

비정규직 노동자보호를 위한 노동법의 개정방향

박 환 순*

I. 고용불안과 노동법의 탄력화

1. 규제완화와 비정규직의 증가

한국사회의 고용위기는 이제 단순한 고용의 문제를 넘어 빈곤과 차별의 문제로서 사회안전망을 위협하기에 이르렀다. 고용구조는 정규직과 비정규직으로 양분되어 비정규 노동자에 대한 차별과 소외를 불러일으키고 있다. 특히 IMF 경제위기 이후 이러한 현상은 더욱 극심해졌으며, 정규직 노동자들마저 점차 비정규직으로 대체되어 전체 고용시장에서의 비정규직 비율이 60%에 육박하고 있다.¹⁾ 임시직, 일용직, 계약직, 촉탁직, 파견노동자, 특수직노동자 등 다양한 유형으로 존재하지만, 이들은 노동법상의 보호규정도 제대로 적용받지 못한 채 사회보장법상의 제 권리들로부터 배제된 채 사회의 소외계층으로 전락하고 있다.

* 영남대학교 법과대학 시간강사

1) 비정규직 관련 통계자료들은 김유선의 [비정규직 규모와 실태 - 통계청, 경제활동인구조사 부가조사(2005년 8월) 결과] 자료를 참조하였음.

<표 1> 비정규직 규모

(2004년, 단위: 천명, %)

| | | 종사상지위 | | | 전체 | | 2003년 | |
|--------------------------|------------|-------|-------|-------|--------|-------|--------|-------|
| | | 상용 | 임시 | 일용 | 수 | 비중 | 수 | 비중 |
| 임금노동자(1) | | 7,684 | 4,829 | 2,071 | 14,584 | 100.0 | 14,149 | 100.0 |
| 정규직 (2=1-3) | | 6,428 | | | 6,428 | 44.1 | 6,307 | 44.6 |
| 비정규직 (3=①+ ---+ ⑧, 중복제외) | | 1,256 | 4,829 | 2,071 | 8,156 | 55.9 | 7,842 | 55.4 |
| 고용계약 | 임시근로 | 1,006 | 4,829 | 2,071 | 7,906 | 54.2 | 7,679 | 54.3 |
| | (장기임시근로) ① | | 3,475 | 1,009 | 4,485 | 30.7 | 4,589 | 32.4 |
| | (기간제근로) ② | 1,006 | 1,354 | 1,062 | 3,421 | 23.5 | 3,089 | 21.8 |
| 근로시간 | 시간제근로 ③ | 19 | 453 | 599 | 1,072 | 7.3 | 930 | 6.6 |
| 근로제공 방식 | 호출근로 ④ | | 1 | 665 | 666 | 4.6 | 589 | 4.2 |
| | 특수고용 ⑤ | 131 | 472 | 108 | 711 | 4.9 | 601 | 4.2 |
| | 파견근로 ⑥ | 60 | 38 | 18 | 117 | 0.8 | 98 | 0.7 |
| | 용역근로 ⑦ | 163 | 182 | 68 | 413 | 2.8 | 345 | 2.4 |
| | 가내근로 ⑧ | 21 | 29 | 121 | 171 | 1.2 | 166 | 1.2 |

자료: 경제활동인구조사 부가조사에서 김유선 계산

<표 2> 남녀별 비정규직 규모

(2004년, 단위: 천명, %)

| | | 수 | | 비중 | | 분포 | |
|------------|----------|-------|-------|-------|-------|------|------|
| | | 남자 | 여자 | 남자 | 여자 | 남자 | 여자 |
| 임금노동자 | | 8,489 | 6,095 | 100.0 | 100.0 | 58.2 | 41.8 |
| 정규직 | | 4,549 | 1,879 | 53.6 | 30.8 | 70.8 | 29.2 |
| 비정규직 | | 3,940 | 4,216 | 46.4 | 69.2 | 48.3 | 51.7 |
| 고용계약 | 임시근로 | 3,756 | 4,150 | 44.2 | 68.1 | 47.5 | 52.5 |
| | (장기임시근로) | 2,033 | 2,451 | 23.9 | 40.2 | 45.3 | 54.7 |
| | (기간제근로) | 1,723 | 1,699 | 20.3 | 27.9 | 50.4 | 49.7 |
| 근로시간 | 시간제근로 | 278 | 794 | 3.3 | 13.0 | 25.9 | 74.1 |
| 근로제공 방식 | 호출근로 | 395 | 271 | 4.7 | 4.4 | 59.3 | 40.7 |
| | 특수고용 | 308 | 403 | 3.6 | 6.6 | 43.3 | 56.7 |
| | 파견근로 | 53 | 64 | 0.6 | 1.1 | 45.4 | 54.8 |
| | 용역근로 | 239 | 174 | 2.8 | 2.9 | 57.9 | 42.2 |
| | 가내근로 | 23 | 147 | 0.3 | 2.4 | 13.5 | 86.1 |

<표 3> 고용형태별 노조 조합원수, 조직률 및 조합원 구성

(2003-2004년, 단위: 천명, %)

| | 조합원수 | | 조직률 | | 조합원구성 | |
|----------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | 2003년 | 2004년 | 2003년 | 2004년 | 2003년 | 2004년 |
| 임금노동자 | 1,615 | 1,815 | 11.4 | 12.4 | 100.0 | 100.0 |
| 정규직 | 1,429 | 1,563 | 22.7 | 24.3 | 88.5 | 86.1 |
| 비정규직 | 186 | 252 | 2.4 | 3.1 | 11.5 | 13.9 |
| 임시근로 | 157 | 192 | 2.0 | 2.4 | 9.7 | 10.6 |
| (장기임시근로) | 59 | 62 | 1.3 | 1.4 | 3.7 | 3.4 |
| (기간제근로) | 98 | 131 | 3.2 | 3.8 | 6.1 | 7.2 |
| 시간제근로 | 2 | 6 | 0.2 | 0.6 | 0.1 | 0.3 |
| 호출근로 | 3 | 3 | 0.5 | 0.5 | 0.2 | 0.2 |
| 특수고용 | 31 | 54 | 5.2 | 7.6 | 1.9 | 3.0 |
| 파견근로 | 6 | 6 | 6.1 | 5.1 | 0.4 | 0.3 |
| 용역근로 | 4 | 14 | 1.2 | 3.4 | 0.2 | 0.8 |
| 가내근로 | 1 | 5 | 0.6 | 2.9 | 0.1 | 0.3 |

인건비 절감을 목적으로 급속하게 확산된 비정규직 노동자들의 경우 정규직에 비하여 거의 동일한 근로시간을 근무하고도 그 임금은 절반을 조금 웃도는 정도에 지나지 않다. 여기다가 각종 기업의 복리후생제도의 적용은 물론이거니와 의료보험이나 산재 등 각종 사회보장법상의 혜택도 향유하지 못하는 실정이다. 이들은 정규직 노동조합에 가입하기도 어려울 뿐만 아니라 고용불안 상황을 적극적으로 방어하기 위한 단결권도 좀처럼 인정받지 못하기 때문에, 노동법적인 측면에서 새로운 접근과 대책이 마련되지 않을 수 없다.

