노총연구원 연구서 90

비정규노동자에 대한 법적 보호

- 기본권보장을 중심으로 -

徐 章 權

한국노총 중앙연구원

• • •

발 간 사

비정규 노동자의 노동기본권 보장문제가 노동계의 최대현안중의 하나로 떠오르고 있습니다. 종래 노동자는 정규직이 그 대부분이었으나 이제는 비정규직의 비율이 반을 훌쩍 넘었습니다. 비정규노동자도 노동자로서 그 근로조건과 기타의 대우를 통하여 우리 사회에서 노동기본권을 보장받아야 함은 분명합니다. 그러나 실상은 정규직노동자를 고용하여야 하는 경우에도 비정규직을 고용하는 경우, 불법으로 비정규노동자를 고용하는 경우도 있습니다. 비정규 노동자라는 이유만으로 정규직과 같은 일을 하면서도 임금 기타 대우에서 상당한 차별을 받고 있는 것이 현실입니다. 이 사회에서 비정규 노동자도 노동자로서 노동기본권을 보장받아야 된다는 데에는 온 노동자들이 같은 생각을 하고 있으며, 하루 빨리 비정규 노동자의 보호입법을 추진해야 할 때입니다. 그 입법은 비정규 노동자에 대한 차별을 철폐하는 한편, 정규직과 다름없는 일을 하는 경우 비정규직을 정규직으로 전환할 수 있는 방향으로 비정규노동자의 법적 보호가 힘있게 전개되어야 합니다.

이번에 출간되는 연구서는 비정규노동자도 노동자로서 정규직 노동자와 다름없는 노동기본권의 주체라는 시각을 확립하고, 비정규직에 대한 차별을 철폐하여야 하는 법리상의 근거를 제시하고 있습니다. 그리고 아울러 비정규 노동자의 근로조건 개선 및 고용계속의 보호 그리고 정규직화에 대한 노동법상 보호법리의 전개방향을 제시하고 있습니다.

아무쪼록 이 연구서가 우리 사회에서 비정규노동자가 노동자로서 헌법이 보장하는 노동기본권을 향유하고 또 노동보호입법을 통하여 구체적으로 정규직 노동자와 다름없는 노동기본권의 주체로서 노동법상의 권리를 누릴 수 있도록 이론적 근거를 제공하는데 조금이나마 도움이 되길 바랍니다. 마지막으로 이 연구를 맡아 수고한 서장권 박사의 노고를 치하하며, 이 연구서에 실린 내용은 전적으로 연구자의 개인적 견해이며 한국노총의 공식적 입장과는 무관함을 밝혀둡니다.

2001년 12월

한국노동조합총연맹
위원장 이남순

목 차

Ⅰ. 머리말 ····· 1
1. 비정규 노동자보호의 의의 ····· 1
2. 논의의 전개방향 ····· 1
3. 논의의 기초 ····· 2

Ⅱ. 기본권보장을 통한 근로관계에서의 평등실현 ····· 7
1. 비정규노동자의 기본권보장 ····· 7
(1) 기본권논의의 기초로서 인간의 존엄과 가치·행복추구권 ···· 8
(2) 평등권 ····· 10
(3) 직업선택의 자유 ····· 14
(4) 근로의 권리 등 ····· 15
(5) 근로자의 단결권 등 ····· 17
(6) 국민의 자유와 권리의 존중·제한 ····· 18
2. 비정규노동자의 노동기본권보장의 사법관계에서의 실현 ·· 19

Ⅲ. 노동법규정을 통한 근로관계에서의 기본권보장과 비정규노동 보호법리 ····· 23
1. 개별근로관계 ····· 23
2. 집단근로관계 ····· 49

Ⅳ. 맺음말 ····· 52
1. 기본권보장인 평등실현의 중요성 ····· 52
2. 향후 논의의 전개방향 ····· 52
(1) 개별근로관계와 집단근로관계의 병행적 접근 ····· 52
(2) 정규노동자와 비정규노동자의 이익조절 ····· 53

(3) 개별근로관계법 내에서의 전개 ····· 53
(4) 집단근로관계법 내에서의 전개 ····· 55
(5) 비정규노동의 노동시장 내에서의 기능과 비정규노동 보호법의 전개방향 ····· 57
(6) 사회보장차원의 전개 ····· 58
(7) 보 론 ····· 59

참고문헌 ····· 61

Ⅰ. 머리말

1. 비정규 노동자보호의 의의

1997년 말 우리나라가 외환위기를 겪고 난 후부터 비정규노동자가 더욱 늘어가고 있는 추세를 보이고 있다. 오늘날의 비정규노동자문제의 특징은 그것이 양적으로 늘어나고 있다는 것뿐만 아니라 낮은 근로조건이나 기타 대우 등 질적으로도 악화되고 있다는 것이다.

비정규노동자에 대한 차별대우는 이 사회의 주요한 노동문제 중의 하나이다. 합리적 사유가 없는 차별은 노동자의 평등권[1)]을 침해하는 것이 된다. 현대복지국가는 현행법의 해석론을 통하여 그리고 그것으로 충분하지 않는 경우에는 입법정책을 통하여 이 문제를 해결하는 의무를 가진다고 할 수 있다. 이 문제의 해결은 곧 비정규노동자의 생존권적 기본권의 보장으로 나타나기 때문이다.

2. 논의의 전개방향

우리나라의 비정규 근로자들은 외국의 사례와 비교할 때 많은 경우에 있어서 비정규직은 정규직으로 가는 과도기가 아니라 정

---

1) 비정규노동자 보호문제는 정규노동자와의 차별금지 즉 평등권보장에 문제해결의 실마리가 있다.

규직에서 실업으로 가는 과도기 또는 실업을 탈출하기 위한 최선의 선택이 되고 있다는 점에서 비정규직에 장기적으로 머무르는 경향이 있다고 할 수 있다. 즉 비정규직에서 정규직으로 옮겨갈 가능성이 낮고, 더구나 근로자의 나이가 많을수록 비교적 단순한 근로에 종사할수록 또 여성인 경우에 계속 비정규직에 머무를 가능성이 크다. 이런 현상을 단순히 사용자의 계약의 자유와 시장원칙의 결과로 방치해서는 안 된다는 근거는 한국사회가 가지는 비정규노동자문제의 특수성에서 찾을 수 있는데 사용자의 고의적 내지는 악의적 비정규고용의 문제가 그 바탕에 있다.

이 글에서는 특히 1990년대 중반이후 꾸준히 증가하고 있는 비정규노동자에 대하여 현행법은 현재 어떠한 법적 보호를 하고 있으며 나아가 어떠한 법적 보호가 필요한지를 비정규노동자의 기본권보장의 관점을 바탕으로 차별철폐 내지는 평등실현의 방향에서 현행법의 해석론의 방향과 입법정책의 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

3. 논의의 기초

비정규노동자의 개념범위는 표현에 약간의 차이는 있으나 기간제 근로자·단시간 근로자·파견근로자·기타 특수고용형태 노동자 등의 네 가지로 분류하는 것이 일반적인 것 같다.[2] 그리고 기

2) '비정규 노동자'라는 용어는 법률용어는 아니다. 비정형, 비전형, 비공식 등 다양한 용어로 사용되고 있는데, 어떤 용어를 사용하느냐가 중요한 것이 아니라, 한 용어에 대하여 어떤 범위의 노동자를 가리키는 것으로 할 것인

간제 근로자를 제외한 세 가지 부류에서도 정해진 기간 동안에 근로를 제공하는 것이 일반적이기 때문에 대부분의 비정규노동자는 넓은 의미에서 기간제 근로자의 성격도 가진다고 볼 수 있다.

비정규노동자의 노무공급계약은 그 형식이 갈수록 집단화되고 정형화되는 경우 효율적인 법적 규율을 이룰 수 있다고 보지만, 이 네 가지 부류의 노동자를 포괄하는 법을 애써 만들어 내는 것보다는 기존의 노동관계법의 체계 내에서 이들 형태의 근로자의 근로조건을 향상시키는 방법의 법제가 효율적이고 그 첫 단계는 위 네 가지 경우 모두 먼저 근로제공의 기간을 장기간 내지는 기간의 정함이 없는 근로의 방향으로 나아가는 것이 중요하다. 또한 파견근로 및 특수고용형태 노동자의 경우 그 고용형태별로 구체적인 대응이 필요하다.

노무공급계약에서 노무제공이 노무제공에 지배력을 가지는 노무수령자 또는 제3자에 의하여 이루어지는 경우 종래의 노동법적 보호에 대한 고려가 필요한 지를 적극적으로 검토하여 근로자성 판단이 이루어 져야 하며, 반드시 계약의 형식이 근로계약이 아니라는 이유만으로 근로자성 판단을 부정할 것은 아니라고 본다. 비정규 노동자의 경우는 이러한 기준에 따라서 그 개념범위를 정하여야 하기 때문에 유동적인 부분이 있으며, 따라서 법적 보호의 대상인 비정규 노동자의 범위는 확장될 수 있다.

가가 더 중요하다. 즉, (1) 기간의 정함이 있는 근로자(기간제 근로자; 유기 근로자; 계약제 근로자 등), (2) 단시간 근로자, (3) 파견근로자, (4) 특수고용근로자(골프장캐디, 학습지사원, 보험모집인, 레미콘근로자, 재택근로자 등)을 어떤 용어의 범위에 포함시킬 것인가가 중요하다. 여기서는 이들 근로자를 포함하는 용어로 비정규근로자라는 표현을 사용하기로 한다.

비정규노동자의 개념범위는 노동법의 보호대상성을 가지는 지의 여부에 따라 정해져야 하며 질 것으로 노동법적 보호가 필요한 노동자가 존재하는 한 계속적으로 존재되어야 할 도구개념이다.[3] 즉 비정규 노동자의 범위설정의 목적은 노동자보호에 있으며 비정규 노동자에 대한 법적 보호는 노동기본권의 보장의 내용으로서 결과적으로 우리나라 노동자전체의 삶의 질의 향상을 가져온다.

우리사회의 노동법은 변화의 문턱에 서있다. 그것은 노동관계법의 제정당시에 예측하지 못했던 다양한 형태의 노동이 출현해왔고, 그것에 노동법이 적절히 대처하지 못하고 있는 것 같다. 그것은 이제 노무제공의 형태의 변화인데 첫째로 근로시간이 통상근로자의 경우보다 짧은 '단시간 근로자', 근로계약기간이 1년으로 되어있는 것 같은 '기간제 근로자' 같은 근로조건의 문제, 둘

3) 비정규 노동자의 개념범위에 대하여 논란이 많다. 노동계, 경영계, 정부, 학계 등 의견이 갈리고 있다. 그 원인은 다분히 이론적이기 보다는 정책적인 이유가 깔려있는 듯하다. 노동계로서는 비정규노동자의 범위에서 가능한 한 적극적인 입장에서 노동자보호의 폭을 넓히고, 정부의 책임을 물으려는 생각이 있고, 정부로서는 반대로 그 범위를 좁게 잡아서 정규고용을 중심으로 하고, 보호대상으로서의 비정규노동자의 범위에 소극적으로 대응한다는 느낌을 준다. 경영계의 경우도 정책상 굳이 비정규노동의 범위에 대해 적극적 입장을 보이지는 않는 것으로 보인다. 학계에서는 크게 노동법학의 시각과 경제학의 시각으로 나눠볼 수 있는 데, 경제학의 시각에서 보면 판단기준의 엄격성 및 기타 한계요인으로 경제학의 기준을 바탕으로 하여서는 적어도 노동법학이 예정하는 보호대상으로서의 비정규노동자의 범위를 상정하기는 어렵다고 생각한다. 따라서 비정규노동자의 개념범위설정은 적극적 입장에서 적어도 비정규노동자보호입법을 위하여는 비정규노동자 전반을 대상으로 하기보다는, 개별 비정규노동자의 유형마다 그것을 하나의 비정규노동자그룹으로 하여 입법을 하여나가는 것이 바람직하다고 생각한다. 노동법적 보호의 필요성이 있다면 그것을 비정규노동자로 보는 것이 바람직하다고 생각한다.

째로 근로계약과 노무수령의 사용자가 이분되어있는 파견근로자, 노무공급계약이 근로계약이 아닌 다른 형식의 계약으로 되어있는 도급근로자 내지는 독립노동자, 골프장캐디·학습지사원·보험판매원 등 다양한 형태로 전개되고 있다.

현행법의 해석론은 노동법의 목적 내지는 이념에 비추어 그러한 비정규 노동자 보호 내지는 차별철폐로의 적극적 방향으로 전개될 필요가 있다. 그리고 현행법의 해석으로 충분 내지는 가능하지 않은 경우엔 입법적으로 비정규 노동자문제를 해결하여야 한다. 법 제정당시의 예상하지 못했던 다양한 형태의 노무제공형태의 출현에 대해 노동법은 그렇게 개방적태도를 가져야 한다. 그리고 그 개방적 태도는 비정규노동자문제에 대한 입법적 해결로 견지되어야 한다.

따라서 비정규노동자에 대한 현행 노동관계법의 적용여부에 대한 해석은 그러한 노동법 전체의 목적과 개별노동법의 목적에 비추어 개방적 내지는 긍정적·적극적으로 해석될 필요가 있다.[4)]

먼저 근로기준법 제1조는 근로기준법의 목적으로서 "이 법은 헌법에 의하여 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 도모함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 남녀고용평등법 제1조는 "이 법은 헌법의 평등이념에 따라 고용에 있어서 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하는 한편 모성을 보호하고 직업능력을 개발하여 근로여성의 지위향상과 복지증진에 기여함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 노동조합및노동관계조정법 제1조는 "이 법은 헌

4) 특히 법원의 판결에 있어서 법관의 적극적인 법형성 재량행사가 요청된다.

