

■ 연구총서 ■

2003-15

---

‘고용 및 직업생활상의 차별금지법’의  
필요성 및 제정 방안에 관한 연구

---

한국노총 중앙연구원

---

## 발 간 사

---

고용의 전 과정에서 직접차별은 물론 간접차별이 수없이 일어나고 있고 그 형태도 다양하게 전개되고 있다. 근로자는 이렇다 할 이유 없이 자신의 동료에 비해 불리한 대우를 받음으로써 그 인격이 침해될 수 있다.

노무현 정부는 출범 직후 참여정부의 국정과제로 성, 학벌, 장애인, 비정규직, 외국인노동자에 대한 차별을 우리사회의 대표적인 5대 차별로 선정하고, 그 해소를 위한 정책을 추진한다고 하였다. 이에 따라 국가인권위원회, 노동부, 여성부 등 관련기관은 물론이고 시민사회단체 그리고 관련 연구기관 등이 ‘차별금지법’ 또는 ‘차별구제법’ 제정을 추진하고 있다.

성, 장애인, 연령, 비정규직, 이주노동자, 학력 등 차별문제는 실상 고용 및 직업생활에 있어서의 차별이 그 내용의 핵심을 이루고 있으며, 국내외 입법례에 비추어 볼 때도 고용상 차별금지 및 시정이 그 중심에 있다.

이 연구는 고용상 차별의 실태와 그 문제점을 해소하기 위한 ‘고용 및 직업생활상 차별금지법’ 제정의 필요성 및 그 올바른 입법방향을 제시하는데 목적이 있다.

성차별과 관련해서는 우선 독일의 노동생활에서의 남녀 균등대우를 살펴보고 미국, 캐나다 및 일본의 법제도를 비교한 후 현행 차별구제절차의 개선방안을 모색하였다. 비정규직의 경우 단기간근로, 단시간근로 및 특수고용관계를 중점적으로 다루고 특히 후자에 관해서는 독일의

예를 참고하여 해석론적 해결과 입법론적 보호를 제안하였다. 장애인에 관해서도 독일의 장애인 보호규정을 참고하였다. 연령차별에 관해서는 미국의 고용상의 연령차별금지법이 크게 참고가 되었다.

유럽의 차별금지법과 미국의 차별금지법은 별도의 장에서 다시금 상세히 살펴보았다.

입직에서부터 퇴직에 이르기까지의 모든 단계에서 균등처우의 원칙이 관철되기 위해서는 차별시정을 위한 효과적인 조치가 필수적이다.

보고서는 모든 형태의 차별을 금지하는 기본법 형태의 차별금지 및 시정을 위한 새로운 입법을 적극 추진하되, 대부분의 차별이 고용현장에서 일어난다는 점을 감안하여 특히 ‘고용 및 직업생활상의 차별금지법’의 제정의 필요성을 역설하고 있다. 이 연구를 수행한 국민대 법학연구소장 이광택 교수께 깊이 감사를 드린다.

2003. 12

한국노동조합총연맹  
이 남 순 위 원 장

# ‘고용 및 직업생활상의 차별금지법’의 필요성 및 제정 방안에 관한 연구

---

이 광 택

국민대 법대교수, 산업사회연구소장

---

/ 목 / 차 /

I. 연구 배경 및 목적 .....	1
II. 성차별 .....	2
1. 개 요 .....	2
2. 독일의 노동생활에서의 남녀 균등대우 .....	5
3. 선진외국의 관련기구 처리절차의 비교 .....	10
4. 차별구제절차의 개선방안 .....	17
III. 비정규직 .....	22
1. 개 요 .....	22
2. 노동법에 대한 도전: 비정형화, 개별화, 상업화 .....	26
3. 정규근로관계와 비정규근로관계 .....	28
4. 기간을 정한 근로(단기간근로) .....	32
5. 단시간근로 .....	36
6. 특수고용관계 .....	41
IV. 장애인 .....	54
1. 개 요 .....	54
2. 독일의 장애인 보호규정 .....	56
V. 학 별 .....	63

VI. 연령차별 .....	66
1. 문제점 .....	66
2. 미국의 고용상의 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act(29 U.S.C.)) .....	68
3. 취업연령제한의 법적 해결방안 .....	70
VII. 외국인 .....	72
1. 개 요 .....	72
2. 문제점 .....	75
VIII. 유럽의 차별금지법 .....	80
1. 차별금지지침 .....	80
2. 유럽연합(EU)에 관한 마스트리히트 조약의 발효 .....	81
3. 사회정책에 관한 마스트리히트 협약의 의의 .....	82
4. 사회정책에 관한 협약의 내용 .....	83
IX. 미국의 차별금지법 .....	87
1. 개 요 .....	87
2. 구제신청 절차 및 시효 .....	89
3. 직권조사 .....	90
4. 행정적 구제 .....	91
5. 법적 구제 .....	92
6. 고용차별금지 기본법으로서의 Title VII .....	93
X. 결 론 .....	101

## I. 연구 배경 및 목적

우리사회는 성별, 국적, 출신, 장애, 사회적 신분, 고용형태, 연령 등에 따른 차별이 성행하고 있음에도 불합리한 차별에 대한 인식과 그에 대한 시정이 이루어지지 않고 있다.

노무현 정부는 출범 직후 참여정부의 국정과제로 성, 학벌, 장애인, 비정규직, 외국인노동자에 대한 차별을 우리사회의 대표적인 5대 차별로 선정하고, 그 해소를 위한 정책을 추진한다고 하였고, 이에 따라 국가인권위원회와 시민사회단체 그리고 관련 연구기관 등이 ‘차별금지법’ 내지 ‘차별구제법’ 제정을 추진하고 있다.

대체적인 정부 방침은 바람직하지만 사회전반의 차별을 제도적으로 규제하는 포괄적인 입법을 하는 경우에는 현실성, 실효성, 전문성 등에 대한 면밀한 검토가 있어야 할 것이다.

성, 장애인, 연령, 비정규직, 이주노동자, 학력 등 차별문제는 실상 고용 및 직업생활에 있어서의 차별이 그 내용의 핵심을 이루고 있으며, 국내외 입법례에 비추어 볼 때도 고용상 차별금지 및 시정에 그 초점이 맞추어져야 할 것이다.

이에 본 연구는 고용상 차별의 실태와 그 문제점을 해소하기 위한 ‘고용 및 직업생활상 차별금지법’ 제정의 필요성 및 올바른 입법방향을 제시하는데 목적이 있다.

## II. 성차별

### 1. 개 요

유엔개발계획(UNDP)의 자료에 따르면, 지난 2001년 우리의 여성권한 신장지수(GEM)는 세계 63위에 불과했다. 이는 우리의 인간개발지수(HDI)가 31위였던 것과 비교할 때 여성 인권의 초라한 현주소를 그대로 보여준다. 더욱이 동일한 유교문화권 국가인 싱가포르의 여성권한 신장지수가 38위, 일본의 경우가 41위였다는 점을 고려할 때, 사회 및 가정에서 우리 여성이 당하는 차별과 불평등은 유독 두드러진다고 하지 않을 수 없다.

2001년 발간된 우먼코리아 보고서(백킨지 보고서)에 의하면 우리나라 대졸 여성의 경제활동참가율은 54%에 불과하다고 한다. 한국의 여성인력 활용실태는 경제협력개발기구(OECD) 회원국 중 최하위라고 하며, 그 주요 장애 요인으로 다음과 같은 것을 들고 있다.

첫째, 성역할에 편견을 주는 교육을 들고 있다. 다수의 교과서에 전통적 성차별적 요소가 포함되어 있는바 직업인으로 등장하는 사람은 주로 남성이고, 여성은 주로 보조적 직업인 혹은 주부로 묘사되어 있어 교육단계에서부터 여성의 경제활동에 대한 소극적 관념이 형성된다는 것이다.

둘째, 인문·사회계 등 특정분야에 편중된 인력양성이 취업난을 가중시킨다는 것이다.

셋째, 직장내 성차별적인 인사제도 및 관행으로 인하여 여성의 근무



의욕이 저하되고 근무기간이 단축되어 이에 따라 여성은 단순보조 내지는 저임금 직종에 집중되는 결과가 초래된다고 하였다.

넷째, 모성보호제도와 보육지원의 미흡으로 여성의 취업에 큰 장애가 있다는 것이다.

다섯째, 탄력적 근무시간제도를 도입한 기업의 수가 비교적 적고, 도입한 기업의 경우에는 이 제도를 일종의 비용절감 수단으로 이용하여 여성 근로자를 비정규직화하고 있는 것도 문제라 하였다.

여섯째, 20~30대 여성인력의 노동단절 현상이 심각하고, 이 시기를 지난 여성인력의 노동시장 재진입이 극히 어려움에도 이에 대해 직업안정기관이 실질적인 도움을 주지 못하고 있다고 하였다.

성차별 개선을 위해 남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에관한법률 등이 시행되고 있음에도 불구하고, 크게 개선됐다고 보기 힘들다. 성평등은 법·제도의 개선뿐만 아니라 ‘성(gender),’ ‘여성에 대한 근본적인 인식’ 과 이에 따른 실천의 문제로서 일상적인 관행과 문화의 변화를 통해서 가능하기 때문이다.

21세기는 이른바 “한국적 ‘포스트모던’ ” 사회로 ‘국민 주도, 인터넷 등 다매체를 통한 수평적 소통, 탈권위적, 지역 중심, 다문화 존중’ 등이 특징을 이룰 것으로 전망된다. 그러기에 향후 여성정책은 여성과 관련된 진근대적 요소를 제거하고, 여성이 당당하게 일할 수 있는 사회체계를 마련해야 한다. 특히 여성의 일자리 창출을 통해 성평등을 추구해야 한다. ‘일’ 을 통한 경제적 자립은 여성을 위해서나 사회를 위해서 기본적인 필수적이기 때문이다.

성차별 해소를 위해서는 특히 이른바 적극적 시정(affirmative action) 정책을 다각도로 모색해야 한다. 이 적극적 시정 정책에는 할당제를 포

함, 중앙 및 지방정부 차원에서의 다양한 지원 프로그램들이 포함되어야 한다.

참여정부는 적극적 차별시정조치를 제시하고 그 예로 민간부문에서 여성을 채용할 경우 정부입찰에 우선권을 주는 등 인센티브를 언급하고 있다. 미국의 경우 affirmative action이란 “인종, 피부색, 종교, 성 또는 출신민족 등에 의한 과거와 현재의 차별을 철폐하기 위한 일련의 공공정책 및 조치”<sup>1)</sup>를 의미한다. 우리나라의 경우 ‘잠정적 우대조치’라 하여 “현존하는 차별을 해소하기 위해 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치”<sup>2)</sup>라 하였다.

직업생활에서의 양성평등 실현의 최대 관건중 하나가 공보육 강화이다. 국공립시설 확충, 차등보육료 도입, 방과후 보육 등을 담은 영유아보육법 개정안이 마련돼 있으나, 현재 국회에 계류 중이다. 보육교사 대체인력과 연장보육시설의 야간보육교사 인건비 지원도 필요하다. 특히 관심이 높아지고 있는 방과후보육의 경우, 별도 법률을 만들자는 제안도 있다. 여성들은 그러나 급한 문제인 만큼, 영유아보육법부터 고치는 대신 대상연령, 시설기준 등을 명시한 자세한 시행령을 만들라고 요구하고 있다. 대통령직인수위는 장애아와 만5세아 무상보육(9만1000명)을 2003년부터 전면 실시키로 한 바 있다. 0~4세 아동은 소득수준에 따라 보육료를 차등지원 받고, 지원대상도 2008년까지 79만6000명(올해 11만9000명)으로 늘릴 계획이라 하였다.

1) the set of public policies and initiatives designed to help eliminate past and present discrimination based on race, color, religion, sex, or national origin.

2) 남녀고용평등법 제2조 3호 및 여성발전기본법 제6조 참조.

## 2. 독일의 노동생활에서의 남녀 균등대우

### 가. 기본법의 개정

#### (1) 개 요

뜨거운 선거전의 뒷전에서 1990/91년에 기대와 희망 속에 착수되어 1994년 10월 27일에 개정된 새로운 헌법<sup>3)</sup>은 독일의 근로자 쪽에서 보면 다소 실망스러운 내용을 담고 있다. 무엇보다도 실업문제의 극복이라는 면에서 특히 그러하다.

독일노동조합연맹(DGB)는 1992년 중반 “통독헌법을 위한 헌법정책적 지침”<sup>4)</sup>을 통하여 요구를 제시한 바 있다. 그 주요내용은 근로자권리의 명시, 사회국가(Sozialstaat)의 신장 및 구체화, 민주적참가권과 공동결정권의 강화, 외국계 시민의 이익 고려, 양성의 평등 및 환경보호 등이었다.

이와 같은 ‘지침’에 비추어 볼 때 법개정의 결과는 실망스러운 것이었다. 우선 새로운 국가목표(Staatsziel)로 양성의 평등과 환경보호에 관한 조항이 신설되었고 특히 장애인에 대한 차별금지 조항을 위해서는 수많은 장애인 및 비장애인들과 그 단체들의 끊임없는 노력이 기민당(CDU)·기사연(CSU)-자민당(FDP)으로 구성된 집권 연립다수당의 반대를 극복하는데 크게 기여하였다<sup>5)</sup>. 그 밖에 개정의 중점은 국가의

3) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27. 10. 1994, BGBl. I, S. 3146.

4) Verfassungspolitische Leitlinien zu einer gesamtdeutschen Verfassung, Beschluß des DGB-Bundesvorstandes v. April 1992.

5) Uwe Berlitt, Kein Verfassungsreform für Arbeitnehmer, in: ArbuRHeft 1/1995, S. 19.

조직 특히 연방과 주의 관계에 놓여져 있었다.

연립다수당의 보수적인 입장은 1949년 최초의 기본법이 제정될 때 소외되었던 구동독지역의 주민들이 구서독에의 통합을 결정한 것은 기존의 기본법을 이의 없이 인정한 행위로 받아들였다. 개정 기본법은 1994년 11월 15일 시행되었다. 그 주요내용은 다음과 같다.

## (2) 양성의 평등을 국가목표로

기본법 제3조 제2항의 평등조항에는 다음과 같은 제2문이 추가되었다:

“국가는 남녀의 실질적 평등을 증진하고 현존하는 차별의 철폐를 위해 노력한다.”

입법취지를 살펴보면 이와 같은 조문삽입을 통하여 국가의 책무를 부여하여 “연방, 주 및 지방자치단체의 수준에서 실질적인 평등의 실현을 위한 전문적인 촉진정책을 실시하고 이는 여성과 남성사이의 현실에서의 평등에 도달하기 위한 것임을 분명히 하기 위한 것”<sup>6)</sup>이다. 그러나 여기에는 일정한 국가적행위에 대한 개인의 청구권은 인정하지 않았다.

헌법규정은 또한 여성에 대한 “현존하는 차별”을 전제하고 있다. 경제, 행정, 정당, 정치 및 노조 지도부에서의 여성의 비율이 낮은 것과 노동시장과 생계활동에 들어가는 과정에서 통계상 명백한 여성에 대한 차별 그 자체는 더 이상 경제활동 참가에 대한 헌법상 보호되는 개인적 결정의 결과로 평가할 수 없다. 국가목표는 모든 사회적 생활영역에서 촉진책과 균형책을 요구한다. 양성평등은 제2차 평등법(2.

---

6) BT-Drucksache 12/6633, 6.

Gleichberechtigungsgesetz v. 24. 6. 1994, BGBl. I 1406)에서와 같이 공공사업에서의 촉진책에만 한정되어서는 안 된다. 적극적인 평등 정책은 사경제에서도 요구되고 있다. 이와 관련하여 사용자단체들과 경제인연합회들이 헌법개정을 위한 연방의회 및 연방평의회와의 합동위원회(Gemeinsame Verfassungskommission=GVK)가 마련한 타협안에 대하여 반대견해를 제시하였으나 성사되지 못하였다.

문구에는 합의가 이르렀으나 마지막 순간까지 문제가 된 것이 국가가 그 행위를 어떠한 목적에 두고 수행할 것인가 즉 출발조건으로서의 기회균등에 둘 것인가 아니면 결과로서의 평등에 둘 것인가 하는 점과 이러한 목적달성을 위해 어떠한 수단을 사용할 것인가 하는 점이였다. 여기에서 무엇보다도 성과에 따른 할당제의 허용문제에 대한 견해가 갈리게 된다. 합리적 해석을 하자면 헌법개정시에 이미 평등원칙은 사회적 현실에 적용되며 장차 양성의 평등을 관철할 것을 요구하고 있다고 한 연방헌법재판소의 결정<sup>7)</sup>을 적어도 분명히 명시하는 경우에만 헌법개정은 의미를 갖게 된다.<sup>8)</sup>

문제는 명백히 증명되는 직접적인 여성차별로부터 간접적·구조적 차별로 이전되었다. 차별은 하나의 연속적인 과정이다. 이 점은 출발조건에서의 단순한 기회균등으로 감소된 평등개념을 소홀히 하게 된다.

효과적인 평등은 전체과정을 유의하여야 하며, 결과와 관련한 통계수치는 물론 그에 따른 비율을 포기할 수 없다.

경제·사회에서의 평등촉진을 위한 직접적 조치는 공권력의 모든 단계에서 직업생활 및 가정생활이 남녀에 있어서 동일하게 되도록 하는

---

7) BVerfGE 85, 191.

8) Uwe Berlit, a. a .O., S. 20.

조건을 조성함으로써 보충되어야 한다. 1994년 9월에 열린 제60차 독일법률가대회(Deutscher Juristentag=DJT)에 즈음한 각종 토론에서 여성차별을 초래하고 이에 대한 조력을 위한 많은 생각을 불러일으키는 다양한 장애물과 불균형, 특히 노동법, 사회보장법 및 세법 그리고 그 밖의 영역(학교법상의 全日 학교, 청소년법상의 탁아시설)에서의 불합리한 점이 지적되었다.

여성에 대한 지원이라는 국가목표는 현재까지 이루어 놓은 것이 장차의 국가적 행위의 한계라고 하는 발전의 종착점을 의미하는 것이 아니라 사업장과 정치에서의 평등노력이 국가목적의 규범성을 신장시키기 위한 법학의 해석적 노력에 의해 지원되는 새로운 단계의 출발점을 의미한다고 할 것이다.<sup>9)</sup>

#### 나. 법규정과 판례

독일의 경우 “남녀동일임금원칙의 적용에 관한” 1975년 11월 10일의 유럽공동체(EC)지침, “입직, 직업훈련, 승진 및 근로조건에 관한 남녀평등의 원칙의 실현을 위한” 1976년 2월 9일의 EC지침, “사업, 사업장 및 사업장일부의 양도시 근로자청구권의 보장에 관한 가맹국 법규정의 통일을 위한” 1977년 2월 14일의 EC지침 등의 시행을 위해 1980년 8월 13일 “노동법상의 EC적응법”을 제정하였다(BGBI. I 1308). 이 법에 의해 민법 제611조a, 제611조b, 제612조 제3항, 제612조a 등이 신설되었다.<sup>10)</sup> 이로서 직접차별은 물론 간접차별도 금지하였다.

---

9) Uwe Berlit, ibd.

10) 이에 관하여는 Lorenz, DB 80, 1745 참조.

특히 민법 제611조a는 여러 차례 개정되었는데, 최근의 규정이 유럽 법원에 의해 폐기되자<sup>11)</sup> 1998년 6월 29일의 “민법 및 노동법원법 개정 에 관한 법률”(BGBI. I 1694)에 의해 응모자가 성차별을 받은 때에는 액수제한 없는 포괄적 손해배상의무가 규정되었다. 다만 응모자가 성 차별이 없었던 경우에도 채용되지 않았을 것임이 분명한 때에는 손해 배상액은 3월분의 임금으로 제한된다.

그 밖에도 제2차 평등법(2. Gleichberechtigungsgesetz)은 무엇보다도 연방차원에서의 여성지원을 규정하였고 작업장에서의 성희롱방지 법을 포함하였다.

특히 EC법에 근거하여 유럽법원과 독일연방노동법원은 노동생활에 서의 남녀평등, 특히 동일임금에 관한 많은 판례를 발전시켰다. 그 예로 다음과 같은 것을 들 수 있다:

- 근력 이외에도 민감한 역동적 요구를 고려할 필요가 있는 “저임금 그룹”의 금지<sup>12)</sup>
- ‘부인수당’의 불허<sup>13)</sup>
- 불평등한 협약 초과 지급<sup>14)</sup>
- 임시승진의 차별<sup>15)</sup>
- 기업연금에서의 단시간 근로여성에 대한 간접차별<sup>16)</sup>
- 팀구성에 있어서의 차별<sup>17)</sup>

---

11) DB 97, 983.

12) BAG, DB 88, 1657; vgl. EuGH, Aib 86, 200.

13) BAG, DB 86, 542.

14) BAG, NJW 93, 3091.

15) BAG, AuR 93, 225 mit Anm. Richter.

16) BAG, DB 86, 2237; EuGH, NZA 86, 559.

개인적 근로시간외에서 사업장공동결정법(BetrVG) 제37조 제6항에 의한 종업원평의원교육에의 참가에 대하여 휴가조치에서 제외한 것은 종업원평의원으로서의 단시간근로여성에 대한 금지된 차별로 보지 아니한다.<sup>18)</sup> 남녀간 평등을 확보하기 위한 현실적 방도로 특히 사업장 단위의 이른바 여성발전계획(Frauenförderpläne)이 중시되고 있다.

전체적으로 법적 수단의 개선을 위한 주요동인은 유럽연합에서 오고 있다는 것은 간과할 수 없다. 이에 따라 공동체법과 독일 기본법 사이의 조정이 필요하다는 것은 말할 것도 없다. 연방정부는 유럽공동체에 대하여 성에 따라 구별이 허용될 수 있는 활동영역을 제출한 바 있다.<sup>19)</sup> 1985년 4월 25일의 법으로써 비준한 “모든 형태의 여성차별 배제를 위한” 1979년 12월 18일의 협약은 일반적으로 지켜지고 있으나 이는 EU법과 국내법에 비해 뒤쳐져 있다.

독일노동조합연맹(DGB)과 독일 사용자협회(BDA)는 1987년에 “노동시장에서의 젊은 여성의 기회균등 확보를 위한 공동 권고”<sup>20)</sup>를 채택한 바 있다. 제60차 독일법률가대회도 직업생활과 가족의 일치성에 관한 결의를 한 바 있다. 이 권고의 핵심은 단시간근로의 지원이었다.<sup>21)</sup>

### 3. 선진외국의 관련기구 처리절차의 비교

남녀평등에 관한 법제를 마련하고 있는 다른 국가에서도 우리나라의

---

17) EuGH, EyZW 94, 504.

18) BAG, DB 98, 373; 이에 앞서 EuGH, DB 96, 379.

19) Vgl. BArbBl. 11/87, 40.

20) NZA 87, 736.

21) Körner-Dammann, NJW 94, 2056; Pfarr, ZRP 94, 309.



남녀차별개선위원회와 유사한 성격의 특별 행정기구를 설치하여 신속 간편한 절차로서 법의 실효성 확보를 꾀하는 경우가 있다. 미국의 민권법 제7편(Civil Rights Act. VII. 1964년 제정, 1972년 개정, 1991년 개정)에 의한 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission=EEOC)를 비롯하여, 영국의 성차별 금지법(Sex Discrimination Act, 1975년 제정)에 의한 기회균등위원회(Equal Opportunity Commission=EOC), 캐나다의 인권법(Canadian Human Rights Act)에 의한 캐나다 인권위원회(Canadian Human Rights Commission), 일본의 고용기회 균등법(1985년 제정)에 의한 기회균등위원회 등이 여기에 해당된다.

