자에게 종속적이다. 즉,

3) 경제기획원, 「여성인력 등 유휴인력활용과 직업안정기능 확충방안」(1991.8).

4) 동아일보 1997.10.10.일자 7면.

5) 김성환, 「비정규노동에 관한 연구」, 한국노동연구원, 1992, 15-16쪽 참조.

사용자와 근로자가 근로계약을 맺으면 근로자는 사용자의 지시를 수행할 자세를 갖추어야 한다. ② 근로계약은 특별한 사유가 없는 한 기간을 정하지 않은 상용고용이다. ③ 근로시간은 전일제(full-time)이다. ④ 근로시간의 배분은 균일하고 근로장소가 일정하다. ⑤ 임금은 월급으로 지급한다. ⑥ 법과 단체교섭에 의해 임금을 보장받을 수 있고 노동조합과 같이 고용의 안정성을 보장받을 수 있는 장치가 있다. 그리고 근로자의 이해관계는 노동조합과 같은 대표기구를 통해 집단적으로 보호받는다. ⑦ 임금의 수준은 숙련도와 (기업내) 근속년수에 의한다.

비정규근로는 이러한 정규적인 특징들에서 벗어나는 형태의 근로라고 할 수 있겠다. 비정규근로 혹은 주변적 근로(contingent work)의 개념 징표로는 대략 다음과 같은 것을 들 수 있다. 첫째로, 고용보장이 희박하고 그 근로관계는 임시적이다. 둘째로, 근로시간의 변동이 크데, 그 변동은 근로자가 원하기 때문에 바뀌는 것이라기 보다는 사용자가 그때 그때 바꾸기를 바라기 때문에 그러한 결과를 초래하는 것이다. 셋째로, 복리후생 혜택이 없거나 그 수준이 미미하다는 점 등이다.⁶⁾ 이는 그만큼 개별 근로자와 기업간의 결합도가 낮다는 것을 의미하는데 정규근로자와 비정규근로자의 차이를 도표화하면 다음과 같이 정리할 수 있다(표 1 참조).⁷⁾

<표 1> 노사간의 결합도 스펙트럼

종신 고용 모델 (강한 결합도)	비정규 근로 모델 (약한 결합도)
<ul style="list-style-type: none"> · 근로자는 한 기업에서 모든 경력을 보낸다. · 노사는 서로 깊은 관련성을 가지고 장기간에 걸쳐 서로 책임을 진다. · 근로자는 자신의 장래를 회사의 운명과 연계시키고 회사와 강한 일체감을 가진다. · 사용자는 근로자에게 (예를 들어 숙련 개발, 교육·훈련 등) 인적 자본 투자를 할 강한 인센티브를 가진다. 	<ul style="list-style-type: none"> · 노사는 아주 짧은 기간을 규율하는 계약을 체결한다. · 노사는 서로간의 관련성이 결여되어 장기적으로 볼 때 아주 높은 정도의 유연성과 자유를 가진다. · 근로자는 자신의 장래를 특정 사용자의 운명에 연계시키지 않는 바, (사용자가 아니라) 그들의 직업에 강한 일체감을 가진다. · 사용자는 특정 근로자에게 중요한 인적 투자를 할 인센티브가 없다. 다만, 인적 자본 투자를 제공하는 시스템을 지원할 수는 있다.

이를 보다 상세히 설명하자면 다음과 같다.

첫째로, 정규근로자의 고용은 계속적이고 규칙적임에 비해 비정규근로자의 고용은 단속적이고 불규칙적이다. 즉, 정규근로자는 고용에 기간의 정함이 없는 종신고용관행 아래 고용이 보장되고 있는 동시에 노동시장에서의 이동성이 거의 없고 근로시간도 고정적이다. 더욱이 이러한 정규근로자의 기본적인 지위는 법률과 취업규칙, 그리고 단체협약에 의해 강화되고 있다. 이에 비해 비정규근로자는 고용에 기간의 정함이 있는 경우가 많고 계약이 반복갱신되고 있다 하여도 종신고용의 관행 아래 있는 것은 아니고 신분적으로 불안정하고 계약의 해지와 기간만료에 의한 종료는 고용의 단절을 낳으며 노동시장에서의 이동이 빈번하고 근로시간도 변동적이다.

6) A. E. Polivka & T. Nardone, "On the definition of 'contingent work' ", *Monthly Labor Review*, Dec. 1989, 9~12쪽 참조.

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

둘째로, 연공제도는 일반적으로 정규근로자에게만 적용된다. 연공제도는 장기근속자의 임금을 확실하게 증가시킬 뿐만 아니라 교육훈련과 승진기회의 증가, 책임과 결정권한의 증가에 결부되어 있다. 이에 비해 비정규근로자는 연공제도에서 배제되고 있기 때문에 임금의 증가만이 아니라 승진에서도 배제되고 고용의 계속에 따른 근로관계의 전개를 기대할 수 없는 지위에 있다.

셋째로, 정규근로자의 근로계약에서 일반적으로 발견되는 고용의 계속을 전제로 한 보호규정이 비정규근로자에게는 결여되어 있다. 정규근로자의 경우 사고와 질병 때 그 지위와 급여를 보장하는 제도가 마련되어 있지만 비정규근로자는 그 대상에서 제외되어 있다. 그리고 통근수당을 제외하고는 각종 수당이 지급되지 않는 경우가 많고 기업내의 복리후생시설의 이용 등에 관해서는 차별이 없다 하여도 기본적인 근로자로서의 지위와 신분의 보호라는 관점에서는 정규근로자와는 구별되고 있다.

이러한 특성을 보이는 비정규근로자가 우리나라에 어느 정도의 규모로 존재하는지 정확한 통계수치를 제시하기는 어려운 듯하다. 다만, 노동연구원에서 조사한 바에 따르면 대략 아래 표와 같은 비율인 것으로 추정된다(아래 <표 2>에 따르면 30인 이상 사업체에 종사하는 근로자 500만⁸⁾-617만⁹⁾명의 10.3%에 해당하는 52만-64만명이 비정규근로자인 셈이다. 물론 영세사업장까지 포함시키면 그 수는 엄청나게 늘어날 것으로 여겨진다. 최근에는 비정규근로자의 규모가 정규근로자를 능가한다는 지적도 나오고 있다).

<표 2> 취업형태별 근로자 비율

(단위:%)

산업\취업형태	정규직	파견근로	파트타임	임시·일용	계약직	기타	합계
전체*	89.7	3.75	0.80	2.16	1.59	1.18	100.0
제조업*	93.5	2.02	0.52	2.00	0.48	0.94	100.0
서비스업*	83.9	6.70	1.14	2.00	3.47	1.56	100.0
중소규모*	88.7	4.06	1.00	2.50	2.12	0.77	100.0
대규모*	91.3	3.75	0.55	1.30	0.71	1.89	100.0

주) * 수치는 취업비율(취업비율=존재확률×당해 사업체 비율)

- 존재확률 : 각 취업형태가 사업체에 존재할 확률

각 취업형태 존재사업체수/응답업체수

- 당해 사업체 비율 : 전체 취업자수에 대한 각 취업형태 근로자수의 비율

자료) 정인수, 「취업형태 다양화와 정책과제」, 한국노동연구원, 1997, 20쪽.

Ⅲ. 비정규근로의 유형과 법적 평가

이러한 비정규근로에는 어떠한 근로 형태들이 포함되는지 그 관심영역에 따라 다양한 분류를 시도하고 있는데, 이 글에서는 임시근로, 단시간근로, 파견근로, 하도급근로, 가내근로로 나누어

8) 통계청의 「한국통계월보」에 따른 1995년 현재 수치.

9) 노동부의 「사업체통계조사」에 따른 1995년 현재 수치.

보기로 한다. 이들 근로형태로 일하는 근로자들에 대한 처우와 관련된 법적 쟁점은 다음과 같다.

1. 임시근로

임시근로자의 법적 지위에 관해서는 그 고용의 계속성이 관건이 되는데 1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 근로계약의 효력에 관한 대법원판결(대법원 1996.8.29. 선고 95다5783 전원합의체 판결)이 눈길을 끈다. 그 판결요지는 다음과 같다.

근로기준법 제21조10)는 「근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.」고 규정하고 있는 바, 그 입법취지는 장기의 근로기간을 정함으로 인하여 근로자가 퇴직의 자유를 제한당하게 됨으로써 장기간 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지할 목적으로 근로자 보호를 위하여 1년을 초과하는 근로계약기간 부분의 근로관계에 있어서 근로자에게 퇴직의 자유를 보장하려는 것에 있고, 근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과한 뿐 「근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건」을 의미하는 근로기준법 제20조 소정의 근로조건에 해당하지 아니하므로 근로계약 당사자는 원칙적으로 이를 임의적으로 정할 수 있으며, 따라서 1년을 초과하는 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 성함 자체는 유효하므로 약정기간 범위 내에서는 사용자는 근로기준법 제21조를 근거로 단순히 근로자에게 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고 다만 근로자로서는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있다 할 것이며, 한편 근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다.