법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 파견근로자보호등에관한법률 제1조는 "이 법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 법원의 판결은 이러한 노동관계법의 목적에 비추어 노동자보호적 시각에서 전개될 필요가 있다.

Ⅱ. 기본권보장을 통한 근로관계에서의 평등실현

1. 비정규노동자의 기본권보장

기본권보장은 곧 인권보장의 문제다.[5] 비정규노동자의 법적 보호는 헌법상의 기본권보장을 지도이념으로 하여 노동관계법 및 관련법에서 실천적 입법이 행해질 때 보다 효과적으로 이루어 질 수 있다고 생각된다.

기본권보장은 오늘날의 현대적·복지국가적 헌법에서는 실질적 평등을 강조하면서 기본권보장의 중심이 자유권적 기본권에서 생존권적 기본권으로 옮겨지고 있으며, 기본권보장의 국제화는 국제연합과 1948년의 세계인권선언 그리고 1966년의 국제인권규약으로 이어지고,[6] 인도적인 근로조건보호를 위한 국제노동기구

---

5) 기본권과 인권의 구별에 관하여 "인권이 인간의 본성에서 나오는 생래적 자연권을 의미하는 데 비하여, 기본권이란 헌법이 보장하는 국민의 권리를 말하는데 이 중에는 생래적인 권리도 있지만 국가내적인 생존권적 기본권·청구권적 기본권·참정권 등이 있는 까닭에 인권과 기본권은 그 내용에 있어서 반드시 일치하는 것은 아니다. 따라서 엄격히 말한다면 두 개념은 동일한 것이 아니다. 하지만 각국헌법에서 보장하고 있는 기본권은 인권사상에 바탕을 두고 인간의 권리를 실현하려고 하는 것이므로 대체로 말한다면 기본권은 인권을 말한다고 할 수 있다. 그러나 인권은 국가 이전의 자연권인 데 대하여, 기본권은 국가의 구성원으로서의 시민의 권리로 자연권을 확보하게 하기 위하여 국가가 인정하는 권리로서 서로 구별된다고 할 수 있다. 우리 헌법은 독일의 영향을 받아 기본권이란 용어를 사용하고 있다"고 한다(김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 246면).

6) 1919년 바이마르헌법이 생존권적 기본권을 규정한 이래로 제2차 세계대전 이후 생존권 보호의 경향은 더욱 짙어져 왔다(김철수, 앞의 책, 237-238

의 노력이 계속되고 있다.

비정규근로자의 노동기본권 보장 내지는 침해에 대한 구제는 현재 특히 그 보호입법의 미비가 문제라고 생각한다. 즉 입법기관에 의한 기본권의 침해라고도 볼 수 있을 것이다.[7] 이하에서는 비정규노동자의 기본권에 관하여 관련 헌법조항을 소개하고자 한다.

(1) 기본권논의의 기초로서 인간의 존엄과 가치·행복추구권

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정하고 있는데, 이는 기본권의 지도이념적 규정으로서 나머지의 기본권해석의 기준이 된다. 헌법 제34조 1항은 "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 현대복지국가에서 노동법은 헌법 제34조 1항이 규정하는 인간다운 생활권의 주체인 국민으로서의 노동자의 인간다운 생활의 확보를 궁극적인

면).

7) 입법기관에 의한 기본권의 침해와 구제는 적극적 입법에 의한 기본권의 침해와 구제 및 소극적 입법(입법부작위)에 의한 경우로 나눠볼 수 있다. 전자의 경우는 헌법소송·청원·선거권행사 등이 그 구제수단이 되고, 후자의 경우는 헌법소원, 법원에 의한 의무이행소송과 부작위위법확인소송, 청원권 기타 참정권의 행사 등이 구제수단이 된다. 그러나 우리 헌법재판소는 입법부작위에 대하여 그 헌법소원대상성을 일정한 제한된 요건 하에서만 인정하고 있다(김철수, 앞의 책, 345면 이하 참조).

지향점으로 나아가야 한다.

본 규정의 의의는「우리 헌법은 '인간으로서의 존엄과 가치'를 기본권의 핵심적인 내용으로 중요시하며, 국가에게 '인간으로서의 존엄과 가치'를 핵으로 하는 기본권을 보장할 의무를 과함으로써 (제10조) 기본권보장의 원칙적인 가치지표가 '인간의 존엄성'이라는 것을 명백히 밝히고 있다, 따라서 우리 헌법 제10조가 보장하는 '인간으로서의 존엄과 가치'는 우리나라 기본권질서의 이념적·정신적인 출발점인 동시에 모든 기본권의 가치적인 핵심으로서의 성격을 갖기 때문에 우리나라 헌법질서의 바탕이며 우리 헌법질서에서 절대적이고 양보할 수 없는 최고의 가치적인 Konsens를 뜻하게 된다. 그것은, 즉 인간의 존엄성을 부인하는 헌법개정은 물론, 인간의 존엄성과 인격적 가치를 침해하는 기본권제한은 절대로 합헌적인 국가작용으로 받아들여질 수 없다는 것을 의미한다. 인간의 존엄성에 관한 우리 헌법규 정(제10조)이 헌법개정의 한계인 동시에 모든 기본권의 본질적 내용으로서 기본권제한입법의 한계일 수밖에 없는 이유도 바로 여기에 있다. 이처럼 인간의 존엄성을 존중해야 하는 것은 국가권력의 당위적 의무이기 때문에 '인간의 존엄성'은 모든 국가작용의 가치 적 실천기준으로서의 성격을 갖는다. 따라서 우리 헌법질서 내에서 허용될 수 있는 국가 작용(입법·행정·사법작용)의 한계가 스스로 명백해진다고 할 수 있다」[8] 즉, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치·행복추구권은 헌법의 객관적 질서로서 국가의 기본적 인권보장의무를 규정한 근본규범이므로 입법·행정·사법 등 모든 국가작용의 목적과 가치판단의 기준을 제공할 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치에 기반을 둔 헌법의 기본권조항은 국가질서의 요소로서의 의의

8) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2001, 464면.

를 가진다고 본다.[9] 예를 들면 입법권은 국가의 안전보장이나 질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우가 아니면 기본권을 제한할 수 없도록 하고 있으며(헌법 제37조 제2항), 또한 법률로써도 고문제도 등을 도입할 수 없고 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 본질적 내용을 침해할 수 없으며, 내심의 자유 등과 같은 절대적 기본권을 침해할 수 없다고 본다.[10] 또한 인간의 존엄과 가치·행복추구권 보장규정은 원칙규범 내지 최고규범으로서 모든 법령의 효력과 내용을 해석하는 기준이 되는 근본원리를 제공할 뿐만 아니라, 헌법 제10조는 근본규범으로서 헌법개정의 한계를 이루며, 헌법개정의 방법으로서 전면개폐할 수 없는 중요한 규정이라고 본다.[11] 그리고 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 기본권성에 대하여 개별적 기본권이 된다는 긍정설, 독자적인 구체적 권리가 아니라 다른 모든 기본권의 이념적 출발점이라는 부정설, 목적으로서의 인간의 존엄과 가치에 대하여는 기본권성을 부정하면서도 수단으로서의 행복추구권을 포괄적 기본권으로 인정하는 절충설로 견해가 갈리는데 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 기본권성을 인정하고 있다.[12] 즉, 동조의 기본권성을 인정하는 한 헌법재판소는 위헌법률심판과 헌법소원에 대하여 비정규노동자보호의 시각을 바탕으로 하여 법질서를 형성해나갈 수 있을 것이다.

(2) 평등권

---

9) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 360면.
10) 김철수, 앞의 책, 2001, 360-361면.
11) 김철수, 앞의 책, 2001, 361면.
12) 헌재 1990. 9. 10 선고, 89 헌마 82; 김철수, 앞의 책, 2001, 362-363면.

헌법 제11조 1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 본 평등권조항에서 말하는 ‘평등’의 의미에 대한 견해를 보면 「평등권에 내포된 ‘평등’의 규범적 의미에 대해서는 예로부터 논란이 많았지만, 오늘날 그것이 산술적인 의미의 절대적인 평등을 뜻하는 것이 아니라, 아리스토텔레스가 주장한 배분적 정의에 입각한 상대적 평등을 의미한다고 하는 점에 대해서는 학자들 사이에 이견이 없다. 따라서 평등권은 국가권력이 입법·행정·사법의 모든 분야에서 ‘같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 않게’ 처리함으로써 실현될 수 있다. 다만 ‘같은 것’과 ‘같지 아니한 것’을 구별하는 판단기준을 어떻게 정할 것인가 하는 이 어려운 문제로 제기된다. 이 문제와 관련해서 영미법상의 ‘합리성의 원칙’이나 대륙법상의 ‘자의금지의 원칙’등이 그 판단기준으로 제시되긴 하지만, 이들 원칙이 모든 문제를 명쾌하게 해결해 주지는 못한다. 왜냐하면 ‘합리적인 것’과 ‘불합리한 것’, ‘자의적인 것’과 ‘그렇지 않은 것’을 구별하는 것은 또 다른 가치판단을 필요로 하는 문제이기 때문이다. 그래서 결국 평등의 문제는 평균적인 동시대인의 정의감정에 비추어 판단할 수밖에 없다고 할 것이다」라고 한다.[13]

동 조항의 차별금지사유는 예시조항[14][15]으로 보아서 이 조항

13) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2001, 469면.

14) 차별금지생활영역에 관하여는 ‘모든 영역’이라 하여 그것이 예시적이냐 열거적이냐 하는 것이 문제가 아니고, 차별금지사유로 ‘성별·종교·사회적 신분’ 만을 열거하고 있는 것에 대하여 이 규정이 제한적 열거규정이냐 예시규정이냐 하는 것이 문제가 된다. ①열거규정설은 그것을 열거규정으

을 근거로 비정규노동자의 차별금지법리를 도출할 수 있다고 본다. 즉, 차별금지는 평등권의 실현 내지는 내용이 된다. 평등권은 동 조항에서 말하는 '누구든지'라는 표현에서도 알 수 있듯이 생래적 자연권 내지는 천부인권의 성질도 가지며, 보다 구체적으로는 각 분야 별로 헌법 및 법률에 의하여 개별적인 평등권을 보장하고 있다. 그러나 헌법조항이 열거하고 있지 않다 하더라도 헌법 제37조 1항[16]의 정신에 비추어 보장된다고 본다.

합리적인 이유 없이는 어떤 사유로도 모든 분야에서 차별이 금지되는 것이 원칙이다. 따라서 동일한 가치의 노동을 제공하고 있음에도 근로조건에서 차별적인 대우를 받는 경우에는 노동관계라는 성격에 비추어 헌법상의 평등권침해의 문제가 제기될 수 있다.[17] 국가는 입법을 통하여 평등을 실현해야할 의무가 있다.

로 보아, 성별·종교·사회적 신분에 의한 것이 아닌 다른 근거에 의해서는 차별할 수 있다고 보는 입장이며, ②예시규정설은 그것은 열거규정이 아니고 예시규정으로서 성별·종교·사회적 신분이 아닌 다른 근거에 의한 차별도 그것이 자의적이거나 불합리한 경우에는 금지된다고 하는데 ②예시규정설이 우리나라의 통설이다(김철수, 헌법학개론, 2001, 박영사, 405면).

15) 여기서 헌법 제11조의 평등권조항에서 차별금지사유(성별·종교·사회적 신분)를 통설의 입장인 예시조항으로 본다는 것은 근로기준법 제5조의 균등대우의 원칙조항에서 차별금지사유의 하나인 '사회적 신분'의 해석과 관련하여 중요한 문제가 있다. 즉 근로기준법 제5조의 이 '사회적 신분'을 선천적 신분에 국한하여 보는 몇몇 노동법학자의 입장에서는 비정규직에 있다는 것은 후천적 신분에 해당하기 때문에 근기법 제5조가 적용될 수 없다고 한다. 그러나 이 경우에도 헌법 제11조의 평등권조항의 적용을 기대할 수 있다는 점이 중요하다. 물론 기본권의 대사인적 효력에 대한 논의 여지는 남는다. 그럼에도 불구하고 비정규 공무원노동자의 경우는 당연히 이 해석론의 보호범위에 있다는 주장이 성립된다. 공공부문 비정규직 문제해결의 하나의 열쇄가 되는 셈이다.

16) 동조항은 "국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다"고 규정하고 있다.

17) 기본권의 사인간의 적용을 사안에 따라 판단하는 경우 그 범위 내에서

동규정의 '법 앞의' 평등의 의미는『평등은 모든 법현상형태에 있어서의 법을 통한 동등취급을 의미하며 제정법도 또한 실질적인 의미의 법의 지배하에 있는 관계로 입법자는 법률의 제정에 있어서 이미 그러한 초실정적인 법원리에 의하여 구속되어 있다 할 것이므로 행정·사법뿐만 아니라 입법도 구속한다』라고 보며(입법자구속설), 헌법재판소판례도『우리 헌법이 선언하고 있는 "법 앞에 평등"은 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다』라고 하여 평등권의 입법자구속을 인정하고 있다고 한다.[18)]

차별금지영역에서 경제적·사회적 생활영역에 고용에 있어서의 차별금지가 포함되므로 여기서 비정규 노동자의 고용, 특히 악의적 고용의 문제를 차별금지에 비추어 검토해 볼 수 있으며, 개별적 노동관계 뿐만 아니라 집단적 노동관계 즉, 비정규노동자의 노동3권의 문제도 기본권보장을 위한 수단의 성격을 갖는 헌법상 평등권조항을 통하여 차별금지 내지는 평등실현을 위한 국가 내지는 입법주의 입법적 노력을 촉구할 수 있을 것이다.

헌법은 여성근로자의 차별대우금지를 헌법 제32조 4항에서 별도로 규정하여 개별적 평등권으로 제도화하고 있는데, 비정규 노

직접효력설의 입장에 서는 전제 하에서.

