

비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄
An International Symposium on Irregular Workers' Rights

비정규
국제
심포
지엄

비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄
Basic Rights for All Workers!

: An International Symposium on Irregular Workers' Rights

일시 / Date

2005년 11월 9~10일
November 9 to 10, 2005

장소 / Place

고려대학교 제2학생회관(4·18기념관) 강당(B1)
4.18 Memorial Conference Hall, Korea Univ., Seoul, Korea

- 주최** | 노동인권실현을위한노무사모임(CRLHR)
 민주노동당(Democratic Labor Party)
 민주사회를위한변호사모임 노동위원회
 (MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, Labor Committee)
 민주주의법학연구회(Democratic Legal Studies Association)
 전국민주노동조합총연맹(Korean Confederation of Trade Unions)
 전국불안정노동철폐연대(Korea Solidarity against Precarious Work)
 전국비정규노조연대회의(Korean Committee of Irregular Workers' Union)

비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄

Basic Rights for All Workers!

: An International Symposium on Irregular Workers' Rights

일시 / Date

2005년 11월 9~10일

November 9 to 10, 2005

장소 / Place

고려대학교 제2학생회관(4·18기념관) 강당(B1)

4.18 Memorial Conference Hall, Korea Univ., Seoul, Korea

주최 | 노동인권실현을위한노무사모임(CRLHR)
민주노동당(Democratic Labor Party)
민주사회를위한변호사모임 노동위원회
(MNBYUN - Lawyers for a Democratic Society, Labor Committee)
민주주의법학연구회(Democratic Legal Studies Association)
전국민주노동조합총연맹(Korean Confederation of Trade Unions)
전국불안정노동철폐연대(Korea Solidarity against Precarious Work)
전국비정규노조연대회의(Korean Committee of Irregular Workers' Union)

비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄

2005년 11월 9일(목)~10일(금)

고려대학교 제2학생회관(4·18기념관) 지하 1층 강당

- 주최: 노동인권실현을위한노무사모임, 민주노동당, 민주사회를위한변호사모임 노동위원회, 민주주의법학연구회, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대, 전국비정규노조연대회의
- 후원: 고려대학교대학원총학생회, 매일노동뉴스, 민중언론 참세상, 인권단체연석회의

프로그램

● 2005년 11월 9일(수)

- 13:00 - 13:20 등록
- 13:20 - 14:00 개회사 및 축사
전재환(민주노총 비상대책위원장)
단병호(국회의원, 민주노동당)
양규현(전국불안정노동철폐연대 대표)
- 14:00 - 17:00 전체회의 #1: 비정규직 권리보장을 위한 법제도 개선방향
· 사회: 이병훈(노동인권실현을위한노무사모임)
국제노동기준과 한국 팀 드 메이어(ILO)
한국에서의 비정규직 법제화논의 조경배(민주주의법학연구회)
일본 비정규직관련 법개정의 동향과 실태, 올바른 입법의 방향
..... 와키다 시게루(류코쿠대, 일본)
아시아 비정규직 노동자들의 과거와 미래
..... 아포 령(아시아노동정보센터, 홍콩)
- 17:00 - 18:00 저녁 식사
- 18:00 - 21:30 워크숍 #1: 이주노동자의 노동기본권 (주관: ILO, 민주노총)
· 사회: 김태현(민주노총)
이주고용에 대한 국제적 원칙과 대책 팀 드 메이어(ILO)
국제기준에서 비추어 본 한국의 이주노동자의 권리
..... 황필규(민주사회를위한변호사모임 노동위원회)
이주노동에 대한 국제건설목공노련의 정책과 활동
..... 이진숙(국제건설목공노련)
네팔 이주노동자 만도즈 라마(네팔노동조합총연맹)
홍콩에서 여성가사노동자 조직화
..... 릭 카즈마와티 수트리스노(홍콩노총 인도네시아이주지부)

일하는 동료, 이주노동자(다민족/다문화공생사회로의 접근)
 토리이 이페이(일본전통일노조)
 한국에서 이주노동자의 노동권 보장방안
 까지만 까풍(서울경인이주노동조합)

● 2005년 11월 10일(목)4

09:00 - 12:00 워크샵 #2: 특수고용노동자의 노동기본권
 사회: 권영국(민주사회를위한변호사모임 노동위원회)
 특수고용노동자 노동권 보장방안(한국사례를 중심으로)
 윤애림(전국불안정노동철폐연대)
 일본 특수고용노동자의 현황과 노동조합의 과제
 고야노 다케시(전일본건설운수연대노조)
 이탈리아 비정규직 노동자의 과거와 미래
 켈라찌오네 디 살보 레오나르디(이탈리아노동총연맹)
 특수고용노동자의 노동기본권 쟁취투쟁(레미콘노동자를 중심으로)
 박대규(전국건설운송노조)

12:00 - 13:00 점심식사

13:00 - 16:00 워크샵 #3: 간접고용노동자의 노동기본권
 사회: 김혜진(전국불안정노동철폐연대)
 간접고용노동자 노동권 보장방안(한국의 사례를 중심으로)
 주진우(민주노총)
 간접고용에 대한 브라질 노동운동의 대응
 마리오 바르보사(브라질금속노조)
 간접고용 노동자의 노동기본권(일본의 사례를 중심으로)
 고야노 다케시(전일본건설운수연대노조)
 건설일용노동자 실태와 노동권보장 최명선(건설산업연맹)
 사내하청 비정규직 실태와 원청자본의 직접사용자성
 오민규(전국비정규노조연대회의)

16:00 - 16:30 휴식

13:00 - 16:00 전체회의 #2: 비정규직 권리보장을 위한 공동대응 과제
 사회: 김태현(민주노총)
 - 기초발제: 이해삼(민주노동당 비정규운동본부)
 - 기 발표자 및 토론자

19:00 폐회

개회인사 1

전체회의 #1: 비정규직 권리보장을 위한 법제도 개선방향

국제노동기준과 한국 / 팀 드 메이어, ILO 9
 한국에서의 비정규직 법제화논의
 / 조정배, 민주주의법학연구회 17
 일본 비정규직관련 법개정의 동향과 실태, 올바른 입법의 방향
 / 와키다 시게루, 일본 류코쿠대 35
 아시아 비정규직 노동자들의 과거와 미래
 / 아포 령, 홍콩 아시아노동정보센터 57

워크샵 #1: 이주노동자의 노동기본권

이주고용에 대한 국제적 원칙과 대책
 / 팀 드 메이어, ILO 65
 국제기준에서 비추어 본 한국의 이주노동자의 권리
 / 황필규, 민주사회를위한변호사모임 노동위원회 79
 이주노동에 대한 국제건설목공노련의 정책과 활동
 / 이진숙, 국제건설목공노련 119
 네팔 이주노동자
 / 샤말 타파 & 만도즈 라마, 네팔노동조합총연맹 129
 홍콩에서 여성가사노동자 조직화
 / 릭 카즈마와티 수트리스노, 홍콩노총인도네시아이주지부 135
 일하는 동료, 이주노동자(다민족/다문화공생사회로 접근)
 / 토리이 이페이, 일본전통일노조 143
 한국에서 이주노동자의 노동권 보장방안
 / 까지만 까풍, 서울경인이주노동조합 147

워크샵 #2: 특수고용노동자의 노동기본권

특수고용노동자 노동권 보장방안(한국사례를 중심으로)
 / 윤애림, 전국불안정노동철폐연대 159

일본 특수고용노동자의 현황과 노동조합의 과제
 / 고야노 다케시, 전일본건설운수연대노조 173

이탈리아 비정규직 노동자의 과거와 미래
 / 펠라찌오네 디 살보 레오나르디, 이탈리아노동총연맹 187

특수고용노동자의 노동기본권 쟁취투쟁(레미콘노동자를 중심으로)
 / 박대규, 전국건설운송노조 193

[특별기고] 노동자성에 관한 사례(A급배 사건의 소개)
 / 히라카타 가오루, 오사카노동자변호단 209

워크샵 #3: 간접고용노동자의 노동기본권

간접고용노동자 노동권 보장방안(한국의 사례를 중심으로)
 / 주진우, 민주노총 217

건설일용노동자 실태와 노동권 보장
 / 최명선, 건설산업연맹 227

사내하청 비정규직 실태와 원청자본의 직접사용자성
 / 오민규, 전국비정규노조연대회의 235

개 회 인 사

개 회 인 사

전재환

비정규직 권리보장을 위한 국제심포지엄에 참석해주셔서 대단히 감사합니다. 특히 오랜 여행의 수고를 마다 않고 달려와 주신 해외 참가자 여러분들께 감사와 연대의 인사를 전합니다.

전 지구적으로 신자유주의의 물결이 확산되면서 노동자들의 삶도 크게 악화되고 있습니다. 더 많은 이윤확보라는 자본의 운동이 강화되고 있는 가운데 노동자들의 고용은 불안정해지고 노동권은 위협받고 있습니다. 비정규노동자 문제는 그 핵심입니다.

오늘과 내일 이틀에 걸쳐서 진행될 이번 심포지엄은 이러한 비정규 문제에 대한 노동진영의 대안 마련과 국제적 대응을 모색하기 위한 자리입니다. 짧은 기간이지만 각국이 처한 상황을 공유하는 것을 넘어 비정규문제를 해결하기 위한 법, 제도적 해결방안, 국제적 기준 마련, 공동행동의 방향 등이 활발히 토론되기를 기대합니다.

다시 한번 참석자 여러분께 감사드리며, 이번 심포지엄을 계기로 노동자 국제 연대가 더욱 강화되길 바랍니다.

2006년 11월 9일

전국민주노동조합총연맹 비상대책위원회 위원장 전재환

개 회 인 사

단병호

먼저 중요한 시기에 이렇게 의미 있는 자리가 마련된 것에 대해 정말 다행스럽게 생각합니다. 이 자리를 만드느라 고생한 여러 동지들에게 감사와 격려의 말씀을 전합니다.

우리 사회에서 비정규직 문제가 사회적 문제로 대두되기 시작한 지 어언 5년이 지났습니다. 그 동안 많은 투쟁과 승리와 좌절이 있었습니다. 그런 과정을 거쳐 민주노동당 비정규 권리 보장 법안이 탄생하였습니다. 그 내용은 기간제의 남용을 제한하고 파견제를 철폐하며 비정규직과 정규직의 동등한 처우를 보장하는 것입니다. 정부도 비정규직 문제를 더 이상 방관할 수 없어 작년에 비정규 법안을 내 놓았습니다. 그러나 그 법안의 내용은 진정한 의미의 '보호'가 아닌, 비정규직의 남용을 전제로 실효성이 의심되는 보호에 불과한 것입니다. 정부 자신조차도 위 법안이 노동유연화를 전제로 한 법안이라는 것을 숨기지 않고 있습니다.

비정규직은 우리 사회 모든 문제의 시작과 끝입니다. 사회양극화, 자본주의 빈곤화, 산업재해, 고용불안 등 사회문제와 관련된 모든 문제의 근저에 비정규직 문제가 놓여 있습니다. 임금을 통해 생계를 유지할 수밖에 없는 노동자가 그 일자리를 안정적으로 확보하지 못하고 극심한 차별을 받고 있는 상황에서는 위와 같은 문제가 끊임없이 생길 수밖에 없습니다. 그렇기 때문에 비정규직 문제는 온갖 사회적 갈등의 뇌관이라고 할 수 있습니다. 비정규직 문제를 해결하는 유일한 방법은 비정규직을 최소화하는 것입니다. 사용자가 노동자를 효과적으로 통제하기 위해 고안해 낸 제도인 비정규직을 양산하는 것을 전제로 한 채 비정규직 보호를 운운하는 것은 말이 되지 않는 것입니다. 국가인권위원회가 정부 법안의 문제점을 지적한 것은 그 법안이 인권의 관점에서 도저히 용납될 수 없기 때문에 그런 것입니다.

그런데도 정부가 마련한 비정규법안이 이번 국회에서 통과될 가능성이 매우 높습니다. 대통령까지 나서서 그런 방침을 거듭 피력하고 있고 노동부와 여당은 그것을 기정사실화하고 있습니다. 국회 내 사정과 일정만 고려한다면 위 법안이 이번 국회에서 통과될 가능성이 매우 높다고 할 것입니다. 현재 시기가 비상하고 급박한 시기라고 하는 것은 위와 같은 상황 때문입니다.

이제 이 땅의 노동자들과 양심적 지식인들이 다시 힘을 모아야 할 때입니다. 이 대회를 계기로 자본과 권력의 노동통제 방침에 저항하는 노동자들의 목소리를 하나로 모아야 합니다. 신자유주의에 편승하고 오히려 선도하는 외국의 사례가 우리의 모범이 될 수 없습니다. 이 대회를 통해 노동자 관점의 국제적 연대가 이루어지기를 기대합니다.

다시 한 번 이 대회를 준비한 동지들의 노고를 치하하며 대회의 성공을 기원합니다.

감사합니다.

2006년 11월 9일

민주노동당 국회의원 단병호

개 회 인 사

양규현

비정규직 권리보장을 위한 국제 심포지엄에 참가하신 동지 여러분께 연대의 인사를 전합니다.

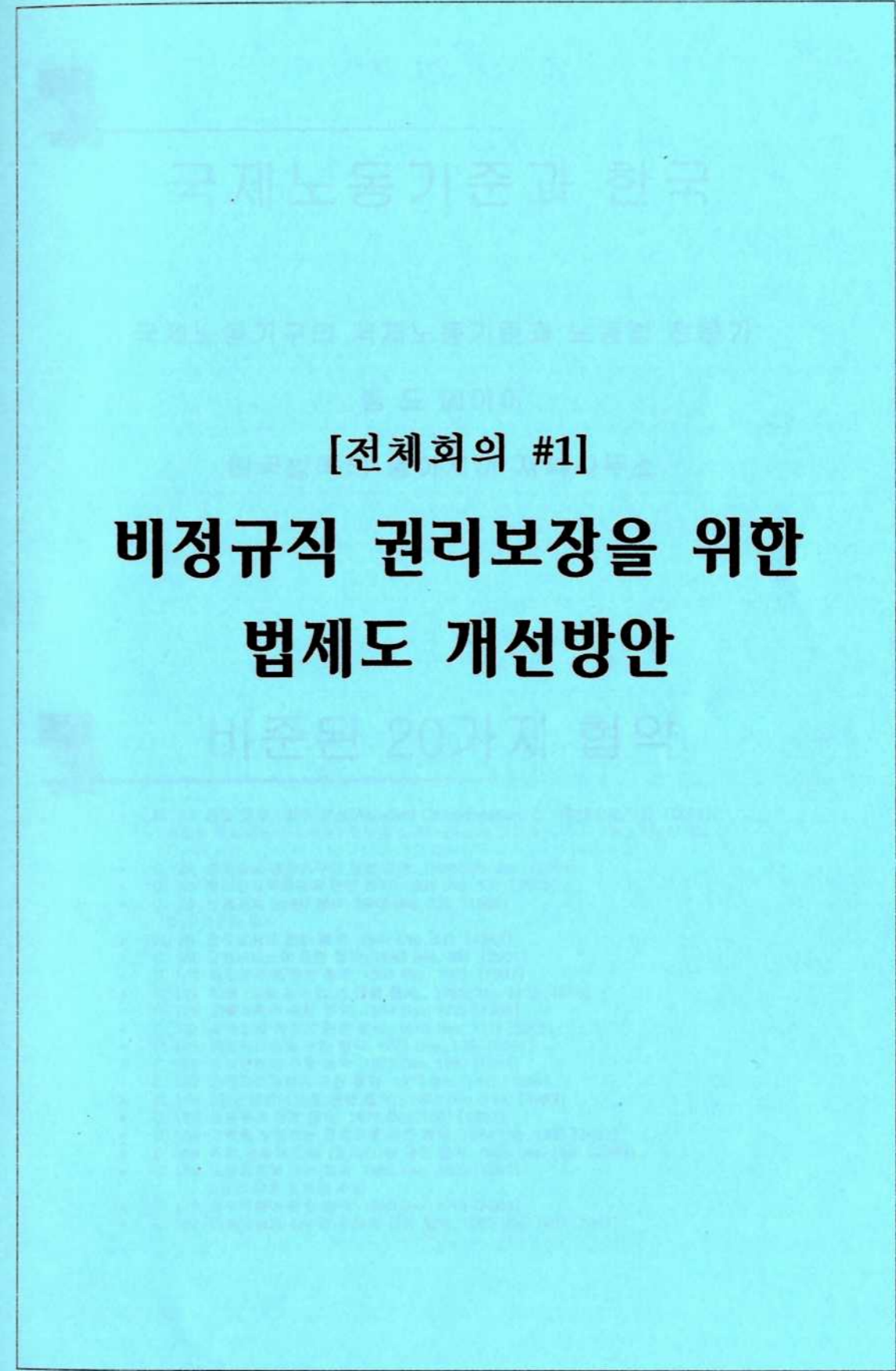
각국에서 벌어지는 신자유주의 노동정책은 노동자들을 분열시키고 위계를 만들고, 서로 경쟁하게 만듭니다. 그 결과로 노동조합의 힘은 파괴되고 고용과 노동조건은 더욱 악화되고 있습니다. 이럴 때 우리에게 필요한 것은 '좋은 정책'이 아니라 '투쟁과 연대의 기풍'을 다시 살리는 것이라고 생각합니다.

그동안 비정규직 동지들의 치열한 투쟁이 있었고, 이런 투쟁을 통해서 자본의 유연화 전략이 얼마나 문제투성이이고 결국 노동자들의 저항을 만드는지 우리는 똑똑하게 보아왔습니다. 그러나 투쟁과 조직에서 많은 한계와 어려움에 봉착한 것도 사실입니다. 그 어려움을 어떻게 극복하면서 투쟁해왔는지 서로 이야기 나눌 공간이 무척 절실합니다.

오늘 이 자리에 함께하신 동지들은 비정규직 문제를 자신의 과제로 삼아 투쟁하고 조직해온 동지들입니다. 이틀 동안 진행되는 심포지엄은 단지 비정규직 문제에 대한 권리입법을 어떻게 잘 만들 것인가에 그치지 않고, 투쟁과 조직화의 경험을 공유하고, 국경의 분할을 넘어서는 국제적 공동행동을 새롭게 만들어나가는 출발이 되기를 바랍니다.

2006년 11월 9일

전국불안정노동철폐연대 대표 양규현





국제노동기준과 한국

국제노동기구의 국제노동기준과 노동법 전문가

팀 드 메이어

태국방콕의 동아시아 지역사무소



비준된 20가지 협약

- C. 19 동일 대우 / 재해 보상(Accident Compensation) C., 1925 (No. 19) [2001]
개정된 동일대우(재해보상) 협약을 비준하는 것에 대한 공식적이고, 1962 (No. 116),
자사에 관한 개개사항의 No.118에 대한 협약의 두 부분 (a) (복리후생)
- C. 26 최저임금 결정기구에 관한 협약, 1928 (No. 26) [2001]
- C. 53 관리인자격증명에 관한 협약, 1936 (No. 53) [2003]
- C. 73 신체검사 (선원) 협약, 1946 (No. 73) [1992]
- 최근 개정된 협약
- C. 81 근로감독에 관한 협약, 1947 (No. 81) [1992]
- C. 88 고용서비스에 관한 협약, 1948 (No. 88) [2001]
- C. 100 동일보수에 관한 협약, 1951 (No. 100) [1997]
- C. 111 차별 (고용 & 직업)에 관한 협약, 1958 (No. 111) [1998]
- C. 122 고용정책에 관한 협약, 1964 (No. 122) [1992]
- C. 131 최저임금 확정에 관한 협약, 1970 (No. 131) [2001]
- C. 135 종업원대표에 관한 협약, 1971 (No. 135) [2001]
- C. 138 최저연령에 관한 협약, 1973 (No. 138) [1999]
- C. 142 인적자원개발에 관한 협약, 1975 (No. 142) [1994]
- C. 144 3자간협의(ILS)에 관한 협약, 1976 (No. 144) [1999]
- C. 150 노동부에 관한 협약, 1978 (No. 150) [1997]
- C. 156 가족을 부담하는 근로자에 관한 협약, 1981 (No. 156) [2001]
- C. 159 직업 재활과 고용 (장애인)에 관한 협약, 1983 (No. 159) [1999]
- C. 160 노동통계에 관한 협약, 1985 (No. 160) [1997]
- 2장의 모든 조항의 수용
- C. 170 화학약품에 관한 협약, 1990 (No. 170) [2003]
- C. 182 아동노동의 최악의 형태에 관한 협약, 1999 (No. 182) [2001]

아시아태평양의 협약기금의 비준 - 비교

- 0 티모르 제도-바누아투
- 1 라오스-솔로몬 제도
- 2 미얀마
- 3 아프카니스탄-중국
- 4 인도-키리바시-한국-싱가포르-베트남
- 5 이란-말레이시아-태국
- 6 호주-홍콩 중국-일본-몽골-네팔-뉴질랜드
- 7 방글라데시-캄보디아-파키스탄-필리핀
- 8 피지-인연-마카오 중국-파푸아뉴기니-스리랑카

비준 기록 평가

- 8가지 기본 협약이 제외된 4가지 : 강제노동협약이나 FoA/단체교섭권의 미승인
 - 쟁점 : 근로자의 이익에 있어서 노동시장의 기능에 필수적인 기구/자유에 대한 공식적 언급이 없다.
 - 반면에 : 이것들은 헌법상의 자유와 입법권, 행정권과 사법권을 통한 국민의 권한과 선거와 관련한 민주적 절차와 긴밀히 연관된 협약이다.
- 절차상 생략된 협약
 - 임금보호 (C. 95)
 - 이주노동자의 보호 (C. 97/C. 143)
 - 야간근로 (C. 171 or C+P 89)
 - 모성보호 (C. 183)
 - 사회보장 (C. 102 + C. 118, C. 128, C. 130...)
 - 직업안정과 보건 (C. 155, C. 161, C. 120)
 - 개인고용중개 (C. 181)
 - 사용자 파산시 보호 (C. 173)
 - 항만노동자 (C. 152)
 - 선원 - 무역해상운송업 (C. 147)

국제노동기준 시스템의 적용

- 비준된 C111은 근로상 남녀에 대한 기회와 대우의 균등의 촉진을 요구한다. 하지만 70-80%의 비정규직 노동자가 여자라는 사실이 입증될 수 있다면 비정규직에 대한 저조한 보호와 기회는 일치되지 않는 것이다.
- 근로자와 가족의 삶의 기준을 향상시키는 관점에서 비준된 C122는 완전하고, 생산적이고 자유로운 직업선택을 장려한다. 하지만 비정규직종의 확대가 이를 방해한다. 비정규직은 저급, 저생산성을 야기하거나 노동력의 상당한 부분을 차지하는 삶의 척도를 낮게 할 수 있다는 측면에서 비정규직종의 확대는 이에 역행하고 있다.
- 추가쟁점 : 충분히 검토된 법안은 사람들에게 영향을 주는가? 비정규직노동자의 조직구성률을 낮게 하는가?
- 조합입법이 비정규직노동자의 노동조합을 결성할 권리를 방해하고 있지 않는가? 그래서 비정규직노동자를 담당하는 것이 어렵게 되지 않는가?

국제노동기준 시스템의 적용

- 2006년에 ILC는 고용관계의 범위와 관련된 권고문을 채택할 것이고, 상업적 관계보다는 고용관계의 성립을 위한 몇 가지 표준을 수립할 것이다.
- 한국 정부는 ILO가 논의를 위한 하나의 권고문을 입안할 것이라는 것에 기초해서 질문서에 응답하기 전에 E & W에 조언을 구해야만 한다.
- 비정규직근로자에 의한 단체교섭과 비정규직근로자의 조직화에 대한 법적, 현실적 장애를 열거한 진정이 결사자유위원회에 제기될 수 있다.

국제노동기준 시스템의 적용

- 작년에 한국의 의한 C81(근로감독)의 적용이 다음과 같은 이유 때문에 ILO에서 논의되었다.
 - 근로감독서비스의 권고기능의 빈약함(한국경제인총연합회)
 - 산업 안전 및 보건정책 심의위원회 운영에 있어서 조화 및 협동, 심층 논의 필요성(한국경제인총연합회)
 - 여성근로자감독관의 부족(한국노동조합총연맹)
- C160은 비정규직근로자에 관한 민주노총의 다음과 같은 눈에 띄는 조사 보고를 가진다.
 - 현재 통계는 비규칙적인 합의를 기반으로 고용된 근로자와 1년 이내의 계약을 한 임시근로자, 시간제 근로자와의 어떠한 식별을 하기 어렵게 한다.
 - 회의에서 하나의 법률적 기초보다는 사안에 따라 정부의 결정을 수용하기로 했기 때문에, 노동조합은 경제적 활동인구와 가계의 지출과 수입에 관한 통계에 포함되는 기회를 얻지 못하였다.
 - 지금까지 포함되지 않았던 비정규직 근로자에 대한 실질적 통계는 경제활동인구에 관한 주요조사에 포함되어져야 한다.