이 판결은 1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 경우에 그 근로계약은 1년의 계약기간을 가진 근로계약으로 인정되고, 그 이후의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것으로 보아야 한다는 기존의 판례¹¹⁾법리를 변경하였다. 그런데 이 논리에 따르면 당사자가 원하는 고용기간을 설정할 수 있다는 장점이 있는 반면 임시근로자의 법적 지위가 장기간 고착된다는 문제점이 있다.¹²⁾ 입법론으로는 “근로자의 퇴직의 자유를 보장하고자 하는 근로기준법 제 23조의 입법취지가 현 시점에서는 퇴색되었으므로 계약직 근로의 활성화를 위해 동 규정을 ‘근로자의 직장보호’와 ‘기업활동의 유연화’라는 두가지 목적이 달성될 수 있도록 합리적으로 개정할 필요가 있다. 즉 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 것으로 하되 예외적으로 유계계약으로 할 수 있는 경우를 법에 명시하여야 할 것”이라는 주장이 있다.¹³⁾

이 판결을 포함하여 현재 기간의 정함이 있는 근로계약에 관한 근로기준법의 규정 및 이에 근거한 대법원판례상의 규율은 다음과 같이 정리할 수 있겠다. 우선 그 기간을 1년이내로 정한 경우에는 당해 계약이 반복갱신된 경우를 제외하고는, 기간을 설정한 이유를 묻지 않고 합법적이며, 정해진 기간이 만료됨으로써 근로관계는 자동적으로 종료한다. 둘째, 1년을 초과하는 기간을 정한 경우에도, 대법원 1996. 8. 29 선고, 95다5783 전원합의체 판결에 의하면, 그 계약기간의 정함 자체는 유효하기 때문에, 약정기간 범위 내에서는 사용자는 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자로서는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있다. 그리고 근로계약기간을 정한 경우에는 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그

10) 현행 근로기준법 제23조.

11) 대법원 1989 7. 11. 선고 88다카21296 판결.

12) 이철수, “1년을 초과하는 근로계약 기간을 정한 근로계약의 효력”, 「경영계」 1997년 4월호 참조.

13) 김소영, 「다양한 고용형태에 대응한 법적 대응」, KLI 내부보고서, 1997.

기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다. 셋째, 근로계약의 기간이 만료된 후 근로자가 사실상 노무를 계속제공함으로써 행해진 묵시적 갱신의 경우에, 이후의 근로조건과 기간은 이전의 근로계약상의 그것과 동일하다.¹⁴⁾ 넷째, 기간을 정하여 채용된 근로자라 할지라도 장시간에 걸쳐 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바 없게 되는 것이고 그 경우에 사용자가 정당한 사유없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다.¹⁵⁾

이러한 판례법리는 비판을 받고 있다. 근로계약의 기간에 관한 근로기준법 제23조의 취지¹⁶⁾를 근로자의 고용보장이라는 측면을 부각시켜 재해석하여야 한다는 것이다. 즉 “기간을 정하지 않은 근로계약의 체결을 원칙으로 하면서, 사용자측의 특수한 사업목적이나 근로자의 진정한 요구 또는 사업상의 일시적·임시적 특별수요에의 대응 등 예외적인 경우에 기간의 정함을 인정하되, 그 기간의 길이는 기간 설정의 일시적·예외적 목적에 비추어 원칙적으로 1년으로 제한하는 한편, 건축·토목업에서와 같이 특정한 사업의 완료에 필요한 기간을 설정할 수요가 많은 경우에는 1년을 초과할 수 있도록 한 것”으로 보아야 한다는 반론¹⁷⁾이다.

이 해석법리에 따르면 기간의 정함이 있는 근로계약은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 첫째, 1년 이하의 기간을 정한 경우에도 기간 설정에 객관적이고 합리적인 이유가 있는 경우에는 원칙적으로 기간의 만료에 의해 근로관계는 종료되는 것이지만, 기간 설정의 객관적·합리적 사유가 없는 경우에는 처음부터 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 보아 기간의 만료에 의해 자동적으로 근로관계가 종료되는 것은 아니고 해고의 정당한 이유가 있어야 한다. 둘째, 1년을 초과하는 기간을 정한 경우에는 일정한 사업의 완료에 필요한 경우를 제외하고는 탈법을 목적으로 한 것으로 애초부터 기간을 정하지 않은 근로계약이 체결된 것으로 보아야 한다. 셋째, 계약기간 만료후 사실상의 노무제공으로 인한 묵시적 갱신이 이루어진 경우에, 이후 계약기간은 최후의 갱신시에도 기간 설정의 객관적·합리적 이유가 존재하는가에 따라 판단하여야 한다. 넷째로, 계약의 반복갱신에 의해 기간 설정이 무의미하게 되었다면 당해 계약은 기간의 정함이 없는 근로계약으로 되고, 이후의 갱신거절은 실질적으로 해고에 해당하기 때문에 갱신거절에 의해 근로관계가 종료되기 위해서는 근로기준법 제30조 제1항에서 요구하는 ‘정당한 이유’가 있어야 한다.¹⁸⁾

2. 단시간근로

아직까지 우리나라에서는 단시간근로가 크게 부각되고 있지는 않지만, 구미 각국에서는 이미 중요한 근로형태로서 자리잡고 있는 실정이다. 우리나라에서도 꾸준히 단시간근로자가 증가하고 있고 특히 90년대 들어 증가속도가 빨라지고 있다. 1994년 현재 단시간근로자수는 58만명으로 전체근로자(1,230만명) 중 4.7%가 단시간근로자로 나타났다(표 3 참조).

14) 대법원 1986. 2. 25. 선고, 85다카2096 판결.

15) 대법원 1994. 1. 11. 선고, 93다17843 판결.

16) 보통 이 조항의 입법의도는 인신구속이나 강제노동을 막는다는 것, 근로자의 퇴직의 자유를 보장한다는 것, 근로자에게 근로계약의 재검토 기회를 준다는 데 있다고 설명한다. 강성태, “기간의 정함이 있는 근로계약의 규율”, 「노동법학」 제7호, 1997, 181-2쪽 참조.

17) 강성태, 앞의 글, 189쪽.

18) 강성태, “단시간근로의 노동법적 보호”, 서울대학교 노동법연구회 정기세미나(1997.9.) 자료, 16쪽 참조.

<표 3> 주요국의 단시간근로자 비율

(단위: %)

연도 \ 국가		독일	프랑스	영국	미국	일본	한국
1979	계	11.4	8.2	16.4	16.4	15.4	3.6
	남	1.5	2.4	1.9	9.0	7.5	
	녀	27.6	16.9	39.0	26.7	27.8	
1983	계	12.6	9.7	19.4	18.4	16.2	3.2
	남	1.7	2.6	3.3	10.8	7.3	
	녀	30.0	20.0	42.4	28.1	27.8	
1990	계	13.2	12.0	21.8	16.9	17.6	4.2
	남	2.1	3.5	5.0	10.6	8.0	
	녀	30.6	23.8	43.8	25.2	31.9	
1994	계	15.8	14.9	23.8	18.9	21.4	4.7
	남	3.2	4.6	7.1	11.5	11.7	
	녀	33.1	27.8	44.4	27.7	35.7	

자료: 통계청, 「1992 고용구조조사보고서」
 통계청, 「경제활동인구연보」 각년도
 OECD, *Employment Outlook*, July 1995

단시간근로의 문제점 가운데 특징적인 것 몇 가지를 들면, 첫째로 기업에서 유사(명목상의; pseudo) 단시간근로자를 널리 활용하고 있다는 점을 지적할 수 있다. 단시간근로자를 활용하는 본래의 목적은 유희노동력의 활용, 특히 기혼여성의 경우 가정과 직장을 병존시킬 수 있는 고용형태로서 활용한다는 것인데, 유사 단시간근로자의 활용은 이러한 기본취지를 변질시키고 있다는 것이다. 즉, 유사 단시간근로자의 경우 장시간의 연장근로가 상태화하여 통상근로자와 유사하게 근로시키면서 인건비를 절감하기 위해 낮은 임금, 부당한 대우를 하므로써 단시간근로자의 활용에 장애요인이 되고 있다(예컨대 주 30시간 근무기로 계약한 단시간근로자가 주 12시간의 시간외 근무를 하는 경우에도 주 44시간을 넘지 않으므로 법정시간외 근로수당을 받지 못하고 있으며 상여금, 수당 등도 차등지급되고 있는 실정이다). 둘째로, 단시간근로자가 통상근로자를 대체하는 경향이 나타나고 있다. 통상근로자가 퇴직하면 그 자리를 단시간근로자가 대신하게 되면서도, 이들은 정규직으로 채용되지 아니하여 고용불안이 초래되고 있다는 것이다. 금융노련 내부 자료에 따르면, 1994년 은행의 신규채용자중 단시간근로자 채용이 63.2%이며, 고졸자가 맡는 단순 업무를 단시간근로로 대체하고 있다고 한다. 셋째로, 단시간근로자는 국민연금, 고용보험, 직장의료보험 등 각종 사회보장제도의 보호대상에서 제외되어 생활의 안정을 기하기가 어렵다. 넷째로, 통상근로자로 조직된 기존 노조의 조합규약에서 단시간근로자를 가입대상에 포함시키지 않는 예가 많아 단시간근로자의 보호가 불충분하다는 문제를 안고 있다.¹⁹⁾

이런 문제를 해결하고자 노동부는 1992.1.4. 「시간제근로자의 근로조건보장에 관한 지침」(근기

19) 노동부 근로기준국, 「파트타임 고용의 활성화 방안 검토」, 1996 참조.

