

사회문화법제분석 98-4

외국의 근로자파견제도의 최근 동향

1998. 12

研究者：崔弘曄(先任研究員)

한국법제연구원

1. 1990年12月

1990年12月 1990年12月 1990年12月 1990年12月

1990年12月

1990年12月

1990年12月

目 次

제1장 서론	7
I. 연구의 목적	7
II. 연구의 범위	9
제2장 독일의 근로자파견제도	11
I. 개 관	11
1. 근로자파견법의 제정과 제정목적	11
2. 초기 근로자파견법의 내용	13
3. 파견근로의 현실	14
4. 근로자파견법의 최근 입법	15
II. 파견대상업무	16
III. 파견기간	17
IV. 근로자파견관계	19
V. 파견근로관계	19
1. 파견근로계약	19
2. 유기근로계약 금지의 원칙과 일치의 금지 원칙	20
VI. 근로자파견사업의 규율	26
1. 파견허가와 거부	26
2. 사용사업체의 근로자로 擬制하는 규정	28
3. 혼합기업	29
4. 파견사업주의 신고의무	29
5. 파견사업에 대한 다른 규율	31
6. 위법파견사업에 대한 제재	32
VII. 노동관계법의 적용	33
1. 파견근로에 관한 단체협약	33
2. 사업장위원회와 감독회를 통한 파견근로자의 참가	35

3. 파견근로 연맹의 자기구속 선언	37
4. 사회보험료의 부담	38
VIII. 공익적 파견	39
제3장 프랑스의 근로자파견제도	43
I. 개 관	43
1. 입법연혁	43
2. 파견근로의 현실	45
3. 파견근로법제의 특징	46
4. 파견근로와 기간의 정함이 있는 근로계약	48
II 파견허용사유	49
1. 대체요원	49
2. 기업의 업무량 변화에 대한 대처	51
3. 원래 일시적인 업무	52
4. 고용정책상의 조치로서 파견근로의 이용	53
5. 이용금지사유	53
III. 파견기간	55
1. 확정기한부계약	55
2. 불확정기한부계약	55
3. 계약의 계속 및 중단	56
IV. 근로자파견관계	56
1. 근로자파견계약	56
2. 파견사업체와 사용자사업체의 관계	57
V. 파견근로관계	58
1. 파견근로계약의 기재사항	58
2. 試用期間	59
3. 계약의 종료와 파기	59
VI. 근로자파견사업의 규율	60
1. 신고제의 내용	60
2. 위법파견업에 대한 제재	62

VII. 노동관계법의 적용	64
1. 개별적 권리	65
2. 집단적 권리	67
제4장 일본의 근로자파견제도	71
I. 개 관	71
II. 파견대상업무	73
1. 법령상의 제한	73
2. 구체적인 파견대상업무	74
III. 파견기간	81
1. 법령상의 제한	81
2. 근로자파견계약의 갱신	82
IV. 근로자파견관계	84
1. 근로자파견계약의 의의	84
2. 근로자파견계약의 기재사항	85
V. 파견근로관계	89
1. 파견사업주가 강구해야할 조치	89
2. 취업조건의 명시	89
VI. 근로자파견사업에 대한 규율	91
1. 특정근로자파견사업과 일반근로자파견사업	91
2. 규율의 내용	92
3. 직업소개업과 겸업허용 요건	93
4. 노동쟁의에 대한 불개입	94
VII. 노동관계법의 적용	95
1. 근로기준법등의 적용특례	95
2. 집단법상의 권리	99
3. 勞働安全衛生法の 적용에 관한 특례	102
4. 진폐법의 적용특례	103
5. 재해보상의 책임	104

VIII. 고령자, 육아휴업 등에 대한 예외 인정	110
1. 序	110
2. 고령자 파견	110
3. 육아휴업과 개호휴업 파견	111
IX. 개정논의 및 비판	113
1. 개정에 관한 기본 시각	113
2. 개정에 관한 구체적 조치에 대해	114
3. 중앙직업안정심의회 의견에 대한 비판	119
제5장 결론 - 논의의 요약과 시사점	121
I. 파견대상업무와 파견기간의 상호비교	121
1. 일본의 근로자파견법	121
2. 독일의 근로자파견법	122
3. 프랑스의 근로자파견법	123
4. 상호비교와 우리나라법	124
II. 구체적인 쟁점의 비교와 시사점	126
1. 제2차 파견의 허용시점	126
2. 근로관계의 擬制	126
3. 파견근로자의 고용안정 방안	127
4. 취업조건에 명시 의무	128
5. 균등처우의 보장	128
6. 산업재해의 보상	129
7. 파견사업에 대한 규제형식	129
※ 참고문헌	131

제1장 서론

I. 연구의 목적

(1) 1998년 2월 20일에 '파견근로자보호등에관한법률'(이하, '근로자파견법'이라 함)이 제정되었다. 그래서 근로자파견법의 주요한 골격과 구체적인 내용에 대한 입법이 이미 완료되었다고 할 수도 있다. 그리고 그 동안 외국의 근로자파견법제에 대한 글들이 몇 편 나왔다. 그럼에도 왜 외국의 근로자파견법제를 조사하는가? 먼저 이 글의 목적에 대해서 해명한다.

먼저, 근로자파견법이 지니는 특수한 성격 때문이다. 국내외의 법개정사를 살펴보면, 노동관계법은 정치권력의 성격이나 경기침체의 정도에 따라서 많은 영향을 받는다. 이에 따라 법개정이 비교적 빈번하게 이루어진다. 노동관계법 가운데에서도 특히 근로자파견법은 그러한 성격이 두드러진다. 뒤에 살펴보는 바와 같이 프랑스에서는 정치권력이 바뀔 때마다 근로자파견법의 중요한 수정이 이루어졌다. 프랑스의 파견법개정사는 정치권력의 변천사와 그 흐름을 같이할 정도이다. 독일의 근로자파견법도 경기활황의 정도에 따라 빈번하게 개폐되어왔다. 1972년 8월 제정 이래로 1997년 12월의 법개정에 이르기까지 19차례의 크고 작은 법률개정이 있었다. 1985년에 근로자파견법이 제정된 일본의 경우에도 사정은 다르지 않다. 이미 10여차례 법률개정이 있었으며, 현재에도 근로자파견법 개정논의가 매우 활발하다.

사실 위와 같은 빈번한 법개정은 근로자파견제도의 안정적 정착을 위해 바람직한 것은 아니다. 면밀한 연구와 폭넓은 합의를 거쳐 법률을 만들고, 가능하면 법개정의 횟수를 줄이는 것이 물론 바람직하다. 그렇지만, 우리가 처한 사정만 보더라도 그것은 쉽지 않은 일이다. 사실 최근에 제정된 근로자파견법은 체계적인 내부논리를 가지고 있는 입법이라고 보기 어렵다. 오히려 노사정간의 정치적 타협이라는 측면이 두드러지는 입법이다. IMF 금융지원의 필요 때문에 황급하게 제정된 법으로서 앞으로 수정, 보완해야할 내용이 적지않다.

또한 올해초 법제정에 대한 노사정합의가 있었으나, 제정 이후 노사단체의 의견은 상호합의가 불가능할 정도로 다르다. 노동계 일각에서는 법제정 직후부터 근로자파견법의 폐지를 주장하고 있으며, 규제완화에 대해서도 매우 부정적이다. 반면

사용자단체에서는 파견대상업무와 파견기간에 대한 자유화를 주장하거나, 자유화를 원칙으로 한 Negative 시스템의 도입을 강조하고 있다. 그리고 국내에 국제 금융을 제공하는 세계은행(IBRD)도 근로자파견제도의 개정을 요구하였다. 세계은행은 정부와 제2차 구조조정차관 도입을 위한 논의과정에서 근로자파견 업종의 자유화를 포함한 노동시장 유연화를 강력히 요구했다고 한다.¹⁾

위와 같이 노사를 비롯한 이해관계자들의 의견이 대립하는 문제에 대해서,立法과 법해석은 노사 어느 일방의 시각에 설 수 없으며, 일관된 법자체의 논리를 세워나가야 한다. 이를 위해서는 여러 영역의 연구가 필요하겠으나, 외국 제도를 정확하게 인식하고, 최근의 논의방향을 확인하는 것도 중요하다. 이를 통해 우리 법의 원칙을 분명히 하고 미비점을 보완해가야 한다.

(2) 최근까지 발표된 국내의 글을 보면, 외국제도가 정확하게 소개되지 않은 부분이 적지 않으며 중요한 부분이면서도 충분히 소개되지 못한 내용도 있다. 예를 들어 독일의 근로자 파견기간의 제한은 6개월로부터, 9개월, 12개월로 점차 연장되어왔으나, 아직까지도 파견기간이 6개월밖에 안되는 것으로 인식하고 있는 자료가 있다. 그리고 독일에서는 파견기간의 제한 이외에도 파견사업주가 파견근로자를 기간의 정함이 없는 근로자, 즉 상용 근로자로 채용하도록 정교하게 구성되었으나 이제까지 충분히 소개되지 못했다. 프랑스에 대해서도 대체로 1986년의 법개정 내용까지가 국내에 일부 소개되어 있으며, 1990년의 법개정에 대해서는 소개되지 못하고 있다. 나아가 프랑스나 독일의 집단적 노사관계에 대한 논의도 별로 소개되지 못했다.

일본에 대해서도 몇 가지 잘못 소개되거나 불충분한 부분이 있다. 일반근로자파견사업에 대한 허가기간이 3년에서 5년으로 연장되었다고 일부 학자는 지적하고 있으나, 모두 5년으로 연장된 것은 아니며 갱신허가의 경우에만 5년으로 연장되었다. 또한 일본이 파견대상업무에 대해 Negative 시스템을 도입하는 법개정을 하고 있다는 인식이 보편화되고 있으나, 그것만으로는 피상적인 인식이다. 일본의 법제는 전문적 업무를 중심으로 한 것이었으나, 최근의 논의는 유럽형의 일시적 업무에 대한 파견을 허용하는 것을 중심으로 하고 있다. 이와 같은 흐름을 감안하지 않고 Positive, Negative 시스템을 논의하는 것은 정확한 토론이 아니다.

1) 한국경제신문 1998.9.11.字 1면; 한겨레신문 1998.9.21.字 1면 참고.

II. 연구의 범위

외국의 파견법제를 살펴보면 크게 세 가지 부류가 있다. 미국, 영국 등은 근로자파견에 대해 법적인 규제를 가하지 않고 시장기능에 일임하고 있으며, 독일, 프랑스, 일본 등은 파견근로를 허용하면서 일정한 규제를 가하고 있고, 스웨덴 등에서는 파견근로를 금지하고 있다. 우리의 경우도 이전까지는 파견근로를 원칙적으로 금지해 왔으나, 이번의 법제정으로 인해서 파견근로를 허용하면서도 일정한 규제를 가하는 부류에 속하게 되었다.

이 글이 독일, 프랑스, 일본의 법제를 조사한 데에는 근로자파견법이 지향하는 방향이 비슷하기 때문이다. 미국과 같이 완전히 자유화하지 않고, 스웨덴과 같이 완전 금지하지도 않는 나라들이기 때문이다.

이들 세나라의 최근동향만을 정리하는 방법도 있겠으나, 이하에서는 전체적인 체계에 따라서 내용을 설명하면서 최근의 입법동향을 정리하였다. 각국의 제도를 충분하게 소개하기 위해, 각국의 사정을 구체적인 항목에 따라 서술했다. 각국의 구체적인 항목을 서로 일치시킴으로써 상호비교가 용이하도록 구성했다.

각 나라의 소개에서는 먼저 개관을 해보았다. 개관에서는 근로자파견법의 입법연혁, 파견의 이용현황, 전체적인 특징을 정리했다. 그 다음으로 파견대상업무(또는 파견사유), 파견기간은 중요한 쟁점이므로 분리하여 서술했다. 근로자파견관계는 파견사업주와 사용자사업주가 근로자를 파견하기 위한 법률관계를 조사하는 항목으로서, 근로자파견계약에 대한 규율이 여기에 포함되었다. 파견근로관계는 파견사업주와 파견근로자의 법률관계를 조사하는 영역인데, 파견근로계약에 대한 것이나, 근로계약의 기간의 문제 등은 여기에 포함시켰다. 이에 따라 독일의 상용형 파견을 유도하는 법률규정은 이 항목에서 정리했다.

다음으로 「근로자파견사업의 규율」은 그 다음에 서술했는데, 근로자파견사업에 대한 허가제 내지 신고제의 내용이 여기에 포함되었다. 그밖에도 '쟁의사업장에 대한 근로자파견의 제한'과 '파견근로자에 대한 고용제한의 금지', 그리고 '위법사업장에 대한 제재'규정을 여기에 포함하여 논하고 있다.

다음으로 「노동관계법의 적용」에서는 파견근로자에 대한 노동관계법의 적용에서 인정되는 특례나 해석론을 소개했다. 균등대우원칙을 포함한 개별적 근로관계, 종업원대표제도를 포함한 집단적 노사관계상의 쟁점을 주로 다루었으며, 기타 산

업재해와 안전보건상의 규정도 소개하고 있다.

그밖에 각 항목에서 소화하기 어려운 내용을 뒷부분에 추가했다. 파건의 예외적 허용형태라 할 수 있는 독일의 공익적 파견제도와 일본의 고령자, 육아휴업 등의 파견제도가 여기에 해당한다. 일본에서는 파견법의 대폭 개정에 대한 논의가 있는데, 그 논의도 뒷부분에 덧붙였다.

제2장 독일의 근로자파견제도

I. 개 관

1. 근로자파견법의 제정과 제정목적

1) 독일에서 근로자파견사업을 규율하는 법률은 1972년 8월 7일에 제정되어 같은 해 10월 11일에 시행된 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG; 이하 '법'이라 함)이다.²⁾ 그러나 근로자파견사업을 처음으로 합법화한 것은 이 법률이 아니라 1967년 연방헌법재판소의 결정이었다. 1967년 이전에 근로자파견사업은 일종의 직업소개로서 파악되었다. 그런데 직업소개는 정부(노동부)의 전속적 관할이었고, 민간인에 의한 직업소개는 '직업소개및실업보험에관한법률' 제37조제3항에 의해 엄격하게 금지되었다. 그러다가 1967년 4월 4일에 연방헌법재판소가 위 법률조항이 헌법상 보장된 「직업의 자유」(독일기본법 제12조 제1항)에 위반한다고 결정함으로써, 민간인에 의한 근로자파견사업이 자유롭게 되었다.³⁾ 즉 연방헌법재판소의 위 결정에 의해 근로자파견은 직업소개및실업보험에관한법률의 적용을 받지 않고, 다른 노무공급계약과 마찬가지로 민법의 적용을 받게 되었다. 연방헌법재판소의 위 결정 이후 독일에서는 근로자파견사업이 비약적으로 - 1968년에 145개이던 업체가 1972년에는 1,046개로 - 증가하였다.

2) 근로자파견사업의 허용은 근로자파견법 제정의 원인이 되었다. 근로자파견사업의 비약적 증가는 여러 사회적 문제를 야기하였는데, 특히 파견근로자에 대한 착취와 사회보험료의 체납이 가장 큰 문제였다. 연방의회는 이러한 문제점을 해결하기 위하여 1972년 근로자파견법을 제정하였다.⁴⁾ 파견법의 목적은 위와 같은 문제점

2) 원래 명칭은 '근로자파견사업의규율에관한법률'(Gesetz zur Regelung der gewermäßigen Arbeitnehmerüberlassung)이다.

3) 제37조제3항의 내용과 연방헌법재판소의 판결내용에 대해서는 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993, 93~4면; 강성태, "근로자파견과 사업주책임", 사회과학연구(대구대) 제3집, 1997.2, 5~6면.

4) 법 제정과정에서 노동조합측은 강력하게 반대하였다. 노동조합측은 파견근로가 노예노동이며, 비인간적 노동이라고 하는 비판을 처음부터 강력히 주장하였고 이같은 견해는 기본적으로 오늘날까지 유지되고 있다(大橋範雄, "勞働者派遣事業制度の改正に關する中職審「建議」を讀んで", 勞働法律旬報 1437号, 1998.8.10. 36면). 따라서 독일정부는 파견법의 제정에 있어서 이같은 파견근로에 대한 강력한 반대론에 대처하기 위해 여러 가지 점에서 배려할 수밖에 없었다.

을 해결하는 것에 그치지 않았다. 근로자파견사업에 본질적으로 위험(Gefahre)이 내재해 있기 때문에, 파견업은 허가를 받아야 하며, 많은 규제를 받게 되었다. 근로자파견에서는 사용자(파견사업주)와 근로자 사이에 제3자가 참가한다. 이에 따라 근로자의 그 사용자로의 귀속이 불분명하다. 나아가 사용자(파견사업주)와 생산수단의 소유자는 각각 다른 법적 주체이다. 파견근로자의 노동의 결과는 자신의 사용자에게 직접 귀속하는 것이 아니고, 제3자에게 귀속한다. 그리하여 모든 근로자파견은 불가피하게 통상의 근로관계로부터 이탈하는데, 이러한 이탈을 가능하면 최소화하기 위해, 근로자파견법의 일련의 규정(제3조 1항 3호부터 5호까지, 법 제1조 2항5)은 파견사업주가 사용자책임을 부담하도록 정하였다. 그 구체적인 내용에 대해서는 다음 항목에 정리한다.

근로자파견법의 다른 목적은 연방고용청의 독점적 직업소개를 보장하는 것이다. 연방헌법재판소의 판결에 따르면 근로자를 사용자와 근로관계를 맺도록 하는 연방고용청의 독점권은 결국 독일기본법의 사회국가원리(Sozialstaatsgebot)에서 출발한다.⁶⁾ 직업소개는 다만 구직자(근로자)와 구인자(사용자)의 결합(Zusammenführen)에 제한된다. 근로자파견사업자는 이러한 의미의 직업소개를 할 수 없었다. 근로자파견법의 입법화로 인해 파견업은 허용되면서도, 국가의 직업소개 독점권은 유지되었던 것이다.⁷⁾

마지막으로 근로자파견법 제정의 목적은 사회보험료와 근로소득세의 확보를 확실하게 하는 것이었다.⁸⁾ 법 제3조제1항제1호에 의하면 파견업신청인은 파견업을 위해 필요한 신뢰성이 있어야 허가를 받을 수 있는데, 그를 위해서는 근로소득세의 납부와 사회보험료의 납부가 필요하다. 허가없는 파견의 경우에는 법 제10조제1항에 의해 사용사업주가 사용자로서 책임을 짐으로써 근로소득세의 납부를 보증하고 있다. 뿐만 아니라 허가를 받은 파견의 경우에도 법 제3조제1항제2호⁹⁾에

5) 제1조제2항은 위법한 근로자파견을 직업소개로 추정하는 규정이다. 즉, 근로자가 노무급부를 위해 제3자에게 파견되며, 파견사업주가 통상의 사용자의 의무나 사용자위험(법 제3조제1항제1호부터 제5호)을 부담하지 않거나 파견제한기간(제3조제1항제6호)을 초과했다면, 파견사업주는 직업소개를 한 것으로 추정된다.

6) BVerfG 4. 4. 1967 BVerfGE 21,245.

7) 그렇지만, 1994년 직업소개의 허가제를 통해 국가 독점권은 대폭 완화되었다.

8) Marschall, "gewermäßigen Arbeitnehmerüberlassung", Richardi/ Wlotzke (hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, B. I, C.H.Beck, 1992, S. 761 ff.

9) 신청인이 자신의 경영조직(Betriebsorganisation)을 형성한 후 통상의 사용자의 의무를 합법적으로 이행할 수 없게 된 경우에는 파견허가의 신청을 거부할 수 있다.

의해 사회보험료의 납부를 보증하고 있다.

위와 같은 입법의 목적은 다음과 같은 제도에 의해 구체화되었다.

2. 초기 근로자파견법의 내용

독일은 대상업무에 대한 제한을 통해 파견사업을 규제하는 것이 아니다. 독일에서 근로자파견사업을 하기 위해서는 연방고용청의 허가를 받아야 한다.¹⁰⁾ 그리고 이러한 허가제와 함께 몇가지 중요한 수단을 통해서 근로자파견을 제한하였다.

먼저, 파견기간의 제한이다. 즉 동일한 파견사업자에게 파견근로자를 파견할 수 있는 파견기간의 상한을 정함으로써 장기간 파견을 금지하고 있다. 법제정 당시에는 3개월의 상한기간을 정하고 있었다. 또한 부정한 거래를 회피하기 위해 근로자파견법 제3조제1항제6호는, 다른 파견사업주에 의해 바로 직전에 이루어진 파견은 동일한 사용사업주에게 제공된 것으로서 추가산입하고 있다.¹¹⁾ 동일 사용사업주에 대한 근로자파견의 허용기간을 설정한 것을 보면, 입법자는 근로자파견을 근본적으로 바람직하지 않다고 보았다는 것을 알 수 있다. 이러한 제한으로 인해 근로자파견은 노동시장에서 단지 제한된 기능, 즉 일시적인 노동력 수요를 충족시키며, 예를 들어 학생들과 같은 근로자의 시간적으로 한정된 노동수요를 만족시키기 위한 기능만이 인정되었다.

그러나, 독일의 규제에서 파견기간의 규제만이 중요한 것이라고 본다면 안될 것 같다. 오히려, 근로자파견법은 일치의 금지, 기간의 정함이 있는 근로계약의 금지 등의 규제가 매우 중요하다. 근로자파견법의 논의과정에서 외국의 법제를 소개했던 문헌 가운데 이점을 輕視한 것이 적지않다.¹²⁾

그리고 파견사업자는 원칙적으로 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하여야 한다. 파견근로자와 기한의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자는 파견업의 허가가 거부되며, 그러한 기간 설정 부분은 무효로 된다. 파견사업주에게 파견근로자를 상용근로자로 채용하도록 하는 규정이다. 다만 파견근로자의 개인사정으로부터 실

10) 허가제의 자세한 내용은 후술하는 「근로자파견사업의 규율」을 참고.

11) 연방고용청의 해석에 따르면, 파견근로자는 개별 투입의 중간에 이전 파견근로의 최소 25%에 이르는 중단기간이 있었다면 동일한 사업장에 여러 차례 투입될 수도 있다. 예를 들어 60일 동안 파견된 노동자 A는 다시 동일한 사업장에 파견되기 이전에 15일간 파견될 수 없다. 이에 반해 연방노동법원의 해석은 이와 다른데, 자세한 내용은 후술하는 파견기간의 내용을 참고.

12) 대표적인 것으로는 정인수·윤진호, 앞의 책, pp.96~97, 133.

질적인 사유가 존재하는 경우는 예외이다(법 제3조제1항제3호).

아울러, 일치의 금지(Synchronisationsverbot)에 의해 파견사업주가 파견근로자와의 근로계약기간을 어떤 사용사업자로의 첫번째 파견에 한정하는 것이 금지되었다(제3조제1항제5호 참고). 이 법규정은 사용사업주로의 1회 파견만을 목적으로 근로자를 모집하는 것을 금지하려는 취지이며, 파견사업주는 파견근로자를 제1차 파견기간과 관계없이 고용하도록 유도하려는 규정이라고 생각한다. 이러한 일치의 금지는 파견근로자의 기간붙임에 대한 실질적인 사유가 근로자 개인에게 있는 경우에도 적용된다. 또한 일치의 금지는, 기간설정과 파견의 시간적인 일치가 사후적으로 발생한 경우에 대해서도 해당한다.

3. 파견근로의 현실

파견근로자의 숫자는 사회보험가입의무가 있는 근로자와 비교할 때에, 서서히 증가하고 있다고 할 수 있다. 이 비율은, 1979년 6월 30일에는 0.18%, 1980년 6월 30일에는 0.22%, 1983년 6월 30일에는 0.13%, 1987년 6월 30일에는 0.35%, 1991년 6월 30일에는 0.58%이었다. 1995년 6월에는 사회보험가입의무가 있는 근로자 약 2,815만 5500명 가운데 파견근로자는 17만 6185인, 즉 0.63%이었다. 서독 지역에서 사회보험가입의무가 있는 모든 근로자와의 비율에서는 파견근로자가 동독지역보다 높기 때문에, 사회보험가입의무가 있는 근로자 전체에서 점하는 파견근로자는 동독의 0.25%보다 높은 0.71%였다.¹³⁾

독일에서는 업무영역에 대한 제한이 없지만, 특정의 직업부문이 파견근로자의 중점 활동영역이 되고 있다. 남성노동자의 경우에는 주로 제조업부문에서 일하고 있다. 즉 기계공, 수리공 또는 이에 유사한 직업이다. 1992년 중순에서는 제조업에서 37,987명의 남성 파견근로자가 1995년 중순에서는 43,763명이 일하고 있었다. 두 번째로 많은 항목은 상세한 업종 신고가 없는 보조노동자이다. 여성 파견근로자는 거의 사무직(조직, 관리 포함)에서 일하고 있다. 상세한 업종신고가 없는 보조노동자가 그 뒤를 잇는다. 다음으로 기타 서비스직 등의 순이다. 1995년 전체 파견근로자 가운데 남성 파견근로자는 143,614명이며, 여성 파견근로자는 32,571명이다.

13) 鎌田耕一, “ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(上)”, 労働法律旬報 1419号, 1997.11.10, 50면.

독일의 법정 파견노동기간이 점차 늘어나고 있지만, 아직도 다수는 단기간 파견이다. 즉 1995년 파견사업체와 파견근로자와의 사이의 노동관계의 약 51.4%는 1주일부터 3개월 미만의 기간이다(51.4%). 36.5%의 노동관계는 3개월 이상 존속한다. 이점은 1984년전반에는 약 24%만이 3개월 이상 존속한 것과 비교하면, 장기간 계속하는 파견노동관계의 비율이 약간 증가하였다.

4. 근로자파견법의 최근 입법

1992년 이후의 독일 근로자파견법의 주된 개정은 이하와 같다.¹⁴⁾ 대체로 경기 불황을 이유로 기존의 엄격한 법적규제를 완화시키는 내용들이다.

1) 1993년 12월 21일 「절약, 연대 및 경제성장계획의 실현을 위한 제1차법」(1994년 1월 1일 시행)은 파견기간(동일한 사용사업체에 동일한 파견근로자를 파견할 수 있는 기간)의 상한을 종래의 6개월로부터 9개월로 연장하였다.

2) 1994년 7월 26일 취업촉진법은 연방고용청에 의해 직업소개가 곤란하다고 하여 파견사업체에 알선되고, 동시에 최초의 파견 후 사용사업체와 직접 노동관계에 들어간 파견근로자에게 대해서는 근로자파견법 제3조제1항제5호가 정한 금지(파견사업체가 파견근로자와 체결한 근로계약의 기간을 파견기간과 일치시키는 것의 금지)에 예외를 설정하였다.

3) 1994년 9월 20일 「건설업에서 고용촉진개혁법」(1994년 9월 29일 시행)은, 종래의 건설업에 있어서 근로자파견의 금지를 유지하면서, 이것을 일부 완화하여 건설업에서 사업장간에 동일한 개괄적 단체협약 및 사회금고 협약(Sozialkassentarifverträge)이 적용되거나, 이들에 일반적 구속력이 미치는 경우에는, 그 사업장 간에 근로자파견을 허용하게 되었다.

4) 1997년 3월 28일 「고용촉진개혁법」(1997년 4월 1일 시행)은, 근로자파견법에 대하여 이하와 같은 개정을 하였다.

i) 1994년 취업촉진법에 의해 민간직업소개가 허용되었기 때문에, 법 제1조에서 규정한 근로자파견의 정의에 대해, 직업소개부분을 삭제하였다.¹⁵⁾

ii) 파견기간의 상한을 12개월(종래 9개월)로 연장하였다.

14) 앞의 글, 40면 이하.

15) 과거에는 근로자파견사업자가 '직업소개'를 할 수 없었으나, 파견사업자가 일정한 요건을 갖추어 직업소개허가(Vermittlungserlaubnis)를 받으면 동시에 할 수 있게 되었다. Sandmann/Marschall, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, Luchterhand, 1998, S. 53 f.

- iii) 최초의 파견근로계약에 대하여 기간의 정함을 두는 것은 자유로 되었다. 즉, 동일한 파견근로자와의 근로계약에 대하여 반복하여 기간의 정함을 두는 것이 금지되었다. 다만, 최초의 근로계약과 직접 접속하는 형으로 다시 유기의 근로계약을 체결하는 것은 인정되었다(법 제3조제1항제3호).
- iv) 종래, 파견사업체가 파견근로자와의 노동관계를 해고에 의해 종료시킨 후에는 3개월간 새로이 채용하지 못했지만, 개정에 의해 해고후 1회 채용에 대해서는 3개월 이내이어도 가능하도록 되었다(법 제3조제1항제4호).
- v) 과거에 근로계약의 기간을 최초의 파견기간과 일치시키는 것은 금지되고 있었지만, 개정에 의해 1회 정도는 이 일치가 허용되었다(법 제3조제1항제5호).
- vi) 고용촉진법이 사회법전 제3부로 편입되면서, 건설업에서 근로자파견을 금지한 고용촉진법 제12a조가 근로자파견법 제1b조로서 삽입되었다.

II. 파견대상업무

독일에서는 대상업무에 대한 제한이 원칙적으로 없다. 다만, 건설업(Baugewerbe)의 경우에는 근로자파견사업의 대상이 될 수 없다(근로자파견법 제1b조). 건설업을 제외한 전 업종에서 근로자파견이 허용되고 있다. 독일은 대상업무에 대한 규제를 통해 파견사업을 규제하는 것이 아니다. 앞에서 소개한 다른 수단들을 통해서 근로자파견을 제한하고 있다.

이렇게 건설업이 대상에서 제외된 것은 나름의 이유가 있었다. 독일의 파견법은 성립초기에 모든 산업분야에서 파견이 허용되어 있었다. 그러나 건설업분야에서 파견의 폐해가 현저하였기 때문에, 사용자측으로부터의 반대가 강했음에도 불구하고, 1982년에 건설업분야로의 근로자파견이 금지된 것이었다. 이 금지에 대해 사용자측은 그 금지규정은 직업의 자유에 위반하여 헌법위반이라고 하여 재판상 다투었지만, 연방헌법재판소는 공공의 복지에 반한 경우에는 직업의 자유도 제한된다고 하는 이유로, 사용자측의 청구를 기각하였다.

다만, 1990년대에 들어 독일에서도 노동법 분야에서의 규제완화가 진행되어 그 영향 아래에서 다시 일정한 조건 아래에서 건설업분야의 근로자파견이 인정된다. 1994년 9월 20일 「건설업에서 고용촉진개혁법」(1994년 9월 29일 시행)은, 종래의 건설업에 있어서 근로자파견의 금지를 유지하면서, 이것을 일부 완화하여 건

설업에서 사업장간에 동일한 개괄적 단체협약 및 사회금고 협약(Sozialkassentarifverträge)이 적용되거나, 이들에 일반적 구속력이 미치는 경우에는, 그 사업장간에 근로자파견을 허용하게 되었다.¹⁶⁾

III. 파견기간

동일한 파견사업자에게 파견근로자를 파견할 수 있는 파견기간의 상한을 정함으로써 장기간 파견을 금지하고 있다. 원래는 근로자파견법 제3조제1항제6호에 의해 3개월을 넘을 수 없었다. 그렇지만 BeschFG(취업촉진법, 1985년) 제8조에 의해 이러한 기간은 1989년 12월 31일까지 6개월로 연장되었다. 1990년 1월부터는 다시 원래의 규제로 되돌아가기로 되었으나, 되돌아가지 못하고 6개월의 파견기간이 유지되었다.¹⁷⁾ 그러다가 파견기간은 최근들어 다시 완화되고 있다. 파견기간의 상한이 6개월에서 9개월로, 최근에는 다시 12개월로 연장된 것이다.¹⁸⁾

또한 부정한 거래를 회피하기 위해 근로자파견법 제3조제1항제6호는, 다른 파견사업주에 의해 바로 직전에 이루어진 파견은 동일한 사용사업주에게 제공된 것으로서 추가산입하고 있다. 여기에서 상용직종(Dauerarbeitsplätze)에 서로다른 파견근로자들을 계속적으로 고용하는 것은 금지되지 않는다는 것이 다수견해이다.¹⁹⁾

허용되는 파견기간을 넘게 된다면, 파견법 제1조제2항에 따라서 파견사용자가 허가없이 직업소개를 한 것으로 추정된다. 구 파견법 제13조에 따르면 이러한 경우 그 사용사업자와의 사이에 근로관계가 성립한다(BAG AP Nr.9 zu §103 BetrVG 1972).²⁰⁾

16) 鎌田耕一, "ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(上)", 労働法律旬報 1419号, 1997.11.10, 40면. 1998년 1월 1일부터 시행되고 있는 근로자파견법 제1b조의 내용이다.

17) 大橋範雄, "ドイツにおける派遣労働の現状と問題點(下)", 労働法律旬報 1319号, 1993.9.10, 27면.

18) 1993년 12월 21일 「절약, 연대 및 경제성장계획의 실현을 위한 제1차법」(1994년 1월 1일 시행)은 파견기간의 상한을 종래의 6개월로부터 9개월로 연장하였다. 그리고 1997년 3월 28일 「고용촉진개혁법」(1997년 4월 1일 시행)에서 9개월의 기간이 다시 12개월로 연장되었다.

19) 다른 견해로는 Ulber, AuR 1982, 56을 들 수 있다(W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2. 5., Aufl., S. 814에서 재인용).

20) W. Däubler, a.a.O., S. 814.

파견기간은 실제로 파견한 시간, 즉 사용사업주에게 파견된 때로부터 기산한다. 이와 다른 사용사업주와 파견근로자 사이의 협정은 효력이 없다. 그 기간은 독일 민법 제187조, 188조에 의해 산정된다. 12개월의 기간은 파견사업주의 중단없는 파견에 대해서만 효과가 있다. 문제는 파견기간의 중단이다. 제1차 파견이 종료된 다음에 어느 정도 시간이 지나야 제2차 파견을 할 수 있는지가 논란이 되었다.²¹⁾

이에 대해서는 연방노동법원과 연방고용청의 해석이 서로 다르다. 먼저 연방노동법원의 판례는 구체적인 사정을 따져 보려는 입장이다. 이에 따르면, 파견근로자의 동일한 파견사업주에 대한 첫 번째 파견과 두 번째 파견 사이에 긴밀한 사실적 관련이 있을 때에는 중단은 의미있는 것이 아니다.²²⁾ 그러므로 개별적 사례의 사정, 중단의 원인과 기간, 그리고 계속취업의 형태가 문제로 된다. 단지 1개월 기간동안의 중단도 의미 있는 중단(*beachtlich Unterbrechung*)이 되어, 12개월의 기간이 새로이 시작될 수 있다. 또한 병환중이거나 휴가중의 경우에도 파견기간이 중단될 수 있다.

연방노동법원의 판례가 일률적인 해결에 반대하고 구체적인 사정을 고려한 것이라면, 연방고용청(BA)은 기간의 경과를 통한 다른 방법 - 여기에서는 25%의 수식을 이용한다. 연방고용청의 심사관행에 따르면, 중단기간이 이전 파견기간의 최소한 25%에 이르면 의미있는 중단이 존재하게 된다.

연방고용청의 해석에 따르면, 물론 파견근로자는 개별 투입의 중간에 이전 파견근로의 최소 25%에 이르는 중단기간이 있었다면 동일한 사업장에 여러 차례 투입될 수도 있다. 예를 들어 60일 동안 파견된 노동자 A는 다시 동일한 사업장에 파견되기 이전에 15일간 쉬어야 한다.²³⁾

처음부터 중단 이후에 동일한 사용사업주에게 계속되는 파견을 계획했다면, 그것은 제3조제1항제6호의 위반에 해당한다. 또한 파견행위가 단지 제3조제1항제6호의 금지를 피하기 위해 중단되었다면, 허가는 거부될 수 있다.

제3조제1항제6호 제2문은 다른 파견사업주가 동일한 파견근로자를 직전에 파견시킨 시간은 합산하도록 정하고 있다. 파견사업주가 공동으로 개입했다면, 파견기간에 산입하게 된다. 파견사업주가 우연하게 파견한 경우까지도 이 규정이 적용된다. 입법자는 파견사업주가 사용사업주와 파견근로자에 대한 조회를 통해 확인

21) S. Kaufmann, *Arbeitnehmerüberlassung*, RWS Verlag Kommunikationsforum (Köln), 1998, S. 48 f.

22) BAG, Urt. v.23.1. 1988-7 ARZ 34/88, AP Nr. 14 zu §1 AÜG.

23) W. Däubler, a.a.O., S. 814.

하도록 한 것이다.

IV. 근로자파견관계

다른 나라에 비해 독일은 근로자파견관계에 대한 규율이 적다. 그 이유는, 법규제의 초점이 파견근로관계에 있기 때문으로 생각한다.

파견사업주와 사용자주 간의 근로자파견계약은 서면의 형식을 갖추어야 한다. 이 서면에 파견사업주는 자신이 근로자파견법 제1조에 의한 허가를 받았는지 여부를 명시해야 한다(제12조제1항). 파견사업주는 사용자주에 대해 그 허가가 失效되는 시점에 대해 지체없이 알려야 한다. 허가청의 연장불허, 취소, 철회의 경우에는 사용자주에게 청산의 시점에 대해서도 알려야 한다.

V. 파견근로관계

1. 파견근로계약

파견사업주는 근로관계의 본질적 내용을 자신이 서명하는 문서로 작성하고 이를 파견근로자에게 교부할 의무를 진다. 그 문서에는 다음 각호가 명시되어야 한다(법 제11조제1항).

- i) 파견사업주의 상호와 주소, 허가청, 허가가 발급된 장소와 시간,
- ii) 파견근로자의 성과 이름, 주소지와 거소, 출생일과 출생지,
- iii) 파견근로자가 제공할 업무의 종류와 그 특별한 징표, 그것을 위해 필요한 자격, 근로자가 여러 장소에서 취업해야 한다면 그에 관한 지시, 기타 외부 업무에 대한 의무,
- iv) 근로관계의 개시일과 기간, 기간설정의 이유,
- v) 근로관계의 해약고지를 위한 예고기간,
- vi) 여러 가지 명칭의 금액을 포함한 임금의 구성과 총액(Zusammensetzung und Höhe)과 그 지급일,
- vii) 질병, 휴가 및 일시적 비취업시의 급여,
- viii) 근로관계 설정의 시점과 장소,
- ix) 연차휴양휴가의 기간,
- x) 합의된 근로시간,

xi) 파견근로자에게 적용될 수 있는 단체협약과 경영협정의 일반화된 형식에 의한 지정,

xii) 파견근로자가 독일연방 이외에서 1개월 이상 근로해야 한다면, 입증법(Nachweisgesetz) 제2조제2항에 따른 항목.

기타의 내용도 이 문서에 기재할 수 있다. 위의 문서는 통상의 파견근로자에게는 파견 전에 교부되어야 한다.

나아가 파견사업주는 계약체결시에 파견근로자에 대해 이 법률의 본질적인 내용에 대한 허가청의 요약서를 교부할 의무를 진다. 독일인이 아닌 파견근로자는 자신의 모국어로 된 허가청의 요약서와 위의 문서정본을 받아야 한다.

2. 유기근로계약 금지의 원칙과 일치의 금지 원칙

(1) 有期근로계약의 금지

1) 원래의 입법의도

독일이 유기 근로계약을 최근까지 금지한 것에는 다음과 같은 이유가 있었다.²⁴⁾ 실질적인 사유가 없는 기간의 설정도 취업촉진법(BeschFG)의 제정과 함께 모든 사용자에게 허용되었다.²⁵⁾ 그러나 이 규정은 근로자파견에까지 적용되지 못했다. 왜냐하면 근로자파견에서는 근로자 개인에 실질적인 사유가 없는 기간불입은 처음부터 허용되지 않았기 때문이다. 근로자파견에서는 취업촉진법이 적용될 여지가 없었다. 근로자파견법의 특별한 규정은 취업촉진법에 우선하였다. 근로자파견

24) S. Kaufmann, *Arbeitnehmerüberlassung*, RWS Verlag Kommunikationsforum (Köln), 1998, S. 37 f.