결사의 자유 / 단체교섭권

- 공무원의 단체 조직권
 - 파업권은 그와 같은 자격으로 권리를 박탈하지 못한다. 하지만 필수적인 업무에 있는 노동자 또는 국가라는 이름의 권위로 움직이는 그들은 그렇지 않다.
 - 고위 공무원은 그들 자신의 조직을 형성하는 것을 필요로 한다.
 - 공공부문과 사적부문의 근로자 사이의 최초 단계에서의 구분은 받아들여질 수 있지만 공무원에 대하여는 그렇지 못하다.
 - Art. 9 C. 151 - 공무원은 결사의 자유에 관한 일반적인 활동을 할 수 있는 시민과 정치적 권리를 다른 근로자처럼 가지고 있으나, 그들의 신분과 그들의 역할에서 나오는 의무에 종속된다.
 - 단체교섭에 관한 견해는 일반적인 국가재정을 위한 과정과 양립할 수 없는 것은 아니며, 일정한 관리상의 결정이다.
(예를 들어, 분산의 과정으로 직원의 교체 또는 이동은 합의문에 의해 쉽게 되어질 수 있다.)

결사의 자유 / 단체교섭권

- 정규직 사원을 위한 임금 지불의 금지
 - 문서에서 제안하고 있는 CFA Case No. 1865에 따라 다루어졌다.
- 기업단위의 복수조합 - 동일
- 비정규 근로자 단체 조직권
 - 04년 대법원 판결은 회사의 노동조합이 정규직 근로자들을 위해 마련된 것처럼 비정규직 근로자들도 회사의 기본적인 조직체에 참여할 수 있다는 것을 암시한다.
 - 발생하는 기본적인 질문들
 - 자영업자나 재택근무자는 어디에 가입할 수 있는가?
 - 근로자들이 실직을 하게 된다면 조합의 변경을 필요로 하는가?
 - 파견된 근로자처럼 고용의 기간이 끝나거나 재고용 된다면 근로자의 조합 변경이 필요한가?
 - 임시직, 시간제, 이주 노동자는 어느 노동조합에 가입할 수 있는가?
 - 장기 실직상태에 있는(불완전 고용의) 구직자는 어느 노동조합에 가입할 수 있는가?

결사의 자유 / 단체교섭권

- 단체교섭권의 범위 : 단체교섭의 범위로부터 구조 조정, 소유의 이전, 민영화에 관련된 모든 질문이 포함된다. 왜냐하면 비록 판결은 아니라 할지라도 쟁의행위가 효과적으로 예방될 수 있다는 사실에 대해 신뢰가 주어지지 않아서 쟁의행위가 발생할 수 있기 때문이다. 하지만 인사이동 등의 조건과 관련된 기타의 사항은 협상될 수 있다.
- 제3자 개입제한 - 어두운 그림자에서의 도약(?)

결사의 자유 / 단체교섭권

- 'ILO는 모든 노동조합들이 이러한 조직들의 허가여부와 관계없이 협상에 포함될 수 있다는 것을 명확히 한다.'라는 것은 전적으로 옳지는 않다.

결사의 자유 / 파업

- 징발 / 긴급소집 명령은 국가라는 이름으로 권위를 행사하는 국가공무원이나 국민의 삶과 안전, 건강에 악영향을 줄 수 있는 위치에 종사하는 근무자이거나, 또는 심각한 국가적 위기를 초래할 수 있는 종사에 한하여서는 "강제 노동"이 아니다.
- 국가 기반 산업에서의 파업이나, 기본적으로 중요한 공공 사무에 있어서 ; 고용주나 고용인의 조직과 국가 조정기구는 최소한의 부문에 관하여 조정하는 것에 참여할 수 있도록 최소 기능을 다하는 서비스는 수립되어야 한다.
- 최소한의 치안 서비스가 기계와 장비의 안전, 사고예방, 인명보호를 확실히 하는 상황에서 그러한 서비스는 모든 파업의 경우에 있어서 적용된다.

C. 100 - 동일 임금

- 근속연수에 따른 임금체계가 실제와 다르다면 기본임금체계는 불공평 한 것이다.
- 여성이 이원적 능력 편성 체계 속에서 선임으로 승진할 기회를 동일하게 가지지 못한다면 불공평 것이 된다.
- 첫 단계는 선임이 항상 더 높은 생산성 또는 그에 상응하는 경험을 나타낼 수 있는지를 검토하는 것이 될 수 있다.

강제 노동의 쟁점

- 우편업무에서 교대업무를 위한 대체인력의 투입
- 교도소 노역
- 국가보안법과 강제노동의 위반에 관련된 유죄판결은 표현의 자유, 결사의 자유, 집회의 자유와 관련이 있다.
- 불법 외국인 노동자는 그들의 고용주에 의한 구타, 구금, 임금체납, 여권의 압류를 주장했다.

한국에서의 비정규직 법제화 논의

조경배(민주주의법학연구회, 순천향대 교수)

I. 논의의 배경과 전개과정

1. 고용구조의 양극화와 사회경제적 불평등의 심화

한국사회의 고용구조는 이미 90년대 초반부터 정규직과 비정규직의 양극화현상이 뚜렷하게 나타나기 시작하였다. 임시직·일용직, 시간제, 계약직·촉탁직, 파견노동자, 특수고용 등으로 불리는 다양한 유형의 비정규직 노동자는 과거에도 일부 존재했지만 1997년 IMF 경제위기 이후 더욱 급격히 확산되었다. 이러한 양적인 증가 외에도 정규직 노동자가 지속적으로 비정규직 노동자로 대체되면서 노동시장의 양극화라는 구조적인 변화가 나타나고 있다. 지금은 거의 절반 이상의 노동자가 비정규직 형태로 일하고 있으며 일상적인 고용형태로 자리 잡고 있다.

노동시장의 양극화는 비정규직 노동자에 대한 극심한 차별과 함께 불법·탈법의 남용행위가 기승을 부리는 노동시장의 무질서를 초래하였다. 정규직이 아니라는 의미에서 비정규직이라는 용어를 사용한다는 것 자체가 시사하고 있듯이 비정규직 노동자는 정규직 노동자가 보장받을 수 있는 노동법상 또는 사회보장법상의 권리들이 배제되고 저임금과 항상적인 고용불안정 상태에 놓이게 된다. 비정규직 고용이 늘어나게 된 주된 이유는 인건비를 줄이고 인력조정을 쉽게 할 수 있었기 때문이다. 실제로 비정규직 노동자의 평균적인 임금수준은 정규직의 절반 수준에 지나지 않고 여기에 각종 수당이나 사회보험 부담금을 포함하면 기업의 인건비부담이 정규직 고용보다 훨씬 줄어든다. 이에 비하여 비정규직 노동자의 근로시간은 고용유형에 따라 차이는 있지만 정규직에 비하여 길거나 거의 차이가 없다. 업무내용에 있어서도 기업은 비정규직 노동자를 정규직 노동자에 대체하여 사용하는 일이 많고 상용노동자와 다름없이 일정한 업무에 상시적으로 사용한다. 정규직과 같은 일을 하면서도 그 대우에서는 훨씬 열악한 차별을 받고 있는 것이다. 또한 노동자중에서도 소외계층으로서 정규직 중심의 노동조합으로부터 격리될 뿐만 아니라 고용불안 때문에 스스로 단결하여 자신의 권리를 방어하기도 매우 어려운 것이 현실이다.

이제 비정규직 문제는 사회 전반적인 불평등을 심화하고 노동시장의 법질서를 파괴하는 심각한 사회적인 문제로 대두되었다. 이 때문에 국가나 사회 차원의 특별한 대책이 필요하다는데 일정한 공감대가 형성되었고 이를 위한 법제화 논의가 시작되었다. 하지만 그 해법에서는 노동계와 경영계가 현격한 인식차이를 보이고 있다. 경영계는 현행 노동법제가 지나치게 경직되어 있어서 비정규직이 늘어났다고 주장하면서 '노동유연화'를 위해서는 정규직

의 보호완화 및 비정규직의 규제완화를 요구하고 있다. 반면에 노동계는 우리나라의 노동시장이 어느 나라보다도 유연화 되어 있으므로 노동자들에게만 고통을 전가시키고 있는 '노동유연화' 정책기조를 중단하고 비정규직 노동자의 보호를 위한 법적·제도적 장치를 적극적으로 마련해야 한다고 주장하고 있다.

2. 현행법의 문제점

1) 고용보장에 관한 법규정의 미비

비정규직 노동자의 사회경제적 불평등이 심화되어 가고 있지만 현행법과 제도에는 이렇다 할 만한 보호 장치가 없다. 1998년에 제정된 파견근로자보호등에관한법률(이하 '파견법'이라 한다)에서 파견노동자의 보호에 관한 일부 규정을 두고 있지만 파견사업을 합법화하여 비정규직 문제를 도리어 악화시켰다는 비난을 받고 있다. 근로기준법의 보호내용도 매우 단순하고 제한적이어서 비정규직 고용에서 발생하는 복잡한 법적 문제들을 합리적으로 해결하는데 별로 도움이 되지 못하고 있다. 현행법상 사용자는 노동자의 사용목적이나 기간, 체결방식, 체결절차 등에 관하여 거의 제한을 받지 않는다. 법률이나 단체협약에 의한 제약은 대개 정규직에 한정되어 있다. 비정규직 고용과 관련하여 현행법의 문제점을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 비정규직 노동자의 사용에 아무런 사유제한이 없다. 사용자는 비정규직의 이용에 있어서 광범위한 자유권을 가지고 있고 이를 일반적으로 제한하는 조항이나 법원리가 확립되어 있지 않다. 다만 파견법에서 극히 예외적으로 그 이용이 제한될 따름이다. 파견법에서는 파견노동자를 사용할 수 있는 업무의 범위를 ① 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무, ② 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우, ③ 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우의 세 가지로 열거하고 있다. 이 중에서 일시적인 결원을 보충하기 위한 대체고용이나 임시적이고 우연적인 고용수요의 증가와 같이 경기변동 및 기업사정에 따라 정규직 노동자를 사용하기 곤란한 경우가 있을 수 있다는 점은 수긍이 간다. 하지만 다른 형태의 비정규직 대신 중간착취의 가능성이 높은 파견노동으로서 인력을 충원해야 하는지에 대해서는 여전히 의문이 있다. 또한 전문지식이나 기술 또는 경험을 필요로 하는 업무에 대해서는 비록 시행령으로 열거된 업무만을 허용대상으로 하고 있지만 왜 이러한 분야에 대해서는 굳이 정규직 노동자를 사용하지 않고 비정규직 노동자 나아가 파견노동자를 사용해야만 되는지 그 근거가 불분명하다. 비정규직 자체가 가지는 고용불안의 반가치적 성격을 고려한다면 그러한 고용을 허용하는 데에는 그 이상의 합리적인 이유가 있어야 한다. 오히려 전문성이나 경험이 요구되는 업무가 일시적 수요 때문이 아니라 기업의 통상적인 업무로서 필요하다면 이러한 업무에는 정규직 노동자를 사용하도록 해야 할 것이다.

둘째, 실정법을 위반한 비정규직의 불법적인 사용의 경우 당사자간의 법률관계가 어떻게 되는지 불명확하다. 특히 파견법의 경우 2년 범위 내에서 법정기간을 초과하여 파견노동자를 사용하는 경우나 금지대상업무의 파견, 무허가파견 등의 불법파견의 경우에 당사자간의 법률관계는 어떻게 되는지 명시적인 규정이 없다. 파견노동자와 사용사업주간에 파견계약에 따른 사용관계가 아니라 직접적인 근로계약관계가 존재하는 것인지 아니면 형사적 제재와

는 별개로 파견계약의 효력은 그대로 유효한지 명확하지 않다. 또한 기간초과의 직접고용의 제 조항이 합법적인 파견관계에만 적용되는지 아니면 위법한 파견관계에도 적용되는지에 대한 논란이 적지 않다. 대법원도 이 문제에 대해서는 명확한 입장을 표명하지 않았다.

셋째, 근로계약의 기간에 대한 법적 규율의 변화와 기간제 고용의 확산을 들 수 있다. 비정규직 고용의 가장 일반적이고 공통적인 특징은 계약기간이 미리 정해지고 또한 단기간이라는 점이다. 그런데 근로계약의 기간설정은 해고제한제도를 회피하는 수단으로 얼마든지 악용될 수 있다. 즉 기간을 정한 근로계약은 그 기간의 만료로 당연히 종료되기 때문에 별도의 해고사유를 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 해고예고규정도 적용되지 않는다. 이 때문에 근로계약은 원칙적으로 기간을 설정할 수 없도록 함으로써 노동자의 퇴직의 자유를 보장함과 아울러 해고제한제도에 의하여 고용안정을 유지하는 것이 보편화된 법 원리이다. 현행 근로기준법도 1년을 초과하는 근로계약을 체결할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 대법원이 1996년 판례를 변경하여 1년 이상의 장기근로계약도 유효하다고 판결함으로써 기간을 정한 근로계약을 거의 무제한으로 허용하였다. 이러한 법적 규율의 변화는 해고제한법규의 의미를 퇴색시키는 동시에 기간제 고용을 확산하여 고용불안정을 심화시키는 결과를 초래하게 되었다.

넷째, 절차적 규율의 미비를 들 수 있다. 비정규직의 확산은 정규직 노동자의 비정규직화를 초래함으로써 이들의 근로조건 및 고용안정을 위협하게 된다. 따라서 직접적인 이해관계 당사자인 노동자들의 의사를 반영할 수 있는 민주적인 의사형성절차가 필요하다. 절차적인 규제는 비정규직 고용의 이용에 있어서 사용자의 독단적인 의사결정에 대한 견제수단을 제공하여 그 합리성과 적절성을 유지할 수 있도록 기능할 수 있다. 현행법상의 절차적 규제는 단지 파견노동의 이용에 관한 규정뿐이고 다른 유형의 비정규직 근로의 이용에 대하여는 아무런 제한이 없다. 또한 파견노동의 경우에도 '협의'수준의 의무만을 규정하고 있고 별칙 규정도 없기 때문에 법적 구속력이 거의 없다고 할 수 있다. 한편 단체협약에 의한 비정규직 고용의 절차상의 규율도 역시 일정한 한계가 있다. 비정규직 고용의 증가추세에 대응하여 일부 노동조합에서는 기업의 고용조정시 정리해고나 희망퇴직 후 비정규직 채용을 하지 않도록 합의하는 사례가 있다. 하지만 이러한 합의는 사용자가 성실히 이행하는 경우에는 유효한 억제수단으로 기능할 수 있지만 그렇지 않은 경우에는 다른 적절한 법적 대응수단이 없다는 것이 문제이다. 또한 노동조합의 조직률 자체가 매우 낮다는 점과 인사·경영사항에 관한 단체협약상의 합의 또는 협의 조항의 효력에 대하여 법원이 의견제시의 기회부여 정도로만 좁게 해석하고 있다는 점 등을 고려할 때 단체협약에 의한 규제기능은 극히 미미하다고 볼 수밖에 없다. 결국 현행법의 절차적 규율로는 비정규직 고용을 억제하는데 별 실효성이 없으므로 적절한 대책마련이 필요하고 그것도 단체협약에 의한 노사자치에 맡길게 아니라 보다 적극적인 입법적 개선책이 필요하다.

다섯째, 비정규직 고용의 반복적·계속적 사용에 대한 규율 미비를 들 수 있다. 이것은 해고제한규정의 탈법적인 수단으로서 비정규직 고용을 이용하는 전형적인 경우이다. 비정규직 근로의 반복적·계속적인 사용의 구체적인 형태로는 (1) 근로계약의 반복적 갱신, (2) 동일한 직무에의 다른 비정규직 노동자의 연속적인 사용, (3) 동일한 노동자의 다른 직무로의 연속적 사용의 세 가지로 구분할 수 있다. 이 세 가지 유형 중에서 근로계약의 반복적 갱신에 대하여는 관례나 학설 등 법해석론에 의하여 어느 정도 해결책이 제시되고 있지만 나머

지 두 유형에 대하여는 전혀 논의가 없는 실정이다. 다만, 파견노동의 경우에는 당사자의 합의를 조건으로 1회에 한하여 갱신할 수 있도록 하고 있고 또한 파견기간이 2년을 초과한 경우에는 사용사업주가 직접 고용한 것으로 본다는 규정이 있을 뿐이다. 또한 비정규직 근로의 지속적인 사용의 유형 가운데 반복적 계약갱신의 규율에 관한 법해석론에 있어서도 문제는 여전히 남아 있다. 판례와 학설은 일관되게 반복 갱신된 계약에서 갱신거절은 해고에 해당한다고 보아 기간의 정함이 없는 근로계약으로 취급하지만 어느 정도의 반복이 있어야 그 기간설정이 없는 것으로 되는지 불분명하다. 이와 같이 비정규직 근로의 지속적인 사용에 대하여는 법의 흠결과 해석론상의 다툼이 있어 법적안정성이 결여된 상태이므로 입법상의 정비가 요구된다.

2) 노동3권의 형해화

비정규직 노동자도 단결권을 비롯한 단체교섭권과 단체행동권을 누릴 권리가 있다. 특히 비정규직 노동자의 경우에는 차별처우를 개선하는데 단결활동을 통한 자주적인 개선노력을 조성·촉진하는 것이 정책상 더욱 바람직할 수 있다. 왜냐하면 비정규직의 근로조건은 다양성으로 인하여 입법에 의한 정형화된 보호가 기술적으로 곤란한 점이 많을 뿐만 아니라 일반적 원리로서의 균등대우의 원칙도 그 판단기준의 추상성과 애매함으로 인하여 법 해석만으로 해결하기 어려운 여러 문제들이 발생하기 때문이다.

그런데 비정규직 노동자의 노동3권은 고용 자체의 불안정에서 야기되는 노사간의 힘의 불균등과 시간적·공간적 제약, 정규직 노동자와의 갈등 등으로 인하여 사실상 권리행사가 매우 곤란하거나 불가능한 일이 자주 발생한다. 여기에 복수노조금지규정에 의한 단결권의 제약이 더해져서 비정규직 노동자의 노동3권은 거의 유명무실화된다. 법과 현실의 간극이 더욱 심하게 벌어지는 것이다. 노동3권의 행사에 관련된 비정규직의 불이익은 그 고용형태에 따라 차이가 있다.

(i) 직접고용 비정규직 노동자의 노동3권

직접고용 비정규직 노동자의 노동3권 행사를 가로막는 장애요인은 기간제 고용이라는 불안정한 계약관계와 기업별 노조의 조직형태이다. 기간제 고용의 경우에는 계약기간이 정해져 있기 때문에 노동조합을 조직하면 계약기간이 만료될 때 계약갱신이나 재계약을 하지 않는 사례가 많다. 이러한 일상적인 고용불안정 때문에 노동조합의 조직이나 가입을 꺼려하게 된다. 또한 기간제 노동자는 계약직, 도급노동자, 파견노동자 등으로 신분이 자주 바뀌기 때문에 안정적인 노동조합 활동이 매우 어렵게 된다. 이와 같이 기간제 고용의 경우에는 고용 그 자체의 불안정성이 노동조합의 영속적인 활동을 방해하는 것이다.

다음으로 직접고용 비정규직 노동자들의 노동조합 설립에 장애가 되는 직접적인 법조항은 단위사업장의 '복수노조금지규정'이다. 이 규정은 1963년에 신설된 이래로 단결의 자유를 부당하게 제한하는 것이었고 국내에서는 물론이고 유엔의 사회권위원회나 ILO의 결사의 자유위원회에서도 그 폐지를 권유하는 등 많은 비난의 대상이 되어 왔다. 따라서 2001년에 그 폐지가 예정되어 있었으나 다시 5년간 이를 유예함으로써 직접고용 비정규직 노동자들의 조직화를 가로막았다. 이로 인해서 몇몇 노동조합이 설립 신고필증을 받지 못하거나 많은 우여곡절을 겪은 끝에 간신히 노동조합을 설립하기도 하였다. 한편 경영계에서 단체협약지

침을 통해서 구성원인 회사들에게 '비정규직 노동자들까지 단체협약 포괄범위에 넣음으로써 그들이 독자적으로 노동조합을 건설하는 것을 막으라'는 지침을 전달하는 사례도 보고 되고 있다.

(ii) 간접고용 노동자의 노동3권

간접고용 노동자들에게 단결활동의 상대방은 고용사업주와 사용사업주 양자이다. 이 중에서 특히 사용사업주가 노동자의 고용과 근로조건을 실질적으로 좌우하기 때문에 사용사업주를 상대로 한 노동3권의 보장이 무엇보다 중요한 의미를 갖는다. 실제로도 간접고용 노동자의 노동3권 행사를 방해하는 주체가 주로 사용사업주라는 사실이 이를 반증한다. 사용사업주들은 자신의 사업장에서 실질적으로 노동자를 지휘·명령하여 자신을 위하여 사용하고 또한 채용 및 근로조건 결정에 직접적으로 영향력을 행사하는 일이 많다. 하지만 형식적으로 근로계약의 당사자가 아니라는 이유로 노동조합과의 단체교섭을 거부하고 조합활동을 방해한다. 실태조사에 따르면 노동조합의 설립이나 활동을 이유로 한 파견·용역계약의 해지, 교체요구 등 단결활동에 지배·개입하는 부당노동행위가 종종 보고 되고 있다. 사용사업주의 이 같은 부당노동행위를 막는 유효한 법적 수단이 노조법상의 부당노동행위제도에 법원은 사용사업주와 파견노동자 사이에 직접적인 근로계약관계가 없다는 이유로 이를 인정하지 않는다.

간접고용 노동자의 단체행동권도 거의 유명무실화 되었다. 실제로 사용사업주가 용역업체 노동자의 노조결성을 계기로 용역계약을 해지하고 비조합원만을 새 용역업체에 고용시켜 계속 일을 시킨 사건이 있었다. 이 사건에 조합원만이 정리 해고되었고 이들 조합원이 해고 철회와 원직복귀를 요구하고 단체행동을 하였는데 사용사업주가 자신은 쟁의와 무관하다면서 업무방해금지과 노조사무실명도가처분신청을 하였고 법원은 이를 받아들였다. 비록 파견법에서 파견노동자의 정당한 노동조합활동을 이유로 노동자파견계약을 해지하지 못하도록 규정하고 있지만 별 실효성이 없다. 즉 파견계약의 해지가 강행법규 위반으로 무효라고 하더라도 고용사업주가 적극적으로 그 무효를 주장하고 나서지도 않을 뿐만 아니라 해고노동자의 입장에서도 고용사업주를 상대로 해고무효를 주장해 봐야 아무 소용이 없는 일이 된다. 일반 민사절차에 따른 권리구제는 거의 전혀 실효성이 없는 것이다. 따라서 결국 단체교섭이나 단체행동을 통한 자주적 노력에 기댈 수밖에 없게 되는데 여기서는 다시 법원이 사용사업주가 단체교섭이나 단체행동의 상대방으로 인정되지 않기 때문에 소용이 없게 된다.

3) 특수고용노동자의 노동권 불인정

우리나라에서 법원은 대개의 특수고용노동자를 노동법상의 노동자로 인정하지 않고 개인사업주로 취급한다. 특수고용노동의 대표적인 유형 가운데 보험모집인과 화물운송노동자는 근로기준법상의 노동자성 뿐만 아니라 노동조합법의 노동자성이 모두 인정되지 않았다. 학습지교사나 골프장경기보조원은 근로기준법상의 노동자로 인정하지 않았으나 구체적인 사안에 따라 노동조합법상의 노동자로는 인정되는 경우도 있고 인정되지 않는 경우도 있다. 하지만 이들은 특정한 회사나 사업장에 전속되어 있고 자기 스스로 사업의 위험을 부담하고 자기계산으로 사업을 영위하는 독립사업자로서의 성격이 거의 없다. 결국 특수고용노동

자는 자신들의 직업적인 이익을 옹호하기 위하여 노동조합을 조직하고 있어도 아무런 법적 보호망이 없어 사업주의 일방적인 계약해지의 위협과 탈퇴강요, 업무상 불이익 등의 부당노동행위에 시달리게 된다. 또한 사업주들은 단체교섭요구를 일방적으로 거부하고 있으며 노사갈등이 대화와 타협을 통하여 해결되지 못하고 직접적인 물리적인 충돌로 이어지는 예가 빈번하게 일어나고 있다.

