

‘비정규직’ 차별 금지 제도의 법적 검토

박 제 성*

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’)과 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘근로자파견법’)은 기간제근로자와 단시간근로자 그리고 파견근로자에 대한 차별적 처우를 금지하고 있다. ‘차별 금지’는 우리 헌법 제11조에서도 천명하고 있는 것이며, 「근로기준법」 제6조(이하 근로기준법의 인용 조문은 2007년 4월 11일 법률 제8372호로 전부 개정된 법에 따름)에서도 다시금 확인하고 있다. 그럼에도 불구하고 기간제법과 근로자파견법에서 굳이 차별을 금지하고 있는 것은 - 고용 형태를 이유로 한 차별이 근로기준법에 의해서 금지되는가에 대한 논란이 없지 않기도 하지만 - 그 만큼 차별이 성행하고 있다는 것을 반증하는 것이다. 사회 구성원들이 한 적도 없고, 하고 있지도 않으며, 하지도 않을 행위에 대해서는 법으로 금지할 이유가 없다. 그런 점에서 법은 좋은 법이든 나쁜 법이든, 그 사회의 진면목을 뒤집어 보여 준다고 할 수 있다. 남녀 간의 차별이 있음을 말해 주는 「남녀고용평등법」, 외국인과 내국인 사이에 차별이 있음을 말해 주는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」, 고령자와 저령자 사이에 차별이 있음을 말해 주는 「고령자고용촉진법」, 장애인과 비장애인 사이에 차별이 있음을 말해 주는 「장애인고용촉진 및 직업재활법」에 이어 기간제법과 근로자파견법도 이른바 ‘비정규직’과 ‘정규직’ 사이에 차별이 있음을 말해 준다. 그러므로 ‘금지’란 작금의 ‘작위’를 ‘부작위화’시키는 것이고, ‘현실’을 ‘규범화’시키는 것일 수밖에 없다. ‘현실의 규범화’란 다시 새로운 현실, 규범화된 현실의 축적을 통해서 규범을 ‘재현실화’시키는 것이라고 할 수 있다. 그리고 이 과정은 ‘자기소멸’(auto-abolition)¹⁾의 과정이 아니라

* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

1) 프랑스의 사회학자 카스텔은 중세 ‘동업질서’(compagnonnage)에서 임노동의 특징을 ‘도제’(apprentis)가 때가 되면 ‘직인’(compagnon)이 되고 직인이 때가 되면 ‘장인’(maître)이 되는 ‘과도적 상태’(état transitoire)로 규정하고, 그 상태에서 임노동자의 지위는 스스로 소멸된다고 하면서 ‘자기소멸’(auto-abolition)이라는 개념을 사용하였다(R. Castel(1995), Les métamorphoses de la question sociale,

‘의식적 파괴’(démolition consciente)의 과정일 수밖에 없을 것이다.

이른바 ‘비정규직’ 근로자가 기간제법과 근로자파견법이 규정하고 있는 차별 금지 제도의 적용을 통하여 차별적 현실을 극복하기 위해서는 봉우리 몇 개를 넘어야 한다. 우선, 자신이 근로하는 사업 또는 사업장에 기간제법과 근로자파견법이 적용될 수 있어야 한다(제I장). 다음으로, 누구에 비해서 차별적 처우를 받았는지를 주장하기 위해서 비교 대상 근로자를 발견하여야 한다(제II장). 마지막으로, 자신이 받은 차별적 처우가 “임금 그 밖의 근로조건 등”에 해당하는 것이어야 한다(제III장). 이 세 봉우리를 무사히 넘은 근로자는 노동위원회에 차별적 처우의 시정을 신청할 수 있지만, 이 부분은 이 글에서 다루지 않는다. 이 글은 앞 세 봉우리에 관한 지형도이다.

I. 상시 사용 근로자

기간제법은 원칙적으로 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용된다(제3조 제1항).²⁾ 그리고 근로자파견법상의 차별 금지와 차별 시정 제도에 관한 규정도 사용사업주가 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 적용되지 않는다(제21조 제4항). 이와 같이 ‘상시 사용 근로자 수’의 계산은 차별 금지 및 시정 제도의 적용에 있어서 핵심적인 문제가 된다. 하지만 기간제법과 근로자파견법 모두 ‘상시 사용 근로자’의 의미에 대해서 특별히 규정하고 있지는 않다. 그러므로 근로기준법의 적용 범위와 관련하여 상시 사용 근로자 수를 계산하기 위하여 판례가 제시한 기준이 여기서도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 각 법에서 상시 사용 근로자의 의미가 달라야 할 이유가 없기 때문이다.

판례의 일관된 입장에 따르면, “상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장” 중 ‘상시’(常時)라 함은 ‘상태’(常態)라고 하는 의미로서 어떠한 사업 또는 사업장이 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 경우에 해당하는지 여부는 사회통념에 의하여 객관적으로 판단되어야 하고, 근로자 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 상태적으로 보아 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다고 해야 한다. 그리고 이 경우 근로자라 함은 근로기준법 소정의 근로자라 할 것이므로 해당 사업 또는 사업장에서 동일한

Paris, Gallimard, p.180).