#### 가. 미 국

워싱턴에 있는 연방고용기회평등위원회와는 별도로 각 주의 법률에 따라 설치된 동종의 위원회에 구제를 신청하는 일이 많다. 차별행위가 있는 날로부터 180일 이내여야 한다. 신청이 있을 후 각 주의 위원회에 의한 조사가 있고, 그 결과 차별이 있다고 추정되면 사건의 조정이 있는데, 이 조사와 조정기간이 60일로 되어있다. 이 기간이 경과하도록 조정이 이루어지지 않으면, 연방고용기회평등위원회에 대해 차별 구제 신청을 할 수 있다.

위원회는 접수후 제1단계로 사실조사를 할 권한을 행사한다(제706조 (b)). 그리고 차별이 있었다고 믿을 만한 상당한 증거가 없으면 신청을 각하한다. 차별이 있었다고 단정을 할 수 없는 경우에도 차별의 개연성이 인정되면 제2단계로 조정절차에 들어간다. 구체적으로는 조사관이 수집한 증거에 근거해 당사자에게 혐의를 구하거나 위원회를 대신해

조사관이 화해 설득을 시도한다.

조정관이 조정안을 제시할 수도 있다. 조정에 사업주가 응하지 않을 때에는 위원회가 원고가 되어 소송을 수행하는 일도 있는데, 반드시 이 권한을 행사하는 것이 아니고, 이 소권을 신청인에게 양도하는 경우도 많다. 그러나 조정이 성공하면 제3단계로서 3자, 즉 위원회, 신청인, 대부분 사업주인 피신청인의 3자 사이에 화해조서가 작성되고, 이것은 당사자를 구속한다. 당사자 또는 사업주가 화해조서의 이행을 거부하는 등, 그에 따르지 않으면 당사자는 제4단계로 법원에 제소하여 집행명령을 얻을 수 있다.

#### 나. 캐나다

캐나다는 인권위원회에 행정구제 권한을 부여하는 제도를 갖고 있다. 캐나다에서는 연방법 외에 각 주와 준주(準州)에 따라 약간씩 차이가 있으나, 고용상의 차별은 성차별을 포함하여 인권법에 근거해 인권위원회가 이에 대한 관할권을 가지고 있다. 이들 위원회는 원상회복의 구제명령을 발하는 제도를 채택하면서도, 그 권위로써 화해로 해결하는 건수가 적지 않다.

구체적인 예를 연방인권법하에서 살펴보면, Canadial Pacific Railway 사건을 우선 들 수 있다. 철도의 제동수라는 직종에 응모를 반복했지만 채용되지 않았던 어느 여성이 자신의 응모가 거절된 후, 회사가 자신보다 경험도 없고, 자격도 없는 남자를 그 자리에 채용한 것을 알고, 연방인권위원회에 성차별이라고 주장하여 구제를 신청한 사건이다. 연방인 캐나다 인권법에서는 위원회의 절차를 개시하기 전에 당사자 사이에

자주적 해결노력을 해야 한다는 취지의 규정이 있는데 위원회가 이 규정의 활용을 당사자에게 권유한 바, 대화가 결실을 맺어 사건은 종결되었다.

그 해결안은 2가지로 나누어졌는데, 구제를 신청한 여성 개인에 대해서는 원상회복과 손해배상을 하는 것이고, 회사에 대해서는 과거의 차별사실을 보고하도록 하는 것이다. 즉, 구제를 신청한 여성을 면접한 바 채용기준에 적합하므로 채용할 것, 면접 이후 채용되었을 시점부터 실제로 채용될 때까지의 임금상당액을 back pay로 400달러 지급할 것, 이상이 원상회복의 부분인데, 이것에 더해 차별이 있었기 때문에 생긴 손해배상으로서 1000달러를 지급하도록 한 것이다. 이것은 이 법이 법적 구제조치로서 원상회복에 그치지 않고, 차별에 의해 입은 손해에 대한 배상 지급 규정이 있는 것과 관련된다.

다음으로, 사용자인 회사에 대해서는 과거에 제동수에 응모한 자의 기록에서 남성과 여성의 수와 실제 채용된 남성과 여성의 수를 정리하여 인권위원회에 제출하도록 한 것이다. 이에 따라 사용자는 과거에 제동수의 채용에서 성차별을 하고 있던 것을 기록에 의해 인정하게 되고, 또 이후 대책이 요구되었고, 이렇게 하여 차별에 대한 책임이 인정되었다고 할 수 있다.

여기에서 주목할 점은 이와 같은 화해안이 인권위원회의 승인을 얻었다는 점이다. 위 법에 의하면, 일단 인권위원회에 구제를 신청한 사건에 대해서는 당사자가 자주해결을 하는 경우에도, 그 해결안은 인권위원회의 승인을 요하고, 인권위원회는 이를 검토한 후 내용의 수정을 요구할 권한도 부여받고 있는 것이다.

요컨대, 이 예의 경우, 차별이 인정되면 인권위원회로부터 사업주에

대해 원상회복 명령과 손해배상 지급명령을 내릴 수 있는 제도적 틀 속에서, 화해에 의한 해결이 있다는 것이다. 더욱이 화해안이 인권위원회의 승인을 요한다는 점에서 이 제도가 약자인 피해자의 보호를 꾀하고 있다는 것이다.

#### 다. 일 본

일본의 남녀고용기회균등법은 분쟁해결을 위한 수단으로서 ① 노사 당사자에 의한 자주적 해결(제13조) ② 부인소년실장에 의한 조언·지도·권고(제14조) ③ 기회균등조정위원회에 의한 조정(제15조)의 3가지에 대해 규정하고 있다.

균등법 제14조에 근거해 분쟁해결 지원으로서 부인소년실장은 “조언, 지도 또는 권고”를 할 수 있지만, 어떠한 경우에도 부인소년실장이 양 당사자가 거부한 경우에는 따를 것을 강제할 수 없다. 균등법의 금지규정에 관한 상담도 많고, 금지규정 위반이 전과 다름없이 적지 않게 나타나고 있다.

분쟁의 본격적인 해결을 도모하기 위해 중립·공정한 제3자 기관으로서, 도도부현(都道府縣) 부인소년실에서 설치된 것이 기회균등조정위원회이다. 조정위원회는 노동대신이 임명한 학식경험자 3명의 위원으로 구성되고, 조정안을 작성하고, 관계당사자에 대해 수락을 권고할 수 있다(제19조). 고용에서 균등한 기회 및 대우의 확보에 관한 노사의 분쟁은 최종적으로 법원에 의한 사법적 판단에 맡기고 있으므로, 시간이 걸리고, 경제적으로도 노동자에게 부담이 되기 때문에 양당사자의 양보에 의해 분쟁을 신속, 간편하게 해결하기 위해 조정에 의한 해결이

바람직하다는 견해가 지배적이다.

## 라. 비 교

미국, 캐나다 및 일본의 법제도를 간단히 비교해보도록 한다.

① 3국 모두 고용에 있어서 여성을 균등처우하지 않는다고 파악할 것인지 아니면 성차별로 파악할 것인지를 별개로 하여, 기본적으로는 당사자 사이의 노사분쟁으로 보고, 이것을 사업주의 범죄행위로서 형사제재의 대상으로 하고 있지는 않다. ② 따라서 당사자 사이에서 해결하는 절차를 우선으로 하고 있다. 일본 균등법은 노사대표를 구성원으로 하는 고충처리기관에 의한 자주적 해결의 노력 의무를 규정한다. 캐나다에서도, 미국에서도 단체협약에 중재절차를 가지고 있으므로, 이 방법으로 우선 해결을 시도한다. 단체협약이 없는 기업에서는 고충처리기관에 의한 노력이 있을 것으로 보인다.

그렇지만 큰 차이가 있다. 우선 법률의 이름에서 그 지위가 상상된다.

③ 일본은 남녀고용기회균등법인데 비해 캐나다는 연방, 각주에 따라 이름을 다르게 하지만, 인권입법(Human Rights Legislation)이 있고, 미국은 연방법이 최저기준을 정하고 주에 따라 이름이 다른 법률이 있는데, 모두 고용기회평등입법(Equal Employment Opportunity Legislation)이다.

자세히 살펴보면 일본의 균등법이 사업주에 대해 ④ 여자 노동자만을 남자노동자와 균등하게 대우하는 법률이고 ⑤ 더욱이 근로조건 중, ⑥ 모집·채용·배치·승진·교육훈련·복리후생·정년·퇴직·해고에 한정하여 적용하는 것인데 비해, 캐나다의 입법이나 미국의 입법

은 ④ 남자도 여자와 동등하게 보호할 뿐 아니라 ⑤ 근로조건에 대한 보호에 한정하지 않고 일반시민생활에서의 차별대우로부터의 보호를 대상으로 하고 ⑥ 성희롱등에 의한 넓은 차별사유를 대상으로 하고 ⑦ 차별이유로는 성차별에 한정하지 않고, 인종·국적·종교·신조는 물론 피부색·종족 그리고 연령·장애를 더하고 있다.

더욱 중요한 차이는 위법한 사업주에 대한 제재규정이다. 일본은 ⑧ 행정지도가 중심이고 ⑨ 균등대우에 관한 당사자 사이의 분쟁을 처리하는 조정위원회제도는 있지만, 대부분 기능하고 있지 않다. 그런데 ⑧ 캐나다와 미국에서는 사후의 행정소송으로 다투는 것이 곤란한 일본적인 행정지도는 어렵게 보인다. ⑨ 캐나다와 미국에서는 분쟁처리제도로써, 일본의 균등법에 의한 조정, 즉 행정기관으로서의 조정위원회가 당사자로부터 의견을 청취한 후, 조정안을 당사자에게 제시하는 제도에 한정하는 것은 아니고, 당사자 참가의 알선도 할 수 있는 제도이다. 그리고, 일종의 조정전치주의를 채용하고 있다고 할 수 있다. 캐나다의 경우는 주에 따라 다소의 차이는 있지만, 대부분은 인권위원회가 사건의 수리를 결정한 후, 알선관을 임명하고, 미국의 경우는 조사관을 임명하여 그러한 임무를 맡도록 하고 있다. ⑩ 캐나다에서는 이 단계에서 사건이 해결되는 일이 적지 않은데도, 원상회복 명령을 할 수 있는 인권위원회에 의한 행정구제제도를 채용한데 비해, 미국에서는 행정구제제도가 입법과정에서는 제안되는 일이 있지만 성사되지 않았고, 현행법에서는 위원회가 원고가 되는 위반사업주에 대한 소권을 부여받고 있다.

⑪ 주목할 것은 캐나다 인권위원회의 경우 차별에 의해 피해자의 존엄에 대한 침해가 입증되면 이것도 위원회가 산정하여 사업주에게 지급을 명한다는 점이다. ⑫ 또 제정법이 금지하는 차별금지이유는 캐나

다의 경우, 동성애를 이유로 하는 것 등 약간의 차이가 있는데, 거의 성, 가족상의 지위, 인종, 출신국, 피부색, 신조, 종교, 그리고 장애, 연령 등을 들고 있다. 이것은 이들 주 또는 준주의 인권입법이 성립한 후에 시행되었으며, 1982년 헌법에서 이들을 금지되는 차별이유로 들고 있는 것과 관련이 있다.

위와 같이 보면, 가장 중요한 차이는 요컨대 일본의 균등법에서는 위반하는 사업주에 대해 그것을 시정하도록 하여 남녀평등의 고용기회를 보장한다는 입법취지와 메카니즘이 약하다는 것이다. 일본은 지금까지 사업주의 자주적인 법준수 행위를 요구하고 행정의 설득행위를 하는 한도에서 여자에게만 고용상 기회균등을 요구한다고 하는 입법취지이다. 따라서, 캐나다 법과 미국 법에서는 존재하지 않는 노력의무규정과 위반에 대한 법적 구제 수단은 거의 없는 금지규정이 규정되었고, 그리고 그들의 의무위반에 대해 강력한 조사권에 근거해 사실인정을 하는 권한은 규정되어 있지 않는 제도이다. 지금까지 사실상 조사권한을 행사하여 당사자 사이의 자주적 해결을 알선하고 시간을 들여 해결을 해 온 것은 인정된다. 그러나 캐나다와 미국에서의 시사점은 캐나다와 같은 원상회복명령을 내리는 위원회 제도를 도입하든지 아니면 미국과 같이 노동부가 위반사업자에 대해 원고가 되어 행정소송을 제기할 수 있는 특별한 제도를 창설하든지, 그것도 아니라면 적어도 위반사업주의 이름을 공표할 권한을 명문으로 부여하는 것을 생각할 수 있다.

#### 4. 차별구제절차의 개선방안

##### 가. 남녀차별개선위원회의 기능

차별구제절차는 차별피해자의 시정신청(서면 또는 구술로 신청 가능하고 발생한지 1년 이내의 사건에 한함)을 하면 남녀차별개선위원회는 진상을 조사하여 시정권고를 할 수 있다. 특별한 사정이 없는 한 위원회는 차별사례 접수일로부터 90일 이내에 처리해야 하며, 신청사안에 대해 조사, 합의권고, 조정 등을 할 수 있다. 시정권고 대상기관인 국가기관, 지방자치기관, 공공기관, 학교 등은 특별한 사유를 소명하지 않는 한 권고에 따라야 하며, 이들 기관은 시정권고를 받은 날로부터 30일 이내에 처리결과를 위원회에 통보해야 한다.

시정대상기관이 시정하지 않으면 위원회는 사안에 따라 이를 언론에 공표하거나 피해자의 소송을 지원할 수 있다. 소송지원대상자는 재산 및 월소득이 위원회가 정하는 기준 이하이고, 소송을 수행할 경제력이 없는 사람에 한하고 있다. 시정조치에 불복하는 피해자는 30일 이내에 이의신청을 할 수 있으며, 위원회는 30일 이내에 이를 재결해야 한다.

#### 나. 고용평등위원회 및 국가인권위원회 기능과 비교

남녀성차별 구제제도에 있어서 우리나라는 일반법원(민·형사) 이외에도 여성부의 남녀차별개선위원회, 노동부의 고용평등위원회 및 국가인권위원회 등의 독립적 위원회를 두고 있다. 이렇게 보면 우리나라는 형식적으로는 다양한 구제제도를 두고 있어 성차별 근절을 위한 모든 조치가 강구되고 있는 것처럼 보인다.

그러나 이들 구제기관의 기능을 자세히 살펴보면 결코 만족스럽다고 할 수 없다. 일반법원의 판결 태도도 그 보수성으로 말미암아 상당한 비판을 받고 있다. 남녀차별개선위원회는 신청된 사건에 대하여 조사



를 진행하여 합의권고, 조정 단계를 거쳐 시정조치 권고에 이르게 된다. 시정조치는 그 자체가 강행성이 없기 때문에 시정조치의 권고를 따르지 않는 경우에 별다른 제재 수단이 없다.

2001년 11월에 발족한 국가인권위원회의 인권침해 조사대상으로 합리적인 이유 없는 성별 등이 규정되어 있다(국가인권위원회법 제30조 제2항). 국가인권위원회의 기능도 진정에 관하여 조사하여 합의권고, 조정을 거쳐 구제조치 등의 권고에 이르게 된다. 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 하지만(같은법 제25조 제2항) 권고내용의 불이행에 대한 별다른 제재수단을 갖고 있지 않다.

이에 비하여 남녀고용평등법은 모집과 채용, 임금, 임금 외의 금품 등, 교육·배치 및 승진, 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별한 경우 직별 규정을 두고 있다. 뿐만 아니라 사업주의 직장내 성희롱에 대하여는 노동부장관이 과태료를 부과할 수 있고, 사업주가 직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체없이 행위자에 대하여 징계, 기타 이에 준하는 조치를 취하지 않은 경우에도 과태료를 부과할 수 있도록 되어 있다. 그 외에도 남녀고용평등법은 분쟁의 자율적 해결을 위한 고충 처리(남녀고용평등법 제25조) 고용평등위원회의 조정(같은법 제29조)제도도 두고 있다.

#### 다. 제도개선방안

남녀차별금지법의 실효성을 확보하기 위하여 다음 같은 제도개선이 요망된다.

첫째, 시정명령제도의 도입: 노동위원회가 구제명령을 발할 수 있는 것과 같이 남녀차별개선위원회가 시정(구제)명령을 내릴 수 있도록 하는 방안이다. 다만 노동위원회는 지방노동위원회의 처분에 대한 불복이 있는 경우 중앙노동위원회의 재심을 요구할 수 있다는 점을 감안하여 차별개선위원회가 일차적으로 현재와 같이 시정권고를 하고 권고를 받은 공공기관의 장 또는 사용자가 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명할 기회를 주어야 할 것이다(국가인권위원회법 제25조 제3항 참조). 위원회는 공공기관의 장 또는 사용자의 권고내용 불이행 이유가 타당하지 않다고 판단될 때 시정명령을 내릴 수 있도록 함이 어떨까 한다. 시정명령에 불복하는 때에는 명령서의 송달을 받은 날로부터 15일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수 있도록 한다. 확정된 규제명령에 위반한 자에게는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 할 수 있을 것이다(노동조합및노동관계조정법 제89조 참조).

둘째, 과태료부과제의 도입: “관계 자료·서류등의 제출을 거부하거나 허위의 관계 자료·서류등을 제출한 자” 등 조사비협조자에게 부과하는 현행 과태료부과제에 더하여 남녀고용평등법의 예에 따라 사업주 자신의 성희롱과 사업주가 행위자에 대한 징계 등의 조치를 취하지 않는 경우에는 과태료를 부과징수하도록 할 수 있을 것이다.

## 라. 전 망

차별금지법은 모든 영역에서의 남녀차별을 금지하고 차별을 조사하고, 시정권고를 통해 피해자를 구제할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

따라서 그 간 일정하게는 관습상 방치되었던 많은 영역에서의 남녀차별을 법적으로 금지하여 사회적으로 차별에 대한 의식과 해결의지를 높일 수 있는 계기가 마련된 것이다. 나아가 그 동안 특정 영역에서의 차별만을 차별로 보고 오래된 제도나 관행상 그대로 유지, 존속되었던 다영역상의 차별에 대한 사회적 여론화 및 시정의 가능성을 높여 줄 수 있다.

그러나 문제는 이 법에는 여성계가 오랫동안 주장해온 ‘준사법적’ 기능이 없으며, 차별시정에 대해서는 시정 ‘명령’이 아닌 시정 ‘권고’에 머물고 있다는 한계는 갖는다. 즉 위원회의 시정권고에 대해 시정대상 기관이 불복할 경우, 보다 강력하게 시정할 강제적 집행력이 적다는 점이 이 법의 가장 큰 한계라 할 수 있다.

“법은 최소한의 도덕”이라는 말처럼 법의 한계가 현실운동에서의 가능성을 제한하는 최고의 변수는 아니다. 최소의 것을 보장하는 법보다는 현실의 다양한 운동으로 법을 넘는 평등을 만들어 가는 여성들의 다양한 움직임이 더욱 중요하다고 본다. 이렇게 여성들의 다양한 움직임이 더 중요하다고 본다. 이렇게 여성들의 꾸준한 차별철폐 노력들 자체는 운동의 발전이자, 곧 법을 개선하는 힘으로 전환 가능한 것이다.

### III. 비정규직

#### 1. 개 요

비정규직 노동자의 증가는 2002년 11월을 기준으로 임시·일용직 노동자가 전체 임금 노동자의 52%에 달한다는 통계청의 공식 발표를 감안하면 심각한 양상이다. 또한 통계청의 부가 조사에서 나타났듯이 이들 비정규직 노동자의 월평균 임금 수준은 정규직 노동자 월평균 임금 수준의 절반 정도에 지나지 않기 때문에 비정규직 노동자의 증가는 고용 불안을 넘어서서 당장 상당수 임금 노동자의 가계가 빈곤의 악순환에 빠져드는 문제를 낳고 있다.

노동부는 또한 임시직에 대해 2003년 7월부터 국민연금을, 일용직에 대해서는 2004년 1월부터 고용보험을 확대 적용하였고, 또 기간제·파견근로에 대한 서면 근로계약 체결을 의무화해 근로자의 권리를 명확히 하기로 했다고 한다.

많은 연구들에 따르면 우리나라의 비정규직 노동은 곧 정규직 일자리로 옮겨가기 위한 징검다리가 아니라 한번 들어서면 쉽게 탈출할 수 없는 함정과 같은 구조적 문제가 있다. 지난 2년 동안 노사정위원회를 중심으로 많은 논의가 있었지만 이제는 논의가 아니라 행동이 필요한 시점이다. 비정규직 노동자의 무차별적 확산을 방지해서는 안 된다. 그러나 비정규직 차별 해소를 위한 정책 방향은 다양한 요인들을 고려해야 한다.

우선 비정규직 노동에 대한 차별을 해소한다는 것이 비정규직 노동

을 허용하지 않겠다는 성급한 정책과는 구분돼야 한다. 선진국도 그렇지만 우리의 경우도 비정규 노동이 증가하는 것은 세계화 시대의 경향이다.

비정규 노동을 줄이기 위해 노동자들의 고용 안정을 기업이 보장해야 한다는 정책은 단순 명료하기는 하지만 현실적으로 작동하기 어렵다. 기업들이 직접 고용을 회피할 수 있기 때문이다. 기업들의 비정규직 사용을 줄이기 위해서는 비정규직 고용이 상대적으로 낮은 생산성과 혁신성을 감안하면 그다지 좋은 것만은 아니라는 시장 인식이 확산되어야 한다.

이를 위해 가장 중요한 정책 방향은 동일가치 노동에 대해서는 동일 임금을 보장하도록 시장 규범을 바로잡는 것이다. 동일가치의 노동에 대한 동일 임금(equal remuneration for work of equal value)은 이미 반세기 전에 국제노동기구(ILO)에서 채택된 고전적인 국제 노동규범<sup>22)</sup>이다. 이미 선진국에서는 이 규범 안에서 실질적으로 동일가치의 노동을 어떻게 판정해야 하는지 그 시행 규범이 담긴 입법이 마련되어 있다. 따라서 우리가 행정적, 법 적용상의 난점을 이유로 동일가치 노동에 대한 규범 자체의 설정을 회피할 수는 없다.

비정규직 노동자들에 대한 균등 보상, 비례 보호를 해야 한다는 내용으로 근로기준법 상에 관련 조항을 명시한다면 비정규직을 고용하는 기업에서는 인건비 상승이 일어날 수 있다. 그러나 신분상의 차이를 이유로 같은 수준의 인적 자원을 가지고 같은 일을 수행함에도 불구하고 임금을 턱없이 할인 지급하는 것은 인권 차원에서나 시장 규율 차원에

---

22) ILO Convention No. 100, Equal Remuneration Convention, 1951.

서 모두 문제가 있다.

다만 동일가치의 노동에 대한 동일 임금이라 할 때 이는 직종이나 산업 전반에 걸친 평균비교보다는 사업장 단위 안에서의 관련 직무의 비교에 우선적으로 국한되어야 한다. 어차피 기업들은 노동시장 유연화에 적응하기 위해서도 기업 안의 일자리들에 대한 합리적 직무 분석이 필요하기 때문에 정규직, 비정규직의 사용에 있어서 왜 특정 직무에 예외적으로 비정규직이 필요한지 설득할 수 있는 준비가 필요하다.