2. 노동법의 탄력화·규제완화

1) 노동법의 탄력화·규제완화의 특징

비정규직의 증가현상은 경제위기에 대응하기 위한 정부의 규제완화 정책과 맥락을 같이 한다. 즉 기업 활동을 촉진시켜 경기를 회복시키고자 하는 정부정책은 노동법상의 각종 규제 장치들을 개정하거나 새로운 입법을 만들어 노사관계의 전반적인 변화를 유도하였다. 그러한 흐름 속에서 근로기준법의 개정과 근로자파견법의 제정 등 일련의 노동법에 대한 정비가 도모되었다.²⁾ 노동법의 탄력화³⁾ 또는 유연화라고 하는 개념은 근로기준법 등 국가법적 규제가 보다 완화되는 현상을 의미한

다.⁴⁾ 특히나 근로조건의 결정과정에서부터 이러한 변화의 흐름은 두드러진다. 보통의 경우 근로자와 사용자 사이에 이루어지는 근로조건의 결정(근로계약의 체결)은 근로기준법이나 최저임금보호법 등의 개별적 근로관계보호법과 노동3권 보장을 규정하고 있는 집단적 노동단체법 등의 법률 규정에 의해 결정되는 시민법원리에 국가법적인 규제가 그 자유권 일반에 제한을 설정하게 되고 실제 근로계약의 최저내용으로 강제되었다.

그러나 노동시장의 위기와 경제 활성화라는 명분하에 노동조건 결정시스템이 점점 당사자 사이의 결정으로 확대되는 현상을 보이고 있다. 그것은 국가법이나 단체협약 등에 의해 규제되던 사용자의 계약자유가 점차적으로 확대되는 형태로, 또 그러한 규제가 점점 완화되어 노동자보호의 법적인 접근이 완화되고 있음을 의미한다.⁵⁾

2. 우리나라 노동법의 문제점

① 비정규직 근로자보호에 대한 입법적 규제의 미비

비정규직 노동자의 사회경제적 불평등이 심화되어 가고 있지만 현행법상 비정규

- 2) 노동법의 탄력화에 의해 동일시간의 반복계속이라고 하는 노동시간에 대한 기본형태가 붕괴되었고, 또한 인류의 도달점이라고 할 수 있는 8시간 노동제가 공동화되었다. 유계계약의 확대에 의해 노동자의 고용이 전체적으로 단기화 되었고, 갱신에 의해 사실상 장기적으로 고용되는 경우에도 고용은 불안정하게 되었다. 그것은 정사원과 신분적으로 차별되는 대량의 비정규직노동자를 발생시키고 오히려 정사원의 지위도 불안정화 시키는 것이다. 유기고용에 의한 노동자의 퇴직제한의 문제도 새롭게 발생한다. 또한 넓은 범위에서의 파견노동에 대한 법적인 인정은 노동자를 현실적으로 사용하는 자가 사용자로서의 책임을 부담한다고 하는 直接主義의 사고방식도 크게 후퇴시켰다. 직업소개에 대한 국가독점의 원칙이 크게 후퇴한 것이 또 하나의 주요한 특징이었다. 통일적인 근로자개념을 설정해 모든 노동자에게 가능한 통일적인 노동조건을 보장하도록 하는 노동기준법에 대한 사고방식도 그 후 전개과정 속에서 대폭적으로 수정되었다. 요컨대 전후 노동법이 헌법의 이념에 근거해 제기하였던 기본원칙의 상당부분이 붕괴되고 수정되었지만, 그것을 진정으로 시대의 변화에 대응하는 합리적인 수정이라고 할 수 있을지 의문이다.
- 3) 보다 정확하게 표현하자면, 그것은 노동‘법’의 탄력화를 의미하는 것이며, 노동 분야 자체에 미치는 단려고하보다는 좁은 의미로만 국한해서 제기하는 것이다.
- 4) 일반적으로 사용되는 규제완화나 탄력화의 개념과 달리 ‘노동법에 있어서 규제완화’라는 개념은 다음의 책에 자세하게 정리되어 있다. 西谷 敏, 規制が支える自己決定, 法律文化社, 2004.
- 5) 일본의 경우 근로계약법에 대한 입법안까지 마련되고 있는데, 이것 역시 노동법의 탄력화 차원에서 이해되어야 한다.

직의 처우개선에 적극적으로 정용할 수 있는 법 규정은 거의 없다. 또한 정책적인 차원에서도 규제완화아래 생존권마저 위협받는 비정규직노동자에 대한 제도적 모색도 좀처럼 찾기 어려운 실정이다.

이러한 가운데, 비정규직의 처우개선을 도모한다는 목적아래 1998년 파견근로자 보호등에 관한법률(이하 ‘파견법’이라 한다)이 제정되었으나, 오히려 난무하고 있던 파견업체를 합법화시킨 채, 비정규직 노동자들의 법적보호는 더욱 왜곡시켰다는 비판을 받고 있다. 현행 파견법은 파견근로자라는 비정규직을 사용함에 있어서 사용목적이나, 사용기간, 그리고 체결방식이나 체결절차 등에 대하여 어떠한 제한도 두고 있지 않다.

근로자보호를 위한 근로계약의 규제가 거의 정규직사원에 한정되어 있기 때문에 이들의 보호를 위한 입법적인 모색은 더욱 절실한 상황이다.

② 노동법에 대한 행정부와 재판부의 소극적인 태도

근로기준법이나 기타 근로조건의 보호를 규정하고 있는 법에서 특별히 비정규직 적용을 배제하고 있는 명문의 규정은 존재하지 않는다. 즉 비정규직 근로자들의 보호는 현행 노동법의 규정 내용으로도 충분히 적극적인 해석을 통해 가능하다 할 것이다. 그러한 법적용의 가장 기본적인 규정이 근로기준법상 근로자 규정이다. 입법적인 불비가 다소 문제가 된다할지라도 법해석을 통해 가능하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 대법원을 법원과 행정부의 해석은 비정규직 노동자들의 현실을 외면하고 있다.

대법원은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민사법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야”한다고 밝히면서도 실제 구체적인 사례를 판단함에 있어서는 특수고용형태의 비정규직 근로자들에 대하여 근로자성을 대부분 부정하고 있다. 판례의 태도는 주로 사용자로부터 직접적·구체적으로 업무수행에 관한 지휘·감독을 받는가를 중심으로 특수고용의 현실을 살피지 않는다는 점에서 많은 비판을 받고 있다. 특수고용의 경우 업무수행결과에 따라 보수가 결정되기 때문에 노동자 스스로가 노동 강도를 높일 수밖에 없고 이것은 노동

자에게는 노동통제의 내면화와 열악한 노동조건을 가져오는 것이다. 운송노동자의 경우 차량을 소유하고 있다는 것이 노동자성이 부인되는 근거로 활용되지만, 실상은 자본이 부담해야 할 비용마저도 노동자에게 전가하는 요인이 되고 있다. 이처럼 보수적이고 비현실적인 판례를 근거로 노동부와 검찰, 일선 행정관청도 특수고용 노동자의 노동기본권을 부인하는 모습을 보이고 있다.⁶⁾ 또 불법도급이나 하청계열사로 위장하여 간접고용을 일삼는 탈법적인 상황은 행정기관의 적극적인 감독에 의해서 어느 정도 그 폐해를 줄일 수 있다. 그러나 노동부는 임금 및 근로조건의 실질적인 사용자가 원청업체임을 인지하고 있으면서도 그 사용자성을 부정하는 해석을 내리고 있다. 결국 사용자성이 부정된 원청업체에게 비정규직 노동자들의 노동3권 행사는 원천적으로 부정되는 결과를 낳고 있다. 임금 및 근로조건에 대하여 엄청난 차별을 당하고서도 의사전달이나 협상 자체가 불가능하기 때문에 끝없는 생존의 압박에 내몰리고 있다.