25) 원래 독일은 노동관계판례에 의해 실질적인 사유(Sachlich Grund)가 없는 한 원칙적으로 유기계약을 못하도록 하고 있었다. 그러나 취업촉진법(1985년) 제1조제1항에 의해 18개월까지의 유기계약의 체결이 가능하도록 완화되었다. 그리고 일정한 요건 아래에서 2년까지의 유기계약도 허용되었다. 즉 사용자가 6개월 이내에 독립영업을 개시하였고, 20인 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 2년까지 인정되었다. 그렇지만, 이러한 유기계약은 어느 때든 모두 허용된 것은 아니다. 신규채용(Neueinstellung)되는 때에 허용되며, 기존에 있었던 근로계약과 밀접한 관련이 있는 경우에는 신규채용으로 인정되지 않는다. 이제까지 그 사업장에서 근로하고 있었거나 4개월 이내에 사업장을 그만두었던 사람을 채용하는 경우에는 신규채용으로 인정되지 않는다.

이러한 법률규정은 원래 한시적으로 효력을 갖도록 하고 있었다. 그러나 1994년 취업촉진법(BGB1 I, 1786)에 의해 2000년 12월말까지 효력을 갖도록 연장되었다. W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, 10., Aufl., 1995, S. 913 ff.

에 고용정책적 의의가 부과되었기 때문에, 입법자는 기한금지의 제한에서 손을 뗄 수 없었다. 입법자는 자유로이 기간을 정하는 근로계약을 허용하지 않은 채, 이러한 규제를 통해 다음의 목적을 추구하였다.

한편으로는 파견사업주가 진정한 사용자책임을 지도록 확실히 하는 것이며, 다른 한편으로는 기한의 종료 이후에 근로자가 실업하게 되었을 때 실업보험의 부담을 지지 않도록 한 것이다. 입법자의 의견은, 근로자파견에서 근로관계의 당사자들이 자유로이 기한을 설정하게 된다면, 기한의 종료 후에 파견근로자는 실업급여나 실업부조와의 관계에서 실업보험혜택을 요구하게 된다는 것이다. 그것은 실업이 현실화될 위험이 존재하는데, 기한 종료후에 새로운 -아마 기한부- 근로계약이 더 늦은 시점에서 체결되기 때문이다. 그러면 그 중간기간에는 연방고용청의 지불(실업급여든 실업부조든)에 의해 생계의 곤란을 극복할 수밖에 없다. 정부는 실업자에게 새로운 취업과 새로운 대출을 준비하고 있어야 한다.

2) 개정내용

허가의 거부사유중의 하나가 파견사업주와 파견근로자 사이의 반복된 기한부 근로계약이다. 이것은 1997년 4월 1일부터 근로자측에 실질적인 사유가 없더라도 파견근로자와의 근로계약에 기간을 정하는 것이 가능하게 되었다. 최초의 근로계약에 대하여 기간의 정함을 두는 것은 자유로 되었다. 즉, 동일한 파견근로자와의 근로계약에 대하여 기간의 정함을 반복해서(wiederholt) 두는 것이 금지되었다. 다만, 파견근로자의 개인사정으로부터 실질적인 사유가 존재하는 경우는 예외이며 최초의 근로계약과 직접으로 연결하는 형태로 다시 유기의 근로계약을 체결하는 것도 인정되었다(법 제3조제1항제3호).

개정의 근로자파견법은 기간의 금지를 앞으로도 유지하려 했지만, 예외들을 폭넓게 인정하였다.

① 파견근로자의 첫회의 기간의 정함

1997년 4월 1일부터 파견사업주와 파견근로자 사이의 1회의 근로계약에서는 기간의 정함이 허용되었다. 이러한 예외는 실질적 사유의 유무에 관계없이 첫회의 파견근로계약에 대해서는 유기근로계약을 인정했다는 특색이 있다. 그러한 범위에서는 계약의 자유가 인정되었다. 이로써 파견사업주는 다른 사용자와 동등한 입장에 서게 된 것이다.²⁶⁾

26) S. Kaufmann, a.a.O., S. 39 ff.

문제는 취업촉진법(BeschFG)과의 관계이다. 1994년의 취업촉진법은 2년 이상의 유기 근로계약을 금지하고 있기 때문에, 근로자파견법의 위 조항과의 관계가 쟁점이 될 수 있다. 법개정이 얼마 지나지 않았기 때문에, 이 문제에 대한 충분한 논의는 없는 것 같다. 다만, 실질적 사유없이 근로자파견법에 의해 허용된 기간의 정함은, 근로자파견법이 1회의 기간을 제한하지 않았으며 취업촉진법의 2년기한이 적용되지 않으므로, 2년 이상의 기한도 허용된다는 것을 의미한다는 견해가 있다.²⁷⁾ 기한부 근로계약이 더 장기일수록, 기한이 경과했을 때 파견근로자를 위협하는 실업의 압력은 더 적을 것이라는 지적이다.

② 파견근로자 개인에게 실질적 사유가 있는 반복된 기간

반복된 기간은 파견근로자 개인에게 기간불임의 실질적 사유가 있는 경우에 가능하다. 그러나 실무에서는 처음에, “반복된(wiederholt)”이라는 개념이 불확정개념이기 때문에 그것이 무엇을 의미하는지에 대한 의문이 있었다. 이것은 1회보다 많다는 의미와 수차례의 의미도 동시에 가질 수 있다. 그러나 “반복된”의 개념이 기간의 수를 고려하여 제한을 두는 것은 아니므로, 그것은 2회의 기간을 의미한다는 견해가 지배적이다.

동일한 파견업자와 동일한 파견근로자 사이에 적어도 두 번째로 기한을 불이게 된다면, 금지규정이 적용된다. 사유가 없이 두 번째로 기한을 불인다면 이미 거부사유가 되는 것이다.²⁸⁾

여기서 실질적 사유(sachliche Grund)가 무엇을 의미하는지가 문제된다. 실질적 사유는 두는 것은, 노동시장에서 일시적으로만 참가할 수 있는 근로자의 이익에 기여하는 것이다. 실질적인 사유는, 법개정 이전과 동일하다.

반복적인 기간의 정함을 정당화하는 사유의 대표적인 것으로서 다음을 들 수 있다.

i) 가족적 책무(Verpflichtung); ii) 방학중 아르바이트의 의도; iii) 다른 노동관계로 편입되기 이전의 과도적 취업(überbrückung); iv) 어떤 자리를 맡기 이전에 일정한 일자리를 좀더 자세히 알기 위한 의도; v) 국방이나 시민적 의무 개시 이전에 대기기간

이러한 사유들이 존재한다면 유기계약도 반복적으로 가능하다. 근로자파견법 제 11조 1항 2문 4호에 따라서 이러한 사유는 서면으로(in der Urkunde) 제출되

27) S. Kaufmann, a.a.O., S. 39 ff.

28) BT-Drucks. 13/4941, S.249(S. Kaufmann, a.a.O., S. 41에서 재인용).

어야 한다. 근로자들의 상투적인 진술이나 형식적인 의사표시는 충분치 않다.

특히, 대학생들(Studenten), 주부들, 학생들(Schülern) 등과 같은 경우에도 이러한 그룹이 모두 기간의 정함을 희망한다고 전체적으로 추정할 수 없으므로, 상세한 진술을 해야 한다.

③ 연결계약(Anschlußverträge)²⁹⁾

기간의 금지에 대한 더넓은 예외는, 有期契約에 직접 연결되는 유기근로계약을 체결하는 것이다. 중단이 없다면 사용자위험이 파견사업주에게 존재하며 실업보험이 적용되지 않으므로, 입법자는 이러한 예외를 두었다. 기존의 유기 근로계약에 연결하여 1회나 복수의 유기 근로계약이 체결된다면, 그 파견근로자는 사용자와의 근로관계에 계속 남아있을 수 있다. 이러한 연결계약에 대한 내용은 최근의 1997년 3월의 법개정에서 추가되었다.

문제는 취업촉진법(BeschFG)이 적용되는지에 대해서이다.

근로자파견법은 이러한 기간의 총수나 최장기간에 대해 아무런 언급을 하고 있지 않다. 한쪽에서는 이러한 경우는 취업촉진법 제1조제1항이 적용되어, 총기간은 2년을 넘을 수 없으며 이 기간 이내에는 기간부 계약이 최대 3회까지만 연장될 수 있다고 한다.³⁰⁾ 아울러 근로자파견법 제3조는, 이 규정이 노동법의 사실관계를 해결하기 위해 고려되는 한, 노동법의 일반적 규정과 함께 인식되어야 하는 규정이라는 것이다.³¹⁾ 그로부터 일반적 규정이 파견근로자에게도 적용된다고 하는 일반원칙이 나온다. 근로자파견법은 특별한 노동관계로부터 파생되는 효과로부터 파견근로자를 보호하며, 파견근로자를 다른 근로자들과 동등하게 하려는 규정이라는 견해이다.

반면에, 근로자파견의 근로계약은 그것이 이미 존재하는 유기근로계약에 연결되는 형태로 체결되는 한, 계속하여 유기계약으로 체결될 수 있다고 하는 견해가 있다.³²⁾ 근로자파견법 제3조제1항제3호가 독자의 성격을 가지고 있기 때문에, 취업촉진법의 2년의 기간과 3회 연장 가능성의 규정은 적용되지 않는다는 것이다.

29) S. Kaufmann, a.a.O., S. 43.

30) Sandmann/Marschall, a.a.O., S. 84 f.

31) S. Kaufmann, a.a.O., S. 43.

32) Gaul, NJW 1997, 1469; Düwell, BB 1997, 47(S. Kaufmann, a.a.O., S. 43에서 재인용).

(2) 해고 이후의 재고용 금지

근로자파견법 제3조제1항제4호에 의하면, '파견근로자와 無期 근로계약을 체결하였지만, 해고에 의해 계약을 종료시키고, 종료로부터 3개월 이내에 파견근로자를 반복하여 새로 고용한 경우'가 파견업 허가와 갱신허가의 거부사유가 되고 있다.

재고용에 선행하는 해고가 정당한지 여부나 그것이 통상해고 또는 비상해고인지 여부는 문제가 되지 않는다. 제3조제1항제4호의 적용에 있어서 파견근로자가 스스로 계약을 종료시킨 때, 즉 사직한 경우나 당사자 쌍방의 합의에 의해 종료시킨 경우에는 적용되지 않는다.

이 규정도 1997년 입법에서 개정되었다. 그 내용은 「반복하여」라는 표현을 추가하여, 3개월 이내에 기간부 근로계약을 반복해서 체결한 경우로 의미를 한정하였다. 그리하여 종래에는 파견사업체가 파견근로자와의 노동관계를 해고에 의해 종료시킨 후는 3개월간 새로이 채용하지 못했지만, 개정에 의해 해고후 1회 채용에 대해서는 3개월 이내여도 가능하도록 되었다.

또한 파견사업주가 근로관계의 종료 후 3개월 이내에 파견근로자를 새로이 채용할 때에, 파견근로자가 반복하여 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로계약을 해약고지한 경우에는 그 해약고지는 근로자파견법에 의해 무효로 된다(법 제9조 제3호). 따라서 반복하여 해약고지한 경우에는 파견사업주와의 근로관계가 계속 유효하게 된다.

위와 같은 내용으로 파견근로자의 재고용 금지가 더욱 완화되었다. 이에 따라 이 규정의 실질적 의의가 크게 훼손된 것으로 보인다.

(3) 일치의 금지

일치의 금지(Synchronisationsverbot)에 의해 파견사업자가 파견근로자와의 근로계약 기간을 어떤 사용사업자의 첫번째 파견에 한정하는 것이 금지되었다(§ 3 (1) 5. AÜG.). 이 규정은 파견사업체가 파견근로자에게 고용의 위협을 전가시키지 못하도록 하고, 동시에 단순한 직업소개만을 하지 않도록 하는 의미를 가지고 있었다. 아울러 이 법규정은 사용사업체로의 1회 파견만을 목적으로 근로자를 채용하는 것을 금지하려는 취지이며, 파견사업체는 파견근로자를 가능하면 상용의

형태로 고용하도록 유도하려는 규정이라고 생각한다. 일치의 금지는 기간의 정함에 대한 실질적인 사유가 근로자 개인에게 있는 경우에도 적용된다. 또한 기간설정과 파견의 시간적인 일치가 사후적으로 발생한 경우에 대해서도 해당한다.³³⁾

최근의 법개정 내용에 따르면, 파견근로계약기간을 거듭하여(wiederholt) 일정한 사용사업주의 첫 번째 파견기간으로 한정하는 경우에는 허가신청이 거부될 수 있다.³⁴⁾

고용촉진개혁법(das Arbeitsförderungs-Reformgesetz)은 이른바 일치의 금지(Synchronisationsverbot), 즉 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로계약기간을 한 사용사업주에 대한 첫 번째 파견에 한정하는 것의 금지를 축소하였다. 1997년 4월 1일부터 반복된 일치만이 금지되었다. 그래서 취업촉진법의 입법화 이후에도 계속 효력이 있었던 일치의 금지는 실무상 그 의의를 크게 상실하게 되었다.

1997년 4월 1일 이후에 파견사업주가 파견근로계약의 모든 기간 동안 한 사용사업주에게만 일하도록 하는 파견근로계약을 근로자와 처음으로 체결하는 것이 허용되었다.

그러나 일치의 금지는 반복된 일치(wiederholte Synchronisation)에 대해 여전히 효력이 있다. 파견사업주가 한 파견근로자를 수차례에 걸쳐 첫 번째 파견기간에 한정하여 고용시키는 경우에는, 파견사업주가 두 번째와 그 이후의 근로관계에서 계약기간을 사용사업주의 파견기간으로 제한할 수 없다.

제한이 이루어지는 방법은 관계가 없다. 파견사업주와 파견근로자 사이의 파견근로계약상 기간에 의해 처음부터 설정이 되거나 사후적으로 파견근로계약의 합의해지나 파견사업주측의 해지에 의하던 제한을 할 수 없다. 이러한 기간불입이 파견근로자의 실질적인 이익에 기인하여 이루어지더라도, 제5호(일치의 금지)의 구성요건은 충족이 된다. 그러한 범위에서 제5호는 제3호(유기계약의 금지)에 우선한다. 일치가 파견근로자의 명시적인 희망에 기인하는 경우에도 그렇게 할 수 없다(BSGE 48 S.115).

그러나, 일치가 파견근로자의 계약해지로 인한 것인 때에는 다르다. 이러한 경우에는 일치가 파견사업주에 의해서 빚어진 것이 아니기 때문이다.

33) G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, 7 Auflage, S. 923.

34) Sandmann/Marschall, a.a.O., S. 86~86b.

VI. 근로자파견사업의 규율

파견사업주로서 영업을 하고자 하는 사람은 연방고용청(Bundesanstalt für Arbeit)³⁵⁾의 허가를 받아야 한다(법 제1조제1항, 제17조).³⁶⁾ 허가는, 신청인이 필요한 신뢰성을 지니고 있으며, 경영조직을 형성한 후에 통상적인 사용자의 의무를 합법적으로 이행할 수 있어야 한다(법 제3조제1항). 파견사업주가 다른 영업행위를 하고 있는지 여부는 문제되지 않는다. 발급된 허가는 일신전속적인 성격을 가지고 있으므로, 법률상 승계인에게 양도되지 않는다. 또한 파견사업주는 연방고용청의 고용사무소에 대해 광범위한 신고 및 정보제공의무를 지고 있다. 법규위반의 의심이 있을 때에는 감독관청은 사전통보 없이 사업장을 방문하여 기초자료(Unterlage)를 조사할 수 있다. 허가의 전제요건이 사후적으로 흠결되었을 때에는 허가를 철회할 수 있다.³⁷⁾

1. 파견허가와 거부

근로자파견법 제2조는 파견허가의 교부와 소멸에 대한 규정을 두고 있다.

파견허가는 서면의 신청이 있는 경우에 이를 교부한다(제1항). 허가는 조건부로(unter Bedingungen) 할 수도 있으며, 허가의 거부를 정당화할 수 있는 사유의 발생을 막기 위해 부담(Auflage)을 붙일 수 있다. 부담의 부과, 변경 또는 보완은 허가를 교부한 후에도 이를 할 수 있다(제2항). 신청에 대한 중독적인 판

35) 다만, 연방 노동사회보장부의 지시를 받는다(법 제17조). 연방고용청은 정부의 일반행정 조직과는 달리 노사정대표에 의한 자치적 운영을 특징으로 하는 연방정부 직속의 공법상의 단체이다. 연방고용청은 1969년 고용촉진법(AFG)에 의해 설립되었으며, 직업소개·직업훈련 촉진·실업급여 지급·외국인 노동허가부여 등의 업무를 담당하고 있다. 뉘른베르크에 소재하는 본부와 11개의 주고용국(Landesarbeitsämter) 및 184개의 고용사무소(Arbeitsämter)로 구성되어 있다고 한다.

36) 그러나, 근로자파견법은 다음과 같은 파견에는 적용되지 않는다(법 제1조제3항). i) 파견사업주와 사용자에게 적용되는 단체협약이 규정을 두고 있다는 전제 아래 근로시간 단축이나 해고를 회피할 목적으로 동일한 경제부문의 사용자 간에 파견이 일어나는 경우; ii) 주식법(Aktiengesetz) 제18조에서 정하는 콘체른 기업 간에 파견이 일어나고 근로자가 자신의 사용자가 아닌 자에게 일시적으로 근로를 제공하는 경우; iii) 파견근로자가 양국간의 협정으로 근거지워진 독일과 외국의 공동기업으로 파견되며 이 기업에 파견사업주가 참여하고 있는 경우에 외국에서 파견이 일어나는 경우에는 적용되지 않는다. 다만, 이러한 예외규정들도 건설업에 대해서는 적용되지 않는다.

37) W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, 10., Aufl., 1995, S. 956 f.

단이 불가능한 때에는 철회권을 유보한 허가를 할 수 있다(제3항).

허가는 원칙적으로 1년이지만, 3년간 연속하여 허가를 받는 경우에는 무기한의 허가가 인정된다. 이러한 취지를 정하고 있는 법 제2조제4항과 제5항의 규정내용은 다음과 같다. 허가는 1년의 기한을 불일 수 있다. 허가의 연장신청은 그 연도가 경과하기 3개월 전에 이를 해야 한다. 허가청이 그 연도 경과 이전에 연장을 거부하지 아니한 경우에는 허가는 1년간 연장된 것으로 한다. 허가청이 거부한 경우에는 파견허가를 받아 체결된 계약의 청산을 위해 허가는 1년을 초과하지 않는 범위에서 존속하는 것으로 한다. 파견사업주가 파견허가를 받아 3년간 연속하여 활동하는 경우에 그 허가에 대하여는 기한이 없는 것을 한다. 파견사업주가 1년간 허가를 행사하지 아니하는 경우에는 그 허가는 소멸한 것으로 한다.

현행 근로자파견법 제3조제1항의 각호는 파견허가나 허가연장의 신청을 거부할 수 있는 사유를 열거하고 있다. i) 신청인이 제1조에 의한 업무(필자 주: 근로자파견사업을 의미)를 위하여 필요한 신뢰를 갖지 아니한 경우, 특히 신청인이 근로소득세(Lohnsteuer)의 원천징수(Einbehaltung)와 납부, 직업소개, 외국에서의 모집 또는 노동허가에 대한 사회보장법의 규정, 노동보호법상의 규정 또는 노동법상의 의무를 이행하지 아니한 경우; ii) 신청인이 자신의 경영조직(Betriebsorganisation)을 형성한 후 통상의 사용자의 의무를 합법적으로 이행할 수 없게 된 경우; iii) 신청인이 동일한 파견근로자와 반복해서 유기근로계약을 체결한 경우, 다만 파견근로자의 개인사정으로부터 실질적인 사유와 최초의 근로계약과 직접 연결하는 형태로 다시 유기근로계약을 체결하는 것은 예외; iv) 파견근로자와 無期근로계약을 체결했으나, 이 계약을 해약고지로 종료시키고 그 근로관계 종료 후 3개월 이내에 파견근로자를 반복하여 신규로 채용한 경우; v) 파견근로자와 근로관계의 기간이 반복하여 사용사업주에게 최초로 파견된 기간에 한정되는 경우, 다만 파견종료 직후에 사용사업주로의 근로관계에 들어간 경우로서 직업소개가 곤란하여 연방고용청에 의해 파견사업주에게 소개된 때는 제외, vi) 동일한 파견근로자를 한 사용사업주에게 연속하여 12개월 이상 파견한 때, 이 경우에 다른 파견사업주가 동일한 파견사업주에게 직전에 파견한 시간을 산입하여야 한다.

그리고 일단 발급된 허가도 취소(Versagung)할 수 있다. 즉 파견근로자가 위계 등 형사처벌이 되는 행위를 통해 허가를 받았거나 불안정한 신고를 통해 허가를 받은 경우에 대하여, 파견법 제4조는 허가청(Erlaubnisbehörde)인 연방고용청이 장래에 대해 효력을 취소할 수 있다고 한다.

취소와는 달리 일정한 경우에 철회(Rücknahme)할 수도 있다. 즉 파견법 제5조에 의하면 허가 발급시에 철회가 유보된 경우, 부담(Auflage)을 정해진 기간 이내에 이행하지 아니한 경우, 허가청이 사후에 발생한 사실에 근거했다라면 허가를 거부했을 경우나 변경된 법에 기초했다라면 허가를 거부했을 경우에 대해서 허가청이 철회를 할 수 있다.

2. 사용사업체의 근로자로 擬制하는 규정

무허가의 파견을 한 경우에는 사용사업체와 사이에 노동관계가 의제되어 파견근로자는 사용사업체의 정규종업원이 된다는 규정이 있다. 사용사업체도 무허가의 파견사업체로부터 파견근로자를 받은 경우에는 그 파견근로자의 고용이 의무지워지기 때문에 파견사업체의 선택에 있어서 보다 신중해질 수밖에 없기 때문에 파견사업체도 고객을 획득하려면 허가를 취득해야 하며 이것에 의해 파견근로자의 보호가 도모되는 것이다. 법규정의 내용을 보면 다음과 같다.

파견사업주가 근로자파견법에 따른 허가를 받지 아니한 경우에는 파견계약(파견사업주와 사용사업주 간의 계약)과 파견근로계약(파견사업주와 파견근로자 사이의 계약)은 무효로 된다(법 제9조제1호). 이와 같이 파견사업주(Verleiher)와 파견근로자(Leiharbeiter) 사이의 계약이 제9조에 의해 무효로 되면 사용사업주(Entleiher)와 파견근로자 간의 근로관계는 노무제공을 개시하기로 한 시점에서 성립한 것으로 한다. 사용사업주가 그 노무제공을 받아들인 후에 비로소 무효로 된 경우에 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계는 무효의 효력이 발생한 때에 성립한 것으로 한다(법 제10조제1항). 나아가 제10조제1항은 사용사업주와의 근로관계가 의제된 경우 그 근로관계 내용에 대해서 다음과 같이 규정하고 있다.

사용사업주에서의 노무제공이 기한부만으로 되어 있고 그 근로관계에 대한 기한 설정을 객관적으로 정당화할 수 있는 사유가 있는 경우에는 제1문에 의한 근로관계(필자 주: 사용사업주와의 근로관계)는 기한부인 것으로 한다. 제1문에 의한 근로관계에 대해 사용사업주와 파견사업주 사이에 정해진 근로시간이 합의된 것으로 본다. 그밖에 이 근로관계의 내용과 기간은 사용사업주의 사업장에 적용되는 규칙과 그밖의 규정에 따라 정해진다. 그러한 규칙등이 존재하지 아니한 경우에는 유사한 사업장에 대해 적용되는 규칙이나 규정을 적용한다. 파견근로자는 적어도 사용사업주에 대해 파견사업주와 합의된 임금을 요구할 수 있다.

파견사업주와의 계약이 무효로 된 경우에는 파견근로자는 자신이 그 계약의 유효함을 신뢰함으로써 입게된 손해의 배상을 파견사업주에게 요구할 수 있다. 다만, 파견근로자가 무효의 사유를 알고 있는 경우에는 배상의무는 성립하지 않는다(법 제10조제2항).

3. 혼합기업

근로자파견사업체에는 혼합기업(Mischbetriebe)이 있고, 이것은 그 주된 경영 목적이 근로자파견이 아니고, 다만 일시적 부수업무로서 근로자파견을 하려고 하는 기업을 의미한다. 이러한 형태도 영리를 목적으로 하므로, 業으로서 하는 근로자파견으로 받아들여지고 있다. 이러한 혼합기업도 파견허가를 받아야 한다.³⁸⁾

허가보유자 중에서 혼합사업장이 점하는 비율은, 1991년 6월말에는 57% 이상이고, 1995년에는 56%로 감소하였다. 다수의 혼합사업장은 미래를 대비해 허가를 신청한 것에 지나지 않다. 혼합사업장의 반수는 1995년 6월 30일의 법적사업보고에서 파견을 하지 않았다고 보고했다. 나아가 39%가 20인 이하를 파견하고 있음에 지나지 않다.

혼합사업장이 근로자를 파견하는 이유는 보통, 주로 파견만을 하는 사업장과는 다르다. 혼합사업장은 근로자파견의 이용에 의해 노동력의 증감을 완화하고, 업무가 적은 때에는 그 근로자를 다른 사업장으로 투입한다. 그것에 의해 그렇지 않으면 입을 수 있는 손실을 감소시키고 회피한다. 또 근로자파견에 의해 절박한 사무처리를 위해 일정기간 근로자를 필요로 하는 사용자업체의 욕구도 만족시킨다.

4. 파견사업주의 신고의무

파견사업주는 연방고용청의 고용사무소에 대해 광범한 신고 및 정보제공의무를 지고 있다. 이 정보제공의무는 특히 파견근로자의 보호에 유용하다. 그리고 연방고용청은 파견사업체를 출입하여 조사할 수 있는 권한을 가지고 있다.

파견허가의 교부 이후에 파견사업주는 사업장, 사업장의 일부 또는 부수적 사업장의 목적이 근로자파견인 이상 그 이전, 폐쇄, 및 설치를 자발적으로 허가관청에 대해 사전에 신고해야 한다. 허가가 인적회사, 법인 등에게 교부되고 교부 후에

38) 鎌田耕一, “ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(上)”, 労働法律旬報 1419号, 1997.11.10, 42~3면.

다른 사람이 법률, 정관(Satzung) 또는 회사규약에 의해 업무의 집행이나 대리를 위해 임명된 때에는 이를 자발적으로 신고해야 한다(법 제7조제1항).

파견사업주는 허가청의 요구가 있으면 법률의 집행에 필요한 정보를 제공해야 한다. 정보제공은 사실 그대로, 완전하게, 기한 내에 그리고 무상으로 제공되어야 한다. 허가청의 요구가 있으면 파견사업주는 자신이 진술한 사항의 정확성을 입증할 수 있는 업무자료를 제출하거나 그밖의 방법으로 그 진술사항을 소명하여야 한다. 파견사업주는 자신의 업무자료를 3년간 보관하여야 한다(같은 조 제2항).

특히 법률에 정해진 경우, 연방고용청의 직원은 파견사업체의 토지, 건물에 출입하여 조사할 수 있다(같은 조 제3항). 주거의 불가침에 관한 기본권(기본법 제13조)은 그 한도에서 이를 제한할 수 있다. 이에 따라 파견사업체는 추가적인 국가의 감독을 받는다. 조사는 노동법규의 준수에도 확장하여 이루어진다. 따라서 파견사업체의 근로자에 대한 의무위반을 확인하는 것은 다른 통상의 사용자에 비해서 용이하다.

근로자파견법 제8조에 의하면 근로자파견에 대한 통계의 작성을 위해 일정한 사항을 보고하도록 하고 있다.

파견사업주는 허가청에 대해 1년에 두차례 다음 각호에 대한 보고를 해야 한다. 즉 i) 성별, 국적별, 직업별, 파견근로계약 이전의 취업형태별로 분류된 파견근로자의 수, ii) 산업별로 분류된 파견사례의 수, iii) 산업별로 분류된 사용자업주의 수, iv) 사용자업주가 파견근로자를 받아 개시한 근로관계의 수와 기간, v) 파견사례별로 분류된 모든 파견근로자의 취업일수.

보고는 상반기에 대해서는 그 해의 9월 1일까지, 하반기에 대해서는 다음해의 3월 1일까지 해야 한다. 허가청은 이러한 보고의 실행을 위해 수집견본서(Erhebungsvordruck)를 발행한다. 보고는 이러한 견본서로 해야 한다.

위와 같은 보고를 토대로 독일정부는 정기적인 보고서를 발간하고 있다.

독일에서는 1972년에 근로자파견법이 제정된 것과 동시에 연방정부는 파견법의 적용상황에 관한 보고서를 2년마다 연방의회에 제출하는 것이 의무지워져, 당초 4차보고까지 2년마다 제출되었다. 그러다가 1981년 11월 12일에 위법취업투쟁법이 채택될 때에 파견법 및 위법취업투쟁법의 적용에 관한 보고서를 4년마다 연방의회에 제출하도록 되었다. 이 결정에 기초하여 그때까지 2년마다 제출되고 있었던 보고가 4년 간격으로 되어, 제5차보고(Bundestag-Drucksache 10/1934) 및 제6차보고(Bundestag-Drucksache 11/2639)가 발표되었다. 1988년부터 1991

년까지의 4년간을 대상으로 해서 1992년에 「근로자파견법의 적용경험에 관한 제7차 정부보고(Bundestag-Drucksache 12/3180)」³⁹⁾⁴⁰⁾가 발표되었다. 1996년 9월에는 1992년부터 1995년까지를 대상으로 하여 「근로자파견법의 적용경험 및 위법 취업과 투쟁하는 법률의 효과에 관한 제8차 정부보고(Bundestag-Drucksache 13/5477)」⁴¹⁾⁴²⁾가 나왔다.

5. 파견사업에 대한 다른 규율

노동쟁의가 사용사업주와 직접 관련있는 범위 내에서는 파견근로자는 사용사업

39) 大橋範雄, “ドイツにおける派遣労働の現状と問題點(上,下)”, 勞働法律旬報 1318·1319号, 1993.8.25.·9.10은 이 보고에 대한 글이다.

40) 제7차 정부보고에 따르면, 근로자파견법 위반은 다음과 같은 사항에서 일어나고 있다. 주 고용국에 의해 집약된 위반내용의 주된 것은, 무휴가, 휴가수당의 부지급, 휴일의 임금 커트 등이다. 기타 근로자파견법상, 파견사업체는 파견근로자를 파견하지 않는 경우에도 파견근로자에게 약정임금을 지불할 의무를 집에도 불구하고, 지불하지 않는 경우가 있다. 이 경우 파견사업체는 파견근로자와의 사이에 무급휴가협정을 체결하는 것에 의해 고용자로서의 위험부담을 파견근로자에게 전가하는 것이 보통이다.

기타 당시 파견기간의 상한인 6개월을 넘는 파견은 거의 없지만, 역으로 파견사업체와 파견근로자와의 근로계약기간을 사용사업체로의 최초의 파견기간에 한정하는 것에 대한 금지(파견법 제3조제1항제5호) 위반이 점차 두드러졌다. 동 규정은 파견사업체가 파견근로자에게 고용에 관한 경제적 위험을 부담시키고 동시에 단순한 직업소개만을 하지 않기 위한 보장으로서의 의미도 가지고 있다. 게다가 동규정은 파견사업체가 파견근로자와의 유계약을 체결하고 있었던 경우에도 적용된다. 그럼에도 동규정 위반의 존재는 6차보고와 7차보고에 있어서도 이미 지적되었다. 大橋範雄, 앞의 글, 勞働法律旬報 1318号, 1993년.

41) 鎌田耕一, “ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(上,下)”, 勞働法律旬報 1419·1420号, 1997.11.10·11.25는 이에 대한 글이다.

42) 제8차 정부보고에 의하면, 근로자파견법 위반은 다음과 같은 사항에서 일어나고 있다. 독일노총((DGB)의 확인에 따르면, 일요노동금지를 포함한 근로시간법, 해약고지기간, 비파견시간에 대한 임금지불의무, 휴가부여의무 또는 경축일의 임금지불의무, 고용기간을 동일사용사업체에 1회 파견기간으로 제한하는 것의 금지에 대한 위반이 점차 이루어지고 있다. 이들 보고는 파견사업체의 노동법 위반을 통계적으로 포착하고 있는 주고용국의 확인과 거의 일치하고 있다. 이에 따르면 일요노동금지를 포함한 근로시간에 관한 규정의 위반이 가장 많다. 이 뒤를 잇는 것은 휴가부여 또는 휴가수당지급 의무에 대한 위반이다. 또 파견사업체는 경축일을 지불일로부터 제외하고 있었다. 파견이 없는 경우에도 합의한 임금을 지불한다는 의무에도 불구하고, 파견사업체는 비파견시간에는 지불하지 않았다.

연방고용청이 빈번하게 확인하는 점은 파견근로자를 충분한 이유도 없이 파견사업체와 무급의 휴가를 합의하고 있다. 파견사업체는 스스로 부담해야 하는 고용위험을 파견근로자에게 전가하고 있다. 근로계약이 법률이 정하는 형식요건에 일치하지 않거나, 필요한 모국어로의 설명문이 견내지지 않은 빈도는 비교적 적다고 한다. 鎌田耕一, 앞의 글, 勞働法律旬報 1420号, 1997년.

주에게 근로할 의무를 지지 않는다. 이러한 노동쟁의의 경우에는 파견사업주는 파견근로자에 대해 노무제공을 거부할 권리를 알려주어야 한다(법 제11조제5항). 이때 파견근로자가 이 권리를 주장하고 파견사업주가 다른 근로의 기회를 제공할 수 없거나 제공하지 않는 경우에는 그 파견근로자는 단지 근로제공의만으로 파견근로계약상의 급부의무를 이행한 것이 된다고 한다.⁴³⁾ 이 경우 파견사업주가 자신에게 항시 제공되어 있는 노동력을 활용할 수 있는지 여부에 관계없이 파견근로자의 임금청구권은 유지된다. 왜냐하면 이 경우는 파견사업주의 경영위험에 속하기 때문이라는 것이다.

파견사업주에 대한 파견근로자의 근로관계가 더 이상 존재하지 않는 때에 사용사업주가 파견근로자를 채용하지 못하도록 하거나 파견근로자가 사용사업주와 근로관계를 맺지 못하도록 하는 합의는 무효로 한다(파견법 제9조제4호, 제5호).

6. 위법파견사업에 대한 제재

독일의 파견법은 외국인 파견근로자에 대한 범위반에 대해서 엄격하게 처벌하고 있다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

파견사업자로서 사회법전 제3권 제284조제1항에 의한 노동허가를 받지 아니한 독일인이 아닌 파견근로자를 허가없이 제3자에게 파견한 자는 3년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 특히 중대한 경우에는 6월 이상 5년이하의 자유형에 처한다(법 제15조).

사용사업주가 위의 노동허가를 받지 않고 자신에게 파견된 독일인이 아닌 파견근로자를 사용하는 행위는 형벌의 적용을 받지 않고 질서위반으로서 최고 10만 마르크의 과태료처분을 받게 된다(법 제16조제1항제2호, 제2항).⁴⁶⁾ 그렇지만 이

43) 이광택, "한국노동법학회 40주년 기념학회 토론요지", 1998.11.30., 120면. 이광택교수는 파견근로자라 하지 않고 대역근로자라 한다.

44) 이러한 규정들 이외에도 외국인근로자 보호에 관한 규정은 산재되어 있다. 외국에서의 모집과 외국인 취업에 관한 법규정을 위배한 경우에는 파견업허가와 그 갱신이 거부된다(근로자파견법 제3조제1항제1호). 독일인이 아닌 파견근로자는 자신의 모국어로 된 허가청의 요약서와 파견근로계약의 문서정본을 받아야 한다(제11조제2항).

45) 독일의 외국인근로자에 대한 보호규정에 대해서는 拙稿, 『외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구』, 서울대 박사학위논문, 1997, 124~6면 참고.

46) 근로자파견법은 1997년 12월 16일의 법개정으로 이 경우의 과태료를 최고 10만마르크에서 50만마르크로 대폭 상향조정하였다(법 제16조제2항). 동유럽 출신의 외국인 근로자를 불법적으로 사용하는 사업주들이 증가하고 있는데, 이들의 무분별한 사용은 독일인 근로자의

러한 사용사업주가 동종의 근로를 제공하는 독일인 파견근로자의 근로조건과 현저히 불균형한 근로조건으로 근로하게 하는 때에는 3년이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. 특히 영업적으로 하거나 사육을 위해 한 경우와 같이 중대한 경우에는 6월이상 5년이하의 자유형에 처한다(법 제15a조).

허가없이 제3자에게 파견한 사업주는 최고 5만마르크의 과태료에 처해진다. 그리고 허가발급시 부담을 이행하지 않거나 불완전하게 하는 경우, 연속하여 12개월 이상 파견근로자가 제3자에게 근로하도록 하는 경우에는 최고 5천마르크의 과태료에 처해진다. 그밖에 법 제7조에 의한 신고 및 정보제공을 하지 않거나 불완전하게 하는 행위, 제8조에 의한 통계를 위한 보고를 하지 않거나 불완전하게 하는 행위, 제11조에 의해 일정한 사항을 기재한 파견근로계약을 작성, 교부하도록 한 의무를 이행하지 아니한 행위에 대해서는 최고 1천마르크의 과태료에 처한다.

VII. 노동관계법의 적용

1. 파견근로에 관한 단체협약

(1) 현재의 단체협약

독일에는 파견근로에 관한 단체협약이 좀처럼 존재하지 않았다. 여기에는 두가지 설명이 가능하다.47)48)

우선, 독일노총은 여러 가지 이유로 파견 형태의 고용을 반대하기 때문에, 파견근로에 관한 단체협약을 체결하는 것을 거부한다.

또하나 단체협약 정책에는 매우 중요한 실제상 난점이 존재한다. 이러한 점에서 주된 문제는 노동조합이 단체협약을 체결할 상대방의 문제이다. 파견사업주와의 단체협약은, 파견근로자의 높은 유동성과 단기 근로라는 특성으로 인해 대개 무가

근로조건의 하락을 초래하기 때문이다.

47) 이하에 대해서는 M. Weiss/ M. Schmidt, R. Blanpain (ed.), *Temporary Work and Labour law of the European Community and Member States*, 1993, Kluwer, pp.124~30을 주로 참고함.

48) 많은 나라에서는 단체협약이 중요한 역할을 하고 있다. 벨기에, 프랑스, 네덜란드에서 그러하다. 그에 비해 독일, 아일랜드, 포르투갈에서는 보조적인 의미가 있다. 덴마크에서는 파견근로가 최근에서 합법화되었기 때문에, 단체협약이 아직 보고되지 않았다. 벨기에, 네덜란드와 같은 국가에서는, 이들 단체협약이 정부명령(Governmental Decree)에 의해 관련된 모든 사용자와 근로자를 일반적으로 구속하도록 되어, 이들 단체협약은 의회의 법률과 동일한 중요성을 지니고 있다. R. Blanpain, R. Blanpain(ed.), op.cit., p.8.

치한 것이 되버린다. 반면에 사용사업주의 기업을 구속하는 단체협약은 사용사업주와 파견근로자 사이에 고용관계가 없기 때문에 파견근로자에게 적용되지 않는다. 비록 헌법재판소가 건설업에서 파견근로 금지의 위헌성 여부에 관한 결정에서, 사용사업주를 구속하는 단체협약에서 파견근로자들을 명문으로 포함시키는 것이 가능하다고 하지만, 그러한 명문의 규정이 없는 현실에서 설령 일반적 구속력 선언이 있더라도 사용기업을 구속하는 단체협약이 파견근로자에게 적용되지 않게 된다.⁴⁹⁾

이러한 불만족스러운 법적 상태에서 새로운 형태의 단체협약이 토론되고 있다. 광산업에서 하나의 사업장에 일하는 모든 근로자를 균등하게 대우하도록 하는 방안이 모색되었다. 광산업의 몇몇 단체협약은, 개별 단체협약이 다른 단체협약이 없는 한 효력이 확대되도록 사용사업체로 하여금 파견사업체와의 합의를 강제하였다. 그 규정들은 채권법에 의해 규율되며, 그 준수는 단체협약상 계약위반규정에 의해 규제될 수 있다.

한편 사용사업주와 파견사업주 양자를 구속하는 단체협약에서 규정되었다면, 근로자파견법은 근로시간 단축이나 해고를 피하기 위해 동일한 산업 내의 사용자 사이에서 이루어지는 근로자파견에는 적용되지 않는다(근로자파견법 제1조 3항 1호). 그러므로, 사용자들은 이러한 단체협약을 체결하기 위해 노력하고 있다.