비정규직 차별 해소를 위해서는 동시에 정규직, 특히 대기업 노조나 노동자들의 양보도 필요하다. 비정규직의 노조 가입을 허용하고 비정규직들이 노조를 결성할 수 있도록 복수노조 결성을 막고 있는 금지조항을 조속히 폐지할 수 있도록 노력해야 한다.<sup>23)</sup> 대기업 노조가 임금

---

23) 노동조합및노동관계조정법(노조법)상의 기업단위 복수노조금지규정은 부칙 제5조에 의해 2007년 1월 1일이면 효력이 상실되는 규정이기도 하다. ILO의 결사의자유위원회는 1993년 이래 이와 같은 유일노조강제규정은 근로자가 스스로 노조를 설립하거나 자유롭게 선택한 노조에 가입할 수 있는 권리를 규정하고 있는 제87호 협약에 위반된다고 하고, 정부에 대하여 “노동자들이 제한 없이 스스로 선택하는 단체를 설립하고 또 이에 가입할 수 있도록 (당시)노조법 제3조 5호를 개정할 것”을 요청하였다. 1997년 노조법 개정시 상급단체의 경우는 조직대상을 같이하는 제2노동단체를 즉시 허용하고, 사업 또는 사업장 단위에서는 2002년부터 허용하되 그 때까지 노동부장관으로 하여금 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 기타 필요한 사항을 강구하도록 하였다(부칙 제5조). 결국 정부는 법원의 판결과 국제적 승인을 통해 법률적(de jure) 또는 사실상(de facto) 이미 복수화되어 있는 노동단체를 인정할 수밖에 없었던 것이다. 그러나 2001년 3월에는 사업장 복수노조 허용시기를 다시금 5년간 유예하였으며, ILO 결사의자유위원회는 이에 대해 “깊은 유감”을 표명하고 2003년 6월에도 “기업 단위 복수노조 합법화 조치를 가속할 것”을 권고하였다. 그런데 기업차원의 제2노조 인정여부는 노동조합의 조직형태가 기업차원에 머물고 있을 때만이 그 의미를 갖는 것이며 노동조합이 기업의 틀을 깨고 직종별, 지역별, 산업별로 그 조직의 변화를 시도한다면 기업차원의 제2노조 인정문제는 저절로 해결될 수도 있을 것이다. 이러한 이유에서도 노조법 부칙 제5조를 삭제하

인상에만 매달린다면 그 비용이 결국 협력 업체가 비정규직 노동자만을 고집하는 쪽으로 전가된다는 현실을 외면해서는 안 된다.

결론적으로, 비정규직 문제는 시급히 바로잡아야 할 사회적 차별 이슈지만 그 정책 방향은 시장의 규율을 바로잡는 차원에서 노사정 모두가 책임을 나누는 가운데 정립돼야 한다.

비정규직 보호방안으로 노동부가 대통령직인수위에 보고한 큰 틀은 “합법적인 비정규직 사용은 노동시장에 맡기되, 부당하거나 탈법적인 사용을 강력히 단속한다”는 것으로 요약된다. 비정규직이 이미 전체 임금 근로자의 상당비율까지 늘어난 상황에서 비정규직규모를 인위적으로 줄여나갈 경우 사내하청, 위장도급 등 더욱 열악한 근로 형태가 양산될 우려가 있기 때문이다. 또한 노동시장의 유연성과 기업경쟁력을 위해 무작정 비정규직 사용을 규제하는 데에도 한계가 있다는 지적에 따른 것이다.

무엇보다 비정규직의 부당한 차별을 해소하기 위해 당국의 근로감독을 강화하고 고용 형태에 따른 부당 차별 금지 규정과 구제 방법, 전담 기구 등 구제 절차를 마련하는 방안을 마련해야 할 것이다.

비정규직에 대해 동일가치 노동 동일 임금 규정을 확일적으로 적용하기는 어렵지만 부당 차별 금지 조항을 차별금지법이나 현행 노동관계법 등에 규정하고 이를 담보할 구제 방법, 전담 기구 등 구제절차를 마련할 필요가 있다.

이와 함께 세부적인 보호 방안으로 기간제 근로자의 경우 해고를 자유롭게 할 목적으로 단기 근로계약을 반복해서 체결하는 것을 막기 위

---

는 것이 타당한 것이다.

해 3년 등 일정기간을 초과할 경우 해고 제한 법리를 적용, 해고를 사업주 마음대로 하지 못하도록 할 수 있을 것이다.

파견근로의 경우 근로자에게 적정한 수준의 임금을 보장하고 불법 파견근로 사용 사업주에 대한 처벌을 강화하는 한편 위반 사항에 대해 개선명령을 내릴 수 있는 근거를 신설해야 할 것이다.

현재는 파견 기간 2년이 지나면 사업주가 해당 근로자를 정규직으로 채용해야 하기 때문에 이를 피하기 위해 사업주들이 파견기간이 지나면 다른 사람을 대신 파견 받아 사용하고 있지만 상시적으로 고용하는 업무에 대해서는 파견 근로자를 반복해서 사용하는 것을 제한해야 할 것이다.

또한 단시간 근로형식을 취하면서 통상 근로자처럼 근로시키는 탈법적 운영을 방지하기 위해 초과 근로에 대해 상한(주당 12시간)을 설정해 할증임금(25%)을 지급하는 방안도 검토할 수 있다.

캐디, 모험보집인, 학습지 교사, 레미콘 지입차주 등 특수고용직에 대해서는 노동관계법 개정이나 별도의 특별법 제정을 통해 보호하는 방안이 있다. 이들 특수고용직에 대해 단결권을 보장하고 산재보험 등 사회보험을 적용하는 방안이 필요하다.

## 2. 노동법에 대한 도전: 비정형화, 개별화, 상업화

우리나라의 경우 근로자보호를 주목적으로 하는 ‘보다 나은 노동법’에 대한 논의는 1990년대 이래 상대적으로 줄어들고 있다. 규제완화(Deregulation)의 흐름 속에서 보호규범이 오히려 약화되고 있는 것이 현실이다. 집단적 행위방식을 벗어나 개별계약과 민법이 활용되고 있



다. ‘노동시장의 유연화’가 노동법에 영향을 주고 있는 것이다.

현실적으로 오늘날 노동법적 보호를 전혀 받지 못하거나 일부만 받는 근로관계가 80년대에 비해 크게 증가하였음을 알 수 있다. 단시간근로자, 기간의 정함이 있는 근로자, ‘과건’근로자 등은 해고제한규정의 적용을 받고, 조직화되기 쉬운 ‘정규근로자’에 비해 여러 면에서 불이익을 받고 있다.

이와 같은 이른바 비정형(atypical) 근로관계로의 이행은 우선 기존의 계약자유의 원칙을 활용하는 방법으로 이루어지고 있다. 근로계약을 통해서 사용자는 자신의 이익에 부합하는 조건을 관철시키고 있다.

경제적으로 종속관계에 있는 1인 또는 2인 회사와의 도급계약의 체결을 통해서도 비정형근로가 확대되고 있다.

우리나라의 경우 1996/97년의 근로시간의 신축화를 내용으로 하는 근로기준법(근기법) 개정과 1998년의 이른바 ‘과건근로자의보호등에 관한법률’의 제정으로 이와 같은 경향이 촉진되었다. 경제학적 관점에서나 법학적 관점에서도 수년 전부터 노동시장의 유연화 요구가 제기되어 왔다. 경영상 이유에 의한 해고도 1998년의 노동조합및노동관계조정법의 개정으로 크게 용이해졌다. 그런가 하면 1998년 3월의 헌법재판소의 결정으로 단체협약의 실효성이 흔들리게 되었다. 이와 같은 흐름이 가능하도록 조장하는 현행법은 계약당사자의 ‘의사의 자유’(Willensfreiheit)에만 의존하는 민법이다. 민법은 노동법과 달리 ‘자유 의사’가 어떠한 사회적 조건하에서 형성되는지에 관해서는 관심을 두지 않는다. 이와 같이 계약체결의 현실과 입법부 및 사법부 그리고 신자유주의의 입장에 선 학자들에 의해 자본의 노동에 대한 처분권(Verfügungsmacht)이 확대되고 있다.<sup>24)</sup>

이 과정에서 근로계약만 有期化를 통해 유연화된 것이 아니고 근로 시간도 유연화 되었으며 이른바 ‘호출근로’(Kapovaz)까지 등장하였다. 여기에다 노동력의 ‘투명성’ 요구는 보다 강화되었다. 인력정보시스템과 사업장의 자료관리능력의 제고로 개인정보와 근로자의 근무상태 기록까지 장기보존이 가능해진 것이다. 이로써 노동력의 상품성(Warencharakter der Arbeitskraft)에 대한 판단이 종전에 비해 용이해져 구매자는 이 ‘거래재화’를 여러 각도에서 살펴볼 수 있게 되었다.

이와 같은 노동법에 대한 도전은 1990년대 중반까지만 해도 노동조합의 저항 등에 의해 통해 비교적 잘 방어되었다. 그러나 노동조합의 조직률의 저하와 함께 사정은 달라지고 있다.

그러나 새로운 법을 해석·적용하는 과정에서 노동법의 질서기능(Ordnungsfunktion)이 존중되지 않으면 안된다. 사회적 진보의 산물을 훼손하는 것은 결과적으로 사용자에게도 결코 유리한 일만은 아니다. 정치적 불안이 초래될 수 있기 때문이다.<sup>25)</sup>

### 3. 정규근로관계와 비정규근로관계

종전에는 근로관계라 함은 이른바 ‘정규근로관계’만을 상정하던 습관이 있었던 것이 사실이다. 정규근로관계를 말할 때 7가지 정도의 징표를 발견할 수 있다.<sup>26)</sup>

---

24) Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rowohlt, Reinbek, 15. Aufl., S. 78.

25) Däubler, a.a.O., S. 79.

26) Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rowohlt, Reinbek, 1998, S. 945.

① 여기서 ‘정규’라고 할 때에는 ‘풀타임’ 근로관계를 말한다. 풀타임은 사회적으로 일정한 시간을 말하며 대체로 근로기준법 제49조 제1항이 정한 주 상한 근로시간인 44시간<sup>27)</sup> 내외를 의미한다. 이 정도의 근로관계로는 원칙적으로 근로자 자신과 그 가족의 생계가 보장되는 것으로 생각한다.

② 이러한 근로관계는 근기법 제49조 제2항이 정한 1일 8시간의 ‘정상근로일’을 전제로 한다. 구체적인 근로시간과 그 배분은 근기법, 단체협약, 취업규칙에서 정한다. 대체로 시업시각은 오전 7시~9시, 종업시각은 오후 4시~6시에 걸쳐있다. 우리나라의 경우 주 5일은 쉼일근로를, 토요일은 반나절근로를 한다.

③ 임금은 통상 ‘월급’으로 지급되며, 생계에 필요한 각종 비용, 예컨대 이자, 임대료, 할부금 등도 월단위로 지급한다. 한국노동연구원의 조사에 의하면 비정규직의 임금지급방식은 약 70%의 근로자가 월급제라고 응답하였는데, 조사 대상에서 임시직이나 일용직 근로자보다 파견근로자가 많이 포함된 때문인 것으로 보인다. 그러나, 임시·일용·파견근로자의 경우 전일제 상용근로자에 비해서 일당제, 시간급제, 도급제 등 다양한 방식에 의해 임금이 지급되는 것으로 나타났다.<sup>28)</sup>

④ 정규근로자의 근무는 ‘일정규모 이상의 사업장’에서 이루어진다. 이는 우리나라의 경우 상시 근로자 5인 이상인 사업장인데, 현재 5인 이상의 사업장이 되어야 근기법이 원칙적으로 적용되기 때문이다.<sup>29)</sup>

27) 2003년 9월 15일 개정된 근로기준법에 의해 2004년 7월 1일부터 공공부문, 금융·보험업 및 상시근로자 1000인 이상의 사업장을 필두로 하여 사업장 규모별로 연차적으로 주40시간제가 실시된다.

28) 이주희·장지연, 「臨時日傭 등 不完全한 勤勞形態擴散과 우리의 政策方向」, 勞動部 刊, 1999. 12. 26쪽.

⑤ 정규근로관계에서는 일정한 ‘기득권보호’가 이루어진다. 즉 해고 등의 제한, 퇴직금 지급 등이 그것이다. 근기법 제30조 제1항의 해고제한규정은 사용자의 자의적(恣意的)인 해고만을 금지하며, 경영상 이유에 의한 해고까지 금지하는 것은 아니다. 4인 이하의 사업장이라 하더라도 업무상 상병의 요양을 위한 기간과 그 후 30일간에는 그리고 산전후 휴가기간과 그 후 30일간에는 해고되지 않는다. 기득권 보호의 정도는 근속년수에 따르는 경우가 많다.

⑥ 임금액은 주로 근로자의 학력 등 자격과 ‘근속년수’에 따라 정해진다. 고용보험, 국민연금도 가입기간에 따라 그 액수가 정해진다. 실업으로 말미암아 일시적으로 중단되는 것은 별 문제가 되지 않지만 최소 가입기간에 달하지 못하면 실업급여, 연금을 수령하지 못한다. 한국노동연구원의 조사에 의하면 각종 사회보험과 휴가 등 사내복지의 면에서도 정규직 근로자와 비정규직 근로자간의 차이가 큰 것으로 나타났다. 전일제 상용근로자의 경우 직장을 통해서 국민연금과 의료보험, 고용보험에 가입되는 비율이 거의 100%에 가까운데 비해 임시·일용·파견근로자는 약 60% 내외만이 가입되어 있다. 산재보험의 경우는 그 격차가 더욱 커 전일제 상용근로자의 71%가 산재보험에 가입되어 있는데 비해 임시·일용·파견근로자의 경우 25.8%만이 가입되어 있다.<sup>30)</sup>

⑦ 임금 및 근로조건은 ‘집단적’인 절차에 의해 정할 수가 있다. 정규근로관계에서는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 행사가 용이하고 노사협의제도도 활용할 수 있다.

29) 물론 상시근로자 5인 미만의 사업장에도 근기법시행령에 의해 법규정의 일부가 적용되지만, 해고제한, 퇴직금 등 중요한 규정들은 적용되지 않는다.

30) 이주화·장지연, 26~27쪽.

정규근로관계는 개별근로자에 대한 보호기능도 갖고 있다. 즉 개별근로자의 물질적 생계를 확보해 주고, 또 그럼으로써 직장 밖에서의 활동도 가능하게 한다. 다시 말하면 정규근로관계는 노동력의 상품성을 희석시키는 기능을 한다는 것이다. 개별근로자는 종속상태에 머물기는 하지만 구속력 있는 규정에 의해 그 종속성에 한계가 설정된다. 이러한 점이 극대화된 것이 공무원의 신분보장이다.

이와 같은 보호기능은 특히 최근에 이르러 주목을 받고 있는데 이는 노동법상의 ‘보호’뿐만 아니라 ‘질서와 만족’(Ordnung und Befriedigung)을 제공하고, 분쟁해결의 통로가 된다는 점도 간과할 수 없다. 정규근로관계는 타협적 성질을 갖고 있고 그 내용에는 사용자의 이익도 포함되어 있다. 고용관계의 해지를 생각하지 않는 현명한 사용자일 수록 기득권보호를 두터이 해주게 된다.

자격을 갖춘 인력으로서 장기간 근속하였고 그에 따라 사업장내의 Know-how를 갖추었을 수록 상응하는 혜택을 받게 된다. 그밖에도 정규근로관계는 (사회적으로는 결코 덜 필요한 것이 아닌) 비영리활동에 비해 영리활동을 선호한다. 바로 이러한 사실에 장래에는 정규근로관계의 단순한 ‘보호’에만 머물러서는 안되는 이유가 있는 것이다.

그런데 오늘날 사용자 측으로부터 정규근로관계의 보호기능이 도전을 받고 있다. 이른바 ‘핵심근로자’(core employees)와 ‘주변근로자’(peripheral employees)의 분절이 있게 되고, 후자에 대한 보호가 불안정하게 되었다. 기간을 정한 근로, 공공근로, 단시간근로 등이 문제되고, 특히 법적으로는 자기의 사용자와 근로계약 하에 있으나 장기간 다른 사업장에서 근로를 제공하는 이른바 ‘과견’근로자, 타사근로자 등과 같은 ‘아웃사이더 지위’를 가진 근로자들의 보호문제가 심각하다. 나아

가 전통적인 근로관계의 모습과는 크게 다른 ‘불법노동’에서의 문제도 있다.

이와 같은 비정규노동력의 사용은 새로운 것은 아니지만 우리나라의 경우 특히 80년대 후반부터 크게 확산되어 보호받지 못하는 ‘비정형’(atypical)근로가 오늘날 일상의 모습이 되고 있다. 그 원인은 인건비를 절감하고 인력의 투입을 수요와 정확히 맞추려는 사용자의 노력에 있다. 비정형근로는 시장의 법칙에 따라 단지 저렴할 뿐만 아니라 근로자를 ‘분열’시킴으로써 사용자로서는 유리한 면을 제공한다.

아래에서 이러한 근로자들의 법적 상태를 살펴보고 이들을 정규근로관계에 전적으로 혹은 부분적으로 재편입하는 것이 가능한가 하는 문제를 다루고자 한다. 여기서 해답을 찾지 못한다면 이는 노동법의 내적 통일성을 포기하고, ‘우회전략’(Ausweichstrategien)을 묵시적으로 승인함으로써 전통적 노동법에 대한 침식을 용인하는 결과가 된다.<sup>31)</sup>

#### 4. 기간을 정한 근로(단기간근로)

##### 가. 의 의

기간을 정한 근로계약을 체결한다는 것은 당해 근로자로서는 일정한 기득권보호를 포기한다는 것을 의미한다. 학생, 연금생활자 등의 경우와 같이 그 생계가 달리 확보되어 있다면 이와 같은 계약도 견딜 만하다고 할 것이다. 계속근로를 하게 될지 여부는 원칙적으로 사용자가

---

31) 유럽법 차원에서 비정형근로를 규율하고자 하는 시도에 관하여는 Neal RdA 1992, 115 ff.; Wank RdA 1992, 103 등.

임의로 결정하게 된다. 유기의 근로계약은 해고예고라는 ‘시간과 비용을 요하는 절차’를 절약하고 고용에 따른 위험(Beschäftigungsrisiko)은 처음부터 (그리고 핵심근로자들을 안심시키기 위해서도) 일정한 근로자에게 집중된다. 실은 이들에게 지급하는 비용도 꽤 높다고 할 수 있다. 그러나 이들의 직업적 장래는 예측할 수가 없고 해고예고에서부터 상여금에 이르기까지 일정한 근속기간을 요건으로 하는 모든 권리가 사실상 상실된다.

이들에 대한 불이익을 배제·제한하는 차별금지조치는 아직까지 이루어지지 못하고 있다. 그런데 1991년 6월 24일의 EC지침<sup>32)</sup>은 산업안전에 있어서의 불이익을 금지하였고, Hamm주 노동법원은 단체협약이 연간 1000시간 미만의 계절근로자를 공공부문의 부가급여 지급대상에서 제외하는 것은 독일기본법 제3조 제1항의 평등원칙에 위배된다고 판시하였다.<sup>33)</sup>

#### 나. 수습기간

근로자가 수습을 필요한 경우 기간을 정하여야 한다. 그러나 수습기간을 부적절하게 장기간으로 해서는 안 된다. 독일의 경우 한 여교사가 3년의 기간 중 5차례의 유기의 근로계약을 체결하였는데 모두가 “수습 계속을 요함”이 그 이유였다. 이에 대해 연방노동법원<sup>34)</sup>은 위법한 것으로 판시한 바 있다.

---

32) ABl v. 29. 7. 1991, Nr 206/19.

33) LAG Hamm DB 1996, 632.

34) BAG AP Nr. 28 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

수습기간은 ‘6월’의 기간을 언급한 근기법 제35조 제3호 및 제4호에 비추어 최장 6월로 보는 것이 타당하다. 또한 ‘수습목적’이 계약의 내용에 포함되어야 할 것이다(근기법 제24조). 사용자의 단순한 동기만으로는 불충분하다.<sup>35)</sup> 나아가 기간의 정함이 명시되어야 한다. 의심스러운 경우 수습기간의 경과와 함께 기간의 정함이 없는 근로관계로 간주되기 때문이다.<sup>36)</sup>

이와 같은 제한에도 불구하고 최초 6월의 기간 중 해고예고의 적용에 외의 규정에 따라 해고될 수 있음으로써 근로자의 이익이 보호되지 못하는 이유가 불분명하다. Münster노동법원<sup>37)</sup>은 근로의 성질상 예외적으로 6월 이상의 수습기간을 요하는 경우에만 유기의 수습기간이 허용된다고 하였다.

#### 다. 쇠사슬근로계약

유기의 근로계약을 2회 이상 연속으로 체결하였다면 이것을 쇠사슬 근로계약(Kettenarbeitsvertrag)이라 부른다. 1년 미만 근로계약의 편법적 갱신이 지속되는 형태로 고용이 이루어지는 단기근로계약직의 증가는 국제통화기금(IMF) 구제금융신청과 그에 따른 구조조정 이후 가장 급속히 증가하고, 또 크게 부각된 비정규직이라고 할 수 있다. 이 유형의 근로가 다른 비정규직보다 더욱 관심을 끄는 이유는 이들 근로자가 정규직과 동일한 노동이거나 동일가치의 노동을 제공함에도 불구하고,

35) BAG BB 1982, 558 = DB 1982, 436.

36) BAG AP Nr. 3 zu §620 BGB Probearbeitsverhältnis.

37) ArbG Münster BB 1983, 504.



동일한 대우를 받지 못하기 때문이다.<sup>38)</sup> 독일연방노동법원은 원래 ‘각 쇄사슬의 구성부분마다’ 그 기간을 정함 그 자체와 그 기간의 합리적 이유가 있는지 여부를 검토하였다.<sup>39)</sup>

그 후 연방노동법원은 종전의 태도를 근본적으로 변경하여 최종으로 체결한 유기의 계약에는 하자있는 유기의 합의에서 연유하는 어떠한 무기의 근로관계를 중국적으로 해지한다는 의미가 있다고 하였다.<sup>40)</sup>

새로운 판례는 많은 비판을 받았다.<sup>41)</sup> 당사자간에 경우에 따라 발생할 수 있는 무기의 근로관계를 해지하고자 하는 묵시적 합의가 있었다고 하는 것은 의제에 불과하며 경험칙에 어긋난다는 것이다.

#### 라. 개선방안

유기의 근로계약의 기간은 “1년을 초과하지 못한다”고 되어 있는 현행 근기법 제23조의 해석에 있어서도 ‘퇴직의 자유’ 보장이라는 측면보다는 ‘고용보장’이라는 측면이 중시되는 방향으로 새로운 입법론과 해석론을 정립할 필요가 있다. 현대 산업사회에서는 근로계약기간을 설정하지 않음으로써 발생할 수 있는 인신구속 내지 강제노동의 위험의 제거보다는 기간을 설정함으로써 발생하는 근로자 지위의 불안정을 제거하는 것이 더욱 중요한 과제이므로 입법이나 해석을 통하여 ‘기간의 정함이 없는 근로’를 원칙적인 것으로 확립하는 한편, 기간의 정함이

---

38) 이주희·장지연, 48쪽.

39) BAG DB 1985, 2152.

40) BAG DB 1986, 1826; BAG AP Nr. 4 zu §620 BGB Hochschule = DB 1987, 2210; BAG DB 1988, 1704.

41) Colneric AuR 1986, 319; Kleveman-Ziemann DB 1989, 2608.

있는 근로계약의 경우에는 그와 같이 기간을 설정하는 사유와 절차를 명시하고 그 기간은 현행과 같이 1년(또는 그 이상)으로 하되, 그러한 사유가 없거나 절차를 지키지 않은 근로계약 또는 1년(또는 그 이상)을 초과하는 근로계약에 대하여는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 보는 것이 타당할 것이다.<sup>42)</sup>

## 5. 단시간근로

### 가. 의의 및 현황

단시간 근로자란 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다(근기법 제21조). 따라서 통상근로자(full-time worker)의 1주간의 소정근로시간에 비하여 1시간이 짧더라도 단시간 근로자에 해당된다.

