

2008 여성노동인권교육 **빵과 장미** + ∞ 자료집

여성노동인권교육

일정 | 2008년 10월 13일 ~ 30일

시간 | 오후 6시 30분 ~ 9시 30분

장소 | 서울여성노동자회 교육장

서울여성노동자회

전화 : 사무국 02-3141-3011

여성노동상담전화 '평등의전화' 02-3141-9090

여성한부모지원상담 02-3141-3015

팩스 : 02-3141-3022

전자우편 : equaline@hanmail.net

홈페이지 : <http://www.equaline.or.kr>

서울여성노동자회

주최 |  서울여성노동자회

후원 |  여성부

2008 여성노동인권교육 **빵과장미+** 자료집

여성노동인권교육

일정 | 2008년 10월 13일~30일
시간 | 오후 6시 30분~9시 30분
장소 | 서울여성노동자회 교육장

서울여성노동자회

주최 |  서울여성노동자회

후원 |  여성부

빵과 장미

"모든 이에게 빵을, 그리고 장미도"

- 서부 여성들의 슬로건(제임스 오펜하임)

우리가 환한 아름다운 대낮에 행진, 행진을 하자,
헤아릴 수 없이 많은 컴컴한 부엌과 잿빛 공장 다락이
갑작스런 태양이 드러낸 광채를 받았네.
사람들이 우리가 노래하는 "빵과 장미를, 빵과 장미를"을 들었기 때문에.

우리들이 행진하고 또 행진할 땐 남자를 위해서도 싸우네,
왜냐하면 남자는 여성의 자식이고, 우리 그들을 다시 돌보네.
태어나서 죽을 때까지 우리 착취당하지 말아야만 하는데,
마음과 몸이 모두 굶주리네: 빵을 달라, 장미를 달라.

우리가 행진하고 행진할 때 수많은 여성이 죽어갔네,
그 옛날 빵을 달라던 여성들의 노래로 울부짖으며,
고된 노동을 하는 여성의 영혼은 예술과 사랑과 아름다움을 잘 알지 못하지만,
그래, 우리가 싸우는 것은 빵을 위한 것 - 또 장미를 위해 싸우기도 하지.

우리들이 행진을 계속하기에 위대한 날들이 온다네--
여성이 떨쳐 일어서면 인류가 떨쳐 일어서는 것--
한 사람의 안락을 위해 열 사람이 희생당하는 고된 노동과 게으름이 더 이상
없네.
그러나 삶의 영광을 함께 나누네: 빵과 장미를 빵과 장미를 함께 나누네.
(시 번역: 진영종 성공회대 교수)



2008 여성노동인권교육 '빵과장미+α'

'빵과 장미'는 켄 로치 감독의 영화 <빵과 장미>로 유명합니다. 그렇지만 이 제목의 유래는 더 오랜 시간을 거슬러 올라가 1900년대 미국 서부지역 의류 여성노동자들의 파업에 내 건 구호 "일하는 중에도 우리는 굶주리고 있다. 파업을 해서 굶어도 마찬가지다"에서 영감을 받은 미국의 시인 제임스 오펜하임의 시 제목에서 찾을 수 있습니다. 많이 알려져 있는 바와 같이 '빵은 육체의 양식'을, '장미는 정신의 양식'을 대변하는 표현으로 널리 알려져 있기도 합니다.

현재 이 시대, 이사회를 살아가는 여성노동자들에게도 '빵과 장미'가 필요합니다. 여성이라서, 노동자라서, 더구나 비정규직이라서, 더 심하게는 결혼유무를 이유로 여성노동자들은 목소리가 있되 목소리가 없는 사람들로 존재하지만 존재감이 없는 사람으로 내몰리거나 스스로 그런 위치를 자처해 왔기 때문입니다. 혹은 존재감을 드러내기를 선택할 경우, 기륭이나 KTX승무원, 이랜드 등의 사례에서 볼 수 있듯이 장기적이고 극단적인 투쟁으로 빵과 장미를 위한 투쟁에 나설 수 밖에 없는 상황이기 때문입니다. 또한 여성노동자들에게는 '+α'가 필요합니다. 여성이라는 존재, 노동자라는 존재가 공존하고 있는 여성노동자로서 가지는 이중, 삼중의 소외는 또 다른 문제이기 때문입니다.

이런 문제의식으로 서울여성노동자회는 고민들을 함께 나누고 소통하는 자리로 여성부의 도움을 받아 '2008 여성노동인권교육, 빵과 장미+α'라는 소중한 자리를 마련하게 되었습니다. 부디 알찬 논의를 통해 여성노동자들이 스스로에게, 서로에게 '여성노동자 되기', '여성노동자로 살아내기'에 힘을 실어 줄 수 있기를 기대합니다.

2008년 10월 서울여성노동자회



주제별 일정

** 강의 시간 : 오후6시30분~9시30분

구분	주 제	강 사	일정
1강	노동시장의 변화와 여성의 지위	신경아(한림대 교수)	10/14 (화)
2강	법과 여성1 : 법과 여성인권, 성과와 과제/한계	박주영 (노무법인 '현장')	10/16 (목)
3강	섹슈얼리티와 노동	문은미 (여성문화이론연구소)	10/21 (화)
4강	법과 여성2 : 근로계약 일반	여연심 (민주노총 법률원)	10/23 (목)
5강	법과 여성3 : 모성권과 성차별	김재진 (노무법인 '일과희망')	10/28 (화)
6강	돌봄노동의 시장화에 따른 현실과 과제, 전망	최상림 (한국여성노동자회)	10/30 (목)
	수료식		

자료집의 순서

■ 여는 시	2p
■ 여는 말	3p
■ 주제별 일정	4p
■ 자료집 순서.....	5p
■ 1강 노동시장의 변화와 여성의 지위 신경아 교수 비정규직법 시행 후 여성노동시장의 변화와 과제	6p
■ 2강 법과 여성1 : 법과 여성인권, 성과와 과제, 한계 박주영 노무사 여성의 권리, 인간의 권리	20p
■ 3강 섹슈얼리티와 노동 문은미 성노동sex work을 어떻게 이해할 것인가?	32p
■ 4강 법과 여성2 : 근로계약일반 여연심 변호사 노동관계법의 의의와 체계(근로기준법을 중심으로).....	45p
■ 5강 법과 여성3 : 모성권과 성차별 김재진 노무사 모성권과 성차별	85p
■ 6강 돌봄노동 시장화에 따른 현실과 과제 전망 최상림 대표 돌봄	99p

비정규직법 시행 이후 여성노동시장의 변화와 과제¹⁾

신경아(한림대 사회학과)

1. 문제 제기

2007년 7월부터 시행된 비정규 보호법(기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률, 파견근로자 보호 등에 관한 법률)은 한국 노동시장에 적지 않은 변화를 가져올 것으로 예상된다. KTX 여승무원 사건이나 이랜드 사태는 법의 시행을 계기로 오히려 더 나빠진 노동시장 상황을 보여주지만, 동시에 일부 지방자치단체의 임시직 근로자들이 무기계약직으로 전환되는 등 개선의 측면도 나타나고 있다. 지금은 당초 이 법의 제정(그리고 개정) 과정에서 예측되었던 여러 가지 문제들—비상시 업무나 비숙련 업무에 대한 대량 계약 해지 및 해고와 2년 단위의 재고용, 파견·도급 등 외주화를 통한 간접고용의 확대—이 폭발적으로 전개되는 양상이며, 노동과 자본·정부의 힘겨루기가 선거 국면을 앞두고 정치적 영향까지 받으며 굴절되는 모습을 보이고 있다.²⁾ 비정규 보호법은 연차적으로 중소기업으로까지 확대될 예정이어서 노동시장에 일어날 변화는 당분간 그 파장이 지속될 것으로 보인다.

우리의 관심은 비정규 보호법이 여성노동자들에게 가져올 변화를 전망하고 여성들의 상황을 개선하기 위해서 필요한 과제는 무엇인지 탐색하는 것이다. 아직 시행된 지 4개월밖에 되지 않았고, 그 대상도 공공부문과 대기업에 한정되어 있지만, 5년여에 걸친 법 제정(개정) 과정에서 그 시행을 예측한 기업과 기관들이 법을 회피하거나 법적 경계를 벗어나는 전략들을 확대해 왔고 이것이 현재 진행 중인 노사분규의 원인이라는 점은 분명하다. 특히 우리는 이 법의 시행이 젠더적 차원에서 어떤 함의를 갖는가, 노동시장에서의 성평등(또는 성불평등)에 어떤 영향을 줄 것인가에 관심이 있다. 아울러 앞으로 전개될 상황에서 비정규직 여성운동은 어떻게 전개되어야 하는가 하는 문제를 고민하고 있다.

1) 이 글은 한국여성민우회 20주년 기념토론회에서 필자가 발표한 “비정규직법 시행이후 여성 비정규직 운동의 전망과 과제”를 수정, 보완한 글임.

2) 9월 마지막주에 전개된 KTX 협상과정은 이를 보여준다.

이를 위해 이 글에서는 90년대 이후 가속화한 노동시장의 분절화(Labour Market Segmentation)의 특징을 살펴보면서 이것이 젠더적 차원과 어떻게 맞물려 있는지 살펴볼 것이다. 특히 한국 노동시장의 변화와 특징을 검토하면서 비정규 보호법은 여기에 어떤 영향을 미칠 것인지 검토할 것이다. 무엇보다도 비정규 보호법의 성차별적 효과, 즉 비정규 보호법의 의도된 또는 의도치 않은 결과로 나타나는 성차별적 결과에 대해 살펴보고 앞으로 토론이 필요한 과제를 찾아보고자 한다.

2. 노동시장 분절의 새로운 양상

최근 전개되는 비정규직 증가는 노동 상품화(the commodification of labor)의 새로운 단계를 예고하는 것으로 이해되고 있다(McGovern et al., 2004:226). 벡(Beck)은 이를 노동의 탈표준화 테제(destandardization of labor thesis)로 정의하는데, 블루칼라 노동자와 화이트칼라 노동자의 분리라는 전통적인 구분이 풀타임 정규직 노동자와 유연하고 미조직된 저고용(underemployment) 노동자 사이의 구분으로 대체되고 있다는 지적이다. 이러한 노동의 탈표준화는 고용의 질을 저하시키며 노동조직과 관행에서 이질성을 증가시키는 것으로 이해되고 있다.

노동의 유연화와 비정규직의 증가는 노동시장 구조가 전통적인 기업 내부노동시장(ILM, Internal Labor Market) 모델에서 핵심-주변 모델(Core-Periphery Model)로 바뀌고 있음을 보여준다. 기업 내부노동시장 모델이란 별도의 입직구(入職口)의 존재, 저숙련에서 고숙련적으로의 지속적인 경력 향상(직무 사다리), 내부적으로 통합되고 투명한 임금 구조, 해고로부터의 보호, OJT(현장훈련) 등의 특징을 갖는 기업내 노동시장 유형을 가리킨다. 이러한 노동시장 모델은 기업 내적 요인과 외적 요인들이 작용한 결과 형성된 산물로, 내적 요인이란 기업 특수 숙련을 유지하고 발전시킬 필요성이며, 외적 요인이란 강한 노동조합, 낮은 실업률, 안정적인 경제성장을 등을 가리킨다(Grimshaw, Ward, Rubery and Beynon, 2001).

지난 1990년대 이후의 상황은 이러한 내부노동시장의 배경적 요인들이 약화되거나 사라지면서 고용주가 주도하는 시장 해법(new employer-led 'market solutions')이 지배하게 된 결과라고 할 수 있다. 전지구적 차원으로 확대되는 신자유주의 시장 경제와 기업간 경쟁은 전통적인 내부노동시장을 무너뜨리고 기업에 필요한 인력과 기술 등 자원의 상당 부분을 외부화(externalization)하는 전략을 확산시켜 왔다. 그 결과 형성된 것이 핵심-주변 모델로서 이는 소수의 핵심 인력을 내부화하는 대신 그밖의 자원과 활동을 외부로 돌리는 전략이다. 그리고 그 결과 형성된 산물이 노동시장 분절(labor market segmentation)이다.

한국의 노동시장은 기업규모와 성(gender)에 의해 분절되어 있다는 것이 많은 연구자들의 공통된 지적이다(정미환, 2004; 김순영, 2005; 장지연·양수경, 2007). 여성의 저임금이나 낮은 직급, 상대적으로 짧은 근속년수 등은 그 지표들이다. 그러나 최근의 노동시장 변화에서 또 한 가지 짚어보아야 할 점은 전통적으로 배제되어 왔던 내부노동시장에 여성들이 이제 막 진입하려하는 시점에 노동시장 구조가 바뀌고 있다는 사실이다. 전통적인 이중노동시장구조 -기업 내부노동시장과 외부노동시장-에서 외부에 배치되어 있던 여성들이 학력과 숙련의 향상을 통해 내부노동시장으로 들어갈 수 있게 된 시점에 노동시장 구조는 다시 급격한 변동을 겪고 있는 것이다.

핵심-주변 노동시장 모델에서 기업은 극소수의 핵심 기술을 가진 노동력만을 보유하려는 경향성을 가지고 있기 때문에 여성노동력의 외부화는 더욱더 분명한 것으로 보인다. 이러한 방향으로의 변화는 상대적으로 규제된 노동시장 체계로부터 명확한 논리(logic)이나 원칙이 없는 상태로의 변화를 의미하는 것으로 이해되고 있다(Grimshaw, Ward, Rubery and Beynon, 2001). 기업이 새로운 시장 주도적 해결 전략을 구사함에 따라 노동시장 참여자들은 핵심과 주변으로 분절된 노동시장 안에서 자신의 위치를 예상하는데 점점 더 어려워지게 되었다는 것이다. 불확실성(uncertainty)이 탈규제화한 노동시장에서 새로운 규범이 되고 있는 것이다. 그리고 누가 이러한 불확실성의 지배 하에 들어가게 될 것인가 하는 문제에서 성(gender)은 전통적이고 그래서 '자연스러운' 차별의 요인이 될 위험성이 크다.

동시에 유연한 노동시장으로의 변화는 노동자들 사이의 이질성을 확대시키고 새로운 분절의 경계들을 형성해 간다. 이중노동시장구조에서 노동시장 분절화로의 전환 결과 다양한 집단의 노동자들 사이에 새로운 차이들이 나타나고 있는 것이다. 여성노동자들 내부는 물론, 비정규직 안에서도 이질성과 새로운 차이들이 발생할 수 있다.

3. 비정규보호법 시행과 노동시장 구조의 변화

그동안 예상했던 것처럼 비정규보호법의 시행은 현재로서는 '비정규직 보호'라기보다는 '비정규직 양산'을 낳고 있는 것으로 보인다(최명숙, 2007). 간접적인 자료이기는 하지만 통계청이 집계한 수치에 따르면, 이 법의 제정을 둘러싼 논의가 지속되어온 최근 4년 동안 비정규직은 100만 명이상 늘었고 증가율도 정규직의 그것을 훨씬 웃도는 것으로 나타났다(통계청, 2007).³⁾ 직접적으로 법의 시행 이전과 이후, 즉 2006년 8월부터 2007년 8월 사이의 추이를 살펴보면, 비정규직은

3) 통계청, 「경제활동인구 부가조사 결과」, 2007년 8월 실시.

5,457천명에서 5,703천명으로 늘어나 4.5%의 증가율을 기록, 2.9%의 증가율을 보인 정규직을 앞지르고 있으며, 전체 노동자 중 비정규직의 비율도 35.5%에서 35.9%로 0.4%p 증가하였다.

특히 비정규직 안에서도 한시적(기간제, 비기간제) 근로자와 같은 상대적으로 고용이 안정적인 근로자가 감소한 데 비해, 파견·용역·특수고용·일일근로와 같은 고용이 더 취약한 근로자가 증가하고 있다. <표1>과 <표2>에서 비정규직 노동자의 추이를 살펴보면, 한시적 근로자는 소폭 증가하거나(남성, 0.4%p) 오히려 감소한 데 비해(여성, 5.1%p), 파견·용역·특수근로·일일근로 등 비전형 근로자수에서 남녀 모두 큰 증가세를 보이고 있다. 기간제 등 한시적 근로자가 (유사)정규직화하거나 해고되는 한편, 파견·용역 등 외주화가 확대되고 있음을 암시한다.

표1 > 성별 한시적 근로자 추이

(단위 : 천명, %, 전년도월대비)

	2006. 8	2007. 3	2007. 8	증감(률)
< 비정규직근로자 >	5,457 (100.0)	5,773 (100.0)	5,703 (100.0)	246 (4.5)
• 한시적근로자	3,626 (66.5)	3,642 (63.1)	3,546 (62.2)	-80 (-2.2)
- 기간제	2,722 (49.9)	2,614 (45.3)	2,531 (44.4)	-190 (-7.0)
- 비기간제 ¹⁾	905 (16.6)	1,028 (17.8)	1,015 (17.8)	110 (12.2)
< 남 자 >	2,705 (100.0)	2,968 (100.0)	2,907 (100.0)	202 (7.5)
• 한시적근로자	1,914 (70.8)	1,962 (66.1)	1,922 (66.1)	7 (0.4)
- 기간제	1,466 (54.2)	1,461 (49.2)	1,408 (48.4)	-58 (-3.9)
- 비기간제 ¹⁾	448 (16.6)	501 (16.9)	513 (17.7)	65 (14.5)
< 여 자 >	2,752 (100.0)	2,805 (100.0)	2,796 (100.0)	44 (1.6)
• 한시적근로자	1,712 (62.2)	1,680 (59.9)	1,625 (58.1)	-87 (-5.1)
- 기간제	1,256 (45.6)	1,154 (41.1)	1,123 (40.2)	-133 (-10.6)
- 비기간제 ¹⁾	457 (16.6)	527 (18.8)	502 (17.9)	45 (9.9)

1) 근로계약기간을 정하지 않았으나 계약이 반복 갱신되어 또는 비자발적 사유로 계속근무를 기대할 수 없는 근로자

자료: 통계청, 「경제활동인구 부가조사 결과」, 2007년 8월 실시.

< 표2 > 성별 비전형근로자 추이

(단위 : 천명, %, 전년동월대비)

	2006. 8	2007. 3	2007. 8	증감 (률)
< 비정규직근로자 >	5,457 (100.0)	5,773 (100.0)	5,703 (100.0)	246 (4.5)
• 비전형근로자	1,933 (35.4)	2,244 (38.9)	2,208 (38.7)	275 (14.2)
- 파견	131 (2.4)	175 (3.0)	174 (3.1)	44 (33.4)
- 용역	499 (9.1)	584 (10.1)	593 (10.4)	94 (18.9)
- 특수형태근로	617 (11.3)	643 (11.1)	635 (11.1)	18 (2.9)
- 일일근로 등 ¹⁾	842 (15.4)	1,069 (18.5)	970 (17.0)	128 (15.2)
< 남 자 >	2,705 (100.0)	2,968 (100.0)	2,907 (100.0)	202 (7.5)
• 비전형근로자	918 (33.9)	1,178 (39.7)	1,141 (39.3)	224 (24.4)
- 파견	65 (2.4)	81 (2.7)	83 (2.8)	18 (27.0)
- 용역	269 (10.0)	354 (11.9)	340 (11.7)	71 (26.2)
- 특수형태근로	186 (6.9)	222 (7.5)	214 (7.4)	28 (15.2)
- 일일근로 등 ¹⁾	452 (16.7)	607 (20.4)	579 (19.9)	127 (28.0)
< 여 자 >	2,752 (100.0)	2,805 (100.0)	2,796 (100.0)	44 (1.6)
• 비전형근로자	1,015 (36.9)	1,067 (38.0)	1,067 (38.2)	52 (5.1)
- 파견	66 (2.4)	94 (3.4)	92 (3.3)	26 (39.7)
- 용역	229 (8.3)	230 (8.2)	253 (9.0)	24 (10.4)
- 특수형태근로	431 (15.7)	421 (15.0)	421 (15.1)	-10 (-2.4)
- 일일근로 등 ¹⁾	390 (14.2)	463 (16.5)	391 (14.0)	2 (0.4)

• 비전형근로자 내 유형별 중복으로 규모 및 비중의 합계는 불일치함

1) 가정내 근로 포함

자료: 통계청, 「경제활동인구 부가조사 결과」, 2007년 8월 실시.

이러한 자료는 비정규보호법의 시행과 관련된 그동안의 우려들이 현실화되고 있음을 보여준다. 비정규보호법이 가져올 노동시장 변화와 관련해서 지적할 수 있는 가장 큰 문제점은 외주화로 인한 간접고용의 확대와, 기업 내부 인력의 차별화이다. 이러한 현상은 핵심-주변 노동시장 모델의 효과들, 즉 외부화와 차별적 내부화로 설명할 수 있다.

1) 노사관계의 다층화: 간접고용의 확대

이미 예견되어 왔듯이, 새 법의 시행 결과 가장 큰 문제로 지적되고 있는 것은 외주화를 통한 간접고용의 증대이다.

2005년 12월 경총 산하 기업조사에 따르면, 직접고용 비정규직 활용에 대한 규제가 입법될 경우 인력 운용을 어떻게 할 것인가를 묻는 질문에 대해 정규직으로 전환하겠다는 기업은 11.6%에 그친 반면 사내하청이나 아웃소싱으로 전환하겠다는

기업이 27.3%를 차지하고 있다(남우근, 2007a). 역시 경총의 [비정규직 법률 및 인력관리 체크포인트]에 따르면, 새 법의 시행에 따라 “기간제·파견 근로자의 활용 기간이 2년 이내로 제한되므로 기업의 원활한 인력 운영을 위해서는 도급(위탁) 사업, 파견업체의 아웃소싱 등을 전략적으로 활용할 필요가 있다”고 명시하고 있는 것을 볼 수 있다(경총 부설 노동연구원, 2007:63-64). 이 지침서는 또한 “최근 개정된 비정규직 법은 차별적 처우의 금지의 비교대상으로 당해 사업 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자, 통상근로자 또는 근로자로 규정하고 있어 동일한 생산라인 또는 사무(업무) 라인에서 비정규 인력을 사실상 활용하기가 어려워졌다”는 판단과 함께, “일부 사업과 업무를 외부화(아웃소싱)하고 이에 맞추어 필요 인력도 전략적으로 활용하는 방안을 검토할 것”을 주장하고 있다. 나아가 “회사의 인력운영의 유연성 확보 및 업무의 전문성, 효율성 제고를 위해 핵심사업 수행과 전략적 중요도가 높은 업무에는 정규직을 활용하고 반면 반복적이고 정형적인 직무, 업무량이 단기적이고 변동 업무는 도급(위탁)을 활용할 것”을 권고하고 있다.

이러한 주장은 비정규직법 시행후 현실화되고 있는데, 2007년 7월말에 이루어진 노동부 조사에서 기업의 30% 이상이 외주용역 전환의사가 있다고 응답한 것과, 6월에 시행된 한국노총 조사에서도 9개 사업장, 20%의 기업이 비정규직 업무의 일부를 외주용역으로 전환한 것으로 응답한 것이 그 증거들이다. 이러한 전환은 공공부문과 민간부문에서 모두 광범위하게 추진될 것으로 보이며(김경란, 2007: 29), 특히 기획예산처의 주도로 이루어지는 공공부문에서 대규모의 외주용역 전환이 이루어질 것이라는 전망도 제기되고 있다(유정엽, 2007: 35).

7월 비정규직법 시행이후 공공부문에서 나타난 외주용역화 사례를 살펴보면, 공공부문에서 먼저 나타났는데, 2006년 12월 법원 행정처가 40여명의 비정규직의 재계약을 거부하고 용역직으로 전환하여 사회적 문제가 되었으며, 이후 병원과 학교, 공기업에서 확대되어 왔다. 민간부문에서는 유통업의 계산업무에서 두드러진다. 이랜드 계열 회사인 뉴코아가 계산원 320여명 중 비정규직 223명을 외주로 전환했으며, 현대백화점은 비정규직 계산원 106명을 외주화했고 세이브존은 계산원 230명을 외주화했다(김종진, 2007: 72).

특히 노동계는 앞으로 파견보다는 위장도급이 확대될 것으로 전망하고 있다(민주노총 법률원, 2007). 원청업체들이 파견의 성격이 강함에도 불구하고 ‘노무도급’을 선호하는 하는 이유는 파견법에 의한 사용자주로서의 책임을 면하기 위한 것

으로, 특히 비정규직 보호법률이 통과된 이후로는 파견근로자를 계약직으로 채용한 후에 무기계약(사실상 정규직화)으로 전환하여야 할 책임까지 부담하여야 하기 때문에 더욱 노동도급으로 갈 가능성이 커졌기 때문이다(남우근, 2007a). 현실적으로 노동도급인 경우는 위장 도급인 경우가 많은데, 이는 파견법에 의한 고용의무 규정과 사용자주로서의 책임을 회피할 수 있는 잇점 때문이다. 특히 비정규직 보호법률이 통과되면서 많은 사용자들이 이전보다도 더 위장 도급의 형태를 선택할 가능성이 커졌다고 노동계는 전망하고 있다. 이처럼 위장 도급을 선택하는 것은 파견법상의 사용자주 책임, 2년 경과 후 고용의무, 파견대상업무 등에 대한 규제를 회피할 수 있기 때문이다. 또한 도급관계는 차별시정절차 적용 대상에서 제외되어 있다.

이와 관련하여 경총의 한 자료에서는 “비정규 인력이 담당하는 업무를 도급화를 통해 해결하는 방법이 가장 현실적” 이라고 보는, 보다 직설적인 주장이 제기되고 있다. “비정규직 근로자와 근로계약기간이 만료된 후 해당 업무를 도급계약을 통해 해결하는 방안” 이 바람직하며, “이 경우 비정규직법 적용으로 나타날 위험을 미연에 방지할 수 있다는 장점” 이 부각되고 있다(조영길, 2007).

전통적인 관점에서 그리고 원칙적인 의미에서 근로관계는 직접고용의 원칙에 입각해야 한다(채호일 외, 2006:11; 조경배, 2003). 노동제공자인 근로자에 대한 근로계약의 상대방으로서의 사용자는 현실적인 노동수령자와 동일하며, 사용자가 부담해야 할 노동법상의 책임 역시 양자가 동일하게 통합되는 것이기 때문이다. 간접고용은 ‘근로계약관계와 지휘·명령관계의 분리’를 핵심적인 특징으로 한다. 그 결과 나타나는 문제가 노사관계에서 누가 협상의 파트너가 될 수 있는가 하는 것이다. 예를 들어, 도급(용역) 노동자의 경우 사용자주와 고용사업주(용역업체) 중 누구를 사용자로 하여 임금 등 근로조건에 대한 청구권을 행사하고 노동3권을 행사할 수 있는지가 논란의 대상이 되고 있다. 이처럼 노사관계 자체가 명확하지 않고 다층적으로 되는 현상—사용사업주와 노동자, 고용사업주와 노동자—이 확대되면서 다수의 노동자가 노동법의 보호 밖에 놓이게 된다.

2) 여성 노동력의 차별적 내부화

비정규 보호법 시행을 전후로 금융권에서 전개된 분리직군제는 노동연구자들 사이에서도 그 평가가 다르게 나타나고 있다. 여성운동단체나 여성연구자들은 이것이 성별 불평등 구조를 고착화시키는 체제라고 비판하고 있으나, 비정규직의 고용을

안정시키는 현실적인 방안으로 평가하는 사람도 있다.

필자가 보기에 현재까지 진행되어 온 금융권의 분리직군제는 일본의 여성 파트타이머들의 노동시장 위치와 구조적으로 유사한 것으로 생각된다. 김순영(2005)은 일본의 여성 파트타이머들이 기간(基幹) 노동력화하면서 고용안정을 보장받는 대신 저임금 노동자의 지위에 묶여 있다고 보아 이를 ‘제한적 내부화’로 규정한다. 현재 우리 사회에서 진행되고 있는 분리직군제 역시 고용안정성을 보장함으로써 여성 비정규직을 내부화하고 있지만, 핵심인력과 철저히 분리된 보조적 인력으로 구조화함으로써 그 효과를 제한하고 있다. 이러한 내부화 방식은 현재로서는 명백한 차별, 특히 간접차별로 해석될 수 있다(조순경, 2007).

이같은 차별적 내부화가 앞으로 어떻게 진행될 것인가는 아직 가늠하기 어렵다. 다만 현재로서 판단할 수 있는 것은 차별적 내부화 역시 동질적이지 않으며 기업의 관행과 사용자의 전략, 노사관계의 상황에 따라 훨씬 더 배제적으로 이루어질 수 있다는 사실이다. 이미 제2금융권에서 나타나고 있는 분리직군제 내부의 다양성은 이를 보여준다(이주희, 2007).

4. 노동시장의 변화와 운동의 전략

1) 기업 내부노동시장의 이질화 전략

정이환(2007)은 현재의 비정규직 노동자의 차별 문제를 풀기 위해서는 기업 내부노동시장과 외부노동시장간 차별을 없애야 하며 그러기 위해서는 내부의 이질성을 증대시켜야 한다고 주장한다. 그는 정규직과 비정규직간 차별을 해소하기 위해서는 비정규직이라는 고용형태를 그대로 둔 채 차별을 없애는 것은 한계가 있다고 본다. 비정규직의 규모 축소, 즉 정규직화가 중요하다는 것이다. 그러나 사용자 정책만으로는 정규직화가 이루어지지 않을 텐데, 한국 노동시장체제의 특성상 사용자들은 내부노동시장 고용량을 최소화하려는 강한 동기를 가지기 때문이다. 따라서 그는 현 상황에서 필요한 것은 임금체계의 개편이라고 제시한다. 근속년수가 아니라 직무내용과 숙련에 의해 임금이 결정되는 체제로의 개편이 필요하다는 것이다. 상대적으로 단순 직무에는 기업내부노동시장 정규직의 임금을 적용하지 않으려는 것이 비정규직 사용의 주요 동기이므로 단순 직무에는 기존 내부노동시장 노동자와 다른 임금체계를 적용할 수 있게 한다면 비정규직의 정규직화가 가능하리라는 것이다.

이러한 내부의 이질성 증대 전략의 사례 중 하나로는 그는 금융권의 분리직군제를 지적한다. 물론 이것은 현재로서는 명백히 성차별적인 방식으로 전개되고 있으므로 장기적으로 지속되기는 어려울 것이라는 것이 그의 견해이다. 그러나 현재의 분리직군제와 직능급(직무급+숙련급)을 확대시켜나가는 것이 장기적으로 비정규직 문제를 해결할 수 있는 차선택이 될 수 있다는 것이다. 따라서 기존 정규직의 임금체계를 포함하여 전면적 임금

체계 개편이 이루어져야 하며, 직무와 숙련의 개념에 기초한 직능급 체계와 이를 토대로 한 인력체계의 개편이 궁극적인 대안이 될 수 있다는 것이다.

이러한 주장을 여성의 관점에서 생각해 보면, 결국 단순 직무로 분류되어 직능급 체제에서 주변화될 가능성이 큰 업무들은 여성 직무일 것이라는 문제가 있다. 정이환 역시 이 문제를 인정하고 있지만, 대안은 제시하지 않는다. 실제로 현재 기업의 외부화 전략에서 성(gender)이 어느 정도 중요한 요인이 되고 있는가는 입증된 바가 없다. 파견이나 용역 등 간접고용이 여성에게 더욱 자주 발생하고 젠더적 관점에서 문제가 되는 것인지는 아직 분명하지 않다. 간접고용 노동자의 규모에서 여성의 비중은 전체 비정규직 내 여성 비중보다 크지 않다. 그러나 여성노동자들이나 여성연구자들은 노동시장과 사회 전반에서 여성의 지위가 갖는 취약성이 간접고용관계에서도 개입되고 있다고 생각한다.⁴⁾

김양지영(2005)은 호텔 룸메이드 여성노동자의 용역화 사례를 다루면서 룸메이드 업무의 외주화는 전형적인 성차별의 사례라고 해석한다. 호텔의 아웃소싱 과정은 성별 분업이 뚜렷한 사업장에서 여성 직종에 한해 비정규직화되는 성별화된 유연화 과정이라는 것이다. 실제로 아웃소싱의 대상을 선정하는 데 있어 핵심/주변 업무의 구분이 아니라, 통념적인 주변근로자, 즉 여성과 고연령층을 1차적 대상으로 하는 '관행'이 지배적이었기 때문이다.

박남희(2007) 역시 호텔 룸메이드의 사례는 여성노동의 가치가 제대로 인정받지 못하거나 점점 하락하고 있음을 보여주는 전형이라고 본다. "호텔 룸메이드의 업무가 단순한 청소일이 아니라 여성의 돌봄노동이며, 100% 여성 직종이기 때문에 용역화되었고 최저임금 직종으로 하락되었다"고 해석하는 것이다. 따라서 기업이 주장하는 핵심/주변 업무의 분리 자체가 비정규직 활용을 위한 신자유주의적 노무관리제도의 수단(김성희외, 2006: 19)이지만, 여성의 관점에서 보면 '단지 여성이 그 일을 하고 있다는 이유'로 평가절하되고 간접고용의 대상이 되고 있다는 것이다.

4) 윤금옥 전국여성노조 롯데호텔 용역노동조합 분회장 인터뷰 내용임.

김진(2007)도 이 문제를 좀 더 깊이 파고들고 있는데, 외주화에 나타나는 주요한 문제로 대상자 선정의 공정성을 지적하고 있다. 본래 정리해고에서 대상자 선정은 기업이 당연한 경영상의 어려움을 극복하기 위해 구체적인 경영합리화 조치와 직접 관련되는 근로자들을 대상으로 해야 한다. 그러나 용역화와 같이 "대체하기 용이하다"는 것은 정리해고를 정당화시키는 대상자 선별과는 거리가 먼 것으로 보아야 한다. 이러한 기준을 용인하게 되면, 전사회적으로 고용이 불안정한 기능적 근로자들이 임의로 정해진 "용역 전환의 용이성"으로 인해 언제든지 우선적인 해고대상이 될 수 있기 때문이다. 현실적으로 핵심·주변 업무로 구별하는 기준을 찾기 어렵기 때문에 자칫 사무직·기능직을 자의적으로 나누어 '구조조정 계획'을 입안하는 사무직들의 자의에 의해 기능직들의 고용 안정이 위협받기 쉽다는 것이다. 여기서 상위 사무직, 관리직의 대다수가 남성이며 기업의 인사관리가 남성중심적으로 운영되고 있다는 사실을 고려하면 외주화의 대상에 여성들이나 여성 직종이 우선적으로 포함되기 쉬우며 성차별적 관행이 개입될 가능성이 적지 않다는 것이다.

이러한 주장들을 종합하면, 외주화 가능성이 높은 업무는 여성들이 주로 하는 일로서, 이것은 주변업무의 외주화 전략에 따라 합리적으로 이뤄진 것이 아니라, 여성이나 중고령자와 같은 '인적 속성'을 기초로 그들의 업무를 평가절하하는 사회적 관행에 따른 것이라는 평가를 내릴 수 있다.

특히 기업 측에서 새 법의 차별시정규정을 피하기 위해서는 직접 고용 근로자와 하도급 근로자를 동일한 생산 공정에서 사용하지 않아야 하며, 생산 공정을 분리하여 하도급업체 근로자를 사용해야 하는데, 여기서 성별 직무 분리가 생산 공정 분리의 주요 수단으로 될 가능성이 크다. 아울러 여성들의 낮은 조직력, 생계보조자라는 고정관념 등으로 인해 외주화의 우선적인 대상이 되기 쉬운 것이 사실이다. 여기서 중요한 요소는 원청업체 노동조합의 역할이지만, 남성중심적 정규직 노동조합은 지금까지 여성 우선적 외주화에 동의하거나 묵인해 온 것으로 평가되고 있다. 기업은 물론, 노동조합 역시 정규직 중심 전략과 남성중심적 문화로 인해 여성근로자의 간접고용 전환을 방치하고 있다는 것이다.