1987년 5월 금속노조(IG Metall)는 다음과 같은 사항에 동의하였다. 파견근로는 근로시간 단축이나 해고를 피하기 위해서만 허용되며, 그것은 최대 3내지 6개월의 기간 내에서 아울러 (작업)위치에 대해서도 제한이 있어야 한다. 나아가 영향을 받는 모든 근로자들의 동의뿐만 아니라 양측 사업장의 사업장위원회의 동의 역시 필요하다. 영향을 받는 근로자의 고용관계는 변경되어서는 안되며 그의 임금도 변해서는 안된다. 파견기간 동안에는 사용기업에서 추가적인 노동을 해서는 안되며, 파견은 파업이나 직장폐쇄에 관련된 기업들 사이에서 허용되어서는 안된다. 수공업자 조합과 금속노조 사이의 몇몇 단체협약은 위의 기초 위에서 체결되었다.

(2) 노동조합 내부의 논의

몇가지 방법에 의해 파견근로를 규제하는 단체협약이 이미 존재하지만, 노동조

49) 파견근로자는 법리상으로 사용사업체의 노동조합에 가입할 수 있으나, 실제로 가입한 예는 드문 것 같다.

합 내부에서는 단체협약에 의해 파견근로를 제한하는 다른 가능성들에 대해서 토론이 진행중에 있다. 파견근로를 제한하는 하나의 가능성은 사업장이나 개별 부서 또는 소득 그룹별로 최대 쿼터를 두어서 파견근로자의 숫자를 제한하려는 것이다. 그러나 단체협약의 확대적용에 동의하는 위에서 적은 방법과 비교하면, 이러한 방법은 단지 양을 제한하는 것을 의미한다. 파견근로자의 근로조건에 관한 사항들은 규정되지 않았다.

질뿐만 아니라 양의 제한은 단체협약에 의해 사업장위원회의 파견근로자에 대한 공동결정권을 확대하려는 시도와 연결이 된다. 그렇지만 단체협약을 통해 사업장위원회의 권한을 확대하는 것이 가능한가에 대해서는 논쟁이 있다.⁵⁰⁾

2. 사업장위원회와 감독회를 통한 파견근로자의 참가

독일에서 제도화된 근로자 참가는 두가지 채널을 통해 제공된다. 경영의 상대방으로서 행동하는 사업장위원회를 통한 방법과, 독일 회사구조에서 감독기능을 가진 감독회에 대한 근로자 참가가 있다. 감독회에 대한 근로자 참가가 500명 이상을 고용하는 기업에서만 이루어지지만, 18세이상의 근로자를 5인 이상 고용하고 있는 모든 사업장은 법에 의해 사업장위원회(Betriebsrat, works council)를 설립해야 한다.

(1) 사용사업체의 사업장위원회의 정보제공과 협의

파견근로자는 사용사업주를 위해서 노동하고 있지만, 사업장의 조직사항과 관련하여 파견근로자는 근로자파견법 제14조제1항에 따라 원칙적으로 파견사업주에 속한다. 그러나 파견된 근로자들이 파견사업주에 속하지 않은 사업장에서 노동을 수행하면서 사용사업주의 지휘명령에 따라야 하기 때문에, 위의 원칙으로부터 제14조제2항, 제3항에 규정된 몇가지 예외들이 있다. 근로자파견법은 사용사업체의 사업장위원회에 대해 몇가지 예외들을 정하고 있다.

일반적으로 보면, 사용사업주의 사업장위원회는 파견근로자가 파견사업주에 대해 계약상 청구하는 경우에 아무런 역할을 할 수 없다. 같은 맥락에서 파견근로자는 사용사업체의 사업장위원회의 선거에서 선거권이나 피선거권이 없다(법 제14

50) Ulich Zachert, *Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag*, Baden-Baden, 1989, S. 125는 그러한 협정이 법리상 불가능하다는 것을 증명하려 하지만, 반론이 있다(M. Weiss/ M. Schmidt, op.cit., p.128에서 재인용).

조제2항 제1문). 그러나 파견근로자들은 협의시간에 사업장위원회와 협의할 권리가 있으며, 사용사업장의 근로자회의나 청년근로자의 회의에 적극적으로 참가할 (teilnehmen) 권리가 있다(법 제14조제2항제2문). 나아가 정보청구, 고충절차 등 몇가지 개별적 권리를 포함하는 사업장조직법 제81조, 제82조제1항, 그리고 제84조에서 86조까지가 사용사업장에서 일하는 파견근로자에게 적용될 수 있다.

사회적 사항(social matters)에 대해서는, 회사구조 내로 파견근로자의 통합이나 그들의 행동이 관련되는 경우에 사용사업체의 사업장위원회는 항상 관련이 된다. 더욱이 파견근로자를 지휘하는 사용사업주의 권리의 제한이 사업장위원회의 권한인 경우에는, 사업장위원회는 연관되었음이 분명하다. 그런 까닭에 파견근로자와 관련하여, 사용사업체에서 파견근로자의 실질적 통합을 근거로 하여, 사용사업체의 사업장위원회는 제87조제1항 1,2,3,6,7,8,12호에서 말하는 사항들에서의 공동결정의 권리를 갖는다. 파견근로자의 근로조건(즉, 근로시간의 위치와 기간)이 정규근로자의 그것과 다르다면, 차별금지 위반을 합리화하는 특별한 이유가 있어야 한다.⁵¹⁾

더나아가 파견근로자의 파견 이전에 사용사업체의 사업장위원회는 사업장조직법 제99조에 따라 참가할 수 있다(법 제14조 3항 1문). 사용사업주는 서면의 파견계약을 제출함과 함께 파견근로자의 고용의 이유와 결과, 그리고 영향을 받는 근로자의 근로조건에 대한 광범위한 정보를 제공해야 한다.

사용사업주의 결정을 견제할 수 있도록, 정보제공의무는 사업장위원회에 관련된 모든 사정과 관련된다. 이것은 사용사업주가 파견될 근로자의 직업상 또는 개인적 재능, 그의 이름과 자격, 선호하는 작업장소, 사용사업주에 의해 고용될 근로자의 계획된 고용기간 그리고 고용의 결과에 대하여 사업장위원회에게 알려야 한다는 것을 의미한다.

사업장위원회는 다음과 같은 이유가 있을 때에만 파견에 대한 동의를 거부할 수 있다.

- i) 파견이 어떤 법률, 시행령, 단체협약이나 사업장협정의 안전규정, 또는 재판소규정(court order)이나 공적 지시(official instruction)를 위반한 경우;
- ii) 파견이 사업장조직법 제95조의 의미에서의 가이드라인을 준수하지 않기에 이른 경우;

51) Rudolf Buschmann/ Jürgen Ulber, *Flexibilisierung: Arbeitszeit, Beschäftigung*, Köln, 1989, s.109(M. Weiss/ M. Schmidt, op.sit., p.125에서 재인용.

- iii) 파견이 그 사업장의 근로자에게 해고 또는 다른 불이익을 낳을 것으로 추정되는 사실상의 근거가 있을 경우;
- iv) 파견근로자가 파견으로 인해 불이익을 받는 경우(즉, 업무의 난이도나 위험도에 의해 보통의 근로자에 의해 수행되어서는 안되는 업무를 수행해야 하는 경우)임에도 이것이 경제적 또는 개인적 이유에 의해 정당화되지 않는 경우;
- v) 사업장조직법 제93조에서 정해진 대로, 缺員이 사업장에서 고지되지 않은 경우; 또는
- vi) 사업장조직법 제75조제1항에서 정해진 불법한 행위나 원칙의 중대한 위반 때문에, 근로자가 사업장에 문제를 일으킬 것이라고 예측할 만한, 사실에 근거한 이유가 있는 경우.

위 사유의 하나를 이유로 사업장위원회가 그 동의를 거부한다면 사용사업자는 파견근로자를 사용할 수 없다. 그렇지만, 사용사업자는 노동법원에 항소하여, 거부가 정당화되지 않는 것으로 밝혀진 경우에는 거부결정의 무효를 선언하게 할 수 있다.

(2) 감독회에서 근로자대표의 정보제공과 협의

또한 근로자들은 일정한 회사의 감독회(Supervisory Board)에 대표자를 보낸다. 그러나 감독회는 단지 감독기능만 한다. 그것은 이사회를 구성하고 그 활동을 감독하지만, 경영 자체를 수행하는 것은 아니다. 이사회는 1년에 적어도 한번 감독회에게 기업의 경영에 관한 모든 항목에 대해 광범위한 정보를 제공할 의무가 있다. 나아가 감독회나 감독회의 구성원은 언제라도 회사에 중요한 문제에 대한 추가적인 정보의 제공을 요구할 수 있다. 그러나 이 정보는 단지 경영적 사항만에 관련된 것이며, 구체적인 개인의 사항은 관련되지 않는다. 그래서 감독회의 근로자 대표에게는 파견근로자에 관한 사항에 대해 정보가 제공되거나 협의되지 않는다.

3. 파견근로 연맹의 자기구속 선언⁵²⁾

파견근로업체가 공중에게 가지는 나쁜 이미지를 개선하기 위해 파견근로연맹(FATW) 내에 결성된 300여개의 파견근로업체들은 스스로 설정한 근로조건에

52) 법령이나 단체협약과 함께 규제의 중요한 원천은 자발적인 행동규범(Codes of Conduct)이며, 이들은 벨기에, 덴마크, 독일, 네덜란드와 같은 많은 나라에서 채택했다. 이들 기준은 근로자파견기업의 좋은 관행을 위해 스스로 부담하는 기준으로서 규제의 원천이 되고 있다. R. Blanpain, R. Blanpain(ed.), op.cit., pp.8~9.

대한 규제를 지킬 것을 결정하였다.⁵³⁾ 이 자기구속 선언은 법규정의 단순한 반복 이외에도 다음과 같은 권리를 특별히 보장하고 있다.

- ① 급여는 임금에 대한 금속노조의 단체협약을 준수하여 지불되어야 한다(2조);
- ② 파견근로자는 연간 총소득의 최소 2%의 추가급여(휴가 수당과 성탄절 보너스)를 청구할 권리가 있다(6조);
- ③ 파견근로자는 30일의 연간 유급휴가 가운데 28일을 받을 권리가 있다(8조);
- ④ 파업이 진행중인 사업장에서 파견근로자의 고용은 허용되지 않는다.

그러나 위의 규정들은 최저 기준을 설정한 것에 지나지 않다. 이 선언의 전문에 따라서 이 선언의 규정은 더 나은 근로조건을 규정하는 작업협정이나 단체협약을 대체할 수도 없으며 대체해서도 안된다.

4. 사회보험료의 부담

사회보험법상의 각종 보험료의 납입의무자는 파견사업주지만, 사용사업주도 연대채무자로서 책임을 진다. 사용사업체가 그 파견근로자의 사회보험료 전액의 적절하고 적시의 납부에 관심을 갖는 것은, 사용사업체가 사회법전 제4부 제28e조 제2항에 기하여 파견사업체의 지불의무의 이행에 자기의 의무와 같은 책임을 지기 때문이다. 가령 사용사업체에 이러한 책임이 발생한다면, 사용사업체와 파견사업체의 관계는 많은 부담으로 되거나 종료될 것이다. 나아가 이러한 사실이 알려진다면 파견사업체의 사업에 현저한 손해가 발생하고 나아가 파견허가가 취소될 수도 있을 것이다. 지역별질병금고연합(AOK-Bundesverband)의 보고에 의하면, 사회법전 제4부 제28a조제4항에 기초한 특별보고의무를 사용사업체도 거의 준수하고 있다. 이 규정에 의하면, 사용사업주는 파견근로자와 그 사용자(파견사업주)에게 파견의 開始時와 終了時를 보고해야 한다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

53) Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen der Mitgliedsfirmen des Bundesverbands Zeitarbeit(BZA), 1991. 그러한 중에 많은 구성 사업체들은 이러한 선언을 거부했기 때문에 파견근로연맹을 탈퇴하였다.

54) 鎌田耕一, "ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(下)", 労働法律旬報 1420号, 1997.11.25., 56면.

55) 독일에서의 산업안전에 대해서는 鎌田耕一, 앞의 글, 56~8면 참조.

VIII. 공익적 파견

마지막으로 근로자파견법의 예외적 규율형태인 '공익적 파견'을 소개한다. 1994년 7월 26일의 취업촉진법에 의해 근로자파견법 제3조제1항제5호의 소위 일치의 금지(Synchronisationsverbot)가 완화되었다. 파견근로자가 소개 곤란한 자로서 파견사업체로 연방고용청에 의해 알선되고 동시에 파견근로자가 파견 직후에 사용사업체와 노동관계를 개시한 경우에는 근로자파견법이 적용되지 않는다고 새로이 규정되었다(법 제3조제1항제5호 단서). 신규정에 의해, 소개 곤란한 구직자의 소개가 근로자파견법의 이용에 의해 용이하게 되었다.⁵⁶⁾

특히 소개 곤란한 사람은 1가지 이상의 소개장해, 예를 들면 중대한 장애, 직업 교육수료증의 결여, 직업자격의 낮음, 고연령(보통은 50세 이상), 건강상의 제약, 장기실업 기타 구직자의 개인적 사정이 있는 경우이다.

근로자파견을 직업소개를 위해 이용하려고 하는 사고는 네덜란드의 START제도를 모델(이것은 최초로 1977년에 네덜란드에서 네덜란드법의 재단으로서 노동조합, 사용자단체, 공공단체가 공동으로 설립함)로 하고 있다.

1992년에 독일의 네덜란드 국경근처에서 최초의 독일 START 지점이 설립되었다. 사용자, 노동조합, 공공단체의 각 대표가 비용을 부담하고, 소개 곤란한 실업자를 비영리적으로 사용사업체에 파견하는 시도가 이루어졌다. 이 움직임은 시간의 경과와 함께 언론에서 크게 주목되고, 'START 모델'이라고 불리고 있다. 이러한 종류의 파견회사를 원조하기 위해, 연방사회노동부는 1994년 8월 24일의 '근로자파견회사에 대한, 소개가 곤란한 실업자의 투입을 용자, 보조에 의해 촉진하기 위한 규제'(AüGRi)에 기초하여 1996년 중순까지에 5,100마르크를 공여하였다.

보조금을 수취하는 파견회사는, 고용사무소의 제안 또는 그 협력에 의하여, 소개 곤란한 실업자와 제3자(사용사업체)가 일정한 연수와 적격심사를 경과하여 無期의 고용계약을 체결하도록 하거나, 단기의 파견기간을 초과하여 이들을 고용하는 회사이다. 회사는 소개 곤란한 실업자의 비율이 취업한 파견근로자의 1/4은 되어야 한다.

일반 근로자파견사업체와 공익적 파견회사가 모두 지원대상이 될 수 있다. 1996년

56) 鎌田耕一, 앞의 글, 勞働法律旬報 1420号, 1997.11.25., 47면 이하.

3월 중순까지 AüGRi에 좇아서 지원을 수취하는 회사는 52개의 지점을 가지는 80개사이다.

1995년 초에 설립된 NRW(노르트라인웨스트팔렌) START 유한 파견회사 (die START-Zeitarbeit NRW GmbH)는 1995년에 AüGRi에 기초하여 연방 사회노동부에 의하여 약 54만마르크의 용자가 1996년의 지원기간의 종료까지 인정될 뿐만 아니라, NRW의 추가적인 지원으로서 1995년에 약 530만마르크(여기에서는 332만마르크의 주조성금도 포함된다)가 공여되었다.

특히 NRW주 DGB의 NRW 지구지부, 경영자단체가 NRW START 유한 파견회사의 사원으로 되어 있다. NRW의 노동,건강사회부의 보고에 의하면, 1995년 말까지에 총계 141인이 정규근로자로서 취업하였다. 1995년 3월 1일부터 1995년 말까지 1,577인의 실업자가 파견근로자로서 고용되고 거기에는 346인의 여성근로자도 포함되었다(21.94%). 577인이 연방사회노동부의 요강에서 정하는 소개 곤란한 자이었다. 1995년말에는 더욱이 781인의 파견근로자가 취업하고, 이들에게는 159인의 여성근로자가 포함되었다(20.36%). 1995년에는 36가지의 직업자격부여조치(Qualifikationsmaßnahme)가 교육기관 또는 사업소의 협력으로 실시되었다.

독일연방경영자단체는, 소개 곤란한 근로자가 근로자파견을 통해 통합하는 것을 환영하고 있다. 경영자단체는 특히 이 문제 때문에 설치된 조직의 국가적인 지원에 정치적으로 협력하고 있다. 이때까지 여러 회사의 파견에 관한 경험은 아직 시작에 불과하지만, 가속이 붙고 있다. 파견을 통해 소개를 받는 사람은 모든 실업자에게 확장되어야 하며, 단지 소개가 곤란한 사람에 그쳐서는 안된다고 한다.

독일노동총동맹(DGB)의 견해는 START 모델을 생각하는데 있어 항상 적어도 경영자단체, 노동조합, 행정의 참가하는 넓은 집단을 출발점으로 하고 있다. 이 모델의 조직을 지역에서 설립하는 데에 있어서 지역의 모든 중요한 노동시장 관여자가 긴밀하게 협력해야 한다는 것이다.

나아가 DGB의 견해에 의하면 이러한 형태의 파견은 이하의 조건을 충족해야 한다.

- ① 공익적으로 특히 비영리적으로 활동하는 것,
- ② 반드시 실업자와 실업할 위험이 있는 자의 통합을 목적으로 조직되며,
- ③ 기간의 정함이 없는 고용계약만을 체결하며,
- ④ 자격을 위해 비파견기간을 이용하고, 나아가 지속적인 자격취득을 보증하고,

- ⑤ 특히 불리한 근로자그룹(장기실업자, 여성, 장애인, 고령자)에 일정한 재원에 기초하여 추가적, 지속적으로 지원하며,
- ⑥ 노동행정과 긴밀하게 협력하고,
- ⑦ 노동시장 당사자의 정책결정에 대한 대한 대등하게 조직된 영향력을 보장하는 것에 의해, 서비스 노동시장에서 공정한 편성을 보증해야 한다.

제3장 프랑스의 근로자파견제도

I. 개 관

1. 입법연혁

프랑스의 근로자파견법제는 정치적 상황에 의해 크게 영향을 받았다. 정권교체와 함께 파견근로의 규제내용이 크게 바뀌었던 것이다. 이러한 입법의 흐름을 거칠게 요약하면 다음과 같다. 프랑스는 1972년에 파견근로에 관한 법률을 제정하여 1982년법에서 기본적인 골격을 잡았으며, 1985년법과 1986년법에서 규제를 완화하였다. 그렇지만, 1990년법은 1986년법을 개정하여 이전의 법에 가깝게 개정하였다.

프랑스의 파견근로는 1950년대에 등장하여 1960년대에 점차 증가하였다. 이에 따라 파견근로에 대한 최초의 법적 규제인 1972년 1월 3일의 법률이 제정되었다. 1972년 법률이 제정될 때에 약 500개의 근로자파견기업, 약 15만명의 파견근로자가 존재하였다.⁵⁷⁾ 그 후 1974년부터 1975년에 걸쳐서 제1차 석유위기의 시기 이후, 기업이 정규종업원수를 줄이고 그 대신에 외부의 노동력을 이용하는 소위 「고용의 외부화」의 등장에 의해 파견근로의 이용이 크게 증가하였다. 이에 따라 파견근로를 둘러싼 여러 가지 문제점이 지적되면서, 특히 노동조합 및 좌익정당으로부터는 파견근로의 규제강화에 그치지 않고, 「민영근로자파견업의 금지」 = 「파견근로의 공영화」가 강하게 주장되었다. 기업이 불안정노동을 과도하게 이용하는 것이 기업발전의 기초인 노동공동체(collectivité du travail)를 붕괴시킨다는 우려에 입각한 것이었다.⁵⁸⁾

그런데 1981년 좌익정당이 집권했지만, 파견근로를 금지한 것은 아니며, 규제를 강화하는 것에 그쳤다. 파견근로에 대한 비판이 가장 강하였던 시기에 성립한 1982년 2월 5일의 오르드낭스(Ordonnance)⁵⁹⁾에서는 파견기업을 3년간 강력

57) 당시에 몇몇 노동조합과 두 파견사용자단체(PROMATT와 UNETT)는 부문 단체협약을 체결했는데, 이에 의하면 질병휴가, 출산휴가, 계속교육, 산업재해, 종업원대표와 노조설립 등에 대한 사항을 규정하고 있었다. J. Rojot, France, R. Blanpain (ed.), *Temporary Work and Labour law of the European Community and Member States*, 1993, Kluwer, p.93.

58) 島田陽一, “フランスの派遣労働法制”, 季刊労働法 169호, 1993. 27~9면. 이하의 프랑스의 법제에 대한 소개는 위 글을 주로 참고하였다.

한 감독 아래 둔다고 하였다. 이 시기의 파견기업에 대한 규제강화는, 파견업계의 건전화를 목적으로 근로자파견기업에 대한 재정적 보증을 요구한 1979년 1월 2일의 법률과 함께, 전화 한대 책상 하나의 영세파견기업의 존속을 곤란하게 만들어 파견업계의 정리통합을 가져왔다.

나아가 1983년경부터 프랑스에서는 실업문제가 심각하게 되고, 이에 수반하여 파견근로등의 소위 불안정고용에 대한 평가도 변화하고 있었다. 즉 불안정고용이라고 하여도 실업보다는 낫다고 하는 사고가 일반적으로 되었다. 이에 따라 민영 파견업의 금지 = 파견근로의 공영화라는 주장은 거의 차취를 감추고 있었다. 그리하여 1982년부터의 파견근로를 둘러싼 입법규제는 빈번한 정권교체와 경기변동의 사이에서 규제완화와 규제강화의 사이에서 변화를 거듭하였으며, 그 기본내용에 있어서는 1972년법을 개정한 1982년의 오르드낭스에 의한 제도를 근본적으로 개정한 것은 아니었다.

1982년의 오르드낭스 이후, 우선 1985년 7월 25일의 법률에 의해 근로자파견법이 개정되었다. 이 개정은 사회당내각의 손에 의한 것이었지만, 파견업에 있어서 1985년 5월 13일의 산업별협약을 받아서 파견근로의 이용가능성을 확대한 것이며, 이른바 규제완화의 방향으로의 입법개정이었다. 사회당 내각의 파견근로에 대한 입장이 변화한 것은 실업문제의 해결이 제1과제였기 때문이다.

1985년 총선거에서 사회당이 패배하고 시라크의 보수정권이 탄생한 이른바 'co-habitation' 시기에서는 보다 규제의 색이 약한 1986년 8월 11일의 오르드낭스가 제정되었다. 이것은 시라크정권이 내걸었던 신자유주의적인 규제완화노선에 기초한 것이다. 다만, 이 1986년의 오르드낭스는 1972년 이래 이용사유의 제한열거방식을 폐지하는 등 파견근로이용의 자유화를 정하고 있었지만, 파견근로업에 대한 행정적 규제, 파견근로를 기업의 일시적 임시적 필요성에 한정한다고 하는 원칙 등 기본적인 부분에서 1982년의 오르드낭스의 틀을 근본적으로 전환한 것은 아니었다. 이 의미에서는 1986년의 오르드낭스도 1982년의 오르드낭스와의 연속성의 측면이 보다 농후한 것이었다.

1988년의 총선거의 결과, 사회당내각이 다시 등장하면서, 파견근로등의 불안정근로에 대한 규제강화가 정치일정 위에 올라, 1986년의 오르드낭스부터는 규제색이 강한 1990년 7월 12일의 법률이 제정된다. 이 1990년법은 내용적으로는 기

59) 오르드낭스(Ordonnance)는 국회승인 전에는 행정입법에 불과하지만, 승인 후에는 법률과 동등한 효력을 지니게 된다.

본적으로 1985년법에 근접한다고 평가되고 있다. 1990년법에 대해 주의할 점은 그 내용이 이 법률에 앞서 체결된 1990년 3월 24일의 파견근로 및 기간의 정함이 있는 근로계약에 관한 全國職際協定⁶⁰⁾의 입법화에 의한 것이라는 점이다. 파견업의 노사에 그치지 않고 전국의 노사대표가 파견근로를 포함한 불안정 근로계약의 규제에 대해 일응의 합의를 보았다고 하는 것의 의미는 적지않다. 파견근로에 대해 1972년법 이래의 입법이 형성해온 규제의 틀을 노사가 명시적으로 인정한 것을 의미하기 때문이다. 또 파견근로법제는 유기근로계약법제와 함께 불안정 근로계약으로서 규제되고 있다.

1990년 이후에도 몇차례 개정논의가 있었는데,⁶¹⁾ 이같은 프랑스의 그 이후 논의를 반영치 못했다는 점을 밝혀 둔다.

2. 파견근로의 현실

파견근로를 고용수로 본다면, 1992년에 20만9천명이며, 1982년에 비해 65% 증가하고 있다. 근로자전체 중에 차지하는 비중은 약 1.3%(1989년)이다. 파견근로를 이용하고 있는 사업장에서의 파견근로자의 구성비율을 본다면 약 3.4%를 넘고 있다.

프랑스의 현실을 보면, 남성으로서 직업자격이 낮고 중공업에 종사하는 근로자라는 이미지가 파견근로자의 일반적 이미지라고 한다. 파견근로계약의 4분의 3이 남성과 체결되며, 연령별로는 파견근로자의 40%가 18세부터 24세까지의 젊은 근로자이다(1990년). 즉 파견근로자는 전문직 근로자로서 이용되는 것이 아니라, 육체직 근로자로서 일시적으로 이용되는 경우가 많다.

파견근로의 이용을 산업별로 보면, 공업과 건설·토목업에 종사하는 비율이 4분의 3이다. 근로자전체에서 이들 부문에 취업한 근로자는 전체의 반에도 미치지 못한다는 것을 고려하면, 파견근로가 이들 부문에 집중되어 있다는 것을 알 수 있다. 공업부문 중에는 철강, 비철, 전재를 비롯한 중간재산업 그리고 자동차, 기계, 전기, 조선을 비롯한 설비재산업이 파견근로 이용의 중심을 이루고 있다. 특

60) 1988년 총선거에 의해 영향을 받아, 일부 사용자단체와 전국적 사용자단체는 파견근로자를 조직한 전국적 노조 5개 가운데 3개와의 사이에 직업간의 전국적 협약을 체결했는데, 이것을 의미한다.

61) 1990년대에도 보수내각이 등장하면서 파견근로법제의 규제완화가 다시 시도되었다. 1993년 8월에 발표된 「고용5개년계획안」에서는 이용사유 일부수정, 파견기간의 24개월 연장, 갱신 횟수의 2회로 증가, 계약의 의무적 기재사항의 일부폐지 등이 제안된 바가 있다.

히 자동차산업에서의 파견근로의 이용이 많다. 또한 파견근로자의 직업자격의 분포를 보면 상용근로자에 비해 현장근로자의 비중이 극히 높다.

프랑스는 유럽연합 내에서도 전체 파견산업의 규모가 큰 편이다. 최근들어 급격한 성장을 하고 있는 프랑스의 파견산업은 1995년 매출액이 110억불에 달하여 영국(140억불)과 함께 유럽 전체의 파견산업 매출액의 절반 이상을 차지하고 있다. 유럽연합 전체의 매출액은 1995년 현재 390억불로서 미국의 400억불에 비해 약 10억불 정도 못 미치는 것을 나타나고 있다. 1992년을 기준으로 하면 약 1,000여개의 근로자파견기업이 있고 약 5천의 영업소가 있었다. 4대기업(Ecco, Bis, Manpower, Adia)이 파견근로의 전업무량의 55%를 차지하고 있다. 이들에 비해 중소기업의 근로자파견기업에서는 이른바 전문점화가 진행되고 있다. 이러한 전문점화는, 예를 들면 의료기술관계, 로봇공학관계 등 첨단부문, 문서작성, 2개국어를 다루는 비서 등의 새로운 직업자격이 요구되거나, 그 보유자가 적은 부문, 또는 자동차, 건설토목업 부문에서도 고도의 능력이 요구되는 업무 등에서 보여지는 현상이다.

프랑스를 비롯한 유럽에서의 인재파견업은 기본적으로 지역단위로 이루어지고 있으며, 이는 회사가 독립적인 한 개의 회사이건 전국적 네트워크를 가진 회사이건 마찬가지이다. 파견사업이 지역단위로 이루어지는 까닭에 국경을 넘어 타국으로 파견시키는 것은 각국의 법령이 달라서 더욱 어렵게 된다. 이러한 이유로 유럽에서 국경을 뛰어넘는 인재파견은 단지 소규모로 이루어질 뿐이며, 해외에서 영업을 원하는 회사들은 해외에 지점을 세우는 방향으로 나아가고 있다.⁶²⁾

3. 파견근로법제의 특징

현행 파견근로법제의 파견근로에 대한 원칙은 1990년법의 제1조에 나타나 있다. 또 이 법의 내용에 크게 영향을 끼친 1990년의 전국직제협정의 전문도 함께 참고할 만하다.

1990년법의 제1조에 의하면 동법의 제규정은 「기간의 정함이 없는 계약이 근로계약의 통상의 형태이라고 하는 원칙(L. 121조의5)에 저촉할 수 있는 제요건을 명시하는 것을 목적」으로 하고 있다. 즉, 파견근로가 기간의 정함이 있는 근로계약과 같이 입법에 의해 정해진 요건을 충족한 경우에만 인정되는 예외적이며

62) 김기윤, "유럽의 최근 인재파견 동향", 「임금연구」 1998년 여름호, 61~2면.

보조적인 것으로 되어 있다. 근로계약에 대해 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하는 입장은 1982년의 오르드낭스에 의해 법정되지만, 이 원칙에 의해 근로계약의 체결은 항상 기간의 정함이 없는 계약으로 추정을 받아 기간의 정함이 있는 계약이라고 주장하는 자가 그 추정을 깰 책임을 진다고 한다. 나아가 1990년법의 제1조는 불안정고용의 이용을 줄이는 것을 1990년법의 목적으로 하는 것도 유의해야 할 것이다. 이같은 기본적인 입장에서부터 파견근로관계의 당사자간 관계에 대한 상세한 입법적 규제, 파견근로 이용가능성에 대한 법적 규제, 나아가 파견근로자의 보호규정 등을 중심적 내용으로 하는 파견근로법제가 제정된 것이다. 그래서 근로계약에 대해 기간의 정함이 없는 계약의 원칙으로부터 그 예외규정에 해당하는 파견근로법제는 제한적으로 해석되어야 한다.

그밖에도 프랑스의 근로자파견법은 다음과 같은 특징을 가지고 있다.

파견사업체는 파견근로업무만을 하는 기업이어야 한다. 즉 파견사업체는 파견근로업무를 독점함과 동시에 기타의 업무(예를 들면, 노무도급업)를 겸할 수 없다(파견사업체의 파견근로업무의 배타성, L. 124조의1). 파견사업체의 설립에 대해서는 신고제가 채용되어 있다. 이때 파견사업체는 임금지불, 사회보험료지불 등의 재정적 보증이 있는 것을 증명해야 한다(L. 124조의8, L. 124조의 10).

파견사업체와 파견근로자와의 관계를 본다면, 이 양자간의 근로계약은 파견기간 중밖에 체결되지 않는다. 즉, 프랑스에서는 파견기업의 상용근로자에 의한 파견근로, 즉 상용형 파견근로는 존재하지 않고, 등록형의 파견기업만이 인정되고 있는 것이다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 이 파견사업체와 파견근로자와의 근로계약인 파견근로계약도 근로

63) 유럽 각국의 법규제 차이는 유럽 단일노동시장을 가로막는다는 지적이 있다. 1980년 6월 19일 계약상의 의무에 적용되는 로마협약은 1991년 4월 1일부터 발효되었는데, 그것은 법의 충돌을 막는 데에 충분치 않았다. 그래서 유럽공동체는 1990년에 근로자 파견에 관한 Directive를 위한 초안을 만들었는데 그것은 국제적 파견근로에 적용될 수 있는 것이었다. 그러나 임금, 근로시간 등을 포함한 많은 강제규범을 포함하고 있는 이 제안도 문제를 해결하지 못했다. 즉 프랑스법은 파견근로계약이 유기계약이라고 하고 있지만, 독일법은 무기한 계약이어야 한다는 것에서 볼 수 있는 것처럼 독일과 프랑스 법에도 상호모순이 있다. 그래서 프랑스의 파견근로자를 독일에 어떻게 보내며, 반대로 어떻게 해야 하는가? 국가의 입법사이에 이러한 불일치는 사실상 공동체의 시장을 분열시키며 노동의 자유로운 이동을 가로막는다. R. Blanpain은 유럽연합 차원의 통합수단이 필요하다고 역설하고 있다. R. Blanpain(ed.), *Temporary Work and Labour law of the European Community and Member States*, 1993, Kluwer, p.9.

64) 유럽과 ILO의 근로자파견법에 대한 통일적 기준을 마련하려는 움직임에 대해서는, 윤광희, 『파견근로의 법리에 관한 연구』, 동국대 박사학위논문, 1997, 132면 참고.

자파견계약과 같이 서면으로 작성되며, 그 기재내용에 대해서 상세한 규제를 받고 있다.

4. 파견근로와 기간의 정함이 있는 근로계약

프랑스의 근로자파견규정은 유기근로계약규정과 함께 규율되는 특징이 있다.

프랑스에서는 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙이라는 전제 위에 법규제를 하고 있기 때문에, 파견근로계약이나 기간의 정함이 있는 근로계약, 즉 유기근로 계약은 보조적이라는 점에서 공통의 성격을 지니고 있다.

파견근로법제는 1982년의 오르드낭스 이후 그 규제내용에 있어서 점차로 유기근로계약법제와 공통의 부분이 증가해 오고, 1990년법에서는 양자를 불안정근로계약(contrats précaires)으로서 일괄하여 거의 같은 규제 아래 두게 된다. 프랑스에서는 파견근로도 유기근로계약도 근로계약의 원칙적 형태인 기간의 정함이 없는 근로계약에 대한 예외적 고용형태이고, 기업의 일시적 고용수요에 대한 대응이라는 기능에 한정된 고용형태로 위치시워져, 공통의 법적규제의 대상으로 된 것이다.

유기근로계약은 실업자를 고용하는 공공정책에서나 몇몇 한정된 사유에서만 인정되고 있다. 그리고 유기계약은 최고 18개월의 기간 이내에 체결되어야 하며, 다만 얼마간의 예외가 인정된다.⁶⁵⁾

유기근로계약과 파견근로법제는 불안정근로계약법제로서 포괄된 것만큼, 양자는 극히 사소한 차이밖에 남지 않았다. 그러나 기간의 정함이 있는 근로계약의 산업별 분포를 본다면, 파견근로와는 달리 약 60%가 제3차산업에 집중된 것으로 나타난 것처럼 양자 사이에는 반드시 경합관계가 없다. 그렇다면 실무상 이 양자의 어느 쪽을 선택하는가는 어느 요소에 의해 결정될 것인가?

불안정 근로계약법제는 후에 보는 바와 같이 비상하게 복잡하고 일반기업이 적절히 운용하는 것은 결코 쉽지않다. 거기에서 일반기업이 파견근로를 선택하는 경우에는 근로자파견기업이 가지는 불안정 근로계약법제에 관한 노하우를 이용할 수 있는 이점이 있다. 그러나 재정적으로 본다면 일반적으로 파견요금은 기간의 정함이 있는 근로계약의 보수의 2.1배라고 한다. 그렇지만 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우에는 파견근로에 비하여 사회보험료와 세금이 소요되며 나아가

65) J. Rojot, op.cit., p.91.

모집업무에 관련된 비용을 계산에 넣는다면 파견근로가 기간의 정함이 있는 근로계약보다 반드시 높다고 말할 수 없다.

결국, 불안정고용의 필요량의 예전이 곤란한 경우, 즉 단기간의 이용이거나 대량으로 필요한 경우에는 이들 요청에 대응할 수 있는 파견근로의 이용이 타당하며, 기업이 가지고 있는 자료들에서 후보자를 특정할 수 있을 때에는 기간의 정함이 있는 근로계약이 적절하다고 지적되고 있다.

II 파견허용사유

프랑스는 적용대상업무를 제한하지 않고 모든 업무에 대해 파견을 허용하고 있다. 그렇지만 파견허용사유를 정하여, 파견근로의 이용범위를 다음과 같이 제한하고 있다. 즉, 파견근로가 상용근로를 대체하지 않도록, 파견근로의 이용가능성을 다음의 3가지 사유(L. 124조의2의1)로 한정하고 있다. 첫째로는 결근 또는 근로계약을 중단하고 있는 근로자등의 대체요원으로서의 이용이다. 둘째로는 업무의 일시적 증가에 대한 대처로서 파견근로의 이용이며, 마지막으로로는 원래 일시적인 노동(계절노동, 기간의 정함이 없는 근로계약에 의한 고용을 이용하지 않는 것이 직업상 관습으로 되어 있는 업무)에 대해서 파견근로의 이용이다. 이를 보다 구체적으로 적으면 다음과 같다.⁶⁶⁾

1. 대체요원

이 대체요원에 대해서는, 사용근로자의 고용을 대체하는 남용의 가능성이 희박하다는 이유로 파견기간등의 규제에 대해서 다른 이용사유보다도 유연성이 인정되고 있다. 이 이용사유는 근로자가 각종의 휴가를 사용할 때에 그 대체로서 파견근로의 이용을 인정하는 것이지만, 예외적인 경우로서 폐지예정의 자리에 재직하고 있던 근로자의 이직에 뒤따르는 대체 및 새로이 채용된 기간의 정함이 없는 근로자의 취업개시까지의 대기기간의 경우에도 파견근로의 이용이 인정되고 있다.

(1) 결근하고 있는 근로자 또는 근로계약이 중단되어 있는 근로자의 대체
이 경우는 대체의 대상으로 되는 근로자는 그 기업에서 현재 취업하고 있는 모든 근로자이고, 그 계약이 기간의 정함이 없는 근로계약이거나, 기간의 정함이 있

66) 鳥田陽一, “フランスの派遣労働法制”, 季刊労働法 169号, 32~5면.

는 근로계약인가를 묻지 않는다. 근로자가 대체되는 때는, 유급휴가, 출산휴가, 육아휴가, 직업훈련휴가 등의 각종의 휴가의 경우, 상병을 이유로 하는 결근, 풀타임근로자가 일시적 파트타임노동으로 이행할 때의 부분적 대체, 나아가 병역을 위해 일시적으로 업무에서 이탈한 근로자의 대체 등이다. 어떤 자리의 근로자가 일시적으로 다른 직무에 배속되기 때문에 발생하는 공석에 대해서도 이 이용사유에 해당한다고 해석되고 있다.

이 이용사유의 경우, 파견기간에 대해서는 후에 상세히 보는 바와 같이 확정기 한부도 좋고, 출산휴가의 종료까지와 같은 불확정기한을 정하는 것도 가능하다. 다만, 후자의 경우, 파견근로자의 보호의 관점으로부터 최단 파견기간을 정하는 것이 요구된다.

그리고 대체되는 근로자의 결근이 새로운 사유에 의해 계속된 경우, 즉 예를 들면, 대체되는 근로자가 출산휴가 종료 후 곧바로 육아휴가를 취득하려는 경우에는, 새로운 계약의 체결없이 파견근로를 계속하는 것이 가능하다. 또 동일한 파견근로자가 연속하는 복수의 근로자의 결근에 대하여 대체하는 것도 가능하다. 나아가 결근 근로자가 어느 직장에서 발생한 경우에 다른 직장의 근로자가 배치되고, 그를 보충하기 위해 파견근로자를 사용하는 것도 허용된다.

(2) 폐지예정의 자리에 재직하고 있었던 근로자의 이직에 수반하는 대체

이 이용사유는 이미 기업이 가까운 장래에 폐지하는 것을 예정하고 있는 자리에 재직의 기간을 정하지 않는 근로계약에 따르는 근로자가, 그 자리의 폐지 이전에 이직한 경우에, 그 이직의 시점으로부터 자리의 폐지까지의 기간에 대하여 파견근로의 이용을 인정하는 것이다. 이 자리의 폐지 결정에 대해 종업원대표와 협의의 요한다.

이 이용사유에 기하여 파견근로를 이용하기 위한 요건은 다음과 같이 정리할 수 있다. 먼저, 이 자리에 재직하고 있었던 근로자가 사직하는 것이고, 두번째로 이 자리가 24개월 이내에 폐지되는 것이고, 세번째로 대체를 위해 파견근로를 이용하는 것에 대해, 종업원대표에게 통지되고 동시에 사전협의되는 것이다. 이 경우, 파견기간은 6개월을 하회해서는 안된다.

(3) 새로이 채용된 기간의 정함이 없는 근로자의 취업개시까지의 대기기간

이 이용사유는 공석의 자리에 관하여 이미 기간의 정함이 없는 근로계약에 의해 채용되어 있는 근로자가, 실제로 취업을 개시하기까지의 기간에 대하여 파견근로를 이용하는 것을 인정하는 것이다. 이 경우 파견기간은 최장 9개월이다.