단시간근로는 최근 수년간 크게 증가하였다. 특히 단시간근로를 유일한 수입원으로 삼는 여성들이 증가하였다. 주 35시간 미만의 단시간 근로자의 수는 1990년 약 35만 명에서 1998년에는 약 72만 명 수준으로 급격히 증가하였다. 이로써 전체 임금근로자 중 단시간근로자가 차지하는 비중은 약 3%대에서 6%까지 증가하였다. 1999년 8월 현재에는 전체 취업자의 10.5%에 달하는 근로자가 단시간근로자인 것으로 파악되었다(통계청, 경제활동인구월보). 단시간근로자의 종사상 지위

---

42) 김소영·이주희, 「고용차별의 양태와 효과적 대처방안」, 노동부 권, 1999. 12., 155쪽.

를 보면, 단시간 근로자 중 상용근로자의 비중은 1995년에 8.4%이었으나, 1998년에는 5.3%로 감소하였다. 경제활동인구조사의 결과로 볼 때, 단시간근로자의 대부분(95%)은 임시직 또는 일용직인 것으로 파악된다.<sup>43)</sup>

단시간근로자들의 경우 1일 8시간을 일하는 근로자들에 비해 사업장 내에서의 귀속성이 약하다. 감독·지휘의 기능을 전통적으로 풀타임들이 행사하기 때문에 승진의 기회도 적을 수밖에 없다. 또한 사업장에서의 주변적 위치에 있는 까닭에 노동조합에 대한 관심도 비교적 적다. 그 결과 이들의 이익을 대변하는 기능이 약할 수밖에 없는데 대부분의 단체협약에서도 단시간근로자들을 배제하고 있다.

한편 단시간의 근로는 노동강도를 강화한다. 예컨대 하루에 2시간만 근로하는 경우 시간당 처리해야 할 일이 8시간을 근로하는 자에 비해 많은 것이 보통이다. 주 15시간 미만의 단시간근로자의 경우에는 근기법상의 퇴직금(제34조), 주휴일(제54조), 월차유급휴가(제57조), 연차유급휴가(제59조)를 받지 못한다(시행령 제9조의 제3항). 또한 단시간 근로자의 경우 일자리에 대한 위험도 크다.

#### 나. 단시간 근로자의 근로조건

단시간 근로자의 근로조건 결정은 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따르도록 하고 있다(제25조 제1항). 근로조건을 결정함에 있어서 구체적으로는 동법 시행령에서 정하는 기준에 따라야 한다. 이는 근로조건 결정의 성질상 근로시간에 비례

---

43) 이주화·장지연, 13쪽.

하여 적용하는 것이 현저히 불합리한 것은 통상근로자와 동일하게 적용하여야 한다.

### (1) 임금의 계산

단시간 근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급 임금을 일급통상 임금으로 산정할 경우에는 1일 소정근로시간수(4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일 수로 나눈 시간 수)에 시간급 임금을 곱하여 산정한다.

### (2) 초과근로

사용자는 단시간근로자에 대하여 소정근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 한다. 이 때 사용자는 단시간근로자와의 합의가 있는 경우에 한하여 초과 근로시킬 수 있다.

또한 사용자는 초과근로에 대하여 가산금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급율을 명시하여야 한다. 그러나 초과근로시간이 법정근로시간 내에 있는 경우에는 가산임금을 지급할 의무가 없다.

### (3) 휴일·휴가

사용자는 단시간근로자에 대하여 1주일에 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다. 연월차 휴가는 아래의 방식으로 계산한 시간단위로 주어야 하며 휴가로 사용한 시간 수를 제하고 미사용 시간 수만큼 휴가수당으로 지급하여야 한다. 이와 같이 휴가를 시간수로 부여하도록 한 것은 단시간 근로자의 근로일 별 근로시간이 불규칙하기 때문이다.

생리휴가와 산전후 휴가도 통상근로자와 동일하게 주어야 한다. 이는 모성보호차원에서 배려된 것이기 때문이다. 다만, 유급 분의 임금은 ‘일금통상임금’에 휴가일수 만큼 곱한 금액 이상을 지급하면 된다.

#### (4) 근로계약의 체결

「단시간근로자의 근로조건 결정기준에 관한 사항」에 의하면 근로계약의 체결과 관련하여 사용자가 단시간 근로자를 고용할 경우에는 임금·근로시간 기타의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부하도록 하고 있으며, 단시간 근로자의 근로계약서에는 계약기간, 근로일, 근로시간의 시작과 종료시각, 시간급임금 기타 노동부장관이 정하는 사항을 명시하도록 하고 있다(제1호).

다만, 1년이 넘는 기간을 정한 경우에 근로자는 1년이 경과하면 언제든지 퇴직할 수 있으나 사용자는 계약기간 내에는 해고할 수 없으며, 기간의 정함이 없는 경우에는 상시고용으로 간주된다. 그러나 기간이 정함이 있더라도 수차례 반복하여 갱신되었다면 갱신을 거절할 만한 객관적 사유가 없는 경우 갱신을 거부할 수 없다.

#### (5) 취업규칙의 작성 및 변경

사용자는 단시간 근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다. 취업규칙을 작성하거나 변경하고자 할 경우에는 적용대상이 되는 단시간 근로자 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 단시간근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.

단시간 근로자에게 적용될 별도의 취업규칙이 작성되지 아니한 경우

에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다. 다만, 취업규칙에서 단시간 근로자에 대하여 적용이 배제되는 규정을 두거나 달리 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따른다. 단시간 근로자에게 적용되는 취업규칙을 작성 또는 변경하는 경우에도 합리적 이유 없이 차별(비례 보호의 원칙)하는 내용이 포함되어서는 안 된다.

#### (6) 근기법 시행령에 규정되지 아니한 근로조건

근기법 시행령에 규정되지 아니한 사항은 원칙적으로 근기법이 그대로 적용된다. 즉, 해고(경영상 이유에 의한 해고 포함), 금품청산 및 임금지불, 탄력적 근로시간제, 재해보상 등은 원칙적으로 통상근로자와 동일하게 적용된다.

#### (7) 단시간 근로자의 노동기본권

단시간 근로자는 통상근로자와 동일하게 노동기본권을 가진다. 즉 기존의 노조에 가입할 수 있고 노조는 단시간 근로자라는 이유로 가입을 제한해서는 안 된다.

### 라. 개선방안

근기법 시행령에 의하면 노사간 합의에 의하여 연장근로를 할 수 있도록 하고 있어 사실상 전일제 근로자와 동일한 시간을 근로하는 것이 가능하도록 되어 있다. 특히 은행, 병원 및 유통업에 종사하는 단시간근로자의 경우 이미 1995년 조사에서도 전체의 35.5%가 전일제근로와 같이 44시간 이상을 근무하는 것으로 나타난 바 있다.<sup>44)</sup> 따라서 사용자

가 정규직 근로자 대신 유사 단시간근로자를 활용하여 인건비 부담을 줄이려는 것을 방지하기 위해서는 단시간 근로자의 근로시간 상한선을 규제할 필요가 있다.

또한 단시간근로는 근로계약기간과는 무관함에도 불구하고 사업장에서는 단시간근로가 임시직이나 단기간 계약직의 형태로 이루어지고 있다. 그러나 업무상 임시직이나 단기간 계약직의 필요성이 인정되지 않는 한, 단시간근로라 할지라도 통상의 근로관계와 마찬가지로 ‘기간의 정함이 없는 근로’가 원칙이 되어야 할 것이다. 결국 이에 대하여도 단시간근로계약의 규제방안의 강구를 통해 해결해야 할 것이다.<sup>45)</sup>

또한 단시간근로의 풀타임근로 전환 또는 풀타임근로의 단시간근로 전환을 가능하게 하는 방안이 마련되어야 한다.

## 6. 특수고용관계

특수고용의 경우 근기법상의 근로자이나 아니냐 하는 판단은 ‘실질적 내지 사실상의 사용종속관계’의 여부에 의하여야 할 것이나 형식적인 계약형태를 불문하고 실질적인 사용종속성을 종합적으로 판단해야 한다. 또한 사용종속관계의 판단기준들이 모두 구비되는 경우에만 근로관계의 존재 내지 근로자의 지위를 인정할 것이 아니라 노동법에 의한 보호필요성을 염두에 두면서 구체적 사안에 따라 근로자성을 판단할 수 있는 징표들을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.

기존의 판례(대판 1970.7.21, 69 누 152)는 근기법상의 근로자개념과

44) 정양희, 『시간제고용의 실태와 정책방향』(1995), 40쪽.

45) 김소영·이두희, 157쪽.

노조법상의 근로자개념을 실질적으로 동일한 것으로 판단해 왔다. 그러나 노조법상 근로자 개념을 확정하는 의의는 노동 3권의 주체, 즉 노조법 등 집단적 노사관계법의 제반 보호를 향유할 수 있는 자의 범위를 정하기 위한 것에 있으며, 노조법상의 근로자에 대한 정의규정이 “임금·급료 ‘기타 이에 준하는 수입에 의하여’ 생활하는 자”인 한은 노조법상의 근로자성을 인정하려는 취지로 이해되므로, 이 요건 외에 사용종속관계의 유무를 또 하나의 요건으로 추가하는 것은 입법취지에 부합하지 않는다.

1993년의 대법원판례는 경기보조원의 노조법상 근로자성을 인정하였고, 1996년의 대법원판례는 근기법상의 근로자성을 부인하였으나 행정해석은 변화를 거쳐 노조법상의 근로자성은 물론 근기법상의 근로자성까지 인정하게 되었다. 최근의 경향에 비추어 경기보조원의 근로자성을 인정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

판례(대판 1996.4.26, 95다20348)는 학습지 교사의 근로자성을 부인하고 있으나, 학습지 교사라는 직종 자체에 대하여 일률적으로 근로자성을 인정하거나 또는 부인하기는 어렵다. 학습지 교사의 68.5%는 회사와 위탁계약 또는 도급계약을 체결하고 있다. 계약형태가 도급 또는 위임의 형식을 빌었더라도 자주성, 독립성, 재량성이 없이 사용종속관계에서 노무를 제공하는 경우에는 근로자성을 인정하는 것이 타당하다.

학습지 교사의 계약형태가 도급이나 위임에 의한 것이며, 보수가 주로 신규 회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적에 따라서 그 지급액이 결정된다는 점을 감안할 때, 임금의 보호에 있어서는 현행 근로기준법 제46조에 의한 보호를 기하는 것이 합리적이라고 생각된다. 근기법 제46조는 “사용자는 도급 기타 이에 준 하는 제도로



사용하는 근로자에 대하여는 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장해야 한다”고 규정하고 있다.

대법원(대판 1990.5.22, 88 다카 28112)은 생명보험회사 외무원에 대한 판결에서 “보험가입의 권유나 모집, 수금업무 등을 수행함에 있어서 회사로부터 직접적이고 구체적인 지휘·감독을 받음이 없이 각자의 재량과 능력에 따라 업무를 처리하여 왔다는 사실을 볼 때 당해 회사에 대하여 종속적인 근로관계에 있다고 보기 어렵다”고 판단하였다.

그러나 실태조사에 의하면 보험설계사의 경우 90.9%가 소정 근로일이 정해져 있으며, 출퇴근시간이 정해져 있지 않은 경우는 4.5%에 불과하다. 그리고 보험상품판매인은 다른 특수고용관계의 근로자들보다 주당 업무지시를 받는 회수가 훨씬 많다. 95.5%가 주 1회 이상의 업무지시를 받고 있으며, 54.5%는 주 6회 이상의 업무지시를 받고 있다. 4.5%만이 업무지시를 받지 않고 있다. 그리고 회사의 업무지시를 위반한 경우 61.9%가 경고를 받으며, 19%는 급여가 삭감되는 등 그 실태에 있어 노무제공에 대한 구체적인 지휘·감독이 행하여진다. 또한 보수에서 고정기본급과 정액수당의 비중이 낮고, 직접 수익확보와 성과급의 비중이 높다는 사실과 계약의 형태(위탁계약 또는 도급계약)만을 갖고 사용종속성을 부인하는 것은 타당하지 않다.

방문판매원의 경우 판례(대판 1988.11.8, 87 다카 683)는 “업무수행 과정에서 사용자의 지시와 명을 받는 사실관계가 인정된다면(사용자의 구체적인 지시를 받지 않는다 하더라도), 수입이 업무활동에 따른 수당(소위 리베이트)에 의존하고 있고, 승급제도 및 급·호봉이 없으며, 촉탁으로 발령하고 있고, 근무시간과 장소에 대한 구속이 없다 하더라도, 이를 이유로 사용자의 지휘감독권이 부인된다거나, 고용관계가 아니라

위임관계라고 할 수는 없다”고 하여 업무수행과정에서의 사용종속성에 따라 근로자성을 판단하고 있다.

신문사광고외근사원의 근로자성을 부인한 행정해석(법무 811-30812, 1980.11.26) 역시 외근사원에게 출근의무가 부과되고, 매일매일 근무상황을 보고하고, 광고계약 권유의 장소나 대상에 대해 개별적·구체적 지시가 있고, 고정급이 지급되고, 회사에 대한 손해나 성적 불량의 경우 일반사원과 동일한 제재를 받는 등 구체적 근무실태에 있어서 노무제공에 대한 구체적 지휘·감독이 행해지는 경우에는 근로자로 인정할 수 있다는 견해를 제시하고 있다.

보수에서 고정기본급과 정액수당의 비중이 낮고, 직접 수익확보와 성과급의 비중이 낮다는 사실과 계약의 형태(위탁계약 또는 도급계약)만을 갖고 사용종속성을 부인하는 것은 타당하지 않다. 그러나 같이 각 유형의 판매업무에 따라, 그리고 판매회사의 실태에 따라 구체적·개별적으로 근로자 성을 판단해야 할 것이다.

그밖에도 방송구성작가, 레미콘 기사, 지입차주, AS기사 등 새로운 형태의 고용관계가 등장하고 있고 유사한 법률문제가 발생하고 있다.

형식상으로는 자영자라 하더라도 근로자와 유사한 종속성이 있는 경우가 있다. 예컨대 주유소임차인은 한편으로는 상인으로서 상업등기부에 등재되어 있음에도 다른 한편으로는 자기에겐 휘발유가격, 개점시간, 주유소의 모든 설비를 통제하는 하나의 석유회사에 종속되어 있다. 이 경우 경제적 활동의 자유는 물론 노동조직상의 활동의 자유도 결정적으로 제한된다.

독일의 경우 이와 같은 이른바 근로자와 유사한 자는 크게 세 부류로 나뉘어진다: 즉 가내노동자, 미디어산업에서의 프리렌서(freie

Mitarbeiter), 그리고 대리상(Handelsvertreter)이 그것이다. 이 모든 경우에 실제에 있어서 진정근로관계가 존재하는지 여부가 우선 문제된다. 만일 진정근로관계가 부인되는 경우 이들에게 입법자가 부분적으로 노동법상의 원칙이 상응하게 적용될 수 있도록 할 수 있는지 하는 것이 문제된다.

가내노동자는 근로자 자신의 거택에서 이 일을 수행하도록 하는 관행에서 유래되었다. 예컨대 단추를 다는 일이나 주소 쓰는 일 등이 그것이다. 이러한 근로자 중 어느 부분은 근로자로 볼 수 있고, 따라서 전적으로 노동법의 적용을 받는다. 즉 스스로 작업의 조직 및 시간배정에 관하여 자유로운 결정을 할 수 없는 경우가 그러하다.

종사자가 비교적 자유롭게 시간을 사용할 수 있고 작업공적에 관하여 구체적인 규정이 주어지지 않을 때에는 그 종사자는 자신의 도급인(또는 상급도급인)의 사업상의 조직적으로 편입되어 있지 않기 때문에 근로자가 아니다.

바로 이와 같은 ‘진정 가내노동자’에 대하여 독일의 경우 가내노동법(Heimarbeitgesetz=HAG)이 적용된다.

이 법은 1974년까지만 해도 이른바 공장노동에 한정되어 적용되었으나 그 이후 사무직 노동에 확대되었다. 이 경우 일부 반대학설이 있으나 단순사무직근로에 한정되어서는 안된다. 가내노동법이 전제한 보호의 필요성은 예컨대 프로그래머 혹은 번역활동에서 있을 수 있는 경제적 종속성에 달려있다. HAG는 나아가 생계유지를 확보할 수 없는 적은 양의 노동만을 하는 경우에도 적용된다.

가내노동자는 단결권이 있으므로 단체협약을 체결할 수 있다. 그럼에

도 불구하고 조직률이 미미하기 때문에 단체협약의 기능은 현실적으로 크지 않다. 따라서 HAG 제4조는 노동부에 도급인 및 종사자 대표 각 3인과 중립적 위원장으로 구성되는 이른바 가내노동위원회를 설치하도록 하였다.

이 위원회는 그 관할범위 내에 있는 모든 도급인과 종사자들에 대해 구속력을 갖는 ‘임금 기타 계약조건’을 결정할 수 있다. 그 효력면에서 보면 이 결정은 단체협약의 일반적구속력 결정과 동일하다. 이는 정상 작업을 한 경우 최저임금에는 도달하도록 제공된 시간을 산정하여야 한다는 의미이다. 이 최저기준의 유지를 위해 도급인의 영역 내에 임금표 및 기타 계약조건에 관한 일람표를 게시하도록 하여(법 제8조 제1항), 격리되어 작업하는 가내노동자(및 감독사무소)가 상호 비교할 수 있도록 하였다. 모든 종사자에게는 법 제9조에 따라 일감의 제공과 수령, 그 종류와 양, 보수 및 합의한 납기 등이 기재된 임금수첩을 교부하도록 하였다. 주노동부는 법 제25조에 따라 실제 지급된 임금과 책정된 최저임금간의 차액을 지급하도록 법원에 직접 청구할 수 있다.

법 제10조 및 제11조는 가내노동자를 위한 최소한의 근로시간 보호 규정을 두고 있다. 즉 일감의 제공 및 수령에 있어 불필요한 시간지체를 하여서는 안되며, 일감은 모든 종사자에게 그 작업능력을 고려하여 골고루 배분하여야 한다고 되어 있다. 가내노동위원회는 일정시간 내에 제공되는 일감의 최대량을 제한할 수 있다. 노동시간법 제6조와 같은 야간근로의 규정이나 그 제한은 없다.

법 제29조는 독일민법 제622조를 좇아 계약해지예고기간을 규정하고 있다. 따라서 한 도급인에 의해 장기간 채용될수록 그 기간은 길어진다. 해약사유에 대한 명시적 제한은 없다. 그러나 해고제한법의 적용을

받지 아니하는 종사자에 적용되는 해약제한의 기준을 적용할 수 있다.

해약통고기간 중에는 법 제29조 제5항에 정한 바에 따라 종전의 평균 임금을 계속 지급하여야 한다. 도급인이 약정한 일감을 줄였을 때에는 손해배상의 책임을 진다. 이 때 약정은 여러 해 동안의 관행으로부터 도출할 수 있다.

많은 개별 법률에서 가내노동자를 명시적으로 근로자로 취급하고 있다. 예컨대 사업장공동결정법(BetrVG 제6조)이 그러한데 다만 이들이 “무엇보다도” 당해 사업장에 근로를 제공한다는 (근로자에게는 존재하지 않는) 제한이 있다. 이 요건이 충족되면 무엇보다도 가내노동을 최초로 발주할 때, 납품시간을 정할 때, 그리고 계약을 해지할 때 종업원 평의회(Betriebsrat)가 참가한다. 가내노동자 스스로도 종업원총회에 참석하고, 회의참석 교통비, 회의 참석에 소요된 시간에 대한 보상을 청구할 수 있다.

병가시임금계속지급(EFZG 제11조), 소년노동보호(JArbSchG 제1조 제1항 제2호), 모성보호(MuSchG 제1조 제2호) 그리고 휴가청구권(BUrlG 제12조)에 있어서도 근로자와 동일하게 취급하고 있다. 그럼에도 불구하고 낮은 소득과 어려운 생계보장에 비추어보면 근로자와 모든 면에서 동일한 취급하기까지는 요원하다고 할 수 있다.

가내노동자에서와 유사한 문제점이 특히 라디오·TV방송국, 언론사, 변호사사무실 그 밖의 사업장에서 볼 수 있는 프리랜서들에게도 있다. 이들은 자신의 경제적 존립이 1인 또는 몇몇 소수의 위탁자가 자신이 제공한 근로를 수령하는 데 종속되어 있음에도 불구하고 도급계약 또는 고용계약에 기하여 일을 하고 있다.

수많은 이른바 프리랜서 중에서 연방노동법원(BAG)에 의하여 “실제에 있어서 근로자”로 인정받은 경우가 많다. 이 경우는 우선 다른 종사자가 동일한 직종에 근로자로서 채용되었을 때 그러하다. 그렇지 않다면 균등처우의 원칙에 위반되기 때문이다.

이 문제가 아니라 없다고 하더라도 이들 ‘프리랜서’가 사업장조직에 편입되어 있는지 여부, 통상적으로 이들의 노무급부를 기대하고 있는지 여부가 문제 된다 예컨대 신문배달원의 경우가 그러하다. 이와 같이 “현실적으로” 근로제공을 강제하는 것은 계약상 합의한 근로제공과 동일한 것으로 본다. 자신의 근로시간을 자유로이 처분할 수 없는 때에도 근로관계가 존재한다.

근로자성과 비근로자성이 똑같이 존재하는 때에는 근본적으로 계약당사자의 의사가 기준이 된다. 그러나 이 경우에도 사용자가 근로계약 체결의 청약을 하지 않을 때에는 권리남용이 될 수 있다. 법률관계를 도급계약 또는 고용계약으로 형성해야 하는 명백한 사물적 이유가 있을 때에만 그러하지 아니하다.

일 자체가 시간적 여유가 많은 것이라 하더라도 내용적으로 상세하게 정해져 있을 때에는 마찬가지로 근로관계로 간주된다. 이 경우 설사 ‘도급계약’의 합의가 있었다고 하더라도 사용자에게는 도움이 되지 아니한다.

연방노동법원의 견해에 의하면 어느 교사의 경우 그 직무가 상세히 근로계약에 정해져 있지만, 방법론적·교수법적인 면에서는 지시로부터 자유롭다면 프리랜서라 하였다. 그러나 이 견해는 일정한 행위가 이미 근로계약에 상세히 “정해짐”으로 인해 개인적 종속성이 완화되지 않는다는 점에서 비판을 받고 있다.

근로자가 아닌 프리랜서라 하더라도 이들이 소수의 위탁자에게 종속되어 있다면 ‘유사근로자’로 분류된다. 이들에게는 종전까지 가내노동법(HAG) 제2조 제1항의 문언과 의미에 터 잡음이 없이 가내노동법이 적용되지 않았다. 그러나 ‘단순한 사무직직무’로 제한하는 것을 포기함으로써 조만간 사정이 달라질 전망이다. 일정한 위탁자를 위해 어느 기간에 걸쳐 일하는 자로서 자기의 작업장을 스스로 선택할 수 있는 때에는 가내노동법상의 보호규범에 따라 취급되어야 할 것이다. 이렇게 되면 ‘자유시장,’ 즉 수많은 잠재적 위탁자를 위해 일하는 자만 남게 된다.