유통업에서 확산되고 있는 계산업무의 외주화 역시 그 전형적인 사례라고 할 수 있다(김종진, 2007: 76). 비정규직법 시행을 전후로 직접고용 비정규직을 간접고용으로 전환한 곳은 이랜드 뉴코아, 세이브존 I&C, 현대백화점 등이다. 이들 유통업체에서 계산업무는 원래 정규직·기간제·파트타임 등 다양한 형태로 운영되고 있었으

며, 그중 기간제나 파트타임과 같은 비정규직은 애초에는 정규직의 병가나 출산휴가를 대체하기 위해 사용되었다. 유통업에서도 정규직 남성은 매장관리나 구매부문을 차지하고 있는 반면, 비정규직 여성은 판매, 판촉, 계산 업무를 담당했고 이러한 성별 직무 분리의 결과 여성은 간접고용된 비정규직으로 내몰리고 있는 것이다. 그 결과 유통업 사무직 매장 관리·구매 등의 업무를 담당하는 남성 정규직 근로자들은 '고임금-고기술의 승리자'로, 계산 업무와 같은 비정규직 여성 근로자들은 '저임금-저기술의 패배자'가 되고 있다는 것이다(김종진, 2007: 77).

이러한 논의들을 종합하면 기업 내부노동시장의 이질화를 통해 외부화의 필요성을 해소하려는 전략은 자칫 여성이나 저학력자, 관행상 단순직으로 분류되어 온 노동자들에 대한 차별을 고착시킬 수 있는 위험이 있다. 그러나 장기적으로 볼 때, 직능급이나 산업별·업종별 임금체계를 표준화하는 작업은 중요한 과제라고 할 수 있다. 또 노동측이 아니라

자본측에서 이 문제에 대한 관심이 크며 현재 여러 가지 방법을 모색하고 있는 것으로 보인다.⁵⁾ 따라서 이러한 방향의 비정규직 대안이 가진 가능성과 문제를 깊이 있게 논의하면서 여성주의적 개입은 어떻게 이루어져야 하는가를 논의해 갈 필요가 있다.

2) 기업 외부노동시장의 노동조건 향상 전략

노동시장 분절 구조를 해체하기 위해서는 사용자가 노동시장을 분절하려는 동기 자체를 해소하는 방법이 있을 수 있다. 먼저 강제적인 방법으로 비정규직 사용 자체를 규제하는 방법, 즉 불법화 또는 전면적 규제 방안이 있다. 그러나 이러한 방법이 가질 수 있는 실효성에 대해서는 여러 가지 평가가 공존하여, 외국의 사례를 보아도 오히려 효과를 확신하기는 쉽지 않다. 노르웨이와 미국에서 기업들이 비정규직 노동자를 사용하는 실태를 조사한 Olsen & Kalleberg(2004)의 연구에 따르면, 노동시장에 대한 강력한 규제를 법제화한 노르웨이에서 비정규직이 더 많이 사용되고 있는 것으로 나타난다. 물론 노르웨이 비정규직 노동자의 노동·복지 조건은 미국에 비해 현저히 안정되어 있고 비정규직이 정규직 취업으로 이어지는 가교(bridge)의 역할을 하고 있다는 점에서 심층적인 평가가 필요하다. 그러나 비정규직 사용에 대한 법적 규제의 실효성에 대해서는 충분히 검토해 보아야 하며, 특히

5) 최근 경총에서 이루어지는 각종 세미나의 주제 중 하나가 직무급과 관련된 것이다.

한국과 같은 사용자의 주도가 강한 사회에서 입법화 자체가 어느 정도 가능할 것인가에 대한 고민이 필요하다.

노르웨이의 사례에서 얻을 수 있는 시사점의 하나로, 외부노동시장과 내부노동시장 간 이동의 통로를 구조화하고 외부노동시장에서 내부노동시장으로의 상향이동 기회를 확대해 가는 방법이 있다. 예를 들어, 비정규보호법 시행이후 나타나는 하위직급 신설에 의한 정규직으로의 통합 방식이나, 분리직군제에서 직군간 이동을 자유롭게 함으로써 일정한 숙련을 가진 노동자가 상위 직군으로 이동할 수 있는 기회를 확대해 가는 방법이 있다. 또 직군간 차이를 극소화해서 수평적인 분리 개념으로 만들자는 주장(정이환, 앞글)도 있다. 현실적으로 이것이 얼마나 가능할 지는 의문이지만—사용자가 직군제를 도입하는 것 자체가 차별화를 위한 전략이므로—이에 대해서도 더 많은 연구가 필요할 것이다.

따라서 보다 우회적인 방법으로 외부화된 노동자들의 노동조건을 개선하고 조직화를 통해 협상력을 확보하는 방안이 있을 수 있다. 파견, 용역 노동자들의 노동조건을 대폭 개선하고 노동 3권을 보장하며 최저임금 수준을 대폭 향상시킴으로써 기업이 외부화로 얻을 수 있는 실익 자체가 축소될 수 있도록 하는 방안이 그것이다. 이와 관련해서는 현재 관련 법안이 제기되어 있는 상태이며 더 많은 논의가 필요한 것으로 보인다.

또한 기업 내부와 외부의 경계를 깨뜨림으로써 외부화된 노동자의 교섭력을 강화시키는 방안도 고려해 볼 수 있다. 간접고용 노동자의 단체교섭과 관련해서 사용사업주와 고용사업주의 기업을 하나의 '기업집단'으로 구성하여 용역 근로자들이 원청업체를 상대로 직접 단체교섭을 요구할 경우 이것을 적극적으로 인정하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 미국의 경우 정규직과 간접고용 근로자가 하나의 교섭단위로 구성되게 하는 제도를 구성하여 시행중이다. 2000년 전국노사관계위원회(NLRB)의 결정으로 파견노동이나 용역노동과 같이 복수사용자를 가지고 있는 외부 비정규 근로자를 대상으로 "비정규직 근로자와 정규직 근로자간의 이익공동성이 존재하는 한 사용사업주 노조의 구성원이 될 수 있게" 되었다. 이것은 우리의 현행 법 테두리 안에서도 가능하다고 판단된다(은수미·조성재, 2007).

마지막으로 한 가지 생각해볼 문제는 외부화의 대상이 되는 업무들의 속성과 외부화의 타당성에 대한 법적인 판단이다. 노동 유연화 전략에서 기업은 주변 업무를 주로 외부화의 대상으로 선정하고 있으며 이는 기업의 전략의 하나로 간주된다. 즉 신자유주의적 경쟁체제 안에서 기업이 살아남기 위한 경쟁력 확보 방안의 하나라는 것이다. 그러나 주변 업무를 외부화하는 것, 그 결과 주변 업무라고 규정된 일자리

를 채우는 노동자들이 외부화되는 현실 자체는 과연 얼마나 타당한 것인가? 필자가 보기에 경제적인 논리로만 보자면, 이러한 전략 자체를 비판하기는 쉽지 않다. 그러나 이러한 주변화 전략이 실제로 기업에 얼마나 이익이 되는가, 기업의 경쟁력 강화에 얼마나 효율적인가 하는 문제는 더 면밀히 검토해 보아야 하며, 현재로서는 그 실익이 크지 않다는 논의 또한 적지 않다.

동시에 이러한 기업의 전략이 전체 사회에 가져올 영향은 어떤 것인가? 하는 문제에 대해서도 사회적 논의가 필요하다. 보통 노동시장 분절 전략은 사회적 양극화를 가져오는 것으로 이해되고 있다. 이미 차별적 조건에 있던 노동자들을 더욱더 외부화시킴으로써 초래되는 사회적 결과를 어떻게 감당할 것인가? 단지 복지 차원에서만 접근해서는 근본적인 문제의 해결이 어렵다는 것이 필자의 견해이며, 이와 관련된 사회적 담론의 활성화가 필요한 시점이라고 생각된다.

<참고문헌>

- 김순영(2004), "파트타임 노동자의 기간화(基幹化) 유형과 기업전략 : 일본 슈퍼마켓 산업 사례 분석", 『산업노동연구』, 제10권, 제2호.
- (2005), "파트타임 노동자의 기간노동력화와 기업의 젠더정치 : 일본의 슈퍼마켓 산업을 중심으로", 『경제와 사회』, 제66호.
- (2005), "여성비정규직 노동자에게 노동조합은 무엇인가", 『경제와 사회』, 제62호.
- (2007), "비정규 노동자에 대한 균등처우와 젠더: 일본 슈퍼마켓 기업의 개정인사관리제도 분석", 『경제와 사회』, 2007년 봄호(통권 제73호).
- 이종구(2004), "일본 노동시장의 유연성과 고용형태의 다양화", 『산업노동연구』, 제10권 제2호.
- 이혜순(2004), "여성 비정규직의 현실과 요구사항"
- 장지연(2006), "변화하는 사회보장정책과 여성의 일자리", 『도시와 빈곤』, 72호.
- 장지연·양수경(2007), "사회적 배제 시각으로 본 비정규 고용", 『노동정책연구』, 제7권 제1호, 한국노동연구원.
- 전국여성노동조합(2006), "외주화 원칙 삭제를 요구한다", 보도자료.
- 정건화(2003), "미국 비정규노동에 대한 연구 : BLS '한시적 노동'에 대한 대안적 접근", 『산업노동연구』, 제9권 제2호.
- 정이환·전병유(2004), "동아시아 고용체제의 특성과 변화: 한국, 일본, 대만의 고용안정성, 임금구조, 노동시장 분절성의 비교", 『산업노동연구』, 제10권 제2호.
- 정이환(2007), "비정규직 문제해결을 위한 임금체계 개편방안 모색", 『공공부문 고용구조 및 임금체계 개편방안 모색』, 노동시장 개혁을 위한 정책 토론회, 참여연대 노동사회위원회.
- (2005), " '반쪽짜리 정규직' 비판에도 '직무급제' 옹호하는 이유", 『프레시안』 2007. 07.26.
- 조경배(2002), "간접고용의 문제점과 해결방안", 『민주법학』 제21호.
- (2003), "직접고용의 원칙과 파견근로"

- 조성재(2006), "공공부문 간접고용 실태와 외주화에 대한 정책 방향", 『노동리뷰』, 2006년 9월호.
- 조순경(2007), "여성직종의 외주화와 간접차별: KTX 승무원 간접고용을 통해 본 철도공사의 체계적 성차별", 『한국여성학』 제23권 2호.
- 조영길(2007), 『비정규인력의 합리적 활용과 법적 대응방안』
- 채호일 외(2006), 『용역과 유사용역의 실태 및 임금 등 근로조건에 관한 연구』, (사)한국경력개발원, 노동부.
- 노동부(2007), 『불법파견 형태의 사내하도급 문제 해결을 위한 참여정부의 노력과 과제』.
- 전국여성노동조합 / 한국여성근로자회협의회(2004), "여성근로자 조직화·세력화를 위한 여성노동운동의 진단과 모색", 『여성노동조합 5주년 기념 워크숍 자료집』
- 전국여성노동조합(2006) "외주화 원칙 삭제를 요구한다", 보도자료.
- 최명숙(2007), "여성노동자들과 함께 만들어 온 희망과 열정", 한국여성민우회 20주년 기념 논문집, 미간행 원고
- 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원(2007), 『비정규직 법률 및 인력관리 체크포인트』.
- 한국경영자총협회 (2007), 『최근 노동정책 추진 현황』, 2007. 4. 9.
- Grimshaw, D., K., G., Ward, J. Rubery and H., Beynon (2001), "Organizations and the Transformation of the Internal Labour Market", *Work, Employment & Society*, Vol.15, No.1.
- Olsen, K., L., & A., L., Kalleberg (2004), "Non-Standard Work in Two Different Employment Regimes: Norway and the United States", *Work, Employment & Society*, Vol.18, No.2.
- Kalleberg, A., L., & K., M., Olsen (2003), "Comparing Flexibility Firms in a Cross-National Perspective", <http://www.universitetsforlaget.no/beta>
- Kalleberg, A., L. (2003), "Flexible Firms and Labor Market Segmentation: Effects of Workplace Restructuring on Jobs and Workers", *Work and Occupations*, Vol.30, No.2.
- McGovern, P., D., Smeaton, & S., Hill (2004), "Bad Jobs in Britain: Nonstandard Employment and Job Quality", *Work and Occupations*, Vol.31, No.2.

[법과 여성 1 : 여성인권과 법]

여성의 권리, 인간의 권리

- 여성노동인권 담론의 역사와 법적 주장의 가능성 -

박 주 영 (노무사, 노무법인 현장)

1. 오로지 인간이라는 이유만으로 주장(claim)할 수 있는 이유는 무엇인가

- 도덕적 권리로서 인권

○ 인권이란 각 개인이 오로지 인간이라는 이유 하나만으로 모든 사람들과 국가들을 향하여 주장할 수 있는 권리이다. 내가 권리를 가지고 있다는 것은 곧 내가 남(또는 국가)에게 그에 상응하는 의무를 부과할 수 있는 권한을 가지고 있음을 뚝뚝하게 주장할 타당한 근거가 있다는 것이다. 이 권리는 어떤 국가나 법체계가 권리로 인정하는가와 상관없이 우리 각자에게 인정되는 실정법 이전의 권리로서 그 내용을 모든 인간들과 국가들이 존중해야 할 의무를 진다. 즉 인권이란 국가와 실정법이 인정하는가와 상관없이 인간이라면 누리는 권리라는 점에서 자연권(natural rights) 또는 도덕적 권리(moral rights)라고 한다.

○ 법적인 권리는 어떤 법규범 체계가 개인에게 권리의 지위를 부여한 경우 그 개인이 가지는 권리를 말한다. 법적인 권리의 특징은 법제도에 권리의 주체가 다른 사람들로 하여금 그 권리에 대응하는 의무를 수행하는 형성권이 국가의 강제력으로 보장되어 의무자가 실현하지 않을 경우 재판관을 통해서 구제받을 수 있다는 데 있다. 즉 법제도에 의해 인정되기 때문에 제도적 권리이다. 그러나 인권은 입법과 판결이 부여하였다는 근거에 국한되지 않는 실정법 이전의 권리이다. 인권은 인류가 공통되게 인정하는 보편적인 도덕원리에 근거한다.

○ 보편적인 도덕원리들의 정당성은 어떻게 측정되는가에 대해서는 다양한 견해가 제시되지만 대표적으로 칸트(I. Kant)의 입장을 계승한 하버마스(J. Habermas)나 롤즈(J. Rawls)의 '이상적 합

의' 이론에 따르면, "자유롭고 정당한 개인들이 모여서 공평무사한 절차아래에서 어떤 규범이 관련당사자 모두에게 적용될 만큼 정당한가를 토론한 후 나온 결과라면 모두가 납득하고 동의할 만한 내용으로 이루어진 규범"이라고 이해한다. 이를 롤즈는 "무지의 베일 하에서의 원초적 상황"이라고 표현하였는데, 각 개인이 각자의 이익에 따라 판단하지 않도록 그러한 이익이나 입장이 제거된 상태에서 인권을 구성하는 기초적인 요소를 가려낼 수 있다. 이러한 도덕적 관점에 비추어보았을 때, 법체계가 마땅히 권리로서 인정해야 하는 것으로 정당화되는 것은 일반적으로 세 가지 측면에서 받아들여지고 있다. ① 도덕성은 타인에 대한 존중의 요청, 즉 각 개인은 다르면서도 동등한 존엄성을 가지고 있다는 점을 진지하게 고려해야 한다는 요청, ② 도덕성은 자기 이익만을 최대한 만족시키는 태도를 제한하고 남의 이익이나 입장도 고려해야 한다는 상호성의 요청, ③ 도덕성은 자기 이익만을 추구하는 태도를 제한하지만 동시에 각 개인들이 각자가 판단해 옳다고 생각하는 욕구들을 충족시키거나 또는 행복을 달성하는데 목표를 둔다.

- 도덕적 청구권으로서의 인권

○ 인권이 실정법 및 국가이전에 존재하는 도덕적 권리로서 법적인 기본권과 구분되는 권리인지 법적인 권리의 일종인지에 대한 근본적인 질문에 대해서 사람들은 대체로 실정법 이전의 도덕적 권리라고 본다. 그렇지만 권리의 특징을 '의무의 이행, 재판 및 실현 청구권, 강제가능성' 등과 같은 데서 찾는다면 도덕적 권리가 실제로 권리로서 인정될 수 있는가에 대한 반론이 제기될 수 있다. 이러한 점 때문에 인권을 애초부터 '법적인 의미에서의 권리'로 받아들이는 입장이 있다. 이러한 입장은 인권이 실현될 수 있으려면 단순히 도덕적 권리라는 것만으로는 부족하고 제도화되고 강제가능한 권리, 국가에 대해 청구할 수 있는 권리이어야 한다고 해석한다. 반면 이러한 입장에 대해 인권을 단지 도덕적 권리의 특수한 종류로 이해하는 입장에서도 인권의 도덕적 청구권을 인정하려고 하는 입장이 있는데, 이는 권리를 적극적(positive) 권리와 소극적(negative) 권리로 구분하고 인권 역시 '약한 의미의 도덕적 권리'와 '강한 의미의 도덕적 권리'로 구분하되, 인권을 후자의 맥락에서 "이미 자기 자신 속에 국가를 향하여 도덕적 권리들을 실정법적으로 제도화하여 보장해달라고 요구할 수 있는 도덕적 청구권이 내장되어 있는 권리"라고 이해한다.

○ 이러한 입장들은 인권에 "근본적인 도덕적 권리들을 제도화할 것을 요구할 수 있는 권리"가 포함되어 있다고 보는 점에서 모두 도덕적 청구권으로서의 인권을 구체화하고자 하는 이론들이라는 점에서 공통적인 특징을 갖고 있다. 도덕적 청구권으로서의 인권의 의미를 살펴볼 수 있는 권리이론으로서, 대표적으로 헨리 슈(Henry shue)의 권리이론을 살펴보자. 슈는 권리에 대한 지

금까지의 전제들, 즉 ① 권리는 적극적 권리와 소극적 권리로 명확하게 구분된다, ② 권리는 정치적·시민적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리로 명확하게 구분된다, ③ 정치적·시민적 권리는 소극적 권리이고 경제적, 사회적, 문화적 권리는 적극적 권리에 해당한다는 가정이 권리구성에 대한 이분법적 오류라고 평가한다. 권리는 권리의 존재 자체가 바로 그 상대방에게 의무를 부과하는 것이라는 점에서 “권리-의무 대응관계”를 형성하기 때문에, 권리의 의미를 이해하기 위해서는 그 의무의 측면에서 권리를 분석해야 하고, 권리를 구성하기 위해서는 3가지 측면의 의무가 존재해야 한다고 파악한다. ① 본질적인 권리의 박탈로부터 보호해야 할 의무(duties to protect), ② 본질적인 권리의 박탈로부터 보호해야 할 의무(duties to aid)가 있다. 이러한 입장에 따르면 인권은 권리상대방에게 권리침해를 방어하고 이를 회복하도록 지원할 의무를 부여하기 때문에 청구권을 내포하게 된다고 이해될 수 있다.

- 도덕적 권리로부터 나오는 특유의 힘

○ 실정법 이전의 도덕적 권리를 두 분류로 나누어보면 ① 실정법적으로 인정되기 이전에도 실제로 은밀하게라도 행사할 수 있는 도덕적 권리와 ② 실정법화되지 않으면 도저히 실제로 행사할 수 없는 도덕적인 권리가 있다. 후자는 법적 권능을 갖는 것으로 형성권을 생각할 수 있다. 가령 미국의 여성 참정권 실현을 생각해보자. 1900년대 초반 미국 여성들은 사회에 의해 승인되지 않았던 도덕적 권리에 근거해서 끊임없이 선거권을 법적인 권리로 제정해 줄 것을 요구했다. 이 때 도덕적 권리는 그에 상응하는 법적인 권리로 제도화할 것을 요구할 수 있는 강력한 근거로서 역할을 했다.

○ 물론 당시 미국의 여성들이 이 도덕적 권리의 논거에 근거하지 않고서 “그 권리를 가지면 자신들에게 나아가서는 사회적으로, 국가적으로 유익할 것이라는 것”을 주장하여 여성의 선거권을 법적인 권리로 제도화할 것을 요구할 수도 있었을 것이다. 그러나 그랬다면 여성들의 주장은 자신들이 이미 소유하고 있는 정당한 자기 몫을 제도화하라는 권리의 언어에 포함되어 있게 마련인 도덕적인 긴급성(urgency)이나 정당성(righteousness)의 요소를 담아낼 수 없었을 것이다.

○ “그 권리를 가지면 사회가 얻는 이익이 더 커질 것”이라는 논증의 방식은 공리주의적 전략으로 평가할 수 있다. 공리주의는 모든 사람의 좋음, 선함(good)을 한 가지 요소만으로 평가될 수 있고, 산술적으로 계산가능하다고 본다. 공리주의는 크게 두 가지 형태로 나눌 수 있는데 쾌락주의적 공리주의는 가장 원초적인 즐거움을 좋음의 원소로 환원된다고 보는 입장, 즉 이를 극대

화되는 제도나 행위들이 올바름을 평가하는 기준이 된다. 그러나 원초적인 쾌락은 심정 상태(state of mind)로서 충분히 조작될 가능성이 있기 때문에 이를 객관화할 수 없다는 한계가 있다. 그래서 선호만족의 극대화라는 방향으로 제시된 것이 바로 선호만족적 공리주의이다. 대표적으로 벤당의 ‘최대다수 최대행복’이라는 명제를 생각해볼 수 있는데, 이는 사회적 선호·효용을 극대화할 수 있는 방향으로 각 개인에게 재화 또는 권리, 이익을 분배하는 것이 정의에 부합하다고 보는 입장이다. 하지만 최대다수의 최대행복이라는 명제는 사실 소수의 사람이 느끼는 행복의 크기가 다수의 침해로 인한 불행의 크기보다 훨씬 크면 소수에 의한 최대행복을 선택하게 되므로 반드시 최대다수의 행복이 최대행복을 구성하지는 않을 수 있다. 결국 공리성의 결과주의라고 평가된다.

○ 우리는 현실의 여성운동전략들 속에 이러한 공리주의적 논변을 자주 발견하게 된다. 가령 노동시장에서 여성에 대한 반차별을 옹호하기 위해 “여성이 남성과 차별없이 노동시장에 진입할 수 있다면 사회 전체적으로 경제적인 이윤을 더욱 높일 수 있다. 따라서 효율적인 노동력의 활용을 위해서는 여성의 차별을 철폐해야 한다”라는 공리주의적 논변을 사용한다. 그러나 이러한 논변은 자본주의 사회에서 여성의 능력 나이가 여성의 자본적 효용을 입증하려는데 주력하기 때문에 성차별적인 사회에서 성고정관념이 비용계산에 포함될 경우 도리어 차별을 옹호하게 될 수 있고, 여성 중에서도 자본주의적인 가치가 있는 여성, 잘 교육받은 여성, 젊은 여성만을 대변할 우려가 있다. 인권은 특정한 조건에서의 사회적 필요 때문이 아니라 어떠한 사회조건 속에서도 “여성이라는 이유만으로” 그러한 권리를 요구할 수 있다는 강력한 논변을 담고 있다.

2. 어떻게 하는 것이 여성을 인간적으로 대우하는 것인가

- 성불평등에 대한 여성주의적 법이론의 전개

○ 여성인권이란 여성이 여성이라는 이유로 차별과 폭력, 사회참여에서의 소외를 당하지 아니하고 남성과 대등하게 인간으로서의 기본적 권리와 자유를 향유하는 것을 말한다. 그렇다면 여성이 남성과 대등하게 인권을 향유한다는 것은 무엇을 의미할까? 여성이 어떻게 대우받는 것이 평등하게 또는 정의롭게 대우받는 것인지 알기 위해서는 성평등에 대한 상을 어떻게 설정하느냐에 있다고 할 수 있다.

○ 성평등 혹은 불평등을 어떻게 이해할 것인가에 대해 역사적으로 크게 네 가지의 흐름이 있었다.

먼저 초기 여성주의는 남성과 동등한 합리적 개인을 상정하는 자유주의적 여성주의라고 일컬어진다. 자유주의적 여성주의는 교육적, 경제적 제도에 대한 여성의 동등한 접근을 허용하는 것으로 압축될 수 있다. 이는 인간이 구체적으로 얼마나 이성능력을 발휘할 수 있는가에 따라 권리를 부여하는 것이 아니라 최소한의 합리성이 존재한다면 모든 사람에게 동일한 권리를 부여하기 때문에 여성의 이성능력이 인간의 권리를 부여받는데 필요최소한의 수준 이상이라는 점을 보여주는 방향으로 전개된다. 구체적으로 워셔스트롬(R. A. Wasserstrom)은 눈 색깔이 의미 없는 차이인 것처럼 성적 차이가 의미를 가지지 않는 동화적 이상사회를 상정한다. 따라서 불평등을 판단할 때 남녀의 신체적 차이는 의미가 없고 불평등을 판단하고자 하는 목적상 비교가능한 타당한 차이인지 여부가 중요하게 된다. 한편 웬디 윌리엄스(Wendy W. Williams)는 생물학적 성의 차이는 존재하지만 남성다움이나 여성다움에 대한 사회적 특성들을 모두 포함하는 양성적 사회를 평등한 사회라고 본다. 이는 남성이 아닌 양성적 인간을 인간의 전형으로 가정하기 때문에 여성에게 편의를 제공하거나 우대하는 것이 아니라 인간의 통상적 특성 내에 남녀의 속성을 모두 포함하는 성중립적 체계를 상정한다. 따라서 임신여성 노동자는 여성에 대한 특별한 보호가 아니라 인간의 임신가능성을 기본적인 고용조건으로 포함하여 작업장의 환경을 재조직할 것을 요구하게 된다. 그런데 불평등 판단은 동등한 남녀의 모든 속성을 판단의 대상에 포함시키지만 비교할 수 있는 타당한 동일성있는 특성이 무엇인지 찾기 위해 성간의 유비적 접근법(cross-sex analogy approach)을 취하게 된다. 가령 임신에 의한 고용차별에서 임신이 여성의 고유한 신체 현상인지는 중요하지 않고, 임신으로 인해 노동력을 상실하게 되는 노동자는 질병이나 장애를 갖게 된 노동자와 유사한 지위에 있다고 보아 질병이나 장애시 휴가나 임금지급과 동등한 대우를 요구할 수 있다고 보게 된다. 그러나 이러한 접근법은 차별판단에 있어 비교할 수 있는 타당한 동일성의 범위를 설정할 때 남성기준에 좌우될 위험성이 있다. 또한 헬마 힐 케이(Helma Hill Key)는 원칙적으로 자유주의적 여성주의의 입장을 공유하지만 임신의 상황을 일시적인 불평등으로 보고 여성의 재생산행위가 남성의 재생산행위와 비교하여 동일한 능력을 발휘할 수 있도록 하는 “기회의 평등”의 틀 안에서 조화를 추구하고자 한다. 즉 임신의 경우 여성과 남성의 재생산행위를 비교할 때 동일한 역할을 하고 양육에 있어서도 동등한 책임을 지지만 임신기간동안만은 여성의 육체가 고유한 방식으로 작동하므로 일반적인 평등판단의 분석틀이 아니라 임신을 “고유한 것”으로 인지할 필요가 있다고 본다. 따라서 임신한 여성노동자는 비슷한 기간동안의 질병이나 장애로 노동력을 상실한 노동자와 비교하는 것이 아니라 여성이 임신을 결정하는데 어떠한 장애도 없이 직장생활을 할 수 있도록 임신기간 중에 고유한 조치들을 요구할 수 있다고 보았다.

- 자유주의적 여성주의는 여성의 고유성에 기인한 상황에 대해서는 비교대상자를 선정하는 것이

불가능하거나 성고정관념에 의해 오염되어 잘못된 유비에 의존할 위험이 크다는 비판에 직면했다. 길리건(C. Gilligan)은 여성이 남성과 다른 경험을 하며, 다른 방식으로 도덕적 추론을 한다는 점을 밝혀내면서 여성의 다른 언어, 다른 목소리가 열등하게 평가되어왔다고 분석되면서, 관계적 자아로서 여성의 고유성 및 주체성을 인정하는 관계적 여성주의의 성평등론이 제기되었다. 대표적으로 월개스트는 이러한 성별간의 비대칭성을 고려하는 평등을 구현하기 위해 동등한 권리(equal rights)와 특별한 권리(special rights)가 존재한다고 보았다. 이는 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 제시한 두 가지 평등개념과 같이 “동일하게 대우받을 권리로서의 평등(equality as a right to equal treatment)”과 “동등한 것으로 대우받을 권리로서의 평등(equality as a right to treatment as an equal)”과 상응하는 의미를 갖는다. 가령 공공건물에 접근할 동등한 권리는 모두에게 절대적으로 평등하게 부여되어 다른 누군가와도 호환가능한 권리이므로 모두가 “동등하게 대우받을 권리”이다. 그러나 휠체어를 타는 장애인 신체적 장애로 경사로가 없으면 동등한 권리를 실현할 수 없으므로 이러한 경사로의 설치를 요구할 특별한 권리가 보장되어야만 한다. 이러한 결과적 평등에 주목하는 “동등한 존재로서 대우받을 권리”가 된다. 한편 스케일스(A. Scales)는 남녀간의 차이가 고려될 수 있는 제한적인 조건과 그 외 동등하게 대우받을 조건을 구별하지 않으면 월개스트의 견해는 여성에 대한 성고정관념을 가속화하는 ‘미끄러운 비탈길(slippery slope)’이 될 수 있다는 점을 지적한다. 따라서 스케일스는 월개스트의 이가적 관점(bivalent view)을 원칙적으로 받아들이되 ‘특별한 권리’가 적용되는 영역을 제한하고 그 외에는 ‘동등한 권리’가 보장되도록 통합주의적인 관점을 제시한다. 즉 여성의 삶을 사회적 연속체 속에 통합할 수 있도록 임신과 같이 생애적으로 여성에게 고유한 ‘성적 특수 조건(sex-special condition)’에 대해서만 남성과 다른 권리를 갖도록 하여 ‘선천적인 차이’와 사회적으로 구조화된 ‘규범적으로 구성된 차이’를 구분해냄으로써 ‘특별한 권리’가 사회적인 성고정관념으로 발전되는 것을 막을 수 있다고 보았다. 그러나 ‘선천적인 차이’와 사회적으로 구성된 ‘규범적으로 범주화된 차이’란 사실 명확히 구별되는 것이 아니어서 여성의 선천성이 사회구조적으로 재조직될 위험을 간과할 수 있다.

- 자유주의적 여성주의가 개인여성에 주목하였다면 급진주의적 여성주의는 여성 집단에 대해, 관계적 여성주의가 여성의 선천적 차이와 이에 대한 긍정에 주목하였다면 급진주의적 여성주의는 생물학적 차이 역시 사회구조에 의해 만들어진 차이로 인식하고 이를 통한 여성의 종속에 대한 부정에 주목하고 있다. 대표적으로 매킨논(C. MacKinnon)은 자유주의적 여성주의든 관계적 여성주의든 평등의 문제를 갈등의 연명으로, 성별의 문제를 다름의 연명으로 이해하기 때문에 기존의 지배적인 성평등의 논의는 결국 여성이 남성과 유사한가 그렇지 않은가에 대한 논쟁으로 귀결된다고 비판한다. 본질적으로 남성에 대한 여성의 종속이 두 성별을 만들어내고 성별간의 차

이를 구성하기 때문에 성적 차이보다는 성별적인 권력의 불평등에 주목하여 현실의 규범이나 관행이 여성의 종속을 심화하는 것인가 그렇지 않은가를 분석의 초점으로 삼아야 한다고 본다. 콜커(R. Colker)는 여성과 흑인이 자신의 상황과 조건에 대해 자기 자신이 이해하는 바를 드러내는 관점을 추구하고자 하며 이러한 원리가 평등원칙의 근간이 되어야 한다고 보았다. 따라서 차별의 입증을 위해 채택하고 있는 직접차별과 간접차별의 법리는 차별행위자의 의도에 치우쳐 있다고 비판하고 행위가 여성과 흑인의 종속에 어떻게 기여하는가를 핵심적인 관점으로 삼는 반종속원리를 추구해야 한다고 주장한다. 즉 반종속원리는 여성과 흑인에게 일어나는 종속의 메커니즘으로서 차별을 이해하기 때문에 차별행위자의 의도는 중요하지 않고 차별받는 사람의 결과에 주목하게 된다. 한편 리틀턴(C. Littleton)은 차이의 문제에서 벗어나 지배와 종속에 직접적인 초점을 맞추어 여성의 구체적인 삶의 경험에 관심을 갖고 반응하는 권력평등론 역시 여성만의 분리주의를 만들어내기 때문에 평등의 참여민주주의적 성격과 공동체의 소속감에 부합하기 어렵다고 평가한다. 따라서 공동체의 모든 성원들의 살아온 경험에서 동일한 대칭성을 만들어내기 위해 성별적 비대칭적 사회현실을 성별적 보완(gender complements)을 통해 여성의 차이를 효과적으로 동일하게 보완해주는 방식으로 차이로 인해 발생하는 비용에서의 차이를 없애는 수용으로서의 평등(equality as acceptance)을 주장한다. 리틀턴에게 있어 성적 차이란 사회적 차이이건 생물학적 차이이건 간에 모두 문화적으로 형성되는 것이라는 점은 다른 급진주의적 여성주의와 동일한 전제에 서있다. 그동안의 차이논쟁이 차이의 있고 없음에만 주목하여 차이가 있으면 그 결과 자체를 정당화한 것으로 방치하고 차이의 정도가 문제되는 사안에서도 차이의 폭넓은 정당화를 허용해왔다는 점을 비판하면서 차이의 결과에 있어 어떻게 공동체의 모든 구성원들이 차이가 대등한 경험이 되도록 할 것인가에 주목한다. 따라서 차이를 비교의 기준이라는 항정에 빠뜨리지 않고 결과적 비대칭성을 무화시키는 평등개념을 구축하고자 한 것으로 현실의 차별판단기준과 평등에 대한 분배적 정의원리와 결합가능한 이점을 가지고 있다. 그러나 차이에서 야기되는 비용을 없애버리는 방법(making difference costless)에 대한 구체적인 전략들이 고찰되지 않아 현실의 차별판단기준에 점목시키는데 숙고를 필요로 한다.

- 다원주의적 여성주의는 범주로서 여성에 주어지는 평등에 초점을 맞추기보다는 여성들의 상황화된 현실의 다원적인 측면에 주목하여 불평등을 고찰한다. 따라서 인종, 계급, 성적 지향과 같은 다양한 특성들과 분리되는 '획일적이고 단일한 여성의 경험'이 존재한다고 보는 젠더본질주의에 대해 비판하고, 흑인여성, 무슬림여성, 식민지배를 받은 민족의 여성과 레즈비언 여성들의 다양한 경험을 통해 불평등의 복합적인 지형을 읽어야 한다고 본다. 해리스(A. Harris)는 관계적 여성성을 주장하는 웨스트의 경우 어머니의 지위에 대한 일부 여성의 경험을 모든 여성의 경험으로 단언하고, 급진주의적 여성주의를 주장한 매키년의 분석 역시 백인 이성애적 여성의 경

험을 중심으로 계급, 인종, 성적 지향에 상관없이 모든 여성은 모든 남성에게 종속된다는 본질주의적 가정을 지니고 있다고 비판한다. 다원주의적 여성주의는 다양한 포스트모더니즘의 철학적 기초에서 여성주의적 분석을 시도하므로 하나의 완결된 입장으로 설명될 수 없다. 성불평등에 대해 설명한 몇가지 입장들을 소개하면 조엔 스콧(J. Scott)은 성별적무분리가 문제된 시어즈 사건을 분석하면서 차이를 '움직일 수 없는 사실'처럼 여기는 것이 차별을 정당화하고 남성이 여성에게 부여한 차이를 고착화한다고 평가한다. 고정된 차이의 반대항은 동일항이라는 평등이 아니라 여성들간의 다양성이며, 평등의 반대항은 불평등, 특정한 목적과 특정한 상황에서 개인과 집단에 대한 불균등으로서 이를 해소하는 것은 실재하는 차이의 역동성과 다양성을 인정하는 것에 근거해야 하고, 범주화된 차이가 작동하는 체계에 대한 비판할 것을 요구한다. 한편 두루실라 코넬(D. Cornell)은 데리다와 라캉의 이론에 근거하여 성적 차이에 대한 '동등한 권리(equivalent rights)이론'을 전개한다. 매키년의 성불평등에 대한 분석을 높이 평가하면서도 남성의 관점에 의해 부여된 여성성에 매몰되어 다양한 여성성을 구분해내지 못하였다고 비판하면서 남성중심사회에 갇힌 여성성을 해체하고 여성의 차이를 구성하기 위해서는 여성의 차이에 대한 법적 인정이 가부장제에 대한 재확인에 머물러 있어서는 안된다고 지적한다. 따라서 코넬은 아마티아 센(A. Sen)의 능력평등론을 인용하여 개인의 존재를 구성하는 기능들(functions)이 제대로 기능할 수 있는 능력(capability)과 개인 존재의 질(quality)을 나타내는 복지의 평등을 구할 수 있는 조건들을 제공하는 것이 필요하다고 본다. 이때의 동등함은 유사성(자유주의적 여성주의) 때문이 아닌 동등한 가치를 갖는 의미에서의 동등함이며, 능력과 복지의 평등에 근거하여 동등한 권리를 요청하는 것은 여성의 종속(급진적 여성주의)이라는 불평등에 머물러 있지 않고, 여성의 평등한 복지의 조건들을 위한 철학적 정당화를 제공하고 여성의 성적 차이를 인식하는데 특별한 대우(관계적 여성주의)에 호소할 필요가 없다.