32003-2호)을 정하였으나 별다른 호응을 얻지는 못했다. 개정 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제 5309호)은 단시간근로자의 정의와 함께 근로조건 보호에 관한 규정을 신설하였다. 이 법에서는 우선 근로기준법상 단시간근로자를 「1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자」라고 정의한다(제21조). 단시간근로자의 근로조건은 「당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정」토록 하고, 그 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 동법 시행령에 위임하고 있다(제25조). 이에 따라 근로기준법 시행령은 단시간근로자의 근로조건 기준을 다음과 같이 정하고 있다(제9조 제1항과 별표1의 2).

첫째, 근로계약의 체결에 관하여 「사용자가 단시간근로자를 고용할 경우에는 임금·근로시간 기타의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부」하여야 하는데, 「단시간근로자의 근로계약서에는 계약기간, 근로일, 근로시간의 시작과 종료시간, 시간급임금 기타 노동부장관이 정하는 사항이 명시되어야 한다」는 것이다(1호). 통상근로자의 경우에도 사용자는 근로계약체결시에 근로조건을 명시하여야 하고 특히 임금의 구성항목, 계산방법 및 지급방법에 관해서는 서면으로 명시하여야 한다(근로기준법 제24조 및 동법 시행령 제8조 참조). 그러나 단시간근로자는 이것만으로는 그 지위의 불안정성과 근로조건 불명확성이 제거되지 않기 때문에 근로기준법 시행령에서 특별히 사용자에게 대하여 근로조건을 명시한 근로계약서의 작성과 교부의무를 부과한 것이라고 해석된다.

둘째, 단시간근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하되, 시간급임금을 일급통상임금으로 산정할 경우에는 1일 소정근로시간수에 시간급임금을 곱하여 산정토록 한다. 임금계산의 기초가 되는 「단시간근로자의 1일 소정근로시간수는 4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일수로 나눈 시간수로 한다」(2호). 이는 근로기준법상의 각종 수당의 계산이 시간급임금이나 일급임금을 기초로 한 경우가 많기 때문에 정해진 것이다.

셋째, 사용자가 단시간근로자에게 초과근로를 시키기 위해서는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용과 정도를 명시하여 근로자의 동의를 받아야 한다. 실제로 이루어진 초과근로에 대해서는 당사자 사이에 가산임금을 지급할 것인지 여부를 약정토록 하고 있다(3호).

넷째, 휴일·휴가의 적용에 관해서는 4호에서 다음과 같이 규정하고 있다. ① 사용자는 단시간근로자에게 대하여 근로기준법 제54조의 규정에 의한 유급휴일을 주어야 한다. ② 사용자는 단시간근로자에게 대하여 법 제57조의 규정에 의한 월차유급휴가 및 법 제59조의 규정에 의한 연차유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 유급휴가는 「통상근로자의 월차 또는 연차유급휴가일수×단시간근로자의 소정근로시간/통상근로자의 소정근로시간×8」로 계산한 시간단위로 하고 1시간 미만은 1시간으로 본다. ③ 사용자는 여자인 단시간근로자에게 대하여 법 제71조의 규정에 의한 유급생리휴가 및 법 제72조의 규정에 의한 산전후휴가를 주어야 한다. 이 경우 통상근로자와 휴가일수에 차이를 두어서는 아니된다.

다섯째, 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과는 별도로 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성할 수 있도록 하고 있다. 이렇게 별도의 취업규칙을 작성하거나 이를 변경하고자 하는 경우에는 적용대상이 되는 단시간근로자 과반수의 의견을 들어야 하고, 특히 취업규칙을 단시간근로자에게 불이익하게 변경하고자 하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다. 단시간근로자에게 적용될 별도의 취업규칙이 작성되지 아니한 경우에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용되고, 취업규칙에서 단시간근로자에게 대하여 적용이 배제되는 규정을 두거나 달리 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따르도록 한다. 주의할 것은 어떠한 경우라도 근로시간수에 따른 비례적 평등을 정한 근로기준법 제25조 제1항의 취지(균등처우원칙)에 반하는 내용이 포함되어서는 안된다는 것이

다(5호).

한편 근로기준법 제25조 제3항은 「1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 이 법의 일부 규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있다」고 규정하여 일부 단시간근로자를 근로기준법의 보호에서 배제시킬 수 있는 근거를 설정하고 있다. 이를 근거로 현재 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에게는 퇴직금제도, 유급휴일, 월차유급휴가 및 연차유급휴가제도가 적용되지 않는다(동법 시행령 제9조)²⁰⁾

예전에 비하여 현행 근로기준법령은 단시간근로자의 법적 위상을 분명히 하고 있다고 생각된다. 그러나 현행법제 역시 문제를 안고 있다. 특히 다음과 같은 점을 지적할 수 있겠다. 우선 단시간근로자의 단결권이나 안전보건에 관하여 이들도 통상근로자와 똑같은 보호를 받는다는 것을 분명히 할 필요가 있을 것이다. 다만, 사회보장과 관련해서는 극소시간근로자(예컨대 주 8시간 미만 근로자)를 일정 기간 보호의 대상에서 제외하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그리고 이들 극소시간근로자에 대해서도 합리적인 구별이유가 없을 때는 휴업수당이나 퇴직금이 동종(또는 유사) 업무에 종사하는 통상근로자와 동일한 임금을 및 승급률로 계산한 금액(시간급의 경우에는 시간당 임금)으로 지급되어야 한다.

고용관리와 관련해서는 특히 근로시간에 관한 관리를 엄격하게 하여 단시간근로자가 時間支配權을 누릴 수 있도록 하여야 한다. 특히 단시간근로자에게는 자신에게 주어진 시간을 어떻게 활용하는가 하는 게 주된 관심사이므로 초과근로의 제한이 중요한 과제이다. 따라서 초과근로시간의 총량을 미리 제한하는 한편 실근로시간과 소정근로시간의 차이를 가능한 한 감축함으로써 초과근로를 활용하려 하는 사용자의 의도를 제약해야 한다. 또한 단시간근로 제도의 취지를 살리기 위해서는 초과근로수당과 관련하여 단시간근로자에 대해서는 소정근로시간을 넘는 초과근로(즉, 법정내 초과근로)에 대해서도 초과근로수당을 지급토록 하여야 할 것이다. 요컨대 사용자가 통상근로자를 고용하는 대신 단시간근로자를 고용한 후 이들을 유사 단시간근로자로 활용하는 것²¹⁾을 막는 게 중요하다.

단시간근로와 통상근로 사이의 전환을 인정하는 조치도 필요하다. 통상근로자가 단시간근로로의 전환을 요구할 때 사용자는 합당한 이유없이 이를 거부하지 못하도록 하고, 단시간근로자가 통상근로로의 전환을 요청할 때 사용자는 신규채용 때 이들에게 우선권(기대권)을 주도록 한다. 이 두 근로형태 사이의 전환조건은 현행 법령의 틀 속에서 노사가 자율적으로 정하도록 한다. 단시간근로의 활성화를 위한 전제조건(육아휴직제도의 정비와 사용자에게 대한 원조조치 등)의 구비를 위한 노력 역시 중요하다.²²⁾

3. 파견근로와 근로자 공급

근로자파견은 자신이 고용하는 근로자를 타인의 지휘명령하에서 일하도록 하는 것으로 인력용역업체를 연상하기 쉽다.²³⁾ 기존 노동법이론에서 볼 경우 그것은 근로자와 사용자라는 2자관계로

20) 강성태, 앞의 글, 4-5쪽 참조. 이를 조항에 근거하여 단시간근로자에 대한 대우의 기본원칙인 균등처우 원칙은 틀을 잡은 것으로 해석된다. 이는 예컨대 단시간근로자가 동일가치의 근로 즉 직종, 작업내용, 기능, 책임, 노동밀도, 능률 등의 점에서 동등한 노무를 제공하고 있는 한 동등한 근로조건으로써 대우토록 하여야 한다는 것을 뜻한다(다만, 단시간근로자에 대해 근로조건에 격차를 두는 것에 합리성이 있다는 것을 사용자측이 입증할 수 있다면 차별이라고 볼 수 없다. 다시 말해 합리적인 이유 없는 차별만 금지된다).

21) 특히 15시간 미만의 단시간근로자의 경우 그 폐단이 클 것으로 예견된다.