2. 기업의 업무량 변화에 대한 대처

기업의 업무량의 증가에 수반한 파견근로의 이용이 인정되는 것은 L. 124조의 2의1 제2호에서 말하는 「기업 업무의 일시적 증가」에 해당하는 것이지만, 동일기업의 업무량 증가여도 다량의 예외적인 수출 주문을 받은 경우 및 안전확보를 목적으로 하는 긴급작업에 대해서는 다른 규제가 따른다.

(1) 기업 업무의 일시적 증가

법문에 의한다면 단순히 「기업 업무의 일시적 증가」로 되어 있을 뿐이지만, 그 구체적인 범위를 이해하는 데에는 전국직제협정 제3조가 참고로 된다. 제3조에 의하면, 「업무의 일시적 증가」와 함께 「명확히 특정되고, 동시에 장기에 걸치지 않는, 기업의 통상 업무에 속하지 않는 임시적 직무의 이행」이 정해져 있다. 따라서 이 제3조에서 말하는 「업무의 일시적 증가」라 함은 일상적인 업무의 증가를 의미한다고 생각할 수 있다. 나아가 노동부장관 훈령에 의하면, 후자의 「임시적 직무」로서는 구체적으로는 업무의 전산화에 따르는 일, 기업내 직업훈련, 회계감사와 같은 업무가 상정되어 있다. 이같이 「기업의 업무의 일시적 증가」라고 하는 이용사유에는 이상의 2가지 경우가 포함되어 있다고 해석되고 있다.

또 1990년법과 같이 이용사유의 제한열거방식을 채택하고 있었던 1985년법까지는 그 이용사유에 있어서 「예외적」 증가라고 하는 문구가 있었다. 거기에서 1990년법이 「예외적」 증가라고 하는 표현을 사용하고 있지 않았다는 점으로부터 정기적인 업무량의 증가가 이 이용사유에 포함되는가가 쟁점이었지만, 현재까지 공통의 이해를 획득하지 못한 것 같다.

(2) 예외적 수출주문

이 이용사유에 기초한 파견근로의 이용의 경우에는 통상 18개월인 최장파견기간이 24개월로 되어 있는 특징이 있다. 이 이용사유는 기업의 업무의 일시적 증가를 이유로 하는 파견근로의 이용의 특칙에 해당하기 때문에, 상세한 요건이 부과되어 있다. 즉, 기업이 통상 사용하는 수단의 한도를 넘는 양적, 질적 수단의 실시를 필요로 하는 다량의 예외적 수출 주문이 있었던 경우에 한정된다. 나아가 이 이용사유에 의한 경우에는 사용자에게 종업원대표에 대한 통지, 협의의무가 부과된다.

(3) 안전확보를 위한 긴급작업

이 이용사유에 의한 경우에는 파견기간이 최장 9개월로 된다.

3. 원래 일시적인 업무

이 원래 일시적인 업무에는 계절노동과, 기간의 정함이 없는 근로계약에 따르는 근로자를 이용하지 않는 것이 직업관습으로 되어 있는 노무가 포함된다.

(1) 계절노동

계절노동이라 함은, 거의 확정된 일정으로 반복되는 노무라고 이해된다. 구체적으로는 수확시기의 농업 및 그것에 수반하는 농산물가공업과 여행업이 전형적인 예이다. 계절노동은 그 정기성, 예견성 및 주기성이 있는 점에서 단순한 노무의 증가와는 구별해야 한다. 따라서 상점의 매출에 수반하는 업무의 증가는 계절노동으로 볼 수 없다.

(2) 「기간의 정함이 없는 근로계약의 불이용관습」이 있는 경우

이 이용사유는 법문에 의하면, 「업무의 성질 및 이들 고용의 본래적으로 일시적인 성질 때문에, 기간의 정함이 없는 근로계약을 이용하지 않는 것이 항상적인 관행인 고용」으로 정의되어 있다. 그리고 구체적인 업무부문은 데크레(décret)⁶⁷⁾나 확장적용되는 협약 혹은 단체협정에 의해 이하와 같이 정해지고 있다.

삼림개발
선박수선
이사
호텔, 레스토랑
영화, 연극
문화활동
시청각
정보
영화제작

67) 우리나라의 대통령령에 비교적 가까운 효력을 가진다.

교육

조사, 앙케이트

음반 제작

여가, 휴가센터

食肉보존

프로 스포츠

국외에서 공사현장의 건설 토목

국외에서의 협력 업무, 기술원조, 토목, 연구업무

노동법전 L. 128조의1에서 말하는 업무

국제조약과 그것을 위한 국제행정협정의 적용으로 실시되는, 또는 일시적으로 프랑스에 체류하는 외국인에 의한 과학적 연구

이들 업무부문이어도 모든 직무에 대해 파견근로가 이용될 수 있는 것은 아니며, 그 직무의 성질이 일시적인 것을 요한다. 장관의 지침은 이 점에 대해서 다음과 같은 구체례를 보여주고 있다. 우선 호텔, 레스토랑업에서는 임시직으로서 파견근로를 이용할 수 있지만, 관리운영적 업무와 보안업무와 같은 항상적 직무에 대해서는 파견근로를 이용할 수 없다. 또 연극업에는 배우에 대해서는 파견근로를 이용할 수 있지만, 극장의 안내원에 대해서는 이용할 수 없다. 더욱이 교육업에서는 학교년도중의 한정된 기간의 교육에 대해서는 파견근로에 의하는 것이 가능하지만, 연간으로 예정되어 있는 교육에 대해서는 기간의 정함이 없는 근로계약에 의해야 한다.

4. 고용정책상의 조치로서 파견근로의 이용

이상의 세가지 이용사유 이외에 정부의 직접적인 실업대책으로서 실시되고 있는 다양한 제도에 파견근로가 이용되는 것을 부가하고 있다(L. 124조의21). 이 들에는 예를 들면 16세부터 20세까지의 청년근로자에게 직업자격을 부여하기 위한 직업자격부여 파견계약(L. 990조의2) 등이 있다.

5. 이용금지사유

(1) 쟁의 참가근로자의 대체

1972년법 이래, 노동쟁의를 위해 노동계약이 정지되어 있는 근로자의 대체를

목적으로 한 파견근로의 이용은, 항상 금지되어 있다(L. 124조의2의3).

(2) 위험작업에 대한 이용금지

노동부장관 또는 농업부장관은 아레떼(Arrêté)⁶⁸⁾에 의해 파견근로의 이용을 금지해야 할 작업을 정할 수 있다(L. 124조의2의3). 또 勞動醫에 의한 특별한 의학적 감시의 대상으로 된 작업에 대해서도 마찬가지로 파견근로의 이용이 금지된다. 현재에서는 기간의 정함이 없는 근로계약에 대해서도 동일한 이용금지사유가 정해져 있지만, 원래는 파견근로자의 다수가 중공업 및 건설토목업과 같이 산재발생률이 높은 부문에서 이용되고, 경험이 적은 등으로부터 파견근로자가 산재의 피해율이 높은 것을 배려하여 설정된 것이고, 1972년법에 그 기원을 가진 규정이다.

(3) 경제적 해고 실시후의 금지기간

사용자가 경제적 해고를 실시한 경우에는 파견근로의 이용에 대해 특별한 제약이 과해진다. 즉 사용자는 경제적 해고를 실시한 사업장에서 6개월간 파견근로의 이용이 금지된다(124조의2의7). 이 금지기간은 사용자의 안이한 경제적 해고에 의해 상용근로자의 일자리가 파견근로등의 불안정고용으로 대체되는 것을 방지하는 취지로부터 설정된 것이다. 프랑스에서는 1986년 12월 30일의 법률에 의해, 1975년 1월 3일의 법률 이래의 경제적 해고의 행정허가제가 폐지되었지만, 이 금지기간의 설정은 그 보상으로서의 측면을 가지고 있는 것이다.

이 이용금지의 적용범위는 사업장단위이고 실제로 경제적 해고에 관한 일자리에 대해서이다. 나아가 이용사유로부터 본다면, 파견근로의 이용이 금지된 것은, 업무의 일시적 증가의 경우뿐이다.

또 이 이용금지에 대해서는 몇가지 예외가 설정되어 있다. 우선 이용사유에 대해서는 업무의 일시적 증가이어도 이미 서술한 예외적인 수출주문에 의한 경우에는 이 이용금지는 적용되지 않는다. 또 파견근로의 이용이 3개월 이내이고 갱신되지 않는다면 역시 이용금지의 대상이 되지않는다. 이 적용제외의 경우에는 종업원대표에 대한 통지, 협의의무가 사용자에게 과해진다.

68) 우리나라의 部令에 비교적 가깝다.

Ⅲ. 파견기간

파견근로는 원칙적으로 명확한 기간을 가져야 한다(L. 124조의2의1). 이것은 파견근로를 일시적 보조적 성격의 고용으로서 인정하는 법의 취지로부터 당연한 귀결이라고 할 수 있을 것이다. 다만, 이용사유에 응하여 확정기한부의 경우와 불확정기한부의 경우가 있다.⁶⁹⁾ 그리고 파견기간 종료 후 고용에 대한 몇가지 특별한 규정이 있으므로 이에 대해서도 추가로 서술한다.

1. 확정기한부계약

파견의 최장기간 및 갱신에 대해서는 이제까지 수차 개정의 대상이 되었다. 1986년의 오르드낭스(Ordonnance)에서는 최장기간은 24개월로 되어 있었으나, 1990년법에 의해 파견근로는 파견근로계약이든 근로자파견계약이든 원칙적으로 갱신한 기간을 포함하여 18개월로 단축되고, 갱신은 1회까지로 되었다(L. 124조의2의2). 그러나 최장기간에 대해서는 이용사유에 응하여 24개월, 9개월의 예외를 인정하고 있다. 우선, 기간의 정함이 없는 근로자의 취업 시기도래의 대기기간 및 안전확보를 위한 긴급작업에 대해서는 9개월간을 최장기간으로 한다. 다음으로 폐지예정 자리에 있는 기간의 정함이 없는 근로자가 사직한 경우와, 수출주문이 예외적으로 늘어난 경우 및 외국에서의 파견근로의 경우에는 최장기간은 24개월로 된다. 이때 계약기간은 6개월을 하회해서는 안되며, 종업원대표와 사전협의의 대상으로 된다.

2. 불확정기한부계약

파견근로가 결근근로자 또는 근로계약을 중단하고 있는 근로자의 대체를 목적으로 한 경우, 기간의 정함이 없는 근로계약에 따르는 근로자의 취업시기도래의 대기기간의 경우(다만, 이 경우는 9개월이 최장기간임에는 변함이 없다), 계절고용 및 기간의 정함이 없는 근로계약에 의하지 않는 것이 직업관습으로 되어 있는 고용의 경우에는, 확정기한 없이 계약을 체결할 수 있다(L. 124조의2의2제3항). 이 경우 피대체근로의 결근의 종료 또는 계약목적의 완료가 불확정기한으로 된다.

69) 島田陽一, 앞의 글, 季刊勞働法 169号, 36~7면.

이들 이용사유의 경우, 계약목적의 종료의 日을 事前에 특정하는 것이 곤란함과 동시에, 계약목적의 종료가 계약당사자의 의사로부터 독립하여 객관적으로 확정할 수 있기 때문에 확정기한이 없어도 파견근로의 일시성이 유지될 수 있다고 생각되는 것이다.

불확정기한부 계약의 경우, 파견근로에 대해서는 최단기간이 정해져야 한다. 이것은 파견근로자의 고용보장을 확보하는 취지이다.

3. 계약의 계속 및 중단

사용사업체가 법정파견기간 종료 후에 파견근로자와 근로계약을 체결하지 않거나 새로운 근로자와 파견계약도 체결하지 않고 그 취업을 사실상 계속한 경우에는, 이 근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있다고 간주된다. 이 경우 근속기간의 계산에 대해서는 파견기간도 포함하여 계산된다(L. 124조의 7).

나아가 파견기간의 만료 후 혹은 기간의 정함이 있는 근로계약의 만료 후에는 그 자리에 대해, 갱신을 포함한 이들 기간의 3분의 1에 해당하는 기간의 경과 이전에는 파견근로를 이용할 수 없다(L. 124조의 7, 또 기간의 정함이 있는 근로계약에 대해서도 같다). 이들 조치는 기업이 불안정근로계약의 반복이용에 의해 상용근로자의 고용을 회피하는 것을 방지하는 취지로부터 설정되어 있다.

마지막으로 파견근로계약의 중단은 통상의 기간의 정함이 없는 근로계약과 동일한 조건이다. 다만, 파견근로계약의 중단은 파견근로계약의 기간만료에 의한 종료를 방해하는 것은 아니다(L. 124조의 4의 8). 따라서 파견근로계약은 그 중단중이어도 파견기간 만료에 의해 종료하는 것이다.

IV. 근로자파견관계

1. 근로자파견계약

근로자파견계약 및 파견근로계약도 모두 서면으로 작성되어야 한다(L. 124조의 3 및 동조의 4). 이 양 계약은 다수의 의무적 필요기제사항을 지닌다.

이 계약은 서면으로 파견개시후 2일 이내에 작성되어야 한다. 이 계약을 결정한 경우에는 그 파견근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결

한 것으로 간주된다. 특히 이 근로자파견계약의 서면작성의무에 위반한 경우, 사용사업체나 파견사업체도 형사책임을 지며, 그 근로자파견계약은 무효로 된다. 따라서 파견근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있는 것으로 된다. 이 계약은 각 파견근로자마다 개별적으로 작성되어야 한다. 이 계약의 의무적 필요기재사항은 다음과 같다.

- i) 파견근로를 이용하는 이유
- ii) 파견기간
- iii) 파견근로가 이용되는 자리의 구체적 상황
- iv) 요구되는 직업자격, 파견근로의 장소와 始終業시각
- v) 근로자가 사용할 개인용보호구의 종류: 필요한 경우에는 이 개인용보호구를 파견사업체가 지급하는 것 여부를 명시한다.
- vi) 사용사업체에서 동일한 자리에 종사하는 동등의 직업자격의 근로자가 시용기간후에 받을 수 있는 보수액: 이 경우 제수당과 부가급부의 종류 등 그 보수의 내역을 알 수 있도록 해야 한다.

또 파견기간 종료 후에 사용사업체가 그 파견근로자를 고용하는 것을 금지하는 취지의 조항은 효력이 부정된다.

2. 파견사업체와 사용사업체의 관계

(1) 파견사업체의 책임

파견기간중에 파견근로자가 범한 비행에 의해 사용사업체에 손해를 발생시킨 경우의 파견사업체의 민사책임에 대해서는 이제까지 많은 판례가 존재하고 있다. 판례는 근로자파견계약상 이 경우의 책임에 관한 조항을 중시하는 입장을 취하고 있다.

우선 파견사업체의 책임에 관한 특약이 없는 때에는 파견사업체가 파견한 근로자가 그 파견업무에 관해 직업적 능력을 결여한 경우에만 파견사업체의 책임을 인정한다. 즉 파견사업체는 파견근로자가 파견기간중 비행을 범하지 않는 때까지 책임을 지는 것은 아니다. 이 직업능력의 유무의 판단은 주로 파견근로자가 파견업무에 필요한 직업자격을 가지고 있었는가에 의해 이루어진다. 이 경우, 필요한 직업자격이 높다면 파견사업체의 책임이 크게 되고, 낮으면 작게 되는 것이다.

파견사업체의 책임에 관한 특약이 있는 경우에는 이 특약에 좇아 처리된다. 이 특약에는 파견사업체가 고객획득의 수단으로서 책임을 인수하는 것과 파견사업체의 책임을 한정하는 것이 있다.

또 파견근로자의 비행에 의해 제3자가 받는 손해에 대해서는 사용사업체가 지는 것이 원칙이다.

(2) 사용사업체의 책임

사용사업체는 파견사업체의 재정적 보증(L. 124조의8)이 충분하지 않는 경우에는, 파견기간중의 파견근로자에 대한 임금 및 사회보험료를 파견사업체를 代位하여 지불할 의무를 진다.

또 사용사업체는 파견근로자의 이용기간중, 파견근로자를 위해 안전, 위생에 관한 제법령을 준수할 의무를 지며, 이 의무에 대응하여 파견근로자의 산업재해에 대해 형사책임을 진다. 그러나, 사회보장금고로부터 보험료의 가산조치를 받는 것은 파견사업체이다. 다만, 산재를 방지하는 관점으로부터 산재가 10%이상의 장해나 사망을 초래한 경우에는 사용사업체도 1/3의 비율로 그 책임을 진다(사회보장법전 L. 241조의5의1, 1990년 전국직제협정 제18조). 나아가 파견근로자가 파견사업체에 허용되기 어려운 비행이 있었다고 하여 산업재해에 대한 민사소송을 제기한 경우, 파견사업체는 사용사업체를 이 소송에 호출하여 소송에 참가시킬 의무를 진다.

V. 파견근로관계

1. 파견근로계약의 기재사항

파견근로계약도 또 근로자파견계약과 동일하게 서면에 의해 작성되고, 동시에 파견개시후 2일 이내에 근로자에게 교부되어야 한다. 이 파견근로계약의 의무적 기재사항은 근로자파견계약의 내용을 그대로 적고 있는 외에 다음과 같은 내용이다.

- i) 파견근로자의 직업자격
- ii) 불안정고용수당을 포함한 보수의 내용
- iii) 試用期間을 정한 경우에는 그 기간

- iv) 파견근로가 프랑스 국외에서 이행되지 않는 경우에는 귀국비용을 기업측이 부담하도록 하는 조항
- v) 근로자파견기업이 소속하는 보충적퇴직연금금고 및 사회보험기관명칭 및 주소
- vi) 파견기간종료 후에 사용사업체가 그 근로자를 고용하는 것을 금지하지 않도록 하는 조항

파견사업체가 서면작성의무를 이행하지 않는 경우, 파견사업체는 형사책임을 지며, 동시에 파견근로계약은 보통법상의 근로계약으로 간주된다. 따라서, 파견근로자와 파견사업체와의 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결되는 것이 된다.

2. 試用期間

일반적으로 사용기간은 단체협약의 정함에 의하는 것으로 되어 있지만, 파견근로계약의 사용기간에 대해서는 그 최장기간이 계약기간에 응하여 아래와 같은 규제를 받고 있다(124조의4의1)

- i) 1개월 이하 2일
- ii) 1개월을 초과하여 2개월 이하 3일
- iii) 2개월을 초과하는 기간 5일

이상과 같이 사용기간이 짧기 때문에, 이 일수는 휴일을 포함하지 않는 實勤勞日에 대해 계산된다. 불확정기한부 파견근로계약의 경우에는 사용기간은 최장기간에 포함된다. 또 확장적용되는 부문협약, 협정은 이들 사용기간을 단축할 수 있다.

3. 계약의 종료와 파기

(1) 기간의 만료

파견근로계약은 기간의 만료에 의해 자동적으로 종료하는 것이 원칙이다. 그러나 결근근로자나 근로계약을 중단하고 있는 근로자의 대체의 경우에는 피대체근로자의 복직일의 익일까지 기한을 연장할 수 있다. 이 경우 그 연장의 가능성을 파견근로계약 및 근로자파견계약에 기재해 두어야 한다. 이것은 피대체근로자에게 업무의 순조로운 인계를 확보하기 위한 특례이다(L. 124조의2의5). 이 일수에 대해서는 명문규정에 의해 정해지지 않았지만, 인계에 필요한 일수라고 생각되고 있다.

그리고 파견기간에 대해서는 나아가 기간의 변경에 대해 일정한 조정이 인정되고 있다. 파견기간 5일에 1일의 비율로 파견기간을 단축하는 것도 연장하는 것도 가능한 것이다. 파견기간이 10일 이하의 경우에는 이 기간변경은 2일간 인정된다(L. 124조의2의4). 이 기간변경의 가능성은 기간연장과 같이 파견근로계약 및 근로자파견계약에 기재되어야 한다. 또 기간을 변경한 파견근로계약은 갱신할 수 없다. 이 기간의 변경은 이미 서술한 기간의 연장과 달리 기간의 정함이 있는 근로계약에 대해서 인정되지 않고, 파견근로 독자의 제도이다.

(2) 계약의 기간만료전 파기

기간의 정함이 있는 근로계약에 대해, 계약당사자는 당사자의 합의가 있던 경우를 제외하고, 중대한 비행이나 불가항력의 경우 이외에는 계약기간중 계약을 파기할 수 없는 것이 원칙이다. 파견근로계약도 기간의 정함이 있는 근로계약의 일종이기 때문에 이점은 같다. 그러나, 파견근로에 대해서는 기간만료전의 파기에 관해 통상의 기간의 정함이 있는 근로계약에서는 보이지 않는 특별한 규정이 준비되어 있다. 즉 파견사업체로부터 파견근로계약의 기간만료전 파기의 경우, 파견사업체는 3일 이내에 새로운 근로계약을 그 파견근로자에게 제안할 의무를 진다. 이 경우, 근로조건중의 중요한 변경이 없는 것이 조건으로 된다. 계약기간이 4주간 이상 남아 있는 때에는 3번까지의 연속한 계약을 제안할 수 있다(L. 124조의5).

이 새로운 계약의 제안에 의해 문제를 해결할 수 없는 경우에는 원칙으로 돌아간다. 즉 파견근로자에게 중대한 비행이 없고 동시에 불가항력을 원용할 수 없는 때에 파견사업체가 그 파견근로계약을 파견기간중 파기한 경우에는 그 파견근로자는 파견종료수당(불안정고용수당)을 받을 권리를 상실하지 않고, 파견종료까지 수취하는 것으로 되어 있는 보수와 동일한 액의 손해배상청구권을 취득한다.

VI. 근로자파견사업의 규율

1. 신고제의 내용

프랑스에서는 파견사업체는 파견사업 이외의 사업을 할 수 없다.⁷⁰⁾ 그런 전제

70) 현재 유럽에서는 고객회사들이 파견을 정규직 채용을 위한 시험기회로 활용하는 경우가 많고, 그리하여 파견을 통해 일정기간 동안 일을 시켜본 후에 정규직으로 채용하는 패턴이 점차 늘어가고 있는 추세에 있다. 이러한 추세에 기인하여 파견기업들은 파견업과 더불어 사용

위에 파견사업체는 다음과 같은 내용의 신고제에 의해 규율되고 있다. 1979년 1월 법 이후로, 파견사업체는 사업을 시작하기 이전에, 주사무소를 관할하는 노동감독관(Labour Inspector)에게 신고(declaration)를 해야 한다. 이 의무적 신고는 사업체의 설립의 경우는 물론, 지부의 설립, 주사무소의 이전, 사업의 중지의 경우에도 신고를 해야 한다.

신고사항은 주사무소의 명칭; 사업체의 위치와 법적 형식; 사업 개시일; 사업체 대표의 이름, 주소, 국적; 사회보험각출금을 받는 기관의 명칭; 사업의 지리적, 직업적 범위, 사업체를 운영하기 위해 고용된 상근직원의 숫자; 그리고 파견될 파견근로자의 숫자 등이다.

파견사업체는 신고필증(acknowledged copy of its declaration)을 받거나 신고로부터 15일이 경과하기 이전에는 사업을 개시할 수 없다.

1979년 1월 법 이래로 파견근로자는, 사업체 도산의 경우에 임금, 퇴직금, 사회보장각출금이 파견근로자에게 또는 그를 위해 지불될 수 있음을 보증하는 재정상태를 입증해야 한다. 재정보증은 상호보증기금(mutual bail societies), 은행, 보험회사에 의해서만 제공될 수 있으며, 그중 한 기관만이 보증할 수 있다. 보증의 액수는 1991년 기준으로 431,905프랑이나 전년도 판매액의 8% 미만이어서는 안된다.⁷¹⁾

보증계약은 주사무소에서 노동사회보장 감독관이 볼 수 있도록 해야 한다. 모든 사업장에서 설립이나 改定 10일 이내에 보증기관에 의해 발행된 보증증명의 사본은 인력노동국장(Department Director of Manpower and Labour)에게 발송되어야 하며, 원본은 노동사회보장 감독관의 감독을 위해 보관되어야 한다. 보증액은 매 회계기간의 6개월 이내에 改定되어야 하며, 사업을 중지한 경우에는 3일 이내에 신고해야 한다.

또한 보증기관의 명칭과 주소는 파견사업체가 사용하는 모든 문서에 인쇄되어

근로자 직업소개를 동시에 추진하려고 한다. 영국의 경우에는 양자를 허용하고 있으나, 프랑스 등 대륙의 국가들(벨기에, 네덜란드, 스페인)은 대부분 직업소개와 파견업 중 하나에 대해서만 영업을 허가하고 있다. 프랑스에서는 파견사업체가 사용근로자를 소개하거나 그에 관련하여 광고하는 것이 법적으로 금지되어 있다. 그러나 파견기간 종료 후 파견근로자를 고객기업이 채용하는 것은 가능하며, 이러한 경향은 프랑스의 대표적 파견기업인 Adecco사의 영업의 20~30%를 차지하고 있다. 참고 김기윤, "유럽의 최근 인재파견 동향", 「임금연구」 1998년 여름호, 63면.

71) J. Rojot, France, R. Blanpain (ed.), *Temporary Work and Labour law of the European Community and Member States*, 1993, Kluwer, pp.100~1.

야 하며, 특히 파견계약과 근로계약에도 인쇄되어야 한다.

파견사업체가 파견사업 신고나 재정적 보증의무에 위반한 경우에는 다음의 처벌을 받는다.⁷²⁾

즉, 4,000프랑 이상 20,000프랑 이하의 벌금에 처하며, 누범의 경우에는 8,000프랑 이상 40,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 6개월 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다.

기업출입구에 판결문의 게시 및 신문에 공표할 의무를 과하거나, 2년 이상 10년 이하의 파견업무의 종사금지에 처할 수도 있다.

마지막으로, 파견근로자에게 피해를 끼칠 우려가 있는 때에는 민사법원(Civil Court)의 長은 최대 3개월까지 파견사업체의 폐쇄를 명할 수 있다.

2. 위법파견업에 대한 제재

(1) 민사제재

파견근로법제에서, 파견근로계약을 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약으로 하는 민사제재가 정해져 있다. 이 민사제재는 「계약의 법적성질의 변경결정」(requalification)이라고 불리며, 이하의 경우에 적용된다.

1) 파견기간종료 후의 파견근로자의 사용사업체에서의 위법한 취업계속의 경우 (L. 124조의7 제1항)

2) 사용사업체가 이용사유, 파견기간, 금지사항 및 기한의 조정에 관한 여러 규정에 위반하여 파견근로자를 이용한 경우

파견사업체가 파견근로계약의 서면화의무에 위반한 경우에는 파견근로자는 파견사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 한다. 또 근로자파견계약이 서면으로 되지 않은 경우에는 그 근로자파견계약은 무효로 되고, 파견근로자가 사용사업체에서 취업을 개시하고 있었던 경우에는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 된다.

파견근로자가 파견근로계약으로부터 기간의 정함이 없는 근로계약으로 계약의 법적성질의 변경결정을 노동법원에 청구한 경우에, 그 소송은 노동법원에서는 통상 조정전치이나, 조정부를 경유하는 것이 아니라, 곧바로 판결부로 보내진다. 그

72) Ibid., p.109.

래서 판결부에서는 수리로부터 1개월 이내에 판결을 내린다. 파견근로자측이 승소한 경우에는 법원이 기간의 정함이 없는 근로계약으로서 처리하는 것에 기초한 제수당에 더하여, 사용사업체에 적어도 임금 1개월분에 상당한 보상수당의 지불을 명해야 한다(L. 124조의7의1).

또 프랑스에서 파견근로자가 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 된다고 하여도 그것은 반드시 취업을 계속하는 것을 의미하는 것이 아니다. 오히려 계약의 종료에 관해 파견근로법제에 의한 것이 아니라 기간의 정함이 없는 근로계약의 종료에 관한 규정이 적용되는 것으로 된다는 의미로 이해해야 한다.

(2) 형사제재⁷³⁾

파견사업과 관련한 형사제재에는 다음과 같은 것이 있다(L. 152조의2 내지 L. 152조의2의2).

1) 파견사업체가 그 사업의 배타성을 위반한 경우 - 이것은 파견사업의 허가를 받은 사업체가 직업소개, 도급 여타의 다른 사업을 하는 경우를 의미한다 -, 파견사업체나 사용사업체가 근로자파견계약의 서면작성의무에 위반한 경우, 파견사업체가 파견근로계약의 서면작성의무를 위반한 경우, 파견사업체가 의무적 기재사항을 기재하지 않은 경우, 파견사업체가 파견사업 신고나 재정적 보증의무에 위반한 경우에는 다음의 처벌을 받는다.

즉, 4,000프랑 이상 20,000프랑 이하의 벌금에 처하며, 누범의 경우에는 8,000프랑 이상 40,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 6개월 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다.

기업출입구에 판결문의 게시 및 신문에 공표할 의무를 과하거나, 2년 이상 10년 이하의 파견업무의 종사금지에 처할 수도 있다.

2) 파견의 이용사유나 파견기간을 위배했을 때에는 파견사업체와 사용사업체가 처벌되며, 경제적 해고 후 6개월 이내에 파견근로자를 이용한 경우에는 사용사업체가 처벌되고 파견사업체가 공범으로 가담한 경우에는 파견사업체도 처벌된다. 노동쟁의참가자의 대체이용이나, 이용이 금지되고 있는 위험업무에 대한 이용의 경우에는 사용사업체가 처벌되며, 파견사업체가 공범으로 가담한 경우에는 파견사

73) 島田陽一, 앞의 글, 44~5면을 근거로 한 것이다.

업체도 처벌된다. 기간종료 후의 이용금지기간을 위배하여 이용한 경우에는 사용사업체가 처벌된다.

이러한 경우에 대해서는 4,000프랑 이상 20,000프랑 이하의 벌금에 처하며, 누범의 경우에는 8,000프랑 이상 40,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 6개월 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다.

기업출입구에 판결문의 게시 및 신문에 공표할 의무를 과할 수 있다. 그밖에 파견업무에 종사금지에 대해서는 언급이 없다.

3) 1)에서 정한 사항을 위반하여 파견업무로의 종사의 금지에 처해진 파견사업체가 이를 위반한 경우에는, 8,000프랑 이상 40,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 6개월 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다.

4) 파견근로자도 사용사업체의 복리후생시설을 이용하도록 해야 하는데, 이를 위반한 경우에는 3,000프랑 이상 6,000프랑 이하의 벌금에 처하며, 누범의 경우에는 6,000프랑 이상 12,000프랑 이하의 벌금에 처한다.

5) 파견근로계약에서 직업자격, 시용기간, 프랑스본토 외의 파견의 귀향여비를 기재하지 않는 경우에 파견사업체는, 600프랑 이상 1,300프랑 이하의 벌금에 처하며, 누범의 경우에는 1,300프랑 이상 3,000프랑 이하의 벌금에 처해진다. 그리고 파견근로계약의 사본을 지방노동국장에게 송부하지 않은 파견사업체는 같은 액수의 벌금에 처해진다.

6) 사용사업체가 종업원대표와 협의하지 않은 경우에도 제재를 받는다. 즉, 2,000프랑 이상 20,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 1년 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다. 누범의 경우에는 2,000프랑 이상 40,000프랑 이하의 벌금 및 금고 2개월 이상 2년 이하에 처하거나 그 중 하나에 처한다.

VII. 노동관계법의 적용

파견근로자는, 사용사업체의 근로자에 필적하는 개별적, 집단적 권리를 향유할 수 있도록 취급해야 한다. 파견근로자는 사용사업체에서 노무를 제공하기 때문에 근로시간, 심야업, 주휴일 및 축일, 안전위생, 여자노동, 연소자 및 청년에 관한 제 규정 등의 근로조건에 대해 사용사업체에 적용되는 법령 및 협약의 적용을 받는다.

특별한 의학적 감독의 대상으로 되는 업무로 인한 여러 사용자 책임은 사용사업체가 부담한다.

1. 개별적 권리

(1) 보수

파견근로자의 보수에 관한 원칙은 사용사업체의 근로자와의 평등이다. 이 평등 원칙은 다음과 같이 정해져 있다. 즉 파견근로자의 보수는 사용사업체에서 기간의 정함이 없는 근로계약에 따른다. 동등한 직업자격으로 동일한 직무에 종사하는 근로자가 시용기간 후 수취할 보수액을 하회해서는 안된다(L. 124조의3 제6호 및 L. 124조의4의2). 여기에서 말하는 보수는 기본급만이 아니고, 사용자가 근로자에게 지불하는 모든 임금을 의미하지만, 파견근로자와 사용사업체 근로자와의 보수의 평등원칙은 근로자의 자리에 관한 보수에만 적용하는 것을 주의해야 한다. 따라서 근속요건을 필요로 하는 임금부분은 파견근로자가 그 근속요건을 충족하는 경우에만 받을 수 있는 것으로 된다.⁷⁴⁾

(2) 불안정고용수당

파견사업체는, 파견근로자에 대해 그 파견기간 종료시에 불안정고용수당을 지불해야 한다(L. 124조의4의4). 이 불안정고용수당의 액수는 법률로 정해지지 않고, 단체협약으로 정해진다. 이 수당은 1990년 3월의 전국적인 단체협약에 의해 파견기간중에 파견근로자가 수취하는 총보수액의 10%로 정해져 있다. 이 단체협약 이래로 파견종료수당(end of assignment pay)이라고 부르기도 한다. 불안정고용수당은 임금으로서의 특성을 지니므로, 과세의 대상이며 사회보장료 산정의 기준이 된다.⁷⁵⁾

다만 이 불안정고용수당은 이하의 경우에는 지급되지 않는다.

- i) 파견근로자가 파견기간종료 후 바로 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 경우.
- ii) 파견기간중에 불가항력 또는 파견근로자의 중대한 비행에 의해 계약이 파기된 경우.

74) 그러나, 이용사유, 직업자격 등의 기재가 막연하여 불명확하고 근로감독관에 의한 감독이 곤란한 경우가 많다는 지적이 있다. 예를 들면, 보수의 평등에 대해서도 파견근로자의 직업자격이 사용사업체의 급여체계와 일치하지 않는 경우에는 결국 적용이 곤란해지게 된다.

75) J. Rojot, op.cit., pp.109~10.

iii) 직업훈련을 위한 파견계약의 경우.

iv) 계절노동 및 기간의 정함이 없는 근로계약에 의하지 않는 것이 직업관행으로 된 때의 파견근로에 대해서도 확장적용된 부문협약·협정의 정함에 의해 파견사업체는 불안정고용수당의 지불을 면할 수 있다.

(3) 유급휴가보상수당

파견사업체는 파견기간의 길이를 묻지 않고 그 종료시에 파견근로자에 대해, 불안정고용수당도 포함한 파견기간중의 총보수의 10%에 해당하는 액수를 유급휴가보상수당으로서 지불해야 한다(124조의4의3).

(4) 축일 및 징검다리휴업일의 임금지불

사용사업체의 근로자가 축일에 임금지불을 받은 경우, 파견근로자는 그 근속기간을 묻지 않고 축일의 임금을 지불받는다(124조의4의2).

징검다리휴업일이라 함은 휴일과 축일 사이에 긴 날을 휴업일로 하는 것이다. 이 경우 휴업일의 임금은 지불되지만, 사용자는 그 사전 또는 사후에 징검다리휴업일분의 근로시간을 다른 근로일로 대체할 수 있다. 이것을 사용자에 의한 보전(récupération)이라고 한다. 이 사용자에 의한 보전방법은 통상 기업협정에 의해 정해진다. 나아가 이 보전에 관해 파견근로자는 사용사업체의 근로자와 동일한 대우를 받는다. 다만 징검다리휴업일이 유급휴가의 이용에 의한 경우 및 보전이 파견기간 외에서 이루어지는 때에는 파견근로자는 징검다리휴업일분의 보수를 받을 수 있다.

(5) 악천후보상수당

건설, 토목업에 파견된 파견근로자는 동일한 현장에서 근무하는 사용사업체의 근로자가 악천후를 원인으로 하는 작업정지의 경우에 보상수당을 받는다면, 근속기간의 길이를 묻지 않고 그 수당을 받을 수 있다(L. 124조의4의5).

(6) 사용사업체의 복리후생시설의 이용

파견근로자는 사용사업체의 근로자와 동일한 조건에서 통근수당, 식당, 샤워시설, 탈의실, 스포츠시설, 도서관, 보육시설, 휴게실 등의 사용사업체의 복리후생시설을 이용할 수 있다. 식당에 대해서는 파견근로자는 사용사업체의 근로자와 동

일한 액수의 식권을 이용할 수 있다. 사용사업체의 기업위원회가 그 비용의 일부를 부담하는 경우에는 이 비용분에 대해, 근로자파견계약에 정한 방법에 기초하여 파견사업체가 상환해야 한다(L. 124조의 4의7).

(7) 안전교육

이 영역에서는 파견근로자가 사용사업체의 근로자와 동일 조건에서 안전교육을 받는다고 하는 평등원칙의 확립에 그치지 않고, 파견근로자에 대해서 특별한 위험이 있는 업무로서 L. 231조의3의1에 기초한 일람표에 게재된 업무에 대해서, 파견근로자에 대한 보강적 안전교육 및 적절한 정보제공 및 수입체제의 정비에 관한 규정이 있다.

우선, 사업장의 대표는 파견근로자 및 기간의 정함이 있는 근로계약에 복종하는 근로자에게 특별히 위험이 있는 자리의 일람표를 작성해야 한다. 가령 이같은 자리가 없는 경우에는 부존재증명서가 작성된다. 이 일람표 및 부존재증명서의 작성에 있어서는 위생, 안전, 근로조건위원회 및 労働醫의 답신을 받아야 한다.76)77)

2. 집단적 권리

(1) 노동조합에 관한 권리

1) 조합대표위원(délégué syndical)의 피선출자격

근로자가 파견사업체의 조합대표위원에 선출되기 위한 근속요건은 1년이지만, 파견근로자에 대해서는 6개월로 단축되어 있다. 게다가 이 근속기간은 조합대표위원의 지명의 시점으로부터 소급하는 18개월 간의 파견기간을 통산하여 계산된다(L. 412조의14).

2) 조합으로부터의 연락의 확보

조합지부의 게시판에 게시된 조합으로부터의 전달사항은 파견사업체가 비용을

76) 위 일람표의 기재대상이 되는 자리는 島田陽一, 앞의 글, 41면 참고; 재해보상과 관련된 규정에 대해서는 IV. 근로자파견관계의 2.(2) 참고.

77) 그밖에도 프랑스에서는 파견사업체가 총임금액의 2%를 직업훈련에 투자하도록 규정하고 있어 프랑스의 대표적인 파견사업체인 Adecco사는 상당한 수준의 훈련사업을 실행하고 있는 것으로 알려지고 있다. 김기운, "유럽의 최근 인재파견 동향", 「임금연구」 1998년 여름호, 63면.

부담하고, 적어도 1개월에 1번 파견근로자에게 전달되거나 송부되어야 한다(L. 412조의8).

3) 조합대표위원으로서의 활동

조합대표위원인 파견근로자가 파견기간과 파견기간 사이에 조합대표위원에 보장된 활동시간을 이용한 경우, 이 시간은 근로시간으로 간주된다(L. 412조의20).

4) 定數의 계산

조합권의 행사와 종업원대표제도에 관해 定數의 계산이 문제된다. 50명 이상의 근로자를 고용한 기업의 노동조합⁷⁸⁾만이 조합대표위원을 선출할 수 있는데, 이 50명의 종업원을 산정하는 기준이 문제이다. 아래 산정방법은 종업원대표선거에도 적용된다.

사용사업체에서 조합권의 행사 및 종업원대표제도에 관한 정수의 계산에서는 과거 12개월간에 해당 기업에서 在籍한 기간에 비례하여 파견근로자도 그 계산의 대상으로 된다. 다만, 결근근로자 및 근로계약을 중단하고 있는 근로자의 대체로서의 파견근로자는 이 계산의 대상으로부터 제외된다(L. 412조의5, L. 421조의2 및 L. 431조의2).

또 파견사업체에서 조합권의 행사 및 종업원대표제도에 관한 정수의 계산에서는 파견사업체의 상용근로자에, 1년중 3개월 이상 계약한 파견근로자수를 가산하여 계산된다(L. 412조의 3, L. 421조의3 및 L. 431조의8).