3. 여성으로서 인간답게 살 수 있는 조건은 무엇인가

- 여성노동인권의 구체화

- 다양한 성평등에 대한 입장들이 현실 안에서는 어떠한 방식으로 구체화되는지 살펴볼 필요가 있다. 여성인권보장에 대한 요구는 인간의 존엄과 자유, 평등의 이념이 도래한 근대 인권과 함께 이미 18세기부터 나타났다. 대표적으로 1789년 프랑스혁명으로 공포된 "인간의 권리선언"에 대해 올랭프 드 구즈(Olympe de Gouges)는 여성의 인권이 배제되었음을 비판하고 여성도 인간으로서 남성과 동일하게 공직참여권, 자유의사에 의한 결혼 및 재산권, 상속권을 가진다고 천

명한 “여성의 권리선언”을 발표하였으나 단두대에서 처형되었다. 여성의 참정권이 인정된 것은 1920년대 이후이며, 국제사회에서 여성인권이 주요한 의제가 된 것은 1945년 유엔의 설립 이후이다. 유엔헌장은 성별에 관계없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유를 존중하고 보장하는 것이 유엔의 목적임을 천명하였고, 여성문제의 중요성을 감안하여 1946년 여성지위위원회를 설치하게 된다. 여성지위위원회는 1975년 이후 성과를 남기기 시작하는데 1975년을 ‘세계여성의 해’로 선포하고 1976년부터 1985년까지 ‘여성발전 10년의 해’로 남녀평등실현을 위한 전략을 전개해나간다. 그래서 1979년 유엔이 채택한 “여성차별철폐협약”은 그동안 유엔에서 논의되어 온 남녀평등에 관한 기본입장을 집대성하여 모든 영역에서의 남녀평등을 위한 국가의 여성차별 철폐조치들을 구체화하고 남녀평등을 여성의 권리이자 국가의 의무로서 규정하였다.

- 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : CEDAW)은 여성에 대한 차별이 평등 및 인간의 존엄성 존중 원칙에 위배되며, 남성과 동등한 조건 하에서 국가의 정치적, 사회적, 경제적, 문화적 활동에 장애가 되어 사회와 가정의 번영의 증진을 어렵게 하고, 국가와 인류에 대한 봉사를 위한 여성의 잠재성 개발을 어렵게 한다는 점, 궁핍한 상황에서 식량, 건강, 교육, 훈련 및 취업기회 기타 필요에 있어 여성이 혜택을 받기 어려운 지위에 있다는 점, 형평과 정의에 기초한 국제경제 질서가 남녀평등에 기여할 것이라는 점, 인종주의 · 식민주의 · 외국의 침략과 지배 · 국내문제의 간섭 등을 제거하는 것이 남녀 권리의 완전한 향상에 필수적이라는 점, 국가의 완전한 발전과 인류의 복지 및 평화를 위해서는 여성이 모든 분야에 남성과 평등한 조건으로 최대한 참여하는 것이 필요함, 현재까지 충분히 인식되지 못하였으나 가정의 복지와 사회의 발전에 여성의 지대한 공헌과 여성의 사회적 중요성을 고려하여 여성의 역할이 차별의 근거라 될 수 없고 사회 전체가 책임을 분담해야 한다는 점, 완전한 평등을 위해서는 여성뿐만 아니라 남성의 전통적 역할에도 변화가 필요하다는 점을 결의하면서, 구체적으로 성매매(§6), 정치적·공적 활동(§7), 국제활동(§8), 국적(§9), 교육(§10), 고용(§11), 보건(§12), 경제적·사회적 활동(§13), 농촌여성(§14), 민사관계(§15), 혼인과 가족관계(§16) 등에 대해 국가의 조치의무를 규정하고 있다.

- 한편 ‘협약’의 실효성을 강화하기 위해 1999년 유엔총회에서 ‘협약’의 선택의정서가 채택되었다. 선택의정서(Optional Protocol to CEDAW)에는 개인이나 집단을 모든 이용가능한 국내의 구제절차를 통해 권리구제를 받지 못할 경우 유엔 여성차별철폐위원회에 진정하여 구제받을 수 있도록 하였으며, 이러한 진정이 없는 경우에도 협약에 규정된 권리가 당사국에 의해 중대하고 조직적으로 침해되고 있다는 신뢰할 만한 정보가 있다면 이를 근거로 직권으로 실사조사를 할

수 있도록 정하고 있다.

- 또한 ILO 세계노동기구 역시 남녀평등과 모성보호를 위해 1951년 “남녀동일가치노동 동일임금에 관한 협약”(제100호)과 권고(제90호), 1952년에는 “모성보호에 관한 협약”(103호)과 권고(제95호), 1958년에는 “고용과 직업의 차별에 관한 협약”(제111호)과 권고(제98호), 1981년 “가족 책임이 있는 남녀근로자의 기회 및 대우의 평등에 관한 협약”(제156호)과 권고(제165호), 1990년 “야간근로에 관한 협약”(제171호)과 권고(제178호) 등을 입법하고, 2000년에는 “모성보호에 관한 협약”을 개정하여 출산휴가를 12주에서 14주로 모성보호를 강화하였다. 또한 1990년대 중반부터는 여성의 비정규화에 대응하여 1994년 “시간제근로에 관한 협약”과 1996년 “가내노동에 관한 협약”, 1997년 “민간직업소개업체에 관한 협약”이 있고, 1990년에는 이주 노동자와 그 가족을 보호하는 ‘이주노동자와 그 가족의 권리보호협약’을 채택하였다.

- 국내 여성인권법률의 역사

- 우리나라는 1948년 제헌헌법에 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며”, “여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다”는 내용을 헌법에 직접적으로 명시하였다. 그러나 516쿠데타 이후 1962년 헌법개정시 혼인의 남녀동권이 삭제된 후 1980년에 이르러 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”는 내용이 신설되었으며 이를 근거로 가족법의 개정이 이루어지게 되었다. 나아가 1987년 현행 헌법의 개정시에 여성의 고용차별금지와 여성의 모성보호, 복지증진과 권익향상에 대한 국가의 의무를 명시하게 되었다.
- 구체적인 법률의 변천을 살펴보면 초기에는 주로 형법에서의 부녀자 보호 또는 성매매처벌 등이 주를 이루었다. 해방 후 미군정시기에는 “공창제도 폐지령”이나 여성에 대한 인신매매 금지령 등이 공포되었고, 1950년대 “형법” 상에 부녀매매죄와 강간죄 등 성범죄 처벌규정이 만들어졌다. 이는 전쟁 후 여성의 신체를 유린하는 범죄에 주목하였으나 여성의 주체성을 인정하기 보다는 여성을 공유하지 않으려는 유교적인 남성의 시각에 따른 것으로 오히려 여성을 대상화하고 있었다. 당시의 “국적법” 및 “가족법”이 유교적인 가부장적 가족제도에 기초하여 제정된 것 역시 이와 일맥상통한 것이다. 1960년대 역시 가부장적인 “호적법”이 시행되었고, “윤락행위 등 방지법”이 제정되어 성을 사고파는 행위를 처벌하도록 하였으나 주로 성매매여성을 도구화하여 국가의 관리대상으로 삼고 있었다.
- 1970년대에 들어서면서 가족법의 개정을 통해 가족내의 여권신장에 주목하게 된다. 이러한 변화

는 여성을 보호의 대상 또는 관리의 대상으로 여기는 국가의 인식이 일부 여성의 주체성을 인지하는 측면을 보이며, 친권행사자를 아버지에서 부모 공동으로 변경하거나 부부의 재산 중 귀속이 불분명한 재산을 남편의 재산으로 추정하던 것을 부부의 공유재산으로 보도록 가족법의 개정을 도모하게 된다. 그러나 이 시기 국가는 “모자보건법”을 통해 임신부의 건강을 위한 조치를 취하기보다는 가족계획사업으로 여성의 재생산권에 대한 국가적 통제를 시행하였다. 한편 1980년대 이후 여성노동인력의 증대에 주력하면서 “직업훈련기본법”에 여성직업훈련의 중요성에 대해 규정하고, “직업안정법”에 여성직종개발 및 여성취업확대에 대한 노력의무가 신설되었다. 또한 1962년 “선원법”에 여성의 선원취업금지 규정이 삭제되고, “근로기준법”의 여성사용금지직종이 30개에서 6개로 축소되면서 여성의 취업과 인적자원개발 및 활용을 촉진하는 입법이 이루어졌다.

○ 우리나라는 1984년 유엔의 여성차별철폐협약에 비준하였고, 이를 이행하기 위해 국내 입법을 정비하기 시작하였고 1990년대 이후로는 정치, 경제, 사회, 문화 모든 방면에서 성평등을 위한 입법활동이 진행되었다. 고용분야와 관련한 내용들만을 정리해보면, 1987년 남녀고용평등법은 고용과정 전체를 걸쳐 구체적으로 차별금지를 규정하였으며, 1989년에는 고용상의 남녀차별의 개념을 명시하고 동일가치노동에 대한 동일임금원칙을 명시하고 실질적인 평등을 촉진하기 위해 적극적 조치에 관한 규정을 두게 되었다. 1995년에는 키, 몸무게 등 직무수행에 불필요한 여성의 용모 등을 채용요건으로 하는 것을 금지하였고, 육아휴직의 대상자를 여성에서 근로자 전체로 확대하여 남녀 동등한 육아책임을 규정하였다. 또한 “고용보험법”상 육아휴직제를 실시하는 사용자에게 장려금을 지급하고, 직장보육시설의 설치자금의 대부나 보육교사 인건비를 지원하는 규정을 신설하였다. 한편 1999년 남녀고용평등법이 3차로 개정되면서 직장내 성희롱의 개념과 피해자보호 조치에 관한 규정을 두었고, 2001년에는 간접차별개념을 명시하여 행위자 중심의 직접차별 개념에서 의도와 상관없이 피해자의 차별의 결과에 주목하는 간접차별개념이 도입되었다. 또한 근로기준법도 임신부에 대한 모성보호를 강화하기 위해 산전후휴가를 60일에서 90일로 연장하였고, 산전후휴가기간 90일 중 무급에 해당하는 30일부분은 사회보장기본법에 의한 사회보험으로 분담할 수 있도록 하고, 육아휴직을 부여한 경우 근로자의 생계비용과 사업주의 고용유지비용의 일부를 지원할 수 있도록 육아급여 및 장려금의 지급을 정하였다. 2005년에는 근로기준법, 남녀고용평법, 고용보험법의 개정을 통해 우선지원대상기업에 대해 90일 산전후휴가기간 중 전부에 대해 급여를 국가가 보장하도록 하고, 근기법상 임신 16주 이후 유사산휴가를 신설하였다.

○ 한편 1960년대 여성의 금지업종을 규정하거나 공무원임용령에서도 정년규정은 여성이 주로 복무

하는 교환직 타자직은 다른 직종보다 낮게 규정하거나 남녀분리채용규정을 두어 여성공무원의 채용을 모집정원의 10% 정도로 제한해왔다. 1980년대 전통적인 성역할구분과 공사영역분리의식으로 인해 여성의 사회 진출이 어려웠던 사실을 인정하고 1989년 공무원임용령에서 남녀정년 차별규정과 성별분리채용규정이 폐지되었고 1993년에는 공무원수당규정에서 가족수당에 대한 남녀차별도 삭제되었으며 남녀공무원 모두에게 육아휴직제와 가족간호휴가제가 동등하게 도입되었다. 1995년 처음으로 공무원임용시험령에서 여성합격자가 채용목표비율보다 낮을 경우 불합격자 중 정원 외로 추가합격케 하는 여성채용목표제가 신설되었고 정부위원회 위원의 경우에도 일정 비율을 여성으로 구성하는 여성참여목표제가 도입되었다. 2002년에 들어서는 채용목표제가 여성채용목표제에서 양성채용목표제로 변경되면서 공직내 양성의 평등을 제고하는 것으로 방향을 잡아나가기 되었고 2003년에는 대학교의 교원양성평등임용규정과 대학인사위원의 일정비율을 여성으로 임용하는 규정 및 국공립대학 여교수임용을 위한 적극적 조치가 행하여졌다. 2004년에는 정당법에 국회의원비례대표의 여성공천비율을 30%에서 50%로 상향하고 국고보조금을 받는 정당은 보조금의 10%를 여성정치발전을 위해 사용하도록 정하게 되었다.

- 법의 한계와 여성노동인권론의 가능성

○ 성평등을 위해 취해진 입법조치들을 살펴보면 몇 가지 유형들로 드러남을 알 수 있다. “여성이라는 이유만으로” 차별하는 직접차별의 개념에서 행위자의 의도(이유)에 상관없이 발생한 결과가 불이익한 효과를 만들어내는 간접차별의 개념까지 반차별원리를 확대해왔고, 더 나아가 과거의 차별로 인한 불평등의 결과를 시정하기 위해 적극적인 조치를 취하는 모성보호 및 여성의 경력단절에 대한 고용안정을 위해 장려금을 통해 사용자의 비용을 최소화하려는 조치들이 활용되고 있다. 그러나 이러한 입법조치의 과정에는 여성을 대상화하거나 여성의 존재를 일과 가정을 양립하기 위해서는 단시간 노동자로서 비정규직화하는 전제를 가지고 있는 등 여성노동인권의 구체화과정에 문제점을 드러내고 있다.

○ 이러한 조치들은 성평등을 실현하기 위한 다양한 여성주의적 입장이 구체화되어 여성노동인권의 입법화한 것이라고 할 수 있다. 그러나 현실의 입법으로 구체화되는 과정에서 본래의 여성주의적 이론을 제대로 이행한다고 볼 수 없는 경우나 이미 위에서도 살펴본 것과 같이 각 여성주의적 입장을 자체에도 해결해야 할 일정한 한계를 지니고 있어서 여성인권을 구체화하는 입법적 요구를 제시할 때에는 이러한 한계와 여성주의적 입장의 나아갈 방향을 충분히 고려할 필요가 있다.

[섹슈얼리티와 노동]

성노동sex work을 어떻게 이해할 것인가?⁶⁾

-젠더/섹슈얼리티의 재구성

문은미(여성문화이론연구소)

1. 서론

『88만원세대』(우석훈, 2007)는 2007년 오늘을 살아가는 20대의 자화상을 '88만원세대'라는 키워드로 풀어낸 책이다. 책 속에는 '절망의 시대에 쓰는 희망의 경제학'이라는 부제를 무색케하는 우울한 현실이 적나라하게 펼쳐진다. 희망의 경제학이라고 하지만 87년, 91년, 97년을 살아온 선배들이 해주는 충고는 고작 "토를 책을 덮고 바리케이트를 치고 짱들을 들라"는 것이다.

이 책이 보여주는 더 우울한 현실은 또 다른 곳에 있다. 1장 "첫 섹스의 경제학"은 서구 사회와는 달리 동거를 상상조차 못하는 10대의 현실을 경제적 자립의 시기가 늦추어지면서 "인간이라는 존재는 16세부터 배우자를 찾거나 섹스를 원하게 되어 있다"는 데 "돈이 없어서 모든 걸 유보하도록 집단적인 통제를 받고 있다"는 집단으로 그리고 있다. "가난하고 돈이 없다는 이유로 권리가 통제되고 있다면 경제학의 대상이 된다."는 것이다. 그러나 "가난하고 돈이 없어서" '섹스'를 하는 사람들도 있다. 이들 역시 당연히 경제학의 대상이 된다.

저자 우석훈은 20대가 만나는 세상은 30대와 40대가 만났던 한국사회와는 다르며, 옛날에는 대학 졸업장만 있어도 취직하기는 어렵지 않았으나, IMF 이후 새롭게 형성된 한국경제 질서는 가혹하게 변했다고 지적한다. 이렇듯 변화된 사회를 온몸으로 감내해야 하는 세대가 지금의 20대라는 것이다. 그러나 이러한 현실은 30대이고 90년대를 20대로 살아온 필자에게 낯설지 않다. 대학을 졸업해도 비정규직과 최저임금선의 월급을 받은 여성들에게는 이미 오래된 현실이었다.

이는 『88만원세대』가 여성들의 삶을 제대로 읽어내지 못하고 있다는 '오래된'

6) 본 글은 중앙대학교 교지 <녹지>에 실었던 글을 수정 보완한 글입니다.

비판을 하고자 하는 것이 아니다. 여성들이 그렇게 오랫동안 일하면서도 '노동자'로서의 지위를 인정받지 못하거나 혹은 겨우 인정받게 된 상황이거나, 경제학의 주된 대상/주체로 여겨지지 않는 이유는 무엇인가, 여성들이 처해 있는 삶과 노동하는 현실의 구체적이고 특수한 부분을 어떻게 이론화할 것인가, 그것이 『88만원세대』와 같은 보편성을 가질 수 있는가. 그러한 보편적 지위가 여성이론에 필요한가 등등의 질문을 던지고자 함이다. 더불어 여성의 삶과 현실은 사회 변화의 '징후'는 될 수 있어도 변화의 '지표'는 되지 못하는 것인가라는 질문들을 곁들여 보게 한다.

여성들의 현실이 '징후'인지 '지표'인지 확인할 수는 없어도, 2007년 오늘 "바리케이트를 치고 짱들"을 먼저 든 것은 확실히 '여성들'이다. 직접고용을 요구하면서 파업을 시작한 지 거의 2년이 되어가는 KTX-새마을 승무지부, 7월 비정규직 시행 이후 외주화와 집단적 계약해지에 저항하며 싸우고 있는 뉴코아-이랜드 비정규직 노동자들, 불법파견과 집단해고에 저항하면서 2년 넘게 싸우고 있는 기흥전자 비정규직 노동자들 모두가 거의 여성들이다. 7월 비정규직 시행 이후 은행, 유통권을 중심으로 확산되고 있는 '분리직군' 방식의 '정규직전환' 역시 '반정규'라는 새로운 말을 만들어내며 비판의 대상이 되고 있는데, 이 역시 대다수가 여성들을 대상으로 하고 있다.

그럼에도 불구하고 이들 싸움의 정체는 분명치 않다. 비정규직 노동자들이 처해 있는 상황이 비정규직의 문제인지, 여성노동의 문제인지, 비정규직 차별의 문제인지, 그에 앞서 성차별의 문제인지 등 최근 대부분의 노동운동이 여성비정규직 노동자들이 중심이 되고 있는 현실에 대해 설명하지 못하고 있다. 지난해(2007년) 8월 24일 여성비정규직 4사가 함께 투쟁하겠다는 선포식과 행사가 있었지만, 당시에 그 이후에도 여성비정규 4사가 왜 함께 투쟁해야 하는지에 대한 성찰과 구체적 실천이 논의되거나 제시되지 못하고 있다.

여성노동의 현실은 이 뿐만이 아니다. 여성노동의 역사가 '노동'으로 불리지 않았던 '여성의 일'을 노동으로 구성해오는 과정이었다면, 현재 여성들이 하고 있는 많은 일들에 관심 가지고, 여성들이 처해 있는 '현실'을 눈여겨보아야 한다. 이러한 현실 인식에는 성적서비스와 관련된 일을 하는 여성들도 포함된다.

이 글은 앞서 언급한 여성비정규직의 현실과 성특법 이후 '성노동자'로 자기 정체성을 구성해 가고 있는 매춘인(여성)들이 어떻게 맞닿아 있는지를 고민하는 글이다. 이러한 작업은 여성노동을 이론화하려는 다양한 작업들과 같은 맥락에 놓여 있다. '노동'이라고 불리지 않았던, 혹은 저평가되거나 비하되었던 여성노동을

‘발견’ 하고 재개념화했던 이론화의 역사 속에 매춘노동의 위치를 살펴보고자 한다. 이를 통해 매춘노동을 이론화하거나 재개념화하는 작업이 여성노동을 이론화하는 작업을 어떤 영향을 미칠 수 있는지도 함께 살펴볼 것이다.

2. 여/성노동의 이론화 : 역사과 새로운 영역들

1) 노동의 범주의 확장

여성주의이론은 노동/노동권을 여성주의적으로 재구성함으로써[과정중에 있다.] 노동/노동권의 범주를 확장하는데 중요한 역할을 해왔다. 크게 두 가지 정도로 나누어 살펴 볼 수 있는데, 하나는 생산/재생산으로 구분되어 있는 노동 개념을 재정의하는 방식이고, 다른 하나는 가치절하된 여성노동의 가치를 재평가하는 방식이다. 전자는 가사노동, 감정노동, 돌봄노동 등의 개념은 개념상으로 여성들이 담당하고 있지만, 비가시화되거나 임금으로 환원되지[현재는 그렇지 않다.] 않아 노동으로 인정되지 않았던 영역을 드러내고 그것이 은폐되는 구조에 대한 문제제기를 가능하게 했다. 더불어 ‘생산’을 중심으로 한 노동개념에 문제를 제기하고, 여성들이 주로 담당하고 있는 노동을 재생산 노동으로 명명하는 것에도 문제를 제기한다. 재생산노동으로 불리는 노동 역시 사회적 가치를 생산하는 노동으로 재정의하면서 노동 개념을 재정의 할 것을 요구한다. 후자는 여성이 노동시장에서 낮은 임금, 불안정한 노동조건 등의 일에 집중되어 있으며, 이는 오랜 성차별의 결과로 여성노동을 가치절하한 결과라는 것이다. 이에 대해서는 적절한 보상체계와 권리를 확보함으로써 여성 노동을 재평가하려는 방식이다. 동일가치노동 동일임금 요구, 여성노동 비정규직화에 대한 저항 등이 후자의 맥락에서 진행되고 있다.

특히 전자의 경우, 상당한 이론화 작업이 이루어지고 있는데, 과학기술의 발전과 산업구조의 변화로 지식노동, 서비스 노동이 산업 발달에 중요한 지위를 차지하면서 더욱 가속화되고 있다. 이 분야에서 최근 가장 눈에 띄는 작업은 마이클 하트와 안토니오 네그리가 『제국』에서 비물질노동이라는 용어로 개념화하고, 마이클 하트가 『정동적 노동』에서 비물질노동이라는 개념을 '정동(affect, affectus) 노동' 중심으로 이론화하고 있는 작업이다. 하트는 현재 세계경제를 농업경제에서 산업경제로, 산업경제에서 다시 정보경제로 이행하는 과정에 있다고 보고, 정보경제에서 정보, 통신, 지식, 그리고 정동은 생산 과정에서 기반이 되는 역할을 하는 것으로 본다. 비물질노동으로 크게 정보지식노동과 정동노동 두 가지로 구분하는데, 정보지식노동은 컴퓨터라는 모델과 연관된 서비스노동이고, 비물질노동의 다른 측면은 “인간적 접촉과 상호작용이라는 정동적 노동”이다. 건강서비스, 연예산업, 및 다양한 문화산업들이 돌봄 및 정동적 노동에 의지한다는 것이다. 정동적 노동은 인간

적 상호작용과 소통의 계기들 속에 심어진 서비스 산업 전체에 걸쳐(패스트푸드 봉사자에서부터 금융서비스 공급자에 이르기까지) 일정한 역할을 수행하고 있다. 그것의 생산물은 손으로 만질 수 없으며, 그런 의미에서 비물질적이라는 것이다. 즉 편안한 느낌, 행복, 만족, 흥분, 열정이 그 생산물이며 심지어는 결속감이나 귀속감도 포함되기 때문에 비물질적이다. 정동 노동이 생산하는 것은 사회적 네트워크들, 공동체의 형태들, 삶능력(biopower)⁷⁾인 것이다.

하트는 정동노동은 페미니즘적 분석에서 오랫동안 돌봄노동, 친족노동, 양육 및 보육 활동의 사회적 가치를 이해하려는 작업과 그 역사를 함께 하며, 새로운 것은 비물질노동이 자본을 현재 직접적으로 생산한다는 점이며, 이러한 노동이 경제의 광범위한 부문들을 통해 일반화되고 있음을 지적한다. 비물질적 노동의 구성요소인 정동노동이 현대의 정보경제에서 가장 높은 가치를 가진 지배적인 위치를 획득했으며, 비물질노동의 영역 내부에는 매우 많은 분할들, 즉 국제적 분업, 성적 분업, 인종적 분업 등이 존재한다는 것을 인식하고 있다.

하트 뿐 아니라 하트와 같은 맥락에서 이론화 작업을 하고 있는 많은 연구자들은 정동노동 개념이 페미니즘적 분석에 기대고 있다는 것을 인정하면서도 정동노동의 성적 분할을 다른 여러 분할의 하나의 변수로만 취급할 뿐 중요한 분석 변수로 취급하지 않는다. 비물질노동의 영역 내부에 여러 분할이 존재한다고 언급할 뿐 그에 대한 분석으로까지는 나아가지 못하고 있다. 그럼에도 불구하고 탈근대의 정치경제학은 가치가 정동 관계에서 형성되며, 정동이 근본적인 생산적 특성을 지닌다는 것을 인식하고, 생산노동임을 강조하는 것은 의미있는 작업이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 노동 개념의 확장에도 불구하고 서비스 노동은 그 성격의 측면에서 여전히 모호한 상태로 남아 있다. 예를 들면, 위에서 언급한 대로 정동 노동의 성격으로만 설명하기에는 부족함이 있다. 하트는 정동노동 영역 내부의 다양한 분할 중 하나의 변수로 성적 분할을 언급했지만, 현재 노동시장에서 성적 분할은 가장 지배적인 분할 중 하나임은 분명하다. 성적 분할을 지배적 변수로 고려하지 않는다면, 여전히 서비스 노동의 성격은 논쟁적일 수밖에 없다. 특정 서비스 노동에서 기대되는 직무 성격이 ‘여/성적’ 이고 그래서 해당 직무를 여성들이 담당하게 될 때, 특히 그 직무가 다른 직무에 비해 불안정한 고용형태와 낮은 임금 조건에 놓여 있을 때, 이러한 노동은 ‘문제적’ 노동이 된다. 그럼에도 불구하고 무엇을 문제로 삼아야 할 것인지는 현실에서 구분해 내기가 쉽지 않다. KTX-새마을 승무원들의 업무가 고객

7) 하트는 삶능력(biopower)을 푸코의 개념과는 다른 의미로, 삶을 창조하는 능력이며, 이는 집단적 주체성들, 사회성, 그리고 사회 그 자체의 생산이라고 설명한다(마이클 하트, 2005).

접대서비스가 중심인지, 안전 업무가 중심인지, 그것이 직업 성격상 구분 될 수 있는 업무인지 여전히 논쟁 중이다.

2)젠더-섹슈얼리티-노동 간의 관계 재설정

여성노동에 대한 연구 영역은 다양하고 오랜 연구조사가 진행되어 왔다. 여성들이 어떤 노동을 하고 있으며, 그 노동의 성격을 어떠한가, 그 현실이 어떠한가, 어떤 평가를 받고 있는가 등등에 대한 작업은 미시적 수준에서 많은 연구물들이 존재한다. 또한 여성노동 각각의 존재형태들 간의 관계를 설명하려는 노력도 계속되고 있다. 그 노력의 중심에 섹슈얼리티가 자리잡고 있다. 페미니즘 이론 내에서 섹슈얼리티는 중요한 영역이지만 노동과 연결시켜 논의하는 데에는 제한된 측면이 없지 않았다. 특히 작업장 내에서 여성의 섹슈얼리티에 대한 논의는 주로 여성 노동자에 대한 성적 통제와 연결되는 주제로 성희롱과 성폭력의 연장선상에서 이야기 되곤 했다. 현재 섹슈얼리티는 다양한 방식으로 노동과 접촉되어 나타나는데 섹슈얼리티가 어떻게 여성에게 억압이 아닌 해방의 영역으로 이야기 될 수 있는가가 노동의 영역에서도 중요한 테마가 되고 있는 것이다.

최근 20 여 년 동안 한국 여성주의 이론은 '섹슈얼리티와 여성주체 생산'이라는 주제에 집중해왔다. 일일이 언급하기도 힘들만큼 많은 연구물들이 존재한다. 초기 섹슈얼리티와 관련된 주제는 위험과 쾌락의 문제였다. 섹슈얼리티가 여성에게 주로 위험의 문제로 다루어졌다면, 섹슈얼리티가 여성에게도 쾌락이 될 수 있는지, 어떤 변화들이 있는지, 여성 주체는 섹슈얼리티 영역에서 위험을 중심으로 어떻게 논의 되어 왔으며, 위험이 존재하는 사회에서 여성들이 '쾌락'을 추구하는 것이 어떻게 가능하고 그것을 가능하게 하는 여성들의 행위성은 어떻게 드러나고 있는가 등의 주제로 조금씩 그 논의의 지형이 이동했다.

섹슈얼리티 영역에서 '위험'의 강조는 "젠더라는 관점에서 여성의 억압과 피해를 강조"하는 것이었고, 이러한 연구들과 실천들은 모든 여성들이 같은 '억압과 피해'를 경험하지 않는다는 것을 드러내게 되고 여성들의 다양한 경험과 그 경험을 해석하는 섹슈얼리티의 정치학의 필요성이 제기되었다(변혜정, 20067). 『섹슈얼리티 강의, 두 번째』의 서문에서 "남성 중심적 지배 권력에 도전장은 낸 이 책들 [『섹슈얼리티 강의』, 『일그러진 성문화 새로 보는 성』]은 이 사회 여성의 팍팍한, 문제적인 삶에 주목했다. 그러나 모든 여성이 이 사회의 피해자만은 아니며, 젠더만이 아니라 결혼 여부, 계급, 세대, 인종, 민족, 국가 같은 다양한 맥락에서 다양한 섹슈얼리티를 구성하고 있다는 문제의식에서, 그 경계를 횡단하는 여성들의 목소리를 가시화해야 한다는 필요성이 제기되었다." 라고 쓰고 있는데, 변화하는 섹슈얼리티의 정치학의 지형을 잘 드러내주고 있다.

그러나 섹슈얼리티 정치학의 변화하는 내용은 여성들의 개별적인 성적 실천에 초점이 맞추어져 있을 뿐, 특히 노동의 영역에서는 변화의 내용을 감지하기 어렵다. 노동의 영역에서 섹슈얼리티와 관련된 주제는 크게 직장내 성희롱과 '성매매'이다. 직장내에서 여성의 섹슈얼리티와 관련된 부분은 곧 성희롱의 위협에 노출된다. 무엇이 성희롱인지, 특정 행위(말, 행동 등)가 성희롱인지, 아닌지를 주장하는 지난한 싸움은 오히려 직장 내에서 여성들이 무성적 존재가 되도록 하려는 것인가하는 의도하지 않는 결과를 만들어 냈다. 그러면서 성차별이나 부당대우 등 여성들이 직장 내에서 겪는 다른 문제들까지 직장내 성희롱으로 지칭되는 '과잉대표성' 부작용이 나타나고 있다고 한다⁸⁾.

매춘을 논의하는 방식은 어떠한가? 일반적으로 '성매매'를 여성에 대한 폭력, 성폭력이라고 표현하는데 주저하지 않는다. "매춘은 인권유린이며, 여성에게 죽음을 선사하는 제도 (Raymond, 2004)이며, 특히 해로운 성불평등제도(Parley, 2004)라고 주장한다. 직접적인 신체폭력이 개입하는가 그렇지 않은가에 상관없이 매춘이 정의상 여성에 대한 폭력의 형태라고 주장하는 것이다." (문은미, 2007) 매춘을 여성에 대한 폭력으로 보는 시각은 매춘과 젠더관계에 주목한 결과이다.

정희진은 그의 책 『페미니즘의 도전』에서 '성매매'에 대한 "섹슈얼리티를 통한 젠더 억압의 모형(母型)", "성매매는 기본적으로 남성과 여성의 사회적 관계를 보여주는 성별 정치학" (221쪽), "성매매는 성별 권력 관계의 문제"로 매춘과 젠더와 섹슈얼리티의 관계를 드러내고 있다⁹⁾. 매춘을 둘러싼 논의에서 젠더와 섹슈얼리티의 문제는 젠더를 중심으로, 섹슈얼리티에 선행된 개념으로 논의되고 있다.

우리사회의 성매매/성노동 논쟁의 혼란이 해결되지 않는 양극단을 치달는 데는 바로 섹슈얼리티에 대한 바로 이러한 관점에 기인한다. 모든 것이 상품화되는 사회에서 특히 여성의 섹슈얼리티가 상품이 되는 가운데 매춘의 위치는 단순하지 않다. 여성이라는 이유만으로 복사나 커피 심부름을 한다거나 이성애적 접대 서비스를 담당한다거나 '여성적 특질(섹슈얼리티를 포함한)'에 기반한 업무를 여성에게 할당하는 사회 현실에서, 치모토 이데키는 이 또한 "『여자의 성』을 상품화한 것이 아니고 무엇" 이냐고 질문한다. 오늘날 성윤리에 의거해 어떤 직업이 사회에서 인정을

8) "이것도 저것도 성희롱...직장내 다른 문제 일한다", 『한겨레 신문』, 2007년 10월 4일자.
http://www.hani.co.kr/arti/society/women/240727.html

9) 정희진의 글 『성판매 여성』의 인권과 『성매매를 둘러싼 '차이'의 정치학』에서 '성매매'와 젠더/섹슈얼리티 관계를 언급한 부분을 '맥락없이' 인용한 것은 우리 사회의 섹슈얼리티에 대한 논의 지형이 좁다는 것을 드러내고자 함이다. 정희진은 '차이'를 둘러싼 대화와 소통의 정치를 이야기하고 있다.

받는 직업이고 어떤 직업이 인정을 받지 못하는 직업인가라고 질문하고 있다(치모토 이데키, 2006). 이는 여성노동에 대한 이론화 작업에서 그동안 여성노동에 대한 논의가 계급과 젠더를 중심으로 진행되었고, 섹슈얼리티에 관련된 논의는 주로 정치적, 도덕적, 윤리 차원에서 논의되었던 현실을 반영해야 함을 의미한다.

이러한 논의의 현재 지형을 가장 잘 살펴 볼 수 있는 영역이 성노동sex work이다. 다음 장에서는 성노동의 다양한 형태 중 하나인 매춘노동prostitution을 하나의 예로 살펴볼 것이다. 젠더화된 섹슈얼리티만으로 매춘을 설명할 수 있는가? 섹슈얼리티와 여성주체형성이 논의되는 지형이 매춘의 영역에서 '성매매'가 아닌 다른 담론을 구성해낼 수 있는가? 섹슈얼리티의 위계라는 성모순, 젠더 모순으로 환원되지 않는 섹슈얼리티에 대한 논의는 어떻게 진행되어야 하는가? 등이 매춘노동을 이론화하는데 중요한 질문이 될 것이다.