정부와 노사정위원회는 특수고용 노동자의 노동자성을 인정하지 않으려는 태도속에서 부분적인 ‘보호 방안’을 논의해왔으나, 이것 역시 특수고용형태의 비정규직 노동자보호를 더욱 왜곡시킨다는 우려를 낳고 있다.⁷⁾

6) 보험모집인의 경우 노동부에서 노동조합설립신고필증 교부를 거부하여 수년째 법외노조로 활동에 어려움을 겪고 있다. 학습지산업노조 대교지부의 경우 사측의 단체교섭거부에 대해 법원에 단체교섭응낙가처분 신청을 낸 바 있으나, 법원에서는 노동자로 보기 어렵고 가처분 요건에 부합하지 않는다는 이유로 기각되었다. 사측에서 노조탄압의 일환으로 행한 조합원에 대한 계약해지와 관련해서도 노동위원회에서 노동자가 아니라는 이유로 각하결정을 내리고 있는 실정이다. 전국건설운송노조의 경우 노동부로부터 노조설립신고필증을 받고 노동위원회로부터 조정종료결정을 받아 적법한 쟁의행위를 진행해 왔는데도, 검찰에서 노동법상 근로자가 아니라고 주장하면서 사용자의 부당노동행위에 대해 아무런 처벌도 하지 않고 있다. 사용자들도 일단 단체협약을 체결하고 나서도 이러한 법제도의 문제점을 악용하여 법원에 ‘조합원부존재 확인의 소’, ‘조합활동금지 가처분’등을 제기하여 노동조합을 위축시키려 한다. 사측의 강제용역전환에 맞서 283일간 투쟁을 벌인 한원CC노조의 경우 이미 노조설립신고필증을 받고 활동해왔음에도 용인시청에서 경기보조원의 근로자성 문제를 빌미로 뒤늦게 시비를 걸어 어려움을 겪은 바 있다. 정규직권리보장을 위한 국제심포지엄 중 윤애림의 특수고용노동자 노동권 보장방안에서 발췌 정리.

7) 예를 들면 노동부는 2000년에 ‘근로자에 준하는 자’라는 개념을 신설하여 노동법의 일부 규정을 적용하는 방안을, 노사정위원회는 ‘유사근로자’라는 개념을 신설하여 경제법적 보호나 단체결성권을 부여하는 방안을 검토한바 있다. 그러나 특수고용노동자의 대부분은 사용자에게 종속되어 노무를 제공하고 있는 엄연한 노동자이다. 이들의 노무제공형태가 종래의 정규직노동자와 다르다고 하여 이들의 근로자성을 인정하지 않는 것은, 당장은 실용적으로 부분적인 보호를 논할 수 있을지 몰라도 근본적으로 노동자이면서 법상 근로자로 인정되지 않는 새로운 범주를 창출하는 것이다. 만약 일정한 범주의 노동자를 노동법상 근로자로 보지 않는 법 개정이 이루어진다면 곧이어 대부분의 기업에서 노무이용형태를 이 새로운 범주에 끼워 맞추기 위해 노력하게 될 것이다. 이것은 특수고용노동자의 보호를 위한

II. 비정규직 입법에 관한 최근의 논의

1. 비정규직 관련 입법의 전개과정

이와 같이 비정규직 노동자에 대한 법 규정의 미비와 제도상의 허점이 드러나고 이들 근로조건이 지속적으로 악화되면서 개선의 기미가 전혀 없자 2006년 이후 다양한 입법청원이 있었다. 한국노총과 민주노총이 각각 2000년 7월과 10월에, 그리고 여성단체연합과 비정규직 공동대책위원회가 각각 9월과 10월에 비정규직 보호를 위한 입법청원을 국회에 제출하였다. 이어 정부도 독자적으로 대책마련을 검토하고 2000년 10월 5일에 '비정형노동자 대책방안'을 발표하였다. 하지만 이 방안은 노사 양측으로부터 많은 비판을 받고 더 이상 정책안으로 추진되지 못하였다. 이후 비정규직 보호를 위한 법제화 논의는 IMF 외환위기 당시 1998년 국가경쟁력 강화와 사회통합의 실현을 목적으로 설치된 노사정위원회로 옮겨갔다.

노사정위원회는 비정규직 노동자에 대한 법·제도개선방안을 마련하기 위하여 2001년 7월 '비정규직근로자대책특별위원회'를 구성하였다. 이 특위는 당시 노사정 위원회에 참여하고 있는 한국토총이 특위구성을 제안하여 발족되었는데 민주노총과 비정규공대위는 불참하였다. 이 비정규특위에서 고용형태별로 기간제근로와 파견근로 그리고 단시간근로, 특수형태근로 등으로 나누어 그 대책방안을 논의하였다. 먼저 기간제근로, 파견근로, 단시간근로에 대한 2년여에 걸친 연구·조사·논의가 있었고 2003년 5월 23일 본회의를 열어 공익위원안을 공식적으로 확정하였다. 이어 노사정위원회는 2003년 7월 25일 노사입장과 공익위원안을 함께 정부로 이송하기로 결정하였다. 한편 특수고용직에 대한 논의는 함께 다루지 못하였고 국내외의 입법례가 드물다는 이유로 별도의 후속기구를 설치하여 심도있는 논의를 통해 대책방안을 마련하도록 하였다. 따라서 2003년 9월에 '특수형태근로종사자특별위원회'가 구성되었고 2여년을 활동하다가 최근 그 논의를 종결하였으나 아직 구체적인 방안이 공개되지 않고 있다.

노동부는 노사정위원회의 공익위원안을 중심으로 2003년 11월 법률안을 마련하고, 2004년 9월 8일 국정현안정책조정회의에서 비정규직 법률안을 확정하였으며 9

다는 법 개정이 오히려 더 많은 특수고용형태를 양산해내는 결과를 야기하게 될 것이다. 윤애림, 특수고용 노동자의 노동권 보장방안, 비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄 자료집, 2005. 11.

월 10일에 비정규직 법률안을 입법예고를 하였다. 이어 정부입법으로 2004년 11월 ‘기간제및단시간근로자보호등에관한법률안’(이하 ‘기간제 법안’이라 한다) 및 ‘파견근로자보호등에관한법률중개정법률안’(이하 ‘파견법 개정안’이라 한다)의 두 비정규직 법률안이 국회에 제출되었다.

2. 정부안의 내용

1) 기간제 법안

정부의 비정규직 법률안은 고용상의 차별을 해소하고 비정규직의 낭용을 규제하되 노동시장의 유연성과 조화를 도모한다는 것을 기본취지로 하고 있다. 이에 따라 정부는 기간제 법안은 기간제 노동자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하는데 그 목적을 두고 있다고 밝히고 있다. 기간제 법안의 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 현행법상 1년으로 되어 있는 사용제한 기간을 3년으로 확대하였다. 즉 기간제 사용의 사유는 제한하지 않고 자유롭게 사용하되 최고기간만을 제한하였다. 또한 3년을 초과하여 계속 사용한 경우에도 정규직 노동자로 간주하거나 고용할 의무를 부과하지 않고, 단지 정당한 이유 없이 계약기간의 만료만을 이유로 해고 할 수 없도록 하였다.

둘째, 기간제 노동자에 대한 차별금지 및 노동위원회를 통한 차별시정절차를 신설하였다. 기간제 법안은 동일가치노동 동일임금원칙을 명시하지 않고 ‘기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자에 ’비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다’고 규정하였다. 차별적 처우의 경우에는 시정을 위한 신청과 노동위원회에서의 시정절차를 거쳐 시정명령을 내릴 수 있도록 하고 시정명령위반에 대하여는 1억원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 하였다.

셋째, 기간제 노동자와 근로계약 체결 시에 근로계약기간, 근로시간·휴게, 임금의 구성항목, 계산방법 및 지불방법, 휴일·휴가, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무 등 중요한 근로조건에 대한 서면명시의무를 규정하였다.

2) 파견법 개정안

파견법 개정안의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 현행 파견법은 일정한 사유가 없이도 노동자를 파견할 수 있는 업무를 26개로 제한하고 있지만 파견법 개정안은 업무제한 없이 파견금지업무가 아닌 모든 업무에 자유로이 노동자를 파견하고 사용할 수 있도록 하였다. 다만, 제조업의 직접생산 공정업무를 비롯한 현행법상의 파견금지 업무에 대해서는 종전과 같이 일시적 파견만을 허용한다.

