

■ 연구총서 ■

2003-14

---

비정규직 노동자에 대한  
차별금지와 입법과제

---

한국노총 중앙연구원

---

## 발 간 사

---

비정규직 노동자에 대한 생존권 침해상황이 점점 심해지고 있습니다. 대부분의 비정규직 노동자들은 비자발적으로 비정규직에 근로하고 있으며 고용불안과 저임금에 시달리고 있습니다. 특히 저임금은 주로 정규직 노동자와의 차별대우에서 발생하는 것으로 드러나고 있습니다. 노동시장에서 비정규직 노동자가 겪고 있는 열악한 근로조건 및 기타 대우는 해묵은 사회적 문제입니다. 이 문제는 비정규직 노동자에 대한 차별철폐에서 그 주된 해결책의 하나를 찾을 수 있습니다.

우리 사회에서 비정규직 노동자에 대한 차별문제는 또한 노동자계층의 분절을 초래하는 상황에 이르렀습니다. 평등의식이 강한 우리 사회에서 근로조건 및 기타대우의 불평등의 문제는 비정규직 노동자들의 사회적 연대의식을 심각하게 훼손해왔습니다.

비정규직 노동자에 대한 차별문제의 해결은 오늘날 노동운동이 당면한 주된 과제 중의 하나입니다. 이 문제를 해결하지 않고서는 진정한 노동자계층의 단결이 이루어질 수 없음은 물론, 노사관계도 늘 불안정한 상황에 놓이게 될 것입니다.

비정규노동자에 대한 차별을 금지하고, 차별행위에 대한 적절한 제도적 해결장치를 두는 입법이 절실한 때입니다. 정규노동자를 고용해야 할 곳에 비정규노동자를 고용하는 잘못된 행위를 적절히 규제하고 탈법적이거나 불법적인 관행을 바로 잡는 적극적인 노력이 있어야 하겠습니까. 법제도적 개선의 노력과 함께 의식전환도 이루어져야 합니다. 그리하여 노동자계층의 진정한 단결을 통하여 사용자에 대한 교섭력을 길러나가야 할 것입니다. 이번에 본서를 집필한 서장권 연구위원의 수고를 치하하며 본고의 내용은 연구자의 개인적 견해로 구성되었음을 밝혀 둡니다.

2003. 12

한국노동조합총연맹

이 남 순 위 원 장

# 비정규직 노동자에 대한 차별금지와 입법과제

---

서 장 권

---

한국노총 중앙연구원 연구위원

---

/ 목 / 차 /

I. 머리말 .....	1
II. 비정규직 노동자 보호입법에 있어서 차별금지의 의의와 차별 대우 .....	4
1. 비정규직 노동자 보호입법에 있어서 차별금지의 의의 .....	4
2. 차별대우의 사유와 내용 .....	5
1) 차별대우의 사유 .....	5
2) 차별대우의 내용 .....	7
III. 비정규직 노동자에 대한 차별금지와 입법과제 .....	11
1. 개선방향 .....	11
2. 비정규직 노동자 보호입법과 차별금지 .....	18
3. 차별의 판단과 동일가치노동 동일임금 .....	21
4. 차별의 구제제도와 실효성확보 .....	30
5. 차별금지의 입법(안)내용 .....	34
IV. 맺음말 .....	36
참고문헌 .....	38

## I. 머리말

최근 수년동안 두드러지게 증가하고 있는 노동현장에서 비정규직 노동자에 대한 차별은 비정규직 노동자들의 생존권을 위협하고 있을 뿐만 아니라 비정규직 노동자들의 사회구성원으로서의 연대의식을 심각하게 훼손하고 있는 것이 현실이다. 비정규직 노동자들 또한 노동자이자 국민으로서 노동을 통하여 사회적 가치생산에 참여하고 이 사회의 존속·발전에 기여하고 있음은 분명한 사실이다. 그런데 대부분의 비정규직 노동자들은 그들의 노무제공에서 그 노동기회의 획득과 유지에 있어서의 불안정은 물론 제공된 노동에 대한 차별적 대우로 생존을 위협받고 사회적 연대의식을 잃어가고 있다. 이 현상은 이 사회 전체의 화합과 경쟁력을 훼손시켜 건강한 사회를 만들어 가는데 결코 도움이 되지 않음은 물론이다. 노동자들이 자신의 능력과 소질에 따라 일자리를 획득·유지하고 그에 대한 정당한 대가를 받을 수 있어야 더욱 건강한 가정을 꾸려가고 국가사회의 발전적 존속에 기여할 수 있을 것이다. 생존을 위한 어쩔 수 없는 선택으로서의 정당하지 못한 대우에도 불구하고 일을 할 수밖에 없는 현재의 대부분의 비정규직 노동자들을 방치하는 것은 노동시장에서의 약자로서의 비정규직 노동자의 신분화를 촉진하고 고착시켜 사회구성원들 사이의 위화감을 증가시킬 뿐이다. 입법적 해결이 필요한 절박성이 존재하고 있는 것이 현실이다.

한국사회에서 비정규노동자문제에는 노동의 유연성장화라는 압력과 동시에 한국사회의 비정규직 노동의 남용이라는 특수성이 함께 존재하고 있고, 이 점이 비정규노동자에 대한 입법에 있어서 진지하게 고려되

어야 한다. 노동현장에서 계속 증가하고 있는 비정규노동자의 보호문제는 고용불안정과 차별적인 대우(임금 및 기타 근로조건과 대우)가 주로 문제가 되고 있다. 비정규노동자가 원하는 것은 노동현장에서의 고용안정 내지는 계속을 바탕으로 노동제공에 대한 정당한 대우다. 정당한 대우에 미치지 못하는 차별이 있는 경우 그 차별을 시정할 수 있는 제도가 실효성있게 작동할 수 있을 것이 요청된다.

노무공급에 있어서 노동자에 대한 어떤 행위가 법이 금지하는(위법한) 차별이라면, 그 차별의 철폐 내지는 금지가 강력한 사회적 정당성을 가진다.

비정규직 노동자의 차별에 대한 해결이 단적으로 “차별철폐, 차별해소, 차별금지, 차별시정, 차별구제”등으로 표현되고 있다. (1) 차별의 철폐는 현존하는 개별적 차별행위는 물론 차별행위(행태/제도/관행) 전반에 대한 시정은 물론 장래에 대한 차별행위의 전면적 금지를 촉구하는 것(결과로서의 종착점의 성격)이라는 측면이 강하다. 즉, 차별철폐는 특정 차별에 대하여가 아니라 차별적 법과 제도나 관행 전체에 대하여 차별을 없앤다는 차원에서 표현할 수 있는 용어이다. 즉각적이고 전면적인 차별행위의 제거 및 장래에 있어서의 제거를 의미한다. (2) 차별의 해소는 점진적으로 차별의 현상을 줄여나가는 것(격차를 좁혀가는 것)으로 그 정도의 문제가 강조되는 것 같다. 개별적 차별행위보다는 전체로서의 차별상황을 시간을 두고 그 정도를 완화시켜나가는 것이다. (3) 차별의 금지는 과거·현재 및 장래에 대한 차별행위의 반가치평가를 의미한다. 금지의 실효성을 확보하기 위하여는 차별행위에 대한 벌칙(재산형, 신체형)을 규정하는 것이 효과적일 것이다. (4) 차별의 시정에서 “시정”은 주로 기관(사업체)의 행위에 대한 기관(사업체)자체의

절차에 의하여 잘못된 것을 바로 잡는다는 것을 의미한다. 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률에 “차별시정위원회”라는 표현이 사용된다. (5) 차별의 구제에서 “구제”는 차별행위로 인한 권리와 이익의 침해에 대하여 주로 공적 절차에 의하여 침해된 권리 및 이익을 사후적으로 배상 및 만족시켜주는 것을 말한다.

차별철폐는 거부할 수 없는 당위의 차원에서 전개되어야 한다. 차별이 “함께 사는 사회”를 만들어 가는데 있어서 큰 장애가 되고 있음이 사실이다. 차별은 통합적 사회를 만들어 가는데 중대한 장애가 된다. 통합적 사회는 어느 일방의 희생에 의하여 만들어지는 것이 아니라, 모두가 희생을 분담하는 방법으로 만들어지는 것이다. 비정규노동자의 문제를 자본주의사회의 계약관계에서 필연적으로 발생하는 불가피한 현상으로 방치하려고만 할 것이 아니라, 그에 대하여 필요한 변화를 가져오는 정부의 역할과 노사일반의 변화가 필요하다. 차별금지법 인권 보호측면에서도 중요한 문제다. 그리고 우리나라에서 비정규차별의 문제는 노동자의 경제적 이익의 획득정도에 대한 문제만이 아니라 기본적으로 생존권적 기본권의 침해의 문제다. 국가는 생존권적 기본권의 보장을 위한 입법과 그 집행의 의무를 가진다. 이하에서는 비정규노동자에 대한 근로조건 등의 차별금지와 실효성 있는 구제를 위하여 비정규직 노동자 보호입법에 있어서 차별금지의 의의와 차별대우의 사유 및 내용 그리고 차별금지의 입법과제의 순서로 고찰하고자 한다.



## II. 비정규직 노동자 보호입법에 있어서 차별금지의 의의와 차별대우

### 1. 비정규직 노동자 보호입법에 있어서 차별금지의 의의

대부분의 비정규노동자들은 현재의 노무제공을 지속적으로 함과 동시에 그 노무제공에 대응하여 차별없는 적절한 대우를 받기를 원하고 있다. 비정규노동자에 대한 보호입법논의는 이 두 가지 점의 해결을 중심으로 하여 개별적 노동관계와 집단적 노동관계에서 노동기본권 및 노동관계법상의 권리와 이익을 보호하는 것을 목적으로 하여야 한다. 비정규노동자에게는 비정규직이라는 것 자체가 차별을 낳는 근본적 이유가 된다. 따라서 비정규노동자에 대한 차별문제의 해결의 가장 첫 단계의 방법은 비정규직에 진입하는 것을 막는 방법 내지는 비정규직을 택하지 않아도 되는 상황을 만들어나가는 것이다. 사용자가 정규직을 사용할 수 있음에도 비정규직을 사용하는 것을 법적으로 규제하는 방법도 한 방법이 된다. 다음으로 일단 비정규노동자로 일하는 경우에는 정규직화의 방향으로 나아가는 방법과 함께 비정규직으로 있는 동안의 차별적 대우를 없애나가는 방법이 있다. 전자는 시간이 많이 걸리고 또 가능하다고 단정할 수 없는 방법이므로 꾸준히 지속적으로 사업장 및 사회적 차원에서 법제도개선을 포함한 노력을 전개해 나가야 한다. 이에 비하여 후자는 비교적 신속하게 또 정도에 따라서 충분히 가능한 방법이 된다. 비정규노동자보호입법에 있어서 차별금지(구제)법의 위치와 기능의 중요성이 바로 여기에 있다. 비정규노동자보호에 있어서

차별금지(평등대우)가 가장 시급한 문제라고 볼 수 있다. 차별금지(평등대우)의 실현을 통하여 비정규노동자의 생존권보호는 물론 정규직노동자와의 연대감을 통하여 노동자전체의 권익을 보장받을 수 있는 대등한 노사관계로 나아가는 한 실마리를 찾을 수 있는 것이다.