2) 다만, 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에도 대통령령이 정하는 바에 따라 부분 적용은 가능하며, 국가 및 지방자치단체의 기관에 대해서는 상시 사용하는 근로자 수에 관계없이 적용된다(제3조의 제2항 및 제3항).

근로자를 계속 사용하지 아니하고 일용근로자를 고용하는 경우가 있다 하더라도 이러한 근로자를 포함하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 “상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장”이라고 해야 한다.³⁾ 또 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업이라면 그 사업이 1회적이거나, 그 사업 기간이 일시적이라 하여 근로기준법의 적용 대상이 아니라고 할 수 없다는 것도 판례의 일관된 입장이다.⁴⁾

이에 따르면, 기간제법의 적용 범위를 결정함에 있어서 어떤 기간제근로자의 근로계약 기간이 짧다거나 일시적 필요를 위하여 고용되었다는 이유로 또는 어떤 단시간근로자의 근로시간이 짧다는 이유로 상시 사용 근로자에서 제외해서는 안 될 것이다.

근로자파견법의 적용과 관련해서는 파견근로자도 사용사업주의 상시 사용 근로자에 포함되는가가 문제될 수 있다. 이는 긍정적으로 해석해야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 근로자파견법에서 명시적으로 표현하고 있는 바와 같이, 계산의 대상이 되는 자는 사용사업주가 상시적으로 ‘고용’하고 있는 근로자가 아니라 ‘사용’하는 근로자이기 때문이다.⁵⁾ 사용사업주가 고용하고 있는 근로자의 입장에서는 사용사업주는 온전히 ‘사용자’일 뿐이다. 사용사업주가 ‘사용사업주’로 불리는 것은 파견근로자와의 관계에서만 그러하다. 즉, 사용사업주는 파견근로자를 ‘사용’하는 자이기 때문에 ‘사용사업주’라고 불리는 것이다. 이는 사용사업주를 “근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 ‘사용’하는 자”로 정의하고 있는 근로자파견법 제2조 제4호에서도 확인되는 것이다. 대법원 판례도 “상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장”이라 함은 ‘상시 근무하는’ 근로자의 수가 5인 이상인 사업 또는 사업장이 아니라 ‘사용하는’ 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장을 뜻하는 것이라고 하여, 이러한 점을 인식하고 있는 것으로 보인다.⁶⁾

3) 대법원 1987. 4. 14. 선고 87도153 판결.

4) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다21979 판결.

5) 우리 근로자파견법은 ‘고용’의 의미와 ‘사용’의 의미를 엄격하게 구분하고 있다. 예컨대, “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 ‘사용’하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 ‘고용’하여야 한다”라고 규정하고 있는 제6조의2 제1항이나 “사용사업주는 파견근로자를 ‘사용’하고 있는 업무에 근로자를 직접 ‘고용’하고자 하는 경우에는 당해 파견근로자를 우선적으로 ‘고용’하도록 노력하여야 한다”라고 규정하고 있는 제6조의2 제4항을 보면 그렇다는 것을 알 수 있다.

6) 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결. 이 사례에서 문제가 된 일용근로자는 이삿짐 운반 일이 있을 때마다 전화나 호출기 등으로 연락하여 현장 작업에 투입되는 현장작업자와 일당을 목적으로 도서관 이전 작업에 참여한 대학생들이다. 특히 이 사건에서 이사업체의 상주 직원은 3명에 불과하였고, 문제가 된 일용근로자는 모두 65명이었다. 원심은 상시 사용 근로자가 3명이라고 보았지만, 대법원은 일용근로자도 모두 상시 사용 근로자에 포함된다고 보았다.

II. 비교 대상 근로자

1. 기간제근로자 : 무기계약근로자

기간제법 제8조 제1항에서는 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 그러므로 기간제 근로자에 대한 차별 여부를 판단하기 위한 비교 대상 근로자는 일단 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 “기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자”(이하 ‘무기계약근로자’)라고 할 수 있다. 경우를 나누어 좀더 자세히 그 의미를 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 기간제근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 무기계약근로자가 ‘실제로’ 있는 경우, 이 무기계약근로자가 비교 대상 근로자가 될 것이다. 만약 단체협약이나 취업규칙으로 직무를 분류하고 분류된 직무별로 별도의 임금 체계를 규정하고 있는 경우에는 같은 직무에 속하는 무기계약근로자가 비교 대상 근로자가 될 것이다.

둘째, 휴직이나 파견 등으로 결원이 발생하여 해당 무기계약근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신하기 위하여 기간제근로자가 고용된 경우(기간제근로법 제4조 제1항 제2호의 경우)⁷⁾에는 해당 무기계약근로자가 비교 대상 근로자가 될 것이다.