둘째, 파견기간은 현행법과 마찬가지로 원칙적으로 1년으로 하되 당사자간의 합의를 요건으로 연장할 수 있고 그 최장한도를 2년에서 3년으로 높였다. 그리고 고령자준고령자에 대해서는 파견기간의 제한을 없앴다.

셋째, 파견노동자를 사용하기 시작한 날부터 3년이 경과한 경우에는 그 다음날부터 3월 이내에 파견노동자를 사용할 수 없도록 휴지기간 제도를 신설하였다.

넷째, 파견노동자의 최장사용기간을 2년에서 3년으로 연장하면서 2년을 초과하여 사용할 경우에 사용사업주가 파견노동자를 고용한 것으로 본다는 고용의제조항을 없애고 3년 이상 파견노동자를 사용할 경우에는 당해 파견노동자를 직접 고용해야 한다는 의무조항으로 바꾸었다. 또한 기간초과 사용 외에 무허가파견업자로부터 노동자파견을 받은 경우와 파견사용금지업무에 파견노동자를 사용한 경우에도 당해 파견노동자를 직접 고용해야 할 의무를 부과하는 규정을 신설하였다. 반면에 금지대상인 제조업의 직접생산 공정업무에 불법적으로 파견노동자를 상시 사용할 경우에는 직접고용의무규정을 두지 않았다. 직접고용의무 위반에 대하여는 3,000만원 이하의 과태료에 처하도록 하였다.

다섯째, 파견법 개정안은 기간제 법안과 마찬가지로 파견노동자에 대한 차별금지와 노동위원회를 통한 차별시정절차, 파견사업주의 파견노동자에 대한 파견료 등의 서면 고지의무 등을 신설하였다.

3. 비정규직 관련 입법안의 문제점

비정규직 법률안의 기본골자는 비정규직의 자유로운 사용을 확대하되 남용과 차별은 금지한다는 것이다. 그러나 비정규직 법률안의 차별시정제도가 법리적인 측면에서나 실효성의 측면에서 여러 가지 문제점을 안고 있고 이 문제들이 쉽게 해결될

수 있는 것이 아니어서 남용과 차별의 금지라는 입법목적은 달성되기 어려운 것으로 보인다. 이런 점을 간과한 채 비정규직의 사용에 대한 규제는 풀고 차별은 금지하는 것이 세계적인 추세라고 운운하는 것은 문제의 본질을 간과한 것이라고 할 수 밖에 없다. 규제완화가 노동시장을 유연화하고 고용창출의 계기가 따라서 그 남용과 차별만 규제하면 된다는 비정규직 법률안의 전제는 타당하지 않다. 고용안정은 노동자보호의 핵심을 이루는 것이다. 고용조정을 쉽게 하면서도 근로조건을 악화시켜오지 않을 수 있다는 가설은 법 논리적으로도 현실적으로도 전혀 가능하지 않다. 근로조건 악화와 차별의 심화는 비정규직 고용의 부수적이고 간접적인 효과가 아니라 본질적인 이유이고 직접적인 결과이다. 차별시정제도가 사후대책으로서 전혀 의미 없는 것은 아닐 것이나 그 전에 사전적인 예방조치를 강화하는 것이 더 현실성이 있어 보인다. 즉 차별규제라는 사후적 조치보다 사전적 예방적 조치라고 할 수 있는 사용사유 및 기간의 엄격한 제한이 바람직한 대책이 아닌가 한다.

종합적으로 평가할 때 정부입법안은 비정규직 고용의 남용규제나 차별금지의 측면에서는 실효성을 담보하기 어려운 내용으로 되어 있고, 반면에 비정규직 고용의 사용은 거의 무제한적으로 용인하는 내용으로 되어 있다고 할 수 있다. 결국 기간제 노동자만 양산하고 차별규제의 효과는 거의 생기지 않을 것으로 판단된다.

III. 비정규직 노동자 보호를 위한 입법적 모색

1. 비정규직 사용에 대한 사유의 제한

비정규직 고용의 법적규율에 있어 기본방향은 고용안정의 본질적인 가치를 해치지 않는 범위 내에서 인력운영의 유연성을 도모하는 것이어야 한다.⁸⁾ 그러므로 비정규직의 채용이 기업경영의 필요성 차원에서 요구된다 할지라도 그것은 예외적인 운용에 그쳐야 한다는 것이다. 구체적인 법률규정이 바로 근로기준법의 근로계약기간의 설정이다. 특별히 사업의 완수나 계절적인 업무의 수행을 제외하고는 1년 이상 기간을 정할 수 없도록 하였다. 근로계약을 체결하여 노동력을 공급받고자 하는

8) 조경배, 한국에서의 비정규직 법제화 논의, 비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지움 자료집, 2005. 11.

경우 사용자는 근로자의 근로조건 보호에 대한 의무를 부담하여야 하고 이를 위해 근로기준법에서는 특별한 경우를 제외하고는 기간의 정함이 없는 계약 즉 정규직·장기고용을 전제하고 있다.⁹⁾

노동자는 사용종속관계에 있는 상대방에게 직접 고용됨으로써 안정적인 고용을 확보할 수 있기 때문에 직접고용은 고용보장을 유지하는 전제조건이 된다. 이러한 직접고용의 원칙은 파견노동이나 용역, 하청, 소사장 등의 간접적인 고용형태의 비정규직 고용을 억제하고 특히 위법한 비정규직 고용의 법률관계를 명확히 할 수 있다는데 중요한 의미가 있다. 왜냐하면 간접고용 비정규직의 경우에는 직접고용 비정규직과는 달리 법률관계가 다면적으로 형성되기 때문에 당해 법률관계의 성립근거가 되는 노동자파견계약이 강행법규 위반으로 무효가 될 경우 어떠한 근거에 의하여 그 법적 성격을 결정할 것인가가 모호해지기 때문이다. 따라서 직접고용의 원칙을 명시할 경우 위법한 간접고용의 경우에는 사용자업자와 비정규직 노동자간에 직접적으로 근로관계가 형성된 것으로 의제되고 그 만큼 비정규직 노동자는 법적으로 안정적인 고용을 보장받게 된다.

그러므로 비정규직의 고용이 이러한 노동법상의 사용자책임을 회피하기 위한 의도라면 철저히 규제되어야 하며, 경영의 합리적인 필요성을 위하여 그 사유는 제한되지 않을 수 없다. 일시적이고 전문적인 업무를 위한 기업경영의 필요성을 충분히 제기하지 않는 한 사용자책임을 면하기는 어렵다.

근로기준법은 근로조건을 성정하여 노동자의 보호를 도모하는 것이 본래의 입법목적이다. 그러한 기준은 사용자와 노동자 사이에서 대등하게 근로조건을 결정할 수 있는 실질적인 평등을 도모하는 것이어야 한다. 그러나 다양한 형태로 존재하는 비정규직 노동자의 근로조건에 대하여 어떠한 기준도 설정하지 않는 노동법의 현실은 입법자의 무책임과 함께 노동법의 본질이 상실되는 것 같은 위기를 보여주는 것 같다.

9) 프랑스에서는 단순히 이용사유를 제시하는 것만으로는 불충분하고, 계약에서 제시된 이유가 진실한가 어떠한가에 대한 판단을 가능하게 하는 사항을 상세히 서술하도록 하고 있다. 岩村正彦, フランスの非典型雇用, 勤勞81号, 1993, 113頁.