5) 組合訴權

대표적 노동조합은 파견근로자를 위해 본인의 위임을 필요하지 않고 소송을 제기할 수 있다. 이 경우 대표적 조합은 등기우편에 의해 그 파견근로자에게 제소의 취지를 고지해야 하며, 동시에 그 파견근로자가 15일 이내에 이 제소에 반대의 의사표시를 하지 않을 것이 요구된다. 또 그 파견근로자는 언제라도 그 소송에 참가할 수 있으며, 그것을 종료시킬 수 있다(L. 124조의20).

78) 정확히 표현하면, 노조지부(section syndicale)이다. 프랑스의 대표적인 노조는 기본적으로 초기업노조 내지 산별노조이며, 기업단위에 노조지부를 둘 수 있는데 그 노조지부를 의미한다.

6) 기업수준에서의 의무적 단체교섭

대표적 조합과 사용자와 사이에 年 1회 해야 하는 기업수준 단체교섭의 틀 내에서 파견근로자의 이용상황도 의무적 교섭사항으로 정해져 있다(L. 132조의27).

(2) 파견근로자와 종업원대표제도

1) 선거권, 피선거권

파견사업체의 종업원대표선거에서 파견근로자는 근속기간이 선거의 시점으로부터 소급하는 1년간에 3개월 이상인 경우에는 선거권(일반적으로 3개월)이, 그리고 18개월 이내에 6개월 이상인 경우에는 피선거권(일반적으로 계속하는 1년)이 부여된다(L. 423조의9 및 L. 433조의6).

2) 종업원대표로서의 활동

종업원대표인 파견근로자가 파견기간과 파견기간 사이에 종업원대표에 보장된 활동시간을 이용한 경우에는, 이 시간은 근로시간으로 본다(L. 424조의3 및 L. 434조의1).

3) 사용사업체의 종업원대표위원과 파견근로자

파견근로자는 파견기간중 사용사업체의 종업원대표위원을 통해, 보수, 근로조건, 복리후생관계에 관한 고충을 사용사업체에게 신청할 수 있다(L. 422조의1).

(3) 기업위원회

파견근로법제에서 기업위원회는 주로 2가지 역할이 부여되어 있다. 첫 번째로 파견근로를 포함한 불안정고용에 대해서 사용자로부터 정기적으로 그 이용상황의 보고를 받는 역할이다. 두 번째로 이미 개별적으로 다루었던 몇가지 이용사유에 기초한 파견근로의 이용에 있어서 사용자와 협의하는 역할이다. 이 통지 및 협의는 이 경우의 파견근로의 이용에 대해 사용자에게 과해진 절차요건이다.

1) 기업위원회로의 정기적 정보제공

기업위원회가 설치된 기업(종업원 50인 이상)에서는 반년마다(종업원 300인

이상의 기업에서는 분기마다), 기업대표가 매월 고용상황을 보고해야 하지만, 이때 파견근로자수를 분명하게 해야한다. 나아가 기업대표는 파견근로자를 이용한 일수 및 이용의 이유를 기업위원회에 보고해야 한다. 파견근로자의 이용수가 상당히 증가한 경우에는, 이 문제의 검토는 기업위원회위원의 과반수의 청구가 있는 때에, 가장 근접하여 열리는 기업위원회의 의제로 된다(L. 432조의4의1).

2) 기업위원회로의 통지·협의

사용자가 파견근로의 이용에서 기업위원회에 대한 통지, 협의의무가 과해지는 사유는 다음과 같다.

- i) 폐지예정의 자리에 재직하고 있었던 근로자의 이직에 수반하는 대체의 경우.
- ii) 기업이 통상 사용하는 한도를 넘는 수단의 실시를 요하는 다량의 예외적 수출주문이 있었던 경우에 파견기간을 18개월을 넘어 24개월까지의 기간으로 하는 경우.
- iii) 경제적 해고실시 후의 이용금지기간중에(6개월), 기업이 통상 사용하는 수단의 한도를 넘는 양적, 질적 수단의 실시가 필요한 다량의 예외적 수출주문이 있어 파견근로를 이용하는 경우 또는 업무의 일시적 증가를 이용사유로 하여 파견기간이 3개월을 초과하지 않는 경우(갱신불가).

이 통지, 협의는 기업위원회가 존재하지 않고 종업원대표위원이 있는 경우에는 종업원대표위원에 대해 이루어진다. 또 기업위원회는 파견근로자에 대한 보충적 안전교육의 실시에 관해서도 사용자와 협의한다.

제4장 일본의 근로자파견제도

I. 개 관

일본의 파견법은 1986년에 그 당시의 현실을 추인하는 형태로 시행되었다. 경제적 요청이 우선되어 비교적 쉽게, 큰 저항을 받지 않은 채 성립하였다. 이 점은 우리나라나 독일의 입법과정이 격렬한 반대에 부딪혔던 것과 비교가 되는 대목이다. 근로자파견법은 1990년 및 1996년에 개정되어 오늘날에 이르고 있다. 1996년의 법개정에서는 파견대상업무가 그때까지의 16개 업무에서 26개업무로 확대되고, 나아가 그것에 더하여 육아휴업·介護休業 취득자의 대체를 위한 파견도 인정되었다.

이하에서는 먼저 일본법의 제정과정을 간략히 살펴보고, 주요 내용별로 구분하여 일본법의 내용을 구체적으로 정리한다. 그 다음에 최근의 개정논의를 소개한다.

1998년에 들어와 중앙직업안정심의회가 근로자파견사업제도의 개정에 관한 건의를 5월 14일에 발표하였다. 대상업무에 대한 규제완화를 중심으로 한 이 개정건의는 근로자파견법의 개정논의에 중대한 영향을 끼치고 있다. 이 글에서는 이 개정건의와 이에 대한 비판적 논의를 정리한다.

일본의 근로자파견법(이하 '법'이라 함)⁷⁹⁾은 1985년 7월에 공포되어 1986년 7월 1일부터 시행되었다. 당초 적용대상업무는 소프트웨어 개발, 비서, 건물청소, 안내 등 16개 업무였으나, 1996년 12월 16일부터 연구개발, 편집, 광고디자인 등 10개 업무가 추가되었다.

일본의 근로자파견사업은 법제가 완비되지 않은 상태에서 1970년대 초에 상당히 성행하였다. 이러한 근로자파견에 대해 중간착취 등의 문제가 발생될 소지가 있다는 논란이 있었다. 일본의 노동기준법도 중간착취를 금지하고 있으며, 직업안정법 제44조는 노동조합만이 무료의 근로자공급사업을 할 수 있었다. 그러나 경영여건과 노사환경의 변화로 근로자파견은 산업계의 다양한 수요에 대응하기 위해 필요할 뿐만 아니라 근로자에게도 취업의 기회를 제공해 줄 수 있기 때문에 이를 제도화할 필요가 있다는 의견이 점차 제기되었다.

1978년 7월 당시 행정관리청(현 총무청)은 '민간 직업소개사업 등의 지도·감독에 관한 행정감찰에 기초한 권고'라는 보고서를 내놓았다. 이에 따르면 근로자

79) 원래 명칭은 「근로자파견사업의 적정한 운영의 확보 및 파견근로자의 취업조건의 정비 등에 관한 법률」이다.

파견은 업무처리도급사업에 관한 산업계의 다양한 수요에 부응하고 동시에 근로자에게도 취업의 기회를 제공하기 때문에 순기능을 가지고 있다고 보고하였다.

노동성에서도 1978년 10월 전문가 5명으로 구성하는 「노동력 수급시스템연구회」를 직업안정국장의 사적 자문기관으로 설치하여 약 1년반에 걸친 검토와 자료수집 및 사례연구를 하였고, 그 결과 파견사업의 양성화 의견이 제기되었다.

노동력수급시스템연구회의 제안을 받아들여, 노동성의 직업안정국에 근로자파견사업을 노동력수급조정시스템으로서 확립하기 위해, 공익, 노동자, 사용자측 위원외에, 노동자공급사업을 하는 노동조합 및 관계업계를 대표하는 특별위원으로 구성된 '근로자파견사업문제조사회'가 1980년 5월 발족되었다. 이 조사회에서는 현상파악을 근거로 주로 제도화의 당부에 대해서 검토가 이루어졌지만, 이 문제에 관련한 분야는 넓고, 검토를 필요로 하는 문제도 복잡했기 때문에 합의형성이 쉽게 진행되지 않고 도중에 약 2년반에 걸쳐 검토가 중단되는 사태에 이르렀다. 이 같은 우여곡절을 거쳐 1984년 2월에 이르러 보고서가 채택되었다. 이 보고서에서는 파견적 형태의 사업에서 파견된 근로자의 보호와 고용의 안정을 꾀하는 관점으로부터 무언가 대응책을 강구해야 한다는 점에서는 의견의 일치를 보았다. 구체적인 대응의 방책에 대해서는 대세가 긴급히 필요한 규제조치를 강구한 후에 근로자파견사업을 인정해야 한다는 것이었다.

조사회로부터 보고서의 제출을 받은 노동성에서는 곧바로 중앙직업안정심의회에 검토를 의뢰하였다. 이 심의회에서는 전문적이고 집중적으로 검토를 하기 위해, 근로자파견사업등소위원회를 설치하고, 1984년부터 검토가 개시되었다. 이 소위원회에서는 수시로, 중앙직업안정심의회에 검토상황을 보고하면서 심의를 진행하였으며, 같은 해 11월에 근로자파견사업을 제도화하고 그를 위해 필요한 법규를 정하는 것이 적당하다는 취지의 보고를 정리하여 이 심의회에 제출하였다. 심의회에서는 「소위원회보고에 따라, 파견근로자의 보호와 고용의 안정을 도모하기 위해, 조급히 입법화를 꾀할 필요가 있다」는 취지의 의견서를 노동대신에게 제출하였다.

이 때문에 노동성에서는 소위원회보고서의 구상에 따라서 근로자파견사업의 입법화작업에 착수하고, 1985년 2월 법안요강을 관계심의회에 자문하여, 응답을 얻은 후에, 같은 해 3월 19일 법률안을 102회 국회에 제출하였다. 국회에서는 정부안의 골격을 유지하는 근로자파견법(법률 제88호)을 1985년 7월 5일 공포하였다.⁸⁰⁾

80) 勞働省職業安定局 編著, 『新・勞働者派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所, 1998, 24~5면.

II. 파견대상업무

1. 법령상의 제한

앞에서 일본은 Positive 시스템을 취하고 현재 26개 업무가 허용되고 있다고 지적하였다. 그러나 이러한 이야기는 결론적으로 드러난 부분만을 이야기하는 것이다. 그 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.⁸¹⁾

(1) 먼저, 근로자파견사업의 적용대상업무는 적용제외업무를 제외한 것이다. 근로자파견사업으로서 행하는 것이 적당하지 않은 것으로 법률에 의해 명시된 업무들이 있다(법 제4조제1항).

적용제외업무는 현재 세가지로서, 항만운송업무, 건설업무, 경비업무이다. 경비업무는 근로자파견사업이 적당하지 않다고 政令에 의해 정해진 업무이다.

(2) 다음으로, 적용대상업무는 법규정상 다음의 기준을 충족해야 적용대상업무가 될 수 있다.⁸²⁾

첫째로 다음의 i)과 ii) 가운데 하나의 기준에 합치해야 한다(법 제4조제1항제1호 및 제2호).

i) 그 업무를 신속하고 정확하게 수행하기 위해 전문적 지식, 기술 또는 경험을 필요로 하는 업무, ii) 그 업무에 종사하는 근로자에 대해, 취업형태, 고용형태 등의 특수성에 의해 특별한 고용관리를 할 필요가 있는 업무이다.

i)의 업무는 그 업무를 신속하고 정확하게 처리하기 위해서는 단순한 근로자가 아니라 전문적인 지식, 기술 또는 경험을 가지는 근로자에게 맡길 필요가 있는 업무이다. 그 전문성에 대해서는 개개의 업무마다 판단된다.

ii)의 업무는 일반적 고용관리, 즉 신규졸업자를 고용하여 기업내에서 경력형성

81) 다음에 정리하는 적용대상업무에 대해서 고령자, 육아휴가등에 의한 예외가 새로 인정되었다. 1994년 6월에 고령자파견사업의 특례제도가 설정되었으며, 1995년 6월에 육아휴업, 개호휴업과 관련한 특례제도가 성립하였다. 이에 대해서는 관련항목을 참고.

82) 적용대상업무의 지정기준에 대해서는, 노동력의 수급조정의 관점으로부터의 필요성 및 장기고용관행과의 조화가 고려될 필요가 있다고 한다. 즉 먼저 노동력수급조정시스템으로서 수급의 신속하고 정확한 결함을 도모하기 위해서는 근로자파견사업에 의해 이루어질 필요가 있는 것에 한정해야 한다는 것이다. 다음으로 고용관행과의 조화를 고려한다면 장기고용관행에 악영향을 끼치는 것이 적은 업무분야에 한정해야 한다는 것이다. 勞働省職業安定局 編著, 위의 책, 67~9면 참조.

을 도모하고 승진, 승급시킨다고 하는 고용관리로는 어려우며, 특별한 고용관리를 하는 것이 필요한 업무이다. 그같이 특별한 고용관리를 필요로 하는 것은, 취업장소와 취업시간 등의 취업형태 또는 근로자의 고용형태가 예를 들면, 옥외작업이 일반적이거나 야간취업이 일반적인 경우 또는 일시적, 단속적인 노동을 내용으로 하는 취업이라든가 하는 특수성에 기초한 것이다.

다음으로, i) 또는 ii)에 해당하는 업무 중 나아가 노동력 수급의 신속과 정확한 결합을 도모하기 위해서 근로자파견사업을 할 필요가 있는 것에 한정된다. 즉 노동력의 수급, 쌍방의 필요 등을 고려한다면, 업무의 도급이나 직접 고용에 의해서만 수급결합을 하는 것이 곤란하고, 나아가 파견사업을 하는 것이 수급의 정확한 결합을 도모하고 취업기회의 증대를 도모하는 데에 필요한 것에 대해서 지정된다.

(3) 근로자파견사업이 가능한 업무의 지정은, 중앙직업안정심의회의 의견을 청취하여 政令으로 정하는 것이다. 중앙직업안정심의회의 의견을 듣도록 하는 이유는 다음과 같다.

근로자파견사업의 적용대상업무는 근로자파견사업이라는 새로운 노동력 수급시스템에 의한 노동력의 결합을 도모하는 업무분야이다. 따라서 그 판단에 있어서는 현실의 노동시장의 상황과 업무처리의 실정 등을 근거로 이루어져야 하며, 또 노동시장의 당사자인 노사에 의한 사회적 합의를 얻는 것이 바람직하다. 이 때문에 노사의 대표가 참가하여 노동시장의 문제에 대해 소관하는 중앙직업안정심의회의 의견을 듣고 구체적인 지정을 하는 것이다.

(4) '적용대상업무' 이외의 업무에 대해서는 근로자파견사업을 해서는 안되며(법 제4조제3항), 이것은 일반파견사업과 특정파견사업을 묻지 않고, 또 허가를 받거나 신고를 해서 근로자파견사업을 하고 있는지 여부와 무관하다.

그래서 적용대상업무 이외의 업무에 대해 근로자파견사업을 하는 자는 법 제59조제1호에 해당하여 1년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처해질 수 있다.

또 허가의 취소(법 제14조제1항), 사업정지명령(법 제14조제2항, 제21조제2항), 개선명령(법 제49조제1항)의 대상이 되며, 위의 사법처분을 받은 경우에는 허가의 취소, 사업정지명령의 대상으로 된다.

2. 구체적인 파견대상업무

위 (2)의 기준을 만족시키고 (3)의 절차를 경유하여 정해진 적용대상업무는 다

음에 열거하는 업무이다(승 제2조)83)84).

1호(정보처리시스템 개발관계; 시스템의 설계나 보수, 또는 프로그램의 설계, 작성, 보수업무)

전자계산기를 사용하여 기능하는 시스템의 설계나 보수(이들에 선행 또는 후속하거나 기타 이들에 관련한 분석을 포함한다), 또는 프로그램(전자계산기에 대한 指令으로서 하나의 결과를 획득할 수 있도록 조합된 것을 말한다. 제20호 및 제22호에서도 동일하다)의 설계, 작성, 보수의 업무

1호의 2(기계설계관계; 기계, 설비의 설계나 제도업무)

기계, 장치 또는 기구(이들의 부품을 포함한다. 이하 이 호 및 제22호에서 「기계등」이라고 한다) 또는 기계등에 의해 구성된 설비의 설계나 製圖(현지 제작을 포함한다)의 업무

1호의 3(방송기기조작관계; 방송프로그램등의 제작을 위해 사용되는 기기의 조작업무)

영상기기, 음성기기 등의 機器로서, 방송프로그램등 [방송법(1950년 법률제132호) 제2조제1호에서 규정한 방송, '유선라디오 방송업무 운용의 규정에 관한 법률'(1951년 법률제135호) 제2조에 규정한 유선라디오 방송 그리고 유선TV방송법(1972년 법률제114호) 제2조제1항에 규정하는 유선TV 방송의 방송프로그램, 그 밖에 영상 또는 음성 기타의 음향에 의해 구성된 작품으로서 녹화되거나 녹음된 것을 말한다. 이하 같다] 의 제작을 위하여 사용되는 것의 조작 업무

- 83) 勞働省職業安定局 編著, 『新·勞働者派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所, 1998, 72면 이하.
- 84) 다음과 같은 팀리더의 업무는 각호의 적용대상업무에 포함된다(앞의 책, 98면). 팀리더의 업무라 함은, 동일 파견사업주로부터 하나의 작업을 공동으로 처리하기 위해 복수의 근로자가 파견되는 경우에서, 그들의 근로자 중에는 지도 내지 조정의 역할을 맡는 사람이 그 업무를 원활, 정확하게 수행하기 위해 사용사업체의 지휘명령 아래에 하는 다음에 적는 업무들이다.
- i) 그 복수의 근로자를 대표하여 사용사업체등과 하는 업무상의 협의;
 - ii) 사용사업체로부터의 업무상 지휘명령의 다른 파견근로자로의 전달;
 - iii) 다른 파견근로자에 대하여 하는 업무의 분배, 순서, 완급의 조정 등 업무의 수행방법에 관한 조정;
 - iv) 다른 파견근로자에 대해 하는 업무수행에 관한 기술적 지도.

1호의 4(방송프로그램연출관계)

방송프로그램등의 제작을 위한 연출의 업무(하나의 방송프로그램등의 전체적 형성에 관계된 사람은 제외한다)

2호(사무용기기 조작관계)

전자계산기, 타이프라이터, 텔렉스 또는 이들에 준하는 사무용기기(제20호에서 「사무용기기」라고 한다)의 조작의 업무

3호(통역, 번역, 속기관계)⁸⁵⁾

통역, 번역 또는 속기의 업무

4호(비서관계: 관리적 지위에 있는 사람의 비서 업무)

법인의 대표자 기타 사업운영상의 중요한 결정을 하거나 그 결정에 참가하는 관리적 지위에 있는 사람의 비서의 업무

5호(파일링관계: 문서등의 파일링 업무)

문서, 자기테이프 등의 파일링 [능률적인 사무처리를 도모하기 위해 종합적이고 계통적인 분류에 따른 문서, 자기테이프 등의 정리(보관을 포함한다)를 말한다. 이하 이 호에서 동일하다] 에 관계된 분류의 작성 또는 파일링(고도의 전문적 지식, 기술 또는 경험을 필요로 하는 것에 한정한다)의 업무

85) 다음중 한 업무를 말한다.

i) 통역(하나의 언어를 다른 언어로 번역하여 상대방에게 전달하는 업무 또는 통역안내업무법 제2조의 통역안내업무); ii) 번역(하나의 언어를 다른 언어로 바꾸는 업무); iii) ii)의 번역업무의 하나로 이루어지는 다음의 업무로 주로 외국어의 문서에 대해서 행해지는 것이다. a. 고도의 기술에 의해 제작된 기기의 사용, 조작, 보수를 위해 매뉴얼 등의 문서를 사용목적에 맞게 적확하고 이해하기 쉽게 작성하는 업무(technical writer 업무), b. 번역문서를 사용목적에 맞게 편집, 수정하는 업무(editor 업무), c. 번역문서를 사용목적에 맞게 번역언어의 발상에 좇아 정리하는 업무(rewriter 업무), d. 번역문서의 문법, 표기상 등의 오류를 정정하는 업무(checker 업무); iv) 속기(사람의 말을 속기부호로 적고, 일반인들이 읽도록 정리하는 업무).

6호(조사관계; 시장등의 조사나 그 결과의 정리분석)

신상품의 개발, 판매계획의 작성에 필요한 기초자료를 획득하기 위한 시장등에 관한 조사 또는 그 조사 결과의 정리 또는 분석의 업무

7호(재무관계)

대차대조표, 손익계산서 등의 재무에 관한 서류의 작성 기타 재무의 처리업무

8호(무역관계)

외국무역 기타 대외거래에 관한 문서 또는 상품의 매매 기타 국내거래에 관계된 계약서, 貨物引換證, 선하증권 또는 이들에 준하는 국내거래에 관한 문서의 작성(항만 운송사업법 제2조제1항제1호에 게시된 행위에 부대하여 이루어진 것 및 통관업법 제2조제1호에 규정한 통관업무로서 이루어지는 동호 口에 규정한 통관서류의 작성을 제외한다)의 업무

9호(성능소개관계; 기계의 성능, 조작방법 등에 관한 소개 및 설명)

전자계산기, 자동차 기타 그 용도에 응하여 정확한 조작을 하기 위해서는 고도의 전문적인 지식, 기술 또는 경험을 필요로 하는 기계의 성능, 조작방법 등에 관한 소개 및 설명의 업무

제10호(동승관계)

여행업법(1952년 법률제289호) 제12조의11제1항에 규정한 여정관리업무(여행자에 동행하여 이루어지는 것에 한정)나 동법 제2조제4항에 규정하는 主催旅行 以外の 여행의 여행자에 동행하여 이루어지는 여정관리업무에 상당한 업무(이하 이 호에서 「여정관리업무등」이라 한다), 여정관리업무등에 부수하여 이루어지는 여행자의 편의가 되는 서비스의 제공의 업무(차량, 선박 또는 항공기내에서 이루어지는 안내의 업무를 제외한다), 또는 차량의 정거장이나 선박이나 항공기의 선착장에 설치된 여객의 승강이나 대함에 이용되는 건축물내에서 이루어지는 여행자에 대한 送迎 서비스의 제공 업무

제11호(건축물청소)

건축물에서 청소하는 업무

제12호(건축설비 운전, 점검, 정비)

건축설비(건축기준법 제2조제3호에서 규정하는 건축설비를 말한다. 다음호에서 동일하다)의 운전, 점검 또는 정비의 업무(법령에 기초하여 하는 점검과 정비의 업무를 제외한다)

제13호(접수·안내, 주차장관리 등)

건축물 또는 박람회장에서 방문자의 접수 또는 안내의 업무, 건축물에 설치되거나 이에 부속한 주차장의 관리업무 기타 건축물에 출입하거나 근무하거나 거주하는 자의 편의를 도모하기 위해 그 건축물에 설치된 설비(건축설비를 제외한다)로서 그 건축물의 사용이 효율적으로 이루어지기 위한 설비의 유지관리의 업무(제11호에 적은 업무를 제외한다)

제14호(연구개발관계; 과학을 이용하여 새로운 제품이나 기존 제품의 새 제조 방법의 개발)

과학에 관한 연구, 과학에 관한 지식이나 과학을 응용한 기술을 이용하여 제조하는 신제품이나, 과학에 관한 지식이나 과학을 응용한 기술을 이용한 제품의 새로운 제조방법의 개발업무(제1호 및 제1호의2의 업무를 제외한다)

제15호(사업의 실시체제의 기획, 입안관계)

기업등이 그 사업을 실시하기 위하여 필요한 체제 또는 그 운영방법의 정비에 관한 조사, 기획 또는 입안의 업무(근로조건 기타의 노동에 관한 사항의 설정 또는 변경을 목적으로 하는 업무를 제외한다)

제16호(서적 등의 편집)

서적, 잡지, 그밖의 문장, 사진, 도표 등에 의해 구성된 작품의 제작에 있어서 편집의 업무

제17호(광고 디자인관계)

상품이나 그 포장의 디자인, 상품의 진열 또는 상품이나 기업등의 광고를 위하여 사용하는 것을 목적으로 하여 작성한 디자인의 고안, 설계, 또는 표현의 업무(제18호의 업무를 제외한다)

18호(건축물 내 디자인등)

건축물 내에서 조명기구, 가구 등의 디자인 또는 배치에 관한 상담 또는 고안이나 표현의 업무(법 제4조제1항에 규정하는 건설업무를 제외한다)

19호(아나운서관계; 방송원고의 낭독등)

방송프로그램등에 있어서 고도의 전문적인 지식, 기술 또는 경험을 필요로 하는 원고의 낭독, 취재와 함께 이루어지는 음성에 의한 표현 또는 시늬의 업무(이들 업무에 부수하여 이루어지는 업무로서, 방송프로그램등의 제작에서 편집에 참가 또는 자료의 수집, 정리 또는 분석의 업무를 포함한다)

20호(사무용기기등의 습득지도등)86)

사무용기기의 조작방법, 전자계산기를 사용하는 것에 의해 기능하는 시스템의 사용방법 또는 프로그램의 사용방법을 습득시키기 위한 교수 또는 지도의 업무

86) 위의 기준을 좀더 자세히 보면 다음과 같다.

사무용기기의 조작방법의 교수 또는 지도의 업무 또는 전자계산기를 사용하는 것에 의해 기능하는 시스템 또는 프로그램의 사용방법의 교수 또는 지도의 업무 및 그들에 부수하여 행하는 지도방침등에 관계된 사용기업과의 협의 및 이들에 기초한 텍스트의 작성 업무를 말한다. 「사무용기기」는, 팩시밀리, 문서절단기(shredder), 복사기, 전화기, 바코드판독기 등 신속하고 정확한 조작에 숙달을 필요로 하지 않는 기기는 포함하지 않는다. 또 사무용기기의 조작방법등에 관한 텍스트의 작성을 오로지 하는 업무 및 VTR, OHP 기타 教授를 위한 교재의 조작단을 하는 업무는 포함하지 않는다.

21호(텔레마켓팅 영업관련 업무)87)

전화 기타 전기통신을 이용하여 이루어지는 상품, 권리나 서비스에 관한 설명 혹은 상담, 또는 상품이나 권리의 매매계약 혹은 서비스를 유상으로 제공하는 계약에 대해서 신청, 신청의 접수 또는 체결, 또는 이들 계약의 신청 또는 체결의 권유업무

22호(세일즈 엔지니어의 영업관련 업무)88)

고객의 요구에 응하여 설계(구조를 변경하는 설계를 포함한다)를 하는 기계등이나 기계등에 의해 구성되는 설비 또는 프로그램에 관련하여 그 고객에 대한 설명이나 상담 또는 매매계약에 대해서 신청, 신청의 접수나 체결, 또는 매매계약의 신청이나 체결의 권유

87) 전화 기타 전기통신을 이용한 다음의 업무를 말한다.

i) 고객에게 전화를 거는 등에 의한, 상품등에 대한 관심의 유무의 확인, 상품등의 설명, 매매계약 등에 대해서 신청, 신청의 접수, 체결 또는 이들 권유의 업무; ii) 고객으로부터 걸려오는 전화등에 대응한, 상품등의 설명, 상품등에 관한 상담, 매매계약등에 대해서 신청, 신청의 수리, 체결 또는 이들의 권유업무(구입 후의 상품등에 관한 조회, 고충에 대한 대응등을 포함한다). 이들 업무에 부수하여 이루어지는 豫約내용에 관계된 전표작성, 컴퓨터 입력 등의 업무는 포함되지 않는다.

또 다음의 업무는 포함되지 않는다.

i) 주문을 받는 업무(상품등의 설명등을 하고 있는 때에 직접 면접하여 상품등에 관한 설명 등을 하는 필요가 발생한 경우를 제외한다); ii) 미리 녹음한 음성 등에 의해 관객으로부터 걸려온 전화에 대해 대응하는 업무; iii) 방송프로그램에서 이루어지는 등 불특정다수의 사람에게 향한 상품등의 설명 업무; iv) 예약내용의 전표작성, 컴퓨터 입력 등만을 하는 업무.

88) 고객의 요구에 응하여 설계(구조를 변경하는 설계를 포함한다)를 하는 기계등의 영업에 관계되는 다음의 업무를 말한다.

i) 고객의 요구의 파악 및 고객에 대한 설명 또는 상담 및 그들에 필요한 설명자료의 작성; ii) 고객과의 교섭 또는 견적서 작성; iii) 매매계약의 체결등 매매계약에 대해서 신청, 신청의 접수·체결 또는 그 권유; iv) 위에 부수하는 납입(운송업무를 포함한다) 및 그 관리.

이 경우에 있어서 「기계등 또는 기계등에 의해 구성되는 설비」에는 전기·전자기기, 가공기기, 수송용기기, 산업용기기(크레인, 보일러, 탱크, 타워 등), 원자력 플랜트 등이 해당하지만, 既製品과 기계품으로 既成의 부속물을 부가하는 것의 영업에 관계하는 업무는 포함하지 않는다.

또 다음의 업무는 포함하지 않는다.

i) 기계등의 설계, 제조 또는 그 관리의 업무 및 프로그램의 설계, 작성 또는 그 관리의 업무; ii) 건축설계의 업무; iii) 기계등 또는 프로그램의 납입 및 그것에 부수한 수송을 오로지 하는 업무; iv) 기계등 또는 프로그램의 보수 및 AS의 업무.

23호(방송에 필요한 도구와 관련된 업무)89)

방송프로그램등의 제작을 위하여 사용되는 무대배경, 門 등 대도구 또는 조명기구, 신변장식용품 등의 소도구의 조달, 제작, 설계, 배치, 조작, 반입 또는 반출의 업무 (법 제4조제1항에 규정하는 건설업무를 제외한다)

Ⅲ. 파견기간

일본의 파견기간의 제한을 요약해보면, 파견기간은 대체로 1년으로 제한되어 있으나 갱신이 허용되며, 다만 동일한 파견근로자를 동일한 업무에 3년을 초과하여 할 수 없도록 행정지도하고 있다. 그렇지만, 이상의 요약은 전체의 대강이며 그 구체적인 내용은 아래에서 설명한다.

1. 법령상의 제한

먼저 일본의 근로자파견법상의 규정을 보면, 파견사업주는 근로자파견계약을 체결하는 때에 근로자파견의 기간을 정해야 하지만, 그 경우 노동대신이 기간을 정한 업무에 관하여는 노동대신이 정하는 기간을 초과하여 정해서는 안된다(법 제26조제2항).90)

89) 구체적으로 보면 다음의 업무를 말한다.

i) 방송프로그램등의 제작을 위해 사용되는 무대배경, 門 등 대도구의 조달, 제작, 설치, 조작, 반입 또는 반출의 업무(법 제4조제1항에 규정하는 건설업무를 제외한다); ii) 방송프로그램등의 제작을 위해 사용되는 조명기구, 신변용장식품 등의 소도구(衣裝을 제외한다)의 조달, 제작, 배치, 반입, 반출 또는 보관의 업무.

이 경우에서 「大道具」라 함은 문(建具), 배경, 벽, 창, 문짝(扉), 정원수 등이 포함되며, 대도구의 제작에는 건축물 기타의 공작물에 해당하는 것의 제작은 포함되지 않는다.

또 「소도구」에는 i) 실내의 조명기구, 가구, 장식품, 일용품 등, ii) 출연자가 휴대하는 것, 신발 등이 포함되지만, 衣裝과 가발 등은 포함되지 않는다. 또 소도구의 업무에는 화장, 結髮 등은 포함되지 않는다. 또 대도구 또는 소도구의 반입, 반출 또는 보관을 오로지 하는 업무는 포함되지 않는다.

90) 이같이 파견기간을 제한하는 취지는, 사용사업체가 인이하게 파견근로자를 이용하는 사태를 방지하고 사용사업체 근로자의 고용의 안정을 도모하려는 것이다. 장기간의 파견근로자를 사용하게 되면, 파견사업체에 있어서 상용근로자의 대체를 촉진하게될 우려가 있기 때문이다. 이 규정에 따라 금지되는 것은 파견사업주가 노동대신이 정하는 기간을 초과한 근로자파견의 기간을 근로자파견계약에서 정하는 것이다. 또 業으로서 하지 않는 근로자파견을 하는 사람이

이 규정에서 「노동대신이 정하는 기간」은 노동력의 수급의 적정한 조정을 피하기 위해 필요하다고 인정되는 경우에 정해지고, 적용대상업무의 종류에 의하여 그 노동력의 수급의 상황, 업무의 처리의 실정 등을 고려하고, 아울러 상용근로자의 대체에 대한 영향, 일본적 고용관행과의 조화, 파견근로자의 고용의 안정등에 대해서도 감안하여 정해진다. 또 동일한 파견근로자가 복수의 업무에 종사한 경우에는 그 주된 종사업무에 관계된 기간이 적용된다.⁹¹⁾

현재 파견기간은 구체적으로는 다음과 같이 정해져 있다.⁹²⁾⁹³⁾

- i) 근로자파견법시행령 제2조에 게시한 업무 가운데, 제1호부터 제10호까지 및 제13호 가운데 건축물 또는 박람회장에서 방문자의 접수나 안내의 업무 및 제14호부터 제20호까지, 제22호 및 제23호의 업무 ----- 1년간
- ii) 위의 업무 이외⁹⁴⁾ ----- 기간의 정함이 없음

2. 근로자파견계약의 갱신

(1) 그런데, 근로자파견법 제26조제2항에서 파견기간의 제한이 규정되었지만, 근로자파견기간이 정해진 경우에도 그 계약의 갱신이 가능하다. 즉 다음과 같은 의미의 계약의 갱신이 가능하다.⁹⁵⁾

계약의 갱신이라 함은 「일정한 기간을 정한 계약에서, 그 기간의 만료의 때에 당사자의 약정에 의해 그 계약의 동일성을 유지하면서, 그 존속기간만을 연장하는 것」 또는 「종래의 계약기간의 만료의 때에 종전의 계약에 대신하여 이것과 동일

근로자파견을 하는 경우에 대해서 규제하는 것은 아니다. 安西愈, 『労働者派遣法の法律實務』, 総合労働研究所, 1997.10, 258면.

91) 労働省職業安定局 編著, 『新・労働者派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所, 1998, 189면 이하.

92) 개정 1990년, '근로자파견법 제26조제2항의 규정에 기초하여 노동대신이 정하는 기간을 정하는 고시' 노동성고시 제83호; 개정 1996년 노동성고시 제101호.

93) 이 파견기간에 대해서는 종래 컴퓨터 관계업무는 「1년」, 사무처리관계업무는 「9개월」, 건축물관계업무는 「기간의 정함이 없음」으로 되어있었지만, 1990년의 개정에서 위와 같이 「1년간」과 「기간의 정함이 없음」으로 2종류로 통일되었다. 그리고 종래 「기간의 정함이 없음」으로 되어있었던 제13호업무중 접수, 안내업무에 대해서는 그 대부분이 사무처리관계의 파견사업체에 의해 파견이 실시되는 실태를 보아, 다른 사무처리관계업무와의 정합성을 고려하여 「1년의 기간」으로 하고, 이들 업무와 같은 취급하는 것으로 되었다. 安西愈, 위의 책, 260면.

94) 다수가 건축물관리관계업무이다. 제11호(건물청소), 제12호(건축설비 운전, 점검, 정비), 제13호 가운데 주차장관리 등.

95) 安西愈, 위의 책, 264면.

내용의 별개의 계약을 새로이 체결하는 것」을 말한다.

파견기간이 정해져 계약의 갱신이 이루어져도 그 갱신이 자동적으로 행하여지는 경우(이른바 자동갱신조항이 있는 경우)는 파견기간을 설정했다고 할 수 없기 때문에, 그같은 정함을 두고 있는 경우에는 법 제26조제2항에 위반한다고 해석되고 있다.⁹⁶⁾

(2) 다만, 有期的 事業을 수행하기 위해 임시적으로 설정된 조직으로 취업시키는 근로자파견에 대해서는, 그 갱신된 파견기간을 통산한 기간이 3년을 초과하지 않는 것에 대해서는 갱신이 자동적으로 이루어진다는 취지를 근로자파견계약으로 정할 수 있다.⁹⁷⁾

여기에서 「갱신이 자동적으로 이루어진다는 정함」이라 함은, 예를 들면 「특단의 사정(예를 들면, 계약당사자의 계약해제의 의사표시)이 없는 한, 근로자파견계약을 자동적으로 갱신하는」 취지의 정함 등이다. 그러나, 근로자파견계약에서 「계약당사자의 합의에 의해 근로자파견계약을 갱신하는」 취지의 정함을 하는 것은 상관이 없다.

또 「유기적 사업」이라 함은 그 사업의 시기 및 종기가 명확하게 정해져 있는 등, 그 사업이 일정한 기간으로 완료하는 것이 객관적으로 명확한 것이며, 예를 들면 완성기일이 계약에 의해 정해지는 정보처리 시스템의 개발과 각종 플랜트공사 등을 말한다.

「임시적으로 설정된 조직」이라 함은 그 사업을 하기 위해 새로이 설정된 사업장 및 부, 과, 실 등의 부서를 말하며, 사업의 종료 후에는 그 조직이 해산 또는 소멸하는 것이 객관적으로 명확한 것을 말한다. 또 소위 프로젝트 팀에 대해서는 그 팀에 전속하는 근로자가 상당수 존재하면서 동시에 업무상 지휘명령체통이 명확하게 다른 부문과 구별되어 있는 것은 여기에 해당한다고 해석된다.

(3) 전술한 바와 같이 근로자파견계약의 갱신은 금지되는 것은 아니지만, 사용자사업체에서 상용고용의 기회가 부당하게 좁게 되는 것을 방지하기 위해, 일반파견사업주에 대해서 합리적인 이유없이 동일한 파견근로자(기간의 정함없이 고용되어 있는 자를 제외한다)에 대해서 취업의 장소 및 종사하는 업무가 동일한 근로자파견을 계속하여 3년을 초과하여 이루어지지 않도록 행정지도를 하고 있다.

96) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 190면.

97) 일본 노동성이 1990년 10월 1일 이후 근로자파견제도의 운영요령을 개정하여 행정지도하고 있는 내용이다. 安西愈, 앞의 책, 266면.

이것은 소위 등록형의 근로자파견인 일반파견에 대해서, 동일한 파견근로자를 동일장소, 동일업무에 장기의, 갱신계약에 의해 계속 파견하고 있다고 인정되는 경우에는, 그 근로자는 사용사업체의 상용근로자에 준함과 동시에, 파견사업체에서도 상용근로자의 정의에 해당하는 자라고도 해석할 수 있다. 이에 따라 등록형의 기간고용의 파견근로자에 대해, 3년을 초과하여 동일한 근로자가 동일장소에서 동일업무에 종사하지 않도록, 그같은 경우에는 「상용근로자로서 고용 및 고용 형태를 변경하도록」 행정지도를 하고 있는 것이다.

여기에서 「합리적인 이유」에는 3년을 초과한 날로부터 기산하여 1년 이내에 그 업무가 소멸하는 것이 확실한 것 및 파견근로자의 취업시간이 야간이거나, 혹은 취업일수가 현저히 적은(대략 월간 7일 미만), 취업시간이 현저히 짧은(대략 주간 15시간 미만) 등 그 사용사업체에서 통상의 근로자의 근무시간대와 현저히 다른 것을 예로 들 수 있다.

(4) 위반의 효과

근로자파견기간의 제한에 위반한 경우에는, 파견사업주는 허가의 취소(법 제14조제1항), 사업정지명령(법 제14조제2항, 법 제21조제2항), 개선명령(법 제49조제1항)의 대상으로 된다.

IV. 근로자파견관계

1. 근로자파견계약의 의의

사용사업체와 파견사업체간의 근로자파견관계는 근로자파견계약에 의해 정해진다. 그리고 근로자파견법은 근로자파견계약에 대해 근로자의 적정한 취업을 확보하기 위해 일정한 규제를 가하고 있다. 여기에서 「근로자파견계약」이라 함은 「계약의 당사자 일방이 상대방에 대해 근로자파견을 하는 것을 약속하는 계약」이며, 당사자 일방이 근로자파견을 하는 취지의 의사표시를 하고, 그것에 대해 다른 당사자가 동의하는 것, 또는 당사자 일방이 근로자파견을 받는 취지의 의사표시를 하고, 그것에 대해 다른 일방이 동의하는 것에 의해 성립하는 계약이다. 그 형식에 대해서는 문서인지 여부, 유상인지 여부를 묻지 않는다.