기본권향유의 주체에 대한 차별이라는 관점에서도 비정규노동자에 대한 차별을 바라볼 수 있다. 비정규노동자도 기본권향유에 있어서 차별을 받지 않을 권리가 있다. 생존권적 기본권 중에서 노동기본권 및 사회보장적 차원에서 비정규노동자에 대한 차별문제를 바라볼 수 있다.<sup>1)</sup> 비정규노동자에 대한 열악한 대우 및 차별은 인간다운 생활을 할 수 있는 기본적 권리를 침해한다는 점에서 기본적 인권의 문제이다.<sup>2)</sup> 비정규노동자의 노동기본권침해라는 사회현상에 대하여 국가는 그 침해방지를 위한 비정규노동 보호입법의 의무를 가진다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

## 2. 차별대우의 사유와 내용

### 1) 차별대우의 사유

비정규노동자에 대한 차별의 사유(이유)는 어떤 노동자가 비정규직 노동자라는 것 그 자체이다. 차별의 대상으로서의 비정규 노동자, 즉

---

1) 사회보장제도의 수혜자로서의 국민과 노동보호법의 수혜자로서의 노동자의 범위의 중첩이 있다. 비정규노동자에 대한 차별금지는 이 두 가지 시각에서 논의되어야 한다.

2) 비정규직 노동자는 대부분 기간제 노동자인데 이 경우는 특히 헌법상의 근로권의 한 내용인 근로계속유지청구권(해고제한법에 의한 보호를 받을 권리 등)을 침해 받는다는 점에서 과연 그 침해가 바람직한 것인가를 생각해볼 필요가 있다.

3) 본고는 비정규직 노동자에 대한 개별적 보호와 집단적 보호에서 개별적 보호를 중심으로 고찰한다.

비정규직 노동자라는 이유로 정규직 노동자에 비하여 임금 및 기타 대우에 있어서 차별을 받는 것을 말한다. 따라서 비정규직 노동자들에 대한 차별의 판단에서 비정규직과 비교할 수 있는 노동자를 필요로 하는 것이 일반적이다. 비정규직이라고 하는 것 자체가 차별이유가 된다. 출발에 있어서 차별, 출발에 있어서 불평등한 비정규노동자, 그 불평등 내지 약한 지위가 지속되는 비정규노동자라고 할 수 있다. 비정규직에 오래 머무르고 정규직으로 갈 가능성이 없는 경우 비정규직이라는 신분이 되고 그 차별은 신분에 있어서 차별로 볼 수 있다고 생각된다.<sup>4)</sup>

한국사회에서의 비정규노동자문제의 특성은 그것이 단순한 노동계약으로서의 비정규직에 그치는 것이 아니라, 계약에서 지켜질 것이 요구되는 양당사자 사이의 지켜져야 할 기준이 제대로 준수되고있지 않다는 점이다. 법의 공백이나 법의 흠결을 틈타 사업주 자신의 이익을 무한정으로 충족하려는 태도가 비정규노동자문제를 더욱 힘들게 하고 있다. 사용자의 악의적 비정규고용, 즉 탈법적 비정규고용의 문제의 해결이 중요한 과제이다.

비정규직 노동자는 정규직 노동자와 달리 교섭력에 있어서의 차이로 말미암아 사용자에게 대한 개별적 교섭에서 상대적으로 불리한 것이 일반적이다. 남성에 비하여 여성노동자들의 취업기회가 상대적으로 제한되어 있는 상황에서는 여성노동자들이 남성에 비해 교섭에 있어서 불리한 지위에 있다고 할 수 있다. 특히 비정규노동자 중에서 여성노동자가 반을 넘는다는 것은 비정규노동자의 문제가 곧 대부분 여성노동자의 문제와 중첩됨을 말한다. 또한 저임금노동자 중에서 여성노동자

4) 기간제 노동자의 경우 기간제 노동자라고 하는 것 자체가 차별의 시작이 된다. 고용계속에 대한 불안은 비정규노동자가 받는 가장 기본적인 차별 중의 하나다.

가 상당부분을 차지한다는 것도 마찬가지다. 여성노동자들 중 상당수가 비정규노동자이면서 저임금노동자이다. 비정규노동자에 대한 차별 금지에 있어서 여성노동자의 경우는 비정규직 및 여성이라는 이유로 차별의 이유가 경합되는 경우가 많다.<sup>5)</sup>

## 2) 차별대우의 내용

비정규노동자에 대한 차별대우의 내용은 크게 개별적 노동관계에서의 비정규노동자 개인의 개별적 권리(이익)에 대한 차별과 집단적 노동관계에서의 비정규노동자의 집단적 권리(이익)에 대한 차별로 나누어 볼 수 있다. 비정규노동자에 대한 차별을 분류하면 (1) 개별적 노동관계에서의 비정규노동자에 대한 차별; 집단적 노동관계에서의 비정규노동자에 대한 차별, (2) 노사관계에 있어서 비정규노동자에 대한 차별; 직업생활에 있어서 비정규노동자에 대한 차별; 노동자집단에 있어서 비정규노동자에 대한 차별, (3) 정규직 중심의 노동조합에 의한 비정규노동자에 대한 차별; 노동조합규약상의 차별, (4) 단체교섭에 있어서의 차별; 협약조항에 있어서의 차별; 취업규칙에 있어서의 차별, (5) 노무공급사업장 내에서의 차별; 동 업계에서의 차별 등으로 나뉘볼 수 있다.

일반적으로 정규직 노동자를 상징하고 있는 전통적 노동법의 법리에 따르면, 개별적 노동관계에서는 국가가 직접 개입하여 노동자의 최저기준의 보호를 꾀하고, 집단적 노동관계에서는 국가가 노사자치에 맡

---

5) 여자라는 이유와 비정규직이라는 이유가 구체적인 차별행위에서 각각 어느 정도 원인이 되는지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 고용에서의 차별구제는 전통적으로는 성차별 구제를 중심으로 진행되어왔음을 물론이다.

겨두는 것을 원칙으로 하여 대등한 노사관계를 위하여 국가가 간접개입하는 간접보호의 태도를 가지고 있으나, 비정규노동자의 경우는 개별적 노동관계에서는 물론이고 집단적 노동관계에서도 국가의 보호적 법적 개입이 미흡하여 비정규직 노동자가 더더욱 정규직 노동자에 비하여 열악한 지위에 있는 것이 현실이다. 비정규노동자의 노동3권의 실질적 보장의 문제도 노동조합의 결성·교섭·활동 등에서 법과 관행상의 난관에 부딪히는 경우가 대부분이다. 이미 노동조합이 결성된 경우에도 사용자측의 단결와해시도가 벌어지고 있으며, 정규직 노동자와의 갈등을 빚는 경우도 있다. 비정규노동자의 노동3권 보장의 문제는 “비정규직”이라는 출발점에서의 차이에서 비롯됨은 물론이다. 비정규노동자에 대한 평등대우는 개별적 노동관계차원에서 뿐만 아니라 집단적 노동관계차원도 병행하여 전개되어야 함은 물론이다. 비정규노동자의 조직화의 노력이 계속되고 있지만 본고에서는 개별적 노동관계에서 비정규노동자 개인에 대한 차별금지를 주로 고찰한다.

비정규직 노동자에 대한 평등대우의 확보를 위하여 정규직 노동자가 비정규직 노동자와 함께 연대하여 사용자에 맞서 공동의 생존을 이루는 방법을 찾아가는 것이 중요하다. 정규직 노동자와 비정규노동자와의 관계가 비정규직 노동자의 대우의 향상 및 평등대우의 확보에서 중요한 관건이 된다. 비정규노동자의 개인에 대한 차별은 비정규노동자가 제공하는 노동에 대하여 정규노동자에 비하여 차별적인 대우를 받는 것이 그 정도가 기타 내용에 비추어 법에 위반된다고 볼 수 있는 것을 말한다. 차별의 내용 내지는 차별이 금지되는 분야의 검토도 필요하다. 차별의 내용은 임금이 가장 대표적이지만, 기타의 근로조건 즉, 동일노동 동일대우에 있어서 임금 이외의 근로조건에 해당하는 부분

및 기타 대우도 포함시켜 논의되어야 한다.<sup>6)</sup> 그리고 노동조합결성 및 그 운영에 있어서 불이익 내지는 장애의 문제, 사업장내 노사관계의 논의로부터 소외될 수 있다는 문제도 있다. 물론 현재 가장 우선적 것은 비정규직 노동자에 대한 임금의 차별문제이지만, 평등대우의 영역은 그에 국한되지 않음은 물론이다.

차별금지의 내용(분야)은 가장 중심적인 것으로 임금 및 근로조건(근로시간, 휴게·휴가, 근로에 대한 대가로서 주어지는 것)이며 기타 대우(시혜적 성격으로 지급되는 것, 복지성 대우 등)를 포함하여 작업환경(식사, 근무복, 숙소 기타)같은 것도 포함된다. 이 경우 “차별”의 문제가 “차별 기타 불이익 대우”의 문제로 될 수 있다.<sup>7)</sup> 차별이 금지되어야 하는 분야는 임금은 물론 복지적 성격의 대우를 포함한 일체의 대우이어야 한다. 비정규직 노동자에 대한 사회보험(4대 보험)의 적용도 주된 문제가 된다. 이 문제는 어느 정도 진전되고 있다고 할 수 있지만, 아직도 상당히 미흡한 상황으로 보인다. 그리고 4대 보험과 함께 현실적으로 퇴직금의 문제가 특히 기간제노동자에 대하여 중요성을 가진다. 차별금지의 대상을 전반적으로 살펴보면, 임금 기타 근로조건 및 대우로서 급여성 및 비급여성, 시혜적 대우 및 사내복지관련 대우(근로자복지기금) 등으로 나눌 수 있다. 먼저 임금, 퇴직금, 수당 등의 금전적 급부

---

6) 근로관계는 인적 특성이 강조되는 관계로서 임금 외의 사소한 대우의 문제라도 비정규직 노동자의 연대감을 떨어뜨릴 수 있다고 생각된다.

