

한국노동법학회 추계 국제학술대회

# 사회법에서의 소수자 보호

- 일시 : 2011년 9월 15일(목) 1:00-6:00
- 장소 : 한국언론진흥재단 프레스센터 19층 기자회견장

한국노동법학회

## 프로그램

1:00 ~ 1:20 등 록

1:20 ~ 1:30 개 회

• 개회사: 이철수 회장 (서울대학교)

1:30 ~ 6:00 발표 및 토론

• 사 회: 박종희 (고려대학교)

1:30 ~ 3:30 제1주제 : Risa L. Lieberwitz (Cornell Univ.)

Labor and Employment Law in the United States:  
Current Issues in Protecting Minority Rights

제2주제 : 菊池馨実 Yoshimi KIKUCHI (早稲田大学)

社会法における少数者保護－日本の失業・非正規問題を中心  
に－

3:30 ~ 3:45 중간휴식

3:45 ~ 5:45 제3주제 : 長谷川珠子 Tamako HASEGAWA (福島大学)

日本の障害者雇用法制

제4주제 : 박수근 (한양대학교)

노동법에서의 파견근로자 보호

5:45 ~ 6:00 종합토론

• 김엘림 (한국방송통신대)

• 오문완 (울산대학교)

• 이호근 (전북대학교)

• 강성태 (한양대학교)

6:00 폐 회

# 목 차

## 【제1주제】

Labor and Employment Law in the United States

— Current Issues in Protecting Minority Rights —

..... Risa L. Lieberwitz 1

譯: 미국의 노동법 및 고용법상 소수자 권리보호의 최근 쟁점

— 여성과 외국인근로자를 중심으로 — ..... Risa L. Lieberwitz 37

## 【제2주제】

社会法における少数者保護

— 日本の失業・非正規問題を中心に — ..... 菊池馨実 71

譯: 사회법에서의 소수자보호

— 일본의 실업・비정규직 문제를 중심으로 — ..... 키쿠치 요시미 85

## 【제3주제】

日本の障害者雇用法制 ..... 長谷川珠子 99

譯: 일본의 장애인 고용법제 ..... 하세가와 타마코 113

## 【제4주제】

노동법에서 파견근로자의 보호 ..... 박수근 127

## 【토론문】

김엘립 ..... 153

강성태 ..... 156

이호근 ..... 160

오문환 ..... 168

【제1주제】

## Labor and Employment Law in the United States — Current Issues in Protecting Minority Rights —\*

Risa L. Lieberwitz\*\*

- I. Introduction
- II. Overview: General structure of labor and employment law in the US
  - A. Basic structure of federal labor law dealing with collective rights and collective action
  - B. Basic structure of federal anti-discrimination law
- III. Current issues of coverage and protection under labor and employment law
  - A. Exclusions from the definitions of “employee” covered by the labor and employment laws
  - B. Problems of limited protection for migrant workers under labor and employment laws
- IV. Assessing the effectiveness of labor and employment law
- V. Conclusion

---

\* This paper was prepared for presentation at the Annual Conference of the Korean Labor Law Association: “Labor Law and Minority Issues - Comparative Legal Perspective,” to be held on September 15, 2011, in Seoul, Korea.

\*\* Professor School of Industrial & Labor Relations Cornell University

## I . Introduction

U.S. anti-discrimination law grew out of the civil rights movement of the 1960s, seeking to address the long history of workplace exclusion and unequal treatment of particular individuals and groups. The core of federal anti-discrimination law is Title VII of the Civil Rights Act of 1964,<sup>1)</sup> which prohibits employment discrimination on the basis of race, sex, national origin, and religion. Since its enactment, additional federal legislation has been passed in recognition of the need to address other long-standing bases of discrimination. Expansion of the law includes the Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA),<sup>2)</sup> and the Americans With Disabilities Act of 1990 (ADA),<sup>3)</sup> which prohibit discrimination on the basis of age and disability.

This paper focuses on the structure and application of US anti-discrimination law, with particular attention to Title VII of the Civil Rights Act. The paper begins, however, not with anti-discrimination law, but with the legal context of labor and employment law in the US. Analyzing the goals, achievements, and limitations of anti-discrimination law requires an understanding of the broader workplace law background into which Title VII fits. In particular, the National Labor Relations Act of 1935<sup>4)</sup> creates the foundation for employee rights to unionize and collectively bargain, including bargaining about issues also addressed by anti-discrimination law; that is, inequalities on the basis of race, sex, national origin and religion. As discussed further in the paper, the NLRA is usually referred to as “labor law,” while Title VII and other anti-discrimination law is usually referred to as part of “employment law.”

---

1) 42 U.S.C. § 2000e et seq., amended by Civil Rights Act of 1991, P.L. 102-166, 105 Stat. 1071.

2) 29 U.S.C. § 621 et seq.

3) 42 U.S.C. § 12101 et seq.

4) 29 U.S.C. §§ 141 et seq.

After setting this legal context, the paper turns to a more detailed description of theories of discrimination that have been developed through judicial interpretation of Title VII and that have been extended to subsequent anti-discrimination legislation. These two theories - disparate treatment and disparate impact - create the structure for alleging and analyzing claims of discrimination. As discussed more fully in the paper, disparate treatment theory is based on evidence of intentional discrimination, while disparate impact theory is based on discriminatory effects of employment practices. Throughout the paper, the discussion will discuss recent developments and controversies in applying these theories of discrimination. A particular focus of the discussion will be the application of Title VII to workers in low-wage employment, where there is a concentration of women, Black and Latino workers, and migrant workers from countries outside the US.<sup>5)</sup> Thus, in the low-wage workforce, there is a large representation of workers who are also especially vulnerable to discrimination on the basis of race, sex, and national origin.

The paper ends where it began - by examining the broader legal context into which Title VII and other anti-discrimination laws fit. The discussion presents a critique of the division between “labor law” and “employment law”. At the heart of this critique is the view that the division inaccurately envisions labor law as protecting only collective rights and employment law as protecting only individual rights. A more accurate description of these areas of law would recognize that collective action under the NLRA also protects individual rights. Furthermore, individual claims under Title VII advance collective interests of protected groups. Thus, labor and employment law should be envisioned as an integrated system of protecting collective and individual workplace rights. This vision is especially important for minority groups and women in low-wage work, where organizing

---

<sup>5)</sup> In this paper, the terms “migrant worker” and “immigrant worker” are used synonymously to mean workers working outside their country of origin.

and social movements are essential to addressing economic and social inequalities. The paper will apply this analysis to the issue of how to remedy the inequalities faced by low-wage migrant workers through assertion of both collective and individual rights.

## II. Overview: General structure of labor and employment law in the US:

### A. Basic structure of federal labor law dealing with collective rights and collective action

Any developments in U.S. labor and employment law must be understood against the legal background of the common law doctrine of “employment at will,” which has influenced the legislatures and courts since at least the 19<sup>th</sup> century.<sup>6)</sup> Under the familiar litany of employment at will doctrine, an employer may hire or discharge an individual for “a good reason, a bad reason, or no reason at all,” emphasizing employers’ unilateral power to decide whether to initially employ or continue to employ an individual. In other words, the employer has no obligation to make rational hiring decisions or to discharge employees only for “just cause.”<sup>7)</sup>

Given the scope of employer power under the employment at will doctrine, statutory limitations on the common law doctrine have been especially important for restricting unfair, discriminatory, or arbitrary employment decisions. These legal limitations have their origins in the National Labor Relations Act of 1935

---

<sup>6)</sup> Deborah A. Ballam, *Exploding the Original Myth Regarding Employment-At-Will: The True Origins of the Doctrine*, 17 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 91, 93-98 (1996) (arguing that the employment-at-will doctrine has been part of U.S. common law since the earlier colonial period).

<sup>7)</sup> Mack A. Player, *Federal Law of Employment Discrimination in a Nutshell*, Fourth Edition 85-95 (2004). (discussing employment-at-will and common law exceptions).

(NLRA), which is the fundamental national legislation regulating union activity in the private sector. The NLRA created the National Labor Relations Board (NLRB) as the federal agency responsible for implementing the NLRA. The NLRB carries out the two main functions of the NLRA through processes that enable employees to choose whether to be represented by a union and that protect employee rights through enforcement of unfair labor practice provisions. Employee rights are stated in Section 7 of the NLRA,<sup>8)</sup> including the right to form and join unions, to engage in collective bargaining, and to engage in other concerted activities for the mutual aid or protection of employees. Section 8 sets forth the prohibited unfair labor practices by employers and unions.<sup>9)</sup> Section 9 contains the provisions dealing with representation issues, including the union's ability to file a petition for an election. Section 9 also states the principle of majority rule, where a majority of employees in a bargaining unit may select a union as their exclusive representative for purposes of collective bargaining.<sup>10)</sup> This section of the NLRA also sets forth the structure of bargaining units of employees at a specific employer's business, rather than through industry-wide collective bargaining. The NLRB has the authority to determine the appropriateness of the bargaining unit that a union petitions to represent.

One of the achievements that employees may gain through negotiations between their union and employer is a collective bargaining agreement (CBA) that contains a provision limiting employer disciplinary actions to those supported by just cause. Through the grievance/arbitration process, the employer will carry the burden of proving that it had just cause to take such action. Examples of employer actions without just cause include employers' discriminatory decisions based on race, sex,

---

<sup>8)</sup> 29 U.S.C. §157.

In this paper, the term "NLRA" will be used to refer to the NLRA as amended by subsequent legislation, including the Taft-Hartley Act of 1947 and the Landrum-Griffin Act of 1959.

<sup>9)</sup> 29 U.S.C. §158.

<sup>10)</sup> 29 U.S.C. §159.



national origin, and religion. In this way, the CBA protection against discrimination overlaps with statutory anti-discrimination law. CBAs may also provide protections that go beyond statutory law, as the parties are free to negotiate anti-discrimination provisions not found in federal statutes or in all state laws, including protection from discrimination on the basis of citizenship, sexual orientation, marital status, and political beliefs.

Although most collective bargaining agreements include just cause provisions, less than 7% of the private sector workforce is unionized.<sup>11)</sup> Further, most non-union employees do not have individual contracts on which to base “unjust dismissal” claims. Many public sector employees are protected by a just cause requirement under civil service statutes or collective bargaining agreements.

## **B. Basic structure of federal anti-discrimination law**

Title VII of the Civil Rights Act of 1964 and other anti-discrimination laws provide employees with an important means to challenge employer discrimination in hiring, discipline and discharge, and other employment conditions. While defining unlawful discriminatory grounds for employer conduct, however, U.S. anti-discrimination laws do not create a general employee right to fair treatment. This is due to the continued strength of the common law doctrine of “employment at will,” discussed above, which gives employers unilateral power to act without just cause. Given the broad scope of employer unilateral power under the employment at will doctrine, statutory limitations on the common law doctrine have been especially important for restricting socially irresponsible employment decisions. Title VII prohibits employment discrimination on the basis of race, sex,

---

<sup>11)</sup> As of 2010, the union membership rate in the US was at 11.9 percent, including public and private unionization. Union membership is 6.9 percent in the private sector and 36.2 percent in the public sector. See, Bureau of Labor Statistics, *Union Members - 2010*, available at <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>

national origin, and religion. Since enacting Title VII, Congress has passed additional anti-discrimination legislation, including the Age Discrimination in Employment Act (ADEA),<sup>12)</sup> prohibiting employment discrimination against individuals forty years of age or older, the Americans With Disabilities Act (ADA),<sup>13)</sup> and the Civil Rights Act of 1991,<sup>14)</sup> which amended Title VII, the ADA, and the ADEA. All of these federal laws regulate public and private employers, labor organizations, and employment agencies.<sup>15)</sup> State anti-discrimination laws provide analogous prohibitions, with some state laws adding grounds, such as employment decisions based on sexual orientation or marital status.<sup>16)</sup> Plaintiffs can file claims concurrently under federal and state laws. Plaintiffs benefit from state laws that do not cap compensatory and punitive damages, unlike federal anti-discrimination statutory maximum damage levels.

Claimants initiate federal anti-discrimination case by filing complaints with the US Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), which will investigate and decide whether to file a federal court suit under Title VII or other federal statute. If the EEOC chooses not to file suit, the claimant has the right to sue the charged party in federal court. Recently, the Supreme Court held that employers may require individuals, as a condition of employment, to agree to arbitrate employment-related disputes in non-union workplaces.<sup>17)</sup> Under these agreements,

---

<sup>12)</sup> 29 U.S.C. § 621 et seq.

<sup>13)</sup> 42 U.S.C. § 12101 et seq.

<sup>14)</sup> Pub. L. 102-166, 105 Stat. 1071.

<sup>15)</sup> Employers are covered if they have more than 15 employees for Title VII, 42 U.S.C. § 2000e (b), and the ADA, 42 U.S.C. § 12111 (5), and more than 20 employees for the ADEA, 29 U.S.C. § 630 (b).

<sup>16)</sup> See Arash Jahanian and Alan K. Tannenwald, *Eighth Annual Review of Gender and Sexuality Law: Employment Law Chapter: Sexuality and Transgender Issues In Employment Law*, 8 Geo. J. Gender & L. 505, 515-17 (2007) (describing laws in 18 states and D.C., prohibiting sexual orientation discrimination).

<sup>17)</sup> *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001). In *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 129 S.Ct. 1456 (2009), the Supreme Court held that a collective bargaining agreement may explicitly require employees to arbitrate ADEA claims rather than

employees waive their right to bring employment disputes to court. Their claims, including Title VII cases, will be submitted instead to final and binding private arbitration.

The EEOC reported a spike in employment discrimination charges filed in 2007, which constituted “the largest annual increase (9%) since the early 1990s.”<sup>18)</sup> Race, retaliation, and sex-based discrimination charges made up the bulk of the 82,792 private sector discrimination charges filed, “continuing a long-term trend .”<sup>19)</sup> Almost 25,000 charges alleged sex discrimination, reaching their highest level since 2002. Further, pregnancy discrimination charges “surged to a record high level of 5,587,” an increase of 14% from the prior year. Sexual harassment charges jumped 4% from the prior year, which is the first increase since 2000.<sup>20)</sup>

Title VII and other employment discrimination claims are brought under two theories of discrimination. Disparate treatment theory is defined as intentional discrimination on a basis prohibited under the anti-discrimination statute. Disparate impact theory, in contrast, is based on proof of the discriminatory effects of an employer policy or practice, regardless of intent. A plaintiff may allege either or both theories of discrimination. Further, claims may be brought by an individual plaintiff or by a group or class of plaintiffs.

---

litigate them in court. This holding will almost certainly apply to clear and unmistakable language in collective bargaining agreements requiring arbitration of other statutory discrimination claims. However, unlike non-union employees, who may be required to enter such arbitration agreements as a condition of employment, unions can negotiate for a collective bargaining agreement that provides employees with the right to arbitrate discrimination disputes without waiving their right to litigate such claims under employment discrimination statutes.

<sup>18)</sup> EEOC, *Job Bias Charges Rise 9% in 2007, EEOC Reports* (Mar. 5, 2008), available at <http://www.eeoc.gov/press/3-5-08.html>

<sup>19)</sup> *Id.*

<sup>20)</sup> *Id.*

### 1. Disparate Treatment Theory: Proving Intentional Discrimination

Disparate treatment theory is based on the concept that formal equality requires employers to treat similarly situated individuals equally. The plaintiff must prove that an employer treated an individual or group differently - or disparately - on the basis of sex or another protected category under Title VII. Some courts have also recognized “intersectional” disparate treatment claims that allege, for example, “discrimination against black females...even in the absence of discrimination against black men or white women.”<sup>21)</sup>

Disparate treatment theory has both benefits and drawbacks for the goal of achieving equality for women and minorities covered by the anti-discrimination statute. Women and members of racial and ethnic minority groups benefit from expanded employment opportunities when they can compete on an equal basis with white men holding similar qualifications. Making intentional discrimination unlawful advances the legislative goal of creating a “sex-blind” or “race-blind” workplace where individuals are hired and promoted without regard to their gender, race, or national origin.<sup>22)</sup> Furthermore, the Supreme Court has defined intentional discrimination more broadly than conscious intent or motive, which may include unconscious factors, such as stereotypes that cause bias in decision-making.<sup>23)</sup> Disparate treatment claims may be filed by an individual, a

---

<sup>21)</sup> *Jefferies v. Harris Co. Community Action Ass'n*, 615 F.2d 1025, 1032 (5th Cir. 1980). See also, *Hicks v. The Gates Rubber Co.*, 833 F.2d 1406 (10th Cir. 1991); *Lam v. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551 (9th Cir. 1994). But see, *Degraffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F.Supp. 142 (E.D. Missouri 1976) (court refuses to allow intersectional sex/race claim). See Kimberlé Williams Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, 1989 U. Chi. Legal Forum 139 (1989).

<sup>22)</sup> See, e.g., Martha Albertson Fineman, *The Autonomy Myth* ch. 6, 8 (2003); Christine Littleton, *Reconstructing Sexual Equality*, 75 Cal. L. Rev. 1279 (1987).

<sup>23)</sup> See Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 Stan. L. Rev. 1161 (1995).

group, or in a class action, which may provide redress to a large number of individuals.

The Supreme Court has described two ways for plaintiffs to prove disparate treatment cases under Title VII. The first is known as a “sole motive” or “pretext” approach and the second is a “mixed motives” approach. In the pretext approach, the plaintiff’s *prima facie* case infers the employer’s discriminatory intent based on evidence that plaintiff: is a member of a protected class under Title VII; applied for the position for which the employer was seeking applicants (or held a position with the employer); was qualified for the job in question; was denied the job (or was disciplined or discharged); and the employer continued to seek applicants for the job or filled the job with a person from a different class.<sup>24)</sup> Although the plaintiff’s burden of proof, at this stage, is easy to fulfill by the required “preponderance of the evidence,” the employer has an even lighter burden to rebut the *prima facie* case by producing some evidence of a legitimate, non-discriminatory for its action. The third stage presents the greatest challenge for the plaintiff, who now has the burden of persuasion that the defendant’s reason was pretextual – either false or a cover for an unlawful discriminatory reason.<sup>25)</sup>

The Supreme Court established its “mixed motives” approach in *Price Waterhouse v. Hopkins*.<sup>26)</sup> This approach is more favorable for plaintiffs, as the Court recognizes that employers may make decisions for a combination of lawful and discriminatory reasons. In the Civil Rights Act (CRA) of 1991, Congress

---

<sup>24)</sup> McDonnell Douglas v. Green, 411 U.S. 792, 802 (1973). Allegations of disparate treatment in employment conditions – such as wage discrimination – would entail evidence that the plaintiff was treated differently from other similarly situated employees.

<sup>25)</sup> 411 U.S. at 804-05. Proving pretext, however, does not prove unlawful intent as a matter of law. The judge or jury could still permissibly conclude that the pretext was a cover for some reason other than race, sex, national origin, or religion. St. Mary’s Honor Center v. Hicks, 509 U.S. 502 (1993).

<sup>26)</sup> 490 U.S. 228, 235 (1989).

amended Title VII to explicitly include mixed motives claims.<sup>27)</sup> In a later sex discrimination case interpreting this amendment, the Supreme Court expanded the reach of these claims by holding that a plaintiff may prove mixed motives cases through direct and/or circumstantial evidence.<sup>28)</sup> The CRA of 1991 strengthened the mixed motives theory by providing that the plaintiff's *prima facie* case establishes employer liability. The employer's affirmative defense - that it would have taken the same action anyway - is relevant only to determining remedies. An employer that successfully proves an affirmative defense will be subject to a cease and desist order and will be obligated to pay the plaintiff's attorney's fees.<sup>29)</sup> If the employer is unsuccessful in its defense, the plaintiff may be awarded the full scope of remedies for intentional discrimination, including reinstatement, backpay, compensatory damages and punitive damages.<sup>30)</sup> Compensatory plus punitive damages are capped at maximums determined by the employer size, ranging from \$50,000 for employers under 101 employees to \$300,000 for employers with more than 500 employees.<sup>31)</sup>

One important open question in disparate treatment theory pertains to the co-existence of pretext and mixed motives cases. Although the 1991 CRA explicitly incorporated the mixed motives approach into Title VII, the Supreme Court has not decided whether the pretext approach has continued viability as a separate method of proving disparate treatment. Plaintiffs have had difficulty winning pretext cases, as lower federal courts have dismissed the cases at a high rate in summary judgment proceedings prior to trial,<sup>32)</sup> which bars the plaintiff from being able to present the case to a jury.<sup>33)</sup> Most plaintiffs, therefore, would

---

<sup>27)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(m).

<sup>28)</sup> *Desert Palace v. Costa*, 539 U.S. 90 (2003).

<sup>29)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-5(g)(2)(B).

<sup>30)</sup> 42 U.S.C. § 1981a.

<sup>31)</sup> *Id.*

<sup>32)</sup> Anne Lawton, *The Meritocracy Myth and the Illusion of Equal Employment Opportunity*, 85 Minnesota L. Rev. 587, 612-28, 661 (2000).

prefer to bring their claims as mixed motives cases, particularly since the CRA of 1991 provides that the mixed motives *prima facie* case establishes employer liability. As a logical matter, all pretext-type cases could be proven under a mixed motives analysis. Direct or circumstantial evidence that the employer's sole reason was pretextual would be evidence that the employer was motivated, at least in part, by an unlawful reason. While most federal courts continue to use both the pretext and mixed motives analysis in disparate treatment cases, their decisions reveal significant variety in their interpretations of the proper role of each approach.<sup>34)</sup> Hopefully the Supreme Court will grant review on this issue and clear up the confusion.

The standards of proof under disparate treatment claims may differ depending on the particular federal anti-discrimination statute involved. In 2009, in *Gross v. FBL Financial Services Inc.*,<sup>35)</sup> a closely divided Court gave a restrictive interpretation of intentional discrimination under the Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), the federal law that prohibits employment discrimination against individuals age forty or older. The Court held that in any disparate treatment claim under the ADEA, a plaintiff must carry the burden of persuasion that age was the "but-for" cause of an adverse employment action; that is, but for the employer's consideration of the plaintiff's age, the adverse action

---

<sup>33)</sup> A right to a jury trial exists in disparate treatment cases. 42 U.S.C. § 1981a (c).

<sup>34)</sup> See, e.g., *McGinest v. GTE Serv. Corp.*, 360 F.3d 1103 (9th Cir. 2004); *Diamond v. Colonial Life & Accident Ins. Co.*, 416 F.3d 310 (4<sup>th</sup> Cir. 2005); *Griffith v. City of Des Moines*, 387 F.3d 733 (8th Cir. 2004); *Rachid v. Jack in the Box*, 376 F.2d 309 (5th Cir. 2004). See William R. Corbett, *An Allegory of the Cave and the Desert Palace*, 41 *Houston L. Rev.* 1549 (2005); Jeffrey A. Van Detta, "Le Roi est Mort; Vive le Roi!"; *An Essay on the Quiet Demise of McDonnell Douglas and the Transformation of Every Title VII Case after Desert Palace, Inc. v. Costa into a 'Mixed-Motives' Case*, 52 *Drake Law Review* 71, 72 (2003).

<sup>35)</sup> 129 S.Ct. 2343 (2009). Justice Thomas wrote the majority opinion, joined by Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Kennedy, and Alito. Justices Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer dissented.

would not have been taken. This interpretation contrasts with proof of disparate treatment in “mixed motives” cases under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, which requires only that a plaintiff demonstrate that the employer was motivated in part by a protected characteristic. In further contrast with Title VII, the Court held that under the ADEA, the burden of persuasion does not shift to the employer in its defense against the plaintiff’s *prima facie* case of intentional discrimination.

Another important issue of intentional discrimination that has received recent attention is the category of “anti-retaliation” claims. Title VII prohibits employers from retaliating against employees for participating in proceedings to enforce Title VII or for opposing employer conduct that the employee reasonably and in good faith believes violates Title VII.<sup>36)</sup> Retaliation claims have grown in importance, increasing from 15 percent of all claims filed with the EEOC in 1993 to 29.5 percent in 2006.<sup>37)</sup> In 2011, for the first time in its 45-year history, the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) reported that it had received more charges alleging retaliation than any other claim in the prior fiscal year.<sup>38)</sup>

Recently, the Supreme Court has expanded the scope of anti-retaliation protection. In *Burlington Northern & Santa Fe Railway Co. v. White*,<sup>39)</sup> the Court held that employers are prohibited from retaliating against employees at the workplace, such as a retaliatory suspension, or away from the workplace, for example, by filing false criminal charges against a former employee who complained about discrimination.<sup>40)</sup> In *Thompson v. North American Stainless, L*

---

<sup>36)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-3(a).

<sup>37)</sup> Lawrence E. Dube, *Employee Retaliation Claims are on the Rise, But Rules are in Flux*, *NYU Conference Told*, 108 Daily Lab. Rep. B-1, Jun. 6, 2007.

<sup>38)</sup> *Supreme Court Upholds EEOC’s Retaliation Reach*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/1-24-11.cfm>

<sup>39)</sup> 548 U.S. 53 (2006).

<sup>40)</sup> 548 U.S. at 57, 62. Employer retaliatory actions are unlawful only if they are “materially adverse,” meaning that “they could well dissuade a reasonable worker from making or supporting a charge of discrimination.” *Id.* at 57.



*P*,<sup>41)</sup> the Court held that Title VII protects an individual from employer retaliation that is motivated by another individual's anti-discrimination claim. In this case, a female employee's fiancé, who was also her co-worker, claimed that their employer retaliated against him based on the sex discrimination charge that the female employee had filed with the EEOC. In *Kasten v. Saint-Gobain Performance Plastics Corporation*,<sup>42)</sup> the Supreme Court interpreted the Fair Labor Standards Act (FLSA),<sup>43)</sup> which is the federal wage and hour law. The Court held that the statutory provision protecting employees from retaliation for filing FLSA-related complaints is broad enough to cover an employee's oral complaints at the workplace, as long as an employer would reasonably understand that the complaint raises FLSA issues.

## 2. Group-Based Disparate Treatment Cases

Group-based intentional discrimination claims shift the focus from individual comparisons to analyzing systemic discrimination. The clearest case is an employer's explicit exclusion of a protected group from a particular job. Because such exclusions are often based on stereotypes, the employer must meet a high burden of proof that the exclusion is a "bona fide occupational qualification" (BFOQ) "reasonably necessary to the normal operation of the business."<sup>44)</sup> For example, a battery manufacturer excluded women of child bearing capacity from jobs with lead exposure or those on the job ladder to such positions. The employer's asserted concern about the potential harm to fetuses did not prove "that all or substantially all [pregnant or potentially pregnant women] would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved."<sup>45)</sup> As the

---

41) 131 S. Ct. 863 (2011)

42) 131 S. Ct. 1325 (2011)

43) 29 U.S.C. Sec. 201 et seq.

44) 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1).

45) *UAW v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 216 (1991).

Court stated in rejecting the employer's defense: "Concern for a woman's existing or potential offspring has historically been the excuse for denying women equal employment opportunities."<sup>46)</sup> While the BFOQ may apply to exclusions based on sex, national origin, religion, and age, Title VII does not permit the BFOQ defense for racial exclusions.

A different type of group-based disparate treatment claim is the pattern or practice case, which may be brought by the EEOC or Department of Justice, or as a private class action.<sup>47)</sup> A pattern or practice claim alleges long-term intentional discrimination, based on historical patterns of hiring and promotions that result in occupational segregation. These cases are difficult to prove, as the plaintiff must demonstrate that the employer disproportionately excluded a protected group as its standard operating procedure.<sup>48)</sup> While the proof relies primarily on statistical evidence of discriminatory patterns of hiring, promotions, wages, and job assignments, plaintiffs usually bolster statistics with "anecdotal" evidence of individual instances of discrimination.<sup>49)</sup>

Since the mid-1990s, there has been a "sharp rise" in class action suits alleging system-wide race and sex discrimination.<sup>50)</sup> Class actions alleging sex discrimination in hiring and promotions to management positions have been brought against employers in industries as different as securities and grocery store chains. Despite settlements in some cases for millions of dollars, however, women's representation in management has not significantly increased.<sup>51)</sup> The

---

<sup>46)</sup> *Id.* at 211. But see, *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977) (upholding the state of Alabama's exclusion of all women from guard positions in state maximum security prisons).

<sup>47)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-6(a).

<sup>48)</sup> *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

<sup>49)</sup> *Id.* at 338-39.

<sup>50)</sup> Michael Selmi, *Sex Discrimination in the Nineties, Seventies Style: Case Studies in the Preservation of Male Workplace Norms*, 9 *Empl. Rts & Employ. Pol'y J.* 1, 5 (2005).

<sup>51)</sup> For example, in the securities industry, Selmi describes the situation: "As of 1996 when many of the cases were filed, approximately 15 percent of the more than 100,000 brokers nationwide were women, and women held fewer than 10 percent of the senior management positions. By 2003,

recent well publicized class action against Wal-Mart alleges company-wide sex discrimination in wages and promotions to management positions.<sup>52)</sup> As a class action of 1.6 million women suing the largest employer in the world,<sup>53)</sup> it has been described as “the largest Title VII sex discrimination class action ever and the largest civil rights class action in US history.”<sup>54)</sup> The Supreme Court, however, recently overturned the lower federal courts’ certification of the broad class of plaintiffs consisting of all current and former women employees of Wal-Mart since 1998.<sup>55)</sup> One of the key bases for the Supreme Court ruling was the Court’s finding that there was no adequate showing of commonality among this very large class of plaintiffs. Specifically, the Court found that there was no “significant proof” that Wal-Mart ‘operated under a general policy of discrimination.’”<sup>56)</sup>

### 3. Disparate Impact Theory

Beyond disparate treatment, the Court has also interpreted Title VII and other anti-discrimination laws to include “disparate impact” theory, which prohibits employer policies and practices that have discriminatory effects on groups protected under the statutes. Eliminating such employer practices redirects judicial attention from formal equality defined in terms of equal treatment, to substantive

---

the figures were nearly the same.” *Id.* at 6.

<sup>52)</sup> *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 222 F.R.D. 137 (N.D. Cal. 2004), *aff’d*, 2007 U.S. App. LEXIS 28558 (9th Cir. 2007) (certifying the class for “all women employed at any Wal-Mart domestic retail store at any time since December 26, 1998, who have “been or may be subjected to Wal-Mart’s challenged pay and management track promotions policies and practices).

<sup>53)</sup> Winnie Chau, *Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue and a Silver Sixpence for her Shoe: Dukes v. Wal-Mart & Sex Discrimination Class Actions*, 12 *Cardozo J. Law and Gender* 969, 987, n. 108 (2006).

<sup>54)</sup> *Id.* at 986.

<sup>55)</sup> *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 180 L.Ed.2d 374 (2011).

<sup>56)</sup> 180 L.Ed.2d at 392.

equality, defined in terms of positive measures to increase women's and minorities' opportunities to move into all types of occupations and employment positions. "Disparate impact" theory of discrimination is often referred to as "indirect discrimination" in legal systems outside the US.

Under disparate impact theory, neutrally stated employment practices that, in application, have a disproportionately negative effect on a statutorily protected group are unlawful, unless the employer can prove that the practice is job-related and a business necessity. The Supreme Court's early interpretation of Title VII to include disparate impact theory<sup>57)</sup> was legislatively confirmed by the CRA of 1991, which amended Title VII to explicitly include disparate impact claims.<sup>58)</sup>

Unlike disparate treatment theory, disparate impact does not include the element of intent. Rather, disparate impact theory is concerned with the effect of employer practices that exclude protected groups. In the words of the Supreme Court, "good intent or absence of discriminatory intent does not redeem employment procedures or testing mechanisms that operate as 'built-in headwinds' for minority groups and are unrelated to measuring job capability."<sup>59)</sup> Eliminating the relevance of intent moves the analysis closer to the original Title VII statutory language of causation.<sup>60)</sup> It also moves closer to a goal of equality of results rather than simply equal opportunity.

Generally, the plaintiff relies on statistical evidence to prove that an employment practice that is "neutral on its face" has a disproportionately negative impact on a statutorily protected group. Most courts have applied a "rule of thumb" developed by the EEOC to determine whether the plaintiff's group has less than an 80 percent success rate of the comparison group.<sup>61)</sup> The employer may defend against

---

<sup>57)</sup> Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 431 (1971).

<sup>58)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(c).

<sup>59)</sup> Griggs, 401 U.S. at 432.

<sup>60)</sup> See Linda Hamilton Krieger and Susan T. Fiske, "Behavioral Realism in Employment Discrimination," 94 *California Law Review* 997, 1038 (2006).

<sup>61)</sup> See Mack A. Player, *Federal Law of Employment Discrimination in a Nutshell*, Fourth

this prima facie case by proving that the employment practice was both job-related and necessary to the business. Finally, the plaintiff may rebut the employer's defense by demonstrating that there is an alternative practice that would fulfill the employer's business needs without the negative impact on the protected group.<sup>62)</sup>

In *Raytheon Company v. Hernandez*,<sup>63)</sup> the Court reiterated the applicability of both disparate treatment and disparate impact theories of discrimination under the Americans with Disabilities Act. It was not until 2005 that the Supreme Court extended the disparate impact theory to the ADEA,<sup>64)</sup> which explicitly limits the protection against age discrimination to employees who are aged 40 or older.<sup>65)</sup> A few years later, in *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*,<sup>66)</sup> the Court held that the same allocation of the burdens of proof of disparate impact under Title VII also apply to the ADEA. Under both statutes, the plaintiff has the burden of persuasion of its *prima facie* case that an employment practice has a disparate impact on a protect group, while the employer has the burden of persuasion of its defense. Under Title VII, the employer has the burden of persuasion that its employment practice is job related and of business necessity. Under the ADEA, the employer has a burden of persuasion that its employment practice is reasonable under the ADEA provision that permits actions "based on reasonable factors other than age."<sup>67)</sup>

One area insulated from disparate impact claims is seniority systems. Title VII restricts plaintiffs to disparate treatment claims proving that a seniority system was created with the intent to discriminate.<sup>68)</sup> For example, this statutory protection of

---

Edition 110-18 (2004); *EEOC Guidelines*, 29 CFR 1607.3D.

62) *Albemarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 425 (1975).

63) 540 U.S. 44, 124 S.Ct. 513 (2003).

64) *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005).

65) 29 U.S.C. § 623.

66) 554 U.S. 84 (2008).

67) 29 U.S.C. § 623(f ).

seniority systems bars disparate impact claims based on evidence that women entering male-dominated occupations are negatively affected by seniority systems, which reward longevity of employment with higher wages, benefits, and greater job security. Even in areas open to disparate impact claims, though, plaintiffs have made uneven progress. In general, plaintiffs have a low success rate in disparate impact litigation.<sup>69)</sup> Disparate impact theory's potential to achieve greater substantive equality has been best realized in cases challenging clearly defined objective requirements, such as height and weight requirements that have a negative impact on women.<sup>70)</sup> Women plaintiffs have faced an uphill battle, however, in contesting physical ability tests for jobs such as firefighter or police officer.<sup>71)</sup>

The courts have not applied disparate impact to well-accepted employment practices such as inflexible work schedules, long work days, or extensive travel,<sup>72)</sup>

---

<sup>68)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(h).

<sup>69)</sup> Selmi's study of six years of federal court cases between 1983 and 2002 found that plaintiffs won only 19.2 percent of their cases in the appellate courts and only 25.1 percent of their cases in the district courts. This is even lower than the 35 percent success rate for plaintiffs, overall, in federal employment discrimination cases. Michael Selmi, *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?* 53 UCLA L. Rev. 701, 735-39 (2006).

<sup>70)</sup> See e.g., *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 328-32 (1977) (minimum height and weight requirements for state prison guard positions had a disproportionately negative impact on women. The requirements were neither job related nor a business necessity to determine applicants' strength, which could be measured directly.)

<sup>71)</sup> See, *Berkman v. City of New York*, 536 F.Supp. 177 (E.D.N.Y. 1982); *Berkman v. City of New York*, 705 F.2d 584 (2d Cir. 1982) (women plaintiffs won a class action suit against New York City, challenging the physical exam for entry level firefighter positions. In a second disparate impact claim challenging the new firefighter physical exam, the federal appellate court deferred to the city's evidence that the test had been validated to meet a business need.)

<sup>72)</sup> See Selmi, *supra* note 69, at 704-05, n.12, 750 (discussing the broad range of issues proposed for disparate impact analysis); Risa L. Lieberwitz, *It's All in the Numbers: The Toll Discrimination Takes,* in *Telling Stories Out of Court: Narratives About Women and Workplace Discrimination* (Ruth O'Brien, ed.) (2008).

which disadvantage women due to their gender role as primary caretakers in the family.<sup>73)</sup> This burden has a particularly negative impact on women in the U.S., given the lack of publicly funded childcare programs. Further, the federal Family Medical Leave Act of 1993 (FMLA) does not provide significant relief. The FMLA only covers employers with at least 50 employees and provides the right to only unpaid leave of twelve weeks per year for childbirth or serious illness of immediate family members.<sup>74)</sup> The EEOC has issued a guidance on “family responsibility discrimination” against employees – particularly women – with care giving responsibilities.<sup>75)</sup> While recognizing the problem of negative attitudes and stereotypes about mothers in the workplace,<sup>76)</sup> the EEOC guidance addressed the issue only in terms of disparate treatment theory.<sup>77)</sup>

A recent decision by the US Supreme Court may actually discourage employers from taking pro-active measures to eliminate job tests that have the effect of limiting the eligibility of women and minority applicants. In *Ricci v. DeStefano*,<sup>78)</sup> a municipal employer discarded a job promotion test for firefighters due to the test’s disproportionately negative impact on minority applicants. The Supreme Court, in a 5-4 decision, held that the employer’s action violated Title VII unless the employer had “a strong basis in evidence that, had it not taken the action, it would have been liable under the disparate-impact statute.”<sup>79)</sup> This restrictive judicial interpretation of Title VII seems inconsistent with the disparate impact

---

<sup>73)</sup> See Mary Joe Frug, *Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers*, 59 Boston U. L. Rev. 55 (1979).

<sup>74)</sup> 29 U.S.C. §§ 2601-2654.

<sup>75)</sup> EEOC, *Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities* (2007), at, <http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiving.html>

<sup>76)</sup> *Id.*

<sup>77)</sup> *Id.* at n. 36.

<sup>78)</sup> 129 S.Ct. 2658 (2009).

<sup>79)</sup> *Id.* Justice Kennedy wrote the majority opinion, joined by Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Thomas, and Alito. Justices Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer dissented.

theory, which should encourage employers to eliminate discriminatory employment practices that are not necessary to carrying out the business.

### III. Current issues of coverage and protection under labor and employment law

#### A. Exclusions from the definitions of “employee” covered by the labor and employment laws.

##### 1. Supervisors

It is notable that “supervisors” are excluded from coverage and protection under Section 2(11) of the NLRA, but are protected as employees under employment discrimination laws, including Title VII. This difference in statutory treatment reflects Congress’ view of unionization under the NLRA as based on class divisions, while Title VII is often viewed as a way of opening occupational and upwardly mobile career paths to minority groups. Although a full discussion of NLRA supervisory exclusion is beyond the scope of this paper, it is raised here because it is a current and controversial issue due to recent Supreme Court expansion of the reach of the Section 2(11) exclusion of supervisors, which has an especially negative impact on professional employees to unionize. Under Section 2(12) of the NLRA “professional employees” are explicitly defined and included within the category of “employees” with Section 7 rights.<sup>80)</sup> In two recent cases, though, the Supreme Court, in 5-4 decisions, severely restricted the ranks of labor by holding that nurses who assigned and directed the work of other employees exercised independent judgment and acted in the interest of their employer, making them supervisors under Section 2(11).<sup>81)</sup> The four dissenting

---

<sup>80)</sup> 29 U.S.C. § 152(12).



justices would have found that such duties, in contrast to supervisory disciplinary or wage setting functions, are simply part of professional employees' normal work carried out in the interest of the profession. To hold otherwise threatens to eviscerate the statutory inclusion of professional employees as part of labor.

The Supreme Court's holdings have the potential to affect professional employees well beyond the health care field. Given the growing importance of the service sector in the US economy, the negative impact on the labor movement is critical. Respect for workers' rights to organize requires serious reform of the NLRA to amend Section 2(11) to define supervisors in a way that reflects a realistic assessment of labor/management power relations.

## 2. Agricultural workers and domestic employees

Some groups are disproportionately represented among the poor in the U.S., and consequently are more negatively affected by the factors that maintain low wages. Consistent with the U.S. legacy of sexism and racism, women, Blacks, and Hispanics are significantly more likely to earn poverty-level wages than white men.<sup>82)</sup> Women, minorities, and immigrants are overrepresented among low-wage workers.<sup>83)</sup> Wage inequality at the lowest rung of the income ladder has been most severe among women, who are overrepresented in low-wage service jobs in retail and hospitality industries and part-time contingent work.<sup>84)</sup> Women are also disproportionately negatively affected in their gender role as mothers, with

---

<sup>81)</sup> NLRB v. Health Care & Retirement Corp. of America, 511 U.S. 571 (1994); NLRB v. Kentucky River Community Care, Inc., 532 U.S. 706 (2001).

<sup>82)</sup> In 2007, 21.8% of male workers, 31.4% of women workers, 34% of Black workers and 41.8% of Hispanic workers earned poverty-level wages. Lawrence Mishel, Jared Bernstein, and Heidi Shierholz, *The State of Working America 2008/2009*, 6-7 (2009).

<sup>83)</sup> Although 61% of minimum wage workers are white, minorities are still disproportionately represented in minimum wage workers. 59 % of minimum wage workers are women; 46% of all minimum wage workers are employed in retail and hospitality industries, compared to 21% of all workers. *Id.* at 9, 329.

<sup>84)</sup> *Id.* at 7-9.

mother-only families' poverty worsening during the 2000s.<sup>85)</sup>

Having a union makes a significant difference in wages, benefits, and working conditions. Unionized employees' wages are about 20% higher than non-union employees<sup>86)</sup> and "are 18.3% more likely to have health insurance, 22.5% more likely to have pension coverage, and 3.2% more likely to have paid leave" than non-union workers.<sup>87)</sup> Given the low rate of private sector unionization in the US, currently less than 7%, most employees do not receive the benefits of having a union and a collective bargaining agreement. Most of these employees have the right to unionize, even though the obstacles to unionization are great in the anti-union climate of the US. Some categories of employees, however, are excluded from protection under the NLRA, with particularly severe negative effects on low-wage workers. The NLRA exclusion of agricultural workers and domestic employees from coverage<sup>88)</sup> leaves these low-wage employees without federal statutory rights to unionize, collectively bargain, or engage in other concerted activity protected under Section 7 of the NLRA. These exclusions also have a major impact on migrant workers and women, who are heavily concentrated in agricultural and domestic labor.<sup>89)</sup> Further, there are few state laws that provide such rights to these workers. Only nine states, including California, have passed laws providing rights to agricultural workers to unionize and collectively bargain.<sup>90)</sup>

---

<sup>85)</sup> *Id.* at 12-13.

<sup>86)</sup> Laurence Mishel and Matthew Walters, "How Unions Help All Workers," Economic Policy Institute Briefing Paper #143 (August 26, 2003), available at, [http://www.epi.org/publications/entry/briefingpapers\\_bp143/](http://www.epi.org/publications/entry/briefingpapers_bp143/)

<sup>87)</sup> Lawrence Mishel, Jared Bernstein, and Sylvia Allegretto, *The State of Working America 2006/2007*, p.7, available at <http://www.stateofworkingamerica.org/swa06-00-toc-exec-intro.pdf>

<sup>88)</sup> 29 U.S.C. Sec. 152(3).

<sup>89)</sup> See, Kati L. Griffith, *U.S. Migrant Worker Law : The Interstices of Immigration Law and Labor and Employment Law*, 31Comp. Lab. L. & Pol'y J. 125, 142 (2009); Terri Nilliasca, *Some Women's Work: Domestic Work, Class, Race, Heteropatriarchy, and the Limits of Legal Reform*, 16 Mich. J. Race & L. 377 (2011).

The Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA), the federal law setting minimum wages and requirements for overtime pay, excludes agricultural and domestic workers from the overtime pay provisions.<sup>91)</sup> A 1974 amendment to the FLSA extended coverage to domestic service workers, but exempted persons “employed in domestic service...to provide companionship service for individuals...unable to care for themselves.”<sup>92)</sup> The Department of Labor (DOL) interpreted this provision to exempt from wage and hour protection individuals employed by third-party agencies, as well as persons employed directly by an individual or family. In 2007, the US Supreme Court upheld the DOL’s regulation as a reasonable exercise of its administrative power.<sup>93)</sup>

Title VII does cover domestic workers, although the coverage only of employers with at least fifteen employees will exclude virtually all domestic workers in private homes. In 2010, New York was the first state to enact a Domestic Workers’ Bill of Rights,<sup>94)</sup> which includes wage and hour provisions and protection for domestic workers under the New York State Human Rights Law and a special cause of action for domestic workers who suffer racial or sexual harassment.<sup>95)</sup> Title VII also covers agricultural workers, which is especially significant in providing protections to migrant workers against national origin, race,

---

<sup>90)</sup> *The Haves and the Have-Nots : How American Labor Rights Denies a Quarter of the Workforce Collective Bargaining Rights*, pp. 6-7 American Rights At Work Report (Nov. 2008), available at, [http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/havesandhavenots\\_nlracoverage.pdf](http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/havesandhavenots_nlracoverage.pdf)

<sup>91)</sup> See, Griffith, *supra* note 89, at 146; Matthew Webster, “*Jobs Americans Won’t Do*”: *Our Farming Heritage, Hazardous Harvests, and a Legislative Fix*, 29 *Law & Ineq.* 249, 258-59 (2011)

<sup>92)</sup> 29 U.S.C. Sec. 213(a)(15).

<sup>93)</sup> 551 U.S. \_\_\_, 127 S.Ct. 2339 (2007).

<sup>94)</sup> See, “After Years of Organizing, Domestic Workers Win Bill of Rights Law in New York,” *Democracy Now*, available at, [http://www.democracynow.org/2010/9/2/after\\_years\\_of\\_organizing\\_domestic\\_workers](http://www.democracynow.org/2010/9/2/after_years_of_organizing_domestic_workers)

<sup>95)</sup> Domestic Workers’ Bill of Rights, New York State Department of Labor, at <http://www.labor.ny.gov/sites/legal/laws/domestic-workers-bill-of-rights>. page\_\_See also, Nilliasca, *supra* note 89, at 397-405.

and sex discrimination, as discussed more fully below.

### 3. Independent contractors

Independent contractors are excluded from the protection of many labor and employment laws, including the NLRA, FLSA, Title VII and other employment discrimination laws. Thus, employers may wish to hire employees as independent contractors as a union avoidance tactic and to save costs of paying benefits and of fulfilling statutory obligations such as paying workers' compensation premiums, payroll taxes, or Fair Labor Standards Act overtime premiums.<sup>96)</sup> Determining whether the individuals hired are actually employees or independent contractors is often not a straightforward matter, however, under the courts' multi-factor common law "economic realities" test of whether the individual or the employer has control over the work performed.<sup>97)</sup>

Although the issue of independent contractor status has gained the most attention in the high technology industry, employers have attempted to classify low-wage workers as independent contractors, as well. One well-publicized example comes from the poultry processing industry, with Perdue Farms' denial of overtime pay to "chicken catchers," arguing that they were exempt from the Fair Labor Standards Act as independent contractors. In February 2000, a federal district court held that the chicken catchers and their crew leaders came within the common law definition of employees, given Perdue's control over their work.<sup>98)</sup> In May 2001, Perdue Farms entered into a \$2.4 million settlement of the suit, which covered 100 chicken catchers at three Perdue poultry processing plant

---

<sup>96)</sup> See, Melissa A. Childs, *The Changing Face of Unions: What Women Want From Employers*, 12 DePaul Bus. L. J. 381, n.124 (2000)

<sup>97)</sup> See, Griffith, *supra* note 89, at 146-47.

<sup>98)</sup> See, Walpole-Hofmeister, Elizabeth, "Court Finds Chicken Catchers Are Employees Covered by FLSA for Overtime," 41 Daily Labor Report A-5 (Mar. 1, 2000); see also, cases from other industries, discussed in Renate M. de Haas, *Business Law: Employee Benefits: Vizcaino v. Microsoft*, 13 Berkley Tech. L. J. 483, 490-93 (1998).

s.<sup>99)</sup> Other examples of employers' attempts to label low-wage employees as independent contractors include the increase in home work, performed primarily by women paid on an hourly or piece-rate basis<sup>100)</sup> and work by day laborers, which is often performed by migrant workers.<sup>101)</sup>

## **B. Problems of limited protection for migrant workers under labor and employment laws**

### 1. Application of Title VII anti-discrimination provisions to migrant workers.

While a full discussion of the legislative and judicial developments in immigration policy is beyond the scope of this paper, there are some immigration-related issues that have a particularly important relationship to migrant employee rights. One such area is US immigration law categories of temporary work visas. These include temporary work visas categorized as H-2A visas for temporary agricultural work and H-2B visas for temporary non-agricultural workers in seasonal industries, including seafood processing, construction, hotels, and national disaster recovery work.<sup>102)</sup> There are approximately 100,000 H-2A and 66,000 H-2B temporary work visas issued per year, generally for low-wage, lower skilled work.<sup>103)</sup> Another type of temporary work visa, the H-1B visa, is designed for higher skilled workers, particularly in the information technology industry.<sup>104)</sup> There is a statutory cap of 65,000 H-1B visas per year, although more are often issued under exceptions to the cap.<sup>105)</sup> The H-1B visa has advantages over the

---

<sup>99)</sup> Walpole-Hofmeister, Elizabeth, "FLSA: Perdue Farms Settles Overtime Suit, Will Pay Chicken Catchers \$1.7 Million," 92 Daily Labor Report A-1 (May 11, 2001).

<sup>100)</sup> Childs, *supra* note 96, at 414-415.

<sup>101)</sup> Griffith, *supra* note 89, at 132, *citing*, Robert Knox, *Braintree Ruckus Points Up Larger Issue: Union Protests Labor Practice*, Boston Globe, Dec. 7, 2006, at 4.

<sup>102)</sup> Griffith, *supra* note 89, at 134-35.

<sup>103)</sup> *Id.* at 135.

<sup>104)</sup> *Id.* at 131.

<sup>105)</sup> *Id.*

H-2A and H-2B visas, as H-1B visa holders may change employers while in the US and are provided with opportunities to apply for resident status and eventual citizenship in the US.<sup>106)</sup>

Migrant workers who have temporary visas allowing them to work in the US have full rights under anti-discrimination laws. Similar to other employees, migrant workers may file claims under Title VII based on the defined categories of discrimination: race, sex, national origin, or religion. It may seem obvious that national origin discrimination would be a potential claim raised by migrant workers, who may experience bias, prejudice, and discriminatory treatment by US employers. It should be noted, however, that alienage and citizenship status are not protected categories under Title VII.<sup>107)</sup> For example, an employer who consistently refuses to hire non-US citizens has not violated Title VII, because the employer's actions would discriminate on the basis of alienage or citizenship. However, an employer who hires non-US citizens, in general, but refuses to hire workers of a particular nationality has violated Title VII by discriminating on the basis of national origin.<sup>108)</sup> Other examples of national origin discrimination include discriminatory treatment on the basis of accent or requirements to speak only English on the job, unless the employer can prove an adequate business justification for such policies. Further, migrant workers often face problems of poor and unsafe working conditions, harassment, and other forms of abuse that may be based on racial, sexual, or national origin discrimination.<sup>109)</sup>

The federal Immigration Reform and Control Act of 1986 (IRCA)<sup>110)</sup> prohibits

---

<sup>106)</sup> *Id.* at 131-132.

<sup>107)</sup> See, *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 U.S. 86 (1973).

<sup>108)</sup> See, Rachel K. Alexander, *Bridging the Title VII Gap: Protecting All Workers from "Work Authorization" Discrimination*, 10 RRG 199, 204-07 (2010).

<sup>109)</sup> See, Griffith, *supra* note 89, at 126 (citing multiple studies and reports of abusive working conditions of migrant workers).

<sup>110)</sup> Pub. L. No. 99-603, *100 Stat.* 3359 (codified as amended in scattered sections of 8 U.S.C.).

employers from discriminating on the basis of both national origin and citizenship status. These protections under IRCA cover migrant workers with valid visas to work in the US, but do not protect migrant workers without such authorization.<sup>111)</sup>

2. Limited remedies for undocumented migrant employees under labor and employment law.

Individuals with temporary work visas account for only a small percentage of migrant workers in the US. It is estimated that there are between 8 and 12 million undocumented workers – that is, without required work visas – in the US.<sup>112)</sup> Most of these are low-wage and low-skilled workers.<sup>113)</sup> Due to a 2002 Supreme Court decision, these undocumented workers face barriers of limited protection under the NLRA. Although the Supreme Court had earlier held that undocumented workers are employees covered by the NLRA,<sup>114)</sup> in *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*,<sup>115)</sup> the Court severely restricted the NLRB’s power to award remedies to undocumented workers. The Supreme Court did not disagree with the NLRB’s conclusion that the employer had violated the NLRA by discharging José Castro, an undocumented worker, because of his union activities. In its 5-4 decision, however, the Court held that the NLRB was barred from awarding reinstatement or backpay to undocumented workers as a remedy for unfair labor practices under the NLRA. The Court based its holding on its view that such remedial awards would undermine the policies of the Immigration Reform and Control Act of 1986 (IRCA), which “makes it unlawful for employers knowingly to hire undocumented workers or for employees to use fraudulent

---

<sup>111)</sup> Keith Cunningham-Parmeter, *Redefining the Rights of Undocumented Workers*, 58 Am. U.L.Rev. 1361, 1375 (2009).

<sup>112)</sup> Griffith, *supra* note 89, at 125; Hiroshi Motomura, *What is “Comprehensive Immigration Reform”? Taking the Long View*, 63 Ark. L. Rev. 225, 226 (2010).

<sup>113)</sup> Griffith, *supra* note 89, at 125.

<sup>114)</sup> *Sure-Tan, Inc. v. NLRB*, 467 U.S. 883 (1984).

<sup>115)</sup> 535 U.S. 137 (2002).

documents to establish employment eligibility.”<sup>116)</sup>

As the four dissenting justices in *Hoffman Plastic* noted, the Court’s holding has the effect of providing employers with immunity from any effective NLRA remedies where the employer commits unfair labor practices against undocumented workers.<sup>117)</sup> The dissenting justices were prophetic, as proven by a recent NLRB decision extending the reach of the Supreme Court’s decision. In *Hoffman Plastic*, there was no evidence that the employer knew that Castro’s work visa was fraudulent. In August 2011, the NLRB held that undocumented workers are barred from receiving reinstatement or backpay as remedies even where the employer knowingly hired an undocumented worker and then commits an unfair labor practice against that worker.<sup>118)</sup> In this application of *Hoffman Plastic*, the NLRB’s decision, in effect, encourages employers to take the risk of violating IRCA in exchange for the “benefit” of union avoidance. Given the concentration of migrant workers in low-wage jobs with poor working conditions, this will make unionization even more difficult in industries where there is the greatest need for unions and collective bargaining.

Following the *Hoffman Plastic* decision in the Supreme Court, lower courts faced questions of whether undocumented migrant workers’ remedies are limited under other statutes, including Title VII and other anti-discrimination laws. Although the results are mixed, most federal courts that have decided the issue have concluded that undocumented workers still have the right to receive full remedies under Title VII and for most remedies under the FLSA.<sup>119)</sup> Some federal

---

<sup>116)</sup> *Id.* at 141.

<sup>117)</sup> *Id.* at 156.

<sup>118)</sup> *Mezonos Maven Bakery, Inc.*, 357 NLRB 47 (2011).

<sup>119)</sup> See, *Rivera v. NIBCO, Inc.*, 364 F.3d 1057, 1069 (9<sup>th</sup> Cir. 2004) (“[T]he overriding national policy against discrimination would seem likely to outweigh any bar against the payment of back wages to unlawful immigrants in Title VII cases. Thus, we seriously doubt that *Hoffman* applies in such actions.”) See also, *Cunningham-Parmeter*, *supra* note 111, at 1370; *Griffith*, *supra* note 89, at 147; Michael J. Wishnie, *Emerging Issues for Undocumented Workers*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 497, 509-12 (2004).



courts have held that undocumented workers are barred from receiving remedies of backpay or reinstatement, although they may be awarded other monetary damages under Title VII.<sup>120)</sup>

### 3. State legislation on immigration issues.

One area of litigation that is sure to develop more extensively concerns the issue of federal immigration law preemption of state laws on immigration, including laws that affect the workplace. As a general matter, federal law does preempt most state actions regulating immigration. In its recent decision of *Chamber of Commerce of the US v. Whiting*,<sup>121)</sup> however, the U.S. Supreme Court held that the Legal Arizona Workers Act is not preempted by federal immigration law. This state statute provides for suspension and revocation of the business licenses of employers that intentionally or knowingly employ undocumented workers. The *Whiting* case may not signal a broad opening for state regulation, though, as the Arizona law at issue regulated business licensing, an area that a federal immigration law had explicitly reserved for state regulation.<sup>122)</sup>

In an even more controversial case, in *U.S. v. Arizona*,<sup>123)</sup> a federal appellate court issued a partial preliminary injunction against enforcement of another Arizona's state immigration control law. This law included employment-related provisions that made it a state crime for an undocumented worker to seek or perform a job in the U.S. and non-employment provisions requiring state police to verify immigration status of individuals where the police have "a reasonable

---

<sup>120)</sup> Griffith, *supra* note 89, at 147.

<sup>121)</sup> 563 U.S. at \_\_\_, 131 S.Ct. 1968 (2011).

<sup>122)</sup> See, *Id.* at 1977-78. See also, Julie Myers Wood, *Supreme Court Affirms a State Immigration Law - What It Means*, 2011 Emerging Issues 5686, LexisNexis Emerging Issues Analysis (June 2011).

<sup>123)</sup> 641 F.3d 339 (9th Cir. 2011).

suspicion” of an illegal entry. The court held that federal immigration law and policy preempted the state from enacting these and other provisions in state law. It seems likely that this case, or a case dealing with similar laws in another state,<sup>124)</sup> will eventually reach the US Supreme Court. If the Court permits such state regulation, these punitive anti-immigrant laws could have a devastating impact on migrant worker rights.

#### IV. Assessing the effectiveness of labor and employment law

As discussed earlier, in the US labor law has come to refer to the NLRA, the federal law creating private sector employees’ rights to unionize and collectively bargain, and to engage in other concerted activity for employees’ mutual benefit. Employment law has come to mean workplace related laws apart from the NLRA, including Title VII and other anti-discrimination laws, which are often viewed as protecting individual rather than collective rights of employees. This division between labor and employment law deserves closer attention and critique as inaccurately separating individual and collective interests of employees. As legal scholar Michael Fischl has observed, these divisions are increasingly false categories in terms of the way that issues arise in the workplace, the ways that doctrines of law resemble each other across categories, and the functional integration of legal theories.<sup>125)</sup> For example, Fischl describes the integrated and overlapping nature of individual and collective actions in “oppositional activity [that] may escalate quite seamlessly”<sup>126)</sup> from individual to group actions through

---

<sup>124)</sup> See, Kim Severson, *Parts of Georgia Immigration Law Blocked*, NY Times A-17 (Jun. 28, 2011)

<sup>125)</sup> Richard Michael Fischl, *Rethinking the Tripartite Division of American Work Law*, 28 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 163, 165-170 (2007).

<sup>126)</sup> *Id.* at 178.

various means, including union organizing and multiple types of legal claims in which unions may assist employees in bringing litigation.<sup>127)</sup>

Most importantly, treating labor law and employment law as separate categories has a negative impact on both collective and individual employee rights. Viewing employment discrimination law primarily in terms of protecting individual employee rights de-emphasizes the collective aspects of prohibiting discrimination on the basis of membership in a protected group. Recent Supreme Court cases signal that it may become even more difficult for plaintiffs to bring group-based discrimination claims under both theories of disparate treatment and disparate impact. Although there has been an increase in class action claims since the 1990s, the Supreme Court's *Wal-Mart* decision in August 2011 creates significant hurdles for plaintiffs seeking to bring large class action cases challenging system-wide discriminatory employment practices. One of those hurdles is the Court's finding that the Wal-Mart plaintiffs did not adequately show the commonality among the proposed class of current and former female Wal-Mart employees. This finding emphasizes the individualized nature of discrimination rather than the collective aspects of the employer's hiring and promotion practices.

The Supreme Court's recent decision in *Ricci* reveals the current Supreme Court's suspicion that group-based disparate impact claims may threaten individual rights of majority groups. The Court concluded that white male plaintiffs were unduly harmed by the employer's decision to eliminate a test with disproportionately negative effects on minorities. Thus, *Ricci* creates a sort of "reverse discrimination" theory for majority group members who have historically benefited from discriminatory employment practices. The *Ricci* case constrains employers who might otherwise take pro-active measures to discard tests or other practices that have a disparate impact on protected groups. Similarly, the Supreme Court has limited the potential of affirmative action plans to promote substantive

---

<sup>127)</sup> *Id.*

equality as pro-active measures to hire and promote women and minorities into occupations where they are under-represented. The Court has held that Title VII only permits employers to voluntarily adopt temporary affirmative action plans that use sex, race, or national origin as a positive factor to correct a severe under-representation of women and minorities. Further, the plan must not “unduly trammel” the rights of white men by excluding them from consideration for the jobs in question.<sup>128)</sup>

The view of employment discrimination law as primarily focused on individual rights misses the powerful potential of integrating workplace law as a whole. Linking labor and employment law would create a vision of employees using collective action to support both collective and individual rights. From this perspective, collective rights under the NLRA provide the foundation for protecting individuals by spreading gains to all members of the group. Historically, the labor movement has actively supported the passage of employment-related legislation to benefit all workers. Workers can then use their collective power to build on this statutory floor through collective bargaining in unionized workplaces. This includes collective bargaining agreements that strengthen employees’ protection from sex, race, and national origin discrimination and that provide for affirmative action to diversify the workforce. Collective bargaining also supports employees’ ability to express their individuality, as unionization substitutes mutual protection for individual favoritism. With a union, employees need not suppress their individuality to curry favor with management. Instead, protections such as just cause and objective criteria such as seniority set workplace standards.<sup>129)</sup>

The failure to integrate labor and employment law is especially harmful in the

---

<sup>128)</sup> *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, Cal.*, 480 U.S. 616 (1987).

<sup>129)</sup> See Fischl, *supra* note 125, at 169 (describing the “false opposition between the struggle for workplace democracy and the struggle for racial, gender, and other forms of justice in the workplace and beyond.”)

current context of low unionization in the US and the continued problems of weak enforcement of the NLRA. Without a strong NLRA that effectively protects workers' rights to unionize and collectively bargain, women and minorities may see employment discrimination laws as alternatives to collective action and as substitutes for unions.<sup>130</sup> The Wal-Mart class action is an attempt by women to make system-wide change through Title VII litigation. Even after the devastating effects of the recent Supreme Court decision invalidating the broad class of plaintiffs, it is possible that smaller class action cases can still be filed. But much of the gender-based inequality raised by the plaintiffs, particularly regarding wage discrimination, might be better addressed through unionization and collective bargaining. In fact, one commentator has labeled the class action as women's way of having a collective voice that they have been unable to achieve through unionizing.<sup>131</sup> It is certainly true that given the vehement anti-union stance of Wal-Mart and a weak NLRA, unionization will be a long, uphill battle.

The inequalities and discrimination experienced by migrant workers also reveal the importance of linking labor and employment discrimination law. Employment discrimination law will not be sufficient to address the deep problems of migrant workers' poverty, occupational segregation into low-wage work, poor and dangerous working conditions, and discrimination on the basis of race, national origin, and sex. Collective action through unionization provides the means for bringing migrant workers together with the rest of the labor movement to negotiate for higher wages, benefits, and safe working conditions. Through unionization, migrant workers can also collectively bargain for provisions protecting them against discrimination on the basis of their migrant worker status,

---

<sup>130</sup> See Fischl, *supra* note 125, at 201 (describing the “the displacement of collective bargaining by discrimination litigation as the dominant model of dispute resolution in the American workplace...”).

<sup>131</sup> See Anna M. Archer, “Shopping for a Collective Voice When Unionization is Unattainable: 1.6 Million Women Speak Up in *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*,” 42 *Houston Law Review* 837, 841,863 (2005).

which intersects with sex, race, and national origin discrimination. The AFL-CIO has adopted an agenda to promote progressive immigration policy that strengthens the rights of migrant workers, including protection for undocumented workers.<sup>132)</sup> Union and worker advocacy for immigrant rights can be an important element to integrate the fight against discrimination with the struggle to organize migrant workers.<sup>133)</sup> Such integration is essential to building a social movement with alliances between the AFL-CIO, workers centers, immigrant and migrant rights organizations, and other human rights organizations. Here, too, both labor law and employment discrimination law could provide the potential for supporting collective and individual rights of migrant workers.

Unfortunately, though, the Supreme Court's decision in *Hoffman Plastic* suppresses the positive potential of both areas of law. As discussed earlier, the NLRB and the courts will not award reinstatement or backpay for violations of undocumented workers' rights under the NLRA. Some courts have applied *Hoffman Plastic* to limit remedies under employment discrimination statutes. As a result, undocumented migrant workers will be afraid to assert their collective and individual rights under the NLRA, Title VII and other employment legislation. Documented migrant workers will also likely be afraid of being targeted for additional scrutiny. To protect the rights of minorities who are also migrant workers, multiple types of legislative reform are needed, covering a range of progressive immigration policy, equal treatment for migrant workers under the NLRA and Title VII, and more rigorous enforcement of collective and individual rights under both of these federal workplace laws.

---

<sup>132)</sup> See, e.g., AFL-CIO & Change to Win, *The Labor Movement's Framework for Comprehensive Immigration Reform* (2009), available at, <http://www.afl.cio.org/issues/civilrights/immigration> (discussed in, Kati L. Griffith & Tamara L. Lee, *Immigration Advocacy as Labor Advocacy* (Unpublished Manuscript, on file with author).

<sup>133)</sup> See, Kati L. Griffith & Tamara L. Lee, *Immigration Advocacy as Labor Advocacy* (Unpublished Manuscript, on file with author).

## V. Conclusion

U.S. anti-discrimination law is a complex body of statutes, which becomes increasingly vast and complicated with each legislative amendment and with ongoing judicial interpretations. From the standpoint of “formal equality,” this body of law has contributed to the goal of inclusion of women and minorities in the workplace. As this paper has discussed, however, there is still much ground to cover to achieve “substantive equality.” Title VII was achieved through activism by the Civil Rights Movement. Similarly, new social legislation will be won by social action and organizational alliances in the ongoing struggle for civil rights. This paper has provided examples of these ongoing struggles, including the fight to achieve equality and equity for migrant workers. Immigration law, labor law, and employment discrimination law, as written by Congress and as interpreted by the courts, do not provide even formal equality to migrant workers. Thus, legislative reform is needed to establish equal and equitable treatment of migrant workers under workplace law and immigration law. A strong social movement made up of a wide range of organizational allies - including the labor movement and immigrant rights movement - will be needed to achieve such legislation establishing collective and individual rights.

【제1주제】

미국의 노동법 및 고용법상 소수자 권리보호의  
최근 쟁점  
— 여성과 외국인근로자를 중심으로 —

Risa L. Lieberwitz

코넬대학교 노사관계대학원 교수

(譯: 이다혜)

- I. 개관
- II. 총론 - 미국의 노동법 및 고용법의 기본구조
  - A. 단체권 및 단체행동에 대한 연방노동법의 기본 구조
  - B. 연방차별금지법의 기본구조
- III. 노동법 및 고용법의 적용 여부와 보호 범위에 관한 최근의 쟁점
  - A. 노동법과 고용법의 적용을 받는 “근로자” 에서 배제되는 직종들
  - B. 노동법 및 고용법에서 외국인근로자가 보호받지 못하는 문제
- IV. ‘노동법’과 ‘고용법’의 효율성에 대한 재검토
- V. 결론



## I. 개관

미국의 차별금지법은 1960년대의 민권운동에서 비롯된 것이다. 미국 역사 속에서 계속 반복되어온 일터에서 특정 개인이나 집단에 대한 배제 및 부당한 대우를 막기 위한 것이다. 연방차별금지법의 골자를 이루는 법률은 1964년 제정된 민권법 제7장 (Title VII of the Civil Rights Act)으로서,<sup>1)</sup> 이 법은 인종, 성별, 국적 및 종교에 의한 고용상의 차별을 금지하고 있다. 이 법률 이후에도 연방정부 차원에서 오래된 차별의 원인들을 제거할 필요성을 절감하고 추가적인 법률들을 제정하여 차별금지법을 확장한 바 있다. 즉 1967년 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act, ADEA)<sup>2)</sup>과 1990년 장애인차별금지법 (Americans with Disabilities Act, ADA)<sup>3)</sup>을 제정하였다.

본 논문은 미국 차별금지법의 구조와 그 적용에 대하여, 특히 민권법 제7장에 초점을 맞추어 설명하고자 한다. 그러나 차별금지법 뿐만이 아닌 미국 노동법과 고용법의 맥락과 배경에 대하여 우선 전체적인 그림을 그리며 시작하려 한다. 차별금지법의 애초의 목표, 성과, 그리고 그 한계에 대하여 분석하려면 민권법 제7장이 탄생하게 된 미국 노동법의 전체적인 모습에 대한 이해부터 선행되어야 하기 때문이다. 특히 1935년에 제정된 연방노동관계법(National Labor Relations Act, NLRA)<sup>4)</sup>은 기본적인 노동권인 단결권 및 단체교섭권을 보장하고 있는데 여기서의 단체교섭에는 차별금지법에서 언급되는 항목들, 즉 인종, 성별, 국적, 종교 등에 의해 발생하는 불평등에 대해 교섭할 권리도 포함된 것이다. 본문에서 상세히 설명하겠지만, 미국에서 NLRA는 대개 “노동법(labor law)”으로 분류되는 반면, 민권법 제7장과 기타 차별금지법은 “고용법(employment law)”의 일부로 취급되고 있다.

본 논문에서는 이러한 배경지식을 소묘한 뒤, 민권법 제7장 및 그 이후에 제정된 차별금지법에 대한 미국 사법부의 해석을 중심으로 발달되어 온 차별법리의 이론을

1) 42 U.S.C. § 2000e et seq., amended by Civil Rights Act of 1991, P.L. 102-166, 105 Stat. 1071.

2) 29 U.S.C. § 621 et seq.

3) 42 U.S.C. § 12101 et seq.

4) 29 U.S.C. §§ 141 et seq.

상세히 서술하고자 한다. 차별이론은 크게 두 가지로 나뉘어진다. 첫째는 '차별대우'(Disparate treatment)이며 둘째는 '차별효과' (또는 '간접차별', Disparate impact)로서, 양대 이론은 차별을 증명하기 위한 기본 구조를 형성한다. 후술하겠지만 '차별대우' 이론은 차별에서의 고의 유무 입증 여부에 기반한 이론인 반면, '차별효과' 이론은 고용에 있어서의 차별적 효과에 기반한 이론이다. 본 논문은 이러한 차별이론이 적용되는 최근의 전개양상과 논의를 소개하고자 한다. 특히 여성, 흑인 및 라틴계근로자, 기타 외국인<sup>5)</sup>이 다수를 이루고 있는 저임금근로자들에 대한 민권법 제7장의 적용 양상을 살펴볼 것이다. 저임금근로자들은 인종, 성별 및 국적에 의한 차별에 특히 취약한 것이 현실이다.

본 논문의 결론에서는 서론에서 제기된 문제의식에 답할 것이다. 즉 Title VII와 여타 차별금지법을 포함되는 보다 광범위한 맥락을 검토하며 끝맺으려 한다. “노동법(labor law)”과 “고용법(employment law)”의 구분에 대한 비판적 검토도 이루어질 것이다. 이러한 비판의 요체는 ‘노동법은 집단의 권리만 보장하는 것이고, 고용법은 근로자 개인의 권리만 보장하는 것이다’라는 이분법적 사고에 대한 의문에서 시작된다. 노동법과 고용법을 구성하고 있는 법체계를 좀더 면밀히 들여다보면, NLRA하에서의 단체행동은 개인의 권리도 보장하기 위한 것임을 알 수 있다. 또한 민권법 제7장하에서 제기할 수 있는 개인적 차원의 차별에 대한 구제는 결국 그 근로자가 속해있는 사회적 집단의 단체적인 이익을 보장하기 위한 것임을 알 수 있다. 따라서 소위 “노동법”과 “고용법”은 일터에서의 집단적 및 개인적 권리 모두를 보장하기 위한 하나의 통합적인 제도로 인식되어야 한다. 이러한 인식은 특히 저임금근로자인 여성과 외국인들에게 중요한데, 왜냐하면 그들이 겪고 있는 경제적, 사회적 불평등에 대응하기 위해서는 단결하여 하나의 사회운동을 형성할 필요가 있기 때문이다. 이 논문에서는 특히 저임금 외국인근로자들이 단체적 권리 및 개인적 권리 모두를 주장함으로써 그들이 직면한 불평등 현상을 해소할 수 있는 방안을 모색하도록 한다.

---

5) 본 논문에서 “외국인근로자(migrant worker)”와 “이민근로자(immigrant worker)”는 출신국이 아닌 외국에와서 일하는 자라는 점에서 같은 의미로 사용하기로 한다.

## II. 총론 - 미국의 노동법 및 고용법의 기본구조

### A. 단체권 및 단체행동에 대한 연방노동법의 기본 구조

미국의 노동법 및 고용법의 발전과정은 적어도 19세기 이전부터 발전되어 개별법의 제정과 그 판결에 영향을 끼쳐 온 커먼로의 해고자유의 법리(employment at will)라는 역사적 배경과 분리해서는 제대로 이해할 수 없다.<sup>6)</sup> 잘 알려진 해고자유의 법리 하에서는 사용자는 한 개인을 “정당한 사유, 정당하지 않은 사유, 혹은 아무 사유 없이도” 자유롭게 채용 또는 해고할 수 있어 근로관계의 지속에 있어 사용자의 일방적인 능력이 강조된다. 즉 사용자는 채용에 있어 합리적인 의사결정을 위해 고민하거나, 해고에 있어 정당한 사유를 찾기 위해 애쓸 필요가 없다.<sup>7)</sup>

따라서 이러한 해고자유의 원칙 하에 주어진 사용자의 광범위한 능력을 고려할때, 사용자측의 불공정하거나, 차별적이거나, 임의적인 고용상 의사결정을 막기 위해서는 커먼로원칙을 수정하는 개별법의 제정이 매우 중요한 역할을 하게 된다. 커먼로 원칙에 대한 이러한 법적 제한의 기원은 1935년 제정된 NLRA에서 시작된다. 이 법은 사부문에서의 조합활동을 규율하는 가장 기본적인 연방법이다. NLRA는 연방노동위원회(National Labor Relations Board, NLRB)를 두어 본법의 집행을 담당토록 하고 있다. NLRB는 NLRA의 주요 양대 기능을 실현하는데, 첫째는 근로자들이 노동조합에 의해 대표될지 여부를 결정하는 절차를 관장하는 기능이며, 둘째는 부당노동행위 제도로써 근로자들의 노동권을 보장하는 기능이다. 구체적인 근로권의 내용은 Section 7에 규정되어 있으며<sup>8)</sup> 그 골자는 노동조합 결성 및 가입할 권리, 단체교섭에 참여할

6) Deborah A. Ballam, Exploding the Original Myth Regarding Employment-At-Will: The True Origins of the Doctrine, 17 BERKELEY J. EMP. & LAB. L.91, 93-98 (1996) (해고자유의 법리는 미국에서 초기 식민지 시대에서부터 비롯되어 커먼로 원칙이 된 것이라고 주장함).

7) MACK A. PLAYER, FEDERAL LAW OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION IN A NUTSHELL, FOURTH EDITION 85-95(2004). (discussing employment-at-will and common law exceptions).

8) 29 U.S.C. §157. 본 논문에서 NLRA는 1947년 및 1959년 개정 내용까지 모두 포함하는 것으로 일컫는다.

권리, 기타 근로자간 상호부조 및 보호를 목적으로 하는 단체행동에 참여할 권리 등이다. Section 8에서는 사용자와 노동조합에 대한 금지형식으로 된 부당노동행위가 규정되어 있다.<sup>9)</sup>

Section 9는 노동조합의 대표성에 관한 규정이며, 여기에는 조합이 선거를 청원할 능력이 포함된다. 또한 이 조항에 의하면 특정한 교섭단위의 근로자과반수 이상의 동의가 있으면 특정 조합을 배타적 교섭대표로 지정할 수 있다.<sup>10)</sup> 또한 초기업적 단체 교섭 뿐 아니라, 기업별 교섭단위의 구조에 대한 내용도 등장한다. NLRB는 조합이 청원 신청을 한 교섭단위의 적합성을 결정할 권한이 있다.

근로자들이 조합 및 사용자와의 협상을 통해서 얻을 수 있는 중요한 성과는 단체협약을 체결하여 사용자가 정당한 사유 (just cause)없이 근로자에게 함부로 징계행위를 가할 수 없도록 제한하는 것이다. 고충처리 또는 중재절차가 개시될 경우, 징계행위에 정당한 사유가 있었다는 것을 증명할 입증책임은 사용자가 부담한다. 사용자의 부당노동행위 중 대표적인 예는 바로 인종, 성별, 국적 및 종교 등의 사유로 인해 차별대우를 하는 것이다. 차별을 방지하기 위해 단체협약으로 보호장치를 마련해 두는 것은 이러한 방식으로 개별법령 및 차별금지법과 공통분모를 갖게 된다. 단체협약으로 법령보다 높은 수준의 근로자 보호를 하는 것도 물론 가능하다. 단체교섭의 당사자들은 자유롭게 협상하여 연방 또는 주(州)법에 규정되지 않은 차별금지 조항을 협약에 삽입할 수 있으며, 따라서 시민권 유무 여부나, 성적취향, 혼인상태, 정치적 성향 등으로 인한 차별을 금지하도록 협상하는 것도 가능하다.

대부분의 단체협약에 ‘정당한 사유(just cause)’ 조항이 포함되어 있으나, 문제는 미국의 사부문 노조조직률은 7% 미만에 불과하다는 사실이다.<sup>11)</sup> 게다가 조합원이 아닌 근로자들의 대다수는 부당해고를 주장할 수 있는 개별적인 계약을 체결하지 않는다. 반면, 공공부문근로자들 공무원 관련법제 또는 단체협약에 포함된 정당사유조항으로 보호를 받는다.

9) 29 U.S.C. §158.

10) 29 U.S.C. §159.

11) 2010년 기준으로 미국의 노조 가입률은 평균 11.9%인데 사부문에서는 6.9%에 불과하고 공공부문에서는 36.2%인 것으로 집계됨. Bureau of Labor Statistics, Union Members - 2010, available at <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>

## B. 연방차별금지법의 기본구조

민권법 제7장과 여타 차별금지법들은 채용, 징계, 해고 및 여타 근로조건에 관한 사용자의 차별행위에 대해 근로자가 이의를 제기할 수 있는 중요한 수단이 되고 있다. 그런데, 미국 차별금지법은 사용자가 범해서는 안 되는 부당한 차별행위가 무엇 인지를 규정하고 있는 반면, 근로자의 관점에서 정당한 대우를 받을 권리에 대해 적극적으로 규정하고 있지는 않다.

그 이유는 상술한 바와 같이 여전히 힘을 가지고 있는 커먼로의 ‘해고자유의 법리’ 때문이다. 해고자유의 법리에 의하면 사용자들은 정당한 사유 없이도 일방적으로 행동할 자유가 있는 것이다. 해고자유의 법리 하에서 사용자가 가진 광범위한 일방적 힘을 고려할 때, 고용과 관련된 사회적으로 무책임한 행동을 규제하기 위해서는 커먼로에 대한 수정 기능을 하는 법률상의 제한이 특별히 중요한 의미를 갖는다.

민권법 제7장은 사용자가 인종, 성별, 국적 및 종교적 사유에 의하여 근로자를 차별하는 것을 금지한다. 연방의회는 제7장을 제정한 이후로도 추가로 차별금지법, 즉 40세 이상의 개인에게 해당되는 연령차별금지법(ADEA)<sup>12)</sup> 및 장애인차별금지법(ADA)<sup>13)</sup>, 민권법 제7장<sup>14)</sup> 등이다. 이 모든 연방법들은 공공부문 및 사부문사용자, 조합 및 각종 고용관련 조직에 적용된다.<sup>15)</sup> 각 주정부에 존재하는 차별금지법에도 비슷한 금지조항들이 존재하는데 어떤 주에서는 차별금지 사유로 몇 가지를 추가하고 있다(예컨대 성적취향이나 혼인여부)<sup>16)</sup>. 차별을 주장하는 원고는 연방법 및 주법 모두를 사용하여 소를 제기할 수 있다. 주법이 연방법보다 유리한 점은 손해배상청구금액 및 벌금에 제한을 두지 않는다는 점이다. 연방차별금지법은 법정 최고한도를 정해

12) 29 U.S.C. § 621 et seq.

13) 42 U.S.C. § 12101 et seq.

14) Pub. L. 102-166, 105 Stat. 1071.

15) Employers are covered if they have more than 15 employees for Title VII, 42 U.S.C. § 2000e (b), and the ADA, 42 U.S.C. § 12111 (5), and more than 20 employees for the ADEA, 29 U.S.C. § 630 (b).

16) See Arash Jahanian and Alan K. Tannenwald, Eighth Annual Review of Gender and Sexuality Law: Employment Law Chapter: Sexuality and Transgender Issues In Employment Law, 8 GEO. J. GENDER & L. 505, 515-17 (2007) (describing laws in 18 states and D.C., prohibiting sexual orientation discrimination).

놓고 있다.

차별사유발생시 연방법 하에서 제소의 절차는 이렇게 진행된다. 우선 원고가 연방 고용평등위원회(U.S. Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)에 청원을 하면, 위원회는 해당사안을 검토한 뒤 민권법 제7장을 근거로 연방법원에 제소할지 아니면 다른 연방법률을 이용할지 여부를 결정한다. 만일 EEOC가 소를 제기하지 않기로 결정하면, 원고는 사용자를 연방법원에서 제소할 권한이 있다. 최근 연방대법원 판결에 의하면, 노조가 존재하지 않는 사업장의 사용자는 근로자를 채용할 때, 채용의 조건으로서 향후 고용관련 분쟁이 발생할 시 소송 대신 조정으로 분쟁을 해결하도록 합의하는 계약을 체결할 수 있다고 판시하였다.<sup>17)</sup> 이러한 합의가 있을 경우 근로자들은 고용분쟁을 법원으로 가져갈 권리는 없게 되며, 민권법 제7장에서 발생하는 권리를 포함한 근로자의 주장은 소송 대신 최종적인 법적 구속력을 갖는 사적 중재(private arbitration)에 회부되게 된다.

고용평등위원회 보고에 의하면 고용차별 발생건수가 2007년에 정점에 달했으며 이는 1990년대 초반 이후로 최고치의 연간 인상률이라고 한다.<sup>18)</sup> 82,972건에 달하는 사부문 차별사건 중 인종차별, 보복적 차별, 성차별이 대다수를 차지하며 이 경향은 장기간에 걸쳐 지속되고 있다.<sup>19)</sup> 그 중 성차별은 약 25,000건으로 2002년 이래 최고 수치이다. 또한 임신에 의한 차별도 5,587건으로 전년대비 14%나 증가했으며, 성추행 사건은 작년보다 4% 증가하였으며 이는 2000년 이래 처음으로 증가한 것이다.<sup>20)</sup>

17) *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001). In *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 129 S.Ct. 1456 (2009), the Supreme Court held that a collective bargaining agreement may explicitly require employees to arbitrate ADEA claims rather than litigate them in court. This holding will almost certainly apply to clear and unmistakable language in collective bargaining agreements requiring arbitration of other statutory discrimination claims. However, unlike non-union employees, who may be required to enter such arbitration agreements as a condition of employment, unions can negotiate for a collective bargaining agreement that provides employees with the right to arbitrate discrimination disputes without waiving their right to litigate such claims under employment discrimination statutes.

18) EEOC, *Job Bias Charges Rise 9% in 2007*, EEOC Reports (Mar. 5, 2008), available at <http://www.eeoc.gov/press/3-5-08.html>

19) *Id.*

20) *Id.*

민권법 제7장 및 기타 법률 하에서 차별 소송은 두 종류의 차별법리 하에 제기될 수 있다. 첫째, 차별대우 이론은 각종 차별금지법 하에서 금지하고 있는 행위를 범하는 형태의 차별이며 ‘의도적(intentional) 차별’로 정의될 수 있다. 둘째, 차별효과 이론은 그 반대로 사용자의 정책이나 의도와는 상관없이 차별의 효과가 나타나는지 여부를 보는 이론이다. 원고는 둘 중 하나를 택하여, 혹은 두 이론 모두를 사용하여 차별을 주장할 수 있다. 또한 개별소송 및 집단소송 모두가 가능하다.

#### 1. 차별대우 이론(Disparate Treatment Theory): 차별의도를 증명하기

차별대우 이론은 ‘형식적 평등(formal equality)’ 개념에 기초한 것으로서, 사용자는 비슷한 상황에 있는 근로자를 동등하게 대우해야 한다는 발상으로부터 비롯된 것이다. 이 이론에 따르면 원고는 Title VII에 의해 보호되는 성별, 인종 기타의 사유로 인해 사용자가 원고를 차별적으로 대우했음을 입증해야 한다. 일부 법원들에서는 “교차 차별대우(intersectional disparate treatment)” 예컨대 해당 사업장에서 흑인 남성 또는 백인 여성에 대한 차별은 특별히 눈에 띄지 않으나, 흑인 여성에 대한 차별이 존재하는 경우 이를 위법한 차별로 인정하고 있다.<sup>21)</sup>

여성 및 기타 소수자들의 평등 구현이라는 목적을 고려할 때, 차별대우 이론에는 유리 및 불리한 점이 공존한다. 유사한 능력과 조건을 보유한 백인 남성과 경쟁한다는 것이 전제되면, 차별대우 이론은 여성과 소수 인종들에게 분명히 도움이 된다. 의도적인 차별을 위법한 행위로 금지할 경우, 성별과 인종에 무관한 작업장을 만든다는 입법목적은 달성할 수 있으며, 그 결과로 개별 근로자들은 성별, 인종, 국적 등과 무관하게 채용 및 승진될 수 있다.<sup>22)</sup> 연방대법원은 “의도적인 차별(intentional

<sup>21)</sup> *Jefferies v. Harris Co. Community Action Ass'n*, 615 F.2d 1025, 1032 (5th Cir. 1980). See also, *Hicks v. The Gates Rubber Co.*, 833 F.2d 1406 (10th Cir. 1991); *Lam v. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551 (9th Cir. 1994). But see, *Degraffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F.Supp. 142 (E.D. Missouri 1976) (court refuses to allow intersectional sex/race claim). See Kimberlé Williams Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL FORUM 139 (1989).

<sup>22)</sup> See, e.g., MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *THE AUTONOMY MYTH* ch. 6, 8 (2003); Christine Littleton, *Reconstructing Sexual Equality*, 75 CAL. L. REV. 1279

discrimination)” 을 의식적인 의도 또는 동기보다 더욱 포괄적인 것으로 정의한 바 있다. 여기서 말하는 “의도”란 의사결정을 할 때 편견을 갖도록 무의식적으로 영향을 미치는 요인을 포함한다. 예를 들어 성별에 있어 스테레오타입 등이 그러한 무의식적 요인이다.<sup>23)</sup> 차별대우 소송의 주체는 개인, 집단 또는 다수의 개인들이 손해배상을 받을 수 있는 집단소송의 형태로도 가능하다.

민권법 제7장에서 원고가 차별대우를 주장할 수 있는 방법에는 두 가지가 있으며 이는 연방대법원 판결로 구체화된 법리이다. 첫째는 “유일한 동기(sole motive)”또는 “변명(pretext)”의 입증을 요건으로 하는 법리이며, 둘째는 “복합적 동기(mixed motives)”의 입증에 관한 법리이다. 첫째, “유일한 동기” 로 차별을 증명하는 법리의 구체적인 구성요건(prima facie case)은 다음과 같다. (1) 원고가 요보호 집단에 해당 될 것, (2) 사용자가 채용을 위해 구인 중이었던 일자리에 지원을 한 상태였을 것(혹은 고용된 상태였을 것) (3) 원고가 문제되는 일자리에 채용될 자격을 갖추었을 것, (4) 채용의 거절, 징계 또는 해고를 당했을 것, (5) 사용자가 해당 일자리에 맞는 사람을 계속 찾거나 혹은 다른 집단으로부터 채용을 했을 것을 요구한다.<sup>24)</sup> 이 단계에서 원고의 입증책임에 대한 기준은 “타당성 있는 증거(preponderance of evidence)”\*로서 비교적 쉽게 충족할 수 있지만, 문제는 그 다음 단계에서 사용자가 이를 성공적으로 반박하기 위해 요구되는 입증책임의 기준 또한 낮다는 점이다. 사용자는 원고가 사용자의 차별행위였다고 주장하는 행위에 대하여 그럴만한 합법적인 사유가 있었다는 일부 증거만 제출하면 되기 때문이다. 세 번째 단계에서는 원고의 부담이 더욱 크다. 이제 원고는 사용자측에서 차별행위가 아니었음을 입증하기 위해 제시한 사유가

(1987).