셋째, 기간제근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 무기계약근로자가 있을 수 있지만 ‘실제로는’ 없는 경우에는, 그러한 무기계약근로자가 실제로 종사하고 있는 상황을 가정하여 비교 대상으로 삼아야 할 것으로 보인다.⁸⁾ 왜냐하면 비교 대상 근로자를 발견하기 위하여 고려해야 할 범위는 ‘하나의 사업장’이나 나아가 ‘하나의 기업’으로 국한되는 것이 아니라 ‘하나의 사업’으로 확대될 수 있기 때문이다. 이 때 ‘사업’이란 법인

7) 이 조항에서 언급하고 있는 “파견”은 근로자파견법에서 말하고 있는 파견이 아니라, ‘전직’의 한 유형, 즉 많은 기업에서 인사실무상으로 ‘파견근무’라고 일컬어지는 것을 의미한다고 보아야 할 것 같다. 왜냐하면 근로자파견사업체에서 근로자파견으로 결원이 생긴 자리에 기간제근로자를 고용하는 경우를 상정하기란 어렵기 때문이다.

8) 프랑스의 입법례가 하나의 참조가 될 수 있을 것이다. 프랑스의 경우, 기간제근로자의 임금 차별 여부를 판단함에 있어서는 동격 동종의 무기계약근로자가 “받게 될”(percevrait) 임금을 기준으로 한다(노동법전 L. 122-3-3조). 여기서 “받게 될”이라는 법문의 표현은 실제로 어떤 무기계약근로자가 ‘받고 있는’ 또는 ‘받았던’ 임금을 말하는 것이 아니라, 만약 기간제근로자와 동격의 무기계약근로자가 기간제근로자와 동종의 업무에 종사한다면 ‘받게 될’ 임금을 의미하는 ‘가정적 표현’이다.

격 여부에 의하여 특정되는 닫힌 개념이 아니라 법의 목적을 실현하기 위하여 당면한 상황에서 재발견되어야 하는 열린 개념으로 이해해야 한다. 따라서 입법 목적과의 관련성 속에서 복수의 사업장뿐만 아니라 복수의 법인(기업)을 아우를 수 있다는 점을 이해해야 한다.)⁹⁾ 그렇다면 하나의 사업장에서 비교 대상 근로자가 없는 경우에 그 기업의 다른 사업장에서 비교 대상 근로자를 발견할 수 있다면 - 이 때에는 그 기업이 ‘하나의 사업’이 된다 - 그 근로자와 비교해야 하는 것은 물론이고, 나아가 해당 기업에서 비교 대상 근로자가 없는 경우에도 그 사업에 묶인 다른 기업에서 비교 대상 근로자를 발견할 수 있다면 그 근로자와 비교해야 할 것이다(예컨대, 하나의 ‘기업집단’으로 되어 있는 사업에서는 개별 기업 차원에서만 비교 대상 근로자를 찾을 것이 아니라 기업집단 전체 차원에서 비교 대상 근로자를 찾아야 한다는 것이다)¹⁰⁾.

넷째, 열린 개념으로서의 사업 전체를 보더라도 기간제근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 무기계약근로자가 실제로 존재할 가능성조차 없는 경우이다. 이러한 경우는 단체협약이나 취업규칙에서 기간제근로자만을 사용하는 별도의 업무를 규정하고 각 업무마다 별도의 임금 체계와 근로조건을 규정하고 있는 경우에 발생할 수 있다. 그런데 취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성하는 문서라는 점에서, 기간제근로자만을 대상으로 별도의 업무와 임금 체계 등을 취업규칙으로 규정하는 것은 “기간제근로자임을 이유로” 사용자가 차별적 처우를 한 것에 해당할 여지가 없지 않다.¹¹⁾ 차별적 처우를 하는 방식으로는 근로계약에 의한 것이든, 취업규칙에 의한 것이든, 관행에 의한 것이든, 심지어 단체협약에 의한 것이든 우리 기간제법이 불문하기 때문이다. 단체협약으로 정

9) 대부분의 학설은 사업의 최대치를 기업, 즉 하나의 ‘법인’으로 상정하는 듯하다. 그러나 대법원은 경영상 해고의 정당성 판단 범위와 관련하여, “동종의 사업을 하는 두 개의 법인”이 있을 수 있음을 인정한 바 있으며, 이 경우 “양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업 부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다”라고 한 바 있다(2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 참조). 하나의 사업이 여러 개의 법인으로 쪼개지는 현상(이른바 아웃소싱 또는 외주화)이 오늘날의 경영 환경을 특징짓는 키워드 중의 하나라면, 노동법의 적용 범위로서의 사업의 개념을 재검토할 필요성도 그 만큼 더 커질 수밖에 없을 것이다. 자세한 것은 박제성 외(2007), 「기업집단과 노동법: 노사협회의와 단체교섭 제도를 중심으로」, 한국노동연구원 참조.

10) 참고로 독일의 「단시간 및 기간제근로자에 관한 법률」(TzBfG) 제3조 제2항도 이러한 입장을 대변하고 있는 것으로 보인다: “사업 내에서 동일하거나 혹은 유사한 활동을 행하는 기간의 정함이 없는 근로자를 의미한다. 만약 사업 내에 비교가능한 기간의 정함이 없는 근로자가 없는 경우에는 적용되는 단체협약에 근거하여 결정하여야 한다. 그 밖의 다른 모든 경우에는 각기 산업 분야에서 통상적으로 비교가능한 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되는 자를 비교대상으로 하여야 한다.”