7) “임금, 근로조건 기타 대우”를 분류해볼 수 있다. 즉, 한 사람에게 일정한 정도만 보장되는 것인지의 여부, 정규직 여부나 비정규직의 형태에 관계없이 보장되어야 하는 경우, 계약에 따라서 대우의 여부나 정도가 정해지는 경우 등으로 나뉘볼 수 있다. 물론 비정규직의 경우 계약체결교섭에서 상당히 불리한 지위에 있다는 것이 비정규직에 대한 열악한 대우의 기본적 원인이 됨은 물론이다.

의 문제, 근로시간(단시간근로자의 경우 출발부터 다른 조건에서 시작함), 휴게·휴일·휴가(절대적 보호와 상대적 보호), 교육 및 훈련, 산재보험·연금·고용보험·건강보험 등을 들 수 있다. 물론 이외에도 근로자가 차별로 느끼는 일체의 현상으로서 사업주의 영향 하에 있는 상황으로서 사내식당이용(불합리한 이용시간규칙등), 통근버스, 사내 복지시설, 작업환경(근무/작업복품질, 기타 작업보조구/공구 등)을 달리 하는 경우도 들 수 있다. 회사창립기념일 기념수당(정규직과 비정규직에 금액 차이를 두는 경우), 회사 체육/오락 시설의 이용상의 차별대우 등이 있다.

### III. 비정규직 노동자에 대한 차별금지와 입법과제

#### 1. 개선방향

비정규직 노동자에 대한 차별현상에서 나타나는 피해를 없애고 바로 잡아 나가는 것이 정책목표라면 그 목표를 실현하기 위하여 어떠한 정책수단을 선택할 것인가가 결정되어야 한다. 현존하는 차별현상을 어떻게 규정하는 가는 법적 판단이 병행되어야 하겠지만 관련법리가 소극적이라면 정책적 결단을 통하여 개선의 정도가 정해질 수도 있을 것이다. 이 경우 정책적 판단의 여지가 더 많아지게 되는 것이다. 차별을 어느 정도 개선할 것인가. 즉, 현재의 차별을 어느 정도 법적으로 규율할 것인가가 입법이 규율할 차별의 범위가 될 것이다. 정책적 고려가 중요하다. 필요한 부분에 신속히 입법을 해야 한다는 시급성이 존재한다. 차별금지를 위한 입법론은 법해석과 법집행(행정지도, 판결의 집행 등 포함)과 관련하여 전개되어야 한다. 법률의 제·개정보다는 기존 법률의 해석을 통하여 현실의 바람직한 방향으로 변화를 추구하는 것이 바람직하지만 비정규직 노동자의 경우는 법의 흠결이 크므로 적극적인 입법에 의존해야 할 것이 대부분이다.

비정규직 노동자 보호를 위한 정책방향은 첫째, 비정규노동의 확산을 막고 줄여 가는 방향(비자발적 비정규직의 축소, 정규직으로의 전환), 둘째, 비정규노동이 정규직 노동과 동등한 대우를 받도록 정책을 시행하는 방향으로 나뉘볼 수 있다. 종래의 비정규직 노동자를 상정한 노동법의 노동자보호법리는 비정규직 노동자보호를 위하여는 더욱 강력한



법적 보호법리로 내용이 구성되어야 한다. 비정규직 노동자에 대한 열악한 대우는 노동자의 생존을 위협하기 때문에 더욱 ‘노사 개별적 자치관계’에 맡기는 것이 아니라 국가가 법적·사회적 보호 하에 두어야 한다.

비정규노동자에 대한 정책적 접근방법은 (1) 국가적·사회적 차원(사회적 합의의 가능성을 늘 열어두는 것이 중요함), 업종별(산업별), 지역별 차원, 기업별 차원, (2) 헌법, 법률의 차원, (3) 법적 차원, 단체협약 등 합의의 차원(단체협약에 의한 규제: 노사합의의 기준에 따른 동일가치노동 동일임금규정을 두는 방법), (4) 법적 제도마련의 차원, 실천적 차원 등으로 나뉘볼 수 있다. 그리고 (1) 노무를 제공하는 개인 노동자 일신에 결부된 무조건적 보호와 (2) 제공하는 노무의 형식과 내용에 따른 조건적 보호의 구분도 생각해볼 수 있다.

비정규차별은 사업주가 해결할 수 있는 부분과 정규노동자가 해결할 수 있는 부분이 있다. 파견근로자의 경우 파견사업주와 사용자사업주가 해결할 수 있는 부분으로 나누어 볼 수 있다. 사업주의 경우도 공공부문(정부 및 기타 공공부문)과 민간부문으로 나누어 볼 수 있다. 물론 집단노동관계의 경우는 실제로 비정규노동자의 노동조합결성과 노동조합 활동을 어렵게 하는 법률적 장애보다는 관행 특히 정규직 중심의 사업장에서의 사용자(사업주 등)의 태도와 정규직 노조와의 갈등이 법률보다 더 문제가 될 수 있다. 조직화된 비정규노동자의 교섭력확보를 통한 비정규노동자의 근로조건개선과 노동기본권확보가 더 효율적일 수 있으며, 조직화단계에서 나타나는 장애에 대한 법적 대비도 중요하다. 단체교섭의 경우에도 사업장에 비정규직 노동자가 반이 넘는 경우 독자적 단체교섭의 문제가 있고, 실제로 단체행동을 행사할 수 있는 상황인

가 등의 문제가 있다. 그런데 비정규직노동자에 대한 차별금지의 문제는 보통 비정규직 노동자 개인에 대한 대우라는 개별근로자차원에서 다루지는 것이 보통이다. 일반론으로서 집단적 노동관계는 노사자율에 대한 국가의 보호를 중심으로 하고 국가의 개입은 간접개입에 그치는 것이 원칙이지만, 개별적 노동관계의 경우는 근로자의 인간다운 생활의 보장을 위하여 국가가 법적으로 직접 개입하는 것이 원칙이다. 비정규직 노동자의 경우 비정규직 노동자의 인간다운 생활의 보장을 위한 근로조건 보호를 위하여 국가가 법으로 평등대우를 법제화하여 강력하게 실행하여 나갈 충분한 법리적 근거가 있다.

노동자에 대한 차별의 문제는 다른 일반 국민의 차원에서 차별의 문제와는 다른 차원에서 논의될 필요가 있다. 차별의 현상이 있고, 국가는 그 차별의 현상에 대하여 어떻게 접근하여야 하는가, 국가는 어떤 역할을 할 수 있는가의 문제가 있다. 차별은 평등권의 침해라 의미한다. 즉, 차별문제는 기본권의 침해의 문제다. 국가는 기본권의 침해에 대하여 그 침해의 예방 및 제거(해소)를 위한 적극적인 정책을 수립하고 시행할 의무를 진다. 일반적으로 기본권으로서의 평등권은 국가기관이나 기타 공적인 실체에 의한 차별행위에 적용되고 사인간의 행위에 대하여는 법률수준의 구체적인 입법을 통하여 적용되는 것이지만, 여기서 “기타 공적 실체”의 개념범위에 대하여 적극적인 해석을 시도한다면 기업의 경우에도 공적 실체로서의 지위와 의무를 적용할 수 있을 것이다. 또한 특히 노동자에 대한 차별의 문제는 생존권의 문제 및 생존배려의 문제로 접근해야 한다. 그 차별이 노동자의 생존권 내지는 최소한도의 인간다운 생활을 위협한다면 그 차별의 해소는 노동자의 생존권 확보의 차원에서 정책수립이 이루어져야 할 것이다.

헌법 제119조 제2항은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 동조 제2항에서 말하는 “적정한 소득의 분배(를 유지)”의 문구로 보아 본 조항은 특히 정규직 노동자에 비하여 상당히 낮은 비정규직 노동자의 적정한 소득을 위하여 국가가 법적 개입을 할 수 있는 근거를 찾을 수 있는 하나의 실마리가 된다고도 볼 수 있다. 두 가지로 나뉘 볼 수 있다. 먼저 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 소득이 기본적으로 보장되어야 한다는 점을 기본적 바탕으로 하고, 둘째로 상대적인 소득의 차이가 그 수용 정도를 넘어설 정도로 심한 경우에 그 차이를 좁혀야 한다는 점으로 나뉘 볼 수 있다. 노동이 필요로 하는 기술이나 지식 및 경험 기타 노동강도에 비추어 볼 때 크게 차이가 나지 않는 일을 함에도 불구하고 임금(소득)에 있어서 심한 격차를 보인다면 그것은 분명 “적정한 소득의 분배”라고 할 수 없을 것이다. 사회적 약자로서 비정규노동자에 대하여 적정한 소득의 분배를 실현시킬 의무가 국가에 있고 그 실현을 위하여 국가는 비정규직 노동자에 대한 평등대우를 보장하는 입법의무를 진다.<sup>8)</sup>

한국사회의 비정규노동자의 문제는 비정규노동자들이 인간다운 생활을 위한 최소한의 기준에 부합하는 근로조건을 보장받고 있지 못하다는 점에서 비롯된다. 비정규노동자의 상당수가 또한 저임금노동자라

---

8) 헌법상의 평등권 질서와 고용질서에의 적용의 문제가 있다. 경제질서에 대한 규제와 조정자로서의 국가가 있다. 비정규고용시장에 필요한 규제와 조정을 행할 수 있으며, 이는 반드시 노동법의 법리를 바탕으로 하는 것은 아니라 사회(경제)법을 바탕으로 할 수 있는 부분이다.

는 점이 이들에 대한 사회보장적 차원의 제도적 배려가 필요함을 말해 주고 있다. 비정규노동자의 문제를 단순히 노동시장의 유연성강화의 결과와 계약자유의 원칙과 같은 차원의 문제로만 볼 것이 아니라, 국가가 노동법적 보호를 강화하는 것이 사회보장차원의 국가적 배려도 겸하게 된다는 점에서 효율적인 비정규노동자보호정책이 된다는 것이다.<sup>9)</sup> 비정규노동자에 관한 국가의 정책은 국가기능에 있어서 그러한 복합적인 목표를 고려하여 수립되어야 한다. 비정규직 노동자의 생존에 대한 국가적 배려가 필요한 시점이다. 비정규노동자보호입법정책은 자본주의적 경제질서에 대한 과도한 제한이 아니라 오히려 자본주의 경제질서의 건강한 존속을 위한 필요한 조치라고 볼 수 있다. 노동이외에 기본적인 생활보장이 제대로 되어있지 않는 우리사회에서 노동의 정지에 대한 위협은 곧 생존의 지속을 위협한다는 점에서 비정규노동보호의 문제는 그러한 생존에 대한 위협을 제거 내지는 축소하는 방향에서 이루어 져야 할 것이다. 다시 말하면, 비정규노동자 보호의 문제는 국가의 복합적 정책목표(노동법, 사회보장법 등)를 실현하는 방향에서 수립되고 집행되어야 한다.