〈표 4〉 산업별 비정규직 규모와 분포

(2004년, 단위: 천명, %)

| 산업분류 | | 규모 | | | 비율 | 분포 | 2003년 | |
|-------------|----------|-------|-------|--------|-------|-------|-------|-------|
| | | 정규직 | 비정규직 | 임노동자 | | | 비율 | 분포 |
| 대분류 | 광공업 | 2,165 | 1,441 | 3,606 | 40.0 | 17.7 | 39.9 | 17.7 |
| | 공공서비스업 | 2,474 | 1,652 | 4,126 | 40.0 | 20.3 | 37.6 | 19.3 |
| | 민간서비스업 | 1,465 | 3,940 | 5,405 | 72.9 | 48.3 | 72.9 | 48.2 |
| | 농림어업건설업 | 323 | 1,122 | 1,445 | 77.6 | 13.8 | 79.6 | 14.8 |
| 광공업 | 광업 | 9 | 4 | 13 | 30.8 | 0.0 | 30.8 | 0.1 |
| | 제조업 | 2,156 | 1,438 | 3,594 | 40.0 | 17.6 | 39.9 | 17.6 |
| 공공 서비스업 | 전기가스수도사업 | 54 | 14 | 68 | 20.6 | 0.2 | 18.4 | 0.2 |
| | 운수업 | 377 | 250 | 627 | 39.9 | 3.1 | 35.6 | 2.7 |
| | 통신업 | 139 | 80 | 219 | 36.5 | 1.0 | 33.3 | 0.9 |
| | 금융보험업 | 373 | 314 | 687 | 45.7 | 3.8 | 44.6 | 4.0 |
| | 공공행정 | 583 | 175 | 758 | 23.1 | 2.1 | 20.4 | 2.0 |
| | 교육서비스업 | 594 | 596 | 1,190 | 50.1 | 7.3 | 47.9 | 7.2 |
| | 보건사회복지사업 | 334 | 219 | 553 | 39.6 | 2.7 | 37.4 | 2.4 |
| | 국제및외국기관 | 18 | 6 | 23 | 25.0 | 0.1 | 25.0 | 0.1 |
| 민간 서비스업 | 도소매업 | 526 | 1,294 | 1,820 | 71.1 | 15.9 | 71.8 | 16.3 |
| | 숙박음식점업 | 68 | 995 | 1,063 | 93.6 | 12.2 | 94.0 | 12.2 |
| | 부동산임대업 | 87 | 177 | 264 | 67.0 | 2.2 | 68.6 | 2.3 |
| | 사업서비스업 | 500 | 795 | 1,295 | 61.4 | 9.7 | 59.4 | 9.0 |
| | 오락문화운동 | 69 | 180 | 249 | 72.3 | 2.2 | 69.1 | 2.1 |
| | 기타서비스업 | 216 | 393 | 609 | 64.5 | 4.8 | 63.1 | 4.4 |
| | 가사서비스업 | | 105 | 105 | 100.0 | 1.3 | 100.0 | 1.8 |
| 농림어업 건설업 | 농림업 | 13 | 110 | 123 | 89.4 | 1.3 | 93.3 | 1.4 |
| | 어업 | 3 | 18 | 21 | 85.7 | 0.2 | 85.7 | 0.2 |
| | 건설업 | 307 | 995 | 1,302 | 76.4 | 12.2 | 78.3 | 13.1 |
| 전산업 | | 6,426 | 8,156 | 14,582 | 55.9 | 100.0 | 55.4 | 100.0 |

자료: 경제활동인구조사 부가조사에서 필자 계산

주: 1) 비중 = 산업별 비정규직 / 산업별 임노동자수 × 100

2) 분포 = 산업별 비정규직 / 전산업 비정규직 × 100

<표 5> 고용형태별 월평균임금 및 인상률

| | 금액(만원) | | | | 격차(%) | | | | 인상률(%) | | |
|----------|--------|-----|-----|-----|-------|-------|-------|-------|--------|-------|-------|
| | 01년 | 02년 | 03년 | 04년 | 01년 | 02년 | 03년 | 04년 | 01-2년 | 02-3년 | 03-4년 |
| 임금노동자 | 125 | 133 | 147 | 154 | 73.6 | 73.2 | 72.8 | 73.1 | 6.9 | 10.0 | 5.2 |
| 정규직 | 169 | 182 | 201 | 211 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 7.4 | 10.6 | 4.8 |
| 비정규직 | 89 | 96 | 103 | 110 | 52.6 | 52.7 | 51.0 | 51.9 | 7.7 | 6.9 | 6.7 |
| 임시근로 | 87 | 94 | 102 | 108 | 51.3 | 51.8 | 50.5 | 51.2 | 8.5 | 7.9 | 6.1 |
| (장기임시근로) | 86 | 93 | 101 | 105 | 50.6 | 51.1 | 49.9 | 50.0 | 8.3 | 8.1 | 4.9 |
| (기간제근로) | 90 | 98 | 104 | 111 | 52.9 | 53.9 | 51.5 | 52.8 | 9.6 | 5.6 | 7.4 |
| 시간제근로 | 45 | 50 | 50 | 54 | 26.7 | 27.4 | 24.8 | 25.6 | 10.2 | 0.3 | 7.9 |
| 호출근로 | 66 | 79 | 81 | 84 | 39.2 | 43.4 | 40.0 | 39.7 | 18.9 | 1.9 | 3.9 |
| 특수고용 | 108 | 120 | 127 | 139 | 63.5 | 65.9 | 63.2 | 65.9 | 11.5 | 6.0 | 9.3 |
| 파견근로 | 101 | 115 | 110 | 127 | 59.4 | 63.0 | 54.8 | 60.3 | 13.9 | -3.7 | 15.2 |
| 용역근로 | 79 | 85 | 87 | 92 | 46.3 | 46.8 | 43.2 | 43.7 | 8.4 | 2.3 | 5.9 |
| 가내근로 | 50 | 52 | 41 | 56 | 29.4 | 28.7 | 20.5 | 26.7 | 4.8 | -21.0 | 36.8 |

2. 정규직으로의 전환 우선권

기간제 근로나, 파견노동 등 간접고용의 증가는 결국 노사관계에 있어서 노동자와 사용자 사이의 불공평성을 가장 극명하게 나타내는 것이라 할 수 있다. 근로관계의 시작과 마지막에 있어서 노동자의 결정권은 전무한 채 사용자의 독점적 결정권만이 영향을 미치기 때문이다. 예외적인 경영의 필요성에 의해 비정규직을 고용하였다 할지라도 업무의 계속성이 요구되거나 또는 사용자의 업무상 필요성에 의해 근로의 계속적인 유지를 원하는 경우 사용자는 고용에 있어서 노동법상의 사용자 책임을 지지 않으면 곤란하다. 그러므로 비정규직 고용이라는 예외적인 상황에서의 사용자책임이 면제되었다면 그러한 예외적인 상황이 종료됨과 동시에 사용자 책임은 다시 인정되어야 하며, 그것의 구체적인 형태가 바로 정규직으로의 전환의무이다. 또한 동일한 의무를 계속하지 않더라도 사내 인력운용상 정규직이 채용해야 된다면 기존의 비정규직 중에서 우선적으로 고용하여야 하는 의무도 연장선상에서 논의할 수 있다. 파견노동자의 경우 파견 담당업무가 사업의 유지를 위한 계속 필요한 영역이라면 그것은 직접 · 상시고용으로 전환해야 하는 의무도 부가되어야 할 것이다. 최근의 파견법개정에서 사용자의 이러한 의무가 제대로 규정되지 않은 것은 문제가 아닐 수 없다. 자신의 사업유지에 필요한 고용에 대하여 그 정도여부를 막론하고 사용자로서의 책임은 부여되어야 한다. 파견노동자를 사용하는 사용사업

체의 책임도 그런 차원에서 보다 강화될 필요가 있다. 왜냐하면 파견노동자의 대부분이 실질적인 업무명령을 사용사업체로부터 지시받고, 또 근로조건의 많은 부분이 사용사업체의 영향력 하에서 결정되기 때문이다. 근로자 보호를 위한 사용자 책임을 형식적인 고용계약관계에 머무르고 있는 파견업주에게 모두 강제한다는 것도 비현실적이기 때문에, 파견근로자에 대한 사용자 책임은 파견업체와 사용업체 모두에게 공동책임으로 규정될 필요가 있다. 현재 파견법의 규제방식은 사용자 책임을 이원화시키고 있으나 사용자 책임을 이원적으로 규정한다는 것 자체가 실제 근로관계에 있어서 사용자 책임을 강제할 때 양자 중 누구에게도 전적으로 강제할 수 없다는 약점을 가지고 있기 때문이다. 실제 파견노동자의 경우 고용의 지속여부와 함께 모든 근로조건 결정이 이원화되어 있어 현실적인 법의 사각지대에 머무르게 된다. 정규직 고용의 확산을 줄이고, 비정규직 노동자들의 근로조건을 보장할 수 있는 가장 핵심적인 조치는 바로 노동법상의 고용의무를 적극적으로 규정하고 또 사용자에게 강제하는 시스템이다.

