

석사학위논문

기간제근로자의 지위에 관한 법적 고찰

A Legal Study on Status of Fixed-Term Workers



제주대학교 대학원

법학과

김려은

2010년 2월

기간제근로자의 지위에 관한 법적 고찰
A Legal Study on Status of Fixed-Term Workers

지도교수 고희성

김려은

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2010년 2월

김려은의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장  _

위 원  _

위 원  _

제주대학교 대학원

2010년 2월

A Legal Study on Status of Fixed-Term
Workers

Kim, Lyeo Eun

(Supervised by professor Dr. Koh, Ho-Sung)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the
degree of Master of Law

2010. 2.

Department of Law
GRADUATE SCHOOL

JEJU NATIONAL UNIVERSITY

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 기간제근로자의 의의와 고용실태	4
제1절 비정규직 근로자의 개념 및 범주	4
1. 비정규직 근로자의 개념	4
2. 비정규직 근로자의 범주에 대한 노사정위원회 합의	5
3. 비정규직 근로자의 범주에 대한 노동계와 정부의 입장	7
4. 비정규직보호법상 보호대상이 되는 비정규직 근로자	8
5. 비정규직 근로자의 범주에 대한 사건	9
제2절 기간제근로자의 의의와 고용실태	10
1. 비정규직 근로자로서 기간제근로자의 의의	10
2. 기간제근로자의 개념	11
3. 기간제근로자의 고용실태	13
4. 기간제근로자(비정규직 근로자)와 정규직 근로자의 비교	15
제3장 외국의 기간제근로자 관련 보호법	19
제1절 국제기구의 규제 및 보호 지침들	19
1. ILO규정	19
2. EU지침	22
3. 각국의 법적 규율 동향	26
제2절 일본	27
1. 일본법상 ‘기간고용근로자’의 의의와 종류	27
2. 기간고용의 법적 규제	28

제3절 미국	34
1. 미국에서의 비정규직의 의미 및 범위	34
2. 미국에서의 비정규직 규율	35
3. 임의고용의 원칙	36
4. 기간제 고용계약	38
제4절 독일	39
1. 독일의 기간제근로 관련 입법	39
2. 기간제근로의 허용사유	40
3. 기간제근로계약의 종료	41
4. 기간제근로자에 대한 정보제공과 직업교육	42
제5절 프랑스	42
1. 프랑스 유기근로계약의 입법화	42
2. 기간제 근로계약의 체결과 근로조건의 명시	44
3. 기간제 근로계약의 허용사유와 금지사유	45
4. 기간의 제한	46
5. 근로계약의 종료	46
제4장 기간제법을 통한 기간제근로자의 지위	48
제1절 “기간제및단시간근로자보호등에관한법률”의 시행	49
1. 비정규직 보호법의 제정 배경	49
2. 기간제근로자 보호 법률의 입법화	50
제2절 기간제법의 쟁점	55
1. 기간제근로자의 사용기간(반복갱신과 고용중지)	55
2. 기간제법상 사용기간제한의 예외	61
3. 차별금지	64
제3절 법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 변화	73
1. 기간제법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 변화	73
2. 기간제근로자의 무기계약, 정규직 전환 사례와 문제점	74
3. 기간제근로자에 대한 계약해지 및 외주화 사례와 문제점	75

4. 공공기관 기간제근로자의 고용지위와 문제점	76
제5장 결론	80
참고문헌	84
ABSTRACT	90



제1장 서론

제1절 연구의 목적

최근 우리나라의 고용유형을 본다면, 종전의 정규직인 상용고용유형이 아닌 비정형적인 고용유형하에 있는 파트타임근로자(단시간근로자), 파견근로자, 임시직·계약직 근로자, 도급이나 위임의 형태로 노무를 제공하는 소위 특수고용형태 근로자들까지 다양한 고용유형을 가지는 근로자가 급증하고 있다. 이는 이미 선진국들이 그 동안 행한 이른바 규제완화 및 유연화 정책을 우리나라도 1990년대 들어 꾸준히 추진하다가 1997년 말 이른바 IMF외환위기와 함께 보다 급격하게 추진한 결과이다. IMF 관리체제가 시작된 이후 노동법의 유연화 및 규제완화는 우리 노동법 및 노사관계에 있어 초미의 관심사가 되어왔다.¹⁾

노동시장의 유연화(Flexibilisierung)란 노동시장을 효율적으로 사용함으로써 완전고용을 달성하고 생산성을 향상하는데 그 목표를 둔다는 점에서 긍정적으로 받아들여진다. 그러나 이는 노동의 유연성에 관한 긍정적인 측면일 뿐 부정적인 측면을 고려하지 않을 수 없다. 노동의 유연화로 인하여 해고의 자율화, 비정규직 고용화 등의 규제완화를 통한 고용구조의 탄력화가 이루어짐에 따라 사실상 노동착취의 한 형태로도 나타나기 때문이다.²⁾

우리나라는 1997년 IMF 원조조건에 고용시장의 자유경쟁체제를 도입하였고 이로 인해 대량실업사태가 발생하였다. 평생고용제·평생직장의 개념이 없어졌고 호봉개념이 연봉제로 바뀌었다. 정리해고가 자유로워지면서 정규직 근로자의 비율이 줄어들고 비정규직 근로자가 크게 증가하였다.

비정규직 근로자들은 근로조건에서 월평균 임금수준이 정규직의 62~65% 수

- 1) 김소영, 『선진국 노동법제의 변화추세와 우리 노동법의 발전방향 : 노동법의 유연화 및 규제완화에 대한 비판적 고찰』, 한국노동연구원, 2001, 6면.
- 2) '노동의 요소'를 자본과 경영의 필요에 따라 보다 적합하게 유연하게 사용하는 관점에서 그동안 논의가 되어 왔으며 그 결과 노동유연화는 사실상 노동착취의 한 형태(유연화-착취, Flexiploitation)이라고 보는 견해가 있다. 이원희, "비정규노동의 법적 보호의 새 경향 - 유연안정성의 추구 -", 「노동법연구」 제11호, 서울대노동법연구회, 2001 하반기, 4면.

준에서 고착화 경향을 보였으며 사회보험 가입률 격차는 완화추세이나 여전히 정규직의 60% 수준을 하회하였다.³⁾

현재 비정규직 근로자 중 가장 많은 비중을 차지하는 근로자는 기간제근로자이다. 과거 기간제근로에 관한 별다른 규제가 없어 기간제 근로계약이 해고 규제를 회피하기 위한 탈법적 행위로 탈바꿈하여 근로자의 고용안정을 훼손하고 객관적이고 합리적인 사유가 없는 기간제 근로계약은 제한되어야 한다는 의견이 학계와 실무계, 노동계에서 지속적으로 제기되었다.

특히 IMF외환위기 이후 간접고용 확대, 비정규직 근로자의 급증 및 이들에 대한 차별 대우, 최저생계비 수준의 낮은 근로조건, 양극화의 심화 등은 그 문제가 사회문제로 대두되면서 이를 시정하기 위한 여러 방안이 논의되었다. 정부와 노사정은 이러한 문제에 대한 대처 방안으로 "기간제및단시간근로자보호등에관한 법률"(이하 '기간제법'이라 한다)을 제정하였다.⁴⁾ 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하기 위함이었다.

동법은 2001년부터 노사정위원회에서 논의되어 왔으며 2006년 11월 30일 국회 본회의를 통과, 2007년 7월 1일부터 시행되었다. 기간제법의 핵심내용은 '사용기간의 2년 제한'과 '차별금지'에 있었으며 법 시행과정에 사용기간과 차별적 처우의 금지를 둘러싼 많은 다툼과 혼란이 예상되어왔다. 그리고 법 시행 후 1년여가 지나서부터 시작된 개정논의는 여전히 그 합의점을 찾지 못하고 있다.

시행 전부터 여당의 일방적 통과로 비난을 받으며 시작된 기간제법은 시행 2년이 지난 지금에도 비정규직 양산법이라는 불명예와 함께 개정론은 물론 일부에서는 폐지론까지 주장하고 있다. 이에 본고에서는 기간제법 시행에 따른 기간제근로자의 지위에 관하여 법적으로 고찰하기 위해 외국법제를 살펴보고, 기간제법의 쟁점 및 문제점, 기간제법 시행 이후 기간제근로자의 고용지위의 변화 고찰하고자 한다. 또한 외국법제를 통해 기간제근로자의 지위를 보호하기 위한 개선 방향에 대하여 모색하여 보고자 한다.

3) 노동부, 『비정규직법 이해』, 노동부, 2007.4., 4-5면.[이하 노동부(2007a)]

4) 최은배, "기간제 근로계약의 규제", 「대법원 관례해설」, 72호(2007 하반기), 법원도서관, 2008.7., 338면.

제2절 연구의 범위와 방법

연구의 범위는 비정규직보호법 중 기간제법을 중심으로 법 시행 이후 기간제 근로자의 고용지위에 관하여 고찰하고 문제점과 개선방향을 모색하여 보고자 한다. 이를 위하여 연구방법으로 기존 연구자료와 결과를 바탕으로 기본개념들에 대하여 살펴보고, 국내 단행본, 논문, 통계자료, 인터넷 자료, 신문기사 등을 활용하였다. 특히 최근의 기간제법 논의 과정 및 제정과정 등은 신문기사를 적극 활용하였다.

본 논문의 연구범위는 1장에서는 연구의 목적, 범위와 방법에 대하여 살펴보았고, 제2장에서는 비정규직 근로자의 개념 및 범주를 바탕으로 기간제근로자의 의의와 고용실태에 대하여 살펴보려고 한다. 제3장에서는 외국의 기간제근로자 관련 보호법을 살펴본다. 외국의 법제는 국제기구(ILO, EU)의 규제 및 보호 지침과 일본, 미국, 독일, 프랑스의 법제들을 간단히 알아본다. 제4장에서는 기간제법의 입법화와 쟁점내용, 법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위에 대하여 살펴본다. 제5장에서는 위 내용들을 토대로 우리법의 개선방향을 모색하는 것으로 연구논제를 마무리 한다.

제2장 기간제근로자의 의의와 고용실태

제1절 비정규직 근로자의 개념 및 범주

1. 비정규직 근로자의 개념

'통상 또는 정규직 근로자'란 전형적인 근로관계에서 근로계약의 기간을 정하지 않고 정년까지 근로할 수 있는 근로자이거나 법정기준근로시간 이내에서 통상적으로 약정한 소정근로시간을 자신을 고용한 사용자의 지휘명령을 직접 받으며 근로할 수 있는 근로자를 말한다. 반면, '비정규직 근로자(non-standard worker)'란 통상 근로자의 근로시간이나 근로계약기간, 지휘명령자, 고용형태 등과 비교하여 차이가 있는 근로자, 즉 비전형 근로를 하는 자(atypical worker)를 말한다.⁵⁾ 흔히 '임시고용 근로자' 혹은 '임시직'으로 혼용하여 사용하기도 하고 위의 내용과 같이 '정규직 근로자'에 대한 상대적 개념으로 사용하기도 한다.

'비정규직 근로자'에 대한 정의는 법적으로 명문화되어 있지도 않으며 정부나 학계, 그리고 국내외적으로 다소 차이가 있다. 정부기관인 통계청이나 노동부에서 사용하고 있는 근로자의 지위와 형태에 있어서조차 그 분류기준이 각기 다르다. 이는 비정규직 근로자가 법적 용어로서 뿐만 아니라 사회경제적 용법으로서도 확립된 하나의 통일적인 개념이 아니라 노사관계의 고전적 모델에 준거하여 전통적인 근로자가 가지고 있는 공통적인 요소들 가운데 어느 요소가 결여된 근로자를 일반적으로 지칭하고 있기 때문이다. 이러한 이유로 비정규직 근로자의 구체적인 형태도 그 결여된 요소에 따라 다양하게 구분된다.⁶⁾

우리나라는 외환위기 이후 비정규직의 개념 및 범위를 둘러싼 논쟁이 지속됨에 따라 2002년 7월 노사정위원회 비정규특위에서 고용형태에 따른 분류기준에 합의하였다. 그러나 이러한 합의에도 불구하고 정부 및 학계와 노동계는 비정규

5) 김엘림, 『노동법 I』, 한국방송통신대학교출판부, 2009.1., 209면.

6) 이원희, 전계논문, 8-9면.

직 근로자의 개념 및 범주를 다르게 정의하고 있어 그 규모에 대한 논란은 여전히 지속되고 있다.

2. 비정규직 근로자의 범주에 대한 노사정위원회 합의

노사정위원회는 2002년 7월 비정규직 근로자의 정의 및 범주에 대하여 합의하는데 이르게 되었다. 그 내용은 “비정규 근로자는 각각의 개별적 고용형태에 따라 분류할 수 있으며, 고용계약기간, 근로제공의 방식, 고용의 지속성, 근로시간 등 국제적 기준과 아울러 우리나라 특성을 고려하는 다차원적인 기준에 의거 파악되어야 한다. 우리나라의 비정규 근로자는 1차적으로 고용형태에 의해 정의되는 것으로 ① 한시적근로자 또는 기간제근로자, ② 단시간근로자, ③ 파견·용역·호출 등의 형태로 종사하는 근로자를 대상으로 한다. 우리나라 노동시장의 특성상 이 범주에 포함되지 않으나 고용이 불안정하고 근로기준법상의 보호나 각종 사회보험의 혜택에서 누락되어 사회적 보호가 필요한 근로계층이 광범위하게 존재한다는 점을 인식하며 이를 ‘취약근로자’로 파악한다”는 것이다.⁷⁾

합의된 내용에서의 각각의 근로자의 개념을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

한시적 근로자는 근로계약 기간을 정한 근로자 또는 정하지 않았으나 계약의 반복갱신으로 계속 일할 수 있는 근로자와 비자발적 사유로 계속 근무를 기대할 수 없는 근로자이며 기간제근로자는 고용계약기간을 설정하고 있는 근로자나 고용계약기간은 설정되어 있지는 않지만 비자발적·비경제적 사유로 계속근무를 기대할 수 없는 근로자를 포함하고 있다(고용의 지속성). 단시간근로자⁸⁾는 근로시간이 통상의 근로자에 비하여 짧은 파트타임근로자로서 근로자의 소정 근로시간보다 1시간이라도 짧은 근로자이다. 평소 1주에 36시간 미만 일하기로 정해져 있는 경우가 해당된다.(근로시간). 파견·용역·호출 등의 형태로 종사하는 근로자는 통상 '비전형근로자'라고 하며 파견근로자, 용역근로자, 특수 고용형태 근로자, 일

7) 한국기술교육대학교, 『고용정책적 측면에서의 비정규직 고용개선방안 연구』, 노동부, 2005. 12., 8면.

8) '단시간근로자'라는 용어는 '시간제근로자', '파트타임근로자'와 혼용되어 사용되고 있으며, 통계청 자료 등에는 '시간제근로자'로 표기되고 있다.

일근로자, 재택·가내근로자를 포함한다(근로제공 방식). 파견근로자는 근로자 파견업체에 고용되어 다른 사업장에 파견되어 사용사업주의 지휘·명령을 받아 일하는 근로자이다.⁹⁾¹⁰⁾ 용역근로자는 청소용역·경비용역 등 용역업체에 고용되어, 이 업체와 용역계약을 맺은 다른 업체에서 일하면서 고용사업주의 지휘·명령을 받는 근로자이다. 특수 고용형태 근로자는 독자적인 사무실, 점포 또는 작업장을 보유하지 않고 비독립적인 형태로 업무를 수행하지만 근로제공의 방법, 근로시간 등은 독자적으로 결정하면서, 개인적으로 모집·판매·배달·운송 등의 업무를 통해 고객을 찾거나 맞이하여 상품이나 서비스를 제공하고 그 일을 한만큼 소득을 얻는 근로자이다. 일일근로자는 건설일용근로자, 파출부, 간병인 등 고용계약기간을 별도로 정하지 않고 일거리가 생겼을 경우 며칠 또는 몇 주씩 일하는 근로자이다. 재택·가내근로자는 재택근무, 가내하청과 같이 사업체에서 마련해 준 공동작업장에서 일하지 않고 주로 가정 내에서 근무하는 근로자이다.¹¹⁾ 취약근로자¹²⁾에 대하여는 정확히 정의되지 않았으나 노동부에서는 근로자의 종사자 지위에 따라 임시직, 일용직으로 분류되거나 고용형태에서 기간제근로자, 단시간근로자, 비전형근로자에 해당되지 아니하는 자를 취약근로자로 파악하고 있다. 또한 이들에 대하여는 비정규직이 아니므로 고용형태에 따른 차별·남용규제 차원이 아닌 기업규모간 임금격차, 근로감독 차원에서 해결책이 강구되어야 한다는 입장이다.¹³⁾

우리나라 노사정위원회에 의한 비정규직의 범주는 외국에 비해 넓은 편이다. OECD는 'Temporary Worker(임시직근로자)', 'Part-time Worker(시간제근로자)' 정도를 비정규직으로 파악하고 있으며 임시직근로자에는 기간제근로자, 파견근로자, 계절근로자, 호출근로자 등을 포함한다. 그러나 우리나라는 노사정위원회 합의에서 특수형태근로, 용역근로 등을 포함하며, 기간제근로자 범위도 계약

9) 파견근로자보호등에관한법률 제2조 5호에서는 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자라고 정의내리고 있다.

10) 파견근로자의 근로관계는 파견사업주와의 관계와 사용사업주의 관계로 이원화되어 있으며(김엘림, 전계서, p.210.), 이 점은 파견근로자와 용역근로자의 차이점이다

11) 김수복, 『비정규직 노동법』, (주)중앙경제, 2008, 19-20면.

12) "제16차 비정규직 근로자대책특위 회의결과"에 따르면 비정규 근로자 대책관련 노사정 합의문(제1차)안 검토 및 채택과 관련하여 '취약근로자' 용어가 적절한지에 대한 논의가 있었으나 더 적절한 표현이 없다고 판단하여 그대로 사용키로 하였다. 노사정위원회 홈페이지 <http://www.lmg.go.kr/bbs/viewbody.asp?code=special03&page=2&id=39&number=39&keyfield=&keyword=&category=&BoardType=&admin=> 참조.

13) 노동부(2007a), 전계서, p.9.; 한국노동연구원, 『2008 KLI 노동통계』, 한국노동연구원, 2008, 32면.

기간을 정하지 않았으나 고용의 지속성을 기대할 수 없는 자를 포함하여 다소 넓은 편이다.

3. 비정규직 근로자의 범주에 대한 노동계와 정부의 입장¹⁴⁾

비정규직 근로자의 범주에 대한 노동계와 정부의 입장을 살펴보기 전에 우선 통계청에서 실시하는 경제활동인구조사에 대하여 언급하고자 한다. 통계청에서 실시하는 경제활동인구조사는 매월 실시하는 「본조사」와 연2회 실시하는 「부가조사」가 있다. 「본조사」에서는 근로자를 종사자 지위에 따라 상용직, 임시직, 일용직으로 분류하고 있고, 「부가조사」에서는 고용형태에 따라 한시적근로자, 시간제근로자, 비전형근로자를 비정규직 근로자로 보고 본조사상 비정규직에 해당하지 않는근로자를 정규직이나 취약근로자로 파악하고 있다.

「본조사」의 분류에 있어 우선 고용기간을 정한 경우에는 1년 이상 근무하는 상용직과 1월에서 1년 미만 근무하는 임시직, 1월 미만 근무하는 일용직으로 구분한다. 고용기간을 정하지 않은 경우에는 퇴직금·상여금 등을 지급받고 회사의 인사규정에 의해 채용되는 경우에만 상용직으로 분류하고 나머지는 임시·일용직으로 분류하고 있다. 「부가조사」에 의한 분류는 노사정위원회에서 합의한 내용과 같다.

<표-1> 경제활동인구 부가조사의 고용형태상 분류('06.8)

(단위: 천명, %)

구분	비정규직			정규직	소계
	한시적	시간제	비전형		
경제활동인구 본조사의 종사자 지위 분류	상용직	A(1,338천명, 8.7%)		D(6,905천명, 45.0%)	8,243천명
	임시직	B(4,119천명, 26.8%)		C(2,989천명, 19.5%)	7,108천명
	일용직				
	소계	5,457천명(35.5%)		9,894천명(64.5%)	

14) 노동부(2007a), 전계서, 8-10면의 내용을 요약정리함.

노동계는 비정규직 근로자의 범위를 산정함에 있어 경제활동인구 본조사상의 임시·일용직근로자와 상용직근로자 중 부가조사상의 비정규직 근로자를 합한 것으로 파악을 하고 있다. 이에 반해 정부는 노사정위원회에서 합의한 바에 따라 경제활동인구 부가조사상 고용형태에 따라 정의되는 한시적, 단시간, 비전형근로자만을 포함하고 있다. 결국 노동계에서는 위의 표에서 A+B+C영역을 비정규직 근로자로 파악하는 반면 정부는 A+B영역만을 비정규직 근로자로 파악하고 있어 비정규직 근로자의 개념 및 범위에서 차이를 보이고 있다.

이러한 파악방식의 차이는 단순히 비정규직 규모의 차이만을 나타내는 것은 아니다. C영역의 근로자는 고용형태상 정규직이지만 주로 영세기업에서 근무하면서 근로조건이 열악한 '취약근로자'로 파악될 것이다. 이때 정부의 파악방식에 따라 C영역의 취약근로자를 정규직으로 분류하면서, 정규직과 비정규직의 근로조건 등을 비교하게 되면 비정규직 고용형태에 따른 고유문제인 임금차별 등의 문제가 다소 희석되어 나타날 수 있다. 또한 노동계의 정의대로 A+B+C영역을 비정규직, D영역을 정규직으로 하여 임금격차를 비교할 경우 A영역이 비정규직에 포함되어 역시 임금격차의 상당 부분이 희석되어 나타날 수 있다. 마찬가지로 통계청의 본조사상의 지위를 기준으로 A+D를 정규직, B+C를 비정규직으로 구분할 경우 임금격차를 가장 뚜렷하게 파악할 수는 있겠으나 이 경우에는 기간제 등의 비정규직의 특성이 희석되어 버린다는 문제점이 따를 수 있음을 주의해야 한다.¹⁵⁾

4. 비정규직보호법상 보호대상이 되는 비정규직 근로자

비정규직보호법이란 「기간제및단시간근로자보호등에관한법률」과 「파견근로자보호등에관한법률」, 「노동위원회법」을 총칭하는 법으로서 「기간제및단시간근로자보호등에관한법률」 제2조 제1, 2호에서는 기간제근로자와 단시간근로자를, 「파견근로자보호등에관한법률」 제2조 제5호에서는 파견근로자를 그 보호대상으로 하고 있다.

15) 한국기술교육대학교, 전계서, 9면, 20면.

근로기준법 제2조에 제1항에서는 제1호에서 「"근로자"란 직업의 종류와 관계 없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자」라고 규정하고 제8호에서 「"단시간근로자"란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자」로 명시하고 있으며, 기간제근로자 및 파견근로자에 대한 정의는 별도로 두고 있지 않다.

5. 비정규직 근로자의 범주에 대한 사건

노사정위원회의 합의는 비정규직 근로자의 개념 및 범주에 따른 서로 다른 기준의 적용에 의해 그 규모에 대한 논란이 지속되자 고용형태에 따른 분류기준을 정하여 논란의 종지부를 찍고자 함이었다. 그러나 정부와 학계는 노사정 합의기준에 의해 비정규직 규모를 파악하고 있는 반면 노동계는 '취약근로자'도 비정규직의 범위에 포함하여 파악하고 있다. 결국 '취약근로자'의 비정규직 인정여부가 여전히 논란이 되고 있다는 것이다.

뒤에서 살펴보겠지만 정규직 근로자의 특징을 몇 가지 살펴보면 근로기간이 정년까지 보장되어 고용의 지속성이 기대되며 사회보험 적용비율이 높고 임금수준이 숙련도와 근속년수 등에 의해 결정된다. 이로 미루어 보아 고용이 불안정하고 근로기준법상의 보호나 각종 사회보험의 혜택에서 누락되었다는 것은 정규직 근로자의 특징으로 보기 힘들며 통상 또는 정규직 근로자와 비교하여 근로계약기간 등이 차이가 있는 근로자이다. 앞의 비정규직 근로자의 개념이 전통적인 근로자인 정규직 근로자가 가지고 있는 공통적인 요소들 가운데 어느 요소가 결여된 근로자를 일반적으로 지칭하고 있다는 점에서 노동계의 입장과 마찬가지로 '취약근로자'를 비정규직으로 보아도 무리가 없다고 판단된다. 물론 현재에도 외국에 비해 비정규직의 범주를 넓게 보고 있으나 그렇다고 하여 비정규직 근로자의 규모를 축소해야 할 이유는 없으며 취약근로자의 보호를 위한 별도규정 마련은 반드시 필요할 것이다.

제2절 기간제근로자의 의의와 고용실태

1. 비정규직으로서 기간제근로의 의의

우리나라 기간제고용의 활용은 사회경제적으로 필요한 수준과 내용을 넘어 그 취지와 달리 정규직 고용에 따른 각종 비용부담과 해고 제한 등의 노동법적인 제한을 피할 목적으로 운용되어 왔다. 비정규직의 실질적인 대다수를 차지하고 있는 기간제근로자에 대한 고용불안정과 차별을 시정해야 한다는 주장이 꾸준히 제기되었으나, 경영계는 기간제근로 양산을 인정하면서도 그 주된 이유가 우리나라에서 이른바 정규근로자의 해고 등의 탄력적 인력활용이 어렵고 상대적으로 보호 수준이 높은 정규직 근로자 중심의 경직적인 임금 및 고용시장으로 인하여 이를 피하고자 하는 것이 그 주된 원인이라고 보고 기간제근로자의 보호 수준을 강화시키려하기 보다는 정규직 근로자의 보호수준을 완화하여 기간제고용의 문제를 해소하고자 하였다.¹⁶⁾

기간제법 시행 이전 기업들은 정규직 근로자의 채용보다는 인력운용에 부담이 없는 기간제(계약직)근로자를 선호하면서 이들의 채용 비중이 증가하였다.¹⁷⁾ 또한 기간제근로는 다른 비정규근로와는 달리 정규근로와 거의 동일한 방식을 취하여 정규근로에 대한 대체적인 근로의 의미로 사용되었다. 2000년도 민주노총에서 발간한 자료에 따르면 한국노동연구원의 조사결과 근로자의 "현 근무지에 서의 근무기간"이 전형근로자의 경우 평균 5년 1개월이고, 임시·일용직근로자가 4년 5개월, 계약직이 3년 3개월로 나타났고, 민주노총 조사에서도 임시·일용직근로자의 현 직장 근무연수가 4년 2개월로 나타났다. 계약직이 만료된 이후 "특별한 사정이 없는 한 계약직으로 자동 연장"되는 경우 역시 한국노동연구원의 조사에서는 약 50%, 민주노총의 조사에서는 약 60% 가량인 것으로 나타났다.¹⁸⁾

16) 노사정위원회, 『기간제·파견·단시간 근로 논의자료집』, 노사정위원회, 2003.10., 7-8면.

17) 2004년 국내 기업들이 계약직을 많이 채용하려 한다는 조사결과가 보도되었다. 3년간 게재된 국내 기업들의 채용공고를 분석한 결과 2004년 계약직 채용공고 건수는 82만2341건으로 2003년 59만2487건보다 38.8% 증가하였고 2002년 26만6013건에 비하여는 무려 209.1%나 증가하였다. 동 기간 전체 채용 공고 중 계약직이 차지한 비중도 2002년 12.1%에서 2003년 14.9%, 2004년 18.1%로 높아졌다. 중앙일보 2005년 2월 20일 게재. http://article.joins.com/article/article.asp?total_id=450741 참조.