22) 오문완, “단시간근로자의 법적 지위”, 『노동법학』 제7호, 1997, 70-71쪽 참조.

구성되던 종래의 노사관계에서 근로자, 파견사업주, 사용자사업주라는 3자관계를 예외적으로 인정하는 것인데, 예전에는 직업안정법에 의해 근로자공급사업의 한 유형으로 파악되어 금지되고 있었다.²⁴⁾ 그리고 이를 위반할 때는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금으로 처벌되었다(직업안정법 제47조).

먼저 근로자파견과 근로자 공급의 관계에 대한 이해가 필요하다. 1993년의 근로자파견법안이 나오기 전까지 근로자파견은 넓은 의미의 근로자 공급의 일종으로서 파악되었으나, 이 법안이 나오면서 양자는 구별되게 되었다. 즉 근로자 공급이란 자신의 지배 하에 있는 근로자를 직접 타인에게 고용시키는 것만을 지칭하는 것으로 바뀌었다. 근로자파견에서는 파견근로자와 파견사업주 간에만 근로계약관계가 성립하고 근로자와 사용자사업주 즉 파견을 받은 사업주 사이에는 직접적인 근로계약관계가 성립하지 않는 데 비해서, 근로자 공급에서는 근로자 공급을 받아 이를 사용하는 사업주와 근로자 사이에 직접적으로 근로계약관계가 성립하는 점에서 양자는 근본적으로 차이가 있다.²⁵⁾ 근로자파견법²⁶⁾으로 합법화된 것은 근로자 파견뿐이고 근로자 공급, 특히 국내 근로자 공급사업은 여전히 직업안정법 제33조에 의해 금지되어 있다.

현재 우리나라 근로자파견사업의 규모가 어느 정도인지 정확한 수치는 알 수 없다. 다만 노동부가 노사관계개혁위원회에 제출한 자료에 따르면 파견에 해당하는 근로자수는 합법, 비합법을 포함하여 45-55만명 정도로 추산된다. 이 가운데 직업안정법에서 노동조합에 인정하는 근로자(조합원)공급사업²⁷⁾과 경비²⁸⁾·청소²⁹⁾·기술용역사업(엔지니어링기술진흥법) 등에 30-40만명 정도가 파견되어 있고, 나머지 15만명 정도가 사무보조업무나 생산직, 건물의 시설관리 등에 파견되어 있다고 한다.³⁰⁾ 그런데 노동부 관계자는 실제 노출되지 않은 파견근로자수까지 감안할 때 그 수는 훨씬 많을 것이라 한다. 어쨌든 파견근로는 빠른 속도로 확산되고 있는 것으로 보인다.³¹⁾

이렇듯 개념이 혼동스럽고 그 단속이 법적으로나 현실적으로도 한계가 있다는 점도 불법파견근로를 확산시키는 데 한 몫을 하고 있다고 지적된다. 현행 직업안정법은 근로자공급사업을 하는 자만 처벌하고 파견사업자가 불법적으로 공급해주는 근로자를 사용하는 사용자에 대해서는 아무런 제재가 가해지지 않고 있기 때문이다.³²⁾ 그나마 불법파견사업주를 처벌하는 것 자체도 형평상의 문제가 지적된다. 근로자공급사업 중 경비·청소용역사업은 합법화시켜 주면서 여타 공급사

- 23) 지난 1993년에 국회에 상정되었던 「근로자 파견사업의 적정한 운영 및 파견근로자보호에 관한 법률」안은 ‘근로자 파견’이란 “자기가 고용하는 근로자를 타인의 지휘명령을 받아 타인을 위하여 근로에 종사하게 하는 것을 말한다”고 정의하였다(법안 제2조).
- 24) 직업안정법 제33조와 동법 시행령 제33조는 노동조합에 한해 노동부장관의 허가를 받아 국내 근로자공급사업을 할 수 있도록 하고 있다.
- 25) 김유성, “신고용정책시대의 몇 가지 과제”, 「노동법연구」 제4호, 1994, 6-7쪽.
- 26) 1998.2.20. 법률 제5512호로 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」이 제정되었다. 이 법의 제정 여부에 대해서는 그간 끊임없이 논란이 있었는데, 최근 특히 IMF 위기라는 미증유의 경제적 어려움을 겪으면서 노동시장의 유연화 대책의 일환으로 제정을 보기에 이르렀다.
- 27) 현재 이 사업을 행하고 있는 노동조합은 전국적으로 34개가 있고 이 가운데 31개가 향운노조라고 한다.
- 28) 경비용역법 제4조에서 지방경찰청장의 허가가 있을 때 합법적인 경비용역(파견)이 가능하다.
- 29) 공중위생법 제4조 2항은 시장, 군수, 구청장에게 신고하고 청소용역을 가능토록 하고 있다.
- 30) 그런데 한국노총 30만명, 한국경총 10-15만명, 인재파견협회 40-50만명 등 관련단체의 추정치는 상당한 차이를 보이고 있다. 정인수박사는 그 규모를 21만 6,580명으로 추정하고 있다(「파견근로의 실태와 정책과제」, 한국노동연구원, 1998, 8쪽 주 6 참조).
- 31) 윤성천, “한국에서의 근로자파견의 법제화 문제”, 「노동법학」 제6호, 1996, 152쪽.
- 32) 일본 직업안정법 제5조 6항은 “이 법률에서 근로자공급이라 함은 공급계약에 의거하여 근로자를 타인의 지휘명령을 받아 근로에 종사시키는 것을 말하며 근로자파견법 제2조 제1호에서 규정하는 근로자파견에 해당하는 것을 포함하지 않는 것으로 한다.”고 하여 근로자파견과 근로자공급을 구분한 후 노동부장관의 허가받은 노동조합 이외의 자가 근로자공급사업을 할 때는 공급자와 수요자(사용업자) 모두에게 규제를 가한다(동법 제44조, 제45조).

업에 한해서 처벌한다는 게 합당한가 하는 점이다.³³⁾

근로자파견에 대한 이해를 위해서는 그 법제화 논란에 대해 검토할 필요가 있다. 제도 성립의 배경과 역사를 검토함으로써 현행 제도의 해석과 집행의 틀(단초)을 찾을 수 있기 때문이다. 우선 근로자파견을 규제하는 것이 위헌인지 여부에 관한 논란이 있었다.³⁴⁾ 그런데 직접 관련된 것은 아니지만 직업소개사업을 규제하는 문제에 관한 헌법재판소 판결³⁵⁾이 어느 정도 이 문제에 대해 답하고 있다고 여겨진다. 이 사안의 청구인들은 현행 직업안정법 제33조에 해당하는 구법(직업안정 및 고용촉진에 관한 법률) 제10조가 헌법 제15조가 보호하고 있는 직업선택의 자유를 침해하고 기본권제한에 관한 한계를 정한 헌법 제37조 2항 위반이라고 주장하였다. 이에 대해 헌법재판소(다수의견)는 다음과 같이 이 조항의 합헌성을 밝히고 있다. 이러한 헌법재판소의 태도에 비추어 근로자파견을 규제하는 법제도가 위헌이라고 평가받기는 어려울 듯하다. 결국 근로자파견의 법제화 여부는 입법정책의 문제라 하겠다.

직업소개업은 그 성질상 사인이 영리목적으로 운영할 경우 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건 저하, 공중도덕상 해로운 직종에의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자의 피해, 인권침해 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성이 매우 크므로 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받아야만 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이라고 할 것이고 그것이 직업선택자유 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다. …… 위임조항인 같은 법 제10조 제2항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다[헌법재판소 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정; 1995.11.30. 선고, 94헌바40, 95헌바13 결정(병합) 참조]. …… 직업안정법의 전반적 체계와 일정한 업에 종사하는 자의 직업소개사업의 겸업 금지규정(제11조), 직업소개사업의 결격사유규정(제19조의 2) 등에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 확정할 수 있고, 한편 위에서 본 바와 같이 허가는 금지된 영업의 자유를 회복해 주는 것이고, 유료직업소개업의 허가기준을 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 더욱 더 구체적으로 허가기준을 정하지 아니하였다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수도 없다.

근로자파견법 제정에 대하여 한국노동법학회 소속 회원들을 대상으로 한 설문조사결과를 보면, 응답자의 32.8%가 반대의견을 보이고 있는데 반하여 62.3%는 엄격한 조건 아래서 법제정을 찬성하고 있다. 4.9%는 업종범위와 파견기간에 대해서 광범위하게 인정되어야 한다는 입장이다.³⁶⁾ 또 KDI 부설 국민경제연구소가 언론계, 학계, 노사관련 전문가 865명을 대상으로 한 설문조사결과를 보면 응답자의 71.5%가 파견근로의 법제화가 필요하다는 응답을 했다고 한다. 이들 통계를 참조 삼아 노동계에서도 무조건 법제정 자체를 반대할 것이 아니라 법제정을 통해서 현재의 잘못된 근로실태를 근본적으로 시정하려는 쪽으로 전략을 바꾸는 것이 현명한 태도라는 지적이 있다.³⁷⁾ 근로자파견에 대해서는 크게 세가지로 의견이 대립되고 있었다.