이와 같은 단계를 거쳐지지 않는다면 각각의 노동법상의 원칙이 자유직업인에게 준용될 수밖에 없다. 단체협약법(TVG) 제12조a에 의하면 자유직업인이 1인의 위탁자로부터 자신의 소득의 과반수를, 미디어 산업에서는 3분의 1을 수령하는 경우에는 단체협약을 체결할 수 있다. (전국에 방송망을 가진 전독방송국(ARD)은 이 때 하나의 기업으로 본다(TVG 제12조a 제2항). 근로자와 자유직업인이 하나의 단체협약을 체결할 수도 있다. 자유직업인들이 단체협약 체결을 위해 파업을 할 수도 있다. 단체협약법 제 12조a는 라디오·TV 분야에서는 괄목할 만한 현실적 의미를 가지고 있다. 일정한 기득권 보호를 위한 합의도 가능하다. 가내노동법을 준용한다면 크게 유익할 것이다.

근로계약법 및 노동안전법에서는 예외적인 경우에만 자유직업인을 포괄한다. 유사근로자는 최소한 휴가에 있어서는 연방휴가법(BUrIG) 제2조 제1항이, 기업연금에 있어서는 기업연금법(BetrAVG) 제17조 제1항 제2문이, 노동법원에의 접근에 있어서는 노동법원법(ArbGG) 제5조 제2항 제2문에 의해 유사근로자를 근로자와 동렬에 놓는다.

독일 상법(HGB) 제84조 제1항이 ‘독립적 사업자’로서 상시 다른 사업자(본인)를 위하여 거래를 중개하거나 본인의 이름으로 거래를 체결하는 것을 위탁받은 자로 정의하는 이른바 대리상 중 일부는 실제에 있어서는 근로자이다. 여기서도 결정적인 것은 ‘사용자’의 사업장에 편입되어 있는지 여부와 이 사용자가 대리상의 일정한 활동을 분명히 기대하고 있는지 여부이다. 이 점은 석유회사 스스로 인식하고 있는 바대로, 경제적 이유에 의해 최대한의 개인적 근로제공을 강요받는 이른바 주유관리인의 경우 특히 그러하다.

다른 극단적인 형태의 대리상으로는 자기에게 종속된 대규모 고정고객을 갖고 있으며, 다수의 위탁인이 있고, 또 상업적인 방법으로 설립된 사업장을 소유하고 있는 자가 있다. 이들에게는 독일상법(HGB) 제84조 이하는 적용되지 않고, 따라서 노동법상의 보호도 전적으로 포기하는 것이 정당하다.

위 양극단의 중간 위치에 있는 자, 즉 상법 제84조 제1항 제2문의 노동조직상의 독립성을 갖지만, 동시에 1인 또는 수인의 위탁자에게 종속되어 있는 경우에 문제가 발생한다.

일례로 하나의 특정 회사를 위해 일하는 보험대리상이 월 500 DM의 고정급, 비용보전, 그리고 중개된 보험계약에 대한 배당을 받는 경우를 보자. 주당 가정방문을 10회, 20회 또는 10회를 할지 여부는 전적으로 그에게 맡겨져 있다. 그 대신 예비고객에게 신문광고를 통해 접근하든, 대량우편으로 접근하든 역시 그에게 맡겨져 있다. 경제적 종속성에 있어서는 동시에 의심의 여지가 없다.

상법 제92조a는 이러한 경우 중 일부분을 포섭하여, 이른바 하나의 회사를 위해 일하는 대리상을 위하여 정령(Rechtsverordnung)으로써



최저근로기준을 설정할 수 있는 제도를 두고 있다. 그러나 이와 같은 법률위임이 아직 활용되지 않고 있고 가운 장래에도 관계장관이 그 권한을 발동할 가능성도 없어 보이기 때문에 이들 규정은 아직 현실적인 의미는 없다. 단체협약법(TVG) 제12조a에 의한 단체협약의 체결도 이루어지지 않고 있다. 이 규정 제4항이 명시적으로 대리상을 제외하고 있기 때문이다. 그러므로 이 문제에 있어서도 독일 기본법(GG) 제9조 제3항에 직접 의율하게 된다.

그 밖의 경우에는 개별 노동법상의 원칙이 준용될 뿐이다. 그리하여 이들에게는 연방휴가법(BUrlG) 제2조에 의해 법정 휴가청구권이 부여되고, 하나의 회사를 위해 일하는 대리상에게는 민법(BGB) 제630조에 따라 증명서가 발급된다. 대리상의 최종 6월간 월평균 소득이 2,000 DM 이하인 경우 노동법원에 소를 제기할 수 있다.

위에서 살펴본 세 그룹의 유사근로자 이외에 지난 수년간 ‘전형적인’ 가내노동자, 자유직업인 또는 대리상에 매우 제한적으로 해당되는 다른 종류의 그룹들이 생겨났다.

건설업에서 ‘1인 사업장’이 생겨났는데 이들은 형식상으로는 독립된 기업이지만 근로자와 유사한 방식으로 작업공정에 통합되어 있으면서도 사회보장 및 노동법상의 보호를 전혀 받지 못함으로써 독립적 지위를 갖고 있는 자들이다.

운수업에서도 화물자동차법(GüKG)에 따라 스스로 면허를 취득하거나 외국기업의 위탁을 받다 운행을 하는 근로자를 독립적 운전사업자로 만드는 경향이 늘어나고 있다. 또한 판매업에서도 독립 사업자를 투입하는 경향이 강하다. 판매운전자는 처음에는 단지 기간을 정해 채용되고, 그 후 지금까지 공급을 했던 지역을 자기 계획하에 서비스를

하라는 제안을 받게 된다. 이것은 맥도날드 회사에서 볼 수 있는 프랜차이스 계약과 유사하다. 프랜차이스 계약은 그 성질상 주유소임차인계에서는 이미 30년 이상 존립하고 있다.

어느 분점장이 독립사업자가 되어 회사의 상표 및 노하우 사용권을 취득하였다. 그러나 그는 자기의 사업장을 정확한 지침에 따라 설치하고 프랜차이스주에게 매출액 중 상당부분을 제공함으로써 결과적으로 오히려 직원으로서의 분점장에 비해 못해진 경우가 있다.

또 하나의 예로서 백화점에서의 선전여성을 들 수 있다. 이들은 위탁자로 파견되어 계약상 명시적 합의 없이 전적으로 ‘백화점 사업장’에 통합되어 있다. 이러한 종류의 계약은 오늘날 확산 추세에 있다. 이러한 추세는 자영자의 수가 1984년 처음으로 약간 증가하였고 1986년과 1988년 사이에 비슷한 경향이 반복되었다는 사실로서도 강조된다.

전통적으로 연방노동법원이 제시한 근로자개념에 의하면 타인에 대한 개인적 종속성(Abhängigkeit)이 가장 중요하다. 종속성은 특히 시간적 구속 및 사용자의 조직에의 통합에 의해 근로가 ‘위탁자’에 의해 사전에 구성되어 있는 정도에 따라 결정된다. 이 요건이 존재하는지 여부는 현실적 관계에 따라 판단한다. ‘도급’, ‘위임’, ‘프랜차이스 계약’ 등의 계약의 명칭이나 그 내용은 문제가 되지 아니한다.

이러한 출발점에서 본다면 위에서 살펴본 대부분의 경우는 실제로 있어서 근로관계이다. 독일의 판례는 ‘독립적’ 판매운전사도 프랜차이스 수령인과 함께 근로자로 보았고, 선전여성도 백화점의 근로자로 보았다.

학설도 건설업과 운수업에서의 소사장(Mini-Subunternehmer)도 노동법의 적용을 받는다고 했다. 그러나 이로써 성급한 일반화를 할 수는

없다. 모든 것이 법원의 구체적 해석에 달려 있는 것이다. 중요한 것은 ‘수탁자’에게 전형적인 사업자위험이 부과된다고 해서 근로관계의 존재가 달라지지 않는다는 것이다. 오히려 이러한 행위는 민법 제138조의 공서양속 위반으로 비난받을 수 있다.

경제적 종속성은 당사자로 하여금 그 근로자성을 노동법원으로부터 확인 받고자 하는 이른 바 ‘지위확인소송’(Statusklage) 제기를 어렵게 하는 경우가 종종 있다. 종업원평의회가 있는 경우 평의회가 당사자의 종업원지위에 대해 결정을 구할 수 있다. 종업원평의회는 ‘자영자’를 사업장에 편입시키는데 대하여 사업장공동결정법 제99조에 의해 거부권을 행사할 수 있다.

구체적인 사안에서 근로관계의 존재 확인이 어려운 경우에는 유사근로자 법리를 적용함으로써 경제적 약자에 대하여 어느 정도의 보호를 강구할 수 있다. 여기에 더하여 기본법 제9조 제3항에 의한 단결권을 통해 가내노동자에 있어서와 유사하게 최저근로조건의 집단적 결정이 원칙적으로 가능하다. 나아가 이러한 종사자 그룹을 사업장공동결정에서 제외할 근거는 없다. 사업장공동결정법 제6조는 여기에 준용되어야 한다.

법정책적으로는 이러한 법률관계를 경제적 관점에서 비교적 덜 흥미롭게 만들 필요가 있다. 예컨대 가내노동위원회 그밖에 국가가 주도하는 기구를 통해 위탁자가 협약상의 임금 또는 민법 제612조에 의한 통상적인 임금에 더하여 ‘위험수당’을 지급하도록 강제하는 방법 등이 있다. 이로써 ‘자영자’ 스스로 질병, 노령 등과 같은 생존위험에 대비할 수 있는 것이다. 이와 같은 ‘경제적 지렛대’가 근로자지위를 없애려는 시도에 대처하는 가장 효과적인 수단이 될 수 있다. 그밖에 유사근로자에 법정 휴가권을 부여하는 연방휴가법 규정을 활용할 필요가 있다.

## IV. 장애인

### 1. 개 요

정부는 장애인 고용을 늘리기 위해 현재 종업원 300명 이상으로 제한돼있는 장애인 의무고용 사업장 범위를 2007년까지 50명 이상 사업장으로 확대하는 방안을 추진할 방침이다. 노동부는 이 같은 내용을 골자로 하는 '제2차 장애인복지발전 5개년계획'을 마련, 보건복지부와 노동부, 교육부, 건교부 등 5개 부처가 합동으로 오는 2007년까지 추진키로 했다고 한다.

현재는 300명 이상 사업장에서 의무고용률 2%에 미달할 경우 1인당 월 39만2,000원(2002년 기준)의 부담금을 부과하고 있다. 계획안에 따르면 장애인 의무고용사업장 범위가 현행 종업원 300명 이상사업장에서 2004년 200명이상, 2006년 100명 이상, 2007년 50명 이상 사업장으로 확대된다.

또 장애인 고용실적이 양호한 기업에 대해서는 부담금액을 낮추고 고용실적이 저조한 기업에 대해서는 부담금액을 높이는 '차등징수부담금제'도 도입해 부담금납부의 형평성을 높이고 사업주의 장애인 다수 고용을 유도해나갈 계획이다.

이와 함께 현재 선언적 규정에 머물고 있는 장애인 고용차별금지 관련규정을 보완, 장애를 이유로 채용, 승진, 전보, 이직 등에서 차별하는 경우 벌칙을 부과할 수 있도록 하고 장애인 고용차별 분쟁 때 사업주에게 입증책임을 부과하는 방안도 추진하고 있다. 노동부는 이 같은 정책

이 추진되면 향후 5년간 6만여명의 장애인이 새로운 일자리를 찾아 장애인 실업률이 현재 28.4%(18만명)에서 18%(12만명)로 낮아질 것으로 전망하고 있다.

이와 관련한 구체적인 규정은 ‘장애인고용촉진 및 직업재활법’의 개정보다는 차별해소를 위한 특별법에 규정하는 것이 바람직할 것이다.

국가인권위원회법은 장애인에 대한 차별을 금지하고 있다. 그러나 장애인에 대한 차별이 어떠한 것인지에 대한 규정이 전혀 없고, 장애인 차별을 전문적으로 다룰 인력도 매우 부족하며, 차별로 인정된다고 하더라도 기껏 시정권고를 할 수밖에 없는 상황이다.

따라서 장애인에 대한 차별을 금지하는 법률을 제정할 필요가 있다. 장애인차별금지법에는 크게 4가지의 요소가 중점적으로 고려돼야 한다.

첫째, 어떤 사람을 장애인으로 볼 것이냐 하는 점이다. 차별을 받을 수 있는 경우는 모두 장애인으로 인정을 받아야 한다.

둘째, 명백하게 다른 취급을 하는 경우 이외에 동일한 취급을 하지만 결과적으로 장애인을 불리하게 만드는 경우를 포함, 버스에 휠체어 승강 장치를 장착하는 등의 합리적인 배려를 거부하는 행위 등이 모두 차별 행위로 규정돼야 한다.

셋째, 인권이 침해됐을 경우 시정명령을 비롯해 징벌적 손해배상(punitive damages) 제도를 도입하여 효과적으로 권리를 구제받을 수 있도록 해야 한다. 징벌적 손해배상은 가해자가 다시는 같은 행위를 되풀이하지 않도록 하기 위해 피해자에게 많은 금액을 배상하도록 하는 제도로, 차별을 예방하는 데 매우 높은 효과가 있는 제도로 알려져 있다.

넷째, 장애인차별금지위원회를 구성해야 한다. 남녀차별개선위원회에 성차별에 관한 진정이 집중되는 이유는 여성의 입장을 충분히 이해하고 있는 기관이 남녀차별개선위원회이기 때문일 것이다. 또한 장애인에 대한 차별은 매우 다양한 모습으로 다양한 영역에서 나타나고 있기 때문에 이를 전문적으로 다룰 별도의 기구가 필요한 것이다.

장애인차별금지법을 제정하는 흐름은 전세계적인 추세다. 1990년 미국을 필두로 호주, 영국, 캐나다, 홍콩, 필리핀 등 여러 국가에서 장애인차별금지법을 제정했으며, 일본도 장애인차별금지법 제정을 목전에 두고 있다.

이제 장애인을 시혜와 보호의 대상으로 취급할 것이 아니라 동등한 권리를 가지고 있는 사람으로 바라봐야 한다. 이러한 관점이 사회적으로 공유될 때 장애인도 버스를 타고, 대중목욕탕을 마음 놓고 이용하는 진정한 의미의 ‘통합된 사회’, ‘더불어 살아가는 사회’가 도래할 것이며, 한국은 인권국가로 거듭 태어나게 될 것이다.

## 2. 독일의 장애인 보호규정

### 가. 장애인 차별금지

1994년에 개정된 기본법 제3조 제3항의 특별 차별금지 규정에 “누구든지 자신의 장애로 인하여 차별받지 아니 한다”는 조항이 신설되었다. 성으로 인한 차별금지는 관철되지 못했다.

장애인 차별금지는 기본법상의 기본권이 확장된 유일한 영역이다. 마지막 순간까지 문제가 있었으나 이 헌법개정은 수백만 명의 장애인이

처해있는 다방면의 공개적·비공개적 차별, 특히 장애인에 대한 노골적 공격과 장애인을 무시한 생활환경조성에서 나타난 차별에 대한 헌법적 대응을 하게 된 것이다. 연대사상의 강조와 차이를 인정하는 가운데 동일가치를 인정함으로써 모든 사물의 척도로서, 특히 노동생활에서 기준으로서의 “건강하고 제한받지 않는 성과능력과 적응능력을 갖춘 인간”이라는 비현실적, 인간경시적 표본은 상대화되었다.

이와 같은 헌법개정 의 지지자들에게는 - 특히 자력조직의 참여적 주장자들에게는 - 헌법규정 자체로써 모든 법적·현실적 차별을 일거에 제거할 수는 없다는 점이 분명하다. 또한 평등원칙이 이와 같이 확장되는 데에는 40년이 걸렸다는 점도 유의해야 한다.

차별금지 는 방어적 기본권으로서 모든 공권력, 따라서 입법부까지도 기속한다. 직접적이든 간접적이든 장애인의 활동 및 발전가능성의 제한은 장애와 관계된 특수성을 고려하기 위하여 불가결한 경우에 한하여만 허용된다는 것이 분명해졌다. 여기에 사회보장법상의 장애인 관련규정을 재활법과 함께 사회법전의 한 편에 통합하려는 노력이 있다.<sup>46)</sup>

그 대상법적 내용에 의해 차별금지 는 기본권적 자유와 인간다운 존재의 조건을 보장하고 사회에서의 장애인의 동등한 참여를 도모하는 사회국가의 과제를 강화하는 것이다.

차별금지에 대한 제한은 현존하는 장애를 바로 잡기 위한 특별규정을 위헌적 특혜로서 금지해야 한다는 오해를 방지하게 된다. 이들 규정은 헌법규범에 의해 필요한 것이 금지되는 것이 아니다. 기본권은 私

46) Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 26. Aufl., 2001, S. 992.

法 영역에 침투하여 (간접적 제3자 효력) 일반적 행위의 자유 사적자치  
가 현저히 차별적인 행위를 법적으로 정당화하는 것은 장차 허용하지  
않는다.

새로운 규정은 정치와 사회에서의 발상의 전환과 장애인정책에서 순  
전한 배려차원으로부터의 회귀를 위한 분명한 신호이다. 이제 설명을  
요하는 것은 동등한 참여를 위한 특별규정이 아니라 차별적 구조의 유  
지이다. 이러한 의미에서 차별금지법 공공장소의 차별 없는 조성  
과 차별 없는 사회생활을 위한 노력에 대해 법적후원을 함은 물론 “자  
력구조에 대한 지원”으로서 장애인 자신들이 이를 위하여 착수한 행  
동을 지원하게 된다.

#### 나. 누가 중증장애인인가?

“중증장애인의 노동, 직업 및 사회에의 통합 보장에 관한 법률 = 중  
증장애인법”(SchwbG)<sup>47)</sup> 제1조는 장애등급 50 이상인 자 모두를 포괄  
한다. 제3조 제1항은 장애라는 것은 “위법한 신체적, 정신적 상황에 처  
하여 기능적 장애가 일시적이 아닌 경우”를 장애로 규정하였다. 전상  
자, 노동재해 희생자 및 맹인만을 포섭했던 1953년의 중증손상자법  
(Schwerbeschädigtengesetz)과 달리 법률적 보호규범은 장애의 원인은  
묻지 아니하고 모든 장애인으로 확장되었다.

예컨대 중증장애인에는 전장에서 다리 한쪽을 상실한 자뿐만 아니라  
지진아로 태어난 자, 원인모를 학습장애인 등이 포함된다. 또한 심근경

---

47) Vom 29. 4. 1974(BGBl I 1006) i. d. F. vom 26. 8. 1986(BGBl. I 1421,  
berechtigt 1550), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 12. 2000(BGBl. I 1827).



색 환자도 대체로 중증장애인으로 인정받는다.

이러한 범위의 확장으로 사회적으로 존재한 “민간장애인”에 대한 유보가 시간의 흐름에 따라 사라지게 하는데 기여한 괄목한 만한 사회정책적 진보가 있었다. 법 제2조에 따라 장애등급이 30에서 50에 달하고 그 장애로 말미암아 적합한 일자리를 얻지 못하거나 유지 못하는 자도 중증장애인으로 인정받는다. 기본법 제3조 제3항 제2문의 차별금지도 이들 그룹을 포함한다.

중증장애인 인정은 기본법이 보호하는 인격범위에 속하고, 따라서 사용자로서도 일련의 “관련의무”를 지지만 이를 다룰 수가 없다.<sup>48)</sup>

숫자로만 본다면 장애인은 다른 주변 그룹과는 전혀 다르다. 1993년 말 현재 640만 명이 중증장애인으로 인정되어 그 중 약 110만 명(전체 근로자의 4.1%)이 직업안정기관에 등록되어 있다.<sup>49)</sup>

#### 다. 장애인의 권리

##### (1) 5% 할당 및 취업청구권

2000년 9월 29일 개정된 중증장애인법 제5조 제1항에 의하면 근로자 20인(법개정 이전에는 16인) 이상을 고용하고 있는 모든 사용자는 자신의 일자리의 5%(법개정 이전에는 6%)를 중증장애인으로 채우도록 하고 있다. 이 의무는 사기업과 공공기관 모두에 해당한다. 법 제6조는 사용자로 하여금 적절한 수의 특히 불리한 중증장애인을 채용하도록 하고 있다. 여기서 “채용”(Beschäftigung)은 어느 일감을 주는 이상의

---

48) BSG DB 1987, 1549.

49) Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 26. Aufl., 2001, S. 991.

의미를 갖는다. 법 제14조 제2항에 의하면 그 과업이 중증장애인으로 하여금 그 능력과 지식을 최대한 발휘하고 향상시킬 수 있도록 하는 것이어야 한다. 이 규정은 중증장애인에게 일종의 근로권(eine Art Recht auf Arbeit)을 인정하고 있는 것임은 의심의 여지가 없다. 이들에게는 일자리를 제공할 뿐만 아니라 그 자격에 상응하는 과업이 맡겨져야 한다. 따라서 중업원평의회는 사용자가 충원시 중증장애인을 채용할 수 있을지 여부에 대해 충분한 검토를 하지 않았음을 이유로 비장애인 채용에 동의를 거부할 수 있다.<sup>50)</sup>

## (2) 시행상의 문제

법현실은 큰 차이가 있다. 1995년 현재 174,000 명의 중증장애인이 실업상태인데 구서독지역에서는 15.2%, 구동독지역에서는 19.1%로서 이는 일반실업을 8.2%와 15.2%에 비해 크게 높은 것이다.<sup>51)</sup> 공공기관에서만 대체로 6%를 충족하고 있다.<sup>52)</sup> 전체 사용자의 75%가 6% 고용의무를 완전히 지키지 않거나 전혀 지키지 않고 있는데 후자의 경우 567,000개 사업장에 이른다.<sup>53)</sup> 자격에 맞지 않는 일자리를 주는 경우도 허다하다.

시행이 제대로 되지 않는 이유로는 우선 장애인직업훈련과 구인현황이 맞지 않는 것을 들 수 있다. 둘째로는 사용자가 노동사무소에서 보낸 중증장애인의 채용을 거부해도 이에 대한 제재의 실효성이 미흡하다는

50) BAG DB 1990, 636; BAG DB 1992, 658.

51) Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 21. Aufl., S. 1136.

52) RdA 1992, 210.

53) Cramer, AuA 95, 225.

것이다. 1953년의 중증손상자법 제10조 제1항의 경우와 달이 거부  
이유가 특히 분명하지 않은 경우에도 사용자에게 근로계약 체결이 강  
제되지 않는다. 벌금을 부과할 수도 있으나(§68 Abs. 1 Ziffer 1  
SchwbG) 책임의 입증은 쉽다. 이제 남는 것은 미채용에 대한 부  
과금(Ausgleichsabgabe) 제도이다. 이 제도도 많은 사용자에게는 장애  
인을 채용하는 것보다 크게 유리한 것으로 작용한다. 장애인은 경우에  
따라서는 성과가 미흡할 수도 있고 병가가 잦을 수도 있지만 이를 이유  
로 해고할 수도 없기 때문이다. 월 부과금이 최소 100 DM에서 150  
DM로, 다시 200 DM로 인상되었지만 이러한 실정은 크게 바뀌지 않았  
다.<sup>54)</sup> 현실적으로 노동시장에서의 중증장애인이 받는 불이익은 그 일  
부만 시정할 수 있다. 이는 개별 당사자에게는 사업장에 있는 대부분의  
동료들에 비해 불리한 지위에 있고 법 제14조 제2항에 규정된 자격에  
상응한 과업까지 주장할 처지에 있지도 않다는 것을 의미한다.