기간제근로자는 비정규직 근로자의 대부분을 차지하고 있으며 기간제법 시행 이전부터 정규직 근로자의 대체 인력으로 활용되고 있다. 그럼에도 불구하고 비정규직 고용형태라는 이유만으로 임금과 사회권(노동권, 사회보험 및 기타 복지 서비스 등)에서 차별을 받아야만 했다. 노동시장 구조의 변화라고 치부하기에는 이들에 대한 차별적 처우는 부당하다고 보여진다. 기간제법이 제정되고 이들에 대한 고용안정 및 차별적 처우를 금지하고 있으나 법이 어느 정도의 실효성을 가지고 있으며 기간제근로자의 지위에 어떠한 영향을 미치고 있는지 다시 한 번 고찰할 필요성이 있다. 이를 위해 우선적으로 기간제근로자의 개념과 고용실태에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 기간제근로자의 개념

"기간제및단시간근로자보호등에관한법률"(이하 "기간제법") 제2조 1호에서는 기간제근로자를 「기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자」라고 정의하고 있다. 여기서 '기간의 정함'이란 '계약기간'의 정함을 말하는 것으로 실제의 '고용기간'은 이와 다를 수 있다.¹⁹⁾ 즉 실제의 고용기간은 계약에서 정한대로 단기간인 경우도 있지만, 그와 달리 명시적 또는 묵시적 갱신 등을 통해 장기간인 경우도 적지 않다. 그런 점에서 기간제근로를 '단기고용'이라고 부르는 것은 정확한 표현이라고는 할 수 없다. 또한 근로계약에 기간을 정하는 것이 사업의 임시적 필요를 위한 경우도 있지만, 실제로는 전형근로자와 마찬가지로 상시 사용하면서 계약상으로만 기간을 정한 경우도 적지 않다. 따라서 기간제근로를 흔히 '임시직' 또는 '임시고용'으로 부르기도 하는데 이것 또한 반드시 정확한 표현이라고는 할 수 없다.²⁰⁾

18) 이정자, "기간제 근로계약에 관한 법적 고찰", 경상대 행정대학원 석사학위논문, 2005.8., 9면; 전국민주노동조합총연맹, 『비정규, 영세, 여성 노동자의 실태 및 의식조사』, 2000. 재인용.

19) 이병운, "특정근로자의 고용보장에 관한 연구", 원광대 대학원 박사학위논문, 2003.2., 238면; B. Veneziani, "The New Labour Force", R. Blanpain; C. Engels ed., *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrial Market Economies*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1993, p.205.

20) 이정자, 전제논문, 5면.

현실에서 기간의 정함이 있는 근로계약에 의해 사용되는 근로자의 형태는 일용직, 임시직, 계절근로자, 계약사원, 아르바이트, 촉탁사원, 파트타임 등 매우 다양한 편이다.²¹⁾ 이러한 근로계약의 형태는 일정한 기간경과 또는 소정 목적의 달성 내지 일정한 조건의 충족으로 사용자의 별도 해지통고가 없더라도 근로관계가 종료된다는 점에서 기간제근로자와 차이가 없다. 이들 고용형태에 있어서는 구체적인 고용사유나 고용조건의 차이가 있다 하더라도 기간의 정함이 있는 근로관계로서의 본질이 달라지지 않는다는 점이다. 따라서 단시간근로자라 하더라도 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우 기간제근로자의 범위에 당연히 포함되어 사용기간이 2년을 초과한 시점부터 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주된다.

기간제법 시행 이후 근로계약기간을 정하는 방법은 ① 기간의 정함이 없는 근로계약(무기계약 또는 정년제 계약), ② 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 등 동법 제4조 제1항 단서 각 호의 특례²²⁾에 해당하는 계약, ③ 2년 이내의 기간을 정한 근로계약 등이 가능하다. 그 중 ②, ③번 형태의 근로계약을 체결한 근로자가 기간제근로자에 해당된다. 기간제근로자는 사용자와 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하게 되며 기간을 정한 사유·기간의 장단·명칭(계약직, 촉탁직, 일용직, 임시직, 계약근로자, 계약사원, 아르바이트, 촉탁사원, 파트타임사원 등) 등에 관계없이 근로계약에 기간을 정하여 고용된 근로자를 의미한다. 다만, 근로계약 기간이 정해져 있더라도 동 기간의 만료가 근로계약종료의 의미가 아닌, 동일한 임금조건이 유지되는 기간(연봉계약기간 등)과 같은 의미로 해석되는 경우에는 기간제 근로계약으로 볼 수 없을 것이다.²³⁾

21) 이병운, 전계논문, 239면; 菅野和夫, 『雇用社會の法』, 有非閣, 1997, 186面..

22) "기간제법" 제4조 제1항 단서에서는 제1호 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우, 제2호 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, 제3호 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우, 제4호 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우, 제5호 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우, 제6호 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 기간제근로자로 사용할 수 있도록 하고 있다.

23) 김수복, 전계서, 37-39면.

3. 기간제근로자의 고용실태

1) 기간제근로자의 고용률

통계청이 2008년 8월에 실시한 '경제활동인구조사 부가조사'에서 비정규직은 840만 명(임금노동자의 52.1%)이고 정규직은 771만 명(47.9%)으로, 전체 노동자의 절반 이상이 비정규직이다. OECD회원국들 대부분은 비정규직 중 시간제 근로(파트타임)의 비율이 높지만, 우리나라는 시간제근로의 비중이 7.6%로 그다지 높지 않다. 오히려 비정규직의 98.0%(840만 명 가운데 822만 명)가 임시근로자이거나 임시근로를 겸하고 있는 기간제근로를 하고 있다는 점에서 다른 나라에서 찾아보기 힘든 특징을 보인다.²⁴⁾²⁵⁾

<표-2> 2008년도 8월 비정규직 규모

(단위: 천명, %)

	수(천 명)				비율(%)				
	상용	임시	일용	전체	상용	임시	일용	전체	
임금노동자(1)	9,107	4,970	2,027	16,104	56.6	30.9	12.6	100.0	
정규직(2=1-3)	7,707			7,707	47.9			47.9	
비정규직(3=①+②+③+④+⑤+⑥+⑦+⑧, 중복제외)	1,400	4,970	2,027	8,397	8.7	30.9	12.6	52.1	
고용계약	임시근로	1,228	4,970	2,027	8,225	7.6	30.9	12.6	51.1
	장기임시근로①		3,538	1,330	4,868		22.0	8.3	30.2
	기간제근로②	1,228	1,432	697	3,357	7.6	8.9	4.3	20.8
근로시간	시간제근로③	22	578	629	1,229	0.1	3.6	3.9	7.6
근로제공 방식	호출근로④			818	818			5.1	5.1
	특수고용⑤	20	514	61	595	0.1	3.2	0.4	3.7
	과건근로⑥	71	52	16	139	0.4	0.3	0.1	0.9
	용역근로⑦	283	257	101	641	1.8	1.6	0.6	4.0
	가내근로⑧		11	54	65		0.1	0.3	0.4

2008년 노동부에서 발행된 노동통계에 의하면 임금근로자 중 비정규직 근로

24) 김유선, "2008년 비정규직 규모와 실태", 「노동사회」, 통권 제137호, 한국노동사회연구소, 2008.11., 133면.

25) 우리나라 비정규직 중 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것은 기간제근로이며 이는 총 비정규직 근로자 중 49.9%로 고착화 경향을 보이고 있다. 그러나 고착화 경향에도 불구하고 한국 17.7%('06), 미국 4.0%('03), 일본 12.8%('03), 독일 12.7%('03)인 점을 감안하여 볼 때 외국에 비해서도 높은 수준을 보이고 있음을 알 수 있다. 노동부(2007a), 전제서, 4면.

자는 2002년 27.4%에서 2004년 37.0%로 증가하다 2005년 36.6%, 2006년 35.5%로 감소하는 듯 보였다. 그러나 2007년 35.9%로 다시 증가하였다. 이와 같은 증가율은 조사 이후 2006년을 제외하고는 가장 낮은 수치이며, 2002년 이후 매년 약 80만명씩 크게 증가하던 비정규직 증가 추세가 크게 둔화되었음을 말해준다. 2002년 384만명에서 2003년 461만명, 2004년 540만명, 2005년 548만명으로 급격히 증가하던 비정규직 규모가 2007년 들어 다소 증가된 것은 그간 급격하게 증가하던 한시적근로자의 규모가 2006년 362만 명에서 2007년 354만 명으로 약 8만 명 감소에 그친데 따른 것으로 보고 있다. 반면, 한시적근로자의 비율은 오히려 1.3%p 하락하였고 비전형근로자와 시간제근로자의 비중은 상승하였다. 비정규직 규모가 증가 현상을 보이면서 2006년 이후 주로 정규직 보다 비정규직 위주로 일자리가 창출되었다.²⁶⁾

<표-3> 비정규직 고용형태별 취업자 수²⁷⁾

(단위: 천명, %)

연도	정규 근로자	비정규 근로자	비정규근로자		시간제 근로	일일 근로	특수 근로	파견 근로	용역 근로	가내 근로
			한시적 근로자	기간제 근로						
2002	10,190 (72.6)	3,839 (27.4)	2,063 (53.7)	1,536 (40.0)	807 (21.0)	412 (10.7)	772 (20.1)	93 (2.4)	332 (8.6)	236 (6.1)
2003	9,542 (67.4)	4,606 (32.6)	3,013 (65.4)	2,403 (52.2)	929 (20.2)	589 (12.8)	600 (13.0)	98 (2.1)	346 (7.5)	166 (3.6)
2004	9,190 (63.0)	5,394 (37.0)	3,597 (66.7)	2,491 (46.2)	1,072 (19.9)	666 (12.3)	711 (13.2)	117 (2.2)	413 (7.7)	171 (3.2)
2005	9,486 (63.4)	5,483 (36.6)	3,615 (65.9)	2,728 (49.8)	1,045 (19.1)	718 (13.1)	634 (11.6)	118 (2.2)	430 (7.8)	141 (2.6)
2006	9,894 (64.5)	5,457 (35.5)	3,626 (66.5)	2,722 (49.9)	1,135 (20.8)	667 (12.2)	617 (11.3)	131 (2.4)	499 (9.1)	175 (3.2)
2007	10,180 (64.1)	5,703 (35.9)	3,546 (62.2)	2,531 (44.4)	1,201 (21.1)	845 (14.8)	635 (11.1)	174 (3.1)	593 (10.4)	125 (2.2)

* 자료: 통계청, 「경제활동인구 부가조사」 원자료, 각년도 8월.

26) 김수복, 전계서, 26-27면.

27) 한국노동연구원, 전계서, 32면.

위의 비정규직 근로자의 규모 변화를 살펴본 결과 기간제보호법이 시행되기 직전인 2007년 3월부터 2008년 8월까지 1년 반 동안 정규직은 44만 명 증가하고, 비정규직은 22만 명 감소한 것으로 나타났다. 세부 고용형태별로 장기임시근로 12만 명, 기간제근로 9만 명, 가내근로 6만 명, 특수고용형태 4만 명, 파견근로 4만 명, 호출근로 3만 명 감소한 것으로 나타났다. 반면 용역근로 5만 명, 시간제근로 3만 명이 증가한 것으로 파악되었다. 여기서 비정규직이 감소하고 있음에도 정규직과 용역근로가 증가한 것은 기간제보호법 효과에서 비롯된 것이며, 비정규직 감소는 경기침체효과에서 주로 비롯된 것으로 해석된다.²⁸⁾

2) 기간제근로자의 고용분야

기간제근로자의 근로계약은 종전에는 주로 단순·보조 업무에서 많이 사용되었으나, 최근에는 상당한 전문직이나 관리직 업무에서도 자주 사용되고 있다. 가령 대학교를 중심으로 한 연구 직종에서 계약직의 형태로, 대기업을 중심으로 촉탁직 또는 이사 대우 등의 형태로 이용되는 근로계약이 그 대표적인 예이다.²⁹⁾ 이외에도 계절업무와 같은 업무 자체의 특성과 출산휴가 중인 근로자를 위하여 대체근로가 요구되거나, 근로자의 업무적성을 평가하기 위한 시용기간이 필요한 경우와 같이 그 사유 자체가 기간의 정함을 요구하는 경우 그리고 예산 및 기간이 제한된 프로젝트업무와 같이 유기근로계약이 불가피한 경우에 사용되고 있다.³⁰⁾

4. 기간제근로자(비정규직 근로자)와 정규직 근로자의 비교

1) 기간제근로자와 정규직 근로자의 비교 의의

노동법은 근로관계의 성립, 존속 및 종료에 이르는 다양한 보호내용을 규율하고 있으며, 이와 같은 보호를 향유하는 자의 요건을 정하고 있다. 근로자의 고용 안정에 직접적인 영향을 미치는 해고에 관한 규정은 사용자의 해고의 자유를 제

28) 김유신, 전제논문, 136면.

29) 이병운, 전제논문, 239면.

30) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2005, 1018면.

한하는데 목적이 있는 바, 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결을 요건으로 하고 있다. 또한 근로법 제18조의 단시간근로자에 해당할 경우 근로법 제55조의 주 1회 이상의 유급휴일과 제60조 연차유급휴일의 규정을 적용하지 않고 있다.

이처럼 다양한 보호의 대상은 주로 전형적인 근로를 하고 있는 정규직 근로자가 되고 있으며 비정규직 근로자는 제한적인 보호를 받게 된다. 이러한 이유로 기간제근로자의 지위에 관하여 고찰하기 위해서는 정규직 근로자와의 비교를 통한 차이를 이해하는 것이 선행되어야 할 것이다. 그러나 기간제근로자는 정규직 근로자의 대체인력으로의 고용, 파트타임사원, 아르바이트 등 단시간 근로자의 고용 등 다양한 형태로 나타나고 있으며 비정규직 근로자의 대부분을 기간제근로자가 차지하고 있으므로 정규직 근로자와 비정규직 근로자의 특징을 전체적으로 비교하여 보고자 한다.

2) 기간제근로자와 정규직 근로자의 비교 분석

우리나라 기업의 장기고용시스템의 중핵인 정규직 근로자의 근로관계는 장기근속이 예정되고 기간의 정함이 없는 근로계약으로서 사용자의 해고권은 법적으로도 사회적으로도 상당히 엄격한 규제를 받고 있다.

경제적 대우에서도 정규직 근로자는 장기근속에 대응한 생활급, 상여금, 복리후생급여 등의 점에 특색이 있다. 임금은 월급으로 지급받으며 법과 단체교섭에 의해 보장받을 수 있다. 임금의 수준은 숙련도와 근속년수에 의하며 특정 기업의 범위 내에서 경력개발과 승진, 교육훈련, 사내복지제도 등을 적용받는다. 그러나 비정규직 근로자는 복리후생 혜택이 없거나 그 수준이 미미하며 이는 개별근로자와 기업 간의 결합도가 낮다는 점을 의미한다.

이처럼 비정규근로는 정규근로의 전형적인 특징들에서 벗어나는 특수한 고용형태의 근로로서 정규직 근로자와 비정규직 근로자의 특성은 다음과 같이 비교하여 볼 수 있다.³¹⁾

31) 김수복, 전계서, 22-24면.

<표-4> 정규직 근로자와 비정규직 근로자의 비교

구분	정규직 근로자의 특성	비정규직 근로자의 특성
고용과 지휘명령	고용과 지휘명령의 일원화	고용과 지휘명령의 분리현상(과건근로자)
고용보장	근로계약은 특별한 사유가 없는 한 근로계약기간을 정하지 아니하고 정년까지 고용	고용보장이 희박하고 계약기간일 일정하게 정해져 있어 해당기간만 근무
근로시간의 길이	근로시간은 1일 8시간을 기준으로 한 전일 근무	근로시간은 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간에 비해 짧음 (단시간 근로자)
근로시간의 배분	근로시간의 배분은 균일하고 근로장소가 일정	기업의 경영여건에 따라 근로시간 및 근무장소의 변동이 큼
임금지급 방식	임금은 월급으로 지급	임금은 일급, 주급, 월급 등 다양한 형태
노동조합 관계	법과 단체교섭에 의해 임금을 보장받을 수 있고 노동조합에 의하여 고용의 안정성을 보장받을 수 있는 장치가 있음	원칙적으로 근로계약기간만료로 고용관계가 소멸되므로 고용의 안정성이 낮고 정규직위주의 노동조합에 의해 배제되는 실정
임금수준	임금수준은 숙련과 근속년수에 의함	임금수준은 노동시장의 수급에 따라 결정
경력개발과 복리후생	특정기업의 범위내에서 경력개발과 승진, 교육훈련, 사내복지제도 등을 적용	경력개발이 미약하고 복리후생 혜택없거나 그 수준이 정규직에 비하여 낮음

특히 정규직과 비정규직 근로자간 임금 및 사회보험 적용비율은 점차 차이를 좁혀가고 있으나 여전히 격차가 큰 것으로 나타나고 있다. 월평균 임금총액에 있어 2002년 비정규직 근로자의 임금은 정규직 근로자의 임금의 67% 수준이었으나 2003년 61% 수준으로 낮아졌다. 2004년 65% 수준으로 잠시 높아졌으나 2005년 62% 수준으로 낮아졌고 2006년 62%, 2007년 63% 수준에 그쳤다. 정규직 근로자와 비정규직 근로자의 주당 근로시간을 감안한다고 하더라도 2002년 정규직 근로자와 비정규직 근로자의 근로시간이 6.1시간이었음에도 불구하고 정규직 근로자의 67% 수준의 임금을 받았으나 2007년 근로시간이 5.4시간 차이가 나고 임금은 63% 수준의 임금을 받는 것으로 보아 비정규직 근로자의 임금수준은 더욱 악화된 것으로 파악된다.

또한 사회보험에 있어서도 2007년 국민연금 40.0%, 건강보험 42.5%, 고용보

험 39.2%의 적용비율을 보여 60~70%를 상회하는 정규직 근로자의 적용비율과의 격차가 큰 것으로 나타났다.

<표-5> 고용형태별 임금 및 근로조건 추이³²⁾

(단위: 천원/월, 시간/주, %, 천명)

		월평균 임금총액	주당 근로시간	사회보험 적용비율			근로자수
				국민연금	건강보험	고용보험	
2002	전체	1,325	49.3	52.7	55.5	48.0	14,030
	정규직	1,456	51.0	62.9	65.6	56.2	10,190
	비정규직	977	44.9	25.7	28.8	26.2	3,839
2003	전체	1,466	48.5	57.7	59.5	49.8	14,149
	정규직	1,678	50.2	70.8	72.5	59.7	9,542
	비정규직	1,028	45.0	30.5	32.6	29.2	4,606
2004	전체	1,542	47.8	59.5	61.3	52.1	14,584
	정규직	1,771	49.7	72.5	73.8	61.5	9,190
	비정규직	1,152	44.7	37.5	40.1	36.1	5,394
2005	전체	1,593	47.5	61.4	61.9	53.1	14,968
	정규직	1,846	49.2	75.7	75.9	63.8	9,486
	비정규직	1,156	44.5	36.6	37.7	34.5	5,482
2006	전체	1,656	46.6	62.6	63.2	54.6	15,351
	정규직	1,908	48.5	76.1	76.1	64.7	9,894
	비정규직	1,198	43.1	38.2	40.0	36.3	5,457
2007	전체	1,745	45.9	63.2	64.4	55.3	15,882
	정규직	2,008	47.9	76.3	76.7	64.3	10,180
	비정규직	1,276	42.5	40.0	42.5	39.2	5,703

32) 한국노동연구원, 전계서, 71면.

제3장 외국의 기간제근로자 관련 보호법

제1절 국제기구의 규제 및 보호 지침들

1. ILO규정

1) 기간제근로에 관한 규정

ILO에서는 1998년 『근로자 기본권 선언』을 채택한 이후 근로자의 가장 기본적인 권리를 다루는 4개 분야에서 8개 협약을 모든 회원국이 비준하고 이행해야 하는 협약(소위 핵심협약, Fundamental Convention)으로 구분하였다. 특히 노동관련 제도 및 정책에 본질적으로 중요한 문제를 다루는 4개 협약은 우선협약(Priority Convention)으로 분류되었다.³³⁾

ILO 협약 중 비정규근로와 직접적으로 관련된 협약은 제175호 단시간 근로에 관한 협약³⁴⁾과 제177호 가내근로에 관한 협약³⁵⁾이라 할 수 있겠으나 현재 우리 법(기간제법)에서 쟁점이 되고 있는 부분이 근로계약 기간인 점을 감안하여 불

33) 노동부, 「ILO 주요 협약집」, 노동부 국제협력관실, 2002, 10면.[이하 노동부(2002)] 핵심협약은 결사의 자유(제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(1948년), 제98호 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(1949년)), 강제근로(제29호 강제근로에 관한 협약(1930년), 제105호 강제근로의 폐지에 관한 협약(1957년)), 아동노동(제138호 취업의 최저연령에 관한 협약(1973년), 제182호 가혹한 형태의 아동노동철폐에 관한 협약(1999년)), 차별금지(제100호 동일가치 근로에 대한 남녀근로자의 동등보수에 관한 협약(1951년), 제111호 고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약(1958)) 분야로 구분되며 우선협약은 근로감독(제81호 공업 및 상업부문에서 근로감독에 관한 협약(1947년), 제129호 농업부문 근로감독에 관한 협약(1969년)), 고용정책(제122호 고용정책에 관한 협약(1964년), 3자협약(144호 국제노동기준의 이행을 촉진하기 위한 3자 협의에 관한 협약(1976년))으로 분류된다.

34) 단시간 근로에 관한 협약(Part-time Work Convention)은 1994년 6월 제81차 국제노동기구총회에서 단시간 근로 권고(Part-time Work Recommendation, 제182호 권고)와 함께 채택되었으며 단시간 근로자에 대해 통상근로자와 동일한 보호와 균등한 근로조건을 규정하고 있다. 김태현, "비정규직 근로자 차별금지에 관한 연구", 서울시립대 경영대학원 석사학위논문, 2006.8., 5-6면.

35) ILO는 1980년대부터 가내근로자에 대한 보호의 필요성에 관심을 가지고 여러 가지 논의를 거친 후 1996년에는 '가내근로협약 및 권고'를 국제노동기준으로 채택함으로써 가내근로자에 대해서도 노동법적 보호를 확대하였다. 주요한 보호에는 노동3권의 보장·사회보장제도의 적용 뿐만 아니라 임금보호, 근로시간의 보호, 산업안전과 보건에 관한 권리 등 근로조건에 관한 것이 다수 포함되어 있다. 양은열, "비정규 근로자의 유형별 실태와 보호방안에 관한 연구", 숭실대 노사관계대학원 노동법학과 석사학위논문, 2005.2., 17면; 강성태, "비전형근로의 의의와 노동법적 과제", 노사정위원회 전문가 토론회 자료집, 2001, 5면.[이하 강성태(2001)]

때 해고와 관련된 제158호 사용자에 의한 고용종료에 관한 협약을 살펴보아야 할 것이다.

제158조 협약은 1982년 6월 2일 국제노동기구 사무국 이사회가 제네바에서 소집한 제68차 회의에서 회기 의사일정 다섯 번째 의제인 사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 제안을 채택하기로 결정하고, 이 제안이 국제협약의 형식을 취할 것을 결의하여, 1982년 고용종료 협약³⁶⁾이라고 부를 협약을 1981년 6월 23일 채택하였다.

본 협약의 일반적 적용기준은 종료의 정당성, 고용종료 전 또는 고용종료시의 절차, 고용종료에 대한 제소절차, 통고기간, 해고수당 및 기타 소득의 보장으로 구분할 수 있다. 이 중 종료의 정당성, 고용종료 전 또는 고용종료시의 절차, 고용종료에 대한 제소절차에 대하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

종료의 정당성에 관하여 협약 제4조에서는 근로자의 고용은 당해 근로자의 능력·행태와 관련된 종료 또는 사업, 사업장, 업무에 대한 운영상의 필요에 근거한 종료에 대하여 정당한 이유가 없는 한 종료될 수 없다고 명시하고 있다. 특히 노동조합에의 가입 또는 근로시간 이외의 노동조합활동 참가 또는 사용자 동의하에 근로시간 중의 노동조합활동 참가, 근로자 대표로 선출되고자 하거나 또는 대표자로 활동하거나 또는 과거에 활동한 사실, 법령을 위반한 혐의가 있는 사용자에 대한 제소 또는 심리절차의 참여행위 또는 권한 있는 행정당국에 청원하는 행위, 인종·연령·성별·혼인·가족부양 책임·임신·종교·정치적 견해·국적 또는 사회적 신분, 출산휴가 기간 동안의 휴업, 질병 또는 부상으로 인한 일시적인 휴업은 고용종료에 대한 정당한 이유가 될 수 없다고 보고 있다(제5조, 제6조).

고용종료 전 또는 고용종료시의 절차(제7조)에 있어 근로자의 고용은 근로자의 행위 또는 업무수행과 관련하여 당해 근로자가 자신에게 불리한 혐의에 대한 변호의 기회를 갖기 이전에는 종료될 수 없고 다만 사용자가 그러한 기회를 제공할 수 없는 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니한다고 명시되어 있다.

고용종료에 대한 제소절차에 관하여는 제8조, 제9조, 제10조에서 명시하고 있다. 정당하지 아니한 방법으로 고용이 종료되었다고 생각하는 근로자는 당해 고

36) 본 협약에서의 종료 및 고용종료라 함은 사용자의 주도에 의하여 행하여진 고용종료를 의미한다.(협약 제3조)

용종료에 대하여 법원, 노동법원, 중재위원회 또는 중재인 등 중립기관에 제소할 수 있는 권리를 가지며 근로자가 고용종료 이후 합리적인 기간내에 제소권을 행사하지 아니한 경우 당해 근로자는 고용종료에 대한 제소권을 포기한 것으로 간주하고 있다. 고용종료의 타당한 이유의 입증책임을 사용자에게 부과하였으며 제소에 대해서는 국내법에 따른 절차에 관해 권한 있는 기관(competent authorities)이 결론을 내려 부당한 고용종료가 철회될 수 없거나 근로자의 복직이 불가능할 경우 적절한 보상금 지급 또는 기타 적절한 구제를 할 권한을 당해 기관에 부여하였다.

2) 기간제 고용의 사용 사유제한

동협약은 제2조 제1항에서 모든 경제활동부문과 근로자에게 적용하고 있다. 그러나 제2조 제2항에서는 규정의 전부 또는 일부의 적용을 배제할 수 있는 근로자에 대하여 열거하고 있으며 기한부 고용계약 또는 도급을 위한 고용계약 하에 있는 근로자, 사전에 결정된 적절한 기간 동안의 사용기간 또는 고용자격 취득기간 중에 있는 근로자, 계절적 고용 또는 임시직으로 고용된 근로자가 여기에 해당된다. 기간제 고용에 대하여는 고용종료 협약의 일부 또는 전부를 배제할 수 있도록 한 것이다.

기간제 고용은 고용의 안정성이 없으므로 쉽게 일자리를 찾을 수 있는 수단이 될 수도 있지만 역이용 되는 경우 이 협약이 제공하는 보호를 훼손시킬 가능성이 많다. 따라서 협약의 정신을 침해하지 않기 위해 기간제 고용의 악용을 방지할 수 있는 조치가 필요하다. 기간제 고용에 대한 협약의 적용배제 허용은 고용계약의 성질에 따른 것이나 이 협약이 정한 보호를 회피할 목적으로 기간제 고용을 이용하지 못하도록 그 악용에 대비하여 안전장치를 두고 있다. 제2조 제3항에서 본 협약상의 보호를 회피할 목적으로 이루어지는 유기고용계약에 의존하는 것을 방지하기 위한 적절한 조치가 취해져야 한다고 명시하고 있다.

적절한 조치와 관련되어 ILO 권고 제166호(사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 권고)에서는 기간제 고용의 사용사유를 업무의 성격, 근무여건 때문에 또는 근로자의 이익을 위하여 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결할 수 없는 경우로 제한하고 허용된 사용사유를 벗어난 경우에는 기간을 정하지 않은 근로계약으로

간주하고 있다. 또한 사용사유에 해당하지 않는 경우에는 1회 이상 갱신된 때에 기간을 정하지 않은 근로계약으로 간주하고 있다.³⁷⁾

2. EU지침

1989년 유럽정상회의에서는 사회현장과 이에 따른 행동계획을 채택하였다. 채택된 사회현장의 정식명칭은 '기본적 사회권에 관한 유럽공동체 헌장'이며 행동계획에는 이동의 자유, 고용과 보수, 생활 및 노동조건의 개선, 사회적 보호, 남녀간 균등 대우 등의 주요한 사회적 기본권과 관련된 내용이 포함되어 있었다. 비정규직과 관련된 내용은 이 사회현장의 '고용과 보수'의 행동계획 란에서 "회원국에서 모든 근로자들은 공정한 보수를 받아야 한다. 근로자들은 인간다운 삶을 누리기에 충분한 보수를 받아야 한다. 이런 조치는 파트타임 근로자, 기간제 및 임시직 근로자, 그리고 계절 근로자에게도 적용되어야 한다. 모든 근로자들은 무료로 공공직업소개 서비스를 받아야 한다"라고 규정되어 있었다. 1989년 채택 당시 사회현장은 영국 등의 강력한 반대로 신사협정에 불과한 사회정책 합의서에 불과하였으나, 1999년 암스테르담 조약이 채택되면서 사회정책합의서는 조약의 일부로 정식 편입되었으며 영국까지도 조약의 적용을 받게 되었다.