위와 같이 계약은 문서 여부와 관계없이 성립하지만, 근로자파견법시행규칙은 계약당사자가 계약의 체결시의 필요적 기재사항에 대해서는 그 내용을 서면에 기

제하도록 하고 있다(규칙 제21조제2항). 이 의미는 반드시 계약서에 작성할 필요는 없으며, 계약의 당사자가 그 내용을 서면에 기재하여 두면 족하다고 해석되고 있다. 아울러 사용사업체는 파견계약체결시에 파견사업체가 허가받거나 신고를 했다는 취지의 내용(구체적으로는 허가번호 또는 신고수리번호)을 위의 서면에 기재하여야 한다(규칙 제21조제3항, 법 제26조제4항 참조).

근로자파견에 관한 계약에 대해서는 상시적으로 거래선과의 사이에 근로자파견을 하는 취지의 기본계약을 체결하고, 개개의 근로자파견을 하는 경우에 개별 취업조건을 포함한 개별계약을 체결하는 경우가 있다. 이 경우, 근로자파견법에 대한 법 제26조의 의미에서 근로자파견계약이라 함은 후자의 개별계약을 말한다고 해석되고 있다.⁹⁸⁾

근로자파견계약의 체결에 있어 다음의 필요적 사항을 정하지 않거나 필요한 절차를 거치지 않는 경우에는, 파견사업주는 허가의 취소, 사업정지명령, 개선명령의 대상으로 된다.

2. 근로자파견계약의 기재사항

근로자파견계약의 당사자는 근로자파견계약을 체결할 때에 이하의 1)~10)의 사항을 정함과 함께, 그 내용의 차이에 의하여 파견근로자의 수를 정해야 한다(법 제26조제1항, 시행규칙 제22조).⁹⁹⁾

(1) 필요적 기재사항

1) 파견근로자가 종사하는 업무의 내용

업무의 내용은 그 업무에 필요한 능력, 하는 업무 등이 구체적으로 기술되고 그 기재에 의해 적격한 파견근로자를 파견사업주가 결정할 수 있는 정도가 필요하고, 가능한 한 상세한 것이 적당하다.

業으로서 하는 근로자파견의 경우, 파견근로자가 종사하는 업무의 내용은 적용대상업무의 범위 내이고, 동시에 파견사업주에 관계된 사업대상업무의 범위 내에 한정된다(「파견사업주에 관계된 사업대상업무」라 함은 일반파견사업주에 대해서

98) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 180·188면.

99) 이하의 내용은 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 180면 이하로서 파견법실무에 큰 영향을 끼치고 있는 내용이다.

는 일반근로자파견사업의 허가를 받고 있는 적용대상업무이고, 특정파견사업주에 대해서는 특정근로자파견사업의 신고를 하고 있는 적용대상업무이다).

2) 파견근로자가 근로자파견에 관계된 노동에 종사하는 사업장의 명칭 및 소재지 기타 근로자파견에 관계된 파견근로자의 취업장소

파견근로자가 실제로 파견취업하는 사업장 기타 시설의 명칭, 소재지뿐 아니라 구체적인 파견취업의 장소도 포함한 것이며, 원칙적으로 파견근로자가 속하는 부서, 전화번호 등 필요한 경우에 파견사업주가 파견근로자와 연락할 수 있는 정도의 내용이 필요하다.

3) 근로자파견의 서비스를 제공받는 사람을 위해 취업중 파견근로자를 지휘명령하는 사람에 관한 사항

사용사업체에서 파견근로자를 구체적으로 지휘명령하는 사람의 부서, 직책 및 성명이다.

4) 근로자파견의 기간 및 파견취업을 하는 日

근로자파견계약에 기초하여 파견근로자가 파견되는 기간 및 파견근로자가 구체적으로 파견취업하는 일자이며, 기간에 대해서는 구체적인 근로자파견의 개시의 연월일 및 종료의 연월일, 취업하는 일자에 대해서는 구체적인 요일 또는 일자를 지정하는 것이 필요하다.

5) 파견취업의 개시 및 종료의 시각 및 휴게시간

파견취업해야 할 일자의 파견근로자의 매일 始業, 終業의 시각 및 휴게시간(법률상은 시간수만이지만, 휴게의 개시 및 종료의 시각을 특정하여 기재하는 것이 적당)이다.

또 이 정함의 내용은 근로기준법에서 정하는 근로시간, 휴게시간에 관한 규정에 반하지 않으며, 동시에 파견사업주와 파견근로자의 근로계약의 틀 내에서 정해져야 한다.

6) 안전 및 위생에 관한 사항

다음에 나열한 사항 중 파견근로자가 사용사업체에서 1)의 업무를 수행하는 데 있어서 파견근로자의 안전, 위생을 확보하기 위해 필요한 사항에 관해, 취업조건을 기재할 필요가 있다.

i) 위험 또는 건강장애를 방지하기 위한 조치에 관한 사항, ii) 건강진단의 실시 등 건강관리에 관한 사항, iii) 환기, 채광, 조명 등 작업환경관리에 관한 사

항, iv) 안전위생교육에 관한 사항, v) 면허의 취득, 기능강습의 종료의 유무 등 취업제한에 관한 사항, vi) 안전위생관리체제에 관한 사항, vii) 기타의 사항.

7) 파견근로자로부터 고충의 신청을 받은 경우에 있어서 그 고충의 처리에 관한 사항

파견사업체 및 사용사업체는 파견근로자의 고충의 신청을 받은 자, 파견사업체 및 사용사업체에서 고충처리를 하는 방법, 파견사업체와 사용사업체와의 연대를 위한 체제 등을 기재할 필요가 있다. 또 파견근로자의 고충의 신청을 받은 사람에 대해서는 그 사람의 성명 이외에 부서, 직책, 전화번호 등에 대해서도 기재할 것이 요구된다.

8) 근로자파견계약의 해제에 직면하여 강구하는 파견근로자의 고용 안정을 도모하기 위해 필요한 조치에 관한 사항

근로자파견계약의 해제의 事前申請 및 사용사업체에 있어서 취업기회의 확보, 나아가 손해배상등에 관계된 적절한 조치등 근로자파견계약의 해제에 있어서 파견근로자의 고용안정을 도모하기 위해 그 근로자파견계약의 당사자인 파견사업주 및 사용사업체가 협의하여 필요한 조치를 구체적으로 정할 필요가 있다.¹⁰⁰⁾

9) 파견사업체책임자 및 사용사업체책임자에 관한 사항

파견사업체책임자 및 사용사업체책임자의 직책, 성명 및 연락방법이다.

근로자파견계약은 업으로서 하는지 여부를 불문하고 근로자파견이 이루어지는 경우에 체결되어야 하기 때문에, 법 제36조의 파견사업체 책임자의 선임이 의무

100) 노동성은 근로자파견계약의 모델을 보이는 가운데에 중도해약을 위한 조치를 다음과 같이 나열하고 있다(勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 187면).

i) 중도해제의 신청

乙(사용사업체)은 오로지 을에 기인한 사유에 의해 근로자파견계약의 중도해제를 하는 경우에는, 甲(파견사업체)의 합의를 얻는 것은 물론, 미리 1개월 정도 이상의 유예기간을 두고 갑에게 해제의 신청을 한다.

ii) 취업기회의 확보

갑 및 을은 파견근로자의 귀책사유에 의하지 않은 근로자파견계약의 중도해제에 관하여는, 다른 사용사업체를 알선하는 등에 의해 그 근로자파견계약에 관계된 파견근로자의 새로운 취업기회의 확보를 도모한다.

iii) 손해배상에 관계된 적절한 조치

을은 을의 책임에 돌아가야 할 사유에 의해 근로자파견계약의 중도해제를 하는 경우에는 그 근로자파견계약의 나머지 기간 및 파견요금 등을 감안하여 갑과 충분히 협의한 후에 적절한 사후대책을 강구한다. 또 갑 및 을 쌍방의 귀책사유가 있는 경우에는 갑 및 을의 각각의 책임에 돌아가야 할 부분의 비율에 대해서도 충분히 고려한다.

지워지지 않는 「업으로서 하지 않는 근로자파견을 하는 사람」 등이 근로자파견계약의 당사자인 경우는 그 당사자에 관계된 파견사업체책임자 또는 사용사업체책임자에 관한 사항의 기재는 필요하지 않다. 다만, 그들이 파견사업체책임자 또는 사용사업체책임자를 선임하고 있는 경우에는, 기재할 필요가 있다.

10) 근로자파견의 서비스를 제공받은 사람이 4)의 파견취업을 하는 일 이외의 일에 파견취업을 시키는 것이 가능하거나 5)의 파견취업의 개시의 시각으로부터 종료의 시각까지의 시간을 연장할 수 있다는 취지의 정함을 한 경우에는, 그 파견취업을 시킬 수 있는 일 또는 연장할 수 있는 시간수

그러한 정함을 하는 경우에는 그 정함의 내용이 파견사업주와 파견근로자 간의 근로계약 또는 파견사업장의 시간외근로협정에 의해 정해져 있는 내용의 범위 내이어야 한다.

근로자파견법 제26조는 위의 사항이외에 시행규칙에 따라 「파견근로자의 수」도 내용에 따라서 정하도록 하고 있다.

파견근로자의 인원수는 다음에 의해 정해져야 한다(시행규칙 제21조제1항).

- i) 1)부터 10)까지에 열거한 취업조건 조합이 하나인 경우는 그 근로자파견에 관계된 파견근로자의 수
- ii) 1)부터 10)까지에 열거한 취업조건 조합이 복수인 경우는 그 조합마다 파견근로자의 수

파견근로자의 인원수라 함은 그 취업조건 조합 아래 상시 취업하는 인원수이며, 동일 취업조건 조합을 복수의 사람이 교대로 하는 것인 경우에는 그 복수의 사람수를 정하는 것은 아니다. 예를 들면 오전과 오후에 1인이 취업한다면 1인으로 한다.

(2) 기타의 계약사항과 파견근로자의 특정의 문제

위의 법정계약사항은 근로자파견을 하는 데에 필요최저한이므로, 그 이외의 파견요금, 채무불이행의 경우 배상책임 등을 정하는 것 등은 당사자의 자유에 맡겨져 있다.

또 근로자파견은 파견사업주가 하는 「근로자의 배치」이기 때문에, 사용사업체에 대해 파견근로자 중 누구를 파견하는가는 고용관계에 있는 파견사업주에 달려있다. 이 때문에 사용사업체가 사실상 특정 파견근로자의 파견을 희망하는 것은 상

관이 없지만, 파견사업주는 그것에 쫓을 필요가 없다. 역으로 근로자파견계약에서 파견근로자의 성명을 특정한다든지 사용사업체가 파견근로자를 선택한다든지 사용사업체가 특정의 파견근로자를 지명하여 파견사업주에게 그것을 거부할 가능성이 없는 때에는, 사용사업체와 파견근로자와의 사이에 고용관계가 성립한다고 판단될 가능성이 크게 되어, 그같이 판단된 경우에는 근로자공급사업에 해당하여 파견사업주 및 사용사업주도 직업안정법 제44조 위반으로 벌칙의 적용을 받을 수 있다.

V. 파견근로관계

1. 파견사업주가 강구해야할 조치

근로자파견사업에서는 통상의 근로자보호법규 이외에도, 파견근로자의 보호와 고용의 안정을 위해 파견사업주가 적정한 고용관리를 위한 조치를 강구할 필요가 있다.

그래서 일본의 근로자파견법은 일반근로자파견사업과 특정근로자파견사업임을 묻지 않고, 파견사업주에게 다음의 조치를 강구하도록 하고 있다.

- 1) 파견근로자등의 복지의 증진을 위한 조치(법 제30조)
- 2) 적정한 파견취업의 확보를 위한 조치(법 제31조)
- 3) 파견근로자이라는 것의 명시등(법 제32조)
- 4) 파견근로자에 관계된 고용제한의 금지(법 제33조)
- 5) 취업조건외 명시(법 제34조)
- 6) 사용사업체로의 통지(법 제35조)
- 7) 파견사업체 책임자의 선임(법 제36조)
- 8) 파견사업체 관리대장의 작성, 기재 및 보존(법 제37조)

2. 취업조건외 명시

위의 조치가운데 근로자보호에 있어 의미가 큰 것은 「취업조건외 명시」이다. 파견사업주는 근로자파견을 하려고 하는 때는 미리 그 파견근로자에 대해 근로자파견을 하는 것 및 그 파견근로자의 취업조건을 명시해야 한다(법 제34조). 이 파견근로자에 대한 취업조건외 명시는 파견사업주, 파견근로자, 사용사업체 간의 취업조건을 명확하게 하여 분쟁을 방지하기 위한 것이다.

(1) 명시해야할 취업조건

구체적으로는 근로자파견계약에 정한 사항 가운데 그 계약에 의해 파견된 개개 파견근로자의 사항을 명시해야 한다. 앞의 근로자파견계약에서 열거한 필요적 기재사항은 모두 개별 근로자와 관련되므로 그러한 범위에서 모두 기재해야 하며, 그밖에 '사용사업체가 파견근로자에 대해 진료, 레크리에이션 등에 관한 시설 또는 설비의 이용, 식당의 이용, 제복의 대여 기타 파견근로자의 복지의 증진을 위한 편의를 제공하는 취지의 정함을 근로자파견계약에 정한 경우에는 그러한 정함도 여기에 포함된다(규칙 제26조).

(2) 명시방법

취업조건을 명시하는 근로자파견시에 미리 명시해야할 사항을 서면에 기재하고, 그 서면을 개별 파견근로자에게 교부하는 것에 의해 행해져야 한다(규칙 제25조 제1항). 다만 근로자파견의 실시에 대해 긴급한 필요가 있기 때문에 미리 그 서면을 교부할 수 없는 경우에는 명시해야할 사항을 미리 서면이외의 방법으로 명시할 수 있다(동조제1항 단서). 그러나 그 경우에도 파견근로자로부터 근로자파견 개시이전에 개별 청구가 있는 때나 청구가 없어도 그 근로자파견의 기간이 1주년을 넘는 때에는 근로자파견을 개시한 후 지체없이 그 명시해야할 사항을 기재한 서면을 개개 근로자에게 교부해야 한다(동조제2항).

(3) 위반의 효과

미리 취업조건을 명시하지 않는 경우에는 법 제61조에 해당하여 30만원 이하의 벌금에 처해진다. 또 허가의 취소, 사업정지명령, 개선명령의 대상이 되며, 법 제61조제3호의 사법처분(벌금)을 받은 경우에는 허가의 취소, 사업폐지명령의 대상이 된다. 그러나, 취업조건을 명시 의무 위반은 근로자파견계약 자체를 무효로 하는 것은 아니라고 해석된다.

VI. 근로자파견사업에 대한 규율

1. 특정근로자파견사업과 일반근로자파견사업

일본의 근로자파견법은 근로자파견사업을 두가지로 구분하고 있다. 즉 파견사업체가 파견근로자를 상시고용하는 경우인 특정근로자파견사업과, 특정근로자파견사업을 제외한 형태의 파견사업인 일반근로자파견사업이 있다. 보통 특정근로자파견사업은 '상용형'파견사업, 일반근로자파견사업은 '등록형'파견사업이라고 부른다. 그리하여 특정근로자파견사업에 대해서는 신고제로 하며, 일반근로자파견사업에 대하여는 허가제를 하여, 규제를 이원화하고 있다.

일반근로자파견사업에 해당하는가, 특정근로자파견사업에 해당하는가에 대해서는 사업장마다 판단해야 하며, 하나의 사업장에서 상시고용되는 근로자 이외의 파견근로자가 존재하는 경우에는 일반근로자파견사업을 하는 사업장으로 된다. 「상시고용」이라 함은 고용계약의 형식의 여하를 묻지 않고, 사실상 기간의 정함이 없이 고용되어 있는 근로자의 경우를 말한다. 따라서 일용직이나 임시직의 경우에도 고용기간이 반복갱신되어 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 동등하다고 인정되는 경우는 「상시고용」에 해당할 수도 있다.¹⁰¹⁾

일반파견사업과 특정파견사업을 구별하는 이유는 다음과 같이 설명되고 있다.¹⁰²⁾

근로자파견사업은 노동력의 수급의 적정한 조정을 위해 인정되기 때문에, 노동력의 수급의 적정한 조정을 촉진하기 위해 필요하고, 동시에 적절한 것이어야 한다. 또 사업으로서 이루어지는 것인 이상 그 사업을 적확하게 할 수 있고, 동시에 근로자를 파견한다는 사실의 특성에 비추어 파견근로자의 고용관리를 적정하게 할 수 있다고 인정되는 경우에 한정하는 것이 적절하다. 그런데 동일한 파견사업의 경우에도 파견근로자가 상용근로자만으로 이루어진 것은, 근로자의 고용의 안정이 도모되므로 이 점에서는 문제가 없는 형태라고 할 수 있다. 이 때문에 상용근로자만으로 이루어지는 근로자파견사업에 대해서는 기타 형태의 근로자파견사업과 구별하여 다른 규제에 의하는 것이 적당하며, 이같은 점을 고려하여 근로자파견사업을 둘로 나누어 각각 다른 사업규제를 하는 것이다.

101) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 61~2면.

102) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 62~3면.

2. 규율의 내용

근로자파견사업에 대한 규율의 내용을 간단히 요약하면 다음 표와 같다.¹⁰³⁾

구 분 사 항	일반근로자파견사업	특정근로자파견사업
사업개시조건	허가(행정행위)	신고수리(준행정행위)
결격사유	법 제6조의 정함	左同(법 제17조)
허가신청서류	법 제5조의 정함(제2항) 사업계획등의 첨부(제3항)	좌동(법 제16조제1항) 좌동(같은 조 제2항)
허가(신고수리) 조건	법 제7조의 정함 中職審의 의견청취(법 제5조제5항)	없음(다만, 신고서류가 허가와 거의 동일하기 때문에 그 내용의 심사는 사실상 동일)
조건부 허가	조건부 허가 있음(법 제9조)	조건부 수리제도 없음(다만, 사실상의 補正 기타)
유효기간	3년(갱신허가시 5년)(법10조)	유효기간 정함 없음
불복심사	불허가에 대해 행정불복심사 있음	불수리에 대해 행정불복심사 없음(단순한 고충제기만 있음)
허가의 취소 등	허가 취소 또는 정지명령(일정기간 업무전부 또는 일부)(법 제14조)	사업의 폐지 또는 정지명령(전부, 일부)(법 제21조)
변경허가 등	사무소, 대상업무의 변경허가(법 제11조) 성명등 변경신고(법 제11조)	좌동에 대해 변경신고(법 19조)
서류의 비치	허가증 기타(법 제8조)	신고증 기타(법 제18조)
사업의 폐지	신고(법 제10조)	좌동(법 제20조)

103) 安西愈, 앞의 책 190면.

허가의 유효기간의 갱신의 절차는 대체로 신규의 허가의 경우와 같다. 즉, 허가 신청서에 기재해야 할 사항을 기재한 허가의 유효기간의 갱신에 관계된 신청서류 등을 허가의 유효기간이 만료하기 전 30일 전까지 제출해야 한다(법 제10조 참조).

다만, 1996년 12월의 개정에서 갱신을 받은 경우에 허가기간은 종래의 3년으로부터 5년으로 연장되었다(법 제10조제5항). 그러나 신규의 허가기간은 여전히 3년이며, 갱신허가의 경우에 5년으로 연장된 것이다.¹⁰⁴⁾

3. 직업소개업과 겸업허용 요건

민영직업소개사업과 겸업하는 경우는 일반근로자파견사업과 민영직업소개사업의 허가의 요건을 함께 충족하는 한 겸업이 인정되지만,¹⁰⁵⁾ 동일한 사업장 내에서 겸업을 하려는 경우는 다음의 요건을 충족할 필요가 있다.¹⁰⁶⁾

(1) 사업장 내의 설비등의 구분에 관한 요건

사업장 내의 설비등이 전용 입구를 포함하여 각각 독립된 구조를 갖추는 등 명확히 구분되며, 동시에 각각의 사업에 관계된 허가요건을 충족해야 한다.

(2) 조직의 구분에 관한 요건

파견사업체 책임자와 소개 책임자가 동일한 사람이 아니며, 양 사업에 직접 종사하는 직원이 양 사업의 업무를 겸임하지 않는 등 조직이 명확하게 구분되어야 한다. 그 요건을 충족하기 위해서는 다음의 어느 쪽에도 해당할 필요가 있다.

① 파견사업체 책임자와 소개 책임자가 동일한 사람이 아닐 것.

② 양 사업에 관계된 지휘명령계통이 명확하게 구분되고, 양 사업에 관계된 직접 담당 직원이 양 사업의 업무를 겸임하지 않을 것.

104) 국내에는 일본의 1996년도 법개정에서 파견사업의 허가 유효기간은 3년에서 5년으로 연장했다는 지적이 있다(남성일, "파견서비스제도의 이론과 운영실태", 임금연구(경총 임금연구센터) 1998년 여름호, 18면). 그리하여 모든 허가기간이 5년으로 연장되었다고 보게 되는데, 잘못된 지적이다.

105) 安西愈는 근로자파견업이 직업소개업의 보조적인 수단으로 발전해온 역사적 경위 등에 비추어보아 이 양자의 겸업은 금지되어서는 안된다고 한다. 安西愈, 앞의 책, 183면.

106) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 131~2면.

(3) 사업운영의 구분에 관한 요건

파견근로자에 관계된 등록표 등과 구직자에 관계된 구직표 등이 별개로 작성되고 별개로 관리되는 등 사업운영에 대해 명확한 구분이 이루어질 것. 이 요건을 충족하기 위해서는 다음 어느 쪽에도 해당할 필요가 있다.

① 근로자의 희망에 기초하여 개별 신청이 있는 경우를 제외하고, 동일한 자에 대해 근로자파견에 관계된 등록과 求職 신청의 접수를 중복하여 하지 않고 동시에 상호 교환하지 않을 것.

② 파견의 의뢰자 또는 구인자의 희망에 기초하여 개별 신청이 있는 경우를 제외하고, 파견의 의뢰와 求人의 신청을 중복하여 하지 않고, 동시에 상호 교환하지 않을 것.

③ 파견근로자에 관계된 서류(등록표 등)와 구직자에 관계된 서류(등록표 등)가 별개로 작성되고 별개로 관리될 것.

④ 사용사업체에 관계된 서류와 구인자에 관계된 서류가 별개로 작성되고 별개로 관리될 것.

⑤ 근로자파견의 등록만 하는 파견근로자에 대해 직업소개를 하지 않고, 동시에 구직신청만을 하는 구직자에 대해 근로자파견을 하지 않을 것.

⑥ 파견의 의뢰만을 한 사람에 대해 직업소개를 하지 않고, 동시에 구인신청만을 하는 구인자에 대해 근로자파견을 하지 않을 것.

⑦ 구직자를 직업소개하는 수단으로서 근로자파견을 하지 않을 것.

4. 노동쟁의에 대한 불개입

일본의 근로자파견법은, 노동쟁의에 대한 개입금지를 직접적으로 규정하지 않고, 공공직업안정소의 의무를 통해 간접적으로 규율하고 있다.

공정한 노동관계의 유지를 도모하기 위해서는 공공직업안정소를 비롯한 노동력수급조정기관은 노동쟁의에 대해 중립적 입장을 유지하고, 노동쟁의의 자주적 해결을 방해해서는 안된다. 직업안정법 제20조 「노동쟁의의 불개입」 규정은 이 취지를 분명히 하고 있다. 제1항은 "공공직업안정소는 노동쟁의에 대한 중립의 입장을 유지하기 위해, 동맹파업 또는 작업소폐쇄(직장폐쇄)를 하고 있는 사업장에 구

직자를 소개해서는 안된다”고 하며, 제2항은 “전항에 규정하는 경우 이외에, 노동위원회가 공공직업안정소에 대해, 사업장에서 동맹파업 또는 작업소폐쇄(직장폐쇄)에 이를 위협이 많은 쟁의가 발생하고 있는 것, 및 구직자를 무제한으로 소개하는 것에 의해 그 쟁의의 해결이 방해된다는 것을 통보한 경우에는 공공직업안정소는 그 사업장에 대해 구직자를 소개해서는 안된다. 다만, 그 쟁의의 발생 이전, 통상 사용되고 있던 근로자의 숫자를 유지하기 위해 필요한 한도까지 근로자를 소개하는 경우는, 그러하지 않는다”고 한다.

위의 직업안정법 규정은 민간이 하는 직업소개사업, 근로자모집, 노동조합이 하는 근로자공급사업에도 준용되고 있다. 이와 마찬가지로 노동력 수급조정 시스템의 하나인 근로자파견사업에도 이 규정을 준용하고 있는 것이다(근로자파견법 제24조)

이렇게 규정한 취지는 다음과 같다.¹⁰⁷⁾

노동쟁의가 발생한 경우에, 노동자측은 그 노동력의 제공을 통제하고, 사용자측에서는 노동력의 수령을 거부하는 것이 상대방에 대해 가장 큰 타격이 되는 것이다. 또 노동쟁의는 노사대등의 입장에서 이루어져, 그 해결도 자주적으로 이루어져야 한다. 그럼에도 근로자파견사업등의 노동력수급조정시스템이 통상대로 노동력을 공급하면 노동쟁의 그 자체를 무의미하게 하거나, 일방을 원조하는 것으로 되어 그 자주적 해결을 방해하게 된다.

근로자파견법은 노동쟁의에 대해 2가지로 나누어 근로자파견을 하는 것을 금지하고 있다. 먼저, 현재 쟁의행위를 할 때이며, 두 번째로 쟁의행위를 현재 안하지만, 노동쟁의가 발생했고 쟁의행위를 할 위험이 클 때이다.

위와 같은 노동쟁의에 대한 불개입 규정에는 그 위반자에 대한 벌칙규정은 없지만, 위반행위에 대해서는 허가를 취소하고 사업정지명령 등의 행정처분을 내린다.

VII. 노동관계법의 적용

1. 근로기준법등의 적용특례

(1) 파견사업체와 사용자사업체 모두 책임을 지는 조항

파견중의 근로자의 파견에 관해 다음의 규정에 대해서는 파견사업체의 사용자

107) 勞働省職業安定局, 앞의 책, 173~5면

외에 사용사업체의 사용자도 사용자로서 책임을 진다(이들 규정에 관한 벌칙의 규정도 적용된다)(법 제44조제1항). 1) 균등대우의 규정(법 제3조) 2) 강제노동의 금지규정(제5조) 3) 도제의 폐해 배제 규정(제69조)

(2) 사용사업체만이 사용자로 간주되어 책임을 지는 조항

파견중의 근로자의 파견취업에 관하여는 다음에 적는 규정에 대해서는 사용사업체만을 사용자로 보아 노동기준법의 사용자로서 책임을 지우고 있다(이들 규정에 기초하여 발한 부령(省令) 규정 및 이들 규정에 관한 벌칙의 규정도 사용사업체에게 적용된다)(근로자파견법 제44조제2항).

1) 노동기준법 제7조(공민권 행사) 2) 제32조부터 제32조의3까지(법정근로시간, 1개월 단위의 변형근로시간제, 선택근로시간제), 제32조의4제1항부터 제3항까지(3개월 단위·1년 단위 변형근로시간제), 제33조(재해에 의해 임시 필요가 있는 경우의 시간외근로), 3) 제34조(휴게), 4) 제35조(휴일), 5) 제36조(시간외 및 휴일근로와 시간외근로협정 규정), 6) 제40조(근로시간 및 휴게의 특례 규정), 7) 법 제41조(적용의 제외규정), 8) 제60조(연소자의 근로시간 및 휴일의 규정), 9) 제61조(연소자의 심야업), 10) 제62조(연소자의 위험유해업무의 취업제한 규정), 11) 제63조(연소자의 갱내근로의 금지규정), 12) 제64조의2(여성의 근로시간 및 휴일의 규정), 13) 제64조의3(여성의 심야업), 14) 제64조의4(여성의 갱내근로의 금지), 15) 제64조의5(임산부 등에 위험유해업무의 취업제한), 16) 제66조(임산부의 시간외근로, 휴일근로 및 심야업), 17) 제67조(육아시간), 18) 제68조(생리일의 취업이 현저히 곤란한 여성에 대한 조치의 규정)

다만, 변형근로시간제의 정함과¹⁰⁸⁾ 선택근로시간제의 협정 및 시간외·휴일근로의 협정, 그리고 행정관청에의 신청절차는 파견사업체의 사용자가 하며, 사용사업체의 사용자는 그 범위 내에서만 파견근로자를 노동시키거나 시간외·휴일근로를 시킬 수 있음에 지나지 않는다.¹⁰⁹⁾

구체적으로는 사용사업체의 사용자가 시간외, 휴일근로를 명함에 있어서는 파견

108) 일본의 1개월 단위 변형근로시간제는 취업규칙으로 정하는 사항이다. 노동기준법 제32조의2.

109) 이하의 내용은 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 246~8면; 安西愈, 앞의 책 376면.

사업체의 사용자가 시간외, 휴일근로의 협정 및 신고를 하는 것을 전제로 하여, 근로자파견계약에 의해 취업일, 시업·종업 시각을 초과하여 취업시키는 것을 가능하도록 정한 경우에 그 정함의 범위 내에서 하는 것이며, 그 범위 내에서 이루어지는 한 근로기준법에 위반한 것은 아니다(파견사업체의 사용자가 근로자파견 계약에 취업일, 시업·종업 시각을 초과하여 노동이 가능하다는 취지 및 그 내용을 정한다고 하여도 파견사업체의 사용자가 초과근로가 가능하도록 하는 시간외, 휴일 근로의 협정 및 신고를 하지 않은 채로 근로자파견을 한다면, 사용사업체의 사용자의 근로기준법 위반을 낳기 때문에, 이같은 근로자파견을 하는 것은 금지된다. 그래서 이에 위반하여 근로자파견을 하고, 사용사업체의 사용자가 위반행위를 실행하는 경우에는 파견사업체의 사용자에게 형벌을 과하여, 이같은 사태가 일어나는 것을 방지하고 있다).

(3) 파견사업체만이 사용자로서 책임을 지는 조항

위에 적은 근로자파견법 제44조의 특례 이외의 노동기준법의 조항에 대해서는 모두 원칙대로 고용주인 파견사업체만이 사용자로서 책임을 진다. 이들 규정은 다음과 같은 것이 있다.

- 1) 노동기준법 제4조(남녀동일임금의 원칙), 2) 제13조부터 제23조(근로계약 관계), 3) 제24조부터 제27조(임금의 지불, 비상시지불, 휴업수당, 도급제의 보장급), 4) 제37조(시간외, 휴일 및 심야업의 할증임금), 5) 제39조(연차유급휴가), 6) 제56조(최저연령), 7) 제57조(연소자의 증명서), 8) 제64조(연소자의 귀향여비), 9) 제65조(산전산후휴업), 10) 제70조부터 제73조(직업훈련에 관한 특례), 11) 제75조부터 제87조(재해보상), 12) 제89조부터 제93조(취업규칙), 13) 제94조부터 제96조의3(기숙사), 14) 제107조(근로자명부), 15) 제108조(임금대장)

이상의 내용을 요약하면 다음과 같이 도표로 나타낼 수 있다.110)

110) 安西愈, 앞의 책, 379면.

〈표〉 노동기준법의 적용관계의 분류

파견사업체	사용사업체
<p> 균등대우 남녀동일임금의 원칙 강제노동의 금지 근로계약 임금 변형근로시간의 정함; 선택근로시간제와 시간외·휴일근로의 협정과 신청 시간외, 휴일, 심야의 할증임금 연차유급휴가 최저연령 연소자의 증명서 귀향여비(연소자) 산전산후의 휴업 도제의 폐해 배제 직업훈련에 관한 특례 재해보상 취업규칙 기숙사 신고를 이유로 한 불이익취급의 금지 국가의 원조의무 법령규칙의 주지의무 근로자명부 임금대장 기록의 보존 보고의 의무 </p>	<p> 균등대우 강제노동의 금지 공민권행사의 보장 근로시간, 변형근로시간, 시간외·휴일 근로의 제한, 휴게, 휴일 근로시간 및 휴일(연소자 및 여자) 심야업(연소자 및 여자) 위험유해업무의 취업제한(연소자 및 임 산부 등) 갱내근로의 금지(연소자 및 여자) 임산부의 시간외, 휴일, 심야업 육아시간 생리일의 취업이 현저히 곤란한 여자에 대한 조치 도제의 폐해 배제 신고를 이유로 한 불이익취급 금지 국가의 원조의무 법령규칙의 주지의무(취업규칙을 제외함) 기록의 보존 보고의 의무 </p>

(4) 근로자파견의 금지와 위반파견의 벌칙 적용

한편, 근로자파견법상 사용사업체의 사용자에게 책임을 지우는 경우에도 일정한 경우에는 파견사업체 사용자도 벌칙을 받게 된다.

즉, 파견사업체의 사용자는 사용사업체의 사용자가 근로자파견계약에서 정하는 파견취업의 조건에 좇아 파견중의 근로자를 노동시킨다면 다음에 적은 규정에 저촉되는 경우에는 그 근로자파견을 해서는 안된다(법 제44조제3항).

그리고 파견사업체의 사용자가 위 제3항에 위반하여 근로자파견을 하고, 사용사업체의 사용자가 위반행위를 실행한 경우(규정에 저촉한다면 족하며, 고의나 처벌 여부와는 무관)에 대해서는 파견사업체의 사용자가 사용사업체의 사용자에게 적용되는 규정에 위반한 것으로서 이들 규정에 관한 벌칙 규정이 적용된다(법 제44조제4항)

1) 노동기준법 제32조(노동시간), 2) 제34조(휴게), 3) 제35조(휴일), 4) 제36조 단서(유해업무에 대한 시간외근로의 제한), 5) 제40조(근로시간 및 휴게의 특례), 6) 제60조제2항·제3항(연소자의 근로시간 및 휴일), 7) 제61조(연소자의 심야업), 8) 제62조(연소자의 위험유해업무의 취업제한), 9) 제63조(연소자의 갱내근로의 금지), 10) 제64조의2(여자의 근로시간 및 휴일), 11) 제64조의3(여자의 심야업), 12) 제64조의4(여자의 갱내근로의 금지), 제64조의5(임산부등에 관한 위험유해업무의 취업제한), 14) 이들 규정에 기초하여 발해지는 政, 省令의 규정

(5) 노동기준법의 적용에 관한 특례등에 의해 적용되는 노동기준법의 규정에 관하여는 다음에 적은 규정은 일정한 수정을 거친 후에 적용된다(법 제44조제5항).

1) 감독조직의 규정(제100조 및 제100조의2), 2) 노동기준감독관의 권한의 규정(제101조 및 제102조), 3) 감독기관에 대한 신고의 규정(제104조), 4) 국가의 원조의무의 규정(제105조의2), 5) 법령규칙의 주지의무의 규정(제106조), 6) 기록의 보존의 규정(제109조), 7) 국가 및 공공단체에 대한 적용의 규정.

2. 집단법상의 권리

파견근로자의 집단법상 권리에 대해 일본의 파견법은 규정을 두지 않았으므로, 이에 대한 해석은 학설에 맡겨져 있다.

이론상으로는 파견근로자도 일반 근로자와 동일하게 노동3권이 보장되고 노동조합의 결성과 가입도 완전히 자유이다. 그래서 파견사업체에서 파견근로자들이 노동조합을 만들거나, 사용사업체에서 동일한 파견사업체 출신의 파견근로자만으로 노동조합을 만들어서 파견사업체에 대해 교섭을 요구할 수 있을 것이다. 그러나, 현실적으로 보면 각기 다른 사용사업체에서 일하는 파견근로자들이 파견사업체의 노동조합을 결성하는 것은 쉽지 않고, 사용사업체에서 일하는 파견근로자들이 극소수인 경우가 많아서 그들만으로 노동조합을 결성하는 것도 어렵다.

여기에서 파견근로자가 개인의 자격으로 가입할 수 있는 혼합노조¹¹¹⁾에 가입한 경우를 생각할 수 있으며, 혼합노조가 파견사업체에게 단체교섭신청을 할 수도 있다.¹¹²⁾

파견사업체에서는 혼합노조가 그 종업원만이 아닌 외부 기업의 근로자와 합동으로 결성된다는 의미이므로 그 단체교섭신청을 거부하는 경우도 예상된다. 그러나 혼합노조도 노조법상의 적법한 노조이기 때문에 법률상은 기업별노조와 차이가 없고, 사용자는 정당한 이유가 없으면 단체교섭을 거부해서는 안되며, 2,3명의 소수자밖에 가입하지 않는 것을 이유로 단체교섭을 거부할 수 없다.

또 혼합노조에 가입하여도 누가 가입하고 있는가의 이름을 공표하지 않는 익명조합원이라는 형태로 혼합노조로부터 파견사업체사용자에게 단교신청이 이루어지는 것도 있다. 이같은 경우에 대해 사용자는 항상 단교응락의무가 있는가에 대해서, 일본의 노동위판정 가운데에는 사용자가 「혼합노조로부터 단교를 신청받은 때에 자기가 고용하는 근로자가 그 조합에 가입하고 있는지 여부, 그리고 단체교섭의 임무를 맡은 사람이 자기가 고용하는 근로자의 대표자인가 여부의 점에 대해서 의심을 갖는 때에는 그 점에 대해서 상대방의 석명을 구하고, 그것이 명확하게 되지 않는 한, 단체교섭을 거부하여도 상관이 없다」고 한다.

중요한 문제는 파견근로자가 사용사업체의 노동조합에 가입할 수 있는지이다. 파견근로자는 사용사업체의 지휘명령을 받아 노동하기 때문에, 겉으로만 본다면 사용사업체의 근로자와 구별이 되지 않는다. 이때문에 파견근로자가 사용사업체의 노동조합에 가입할 수 있는가가 문제로 되지만, 법적으로는 문제가 없다고 해석된다. 다만 사용사업체의 노동조합에서 제3의 기업에 고용되어 있는 근로자에게도

111) 근로자 개인과 노동조합이 모두 구성원이 될 수 있는 노동조합을 말한다. 일본에서는 (일반)합동노조라고 부르기도 한다. 菅野和夫, 『労働法』, 第4版, 418면.

112) 安西愈, 앞의 책, 473면.

조합원의 자격을 인정하는 규약이 있어야 한다. 헌법에서 근로자의 단결권이 보장되고, 근로자가 스스로 노동조합을 결성함에 있어서 어떠한 근로자를 가입시키고, 어떠한 근로자를 가입시키지 않는가 하는 조합원의 범위를 조합규약으로 제한하고 스스로 좋아하는 사람으로 노조를 결성하는 것도 그것이 「인종, 종교, 성별, 가문 또는 신분」에 의해 조합원인 자격을 박탈하는 것이 아닌 한, 자유이며 문제될 것이 없다. 따라서 사용사업체 노조로의 가입이 인정되는지 여부는 사용사업체의 노조의 자유이고 그 정함에 의한다. 이 점에 대한 이견은 보이지 않는다.

다음으로 사용사업체에서 노동조합을 결성하고 있는 경우, 파견근로자의 성질상 파견사업체의 노동조합원인면서 사용사업체의 노동조합에 가입하는 2중가입도 문제로 될 수 있다. 2중가입도 자유라고 해석된다. 그러나, 파견사업체의 노조에서 조합원이 사용사업체의 노조에 가입하는 것에 대해, 이것을 인정하면 파견사업체 노조의 통제권이 약하게 되어 파견근로의 지배통제에 의한 근로조건향상기능에 지장을 초래한다고 하여 파견사업체노조 조합원인 파견근로자의 사용사업체 조합으로의 가입을 금지하는 규약을 작성하여 사용사업체의 조합원인 것을 인정하지 않을 수 있는데, 이같은 가입제한도 차별을 금지하는 노조법의 규정에 반하지 않기 때문에 적법이라고 해석된다.

또 동일 사용사업체에 복수의 파견사업체로부터 근로자가 파견된 경우, 이같은 타사의 파견근로자도 포함하여 조합원으로 하는 파견근로자의 노동조합을 결성하는 것도 자유이며 제한이 없다.

논란이 된 것은 사용사업체가 파견근로자에 대해 단체교섭의무를 지는가의 점이다.¹¹³⁾ 교섭의무를 진다는 견해는, 사용사업체와 파견근로자 사이에 고용관계가 없다는 점으로부터 바로 사용종속관계가 없다는 결론에 이르기에는 의문이 있으며, 사용사업체와 파견근로자 사이에 사용종속관계가 발생하는 경우에는 사용사업체도 단체교섭의무를 진다고 한다.¹¹⁴⁾

반면에 단체교섭의무가 없다고 하는 견해가 있다. 이 견해는 종래의 사용종속관계라는 것과 근로자파견법에 의해 인정된 사용사업체와 파견근로자의 지휘명령관계는 다르다는 점을 강조한다. 그리고 단체교섭응락의무가 사용사업체가 고용하지 않은 파견근로자와의 사이에서는 발생하지 않는다는 것이다.