3. 법제화 논의의 전개과정

1) 입법청원과 정부안의 형성과정

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

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

노동부는 노사정위원회의 공익위원안을 중심으로 2003년 11월 법률안을 마련하고, 2004년 9월 8일 국정현안정책조정회의에서 비정규직 법률안을 확정하였으며 9월 10일에 비정규직 법률안을 입법예고를 하였다. 이어 정부입법으로 2004년 11월 '기간제및단시간근로자보호등에관한법률안'(이하 '기간제 법안'이라 한다) 및 '파견근로자보호등에관한법률중개정법률안'(이하 '파견법 개정안'이라 한다)의 두 비정규직 법률안이 국회에 제출되었다.

2) 비정규직 법률안에 대한 비판적 여론 비동

비정규직 법률안이 발표되자 사용자단체뿐만 아니라 매우 적극적으로 비정규직 입법청원을 하였던 노동계조차도 강력하게 반대 입장을 표명하였다. 일부 비정규직 노동자들이 여당

의 당사를 점거하고 강력하게 항의하는 일도 있었다. 전국 104개 노동, 시민, 사회단체로 구성된 비정규노동법 공동대책위원회는 2005년 4월 비정규직 법률안에 대한 국민여론조사와 발표로 이에 대응하였다. 이 여론조사는 대부분 국민들이 정부안보다는 국가인권위원회의 의견을 중심으로 하여 노사정 당사자간의 합의를 통한 입법화 방식을 압도적으로 지지하고 있다고 발표하였다.

2005년 4월과 5월 사이 국회에서는 노사정대표자회의가 열리고 합의형성을 위한 의견교환이 활발히 이루어졌으나 결국 합의점을 찾지 못하고 결렬되고 말았다. 이후 2005년 6월 임시국회에서 정부와 여당의 주도로 법안의 통과를 시도하였으나 민주노동당 의원들의 국회환경노동위원회 소회의실의 점거농성으로 통과가 저지되고 무기한 연기되었다.

3) 비정규직 법률안에 대한 국가인권위원회의 의견 제시

2005년 4월 14일, 국가인권위원회가 이례적으로 정부의 비정규직 법률안에 대한 의견을 제시하였다. 국가인권위원회는 현재 비정규직 노동자의 노동인권의 근본가치가 훼손되고 형해화 되는 위기상황에 처해 있다고 진단하고 비정규직 노동자의 노동인권의 보호와 차별의 해소가 우리 사회의 중요한 사회적 과제임을 강조하였다. 국가인권위원회는 정부의 비정규직 법률안에 대하여 비정규직 노동자의 인권 개선을 위한 긍정적인 움직임이라고 평가하면서도 그것만으로는 노동인권을 보호하기에 충분하지 못하다고 지적하였다. 나아가 헌법과 세계인권선언, 사회권 규약, ILO헌장, ILO협약 등 국제인권규범에서 인정하고 있는 노동인권의 가치와 차별금지 및 동일가치노동 동일임금의 원칙의 이념을 실현하기 위해서는 비정규직의 사용을 합리적인 사유가 있는 경우에 한하여 제한적으로 허용하고, 근로조건의 차별적 처우의 판단기준으로서 동일가치노동 동일임금의 원칙이 정립될 수 있도록 해야 한다고 강조하였다. 이어서 비정규직 법률안의 개선방향을 매우 구체적으로 제시하였다.

우선 기간제 법안에 대해서는 필요한 합리적인 사유가 있는 경우에 한하여 제한적으로 허용하고, 남용을 방지하기 위한 기간의 설정, 계약체결 시 서면을 요건으로 하고 사용사유 및 기간제한 규정, 서면요건주의를 위반한 경우 기간의 정함이 없는 것으로 간주하도록 해야 한다는 의견을 제시하였다. 또한 기간제노동자에 대한 차별적 처우를 금지하는 규정 외에 추가적으로 동일가치노동 동일임금 규정을 명문화 할 것을 요구하였다.

파견법 개정안에 대해서는 허용대상 업무를 일정한 업종으로 제한하고, 파견기간 상한의 유지와 휴지기간의 확장, 파견노동의 불법적 사용 시부터 직접고용을 의제하고 파견노동자의 임금을 직접고용 노동자 임금의 일정 비율 이상으로 보장하거나 노동자파견의 대가를 일정 비율로 제한하고 사용사업주를 상대로 단결권 및 단체교섭권을 실질적으로 행사할 수 있도록 사용사업주의 파견노동자에 대한 책임 부분을 확대하거나 사용사업주의 사업장 노사협의회에 참여할 수 있는 방안을 마련할 것 등의 의견을 제시하였다.

II. 비정규직 법률안의 주요내용

1. 기간제 법안

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

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

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

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

2. 파견법 개정안

파견법 개정안의 주요 내용은 다음과 같다.

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

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

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

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

다섯째, 파견법 개정안은 기간제 법안과 마찬가지로 파견노동자에 대한 차별금지와 노동

위원회를 통한 차별시정절차, 파견사업주의 파견노동자에 대한 파견료 등의 서면고지의무를 신설하였다.

III. 비정규직 법률안의 평가

1. 법안의 기본취지와 종합적인 평가

비정규직 법률안의 기본골자는 비정규직의 자유로운 사용을 확대하되 남용과 차별은 금지한다는 것이다. 그러나 비정규직 법률안의 차별시정제도가 법리적인 측면에서나 실효성의 측면에서 여러 가지 문제점을 안고 있고 이 문제들이 쉽게 해결될 수 있는 것이 아니어서 남용과 차별의 금지라는 입법목적 달성이 어려운 것으로 보인다. 이런 점을 간과한 채 비정규직의 사용에 대한 규제는 풀고 차별은 금지하는 것이 세계적인 추세라고 운운하는 것은 문제의 본질을 간과한 것이라고 할 수 밖에 없다. 규제완화가 노동시장을 유연화하고 고용창출의 계기가 될 수 있으며 따라서 그 남용과 차별만 규제하면 된다는 비정규직 법률안의 전제는 타당하지 않다. 고용안정은 노동자보호의 핵심을 이루는 것이다. 고용조정을 쉽게 하면서도 근로조건 악화를 가져오지 않을 수 있다는 가설은 법 논리적으로도 현실적으로도 전혀 가능하지 않다. 근로조건 악화와 차별의 심화는 비정규직 고용의 부수적이고 간접적인 효과가 아니라 본질적인 이유이고 직접적인 결과이다. 차별시정제도가 사후대책으로서 전혀 의미 없는 것은 아닐 것이나 그 전에 사전적인 예방조치를 강화하는 것이 더 현실성이 있어 보인다. 즉 차별규제라는 사후적 조치 보다 사전적 예방적 조치라고 할 수 있는 사용사유 및 기간의 엄격한 제한이 바람직한 대책이 아닌가 한다.

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

2. 두 법률안의 공통적인 문제점

1) 사용사유 제한의 결여

정부의 비정규직 법률안은 현행법과 마찬가지로 비정규직의 사용사유에 대한 제한을 하지 않았다. 기간제 법안은 사용사유에 대한 제한을 전혀 두고 있지 않으며 파견법 개정안은 특정한 사유없이 자유롭게 사용할 수 있는 업종을 26개 업종에서 전업종으로 확대하였다. 현재 만연되어 있는 불법파견을 모두 합법화 하겠다는 것이다. 비정규직 자체가 가지는 고용불안의 반가치적 성격을 고려한다면 그러한 고용을 허용할 때는 그 이상의 합리적인 사유가 있어야 한다. 그러한 사유란 업무의 성격이 일시적이거나 정규직 노동자의 일시적인 결원에 대한 대체, 기업업무량의 일시적인 증가 등 정규직을 고용하기가 곤란한 객관적인 합리성이 있는 경우를 말한다. 기업의 통상적이고 영속적인 업무에 비정규직을 이용하는 것

은 정당한 사유가 될 수 없다. 비정규직 문제의 올바른 해결책은 사회경제적으로 객관적인 합리성이 있는 경우에 한하여 비정규직을 이용할 수 있도록 하고 그 경우 정규직과 비교하여 차별 없이 그에 따른 정당한 대가를 지불하게 하는 것이다. 사용사유에 제한이 없는 비정규직 규율이란 사용기간의 확대와 맞물릴 때 정규직의 비정규직화로의 통로를 열어주는 것이나 다름이 없는 것이다.

2) 차별금지 및 차별시정절차의 실효성 의문

차별금지제도의 실효성과 관련하여 중요한 것은 입법의 실질적인 효과이다. 비정규직 법률안의 차별금지원칙과 그 시정절차가 실제로 차별해소에 얼마나 기여할 수 있는지가 중요한 관건이다. 우리나라에서 차별금지제도는 현재 남녀고용평등법의 경험을 비추어 볼 때 그 실효성에 근본적으로 의문이 있으며 비록 효과가 전혀 없는 것은 아니겠지만 의미 있는 변화를 기대하기 어려울 것으로 보인다. 그 이유는 첫째, 차별에 대한 직접적인 형사제재나 민사적인 제소 가능성을 배제하고 행정기관인 노동위원회를 통한 간접적인 규제방식을 취하고 있어 실효성이 크게 떨어질 것이라는 점이다. 둘째, 정규직 노동자의 업무와 비정규직 노동자의 업무 자체를 분리하여 각각 고용할 경우에는 그로 인하여 생겨나는 차별을 전혀 제어할 수 없다. 즉 '동종 내지 유사업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자'가 존재하지 않는 경우에는 차별금지효과의 사각지대가 될 수 있다. 셋째, 법리적으로 노동위원회의 구제절차나 소송으로 구제받을 수 있는 가능성이 있다고 하더라도 기간제 고용의 특성상 갱신거절의 위험을 무릅쓰고까지 법적 절차를 이용할 것 같지는 않다는 점이다. 즉 노동자가 차별을 이유로 법원에 제소하거나 노동위원회에 시정신청을 한 후에 사용자가 이를 빌미로 재계약을 하지 않을 경우에는 전혀 대책이 없다. 과연 승소의 가능성도 자신할 수 없는 상태에서 직장상실의 위험을 무릅쓰고 시정절차를 적극적으로 활용할 수 있겠는가 하는 의문이다. 더구나 지방노동위원회에서부터 대법원에 이르는 장기적인 구제절차는 이 제도를 이용하려는 비정규직 노동자를 좌절시키기에 충분하다. 노동분쟁에 대한 신속하고 간소한 절차가 마련되지 않은 상황에서 차별시정절차는 그만큼 실효성이 떨어질 수밖에 없는 것이다.

3) 노동3권의 보장에 대한 대책 결여

정부안은 비정규직 사용에 대한 규제완화가 비정규직 노동자의 노동3권에 미칠 효과에 대하여 아무런 문제의식이 없다. 노동자는 근로기준법 등 노동보호법을 통한 국가의 후견적 기능이 가지는 일정한 한계에 대하여 자주적으로 단체교섭과 단체협약을 통하여 고용안정 및 근로조건을 확보해왔다. 그런데 기간제와 파견제의 확산은 고용안정을 근본적으로 훼손하고 그 필연적인 결과로서 노동3권을 무력화한다. 고용안정 없이는 근로조건을 유지개선도 노동3권도 아무런 소용이 없게 된다. 단시간노동자든 파견노동자든 모두 기간제이고 이 기간제라는 고용형태가 모든 비정규직 문제의 핵심이라고 보는 것도 이 때문이다. 기간제 노동은 재계약의 보장이 없다는 점에서 주기적인 고용불안과 이로 인한 사용자에 대한 종속성을 심화시킨다. 기간제 법안의 사유제한 없는 단순한 최장 기한의 제한은 사용자가 자유롭게 신규 노동자를 선별적으로 정규직화 할 수 있도록 보장함으로써 노동통제를 한층 강화하고 노동3권을 유명무실하게 만들 가능성이 크다.

3. 사용기간의 연장과 고용불안정의 심화

비정규직 법률안은 기간제 고용 및 파견제 고용의 사용기간을 동일하게 3년으로 연장하였다. 최장 사용기간의 연장과 관련하여 법원이나 학계의 일각에서는 고용보장의 관점에서 현행법의 1년 보다 3년이 더 유리할 수 있다고 주장하고 있다. 그러나 객관적이고 합리적인 '사유'에 의한 제한이 보다 고용보장에 유리하다는 것은 말할 필요도 없다. 또한 비정규직 법률안은 최장기간을 3년으로 정했다는 의미이지 3년간은 반드시 보장된다는 뜻이 아니라 는 점을 호도하는 것이다. 1년이든 2년이든 얼마든지 단기로 정할 수 있고 이는 사용자가 일방적인 결정에 맡겨져 있다. 오히려 비정규직 법률안은 반복적 갱신으로 기간의 설정이 형식에 지나지 않을 경우 기간의 정함이 없는 것으로 보는 판례와 학설의 일반적 경향에도 반하는 내용을 담고 있다. 결국 고용불안만 더욱 가속화 될 것이고 이로 인하여 노동자의 종속성이 극도로 심화될 것임은 불을 본 듯 명확하다. 또한 일부에서 '징검다리 효과' 운운하고 있으나 그렇다고 하여 종속성이 완화되는 것이 아니라 단지 '수습기간'의 연장에 지나지 않는다고 보는 것이 옳을 것이다.

4. 불법파견의 규제 후퇴

1) 고용의제조항의 삭제

파견법 개정안은 기간초과 사용 시의 법적 효과와 관련하여 고용사업주 대신 사용자사업주가 파견노동자를 고용한 것으로 본다는 고용의제조항을 없애고 단지 파견노동자를 직접 고용해야 한다고 하는 직접고용의무조항, 보다 정확하게는 채용의무조항으로 바꾸었다. 이러한 채용의무조항을 이행하지 않을 경우에는 과태료의 부과 외에 달리 규정을 두고 있지 않다. 따라서 파견노동자가 직접 사용자사업주를 상대로 근로관계의 존재를 주장할 수 없게 되어 있다. 이 점이 고용의제조항과 결정적으로 차이가 나는 부분이다. 현행법과 같이 고용의제조항이 있는 경우에는 사용자사업주를 상대로 직접 노동자로서의 지위확인과 함께 고용되었다면 받을 수 있었던 임금의 소급지급을 청구할 수 있는 것과는 확연히 다른 것이다. 이 때문에 파견법 개정안은 오히려 입법상 명백한 후퇴라는 주장이 더 설득력이 있는 것 같다.

이 점에 대하여 노동부는 고용의제는 외형상 강력한 제재방식이나 사용자사업주가 직접 고용 불이행시 제재가 없어 실효성이 저하되고 노동자가 구제받기 위해서는 부당해고쟁송을 제기해야 하며 사용자는 법률소급효 및 쟁송과정에서 감정악화 등으로 직접고용 유인이 감소하며, 당사자의 의사합치 없이 근로관계가 강제되어 사적자치원칙, 특히 근로계약의 일신전속적·계속적 성질에 반하기 때문이라고 주장한다. 하지만 파견노동관계에서 중요한 것은 누가 근로계약의 진정한 당사자인 사용자로서 법적책임을 부담할 수 있는 능력과 자격을 갖추고 있는냐이다. 그러한 능력과 자격을 갖춘 경우라야 노동자를 '고용'한 후 '고용관계를 유지'한다고 인정할 수 있고 또한 노동자파견이 필연적으로 안고 있는 사용자책임을 회피 및 중간착취의 위험 그리고 노동자의 고용불안의 폐해를 막을 수 있는 것이다. 따라서 사용자사업주가 불법으로 파견노동자를 사용할 경우의 근본적인 대책은 직접고용을 의제하는 것

이다. 또한 고용의제가 당사자의 의사합치 없는 근로관계를 강제하여 사적자치에 반한다거나 부당해고쟁송으로 인해 사용자주의 직접고용유인이 감소될 것이라는 노동부의 주장은 사용자의 불법행위를 조장하는 것과 하등 다를 바가 없다고 할 것이다. 프랑스나 독일과 같은 다른 나라의 입법례에서도 불법과견에 대하여 고용의제조항을 두는 경우를 얼마든지 볼 수 있고 사적자치의 원칙 운운은 과연 노동부가 비정규직 노동자에 대한 보호 의지를 가지고 있는지 의심케 하는 대목이라고 할 것이다.

2) 기간초과 외 불법과견의 직접고용의무 효력발생시기의 불명확

과견법 개정안은 무허가과견 및 금지대상업무의 과견에 대하여도 직접고용의무를 부과하는 규정을 신설하였다. 하지만 이 경우에도 고용의제조항 대신 직접 고용할 의무를 지운데 지나지 않으므로 기간초과의 사용과 동일한 문제가 발생한다. 반면에 여기서는 직접고용의무의 발생시기와 관련하여 해석상 논란의 여지가 있다. 금지대상업무의 과견에 있어서는 과견노동자의 사용 자체가 처음부터 금지되므로 사용자에게 과견노동자를 사용한 날부터 직접 고용해야 할 의무가 발생한다는 점에 대해서는 별로 문제가 없어 보인다. 하지만 무허가 과견의 경우에는 조문의 구성상 금지대상업무의 과견과 같은 조항으로 규정하지 않고 오히려 기간초과의 경우에 포함시킨 것으로 보아 과견업무가 금지대상업무가 아닌 한 3년이 지나야 직접고용의무가 발생한다고 해석될 가능성이 높다. 그리고 과견법 개정안은 제조업의 직접생산공정업무에 과견노동자를 사용할 경우에는 직접고용의무규정을 두지 않았다. 논리적으로는 금지대상업무의 과견에 대한 직접고용의무 조항을 유추적용 해야겠지만 입법상의 실수로 보인다. 결국 과견대상업종의 무제한적인 확대와 더불어 직접고용의제 조항의 삭제는 도급으로 위장한 무허가의 불법과견을 더욱더 부추길 가능성이 높은 것으로 판단된다.

3) 휴지기간의 실효성 의문

과견법 개정안은 사용자가 동일한 업무에 과견노동자를 3년 사용한 경우에는 3월의 휴지기간을 두도록 하고 있다. 그런데 만약 사용자가 이 규정을 위반하여 휴지기간이 도과하기 전에 다른 과견노동자로 바꿔 사용하거나 또는 기존의 노동자를 일시적으로 사용하지 않다가 3월이 도과하기 전에 다시 사용하는 경우에 직접고용의무조항을 적용할 수 있는가. 과견법 개정안에는 휴지기간의 미준수에 대한 벌칙조항만 있을 뿐이다. 따라서 과견법 개정안의 해석상 직접고용의무의 적용대상은 사용관계가 단절되지 않은 채 계속 사용된 기존의 과견노동자로 제한된다고 볼 수밖에 없다. 행정관청의 엄격한 감독과 법집행의지에 따라 이러한 형태의 불법과견의 이용가능성이 제한될 수도 있겠지만 3개월이라 짧은 휴지기간과 다른 형태의 비정규직 대체 사용에 대한 제한이 없다는 사정을 고려한다면 과견노동자의 고용안정에는 별 실효성이 없을 것으로 보인다. 다른 나라의 입법례에서 비정규직의 사용에 휴지기간을 두도록 한 근본적인 취지는 기업의 상시적인 업무에는 비정규직을 사용하지 못하도록 함으로써 남용의 위험을 제거하기 위한 것이다. 이러한 취지를 제대로 이해한다면 휴지기간을 늘리는 것 외에 이를 위반할 경우 직접고용의제 조항을 확대 적용하는 방향으로 개선할 필요가 있다.

IV. 향후 과제

1. 고용안정의 보장

1) 기본방향

비정규직 고용의 법적규율에 있어 기본방향은 고용안정의 본질적인 가치를 해치지 않는 범위 내에서 인력운영의 유연성을 도모하는 것이어야 한다. 기업의 진실한 고용수요와 비정규직 노동자의 노동권이 조화를 이룰 수 있도록 해야 한다. 고용안정은 노동자가 노동법상의 제 권리를 행사하는데 절대적인 전제 조건이다. 비정규직 고용은 고용안정의 법적 장치인 해고제한 법규의 탈법적인 회피수단으로 사용되기 때문에 이를 방지할 수 있는 입법을 마련하고 동일가치노동 동일임금 원칙을 엄격히 적용함으로써 비정규직 고용의 유인요인을 줄여나가야 한다. 비정규직 노동자의 고용안정을 위해서 필요한 기본적인 법적 기제는 기간제와 간접고용(과견노동은 간접고용의 한 유형이다)의 규제이다. 계약기간의 설정과 간접고용이 정규직과 비정규직의 주된 법적 구별표지이고 이것이 노동법의 핵심적인 보호규정들을 회피하는 수단이 되는 것이다. 따라서 이러한 고용형태의 규제가 비정규직 고용을 규율하는 요체가 된다. 이를 위해서는 먼저 고용법의 기본원리로서 상시고용의 원칙과 직접고용의 원칙의 두 법 원리를 정립할 필요가 있다.

(i) 상시고용의 원칙

상시고용의 원칙은 근로계약은 기간을 정하지 않는 것이 원칙이고 기간제 고용은 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용한다는 것이다(기간설정금지의 원칙). 여기서 특별한 사정이란 기간설정을 금지할 경우 기간을 정하지 않은 근로계약에 의하여 생겨나는 법적인 부담을 사용자에게 지우는 것이 적절하지 않다고 생각되는 사정을 말한다. 반면에 이러한 특별한 사정이 아닌 통상적이고 영속적인 업무에 비정규직 노동자를 사용해서는 안 된다. 이러한 원칙의 정립은 여러 가지 면에서 의미 있는 효과를 가지고 있다. 우선 무엇보다 중요한 것은 기업의 통상적인 업무에 비정규직을 채용함으로써 해고제한법의 규제를 회피하려는 것을 예방하여 고용안정을 도모할 수 있다. 둘째, 동일한 기업 내에서 정규직과 비정규직의 분열을 이용한 노동지배화를 억제할 수 있고 비정규직이 비노조화 되는 부작용을 줄일 수 있다. 셋째, 정규직 노동자에게 정리해고대신 비정규직의 선택을 강요하는 불법적인 정리해고를 억제할 수 있다. 마지막으로 이 원칙은 사용자가 비정규직 고용을 이용하고자 할 때 지켜야 할 중요한 지침이 될 뿐만 아니라 비정규직 사용의 위법성여부를 판단할 때 법원의 일반적인 해석기준이 될 수 있다.

(ii) 직접고용의 원칙

직접고용의 원칙은 사용자가 기업의 통상적이고 영속적인 업무에 노동자를 사용하고자 하는 경우에는 직접 고용해야 한다는 것이다(간접고용금지의 원칙). 노동자는 사용자종속관계에 있는 상대방에게 직접 고용됨으로써 안정적인 고용을 확보할 수 있기 때문에 직접고용은 고용보장을 유지하는 전제조건이 된다. 이러한 직접고용의 원칙은 과견노동이나 용역,

하청, 소사장 등의 간접적인 고용형태의 비정규직 고용을 억제하고 특히 위법한 비정규직 고용의 법률관계를 명확히 할 수 있다는데 중요한 의미가 있다. 왜냐하면 간접고용 비정규직의 경우에는 직접고용 비정규직과는 달리 법률관계가 다면적으로 형성되기 때문에 당해 법률관계의 성립근거가 되는 노동자파견계약이 강행법규 위반으로 무효가 될 경우 어떠한 근거에 의하여 그 법적 성격을 결정할 것인가가 모호해지기 때문이다. 따라서 직접고용의 원칙을 명시할 경우 위법한 간접고용의 경우에는 사용자와 비정규직 노동자간에 직접적으로 근로관계가 형성된 것으로 의제되고 그만큼 비정규직 노동자는 법적으로 안정적인 고용을 보장받게 된다.

2) 구체적인 개선방안

(i) 비정규직 고용의 사용사유를 제한해야 한다. 이를 위하여 근로계약은 기간을 정하지 않는 것을 원칙으로 하며 기업의 통상적이고 영속적인 업무에는 기간제 노동자 및 파견노동자의 사용을 금지한다는 규정을 명시한다. 다만, 일시적, 임시적 수요에 대하여는 현행 파견법에서 규정하고 있는 허용대상업무에 준하여 허용하되 전문적 기술이나 경험, 지식을 요하는 업무는 제외한다.