헌법 제32조는 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 규정하고 있다. 파견노동자나 단시간, 기간제 근로를 제공하는 모든 노동자의 근로조건은 인간의 존엄성을 보장차원에서 접근되어야 한다.¹⁰⁾ 그러므로 근로조건을 규정하고 있는 노동 법률들은 이러한 원칙에 충실하여야 할 것이다. 그러나 비정규직의 근로관계에서 사용자 책임이 강제되어 있는 노동법규는 그다지 보이지 않는다. 근로기준법에서 기간제고용이나 단시간고용 그리고 파견노동을 포괄하는 간접고용

10) 노동법 제정 후 반세기 정도가 경과했지만, 경제사회적 상황이나 노동자 상태의 변화는 매우 크다. 따라서 근기법 제정당시에 적절하였던 법정책이 현재에도 바르다고 할 수 있을지는 명확하지 않다. 그러나 헌법의 신탁에 근거한 노동법제가 확립한 기본원칙은 쉽게 폐기할 수 있는 것이 아니다. 노동법 제1조 1항이 선언하는 '인간다운 가치 있는 생활'을 영위할 수 있는 노동조건의 이념은 헌법 제25조에 기초를 두고 있는 것이고, 이는 말할 것도 없이 이후 노동정책에 있어서도 당연히 기초화되어야 한다. 구체적으로 어떠한 수준의 노동조건이 어디에 해당하는가의 판단은 항상 쉽지 않지만, 그때그때의 제 사정으로 판단하여야 한다. 예를 들어 과로사가 발생할 정도의 장시간노동이 '인간답게 가치 있는' 이라고 누구도 강변할 수 없을 것이다. 1일 8시간과 무관한 불규칙한 노동패턴도 본인이 특별히 희망하지 않는 한 같은 평가를 받게 된다. 특히 유기계약에 의한 불안정한 고용은 해고권 남용법리의 잠탈을 의미하는 것뿐만 아니라 헌법 제28조 1항인 노동권의 관점에서 보더라도 문제된다고 하지 않을 수 없다. 노동권 상상은 안정적 고용확보를 기본요소로 포함하기 때문이다. 이 점에서 본다면, 일정한 금전보상을 교환으로 해고를 용인하는 법제는 매우 중대한 문제를 포함하고 있다. 지금까지 노동법제 재편과정에서 이러한 헌법을 의식한 논의가 그다지 적은 것이 문제였다고 생각된다. 西谷 敏, 規制が支える自己決定, 法律文化社, 2004, 35頁.

의 형태까지 사용자책임에 대한 원칙적인 규정이 시급히 명문화되어야 할 것이다.

3. 평등대우원칙의 적용

헌법 제11조에서 모든 국민은 평등하며, 사회적인 신분을 이유로 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않도록 규정하고 있다. 또 근로기준법 제5조에서는 사용자는 근로자에 대하여 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다고 명시하고 있다. 고용형태의 차이를 사회적신분에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 학설상 논란이 있지만, 입법적인 취지를 생각해 보건대, 결국 이러한 규정의 목적은 비정규직이나 여탐 고용형태를 달리 함으로써 사용자책임이 면제되거나 그것이 근로자 차별의 이유가 되어서는 안 된다는 것이다.

〈표 6〉 남녀 고용형태 산업별 임금소득 불평등도

(시간당 임금 기준, 단위: 원, 배)

| | 2002년 | | | | 2003년 | | | | 2004년 | | | |
|---------|--------|--------|--------|-------|--------|--------|--------|-------|--------|--------|--------|-------|
| | 평균 | 하위 10% | 90% | 90/10 | 평균 | 하위 10% | 90% | 90/10 | 평균 | 하위 10% | 90% | 90/10 |
| 전체 | 7,563 | 2,617 | 14,391 | 5.50 | 8,562 | 2,878 | 16,118 | 5.60 | 8,194 | 2,878 | 14,755 | 5.13 |
| 남자 | 8,987 | 3,195 | 16,310 | 5.11 | 10,134 | 3,454 | 18,670 | 5.41 | 9,491 | 3,454 | 17,157 | 4.97 |
| 여자 | 5,479 | 2,303 | 9,321 | 4.05 | 6,282 | 2,467 | 11,513 | 4.67 | 6,347 | 2,558 | 10,728 | 4.19 |
| 정규직 | 10,504 | 3,917 | 17,989 | 4.59 | 12,039 | 4,448 | 20,809 | 4.68 | 11,147 | 4,274 | 18,421 | 4.31 |
| 비정규직 | 5,368 | 2,303 | 9,089 | 3.95 | 5,855 | 2,392 | 10,074 | 4.21 | 5,906 | 2,558 | 10,132 | 3.96 |
| 남자 정규직 | 11,418 | 4,605 | 19,189 | 4.17 | 13,025 | 5,277 | 21,875 | 4.15 | 11,849 | 5,117 | 19,714 | 3.85 |
| 남자 비정규직 | 6,275 | 2,558 | 10,467 | 4.09 | 6,750 | 2,711 | 11,513 | 4.25 | 6,801 | 2,878 | 11,513 | 4.00 |
| 여자 정규직 | 7,995 | 3,289 | 12,792 | 3.89 | 9,384 | 3,598 | 15,743 | 4.38 | 9,366 | 3,589 | 14,473 | 4.03 |
| 여자 비정규직 | 4,496 | 2,047 | 7,301 | 3.57 | 5,011 | 2,234 | 8,635 | 3.87 | 5,057 | 2,303 | 8,528 | 3.70 |

근로기준법상의 평등대우 규정을 보다 노동법리에 맞게 적극적으로 이해할 필요가 있다. 현재 고용의 변화와 노동자들의 의식이나 생활문화는 전근대적인 고용관행을 규제하고자 했던 노동법의 입법초기와는 많이 달라져있다. 즉 노동자의 평등대우를 규정한 근기법의 규정도 이러한 고용현실의 변화를 반영하여 보다 적극적인

해석을 하지 않으면 곤란하다. 사회적 신분이라는 것을 생애적인 것에만 국한시켜 해석한다면, 현재의 노동자 차별에 대하여 근로기준법상의 조항들은 거의 유명무실해질 수밖에 없다. 임시직이나 시간제근로자, 그리고 파견노동자, 하청노동자라는 이유로 임금이나 기타 근로조건에 대한 현저한 차별을 무시하는 것은 근로기준법의 본래적 기능을 훼손하게 하는 큰 문제가 아닐 수 없다. 비정규직의 확산과 남용의 핵심적인 유대요인은 고용불안정을 이용한 저임금노동이다. 비정규직 노동자들의 상당수는 정규직 노동자들과 동일한 직무를 수행하고도 근로조건에서 심각한 차별대우를 받고 있다. 따라서 차별금지법은 비정규직 노동자의 처우개선 효과와 함께 근로조건의 차별이 비정규직 고용의 유인요인으로 작용하는 것을 막기 위하여 필요불가결하다. 이를 위해서는 우선적으로 동일가치노동 동일임금원칙을 법률로 명시하고 차별적인 처우에 대한 실효성 있는 구제절차가 마련되어야 한다.