첫째는, 기업측을 중심으로 하는 합법화 찬성론 내지 파견사업 육성론이다. 이 견해는 파견은

33) 윤성천, 앞의 글, 154쪽. 그런데 실제로는 노동부가 불법 파견근로를 적발하여 이를 직업안정법상의 불법 근로자공급사업으로 처벌을 요청해도 검찰이나 법원에서는 기소유예나 선고유예가 아니면 기껏 약간의 벌금형 정도로 처리되고 있다고 한다.

34) 이 문제는 현재 헌법재판소에서 논의 중이다.

35) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바14 전원재판부 결정.

36) 한국노동법학회, 1996년도 춘계학술발표회 자료집 「노동법개정방향에 대한 회원의견조사 발표」(1996.6.26), 113쪽.

37) 윤성천, 앞의 글, 157쪽 주 10).

인력수요와 공급이라고 하는 노동시장의 자생적 요구에 의해 발생한 것으로 파견은 기업의 비정규인력 수요에 대응하고 근로자의 직업 탐색비용을 줄여 인력수급의 효율화에 기여하고, 고용의 유연성을 제고하여 노동비용을 절감하는 등 기업의 경쟁력 제고에 필요하며, 또한 유휴인력에 취업기회를 확대하고, 현장의 직업정보 및 훈련기회를 제공하여 신규취업자의 정규직 취업을 돕는다는 이유를 제시하고 있다.

둘째는, 노조측을 중심으로 하는 합법화반대론이다. 이 견해는 파견은 원칙적으로 중간착취로서 금지되어야 하며, 파견사업을 허용한다는 것은 국가의 고유임무인 직업알선과 소개를 사적인 이윤추구로 넘기는 국가의 책임방기행위라고 본다. 특히 파견은 외국의 예에서 보듯이 상용근로자의 고용안정을 파괴하고, 이중 노동시장 구조를 발달시켜 파견근로자들을 불안정하고 열등한 근로조건에 방치하고 정규직으로의 진출을 방해하며, 나아가 노동조합활동을 방해하고 노조의 조직력을 약화시키며 노사관계에도 악영향을 미치게 하고, 다른 한편에 있어 파견근로자들의 기업에 대한 결속의식의 약화·기술수준의 저하 등에 의해 장기적으로는 기업의 경쟁력에도 나쁜 영향을 미칠 것이라는 이유를 제시한다.

셋째는, 파견근로실태라고 하는 현실을 고려한 제한적 합법화론이다. 이 견해는 현재에도 상당수 근로자가 파견업의 형태로 취업하고 있으며 또한 이러한 형태는 국가의 감독에도 불구하고 계속 증가할 것으로 보이기 때문에 제한적으로 파견사업을 허용하자고 하는 주장이다. 이 견해는 파견사업에 대해 전면적으로 금지할 경우 법의 사각지대를 만들어 파견근로자의 지위를 도리어 불리하게 할 수 있다는 것을 논거로 하였다.³⁸⁾

노동법학계에서는 세 번째 견해가 많은 지지를 받은 것으로 여겨진다. 파견업에 종사하는 근로자의 상당수가 정규직으로의 진출을 원한다는 점을 감안할 때 적어도 노동공급이라는 측면에서는 파견근로가 자발적인 선택이라기보다는 비자발적 요인이 더 크다는 것은 분명한 듯하다. 때문에 이를 허용할 것인가에 대해서 신중한 검토를 하지 않으면 안될 것이다. 그런데 이 제도를 완전히 금지하는 것이 바람직한가의 여부를 떠나 장기적으로 실제 이를 완전히 없앨 수 있는지는 의문이다. 불법 노동시장을 형성하게 하는 것은 누구에게도 바람직하지 않은 일이고 그런 점에서 제한적 합법화론이 힘을 얻은 것이라고 생각된다. 다만, 입법의 시기 즉 합법화 내지 양성화의 시기는 우리의 경제발전단계, 파견업의 실제 등을 고려하여 신중하게 선택하여야 한다는 점이 지적되었다. 그 어떠한 입법보다도 그 성질상 입법의 사전준비(전문가집단의 연구, 관계자의 의견수렴, 공청회의 개최 등)가 필요하기 때문에 졸속으로 처리할 것이 아니라 사전준비를 거쳐 법제화도록 하여 파견사업의 부정적 영향을 최소화할 수 있도록 해야 한다는 것이다. 아울러 파견사업의 합법화와는 별도로 국가의 고용창출·촉진 및 직업소개사업은 더욱 확충되어야 하며 장기적으로는 이러한 사업 자체(변형된 형태이겠지만)를 국가 내지 지방자치단체가 담당하도록 해야 할 것이라고 한다.³⁹⁾

이러한 논란을 거치면서 특히 1997년말부터 몰아닥친 IMF 사태라는 미증유의 경제적 어려움이 계기가 되어 근로자파견법은 성립되었다. 그 개괄적인 내용은 다음과 같다. 우선 '근로자파견'이라는 개념을 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용자업주의 지휘·명령을 받아 사용자업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것이라고 정의하였다(동법 제2조 1호).

파견대상업무는 두 종류로 나뉘는데, 전문지식과 기술, 경험 등을 필요로 하는 업무는 대통령령

38) 파견근로의 제도화에 대한 논의는 김소영, 「고용형태 변화에 따른 노동법적 대응」, 한국노동연구원, 1995, 66-68쪽 참조.

39) 김유성, 앞의 글, 15-17쪽.

으로 정하는 업무가 그 대상이 되고(positive system) 단순업무의 경우에는 출산이나 질병, 부상 등으로 결원이 생기거나 임시적·간헐적으로 인력확보가 필요할 때 법령으로 금지하는 업무를 제외하고는 파견대상이 되도록 한다(negative system). 후자의 경우 사용자업주는 노동조합 또는 근로자대표와 사전에 성실히 협의하여야 하고, 건설현장업무, 항만·철도 등의 하역업무, 선원업무, 유해·위험업무 등에서는 근로자파견이 허용되지 않는다(동법 제5조).

파견기간은 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무는 1년 이내를 원칙으로 하되, 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있을 경우 1회에 한하여 1년 더 연장이 가능하다. 출산·질병·부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유가 해소되는 데 필요한 기간 동안 파견이 가능하다. 계절적 요인 등 일시적 사유로 인력확보가 필요한 경우에는 3월 이내를 원칙으로 하되, 당사자간의 합의로 1회에 한하여 3월 더 연장이 가능하다(동법 제6조). 파견근로자 사회전체의 시각에서 볼 때 긍정적인 평가를 받을 수 있는 가장 큰 이유는 고용시장의 확대 내지 고용창출에 있다. 달리 말하자면 파견근로의 도입이 기존 정규근로자에게는 부정적인 효과가 없다는 것이 전제가 되어야 한다. 때문에 파견이 허용될 수 있는 사업과 기간에 제한을 두는 것은 필수적이라고 하겠다.⁴⁰⁾

근로자파견사업은 노동부장관의 허가를 받아야 가능한데, 근로자파견사업의 허가를 받기 위해서는 근로자파견사업을 적정하게 수행할 수 있는 자산과 시설 등을 갖춰야 하며 근로기준법, 직업안정법 등을 위반하여 처벌을 받은 자에게는 일정 기간 허가가 제한된다. 허가의 유효기간은 3년으로 하되, 3년후 갱신이 가능하다(동법 제7조-제10조). 한편 근로자파견법은 근로자파견의 제한에 관하여 규정하고 있는데, 파견사업주는 쟁의행위중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 근로자를 파견해서는 안되고 사용자업주는 경영상의 이유로 해고를 한 후 그 업무에 일정 기간 파견근로자를 사용해서는 안된다(동법 제16조).

파견근로자의 보호를 위하여 법은 파견사업주와 사용자업주의 의무에 관하여 정하고 있다. 그 내용은 파견중인 근로자의 임금·재해보상 등에 관한 사용자의 의무는 파견사업주가 부담토록 하고, 근로시간·휴게·휴일 및 산업안전보건법상의 의무는 사용자업주가 부담한다는 것이다(동법 제23조-제33조). 한편, 파견근로자를 사용하기 위해서는 사용자업주와 파견사업주간에 근로자파견계약을 서면으로 체결해야 하는데, 동 계약서에는 파견근로자가 행할 업무의 내용, 근무하는 사업장의 명칭과 소재지, 파견기간, 근로자파견의 대가 등이 포함되어야 한다. 파견사업주가 근로자를 파견할 때에는 동 계약의 내용을 근로자에게 미리 알려줘야 한다(동법 제20조).