#### 라. 중증장애인 이익대표

중증장애인들이 그 이익을 공동으로 제시하고 이를 관철할 수 있도  
록 입법자는 특별 대표제도를 설정하였다. 장애인대표는 5인 이상의 중  
증장애인이 종사하는 모든 사업장에서 비밀·직접선거에 의해 선출된  
다. 대표는 1인의 신뢰인(Vertrauensmann 또는 Vertrauensfrau)과 1인  
의 부대표(Stellvertreter)로 구성된다. 이들은 반드시 장애인일 필요가  
없다. 이들의 임무는 법 제25조에 규정되어 있는데, 사업장에서의 중증

---

54) 부과금은 미채용 장애인 1인당 200 DM에서 500 DM 사이에서 채용율 및 사업  
장의 규모에 따라 정해진다.

장애인들의 이익을 대변하고, 이들을 상담하며 조력하는 것이다. 이들의 권한은 청소년근로자대표가 청소년근로자와 직업훈련생의 이익을 대표하는 것과 같다. 청소년근로자대표와 다른 점은 제기된 문제 또는 이익에 관해 사용자와 직접 교섭할 수 있다는 것이다. 이것은 어느 정도 사업장내 이익대표권의 분할로 받아들일 수 있다. 그러나 종업원평의회와 중증장애인대표 사이에는 협력 의무가 있다. 사업장을 대표하는 노동조합은 명문의 규정은 없으나 중증장애인대표에 대하여 어느 정도의 권리가 있다.<sup>55)</sup>

신뢰인의 법적지위는 종업원평의원의 지위에 준한다. 이는 특히 해고 제한(§26 Abs. 3 SchwbG)의 경우 그러하며 신뢰인은 원칙적으로 중대한 사유가 있는 경우에만 종업원평의회의 동의를 얻어 해고할 수 있다. 사업장공동결정법(BetrVG) 제37조 제2항의 전임조항과 제37조 제6항의 훈련 및 향상교육 참가권도 이어 받았다. 이로써 확보된 독립성은 종업원평의회 활동에서 중증장애인의 이익에 중요성을 부여하는데 활용되어야 함은 물론이다.

---

55) Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Rn 106a, 150a, 159.

## V. 학벌

우리 사회에 깊이 뿌리 내린 갖가지 차별 가운데 가장 광범위하고 강력한 영향을 미치고 있는 것은 학벌에 의한 차별이다. 다른 차별과 달리 이것은 합법적이며, 또 능력주의라는 근대적 원리에 부합하는 것으로 인식되고 있다. 즉, 차별을 받는 당사자 외에는 대체로 학력에 따른 차별을 당연하게 받아들인다는 것이다.

가장 일반적인 방식은 학력에 따라 직업 세계의 진입 장벽을 두는 것이다. 대부분의 대기업에서 신입사원을 뽑을 때 자격의 첫째 조건은 ‘4년제 대학의 졸업자’이다. 이 경우 고졸자나 전문대 졸업자는 아무리 능력이 출중해도 응시조차 할 수 없다. 이런 진입 장벽은 다소 높낮이가 있을 뿐 거의 모든 분야와 직종에서 볼 수 있다.

학력 차별은 승진이나 임금에서도 뚜렷하게 나타난다. 많은 직장에서 고졸자들은 자기보다 나중에 입사한 대졸 사원이 먼저 상급자로 진급하는 것을 보면서 쓰린 속을 달래며, 같은 일을 하면서도 대졸자에 비해 훨씬 낮은 월급을 받고 있음에 분개하고 있다. 고졸 임금을 100으로 할 때 대졸자가 받는 임금 수준은 80년대에 비해 다소 낮아지고는 있으나, 최근에도 여전히 1.5배 이상의 수준을 유지하고 있다.

이러한 학력 차별은 우리 사회에 고비용 저효율을 비롯한 많은 부작용을 낳고 있다. 그 가운데 가장 두드러진 것이 입시 과열 경쟁과 그에 따른 막대한 사교육비 지출이다. 사람의 능력보다는 간판(졸업장)에 따라 값어치가 결정되는 풍토에서 부모들은 어떻게 해서라도 자녀를 더 높은 상급학교, 그리고 더 ‘좋은’ 학교에 입학시키려고 한다.

이러한 경쟁은 무조건 “남보다 더 잘해야 한다”는 강박 관념을 낳고 결국 끝없는 과외비의 증가로 이어진다. 한 연구소의 추정에 따르면, 2001년도 사교육비 총액은 교육재정 총액보다도 훨씬 많은 26조원에 이른다. 급기야 좋은 졸업장을 따기 위한 노력이 ‘학교 붕괴’ 라는 말에서 보듯이 실제로는 학교 교육 자체를 소홀히 하게 만드는 역설적인 상황이 전개되고 있다.

보기에 따라서 이러한 현상은 근대사회의 자연스러운 귀결이기도 하다. 신분제도가 사라지고 능력에 따라 사람을 선발해야 하는 근대사회에서 얼마나 교육을 많이 받았는지는 가장 합리적인 선발 기준으로 생각되었다. 그러나 얼마 가지 않아 본말 전도의 상황이 벌어지고 말았다. 즉, 약은 사람들은 착실하게 교육을 받고 그 결과에 따라 졸업장을 받기 보다는 온갖 수단과 방법을 강구하여 더 좋은 졸업장을 얻고자 했던 것이다. 이제 졸업장은 하나의 독립된 상표가 되어 그것을 소지한 사람의 값어치를 결정하고 있다. 학력은 근대사회의 새로운 신분제도가 되었던 것이다.

우리 사회의 학력 차별은 유난히 심한 형편이기 때문에 그것을 완화할 방법을 적극적으로 모색할 필요가 있다. 다음은 이를 위해 함께 생각해 볼 수 있는 것들이다.

첫째, 우리 사회의 구성원 모두가 학력의 신화에서 벗어나려는 노력이 필요하다. 졸업장은 그 사람의 능력에 대한 보증이 아니며 단순한 학교 출석에 관한 증명서일 뿐이라는 점을 분명하게 인식할 필요가 있다. 따라서 누구든지 졸업장의 소지 여부에 따른 자격지심이나 우월감에서 벗어날 수 있어야 한다.

둘째, 졸업장 대신에 사람의 능력을 있는 그대로 평가하여 선발할 수

있는 새로운 선발 체제를 개발할 필요가 있다. 최근 일부 기업에서 이러한 노력을 선구적으로 시도하고 있다. 이와 관련, 영국 등 일부 국가에서 실시하고 있는 새로운 자격제도를 깊이 검토할 필요가 있다.

셋째, 학력이든 자격이든 원천적으로 차별의 정도를 줄이려는 노력이 필요하다. 설사 새로운 자격제도를 도입한다고 하더라도 자격 유무간 격차가 심하면 국민의 삶의 질이 낮아질 수 있다. 따라서 학력간 임금 격차를 지속적으로 줄여나가려는 정부와 기업의 노력이 중요하다.

마지막으로, 우리 사회 구석구석에 깊이 뿌리박힌 학력 차별을 가시적으로 해소하기 위한 조치로서 일부 시민단체에서 제안하고 있는 ‘학력차별금지법’의 제정을 적극 검토할 필요가 있다. 그것은 이미 관행으로 굳어진 학력 차별 제도들의 부당성을 일깨우는 데 긴요한 역할을 할 것으로 기대된다.

## VI. 연령차별

### 1. 문제점

2002년 경제정의실천시민연합(경실련)에 제보된 연령차별 관련 사례 중 대표적인 것은 아래와 같다.

#### (1) 공무원 채용과정에서의 연령차별

제보자: 남성, 35세, 경남 김해

내용: 2년 전 장애인 지정 후 취업이 어려워서 공무원 채용시험을 준비했으나 현재 만35세로 연령제한에 걸려 있음. 장애인의 경우 고용 촉진법이 유명무실하여 취업이 극히 어려우며 상대적으로 차별이 적은 공무원 시험을 준비하였던 것임. 2001년 9월 연령제한이 완화될 것이라는 보도를 보고 희망을 가졌으나 아무 변화가 없는 상황.

#### (2) 서울여성발전센터

제보자: 여성, 30대 후반, 서울

내용: 서울동부여성발전센터에서 직원을 채용하면서 복지사업 상담 직의 경우 35세 미만의 연령제한을 두고 있음. 이 같은 채용공고에서의 연령제한으로 재취업에 어려움을 겪고 있음. 주로 주부이용자들을 대상으로 상담을 수행하는데 35세 미만의 규정이 왜 필요한 것인지 납득하기 어려움.



(3) 취업준비생의 제보

제보자: 남성, 만30세

내용: 선교목적으로 약 3년간 해외에서 생활하고 돌아와 취업을 준비 하였으나 연령차별로 인해 갈 곳이 없음. 취업연령제한의 장벽으로 인하여 20대에 자유롭게 하고 싶은 일에 종사하는 것이 불가능함을 뼈저리게 느낌.

(4) 건강보험심사평가원의 정규직 전환 누락

출처: [청년의사]<sup>56)</sup>

내용: 건강보험심사평가원이 계약직 302명을 단계적으로 정규직화 하는 과정에서 연령초과를 이유로 11명의 근로자가 심사대상에서 제외 됨. 심평원 인사규정은 “5급이하 직원은 30세 이하인 자로 한다”고 규정되어 있음. 노조는 “계약직 사원을 채용하면서 정규직으로 전환하겠다고 약속한 것을 지키라”며 반발하고 있음.

(5) 원주기독병원의 25세 정년 규정

출처: [진보정치] 80호<sup>57)</sup>

내용: 원주기독병원은 ‘사환’이라는 직책으로 노동자들을 고용, 정규 직보다 임금이 40만원정도 낮고 정년이 25세, 3년까지 연장이 가능하나 28세가 되면 무조건 회사를 떠나야 함. 현재 3명의 해고노동자들과 비정규직 노동자들이 ‘부당해고 철회와 사환 정년 폐지를 위한 비상대책위원회’를 구성하고 노동사무소에 ‘부당해고 구제신청’을 한 상황.

56) [http://www.fromdoctor.com/newscenter/news\\_body.asp?num=4009&part=1](http://www.fromdoctor.com/newscenter/news_body.asp?num=4009&part=1)

57) <http://www.kdlnews.org/>

## 2. 미국의 고용상의 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act(29 U.S.C.§§621-633a))

### (1) §621(§2) 사실의 제시 및 목적

#### (a) 의회가 발견하여 확정한 사항:

1) 생산성과 부가 증대하고 있는 가운데 고령자는 일자리를 유지하고, 특히 실직 후 일자리를 재취득하려는 과정에서 불이익을 입을 경우를 겪게 된다.

2) 직무수행능력과 무관한 자의적인 연령제한의 설정은 일반적인 관행이 되었고, 일정한 다른 바람직한 관행은 고령자에게는 불이익하게 작용할 수 있다.

3) 실업사태, 특히 기술, 사기, 사용자의 수용력의 감퇴를 초래하는 장기실업은 젊은 층에서는 상대적이지만, 고령자에게는 높다. 그 숫자는 이미 크고 증가하고 있다. 이들의 고용문제는 심각하다.

4) 연령을 이유로 한 고용상의 자의적 차별이 거래에 영향을 주는 산업에 존재함으로써 거래 및 거래에서의 재화의 자유로운 흐름에 부담을 주고 있다.

(b) 그러므로 연령이 아닌 능력에 기초하여 고령자의 고용을 촉진하고, 고용에서의 자의적 연령차별을 금지하고, 사용자와 근로자에게 고용에 있어서의 연령의 영향으로 인한 문제 해결의 방법을 찾도록 조력하는 것이 이 장의 목적이다.

### (2) §622(§3) 교육 및 연구 프로그램

(a) 노동부장관은 고령근로자의 요구와 능력 및 고용지속과 경제에 대한 기여 능력에 관하여 연구를 수행하고 그 정보를 노동조합, 사용자 및 일반에 제공하여야 한다. 이 장의 목적을 달성하기 위해 노동부장관은 지속적인 교육 및 홍보 프로그램을 수행하여야 하며, 이와 관련하여 다음 사항을 수행할 수 있다.

1) 고령자고용 저해요인을 감소하고, 이들의 기술 활용 조치를 촉진하는 관점의 연구 수행 및 연구 증진

2) 고용촉진을 위한 연구결과 기타 자료의 간행 및 이들의 사용자, 직업단체 및 각종 언론기관에의 제공

3) 공적 고용서비스제도 및 협동적 노력을 통한 고령자의 기회 및 능력 향상을 위한 공적·사적 기관의 시설 개발 노력의 증진

4) 주 및 지자체의 홍보·교육 프로그램의 관장 및 지원

(b) 이 장의 발효일로부터 6월 이내에 노동부장관은 이 편 재 631조에 규정된 하한 내지 상한 연령의 변경에 대하여 바람직한 조치를 의회에 건의하여야 한다.

### (3) §631(§12) 연령제한

(a) 이 법에서 금지는 적어도 40세에 달하는 자에 한정된다.

(b) 이 편 제633조a의 규정에 해당하는 근로자 또는 취업지원자에 영향을 주는 인사행위(personnel action)의 경우 이 편 제633조a가 정한 금지는 최소한 40세에 달한 자에게로 제한된다.

### 3. 취업연령제한의 법적 해결방안

헌법 전문은 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고...”라고 하여 평등의 원칙을 천명하고 있고 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”고 하여 평등권을 규정하고 있다. 물론 이 평등은 절대적·산술적·기계적 평등이 아니라 합리적 차별을 인정하는 상대적·비례적 평등이다.

취업연령의 단순하고 획일적인 제한은 이러한 평등의 원칙과 평등권에 비추어 볼 때 과연 합리적 차별이라고 할 수 있겠는가? 남성의 경우 정상 교육과정과 군복무 등을 마치고 취업문을 두드리는 연령이 20대 후반에 이르게 되는 데 상당수의 기업이 지나치게 획일적인 기준을 제시함으로써 사회초년생들에게 실망과 좌절을 안겨주고 있다. 다른 한편으로는 IMF 경제위기 이래 몰아친 기업구조조정에 따라 40대 후반만 되어도 “명예퇴직”이란 미명하에 퇴출되는 사례가 엄청나게 많아 중년실업자가 양산되고 있다.

헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유에 비추어 볼 때 단순한 연령제한은 직업의 자유를 제한하는 것이 아닐 수 없다.

2001년 시행된 국가인권위원회법이 평등권침해의 차별행위로 합리적 이유없이 “나이”를 이유로 한 차별을 처음으로 규정하고 인권침해 조사대상으로 하였다(국가인권위원회법 제30조 제2항). 국가인권위원회의 기능은 진정에 관하여 조사하여 합의권고, 조정을 거쳐 구제조치 등의 권고에 이르게 된다. 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 하지만(같은법 제25조 제2항) 권고 내용의 불이행에 대한 별다른 제재수단을 갖고 있지 않다.

따라서 이미 우리 법제에서도 나이를 이유로 한 차별을 평등권침해로 보고 있는 만큼 이러한 종류의 차별이 일어나지 않도록 효과적인 수단이 강구되어야 할 것이다. 미국의 예에 비추어 보다 적극적으로 연령차별금지법 제정이 필요하다 할 것이다. 다만 미국의 경우에는 연령차별금지와 함께 정년제를 두지 않는데 유의해야 하며 우리의 경우 정년제와 연령차별금지를 어떻게 조화시킬 수 있을 것인가 하는 것이 과제이다.

## VII. 외국인

### 1. 개요

단순기능 외국인력에 대한 국내 취업을 금지하고, 1993년부터 산업 연수생제도만을 운영함에 따라 1994년 이후 불법체류자가 급증하여 2003년 2월 까지 국내 외국인력 367천명 중 288천명(78.4%)에 이르렀다.

외국인력 현황(2003년 2월)<sup>58)</sup>

전 체	합법체류자					불 법 체류자
	소 계	합법근로자		산 업 연수생	해투기업 연수생	
		전문기술인력	연수취업자			
367,158 (100.0)	79,350 (21.6)	21,229 (5.8)	11,801 (3.2)	32,576 (8.9)	13,744 (3.7)	287,808 (78.4)

불법체류자 연도별 현황<sup>59)</sup>

'94	'95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03
48	82	129	148	100	135	189	255	289	288

불법체류자의 증가에 따라 사업주의 신분상 약점을 이용한 임금체불 등의 인권침해가 지속적으로 발생하여 체불임금은 12억원('00) → 27

58) 노동부.

59) 노동부.

억원('01) → 58억원('02)으로 증가하였고, 산재보험수급자 수는 1,489명('00) → 2,074명('01) → 2,760명('02)으로 증가하였다. 이러한 가운데 기존 산업연수생제도는 외국인력의 편법활용, 송출비리, 사업장 이탈 등 많은 문제점을 노정하였다.

2004년 3월 들어 노동부는 8월에 시행될 외국인 고용허가제의 성공적인 정착을 위해서는 합법화된 외국인 근로자 고용사업장에 대한 철저한 고용관리 및 근로감독을 실시한다는 방침을 밝혔다. 신고 사업장에서의 실제 근무여부, 근로조건 및 산업안전보건 등의 이행실태, 기타 노동관계법령 준수 등을 확인하기 위해 제도시행 전까지 10인이상 고용사업장 2,400개를 점검한다고 하였다. 임금체불, 산재보상 등 민원에 대한 신속한 처리를 도모하고 불법체류자 고용사업장에 대한 지속적인 계도도 실시한다고 하였다.

이와 함께 외국인력 도입규모·업종 및 송출국가 확정, 양해각서 체결 등 외국인 고용허가제의 차질 없는 시행을 위한 준비로 도입규모, 업종, 송출국가는 외국인력정책위원회 및 외국인력고용위원회에서 심의·의결하고(법 제4조), 내국인 고용기회 침해방지와 중소기업 인력난 해소를 동시에 고려하는 외국인력 도입 규모·업종을 결정한다는 방침이다. 산업별 부족인력, 내국인대체가능 규모, 불법체류자 규모 등을 고려하여 업종별 정원 및 신규도입규모를 산정하고, 송출비리 방지, 편의제공(언어, 교육지원 등), 인력관리 비용 등을 감안하여 5~8개의 송출국가 결정하되, 선정기준은 사업주 선호도, 사업장 이탈률, 송출과정의 투명성 등으로 하고, 평가 대상은 현행 산업연수생 송출국가 17개국으로 하였다.

외국인고용관리 전산시스템 등 인프라 구축을 위해 2004년 2월 전산

시스템 개발을 개시하였고, 외국인 근로자 인권침해 방지 등을 위한 고충상담 체계를 마련하기로 하였다. 이를 위해 기존 외국인 근로자 Call-Center를 확충하고 통역언어 확대(2 → 5개국어) 및 상담시간 연장을 추진하고 ‘노동부종합상담센터’와 통합운동을 추진한다고 하였다. 또 외국인근로자에 대한 고충상담, 소양교육, 의료지원, 장제지원 등을 지원하기 위한 외국인근로자 종합지원센터 설립을 추진하기로 하였다.

그러나 정부는 미등록 이주노동자 출국과 관련하여 네 차례의 수정을 거치고서도 여전히 현실에 대해 안이한 인식을 하고 있다는 비판을 받고 있다. 미등록이주노동자 문제를 해결하지 않고서는 어렵사리 마련된 고용허가제의 안착도 실은 기대하기가 어렵다. 이는 곧 또 다른 외국인력정책의 왜곡으로 연결될 것이 우려된다. 이주노동자문제는 일부 정부 부처만의 문제가 아니다. 한국사회의 현재와 미래와 연결되는 중차대한 문제이다.

사회적 관계의 총체인 인간은 노동을 통하여 자신의 존재를 실현하며, 사회적 관계망 속에 자신을 위치시키게 된다. 따라서 노동은 인간이 자신의 삶을 “인간답게” 실현해 나가기 위한 필요조건이자 충분조건이며, 동시에 권리로 규정될 수 있다. 이와 같이 노동이 인간의 삶을 실현하는 데 본질적인 조건이기 때문에 노동에 대한 권리, 즉 노동권은 인간의 경제적, 사회적 권리의 중요한 요소로서 간주되고 있다.

이러한 노동권이 한국적 현실에서 어떻게 실현되고 있는지, 무엇이 문제인지와 더불어 그러한 문제점들을 타개해 나가기 위한 대안을 모색하기 위해서는 어떠한 실천들이 이루어져야 하는지를 심각하게 생각해야 할 것이다.



## 2. 문제점

우리나라에서 외국인 노동자 문제가 최초로 본격적으로 다루어진 것은 시민단체에 의해서이다. 서울여성노동자회·서울노동운동연구소·한겨레민주노동자회준비위·한국여성연구회 주최 「외국인 불법고용, 어떻게 볼 것인가?」 토론회가 1992. 9. 19. 에 개최된 것을 필두로 언론의 집중적인 관심의 표적이 되기 시작하였다<sup>60)</sup>.

외국인 노동자의 수가 10만 명에 육박해 가던 당시의 관심은 이른바 사양산업 내지 '3D 업종'에 값싼 외국인력을 집중적으로 투입함으로써 우리나라 고용시장이 왜곡되어 간다는 것과 기업구조개혁이 저해된다는 것에 깊은 우려를 나타내는 것들이었다. 그 대책으로 “외국인력 수입을 금지하자”거나 “동일노동 동일임금 원칙을 관철하여 외국인력 수입의 유인을 차단하자”는 등의 소극적인 방안이 제시되었다.

이주노동자의 문제는 1994년 서울에서 개최된 제14차 세계 노동법 및 사회보장 학술대회에서도 주제<sup>61)</sup>로 채택될 정도로 국제적 관심이 집중되었고, 1995년에는 노동정책연구소가 독일 Friedrich-Ebert-Stiftung과 공동으로 ‘외국인 노동자 정책과 보호대책’을 주제로 국제 세미나<sup>62)</sup>를 개최한 바도 있다.

---

60) 東亞日報」 1992. 9. 18. 22면 <金正勳 記>; 「朝鮮日報」 1992. 9. 20. 18면; 「東亞日報」 1992. 9. 21. <金正勳 記>; 「한겨레신문」 1992. 9. 23. <정재권 記>; 「여성신문」 1992. 11. 6. 5면, 「문화일보」 1992. 12. 9. <鄭忠信 記>, MBC-TV 1992. 12. 30. 22:50 “불법체류자” <高長錫 PD>

61) Lee Kwang-Taek, “The Problems and Perspectives of Immigrant Workers in Korea”, presented at The XIV World Congress of Labour Law and Social Security, Seoul, September 26~30, 1994, organized by the International Society of Labour Law and Social Security, suppl. pp. 49~66.

2000년대에 이르러 외국인 노동자의 수가 30만 명에 육박하자 일정 비율의 외국인력이 체류하는 것은 기정사실로 받아들이며 이들에 대한 인권침해가 우려할 수준이라는 것과 그 효율적인 관리를 위한 제도 개선이 요구되고 있다는 방향으로 논의가 발전되고 있다<sup>63)</sup>.

2002년 현재 33만 명 이상의 이주노동자들이 이 나라에 취업하고 있지만 이들이 산업재해로부터 전면적인 보호를 받지 못하고 있는 현실이 주목을 받았다.

우리 근로자들은 60~70년대에 외국에 진출하여 외화획득에 큰 기여를 하였다. 그러나 그 시절에 받은 차별을 국내거주 외국인에게 전가하여서는 안 된다. “개구리 울챙이 시절을 모른다”고 변명할 일이 아니다.

재독한인광부들의 서명운동 끝에 독일 정부는 1980년 한인광부들에게 체류 및 노동허가를 무제한 연장해 주기로 결정하였다. 실로 파독 한인광부의 역사가 시작된 이래 18년만의 숙망이 이루어진 것이다. 이들의 소망이 이루어질 수 있었던 것은 독일시민단체들의 헌신적인 지원이 있었기 때문이다. 우리나라 노동자들이 해외에서 얻은 교훈은 이

---

62) Lee Kwang-Taek, “Protection of Migrant Workers in the Light of Globalization”, presented at The International Seminar on Policy and Protection for Migrant Workers in Asia and Europe, organized by Friedrich-Ebert-Stiftung/Korea Research Institute for Workers’ Human Rights and Justice, May 30~31, 1995, Seoul.