비정규노동자보호는 두 방향에서 추진될 수 있다. 첫째는 노무공급계약 중심의 법적 규제방법으로서 노무수령자에 대한 법적 제한과 노무공급자인 비정규노동자 개인에 대한 보호의 방법이 된다. 둘째는 사회적 약자로서의 비정규노동자의 보호로서, 이 경우 국가가 정책적으로 직접적인 보호를 하는 방법이 제도적으로 마련되어야 한다. 비정규노

9) 비정규노동자의 사회보장청구권으로서 저임금 비정규직 노동자의 경우 국가의 사회보장차원의 긴급구호 내지는 직접보호가 필요한 경우도 있으므로 그에 대한 정책적 배려가 필요하다.

동자 중에는 자발적 비정규노동자와 비자발적 비정규노동자가 있지만, 후자의 경우가 대부분을 차지하며 법적으로 이 후자를 더욱 두텁게 보호하는 정책을 수립하고 집행할 필요가 있다.

비정규노동관계에 대하여 국가가 법적으로 직접 개입하는 방법과 간접적으로 법(사회)적 강제 내지는 압력(영향력)의 행사를 통한 개입의 방법 중에서 후자의 사회적 강제 내지는 압력(영향력)의 행사를 통한 방법은 법을 통한 제도수립과 그 집행의 차원에서 논의함이 강력한 집행을 확보할 수 있다는 점에서 바람직하다.

비정규직 노동자에 대한 임금 및 기타 대우의 격차의 발생원인을 종합적으로 고려하여, 강제규정으로 할 수 있는 것과 사회적 함의로 할 수 있는 것 등을 나누어서 정책을 수립하고 집행해나갈 필요가 있다. 차별이 금지되어야 하는 당위성의 법적 근거를 헌법뿐만 아니라 법률 차원에서 입법을 통하여 확보하여야 한다. 차별현상을 해소하기 위하여 정책수단으로서 법이 기능할 수 있는 정도는 어떠한 것인가. 어떤 현상을 차별이라고 볼 수 있는 근거는 어디에 있는가. 비정규노동현상에 대하여 어떠한 것은 현행법으로 금지되어 있는 것도 있지만, 어떠한 것은 그것을 차별로 규정하는 법을 만들어서 규율해 나가야 한다. 차별 금지규정이 노력규정과 같은 법집행의 실효성이 떨어지는 규정으로 되어 있는데 바람직한 것은 현행 법규정을 만들 당시의 입법정신을 바탕으로 하면서 강력하고 구체적인 법규정(강제규정, 처벌규정, 효력규정)으로 개정하여 나가야 한다. 국가의 역할로서 행정지도의 중요성도 있다. 현행 비정규노동자보호입법의 준수여부에 대한 노동부의 행정지도를 효과적으로 강화하는 방안도 계속 마련되고 시행되어야 한다.

비정규노동자에 대한 차별해소를 위하여 법을 통하여 할 수 있는 것

과 할 수 없는 것이 있다. 비정규노동자에 대한 차별해소가 강력한 법리의 전개를 통하여 시행되는데 있어서 당해 법리에 대한 논란이 있을 수 있다. 사업주의 기업활동의 자유에 대한 보호와 노무공급자인 노동자에 대한 보호에 있어서 조화로운 법리의 전개가 비정규노동차별해소 법제의 바탕이 되어야 한다.

비정규노동의 유형에 관계없이 적용되는 총론적 규정과 그 유형별로 적용되는 각론적 규정을 합하여 독립된 비정규노동차별금지법을 입법하는 방법도 있겠지만, 현 상황에서는 기존의 노동관계법의 규정에 비정규노동자 차별금지를 위한 내용을 두는 방법이 효율적 방법이라고 생각된다. 법체계상의 차별행위 규율에 있어서 헌법상으로는 평등권을 노동관계에 직접 적용하기에는 현행 헌법의 해석론은 상당히 소극적인 입장에 있다. 법률의 단계에서 평등권이 구체화된다고 해석할 때 구체적 법률의 입법이 이루어져야 한다.<sup>10)</sup> 사용자 입장에서의 고용행위, 노동자 입장에서의 노동행위는 인간의 삶에 일반적이고 필수적으로 일어나는 행위로서 그 행위가 특히 노동자입장에서는 생존권의 문제라고 볼 때 이를 특별히 취급할 필요가 충분히 있다.

차별이 존재하고 있는 현실에서 그 해결은 어떠한 방향으로 나아가야 하는가. 차별이 잘못된 현실이라면 바람직한 현실이란 어떠한 모습을 의미하는가. 또 차별이 없어져야 한다면 그 차별은 법으로 완전히 없어질 수 있는가. 만약 그것이 불가능하다면 법은 차별을 없애는 데 대하여 어느 정도 기여할 수 있을까. 우리가 일반적으로 말하는 “차별”에서 다시 법률적 판단을 요하는 “차별”을 분리해내지 않으면 안 된다.

10) 현행 법리상 국회의 입법부작위책임을 물을 수 없기 때문에 입법을 위한 노력의 전개가 현실적으로 힘있게 추진되어야 한다.

다시 말하면 법적 해결을 필요로 하는 사회현상으로서의 차별의 내용 내지는 범위를 정할 필요가 있는 것이다. 과연 법이 개입할 만큼의 반사회적 가치(위법성)를 가진 차별은 어떠한 모습으로 존재하는 것이며, 또 어떤 기준으로 그것을 가려내거나 판단할 수 있을까가 문제된다.<sup>11)</sup>

## 2. 비정규직 노동자 보호입법과 차별금지

비정규직 노동자에 대한 차별금지의 입법은 비정규직 노동자 일반에 대한 보호법 전체의 체계 및 내용의 한 부분이 된다. 비정규직 차별금지 입법은 기타 보호입법의 내용과 구조적으로 관련을 가지고 있으며, 그 기타의 부분과 함께 작동할 때 실질적인 기능을 다할 수 있을 것이다.

비정규 노동자에 대한 보호입법제정을 위하여 정부차원에서는 노사의 참여를 통한 입법안 마련을 위하여 2001년 7월 노사정위원회 비정규특위를 설치하여 비정규노동자를 고용형태별로 기간제근로와 파견근로 그리고 단시간근로, 특수형태근로 등으로 나누어 대책방안을 논의하여 왔으며, 지난 2003년 5월 23일 제24차 비정규특위 본회의에 공익위원안이 정식 보고되었다.<sup>12)</sup>

---

11) 지속적으로 적용이 될 법적용 시스템은 이해당사자(노사)의 신뢰를 받을 만큼 충분한 구체성과 객관성을 가지고 있어야 하고, 그러한 법을 마련한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다.

12) 논의배경을 포함한 공익위원안에 대한 자세한 설명은: 이호근, “비정규근로 대책방안과 과제(노사정위원회 비정규특위 공익위원안을 중심으로)”, 바람직한 비정규직 보호입법 방향에 관한 토론회(2003년 국회 환노위 정책토론: 2003. 10. 7)발제문, 4-23면 참고.

단기간 노동자의 경우 대우의 향상은 물론이고, 고용의 안정(근로기간의 장기화 내지는 지속성)이 노동자보호의 입장에서 중요하다. 바로 정규직으로 전환되기 어렵다면 노동자가 원하는 경우 근로기간의 장기화 및 반복적 갱신보장이 중요하다. 기존의 기간의 정함이 없는 정규직 노동자에게 적용되는 해고의 제한수준의 법적 보호(갱신보장)가 가장 이상적인 수준이 된다.

단시간 노동자의 경우는 비례적 보호가 주로 주장된다. 그런데 단시간 근로를 2개 이상 하는 경우의 노동자의 보호의 문제도 언급되어야 하지만, 일반적 논의는 근로시간에 비례한 대우의 문제, 그리고 법적 보호를 위한 최소 노동시간을 하향하는 문제 등이 주장되고 있다.

파견노동자의 경우에는 현재의 positive list방식(26개 허용업무규정)이 유명무실할 정도로 특정업무에 국한하지 않고 파견이 이루어져왔고, 또 그에 대한 적절한 법집행이 이루어지지 않았던 것이 사실이다. 현재 정부의 법개정의 방향은 negative list방식(파견금지업무를 규정)으로 나아가고 있는 것 같다. 파견노동자의 근로기간은 대부분 기간제형식이고, 대우에서도 사용사업주와 파견사업주의 분리로 적정수준의 대우를 받고 있지 못한 경우가 많다. 차별의 문제도 동일 또는 동일가치의 일을 하는 경우에도 파견노동자이기 때문에 계약이나 기타 형식적인 측면에서의 제한으로 동일한 대우를 받지 못하는 측면이 있다. 현행 파견근로자보호등에관한법률 제21조의 균등한 대우의 규정의 실효성의 확보도 중요하다.<sup>13)</sup>

---

13) 동조는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다.



특수고용노동자의 경우<sup>14)</sup> 근로자성(노무공급자)과 사용자성(노무수령자)의 문제가 법적 보호의 걸림돌이 되어왔다. 현재 정부의 입법방향은 준근로자 내지는 유사근로자로서 법적 보호를 하는 방향으로 나아가고 있다. 그런데 문제는 그것이 특수고용노동자보호의 기본적 수준에도 미치지 못한다는 사실이다. 근로자성 인정을 법적으로 명백히 할 수 없을 지라도 사실상 근로자성 인정과 다름없는 결과를 가져오게 할 수 있는 방법은 없는가. 적어도 특수고용노동자들의 단결체에 대하여 노동조합에 해당하거나 노동조합에 준하는 법적 보호를 할 수 있는 방법은 없는가. 법상 정의규정에서 근로기준법상의 근로자에 포함되기 어렵다면 노동조합법상의 근로자에 포함시켜서 집단적 힘으로 계약조건 내지는 근로조건의 향상을 기할 수 있는 방법은 없는가. 사실상은 근로계약을 체결한 것과 다름없는 사용종속에 가깝지만 실제로는 도급 같은 다른 형태의 노무이용계약을 맺고 있는 경우 그런 경우를 법적으로 탈법적 현상으로 해석할 수 있는 경우는 없는가. “계약의 형식에 관계없이 노무공급(과정)을 지배하는 경우”를 종속적 노동으로 보아 근로자성을 인정하는 방향의 법제화가 요청되는 상황이다.