18) 헌재 1992. 4. 28. 선고, 90 헌바 24 ; 김철수, 헌법학개론, 397면. 물론 비정규노동자를 차별하는 입법은 그 자체가 헌법 제11조의 위반문제를 발생시킬 수 있다.

동자에 대한 차별금지규정도 그 기본권침해의 정도에 따라 상당 기간을 정하여 개별적 제도권으로 규정할 수 있다고 본다. 또한 헌법은 전문에서 "정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며"라고 규정하고 있는데 고용의 영역도 물론 여기에 포함되는 것으로서 비정규 노동자의 경우를 적극적으로 검토하여야 한다.

(3) 직업선택의 자유

헌법 제15조는 "모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다"고 규정하고 있다. 직업선택의 자유란 인간이 그 생활을 유지하기 위해 자신이 원하는 어떤 직업을 선택하여 활동할 수 있는 자유로서, 그 선택에 어떠한 강제도 받지 않는 경우를 말한다. 판례는 "헌법 제15조는 기본적 인권의 하나로서 직업선택의 자유를 보장하고 있는데, 이 규정에 의하여 보장되는 자유 가운데에는 본래의 의미에서의 직업선택의 자유뿐만 아니라 선택한 직업에 종사하면서 그 활동의 내용·태양 등에 관하여도 원칙적으로 자유로이 결정할 수 있는 직업활동의 자유도 포함된다고 할 것"이라고 한다.[19]

비정규 노동자의 경우 비정규직으로의 고용 및 비정규직에 계속 머무는 것이 일시적 내지는 잠정적인 형태가 아니라 장기간 지속되는 경향이 있는데 이는 노동자가 어쩔 수 없이 선택한 점과 그렇게 밖에 할 수 없는 상황이 전개되는 상황의 사회적 고착

---

19) 대판 1994.3.8. 선고, 92누 1728.

화를 고려할 때 비정규 노동자의 직업선택의 자유에 대한 침해여부를 긍정적 방향에서 논의할 수 있을 것이다. 사적부문의 근로자의 경우는 사인이 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 해석할 수 있는데 직업선택의 자유의 대사인적 효력에 대하여 종래의 부정적 입장에 선다해도 최소한 민법 제103조[20]의 공서양속규정에 따라 그 적용을 검토해 볼 수 있다.[21]

(4) 근로의 권리 등

헌법 제32조 1항은 제2문에서 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다"고 규정하고 있는데 여기서 '적정임금의 보장'에는 비정규 노동자에 대한 차별 없는 임금의 보장도 포함한다고 해석할 수 있다. 적정임금은 최저임금과는 달리 근로자가 인간다운 생활을 할 정도의 적정한 액수를 말하는 것이 된다.

헌법 제32조 3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다"고 규정하고 있는데 이 규정은 개별적 근로관계에 국가가 법으로 직접 개입할 수 있는 근거가 된다. 비정규 노동자에 대한 차별적 근로조건에 국가는 입법 내지는 법개정을 통해 직접 개입할 수 있다.

---

20) 민법 제103조는 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다"고 규정하고 있다. 즉, 이 조항은 기본권의 사법질서에서의 구체화의 의미를 가진다고 생각한다.

21) 김철수, 앞의 책, 524면.

비정규노동자가 정규노동자와 동일한 가치의 노동을 제공하면서 동일한 대우를 받지 못하는 것이 근로관계에서 보편적으로 등장할 때 이는 헌법 제32조 1항의 근로의 권리의 침해로 볼 여지가 있다.

현대복지국가에서 근로의 권리는 생존권적 기본권의 하나로서 직접적인 효력규정이 된다. 이러한 근로의 권리를 확보하기 위한 헌법소원제도가 있기 때문에 직접적 효력규정에서도 구체적 권리라고 보아야 할 것이다. 그리고 구체적인 법적 권리로 보장해주기 위한 입법을 해주는 것이 바람직하며 부작위에 의한 권리침해에 대하여 손해배상청구권 등을 인정하는 입법이 바람직하다고 하고 있다.[22)]

우리 헌법이 규정하는 근로권은 1919년 바이마르헌법이 처음으로 규정한 이후 세계각국의 헌법이 이를 명문으로 규정하고 있다. 물론 근로권의 구체적인 내용은 각국의 헌법해석과 정치·경제·사회적인 환경에 따라 달리 나타나고 있으나, 대부분의 자본주의국가에서 규정하는 근로권의 내용은 근로기회청구권과 근로기회의 계속유지청구권을 포함하고 있다. 근로기회청구권은 국가가 특정인의 근로의 기회를 직접 제공한다는 것보다는 국가 고용의 기회를 마련하도록 정책을 수립하고 집행할 의무를 지는 것을 의미하며, 근로기회의 계속유지청구권은 구체적으로는 근로기준법의 해고제한제도로 구체화되고 있다.

---

22) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 720면 참조.

근로의 권리는 대사인적 효력도 가진다. 즉 생존권으로서의 근로권의 법적 의의와 연혁으로 볼 때, 사인간에도 효력을 발생하여 헌법 제32조는 제33조와 더불어 국가의 근로권보장의무에 그치는 것이 아니라 해고예방 등도 요구하고 있는 것이며, 부당한 해고 등을 금지하고 있는 것이다. 그런데 이러한 해고금지 등은 고용주의 해고의 자유 내지 계약의 자유를 제한하여 근로권이라는 생존권을 보장하는 것이므로, 그 고용주의 자유에 대한 제한은 이익형량의 원칙에 따라 행해져야 된다고 하고 있다.[23]

비정규 노동자의 근로의 권리를 보장해주기 위한 입법을 국가가 게을리 하는 경우 부작위에 의한 권리침해가 될 것이다.

근로의 권리는 사인간에도 효력을 가지며 적정한 근로의 기회를 부여하는 것에 그치지 않고 근로의 계속유지청구권도 부여하고 있는 것이기 때문에 부당한 해고에 대해서는 법으로 금지하고 있다. 여기서의 사용자의 해고에 대한 제한은 계약자유의 제한의 한 형태로서 구체적인 경우 그 타당성을 따질 수 있는 데 비정규 노동자에 대한 계약의 경우 제반 사정을 종합하여 그 타당성이 인정되는 경우 사용자의 계약의 자유를 제한할 수 있을 것이다.

(5) 근로자의 단결권 등

헌법 제33조 1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고

---

23) 김철수, 앞의 책, 2001, 721면 이하.

있다. 비정규노동자의 노동법상 보호는 개별근로관계법을 통하여 보호하는 것은 정규노동자의 경우와 마찬가지로 한계가 있다. 더구나 대부분의 비정규노동자는 정규노동자에 비하여 교섭력이 현저히 떨어지는 상황에 있는 것이다. 따라서 비정규노동자보호의 또 하나의 실마리는 비정규노동자의 노동조합결성 또는 가입과 그 조합활동을 보장하는 방법이다. 비정규노동자의 조직화의 문제는 비정규노동자문제해결의 한 열쇄인 것이다. 사용자 뿐만 아니라 정규노동자와도 이해대립이 되고 이익조절이 필요한 비정규노동자의 노동3권의 현실적 내지는 제도적 보장은 매우 중요한 문제다.

헌법 제33조의 노동3권의 주체로서의 근로자에 비정규노동자도 당연히 포함되므로 비정규노동자에 대하여 노동조합의 설립과 단체교섭 등의 활동에 법적·제도적 장애를 방치하는 것은 평등권 침해인 동시에 헌법이 보장하는 단결권 등을 침해하는 것이 된다.

(6) 국민의 자유와 권리의 존중·제한

헌법 제37조는 1항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서 비정규노동자의 평등실현 및 기본권이 개별적 헌법규정으로 열거되어 있지 않다 하더라도 법적 보호의 대상이 됨은 물론이다.

동조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적

인 내용을 침해할 수 없다"고 하고 있다. 사용자의 재산권행사의 자유, 계약의 자유도 여기서의 '공공복리'를 위하여 제한될 수 있으며, 그 '공공복리'의 판단대상범위에 비정규노동자의 차별이라는 이 사회의 문제를 포함시켜 논할 수 있을 것이다.

2. 비정규노동자의 노동기본권보장의 사법관계에서의 실현

노동기본권의 보장은 사법의 여러 조항을 통하여 실현가능성이 존재한다.

사용자가 악의적으로 비정규직으로 고용하는 경우 권리남용, 반사회질서법률행위, 불공정행위가 될 수 있느냐의 여부가 문제될 수 있다. 기본권을 침해하는 계약 기타 법률행위는 민법의 제103조의 반사회질서의 법률행위로 해당되면 무효로 될 수 있다.

㉮ 사유재산권존중의 원칙의 한계

민법 제2조 1항은 "권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다"고 규정하고 있고, 2항에서 "권리는 남용하지 못한다"고 규정하고 있다. 여기서 사용자의 비정규직 채용이 악의적이라면, 악의적 비정규직 채용은 권리남용에 해당할 여지가 있다. 물론 악의적 채용의 요건이 구체적이어야 할 것이다. 또

한 이것은 재산권행사공공복리적합의무에도 위반하는 것이 된다. 헌법 제23조는 1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다” 2항에서 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 현재 전체 노동자의 반을 훨씬 넘는 비정규 노동자의 상당수가 겪고 있는 근로조건차별의 문제의 해결은 궁극적으로는 전체 노동자의 근로조건 향상을 가져오는 것으로서 공공복리의 차원에서 다루어져야 한다.

단기간 고용자에게 기간만료 후 당연히 계약갱신이 있을 것으로 기대되는 경우 정당한 이유 없이 계약갱신을 거부하는 것도 권리남용에 해당된다고 할 수 있다.

헌법 제23조의 사유재산권보장의 한계에 대한 법률유보 및 재산권행사 공공복리적합의무규정을 검토해 볼 수 있다. 공공복리에 적합하지 않는 재산권의 행사는 법적으로 권리남용의 이론의 적용을 받을 수 있게 된다.

㉯ 사적자치의 원칙의 수정

근로기준법은 제3조에서 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정하여야 한다”고 규정하고 있다.

노동자의 근로조건의 내용결정에 있어서 계약자유의 원칙 하에서 사용자의 우월성이 지배하는 비정규직으로의 계약이 비정규 노동자의 자유의사를 부당하게 구속하는 근로제공으로 나아가게 할 수 있다. 계약자유의 전제가 되는 당사자의 대등성이 확보되지 않는 사회경제적 약자인 노동자를 보호하기 위한 노동법이 가지는 사회정책적 입법의 성격에 비추어 국가의사는 입법을 통하

여 사적관계에 직접 개입할 수 있다. 그러한 법은 계약자유의 원칙을 수정하는 강행법규의 성격을 가진다.

㉰ 반사회질서의 법률행위

민법 제103조는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다”고 규정하고 있다. 비정규직으로의 채용 그 자체는 당연 반사회적인 것으로 볼 수는 없지만, 동일한 가치의 노동을 상당히 낮은 임금으로 제공받으려는 것은 사회적 상당성을 넘는 것으로 반사회질서의 법률행위로 볼 여지가 있다.

㉱ 불공정행위의 적용가능성

민법 제104조는 “당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다”고 규정하고 있다. “현저히 공정을 잃은 법률행위”라 함은 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미한다.[24] 대가가 금전으로 지급되는 노무공급계약에 있어서 계약의 종류에 관계없이 노무제공자(노동자)가 노무수령자 또는 제3자의 사실상 또는 법률상의 지배하에서 노무를 제공하는 자는 노동법의 보호대상이 된다고 봐야 할 것이다. 여기서 제공하는 노무의 동종 동업계에 종사하는 노동자가

24) 대판 1997.3.11. 96다49650.

일반적으로 받는 금액보다 낮은 임금을 받는 것이 현저히 공정을 잃을 정도가 된다면 본조의 불공정한 법률행위에 해당될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 노동법규정을 통한 근로관계에서의 기본권보장과 비정규노동 보호법리

기본권보장의 측면에서는 앞에서 본 바와 같이 현행 헌법의 적극적 해석론을 통한 보호방안이 마련되어야 한다.

비정규 노동의 각 그룹에 대한 노동계의 주장의 일반은 ① 기간제근로에 있어서는 기간제 필요한 경우에 한하여 기간제 근로계약을 허용하고, 계절적이나 일시적 업무 및 기타 상당한 필요성이 있는 경우에 한하며, 연단위의 근로계약이 두 번 지속된 경우는 정규직 고용으로 본다는 점이고, ② 단시간 근로에 있어서는 단시간근로를 노동자의 통상근로시간에 비해 30%이상 짧은 자로 하여, 그 미만의 경우는 통상근로자의 범위에 포함시키는 것이며, 소정의 근로시간을 초과하여 근로하는 경우 가산임금 지급도 주장하고 있다. 그리고 ③ 파견근로에 대하여는 파견근로를 허용하는 업종을 축소하며, 동일한 업무에 계속하여 파견근로자를 쓰는 경우를 금지하고, 모집·등록형 파견의 금지를 주장하며, ④ 특수고용에서는 근로자성과 사용자성을 확대 즉, 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자와 사용자의 개념범위 확대가 주장되고 있다.[25)]

1. 개별근로관계

비정규직 노동자가 정규직 노동자에 비해 차별대우를 받는 분

25) 노동자보호시각에서 이는 단순한 주장이 아닌 각각 이론적 근거를 바탕으로 하고 있는 입법론에 가깝다.

야는 임금·근로시간·재해보상·안전보건·복리와 후생조건·고용의 계속·해고사유(기준) 등 일체의 근로조건을 포함한다.