유럽연합 이사회는 파트타임근로 지침(1997년 12월 채택), 기간제근로 지침(1999년 6월 채택)을 채택하였으며 2003년 3월 유럽연합 집행위원회는 파견근로 지침안을 이사회에 제출하였다.³⁸⁾

기간제근로지침은 사회적 파트너들인 ETUC³⁹⁾, UNICE⁴⁰⁾, CEEP⁴¹⁾가 1996년

37) 국가인권위원회, 『무기계약직 근로자 노동인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2009, 318-319면.

38) 김태현, 전개논문, 10-12면.

39) 유럽노동조합연맹(European Trade Union Confederation)은 1973년에 결성되어 정치적 자유와 민주주의의 수호, 인간과 노동자의 권리보호, 노동 현장의 조건 개선을 목적으로 한다. 가맹단체는 WCL(World Confederation of Labor)계 전국조합과 1974년 가입한 CGIL(Confederazione Generale Italiana del Lavoro) 등이 참가하고 있다.

40) 유럽경제인연합회(Union of Industrial & Employers Confederation of Europe)는 EU 산업계의 대표자들로 구성되어 있으며 22개 유럽국가의 33개 사용자 단체에 의하여 1958년 창설되었다.

41) CEEP(European Centre of Employers and Enterprises providing public service)는 유럽차원에서 공공서비스부문의 개인 개별기업, 기업연합, 사용자를 대변하는 초부문적(cross-sectorial) 사회적 파트너이다. 1965년 유럽집행위원회에 의해 UNICE, ETUC 등과 더불어 사회적 파트너로 인정되었으며, 기본목적은 유럽기구 내에서 이익대변 활동을 통해 국가별 공공사업자연합의 연대를 강화하는 것이다. 현재에도

6월부터 기간제 근로에 관한 협상을 시작하여 1997년 6월 기본협약을 체결하였고, 1997년 12월 15일 유럽연합 각료이사회가 기간제 근로에 관한 지침을 채택하여 1998년 1월 20일부터 법적 효력이 발생하게 되었다. 지침의 당사국들은 기간이 정해져있지 않은 계약이 고용계약의 일반적인 형태라는 점과 기간을 정한 고용계약이 상황에 따라서 사용자와 근로자 모두의 필요에 부응할 수 있다는 점을 확인하였다.

본 지침은 구체적인 국내적, 지역적, 계절적 상황의 현실성에 따라 그들의 구체적인 적용상 필요를 고려할 수 있도록 기간제 고용에 관하여 일반적 원칙과 최소한의 조건들만을 설정하였다. 기간제근로자들을 위한 동등 처우를 보장하고 사용자와 근로자 모두에게 받아들여질 수 있는 토대에서 기간제 고용계약이 행해질 수 있도록 일반적인 틀을 설정하려 한 것이다.⁴²⁾

이후 EU국가인 포르투갈은 2001년 EU지침에 맞는 기간제근로 관련 법을 개정하였고 독일은 2001년부터 시행된 "단시간근로및기간제근로에관한법률"에 '비교가능한 노무를 급부하는 상용근로자에 비하여 차별대우를 받아서는 안된다'고 규정하였다. 또한 프랑스에서는 2002년 1월부터 시행된 "사회현대화법"에 동일노동 동일임금 지급원칙을 위반한 경우 사용자에게 대한 벌금 및 형사처벌 조항이 신설되었다. 스웨덴은 2002년 7월부터 "기간제근로자차별대우금지법"이 시행중이며 영국은 2002년 10월부터 시행된 "기간제근로자차별금지법"에서 임금, 연금, 교육훈련 등에서의 차별대우금지를 규정하고 있다.⁴³⁾ 각국의 입법에 대하여는 이후 자세히 언급하도록 하겠다. 1952

EU의 기간제근로지침에서는 주요내용으로 차별금지원칙, 기간비례적용원칙, 연쇄적 기간제고용계약 남용방지를 위한 조치 등을 천명하고 있다.⁴⁴⁾

EU의 공식 및 자문기구들에 대해 정기적인 자문을 행하고 있으며 EU의 입법작용(규칙, 지침 등)에 대하여 의견을 제시한다. 조직 구성원은 개별구성원(유럽차원의 조직/European association)과 각 국가별(national sections) 구성원으로 구분되며 전자에는 유럽의료보건사용자체(European Hospital and Healthcare Employers Association/HOSPEEM)와 유럽방송조합(European Broadcasting Union/EBU)이 가입되어 있고, 후자에는 오스트리아, 프랑스, 독일, 영국 등 21개국이 가입되어 있다.

42) 노동부, 『우리나라와 EU의 노동법제 비교연구』, 노동부, 2007, 90면.[이하 노동부(2007b)]

43) 최저임금위원회, 『비정규직에 관한 EU국가의 최근 입법경향』, 최저임금위원회, 2003, 2면.

44) 최저임금위원회, 상게서, 38-40면.

1) 차별금지원칙(제4조)

고용조건과 관련하여 기간제고용근로자는 객관적 사유에 의해 정당화되지 않는 한, 단지 유계약 또는 관계를 맺고 있다는 이유만으로 '비교 가능한 사용자'보다 덜 우호적인 방식으로 취급되어서는 아니된다고 규정하고 있다. 이는 가능한 기간비례원칙을 적용하여야 하며 특정 고용조건과 관련된 근속기간 자격은 객관적 사유에 의해 정당화되지 않는 한 기간제고용근로자와 상용근로자가 동일하게 적용되어야 한다는 것이다. 이 때 '비교 가능한 사용자'란 동일 또는 유사한 직업, 직종에 종사하고, 자격·기능에 따라 정당하게 존중받는 동일사업장내의 기간을 정하지 않은 고용계약 또는 고용관계를 갖는 근로자를 의미한다. 동일사업장에 비교 가능한 상용근로자가 없는 경우 적절한 단체협약을 참조하여 비교하여야 하며 적절한 단체협약이 없는 경우 국내법, 단체협약 또는 관행에 따라야 한다(제3조).

2) 연쇄적 기간제고용계약 남용방지를 위한 조치(제5조)

연쇄적 기간제고용계약이나 고용관계 사용에서 비롯되는 남용을 방지하기 위하여 국내법·단체협약 또는 관행에 따라 사회적 동반자와 협의를 거친 회원국과 사회적 동반자는, 남용을 방지하기 위한 동등한 입법조치가 없는 경우 특정부문·특정범주 근로자들의 요구를 고려하는 방식으로 다음 조치 중 하나 이상을 도입해야 한다. ① 이러한 계약 또는 고용의 갱신을 정당화할 '객관적 사유' ② 연쇄적 기간제고용계약 또는 고용관계의 '최대 지속기간' ③ 이러한 계약 또는 관계의 '갱신횟수'가 그것이다. 사회적 파트너들과 협의를 거친 회원국과 각국의 사회적 파트너들은 필요한 경우 어떠한 조건에서 유기고용계약 또는 고용관계가 '연속적'으로 간주되고 '기간의 정함이 없는 계약 또는 관계'로 간주되는 지를 정하여야 한다.

3) 일자리정보와 훈련기회 제공(제6조)

사용자들은 기간제고용근로자들이 상용 일자리를 확보함에 있어서 다른 근로자들과 동등한 기회를 가질 수 있도록 보장하기 위하여, 사업 또는 사업장내에서 이용 가능한 빈 일자리에 관한 정보를 제공하여야 한다. 이러한 정보는 사업 또

는 사업장에 적절한 장소에 일반 공고 방식으로 제공할 수 있으며, 가능한 한 사용자들은 기간제고용근로자들이 그들의 기능, 경력개발, 직업이동성을 증진시킬 수 있도록 적절한 훈련기회 이용을 촉진하여야 한다.

4) EU지침의 적용

1999년 채택된 기간제근로에 대한 지침은 기간제근로의 질을 높이고, 유기계약을 반복 갱신함으로써 생기는 유기고용의 남용을 방지할 수 있는 기본 틀을 만드는데 그 목적이 있다. 특정한 고용상태와 관련된 근속기간을 정함에 있어 객관적으로 정당화 될 수 없는 한 상용근로자와 동일한 기준을 적용하고 있으며 유기고용의 남용방지를 위해 사용사유를 명시하거나 최장 허용기간 또는 최대 갱신회수를 명시해야 한다는 조항이 주목된다.⁴⁵⁾

본 지침과 관련하여 EU국가는 비정규노동의 사용 자체를 규제하기 보다는 이를 정규노동과 동등한 대우를 받는 노동으로 자리 잡게 하려는 추세이다. 이는 노동시장의 유연성을 확대하면서도 동시에 비정규직 보호를 강화하는 것으로서 특히 기간제 및 파견근로는 비교적 강하게 규제하고 있다. 그러나 이러한 EU정책 추진에 따른 사회적 효과는 상이하게 나타나고 있다. 그 예로 스페인에서는 기간제고용이 허용된 후 임시직이 폭발적으로 증가하였으나 독일에서는 1985년에 사유 없는 기간제고용이 허용되었음에도 기간제 고용비율이 거의 증가하지 않고 있다.

<표-6> 전체 취업자 중 기간제고용(fixed-term contract)의 비율

(단위 : %)

국가	계			남			여		
	1991	1995	2000	1991	1995	2000	1991	1995	2000
EU	9.2	10.0	11.4	8.0	9.1	10.3	10.8	11.4	12.9
벨기에	4.2	4.4	7.5	2.4	3.1	5.4	7.0	6.4	10.4
덴마크	10.3	10.6	9.1	9.4	9.6	7.7	11.4	11.9	10.6
독일	9.2	9.4	11.4	8.5	8.9	10.9	10.1	10.2	12.1

45) 박민생, "비정규직 근로 제도의 국제비교 연구", 「인적자원관리연구」, 제14권 제4호, 한국인적자원관리학회, 2007.12., 158면.

국가	계			남			여		
	1991	1995	2000	1991	1995	2000	1991	1995	2000
그리스	6.8	5.1	7.0	6.9	4.8	5.8	6.7	5.7	8.9
스페인	26.2	28.3	26.7	23.8	26.7	25.0	31.2	31.4	29.5
프랑스	9.3	11.4	13.8	7.9	10.3	13.0	11.1	12.7	14.9
아일랜드	6.6	8.0	3.8	4.5	6.1	2.7	10.5	11.1	5.5
이탈리아	5.2	5.4	7.5	4.1	4.3	6.1	7.2	7.2	9.7
네덜란드	7.0	9.3	11.9	5.2	7.2	9.6	9.9	12.5	15.0
오스트리아	6.2	6.4	6.4	6.3	6.4	6.1	6.2	6.3	6.9
포르투갈	10.8	8.7	14.8	9.3	7.6	13.4	12.9	10.2	16.5
핀란드	15.9	15.9	14.4	13.0	12.9	10.9	19.1	19.2	18.2
스웨덴	7.7	11.0	13.1	5.6	9.1	10.6	10.0	12.9	15.7
영국	5.0	6.3	6.2	3.6	5.3	5.2	6.9	7.6	7.4

자료 : European Commission. Employment in Europe 2001(이 자료는 Eurostat의 Labor Force Survey에 기초한 것임)

3. 각국의 법적 규율 동향

비정규직에 대한 선진국들의 규제정책은 노동의 유연성과 보호를 동시에 추구하는 경향을 보인다. 다시 말하면 사용자가 비정규직 근로자를 사용할 수 있도록 유연성을 제고하기도 하고, 다른 한편으로는 비정규 근로가 악용되는 것을 방지하기도 한다. 이처럼 유연성확대와 보호강화라는 추세 속에서도 비정규직에 대한 정책방향은 나라마다 조금씩 차이가 있다. 주요 국가들은 규제정책에 따라 규제완화국가, 규제지속국가, 규제강화국가로 구분된다. 대표적인 규제완화국가에는 일본, 미국, 이탈리아가 있고 규제지속국가에는 독일이 있다. 규제강화국가에는 스페인, 네덜란드, 프랑스 등을 비롯한 대부분의 유럽 국가를 들 수 있다.⁴⁶⁾

이하에서는 기간제근로자를 중심으로 일본, 미국, 독일, 프랑스 등 주요국들의 규제 및 규율방법에 대하여 살펴보도록 하겠다.

46) 박민생, 상계논문, 159면.

제2절 일본

1. 일본법상 '기간고용근로자'의 의의와 종류⁴⁷⁾

일본법상 '기간고용근로자'란 기간의 정함이 있는 근로계약에 의해 사용되는 근로자를 말한다. 그 실질적인 형태와 명칭은 일용직, 임시공, 계절근로자, 기간사원, 아르바이트(학생 아르바이트, 프리터), 촉탁, 파트사원, 계약사원 등 다양하다. 기간고용근로자는 임시적 고용에 관한 근로자(임시근로자)와 대부분 중복되지만, 임시근로자라도 기간의 정함이 없는 고용형태도 있으며 기간고용근로자라도 비교적 장기고용을 예정하고 있는 형태도 있다.

기업의 노무관리상 기간의 정함이 있는 고용형태의 근로자는 장기고용시스템(중신 고용제)하의 근로자와는 명확하게 구별되며 특별한 취급을 받는 것이 보통이다.⁴⁸⁾ 그리고 기간고용이라는 계약형태에 특유한 법률문제를 발생하게 한다. 장기고용시스템 주변에 있는 근로자로서는 임시근로자에 비하여 보다 명확한 개념이라 할 수 있겠다.

일본에서는 제2차대전을 전후한 기간고용근로자의 전형적인 모습으로 2~3개월의 단기계약으로 고용된 이들이 임시공이었다. 이들은 경제성장의 초기에 제조업에서 급속한 주문증가에 대처하기 위해 고용되었는데 주문이 감소하면 계약이 해지되는 노동력, 즉 경기변동에 따른 조절판 기능을 하였고, 경제성장이 계속되는 중에는 상용화되어 계약이 반복갱신 되었다. 그러나 이후 저성장기에 접어들면서 기업측은 임시공을 고용하기보다는 주로 파트타임 근로자를 고용하였으며, 또한 업무의 하청화 결과 인재과견업의 활용이 행해지기도 하였다.⁴⁹⁾

47) 菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 법문사, 2007, 177-187면.

48) 경제호황기에 있어 일본형 고용제도의 특징으로 '장기고용제'와 '연공제' 등을 들 수 있다. '장기고용제'란 신규졸업자를 정규종업원으로 정기채용하는 것과 정년 인사처우를 하는 것을 의미한다. 이러한 장기고용시스템은 근로기간의 정함이 없는 근로계약이 주축을 이루고 있는 것이지만 프랑스와 독일의 경우에는 달리 근로계약에 기간의 설정사유를 제한하는 규정은 존재하지 않고 기간의 상한만을 규제하고 있다. 土田道夫, "日本型雇用制度의變化와 法", 「21世紀勞와 勞動法」, 有斐閣, 2000, 25面 이하 제인용; 정순방, "유기근로관계에 있는 근로자의 법적지위와 보호", 조선대 대학원 석사학위논문, 2003.8., 32면.

49) 김재훈, "일본에서의 기간고용법리", 「노동법연구」, 제15호, 서울대노동법연구회, 2003 하반기, 31면; 菅野和夫, 전거서, 186-187면.

2. 기간고용의 법적 규제

일본에서는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하는 것을 제한하는 입법은 존재하지 않고 기간고용계약의 체결을 계약의 자유에 위임하고 있다.⁵⁰⁾ 기간고용에 대한 입법상 규제는 기간의 길이와 제한이다. 이와 관련하여 일본에서는 일본민법과 노동기준법에 의하여 규정을 하고 있다.

1) 일본민법상 규제⁵¹⁾

일본민법에서는 제623조에서 제631조까지 고용에 관하여 규정하고 있다. 그 중 제626조에서 제631조까지는 고용의 기간 및 해약에 관한 여러 규정으로 노동기준법 중 근로계약기간(제14조)과 해고(제18조의2에서 제21조까지)의 규정 및 해고권남용법리에 의해 수정되면서 이러한 사항에 관한 보충규정으로서의 의의를 가지고 있다.⁵²⁾ 기간의 정함이 있는 근로계약에 있어서는 민법 제626조 제1항에서 "고용의 기간이 5년을 초과 하거나 또는 당사자의 일방 혹은 제3자의 종신까지 계속하기로 한 때에는 당사자의 일방은 5년을 경과한 후 언제라도 계약을 해지할 수 있다. 단 이 기간은 상공업전습자의 고용에 대하여는 이를 10년으로 한다"고 규정하고 있다. 본 규정에 의하면 고용계약기간이 5년을 초과하거나 또는 종신동안 계속하기로 한 때에는 처음부터 무효가 되거나 혹은 5년 경과에 따라 당연히 종료하는 것이 아니라 5년 경과 후 당사자의 일방이 언제라도 이유의 여하를 불문하고 해지할 수 있다. 또한 기간의 정함이 없는 계약에 관해서는 각 당사자는 2주간의 예고로서 언제라도 해약할 수 있는 것으로 하였다(제627조 제1항).

일본 민법규정에 의하면 기간을 정한 고용계약을 체결하는 데에 있어서 어떠한 제약도 없다. 또한 기간의 상한규제도 존재하지 않고, 다만 일정기간이 지나면 각 당사자에게 해지할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 기간을 정한 고용계약은

50) 장기고용을 전제로 한 전형적 고용이 기간의 정함이 없는 근로계약의 형태를 취하는 것으로, 그 계약형태에 대해서는 해고권 남용법리가 확립되어 입법화되었다는 점에서 기간의 정함이 있는 근로계약(기간고용)의 입법 및 실제적인 의의가 매우 크다. 菅野和夫(이정 역), 전거서, 177면.

51) 정순방, 전계논문, 33면.

52) 菅野和夫(이정 역), 전거서, 89면; 幾代通 編, 新版注釋民法 16, 1면 이하 재인용.

기간이 만료하지 않은 때에 해약할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 당사자 중에 부득이한 사유가 발생한 때에는 즉시 계약의 해지를 할 수 있다. 한편 기간을 정한 고용계약은 기간의 만료로 그 계약이 자동적으로 종료한다. 그러나 고용의 기간 만료 후 노무자가 계속하여 노무를 제공하는 경우에 있어서 사용자가 이를 알면서 이의를 제기하지 않은 때에는 이전의 고용과 동일한 조건으로 다시 고용한 것으로 추정한다(제629조 1항). 단 고용기간은 이전의 고용과 같은 기간의 고용이 아니라 기간의 정함이 없는 고용으로 되어 일본 민법 제627조의 규정에 의하여 해지를 신청할 수 있다(제629조 1항 단서).

2) 노동기준법상 규제⁵³⁾

(1) 고용계약의 기간과 특례규정

노동기준법은 전전(戰前)의 연기계약(年期契約)에 의한 신분적 구속의 경험에 비추어 장기간의 근로계약을 금지하기 위해 근로계약은 '일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정하는 것 이외에는 1년을 넘는 기간에 대해서 체결해서는 아니 된다'라고 규정해 왔다(제14조). 최장기간 1년 제한의 철폐와 완화에 대한 주장이 높아졌으나 여기에 대해서는 기간 고용자의 증가에 의한 기간의 정함이 없는 정규고용자로의 대체(고용의 유동화)를 경계하여 반대하는 주장도 강해졌다. 결국 중앙노동기준심의회의 검토 결과, 1998년 노동기준법 대개정에서는 기간의 상한은 1년이라는 원칙은 유지하되 다음의 세 가지 경우에 대해서는 특례로써 기간의 상한을 3년으로 하기로 했다.

① 신상품, 새로운 업무, 신기술의 개발 또는 과학에 관한 연구에 필요한 고도의 전문적 지식·기술·경험을 가지는 근로자가 부족한 사업장에서 관련 근로자를 새롭게 고용할 경우

② 사업의 개시, 전환, 확대, 축소 또는 폐지를 위한 업무로 일정기간 내에 완료하는 것이 예정되어 있는 것에 필요한 고도의 전문적 지식·기술·경험을 가지는 근로자가 부족한 사업장에서 관련 근로자를 새롭게 고용하는 경우

③ 만 60세 이상의 근로자를 고용하는 경우

53) 菅野和夫(이정 역), 상계서, 179-181면.

이 때 ①, ②의 고도의 전문적 지식 등에 대해서는 학위, 국가시험자격, 직무경험연수 등에 의한 기준이 정해져 있다.

후생노동성의 노동정책심의회 근로조건분과회에서 재차 엄격한 논의가 이루어졌으며 계약기간의 원칙적 상한을 1년에서 3년으로 완화하고 일정한 고도의 전문직 및 60세 이상의 근로자에 대해서는 5년의 특례상한을 인정한다는 대폭적인 개정에 대한 제언이 발표되어 2003년 노동기준법 개정(2003년 법 104, 2004년 1월 1일 시행)의 주요 내용의 한 가지로서 다음의 개정이 실시되었다.

우선 근로계약에 관한 기간을 마련하는 경우에는 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정하는 것 이외에는, 기간의 상한은 3년으로 간주된다(3년을 넘는 기간을 마련해서는 안 된다).

특례로서 후생노동대신이 정한 기준에 해당하는 고도의 전문적 지식, 기술 또는 경험(전문적 지식 등)을 가진 근로자가 당해 전문적 지식 등을 필요로 하는 업무에 종사하는 경우 또는 만 60세 이상인 근로자에 대해서는 기간의 상한은 5년이 된다.

이와 같은 대폭적인 규제완화로 인해 국회심의에서는 남용의 여지가 있음을 우려하여 개정규정의 시행 후 3년을 경과한 경우에 개정규정에 대하여 시행상황을 감안하면서 검토하여 그 결과에 근거하여 필요한 조치를 강구하기로 했다(개정부칙 3조). 그리고 이 조치가 강구될 때까지는 근로자는 1년을 넘는 계약기간을 정하는 경우라도 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정하는 자 및 앞의 특례의 근로자를 제외하고 계약기간의 첫날부터 1년을 경과한 날 이후는 언제라도 퇴직할 수 있다고 되어 있다(137조).

계약기간에 대해서는 상한(최장기간)만이 규정되어 있고, 하한(최단기간)은 규정되어 있지 않다. 그래서 2개월, 1개월, 1주간이라는 단기간의 근로계약도 가능하고, 1일 기간의 계약도 가능하다. 상한규정에 위반하여 상한을 초과한 기간이 규정된 경우에는 노동기준법의 강행적이고 직률적인 효력에 의해 당해 계약에서의 계약기간은 상한의 기간(일반 근로자에 대해서는 3년, 특례 근로자에 대해서는 5년)으로 개정되었다(2003.10.23 기발 1022001호).

(2) 기간고용근로계약의 종료

해고와 관련하여서는 노동기준법 개정시 제18조의2에 "해고는 객관적으로 합리적인 이유가 없어 사회통념상 상당한 것으로 인정되지 않는 경우에는 무효이다"라는 대원칙이 규정되었다. 그 후 노동계약법 부칙 제2조에 규정되고 노동기준법에서는 삭제되었다.⁵⁴⁾ 아직 입법화 되지 않은 정리해고에 관하여는 여전히 판례법이 적용되지만, 그 외의 모든 해고의 적법여부는 노동계약법의 해석에 의하게 된다.

규정에서 '객관적으로 합리적'의 의미와 '사회통념상 상당'의 개념은 명확히 구별되지 않는 경우도 많지만, 이를 구별하여 2단계의 요건을 부과하고 있다. 즉, 해고에 상응하는 사유가 존재하는 경우에도 해고가 상당성을 넘어서는 경우가 있을 수 있다는 것이다. 판례도 취업규칙 등에 정해진 해고사유가 존재하더라도 구체적인 사정에 있어서 해고가 현저히 불합리하여 사회통념상 상당한 것으로 인정될 수 없는 경우에는 해고는 권리남용으로서 무효가 된다는 입장이다.

그리고 사용자는 기간이 있는 근로계약에 관하여는 원칙적으로 기간이 만료되기 전에 노동자를 해고할 수 없으며, 예외적으로 부득이한 사정이 있는 경우에는 해고할 수 있다(노동계약법 제17조). 따라서 노사가 기간중 해약의 가능성을 합의한 경우에도 해고에 관한 무효가 된다. 여기서 '부득이한' 사유란 근로관계의 해소를 계약기간의 만료까지 기다릴 수 없을 정도로 긴급하고 중대한 사유를 말하며, 해고가 권리남용이 되는 경우와는 질적으로 다르다고 볼 수 있다. 그리고 기간이 없는 경우에는 원칙적으로 노동자를 해고할 수 없으며, 예외적으로 객관적으로 합리적인 이유가 있어 사회통념상 상당한 것으로 인정되는 경우에는 해고할 수 있다.⁵⁵⁾

3) 일본 "단시간노동자고용관리개선등에관한법률"

기간제근로자는 그 실질적인 형태와 명칭에 관계없이 기간의 정함이 있는 근로계약에 의해 사용되어지는지의 여부에 따라 구분되어지며 연쇄적 기간제근로자와 단시간 기간제근로자 모두 기간의 정함이 있는 근로계약에 의해 사용된다

54) 박승두, "해고제도의 일원화론", 「노동법학」, 제27호, 한국노동법학회, 2009.6., 38면.

55) 박승두, 상계논문, 48-49면.

면 기간제근로자의 범주에 포함된다. 일본의 경우 위에서 언급한 바와 같이 제2차대전을 전후하여서는 2~3개월의 단기계약으로 고용된 임시공들이 기간고용근로자의 전형적인 모습이었고 이후 임시공 대신 주로 파트타임 근로자를 고용하는 형태를 보였다. ILO나 EU 등의 입장은 연쇄적 기간제근로자를 중심으로 접근하고 있으나 일본의 경우 노동시장의 특성상 파트타임 등 단시간 기간제근로자를 중심으로 기간제근로자를 접근할 필요가 있다. 기간의 정함이 있는 근로계약 체결을 제한하는 직접적인 입법은 존재하지 않고 있으나 넓은 범위에서 기간제근로자에 포함되는 단시간근로자에 관한 입법은 다음과 같이 존재한다.

일본에서는 파트타임근로자의 고용개선을 위해 "단시간노동자고용관리개선등에 관한법률"(일명 파트타임노동법)이 1993년 제정되었다. 2007년에 개정법이 국회를 통과하고 2008년 4월 1일부터 시행되었다. 개정의 목적은 파트타임근로자가 전체 근로자의 약1/3을 차지할 만큼 증가하였고 그들의 노동력이 기간화되고 있으나 정규직과의 근로조건이나 교육훈련의 격차 등이 커서 이를 시정하여 공정성을 높이고 일할의욕과 능력발휘를 꾀할 수 있는 직장 분위기를 만들 뿐 아니라 노동력 부족을 해소하기 위함이었다.

파트타이어, 아르바이트, 축탁, 계약사원 등의 호칭과 관계없이 1주간 소정근로시간이 동일 사업장에 고용되는 통상근로자의 1주간 소정근로시간에 비해 짧은 근로자라면 파트타임근로자로서 동법의 적용대상이 된다.⁵⁶⁾

개정법의 내용을 간략히 살펴보면 다음과 같다.⁵⁷⁾

첫째, 근로조건에 서면 명시이다. 사업주는 파트타임근로자와 고용계약을 맺을 때 근로계약 기간, 근로장소와 업무, 시업·종업시각, 소정근로시간을 넘는 근로의 유무, 휴게시간, 휴일·휴가, 배치전환의 유무, 임금, 퇴직(해고이유 등을 포함)에 관한 근로조건을 명시한 서면 자료를 교부해야 한다. 이외에도 승급, 퇴직금, 상여금의 유무, 소정근로일 이외의 근로 유무, 안전위생, 교육훈련, 휴직에 관한 사항이 기재되어 있는 취업규칙이 있으면 그것 또한 교부해야 한다. 일본 내에서 80% 이상의 기업이 근로조건 통지서나 노동계약서 등 서면으로 근로자에게 근

56) 오학수, "일본파트타임노동법 개정내용", 「국제노동브리프」, Vol.6 No.5, 한국노동연구원, 2008.5., 83면.

57) 오학수, 상계논문, 85-89면.

로조건을 교부하고 있으나, 12%는 아직도 구두로 설명이 되고 있으며 특히 기업 규모가 작을수록 이러한 경향이 높아 이를 개선하기 위한 노력의 일환이다.