노사정위원회 비정규특위의 공익위원안은 비정규근로자에 대한 차별금지규정의 명문화를 제시하고 있다. 그런데 파견근로자보호등에관한법률 제21조[균등한처우]에서와 같은 선언적 규정을 두는 것만으로는 실질적인 결과가 나타나지 않음은 물론이다. 차별금지입법의 경우 차별금지규정의 실효성(법준수, 법집행)확보를 위하여 어떠한 방법이

14) 특수고용형태의 경우는 차별판단에 있어서 비교의 대상이 없는 경우가 많다. 따라서 “상당성”개념의 이용필요성이 있다. 비교의 대상은 사업장 내의 비교대상과 사업장외(동 산업계)의 비교대상 및 기타의 가상적 비교대상을 생각할 수 있다.

있는가를 세부적으로 고찰되어야 한다. 즉, 노동법의 영역에서 일반적으로 강조되고 있는 법의 실효성확보를 위한 세부적인 법규정을 어떻게 마련할 것인가의 방향으로 나아가야 한다.<sup>15)</sup> 차별시정의 경우 구체적으로 어떻게 그 절차를 담당하는 기구를 마련하고 실제로 어떤 절차를 통하여 차별을 시정해 나갈 것인가는 기존 노동사무소, 노동위원회 및 법원에 의한 구체절차와 어떤 관계에서 만들어 나갈 것인가가 중요하다.<sup>16)</sup>

### 3. 차별의 판단과 동일가치노동 동일임금

비정규직 노동자에 대한 차별의 이유와 내용은 비정규 노동자임을 이유로 임금과 기타 근로조건 및 기타 대우 등에 있어서 차별을 받는 것이다.

---

15) 법에서 말하는 차별의 개념은 그 명확성의 요구가 강하다. 차별규정을 두고 있는 경우 죄형법정주의의 원칙상 차별의 개념이 명확하고 구체적이어야 하지만, 비정규노동자의 경우 그 명확성은 차별금지법제시스템 전체가 입법목적에 맞게 제대로 기능할 것이 기대될 수 있는 정도의 명확성이면 충분하다고 판단된다. 지나친 개념중심법학의 접근이 비정규노동자 차별금지법제마련에 장애가 되어서는 안 된다고 생각한다.

16) 노동현장에서의 차별시정을 위한 국가의 정책수립을 위한 입법정책에 도움을 줄 수 있는 입법정신의 제시 및 철학이나 방법론의 제시가 필요하다. 그런 점에서 “노동현장에서의 차별”이 어떠한 의미를 가지며, 국가는 이에 대하여 어떠한 방향에서 접근하여야 하는가를 우리 헌법체제 하에서 법리판단을 통한 결론으로서 제시할 수 있어야 한다. 물론 노동조합차원에서 대응할 수 있는 방안을 직접 또는 간접적으로 제시할 수 있을 정도가 되어야 한다. 차별의 행위가 국가행위에 의한 경우, 국가가 설정하는 제도에서 비롯된 경우에는 국가에 대한 책임을 묻고 그 시정 방안을 제시할 수 있다. 차별행위가 사적 주체에 의한 경우, 국가는 그 사적 주체의 행위에 대한 제한을 통하여 차별정도의 완화 및 해소를 유도할 수 있다. 가장 바람직한 것은 물론 차별의 예방이다.

근로기준법 제5조[균등처우]는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”고 규정하고 있다. 본 조항의 차별의 사유 중 ‘사회적 신분’에 경우에 따라서 비정규직 노동자를 포함하여 해석할 수 있는 여지가 있다고 생각된다. 나아가 본 조항에 비정규직 노동의 유형을 차별사유에 포함시키는 방법이 있다. 비정규직 노동자의 차별금지에 관한 입법적 해결방향의 핵심은 동일(동등)가치노동에 대한 동일(동등)임금지급의 현실화를 위한 근로기준법상의 규정 마련이다. 동등대우를 각 비정규직 노동자의 유형에 따라 정리하면 다음과 같다.

(1) “단시간 근로자는 비교할 수 있는 전일제 근로자에 대하여 근로시간에 비례하여 동등한 대우를 받아야 한다.” 이와 관련하여 ETUC-UNICE-CEEP 파트타임노동 기본협약 제4조(차별금지 원칙)도 참고가 된다. 동조는 “1. 고용조건과 관련하여 파트타임노동자는 차별대우가 객관적 사유에 의하여 정당화되지 않는 한 단지 파트타임을 이유로 비교가능한 풀타임노동자보다 덜 우호적인 방식으로 취급되어서는 아니된다. 2. 적절한 경우 시간비례원칙을 적용하여야 한다. 3. 이 조항의 적용준비는 회원국과(또는) 사회적 동반자가 유럽법, 국내법, 단체협약, 관행을 고려하여 정하여야 한다. 4. 객관적 사유에 의하여 정당화된 경우 사회적 동반자와의 협의를 거친 회원국과(또는) 사회적 동반자들은, 국내법, 단체협약, 또는 관행에 따라 적절한 경우 근속기간, 근로시간 또는 소득자격에 따른 특정 고용조건을 첨가할 수 있다. 파트타임노동자의 특정 고용조건 첨가와 관련된 자격조건은, 차별금지 원칙이 제4조 제1항에 언급한 대로 준수되고 있는지 주기적으로 검토

해야 한다”고 규정하고 있다.<sup>17)</sup>

(2) “노무제공의 기간에 정함이 있는 노동자는 기간의 정함이 있다는 이유로 그 기간의 정함이 없는 노동자에 비하여 임금 및 기타 근로조건 등에 있어서 차별대우를 받아서는 안 된다.” 이와 관련하여 ETUC-UNICE-CEEP 기간제고용 기본협약상의 차별금지원칙이 참고가 된다. 동 원칙은 “1. 고용조건과 관련하여 기간제고용 노동자는 객관적 사유에 의해 정당화되지 않는 한 단지 유기계약 또는 관계를 맺고 있다는 이유만으로 비교가능한 상용노동자보다 덜 우호적인 방식으로 취급되어서는 아니된다. 2. 가능한 한 기간비례 원칙을 적용하여야 한다. 3. 이 조항의 적용을 위한 준비는, 사회적 동반자와 협의를 거친 회원국과(또는) 사회적 동반자가 유럽공동체법, 국내법, 단체협약, 관행을 고려하여 정하여야 한다. 4. 특정 고용조건과 관련된 근속기간 자격은 객관적 사유에 의해 정당화되지 않는 한 기간제고용 노동자와 상용노동자에게 동일하게 적용되어야 한다”고 규정하고 있다.<sup>18)</sup>

(3) “파견근로자는 사용사업체 소속 근로자에 비교하여 동등가치의 노동을 하는 한 동일(동등)한 대우를 받아야 한다.” 이와 관련하여 EU의 파견노동지침안(2002)의 차별금지원칙을 보면: (1)“ 파견중인 임시 노동자는 선임권을 비롯한 기본적인 근로 및 고용조건에서 사용업체의 비교가능한 노동자보다 덜 우호적인 대우를 받아서는 아니된다. 차별 대우는 객관적 사유에 의해 정당화될 수 있어야 한다. 적절한 경우 기간

---

17) 정이환외, 유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향(독일·프랑스·영국을 중심으로), 한국비정규노동센터, 2003, 173면.

18) 정이환외, 유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향, 182면.

비례원칙을 적용하여야 한다. 사용업체에서 비교가능한 노동자가 없으면 사용업체에 적용가능한 단체협약을 참조하고, 그러한 단체협약이 없으면 파견업체에 적용되는 단체협약을 참조하여 비교하고, 파견업체에도 단체협약이 없으면 파견노동자의 기본적인 근로 및 고용조건은 국내법과 관행에 따라 정하여야 한다.” (2)“회원국은 파견업체와 상용 고용계약을 맺고 사용업체에 파견되지 않은 기간에도 계속 임금을 받는 파견노동자에 대해서는 차별금지 원칙의 예외를 허용할 수 있다. 파견노동자에게 적절한 수준의 보호가 제공되는 경우, 회원국은 사회적 동반자들이 차별금지원칙을 훼손하는 단체협약을 체결할 수 있는 선택권을 부여할 수 있다. 회원국은 파견노동자가 파견 중인 동일 사용업체에서 그 기간이나 성격상 6주를 초과하지 않는 기간 내에 완료할 수 있는 과제를 맡은 경우, 차별금지원칙을 적용하지 않는다고 정할 수 있다. 회원국은 이 조항의 적용과정에서 남용을 방지하기 위해 적절한 조치를 취하여야 한다. 회원국은 사회적 동반자와 협의를 거친 뒤 차별금지원칙을 이행하여야 한다. 회원국은 사회적 동반자들이 단체협약을 통해 차별금지원칙을 이행하기 위한 절차를 정하도록 허용할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

(4) “특수형태 근로종사자의 경우는 비교할 수 있는 노무를 제공하는 노동자에 비하여 동일가치의 노동을 하는 경우 동일(동등)한 대우를 받아야 한다.” 여기서 물론 전제되어야 할 것이 노무공급자의 근로자성과 노무수령자(또는 지배자)의 사용자성의 인정문제다. 비교대상노동자를 찾는 것도 물론 쉽지 않은 문제가 된다.<sup>20)</sup>

19) 정이환외, 유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향, 59-60면.

20) 노무공급계약에서의 노무공급자(노동자)보호의 시각도 있다. 노동시장에서 대부

(5) 이상에서 차별이 금지되는 내용으로서 “임금 및 기타 근로조건 등”이라 함은 복지적 대우를 포함하는 사용자로부터의 일체의 대우를 말한다. 차별이란 그 대우에 있어서 합리적인 근거가 없이 대우에 차이를 두는 경우를 말한다.