(ii) 비정규직 고용이 허용되는 경우에도 그 사용기간을 제한한다. 사용기간의 최장 한도는 실질적으로 정규직을 대체할 수 있는 효과가 생기지 않는 범위 내에서 법정기한으로 정하면 될 것이다.

(iii) 형식적인 요건으로서 비정규직 계약은 반드시 서면방식에 의하도록 한다. 서면계약 방식은 사용자에게는 사용사유를 명확하게 하고 노동자에게는 고용조건 및 근로조건을 명확하게 알 수 있도록 함으로써 비정규직 고용의 남용과 정규직 노동자와의 부당한 차별이 생겨나지 않도록 할 수 있다. 또한 국가는 효율적으로 근로감독을 행할 수 있고 분쟁 시 법원의 판단을 용이하게 할 수 있다.

(iv) 비정규직 사용의 절차적 제한으로서 노동자의 참여권을 보장한다. 노동자의 참여형태와 범위는 구체적인 사정에 따라 개별적으로 정해야 하겠지만 적어도 노동조합 또는 노동자대표와의 사전협의 내지 협의를 거치도록 한다.

(v) 비정규직 고용의 반복적·계속적인 사용을 규제하기 위한 법적 장치를 마련한다. 우선 동일한 직무를 위하여 동일한 노동자와 기간제 계약 또는 파견근로계약을 반복적으로 갱신하는 경우에는 법정기간 내에서 1회에 한하여 허용하고 그 이상의 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약 또는 직접 고용한 것으로 본다는 의제조항을 둔다. 다음으로 동일한 직무를 위하여 다른 노동자와 기간제 계약 또는 파견계약을 계속하여 이용하는 경우(반복적 교체고용)는 원칙적으로 이를 금지하며 이를 위반하면 기간의 정함이 없는 근로계약 또는 직접 고용한 것으로 본다는 의제조항을 둔다. 다만 기존의 기간제 노동자 또는 파견노동자와의 근로관계가 기간만료 전에 종료된 경우에는 잔여기간에 대하여 이를 이용할 수 있게 한다. 또한 다른 직무를 위하여 동일한 노동자와 기간제 계약 또는 파견계약을 반복하여 이

용하는 것을 금지하고 이를 위반한 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약 또는 직접 고용한 것으로 본다는 의제조항을 둔다.

(vi) 비정규직 규제입법의 실효성을 보장하기 위한 조치를 강구한다. 법규위반에 대하여는 우선적으로 형사적 제재를 가하고 비정규직의 이용사유, 계약기간, 서면계약 등 기본적인 요건들을 위반한 경우에는 계약 자체가 무효가 되는 것이 아니라 기간을 정하지 않은 근로계약 또는 직접적인 근로계약으로 전환된다는 의제조항을 둬으로써 당사자간의 법률관계를 명확하게 한다.

2. 동일가치노동 동일임금 원칙의 정립과 차별구제절차의 실효성 제고

비정규직의 확산과 남용의 핵심적인 유인요인은 고용불안정을 이용한 저임금노동이다. 비정규직 노동자들의 상당수는 정규직 노동자들과 동일한 직무를 수행하고도 근로조건에서 심각한 차별대우를 받고 있다. 따라서 차별금지법 비정규직 노동자의 처우개선 효과와 함께 근로조건의 차별이 비정규직 고용의 유인요인으로 작용하는 것을 막기 위하여 필요불가결하다. 이를 위해서는 우선적으로 동일가치노동 동일임금원칙을 법률로 명시하고 차별적인 처우에 대한 실효성 있는 구제절차가 마련되어야 한다. 앞서 보았듯이 노동위원회와 같은 행정기구를 통한 간접적인 구제절차만으로는 기간제 고용의 특성상 그 실효성이 전혀 없을 가능성도 배제할 수 없다. 차별의 구체적인 기준을 마련하고 부당한 차별에 대한 직접적인 형사제재와 함께 사법상의 청구권을 보장해야 한다.

3. 불법파견의 규제 강화

불법파견의 피해자인 간접고용 근로자가 고용안정을 비롯한 노동법상의 보호를 정규직 근로자와 차별 없이 받을 수 있도록 하기 위해서는 관계법령의 전반적인 손질이 불가피하지만 여기서는 몇 가지만 지적해 두고자 한다.

첫째, 노동행정기관의 감독기능의 강화이다. 불법파견이 만연하게 된 것은 감독기관인 노동부의 안이한 문제의식과 태도에 기인한 바가 크다. 불법파견이 근로자들의 고용상의 불안을 약점으로 삼아 음성적으로 행하여지고 있고 소송을 통한 권리구제가 입법상의 불비로 극히 취약할 수밖에 없다는 점을 고려하면 노동행정기관의 적극적인 실태조사와 감독이 끊임없이 요구된다. 또한 불법파견으로 확인될 경우 적극적인 행정지도, 사업장폐쇄 등 행정조치와 형사고발 조치가 뒤따라야 할 것이다.

둘째, 불법 파견근로를 이용한 사용자에 대한 형사처벌의 강화이다. 현행법상 불법파견은 파견법뿐만 아니라 직업안정법에 의하여 형사처벌을 받게 된다. 그러나 이러한 형사처벌의 위협은 불법파견을 억제하는데 별로 효력을 발휘하지 못했다. 그 이유는 감독행정기관 및 검찰의 의지나 능력부족에도 있겠지만 입법적인 결함의 탓도 크다. 문제는 직업안정법과 근로자파견법에 의한 규제가 사용자보다 파견사업주를 중심으로 하고 있다는 점이다. 불법파견이 사용자책임 회피수단으로서 이용하는 것이 보통이고 또한 파견·용역업체가 사용자에게 종속되어 있는 영세업자인 경우가 대부분임을 감안한다면 오히

려 일차적인 책임주체는 사용자사업주가 되어야 한다. 하지만 직업안정법은 사용자사업주에 대하여는 전혀 처벌규정을 두고 있지 않고 과건법에서도 과건사업주는 무겁게 처벌하는 반면(3년 이하의 징역 또는 2만원 이하의 벌금) 사용자사업주는 그 처벌이 가볍게 규정되어 있다(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금). 사용자사업주와 과건사업주의 형사책임을 최소한 균등하게 규정해야 한다.

셋째, 불법과건을 근절하기 위해서는 고용의제조항의 적용범위를 확대해야 한다. 현행법은 과건근로자를 2년 이상 사용한 경우에만 직접 고용한 것으로 본다는 규정을 두고 있을 뿐이다. 따라서 다른 유형의 불법과건 시 고용책임을 명확히 하는 입법적인 보완이 필요하다. 이 경우 대부분의 과건업체가 영세하여 사용자로서의 법적 책임을 부담할 능력이 부족하고 상대적으로 사용자사업주의 강력한 영향력 하에 놓여져 있는 현실을 고려하여 사용자사업주와 직접 근로계약관계가 성립하는 것으로 간주하는 고용의제조항의 적용범위를 폭넓게 규정하는 것이 불법과건을 방지하는데 매우 효과적일 것이라고 생각한다. 또한 고용의제의 효력발생시기를 불법과건의 내용에 따라 달리 규정할 필요가 있다. 기간초과를 제외한 무허가과건이나 금지대상업무의 과건 등 과건노동자의 사용 자체가 처음부터 위법인 불법과건은 최초로 사용된 날부터 직접 근로관계가 성립하도록 해야 한다. 그리고 직접고용의제 후의 근로계약기간에 대한 법해석상의 혼란을 없애기 위하여 기간의 정함이 없는 근로계약임을 명시하여야 한다.

4. 간접고용 노동자의 노동3권의 실질적인 보장

비정규직 노동자는 집단적인 권리의 행사에서도 정규직에 비하여 차별을 받아 왔지만 정부의 법제화 논의에서는 완전히 배제되었다. 특히 간접고용 노동자의 경우에는 근로관계의 이중성이 노동3권 행사의 장애로 작용하였다. 간접고용에서 근로관계의 이중성은 노동자를 실제 사용하여 이윤을 챙기는 사용자사업주가 그에 따르는 노동법이나 사회보장법상의 책임은 고용사업주에게 떠넘기는 탈법적인 수단이다. 근로계약의 당사자인 고용사업주는 상당수가 폐업을 반복하면서 노동자의 모집과 임금지급의 관리업무를 행하는 외에 사실상 사회적 생명력이 없는 기업이다. 이러한 고용사업주를 상대로 한 노동3권의 행사란 허수아비를 상대로 하는 것과 별반 다르지 않다. 결국 간접고용 노동자의 노동3권을 제대로 보장하기 위해서는 사용자사업주가 노동조합법상의 사용자로 인정되어야 한다. 실정법상으로도 명시적으로 이를 부정하는 어떤 규정도 존재하지 않는다. 오히려 노동조합법은 사용자개념에 대하여 근로계약을 전제로 하지 않는 포괄적인 정의규정을 두고 있을 뿐이다. 그럼에도 법원이 사용자사업주를 노동3권 행사의 상대방으로서 인정하지 않고 있기 때문에 입법으로 노동조합법상의 사용자개념을 확대할 필요가 있다.

5. 특수고용 노동자의 노동권보장

비정규직 가운데에서도 특수고용 노동자의 경우에는 '비정규직' 노동자가 아니라 아예 '노동자'도 아니라는 생각이 정부나 법원 그리고 일부 학자들을 지배하고 있다. 정부도 특수고용 노동자의 권익보호를 위한 대책마련을 위해 노사정위원회에서 특위까지 만들었으나 합의점

을 찾지 못하였다. 이렇게 된 까닭은 우리나라 특수고용 노동자의 문제의 본질을 제대로 깨닫지 못하고 있기 때문이라고 본다. 물론 산업조직의 변화 및 고용형태의 다양화로 노동자와 자본가적 기업이라는 전통적인 이분법에 의하여 명확히 구분하기 어려운 중간영역의 노무제공형태, 이른바 '독립노동'이 점차 확산되고 있는 것은 보편적인 현상이라고 할 수 있다. 하지만 이러한 일반적인 추세를 감안하더라도 우리나라에서 특수고용노동의 문제는 문자 그대로 '특수한' 성격을 아울러 가지고 있다. 그것은 이러한 형태의 고용이 노동자들이 당연히 누려야 할 노동법 및 사회보장법의 여러 권리들을 박탈하는 방향으로 전개되고 있다는 점이다. 그 가운데 핵심적인 것이 위장자영인의 문제이다.

위장자영인은 실질적으로 노동자인데 사용자가 법의 허점을 악용하여 근로계약 대신 도급계약이나 위임계약 등을 체결함으로써 자영인인 것처럼 위장하는 것을 말한다. 위장자영인의 확산과 남용은 사용자의 그릇된 법의식에서 비롯된 것이지만 노동자인지 아닌지를 가늠하는 법원의 판단기준이 지극히 모호하고 기계적인 탓도 적지 않다. 더욱이 지금 대개의 특수고용 노동자가 일하고 있는 업무나 업종은 처음부터 이러한 고용형태에 의하여 수행되었던 것이 아니라 기존에는 정규직 노동자가 행하던 것이었다. 즉 회사 측이 인건비절감이나 고용조정을 쉽게 하기 위한 구조조정의 일환으로써 강제 또는 반강제로 이러한 고용형식을 도입 또는 전환시킨 것이다. 노동자의 희생을 재물로 삼은 고용의 특수화, 바로 여기에 우리나라 특수고용노동 문제의 본질이 있다. 또한 우리의 경우에는 사회보장, 사회복지 등 사회적 안정망이 매우 부실하기 때문에 노동법상 노동자로 인정받을 경우와 그렇지 못할 경우 노동자가 받게 될 법적, 경제적 불이익이 다른 나라와는 현저하게 차이가 난다. 따라서 그만큼 당사자에게는 절박한 문제가 될 수밖에 없다. 다른 나라에서는 보기 드문 특수고용 노동자의 잇단 격렬한 사회적 저항은 이런 맥락에서 이해해야 한다고 본다.

현재 우리나라에서 주로 문제가 되고 있는 특수고용 노동자의 유형, 즉 특정 사용자의 사업조직에 절대적으로 편입되어 있는 골프장경기보조원이나 학습지교사, 레미콘지입차주, 특정 보험회사 전속보험모집인 등의 직업들은 다른 나라에서는 그 예를 찾아보기가 힘들다. 이러한 직업군은 자기의 계산으로 사업의 위험을 스스로 부담하고 고객을 자유롭게 선택할 수 있는 독립적인 자영업자로서의 성격이 거의 없다. 다만 일부 개인화물운송사업자 정도가 다른 국가에서도 비슷한 유형을 발견할 수 있지만 이들도 최소한 준노동자로 인정되어 과업권이 인정되는 등 전부 또는 부분적으로 노동법적 보호를 받고 있다. 그리고 우리나라의 특수고용노동과는 그 성격이 똑 같지는 않지만 대개의 서구 국가에서도 독립노동자에게 노동법 규정이나 원리를 전부 또는 부분적으로 적용하고 있다.

특수고용노동 문제의 해법은 두 가지로 정리할 수 있다. 한편에서는 독립노동의 증가에 따르는 허위, 가상의 위장자영인화를 방지하는 것과 다른 한편에서는 법적으로는 적어도 진정한 의미의 자영인이라고 할 수 있지만 사회경제적 조건이 노동자와 거의 다를 바 없어 노동법적인 보호가 필요한 사람에게 적절한 보호를 하는 것이다. 비록 전통적인 의미에서의 노동자가 아니더라도 노동법적 보호가 필요한 경우는 얼마든지 있을 수 있다.

일본 비정규직관련 법개정의 동향과 실태
- 노동자파견법 시행 19년과 노동자 권리 파괴를 중심으로 -

Wakida Shigeru(Rhukoku Univ., Japan)

I. 노동자파견법 시행 19년과 노동자 단결의 무력화

1-1. 1980년대 노동 행정의 변질

1980년대 초 일본의 노동 입법·행정이 크게 후퇴하기 시작하고서부터 20년 이상이 경과했다. 1980년대 초반, 이미 확대되어 있었던 '파트 타임 노동'은, 주부를 사회보험법과 세법상의 피부양자로 취급하면서 낮은 임금을 정당화하는 차별적 고용 형태이었다. 노동 행정은 당초, 파트 타임 노동에 부정적인 태도를 취하고 있었지만, 재계의 압력을 받고, 1983년경부터 사실상 이것을 공인해서 「파트뱅크」를 각지에 설치했다. 더욱이 1985년의 노동자파견법은, 위법한 위장 노무도급형태를 엄격하게 감독하는 것이 아니라 이것을 공인함으로써, 사실상 그 후 간접고용이 확대되는 중대한 계기가 되었다.

1-2. 노동자의 단결 약화를 목적으로 하는 비정규직 고용 도입 확대

비정규직 증가의 배경으로, 제조업을 대신해서 서비스업이 증대한 것, 고용 노동자가 80%를 넘은 것, 여성 노동자가 증가한 것 등 취업 구조의 큰 변화가 있다고 생각되지만, '단결 파괴'라고 하는 관점에서 비정규직의 도입과 확대 정책을 포착하는 것이 중요하다. 즉, 1980년대 이후, 일본의 경제계나 정부는 비정규직의 증가를 통해서, 노동자의 단결을 약화하는 것을 목적으로 의도적으로 비정규직을 확대해 온 것에 주목할 필요가 있다.

1-3. 노동조합과 '정사원주의' 예외의 용인

비정규직은 처음에는 '예외'적인 형태라고 하면서 도입되었다. 그러나 경제계나 정부의 목적은 그것을 '트로이 목마'처럼 노동자전체의 지위를 약화시키는 것이었다. 유감스럽게도 일본의 노동조합은 이러한 경제계나 정부의 목적을 간파하지도 못했고 정면으로 대항할 수도 없었다. 현재도 이런 상태라고 할 수 있다. 기업별로 남성 정규직을 중심으로 조직된 일본의 노동조합은, 파트타임 노동이나 파견 노동에 무관심해서, 여성이나 다른 회사 소속 노동자인 비정규직 노동자에게 연대 의식을 가지는 경우가 적다. 비정규고용 형태가 의미하는 노동자권리 파괴효과가 얼마나 위험한 것인가에 대해 둔감하고, 현재도 여전히 그러한 의식이 전환되지 못하고 있다.

1-4. '일본노동조합총연합회'(연합)의 역할

1970년대까지 많은 노동쟁의를 지도하면서 자본과 정부에 대항하는 자세를 가지고 있던 '총평'으로부터, 1980년대 후반에 이르러 친미·노사협조 노선을 특징으로 하는 '렌고'(연합,連合)이 일본의 노동조합운동을 지도하게 되었다. 이 '연합'은, 대기업 정규직이나 공무원을 중심으로 한 조직으로서, 자본과 정부는 그 탄생을 환영했지만, 그 후 20년간 재계나 정부와 대결하는 일 없이 큰 투쟁이나 노동쟁의를 한번도 수행하지 않고 있다. 20년간이나 투쟁하지 않으면서 '연합'을 중심으로 형성된 노동조합은, 비정규고용 확대에 효율적으로 대항할 수 없었고, 많은 노동자나 국민으로부터 고립되어, 현재는 '조합원'이라는 '특권'에 비난이 몰리고 있는 실정이다.

1-5. 고용 사회의 붕괴

다른 한편 노동자파견이나 파견과 유사한 고용 형태가 급속히 확대하는 동시에, 노동조합의 힘이 약화되는 가운데, 일본의 직장의 대부분이, ① 비정규고용(불안정·차별 고용)의 증가, ② 파로사·파로자살의 원인이 되는 위법·무임금의 초과노동의 만연(연간 3000시간 이상 일하는 '파로사 예비군' 노동자가 700만 명에 달하고 있다), ③ 노동조합의 무력화·유명무실화라고 하는 공통된 특징을 가지는 "노동법이 없는 세계"가 되어 버렸다.

1-6. 시장지상주의와 노동법의 파괴, 노동계약법의 동향

1995년경부터, 경제계나 정부에는 '시장지상주의'가 강한 영향을 미치고 있다. 이에 따라 노동 분야의 규제 완화를 추진하고, 노동자 보호법제에 대하여 최후통첩을 보내고 있다. 현재 초점이 되고 있는 것은, 시장화 테스트법에 의한 "직업안정 행정의 민영화"이다. 또한 정부 내부에서는 '노동 계약법'의 제정이 준비되고 있다. 2005년 9월15일에 발표된 「금후의 노동계약 법제의 본연의 자세에 관한 연구회 보고서」는 노동계약법의 도입을 제안하고 있다. 이것은 일면으로는 종래 불명확했던 근로계약 관련 법규제를 명확히 하는 것을 목적으로 하고 있고, 경영자 측에서는 노사 의무의 명확화 등에 대해 규제 강화라고 반발하고는 있지만, '해고의 금전보상 제도', '변경 해약 통지 제도', '노동시간 규제 적용제외'(white collar exemption)등의 도입을 제안하고 있기 때문에, 노동측이 강하게 반발하고 있다. 일본의 노사 역관계를 생각하면, 노동 측에 불리한 점만 입법화될 위험성도 적지 않다.

1-7. 노동자전체를 대표하는 새로운 노동자 단결에 대한 기대

일본은 쟁의행위가 극적으로 감소하고, 최근 10년간 10분의 1 수준으로 격감하였다. 노동조합은 이러한 상황을 솔직하게 되돌아보고 다시 태어날 필요가 있다. 비정규직을 중심으로 많은 노동자가 무권리인 상태로 방치되어 있다. 드디어 각지에서 지역노동조합에 의해, 파

견 노동자등 비정규직 노동자의 권리옹호 활동이 확산되려 하고 있다. 일본의 노동조합운동에서는 종래의 조직이나 활동과는 전혀 다른, 노동자전체를 대표하는 새로운 노동조합운동이 긴급한 과제로 제기되고 있다.

<표1>고용·노동 분야의 규제 완화 관련 연표

- 1981년 임시행정조사회에 의한 "행정개혁"(臨調行革) 시작
- 1983년 직업안정 행정재편(파트뱅크(part-bank)설치)
 - 불안정고용을 노동 행정이 「추인」
- 1984년 경제동우회제언
 - ★ 「중간노동 시장」 이론
- 1985년 남녀고용 기회 균등법 제정 + 노동기준법개정
 - ★ 「보호 없는 평등」 이론
 - 노동자파견법의 제정
 - 「간접고용」의 일부 「합법화」
 - 전후 노동법체계 해체의 출발점
- 1988년 노동기준법개정(노동시간규제의 탄력화, 각종 변형노동시간제 도입)
 - ★ 「주40시간 도입 경과 조치」 이론
- 1995년 「고용의 안정」으로부터 「고용의 유동화」로의 전환
 - ★ 일경연 「고용의 3분화 이론」 (「신시대의 '일본적 경영」)
 - 경영자단체가 '일본적 고용'의 재검토 단행
 - 노동 행정의 전환·변질 = 「노동시장 법이론」의 공인
 - 노동기준법, 노동자파견법, 직업안정법의 전면재검토
 - 신자유주의적 노동시장 법이론이 급격히 대두
- 1996년 노동자파견법의 일부개정(허용업무의 추가)
- 1998년 노동기준법의 대 개정(기간을 정한 근로계약의 상한 연장, 신 재량노동제 등)
- 1999년 직업안정법·노동자파견법의 대 개정(파견 허용업무의 원칙적 자유화)
- 2003년 노동기준법개정(유기 근로계약의 상한 3년 원칙, 신 재량노동제 규제완화)
 - 직업안정법·노동자파견법 개정(제조 업무에 파견 확대, 파견 기간의 연장)
- 2004년 일본경제단체연합회 정규직 고용의 상대화
 - ★ 다양화하는 고용·취업형태에 있어서 인재활성화와 인사·임금관리('04/05/18)
- 2005년 「고용안정센터의 민영화」
 - 「노동 계약법」 제정의 움직임
 - 「금후의 노동 계약 법제의 본연의 자세에 관한 연구회 보고서」

2. 비정규직노동자의 현실 - 파견 노동자를 중심으로

2-1. 파트타임 노동·아르바이트와 파견 노동의 차이

2-2. 파견 노동자·비정규고용 노동자의 급증

후생 노동부의 "노동자파견 사업보고" (2005년 2월18일 발표)에 의하면, 2003년에 실제로 파견된 파견 노동자수는 2,362,380명으로 전년도 대비 10.9% 늘어났다. 법개정 이후를 보면 1999년 1,067,949명(+19.3%), 2000년 1,386,364명(+29.8%), 2001년 1,747,913명(+26.1%), 2002년 2,129,654명(+21.8%)과 같이, 전년 대비 20% 내지 30% 가까이 증가하여, 불과 4년 만에 파견 노동자수는 2배에 달하게 되었고, 증가율이 다소 낮아지긴 했지만 여전히 급증하고 있다.

2-3. 위법한 고용 관행 : 위장도급(불법파견)의 횡행

게다가 중요한 것은, 이 통계에는 불법파견이 포함되어 있지 않은 것이다. 공장 등의 제조현장을 중심으로, 엄격한 도급의 기준에 비추어 보면, 도급으로서의 실체가 의심스러운 사례가 확산되고 있고, 그 노동자수가 몇백 만에 달한다고 추측되지만, 정확한 수는 명확하지 않다. 노동행정이 불법파견을 적발할 필요가 있는데도, 행정 태만으로 인해 위장도급 형태의 불법파견이 만연하고 있는 실정이다. 이러한 업무도급형식으로 급성장한 '크리스탈 그룹(crystal group)'은 연간 2000억 엔의 실적을 올려 주목받고 있다. 그리고 "주간동양경제"나 "日経 비즈니스" 등의 저명한 경제잡지에서는, 노동자파견법이나 직업안정법에 위반하는 "물어 어긋나는 위법고용 관행"이 확산되었다고 경고하는 논조도 나타나고 있다.

2-4. '고용주'로서의 실체가 없는 파견사업주

지난 20년 간 파견회사가 급증하면서 고용주로서의 실체가 없는 영세 파견회사가 속속 생기고 있다. 그 이유는 노동자 파견사업의 허가 기준이 매우 느슨하기 때문이다. 예를 들어 노동자파견 사업의 허가를 받기 위해 요구되는 사무실의 규모는 20평방미터 이상에 불과하다. 독일에서는 노동자 파견사업 이외의 사업부문을 가지고 있는 기업이 파견회사를 겸업하고 있는 예가 많다고 하는데(大橋範雄 교수의 지적), 일본에는 사용사업주 기업의 자회사나 계열회사로서, 기업으로서의 독립성이 없는 파견회사가 많다.