113) 安西愈, 앞의 책, 476면 이하 참고.

114) 근로자파견법과 노동법상 사용자개념의 관계가 문제된다. 이에 대해서는 이철수, 『노동관계법 국제비교연구(II)』, 한국노동연구원, 1994, 70~81면 참고.

이상의 쟁점 이외에도 사용사업체에서 샵(shop)조합의 적용문제나, 사용사업체에서 파견근로자의 조합활동에 대해서 논의가 있다.

3. 勞働安全衛生法の 적용에 관한 특례

우리나라의 산업안전보건법에 해당하는 노동안전위생법의 적용에 대해서는 일정한 특례규정을 두고 있다.¹¹⁵⁾ 일본의 근로자파견법 제45조는 사용사업체의 사업자도 사업자로서 의무를 지는 경우(제1항), 사용사업체의 사업자만이 사업자로서의 의무를 지는 경우 등에 대해서 규정하고 있다(제3항).

(1) 파견사업체와 사용사업체의 양 사업자가 의무를 지는 경우

1) 사업자들의 근로자의 안전 및 건강의 확보에 관한 책무의 규정(제3조제1항과 제4조), 2) 총괄안전위생관리자의 규정(제10조), 3) 위생관리자의 규정(제12조), 4) 안전위생추진자들의 규정(제10조), 5) 産業医들의 규정(제13조와 제13조의2), 6) 위생위원회의 규정(제18조), 7) 안전관리자들에 대한 능력향상교육의 규정(제19조의2), 8) 작업내용변경시의 안전위생교육의 규정(제59조제2항), 9) 위험유해업무종사자에 대한 안전위생교육의 규정(제60조의2), 10) 중고연령자들에 대한 배려의 규정(제62조), 11) 건강진단의 결과에 기초한 작업전환등의 규정(제66조의3 제1항), 12) 건강의 유지증진을 위한 조치의 규정(제69조와 제70조)

(2) 파견중의 근로자에 대한 파견사업체의 사업에서 위생관리체제에 관계된 다음에 열거한 규정을 파견사업자에게 적용하는 경우에 파견사업자의 의무의 범위는 (1)에 의해 사용사업자에게 과해진 의무 이외의 부분인 일반적 건강관리에 관계된 의무에 한정한다(법 제45조제2항).

1) 총괄안전위생관리자의 규정(제10조제1항), 2) 위생관리자의 규정(제12조제1항), 3) 안전위생추진자들의 규정(제12조의2), 4) 産業医의 규정(제13조제1항), 5) 위생위원회의 규정(제18조제1항)

(3) 다음에 적은 규정에 대해서는 사용사업체의 사업자만이 사업자로서의 의무를 지고, 파견사업체의 사업자는 이를 지지 않는다(이들 규정에 기초하여 발하는 政, 省令과 이들 규정에 관한 벌칙의 규정도 적용된다)(법 제45조제3항).¹¹⁶⁾

115) 安西愈, 앞의 책, 379면; 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 250면.

116) 이 규정 때문에 이른바 「보상」과 「배상」의 분리가 발생한다. 다음 '5. 재해보상의 책임'의 (2)의 내용 참고.

1) 안전관리자의 규정(제11조), 2) 작업주임자의 규정(제14조), 3) 총괄안전 위생책임자의 규정(제15조), 4) 元方 안전위생관리자의 규정(제29조부터 제30조의2까지), 5) 店社 안전위생관리자의 규정(제15조의3), 6) 안전위원회의 규정(제17조), 7) 위험방지등을 위해 사업자가 강구해야 할 조치등의 규정(제20조부터 제27조까지), 8) 원방 사업자들이 강구해야할 조치등의 규정, 9) 勞働省습으로의 위임규정(제36조 가운데 일정 부분), 10) 定期自主검사의 규정(제45조), 11) 화학물질 유해성의 조사 규정(제57조의2부터 제57조의4까지), 12) 사업자가 해야할 조사등의 규정(제58조), 13) 특별안전위생교육의 규정(제59조제3항), 14) 지도감독자에 대한 안전위생교육의 규정(제60조), 15) 취업제한의 규정(제61조제1항), 16) 작업환경측정의 규정(제65조), 17) 작업시간 제한의 규정(제65조의4), 18) 건강진단의 규정(제66조제2항 전단 및 후단, 제3항, 제4항, 제5항, 제6항), 19) 병자의 취업금지의 규정(제68조), 20) 안전위생개선계획의 규정(제78조와 제79조), 21) 안전위생진단의 규정(제80조), 22) 건설물 설치등에 관한 계획의 신청등의 규정(제88조), 23) 건설물 설치등에 관한 계획에 대한 노동대신의 심사등의 규정(제89조).

(4) 그밖에도 제45조제4항 이하에서 상세한 규정을 더 두고 있다.

4. 진폐법의 적용특례

(1) 분진작업에 관계된 사용사업체의 사업에서 상시 분진작업에 종사하고 있는 파견중의 근로자 또는 종사했던 적이 있는 파견중의 근로자에 대해서는 사용사업체의 사업자는 다음에 적은 규정에 관계된 조치를 강구해야할 의무를 진다(이들 규정에 관한 벌칙의 규정도 적용된다)(법 제46조제1항).

1) 진폐예방의 규정(제5조), 2) 진폐에 관한 예방 및 건강관리를 위한 교육의 규정(제6조), 3) 진폐건강진단의 규정(제7조부터 제9조의2까지), 4) 근로자의 受診의무의 규정(제11조), 5) 사업자에 의한 엑스선 사진등의 제출의 규정(제12조), 6) 진폐관리구분의 결정절차, 통지 등의 규정(제13조부터 제16조까지), 7) 엑스선사진 등의 제출명령의 규정(제16조의2), 8) 진폐건강진단에 관한 기록의 작성 및 보존 등의 규정(제17조), 9) 법령의 주지규정(제35조의2).

위에 따라 사용사업체의 사업자가 지는 의무에 대해서는, 파견사업주의 사업자가 지지 않는다(법 제46조제2항).

또 파견사업체의 사업자가 파견중의 근로자에 대해 진폐건강진단을 한 경우에

는, 그 한도에서 사용사업체의 사업자에 적용되는 노동안전위생법 제66조제2항의 유해한 업무에 관계된 건강진단을 파견사업체의 사업자에게 있다는 동조제1항 또는 제2항의 건강진단을 할 필요가 없다(법 제46조제3항).

(2) 분진작업에 관계된 사용사업체의 사업에서 상시 분진작업에 종사하고 있는 파견중의 근로자 또는 종사한 적이 있는 파견중의 근로자의 파견취업에 관해서는 다음에 적은 규정에 대해서는 파견사업체의 사업자뿐만 아니라 사용사업체의 사업자도 사업자로써 의무를 진다(이들 규정에 관한 벌칙의 규정도 적용된다)(법 제46조제4항).

1) 진폐건강진단의 결과에 기초한 근로자의 건강유지에 관한 책무의 규정(제20조의2), 2) 분진에 노출되는 정도를 低減하기 위한 조치의 규정(제20조의3), 3) 작업의 전환의 규정(제21조), 4) 작업전환을 위한 교육훈련의 규정(제22조의2).

(3) 분진작업에 관계된 사용사업체의 사업에서 파견중의 근로자의 파견취업에 관해서는 전환수당의 규정(제22조)에 의한 의무는 파견사업체의 사업자가 진다(제46조제5항).

(4) 그밖에도 사용사업체의 사업에서 분진작업에 종사했던 적이 있는 근로자이고 현재에는 사용사업체의 사업에서 분진작업 이외의 작업에 상시 종사하지 않는 사람의 보호에 관한 규정(법 제46조제6항) 등이 있다.¹¹⁷⁾

5. 재해보상의 책임

(1) 파견근로자에 대한 재해보상

파견근로자는 등록형이든 상용형이든 파견사업주와의 고용계약에 기초하여 파견사업체에게 고용되어 사용사업체의 사업장으로 파견되고 사용사업체의 지휘명령을 받아 취업한다. 이같은 법률관계의 경우, 재해보상책임을 지는 사업주는 파견사업체측인가 아니면 사용사업체측인가가 문제로 된다. 이점에 대해 일본의 파견법에서는 노동기준법 제7장(제75조-제88조)에 대해서도 산재보험법의 적용에 대해서도 특별한 규정을 두고 있지 않다. 그래서 원칙적으로 이들 재해보상은 고용주인 파견사업주의 책임으로 해석되고 있다.

파견근로자에게 대해 누가 勞働基準法상의 재해보상책임을 지는가에 대해, 다음

117) 이하에 대해서는 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 256면 이하 참고.

과 같은 노동성의 지침이 있다.118)

즉, “근로자파견사업에 있어서 노동기준법의 재해보상책임에 대해서는 안전위생 책임과 표리일체이고, 사용사업주에게 재해보상책임을 지워야 한다는 주장이 있다. 그러나, 파견사업주는 근로자의 사용사업체사업장을 임의로 선택할 수 있는 입장에 있고, 산재사고가 발생한 사용사업주와 근로자파견계약을 체결하고, 그것에 기초하여 근로자를 파견한 것에 책임이 있다는 것, 파견사업주는 파견근로자를 고용하고 자기의 업무명령에 의해 사용사업체의 사업장에 취업시키는 것이기 때문에, 파견근로자를 고용하고 있는 사람으로서, 사용사업체의 사업장에서 파견근로자의 안전위생이 확보되도록 충분히 배려할 책임이 있는 것(또 이 책무에 대해서는 일본근로자파견법 제31조에 명기되어 있음), 업무상의 부상, 질병에 관련되는 해고제한의 규정(노동기준법 제19조제1항) 혹은 퇴직에 의한 보상을 받을 권리의 불변경의 규정(노동기준법 제83조제1항)은, 근로계약관계의 당사자인 파견사업주에게 재해보상책임이 있는 것을 전제로 하고 있다는 것” 등으로부터 특례는 설정되지 않고, 파견사업주에게 재해보상책임을 지우는 것으로 되어있다.

파견근로자의 勞働者災害補償保險法の 적용에 대해, 노동성 당국은 다음과 같이 지적하고 있다.119)

“노동자재해보상보험법 제3조제1항은 「노동자를 사용하는 사업을 적용사업으로 한다」고 규정하고 있고, 이 「사용한다」는 노동기준법등에 있어서 「사용한다」와 같이 근로계약관계(고용관계)에 있다고 하는 의미에서 해석되고 있다는 것, 근로자파견사업에 대한 산재보험법의 적용에 있어서는 파견근로자를 고용하고 임금을 지불하는 파견사업주가 하는 사업을 파견근로자에게 관계되는 적용사업으로 하는 것이 적절하다는 것 등으로부터 보아 근로자파견법에 있어서는 산재보험법의 적용에 대해서 특별한 조치를 강구하지 않는다”고 한다.

(2) 보상과 배상의 분리

근로자파견의 법률관계는 「고용」과 「사용」의 분리라고 말해지지만, 일본에서 업무상 재해가 발생한 경우의 책임문제는 「보상」과 「배상」의 분리라고 할 수 있다.

118) 安西愈, 앞의 책, 445~6면; 노동기준국감독과 편저, 「파견근로자의 노무관리」(노동기준조사회, 1985년 11월) 192면.

119) 勞働省勞働基準局監督課編著, 『派遣労働者の勞務管理』, 勞働基準調査會, 1985, 192면.; 脇田滋, 『労働法の規制緩和と公正雇用保障-労働者派遣法運用の總括と課題』, 法律文化社, 1995, 181면에서 재인용.

그것은 노동기준법에 의해 산재보상의무는 고용자인 파견사업체에 있으며, 민사법상의 안전배려의무는 안전위생관리에 대해서 사용자로 의제되는 사용사업체에게 발생하기 때문이다.

파견근로자가 업무상 재해를 당한 경우, 사용자는 그것이 안전장치의 불비와 기계구조의 결함 기타 안전관리의 과실에 기인한 경우와 적절한 안전관리상의 지휘 명령이 없었다는 등의 원인에 의한 경우에는 산재보험의 급부뿐 아니라 그 과실, 결함과 안전관리상의 불비에 대해서 소위 안전배려의무위반으로서 위자료를 포함한 손해를 배상해야 한다.

이 점에 대해서는 구체적 개별적으로 보아야 하지만, 일용 다음과 같이 논의되고 있다. 즉 업무상의 재해위험으로부터 근로자의 생명, 신체, 건강을 보호하여 사용하는 추상적 의무는 고용주에게 있지만 근로자를 실제로 지휘명령하여 기계, 시설, 기구 등을 제공하여 사용하는 것은 사용사업체의 사업주이다. 이 때문에 일본의 파견법은 노동안전위생법의 특례를 설정하여 사용사업체의 사업주에게 근로자의 위험 또는 건강장해를 방지하기 위한 조치등을 취하도록 하고 있다(법 제45 조제3항).

그래서 구체적인 사용사업체의 작업에 대한 위험, 유해의 방지조치의무는 사용사업체에 있고 파견근로자가 파견사업체의 사업자에 사용되지 않는 것으로 보아 그 규정을 적용하지 않는다. 따라서 사용사업체의 안전위생관리의 불비, 결함에 기초한 산업재해에 대해서는 그 방지의무를 지는 사용사업체에게 손해배상 책임이 있으므로, 이 면에서 「보상」과 「배상」이 분리되어 있다고 할 수 있는 것이다.

안전배려의무 중에는 직업병등의 건강장해의 방지도 포함되지만, 파견근로자가 그 사용사업체에서 일하는 중에 건강장해가 발생한 경우에도 원칙적으로 그것이 사용사업체의 작업에서 기인한 것에 대해서는, 사용사업체의 사업주만의 책임으로 되지만, 파견근로자의 건강관리에 대해서는 일반적인 건강관리책임은 고용주인 파견사업체도 지기 때문에 그 범위에서는 파견사업체도 책임을 진다.

그러나 현실의 업무와 작업환경에 기인한 건강장해방지조치, 예를 들면 유해업무에 종사하는 경우의 건강관리의 문제는 사용사업체가 책임을 지지만, 이 관계에서도 파견사업체가 안전배려의무를 지고, 그것을 태만히 하면 손해배상책임을 진다고 할 수 있다.

이 안전배려의무는 일반적으로 「사용자는 근로자에 대해 사용자가 업무수행을

위해 설치해야 할 장소, 시설이나 기구 등의 설치관리 또는 근로자가 사용자나 상사의 지시 아래 수행하는 업무의 관리에 있어서 근로자의 생명 및 건강 등을 위협으로부터 보호하도록 배려해야 할 의무를 지는 것으로 해석해야 한다」고 하여 「위의 안전배려의무는 어떤 법률관계에 기초하여 특별한 사회적 접촉의 관계에 들어간 당사자 사이에서 그 법률관계의 부수의무로서 당사자의 일방 또는 쌍방이 상대방에 대해 신의칙상 부담해야 할 의무로서 일반적으로 인정해야 한(最三小判 1975.2.25. 외)」다는 것과 같이 판례상 안전배려의무에 대해서는 반드시 고용관계의 존재는 필요하지 않다. 따라서 근로자파견계약에 기초하여 지휘명령관계라고 하는 「특별한 사회적 접촉의 관계」에 든 사용사업체는 파견근로자에 대해 안전배려의무를 부담할 수 있다.

예를 들면 사용사업체에서 제공한 작업으로 경견완증후군에 걸린 경우에, 사용사업체가 파견근로자에 대해 적절한 작업관리를 하지 않고 과대한 업무량의 작업을 시켰다면, 산재보험은 파견사업체에게 적용되지만, 사용사업체는 안전배려의무 위반으로 손해배상책임을 부담해야 한다.

(3) 노동성의 유권해석에 대한 비판

근로자파견법의 제정과정에서, 안전위생과 재해보상의 책임의 분리에 따라서, 사용사업주의 재해발생에 대한 방지의 의무와 책임이 불명확하게 되는 위험성이 각 방면으로부터 강하게 지적되었다. 예를 들면, 1985년 3월 15일의 입법과정에 있어서 일본변호사연합회의 「근로자파견사업의적정한운영의확보및파견근로자의취업조건정비등에관한법률안에 대한 의견」에 의하면, 「파견법안은 노동안전위생법, 진폐법의 적용에 대해서 그 사용자로서의 책임을 사용사업체에게 인정하면서 노기법의 재해보상에 관한 규정에 대해서는 사용사업체에게 적용하지 않는다. 노동자의 안전위생에 관한 일상적, 구체적 의무의 주체와, 노동재해가 발생한 경우의 보상책임의 주체를 이같이 분리하는 것은, 재해발생시의 책임을 애매하게 하는 것으로서 문제가 있다」고 하고 있다.

이 문제에 대해서 집중적으로 분석하고 있는 脇田滋 교수는 아래와 같이 지적하고 있다.¹²⁰⁾ 특히 노동기준법등의 적용과 관련하여 일본 노동성이 앞에서 지적했던 점들에 대해서 비판한다.

120) 脇田滋, 『労働法の規制緩和と公正雇用保障-労働者派遣法運用の總括と課題』, 法律文化社, 1995, 180면 이하.

“ --- 노동성은 파견사업주가 파견근로자에 대해 재해보상책임을 부담하는 유력한 근거를 보이고 있다. 그러나, 그것이 사용사업주의 재해보상책임을 면제하는 이유로는 반드시 직접 연결되지 않는다. 즉 이들 이유가 파견사업주의 책임의 근거로 된다고 해도 그것이 사용사업주의 책임을 배제하는 이유로는 되지 않는다.

오히려 사용사업체에 대해서는 독자로 어떠한 파견근로자에 대해 재해보상책임을 면하는가에 대해서 적극적인 근거가 제시될 필요가 있다. 왜냐하면, 여기에서(노동성의 해석에서) 거론되고 있는 이유중 몇가지 점은 사용사업주에 대해서도 거의 같은 것이기 때문이다. 즉 1) 사용사업주는 파견사업주를 임의로 선택할 수 있는 입장에 있고, 파견사업주와 근로자파견계약을 체결하고 그것에 기초하여 근로자를 산재사고가 발생한 사업장으로 파견시키는 것에 책임이 있다는 것, 2) 사용사업주는 파견근로자를 사용하여 자기의 업무명령에 의해 자기의 사업장에서 취업시키는 것이기 때문에, 파견근로자를 사용하고 있는 것으로서 사용사업체의 사업장에서 파견근로자의 안전위생이 확보되도록 충분히 배려하는 책임이 있다(또 이 책무에 대해서는 근로자파견법 제45조 이하에서 명기되어 있다)는 이유가 들어지는 것이다

따라서 사용사업체도 동등 이상의 책임있는 지위에 있다는 이유가 위 2가지 점만이라면, 파견사업체사업만이 책임을 지는 이유는 명확하지 않다. 문제로 되는 것은 세 번째의 파견사업주가 근로계약의 당사자로서 지위에 있다는(파견근로자를 고용하는 계약당사자라는; 역자주) 것이다. 이 점에 대해서는 형식적인 계약이 아니라, 사용종속이라는 점으로부터 노동관계의 존부를 판단하는 노동법의 기본원칙이 근로자파견법에 의해 간단히 수정되지 않는다”고 보고 있다.

脇田滋 교수는 노동성 당국의 해석에 의해 보상과 배상이 분리되는 문제에 대해서도 비판하고 있다.¹²¹⁾ 즉 파견사업주가 노동기준법이나 勞働者災害補償保險法에 의한 재해보상책임을 지며, 사용사업주는 산업재해를 당한 파견근로자에 대해 불법행위에 의한 손해배상책임, 또는 근로계약에 기초한 안전배려의무위반으로서 손해배상책임을 추급받게 되는 문제에 대한 비판이다.

“근로자파견법은 안전배려의무의 사고가 확립되는 중에 전제로 되어있던 사용자 책임을 일부 분리시키는 것으로 된 것이다. 즉, 안전위생에 대해서는 사용사업주의 책임으로 공법적(對국가적) 책임을 과하면서 재해보상에 대해서는 공법적 또는 사법적 책임(노동기준법상의 무과실의 재해보상책임)을 파견사업주에만 과하

121) 脇田滋, 위의 책, 183~4면.

고 있는 것이다.

확실히 노동성은 근로자를 실제로 사용하는 사용사업주가 안전위생에 대해서 공법적인 의무를 부담하는 것과 함께, 경우에 따라서 민사적 손해배상책임을 부담하는 것을 인정하고 있다. 그러한 한에서는 안전배려의무를 사용사업체에 대해서는 부정하는 것은 아니다. 그러나 이 민사상의 손해배상책임과 노동기준법상의 재해보상책임을 구별하여 후자에 대해 사용사업주의 책임으로부터 분리해버린 것이다. 이것은 종래의 노동법의 기본적인 원칙으로부터 크게 이탈한 사고방식이다. 왜냐하면 재해보상의 책임은 생존권원리에 기초하여 두어진 노동법독자의 제도이지만, 그 始原은 민사상의 계약책임 또는 불법행위책임에 있기 때문이다.

--- 급후, VDT 작업등을 비롯하여 기술의 급속한 진보가 예상되고 그것에 대응하여 안전위생법규가 확충하여 가는 중에 사용사업주에게 엄격한 내용의 안전위생의 공법상의 의무가 부과되거나 그것이 민사상의 손해배상책임에 연결되는 것이 쉽게 예측할 수 있는 것이다. 그러나 그 경우에도 이들 책임과는 분리되어, 재해보상책임이 사용사업주에게 부과되지 않거나 면제되는 합리적인 근거가 분명하지 않는 것이다.”

脇田滋 교수는 사용사업주도 파견사업체와 함께 연대하여 재해보상책임을 부담하는 것이 당연하다고 본다. 그는 사용사업체와 파견사업체의 재해보상책임의 분배관계는 重層請負의 경우의 재해보상책임에 관한 노동기준법 제87조를 유추하여 양자에게 책임을 부담시켜야 한다고 보고 있다.¹²²⁾¹²³⁾

“중층청부관계와 파견근로관계를 비교한다면, 양자는 적어도 재해보상과 안전위생의 관계에서는 구별할 필요가 없다고 생각된다. 특히 사업단위에서 보험관계가 성립한다고 하는 산재보험의 원칙으로부터 생각해도, 사용사업체사업이야말로 「일정한 장소에서 일정한 조직 아래 유기적으로 서로 관련하여 이루어지는 작업의 일체」라고 하는 위 사업의 개념에 적합한 것이며, 사업장단위에서 근로자를 보호한다고 하는 근로자보호법, 나아가 산재보험법의 원칙에 맞는 것이다. 특히 산재보험의 경우에는 기술적인 처리도 가능하고, 사용사업주에게 어떠한 책임을 부담시키는 것은 결코 곤란한 것은 아니라고 생각된다.”

122) 도급사업에 대한 재해보상의 특례를 정하고 있는 우리 근로기준법 제93조에 상응하는 규정이다. 사업이 수차의 도급에 의해 행하여지는 경우에는 원수급인을 사용자로 보는 조항 등으로 구성되어 있다.

123) 脇田滋, 앞의 책, 186면.

VIII. 고령자, 육아휴업 등에 대한 예외 인정

1. 序

60세 이상의 고령자에 대해 고용의 기회를 확대하기 위해 1994년 6월 17일에 공포된 「고연령자등의고용의안정등에관한법률의일부를개정하는법률」에 의해 고령자에 관계된 근로자파견사업의 특례제도가 설정되고, 그해 11월 1일부터 시행되었다.

이 특례제도에서는 파견근로자가 60세 이상의 사람만인 근로자파견사업에 대해서, 항만운송업무, 건설업무, 경비업무 또는 물의 제조 업무 이외의 모든 업무에 대하여 근로자파견사업을 할 수 있도록 함과 함께, 원칙적으로 1년을 초과하는 기간 계속하여 근로자파견을 해서는 안되게 되었다.¹²⁴⁾

육아휴업과 개호휴업과 관련하여 파견근로를 허용하는 특례도 인정되었다. 핵가족화가 진행되는 가운데 육아와 가족 개호의 문제는 근로자가 업무를 계속하는데 커다란 장애가 되고 있다. 이같은 상황에서 근로자의 직업생활과 가정생활의 양립을 지원하기 위해, 「육아휴업에관한법률」(1991년 법률제76호)을 대폭으로 개정된 법률이 1995년 6월 5일 성립하여 같은 달 9일에 공포되었다. 이것에 의해 「육아휴업에관한법률」은 「육아휴업, 개호휴업등육아또는가족개호를행하는노동자의복지에관한법률」¹²⁵⁾로 개정되었다.

이에 따라 종래의 육아휴업제도에 더하여, 개호를 요하는 가족이 있는 근로자가 퇴직하지 않고 일정기간 개호를 위해 쉴 수 있는 介護休業제도가 법제화되었다. 이같은 육아휴업, 개호휴업제도의 보급 및 그 취득의 촉진을 도모하기 위해, 육아휴업 또는 개호휴업을 취득하는 근로자의 업무에 대하여 이루어지는 파견사업에 대해서는 정령에서 정하는 26개의 적용대상업무에 한정하지 않고, 일부의 업무를 제외하고 근로자파견사업을 할 수 있는 특례제도가 설정되었다.

2. 고령자 파견

일본의 경우에도 고령자의 실업상황이 악화되어 있고 더욱 심각하게 될 가능성

124) 菅野和夫, 『雇用社會の法』, 有斐閣, 1996, 206면.

125) 이하 「육아·개호휴업법」이라 한다. 1999년 3월 31일까지 이 법을 「육아휴업등육아또는가족개호를행하는노동자의복지에관한법률」(이하 「육아휴업법」이라 함)이라고 칭한다. 개호휴업규정은 1999년 4월 1일부터 효력이 있기 때문이다.

이 있다. 그러나 고령자는 적어도 65세까지는 일하기를 희망하는 등 근로의욕이 극히 높고, 앞으로 청년·중년층을 중심으로 노동인구가 감소로 전환하게 되는 사정에 비추어, 일본에서는 경제의 활력을 유지하기 위해서도 65세에 달하기까지의 고용기회를 확보하는 것이 필요하다고 보았다. 이를 위한 문제해결의 한 방안으로서 60세 이상의 고령자에 대해 스스로의 선택에 따른 노동을 할 수 있는 고용기회를 제공함과 함께, 그 고용의 장의 확대를 도모하고자 했다. 파견근로자가 60세 이상의 자만인 근로자파견사업에 대해서는 영으로 정하는 26개 적용대상업무에 한정되지 않고 일부의 업무를 제외하고 근로자파견사업이 허용되는 제도가 설정되었다.¹²⁶⁾

60세 이상의 사람만인가 여부에 대해서는 기본적으로 사업장마다 판단된다. 다만, 일반(또는 특정)근로자파견사업과 고령자파견사업이 한 사업장에서 동시에 운영될 수도 있는데, 그러기 위해서는 각각의 사업에 관계되는 조직의 구분, 사업운영의 구분이 명확히 되어야 한다.

고령특례근로자파견사업은 항만운송업무(항만노동법 제2조제4호에 규정하는 항만운송의 업무를 말한다), 건설업무(토목, 건축 기타 공작물의 건설, 개조, 보존, 수리, 변경, 파견 또는 해체의 작업 또는 이들 준비의 작업에 관계되는 업무를 말한다) 기타 파견근로자에게 종사시키는 것이 적당하지 않은 「적용제외업무」 이외의 업무 가운데, 60세 이상의 자에게 관계되는 노동력의 수급상황으로부터 보아 근로자파견에 의해 파견근로자에게 종사시킬 수 있도록 할 필요가 인정되지 않는 업무로서 노동성령에서 정하는 업무 이외의 업무(고연령자파견적용대상업무)에 대해 할 수 있다.

3. 육아휴업과 개호휴업 파견

육아휴업법 제40조의2 및 제40조의3에 의한 근로자파견사업의 특례는, 근로자가 육아휴업 또는 개호휴업을 하는 경우에 「그 근로자의 업무에 대하여 이루어지는」 근로자파견사업으로서 일반근로자파견사업의 허가를 받은 것이거나 특정근로자파견사업으로 신고를 한 것 이외의 사업에 대해서 적용된다. 육아휴업법 제40조의2와3은 근로자파견법 관련규정을 부분적으로 수정하여 적용하는 규정이다. 위에 대한 법규정과 유권해석을 나누어서 설명하면 다음과 같다.¹²⁷⁾

126) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 275면 이하.

127) 勞働省職業安定局 編著, 앞의 책, 304면 이하 참고.

먼저, 여기에서 「육아휴업」이라 함은, 육아휴업법 제2조제1항제1호에서 정하는 육아휴업(일일 고용과 기간부 고용을 제외한 근로자가 육아휴업법 제2장의 정함에 의해 그 1세 미만의 자녀를 양육하기 위해 하는 휴업) 및 이에 준하는 휴업을 말한다(육아휴업법 제39조). 이것에 준하는 휴업은, 1세부터 소학교 취학의 시기에 달하기까지의 자녀를 양육하기 위한 휴업을 지칭한다.

또 「개호휴업」이라 함은, 사업주가 그 고용하는 근로자의 신청에 의해 그 근로자가 그 가족의 개호를 위해 일정기간 휴업하는 것을 인정하는 조치를 말한다(육아휴업법 제39조).

나아가 육아휴업법은 1999년 4월부터 육아·개호휴업법으로 되지만, 이 때에는 「개호휴업」이라 함은 육아·개호휴업법 제2조제1항제2호에서 정하는 개호휴업¹²⁸⁾ 및 이에 준하는 휴업을 말하는 것으로 된다.¹²⁹⁾ 이 경우 이에 준하는 휴업이라 함은 이것을 상회하는 내용의 휴업을 의미하게 될 것이다.

「그 근로자의 업무에서 대하여 이루어지는」이라 함은 육아휴업 또는 개호휴업을 하는 근로자가 휴업의 직전에 하고 있던 업무를 지칭하는 것으로, 그 업무의 범위 내의 업무에 대하여 근로자파견을 하는 것이다. 예를 들면, 육아휴업취득자 A가 종사하고 있던 업무 a에는 다른 근로자 B가 종사하는 것으로 하고, 대신에 근로자 B가 종사하고 있었던 업무 b에 대하여 근로자파견을 하는 것은 「그 근로자의 업무에 대하여 이루어진」 것으로 인정되지 않는다. 또 육아휴업취득자 A가 종사하고 있던 업무 a를 나아가 복수의 업무로 분할하여 각각의 업무에 대하여 동시에 복수의 근로자파견을 하는 것도 특례제도가 무한정 확대할 위험이 있기 때문에 인정되지 않는다고 한다. 또 육아휴업취득자 A와 다른 근로자 B가 공유하고 있었던 업무에 대하여 근로자파견을 하는 것은 지장이 없다고 한다.

육아·개호휴업특례근로자파견사업 중 일반근로자파견사업에 해당하는 것을 일반육아·개호휴업특례근로자파견사업이라고, 특정근로자파견사업에 해당하는 것을 특정육아·개호휴업특례근로자파견사업이라고 한다. 이에 대한 규제는 대체로 일반근로자파견사업과 특정근로자파견사업과 유사하다.

128) 구체적으로는, 要介護状態(부상, 질병 또는 신체상 또는 정신상의 장애에 의해, 2주간 이상의 기간에 걸쳐 상시 개호를 필요로 하는 상태)에 있는 대상가족(배우자, 부모, 자녀 및 배우자의 부모이며, 근로자 본인이 동거하고 부양하고 있는 조부모, 형제자매 및 손자녀를 포함한다)을 개호하기 위해 하는 휴업을 의미하게 된다. 법정휴업기간은 연속하는 3개월이며, 1대상가족에 대해 1회만 인정된다.

129) 휴업기간중의 임금에 대해서는 특별한 규정을 두지 않았다. 이에 따라 휴업중의 임금의 취급은 근로계약상 무급이 원칙이며, 어떠한 지불을 하는가는 사업주의 임의에 맡겨져 있다.

IX. 개정논의 및 비판

일본에서는 근로자파견법의 대폭 개정에 대한 논의가 활발하며, 국회입법을 앞두고 있다. 1998년 5월 14일 「근로자파견사업제도의 개정에 관한 중앙직업안정심의회의 건의」가 발표되었다. 그것을 수용하는 형태로, 노동대신은 7월 15일 인 재파견의 대상업무범위의 대폭 개정을 중심으로 한 근로자파견사업법의 改正案 要綱을 중앙직업안정심의회에 자문하였다. 중앙직업안정심의회는 8월 5일 개정안 요강에 답신을 하였다. 이를 다시 받아 노동성에서는 근로자파견법의 일부를 개정하는 법률안을 작성하였고, 지난 10월 6일 각의결정이후에 국회에 제출하였다. 1999년 7월 1일부터 시행되는 것이 내용인 이 법률안은 이 글의 작성시까지 국회에서 최종의결되지 않은 상태이다.

아래에서는 「근로자파견사업제도의 개정에 관한 중앙직업안정심의회의 건의」를 소개한다. 국회제출 법률안은 5월 14일의 중앙직업안정심의회의 건의의 골격을 유지하고 있으므로, 다음의 소개내용은 일본법의 개정방향을 가늠해볼 수 있다.¹³⁰⁾

중앙직업안정심의회는 산하 민간노동력수급제도소위원회에서 1997년 1월부터 근로자파견제도의 개정에 대해서 검토를 해왔다. 5월 14일의 보고에 대해서 노동자대표위원들로부터 노동대신에게 건의하는 것은 인정하지 않는다는 의견도 표명되었지만, 중앙직업안정심의회는 사회경제정세의 변화등에 대등한 근로자파견사업제도의 개선을 꾀할 필요가 있다고 판단하여 건의를 내고 있다.

최근 개정법률안의 골격은 일부 예외를 제외하고 일시적 업무에 대한 파견을 원칙적으로 허용하고 그 기간의 상한을 1년으로 정하는 것이다. 아울러 지금까지 허용했던 전문적 업무에 대한 파견은 그대로 인정하고 파견기간의 상한도 현재와 같이 유지시키는 것이다.

1. 개정에 관한 기본 시각

현행 근로자파견사업의 운영 및 파견근로자의 취업에 지장이 발생하지 않도록

130) 아래의 내용은, (資料) “労働者派遣事業制度の改正に関する中央職業安定審議會の「建議」について”, 労働法律旬報 1437号, 1998.8.10, 58면 이하를 기초로 했으며, 부분적으로 大橋 範雄, “労働者派遣事業制度の改正に関する中職審「建議」を讀んで”, 労働法律旬報 1437号, 1998.8.10. 36면 이하의 내용을 참고했음.

유의하면서, 새로운 근로자파견사업을 임시적, 일시적 노동력의 수급조정에 관련한 대책으로서 위치지운다. 즉 이번 건의의 특징은 종래의 근로자파견사업은 전문성을 가지는 것에 한정하여 인정하였지만, 현행의 근로자파견사업에 더하여 별도로 임시적, 일시적 노동력의 수급조정을 위해 파견을 승인한 점에 있다. 이것은 파견근로는 그 목적으로부터 2종류로 분류할 수 있으며, 이번 건의에 의해 새로이 추진되려고 하는 근로자파견사업에 대해서는 전문성이 요구되지 않는 것으로부터, 그 적용대상업무의 범위도 임시적, 일시적 필요가 충족된다면 족하다고 하는 것이기 때문에 당연한 귀결로서 적용대상업무의 확대라고 하는 결론이 쉽게 된다.

2. 개정에 관한 구체적 조치에 대해

(1) 적용대상업무

1) 적용대상업무의 방향에 대해

① 다양한 형태로 취업에 관계된 근로자의 요구에 대응 등 노동력 수급양면으로부터의 요구, 근로자파견사업에 대한 새로운 국제기준을 보이는 ILO 제181호 협약 제2조의 취지 등을 본다면, 근로자파견에 의해 파견근로자에게 종사시키는 것이 적당하지 않은 업무 이외에는 적용대상업무로 하는 것(이른바, Negative 방식)이 적당하다.

② 또 새로이 적용대상으로 된 업무에 대해 파견기간을 엄격하게 제한하고, 전문적인 지식등을 필요로 하는 현행제도의 적용대상업무와 명확히 구분하여 운용해야 한다는 의견을 취하여, 각각의 파견기간에 대해 다른 취급을 하지만, 근로자 보호를 위한 조치는 공통의 것을 적용해야 하고, 그 충실을 도모하는 것이 적당하다.

2) 적용대상업무의 범위에 대해

현행제도에서 근로자파견사업의 적용이 제외되는 i) 항만운송업무 및 건설업무, 그리고 ii) 사업 실시의 적정을 확보하기 위해서는 근로자파견에 의해 파견근로자에게 종사시키는 것이 적당하지 않다고 인정되는 업무 외에, iii) 그 업무에 종사하는 근로자의 취업조건을 확보하기 위해서는 근로자파견에 의해 파견근로자에게 종사시키는 것이 적당하지 않다고 인정되는 업무에 대해서도 1)의 「근로자파견에 의해 파견근로자에게 종사시키는 것이 적당하지 않은 업무」로 하고, 그 이

외의 업무에 대해서는 적용대상업무로 하는 것이 적당하다.¹³¹⁾

또 ii) 및 iii)에 해당하는 업무에 대해서는 근로자의 취업조건의 확보의 관점 등으로부터의 검토가 필요하다는 것으로부터 미리 중앙직업안정심의회 의견 청취한 후에 정하는 것이 적절하다.

노동자대표위원으로부터 일본에서 노동력의 수급조정은 사외공, 계절공, 단시간 근로자 등에 의해 상당정도 가능하고, 새로이 임시적, 일시적인 노동력의 수급조정에 관한 대책으로서의 근로자파견사업을 설정할 필연성은 없다고 하는 의견이 있었다.

고용주대표위원으로부터 적용제외업무로 하는 경우에는 동기준에 해당하기 위한 충분한 논거가 필요하고, 범위는 한정해야 한다는 의견이 있었다.

노동자대표위원으로부터 제조업의 생산공정라인에 종사하는 업무 및 기업에서 인사, 노무관리의 업무를 적용제외업무로 하는 것이 적당하다고 하는 의견 및 고용주대표위원으로부터 이에 반대하는 의견이 있었다.

(2) 파견기간

1) 파견기간의 본질에 대해

파견기간에 대해서는 사회경제정세의 변화에의 대응, 근로자의 다양한 선택지의 확보등의 관점으로부터, 상용고용의 대체의 위험이 적다고 생각되는 임시적, 일시적 노동력의 수급조정에 관한 대책으로서 근로자파견사업제도를 위치지우는 기본적인 방향에 서서, 원칙적으로 파견기간을 일정한 기간에 한정하는 것이 적당하다.

2) 파견기간에 대하여 대해

① 상용고용의 대체방지의 관점으로부터 원칙적으로 사용사업체는 동일업무에 대해 1년을 초과하는 기간 계속하여 근로자파견의 서비스의 제공을 받아서는 안 되는 것이 적당하다.

② ①의 파견기간의 제한을 초과하는 근로자파견의 수입방지를 도모하는 관점으로부터 파견기간의 제한의 효과를 철저하게 하기 위해 다음과 같은 조치를 강

131) 그러나, 위 iii)의 내용은 노동성의 1998년 7월 파견법 개정요강에서는 삭제된 것으로 보인다. 日本労働省, “근로자파견사업의적정한운영의확보및파견근로자의취업조건정비등에관한 법률등의일부를개정하는법률안요강”, 労働法律旬報 1437号, 1998.8.10, 66~7면.

구하는 것이 적당하다.

i) ①에 위반한 사용사업체는 파견근로자의 희망이 있다면 그 파견근로자를 고용하려고 노력해야 한다는 것.

ii) 사용사업체가 ①에 위반한 경우에는 사용사업체에 대한 노동대신의 권고 및 공표의 대상으로 하는 것.

③ 현행 근로자파견법의 적용대상업무인 전문적 지식, 기술 또는 경험을 필요로 하는 업무에 대하여 근로자파견을 하는 경우에는 상용고용의 대체의 위험이 적기 때문에, 현행의 파견기간의 제한의 방침을 유지하는 것이 적당하다.

④ 또 근로자의 직업생활의 전기간에 걸친 그 능력의 유효한 발휘 및 그 고용의 안정에 이바지한다고 인정되는 고용관행을 훼손하지 않는 경우에 근로자파견을 하는 때에 대해서는 상용고용의 대체 위험이 적기 때문에 ① 및 ②의 특례를 인정하는 것이 적당하다.