정규노동자와 동일(동등, 비슷)하거나 동일(동등, 비슷)한 가치의 노동을 하는 경우에는 동일(동등, 비슷)한 대우를 받아야 하는 것은 평등 원칙에 부합되는 당연한 것이다. 그 대우는 임금뿐만 아니라 기타 근로조건 및 대우 전반에 관하여도 적용되어야 한다. 법률이 이를 규정할 필요가 있다. 보통 동일노동 동일임금의 원칙은 넓은 의미로는 (1) 좁은 의미의 동일노동 동일임금의 원칙(동일한 노동에 대한 정당한 대가로서 동일한 임금지급의 원칙)과 (2) 동일가치노동 동일임금의 원칙(동일한 가치의 노동에 대한 동일한 임금지급의 원칙)을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 그런데 동일임금의 선결과제인 동일한 (동일 가치의) 노동의 판단이 늘 문제가 되어왔다. 연공급이 중심이 되어 있고 한정적으로 직무급이 결합된 우리나라의 임금체계 하에서 종래 사용자측에서 직무급도입을 위한 객관적이고 과학적인 직무평가의 어려움이 동일(가치)노동의 판단에 장애가 된다고 주장하여왔으나 연공급이 직무급과 공존하면서도 동일(가치)노동 동일임금의 원칙은 적용될 수 있다는 것

---

분 불리한 입장에 있는 노동의 공급자, 특히 직접적(종속적) 노동공급자로서 노동자의 보호의 문제가 노동법의 보호대상이 된다. 그런데 비정규노동자의 문제는 계약의 형식이 일반적인 기간이 정함이 없는 상용근로자의 형식이 아니라는 점에 문제 발생의 근거가 있다. 특히 특수고용형태의 문제는 더욱 문제가 되고 있다. “계약의 형식에 관계없이” 보수(대가)를 목적으로 사업장에 노무를 제공하는 경우 그것이 본질적으로 근로자가 일반적으로 제공하는 노동과 다름없는 것이라면 노동법의 보호 대상으로 하여야 할 것이다.

이 노동계의 주장이다.<sup>21)22)</sup> 여기서 동일노동 동일임금의 원칙은 다시 (3) 동등가치노동 동등임금의 원칙을 포함하는 것으로 발전할 수 있다. 이 원칙상의 “동등”이라는 하나의 범주를 설정한다면 어느 정도 판단의 어려움을 넘어설 수 있을 것이다. 즉, 동등이라는 범주에서 동등가치노동과 동등임금 각각에서 판단의 여지를 확보할 수 있는 것이다.<sup>23)</sup> 이 경우에는 과학적인 직무(노동가치)평가에 앞서서 차별판단대상인 현실에 대하여 차별이라고 볼 수 있는 개연성 내지는 종합적 판단이 가능하다고 생각된다. 반드시 노사합의로 판단이 어렵다면 경우에 따라서는 전문가로서의 제3자의 판단으로 (노사합의에) 갈음할 수도 있을 것이다.<sup>24)</sup>

21) 우리나라의 급여체계는 연공급 중심에 부분적으로 직무급이 가미되어 있는 방식에 업적급 등도 포함되는 상황이다. 직무급의 경우 직무가 가지는 객관적 가치기준이 중요하지만, 임금수준의 결정은 해당 기업의 경제적 교섭력과 해당 기업 내에서 그 근로자가 가지는 교섭력 내지는 지위에 의존하는 부분이 많다는 점이 고려되어야 한다. 우리나라의 기존의 고용평등법상 동일가치노동 동일임금조항은 직무평가를 판단의 기초로 하고 있는 것으로 보인다. 우리나라의 임금체계(기본급 산정기준 등)는 연공급이 중심이 되어 있지만, 그것이 동일가치노동 동일임금 원칙의 실질적 적용에 있어서 장애가 된다고는 볼 수 없다.

22) 사용자에게 동일한 임금지급을 강제할 수 있는 전제로서의 동일(가치)노동의 입증의 늘 문제가 되어왔다. 동일노동의 의미와 동일가치노동의 의미에 있어서 업무에 대한 객관적 평가도 중요하지만, 반드시 수리적 방법을 통하여 결정해야 하는 문제는 아니라고 생각된다. 물론 최선의 방법은 노사합의에 의하여 정하는 것이지만 현실적 어려움이 있다.

23) 영국노동법상의 동일노동 동일임금원칙에 있어서의 “broadly similar work”와 같이 동일(가치)노동에 있어서의 어느 정도의 판단의 여지를 가지는 것이 필요하다.

24) 비정규노동자의 노동자성에 대한 긍정적인 인식을 바탕으로 노동의 동일가치성에 대한 판단을 사회적 합의에 의하여 정함으로써 비정규노동자에 대한 사회적 보호를 도모하여야 한다. 여기서 그 사회적 합의는 반드시 노사 양당사자의 형식적인 합의를 말하는 것이 아니라, 계속적으로 수용할 수 있는 내용과 형식의 합의를 말한다.

차별의 정도가 심할수록 차별의 판단이 용이하고<sup>25)</sup> 그 경우에 동등 임금의 지급에 있어서의 “동등”의 범위에서 어느 정도 판단 및 노사합의의 여지가 가능할 것이다. 노사합의가 어렵다면 유권적 제3자의 판단에 의할 수 있고, 그 판단이 법(사회)적 타당성을 가진다면 동등임금에 대하여 법 및 기타 정책수단을 통한 법(사회)적 강제의 근거가 될 수 있을 것이다. 나아가 동일(동등가치)노동의 판단기준에 대한 노동보호적 시각의 구체적 방안 마련이 있어야 한다. 기업별·직종별·업무별·지역별 등 가능한 차원에서 기준을 만들어 것이 필요하다. 법으로 할 수 있는 부분도 있겠지만 노사(정)의 합의를 통하여 실천해가는 것이 중요하다. 동일노동 동일임금의 원칙의 노사관계에의 적용에 있어서 동등가치노동 동일임금은 현재의 상황에서 가장 적합한 방법이라고 생각된다. 물론 그것은 좁은 의미의 동일노동 동일임금의 원칙과 동일가치노동 동일임금의 원칙의 적용이 어려운 경우의 대안이지만, 현실에서 나타나는 극심한 차별의 경우 그 차별의 차이를 좁히는데 상당히 기여할 수 있다고 생각된다. 물론 과도기적 대안의 성격을 가지고 있지만 말이다.

차별판단의 한 방법으로서의 비교대상성 내지는 비교가능성의 문제가 있다. 차별금지의 이유인 비정규직(기간제, 시간제, 파견, 특수고용 등)노동자에 대한 차별의 판단에 있어서 비정규직 각각은 차별에 있어서의 비교대상을 필요로 하고 있다. 즉 기간제 근로자의 경우는 기간의 정함이 없는 근로자에 비하여, 시간제근로자의 경우는 비교가능한 전일제 근로자에 비하여, 파견근로자의 경우는 사용자업체에 직접 고용

25) 물론 이 경우 자의적 차별로 판단되는 경우가 많을 것이다.



된 근로자에 비하여,<sup>26)</sup> 특수고용(특수근로형태)근로자의 경우는 가능한 비교대상근로자(예를 들면 동종 동 업계의 근로자 등)에 비하여, 합리적 이유가 없거나 자의적으로 차별대우를 받는 것을 말한다. 이 네 가지 이유는 복합적으로 존재하는 경우가 대부분인데, 대부분의 비정규근로자는 기간제 근로자를 겸한다는 것이다. 구체적 비교는 시간제근로자와 전일제근로자의 비교의 경우가 될 것이고, 파견근로자와 사용업체 직접고용근로자와의 비교의 경우가 된다. 시간제근로자의 경우는 비교에 있어서 전일제근로자와 근로시간에 비례한 대우의 비례적 보호가 중요하다. 이 경우 시간제 근로자의 근로시간은 관행적으로 반복된 근로시간이 되어야 할 것이다. 즉, 시간제로 고용되어 급여가 시간급으로 나간다고 할지라도 실제 고용계속의 시간이 전일제근로자의 근로시간과 다름이 없는 경우에는 전일제근로자와 다름없는 대우를 받아야 할 것이다.

비교의 대상이 현실적으로 있거나 가상적 비교대상자가 있어야 한다. 비교가능한 노동자를 사업장내에서 찾는 것이 우선되어야하겠지만 사업장외의 비교대상을 찾을 수도 있을 것이다.<sup>27)</sup> 그런데 기업별로 임금

26) 파견근로자보호등에관한법률 제21조[균등한 처우]는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다.

27) 비교대상판단과 관련하여 임금결정에 있어서 상당성 내지는 동등(비교)성의 기준이 있다. 즉, 업무의 종류나 수준 내지는 가치에 있어서 상당한 업무에 종사하는 근로자들에게 지급되는 임금의 고려도 동일가치노동 동일임금의 원칙에 참고할 수 있다. 즉, 비정규직 노동자에 대한 임금이 해당 비정규직 노동자가 수행하는 노동의 상당가치를 반영하고 있는지의 문제이다. 이 경우 당해 비정규직 노동자들의 노동과 비슷한 업무를 수행하는 다른 비정규직 또는 정규직 노동자들의 임금, 근로시간, 근로조건과의 비교(비교할 수 있는 지역의 공공부문의 고용, 비교할 수 있는 지역의 사적부문의 고용)를 통하여 판단한 상당가치가 동일가치노동의 판단의 기준을 제공해줄 수 있을 것이다.

및 기타 근로조건 등이 결정되는 구조에서는 비교대상을 찾는 것이 어려워지는 문제점이 있다. 차별의 판단에 있어서 비교대상근로자의 문제에서 가장 좁은 범위는 (1) 해당 사업장에 현재 비교할 수 있는 근로자가 있는 경우다. 그런데 이렇게 한 사업장에 비교대상근로자가 실제로 존재하는 경우가 아닌 경우는 적절한 비교대상근로자(모델)을 상정할 필요성이 있다. (2) 과거의 그 사업장에 비교대상 근로자가 있었던 경우엔 그 과거의 비교대상 근로자를 비교대상으로 할 수 있을 것이다. (3) 해당 사업장이외의 동종업계에 종사하는 과거 또는 현재의 근로자를 비교대상으로 할 수도 있을 것이다. 그런데 비교대상이 동일한 사업장밖에 존재하는 경우는 기업별로 임금 및 기타 대우가 결정되는 상황에서 차별의 판단 및 평등대우(평등실현)를 위하여 국가가 해당 기업에 대하여 어떠한 강제적 조치를 취할 수 있는 법적 근거의 제시나 법적 근거의 마련은 법이론 및 체계 그리고 노동시장과 경제상황 등을 고려할 때 실현가능성을 찾기가 쉽지 않은 문제라는 점이다. 국가가 그 경우 해당 기업에 할 수 있는 것은 법적 처벌을 수반한 강제력의 행사가 아닌 사회적 압력에 의한 유도의 수준이 될 수밖에 없을 것이다. 비교대상근로자를 상정할 수 없는 경우나 해당 비정규직 노동자에 대한 차별판단이 어려운 경우에는 저임금비정규근로자의 경우 사회적으로 정당하지 못한 열악한 대우에 대한 국가의 직접개입이 요청된다.