2-5. 사용업체의 횡포·노동자의 인권침해

사용업체 중에는 대기업이 많지만, 파견 노동자에게 대한 인권무시라고까지 할 수 있는 악랄한 고용 관리를 행하고 있다. 특히 '사전 면접', '직접 면접', '경쟁', 'trial' 등, 채용 단계에서 개입하거나, 사실상 해고에 해당하는 파견계약의 중도해지도 사소한 이유만 있어도 자행되고 있다 (예: 나이가 많음, 용모, 성희롱에 대한 피해신고, 질병으로 인한 결근, 유급휴가 등 권리주장). 최근 도쿄 지방법원은, 2005년 10월4일, 사용업체와 파견업체의 폭력에 의한 인권침해가 쟁점이 된 요도바시 카메라 사건에 대한 판결을 한 바 있다. 본래 정해진 출근시간 30분전에 출근할 것을 강요하고, 거기서 10분 늦은 것을 이유로, 파견회사와 사용업

체의 관리자가 노동자를 때리는 등 폭행하고, 출근을 거부한 노동자의 자택에 찾아가 어머니 앞에서 노동자를 때리고 차는 등 폭행을 하여 중상을 입혔다. 도쿄 지방법원은, 원고(파견 노동자와 어머니)의 청구를 인정하고, 사용업체, 파견업체 관리자들에게 합계 약 560만 엔의 손해 배상 지불을 명했다.

2-6. 기간을 정한 고용(등록형 파견)의 폐해

파견 노동의 대부분은, 기간을 정한 근로계약에 의한 '등록형 파견'이다. 계약 갱신을 기대하기 어려운 등록형 파견 노동자는, 노동기준법등에 정해진 최저기준의 권리행사마저 곤란하다.

2-7. 차별적 임금

파견회사는 파견 노동이 인건비를 몇분의 1 삭감할 수 있다는 점에서 유용하다고 선전하고 있다. 정말로 일본의 파견 노동은 세계에서 이상한 '동일노동 차별대우'를 만들어 내고 있다.

2-8. 성차별적 고용차별 은폐

1985년 노동자파견법 제정과 같은 해에 남녀고용기회균등법이 제정되었다. 이후 19년간 노동에 있어서의 남녀평등은 후퇴하고, 여성노동자의 다수가 파견 노동자화하고 있다. 경영자는 여성을 파견 노동자화하는 방식으로 '고용형태의 차별'을 통해 '성차별 금지'를 회피해왔다. 또한 현실에서는 여성파견 노동자는 35세를 넘으면 일자리가 없어진다고 하여 "35세의 벽(35세 정년제)"이 존재하고 있다. 한편으로는 육아 휴직제도가 법제도적으로 확충되어 왔지만 파견 노동자는 실제로 대상의가 되고 있어, 산전후 휴가나 육아 휴직을 할 수 있는 파견 노동자, 특히 등록형 파견 노동자는 전무하다.

2-9. 청년노동자의 혹사

2005년 2월, NHK은 "프리터 표류-제조 현장을 전전하는 100만 명의 젊은이들"이라고 하는 프로그램을 방영했다. 홋카이도에서 규슈까지의 전국 각지에서 청년노동자들이 도치기현의 통신기기 제작회사에 모여, 민간 주택을 빌린 좁은 기숙사에서 매일 아침 버스로 공장에 출근하고 있다. 회사측의 형편에 따라 업무나 공장이 계속 변한다. 장래의 전망이나 기능양성도 없이 '1회용'의 일을 시키기 때문에 반수의 젊은이가 계약 기간의 절반도 일하지 않고 그만두고 있다. 또한 정규직 이상의 열악한 노동 환경으로 인해 건강을 잃는 예가 늘어나고 있다.

3. 일본적 노동자파견법 자체의 문제점·모순

노동자보호의 관점에서 보면, 일본의 노동자파견 제도는 세계최저 수준이다. 요약하면 다음의 다섯 가지를 지적할 수 있다.

3-1. 장기 파견

파견 노동은 본래 일시적 노동(temporary work)의 의미이지만, 일본에서는 이것을 '파견 노동' (dispatched work)으로서 도입하였다. "파견으로부터 상용으로(temporary to permanent)"가 노동자 파견제도의 내재적인 요청이지만, 이 점이 불명확한 채 파견 노동자가 10년 이상 동일한 사용사업주에 의해 사용되는 예도 있다. 1999년, 2003년의 법개정으로, 파견기간에 제한을 받지 않는 업무가 늘어나고, 대다수의 업무에 대해 1년에서 최장 3년까지 파견기간이 연장되었다. 경제계는 파견의 장기화·기간제한 폐지를 계속 요구하고 있다.

3-2. 사용사업주의 직접고용 간주규정의 결여

무허가 등의 위법파견이거나, 파견 허용기간이 만료되어 계속 사용했을 때, 사용사업주가 직접 고용한 것으로 보는 것이 유럽의 파견법에 공통된 규제이었지만, 이 점이 일본에서는 전혀 명확하지 않다.

3-3. 동일노동 차별대우의 용인

파견 노동자의 대우는 동일 업무를 하는 사용사업주의 노동자의 몇 분의 1도 되지 않는다. 유럽의 파견법과 같은 동일대우의 보장도 없고, 한국 파견법의 "균등대우의 노력 의무" 규정도 존재하지 않고 있다. 이 점 또한 일본 노동자파견법이 최악인 특징이다.

3-4. 기업별로 정규직만 대표하는 노동조합·단체협약

파견법 제정 당시부터 기업별 노동조합이 파견 노동자를 조직 대상으로 삼지 않는 것이 우려되었다. 산업별로 단체협약을 미조직 노동자에게까지 확장하는 관행을 가지는 유럽 국가들과는 달리, 일본의 노동조합은 같은 직장에서 일하는 파견 노동자에 대해서도 다른 회사의 종업원이라고 하여, 그 단결력이나 단체협약을 확장하지 않는 관행을 유지하고 있다.

3-5. 파견 노동자의 집단적 권리에 대해서 특별한 보장 규정 없음

일본의 노동자파견법은 파견 노동자보호법이 아니라, 노동자 파견사업을 규제하는 사업법으로서의 성격이 강하다. 파견 노동자의 보호에 대해서는 노동기준법이나 노동조합법 등 일반적 노동법 규제밖에 없다. 일반적 노동자보다 불리한 간접고용 형태인 파견 노동자를 위한 특별한 보호 규정이 필요한데도, 특별한 보장이 결여되고 있다.

3-6. 불법파견에 대한 엄격한 규제 불명확

노동자파견법에서는 불법파견에 대한 규제가 불명확이며, 실제의 운용면에서도 노동자파견법 위반으로서 벌칙이 적용된 예는, 지난 19년간 지극히 소수에 불과하다. 1996년 법 이후에 도입된 악질 '기업명 공표' 제도도 이용된 예가 전무하다.

4. 파견 노동자·기간제 고용 노동자의 현실을 무시한 불리한 법 운용

정부는 노동기준법, 사회·노동보험법 등에 대해서는 정규직 고용을 기준으로 하는 운용을 유지하고 있기 때문에, 파견 노동자나 기간제 고용 노동자에게는 지극히 불리한 경우가 적지 않다. 법 시행 후 19년이나 경과했지만, 노동자의 목소리가 작기 때문에 개선되지 않고 있다.

4-1. 시간외노동 협정

노동기준법 제36조가 규정하는 시간외노동에 관한 사업장협정은, 파견업체 사업장을 단위로 체결되게 된다. 그러나 다수의 사용업체에서 일하는 파견 노동자가 파견업체 사업장에서 노동자 과반수대표를 선출하는 것은 불가능하다. 이것은 '허구(虛構)'라고밖에 말할 수 없는 제도다.

4-2. 중간착취를 둘러싼 행정해석의 변경

노동기준법 제6조는, 취업에 관한 제3자의 중간착취를 금지하고 있지만, 노동자파견법 도입 시에 정부가 파견 노동자의 경우, 파견 회사는 '고용주'이며 '제3자'가 아니기 때문에 '중간착취'를 행하는 입장이 아니라고 해서, 중간착취 규정의 적용을 사실상 부정했다.

4-3. 계속 근로에 의해 유리해지는 권리 (유급휴가 등)

연차유급휴가는 반 년 근무시에 10일(주5일 노동), 계속 근무를 하면 1년에 1일 또는 2일씩 늘어나서 최대 20일까지 보장되어 있다(노동기준법 제39조). 그러나 등록형 파견 노동자의 경우, 복수의 파견 회사에 등록하고 있어서 사용사업주가 바뀔 때마다 유급휴가일수가 0일로 되어 버린다(reset). 그 외 '평균 임금'의 산정(노동기준법 제12조), 고용 보험의 운용, 사회보험의 운용 등 정규직과 비교하여 기간제 고용이라는 점에서 불리하게 이루어지는 법 운용이 적지 않다.

5. 2003년 파견법 개정

5-1. 개정 내용

1999년 법개정으로, 신 자유화 업무에 대해서 파견 기간을 1년에 한정한다고 하는 규정이 마련되었지만, 경제계는 이것에 반발하였다. 2003년 개정은 경제계의 요구에 부응하여 규제 완화를 확대했다. 2003년의 노동자파견법 개정의 개요는 다음과 같다.

<표2> 2003년 노동자파견법 개정의 주된 내용

a. 소개 예정 파견의 법문화·제도정비

(1) 소개 예정 파견의 정의 규정, (2) 노동자파견 계약의 필요 기재사항, (3) 노동자특정 행위로부터의 제외, (4) 소개 예정 파견의 명시, (5) 관리 대장의 작성

b. 파견 기간의 연장

(1) 파견 기간 1년을 최장 3년으로 연장 : 사용 사업체의 과반수 대표에 의한 파견 기간설정, (2) 파견 기간의 제한이 없는 업무

c. 파견 대상업무의 확대

(1) 물건의 제조 업무, (2) 파견 금지 업무

d. 사용 사업주의 고용 신청 의무

(1) 파견 기간종료후의 직접 고용 우선 노력 의무, (2) 파견 기간을 초과하였을 때의 고용 신청 의무, (3) 3년 이상 파견을 사용한 경우 고용 신청 의무, (4) 후생노동大臣의 권고와 기업명 공표

5-2. 노동자파견 제도의 '독자적인 논리' 상실

이 2003년 개정은 노동자파견 제도에 내재적인 '독자적인 논리' 자체를 잃어버리게 하는 것으로, 일본의 노동자파견 제도를 과거보다 더 모순적이고 이유도 불분명한 제도로 바꾸어 버렸다. 주된 문제점은 다음 세 가지이다.

a. 사전면접 용인·소개 예정 파견 제도의 도입

이것은 사용 사업주의 노동자 채용단계에의 개입을 용인하는 것이다(채용 관리). 그 결과 파견 회사는 채용에 대해서 책임을 지지 않는 실체가 없는 회사가 되어 버린다. 반면 '중간 착취'에 해당하지 않는다는 행정해석은, 파견 회사가 고용주로서 실체가 있다는 것을 근거로 하고 있으므로 상호 모순적이다.

b. 노동자파견의 장기화(무기한화)

전술한 대로 일시적 노동이라고 하는 것이 본래의 특징인데도 파견을 장기화하고, "파견으로부터 상용으로" 라고 하는 원칙을 부인한다. 파견 노동이 상용(常用)노동을 대체하는

것을 한층 촉진한다.

c. 동일노동 차별대우의 추인과 확대

파견 노동자와 사용 사업주 종업원의 차별대우에 관해서는 일체 개선 사항이 없다. 그 결과 일본의 노동자 파견제도는 커다란 모순과 문제점을 가지고 있었음에도 불구하고, 그것이 해결되는 것이 아니라, 오히려 모순을 확대하고 문제점을 심화하는 개정이었다. 노동자 파견제도의 '독자적인 논리'마저 잃어버린 일본의 노동자파견법은 세계적으로도 찾기 어려운 경영자에게만 유리한 제도이며 노동자보호에 어긋나는 것이다. 파견제도 자체의 폐해가 극심하므로, 나는 일본의 노동자파견법은 폐지하는 것이 맞다고 생각한다.

6. 비정규노동자의 권리투쟁과 재판 예

이상과 같이 과거 20년간, 일본에서는 비정규고용 형태가 경제계나 정부에 의해 일관되게 확대되어 왔다. 노동조합의 주류도 노사협조주의와 정규직 중심주의를 기조로 하여 경제계나 정부에 대항하는 자세를 결여해 왔으므로, 비정규 노동자는 무권리인 상태로 방치되어 왔다. 그러나 재판 투쟁을 중심으로 비정규노동자의 권리투쟁이 전개되어 왔다. 노동자가 실제로 일한 기업의 기업별 노조가 지원하는 예는 소수이며, 개인가맹 방식의 지역노동조합이나 지역의 산업별 노동조합이 지원하거나, 노동 변호사 등의 법률가의 원조로 비정규노동자 개인이 재판을 하는 예가 대부분이다.

6-1. 간접고용에 있어서의 원청 사업주 또는 사용사업주의 책임

6-1-1. 단체교섭응답 의무를 인정한 사례

집단적 노동관계에서 파견 노동자의 노동조합·조합원에 대하여, 사용사업주의 부당노동행위책임을 인정한 1995년 최고재판소 판결은 현재에도 중요한 의미를 가지고 있다.

○아사히방송(朝日放送) 사건(최고재판소 1995년 2월28일 판결)

"도급업체 3사는 아사히방송과는 별개 독립적인 사업주체로서, 텔레비전 프로그램 제작업무에 대해서, 그 고용한 종업원을 아사히방송으로 파견해서 그 업무에 종사시켜 왔던 것이며, 처음부터 아사히방송은 그 종업원에 대한 관계에 있어 근로계약상 고용주가 되는 것은 아니다.

그렇지만 앞에 적은 사실관계에 의하면, 아사히방송은 도급업체 3사에서 파견되는 종업원이 종사해야 할 업무의 전반에 대해서, 편성 일정표, 대본 및 제작 진행표의 작성을 통해서, 작업 일시, 작업 시간, 작업장소, 작업 내용 등 그 세부에 이르기까지 스스로 결정하고 있었던 점, 도급업체 3사는, 단지 종업원 중 누구를 어느 프로그램 제작 업무에 종사시킬지를 결정하고 있었던 것에 지나지 않는 점, 아사히방송으로 파견되는 도급업체 3사의 종업원은,

이렇게 하여 결정된 것을 따르고, 아사히방송에서 지급 또는 대여되는 도구·재료 등을 사용하고, 아사히방송의 작업 질서에 맞추어 아사히방송의 종업원과 함께 프로그램제작 업무에 종사하고 있었던 점, 도급업체 3사의 종업원의 작업 진행은 작업 시간대의 변경, 작업 시간의 연장, 휴식 등의 점에 대해서도 모두 아사히방송의 종업원인 감독의 지휘 감독 아래 있었던 것이 명확하다.

이상의 사실을 종합하면, 아사히방송은 실질적으로 보아서, 도급업체 3사에서 파견되는 종업원의 근무시간의 분배, 노무제공의 양태, 작업 환경 등을 결정하고 있었던 것이어서, 이상의 종업원의 기본적인 노동 조건 등에 대해서, 고용주인 도급업체 3사와 부분적이지만 동일하다고 할 수 있을 정도로 현실적·구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있었던 것으로 보이기 때문에, 그 부분에 있어서 노동조합법 7조가 가리키는 '사용자'라고 보는 것이 상당하다."

6-1-2. 안전배려 의무를 인정한 사례

다음의 니콘(Nikon) 熊谷제작소 사건에서는, 도쿄 지방법원 2005년 3월31일 판결이, 파견 노동자의 과로자살 사건에서, 파견사업주(고용주)뿐만 아니라, 사용자사업주의 안전배려 의무 위반을 이유로 손해배상책임을 인정하고 있다.(니콘(Nikon) 熊谷제작소 사건에 대해서는 [참고자료 1] 참조)

6-1-3. 사용자사업주에 의한 직접 고용을 둘러싼 사례

노동자파견법에서는 위법파견이나 파견 기간을 초과하였을 때, 사용자사업주의 직접고용 의무가 명확하지 않다. 노동자파견법이나 직업안정법 위반이 인정될 경우, '묵시적 근로계약'이 노동자와 사용자사업주 사이에 존재하는가가 쟁점이 된다. 판례는 노동자파견법 제정 이전에는 묵시적 근로계약 성립을 인정한 것도 적지 않았지만, 점차로 근로계약 성립을 인정하는 데에 소극적인 경향을 보이고 있다. 그렇지만 취업 실태를 중시하여, 최근에도 노동자측이 승소한 사례도 있다.

○ 센에이 사건 사가(佐賀)지방법원 다케오(武雄)지부(제1심), 1997년3월28일 결정

A사에 고용된 노동자들이, A사와의 업무도급계약에 근거해 B사에서 근무하다 해고되었기 때문, 노동자들과 B사와의 사이에 '묵시적 근로계약'이 성립한 것을 이유로 지위보전과 임금입시 지불의 가처분을 주장했다. 재판소는 B사와 노동자들과의 사이에는 사용 종속 관계가 존재하고, 임금의 지불자는 실질적으로는 B사이며, 노무제공의 상대방도 B사라고 하는 관계가 성립하고 있다고 보아 노동자들의 주장을 인용했다.

○ 아쓰다 병원(安田病院)사건 (오사카 고등법원, 1998년 2월18일 판결)

간병인 소개소에 고용되어 병원에 파견되고 있어도, 채용할 때 병원이 면접을 하고, 소개

소의 관여를 받고 있지 않고, 업무에 대해서도 병원으로부터 지휘 명령을 받고, 급료도 병원에서 지불하고 있는 등의 상황에 있으면, 간병인과 병원과의 사이에는 실질적인 사용 종속 관계가 있다고 말할 수 있고, 묵시적 근로계약의 성립이 인정된다.

● 이요은행(伊予銀行)· 이요은행스텝 서비스 사건 (마쓰야마(松山)지방법원(제1심), 2003년 5월22일 판결(노동 판례856호45페이지))

A사(파견 회사)에 파견 노동자로서 고용되어, 사용 사업주인 B은행(피고)의 지점업무에 종사하고 있었던 원고(파견 노동자)가, A사에서 근로계약의 갱신이 거부되자, 이 갱신 거부는 권리남용으로 허용되지 않는다고 하는 등 근거를 들어 피고들에 대하여, 근로계약상의 지위확인 등을 추구했다. 법원은 원고의 고용 계속에 대한 기대는 파견법의 취지에 비추어서 합리성이 없고, 보호할 만한 것이라고 할 수 없다고 하여 청구를 기각했다.

● 다이세이 전기공업(大誠電機工業)사건 (오사카 고등법원(항소심), 2003년 1월28일(노동 판례869호68페이지))

JR서일본과 A사와의 도급계약에 의해 사업장내 하청으로 일했던 노동자(A사의 종업원)가 JR서일본이 수주 중단을 하자 A사로부터 정리 해고되었다. 이 해고의 효력을 다투는 것과 함께, 본래는 JR서일본에 고용되어야 하는데도 형식상 A사에 고용되어서 위법한 취업형태를 강요당했다고 주장하면서 손해 배상(위자료)의 지불을 주장했다. 법원은 업무의 수행이 A사와 노동자 사이의 근로계약에 근거한 노무의 제공이며, JR서일본과의 근로계약의 양립은 불가능한 점, 도급계약이 곧 노동자파견 또는 노동자공급 행위에 해당한다고는 말할 수 없고, 하청 노동자와 JR서일본과의 사이의 근로계약 성립을 인정할 수는 없다고 해서, 위자료 청구는 이유가 없다고 보았다.

○ 나부테스코 사건 (고베(神戸) 지방법원 아카시(明石)지부, 2005년 7월22일 판결)

자동차 제어기기 메이커 B사의 자회사 A사에 고용된 파트타임 여성 2명이, 해고된 이유가 B사가 고베 공공직업 안정소로부터 '위법한 위장노무도급' 이라고 지적되어 A사와의 계약을 해지했기 때문이라고 하면서, B사의 종업원으로서의 지위확인을 요구한 사건이다. 법원은 "취업시부터 원고와 B사의 사이에는 묵시적 근로계약이 성립하고 있어, 현시점에 있어서도 계속되고 있다" 라고 판단하고, 사용자사업주에게 파견 노동자의 고용 책임을 인정했다.

6-2. 기간을 정한 근로계약을 둘러싼 쟁점

6-2-1. 반복갱신거부를 둘러싼 재판 예

기간을 정한 근로계약에 대해서는 '연쇄계약(連鎖契約)'의 법리를 근거로 한, 도시바 柳町

공장사건 최고재판소 판결이 큰 영향력을 유지하고 있다. 즉 기간을 정한 근로계약이라도, 반복갱신되었을 때에는 “기간을 정하지 않은 근로계약”과 실질적으로 같게 생각하여, 해고 법리를 적용한다는 사고방식이다.

그 후의 유사의 사례(산요전기 사건, 정근(定勤)사원 정리해고 사건 등)로 같은 사고방식이 유지되어 있다.

○ 산요전기(三洋電機) 정근사원(定勤社員)사건 (오사카 지방재판소, 1991년 10월20일 판결 (노동 판례595호9페이지))

엔고불황으로 정근사원(파트타임, 1년마다 갱신) 전원이 갱신거부된 사안에 대해서, (a) 기간의 정함이 없는 계약으로 전화 혹은 다르지 않은 상태로 존재했다고는 할 수 없지만, (b) 해고 법리가 유추되어, “경영의 악화에 따른 조업정지”와 같은 특별한 사정이 있을 경우에 한해서 갱신거부를 하였다고 해서 (c) 정근사원(定勤社員)을 최초로 인원정리 대상으로 삼는 것을 불합리하다라고까지는 말할 수 없다고 하면서도, 정근사원(定勤社員)이라고 할지라도 갱신거부에 대해서는 인원 정리의 방법에 대해서 신중한 고려를 하여, 갱신거부를 회피하기 위한 상당한 노력을 다해야 한다 라고 했다.

그리고 (d)정근사원(定勤社員) 내에서 희망 퇴직 모집이나 개별사정의 고려 등 갱신거부를 최소로 하려는 노력을 하지 않고 전원에 대해 갱신거부를 한 것은, 충분한 회피 노력을 하지 않은 것으로 합리적 이유가 없다고 보아 갱신거부를 무효로 판결했다.

또한 판례 중에는 기간을 정한 근로계약의 첫번째 갱신에 대해서도, 고용 계속에 관한 합리적 기대를 중시하고, 갱신의 실적이나 정규직으로의 전환 실태 등으로부터, 노동자가 “고용의 계속에 대한 합리적 기대”를 가지고 있을 경우에는 갱신을 거절하는 것이 상당하다고 인정을 받을 만한 특별한 사정이 없는 한 갱신 거부는 신의칙 위반으로 보는 것이 있다 (류진(龍神)택시 사건 · 오사카 지방법원 1991년 1월16일(노동 판례581호36페이지)).

게다가 1년 계약의 비상근무 강사의 사건에서는 1년의 계약 기간 그 자체를 사용기간이라고 보아 갱신 거부를 인정하지 않은 예가 있다 (고베 코료(廣陵)학원사건 · 대법원 제3소법정판결 1990년 6월5일(노동 판례564호7페이지)).

다만 해결되지 않고 있는 큰 문제는, ‘비정규직 공무원’의 경우인데, 반복 갱신을 되풀이해도 공무원법의 특수성에 근거하여, 사용사업주에게 임용될 일이 없다고 여겨지고 있다.

6-2-2. 기간을 정한 근로계약의 입법적 확대

그 후의 큰 변화는 노동기준법 개정에 의한 기간을 정한 근로계약의 범위의 확대다. 노동기준법 14조 1항은, 유기노동 계약(기간을 정한 근로계약)의 계약 기간의 상한을 원칙적으로 1년이라고 하고 있었지만, 1998년 개정으로 ① 신상품, 신기술의 개발 등을 위한 업무, ② 신규사업의 전개를 도모하기 위한 프로젝트 업무에 필요로 하는 고도의 전문적인 지식, 기술 또는 경험을 소유한 자가 부족한 사업장에 있어서, 해당 업무를 새롭게 하기 위해서

체결하는 근로계약, ③ 만 60세 이상의 노동자와의 사이에 체결되는 근로계약에 대해서, 계약 기간의 상한을 3년으로 하는 특례가 도입되었다. 게다가 2003년 개정으로 계약기간 상한의 원칙을 종래의 1년에서 3년으로 바꾸었다.