그런데 근로자파견법이 제정·시행된 지 얼마 지나지도 않아 입법론을 편다는 게 적절할지는 모르겠지만, 적어도 현행법에 다음과 같은 사항은 보완될 필요가 있다. 첫째로, 파견사업주의 임금체분 등 일정한 사유가 있는 경우에는 사용자업주에게도 연대책임을 지우는 방안이 검토되어야 할 것이다. 둘째로, 파견근로자의 노동기본권이 보장되어야 함은 물론이다. 이 경우 파견근로자의 노동기본권이 실효성있게 행사될 수 있도록 일정한 경우 사용자업주도 집단적 노사관계법상의 사용자로서의 지위에 있음을 확인할 필요가 있고, 파견근로자들의 자조적인 단체에게도 파견계약에 관한 참가권을 보장하여야 할 것이다.⁴¹⁾

40) 김유성, 앞의 글, 16쪽 참조.

41) 김유성, 앞의 글, 16-17쪽 참조.

4. 사내하도급

근로자 공급과 근로자 파견의 구분이 애매한 것처럼 도급과 근로자 파견의 개념도 애매하다. 근로자 파견과 하도급은 공급자가 근로자와 고용관계를 맺는다는 점에서 동일하지만, 지휘감독의 주체가 공급자인가 사용자체인가 하는 점이 다르다. 즉 근로자의 지휘감독 주체가 공급자이면 하도급이고, 사용자체인면 근로자 파견이 된다.

본래 도급이란 민법상의 의미로는 일의 완성을 목적으로 하는 노무공급계약인데, 실제로는 발주기업으로부터 업무를 주문받은 기업이 자신이 직접 고용한 근로자를 직접 지휘감독하여 작업을 마치고 발주자로부터 그 대가를 받는 형식으로 이루어진다. 따라서 수급기업은 독립된 사업체이며 근로계약 책임과 사용자 책임은 원칙적으로 수급기업이 맡는다. 그런 점에서 도급은 근로자 파견과는 완전히 구별된다고 할 수 있지만 실제로는 파견업을 하면서도 외형상으로는 도급사업의 형태를 취하고 있는 경우가 많다.⁴²⁾

그래서 노동부는 불법적인 근로자 공급사업과 합법적인 도급사업을 구별하기 위하여 다음과 같이 노동부 예규로 정하고 있다.

국내 근로자 공급사업 허가 관리규정(노동부예규 제259호) 제2조(도급 등과의 구별)

① 근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 다음의 각호에 해당하는 경우를 제외하고는 공급사업을 행하는 자로 본다.

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 제외한다) 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 자기 책임하에 조달 지변하며 민법, 상법 기타 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하는 경우
4. 근로자를 공급한 자가 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 부담하는 경우

② 제1항 각호에 해당하는 경우라도 그것이 직업안정법 제33조 제1항의 규정에 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 것으로서 그 사업의 본 목적이 노동력의 공급일 때에는 공급 사업을 행하는 자로 본다.

그러나 행정해석에 지나지 않은 노동부예규로 이 문제를 정리하려는 것은 지나치게 소극적인 태도라고 생각된다. 이와 관련하여 일본의 법제도를 주의깊게 살펴볼 필요가 있을 듯하다. 일본 직업안정법 시행규칙 제4조는 제1항에서 다음 4가지 요건을 모두 갖추어야 도급에 해당한다는 취지를 분명히 밝히고 있다.

1. 작업의 완성에 관하여 사업주로서의 재정상·법률상의 모든 책임을 지는 자일 것
2. 작업에 종사하는 근로자를 지휘감독하는 자일 것

42) 김유성, 앞의 글, 7쪽.

3. 작업에 종사하는 근로자에 대하여 사용자로서 법률에 규정된 모든 의무를 지는 자일 것
4. 스스로 제공하는 기계, 설비, 기재 또는 그 작업에 필요한 재료 자재를 사용하거나 기획 또는 전문적 기술이나 경험을 필요로 하는 작업을 행하는 자로서 단지 육체적인 노동력을 제공하는 자가 아닐 것

그리고 이들 요건에 해당한다고 하여도 그것이 근로자 공급사업 금지규정에 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 것으로 그 사업의 참목적이 노동력 공급에 있을 때는 근로자 공급사업을 행하는 자로 본다(동조 2항).

어쨌든 수급업체는 근로자에 대한 실질적인 지휘감독, 생산수단의 보유, 자금운용 등의 측면에서 주문업체에 대하여 사업주로서의 독립성을 가지고 있어야 한다. 그리고 독립성을 가진 경우라도 노동력의 공급을 목적으로 한 위장일 때에는 근로자 공급사업에 해당되어 위법이 된다. 이러한 규정은 불법적인 근로자공급을 막기 위한 장치인데, 그만큼 도급과 근로자 공급의 경계가 애매하다는 것을 보여준다.

이렇듯 대다수의 불법 근로자 공급업체가 하도급으로 등록하고 있는 경우, 도급사업과 근로자 공급사업을 구분해 내는 것은 개념적으로는 가능하지만, 현실적으로는 대단히 어렵다. 특히 도급이 제조업체의 사내 하도급인 경우에는 그 구분이 더욱 모호할 수밖에 없다. 이 경우에 도급과 공급, 파견의 구분방법은 실제로 근로자에 대한 지휘감독을 하도급회사에서 하고 있는가, 혹은 도급회사에서 하고 있는가의 차이이다.

제조업 사내 하도급의 경우 지휘감독의 주체는 다양하게 나타날 수 있다. 도급회사에서 일정한 공정이나 작업을 사내하도급 주었을 경우, 지휘감독은 ① 도급회사에서 하도급근로자를 지휘감독하는 경우, ② 하도급회사에서 하도급근로자를 지휘감독하는 경우, ③ 부서나 공정에 따라 도급과 하도급 업체에서 함께 지휘감독을 하는 경우, ④ 하도급업체에서 형식상의 지휘감독자를 두고 도급업체에서 사실상 지휘감독을 하는 경우 등이 있으며, 이는 필요에 따라 언제든지 바뀔 수 있다.

또 하도급업체에서 사외하도급과 사내하도급을 동시에 수행할 수도 있다. 대기업의 협력업체로 표현되는 하도급업체에서는 도급업체로부터 독립적인 공정을 도급받아 업무를 수행하면서, 근로자들의 일부를 도급회사에 들여보내 도급회사의 지휘감독을 받게 하는 경우도 있다. 이 경우 하도급업체에서 도급업체로 파견된 근로자들은 파견 근로자인지 도급 근로자인지 분명히 구분되지 않는다. 하도급업주조차도 그것이 노동력 공급과 도급을 동시에 행하기 위한 목적을 가지고 있음을 부인하지 않는다. 이러한 개념상의 모호성은 용역근로자와 파견근로자, 그리고 하도급근로자를 혼동하게 하는 중요한 이유이다. 이렇게 세가지 개념이 중첩되어 나타나고 혼동되는 이유는 용역근로자, 파견근로자, 사내하도급 근로자 모두가 (사용자가 직접 근로자를 지휘감독하든 하지 않든 간에) 저임금 노동력을 활용하려고 하는 인력공급의 성격을 가지고 있기 때문이다.⁴³⁾

따라서 하도급근로자의 보호를 위해서는 그 근로자의 사실상의 사용자가 누구인가를 확정하는 작업이 필요하다. 만약 그 근로자가 하도급사업주와의 계약을 통하여 그의 노무지시권 행사에 따라 작업을 해왔다면 하도급근로자의 사용자는 그 하도급 사업주임이 분명하다. 그러나 그 사업주는 명목상의 사용자에 불과하고 사실상 노무지시는 원기업(도급업체)이 행해 왔다면 그 실질에 따라 도급업주가 사용자가 된다고 보아야 할 것이다. 하도급기업이 전채로서 도급업체의 노무지시를 받을 때도 그 도급업체가 사용자가 된다고 보아야 한다고 해석한다.⁴⁴⁾

43) 권혜자, 「비정규노동자의 실태와 노동운동」, 한국노총 중앙연구원, 1997, 67-73쪽 참조.

44) 김형배, 「제9판(신판) 노동법」, 박영사, 1997, 186쪽. 대법원 1986.8.19. 선고, 83다카657 판결도 기본적인

5. 가내근로

가내근로는 산업화과정에서 주로 저소득층의 기혼여성을 중심으로 꾸준히 이어져 온 고용형태이다. 고용형태 다양화의 한 모습으로 앞으로는 하도급에 의한 가내근로가 더욱 활성화할 것으로 보인다. 경영합리화를 구실로 장차 기업들이 단순노동은 직접적인 근로관계를 맺지 않은 채 주문(물량) 변동에 따라 손쉽게 동원할 수 있는 노동력을 활용할 것이기 때문이다. 더욱이 위탁업자와 수급업자간의 계약에 의한 생산분업관계인 하도급이 확산되면서 최종단계로 가내근로가 선호될 것이라는 전망이다.