둘째, 균등대우와 능력에 따른 처우에 있어 사업주는 직무내용(업무내용과 책임정도), 인재활용방식이나 운용, 계약기간이라는 3가지 요건이 모두 정규직과 같을 경우 임금, 교육훈련, 복리후생 등에서 파트타임근로자를 차별해서는 안된다. 3가지 요건은 첫째, 직무내용으로 업무내용이 단지 같은 것만으로는 안되며 핵심 업무에 필요한 지식이나 기능수준 등이 같아야만 업무 내용이 같다고 인정된다. 책임정도 역시 주어진 권한의 범위, 업무성과에 요구되는 역할, 트러블 발생이나 긴급상황 대처능력, 주어진 업무성과에 대한 기대도가 같아야만 직무 내용이 같은 것으로 인정된다. 둘째, 인재활용방식 운용에 있어 고용되는 전체 기간에 걸쳐 배치전환, 전근의 범위, 승진이 같으면 균등대우를 해야하고 그렇지 않은 경우 균등대우의무가 없다. 셋째, 계약기간은 근로계약이 정규직과 같이 무기계약이나, 유계약이라 해도 반복갱신하여 무기계약으로 여길 수 있을 정도의 실태가 있으면 정규직과 균등대우를 해야한다.

셋째, 사업주는 정규직이 종사하는 직무의 수행에 필요한 능력을 부여하는 교육훈련을 같은 일에 종사하는 파트타임근로자에게도 실시해야한다. 이는 경제활동인구의 감소하에서 경제의 활력유지를 위해서이다. 일본에서 파트타임근로자에게 직업능력을 향상시키기 위한 기업내 교육훈련 기회가 적어 발생하는 정규직과의 처우격차의 원인을 줄이고, 나아가 국가 경제활력에 긍정적인 역할을 하기 위함이다. 교육훈련 외에 복리후생시설에 대해서도 개방하도록 하였다.

넷째, 사업주가 파트타임근로자의 정규직 전환 기회를 부여하는 조치를 취할 것을 규정하였다. 정규직을 모집할 경우, 당해 모집에 관계되는 사항을 사업장에 게시하는 등 당해 사업장 파트타임근로자에게 주지해야 하며, 정규직을 새롭게 배치할 경우 당해 사업장의 파트타임근로자에게도 응모의 기회를 주어야 한다. 또한 일정 정도 자격을 가지고 있는 파트타임근로자를 대상으로 정규직 전환을 위한 시험제도를 도입하는 등 정규직 전환추진 조치를 취하도록 하고 있다. 그러나 정규직 전환제도를 갖고 있는 기업비율은 2005년 48%이나 증가정도가 낮아 전환제도가 어느 정도 도입될지 주목된다.

다섯째, 분쟁해결시스템이다. 사업주는 파트타임근로자로부터 고충신청이 있을

때 사업장 내 고충처리제도를 활용하는 것 외에, 인사담당자나 단시간고용관리자가 고충을 담당하여 사업장 내에서 자주적으로 해결하도록 노력하여야 한다.

제3절 미국

1. 미국에서의 비정규직의 의미 및 범위

미국에서도 우리나라의 비정규직 근로자에 상응하는 근로자 개념이 존재한다. 불안정 근로자(contingent workers)가 그것이다. 이 개념은 종래의 기업의 내부 노동시장에 의해 규율되는 비교적 장기간의 고용이 보장된 일자리에 고용된 근로자에 상반되는 개념으로서 단기고용, 낮은 임금수준, 낮은 부가급여 등을 특징으로 하는 일자리에 고용된 근로자를 의미한다.

불안정 근로자는 두 가지 범주로 나뉘는데 첫째, 실제적으로 서비스를 제공하는 사용자와의 법적인 근로관계가 부인되는 근로자로서 독립계약자(independent contractor)와 외주근로자(out-sourced employee), 임차근로자(leased employee)가 있다. 둘째, 근로자로서의 법적지위는 유지하고 있지만 종래의 근로자와는 달리 기업과의 연관 정도가 통상의 근로자보다 적은 단시간근로자(part-time employee)와 임시직근로자(temporary employee)로 구성되는 집단이다.⁵⁸⁾ 현재 미국 비정규직 근로자의 대부분이 임시적 성격의 일자리라 할 수 있다.⁵⁹⁾

58) 독립계약자는 계약단위로 기업에게 특정 서비스를 제공하는 자영업자의 성격을 가진 근로자를 의미하며 외주근로자는 기업이 다른 기업을 사용하여 특정 서비스를 수행하게 하는 경우 그 다른 기업에 고용된 근로자를 말한다. 임차근로자는 근로자를 임대하는 기업에 고용되어 있지만 실질적으로는 임차한 기업을 위해 서비스를 제공하는 근로자이다. 김동한, “기간제 근로자의 법적보호에 관한 연구”, 울산대 대학원 석사 학위논문, 2007.2., 60-61면.

59) 김동한, 상계논문, 61면; Margaret Pressler, Rising Use of Temps is Making an Impact, Star Tribune, July 1, 2002; 최저임금위원회, 전계서에서 재인용.

2. 미국에서의 비정규직 규율

미국에서는 비정규직을 특히 업무에 두고 제정된 연방법률이나 규정은 존재하지 않는다. 즉 비정규직도 정규직과 동일하게 노동관계법의 적용을 받게 된다는 것이다. 제정법상 특별한 차별도 없지만, 특별한 보호도 없다. 이러한 ‘형식적 평등주의’식 접근은 비정규직의 한 그룹인 ‘독립계약자’에게는 매우 어려운 법적 상황이 되고 있다. 미국의 모든 노동관계법령은 예외 없이 근로자에게만 적용되며, 독립계약자에게는 적용되지 않는다. 계약의 실질이 형식과 같은 ‘본래적 독립계약자’라면 별 문제가 없지만, 노무제공의 실질이 계약 형식과 다른 경우라면 어려운 해석론상 문제를 낳는다. 그런데 개별 법령에서 근로자와 독립계약자를 구분하는 기준(법원이 사용하는 test)은 원칙적으로 다르고, 동일한 법률의 적용에 있어서도 법원에 따라 상이한 기준을 사용하는 경우도 적지 않다.⁶⁰⁾

이처럼 미국 법제도 하에서는 비정규직에 대한 특별한 법률이 존재하지 않기 때문에 저항감이 그리 높지 않다는 특징이 있다. 이는 노동시장의 유연성에 대한 인식이 다른 어떤 나라보다 유연하고 개방적이기 때문이라고 할 것이다. 그 이유는 전통적으로 ‘임의고용의 원칙’(employment at will)⁶¹⁾에 따라 해고의 자유가 지배하였기 때문이라 할 수 있다. 즉 미국 노동법에서 기간의 정함이 없는 고용관계에서도 당사자가 언제나 해약의 자유를 가지며, 근로자의 사직의 자유와 같이 사용자도 해고의 자유를 가진다. 결국 이러한 계약자유의 원칙이 지배하고 근로자의 판단기준이 상이한 미국에서는 기간제근로자에 대한 보호입법이 전무하다 할 수 있을 것이다.⁶²⁾

기간제근로자에 관한 법률과 관련하여서는 후술하는 임의고용의 원칙과 기간제 고용계약으로 내용을 살펴보도록 한다.

60) 강성태, “미국법에서 비정규직의 규율”, 『노동법연구』, 제15호, 서울대노동법연구회, 2003, 72-73면. [이하 강성태(2003)]

61) 사적 영역에서 고용인과 고용주 관계에 관한 기본적인 형태는 임의고용으로서 고용 기간 동안 발생하는 임의고용은 중도변경이 가능하며 문서화된 계약이 아니다. 또한 고용관계에 있어 정해진 기간이 없고 고용주와 고용인 사이의 합의하에 계약은 지속된다. Ullmann, Victoria, Labor and Employment Law, Delmar Learning, 2004, 28면 참조.

62) 양동규, “비정규직 근로자의 노동법적 보호에 관한 고찰”, 경희대 대학원 석사학위논문, 2006.2., 55면.

3. 임의고용의 원칙⁶³⁾

1) 미국의 임의고용원칙의 의의

미국의 고용계약은 영국의 고용계약개념을 계수하여 성립하였다. 계수할 당시 영국의 고용계약개념은 임의고용의 원칙(the principle of employment at will)을 기초로 한 것이었다. 이 법리는 기간의 정함이 없는 고용계약은 언제라도 어떠한 이유에 의하여도 당사자의 일방이 임의로 이를 종료시킬 수 있다는 원칙이다. 그러나 19세기 말 이후 영국과 미국은 이 원칙에 관한 각각 독자적인 해결을 모색하였고 그 이후에는 전혀 다른 법리로 전개되었다.

미국은 식민지 시대에는 일용잡부와 같은 유형의 고용에 대하여 임의 종료가 가능하였으나 점차 농업피용인과 가사피용인 등은 1년 단위 고용이 추정되었다. 그러나 19세기 들어 이러한 원칙이 해체되기 시작하여 1870년대에는 영국법리의 해체가 분명하게 나타나 혼란상태에 빠지게 되었다. 이러한 혼란을 해결하기 위하여 우드(H. G. Wood)는 임의고용원칙을 천명하였다. 그는 "일반적인 형태인 기간의 정함이 없는 고용은 일용 임의고용으로 보아야 한다는 것이 불변의 진리이다..... 만약 피용인이 1년 단위의 고용이라고 주장하기 위하여는 그가 입증 책임을 부담하게 된다..... 기간의 정함이 없는 계약은 당사자 일방의 의사에 따라 종료가 결정된다"라고 주장하였고 이는 연방최고법원에 의하여 수용되어 미국 고용법리의 중심을 이루게 되었다. 여기에 관한 초기 판결로는 Adair v. United States, 208 U. S. 161(1908)을 들 수 있다.⁶⁴⁾

2) 임의고용원칙의 예외

미국에서 임의고용원칙을 통한 해고의 자유가 보장되어 있다고 해도 무조건적인 해고를 모두 인정해 주는 것은 아니다. 모든 법이 그러하듯 임의고용원칙에 있어서도 그 예외를 적용하고 있으며 이는 후술하는 불법행위법리에 의한 제한과 채무불이행법리에 의한 제한으로 크게 나누어진다.

63) 이승욱, "근로관계의 종료 : 미국 해고제한법리의 전개", 「노동법연구」, 제3호, 서울대학교노동법연구회, 1993.12., 95-108면의 내용을 발췌하여 요약·정리함.

64) Feinman, "The Development of the Employment at Will Rule", American Journal of Legal History, VI. 20, 1976, p.118 이하 재인용.

(1) 불법행위법리에 의한 제한

미국 내에서도 임의고용원칙에 대한 공공정책상 예외가 인정되었으며 최초의 제한은 불법행위책임을 사용한 것이었다. 이는 임의고용원칙의 남용에 대한 적절한 수단이 되었다.

공공정책상의 예외에 관하여 불법행위에 기한 최초의 부당해고소송은 'Petermann v. Teamsters Local 396 사건'이다. 본 사건에서 임의고용계약상의 사용자의 해고권은 법령이나 공공정책에 의해 제한될 수 있음을 처음으로 인정하고 사용자의 불법행위에 의한 부당해고에 대한 손해배상청구를 인용하였다. 또한 'Frampton v. Central Indiana Gas Co. 사건'에서 인디애나 최고법원은 임의고용원칙에 대한 공공정책상 예외를 ① 위법행위의 거부, ② 법령상 권리의 행사, ③ 공공직무의 수행, ④ 사용자의 불법행위의 공표 등으로 나누어 유형화하고 있다.

(2) 채무불이행법리에 의한 제한

법원은 부당해고에 대한 불법행위책임을 법리를 발전시키는 한편 계약위반법리에 의한 해고제한도 모색하였다. 임의고용원칙은 단순한 추정일 뿐 서면계약이나 구두계약에 의해 수정될 수 있기 때문에 판례는 이 점을 주목하여 임의고용원칙하의 부당해고에 대한 계약법리적 접근을 하게 되었다. 서면계약(Written Contracts)에 의한 제한과 구두계약의 묵시적 조건(Implied Terms of and Oral Contract)에 의한 제한, 취업규칙(Employee Handbooks and Manuals)에 의한 제한, 성실·공정거래 약관(The Covenant of Good Faith and Fair Dealing)에 의한 제한으로 나누어 볼 수 있다.

가. 서면계약에 의한 제한

서면계약에 대한 일반적 원칙은 기간의 정함이 있는 계약인 경우 근로자는 계약조항위반이나 기타 정당한 이유가 있는 경우에만 기간만료 전에 해고될 수 있다는 것이다. 이 때 근로자가 고용계약위반을 이유로 해고되었다고 주장하는 경우 해고에 대한 정당한 이유의 입증책임은 사용자가 부담하게 된다.

나. 구두계약의 묵시적 조건에 의한 제한

미국에서도 대부분의 근로자는 고용의 특정 조건이나 당사자의 이해를 규정하는 개별적인 서면계약을 체결하지 않는다. 이러한 경우의 부당해고 문제에 대한 해결을 위하여 법원은 묵시적 조건을 검토하게 되었다. 묵시적 조건이론은 구두로든 명시적으로든 채용시 또는 그 직후에 사용자가 근로자로 하여금 그들의 직장보장이 행해지고 있다고 합리적으로 믿게 한 경우에는 해고가 제한된다는 이론이다.

다. 취업규칙에 의한 제한

구두계약의 묵시적 조건을 인정하려는 시도와 함께 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙에서 사용자에게 대한 구속력의 근거를 찾는 경우도 있다. 이러한 취업규칙의 규정에 의한 보호의 내용은 실제적 사항 뿐 아니라 절차적 사항에까지 미친다.

라. 성실·공정거래 약관에 의한 제한

성실·공정거래약관은 전통적으로 상사거래에 적용되었던 것으로써 각 계약당사자에게 당해 계약으로부터 이익을 받을 수 있는 다른 당사자의 권리를 어떠한 형태로든 침해하여서는 안된다는 의무를 부과한 것이다. 이 이론은 처음 부당해고사건에서 법원이 인정한 다양한 소송원인을 일괄적으로 해결할 수 있다는 점에서 주목을 받았으나 부당해고에 대한 불법행위소송과 마찬가지로 성실·공정거래의 내용과 한계에 관하여 많은 문제가 있다는 비판이 학설, 판례상 제기되고 있다.

4. 기간제 고용계약

미국에서는 임의고용원칙이 지배하고 있으므로 기간제 근로계약의 체결은 당사자의 자유이며 당사자 일방이 이를 종료시킬 수 있다. 그러나 많은 주에 사기방지법(statute of frauds)이 존재하므로 계약을 체결한 후 1년 이내에 이행이

종료되지 않는 계약은 서면화하지 않으면 법적 구속력이 부정된다. 따라서 1년을 초과하는 기간을 정하는 고용계약을 체결하는 경우에는 서면으로 작성할 필요가 있다.⁶⁵⁾

그러나 대부분의 근로자는 기간의 정함이 없는 계약에 의해 고용되어 있기 때문에 계약서는 작성되지 않는 것이 보편적이다. 기간의 정함이 없는 임의고용근로자의 경우 퇴직은 자유이므로 이에 대한 계약위반의 문제는 생기지 않는다. 또한 기간제 고용관계는 기간이 만료되면 종료되고, 기간이 만료되기 전에는 각 당사자가 고용계약을 해지하는 경우에 계약위반의 책임을 지게 된다. 근로자의 계약 위반시에는 금전적 손해배상에 한하여 인정되고 있다.

미국 기간제 근로계약을 특징은 기간제 근로계약의 체결을 제한하지 않지만 기간의 상한도 규제하지 않는다는 것이다. 다만 기간제 고용계약을 체결한 경우 기간 만료 전에 해고를 하려면 정당한 사유의 존재가 필요하다. 또한 근로자측의 고용 안정을 위해서는 비교적 장기의 기간제 고용계약을 체결하는 것이 유리하고, 기간의 정함이 없는 고용계약을 체결하는 것은 임의고용 원칙 때문에 오히려 근로자에게 불리할 수 있다. 따라서 미국에서는 오히려 기간의 정함이 없는 고용계약에 대한 근로자 보호 문제가 법원 및 입법에 의하여 다루어져 온 것이 특징이라 할 수 있다.⁶⁶⁾

제4절 독일⁶⁷⁾

1. 독일의 기간제근로 관련 입법

독일에서는 기간제근로 관련 입법으로 2001년부터 시행중인 "단시간근로및기간을정한근로계약에관한법률"에서 '비교 가능한 노무를 급부하는 상용근로자에

65) 하경효, 『주요국의 근로계약법제에 대한 논의 및 우리나라에의 적용방안 연구 -근로계약관계의 체계적 규율에 관한 연구-』, 노동부, 2006.9., 47면.

66) 이정자, 전계논문, 46-47면.

67) 최저임금위원회, 전계서, 40-45면을 요약정리함. 김태현, 전계논문, 31면 참조.

비하여 차별대우를 받아서는 안된다'고 규정하고 있다.

여기에서 의미하는 '비교 가능한 근로자'라 함은 같은 사업이나 사업장에서 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 상용근로자로서(동법 제3조 제2항 제1문)⁶⁸⁾ 같은 사업장에 비교 가능한 상용근로자가 없는 경우에는 적용 가능한 단체협약을 기준으로 한다. 그 밖의 경우에는 동종산업에 종사하는 자를 비교 가능한 상용근로자로 보고 있다(동법 제3조 제2항 제2문 및 제3문).

독일에서는 기간비례급부원칙에 따르고 있으며 이는 임금 또는 근로기간을 기준으로 하여 보장되는 분할 가능한 금전적 보상에 대해 최소한 비교 할 수 있는 상용근로자의 근로기간을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 보장을 받는 것이다. 일정한 근로조건이 해당사업장에서의 근속년수에 따라 결정될 경우 기간제근로자는 근로기간에 비례하여 비교할 수 있는 상용근로자와 동일한 대우를 받으며 달리 처우하는 경우에는 정당한 사유가 있어야 한다.

2. 기간제근로의 허용사유

기간제근로는 정당한 사유가 있는 경우 허용되고 있으며 이는 다음의 경우에 해당한다. ① 노동력에 대한 해당 사업의 수요가 일시적인 경우(계절노동 등), ② 기간의 정함이 직업교육이나 학업과의 연결에서 연유되어 근로자의 장래활동을 보장하기 위한 경우, ③ (와병중이거나 휴가중인)다른 근로자의 업무를 대신하기 위한 경우, ④ 업무의 특성이 기간의 정함을 정당화하는 경우, ⑤ 기간의 정함이 시용기간의 의미를 가지는 경우, ⑥ 근로자의 개인적 사정이 기간의 정함을 정당화하는 경우, ⑦ 근로자가 예산법에 의하여 지정된 기간제근로에 대한 예산에 의하여 급여를 지급 받고 있거나 이에 상응하는 근로에 종사하고 있는 경우, ⑧ 기간의 정함이 법원의 화해에 의한 경우가 정당한 사유에 속하며 이러한 사유가 없는 경우 최대 계약기간 및 갱신 횟수에 대하여 제한이 있다.⁶⁹⁾

68) Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge - TzBfG(단시간근로및기간을정한근로계약에관한법률) 제4조 제2항 제1문에 의하면 '객관적인 사유가 없는 한 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자도 비교가능한 노무를 급부하는 상용근로자에 비하여 차별대우를 받아서는 안된다'고 규정되어 있다.

69) 계약기간 또는 최장 3회에 걸쳐 연장된 계약기간의 합이 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 일정한 시점

동규정으로 인해 신규채용자에 대해서만 기간제 고용이 가능하게 되었으며 이는 기간제 고용을 반복하여 갱신 체결하는 것을 방지하기 위함이다. 2001년 동법 시행 이전에는 정당한 사유가 있는 기간제 고용계약이 끝난 후 곧바로 정당한 사유가 없는 기간제 고용계약을 체결하고 또 4개월이 지난 후 이를 갱신할 수 있어 법의 허점을 이용한 기간제 고용 반복 갱신 체결이 가능하였으나 법 시행 이후 기간제 고용규제가 강화되었다고 할 수 있다.

그러나 법 시행 이후에도 단체협약에 의하여 다른 연장횟수나 최장기간을 정할 수 있도록 하여 부문별 특수성이 반영될 수 있는 길을 터놓았으며 기간제 근로를 시작할 당시 근로자의 연령이 만 58세를 초과한 경우 기간제 근로계약은 정당한 사유가 없이도 유효하다.

3. 기간제근로계약의 종료

근로계약상 기간의 정함은 서면으로 체결하여야만 유효하며 일의 완성까지로 계약기간을 정하는 기간제 근로계약은 사용자가 당해 사업의 완성을 통지한 후 2주가 경과함으로써 종료한다. 종신제근로계약 또는 5년을 초과하는 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자는 5년이 경과한 후에 근로계약을 해지할 수 있으며 해고 예고기간은 6월로 한다. 만약 약정 기간이 경과하거나 사업 목적이 달성되었음을 사용자가 인식하였음에도 불구하고 근로관계가 계속되고 있는 상황에서, 사용자가 즉시 이의를 제기하지 않거나 근로자에게 사업의 완성을 통지하지 아니하는 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 본다. 또한 근로계약의 기간의 정함이 무효인 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 본다. 근로자가 근로계약의 기간의 정함이 무효임을 주장하기 위해서는 약정 근로계약기간이 만료된 날로부터 3주 이내에 노동법원에 근로계약이 기간의 정함으로 인하여 종료되지 아니하였음을 확인하는 소송을 제기하여야 하

까지로 기간을 정한 기간제 근로계약은 정당한 사유가 없이도 유효하다. 그러나 정당한 사유가 있는 경우에 해당하는 기간제 근로계약을 체결하기 전에 동일한 사용자와 기간제 근로 또는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 적이 있는 경우에는 기간제 근로계약은 그 정당성이 인정되지 않는다.(제1문)

며 약정 기간이 경과한 후에도 근로관계가 계속된 경우 기산점은 기간의 종료로 근로관계가 종료되었다는 사용자의 통보가 도달된 날로 한다.

4. 기간제근로자에 대한 정보제공과 직업교육

독일법에서는 사용자가 기간제근로자에 대하여 새로 채용되어져야 할 기간의 정함이 없는 상응하는 일자리에 대한 정보를 제공하여야 하며 이는 해당 근로자들이 쉽게 접할 수 있는 사업장 또는 기업내의 장소에 일반적인 공지수단으로 할 수 있다. 또한 기간제근로자가 직업교육 및 연수교육에 참가할 수 있도록 배려하여야 하며 근로자대표에게 해당 사업장 또는 기업의 기간제근로자의 수 및 당해 기간제근로자의 전체 근로자에 대한 비율에 관한 정보를 제공하여야 한다.

제5절 프랑스

1. 프랑스 유기근로계약의 입법화

프랑스에서는 기간제근로자를 보호하기 위한 유기근로계약과 파견근로계약을 포괄하여 불안정근로계약이라 한다. 불안정성을 유기근로계약의 본질적인 특징으로 파악하고 있으며 파견근로계약을 유기근로계약의 하나의 변종으로 보아 동일한 범주에 포함시키고 있다. 프랑스에서는 유기근로계약과 파견근로를 계약기간의 제한이라는 측면에 착안하여 불안정고용이라는 동일한 범주의 고용형태로 포섭하여 규제하고 있다. 이에 따라 유기근로계약과 파견근로는 이용사유, 이용기간 등의 면에서는 법적 내용이 동일하고, 단지 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자라는 3자관계를 전제로 하는 파견근로의 특성과 관련된 부분만 규율내용을 달리한다.⁷⁰⁾

70) 조임영, "프랑스의 불안정근로계약 -유기근로계약 법제를 중심으로-", 「노동법학」, 제11호, 한국노동법

프랑스에서 유기근로계약은 판례 법리에 의해 규율되어 왔으며 1979년에 최초로 입법화되었다. 이후 수차례의 개정을 거쳤으며, 이는 유기근로계약의 이용사유, 이용기간의 상한 및 갱신의 한도, 이러한 계약으로 고용된 근로자의 권리보호를 주요 개정 대상으로 하며 전개되었다. 개정은 경제 및 고용상황, 정권교체, 노사역관계 등을 배경으로 하여 고용불안정을 엄격히 제한한다는 사회적 목적을 한 축으로 하고, 기업의 유연성 확보라는 경제적 목적을 다른 한 축으로 하여 상호 대립하는 가운데 전개되어 왔다.

우선 1970년대 후반 경제위기 상황에서 유기근로계약에 관한 엄격한 판례법리에 직면한 사용자들이 이의 완화를 강력히 요청함에 따라 유기근로계약을 최대한 촉진시키고자 하는 것을 목적으로 법이 제정되었다. 법은 유기근로계약의 일반화에 대한 근로자측의 우려에 대응하여, 관련 근로자들의 보호를 위해 이 종류의 계약에 적용될 수 있는 새로운 보호법제를 도입하였다. 1981년 등장한 미테랑 정권은 불안정고용의 급속한 증가를 지적하였고 이에 따라 유기근로계약에 관한 오르도낭스(ordonnance)⁷¹⁾가 제정되었다. 오르도낭스는 무기근로계약이 원칙이고 유기근로계약은 예외로서 엄격히 제한하는 것(이용사유를 제한적으로 열거하는 방식을 채택), 상용근로자에게 적용되는 법률 및 단체협약상의 규정들과 관행의 적용을 유기근로계약으로 고용된 근로자에게도 보장하는 것 등을 목적으로 하였다. 이러한 내용은 이후 유기근로계약법제의 몇 차례 개정과정에서도 기본 틀로써 유지되고 있다.⁷²⁾

이후 1990년 법률인 "불안정 계약법제의 적정화를 통해 고용의 안정을 촉진하는 1990.7.12.법률"에 의해 상용근로자와 기간제근로자간의 평등대우의 원칙을 강화하였다. 이어 2002.1.17. 프랑스 국회를 통과하여 2002.1.20.부터 시행되는 "사회현대화법(Loi de Modernisation Sociale)"에서는 기간제근로자에 대하여 보수평등원칙을 위반할 시에 벌금형 또는 징역형을 선고받도록 하여 형사적 제재를 통한 그 이행을 강제하고 있다.⁷³⁾

학회, 2000.12., 54면.[이하 조임영(2000)]

71) 프랑스에서는 법률 없이도 명령을 제정할 수 있는 가능성이 인정되고 있다. 오르도낭스(ordonnance)는 행정기관이 제정하는 명령 중 하나로서 대통령이 제정하며 국회의 승인을 받아야 하는 명령이다. 국회의 승인을 받은 오르도낭스는 법률과 같은 효력을 갖는다.

72) 조임영(2000), 상계논문, 58-59면.

73) 김태현, 전계논문, 20면.

2. 기간제 근로계약의 체결과 근로조건의 명시

1) 근로계약의 체결

프랑스에서는 일반적으로 기간을 정하지 않고 근로계약을 체결하지만(L.121-5조) 기간을 정한 근로계약은 제한된 예외적인 경우에만 허용되고 있다. 법률규정에서 기간을 정한 근로계약은 그 목적에서나 결과적으로 기업의 일반적이고 상시적인 작업을 위해 고용을 지속적으로 제공하는 데에 사용할 수 없고(L. 122-1조 제1항), 법에서 정한 사유를 제외하고는 기간을 정한 근로계약은 오직 특정되고 임시적인 작업을 수행하기 위한 목적에서 L. 122-1조에서 열거하는 경우에만 체결될 수 있도록 규정하고 있다(L. 122-1조 2문).

2) 근로조건의 명시

프랑스의 경우 근로계약은 원칙적으로 계약당사자가 선택하는 방식으로 체결하는 것이 가능하고(L. 121-1조 1항), 기간의 정함이 없는 근로계약을 서면으로 작성할 의무는 없다. 그러나 비정규직 근로자의 보호와 관련하여서는 근로조건명시에 대한 규정을 두고 있으며 기간제 근로계약에 대해서는 근로계약을 서면으로 작성하도록 하고 있다. 근로계약을 서면으로 작성할 시에 사용사유에 대하여 명확하게 기술하도록 규정한 다음, 이를 위반할 경우 당해 근로계약을 기간의 정함이 없이 체결된 것으로 간주하도록 하고 있다(L. 122-3-1조 1항). 기간제 근로계약을 체결하는 경우에 근로조건을 명시하여야 하며 그 내용은 ① 결원의 대체에 따른 근로계약 체결시 대체되는 근로자의 이름과 직업자격, ② 확정기간을 정한 경우 기한의 만료일과 갱신을 예정할 경우의 갱신조항, ③ 확정기간을 정하지 않는 경우 최저고용기간, ④ 종사하여야 할 업무 내지 활동, ⑤ 적용되는 단체협약의 제목, ⑥ 견습기간을 정하는 경우 그 기간, ⑦ 보수액과 그 구성항목, ⑧ 보충퇴직연금기관(caisse de retraite complémentaire)의 명칭과 주소, 경우에 따라서는 사회보장기관(organisme de prévoyance)의 명칭과 주소 등을 의무적으로 기재하도록 하고 있다(L. 122-3-1조 2항).⁷⁴⁾

74) 하경효, 전제서, 46면.