1998년 개정으로 3년 상한이 인정을 받은 특례의 경우 중에서 ① 전문적인 지식, 기술 또는 경험이 고도인 것으로서 후생노동 대신이 정하는 기준에 해당하는 전문적 지식 등을 소유하는 노동자와의 사이에 체결되는 근로계약, ② 만 60세 이상의 노동자와의 사이에 체결되는 근로계약에 대해서는, 계약 기간의 상한을 5년으로 연장하는 것으로 했다.

반복갱신에 대해서는 명확한 조문화는 되지 않고, 후생 노동부에서 지침을 내놓은 것에 그쳤다.

6-3. 노동법상 ‘노동자’ 개념에 관한 판단 기준의 변화

노동자성에 대해서는, 종래부터 의무인(증권의무인·수금인), 예능원·스포츠 선수, 촉탁 등이 다투어져 왔지만, 최근에는 여기에 더하여 위탁판매원·수금인, 정보처리 업무관련의 개인도급, 용차계약 운전수, 자유인 기자·카메라맨, 재택 근무자, 인턴, 등록형 홈 헬퍼, 유상(有償) 프랜차이즈, 승려, 종업원 겸 이사 등 다양한 유형이 문제가 되고 있다. 이것들은 ‘위장 고용’이라고도 불리고 있어, 그 목적은 집단적 노동관계를 혐오하여 노동자를 개별 분단화 하는 ‘노동관계의 개별화’나, 노동법·사회보험법의 잠탈, 세금의 경감 등 사용자측의 탈법적 의도에 의한 것으로 생각된다. 1985년에 발표된 “노동기준법연구회 보고”는, 노동기준법상의 노동자성에 대해서는 ‘사용 종속성’을 중심으로 판단한다고 해서 그 판단 요소로서, ① 일의 의뢰, 업무종사의 지시 등에 대한 승낙여부의 자유의 유무, ② 업무수행상의 지휘 감독의 유무, ③ 근무 장소, 근무시간에 관한 구속성의 유무, ④ 노무제공의 대체성의 유무, ⑤ 보수의 노동대상(對償)성을 들고 있다. 여기에 판단의 보강 요소로서, ⑥ 사업자성의 유무(기계·기구의 부담 관계, 보수의 액, 업무수행상의 손해에 대한 책임등), ⑦ 전속성의 정도등을 들고 있다. 노동 행정과 노동 판례는 각각의 사례의 특수성에 따른 실태판단을 중시하고 있어, 소극적인 판단을 하는 예도 있지만, 반대로 노동자성을 적극적으로 인정하는 예도 적지 않고 전체적으로 큰 변화는 없다고 말할 수 있다.

○ 간사이의대(關西醫大)사건 (최고재판소 제2소법정, 2005년6월3일 판결)

간사이의대 부속병원(오사카부 모리구치시)에서 인턴이 파로사한 사건으로, 인턴이 노동자인가 여부가 다투어졌다.

판결은 “병원의 지휘 감독 하에서 의료행위에 종사할 경우, 인턴(研修醫)은 노동기준법상의 노동자에 해당한다”, “임상연수의 교육적인 측면을 인정하더라도, 의료행위에 종사하면 병원사용자를 위해서 일하고 있다” 고하는 판단을 내리고, 법으로 정해진 최저 임금을 밑도는 ‘장학금’밖에 지불하지 않고 있었던 대학측에 차액의 지불을 명한 1, 2심 판결을 지지했다. 이 점에서 대해서는, 노동 계약법을 둘러싼 논의에도 관련되어 학술상 논의가 있다 (2005년 10월 노동법학회등). 주된 논점은 ‘노동자’라고 하는 통일성이 있는 노동법상의 개념을 생각할 것인가 아닌가, 또한 노동자와 자영업자의 사이에 ‘중간적 범주’를 인정해야 할

것인가 여부이다.

7. 비정규직 노동자의 권리보장을 위한 법제도 개선의 방향

비정규직 노동자의 권리보장에 대해서, 기본적인 사고방식을 요약하여 지적하고자 한다. 한편 “레고”의 연합 종합 생활 개발 연구소가, “노동 계약법 시안-Work Rule의 확인과 새로운 충실을 위하여”(2005년 10월 11일)를 발표하고 있다.

7-1. 불법파견에 대한 엄격한 규제

일본에서는 직업안정법이나 노동자파견법 위반이 방치되어 있다. 이러한 위법상태를 바꾸는 것, 엄격하게 법을 준수하도록 하는 것이 최우선의 과제다.

7-2. ILO조약·권고, 각국의 파견법에 근접하는 노동자보호

비정규노동자의 권리보장을 위해서는, EU의 노동자보호법, 단체협약, ILO 협약(제181호 협약, 계약 노동(contract labor)규제) 등이 규정하는 규제나 기준을 참고로 할 필요가 있다. 파견 노동에 대해서는, 일본에서는 원칙으로서 폐지해야 하겠지만, 존속한다면 지극히 예외적인 고용형태에 대한 규제인 것을 확인할 필요가 있다.

7-3. 노동자의 개념(노동자성)

노동법의 적용을 받는 ‘노동자’의 개념을 확대해야 한다. 그 구체적인 방법으로서, 현재의 ‘비노동자’의 확대는, 사용자에게 탈법적 의도가 있는 것이라고 추정할 수 있는 경우(예: 사업장에서 노동기준법위반의 존재, 과거에는 노동자로 취급하였는지 여부, 사회보험 불가입 등)를 열거하고, 그것에 해당할 경우에는, 사용자측에게 입증책임을 전환하는 등의 방법을 생각할 수 있다.

7-4. 상용 대체 제한에의 유효한 규제

노동자를 고용하는 사용자(기업)의 고용 책임으로서 상용 고용 원칙을 확인하고, 비정규 고용·유기고용은 예외적인 사유가 있을 경우에 단기간에 한정한다. 구체적으로는 ① 구조조정 사업장에의 사용 규제, ② 일시적·임시적 사유로만 파견이나 유기고용을 한정, ③ 파견 기간·근로계약 기간 후 (사용 사업주의) 직접고용 의무의 명확화가 중요하다.

7-5. 노동자보호의 발본적 강화

간접고용에 대해서는, ① 사용 사업주의 연대책임의 명확화, ② 등록형 파견 노동자의 보

호의 강화

7-6. 동일가치노동 동일대우 원칙의 적용

7-7. 단결 활동의 실질적 보장

① 사용 사업주의 단체교섭옹박 책임을 법률로 명문화하는 동시에, ② 단체협약에 대해서 동일사업장의 파견 노동자에게도 확장 적용하는 법규제를 마련한다. 또, 이탈리아법 등을 참고하여, 파견 노동자의 집단적 권리의 구체적 보장 조치를 마련한다. 파견 노동자의 단결 활동 보장을 규정하는 「이탈리아 전국파견 노동 협약」 참조.

[참고자료] 1. 니콘(Nikon) 熊谷제작소사건 (도쿄 지방법원판결 파견 노동자의 과로 자살과 사용자기업의 책임)

도쿄 지방법원은 2005년 3월31일, 니콘(Nikon) 熊谷제작소에서 검사 업무에 종사하고 있었던 파견 노동자의 과로자살에 대해서, 사용 기업인 니콘(Nikon)과 하청회사에 안전배려 의무위반의 책임이 있는 것을 인정하고, 유족인 어머니 (원고)에 대하여 손해 배상을 명했다.

이 판결은, 신문이나 텔레비전 등의 매스컴에서도 주목을 받고 있다. 파견 노동자인 우엔 단유지(上段勇士)씨(1975년 태어나, 사망 당시 23세)가 독신기숙사에서 전기 코드를 목에 감고 자살한 것이 발견된 것은, 하청 회사에 입사하여 니콘(Nikon)에서 일하고서부터 1년 4개월 후인 1999년 3월이었다. 니콘(Nikon) 熊谷제작소에서 반도체 제조기계 「스테퍼」의 최종검사를 담당하고, 주야로 2교대 근무나 해외출장 등도 가고 있었다. 너무 지나친 과중 노동에 지쳐서 퇴직을 자청했지만, 회사로부터 대답을 받지 못한 채, 무단결근을 하고 나서 2주일 후에, 걱정한 어머니가 방문하였더니 자취하고 있던 집에서 자살한 채로 발견되었다. 유서 등은 없었고, 화이트보드에 “쓸 데 없는 시간을 보냈다”라는 한 마디만 써어져 있었다. 어머니를 중심으로 한 유족은 파견업체인 네크스타, 사용업체인 니콘(Nikon)과, 유지 씨의 근무 상황, 자살에 이르게 된 원인 등에 대해 면담을 가졌다. 그러나 양쪽회사에서 만족할 수 있는 회답을 얻을 수 없었고, 그의 자살에 이르게 된 과정을 전혀 알 수 없었다. 이 때문에 유족은 당시 개설되어 있었던 「과로사 110번」에 상담하고, 원고측 변호사, 가와히토 히로시(川人博)씨에게 의뢰하고, 유지 씨의 근무 상황 등의 자료의 공개를 요구해서 민사조정을 추구했지만, 니콘(Nikon), 네크스타가 응하지 않았으므로, 2000년 7월18일, 도쿄 지방법원에 대하여 2개 회사를 피고로서, 유지씨가 과로에 의한 자살이며, 양사에 사용자책임이 있었다고 해서 손해 배상을 요구하는 호소를 일으켰다. 재판에서는, 주로 다음 네 가지 사항이 다투어졌다.

(1) 하청회사 네크스타는 위장도급의 불법파견 회사이며, 작업 현장에서 실제의 지휘 명령은 니콘(Nikon)이 하고 있었던 것인가, (2) 유지가, 파견 사원이라고 하는 약한 입장으로 인해 과중한 노동에 종사하고 있었던 것인가, (3) 그러한 과중노동의 결과, 유지는 우울증을 발생해서 자살하는 것에 이른 것인가, (4) 양 회사는, 유지의 건강을 배려해서 일을 시키는 의무가 있는데도, 그것을 게을리 한 것이어서, 그것에 대하여 손해 배상 하지 않으면 안되는 것인가. 쌍방으로부터 많은 증거나 증인이 내놓아, 재판은 4년 이상 걸려서 드디어 결심(結審)을 했다. 재판소의 판단은 요약하면 다음과 같았다.

우선 (1) 위법파견인가 아닌가는 어쨌든, 니콘(Nikon)도 실제로 노동자를 지휘 명령하고 있었다.

(2) 검사 업무는, 납기 직전 때문에 언제나 시간적 여유가 없었다. clean room(clean room)에서의 작업은 선 채로 신경을 사용하는 것이었다. 고객과의 절충이 있어 부담이 큰 해외출장도 있었다. 장시간 노동이 계속되고, 휴일 없이 15일 연속 근무까지 있었다. 유지 씨는 정사원 이상 가혹한 업무를 담당하고 있었지만, 니콘(Nikon)의 인원삭감의 방침을 위

해서, 퇴직자가 속출해서 고용 불안과 노동 과중이 강해졌다.

(3) 의사에 의한 명확한 진단은 없었지만, 증거로부터 밝혀진 상황을 참작하면, 유지는 우울증에 걸렸다고 인정할 수 있다. 그리고 판결은, “니콘(Nikon)제작소에 근무하는 외부에서의 고용된 자는, 인재파견 혹은 업무도급 등의 계약 형태의 구별 없이, 니콘(Nikon)의 노무관리 밑에서 있었다고 말할 수 있다.” 그리고 유지도, “교대제 변경, 잔업 지시 및 업무상의 지시를 니콘(Nikon)사원으로부터 직접 받아 그것에 따라 업무를 수행했기 때문에, 니콘(Nikon)의 노무관리 하에서 업무를 수행하고 있었다고 말할 수 있다”라고 해서 “니콘(Nikon)이 종사할 업무를 정하고, 이것을 관리하고, 업무의 수행에 따르는 피로나 심리적 부담 등이 과도하게 축적되어 유지의 심신의 건강을 손상할 일이 없도록 주의할 의무를 부담하고 있었다”라고 결론지었다. 게다가, 네크스타에도 동일한 건강배려 의무가 있었다고 해서, 도쿄 지방법원은, 양사에 대해 의무위반에 따르는 손해 배상책임을 인정하고, 원고에 대하여 연대해서 2488만 엔을 지불할 것을 명한 것이다.

일본의 청년노동자는 현재 정규직이 되기가 어렵다. 파견 노동이라고 하는, 불안정한 고용 형태밖에 선택할 수 없고, 무권리로 비인간적이고 가혹한 노동으로 고생하고 있다. 게다가 노동조합도 없고, 엄격한 경쟁 속에서 고립되어 있어서, 우울증으로 자살에까지 이르게 되는 현실은 예외적인 것이 아니다. 이 재판에서는, 니콘(Nikon)이라고 하는 세계적 기업 안에서, 전근대적이고 위법한 위장 도급에 의한 파견 노동이 횡행하고 있어, 기업이익이 우선시 되어 젊은이의 건강이나 생명이 경시되고 있는 것이 밝혀졌다.

일본에서는 1986년의 노동자파견법 시행 후 20년을 경과했지만, 정부의 신자유주의적인 노동법의 규제완화 노선에 근거하는, 노동 행정의 태만 하에서 일류기업에서마저 위법파견을 사용해 왔다. 그 결과 기업 안에서 실제로 현장에서 일하는 노동자의 건강이나 노동 조건, 인간성을 무시하는 노무관리가 강해지는 경향에 있다. 노동자의 건강을 무시하는 기업이 실적이 좋은 기업으로서 시장에서 평가된다. 기업가의 도덕은 땅으로 떨어져 버렸다. 그러한 한심스러운 고용 사회에 대하여, 이번의 판결이 사용자기업인 니콘(Nikon)에 파견 노동자에게 대한 건강배려 의무가 있는 것을 정면으로 인정한 것은 주목할 가치가 있다. 원래 도급이나 파견과 같은 간접고용은, 실제로 노동자를 이용해서 큰 이익을 올리고 있는 기업이, 노동자에 대한 사용자의 책임을 회피하기 위한 것이다. 이번의 판결은 파견 노동 등의 간접고용 형태를 폐지하는 수밖에 없다는 것을 재확인한 것이었다.1)

1) 재판이 자세한 내용에 대해서는, 파견 사원 과로자살 재판 홈 페이지(<http://www10.ocn.ne.jp/~karoushi/>) 참조.

[참고자료] 2. 이탈리아 전국파견 노동 협약의 개요(초역) 1999년 전국노동 협약
(노동자파견 사업협회-3대 총연맹 CGIL·CISL·UIL간의 협약)

◎ 서론

이 전국 노동 협약은, 부문의 특수성을 규제하기 위해서 1993년 7월23일 의정서와 97년 법률 196호에 근거하고 있다. 당사자는 이하의 점에 대해서 합의한다. 즉,

- (1) 노사관계의 더 전진한 제도
- (2) 파견 노동의 발전과 법에 따른 일관한 규제를 위해서 제안을 실시하는 것
- (3) 각각의 당사자에 의한 완전한 준수
- (4) 당사자의 사이에서 대립이 생겼을 경우 (15일 이내에) 해결하는 것

◎ 노사관계의 여러가지 제도

○ 제1조 정보의 제 권리

매년 공동으로 이하에 대해서 검토한다

- 고용의 동향
- 직업훈련 부문
- 조직 모델의 필요성

○ 제2조 전국적 범위

당사자는 이하의 제도를 설립하는 것에 대해서 합의한다

- 전국 감시 위원회
- 전국노사양자위원회

(각각의 구성 멤버는 6: 파견 사업자협회, 3대 노조 및 그 수행원)

○ 제3조 전국감시 위원회

- 파견업 부문과 고용의 전망·전망에 관해서 보고를 준비하는 것
- 직업훈련 및 직업의 자격부에 관한 분석을 하는 것

○ 제4조지역적 사업소적 범위

○ 제5조 전국노사양자위원회

동위원회는 다음을 실시하기 위해서 3개월 이내에 설립된다

- (1) 합의의 존중의 담보, (2) 협약의 갱신, (3) 협약상의 분쟁의 조사

◎ 분쟁의 조정

○ 제6조 수속

모든 분쟁 조정 서론(노동자파견 사업협회)

노동자에게서의 제기 조합조직을 통해서 조정을 신청

파견단체에 등기 우편으로 분쟁 통고

사용자에게서의 제기의 경우해당노동자에게 등기우편으로 통고.

8일 이내에 노동조합에도

10일 이내에 당사자를 소환

조정은 90일 이내에 해결

- 제7조 노사양자위원회

◎ 조합활동권

○ 제8조 조합대표 [직장위원]

파견 노동자보호의 목적에서 3대 노조에 의한 통일 대표 [직장위원] 제도를 설립

통일 대표 [직장위원] 이, 어떤 파견 기간에 활동할 때

→ 적어도 3일전에 파견 회사에 통고

파견 노동자의 노동시간 1700시간마다, 파견 회사는 1시간의 조합휴가(1시간당 15000리라)을 총집 시간으로서 준다.

1월과 7월중에 [반년마다] 시간수의 집계

→기업은, 시간수를 통지하고, 노동자파견 사업협회의 계좌에 불입해

→협회에서 다음 달 중에 관계 대표 [직장위원] 에 지불

○ 제9조 조합임원

집행위원회(전국, 주, 지역)멤버

→ 적어도 6개 달의 근속하는 노동자에게서 선출

모든 회사는, 매년 48시간의 유급조합휴가를 보장

조합휴가의 이용은 3일전에 통고

유급의 금액은, 「조합임원」 계좌에 불입해

○ 제10조 전원 집회

노동자는 노동시간외라도, 기업이 사용을 인정하는 장소에서 집회하는 권리를 소유하고 있다. 파견 노동자는, 사용 기업의 전원 집회에 참가하는 권리를 소유하고 있다.

집회→ 적어도 5일전에 문서로 소집→참가하는 노동조합의 조합임원의 이름으로 통고

전원 집회에 참가하기 위한 각각의 노동자에게의 유급시간보장 (월당)

노동시간수×10/1800 [예: 1개월 180시간의 경우, 1시간]

○ 제11조 조합계시관

모든 직장과 지점·출장소

○ 제12조 조합비

조합비사전공제(체크 오프)→임금 1% 상당액수

○ 제13조 계약 비용

체크 오프를 위한 수수료 각 노동자마다 3000리라를 지불

○ 제14조 안전위생

안전위생에 관한 94년 법(626호), 97년 법(196호)

파견 노동자에게는, 법령이 정하는 문서로, 특별한 위험, 훈련 등 정보를 전하는 것

전국노사양자위원회의 역할

- (1)지역위원회의 조정
- (2)안전교육의 모델 등

◎ 노동자의 분류

○ 제15조 직업등급(분류)

그룹A 관리직

그룹B 상급직장·특수기능자

그룹C 노동자

○ 제16조 분류의 발전

노사위원회에서, 새로운 상황에 대응해서 관리

○ 제17조 채용

문서에서 정해야 할 사항

·기간을 결정지은 노동 계약의 경우

(1)과전 노동 이용의 이유

(2)과전 회사와 등록 번호

(3) 97년 법(196호) 소정의 의무 [안전위생관련]

(4)사용 기업과 관계자

(5)사용 기업의 산업분류

(6)직무와 등급

(7)(있을 경우) 시용 기간

(8)취업 장소

(9)노동시간

(10)집단적 경제대우

(11)적용 전국노동 협약과 보충 규정

(12)전국협약 제2조에 의한 규범적 대우

(13)고용됨 시작일과 종료일

(14)안전조치

(15)개인정보이용의 허가

·기간을 결정짓지 않는 노동 계약의 경우

채용시, 위의 (2), (3), (5), (7), (15)항목을 결정지은 문서

·대기수당(치료), (1), (4), (6), (8), (9), (10), (12), (13), (14)을 결정지은 문서의 교부

·채용을 위한 문서노동 표, 세금번호, 주민표, 기타 신분증명서류

○ 제19조 임금

·사용 기업의 종업원의 임금을 밑돌지 않는 임금

·사용 기업의 부문의 전국노동 협약에 대응한 노동시간을 기준으로 한 임금지불

·급료명세서에 내보여야 할 사항

·임금은 다음 달의 15일까지 지불하는 것

·보너스는, 유급노동시간에 비례하고, 기간요건을 계산

◎ 질병·노동 재해

○ 제20조 규범

·노동자는 24시간이내에 통고하지 않으면 안된다.

·사용자는, 산업 의사를 파견할 수 있다.

○ 제21조 노동자의 의무

·사용 기업에 3일 이내에 진단서를 송부하는 것

·24시간이내에 (질병휴식의) 연장을 통지하는 것

·의사의 지시와 진찰 시간의 존중

·경우에 따라서는, 거주지의 변경의 통고

○ 제22조 [병에 의한 직장보유] 유예 기간

시용 기간이 아닐 때, 노동자는 최장 180일의 직장보유권을 소유한다.

문서에서의 제안과, 의사의 증명서를 요건에, 120일의 연장이 가능

이 기간은, 무급

○ 제23조 질병시의 경제보장

노동자는, 시용 기간이 아닐 때, 사용자의 부담에 의해, 전국사회 보장공사에서 다음 급부

[상병수당(치료) 돈] 을 받을 수 있다.

a)기간을 결정지은 노동 계약의 경우

최초의 3일 100%

4일부터 20일째까지 75%

20일 이상 100%

b)기간을 결정짓지 않는 노동 계약의 경우

a)과 같은 급부

과전 기간이 종료하면, 대기수당(치료)의 권리를 소유한다

○ 제24조 병든 경우의 경제적 대우의 상실

의사의 증명서가 늦어졌을 때 등

○ 제25조 노동 재해

과전 회사는, 전국노동 재해공사에 의한 종업원을 위한 산업재해보험에 가입한다. 노동자는,

어떠한 재해에 대해서도 사용자에게 즉시 통고하지 않으면 안된다. 그렇지 않으면, 사용자

는 책임을 면제된다. 직장보유에 대해서는, 병든 경우에 준한다.

○ 제26조 노동 재해의 경제적 대우

사용자는, 노동 재해일에 대해서는, 전일의 임금을 지불하는 의무를 진다. 그 후의 일수에

대해서는, 전국노동 재해공사에서 다음 급부가 있다.

최초의 3일까지 60%

4일째로부터 20일째까지 90%

21일 이후 100%

◎ 계약

○ 제27조 결근 노동자의 대체의 경우

[이하 인이 결근했을 때에] 사전의 예고로, 대체자를 채용할 수 있는 최장기간

그룹A 관리직 1개 달

그룹B 상급직장·특수기능자 2주일

그룹C 노동자 1주일

- 제28조 [파견 기간의] 연장
 - 최대 4회, 최장에서 24개 달
 - 연장은, 노동자에게 5일전에 문서로 통고(긴급의 경우는 2일전)
- 제29조 파견의 중단 [중도해약]
 - 정당사유나 시용 기간이외의 이유에 의한 노동관계의 중단의 경우, 노동자는 (1) 다른 사용기업에의 파견 고용됨, (2) 교육 훈련 과정, (3) 파견 회사자체의 업무에 종사할 수 있다.
 - 만약, 그것이 이행되지 않을 때에는, 사용 기업은, 상실 소득의 50% 상당한 금액을 지불하지 않으면 안된다.
- 제30조 待기중의 노동자
 - 待기중의 노동자는 70만 리라를 받는 권리를 소유한다.
 - 노동자는, 소재를 명확히 하고, 다른 파견 회사에서 일해서는 안된다.
 - 待기기간은, 연차유급휴가, 노동시간의 감소, 보너스 등에는 산입되지 않는다.
- 제31조 징계
- 제32조 노동 관계의 종료
 - 기간의 정함이 없는 노동 계약의 경우
정당한 동기, 정당한 사유(계약 의무 미준수, 업무상의 싸움, 재산침해 등)
 - 기간을 결정지은 노동 계약의 경우
정당한 사유는 적용
차별적 해고의 무효(성별, 종교, 정당·노동조합가입)
- 제33조 기간의 정함이 없는 노동 계약의 해고 예고 기간(생략)
- 제34조 기간의 정함이 없는 노동 계약의 해고 예고 수당(치료)(생략)
- 제35조 협약의 유효기간(생략)

(참고)이탈리아 노동 총동맹 롬바르디아 지부
Raffaella Maggi(와키타 역)

아시아 비정규직 노동자들의 과거와 미래

Apo Leong(AMRC, Hong Kong)

“같은 거래 가운데서나 당신들 땅 성문 안에 사는 외국 사람 가운데서, 가난하여
품팔이하는 사람을 억울하게 해서는 안 됩니다.” - 신명기, 24장 12절

이른 아침, 수백명의 홍콩 노동자들이 타이쿠(Taikoo) 조선소 정문 앞에서 일품을 팔기 위해 모여 있던 시대는 갔다. 80년대 값비싼 조선소 부지가 중산계급의 소유지로 바뀌었을 때, 이들 일용직 노동자들은 정규직 노동자들처럼 일할 수 있었던 그들의 운 좋은 친구들과 함께 모두 사측에 의해 쫓겨났다. 가장 큰 차이는

길고 격렬한 투쟁이 끝난 이후 타이쿠 조선소의 정규직 노동자들에게는 훨씬 더 높은 보상이 돌아갔던 반면, 예견되지 않았던 실업사태가 발생했을 때, 일용직 노동자들에게는 어떤 보상도 주어지지 않았다는 점이다. 그러나 운이 좋았던, 운이 좋지 않았던 타이쿠 노동자들 모두 조선 산업의 황금기가 지나가자마자 모두 다른 부문에서 비정규 노동자가 되었다는 점이다.