63) 그 후 김소영, 「외국인력 관련법제 및 정책의 국제비교」 1995, 강수돌, 「외국인노동자 고용 및 관리실태와 정책대안」 1996, 최홍엽, 「외국인 근로자의 노동법상의 지위와 정책과제」 1997 등 한국노동연구원에 의한 집중적인 연구가 이어졌다. 외국인 노동자의 고용관리실태 및 정책과제를 도출하기 위한 최근의 집중적인 연구는 한국노동연구원에 의해 실시되었다. 「외국인 근로자의 고용실태와 정책과제」 2002는 외국인 노동자의 고용관리실태를 비교적 상세하게 보여주고 있으며, 이러한 실태에 근거하여 고용허가제도의 도입을 중심으로 하는 제도개선방안이 제시되었다.

땅에 온 이주노동자들의 어려움을 해결하는데 소중하게 사용되어야 할 것이다.

이주노동자들에게 근로조건은 물론 조합원자격 및 단체교섭의 이익의 향유, 주거시설에 있어서의 차별과 업무상재해보상을 포함한 각종 사회보장에 있어서 차별을 금지하고 있는 ILO의 이주노동자협약(No. 97: Migration for Employment Convention (Revised) 1949, No. 143: Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention 1975)이 이행될 때까지 한결 같은 노력을 필요하다.

외국인 연수생들에 대해 한국인이 운영하는 연수관리업체에서 강제로 적금을 들게 하고 밀린 돈에 대하여 부당이득을 취하고 있다는 주장이 제기되기도 했다. 한국의 사후관리업체가 달러 당 환율을 조작하여 송금시 엄청난 불법차액을 챙기고 있음은 물론 강제로 적금에 가입하게 한 후 출국시 돌려주지 않고 임의로 거액을 공제하고 본국으로 송금한다는 불평도 있다.

외국인 노동자들은 월 24,000을 한국인 사후관리업체에 연수관리비 명목으로 지급하고 있다. 근무업체에서 이탈했던 연수생들에게도 귀국 시에는 미납했던 연수관리비를 소급하여 징수한다고 한다. 뿐만 아니라 사후관리업체는 여권갱신 수수료와 인지대를 과다하게 징수하여 부당이득을 취하고 있다.

외국인 노동자들이 무사히 연수를 마치면 귀국항공료를 회사 측에서 부담하지만 노동자의 귀책사유로 해고된 경우에는 노동자 스스로 항공료를 부담하여야 한다. 그런데 연수종료를 앞두고 연수생들이 근무태만, 상사명령불이행을 이유로 해고되어 자비로 귀국하는 사례가 늘고 있다. 1996년 이후 외국인 산업연수생 관련 비리에 연루되어 많은 공무

원, 중소기업협동조합중앙회(중기협) 임직원, 사후관리업체 종사자 등이 구속되었다.

불법체류 외국인 노동자들도 근로계약을 체결한 이상 근로기준법과 산재보험금의 적용을 받는다. 그러나 외국인 연수생들은 그 신분상 사실상 노동법상의 권리를 모두 보장받지 못한다. 불법체류자들은 건강보험과 의료서비스에서 제외되어 있다. 외국인 노동자의 80%에 달하는 불법체류자들과 33%에 달하는 연수생들이 사실상 노동법의 사각지대에서 생활하고 있다.

외국인근로자에 대한 차별은 국제법상·국내법상 금지되고 있다. 근로기준법 제5조는 균등처우의 원칙을 규정하여 “사용자는 근로자에 대하여… 국적, 신앙, 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못 한다”고 되어 있다. 외국인이라는 것을 이유로 차별대우를 하는 것은 이 규정에 의해서 명백히 위법이다.

이 규정은 ‘근로조건에 대한 차별대우’를 금지하는 일반원칙이다. 산재법, 국민연금법, 건강보험법 등의 규정에 따라 사용자가 부담하는 보험료 등도 근로조건에 포함된다. 따라서 이와 같은 근로관계에 기초한 사회보험제도에 있어서 사용자의 의무에 차등을 두는 것도 위법으로 보아야 한다.

참여정부는 역대 어떤 정부보다 국민통합과 양성 평등 구현의 의지를 표방하고 있고 특히 성, 장애, 학벌, 비정규직, 외국인 등 5대 차별 해소 문제를 주요 국정과제로 비중 있게 다루겠다고 했다.

불법체류가 80%에 가까운 현실은 이른바 ‘연수취업’ 이외의 어떠한 취업도 금지되어 있는 데 기인한다. 현행의 산업연수생 제도가 그 동안 많은 문제를 낳았기 때문에 고용허가제 또는 노동허가제의 도입 필요

성이 강력히 제기되자 산업연수생을 관리하고 있는 중기협은 이를 한 사코 저지하려 했다.

중기협에서 고용허가제 도입을 반대하는 가장 큰 이유는 외국인 근로자에게 내국인과 동등한 대우를 해주어야 하므로 중소기업의 부담이 그 만큼 커진다는 것인데 2001년의 한국노동연구원 조사에 의하면 조사대상 중소기업 중 연수생을 사용하고 있는 업체는 5.6%에 불과하고 나머지 94%의 중소기업주들은 고용허가제를 통해서라도 합법적·안정적으로 외국인을 고용하기를 원하고 있다.

외국인단순인력의 문제는 노동부뿐만 아니라 중기협을 감독하고 있는 중소기업청, 법무부, 외교통상부 등 다른 부처와도 협의를 해야 하는 사안이고, 국무조정실에서 조정하여 시행해 왔다. 국민의 정부 당시인 2002년에만 하더라도 노동부는 고용허가제 도입을 추진하였으나 다른 부처들의 반대에 부딪쳐 오히려 산업연수생제도를 확대하고 조선족 동포에 대한 취업관리제를 허용하였다.

그런데 고용허가제 도입과 함께 산업연수생제도는 완전히 폐지할 것인지 여부에 관하여 이견이 표출되었다. 연수생제도를 유지하는 경우에는 연수생 한 사람에 관련되는 기관이 중기협, 송출기관, 위탁관리회사 등 무려 11개에 이르고 그 기관들 사이에 수많은 계약과 계약이행보증금, 수당지불이행보증보험금, 연수관리비 등 온갖 명목의 돈들이 오가며, 그 과정에서 송출비리, 관리비리가 수없이 일어난다는데 이 문제의 본질이 있다.

## VIII. 유럽의 차별금지법

### 1. 차별금지지침

유럽 차원에서는 유럽공동체조약 제119조가 동일임금 원칙을 규정하고 있다. 이 조약을 기초로 노동생활에서의 남녀 평등에 관한 일련의 지침이 제정되었다. 부부 또는 이성 파트너에 비한 동성파트너에 대한 불평등은 성에 따른 차별로 보지 아니한다.<sup>64)</sup> “남녀동일임금원칙의 적용에 관한” 1975년 11월 10일의 EC지침, “입직, 직업훈련, 승진 및 근로조건에 관한 남녀평등의 원칙의 실현을 위한” 1976년 2월 9일의 EC지침, “사업, 사업장 및 사업장일부의 양도시 근로자청구권의 보장에 관한 가맹국 법규정의 통일을 위한” 1977년 2월 14일의 EC지침 등이 있다.

차별에 대한 입증을 용이하게 하기 위하여 EC집행부는 1996년말 성차별에 있어서의 입증책임에 관한 지침<sup>65)</sup>을 제안한 바 있다.

유럽법원은 여성이 소수인 분야에 신규채용을 함에 있어 동일한 자격을 가진 남성에 비해 여성을 자동적으로 우대하는 것은 EC의 균등처우지침에 부합하지 않는다<sup>66)</sup>고 하였으나, 개별적 사정을 고려하기 위한 유예조항은 무방하다<sup>67)</sup>고 하였다. 이에 따라 독일 헤센주의 평등법은 유럽법에 부합한다<sup>68)</sup>고 하였다.

---

64) EuGH, NZA 98, 301.

65) BR-Drucksache 767/96.

66) EuGH, EuZW 2000, 540.; NZA 95, 1095.

67) EuGH, DB 97, 2383.

68) EuGH, NZA 2000, 473.

유럽공동체조약 제119조와 이에 기초하여 제정된 지침에 입각하여 유럽법원은 노동생활에서의 성차별에 관한 수많은 결정을 하였다.

## 2. 유럽연합(EU)에 관한 마스트리히트 조약의 발효

오랫동안의 논란을 거쳐 1992년 2월 7일에 체결된 마스트리히트(Maastricht)조약이 1993년 11월 1일 발효되었다. 내용상으로 이 조약은 유럽경제공동체(이후 유럽공동체)조약에 대한 대폭적인 수정을 가져왔다.

특히 조약에 부속된 사회정책에 관한 협약은 이른바 ‘사회적 대화’로 평가되며, 유럽 11개국(영국 제외)이 전원일치 또는 과반수의 의결로 수많은 노동법분야에 있어서 지침을 발할 수 있는 길을 열어 놓았다.

예컨대 독일연방헌법재판소(BVerfG)가 이른 바 1993년 10월 12일의 마스트리히트 결정<sup>69)</sup>에서 유럽공동체 조약에서의 개별위임의 원칙을 강조함으로써 그 때까지 노동법에 있어 통상적으로 조약 제100조<sup>70)</sup> 및 제235조<sup>71)</sup>의 일반규정을 근거로 삼는 견해가 재고될 수 있게 됨으로써 이 협약체결의 의미는 더욱 높아졌다.<sup>72)</sup>

---

69) BVerfG, NJW 1993, 3047.

70) 유럽공동체조약 제100조(법규정의 평준화): “각료회의는 집행위원회의 건의를 받아 유럽의회 및 경제사회위원회의 의견을 들어 전원일치의 의결로 공동시장의 설치와 기능에 직접 영향을 미치는 가맹국의 법규정의 평준화를 위한 지침을 발할 수 있다.”

71) 유럽공동체조약 제235조(조약보충규정): “공동시장내에서 공동체 목적중 하나를 실현함에 있어서 공동체의 활동이 필요하다고 인정되고, 이 조약에는 이를 위하여 필요한 권한을 규정하고 있지 않은 때에는 각료회의는 집행위원회의 건의를 받아 유럽의회의 의견을 들어 전원일치의 의결로 적절한 규정을 발할 수 있다.”

72) W. Däubler, in: Michael Kittner (Hrsg.), Gewerkschaften Heute 1994, S. 405.

중요한 발전으로는 1994년 하반기에 유럽 11개국에 공통되는 이른바 유럽중업원평의회에 관한 지침의 제정이 시도되었다는 점이다.

### 3. 사회정책에 관한 마스트리히트 협약의 의의

사회정책의 기준을 확장하려는 어떠한 시도에도 반대해 온 영국의 입장에 비추어 마스트리히트 조약과 관련하여 묘한 방법이 채택되었다. 12개국이 서명한 의정서에 따라 영국을 제외한 11개국이 일정한 노동·사회법적 규정을 발하거나 그 밖의 조치를 취하기 위하여 공동체의 기관을 이용하도록 수입을 받은 것이다. 11개국은 바로 이 수입에 따라 “사회정책에 관한 협약”을 체결한 것이다. 이 협약은 1992년 2월 7일 체결되었고 1993년 11월 1일 발효되었다.

이 협약의 체결로 유럽은 사회정책분야에 있어서 “두 가지 속도”를 갖게 되었는데, 이 점은 설립조약상의 구조원칙에 반하는 것은 아니다.<sup>73)</sup> 다만 11개국이 수입사항을 어느 정도 활용할 것인가 또는 영국이 사회적 비용에 있어서 유리한 조건을 갖게 된 만큼 큰 변화를 초래하는 규정을 제정하지 않을지 하는 점은 아직 분명치 않다.

사회정책에 관한 협약의 내용은 크게 보아 두 가지로 나뉘어 진다:

1. 제2조에 따라 각료회의는 일정한 분야에 있어 지침을 발할 수 있는데, 이 경우 11개국의 과반수(제1항) 또는 만장일치(제3항)의 의결이 있어야 한다.
2. 공동체 수준에서 사회적 파트너간의 ‘사회적 대화’의 중요성이 강조되었다. 사용자와 노동조합은 제3조 제4항에 따라 집행위원회의

73) Schuster, EuZW 1992, 178.



계획을 스스로 수행할 수 있다. 그러나 이 경우 그 절차가 9개월을 초과하여 지체되어서는 안된다. 나아가 사용자와 노동조합은 전국 규모의 그 소속단체에 의하거나 각료회의가 상응하는 ‘결정’을 하는 방법에 의해 시행될 수 있는 합의를 도출할 수 있다. 이와 관련한 구체적인 사항에 있어서는 많은 문제를 안고 있다.

#### 4. 사회정책에 관한 협약의 내용

##### 가. 사회정책의 목적(제1조)

공동체 및 가맹국은 다음의 목적을 추구한다:

고용의 촉진, 생활조건 및 근로조건의 향상, 적절한 사회적 보호, 사회적 대화, 지속적으로 높은 고용수준 및 경제활동으로 부터의 배제에 대한 대책을 위한 노동능력개발. 이를 위하여 공동체 및 가맹국은 개별 국가의 상이한 관습, 특히 계약관계 및 공동체경제의 경쟁력 유지의 필요성 등을 고려한 시책을 수행한다.

##### 나. 지침의 제정 및 실행(제2조)

(1) 제1조의 목적을 달성하기 위하여 공동체는 아래 영역에서의 가맹국의 활동을 지원·보완한다.

- 보건 및 근로자의 안전을 보호하기 위하여 특히 노동환경을 개선하는 것
- 근로조건
- 근로자에 대한 보고 및 근로자의 의견청취

- 노동시장에서의 남녀기회균등 및 작업장에서의 동등대우
- 노동시장으로부터 배제된 자를 유럽공동체 창설조약(이하 “조약”이라 한다.) 제127조<sup>74)</sup>와 관계없이 직업생활로 편입하는 것

(2) 이를 위하여 각료회의는 개별 가맹국에서 현존하는 제 조건과 기술상의 규정을 고려하여 단계적으로 적용할 최저기준의 규정을 지침으로써 제정할 수 있다. 이 지침에는 중소기업의 설립·발전에 걸림돌이 되는 행정적·재정적·법적 조건을 규정하여서는 안 된다. 규정제정시에 각료회의는 조약 제189조 C<sup>75)</sup>에 정한 절차에 따라 경제사회위원회의 의견을 듣는다.

(3) 그러나 아래의 분야에서는 각료회의는 집행위원회의 제안을 받아 유럽의회와 경제사회위원회의 의견을 들은 다음 만장일치로 의결한다:

- 사회보장 및 근로자의 사회적 보호
- 근로계약 종료에 따른 근로자 보호
- 제6항의 경우가 아닌 공동결정을 포함한 근로자이익 및 사용자이익의 대표 및 그 집단적 도모
- 공동체 영역 내에 적법하게 거주하는 제3국적자의 고용조건
- 사회적 기준에 관한 규정과 관계없는 고용촉진 및 고용창출을 위한 재정적 기여

74) 조약 제127조는 직업훈련에 관한 가맹국의 시책에 대한 공동체의 지원을 규정하고 있다.

75) 조약 제189조 C는 유럽의회와의 관계를 규정하고 있다. 이에 따르면 각료회의는 집행위원회의 제안을 받아 유럽위원회의 입장표명이 있을 후 공동의 입장을 다수결로 결정하도록 되어 있다.

(4) 가맹국은 사회적 파트너의 공동신청이 있는 경우 제2항 및 제3항에 의해 채택된 지침의 시행을 그 사회적 파트너에게 위임할 수 있다.

이 경우 그 가맹국은 늦어도 지침이 제189조<sup>76)</sup>에 따라 시행되어야 할 시점까지는 합의의 형식으로 필요한 조치가 취해지도록 유의하여야 한다. 이 때에 가맹국은 그 지침에 의해 예정된 결과가 이루어지는 것이 언제나 보증되도록 모든 필요한 조치를 강구하여야 한다.

(5) 이 조문에 더 잡아 제정되는 규정은 가맹국이 이 협약에 부합되는 강력한 보호조치를 유지하거나 새로이 취하는 것을 방해하지 않는다.

(6) 이 조문은 임금, 단결권, 파업권 및 직장폐쇄권에 대하여는 적용되지 아니한다.

#### 바. 동일임금(제6조)

(1) 각 가맹국은 동일노동에 대하여 남녀동일임금원칙의 적용을 보증한다.

(2) 이 조에서 말하는 “임금”은 고용관계에 기하여 사용자가 근로자에 대하여 직접적 또는 간접적으로 현금 또는 현물로 지급하는 통상적인 기본임금·보수 또는 최저임금·보수 그 밖의 모든 급여를 말한다. 성에 의한 차별 없는 동일한 임금이란 아래의 것을 의미한다.

(a) 개수에 따라 동일하게 지급되는 노동에 대한 임금은 동일한 계산 단위에 기하여 정할 것

---

76) 조약 제189조는 유럽공동체의 법적 행위의 종류로 政令, 지침, 결정, 권고, 의견 등을 열거하고 각각의 법적 성질을 규정하고 있다. 그 중 지침은 해당국가에 있어서 목적달성에 관한 한 기속력을 가지나, 그 형식과 수단은 국내기관에 위임하는 것이다.

(b) 시간에 따라 지급되는 노동에 대하여 동일사업장의 임금이 동일할 것.

(3) 이 조는 가맹국이 여성의 직업활동을 용이하게 하기 위하여 또는 여성의 직업생활에서의 차별을 축소 또는 철폐하기 위하여 특별한 우대조치를 유보 또는 결정하는 것을 방해하지 아니한다.

## IX. 미국의 차별금지법

### 1. 개요

미국의 평등고용기회위원회(EEOC)는 사기업, 주 및 지방정부기관에 의한 고용상 차별을 금지하는 4개의 법을 집행하고 있다. 즉 1964년의 민권법 제7편(Title VII), 1967년의 고용상의 연령차별금지법(ADEA), 1990년의 장애미국인법(ADA) 그리고 1963년의 동일임금법(EPA)이 그것이다.<sup>77)</sup> EEOC는 또한 민권법 제7편, ADEA 및 ADA를 개정한 1991년의 민권법(CRA) 조항도 집행하고 있다. 이들 법의 주요 내용을 소개하면 다음과 같다.

Title VII은 인종, 피부색, 성, 종교 또는 출신민족에 따른 차별을 금지한다. ADA는 장애에 따른 차별을 금지하고, ADEA는 40세 이상인 자에 대한 연령에 따른 차별을 금지한다.

- 사용자는 채용, 승진, 해고, 보상 기타 고용상의 조건 및 특권에 있어서 차별을 하지 못한다. 이 법들은 또한 금지된 이유에 따라 근로자 또는 지원자를 분류, 제한 또는 격리하는 것을 금지한다.
- 노동단체는 조합원 또는 가입신청자를 제한, 격리 또는 분류하지 못한다. 채용응모자에 대한 언급에 있어서도 마찬가지이다. 노동단체는 이들 법의 적용을 받는 자를 배제, 축출 기타 차별을 하지 못하며, 사용자로 하여금 차별을 유발하도록 해서는 안 된다. 이 경우

---

77) EEOC는 Title VII 및 ADEA와 함께 연방정부기관의 장애인차별에 대한 재활법(Rehabilitation Act)상의 금지규정도 집행하고 있다. 그러나 연방정부기관에 대한 집행절차는 달리 하고 있다.

노동단체도 사용자의 범위에 속한다.

- 직업안정기관은 지원자를 분류하거나 언급해서는 안 된다. 이 때 직업안정기관도 사용자의 범위에 속한다.
- 위의 당사자들(사용자, 노동단체 및 직업안정기관)은 차별적 광고를 인쇄 또는 발행하지 못하며, 차별행위에 대한 항의, EEOC에의 구제신청 또는 그 조사에 참가한 자에 대한 보복을 하지 못한다. 뿐만 아니라 Title VII과 ADA는 양성훈련 기타 훈련을 위해 마련된 프로그램에 참가함에 있어 노사공동훈련위원회에 의한 차별도 금지하고 있다.

Title VII과 ADA는 근로자 15인 이상의 민간 사업장에 적용된다. ADEA는 근로자 20인 이상의 민간사업장에 적용된다. Title VII, ADA, ADEA는 또한 주, 지방정부기관, 직업안정기관 및 이 법의 적용을 받는 하나 이상의 사업장과 관계를 갖고 있는 노동단체에 적용된다. EPA는 최저임금법의 적용을 받는 모든 근로자에게 적용된다.

1997년의 판결에서 대법원은 모든 근로자는 특정 작업 일정과 관계 없이 고용관계 개시 일부터 종료일까지 보호된다고 하였다.

ADA는 자격을 갖춘 장애인을 보호한다. 자격을 갖춘 장애인이라 함은 적절한 설비를 갖추거나 갖추지 않고 직무의 필수기능을 수행할 수 있는 자를 말한다. ADA는 위에서 언급한 금지 외에도 다음 사항을 금지한다.

- 이 법의 적용을 받는 사업장의 사용자가 금지된 차별을 하게 되는 효과를 갖는 계약 기타 조치 또는 관계(근로자에게 이익을 제공하는 행위 등)에 참가하는 것
- 자격을 갖춘 장애인에 대해 그가 다른 장애인과의 관계 또는 연관을

가진 것을 이유로 차별하는 행위

- 지원자 또는 근로자의 장애의 존재, 성질 또는 정도에 대한 조사
- 고용조건에 관한 제안에 앞서 지원자의 건강검진을 요구하는 행위  
EPA는 동일한 사업장에서 유사한 작업조건하에서 본질적으로 동일한 일(substantially equal work)을 수행하는 남녀에 대하여 임금(부가급여 포함) 지급에 있어서 성차별을 금지한다. EPA에 의한 보호는 다음과 같은 경우에 작동한다:
  - 사용자가 동일한 사업장에서 유사한 작업조건하에서 본질적으로 동일한 일(substantially equal work)을 수행하는 남녀에 대하여 서로 다른 임금을 지급하는 이유로 성을 이용할 때. 사용자는 어느 근로자의 임금을 삭감함으로써 조정을 하여서는 안 된다.
  - 노동단체가 사용자로 하여금 EPA를 위반하도록 유도할 때.
  - 사용자, 노동단체가 구제신청 또는 EPA 조사에 참가한데 대하여 보복한 때.

임금에 상응하는 부가급여에는 휴가비, 휴일수당, 정액수당, 퇴직금, 생명·건강보험, 연금기여금 등이다.

## 2. 구제신청 절차 및 시효

### 가. Title VII 및 ADA

구제신청은 단수 또는 복수의 피해자 또는 피해자를 대리한 제3자가 제기할 수 있다. 구제신청은 직접 또는 우편으로 어느 EEOC 지역사무소에든지 제기할 수 있다. 구제신청은 차별행위가 있는 날로부터 180일

이내 또는 주장된 유형의 차별을 취급하는 주·지방공정고용행위사무소가 있는 지역에서는 300일 이내에 제기할 수 있다. 주 및 지방정부의 대부분이 이러한 사무소를 갖고 있기 때문에 300일의 시효가 대부분 적용된다.

#### 나. ADEA

구제신청은 피해자 또는 피해자를 대리한 누구에 의해서든 제기할 수 있다. 구제신청은 직접 또는 우편·전화로 어느 EEOC 지역사무소에든지 제기할 수 있다. 구제신청은 차별행위가 있는 날로부터 180일 이내에 제기할 수 있다. 별도의 연령차별금지법을 갖고 있는 주에서는 300일 이내에 제기할 수 있다. 피해자 등이 구제신청을 제기하기에는 적시가 아닌 차별적 정책 또는 행위를 알았을 때에는 EEOC에 대하여 직권조사를 요청할 수 있다.