3. 기간제 근로계약의 허용사유와 금지사유

1) 허용사유

기간을 정한 근로계약의 허용사유는 첫째, 일시적인 고용의 필요성이 있을 경우로서 질병, 출산, 휴가, 국방 등으로 인한 결원의 대체가 요구되거나(L. 122-1-1조 1항) 기업에서 일시적으로 업무량이 증가할 경우 체결할 수 있다(L. 122-1-1조 2항).

둘째, 본래 일시적인 업무로 계절적 성격을 가진 업무 또는 무기계약을 이용하지 않는 것이 항상적인 관행인 경우 체결이 가능하다(L. 122-1-1조 3항). 이에 따라 기간을 정한 근로계약이 허용되는 활동부문을 데크레(décret)⁷⁵⁾ 및 1990년 전국직업간 협정에서 다음과 같이 정하고 있다(D. 121-1조). 삼림개발, 선박수선, 이사, 호텔·레스토랑, 연극·영화, 문화활동, 시청각, 정보, 영화제작, 교육, 조사·양케이트, 음반제작, 여가·휴가 센터, 식육보존, 프로스포츠, 공사현장이 국외에 있는 건설·토목, 국외에서의 협력, 기술원조, 토목, 연구 등의 업무, 국제조약과 이 조약의 적용을 위해 채택된 국제 행정협정의 틀 내에서 실시되거나, 또는 프랑스에 일시적으로 체류하는 외국인 연구자에 의해 실시되는 과학적 연구, 노동법전 L. 128조의 실업자과건협회(association intermédiaire)의 활동, 노동법전 L. 129-1조의 범위 내에서 이행되는 업무 등의 사항이 해당된다.⁷⁶⁾

셋째, 고용정책, 직업훈련을 목적으로 하거나 건설계약의 종료시에는 위의 허용사유와 관계없이 기간을 정한 근로계약을 체결하는 것이 허용된다.

2) 금지사유

허용사유에 반해 허용이 절대 금지되는 사유도 있다. 첫째, 파업근로자에 대한 대체는 금지된다(L. 122-3조 1항). 둘째, 정부의 데크레에 의해 유해위험작업으로 지정된 업무에도 기간을 정한 근로계약을 이용할 수 없다(L. 122-3조 2항). 셋째, 정리해고 이후 6개월 이내의 기간에는 일시적인 업무증가를 이유로 혹은

75) 데크레(décret)는 오르도낭스와 함께 행정기관이 제정하는 명령 중 하나로 대통령 또는 수상이 제정하는 명령이며 법률보다 하위의 효력을 갖는다. 대체로 '명령'으로 번역된다.

76) 김덕채, "기간을 정한 근로계약에 관한 연구", 고려대 대학원 석사학위논문, 2001.8., 37-38면.

통상적인 작업이 아닌 잠정적이고 특정된 업무 처리를 위하여 기간을 정한 근로를 사용할 수 없다. 단, 3개월 미만의 기간제 고용과 일시적인 수출주문이 급증으로 노사대표간의 사전협의를 거친 경우에는 가능하다(L. 122-2-1조).

4. 기간의 제한

근로계약의 기간에 관하여는 최대기간을 제한하고 있다. 결원의 일시 대체인 경우 18개월 또는 결원의 복귀시까지이며(L. 122-1-2조 I), 신규채용 정규직의 업무 개시전 9개월 초과할 수 없다(L. 122-1-2조 II). 기업의 일시적 업무량이 증가한 경우(18개월), 명확히 한정된 비지속적 업무(18개월), 수출주문의 예외적 급증(24개월), 안전조치를 위한 긴급작업(9개월), 계절적 고용(18개월 또는 그러한 계절의 종료), 외국에서의 계약(24개월)의 경우에도 최대기간을 별도로 정하고 있다. 이 때, 사전 계약종료 시점을 정한 확정기한부계약은 1회 갱신이 가능하며, 질병이나 부상 등으로 정규직의 결원이 발생했을 경우와 같이 불확정기한부계약인 경우 계약원인이 소멸하는 것으로 고용계약이 종료된다. 또한 이 경우에는 계약갱신이 불가능하다. 반복갱신에 있어서는 장기간 기간제 근로가 남용되는 것을 방지하기 위해 동일한 사용자가 계약을 갱신하고자 할 경우 계약기간의 1/3 이상의 공백기를 두도록 하고 있다.⁷⁷⁾

5. 근로계약의 종료⁷⁸⁾

기간을 정한 근로계약은 기간의 만료와 함께 당연 종료된다(I. 122-3-6조). 기간을 정한 근로계약은 기간만료일 또는 계약목적이 실현된 때 자동 종료되며 근로계약의 정지는 그 계약의 기간의 경과에 영향을 미치지 않는다(I. 122-3-5조). 기간을 정한 근로계약의 종료에 대해 기간의 정함이 없는 계약의 해지에 관

77) 최저임금위원회, 전계서, 46-47면.

78) 김택채, 상계논문, 42-43면.

한 규정을 명시적으로 배제하여 원칙적으로 계약기간의 만료시에 어떠한 형식과 절차도 요구하고 있지 않다(L. 122-3-3조).

기간을 정한 근로계약은 당사자간의 특약이 없으면 근로자에게 중과실이 있는 경우나 불가항력적 사정이 있는 경우에만 기간만료 전에 해지가 가능하다(L. 122-3-8조). 근로자의 중과실을 이유로 계약을 기간 중에 해지하는 경우 근로자는 연차유급휴가보상수당을 제외한 어떠한 수당도 주장할 수 없으며 사용자는 이로 인한 손해배상청구소송을 제기할 수 있다. 그리고 사용자는 대기기간에 관계없이 다른 근로자를 즉시 채용할 수 있다(L.122-3-11조). 반대로 사용자의 중과실로 근로자가 계약을 기간 중에 해지하는 경우 근로자는 노동법원에 적어도 계약 만료시까지 받을 수 있었던 임금과 동일한 손해배상을 사용자로 하여금 지급토록 하는 소송을 제기할 수 있다(L. 122-3-8조 2문).

사용자가 기간 만료전에 계약을 일방적으로 해지한 경우 근로자에게는 계약종료수당을 방해함이 없이 적어도 계약의 기간만료까지 받을 수 있었던 보수에 상응하는 금액의 손해배상청구권이 부여되며(L. 122-3-8조 2문), 반대로 근로자가 법규정을 위반하여 계약을 해지한 경우, 사용자는 실손해에 해당하는 손해배상청구권을 가진다(L. 122-3-8조 3문). 사용자는 손해배상 청구시에 근로자의 계약해지로 인하여 발생한 손해를 증명하여야 한다.

제4장 기간제법을 통한 기간제근로자의 지위

2006년 2월 28일자 신문에 '550만~850만 비정규직 고용안정 길 뚫다'라는 제목으로 법사위원회와 본회의 통과 절차가 남은 비정규직 보호법안을 국회 환경노동위원회가 통과시켰으며 이로 인해 경제에 긍정적인 효과 뿐 아니라 정규직화에 길이 트임은 물론 임금이나 근로조건에서 정규직에 근접한 수준으로 개선될 전망이다라는 내용의 기사가 실렸다.⁷⁹⁾ 비정규직 보호법안이 사회적 이슈가 되면서 기사내용과 같은 긍정적인 전망이 나왔던 가장 큰 이유는 이전까지의 비정규직 근로자의 계속근무 여부가 사용자의 뜻에 달려 있었다면 법의 시행으로 고용의 한계가 명확히 설정된다는 점 때문이었다. 노사간에 첨예하게 대립한 기간제근로자의 경우 고용기간은 최대 2년이며 2년이 지나면 해당 근로자와 사측이 별도의 계약 갱신을 하지 않아도 무기한 근로계약을 한 것으로 간주돼 계속 같은 사업장에서 일할 수 있게 된다는 것이었다. 결국 고용불안이 없어지는 만큼 사실상 정규직화를 의미하는 것이었다.

이 기사가 보도되고 1년 반이 지난 2007년 7월 1일부터 기간제법이 시행되었고 법시행 후 1년이 지나서부터 진행된 기간제법 개정논의는 현재까지 꾸준히 이어지고 있다. 당초 논의시 기간제법의 사용기간을 3년에서 2년으로 하여 제정한 뒤 다시 경제상황 등을 이유로 사용기간을 4년으로 유예한다는 내용의 개정안은 현재까지 여러 차례의 협의와 합의가 결렬됨으로써 많은 문제점을 안고 이리저리도 저러지도 못하고 있는 상황에 처해있다.

제4장에서는 기간제법의 제정과정 및 개정논의 내용을 살펴보고 기간제법의 쟁점과 법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 변화에 대하여 검토하고자 한다.

79) 중앙일보 2006년 2월 28일 게재.

http://pdf.joins.com/index.asp?form_type=article_prv&id=DY01200602280064&keyword=비정규직%20고용안정&s_startyear=2006&s_startmonth=02&s_startday=28&s_endyear=&s_endmonth=&s_endday=&pagenum=1&s_year=2006&s_month=02&s_day=28&re_keyword=&re_search=&re_keyword2=&re_search2=&s_field=&list_type=2&sv=text 참조.

제1절 “기간제및단시간근로자보호등에관한법률”의 시행

1. 비정규직 보호법의 제정 배경

1997년말 외환위기 이후 비정규직 근로자가 급속하게 확대되었고 이들에 대한 차별문제가 심각한 사회문제로 대두되었다. 이에 대한 대책 마련을 위해 시민·사회·노동단체들이 비정규공대위를 구성하였고 제도개선노력의 일환으로 2000년 10월 비정규직 근로자 권리보장을 위한 관련 법률의 개정을 청원하였다.⁸⁰⁾

정부 역시 비정규직 근로자 보호와 노동시장의 유연성을 조화시키기 위한 사항들을 종합적으로 논의하기 위해 2001년 5월 노사정위원회에 '비정규직 근로자 대책특별위원회(이하 '비정규직 대책특위'라 함)를 구성하였다. 노사정위원회는 같은 해 7월 23일 비정규직 대책특위를 발족시켜 비정규직 근로자의 권익보호와 노동시장의 장기적 발전을 기하기 위한 법·제도 개선을 주요과제로 설정하고 대책방안을 논의해왔다.

비정규직 대책특위는 2001년 10월까지 비정규직 실태에 대한 노사당사자의 의견청취, 전문가토론회 개최 등의 과정을 거쳐 2001년 10월 15일 2개의 분과 위원회를 구성하였다. 제1분과위원회는 기간제근로·파견근로·단시간근로에 대한 대책방안을 다루고, 제2분과위원회는 특수형태근로 종사자(골프장 캐디, 학습지 교사, 레미콘지입차주, 보험모집인, 가내근로, 호출근로 등)의 대책방안을 논의하여 왔다. 비정규직 대책특위는 2002년 5월 6일 제16차 회의를 개최하여 비정규 근로자의 범위와 통계개선, 근로조건 감독 강화, 사회보험의 적용확대 및 복지확충이라는 세 가지 사항에 대한 합의문을 발표하였다.⁸¹⁾

2002년 5월 27일부터 전체회의를 개최하여 2개분과위원회의 논의결과를 토대로 비정규근로자 보호방안을 논의하였는데, 2002년 5월 27일 기간제근로와 파견근로에 대하여, 2002년 6월 3일 특수형태근로에 대하여, 2002년 6월 10일 단시간근로에 대하여 논의하였다. 2003년 5월 23일 제24차 비정규직 대책특위 본

80) 김동한, 전개논문, 64면.

81) 합의문 참조.

회의에 공익위원안이 정식 보고되었다.

2. 기간제근로자 보호 법률의 입법화

1) "기간제및단시간근로자보호등에관한법률"의 제정

기간제근로자의 보호에 관하여는 위에서 언급한 바와 같이 비정규직 대책특위 제1분과위원회에서 논의되었다. 2001년 10월 22일 제1분과위원회 제1차 회의가 개최되었다. 기간제 근로에 대해 사용자가 기간제근로를 사용하는 이유, 노동자가 보호받고자 하는 부분에서 출발하여 외국의 입법례, 보호방안(사유제한 여부, 반복갱신 제한 방법, 총 기간 제한 여부, 법 위반시 제재방법 등)에 대한 논의가 시작되었다. 이후 2001년 10월 31일 2차 회의⁸²⁾를 시작으로 2001년 11월 5일, 2001년 11월 19일 4차 회의까지 기간제근로자 보호를 위한 논의가 지속되었다.

특히 4차 회의 시에는 위원들 간 기간제근로자의 근로계약 갱신허용과 관련된 근로기준법 규제방식에 관하여 다양한 의견이 있었다. 첫째, 기간제 근로계약의 갱신 허용과 관련하여 총 기간 제한으로 규제하고 위반시 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주하는 방안이었다(어수봉 위원 의견)⁸³⁾. 그러나 총기간 만료 후 같은 업무에 대체 고용된 자를 기간의 정함이 없는 고용으로 간주하는 것에 대해서는 반대하는 입장이었다. 둘째, 규제방식은 위와 동일하나 "계약기간 종료 후 해고"와 같이 파견법 시행에서 나타났던 폐단을 방지하기 위한 법적 장치가 필요하다는 의견(박윤배 위원 의견)⁸⁴⁾과 셋째, 반복·갱신은 사회적·경제적으로 합

82) 회의결과 노동계는 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하되 일정한 요건 하에서 기간제 근로를 허용할 것을 주장하였다. 다만, 이러한 무기계약의 원칙 하에 경영계가 제기하는 노동시장의 경직성 문제에 대해서는 보다 구체적 검토와 논의가 필요하다는 입장이었다. 경영계는 인력조정 유연성, 임금의 경직성 및 과도한 법정 복지비 회피를 위해 비정규직을 활용하는 것이므로 이에 대한 논의가 필요하다는 입장을 보였다. 결국 양측이 원칙적인 주장만을 되풀이하여 공익위원 관계전문가가 먼저 비정규직 근로자 대책에 대한 공익위원 초안을 마련하고 이를 토대로 정부 및 노사위원과 각각 합의하여 그 결과를 전체회의에 보고하기로 하였다. 제1분과위 제2차 회의결과(2001.10.31) 참조.

83) 어수봉 위원은 기간제 근로 문제의 핵심인 '장기간 반복갱신에 의한 남용'에 있어 기간제 채용 단계에서 사유 및 업무 등의 측면에서의 규제를 해서는 안된다는 입장이었다. 남용으로 이어지는 것을 예방하기 위한 목적으로(사용자에 대한 기간제 고용을 남용해서는 안 된다는 인식을 고취하기 위함으로 보고 있다) 기간의 정함이 있는 근로계약을 할 때에는 그 합리적 사유가 있어야 한다고 선언적으로 명문화할 수 있고 총 근로기간의 상한선을 정하며 이 기간 이후 기간제 근로가 남용되지 않도록 규제하는 방식이 적절하다는 입장이었다.

84) 박윤배 위원은 고용형태를 다양화하는데 제한을 가할 수 있는 조치는 반대하였다. 예를 들어 업종이나

리적 이유가 있는 경우에만 허용하며 서면계약을 강제하고 균등대우의 원칙을 명시하자는 의견이었다(김소영 위원 의견). 넷째, 기간제 근로의 사유를 제한하는 경우 그 사유를 명문으로 열거하고 허용사유에 해당하지 않으면 1회에 한하여 갱신가능하며 위반시 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주한다는 의견이었다(이상운 위원 의견). 사유를 제한하지 않는 경우 사용기간 및 횟수에 대한 제한이 필요하며 필수업무 해당여부 등에 따라 다양한 대안을 검토할 수 있다는 내용이였다.⁸⁵⁾

이후 2001년 12월 3일 제5-1차 회의⁸⁶⁾, 2001년 12월 3일 제5-2차 회의⁸⁷⁾ 등 수 차례 회의를 거쳐 2003년 5월 23일 제24차 비정규직 대책특위 본회의에서 공익위원안이 정식 보고되었다.⁸⁸⁾ 정부는 노사정위원회의 논의결과를 토대로 입법예고, 공청회 등 의견수렴 과정을 거쳐 "기간제및단시간근로자보호등에관한 법률"을 포함한 비정규직 보호 관련 3개 법안을 2004년 11월 8일 국회에 제출하였다. 국회는 노사정 대화 및 법안을 심의하였고 2006년 2월 27일 환경노동위원회 전체회의에서 열린우리당·한나라당 의원 합의로 정부안을 수정, 의결하고 법사위원회에 회부하였다. 그리고 2006년 11월 30일 국회 본회의에 직권 상정하여 2007년 7월 1일로 시행시기를 조정하여 의결하게 되었다.⁸⁹⁾

특정의 상황을 전제하여 규제를 가하는 방식에 반대하는 입장이었다. 이에 따라 사실상의 정규직에 준하는 업무임에도 불구하고 비정규직 노동자를 고용해 여러 가지 악용의 소지가 있는 점을 개선하기 위해, 일정기간 고용이 계속될 경우 정규직으로 규정하는 조치가 필요하다고 하였다.

85) 노사정위원회, 전게서, 88면.

86) 회의 시 노동계는 기간제 근로를 광범위하게 허용하지 않도록 무기근로계약의 원칙을 확립하고 기간제 근로는 합리적 사유가 있는 경우에 허용하여 이 경우 최장 1년 계약 및 1회 갱신(최대 2년)만을 허용해야 한다는 기존의 입장을 확인하였다.

87) 기간제 근로와 관련된 경영계와의 토론을 하였으며 당시 한국경영자총협회에서는 공익위원안이 대체로 비정규직 보호에 치중하여 고용의 유연성을 제약하고 있다는 총평을 내렸다. 전국경제인연합회에서는 공익위원안이 고용유연성, 해고비용의 과다, 입법의 부작용 등의 문제에 대해서는 간과하고 있다는 평가를 내렸으며 계약기간 1년을 연장하고 반복갱신을 포함하여 3년을 초과할 시에 정당한 이유 없이 고용을 단절하지 못하게 하는 방안에 대해서는 긍정적으로 검토 가능하다는 입장을 나타냈다.

88) 2001년 12월 19일, 2002년 1월 7일, 2002년 1월 14일, 2002년 1월 21일, 2002년 4월 1일, 2002년 4월 8일, 2002년 5월 17일, 2002년 5월 20일, 2002년 5월 27일, 2002년 7월 15일, 2002년 11월 29일 기간제근로자 관련 회의가 개최되었다. 이 중 2002년 5월 27일 전체 회의 시 기간제 및 파견근로 보호방안이 논의되었다. 기간제 근로 보호방안에 관하여 경영계는 「"사용에 관한 규제"를 하거나 "기간연장 등을 제한"하여 규제하는 것은 시장경제원칙 또는 계약자유 원칙을 위반하는 것이며 사용자에 대한 규제를 강화 할 경우 경영자의 사업의욕을 저하시켜 결국에는 근로자의 일자리가 줄어드는 현상이 발생할 수도 있다」는 의견을 제시하였다. 반면 노동계는 「"기간연장 방지 등 남용 가능성을 제한"하는 규제방식 보다는 "사용에 관한 규제"가 바람직하다는 의견」을 제시하였다. 제17차 비정규직 근로자대책특위 회의(2002.5.27.) 결과 참조.

89) 노동부, 『비정규직 보호법의 주요내용』, 노동부, 2006.12., 2면.[이하 노동부(2006a)]

2) 법률의 시행

2007년 7월 1일부터 시행된 비정규직 관련 법 중 핵심은 기간제법의 제정이었다. 기간제법은 모든 비정규직 근로자에게 공통되는 차별금지규정을 두어 노동위원회에서 이를 시정케하고, 기간제근로자의 사용기간을 2년으로 제한하여 2년을 초과 사용시 무기계약으로 인정하였다. 또한 단시간근로자의 초과근로시간을 법정근로시간 이내일지라도 주12시간으로 제한하고 근로조건을 서면으로 명시할 것을 정하였다.⁹⁰⁾ 동법은 시행일인 2007년 7월 1일부터 상시고용 300인 이상 기업과 공공부문에 차별시정제도가 적용되었고 2008년 7월 1일부터는 100인 이상 사업장으로 확대되었으며 2009년 7월 1일부터 5~100인 미만 사업장으로 확대 적용되었다.

그러나 기간제근로자를 위한 법의 제·개정 노력들이 정규직 전환에 청신호로만 작용하지는 않았다. 기간제법의 제정으로 인하여 시행 이전부터 법의 양면성을 여실히 드러내는 사건들이 줄을 이었다.

2006년 12월 20일 우리은행 노사는 임단협에서 입지급 창구를 전담하는 창구 텔러 등 비정규직 3,000여명의 정규직 전환에 합의하였고 2007년 3월 1일 3,076명을 정규직으로 전환하였다고 발표하였다. LG텔레콤도 직영대리점 비정규직 판매원 가운데 150여 명을 정규직으로 전환하였고⁹¹⁾ 신세계백화점과 이마트 내 비정규직 근로자 5천명에 대해서도 정규직 전환이 이루어졌다.⁹²⁾ 현대자동차 또한 사무계약직 350여 명을 정규직 전환하는데 합의하는 등⁹³⁾ 법 시행 이전부터 대기업들의 정규직 전환 사례가 잇따랐다. 반면 기간제법 시행을 앞두고 기간제근로자들의 해고 역시 잇따랐다. 2006년 10월 한국은행은 계약직 운전기사 5명의 재계약 중지 및 용역전환을 발표하였고 법원 행정처는 2006년 12월 22일 계약직 민간경비원 40여명에 대한 재계약을 거부하고 직접고용 했던 민간운전사의 용역직 전환을 서둘렀다. 2006년 12월 31일 철도공사는 113명의 새마을호

90) 이병태, 『최신노동법』, (주)중앙경제, 2008, 1009-1010면. 노동위원회법에서는 차별시정사건을 담당하는 차별시정담당노동위원회를 두어 비정규직 근로자의 차별을 시정케 하였다.

91) YTN뉴스 기사 2007년 6월 13일 게재.

http://www.ytn.co.kr/_ln/0102_200706131126405994

92) 매일경제 2007년 6월 19일 게재.

<http://news.mk.co.kr/outside/view.php?year=2007&no=318643>

93) SBS 기사 2007년 6월 20일 게재.

http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1000272726

승무원을 비롯해 공사내 직접고용 비정규직의 업무를 KTX 관광레저로 외주화할 것을 표명하였고 같은 날 서울대 병원은 근무일수 2년이 되는 비정규직 20여 명에게 계약종료를 통보⁹⁴⁾하였다. 이후 이랜드사태 등 기간제근로자들의 해고사태가 꾸준히 이어졌다.

IMF외환위기 이후 꾸준히 증가한 기간제근로자들을 보호하기 위한 입법이라는 점에서 기간제법은 큰 파장을 일으켰고, 특히 비정규직 근로자 보호라는 측면에서 긍정적인 평가를 받아왔다. 그러나 입법단계에서부터 논란이 되었던 비정규직 근로자의 사회적 양산과 일상적 해고의 정당화 수단이라는 비판이 꾸준히 이어져 비정규직법은 곧 악법이며 폐지되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.

3) 기간제법 유예안 논란

(1) 기간제법 개정논의 과정

기간제법 개정논란은 법시행 이후 사용기간 2년이 되는 2009년이 되어서야 대두된 것은 아니다. 법시행 1년 뒤인 2008년 7월 6일 비정규직 사용기간을 4년으로 확대한다는 내용을 골자로 비정규직법에 대한 건의문이 노동부에 제출되었다. 같은 해 10월 2일 이영희 노동부 장관은 '2009년 7월이 되면 2년으로 제한된 근로자가 정규직으로 전환하느냐, 해고를 당하느냐의 갈림길에 선다'며 이른바 '100만 해고설'을 처음 언급하고 비정규직법 개정의지를 시사하였다. 11월 10일 노동부는 비정규직 사용기간 연장 등의 법 개정을 확인하고 이후 개정의 시급성을 강조하며 노동부 업무보고에서 '기간연장, 파견업무 확대'를 골자로 한 비정규직법 개정 방향을 명시하였다. 2009년 1월 29일 홍준표 한나라당 원내대표는 '2년에 한하여 한시적으로 정규직화를 유예 검토할 수 있다'고 시사하였고 3월 2일까지 한국노총과 한나라당이 10여 차례 정책협의 및 현장조사를 하였으나 의견차로 협의가 중단되었다. 3월 13일 노동부는 '기간제법'과 '파견법'의 개정안, '비정규직 고용개선 특별조치법'을 입법예고하였으며 3월 30일 비정규직법 개정안은 국무회의에서 원안대로 의결되었다. 2009년 4월 비정규직법 개정안이 국회에 제출되었고 4월 13일 한나라당에 의해 비정규직법 시행 유예의 가닥이

94) 은수미, "비정규직 문제 해결을 위한 노사의 전략적 선택", 노동 관련 3대 학회 2007년 공동 정책토론회 (자료집), 한국노동연구원, 2007.3.28., 55면.

잡혔다. 5월이 되자 노동부는 7월 이후 해고되는 비정규직 근로자를 70만명으로
정정하였고 6월 11일 한나라당은 비정규직법 적용 유예 '당론'을 확정하였다. 6
월 15일 국회 환경노동위원회 소속 3당 간사는 민주노총과 한국노총에 비정규직
법 논의를 위한 '5인 연석회의'를 제안하였고 19일 국회에서 1차 연석회의가 이
루어졌다. 회의에서 6월 말까지 비정규직 사용기간, 사용사유, 사용횟수 제한, 정
규직 전환 의무비율제도 도입, 차별시정 개정, 정규직 전환지원금 등을 논의기로
하였고 2009년 12월 말까지 파견, 외주, 용역, 도급, 하청 등 비정규직 근로자
문제와 복수고용직 근로자 보호대책도 논의기로 합의하였다. 6월 22일 한국노총
회의실에서 2차 연석회의가 있었고 비정규직 문제의 중요성을 감안해 여당의 단
독국회 소집 등 국회 개회문제와 상관없이 계속 논의기로 합의하였다. 그러나 6
월 23일부터 29일까지 3차에서 9차회의는 합의가 결렬되었고 6월 30일 비정규
직 문제 해결을 위한 여야 협상 역시 결렬되었다. 그리고 2009년 7월 1일 2년
이상 고용한 기간제근로자를 정규직으로 전환해야 하는 기간제법은 예정대로 시
행되었다.⁹⁵⁾

(2) 기간제법 유예안

이번 논란은 기간제법 사용기간의 유예라는 점에서 노동계와 정부간의 첨예한
의견대립이 있었다. 노동부에서 입법예고한 기간제법 유예안에 관한 구체적인 내
용은 다음과 같았다. 법 시행 이후 기간제근로자가 감소하고 정규직이 증가하는
사례도 있는 반면, 짧은 사용기간으로 인해 기업이 정규직 전환에 부담을 가지고
기존 기간제근로자와의 고용관계를 종료하는 것으로 나타나고 있어 기간제근로
자의 사용제한 기간을 연장하여야 한다고 개정이유를 밝혔다. 이에 기간제근로자
의 총 사용기간을 2년으로 제한, 2년을 초과하여 사용하는 경우 기간의 정함이
없는 근로자로 간주하고 있으나, 기업의 고용현실과 달리 일거에 짧게 사용기간
을 제한함으로써 오히려 기간제근로자의 고용이 불안해지는 부작용이 발생하고
현행 법 제4조 제1항의 기간제근로자 사용기간을 현행 2년에서 4년으로 연장하

95) 뉴시스 기사 2009년 7월 1일 게재.

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=sec&sid1=001&sid2=140&oid=003&aid=0002752852>

여 총 사용기간을 4년으로 개정함으로써 기간제근로자의 고용유지 및 기업 부담 완화로 인한 일자리 기회가 확대될 것으로 기대한다는 내용을 주요골자로 하였다.⁹⁶⁾

노동부에서는 2년 기간 만료를 앞두고 기간제근로자가 대거 해고되는 사태를 막기 위하여 비정규직법 시행을 4년으로 연장하는 방안을 마련함으로써 대량해고사태를 막고 기업에서 준비할 시간을 가질 수 있도록 한다는 입장이었다. 그러나 정작 노동계에서는 2007년 기간제근로자로 채용된 노동자가 2013년까지 계속 비정규직으로 일할 수밖에 없는 환경을 제도화하는 것으로써, 기간제근로자들의 고통을 4년 더 연장하는 터무니없는 대책에 불과하다며 4년이라는 기간의 근거 또한 뚜렷이 제시된 바 없다는 점 등을 들어 개정에 반대하였다. 특히 일부 여당의원들은 이번 개정이 '정규직조차 비정규직으로 만든다'며 '정부의 비정규직 4년 연장은 경제위기 상황에서 비정규직법 자체를 무력화하는 것'이라며 정부입법안을 정면 비판하고 노사정 합의를 통한 문제해결을 주장하기도 하였다.⁹⁷⁾ 그러나 현재 기간제법 개정을 둘러싼 논의는 특별한 합의점을 찾지 못한 채 지속되고 있다.⁹⁸⁾

제2절 기간제법의 쟁점

1. 기간제근로자의 사용기간(반복갱신과 고용중지)

1) 근로기준법 상 유기근로계약

96) 법제처 2009년 3월 13일 "기간제및단시간근로자보호등에관한법률일부개정법률(안)" 입법예고 참조.