㉮ 기간제근로[26]

이는 근로계약의 기간을 약정하는 경우를 말한다. 근로계약기간을 1년 이내의 기간으로 약정한 '단기고용자', 계약기간이 2년이나 3년 등 중기로 되어 있는 자를 '중기고용자' 또는 '계약제근로자'라 부르기도 한다.[27] 그러나 이에 관하여 법률상의 정의규정이 없고, 엄격하게 통일하여 쓰는 상황도 아니므로, 가장 바람직한 것은 '기간의 정함이 있는 근로자' 또는 '기간제 근로자'로 부르는 것이 더 적절하다고 생각한다. 근로계약의 기간을 특히 1년 이내의 단기간으로 정하는 것에 대하여는 '현행법상 특히 위법이라고는 볼 수 없다'는 견해[28]가 있고, '기간을 약정하려면 출산·휴가 등 객관적 사유가 있어야 한다'는 견해[29]도 있다. 근로계약의 기간에 대한 법적규율은 근본적으로는 근로자보호의 시각을 바탕으로 하여야 한다고 본다. 즉, 기간을 약정하는 것은 민법적 시각에서는 당사자의 사적자치의 영역이지만, 적어도 노동법의 영역에서는 사용자의 계약자유에 대한 제한의 성격을 가지며, 그러한 제한에 대하여도 사용자가 받아들일 수 있는 정도의 합리

---

26) 기간제근로자는 우리나라에서 비정규노동자의 전형적인 예로 많은 수를 차지하고 있다. 우리나라의 대부분의 비정규근로자는 기본적으로 기간제계약을 바탕으로 하고 있다.

27) 임종률, 노동법, 박영사, 2000, 526면.

28) 임종률, 앞의 책, 2000, 526면.

29) 김형배, 노동법, 박영사, 2000, 526면; 프랑스(노동법전 L 124-2-2)에서는 근로계약에 기간을 약정하는 것은 출산·휴가·휴직으로 인한 결원의 보충, 계절적 업무, 업무량의 일시적 폭증 등 임시적 필요가 있는 경우에만 허용된다고 한다(임종률, 앞의 책, 2000, 526면).

성을 기초로 하여야 한다고 생각한다. 그리고 그러한 합리성을 바탕으로 하는 경우에 세부적으로 기간제근로의 부정적 또는 긍정적사유를 정하고, 일정기간을 법으로 정하는 것은 선택의 문제, 즉 정책의 문제라고 생각한다. 왜냐하면 노동시장의 환경에 따라 법적 보호의 정도가 변화될 수 있기 때문이다. 기본적인 법적보호의 틀은 법률로 규정하고 법적 보호의 정도는 판례를 통하여 현실을 유연하게 반영하는 것이 바람직한 방안이라고 생각한다.

기간제근로자의 문제는 기간을 약정하는 것 자체가 문제가 아니라 어떤 상황에서 기간을 어떻게 약정하느냐의 문제다. 기간제 근로자에 있어서 가장 큰 문제점은 기간을 정할 합리성이 없는데도 기간을 정하여 근로자의 고용계속을 위협하는 경우이다. 이 경우 국가는 헌법 제32조 1항의 근로권의 내용인 근로계속유지청구권의 보장수단을 마련할 의무 즉, 노동입법을 통하여 그러한 범위의 근로자에 대한 계속고용을 보장하도록 하여야 할 것이다.

기간제 근로자가 장기간에 걸쳐 계약을 반복하여 갱신한 경우 기간의 만료로서 근로관계가 종료되는가의 여부가 문제가 된다. 판례는 기간의 약정이 형식에 불과하게 되어 사실상 기간을 약정하지 않은 근로자와 다름없는 경우에 그 갱신의 거절은 해고와 마찬가지로 정당한 이유가 없으면 무효라고 한다.[30] 즉 판례는 해고제한의 법리의 적용에 있어서 반복 갱신된 단기고용근로자를 상용근로자에 준하는 것으로 보고 있는 것이다.[31] 물론 구

30) 대판 1994. 1. 11, 93다17843.

31) 이 판례는 상용적 단기고용자의 노동관계는 실질적으로 기간의 상용근로자의 그것과 다름없기 때문에 갱신거절의 의사표시는 해고와 실질적을 같

체적인 경우의 제반 상황에 따라 판단할 문제이지만, 대부분의 비정규직이 기간제근로를 바탕으로 하고 있는 것으로 볼 때 일정 기간의 근로의 계속이나 일정횟수의 계약갱신의 경우 이를 기간의 정함이 없는 근로로 간주하는 입법이 한 방법이 될 수 있다. "단기고용자에게 기간만료 후 계속고용을 기대하게 하는 어떤 합리적인 사정이 있는 경우에는 그 갱신거부는 처음부터 정당한 이유를 요한다고 보아야 하며, 그러한 사정 하에서는 정당한 이유 없이 계약의 갱신을 거부하는 것은 사용자의 권리남용에 해당하기 때문"[32]이라는 견해도 있다.

기간제근로자가 동종의 일을 하는 기간의 정함이 없는 상용직 내지는 정규직 근로자에 비해 임금 기타의 근로조건이 현저히 낮은 경우 차별대우의 문제가 발생한다. 이는 우선 근로기준법 제5조의 균등대우원칙의 위반문제를 검토할 수 있다. 동조는 "사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다"고 규정하고 있다. 여기서 차별의 이유로 드는 '국적, 신앙, 사회적 신분'은 한정적 열거라고 해석하는 것이 일반적이지만, 합리적 타당성이 있으면 차별사유를 넓혀가는 판례의 노력이 필요하다고 생각한다. 그리고 한정적 열거로 본다하더라도 동조의 '사회적 신분'에 선천적 신분만을 의미하는 것으로 보

고 따라서 근로기준법상의 해고제한규정이 유추되는 경우로 이해하고 있다. 단기고용자에게 이와 같은 유추적용의 효과가 발생하는지 여부는 고용의 임시성·상용성, 갱신의 회수, 사실상 계속근로기간, 계약기간 관리의 상황, 고용계속의 기대를 가져오는 언동이나 제도의 유무 등 제반사정을 종합하여 개별적으로 결정할 수 밖 에 없을 것이다(임종률, 노동법, 박영사, 2000, 527면).

32) 임종률, 앞의 책, 2000, 527면.

는 견해와 후천적 신분까지 포함하는 것으로 보는 견해가 있다.[33] 즉, 본조의 '사회적 신분'에 기간제근로자라는 신분으로까지 고착화될 정도로 비정규직에 장기간 머문 경우를 포함시키는 방향으로 해석하는 것이 동조항의 입법취지나 목적에 적합한 해석이라고 생각한다.

기간제근로에 대한 입법론 중 하나를 소개하면:「① '기간의 정함이 있는 근로계약'의 체결은 '계절적 업무' 또는 '일시적 작업량의 증가'와 같은 정당한 사유가 있는 분야와 직종으로 제한하여야 한다. 즉, '기간의 정함이 없는 근로계약'에 의하여 수행될 업무를 '기간의 정함이 있는 근로계약'으로 대체할 수 없도록 하여야 할 것이다. 그러나 '정당한 사유'의 구체적 내용은 법률로 정할 것이 아니라 판례에 의하여 구체화하는 것이 바람직할 것이다. ② '정당한 사유'는 계약의 체결뿐만 아니라 계약기간에 대하여도 존재하여야 한다. 연쇄적 근로계약의 경우 계약기간에 대한 '정당한 사유'의 판단은 연쇄적 근로계약의 전체기간을 기준으로 판단하여야 한다. 이와는 별도로 계약기간의 상한을 초과한 경우 사용자는 계약기간의 상한을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자는 그 기간이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있도록 하여야 할 것이다. ③ '기간의 정함이 있는 근로계약'의 경우 사용자는 원칙적으로 계약기간 동안 근로자를 해고할 수 없도록 하여야 한다. 부득이한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. '일정한 시점까지로 계약기간

33) 동조의 '사회적 신분'에 '후천적인 경우(수형자·파산자)도 포함된다고 보아야 한다'고 하면서도 임시직이나 단시간 근로자 등 종업원으로서의 분류나 노동조합의 임원과 같은 일시적 지위는 이에 포함되지 않는다고 하는 견해도 있다(임종률, 앞의 책, 2000, 331면). 그러나 문제는 비정규직이 일시적 지위가 아닌 수년 내지는 10년을 넘는 장기간에 걸치는 경우도 있기 때문에 동조항에 대한 적극적 해석이 요망된다.

을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약'의 경우에는 해고예고규정의 적용을 받지 않는다. '기간의 정함이 있는 근로계약'은 기간의 경과로 자동적으로 소멸한다. 그러나 계약기간이 만료한 후 근로자가 계속하여 노무를 제공하고 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 아니하면 전과 동일한 조건으로 계약이 갱신된 것으로 본다. 이 경우 갱신된 근로계약은 '기간의 정함이 없는 근로계약'이 된다. ④ 사용자는 보수, 휴가, 직업교육의 기회 등과 관련하여 '기간의 정함이 있는 근로계약'을 체결한 근로자가 '기간의 정함이 없는 근로계약'을 체결한 근로자와 동등한 권리를 누릴 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 '기간의 정함이 있는 근로계약'을 체결한 근로자가 수행할 수 있는 업무를 위하여 '기간의 정함이 없는 근로계약'을 새로이 체결하는 경우 사용자는 해당 근로자에게 이에 관한 정보를 제공하도록 하여야 한다. ⑤ '기간의 정함이 있는 근로계약'은 반드시 서면으로 체결하도록 하여야 한다. '기간의 정함이 있는 근로계약'의 체결 및 근로계약기간에 대한 '정당한 사유'의 존재여부에 대한 입증책임은 사용자가 부담하도록 하여야 할 것이다. '기간의 정함이 있는 근로계약'을 체결하기 위한 요건을 결여하거나 금지규정을 위반한 경우에는 '기간의 정함이 없는 근로계약'이 체결된 것으로 보아야 할 것이다」[34]

㉯ 단시간근로

34) 유성재, 기간의 정함이 있는 근로계약에 대한 입법론적 고찰, 노동법학(제12호), 한국노동법학회, 2001, 139면 이하.

근로기준법 제21조는 “이 법에서 “단시간근로자”라 함은 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다”고 규정하고 있다. 근로기준법 제20조는 “이 법에서 ‘소정근로시간’이라 함은 제49조, 제67조 본문 또는 산업안전보건법 제46조의 규정에 의한 근로시간의 범위안에서 근로자와 사용자간에 정한 시간을 말한다”고 규정하고 있다. 또한 근로기준법 제49조는 제1항에서 “1주간의 근로시간은 휴게시간을 제하고 44시간을 초과할 수 없다”고, 제2항에서 “1일의 근로시간은 휴게시간을 제하고 8시간을 초과할 수 없다”고 규정하고 있다. 동법 제67조는 “15세이상 18세미만인 자의 근로시간은 1일에 7시간, 1주일에 42시간을 초과하지 못한다. 다만, 당사자의 합의에 의하여 1일에 1시간, 1주일에 6시간을 한도로 연장할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 산업안전보건법 제46조는 근로시간 연장의 제한으로서 “사업주는 유해 또는 위험한 작업으로서 대통령령이 정하는 작업에 종사하는 근로자에 대하여는 1일에 6시간, 1주 34시간을 초과하여 근로하게 하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

즉, 단시간근로자는 이와 같이 근로자와 사용자가 약정한 ‘소정근로시간’을 바탕으로 정하여 지며, 연장근로 등을 통하여 실제로 근로한 시간을 기준으로 하는 것은 아니다. 근로기준법상의 단시간근로자제도의 취지는 “근로기준법이 정한 최저근로조건은 법정근로시간에 일치하거나 근접한 근로시간을 근로하는 통상근로자를 전제로 하여 정하여진 것이 많기 때문에 이를 단시간근로자에게 그대로 적용할 때에는 사용자에게 가혹한 경우가 생긴다. 그렇다고 하여 단시간근로자에 대하여 근로기준법의 적용을 배제하거나 소정근로시간이 짧다는 것과 합리적인 관련이 없는 근로

조건에 대하여 통상근로자와 차별대우를 할 때에는 단시간근로자를 보호할 수 없게 된다. 이 점을 고려하여 근로기준법은 단시간근로자의 근로조건을 결정하는 원칙을 천명하고 있다. 즉 단시간근로자의 근로조건은 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 하며(법25조1항), 초단시간근로자에 대하여는 근로기준법의 일부규정을 적용하지 아니할 수 있다(동조3항)는 것이다. 전자를 '근로시간비례의 원칙'(비례보호의 원칙)이라 부른다"고 한다.[35]

동법 제25조 2항은 "제1항의 규정에 의하여 근로조건을 결정함에 있어서 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고 하고 있다. 근로기준법 시행령 제9조 1항은 "법 제25조 제2항의 규정에 의한 단시간근로자의 근로조건을 결정함에 있어 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 별표1의2와 같다"고 하고, 동 별표에 의하면:

1. 근로계약의 체결

가. 사용자가 단시간근로자를 고용할 경우에는 임금·근로시간 기타의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부하여야 한다.

나. 단시간근로자의 근로계약서에는 계약기간, 근로일, 근로시간의 시작과 종료시각, 시간급임금 기타 노동부장관이 정하는 사항이 명시되어야 한다.

2. 임금의 계산

35) 임종률, 노동법, 박영사, 2000, 522-523면.

가. 단시간근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급임금을 일급통상임금으로 산정할 경우에는 나목의 규정에 의한 1일소정근로시간수에 시간급임금을 곱하여 산정한다.

나. 단시간근로자의 1일소정근로시간수는 4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일수로 나눈 시간수로 한다.

3. 초과근로

가. 사용자는 단시간근로자에 대하여 소정근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하며, 초과근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급율을 명시하여야 한다.

나. 사용자는 근로자와 합의가 있는 경우에 한하여 초과근로를 시킬 수 있다.

4. 휴일·휴가의 적용

가. 사용자는 단시간근로자에 대하여 법 제54조의 규정에 의한 유급휴일을 주어야 한다.