차별의 판단기준 및 입증의 문제가 있다. 차별의 사실과 차별의 의도에서 사용자의 차별의 의도에 대한 존재 또는 그 존재의 입증을 반드시 요하는가의 문제가 있다. 차별행위의 판단에 있어서 차별의 의도가 중요함은 물론이지만, 차별이 관행으로 되어있는 경우 차별이라는 주관

적 인식의 존재는 차별판단에 필수요건이라고 할 수는 없을 것이다. 물론 차별행위에 대한 판단에 있어서 그 차별행위의 효과에 처벌 또는 징계적 배상이 따르는 경우에는 차별의도의 존재가 필요하지만, 단순히 차별에 대한 평등회복수준의 배상의 경우엔 근로자보호의 시각에서 차별의도의 존재를 필요로 하지 않는다고 보아야 할 것이다. 차별의 의도의 입증에 필요한 경우에도 근로자는 차별이 있었다는 것을 주장하면 사용자의 반증이 없는 한 차별의 사실이 있었다는 것으로 차별의 의도가 존재한다는 것이 입증된다고 봐야 할 것이다. 그리고 차별사실의 입증에 있어서도 근로자의 상황적 개연성을 나타내는 주장으로 족하고, 사용자의 반증<sup>28)</sup>이 없는 한 차별사실이 존재한다고 봐야 할 것이다(사용자입증책임).<sup>29)30)</sup>

#### 4. 차별의 구제제도와 실효성 확보

차별이 되는 내용과 그 시정절차의 문제가 있다. 먼저 무엇을 차별이라고 부를 수 있는 가 즉, 차별판단의 요건문제가 있다. 그리고 구체적으로 현 제도 내에서 어떻게 구성되어야 하는가. 즉, 기존의 차별구제제도와 조화문제도 있다.

28) 차별이 없었다거나, 그 차별을 정당화할 만한 다른 사정이 있었다는 것 등.

29) 남녀고용평등법 제30조는 “이 법과 관련한 분쟁해결에서의 입증책임은 사업주가 부담한다”고 규정하고 있다.

30) 차별의 판단(확정)은 일차적으로 사내의 확정절차를 통하고, 그것이 어려운 경우 신뢰할 수 있는 공정한 제3자(개인이나 기관)에 의하여 차별사실을 확인하는 절차를 둘 수도 있을 것이다.

차별에 대한 구제는 사전적 구제(차별예방)와 사후적 구제로 나누어 볼 수 있다.<sup>31)</sup> 차별에 대한 구제는 일반적으로는 과거의 차별에 대한 배상을 말하지만 이에 그치지 않고 향후 차별을 하지 않도록 금지하는 것을 포함한다. 임금차별의 경우의 구제범위는 차별로 인하여 받지 못한 임금의 최근 3년분이 될 것이다. 차별의 사전적 예방방안이 사후적 구제방안보다 효과적임은 물론이다. 차별의 방지를 위하여 사업주 및 중간 관리자의 차별법규에 대한 이해를 깊게 하고 근로자들에게 권리 의식을 주지시키는 제도적 장치의 마련도 중요하다. 차별법규 및 그 적용가능성의 예를 사업장에 게시하게 하는 방법도 있다. 차별분쟁은 일차적으로 해당 사업장 내에서 해결하도록 하고, 그것이 실패할 경우 제 3의 기관(차별구제/시정 위원회)를 통하는 방법도 있다.

기존의 차별해결을 위한 각종 정부차원의 차별시정관련 위원회와의 관계를 고려하고,<sup>32)</sup> 사업장(대규모경우) 단위 및 지역차원의 차별시정

31) 차별의 구제절차는 사전적 예방절차와 사후적 구제절차로 나눌 수 있다. 사전적 예방절차로는 노무공급계약의 내용에 대한 법적 개입, 단체협약에서의 개입, 사내차별금지/시정기구마련, 노동조합내(기업노조, 산별노조, 지역노조, 전국차원) 기구설치 등의 방법이 있다. 사후적 구제절차로는 노사협의체(사내, 산별, 지역별, 전국), 노동위원회, 법원을 통하는 방법이 있고, 조정/중재의 방법은 특히 권리관계를 따지는 분쟁이 아닌 이익의 정도를 두고 발생하는 분쟁의 경우 신속하게 합의할 수 있다는 장점이 있다.

32) 기존의 차별구제법의 일반적 특징은 국가기관이 모든 차별행위에 대하여 포괄적으로 관할하여 구제하는 모습을 띄고 있다는 점이다. 일반적으로 행정이 가지는 포괄성 때문이다. 따라서 명목 내지는 형식이 강조되는 측면이 강하다. 실질적인 구제라는 결과의 측면이 소홀해지는 경우가 대부분이다. 절차의 복잡성과 같은 내부적 장애도 문제가 된다. 시간지연을 초래하는 경우도 많다. 실제로 처리할 수 있는 범위 내에서 제도를 마련하는 것이 중요하다. 현재는 고용평등위원회(노동부), 노동위원회, 남녀차별개선위원회(여성부), 국가인권위원회로 4분화되어있는 상황이다.

을 위한 상설/비상설적 기구가 필요하다.<sup>33)34)</sup> 남녀고용평등법상의 고용평등위원회, 국가인권위원회내의 시정위원회, 남녀차별금지법하의 시정위원회 등과의 관계도 고려되어야 한다. 현실적으로 기구를 운영할 수 있을 정도의 가능한 수준의 제도가 필요하다. 현재 우리나라의 상황으로 볼 때 잠정적 차별금지구제(적극적 평등실현)와 항구적 차별금지구제(상시적 제도운영)를 함께 할 수 있는 제도의 설치와 운영이 필요하다. 노동위원회에 차별시정위원회를 두든가 아니면 독립된 위원회를 두는 방법도 있다. 차별시정위원회를 어떻게 만들 것인가의 문제에 있어서는 행정법 및 절차법상의 고려가 필요하다. 한시적으로 비정규직 노동자보호를 위한 전담기구(특별대책위원회: 가칭)를 두는 방안도 있다. 동 기구를 통하여 근로감독을 강화하고, 비정규노동자의 생존

33) 참고가 되는 것으로 미국의 고용기회평등위원회(EEOC)에 관한 설명을 보면: “연방 고용기회평등위원회(EEOC)는 1964년 민권법 Title VII에 의하여 창설되었다. EEOC는 대통령이 임명하는 5인으로 구성되는 독립위원회다. EEOC는 EEOC를 대표하여 소송행위를 하는 법률사무소를 가지고 있다. 동 위원회의 지역사무소는 전국에 걸쳐 위치하고 있다. 차별행위신고가 이들 사무소를 통하여 접수된다. 지역사무소들은 차별혐의에 대하여 조사를 하고 범위반행위가 발생했다고 믿을만한 합당한 이유가 있는 경우에는 당해 차별사건에 대하여 비공식적인 해결노력을 한다. 처음에는 EEOC는 ADEA의 Title VII관련 집행만을 관할했으나, EPA가 1978년 동위원회에 할당되었다. ADA는 동법의 집행을 EEOC에 맡기고 있다. EEOC는 다섯가지 주된 기능을 수행한다. 1) 차별혐의에 대한 접수, 조사, 조정, 2) 소송, 3) 해석, 4) 연방공무원의 고충심판, 5) ‘정책결정자’로 특징화되는 주정부 공무원의 고충의 해결 등이다”(M. A. Player, Federal Law of Employment Discrimination, West Group, 1999, 38면 이하).

34) 사업장내 차별분쟁에 대하여 노사자율적 해결시스템으로서 차별해결제도를 사업장 내에 두는 방법과 사업장 외에 두는 방법(동 산업계나 지역별로)이 있다. 즉, 차별구제시스템은 크게 사내제도와 사외제도로 나누어 볼 수 있다. 차별구제제도에 있어 국가와 사업주(사용자) 및 노동조합의 협력적 태도와 역할이 중요하다.

권보호를 위한 전반적인 정책결정과 권익보호제도의 운영 및 관리감독 기능을 하는 것이다. 차별구제제도가 성공적으로 운영될 수 있으려면 먼저 실질적 배상이 실현되어야 하고, 장래에 대하여 그 제도에 대한 노사양당사자의 신뢰의 확보가 중요하다. 그 점에서 차별구제절차의 공정성확보가 중요하다. 구제절차에 노사가 공히 참여하는 것도 공정성확보의 한 요건이 될 수 있을 것이다. 노사 양당사자가 신뢰할 수 있는 차별구제시스템(사내시스템과 사외시스템)을 만들어 나가는 것이 중요하다.

차별구제제도의 실효성확보가 중요하다. 벌칙만이 효과적인 해결책이 될 수는 없으며, 또 벌칙규정을 두는 경우의 법리상의 한계도 있다. 차별구제제도의 실효성확보를 위한 방법으로서 (1) 형사적 처벌규정을 두는 방법, (2) 민사적 배상에서 징계적 성격의 배액보상제도를 두는 방법, (3) 행정적 제재 내지는 행정지도를 통한 방법을 생각할 수 있다.<sup>35)</sup>

---

35) 차별에 대한 법적 효과는 차별구제제도의 실효성확보와 연결되어 있다. 나누어 보면 ① 만약 형사적 처벌(벌금, 신체형)이 규정되어 있다면 죄형법정주의의 원칙의 내용으로서 범죄성립요건의 충족은 물론 형벌법규의 명확성과 구체성이 요구된다. 그러므로 그 경우 차별인정은 상당히 엄격한 심사(판단)과정을 거치게 된다. ② 만약 과거의 차별로 인한 침해된 권리나 이익의 회복이 예정되어 있다면 그 침해의 회복이 원상회복을 의미하기 때문에(원상회복될 수 없는 경우의 위자료, 정신적 피해배상의 위자료) 차별행위의 판단은 차별피해자의 노동제공이 차별행위로 인하여 증가적인 보상(임금등 기타 대우)을 받지 않았음을 판단할 수 있는 정도면 충분할 것이다. ③ 만약 어떠한 차별행위에 대하여 징계(징벌)적 성격의 배상이 예정되어 있다면 과연 그러한 차별행위자에게 징계적 배상을 명할 정도로 사회적 가치가 있는 것인지 판단할 필요가 있는 것이다. 반복되는 관행으로서 차별이 행해져왔고, 또 앞으로 그 차별이 계속될 것이 예측되는 경우엔 그러한 배액보상을 명할 사회적 가치가 인정된다고 볼 수 있다. 개인적인 실보상이라고 해도 임금채권시효 3년의 적

형사적 처벌규정으로서의 차별의 의도와 반복적 관행으로 형사적 처벌가치가 있는 반사회적 행위인 경우 벌금형이나 자유형으로 벌하는 규정을 둘 수 있을 것이다. 형사적 처벌(제재)로 바로 민사적 배상을 가져오는 것은 아니지만, 형벌규정의 경우 위하적 효과로 충분한 예방적 기능을 할 수 있을 것이다. 실제 배상액보다 상당히 많은 금액을 배상하도록 하는 방법은 징계적 성격을 겸하는 것으로 배상과 예방적 효과를 동시에 거둘 수 있다는 장점이 있다. 행정적 제재 또는 행정지도를 통한 방법도 그 운영에 따라서 실질적으로 사업주로 하여금 반차별 행위로 나아가도록 유도하는 효과적 방안이 될 수도 있을 것이다.