<sup>23)</sup> See Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 STAN. L. REV.1161 (1995).

<sup>24)</sup> *McDonnell Douglas v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973). Allegations of disparate treatment in employment conditions - such as wage discrimination - would entail evidence that the plaintiff was treated differently from other similarly situated employees.

\* 역주: 미국 증거법상 입증책임의 정도는 민사와 형사가 다른데, 차별소송은 민사소송이므로 형사에서의 “합리적 의심의 여지가 없는(beyond reasonable doubt)” 보다 훨씬 낮은 정도의 입증책임이다.



단지 “변명(pretext)”이었음을 증명할 입증책임을 지게 된다. 즉 사용자가 제시한 증거는 아예 거짓이거나, 혹은 위법한 차별의도를 감추기 위한 변명에 불과하다는 사실을 밝혀야 한다.<sup>25)</sup>

둘째로, “복합동기(mixed motives)” 법리는 연방대법원 판결인 Price Waterhouse v. Hopkins<sup>26)</sup> 사건에서 확립되었다. 이 법리는 원고에게 비교적 유리한 것으로 평가된다. 왜냐하면 이 법리는 사용자가 차별적인 의사결정을 내리는 이유에는 합법한 동기와 위법한 동기 모두가 공존한다는 사실을 인정한 법리이기 때문이다. 1991년 민권법에서 의회는 제7장을 개정하여 “복합동기”에 의한 차별을 명시적으로 포함시켰다.<sup>27)</sup> 그 후에 나온 성차별 판결에서는 이 개정법의 해석이 문제가 되었는데, 연방대법원 판결에 의하면 원고는 사용자의 복합적 동기를 증명하고자 할 때 직접증거(direct evidence)는 물론 간접증거(circumstantial evidence, 혹은 정황증거)를 제출하는 것도 무방하다.<sup>28)</sup> 1991년 민권법은 복합동기 이론을 강화하여, 원고가 기본적인 요건을 충족하면 사용자책임을 입증된다고 보았다. 사용자의 적극적 방어(affirmative defense), - 즉 차별의도가 없어도 어차피 같은 행동을 취했을 것이라는 주장 - 는 손해배상가액을 정하는 요인으로서만 의미 있다. 우선 사용자책임을 확정된 뒤 사용자가 적극적 방어에 성공할 경우에는 문제되는 행위에 대한 정지명령(cease and desist order) 및 원고의 변호사 선임료를 지불하도록 한다.<sup>29)</sup> 만일 성공하지 못하면, 원고는 사용자로부터 의도적 차별에 의한 손해배상(즉 복직, 체불임금, 보상적 및 징벌적 배상) 모두를 받을 수 있다.<sup>30)</sup> 다만 배상액은 사업장 규모에 따라 제한을 둔다. 종업원 101명 미만의 사업장은 5만 달러를 초과할 수 없으며, 500명 이상의 사업장은 30만 달러를 초과할 수 없다.<sup>31)</sup>

25) 411 U.S. at 804-05. Proving pretext, however, does not prove unlawful intent as a matter of law. The judge or jury could still permissibly conclude that the pretext was a cover for some reason other than race, sex, national origin, or religion. *St. Mary's Honor Center v. Hicks*, 509 U.S. 502 (1993).

26) 490 U.S. 228, 235 (1989).

27) 42 U.S.C. § 2000e-2(m).

28) *Desert Palace v. Costa*, 539 U.S. 90 (2003).

29) 42 U.S.C. § 2000e-5(g)(2)(B).

30) 42 U.S.C. § 1981a.

31) *Id.*

차별대우이론에 있어 아직 해결되지 않은 중요한 문제는 “변명” 법리에 해당하는 사안과 “복합동기” 사안의 공존으로부터 발생한다. 비록 1991년 민권법이 제7장에 명시적으로 복합동기에서 비롯된 차별 사건을 포함시키기는 하였지만, 연방대법원은 그룹에도 불구하고 “변명” 사안이 차별대우를 입증하기 위한 별도의 법리로서 여전히 사용될 수 있는지 여부에 대해서는 아직 판결을 내린 바 없다. “변명” 법리를 사용해서 원고가 승소한 경우는 드문 편으로, 하급심 연방법원에서 심리를 시작하기도 전에 약식판결로 기각되는 경우가 많으므로<sup>32)</sup> 배심원단 앞에 가기도 전에 사건이 종결되곤 하기 때문이다.<sup>33)</sup>

따라서 대부분의 원고들은 소를 제기할 때 처음부터 “복합동기” 법리 사용을 선호한다. 특히 1991년 민권법 하에서 복합동기를 입증하면 사용자책임을 인정하도록 규정해 두었으므로 이러한 경향이 나타나는 것이다. 논리적으로 모든 “변명” 사안은 “복합동기” 사안에 포함될 수 있는 것이 당연하다. 사용자가 제기한 차별의 유일한 이유가 변명에 불과한 것이라는 직접증거 또는 정황증거를 제시한다면, 이는 사용자가 적어도 부분적으로는 위법한 동기로 차별행위를 했음을 입증하는 결과가 되기 때문이다. 대부분의 연방법원들이 차별사건을 다룰 때 여전히 변명법리 또는 복합동기 법리를 모두 사용하는 반면, 두 법리의 역할에 대해 해석하는 양상은 판결마다 천차만별이다.<sup>34)</sup> 조만간 이 쟁점에 관한 연방대법원 판결이 등장하여 해석상의 혼란에 종지부를 찍기를 기대한다.

차별대우 사안들에서 입증책임의 정도는 그 사건에 인용된 연방 차별법령이 무엇이냐에 따라 각기 달라질 수 있다. 2009년에 *Gross v. FBL Financial Services Inc* 사

<sup>32)</sup> Anne Lawton, *The Meritocracy Myth and the Illusion of Equal Employment Opportunity*, 85 MINNESOTA L. REV.587, 612-28, 661 (2000).

<sup>33)</sup> A right to a jury trial exists in disparate treatment cases. 42 U.S.C. § 1981a (c).

<sup>34)</sup> See, e.g., *McGinest v. GTE Serv. Corp.*, 360 F.3d 1103 (9th Cir. 2004); *Diamond v. Colonial Life & Accident Ins. Co.*, 416 F.3d 310 (4th Cir. 2005); *Griffith v. City of Des Moines*, 387 F.3d 733 (8th Cir. 2004); *Rachid v. Jack in the Box*, 376 F.2d 309 (5th Cir. 2004). See William R. Corbett, *An Allegory of the Cave and the Desert Palace*, 41 HOUSTON L. REV.1549 (2005); Jeffrey A. Van Detta, “Le Roi est Mort; Vive le Roi!”; An Essay on the Quiet Demise of McDonnell Douglas and the Transformation of Every Title VII Case after *Desert Palace, Inc. v. Costa* into a ‘Mixed-Motives’ Case, 52 DRAKE LAW REVIEW71, 72 (2003).

견<sup>35)</sup>에서는 다수의견과 반대의견 간에 첨예한 대립이 나타났는데, 1967년 연령차별 금지법(ADEA)에 규정된 ‘의도적인 차별’에 대해 결국 제한적인 해석을 하는 방향으로 판결을 내린 바 있다. 이 사건 판결의 내용은 다음과 같다. ADEA 하에서 제기되는 모든 차별대우 사안에서 원고는 고용과 관련하여 어떤 부정적인 행위를 당했을 때, 연령이 그 차별의 핵심적인 원인, 즉 “원고의 연령 때문이 아니었으면 사용자가 그러한 의사결정을 하지 않았을 것임”을 증명할 입증책임을 진다. 이러한 해석은 민권법 제7장 하에서 복합동기를 증명할 요건과는 상반된다. 왜냐하면 본법 하에서는 원고는 사용자 행위의 동기 중 전부가 아닌 일부만이라도 법률상 금지된 차별사유에 의해 비롯된 것임을 입증하기만 하면 되기 때문이다. 이 판결은 또 한가지 점에서 민권법 제7장과는 대조적인데, ADEA 하에서 사용자가 차별대우에 대한 근로자의 주장에 반박할 때, 사용자에게로 입증책임을 전환되지 않는다고 하였다.

의도적인 차별 사안에서 최근 주목을 받는 또 하나의 주요 쟁점은 보복금지(anti-retaliation)에 관한 것이다. 민권법 제7장에 의하면, 사용자는 근로자가 본법과 관련된 소송에 참여했다는 이유로, 또는 사용자의 특정 행위가 본법을 위반했다고 합리적으로 믿었기 때문에 사용자에게 이의를 제기했다는 이유로 보복하는 것을 금지하고 있다.<sup>36)</sup> 고용평등위원회 보고서에 의하면, 보복조치에 관한 사안들은 1993년에는 전체 사건의 15%였으나 2006년에는 29.5%로 크게 증가하였다.<sup>37)</sup> 2011년에는 고용평등위원회가 설립된지 45년만에 보복조치 사안 건수가 연간 최고치에 달했다는 발표가 있었다.<sup>38)</sup>

최근 연방대법원은 보복조치로부터 근로자를 보호하기 위한 조치를 확장하였다. Burlington Northern & Santa Fe Railway Co. v. White 판결<sup>39)</sup>에서는 사용자가 사업장 내에서 혹은 사업장 외부에서 근로자들에게 보복조치를 하는 것은 금지되어 있

35) 129 S.Ct. 2343 (2009). Justice Thomas wrote the majority opinion, joined by Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Kennedy, and Alito. Justices Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer dissented.

36) 42 U.S.C. § 2000e-3(a).

37) Lawrence E. Dube, Employee Retaliation Claims are on the Rise, But Rules are in Flux, NYU Conference Told, 108 DAILY LAB. REP. B-1, Jun. 6, 2007.

38) Supreme Court Upholds EEOC's Retaliation Reach, <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/1-24-11.cfm>

39) 548 U.S. 53 (2006).

다고 판시하였고, 그 예로는 보복적 징계 또는 차별행위에 대해 이의를 제기했던 전직 종업원에게 거짓으로 형사고소를 하는 식의 행위 등이 있다.<sup>40)</sup> *Thompson v. North American Stainless, LP* 판결<sup>41)</sup>에서는 민권법 제7장 하에서는 사용자는 어느 한 근로자의 차별금지 주장이 동기가 되어 다른 근로자에게 보복조치를 하는 행위를 할 수 없다고 판시하였다. 이 사건에서는 한 여성 근로자가 고용평등위원회에 차별시정 청원을 한 상태였는데, 그의 약혼자이자 직장 동료인 다른 남성 근로자가 차별 소송을 제기하게 되었다. 사용자가 자신의 약혼녀 사안 때문에 본인에게 보복을 했다는 이유에서였다. 또한, *Kasten v. Saint-Gobain Performance Plastics Corporation* 판결<sup>42)</sup>에서 연방대법원은 임금과 근로시간에 대한 연방법인 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA)<sup>43)</sup>의 해석 기준을 제시하였다. 본법에는 근로자가 FLSA와 관련된 쟁점으로 사용자에게 대하여 소를 제기했을 때 사용자의 보복조치를 금하는 규정이 있는데, 여기에서 근로자가 이의를 제기하는 방법은 반드시 정식으로 소를 제기한 것에 한정되지 않는다. 즉 근로자가 구두로 불만을 표시한 정도여도, 사용자가 그 불만의 내용이 무엇인지 합리적으로 이해할 수만 있다면, 이로 인하여 사용자가 보복조치를 해서는 안 된다는 내용의 판결이다.

## 2. 집단적 차별대우 판결들

차별 관련 소송은 개인의 권리주장 뿐 아니라 집단소송의 형태로 진행되기도 한다. 집단 차별소송은 차별의 국면을 개인 근로자 사이의 단순비교가 아닌 구조적 차별(systemic discrimination)에 그 초점을 맞춘 것이다. 구조적 차별이 가장 명확하게 드러나는 일례로써, 사용자가 어떤 특정 집단을 특정한 일자리에 채용하기를 거부하는 현상을 생각해볼 수 있다. 이런 식의 배제는 대개 고정관념(stereotype)에서 비롯된 것이므로, 그 행동이 문제될 경우 사용자는 자신의 의사결정이 의도적인 차별이 아니

40) 548 U.S. at 57, 62. Employer retaliatory actions are unlawful only if they are “materially adverse,” meaning that “they could well dissuade a reasonable worker from making or supporting a charge of discrimination.” Id. at 57.

41) 131 S. Ct. 863 (2011)

42) 131 S. Ct. 1325 (2011)

43) 29 U.S.C. Sec. 201 et seq.

라 “사업장의 정상적인 운영을 위하여 합리적으로 반드시 필요하기 때에 부과한 ‘진정한 업무수행 능력(bona fide occupational qualification)’임을 증명해야만 한다. 이 때 사용자의 입증책임은 상당히 무거운 편이다.<sup>44)</sup> 예를 들어 보자. 어떤 배터리 제조업자가 공정에서 납 성분에 노출될 가능성이 있는 직위에 사람을 채용할 때, 가임능력이 있는 여성은 채용하지 않았다. 이 경우 사용자가 배제의 근거로 주장하는 ‘납 성분이 태아에게 유해할까봐 우려되어’라는 이유는 불충분한 것으로 판시된 바 있다. 이런 경우 사용자는 “그러한 환경에서 임신부 또는 임신 가능성이 있는 여성이라면 아무도 해당 직무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다”는 것을 입증해야만 한다.<sup>45)</sup> 본 판결을 내린 법원은 사용자의 주장을 부인하면서 이렇게 판시하였다. “역사적으로 볼 때, 여성이 현재 혹은 미래에 낳을지도 모르는 자식의 건강이 염려된다는 이유로 채용을 거부하는 것은 늘 여성에게 동등한 고용기회를 박탈하는 좋은 핑계거리이곤 했다.”<sup>46)</sup> 한편, 성별, 국적, 종교, 연령에 의한 차별에 대해서는 사용자가 이 ‘진정한 업무수행 능력’ 검증을 사유로 내세워 원고의 주장을 반박할 수 있는데, 민권법 제7장은 인종차별에 대해서는 그러한 사용자의 반박을 허용하지 않고 있다.

또다른 형태의 집단적 차별대우로서, 사용자의 습관적 차별에 의해 형성되는 “습관(pattern or practice)” 형태의 사안들이 있다. 이런 사건들은 근로자 개인이 사적으로 제소하는 것은 물론, 고용평등위원회 또는 미 법무부에 의해 개시될 수 있다.<sup>47)</sup> “습관” 사안들은 오랜 시간에 걸쳐 지속되어 온 장기간의 의도적인 차별로서 관행이 되어 결과적으로 직업상의 분리를 초래한 것들이다. 원고측 입장에서 보면 이 사안들은 입증이 상당히 어렵다. 원고는 사용자가 특정 집단을 불균형하게 배제하는 습관이 그 사용자의 ‘표준적인 고용 정책’으로 정착되었음을 보여야만 하기 때문이다.<sup>48)</sup> 원고는 사용자가 채용, 승진, 임금, 업무분담 등에 있어 차별적인 관행을 지속해 왔음을 증명하고자 할 때 주로 축적된 통계자료를 사용하는 것이 일반적이지만, 근로자 개인들이

44) 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1).

45) UAW v. Johnson Controls, 499 U.S. 187, 216 (1991).

46) Id. at 211. But see, Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977) (upholding the state of Alabama’s exclusion of all women from guard positions in state maximum security prisons).

47) 42 U.S.C. § 2000e-6(a).

48) International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977).

차별을 당한 적이 있다는 ‘이야기’를 증거로 제시하여 신빙성을 높이려 시도하기도 한다.<sup>49)</sup>

1990년대 중반 이래로 구조적으로 만연한 인종차별 및 성차별을 주장하는 집단소송의 건수가 급증한 바 있다.<sup>50)</sup> 채용 및 승진, 특히 경영직으로의 승진에 있어 성차별을 이유로 한 집단소송은 보안업체부터 식료품점까지 매우 다양하게 제기되어 왔다. 어떤 사안들에서는 수백만 달러에 해당하는 합의금으로 결론이 나기도 했지만, 여전히 경영직에서의 여성 비율은 별로 증가하지 않았다.<sup>51)</sup> 최근 커다란 이슈가 된 월마트 사건에서는 임금 및 경영직으로서의 승진에 있어 기업 전체에 만연한 성차별이 문제되었다.<sup>52)</sup> 이 사건에서는 집단소송으로 160만명에 달하는 월마트 여성 근로자들이 세계 최대 규모의 기업에 소를 제기하였으므로<sup>53)</sup> “사상 최대 규모의 민권법 제7장 성차별 사건이자, 아마도 미국 역사상 최대 규모의 집단소송” 인 것으로 보인다.<sup>54)</sup> 이 사건에 참여한 원고들은 1998년 이래 월마트에 근무한 경력이 있는 모든 현직 및 전직 여성 근로자인데, 연방 항소법원에서는 이 다수의 여성 근로자들이 집단소송을 제기하기에 충분한 ‘공통성(commonality)’요건을 갖추었다고 판시했지만 연방대법원은 그렇지 않다고 보아 이를 기각하였다.<sup>55)</sup> (\*역주- 미국 연방민사소송법상 연방법원에서 제소할 관할권을 확보하려면 집단소송에 참여하는 원고들 간의 ‘공통

49) Id. at 338-39.

50) Michael Selmi, Sex Discrimination in the Nineties, Seventies Style: Case Studies in the Preservation of Male Workplace Norms, 9 EMPL. RTS & EMPLOY. POL’Y J. 1, 5 (2005).

51) For example, in the securities industry, Selmi describes the situation: “As of 1996 when many of the cases were filed, approximately 15 percent of the more than 100,000 brokers nationwide were women, and women held fewer than 10 percent of the senior management positions. By 2003, the figures were nearly the same.” Id. at 6.

52) *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 222 F.R.D. 137 (N.D. Cal. 2004), *aff’d*, 2007 U.S. App. LEXIS 28558 (9th Cir. 2007) (certifying the class for “all women employed at any Wal-Mart domestic retail store at any time since December 26, 1998, who have “been or may be subjected to Wal-Mart’s challenged pay and management track promotions policies and practices).

53) Chau, *Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue and a Silver Sixpence for her Shoe: Dukes v. Wal-Mart & Sex Discrimination Class Actions*, 12 CARDOZO J. LAW AND GENDER 969, 987, n. 108 (2006).

54) Id. at 986.

55) *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 180 L.Ed.2d 374 (2011).

성' 요건을 비롯한 몇 가지 요건을 충족해야 한다.) 수많은 근로자들 사이에 충분한 공통성이 없다는 것이다. 게다가 연방대법원은 월마트 사업장이 '일반적으로 차별적인 정책'으로 운영되었다고 불만한 실질적인 증거가 없다고 판결하였다.<sup>56)</sup>

### 3. 차별효과 이론 (Disparate Impact Theory, 또는 간접차별)

민권법 제7장을 비롯한 기타 차별금지법의 해석상, 차별금지 법리에는 지금까지 설명한 '차별대우' 이론 뿐 아니라 '차별효과'도 포함된다. '차별효과' 이론은 판례를 통해 형성되어 온 법리로서, 사용자의 고용정책 및 그 시행이 법령상 보호를 받는 어떠한 집단에게 차별적 효과를 가져온다면 이를 금지하는 법리이다. 그러한 고용정책을 폐지하는 것은 사법부의 관심을 '형식적 평등(formal equality)', 즉 단순히 동등한 대우를 규정한 소극적 관점으로부터 '실질적 평등(substantive equality)'으로 전환시키는 중요한 일이다. '실질적 평등'은 여성 및 외국인을 포함한 기타 소수자들을 모든 종류의 직업과 지위로 끌어올릴 수 있는 적극적 조치이다. 미국이 아닌 외국에서 '차별효과' 이론은 '간접차별'이라는 명칭으로 더 잘 알려져 있다.

차별효과 이론의 골자는, 외관상으로는 차별의 여지가 없이 중립적으로 설계된 고용 정책이라 할지라도 법적으로 보호되는 특정 집단에게 불리한 영향을 미친다면 위법이라는 것이다. 단, 만일 사용자가 해당 고용 정책이 업무상관성이 있으며 사업상 필수성이 있음을 입증할 수 있다면 이는 위법하지 않다. 연방대법원의 민권법에 대한 초기 해석들로부터 차별효과 이론이 등장한 것이며,<sup>57)</sup> 이는 1991년 제7장 개정에서 차별효과 관련규정이 명문으로 삽입된 점을 입법을 통해 재확인한 셈이다.<sup>58)</sup>

'차별대우' 이론과는 달리, '차별효과' 이론에는 사용자의 의도라는 구성요건이 존재하지 않는다. 차별효과 이론은 특정 집단을 배제하는 결과를 초래하는 사용자의 고용정책의 효과를 문제삼는다. 연방대법원 판결문을 인용하자면 "좋은 의도, 혹은 차별 의도가 없었다고 하더라도 소수자에게 구조적인 장애물로 작동하는, 그리고 업무능력 측정과는 무관한 채용절차 또는 시험은 용납될 수 없다."<sup>59)</sup> 사용자의 차별의도를 구

<sup>56)</sup> 180 L.Ed.2d at 392.

<sup>57)</sup> Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 431 (1971).

<sup>58)</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(c).

<sup>59)</sup> Griggs, 401 U.S.at 432.

성요건에서 제외할 때 비로소 민권법 제7장이 규정한 인과관계의 본래 의미에 좀더 가까워진다.<sup>60)</sup> 또한 이는 단순한 기회의 평등을 넘어서 ‘실질적 평등’의 구현에 좀더 다가가는 것이기도 하다.

차별효과 법리를 활용할 때, 원고는 특정 고용정책이 ‘외관상으로는 중립적이지만’ 특정 집단에 불리한 영향을 미친다는 통계적 증거에 의존하게 된다. 대부분의 법원은 고용평등위원회에서 개발된 대략적인 원칙을 사용하는데, 원고 집단이 비교집단에 비해 승소할 가능성이 80% 이하인지를 보고 판단하는 경우가 많다.<sup>61)</sup> 사용자는 원고의 주장에 대하여 문제되는 행위가 업무연관성이 있으며, 또한 사업에 필수적인 것이었음을 증명한다면 원고의 주장을 반박할 수 있다. 마지막으로 원고는, 해당 집단에 부정적인 영향을 굳이 미치지 않으면서도 사용자의 사업상 필요를 충족시킬 수 있는 대안이 존재한다는 것을 증명함으로써 재반박을 할 수 있다.<sup>62)</sup> Raytheon Company v. Hernandez 판결<sup>63)</sup>은 장애인차별금지법(ADA) 하에서 차별대우와 차별효과 이론 모두를 사용할 수 있다는 점을 재확인한 판결이다. 2005년 이전에만 해도 연방대법원은 차별효과 이론을 연령차별금지법(ADEA)에는 확장하지 않고 있는 상태였으며<sup>64)</sup> 명시적으로 연령차별로부터의 보호는 40세 이상의 근로자들만 향유할 수 있는 것이라고 하였다.<sup>65)</sup> 몇 년 뒤 Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory 판결<sup>66)</sup>에서는 민권법 제7장에서 차별효과에 대한 원고, 피고의 입증책임 부담과 동일한 입증책임이 연령차별금지법(ADEA)에도 역시 적용된다고 판결하였다. 즉, 원고는 특정 고용 정책이 요보호 집단에 차별효과를 가져왔음을 증명할 입증책임이 있다. 이는 두 법령 모두 마찬가지다. 민권법 제7장에서 사용자는 문제되는 행위가 업무연관성 및 사업상의 필요성과 관련이 있음을 증명할 입증책임이 있다. 연령차별금지법에서의 사용자의 입증책임은 문제되는 행위가 “연령이 아닌 기타 합리적인 사유로 인한 구별”

<sup>60)</sup> See Linda Hamilton Krieger and Susan T. Fiske, “Behavioral Realism in Employment Discrimination,” 94 California Law Review 997, 1038 (2006).

<sup>61)</sup> See MACK A. PLAYER, FEDERAL LAW OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION IN A NUTSHELL, FOURTH EDITION 110-18(2004); EEOC Guidelines, 29 CFR 1607.3D.

<sup>62)</sup> Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 425 (1975).

<sup>63)</sup> 540 U.S. 44, 124 S.Ct. 513 (2003).

<sup>64)</sup> Smith v. City of Jackson, 544 U.S. 228 (2005).

<sup>65)</sup> 29 U.S.C. § 623.

<sup>66)</sup> 554 U.S. 84 (2008).



은 허용하고 있는 규정에 따라 합리적이었음을 증명하면 된다.<sup>67)</sup>

차별효과 이론의 혜택을 받지 못하고 있는 분야 중의 하나가 연공서열제 부문이다. 민권법 제7장은 원고는 연공서열제가 차별을 의도하여 설계되었음을 주장하기 위해 차별대우 주장을 할 수 없도록 제한하고 있다.<sup>68)</sup> 예를 들어, 남성근로자가 대다수인 업계에서 근무하는 여성은 연공서열제 때문에 부정적인 영향을 받는다는 증거가 있어도 (즉 서열이 높은 남성근로자들이 임금, 수당, 직업안정성 등에 있어 더 좋은 대우를 받으므로) 이를 차별효과 이론을 이용하여 소를 제기할 수는 없도록 하고 있다. 즉, 연공서열제를 법률적으로 보호하는 것이다. 기타 차별효과 이론의 활용이 가능한 분야에서도 근로자들의 권익에는 그다지 진전이 없었다. 대체로 차별효과 소송에서 원고의 승소율은 낮은 편이다.<sup>69)</sup> 실질적 평등 구현에 있어 지금까지의 차별효과 소송 중 가장 효과적이었던 분야는 눈에 보이는 매우 명시적인 채용조건을 내건 업무들에 관한 것이었다. (예컨대 키나 몸무게가 일정 수치 이상일 것을 채용조건으로 하면, 여성은 상대적으로 체구가 작으므로 채용이 불리해지는 현상)<sup>70)</sup> 여성들은 소방대원 또는 경찰 업무에 지원할 때 요구되는 신체적 테스트에서는 여전히 불리함을 겪고 있다.<sup>71)</sup>

또한, 사업장에서 널리 받아들여지고 있는 현상들 - 즉 유동성을 용납하지 않는 고정된 출퇴근시간, 장기간의 근로시간 및 해외출장 등<sup>72)</sup>은 가족 내에서 ‘주된 돌봄

67) 29 U.S.C. § 623(f).

68) 42 U.S.C. § 2000e-2(h).

69) Selmi의 1983-2002년 사이의 연방법원 사례들 연구조사에 의하면, 원고가 항소심에서 승소한 경우는 19.2%, 하급심에서 승소한 경우는 25.1%밖에 되지 않는다. 연방법원에서 진행되는 전체 고용차별 관련 사건의 원고승소율은 35% 정도이다. Michael Selmi, Was the Disparate Impact Theory a Mistake? 53 UCLA L. REV.701, 735-39 (2006).

70) See e.g., *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 328-32 (1977) (minimum height and weight requirements for state prison guard positions had a disproportionately negative impact on women. The requirements were neither job related nor a business necessity to determine applicants' strength, which could be measured directly.)

71) See, *Berkman v. City of New York*, 536 F.Supp. 177 (E.D.N.Y. 1982); *Berkman v. City of New York*, 705 F.2d 584 (2d Cir. 1982) (women plaintiffs won a class action suit against New York City, challenging the physical exam for entry level firefighter positions. In a second disparate impact claim challenging the new firefighter physical exam, the federal appellate court deferred to the city's evidence that the test had been validated to meet a business need.)

역할(primary caretaker)'을 하는 여성들에게 사실상 불리한데, 아직 이러한 현상들에 대해 차별효과 이론을 적용한 판결은 없다.<sup>73)</sup> 미국에는 공공자금으로 조성된 양육 프로그램이 부족한 형편이므로 이러한 현상은 특히 미국 여성들에게 부정적인 영향을 주어 왔다. 1993년 제정된 연방법인 가족의료휴가법(Family Medical Leave Act, FMLA)이 있기는 하지만 실질적인 도움은 되지 못하고 있다. 이 법은 종업원 50명 이상의 사업장에만 적용되며, 출산 또는 가까운 가족구성원의 중병을 간호할 필요가 있을 때에 연간 12주밖에 되지 않는 무급휴가를 쓸 수 있도록 한다.<sup>74)</sup> 고용평등위원회는 근로자에 대해, 특히 여성 근로자에 대해, 가족에 대한 책임 때문에 야기되는 차별이 없도록 하는 가이드라인을 출간한 바 있다.<sup>75)</sup> 고용평등위원회는 사업장에서 엄마들에 대한 부정적인 태도 또는 고정관념 때문에 발생하는 문제들을 인식하고는 있으나,<sup>76)</sup> 이 문제를 여전히 차별대우 이론의 관점에서만 접근하는 것이 한계다.<sup>77)</sup>

최근 연방대법원은 사용자들이 여성 및 소수자에게 불리한 영향을 끼칠 수 있는 업무 관련 시험을 오히려 폐지하지 못하게 만드는 판결을 내린 바 있다. Ricci v. DeStefano 판결<sup>78)</sup>에서 시립기관인 사용자가 소방대원들의 승진에 있어 소수자인 지원자에게 불리한 영향을 주는 승진시험을 폐지하였다. 그런데 연방대법원은 다수의견 5, 반대의견 4 결정으로 사용자의 행위는 민권법 제7장을 위반한 것이라고 판결하였다. 즉, 사용자가 “그러한 행위를 취하지 않으면 차별효과 규정을 위반하게 된다는 강한 증거가 없는 한” 민권법 제7장 위반이라는 것이다.<sup>79)</sup> 민권법 제7장에 대한 이

<sup>72)</sup> See Selmi, supra note 69, at 704-05, n.12, 750 (discussing the broad range of issues proposed for disparate impact analysis); Risa L. Lieberwitz, It's All in the Numbers: The Toll Discrimination Takes,” in TELLING STORIES OUT OF COURT: NARRATIVES ABOUT WOMEN AND WORKPLACE DISCRIMINATION (Ruth O'Brien, ed.) (2008).

<sup>73)</sup> See Mary Joe Frug, Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers, 59 BOSTON U. L. REV. 55 (1979).

<sup>74)</sup> 29 U.S.C. §§ 2601-2654.

<sup>75)</sup> EEOC, Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities (2007), at, <http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiving.html>

<sup>76)</sup> Id.

<sup>77)</sup> Id. at 36

<sup>78)</sup> 129 S.Ct. 2658 (2009).

<sup>79)</sup> Id. Justice Kennedy wrote the majority opinion, joined by Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Thomas, and Alito. Justices Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer

러한 제한적인 사법적 해석은 차별효과 이론과는 일관성이 없어 보인다. 차별효과 이론에 충실하자면, 사업상 필요성이 없는 차별적 행위는 가능한 폐지하도록 오히려 사용자들을 장려해야 하기 때문이다.

### III. 노동법 및 고용법의 적용 여부와 보호 범위에 관한 최근의 쟁점

#### A. 노동법과 고용법의 적용을 받는 “근로자” 에서 배제되는 직종들

##### 1. 감독자 (supervisor)

“감독자(supervisor)”는 NLRA 제11조 제2항에서의 적용과 보호대상에서는 제외되어 있지만, 민권법 제7장을 포함한 각종 고용차별법에서는 근로자로서 보호를 받는다는 점이 주목을 끈다. 이러한 구분으로부터 국회의 입법의도를 알 수 있다. NLRA에서의 노조결성은 단체권을 규정한 법률인 한편 민권법 제7장은 소수자 집단에게 채용 및 승진의 길을 열어주는 법률로 보고 있는 것이다. NLRA에서 왜 ‘감독자’가 근로자개념에서 배제되는지 그 이유를 상세히 밝히는 것은 본 논문의 범위를 벗어나는 일이지만 그럼에도 불구하고 이 글에서 간단히 짚고 넘어갈 필요가 있다. 최근 연방대법원에서 제2조 11항의 감독자를 근로자로부터 배제하는 범위를 넓히는 판결을 내린 바 있기 때문이다. 이 판결의 결과로 전문직 근로자가 노동조합을 결성하기가 특히 어려워졌다. NLRA 2조 12항에서 “전문직 근로자”는 제7항에 포함되는 것으로 되어 있다.<sup>80)</sup>

그러나 최근 연방대법원의 또다른 최근 판례에 의하면 다른 간호사들의 업무를 분담 및 지시한 간호사들은 스스로의 독립된 판단을 한 것이며 사용자의 이익을 위하여 행동하였으므로 NLRA 제2조 11항의 “감독”에 해당한다고 보았다.<sup>81)</sup> 이 사건은

dissented.

<sup>80)</sup> 29 U.S.C. § 152(12).

<sup>81)</sup> NLRB v. Health Care & Retirement Corp. of America, 511 U.S. 571 (1994); NLRB v. Kentucky River Community Care, Inc., 532 U.S. 706 (2001).

다수의견 5, 반대의견 4로 표가 갈렸는데 반대의견에서는 간호사들의 그러한 업무는 징계행위도 아니고, 임금을 결정하는 기능도 아니고 단지 전문직이라면 일반적으로 수행하는 업무에 가깝다고 보았으며, 만일 간호사들의 독립성을 강조하면 이는 전문직 근로자들도 “노동”을 제공하는 자로서 법률의 적용대상에 포함시킨 취지를 무시하는 것이라고 하였다.

연방대법원의 이러한 판결은 보건 분야뿐만이 아닌 다른 전문직 근로자들에게도 영향을 미칠 가능성이 크다. 특히 미국경제에서 서비스직이 차지하는 비율이 점차 늘어나는 현상을 고려할 때, 이는 결국 노동운동 전체에 심각한 장애물이 될 수 있는 판결이다. 근로자들의 단결권을 제대로 존중하려면, NLRA 제2조 11항을 개정하여 ‘감독’의 근로자성을 인정하고, 근로관계에서 실제로 일어나는 권력관계의 현실을 반영할 필요가 있다.

## 2. 농업종사자 및 가사노동자

미국의 빈곤층 가운데에서도 어떤 집단들은 잘 대변되지 못하고 있으며, 그 결과로 저임금에 의해 계속적으로 부정적인 영향을 받고 있다. 미국 역사에서 계속되어 온 성차별 및 인종차별로 인해 여성, 흑인, 히스패닉 등 소수인종은 백인에 비하여 훨씬 더 임금수준이 낮다.<sup>82)</sup> 여성, 소수자, 그리고 이민자들은 저임금 노동자들의 대다수를 차지한다.<sup>83)</sup> 수입 서열의 가장 밑바닥에는 여성 근로자들이 대부분으로 이들은 소매점 판매원, 병원 서비스업 직종 기타 파트타임 비정규직에 종사하고 있다. 또한 여성들은 어머니로서의 역할 때문에 더욱 불리하다.<sup>84)</sup> 이는 미혼/비혼모 가정의 빈곤이 2000년대 들어 더욱 악화되는 현상으로부터 증명된다.<sup>85)</sup>

82) 2007년에 빈곤선 임금을 받는 자들은 전체 남성근로자의 21.8%, 여성근로자의 31.4%, 흑인의 34%, 히스패닉의 41.8%에 달했다. LAWRENCE MISHEL, JARED BERNSTEIN, AND HEIDI SHIERHOLZ, THE STATE OF WORKING AMERICA 2008/2009, 6-7 (2009).

83) Although 61% of minimum wage workers are white, minorities are still disproportionately represented in minimum wage workers. 59 % of minimum wage workers are women; 46% of all minimum wage workers are employed in retail and hospitality industries, compared to 21% of all workers. Id.at 9, 329.

84) Id. at 7-9.

85) Id. at 12-13.

노동조합의 존재 여부는 임금, 수당 및 근로조건에 결정적인 차이를 가져온다. 조합이 존재하는 사업장에서의 평균임금 수준은 미조직 사업장의 근로자들과 비교할 때 20%가량 높으며<sup>86)</sup>, 건강보험 혜택은 18.3%, 연금은 22.5%, 유급휴가를 받을 확률은 3.2% 가량 높다는 통계가 있다.<sup>87)</sup> 미국에서의 사부문 조직률은 현재 7% 미만으로 매우 낮음을 고려할 때, 전체 인구를 놓고 보면 근로자 대부분은 노동조합과 단체협약으로부터의 이득을 얻지 못하고 있는 셈이다. 미국에서의 반(反)노조 경향이 심하고 노조 결성에 대한 장애물이 많음에도 불구하고, 대부분의 근로자들은 물론 원칙적으로 단결권을 향유한다. 그러나 어떤 근로자들은 NLRA상의 보호로부터 배제되고 이는 저임금 근로자들에게 특히 가혹한 결과를 가져온다. 예컨대 농업종사자와 가사노동자는 배제되는데,<sup>88)</sup> 이들은 대부분 저임금 근로자임에도 불구하고 NLRA 7조에서 규정된 단결권, 단체교섭권 및 기타 단체행동에 참여할 권리가 없어 연방법으로 아무런 보호를 받지 못하고 있다. 이러한 배제는 특히 외국인근로자와 여성에 대한 열악한 처우를 야기하는 주요 원인이다. 이들은 특히 농업 및 가사노동에 종사하는 경우가 대부분이기 때문이다.<sup>89)</sup> 이들을 달리 보호할 주(州)법이 존재하는 경우도 드물다. 농업종사자들의 단결권 및 단체교섭권을 보장하는 법률을 통과시킨 주는 캘리포니아를 포함하여 9개밖에 되지 않는다.<sup>90)</sup>

1938년 제정된 공정근로기준법(FLSA)은 최저임금 및 초과근무 수당에 대해 규정한 연방법인데, 이 역시 초과근무 관련 규정에서는 농업종사자와 가사노동자를 배제

86) Laurence Mishel and Matthew Walters, "How Unions Help All Workers," Economic Policy Institute Briefing Paper #143 (August 26, 2003), available at, [http://www.epi.org/publications/entry/briefingpapers\\_bp143/](http://www.epi.org/publications/entry/briefingpapers_bp143/)

87) Lawrence Mishel, Jared Bernstein, and Sylvia Allegretto, THE STATE OF WORKING AMERICA 2006/2007, p.7, available at <http://www.stateofworkingamerica.org/swa06-00-toc-exec-intro.pdf>

88) 29 U.S.C. Sec. 152(3).

89) See, Kati L. Griffith, U.S. Migrant Worker Law : The Interstices of Immigration Law and Labor and Employment Law, 31COMP. LAB. L. & POL'Y J. 125, 142 (2009); Terri Nilliasca, Some Women's Work: Domestic Work, Class, Race, Heteropatriarchy, and the Limits of Legal Reform, 16 Mich. J. Race & L. 377 (2011).

90) The Haves and the Have-Nots : How American Labor Rights Denies a Quarter of the Workforce Collective Bargaining Rights, pp. 6-7 American Rights At Work Report (Nov. 2008), available at, [http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/havesandhavenots\\_nlracoverage.pdf](http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/havesandhavenots_nlracoverage.pdf)

하고 있다.<sup>91)</sup> 이 법은 1974년 개정되어 적용범위를 가사노동자에게까지 확장한 바 있으나, “스스로를 돌볼 수 없는 자에게 가사서비스를 제공하기 위해 개인적으로 고용된 자”에게는 적용되지 않는다고 규정하였다.<sup>92)</sup> 연방 노동부(Department of Labor)는 이 조항에 대하여 개인 또는 그 가족구성원에 의해 직접 고용된 자는 물론, 제3자인 알선기관을 통해 고용된 사람에게도 적용된다고 해석한 바 있다. 이에 대해 연방 대법원은 노동부의 해석은 합리적인 행정지침으로서 위헌은 아니라고 판결한 바 있다.<sup>93)</sup>

한편, 민권법 제7장은 가사노동자에게 분명히 적용된다. 다만 종업원 15명 이상의 사업장에 적용된다고 하고 있으므로 가정 내에서 개인적으로 고용되어 일하는 자들은 현실적으로 아무도 보호를 받지 못한다. 이러한 현실을 반영하여, 지난 2010년 뉴욕 주에서는 미국 최초로 “가사노동자 권리장전(Domestic Workers’ Bill of Rights)”이 제정되어<sup>94)</sup> 가사노동자들이 뉴욕주 인권법(New York State Human Rights Law) 하에서 임금 및 근로시간에 관해 법적 보호를 받을 수 있도록 하였고, 인종차별 또는 성차별을 당하는 가사노동자에게는 특수한 cause of action을 인정받도록 하였다.<sup>95)</sup> 농업종사자들의 경우, 민권법 제7장이 적용되며, 이는 특히 외국인 근로자들이 인종, 국적 및 성별로 인한 차별로부터 보호받도록 하는데 특별히 중요한 의의를 가진다. 이에 관하여는 다음 장에서 자세히 설명하도록 한다.

### 3. 하도급자 (independent contractor)

하도급자들은 NLRA, FLSA, 민권법 제7장 등 각종 노동 및 고용 분야에서의 차별

<sup>91)</sup> See, Griffith, *supra* note 89, at 146; Matthew Webster, “Jobs Americans Won’t Do”: Our Farming Heritage, Hazardous Harvests, and a Legislative Fix, 29 LAW & INEQ. 249, 258-59 (2011)

<sup>92)</sup> 29 U.S.C. Sec. 213(a)(15).

<sup>93)</sup> 551 U.S. \_\_\_, 127 S.Ct. 2339 (2007).

<sup>94)</sup> See, “After Years of Organizing, Domestic Workers Win Bill of Rights Law in New York,” Democracy Now, available at, [http://www.democracynow.org/2010/9/2/after\\_years\\_of\\_organizing\\_domestic\\_workers](http://www.democracynow.org/2010/9/2/after_years_of_organizing_domestic_workers)

<sup>95)</sup> Domestic Workers’ Bill of Rights, New York State Department of Labor, at <http://www.labor.ny.gov/sites/legal/laws/domestic-workers-bill-of-rights>. page See also, Nilliasca, *supra* note 89, at 397-405.

금지법 적용에서 배제되어 보호를 잘 받지 못하고 있는 실정이다. 따라서 사용자들은 근로자를 법적으로 보호할 의무를 회피하기 위해 - 즉 노조 가입을 막고, 근로자에게 산재보험을 비롯한 각종 수당지급을 피하고, 공정근로기준법(FLSA)에 규정된 초과근무수당 지급을 피하기 위하여 - 고의적으로 하도급 형태로 채용하는 경우가 많다.<sup>96)</sup> 근로자인지 하도급자인지 여부가 문제될 경우, 법원은 이를 판단할 때 커먼로상의 법리인 “경제적 현실성 테스트(economic realities test)”를 사용한다.<sup>97)</sup> 그 골자는 수행되는 업무에 실질적인 지휘감독을 행사하는 자가 누구인지를 보는 것인데, 대부분의 경우 그 결정기준은 매우 모호하다.

하도급자 문제가 가장 주목을 받는 분야는 최신 기술산업 분야이지만, 사용자들은 저임금 노동자들에 대해서도 하도급자로 취급하려는 시도를 계속하고 있다. 잘 알려진 일례로, 가공류 가공업체인 Perdue Farms에서 닭 도살업자들에게 초과근무수당 지급을 거부한 사건에서, 사용자측은 도살업자는 하도급자이므로 연방 공정근로기준법(FLSA)가 적용되지 않는다고 주장했다. 그러나 이에 대해 2000년 2월의 연방지방법원의 판결에 의하면, 업무에 대해 실질적인 지휘감독을 행사하는 주체가 사용자 회사이므로, 도살업자들은 커먼로상의 근로자라 보아야 한다고 판시하였다. <sup>98)</sup> 이 사건은 2001년 5월에 회사측에서 3개 가공업체의 100여명의 도살업자들에게 도합 240만 달러의 합의금을 지불함으로써 종결되었다.<sup>99)</sup> 사용자들의 저임금 노동자에 대한 하도급자 취급에는 다른 많은 사례들이 있는데 그 중 대표적인 것은 주로 가내수공업이다. 이에 대한 임금은 근로시간이 아닌 상품의 개당 가격으로 산정되며,<sup>100)</sup> 대부분 여성 및 외국인근로자들이 종사하고 있다.<sup>101)</sup>

<sup>96)</sup> See, Melissa A. Childs, The Changing Face of Unions: What Women Want From Employers, 12 DEPAUL BUS. L. J. 381, n.124 (2000)

<sup>97)</sup> See, Griffith, supra note 89, at 146-47.