11) 이 때 만약 그러한 규정이 차별적 처우를 규정한 것으로서 기간제법 위반이라고 판단되면, 노동부장관은 해당 취업규칙의 변경을 명할 수 있다(근로기준법 제99조 제2항). 노동부장관의 취업규칙 변경 명령권은 임금 및 그 밖의 근로조건 등에 관하여 ‘비정규직’ 근로자를 차별하는 규정을 포함하고 있는 모든 경우에 행사될 수 있다.

한 경우에도 과연 그것이 협약자치의 한계를 일탈하는 것은 아닌가 의문이 없지 않지만,¹²⁾ 취업규칙의 경우에는 사용자 일방 결정성 때문에 보다 문제가 되는 것이다.¹³⁾

다섯째, 기간제법 제8조에서는 무기계약근로자로서 기간제근로자와 “동종 또는 유사한 업무”에 종사하는지 여부만을 기준으로 제시하고 있기 때문에, 기간제근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하고 있지만 학력이나 경력 등 ‘직업자격’이 다른 무기계약근로자가 비교 대상이 될 수 있는지 문제될 수 있다. 우리 기간제법의 입법 형식에 비추어 보면, 직업자격의 상이함은 비교 대상 근로자를 선정하기 위한 기준이 아니라 사용자의 어떤 처우가 “차별적 처우”에 해당하는지 여부를 가르는 기준이라고 할 수 있다. 따라서 동종 또는 유사한 업무에 종사하고 있는 한, 직업자격이 같지 않더라도 일단 비교 대상 근로자가 될 수 있다고 해야 할 것이다.

그러나 기간제법 제2조에서 “합리적 이유” 없는 불리한 처우만을 “차별적 처우”로 정의하고 있는바, 직업자격이 다르면 사실상 비교 가능한 상황이 아닐 수밖에 없을 것이다. 직업자격의 차이를 이유로 처우를 달리하는 것은 합리적 이유 있는 차이라고 볼 수 있기 때문이다. 직업자격의 동등성 여부도 결국 비교 대상 근로자를 선정하는 간접적 기준으로 작용할 수밖에 없을 것이다. 다만, ‘동일한 자격’이 아니라 ‘동등한 자격’을 기준으로 삼아야 한다는 점에 주의할 필요가 있을 것이다. 즉, 학력이 같지 않더라도 직업 경력 등에 의하여 상위 학력과 동등한 자격을 갖춘 것으로 볼 수 있는 경우에는 직업자격은 동등한 것으로 보아야 할 것이다.¹⁴⁾

2. 단시간근로자: 통상근로자

기간제법 제8조 제2항에서는 단시간근로자에 관하여 “사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 그러므로 단시간근로자에 대한 차별 여부를 판단하기 위한 비교 대상 근로자는 “당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는

12) 이 때에도 그러한 단체협약의 규정이 기간제법을 위반한 것이라고 판단되면, 행정관청은 노동위원회 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다(노동조합 및 노동관계조정법 제31조 제3항). 행정관청의 단체협약 시정 명령권은 임금 및 그 밖의 근로조건 등에 관하여 ‘비정규직’ 근로자를 차별하는 규정을 포함하고 있는 모든 경우에 행사될 수 있다.

13) 대법원은 근로자의 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있다고 인정하고 있는데(예컨대, 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결), 이 경우에도 각각의 취업규칙이 근로기준법 등 관계 법령을 위반하지 않아야 한다.

14) 프랑스의 경우, “동등한 자격을 갖고 동종의 업무에 종사하는 무기계약근로자”가 비교대상이 된다는 점을 참고할 수 있을 것이다.

유사한 업무에 종사하는 통상근로자”라고 할 수 있다.

단시간근로자의 비교 대상이 될 수 있는 통상근로자의 선정과 관련해서도 위에서 기간제근로자의 경우에 설명한 내용들이 대부분 그대로 적용될 수 있을 것이다. 그러므로 예컨대 단시간근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자가 ‘실제로 존재하는 경우’는 물론이고, 실제로는 존재하지 않지만 ‘존재할 수 있는 경우’에도 그러한 상황을 가정하여 비교 대상 근로자를 선정해야 할 것이다(아래 국제노동기구의 협약과 유럽연합의 지침 참조). 그리고 단체협약이나 취업규칙으로 단시간근로자만을 사용하는 업무를 별도로 정하고 별도의 임금 체계나 근로조건 등을 정하는 것도 “단시간근로자임을 이유로” 차별적 처우를 한 것에 해당할 수 있다는 점도 마찬가지이다.

그런데 기간제근로자나 무기계약근로자라는 개념은 개별 근로자의 근로계약 형식을 통해서 변별해 낼 수 있는 개념이지만, 단시간근로자와 통상근로자는 개별적으로 특정되는 개념이 아니라 서로 간의 상대적 비교에 의해서 구별되는 개념이라는 점이 서로 다르다. 그렇다면 “통상근로자”란 누구인가? 우리 기간제법이나 근로기준법에서는 통상근로자를 정의하지 않고 있다.