나. 사용자는 단시간근로자에 대하여 법 제57조의 규정에 의한 월차유급휴가 및 법 제59조의 규정에 의한 연차유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 유급휴가는 각각 다음의 방식으로 계산한 시간단위로 하며, 1시간 미만은 1시간으로 본다. :통상근로자의 월차 또는 연차유가일수'를 '단시간근로자의 소정 근로시간을 통상근로자의소정근로시간으로 나눈 값'에 곱하고 다시 8을 곱한다.

다. 사용자는 여자인 단시간근로자에 대하여 법 제71조의 규정에 의한 유급생리휴가 및 법 제72조의 규정에 의한 산전후휴가를 주어야 한다.

라. 가목 및 다목의 경우에 사용자가 지급하여야 하는 임금은 제2호 가목의 규정에 의한 일급통상임금을 기준으로 한다.

마. 나목의 경우에 사용자가 지급하여야 하는 임금은 시간급을 기준으로 한다.

5. 취업규칙의 작성 및 변경

가. 사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다.

나. 가목의 규정에 의하여 취업규칙을 작성하거나 이를 변경하고자 할 경우에는 적용대상이 되는 단시간근로자 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 단시간근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.

다. 단시간근로자에게 적용될 별도의 취업규칙이 작성되지 아니한 경우에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다. 다만, 취업규칙에서 단시간근로자에 대하여 적용이 배제되는 규정을 두거나 달리 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따른다.

라. 가목 및 다목의 규정에 의하여 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성 또는 변경하는 경우에는 법 제25조 제1항의 취지에 반하는 내용이 포함되어서는 아니된다.

통상근로자에 대하여는 근로기준법에서 정하고 있는 주요 근로조건결정에 관한 사항을 이렇게 단시간근로자의 경우는 시행령에서 정하고 있는 것은 입법체계상의 문제[36]가 없지는 않으

36) 통상근로자의 근로조건결정과 단시간근로자의 근로조건결정이 효력순위에서 상하관계에 있는 각각 근로기준법과 근로기준법시행령으로 규정되어 있는 것은 헌법 제32조 제3항의 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”는 근로조건법정주의의 정신을 위반한 것이라 생각한다.

나[37], 법률에 비하여 개정이 용이한 명령으로 둔 장점을 살리는 것이 중요하다고 본다. 즉, 단시간근로자보호를 위한 본 시행령의 개정에 대하여는 행정부의 의지가 그만큼 중요하다고 할 수 있을 것이다.

근로기준법 제25조 제3항은 "1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 이 법의 일부규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있다"고 규정하고 있다. 동 시행령 제9조 2항은 "4주간(4주간 미만으로 근로하는 경우에는 그 주간)을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간미만인 근로자"라고 하고 있고, 동 시행령 제9조 3항은 "법 제25조 제3항의 규정에 의하여 제2항의 규정에 의한 근로자에 대하여는 법 제34조, 법 제54조, 법 제57조 및 법 제59조를 적용하지 아니한다"고 규정하고 있다. 즉, 퇴직금제도, 주휴일(1주1회유급휴일), 월차유급휴가, 연차유급휴가는 초단시간근로자에게는 적용되지 아니한다. 물론 사용자에게 법상의 의무가 없다는 것으로 그것을 적용하기로 근로계약을 맺는 것은 당사자의 자유의 문제다.

단시간근로의 경우 사용자가 이를 정규근로를 대체하는 수단으로 악용하는 경우 즉, 단시간근로자의 소정근로시간을 넘어 통상근로자에 상당하는 근로를 하게 하는 경우, 즉 소위 "유사단시간근로자"가 문제가 된다. 단시간근로에 대한 법제도 개선방향으로서 한 견해를 소개하면: "기본방향으로서 첫째, 단시간근로자의 근로조건은 원칙적으로 일반 근로자와 동등하게 보호되어야 하나

37) 물론, 입법편의를 위하여 시행령으로 정한 것인지, 의도적으로 그렇게 정한 것인지는 분명하지 않다.

(동등대우), 근로시간과 관련된 근로조건에 있어서는 합리적으로 대우한다(비례적 대우). 둘째, 단시간근로의 탈법적 남용을 방지함으로써 단시간근로의 본래적 의의(순기능)를 살릴 수 있도록 한다. 구체적 제도개선방안으로서 ①우리나라의 단시간근로 관련 규정은 단시간근로자와 통상 근로자의 평등대우에 중점을 두고 있으므로, 현재와 같이 단시간근로자를 정의하는 것에 큰 문제가 없다고 판단된다. 다만, 실업의 감소, 고용의 창출 및 직업훈련 등과 같은 노동시장정책을 수행하기 위하여, 또는 노동통계를 비롯한 근로감독과 관리 등 노동행정실무상의 목적을 위해서는 그와 같은 목적에 부합되는 기준 마련을 위하여 일정한 시간이나 비율을 정할 필요가 있을 것이다. 또한 단시간근로의 탈법적 남용을 방지하기 위하여 '소정근로시간'의 상한선을 설정하거나 연장근로의 상한선을 설정하는 방안을 검토할 수 있다. ②1주간의 소정근로시간의 산정단위가 되는 기간을 정할 필요가 있다. 근로기준법은 1주간의 소정근로시간의 차이에 의하여 단시간근로자와 통상근로자를 구별하고 있으나, 1주간의 소정근로시간은 주별 또는 월별로 다를 수 있으므로 이와 같은 기준은 혼란을 초래할 가능성이 있다. ③일반적인 차별금지를 원칙으로 하는 균등대우 규정을 둘 필요가 있다. 우리나라의 단시간근로 관련규정은 단시간근로자와 통상근로자의 평등대우에 중점을 두고 있으며, '통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라'(근로기준법 제25조 제1항) 대우함으로써 비례적 평등을 원칙으로 하고 있다. 그러나 평등대우의 영역은 절대적 평등취급의 영역과 근로시간에 따라 비례적으로 평등한 대우를 받아야 할 비례적 평등취급의 영역으로 구분된다. 마찬가지로 근로조건에 있어서도 절대적 평등이 보장되어야 하는 부분이 있으므로(예: 근로계약의 체결, 연·월차유급휴가, 취업규칙의 작성·변경 등), 일반적인 차별금지를

원칙으로 하는 균등대우규정을 둘 필요가 있다. 또한 이와 같은 맥락에서 15시간 미만의 단시간근로자에 대한 특례규정의 타당성을 검토해 볼 필요가 있다. ④단시간근로자의 통상근로에로 전환을 용이하게 해주는 방향이나 직무분할이 가능하도록 하는 입법적 보완이 필요하다. 프랑스와 같이 파트타임근로자가 풀타임근로로 전환을 희망하는 경우 우선권을 부여하고 산업분야에 따라 고용불균형이 초래될 때 파트타임근로의 실시에 대해 명령으로 제한이 가능하도록 하는 방법도 입법론적으로 고려해 볼 필요가 있다. 독일 고용촉진법 제3조는 『사용자는 근로시간의 길이나 배치의 변경을 희망하는 파트타임근로자에 대하여 사업장의 당해 직무에 결원이 생기는 경우에는 근로자에게 이를 통지해야 한다』고 규정하고 있다. 또한 두 사람 이상의 근로자와 사용자간에 직무분할계약(job sharing agreement)을 체결하여 통상 근로자 1명이 담당하던 직무를 두 사람 이상의 단시간근로자가 담당하게 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 독일 고용고용촉진법 제5조 제1항은 『사용자는 하나의 직무를 두 명 이상의 근로자에게 분할할 것을 근로자와 합의할 수 있으며, 그 중 한 명이 결근하는 경우 다른 근로자가 그 직무를 대행할 의무는 긴급한 경영상의 필요성이나 노사협정에 의해서만 발생한다』고 규정하고 있다. ⑤현재 근로기준법은 단시간근로자에 관한 취업규칙의 작성과 변경시의 특칙들을 두고 있으나(시행령 별표 1의 2 제5호), 상시 일정수(가령 10인) 이상의 단시간근로자를 사용하는 사용자에게는 의무적으로 단시간근로자에게 적용되는 별개의 취업규칙을 두도록 하는 경우 단시간근로자 보호에 더욱 실효성을 담보할 수 있을 것이다".[38]

---

38) 김소영, 고용형태 다양화와 법·제도 개선과제, 한국노동연구원, 2001, 158-159면.

㉰ 파견근로

사업주가 자기 기업의 근로자를 다른 기업에 파견하여 그 기업의 지휘·감독하에 일을 하도록 하는 경우가 있는데 이를 근로자파견이라고 하며, 이에 대하여는 종래 직업안정법에 의하여 노동조합에 의한 근로자공급사업을 제외하고는 금지되어 왔다. "파견근로의 허용은 중간착취 금지(근기법 제8조)를 무의미하게 하는 등의 문제가 있다고 생각되었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 특별법에 의하여 일부 업종(경비용역법, 공중위생법, 엔지니어링 기술진흥법)에서는 파견근로가 점차 허용되는가 하면, 노동시장에서는 원활한 인력수급의 필요에 따라 음성적인 파견근로가 급속히 증가하여 왔다. 그리하여 파견근로를 둘러싼 생활관계를 합리적으로 규제할 필요가 생겼고 많은 논란 끝에 1998년 파견근로자보호등에관한법률이 제정되기에 이르렀다"[39][40]

파견근로는 사용사업주에 대해서는 기간제 노무공급이면서 파견사업주에 대해서는 기간제 근로계약을 맺는 형식으로 법적으론 파견근로의 형식을 취하는 경우이다. 즉, 사용자(파견사업주)가 근로자를 고용하여 다른 기업(사용사업주)에 제공·파견하여 그 기업의 지휘·명령 하에 근로를 제공하도록 하는 경우를 말한다. 파견제도의 기본적 특징은 파견근로자는 파견사업주와 근로계약을 맺고, 근로제공은 사용사업주의 지휘감독하에 근로계약과 근

39) 임종률, 노동법, 박영사, 2000, 529면.

40) 본 법의 제정 역시 소위 IMF통화관리체제라는 특수한 상황에서 탄생한 것으로 입법당시부터 적지 않은 문제점을 안고 있었다고 할 수 있다.

로제공의 상대방을 달리한다는 점에 있다. 여기서 근로기준법상 사용자의 의무에 관하여 각 사업주(사용자)의 권리의무를 각각 나누어 부담하거나 공동 부담하는 문제가 생긴다. 즉, 파견근로자보호등에관한법률 제34조 제1항은 근로기준법의 적용에 관한 특례로서 “파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제15조(사용자의 정의)의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다”고 하면서 동조항 단서에서 동법상 제22조 내지 제36조(근로계약기간, 근로조건의 명시, 근로조건의 위반, 위약예정의 금지, 전차금상쇄의 금지, 강제저금의 금지, 해고등의 제한, 경영상 이유에 의한 해고의 제한, 해고예고, 정당한 이유없는 해고 등의 구제신청, 퇴직금제도, 금품청산), 제38조(사용증명서), 제40조 내지 제47조(근로자명부, 계약서류의 보존, 임금지급, 도급사업에 대한 임금지급, 비상시지불, 휴업수당, 임금대장), 제55조(연장·야간 및 휴일근로), 제59조(연차유급휴가), 제5장 여자와 소년의 제62조(최저연령과 취직인허증), 제64조 내지 제66조(연소자증명서, 근로계약, 임금청구), 제8장 재해보상의 제81조 내지 제95조(요양보상, 휴업보상, 장해보상, 유족보상 등 근기법상 재해보상규정) 등의 적용에 있어서는 파견사업주를 사용자로 보고, 동법상 제49조(근로시간), 제50조(탄력적 근로시간제), 제51조(선택적 근로시간제), 제52조(연장근로의 제한), 제53조(휴게), 제54조(휴일), 제56조(근로시간계산의 특례), 제57조(월차유급휴가), 제58조(근로시간 및 휴게시간의 특례), 제60조(유급휴가의 대체), 제61조(적용의 제외), 제5장의 여자와 소년의 제67조(근로시간), 제68조(야업금지), 제69조(시간외근로), 제70조(갱내근로금지), 제71조(생리휴가), 제72조(산전후휴가), 제73조(육아시간) 등의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다고 규정하고 있다.

파견근로자보호등에관한법률 제1조는 이 법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 그런데 문제는 파견근로자의 노무제공에 대한 임금 기타 근로조건이 정규직 근로자의 그것보다 현저히 낮은 조건을 가지고 있는 경우, 이러한 파견근로자차별대우의 문제가 제기될 수 있다. 파견근로법 제5조 제1항은 "근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다"고 하고, 그러한 업무로서 동법 제5조 제1항의 대통령령으로 정하는 업무를 영 제2조 1항에서 정하고 있다. 통계청고시 제1992-1호에 의한 한국표준직업분류에 의거하여 근로자파견대상업무로 되어 있는 것은: 컴퓨터전문가의 업무, 사업전문가의 업무, 기록보관원·사서 및 관련정보 전문가의 업무, 언어학자·번역가 및 통역가의 업무, 전신·전화통신기술공의 업무, 도안사의 업무, 컴퓨터보조원의 업무, 녹화장비 조작원의 업무, 라디오 및 텔레비전 방송장비 조작원의 업무, 달리 분류되지 않은 기타 교육 준전문가의 업무, 관리비서 및 관련 준전문가의 업무, 예술·연예 및 경기 준전문가의 업무, 비서·타자원 및 관련사무원의 업무, 도서·우편 및 관련사무원의 업무, 수금원 및 관련근로자의 업무, 전화교환 사무원의 업무, 여행 안내요원의 업무, 조리사의 업무, 보모의 업무, 간병인의 업무, 가정 개인보호 근로자의 업무, 주유원의 업무, 자동차운전원의 업무, 전화 외판원의 업무, 건물 청소원의 업무, 수위의 업무 등 26개에 달한다.