<sup>98)</sup> See, Walpole-Hofmeister, Elizabeth, “Court Finds Chicken Catchers Are Employees Covered by FLSA for Overtime,” 41 Daily Labor Report A-5 (Mar. 1, 2000); see also, cases from other industries, discussed in Renate M. de Haas, Business Law: Employee Benefits: Vizcaino v. Microsoft, 13 BERKLEY TECH. L. J. 483, 490-93 (1998).

<sup>99)</sup> Walpole-Hofmeister, Elizabeth, “FLSA: Perdue Farms Settles Overtime Suit, Will Pay Chicken Catchers \$1.7 Million,” 92 Daily Labor Report A-1 (May 11, 2001).

<sup>100)</sup> Childs, supra note 96, at 414-415.

<sup>101)</sup> Griffith, supra note 89, at 132, citing, Robert Knox, Braintree Ruckus Points Up Larger Issue: Union Protests Labor Practice, BOSTON GLOBE, Dec. 7, 2006, at 4.

## B. 노동법 및 고용법에서 외국인근로자가 보호받지 못하는 문제

### 1. 외국인근로자에 대한 민권법 제7장 및 차별금지법의 적용

외국인근로자 쟁점을 논의함에 있어, 본 논문에서는 미국의 모든 이민 정책 및 법률을 논하지는 않겠지만, 외국인의 근로권과 직결되는 몇 가지 이민 관련 쟁점은 검토할 필요가 있다. 첫째로, 먼저 미국 이민법이 외국인 근로자에 대한 단기 취업비자를 어떻게 분류하고 있는지 살펴볼 필요가 있다. H-2A 비자는 농업종사자를 위한 것이며, H-2B는 계절노동자, 즉 해산물 가공업, 건설업, 호텔 서비스직, 국가적 재해복구 업무 등에 종사하는 자를 위한 것이다.<sup>102)</sup> H-2A 비자는 연간 100,000건, H-2B 비자는 66,000건 정도 발급되고 있으며 이 비자를 신청하는 외국인들은 주로 저임금, 미숙련 근로자들이다.<sup>103)</sup> 또한 좀더 숙련된 기술자들을 위한 H-1B 비자가 있어 주로 IT업계 종사자들에게 발급되고 있다.<sup>104)</sup> 이 비자는 법정 최고한도로 연간 65,000건 이상은 발급할 수 없도록 규정되어 있으나, 예외에 해당하여 실제로는 좀더 많은 외국인이 이를 발급받는다.<sup>105)</sup> H-1B 비자는 상술한 H-2A 및 H-2B 비자보다 몇 가지 유리한 점이 있다. 첫째는 미국 내 체류기간 중 사업장을 변경할 수 있다는 점이며, 둘째는 영주권 및 시민권을 신청할 기회가 주어진다는 점이다.<sup>106)</sup>

위와 같은 취업비자를 발급받은 외국인근로자는 각종 차별금지법상의 보호를 받을 권리를 향유한다. 내국인 근로자와 마찬가지로, 외국인근로자는 민권법 제7장에 의하여 인종, 성별, 국적 및 종교 등에 의한 차별사유가 발생시 사용자에게 소를 제기할 수 있다. 외국인근로자는 미국인 고용주로부터의 편견, 선입견 또는 차별대우로 인하여 ‘국적’에 의한 차별을 주장할 확률이 높음은 쉽게 예측할 수 있다. 그러나, 민권법 제7장은 시민권 소지여부에 의한 차별은 다루지 않고 있다는 점을 주의할 필요가 있다.<sup>107)</sup> 예컨대 어떤 고용주가 미국 시민이 아닌 자에 대한 채용을 계속 거부했다고 하여 제7장 위반이라고 볼 수는 없다. 반면, 미국 시민이 아닌 자들을 일반적으로 채

102) Griffith, *supra* note 89, at 134-35.

103) *Id.* at 135.

104) *Id.* at 131.

105) *Id.*

106) *Id.* at 131-132.

107) See, *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 U.S. 86 (1973).



용해 왔지만 특정 국가로부터 온 외국인인 채용하기를 거부한다면, 이것은 국적에 의한 차별로서 제7장 위반이 된다.<sup>108)</sup> 국적에 의한 차별의 대표적인 예는 말투나 억양 때문에 차별대우를 한다든가, 업무 수행시 오직 영어로만 대화할 것을 요구하는 등의 행위이다. 다만 사용자가 이러한 요구사항들이 사업상 꼭 필요한 정책임을 증명한다면 위법한 차별이 아니다. 이 외에도, 외국인근로자들은 열악하고 위험한 작업환경 및 기타 형태의 차별대우에 노출되는 경우가 많다.<sup>109)</sup>

한편, 1986년 제정된 연방이민개혁 및 관리법 (Immigration Reform and Control Act, IRCA)<sup>110)</sup> 은 국적 및 시민권 소지여부에 대한 차별 모두를 금지하고 있다. 그러나 본법은 유효한 취업비자를 소지하고 입국한 외국인근로자에게만 적용되고, 그러한 허가가 없는 자들에게는 적용되지 않는다.<sup>111)</sup>

## 2. 노동법 및 고용법 하에서 미등록 외국인근로자에 대한 제한적 구제

현재 미국에 체류하는 외국인근로자 중, 상술한 단기취업 비자를 소지하고 근무하는 자는 전체 외국인근로자 중 얼마 되지 않는다. 현재 합법적인 비자 없이 일하는 외국인의 수는 약 8백만명에서 1천 2백만명 가량으로 추산된다.<sup>112)</sup> 이 중 대부분은 저임금, 미숙련 노동자들이다.<sup>113)</sup> 2002년의 연방대법원 판결 때문에 이들은 NLRA의 제한적인 보호조차 받기 어렵게 되었다. 일찍이 연방대법원은 미등록 외국인근로자도 NLRA의 보호대상이라고 판시한 바 있으나,<sup>114)</sup> Hoffman Plastic Compounds v. NLRB 판결<sup>115)</sup>에서는 미등록 외국인근로자를 구제할 연방노동위원회의 권한을 제한

<sup>108)</sup> See, Rachel K. Alexander, Bridging the Title VII Gap: Protecting All Workers from “Work Authorization” Discrimination, 10 RRG 199, 204-07 (2010).

<sup>109)</sup> See, Griffith, supra note 89, at 126 (citing multiple studies and reports of abusive working conditions of migrant workers).

<sup>110)</sup> Pub. L. No. 99-603, 100 Stat. 3359 (codified as amended in scattered sections of 8 U.S.C.).

<sup>111)</sup> Keith Cunningham-Parmeter, Redefining the Rights of Undocumented Workers, 58 AM. U.L.REV. 1361, 1375 (2009).

<sup>112)</sup> Griffith, supra note 89, at 125; Hiroshi Motomura, What is “Comprehensive Immigration Reform”? Taking the Long View, 63 ARK. L. REV. 225, 226 (2010).

<sup>113)</sup> Griffith, supra note 89, at 125.

<sup>114)</sup> Sure-Tan, Inc. v. NLRB, 467 U.S. 883 (1984).

<sup>115)</sup> 535 U.S. 137 (2002).

하는 쪽으로 판시하였다. 이 사건에서 미등록 외국인근로자였던 José Castro는 노동조합 활동을 했다는 이유로 해고를 당했으며, 연방노동위원회는 이를 NLRA 위반이라고 보았다. 연방대법원은 노조 활동을 이유로 한 해고가 NLRA 위반이라는 연방노동위원회의 결정에는 동의하였으나, 단 이러한 부당노동행위에 대한 구제수단으로 해당 근로자의 복직 또는 체불임금을 지급할 수는 없다고 판시하였다. 그 논거는 연방이민개혁 및 관리법(IRCA)에서 “채용되기 위하여 위조된 비자를 사용한 미등록 외국인근로자를 알면서도 고용할 경우 그러한 사용자의 행위는 위법하다”고 규정하고 있는데, 만일 이 사안에서 외국인근로자가 겪은 부당노동행위에 대한 구제를 하면 그러한 연방 이민정책을 거스르는 결과를 가져온다는 이유였다.<sup>116)</sup>

이 사건에 반대의견을 낸 4명의 판사들은, 만일 다수의견에 따르게 되면 앞으로 고용주들은 미등록 외국인근로자에 대해 별도의 배상책임 없이 마음껏 부당노동행위를 저지를 수 있는 길을 열어준 것이나 마찬가지라고 비판하였다.<sup>117)</sup> 이들의 예언은 과연 적중하여, 최근의 한 연방노동위원회 결정에서는 연방대법원 판결의 취지를 더욱 확장한 바 있다. Hoffman Plastic 사건에서는 사용자가 원고 외국인근로자의 비자가 위조된 것임을 알고 있었다는 증거가 없었다. 그런데 여기서 한 걸음 더 나아가, 연방노동위원회는 2011년 8월 결정에서 미등록 외국인근로자는 고용주가 미등록 사실을 알면서도 채용한 뒤 그 후 부당노동행위를 범한 경우에도 그 외국인근로자에게 복직 또는 체불임금을 받을 수 없다고 하였다.<sup>118)</sup> Hoffman Plastic 판결을 이런 식으로 해석하기 시작하면, 이는 결국 사용자가 노동조합 탄압이라는 ‘이득’을 얻기 위해 연방이민법 위반쯤은 대수롭지 않게 여기도록 유도하는 결과로 이어질 수밖에 없다. 현재 외국인근로자가 저임금 직종 및 열악한 작업환경에 몰려 있는 현실을 볼 때, 노동조합과 단체교섭이 가장 절실히 필요한 영역에서 오히려 조합활동이 더욱 어려워지는 결과로 이어질 위험이 있다.

연방대법원의 Hoffman Plastic 판결을 해석함에 있어, 이제 하급심 법원들은 다음과 같은 질문에 봉착하게 되었다. 미등록 외국인근로자의 손해배상은 민권법 제7장을 비롯한 기타 차별금지법 하에서도 제한되는 것인가? 이 쟁점에 대한 판결은 현재 주

<sup>116)</sup> Id. at 141

<sup>117)</sup> Id. at 156

<sup>118)</sup> Mezonos Maven Bakery, Inc., 357 NLRB 47 (2011).

마다 각기 다른 상태인데, 대부분의 연방항소법원들에서는 민권법 제7장과 연방공정 근로기준법 하에 규정된 구제는 받을 수 있다는 의견을 보이고 있다.<sup>119)</sup> 일부 연방 법원은 미등록 외국인근로자는 체불임금을 받거나 복직될 수는 없지만, 제7장에 의거하여 기타 금전적 배상은 받을 수 있다고 판결하였다.<sup>120)</sup>

### 3. 이민 관련 주(州)법률상의 쟁점

향후 계속적으로 소송상 쟁점이 될 것이라고 예상되는 분야는 이민에 관한 주법률과 연방법률의 관계에 대한 문제, 특히 사업장에 직접적으로 영향을 미치는 분야에 대한 문제이다. 일반적으로, 이민에 관하여 연방법은 대부분의 주 법률들에 우선한다. 그러나 최근 Chamber of Commerce of the US v. Whiting 사건에서는<sup>121)</sup> “아리조나 주 합법근로자에 관한 법률(Legal Arizona Workers Act)”이 연방법에 의해 무효화되지 않는다고 판결한 바 있다. (\*역주: 미국헌법 해석상 동일사안에 대해 연방법과 주법 모두가 동시에 존재하며, 그 내용이 충돌할 경우, 연방법이 우선하여 해당 부분에 대한 주법은 무효화된다.) 이 법은 고용주가 알면서도 의도적으로 미등록 외국인근로자를 채용할 경우 사업자등록증을 정지 또는 취소하도록 하고 있다. 그러나 연방이민법은 사업자등록에 관한 규제는 원칙적으로 주정부의 영역으로 맡겨두고 있으므로, 본 판결이 이민정책에 대해 전체적으로 주정부의 권한을 확장하는 것이라고 볼 수는 없다.<sup>122)</sup>

U.S. v. Arizona 사건은 더 많은 논쟁을 불러일으킨 바 있는데,<sup>123)</sup> 이 사건에서 연

<sup>119)</sup> See, *Rivera v. NIBCO, Inc.*, 364 F.3d 1057, 1069 (9th Cir. 2004) (“[T]he overriding national policy against discrimination would seem likely to outweigh any bar against the payment of back wages to unlawful immigrants in Title VII cases. Thus, we seriously doubt that Hoffman applies in such actions.”) See also, *Cunningham-Parmeter*, supra note 111, at 1370; *Griffith*, supra note 89, at 147; Michael J. Wishnie, *Emerging Issues for Undocumented Workers*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 497, 509-12 (2004).

<sup>120)</sup> *Griffith*, supra note 89, at 147.

<sup>121)</sup> 563 U.S. at \_\_\_, 131 S.Ct. 1968 (2011).

<sup>122)</sup> See, *Id.* at 1977-78. See also, Julie Myers Wood, *Supreme Court Affirms a State Immigration Law - What It Means*, 2011 *Emerging Issues* 5686, LexisNexis *Emerging Issues Analysis* (June 2011).

<sup>123)</sup> 641 F.3d 339 (9th Cir. 2011).

방향소법원은 아리조나주의 이민관리법에 일부 위헌판결을 내렸다. 이 법에는 고용 관련 규정과 기타 규정이 혼재하는데, 그 내용은 미등록 외국인근로자가 미국 내에서 취직 또는 근무를 시도하는 행위를 형법상 범죄로 규정한 것, 그리고 경찰이 불법 입국자라고 “합리적으로 의심이 가는” 사람에 대해서는 주 경찰당국이 이민 상태를 확인하도록 규정한 것이다. 법원은 연방이민법 및 이민정책에 비추어 볼 때 아리조나주 법의 이러한 몇몇 조항들은 정당화될 수 없다고 보았다. 이 사건을 비롯하여, 다른 주에도 존재하는 비슷한 법률이 쟁점이 된 사건들에 대하여<sup>124)</sup>조만간 연방대법원 판결이 있을 것으로 예상된다. 만일 이러한 징벌적 종류의 법률이 합헌 판정을 받는다 면 외국인근로자의 권리는 심각한 위협을 받을 것이다.

#### IV. ‘노동법’과 ‘고용법’의 효율성에 대한 재검토

앞서 설명한 바와 같이, 미국에서 ‘노동법(labor law)’이라고 하면 NLRA- 즉 사부 문에서 근로자들의 단결권, 단체협약 체결권 및 근로자들의 상호이익을 위해 기타 단체행동에 참여할 권리를 지칭하는 것이다. 반면 ‘고용법(employment law)’은 NLRA 외에 근로자의 단체적 권리가 아닌 개인적인 차원의 권리를 보호하는 법률들, 즉 민 권법 제7장과 기타 차별금지법 법령들을 일컫는 것으로 여겨지고 있다. 그러나 현재 당연하게 여겨지는 ‘노동법’과 ‘고용법’ 사이의 이러한 구분은 근로자의 권리를 현실 과는 거리가 멀게 단지 추상적으로 개인적 권리, 단체적 권리로 분리하고 있다는 점 에서 비판적으로 검토될 필요가 있다. Michael Fischl 교수의 지적처럼, 이러한 분리는 점점 더 현실을 제대로 설명해주지 못하고 있다. 사업장에서 쟁점이 발생하는 양 상, 카테고리를 넘어서서 법률들이 서로를 점점 유사해지는 현상, 그리고 법이론의 기능적 통합에 있어 그러하다.<sup>125)</sup> 예컨대, Fisch에 의하면 개인행동과 단체행동은 점 차 통합 및 교차되는 양상을 보이고 있으며, 사용자에 대한 대항행위가 ‘상당히 매끄

<sup>124)</sup> See, Kim Severson, Parts of Georgia Immigration Law Blocked, NY TIMES A-17 (Jun. 28, 2011)

<sup>125)</sup> Richard Michael Fischl, Rethinking the Tripartite Division of American Work Law, 28 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 163, 165-170 (2007).

렵게' 개인행동으로부터 단체행동의 차원으로 전환되고 있다.<sup>126)</sup> 그 방법은 매우 다양하며, 노동조합의 결성 뿐 아니라 기타의 다양한 방법으로 조합이 근로자 개인의 소송을 도와주고 있다는 것이다.<sup>127)</sup>

노동법과 고용법을 별도의 카테고리 분류할 때의 가장 치명적인 단점은 단체권 및 근로자 개인의 권리 모두에 있어 부정적인 영향을 미친다는 점이다. 만일 고용차별법을 오직 근로자 개인의 권리를 보호하는 관점에서만 바라본다면, 차별금지의 단체적 측면을 간과하게 된다. 즉, 차별을 당하고 있는 한 개인은 보호를 필요로 하는 하나의 사회적 '집단'의 일원이라는 사실을 간과하게 되므로 위험하다는 뜻이다. 최근의 연방대법원 판결들을 살펴보면 요즘의 원고들은 차별대우 이론 또는 차별효과 이론 중 어느 것을 이용해도 승소하기 힘들다는 결론이 나온다. 1990년대 이래로 집단소송의 건수가 지속적으로 증가해온 것은 사실이지만, 2011년 8월의 연방대법원의 월마트 사건 판결에 의하면 구조적으로 만연해 있는 차별행위에 대해 원고가 대규모의 집단소송을 제기하려면 상당히 까다로운 장애물들을 넘어야만 한다. 이 사건 원고로 되어있는 현직 및 전직 월마트 여성 종업원들은 연방법원에 소를 제기할 만큼 충분한 '동질성(commonality)'을 입증하지 못했다는 판결이었다. 이러한 판결의 기저에는 여전히 차별은 개인의 문제일 뿐이라는 인식이 자리잡고 있다. 차별은 사용자의 채용 및 승진정책에서 단체적으로 발생하는 현상임을 간과하고 있는 것이다.

최근 연방대법원의 Ricci 판결에서는, 차별효과 이론을 이용하여 집단소송을 제기하면 다른 근로자들의 개인적 권리가 침해될지도 모른다는, 집단소송에 대한 경계심이 드러나 있다. 이 판결에서는 소수자들에게 불리한 결과를 초래하는 업무상 테스트를 폐지하기로 한 사용자의 결정이, 백인 남성 원고들에게 부당한 손해를 끼쳤다는 결론을 내렸다. 따라서 Ricci 판결은 역사적으로 차별적인 고용정책으로부터 혜택을 받아 왔던 주류 집단에게 일종의 '역차별'이론을 인정해준 셈이다. 이 판결은 요보호 집단에 대하여 차별효과를 가져올 수 있는 업무상 테스트를 폐지하거나, 차별의 시정을 위해 기타 적극적 조치를 취하려던 사용자들을 오히려 좌절시키는 결과를 가져왔다. 연방대법원은 과거 다른 판결에서도 여성 및 소수인종이 진출하기 어려웠던 직종

---

<sup>126)</sup> Id. at 178.

<sup>127)</sup> Id.

에 이들의 채용을 장려하려는 적극적 조치들에 대해서도 부정적인 반응을 보인 바 있다. Title VII에 대한 법원의 해석에 의하면, 여성과 소수인종의 심각한 부족을 시정하기 위해 성별, 인종, 국적 등을 하나의 플러스 요인으로 고려하는 정도만이 허용되고, 해당 직위에 지원한 백인 남성의 권리를 “부당하게 침해”하면 안 된다고 하였다.<sup>128)</sup>

고용차별법을 이렇듯 개인의 권리에 대한 것으로만 취급할 경우 사업장과 관련된 법들을 하나의 일관된 유기체로 통합할 수 있는 강력한 가능성을 놓치고 만다. 노동법과 고용법의 연계성을 강화할 때, 근로자들은 단체적 권리 및 개인적 권리 모두를 보장하기 위하여 단체행동을 활용할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때, NLRA에서 보장된 집단적 권리는 개인의 권리를 다른 근로자 모두의 권리로 확장할 수 있다는 점에서 권리 보장의 기반을 마련해준다. 역사적으로 노동운동은 개인의 고용과 관련된 법률을 제정 및 통과시켜 그 혜택을 모든 근로자가 공유할 수 있도록 적극적으로 행동하는 과정이었다. 이렇게 형성된 법률상 최저기준으로부터 시작해서, 근로자들은 단결력을 행사하여 사업장에 조합을 조직하고 점차 권리를 확대할 수 있는 것이다. 차별금지법 바로 이러한 맥락에서 이해되어야 한다. 단체협약의 체결로서 성별, 인종, 국적에 의한 차별 등으로부터 근로자를 보호하고 노동력의 다양성을 확보하기 위해 적극적 시정조치를 취하도록 하는 것이다. 또한, 단체교섭은 근로자 개인의 개성을 표출하는 데에도 도움이 될 수 있다. 노동조합이 존재할 때 근로자들은 경영자의 환심을 사기 위해 자신의 개성을 억누르지 않아도 되기 때문이다. 이 때 사업장에서의 기준은 고용주의 변덕에 달린 재량에 의한 것이 아니라 좀더 객관적인 것이 될 수 있다.<sup>129)</sup>

노조 조직률이 낮고 NLRA가 실효성있게 집행되지 못하고 있는 미국의 현실을 고려할 때 노동법과 고용법의 분리 현상은 특히나 위험하다. NLRA가 단결권 및 단체교섭권을 제대로 보장하지 못한다면, 여성과 소수자들은 고용차별법을 단체행동 및

<sup>128)</sup> *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, Cal.*, 480 U.S. 616 (1987).

<sup>129)</sup> See Fischl, *supra* note 125, at 169 (describing the “false opposition between the struggle for workplace democracy and the struggle for racial, gender, and other forms of justice in the workplace and beyond.”)

노동조합에 대한 일종의 대안으로 활용하게 된다.<sup>130)</sup> 월마트 사건이 바로 그 예이다. 여성에 대한 구조적 차별이 이루어지는 기업의 현실을 개선하기 위하여 민권법 제7장을 이용해 소를 제기했던 것이다. 비록 연방대법원이 월마트 여성근로자들에 대한 원고적격을 부인하기는 하였으나, 좀더 적은 숫자의 원고로 구성된 집단소송이 앞으로 제기될 가능성은 얼마든지 있다. 그러나 원고들이 문제로 제기한 성차별, 특히 임금에 대한 차별은 소송보다는 조합을 통한 단체교섭으로 해결하는 것이 훨씬 바람직하다. 월마트 사건을 노조 조직에 실패한 사업장에서 여성들이 집단적으로 의견을 표시하는 하나의 방법이었던다고 보는 견해도 있다.<sup>131)</sup> 월마트의 완고한 반노조 정책과, 미국에서 일반적으로 NLRA의 집행력이 약한 점 등을 생각하면, 노동조합의 결성이 라는 것은 과연 언덕을 오르는 듯한 길고 어려운 싸움일 수밖에 없다.

외국인 근로자가 경험하는 불평등과 차별에서도 노동법과 고용차별법을 통합시킬 필요성을 볼 수 있다. 외국인근로자의 만성화된 빈곤, 저임금노동, 열악하고 위험한 작업환경, 인종, 국적 및 성별에 의한 차별 등 깊은 문제점을 해소하기 위해 현존하는 고용차별법은 역부족이다. 노조 결성을 통한 단체행동이 있을 때에만 외국인 근로자들은 전체 노동운동에 합류하여 임금, 수당 및 안전한 근로조건을 위해 협상할 수 있게 된다. 또한 외국인근로자라는 지위 때문에 경험하는 각종 차별을 시정하기 위한 목소리를 내는 통로로 단체협약을 활용할 수 있다. 그 예로, AFL-CIO는 외국인근로자의 권리를 강화하기 위하여 진보적인 이민정책의 도입을 어젠다로 내세운 바 있으며, 여기에는 미등록 외국인근로자도 포함된다.<sup>132)</sup> 노동조합이 외국인근로자의 권리를 지지하고 변호하는 것은 차별의 근절을 위한 투쟁 및 외국인근로자의 단결권을 위한

<sup>130)</sup> See Fischl, *supra* note 125, at 201 (describing the “the displacement of collective bargaining by discrimination litigation as the dominant model of dispute resolution in the American workplace...”).

<sup>131)</sup> See Anna M. Archer, “Shopping for a Collective Voice When Unionization is Unattainable: 1.6 Million Women Speak Up in *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*,” 42 *Houston Law Review* 837, 841,863 (2005).

<sup>132)</sup> See, e.g., AFL-CIO & Change to Win, *The Labor Movement’s Framework for Comprehensive Immigration Reform* (2009), available at, <http://www.afl.cio.org/issues/civilrights/immigration> (discussed in, Kati L. Griffith & Tamara L. Lee, *Immigration Advocacy as Labor Advocacy* (Unpublished Manuscript, on file with author).

투쟁을 통합하는 것이다.<sup>133)</sup> 이러한 통합은 AFL-CIO, 각종 고용기관들, 외국인근로자 권익보호 단체, 기타 인권단체들이 연대하여 하나의 사회운동을 일으키기 위한 핵심 요소이다. 노동법과 고용차별법 양쪽 모두가 외국인근로자의 단체권 및 개인적 권리를 지지하는 가능성을 제공할 수 있다.

그러나 안타깝게도 연방대법원의 Hoffman Plastic 판결은 노동법과 고용법 양쪽 분야가 갖고 있는 긍정적인 가능성을 억제하는 내용이었다. 앞서 상술한 바와 같이 연방노동위원회 및 법원은 NLRA하에서 미등록 외국인근로자들의 권리 침해에 대해서는 보상하지 않는 방향을 택하고 있다. 그 결과로 미등록 외국인근로자들은 NLRA, 민권법 제7장 및 기타 차별금지법에서 보장된 단체권 및 개인의 권리를 주장하기 두려워할 것이다. 이는 합법적인 비자로 입국한 외국인근로자에게도 더욱 철저한 조사가 가해지므로 결국 마찬가지로 결과를 낳을 수 있다. 외국인근로자를 포함한 소수자들의 권리를 제대로 보호하기 위해서는 다방면에서의 입법적 개선이 요구된다. 즉 진보적 이민정책, 외국인근로자에 대한 NLRA 및 민권법 제7장의 동등한 적용, 그리고 연방법의 더욱 적극적인 집행을 통하여 권리를 보장할 필요가 있다.

## V. 결론

미국의 차별금지법은 다양한 법률들의 복합체로서 계속되는 법률 제정 및 사법부의 해석에 의해 그 규모가 더욱 확장되고 내용이 복잡해지고 있다. ‘형식적 평등(formal equality)’의 관점에서 볼 때, 차별금지법이 지금까지 여성과 소수자를 사업장으로 진출시키는 데 기여한 것은 사실이다. 그러나 지금까지 논의한 바와 같이, ‘실질적 평등(substantive equality)’에 도달하려면 아직 갈 길이 멀다. 차별금지의 주요 내용을 이루는 민권법 제7장이 제정된 것은 과거 활발했던 민권운동의 결실이다. 이와 유사하게, 현 시점에서도 사회적 활동 및 조직적 연대가 있어야 권리를 보호할 수 있을 것이다. 본 논문은 이러한 맥락에서 계속되고 있는 투쟁의 과정을 소개하였고, 특히 외

<sup>133)</sup> See, Kati L. Griffith & Tamara L. Lee, *Immigration Advocacy as Labor Advocacy* (Unpublished Manuscript, on file with author).



국인근로자의 평등 및 형평성을 보장하기 위한 싸움에 대해서도 소개하였다. 결론적으로, 현재 미국의 이민법, 노동법, 그리고 고용차별법은 외국인근로자들에게 가장 최저 수준의 '형식적 평등'마저 제대로 보장하지 못하고 있다. 따라서 노동관계법 및 이민법 하에서 외국인근로자들의 처우를 개선하기 위해서는 입법적 개혁이 필요하다. 또한, 이들의 집단적 권리 및 개인적 권리를 보호하기 위해서는 다양한 분야에서의 연대를 통한 강력한 사회운동, 즉 노동운동과 이민자 권리운동이 필요하다는 것이 자명한 결론이다.

## 【第2主題】

# 社会法における少数者保護 —日本の失業・非正規問題を中心に—

菊池馨実(早稲田大学)

1. はじめに—東日本大震災と日本—
2. 本報告の視角
3. 労働法と社会保障法
4. 失業をめぐる問題
5. 非正規雇用をめぐる問題
6. 社会法的視角の必要性

## 1. はじめに—東日本大震災と日本—

2011年3月11日に起こった東日本大震災により、日本の経済・社会は非常に大きな打撃を受けた。死者・行方不明者を併せると2万人以上を数え、8月11日現在、8万人以上が避難生活を強いられている。それ以外にも、岩手・宮城・福島 of 東北三県を中心に、甚大な被害が生じた。電力需要の逼迫などにより、被災地以外での国民生活・企業活動にも大きな影響が出ている。

今回の大震災の特徴は、地震の揺れによる被害よりも、地理的に非常に広い範囲にわたって甚大な津波の被害が生じたことである。それとともに、福島県内の原子力発電所が大きな被害を受け、深刻な放射能被害が生じている点にある<sup>2)</sup>。福島県の事情が、既にあ

---

1) 避難所に限らず、旅館・ホテル、親族・知人宅などを含む数字である。

2) 筆者は、2011年6月中旬と8月下旬に被災地（福島県・宮城県）を訪れ、社会福祉関係者（高

る程度復興に向けた取組みがなされている他県と異なるのは、いまだに放射能被害収束の見通しが立たないことにある。放射能被害は科学的に未解明の部分も多く、とくに子どもへの影響が心配されている一方<sup>3)</sup>、食料品への影響などを通じて、全国的な拡がりを見せられている。

本報告は、こうした東日本大震災をテーマとするものではない<sup>4)</sup>。しかし、将来の雇用・社会保障を考えるにあたって、今回の大震災は小さくない影響をもたらす可能性がある。

## 2. 本報告の視角

今回の韓国労働法学会での報告にあたって、報告者に依頼されたテーマは、「社会法における少数者保護」というものであった。「少数者」に該当するのが誰かについては、様々な捉え方が可能である。国により念頭に置かれる「少数者」のイメージが異なる面もあるかもしれない。たとえば日本では、欧米と異なり、外国人労働者をめぐる問題が、社会全体を揺るがすほど深刻な問題にはなっていない。

こうした中で、本報告では、外国人労働者、障害者、高齢者については別の報告が予定されていることもあり、日本における貧困・格差をめぐる問題に焦点を絞ることにしたい。ここで念頭におく少数者とは、稼働能力がありながら貧困な状態におかれている者、具体的には失業者や縁辺的雇用 (precarious work) あるいは非正規雇用に従事している者である。

ただし、報告者の能力との関係で、本報告が扱うことのできる内容には限界があることを最初にお断りしておかねばならない。第1に、報告者の専門社会保障法であることか

---

齢者・障害者・児童福祉)などにヒアリングを行った。

3) このため、夏休みまでに福島県内の公立小中学生の約10%が転校を余儀なくされた。<http://www.yomiuri.co.jp/feature/20110316-866921/news/20110809-OYT1T00437.htm?from=popin>

4) 日本労働法学会は、2012年5月の春季大会で、東日本大震災をめぐるミニシンポジウムを行う予定である。この中で、労働法のみならず社会保障法の報告も予定されていると仄聞している。

ら、失業・非正規雇用をめぐる問題を取り上げるにあたっては、社会保障法の視点が中心とならざるを得ない。後に述べるように、日本では労働法からの社会保障法の分化が進み、報告者には労働法の視点から議論を展開する能力を持ち合わせていない。第2に、報告者は韓国法に詳しくなく、日韓法の比較研究を行う能力がない<sup>5)</sup>。この点については、会場に参集されておられる研究者の方々に、適任者が少なからずおられるはずである。その意味で、本報告は、韓国労働法学会の学会員の方々にとっては、労働法研究という点で不満足なものにならざるを得ないことをあらかじめご容赦いただきたい。

繰り返すが、本報告の主たる目的は、日本の失業・非正規雇用に対する法的対応の現状と課題を、社会保障法研究者の立場から、社会法の視点をもちつつ紹介することである。

ところで日本では、21世紀に入り、「格差社会」という言葉が一般化した。とりわけ2008年末のリーマン・ショック以後のグローバル経済危機は、多くの失業者を生み出すとともに、ワーキング・プアという言葉で象徴されるように、非正規労働者の状況を目に見える形で悪化させ、賃金その他労働条件の格差の拡大を招いた。さらにこうした失業、非正規といった状況の固定化現象が問題となったのである。

こうした貧困の拡大・固定化現象への法的対応策を考えるためには、労働法と社会保障法の両面から検討することが不可欠と考えられる。そうした視角を、新しい社会法の視角と呼ぶことにしたい。後述するように、日本では労働法から社会保障法が分化し、それぞれ別個の法体系として独立し、研究が細分化している。しかし、もう一度これらの法分野を包括する「社会法」の視角が求められるに至っているというのが報告者達の問題意識である。こうした問題意識から、早稲田大学では、労働法担当教員（島田陽一教授〔日本労働法学会・代表理事〕、石田真教授〔日本労働法学会・元代表理事〕、浅倉むつ子教授〔日本労働法学会・元代表理事〕と社会保障法担当教員（菊池馨実）を中心に「早稲田大学社会法研究会」を組織し、経済学・社会学など他分野の研究者も招いて、定期的に国内・国際シンポジウムを開催している<sup>6)</sup>。

5) 日本で紹介されている非正規雇用についての韓国法の研究として、脇田滋「韓国の有期労働契約規制法」『季刊労働者の権利』288号（2011年）24頁以下、崔碩桓「韓国における期間制（有期契約）・短時間労働者保護法の制定」『日本労働研究雑誌』571号（2008年）53頁以下、脇田滋「韓国の非正規職保護法と非正規運動」『労働法律旬報』1773号（2009年）6頁以下、宋剛直「韓国の非正規労働法」同14頁以下、朴洙洵「韓国非正規労働運動」同23頁以下など。

### 3. 労働法と社会保障法

本論に入る前に、既に言及したように、日本の学界の状況を若干説明しておきたい。韓国も少子高齢化の進展と社会保障制度の本格的発展に伴い、将来的に日本と同様の経過をたどる可能性があると思われるからである。

日本における社会保障法は、労働法にその源流を遡ることができる。すなわち現在の日本社会保障法学会は、1977年、日本労働法学会の援助を得て、労働法学会の会員を主たる基盤として社会保障法研究会が組織され、それが1982年に学会となったものである。現在に至るまで、日本社会保障法学会と日本労働法学会は、毎年春と秋の同じ週末の土曜・日曜に、同じ大学か近隣の大学で行われている。ただし社会保障法は、労働法との関係で、その相対的独自性を主張してきた。その議論の中核となったのが、荒木誠之（あらかき・せいし）九州大学名誉教授による「生活主体」論であった。荒木教授によれば、「労働法は、従属労働関係に登場する労働者を対象とするから、農漁民、中小零細企業主、独立労働者等の、広い範囲の経済的弱者の生存権を包摂することができない。」<sup>7)</sup>、「労働法は、『労働者』を法主体とするが、その労働者とは、従属労働関係において資本の支配下におかれる人間をさす。……労働法における労働者は、人間としての生活を核心として把握されるのではなく、労働力という商品の側面においてその交換機能をとらえられた人間である。」「社会保障法における法主体は、具体的生活手段によってではなく生活主体としてとらえられた国民である。労働者もここでは、労働関係に立ち現れる側面においてではなく、基本的には農漁民や小企業経営者と同一平面において、すなわち生活主体としての側面において把握される。」<sup>8)</sup>と論じ、人間像をめぐる議論を展開することを通じて、労働法からの独立を図ったのである。

荒木教授の議論の中で言及されているように、社会保障法の法的根拠として挙げられて

---

6) 早稲田大学法学学術院が中心となって進めているグローバルCOEプログラムの一環であり、現在、5年計画の4年目にあたる。2011年10月29日（土）には西谷敏・大阪市立大学名誉教授、水島郁子・大阪大学准教授を迎えて、「ディーセント・ワーク」をめぐる研究会、2012年1月7日（土）には武川正吾・東京大学教授、秋元美世・東洋大学教授を迎えて、「ベーシック・インカム」をめぐる研究会を予定している。

7) 荒木誠之『社会保障の法的構造』（有斐閣、1983年）66頁。

8) 荒木・前掲書（注7）76-77頁。

きたのが、生存権（日本国憲法25条）<sup>9)</sup>であった。生存権は、社会権の総則的な規定と捉えられており、その意味では、勤労の権利（同27条1項）<sup>10)</sup>、勤務条件法定主義（同条2項）<sup>11)</sup>、労働基本権（同28条）<sup>12)</sup>なども生存権の保障の下にあるといえることができる。ただし、これらの条項を通じて間接的にではなく、生存権理念が直接妥当するところに、社会保障法の独自性があるといえることができる。

こうした社会保障法の独立に伴い、研究者養成の面でも理論的交流の面でも、従来、社会法という共通の枠組みで捉えられてきた労働法と社会保障法の関連性は、次第に希薄になっていった。

しかしながら、雇用における貧困・格差をめぐる問題を検討する際、労働法と社会保障法の両方の視点でみていく必要があるのではないかが、改めて問われているのである。

#### 4. 失業をめぐる問題

2011年5月18日発表の政府統計によれば、東日本大震災による失業者数は、岩手・宮城・福島の三県で10万6千人以上に上るものとされた<sup>13)</sup>。2011年4月～6月の完全失業率は4.7%であるが、それは被災地の三県を除いた数値である<sup>14)</sup>。

日本では、期間の定めのない労働契約を念頭において、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない解雇を解雇権の濫用として無効とする法理（解雇権濫用法理）が判例法理として確立し、現在では、労働契約法に明文化されている（同法16条）。すなわち、解雇制限という形で一定の労働者保護が図られてきた。また、終身雇用制や年功賃金制といったいわゆる日本型雇用慣行の下で外部労働市場が発達してこなかつ

9) 日本国憲法25条1項は「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」同条2項は、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と規定する。

10) 「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」

11) 「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める。」

12) 「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」

13) 厚生労働省2011年5月18日発表の速報値による、3月12日～5月13日の期間における雇用保険離職票等交付件数。

14) 総務省（労働力調査）による。

た日本では、従来、政策的に失業の予防に重点が置かれてきた。その代表的な制度が、雇用保険法に根拠をおく雇用調整助成金であった。この助成金は、失業者本人に対する失業等給付（基本手当など）とは異なり、事業主が拠出する保険料のみで賄われる雇用安定事業の一環として事業主に対して支給されるもので、事業活動の縮小を余儀なくされた事業主が労使協定に基づいて休業や教育訓練などを行う場合、休業手当や訓練中の賃金・費用などの一定部分を事業主に助成する制度である。国は、この制度を機動的に活用することで、企業の雇用維持のための努力を支援してきた。

しかし、こうした制度があっても、失業を食い止めることはできない。そこで、失業した場合の生活保障を図るのが、雇用保険法の失業等給付である。ただし、雇用保険は社会保険の仕組みであるため、適用対象となる労働者に一定の枠が設けられている。第1に、従来、1年以上引き続き雇用される見込みがあることが必要とされてきたのに対し、その後の経済危機等を背景として、現在では31日以上雇用見込みと緩和された。第2に、週20時間未満の短時間労働者は適用対象から除かれる<sup>15)</sup>。このように雇用保険には、次第に緩和されてきたとはいえ、依然として有期雇用・短時間労働といった非正規雇用に不利な扱いが残されている<sup>16)</sup>。

また、そもそも日本の雇用保険は、原則として離職後1年の期間を受給期間とするなど、基本的に短期失業をカバーするものであり、長期失業に十分対応できる制度ではなかった。雇用保険の受給期間を経過した後、依然として失業状態にある場合、最終的には公的扶助の性格をもつ生活保護法の適用対象となる。ただし、同法に基づく給付は「補足性の原理」（同法4条1項）の下、保有する貯蓄や資産を使い果たした後でようやく受給できるものであるとともに、稼働能力がある場合、まずその活用が求められる。国民の生活保障のための最後のセーフティネットの役割を果たす制度である。

このことは、短期失業に際しての生活保障の役割を担う雇用保険と、長期にわたって

---

15) このほか、離職理由が倒産・事業の縮小・廃止、解雇等である者、有期労働契約が満了し更新されなかった離職者または正当な理由のある自己都合離職者（特定理由離職者）については、離職前1年間に被保険者期間が6ヶ月以上あること、その他の場合、離職前2年間に被保険者期間が12ヶ月以上あることを要する。このことは、31日以上雇用見込みであれば適用対象となるとはいえ、給付を受けるためには6ヶ月以上の勤務を要することを意味する。

16) ただし、日々雇用される者、あるいは30日以内の期間を定めて雇用される者には、日雇労働被保険者に対する求職者給付が支給される。

失業状態にある場合の最後の生活保障手段としての生活保護の間をつなぐ制度が、日本に存在してこなかったことを意味する。その理由は、日本の労働市場はヨーロッパ各国と異なり、1960年代以降、失業率が低くはほぼ完全雇用に近い状況にあったため、長期失業に対処するための制度の必要性が認められなかったことにある。労働市場の二極化が進み、雇用保険の適用対象とならない労働者や長期失業者が増加してようやく、従来、空白地帯であった領域に、新たな制度（いわゆる第二のセーフティネット）を設ける必要性が議論されるに至った。

こうした状況の下、2011年5月、求職者支援法（職業訓練の実施等による特定求職者の就職の支援に関する法律）が制定された。この法律は、従来の予算措置（緊急人材育成支援事業）<sup>17)</sup>を恒久化したもので、雇用保険の失業等給付を受給できない一定の要件を満たす求職者が、職業訓練を受けるとともに月額10万円の給付金を最長1年間受給できることになった。このように、非熟練労働者をそのまま労働市場での雇用につなげるワークフェア型（いわゆるアメリカ型）の制度ではなく、生活保障を行いながら一定の職業訓練を行った上で雇用につなげるアクティベーション型（いわゆる北欧型）の制度が、初めて設けられた。就労の意思がなく給付金目当ての労働者の受給（モラル・ハザード）をいかにして防ぐかなど、課題は少なくないもの<sup>18)</sup>、雇用と社会保障を組み合わせた新しい政策動向として今後の発展が注目されている。

他方、最後のセーフティネットである生活保護受給者数は、2011年3月末現在、202万人を超えた。1995年に月平均88万人強であった受給者は、わずか16年で2.5倍にも増えたことになる。この数は、第2次世界大戦後、日本全体が困窮状態にあった時代にほぼ匹敵する。今回の東日本大震災に伴う失業者の一部が生活保護受給に至ると予想されることなどを勘案すると、この数は今後さらに増えるものと思われる。

生活保護の財源は、国が75%、自治体が25%の割合で支出している。このため、生活保護費が自治体財政を圧迫しており、たとえば生活保護受給者が多い大阪市では、一般会計予算の17%（全体の6分の1）を生活保護費が占めている。生活保護は、日本国憲法25

17) 野川忍「雇用保険と求職者支援制度の課題と展望」『季刊労働法』232号（2011年）9-12頁。

18) 高橋賢司「日本における求職者支援のあり方と職業訓練受講給付金制度」『季刊労働法』232号（2011年）23-27頁。



条1項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」に直接関わる制度であることから、自治体は全額国が負担すべきと主張している。

こうした財源問題に限らず、いったん生活保護を受給した場合、受給期間が長くなればなるほど、制度からの脱却（つまり労働市場への再参入）が難しくなると言われている。その意味でも、先述したような職業訓練付きの生活保障制度の拡充のほか、最低賃金の引上げなどにより、生活保護受給に至ることをいかにして防ぐシステムを構築するかが重要な課題である。さらに生活保護自体の改革（たとえば、稼働能力がないものと一般に捉えられ得る高齢者と、そうではない若年失業者への対応を分離し、後者に対しては保護を受けながらの就労という柔軟な運用を認めるなど）も検討事項である。

## 5. 非正規雇用をめぐる問題

日本の労働者のうち非正規雇用の比率は、1990年代半ばの2割から3分の1にまで高まっている。従来のような、主婦パート、学生アルバイトのような家計補助的な労働だけでなく、世帯の主たる稼ぎ手が非正規雇用であることも珍しくない。その一方で、日本型雇用慣行の下で企業内において、さらに税や社会保障制度を通じて社会的にも、安定的で手厚い処遇がなされてきた正規雇用との格差は大きく、「格差社会」「ワーキング・プア」の存在が社会的に注目され、政策課題となっている。

非正規雇用それ自体は実定法上の概念ではなく、そこに何を含めるかは論者によって異なる。ただし、有期契約労働・パートタイム労働・派遣労働（これらも相互に重複している場合がある）などが含まれることにはそれほど異論のないところだと思われる。

有期労働契約法制については、民法や労働基準法、労働契約法により規制されている。2010年9月10日、厚生労働省労働基準局長の委嘱を受けた有期労働契約委員会が報告書をまとめ、現在、法改正についての議論が行われている。そこでは、有期労働契約の締結事由の規制、更新回数や利用可能期間のルール、雇止め法理の明確化のほか、均等待遇、正社員への転換等が検討課題となっている<sup>19)</sup>。