슬픈 일은, 똑같은 이야기가 오늘날 더욱더 많이 발생하고 있다는 것과 미래에도 이어질 것이라는 점이다. 노동법 체제는 노동 대중을 위해서가 아니라, 점점 더 자본 편향적으로 탈규제화되고 있다.

정의

비정규 노동에 대해서는 명확한 혹은 통상적으로 받아들여지는 정의는 없다. 일상적인 이분법으로는 '정규직/비정규직', '상용적/임시적', '공식/비공식', '핵심/주변' 등이 종종 사용된다. 각각의 전자에 해당하는 노동자들은 노동법에 의해 보호 받으며, 후자의 노동자들과 달리 기간이 정해지지 않은 고용계약, 더 나은 임금, 복지, 노동조건의 혜택을 누리고 있다.

비정규직 노동자들은 서로 다른 이름으로 불리며, 다양한 형식으로 사용된다. 예를 들어, '유연한', '비정형적인', '아웃소싱된', '대리인', '자영업', '파견된', '임시적인', '무급가족', '하청', '자유 계약자(freeters)', '계절적인', '단기간', 혹은 '일시적인' 노동자 등이 그것이다. 무엇이든 부르든, 그들의 특징이 된다.

추세와 발전

비정규 노동은 21세기의 새로운 현상이 아니지만, 엄청난 비율로 증가하고 있다. 예를 들

어, 1997년 외환위기 이후, 우리 지역에서 자본은 노동에 대한 권력을 재확립하고 있다. 자본은 직접 고용관계를 회피하는 동시에, 작업장에 대한 공세적이며 반노동자적인 재구조화와 민영화화를 통해서 파견노동자를 포함한 소위 비정형적 노동을 활용하고 있다. 오늘날 홍콩 정부는 대부분의 청소 및 보안관련 직종을 민간부문으로 아웃소싱하는데 성공하고 있다. '복지'에서 '노동연계복지'로 바뀌는 정부 정책의 변화는 복지수급권자들(특히, 편부모가족)을 점점 더 낮은 임금직종으로 몰아내고 있다.

다른 한편, 이전 공산주의 국가들의 급속한 변화도 발견되는데, 예를 들어 중국의 경우 대규모 해고를 단행하거나, '해고를 통한 효율성의 진작(increasing efficiency by redundancy)'이라는 기치아래 대규모 인원을 삭감한 바 있다. 이 대상이 되었던 차오강(xiaogang) 노동자들의 규모는 지난 5년 동안 3천만명 이상이였다. 정부와 기업들은 이들 노동자들에게 대부분 지역 서비스와 관련된 유연한 직종을 알선하면서 이주를 독려했다. 그러나 이들은 더 이상 과거 국가부문 노동자로서 가졌던 동일한 기본적인 권리를 누리지 못하고 있다.

농민들이 농한기 동안 다른 직종을 찾아 나섬에 따라 회색경제(informal economy)²⁾가 농업부문에서 만연하고 있다는 점은 이미 일상적으로 알려진 일이다. 농촌지역에서 노동력의 잉여는 도시에서 구직자의 증가를 야기하는 또 다른 주요한 요인이다. 도시 지역에 새롭게 이동한 이들이 교육수준이 높고, 더 나은 사회적 연계를 가진 사람들과 경쟁한다는 것은 불가능한 일이다. 이들 중 대다수는 임시직, 하청 그리고 계절적 노동으로 내몰린다. 예를 들어 남성들은 건설 현장에서 일자리를 찾는 반면, 여성들은 요식업이나 의류면직산업과 같은 소규모 작업장으로 몰린다.

결과적으로 비정규 노동자들의 수는 증가해 왔고 전체 노동력에서 다수를 차지하게 되었다. 각국의 연구에 따르면, 비정규직의 규모가 중국에서 48%, 한국에서 50%에 달하며, OECD 보고서는 일본의 경우 26%라고 밝히고 있다.

이러한 형태의 고용관계가 가지는 긍정적, 부정적 측면에 대한 지속적인 논쟁이 존재한다. 사용자의 관점에서 보면, 비정규 고용은 비용을 줄이고 순환 경제에서의 변동, 불확실한 경영환경 및 변화하는 생산 시장에서 경쟁력을 유지할 수 있다. 정부는 항상 비정규 고용이 대단히 많은 수의 고용기회를 제공할 것이며, 가족이 있고 교육훈련이 필요한 노동자들의 필요에 부합할 것이라고 호언장담한다. 더욱이 노동자들을 위한 다양한 형태의 직장이 제공될 것이며, 직무 만족도 역시 클 것이라고 선전한다. 이른바 '윈-윈' 전략이 달성될 것이라는 것이다.

법적 보호

국제적인 노동인권 하에서 모든 노동자는 기본적인 권리를 향유해야 한다. 그러나 고용의

2) 회색경제란 불법적인 '지하경제'(Underground Economy)가 확대된 개념으로, 소득의 탈루(소득 미신고)를 통해 음성적인 수입이 이뤄지는 경제를 뜻한다.(역자주)

비공식화가 증가함에 따라 국제적 수단의 몇몇은 이미 낡아버린 것으로 보인다. ILO와 몇몇 지역조직들은 이 문제에 대응하기 위한 새로운 방법을 찾기 위해 노력하고 있다. 예를 들어 ILO는 새로운 비정형 노동자들을 보호하기 위한 새로운 협약(ILO C175 단시간 노동에 대하여, ILO C177 가사노동에 대하여)을 제정한 바 있다. 유감스럽게도 현재까지 각각에 대해 10개국 및 4개국이 비준했을 뿐이며, 이들 중 아시아 국가는 없다.

또 다른 방식은 단체교섭을 통한 것이다. 과거 단체교섭을 통한 협약은 클로즈드 샵(closed shop)에 포함되는 노동자들에게만 적용되는 것이었던 만큼, 노동자들은 노조에 가입하거나 동일한 법적 보호 및 혜택을 받기 위해 거간비(agency fee)를 지불해야 한다. 이의 대가로 노조는 비정규직 노동자들의 고용을 제한하거나, 이들 비정규직 노동자들이 짧은 기간, 예컨대 길어야 6개월 이내에 정규직으로 전환될 수 있도록 하는 조항을 명문화하기 위해 노력해야 한다.

개별적 계약은 더욱 사용자와 피고용인 양자간 명확한 권리와 책임을 지정할 수 있는 또 다른 협약방식이다. 그러나 자본과 노동 간의 불균등한 권력관계에서 노동자들은 그들의 권리를 빼앗는 계약서에 서명하거나 용역계약서로 대체하는 압력을 받고 있다.

노동법은 최소한의 노동기준이 존중되어야 하는 영역이다. 그러나 국제적인 그리고 지역적인 압력으로 인해 초국적 기업들과 그들의 지역 내 사용주는 노동법적 장치들이 '너무 경직적'이라거나 '투자를 못하게 하는 요인'이므로, 혹은 '경쟁력을 떨어뜨리므로' 이 법적 보호를 탈규제화할 것을 지속적으로 요구하고 있다. WTO, IMF, 세계은행 등과 같은 다자간 혹은 양자간 무역 시스템의 압력 속에서 개별 정부는 사회협약을 파기하고 구조조정 프로그램에 대한 요구에 순응해 왔다. 친경영적인 인도의 한 학자는 '100명 이상을 고용하는 기업은 노동자를 해고하기 위해 정부로부터 허가를 받아야하는데, 이는 1947년까지 거슬러 올라가는 개정법에 근거한다. 이 같은 법의 개정은 고용을 크게 증가시킬 것'이라고 설파한다.

최근 '기업의 사회적 책임(CSR)' 운동의 새로운 발전은 주목할 필요가 있다. 많은 행동강령들은 국제 노동기준에서 파생된 것이며, 이는 초국적 기업들에 대해 보다 나은 공적 관계를 제공하고 있다. 그들의 유통망과 비정규직 노동자들의 관계를 추적하는 작업은 어렵지만 주목해야 할 측면이다.

비정규 고용의 문제를 다루는데 있어서 노동운동이 주목해야 하는 더 많은 영역들이 존재한다.

1. 고용계약 vs. 용역계약(contract of service or for service), 특수고용

- 홍콩 골프 클럽의 모든 캐디들은 유급휴가와 같은 피고용인으로서의 보상을 피하기 위해 스스로 자영업자로 계약하도록 강요받고 있다.

2. 단기고용 vs. 종신고용

- 필리핀에서 고용이 6개월 이상 지속되면 노동법의 보호를 받게 되기 때문에 수출자유지

역 노동자들은 고용을 갱신하거나 연장하지 않는 것은 이미 일상적인 일이다.

3. 연속계약, 노동시간

- 홍콩의 고용법령은 노동자들이 특정한 권리를 갖게 되는 법정 최저한도(연속 4주 동안 주당 18시간)를 보장하고 있다. 많은 사용자들은 기본적인 노동시간 미만의 고용계약을 선호한다.

4. 하나의 작업장, 복수의 시스템(one workplace, two to three system)

- 정규직과 함께 동일한 노동을 수행하거나 혹은 더 오래 더 많은 작업을 수행하지만 동일한 권리를 갖지 못하는 파견노동자들을 발견하는 것은 너무도 일상적인 일이다.

5. 사회보장

- 일반적으로 중국의 이주 노동자들은 도시지역 노동자들과 같은 동일한 사회보장을 누리 지 못한다.

6. 차별

- 가사노동자들은 '고용주체(employing unit)'가 없다는 이유로, 중국 노동법의 보호에서 제외되어 있다.

7. 조직할 수 있는 권리

- 많은 이주(guest) 노동자들은 '연수생' 혹은 거주권이 없다는 이유로 노조 가입이 허용되지 않는다.

8. 노동안전 및 건강

- 소규모 사업장은 정부의 감독 혹은 기존의 산업안전관련 규제에서 벗어나 있다. 뇌물수수 및 부정부패는 비정규직 노동자들의 고난을 눈감게 만든다. 중국에서 지속적으로 발생하는 탄광사고는 생생한 실례이다.

9. 직업훈련과 승진

- 비정규직 노동자들이 핵심적 노동자로 인식되지 못하기 때문에, 사용자들은 그들을 위한 직업훈련에 돈을 쓰지 않으며, 따라서 그들의 승진기회 역시 제한된다.

나가며

무엇보다 우리는 노동의 권리를 대가로 하는 효율성과 비용절감이라는 신자유주의의 의제를 폭로할 필요가 있다.

노동조합은 낡은 조직화전략을 쇠퇴시켜 새롭고 혁신적인 방안을 채택하고, 새로운 노동자 즉, 비정규, 비전형(atypical), 이주, 비공식 노동자를 조직해야 한다. 이러한 돌파구는 홍콩과 한국에서 마련되고 있으며, 이러한 사례는 활동가들 사이에 공유되어야 한다.

우리는 비차별적, 비배제적(no exclusion) 정책을 주장해야 하며, 모든 노동자가 하나의 큰 기치('하나에 대한 권리 침해는 모두에 대한 권리 침해다') 아래에서 단결해야 한다. 우리의 필리핀 자매들은 자국법이 국내의 모든 노동자들을 보호하도록 하기 위해 투쟁하고 있다.

우리는 각각의 출신 혹은 다른 차이들과 관계없이 모든 노동자들을 위한 포괄적인 사회 보장정책 및 제반 대책을 위해 투쟁해야 한다.

노동법의 강화는 노동조직의 일차적인 목표가 되어야 한다. 부당행위(부당노동행위-역자주)는 폭로되어야 하며, 사악한 사용자는 상응하는 처벌을 받아야 한다.

비정규직 노동자들의 권리를 방어하기 위해 더 많은 국제 협약들이 발효되고 비준되어야 한다.

국제적 연대는 이러한 부당한 시스템과 맞서기 위한 최상의 방법이다.

■ 참고문헌

AMRC, Worker's Rights for the New Century, 2003
ISSA, Activating the Unemployed: A Comparative Approach of Work Related Policies, New Jersey
South African Labour Bulletin, Volume 27, no. 4 August 2003
Handler and White edited, Hard Labour, ME Sharpe 1999
HK Confederation of Trade Unions, Social and Economic Policy Institute, Labour Legislation Protecting Atypical Workers: A Comparative Study, September 2004
ILO website - www.ilo.org
South China Morning Post, 31 Oct 2005
Beth Shulman, The Betrayal of Work, New Press 2005
China Labour Watch website - www.clw.org
Ministry of Labour and Social Security and ILO, China Employment Forum, China Labour and Social Security Publishing House 2004 (in Chinese)
Asian Labour Update, Issue 53, Oct-Dec 2004 on Discrimination
AMRC, Struggle for Justice, 2005
Oxfam Hong Kong website - www.oxfam.hk.org
Barbara Ehrenreich, Nickel and Dimed, Owl Book 2002
Edited by Ehrenreich and Hochschild, Global Women, Granta Books 2003

이주노동자 인권 교육의 필요성과 중요성

이주노동자 인권 교육의 필요성과 중요성

이주노동자에 대한 국제적 원칙
및 적용 방안

[워크숍 #1]

이주노동자의 노동기본권

이주노동자 인권 교육의 필요성과 중요성

- 남미, 아프리카, 동남 아시아 등 개발도상국에서
의 이주노동자 인권에 대한 국제적 원칙
- ILO 권고서(1975)
- 유엔경제사회 연맹 (1994)
- 국제노동기구 (ILO) 권고서(1998)

이주고용에 대한 국제적 원칙과 대책

Tim de Meyer(ILO 아태지부)

이주노동에 대한 국제적 원칙 과 법률 수단

팀 드 메이어(Tim De Meyer)
국제노동기준 및 노동법 전문가
국제노동사무국(International Labor Office)
동아시아 지역무소(Sub-Regional Office for East Asia, SRO Bangkok)

2005-10-30

1

이주노동자 - ILO 헌장

- 남녀 이주노동자 인권보호 및 대우와 기회
의 평등 촉진은 ILO 헌장에 명시되어 있음.
 - ILO 헌장 (1919)
 - 필라델피아 선언 (1944)
 - 작업장에서의 근본원칙과 권리 선언 (1998)

2

적용가능한 모든 국제노동기준

- 관련 법률에서 특정되지 않았더라도, ILO의 모든 185개 협약과 195개 권고는 국민과 비국민 모두에 적용하도록 채택된다
- ... 그러나 이는 외국의 허가없이 그 나라 영토 내에서 거주하거나 노동할 권리를 자동적으로 가진다는 의미는 아니다.

3

모든 국제노동기준 : 사례

- 최저임금 기준을 비준한 나라에서 일하게 되면, 그(녀)는 국내 노동자와 똑같은 최저임금을 받을 권리를 갖는다.
- 183호(모성보호)를 비준한 국가에서 이주여성노동자는 예컨대 임신여부 테스트로부터의 보호, 국내 여성노동자와 똑같은 혜택 등을 받을 권리를 갖는다.
- 95호를 비준한 국가에서 만약 국내 노동자가 최소 50% 임금을 현금으로 받아야 한다면, 이주노동자는 전체를 물품으로 지급받아서 안된다.

4

이주 & 노동허가

- 국제노동기준은 주권국가의 권리를 침해하지 않는다
 - 영토내로 비국민의 입국을 허가하거나 거부할 권리
 - 거주나 노동허가를 발급/ 갱신할 권리
- 그러나 주권과 인권보호의 필요성을 조화시키는데 도움을 주는 권고조치들이 있다

5

이주 & 노동허가

- 최대 2년의 법적 거주 이후 : 이주노동자는 국가적 이해를 제외하고는 고용선택의 자유를 누려야 한다
- (C143 14항(a), R151 6단)
- 5년의 거주 : 시민권 신청이 허용되어야 한다 (R100 51단)
- 합법 고용자를 위해 가족 재결합이 고려되어야 한다 (C143 13항)
 - 가족 = 배우자 & 자식 (UN 이주노동자협약)
- 합법 이주노동자 고용관계 중단은 국내노동자와 같은 조건 하에서 이루어져야 한다. 이것이 거주/노동허가의 자동적인 상실을 동반해서는 안된다 (C143 8항)
- 만약 상실이 동반되면 다른 직장을 찾을 충분한 시간이 주어져야 한다
- 추방명령은 이의제기를 필요로 한다

6

기본적 노동인권: 합법&비합법노동자

- 작업장에서의 근본적인 원칙과 권리는 국내노동자, 합법/ 비합법 이주노동자에게 적용된다
 - 집단적으로 방어할 자유 & 더 많은 노동관련 이해(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)
 - 강제노동으로부터의 자유(강제노동으로부터 보호받을 권리)
 - 아동노동으로부터의 자유
 - 인종, 피부색, 성별, 종교, 사회적 출신, 혈통, 정치적 견해에 따른 차별로부터의 자유(국적은 제외)
 - 국가는 외국인의 노동시장 접근을 거부할 수 있으나 다른 민족이나 성별에 대해서는 그럴 수 없다

7

이주 정책 = 고용 정책

- (해외) 이주/(국내) 이주의 기회에 영향을 주는 어떤 정책도 모두의 삶의 기준을 향상시키기 위해 완전하고 생산적이며 자유롭게 선택된 고용을 증진시키는 지배적인 목적에 종속되어야 한다 (C 122)
- 이는 다음과 같은 이슈를 제기한다
 - 조정(안전, 산업발전, 인구...)
 - 이주 정책에 영향받는 이들과의 협의
 - 학대, 착취에 반대하는 법적 강제

취업이주 정책

- (169호 권고) 다음과 같은 정책을 채택한다
 - (a) 취업을 위한 이주의 필요성을 줄이기 위해 더 많은 고용기회와 더 나은 노동조건을 창출한다
 - 완전하고 생산적이며 자유롭게 선택된 취업을 증진시키기 위해 마련된 조건 하에서 국제적 이주가 발생한다는 것을 확실히 한다

9

이주노동자 : 접근

- 다음과 같은 이슈를 포괄하는 양자간 다자간 협정을 체결한다
 - 입국과 체재의 권리
 - 고용을 보호받을 권리
 - 이주노동자를 위한 교육과 훈련 기회 증진, 사회보장
 - 본국으로 돌아가려는 이주노동자와 그 가족에 대한 조력

10

ILO 법률 수단

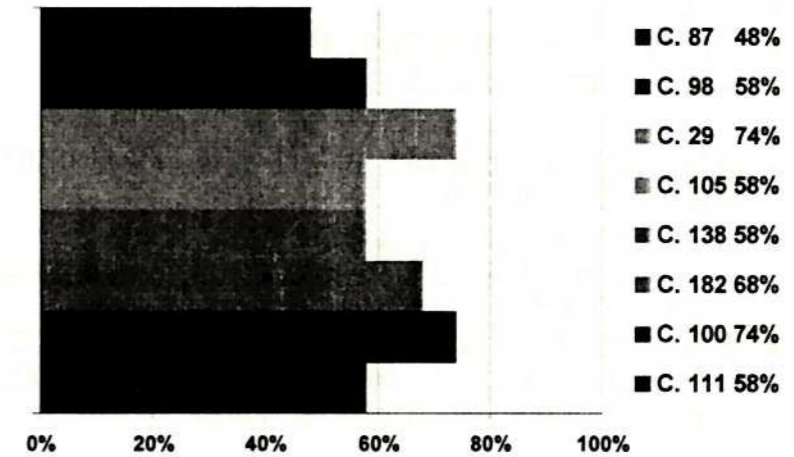
- 많은 이슈들을 호혜주의에 관계없이 다자적으로 해결한다
- 법률수단
 - 97호 이주고용협약 (개정), 1949
 - 86호 이주고용건고 (개정), 1949
 - 143호 이주노동자 (추가조항) 협약, 1975
 - 151호 이주노동자 권고, 1975
 - 100호 이주노동자 보호 (저개발국가) 권고, 1955

11

As of 15 July 2005 - ILO = 178 Member States

년도	번호	명칭	비준국가
1930	29	강제노동	(168)
1948	87	결사의 자유와 단결의 자유 보호	(144)
1949	98	단결권과 단체교섭권	(154)
1951	100	동일임금	(162)
1957	105	강제노동 철폐	(164)
1958	111	차별 (고용 & 직업)	(162)
1973	138	최소 연령	(140)
1999	182	아동노동 협약의 형태	(156)

ILO기본협약을 비준한 아시아 태평양 국가들의 비율 : 2005년 7월 15일



결사의 자유

- 합법 & 비합법 (등록/미등록) 이주노동자의 권리
 - 스스로의 선택으로 조직에 참여할 권리
 - 현존하는 조직으로부터 조력을 구할 권리
 - 스스로의 선택으로 조직을 결성할 권리
 - 임원이 될 권리(최소한의 법적 거주기간 필요)
 - 대표자를 선출할 권리
 - 관리자와 상담할 권리
 - 분쟁 조정 & 중재를 위해 국가기관을 이용할 권리
 - 단체교섭할 권리
 - 방어와 더 많은 이익을 위해 파업할 권리

14

강제노동

- 29호 강제노동협약, 1930
- [105호 강제노동 철폐 협약, 1957]
 - 양자는 광범위하게 비준됨. 그러나 동아시아에서는 최저
- 강제노동은 자유선택 대신 타인에 의해 강요된 어떠한 노동이라도 포함한다
- 강제노동은 인신매매의 종착점이다
 - 효과적으로 강제노동과 싸우는 나라들은 인신매매 목표지로 적당하지 않게 된다
- 강제노동은 굴욕적이고 잔인한('노예같은') 조건하의 어떠한 서비스노동이라도 포함한다. 전형적으로 가내노동자와 불법 이주노동자가 더욱 취약하다

15

아동노동

- 138호 최저 연령 협약, 1973
- 182호 최악의 아노동노동형태 협약, 1999
- 아시아 태평양지역에서도 점점 더 광범위하게 비준됨
- (합법&비합법) 이주노동자의 자녀들이 더 취약하다. 그러나 보호법률에 의해 동등하게 혜택을 받아야 한다
 - 출생신고와 증명은 최저연령 법률을 강제, 아동노동에 대한 행동을 위한 데이터 수집과 우선순위 결정에 핵심적이다

16

차별

- 111호 협약은 내국인과 이주노동자간에 다른 대우를 허용한다. 그러나,
 - 예컨대 종교, 성별 등과 같은 기준에 따른 이주노동자의 다양한 국적 간에는 그러하지 않는다
 - 인종/피부색 : '차별'대우 금지
 - 국내 조상과 외국 조상을 가진 내국인 간에는 그러하지 않는다

17

법률수단 (4)

- 181호 사적 채용기관 협약, 1997
- 아직 낮은 비준율(18개국), 아시아태평양에서는 일본만 비준
- 특히 노동시장이 점점 다양해짐에 따라 사적 채용기관이 노동시장의 기능을 돕는다는 인식에 의해 96호 협약 개정

18

법률수단 (5)

- 181호 민간직업소개업체 협약, 1997
 - (7조) 민간직업소개업체는 직접 혹은 간접, 전체 혹은 부분적으로 어떠한 대가나 비용을 노동자에게 부과해서는 안된다(예외 가능)
 - (8조) 1. 가장 대표성 있는 사용자 단체와 노동자 단체의 합의 후, 민간직업소개업체에 의해 그 영토 내에서 모집된 이주노동자들에 대한 학대를 막고 적절한 보호를 제공하기 위해서 회원국은 관할지역 내에서 필요하고 적절한 모든 조치를 다른 회원국들과 협력하여 채택한다. 이러한 조치들은 부당한 행위와 학대에 연관된 민간직업소개업체 금지를 포함하여 처벌 조항을 규정하는 법률이나 규칙을 포함한다.
 - 2. 노동자들이 다른 나라에서 일하기 위해 모집되는 나라에서, 관련 회원국들은 모집, 배치, 고용에 있어 학대와 부당행위를 방지하기 위해 양자간 협정 체결을 고려한다.
 - (9조) 회원국은 민간직업소개업체에 의해 아동노동이 활용되거나 공급되지 않는 것을 보장하기 위해 조치를 취한다.