동법 제5조 제2항은 “제1항의 규정에 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다. 다만, 다음 각호의 업무에 대하여는 그러하지 아니하다”고 규정하면서 그러한 업무로서 건설현장에서 이루어지는 업무, 항만운송사업법 등에 의한 하역업무로서 직업안정법에 의하여 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, 선원법 제3조의 규정에 의한 선원의 업무, 산업안전보건법 제28조의 규정에 의한 유해하거나 위험한 업무, 기타 근로자보호등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로 적절치 못하다고 인정하여 대통령령의 정하는 업무 등을 들고 있다.[41] 그리고 파견근로법 제21조는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 동법 제22조 1항은 “사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합의 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지하여서는 안된다”고 규정하고 동2항은 “파견사업주는 사용사업주가 파견근로에 관하여 이 법 또는 이 법에 의한 명령, 근로기준법 또는 동법에 의한 명령, 산업안전보건법 또는 동법에 의한 명령에 위반하는 경우에는 근로자파견을 정지하거나 근로자파견계약을 해지할 수 있다”고 규정하고 있다.

파견근로제도가 가지고 있는 문제점에 대한 한 견해를 소개하면:「파견근로자를 보호하고 파견근로로 인해서 정규직근로가 대체되는 것을 방지하기 위한 현행 파견법상 파견기간의 제한과

41) 파견근로자보호등에관한법률 제5조 제2항 1-5호.

직접 고용간주규정은 크게 세 가지 문제점이 있다: ① 특정파견근로자를 위한 것인지 아니면 특정파견근로자에 상관없이 파견근로를 2년 이상 계속 이용하는 경우인지가 명확하지 않아 해석상 분쟁의 소지가 있다는 것이다. ② 파견근로의 계속성 판단에 동일업무를 포함시킬 수 있는 지 여부가 분명하지 않아 파견근로자를 직접 고용하지 않으려는 파견사업주와 사용사업주는 다양한 편법적인 방법을 동원할 수 있으며, 만약 동일업무가 포함된다는 해석이 가능하여도 어떤 기준으로 동일업무여부를 판단할 것인가에 관한 구체적인 기준이 없다. ③ 직접 고용규정을 실효성있게 하기 위해서는 이를 위반하는 사용사업주에 대한 벌칙조항이 있어야 함에도 이에 관한 규정이 없다는 것이다」[42]

그리고 해결방안으로서:「파견법 제6조 제3항을 "사용사업주가 동일 업무에 관하여 파견근로자를 2년 이상 계속 이용하고 있는 경우에는 2년 경과시에 파견근로시키고 있던 자를 직접 고용한 것으로 본다"고 개정해야 한다. 또한 동일 업무에 관한 정의와 그 범위에 관해서도 파견법과 동법 시행령에서 구체적으로 규정해야 하며, "직접고용을 회피하기 위한 파견계약을 체결할 경우 파견사업주에 대해서는 영업허가의 취소등 제재조치가 가해지지만 사용사업주에 대해서는 별다른 제재조치가 없어 그 실효성을 확보하기 위해서는 파견사업주 및 사용사업주에게 징역형과 벌금형에 해당하는 처벌"을 과하는 법규정이 필요하다(최홍엽, 근로자파견법의 최근 쟁점과 과제, 민주법학(제18호), 민주주의법학연구회, 관악사, 2000, 143면)할 것이다. 이와 같은 내용과 함께 파견법 제5조 , 제6조의 파견허용업무와 파견기간을 개정하자는 의견(김선수, 비정규직 근로자보호를 위한 법개정안, 비정규노동자

42) 박수근, 근로자파견의 기간제한과 직접고용의 문제, 노동법학(제11호), 한국노동법학회, 2000, 273면.

공동대책위원회, 2000, 8-9면)도 불법적인 확산을 저지할 수 있는 방법이 될 수 있다고 본다. 이렇게 파견법이 개정되어야, 파견근로자들은 2년이 지나면 직접 고용이 될 것이고 사용사업주도 파견근로자를 고용하여 사업을 계속할 것인지 여부를 판단할 것이며, 파견근로자도 파견근로기간 동안 열심히 사용사업주에게 노무제공을 하여 직접 고용될 수 있는 기회를 얻으려고 할 것이기 때문에 파견근로자로 인한 노동법적인 문제는 상당히 해결될 수 있을 것이다」고 한다.[43]

㉣ 특수고용형태

도급으로 종속된 노무제공을 하는 자, 학습지교육판매사원, 보험판매인, 골프장경기보조원(캐디) 등 노무제공의 조건이 제3자의 지배 하에 놓여 있는 특수한 형태의 노무를 제공하는 자 등을 말한다.[44] 이에 대하여는 근로자성과 사용자성 판단에 있어서 종래의 종속성판단의 기준을 넓혀가는 방법이 일반적으로 주장되고 있다. 현실적인 입법가능성이 크지 않은 상황에서 판례는 이에 대하여 소극적 입장을 견지하고 있는 것 같다.[45]

대법원이 특수고용관계에서 근로자성 판단의 기준으로 삼고 있는 것에 대한 한 견해를 소개하면:「우리 대법원은 1994년 이후에는 나름대로의 통일된 기준을 마련하고 이에 입각하여 근로자

43) 박수근, 앞의 논문, 같은 면.

44) 이 경우도 대부분의 경우는 기간제 근로의 형태를 띄고 있어 계속적 노무제공이 보장되어 있지 않고 열악한 근로조건에 놓여있다.

45) 현실에 대한 정확한 인식과 노동법해석을 헌법의 기본권보장정신에 비추어 보다 적극적으로 전개되도록 하는 이론제공이 중요한 시점이다.

성을 판단하고 있다. 기본방식의 특징은 '사용종속관계의 유무에 따 른 판단', '실질적 판단', '제반요소의 종합적 고려'로 요약할 수 있다. 이 세 가지 특징은 근로자성 판단에 있어 우리나라의 학설은 물론이고 외국의 학설·판례에서도 기본적으로 지지되고 있는 것이다. 문제는 종합적 고려의 대상이 되는 제반요소와 그러한 제반요소의 고려 또는 평가방법이다. 사실 이것이 근로자성의 결정에 있어서 가장 중요한 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면 어떠한 사실관계를 어떠한 방식으로 법적으로 가치있는 것, 즉 근로자성의 결정요소로서 중요하게 고려하느냐 하는 것은 다양한 직업군이 형성·변화·소멸되어 가는 현실에서 근로기준법의 대상영역을 획정하는데 가장 중요하기 때문이다. 그러므로 기본방식의 적절성여부는 무엇보다도 기본방식에서 고려하는 요소들이 현실의 다양한 취업·고용형태 및 그 변화를 올바르게 반영하는가에 달려 있다고 하겠다」[46]

㉲ 균등대우의 원칙과 동일노동동일임금

근로기준법 제5조[47]는 "사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다"고 규정하고 있다.

---

46) 강성태, 특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단, 노동법학(제11호), 한국노동법학회, 2000, 45면.

47) 근로기준법 제5조와 관련하여서는 비정규 근로자에 대해서는 채용자체를 비정규 근로자로 하는 것은 별론으로 하고 일단 근로관계가 개시되고 나서는 합리적 이유나 법상의 제한이 있는 경우를 제외하고는 여러 근로조건에 있어서 정규근로자와 다름없는 균등대우가 이루어지는 것이 근로기준법 제5조에서 바로 도출되는 해석론이라고 본다.

본 규정은 헌법 제11조의 평등권을 노동관계에 있어서 그 적용을 구체적으로 명시한 것이다.[48][49] 여기서 근로기준법 제5조의 '사회적 신분'에 대하여 이를 선천적 신분으로 보는 견해와 후천적 신분도 포함하는 것으로 보는 견해로 나뉜다. 전자는 동조항의 입법당시의 취지를 반영한 것이고, 후자의 경우는 현실을 고려한 법해석론으로 생각한다. 비정규노동자보호를 위하여 법개정이 가장 강력한 방법이지만, 현행법 하에서는 기존의 법규정을 노동보호법적 시각에서 필요한 범위만큼 적극적으로 해석하는 것이 바람직하다고 생각한다. 입법자가 예정하지 못한 현실의 변화는 법해석론으로 해결할 수도 있다고 생각한다.

차별이 금지되는 사유가 본 규정에 명시된 것에 한정되는지 아니면 단순히 예시적으로 규정한 것인지가 문제가 된다. 그런데 벌칙규정이 있는 본 규정의 성격상 차별이 금지되는 사유를 한정적으로 열거하고 있다고 해석된다. 따라서 차별이 금지되는 사유로서 법개정을 통하여 고용형태(비정규노동자의 고용)를 포함시

---

48) 근로기준법은 일반적으로 근로계약의 개시부터 종료까지를 규율하기 때문에 본규정은 근로자의 채용후의 근로관계를 규율하기 때문에 비정규직으로 채용하는 단계에 대해서는 남녀고용평등법과 같은 적용규정이 없이는 당연히 적용되지는 않는다고 본다. 그런데 동 종의 일을 하는 노동자를 채용하면서 합리적인 이유 없이 정규직과 비정규직으로 나누어 채용하는 것은 차별대우에 해당하며 근로기준법 제5조의 적용에 소극적인 입장을 취하더라도 헌법 제11조의 평등권위반의 문제가 제기될 수 있다.

49) 일단 비정규노동자로 근로계약을 체결하고 난 다음에는 동일가치노동 동일임금의 원칙에 따른 불평등한 근로조건의 개선이 가능하다고 본다. 균등대우에 위반한 경우엔 근기법 제115조의 벌칙이 적용되고 그 자체로 위법성을 가지므로 임금의 차별의 경우엔 과거의 차별액 상당을 위자료인 손해배상으로 청구할 수 있다. 차별받은 임금부분이 구체적인 근거가 있다면 근로기준법의 강행적·보충적 효력이 미치므로 당해 근로자는 직접 그 임금의 차액을 청구할 수 있을 것이다.

키는 것이 바람직하다. 다만 이 규정의 '사회적 신분'에 후천적인 신분도 포함된다고 해석할 수 있는데, 비자발적으로 비정규직으로 장기간 머무를 수밖에 없는 경우를 포함할 수 있는 지 긍정적으로 검토해볼 여지가 있다.

근로의 내용·근무성적 등과 같은 합리적인 이유를 들어 다르게 대우하는 것은 균등대우원칙에 반하는 것은 아니다.[50]

차별이 금지되는 분야는 임금과 근로시간 및 안전보건·재해보상 등 포괄적인 것으로 파악할 수 있다. 해고의 기준도 근기법 제5조의 차별대우의 근로조건에 포함되느냐의 문제가 있다. 해고의 기준이나 사유가 단체협약 또는 취업규칙 등으로 정해져 있는 경우 해고는 근로조건에 포함된다는 것이 일반적 견해인 것 같다. 그러나 해고의 기준이나 사유가 그렇게 미리 정해져 있지 않다고 하여도, 합리적인 이유 없이 해고의 기준을 차별적으로 적용하는 것은 본조의 균등대우금지의 위반이라고 봐야 할 것이다. 기간제 고용의 경우, 계약을 반복 갱신하여 상용근로자와 다름없이 볼 수 있는 경우, 그러한 비정규노동자에 대해 정규근로자의 해고의 기준보다 완화된 갱신거부의 기준을 적용하는 경우는 근기법상 균등대우위반이라고 할 것이다.

비정규노동자에 대한 차별의 내용이 되는 가장 전형적인 것은 낮은 임금이다. 우리 근로기준법 제5조는 균등대우의 원칙을 규정하고 있고, 남녀고용평등법 제6조의2는 1항에서 "사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급

50) 물론 정규직과 비정규직을 반드시 똑같이 대우하여야 한다는 것은 아니다. 합리적 이유가 있는 경우에는 달리 대우할 수 있는 것이다. 근로조건에 따라서 반드시 동등하게 대우하여야 하는 절대적 조건이 있고, 달리 대우하여야 하는 상대적 조건이 있다. 근로자의 건강과 안전에 관한 부분이 절대적 규정의 전형적인 예가 될 것이다.

하여야 한다” 2항에서 동일가치노동의 기준으로서 “직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건” 등을 들고 있다.

동일가치노동동일임금은 비정규노동문제해결의 큰 열쇠임은 분명하지만, 사실상 동일가치노동판단의 기준 문제가 장애가 되고 있다. 이 문제에 대하여 입법적 노력과 판례의 적극적 역할이 기대된다.

동일노동동일임금의 원칙의 적용도 연공서열의 정규직의 급여체계를 비교대상으로 하는 경우에는 어려운 문제가 생긴다. 문제는 제공하는 ‘노동’을 기준으로 하여 임금을 주는 것만이 아니라, 이에 더하여 노동을 제공하는 ‘노동자’를 기준으로 하여 임금을 책정하는 관행이 비정규직과 정규직간의 동일노동동일임금원칙의 적용을 어렵게 만드는 것이다.

특정사업장에 비정규직만으로 그 업무가 행해지는 경우도 문제가 된다. 물론 이 경우 그 사업장에 과거에 정규직이 근무했다면, 그 때의 근로조건을 기준으로 할 수도 있을 것이다. 그러나, 동종 업계의 다른 사업장에서 그런 일을 정규직으로 사용하는 경우, 그 정규직의 근로조건을 다른 사업장의 비정규직의 근로조건 결정의 기준으로 삼는 것은 노동 시장에서 노사당사자가 갖는 보호받는 자율성의 범위를 침해하는 것으로 문제가 될 수 있다.

우리 노동시장에서 능력이 비슷함에도 여성이 남성에 비하여 상대적으로 차별을 받는 현상이 비정규노동시장에서도 나타나고 있다. 물론 이는 비정규노동시장에서의 남녀차별의 문제다.