3. 성노동의 재개념화

1) 성노동 개념화의 필요성

특히 성적서비스 노동의 영역에서는 더욱 복잡해진다. 성적서비스와 관련된 일은 그 스펙트럼이 넓은데, 음식점에서 '서빙'하는 일에서부터, 매춘까지 다양하다. 폭을 좁혀 '성적쾌락'을 '생산'하는 일만을 두고 생각하더라도, 이러한 일(직무)의 성격상 '여성'이라는 조건으로 서비스의 교환이 이루어지고 '상품'(성적 쾌락)이 생산된다면, 이러한 '노동'을 문제 삼을 때, 문제는 서비스 노동의 결과물인가 아니면, 노동의 과정이 문제가 되는가. 다시 말하면, 성적쾌락이 상품으로 '전락'하는 것, 성적쾌락이 거래의 대상이 되는 것이 문제인지, 성적쾌락을 생산하는 방식, 예를 들면, 몸과 몸의 접촉면이 어느 정도인가, 서비스를 제공하는 사람과 소비하는 사람의 노동과정에 대한 자기 통제 정도를 문제삼는 것인지를 가능해야 한다.

성적서비스 노동이 생산물과 노동과정의 명확하게 [현재]이론화되기 어렵다고 하고 이론화 작업이 더디지만, 현실에는 이미 다양한 형태의 성적서비스노동이 존재한다. 성매매방지법이후 [집창촌] 매춘이 불법화되면서 '성매매'의 변종으로 소개되는 핸드플레이, 유리방, 애인대행 등등 딱히 매춘이라고 부를 수 없는 일들이 드러나고 있다. 이러한 일들을 '성노동'으로 개념화할 필요가 있다. 현재 '성매매'를 대체하는 개념으로 '성노동'이라는 개념을 사용하고 있지만, 이런 현실에서 매춘만을 성노동의 개념으로 정의하는 것이 '성노동'이라는 개념이 가진 급진성을 제한할 수도 있다.

성노동자의 개념을 '어떤 형태로든 성적인 쾌락을 소비자에게 주는 유형, 무형의 상품 생산에 종사하는 노동자'라고 넓게 정의한다면, 성적쾌락은 다양한 형태로 생산되므로 성적인 냄새가 나지 않는 상품이 현대 자본주의 사회에서 있을 수 있는가 하는 문제도 나온다. 만약 성노동자를 '어떤 종류의 육체적 접촉을 통해 상대방에게 쾌락을 줌으로써 돈을 버는 사람'으로 정의하면, 전업주부도 그렇지 않은가 하는 이야기가 된다.¹⁰⁾

성노동/성노동자를 정의하는데 고려해야 할 것들은 다음과 같다. 성노동/성노동자를 정의하는 문제는 매춘노동을 포함해서 현실의 다양한 성적서비스노동을 포함시킬 수 있어야 하며, 그 과정은 변화하는 섹슈얼리티 정치학의 중요한 중심축이 될 수 있을 것이다. 성적서비스 노동 간의 위계문제도 마찬가지다. 신체접촉의 유무, 성기삽입의 유무 등으로 '성노동'들이 위계화되는 것도 문제삼을 수 있어야 한다. 여기서는 섹스intercourse을 전제로 하는 거래인 매춘 노동을 중심으로 살펴볼 것이다.

2) 매춘노동의 존재형태

성노동은 각 나라의 역사, 사회문화적 요소, 법 형태, 통제 정도에 따라 다양한 형태로 존재한다. 성노동에 참여하는 이유도 다양하다. 현재는 경제적 이유가 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 개별 성노동자마다 생활비부터 빚, 약 중독 등 다양한 이유로 성노동을 한다. 각각의 동기는 성노동자의 자율성 정도에 영향을 미치고, 노동조건, 건강 등과 관련된 자기 통제력에서 영향을 미치게 된다. 예를 들면, 전쟁지역에서 아이와 함께 탈출한 난민은, 부유한 나라에서 더 나은 차를 사기 위해 에스코트 서비스를 하는 성노동자에 비해 콘돔 사용에 관한 협상력이 떨어질 가능성이 높다는 것이다.

하코트(Harcourt, 2005)는 다양한 형태의 성노동 중 섹스를 목적으로 거래를 하는 것이 분명하다고 인식되는 성적 서비스를 '직접적' 성노동, 즉 '매춘'으로 정의하고 있다. 이러한 거래와 관련된 사회적 맥락과 가능한 위험은 매우 다양함에도 불구하고 '직접적' 성노동, 매춘으로 언급하고 있다. 그가 분류한 '직접적' 성노동의 종류는 <표1>에서 개괄적으로 분류하여 설명하고 있다.

거리매춘(혹은 공공장소에서 매춘)은 전세계적으로 가장 광범위하게 존재하는 형태이다. 이들이 성산업에서 차지하는 비율은 크지 않는데, 그럼에도 불구하고 통제나 단속의 표적이 되는 것은 일반적으로 가장 눈에 띄는 형태이기 때문이다. 거리매춘

10) 다자키 히데아키, 「성매매종사자운동이 제기하는 문제들」, 「노동하는 섹슈얼리티」, 다자키 히데아키, 삼인, 2006, 169쪽.

의 많은 경우가 전쟁지역이나 개발도상국 지역의 사람들로 경제적 빈곤이 그 이유인 경우가 대다수이다. 선진국의 경우, 불법이거나 마약 중독자이거나 갑작스러운 경제적 위기로 일을 하게 된다고 한다.

밴쿠버의 보고서를 보면, 거리매춘의 경우 다른 형태의 매춘에 비해 강간과 구타를 포함한 폭력에 노출되는 비율이 높은 위험한 노동이다. 그러나 다른 형태의 매춘노동에 비해 상대적으로 자율성의 정도가 높거나 다른 이들로부터 덜 규제를 받는 형태이다.

거리매춘과 실내에서 이루어지는 매춘노동 사이에 윈도우 매춘이 존재하는데, 함부르크와 암스테르담의 흥등가가 윈도우 매춘으로 알려져 있다.

실내 매춘노동은 브로델brothel이 가장 전형적인 형태이다. 브로델은 개인 집부터 기업형태까지 다양하다. 브로델에서 일하는 매춘인의 인권과 노동조건은 다양하지만, 브로델이 일반적으로 안정성과 건강 등과 관련해 거리매춘보다 더 나은 조건이다. 대부분의 국가 규제의 경우 브로델을 대상으로 하는 경우가 많다.

또 일반적인 실내 매춘의 한 형태가 에스코트 매춘(escort/out-call)이다. 전화나 이동수단을 통해 고객이 원하는 장소에게 거래가 이루어진다. 에스코트 매춘의 경우 중개업체를 통해 운영되는 경우가 많으며, 비교적 높은 수익을 보장받는다. 중개업체는 전화를 받고, 고객과의 약속을 전달하고, 임금을 관리하며, 이동수단을 제공하거나, 등록, 광고를 담당하고, 고객으로부터 안전을 담당한다. 그러나 에스코트 매춘인 역시 고객의 폭력에 노출될 가능성이 높은 위험노동의 한 형태이며, 브로델 매춘에 비해 건강, 안정성이 떨어진다.

개인 매춘(자영업)은 혼자 일하거나 소규모 그룹으로 일하는 경우가 많은데, 오스트레일리아와 영국에서 가장 비중이 높다. 이들은 혼자 일하는 경우에도 대부분 전화로 미리 약속을 정하는 방식으로 고객 선택권, 거래 조건 등 노동조건을 통제한다고 한다.

<표 4>직접적 성노동의 유형

형태	대상과 일하는 방식	활동 지역
거리 (street)	거리, 공원 혹은 다른 공공장소에서 고객 찾는다.	다른 일과 장소를 찾지 못한 경우, 동유럽, 아프리카 일부, 동남아시아, 라틴 아메리카의 경우, 경제적 이유가 크다.
브로델 (brothel)	섹스를 위한 특정한 장소를 제공하는 것. 거리보다 안전하다. 종종 등록을 하기로 한다.	성노동이 비범죄화되는 것을 선호하거나 허용된 지역.

에스코트 (escort /out-call)	전화 혹은 호텔 직원에 의해 고객과 접촉. 가장 많은 형태. 고객이 이동하지 않기 때문에 상대적으로 높은 비용. 서비스는 고객의 집이나 호텔에서 이루어진다.	어디에나 존재한다. 미국의 경우 전화서비스 업체와 계약하거나 'call book'을 통해 일한다.
자영업 (private)	전화를 통해 고객과 만난다. 서비스가 성노동자의 집에서 제공되는 것을 제외하면 에스코트와 유사하다.	영국, 유럽, 미국, 오스트레일리아, 때때로 거리 매춘인이 집으로 데리고 온다.
클럽, 술집, 가라오케, 댄스홀	술을 파는 곳에서 거래가 이루어진다.	어디에나 존재.
윈도우 (window, doorway)	유리문을 통해 매춘인이 전시되거나 출입문 앞에서 호객행위하는 것. 추운 지역이 많고 따뜻한 장소에서 일할 수 있다.	암스테르담, 함부르크에 독특한 형태. 유럽에서 드문 형태이며, 출입문 앞에서 호객행위하는 것은 아프리카나 개발도상국의 경우가 많다.
남성 전용 장소	이발소, 목욕탕, 사우나, 탄광 같은 남성 전용 장소에서 호객.	어디에나 존재.
door knock와 호텔	일행이 없는 남자가 대상. 호텔과 숙박장소에서 서비스 제공.	전세계 호텔.
교통수단 (배, 트럭, 기차)	역이나 터미널에서 고객을 만나고 고객의 차에 타거나 함께 이동.	어디에나 존재.
CB 라디오 (생활무전기)	생활무전기를 사용하여 고속도로를 이동하면서 트럭 운전수를 대상으로 일함.	미국
그외	신문광고, 카탈로그, 광고전단지, 인터넷 등 다양한 매체를 통해 호객	어디에나 존재. 인터넷과 핸드폰 번호를 광고하는 것은 선진국에서 주로 이루어짐.

*Harcourt & Donovan, 2005, "The many faces of sex work", *Sexually Transmitted Infections*, p202.

매춘이 존재하는 방식은 사회, 문화, 역사, 국가 정책에 따라 다양하며, 그 형식과 내용 역시 지속적으로 변하고 있어 명확하게 범주화하기 어렵지만, 개괄적으로 살펴보면, 거리매춘, 브로델, 에스코트 등의 형태에 따라 고객과 임금수준, 노동강도는 천차만별이지만, 전반적으로 고객의 수에 영향을 받으며, 콘돔의 사용여부에 따라 노동조건을 달라진다. 또한, 낮은 임금을 받는 이들일수록 열악한 조건과 위험에 노출될 가능성이 높다.

한국사회 역시 성매매방지특별법 이후, 집창촌으로 대표되는 성산업의 규모는 현저히 줄었다. 얼마 전 여성가족부는 성매매방지법 시행 이후 "성매매 집결지 업소수와 종업원수는 2004년 9월 1679개, 5567명에서 지난 5월 992개, 2523명으로 크게 줄었"으며, "법 시행 전 성매매가 불법임을 아는 이들은 30.4%에 불과했지만 지금은 90% 이상이 이를 인지하고 있는 것으로 조사됐다." 11)고 발표했다. 그러나 성

산업에 대한 약간의 지식만이라도 있는 사람이라면 '집결지' 업소가 700여개 줄고, 종사자수가 3000여명 준 것이 성과인지는 의문스러울 수밖에 없다. 우리나라의 성산업에서 '집결지'가 차지하는 비율은 그다지 크지 않으며, '집결지' 업소가 줄고, '집결지' 업소에서 일하는 여성들의 수만 줄었을 뿐 그것이 '성매매'가 줄었다는 것을 바로 의미하지는 않기 때문이다. 성매매방지특별법 이후 다양한 형태의 신종 '성매매'가 존재한다는 것이 간혹 보고되기도 한다. 이런 한국의 현실을 고려할 때, 다양한 형태의 매춘노동에 대한 실태조사가 시급하다. 규모는 파악하는 것인 현실적으로 어려운 일이지만, 현재 한국사회에서 존재하는 매춘노동의 형태와 종사하는 매춘인들의 노동형태와 자기 통제 정도, 가능한 위험들 등에 대한 논의가 실질적으로 요구되는 시점인 것이다.

2) 매춘 노동의 재개념화: 이론화의 영역들

성노동, 특히 매춘노동에 대한 논의는 많은 경우 추상적이다. 매춘 노동의 특성상 위험하거나 열악한 환경일수록 더욱 드러나지 않고 은폐되는 경향이 있다. 소문으로만 떠돌고 있다가 군산화재사건처럼 특정한 사건이 터지면서 사회문제가 되면서 특정 형태가 조금씩 드러나기도 하는데, 이 역시 극히 일부일 뿐이다.

매춘노동을 이론화하고 섹슈얼리티와 노동의 관계로 재개념화하는 작업에서 매춘노동의 성격을 규명하는 것은 중요하다. 위에서 살펴본 바와 같이 일하는 장소, 거래 방식 등에 따라, 또 국가의 규제 방식에 따라 안정성은 현격한 차이가 존재한다. 매춘 노동의 성격을 특징짓는 몇 가지 구성 요소를 살펴보고 이를 통해 매춘노동을 재개념화하는데 단초를 마련하고자 한다.

장소의 문제

성노동, 매춘노동을 구성하는데 공간은 매우 중요하다. 개별 성노동자가 존재하는 공간에 대한 구체적인 분석이 필요하다. 법적 환경, 예를 들면, 생계수단으로 매춘에 대한 법의 관용정도, 일반적인 서비스노동과는 다른 방식으로 성노동이 노동시장에서 파편화된 정도, 거리매춘보다 브로델 등 실내 매춘이 더 안전한 것과 같은 노동시장, 지지집단 네트워크 등의 존재 여부 등은 구체적 특정 지역에서 성노동자들에게 특정하게 위치화된 located 경향을 존재하게 한다. 특정한 위치와 개별 성노동자에 초점을 맞추어 진행된 연구와 조사를 통해 이론과 분석틀이 구성되어야 한다는 것이다. 장소에 대한 이러한 접근은 성노동간의 관계에 대해 확대된 연구를 가능하게 하고, 그럴 때 성노동이라는 파편화되고 복잡한 주제에 접근할 수 있게 된다는 것이다.

11) "반성없이 '재수없어 적발됐다'는 생각 바뀌야", <인터넷 한겨레>, 2007년 10월 29일자.

젠더와 관계

남성과 여성이 다른 문화적 맥락에서 차별적으로 정의된 물질적 조건을 가지고 있다. 여성이 하는 일에 대한 사회적, 법적 통제가 존재하고, 나이, 결혼여부, 재산권, 교육과 훈련에 대한 접근, 모성보호에 대한 제도적 보상, 자녀 양육, 부모역할과 관련된 제도적 차원의 보장, 성차별의 형식, 동등기회 등이 여성이 어떤 일을 할 것인지, 노동시장 안에서 어떤 형태로 존재할 것인지를 결정하는데 많은 영향을 미친다. 여성의 전반적인 위치는 매춘을 사회에서 인식하는 방식에도 영향을 미친다. 남성 매춘이 여성 매춘과 다른 방식으로 다루어질 수 있다는 것도 이러한 맥락에서 설명 가능할 것이다.

법적 조건

성노동에서 가장 중요한 물질적 변수 중의 하나가 특정한 나라 혹은 특정 지역에서 작동되는 매춘과 관련된 규제이다. 많은 나라에서 매춘 그 자체는 범죄 활동이 아니지만, 법은 다양한 방식으로 매춘과 관련된 부수적인 행위들을 규제한다. 단속과 통제하는 주체들도 그 법을 해석하고 집행하는데 편차가 크다.

특정한 법적 환경은 처벌을 받거나 받지 않거나 혹은 규제를 받는 형식을 피하거나, 법망을 벗어날 수 있는 방식을 도모하게 함으로써 노동자에게 지역적 지식 local knowledge를 특정한 형태를 생산하도록 한다. 기술과 고유성은 바로 그 구체적인 장소에서 생산되는 것이다.

그 외에도 섹슈얼리티와 관련된 사회, 문화적 맥락과 인종, 이주와 성적 인신매매 trafficking과의 관계 등도 위치화된 지식을 생산하는데 그 구성요소가 된다.

4. 결론

최근 전세계적으로 성노동자들이 조직화를 시작하고 있다. 이는 성노동자들이 감정 노동이건 예로틱 노동이건 그들의 노동이 이러한 특징을 가지는 노동으로 간주하는 시각으로부터 시작되었다. 이 노동은 도덕적 정당성을 가지고 있고, 가치 있으며 조직화될 수 있는 다른 형태의 노동과 임금 고용과 비교될 수 있는 형태의 고용으로써 사회적 가치를 가지고 있다고 서서히 논의되기 시작하고 있다. 한국 사회에도 섹슈얼리티와 노동과 관련된 연구는 더디게 진행되었지만, 최근 2-3년 동안 다양한 쟁점들이 드러나고 있다. 성노동의

다양한 형태와 노동과정을 규명하고, 이러한 논의와 이론화 작업이 여성노동의 이론을 만들고 지평을 넓히는데 큰 역할을 할 것으로 기대한다.

‘페미니즘은 여자도 인간이라는 급진적 믿음이다(Feminism is the radical notion that women are people).’ 는 말을 빌어, 매춘도 노동이라는 생각 또한 같은 맥락에서 급진적 믿음이 될 수 있다. 매춘도 노동이라는 급진적(radical) 믿음은 여성주의이론에 어떤 지형 변화를 가능하게 할 것인가? 젠더와 섹슈얼리티에 대한 변화, 젠더와 섹슈얼리티 관계의 변화, 노동에 대한 변화, 젠더/섹슈얼리티와 노동관계의 변화 등이 가능할 것이다.

성매매방지법에 저항하는 ‘성노동자’들의 집단적 저항이 오늘 이러한 공간을 가능하게 했듯이, 젠더/섹슈얼리티와 노동 간의 관계를 젠더화된 섹슈얼리티의 렌즈를 거쳐 노동을 해석하는 것이 아닌 다른 방식의 이론과 실천이 어떻게 가능하지를 ‘성노동’ 개념과 이론화를 통해 출발해 볼 수 있을 것이다.

참고문헌

- 마이클 하트 (2005), 『비물질노동과 다중』, 갈무리.
 문은미 (2007), 「『강제』에서 『자발』로 사고를 전환하는 것의 의의-성노동 개념의 실천적 쟁점」, 『성노동』, 여성문화이론연구소 성노동연구세미나팀, 도서출판 여이연.
 변혜정 (2006), 『들어가며 : 다양한 주체들의 의미투쟁 스토리를 읽으며』, 『섹슈얼리티 강의, 두 번째』, 동녘, 8쪽.
 우석훈 (2007), 『88만원세대』, 레디앙.
 치모토 이데키, 2006, 『노동으로서의 성매매와 근대가족의 행방』, 『노동하는 섹슈얼리티』, 다자키 히데아키, 삼인, 169쪽.
 Harcourt & Donovan, 2005, "The many faces of sex work", *Sexually Transmitted Infections*, p202.
 Parley, Melissa, 2004, "Bad for the Body, Bad for the Heart: Prostitution Harms Women Even if Legalized or Decriminalized", *Violence Against Women*, Vol. 10, Sage, p.1117.
 Raymond, Janice, 2004, "Prostitution on demand: Legalizing the buyers as sexual consumers", *Violence Against Women*, Vol. 10, Sage, p.1182.

[법과 여성2 : 근로계약일반]

노동관계법의 의의와 체계(근로기준법을 중심으로)

민주노동법률원/변호사 여연심

1. 자본주의 체제하의 노동의 투쟁의 산물로서의 노동법

가. 법이 갖는 두 가지 측면

법이란 기본적으로 투쟁의 산물이기도 하나 기존 질서를 유지하기 규범이기도 하다. 기존 질서란 지배계급이 만들어온 질서를 의미하는 것이고, 지배계급의 질서란 기본적으로 피지배계급에 대한 통제를 내포하는 것이다. 그러므로 법이란 지배계급에 의해 형성되는 질서를 옹호하기 위한 제도적 장치로서 작용할 가능성이 보다 크다고 할 것이다. 이런 주된 기능을 하고 있는 법률로서 국가보안법을 들 수 있다.

반면 법이란 투쟁을 통한 역사적 산물인 측면도 있기 때문에 법적 절차를 통한 권리의 구제나 보장이라는 면도 간과할 수 없는 측면이 있다. 헌법과 법률에 의한 기본권 보장과 각종 절차적 법률에 의한 구제절차의 정비 등을 들 수도 있고, 국가인권위원회법등은 대표적으로 투쟁의 산물로 얻어진 법률이라고 할 것이다.

나. 노동법의 발생과 노자간 힘의 역학에 따른 영역의 변화

노동법은 노자 간의 대립과 투쟁, 타협의 결과물인 자본주의 사회의 법이다.

자본주의 혁명(봉건제를 타파한 시민혁명)의 주요세력인 자본가, 상공업인, 전문기술자 등은 왕과 귀족으로부터 ‘자유’와 ‘평등’을 원했고, 이에 근거한 시민법의 태동은 사법·공법·형사법 등 모든 영역에서 ‘소유권 절대 원칙’, ‘과실 책임의 원칙’, ‘계약자유 원칙’을 확립하게 되었는데, 특히 사법영역에서 더욱 철저하게 관철되면서 시민법은 힘있는 자(자본)가 새로운 지배계급의 주체로써 자본주의 사회를 유지하기 위해 힘없는 자(노동)를 탄압하기 위한 수단으로 전략하게 된다.

이것이 초기 자본주의 사회의 시민법이 전횡하는 ‘자유주의 시대’였고, 결국 반자본 혁명과 폭동이 빈번하게 되자 노자 간 타협의 산물로 시민법의 3대 원칙을 수정하는 법의 범주, 사회법이 발생하게 되고, 그 대표적인 것이 노동법, 환경법, 사회복지법 등등이다.

결국 근본적으로 시민법이나 사회법은 자본주의 근간을 유지 발전시키는 것이고, 서로간의 영역확대의 양상은 그 시대의 자본주의 단계를 반영하고 있다. 현재를 '신자유주의 시대'라 일컫고 있는데 법의 법주에서 보자면 다시 시민법의 영역이 확대되고, 사회법이 시민법의 기본원칙에 따라 수정되거나, 축소되는 것을 의미하는 것이다.

2. 노동운동과 노동법의 역사

가. 노동시간 단축

노동운동의 역사는 노동시간 단축의 역사라고도 말하는데, 자본가는 근로자의 잉여노동에 의한 이윤획득을 위해 잉여노동 착취를 제한하게 될 노동시간의 단축에 극력하게 저항한다.

[영국의 경우]

1833년 공장법은 미성년자의 노동은 아침 5시 반에 시작되어 저녁 8시 반에 끝나야 하며 13세에서 18세까지의 미성년자는 이 15시간의 한도 범위 내에서 어떤 시간을 사용하건 합법적이었지만 다만 하루 12시간 이상을 시켜서는 안 되었다. 9세 미만의 아동 고용은 예외적인 경우를 제외하고는 금지하고 9세에서 13세의 아동은 하루 8시간으로 제한하였다.

1844년 공장법은 18세 이상의 부녀자의 노동시간을 12시간으로 제한하였고 야간노동을 금지하였다.

한편 미성년자, 부녀자에 대한 노동일 단축을 위한 법개정과는 별개로 일반근로자들은 노동시간 단축을 위해 지속적으로 12시간 노동을 넘어 8시간 노동을 쟁취하기 위해 투쟁하였는데, 제1차 세계대전 이후 러시아혁명이 이후 소비에트정부가 8시간 노동제를 시행하면서 주변 자본주의 국가에서도 노동운동이 일어나 1일 8시간 주44시간 노동제를 넘어 프랑스의 경우 1936년 임금저하 없는 주40시간제를 제정하였다.

2차 세계대전 이후에는 사회주의 나라들과 경쟁 상태에 돌입한 선진 자본주의 나라들은 사회주의로의 이행을 저지하기 위한 유화적인 노동정책이 추진되기도 했고, 이 과정에서 노동운동은 급격히 체제내화, 개량화되었지만 노동시간단축을 위한 투쟁은 계속되어 독일에서는 1995년 단체협약을 통해, 프랑스의 경우 법으로 주35시간 노동제를 정하고 있다.

한편 이들 나라들의 노동시간은 실제 노동시간의 단축으로 이어졌지만 한국은 실제 노동시간과 법정 노동시간이 다르고, 법정 노동시간의 단축이 시간외 근로의 연장을 가져오는 것과는 차이가 있다.

[한국의 경우]

- 1953 근로기준법 제정 당시 1일 8시간 1주일 48시간 노동제, 당사자 간 합의에 의한 1주일 60시간 한도 근로 규정
- 1989년 1일 8시간 1주일 44시간 노동제, 당사자간 합의에 의한 1주일 12시간 한도 연장근로 규정, 정부주도 하에 근로시간 단축분만큼 임금보전이 법상 보장되지 못함
- 1998~1999년 구조조정에 맞서 노동시간단축의 노동운동이 전개되었으나 근로조건을 개악하는 방식(기존 월차의 폐지, 연차의 축소 조정 등 휴가 축소, 생리휴가의 무급화, 탄력적 근로시간제의 확대, 사용자에 대한 선택적 보상휴가부여권 보장, 단축근로시간에 대한 임금보전장치의 미비 등)의 자본 주도의 주 40시간 노동제 도입
- 한국에서의 노동시간단축은 노동운동이 노동시간단축을 주도하고 투쟁에 의하여 이를 확보한 것이 아니고, 법정근로시간의 단축이 실제 노동시간의 단축으로 직결되지 않는다는 것이다.

나. 노동3권, 특히 단체행동권을 중심으로

선진 자본주의 국가의 노동조합에 대한 법적책은 일반적으로 금지(단결금지법의 제정) - 방임(단결금지법의 완화 및 철폐) - 법인(노동3권 규정의 설정) 및 적극적 보장(쟁의행위에 대한 민·형사 면책)이라고 하는 과정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.

18세기 영국에서 비롯된 노동조합운동은 19세기, 특히 그 후반 이래 유럽에서 본격적으로 전개되었으나, 영업의 자유 등, 개인의 자유를 근거로 하여 형벌에 의해 철저히 금지되었다. 즉, 노동조합이 조합원에 대한 내부통제를 통하여 제3자(사용자 및 다른 근로자)에 대한 근로조건 거래를 제한한다는 이유에서였다. 이는 당시 노동조합의 중심인 직능노조가 숙련 근로자의 독점적 장악을 배경으로 하여 근로조건의 자유로운 거래를 제한한 현실과도 관련되어 있었다.

그러나 그러한 금지정책에 의해 노조가 없어지기는커녕 더욱 발전되자 각국은 단결이 개인의 자유라는 이유로 방임정책으로 돌아섰다. 즉, 개인의 자유라는 것의 내용이 뒤바뀐 것이었다. 과거에는 그것이 영업의 자유를 의미했으나, 이제는 단결의 자유로 바뀐 것이다. 그러나 단결의 방임은 단결금지의 폐지에 불과했고, 단결에 대한 민·형사법은 여전히 적용되었다. 따라서 노동조합은 더욱 적극적인 승인을 요구하게 되어 20세기 초엽에 와서야 각국에서 노동조합에 대한 적극적 승인이 일반화되게 되었다. 예컨대 영국에서는 민·형사법의 적용을 배제하고, 독일에서는 바이마르 헌법에 단결권을 규정했으며, 미국에서는 와그너법을 통하여 단결의 침해를 금지하는 부당노동행위제도를 확립했다. 국제적으로도 결사의 자유를 보장하는 ILO 제87호·제98호 조약이 성립되었고, 국제인권규약에서도 결사의 자유를 권리로

서 보장하게 되었다.

[영국 단결권의 제정과 변천]

- 1799년, 1800년 '단결금지법' 과 '주종법' : 근로자가 자발적으로 개별적으로 근로제 공을 거절하는 것(근로계약위반 - 주종법에 의한 범죄)은 물론이고 다른 근로자와 공동으로 또는 상호 영

향을 미치면서 노동을 중지하는 것도 모두 범죄로 취급

- 1824년 노동조합법 : 모든 단결금지법을 철폐하고 노동단체를 합법화

- 1875년 공모죄 및 재산보호법 : '단독으로 행할 경우 범죄를 구성하지 않는 한 동일한 행위를 근로자 다수인이 단결하여 해도 형사공모로서 소추할 수 없다' 고 규정하여 쟁의행 위는 원칙적으로 합법적인 것이고 다만 쟁의행위의 수단이 위법한 경우에만 개별적으로 범 죄가 될 수 있도록 규정, 주종법 폐지 - 형사책임의 면제

- 1906년 노동쟁의법 - 민사책임 면제

[한국의 경우]

1948년 헌법 제정 이후 집단적 노동관계법은 국가의 기본질서의 하나인 인권으로 규정된 노 동3권에 의해 제정되었으나, 하위법률인인 노동조합및노동관계조정법(현재)은 쟁의행위를 통제하고 규제하기 위한 규정들로 채워져 있으며, 쟁의행위에 대한 직접적 형사처벌규정의 존재, 쟁의행위의 목적, 시기 및 절차, 수단과 방법을 광범위하게 규제하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하는 조항의 존재, 형법상 업무방해죄가 쟁의행위에 적용됨으로써 한국에서는 실질적으로 형사면책법리, 민사면책법리의 형성과정에 있는 것이 아니라 형사처벌, 그리고 민사책임의 확대화 과정에 있다.

3. 노동기본권 실현으로서의 노동법의 구성

가. 헌법상 노동기본권의 구체화로서의 노동법

개별적노동관계는 주로 헌법 제32조의 가치를 실현하는 실정법으로 근로기준법(개별적 노동 관계법의 모법), 최저임금법, 산업안전보건법, 산재보상보험법, 고용보험법 등이 대표적이 다.

집단적노동관계법은 주로 헌법 제33조의 가치를 실현하기 위한 것으로 노동조합및 노동관계

조정법, 노동위원회법이 대표적이다.

[헌법 제32조]

- ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.
- ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.
- ③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.
- ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.
- ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.
- ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

[헌법 제33조]

- ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하 여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

나. 입법, 사법, 행정작용에 의한 다원적인 방식에 의한 노동법의 구현

- 사법부의 법해석(판례)에 의한 노동기본권의 확대 및 축소
기간제법리, 위장도급법리, 포괄임금제 등
- 행정부(노동부)의 노동행정에 의한 노동기본권의 확대 및 축소

4. 근로기준법의 제정 및 변천

가. 1953년 최초 근로기준법 제정

맥아더군정의 노동정책에 따라 만들어진 일본의 노동기준법의 영향을 크게 받았고, 각종 법 정휴일·휴가 등을 유급으로 처리하거나 월차와 생리유급휴가를 부여하는 등 다른 나라에서 는 보기 힘든 제도가 사회보장차원에서 도입

- 1일 8시간 1주 48시간 노동제, 당사자의 합의가 있을 경우 1주 60시간까지 근로 가능

- 주휴일, 월차, 연차, 유급생리휴가 등 규정
- 정당한 이유없는 해고등의 금지
- 여자와 18세 미만자는 도덕상, 보건상, 유해한 사업에 사용하지 못함

나. 1997년 재제정

- 단시간근로자의 개념 및 근로조건 특례를 정함
- 정리해고 신설
- 퇴직금중간정산제도 도입
- 탄력적 근로시간제, 선택적 근로시간제 도입
- 유급휴가의 대체 조항 신설

다. 2001년 개정

- 연소근로자 및 여성근로자의 취업제한규정을 축소
- 여성의 연장근로시간 제한을 임신부에게 한정
- 여성의 야간·휴일근로 조건을 완화
- 산전후 휴가일수를 90일로 늘림

라. 2003년 개정

- 주 40시간 노동제
- 1개월단위의 탄력적 근로시간제를 3개월단위로 확대
- 월차휴가를 연차휴가로 통합하여 총 15~25일로 함
- 연차휴가 사용촉진 조치 신설
- 선택적 휴가보상제 도입
- 생리휴가 무급화
- 시행기기를 2011년까지 업종·규모별로 단계화

마. 2005년 개정

- 임금체불에 대해 지연이자 및 반의사불벌제 도입
- 취업규칙 작성내용에 모성보호사항을 추가함

바. 2007년 개정

- 제31조에 위반한 부당한 징벌의 벌칙 삭제
- 부당해고 구제명령에 금전보상제 도입
- 부당해고 구제명령에 대해 이행강제금제도와 벌칙 도입
- 해고시기 및 사유를 서면으로 통지케하고 이를 해고의 효력요건으로 함
- 정리해고 시 노조와 협의기간을 50일 이상으로 단축
- 행정적 사항 위반에 대해 형벌을 과태료로 전환

사. 신자유주의 시대 노동법 변화 양상

신자유주의란 자본의 이윤 저하를 방어하기 위한 자본의 몸부림인바, 역시나 이윤을 저하를 막아내는 방법은 근로자의 노동력을 헐값에 파내는 것이 하나요, 두 번째로는 노동강도의 강화요, 마지막으로 새 이윤 시장의 창출이다. 이것을 자본은 노동의 유연화, 생산효율의 극대화, 경쟁을 통한 공공영역의 질 향상이라 한다. 이미 신자유주의 정책은 곳곳에서 지속적으로 관찰되고 있다.

노동법의 영역에서도 그 변화는 뚜렷하다. 지난 10여년 동안 자본이 줄기차게 요구했던 정리해고제, 변형근로제, 파견법이 이미 입법화되어 근로자의 삶을 나락으로 내몰았거나 내몰고 있는 상황이다. 소위 노동시장의 유연화가 지난 기간 동안 성공적으로 진행되었다는 것이다. 거꾸로 보면 노동진영이 한 없이 밀려 왔다는 것이다. 이제 자본에게 남은 것은 유연화된 노동시장을 더욱더 확대하고, 이에 대한 집단적 저항을 무력하게 하는 것이다.

이러한 자본의 이해의 관찰을 위하여 지금까지 개별적 노동관계인 근로기준법을 통해 손봤다면, 이제는 집단적 노동관계를 규정하는 '노동조합 및 노동관계조정법'을 손볼 차례가 된 것임을 의미하는 것이고, 이를 위해 '노사관계선진화방안(로드맵)'의 구상이 현실로 반영되는 과정에 있는 것이다.

이러한 과정에서 로드맵이 제기되었고, 로드맵은 90년대 이후 정권의 노동정책과 노동법의 변화 흐름에 걸맞게 자본과 정권의 관리통제가 용이한 협력적 노사관계로의 재편을 위한 신자유주의 세계화와 가속화된 구조조정의 한 과정인 것이다.

5. 근로기준법의 원칙 및 근로계약의 효력

가. 최저근로조건의 보장

제3조(근로조건의 기준) 이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로 관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수는 없다.

- 근로기준법과 근로계약의 관계

제15조(이 법을 위반한 근로계약) ①이 법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.

②제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 이 법에 정한 기준에 의한다.

* 의의 : 본래 사적자치의 원리에 따르면 근로관계의 성립 및 내용은 근로계약에 의하여 결정되는 것이 원칙이지만, 이에 대하여 국가가 근로자 보호의 관점에서 법으로 일정한 기준을 설정하고 있는 것이다. 하지만, 사적 자치의 원리를 기초로 하고 있는 법체계에서는 국가가 사적 자율성을 부정하는 것은 예외적, 한정적으로만 이루어질 수밖에 없고, 국가가 설정하는 기준이 계약의 자율성과 조화를 이루기 위해서는 최저기준을 설정하는 형식으로 이루어질 수밖에 없다.

1) 최저기준 설정의 의미

법이 정하고 있는 근로조건은 최저기준이다. 따라서 근로관계 당사자는 법에서 정하고 있는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정할 수 없고, 이러한 최저기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효이고, 무효로 된 부분은 법이 정한 최저기준에 의한다.