#### 다. EPA

피해자 또는 EPA 위반 사항을 인지한 누구든지 비공개 구제신청을 할 수 있다. 구제신청은 직접 또는 우편·전화로 어느 EEOC 지역사무소에든지 제기할 수 있다. Title VII이 동시에 적용되는 때에는 그에 따르는 구제신청을 동시에 할 수 있다.

### 3. 직권조사

#### 가. Title VII 및 ADA



위원의 고발 -- EEOC 위원은 누구나 피해자를 대신하여 Title VII 또는 ADA 위반 사항을 고발할 수 있다. 이는 제한된 수의 이슈에 관해서이든, 제기중인 개별 사안에 대한 조사를 보완하기 위해서든, 제기중인 사안에서는 부각되지 않은 이슈에 관해서든, 광범위한 형태의 고용상의 차별에 관해서이든 무방하다.

#### 나. ADEA 및 EPA

직권조사 -- EEOC 지방소장은 언제든지 어떠한 피신청인에 대하여도 직권조사를 할 수 있다.

### 4. 행정적 구제

#### 가. Title VII, ADA, ADEA

조사를 완료하기 전에 EEOC는 양당사자로 하여금 상호 수용할 수 있고 법규정에도 부합하는 적절한 구제를 위한 화해에 이르도록 노력한다. 기록상의 증거가 법률위반의 개연성을 말해주는 경우에는 EEOC는 위반상태를 제거하고 법원에서 취할 수 있는 구제에 근거하여 모든 피해자가 실질적 구제를 받도록 강구한다.

#### 나. EPA

EPA의 행정적 구제는 모든 피해자의 임금을 높이 지급한 임금 수준으로 받게 하고, 최근 2년간(고의적 위반의 경우에는 3년간)의 임금차

액을 지급받게 하는 외에도 초래된 손해와 변호사 비용까지 받도록 하는 것이다.

## 5. 법적 구제

### 가. Title VII, ADA, ADEA

EEOC(Title VII 및 ADA의 주 및 지방정부 사건의 경우는 법무부장관)와 신청인은 EEOC가 수용될 수 있는 화해를 이끌어내지 못하였을 때에는 연방지방법원 기타 관할법원에 제소할 수 있다. 피해자는 EEOC 또는 법무부로부터 제소권통지(Notice of Right to Sue)를 받은 날로부터 90일 이내에 소송을 제기할 수 있다.

연방법원은 구제의 형태와 범위를 결정할 의무를 진다. 피신청인에게 위법한 고용관행의 금지를 명하고, 원직복귀, back pay와 함께 채용 또는 승진을 명하고, 변호사비용과 소송비용 지급명령을 할 수 있다. Title VII과 ADA에서는 법원이 감정인비용과 보전 및 벌과배상(compensatory and punitive damages)(정부가 피신청인일 때에는 벌과배상은 제외)도 명할 수 있다. 손해배상이 청구되면 배심재판을 요구할 수 있다. 보전배상(과거의 금전상의 손실)과 벌과배상이 병과될 때에는 상한선이 있다. 상한선은 피신청인의 근로자수에 따라 \$50,000 ~ \$300,000이다. ADEA의 경우에는 모든 사건에서 배심재판을 요구할 수 있고, 법원은 일실손해에 대해 back pay를 명할 수 있다.

### 나. EPA

피해자 또는 EEOC가 제소에 앞서 충족하여야 할 절차적 요건을 두고 있지 않다. 피해자 또는 EEOC는 관할법원에 제소하여 EPA상의 임금차액과 일실손해에 대한 back pay 명령을 구할 수 있다. 피해자는 또한 적절한 변호사비용과 소송비용을 청구할 수 있다. 배심재판도 받을 수 있다. 피해자 또는 EEOC는 연방지방법원에 대하여 가해자로 하여금 EPA 규정 위반행위를 중지할 것을 명하도록 요구할 수 있다. 소송은 위반행위가 있는 때로부터 2년(고의적 위반의 경우에는 3년) 이내에 제기해야 한다. 피신청인은 EPA 규정을 지키기 위하여 높은 임금을 지급한 성의 임금을 저하시켜서는 안 된다.

## 6. 고용차별금지 기본법으로서의 Title VII

### 가. 서론

이 장은 1964년의 민권법 제7편의 인종, 피부색, 종교, 성 및 출신민족에 따른 고용상의 차별을 인지하고 이를 예방하는데 도움을 주기 위한 것이다. 우선 고용상의 차별 중 두 가지 전형, 즉 ① 다른 또는 “동일하지 않은”(disparate) 취급과 ② 중립적 행위로서 법이 보호하는 그룹에 역효과, 즉 “동일하지 않은 효과”(disparate impact)를 초래하는 행위의 사례를 제공한다. 다음으로는 제7편상의 3가지 유형, 즉 희롱의 금지, 고용차별 항의자에 대한 보복 금지, 종교시설의 의무에 관한 지침을 제공한다.

제7편 및 동일임금법(Equal Pay Act) 상의 성차별(성희롱, 임신차별 포함) 및 임금차별에 관한 지침과 출신민족, 연령 및 장애 차별에 관한

지침은 다른 장에서 언급한다.

차별금지법리는 법원이 제7편 위반에 대한 사용자 책임을 인정하는 실제적 관점에서 제시한다. 차별금지법리를 이해함으로써 작업장에서 취한 어떠한 조치가 제7편을 위반하는 것인지에 대해 이해를 높일 수 있을 것이다. 또한 장래 위법한 차별의 발생을 보다 잘 예방할 수 있을 것이다.

이 글은 제7편상의 차별금지법리에 초점을 두고 있지만 동일한 이론이 장애미국인법(ADA) 및 고용상의 연령차별금지법(ADEA)에도 적용된다.

#### 나. 제7편의 개요

1964년의 민권법 제7편은 인종, 피부색, 종교, 성 및 출신민족에 따른 차별을 금지하고 있다. 백인인가 흑인인가 하는 것이 인종차별의 희생이 될 수 있고, 남녀의 성이 성차별의 희생이 될 수 있다. 제7편의 차별 금지는 채용, 해고, 승진, 임금, 배치, 부가급여 기타 고용상의 조건에 있어서의 차별을 포함한다.

제7편은 종업원 15인 이상을 둔 민간 사용자 그리고 연방, 주 및 지방 정부에 적용된다. 제7편은 또한 직업소개사업의 구직과정에서의 차별 및 노동조합의 조합가입에서의 차별까지도 금지하고 있다.

제7편을 위반한 사용자 기타 기관은 아래의 구제조치를 하여야 한다:

- 금지구제: 이것은 장래의 차별을 금지하는 법원의 명령이다.
- 원직복귀: 이것은 사용자로 하여금 신청인이 종전에 가졌던 직무를 돌려주도록 요구하는 것이다.

- 이자부 임금상당액 지급(Backpay with interest): 임금상당액(back wages)은 차별이 발생한 날부터 지급하되 EEOC에 구제신청하기 전 2년까지로 한다.
- 선지급(Frontpay): 차별적으로 채용 거절되었거나 해고된 것이 확인되었으나 공석이 없는 때에는 공석이 생길 때까지 선지급을 받을 수 있다. 선지급은 사용자와 당해 근로자 사이의 적대감이 고용관계를 곤란하고 비효율적으로 만드는 경우에는 원직복귀에 갈음하여 지급될 수 있다.
- 변호사 비용
- 보전배상(Compensatory damages): 고의적 차별의 경우 신청인은 차별로 인해 입은 금전적·비금전적 피해에 대해 보전 받을 권리가 있다. 보전배상에는 과거의 금전상의 손실(직접지급 손실), 장래의 금전상의 손실(계획된 직접지급 손실) 및 비금전적 손실(정신적 피해)이 포함된다.
- 벌과배상(Punitive damages): 벌과배상은 비정부 사업에 대해 부과되는 것으로 차별이 악의(malice) 또는 신청인의 권리를 전적으로 무시(reckless indifference)한 경우에 부과된다.

보전배상과 벌과배상의 총액의 상한선은 종업원 15-100인을 둔 사용자의 경우 \$50,000에서부터 500인 이상을 둔 사용자의 경우 \$300,000에 이른다. 그러나 이 상한선은 차별로 인한 과거의 금전상의 손실과 임금상당액·선지급 등에는 적용되지 않는다.

#### 다. 동일하지 않은 취급

제7편 위반의 가장 보편적인 형태는 의도적 차별(intentional discrimination), 또는 “동일하지 않은 취급”(disparate treatment)이다.

#### (1) 동일하지 않은 취급의 증거

흔히 해고자 또는 승진탈락자는 사용자의 행위가 “불공정”(unfair)하다고 느끼게 된다. 그 행위가 불공정하다는 것이 사실일 지라도 그 행위가 반드시 차별적(discriminatory)이라고 할 수는 없다. 최저선은 바로 당사자가 인종, 피부색, 종교, 성 및 출신민족을 이유로 달리 취급되었는지 여부이다. 달리 말하면 당사자의 인종, 피부색, 종교, 성 및 출신민족이 직업기회에 영향을 미쳤는가 하는 것이다.

예컨대 아래의 사례에서 Angela는 자신이 자격을 갖추었으면서도 승진에서 탈락된 것은 불공정한 것이라고 생각할 수가 있다. 그러나 Angela의 성이 승진거부의 동기였다는 점이 밝혀지지 않는 한 감독자의 결정은 차별적으로 볼 수 없는 것이다. Angela는 이를 어떻게 증명할 것인가?

#### <사례 1>

Angela Collins는 컴퓨터 회사인 Comp-America의 판매원으로 일하였다. 자격요건을 갖춘 그녀는 관리적 지위로 승진 응모하였으나 거부되었다. 그녀는 자신보다 판매경험이 적은 남성 동료가 선발된 것을 알고 성차별을 당한 것으로 추측했다. 그녀는 승진결정을 한 관리자 John Quinn에게 왜 그 동료가 자신을 앞질러 승진했는가를 물었던 바, 그 동료는 경영학석사 학위를 가졌기 때문에 당해 직무의 자격을 더 갖춘 것이라는 답을 들었다. 그러나 Angela는 자신이 거부된 진정한 이유는

성이라 의심하여 EEOC에 진정하였다.

분명히 Mr. Quinn이 Angela가 지원했던 관리직 자리에 여성보다는 남성을 선호한다는 말을 하는 것을 누가 들었다면 Angela는 성차별의 근거를 제시할 수 있을 것이다. 이러한 종류의 증거를 “직접증거”(direct evidence)라 한다. 실제에 있어서는 관리자들이 그와 같은 의식적인 위법한 차별을 인정하는 경우가 드물다.

Angela는 이러한 종류의 직접적인 증거를 제시할 수 없었다고 하자. 그렇다면 Comp-America는 책임을 벗게 되는가? 아니면 그럼에도 불구하고 회사는 제7편 위반의 책임을 질 수 있는가?

전형적으로는 의도적 차별은 정황적으로 입증된다. 자신의 행위에 대한 사용자의 설명은 신뢰할 수 없으며 진정한 이유는 차별이라 추론하는 것이 합리적이라고 법원을 설득함으로써 이루어진다. 이것을 구실증거(evidence of pretext)라 한다. 즉 증거가 사용자가 제시한 설명은 실은 차별을 호도하기 위한 구실이라는 것을 보여주는 것이다.

<사례 1>에서 Comp-America는 Angela의 동료가 M.B.A.로 말미암아 승진을 위한 자격을 더 갖추었다는 주장을 할 수 있을 것이다. 이 주장을 의심스럽게 만들 수 있는 것은 어떤 것일까?

구실증명의 방법

- 잘못된 정보:

사용자가 잘못된 설명을 제공하는 경우 위원회는 대체로 구실이 입증되었다는 입장을 취한다.

- 유사한 위치에 있으나 다른 계급에 있는 자를 신청인과 달리 취급한 경우:

이것은 구실을 보여주는 가장 일반적인 방법이다. “유사한 위치”(similarly situated)의 근로자란 자신이 가진 유사한 자격 또는 그 밖의 유사한 직무관련 사정 때문에 동일하게 취급될 것으로 기대되는 자이다. 예컨대 <사례 1>에서 Angela가 Comp-America가 자신과 비교되는 자격을 가졌거나 자신보다 못한 자격을 가진 남성을 승진시켰거나, Comp-America가 석사학위를 기준으로 선발한 전례가 없었다는 점을 밝힌다면 Angela의 승진을 거부한 Mr. Quinn의 설명은 신빙성을 잃게 될 것이다.

- 편견의 증명:

예컨대 Angela의 동료근로자가 Jon Quinn이 여성은 좋은 관리자가 될 수 없다고 생각한다고 말하는 것을 들었다고 증언한다고 하자. 이러한 종류의 증거는 Mr. Quinn이 Angela를 승진시키지 않을 결정을 했을 때 차별을 기초로 행위하였다는 것을 직접적으로 증명할 수는 없으나 그의 승진결정 설명에 심각한 의심을 던질 수 있다.

- 통계적 증거:

Comp-America가 여성이 있음에도 불구하고 이들을 관리직 지위로 승진시키는 일이 드물다는 증거가 있다면 이는 Angela의 승진 탈락 설명이 구실이었던 것을 입증하는데 도움이 될 수 있다.

의도적 차별의 정황증거에 관한 또 하나의 포인트. 최근 대법원은 Hicks v. St. Mary's Honor Center 사건에서 차별을 주장하는 자가 사용자의 해명이 거짓임을 입증하였더라도 반드시 승소할 수 있는 것은 아니라는 입장을 지지하였다. 제7편 위반이 성립되기 위해서는 사용자의 해명이 “차별을 호도하기 위한” 거짓임을 법원에 대해 설득하여야 한다. 따라서 Angela가 Comp-America의 해명이 신빙성이 없다는 것



을 증명한다면 그녀가 승소할 가능성이 있으나 법원으로서 그러한 상황에서 “반드시” 그녀의 손을 들어주어야 하는 것은 아니다. 법원으로서 승진거부의 진정한 이유는 차별이라는 점이 설득되어야 하는 것이다. EEOC는 사용자의 해명이 거짓으로 판명되면 위원회는 대체로 이는 차별을 감추기 위한 거짓으로 “추정”한다는 입장을 취하고 있다.

## (2) 동기의 경합

John Quinn이 자신은 Angela가 지원한 지리에 남성을 선호한다는 말을 하는 것을 누군가 들었다고 가정하자. 앞에서 살펴본 대로 이러한 종류의 증언은 일반적으로 Angela가 성차별을 당한 증거가 된다.

그러나 Comp-America가 하나 이상의 이유가 승진결정에 작용하였다고 주장한다고 가정하자. Mr. Quinn이 여성보다는 남성의 승진을 선호한 것도 사실이지만 그와 동시에 적어도 Angela의 보통정도의 직무성과를 이유로 그러한 결정을 내렸다는 증거가 있는 경우이다. Comp-America가 Angela는 판매실적 면에서 흥년을 기록한 반면 승진에 발탁된 동료근로자는 이보다 훨씬 좋은 실적을 올렸다는 것을 증명한다면 이는 “동기의 경합”(mixed motives)의 경우가 된다.

이러한 경우 Angela는 최소한 Comp-America에 대한 장래의 성차별을 금지하는 명령과 변호사비용을 청구할 수가 있다. 그러나 Comp-America가 John Quinn이 성차별이 없는 경우에도 Angela의 승진을 거부했을 것이라는 점을 증명한다면 Comp-America는 Angela에게 승진, 임금상당액지급, 또는 금전상의 손해에 대한 지급 명령을 피할 수 있다.

요컨대 동기의 경합이 있는 경우:

- 고용상의 결정에 있어서 차별이 동기 중 하나였다면 원고는 최소한 금지구제 및 변호사비용을 청구할 수 있다.
- 차별이 없었던 경우에도 사용자는 동일한 결정을 하였을 것임을 증명한 때에는 사용자는 원직복귀, 임금상당액지급 또는 손실보전의 책임을 지지 않는다.

## X. 결론

근로자는 이렇다 할 이유 없이 자신의 동료에 비해 불리한 대우를 받음으로써 그 인격이 침해될 수 있다. 연말보너스를 절반밖에 받지 못하면 대개 인간으로서 좌절을 느끼게 되며, 동료들에 비해 보다 많은 통제를 받게 되어도 자신의 성과 또는 품위가 불신을 받고 있다는 것을 알게 된다. 예컨대 산업안전보건법과 같은 특정한 규정을 전적으로 무시한 경우보다도 훨씬 심각하게 받아들여지는 이러한 종류의 차별에 대한 대응도 격렬할 수 있다. 이성적이며 자신의 이익을 넓은 관점에서 보호하는 사용자는 따라서 최소한 노골적인 차별을 포기함으로써 사업장의 평화와 순조로운 작업공정에 지장을 주지 않는다. 어떻게 하면 은밀한 차별까지도 배제할 수 있는가 하는 것은 사업장의 근로자대표와 노동조합의 강약과 의식수준에 달려있다고 할 수 있다. 그러한 만큼 법적인 수준에서는 몇 가지 불확실한 부분이 있다.

위에서 고용차별금지 및 시정을 위한 국내외의 입법례를 살펴보고 일부 판례도 조사하였다. 고용의 전 과정에서 직접차별은 물론 간접차별이 수없이 일어나고 있고 그 형태도 다양하게 전개되고 있다. 입직에서부터 퇴직에 이르기까지의 모든 단계에서 균등처우의 원칙이 관철되기 위해서는 차별시정을 위한 효과적인 조치가 필수적이다.

우선, 차별 해소를 위한 새로운 입법이 요구된다. 현재 남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에관한법률, 장애인고용촉진및직업재활법, 국가인권위원회법 등이 있으나 이들만으로는 광범위한 차별을 시정하고 인권을 보호하는 데는 한계가 있어, 인권위법에 규정된 18개 항목의

차별뿐 아니라 모든 형태의 차별을 금지하는 기본법 형태의 차별금지 및 시정을 위한 새로운 입법을 적극 추진해야 한다. 대부분의 차별이 고용현장에서 일어난다는 점을 감안하여 특히 “고용 및 직업생활상의 차별금지법”의 제정이 필요하다.

이 법으로 노무현 대통령이 공약한 국가차별시정위원회를 설치하는 방안과 국가인권위원회를 적절히 활용하는 방안이 있다. 이 위원회의 소속은 대통령 직속이나 독립적 제3기구, 인권위 산하 등 3가지 방안이 있으나 현재 국가인권위원회에 차별조사국이 있는 만큼 국가차별시정위원회를 국가인권위원회 산하에 두는 것도 적극 고려해 볼 수 있다. 이 경우 행정 중복을 피하고 비용을 절감할 수 있는 장점이 있다.

이 법에서는 동일가치노동 동일임금의 원칙을 규정하되 다만 동일가치의 노동에 대한 동일 임금이라 할 때 이는 직종이나 산업 전반에 걸친 평균비교보다는 사업장 단위 안에서의 관련 직무의 비교에 우선적으로 국한되어야 할 것이다.

이 법은 또한 비정규직 차별금지 원칙을 명문화할 필요가 있다. 그러나 관련법에 처벌규정을 두더라도 이는 보수적인 경향이 있는 검찰, 사법부의 손에 처벌을 맡기는 것으로 실효성을 기대하기 어려운 만큼 차별시정기구에서 구체적 차별기준 수립과 차별사례 조사 및 시정명령 등을 맡겨야 할 것이다.

차별시정위원회는 차별해소를 위해 관련부처와의 협의·조정기능을 수행하고 일반인의 차별에 대한 잘못된 관행과 인식을 변화시키기 위한 조사연구와 교육을 실시해야 할 것이다.

차별구제절차는 현행 남녀차별개선위원회의 절차와 노동위원회의 절차를 개선하고 미국의 EEOC의 절차를 참고하여 만들 수 있을 것이

다. 차별피해자의 시정신청(서면 또는 구술로 신청 가능하고 발생한지 2년 이내의 사건에 한함)을 하면 차별시정위원회는 진상을 조사하여 시정권고를 하도록 한다. 특별한 사정이 없는 한 위원회는 차별사건 접수일로부터 90일 이내에 처리해야 하며, 신청사안에 대해 조사, 합의권고, 조정 등을 할 수 있다. 시정권고 대상기관인 국가기관, 지방자치기관, 공공기관, 학교 등은 특별한 사유를 소명하지 않는 한 권고에 따라야 하며, 이들 기관은 시정권고를 받은 날로부터 30일 이내에 처리결과를 위원회에 통보하도록 한다.

시정대상기관이 시정하지 않으면 위원회는 사안에 따라 이를 언론에 공표하거나 피해자의 소송을 지원할 수 있도록 하고, 시정조치에 불복하는 당사자는 30일 이내에 이의신청을 할 수 있으며, 위원회는 30일 이내에 이를 재결해야 한다.

차별금지법의 실효성을 확보하기 위하여 위원회가 시정명령을 갖도록 해야 할 것이다. 노동위원회가 구제명령을 발할 수 있는 것과 같이 차별시정위원회가 시정(구제)명령을 내릴 수 있도록 하는 방안이다. 다만 노동위원회는 지방노동위원회의 처분에 대한 불복이 있는 경우 중앙노동위원회의 재심을 요구할 수 있다는 점을 감안하여 차별시정위원회가 일차적으로 현재와 같이 시정권고를 하고 권고를 받은 공공기관의 장 또는 사용자가 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명할 기회를 주어야 할 것이다(국가인권위원회법 제25조 제3항 참조). 위원회는 공공기관의 장 또는 사용자의 권고내용 불이행 이유가 타당하지 않다고 판단될 때 시정명령을 내릴 수 있도록 함이 어떻까 한다. 시정명령에 불복하는 때에는 명령서의 송달을 받은 날로부터 15일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수

있도록 한다. 확정된 구제명령에 위반한 자에게는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 할 수 있을 것이다(노동조합및노동관계조정법 제89조 참조).

## < 저자 약력 및 주요 저서 >

### • 이 광 택

- 서울대학교 법과대학 졸
- 독일 Bremen대학교 법학박사
- Bremen대학교 노동정치연구소 연구위원
- 제14차 세계노동법 및 사회보장학술대회 조직위원회 사무총장
- 현 국민대학교 법과대학 교수
- 현 한국노동법학회 회장
- 현 한국노사관계학회 회장
- 현 노동부 정책자문위원
- 현 국가인권위원회 조정위원
  
- 독일근로자공동결정법의 역사적 발전 (1948-1987년)  
  (독문, Bremen 1987)
- 단체협약의 내용과 과제(공저), 한국노동연구원(1989)
- 노동관계법의 회고와 전망(공저), 산업사회연구소(1993)
- 한국의 노동조합 기본권(International Conference on Trade Union Rights in Korea)(번역서) 후리드리히 에베르트 재단/산업사회연구소(1994)
- 독일산별노조의 특성과 단체교섭제도(Die Deutschen Industriegewerkschaften und Tarifautonomie)(번역서) 후리드리히 에베르트 재단/산업사회연구소(1994)
- 노동시장론(공저), 직업상담 대학총서4, (박문각, 1999)
- 여성관련 노동법 및 정책연구, 노총연구원 연구서 69(2000)
- 비정규노동자 문제와 노동조합(공저), 한국노총 연구총서 2002-10
- 노동의 미래와 신질서(공저), 한국노동연구원(2003)

연구총서 2003-15

‘고용 및 직업생활상의 차별금지법’의 필요성 및 제정  
방안에 관한 연구

---

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 : 7,000원