97) 한국노동조합총연맹, "성명서-비정규직법 4년 유예 논의를 즉각 중단하라-", 2009.4.26일자 성명서.

98) 2009년 7월 1일 이후 2년 이상 근무한 기간제근로자 가운데 계약기간이 만료된 근로자의 해고 규모는 당초 노동부 예상의 5분의 1에 불과했으며 노동부가 주장하는 70만여명의 20%에 해당하는 기간제근로자들이 해고될 것으로 추정되었다. 이는 노동계가 예상한 해고 규모와 비슷하거나 오히려 적은 수치로 이에 '고용대란'을 근거로 개정을 요구했던 노동부는 70만 대란설(이전 100만 대란설)에 따른 사회적 혼란에 대한 책임 추궁이 불가피해졌다. 그럼에도 노동부는 고용기간 연장의 입장을 바꾸지 않겠다고 밝혀 합의점을 찾기는 더욱 어려울 것으로 보인다. 국민일보 2009년 9월 4일 게재.

<http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0921410601&cp=nv>

기간제법에서 가장 핵심이 되는 부분은 기간제근로자의 사용기간제한에 있다. 기간제법이 제정되기 이전에는 근로계약 기간에 관한 규정은 근로기준법(이하 '근기법'이라 함)에서 "근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다"고 규정하고 있었다. 이 규정의 입법취지는 장기간의 근로계약으로 인하여 초래될 수 있는 인신구속 내지 강제 노동의 폐단을 예방하고 근로자의 퇴직의 자유를 보장하려는 데에 있었다. 즉, 장기간의 근로기간을 정함으로 인하여 근로자가 퇴직의 자유를 제한 당하게 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 불과할 뿐 '근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건'을 의미하는 소정의 근로조건에 해당하지 않는다는 것이 판례의 입장이었다.⁹⁹⁾

기간의 정함이 있는 근로계약과 관련하여 많은 노동법 학자들은 기간의 정함이 없는 근로계약이 근로계약의 원칙적인 모습이라고 하고, 기간의 정함이 있는 근로계약의 성립을 제한하려고 한다. 기간의 정함이 있는 근로계약은 원칙적으로 확정기간의 만료에 의하여 종료하게 되고 그렇게 되면 근로자는 고용의 기회를 상실할 뿐 아니라 생계의 원천을 상실하게 되기 때문에 '고용의 보장을 통한 생존의 보장'이라는 이상이 무너진다는 것이다. 이러한 주장의 근거로 근기법상 정당한 이유 없는 해고의 제한규정을 들어 기간을 정해 고용관계의 존속을 한정할 수밖에 없는 사회적, 경제적인 객관적 사유가 없거나, 기간의 정함이 있는 근로계약이 반복되는 경우 당사자의 기간의 약정에도 불구하고 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 보아야 할 필요가 있다는 입장이다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾

반면 판례는 기간의 정함이 있는 근로계약은 원칙적으로 유효하게 성립할 수 있음을 전제로 한다. 예외적인 경우에만 기간의 정함이 있는 근로계약도 기간의 정함이 없는 근로계약으로 성립하는 것으로 보고 특별한 사정이 없는 한 기간의

99) 서울고법 1994.12.20. 선고94나33264 판결; 대법원 1996.8.29. 선고95다5783 판결 참조.

100) 남효순, "고용계약에 있어서 고용기간에 관한 제문제", 「서울대학교 법학」, 제43권 제3호, 서울대학교, 2002.9., 191-192면.

101) 대법원 1994.1.11. 선고93다17843 판결.

만료에 의하여 근로계약은 당연히 종료된다고 본다.

근기법은 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하는 특별한 규정을 두고 있지 않고 있어 사용자와 근로자 사이의 기간에 대한 합의 자체의 유효성은 인정하지 않을 수 없다. 객관적인 사정이 없는 한 기간의 정함이 있는 근로계약의 성립은 제한된다는 주장은 사적자치의 원칙에 비추어 볼 때, 또한 근기법의 해석론으로서도 타당하지 않다 할 것이다. 따라서 기간의 정함이 있는 근로계약의 유효성은 원칙적으로 인정되며 단, 근기법상의 제반 규정 중 특히 해고의 자유를 제한하는 규정의 취지에 비추어 보아 기간의 정함이 있는 근로계약의 성립은 제한을 받을 수 있을 것이다. 이러한 점에서 판례의 입장은 설득력이 있다.¹⁰²⁾

또한 판례의 해석으로 인해 근기법상 유기근로계약의 제한에 관한 규정은 사실상 그 효력을 잃었고 1년 이상의 근로계약이 체결된다 해도 근기법 위반으로 무효라고 할 수 없다.¹⁰³⁾ 그러나 동 규정이 현실적으로 존재의미가 없는 것은 아니다. 동 규정은 장기간에 걸쳐 유기계약을 1년 미만의 단위로 만료 또는 갱신하게 하는 기능을 해 왔고 이 규정의 존재함으로써 근로자들의 지위는 더욱 불안해졌다. 동시에 단기의 계약직근로자들이 증가하였다. 물론 세계적인 추세로 산업구조가 변화하고 노동조합 주도의 정규직 과보호가 증가의 한 원인으로 작용하였으므로 근기법상 규정 때문에 계약직근로자가 증가하였다고 단정할 수는 없다. 그러나 계약기간의 단기화와 계약의 반복적 갱신을 부추겼다는 것은 부정할 수 없다. 인신구속의 폐단 방지를 목적으로 존재하였으나 경제의 세계화와 함께 본래의 입법취지 보다는 가장 '선진화'된 유연화 규정으로 변모하게 되었다.¹⁰⁴⁾

2) 고용의제에 관한 판례의 입장

근로기준법에서 근로계약의 반복갱신에 따른 명문규정은 없었으나 판례에서는

102) 남효순, 상계논문, 192-193면.

103) 조성혜, "기간제근로계약의 무기계약 전환, 무엇이 문제인가?", 「노동법학」, 제25호, 한국노동법학회, 2007.12.15., 140면. 퇴직의 자유와 관련하여 이미 민법 제659조가 "고용의 약정기간이 3년을 넘거나 당사자의 일방 또는 제3자의 종신까지로 된 때에는 각 당사자는 3년을 경과한 후 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다"고 함으로써 무기계약이 체결될 경우라 할지라도 3년 이후로는 얼마든지 사직을 할 수 있도록 하여 인신구속의 폐단은 사실상 그리 심각하지 않았다.

104) 조성혜, 상계논문, 142-143면.

1990년대부터 일정한 기간제 근로계약의 경우에는 기간의 정함이 형식에 불과하다고 보아 무기근로계약으로 인정하는 방식으로 반복 갱신을 규제하여 왔다. 이는 단지 처분문서의 내용과 달리 당사자의 의사를 인정하는 수준을 넘어 당사자의 의사가 기간을 정한 것임이 분명함에도 불구하고 이를 규범적으로 접근해 무효로 판단하는 것이었다.¹⁰⁵⁾

무기근로계약으로 인정한 판결에서는 『기간을 정하여 채용된 근로자라고 할 지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다』¹⁰⁶⁾라고 판시하였다. 이 판결은 대법원이 기간제 근로계약을 무기근로계약으로 인정한 첫 사건으로 '반복갱신'이라는 사실적 요소와 '기대관계'라는 의사적 요소를 중요한 기준으로 보았고 이후 이 판례논리를 기초로 일련의 판례군이 형성된다.¹⁰⁷⁾ 그러나 모든 판례가 '반복갱신'과 '기대관계'의 요소만으로 무기근로계약으로 인정한 것은 아니다. 대법원 1995.6.30. 선고95누528 판결에서는 일단 기간의 정함이 형식에 불과하다고 평가되지 않아 무기근로계약으로 인정받지 못하는 경우라도, 그 갱신거절이 부당해 고로 인정될 수 있다고 보았다.¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾

위의 판례를 종합하여 보면 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 있으면 그 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약이 되고, 계약의 갱신거절은 해고가 된다는 일반론이 성립된다. 이 때 무기근로계약으로 인정한 전자의 판시는 장기간에 걸친 반복 갱신의 사정이 있는 경우에 한정하여 기간의 정함이 없는 근로계약 체결로 볼 수 있음을 판시한 반면, 후자의 판시는 비단 장기간에 걸친

105) 이병희, "기간제 근로에서의 계약기간과 사용기간", 「사법논집」, 제4집, 법원도서관, 2007, 670면; 이철수, "1년을 초과하는 근로계약 기간을 정한 근로계약의 효력", 노동판례 평석집 II 권, 한국경영자총협회, 1996.8.29., 27면.

106) 대법원 1994.1.11. 선고93다17843 판결.

107) 본 판례의 따름판례로는 대법원 1995.7.11. 선고95다9280 판결, 대법원 1996.8.29. 선고95다5783 전원합의체판결, 대법원 1998.1.23. 선고97다42489 판결, 대법원 2006.2.24. 선고2005두5673 판결, 대법원 2007.7.12. 선고2005두2247 판결, 대법원 2007.9.7. 선고2005두16901 판결, 대법원 2007.10.11. 선고2007두11566 판결 등이 있다.

108) 무기근로계약으로 인정받지 못한 판례로는 대법원 1995.7.11. 선고95다9280 판결, 대법원 1998.1.23. 선고97다42489 판결, 대법원 1998.5.29. 선고98두625 판결, 대법원 2002.4.26. 선고2002두1625 판결 등이 있다.

109) 이병희, 상계논문, 670-674면.

반복 갱신의 사정이 없더라도(즉 단 한 번의 갱신도 없었던 경우라 하더라도) 일정한 경우 기간의 정함이 단지 형식에 불과하고 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있음을 판시하였다는 점에서 차이가 있다.¹¹⁰⁾

3) 기간제법에서의 사용기간제한

기간제법 제4조 제1항에서 「사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다」고 규정하고 있다. 동법이 제정되면서 기간제근로자의 사용기간(반복갱신 등의 경우에는 계속 근로한 총 사용기간)을 원칙적으로 2년으로 제한하게 되어 사용자들이 1년 이내의 기간제 근로계약을 반복갱신함으로써 해고제한 규정을 회피하는 수단으로 활용하는 것을 방지할 수 있게 되었다. 또한 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약(무기계약)을 체결한 근로자로 간주된다는 규정(동조 제2항)에 의하여 2년을 초과하여 사용시 사용자가 종전에 체결한 근로계약기간의 만료를 이유로 고용을 종료하면 '해고'에 해당되어 근로기준법의 '정당한 이유'가 있어야 한다.¹¹¹⁾

동조의 내용은 동법 제5조의 '기간의 정함이 없는 근로자로의 전환 규정'에서 「사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자를 채용하고자 하는 경우에 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다」는 사용자의 노력의무 규정을 둠으로써 결국 2년 동안 기간제근로자로 고용된 근로자에 대해 정규직(무기계약) 근로자로 우선 고용할 수 있도록 하여 기간제근로를 남용할 수 없도록 하였다.

그러나 기간제근로자의 사용기간 제한에 관한 입법과정상 많은 논란이 있었고, 법제정 이후 노동시장의 동향을 둘러싼 논란이 지속되었다. 정부에서는 기간제법의 사용기간 제한의 취지는 상시적 업무에 대한 기간제근로 남용을 제한하고자 하는 것이라고 하였으나 동법에서 2년간 기간제근로자를 사용할 수 있도록 한

110) 최은배, "기간제 근로계약의 규제", 대법원 관례해설 72호(2007 하반기), 법원도서관, 2008.7., 344-345면.

111) 노동부(2007a), 전거서, 31-33면.

이유에 대하여 다시 생각해 볼 필요가 있다. 기간제근로에 의한 상시업무의 대체를 방지한다는 입법취지와 단서의 사용기간 제한에 해당하는 예외적인 경우들의 성격을 연계시켜본다면, 2년 기간제한의 범규범적 내용은 기업에서 특정 업무 또는 업무량이 주문 등의 시장상황에 따라 유동적이어서 상시적으로 지속될 수 있는지의 여부가 불확실한 경우 2년의 범위 내에서는 기간제근로자를 사용할 수 있도록 함으로써 그 기간제근로자가 고용불안정이라는 위험을 부담하고, 사용기간이 2년을 초과할 때에는 그 업무를 기업의 상시적 업무로 보아 기업이 기간의 정함이 없는 근로계약으로 그 근로자를 고용하여 법적·경제적 위험과 책임을 지라는 것이다. 노동부는 사전에 여러 가지 사례를 들어 기간제법 제4조의 회피목적에 따른 기간제근로자의 사용기간을 인정하였다. 그러나 이 때 동일 근로자에 대한 사례만을 들어 2년을 초과하기 이전에 기간제근로자를 다른 기간제근로자나 파견근로자로 대체하는 경우에 대하여는 언급하지 않았다.¹¹²⁾¹¹³⁾

실제로 2006년 8월 통계청 경제활동인구조사 부가조사 결과를 보면 일반임시직을 제외한 기간제근로자는 233만명으로 전체 임금근로자의 15.2%를 차지하였다. 비정규직 중에서 기간제근로자가 차지하는 비중은 27.8%였으며, 기간 설정 없이 임시로 일하고 있는 일반 임시직을 광의의 기간제로 분류할 경우 기간제근로자는 전체 임금근로자의 37.1%로 볼 수 있고 45.2%인 정규직 비율에 육박하였다. 정규직 근로자의 평균근속이 7.9년인 것에 비해 비정규직 근로자의 평균근속기간은 1.8년인 것으로 나타나 2년 사용기간제한으로는 효과가 거의 없으며 2년을 초과해서 사용함으로써 무기계약으로 전환할지 여부는 사용자의 의지에 달려 있다. 2005년 말 경총이 회원 기업을 대상으로 실시한 설문조사에서 도 기간 도래 후 기간제근로자를 정규직으로 전환하겠다고 응답한 기업의 비율이 11%에 불과하고 약 90%에 가까운 기업이 정규직으로 전환하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 결국 기간제법상 2년 사용기간 제한을 하더라도 2년 내에서는 자유롭게 기간제근로자를 사용할 수 있어 오히려 비정규직이 확대될 수 있으며 이것

112) 기간제법 시행 직전 동법 제4조를 회피하기 위하여 수많은 기간제근로자들이 대량 해고되는 사태가 발생하였다. 이에 대하여 노동부 해석과 마찬가지로 기간제 사용기간 2년 제한을 회피하기 위한 것으로 볼 수 있는 경우에는 탈법행위로 보아야 할 것이다. 법원이 이러한 사태에 대하여 노동부 해석과 다른 판단을 내린다면 이는 입법의 결함이 드러나는 것이므로 입법적 보완을 해야 할 것이다.

113) 조임영, "비정규직법 시행령 등의 제개정 관련 주요 쟁점과 입법방향", 「노동법학」, 제24호, 한국노동법학회, 2007.6., 109-110면.[이하 조임영(2007)]

이 무기계약화 될지에 대하여는 미지수이다.¹¹⁴⁾

2. 기간제법상 사용기간제한의 예외

기간제법 제4조 제1항에서는 단서조항으로 합리적인 사유가 있는 경우 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있도록 예외규정을 두고 있다. 첫째, 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우, 둘째, 휴직·과업 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, 셋째, 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우, 넷째, 고령자고용촉진법 제2조 제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우, 다섯째, 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령이 정하는 경우, 여섯째, 그 밖에 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령이 정하는 경우가 그것이다.

이와 관련하여 기간제법시행령 제3조에서는 기간제법 제4조 제1항 제5, 6조에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외규정을 별도로 두고 있다.

"전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령이 정하는 경우"는 ① 박사학위(외국에서 수여받은 박사 학위 포함)를 소지하고 해당분야에 종사하는 경우, ② 「국가기술자격법」 제9조 제1항 제1호에 따른 기술사 등급의 국가기술자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우, ③ 전문자격을 소지하고 해당분야에 종사하는 경우¹¹⁵⁾이다.

114) 김주환, "기간제법의 주요내용과 대응방향", 「비정규노동」, 60호, 한국비정규노동센터, 2007.4., 85면.[이하 김주환(2007a)]

115) 동시행령 별표2에서는 전문자격의 종류를 별도로 지정하고 있다. 「건축사법」 제7조에 따른 건축사, 「공인노문사법」 제3조에 따른 공인노무사, 「공인회계사법」 제3조에 따른 공인회계사, 「관세사법」 제4조에 따른 관세사, 「변리사법」 제3조에 따른 변리사, 「변호사법」 제4조에 따른 변호사, 「보험업법」 제182조에 따른 보험계리사, 「보험업법」 제186조에 따른 손해사정사, 「부동산가액공시 및 감정평가에 관한 법률」 제23조에 따른 감정평가사, 「수의사법」 제2조 제1호에 따른 수의사, 「세무사법」 제3조에 따른 세무사, 「약사법」 제3조에 따른 약사, 「약사법」 제4조에 따른 한약사, 「약사법」 제45조에 따른 한약업사, 대통령령 제14319호 약사법 시행령 일부개정령 부칙 제2조에 따른 한약조제사, 「의료법」 제5조에 따른 의사, 「의료법」 제5조에 따른 치과의사, 「의료법」 제5조에 따른 한의사, 「중소기업진흥 및 제품구매촉진에 관한 법률」 제46조에 따른 경영지도사, 「중소기업진흥 및 제품구매촉진에 관한 법률」 제46조에 따른 기술지도사, 「항공법」 제26조에 따른 사업용조종사, 「항공법」 제26조에 따른 운송용조종사, 「항

"정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우"란 ① 「고용정책기본법」, 「고용보험법」 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우, ② 「제대군인 지원에 관한 법률」 제3조에 따라 제대군인의 고용증진 및 생활안정을 위하여 일자리를 제공하는 경우, ③ 「국가보훈기본법」 제19조 제2항에 따라 국가보훈대상자에 대한 복지증진 및 생활안정을 위하여 보훈도우미 등 복지지원 인력을 운영하는 경우이다.

"그 밖에 기간제법 제4조 제1항 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우"란 ① 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 하는 경우, ② 국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식·기술을 가지고 관련 직업에 종사하거나 「고등교육법」 제2조 제1호에 따른 대학에서 안보 및 군사학 과목을 강의하는 경우, ③ 특수한 경력을 갖추고 국가안전보장, 국방·외교 또는 통일과 관련된 업무에 종사하는 경우, ④ 「고등교육법」 제14조에 따른 조교의 업무에 종사하는 경우, ⑤ 「통계법」 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 0과 대분류 1 직업에 종사하는 자의 「소득세법」 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균근로소득)이 노동부장관이 최근 조사한 임금구조기본통계의 한국표준직업분류 대분류 1 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 25퍼센트에 해당하는 경우, ⑥ 「근로기준법」 제18조 제3항에 따른 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간근로자를 사용하는 경우, ⑦ 「국민체육진흥법」 제2조 제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 다른 체육지도자 업무에 종사하는 경우이다.

이러한 예외에 대하여 법률 입법과정에서 기간 설정의 이유 제한은 도입하지 않으면서 기간 제한을 2년으로 규정하고, 그 규제를 완화한다는 측면에서 전문직을 예외로 포함시키고 있지만, 예외로서 전문직을 포함하게 되는 이유에 관하여는 구체적으로 입법과정에서 면밀한 검토가 이루어지지 못하였다. 다만, 일본 입법례가 거론되었을 뿐이다. 일본에서 전문직 특례를 도입한 것은, 전문직에 대

공법」 제26조에 따른 항공교통관제사, 「항공법」 제26조에 따른 항공기관사, 「항공법」 제26조에 따른 항공사로 총 25개의 전문자격이 나열되어 있다.

해 단기의 유계약을 반복갱신하기보다는 좀 더 장기의 유계약 체결이 가능하도록 하는 것이며,¹¹⁶⁾ 전문직 특례 시행 후 별다른 문제가 생기지 않고 있다는 점도 고려된다. 이를 바탕으로 우리나라의 기간제법의 경우 전문직 특례는 전문직의 고용형태를 유연하게 하려는 것이다.¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾ 그러나 고용의 유연성을 강화한다는 취지는 인정되지만 전문직의 능력 발휘나 경력관리 등의 측면에 부응하는지는 다시 고려해야할 사항이다.

실제로 일본과 우리나라의 전문직 특례는 기간제 고용에 있어 기간 설정의 이율을 제한하지 않는다는 점, 기간제한의 원칙으로부터 규제를 완화한다는 측면에서 전문직의 특례가 설정된다는 점, 당해 전문직의 구체적인 범위를 하위법령에서 정한다는 점 등이 유사하다. 그러나 일본에서는 3년 이내의 일반 유계약을 반복 갱신하여 3년을 초과하여 계속 사용하는 것이 허용되지만, 우리나라 기간제법은 2년 이내의 일반 유계약을 반복 갱신하여 2년을 초과하여 계속 사용하는 것이 금지된다는 점, 우리나라는 일본과 달리 전문직 특례 이외에도 특정 업무의 완성에 필요한 기간을 정하는 경우, 휴직·과건 등 결원된 업무를 대신하는 경우, 그 밖에 합리적인 사유가 있는 경우 등도 사용기간제한의 특례로서 인정된다는 점, 일본에서 전문직 특례는 계약기간 설정의 최장한도 5년의 제한을 받지만 우리나라의 전문직 특례는 계약기간 설정의 최장한도 제한이 없다는 점 등에서 차이가 난다. 이에 우리나라 기간제법안의 사용기간제한의 원칙은 일본보다 규제가 강화되어 있다는 점에 유념하여 사용기간제한의 예외가 넓게 인정되어야 한다는 분석과 반대로 더욱 신중함으로써 예외가 좁게 인정될 필요가 있다는 분석도 가능하다. 일본 역시 전문직 특례가 비교적 최근에 도입되어 그 시행이 아직은 시험단계에 있다는 점에 유념한다면 2003년 노기법 개정으로 그 규제가

116) 일본에서의 전문직 특례도입은 ① 전문직의 경우 근로계약기간에 대한 법상의 계약이 유연해짐으로써 자신의 전문적인 능력을 한 층 더 발휘할 수 있도록 다양한 형태의 근로계약기간의 설정이 가능해 질 수 있다는 점, ② 전문직이므로 자신이 갖는 능력을 기업측에 제공하는 입장에서 충분한 교섭력을 확보하고 있다는 점, ③ 전문직 근로자는 보다 장기간에 걸쳐 경력 관리를 하려 하는 희망을 갖고 있다는 점 등이 전문직 특례를 인정하는 취지가 된다.

117) 일본의 경우에 비추어 우리나라의 경우 특례를 인정함으로써 ① 전문직으로서 자신의 전문적인 능력을 한 층 더 발휘할 수 있도록 다양한 형태의 근로계약기간의 설정이 가능해질 수 있도록 근로계약기간의 제한이 일반적인 경우보다 더욱 그 규제가 완화되어야 하며, ② 전문직이므로 장기간에 걸쳐 경력관리를 하려 하는 희망을 갖고 있고, ③ 자신이 갖는 능력을 기업측에 제공하는 입장에서 충분한 교섭력을 확보하고 있어 2년을 초과하는 장기간의 계약기간을 설정하여도 무리는 없을 것이라는 점이 도입 취지로 파악될 수 있다.

118) 노동부, 『기간제근로 기간제한의 예외』, 2006.9., 65-67면.[이하 노동부(2006b)]

완화된 형태를 보이며 이에 대해 일본에서는 상용고용 대체화의 방지라는 개정 전의 취지가 2003년 개정으로 인해 몰각되었다는 우려가 제기되고 있다.¹¹⁹⁾

이러한 점에서 기간제법의 전문직 특례 범위를 설정하고 적용함에 있어 일본 노기법을 참조하되 우리 상황에 기초한 검토가 지속적으로 이루어져야 할 필요가 있다.¹²⁰⁾

3. 차별금지

1) 고용관련법상 차별금지

(1) 차별금지의 정의

차별금지의 형태는 직접차별과 간접차별 금지의 두 형태로 나타난다. 직접차별이 합리적 이유 없이 개인이나 집단이 가지고 있는 속성을 이유로 그 개인이나 집단에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다면, 간접차별은 중립적인 기준을 적용하였으나 그러한 중립적인 기준이 특정 소수자 집단에게 불이익한 결과를 야기하는 경우를 차별로 보는 개념이다. 기존의 직접차별이 가지는 한계를 분석하고 그 한계를 넘어서서 차별에 대한 해석을 끊임없이 확대하기 위한 방편으로 간접차별이 수용되었다.¹²¹⁾ 즉 직접적인 차별금지를 회피·우회하는 것을 방지하고자 하는 목적적인 관점에서 인정·도입된 제도로써 집단성을 전제로 하므로 적어도 그 대상인 차별금지요소는 사전적으로 설정되어 있을 필요가 있다. 그리고 간접차별은 직접차별의 회피를 다시 보완하는 제도로서의 의미를 갖기 때문에 직접차별에 해당하지 않더라도 다른 요소의 관점에서 간접차별에 해당할 경우에는 규율적용대상이 된다. 현행법으로는 성별에 대한 간접차별만을 명문으로 설정하고 있는 관계로, 예컨대 고용형태에 대한 차별금지에 해당하지 않더라도

119) 김홍영, “기간제법상 사용기간제한의 예외인 전문직 특례”, 「성균관법학」, 제19권제2호, 성균관대학교 비교법학연구, 2007.8., 242면; 小西康之, “有期労働契約専門業型裁量労働制に関する告示改正”, 「日本労働法學會誌」100호, 2002.10.재인용; 大山盛義, “有期労働契約”, 「日本労働法學會誌」103호, 2004.5. 재인용

120) 김홍영, 상계논문, 241-242면.

121) 중앙노동위원회, 『비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구』, 중앙노동위원회, 2006.11., 54면.

성별에 의한 간접차별이 인정되면 후자가 적용되는 것으로 보아야 한다.¹²²⁾

(2) 고용관련법상 차별금지의 법리

고용관련법상 차별금지에 관한 여러 규정들이 있다. 근로기준법 제6조 균등처우¹²³⁾와 제24조 제2항 정리해고시 여성차별금지¹²⁴⁾, 노동조합및노동관계조정법 제9조 차별대우의 금지¹²⁵⁾, 파견근로자보호등에관한법률 제21조 제1항 차별적 처우의 금지 및 시정¹²⁶⁾과 제22조 제1항 계약해지 금지¹²⁷⁾, 남녀고용평등법 제2조 제1호¹²⁸⁾, 제7조 제1항¹²⁹⁾, 제11조 제1항¹³⁰⁾, 여성발전기본법 제17조 제1항¹³¹⁾과 제3항¹³²⁾, 제18조 제1항¹³³⁾, 장애인고용촉진및직업재활법 제5조 제1항과 제2항¹³⁴⁾, 장애인복지법 제8조¹³⁵⁾, 고용상연령차별금지및고령자고용촉진에관

122) 중앙노동위원회, 상게서, 59-60면.

123) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

124) 제1항에서 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다고 규정하고 있다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

125) 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별, 연령, 신체적 조건, 고용형태, 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.

126) 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니된다.

127) 사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합의 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지하여서는 아니된다.

128) "차별"이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우(사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다)를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.

가. 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우

나. 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우

다. 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 적극적 고용개선조치를 하는 경우

129) 사업주는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

130) 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

131) 국가와 지방자치단체는 관계 법률로 정하는 바에 따라 근로자의 채용·교육·훈련·승진·퇴직 등 고용 전반에 걸쳐 남녀평등이 이루어지도록 하여야 한다.

132) 국가·지방자치단체 또는 사업주는 직장 내의 평등한 근무환경 조성을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

133) 국가·지방자치단체 또는 사업주는 임신·출산 및 수유중인 여성을 특별히 보호하며 이를 이유로 불이익을 받지 아니하도록 하여야 한다.

134) ① 사업주는 장애인의 고용에 관한 정부의 시책에 협조하여야 하고, 장애인이 가진 능력을 정당하게 평가하여 고용의 기회를 제공함과 동시에 적절한 고용관리를 할 의무를 가진다.

② 사업주는 근로자가 장애인이라는 이유로 채용·승진·전보 및 교육·훈련 등 인사관리상의 차별대우를 하여서는 아니 된다.

135) 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니 된다.