취업규칙을 작성하거나 단체협약을 체결하는 경우에도 법의 최저기준이 준수되어야 한다.

2) 최저기준의 적용

법 3조가 규제대상으로 삼는 것은 '근로관계의 당사자'로서, 법 3조의 근로관계 당사자에는 근로계약의 당사자인 근로자와 사용자만이 아니라 근로조건의 결정규범을 정하는 모든 주체, 즉, 노동조합과 사용자단체 등을 포함하는 것으로 보아야 한다.

법 상의 최저근로기준은 산업 및 업종의 종류, 기업 간의 격차, 직급의 상하 및 지역 등에 관계없이 모든 근로자와 사용자에게 일률적으로 적용된다.

3) 최저기준 설정의 효과

근로관계 당사자는 법에 정한 기준을 이유로 근로조건을 저하시킬 수 없다.

문제가 되는 것은 법 3조에 위반한 경우의 사법상 효력이다. 법정기준을 이유로 한 근로조건의 저하가 무효라는 것에 다툼이 없다.

* 근로조건 결정규범 상호간의 관계*

1. 상위규범 우선의 원칙

근로관계를 규율하는 규범형식들 상호간에는 헌법을 최상위규범으로 하고, 관계법령과 국제노동법규, 단체협약, 취업규칙, 근로계약의 순으로 위계가 있다. 이들 규범 상호간에는 상위규범이 하위규범에 우선하는 효력이 있으므로 하위규범의 내용이 상위규범에 모순·저촉되는 경우에는 무효가 되어 근로관계에 적용될 수 없고, 상위규범에 정한 내용이 효력을 가진다(노조법 33조 1항, 법 97조).

노사관행 또는 노동관행에 관하여는 관례는 '기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다.' 고 하고 있다.

2. 유리한 조건 우선의 원칙

3. 신규법 우선의 원칙

4. 특별법 우선의 원칙

5. 법령과 단체협약 사이의 관계

헌법에 위반하는 단체협약은 무효이다. 단체협약의 내용 자체는 물론이고, 그 적용·해석에 있어서도 헌법 제33조 제1항의 근로3권을 침해해서는 안 된다. 법령 중 강행법규에 위반되는 단체협약도 당연히 무효로 된다. 예컨대, 사법(私法)상 공서양속에 위배되는 단체협약이나 법 기준에 미달하는 내용의 단체협약 또는 부당노동행위를 내용으로 하는 단체협약 등은 무효이다.

위법한 단체협약에 대하여 행정관청은 노동위원회의 의결을 얻어 시정을 명할 수 있다. (노조법 31조3항)

6. 법령과 취업규칙 사이의 관계

취업규칙은 법령에 어긋나서는 안 된다(법 96조 1항). 법은 법령에 위반한 취업규칙의 효력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 법령에 위반한 취업규칙 부분은 당연무효라고 하여야 할 것이다.

법령에 위배되는 취업규칙이 무효가 되는 경우에 무효가 된 취업규칙 부분이 당해 법령에 의하여 자동적으로 대체되는 문제가 있다. 이에 대해서는 법 제96조에는 법 제97조 2문이나 노조법 33조 2항과 같은 대체적 효력에 관한 규정이 없고, 오히려 2항에서 노동부장관의 취업규칙 변경명령이 규정되어 있는 것을 이유로 이를 부정하는 견해와 노동부장관이 변경명령을 하는 것은 무효로 된 취업규칙을 그대로 두는 경우 무효인 취업규칙이 마치 유효한 것과 같은 외관을 가지고 있어 근로자에게 부정적인 영향력을 미칠 우려가 있으므로 이를 조속히 제거하기 위한 제도에 불과하므로 취업규칙 중에 무효가 된

조항에 대해서는 관계법령이 대체 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다.

7. 법령과 근로계약 사이의 관계

법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다(법 15조 1항). 이 경우 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다(법 15조 2항). 따라서 법에 위배되는 근로조건 기준 부분은 무효로 되고 무효로 된 부분은 법에 정한 기준으로 대체됨은 명백하다.

* 단체협약과 취업규칙·근로계약 사이의 관계 *

1. 단체협약과 취업규칙 사이의 관계

법과 노조법의 규정 :

취업규칙은 당해 사업장에 적용되는 단체협약에 위반될 수 없고(법 96조 1항), 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 된다(노조법 33조 1항). 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다(노조법 33조 2항). 두지 않고 있는데, 취업규칙에 규정되지 않은 사항에 대해서도 단체협약이 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다.

2. 유리한 조건 우선 원칙과의 관계

취업규칙에서 정한 근로조건보다 불리하게 새로운 단체협약을 체결하는 경우 유리한 조건 우선 원칙에 따라 취업규칙이 적용되는지 아니면 상위규범인 단체협약이 우선 적용되는지 여부가 문제된다. 이는 새로운 단체협약의 체결에 의하여 취업규칙보다 근로조건이 불리하게 변경되는 경우뿐만 아니라 개별 근로계약에서 정한 근로조건이 불리하게 변경되는 경우에도 문제된다.

판례는 '단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자측과 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하며 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대하여 생긴다.'고 판시 이래 일관하여 부정설을 취하고 있다.

3. 단체협약과 근로계약 사이의 관계

위와 같이 노조법 33조1항은 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 근로계약 부분을 무효로 하여 단체협약의 규범적 효력 중 '강행적 효력'을 규정하고 있고, 2항은 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준이 적용된다고 하여 규범적 효력 중 '대체적 효력'을 규정하고 있다.

4. 취업규칙과 근로계약 사이의 관계

취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다(법 97조). 취업규칙과 근로계약 사이의 관계에서는 유리한 조건 우선의 원칙이 적용된다.

나. 균등처우원칙

제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

헌법 제11조 평등권 → 근로기준법 제5조, 남녀고용평등법, 기간제법 및 파견법, 고용촉진기본법 제19조, 고령자고용촉진법 제4조의 2, 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제22조, 직업안정법 제2조, 장애인고용촉진 및 직업재활법 제4조, 노동조합 및 노동관계조정법 제9조, 국가인권위원회법 제2조

- '사회적 신분' : 사회에서 차지하는 계속적 지위 또는 상대적 신분

'고용형태'의 차별(비정규직과 정규직, 통상근로자와 교대제 근로자 등)은 포함되지 않는다.(합리적 이유있는 차별)

- '근로조건' : '채용'은 근로조건이 아니므로 작업직 또는 단순노무직에 대졸자의 취업을 거부하더라도 이를 근로기준법 위반이라고 할 수는 없다.

- 위반시 벌칙규정-500만원 이하의 벌금

다. 강제근로금지

제7조(강제근로의 금지) 사용자는 폭행, 협박, 감금, 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다.

ILO는 「강제근로에 관한 협약(제29호, 1930년)」과 「강제노동의 폐지에 관한 협약(105호, 1975년)」을 채택하였으나 우리나라는 아직까지 비준하지 않은 상태이다.

이 조항은 헌법 12조 1항의 '강제노역을 받지 않을 권리'를 구체화한 것으로 볼 수 있다.

- 폭행·협박·감금의 개념에 관하여 형법 260조의 폭행·283조의 협박·276조의 감금의 개념과 같은 것으로 이해하여야 하지만, 반드시 형법상의 범죄구성요건을 충족시켜야 한다고 해석할 것은 아니고 그에 미치지 못하더라도 근로자의 자유의사를 사실상 부당하게 구속할 수 있는 정도라면 금지되는 것으로 해석하여야 한다.

- 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단에 대해서는 사용자의 경제적 우위의 남용이라고 평가할 수 있는 수단과 같이 광의로 해석하여야 한다. 따라서 폭행·협박·감금의 정도에 이르지 않는 것이라도 이에 준하는 정도의 강제수단은 모두 이에 포함되고, 사용자가 근로자의 의사에 어긋나게 근로할 것을 강요하는 정도의 강제면 충분하다. 근로계약의 불이행에 대한 배상액의 예정, 전차금상계, 강제저금 등도 근로자의 자발적 의사를 제한하여 간접적으로 근로를 강제하는 결과가 된다.

-장기의 근로계약, 사표수리의 거부, 근로자의 도주를 방지하기 위해 주민등록증이나 생활

용품을 보관하는 경우, 급식중단·해고 등의 위협, 작업 중 출입문 폐쇄 등도 근로강제의 방법이 될 수 있다.

*장기의 근로계약과 관련해서는 근로계약 기간이 퇴직의 자유라는 측면과 동시에 근로관계의 존속보호라는 측면을 함께 갖고 있다는 점이 특징적이다. 법 16조는 근로계약 기간은 원칙적으로 1년을 초과하지 못한다고 규정하고 있었는데,¹²⁾ 이 의미에 대하여 판례는 1년을 초과하는 근로계약기간 자체는 유효하고, 다만, 1년을 경과한 후에 근로자는 근로계약 해지권을 보유하며, 근로계약은 기간이 만료함에 따라 당연히 종료된다고 보면서 '1년 이상의 근로계약이 체결된 경우라 하더라도 그 근로계약은 당연무효가 되는 것이 아니라 1년의 계약기간을 가진 근로계약으로 인정되고 그 이후의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것으로 보아야 한다.'고 하였던 종전 판례를 변경하였다. 이에 대하여는 해석상 기간의 정함이 있는 계약 자체의 효력을 부정할 수는 없으나 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 기간의 경과로 당연히 근로관계가 종료된다고 하면 근로관계의 존속보호에 소홀하게 된다는 비판이 제기된 바 있다. 현실적으로 문제될 수 있는 강제근로의 유형으로는 이직의 자유를 제한하는 경우, 연장근로와 휴일근로를 강요하는 경우, 기숙사에서 인격의 자유를 제한하는 경우 등이다.

- 군복무 후 일정기간 근로하지 않으면 군복무 중 받은 임금을 반납해야 하는 약정은 강제근로의 금지 원칙에 위배된다.

- 퇴직 후 일정기간 근속 중에 취득한 비밀이 사용되는 다른 기업에 근무할 수 없고, 이를 위반한 경우 일정액의 손해배상을 한다는 약정을 하는 것은 영업비밀을 보호하여 건전한 거래질서를 유지하기 위한 목적이 있고, 사회통념이나 부정경쟁방지법의 취지에도 부합하는 것으로 그 자체만으로는 강제근로 금지 원칙에 위배되지 않을 것이다.

- 강제근로의 금지와 관련해서 현실적으로 문제될 수 있는 경우는 친권자나 법정대리인이 그 지위를 이용하여 미성년자로 하여금 강제근로에 종사하게 하는 경우와 금전적 수단을 매개로 원하지 않는 근로를 강제한 경우를 들 수 있다.

전자와 관련해서는 친권자 또는 후견인이 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없도록 하고 있고(법 65조 1항), 임금청구도 미성년자가 독자적으로 할 수 있도록 하며(66조), 후자와 관련해서는 전차금상계의 금지(28조), 강제저금 금지(29조) 등을 규정하고 있다.

- 근로자의 해외유학이나 연수, 위탁교육훈련 등 소요 경비를 사용자가 부담하고 사후에 일정기간 의무적으로 근무하면 경비상환을 면제하되 그렇지 않으면 반환하는 약정을 한 경우에도 강제근로 여부가 문제될 수 있다. 판례는 기업체에서 비용을 부담 지출하여 직원에 대하여 위탁교육훈련을 시키면서 일정 임금을 지급하고 이를 이수한 직원이 교육 수료일자부

12) 법 16조는 2007. 6. 30.까지만 효력을 유지하였다.

터 일정한 의무재직기간 이상 근무하지 아니할 때에는 기업체가 지급한 임금이나 해당 교육비용(체재비, 항공료, 숙박비, 출장비, 훈련비용 등)의 전부 또는 일부를 상환하도록 하되 의무재직기간 동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 약정한 경우, 교육비용의 전부 또는 일부를 근로자로 하여금 상환하도록 한 부분은 법 제24조에서 금지된 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약이 아니므로 유효하지만, 임금 반환을 약정한 부분은 기업체가 근로자에게 근로의 대상으로 지급한 임금을 채무불이행을 이유로 반환하기로 하는 약정으로서 실질적으로는 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약이므로 법 제24조에 위반되어 무효라고 하고 있고, 또한 의무적인 근무기간을 경비반환채무의 면제기간으로 보고 있다. 이러한 판례 입장에 대하여 형식적으로는 대여금 약정의 형식을 취하지만 현실적으로는 사용자가 비용반환의무를 통해 근로자로 하여금 일정기간 동안 근로할 것을 강제하는 수단으로 이용될 수 있음을 지적하면서, 해당 약정이 사용자의 명령에 의한 것인가 아니면 근로자의 자발적 동의에 의한 것인지 여부, 교육비의 지급이 소비대차적 성격을 갖고 그 반환방법이 정해져 있는 것인지 여부, 의무적인 근무기간의 장단, 그러한 약정의 필요성 여부 등을 종합적으로 판단하여야 한다는 견해가 있다.

연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가 등 근로를 소극적으로 거부하는 형태의 파업이 그 정당성을 상실한 경우 업무방해의 성립을 인정하는 판례에 대하여 헌법재판소는 근로자들로 하여금 처벌의 위협 때문에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하였지만 업무방해죄 자체를 위헌으로 판단하지는 않았다.

라. 폭행금지

제8조(폭행의 금지) 사용자는 사고의 발생이나 그 밖의 어떠한 이유로도 근로자에게 폭행을 하지 못한다.

- 근로관계에서 발생한 폭행(업무관련성) : 사업장 밖, 업무시간 외도 포함

- 근로자가 근로자를 폭행한 경우에도 그러한 폭행이 사용자의 사주를 받았거나 업무와 관련하여 일어났다면 사용자책임이 있다.(민법 제756조)

봉건적 근로관계 하에서는 근로자를 하나의 상품과 같이 취급하여 폭행이나 구타를 예사로 자행해 왔던 까닭에 전근대적인 신분적 종속관계에서 오는 악습을 배제하기 위하여 이 조항이 제정된 것이다.

폭행은 신체적인 훼손을 가져오는 물리적인 행동에 한정되지 않는다. 사람의 신체에 대한 유형력의 행사는 반드시 근로자의 신체에 직접 물리적으로 접촉하여야 하는 것에 한정하지 않는다. 이와 관련하여 이 조항에서 금지하는 행위는 육체상 고통을 수반하여야 하는 것이 아니므로 폭언을 수차례 반복하는 것도 이 조항의 폭행에 해당한다고 보는 견해도 있다. 또한 유형력의 행사 정도는 육체적·생리적인 고통을 줄 정도에 이르지 않더라도 심리적 고통을

포함하여 무엇인가 고통을 줄 정도에 이르면 충분하다고 보아야 한다. 따라서 근로자들의 숙소로 들어가 금품 절취 적발 등을 이유로 용수색을 하는 것도 폭행에 해당한다. 다만, 여객회사에서 손님으로 가장하여 운전수를 암행감시 하는 것은 사용자의 근로자에 대한 업무 감시행위이므로 법 8조에 위반되는 행위라고 볼 수 없다.

- '그 밖의 어떠한 이유' 라 함은 근로자가 공장의 질서유지에 지장을 초래하였기 때문이라든가 또는 상사가 부하직원을 지도하기 위한 의도에서였다는 등 사고발생을 제외하고 근로관계에서 발생하는 모든 이유를 말한다. 이러한 사유에는 공장의 질서문란야기, 무단결근 등 징계사유가 되는 행위, 직장상사의 지시불복종 및 반항행위, 사용자의 부당노동행위 기타 노동관계법령 위반사실을 신고하는 행위 등이 해당된다.

폭행금지규정과 관련해서 소지품검사 또는 신체검사의 적법성 여부가 문제된다. 근로자의 의사에 반하는 소지품검사나 신체검사는 원칙적으로 법 7조에 위반하는 행위라고 보아야 할 것이지만, 업무상 고도의 필요성이 있는 경우에는 소지품검사나 신체검사도 예외적으로 허용될 수 있을 것이다. 다만, 이 경우에도 업무상의 필요성은 엄격하게 해석되어야 하고 그 필요성이 있다 하더라도 근로자의 인격권을 가장 적게 침해할 수 있는 방법을 선택하여야 한다.

- 형법상의 폭행(형법 260조)이 반의사불복죄이고, 그 법정형이 2년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금인 점과 비교하여 법 8조의 폭행금지는 처벌조건에 제한이 없고 법정형이 가중되어 있다.

마. 중간착취 배제

제9조(중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.

- 직업소개사업 : 직업안정법 제18조 및 제19조의 규정에 따라 시·도지사나 노동부장관에게 등록·신고한 국내·외 무료 및 유료직업소개사업은 근로기준법 제9조 적용배제
- 근로자공급사업 : 직업안정법상 근로자공급사업을 할 수 있도록 노동부장관이 허가(직업안정법 33조)할 수 있는 자는 국내근로자 공급사업의 경우에는 노동조합및노동관계법에 의한 노동조합뿐이다. 국외근로자 공급사업의 경우에는 국내에서 제조업, 건설업, 용역업 기타 서비스업을 행하고 있는 자이다.(시행령 33조)
- 파견법상 파견 : 사실상 법적으로 중간착취를 인정한 것 - 파견사업주와 사용자사업주의 공동책임 → 위장도급의 발생
- 위반시 벌칙규정

6. 근로기준법 적용 '사업 또는 사업장'

가. 근로자수에 따른 분류

제11조 【적용범위】

- ①이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事) 사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.
- ②상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

1) '상시' 5인 이상

- 상태적으로 5인 : 사회통념에 따라 객관적으로 판단되어야 할 것이므로 근로자수가 때때로 5인 미만인 되더라도 상태적으로 보아 5인 이상이면 된다.
- 하나의 사업 또는 사업장에 동거의 친족이 아닌 근로자가 1명이라도 있으면 동거의 친족을 상시근로자수에 포함하여 5인 이상여부를 판단
- 본사와 지사 : 다른 장소에 있다면 이를 각각 별개의 사업으로 보는 것이 원칙이지만 장소가 분산되어 있더라도 지정 등이 하나의 사업이라고 할 정도의 독립성이 없으면 본사와 하나의 사업으로 본다.

• 고용형태 불문

1. 상시 사용하는 근로자 수의 산정방법(법 제11조제3항, 영 제7조의2)

□ 개정법률(신구조문 대조표)

현 행	개 정
제11조(적용 범위) ①~②(생략) <신설>	제11조(적용 범위) ①~② (현행과 같음) ③이 법을 적용하는 경우에 상시 사용하는 근로자 수를 산정하는 방법은 대통령령으로 정한다.

□ 개정 시행령(신구조문 대조표)

현 행	개 정
-----	-----

<신 설>	제7조의2(상시 사용하는 근로자 수의 산정 방법) ① 법 제11조제3항에 따른 “상시 사용하는 근로자 수”는 해당 사업 또는 사업장에서 법 적용 사유(휴업수당 지급, 근로시간 적용 등 법 또는 이 영의 적용 여부를 판단하여야 하는 사유를 말한다. 이하 이 조에서 같다) 발생일 전 1개월(사업이 성립한 날부터 1개월 미만인 경우에는 그 사업이 성립한 날 이후의 기간을 말한다. 이하 “산정기간”이라 한다) 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동일수로 나누어 산정한다. ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 구분에 따라 그 사업 또는 사업장에 대하여 5명(법 제93조의 적용 여부를 판단하는 경우에는 10명을 말한다. 이하 이 조에서 “법 적용 기준”이라 한다) 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(이하 이 조에서 “법 적용 사업 또는 사업장”이라 한다)으로 보거나 법 적용 사업 또는 사업장으로 보지 않는다. 1. 법 적용 사업 또는 사업장으로 보는 경우: 제1항에 따라 해당 사업 또는 사업장의 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하지 않는 경우에도 산정기간에 속하는 일(日)별로 근로자 수를 파악하였을 때 법 적용 기준에 미달한 일수(日數)가 2분의 1 미만인 경우 2. 법 적용 사업 또는 사업장으로 보지 않는 경우: 제1항에 따라 해당 사업 또는 사업장의 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하는 경우에도 산정기간에 속하는 일별로 근로자 수를 파악하였을 때 법 적용 기준에 미달한 일수가 2분의 1 이상인 경우 ③ 법 제60조부터 제62조까지의 규정(제60조제2항에 따른 연차유급휴가에 관한 부분은 제외한다)의 적용 여부를 판단하는 경우에 해당 사업 또는 사업장에 대하여 제1항 및 제2항에 따라 월 단위로 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사유 발생일 전 1년 동안 계속하여 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장은 법 적용 사업 또는 사업장으로 본다. ④ 제1항의 연인원에는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제2조제5호에 따른 파견근로자를 제외한 다음 각 호의 근로자 모두를 포함한다.
-------	---

	1. 해당 사업 또는 사업장에서 사용하는 통상 근로자, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 기간제 근로자, 법 제2조제8호에 따른 단시간근로자 등 고용형태를 불문하고 하나의 사업 또는 사업장에서 근로하는 모든 근로자 2. 해당 사업 또는 사업장에 동거하는 친족과 함께 제1호에 해당하는 근로자가 1명이라도 있으면 동거하는 친족인 근로자
◎ 상시근로자 수 = <예시> 법 적용사유 발생일이 '08.9.15, 산정기간(8.15~9.14) 동안 사용근로자의 연인원이 132명, 산정기간 중의 가동일수가 24일인 경우 상시근로자 수 산정은? ⇒ 상시근로자 수(5.5) = 132명(산정기간 중 연인원) ÷ 24일(산정기간 중 가동일수)	산정기간 동안 사용한 근로자 연인원 산정기간 중 가동일수
<예시> '08.10.15에 근로시간 등 법적용 사유가 발생하고, 산정기간(9.15~10.14) 동안 사용연인원이 119명, 사업가동일수가 22일인 경우에 상시근로자 수는 5.4명이 되나, 5명 이상인 날이 10일, 5명 미만인 날이 12일인 경우 ⇒ 근로시간 등에 대하여 법 적용 사업(장)으로 보지 아니함 (상시근로자 수는 5명 이상에 해당되지만 산정기간 중 5명에 미달되는 일수가 2분의 1 이상 되어 법 미적용)	《연차유급휴가 발생여부에 대한 판단기준》 ○ 당해 사업(장)에서 1년간 동안 계속하여 매월 법 적용요건에 해당되는 경우에만 연차유급휴가(법 제60조제1항)가 발생되고, ※ 「법 적용요건」이란 영 제7조의2 제1항 및 제2항의 규정에 따른 법 적용요건을 말함 ▶ 회계연도에 따라 연차유급휴가 산정시, 1월~12월까지 각각의 월에 대하여 법적용 요건 충족시 연차유급휴가 발생 ○ 1년 동안 법 적용요건에 해당되는 월과 해당되지 않는 월이 함께 있을 경우에는 연차유급휴가가 발생되지 않음 ▶ 예컨대, 1년간 법 적용 월 11개월, 법 적용 제외 월이 1개월인 경우에는 연차

유급휴가 미발생

- 다만, 최초 입사일로부터 계속 근속기간이 1년 미만인 경우에는 월 단위 연차유급휴가(법 제60조제2항)의 발생여부를 영 제7조의2 제1항 및 제2항에 따라 판단

□ 시행시기 : 2008.7.1

- 2008.7.1자 이후 법적용 사유발생 사건부터 적용
- 근로기준법 적용범위 관련 상시근로자 수 판단기준(근로기준법- 8048, 2007.11.29)은 개정법령 시행과 동시에 폐지함
- 개정법령 시행전에 사업주가 노동부 행정해석(근로기준법- 8048, 2007.11.29)을 신뢰함으로써 발생한 범위반 사항에 대하여는 책임을 물을 수 없음

2) '모든' 사업 또는 사업장

- 영업으로서의 계속성을 가지는 한 영리추구 여부를 불문
 - 정부투자출연기관, 공기업체, 교육단체, 종교단체, 정치단체, 아파트 자치회 등
 - 예>교회의 목사와 교회 산하 유치원의 보육교사, 정당 지역구의 국회의원의 경리담당자
- 위법행위를 하는 사업
 - 행정적·정책적으로 금지된 사업 : 적용
 - 범죄 사업 : 비적용(마약제조·판매) - 그러나 점객업소 사용자가 사용종속관계를 남용하여 종사자로 하여금 매춘행위 등과 같이 범죄행위를 하게 하더라도 근로기준법은 적용된다.
- 국내의 외국인 기업과 국외의 한국인사업
 - 속지주의 원칙
 - 국내본사에서 관할하는 해외 현지 법인체로 국내본사가 근로자를 파견하고 노동조건을 관장한다면 근기법 적용
 - 국내본사에 종속되어 있는 해외지점, 해외공장은 근기법 적용
- 주한미군
 - SOFA 협정에 따름 : 실제로 적용되지 않음
 - 주한미군 캠프 내 한국인 근로자 : 적용
- 이주근로자 : 출입국관리법 위반과는 별개로 근로기준법 적용

3) 적용제외

- 동거의 친족
 - 8촌이내의 친척, 4촌이내의 인척
- 가사사용인
 - 파출부, 전속운전수 등

4) 상시5인 미만 사업장에서 적용되는 규정

- 임금 등 관련 규정 : 임금지급의 원칙(제43조), 도급사업에 대한 임금지급(제44조), 비상시 지불(제45조), 도급근로자의 임금액보호(제47조), 임금의 시효(제49조), 금품청산(제36조)
- 근로시간 등 관련 규정 : 휴게(제54조), 휴일(제55조), 근로시간·휴게·휴일의 적용제외(제63조)
- 여성근로자 : 임신부의 야간 및 휴일근로 제한(제70조 제2항·제3항), 시간외근로의 제한(제71조), 산전후휴가 등(제74조)
- 연소근로자 : 임금청구(제68조), 근로시간(제69조), 야간 및 휴일근로 제한(제70조 제2항·제3항)

- 그러나 절대적 해고금지사유(제23조제2항 - 산재요양기간 및 그 후 30일, 산전산후휴가기간 및 그 후 30일)를 제외하고는 해고 등의 제한규정(제23조제1항)이 적용되지 않고, 정리해고(제24조), 퇴직금(제34조)규정이 적용되지 않는다. 다만 해고예고규정(제26조)은 적용된다.

나. 국가, 지방자치단체

제12조 【적용범위】

이 법과 이 법에 의하여 발하는 대통령령은 국가, 특별시·광역시·도·시·군·구, 읍·면·동 기타 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다.

- 일용직·잡급직 등 공무원관계법의 적용을 받지 않은 근로자에게 적용

다. 특별법 적용대상 사업

- 선원법에 의한 선원 : 전면 배제
- 사립학교법에 의한 사립학교 교원 : 일부 배제
- 국가공무원법에 의한 공무원 : 전면 배제
- 청원경찰법에 의한 청원경찰 : 일부 배제

7. 근로기준법상 근로자와 사용자

가. 근로자

제2조 【정의】 ①이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “근로자”란 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다.

1) 직업의 종류 불문

· 고용형태 불문, 노동의 내용 등 불문

2)근로를 제공하는 자

- ‘사용종속관계’ 아래에서의 근로 제공

3)임금 목적

- 봉사 활동이 아니라 소득활동이어야 함.

특수고용직 근로자의 근로자성 문제

1. 대법원의 근로자성 판단기준 - 실질적 판단

- 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018 판결 등은

“근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 ‘종속적인 관계’가 있는지 여부는

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑦

근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항,

⑧ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도,

⑨ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은, 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안된다.(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결)”고 판시하면서

근로자성 판단에 있어서 사용자가 자신의 우월한 경제·사회적 지위를 이용하여 일방적으로 결정하는 것이 가능하다는 점을 감안하여 볼 때 사용종속관계의 유무를 판단함에 있어서 부수적인 요소인 ⑤, ⑥, ⑦, ⑨의 형식적인 징표보다는 나머지 실질적 징표를 중요하게 고려하여 종합적으로 판단해야 함을 분명히 하고 있다.

나아가 위 판결은 “그리고 원심이 확정된 사실관계에 나타난 바와 같이 이 사건 각 대학교의 시간강사들이 전임교원들과 같은 정해진 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하고 근로제공관계가 단속적인 경우가 일반적이며 특정 사용자에게 전속되어 있지도 않을 뿐만 아니라 원고들로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하는 등의 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는데다가 사용자인 원고들이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다. 또한 시간강사들이 원고로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않는 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다. 따라서 위와 같은 사정만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다.”라고 설시함으로써, ‘근로계약의 형태’에 따라서는 ‘⑧ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도’, ‘수행되는 업무의 특성’에 따라서는 ‘① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지’ 등의 실질적인 징표조차도 근로자성 판단에 있어서 절대적인 수가 없다는 점을 분명히 보여주고 있다.

- 같은 취지로 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서는

“즉 원·피고 사이에 ㉠ 매년 ‘강의용역제공계약서’라는 이름의 계약서가 작성되었고, ㉡ 그 계약서에 수강생 인원이 10명 미만인 경우 강의용역 제공을 거부할 수 있고 다른 학원에 강의를 나가더라도 학원측이 이의를 제기하지 못하도록 되어 있으며, ㉢ 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계 규정 등의 적용을 받지 않았고 ㉣ 보수에 고정급이 없으며 ㉤ 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수 당하였으며 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입한 사실이 있다 하더라도 이러한 사정들은 실질적인 노무 제공 실태와 부합하지 않는 계약서 문언에 불과하거나 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기에는

부족하다." 라고 판시하여 사용자들이 자신들의 사업 수행을 위해 근로자들의 노동력을 사용하면서도 근로기준법 등 노동법상의 사용자 책임을 회피하기 위해 자신의 우월적인 지위를 이용하여 '계약서'에 실질적인 노무 제공 실태와 부합하지 않는 문언을 삽입하거나 취업규칙 등을 고의로 적용시키지 않는 등의 사정이 근로자성 판단에 영향을 미치지 않음을 분명히 하고 있다.

- 서울고등법원 2004. 5. 13. 선고 2003누9550 판결은(대법원 2004두6129 상고기각판결로 확정됨)

“정수기의 배달·설치·애프터 서비스는 원고 영업의 주요한 구성부분 중 한 부분으로, 원고는 용역기사들에게 처음 1개월 동안 이에 대하여 교육을 시킨 다음에 업무를 맡기고 있고, 매일 아침 원고의 직원인 소장이 주재하는 회의시간을 통하여 친절교육이나 기타 필요한 사항을 교육시키고 있으며, 원고 본사의 한 부서에서 이를 총괄적으로 관리하고 있는 점, 용역기사는 독립하여 스스로 정수기의 수요처를 개척하여 자기의 계산으로 업무를 수행할 수는 없고, 오직 원고가 배분하는 업무에 대하여 정해진 시간과 내용에 따라 업무를 처리하고, 그 다음날 아침 회의시간에 이에 대한 점검을 받으며, 따라서 제3자를 고용하여 업무를 대행할 수 없는 점, 용역기사들은 매일 일정한 시간에 의무적으로 출근하여 회의에 참석하여야 하고, 이를 어기는 경우에는 그에 대한 제재를 받으며, 퇴근시간은 일정하지는 않으나 자신들이 자유롭게 이를 정할 수는 없고 원고가 배분하는 건수에 따라 달라지고 있는데 대체로 오후 6~7시경 그 업무가 끝나게 되어, 사실상 다른 사업을 겸하는 것이 불가능하고 원고에 전속되어 근로를 제공하고 있는 점, 용역기사들에게 기본급이나 고정급은 없다고 하더라도 처리한 건수를 기준으로 산정된 금액에서 원고가 일방적으로 소득세와 주민세, 기타 미납된 애프터 서비스 대금이나 용역기사들이 부담하여야 할 손해배상액 등을 공제한 다음에 차량지원비와 통신료 및 휴일근무수당 등을 더하여 지급하고 있어 성과급적인 임금의 성격을 가지고 있는 점, 용역계약의 기간은 1년으로 되어 있으나 그 기간이 만료된 후에도 묵시적으로 갱신되고 해지의 경우에는 일정한 절차가 있어 근로제공의 계속성이 보장되어 있고, 근로의 제공이 끝나는 경우에는 일반 근로기준법에 정해진 퇴직금제도와 흡사한 방식으로 산출되는 금원을 지급하고 있는 점 등을 모아보면, 원고의 용역기사들은 원고로부터 업무에 관하여 지휘·감독을 받으면서 원고에 전속되어 자신의 소유 차량과 휴대폰 등과 함께 근로를 제공하는 방법으로(그 밖의 업무수행에 필요한 비품이나 원자재, 작업도구는 원고로부터 제공받는다) 근로를 제공하고 그에 대한 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받는 종속적인 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다.

비록 원고와 용역기사들 사이에 용역기사에게 독립적인 지위를 인정하고 인사복무급여 등에 관한 취업규칙의 적용을 받지 않으며 사회보장제도를 인정하지 않는 용역계약을 맺었다 하더라도, 경제적 우위에 있는 원고가 근로관계에 따르는 경제적·사회적 책임을 회피하기 위하여 미리 정하여 놓은 계약내용에 대하여 용역기사들은 이를 수용할 수밖에 없고 달리 선택권이 주어지지 않는 현실에 비추어 볼 때 이를 근로관계의 종속성 여부를 판단하는 지표로 삼기는 어렵고, 오히려 원고와 용역기사들의 노무제공관계를 실질적으로 파악하여 용역기사들은 임금을 목적으로 원고에 대하여 종속적인 관계에서 근로를 제공하고 있다고 보아야 할 것이므로 “라고 판시하여 ‘정수기 용역기사(정비기사)’들의 근로자성을 인정하고 있습니다.

- 서울중앙지방법원 2004. 11. 5. 선고 2003가합61868 판결(2006. 9. 25. 서울고등법원 2004나

88068 사건으로 화해종결)

피고 회사 소속 ‘정수기 코디사원(방문관리사원)’의 퇴직금 청구의 소에서

“원고들이 코디, 팀장, 지국장으로 수행한 업무의 내용이 피고회사에 의하여 일방적으로 정하여졌고, 업무수행에 필요한 도구 등을 피고회사로부터 교부받아 사용하다가 계약 해지시에 반환한 점, 피고회사가 제정한 각 규정들은 원고들의 보수, 인사관련 사항 등 근로조건에 관한 것으로서 ‘실질적’으로 취업규칙이라고 할 것인데 그 규정들이 원고들에게도 적용된 점, 지국장은 피고회사에 의하여 근로자로 인정되고 있었는데, 팀장은 지국장을 통하여, 코디는 지국장 및 팀장을 통하여 피고회사로부터 업무에 관한 지시를 받고 업무실적 제고를 독려 받은 점, 원고들이 업무의 성격상 피고회사의 사무실에 한정되지 않고 주택이나 사무실 등에서 업무를 수행하기도 하였는데, 피고회사에 의하여 할당된 구역 안에서 업무를 수행하였고, 원고들이 다른 회사의 업무를 수행할 수 없었고, 자신의 업무를 제3자에게 대행하게 할 수도 없었던 점, 원고들이 업무를 게을리하거나 교육을 받지 않은 경우에는 피고회사가 업무계약을 해지하거나 보수에서 일부를 공제한 점 등을 모아보면, 원고들은 피고회사에 전속되어 근로를 제공하고 그 대가로 성과급 성격의 임금을 지급받는 종속적인 노동관계에 있었다고 할 것”이라고 판시

2. 입법론

* 근로자 개념의 정의

근로기준법 제14조에 제2항 신설

② 근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다.