단시간근로에 관한 국제노동기구(ILO) 제175호 협약에 따르면 단시간근로자란 “한 주 또는 주어진 기간을 평균한 통상의 근로시간이 비교 가능한 전일제근로자(full-time worker)보다 짧은 자”를 말한다. 이 때 ‘비교 가능한 전일제근로자’란 “동일한 유형의 근로관계를 갖고 동일하거나 유사한 업무에 종사하는 자로서 동일한 사업장에 고용되어 있는자(해당 사업장에 비교 가능한 전일제근로자가 없는 경우에는 동일한 기업(사업)에 고용되어 있는 자 또는 해당 기업(사업)에도 비교 가능한 전일제근로자가 없는 경우에는 동일한 산업에 고용되어 있는 자)”를 말한다.

한편, 유럽연합 차원의 노사(UNICE, CEEP, ETUC)가 1997년 6월 6일에 체결한 단시간근로에 관한 협약 제3조에 따르면, 단시간근로자란 “한 주 또는 최대 일년의 기간을 평균한 통상의 근로시간이 비교 가능한 전일제근로자(full-time worker)의 근로시간보다 짧은 자”를 말하며, 이 때 ‘비교 가능한 전일제근로자’란 “동일한 종류의 근로계약 또는 근로관계를 갖고 동등 또는 유사 업무에 종사하는 해당 사업장의 전일제근로자”로서 근속연수나 직업자격/직업능력 등을 포함하는 제반 조건들을 함께 고려하여 정한다. 해당 사업장에 비교 가능한 전일제근로자가 없는 경우에는 단체협약에서 정한 근로시간, 단체협약이 없는 경우에는 법령이나 관행에 의한 근로시간과 비교하여 단시간근로자 여부를 결정한다.¹⁵⁾

이렇게 볼 때, 우리 기간제법에서 말하는 “동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근

15) 유럽연합의 1997년 12월 15일 ‘단시간근로에 관한 유럽 노사의 협약에 관한 지침’(91/81/CE) 참조.

로자’는 국제노동기구나 유럽연합에서 말하는 ‘비교 가능한 전일제근로자’와 유사한 개념이라고 할 수 있고, “동종 또는 유사한 업무에 종사하는”이라는 표현이 ‘비교 가능한’이라는 표현과 대칭한다면 “통상근로자”란 결국 ‘전일제근로자’와 다르지 않다고 할 수 있을 것이다. 다만, 우리 법에서는 통상근로자의 ‘소정근로시간’과 비교하여 단시간근로자 여부를 결정하기 때문에(기간제법 제2조 및 근로기준법 제2조 제8호 참조), 통상근로자의 온 근로시간이 법정근로시간인 40시간보다 짧을 수도 있다는 점을 유의하여야 한다(근로기준법 제2조 제7호 참조).

3. 파견근로자: 사용사업근로자

근로자파견법 제21조 제1항에서는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 그러므로 파견근로자에 대한 차별 여부를 판단하기 위한 비교 대상 근로자는 “사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자”(이하 ‘사용사업근로자’)라고 할 수 있다. 여기에서도 앞에서 기간제근로자나 단시간근로자와 관련하여 설명한 내용이 대부분 그대로 적용될 수 있을 것이다.

다만, 근로자파견법에서는 기간제법과 달리 “사업장”이라는 표현을 부가하지 않고 그저 “사용사업주의 사업 내”라는 표현만 사용하고 있다. 그러므로 동일한 사업장에 파견근로자와 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에, 그 사업장의 사용사업근로자를 우선 비교 대상으로 삼아야 하는 것은 물론이지만, 나아가 그 사업장의 상황만을 가지고 판단할 것이 아니라 사용사업주가 운영하고 있는 다른 사업장 또는 다른 기업에서 파견근로자와 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자의 상황도 아울러 함께 고려해야 하지 않을까 생각한다.

Ⅲ. 임금 및 그 밖의 근로조건 등

1. 임금

가. 임금의 정의

차별적 처우의 판단 대상이 되는 “임금”은 기간제법에서 달리 정하고 있는 바가 없기 때문에 근로기준법 소정의 임금, 즉 “사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”(제2조 제5호)을 말하는 것으로 해석해야 할 것이다. 그러므로 개인연금보조금, 가족수당, 하계휴가비, 명절귀향비 및 선물비 등 그 명칭이 어떠한지 근로자에게 계속적이고 정기적으로 지급되는 것이면 임금에 해당한다. 그러나 그 지급 사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없다.¹⁶⁾