헌법률 제4조의4¹³⁶⁾, 직업안정법 제2조¹³⁷⁾, 고용정책기본법 제19조¹³⁸⁾ 등 다양한 분야에서 다양한 방식으로 규정되어 있다.

규정들 중에는 단순한 훈시규정의 의미를 가진 것도 있지만 강행규범으로서의 성질을 가진 것도 있다. 차별금지 법리를 적용함에 있어서 어느 정도의 심사척도가 적용될 것인가 하는 문제가 제기된다. 우리 헌법재판소는 헌법상 평등원칙 운영에 있어 위반을 심사하는 척도를 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 이중적인 척도로 적용하고 있다. 고용관련 차별금지규정들은 포함하는 실정법률이 평등권에 직접 연유하는 것이 아니라도 경제·사회영역에서 사실적 평등 구현을 목적으로 하기 때문에 헌법에서의 평등권의 규범력에 관한 내용이 적용될 수 있다. 그러므로 헌법재판소가 인정하고 있는 엄격한 심사척도가 적용되는 평등보호대상은 고용관련 분야에서도 동일한 척도를 가지고 적용될 것이다.

따라서 성별, 신앙, 사회적 신분 등 개별적 평등원칙으로 규정하고 있는 인격적 요소들에 대해서는 엄격한 심사척도가, 그 밖의 경제·사회분야에 있어서의 차별금지는 완화된 심사척도가 적용되는 법리로 해석·운영되는 것이 타당할 것이다. 결국 성별, 신앙 및 사회적 신분에 의한 차별을 금지하는 근로기준법상 균등처우조항과 남녀고용평등법상 여성차별금지법리는 엄격한 심사척도가, 정규직·비정규직과 같은 고용형태에 따른 차별금지법리에 대해서는 완화된 심사척도가 적용되어야 한다. 완화된 심사척도의 경우 합리적 이유에 대해서는 그것이 명백한 불합리성이 전제되지 않는 한 합리적으로 수용될 여지가 넓지만, 엄격한 심사척도가 적용되는 경우 단지 자의금지에 해당하지 않을 뿐만 아니라 그러한 수단의

136) 사업주는 다음 각 호의 분야에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.

1. 모집·채용
2. 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생
3. 교육·훈련
4. 배치·전보·승진
5. 퇴직·해고

137) 누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인 여부등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다.

138) ① 사업주는 근로자를 모집·채용할 때에 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 신체조건, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력등을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

② 직업소개, 직업지도, 고용정보 제공 등 고용지원서비스를 제공하는 자는 그 업무를 수행할 때에 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 구직자를 차별하여서는 아니 된다.

③ 직업능력 개발·훈련을 실시하는 자는 훈련대상의 모집, 훈련의 실시 및 취업지원 등을 할 때에 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 훈련생을 차별하여서는 아니 된다.

선택에 있어서도 목적달성을 위하여 적절한 것인가를 함께 심사하기 때문에 차별에 해당하지 않음을 입증해야 할 부담이 가중된다.¹³⁹⁾

2) 기간제법상 차별금지

기간제법 제8조에서는 차별적 처우의 금지를 규정하고 있는 바, 사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다고 규정하였다.

동법 제2조 제3호에서는 "차별적 처우라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것"이라고 정의 내렸다. 차별적 처우란 차별 의도를 가지고 불이익 하게 취급하는 직접차별 뿐만 아니라 외관상 중립적이지만 결과적으로 불이익이 발생하지 않는 간접차별까지 포함한다. 기간제법에서의 차별 역시 간접차별에 해당된다 할 수 있으며, 이러한 간접차별의 예방을 위해서는 고용주나 시설 및 서비스 제공자는 특정한 기준이나 행위가 소수 집단에게 현저하게 불리한 영향이 미치지 않도록 합리적인 편의를 제공함으로써 특정한 기준이 차별적 영향을 미치지 않도록 하여야 한다.¹⁴⁰⁾

"차별적 처우의 금지 및 시정"에 대하여는 제8조부터 제15조까지 규정하고 있다. 제8조에서는 기간제 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별처우 금지 원칙을 법률로 명문화 하였으며, 동조 제1항에서는 "사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다."라고 규정함으로써 기간제근로자의 차별금지에 대하여 규정하였다. 이 규정에 대하여 노동부에서는 다음과 같이 해석하였다.¹⁴¹⁾

첫째, "기간제근로자임을 이유로"한 차별에 대하여 근로자의 기술·능력 등이 아닌 고용형태상의 차이를 이유로 한 차별처우를 불합리한 차별로 판단하였다. 둘째, "당해 사업 또는 사업장에서"의 차별에 대하여 비교 대상 정규직 근로자는

139) 중앙노동위원회, 상계서, 31-32면.

140) 윤문희, "차별의 법적 개념", 「노동리뷰」, 2006년 9월호, 한국노동연구원, 2006.9., 68-69면.

141) 노동부(2007a), 전계서, 42-43면.

당해 사업 또는 사업장 안의 근로자로 한정되며, 같은 산업·지역 차원의 동종·유사 업무 종사 정규직 근로자는 비교대상이 안된다고 해석하였다. 셋째, "동종 또는 유사한 업무에 종사"한다는 부분에 대하여는 비교대상 정규직의 범위를 동종 업무뿐만 아니라 유사 업무에 종사하는 자로 규정하였다. 넷째, "기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자"를 비교하였으며, 이 때 기간제근로자의 비교 대상인 정규직 근로자는 무기계약 근로자이다. 다섯째, "차별적 처우를 하여서는 아니된다"고 규정한 바, 금지되는 "차별적 처우"라 함은 임금 그 밖의 근로 조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 의미하며, 이는 동법 제2조 제3호에 규정되어 있다. 이러한 노동부의 해석에서 알 수 있듯이 현행법상의 차별금지 규정은 그 핵심이 사업장 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 차별적 처우를 당하지 않도록 규제한다는 데에 있다. 이는 기간제 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별처우를 금지하려는 좋은 취지에도 불구하고 비교대상이 되는 동종 내지 유사한 업무를 수행하는 근로자가 동일 사업장 내에 존재하지 아니할 경우 실효성이 전혀 없는 규정이라는 한계를 가지고 있다. 따라서 궁극적으로는 동일 사업장 내에서 비교대상이 되는 동종업무에 종사하는 정규직 근로자가 받는 처우 여하에 따라 비정규직 근로자의 처우도 매우 상대적일 수 밖에 없다는 한계를 가진다. 결국 열악한 사업장의 근로자들에게 있어 차별금지 규정은 아무런 의미도 없다는 극단적 설정까지 가능한 것이므로 기업별 노조가 주류를 이루는 우리 현실 하에서는 사업장의 규모와 경제적 여건에 따라 근로조건의 격차가 더욱 커질 수도 있다는 점을 고려하지 않을 수 없다.¹⁴²⁾

이 외에도 차별적 처우와 관련하여 차별적 처우가 있는 날로부터 3월이 경과하기 전까지 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있도록 하였고(동법 제9조 제1항), 특히 차별적 처우금지와 그 시정신청에서 차별적 처우의 입증책임은 사용자가 부담(동법 제9조 제4항)하도록 함으로서 사용자가 차별처우 여부 판단에 관련된 정보를 많이 가지고 있어 근로자가 입증하는데 대한 어려움을 해소할 수 있도록 하였다. 또한 사용자는 기간제근로자가 차별시정과 관련된 여러 행위를

142) 최윤희, "비정규직의 현황 및 대책 -고용의 안정성 및 유연성의 문제-", 「저스티스」, 통권106호, 한국법학원, 2008.9., 573면.

한 것을 이유로 해고 그 밖의 불리한 처우를 하지 못하도록 규정하였다(동법 제 16조). 이는 기간제근로자가 사용자의 차별적 처우를 거부하거나 노동위원회에 그 처우의 시정을 신청한 경우 사용자가 그 근로자에게 불리한 보복적인 처우를 하는 것을 방지하기 위한 규정이다. 각별히 그 보복적인 처우가 금지됨을 재확인 하고 이에 준엄한 벌칙규정을 두어 사용자가 함부로 근로자의 차별적 처우 거부나 시정신청을 방해할 수 없게 하려는데 이 제도의 취지가 있다.¹⁴³⁾

2) 차별시정제도에 관한 적용과 문제점

차별금지에 관한 부분은 노동계와 경영계 모두 어떻게 적용할지 예측 불가능한 영역이었다. 이러한 이유로 노동계는 '동일가치노동 동일임금'과 경영계의 '기업경영에 대한 기여도에 따른 비례적 차별 허용'이 대립하였다. 그런 가운데 노동부는 『차별시정제도안내서』를 발간하였고 차별시정절차 뿐만 아니라 차별시정제도상의 쟁점에 대해서 노동부 나름의 정리된 입장을 담았으나 안내서 발간 자체를 문제점으로 보는 시각도 있었다. 그러나 차별시정제도에 관하여 아래와 같은 많은 문제점이 제기 되었다.¹⁴⁴⁾

(1) '사업 또는 사업장'의 개념

적용범위를 정하는 '사업 또는 사업장'과 차별적 처우의 비교대상을 정하는 의미에서 '사업 또는 사업장'의 범위는 그 규범적 목적이 다르므로 획일적으로 정해져야 하는 것은 아니다. 특히 기간제법에서 비교 대상으로서의 '당해 사업 또는 사업장에서 ...'의 해석과 관련하여서는 '동종 또는 유사한 업무 종사자'의 범위를 확대하기 위한 것으로 해석해야 하고, 따라서 단정적으로 "각 사업장별로 인사·노무·재정 및 회계 등이 명확하게 분리되고 서로 다른 단체협약, 취업규칙의 적용을 받는 등 각각의 사업이 독립적으로 영위되고 있는 경우는 사업장별로 판단"하여 비교대상에서 배제하는 것은 타당하지 않다.

(2) 상시 근로자수의 산정 범위

143) 이병태, 전계서, 1022면.

144) 민주노총에서는 안내서 발간 자체를 문제점으로 꼽았다. 노동부에서 시행 전 '안내서' 형식으로 규율하는 것이 바람직 하지 못하다는 것이다. 즉, 안내서를 발간함으로써 노동위원회의 객관성과 공정성을 침해할 소지가 있다는 것이다. 민주노총, "차별시정제도 및 노동부 시정안내서의 문제점 검토", 민주노총 법률원, 2007.6.3.

상시 근로자수 산정 범위에 있어 차별규제가 적용되는 사업장규모와 관련하여 기간제법에서는 당연히 파견근로자를 배제하고 있다.¹⁴⁵⁾ 그러나 법 준수능력에 따른 사업규모를 적용사업장의 범위를 정하는 기준으로 삼는다면, 기간제근로자 차별과 관련하여도 차별규제에 있어 상시근로자수 기준을 달리 정할 까닭이 없고 기간제법에서도 사업장의 파견근로자를 포함해서 상시 근로자수를 산정해야 할 것이다.

(3) 차별시정 신청권자

차별시정신청권자를 기간제, 단시간, 파견 노동자만으로 국한하고 있다. 현재 차별시정절차는 중앙노동위원회에서 정하고 있으며 당사자가 수용하지 않을 경우 다툼이 계속되고 그로 인한 손실과 고통 방지를 위하여 차별시정에 대한 조정·중재제도를 운영하고 있다. 이에 따르면 각 지방노동위원회(3개월)를 거쳐 중앙노동위원회(조정·중재기간을 제외한 3개월), 행정법원(6개월), 고등법원(6개월), 대법원(6개월 이상)까지 총 2년 6개월여 소요가 되는 것으로 보고 있다.¹⁴⁶⁾ 그러나 이는 최소 기간으로서 더 길어질 경우 열악한 조건에 있는 비정규직 근로자가 부담을 지면서 신청 하는 것이 사실상 어렵다. 따라서 국가인권위원회처럼 노동조합 등 차별행위를 아는 제3자도 피해자를 대신하여 차별시정신청을 할 수 있도록 하는 방안을 마련해야 할 것이다.

(4) 시정 신청 상대방

기간제근로자의 경우 각 지점의 지점장이나 지사의 지사장이 계약을 체결하는 경우가 대부분이며, 이러한 경우 안내서에서는 피신청인을 그 조직부분의 장으로 설명하고 있다. 그러나 이들은 회사 방침에 따라 채용 절차만을 담당할 뿐, 고용 관계의 한 쪽 당사자로 보기 어렵다.

(5) 차별처우 금지 영역

'단체협약, 취업규칙 또는 근로계약 등에 근로조건으로 규정되어 있지 않다면 이를 임금 그 밖의 근로조건 등으로 볼 수 없어 차별 시정을 신청할 수 있는 영역에는 포함되지 않는다'고 하여 '사용자의 임의적 지급, 은혜적 지급, 일회적 지

145) 안내서는 파견법에서 상시근로자 산정범위에 '사용사업주가 직접 고용한 근로자를 포함하되, 파견근로자는 제외한다.'고 되어 파견근로자 제외를 당연한 것처럼 설명하고 있다.

146) <http://www.nlrc.go.kr> 중앙노동위원회 홈페이지, 차별시정절차 참고.

급 등 취업관계와 연관성 갖는 다른 금품 지급 등'은 제외되는 것처럼 단정적으로 해석하고 있다. 그러나, '근로조건 등'이라고 함은 명시적인 근로조건에 국한하지 않는다는 취지이므로 모든 불리한 처우를 차별금지 영역에 포함하는 것이 법문에 충실한 해석일 것이다.

(6) 법률위반 문제와 차별문제의 이분

사회보험 관련 법령에 위반된 행위는 차별이 아니라 법 위반 문제라고 하여 두 가지 문제를 이분하여 각각 달리 취급하고 있다. 그러나 법률 위반으로 처리되는 것과는 별개로 비정규직 근로자에 대한 차별행위에 해당하는 것이 명백하므로, 위법한 차별에 해당한다는 점에 대한 확인과 이에 대한 법적 제재가 얼마든지 가능하며 법리상 이중 제재에 해당하지 않는다.

(7) 비교대상 노동자

차별시정제도는 비교대상 노동자를 사업 또는 사업장에 있는 동종 또는 유사 업무에 종사하는 노동자로 국한하고 있다. 때문에 동일 사업 또는 사업장에서 직군분리 등을 통하여 동종 또는 유사업무에 종사하는 정규직 노동자를 없애면 이 제도의 적용을 손쉽게 피할 수 있게 된다. 이미 경총은 '차별은 비교대상을 전제로 하기 때문에 비교대상이 존재하지 않으면 차별의 문제는 발생하지 않는다. 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 정규직이 없으면 된다. 따라서 정규직과 비정규직이 혼재하여 운영되는 기업의 작업환경을 직무와 일의 역할 등에 따라 구분하고 근로자를 각각 분리하여 배치, 운영하도록 하라'는 지침을 내려 법망을 피하고자 하였다.

(8) 합리적 이유에 대한 포괄적 해석과 적용

노동부의 안내서에서는 "기간제의 속성에서 비롯되는 차이는 합리적인 이유가 있다"는 일반적인 설명에서 『장기고용 및 계속근로를 전제로 지급하는 임금 및 근로조건, 예컨대 장기근속수당, 장기근속 퇴직자에 대한 공헌보상적 특별지급금품, 향후 근로의욕 고취목적의 격려금, 교육훈련의 기여 효과 차이를 감안한 특정 직무수행능력 향상훈련 등에서 기간제근로자를 배제하는 경우 합리적 이유가 있는 것으로 본다』는 내용의 구체적인 예를 들고 있다. 그러나 기간제근로자라 하여 '공헌보상'이나 '근로의욕 고취' 또는 '교육 훈련의 기여 효과'등의 항목을 일률적으로 배제할 수 있는 것은 아니므로 일반화하는 것은 구체적인 해석의 여

지를 없애는 것이라고 보여진다.

또한 "기간제, 단시간 근로자가 이러한 권한과 책임을 갖고 있지 않다면 당해 기간제, 단시간 근로자를 수당 지급 대상에서 제외하더라도 합리적 이유가 인정될 수 있을 것이다"라고 해석하고 있으나 실제로 수행하는 업무의 내용에 별다른 차이가 없음에도 권한·책임에서 차이를 두는 것은 비정규직을 결재라인에서 배제하는 간단한 방법을 통해서도 쉽게 합리성을 확보할 수 있게 되는 것이다.

(9) 제척기간 3개월의 해석

제척기간을 차별적 처우가 있는 날로부터 3개월 이내에 신청을 하도록 되어 있어 정기적으로 지급되는 임금의 경우까지도 계속되는 차별적 처우로 보지 않고 당해 지급시점으로 종료되는 차별로 보게 되면 비정규직 노동자는 오랜 기간 차별을 받았더라도 최장 3개월 부분만을 신청대상으로 할 수 있게 된다. 이는 차별규제의 강행규정성을 무시하는 것으로 반복적 차별행위를 전체적으로 무효화하는 것이 차별시정의 취지에 부합된다. 현실적으로도 기간제근로자와 같이 고용상 존속이 불안정한 노동자가 고용계속 중에 차별시정을 요구하는 것은 극히 드물 것이며, 비정규직 차별은 상당수 고용계속중의 차별시정보다는 고용종료 후의 차별보상적 성격으로 사회전체적인 차별시정이 이루어질 가능성이 큰 영역이라는 점을 간과해서는 안된다.

(10) 차별적 처우로서의 임금이 임금채권이 아니라는 해석

"시정명령의 내용인 '차별적 처우로서의 임금'은 임금채권이 아니다"라고 단정적으로 해석하고 있으나 이는 '차별해서는 아니 된다'라고 하여 그 실체적 효력을 규정하는 법에 어긋남은 물론, 강행규정에 의하여 계약의 내용을 제한·변경하는 법리를 무시한 것이다.

(11) 노동위원회 결정에 대한 문제

한 예로 부당해고 신청시 인정률은 20% 수준이며, 부당노동행위는 10% 수준으로 알려져 있다. 차별은 부당노동행위보다 인정을 받기가 더 어려울 것이라는 점이 중론이므로 차별에 대한 인정률은 더 낮을 것이다. 결국 신청 건수 중 대부분이 차별이 아닌 것으로 판정 내려져 이는 차별을 차별이 아닌 것으로, 즉 차별을 합리화하는 기제로 전략할 가능성이 농후하다는 우려가 현실화될 것이다.

제3절 법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 변화

1. 기간제법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 변화

비정규직보호법의 시행을 앞두고 우리나라는 심한 노사관계의 혼란을 겪어야만 했다. 노동계는 법 시행에 따라 상당수의 사업장에서 외주화와 해고로 고용불안이 확산된다는 이유를 들어 법의 폐지를 주장하였고, 경영계에서도 비정규직 처우 개선에 따른 경영악화를 구실로 폐지나 개정을 주장하였다.¹⁴⁷⁾

기간제법 시행으로 인하여 기간제근로자의 고용지위는 결국 두 가지 방향으로 변화하였다. 첫째, 기간제근로자의 무기계약화, 정규직화이다. 2년을 초과한 계속근로를 통해 무기계약화 되는 것으로 지불능력이 있는 큰 사업장, 기간제 비율이 상당히 높고 기간제근로자의 업무가 사업과 매우 밀접한 경우에 해당된다. 둘째, 기간제근로자의 계약해지 및 이에 따른 외주화이다. 기간제근로자의 업무가 집단적이고 타 업무와 분리가 용이한 경우이다. ¹⁴⁸⁾

법 시행에 따른 가장 심각한 문제는 장기간 고용되어 있던 기간제근로자의 대량해고 사태, 즉 계약해지와 계약기간 단축, 암묵적 갱신 관행에서 계약서 체결 요구, 장기 근무 계약직의 재계약 거부, 외주화 추진 등이 실제로 이루어졌다는 것이다.¹⁴⁹⁾

147) 이병태, 전거서, 1010-1011면. 비정규직보호법 시행에 따른 부작용은 입법과정에서 이미 예기된 바 있었다. 무엇보다도 그 동안 우리나라에서 비정규직 근로자의 확산은 외국처럼 노동력의 수급에서 노동의 유연성 확보를 위해 일시적으로 비정규직 근로자를 이용한 것이 아니라는 점이였다. 그보다는 정규직 근로자와 구별하여 임금을 적게 주고 언제나 임의로 손쉽게 해고할 수 있으며 노조가입을 저지하려는 데서 비정규직 근로자를 활용하여 왔다. 특히 1987년 6·29선언 이후 노동운동 강화에서 일반근로자의 근로조건 향상은 비정규직 근로자의 증가와 하청기업에 대한 하청단가의 절하로 대처하여 왔다. 또 중소기업에서는 하청단가의 절하로 일반근로자를 비정규직 근로자로 대체하지 않을 수 없었다.

148) 인수범 소장(한국노동사회연구소)은 비정규직법 이후 기업들의 조치 유형을 크게 다섯 가지로 요약하였다. 첫째, 비정규직 노동자에 대한 '계약해지', 둘째, 비정규직 근로자를 대체하는 해당 업무의 '외주화', 셋째, 분리직군제도의 '무기계약직화', 넷째, 비정규직 근로자의 정규직화에 따른 '하위직급 신설', 다섯째, 비정규직법의 취지에 맞게 '정규직화'하는 것이다. 김주환 부소장(한국비정규노동센터)은 논문에서 기간제법안이 미칠 영향에 관하여 세 가지 방향으로 고용지위가 변화할 것으로 보았다. 첫째, 무기계약화, 둘째, 교체사용, 셋째, 외주화가 그것이다. 이러한 분류들을 바탕으로 기간제법 시행에 따른 근로자의 고용지위는 크게 무기계약전환(정규직화)과 계약해지 및 외주화라는 두 가지로 나누어 살펴보고자 한다.

149) 김주환(2007a), 전거논문, 88-89면.

2. 기간제근로자의 무기계약, 정규직 전환 사례와 문제점

기간제법 시행에 따른 가장 바람직한 대처는 기간제근로자의 정규직화이다. 우리은행, 홈에버, 전남대병원 등에서는 기존의 비정규직을 폐쇄된 별도 직무, 직군의 정규직으로 재편하였고, 부산은행, CJ투자증권 등에서는 비정규직 근로자를 정규직화하면서 하위직급으로 편입시킨 후 일정 기간이 지나면 정규직 근로자와 동일한 임금, 승진 경로를 따라갈 수 있도록 한 특성이 있다. 또한 하나은행, 신세계, 현대차·기아차 사무계약직, 경희의료원, 한양대병원 등에서 비정규직 근로자의 정규직화가 진행되었다.

위에서 언급한 바와 같이 동법 제4조 제2항에서는 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보고 있으며 이는 기간제근로자의 고용안정을 위한 것이다. 이는 기간제근로자의 정규직 전환만을 의미하는 것은 아니고 기간의 정함이 없는 무기계약¹⁵⁰⁾의 형태로도 나타난다. 무기계약직은 직종을 별도의 직군으로 분리하여 기간의 정함이 없는 무기계약의 형식을 띤 근로자를 의미한다. 이러한 형식을 지닌 근로자는 일정한 심사절차를 거쳐 정규직으로 전환할 수 있도록 하고 있다. 따라서 별정직 직군의 형식으로 구분하거나 다른 명칭을 사용하기도 한다.¹⁵¹⁾

그러나 이러한 무기계약, 정규직으로의 전환은 모든 사업장에서 가능한 것은 아니다. 지불능력이 있는 큰 사업장과 기간제 비율이 상당히 높고 기간제근로자의 업무가 사업내용과 매우 밀접한 경우에 가능하다. 무기계약직으로의 전환에 따른 비용상승분을 감당할 수 있을 정도의 지불능력을 갖추어야하므로 큰 사업장에서 가능하며, 그러한 사업장에서는 기간제근로자의 비율이 높지 않아 무기계약직 전환 근로자는 소수에 그칠 수 있다는 문제점이 있다.¹⁵²⁾

150) '무기계약'은 흔히 근로계약기간을 정하지 않고 정년까지 고용이 보장되는 것으로 알려져 왔으나 실제로는 예산감축 및 직제개편(공공부문의 경우), 근무평가에서 하위 평가(금융기관의 경우) 등의 경우 일방적인 계약해지가 가능하도록 취업규칙·근로계약서 등에 정하고 있는 경우가 많다.(국가인권위원회, 전계서, 107면.) 그러나 본고에서는 기간의 정함이 없는 근로계약이라는 점에서 정규직과 무기계약직을 유사개념으로 사용하고 있다.

151) 이상국, "비정규직근로자의 보호를 위한 쟁점과제와 개선방안", 「노동법논총」, 제12집, 한국비교노동법학회, 2007, 148면.

152) 남우근, "누구를 위한 비정규법인가? -허점투성이 법 우려, 시행 앞두고 현실로-", 「말」, 통권252호,

또한 기존 판례에서는 기간제 근로계약을 수차에 걸쳐 갱신했을 경우, 해당 기업의 고용관행에 비추어 기간을 정한 것이 형식에 불과한 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주하였다. 그러나 기간제법을 시행하면서 기존 수차례의 계약갱신 여부와는 무관하게 법 시행일인 2007년 7월 1일 이후 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 그 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보고 있다. 이 경우 판례에 비추어 이미 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되고 있던 기간제근로자들의 기존 반복갱신 기간은 무의미하게 된다. 결국 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주되었던 고용지위가 법 시행과 동시에 최대 2년간 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 기간제근로자의 고용지위로 전락할 수 있다는 문제점이 따른다.¹⁵³⁾

3. 기간제근로자에 대한 계약해지 및 외주화 사례와 문제점

부분별한 도급 등 사업외주화의 문제가 된 대표적 사례는 뉴코아, 이랜드 사건으로 비정규직보호법의 취지와 달리 기존 업무를 외주화하면서 노동분쟁이 발생하여 사회적 문제가 되었다. 이는 2년 이상 근속한 기간제근로자의 정규직화를 회피하기 위해 고용관계를 해소하는 경우로서 공공, 민간을 불문하고 상당수 사업장에서 발생하였다. 특히 이랜드그룹의 노동분쟁은 뉴코아김스클럽의 비정규직 계산원을 외주화하여 비용절감을 하고자 하는 데에서 발단되었으며 이랜드뿐만 아니라 국내 다수의 유통업체 들이 비정규직법 시행과 더불어 계산업무의 외주화로 전환할 것인지 저울질 하였다. 이 사건으로 노사 갈등은 비정규직법의 현실적인 실효성에 대한 논란을 불러일으켰을 뿐만 아니라, 각 사업장의 비정규직에 대한 개별 노사의 입장에도 커다란 영향을 미쳤다.¹⁵⁴⁾

업무의 외주화는 아웃소싱, 용역계약 등 다양한 명칭으로 불리며, 당해 사업 또는 사업장의 업무를 다른 회사에서 도급이나 위탁 등의 방식으로 수행하도록

월간 말, 2007.6., 87-88면.

153) 남우근, 상계논문, 89-90면.

154) 인수범, "비정규직법 후속대책이 가야 할 길", 「노동사회」, 제130권, 한국노동사회연구소, 2008, 45면.

하는 방식이다. 사용자가 외주화를 채택하는 이유는 증가하는 인건비의 부담, 직접고용에 따른 정규직으로의 부담문제, 차별시정 등의 법적 규제로부터의 해소를 하기 위한 것이다. 그러나 근로자의 입장에서 보면, 종래와 같은 직영회사보다는 저임금, 낮은 복지수준, 사회보험에의 미가입 등으로 근로조건이 악화될 우려가 있고, 용역업체가 중도에 변경되는 경우 일자리 감소로 경영상해고를 당할 수 있어 고용이 불안정해진다. 따라서 계약직에 대한 해고, 외주화라는 위장도급 등 업무외주화를 추진하여 노동계의 갈등이 고조되었다.¹⁵⁵⁾

또한 기간제근로자의 무기계약, 정규직 전환에 따른 문제점으로 지적했던 기존 판례에서 인정한 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주되어져 오던 기간제근로자들의 고용지위의 변화이다. 법 시행일 이후 최대 2년간 기간의 정함이 없는 근로자로 채용되어 사용되어진 후 무기계약, 정규직으로 전환되지 않고 법 시행을 계기로 계약해지, 계약갱신의 거절, 업무외주화로 이어지는 경우가 많아 실질적으로 기존 판례의 적용이 불투명해졌다는 문제점이 있다.¹⁵⁶⁾

4. 공공기관 기간제근로자의 고용지위와 문제점

1) 『공공부문 비정규직 종합대책』의 마련

정부는 비정규직 보호법률 제정 후 공공부문에서부터 올바른 비정규직 사용관행을 정착시켜 민간부문에도 확산되도록 『공공기관 비정규직 종합대책』을 수립, 추진하였다. 2004년 5월 관계부처 합동으로 수립, 시행한 "공공부문 비정규직 대책"의 주요내용은 지방자치단체의 환경미화원과 도로보수원, 노동부의 직업상담원, 정보통신부의 위탁집배원 등 비정규직 규모가 큰 직종을 중심으로 해당 직종에 종사하는 비정규직 근로자들의 처우를 개선하고 고용을 안정시키는 것과, 비정규직 사용 시 노동관계법을 위반하였거나 사회보험을 미적용 하였는지 여부

155) 외주화와 관련하여 뉴코아 이외에도 한국은행, 롯데호텔, 세이브존, 현대백화점 등의 기업에서 기존 기간제근로자를 파견도급하청 등 간접고용으로 대체하는 조치를 취하였다. 외주화 전략은 기업이 직접 기존 기간제근로자를 계약해지 않고 자연감원 되는 인력을 기간제로 채용하지 않으면서 별도로 외주화하는 경우도 있고, 기업이 시설을 확충하거나 신설하면서 기존의 직접고용 업무를 외주화하는 경우도 있다. 인수법, 상계논문, 45면; 이상국, 전계논문, 148-149면.