* 사용자 개념의 정의

근로기준법 15조 제2항 신설

② 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

3. 근로자성 판단의 새로운 방향(조임영, 종속관계의 변화와 노동법, 민주법학 24호, 민주주의법학연구회)

- 근로계약의 본질과 근로자 개념으로서의 ‘타인을 위한 노동’

근로계약의 본질은 계약당사자 일방이 상대방에게 자신의 노동을 이용하고 그 결과물을 향유할 권리를 부여하는 것인데, 노동이 가치창출의 근원(내지는 주된 근원)이라면 계약당사자 일방이 자신의 계산을 위해서가 아니라 적어도 부분적으로라도 상대방의 계산을 위해 노동하는 경우에는 근로계약이 존재

사용종속의 개념과 그 판단요소들은 확인적 측면에서 노동력의 이전여부를 특징짓는데 용이하기

때문에 근로계약의 존재유무를 결정하는 데 있어 유효한 테스트가 될 수 있으나, 종속은 근로계약의 본질이 아니기 때문에 종속이 없다고 하여 근로계약으로서의 법적 성질이 박탈되는 것은 아님

사용종속기준은 자본주의 초기의 공장노동을 바탕으로 하여 형성된 근로관계의 위계적 성격에 기초를 두고 있으나 최근 통신·재택근로, 기업의 새로운 노무관리방식, 새로운 기술의 발전 등으로 인해 (사용)종속 대 독립의 구별은 경제적·사회적 현실에 부합하지 않음

결국 사용종속성에 대한 본래적이면서도 현대적 의미는 '지휘명령'의 정도가 아니라 '경제적 위험을 누가 부담하느냐'에 있다.

나. 사용자

제2조 【정의】 ①이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. "사용자"란 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.

1) 사업주

- 개인사업의 경우에는 사업주, 법인의 경우에는 법인자체
- 사업주의 명시적·묵시적 근로계약을 체결한 자
- 사업자등록증상의 사업주와 실질적 사업주가 다를 경우에는 실질적 사업주
- 국가·지방자치단체에서 근무하는 잡급직원의 사업주는 국가·지자체
- 국립대학교·공립대학교에서 근무하는 기성회직원 등의 사업주는 국가·지자체
- 지입차량 운전수의 사업주는 대외적으로 차량을 소유하고 있는 자동차운수회사
- 아파트 관리업자와 근로계약을 체결한 관리사무소 직원의 사업주가 아파트 입주자 대표회의가 되기 위해서는 '근로자와 관리사무소장이 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자 대표회의와 종속적인 관계에서 근로를 제공하며, 입주자 대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 한다.(묵시적 근로계약설)
- 위장도급의 문제 - (법인격부인론) - 묵시적 근로계약설

2) 사업경영담당자

- 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자

3) 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자

- 사업주 또는 사업경영담당자로부터 근로자의 채용, 노동조건 등에 관한 일정한 권한

과 책임을 부여받은 자 - '권한과 책임의 한도 내에서'

- 주식회사의 대표이사, 정리절차 개시 이후의 법정관리인, 합명회사·합자회사의 업무집행사원

- 다만 주식회사의 대표이사라고 하더라도 탈법적인 목적을 위하여 특정인으로서 명목상으로만 대표이사로 등기하여 두고 글 회사의 모든 업무집행에서 배제하여 실질적으로 아무런 업무를 집행하지 아니하는 경우(X)

- 주식회사의 이사나 감사 등 임원은 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하면서 실질적으로 회사를 경영하게 되었거나, 사업주나 사업경영담당자인 대표이사로부터 근로자에 관한 사항에 대하여 그 책임과 권한을 부여받았다면 그러한 권한과 책임이 있는 범위 내에서(O)

- 학교법인 산하 사립학교의 교장 : 직원들에 대한 사항에 대하여 사업주인 학교법인을 위하여 행위하는 자에 해당

- 법인이 경영하는 병원의 원장

간접고용에 있어서의 사용자

1. 간접고용의 의의와 유형

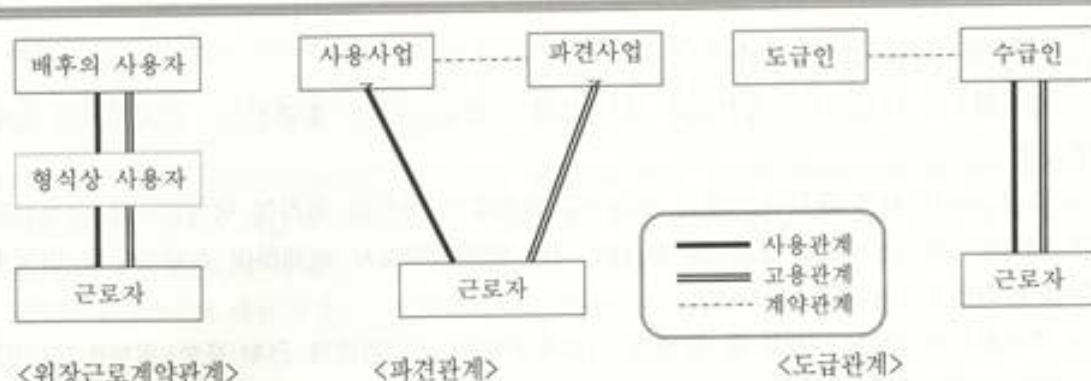
간접고용이란 기업이 필요한 노동력을 자신이 직접 고용하지 아니하고 다른 기업이 고용한 근로자를 사용하는 형태를 말한다. 현재 간접고용은 아웃소싱, 외주화, 분사 등의 이름으로 추진되고 있으며 현실에서는 도급, 위탁, 용역, 파견 등 다양한 이름으로 존재하고 있다. 간접고용의 본질은 사용자와 근로자 사이에 파견 또는 용역업체를 두어 고용관계를 중층화시킴으로써 '사용' (사용업체)과 '고용' (파견 또는 용역업체)을 분리하는 것이다. 이를 통해 사용자는 근로자를 '사용'하여 이익을 취하면서도 '고용'에서 비롯되는 노동법이나 사회보장법상 사용자책임을 회피할 수 있다.

간접고용은 '위장근로계약', '근로자공급', '파견', '도급'으로 나누어 볼 수 있다. 그런데 간접고용의 유형을 파악함에 있어서 가장 중요한 점은 계약명칭이 아니라 계약관계의 실질이 그 기준이 된다는 것이다. 실제 현장에서는 대부분의 경우 도급계약서가 작성되는데, 형식적으로는 도급계약이 체결된 경우라도 그 실질이 파견에 해당한다면 도급이 아니라 파견으로 인정되어 파견근로자보호등에관한법률(이하, 파견법이라 한다)이 적용된다.

일단 각 유형 별 특징을 요약하면 다음 그림과 표와 같다.

13) 파견법상의 허가 및 제한 나이가 사용사업주로서의 책임과 의무를 면하기 위해서 위장도급을 이용하는 경우도 있겠지만, 노무도급계약의 외양을 취하고자 하는 사용자의 의도는 자신이 사용자로서 각종 책임을 면하는 동시에 그 결과 근로자들의 노동기본권을 봉쇄하려는 것이거나, 해고제한 법리의 회피 등에 있다고 보는 것이 정확할 것이다.

14) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결, 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결, 1985.



	근로계약	위장근로계약	근로자공급	파견	도급
사용관계	사용자	배후의 사용자	사용사업자	사용사업주	수급인
고용관계	사용자	배후의 사용자	없음(공급자가 근로자에 대해 지배력만 가짐)	파견사업주	수급인
고용유형	직접고용	간접고용 (외형상)	간접고용	간접고용	직접고용 (수급인에 대하여)

○ 위장도급과 (진정)도급

도급은 수급인이 어떠한 일을 완성할 것을 약정하고, 도급인이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조).

이와 같이 원래의 의미를 지닌 도급을 진정한 도급이라 한다면, 사용자로서의 책임과 의무를 면하기 위하여 도급형식을 취한 것에 불과한 노무도급관계를 위장도급이라 할 것이다¹³⁾.

위장도급의 경우 형식적으로 수급인과 근로자 사이에 개별적 근로관계에 관한 징표가 존재하기 때문에 주로 고용관계에 따른 사용자의 의무 또는 책임을 도급인에게 부담시킬 수 있는지 여부가 문제된다.

위장도급에 해당하는 경우에 그 실질은 첫째, 파견근로관계(또는 근로자공급관계)인 경우가 있고, 둘째는 아예 수급인이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급인의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하여 도급인과 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.

○ 위장근로계약

위장근로계약이란 실질적인 사용자가 노동법상 책임을 회피하기 위하여 자신이 사용하는 근로자와의 사이에 제3자를 개입시켜 마치 그 제3자와 당해 근로자간에 근로계약이 존재하는 것처럼 근로계약의 형식을 가장한 관계를 의미한다. 법률에서 규정된 개념은 아니나 파견이나 도급계약의 형식을 가지더라도 사용업체가 채용이나 해고, 임금지급 등에까지도 관여하고 있다면 사용자

업주로서의 책임을 넘어 직접적인 사용자로서 책임을 진다는 사실을 분명히 하기 위해 설정한 개념이다. 과거 상법상의 법인격 부인론으로만 인정되어 오다가 최근 SK(주) 인사이트 코리아 사건에서 대법원은 근로계약관계에서도 이를 인정한 바 있으며, ktx 승무원 사건에서도 고등법원은 동일한 법리를 실시하고 있다.

"사건 피신청인들에 대한 인사관리의 시행 주체는 실질적으로 신청인 회사라고 할 것이다. KTX 여승무원들이 담당하는 KTX 고객센터 업무에 관하여는 철도유통이 신청인 회사로부터 사업경영상 독립성을 가지고 있었다고 보기 어렵다. 따라서 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 신청인 회사는 위장도급의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 유관단체인 재단법인 흥익하나 자(子)회사인 철도유통이라는 법인격을 이용한 것에 불과하고 실질적으로는 신청인 회사가 피신청인들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 신청인 회사와 피신청인들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것이다." (서울고등법원 2006라1737)

"ktx 여승무원들이 한국철도유통과 체결한 근로계약은 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, ktx 여승무원들은 사실상 한국철도공사와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하여 왔으며, 한국철도공사는 ktx 여승무원들에 대한 근로제공에 대한 대가로 실질적으로 임금이나 수당 등을 지급한 것으로 보이므로, 한국철도공사와 ktx 여승무원들 사이에는 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 판단되고" (서울중앙지방법원 2007고단2912)

따라서 형식적으로 도급계약을 체결하더라도 수급인은 사실상 도급인의 인사관리자에 불과하고 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 사용자로서의 권한을 행사한 경우에는 도급인과 수급인의 근로자 사이에 직접 근로관계가 인정된다고 할 것이다.

○ 근로자공급

과거 직업안정법은 근로자공급사업을 "공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업"으로 정의하고 있었고(구 직업안정법 제4조 제7호, 1998. 2. 20 법률 제5512호로 개정되기 이전의 것), 이에 대하여 판례는 "근로자공급사업에 해당하기 위하여는 공급사업자와 근로자간에 고용 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있어야 하고 공급사업자와 공급을 받는 사용자간에 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자간에는 사실상 사용관계가 있어야 한다"고 판시하여 왔다.¹⁴⁾

그러나 1998년 파견법이 제정되면서 직업안정법이 개정되어 파견법상의 파견은 근로자공급에서 제외되어, 결국 현행법에서는 공급사업자와 근로자 사이에 고용관계가 있는 경우에는 파견에 해당하게 되고, 고용계약 없이 근로자를 지배하는 관계가 있을 뿐인 경우에는 근로자공급에 해당하게 되었다.

○ 직업안정법의 직업소개

구인 또는 구직의 신청을 받아 구인자와 구직자간에 고용계약의 성립을 알선하는 것을 말함(직업안정법 제4조 제2호). 이 직업소개에서는 직업소개자와 구직자간에 근로관계 내지 지배관계도

존재하지 않는 것이다.

따라서 직업소개는 직업소개를 하는 자가 구인자와 구직자간의 근로계약의 성립을 앞선할 뿐 근로자와 사이에 실질적 지배관계조차도 없다는 점에서 근로자공급과 구분된다. 구인자와 구직자 사이에는 근로계약관계의 성립이 있어야 하는 것으로 보고 있다.

○ 파견

파견법은 근로자파견을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자 파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하고 있다(제2조 제1호).

사용사업주가 파견근로자에 대하여 업무지시만을 할 뿐 고용의 영역에 해당하는 채용이나 징계, 해고에 대한 권한을 행사하지 못한다는 점에서 위장근로계약과 구별되고, 파견근로자들은 파견사업주가 아니라 사용사업주의 업무지시를 받는다는 점에서 도급상 파견사업주에 대응하는 수급인이 근로자에 대한 고용계약관계는 물론 지휘명령 등의 사용관계까지도 갖는 도급과 구별된다.

○ 도급(진정도급)

도급이란 그 실질이 "계약의 일방당사자가 '일의 완성'을 약정하고 타방이 그 일의 결과에 대해 보수의 지급을 약정함으로써 성립하는 계약" (민법 제664조)관계를 의미한다. 이러한 진정한 도급계약에서는 근로자에 대한 사용지시권 및 감독권이 사용자인 수급인에게 있으며, 도급인은 수급인의 관리자에 대하여 아무런 권한도 가지지 아니한다.

2. 위장근로관계의 인정 여부

○ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 - 현대미포조선 사건

용인기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급 계약을 체결하고 소속 근로자들은 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노물르 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영상의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적은 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

○ 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 - 인사이트코리아 사건

이러한 사정을 종합하여 보면 참가인은 '위장도급'의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고 실질적으로 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아

야 할 것이다.

○ 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정 - 은마아파트 사건

아파트 관리업자와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 아파트 입주자 대표회의가 직원들에 대하여 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위하여는 그 직원들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자 대표회의와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 입주자 대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 한다.

○ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결

기존 기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 이른바 '소사장 기업'이라는 별개의 기업으로 분리된 경우 그 소사장 기업에 고용된 채 기존 기업의 사업장에서 기존 기업의 생산업무에 종사하는 자를 기존 기업의 근로자로 보기 위해서는 그가 소속된 소사장 기업이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결여하여 기존 기업의 한 부서와 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 기존 기업과 사용종속관계에 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 1999. 7. 12. 자 99마628 결정, 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결 등 참조).

3. 위법한 파견에서 사용사업주와 근로자의 고용관계 성립 여부

(1) 직접고용관계 성립설 : 위법한 파견 시점부터 고용관계가 성립된다는 견해

(2) 고용간주규정적용설 : 구 파견법 제6조 제3항이 적용된다는 견해로서 2년이 경과한 시점부터 사용사업주와 직접고용관계가 성립한다는 입장

->구 파견법 제6조 제3항은 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다고 하여 '고용의계' 조항을 두고 있었는데(현재에는 고용의무조항으로 개악),

(3) 고용간주규정 적용부정설 : 이 견해는 위법한 파견에는 파견법 제6조 제3항이 적용되지 않는다는 입장이다.

(4) 판결 : 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결

직접고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법취지 등을 종합하여 보면 위 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정하고 있는 "근로자파견"이 있고 그 근로자 파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다.

5. 원청 사업주의 사용자 책임 - 노조법상 사용자 책임(실질적 지배력설)

오늘날 근로관계가 복잡·다양화하고 있고 사용자·근로자의 관계가 직선적·단일적이지 않고 중층적·다면적인 경우가 많이 발생하고 있으며(「다면적 근로관계」), 근로자의 근로조건이 근

로계약상의 사용자에게 의하여 결정되는 것이 아니라 여러 가지 사정과 이유에 의하여 다른 제3자에 의하여 결정되는 경우도 많다. 이와 같은 상황 때문에, 특히 집단적 노사관계법에서의 사용자 개념은 형식적 의미에서의 고용계약의 당사자에 제한되는 것이 아니라 그 외의 제3자까지도 포함할 것인가 하는 「사용자 개념의 외부적 확정」이 논쟁져 왔다.

이에 대해 법원은 “단체교섭당사자로서의 사용자는 근로자와 근로계약을 체결한 ‘근로계약의 당사자’가 되는 것이 보통이고(위장도급, 불법파견에 따른 고용의제 포함), 도급 또는 하청의 경우 원기업체는 하청업체의 근로자와 직접 근로계약을 체결하고 있지 아니하므로 원기업체가 단체교섭의 당사자가 될 수는 없을 것이나, 다만 하청업체의 근로자가 원기업체의 생산과정에 투입되어 원기업체의 지휘, 명령하에 근로를 제공하고 있고, 원기업체가 하청업체의 근로자에 대하여 실질적인 사용종속관계를 가지고 영향력 또는 지배력을 행사할 수 있는 경우에는 원기업체 역시 단체교섭의 상대방이 된다.”고 봄이 상당하다고 한다.(대구고등법원 2007. 4. 5. 2006노595 판결, 전주지방법원 군산지원 2005카합411 - 이상 단체교섭에 관한 것, 서울고등법원 2006노13970 판결, 서울행정법원 2005구합11968 판결 - 이상 부당노동행위에 관한 것)

8. 근로관계의 종료-해고

제23조(해고 등의 제한) ①사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.
②사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

해고는 물론 정직, 감봉, 직위해제, 대기발령, 경고 등 모든 경우에 아래 판단기준에 따라서 정당성이 있는 지 여부를 살피는 것이 원칙이다. 이 경우 정당성에 대한 입증책임은 사용자에게 있으므로 정당성이 입증되지 못하는 경우 즉 부당한지 정당한지 판가름이 나지 않는 경우에는 사용자가 패소하게 된다. 다만, 전근과 같은 인사이동은 조금 판단의 체계가 다른면이 있다.

가. 근로기준법 제23조 제1항

사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다

▷ 노동3권과 근로권 보장 - 해고의 자유하에는 노동3권이 유명무실 - 해고제한규정 채택 “근로자에게 중대한 귀책사유가 있는 경우에만 해고가 가능하며 사용자는 이를 증명해야 한

6. 11. 선고 84도2858 판결 등 참조.

다”

▷ 해고외에 정직, 감봉, 견책 등의 징계와 직위해제 등의 불이익 처분도 모두 해고가 정당한지 여부를 판단하는 기준과 유사하게 판단.

나. 해고의 의미

1) 의의

사용자가 근로자에 대하여 근로계약관계를 종료시키겠다는 뜻을 일방적으로 통지하는 것

▷ 당연퇴직

- 해고취업규칙이나 단체협약에 어떤 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 징계해고와 달리하고 있더라도 그 퇴직사유가 사망, 정년, 근로계약기간의 만료 등과 같이 근로관계의 자동소멸을 가져오는 경우를 제외하고는 그 단체협약 등에 따른 당연퇴직처분도 근로기준법 제30조 제1항에서 정한 해고에 해당한다(대법원93다3721판결)

▷ 직위해제(대기발령)후 당연퇴직처분

- 직위해제(또는 대기발령)처분 후 일정기간이 경과하여도 직위부여를 받지 못한 자에 대한 당연퇴직 처리는 직위해제처분과 당연퇴직처분을 일체로서 관찰할 때 실질상 해고에 해당한다(대법원 94다43351판결)

▷ 권고사직과 의원면직

- 권고사직(사용자가 근로자에게 퇴직할 것을 권유하고 근로자가 사표를 제출하여 퇴직하는 것), 의원면직(근로자가 자의에 따라 사표를 낸 다음 사용자가 이를 수리하여 퇴직하는 경우)도 ‘사표를 제출하지 않으면 해고하겠다’고 하여 어쩔수 없이 사표를 낸 경우에는 실질상 해고에 해당한다(대법원 93노16185판결)

- 사용자가 근로자로부터 일괄사표를 제출하게 한 후 그 중 일부만을 선별수리하여 일부 근로자를 사직시키는 경우가 있는데 이 경우 사표를 낸 마음이 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사표를 작성제출하게 한 것이라면 형식적으로 의원면직의 형식을 취하고 있다 해도 역시 실질은 해고에 해당한다(대법원92다3670판결)

- 다만 사직서를 제출한 경우에 그것이 “나의 원래의 의사가 아니다(비진의의사표시)” “사용자의 강요에 의해 어쩔 수 없이 낸 것이다(강박에 의한 의사표시)” “착오에 빠져서 사직서를 낸 것이다(착오에 의한 의사표시)” 라는 것을 입증하여야 한다.

▷ 사직의사의 철회

- 사직서를 제출하였다고 해도 아직 수리하기전에는 철회할 수가 있다. 이때 철회의사표시는 전화, 구두, 서면으로 모두 하되 목격자 등의 증인을 남기도록 하고 바로 내용증명으로

도 “사직의사철회통지를 구두 또는 서면으로 언제 하였음과 재차 이를 확인하는 의미로 이 통지를 하는 것임을 보내야 함

- 사직의사를 철회하였음에도 이후 사용자가 이전에 낸 사직서를 수리하는 형식으로 퇴직처리를 하면 해고로 다룰수가 있다(대법원 91다43138판결)

2) 계약직의 경우

- 근로계약기간 만료와 동시에 근로관계 당연 소멸

예외

•대법원 93다17843판결 연세대 어학당 사건

기간을 정한 근로계약이라고 하더라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약의 경우와 다를 바 없다. 다만 근로계약이 계약서의 문언에 반하여 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 하기 위해서는 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약체결방식에 관한 관행, 그리고 근로자보호법 규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되어야 한다

또한 하급심 판결중에는 계약기간을 갱신기간으로 보아 갱신거절에 합리적 이유가 있어야 한다고 보는 판결이 많으나 명확한 대법원 판례는 없다.

위와 같은 사안에서는 다음과 같은 사정이 있는지가 쟁점이 된다.

- 처음에만 계약기간을 정한 근로계약을 체결하였을 뿐 그 이후에는 계약서 등을 다시 쓰지도 않고 수차 묵시적으로 갱신된 사실
- 계약서를 썼다해도 수차 갱신된 사실
- 근로자의 업무의 성격상 그 회사에서 항시 필요로 하는 업무이지 일시적으로 필요한 업무가 아니라는 사실, 즉 특별히 유계약으로 할 필요가 없었다는 사정
- 합리적으로 생각할 때 이 번에도 다시 갱신이 될 거라고 상당한 기대를 가지게 된 사실
- 갱신거부의 실제이유가 노조활동, 성희롱 문제제기, 사측의 법위반행위 진정 등인 경우

다. 해고의 정당한 이유가 있는지를 판단하는 기준

1) 징계해고의 사유가 취업규칙 등에 규정되어 있어야 함

- 사용자가 근로자에게 [갑]이라는 사유가 있음을 들어 징계해고하였다고 할 때 [갑]이라는 사유가 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 정한 징계해고사유에 해당하여야 함, 즉 취업규

칙 등에 열거되어 있지 않은 사유를 들어 징계해고사유로 삼았다면 그 징계해고는 무효
→ 다만, 대체로 포괄적으로 해고사유를 규정하고 있어 이것이 문제되는 경우는 적음

- 사용자가 [갑]이라는 사유로 징계해고를 하였다면 그 해고처분의 정당성 여부는 위 [갑]이라는 사유만을 기준으로 하여 판단하여야 하고 애당초 징계해고사유로 삼았던 것과는 그 내용과 성격이 전혀 다른 별개의 [을], [병] 등의 새로운 사유까지 포함하여 판단할 수는 없음, 따라서 해고 당시 징계의결서나 해고통보서 등에 명시된 해고 사유를 정확하게 볼 필요가 있음 → 해고통보서에는 없으면서 추후에 다른 사유까지 주장하는 경우가 많다.

2) 그 사유 자체가 적법해야 함

- 취업규칙 등에 징계해고사유로 규정되어 있더라도 그것이 ‘사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유’와 무관한 것이라거나, 근로기준법 등 강행법규에 위반되는 내용을 징계해고사유로 규정하고 있다면 정당한 징계해고 사유로 삼을 수 없다.

- 또 근로자의 어떤 행위(사용자의 지시에 불응)를 가지고 징계를 한다고 할 때, 그 행위가 취업규칙 등에 해고사유로 규정(업무상 지시 불이행)되어 있더라도 그 업무상 지시가 근로기준법 등 노동관계법, 그 업종에 적용되는 특별법, 일반 형사법 등 상위법령에 위반되는 사항을 지시한 것이라면 그 해고는 정당성이 없게 된다.

3) 징계권 남용에 해당하지 않아야 함

- [갑]이라는 사유가 취업규칙에 정한 징계해고 사유에 해당하고 그 자체가 적법한 것이라고 하더라도 구체적인 전후 사정에 비추어 근로자에게 가장 무거운 징계처분으로서 해고를 하는 것이 지나치지 않은 경우이어야 함.

- 해고는 근로자에게 가장 불이익한 제재조치(근로자와 근로자가족의 생존권 박탈행위)이므로 해고의 전후사정에 비추어 해고보다 가벼운 제재조치(정직, 감봉, 견책 등)에 의하여 그 징계의 목적을 달성할 수 있음에도 가장 극단적인 해고조치를 하였다면 이는 사용자가 징계에 관한 재량권을 남용한 경우에 해당함

→ 징계해고의 경우 대부분은 어느 정도 징계사유에 해당하는 사실은 인정되나 그 정도를 가지고 해고까지 할 수는 없다는 징계권 남용여부가 가장 다투어지는 부분임

ex) 순간적 감정에서 벌어진 우발적인 사건/ 그 행위에 이르게 된 동기와 경위 /근로자들의 권익을 옹호하는 과정에서 비롯된 것으로 개인적인 비리행위나 이해관계에 기인한 것이 아니다

/동일한 사유로 다른 근로자들이 징계전례가 있는지 여부와 징계의 정도 비교
/수 차례 표창과 성실히 근무해 온 점
/다른 근로자들과 비교하여 징계 양정의 형평을 결한 경우가 아닌지

4) 절차적 정당성을 갖추어야 함

▷ 절차규정이 있는 경우

- ① 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계대상자에게 징계사실을 통보하고 징계사유에 대한 경위서 등을 제출하게 하며 징계위원회에 출석하여 진술하도록 규정한 경우, 이러한 절차에 위반한 징계해고는 무효
- ② 징계사실을 통보시키는 취업규칙 등에 그에 관한 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 특별한 규정이 없더라도 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 준비하기 위한 상당한 기간을 두고 하여야 함
- ③ 취업규칙이나 단체협약에 징계위원회의 구성방법을 규정하고 있는 경우 그와 다른 방법에 의하여 구성된 징계위원회가 징계해고의결을 하였다면 이 역시 징계절차에 위반한 것으로 무효임, 다만 근로자측 대표를 참여시키도록 되어 있는 징계규정도 불구하고 근로자측이 스스로 근로자측 위원선정을 포기하였다면 근로자측 징계위원 불참하에 이루어져도 유효(대법원 96다47074판결)
- 무자격 징계위원을 제외하여도 의결정족수가 충족된다고 하여 그 징계해고가 유효가 되는 것은 아니다, 왜 그 징계위원회 구성의 하자가 없어지는 것은 아니므로(대법원 94다53716판결)
- ④ 징계처분에 대한 재심절차까지 규정되어 있는 경우에는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이룬다, 그러므로 징계과정 전부에 걸쳐 절차위반의 잘못이 없어야 전체적으로 징계처분이 정당함

▷ 조합간부 등에 대한 사전협의 내지 동의 조항이 있는 경우에 이를 거치지 않았다면 무효(다만 노조측에서 스스로 동의권을 포기 또는 남용한 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 절차를 거치지 않아도 유효하게 됨)

▷ 사전협의 조항

- 판례는 이를 지키지 않아도 해고무효가 되지 않는다고 본다.

▷ 단체협약, 취업규칙에 징계절차규정이 없는 경우

- 판례는 사전통보, 소명기회부여, 징계위원회개최 등 통상의 징계절차 거치지 않았다 하더라도 징계해고가 무효가 아니라고 본다.

5) 정당한 이유의 입증-사용자

- 정당한 이유가 있음을 사용자가 입증해야 함, 노동위원회 구제신청이나 민사소송 등에서 정당한 이유가 있음을 입증 못할 경우에는 사용자는 패소함

라. 노사간 연책합의와 징계해고사유의 정당성

- 쟁의행위 후 회사측과 교섭이 타결되어 '쟁의행위기간중의 행위에 대하여 민형사상의 책임이나 신분상의 불이익처분 등 일체의 책임을 묻지 않는다'고 합의한 경우에는 징계해고사유가 있더라도 노사간 합의에 의하여 그 근로자의 책임을 면제하기로 합의하였다면 이제 징계해고 할 수 없음
- 농성중의 행위와 필연적으로 연속되는 행위로서 불가분적 관계에 있는 행위에 대해서도 연책시키기로 한 것이라고 보아야 한다, 따라서 연책합의 이전의 농성행위 등으로 인하여 연책합의 이후에 유죄판결을 선고받아 처벌을 받고 그로 인하여 결근한 행위가 형식상 회사의 인사규정 등의 징계해고사유에 해당한다고 하더라도 이를 따로 징계해고사유로 삼을 수 없다(대법원 92다14786판결)

마. 해고사유별 정당성

▷ 학력, 경력의 사칭-은폐, 이력서의 허위 기재

- 학력, 경력을 사칭 또는 은폐하여 채용된 후 근무하다가 이 사실이 발각되었을 경우 그 자체 정당한 해고사유가 된다는 것이 일반적인 판례(대법원 85누851판결)
- 그러나 학교이름만 조금 다르게 기재하였을 뿐이고 단순한 생산직 육체근로자로 채용되어 채용시 학력이 전혀 문제되지 않는 경우에는 "학력사칭"이라는 이유로 해고할 수 없다(대법원 88다카4918판결)
- 사용자가 근로자의 학력, 경력 사칭 은폐사실을 발견하고도 해당 근로자로부터 자인하는 내용을 각서를 받고 계속 고용하여 온 경우에는 더 이상 해고사유로 삼을 수 없다(대법원 86다카1635판결)

→ 그러나, 학력 경력 등의 은폐가 임금수준, 직급 결정 등 근로조건의 체계 문란하게 하거나 적정한 노무배치 저해 등 현실적으로 기업질서 문란하게 한 경우만 해고사유 될 수 있다는 반대 견해 유력

▷ 무단결근 등 불성실한 근무태도

- 취업규칙 등에 "며칠이상 무단결근한 때" "근무성적 또는 근무능력이 불량한 때" 라고 해고사유를 규정하고 있는 경우가 많다, 일정한 시간적 제한없이 함께 며칠이상의 무단결근

을 한 모든 경우를 가리키는 것이 아니라, 상당하다고 인정되는 일정한 기간내에 함께 며칠 이상의 무단결근을 한 경우를 뜻한다고 제한적으로 해석해야 한다(대법원94다46596판결)

- 사후 결근시 사전 결근계 제출토록 규정하고 있다. 이때 부득이 사전에 제출하지 못한 경우에는 사후라도 제출하도록 한다. 판례상 구두로만 사전에 승낙받고 사후 결근계제출을 하지 않은 사안에서 무단결근으로 본 것이 있다.
- 휴일전후의 근로일을 결근했다고 해도 휴일을 결근으로 처리할 수 없다(서울행법 2000구 13784 판결, 서울지하철공사 사건)

▷ 전근, 전보, 전적 등 인사이동에 관한 명령불응

- 근로자가 인사이동이 부당한 전근 또는 전보라며 종전 근무지나 근무부서로 계속 출근하는 경우가 있다. 사용자는 변경된 근무지나 근무부서로 출근하지 않았으므로 무단결근 또는 회사의 업무상 정당한 명령위반이라며 징계해고를 하게 된다.
- 결국 인사이동이 정당성이 있느냐가 문제가 된다.

▷ 업무상 지시에 위반

- 사용자의 업무상 지시에 불응하였다는 것이 징계해고의 사유로 되는 경우에도, 사용자의 지시가 근로계약, 취업규칙, 단체협약, 기타 법령에 위반된다면 이를 거부한 것이 징계사유가 될 수 없다.

▷ 동료 또는 상사에 대한 폭력행사

- 폭력을 행사하게 된 동기(상대방의 직접 유발 또는 원인제공, 쌍방 폭행, 술자리)나 이후 사정(사과, 상대방의 선처호소 등)을 종합하여 그 징계해고가 징계권의 남용에 해당하지 않아야 한다
- 술집에서 단합대회 도중 술기운에 상사의 역살을 잡아 당기다가 옷을 찢어지게 하는 등의 폭행을 가하였다며 징계해고한 사례 - 징계권 남용(대법원 91누5884판결)
- 16세 연상인 노조위원장을 발로 킁을 차고 주먹으로 얼굴을 때려 전치 3주의 상해를 입히고 형사처벌까지 받아 징계해고한 사례 - 입사후 징계처분 받은 전력이 없지만 징계권 남용 아니다.(대법원 91다39559)

▷ 중대한 사고로 인한 손해발생

- 회사에 대하여 횡령, 배임, 절도, 손괴 등 범죄행위를 하거나 고의 또는 과실로 중대한 사고를 발생시킨 경우를 의미한다.
- 횡령액수나 관행여부(저임금의 기초가 된 관행이 아니었는가-회사측 사전 인지와 묵인사실), 근로자의 과실정도, 회사가 입은 손해의 정도, 이후 근로자가 배당한 사유 등을 참작.

▷ 사생활에서의 비행

- 근로자가 사생활에 있어서 비행사실이 있거나 범죄행위로 인하여 처벌받은 것을 “회사의 명예나 신용을 훼손”한 징계해고사유에 해당한다고 해고처분을 하는 것
- 그 비행행위가 회사의 사회적 평가에 미치는 악영향이 상당히 중대한 것으로 객관적으로 평가될 수 있는 경우이어야 한다
- 예) 도시개발공사 직원의 부동산투기행위 - 해고사유가 된다(대법원 93누2375판결)

▷ 경직금지의 위반

- 노무제공에 지장을 줄 정도의 장시간의 경직, 경쟁회사의 이사에 취임하는 것 등이 금지대상이 될 수 있고 그런 행위에 대하여만 징계사유로 삼을 수 있다. 전면적 포괄적 경직금지는 직업의 자유, 일반적 행동의 자유 등 기본권 침해로 불법임

▷ 사업장내에서 본래의 업무 이외의 집회, 연설 등 활동금지의 위반

- 근로자의 활동이 헌법과 노동조합및노동관계조정법에서 보장하는 정당한 노동조합활동이라면 이를 이유로 징계할 수 없다

▷ 정의행위와 관련한 해고

- 정의행위의 정당성 여부가 곧바로 해고의 정당성 문제의 전제가 된다.
- 정의행위의 까다로운 요건 때문에 불법정의행위로 인한 간부 해고 사례가 많으나 법적인 구제가 쉽지 않다.

▷ 형사상의 범죄로 인하여 유죄판결을 받았을 경우

- 취업규칙이나 단체협약에 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”라고 규정하고 있을 때 그 규정의 취지는 유죄판결로 인하여 근로자의 기본의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적이 달성될 수 없게 되었기 때문이다.
- 이 때 “유죄판결”이라 함은 유죄의 확정판결의 의미함(대법원 93다28584판결)

▷ 명예훼손

대법원 1997. 12. 23. 선고 96누11778 판결

“유인물로 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자들의 정당한 활동범위에 속한다”

- 형법상 위법성 조각 사유
- 배포하거나 발언하거나 글을 올린 취지 파악/설사 나중에 사실이 아닌 것으로 밝혀졌다해도 그렇게 믿은데 상당한 이유가 있지는 않는가 / 사실인지 여부가 불분명한 경우라도 상당히 그 주장에 신빙성이 있는 경우는 아닌가

바. 경영상 이유에 의한 해고(이른바 정리해고)

제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ①사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

②제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

③사용자는 제2항에 따른 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관하여 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)에 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.

④사용자는 제1항에 따라 대통령령으로 정하는 일정한 규모 이상의 인원을 해고하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 노동부장관에게 신고하여야 한다.

⑤사용자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 요건을 갖추어 근로자를 해고한 경우에는 제23조제1항에 따른 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다.

1) 4가지 요건

- 긴박한 경영상의 필요

- ① 해고를 하지 않으면 기업이 도산되거나 존속유지가 위태롭게 되는 것이 객관적으로 인정되는 경우에 한한다(VS 새로운 기술의 도입 등 기술혁신 등 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 가능)
→ 판례는 뒤의 견해를 택하고 있음
- ② 영업양도의 경우에도 무조건 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것이 아니라, 도산 등 우려로 인하여 불가피하게 영업양도가 행해지는 경우에 가능
- ③ 긴박한 경영상 필요성 유무는 사업전체의 경영사정을 종합적으로 심사하여 결정하여야 하고 일부 사업부분만의 영업상 수치 등 경영사정을 기준으로 결정될 것이 아니다(대법원 99두202 판결)

- 해고회피의 노력을 다할 것

① 의미

해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 전근, 배치전환 등의 가능한 조치를 다하는 것을 의미, 그런 노력을 다하였으나 경영상 어려움을 극복할 수 없는 경우에만 정리해고 가능

② 살펴 볼 사정

- 시간외 근로를 중단하지 않고 계속한 사정은 없는가
- 조업시간 단축 등의 조치를 취해 보았는가
- 신규채용한 사실은 없는가
- 위에 언급한 회피노력을 다한 바 있는가
- 기업 비용 중 임금비용외 다른 비용(경영진의 임금 등)을 줄이기 위한 노력을 했는가

- 해고대상자 선별의 합리성, 공정성

① 의미

-임의로 선택해 해고할 수 있는 것이 아니라 반드시 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자 선정해야 한다.