## 5. 차별금지의 입법(안)내용

비정규직 노동자에 대한 차별금지를 위한 입법방안에서 기본적으로 고려되어야 할 사항으로는: 첫째, 정규노동자의 노동과 비정규노동자의 노동은 노동이라는 점에서 공통성을 가진다는 점이다. 비정규직과 정규직의 연대의 필요성도 여기에 있다. 둘째, 근로기준법 제5조에 차별의 사유와 차별의 내용금지 부분이 명시되어야 한다. 그 차별의 사유로 비정규직 노동자가 규정되어야 한다. 차별의 내용에 대하여는 임금 및 기타 근로조건을 포함한 일체의 대우(복지적 대우를 포함)로 되어야 한다.

본고에서의 논의를 바탕으로 입법안의 내용이 되어야 할 것을 정리하면:

(1) 단시간 근로자는 차별대우가 객관적 사유에 의하여 정당화되지

---

용을 받는 경우는 과거 3년 분에 한정될 수밖에 없다는 문제도 있다. ④ 이상의 세 가지 경우 모두 장래에 향하여 차별을 금지하는 기능을 할 수 있을 것이지만, 효과가 강력할수록 [처벌>징계적 배상>실 배상]의 순서로 그 예방적 기능이 잘 작동할 수 있을 것이다.

않는 한 단지 시간제노동자임을 이유로 비교가능한 전일제노동자보다 불리한 대우를 받아서는 아니되며 적절한 경우 근로시간에 비례하여 동등한 대우를 받아야 한다.

(2) 노무제공의 기간에 정함이 있는 근로자는 비교가능한 기간의 정함이 없는 근로자에 비하여 차별대우가 객관적 사정에 의하여 정당화되지 않는 한, 단지 기간의 정함이 있다는 이유로 차별대우를 받아서는 안 된다. 이 경우 적절한 경우 기간비례의 원칙이 적용되어야 한다.

(3) 파견근로자는 비교가능한 동종 동업계의 근로자와 비교하여 객관적 사유에 의하여 정당화되지 않는 한 차별대우를 받아서는 안되며, 특히 사용사업체 소속 근로자에 비교하여 동등가치의 노동을 하는 한 동일한 대우를 받아야 한다. 적절한 경우 기간비례원칙을 적용하여야 한다. 사용업체에서 비교가능한 노동자가 없으면 사용업체에 적용가능한 단체협약을 참조하고, 그러한 단체협약이 없으면 파견업체에 적용되는 단체협약을 참조하여 비교하고, 파견업체에도 단체협약이 없으면 파견노동자의 기본적인 근로 및 고용조건은 법과 관행에 따라 정하여야 한다. 파견근로자가 사용사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당한 차별대우를 받지 않도록 규정한 현행 파견근로자보호등에관한 법률 제21조도 실효성을 가질 수 있도록 별칙규정이 마련되어야 한다.

(4) 특수고용형태 근로자의 경우는 비교할 수 있는 노무를 제공하는 노동자에 비하여 동일(동등)가치의 노동을 하는 경우 동일(동등)한 대우를 받아야 한다. 노무수령자나 노무공급과정(계약-이행)지배·결정자의 사용자성과 노무공급자의 근로자성이 입법을 통하여 인정되어야 한다.

(5) 이상에서 차별이 금지되는 내용은 임금 기타 근로조건 및 복지적 대우를 포함하는 사용자로부터의 일체의 대우로 규정되어야 한다.



## IV. 맺음말

비정규 노동자에 대한 차별금지 는 비정규노동자의 생존권 보장의 한 주요한 방법이 된다. 비정규직 노동자의 법적 보호의 문제에서는 고용의 안정, 대우(급여)의 향상 이 두 가지 관점에서 각각 어떻게 추진해 나가느냐가 중요하다. 즉 비정규노동자에 대한 법적 보호의 방향은 첫째는 고용안정도를 강화(고용의 계속유지가 기본적 요청이 된다)하는 방향이고, 둘째는 동등대우에 대한 접근의 방향으로 동등대우의 실현 또는 그에 근접시키는 방안이다. 연대를 통한 노동자의 삶의 질 향상 노력과 함께 포기하지 않고 입법을 통한 해결책을 모색하고 차선의 최선을 찾는 노력이 요구된다.<sup>36)</sup> 정규직 노동자와 비정규직 노동자 사이 뿐만 아니라 대기업노동자와 중소기업노동자, 노동조합원인 노동자와 비조합원인 노동자 사이의 문제도 있다. 때로는 정규직 노동자나 기존의 조직노동자의 양보가 필요한 부분도 있다. 그리고 사용자(사업주)의 입장에서 그에 대하여 이해하고 양보하는 태도가 필요하다.<sup>37)</sup> 물론 비정규노동자에 대한 보호는 사업주의 측면에서는 사업주의 의사결정 및 기타 활동의 자유에 대한 제한으로 받아들여질 수 있고 종래의 사업주가 가져온 이익의 일부분을 앞으로는 비정규노동자에게 이전하는 문

---

36) 우리 사회에는 갈지 않은 것을 잘 참지 못하는 국민적 정서 때문에 평등에 대한 욕구가 강하다고 생각된다. 사회적 화합 내지는 국민적 정서라는 관점에서도 차별의 문제는 해결되어야 한다는 시각을 가질 수 있다.

37) 이러한 상황에 대하여는 반드시 노동법에만 국한되지 않고 대기업과 중소기업 간의 경제질서에 대한 국가(정부)차원의 규제와 조정도 필요한데 이는 헌법상 경제질서의 해석과도 관련된 문제다. 경제질서에 대한 정부의 개입 즉 규제 및 조정은 어떤 방법으로 행해져야 하느냐도 중요한 문제가 된다.

제로 받아들여질 수 있기 때문에 사업주 입장에서는 근본적으로 반감을 갖게될 수 있을 것이다. 함께 살아간다는 사업주의 의식전환이 우선 되어야 하지만, 이 경우에 한시적으로 국가가 정책적으로 유도를 하는 방법도 강구될 수 있을 것이다.

비정규노동자에 대한 평등대우는 이제 노동법차원에서 뿐만 아니라 사회보장법 등의 차원에서도 당연한 제도로써 수립되고 정착되어야 한다. 그러기 위하여 국가는 비정규직 노동자에 대한 차별금지 내지는 평등대우를 위하여 적극적 입법을 할 의무가 있다. 한 사업장에서 정규노동자와 비정규노동자가 공존하는 상황에서 비정규노동자에 대한 대우의 문제가 결국은 정규직 노동자와의 이익획득경쟁으로만 존재한다면 정규직 노동자의 협력을 구하기가 쉽지 않을 것이다. 하지만 정규직노동자와 비정규직노동자의 연대는 강화되어야 한다. 넓게 말하여 “우리 사회가 수용할 수 있는 비정규노동자에 대한 평등대우의 모델”을 법제화하고 강력하게 그 법 집행의 실효성을 확보해나가는 것이 가장 중요한 물론이다. 그 제도의 수용성의 문제는 사용자(사업주)의 수용성이고, 정규직노동자집단의 수용성을 포함하여 논의되어야 한다. 요컨대 비정규노동자에 대한 평등대우의 실현을 위하여 평등대우라는 목표를 염두에 두면서 현실적으로는 우선 획득하고 실천 가능한 범위 내에서 법제개선 및 의식전환을 통하여 이루어져야 할 것이다.

## 참고문헌

- 국제노동기구(ILO) 저; 한국노동연구원 역, ILO 노동입법 가이드라인, 한국노동연구원, 2003.
- 김엘림, “동일가치노동·동일임금원칙”, 한국노동법학회 2003년도 하계학술발표회 발제문(28-52면), 2003. 6.
- 정이환·김유선·박영삼·김노원, 유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향(독일·프랑스·영국을 중심으로), 한국비정규노동센터, 2003.
- 유성재, “비정규근로자의 사회보장법상의 지위”, 디지털경제시대를 위한 노동법 및 사회보장법적 과제, 한국법제연구원, 2001.
- 이을형, 국제노동법, 숭실대학교 출판부, 2001.
- 이호근, “노동부의 비정규직 보호입법 방안평가 및 바람직한 입법방향(노사정위원회 비정규특위 공익위원안을 중심으로)”, 바람직한 비정규직 보호입법방향에 관한 토론회(2003년 국회 환노위 정책토론: 2003. 10. 7) 발제문.
- 최저임금위원회, 비정규직에 관한 EU국가의 최근 입법경향, 2003.
- R. Allen QC & R. Crasnow, Employment Law and Human Rights, Oxford University Press, 2002.
- R. Belton & D. Avery, Employment Discrimination Law, West Group, 1999.
- J. Bowers, Employment Law, Oxford University Press, 2002.
- M. A. Player, Federal Law of Employment Discrimination, West Group, 1999.
- N. G. Poster, EC Legislation, Oxford University Press, 2002.
- R. Kidner, Statutes on Employment Law 2001-2002.
- D. P. Twomey, Labor and Employment Law, West, 2001.

## < 저자 약력 >

### • 서 장 권

#### 【주요경력】

- 경북대학교 법과대학 및 동 대학원졸업, 법학박사
- 미국 Connecticut 주립대학교 법학대학원졸업, LL.M.
- 현 한국노총 중앙연구원 연구위원

#### 【주요연구논문】

- 미국노동법상의 연령차별금지법리.
- 공공부문노동분쟁의 해결방안에 관한 연구.
- 근로관계에 있어서 내외국인 평등대우의 법리.
- 비정규노동자에 대한 법적 보호(기본권 보장을 중심으로)
- 공무원노동자에 대한 법적 보호(집단적 노동관계를 중심으로)
- Current Issues in the Arbitration of Employment Discrimination Disputes in the U.S.A 등.

연구총서 2003-14

## 비정규직 노동자에 대한 차별금지와 입법과제

---

인 쇄·2003년 12월 26일

발 행·2003년 12월 30일

발 행 인·이 남 순

발 행 처·한국노동조합총연맹

140-050 서울시 용산구 청암동 168-24

(代) 02-715-0898

등 록·81. 8. 21 (13-31호)

인 쇄·유일커뮤니케이션즈

100-032 서울시 중구 저동2가 4번지 고당기념관 5층

T.2268-0260 F.2279-0260

---

가격 : 3,000원