156) 남우근, 전계논문, 89-90면.

에 대한 단속을 강화하도록 하는 것 등이었다. 그러나 이러한 대책도 비정규직 문제 해결에는 한계가 있었으며, 정부는 비정규직법의 내용과 취지를 반영하는 근본적인 대책을 마련키로 하여 2006년 4월 26일 국정현안정책조정회의에서 "공공부문 비정규직 대책 추진방향"을 확정하였다. 이후 대책 마련을 위해 의견수렴 및 검토를 거쳐 같은 해 8월 2일 『공공부문 비정규직 종합대책』이 확정되었다.

종합대책의 적용 대상기관은 중앙행정기관, 지자체, 지방공기업, 국공립학교, 교육행정기관, 공기업, 산하기관 등 1만여 공공기관으로서 계약기간을 반복 갱신하여 기간제근로자를 사용하는 상시적·지속적 업무는 원칙적으로 '기간의 정함이 없는 근로자'가 담당, 임금·기타 근로조건 등에서 불합리한 차별요인 해소, 행정지도·점검 등을 통해 위법·탈법적 비정규직 사용방지, 합리적 외주화 원칙 정립 및 외주근로자의 기본적 근로조건 보호라는 기본방향을 정하여 비정규직 남용방지 및 불합리한 차별을 해소하고자 하였다.¹⁵⁷⁾

2) 공공부문 기간제근로자의 실태와 문제점

『공공부문 비정규직 종합대책』을 마련할 당시 조사한 결과에 따르면 공공부문 비정규직의 유형은 기간제근로자가 70%, 용역 19.4%, 시간제 근로자 8.8%, 파견근로자 1.4%로 기간제근로자가 대부분을 차지하였다. 동일직종이라도 사용기관, 고용형태, 처우수준, 근로시간 등이 다양하여 직종별 대책 마련이 곤란한 상황이었으며, 비정규직은 일시업무보다는 상시업무에 많이 사용하여 상시적·지속적 업무를 정규직이 담당하도록 조정할 필요가 있었다. 이에 2007년도 조치사항으로 기간제근로자중 무기계약 근로자로 전환대상을 확정한다는 계획을 마련하였다.¹⁵⁸⁾

그러나 『공공부문 비정규직 종합대책』에는 "명백하게 기간을 정하여 사용할 합리적인 이유가 있는 때"에는 상시적 업무를 수행하는 기간제근로자임에도 무기계약직으로 전환하지 않아도 되는 9가지 예외사유로 ① 전문적 지식·기술의 활

157) 노동부, 『공공기관 비정규직 종합대책 추진백서:공공기관 비정규근로자의 정규직 전환, 차별해소 및 처우개선』, 2007, 5면, 13면.[이하 노동부(2007c)]

158) 노동부(2007c), 상계서, 231면, 257면.

용이 필요한 경우, ② 사회적으로 합리성이 인정되는 해당직종의 고유의 제도 (예: 교수임용방식, 전문의 채용방식)로 인해 기간제 근로 형태로 계약하는 경우, ③ 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, ④ 조교·수습생 등 수련과정에 있는 인력을 사용하는 경우, ⑤ 고령자고용촉진법 제2조 제1호의 규정에 의한 고령자를 사용하는 경우, ⑥ 정부의 복지·실업대책 등에 의한 일자리 제공으로 인력을 사용하는 경우, ⑦ 주기적으로 업무량 증감이 있을 때에 업무량이 증가하는 기간 동안 최소인력을 기간제근로자로 사용하는 경우, ⑧ 구조조정계획이 확정되어 있는 경우에 기존의 기간제근로자를 한시적으로 사용하는 경우, ⑨ 기타 이에 준하는 사유로 사회적으로 합리성이 인정되는 경우를 제시하고 있다. 이러한 예외사유는 그 범위가 지나치게 넓어 오히려 상시적 업무에서 기간제 사용을 합리화시키는 기능을 할 수 있다. 특히 ①의 사유는 과학기술, 인문사회계 출연연구기관 기간제 연구원 노동자, 각종 예술단 노동자(오디션), 철도·지하철·항공 분야 정비부문, 교수노동자 등에 대해서 기간제 계속 사용을 용인하게 되고, ④의 사유는 대학교, 연구기관에서 상시적인 행정인력, 연구인력 등을 조교, 인턴 등을 가장하여 기간제를 남용하는 상황을 그대로 방치하게 된다. 또한 ⑥의 사유로 인하여 자활후견기관 참여자, 확대되고 있는 '사회적 일자리' 노동자(간병, 노인요양, 기타 사회복지)에 대해서는 기간제 사용이 용인되고, ⑧의 사유에 의하여 공공부문의 상시적 구조조정 시스템에 따라 상시적 업무임에도 불구하고 인력·예산 절감 등의 목적으로 기간제근로자를 사용할 수 있도록 허용된다.¹⁵⁹⁾

공공부문에 있어 기간제근로자는 위의 9가지 사유에 따른 무기계약직으로의 전환이 불가능함은 물론 일반기업 기간제근로자와 마찬가지로 불안한 고용지위에 있다. 중앙행정기관의 비정규직 규모는 정부발표로는 30,307명으로 전체 공공부문 비정규직의 9.7%(2007년 기준, 추정치는 39,961명, 7.8%)를 차지하고 있으며 노동부 비정규직지부의 사례에 비추어 보았을 때 공공부문 비정규 대책이 발표되기도 전에 비정규직 근로자에 대한 계약해지 즉, 대량해고가 나타난 것으로 확인되었다. 지방자치단체 역시 정부발표로는 72,237명으로 공공부문 비정규직의 23.2%(추정치는 218,336명, 42.7%)를 차지하고 있으며 지자체별로 전환

159) 국가인권위원회, 전게서, 92-93면.

비율에서 커다란 차이를 보이고 있었다. 뿐만 아니라 그 기준이 모호하고 일관성이 없을 뿐 아니라 오히려 비정규직의 고용을 더욱 불안하게 만들 가능성이 큰 것으로 확인되었다. 교육기관과 관련하여서는 정부의 공공부문 비정규대책 발표 및 비정규법안 통과 이후 무기계약전환에 따른 부담을 피하기 위해 다양한 방식으로 학교비정규직 해고와 처우 악화의 사례가 잇따랐다. 정부 산하기관의 경우에도 각 기관마다 전환 규모의 차이가 크고 그 기준도 상이한 것으로 확인되었다.¹⁶⁰⁾



160) 김주환, “공공부문 비정규직 종합대책의 문제점과 해결방향”, 「공공부문 비정규직 종합대책의 문제점과 해결방안 토론회」 자료집, 인권단체연석회의 외, 2007.6.12., 10면, 15면, 17면.(이하 김주환(2007b))

제5장 결론

IMF외환위기 이후 우리 노동시장에서 정규직 채용공고는 점점 사라지고 현재는 수많은 비정규직 채용공고가 쏟아져 나오고 있다. 특히 정규직 근로자를 대체하는 기간제근로자 채용공고는 쉽게 접할 수 있다. 우리나라 노동시장에도 규제 완화 및 유연화의 논리가 자리를 잡아 점차 평생직장, 평생고용이 사라지고, 정규직 근로자채용을 대신하여 기간제근로자를 채용하고자 하는 기업들이 증가하였다.

오늘날의 기간제근로자 양산은 더 이상 경제원리에 맡겨 방치할 수 있는 문제는 아니다. 기간제근로자의 고용불안과 불리한 근로조건, 정규직과의 차별로 인한 양극화 문제가 극에 달해 사회문제로 대두되었으며 최저생계의 위협을 받는 상황에 치달아 노사정은 기간제법을 시행하기에 이르렀다. 그러나 기간제법은 법제 쟁점사항에 대한 문제점과 법 시행 이후 기간제근로자의 고용지위에 따른 문제점을 가지게 되었다.

기간제법의 쟁점은 사용기간의 제한과 차별금지규정의 명문화이다.

기간제법에서의 사용기간 2년 제한규정은 상시업무의 대체방지라는 입법취지를 고려할 때 유동적인 시장상황에서 고용의 상시적 지속여부가 불확실한 경우 기간제근로자 사용을 인정함으로써 해당 기간제근로자가 고용불안 위험을 부담해야 한다. 마찬가지로 사용기간 2년 초과시 기업은 기간의 정함이 없는 근로계약으로 고용하여 법적·경제적 위험과 책임을 부담해야 한다. 또한 기간제근로자의 평균근속년수가 2년이 채 안된다는 조사결과 2년의 사용기간제한의 효과가 거의 없으며 기간의 정함이 없는 근로계약 전환 여부는 전적으로 사용자의 의지에 달리게 된다. 오히려 2년 내에서는 기간제근로자의 사용이 자유로워 근로자들의 고용불안이 심화될 우려가 있다. 기간제근로자의 사용기간 예외규정을 두고 있으나 기간설정의 이유제한은 도입하지 않고 기간에 대한 최장기간 규정이 없다는 문제점도 있다.

우리나라는 규제를 강화하는 국가에 속하고 있음에도 불구하고 독일이나 프랑스의 법제에서 나타나는 허용사유의 제한이 없다. 그렇기 때문에 기간제근로자를 2년의 범위 내에서 자유로이 사용할 수 있도록 법으로 보호하고 있는 결과를 초래하고 있다. 이에 우선적으로 독일과 프랑스법제의 특징인 기간제근로 허용사유의 범위를 설정하는 것이 시급하다. 또한 기간제법이 시행된 이후 기간제근로자의 고용지위가 오히려 불안해졌다는 점을 감안한다면 프랑스법제에서와 같이 기간제근로의 허용사유와 더불어 절대 금지되는 사유까지 한정하는 방향도 고려해 볼 수 있을 것이다. 단, 금지사유 설정에 있어서는 급변하는 경제상황을 고려하여 그 범위를 최소화하여야 노동시장의 유연화와 기간제법제의 상호보완이 이루어질 것이다.

차별금지규정에 있어서는 비교대상이 되는 근로자가 명확하지 않다는 점, 동일 업무를 수행하는 근로자가 동일 사업장에 없는 경우 실효성이 없다는 점, 기업별 노조가 주류를 이루는 우리현실 하에서는 사업장의 규모와 경제적 여건에 따른 근로조건의 격차가 심화될 수 있다는 점 등이 문제점으로 나타났다. 이는 '동일 가치노동 동일임금'에 대한 명문규정이 없는데 따른 문제점이라 하겠다.

이에 독일의 기간비례급부원칙은 임금 또는 근로기간을 기준으로 하여 보장되는 분할 가능한 금전적 보상에 대해 최소한 비교 할 수 있는 상용근로자의 근로기간을 기준으로 산정한 비율에 상응하는 보상을 받는 것이므로 비교대상 근로자의 불명확, 동일사업장 내 동일업무수행자의 부재 등의 문제를 해결하기 위한 방안이 될 수 있을 것이다. 또한 차별금지규정 위반 시 현재의 징역 또는 벌금형, 과태료의 제재에 따른 경제적인 효과가 기간제법을 위반하는데 따른 경제적인 효과에 비하여 큰 것인지에 대하여 고려해야 할 것이다. 기간제법을 위반할 경우 근로자의 수와는 상관없이 벌금 및 과태료의 상한이 정하여져 있기 때문에 기간제근로자를 다수 채용하는 사업장의 경우 벌칙과 과태료의 부담을 안고도 차별규정을 시정하지 않는 경우도 발생할 수 있을 것이다. 이는 기간제법 뿐 아니라 다른 특별법에서도 충분히 발생할 수 있는 문제이기 때문에 기간제근로자에 대한 차별금지를 강화하기 위해서는 벌칙에 대한 제재수준을 강화할 필요성이 있다고 생각한다.

법 시행 이후 기간제근로자의 고용지위는 크게 무기계약, 정규직화와 계약해지 및 외주화의 형태로 나타났다.

기간제근로자의 무기계약, 정규직화는 기간제법 시행에 따른 가장 바람직한 방향이다. 그러나 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 전환이 모든 사업장에서 가능하지 않다는 문제점이 발생한다. 지불능력이 있는 큰 사업장과 기간제 비율이 상당히 높고 기간제근로자의 업무가 사업내용과 매우 밀접한 경우에 가능하나 이러한 사업장에서는 기간제근로자의 비율이 높지 않다. 이러한 이유로 무기계약, 정규직 전환 근로자가 소수에 그칠 수 있고 사실상 대기업에서조차 무기계약, 정규직 전환이 이루어지지 않은 사례가 많다.

대부분의 기업에서는 법 시행으로 기간제근로자에 대한 계약해지 및 외주화를 선택하였다. 이로 인해 기간제법의 실효성 논란이 불거졌으며 노사갈등은 극에 달하였다. 사용자가 외주화를 선택하는 가장 큰 이유는 증가하는 인건비 부담, 직접고용에 따른 부담문제, 차별시정 등의 법적 규제로부터의 해소 때문이다. 특히 인건비 부담과 직접고용에 따른 부담문제는 기간제법 시행 이전 비정규직이 증가한 원인과도 맞물리고 있어 법 시행이 해결책이 되지 못하고 있음을 알 수 있다. 오히려 기간제근로자들은 종래 같은 직영회사보다 저임금, 낮은 복지수준, 사회보험에의 미가입 등으로 근로조건 악화 우려가 있고 용역업체의 중도 변경에 따른 일자리 감소로 이어질 수 있어 고용 불안이 심화된다.

기간제근로자의 고용지위에 있어 공통적으로 문제되는 부분이 있다. 기존 판례에서 기간제 근로계약을 수차에 걸쳐 갱신했을 경우, 기간을 정한 것이 형식에 불과한 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 간주하였으나 법 시행일을 기준으로 기존 수차례의 계약갱신 여부는 무의미하게 되었다는 점이다. 기간제법에서 추구하고자 하였던 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 전환을 하기 위하여 근간이 되었던 판례가 무의미하게 되는 아이러니한 상황이 발생하게 된 것이다. 판례에 의해 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주되어오던 기간제근로자 중 계약해지 및 외주화로 고용지위가 더욱 악화된 근로자들에 대한 대책이 전무하다는 문제점이 있다.

이러한 법 시행에 따른 기간제근로자의 고용지위의 불안은 단순한 기간제근로자 고용의 문제에만 초점을 맞춘 결과라 생각한다. 노동시장에서 비정규직이 증

가한 원인이 비용절감이라는 점을 감안한다면 비용절감의 문제를 같이 해결하지 않고서는 기간제근로의 무기계약, 정규직화에는 많은 어려움이 있을 것이다. 2009년 4월 기간제법의 개정논의가 이루어질 당시 "기간제근로자등의고용개선을위한특별조치법안"이 제안되었으나 기간제법 일부개정법률안 및 파견근로자보호등에관한법률 일부개정법률안의 의결을 전제로 한 것이었기 때문에 일부개정법률안이 의결되지 않게 됨에 따라 특별조치법안 역시 의결되지 않았다. 당시 동법안은 경기침체 등으로 인한 기업의 고용조정이 기간제근로자 등 비정규직 근로자에 대해 우선적으로 진행되는 상황에서 비정규직 근로자를 정규직 근로자로 전환하는 중소기업에 대해서 그 사업주 등이 부담하는 사회보험 보험료의 일부를 2년간 경감함으로써 비정규직 근로자의 정규직 전환을 촉진하고 고용안정으로 도모하려는 것이었다. 이러한 법안 마련의 노력이 꾸준히 이루어져 정규직 전환 기업에 대한 경제적인 지원을 강화하여 사업자와 근로자 모두에게 유리한 정책이 될 수 있도록 하여야 할 것이다.

기간제법은 법의 허점과 맹점으로 인하여 법 시행이후 기간제근로자의 고용지위는 대부분 계약해지 및 외주화 추진 등으로 더욱 악화되었고, 무기계약, 정규직전환이라는 바람직한 방향으로의 고용지위 변화는 극히 일부에 해당되었다. 이러한 현상은 비단 기업에서만 이루어지는 것은 아니고 공공기관에서 역시 기간제근로자의 고용지위를 불안하게 하는 9가지 예외사유를 두는 등 사회전반에 걸쳐 나타나고 있다.

모든 사회영역의 문제들이 그러하겠지만 기간제근로자들의 고용안정과 생계보장, 차별금지를 위해서는 단순히 법의 제개정만으로는 해결되지 않을 것이다. 기간제근로자 양산보다 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환 및 채용이 사용자측에 이익이 될 수 있는 강력한 제재조치 및 경제적인 지원이 필요할 것이다. 무엇보다도 법률 제정 전부터 뼈격거렸던 노동계와 경영계의 입장차를 줄이는 데에서부터 시작되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본

- 국가인권위원회, 『무기계약직 근로자 노동인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2009.
- 김엘림, 『노동법 I』, 한국방송통신대학교출판부, 2009.1.
- 김소영, 『선진국 노동법제의 변화추세와 우리 노동법의 발전방향 : 노동법의 유
연화 및 규제완화에 대한 비판적 고찰』, 한국노동연구원, 2001.
- 김수복, 『비정규직 노동법』, (주)중앙경제, 2008.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 2005.
- 노동부, 『ILO 주요협약집』, 노동부 국제협력관실, 2002.
- _____, 『공공기관 비정규직 종합대책 추진백서:공공기관 비정규근로자의 정규
직 전환, 차별해소 및 처우개선』, 2007.
- _____, 『기간제근로 기간제한의 예외』, 노동부, 2006.9.
- _____, 『비정규직 보호법의 주요내용』, 노동부, 2006.12.
- _____, 『비정규직법 이해』, 노동부, 2007.4.
- _____, 『우리나라와 EU의 노동법제 비교연구』, 노동부, 2007.
- 노사정위원회, 『기간제·과건·단시간 근로 논의자료집』, 노사정위원회, 2003.10.
- 이병태, 『최신노동법』, (주)중앙경제, 2008.
- 중앙노동위원회, 『비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구』, 중앙노
동위원회, 2006.11.
- 최저임금위원회, 『비정규직에 관한 EU국가의 최근 입법경향』, 최저임금위원회,
2003.
- 하경효, 『주요국의 근로계약법제에 대한 논의 및 우리나라에의 적용방안 연구
-근로계약관계의 체계적 규율에 관한 연구-』, 노동부, 2006.9.
- 한국기술교육대학교, 『고용정책적 측면에서의 비정규직 고용개선방안 연구』,

노동부, 2005.12.

한국노동연구원, 『KLI 노동통계』, 한국노동연구원, 2008.

菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 법문사, 2007.

2) 학술논문

강상태, "미국법에서 비정규직의 규율", 「노동법연구」, 제15호, 서울대노동법연구회, 2003.

_____, "비전형근로의 의의와 노동법적 과제", 노사정위원회 전문가 토론회 자료집, 2001.

김유선, "2008년 비정규직 규모와 실태", 「노동사회」, 통권 제137호, 한국노동사회연구소, 2008.11.

김재훈, "일본에서의 기간고용법리", 「노동법연구」, 제15호, 서울대노동법연구회, 2003 하반기.

김주환, "공공부문 비정규직 종합대책의 문제점과 해결방향", 「공공부문 비정규직 종합대책의 문제점과 해결방안 토론회」(자료집), 인권단체연석회의 외, 2007.6.

_____, "기간제법의 주요내용과 대응방향", 「비정규노동」, 60호, 한국비정규노동센터, 2007.4.

김홍영, "기간제법상 사용기간제한의 예외인 전문직 특례", 「성균관법학」, 제19권 제2호, 성균관대학교 비교법학연구, 2007.8.

남우근, "누구를 위한 비정규법인가? -허점투성이 법 우려, 시행 앞두고 현실로-", 「말」, 통권 252호, 월간 말, 2007.6.

남효순, "고용계약에 있어서 고용기간에 관한 제문제", 「서울대학교 법학」, 제43권 제3호, 서울대학교, 2002.9.

민주노총, "차별시정제도 및 노동부 시정안내서의 문제점 검토", 민주노총 법률원, 2007.6.

박승두, "해고제도의 일원화론", 「노동법학」, 제27호, 한국노동법학회, 2009.6.

박민생, "비정규직 근로 제도의 국제비교 연구", 「인적자원관리연구」, 제14권

- 제4호, 한국인적자원관리학회, 2007.12.
- 오학수, "일본파트타임노동법 개정내용", 「국제노동브리프」, Vol.6 No.5, 한국노동연구원, 2008.5.
- 윤문희, "차별의 법적 개념", 「노동리뷰」, 2006년 9월호, 한국노동연구원, 2006.9.
- 은수미, "비정규직 문제 해결을 위한 노사의 전략적 선택", 노동 관련 3대 학회 2007년 공동 정책토론회(자료집), 한국노동연구원, 2007.3.
- 이병희, "기간제 근로에서의 계약기간과 사용기간", 「사법논집」, 제4집, 법원도서관, 2007.
- 이상국, "비정규직근로자의 보호를 위한 쟁점과제와 개선방안", 「노동법논총」, 제12집, 한국비교노동법학회, 2007.
- 이승욱, "근로관계의 종료 : 미국 해고제한법리의 전개", 「노동법연구」, 제3호, 서울대학교노동법연구회, 1993.12.
- 이원희, "비정규노동의 법적 보호의 새 경향 - 유연안정성의 추구 -", 「노동법연구」, 제11호, 서울대 노동법연구회, 2001 하반기.
- 이철수, "1년을 초과하는 근로계약 기간을 정한 근로계약의 효력", 노동관계 평석집 II 권, 한국경영자총협회, 1996.8.
- 인수범, "비정규직법 후속대책이 가야 할 길", 「노동사회」, 제130권, 한국노동사회연구소, 2008.
- 정성미, "통계프리즘"비정규직의 사업체 규모별 임금격차", 「노동리뷰」, 2007년 9월호, 한국노동연구원, 2007.9.
- 조성혜, "기간제근로계약의 무기계약 전환, 무엇이 문제인가?", 「노동법학」, 제25호, 한국노동법학회, 2007.12.15.
- 조임영, "비정규직법 시행령 등의 제개정 관련 주요 쟁점과 입법방향", 「노동법학」, 제24호, 한국노동법학회, 2007.6.
- _____, "프랑스의 불안정근로계약 -유기근로계약 법제를 중심으로-", 「노동법학」, 제11호, 한국노동법학회, 2000.12.
- 최윤희, "비정규직의 현황 및 대책 -고용의 안정성 및 유연성의 문제-", 「저스티스」, 통권106호, 한국법학원, 2008.9.

최은배, "기간제 근로계약의 규제", 『대법원 판례해설』, 72호(2007 하반기), 법원도서관, 2008.7.

3) 학위논문

김덕채, "기간을 정한 근로계약에 관한 연구", 고려대 대학원 석사학위논문, 2001.8.

김동한, "기간제 근로자의 법적보호에 관한 연구", 울산대 대학원 석사학위논문, 2007.2.

김태현, "비정규직 근로자 차별 금지에 관한 연구", 서울시립대 경영대학원 석사학위논문, 2006.8.

양동구, "비정규직 근로자의 노동법적 보호에 관한 고찰", 경희대 대학원 석사학위논문, 2006.2.

양은열, "비정규근로자의 유형별 실태와 보호방안에 관한 연구", 숭실대 노사관계대학원 노동법학과 석사학위논문, 2005.2.

이병운, "특정근로자의 고용보장에 관한 연구", 원광대 대학원 박사학위논문, 2003.2.

이정자, "기간제 근로계약에 관한 법적 고찰", 경상대 행정대학원 석사학위논문, 2005.8.

정순방, "유기근로관계에 있는 근로자의 법적지위와 보호", 조선대 대학원 석사학위논문, 2003.8.

2. 외국문헌

1) 일본문헌

菅野和夫, 『雇用社會の法』, 有非閣, 1997.

小西康之, "有期勞動契約・専門業型裁量勞動制に關する告示改正", 『日本勞動法學會誌』 100호, 2002.10.

大山盛義, "有期勞動契約", 「日本勞動法學會誌」103호, 2004.5.

土田道夫, "日本型雇用制度의變化와 法", 「21世紀勞와勞動法」, 有斐閣, 2000.

2) 영미문헌

B. Veneziani, "The New Labour Force", R. B.lanpain

C. Engels ed., Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrial Market Economies, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1993.

Feinman, "The Development of the Employment at Will Rule", American Journal of Legal History, VI. 20, 1976

Margaret Pressler, Rising Use of Temps is Making an Impact, Star Tribune, July 1, 2002

Ullmann, Victoria, Labor and Employment Law, Delmar Learning, 2004

3. 인터넷사이트

국민일보 <http://news.kukinews.com>

노동부 <http://www.molab.go.kr>

노사정위원회 <http://www.lmg.go.kr>

뉴시스 <http://www.newsis.com>

대법원 <http://www.scourt.go.kr>

대한민국 국회 www.assembly.go.kr

매일경제 <http://news.mk.co.kr>

법제처 <http://www.moleg.go.kr>

중앙노동위원회 <http://www.nlrc.go.kr>

중앙일보 <http://joins.com>

한국노동연구원 <http://www.kli.re.kr>

SBS <http://news.sbs.co.kr>

YTN <http://www.ytn.co.kr>



ABSTRACT

A Legal Study on Status of Fixed-Term Workers

Kim, Lyeo Eun

Department of Law

Graduate School

Jeju National University

Supervised by Professor Dr. Koh, Ho-Sung

The Korean labor market became increasingly flexible and faced greater deregulation due to the so called IMF pan-Asian financial crisis. As the concept of free competition got introduced in the labor market, massive lay-offs took place and the concept of life-long employment is now long gone. As the companies can now hire and fire easily, the share of the employees hired as regular workers is decreasing while the share of non-regular workers increased drastically, but they are discriminated against in terms of the wage level, subscription to the social insurance etc.

Presently, most of the non-regular workers are fixed-term workers. Due to the lack of the special regulation for a fixed-term work concerning the limited job contract, this system has now turned into a loophole for the companies to fire the fixed-term workers. Moreover, issues such as poor working conditions, discriminative treatment and increased polarization are emerging as serious social problems. To attempt to mitigate the irrational discriminative treatment of the fixed-term workers, improving their working conditions with goal of

inducing viable advancement of the labor market, the "Act on the Protection, etc. of Fixed-Term and Part-time Workers" went into effect since July 1, 2007.

However, even before the above mentioned law went into effect, there was significant dispute surrounding the core elements of the system of this law, which are the restriction of employ period and on the discrimination prohibition. Likewise, the dialogue for the revision of the law, one year after the effectuation of this law, is still not culminating into anything concrete.

Accordingly, this paper searches for the ways to improve the current system by examining the effect of the law by examining the changes in the status of the fixed-term workers after the law went into effect and by studying the related laws. Towards this end, Chapter 3 of this paper examined the systems adopted by ILO, EU, Japan, the USA, Germany and France to protect the fixed-term works. Chapter 4 examined the key issues concerning Korea's the law and the changes concerning the status of the fixed-term workers following the enforcement of the law. Lastly, Chapter 5 organized the problems of the system and the problems resulting from the enforcement of the law. Moreover, set of recommendations were made to improve by leveraging the key findings identified up to Chapter 4.

Many efforts are made today to stabilize the employment of the fixed-term workers and to prohibit discriminative treatment, which in turn led to the law. However, the validity of the law itself is being questioned as the status of the fixed-term workers waned for the most part after this law was enforced due to the flaws. Although this may be true for all other social issues, legal enactment and revision alone won't suffice to improve the status of the fixed-term workers. In order to ensure that the dialogues carried out today to improve the system produces an output

that can satisfy both the labor and the management, it is necessary to start by narrowing the gap between these two parties.

Keywords : fixed-term workers, non-regular workers, regular workers, limited job contract, restriction of employ period, discrimination prohibition, repetitive renewal, contract for indefinite period, contract termination, outsourcing