19) 報告書の評価としては、島田陽一「有期労働契約法制の立法課題」（鶴光太郎・樋口美雄・水

パートタイム労働については、パートタイム労働法が制定され、2007年改正などを通じて、内部労働市場と外部労働市場の間で横断的な職務給が確立していない日本にあって、限定的ではあるが「均衡処遇」の考え方が形成され、そのルールづくりが行われてきた<sup>20)</sup>。具体的には、一定の要件を充たす「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」については、短時間労働者であることを理由として、賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、差別的取扱いをしてはならないとした（同法8条1項）。このほか事業者には、「通常の労働者と同視すべき」とまで言えないとしても、通常の労働者と均衡した待遇を推進するための努力義務などが課され（同法9条、10条、11条）、通常の労働者への転換を推進するための措置義務が課されている（同12条）<sup>21)</sup>。

非正規雇用に対する賃金格差などを解消するための理論的基礎として、同一（価値）労働同一賃金原則を正面から認めていくという方向性が考えられる<sup>22)</sup>。しかしながら、日本では、立法及び裁判例<sup>23)</sup>はその存在を認めておらず、労働法学説の多くも、日本にはその社会的基盤に欠けるとして、この原則の直接的な適用に慎重な立場をとっている<sup>24)</sup>。

ただし、非正規雇用に対する処遇格差は、日本的雇用慣行の一部といわれる年功賃金制に基づくものにとどまらない<sup>25)</sup>。日本では、従来、福利厚生の面で企業の役割が大きかったことを指摘できる。たとえば、扶養する配偶者や子がいる場合に支給される家族手当や、寮などの現物給付や住宅手当などの形での住居に対する配慮などが挙げられる。こうした企業の福利厚生と国の社会保障制度とは、相互に密接に関連した面がある。たとえば、1970年代初頭に導入された国の児童手当は日本では大きく発展してこなかった<sup>26)</sup>。

町勇一郎編著『非正規雇用改革』（日本評論社、2011年）310頁以下、有田謙司「有期労働契約の法規制のあり方」『季刊労働者の権利』288号（2011年）33頁以下、中内哲「有期労働契約に対する法規制の今後」『季刊労働法』231号（2010年）2頁以下など。

20) 菅野和夫『労働法（第9版）』（弘文堂、2010年）197頁。

21) 2011年2月、厚生労働省に「今後のパートタイム労働対策に関する研究会」が設置され、現在、議論が行われている。

22) 森ます美・浅倉むつ子編『同一価値労働同一賃金原則の実施システム』（有斐閣、2010年）315-317頁など。

23) 丸子警報機事件（長野地裁上田支部平成8年3月15日判決、労働判例690号32頁）参照。

24) 学説の状況と合理的理由のない不利益取扱い禁止原則の提示につき、水町勇一郎「『同一労働同一賃金』は幻想か？」（鶴・樋口・水町編・前掲書（注19）276-277頁。

25) 島田陽一「正社員と非正社員の格差解消に何が必要か」『世界』783号（2008年）173頁。

その理由の一つとして、企業における同種の手当の発展が指摘されてきた。このことは、アメリカの労働者向けの公的医療保険制度が、企業毎の民間保険の普及により妨げられてきた面があることと類似している。

こうした職務内容に関わらず労働者の属する世帯構造から必要とされる費用については、教育費なども含め、社会制度化し、国が社会保障制度の一環として行っていくことも、間接的ではあるが処遇格差是正策になり得ると考えられる。

さらに、非正規雇用に対する処遇格差は、先に述べたように税制や社会保障制度によって増長されている面もある。たとえば、先に述べた雇用保険の適用対象者の限定に加えて、日本では被用者保険と地域保険が分立する社会保険制度の枠組みを前提として、労働基準法上の「労働者」（同法2条1項）であっても、所定労働時間及び所定労働日数が通常労働者の4分の3に満たない者には被用者保険（健康保険及び厚生年金保険）の適用がなされない（いわゆる「4分の3要件」）という問題がある。健康保険の被保険者となることができなくとも、年間収入130万円未満で、かつ、主たる被保険者の収入の2分の1未満である等の要件を充たせば、被扶養者として保険料を納付せずに健康保険の適用を受けることができる。しかし、そうした扶養家族がいない場合、自営業者などと同様、自治体が運営し財政基盤が脆弱な国民健康保険に加入しなければならない。また年金については、年間収入130万円未満で、かつ、厚生年金（被用者を対象とする2階部分の報酬比例年金）加入者の被扶養配偶者でない限り<sup>27)</sup>、国民年金（20歳から60歳までの者全員を対象とする1階部分の基礎年金）に加入し、月額15,020円（2011年9月現在）の保険料を支払うことになる。ただし、正規雇用であれば受けられる厚生年金（2階部分の報酬比例年金）の給付は受けられない。

社会保障法の視点からは、この4分の3要件を改めることにより、非正規労働者に対する医療保障や老後の所得保障に関する処遇格差を是正していくことが課題となる<sup>28)</sup>。

26) 民主党政権の下、2010年4月以降、所得制限がなく金額（月額1万3000円）・期間（中学校修了まで）とも児童手当より給付水準の高い「子ども手当」制度が実施されたものの、2011年8月4日、震災復興関連法の制定との関連で、与野党の合意により2012年4月以降廃止され、児童手当が復活することとなった。

27) この場合、国民年金第3号被保険者として、自ら年金保険料を拠出せずに基礎年金（国民年金）の受給資格が得られる。ただし、専業主婦優遇策であるとして、近時批判されている。

28) しかしながら、日本の2階部分の年金（厚生年金）額は報酬比例であることから、仮に厚生年

次に、派遣労働については、労働者派遣法が規制している。2008年秋のリーマン・ショックに端を発する金融危機により、とりわけ製造業の派遣労働者の多くが「派遣切り」と呼ばれる雇用喪失の状況に追い込まれ、大きな社会問題となった。現・民主党政権の下、2010年以来、労働者派遣法改正法案が国会に提出されているものの、震災関連法案の審議が優先されたこともあり、本格的な審議がなされないまま継続審議とされている。

労働者派遣法改正法案については、専門業務等を除く登録型派遣の原則禁止、製造業務派遣の原則禁止、日雇い派遣（2ヶ月以内の短期派遣）の原則禁止、グループ企業内派遣の8割規制（1社に対する派遣割合を80%以内とする）、派遣先が違法であることを知りながら派遣労働者を受け入れている場合における派遣先による労働契約申込みなし制度等、規制を強化する方向での改正が予定されている。民主党政権がまだ独自性を出そうとしていた時期にまとめられた法案であることが伺える内容である。

派遣法制のあり方を詳細に論じる能力は報告者にはない。ただし、雇用慣行が変容し、グローバリゼーションの中で国際競争にさらされる企業側の労働需要として、派遣労働などの形態が登場してきたことからすれば、さらにILO条約などの国際法規もそうした雇用形態を認める方向で発展してきた状況にあることからすれば、改正法案にも取り入れられた派遣元事業主に対する一定の有期雇用派遣労働者についての無期雇用への転換推進措置の努力義務化、派遣労働者の賃金等の均衡待遇への配慮措置、派遣料金と賃金の差額などの情報公開義務といった派遣労働者の待遇改善にとどまらず、先に述べたような派遣元事業主に対する一定の労働者派遣の原則禁止にもつながりかねない法改正の妥当性については、慎重に吟味する必要があるようにも思われる。

また派遣法制の枠組みの中だけで労働者保護を考えるのではなく、たとえば日雇い派遣のあり方などについては、先述したように雇用保険や生活保護、第二のセーフティネットなどの社会保障制度による生活保障、職業能力開発との連携も意識しながら考えていく必要がある<sup>29)</sup>。

---

金についての非正規労働者の適用範囲を拡大しても、賃金の格差があればそのまま年金額に反映されざるを得ない点に留意する必要がある。

29) 島田陽一「派遣労働の政策と法をめぐる検討課題」『早稲田商学』428号（2011年）668頁参照。

## 6. 社会法的視角の必要性

以上みてきたように、労働市場の二極化、格差の拡大といった最近の雇用情勢の下では、労働法制の整備によって労働者とその家族を取り巻く問題がすべて解決するとは言い難い状況にある。このことから、さしあたり以下の三点が示唆される。第1に、雇用政策と社会保障政策が連動して問題解決にあたる必要性が一層強まっていることである。それは個々の研究者に求められる視点であると同時に、労働法と社会保障法との共同作業の可能性をも示すものでもあろう。第2に、そうした政策展開にあたって、労働者とその家族の生活保障を全体としてどのように図るかという視点をもつことが求められる。この視点は、どちらかといえば社会保障法に親和的な視点ということができるかもしれない。しかしながら第3に、その生活保障は可能な限り就労による賃金の稼得によって図られねばならない。従来の社会保障法は、生活保障の視点を優先するあまり、労働の意義を軽視しかねない風潮がないわけではなかった。

以上の指摘は、従来の労働法の意義や体系を変更すべきであるといった議論ではまったくない。とりわけ立法論や政策論の場面において、より広範な視角をもつことが必要となる場面があるということを示したかったに過ぎない。2008年末のリーマン・ショック以後の金融危機と経済不況の中で、日本では、非正規労働者が雇用の場を失うことが、社員寮など住居をはじめとする生活の場そのものを失うことを意味することを、国民は改めて目の当たりにしたのである。

最後に、こうした社会法的視角の法的基盤としては、日本では憲法25条を背景とした憲法27条2項、そして失業した場合などは直接憲法25条が考えられる。さらに加えて、ただ単に雇用に就けばよいというのではなく、「よりよい雇用へのアクセス保障」<sup>30)</sup>という手続保障的な面まで含まれると考えるべきであるとすれば、報告者の立場からは、憲法13条<sup>31)</sup>に基礎を置く人格的自律権にも基礎を置くと言うことができるかもしれない<sup>32)</sup>。

30) 矢野昌宏「雇用社会のリスク社会化とセーフティネット」『日本労働法学会誌』111号（2008年）94頁。

31) 「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」

32) 労働法分野で人格的自律権論を展開した従来の学説として、西谷敏『規制が支える自己決定』

こうした視点からすれば、社会法における少数者とは、単に「保護」されるべき客体ではなく、自律に向けて主体的に生を営んでいく主体である。そのように捉えることにより、たとえ社会的弱者とカテゴライズされる存在であっても、その人びとの「自律」の支援（あるいは「自立」支援）という視角が規範的な要請として導かれ得るものと思われる。

---

（法律文化社、2004年）。報告者の憲法13条に依拠した社会保障法論として、菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣、2000年）、同『社会保障法制の将来構想』（有斐閣、2010年）。

【제2주제】

## 사회법에서의 소수자보호 — 일본의 실업·비정규직 문제를 중심으로 —

키쿠치 요시미(와세다 대학)

1. 들어가며 -동일본 대지진과 일본-
2. 본고의 시각
3. 노동법과 사회보장법
4. 실업을 둘러싼 문제
5. 비정규직 고용을 둘러싼 문제
6. 사회법적 시각의 필요성

### 1. 들어가며 -동일본 대지진과 일본-

2011년 3월 11일 발생한 동일본 대지진에 의해 일본의 경제 사회는 큰 타격을 입었다. 사망자 행방불명자 수를 합치면 2만 명 이상을 헤아리며, 8월 11일 현재, 8만명 이상이 피난생활<sup>1)</sup>을 피할 수 없는 처지이다. 이외에도 이와테, 미야기, 후쿠시마의 토오후쿠 3개 현을 중심으로 심각한 피해가 발생하였다. 전력수요와 관련한 어려움 등에 의해 재난지 이외에서의 국민생활 및 기업 활동에도 큰 영향이 있었다.

이번 대지진의 특징은 지진의 그 자체에 의한 피해보다도, 지리적으로 대단히 넓은 범위에 걸쳐 심대한 쓰나미의 피해가 발생한 점이다. 이와 더불어 후쿠시마 현내의 원자력 발전소가 큰 피해를 입어 심각한 방사능 피해가 발생한 점 또한 그러하다<sup>2)</sup>.

1) 피난소뿐 아니라, 여관, 호텔, 친척 및 지인의 집 등을 포함한 수치이다.

2) 필자는 2011년 6월 중순과 8월 하순에 재난지(후쿠시마현, 미야기현)를 방문하여 사회복지

이미 어느 정도 복구를 위하여 다른 현들과 달리 후쿠시마 현은 아직 방사능 피해의 수습에 대한 전망이 미지의 상태라는 점에 문제의 심각성이 존재한다. 방사능 피해는 과학적으로 아직 해명되지 않은 부분이 많으며 특히 아동에 대한 영향이 우려되는 이외에도<sup>3)</sup>, 식료품에의 영향 등을 통해 전국적인 확산을 보이고 있다.

본고는 이러한 동일본 대지진을 테마로 하고 있지는 않다<sup>4)</sup>. 다만 장래의 고용 및 사회보장을 검토함에 있어 이번 대지진은 작지 않은 영향을 미칠 가능성을 내포하고 있음을 지적해 둔다.

## 2. 본고의 시각

금번 한국노동법학회에서의 발표에 즈음하여 발표자가 애초에 의뢰를 받은 주제는 “사회법에 있어서의 소수자 보호”라고 하는 것이었다. 누가 “소수자”에 해당하는지에 대해서는 여러 가지 접근 방법이 가능할 것이다. 이는 국가에 따라 염두에 두고 있는 “소수자”의 이미지가 다르다는 측면에도 일부 기인한다. 예를 들어 일본에서는 구미와는 달리 외국인 근로자를 둘러싼 문제가 사회 전체를 좌우할 정도의 심각한 문제로서는 받아들여지고 있지 않다.

이러한 가운데 본고에서는 외국인 근로자, 장애인, 고령자 등에 대해서는 금번 학회의 별도의 발표에서 다루어지기로 한 점을 감안하여, 일본에서의 빈곤, 격차를 둘러싼 문제에 초점을 맞추고자 한다. 여기에서 염두에 두고 있는 소수자란 일을 할 능력(稼働能力)이 있으면서도 빈곤 상태에 있는 자, 구체적으로는 실업자나 불안정고용(precarious work) 상태에 있는 자 또는 비정규직에 종사하는 자이다.

다만, 발표자의 능력 관계상 본고가 다룰 수 있는 내용에는 한계가 있다는 점을 우

---

관계자(고령자, 장애인, 아동복지)등의 인터뷰를 수행하였다.

3) 이 탓에 여름방학까지 후쿠시마 현내의 공립 초중학생의 약 10%가 전학할 수밖에 없었다.  
<http://www.yomiuri.co.jp/feature/20110316-866921/news/20110809-OYT1T00437.htm?from=popin>

4) 일본노동법학회는 2012년 5월의 봄 학술대회에서 동일본 대지진을 소재로 미니심포지움을 개최할 예정이다. 이 가운데에는 노동법 뿐 아니라 사회보장법 발표도 예정되어 있다고 얼핏 들은 바 있다.



선 밝혀 두고자 한다. 첫째로 발표자의 전문 영역이 사회보장법이라는 점에서, 실업 및 비정규 고용을 둘러싼 문제를 검토함에 있어서도 사회보장법적 시각이 중심이 될 수밖에 없기 때문이다. 후술하는 바와 같이 일본에서는 사회보장법이 노동법으로부터 분화되는 경향이 진전되고 있으며, 필자에게는 노동법적 시각에서의 논의 전개 능력은 상대적으로 부족하다고 하지 않을 수 없다. 둘째로 필자가 한국법에 대해 충분한 지식을 갖고 있지 못한 탓에 한일 양국의 법제에 대해 비교연구를 수행할 수 있는 능력을 갖추고 있지 못하다<sup>5)</sup>. 이 점들에 대해서는 학회장에 모여 주신 여러분들 중 책임자가 적지 않게 계시리라 생각한다. 그런 의미에서 본고는 한국 노동법학회 회원 들께서는 노동법연구라고 하는 관점에서 본다면 기대에 미치지 못하는 면도 갖고 있리라 생각되며 사전에 이해를 구하고자 한다.

되풀이하지만 본고의 주된 목적은 일본의 실업, 비정규 고용에 대한 법적 대응의 현상과 과제를 사회보장법 연구자의 입장에서 사회법의 시점을 견지하면서 소개하는 것이다.

이와 관련, 일본에서는 21세기에 들어서며 「격차사회」라고 하는 단어가 일반화되었다. 특히 2008년말의 리먼 쇼크 이후 글로벌 경제위기는 다수의 실업자를 양산함과 동시에 근로빈곤층(working poor)이라고 하는 단어로 상징되는 바와 같이 비정규 근로자의 상황을 눈에 띄는 모습으로 악화시키고 임금 기타 근로조건격차의 확대를 초래하였다. 나아가 이러한 실업, 비정규라고 하는 상황의 고정화 현상이 문제로 제기되었다.

이러한 빈곤의 확대 및 고정화 현상에 대한 법적 대응책을 강구하기 위해서는 노동법과 사회보장법의 양 측면으로부터의 검토가 불가결하다. 이러한 시각을 새로운 사회법의 시각이라 부르고자 한다. 후술하는 바와 같이 일본에서는 노동법으로부터 사회보장법이 분화되어 각각 별개의 법체계로서 독립하여 세분화된 연구가 이루어지고 있다. 그러나 다시 한번 이들 법 분야를 포괄하는 「사회법」의 시각이 요구되기에

5) 일본에 소개되어 있는 비정규직에 관련된 한국법 연구로서는, 脇田滋 「韓國の有期労働契約規制法」 『季刊労働者の権利』 288호号 (2011年) 24면 이하, 崔碩桓 「韓國における期間制(有期契約)・短時間労働者保護法の制定」 『日本労働研究雑誌』 571호 (2008年) 53면 이하, 脇田滋 「韓國の非正規職保護法と非正規運動」 『労働法律旬報』 1773호 (2009年) 6면 이하, 宋剛直 「韓國の非正規労働法」 동 14면 이하, 朴洙洵 「韓國非正規労働運動」 동23면 이하 등.

이르지 않았는가 하는 것이 필자의 문제의식이다. 이러한 문제의식으로부터 (필자가 재직중인) 와세다 대학에서는 노동법 담당 교원(시마다 요우이치 교수(일본 노동법학회 회장), 이시다 마코토 교수(일본 노동법학회 회장 역임), 아사쿠라 무츠코 교수(일본 노동법학회 회장 역임))과 더불어 사회보장법 담당교원(필자)을 중심으로 「와세다 대학 사회법 연구회」를 조직하여 경제학·사회학 등 타분야의 연구자의 초빙을 포함하여 정기적으로 국내·국제 심포지엄을 개최하고 있다<sup>6)</sup>.

### 3. 노동법과 사회보장법

본론에 들어가지 전에 이미 언급한 바와 같이 일본의 학계 상황을 약간 설명해 두어야 한다. 한국도 저출산 및 고령화(少子高齢化)의 진전과 사회보장제도의 본격적 발전이 진행됨에 따라 향후 일본과 마찬가지로의 경과를 밟게 될 가능성이 있으리라 생각되기 때문이다.

일본에서의 사회보장법 연구는 노동법 연구에서 그 원류를 찾을 수 있다. 즉 현재의 일본 사회보장법 학회는 1977년 일본 노동법학회의 후원을 받아 노동법학회 회원을 주된 기반으로 하여 사회보장법 연구회가 조직된 이래, 이를 모태로 1982년 학회로 창립되게 된 경과를 갖고 있다. 현재에 이르기까지 일본 사회보장법학회와 일본 노동법학회는 매년 봄과 가을에 같은 주말의 토요일·일요일에 같은 대학(혹은 근처의 대학)에서 열리고 있다. 다만 사회보장법은 노동법과의 관계에서 그 상대적 독자성을 주장하여 왔다. 그 논의의 중핵을 이루고 있는 것이 큐우슈우 대학 명예교수인 아라키 세이시 교수의 「생활주체」론이다. 아라키 교수에 따르면 「노동법은 종속노동관계에 등장하는 근로자를 대상으로 하므로, 농어민, 중소기업주, 독립근로자 등 넓은 범위의 경제적 약자의 생존권을 포섭하지 못하<sup>7)</sup>며, 「노동법은 “근로자”를 법주체로

6) 와세다 대학 법학학술원이 중심이 되어 추진 중인 글로벌 COE 프로그램의 일환으로, 현재 5개년 계획 중 4년차에 해당한다. 2011년 10월 29일(토)에는, 西谷敏(大阪市立大学 명예교수), 水島郁子(大阪大学 준교수)를 초청하여 「Decent Work」를 중심으로 한 연구회를, 2012년 1월 7일(토)에는, 武川正吾(東京大学 교수), 秋元美世(東洋大学 교수)를 초청하여 「Basic Income」을 중심으로 한 연구회를 예정하고 있다.

하나 그 근로자란 종속노동관계에 있어 자본의 지배하에 놓인 인간을 가리킨다. ...노동법에 있어서의 근로자란, 그 “인간으로서의 생활”이 핵심으로 파악되고 있는 자가 아니라, 노동력이라고 하는 상품의 측면에서 파악한 교환기능이 본질로서 주목되고 있는 인간이다. 「사회보장법에 있어서의 법주체는 구체적 생활수단에 의해서가 아니라 생활주체로서 파악되고 있는 국민이다. 근로자도 여기에서는 노동관계에서 나타나는 측면에서가 아니라 기본적으로는 농어민이나 소기업 경영자와 동일평면에서, 즉 생활주체로서의 측면에서 파악된다.」<sup>8)</sup>라고 하면서, 인간상을 둘러싼 논의의 전개를 통해 노동법으로부터의 독립을 도모하였다.

아라키 교수의 논의 중에 언급된 바와 같이 사회보장법의 법적 근거로 제기된 것이 생존권(일본국 헌법 25조)<sup>9)</sup>였다. 생존권은 사회권의 총칭적 규정으로 파악되며, 이러한 의미에서는 근로의 권리(동 27조 1항)<sup>10)</sup>, 근로조건 법정주의(동조 2항)<sup>11)</sup>, 노동기본권(동 28조)<sup>12)</sup> 등도 생존권의 보장 하에 있다고 할 수 있다. 다만 이들 조항을 통해 간접적으로가 아니라, 생존권 이념이 직접적으로 타당하게 적용될 수 있는 곳에 사회보장법의 독자성이 있다고 할 수 있다.

이러한 사회보장법의 독립과 더불어 연구자 양성의 면에서도 이론적 교류의 면에서도, 종래 사회법이라고 하는 공통의 프레임에서 이해해 온 노동법과 사회보장법의 관련성은 점점 희박해져 갔다.

그러나 고용에 있어 빈곤 격차를 둘러싼 문제를 검토함에 있어 노동법과 사회보장법 양쪽의 관점에서 접근할 필요성이 있지 않겠는가 하는 것이 다시금 제기될 수 있는 문제의식이다.

7) 荒木誠之『社会保障の法的構造』(有斐閣、1983年) 66면

8) 荒木, 전게서(각주 7), 76-77면

9) 일본국헌법 25조 1항은 「모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다.」, 동조 2항은 「국가는 모든 생활 부문에 관해 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력해야 한다.」라고 규정한다.

10) 「모든 국민은 근로의 권리를 가지고 의무를 진다.」

11) 「임금, 취업시간, 휴식 기타 근로조건에 관한 기준은 법률로 이를 정한다.」

12) 「근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리는 이를 보장한다.」

#### 4. 실업을 둘러싼 문제

2011년 5월 18일 발표된 정부 통계에 따르면 동일본 대지진에 의한 실업자 수는 이와테, 미야기, 후쿠시마 3개 현에서 10만 6천명 이상에 달한다고 조사되었다<sup>13)</sup>. 2011년 4월에서 6월의 완전 실업률은 4.7%였으나, 이는 재난지 3개현을 제외한 수치였다<sup>14)</sup>.

일본에서는 기간의 정함이 없는 근로계약을 전제로, 객관적으로 합리적인 이유가 없으며 사회통념상 상당하다고 인정되지 않는 해고를 해고권의 남용으로서 무효하다고 하는 법리(해고권 남용 법리)가 판례법리로서 확립되어 왔고, 현재는 노동계약법에 명문화되어 있다(동법 16조). 즉 해고제한이라고 하는 형태로 일정한 근로자보호가 이루어지고 있는 것이다. 또 종신고용제나 연공형 임금제와 같은 소위 일본형 고용관행 하에서 외부노동시장이 발달해 오지 못한 일본에서는 종래 정책적으로 실업의 예방에 초점이 맞추어져 왔다. 그 대표적인 제도가 고용보험법을 근거로 한 “고용조정 조성금”이었다. 이 조성금은 실업자 본인에 대한 실업등 급부(기본수당 등)와는 달리, 사업주가 거출하는 보험료만으로 충당되는 고용안정사업의 일환으로서 사업주에 대해 지급되는 것으로, 사업활동의 축소가 불가피해진 사업주가 노사협정에 기해 휴업이나 교육훈련 등을 행할 경우, 휴업수당이나 훈련기간 중의 임금·비용 등의 일정부분을 사업주에 대해 지원하는 제도였다. 국가는 이 제도를 기동적으로 활용함으로써 기업의 고용유지를 위한 노력을 지원해 왔다.

그러나 이러한 제도가 있다 하더라도 실업을 멈출 수는 없다. 따라서 실업 상태에 빠진 경우의 생활보장을 도모하는 것이 고용보험법의 “실업등 급부”이다. 다만 고용보험은 사회보험 시스템인 탓에 적용대상이 되는 근로자에게 일정한 요건이 요구된다. 첫째로 종래 1년 이상 계속하여 고용될 것이 예상되는 자라는 요건이 필요했다(다만 이 요건은 그 후 경제위기 등을 배경으로 하여 현재는 31일 이상 고용 예상으로 완화되었다). 둘째로 주 20시간 미만의 단시간 근로자는 적용대상에서 제외된다<sup>15)</sup>.

13) 후생노동성 2011년 5월 18일 발표의 속보에 의한 3월 12일-5월 13일의 기간동안 고용보험 이직표 등의 교부건수

14) 총무성(노동력조사)에 의함

15) 이 외에도 이직이유가 도산사업의 축소·폐지, 해고 등인 자, 유기근로계약이 만료되고 갱

이렇듯 고용보험에는 점점 완화되어 왔다고는 하나 여전히 기간의 정함이 있는 고용 단시간 노동과 같은 비정규직에 대해 불리한 취급이 남아 있다<sup>16)</sup>.

또 애초 일본의 고용보험은 원칙적으로 이직 후 1년의 기간을 수급기간으로 하는 등 기본적으로는 단기 실업을 보호대상으로 하는 것으로, 장기실업에 대해 충분히 대응할 수 있는 제도는 아니었다. 고용보험의 수급 기간이 경과된 후, 여전히 실업상태에 놓여있는 경우, 최종적으로는 공적 부조의 성격을 갖는 생활보호법의 적용대상이 된다. 다만 동법에 기한 급부는 「보충성의 원리」(동법 4조 1항)하에 보유하고 있는 저축이나 자산을 다 소비한 후에 비로소 수급할 수 있게 되며, 일할 능력이 있는 경우 우선은 그 활용이 요구된다. 국민의 생활보장을 위한 최후의 안전망의 역할을 수행하는 제도인 것이다.

이는 단기실업과 관련하여 생활보장의 역할을 담당하는 고용보험과, 장기에 걸친 실업상태에 있는 경우의 최후의 생활보장 수단으로서의 생활보호 사이를 연결하는 제도가 일본에 존재하지 않았다는 것을 의미한다. 그 이유는 일본의 노동시장이 유럽 각국과는 달리 1960년대 이후 낮은 실업률을 보이며 거의 완전고용에 가까운 상황이었던 탓에 장기실업에 대처하기 위한 제도의 필요성이 절실하지 않았다는 점에 있다. 노동시장의 양극화가 진행되고 고용보험의 적용대상에 포함되지 않는 근로자나 장기 실업자가 증가함으로써 비로소 종래 공백지대였던 영역에 새로운 제도(소위 제2의 안전망)를 둘 필요성이 논의되기에 이르렀다.

이러한 상황 하에서 2011년 5월, 구직자지원법(직업훈련의 실시 등에 의한 특정 구직자의 취직 지원에 관한 법률)이 제정되었다. 이 법률은 종래의 예산조치(긴급인재육성 지원사업)<sup>17)</sup>을 항구화시킨 것으로, 고용보험의 실업 등 급부를 수급하지 못하는 일정 요건을 충족시키는 구직자가 직업훈련을 받음과 동시에 월액 10만엔의 급부급을 최장 1년간 수급할 수 있게 되었다. 이렇듯 미숙련 근로자를 그대로 노동시장에서

---

신되지 않는 이직자 또는 정당한 이유 있는 자기 사유 이직자(특정이유 이직자)에 대해서는 이직 전 1년간 피보험자 기간이 6개월 이상일 것, 기타의 경우 이직 전 2년간 피보험자 기간이 12개월 이상일 것이 요구된다. 이는 31일 이상 고용의 전망이 있으면 적용대상이 된다고는 하나, 급부를 받기 위해서는 6개월 이상의 근무를 요한다는 것을 의미한다.

16) 다만 일일고용되는 자, 혹은 30일 이내의 기간을 정하여 고용되는 자에게는 일일고용노동 피보험자에 대한 구직자급부가 지급된다.

17) 野川忍 「雇用保険と求職者支援制度の課題と展望」 『季刊労働法』 232号 (2011年) 9-12면

의 고용에 접목시키는 일자리 나누기(소위 미국형)의 제도가 아니라, 생활보장을 제공하면서 일정 직업훈련을 거친 후에 고용에 이어지도록 하는 액티베이션 스타일(소위 북유럽형)의 제도가 처음으로 도입된 것이다. 취로의 의사가 없이 급부금만을 목적으로 한 근로자의 수급(도덕적 해이)을 어떻게 방지할 수 있을 것인가 등, 해결해야 할 과제는 산적해 있으나<sup>18)</sup>, 고용과 사회보장을 조합시킨 새로운 정책동향으로서 향후의 발전이 주목된다.

한편 최종 안전망인 생활보호수급자의 수는 2011년 3월말 현재 202만명을 넘어섰다. 1995년 월평균 88만인을 약간 넘어섰던 수급자는 불과 16년 사이에 2.5배나 증가한 셈이 된다. 이 수치는 제2차 세계대전 이후 일본 전체가 곤궁 상태에 놓여 있던 시대에 필적하는 것이다. 이번 동일본 대지진으로 인한 실업자의 일부가 생활보호 수급자가 될 것이라는 예상까지 감안하면, 이 수치는 향후 더욱 늘어날 것이라 생각된다.

생활보호의 재원은 국가가 75%, 자치단체가 25%의 비율로 지출한다. 이 때문에 생활보호비가 자치단체 재정을 압박하고 있으며, 예를 들어 생활보호 수급자가 많은 오오사카시에서는 일반회계 예산의 17%(전체의 6분의 1)를 생활보호비가 차지하고 있다. 생활보호는 일본 헌법 25조 1항에서 말하는 「건강하고 문화적인 최저한도의 생활」에 직접 관계되는 제도이므로 자치단체는 전액 국가가 부담해야 한다고 주장한다.

이러한 재원문제에 한하지 않고, 일단 생활보호를 수급한 경우, 수급기간이 길어질 수록 제도로부터의 이탈(즉 노동시장에의 재진입)은 어려워 진다고 지적되고 있다. 이러한 의미에서도 전술한 바와 같은 직업훈련을 동반한 생활보호제도의 확충 외에, 최저임금의 인상 등에 의해, 생활보호 수급에 이르는 사태를 막을 수 있는 시스템의 구축이 중요한 과제이다. 나아가 생활보호 자체의 개혁(예를 들어 일할 능력이 없다고 일반적으로 파악될 수 있는 고령자와, 그렇지 않는 청년실업자에 대한 대응을 분리하여 후자에 대해서는 보호를 받으면서 취로하는 식의 유연한 운용을 인정하는 등)도 검토사항이다.

18) 高橋賢司 「日本における求職者支援のあり方と職業訓練受講給付金制度」 『季刊労働法』 232号 (2011年) 23-27면

## 5. 비정규직 고용을 둘러싼 문제

일본의 근로자 중 비정규직의 비율은 1990년대 중반의 20% 수준에서, 현재 3분의 1까지 높아졌다. 종래의 주부 파트타임 사원, 학생 아르바이트와 같은 가계 보조적인 노동만이 아니라 세대의 주된 소득원이 비정규 고용에 의하는 경우도 드물지 않다. 한편 일본형 고용관행을 전제로 한 기업 내부에 위치하면서, 이와 함께 세금이나 사회보장 제도를 통해 사회적으로도 안정적으로 두터운 처우가 부여되어 온 정규직 고용과의 격차는 크게 벌어지게 되어, 「격차사회」, 「근로 빈곤층」의 존재가 사회적으로도 주목되었으며 정책과제로도 부각되었다.

비정규직 고용 그 자체는 실정법상의 개념은 아니며, 여기에 무엇을 포함시킬 것인가는 논자에 따라 상이하다. 다만, 유기노동계약, 파트타임노동, 파견근로(이들 형태가 중복되는 경우도 있음)등이 포함된다는 데에는 그다지 이론이 없으리라 생각한다.

유기노동계약 법제는 민법이나 노동기준법, 노동계약법에 의해 규제되고 있다. 2010년 9월 10일, 후생노동성 노동기준국장의 위촉을 받아 유기노동계약위원회가 보고서를 제출, 현재 법개정을 위한 논의가 진행 중이다. 여기에서는 유기노동계약의 체결사유의 규제, 갱신 회수나 이용가능 기간의 규제, 계약해지 법리의 명확화 이외에도 균등대우, 정사원 전환 등이 검토과제로 되어 있다<sup>19)</sup>.

파트타임노동의 경우, 파트타임 노동법이 제정되어 2007년 개정 등을 통하여 내부 노동시장과 외부노동시장 사이에서의 횡단적인 직무급이 확립되어 있지 않은 일본에서 한정적이기는 하지만 「균형처우」의 사고방식이 형성되어 그 규제의 구체화가 이루어져 왔다<sup>20)</sup>. 구체적으로는 일정 요건을 만족시키는 「통상의 근로자와 동일시해야 할 단시간 근로자」에 대해서는 단시간 근로자라는 것을 이유로 임금의 결정, 교육훈련의 실시, 복리후생시설의 이용 기타의 대우에 관해 차별적 취급을 해서는 안 된다고 하였다(동법 8조 1항). 이외에도 사업자에게는 「통상 근로자와 동일시해야 할」정도까지

19) 이 보고서에 대한 평가로는, 島田陽一 「有期労働契約法制の立法課題」 (鶴光太郎·樋口美雄·水町勇一郎編著 『非正規雇用改革』 (日本評論社、2011年) 310면 이하; 有田謙司 「有期労働契約の法規制のあり方」 『季刊労働者の権利』 288호 (2011年) 33면 이하; 中内哲 「有期労働契約に対する法規制の今後」 『季刊労働法』 231호 (2010年) 2면 이하 등.

20) 菅野和夫 『労働法 (第9版)』 (弘文堂、2010年) 197면

는 아니라 하더라도, 통상의 근로자와 균형 잡힌 처우를 추진하도록 할 노력의무 등이 부과되고(동법 9조, 10조, 11조), 통상의 근로자로 전환을 추진하기 위한 조치의무가 부과되어 있다(동 12조)<sup>21)</sup>.

비정규직에 대한 임금격차 등을 해소하기 위한 이론적 기초로서 동일(가치)노동 동일임금 원칙을 정면에서 인정하고자 하는 접근법 역시 검토되었다<sup>22)</sup>. 그러나 일본에서는 입법 및 판례<sup>23)</sup>가 그 존재를 인정하고 있지 않으며, 노동법 학설의 대다수도 일본에는 그 사회적 기반이 결여되어 있다는 것을 이유로 이 원칙의 직접적인 적용에 신중한 입장을 보이고 있다<sup>24)</sup>.

다만 비정규직에 대한 처우 격차는 일본적 고용관행의 일부라고 일컬어지고 있는 연공임금제에 그 기반을 둔 것에 그치지 않는다.<sup>25)</sup> 일본에서는 종래 복리후생의 면에서 기업의 역할이 적지 않았다는 점을 지적할 수 있다. 예를 들어 부양하는 배우자나 자녀가 있는 경우에 지급되는 가족수당이나, 기숙사(사택) 등의 현물급부나 주택수당 등의 형태로 부여되는 주거에 대한 배려 등이 그것이다. 이러한 기업의 복리후생과 국가의 사회보장제도는 상호 밀접하게 관련되는 면을 가진다. 예를 들어 1970년대 초기에 도입된 국가의 아동수당은 일본에서는 그다지 발전하지 않았다<sup>26)</sup>. 그 이유의 하나로 기업에서 동종의 수당이 발전되어 온 점이 지적되어 왔다. 이는 미국에서 근로자를 대상으로 한 공적의료보험제도의 확산이, 기업별 민간보험의 보급에 의해 저해되어 온 것과 유사한 측면을 갖는다.

이러한 직무내용에 관계없이 근로자가 속하는 세대 구조로부터 필요하게 되는 비용에 대해서는 교육비 등을 포함하여 사회제도화에 의해 국가가 사회보장제도의 일환으

21) 2011년 2월 후생노동성에 「今後のパートタイム労働対策に関する研究会」가 설치되어 현재 논의가 진행 중이다.

22) 森ます美・浅倉むつ子編 『同一価値労働同一賃金原則の実施システム』 (有斐閣, 2010年) 315-317면 등.

23) 丸子警報機事件 (長野地裁上田支部 1996. 3. 15. 判決, 労働判例 690호 32면) 참조

24) 학설의 상황과 합리적 이유 없는 불이익취급 금지원칙의 제시에 대해, 水町勇一郎 「『同一労働同一賃金』は幻想か?」 (鶴・樋口・水町編・전계서 (각주 19) 276-277면

25) 島田陽一 「正社員と非正社員の格差解消に何が必要か」 『世界』 783호 (2008年) 173면

26) 민주당 정권 하에서 2010년 4월 이후, 소득제한 없이 금액(월 13000엔), 기간(중학교 졸업까지) 모두 아동수당보다 급부 수준을 상향조정한 「어린이 수당」 제도가 실시되었으나, 2011년 8월 4일, 지진 부흥 관련법 제정과 맞물려 여야당의 합의로 2012년 4월 이후 폐지되고 아동수당이 부활되게 되었다.



로서 운영해 가는 것도, 간접적이기는 하나 처우 격차 시정책이 될 수 있다고 생각한다.

나아가 비정규직에 대한 처우격차는 전술한 바와 같이 세제나 사회보장제도에 의해 증폭되는 면도 있다. 예를 들어 전술한 고용보험의 적용대상자 한정과 더불어, 일본에서는 피용자 보험과 지역보험이 분리된 사회보험제도의 틀을 전제로, 노동기준법상의 「노동자」(동법 2조 1항)라 하더라도, 소정근로시간 및 소정근로일수가 통상 근로자의 4분의 3에 미치지 못하는 자에게는 피용자보험(건강보험 및 후생연금보험)의 적용이 이루어지지 않는다(소위 「4분의 3 요건」)는 문제가 존재한다. 건강보험의 피보험자가 되지 못하더라도 연간수입 130만 엔 미만으로, 동시에 주된 피보험자의 수입의 2분의 1 미만일 것 등의 요건을 충족시키면 피부양자로서 보험료를 납부하지 않고 건강보험의 적용을 받을 수 있다. 그러나 그러한 부양가족이 없는 경우, 자영업자 등과 마찬가지로 자치단체가 운영하고 재정기반이 취약한 국민건강보험에 가입해야 한다. 또 연금의 경우, 연간수입 130만 엔 미만으로 동시에 후생연금(피용자를 대상으로 하는 추가 급부 부분의 보수 비례 연금) 가입자의 피부양배우자가 아닌 한<sup>27)</sup>, 국민연금(20세부터 60세까지의 자 모두를 대상으로 하는 기본 급부 부분의 기초연금)에 가입하여 월액 15020엔(2011년 9월 현재)의 보험료를 납부해야 한다. 다만 정규직인 경우에 수급 가능한 후생연금(추가 급부 부분의 보수 비례 연금)의 급부는 받을 수 없다.

사회보장법적 시점에서는 이 4분의 3 요건을 수정함으로써 비정규직에 대한 의료보장이나 노후의 소득보장에 관한 처우격차를 시정해 나가는 것을 과제로 하고 있다<sup>28)</sup>.

다음으로 파견근로자의 경우, 파견법에 의해 규제되고 있다. 2008년 가을의 리만 쇼크에 의해 촉발된 금융위기에 의해 특히 제조업의 파견근로자 대다수가 「파견해지」라 불리는 고용상실의 상황에 처해졌으며, 큰 사회문제로 대두되었다. 현 민주당 정

27) 이 경우, 국민연금법 제3호 피보험자로서 스스로 연금보험료를 거출하지 않고 기초연금(국민연금)의 수급자격을 얻을 수 있다. 다만 전업주부 우대책이라는 점이 최근 비판되고 있다.

28) 그러나 일본의 추가 급부 부분의 연금(후생연금)액은 보수비례라는 점에서 설령 후생연금에 관해 비정규직의 적용범위를 확대하더라도 임금의 격차가 있다면 그대로 연금액에 반영될 수밖에 없다는 점에 유의할 필요가 있다.

권 아래에서 2010년 이래 파견법 개정법안이 국회에 제출되어 있기는 하지만 지진 관련 법안의 심의가 우선시되고 있는 상황을 포함, 본격적인 심의가 이루어지지 않은 채 계속심의의 상태에 놓여 있다.

파견법 개정안은, 전문업무 등을 제외한 등록형파견의 원칙금지, 그룹 기업 내 파견의 80% 규제(1사에 대한 파견 비율을 80% 이내로 할 것), 사용자업주가 위법사실을 알면서 파견근로자를 받은 경우의 사용자업주에 의한 근로계약 청약 간주제 등 규제를 강화하는 방향으로의 개정이 예정되어 있다. 민주당 정권이 독자성을 유지하려고 한 시기에 제출된 법안이라는 점이 엿보이는 내용이다.

파견법제의 바람직한 모습의 상세한 내용에 대해 논하는 것은 필자의 능력 밖의 일이다. 다만 고용관행이 변용되고, 세계화 속에서 국제경쟁에 영향을 받는 기업층의 노동 수요로서 파견근로 등의 형태가 등장하게 된 경위에 비추어보면, 더 나아가 ILO 조약 등의 국제법규도 그러한 고용형태를 인정하는 방향으로 발전해 온 상황이라는 점을 고려하면, 개정법안에도 포함된 바 있는, 일정한 유기고용 파견근로자에 대해 무기고용으로의 전회추진조치를 파견사업주에게 노력의무화한 것이라든지, 파견근로자의 임금 등의 균형처우에 대한 배려조치, 파견요금과 임금의 차액 등의 정보공개 의무와 같은 파견근로자의 대우 개선에 머무르는지 않고, 전술한 바와 같이 파견사업주에 대해 특정 근로자파견의 원칙 금지로 이어질지도 모르는 법개정을 논의함에 있어서는 그 타당성에 대해 신중히 검토할 필요가 있다고 생각된다.

또 파견법제의 틀 안에서만 근로자보호를 생각하는 것이 아니라, 예를 들어 일일 파견 등에 대해서는 전술한 바와 같이 고용보험이나 생활보호, 제2 안전망 등의 사회보장제도에 의한 생활보장, 직업능력개발과의 연계도 의식하면서 생각해 나갈 필요가 있을 것이다<sup>29)</sup>.

29) 島田陽一「派遣労働の政策と法をめぐる検討課題」『早稲田商学』428호 (2011年) 668면 참조

## 6. 사회법적 시각의 필요성

이상에서 검토한 바와 같이, 노동시장의 양극화, 격차의 확대라고 하는 최근의 고용정세 속에서는 노동법제의 정비에 의해 근로자와 그 가족을 둘러싼 문제가 모두 해결될 수 있다고 하기에는 어려운 것이 사실이다. 여기서, 우선 아래 세 가지 점의 시사를 얻을 수 있다. 첫째로, 고용정책과 사회보장정책의 연동 속에서 문제해결에 나설 필요성이 한층 더 강화되었다는 점이다. 이는 개별 연구자에게 요구되는 관점인 동시에 노동법과 사회보장법의 공동작업의 가능성 역시 제시하는 것일 것이다. 둘째로, 이러한 정책전개에 있어 근로자와 그 가족의 생활보장을 전체로서 어떻게 꾀할 것인가 하는 관점을 가질 것이 요구된다. 이 관점은 굳이 말하자면 사회보장법에 보다 친화적인 관점이라고도 할 수 있겠다. 그러나 셋째로, 그 생활보장은 가능한 한 취로에 의한 임금의 획득에 의해 이루어져야 한다. 종래의 사회보장법은 생활보장의 관점을 우선시한 나머지, 노동의 의의를 경시하는 듯한 풍조가 없지 않았다.