그런데 아직까지 우리나라에서는 가내근로에 관한 연구가 부진할뿐더러 그 법적 개념조차 잡혀 있지 않은 실정이다.⁴⁵⁾ 그런데 이미 ILO는 제177호 협약인 「가내근로에 관한 협약」(1996)에서 「가내근로(homework)는 가내근로자(homeworker)라고 불리는 사람들에 의해 수행되는 일을 의미한다」고 정의하고 법적 보호를 꾀하고 있다. 그리고 그 개념표지로 가내근로자가 국가법규나 법원의 결정에 따를 때 자영근로자로 간주되는 데 필요한 정도의 자율성이나 조건들을 갖추지 않을 것을 전제로 ① 그의 집에서 또는 (사업주가 제공한 장소가 아닌) 그가 선택한 다른 장소에서, ② 보수를 위하여, ③ 사용되는 장비, 재료, 또는 투입물의 제공자가 누구든지 간에 사용주에 의해 정해진 재화나 용역을 생산하는 것을 제시하고 있다. 그리고 근로자가 때때로 그들의 일상적 작업장이 아닌 집에서 일하는 경우는 이 협약에서 가내근로자로 보지 않는다고 못박고 있다. 고용주는 직접 또는 중개인을 통해서 사업활동의 일환으로 가내작업을 제공하는 자연인 또는 법인을 의미한다고 정의한다(동 협약 제1조).

가내근로자는 과다한 작업량을 떠맡는다는 기계·작업용구의 사용과 관련된 산업재해, 위탁자에 의한 정당한 이유없는 계약의 해지 등의 위험에 노출되어 있다. 즉 가내근로자들은 특별한 전문기술이 없는 한 대부분 단순작업을 하면서 일반근로자에 비하여 임금이나 근로조건, 작업환경, 고용안정에서 훨씬 열악한 상황에서 일하고 있다는 것이다. 때문에 가내근로자의 개념을 분명히 하고 이들을 법제도적으로 보호할 수 있는 방안을 강구하여야 할 것이다.⁴⁶⁾

한편 정보화와 더불어 가내근로의 한 형태로 볼 수 있는 재택근로(telework 또는 telecommuting)가 유연화된 근무형태로 널리 확산되고 있는 추세이다. 아직 우리나라에서는 일반화되고 있지 않으나 컴퓨터 관련 직종과 영업직 등을 중심으로 확산되고 있다. 그런데 최근 개정된 근로기준법에서도 도입하고 있는 세량근로제를 제외하고는 재택근로에 관한 법적 장치가 없어 재택근로의 도입 및 활성화에 장애가 되고 있다.

ILO 및 선진각국에서도 현재 재택근무에 대한 조사연구가 진행되고 있으나 재택근로자에 대한 별도의 입법은 찾아보기 어렵다. 다만 독일의 경우에서와 같이 유사근로자(인적 종속성의 정도가 낮거나 종속되지 않은 것으로 여겨져 근로자로 보기 어려우나 경제적으로는 종속되어 있어 독립자영업자로 보기도 어려운 경우)의 개념을 규정하여 재택근로자에게 노동법을 일부 적용하는 경우가 있다.

재택근로는 여성잠재인력 활용 등을 비롯한 고용기회의 확대, 근로자 삶의 질 개선, 교통난 해소 등에 기여할 수 있으므로, 이에 대한 법제도적 준비가 필요하다. 따라서 우선 노동시장의 변화에 맞는 근로자 개념을 재정립하고, 재택근로자의 임금, 근로시간, 휴일·휴가, 산재보상 등에 대

으로 이러한 태도를 보이고 있다.

45) 가내근로에 관한 실태조사결과로는 한국여성개발원, 「가내노동실태에 관한 연구」(1991)와 김소영/문무기, 「가내근로의 실태와 제도적 보호에 관한 연구」(한국노동연구원, 1997) 정도가 있다.

46) 김소영, 앞의 책(1995), 82-96쪽 참조

한 기준을 마련하는 것이 중요하며, 재택근로의 확산과 발달추어 별도의 입법을 마련해야 할 것이라고 지적된다.⁴⁷⁾

IV. 공통의 쟁점사항

이들 비정규근로자에 대한 처우는 그 담당하는 업무나 신분상의 특성으로 말미암아 조금씩 달라지기 마련일 터인데 이들에 대한 대우를 정할 때 꼭 업무에 두어야 하는 것은 헌법상의 평등권 문제, 근로기준법상의 균등대우 문제이다. 특히 동일가치노동 동일임금원칙과 관련하여 문제가 된다.

남녀고용평등법 제6조의 2는 ‘동일가치노동 동일임금 원칙’을 명시하고 있는데, 이 조항은 우리 현실상 가장 차별 대우를 받고 있는 여성 근로에 대한 보호를 목적으로 한 규정이라고 이해할 수 있다. 그러나 이 원칙은 남녀간의 임금차별금지에만 적용되는 것은 아니다.⁴⁸⁾

이 원칙은 헌법상의 평등권조항(제11조)을 비롯하여 근로기준법 제5조의 차별대우금지(균등처우원칙) 조항에서도 도출될 수 있다고 생각된다. 그리고 보다 직접적인 규정으로는 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」⁴⁹⁾ 제7조를 들 수 있다. 동조 (a)(1)은 모든 근로자에게 공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동일가치노동에 대해 동일한 보수(fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind)를 지급할 것을 정하고 있다.

따라서 동일가치의 근로 즉 직종, 작업내용, 기능, 책임, 노동밀도, 능률 등의 점에서 동등한 노무를 제공하고 있는 한 동일한 임금이 주어져야 할 것이다. 그런데 우리나라의 경우 임금체계와 임금 결정의 틀을 보면 구미 각국과는 달리 동일노동인가 아닌가를 엄밀하게 묻지 않은 채 임금은 연령, 학력, 근속년수라는 숙인적 요소에 의해 결정되는 경우가 많다. 그리고 제공하는 근로에 따른 급여부분만이 아니라 생활보장을 취지로 하는 급여부분도 많다.⁵⁰⁾ 만약 동일가치노동 동일임금 원칙이 구미 제국에서 이해하는 바와 같이 직무평가를 불가결한 전제로 하고 있다고 생각하면 우리나라의 임금 결정 틀 자체를 근저에서부터 뜯어고쳐야 한다는 얘기가 된다. 직무평가를 통한 임금결정방법에 관한 노사간 합의형성이라는 조건이 갖추어지지 않는 한 엄밀한 의미에서 이 원칙을 실시하는 것이 불가능에 가깝다고 볼 수도 있겠다.

그러나 근로기준법 제5조 및 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 제7조는 동일가치노동 동일임금 원칙을 예정하고 있다고는 해도 직무평가의 도입까지를 요청하는 규정이라고는 해석하기 어렵다(반드시 직무평가를 통한 동일임금 지급이 의무화되어 있는 것은 아니다). 임

47) 어수봉, “노동시장 유연화를 위한 정책과제”, 「한국경제학회 97 가을 정책토론회 자료집」(1997. 9. 5), 21-22쪽

48) 근로기준법 제25조에서 단시간근로자의 근로조건은 비례원칙(균등대우원칙)에 따라 성하도록 한 점이나 근로자파견법 제21조가 「파견사업주와 사용자사업주는 파견근로자가 사용자사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다」고 규정하여 균등처우원칙을 명시한 점은 그 연장선상에서 이해할 수 있겠다. 다만, 이를 어길 경우 제재하는 벌칙조항이 없어 그 실효성은 근로기준법 일관론으로 환원될 것으로 생각된다.

49) 우리나라는 1990.6.13. 이 조약을 비준하여(조약 제1006호) 1990.7.10.부터 국내법률과 같은 효력을 가지고 있다.

50) 1995.12.21. 대법원 전원합의체, 94 다 26721 판결로 임금은 근로의 대가라는 하나의 성격이 있을 뿐 생활보장적 임금이라는 것은 존재치 않는다는 게 확립된 판례이론이다. 하지만 가족수당과 같이 근로자의 생활보장이라는 측면에서 이해되는 임금부분이 있다는 것 또한 부인할 수 없는 사실이다.

급결정방법은 계약당사자의 자유에 맡겨져 있다고 이해되기 때문이다. 달리 말하자면 직무내용의 가치(value of job content)만으로 동일임금 지급 여부를 결정할 수는 없고, (동일직무에 대한 동일임금만이 아니라 동일 연공에 대한 동일임금, 동일 능력에 대한 동일임금 등) 각 기업의 임금결정요소에 상응하는 기준을 동일가치노동의 기준으로 삼으면 된다는 것이다. 남녀고용평등법 제6조의 2 제2항에서는 그 기준을 노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건이라고 제시하고 있다. 여기서 '기술'은 자격증·학위·습득된 경험에 의한 능력을, '노력'은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행과 관련된 물리적 및 정신적 긴장 즉 노동강도를, '책임'은 직업에 내재한 의무의 성격·범위·복잡성, 그리고 고용주가 피고용주에게 의지하는 정도를, '작업조건'은 소음·열·물리적 위험·고립·추위 등의 물리적 환경을 의미하는 것으로 해석된다.⁵¹⁾

다만, 임금에 격차를 두는 것에 합리성이 있다면 그 한도에서 차별대우도 합리적임은 물론이다. 판례도 “근로기준법 제5조에서 말하는 남녀간의 차별적 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다”고 하여 ‘합리적인 이유’ 없는 차별만을 금지하고 있다⁵²⁾. 행정해석에서 합리적인 차별이라고 판단하는 예로는 근속년수에 따른 상여금 지급률의 차등⁵³⁾, 개인적 직무, 기능, 능률, 근무부서의 난이도에 따른 상여금 지급 차등⁵⁴⁾, 근무부서, 난이도에 따라 상여금, 학자금 및 근속수당을 차등 지급하기로 합의한 경우⁵⁵⁾ 등이 있다.