비정규직 여성과 정규직 남성간의 차별에 있어서는 차별대우의

결정적 사유가 무엇인지에 따라 판단할 수 있고, 그것이 성을 이유로 한 경우엔 남녀고용평등법위반이 되고, 비정규직임을 이유로 차별한 경우엔 헌법상의 평등권침해여부가 검토될 수 있다.

비정규노동자 중에는 상대적으로 교섭력이 약한 여성노동자들이 비정규노동자의 상당부분을 차지하고 있는 것이 간과되어서는 안된다. 또 같은 업무를 수행하면서도 남성은 정규노동자로 여성은 비정규노동자로 근무하고 있는 것도 문제가 된다. 물론 육아라든가 기타 여성이 전통적으로 행해온 가사부담으로 필요에 의하여 비정규직에 머물러 있는 경우도 적지 않다. 이 경우 특정 사업장에 정규노동자에게 그러한 부담을 덜어주는 조치가 있다면 이를 비정규노동자에도 당연히 제공하도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 남녀고용평등법규정은 비정규노동자의 평등실현에 몇 가지 기준을 제공하고 있다.

남녀고용평등법 제1조[목적]는 “이 법은 헌법의 평등이념에 따라 고용에 있어서 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하는 한편 모성을 보호하고 직업능력을 개발하여 근로여성의 지위향상과 복지증진에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 제2조의 2 [정의] 1항은 “이 법에서 ‘차별’이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 것을 말한다. 이 경우 사업주가 여성 또는 남성 어느 한 성이 충족하기 현저히 어려운 인사에 관한 기준이나 조건을 적용하는 것도 차별로 본다”고 규정하고 있다. 제6조[모집과 채용] 1항은 “사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 여성에게 남성과 평등한 기회를 주어야 한다”고 규정하고 있다. 제6조의2 [임금] 1항은 “사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여

는 동일한 임금을 지급하여야 한다"고 규정하고 있고, 동 제2항 "동일가치노동의 기준은 직무수행에 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정함에 있어 제14조의 규정에 의한 고충처리기관의 근로자를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다", 동 제3항은 "임금차별을 목적으로 사업주에 의하여 설립된 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다"고 규정하고 있다.

남녀동일노동동일임금의 원칙에 위반한 사업주는 동법 제23조 1항에서 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 되어있으며 정년·퇴직 및 해고에 대한 차별금지 등 몇몇 규정위반에 대한 벌칙이 정해져 있으나 그 실효성이 의문시되고 있다.

차별의 입증문제도 중요하다. 이에 관한 미국법리를 보면 이 경우 차별의 의도나 동기의 존재여부가 중요성을 가진다. 사용자의 차별은 차별적 대우와 차별적 영향의 두 가지로 나눠볼 수 있다. 전자는 비교적 후자에 비해 미국노동법상 상당히 확립된 이론이다. 비정규직임을 이유로 차별을 받았음을 주장하는 근로자는 일차적으로 그 차별을 입증할 책임을 가진다. 즉, 비정규직이며, 낮은 임금이나 해고·강등이 되었으며, 그런 경우에도 근로자는 사용자의 적법한 기대를 충족하는 방법으로 직무를 수행하고 있었어야 한다. 차별의 입증을 위하여는 1964년의 민권법(Civil Rights Act) Title Ⅶ 하에서 다양하게 발전된 증명모델을 이용할 수 있다. 근로자가 일차적 입증을 할 책임을 부담하고, 사용자에게 입증책임이 전환되는 경우도 있다. Title Ⅶ 하에서 발전된 입증의 방법과 입증책임전환의 경우는 ① 직접적 증거가 가장 확실한 방법이며, ② 상황적 증거인데 이는 원고가 설명되지 않은

차별적 대우를 포함하고 있는 상황적 증거를 이용하여 차별을 입증하는 것이며[51], ③ 통계상의 증거 등이 있다.

㉲ 법제도적 개선의 필요성

입법론적으로는 비정규노동자의 근로조건을 법적으로 정규근로자의 그것과 근접하도록 하면서, 기간제근로의 경우 반복 갱신 내지는 일정한 기간후의 재계약시 계속근로로 간주하여 파견근로의 경우처럼[52] 다른 비정규노동자의 경우에도 정규근로자를 채용한 것으로 법적 효과를 부여하는 방법이 효과적이라고 본다.

우리 근로기준법상의 근로자는 근로계약의 당사자로서의 근로자를 그 적용범위로서 판단하고 있는데, 비정규직 노동자의 경우 이 기준으로 판단하기 어려운 부분이 있다. 여기서 비정규직 노동자의 개념 범위를 판단하는 데 있어서 근로자(노동자)는 노무공급계약에서 노무공급자인 노동자가 노무수령자 또는 제3자의 지배 내지는 영향 하에서 노무를 제공하는 것을 포괄하는 개념을 바탕으로 파악하는 것도 한 방법이 될 수 있다.

노동법은 사회정책적 입법으로서 사회경제적 약자인 근로자에 대하여는 법적 보호를 사용자에 대하여는 법적 제한을 통하여 근로관계에 있어서의 실질적 평등과 근로자의 생존권적 기본권을 보장하는 것이므로 비정규노동자에 대하여 근로계약의 체결과 이

---

51) 임금 외에 계량화되기 힘든 기타 대우의 차별에 있어서는 이 방법이 적절할 것이다.

52) 물론 그 실효성이 문제되고 있지만.

행에 있어서 국가가 법률로써 개입하는 것은 노동법의 본연의 역할이다.

사용자의 채용의 자유는 일정한 경우[53]에는 법으로 제한될 수 있고, 그 법은 근로기준법이나 노조법 등 현행 노동관계법의 규정으로 하든지 아니면 비정규노동자보호특별법으로 입법적 해결을 할 수 있다.

2. 집단근로관계

노동조합및노동관계조정법 제9조는 "노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다"라고 규정하고 있다.

이 규정은 조합원으로의 가입부터 조합원의 지위를 유지하고 있는 동안의 차별대우를 금지하는 것으로 해석된다. 단결권이 노동자에 인정되는 생존권적 기본권으로서의 성격을 가지고 있기 때문에 단결하지 않을 권리보다 차원 높은 보호를 받는다고 할 수 있다. 현 노조법상의 조합원평등조항은 일단 노조원을 그 적용대상으로 하고 있기 때문에 한계가 있는 것으로 보인다. 하지만 노동조합은 그 성격상 일정범위의 근로자를 조직범위로 하여 그 이익을 위하여 조직되고 유지될 수 있다고 해석할 수 있는데 명시적인 근거없이 또는 애매모호한 규약으로 비정규 노동자의

53) 즉, 정규직이 하는 일을 비정규직으로 대신하게 하든가, 상당기간 비정규직으로 있은 경우 정규직으로 전환하지 않는 경우 등.

조합가입을 거부하는 것은 본 조항위반으로 볼 수 있다. 합리적인 이유없이 종교·성별·정당 등을 이유로 조합가입을 거부하는 경우는 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효라고 할 것이다. 한시적인 복수노조금지조항도 비정규노동자의 단결권을 침해하는 것이 된다.

노조가 비정규직을 조직대상으로 하지 않는 경우는 비정규직만의 독자적 노조설립이 가능하지만, 노조가 비정규직을 조직대상으로 하면서도 사실상 비정규직을 가입시키지 않는 경우에는 비정규노동자의 단결권보장을 위한 입법적 장치가 필요하다.[54)]

비정규 노동자의 실질적인 단체교섭권의 확보도 중요한 과제가 된다. 특히 정규직 중심의 노조가 협력하지 않는 경우, 비정규 노동자 자체적으로 일시적 단결체로서 실질적 교섭이 이루어지고 이에 사용자가 응해야하는 법적 장치를 마련해야 한다. 특히 파견근로나 도급의 경우 파견사업주나 수급인은 형식에 불과하고 실질적인 지배력이 사용사업주나 도급인에게 있는 경우 단체교섭의 당사자의 지위와 의무를 가지도록 하는 법적 장치가 필요하다.

정규직 중심의 노조가 체결한 단체협약으로 노조법 제35조의 일반적 구속력 규정의 적용을 받게 되는 경우는 그 자체로, 그렇지 않은 경우는 비정규 노동자 자체의 실질적 단체교섭과 단체협약체결의 당사자로서의 지위를 부여하여야 하며 그 전제가 되는 것은 비정규직의 노동조합결성이 됨은 물론이다.

---

54) 노동조합의 규약에서 비정규노동자를 조직대상에서 제외하여 노조설립의 길을 열어주어야 하며, 그렇게 하지 않을 경우 노동법질서에 반하는 행위이며 비정규노동자의 단결권을 침해하는 것이 된다.

입법형식으로는 비정규노동자의 여러 형태를 포괄하는 특별법이나 개별적 특별법을 입법하는 방법과 기존의 노동관계법의 체계 내에서 이들 형태의 노동자의 근로조건을 향상시키는 방법의 법제가 있을 것이다. 그런데 비정규노동자의 보호문제는 정규노동자에 비해 차별없는 근로조건보장과 고용계속의 보장에 있는 만큼, 한 방안으로서 당장 근로조건의 평등실현 내지는 향상이 어려운 상황에서는 먼저 근로제공의 기간을 장기간 내지는 기간없는 근로로 보장하는 방향으로 나가고 그 바탕에서 근로조건향상으로 나아가는 것도 한 방법이 된다고 생각한다.

Ⅳ. 맺음말

1. 기본권보장인 평등실현의 중요성

사회적 비용을 줄이고 전체 노동자의 삶의 질을 향상시킬 수 있는 현실성 있는 비정규노동자의 보호법제는 비정규노동자에 대한 평등실현 내지는 차별금지의 방향에서 문제해결의 하나의 큰 실마리를 찾을 수 있다.

2. 향후 논의의 전개방향

비정규 노동자의 차별철폐의 문제는 기업별 노조 중심의 상황에서는 기업내에서 사용자에 대응하여 이루어지는데, 기본적으로는 개별근로관계법을 통한 개인적 대응과, 집단근로관계법을 바탕으로 한 집단적 대응으로 나눠볼 수 있는 바 집단적 대응이 더 효과적임은 물론이다. 이하에서 비정규노동자의 차별금지법리에 대한 향후 논의의 전개방향을 제시한다.

(1) 개별근로관계와 집단근로관계의 병행적 접근

비정규노동자의 근로관계의 문제는 개별적 근로관계와 집단적

근로관계를 나누어 검토해보아야 한다. 각각의 경우의 국가(법)의 역할은 각각 직접개입과 간접개입으로 전개되어야 한다. 즉 개별근로관계에 대해서는 국가가 법으로 직접 개입(강제)하여 근로조건강화 및 정규근로로의 비정규노동자보호를 꽤하고, 집단근로관계에 대하여는 비정규노동자의 단결권보장으로 나아가면서 노사자치의 법리에 따라야 한다. 물론 비정규노동자의 경우 근로기간이 짧아서 노조활동이 쉽지 않은 점과 비효율적으로 전개될 여지가 있으나 현재 비정규노동자의 개별근로관계에서의 법적 보호가 제대로 되어 있지 않는 현실에서는 더더욱 노조결성이 우선적 과제가 된다.

(2) 정규노동자와 비정규노동자의 이익조절

기존의 정규직 중심의 노동조합과 비정규직 노동자의 이익이 충돌하는 노동자의 집단적 근로관계에 있어서 양자를 포괄하는 체계적 해석론을 전개하는 데 있어서 어떠한 방향[55]으로 전개하느냐에 따라 그 결론을 낼 수 있을 것이다. 그런데 만약 이 문제가 법제화 된다면 반드시 정밀한 입법과 법해석론의 전개가 따라야 할 것으로 생각된다.

(3) 개별근로관계법 내에서의 전개

비정규노동자는 근로기준법 등의 개별근로관계법에서 임금 기

55) 현재의 정규직 근로자의 단기적 불이익과 전체근로자 장기적 이익의 이익형량 내지는 이익조절문제 같은 것이 한 예가 된다.

타의 근로조건에 대해 그 적용문제를 다투어 나갈 수 있다. 노동행정 즉 국가의 근로감독의무를 촉구한 것도 한 방법이 된다. 궁극적으로는 법원의 판결이 종국적 해결수단이 될 수 있지만 상황에 비추어 소송제기가 어려운 경우가 적지 않고 시간적으로나 경제적으로 효율적이지 못한 경우가 많다.

비정규 노동자에 대한 노동관계법 적용에 대해서는 그 적용이 명시되어있거나, 해석론 및 판례상 가능한 경우엔 물론이고, 그렇지 않은 경우엔 해석론의 전향적 검토를 통하여 문제해결을 위해 나가야 한다. 법규정 또는 해석론 및 판례를 통하여 적용되는 것임에도 사실상 적용되지 않고 국가도 그것을 방치하고 있는 경우엔 더욱 큰 문제로서, 노동법상 권리의 차원은 물론이고 기본권 차원의 국가의 부작위로 인한 권리침해로 볼 수 있다.

비정규노동자의 바램은 적절한 수준의 임금과 고용의 계속 즉 고용보장에 있다. 정규직과 동일한 가치의 노동이 제공되는 것이 명백함에도 낮은 임금을 받고 있는 비정규직의 경우부터 동일임금이 지급될 수 있도록 법해석을 하고 판례가 형성되어야 한다. 고용의 계속은 헌법의 근로권의 한 내용으로서 근로계속유지청구권을 말하며, 근로기준법의 해고제한의법리로 표현되고 있다. 기간제 근로자라 할 지라도 정해진 근로기간 내에서는 비정규(기간제)근로자란 이유만으로 정규직에 비해 해고요건이 완화되어서는 안될 것이다. 물론 대부분의 비정규노동은 기본적으로 기간제고용을 바탕으로 하고 있다. 비정규고용의 해법의 한 실마리는 그 기간제고용의 정규근로화에서 찾을 수 있지만, 그것은 궁극적 지향점일 뿐 당장 획득할 수 있는 목표는 아니다.