흔히 문제되는 것이 특별성과급이나 경영성과급 같은 것이다. 이 때에도 역시 그러한 성과급(금)이 계속적이고 정기적으로 지급되는 것인지, 아니면 일시적이고 비정기적인 것인지에 따라 임금 해당 여부를 결정하게 된다. 만약 후자의 경우라면 임금에 해당하지 않게 되고, 따라서 ‘정규직’ 근로자에게만 지급하고 ‘비정규직’ 근로자에게는 지급하지 않더라도 ‘임금 차별’이 아닐 수 있다. 하지만 그러한 금품이 엄격한 의미의 ‘임금’에는 해당하지 않더라도, 복리후생의 일환으로서 “그 밖의 근로조건 등”에는 해당할 수 있기 때문에, 또 우리 기간제법과 근로자파견법이 금지하고 있는 것은 “임금 그 밖의 근로조건 등”에 있어서 합리적 이유 없는 차별이기 때문에, ‘정규직’ 근로자에게만 지급하고 ‘비정규직’ 근로자에게는 지급하지 않는 것은 결국 법에서 금지하는 차별이라고 보아야 할 것이다. 이런 성과급뿐만 아니라 그 밖에 사용자가 호의적으로 지급하는 경조금이나 위로금 같은 금품도 임금이 아니라는 이유만으로 차별적 지급이 허용되는 것이 아니라, “그 밖의 근로조건 등”에 해당하기 때문에 차별적 지급이 금지된다고 보아야 할 것이다. 또한 장비구입비나 출장비처럼 실비변상 성격의 경비도 임금은 아니지만 “그 밖의 근로조건 등”에는 해당하기 때문에 차별적 지급이 금지된다고 보아야 할 것이다.

16) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다5322, 54339 판결.

나. 임금의 비교

그런데 기간제근로자나 단시간근로자가 자신이 받은 임금이 무기계약근로자나 통상근로자가 받는 임금에 비해서 차별적인지 여부를 어떻게 알 수 있는가? 임금의 구성 항목과 계산 방법 그리고 지급 방법에 대해서는 무기계약근로자와 통상근로자뿐만 아니라 기간제근로자와 단시간근로자에게도 서면으로 명시하도록 하고 있으므로(근로기준법 제17조 및 기간제법 제17조), 명시된 내용을 비교하면 차별 여부를 알 수 있을 것이라고 생각한다. 하지만 그 비교가 말처럼 쉽지는 않을 것이다. 왜냐하면 사용자는 기간제근로자(단시간근로자)와 무기계약근로자(통상근로자) 각각에게 해당되는 임금 관련 사항을 명시하기만 하면 되고, 비교 가능한 무기계약근로자(통상근로자)의 임금을 기간제근로자(단시간근로자)에게 명시할 의무는 없기 때문이다.

다만, 취업규칙으로 임금의 결정, 계산, 지급방법, 산정기간, 지급시기 및 승급에 관한 사항을 정하도록 하고 있기 때문에(근로기준법 제93조) 취업규칙에 의거하여 무기계약근로자나 통상근로자의 임금 수준을 기능할 수 있는 여지는 있다. 그러나 취업규칙은 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게만 작성의 의무가 주어진다든 한계가 또한 존재한다.

다. 무기계약근로자를 대체한 기간제근로자의 임금

기간제근로자가 무기계약근로자의 일시 부재를 대체하기 위하여 고용된 경우, 해당 무기계약근로자의 임금이 비교 기준이 될 것이다. 동종의 업무를 대체하고 있더라도 두 근로자의 직업자격이 다른 경우에는 그 자격에 따른 임금 차이는 차별이 아니라고 할 수 있다.

그리고 대체된 무기계약근로자의 임금이 근속연수에 따른 보상이 포함되어 있는 경우에는 근속연수가 짧은 기간제근로자의 임금이 낮을 수 있다. 그러나 이 경우에도 단지 그러한 점만으로 차별의 의심에서 완전히 벗어나는 것은 아니다. 해당 사업에서 동종의 업무에 종사하면서 근속연수가 기간제근로자에 상응하는 정도로 짧은 무기계약근로자의 임금 수준과도 비교해 보아야 할 것이다.

또한 이 때 기간제근로자가 무기계약근로자의 업무 전체가 아니라 업무의 일부분을 담당하는 경우에는 기간제근로자가 상대적으로 낮은 임금을 받을 수 있다. 다만, 이 경우에는 기간제근로자의 담당 업무가 근로계약에 명시되어 있어서 무기계약근로자의 담당 업무와 비교할 수 있어야 한다(기간제법 제17조 참조). 담당 업무가 명시되어 있지 아니한 경우에는 원칙적으로 기간제근로자가 무기계약근로자와 동일한 업무를 담당하

는 조건으로 대체 사용되는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 대체된 무기계약근로자와 동일한 수준의 임금을 지급해야 할 것이다.

라. 단시간근로자와 실적수당

단시간근로자의 임금은 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 지급되어야 한다(근로기준법 제18조). 그 밖에 단시간근로자의 임금에 차등을 둘 수 있는 근거는 없다. 따라서 통상근로자에게 지급되는 모든 임금 항목에 대해서 단시간근로자에게도 그 근로시간의 길이에 따라서 비례적으로 지급되어야 한다.