V. 맺음말 - 비정규근로에 대한 기본 시각의 정립

이상 비정규근로자의 법적 지위를 어떻게 이해할 것인지를 살펴보았다. 그리고 무엇보다도 균등처우라는 데 주목하여 문제에 접근하여야 한다는 점도 지적하였다. 글을 마무리하면서 애당초 비정규근로에 대한 우리의 시각 자체에 대해 검토할 필요는 없는지를 생각해 보기로 한다. 실상 비정규근로의 문제는 노동유연성을 살린다는 차원에서 접근해 왔는데 이를 위해서는 규제가 완화되어야 하는지 아니면 적절한 규제가 필요한지에 대한 신중한 검토가 요망된다.

오늘날 노동시장의 효율성을 높이는 방법으로서 노동입법의 중요성에 관해 활발한 논의가 전개되고 있는데 이 논의는 크게 두 가지로 가닥을 잡을 수가 있다. 하나는 규제강화에 반대하는 견해로 노동입법에서 지나친 규제가 고용제도의 경직화를 초래한다고 한다. 이 견해는 역동적인 경제 질차와 시장의 탄력성을 확보하기 위해 노동시장에 대한 규제를 하지 않는 것이 좋다고 한다. 이들은 특히 경직된 임금구조, 근로시간에 대한 엄격한 규제, 고용보장법제, 그리고 해고에 대한 보호규정 등의 탄력화를 꾀해야 한다고 주장한다.⁵⁶⁾

반대로 규제강화론자는 노동입법의 분야에서 근로자보호의 필요성을 강조하면서 바람직한 소득 수준과 근로조건에 관한 근로자측의 욕구를 충족시키는 가운데 생산 절차면에서 기술적으로 필요한 재구축을 기하는 것이 중요하고, 노동시장에서의 당사자간의 협력 촉진이 필요하다고 한다.⁵⁷⁾ 전자는 노동유연성 가운데 수량적 유연성을 강조하는 입장이고 후자는 기능적 유연성을 강

51) 서울지방법원 서부지원 1991.6.27 선고, 90가단7848 판결.

52) 대법원 1988.12.27 선고, 85다카657 판결.

53) 근기 01254-3066, 87.2.25.

54) 근기 01254-18898, 87.11.28.

55) 근기 01254-8593, 89.6.12.

56) 어수봉, 앞의 글(1997) 참조.

57) 규제를 강화한다고 고용이 감소하는 것은 아니라는 지적으로는 G. Schmid, Flexibilisierung des

조하는 입장이라 할 수 있다. 현재는 이 두 가지를 수렴시키는 방향으로 각국의 법제가 정비되어 가고 있는 추세이다.⁵⁸⁾

주의할 것은 국가간의 경쟁이 심화하고 특정 소비자의 기호에 맞는 상품을 생산하여야 한다는 요청 때문에 노동시장의 내부적 유연성과 기능적 유연성이 더욱 중요해지고 있다는 사실이다. OECD는 「업무간의 작업이동 원활화, 작업간의 단절 완화, 작업 설정의 유연성 제고, 훈련과 재훈련 등 기능적 유연성이 근로시간과 고용량을 조정하는 수량적 유연성과 노동의 양을 지나치게 중시하는 포드주의를 명백히 뛰어넘고 있다」고 결론짓고 있다.⁵⁹⁾ 이러한 외국의 경험을 바탕으로 하여 노동유연성 문제에도 접근하여야 할 것이다.

즉 생산적인 노동유연성은 단순한 규제완화가 아니라는 점이다. 이는 작업조직과 기업조직을 다양하게 결합하여야 한다는 것을 시사해준다. 한편으로는 근로자의 숙련을 향상시키고 교육훈련에 집중투자를 하여 고능률작업장을 만들어야 한다. 또 한편으로는 근로자들의 직장귀속의식을 고취시키고 장기간에 걸친 노사협조체제를 구축할 수 있도록 하여야 한다.⁶⁰⁾ 비정규근로의 문제 역시 이런 차원에서 접근하여야 한다는 것을 의미한다. 기실 외국에서도 비정규근로자에 대해서도 일반 근로자와 같이 보호한다는 원칙은 지켜지고 있다.⁶¹⁾

참 고 문 헌

- 강성태, “단시간근로의 노동법적 보호”, 서울대학교 노동법연구회 정기세미나(1997.9.) 자료
 강성태, “기간의 정함이 있는 근로계약의 규율”, 「노동법학」 제7호, 1997
 경제기획원, 「여성인력 등 유휴인력활용과 직업안정기능 확충방안」(1991.8)
 권혜자, 「비정규노동자의 실태와 노동운동」, 한국노총 중앙연구원, 1997
 김성환, 「비정규노동에 관한 연구」, 한국노동연구원, 1992
 김소영, 「고용형태 변화에 따른 노동법적 대응」, 한국노동연구원, 1995
 김소영, 「다양한 고용형태에 대응한 법적 대응」, KLI 내부보고서, 1997
 김소영/문부기, 「가내근로의 실태와 제도적 보호에 관한 연구」, 한국노동연구원, 1997
 김유성, “신고용정책시대의 몇 가지 과제”, 「노동법연구」 제4호, 1994
 김형배, 「제9판(신판) 노동법」, 박영사, 1997 노동부 근로기준국, 「파트타임 고용의 활성화 방안」, 1996
 어수봉, 「노동시장변화와 정책과제」, 한국노동연구원, 1991
 어수봉, “고용관계법의 경제학”, 1994 한국노사관계학회 춘계정책토론회 자료집 「국제화시대의 노동시장정책과 고용관련법」

Arbeitsmarkts durch Recht? Überlegungen zu Einer Beschäftigungswirksamen und Sozialverträglichen Regulierung von Teilzeitarbeit, Überstunden und Kürzarbeit, Wissenschaftszentrum Berlin(West). Internationales Institut für Management und Verwaltung, 1986 참조.

- 58) 어수봉, “고용관계법의 경제학”, 1994 한국노사관계학회 춘계정책토론회 자료집 「국제화시대의 노동시장정책과 고용관련법」, 57-63쪽.
 59) Melvin M. Brodsky, “Labor market flexibility: a changing international perspective”, *Monthly Labor Review*, Nov 1994, 59쪽.
 60) Tiziano Treu, “Labour flexibility in Europe”, *International Labor Review*, Vol.131, No.4-5, 1992, 510쪽 참조.
 61) Vai Io Lo, “Atypical employment: A comparison of Japan and the United States”, *Comparative Labor Law Journal*, Vol.17, 1996 참조.

- 어수봉, “노동시장 유연화를 위한 정책과제”, 「한국경제학회 97 가을 정책토론회 자료집」 (1997. 9. 5)
- 오문완, 「시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구」 (서울대학교 박사학위논문), 1994
- 오문완, “단시간근로자의 법적 지위”, 「노동법학」 제7호, 1997
- 윤성천, “한국에서의 근로자파견의 법제화 문제”, 「노동법학」 제6호, 1996
- 이철수, “1년을 초과하는 근로계약 기간을 정한 근로계약의 효력”, 「경영계」 1997년 4월호
- 정인수, 「취업형태 다양화와 정책과제」, 한국노동연구원, 1997
- 정인수, 「파견근로의 실태와 정책과제」, 한국노동연구원, 1998
- 한국노동법학회, 1996년도 춘계학술발표회 자료집 「노동법개정방향에 대한 회원의견조사 발표」 (1996.6.26)
- 한국여성개발원, 「가내노동실태에 관한 연구」, 1991
- R. S. Belous, “How human resource systems adjust to the shift toward contingent workers”, *Monthly Labor Review*, Mar. 1989
- Melvin M. Brodsky, “Labor market flexibility: a changing international perspective”, *Monthly Labor Review*, Nov. 1994
- Vai Io Lo, “Atypical employment: A comparison of Japan and the United States”, *Comparative Labor Law Journal*, Vol.17, 1996
- A. E. Polivka & T. Nardone, “On the definition of ‘contingent work’ ”, *Monthly Labor Review*, Dec. 1989
- Tiziano Treu, “Labour flexibility in Europe”, *International Labor Review*, Vol.131, No.4-5, 1992
- G. Schmid, Flexibilisierung des Arbeitsmarkts durch Recht? Überlegungen zu Einer Beschäftigungswirksamen und Sozialverträglichen Regulierung von Teilzeitarbeit, Überstunden und Kürzarbeit, Wissenschaftszentrum Berlin(West). Internationales Institut für Management und Verwaltung, 1986