위의 지적이 종래의 노동법의 의의나 체계를 변경해야 한다고 하는 논의로 연결되는 것은 아니다. 특히 입법론이나 정책론의 국면에서 보다 광범위한 시각을 가질 것이 필요하게 되는 국면이 있다고 하는 점을 제시하고자 하는 데 지나지 않는다. 2008년 말의 리만 쇼크, 이후의 금융위기와 경제불황 속에서, 일본에서는 비정규 근로자가 고용의 장을 잃는 것이 사원주택 등의 주거를 비롯한 생활의 장 그 자체를 잃는 것을 의미한다고 하는 사실을, 국민은 새삼 목도하게 되었다.

마지막으로, 이러한 사회법적 시각의 법적 기반으로, 일본에서는 헌법 25조를 배경으로 한 헌법 27조 2항, 그리고 실업의 경우 등에는 직접 헌법 25조가 고려될 수 있다. 더 나아가 단순히 고용 상태에 있다면 그것으로 족한 것이 아니라, 「보다 나은 고용에의 접근 보장」<sup>30)</sup>이라고 하는 절차보장적 측면까지 포함된다고 생각해야 한다고 할 때, 필자의 입장에서는 헌법 13조<sup>31)</sup>에 기초를 둔 인격적 자율권에도 기초를 둔다고 할 수 있을 지도 모르겠다<sup>32)</sup>. 이러한 관점에서라면 사회법에서의 소수자란,

30) 矢野昌宏 「雇用社会のリスク社会化とセーフティネット」 『日本労働法学会誌』 111호 (2008年) 94면

31) 「모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관하여는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 한다.」

단순히 「보호」되어야 할 객체가 아니라, 자율성을 지향하며 주체적으로 생을 영위해 나가는 주체라 할 것이다. 이러한 접근에 의해, 가령 사회적 약자로 범주화 (categorize)된 존재라 하더라도, 그 사람들의 「자율」을 지원(혹은 「자립」을 지원)하고자 하는 시각이 규범적 요청으로서 도출될 수 있으리라 생각한다.

---

32) 노동법 분야에서 인격적 자율권론을 전개해 온 종래의 학설로서, 西谷敏『規制が支える自己決定』(法律文化社、2004年). 필자의 헌법 13조에 의거한 사회보장법론의 구체적 내용은, 菊池馨実『社会保障の法理念』(有斐閣、2000年), 同『社会保障法制の将来構想』(有斐閣、2010年) .

## 【第3主題】

# 日本の障害者雇用法制

長谷川珠子（福島大学）

1. はじめに
2. 障害者の雇用率制度と障害者雇用の状況
  - (1) 障害者雇用促進法の制定に至る歴史的背景
  - (2) 雇用率制度と障害者雇用納付金制度
3. 障害者差別禁止法の制定に向けた動き
  - (1) 障害者権利条約の締結に向けた取組み
  - (2) 障害者(雇用)差別禁止法の制定に向けた取組み
  - (3) 合理的配慮(reasonable accommodation)類似の対応
4. おわりに

## 1. はじめに

世界の国々が様々な取組みをしてきた障害者の雇用施策について、かつての主流は、「雇用率制度」（割当雇用制度）であったといえよう。雇用率制度とは、一定割合の障害者を雇用することを使用者に義務づけ、障害者を雇用できない使用者に対し、なんらかのサンクションを課すもので、障害者の雇用を「量的」に確保しようとするものである。この「雇用率アプローチ」は今なおその重要性を失ってはいない。

しかし、アメリカが、障害を理由とする差別を禁止した「障害をもつアメリカ人法」（Americans with Disabilities Act of 1990、以下ADA）を1990年に制定して以降、雇用差別を禁止することによって障害者の雇用を促進するという新たな「差別禁止アプ

ローチが」世界各国に影響を与えるようになった。この傾向は、2006年12月の第61回国連総会本会議において、「障害者の権利に関する条約（以下、障害者権利条約）」

(Convention on the Rights of Persons with Disabilities) が採択されたことにより、さらに勢いを増した。同条約は、すべての障害者によるあらゆる人権および基本的自由の完全かつ平等な享有を促進し、保護し、および確保することならびに障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的として、定められたものである（第1条）。同条約の批准のために、世界の多くの国々が「障害者差別禁止法」を制定し、今や、差別禁止アプローチは、障害者雇用にとって、雇用率アプローチと並ぶあるいはそれを上回る重要な施策となっている（2011年8月末現在149か国が署名、103か国が締結）。韓国も、2007年に雇用、教育、サービス等様々な場面における障害者差別を禁止する「障害者の差別禁止および権利救済に関する法律」を制定し、2008年12月11日に同条約を批准している。

日本は、同条約の署名を済ませたものの、未だ批准に至っていない（2011年8月末現在）。これは、拙速な批准をするよりも、同条約の締結を契機として、国内の障害者法制全般を根本的に見直すべきであるとの考えによるものである。現在日本では、包括的な障害者差別禁止法の制定に向けて、積極的な議論がなされているところであり、2013年を目途に障害者差別禁止法が制定される予定となっている。

本報告では、日本が古くから採用してきた雇用率制度について解説するとともに、障害者差別禁止法の制定に向けた最新の議論状況について紹介する。

## 2. 障害者の雇用率制度と障害者雇用の状況

日本では、憲法27条に定められる勤労権に基づき国が各種の雇用施策を図ることとなっている。障害者についても同様に、憲法27条に定められる勤労権を保障し、障害者の職業的自立を実現するために必要な施策として「雇用率制度」が導入されている。以下では、日本の障害者雇用施策においてもっとも重要な位置を占める雇用率制度について、その歴史的経緯および制度の内容を紹介する<sup>1)</sup>。

---

1) 雇用率制度をはじめとする各種の障害者施策を定めた障害者雇用促進法については、以下の文

## (1) 障害者雇用促進法の制定に至る歴史的背景

日本では、1960年の「身体障害者雇用促進法」の制定により、雇用率制度が導入された<sup>2)</sup>。しかし、当時の雇用率制度は、身体障害者のみを対象とするものであり、また、民間企業については障害者の雇用は「努力義務」（雇用率を達成していない使用者に対しサンクションが課されない）にとどめられているなど、多くの課題を残すものであった。

同法施行後、身体障害者の雇用状況は少しずつ改善したが、企業規模や産業によって障害者の雇用率に大きな差がみられ、このことが、障害者雇用に伴う経済的負担のアンバランスに基づく不公平感をもたらした<sup>3)</sup>。そこで、身体障害者の雇用義務の強化と、それを経済的側面から裏打ちする「障害者雇用納付金制度」の創設を主な内容とする法改正が1976年に行われた。障害者雇用促進法はこれ以降も数度の法改正を繰り返しているが（雇用義務の対象の知的障害者への拡大（1997年）、法定雇用率の引き上げ（1976年当時は民間企業について1.5%だったものが1997年に1.8%になり現在に至る）、1976年の改正法が、現在の日本の障害者雇用率制度の骨格を定めたといえる。以下、障害者雇用促進法に基づく雇用率制度と障害者雇用納付金について紹介する。

## (2) 雇用率制度と障害者雇用納付金制度

障害者雇用促進法に基づき、民間企業、国、地方公共団体等は、一定割合（法定雇用率）以上の人数の障害者を雇用しなければならない（雇用率制度）。民間企業における法

---

献を参照。厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編著『障害者雇用促進法の逐条解説』（日刊労働通信社、2003年）。

2) 障害者雇用施策の歴史的背景の詳細については、以下の文献を参照。堀秀夫『身体障害者雇用促進法解説』（労働法例協会、1961年）、手塚直樹『日本の障害者雇用—その歴史・現状・課題—』（光生館、2000年）、征矢紀臣『障害者雇用対策の理論と解説』（労務行政研究所、1998年）。Hasegawa Tamako, *Equality of Opportunity or Employment Quotas? A Comparison of Japanese and American Employment Policies for the Disabled*, *Social Science Japan Journal* 10-1, pp41-57 (2007).

3) 1960年以降の経済成長に伴い障害者雇用が進展したものの、1973年のオイルショックを契機に生じた経済危機が障害者の雇用問題にも深刻な影響を与えた。このような経済的要因が法改正への一因にもなっている。

定雇用率は、1.8%であり、民間企業の使用者は、従業員56人に1人の割合で障害者を雇用する義務を負う<sup>4)</sup>。

#### (i) 雇用率制度の対象障害者

当初雇用率制度の雇用義務対象は身体障害者だけであったが、1997年の法改正により知的障害者も対象となった。精神障害者については雇用義務の対象ではないものの、2006年以降、使用者が現に雇用している精神障害者については実雇用率に算定できることとなっている。

当該労働者が障害者かどうかの判断は、原則として「障害者手帳」によって行う。身体障害者の場合は、身体障害者福祉法に根拠をもち、同法施行規則別表第5号に照らして障害等級が決定され、都道府県知事から身体障害者手帳を交付される。知的障害者は、法令上知的障害に関する定義が置かれていないが、1973（昭和48）年に厚生省によって出された「療育手帳制度の実施について」という通知に基づき、18歳未満は児童相談所、18歳以上は知的障害者厚生相談所が判定を行い、手帳を交付する。精神障害者は、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律の定義（統合失調症、精神作用物質による急性中毒又はその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者）に照らし、都道府県知事が精神障害者保険福祉手帳を交付する。

#### (ii) 実雇用率の算定方法

雇用されている障害者の割合（実雇用率）を算定する方法は、図1の示す通りである。週所定労働時間が30時間以上の常用雇用が実雇用率の算定の基礎となり、そのような雇用形態の障害者を1人雇用することにより1人として雇用率にカウントされる。重度障害者の雇用が一般的に困難であることに鑑み、重度の身体障害者および知的障害者<sup>5)</sup>1人を

4) この他、特殊法人および国・地方公共団体の法定雇用率は2.1%、都道府県等の教育委員会の法定雇用率は2.0%。

5) 身体障害者については、障害者手帳の障害等級が1級および2級の者を重度身体障害者とし、知的障害者については、「知的障害者のうち、知的障害の程度が重いものであって厚生労働省令で定めるものをいう」こととされ、知能指数を基礎としつつ社会生活能力を勘案して総合的に判断されることとなっている。



雇用した場合2人分としてカウントされる（ダブルカウント）<sup>6)</sup>。また、重度障害のある短時間労働者については、その1人をもって1人として雇用率にカウントされる。1週間の所定労働時間が短い（20時間以上30時間未満）労働者については、その1人をもって0.5人として雇用率にカウントされる。

【図1：実雇用率のカウント方法】 出典：厚生労働省

週所定労働時間	30時間以上	20時間以上30時間未満
身体障害者	○	△
重度	◎	○
知的障害者	○	△
重度	◎	○
精神障害者	○	△

- = 1カウント
- ◎ = 2カウント（ダブルカウント）
- △ = 0.5カウント

### （iii）障害者雇用納付金制度

障害者雇用納付金制度は、障害者の雇用に伴う使用者間の経済的負担の調整を行うと共に、雇用水準を全体として引き上げるための助成・援助を行うために設けられているものである。法定雇用率（1.8%）を達成できない使用者から徴収される障害者雇用納付金の額は、法定雇用率の人数を下回るごと1人につき月額5万円である。

中小企業における経済的負担能力を勘案し、当分の間、300人以下の常用労働者を雇用する使用者からは納付金を徴収しないこととなっていた。しかし、中小企業における障害者の雇用率が低下していること等が問題となり、2008年に障害者雇用促進法が改正され、2010年7月1日より常用労働者数201人以上の使用者に、また、2015年4月1日より常用労働者数101人以上の使用者に、それぞれ納付金が徴収されることとなった。なお、新たに納付金制度の対象となった使用者は、制度の適用から5年間は納付金の減額特例が適用され、納付金額は月額4万円になる。なお、障害者の雇用に伴う経済的負担の調整を図

<sup>6)</sup> 精神障害者には「重度」という分類がないため、ダブルカウントの適用はない。

るという納付金制度の性格から、国、地方公共団体、教育委員会等は、納付金の徴収対象とされていない。

法定雇用率を上回る障害者を雇用する使用者に対しては、上回ると共に1人につき、月額2万7千円の「調整金」が支給される。納付金制度の適用対象となっていない使用者が、一定数（常用労働者の4%相当または6人のいずれか大きい数）を超えて障害者を雇用する場合には、その一定数を超える人数に応じた「報奨金」（月当たり1人2万1千円）が支払われる。

納付金を財源として、障害者を雇用する使用者に対し各種の「助成金」が支給される制度も整備されている。これは、障害者を新たに雇用する場合や障害者の雇用を継続するために、施設や設備について一時的に多額の経済的負担を余儀なくされる使用者に対し支払われるものであり、作業施設・設備の設置または整備を行う場合、手話通訳担当者・職場介助者の委嘱等の雇用管理上の措置を行う場合、職場環境や業務内容に精通した企業内の人材をジョブコーチとして育成し職場定着のための支援を行う場合等に利用できる。

#### （iv）特例子会社制度

特例子会社制度とは、使用者が障害者の雇用に特別の配慮をした子会社（特例子会社）を設立した場合、一定の要件の下で特例子会社に雇用されている労働者を親会社に雇用されている者とみなし、実雇用率に算定できるというものである<sup>7)</sup>。

使用者にとっては、障害の特性に配慮した仕事を確保し、また職場の環境整備が容易となる。この結果、障害者の能力を十分に引き出すことが可能となり、障害者の定着率の向上および生産性の向上が期待できるなどのメリットがある。障害者としても、雇用機会の拡大が図られるとともに、働きやすい環境での就労が可能となるというメリットがある。特例子会社制度は大企業を中心に注目を集め、制度を導入する企業が増えてきている<sup>8)</sup>。

---

7) 2010年6月1日現在において、特例子会社の認定を受けている企業は283社で、雇用されている障害者の人数は、14,562.5人となっている。

8) ただし、障害者を障害をもたない人との雇用の場を分離する特例子会社制度に対しては、障害者に対する理解の妨げとなるとの指摘や、そもそも障害者に対する差別に当たらないか等の指摘がなされてもいる。

#### (v) 実効性確保の措置

各使用者が法定雇用率を達成できるようにするため、国は以下の取組みを行っている。まず、常時56人以上を雇用する使用者は、毎年6月1日時点の障害者の雇用状況を厚生労働大臣に報告しなければならない（雇用状況報告）。障害者の実雇用率が低い使用者に対しては、翌年1月を始期とする3年間の障害者を雇い入れるための計画を作成するよう命令が発出される（雇入れ計画作成命令）。使用者は、3年計画に基づいて障害者の雇用状況を改善することが求められるが、計画の実施状況が悪い企業に対しては、2年目に適正な実施についての勧告がなされる（雇入れ計画の適正実施勧告）。さらに、雇用状況の改善が特に遅れている企業に対し、「企業名の公表」を前提とした特別指導が実施され、最終的に法定雇用率への不足分が特に多い企業について、企業名の公表がなされる。2011年5月には、4社の企業名が公表されている。なお、2012年から雇入れ計画期間を3年から2年へ短縮するとともに企業名公表猶予基準の明確化が行われることとなっており、障害者雇用率達成指導の実効性の向上が図られることになっている。

#### (1) 障害者雇用の状況

次に、障害者の雇用状況についてみる。障害者の実雇用率は、1976年の雇用義務化以降、数度の停滞期を経つつも、徐々に上昇してきている。特に、2004年以降は大幅に改善しており、2004年に1.46%であった民間企業における障害者の実雇用率は、2010年には1.68%となっている。2010年の調査では、民間企業（従業員数56人以上の規模の企業）に雇用されている障害者の人数は、342,973.5人で、前年より3.1%増加し、過去最高を記録している（ダブルカウント、0.5人カウントによる計算を含む）。

実雇用率の上昇の理由は、現に雇用される精神障害者が実雇用率に算定されることになったことに加え、従業員数1,000人以上の企業における実雇用率の伸びが大きく影響していると分析されている（従業員数1,000人以上の民間企業における2010年の実雇用率は、1.9%）。大企業を中心に、企業の社会的責任（CSR）の一環として障害者雇用に取り組む企業が増えてきていることや、上述の「特例子会社制度」を取り入れる企業の増加が数字に表れているといえよう。

しかしながら、法定雇用率を達成できている企業は47.0%に過ぎず、半分以上の企業が

法定雇用率を達成できていない。また、雇用されている障害者の多くは、身体障害者であり、特に精神障害者の雇用は進んでいない状況にあるなど、多くの課題も残している<sup>9)</sup>。

### 3. 障害者差別禁止法の制定に向けた動き

#### (1) 障害者権利条約の締結に向けた取組み

国連の障害者権利条約の締結に必要な国内法の整備を始めとする障害者制度の集中的な改革を行うため、2009年12月に「障がい<sup>10)</sup>者制度改革推進本部」が内閣に設置された。同本部の構成員は、本部長である内閣総理大臣の下、すべての国務大臣となっている<sup>11)</sup>。

制度改革に向けた実際の議論は、障害当事者（障害者本人およびその家族）、障害者の福祉に関する事業に従事する者、学識経験者等から構成される「障がい者制度改革推進会議」において2009年12月以降行われている。同会議における議論の結果、「障害者基本法」の改正法案が作成され、2011年7月29日に障害者基本法の一部を改正する法律が成立した（2011年8月5日公布）。障害者基本法は、障害者の自立および社会参加の支援等のための施策に関し、国および地方公共団体等の責務を明らかにすることを目的とする法律である。2011年の改正前においても、旧障害者基本法3条3項に「何人、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならな

---

9) 障害者の雇用状況については、以下の資料を参照のこと。厚生労働省職業安定局「平成22年障害者雇用状況の集計結果」(<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000000v2v6-img/2r9852000000v2wn.pdf>)、内閣府『平成22年版障害者白書』(<http://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/index-w.html>)、

10) 障害の「害」には、「さまたげ」「わざわざ」という意味があり、「害虫」「被害」などという用いられ方がされるため、害ではなく、「碍」の字を使うべきであるとか、ひらがなで「がい」と表記すべきである、あるいは、「チャレンジド」など別の呼び方をすべきであるとの意見がある。障がい者制度改革推進会議においては、この点も議論の対象となっていることから、会議名を「障がい者制度改革推進会議」としている。

11) 障がい者制度改革推進本部、障がい者制度改革推進会議および差別禁止部会については、[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/kaikaku.html#s3\\_kaigi](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/kaikaku.html#s3_kaigi)参照。

い。」とする「差別禁止規定」があったが、今回の改正によって、差別禁止に加え「合理的な配慮」<sup>12)</sup>に関する規定が追加された。改正障害者基本法4条2項によれば、「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによって前項の規定（旧障害者基本法3条3項と同じ差別禁止規定）に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない」。

ただし、障害者基本法は基本的には国および地方公共団体の責務を定めるものであるため、たとえば、民間企業が障害者に対し障害を理由に雇用差別をしたとしても、同法を根拠として違法性を訴えることは困難と考えられている。そこで、2010年11月に障がい者制度改革推進会議の下に「差別禁止部会」が置かれ、実効性をもつ包括的な障害者差別禁止法の制定に向けて、検討が進められているところである。差別禁止部会は、学識経験者、弁護士、労働組合、障害当事者等、16名から構成される。

## (2) 障害者（雇用）差別禁止法の制定に向けた取組み

2011年8月末までの間に、7回の「差別禁止部会」が開催されている。これまでの主要な議題は、諸外国の障害者差別禁止法制についての報告や直接差別や間接差別の内容についての報告であり、日本版の障害者差別禁止法の具体的なあり方についての議論はこれから進められることとなっている。

そこで、本報告では、差別禁止部会の開催より前に取りまとめられた、厚労働省の諮問機関である「労働政策審議会障害者雇用分科会」の「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する中間的な取りまとめ（案）」（以下、中間取りまとめ

12) 合理的配慮とは、**reasonable accommodation**としてアメリカの障害者差別禁止法（障害をもつアメリカ人法によって導入された概念である。雇用の場面における合理的配慮とは、主として使用者に対し、障害を有する労働者、求職者に特別な労働条件、適切な就業環境の提供を求めるものである。例えば、私傷病労働者に対する病気休業制度の適用および延長、精神疾患に罹患している労働者に対する就業開始時間の変更、静粛な就業環境の提供およびソファの設置、内臓疾患に罹患している労働者に対する夜間シフトから昼間シフトへの変更などが含まれる。日本において、どのような措置・対応を合理的配慮として捉えるかについては、後述の差別禁止部会で議論されることとなっている。

案) 13)について紹介する<sup>14)</sup>。

まず、差別禁止の対象とする障害者の範囲は、現行の障害者雇用率制度の対象（原則として障害者手帳の所持者）よりも広範囲なものとするべきとされている。ただし、どの程度広範囲なものとするべきか、また、その認定をどのように行うか等についての詰めた議論はなされていない。

障害を理由とする差別の内容について、募集・採用、賃金その他の労働条件、昇進・配置その他の処遇、教育訓練、雇用の継続・終了（解雇・雇止め等）の雇用に係るすべての事項を差別禁止の対象とするべきとされている。ただし、間接差別については、具体的な判断基準を示すのが困難であり、差別禁止の対象とするべきではないとの意見が使用者代表から示されている。

障害者に対して職場における「合理的配慮」の提供を使用者に義務づけることについて異論はなかったが、合理的配慮は多様かつ個別性が高いため、法律では合理的配慮の概念を定め、具体的な配慮の内容等については、類型化しつつ、指針として定めることが適当であるとされた。また、合理的配慮の提供の実効性が担保されるためには、確定的に権利義務関係でとらえるべきではなく、指針等により好事例を示しつつ、当事者間の話し合いや第三者によるアドバイスにより、個別に考えていくことが適切であるとの意見がある一方、合理的配慮を提供しないことを障害者に対する使用者の不利益取扱いとして禁止すべきであるとの意見もあり、使用者が合理的配慮を提供しなかった場合にどのような救済を行うのかについては、結論に至っていない。合理的配慮にかかるコストについては、使用者の負担に対し助成の在り方を検討すべきであるとの議論があるが、現行の障害者雇用納付金制度を利用することについては異論もあり、具体的な助成の在り方は示されていない。

このように、中間取りまとめ案においても、障害者雇用差別禁止法は制定すべきである

<sup>13)</sup> <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2010/03/dl/s0330-17a.pdf>

<sup>14)</sup> 日本では、労働関係の法律を制定または改正する際、学識経験者等の公益代表、労働者代表、使用者代表から構成される「労働政策審議会」（厚生労働省の諮問機関）によって審議されることとなっている。障害者差別禁止法の制定に当たって、労働政策審議会での議論が、差別禁止部会の議論にどのように影響するかは今のところ不明であるが、差別禁止部会には、使用者代表が参加していないこと等から、差別禁止部会の決定には使用者側からの反対が予想される。

し、合理的配慮の規定も取り入れるべきであるとの方向性は示されているものの、結論に至っていない部分は多く、今後は、「差別禁止部会」での議論を注視する必要がある。

### (3) 合理的配慮 (reasonable accommodation) 類似の対応

日本では、改正前の障害者基本法3条3項において、障害を理由とする差別の禁止が定められていたものの、基本理念を述べたものであると考えられ、実効性のある差別禁止規定は存在しなかったといえる。また、差別禁止の文脈において合理的配慮が検討されることもなかった。

しかしながら、私傷病等によって障害を負った従業員に対し合理的配慮類似の対応をするよう使用者に求める仕組みが、制定法上あるいは判例法によって事実上形成されている。

一つは、「安全（健康）配慮義務」を使用者に課すことにより、健康上の問題を抱える労働者に対し、合理的配慮類似の配慮が提供される仕組みである（労働契約法5条）。たとえば、過労死の事案において、裁判所は、使用者は長時間労働によって労働者の心身に悪影響を及ぼすことがないように、労働時間、休憩、休日について適切な労働条件を確保する義務を負うと判示した（ジェイ・シー・エム（アルバイト過労死）事件・大阪地判平成16年8月30日労判881号39頁）。このように使用者は、労働者の心身の状態に応じて、労務軽減や配置転換等の配慮をする義務を負う。

もう一つは、従業員が障害を負い、従前の職務遂行が困難となった場合でも、休職を認めたり、他の業務への配置転換や業務を軽減するなど、解雇を回避する措置をとることを使用者に求める裁判例である。使用者がこのような解雇回避措置をとらずに、障害を負った従業員を解雇した場合、権利の濫用として無効と判断される可能性が高い（労働契約法16条）。たとえば、建設会社で工事現場監督をしていた原告が病気になり、現場での作業が困難となったため、会社に事務所で内勤を求めたが、会社は現場監督に復帰できるまで自宅療養するように命じた事件がある。最高裁判所は、職種や業務内容の特定がない労働契約においては、労働者が現実的に配置可能な業務について労務を履行することができ、かつ、その履行を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があるの

と認められるとしている（片山組事件・最一小判平成10年4月9日労判736号15頁）。このように労働契約上職種や業務内容の限定がない場合には、使用者は障害を負った（病気に罹患した）従業員に対し、配置転換等の措置をとることが求められ、そのような措置をとらずに、労務の提供の受領を拒否した場合には、労働者の賃金請求権が認められている。また、傷病休職期間満了時において従来の職務に復帰できない労働者を退職扱ったことは違法であるとして訴えた事件において、裁判所は、職種や業務内容を限定せずに労働契約を締結している場合においては、当該労働者が配置可能な業務に就かせるべきであり、さらに、変更後の業務についても職務分担を見直すなどして、能力に応じた職務を分担させる工夫をすべきであるとしている（JR東海事件・大阪地判平成11年10月4日労判771号25頁）。

このように裁判所は、厳格な解雇権濫用法理（労働契約法16条）を背景に、解雇を回避するための措置として、従業員に対して各種の配慮をするよう使用者に求めている。しかしこれは、多くの場合、長期雇用を前提とする正社員のみを対象としたものであり、職種や業務内容を特定して労働契約を締結している場合や、非正社員には及ばないものと考えられる。また、募集・採用段階における合理的配慮の提供等は、今までの裁判例の枠組みを前提にすると、使用者に求めることは困難といえよう。合理的配慮によって雇用の獲得または維持の可能性が高まるすべての障害者に合理的配慮が提供されるためには、やはり、包括的な障害者雇用差別禁止法の制定が望まれる。

#### 4. おわりに

以上、日本の障害者雇用施策について雇用率制度を中心に紹介し、また、現在検討が進められている障害者雇用差別禁止法の議論状況について概観した。日本は、既存の雇用率制度に併存させる形で、障害者雇用差別禁止法を制定する予定であるが、雇用率制度の対象となる障害者と、差別禁止法の対象となる障害者をどのように認定・区別するのか、また、合理的配慮のコストを誰がどのように負担すべきかについては、さらに議論を要する。また、雇用率達成のため優先的に採用された障害者と、通常の採用プロセスのなかで



採用された障害者や非障害者とについて、労働条件に差を設けること（たとえば、前者は有期雇用であるのに対し、後者は無期雇用とする）が差別となりうるかどうか、検討が必要となろう。

今後は、一足先に、障害者差別禁止法を制定した韓国や、その他の国々の状況を参考としつつ、日本版の障害者差別禁止法のあり方について具体的に検討していかなければならない。

【제3주제】

## 일본의 장애인 고용법제

하세가와 타마코 (후쿠시마 대학)

1. 들어가며
2. 장애인 고용률 제도와 장애인 고용 현황
  - (1) 장애인 고용 촉진법 제정에 이르기까지의 역사적 배경
  - (2) 「고용률 제도」와 「장애인 고용납부금 제도」
  - (3) 장애인 고용 현황
3. 장애인 차별금지법 제정의 움직임
  - (1) 장애인 권리조약 체결을 위한 움직임
  - (2) 장애인 (고용)차별금지법 제정을 위한 움직임
  - (3) 합리적 배려(reasonable accommodation)와 유사한 대응
4. 나오며

### 1. 들어가며

세계 각국에 의해 다양한 대처가 이루어져 온 장애인 고용시책에 대해, 일찍이 그 주류는 「고용률제도」(할당고용제도)였다고 할 수 있다. 고용률제도는 일정 비율의 장애인을 고용할 의무를 사용자에게 부담시키고, 장애인을 고용하지 못하는 사용자에 대해서는 어떠한 형태의 제재(sanction)를 부과하는 것으로, 장애인의 고용을 「양적」으로 확보하려고 하는 것이다. 이 「고용률 방식」은 현재에도 그 중요성을 상실한 것

은 아니다.

다만 미국이 장애를 이유로 한 차별을 금지한 「장애를 갖는 미국인 법」(Americans with Disabilities Act of 1990, 이하 「ADA」)을 1990년에 제정한 이래, 고용차별을 금지함으로써 장애인의 고용을 촉진하고자 하는 새로운 「차별금지 방식」이 세계 각국에 영향을 미치게 되었다. 이러한 경향은 2006년 12월의 제61회 UN총회 본회의에서 「장애인의 권리에 관한 조약(이하 「장애인권리조약」)」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)이 채택됨에 따라 더욱 가속화되었다. 동 조약은 모든 장애인에 의한 모든 인권 및 기본적 자유의 완전하고도 평등한 향유를 촉진하고, 보호하고, 확보함과 동시에, 장애인 고유의 존엄에 대한 존중을 촉진하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 동 조약의 비준을 위해 세계 많은 나라들이 「장애인 차별 금지법」을 제정하여, 현재는 차별금지 방식이 장애인 고용 관련 고용률 방식과 나란히 혹은 이를 넘어서는 중요한 시책이 되었다(2011년 8월말 현재 149개국이 서명, 103개국이 체결). 한국도 2007년에 고용, 교육, 서비스 등 다양한 국면에서의 장애인의 차별을 금지하는 「장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률」을 제정, 2008년 12월 11일에 동 조약을 비준하였다.

일본은 동 조약에 서명은 하였으나 아직 비준에 이르지 못하고 있다(2011년 8월말 현재). 이는 졸속한 비준보다도 동 조약의 체결을 계기로 하여 국내의 장애인 법제 전반에 대해 근본적인 재검토가 필요하다는 인식에 따른 것이다. 현재 일본에서는 포괄적인 장애인 차별금지법의 제정을 위해 적극적인 논의가 이루어지고 있으며, 2013년을 목표로 장애인 차별금지법이 제정될 예정이다.

본고에서는 일본이 이전부터 채용해 온 고용률 제도에 관한 간단한 설명과 함께 장애인 차별금지법의 제정과 관련한 최신의 논의상황을 소개하고자 한다.

## 2. 장애인 고용률 제도와 장애인 고용 현황

일본에서는 헌법 27조에 규정된 근로권에 기해 국가가 각종 고용시책을 도모하도록 되어 있다. 이는 장애인에 대해서도 마찬가지로, 헌법 27조에 규정된 근로권을 보

장하고 장애인의 직업적 자립을 실현하기 위해 필요한 시책으로서 「고용률 제도」가 도입되어 있다. 이하에서는 일본의 장애인 고용시책에 있어 가장 중요한 위치를 차지하는 고용률 제도에 관해 그 역사적 경위 및 제도의 내용을 소개한다).

### (1) 장애인 고용 촉진법 제정에 이르기까지의 역사적 배경

일본에서는 1960년, 「신체장애인 고용촉진법」의 제정에 의해 고용률 제도가 도입되었다<sup>2)</sup>. 그러나 당시의 고용률 제도는 신체장애인만을 대상으로 한 것이었으며, 또 민간기업에 대해서는 장애인의 고용은 「노력의무」(고용률을 달성하지 못한 경우에도 사용자에 대해 제재가 부과되지 않음)에 머무르는 등, 많은 과제를 안고 있는 제도였다.

동법 시행 후, 신체장애인의 고용상황은 조금씩 개선되었으나, 기업규모나 산업에 따라 장애인의 고용률에 큰 차가 나타났으며, 이에 따라 장애인 고용에 수반되는 경제적 부담의 불균형에 기한 불공평을 야기하였다<sup>3)</sup>. 따라서 신체장애인의 고용의무를 강화함과 동시에 경제적 측면에서 뒷받침하는 「장애인 고용납부금 제도」의 창설을 주된 내용으로 하는 법개정이 1976년 이루어졌다. 장애인 고용 촉진법은 이 이후에도 몇 차례의 법개정을 되풀이하나(고용의무의 대상을 지적장애인으로 확대(1997), 법정 고용률의 인상(1976년 당시 민간기업에 대해 1.5%였던 것이 1997년에는 1.8%로 인상되어 현재에 이룸)), 1976년 개정법이 현재 일본의 장애인 고용률 제도의 골격을 이루고 있는 것은 분명하다. 이하 장애인 고용 촉진법에 기한 고용률 제도와 장애인 고용 납부금 제도에 관해 소개한다.

1) 고용률 제도를 비롯한 각종 장애인 시책을 규정한 장애인고용촉진법에 대해서는, 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部 편저 『障害者雇用促進法の逐条解説』 (日刊労働通信社, 2003年) 을 참조.

2) 장애인 고용시책의 역사적 배경에 대한 상세한 논의로, 堀秀夫 『身体障害者雇用促進法解説』 (労働法例協会, 1961年) ; 手塚直樹 『日本の障害者雇用-その歴史・現状・課題-』 (光生館, 2000年) ; 征矢紀臣 『障害者雇用対策の理論と解説』 (労務行政研究所, 1998年) ; Hasegawa Tamako, Equality of Opportunity or Employment Quotas? A Comparison of Japanese and American Employment Policies for the Disabled, Social Science Japan Journal 10-1, pp41-57(2007)

3) 1960년 이후의 경제성장과 더불어 장애인 고용이 진전을 보였으나, 1973년의 오일쇼크를 계기로 생겨난 경제위기가 장애인 고용문제에도 심각한 영향을 미쳤다. 이러한 경제적 요인이 법개정의 한 원인이 된 것도 사실이다.

## (2) 「고용률 제도」와 「장애인 고용납부금 제도」

장애인 고용 촉진법에 기해 민간기업, 국가, 지방공공단체 등은 일정 비율(법정고용률) 이상의 장애인을 고용해야 한다(고용률 제도). 민간기업에서의 법정 고용률은 1.8%이며, 민간기업의 사용자는 종업원 56인 당 1명의 비율로 장애인을 고용할 의무를 부담한다.<sup>4)</sup>

### (i) 고용률 제도의 대상 장애인

당초 고용률 제도의 고용의무 대상은 신체장애인에 한정된 것이었으나, 1997년 법개정에 의해 지적장애인도 대상이 되었다. 정신장애인의 경우는 고용의무의 대상이 아니지만, 2006년 이후 사용자가 실제 고용하고 있는 정신장애인에 대해서는 실고용률 산정시 반영할 수 있도록 되어 있다.

당해 근로자가 장애인에 해당하는지 여부의 판단은 원칙적으로 「장애인 수첩」에 의해 이루어진다. 신체장애인의 경우에는 신체장애인 복지법에 근거를 두며, 동법 시행규칙 별표 제5호에 비추어 장애 등급이 결정되고, 도도부현 지사로부터 신체장애인 수첩을 교부받는다. 지적장애인의 경우 법령상으로는 지적장애에 관한 정의가 없으나, 1973년 후생성에서 나온 「요육수첩(療育手帳)제도의 실시에 관하여」라고 하는 통지에 기하여 18세 미만은 아동상당소, 18세 이상은 지적장애인 후생상당소가 판정을 행하고, 수첩을 교부한다. 정신장애인은 정신보건 및 장애인 복지에 관한 법률상의 정의(통합실조증, 정신작용물질에 의한 급성 중독 또는 그 의존증, 지적장애, 정신병질 기타 정신질환을 갖는 자)에 비추어 도도부현 지사가 정신장애인 보험복지수첩을 교부한다.

### (ii) 실고용률의 산정 방법

고용되어 있는 장애인의 비율(실고용률)을 산정하는 방법은 그림 1에서 나타난 바와 같다. 주 소정근로시간이 30시간 이상인 상용고용이 실고용율의 산정기초가 되며,

4) 이 외에도, 특수법인 및 국가, 지방공공단체의 법정 고용률은 2.1%, 도도부현 등의 교육위원회의 법정 고용률은 2.0% 이다.

그러한 고용형태의 장애인을 한 사람 고용함으로써 고용률 산정에 있어 1인을 고용한 것으로 간주된다. 중증 장애인(重度障害者)의 고용이 일반적으로 곤란하다는 점을 감안하여, 중증의 신체장애인 및 지적장애인<sup>5)</sup> 한 사람을 고용한 경우에 2인을 고용한 것으로 간주한다(더블 카운트)<sup>6)</sup>. 또 중증의 장애가 있는 단시간 근로자에 대해서는 한 사람에 대해 고용률 산정에 있어서의 1인으로 산정한다. 1주간의 소정근로시간이 짧은(20시간 이상 30시간 미만) 근로자에 대해서는 한 사람에 대해 0.5인으로 고용률 산정의 기준으로 삼는다.

<그림 1> 실고용률 산정 방법(출전 : 후생노동성)

주 소정근로시간		30시간 이상	20시간 이상 30시간 미만
신체장애인		○	△
	중증	◎	○
지적장애인		○	△
	중증	◎	○
정신장애인		○	△

○ = 1인

◎ = 2인(더블 카운트)

△ = 0.5인

### (iii) 장애인 고용납부금 제도

장애인 고용납부금 제도는 장애인의 고용에 수반되는 사용자간의 경제적 부담을 조정함과 동시에 고용수준을 전체로서 높이기 위한 지원·원조를 위해 도입된 제도이다. 법정 고용률(1.8%)을 달성하지 못하는 사용자로부터 징수된 장애인 고용납부금의 금액은 법적 고용률의 인원 수를 하회하는 때 1인에 대해 월액 5만엔으로 정하여져 있

5) 신체장애인의 경우, 장애인 수첩의 장애 등급이 1급 및 2급인 자를 중증 신체장애인으로 하며, 지적장애인의 경우에는 「지적장애인 중 지적장애의 정도가 무거운 자로 후생노동성령에서 정하는 자를 말한다」라고 규정하고 있으며 지능지수를 기초로 하면서 사회생활능력을 감안하여 종합적으로 판단하고 있다.

6) 정신장애인에 대해서는 「중증」의 분류가 없는 탓에 더블 카운트의 적용이 없다.

다.

중소기업의 경제적 부담능력을 감안하여 당분간은 300인 이하의 상용근로자를 고용하는 사용자로부터는 납부금을 징수하지 않는 것으로 되어 있었다. 그러나 중소기업에서 장애인 고용률이 저하되는 등의 문제가 있어 2008년에 장애인 고용촉진법이 개정, 2010년 7월 1일부터는 상용근로자 수 201인 이상의 사용자에게 대해, 2015년 4월 1일부터는 상용근로자 수 101인 이상의 사용자에게 대해, 각각 납부금이 징수되도록 바뀌었다. 또 새로이 납부금제도의 대상이 된 사용자는 제도 적용 개시로부터 5년간은 납부금의 감액특례가 적용되어 납부금액은 월액 4만 엔이 부과된다. 한편 장애인의 고용에 수반되는 경제적 부담의 조정을 꾀한다고 하는 납부금 제도의 성격상 국가, 지방공공단체, 교육위원회 등은 납부금의 징수대상에서 제외된다.

법정 고용률을 웃도는 장애인을 고용하는 사용자에게 대해서는 초과 1인에 대해 월액 2만 7천 엔의 「조정금」이 지급된다. 납부금 제도의 적용대상이 아닌 사용자가 일정 수(“상용근로자의 4% 상당” 또는 “6인” 가운데 더 높은 수치)를 초과하여 장애인을 고용한 경우에는 그 일정 수를 초과한 인원에게 상응하는 장려금(월액 1인당 2만 1천 엔)이 지급된다.

납부금을 재원으로 하여 장애인을 고용하는 사용자에게 대해 각종 지원금이 지급되는 제도도 정비되어 있다. 이는 장애인을 새로이 고용하는 경우나 장애인의 고용을 계속하기 위해 시설 및 설비에 다액의 일시금을 지출, 경제적으로 부담이 되는 사용자를 위한 것으로, 작업시설, 설비의 설치 또는 정비를 한 경우, 수화통역 담당자, 직장 도우미의 위촉 등의 고용관리상의 조치를 한 경우, 직장 환경이나 업무 내용에 정통한 기업내 인재를 업무 지도자로서 육성하고 직장 정착을 위해 지원을 하는 경우 등에 이용할 수 있다.

#### (iv) 특례자회사 제도

특례자회사 제도란, 사용자가 장애인의 고용에 특별한 배려를 기울인 자회사(특례자회사)를 설립한 경우, 일정 요건 하에서 특례 자회사에 고용되어 있는 근로자를 모회사에 고용되어 있는 자로 간주하고 실고용률 산정에 반영할 수 있도록 한 제도이다<sup>7)</sup>.

사용자에게는 장애의 특성을 배려한 업무를 확보하고 또 직장의 환경 정비가 용이하다는 장점이 있다. 그 결과 장애인의 능력을 충분히 발휘하는 것이 가능해지며, 장애인의 정착률 향상 및 생산성의 향상이 기대될 수 있다는 장점 역시 존재한다. 장애인으로서도 고용기회의 확대가 추진됨과 동시에 일하기 쉬운 환경에서의 취로가 가능해진다는 장점을 갖는다. 특례자회사 제도는 대기업을 중심으로 주목되었으며, 제도를 도입하는 기업이 늘어나고 있다<sup>8)</sup>.

#### (v) 실효성 확보 조치

각 사용자가 법정 고용률을 달성할 수 있도록 하기 위해 국가는 이하와 같은 대응을 하고 있다. 우선, 상시 56인 이상을 고용하는 사용자는 매년 6월 1일을 기준으로 한 장애인 고용상황을 후생노동대신에게 보고해야 한다(고용상황 보고). 장애인의 실고용률이 낮은 사용자에 대해서는, 이듬해 1월을 시작으로 하여 3년 동안의 장애인 채용을 위한 계획을 작성하도록 하는 명령이 내려진다(채용계획 작성명령). 사용자는 3년 계획에 기해 장애인의 고용상황을 개선할 것이 요구된다, 계획의 실시 상황이 좋지 않은 기업에 대해서는 2년째에 적정한 실시에 관한 권고가 내려진다(채용 계획의 적정실시 권고). 나아가 고용상황의 개선이 특히 지연되고 있는 기업에 대해서는 「기업명 공표」를 전제로 한 특별지도가 실시되며, 최종적으로는 법정 고용률에의 미달분이 특히 많은 기업의 기업명이 공표된다. 2011년 5월에는 4개사의 기업명이 공표되었다. 또한 2012년부터 채용계획 기간을 3년에서 2년으로 단축함과 동시에, 기업명 공표의 유예기준이 명확화되어 장애인 고용률 달성 지도의 실효성 향상이 기대되고 있다.

### (3) 장애인 고용 현황

다음으로 장애인 고용상황에 관해 살펴본다. 장애인의 실고용률은 1976년의 고용의

7) 2010년 6월 1일 현재 특례자회사로 인정을 받은 기업은 283개사이며, 고용되어 있는 장애인의 수는 14562.5명이다.

8) 다만, 장애인과 장애를 갖지 않은 자와의 고용의 장을 분리하는 특례자회사 제도에 대해서는 장애인에 대한 이해를 저해한다는 등의 지적과 함께, 그 자체로 장애인에 대한 차별에 해당한다는 지적도 있다.



무화 이래 수 차례의 정체를 거치면서도 서서히 상승해 왔다. 특히 2004년 이후 대폭 개선되어 2004년에 1.46%였던 민간기업에서의 장애인 실고용률은 2010년에는 1.68%이 이르렀다. 2010년 조사에 따르면 민간기업(종업원 수 56인 이상 규모의 기업)에 고용되어 있는 장애인의 수는 342,973.5명으로, 전년도 대비 3.1% 증가하였으며, 이는 역대 최고의 기록이다(더블카운트, 0.5카운트에 의한 계산을 포함).

실고용률의 상승 이유는 현재 고용되어 있는 정신장애인이 실고용률에 산정에 반영되도록 된 것과 더불어, 종업원수 1000명 이상 기업에서의 실고용률 증가세가 큰 영향을 미쳤다고 분석되고 있다(종업원 수 1000명 이상 민간기업에서 2010년 실고용률은 1.9%). 대기업을 중심으로 한 기업의 사회적 책임(CSR)의 일환으로 장애인 고용에 나서는 기업이 증가한 것이나, 위에서 말한 「특례자회사 제도」를 도입한 기업의 증가가 수치로 나타났다고 할 수 있다.