단시간근로자에게 있어서 특수한 문제는 특정 수당의 지급을 ‘객관적’ 기준의 달성과 결부시킬 때 발생할 수 있다. 예컨대, 실적수당을 지급함에 있어서 단시간근로자와 통상근로자에게 동일한 실적 달성 기준을 적용함으로써 근로시간이 상대적으로 모자란 단시간근로자가 결과적으로 실적을 달성하기 힘들게 되었다면, 그래서 실적수당을 지급받지 못하게 되었다면, 이것은 차별, 즉 ‘간접적 차별’에 해당한다고 해야 할 것이다.

마. 파견근로자와 사용사업근로자의 임금 비교

파견근로자가 받는 임금에는 일단 파견사업주와 사용사업주가 체결한 근로자파견계약에서 정한 “근로자파견의 대가”(근로자파견법 제20조 제11호)에서 파견사업주의 비용과 이윤을 제한 부분이 포함될 것이다. 그리고 그 밖에 파견사업주가 지급하는 각종 수당도 포함될 수 있을 것이다. 그런데 파견근로자의 임금은 파견사업주가 지급하지만, 이 임금이 차별적인지 여부를 판단할 때 비교 대상은 사용사업주의 근로자이다. 그러므로 사용사업근로자의 임금 항목과 계산 방법은 사용사업주가 서면으로 명시해야 하고(근로기준법 제17조), 파견근로자도 파견사업주와 사용사업주가 체결한 근로자파견계약의 내용에 대해서 서면으로 통지받을 수 있고 특히 근로자파견의 대가에 관해서는 그 내역의 제시를 요구할 수 있지만(근로자파견법 제26조), 이 둘을 연결시켜 주는 규정이 없다면 파견근로자는 자신이 얼마를 받을 수 있는지는 알 수 있지만, 그 금액이 사용사업근로자가 받는 임금과 같은지 더 적은지를 알기는 어려울 것이다.¹⁷⁾

2006년 12월 21일에 개정된 근로자파견법이 “사용사업주는 (...) 근로자파견계약을 체

17) 참고로 프랑스 노동법전은 “근로자파견계약은 동등한 직업적 자격을 갖고 동종의 업무에 종사하는 사용사업주의 근로자가 시용기간을 마치고 받게 될 보수의 총액과 그 구성 항목을 명시하여야 하며, 상여금과 부가급여가 있는 경우에는 이에 대해서도 그 총액과 항목을 명시하여야 한다”(노동법전 L. 124-3조 제2항 제6호)라고 규정하고 있다.

결하는 때에는 파견사업주에게 [차별적 처우의 금지] 규정을 준수하도록 하기 위하여 필요한 정보를 제공하여야 한다”(제20조 제2항)라고 규정한 것은 이러한 사정을 감안한 때문일 것이다. 그리고 노동부가 입법 예고한 근로자파견법 시행령(안)에 따르면, 법에서 말하는 “필요한 정보”에는 “사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자의 임금 및 임금의 구성내역”이 포함되어 있다(제4조의2 제1항). 사용사업주는 이 정보를 파견사업주에게 서면으로 제공하여야 한다(제2항).

2. 그 밖의 근로조건 등

차별적 처우가 금지되는 “그 밖의 근로조건 등”에는 근로시간, 휴게, 연장근로와 야간 근로 및 휴일근로, 주휴, 휴가, 산업안전 및 보건에 관한 사항, 복리후생에 관한 사항 등 널리 ‘개별적 권리에 관한 사항’과 단결권의 행사나 노동조합 활동 또는 노사협의회 활동 등 널리 ‘집단적 권리에 관한 사항’이 모두 포함되어야 할 것이다. 그러나 “그 밖의 근로조건 등”이라는 표현은 열린 표현이기 때문에 한정할 수 없으며, 또 한정할 필요도 없다. 특히 노동부가 입법 예고한 근로자파견법 시행령(안)에서는 위에서 언급한 사항들을 열거하면서 “그 밖에 법 제2조 제7호에 따라 차별적 처우의 대상이 되는 근로조건 중 이상의 각 호에 포함되지 않은 사항”이라고 하여, “그 밖의 근로조건 등”에는 다양한 내용들이 포함될 수 있음을 예정하고 있다. 이하에서는 몇 가지 특수한 문제들에 관해서만 검토하고자 한다.

가. 근속연수

다양한 혜택이 근속연수와 관련되어 있는 경우가 많다. 그러므로 기간제근로자 등의 근속연수 계산 방식에 따라서 실질적인 혜택의 제한이 초래될 수 있기 때문에 차별적 소지가 발생하지 않도록 근속연수를 계산해야 할 것이다.

기간제근로자의 근속연수 계산과 관련해서는, 우선 기간제근로계약이 반복 갱신되었다면 그 반복된 계약 기간을 합산하여 근속연수를 산정해야 한다.¹⁸⁾ 그리고 갱신되거나 반복 체결된 근로계약 사이에 일부 공백 기간이 있는 경우, 그러한 공백 기간을 두는 것이 해당 사업과 해당 업무의 성격에 비추어 볼 때 통상적이고 또한 공백 기간의 기간 자체도 통상적이라면 공백 기간도 근속연수에 포함시켜야 할 것이다.¹⁹⁾ 파견근로자의 근

18) 대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결 : “근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 계산하여야 할 것.”