② 유의사항

- 부, 실, 과 등을 국한하여 대상자를 선정하여서는 아니되나 부·실·과의 폐지에 따른 것일 경우 정당성이 인정될 수도 있다.
- 선정기준이 단협 등에 있다면 이에 따라야 하나 그 규정 역시 합리성 있어야 한다.
- 인사고과, 근로자 개인의 사업상 필요성 등 사용자측의 이해관계만을 반영하는 것은 부당하고 근로자측의 사정 역시 반영하여야 한다.
- 연령, 가족관계, 근속연수, 재산관계, 재취업의 가능성, 건강상태를 종합적으로 고려하여 사회적 경제적 약자에 해당하여 더욱 보호받아야 할 근로자 순으로 대상자에서 제외해야 함

- 사전 통보 및 협의 절차

① 의미

50일전까지 근로자 대표(과반수 노조, 근로자 과반수를 대표하는 자)에게 해고회피 방법 및 해고의 기준을 통보하고 이에 대하여 성실한 협의를 거쳐야 한다

- ② 판례 중에 협의 절차가 없어도 정리해고가 가능하다고 본 사례가 있으나 절차적 요건이 강화된 현행법상 유지되기 어려움, 다만 판례는 형식적인 협의절차만 거쳐도 절차적인 정당성은 인정하는 방향.

바. 기타 해고 관련 사항

▷ 서면 통지를 통하지 않은 해고 : 무효(근기법 제27조)

▷ 해고의 예고

1) 근로법 제26조 : 해고 30일전에 그 예고를 하여야 하며 30일전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급

2) 예고해고의 적용예외

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자
4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습 사용 중인 근로자

▷ 부당해고와 임금

- 사용자가 근로자를 해고한 경우에 그 해고에 정당한 이유가 없어 무효이거나, 그밖의 다른 사유로 알미안해 해고가 취소된 경우에는 근로자는 그 부당해고기간동안에 정상적으로 일을 계속했다면 받을 수 있었던 임금을 모두 지급받을 수 있다(민법 제538조 제1항, 92다31125 판결 등 다수)

- 부당해고 기간 중에 다른 직장에 종사하여 일정한 수입을 얻은 경우에 그 중간수입에 대하여 판례는 근로제공의무를 면하고 얻은 이익이라고 하여 중간수입을 공제할 수 있고 다만 휴업수당분인 평균임금의 100분의 70부분은 공제할 수 없고 이를 넘는 금액을 공제할 수 있다. 그러나 중간수입액에 대하여 회사측이 주장입증해야 함

예) 월 1,000,000원 임금, 중간수입 500,000원

중간수입을 전액공제한다면 중간수입 500,000원을 공제한 월 500,000만원을 지급할 것이나, 월 임금에서 100분의 70을 넘는 300,000원까지만 공제가능하므로 700,000원은 지급해야 함.

▷ 부당해고와 불법행위

- 그 해고가 근로기준법 제30조 제1항에 위반하여 그 정당성을 갖지 못하거나, 노조법 제81조(부당노동행위) 등의 규정에 위반하여 그 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방을 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다(93다11463 판결, 95다24821 판결)

- 사용자가 근로자를 부당하게 해고하고 그 해고무효확인판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 임금은 지급하면서 근로자에 대한 복직은 거부하는 행위는 인격권의 침해로서 불법행위를 구성하고 근로자가 입은 정신적 고통을 사용자가 금전으로 위로할 의무가 있다(대법원 95다6823 판결)

사. 구제방법

- 민사소송으로 해고무효확인청구소송+해고 기간 동안의 임금 지급 청구소송
- 지방노동위원회에 부당해고구제신청⇒중앙노동위원회 재심신청⇒행정소송

[법과여성3: 모성권과 성차별]

모성권과 성차별

공인노무사 김재진(노무법인 일과희망)

I. 들어가며

여성노동자의 모성권과 성별을 이유로 차별받지 않을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권임.

헌법 제32조 ④여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

여성의 모성권 및 성차별에 관한 사항은 근로기준법 및 남녀고용평등및일가족양립지원에관한 법률(이하 "남녀고용평등법"이라 함)에서 규율하고 있으며, 이들 규정 중 정부의 재정 지원이 필요한 부분에 대해서는 고용보험법을 통해 급여 및 지원금에 대한 구체적인 요건, 절차 등을 정하고 있음.

II. 모성권

1. 생리휴가

근로기준법 제73조(생리휴가) 사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.

* 별책: 500만원 이하의 벌금, 적용범위: 5인 이상 사업장

여성이 청구하는 경우에 한하여 부여, 유급 의무 없음.

2. 산전후휴가

근로기준법 제74조(임산부의 보호) ①사용자는 임신중의 여성에게 산전과 산후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가기간의 배정은 산후에 45일 이상이 되어야 한다.

* 별책: 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하 벌금, 1인 이상

고용보험법 제75조 (산전후휴가 급여 등) 노동부장관은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제18조에 따라 피보험자가 「근로기준법」 제74조에 따른 산전후휴가 또는 유산·사산휴가를 받은 경우로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 산전

후휴가 급여 등(이하 "산전후휴가 급여등"이라 한다)을 지급한다.

1. 휴가가 끝난 날 이전에 제41조에 따른 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상일 것
2. 휴가를 시작한 날(제19조제2항에 따라 근로자의 수 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업이 아닌 경우는 휴가 시작 후 60일이 지난 날로 본다) 이후 1개월부터 휴가가 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청할 것. 다만, 그 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 산전후휴가 급여등을 신청할 수 없었던 자는 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다.

□ 휴가일수

-산전후휴가: 90일

-유산사산휴가: 임신기간에 따라 30일(16주~21주), 60일(22주~27주), 90일(28주 이상)

□ 휴가급여

(1)근로기준법-사용자의 임금지급의무

사용자는 휴가 중 최초 60일은 유급(통상임금)으로 주어야 함. 단, 남녀고용평등법 제18조에 따라 산전후휴가급여 등이 지급된 때에는 그 금액의 한도 안에서 지급의 책임을 면함.

(2)남녀고용평등법(제18조)- 국가의 산전후휴가급여 지급의무

국가는 근로기준법상의 산전후휴가를 사용한 근로자에 대하여 산전후휴가급여 등을 지급하여야 함. 급여 지급에 필요한 비용은 사회보험(고용보험)에서 분담할 수 있음. =>국가의 급여지급의무

(3)고용보험법(제75조)- 산전후휴가급여의 내용 및 절차

1)지급요건:

- ①피보험자가 근로기준법 제 72조에 의한 산전후휴가 또는 유산 사산휴가를 부여받을 것
- ②산전후휴가종료일 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것
- ③휴가개시일 이후 1월부터 종료일 이후 12월 이내에 신청할 것

2)지급기간: 근로기준법 제74조 규정에 의한 휴가기간(90일). 단 우선지원대상기업이 아닌 경우에는 60일을 초과한 일수(30일 한도)

※ 고용보험법상의 고용안정사업우선지원대상기업

제조업: 500인 이하, 광업·건설업: 300인 이하, 운수·창고·통신업: 300인 이하, 이외산업: 100인 이하

3)급여액

①해당 근로자의 통상임금(산전후휴가 개시일 기준)

②한도: 최저임금~405만원(90일기준). 90일 미만인 경우에는 일수로 계산한 금액

③급여의 감액: 피보험자가 사업주로부터 보호휴가를 이유로 금품을 지급한 경우에는 지급받은 금품과 산전후휴가급여등을 합한 금액이 보호휴가개시일을 기준으로 한 통상임금을 초과한 경우 그 초과하는 금액을 산전후휴가급여등에서 감액하여 지급. 즉 통상임금에서 사업주로부터 지급받은 금액을 공제한 금액으로 지급.

3. 배우자 출산휴가

남녀고용평등법 제18조의2 (배우자 출산휴가) ① 사업주는 근로자가 배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하는 경우에 3일의 휴가를 주어야 한다.

※별책: 1천만원 이하의 과태료, 1인 이상

② 제1항에 따른 휴가는 근로자의 배우자가 출산한 날부터 30일이 지나면 청구할 수 없다.

유급의무 없음.

4. 육아휴직

남녀고용평등법 제19조 (육아휴직) ① 사업주는 생후 3년 미만 된 영유아(영幼兒)가 있는 근로자가 그 영유아의 양육을 위하여 휴직(이하 "육아휴직"이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

※ 5백만원 이하의 벌금, 1인 이상

1) 육아휴직의 신청권자와 기간

① 신청권자 : 생후 3년 미만 된 영유아(2008.1.1 이전 출생한 영아는 생후 1년 미만에 한함)가 있는 근로자. 다만, 아래 경우는 제외함.

1. 육아휴직을 시작하려는 날(이하 "휴직개시예정일"이라 한다)의 전날까지 해당 사업에서 계속 근로한 기간이 1년 미만인 근로자

2. 같은 영유아에 대하여 배우자가 육아휴직(다른 법령에 따른 육아휴직을 포함한다)을 하고 있는 근로자

② 휴직기간: 1년 이내

2) 육아휴직자에 대한 보호

① 육아휴직을 이유로 한 해고 등 불이익처우 등을 하여서는 아니된다.

② 육아휴직기간 동안은 당해 근로자를 해고할 수 없다.

③ 육아휴직종료 후에는 휴직전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다.

④ 육아휴직기간은 근속기간에 포함한다.(연차휴가일수, 퇴직금 계산시)

※벌칙: ①② -3년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금 ③④- 5백만원 이하 벌금

3) 육아휴직급여(제20조) -사업주는 임금 지급의무가 없으며, 고용보험법상의 육아휴직급여가 지급됨.

1) 지급요건

- ① 육아휴직을 30일 이상 부여받은 피보험자일 것
- ② 육아휴직개시일 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것
- ③ 동일한 자녀에 대해서 피보험자인 배우자가 육아휴직을 부여받지 않고 있을 것
- ④ 육아휴직 개시일 이후 1월부터 종료일 이후 12월 이내에 신청할 것

2) 육아휴직급여액: 월 50만원

3) 급여의 감액: 사업주로부터 육아휴직을 이유로 금품을 지급받은 경우로서 육아휴직 기간 중 지급받은 금품의 월 평균 금액과 법 제70조에 따른 육아휴직 급여액의 월액을 합한 금액이 육아휴직 시작일을 기준으로 한 월 통상임금을 초과한 경우에는 그 초과하는 금액을 육아휴직 급여에서 빼고 지급한다.

5. 육아기 근로시간 단축

(1)요건(남녀고용평등법 19조의2①)

1. 육아휴직을 신청할 수 있는 근로자가 육아휴직 대신 근로시간 단축을 신청하였을 것
2. 근로자의 신청에 대해 사용자가 허용할 것

(2)근로시간 (남녀고용평등법 19조의2③)

- ① 단축 후 근로시간: 주당 15시간 이상 30시간 이내
- ② 단축 기간: 1년 이내

(3)근로조건(남녀고용평등법 제19조의3)

- ①근로시간 단축을 이유로 근로조건 불리 금지, 단 근로시간에 비례하여 적용하는 경우는 제외
※3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금
- ②근로조건(단축 후 근로시간 포함)은 사업주와 그 근로자 간에 서면으로 정한다.
※1천만원 이하의 과태료
- ③단축된 근로시간 외에 연장근로를 요구할 수 없다. 다만, 그 근로자가 명시적으

로 청구하는 경우에는 사업주는 주 12시간 이내에서 연장근로를 시킬 수 있다.

※1천만원 이하의 벌금

④육아기 근로시간 단축 기간을 평균임금 산정기간에서 제외한다.

(4)보호규정

①사업주는 육아기 근로시간 단축을 이유로 해당 근로자에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.(제19조의2 ⑤)

※ 3년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

② 사업주는 근로자의 육아기 근로시간 단축기간이 끝난 후에 그 근로자를 육아기 근로시간 단축 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다.(제19조의2 ⑥)

※ 500만원 이하의 벌금

(5)육아휴직과 육아기 근로시간 단축의 사용형태(남녀고용평등법 제19조의4)

다음 방법 중 어느 하나를 선택하여 사용할 수 있으나 총 기간은 1년을 넘을 수 없다.

1. 육아휴직의 1회 사용
2. 육아기 근로시간 단축의 1회 사용
3. 육아휴직의 분할 사용(1회만 할 수 있다)
4. 육아기 근로시간 단축의 분할 사용(1회만 할 수 있다)
5. 육아휴직의 1회 사용과 육아기 근로시간 단축의 1회 사용
6. 근로시간 제한 (근로기준법 제51조, 제70조, 제71조, 제74조)

제51조 (탄력적근로시간제)③제1항 및 제2항의 규정(탄력적 근로시간제)은 15세 이상 18세 미만의 근로자와 임신중인 여성근로자에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

제70조 (야간근로와 휴일근로의 제한) ① 사용자는 18세 이상의 여성을 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키려면 그 근로자의 동의를 받아야 한다.

② 사용자는 임신부와 18세 미만자를 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 노동부장관의 인가를 받으면 그러하지 아니하다.

1. 18세 미만자의 동의를 있는 경우
2. 산후 1년이 지나지 아니한 여성의 동의를 있는 경우
3. 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우

제71조 (시간외근로) 사용자는 산후 1년이 지나지 아니한 여성에 대하여는 단체협약이 있는 경우라도 1일에 2시간, 1주일에 6시간, 1년에 150시간을 초과하는 시간외근로를 시키지 못한다.

제74조 (임산부의 보호)

④ 사용자는 임신 중의 여성 근로자에게 시간외근로를 하게 하여서는 아니 되며, 그 근로자

의 요구가 있는 경우에는 쉬운 종류의 근로로 전환하여야 한다.

7. 취업제한 (근로기준법 제65조, 제72조)

제65조 (사용 금지) ① 사용자는 임신 중이거나 산후 1년이 지나지 아니한 여성(이하 "임산부"라 한다)과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.
 ② 사용자는 임산부가 아닌 18세 이상의 여성을 제1항에 따른 보건상 유해·위험한 사업 중 임신 또는 출산에 관한 기능에 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.
 ③ 제1항 및 제2항에 따른 금지 직종은 대통령령으로 정한다.
 제72조 (갱내근로의 금지) 사용자는 여성과 18세 미만인 자를 갱내(坑內)에서 근로시키지 못한다. 다만, 보건·의료, 보도·취재 등 대통령령으로 정하는 업무를 수행하기 위하여 일시적으로 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

III. 성차별

1. 차별금지

(1) 차별의 정의(남녀고용평등법 제2조)

1) 차별의 정의

- ① 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 경우
- ② 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하여 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우

2) 차별에 해당하지 않는 경우

- ① 직무의 성질상 특정성이 불가피하게 요구되는 경우
- ② 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우
- ③ 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 의하여 적극적 고용개선조치를 취하는 경우

(2) 모집과 채용에 있어서의 차별금지(제7조)

1) 내용

- ①모집, 채용시 남녀 차별 금지
- ②직무의 수행에 필요하지 않은 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼 조건 등을

제시하거나 요구하여서는 아니 된다

※500만원 이하의 벌금, 1인 이상

2) 유형

- ①여성에게는 전적으로 모집, 채용의 기회를 주지 않는 경우
 "사무직 남성 0명 모집", "병역을 필한 자에 한함"
- ②직종별로 남녀를 분리모집하거나, 성별로 채용 예정인원을 배정함으로써 특정직종에 여성의 채용기회를 제한하는 경우
 "영업직 남성 0명, 경리직 여성 0명", "판매직 남성00명, 여성0명"
- ③학력, 경력 등 자격이 같음에도 불구하고 여성을 남성보다 낮은 직급 또는 직위에 모집, 채용하는 경우
 "3급 사원 4년제 대졸 남성, 4급 사원 4년제 대졸 여성"
- ④남녀가 동일 자격임에도 여성을 남성보다 불리한 고용형태로 채용하는 경우
 "남성 정규직, 여성 계약직" 또는 남녀 같은 조건으로 모집한 후 남성은 정규직, 여성은 임시직으로 발령하는 경우

3) 사례

1994년 대기업들이 여자상업고등학교 졸업생들에 대한 추천의뢰를 하면서 "신장 160cm이상, 체중 50kg이하" 등의 신체조건을 제시한 사례. 당시 여성단체에서 44개 해당 기업을 남녀고용평등법 위반으로 고발하였고 이를 계기로 남녀고용평등법 제6조제2항(지금의 제7조 제2항)이 신설된 것임.

(3) 동일가치노동 동일임금의 원칙(제8조)

1)내용

- ① 사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.
 ※ 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 5인 이상
- ② 「동일가치노동」이라 함은 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동을 말한다.
- ③ 동일가치노동의 기준은 직무수행에 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정함에 있어 노사협의회의 근로자를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다.
 -기술: 자격증, 습득된 경험 등 업무수행 능력 또는 솜씨의 객관적 수준
 -노력: 업무수행에 필요한 육체·정신적 힘의 작용

-책임: 업무에 내재된 의무의 성격·범위, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도
-작업조건: 소음, 열, 물리·화학적 위험의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 작업환경
④임금차별을 목적으로 사업주에 의해 설립된 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.

2) 유형

- ①근로의 질·양 등에 관계없이 근로자에게 생활보조적·후생적금품(가족수당·교육수당·통근수당 등)을 지급함에 있어 성을 이유로 차별하는 경우
- ②기본급·호봉산정·승급 등에 있어서 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 임금을 차별하는 경우

3) 사례

①동일 장소에서 다른 동료 아르바이트생들과 같이 동등한 조건으로 근로를 제공하였다면 여성이라면 이유로 사업주가 임금을 차별하여 지급하거나 감액할 수 없다 (감독 38213-585, 2000.2.2)

②(주)00사에서 8개로 구분된 일련의 타일제조과정 가운데 일부의 공정은 전적으로 남성근로자가, 일부의 공정은 전적으로 여성근로자가 배치되어 임금상 차별을 두었는데, 하급심(수원지법, 2002.7.11, 2001노3321)에서는 무거운 원료를 운반 투입하는 업무는 남성근로자가 기타 단순히 눈으로 보아 불량품을 구별하는 업무는 여성근로자가 배치되어 남녀간 업무의 차이는 동일가치의 노동에 해당되지 않는다고 판단하였으나, 대법원은 취업규칙에서 임금 결정의 요인으로 성별을 기준으로 파악하여 남녀근로자를 업무와 관계없이 미리 일률적으로 성별에 따라 책정된 일당을 적용함으로써 회사가 성별을 기준으로 남녀간 임금의 차이를 2만원 둔 것은 명백히 차별에 해당한다고 판단하였다(대법 2003.3.14, 2002도3883)

(4) 임금 외의 금품지급에서의 차별금지(제9조)

1) 내용

근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 융자 등 복리후생에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.
※3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 5인 이상

2) 사례

회사에서 사원에게 주택임차 또는 구입자금을 대출하여 주면서 남사원에게만 적용하고 결혼한 여사원에게는 적용하지 아니하는 것은 남녀고용평등법 위반임과 동시에 근로기준법 제5조 위반이다(감독 68213-480, 1995.2.11)

(5) 교육·배치·승진에서의 차별금지(제10조)

1) 내용

사업주는 근로자의 교육·배치·승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.
※3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 5인 이상

2) 사례

- ① 해외연수 대상자 2명을 선발하기 위하여 어학시험을 실시한 뒤, 여성이 2등을 차지하자 1등과 3등을 한 남성사원을 연수 보낸 사례
- ② 호텔 판촉과에 근무하던 여성 사원이 결혼하자 사직을 권고하였으나 불응, 사실상 하위 직무인 설외과 안내로 배치전환 시킨 사건
- ③사업주가 자체 인사규정으로 동일한 학력수준의 사원을 사원과 여사원으로 구분하여 사원의 개념에 여사원을 포함시키지 않고, 5급 사원에게만 승진시험 기회를 주도록 하는 방식으로 동일한 직급인 남녀근로자를 승진에 있어서 차별대우 하는 것은 동법 위반이다(부소 10254-134, 1992.4.4)

(6) 정년·퇴직·해고에서의 차별금지(제11조)

1) 내용

- ① 사업주는 근로자의 정년 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.(5인 이상)
 - ②사업주는 근로여성의 혼인·임신·출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니된다.(1인 이상)
- ※벌칙: 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금

근로기준법상의 차별금지

제6조 (균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

2) 유형

대다수가 여성인 직종의 정년을 합리적인 이유없이 다른 직종보다 낮게 정하는 경우 : 병원에서 의사는 60세, 간호사는 40세로 정년을 정하는 것.

3) 사례

① H통신의 전화교환원 K는 대다수가 여성인 전화교환원의 43세 정년은 대다수가 남성인 일반 사원의 55세 정년에 비하여 여성 차별적인 정년이고 이에 의한 퇴직은 차별적 해고에 해당한다 하여 1983년 법원에 해고무효확인소송을 제기하였다. 이 사건은 1심과 2심에서 패소하였으나 대법원에서 “여성전용직종으로 보여지는데도 합리적인 이유없이 여성근로자들이 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 이는 위 근로기준법의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효”라며 파기 환송하였고 이에 고등법원에서 원고승소로 판결함.

그런데 소송기간 중 H통신은 전화교환원의 정년을 53세(일반사원 58세)로 개정하였고, 원직복귀하여 53세로 다시 정년퇴직한 K는 1993년 53세 정년에 대한 부당해고 구제신청을 노동위원회에 제기하였다. 53세 정년에 대하여 중앙노동위원회, 고등법원은 차별정년이라고 판단하였으나, 대법원에서 차별적 정년이 아니라 하여 파기 환송되어 고법을 거쳐 대법원에 이르는 5심 끝에 53세 정년은 차별정년이 아니라는 판결이 확정되었다. (교환직렬의 고령화, 업무자동화로 인한 잉여인력 증가 등의 합리적인 이유가 있음을 이유로)

② 00연구원의 정규직 여성근로자에 대한 결혼 후 계약직 전환

00시험연구원은 여사원들에게 결혼퇴직을 강요해 오다가 1999년말부터는 정규직에서 퇴직시킨 후 계약직으로 재채용하고 있으며, 신청인도 결혼을 이유로 2000.6.7 정규직에서 퇴직하고 2000.7.1 계약직으로 재채용(남녀차별개선위원회, 사건번호 01고용29)

③ R전기 성차별적 정리해고 사건

입사시부터 동일한 자격조건임에도 불구하고 남성은 7급 여성은 8급에 분리배치하고 회사에서 8급 생산직을 정리해고 대상으로 한 사건. 표면적으로는 인사고과가 낮거나 호봉이 낮은 자를 정리해고 대상자로 하였는데 육아휴직을 사용한 여성근로자의 승급이 낮게 책정되고 인사고과가 낮아 해고의 대상자가 되었다. 성차별적 부당해고에 대한 판단은 따로 이루어지지 않았으나 중앙노동위원회에서 부당해고임이 판정되었다.

2. 적극적고용개선조치

(1) 정의

현존하는 남녀 간의 고용차별을 없애거나 고용평등을 촉진하기 위하여 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치

(2) 대상

정부투자기관, 정부산하기관, 근로자 500인 이상 사업장

(3) 절차

(직종별·직급별)남녀근로자현황 제출→(산업별·규모별 고용기준미달 사업주는) 적극적 고용개선조치 이행계획 수립·제출→이행실적 제출→(평가를 거쳐)표창 및 지원, 이행실적 게시

(4) 성격

-강제성 약함.

-고용기준미달 또는 이행실적 부진에 대한 처벌규정 없음.

-미보고, 허위보고에 대해서만 벌칙규정 있을 뿐.

3. 직장내성희롱

(1) 직장내 성희롱의 요건(남녀고용평등법 제2조 제2호)

① 성희롱의 당사자

- 행위자: 「사업주」, 「직장내의 상급자」, 「동료」, 「하급자」 등이 포함. 그러나 회사 거래처 직원이나 고객 등과 같은 제3자는 규제대상인 행위자에 포함되지 않음.

- 피해자: 사업주를 제외한 모든 남녀 근로자임. 또한 협력업체나 파견근로자도 보호대상에 포함된다. 나아가 모집·채용과정에 있는 구직자도 보호대상에 포함됨.

② 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 이루어질 것

- 직장내 지위를 이용하거나 또는 업무와 관련하여 성희롱이 행해져야 함. 따라서 직장내에서 이루어진 것이라고 하더라도 성희롱의 주체와 대상 사이에 지위나 업무에 관련성이 없는 경우에는 동법의 규제대상이 아님.

- 반면 이러한 지위와 업무와의 관련성이 있으면 성희롱 행위가 행해진 장소가 사업장 내부이나 외부이나는 관계가 없다.

- 사례. 사적인 만남을 업무에 연결시키는 경우

00대 도서관에 근무하는 Y(남)는 사서로 근무하는 부하 C(여)에게 사적인 만남 갖기를 수시로 요구하였다. Y의 구애는 사무실 안팎에서 이루어졌고, 전화와 호출기 메모를 통해서도 계속되었다. Y의 요구가 받아들여지지 않자 Y는 C에게

업무상 사소한 이유로 시달려, 사유서 등을 쓰게 하고, 회의석상에서 인신공격을 하기도 함(여성부, 2003, "성희롱 없는 밝고 건강한 사회")

③ 성적인 언동 등으로 성적굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 줄 것

직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시

(남녀고용평등법 시행규칙 별표 1)

1. 성적인 언동의 예시

가. 육체적 행위

- (1) 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 끼안는 등의 신체적 접촉행위
- (2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위

나. 언어적 행위

- (1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)
- (2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위
- (3) 성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위
- (4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- (5) 회식자리 등에서無理하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

다. 시각적 행위

- (1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- (2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

2. 고용에서 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

비고: 성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.

2) 직장내 성희롱 금지

사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다.

※ 사업주 1천만원의 과태료, 1인 이상

3) 직장내 성희롱의 예방교육

사업주는 직장내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성을 위하여 1년에 1회 이상 예방교육을 실시하여야 한다.

※ 300만원 이하의 과태료, 1인 이상

4) 직장내 성희롱발생시 조치(14조)

-직장내 성희롱을 한 자에 대한 징계 등 조치를 취하여야 한다.

※500만원 이하의 과태료

-성희롱과 관련하여 피해주장을 제기한 근로자 또는 피해를 입은 근로자에게 하고 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

※벌칙:3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

5)고객 등에 의한 성희롱 방지

제14조의2 (고객 등에 의한 성희롱 방지) ① 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환 등 가능한 조치를 취하도록 노력하여야 한다.

② 사업주는 근로자가 제1항에 따른 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.(※500만원 이하 과태료)

IV. 구제절차

1. 노동청

①절차: 노동법 위반사실에 대한 진정 또는 고소

②효과: 법위반 사실이 인정되면 벌칙부과로 종결됨.

③대상은 공범위하지만, 손해배상, 원상회복 등 실질적인 구제조치를 강제할 수 없는 한계가 있음.

2. 국가인권위원회

①절차: 근로조건, 징계, 해고 등에서의 차별행위 및 직장내성희롱(차별행위의 한 유형)에 대한 진정 또는 조정신청

②진정: 조사결과 차별로 인정되는 경우 피진정인 등에게 구제조치의 이행 또는 시정을 권고하는 절차임. 조사결과 형사처벌이 필요하다고 인정되면 고발할 수도 있음.

③조정: 당사자의 신청이나 위원회의 직권으로 실시되며, 당사자간 합의를 도모하는 절차임. 조정안에는 원상회복, 손해배상, 재발방지 조치 등이 포함되고, 이를 당사자가 수락하면 재판상 화해와 같은 효력이 발생하여 이행하여야 함.

④ 물증이 부족하더라도 당시 정황이나 진술의 일관성에 비추어 차별행위를 인정하기도 하고, 실질적인 구제를 목표로 적극적으로 개입하는 편임. 단, 권고나 조정에 강제성이 약한 것이 한계임.

3. 노동위원회

① 절차: 성차별적인 부당해고(또는 징계)에 대한 부당해고 구제신청

② 효과: 부당해고로 인정되면 사용자에게 금전배상 또는 원직복직등의 구제명령을 내리고, 이를 이행하지 않는 경우에는 2천만원 이하의 이행강제금을 부과함. 확정된 구제명령을 이행하지 않는 경우에는 벌칙이 부과됨.

4. 법원

임금차액지급소송, 정년무효확인소송, 해고무효확인소송, 손해배상청구 등의 민사재판 절차를 통해 손해배상 및 원상회복을 받을 수 있음.

<참고문헌>

(주)중앙경제(2006), 여성노동관련법실무, 신명·윤자아·이원희

[돌봄노동 시장화에 따른 현실과 과제, 전망]

돌봄노동의 현실과 사회화 과제

한국여성노동자회 대표 최상림

오랜 기간동안 돌봄은 주로 여성의 일이었으며, 공적인 일이 아닌 가족내에서 수행되는 사적인, 그림자 노동으로 간주되어왔다. 산업화의 진전으로 가족 공동체가 해체되고 여성의 경제활동에 대한 사회적 요구가 커지면서 돌봄의 공백문제는 사회가 해결해야하는 공적인 문제로 대두되었다. 이와 함께 가족 내에서 행해지던 돌봄서비스를 대체하는 민간서비스 시장도 지속적으로 성장하고 있다.

그러나 사회화되고 있는 돌봄노동은 전통사회에서 여성에게 전가되어 왔던 '여자라면 누구라도 할 수 있는' 시장가치가 적은 노동'이라는 성차별적 지위를 가정에서 사회로 그대로 옮겨놓고 있다. 따라서 사회화된 돌봄노동이 그 노동을 수행하는 사람들을 배제하고 주변화시키는 노동으로 자리 잡게 하지 않으려면 여성의 경험을 중심으로 돌봄의 의미와 지향하는 사회 정치적인 방향을 세워가는 과정이 있어야 한다.

돌봄노동의 사회화 과정에서 수많은 쟁점이 발생하는데 돌봄노동의 가치평가를 어떻게 할 것인가에 따른 돌봄노동자의 지위문제, 돌봄노동의 공급구조를 어떻게 할 것인가에 따른 시장성의 문제, 돌봄을 보편적 복지로 가져갈 것에 따른 공공성의 문제 등이 그것이다. 본 교재에서는 돌봄노동의 가치를 정당하게 평가하고, 돌봄노동의 공공성을 확보하기 위해 그간의 노력과 투쟁을 알아보고 돌봄노동은 어떤 방향으로 사회화되어야 하는가, 그를 위한 과제는 무엇인가를 알아보고자 한다.

1. 돌봄노동의 개념

돌봄은 좁게는 가정에서 무급으로 수행하는 어린이나 노인에 대한 보살핌의 행위로 이해되지만, 광의로는 어린이나 성인의 활동을 돕는 가정 사회에서의 무 유급의 활동 및 체계를 총칭하는 포괄적인 개념이다(박홍주)

돌봄을 가장 광의의 의미로 해석하는 학자들은 '우리가 살아가는 세계를 유지하고 지속하고 치유하는 모든 활동'으로 규정한다. 즉 돌봄은 좁게는 개인 간의 관계이지만 넓게는 사회의 유지와 재생산에 필수적인 사회적 실천이다.

생산노동이 물리적인 세계에서 물질적인 객체를 변화시키는 것이라면, 재생산 노동은 의존자의 욕구와 능력에 호응하는 돌봄 제공자를 포함하는 것으로서 그 목표는 상호적이고 소통적이다.

돌봄은 세 가지 목적을 충족시키는 재생산 활동으로 볼 수 있다(Engster, 2005)

- ① 타인의 기본적 필요를 충족시키고
- ② 그들이 기본적인 능력을 유지 발전시키고

③ 가급적 고통을 겪지 않고 살 수 있도록 돕는 것을 의미한다.

그 방식에 있어서도 관심, 반응, 존중 등의 돌봄의 윤리를 따르는 것으로 정의하고 있다. 이 같은 정의는 돌봄, 그 자체를 사회적 가치를 가지고 있는 실천적이고 윤리적인 행위이자 사회적 실천으로 규정하고 있다

2. 돌봄의 가치 평가에서 고려해야 할 관점

특정한 노동에 대한 가치부여는 그 시대의 사회적 가치를 반영할 뿐 노동 그 자체의 본질이나 가치와 일치하지는 않는다. 물질적 부를 증대하기 위한 개발과 성장이 주요한 가치인 사회에서는 물질적 부를 증대하는 노동이 사회적 존경을 받겠지만, 환경을 보존하고 관계를 치유하고 공동체적 덕목을 주요하게 생각하는 사회에서는 보살핌의 노동이 중요해진다.

저임금 혹은 비공식적 무급의 돌봄노동에 종사하고 있는 여성의 지위는 기존 노동시장의 성별직종분리를 강화하는 성차별의 원인이자 결과이다. 타인의 욕구나 필요에 부응하기 위해 스스로의 감정관리를 요하는 여성의 노동은 특별한 노력을 요하지 않는 비전문적인 노동으로 평가되고 있다. 노동시장에서 비공식 돌봄노동자의 경우 공식적인 명칭조차 부재한 실정이다. 외부인에 의한 환자 간병이 의료기관에서 행해지고 있음에도 불구하고 의료관련 법에는 간병에 대해 명시되어 있지 않으며, 가정관리사의 경우 공식적인 명칭보다는 '파출부', '알하는 아줌마', '(식당/여관/기타 서비스 및 자영업의 서비스노동 제공자)아줌마' 등으로 통칭되어 왔음은 주지의 사실이다. 직업분류표에 가사관련 서비스부문이 존재함에도 불구하고, 대다수 가사관련 서비스제공자들은 '노동자성'을 제대로 인정받지 못하면서 특수고용이나 일고 등의 비공식부문의 비정규 노동자이다.

상품화된 시장을 중심으로 작동하는 기존 시장은 돌봄이 포함하는 육체 정신 감정노동의 가치가 얼마인지를 제대로 산정할 수 없다 (ILO에 의하면 지금까지 경제학적으로 산정되지 않았던 여성의 부활노동에 가치를 부여한다면 전세계 16조 달러의 생산가치들 중에서도 11조 달러를 차지할 것이라고 분석했다(1994)) 따라서 돌봄의 사회화 정책이 성별화된 노동시장에 단순히 여성을 진입시키는 형태를 통해서 돌봄노동의 가치는 제대로 평가받지 못한다. 돌봄노동으로부터 면제된 남성노동자의 권리모멸에 기반한 공식노동시장 중심의 노동권은 여성에서 여전히 일이나 가족이나의 막대한 선택을 강요하고 여성의 노동경험을 반영하지 못하며 그 노동권도 보장하지 못하기 때문이다.

돌봄노동의 제공유형과 제공 서비스

돌봄노동의 제도 및 제도화 주체		돌봄노동 제공자	
		유급	무급
비공식	가족	어머니, 며느리, 딸, 할머니	어머니, 며느리, 딸, 할머니
	비공식 노동시장	친척, 친구, 부모, 이웃, 간병인, 도우미, 이주여성	친구, 친척, 이웃 등
공식	노동 시장	기업	기업탁아 및 돌봄시설 노동자
		민간 상품화	가정관리사, 간병인, 보육교사
		NGO	사회적 기업, 돌봄공동체
	공공 부문	국가	사회적 일자리, 복지도우미돌봄시설 노동자
			자원봉사자
			자원봉사, 돌봄공동체
			자원봉사, 자활, 공공근로

돌봄서비스를 제도화하는 것과 돌봄의 사회적 가치를 재평가 하는 것은 일치하지 않는다. 돌봄노동의 사회화 요구가 돌봄서비스의 제공을 국가나 시장에서 확대하는 것으로 머물러서는 돌봄노동의 사회적 재평가를 이끌어 내는데 제한적이다. 돌봄가치가 바르게 평가되기 위해서는 돌봄의 사회화가 어떤 사회 문화 경제적 맥락 속에서 왜 어떻게 누구를 위해 이루고 지고 있는가에 대한 성찰이 필요하다.