그러나 법정 고용률을 달성한 기업이 47.0%에 지나지 않으며 반 이상의 기업이 법정 고용률을 달성하지 못하고 있다. 또 고용되어 있는 장애인의 대다수는 신체장애인이며, 특히 정신장애인의 고용은 진전되지 않는 상황에 있는 등, 많은 과제를 남기고 있다<sup>9)</sup>.

### 3. 장애인 차별금지법 제정의 움직임

#### (1) 장애인 권리조약 체결을 위한 움직임

UN의 장애인 권리조약 체결에 필요한 국내법의 정비를 비롯한 장애인 제도의 집적 개혁을 위해 2009년 12월에 「장애인<sup>10)</sup> 제도개혁 추진본부」가 내각에 설치되었

9) 장애인의 고용 현황에 대해서는, 厚生労働省職業安定局 「平成22年障害者雇用状況の集計結果」 (<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r985200000v2v6-img/2r985200000v2wn.pdf>) ; 内閣府 『平成22年版障害者白書』 (<http://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/index-w.html>) 를 참조

10) 장애인에 대한 일본어 표기로서의 「障害者」에서 사용된 「害」는 「방해」, 「재해」라는 의미를 가지며, 「해충」, 「피해」 등에 사용되는 탓에 「害」 대신에 「碍」를 사용해야 한다거나 한자 표기 없이 히라가나로 표기해야 한다거나, 「challenged」 등의 별도 명칭을 사용해야 한다

다. 동 본부의 구성원은 본부장인 내각총리대신 이하, 모든 국무대신으로 이루어져 있다<sup>11)</sup>.

제도개혁을 위한 실제 논의는 장애 당사자(장애인 본인 및 그 가족), 장애인의 복지에 관한 사업에 종사하는자, 학식경험자 등으로 구성된 「장애인 제도개혁 추진회의」에서 2009년 12월 이후 이루어지고 있다. 동 회의에서 논의된 결과, 「장애인 기본법」의 개정법안이 작성되었으며, 2011년 7월 29일에 장애인 기본법의 일부를 개정하는 법률이 성립되었다(2011년 8월 5일 공포). 장애인 기본법은 장애인의 자립 및 사회참여의 지원 등을 위한 시책에 관해, 국가 및 지방공공단체 등의 책무를 밝히는 것을 목적으로 하는 법률이다. 2011년 개정 전에도 구 장애인 기본법 3조 3항에서 「누구든지 장애인에 대해 장애를 이유로 차별하거나 기타 권리이익을 침해하는 행위를 해서는 안 된다」라고 하는 「차별금지 규정」이 있었으나, 이번 개정에 의해 차별금지와 더불어 「합리적 배려」<sup>12)</sup>에 관한 규정이 추가되었다. 개정 장애인기본법 4조 2항에 따르면 「사회적 장벽의 제거는, 이를 필요로 하고 있는 장애인이 실제 존재하고 또한 그 실시예 수반되는 부담이 과중하지 않을 때에는 이를 게을리 함에 의해 전항의 규정(구 장애인 기본법 3조 3항과 같은 차별금지규정)에 위반하지 않도록 그 실시예 관해 필요하고 또 합리적인 배려가 이루어져야 한다」.

다만, 장애인 기본법은 기본적으로는 국가 및 지방공공단체의 책무를 정한 것인 탓에, 예를 들어, 민간기업이 장애인에 대해 장애를 이유로 고용차별을 행하였다 하더라도, 동법을 근거로 위법성을 주장하는 것은 곤란하다고 평가되고 있다. 이 점과 관

는 의견이 있었다. 장애인 제도개혁 추진위원회에서는 이러한 점을 고려하여 「障がい者制度改革推進会議」라는 표기를 사용하고 있다.

11) 장애인 제도개혁 추진본부, 장애인 제도개혁 추진회의 및 차별금지부회에 대해서는, [http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/kaikaku.html#s3\\_kaigi](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/kaikaku.html#s3_kaigi) 를 참조.

12) 합리적 배려란, reasonable accommodation에 해당하며 미국 장애인 차별금지법(ADA)에 의해 도입된 개념이다. 고용의 국면에서의 합리적 배려란 주로 사용자에 대해 장애를 갖는 근로자, 구직자에게 특별한 근로조건, 적절한 취업환경의 제공을 요구하는 것이다. 예를 들어 사적 상병 근로자에 대한 질병휴업제도의 적용 및 연장, 정신질환으로 이환된 근로자에 대한 취업개시시간의 변경, 정숙한 취로환경의 제공 및 소파의 설치— 내장질환으로 이환된 근로자에 대한 야간 시간대 근무에서 낮시간대 근무로의 변경 등이 포함된다. 일본에서는 어떠한 조치 및 대응을 합리적 배려로 파악할 것인가에 대해 후술하는 차별금지부회에서 논의되는 것으로 되어 있다.

련, 2010년 11월, 장애인 제도개혁 추진회의에 「차별금지부회」가 설치되어 실효성을 갖는 포괄적 장애인 차별금지법의 제정을 위해 검토가 진행되고 있다. 차별금지부회는 학식경험자, 변호사, 노동조합, 장애 당사자 등 16인으로 구성되어 있다.

## (2) 장애인 (고용)차별금지법 제정을 위한 움직임

2011년 8월말까지, 7회의 「차별금지부회」가 개최되었다. 지금까지의 주요 의제는, 외국 여러 나라의 장애인 차별금지법제에 관한 발표나 직접차별 및 간접차별의 내용에 대한 보고였으며, 일본판 장애인 차별금지법의 구체적 모습에 대한 논의는 지금부터 수행될 예정이다.

이와 관련하여 본고에서는 차별금지부회의 개최 이전에, 후생노동성의 자문기관인 「노동정책 심의회 장애인고용 분과회」에 의하여 제출된 「노동·고용분야에 있어 장애인 권리조약에 대한 대응의 방식에 관한 중간보고서(안)」(이하 「중간보고서안」)<sup>13)</sup>에 대해 소개한다<sup>14)</sup>.

우선, 차별금지의 대상이 되는 장애인의 범위는 현행 장애인 고용률 제도의 대상(원칙적으로 장애인수첩의 소지자)보다도 광범위한 것으로 해야 한다는 주장이 제기되었다. 다만, 어느 정도 광범위한 것으로 할지, 또 그 인정 방식을 어떠한 것으로 할지에 대해서는 구체적 논의가 이루어진 것은 아니다.

장애를 이유로 한 차별의 내용에 관해서는, 모집·채용, 임금 기타 근로조건, 승진·배치 기타의 처우, 교육훈련, 고용의 계속·종료(해고·계약해지 등)의 고용에 관계된 모든 사항을 차별금지의 대상으로 해야 한다는 취지로 논의되었다. 다만 간접차별에 관해서는 구체적 판단 기준을 제시하는 것이 어려우며, 차별금지의 대상에서 제외해야 한다는 의견도 사용자대표로부터 제기되었다.

<sup>13)</sup> <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2010/03/dl/s0330-17a.pdf>

<sup>14)</sup> 일본에서는 노동관계의 법률을 제정 또는 개정함에 있어 학식경험자 등의 공익대표, 근로자대표, 사용자대표로 구성되는 「노동정책심의회」(후생노동성의 자문기관)에 의해 심의가 이루어질 것이 요구된다. 장애인차별금지법의 제정에 있어, 노동정책심의회에서의 논의가 차별금지부회의 논의에 어떠한 영향을 미쳤는지는 현재로서는 불명확하나, 차별금지부회에는 사용자대표가 참가하고 있지 않은 점 등에서 차별금지부회의 결정에 대해서는 사용자측으로부터의 반대가 예상된다.

장애인에 대한 직장에서의 「합리적 배려」의 제공을 사용자에게 의무화하는 점에 이견은 없었으나, 합리적 배려는 다양하고도 개별적 특성이 높은 탓에, 법률에서 합리적 배려의 개념을 규정하고 구체적인 배려의 내용 등에 대해서는 유형화해 나가면서 지침으로서 정하는 것이 적당하리라는 내용이 포함되었다. 또 합리적 배려 제공의 실효성이 담보되기 위해서는 확정적으로 권리의무 관계로 파악할 것이 아니라, 지침 등에 의해 모범 사례를 제시하면서 당사자간의 대화나 제3자에 의한 조언에 의해 개별적으로 검토해 나가는 것이 적절하리라는 의견이 있는 한편, 합리적 배려를 제공하지 않은 것을 장애인에 대한 사용자의 불이익취급으로 파악하여 금지해야 한다는 의견도 있는 등, 사용자가 합리적 배려를 제공하지 않은 경우에 어떠한 구제를 행할 것인지에 대해서는 결론에 이르지 못하였다. 합리적 배려에 소요되는 비용에 대해서는 사용자의 부담에 대한 지원 방식을 검토해야 한다는 논의도 제기되었으나, 현행 장애인 고용 납부금제도를 이용하는 방식에 대해서는 이견도 있었으며, 구체적인 지원의 방식은 제시되지 않았다.

이렇듯, 중간보고서안에서도 장애인고용차별금지법은 제정해야 하며 합리적 배려의 규정도 삽입되어야 한다는 방향성은 제시되었으나, 결론에 이르지 못한 부분도 다수 존재하며 향후 「차별금지부회」에서의 논의를 주시할 필요가 있다.

### (3) 합리적 배려(reasonable accommodation)와 유사한 대응

일본에서는 개정 전의 장애인 기본법 3조 3항에서 장애를 이유로 한 차별 금지를 규정하고 있었으나, 이는 기본이념을 제시한 것으로 이해되었으며, 실효성 있는 차별 금지 규정은 존재하지 않았다고 할 수 있다. 또 차별금지의 문맥에 있어서도 합리적 배려가 검토된 바도 없었다.

그러나 사적 상해질병 등에 의해 장애를 입은 종업원에 대해 합리적 배려와 유사한 대응을 하도록 사용자에게 요구하는 시스템이 제정법상 혹은 판례법에 의해 사실상 형성되어 왔다.

그 하나는 「안전(건강)배려의무」를 사용자에게 부과함으로써 건강상의 문제를 안고 있는 근로자에 대해 합리적 배려와 유사한 배려가 제공되는 시스템이다(노동계약법 5

조). 예를 들어 과로사 사안에서 법원은 사용자는 장시간 근로에 의해 근로자의 심신에 악영향을 미치지 않도록 근로시간, 휴게, 휴일에 관해 적절한 근로조건을 확보할 의무를 진다고 판시하였다(ジェイ・シー・エム(アルバイト過労死) 事件・大阪地判2004. 8. 30. 労判881호39면). 이렇듯 사용자는 근로자의 심신의 상태에 따라 노무경감이나 배치전환 등의 배려를 할 의무를 진다.

또 하나는 종업원이 장애 발생에 의해 종전의 직무수행이 곤란해진 경우라 하더라도 휴직을 인정하거나, 다른 업무로 배치전환 혹은 업무의 경감을 시도하는 등으로 해고 회피 조치를 취할 것을 사용자에게 요구하는 판례이다. 사용자가 이러한 해고회피 조치를 취하지 않고 장애를 안게 된 종업원을 해고한 경우, 권리 남용으로 무효로 판단될 가능성이 높다(노동계약법 16조). 예를 들어 건설회사에서 공사현장감독으로 일하던 원고가 병에 걸려 현장에서의 작업이 곤란해진 것을 이유로 회사측에 사무소에서의 내근직을 요구하였으나 회사는 현장감독으로 복귀가 가능할 때까지 자택요양하도록 명령한 사건이 있었다. 최고재판소는 직종이나 업무내용의 특징이 없는 근로계약에서는, 근로자가 현실적으로 배치 가능한 업무에 대해 노무를 이행할 수 있으며, 나아가 그 이행을 분명히 표시하고 있다면, 채무의 본지에 따른 이행의 제공이 인정된다고 하였다(片山組事件・最一小判 1998. 4. 9. 労判736호 15면). 이렇듯 근로계약상 직종이나 업무 내용의 한정이 없는 경우에는 사용자가 장애를 입은(질병에 의한 이환상태를 포함) 종업원에 대해 배치전환 등의 조치를 취할 것이 요구되며, 그러한 조치를 취하지 않고 노무의 제공에 대해 수령을 거부한 경우, 근로자의 임금청구권이 인정된다. 또 상병휴직기간 만료시에 종래의 직무에 복귀할 수 없는 근로자를 퇴직 취급한 것은 위법이라고 하여 소를 제기한 사건에서, 법원은 직종이나 업무 내용을 한정하지 않고 근로계약을 체결한 경우에는 당해 근로자가 배치 가능한 업무에 종사하도록 해야 하며, 나아가 변경 후의 업무에 대해서도 직무 분담을 재검토하는 등으로 능력에 상응하는 직무를 분담시키려고 하는 노력을 해야 한다고 판시하였다(JR東海事件・大阪地判 1999. 10. 4. 労判771호 25면).

이렇듯 법원은 엄격한 해고권 남용법리(노동계약법 16조)를 배경으로 해고를 회피하기 위한 조치로서 종업원에 대한 각종 배려를 사용자에게 요구하고 있다. 그러나 이는 많은 경우에 장기고용을 전제로 한 정사원만을 대상으로 한 것이며, 직종이나

업무내용을 특정하여 근로계약을 체결하고 있는 경우, 비정사원의 경우에는 해당되지 않는 것으로 생각된다. 또 모집·채용단계에서 합리적 배려의 제공 까지를 사용자에게 요구하는 것은, 지금까지의 판례의 프레임을 전제로 하더라도 곤란하다 할 것이다. 합리적 배려에 의해 고용의 획득 또는 유지의 가능성이 높아진 모든 장애인에게 합리적 배려가 제공되기 위해서는 무엇보다 포괄적인 장애인고용차별금지법의 제정이 바람직하다 할 것이다.

#### 4. 나오며

이상에서 일본의 장애인 고용 시책에 관해 고용률 제도를 중심으로 소개한 후 현재 검토가 진행 중인 장애인고용차별금지법의 논의 상황에 대해 개관하였다. 일본은 기존의 고용률 제도와 병존하는 형태로 장애인고용차별금지법을 제정할 것을 예정하고 있으나, 고용률 제도의 대상이 되는 장애인과, 차별금지법의 대상이 되는 장애인을 어떻게 인정하고 구별할 것인가, 또 합리적 배려의 비용을 누가 어떻게 부담할 것인가에 대해서는 더욱 많은 논의가 요구되고 있다. 또 고용률 달성을 위해 우선적으로 채용된 장애인과, 통상의 채용 절차 속에서 채용된 장애인 또는 비장애인에 대해 근로조건의 차를 두는 것(예를 들어 전자는 유기고용으로 하는 데 대해 후자는 무기고용으로 하는 등)이 차별이 될 것인지도 검토가 필요한 문제이다.

앞으로는 한 발 먼저 장애인차별금지법을 제정한 한국이나 그 외의 국가들의 상황을 참고로 하면서 일본판 장애인차별금지법의 모습에 대해 구체적으로 검토해야 할 것이라 생각한다.

【제4주제】

## 노동법에서 파견근로자의 보호

박수근 (한양대 법학전문대학원)

- I. 서론
- II. 파견근로자의 실태와 특징
  - 1. 파견법상 파견근로자
  - 2. 사내하도급 근로자의 규모
  - 3. 사내하도급 근로자의 근로조건
  - 4. 최근 사내하도급 고용에서 특징
- III. 파견근로자의 의미와 범위
  - 1. 법적 개념과 용어의 문제
  - 2. 근로자파견과 노무도급의 판단기준
  - 3. 파견근로자의 개념과 형태
- IV. 잠재적 파견근로자의 보호와 해결방안
  - 1. 고용관계의 보호와 법해석
  - 2. 집단적 노사관계
  - 3. 입법적 해결방안
- V. 결론을 대신하며

## I. 서론

1998년 7월부터 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하, 파견법)이 시행되고 있으나 그 해석과 개정방향에 관해 노동계, 경영계, 정부는 의견대립을 보이고 있다. 그것은 파견법의 적용을 받는 파견근로자뿐 아니라 불법파견 또는 사내하도급 근로자도 함께 문제되기 때문이다. 최근 이와 관련하여 종래와는 다른 변화 또는 논의가 감지된다. 첫째, 사내하도급 근로자들은 원사업주에 대해 부당해고 또는 근로자지위확인 등에 관한 소송을 제기하였고, 그 중에서 2008년부터 2010년까지 근로자들에게 유리한 몇 건의 판결이 나왔다. 특히, 현대자동차 사내하도급 근로자들이 제기한 소송이 대법원에서 불법파견으로 판결하자, 노동계와 경영계가 서로 다른 평가를 하고 있다. 노동계는 이 판결로 자신감을 가지고 활동하고 있으나 제조업을 중심으로 하여 불법으로 파견근로자를 이용하는 원사업주들은 상당히 긴장하게 되었다. 둘째, 사내하도급 문제에 관해 노사정위원회가 논의한 결과를 기초로 하여, 고용노동부는 2011년 7월경 ‘하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인’을 발표하였으나 노동계와 경영계로부터 큰 호응을 받지 못하고 있는 것으로 파악된다. 비정규직의 고용불안과 차별문제는 모든 국민들이 공감하는 사항이므로 2011년 5월경부터 정치권에서는 비정규직의 보호를 위해 다양한 방안을 모색하고 있는 것으로 알려진 가운데 정부와 한나라당은 그 동안 정부와 협의한 결과라며 2011년 9월 9일 “비정규직 종합대책”을 발표하였다. 노동법 연구자들은 파견법과 사내하도급 근로자들을 둘러싼 노동분쟁에서 나온 판결과 정부와 정치권에서의 논의를 어떻게 받아들이고, 어떤 점을 제시해야 하는가라는 과제가 제기된다. 불법파견과 사내하도급 근로자의 문제에 대해서는 선행연구가 많이 발표되었다. 여기서는 파견법의 적용을 받는 파견근로자와 불법파견이 의심되는 사내하도급 근로자의 실태와 그 특징을 살펴보고, 이들을 보호하기 위해 올바른 개념과 용어의 사용이 필요하며, 이에 기초하여 법 해석과 입법정책에 관한 점을 중심으로 검토한다.



## II. 파견근로자의 실태와 특징

### 1. 파견법상 파견근로자

경영계는 파견제도의 활성화를 위해 파견법의 개정을 주장하며, 정부도 실업보다는 파견근로자로서의 취업을 선호하는 경향이 있으나, 노동계는 파견제도의 문제점을 부각시키며 더욱 엄격하게 제한해야 한다는 입장을 취하고 있다. 파견법의 개정을 둘러싼 입법정책에서 파견근로자, 불법파견 및 사내하도급 근로자의 규모는 얼마나 되는가 중요하다. 그것에 따라 보호의 필요성과 입법적 조치의 선후 및 기대효과가 다를 수 있다. 파견법의 제정이후 차별적 처우의 금지와 그 시정제도를 도입한 개정 파견법이 2007년 7월부터 시행되었지만, 동법의 적용을 받는 근로자는 크게 증가하지 않고 있는 것으로 파악된다. 2009년을 기준으로 한 고용형태별 자료에 의하면, 우리나라의 전체 근로자 약 1700만 명에서 비정규직은 약 34%인 570만 명이며, 파견법의 적용을 받는 파견근로자는 약 17만명 정도로 조사되었다. 이것은 전체 근로자 또는 비정규직에서 파견법의 적용을 받는 파견근로자에서 차지하는 비중이 아주 낮으

고용형태별 비정규직과 파견근로자의 수

(단위: 천 명, %)

	정규 근로자	비정규 근로자	한시적 근로		시간제 근로	일일 근로	특수 근로	파견 근로	용역 근로	가내 근로
				기간제 근로						
2002	10,190 [72.6]	3,839 [27.4]	2,063 (53.7)	1,536 (40.0)	807 (21.0)	412 (10.7)	772 (20.1)	93 (2.4)	332 (8.6)	236 (6.1)
2003	9,542 [67.4]	4,606 [32.6]	3,013 (65.4)	2,403 (52.2)	929 (20.2)	589 (12.8)	600 (13.0)	98 (2.1)	346 (7.5)	166 (3.6)
2004	9,190 [63.0]	5,394 [37.0]	3,597 (66.7)	2,491 (46.2)	1,072 (19.9)	666 (12.3)	711 (13.2)	117 (2.2)	413 (7.7)	171 (3.2)
2005	9,486 [63.4]	5,483 [36.6]	3,615 (65.9)	2,728 (49.8)	1,045 (19.1)	718 (13.1)	634 (11.6)	118 (2.2)	430 (7.8)	141 (2.6)
2006	9,894 [64.5]	5,457 [35.5]	3,626 (66.5)	2,722 (49.9)	1,135 (20.8)	667 (12.2)	617 (11.3)	131 (2.4)	499 (9.1)	175 (3.2)
2007	10,180 [64.1]	5,703 [35.9]	3,546 (62.2)	2,531 (44.4)	1,201 (21.1)	845 (14.8)	635 (11.1)	174 (3.1)	593 (10.4)	125 (2.2)
2008	10,658 [66.2]	5,445 [33.8]	3,288 (60.4)	2,365 (43.4)	1,229 (22.6)	818 (15.0)	595 (10.9)	139 (2.6)	641 (11.8)	65 (1.2)
2009	10,725 [65.1]	5,754 [34.9]	3,507 (60.9)	2,815 (48.9)	1,426 (24.8)	883 (15.3)	637 (11.1)	165 (2.9)	622 (10.8)	99 (1.7)

자료 : 한국노동연구원, 2010 KLI 노동통계

원자료 : 통계청, 『경제활동인구조사 부가조사』 원자료, 각년도 8월.

며, 오히려 불법파견으로 의심되는 사내하도급 근로자의 수 훨씬 더 많으며 그들의 대부분은 정규직으로 산정되고 있는 것이 아닌가라고 추정된다.

## 2. 사내하도급 근로자의 규모

파견법에 의해 파견사업이 합법화되기 이전에도 노동법상 사용자책임을 회피하려고 사내협력업체와 노무도급계약을 체결하고 그 근로자를 활용하는 형태가 상당수 존재하였다. 파견법의 시행 이후 제조업 등에는 상시적인 파견이 허용되지 않아 불법파견이 더욱 성행한 계기가 된 것으로 파악된다. 이것은 근기법상의 사용자책임뿐만 아니라 파견법상 사용사업주의 책임도 회피하기 위해 주로 사용되는 점에서 그 문제의 심각성이 있다. 이러한 현상을 계속 방치한다면, 파견근로제도의 합법화는 큰 의미가 없게 되고, 파견법의 적용을 받는 파견근로자도 보호할 수 없게 된다.<sup>1)</sup> 그렇다면, 불법파견으로 추정되는 사내하도급 근로자의 규모는 어느 정도될 것인가? 파견법상 파견근로자는 파견사업주의 허가 등 객관적인 지표를 통해 그 규모를 확인할 수 있으나, 사내하도급 근로자의 경우에는 특정한 판단기준을 제시하기 어려워 그 규모를 산정하기 곤란하고, 또한 어떤 기준으로 판단할 것인지에 따라 그 규모가 달라진다. 그럼에도 불구하고 사내하도급 근로자의 규모를 개괄적으로도 추산해 보는 것은 입법정책의 관점에서 의미가 있으므로, 여기서는 세 가지를 통해 그 규모를 추정해 볼 수 있다.

### 1) 노동계의 조사자료

노동계가 특정한 산업부문에 대해 사내하도급 근로자의 규모에 관해 조사한 바가 있고, 이것은 250개 사업장을 대상으로 한 조사이고 노조대표자를 통한 간접조사 방식이었다.<sup>2)</sup> 2007년 말경 노조의 자체 조사에 의하면 금속노조 산하 사업장의 비정규직 규모는 85,458명으로 사원수 대비 39.3%를 차지하며, 그 중에서 사내협력업체에

1) 강성태, 위법한 파견근로와 사용사업주의 책임, 노동법 연구(제13호), 2002, 175면.

2) 간접고용 비정규직 실태와 법 제도개선방안 I, II, 민주노총, 2008, 150면 이하 참조(이 작업에는 다수의 노동법 교수 및 노동관계전문가, 변호사, 노무사 등이 공동으로 참여하였고, 그 결과를 출간함).

고용된 근로자는 64,767명으로 전체 근로자에 대해서는 31%를 차지한다. 업종별로 비정규직 또는 사내협력업체 근로자의 수와 비율이 크게 다르며, 조선(177.2%)은 정규직의 2배에 가까운 비정규직 인원 현황을 보이고 있다.

업종별 비정규직과 사내협력업체(사내하청)의 근로자 현황

업종	구분	사원수	조합원수	입시	일용	파견	사내하청	용역	이주	비정규소계
자동차	인원수	117,981	91,248	18	0	134	18,098	874	70	19,194
	조합원대비			0.0%	0.0%	0.1%	19.8%	1.0%	0.1%	21.0%
	사원수대비			0.0%	0.0%	0.1%	15.3%	0.7%	0.1%	16.3%
자동차 부품	인원수	29,032	23,853	573	107	65	9,845	789	349	11,728
	조합원대비			2.4%	0.4%	0.3%	41.3%	3.3%	1.5%	49.2%
	사원수대비			2.0%	0.4%	0.2%	33.9%	2.7%	1.2%	40.4%
조선	인원수	16,666	15,442	12	0	0	27,958	185	1,378	29,533
	조합원대비			0.1%	0.0%	0.0%	181.1%	1.2%	8.9%	191.3%
	사원수대비			0.1%	0.0%	0.0%	167.8%	1.1%	8.3%	177.2%
철강	인원수	11,542	7,418	21	31	31	4,475	222	79	4,859
	조합원대비			0.3%	0.4%	0.4%	60.3%	3.0%	1.1%	65.5%
	사원수대비			0.2%	0.3%	0.3%	38.8%	1.9%	0.7%	42.1%
기계	인원수	21,081	11,860	312	24	40	3,961	291	14	4,642
	조합원대비			2.6%	0.2%	0.3%	33.4%	2.5%	0.1%	39.1%
	사원수대비			1.5%	0.1%	0.2%	18.8%	1.4%	0.1%	22.0%
전자	인원수	6,670	3,887	154	0	240	390	101	41	926
	조합원대비			4.0%	0.0%	6.2%	10.0%	2.6%	1.1%	23.8%
	사원수대비			2.3%	0.0%	3.6%	5.8%	1.5%	0.6%	13.9%
계	인원수	202,972	153,708	1,090	162	510	64,738	2,463	1,931	70,895
	조합원대비			0.7%	0.1%	0.3%	42.1%	1.6%	1.3%	46.1%
	사원수대비			0.5%	0.1%	0.3%	31.9%	1.2%	1.0%	34.9%

자료: 금속노조·비정규센터(2007).

## 2) 고용노동부의 조사자료

고용노동부가 그 동안 사내하도급 활용실태조사를 하였지만 종합적이고 체계적인 조사로 보기는 어렵다.<sup>3)</sup> 2004년 3월 노동부가 실시한 사내하도급 활용실태조사에서

3) 최근 고용노동부가 발표한 내용 따르면, 2011년 9월은 “사내하도급” 집중 점검기간에 해당하며, 특히 2011년 9월은 대형할인점, 백화점, 호텔, 면세점 등 유통·서비스업종을 대상으로 점검을 실시하고 있다고 한다. 조사방법은 예비점검단계(도급계약서, 도급비 산정내역

500인 이상 653개 사업장 중 238개 사업장이 이를 이용(사업장의 36.4%)하고 있으며, 사업장의 전체 근로자 중 사내하도급 근로자가 차지하는 비율은 23.1%로서 사업장 근로자 4명 중 1명이며, 주로 제조업을 중심으로 대규모 사업장에서 사내하도급이 널리 활용되고 있다고 한다.<sup>4)</sup> 고용노동부가 2008년 300인 이상 기업을 대상으로 한 전수조사에 따르면 총 1,764개 사업체 중 사내하도급 활용업체는 963개로 전체 사업장의 54.6%이며, 사내하도급 근로자는 368,590명으로 원청 사업체 근로자의 28.8%에 해당하며, 사내하도급의 활용이 주로 대기업에서 이뤄진다. 2008년에는 조사범위를 확대하였음에도 불구하고 사내하도급 활용업체의 비중이 2004년에 비해 증가하였다. 업종별로 사내하도급 활용 비중이 가장 높은 산업은 조선업, 철강, 자동차 순이고, 조선업에서 조사대상 사업체는 모두 사내하도급을 활용하고 있다. 조선업에서는 원사업주의 근로자보다 1.2배 많은 사내하도급 근로자를 활용하고 있었으며, 철강업에서는 70%, 제조업뿐 아니라 사무판매서비스업에서도 사내하도급 활용을 하고 있는 사업체의 비중이 43.8%인 점을 보면, 사내하도급이 기술적인 특성과 공정의 차이에도 불구하고 전체 산업에서 광범위하게 확산되어 있음을 알 수 있다.<sup>5)</sup>

### 3) 노동분쟁사건의 사실관계에서

사내하도급 근로자가 원사업주에 대해 부당해고 또는 부당노동행위사건을 제기한 사건에서 밝혀진 사실관계를 통해 확인되는 규모이다. 자동차 및 조선업종에서 발생한 개별적 노동분쟁 내지 집단적 노동분쟁이 발생한 대기업 및 제조업에서 제시된 사실관계 중에는 해당 사업장의 사내하도급 근로자의 수가 밝혀진 경우도 있는데, 그것은 노동계의 조사내용과 큰 차이는 없는 것으로 확인된다. 예컨대, 후술하는 현대미포사건에서는 전체 근로자의 50%이상, 현대중공업사건에서는 40% 정도, 현대자동차 사건에서는 약 20% 이상은 사내협력업체에 고용된 근로자로 추산되었다.

---

서, 공정도 등의 도급계약관련 서류의 제출)→근로자 설문조사와 전화조사를 통한 작업지시관계 확인→사업장 점검 순으로 진행된다고 한다.

4) 박지순/조성재, “합리적인 외주화(사내하청, 용역) 제도 정립 방안에 관한 연구”(노동부 용역보고서), 2008, 58면 이하.

5) 은수미/박제성/이병희, “사내하도급과 한국의 고용구조, 한국노동연구원”, 2011년, 27면.

### 3. 사내하도급 근로자의 근로조건

사내하도급 근로자라고 하여도 업종 또는 사업장의 사정에 따라 다를 수 있고, 노조의 활동을 통해 부분적으로 기본임금과 각종 수당 및 복지혜택에서 개선이 이루어지고 있다. 어떤 사업장의 정규직과 사내하도급 근로자 사이에 근로조건이 어느 정도 차이가 존재하는지 단정하기는 어렵지만, 몇 년 전 자동차제조업을 기준으로 조사한 결과를 보면 개괄적인 내용을 확인할 수 있다.

- (어느 제조사업장의 정규직과 사내하도급근로자의 임금비교-조성재, 한국노동연구원, 2006)-

구분	기본 시급	기본급	통상 임금	월급여	상여금 등	평균 임금	성과/ 일시급	평균 총소득	퇴직금	노무비
하청	3,225	774,000	789,589	1,231,074	476,600	1,707,674	363,196	2,070,870	144,200	2,215,070
정규직 대비	79%	79%	73%	73%	55%	67%	63%	66%	66%	66%

-유통판매업(기업내 주요 복지제도 적용실태=단위: %, 적용율 기준)-

	정규직	직접고용 비정규직	간접고용 비정규직
경조휴가	94.5	40.4	<b>62.5</b>
명절 상여금	75.5	25.1	11.1
하기휴가	78.7	28.0	<b>63.8</b>
하기휴가비	14.4	3.5	-
하계 휴양소	21.8	5.0	-
보육지비원	43.0	3.3	-
교통비	82.3	27.9	23.5
식비	91.0	56.0	<b>76.8</b>
사내복지기금	16.9	4.6	9.1
주택자금 대출	28.7	1.1	-
자녀 학자금 지원	35.2	4.2	2.3
본인 학자금 지원	17.2	3.3	2.3
학원 수강 지원	14.5	6.4	2.3

\* 자료: 한국노동사회연구소(2007)

또한, 사내하도급 근로자가 많이 활용되는 곳이 유통판매업이다. 백화점과 할인점, 호텔 등을 포함한 유통 및 판매업종의 특성상 일반적으로 여성의 비중이 상대적으로 많고, 비정규직의 비율이 다른 산업에 비해 매우 높으며, 2007년 기간제법의 시행을 전후하여 사내하도급으로 전환된 경우가 많다. 이 업종의 특성상 제조업의 사내하도급과는 조금은 다르게 파악될 요소가 많으나 일부 사업장 등에서는 더욱 지능화되어 다단계로 연결된 사내하도급이 성행하고, 그 결과 근로조건은 더욱 악화된 것으로 파악된다. 다만, 조사기준에서 동종 직급 또는 직무를 전제로 한 것인지는 분명하지 아니다.

#### 4. 최근 사내하도급 고용에서 특징

##### 1) 고용구조의 다단계화

최근 일부 대기업과 제조업의 사내협력업체는 모두 동일한 조건에 있는 것이 아니라 1차, 2차, 3차 등으로 분절 또는 다단계화되고 있으며, 이런 내용은 유통판매까지 확산되고 추세에 있는 것으로 파악된다. 원사업주와 사내협력업체가 계약을 체결하고, 그 사내협력업체는 자신이 맡은 내용 중 일부를 다시 다른 업체와 계약을 체결하여 근로자를 활용하는 형태이다. 이것은 종전에 건설공사장에서 순차적인 형태로 이루어 지던 다단계의 하도급관계와 유사한 모습이다. 예컨대, 어떤 조선업 사업장의 전체 사내하도급 근로자 중에서 2차 하도급 근로자는 20% 정도로 추정된다고 하며, 이들은 특정한 업무를 위해 물량떼기 형식으로 작업을 배정받으며 일당제로 임금을 지급 받는다고 한다. 이와 같이 노동력이 필요한 원사업주와 노동을 하는 근로자 사이에 제3자가 순차적으로 개입하는 것은 그들이 관리비와 이윤을 단계적으로 가져는 문제 뿐 아니라 법적 책임의 소재가 명확하지 않는 점도 발생한다. 특히, 사내협력업체가 폐업 또는 변경을 하게 되면 해고 또는 고용의 승계문제가 복잡해진다.

##### 2) 지휘명령관계의 내부적 강화

제조업과 유통업을 중심으로 하여 대기업에 노동력을 공급하는 사내협력업체는 주로 원사업주의 근로자로 오래 동안 근무하고 퇴직한 자가 운영하는 경우가 많은 것

으로 파악된다.<sup>6)</sup> 원사업주의 중간관리자 혹은 감독자 출신이 회사를 퇴직하면 사내협력업체를 약 2년 정도는 운영하도록 보장하며, 그 이후에는 원사업주가 사내협력업체의 실적과 평가를 통해 계약이 갱신 내지 연장 여부를 결정하는 것이 보편적인 현상이다. 계약이 단절된 사내협력업체에 고용된 근로자는 퇴직으로 새롭게 설립한 사내협력업체 또는 다른 사내협력업체에 고용이 승계되는 경우가 많다.<sup>7)</sup> 원사업주가 자신과 고용관계에 있었던 자를 사내협력업체의 운영자로 활용하는 것에는 여러 가지 유리한 점이 많다. 즉, 원사업주와 사내협력업체의 관계가 실제로 사용자와 근로자 사이였던 것처럼 서로 긴밀하게 협의하면서 하도급 근로자에 대해 효율적으로 배치하고 지시할 수 있다. 이와 같은 경우에는 사내협력업체는 독립된 사업주체로 파악하기 보다는 원사업주의 업무상 필요성에 따른 노동력의 제공을 원활하게 수행하는 하나의 부서로 설립되거나 기능적으로 편입된 것 같이 운영된다. 따라서 사내협력업체와 그 근로자 사이에는 근기법이 적용될 독립된 근로자와 사용자의 관계로 파악하기 어렵게 된다.

### 3) 법률의 학습효과와 대응변화

사내협력업체가 고용한 근로자를 사용하는 원사업주에 대해 고용노동부가 불법파견의 실태점검을 하거나 근로자들이 제기한 소송 등을 거치면서, 원사업주들은 이에 관한 학습효과로 인해 외견상 불법파견의 징표에 해당될 수 있는 부분들을 점차 변경시켜 가고 있다. 예컨대, 업무상의 지시와 관련하여 형식적인 현장대리인을 둠으로써 직접 지시가 아니라, 현장대리인(사내협력업체의 반장)을 통한 지시로 외관을 창출한다든지, 도급계약서에 손해배상예정이나 하자담보책임 등의 규정을 형식적으로 만들어 두거나, 각종 문서상 하나의 라인에서 결재와 확인을 받아 오던 것을 결재라인을 구분하여 두는 등의 방법이다.<sup>8)</sup> 특히, 원사업주에서 근무하다가 퇴직한 자가 사내협

6) 이런 점은, 실태조사에서 확인되며(박지순/조성재, 앞의 보고서 15면 이하에서, 중간관리자 혹은 감독자 출신이 사내 도급업체를 맡고 있는 경우가 많다고 함), 노동분쟁에서도 확인된다(서울중앙지방법원 2010. 7. 27. 선고 2008가합36010 판결 참조=이 판결에 대한 리뷰는, 박제성, 파견법 적용에 따른 직접고용간주시 적용될 근로조건, 노동법학 제36호, 2010, 665면).

7) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결(종업원지위확인).

8) 민주노총 앞의 책, 20면 또는 91면 이하 등 참조.

력업체를 운영하고, 이들은 2년 내지 3년 단위로 재계약을 하거나 갱신을 한다면, 원사업주와 사내협력업체는 긴밀하게 협조하여 법적 책임을 회피할 사실관계와 자료를 준비할 수 있다. 그러나 중소기업들은 대기업과는 달리 비용 등의 문제로 이를 제대로 준비하지 못한 결과 고용노동부의 실태점검에서 지적을 받거나 소송 등에서 패소하기도 한다. 원사업주의 이러한 외형적인 사실관계의 준비를 통한 적극적인 노무관리와 대응으로 인해, 사내협력업체에 고용된 근로자들이 직접고용 또는 불법과건을 주장하여도, 노동위원회 또는 법원이 종래의 판단표지만을 고집한다면 이를 인정하기 어렵게 된다.

### Ⅲ. 파견근로자의 의미와 범위

#### 1. 법적 개념과 용어의 문제

노동현장 또는 연구자들이 표현하는 용어가 항상 법률적인 관점에 근거해야 할 이유는 없고, 오래 동안 사용하여 익숙한 것이라면 개념과 법률관계를 인식하는데 도움이 되는 점도 있다. 그러나 어떤 현상을 법적 개념과는 다르게 계속 사용하다 보면 엉뚱한 문제가 발생하게 된다. 즉, 개념과 내용에 대한 법적 판단을 흐리게 하여 법 해석과 입법정책에도 혼선을 주기도 한다. 따라서 장기적으로는 법률적 내용을 고려하여 정확하게 표현하는 것이 좋다는 취지에서 간단하게 검토한다.

##### 1) 민법의 관점

사람의 노동력을 공급 내지 이용할 목적으로 하는 민법상 계약에는 고용 또는 도급 등이 있고, 이를 노무(노동)공급계약이라고 하며 그 특성에 따라서 고용 또는 도급으로 분류한다. 민법 제655조 이하에서 노무자와 사용자로 규율하는 고용은, 노무자 자신에 의한 노무(노동)의 공급 그 자체를 목적으로 하는 계약이며 제공되는 노무에 의한 일의 완성이나 통일적인 사무의 처리와 같은 일정한 결과는 전혀 고려되지 않는다. 노무자가 제공하는 노무를 어떻게 이용해서 어떤 목적을 달성하는가는 전적



으로 사용자의 권한에 속하며, 사용자는 노무자를 지휘·감독할 권한을 가진다. 민법 제664조 이하에서 도급인과 수급인을 규율하는 도급은, 노무 또는 노동으로 이루어지는 어떤 결과(일정한 일의 완성)를 목적으로 하는 계약이다. 일의 완성을 위하여 노무자(수급인)는 일정한 노동을 공급하게 되지만 그것을 완성하는 과정에서의 노무제공은 전혀 고려되지 않는다. 수급인이 약정한 일의 완성을 위하여 어떠한 노무를 어떻게 사용하는가는 원칙적으로 그의 자유이며, 또한 일을 완성할 때까지의 사이에 생기는 위험도 역시 노무자, 즉 수급인이 부담하는 것이 원칙이다. 민법상 고용은 노무자가 그 자신이므로 제3자를 이용할 수 있는 것은 도급의 경우이다. 일의 완성에 필요한 노무는, 일의 성질이나 당사자 사이의 특약에 의하여 수급인이 스스로 제공하여야 하는 경우가 아니면, 제3자를 사용하는 것은 상관없다. 제3자를 사용하는 경우에도 두 가지가 있다. 첫째, 수급인이 스스로 일의 수행을 지휘하고 제3자를 이행보조자로서 사용하는 경우이다. 둘째, 수급인이 제3자로 하여금 독립해서 일의 전부 또는 일부를 완성케 하는 경우인데 이것은 하도급이라고 하며 제3자는 이행대행자가 된다. 수급인이 활용한 이행보조자 또는 이행대행자의 고의·과실에 대해 수급인은 책임을 져야 하며, 수급인은 법률 또는 계약에서 금지되지 아니하는 한 하도급을 원칙적으로 이용할 수 있다.<sup>9)</sup> 법률관계의 성격과 현상적 모습을 고려하면, 대기업과 제조업에 성행하고 있는 사내하도급 근로자는 도급계약의 이행을 위한 수급인의 근로자라고 하거나 도급인은 이들과 어떠한 법률관계도 없다고 판단하기 어렵다.

## 2) 현상과 법적효과의 측면

근기법상 사용자 또는 파견법상 사용사업주책임을 부담하지 않으면서 노동력을 안정적으로 확보하여 이용하려는 자가 필요한 노동력을 공급하여 줄 수 있는 자와 계약을 체결하고 그 자가 고용하여 있는 근로자를 활용하는 형태를 간접고용 또는 다면적 근로관계라고 한다. 이들이 체결한 것을 노무도급계약 또는 용역계약, 원하청계약, 사내하청계약, 사내하도급계약이라고 하며, 관련된 자를 원청회사와 하청업체, 원사업주와 수급사업주 등으로 표현한다.

(1) 도급과 청부이라는 표현이다. 원청 또는 하청 등으로 표현하는 경우가 많은데,

9) 박윤직, 채권각론, 박영사, 2006, 306면.

주지하는 바와 같이 우리 민법상 도급인과 수급인 사이의 도급은 일본의 민법에서는 주문자와 청부인 사이에 請負로 규율되고 있다. 우리나라에서 원청기업과 하청업자 또는 하청계약 등으로 표현하는 것은 아마도 일본의 청부를 설명하는 민법 또는 노동법 교과서 및 관련 업계의 영향인 것으로 파악된다. 이것이 사실이라고 하면 이를 틀렸다고 단정하기는 어렵지만 우리나라 민법에서는 청부가 아닌 도급으로 규정되어, 바람직한 표현이라고는 할 수 없다.

(2) 하도급이라는 표현이다. 민법상 도급에 관한 논의에서 확인한 바와 같이 도급 관계에서 수급인이 다시 타인과 도급계약을 체결하는 순차적인 관계에서 원도급을 제외한 나머지 도급관계를 보편적으로 하도급이라고 한다. 이런 점을 고려하면, 도급인과 수급인 사이의 도급계약을 위해 수급인이 고용한 자를 도급인이 지휘감독하는 사실관계라면 여기에는 하도급이라고 표현할 이유가 없다. 다만, 전술한 바와 같이 사내협력업체가 다단계로 존재하고 순차적으로 계약을 하였다면 하도급이라는 표현이 타당하다.