기존의 기간의 정함이 없는 근로계약관련규정의 취지는 부당한 근로조건으로 근로자가 장기간 속박되는 것을 방지하는 취지가 있다. 비정규노동에 따라서는 이에 해당되는 경우가 있을 것이다. 법은 이 경우 근로조건의 향상을 함께 가져올 수 있게 하여야 한다.

'서면계약론'도 비정규노동보호법의 한 내용이 될 수 있다. 이는 비정규노동자의 서면계약을 의무화하자는 것이다. 즉, 근로계약의 내용을 서면을 통하여 명시함으로써 계약내용에 대한 분쟁을 예방하고, 일정부분 근로자를 보호하는 효과를 거둘 수 있을 것으로 보인다. 이 경우 서면에 의하지 않을 경우를 기간의 정함이 없는 근로로 본다는 것이다. 이는 입증의 방법으로서 서면에 의하여 비정규노동임을 증명할 것을 의무화한다는 측면도 된다.

(4) 집단근로관계법 내에서의 전개

집단적 대응은 첫째는 비정규 노동자의 단결체[56]를 통하여, 둘째는 비정규 노동자의 노조가 없거나 결성이 불가능한 경우엔 정규 노동자의 노조를 통하여 평등실현의 방향으로 노력할 수 있다. 비정규 노동자의 노조결성의 노력이 우선 전제되어야 함은 물론이다.

비정규 노동자의 단결체의 방법은 비정규노동자의 단독 또는 비정규노동자가 참여하는 노동조합의 결성인데 여기에는 법적·제도적 및 기타의 상황적인 장애가 존재하고 있다. 이 방법이 가

56) 물론 전형적으로는 노동조합이 될 것이지만, 그 준비단계의 경우도 포함한다.

장 효율적임은 물론이다. 물론 기존의 정규직 중심의 노조가 비정규노동자의 가입을 현실적으로 허용[57]하든지, 그렇지 않다면 비정규직 중심의 노조결성이 법적으로 가능한 상황이 되든지 해야 한다. 법적으로 비정규직 중심의 노조가 사업장단위로는 불가능한 경우에는 입법적 개선이 필요하다.

비정규 노동자의 노조가 없거나 결성이 불가능한 경우엔 정규노동자의 노조를 통하여 평등실현으로 노력할 수 있는데, 정규노동자 중심의 노조를 (물론 정규직노조의 협조하에) 사용자에 대한 대응창구로 활용할 수 있을 것이다. 단체협약의 사업장 단위의 일반적 구속력의 조항도 긍정적으로 검토해볼 만하다. 노조법 제36조는 "하나의 사업 또는 사업장에 '상시 사용되는 동종'의 근로자 반수이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 '다른 동종'의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다"고 규정하고 있다. 여기서 법문상의 '상시 사용되는 동종'의 근로자의 범위와 '다른 동종'의 근로자의 범위가 논의되어야 한다. 정규의 근로자를 전제로 하고 제정된 노동법이지만, 목적해석을 통하여 비정규의 근로자도 당연히 포함된다고 보아야 하며, 파견근로자등 그 계약형식을 적용제외의 근거로 삼아서는 안된다고 본다. 또한 예를 들면 1년단위의 근로계약이 반복 갱신된 경우에는 상용근로자와 다름없이 보아야 하며, '다른 동종'의 근로자에도 비정규노동자가 포함된다고 보아야 할 것이다. 다만 법상의 명시규정을 통하여 적용의 기준이 따로 제시되어있는 경우(단시간근로자)엔 그에 따르고 그렇지 않은 경우엔 해석론으로 긍정적으로 접근하여야 할 것이다. 노조법 제

57) 정규직중심노조의 협력을 말한다.

36조의 지역적 구속력의 경우에도 같은 방법으로 접근할 수 있다.

(5) 비정규노동의 노동시장 내에서의 기능과 비정규노동 보호법의 전개방향

비정규노동의 부정적 측면만이 강조되는 것은 사실이다. 노동보호법적 시각에서는 더더욱 그렇다. 일반적으로 비정규노동자는 정규노동자에 비하여 교섭력이 떨어지고, 근로조건이 낮다. 그러나 반드시 그러한 것은 아니다. 소위 '화려한 비정규직'으로 일컬어지는 경우도 존재한다.[58] 비정규노동의 보호적 시각에 얽매인 입법이 그러한 '화려한 비정규직'에 대한 계약자유에 불필요한 한계를 제공할 수 있음도 고려해야 한다. 따라서 그러한 경우에는 노동법적 보호보다는 계약자유의 범위에 맡기는 입법이 필요하다.

비정규노동의 긍정적 기능이 훼손되는 경우도 방지할 필요가 있다. 비정규노동이 경우에 따라서는 정규노동으로 가는 중간단계가 될 수 있고, 또 본인이 필요에 따라 비정규노동을 원할 수도 있는 것이다. 또한 경영자의 입장에서 보면 비정규고용을 경영상의 위험을 줄일 수 있다는 것이 가장 큰 이유인 것이다. 물론 비정규직이 정규직에 비하여 노동의 질이 떨어지는 경우가 많을 것이다. 따라서 고급의 노동을 원한다면 사용자는 정규직으로 고용하려고 할 것이다. 특히 특정사업장에서 수년간의 경험이 해당업무의 원활한 수행에 필요한 경우는 더욱 그러할 것이다. 그런데 그 마저도 경력직으로 채용하려하는 경우도 있을 것이다.

---

58) 연봉제근로자의 경우 상당한 연봉을 받으면서 1년단위로 임금을 포함한 근로계약을 반복갱신하는 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

보통 말하는 비정규노동자의 네 그룹 중에서 비정규노동에 가장 근본적인 문제를 제공하고 있는 것은 바로 기간제 고용이다. 노동시장에서 대체 근로자가 대기하고 있는 상황에서는 기업에서 아무리 핵심적인 일자리라 할 지라도 연단위의 근로계약을 맺으려고 할 것이기 때문이다. 노동시장의 현실 및 그 부분이 되는 사업주의 비정규고용의 욕구는 노동보호법적 시각의 비정규노동자문제해결의 가장 큰 걸림돌이 되고 있다. 더구나 정규직 고용이 필요한 자리임에도 비정규직으로 채용하는 소위 '악의적' 비정규고용은 비정규노동문제해결의 기준설정을 어렵게 하고 있다. 그러한 악의적 비정규고용에 대하여는 강력한 근로감독도 한 방법이 될 것이다. 또한 정규직으로 고용할 수 있다는 객관적 사정 및 비용절감 등의 목적으로 비정규직 자리에 정규직을 고용한다는 주관적 사정(의도)이 입증된다면[59] 그러한 비정규고용을 정규직고용으로 간주하는 법규정도 고려해볼 만하다.

(6) 사회보장차원의 전개

비정규노동자의 노동시장에서의 보호는 비정규노동자에 대한 사회보장의 범위를 넓혀가는 것이 한 방법이 된다. 4대보험의 적용확대의 문제가 있지만[60], 이에 그치지는 않는다. 또한 국가차

---

59) 물론 입증책임의 문제가 생기지만, 이 경우 근로자측의 입증책임의 완화 및 정부로의 책임분배 등의 방법이 있을 것이다.

60) 비정규노동자에 대한 사회보험확대의 문제는 사회보험의 성격에서 그 해답을 찾아야 한다. 비정규노동자에 대한 사회보험적용이 필요하지만 재원확보의 문제가 생기는 경우는 국가가 감당할 수 있는 범위는 정부가 도와주어야 한다. 사회보험적용의 문제는 기본적으로는 그 보험제도의 문제다. 따라서 국가는 비정규노동자에 대한 사회보험적용확대 문제에

원의 보장도 중요하지만[61], 사업장단위의 비급여성 혜택에 있어서 비정규노동자와 정규노동자의 차별이 이루어지지 않도록 사업주를 설득하고 장려하며 경제적 지원 등으로 유인을 제공하는 정책을 시행하는 것도 한 방법이 된다.[62]

(7) 보 론

① 비정규 노동자의 문제는 구체적으로는 주로 사업장단위에서 문제되고 있으며 노조결성도 우선은 사업장단위의 노력이 진행되고 있다. 하지만 법 기타 제도적 및 사실상으로 그것이 어려운 경우 사업장 단위를 넘는 차원의 노조결성노력이 진행되고 있다. 현행법의 테두리 안에서 그것도 헌법이 보장하는 노동기본권의 소극적 해석으로는 비정규노동자의 차별철폐의 노력은 무척 힘들게 전개될 수밖에 없는 것이 현실이다. 국가는 이러한 상황에 정책적 결단을 통하여 입법적으로 비정규노동자문제를 해결하는 것이 현대복지국가로서의 의무를 다하는 것이 된다.[63]

② 종래의 근로자와 사용자의 개념범위는 비정규노동자 문제의 해결을 위해서는 각각 그 개념의 확장이 필요하다. 특히 파견근로자, 도급근로자 등의 특수형태근로자에 대해서는 실제 근로가

대하여 그 법을 고치는 것이 시급하다.

61) 가장 바람직한 방법은 국가가 정규직에 비해 차별받는 비정규노동자의 사회보장을 제도적으로 시행해 가는 것이다.

62) 물론 정규직이 비정규직에 비하여 기업에서 부담하는 급여 외의 복지 등에 드는 비용이 적다는 사실은 기업이 비정규직을 선호하는 하나의 이유가 되고 있다.

63) 법은 가장 강력한 정책수단이다. 노동법이 가지는 사회 정책적 입법으로서의 성격을 고려할 때 현 상황에서 국가는 비정규노동자보호를 위한 전향적인 입법의무를 진다고 생각한다.

제공되는 장소 또는 그 근로에 지배력을 가지는 자에 대해서 근로자와 사용자의 개념범위에 포함되는 것으로 보아야 한다. 노무제공의 자체나 그 과정에 지배력을 가지는 사용사업주와 수급인에 고용되어 일하거나 법적으로 수급인(도급노동자)으로 되어있지만 종속적 노무를 제공하는 경우의 수급인이나 도급인에게 사용자성을 인정하고, 그에 대응하여 그 노동자에게는 계약의 형식에 관계없이 근로자성을 인정하고, 그것을 기초로 노동관계법의 적용을 적극적으로 검토해 나가야 한다.

③ 비정규의 유형별로 보호입법이 고안되어야 한다. 특수고용의 경우는 더더욱 세밀한 접근이 필요하다.[64] 판례의 적극적 기능이 중요하다. 법개정이 되지 않고 있는 현실에서는 판례가 법과 현실의 괴리를 좁혀 주는 역할을 해야 한다.

64) 특히 특수고용의 경우에는 그 유형별로 입법할 필요성이 크다.

참고문헌

강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 노동법학(제11호), 한국노동법학회,2000.

권혜자·박선영, 비정규노동자의 규모·법적지위·조직화방안, 한국노총중앙연구원, 1999.

김선수, “비정규직 근로자보호를 위한 법개정안”, 비정규노동자 공동대책위원회, 2000.

김소영, 고용형태다양화와 법·제도 개선과제, 한국노동연구원, 2001.

김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1999.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001.

김형배, 노동법, 박영사, 2000.

_____, 근로기준법, 박영사, 2000.

_____, 채권각론[계약법], 박영사, 1998.

박수근, “근로자파견의 기간제한과 직접고용의 문제”, 노동법학(제11호), 한국노동법학회, 2000.

유성재, “기간의 정함이 있는 근로계약에 대한 입법론적 고찰”, 노동법학(제12호), 한국노동법학회, 2001.

이상윤, 노동법, 법문사, 2000.

_____, 근로기준법, 법문사, 1999.

임종률, 노동법, 박영사, 2000.

서장권, “근로관계에 있어서 비정규노동자에 대한 차별금지법리”, 비정규직 토론회(2001. 6. 국회 헌정기념관)발제문: 조직화/차별철폐 어떻게 할 것인가?, 한국노동조합총연맹.

최홍엽, “근로자파견법의 최근 쟁점과 과제”, 민주법학(제18호), 민주주의 법학연구회, 관악사, 2000.

허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2001.

Stone & Siedman & Sunstein & Tushnet, Constitutional Law, Little Brown and Company, 1996.

K. Sullivan & G. Gunther, Constitutional Law, Foundation Press, 2001.

Player & Shoben & Lieberwitz, Employment Discrimination Law, West Publishing, 1990.

R. Belton & D. Avery, Employment Discrimination Law, West Group, 1999.

Rabin & Silverstein & Schatzki, Labor and Employment Law, West Publishing, 1995.

Twomey, P. David, Labor and Employment Law(11th. ed), West Legal Studies in Business, South-Western College Publishing, 2001.

M. Hallock, “Pay Equity: What is the Best Union Strategy?”, Labor Studies Journal (Spring 2000).

〔저자약력〕

【주요경력】

- 경북대 법과대학 사법학과 졸업
- 경북대 대학원 법학석사, 법학박사
- University of Connecticut School of Law, LL.M.
- 한국노총 중앙연구원 연구위원

【주요연구논문】

- 근로관계에 있어서 내외국인 평등대우의 법리
- 미국노동법상의 연령차별금지법리
- 교육현장에서의 노동법상 법률관계
- 노동분쟁해결제도에 대한 서론적 고찰
- 미국의 노동분쟁해결제도 등

노총연구원 연구서 90

비정규노동자에 대한 법적 보호

- 기본권보장을 중심으로 -

2001년 12월 21일 인 쇄 2001년 12월 31일 발 행	
발 행 인	이 남 순
발 행 처 주 소	한국노동조합총연맹 서울시 영등포구 여의도동 35번지 (代) 02-782-3884
등 록	81. 8. 21 (13-31호)
인 쇄	성 문 사 (代) 02-2268-0520

가격 : 5,000원