다행히 돌봄의 위기라고 지적되고 있는 현재의 상황은 더 이상 보살핌 노동이 개인적이고 사적인 일이라든지 경제적 차원에서 접근할 수 있는 종류의 일이 아니라는 시각을 전환하도록 하고 있다. 개인으로서 자립적이고 독립적인 개인을 전제한 근대시민사회의 기본틀을 전환할 것을 요구하고 있다고도 볼 수 있다. 근대시민사회의 독립적인 개인을 상징하는 남성 노동은 사실 가정 내 여성의 미발 보살핌 노동에 기반하고 있었지만 그것은 그동안 애써 감춰져왔다.

인간 생존에 주어져 있는 기본적 조건은 자립이 아니라 의존이다. 이 사실은 우리로 하여금 사회정의의 원리를 개인적 독립성에 주목해서가 아니라 의존적 관계에 주목해서 재구성 할 것을 요구한다(허라금) 개인에 기초한 평등을 넘어서 관계에 기초한 평등, 의존관계의 연결망에 의해 삶이 유지되고 있다는 인식은 내가 준것을 그대로 받는 이에게 돌려받는 교환관계가 아니라 내가 취약한 곳에서 취약성에 응하는 보살핌을 돌려받을 것이라는 기대를 전제하고 있다.

3. 한국사회 돌봄의 사회화를 역사적 요구와 노력들

- 90년 영유아보육법의 제정, 보육에 대한 사회적 책임 도입
- 90년 영유아보육법에 의한 직장보육시설의 설치의무 규정 도입
- 87년 남녀고용평등법에 의한 육아휴직 제도 도입

- 2001년 육아휴직수당 20만원 신설, 고용보험에서 지급.
- 2006년 돌봄중심의 사회적 일자리 제공, 돌봄중심의 바우처제도 시행
- 2008년 노인장기요양보험제도 도입

1) 보육의 공공성 확보를 위한 노력

영유아보육법 제개정운동

노동자 가족의 아이가 안전하게 보호받고 교육받을 권리를 위한 투쟁은 80년대 말 보육시설 설치운동과 영유아보육법 제정투쟁으로 시작되었다. 아이들을 위한 변변한 보육시설조차 없던 80년대 말에 여성노동자들은 자발적인 보육시설 설립운동을 벌여나갔다. 이 같은 보육시설은 지역탁아소연합회로 모아졌으며 본격적인 영유아보육법 제정운동으로 이어졌다.

'89년 당시 보육시설에 대한 법적 근거는 아동복지법 시행령의 한 조항으로만 있을 뿐이었다. 그러나 이 시행령에는 실제 보육수요를 갖는 저소득층지원에 대한 고려가 전혀 없었고, 또한 시행령에 따라서 지금까지 비영리로 운영되던 많은 민간시설들이 법에 따라 반드시 신고해야 하고, 이 법에 명시된 시설을 갖추지 않은 경우 폐쇄되어야 할 위기에 놓이게 되었다. 지역탁아소연합회와 한국여노, 여성단체들은 어린이집 부모들과 함께 '아동복지법 시행령 거부 및 올바른 탁아법 제정을 위한 가두 서명운동'을 전국적으로 벌이고 전국어머니대회를 개최하는 등 법개정운동을 벌여나갔다.

무관심으로 일관하던 정치권은 89년 아이를 맡길 곳이 없던 엄마 아빠가 일 나간 사이에 문 잠긴 단칸방에서 불에 타서 죽어야 했던 혜영 용철 남매의 가슴 아픈 사건을 당하고서야 90년 12월에 법을 제정하였다.

이후 보육의 공공성 확보를 위한 투쟁이 줄기차게 이어졌으며 영유아보육법 제정 10년이 경과되면서 보육시설의 양적 확충과 더불어 보편적 서비스로 보육사업이 전환되어야 한다는 문제 인식하에 한국보육교사회, 여성연합, 한국여노는 '99년 <영유아보육법 개정에 관한 긴급공청회> 공동주최하여, 공공보육의 대상을 확대하고, 아동중심의 관점에서 올바른 영유아보육법 개정이 이루어져야 함을 촉구하였다. 이를 통해 '저소득 가정 보육료 지원, 영아 장애아 24시간 특수보육 정부지원확대' 등의 성과를 만들어 갔으며 보육료 자율화가 거론되던 '05년에는 노동조합, 여성단체, 보육단체 등과 연대하여 '보육료 자율화 반대와 국립보육시설 확충 연대'를 결성하고, 보육의 공공성 강화를 위한 활동을 전개하였다.

직장보육시설 설치 및 확대

'90년 영유아보육법 제정으로 직장보육시설에 대한 법적 근거가 마련된 후 정부는 '91년 영유아보육법 시행령 제정안을 발표하였는데, 그 주요안은 상시여성근로자 1,000인 이상 사업장에 직장보육시설을 의무화한다는 것이었다.

이에 한국여노는 전노협 등 7개 상급노조들과 함께 즉각 '영유아보육법 시행령 제정안에

대한 우리의 입장'을 발표하고 정부안을 반대하는 활동을 전개하였다. 또한 당시 탁아소 설치운동이 노동조합 활동의 과제로 인식되지 못하고 있는 상황에서 여노회는 탁아문제는 곧 노동자 가족의 문제라는 인식의 확대와 탁아문제에 대한 선전을 위하여 '여성노동자 총단결로 올바른 탁아법 정취하자'는 선전물을 제작하여 전국적으로 배포하였고, '직장마다 공단마다 탁아소를 설치하라'라는 현수막으로 전국적으로 부착하는 활동을 하였다. 이러한 활동 결과, 정부는 상시여성근로자 500인 이상 사업장에 직장탁아소 설치를 의무화하는 시행령을 발표하였다. 이 활동을 계기로 여노회는 지탁연, 노동조합들과 공동작업을 통해 직장보육시설 설치 확대를 위한 운동을 본격적으로 전개해 나갔다.

... 여성노동자회들은 ... 직장탁아소 설치 의무화를 '여성노동자 상시고용인원 500명 이상' 사업장에서 '남녀노동자 150명 이상'으로 개정하고, ... 학교병설탁아소 설치를 의무화하며, 이에 대해 정부가 강력한 행정적인 방침과 지원을 뒷받침할 것을 요구하는 법개정투쟁을 벌여나갔으며, 동시에 직장탁아소를 여성노동자의 일터에 차츰 정착시켜 나가는 것을 목표로 한 활동도 전개하였다. 그리고 직장탁아소 추진을 목표로 하는 노동조합과 간담회를 개최하였고, 직장내 탁아소를 설치하기 위해 필요한 지침서를 91년에 이어 두 번째로 발간하였으며, 일본의 일하는 어머니들의 탁아소 만들기운동과 우리나라 탁아운동을 정리한 '일하며 키우며'라는 책을 발간하기도 하였다. 또한 생산직 여성노동자가 중심이 되고 노동조합이 주도한 최초의 직장탁아소인 오리엔트노동조합의 '동방어린이집'이 지난 6월 탄생된 것도 무엇보다 귀중한 여성노동자회의 활동성으로 꼽을 수 있다. ...

특집】 92년 여성운동을 되돌아보다 / 편집부 / 「일하는 여성」 11호, 1993. 1.

단위사업장에 대한 상당, 지원활동 외에도 공동대응 단위가 필요하다는 문제 인식에서 한여노협은 노동조합연맹 단위에 연대모임을 구성할 것을 제안. '93년 6월 '직장탁아소추진 활성화'를 위한 연대모임(이하 직탁추) '을 이끌어내었다. 직탁추에서는 '93년 7월 <직장탁아소 추진 활성화를 위한 사례발표회> 개최를 시발로, '94년 '직장탁아소 추진 활성화를 위한 간담회' 개최, '96년 <직장탁아소 운영 사례발표회> 개최 등 직장탁아소를 추진하기 위해 애쓰는 사업장에 도움이 되고자 노력해왔다. 4년간의 적극적 지원은 노조가 직장탁아소 설치를 자신의 과제로 채택하면서 노조 주도의 직장탁아소의 모범을 창출할 수 있었다.

직장보육시설은 상시여성노동자 300인 이상 또는 상시노동자 500인 이상을 설치의무사업장으로 하고 있다. 2006년말 현재 총 560개 의무사업장 가운데 보육시설설치 112개소, 보육수당 지급 52개소, 위탁 33개소로 총 197개 사업장이 관련 제도를 시행하고 있고, 임의설치 사업장 가운데 89개 사업장이 설치한 것으로 조사되었다(노동부 여성고용팀, '06.12월말 직장보육지원 이행현황 및 지원제도). 직장보육시설에 대해서는 고용보험기금에 의해 무상지원과 용자 등의 지원이 있고 직장보육시설 설치·취득시, 운영시 세제 혜택이 있다.

2) 육아휴직 급여에 대한 사회분담화 요구

직장 가정 양립 지원조치를 위한 육아휴직은 87년 남녀고용평등법 제정으로 법적인 권리로 명기되었으나 그에 따른 급여지급 등 후속조치가 없고 기업의 회피로 거의 사문화 되어있었다. 2000년 이후 부터 산전휴휴가 90일 확대와 육아휴직 비용 사회분담화 대응 활동이 활발

히 진행되었다. 여성노동법개정연대회의를 중심으로 모성보호비용 사회분담화를 위해 국회 의원에 대한 작업을 진행하는 동시에 '모성보호비용 사회분담화의 조속한 시행을 촉구'하는 여성노동계 의견을 발표하고, 퍼포먼스와 집회, 임산부 시위, 국회 기습 소창(기자귀)시위 그리고 어린이캠페인 '엄마가 건강해야 우리도 행복해요' 등의 이색적인 시위와 캠페인을 조직하여 모성보호 사회분담에 대한 사회적 관심을 높여냈다. 이 결과 '01년 7월 산전후휴가 90일 확대와 산전후휴가 및 육아휴직 비용의 일부 사회분담화를 담은 법개정을 이끌어낼 수 있었다.

생후 1년 미만의 영아를 가진 근로여성 또는 그를 대신한 배우자인 근로자가 신청할 수 있는 육아휴직은 2000년까지 무급이었으나 2001년 11월부터 월 20만원씩 육아휴직급여를 지급하기 시작하여 2003년 30만원, 2004년에는 40만원, 07년도에는 50만원으로 인상되어왔다. 2004년에는 육아휴직 대체인력 채용지원제도를 신설하였고, 2006년 1월부터 대체인력채용장려금을 월 10~15만원에서 월20~30만원으로 인상하였고, 산전후휴가기간중 채용한 대체인력도 지원대상에 포함하였다. 2005년 12월 남녀고용평등법 개정을 통해 육아휴직 대상을 생후 만1세 미만에서 생후 만 3세 미만으로 확대하고 이를 2008년 1월 출생아부터 적용하였다.

3) 돌봄중심의 사회적일자리 제공

참여정부하에서 일자리 창출 관련 예산은 2006년 6756억원 111,616명에서 2007년 1조4441억원(예산안) 212,514명으로 인원과 예산이 크게 증가 했다. 참여정부는 경제성장을 통한 일자리창출이 부진한 속에서 사회서비스 일자리 확대정책을 통한 일자리만들기에 주력하였다. 저출산 고령화 사회진입으로 사회서비스에 대한 욕구가 증가하고 있으나 한국의 사회서비스 고용비중은 13.1%로 OECD 평균에 비해 크게 미흡하여 이 부분의 일자리 창출 잠재수요가 크기 때문이다.

그러나 그간 참여정부의 사회적 일자리에서 여성일자리에는 대부분 단기적인 고용과 낮은 임금으로 성차별적인 노동시장을 재생산하고 있다는 평가를 받아왔다. 여성부가 제출한 각 부처의 여성인력 개발정책(주로 사회적일자리)을 보면 2005년 20개 부처 81개 사업 - 인력양성 32개, 인력활용 34개, 인력개발인프라구축 9개, 창업지원 6개 -의 여성참여비율은 29.1%이며 전체참여 여성중 87.1%가 노동부 복지부 사업에 참여(양부처 예 여성참여비율은 69.5%)하고 있다. 전체예산의 45.2%를 차지하는 인력양성 사업의 여성참여율은 25.2%에 그치고 있으며 사회서비스 부문의 여성참여율은 82.9%로 매우높다. 사회서비스 부문의 일자리는 계약직이나 일용직으로 취업하여 고용상태가 불안하고 처우가 낮은 특징을 보이고 있다. 이에 여성노동자회, 여성연합 등에서는 각종 토론회, 간담회, 대정부 정책요구 등을 통해 사회서비스 분야 일자리 창출은 사회서비스의 공공성 확보가 우선적으로 이루어져야 하며 이를 통해 양질의 일자리 창출 전략으로 발전되어야 한다는 요구를 줄기차게 해왔다. 2008년 장기요양보험제도 시행이라는 성과는 있었으나 참여정부 및 이명박 정부는 시장을 중심으로 사회서비스 공급을 활성화한다는 기조를 채택하고, 정부의 사회서비스 일자리 정책의 공급구조를 정비하지 않고 질낮은 일자리를 단편적으로 양산하고 있다.

공공부문 돌봄분야 사회서비스사업 현황

소관 부처	사업명	서비스 종류	인원 (계획)	근로조건	월 임금 (소득)	사업 방식	기타
보건 복지 부	자활사업 (자활근로)	돌봄 종합	3,000	근로기준법, 4대보험 등 적용 제외	65만원	사업 위탁 (예산 지원)	- 이용자 제한:수급자 및 차상위 - 다른 사업과 중복
	노인돌보미	노인요양	4,683	근로기준법, 4대보험 등 적용/실제 적용 50%이하	56만원	바우처	- 이용시간 부족 - 사회적약자에게 자부담 부과
	산모산생아도우미	산후조리	1,418	근로기준법, 4대보험 등 적용 규정 없음	76~100만원	바우처	시장보다 낮은 서비스료
	장애인 활동보조	장애인활동보조	11,000	근로기준법, 4대보험 등 적용/실제 적용 50%이하	50만원	바우처	- 장애 1등급만 지원 - 사회적약자에게 자부담 부과 -이용시간 부족
	지역복지 서비스혁신	돌봄 등	17,400	근로기준법, 4대보험 등 적용 규정 없음	60만원	바우처	- 서비스 질 관리 체계 허술
	독거노인 생활지도사	노인요양	7,200		60만원		- 사업 효과성 부족
	지역아동센터 운영지원(아동 복지교사)	아동 보·교육	2,700	근로기준법, 4대보험 등 적용	80~90만원	사업 위탁 (예산 지원)	
	가사간병 방문도우미	노인요양, 환자간병, 장애인활동보조	10,833		65만원		-서비스 이용자 제한: 수급자, 차상위 - 다른 사업과 중복
	노인장기요양 보험	노인요양	34,000 (08년 예측)	고용의무 없음	?	사회 보험	
노동 부	사회적일자리	돌봄 종합	3,500	근로기준법, 4대보험 등 적용	77만원		- 사업비 비지원, 수행기관에 퇴직금 부담 전가 - 다른 사업과 중복
여성 가족 부	아이돌보미	아동 보·교육	799	근로기준법, 4대보험 등 적용 규정 없음	40만원	사업 위탁 (예산 지원)	
	취약계층 가족 아동 양육지원	아동 보·교육	400	미확인			
교육 부	특수교육 보조원	아동 보·교육	5,000		90만원		
국가 보존 처	가사간병 서비스지원 (보훈도우미)	가사,간병	400	근로기준법, 4대보험 등 적용	65만원		- 다른 사업과 중복

4. 사회서비스 돌봄인력의 현황

1) 간병

환자에 대한 간병은 누군가의 손길을 필수적으로 요구한다. 가족을 통한 해결이 어려워지면 서 이를 공적책임으로 하는 간병서비스의 사회화가 요구되고 있다. 그러나 그같은 제도가 뒷받침되고 있지 못한 상태에서 유료간병시장이 비공식영역으로 발달하여 환자가족에게는 큰 경제적 부담으로, 간병인에게는 열악한 노동조건으로 현상화되고 있다. 대부분의 간병인들은 12시간 또는 24시간 근무를 하면서 근로기준법이나 4대보험의 적용을 받지 못하며 환자로부터의 감염에 무방비상태로 노출되어있으며 최저임금에도 미치지 못하는 급여를 받고 있다.

지난해 말 A대학병원 신경과병동에서 일하던 간병인 4명이 집단으로 전염성 피부병인 '옹'에 걸렸다. 공공노조 간병인분회에 따르면 당시 6인실에 입원한 환자로부터 옹은 옹은 같은 병실의 환자, 보호자와 간호사에게까지 전염돼 병원 전체에 비상이 걸렸다. 병원측은 옹에 걸린 환자와 보호자, 간호사들에게는 치료를 제공했지만 4명의 간병인은 '병원과 직접적인 관계가 없다'는 이유로 치료를 하지 않았다. 간병노동자들이 특수고용형태인 탓이다. 간병인들은 결국 다른 병원을 찾아 자비로 한 달 간 치료를 받았다. 전염성 피부병에 걸린 탓에 다른 환자를 간병할 수 없어 품작없이 한 달을 쉬어야 했다.

2005년 말 현재 병원급 이상 의료기관(1,449개소)에서 파악하고 있는 1일 평균 유료 활동간병인 수는 총 30,816명이며 입원환자중 유료간병인 이용비율은 11.7%이다. 이들 병원에서 적정수준의 간병을 제공하는데 필요한 총간병인력 수요는 최소 134,341명으로 추계되고 있다. 앞으로 간병서비스에 대한 사회적 요구가 더욱 높아질 것으로 예상되나 관련 관계법령이나 자격제도 등의 부재로 인해 양질의 서비스 제공에 한계가 있다. 유료직업알선기관을 통해 교육도 없이 파견되고 있는 시장을 정비하여 간병시장을 공식노동화하고 의료인이 의료기관에 상주하여 환자를 돌봄으로서 발생가능한 사고에 대한 제도적 정비가 필요하다

2) 보육

현재 28,367개의 보육시설에서 약 99만명의 아동이 13만 7천명의 직원에 의해 보육서비스를 받고 있다. 보육교사는 자격증이 있어야 하며 근로기준법 및 4대보험의 적용을 받고있으나 근로시간과 노동강도, 요구받는 돌봄노동의 질에 비해 급여 등 처우가 열악하다. 보육교사는 하루 평균 10시간 정도 근무하여 민간보육시설은 급여가 100만원 미만이 대부분이다. 초과수당, 연월차 휴가 등 법적인 권리 역시 대부분 지켜지지 않고 있다. 여성의 경제활동 참여가 늘어나면서 재가파견 보육서비스(민간시장의 베이비시터, 건강가정지원센터를 통한 아이돌보미 파견)가 늘어나고 있으나 제도화가 되어있지 않아 근로기준법이나 4대보험이 적용되지 않고 고용형태가 매우 불안정한 비공식 노동시장으로 머물고 있다.

3) 가사

돌봄노동의 대표적인 부분은 주로 본인 스스로 자신을 돌볼 수 없는 약자를 대상으로 하는 육아와 간병을 중심으로 논의되어 왔으나 사회구성원의 유지 재생산을 위한 사회적 노동이란 관점에서 볼 때 가사노동도 그 범주에 포함된다. 가사서비스업 종사자 규모는 비공식 부문이란 특성 때문에 정확히 파악되지 않으나 통계청(2005) 발표 가사서비스업 종사자 규모는 121,000명이다. 가사서비스업은 기술과 경력이 없어 정규 노동시장에 편입되기 어려운 조건인 중장년 여성들이 생계벌이를 위해 진입하는 대표적인 여성 일용직 직종이다. 우리나라 근로기준법에서는 명시적으로 가사서비스업 노동자들 제외하고 있고 유료 직업소개소를 통해 파견되므로 일자리가 매우 불안정하고 4대보험 적용에서도 제외되고 있다. 대부분의 선진국에서는 파견회사의 고용형태로 노동법의 적용을 받고 있으며 홍콩은 동일한 서비스이용객에게 4주이상 일하고 일주일에 18시간을 초과해서 일하면 노동법의 적용을 받아 서비스이용객이 보험료 등을 부담한다.

4) 노인수발

노인요양시설에 근무하는 직원의 81.3%는 여성이다. 이들은 복지사, 간호사, 물리치료사, 간병인 등 다양한 직종에 분포되어 있다. 시설직원은 평균 130만원 정도의 급여를 받고있으며 4대보험의 적용을 받고 있으나 가정봉사원들은 보험적용율이 낮다. 간병인은 월 116만원 가정봉사원은 평균급여가 50만원 수준이다.

노인수발분야는 고용잠재력이 큰 분야이다. 고령화와 가족부양의 어려움으로 노인수발서비스에 대한 사회적 요구가 크기 때문이다. 특히 2008년부터 노인장기요양보험제도가 도입되면서 이 분야에서 일하는 여성들이 증가할 것으로 예상되고 있다. 단계별 제도도입에 따른 2008년 필요인력은 50,353명이다. (2008년에는 건강보험가입자는 최종중 1.2등급을 대상으로 하고 공공부조는 전 등급을 대상으로 함. 총 대상자는 109,659명)

노인수발보장의 제도화에서 일자리 창출이 양적 측면뿐만 아니라 질적 측면에서도 관측은 일자리 일 수 있어야 한다. 노인수발서비스의 직접적인 제공자의 자격기준과 노동법 적용, 사회보장 등 국가의 정책적 개입이 이루어지지 않으면 수발일자리에는 매우 열악한 일자리가 될 가능성이 높기 때문이다

5. 돌봄노동의 공적 조직화를 위한 정책

돌봄노동의 가치를 사회적으로 공유하고 실현해나가기 위해서는, 보편적 서비스로서의 제도화와 돌봄노동의 남녀모두의 참여, 대안적 돌봄공동체를 통한 자발성에 기초한 돌봄관계 만들기, 시장에 대한 의존성을 줄이는 호혜적 경제로서의 사회적 경제의 확장이 필요하다.

1) 제도화를 위한 정책과제

국가의 돌봄노동 사회서비스 정책은 크게 수요측면의 개입과 공급측면의 개입으로 구분할

수 있다(석재은, 2006 돌봄노동분야 사회서비스 창출방향)

돌봄노동 서비스의 사회화와 국가의 정책적 개입
수요정책(사회화수준) : 사회연대적 재원조성으로 이용료 부담경감을 통한 수요의 현실화 및 충족
- 수급자격 및 범위 - 급여수준 - 사회연대적 재원재달 규모 - 이용료 부담 수준
공급정책(규제 및 통제) : 서비스 인프라 구축 및 진입통제, 서비스 공급가격 통제, 서비스인력 자격관리 및 서비스질의 모니터링 및 평가
- 시장의 규모 및 시장참여자 통제 : 물적 인적 인프라 구축 및 진입통제 - 시장가격 통제 : 서비스 수가결정 및 프리미엄 옵션가격 통제 - 인력자격 통제 : 서비스 인력교육, 훈련, 자격관리 - 서비스 질 모니터링 및 평가 체계

수요측면의 개입은 돌봄노동의 사회화 범위 및 수준과 관련된다.

정책적 지원을 통해 돌봄노동을 어느 정도까지 사회화시킬 것인가 하는 것이다. 즉 수급자격의 범위 및 급여수준, 이용료 부담수준의 문제이다. 국가 차원에서 적극적인 수요지원정책이 이루어진다면 서비스가 보편화되어 양적규모는 증가하게 된다. 2008년 도입예정인 노인수발보험은 65세이상 노인의 3% 정도인 중증도가 높은 집단으로 국한하여 노인수발서비스의 사회화 정도를 낮게 설정하고 있다. 또 이용자부담 20% 수준은 공적연금 등 노인소득 보장이 취약한 상황에서 서비스 이용의 장애요인으로 작용한다.

공급측면의 개입은 서비스 시장의 형성 및 서비스 질 통제와 관련된다.

국가는 정책적 지원을 받으며 서비스를 제공할 수 있는 서비스 제공자 및 인력을 선별함으로써 서비스 시장 참여자 결정에 영향력을 행사할 수 있다. 예를 들어 바우처를 발행할 때 바우처 공급기관을 시장에 완전개방하는 정책을 쓸 수도 있으며 사회적 기업 등 일정자격을 갖춘 기관을 통해 공급할 수 있다. 서비스 제공의 공공성에 대한 쟁점이 형성되는 부분이다. 돌봄노동시장은 시장경쟁의 형태로만 가면 노동법도 제대로 적용되지 않는 열악한 일자리로 양산될 가능성이 큰 부분이다. 그래서 적절한 정책개입을 통해(바우처 발생시 서비스가격 고정화 등) 서비스가격을 통제하고 일정한 교육과 자격관리를 하는 개입이 필요하다.

정부는 사회서비스 확대의 기본기조를 시장의 활성화를 통한 서비스 공급으로 두고 정부의 역할을 시장활성화를 촉진하는 것으로 두고 있다. 이러한 정책은 주로 수요정책에 집중하여 서비스 수요의 현실화를 지원하고 수요자의 선택권 확대 측면만 중요시하므로 값싼 서비스 인력과 이에 기반한 가격경쟁 등 서비스 노동시장의 건전한 발전에 부정적 영향을 미치게

된다.

2) 다른나라의 돌봄노동(가사서비스 영역)의 제도화 사례

프랑스의 대인서비스법

프랑스에서는 2006년 2월 대인서비스업법에 의해 가사서비스 이용자와 종사자가 모두 소득 공제 등의 지원을 받게 되었다. 이 계획안은 기존에 공적으로 활성화되지 않았던 영역인 대인서비스 분야를 개척하여 새로운 일자리를 창출해낸다는 목표를 가진다. 프랑스정부는 이미 2004년부터 '대인서비스업의 활성화를 통한 고용창출계획안'을 준비하였다. 이에 해당하는 직군은 가정부, 정원사, 아이돌보기, 고령자를 위한 가사도우미, 컴퓨터수리 출장서비스, 보충학습지도사 등 시급 8유로에서 10유로 정도의 단순노무직이다. 포괄적 고용서비스 수표(universal employee-service check)가 지급수단이며, 노동자와 사용자 모두 일정한도 내에서 면세혜택을 받는다. 또한 체계적인 서비스 공급을 위해서 정부인가를 받은 일정 규모 이상의 회사는 사용자 책임을 광범위하게 면제받는다.

벨기에의 근린서비스 개발에 관한 법과 '서비스쿠폰제'

1980년대 실업의 상승과 이에 따른 공공재정의 위기로 공공정책은 고용을 창출하면서 사회적 비용을 줄이는 전략을 취하게 된다. 즉 사회정책과 고용정책을 조합하는 정책이다. 사회인구학적 변화에 따라 서비스의 욕구가 증가하는 상황에서 벨기에에는 2001년 기존의 방식과는 다른 사회경제적 방식으로 이 문제를 해결하는데¹⁵⁾, 즉 근린서비스 개발이다. 이는 일자리 창출과 서비스 욕구의 충족을 연결짓는 것으로 근린서비스가 '충족되지 않은 서비스'를 제공하기에 불공정한 경쟁이나 시장교란이라는 시비를 불러일으키지 않기 때문이다. 문제는 어떻게 수요의 지불능력을 해결하는가인데, 즉 공급을 지원할 것인가(인건비 보조정책), 아니면 수요를 지원할 것인가(가격보조정책)이다. 결국 '서비스수표제도'를 시행하는 수요지원정책으로 방향을 정하였다. 근린서비스는 이윤을 추구하는 상업적 서비스가 아니라 취약한 여건의 사람들(한부모가정, 노약자, 실업자 등)을 위한 일종의 보조서비스이다. 이런 취지는 일자리창출프로그램과 동시에 진행되는 경우가 많다. 또한 불법노동(특히 가사도우미 분야)의 합법화라는 또 다른 목적이 붙어있다.

벨기에에서는 근린서비스 일자리개발 관련 법안을 2001년 7월 20일에 제정하였으며 2003년에서 2004년 '근린서비스 시험기금'에 의한 100여개 시범사업 기업의 운영이 성공적으로 드러나면서 정착되었다. 연방정부와 지방정부가 공동운영한다.

○ 법내용 : 비보조금의 형태로 국가의 재정 지원에 의하여 쿠폰 발행 기업이 발행하는 지불쿠폰으로서 사용자가 승인 받은 기업이 제공하는 노동이나 근린서비스를 지불하게 한다.

○ 법에 의한 활동 내용 : 자택에서의 아동보호, 가사지원, 노인, 장애인 또는 병자의 내외 거동 보조활동을 한다. 이중 가사지원은 2003년 12월 22일 프로그램법(Loi-programme)에서

15) 한국자활후견기관협회, 2004.

“근로노동이나 근로서비스: 시장 또는 비시장적 활동으로서 일자리를 창출함으로써 일상생활에서 개별, 개인, 가족의 요구에 부응하는 것을 목적으로 가정에서의 가사지원에 해당된다”로 재규정된다.

○ 서비스 쿠폰제: 사용자가 서비스 쿠폰을 구입하고 원하는 분야의 서비스를 제공하도록 인가 받은 연계 업체 연계

개인 부담: 6.70 EUR/매, 서비스 쿠폰구입금액에 대해 세금이 30% 공제되므로 실제 지불 가격은 4.69EUR / 정부 부담: 14.3 EUR/매

덴마크 가사서비스 계획

가사서비스계획(Home Service Scheme)에 대해 정부는 1) 가사서비스를 제공하는 기업발전(중진), 2) 저숙련 구직자들에게 일자리를 제공, 3) 과세를 신고하지 않는 노동(음성경제 black economy)의 근절, 4) 가족들의 복지욕구에 부응, 5) 정부의 재정부담을 크게 약화시키지 않는다¹⁶⁾는 목적을 가지고 있었다. 반면 근로자들의 전망은 1) 과세를 신고하지 않는 노동에서 과세를 신고하는 노동으로 전환, 2) 조합원들에게 새로운 일자리를 제공, 3) 직업 여성들에게 새로운 가사서비스를 제공, 4) 정규화된, 권한은, 사회적으로 인정받는 직업을 전망, 4) 가사일의 전문화 등으로 요약된다.

제공되는 가사서비스는 1) 식료품 구입, 2) 청소, 창문 청소, 물받이 청소, 3) 요리, 설거지, 음식 저장 등, 4) 세탁, 다림질, 옷수선, 5) 눈치우기, 낙엽청소, 정원관리, 6) 쓰레기 분리 등이다. 이를 위해서 혁신적으로 서비스의 질을 고양시켰으며, 직무와 임금 조건을 통제하였다. 가사서비스계획의 수혜대상은 조기 퇴직연금 수령자, 65세 이상 노인들이며, 가사서비스 제공자를 고용하는 비용의 40%까지를 정부로부터 보조받을 수 있다. 가사서비스는 반드시 가사서비스계획에 참여하는 공인된, 부가세등록(VAT-registered) 회사에 의해서 제공되어야 한다.

가사서비스계획의 도입은 1994년부터 3년간 시범적으로 실시되어 평가를 거친 후에 1997년 '가사서비스계획'이 조례로 공표되었다. 그러나 2001년 자유주의정권의 등장으로 가구에 대한 정부지원금이 대폭 삭감되었고, 2004년에는 가사서비스계획이 종료되었다. 2004년까지 가사서비스업에 대해 분기당 최대 6000 DKR의 정부 보조금이 지출되었다.

가사서비스계획에 참여하는 기업들은 1) 지방정부에 의해서 승인받아야 한다, 2) 부가세 조세에 의거해서 등록해야 한다, 3) 대인상해보험에 가입해야 한다, 4) 조세에 부합하고 있는지 파악할 수 있도록 기업에 대한 현지조사가 가능해야 한다는 일련의 조건들을 만족시켜야 한다.

16) 국가의 재정문제와 관련하여, 가사서비스에 대한 보조금 지원 500 DKR, 다른 직업으로부터의 부가세 감소 100 DKR의 추가지출이 예상되지만, 반면 소득세 215 DKR, 가사서비스에 대한 부가세 200 DKR, 탈세업으로 인한 혜택 223 DKR로 가사서비스계획으로 인한 추가재정이 요구되지 않는 것으로 보았다(Kristen Moller, 2005).

3) 지역공동체안에서 살아나는 돌봄가치

국가에 의한 제도화가 돌봄노동의 공적조직화의 낱줄이라면 돌봄공동체는 그것에 생명을 불어넣는 씨줄이다. 돌봄은 전문가에게 맡기는 행위가 아니다. 보살핌을 필요로 하는 곳에 가족과 지역공동체가 상호관계와 의존성의 연결망에 의해 작동된다. 보살핌을 사회적으로 조직하는 정책적 대안, 유연한 직장시간, 부모가 아이를 돌볼 수 있는 권리, 공공의 보육시스템, 작은 학교, 노부모를 모시는 작은 휴양소, 지역공동체 기금 등, 이 모든 것의 다양한 조합이 보살핌의 공적 조직화이다. 한국사회의 안전망은 세콤으로부터 오는 것이 아니라 돌봄노동에 대한 올바른 가치평가와 그에 기반한 돌봄공동체로부터 피어날 것이다.

프랑스의 파랑부르사레

○ 2001년 프랑스 북서부 렌느시 내의 발달 자치구의 주민참여프로그램 차원에서 처음으로 제안된 것으로, 여성이 주도가 된 약 20쌍의 부부가 참여하여 탁아소 방문, 사회복지 및 교육전문가와의 만남을 통하여 사업을 제안함으로써 시작되었다. 프로젝트는 부모의 불규칙한 근무시간에 맞춘 탁아 서비스인 'PARENdom', 아파트 내 개방시간을 연장한 미니-탁아소인 'PARENsemble'의 설치를 주축으로 하며 부모들 간의 상호부조 네트워크를 활성화하고 보육문제의 해결책을 다양화 하는 것을 목적으로 하고 있다. 이 프로젝트를 달성하기 위하여, 추진 부모들은 아동 보호시설을 위한 단체인 PARENbouge를 설립하였다.

○ 이 단체는 다양한 공동 탁아서비스(출장 탁아서비스, 미니-탁아소, 회사 내 탁아소 등)를 조직하는 것을 목표로 하여 세워졌다. PARENbouge는 다음의 네 가지를 주요 목적으로 삼고 있는데, 1) 탁아서비스 시설 및 운영을 보장하기 위하여 복지적·교육적 질에 유념, 2) 직장, 부모, 단체들의 효율적 시간 연계를 지원하는 서비스 활동에 대한 가족들의 협조, 3) 그 외 모든 교육 및 육아 활동을 지원, 조직화하기 위해 유사한 운동 및 단체, 기관들, 육아 전문가, 회사 관계자들과의 연계, 4) 지역 내 사회적 연대 즉, 연대의식, 남녀평등의식, 부모의식, 시민의식 등을 강화하는 것이 그것이다.

○ PARENbouge는 지역재가도우미 연합단체, 여성정보센터, 기업위원회 연합 조직으로부터 지원을 받고 있으며, 서비스를 직접 이용하는 부모들(이 부모들은 이 단체에 가입), 단체 활동을 지원하는 의욕적인 일반인, 단체를 지원하는 시민단체 및 여타 비영리 조직, 고용주 및 그 연합, 기업위원회 및 그 연합, 노동조합 및 연합조직 등 다양한 범주의 구성원들을 두고 있다.

성찰하기

- 가부장적 권위주의, 물질주의, 효율성 중심의 가치로부터의 인간중심 가치 창출
- 남성적 노동, 소비, 삶이 기준이 되는 노동모델에서 탈피하여 공사영역의 통합
- 생태주의적 관점: 공정한, 건강한 혹은 윤리적 소비의 문제
- 유기적이고 통합적 접근, 지역사회 혹은 단체와 단체