노동자대표위원으로부터 임시적, 일시적인 노동력의 수급조정에 관한 대책으로서 근로자파견사업을 위치지우는 관점으로부터 i) 상용형 파견만으로 동일사업장 및 동일업무에서 파견기간은 3개월 정도의 단기로 해야 하고, ii) 본래 갱신은 인정되어서는 안되지만, 계속하여 1년을 초과하여 갱신을 한 경우에는 사용사업체에서 고용하는 것을 의무로 부과해야 한다는 의견이 있었다.

고용주대표위원으로부터 파견기간의 상한을 정하는 것에 대해 i) 파견기간은 본래 계약자유의 원칙에 의해야 하는 것이며, 당사자간의 합의에 기초한 갱신까지 제한되는 것은 아니다. ii) 파견기간을 제한하는 경우에도 ①의 원칙 아래에서 특례적으로 ③과 같은 취급을 하는 것으로 해서는 안되며, 현행 파견기간의 제한의 방침으로 통일시켜야 한다는 의견이 있었다.

또 고용주대표위원으로부터 파견기간의 상한을 초과한 경우의 조치에 대해

i) 노력의무라고 하여도 파견기간이 1년을 초과한 경우에 사용사업체에게 고용의무를 과하는 것에는 반대,

ii) 권고와 공표를 하는 경우에는 사용사업체가 고의 또는 악의를 가지고 하고 있는 경우 등에 제한해야 한다는 의견이 있었다.

노동자대표위원으로부터, 근로자파견사업제도를 임시적, 일시적인 노동력의 수급조정에 관한 대책으로서 위치지움에 있어서는 단기의 결원보충과 임시적, 일시적인 업무등의 파견사유를 명확히 하여 제한을 설정해야 한다는 의견이 있었다.

(3) 허가, 신고제

허가, 신고제에 대해서는 허가의 결격사유 및 허가기준에 대해서 일정한 개정과 절차의 간략화를 하면서 유지한다고 함으로써, 현행제도를 유지하면서도 규제완화에 따른 형태로 그 절차등에 대해 간략화하는 방향을 취하는 것이다.

(4) 근로자보호를 위한 조치

1) 고충처리등의 적절한 조치

공공직업안정소의 역할을 중시한 건의내용이다.

① 공공직업안정소에서 파견근로자로부터의 신고의 접수 및 사용사업체가 신고를 한 것을 이유로 파견근로자에게 불이익한 취급을 하는 것을 금지하기 위한 조치.

② 공공직업안정소등에 있어서 근로자파견에 관계된 고충, 문제사안 등의 사전 방지 및 조기해결을 위한 조치의 일층 충실.

2) 파견근로자의 적절한 파견취업에 관계된 조치

① 사회보험등의 적용의 촉진을 위해 제도의 취지 등의 주지를 태만히 한 파견사업주에게 벌금이 부과된 경우등에 있어서 허가의 취소등.

② 근로자파견계약의 중도해제에 관계된 조치의 충실

근로자파견계약의 중도해제에 있어서 강구해야 할 조치에 대해서는 1996년의 파견법개정에서 근로자파견계약의 필요적 기재사항으로서 「근로자파견계약의 해제에 있어서 강구해야할 파견근로자의 고용의 안정을 도모하기 위해 필요한 조치에 관한 사항」이 신설되었다. 나아가 노동부지침은, 근로자파견계약의 해제의 사전신청 및 사용사업체에 있어서 취업기회의 확보, 나아가 손해배상등에 관계된 적절한 조치를 취해야 한다고 정했다.

그런데 실제의 근로자파견계약에서 그 사항에 관해 충분한 기재가 되지 않고, 근로자파견계약의 중도해제에 수반하여 파견사업주가 파견근로자와의 고용계약을 해제하는 사례가 있다는 것과 근로자파견계약의 중도해제에 관계된 조치의 實效가 충분히 확보되지 않는 실태에 비추어, 파견근로자의 고용안정을 도모한다는 관점으로부터 지침에서 근로자파견계약의 중도해제에 관계된 조치에 대해, 보다 구체적인 내용을 기재하는 것이 적당하다.

노동자대표위원으로부터, 근로자파견계약의 중도해제에 관계된 조치에 대해, 현행에서는 지침에 의해 규정되어 있지만, 지침이 아닌 일본근로자파견법 제27조132)에 규정해야한다는 의견이 있었다.

③ 취업조건 명시에 관계된 지도, 啓發

1996년의 제도개정에서 파견근로자에 대한 근로조건 명시가 적확히 이루어지도록 모델취업조건 명시서에 의해 지도, 계발이 이루어졌지만, 여전히 노동조건 및 취업조건 명시가 충분히 이루어지지 않은 사안이 있는 것에 비추어 동 명시서에 의해 변경하는 지도, 啓發을 하는 것이 적당하다. 노동자대표로부터 ① 취업조건 명시를 도모하기 위해 모델양식을 작성해야 하며, ② 파견근로자의 노동조건 및 취업조건 명시에 관계된 사항을 근로자파견법상 규정하여 의무지워야 하며, ③ 기재를 태만한 파견사업주 및 사용자업체에 대해 제재조치를 설정해야 한다는 의견이 있었다. 고용주대표로부터 모델 취업조건명시서에 기재한 내용은 법률에서 정하는 사항에 한정해야 한다는 의견이 있었다.

노동자대표위원으로부터 賃確法(상시고용 전제)의 적용방안과 파견근로자의 육아휴업, 산휴 등의 대책에 대한 의견이 있었다.

④ 파견근로자의 개인적 정보의 보호를 위한 조치

파견근로자의 개인적 정보가 유출한다는 것이 실제로 문제로 된 것으로부터 이 점에 대해서도 배려하고 있는 것이다. 즉, 파견근로자의 개인적 정보에 대해서 守秘義務에 대한 의견이다.

(5) 고령자특례근로자파견사업 및 육아·개호휴업대체요원 특례근로자파견의 방향

이 2개의 파견은 1996년 파견법의 개정에 의해 새로이 인정된 것이지만, 건의는 이 점에 대해서도 다음과 같이 제안하고 있는 것이다. 현행의 2가지 특례사업에 대해서는 심의회건의의 적용대상업무와 파견기간 등에 포함될 수 있으므로 폐지한다는 취지이다.

즉, 이번의 근로자파견사업제도의 개정에서 근로자파견사업을 임시적, 일시적인 노동력의 수급조정에 관한 대책으로서 위치시키고, 적용대상업무에 대하여 네가티브 방식을 채용하는 것과 함께 파견기간을 일정한 기간으로 한정하는 것으로 하는 등에 수반하여 법제적인 점으로부터 그 위치를 정리할 필요성이 발생한 것이다.

132) 사용자업체는 국적, 조합활동 등의 이유로 파견계약을 해제할 수 없다는 규정이다.

적용대상업무 및 파견기간에 관계된 취급이 다른 것에 기인하여 양 사업이 1986년에 시행된 근로자파견사업의 특례로서 설정된 것이라고 하는 점을 보아, 제도의 기본적인 틀로서 법제적으로는 개정에 의해 설정한 새로운 근로자파견사업의 중에 양 사업을 받아들이는 것이 적당하다.

따라서 '고연령자등의고용의인정등에관한법률' 및 '육아휴업등육아또는가족개호를하는노동자의복지에관련된법률' 등에 있어서 근로자파견사업의 특례에 관계된 규정에 대하여 법적으로 정비를 한다.

노동자대표위원으로부터 각각의 특례근로자파견사업제도가 설정된 사회적 배경을 근거로 한 검토가 필요하고 기본적으로는 특례근로자파견사업을 해소하는 것에는 반대한다는 의견이 있었다.

3. 중앙직업안정심의회 의견에 대한 비판

이상과 같은 중앙직업안정심의회 의견은 노동조합측과 학계로부터 적지않은 비판에 직면하고 있다. 그 가운데에 최근에 발표된 大橋範雄 교수의 비판을 요약하여 소개하면 다음과 같다.¹³³⁾

위 의견에 대해 大橋範雄 교수는, 의견과 같이 근로자파견사업을 2분하여 새로이 추가되는 사업에 대해서만 파견기간을 엄격하게 제한하고 종래부터의 파견에 대해서는 그대로 하는 것은 파견근로를 원칙으로 모든 업무로 확대하는 것을 용이하게 하는 것이며, 특히 리스트럭션, 합리화가 성행하고 있는 오늘날에는 파견근로는 상용고용근로자의 고용도 위협하게 될 가능성이 높다고 지적하고 있다.

그는 의견의 본질적 문제점은, 근로자파견사업의 임시적, 일시적 업무로의 확대를 인정하는 점에 있는 것이 아니라, 본래 임시적, 일시적인 것에 한정해야함에도 불구하고 종래로부터 전문성을 요건으로 한 근로자파견사업을 그대로 인정한 위에서 나아가 이번에 새로이 임시적, 일시적인 파견에 대해서도 승인하여 2종류의 파견근로를 인정하여 각각 다른 법규정의 적용을 인정하는 것에 의해 파견근로의 적용대상업무의 범위를 확대한 점에 있다고 한다.

大橋範雄 교수의 주된 주장은, 근로자파견사업에 대해서는 대상업무를 전문적 업무로 한정하기보다는 임시적, 일시적 노동에만 한정하고 파견기간의 상한도 단기로 정해 엄격히 규제해야 한다는 것이다. 그는 독일을 비롯한 유럽식의 단기적

133) 이하의 내용은, 大橋範雄, "労働者派遣事業制度の改正に関する中職審「建議」を讀んで", 労働法律旬報 1437号, 1998.8.10, 39~46면 참고.

파견(즉, temporary work)의 필요성은 인정하면서도, 종래 일본이 선택했던 전문적 파견에 대해서는 의문을 보이고 있다.

그리고 위 건의에서 파견기간의 상한을 초과한 경우에 대해 사용사업체는 파견 근로자의 희망에 따라 그 파견근로자를 고용하도록 노력해야 한다는 부분에도 대해서도 비판하고 있다. 그것은 어디까지나 「노력의무」 규정이며, 이같은 규정이 완전히 무의미한 것은 이미 남녀고용기회균등법의 10년에 걸친 경험으로부터도 명백하다고 지적하고 있다. 나아가 “건의의 입장에서도 이번에 새로이 추가된 근로자파견사업은 임시적, 일시적인 것으로 되어 있기 때문에, 이 취지를 철저히 한다면 당연히 사용사업체의 노력의무가 아니라 강행법규로 해야 한다. 그렇지 않고 파견기간의 장기화가 계속된다면, 네카티브방식에 의해 거의 모든 업무가 파견의 대상으로 되기 때문에, 파견근로는 저가의 대체노동력 도입이라는 결과를 낳음으로써 파견근로자의 보호라고 하는 점뿐만 아니라, 상용고용근로자의 직장확보라는 점에서도 중대한 위험을 낳게 될 것”이라고 한다.

그리고 위와 같이 파견기간의 상한을 단기로 제한하려는 견해에 대해서는, 그것이 오히려 파견근로자의 고용확보가 곤란하게 한다는 비판이 있음을 인정하고, 나아가 다음과 같은 흥미로운 지적을 하고 있다. 즉, “파견근로관계에서는 고용자는 파견사업체이며 사용사업체는 아니라는 것으로부터, 파견기간의 길이와 파견근로자의 고용과는 무관계하고, 파견사업체는 고용자로서 통상의 노동관계에서 사용자 책임을 지고 있다는 의미이기 때문에, 파견사업체가 파견근로자의 고용을 확보해야 하고, 사용자책임을 지는 것이 가능한 파견사업체만이 근로자파견사업을 하는 것이 허용되는 것이다. — 나아가 파견근로 그 자체의 본질로부터 파견사업체가 파견근로자의 직장확보에 대하여 사용자책임을 지는 것 자체가 불가능하다고 한다면, 고용과 사용을 분리한 파견근로관계 그 자체의 존재의의가 의문될 것”이라고 한다.

제5장 결론 - 논의의 요약과 시사점

이 글은 독일, 프랑스, 일본의 근로자파견법제를 조사, 정리하였다. 이들 국가를 선택한 것은, 근로자파견법이 지향하는 방향이 우리나라 법제와 같기 때문이다. 미국과 같이 완전히 자유화하지 않고, 스웨덴과 같이 완전 금지하지도 않는 국가이기에, 우리 법제의 운용방향에 대해 시사를 주는 바가 크다고 보았다.

본론에서는 그동안 국내에 충분히 소개되지 않은 내용을 포함하여 해당 국가의 파견법제의 내용을 전체적으로 정리했다. 1997년 고용촉진개혁법의 내용을 비롯한 독일법제, 1990년법의 내용을 중심으로 한 프랑스법제, 1996년의 근로자파견법령 개정을 비롯한 일본법제의 내용을 소개하였다. 독일과 일본의 최근 개정내용은 파견법의 규제를 완화하는 방향으로의 개정이었으며, 프랑스의 1990년법은 그 이전의 규제를 강화하는 방향으로의 개정이었다. 각국은 정치권력의 교체와 경기의 변동에 따라 법제를 빈번히 개정하였다. 앞으로도 근로자파견법의 개정은 계속될 것으로 보인다. 특히, 독일 사회민주당을 비롯한 유럽 진보정당들의 득세는 근로자파견법제에 어떠한 영향을 끼칠 것인지는 앞으로 주목할 만한 점이다.

이하에서는 본론의 내용을 몇가지 항목으로 나누어 정리하였다. 여기에서 정리하는 점 이외에도 파견근로자의 집단법상의 권리¹³⁴⁾나 외국인 파견근로자의 보호 규정¹³⁵⁾ 등은 본론 내용을 참고바란다.

I. 파견대상업무와 파견기간의 상호비교

1. 일본의 근로자파견법

일본의 근로자파견법은 전문적 지식, 기술, 경험이 필요한 업무를 중심으로 근로자파견을 허용하고 있다는 점에서 우리 법과 유사한 구조를 가지고 있다. 전문적 지식, 기술, 경험이 필요한 업무로서 政令(우리의 시행령에 해당함)에 의해 지정되어야만 근로자파견이 가능하다. 그렇지만, 우리나라법에서는 일시적·간헐적 업무에 대해 원칙적으로 근로자파견이 허용되나, 아직까지 일본은 그러한 규정을 채택하지 않았다. 다만, 본론에서 정리한 것처럼, 1998년 일본국회에 상정된 법 개정안에서는 일시적 파견의 도입이 비중있게 다루어지고 있다.

134) 각 국가의 'Ⅷ. 노동관계법의 적용'의 내용을 참고.

135) 독일편의 VI.의 내용가운데, '6. 위법파견사업에 관한 제재'를 참고.

일본은 1986년부터 16개의 업무를 시행령으로 정하여 파견을 허용해 오다가, 1996년 12월부터 10개의 업무를 추가하여 현재는 26개의 업무에 대해 파견근로를 허용하고 있다. 일본의 전문적 업무의 숫자는 26개로 우리법령과 동일하지만, 우리 법령처럼 표준직업분류의 방식을 채택하지 않았다. 일본의 파견기간에 대한 규제를 보면, 파견기간은 대체로 1년으로 제한되어 있으나 갱신이 허용되며, 다만 동일한 파견근로자를 동일한 업무에 3년을 초과하여 파견할 수 없도록 행정지정한다. 요컨대 일본은 전문적 업무에 대해 비교적 장기간 파견시키는 제도를 운용하고 있다.

그리고 파견사업 등에 대해서도 근로자를 상용형으로 고용하는 것(특정근로자 파견사업)은 노동대신에 대한 신고제로 하고, 소위 등록형으로 불리는 일반근로자 파견사업은 노동대신에 대한 허가제로 하고 있다.

2. 독일의 근로자파견법

독일의 파견법은 근로자파견사업에 대해 일정한 규제를 가하는 유형이면서도 우리 근로자파견법과는 다른 체계를 가진다.

독일에서는 대상업무에 대한 제한이 원칙적으로 없다. 다만, 건설업(Baugewerbe)의 경우에는 근로자파견사업의 대상이 될 수 없다. 건설업을 제외한 전 업종에서 근로자파견이 허용되어 있다. 독일은 대상업무에 대한 규제를 통해 파견사업을 규제하는 것이 아니다. 몇가지 법적 규제방법을 통해서 근로자파견을 제한하고 있다.

먼저, 파견기간의 제한이다. 즉 동일한 파견사업자에게 파견근로자를 파견할 수 있는 파견기간의 상한을 정함으로써 장기간 파견을 금지하고 있다. 다만, 이러한 파견기간제한은 최근들어 계속적으로 완화되고 있다. 파견기간의 상한이 6개월에서 9개월로, 최근에는 다시 12개월로 연장되었다. 또한 부정한 거래를 회피하기 위해 근로자파견법 제3조제1항제6호는, 다른 파견사업주에 의해 바로 직전에 이루어진 파견은 동일한 사용사업주에게 제공된 것으로서 추가산입하고 있다.

그러나, 독일의 규제에서 파견기간의 규제만이 중요한 것이라고 보면 안된다. 오히려, 근로자파견법은 일치의 금지, 기간의 정함이 있는 근로계약의 금지 등의 규제가 중요하다.

파견사업자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결해야 한다. 파견근로자에게 실질적인 사유가 없는 한, 파견근로자와 기한의 정함이 있는 근로계약을 체결한

자는 파견업의 허가가 거부될 수 있다. 파견사업주에게 파견근로자를 상용근로자로 채용하도록 하는 것이다. 아울러, 일치의 금지(Synchronisationsverbot)에 의해 파견사업주가 파견근로자와의 근로계약 기간을 어떤 사용사업자의 파견기간에 한정하는 것이 금지된다. 이 법규정은 사용사업주로의 1회 파견만을 목적으로 근로자를 채용하는 것을 금지하려는 취지이며, 파견사업주는 파견근로자를 가능한 상용의 형태로 고용하도록 유도하려는 규정이었다.

이상에서 알 수 있는 바와 같이 독일은 상용형의 파견근로자를 고용하는 것을 기초로 하고 있다. 그러나, 이러한 독일형의 근로자파견법은 우리 법 제정시에 거의 고려되지 못했다.

최근 들어 이와 같은 근로자파견법의 규제는 완화되었다. 특히 1997년 3월의 법개정으로 위의 내용은 본론에서 정리한 것처럼 크게 완화되었으나, 규제의 골격은 유지되었다.

3. 프랑스의 근로자파견법

우리나라 법은 “출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다”고 한다(법 제5조제2항). 일시적 업무에 대해 Negative 방식을 채용한 이 부분은, 일본이나 독일의 법제에서는 찾아볼 수 없다. 이와 유사한 법제는 프랑스의 노동관계법에서 찾을 수 있다. 입법에 참여했던 사람들이 프랑스의 입법을 의도적으로 참고했는지는 알 수 없으나, 객관화된 법률의 내용은 프랑스의 법과 유사하다.

프랑스는 적용대상업무를 구체적으로 열거하지 않고, 파견근로의 이용사유를 다음과 같이 제한하고 있다. 즉, 파견근로가 상용근로를 대체하지 않도록, 파견근로의 이용가능성을 다음의 3가지 사유(L 124조의2의1)로 한정하고 있다. 첫째로는 결근 또는 근로계약을 중단하고 있는 근로자등의 대체요원으로서의 이용이다. 둘째로는, 업무의 일시적 증가에 대한 대처로서 파견근로의 이용이며, 마지막으로는 원래 일시적인 노동 - 계절노동, 기간의 정함이 없는 근로계약에 의한 고용을 이용하지 않는 것이 직업상 관습으로 되어 있는 업무 - 에 대해서 파견노동의 이용이다.

프랑스의 파견근로자는, 남성으로서 직업자격이 낮고 중공업에 종사하는 근로자라고 하는 이미지가 있다. 파견근로계약의 4분의 3이 남성과 체결되며, 연령별로

는 파견근로자의 40%가 18세부터 24세까지의 젊은 근로자이다(1990년). 파견근로의 이용을 산업별로 보면, 공업과 건설·토목업에 종사하는 비율이 4분의 3이며 제3차산업에 종사하는 파견근로자의 비율은 상대적으로 낮다. 즉 파견근로자는 전문직 근로자로서 이용되는 것이 아니라, 육체근로자로서 일시적으로 이용되는 경우가 많다.

국내에는 프랑스가 1986년 법령개정을 통하여 파견가능한 사유에 대한 제한이 크게 삭제된 것으로 알려졌으나, 그 뒤 법개정이 다시 있었다. 1988년 사회당 내각이 집권한 후 법개정에 대한 논의가 진행되었고, 1990년 7월의 법개정을 통해 위의 일부 사유에 한하여 파견근로가 가능하다.

파견의 최장기간도 개정의 대상이 되었다. 1986년의 오르드낭스(Ordonnance)에서는 최장기간은 24개월로 되어 있었으나, 1990년법에 의해 파견근로는 파견근로계약이든 근로자파견계약이든 원칙적으로 18개월로 단축되고, 갱신은 1회까지로 되었다(L 124조의2의2). 다만, 최장기간에 대해서는 이용사유에 응하여 24개월, 9개월의 예외를 인정하고 있다.

4. 상호비교와 우리나라법

이상에서 살펴본 각국의 근로자파견제도에는 기업의 임시적인 노동의 수요에 응하기 위한 일시적 업무(temporary work)로서의 파견과 특별한 전문적 기능의 수요에 대응하기 위한 전문직 파견이 있다.

일본의 근로자파견법은 파견대상업무를 일정한 전문적 업종에 한정하는 것에 의해 전문직 파견의 성격을 기본으로 하고 있다. 일본은 26개의 전문적 업무등을 선정하여 근로자파견을 허용하는 대신에 파견기간에 대한 규제는 3년으로 완화하고 있다. 이에 비해서 독일과 프랑스는 기업의 임시적 수요에 대응하기 위한 일시적 업무로서의 파견을 기본으로 하고 있다. 그래서 독일은 건설업을 제외하고 모든 업종에 대해 근로자파견을 허용한 대신 파견기간을 1년으로 엄격하게 제한하고 있다.

그러나, 같은 흐름 속에 있는 독일과 프랑스 사이에도 차이가 있다. 독일은 이른바 상용형 파견을 중심으로 하여 제도를 마련했다. 파견사업주가 기간이 정함이 없는 근로계약으로 파견근로자를 고용하도록 여러 가지 규율을 했다. 그래서 유기파견근로계약을 금지하고 파견기간과 근로계약기간의 일치를 금지하고 있는 것이다. 그렇지만, 프랑스는 이러한 상용형 규제를 채택하지 않고 다른 제도를 통해

파견근로를 규제하고 있다. 프랑스는 모든 업종에 대해 파견이 허용되어 있기는 하나, 파견사유를 제한하고 있다. 결근근로자들의 대체요원, 업무의 일시적 증가에 대한 대처, 원래 일시적 노동의 경우에 대해서만 파견을 허용하고 있다. 아울러, 일반근로자에 대한 균등처우규정을 엄격히 하고 있다. 우리나라와 같이 사용사업체의 근로자와 파견근로자의 균등처우조항을 두고 있으며, 더 나아가 불안정고용수당, 유급휴가보상수당 등을 두어서 단순한 임금비용 절감을 목적으로 한 파견을 제한하고 있는 것이다.

본론에서 검토하고 있는 세 국가는 근로자파견사업을 규제하는 공통점이 있으면서도, 규제의 방식은 차이가 크다. 각국의 근로자파견제도는 그 나라의 노사관계와 법이론의 틀 내에서 독자적인 선택을 해온 것이라 할 수 있다. 이 가운데에서 어떠한 유형의 규제가 우월한 것인가는 평가하기 어려우며, 노사관계의 당사자들이 파견법제를 어떻게 받아들이고 있는지가 중요하다고 본다.

우리나라의 파견법제는 외국 법제의 영향 아래에서 제정되었다. 그 가운데에서 일본의 근로자파견법제의 영향이 가장 크다고 보이나, 부분적으로 이질적인 성격의 제도를 가미하고 있다. 특히 파견근로자의 균등처우 조항과 일시적, 간헐적 파견을 원칙적으로 모든 업종에 대해 허용한 것 등은 프랑스법에 가까운 것으로 보인다.

우리나라의 근로자파견법제는 IMF 금융지원이라는 특수한 상황 아래에서 제정되었지만, 노사정 3자 합의의 산물이라는 점을 주목해야 한다. 근로자파견법과 같이 이해가 첨예하게 대립되는 법률에 대해 노사정이 합의했다는 것은 주목할 만한 사실이다. 국가간의 경쟁이 격화되고 노동시장이 유연화되는 상황 속에서 근로자파견법의 폐지 주장은 설득력이 없는 주장이라고 할 수 있다. 그러나 그렇다고 사용자측이 주장하는 바와 같이 파견대상업무의 자유화나 Negative 방식의 도입도 부당하다고 본다. 근로자파견사업이 합법화되기 이전에 불법적인 근로자공급사업이 횡행했던 사실에 비추어보면, 이러한 대상업무의 자유화는 파견근로의 무분별한 이용과 상용 근로자의 고용불안의 문제를 낳을 우려가 크다.

오히려 기왕에 입법화된 근로자파견법의 강력한 집행이 필요한 때라고 본다. 현실을 보면 2년 이상의 근무가 필요한 업무에도 정규직 고용이 아닌 파견근로자를 사용하는 경우나, 도급을 위장하여 파견대상업무가 아닌 업무에 대해 파견을 하는 경우 등과 같이 위법파견 사례들이 많다.

II. 구체적인 쟁점의 비교와 시사점

1. 제2차 파견의 허용시점

파견기간의 산정과 관련하여 주목할 만한 부분이 있다. 즉 제1차 파견이 종료된 다음에 어느 정도 시간이 지나야 제2차 파견을 할 수 있는지가 논란이 될 수 있다. 제1차 파견이 종료된 직후에는 언제라도 제2차 파견을 할 수 있다면 파견기간의 제한에 대한 법규정이 아무런 의미가 없게 된다. 반면에 제2차 파견을 전혀 할 수 없다고 한다면, 제1차 파견 종료 후에 다시 파견근로자를 사용해야 할 사유가 발생한 경우에 대응할 수 없다. 그래서 독일과 프랑스에서는 일정한 중단기간이 경과한 이후에만 제2차 파견을 할 수 있다. 독일 연방고용청의 해석에 따르면, 파견근로자는 이전 파견노동의 최소 25%에 이르는 중단기간이 개별 파견의 중간에 있다면, 동일한 사업장에 여러 차례 파견될 수도 있다. 예를 들어 60일 동안 파견된 근로자 A는 다시 동일한 사업장에 파견되기 이전에 15일간 중단해야 한다. 연방고용청의 해석과 달리 연방노동법원은 구체적 사정을 살펴서 의미 있는 중단이 있는가를 판단한다. 프랑스에서는 파견기간의 만료 후 혹은 기간의 정함이 있는 근로계약의 만료 후에는 그 자리에 대해, 갱신을 포함한 이들 기간의 3분의 1에 해당하는 기간의 경과 이전에는 파견근로를 이용할 수 없다(L. 124조의7). 이러한 조치들은 기업이 파견근로의 반복이용에 의해 상용근로자의 고용을 회피하는 것을 방지하려는 취지이다.

우리나라에는 이러한 취지의 규정이 존재하지 않는데, 프랑스의 법규정이나 독일의 해석이론을 참고할 수 있겠다.

2. 근로관계의 擬制

근로자파견에 대한 각국의 파견제도를 검토해 보면, 파견근로자의 근로계약과 관련하여 擬制規定이 발달해 있는 것도 한 특색이다. 일정한 경우에 사용사업체와의 계약을 의제하여 사용사업주를 사용자로 보게 된다. 파견근로자의 보호를 위한 규정이라 할 수 있다. 독일에서는 무허가의 파견을 한 경우에는 사용사업체와 파견근로자 사이의 근로관계가 의제되어 파견근로자는 사용사업체의 정규종업원이 된다. 그런 이유로 사용사업체도 무허가의 파견사업체로부터 파견근로자를 받는

데에 신중을 기하게 된다.

허가제가 없는 프랑스에서는 무허가의 파견을 의제대상으로 하지 않는다. 그렇지만, 파견기간 종료 후에 사용사업체와 위법한 취업을 계속하는 경우나, 사용사업체가 이용사유, 파견기간, 금지사항 등을 위반한 경우에 대해서 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 본다. 또한 근로자파견계약을 서면으로 작성하도록 하는 의무에 위반한 경우에는 근로자파견계약이 무효로 되며 함께 파견근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 본다.

그리고 일본에서도 최근 법개정과정에서 파견기간을 초과한 파견근로자에 대해서 위와 같은 의제규정을 어떻게 도입할 것인가가 논란이 되고 있다. 사용사업체와의 근로계약을 체결하는 것으로 의제할 것인지 아니면 단순히 고용을 위해 노력한다는 규정을 두는 데에 그칠 것인가가 논란거리이다.

우리나라의 경우에도 법정파견기간의 상한(2년)을 초과하여 계속 사용한 경우에 대해서만 파견근로자를 고용한 것으로 의제하고 있다. 독일에서와 같이 무허가의 파견에 대해서도 의제규정을 둔다면, 불법적인 파견에 대한 강력한 규제가 될 수 있다. 무허가의 파견이나 도급으로 위장한 파견을 상당한 정도로 규율할 수 있을 것으로 본다.

3. 파견근로자의 고용안정 방안

한편, 프랑스의 파견근로자 보호규정 가운데, 이색적인 것이 있다. 즉, 최단 파견기간을 설정하고, 파견근로계약 파기등에 대해서 특별한 규정을 두고 있다. 일정한 파견사유인 경우에는 파견의 최단기간에 대해 규율한다. 폐지예정 자리에 있는 無期限근로계약의 근로자가 사직한 경우와, 수출주문이 예외적으로 늘어난 경우 및 외국에서의 파견근로의 경우에는 최장파견기간이 24개월이지만, 이때 파견기간은 6개월을 하회해서는 안된다.

그리고 사용사업체가 최장파견기간 종료 후에 파견근로자와 근로계약을 체결하지 않고 그 취업을 사실상 계속한 경우에는, 이 근로자는 사용사업체와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있다고 간주된다. 이 경우 근속기간의 계산에 대해서는 파견기간도 포함하여 계산된다(L. 124조의7).

사용사업주가 기간만료전에 파견계약을 파기하는 때에도 통상의 근로계약에는 보이지 않는 특별한 규정이 준비되어 있다. 즉 파견사업체로부터 파견근로계약의 기간만료전 파기의 경우, 파견사업체는 3일 이내에 새로운 근로계약을 파견근로

자에게 제안할 의무를 진다. 이 경우, 근로조건의 중요한 변경이 없는 것이 조건으로 된다. 계약기간이 4주간 이상 남아 있는 때에는 3번까지의 연속한 계약을 제안할 수 있다(L. 124조의5).

이 새로운 계약의 제안에 의해 문제를 해결할 수 없는 경우에는 원칙으로 돌아간다. 즉 파견근로자에게 중대한 비행이 없고 동시에 불가항력을 원용할 수 없는 때에 파견사업체가 그 파견근로계약을 파견기간중 파기한 경우에는 그 파견근로자는 파견종료수당(불안정고용수당)을 받을 권리를 상실하지 않고, 파견종료까지 수취하는 것으로 되어 있는 보수와 동일한 액의 손해배상청구권을 취득한다.

4. 취업조건의 명시 의무

각국은 파견근로자의 취업조건을 파견근로자에게 명시하기 위한 법규정들을 두고 있다. 취업조건에 대한 당사자들의 분쟁을 막고 파견근로자를 보호하기 위한 규정이라 할 수 있다. 공통적으로 지적할 수 있는 사항은 각국이 취업조건을 서면으로 작성하여 파견근로자에게 교부하도록 했다는 점이다.

일본은 취업조건 명시 의무를 규정하고 명시 방법에 대해서도 규정을 두고 있다. 명시 방법에 대해서도 명시해야 할 사항을 서면으로 기재하여 파견근로자에게 교부하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이를 위반한 경우에는 벌칙과 행정처분의 대상이 된다. 독일도 파견근로계약을 서면으로 작성, 교부하도록 하고 있으며, 위반시에 과태료 규정을 두고 있다. 프랑스에서는 위와 같은 성격의 규정을 들과 아울러 파견사업체가 파견근로계약의 서면작성 의무를 위반한 경우에는 파견근로자와 파견사업체 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 본다.

이들 나라와 비교하면 우리나라법도 취업조건의 고지 의무에 대한 법규정을 두고 강력한 형사처벌 규정을 두고 있으나(법 제26조, 제44조제3호), 서면작성 의무나 교부와 같은 명시 방법에 대해서는 언급하지 않았다.

5. 균등처우의 보장

우리 법 제21조는 파견근로자에 대한 균등처우 조항을 두고 있는데, 이 조항의 구체화 방법에 대해 시사하는 점이 큰 입법례가 있다. 프랑스가 우리 법과 유사한 규정을 두고 있다. 즉 파견근로자의 보수는 사용사업체에서 기간의 정함이 없는 근로계약에 따르며, 동등한 직업자격으로 동일한 직무에 종사하는 근로자가 사용

기간 후 수취할 보수액을 하회해서는 안된다고 한다. 또한 균등처우를 실질화할 수 있는 방법으로서, 불안정고용수당(또는 파견종료수당), 유급휴가보상수당, 약천후보상수당 등을 규정하고 있다. 그리하여 프랑스의 파견근로는 인건비절감의 측면보다는, 노동력수요의 예전이 곤란한 경우, 즉 단기기간의 이용이거나 대량으로 필요한 경우에 대응하여 활용되고 있다.

6. 산업재해의 보상

산업재해의 보상문제에 대한 각국의 입법을 살펴본다. 앞에서 살펴본 세나라는 파견근로자를 채용한 사람이 파견사업주이기 때문에, 파견사업주가 재해보상의 책임을 지며, 사회보험료의 납부의무를 지는 것이 원칙이다. 그렇지만, 파견근로자에 대한 재해보상을 확실히 하기 위해 사용자사업주의 책임을 인정한 보완적인 규정들을 두고 있다.

독일의 경우에는 사회보험료의 납부의무자는 파견사업주이지만, 사용자사업주가 연대채무자로서 책임을 지도록 하고 있다. 나아가 파견사업주가 사회보험료를 납부하지 못하면 파견업허가가 박탈될 수 있으며, 무허가의 파견의 경우에는 사용자업체를 파견근로자의 사용자로 의제되고 있다.

프랑스에서도 일정한 경우에 사용자사업체는 파견근로자에 대한 임금과 사회보험료를 파견사업체를 대위하여 지불할 의무를 진다. 그리고 산재가 10%이상의 장애나 사망을 초래한 경우에는 사용자사업체도 일정한 범위에서 보험료에 대한 책임을 지도록 하고 있다. 이에 비해 일본은 독일이나 프랑스와 같은 규정을 가지고 있지 않다. 다만 해석론 가운데 사용자사업주에게도 일정한 책임을 지워야 한다는 소수의견이 있다. 이러한 의견에 따르면, 파견사업주에게 산재보상책임을 지우는 근거가 사용자사업주에게도 존재하므로, 수차례의 도급에 관한 노동기준법규정(우리 근로기준법 제93조에 해당)을 준용해야 한다는 것이다. 이렇게 해석하면 原受給人에 대응하는 사용자사업주도 재해보상의 책임을 면하기 어렵다.

7. 파견사업에 대한 규제형식

각국이 근로자파견사업에 대한 규제를 어떠한 형식으로 해결하고 있는지도 관심사항중의 하나이다. 독일과 일본은 허가제를 가지고 파견사업에 대한 규율을 하고 있다. 독일의 경우에는 파견업 허가는 원칙적으로 1년이지만, 3년간 연속하여

허가를 받는 경우에는 무기한의 허가가 인정된다. 다만, 철회나 취소 등에 의해 허가가 失效되는 경우가 있다. 일본에서는 등록형의 일반근로자파견사업에 대해서는 허가제로 하고, 상용형의 특정근로자파견사업에 대해서는 신고제로 하고 있다. 그리고 허가제의 경우에는 3년의 기간으로 처음의 허가를 받지만, 갱신허가의 경우에는 5년으로 연장된다. 반면에 신고제의 경우에는 유효기간이 정해지지 않는다.

이에 비해 프랑스에서는 허가제가 아닌 신고제를 도입하고 있지만, 동시에 일정한 재정적 보증을 요구하고 있다. 신고를 하지 않거나 재정보증의무에 위반하는 경우에는 벌칙규정의 적용을 받으며, 경우에 따라서는 파견업의 종사금지와 파견사업체의 폐쇄조치에 처해질 수도 있다.

參考文獻

- 남성일, 『한국의 인력파견에 관한 연구』, 서강대 경제연구소, 1993.
- 윤광희, 『파견근로의 법리에 관한 연구』, 동국대 박사학위논문, 1997.
- 이철수, 『노동관계법 국제비교연구(II)』, 한국노동연구원, 1994.
- 정인수, 『파견근로의 실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1998.
- 정인수·윤진호, 『근로자파견업의 현황과 정책과제』, 한국노동연구원, 1993.
- 최홍엽, 『외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구』, 서울대 박사학위논문, 1997.
- 한국경총, 『파견근로자보호등에 관한 법률 해설』, 1998.7.
- 한국경총, 『한미일 파견근로 실태』, 1995.
- 강성태, “근로자파견과 사업주책임”, 사회과학연구(대구대) 제3집, 1997.
- 강성태, “파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제”, 한국노동법학회 토론회 자료집, 1998.5.9.
- 김기운, “유럽의 최근 인재파견 동향”, 임금연구(경총) 1998년 여름호.
- 김세곤, “세계각국의 근로자파견제도”, 노동법률, 중앙경제사, 1998. 10.
- 김유성, “근로자파견의 의의와 근로자파견법(안)의 검토”, 법학(서울대) 제37권 제2호, 1996
- 남성일, “파견서비스제도의 이론과 운영실태”, 임금연구(경총) 1998년 여름호.
- 이승길, “일본 근로자파견법의 최근 동향”, 경영과 노동, 중앙경제사, 1998.6.
- 조순경, “파견근로의 신화와 현실”, 산업노동연구 제3권 제1호, 1997.
- 鎌田耕一, “ドイツにおける派遣労働の現状と派遣法の意義(上,下)”, 労働法律旬報 1419・1420号, 1997.11.10・11.25.
- 菅野和夫, 『雇用社會の法』, 有斐閣, 1996
- 勞働省職業安定局 編著, 『新・勞働者派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所, 1998.
- 大橋範雄, “ドイツにおける派遣労働の現状と問題點(上,下)”, 労働法律旬報 1318・1319号, 1993.8.25・9.10.
- 大橋範雄, “勞働者派遣事業制度の改正に關する中職審「建議」を讀んで”, 労働法律旬報 1437号, 1998.8.10.
- 島田陽一, “フランスの派遣労働法制”, 季刊勞働法 169호, 1993.
- 西谷敏·脇田滋, 『派遣労働の法律實務』, 労働旬報社, 1987.

- 安西愈, “労働者派遣法見直しの主要問題”, 季刊労働法 169号.
- 安西愈, 『労働者派遣法の法律実務』, 総合労働研究所, 1997.10.
- 脇田滋, 『労働法の規制緩和と公正雇用保障-労働者派遣法運用の総括と課題』, 法律文化社, 1995
- G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, 7., Aufl., 1992
- W. Däubler, *Das Arbeitsrecht 2*, 5., Aufl., 1988
- W. Däubler, *Das Arbeitsrecht 2*, 10., Aufl., 1995.
- Stephanie Kaufmann, *Arbeitnehmerüberlassung*, RWS Verlag Kommunikationsforum(Köln), 1998.
- R. Blanpain (ed.), *Temporary Work and Labour law of the European Community and Member States*, 1993, Kluwer.
- Sandmann/Marschall, *Arbeitnehmerüberlassung*, loseblattsammlung, Luchterhand Verlag, Stand Juni 1998.
- Marschall, “gewermäßigen Arbeitnehmerüberlassung”, Richardi/ Wlotzke (hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, B. I., C.H.Beck, 1992.
- Wolfgang Hamann, *Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen*, Duncker & Humblot, 1995.
- Ulrich Leitner, *Arbeitnehmerüberlassung, in der Grauzone zwischen Legalität und Illegalität*, R. F. Wilfer, 1990.

사회문화법제분석 98-4
외국의 근로자과견제도의 최근 동향

1998년 12월 14일 印刷

1998년 12월 16일 發行

發行人 徐 承 完

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 東 亞 商 社

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전 화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-a0190호

값 6,500 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-080-0 93360