19

법률수단 (6)

- 국제조직범죄 반대 UN 협약과 UN 협약을 보충하는 인신매매(특히 여성과 아동) 방지, 억제, 처벌 의정서는
- 인신매매에 대한 권위있는 정의를 규정한다
- 6항은 인신매매 희생자에 대한 조력과 보호 조항을 포함한다(cfr. 182)

20

법률수단 (7)

- 아동 매매, 아동 매춘, 아동포르노에 대한 '아동권리협약(CRC)에 대한 선택 의정서는
- 2002년 1월 18일 발효되었다
- 아동 매매, 아동 매춘, 아동 포르노에 대해 정의한다
- 주로 범죄 처벌에 초점을 맞추면서 아동의 권리와 이익을 보호하는 적절한 조치들을 규정한다

21

법률수단 (8)

- 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(UN MWC)은
- 2003년 7월 1일 발효되었고 현재까지 26개 국가가 비준했다(스리랑카, 필리핀, 동티모르 포함)
- 97호협약, 143호협약과 마찬가지로 비준이 부족하다
- 97호협약, 143호협약과의 주요 차이점
 - - 가족에 대한 광범위한 정의
 - - 광범위한 보호범위(국경 노동자, 자가고용 노동자, 선원노동자 포함)
 - - 약화된 "고용선택의 자유"
 - - 개인적 소송가능성 인정

22

이주노동자에 대한 국제노동 기준 - 접근

■ 목적

- 이주과정이 발생하는 조건 규제
- 매우 취약이 이주노동자에 대한 특별한 보호 제공



23

이주노동자에 대한 국제노동 기준 - 방향

- 이를 달성하기 위해, ILO의 기준 설정 활동은 두 가지 주요 방향에 집중해왔다:
 - 내국인&비내국인 사이에 사회보험에 있어 평등한 대우를 받을 권리를 제정하고 동시에 거주지에서 다른 나라로 이전하는 이주노동자를 위해, 획득한 권리 유지와 획득 과정에 있는 권리를 위한 국제시스템을 설립하는 것
 - 이주노동자들이 직면하는 문제에 대한 포괄적인 해결책을 찾는 것. 이러한 목적으로 많은 법률수단을 채택했다

24

97호 이주고용 협약(개정), 1949

- 역사적 맥락: 잉여 노동력의 이동을 용이하게 하려는 의도
- 목적: 다른 나라에서 고용될 시 차별로부터 노동자를 보호하는 것
- 합법 이주노동자 처우, 예시
 - 정상적으로 입국이 인정되는 자
 - 자신 이외의 자를 위하여 고용될 목적으로 타국으로 이주하는 자
 - 국경노동자, 자가고용노동자, 자유직업에 종사하는 자 및 예술가의 단기간 입국, 선원은 제외
 - 모든 이주노동자는 같다. 어떠한 차별도 없다. 예컨대
 - 자발적인 이주와 조직된 이주 사이
 - 숙련 또는 비숙련 이주노동자 사이

25

97호 협약 - 구조

- 취업이주에 필요한 조건 규제 (예컨대 정보의 교환, 고용서비스간의 협력)
- 일반적 보호 조항 일반적 보호 조항
 - 적절하고 자유로운 (공적인) 조력, 특히 정보의 권리 (1조), 잘못된 선전에 대해 보호받을 권리 (2조)
 - 적절한 의료 서비스의 유지 (5조)
 - 노동능력이 없는 경우에 상시고용 이주노동자의 추방 금지 (8조)
 - 소득과 저축을 이전하기 위한 이주고용 허가 (9조)

26

97호 협약 - 구조

- 다음과 같이 법적 행정적 조치들에 관해 이주노동자와 내국인노동자 사이에 평등대우 해야 한다
 - 생활과 노동조건(예시)
 - 비교가능한 직업범주 내에서 이주 가사노동자에게 내국인 가사노동자 혹은 내국인노동자보다 적게 지급하는 것
 - (간접적으로) 고용주에게 과세하는 것 이는 고용주들이 공제하기 때문에 결과적으로 더 적은 임금이 된다
 - 사회보험 (예시)
 - 건강보험에 가입하기 위해서는 이주노동자들이 7년간의 거주를 필요로 한다
 - 근로소득세
 - 사법, 법적 절차에 대한 접근

27

143호 협약 - 접근 & 구조

- 1975 : 더 이상 잉여노동의 이동을 용이하게 하는 것에 그치는 것이 아니라,
 - 이주노동 흐름을 통제하여 두는 것
 - 그에 따라 불법적 이주를 근절하고 은밀한 이주 조직 행위를 금지
- 두가지 주요 부분으로 구성:
 - 1부 (1-9조)는 은밀한 이주 / 불법 취업이주 문제에 대해 다룸
 - 2부 (10-14조)은 등록된 이주노동자와 내국인노동자간의 평등 범위를 본질적으로 확장하는 것, 특히 기회의 평등 확장에 의해.

28

발표 2. 민변 노동위

국제기준에 비추어 본 한국의 이주노동자의 권리

- 이주노동자의 노동기본권을 중심으로 -

황필규(공익변호사그룹 공감)
차성안(사법연수원 인권법학회)
홍예연(사법연수원 인권법학회)

I. 외국인의 헌법상의 지위와 인권 보장

1. 헌법의 해석

헌법은 기본권의 주체를 '국민'으로만 표현하고 있으나 헌법재판소는 '기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상' '국민과 유사한 지위에 있는 외국인도 기본권주체가 될 수 있다'고 명시하면서 '인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이다'라고 설시하여¹⁾ 헌법규정의 문언에 얽매이지 아니하고 헌법 이론적으로 '국민의 권리'와 '인간의 권리'를 구분하여 외국인을 '인간의 권리'의 주체로 보면서 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 인정하고 있다.

다만, 헌법재판소는 '외국인에 대하여는 원칙적으로 헌법상 거주, 이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권, 범죄피해자구조청구권, 국민투표권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못한다'²⁾고 하고 있으나 그 제한의 범위에 대하여 특정하고 있지 아니하다.

한편 한국 헌법학계에는 기본권 보장에 관한 헌법 제2장의 표제가 '국민의 권리와 의무'라고 되어 있으므로 '국민'의 권리만을 보장한 것이지 외국인을 포함하여 널리 '인간'의 권리까지 실정 헌법상 보장되는 것이 아니라는 일부 견해³⁾가 있기는 하지만, 1) 성질상 인간의 권리로 볼 수 있는 기본권은 외국인에게도 보장되어야 하고 그 밖의 기본권은 상호주의에 따라야 한다는 견해⁴⁾, 2) 한국 국민의 동화적 통합을 해치지 않고 외국인들을 한국사회에

1) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

2) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정, 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

3) 박일경, 신헌법학, (서울, 법경출판사, 1990), p. 199 참조. 기본권 보장의 취지 등을 무시한 형식적 문언에 치우친 견해라고 볼 수 있다.

4) 권영성, 보정판 헌법학원론, (서울: 법문사, 2001), p. 301 김철수, 제14전정신판 헌법학개론, (서울: 박영사, 2002), p. 285.

동화시키는 데 필요한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 견해⁵⁾ 등 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 인정하는 견해들이 주류를 이루고 있다. 즉, 헌법학계는 대체로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 자유권적 기본권, 청구권적 기본권에 대해서는 인간의 권리로서 외국인에게도 인정된다는 입장을 취하고 있다.

다만 헌법학계의 통설은 생존권적 기본권 혹은 사회적 기본권 등은 국민의 권리로서 외국인에게 당연히 보장되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다⁶⁾. 그러나 국제연합(United Nations: 유엔)이나 국제노동기구(International Labor Organization: ILO)에서 채택한 국제법규에서 외국인에 대하여 근로의 권리, 노동3권 등 생존권적 기본권이 보장되어야 한다는 입장을 취하고 있음이 명확한 추세임에 비추어 생존권적 기본권 역시 원칙적으로 자국의 영토 안에 있는 모든 '사람'에게 보장되어야 할 성질의 것으로 보아야 할 것이다⁷⁾.

따라서 외국인의 인권문제와 직접적으로 관련될 수 있는 헌법 제11조 평등권⁸⁾, 제12조 제1항 신체의 자유, 제37조 제2항 법률유보의 원칙⁹⁾ 및 과잉금지의 원칙¹⁰⁾, 포괄위임금지의 원칙¹¹⁾ 등 헌법상의 실체적, 절차적 보장규정 및 원칙은 외국인의 체류자격 유무를 불문하고 모두 직접 적용된다고 볼 수 있다.

2. 헌법의 규정

헌법 제6조 제2항은 '외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다'고 규정하고 있고¹²⁾ 동조 제1항은 '헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된

5) 허영, 한국헌법론, 제4판, (서울: 박영사, 2004), p. 176, p. 234.

6) 권영성, *supra note 4*, p. 304, 김철수, *supra note 4*, p. 287 참조.

7) 김지형, '외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장: 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토를 중심으로', 저스티스, 통권 제70호, (2002. 12.), pp. 14-15 참조.

8) 헌법 제11조 제1항 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.; 비록 헌법이 차별의 대상에 '국적'을 명시하고 있지 아니하나 차별의 대상에 관한 규정이 열거적이지 아니하고 예시적인 것에 불과하다는 점에 대하여는 이견이 없다.

9) 행정법적으로는 법률유보의 원칙이라고 함은 행정이 법률에 근거하여, 또는 법률의 수권에 의하여 행해져야 함을 의미한다. 김남진, 행정법 I, 제7판, (서울: 법문사, 2003), p. 37.

10) 과잉금지의 원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법 활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 사용한 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한을 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법의 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量 할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95결정.

11) 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적으로 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.

12) 이는 헌법 전문에서 '항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지'할 것을 표방하고 있는 국제평화주의의 실현의 한 형태로서 국제법질서를 존중하여 최소한 외국인의 지위에 관한 국제법상의 확립된 기준에 의하여 외국인울

국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다'고 명시하고 있다. 헌법재판소는 이에 대하여 '헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 동일한 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다'¹³⁾라는 언급을 통하여 그 의미를 재확인하고 있다.

따라서 한국이 가입, 비준한 국제인권조약인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights: 자유권규약), 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: 사회권규약), 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: 인종차별철폐협약), 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture, and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: 고문방지협약), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: 여성차별철폐협약), 아동의 권리에 관한 협약(convention on the Rights of the Child: 아동권리협약), 난민의 지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Refugees: 난민지위협약) 등은 국내법과 동일한 효력을 가질 뿐만 아니라 이들 조약을 통한 외국인의 인권 보장은 헌법상 명문의 규정에 의한 요청이라고 볼 수 있다.

특히 국제인권법의 국내법적 효력과 관련하여 기본권이 헌법으로 보호되는 이유는 그것이 개인에게 근본적인 자유와 권리가기 때문이므로 헌법과 같이, 근본적인 자유와 인권을 개인에게 보장하고 있는 자유권규약과 사회권규약과 같은 국제인권법은 통상의 조약과 다른 특수한 성격을 지니고 있어, 헌법적 차원의 성질을 가진 법규범이라 보아야 하며, 다만 헌법은 국내법 중 최고법이며, 달리 헌법에 조약이 헌법보다 우월할 수 있다는 조항이 없으므로, 자유권규약과 사회권규약은 실정 헌법에 위반될 수는 없어 헌법과 조화되는 범위 내에서 보완적으로 효력을 가진다는 견해¹⁴⁾가 존재하는 바, 국제인권법의 외국인에 대한 적용에 있어서는 일반 국제법과는 다른 특수성을 충분히 고려할 필요가 있다고 하겠다.

3. 헌법과 외국인의 헌법상의 지위

결국 헌법의 해석상 외국인도 원칙적으로 기본권의 주체이며 헌법 제6조에 의하여 외국인에게 적용되는 국제법과 조약은 이러한 외국인의 기본권 또는 인권의 보장을 보완 혹은 보충해주는 역할을 한다고 보아야 할 것이다.

보호하겠다는 국제법 존중의 정신을 담고 있는 것으로 이해되고 있다. 권영성, *supra note 4*, p. 178, 김철수, *supra note 4*, p. 230, 허영, *supra note 5*, p.175, 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정 등 참조.

13) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.

14) 이명용, '국제인권법의 국내법적 효력: 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성', 국가인권위원회 심포지엄: 국제인권법의 국내이행에 있어 문제점과 대안, (2004. 10. 27.), p. 55 참조

비록 헌법재판소의 결정과 학자들의 해석을 통해 외국인의 기본권 주체성이 인정되고는 있지만 미국이나 독일과 같이 헌법에서 이를 명문으로 확인할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 즉, 비록 이들 권리에 대하여도 외국인에게 인정되어야 한다는 논의가 없는 것은 아니지만 적어도 현재 시점에서 헌법적 차원에서는 참정권이나 입국의 자유 등과 관련하여서는 그 기본권의 주체를 '국민'으로 규정하되 다른 여타 권리에 관하여는 '모든 사람'을 그 기본권의 주체로 규정함이 타당하다 하겠다.

또한 헌법 제11조 평등권 조항의 차별금지대상에 현재 시점에서 그 권리 보호의 특별히 요구된다고 판단되는 장애 등 다른 사회적 소수자 범주와 함께 인종, 민족, 국적 등을 명문으로 규정하여 이들 범주와 관련된 인권 보호를 강조하는 것을 적극적으로 사고할 필요가 있다고 판단된다.

한편 다문화, 다민족사회를 현실로서 받아들이고 '민족의 단결을 공고히 하고'(헌법 전문), '민족문화의 창달에 노력하며'(헌법 제69조) 등 헌법 자체에서 단일민족성을 표방하는 규정 등은 진지한 재고를 요한다 하겠다.

II. 이주노동자의 개념과 유형

한국에서는 최근 2003년 8월 16일 법률 6967호로 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(이하 외국인근로자법이라 한다)이 제정되었는데, 동법 제2조는 아래와 같이 외국인 근로자의 개념을 정의하고 있다.

'제2조 (외국인근로자의 정의) 이 법에서 "외국인근로자"라 함은 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자를 말한다. 다만, 출입국관리법 제18조제1항의 규정에 의하여 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받은 외국인중 취업분야 또는 체류기간 등을 고려하여 대통령령이 정하는 자를 제외한다.'

그러나 외국인근로자법의 경우 동법상의 보호를 받기 위한 실정법상의 개념으로서 동법상의 범위를 뛰어넘는 외국인근로자 일반과 관련된 개념으로 쓰기에는 적절하지 않다. 따라서 대한민국의 국적을 가지지 않은 노동자라는 일반적인 개념으로서 이주노동자라는 용어를 사용하기로 한다. 그리고 이주노동자의 유형¹⁵⁾은 산업기술연수생 제도에 의하여 들어온 산업연수생, 그리고 일정기간의 연수기간을 거친 산업연수생으로 일정한 자격요건을 갖추어 법무부장관으로부터 취업활동을 할 수 있도록 그 체류자격변경허가를 받은 연수취업자¹⁶⁾, 장기간 한국에 거주하고 있는 외국인으로서 정주외국인¹⁷⁾, 그리고 마지막으로 체류자격이 없이 들어오거나 체류기간을 넘기는 등 한국에서의 체류가 불법이 된 미등록 이주

15) 이하의 4가지 유형은 최홍업, 외국인 근로자의 사회보장, 민주법학 제22호(2002), p175에 있는 표를 통한 분류방식을 차용한 것이다.

16) 출입국관리법 제19조의3, 동법 시행령 제24조의5 참조.

17) 정주외국인의 개념에 대해서는 최홍업, *supra note 15*, p. 172 각주 57) 참조.

노동자로 나누어 사용하기로 한다.

III. 한국의 이주노동자의 노동법상의 지위

1. 이주노동자와 노동기본권

이주노동자의 문제는 결국 노동력의 국제이동의 문제라 할 수 있다. 노동력의 국제이동을 경제적 동기의 관점에서 단순화하여 보면, 내국인보다 싼 값에 외국인 노동력을 쓰려는 고용주의 수요와 자국에서의 소득수준을 훨씬 상회하는 임금을 위해 국경을 넘어 노동력을 제공하려는 이주노동자의 공급이 국가의 외국인력수급정책이라는 필터를 통하여 서로 대응을 하는 현상으로 볼 수 있다.

그렇기 때문에 이주노동자 수급정책을 수요와 공급의 경제논리로 설명하게 되면 이주노동자의 노동법적 지위와 정면으로 배치되는 결과가 되는 것은 당연하다. 내국인보다 저렴한 비용이라는 것은 저렴한 만큼 근로자적 지위의 보장을 배제한 데에서 오는 결과이고, 이러한 불균등처우가 노동력의 국제이동을 불러오는 것이기 때문이다. 현재 이주노동자와 관련된 ILO 협약에 대해서는 한국뿐만 아니라 선진국조차 비준하지 않는 경향이 강한 것도 이러한 이유에 기인한다.

그러나 국적 및 합법적 체류자격 여부를 불문하고 현실적으로 근로를 제공하고 있는 자는 노동자로서의 권리를 당연히 가져야 하는 것이고 이를 적극적으로 보장하기 위한 것이 노동법적 원리라는 점을 감안하면, 현실적 조건들에 대한 규범적 통제로서의 이주노동자의 노동법적 지위를 살피는 것은 이주노동자들의 인권보장과 직결되는 문제라 할 것이다.

이하에서는 ILO 협약 중 이주노동자의 노동법적 지위를 개별적 근로관계, 집단적 근로관계의 차원에서 고찰하고 현재 한국의 법제와 관련하여 문제가 되는 지점들을 살피도록 한다.

2. 개별적 근로관계

(1) 균등처우의 문제

1) ILO 협약

1949년 채택되어 1952년 1월부터 발효된 제97호 '이주노동자 개정협약'은 제6조 제1항에서,

'본 협약의 적용을 받는 각 회원국은 다음 사항에 관하여 자국민에게 적용하는 것보다 불리하지 아니한 처우를 국적, 인종, 종교 또는 성별에 관한 차별 없이 그 지역 내에

합법적으로 있는 입이주자에게 적용할 것을 약속한다.

(a) 이와 같은 사항이 국내법령에 의하여 규제되거나 또는 행정기관의 통제 하에 있는 한에 있어서의 다음 사항.

(i) 보수의 일부를 구성하는 가족수당도 포함한 보수, 노동시간, 초과시간의 조치, 유급 휴가, 가족노동에 관한 제한, 고용을 위한 최저연령, 수습 및 훈련, 여성노동 및 연소자 노동

(ii) 노동조합의 조합원자격 및 단체교섭의 이익의 향유

(iii) 숙박시설'

이라고 규정하여 일정한 사항에 대하여 내국인과의 균등대우를 원칙으로 하고 있다.

1975년의 제 143호 '이주노동자 보충협약'은 제 10조 제 1항에서

'본 협약의 적용을 받는 각 회원국은 국내조건 및 국내관행에 적합한 방법에 의하여 이주노동자 및 그 가족으로서 자국의 영토 내에 합법적으로 거주하는 자들에게 고용 및 직업, 사회보장, 노동조합 및 문화적인 권리와 개인의 자유 및 집단적인 자유에 관하여 동등한 기회 및 처우를 촉진하고 보장하기 위한 국내정책을 선언하고 추구하여야 한다.'

고 규정하여 고용 등에 있어서 외국인 근로자 및 그 가족의 균등대우의 원칙을 명백히 하였고 제 12조에서

'각 회원국은 국내조건 및 국내관행에 부합하는 방법에 따라 다음을 행하여야 한다.

(e) 사용자 및 노동자의 대표적인 단체와의 협의 하에 이주노동자가 취업국의 사회생활에 적응될 때까지 필요한 특수한 점들을 고려하여, 동등한 기회 및 처우의 원칙을 손상시키지 아니하고, 그들과 그들의 가족이 내국인이 누리는 동등한 처우를 받을 수 있도록 국내조건과 국내관행에 부합하는 사회정책을 고안하고 적용시켜야 한다.

(g) 노동조건에 관하여 모든 이주노동자가, 그들의 취업조건이 아무리 특수하더라도, 동일한 활동에 대하여 동등한 처우를 받도록 보장하여야 한다.'

고 규정하여 이를 구체화 하였다.

두 협약은 '합법적 거주'와 '국내조건 및 국내관행에 적합한 방법'이라는 제한을 설정하고 있다는 한계는 있으나 이것이 '합법적이지 아니한 거주'를 하고 있는 이주노동자에 대한 균등하지 못한 대우를 직접적으로 정당화시켜준다거나, '국내조건 및 관행'이라는 것이 헌법적 기준이나 기타 국제법적 기준의 적용 배제를 정당화시켜준다는 의미로 해석될 수는 없다.

2) 헌법 및 국제인권법

헌법은 제11조에서 평등의 원칙을 천명하고 있고 이 조항이 외국인에게 적용됨은 헌법재판소의 결정에 의하여 확인되고 있으며¹⁸⁾ 차별금지 사유 중 '국적'이 포함됨 역시 해석상 인정되고 있다. 한편 헌법은 제32조에서 근로권 등에 대하여 규정하고 있다.

18) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

'제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적, 경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용, 임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.'

국제법의 경우 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 제2조 제1항에서 '모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖에 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다'고 규정하고 있고¹⁹⁾, 자유권규약과 사회권규약도 각각 제2조에서 이와 유사한 내용을 규정하고 있다. 즉 대부분의 국제인권법은 모두 몇몇 예외적인 조항, 예컨대 자유권규약 제25조의 참정권의 '모든 시민' 등을 제외하고는 '모든 사람'을 그 권리의 주체로 함으로써 국적에 의한 차별을 배제하고 적용상의 상호주의를 부정함으로써 내외국인 평등주의를 엄격하게 규정하고 있다.

또한 이들 인권조약의 조약감시기구가 행하는 인권조약의 내용이나 주제별 쟁점에 대한 유권적 해석, 즉 인권이사회(Human Rights Committee), 사회권위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights), 고문방지위원회(Committee against Torture) 및 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)의 일반논평(General Comment) 또는 인종차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)와 여성차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Discrimination against Women)의 일반권고(General Recommendation)는 각각의 인권조약들이 외국인 혹은 이주노동자, 심지어는 미등록 외국인에게도 적용됨을 언급하고 있다²⁰⁾. 예컨대, 인권이사회는 1986년 규약 상 외국인의 지위에 관한 일반논평 제15호에서 '일반적으로 규약 상 권리는 국적이거나 무국적, 상호주의와 무관하게 모든 사람에게 적용 된다'고 하여 외국인에 대한 규약의 적용을 분명히 하였다.

국제법에서 언급하고 있는 근로의 권리 등과 관련된 구체적인 규정을 살펴보면 우선 세계인권선언이 제23조와 제24조에서 이를 자세하게 규정하고 있다.

19) 헌법재판소는 '세계인권선언이 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준을 선언하는 의미는 있으나, 그 선언 내용인 각 조항이 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국내법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다'라고 하였으나(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정 참조), 세계인권선언 전체가 국제관습법을 구체화한 것인가에 관하여는 논란이 있으나 세계인권선언이 적어도 일부 인권보호 관련 국제관습법상의 국가의무를 제시하고 있다는 점은 국제사회에서 일반적으로 받아들여지고 있다. Robert McCorquodale and Martin Dixon, *Cases and Materials on International Law*, 4th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 182, 202 참조.

20) Isabelle Slinckx, *The UN Treaty Monitoring bodies and Migrant Workers: A Samizdat*, (International Catholic Commission and December 18, November 2004), pp. 8-9.