속연수는 기간제근로자의 경우에 준하여 판단하면 될 것이라고 생각한다.

단시간근로자의 경우, 근속연수 자체는 통상근로자의 경우와 마찬가지로 계산되어야 할 것이다. 왜냐하면 단시간근로자의 근속연수가 통상근로자와 동일하게 계산된다라고 그 근속연수에 결부되어 있는 임금의 계산에 있어서는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되기 때문이다(근로기준법 제18조). 만약, 단시간근로자의 근속연수 자체를 통상근로자의 근로시간에 비례해서 계산하면, 단시간근로자는 근속연수 계산에서 일차적인 불이익을 받고 그 근속연수에 따른 임금의 계산에서 다시 이차적인 불이익을 받게 되므로, 이중의 불이익이라는 불합리한 결과가 발생하게 된다.

나. 연차유급휴가

연차유급휴가는 특히 기간제근로자의 경우에 중요한 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 연차유급휴가권은 기준연도의 개근도에 따라 다음 해에 주어지는 것이기 때문에 기간제근로자는 연차유급휴가권 취득을 위한 법정 요건을 갖추었더라도 근로계약 기간의 만료로 계약이 종료되면 연차유급휴가권의 실질적인 향유가 불가능해질 수 있기 때문이다.

우리 근로기준법은 기간제근로자라도 부분적으로는 연차유급휴가를 향유할 수 있도록 하고 있다. 우선, 근로계약 기간이 1년 미만인 경우에는 1개월 개근시 1일의 유급휴가를 사용할 수 있다(제60조 제2항). 다음으로, 근로계약 기간이 1년 이상 2년 이하인 경우 또는 1년 미만의 기간제근로계약이 갱신되어 1년 이상 2년 이하 동안 계속 고용된 경우에는 2년차에 접어드는 시점에서 15일의 유급휴가를 사용할 수 있다(제60조 제1항). 이 때 1년차에 유급휴가를 사용하였다면 그 사용한 휴가일수를 15일에서 공제할 수 있다(제60조 제3항). 마지막으로, 두 번째 경우에서도 문제가 되는데, 2년의 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자는 1년차의 근로에 대하여 2년차에 15일의 유급휴가를 사용할 수 있는 것은 당연하지만, 2년차의 근로에 대하여 발생한 또 다른 15일의 유급휴가는 사용하지 못할 가능성이 있다. 왜냐하면 기간제근로자를 2년 초과하여 계속 사용하면 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주되기 때문에 2년의 시점에서 근로계약이 단절될 수 있기 때문이다.

그러므로 기간제근로자의 미사용 휴가를 보상해 줄 수 있는 특별한 조치가 필요하지 않은가 생각해 볼 수 있다. 특히 무기계약근로자는 사용자가 휴가의 사용을 촉진하기 위한 조치를 취하지 아니하면 미사용 휴가에 대한 보상을 받을 수 있는데, 기간제근로

19) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다66995, 67004 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 참조.

자는 미사용 휴가에 대하여 아무런 보상을 받지 못한다면, 결국 “기간제근로자임을 이 유로” 부당한 결과를 강요받는 셈이 되는 것은 아닌가 의문이 들 수 있다. 사용자가 휴 가 사용 촉진 조치를 취한 경우에도 마찬가지이다. 어쨌든 무기계약근로자는 연차유급 휴가를 사용할 수 있지만, 기간제근로자는 근로계약이 갱신되지 않는 한 휴가를 사용할 수 없기 때문이다. 우리 근로기준법이 설계한 휴가 제도 자체가 기간제근로자의 불이익 을 어쩔 수 없는 것으로 받아 들인 것인가 좀 더 많은 고민이 필요하겠지만, 적어도 무 기계약근로자의 미사용 휴가에 대한 보상이 근로계약이나 취업규칙이나 단체협약이나 관행 등에 의하여 인정되는 경우에는 기간제근로자의 미사용 휴가도 동일한 방식으로 보상해야 하지 않을까 생각한다.

다. 각종 복리후생

통근차량의 이용, 작업복의 지급, 직원식당(구내와 구외를 막론)의 이용이나 식권의 지급, 샤워실이나 탈의실의 이용, 보육원이나 유치원 이용 등에 있어서 기간제근로자와 무기계약근로자 사이에 차별이 있어서는 아니 된다.

이 때 기간제근로자와 무기계약근로자가 동일한 복리후생 시설을 사용하도록 해야 한다는 의미이며, 기간제근로자가 사용하는 시설과 무기계약근로자가 사용하는 시설을 분리하는 것도 차별에 해당한다고 보아야 한다.

이러한 점은 단시간근로자와 통상근로자 사이에, 파견근로자와 사용사업근로자 사이 에서도 동일하게 적용되어야 한다. 특히 근로자파견법 제26조 제1항은 “파견사업주는 (...) 노동부령이 정하는 사항을 서면으로 알려주어야 한다”라고 규정하고 있는데, 여기 서 “노동부령이 정하는 사항”이란 “파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 복리후생시 설의 이용에 관한 사항”을 말한다(시행규칙 제12조). **㉮**