〈표 7〉 고용형태별 사회보험 및 노동조건 적용률

(단위: %)

| | 국민연금 | 건강보험 | 고용보험 | 퇴직금 | 상여금 | 시간외수당 | 유급휴가 |
|----------|------|------|------|------|------|-------|------|
| 임금노동자 | 59.5 | 61.3 | 52.1 | 54.1 | 51.6 | 43.4 | 45.8 |
| 정규직 | 96.6 | 97.3 | 80.5 | 99.1 | 96.2 | 81.0 | 83.6 |
| 비정규직 | 30.3 | 33.0 | 29.7 | 18.6 | 16.5 | 13.7 | 16.0 |
| 임시근로 | 28.4 | 31.0 | 27.8 | 16.0 | 14.2 | 12.1 | 14.3 |
| (장기임시근로) | 19.8 | 22.2 | 20.0 | 4.8 | 4.9 | 5.1 | 6.6 |
| (기간제근로) | 39.7 | 42.5 | 38.1 | 30.8 | 26.3 | 21.2 | 24.4 |
| 시간제근로 | 2.3 | 3.6 | 3.5 | 2.0 | 1.8 | 1.8 | 1.6 |
| 호출근로 | 0.5 | 0.3 | 1.5 | 0.2 | | 2.1 | |
| 특수고용 | 26.2 | 28.0 | 24.1 | 19.1 | 18.0 | 13.9 | 15.0 |
| 파견근로 | 62.4 | 65.8 | 63.2 | 54.7 | 46.2 | 34.2 | 43.6 |
| 용역근로 | 53.8 | 68.5 | 52.8 | 47.9 | 35.8 | 26.6 | 25.4 |
| 가내근로 | 13.5 | 14.6 | 14.0 | 12.9 | 11.1 | 8.8 | |

4. 근로자의 자기결정권 보장

근로자의 자기결정권이라고 하면, 자신과 관련한 사안에 대하여 스스로가 결정할 수 있는 권리를 말한다. 그러나 자신에게 국한된 어떠한 결정이라는 좁은 의미를 넘어 보다 적극적인 해석을 필요로 한다. 즉 타인에게 관련된 것이라도 자신과 매우 밀접한 관련성을 갖고 있고 그러한 사항의 결정과정에서 소외된 소수자와 사회

적 약자가 스스로 관여를 요구하는 항의나 저항의 소산이 바로 자기결정권이라고 볼 수 있다.

헌법 제10조는 어떠한 경우라도 침해될 수 없는 불가침의 기본권으로서 인간존엄과 행복추구권을 명시하고 있고, 이어 제32조에서는 근로조건의 기준이 이러한 인간존엄을 보장하도록 규정하고 있으며 또한 근로의 권리를 보장하기 위해 고용증진의 국가적인 노력을 규정하고 있다.¹¹⁾ 결국 인간존엄을 보장하기 위한 근로자의 근로조건 결정에 대한 자기 결정은 그 어떤 상황에서도 적극적으로 보장되고 구체화되지 않으면 안 된다. 인간존엄의 규정을 구체화한 근로자의 기본권이 바로 자기결정권이라 할 수 있다.

비정규직으로의 고용 역시 근로자의 자기결정권이 전제되어 있지 않은 것이면 곤란하다. 자신의 고용형태를 비정규직으로 결정함으로 물론이거니와 자신이 일하고 있는 사업장에서의 파견노동 도입이나 하청화 그리고 기간제 고용의 증가 역시 자신의 근로관계에 매우 밀접한 영향을 끼치는 사안이 아닐 수 없으므로 이러한 비정규직 고용의 결정과정에 있어서도 근로자의 자기결정권, 관여권은 헌법상의 기본권을 보장하는 차원에서 적극적으로 모색되어야 한다.

근로조건의 결정과정에 노동자의 대표 또는 그 노동자의 자신의 의견들이 직접 반영되어 결정에 영향을 미칠 수 있도록 하여야 한다. 비정규직 근로자들의 경우 그들의 고용관계의 유지 존속은 물론 구체적인 근로조건 결정에서 어떠한 자기결정권을 행사할 수 없다. 실제 근로자대표의 참여가 보장되어 있다고 하더라도 대표들이 거의 정규직 근로자들에 국한되어 구성되기 때문이다. 비정규직 노동자들이 이러한 대표구성에 참여할 수 있도록 일정한 비율을 정할 필요가 있다. 독일식의 종업원 대표제 같은 형태가 노동조합의 조건이나 조직적인 체계가 다른 우리 나라에

11) 국가의 기본권보호의무가 노동법 영역에서는 그리 새로운 것은 아니다. 노동법은 노동자를 보호하는 법 영역이고, 이를 위하여 국가에게 기본권의 현실적 실현이라는 의무를 이행하도록 하고 있기 때문이다. 그러나 노사관계에 있어서 효과적인 기본권보장을 국가의 의무로 선언한다는 것은 중요한 의미가 있다. 그것에 의해 국가는 노동관계에 있어서 사적자치에 과도하게 개입해서는 안 되며(과잉금지), 충분하게 개입하지 않는 것도 허락되지 않는다(과소금지)는 것이 명확하게 되기 때문이다. 입법자가 계약권력의 일방적인 관철을 저지하기 위하여 불가피한 최저 보호조치를 행하지 않는 경우에는 과소금지에 해당하고, 기본권보호의무위반의 평가를 받게 된다. 입법자에게 폭넓은 재량권이 인정된다고 하더라도, 그것은 전적으로 과잉금지와 과소금지의 한계 내에서의 재량에 그치는 것이다. 최근 들어 노동법의 규제완화가 무한정 후퇴될 가능성이 있지만, 이런 의미에서도 입법자에 의한 규제완화에 금지를 설정하는 역할을 부과하는 기본권보호의무론은 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

서는 아직 성급할지 모르지만, 장래에 있어서 사업장 단위의 복수노동조합이 도입되는 등 여러 가지 변수를 포함하여 노동자 대표에 대한 보다 적극적인 모색이 필요한 시점이다.¹²⁾

5. 불법적인 비정규직 사용에 대한 구제의 강화

평등대우를 규정하고 있는 근로기준법에서는 벌칙조항도 두고 있다. 차별의 사유로 예시되어 있는 사회적신분에 고용형태를 이유로 한 차별이 포함되는지 여전히 논란이 있지만, 그것이 바로 벌칙조항의 해석과 관련이 있다. 죄형법정주의의 원칙상 명시되지 않은 사유로 인한 차별도 공법적인 규제를 강제할 수 있는가 여부이다. 이에 대하여 노동법을 공사법 이원론의 관점에서 접근하고자 하는 입장이 있다.¹³⁾ 그러나 끊임없이 변화 발전하는 노사관계에 있어서 법적 차이를 조정하기 위

12) 西谷 敏, 職場の労働者代表と労使委員会, ジュリスト 1153号, 1999, 57頁.

13) 노동법이 공법과 사법의 양면성을 가진다는 것은 노동법의 해석 방법에 있어서도 곤란한 문제를 발생시킨다. 노동법이 각 조항의 위반에 대하여 벌칙을 예정하고 있다는 점에 착목한다면, 죄형법정주의에 근거하여 엄격하게 해석하여야 할 것이며 유추해석은 물론 확대해석도 제한되어야 한다. 그러나 각 조항의 사법적 성격에 착목한다면, 합목적적인 관점에서 현실에 있어서 보다 타력적인 해석이 요청된다. 현실과 법률의 사이에는 공간이 생길 수밖에 없고 그것에 대한 탄력적인 해석이 사회적으로 요청되는 경우, 이러한 노동법의 양면성으로 인한 해석방법상의 문제를 어떻게 해결 할 것인가. 이에 대한 일본의 논의 과정을 소개한다. 이와 관련해 최초로 제기 되었던 사례가 결혼퇴직제 문제이다. 노동법은 3조에서 국적, 신조, 사회적 신분을 이유로 하는 노동 조건의 차별을 금지하고 있고, 4조에서 임금에 관한 여성차별을 금지하고 있지만, 임금 이외의 내용에 대하여 여성차별을 금지하는 명문의 규정이 없다. 행정해석은 이것이 남녀평등차원에서는 있을 수 없지만, 노동법의 관점으로 제한시켜 본다면, 노동법규정 중에 이것이 남녀평등차원에서는 있을 수 없고 또 사용자가 경영상 필요한 조치였다고 주장한다면 달리 도리가 없다고 하면서, 노동법의 공법적 성격을 의식한 한정적 해석의 입장을 분명히 하고 있다. 학설은 기본적으로는 행정해석과 동일한 입장을 취하면서도 여러 가지 다양한 입장을 보이고 있으나, 대부분의 경우 공법적 성격과 사법적 성격을 노동법해석에 있어서 구분할 수 없다고 하는 일원론의 입장이다. 이와 달리 일원론의 관점에서 접근하는 沼田교수의 입장이 주목된다. 그는 노동법의 각 조항을 '벌칙과 관련시켜 해석하는 경우와 취업규칙 조항이나 계약 내용의 효력을 문제로 하는 경우에 있어서는 해석의 태도가 달라도 좋다'고 하는 입장에서 결혼퇴직제는 벌칙과의 관계에서는 노동법 위반이 아니지만, 사법적으로는 노동법 3·4조에 위반한다고 하는 견해를 제시하고 있다. 한편 판례는 결혼퇴직제나 성에 의한 정년연령 차별 등 합리성이 없는 임금 이외의 여성차별은 민법 제90조에 의해 무효로 된다고 하는 입장을 확립하였다. 이후 85년 남녀고용기회균등법 11조가 정년차별이나 결혼퇴직제의 금지를 명문화하였고, 97년 개정 균등법이 모집채용배치전환승진에 관해서도 남녀평등취급을 규정하였고 하여 이러한 문제를 둘러싼 논의는 잠잠해졌다. 그러나 이러한 관점은 파트타임과 풀타임 정사원간의 균등대우문제를 계기로 다시 현실적인 문제

해서도 공법적인 측면과 함께 사법적인 측면의 해석들을 도모할 필요가 있다. 최근 들어 급격하게 증가하고 있는 비정규직의 확산에 있어서 평등대우의 적용문제는 비정규직 근로자의 차별문제를 가장 적극적으로 해결할 수 있는 방법이다. 근기법 제 5조 위반에 대해서는 벌금이 규정되어있지만, 이에 대한 구제방식을 좀 더 다원화할 필요가 있다. 노동위원회를 이용하거나 고용평등위원회와 같은 행정기구를 통하여 공법적인 제재조치와 함께 평등조치의 실질을 기할 수 있는 다양한 행정적인 조치들이 병행되어야 할 것이다. 이러한 구제방식의 실효성을 높이기 위하여 차별에 대한 구체적인 기준과 입증책임에 대한 전환문제 등의 입법적인 모색이 선행되어야 한다.

6. 비정규직 노동자에 대한 노동3권의 보장

비정규직 노동자는 집단적인 권리의 행사에서도 정규직에 비하여 차별을 받아 왔지만 정부의 법제화 논의에서는 완전히 배제되었다. 특히 간접고용 노동자의 경우에는 근로관계의 이중성이 노동3권 행사의 장애로 작용하였다. 간접고용에서 근로관계의 이중성은 노동자를 실제 사용하여 이윤을 챙기는 사용자업주가 그에 따르는 노동법이나 사회보장법상의 책임은 고용사업주에게 떠넘기는 탈법적인 수단이다. 근로계약의 당사자인 고용사업주는 상당수가 폐업을 반복하면서 노동자의 모집과 임금지급의 관리업무를 행하는 외에 사실상 사회적 생명력이 없는 기업이다. 이러한 고용사업주를 상대로 한 노동3권의 행사란 허구아비를 상대로 하는 것과 별반 차이가 없다. 결국 간접고용 노동자의 노동3권은 제대로 보장하기 위해서는 사용자업주가 노동조합법상의 사용자로 인정되어야 한다. 실정법상으로도 명시적으로 이를 부정하는 어떤 규정도 존재하지 않는다. 오히려 노동조합법은 사용자개념에 대하여 근로계약을 전제로 하지 않는 포괄적인 정의규정을 두고 있을 뿐이다. 그럼에도 법원이 사용자업주를 노동3권 행사의 상대방으로서 인정하지 않고 있기 때문에 입법으로 노동조합법상의 사용자개념을 확대할 필요가 있다.

가 되고 있다. 노동법 어디에도 이러한 고용형태를 이유로 하는 임금 기타노동조건의 차별을 파트타임 노동자들의 평등대우 문제를 접근하려고 하는 시도들이 계속적으로 제기되고 있다.

IV. 결론

앞서 살펴본 바와 같이 비정규직이 다양한 형태로 증가되고 있다. 이와 동시에 노동자들의 의식이나 생활문화도 급격한 변화를 보이고 있는 것이 사실이다. 이러한 변화의 상황에 노동법의 과제는 무엇인가. 다양한 노동방식의 증대에 따른 노동자의 실질적인 선택권이 확대하여야 한다. 또한 노동계층 내부의 분화를 촉진시키는 다양한 차별의 논리들을 노동법적 영역에서 적극적으로 인식하여야 할 것이고, 최근 들어 논의 되고 있는 노동권에 대한 새로운 접근이나, 사용자 노동자에 대한 개념적인 재시도의 노력들이 그것이다. 이 글에서는 비정규직관련 법률들의 쟁점과 노동법적 논의에 대하여 간략하게 정리하고 있다. 비정규직 노동자에 대한 권리보호 뿐만 아니라 현대사회의 빈곤문제와 차별문제에 대한 고민을 끊임없이 지속되어야 하며 헌법에서 보장하고 있는 근로권이나 노동3권의 의미가 현대 고용불안의 상황 속에서 왜곡되지 않고, 근로자의 기본적 인권으로 파악하기 위해서라도 노동법에 대한 본원적인 모색이 지금 무엇보다도 중대한 과제가 아닐 수 없다.

주제어 : 비정규직 노동자, 동등대우, 노동법 개정

[abstract]

A Discussion on the Revision of Labor Law for Protecting the Irregular Workers

Park, hwan-Sun*

The crisis of employment in Korea is not only the problem of employment and reproduces poverty and discrimination, threatening social safety net. The structure of employment is divided into two, the regular and irregular workers, discriminating and alienating the latter. After IMF Currency crisis, this trend has been accelerated, even the regular workers have been replaced with the irregularar, increased to nearly 60%. With the change of external employment structure, the workers' consciousness and cultural life undergo a sudden change. What is the task of the labor law with this change?

It is needed to check up comprehensive understanding on the labor rights in the Constitution and social discussions in new perspective. With labor patterns diversified, the rights to decide labor conditions should be really protected. Various discriminatory principles separating labor class should be reconsidered in the view of the labor law. This study deals with the issues related to the laws on the irregular workers and the discussions on the labor law briefly.

It is critical time to make a fundamental discussion on the labor law not to distort the labor rights in the Constitution in this crisis of employment.

Keywords : revision of labor law, irregular worker, equal treatment

* College of Law, Yeungnam University