(3) 사내하도급이라는 표현에서 ‘사내’에 관한 점이다. 도급계약에서 수급인이 도급인과 장소적 또는 업무적으로 어떤 관계에 있는지를 요구하지 않으므로, 사내하도급 또는 사외하도급 사이에는 특별한 법적 의미가 생기는 것은 아니다. 현실적으로 도급인은 수급인으로부터 안정적인 지속적인 노동력을 공급받기 위해 자신의 영향력이 강하게 미칠 수 있는 곳에 있을 원하므로, 만약 도급인의 사업장 내에 수급인과 그 근로자가 상주한다면 이를 달성하기 수월하다. 따라서 ‘사내’에는 수급인과 그 근로자가 도급인의 사업장에서 대기하거나 머물며 도급인의 필요에 따라 투입되고 있다는 의미로 파악할 수 있다. 또한, ‘사내’라는 표현에는 수급인을 도급인의 이행보조인으로 파악하거나 그가 도급인에게 편입된 상태를 암시하여 도급인의 고용책임을 인정하려는 의미도 포함된 것으로 파악할 수 있다.<sup>10)</sup>

10) 은수미/박제성/이병희의 앞 보고서 16면 이하에 따르면, 사내하도급이 시장계약 혹은 경제적 계약관계인 도급의 한 형태라기 보다는 근로계약관계의 특수한 형태라는 점을 강조하면서, 문무기 교수는 “사내하도급을 기업의 필요에 의하여 타인의 노무를 제공받지만 노무제공자와 근로계약을 직접 체결하지 않고 타인에게 고용된 근로자를 이용하는 고용형태이자 비전형근로의 한 유형이며, 근로계약관계와 지휘명령계의 분리가 특징”이라고 하며, 강성태 교수는 “타인이 고용한 근로자를 자신의 사업에 직접적으로 편입시키거나 결합시켜 사용 또는 이용하는 고용형태”이며, 현행법상으로는 근로자공급, 근로자파견, 도급 등이 가장 관

(4) 원사업주 및 수급사업주에서 ‘사업주’에 관한 것이다.<sup>11)</sup> 노동력을 제공하는 자에 대한 법적 책임에서 회사, 업체, 사업주라고 표현하여도 특별한 차이가 생기는 것은 아니다. 그러나, 회사 또는 사업주라고 표현하는 것에는 노동력의 계속적 사용으로 인해 노동법상 책임을 부담시키려는 간접적인 의미가 내포된 것으로 파악할 수 있다. 이러한 취지에서 보면 민법상 도급인과 수급인 보다는 원사업주와 수급사업주가 노동법상 책임을 추궁하는데 조금은 친숙한 표현으로 느껴진다. 다만, 수급사업주는 민법상 도급 또는 독립된 사업주의 요소가 많은 것으로 판단될 수 있어 사내협력업체로 표현하는 것이 사실관계의 본질에 더 가까운 것으로 본다.

(5) 위장도급이라는 표현이다. 노동력이 필요하지만 노동법상 사용자 또는 파견법상 사용자사업주에게 부과되는 책임을 면하려는 사업주는 사내협력업체와 도급계약을 체결하고 민법상 규율만을 받으려고 할 것이다. 그러나 노동력을 제공하는 자의 입장에서 보면, 사내협력업체는 계속하여 안정적으로 고용관계를 유지할 경제력과 영업력이 부족하여 원사업주에게 고용되고 싶어 할 것이다. 그래서 원사업주와 사내협력업체의 도급계약은 노동법상 책임을 면하려고 위장되었다고 주장한다. 그런데, 도급으로 판단되면 원사업주는 노동법상 책임관계로부터는 벗어날 수 있으나, 위장도급으로 판단되어도 그 자체에서 노동법상 책임이 인정되거나 면제되는 것이 아니다. 이 때에도 다시 근기법상 근로관계 또는 파견법상 근로자파견관계에 관한 판단이 있어야 최종적으로 책임관계가 정리된다. 따라서 노무도급인지 위장도급인지 또한 위장도급이라도 직접 근로관계가 형성된 것인지 아니면 근로자파견 또는 근로자공급인지 어려운 논의가 계속되는 것이다.

## 2. 근로자파견과 노무도급의 판단기준<sup>12)</sup>

런성이 깊은 용어라고 한다. 근로계약과 지휘명령 관계의 분리 이외에 사업에의 직접적인 편입이 간접고용의 또 다른 특징이라는 점에서 사외하도급과의 구분을 분명히 하고 있다”라고 한다.

- 11) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제1조 또는 고용노동부가 2011년 7월경 발표한 사내하도급근로자의 근로조건 보호에 관한 가이드라인 참조.
- 12) 이에 관해 많은 노동법연구자들의 발표가 있었는데 입장도 다르고 근거도 다양하다. 강성태/노상헌/문무기/박제성, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2008, 35면 이하; 조경배, 「사내하도급에 있어서 원청의 사용자성」, 노동법연구(제25호), 2008, 227면; 조임영, 「

1) 고용목적과 상시적인 파견이다. 무엇을 위해 고용하는지는 파견근로자인지 여부를 판단하는 가장 핵심적 기준이 된다. 근기법에서 근로자를 고용한 사용자가 반드시 자신의 사업장에서 근로를 제공하도록 해야 할 것을 요구하지 않으므로 일시적으로 타인의 사업장에 근로자를 파견하는 것도 가능하다. 그러나 자신이 고용한 근로자를 처음부터 다른 사업장에 파견할 목적으로 또는 상시적으로 파견할 목적으로 고용하였다면 이것은 파견근로자에 포섭된다. 근로자를 파견할 목적으로 고용하였다면 가장 전형적인 것이 파견법상 파견근로자이지만, 외형적인 계약의 모습에서 볼 때 사내협력업체가 원사업주에게 근로자를 공급할 계약을 체결하고 이를 이행하기 위해 근로자를 고용한 경우에도 고용목적에서 보면 파견근로자로 파악할 수 있다.

2) 근로자에 대한 사업주의 경영상 독립성이다. 고용된 근로자가 수행한 업무와 관련하여 그 결과에 대한 이익과 위험이 계약이행에서 실현되고 부담되는지를 고려하는 것이다. 사내협력업체가 원사업주에게 근로자를 파견하여 작업한 결과에 대해 이익 또는 손실이 아니라 일정한 대가를 받는다면 이것은 근로자를 고용하여 독립적으로 사업을 수행한 것으로 볼 수 없다. 오히려 근로자의 파견 또는 공급을 통해 그 대가를 받은 것으로 파악된다. 이와 같이 사업의 결과인지 아니면 근로자파견에 관한 대가인지는 비교적 판단하기 쉽고 관련자들이 이를 임의로 변경하기 어렵다.

3) 근로제공에서의 지휘명령관계이다. 근로자파견에서 파견근로자가 행하는 업무수행에 필요한 노무지시권은 그 성격상 사용사업주에게 이전되어 행사하는 것이고, 노무도급에서는 수급인이 이를 보유하고 도급인은 수급인에 대한 계약상의 권한을 위해 부분적으로 지시권을 행사할 수 있을 뿐이다. 법 이론상 전지는 업무수행을 위한 전체 노무제공에 대해 발생하지만, 후자는 도급계약의 충실한 이행을 위해 부분적이고 보충적인 범위 내에서 인정된다. 노무도급과 근로자파견을 구별하기 위해 이러한 노무지시권을 본질적인 판단기준으로 한다면 비교적 명확한 점은 있다. 그러나, 노동현장에서 구체적인 업무수행에서 양자의 범위와 내용을 명확하게 구분하기 어려운 점, 원사업주와 사내협력업체가 학습효과로 인해 이를 변경시킬 가능성이 높은 점을 고려

---

근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구(제22호), 2007, 158면; 박중희, 「사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제」, 고려법학(제47호), 2006, 146면; 하경효외 5인, 「사내하도급과 노동법, 신조사」, 2007, 223면 이하; 전형배, 「대법원 판례와 위장도급의 유형 판단 기준」, 노동법학(제36호), 2010, 540면.

하면, 이를 통해 구별하는 것에는 일정한 한계도 예상된다.

4) 근로계약의 체결과 내용에서 근로자의 의사와 원수급인의 역할이다. 노동력을 필요로 하는 자(원사업주)와 근로자를 고용하여 파견하는 자(사내협력업체)가 체결한 사내도급계약 또는 사내파견계약은, 사내협력업체가 근로자와 맺은 근로계약과 법률상 서로 연결될 필요는 없다. 따라서, 사내도급계약을 기준으로 하여 근로계약의 성격을 판단하는 것도 가능하고, 근로계약의 관점에서 사내도급계약의 법적성격을 판단할 수도 있다. 그렇다면 오늘날 대기업을 중심으로 또는 제조업을 중심으로 성행하고 있는 사내도급에서 근로자는 누구를 자신의 노동법상 사용자로 생각하고 또는 누구를 믿고 근로계약을 체결하는 것인가? 첫째, 사내협력업체가 근로자를 고용하는 목적이 원사업주에게 상시적으로 파견하기 위함이고, 해당 근로자도 원사업주에게 파견되기 위해 고용된다는 점을 충분히 인지하고서 근로계약을 체결하였다면, 이것은 근로자파견을 위한 고용이다. 여기서 상시적이라는 것은 다양한 의미로 해석될 수 있으나 특정한 자를 또는 항상적으로 파견하기 위한 것인지 여부가 될 것이다. 둘째, 근로자의 채용과 노동의 제공에 원사업주가 전면적으로 나서지는 않고 있지만, 근로자는 사내협력업체만 믿고 근로계약을 체결하고 근로를 제공하는 경우는 거의 없다. 특히, 사내협력업체는 경제적으로 독립적인 사업을 수행할 능력이 부족하고, 또한 사내도급계약이 1년 내지 2년 단위로 재계약 내지 갱신된다면, 1년 또는 2년 동안 근무하려고 고용되는 것이 아니다. 오히려 원사업주를 믿고 근로계약을 체결하고 있다고 판단되어야 한다. 셋째, 근로자는 원사업주에게 상시적으로 파견되어 근로를 제공하고 그로부터 지휘명령을 받는다고 생각하며 사내협력업체와 근로계약을 체결하였다면, 그것의 법적성격을 근로자와 사용자 사이의 통상적인 근로계약으로 평가할 수 없다. 따라서 근로자의 고용에 대한 의사와 원사업주의 역할이 충분히 고려되어야 하고, 원사업주는 근로자에 대해 근기법상 사용자책임은 몰라도 최소한 파견법상 사용자책임의 면할 수는 없다.

### 3. 파견근로자의 개념과 형태

타인의 노동력을 이용하는 관계를 노동법의 시각에서 보면, 근로자와 사용자의 근

기법상 근로관계, 고용관계와 사용관계가 분리되는 파견법상 파견근로관계, 근로자를 모집하여 타인에게 사용하도록 공급하는 직업안정법상 근로자공급관계밖에 없다. 근로법상 근로자와 사용자로 형성되는 근로관계가 원칙이며, 직업안정법에서 근로자공급사업은 허가를 받는 자에게만 허용되며, 파견법은 근로자공급관계 중 일부만을 파견근로관계로 포섭하여 일정한 조건하에 인정한다.

#### 1) 파견법상 파견근로자

근로자파견은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미하고, 파견사업주는 근로자파견을 업으로 행하는 자를 말하며, 사용사업주는 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 자를 의미하며, 파견근로자는 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 말하며, 근로자파견계약은 파견사업주와 사용사업주 간에 근로자파견을 약정한 것을 의미한다(파견법제2조). 첫째, 파견근로자와 파견사업주 사이에 고용관계가 성립하는 주된 목적은 타인에게 파견하기 위함이다. 둘째, 파견근로자는 고용관계에서 발생하는 지휘명령을 사용사업주로부터 받아야 하고 사용사업주는 이를 행사할 수 있다는 점이 파견근로자와 사용사업주 사이의 판단기준이다. 셋째, 파견사업주와 사용사업주 사이의 근로자파견계약에는 파견된 근로자가 수행하는 노동의 과정과 그 결과의 위험을 파견사업주에게 부담시키지 않고 사용사업주에게 귀속되며, 그 대가의 결정은 일의 완성이 아니라 근로자를 파견한 것에 대한 것이다. 파견법은 그 입법정책 목적상 이러한 세 가지 요소에 모두 해당하는 관계라고 하여도 그 일부를 규율한다. 즉, 동법은 파견사업의 적정한 운영과 파견근로자의 보호라는 입법 목적을 달성하기 위해 파견사업의 허가주의, 파견기간을 제한하고 파견대상업무도 더욱 엄격하게 제한하는 등 다양한 제도를 통해 파견근로관계를 규율하므로, 이를 ‘파견법상 파견근로자’라고 할 수 있다. 그렇다면, 위와 같은 세 가지 요소를 모두 포함하고 있으나 파견법이 허용하지 않은 내용은 어떻게 포현해야 하는가라는 의문이 생긴다.

## 2) 위장(은폐)된 또는 잠재적 파견근로자

우리나라에서 대기업과 제조업 등에서 성행하고 있는 사내도급계약을 통한 근로자의 활용을 고용목적, 경영상 사업주체의 독립성, 채용된 근로자의 의사와 원사업주의 역할 등에서 보면 순수한 민법상 노무도급계약으로 인정하기 어렵다. 오히려 노동법의 존재목적, 파견법의 입법취지 등을 고려하면, 사내도급의 대부분은 근로자파견의 세 요소를 충족시키고 있다. 따라서 사내도급계약의 대부분은 근로자파견계약이며, 사내협력업체가 그 계약의 이행을 위해 근로자를 고용하여 원사업주에게 파견하는 근로자파견이다. 따라서 현행법의 해석적 관점에서 사내도급계약으로 근무하는 자의 대부분은 파견근로자이고, 사내협력업체는 파견사업주이거나 근로자의 공급자이고, 원사업주는 사용자 또는 근로자를 공급받는 자이다. 그런데 파견법이 제조업의 경우 파견대상에서 제외하는 등 파견대상업무를 엄격하게 제한하는 상황을 이유로 하여 원사업주는 사내협력업체를 내세워 이를 조정하면서 노동법상 책임을 면하려는 현상을 적극적으로 만들어내고 있다. 그들이 위장하거나 은폐한 것은 근기법상 사용자책임 또는 파견법상 사용자책임 내지 직업안정법상 금지된 근로자공급에 관한 법 위반이다. 탈법적인 상황이 오래 동안 고착화되었고, 법률적 외관을 잘 만들어 놓았고, 경우에 따라서는 현실적인 필요성도 인정된다는 점에서, 정부와 법원이 좌면우고하는 사이에 그 규모는 더욱 확대되어 이제 합법화를 주장하는 단계에 이르고 있다.

노동법과 근로자의 시각에서 보면 그들은 순수한 도급인과 수급인이 아니므로 적절한 용어를 고안하여 사용하는 것이 필요하다.<sup>13)</sup> 첫째, 현행 근기법과 파견법 및 직업안정법의 시각에서 보면, 사내협력업체에 고용된 자는 대부분 파견의 3요소를 갖추고 있어 파견근로자이다. 이를 부정적으로 표현하면 위장된 또는 은폐된 파견근로자이며, 이러한 평가 없이 표현하면 잠재적 파견근로자 또는 사내 파견근로자라고 할 수 있다. 둘째, 근로자파견의 3요소를 갖추었다면 파견법에서 허용되지 않는 업무에 대한 것이라고 하여도 사내파견계약이 된다. 이에 포함되지 않는 것은 사내도급계약이라고 해도 무방하다. 셋째, 사내파견계약이라면 파견사업주 또는 사용자라고 하는 것이 법률상 가장 적합하다.

13) 불법파견과 사내하도급에 관해 전술한 노동법 연구자들의 발표에서도 이를 일부 다룬다.

## IV. 잠재적 파견근로자의 보호와 해결방안

### 1. 고용관계의 보호와 법해석

사내도급계약 또는 사내파견계약을 위해 고용된 근로자의 대부분을 위장된 또는 잠재적 파견근로자로 파악하였다. 이러한 상황을 풀어 원사업주에게 직접 고용되었는지 또는 근로자파견인지를 판단해야 구체적인 보호가 가능하다. 이러한 점들이 다투어진 많은 사건 중에서 일부 사례에서만 근로자들이 묵시적인 고용관계 또는 근로자파견으로 판단되어 승소하였다.

#### 1) 현대미포조선사건<sup>14)</sup>

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다. 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이거나, 사업경영의 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 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다. 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들과 피고 회사 사이에 직접 근로계약관계가 성립된 것으로 볼 수 없다고 단정하였는바, 이러한 원심의 판단에는 외형상 도급의 형태를 띠고 있지만 실질적으로는 그 수급인의 근로자와 명목상의 도급인 사이에 묵시적 근로계약관계가 있는 것으로 평가하여야 할

<sup>14)</sup> 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.



근로관계의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 원고들의 상고는 이유가 있다.

2) 에스코 사건<sup>15)</sup>

구 파견법상 직접고용간주의 규정은, 동법 제2조 제1호에서 정의하는 근로자파견<sup>16)</sup>이 있고, 그 근로자파견이 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 한다. 이와 달리 직접고용간주의 규정이 구 파견법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석할 것은 아니다. 근로자파견은 원래 근로자공급의 한 형태이며 이것은 계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 허용하면 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 염려가 있어 근기법은 원칙적으로 이를 금지하고, 다만 직업안정법에 의하여 노동부장관의 허가를 받은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국내근로자공급사업의 경우는 그 허가대상을 노동조합으로 한정하고 있다. 구 파견법상 직접고용간주의 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법취지가 있다.

3) 현대차 사건<sup>16)</sup>

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을

15) 대법원 전원합의체 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결.

16) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 해당 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 해당 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다. 이 사건 사내하청업체가 원고들에게 참가인의 지휘명령을 받아 그를 위해 근로하도록 한 것은 근로자파견에 해당한다. 구 파견법상 ‘직접고용간주 규정’은 동법에서 정의하는 ‘근로자파견’이 있고, 파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립하는 의미이므로, 위 규정이 ‘합법적인 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 법 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다.

#### 4) 검토

제조업과 유통업 등에서 성행하고 있는 사내도급계약 또는 사내파견계약은 대부분 불법파견이고 위장된 파견근로자이다. 몇 년 전부터 해당 근로자의 보호를 위해 직접 고용관계의 성립, 불법파견과 파견법의 적용, 지배·개입에 의한 부당노동행위라는 판결이 나왔다. 사내도급 또는 사내파견을 위한 계약에서 원사업주에 대한 노동법상 책임 문제는, 그 해석상 논리전개와 결론도출이 노동법 분야에서도 어려운 영역이다. 위의 판결들로 인해 원사업주에게 노동법상 책임을 부분적으로나마 부담시킬 수 있겠지만, 이들은 노무관리를 더욱 치밀하게 준비할 것이다. 이러한 점을 극복하기 위해서는, 노동법 연구자들이 규범적 근거에 충실하면서도 변화된 노동현장의 사실관계에 맞추어 새로운 해석기준을 계속 연구하여 제시하여 노동위원회와 법원에서 채택되도록 해야 한다.

## 2. 집단적 노사관계

### 1) 원칙

파견법상 파견근로자 또는 잠재적 파견근로자들을 조직한 노동조합은 누구를 상대

로 하여 단체교섭으로 요구하고 파업을 할 수 있는지에 입장대립<sup>17)</sup>이 예상된다. 그러나 노조는 사용자 또는 원사업주에게 근로자들을 위해 직접고용 등 일정한 내용에 대해 단체교섭으로 요구하고<sup>18)</sup>노조법이 정하는 노동쟁의조정절차를 거쳐 쟁의행위도 진행할 수 있다. 예컨대, 직접고용을 위해 단체교섭을 실시하지는 노동조합의 활동은 의견상 정당하므로, 그것을 불법적인 활동이라고 단정해서는 아니된다. 그러나, 사업장에 종사하는 다른 근로자들의 근로제공에는 방해할 수 없어 교섭요구의 내용과 쟁의행위의 범위와 형태도 상당부분 제한될 수는 있다. 사용자 또는 원사업주의 사업장에서 파업 등 집단적 노동활동이 합법이라고 하여도 그 범위를 일탈하거나 필요한 절차를 소홀히 하게 되면 활동 전체가 불법으로 판단될 수 있다. 따라서 파견법상 파견근로자 또는 잠재된 파견근로자를 조직한 노동조합의 집단적 노동활동이 사용자(원사업주)에 대해 어떤 범위와 형태까지 정당한지 또는 어떠한 활동이 허용되는지 여부는 노사 모두에게 매우 중요하고도 어려운 문제이므로, 노사는 서로의 생존과 발전을 위해서 이러한 한계사항을 공감하면서 성실하게 교섭해야 한다.

## 2) 복수노조와 교섭창구단일화

복수노조와 교섭창구단일화절차가 도입된 개정된 노조법에서 파견법상 파견근로자 또는 잠재된 파견근로자들을 조직한 노조가 사용자 또는 원사업주에게 단체교섭을 요구할 수 있는가? 일반적으로 사용자 또는 원사업주는 고용관계가 없어 교섭의무가 없다고 주장할 것이고, 종전부터 단체교섭을 부정하는 입장에서는 계속 이를 인정하지 않으려고 할 것이다. 사용자 또는 원사업주는 고용노동부의 매뉴얼<sup>19)</sup> 등을 근거 하여 파견법상 파견근로자 또는 잠재된 파견근로자들이 근로자가 조직하거

17) 김영문, 「사내하도급 근로자들의 원청기업에 단체교섭 거부」, 노동법학(제36호), 2010, 190면.

18) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 참조.

19) 고용노동부가 2010년 말경 배포한 ‘복수노조와 교섭창구단일화에 관한 매뉴얼’에는 “해당 사업장의 사용자와 직접적인 사용종속관계에 있지 않은 근로자로 조직된 노조는 그 사용자에 대해 교섭을 요구하거나 교섭창구 단일화 절차에 참여할 수 없다”라고 기재되어 있다. 여기서, 고용관계 또는 근로관계라는 직접적인 표현을 사용하지 않고, 사용종속관계로 표현하고 있다. 그 취지가 무엇인지가 단정하기는 어렵지만, 아마도 직접 고용관계가 없는 하청업체 근로자를 조직한 노조와 원청회사 사이에는 교섭의무가 발생하지 않는 것을 전제한다고 추정된다.

나 가입한 노조에게는 단체교섭의무가 없기 때문에, 교섭대표노조에 참여와 확정절차에서 이를 인정하지 않으려고 할 것이다. 그러나 전술한 것과 같이 제한적인 범위에서 단체교섭을 인정해야 한다는 입장에서 보면 개정된 노조법에서 교섭제도가 변경되었다고 하여 이를 부정할 이유는 없다. 문제는 다른 근로자와 비교하여 고용형태 또는 근로조건 등에서 특수성이 있어 분리교섭제도를 인정할 것인지 등이 새롭게 제기될 쟁점일 것이다. 복수노조와 교섭대표제도의 시행으로 인해 위장된 파견근로자들을 조직한 노조와 원사업주 사이에는 이해관계가 더욱 복잡해지고 그 해결책에서도 많은 어려움이 예상된다.

노조의 설립과 가입의 특성상 원사업주를 기준으로 할 때, 직접 고용된 근로자뿐 아니라 잠재된 파견근로자들도 함께 가입하는 규약을 제정한 노조가 활동하고 있다. 기업별 단위노조는 이런 경우가 드물지만 초기업별 노조는 상당수가 이런 경우에 해당된다. 또한, 복수노조와 교섭대표노조에서 조합원의 수를 기준으로 과반수 노조를 판단하므로, 그 절차에서 유리한 입장을 인정받기 위해 간접고용 근로자를 가입시키거나 규약을 변경하려는 노조의 활동이 예상되기도 한다. 노조의 조직형태에 따라 조금 다르고, 또한 비정규직 근로자를 조직한 노조의 공통적인 사항이기는 하겠으나, 잠재된 파견근로자들이 독립적으로 조직한 기업별 단위노조 또는 초기업별 지부 등에 대해 직접 고용된 근로자 또는 정규직으로 조직된 노조의 대응문제이다. 기업별 노조인지 아니면 초기업별 노조인지 등 다양한 변수가 있어도, 잠재된 파견근로자를 조직한 노조가 참여를 요구하면 정규직 노조는 이를 표면상 거절하기 어려울 것이고, 가능한 참여시켜 절차를 진행하려고 할 것이다. 잠재적 근로자를 조직한 노조는 다른 노조와의 관계 등에 따라서 공동하여 또는 독립적으로 단체교섭을 원사업주에게 요구할 가능성도 있다. 즉, 과반수 노조 또는 공동대표단을 구성하여 실질적으로 지배력을 행사하고 있는 정규직 노조가 잠재된 파견근로자의 노조에 호의적이면, 교섭대표 노조에 참여하려고 할 것이고, 그렇지 않는 경우 자율교섭을 요구하거나 교섭단위분리결정을 신청할 가능성이 높다.

### 3. 입법적 해결방안

#### 1) 보호방안의 어려움

파견법상 파견근로자와 비교할 때, 잠재된 파견근로자의 수가 아주 많고, 그 법률관계에 관해 법 해석상 입장이 대립하므로, 그들의 보호는 현재 방치되어 있는 상황이다. 이를 해결하기 위해 새로운 법과 제도가 필요하다는 점은 공감하더라도 어떤 방향과 내용을 통해 접근할 것인지가 문제이다. 법과 제도를 통해 비정규직 근로자를 보호하려면 규율대상의 개념과 내용을 규정하고, 그것에 관련되는 내용을 금지하거나 허용하는 방법을 채택하는 것이 보편적인 형태이다. 사내하도급근로자보호에 관한 가이드라인에 따르면, 사내하도급계약이란 원사업주가 자신의 사업의 일부를 다른 사업주(수급사업주)에게 위탁하여 완성품을 납품받는 도급거래 중에서 원사업주의 사업장 내에서 작업이 이루어지는 경우를 의미한다고 정의할 수 있다. 그러나, 노동현장에서 존재하는 사내하도급은 형태와 내용의 다양성 때문에 그 개념과 기준 등을 명확하게 설정할 수 없고, 이것은 결과적으로 원사업주와 수급사업주(사내협력업체) 그리고 잠재된 파견근로자의 관계를 특정하기 어렵게 만든다. 노동법의 보호관점에서 잠재적 파견근로자와 원사업주를 개별 근로계약관계로 연결하려면 어떤 원인과 기준으로 할 것인지, 이때 영업과 계약의 자유를 침해하는 것이 아닌지, 이미 체결되어 있는 근로자와 사내협력업체 사이의 근로계약은 어떻게 되는지라는 의문이 발생하므로 이를 법리적으로 해결해야 한다. 이런 점 때문에, 사내하도급을 전제로 직접 해결하는 방안 보다는 직접고용의 촉진 또는 차별의 해소 등 간접적인 방안이 현실적인 대안이 될 수 있다.

#### 2) 구체적인 방안

첫째, 직접고용의 활성화이다. 원사업주가 신규로 근로자를 채용하는 경우 잠재적 파견근로자를 우선적으로 고용할 의무를 근기법에 규정하는 방안이 보호의 효과도 크고 법리적 측면에서 가장 무난한 방안으로 파악된다. 즉, 원사업주도 필요한 근로자를 사내에서 고용할 수 있고, 잠재적 파견근로자도 기술과 능력만 있으면 직접 고용의 기회가 제공된다는 의미를 가질 수 있어 양자 모두에게 고용유인책이 될 것으로

기대된다.

둘째, 근로조건에서 차별의 해소하는 관점이다. 원사업주가 사업장에서 정규직과 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 잠재된 파견근로자에게 근로조건 등에서 평등하게 대우해야 할 의무 또는 노력할 의무를 규정하는 방안은 보호의 효과는 크지만, 고용 관계가 없는 자에게 평등하게 대우할 법적 근거가 미약하고, 파견법상 파견근로자와의 형평성 등에서 많은 논란이 예상된다. 만약, 법적 논란에도 불구하고 원사업주에게 평등의무를 규정하려면 근기법 제6조(균등한 처우)에서 규정하거나 파견법 제21조(차별적 처우의 금지)의 내용을 수정하여 함께 규정하는 방안을 생각할 수 있다.

셋째, 사내도급 또는 사내파견을 위한 고용을 억제하는 방안이다. 원사업주가 잠재된 파견근로자의 사용을 남용하지 못하도록 또는 일정 비율 이상의 활용을 억제하는 방법은 간접적인 것이기 때문에 법리적으로도 큰 문제는 없어 보인다. 사내협력업체와 그에게 고용된 근로자의 수에 관한 고용상황을 정기적으로 공표하도록 하여 원사업주를 대내외적으로 압박하는 방안도 고려할 수 있다. 잠재된 파견근로자의 채용을 일정 비율 이하로 하면 다양한 형태의 인센티브를 제공하고, 그 반대이면 각종 부담금을 부과하는 패널티를 부과하는 것은 법률상으로는 가능하다. 그러나 잠재된 파견근로자에게 직접 효과가 어느 정도 있을 것인지가 문제이다.

넷째, 장기적 관점에서 파견대상업무를 확대하는 방안인데, 이것은 아주 예민하고 조심스러운 문제이다. 파견법에서 파견대상업무를 엄격하게 제한하고 있어 그 자체의 타당성뿐 아니라 제조업 등에서 불법파견이 의심되는 사내도급 근로자가 많이 활용되는 원인을 제공하고 있다. 파견대상업무를 확대하는 것이 경제선진국의 추세<sup>20)</sup>임을 감안하면 파견법에서 이를 완화할 필요도 있으나, 사내도급에서 발생하는 근로자 보호 등 다양한 문제를 해결하여 정착된 후에 파견대상업무를 확대해야 그 부작용을 최소화할 수 있다. 그렇지 아니하면 노동법의 원칙인 직접고용의 원칙이 무너져 전체 근로자의 상당수가 사내도급에 이용되는 문제점이 현실로 나타날 수 있다.

20) 박지순/김상호/권혁/전형배/정영훈, “외국의 사내하도급·파견 현황 및 제도 실태조사 연구 조사보고서”, 2010, 고용노동부, 243면 이하. 참조.

## V. 결론을 대신하며

최근 현대차 사건에서 대법원 판결 등으로 인해 노동분쟁의 현안으로 대두된 사내도급계약 또는 사내파견계약을 위한 고용에 대해 산업구조의 변화와 기술 진보에 따라 불가피하게 발생하는 생산방식과 고용형태의 다양화로 보아야 한다고 경영계는 주장한다. 그러나 제조업, 공공부문, 청소 및 경비 이외에 유통 및 서비스업에서 대기업이 사내도급고용을 광범위하게 활용하는 것을 산업구조와 기술진보에 따른 변화로만 보기는 어렵다. 법 해석은 현행법을 기준으로 할 수밖에 없는데, 파견근로자에 대한 올바른 용어의 사용이 요청되며, 이에 의하면 사내도급 또는 사내파견을 위해 고용된 근로자의 대부분은 근로자파견이고 파견법을 위반하였을 가능성이 높다. 그런데 법 해석과는 달리 입법정책의 관점에서는 잠재적 파견근로자를 보호하기 위해 다양한 방안이 강구될 수 있다고 본다. 정부와 한나라당은 2개월간 논의해 온 ‘비정규직 종합 대책’을 공개하였지만 노동계와 경영계는 서로 냉담한 반응을 보이고 있다. 여기에는 긍정적인 내용(불법파견은 즉시 직접고용의무 발생 등, 복지혜택의 차별시정 등)도 있으나 전체적으로는 여전히 본질적인 해결방안을 담고 있지 못한 것으로 평가할 수 있다.<sup>21)</sup> 정치권에서의 이러한 움직임이 2012년 총선과 대선을 위한 공약용에 그칠 것인지 아니면 실질적으로 사내도급의 문제를 포함한 비정규직의 보호를 위한 제도적 개선으로 나타날 것인지가 주목된다. 노동관계에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 기본적인 원칙은 자율이다. 그러나 모든 법 영역에서 자율이 항상 보편타당한 가치로 파악되는 것은 아니고, 그렇게 판단되어서도 아니 된다. 만약, 어떤 이유와 기준에서 든 강자의 자율이 약자를 속박하는 형태로 표출된다면, 이것은 노동관계법의 존재목적에 배치된다. 노동현장에서 특정한 주체에게만 유리한 현상이 계속된다면 가능한 정상적인 상황으로 복원될 수 있도록 입법정책은 법과 제도를 마련해야 한다.

21) 사내도급에 관련된 내용은, □(가이드라인 실효성 제고) 가이드라인이 산업현장에서 실효성 있게 적용될 수 있도록 체크리스트 보급, 「사내하도급 근로조건 개선 서포터즈」 운영 등 다양한 방안 추진 □ (사내하도급 전환시 노사협의) 직접수행업무를 사내하도급으로 전환할 경우 노사협의회에서 협의하도록 의무화 □ (원청의 임금체불 연대책임) 수차의 도급이 이루어진 사업에서 도급인의 귀책사유로 임금체불 발생시 당해 도급인도 연대하여 책임을 지도록 개선 □ (원청의 재해 예방 조치 강화) 사내하도급 비율이 높은 업종의 대규모 기업에 대해 원청의 재해를 산정시 사내하도급 업체의 재해를 포함 등이다.

**【토론문】**

Risa L, Lieberwiz 교수 발제

「미국의 노동법 및 고용법상 소수자 권리보호의 최근 쟁점  
-여성과 외국인 근로자를 중심으로 -」에 관한 토론요지

김 엘림(한국방송통신대 법학과 교수)

**1. Risa 교수 발제의 시사점**

Risa 교수 발제는 한국의 차별금지 입법과 법실무에 두가지 중요한 시사점을 준다고 평가되며 그 주장하는 바에 크게 공감한다.

(1) 사회적 소수자 특히 저임금과 차별의 주된 대상이 되는 여성과 외국인 근로자들의 문제를 해소하기 위한 해법으로 차별금지법의 개혁과 아울러 그들이 겪고 있는 경제적, 사회적 불평등에 대응하기 위한 단결활동과 사회활동을 제시한 점이다. 이와 관련하여 Risa 교수는 미국의 민권법 제7장을 비롯한 차별금지법을 단결권, 단체교섭권을 규정한 연방노동관계법(NLRA)과 연계하여 설명하였고, 이 두 가지 유형(노동법, 고용법)의 법들이 분리되는 것이 아니라 차별을 해소하는 기능을 가져야 하는 점에서 통합적인 법제로 인식해야 한다고 하였다. 또한 연방노동관계법과 차별금지법의 적용범위를 확대하여 법적 보호에서 소외되고 있는 근로자들의 문제를 해소해야 한다고 하였다.

(2) 차별대우이론과 차별효과이론 및 입증책임론이 미국의 차별소송에서 근로자, 사용자, 법원에 의해 어떻게 활용 또는 적용되고 있는 지에 관한 최신 정보를 제공하고 있다.



## 2. 토론 및 질문 사항

(1) (p.4와 p.4의 각주11) 미국의 사부문 노조가입율이 7% 미만에 불과하고 공공부문의 노조가입율(36.2%)과 상당한 차이를 보이는 이유는 무엇인가? 노조가입율을 높으려면 어떠한 조치가 필요하다고 보는가?

(한국의 노조가입율도 10% 정도에 불과하고 여성의 노조가입율은 7%정도 밖에 안되며, 2007년에 불법체류 외국인 근로자도 노동조합을 결성할 수 있다는 판결이 내려졌지만, 외국인 근로자들의 단결활동은 거의 미미한 상태에 있다. 비정규직의 노조가입율도 상당히 저조하다. )

(2) (p.7~8) 미국에서 근로자가 사용자의 차별대우를 주장하기 위해서는 유일한 동기(sole motive) 또는 변명(pretext) 또는 복합적 동기를 입증해야 한다면, 차별을 입증하는 데 필요한 인사자료 등을 사용자가 가지고 있는 상황에서 변호사와 같은 전문가의 도움이 없이는 근로자가 차별입증을 하기 어려울 것으로 생각된다. 미국에서는 근로자의 입증부담을 경감하는 조치는 강구되고 있지 않은가? 한국의 남녀고용평등법과 비정규직 보호법은 차별에 관한 입증책임은 사용자가 부담한다는 것을 명시하고 있어 근로자는 차별사실이 있었음을 추단할 수 있을 정도의 소명만 할 수 있게 하고 있다.

(3) (p.10~11) 남성분에 노출할 가능성이 있는 직종에 가임능력이 있는 여성을 채용하지 않은 사용자의 조치에 대해 미국 법원이 여성의 고용기회를 박탈하는 좋은 핑계거리라고 보아 집단적 차별대우로 인정한 판결을 소개하고 있다. 그런데 ILO의 국제노동기준과 유럽, 한국의 근로보호법에서는 임신부 여성과 태아, 유아의 건강보호를 위해 납성분 등 유해물질을 취급하는 직종에 여성을 사용하는 것을 금지하고 있다. 한국의 근로기준법은 임신부 근로자의 사용금지직종을 명시하고 이러한 직종에 임신부를 사용한 사용자에게 대한 벌칙을 규정하고 있다. 그리하여 한국에서는 여성사용금지직종에 사용자가 여성을 채용하지 않고 남성만을 채용하는 것은 합법적인 차등이 되고 있다. 모성보호법에 관해 어떻게 평가하는가?

(4) (p.15) 최근 연방대법원이 Ricci v. DeStefano 판결에서 사용자들이 여성 및 소수자에게 불리한 영향을 끼칠 수 있는 업무관련 시험을 폐지한 조치를 민권법 제7장을 위반한 조치라고 판결한 이유가 무엇인지 이해하기 어렵다. 연방대법원이 이 사건을 차별로 판단한 이유는 무엇인가?

(5) 한국을 비롯한 세계 180개국이 UN의 여성차별철폐협약에 가입하고 있다. 이에 따라 각국은 이 협약의 이행상황을 UN의 여성차별철폐위원회(CEDAW)에 정기적으로 보고해야 한다. 최근 2011년 8월에 위원회는 한국에 포괄적인 차별금지법을 제정할 것 등을 권고하였다. 이 협약과 위원회의 권고는 한국의 여성차별에 관한 입법, 사법, 행정에 많은 영향을 미친다. 그런데 미국은 아직 이 협약에 가입하지 않고 있다. 미국의 여성계에서는 협약 미가입 정책에 관해 어떻게 평가 또는 대처하고 있는가?

## 「사회법에서의 소수자 보호 - 일본의 실업·비정규직 문제를 중심으로」에 대한 토론문

강성태(한양대학교 법대 교수)

키쿠치 교수님은 일본의 실업과 비정규직에 대한 법적 대응의 현실과 과제를 사회보장법 연구자로서 사회법의 관점을 견지하면서 소개하여 주었습니다. 키쿠치 교수님께서 발표의 서두에서 밝힌 두 가지 양해 사항 즉 노동법적 시각에서 논의를 전개할 능력이 상대적으로 부족하다는 점과 또한 한국 법에 대한 충분한 지식을 가지지 못해 한·일 양국의 법제를 비교하기에 한계가 있다는 점은, 실은 키쿠치 교수님에 관한 것이라기보다는 저에 관한 것입니다. 저는 사회보장법적 시각과 일본 법에 대한 지식이 부족하여 이 토론에 아주 큰 결함을 가지고 있습니다. 이 점에 대한 깊은 이해와 양해를 부탁드립니다. 토론을 시작하고자 합니다.

본격적인 토론에 앞서 키쿠치 교수님의 발표를 통해 다시 한번 알게 된 동일본 대지진의 피해 상황은 매우 안타깝고 가슴 아픈 일이 아닐 수 없습니다. 인류의 일원으로서 그리고 가까운 이웃 나라의 국민으로서 일본 국민들께 따뜻한 위로를 말씀드리며 조속한 회복을 중심으로 기원합니다.

키쿠치 교수님의 발표를 들으면서, 마치 한국의 연구자에게서 한국의 이야기를 듣고 있는 듯한 착각에 잠시 빠졌습니다. 현해탄을 사이에 둔 두 나라의 문제 상황과 연구자들의 고민이 매우 유사하다는 생각입니다. 경기 순환의 온돌방 효과에 따라,<sup>1)</sup> 경제 위기는 저소득층의 생활에 보다 크고 직접적인 영향을 미치고 있습니다. 실업과

1) 한국의 전통적인 온돌방에서는 따뜻한 아랫목과 차가운 윗목이 있다. 군불을 끄면 아랫목에 비해 윗목이 먼저 추워지고, 불을 다시 지피면 윗목에 비해 아랫목이 먼저 따뜻해진다. 경기 변동이 소득 계층별로 미치는 효과도 이와 유사하다. 즉 경제 위기로 인한 부정적 영향은 저소득 계층일수록 더 빨리, 그리고 더 크게, 또한 더 오랫동안 받는다. 반면에 경제 회복의 긍정적 영향은 고소득층에 먼저 도달하고 저소득층은 그 다음에 상대적으로 적은 혜택을 받게 된다.

비정규 노동으로 대표되는 근로빈곤층(working poor)의 확대, 그로 인한 ‘격차사회’ (한국에서 일반적인 표현은 ‘兩極化 社會’) 현상은 건전한 국민경제의 유지와 발전에 결정적인 장애가 될 수밖에 없을 것입니다. 이를 위해 노동법적 접근과 사회보장법적 접근을 아우르는 새로운 사회법의 시각이 필요하다는 키쿠치 교수님의 문제의식은 매우 시의적절(時宜適切)하고 타당하다고 생각합니다. 이러한 문제의식을 현실화하기 위한 움직임의 하나로서 소개하신 [와세다대학 사회법 연구회]의 활동 역시 한국 연구자들에게 시사하는 바가 크다고 생각합니다.<sup>2)</sup> 또한 [일본 사회보장법학회]의 동향도 최근 [한국 사회보장법학회]의 설립 등을 추진하고 있는 한국의 사회보장법 연구자들에게 일정한 영향을 미칠 것 같습니다.

일본의 실업과 비정규직에 대한 키쿠치 교수님의 발표에 맞추어 한국의 상황을 간략하게 소개하면 다음과 같습니다.

첫째, 실업 대책 부분에서는 양국의 상황이 매우 비슷해 보입니다. 일본과 마찬가지로 한국의 노동시장정책도, 적어도 현재까지는, ‘실업의 예방’(한국 고용보험법에서는 ‘고용안정’이라고 표현합니다)에 초점을 맞추어 왔고, 고용보험법상 고용안정사업의 하나인 ‘고용유지지원금 제도’는 그 대표적인 것입니다. 실업 때 발생하는 ‘구직급여’의 수급 요건에 피보험 단위기간(현재는 180일 이상)이 필요한 점이나 일정한 단시간 근로자(현재는 월 소정근로시간이 60시간 미만인 자)는 고용보험법 적용에서 제외된다는 점 그리고 장기 실업자의 생활보장은 ‘국민기초생활보장법’ 등 공공부조법 영역으로 전환된다는 점도 비슷한 것 같습니다. 그러나 일본에서 2011. 5. 제정된 ‘액티베이션 스타일’의 [구직자지원법]과 같은 법은 아직까지는 한국에 존재하지 않습니다.<sup>3)</sup>

둘째, 비정규직 대책 부분에서는 일본과 한국 사이에 상당한 차이가 있는 듯 합니

2) 한국에서도, 아직 비공식적이기는 하지만, 작년부터 ‘한국노동연구원’을 중심으로 이와 유사한 모임이 활동 중이다. 이 모임에는 노동법과 사회보장법은 물론 사회학, 경제학, 사회복지학 등의 전문 연구자들이 함께 참여하고 있다.

3) 유사한 취지의 법률을 마련하려는 움직임은 2007년부터 있었다. 정부는 2007년 [저소득층에 대한 고용지원강화 방안]에 대한 논의를 시작으로 2008년의 [저소득층 취업지원에 관한 법률안] 및 2009년의 [저소득 취업취약계층 취업촉진법] 등을 마련하였지만, 현재까지 입법은 되지 못하고 있다.

다. 비정규직의 규모는 정부 통계로만 본다면 한국도 전체 고용의 3분의 1 정도로서 키쿠치 교수님이 소개한 일본의 그것과 비슷하고, 비정규직의 범위에 기간제, 단시간제, 파견제를 포함시키는 것 역시 비슷합니다.<sup>4)</sup> 그에 비해 한국의 비정규근로자 관련 법령에서는 ‘차별시정제도’를 두어 임금이나 근로시간 등 근로조건을 비롯하여 기업 복지에서도 정규직과의 차별을 금지하고 이를 위반할 경우 노동위원회를 통한 차별시정 조치가 가능하도록 하고 있습니다. 또한 일본의 건강보험 및 후생연금보험에서 두고 있는 ‘4분의 3’ 요건과 같은 요건은 존재하지 않습니다.<sup>5)</sup> 파견제에 대한 규제는 한국이 상대적으로 강한 편이고, 정부가 추진한 일본식으로의 개정 움직임에 대한 반대도 여전히 강한 편입니다.

한편, 노동시장 정책과 사회보장 정책을 연결하려는 움직임과 관련하여 최근 한국에서는 중요한 시도가 준비 중에 있습니다. 현재 한국의 사회보장 제도 특히 사회보험 제도에서 가장 큰 과제는 이른바 ‘사회보험의 사각 지대’에 있는 저소득층을 어떻게 제도권 안으로 편입시킬 것인가에 있습니다. 노동시장 정책에 집중해 온 연구자들은 ‘비공식 노동(informal work)’의 공식화 혹은 제도화라고 부르는데, 이는 법적으로는 제도권에 편입되어 있지만 실제로는 사회보험에 가입하고 있지 않은 그래서 통계상으로도 잘 포착되지 않는 계층을 주된 대상으로 하는 고민입니다. 핵심적인 내용은 저소득 근로빈곤층의 사회보험료를 국가가 지원하는 것입니다. 지원 대상과 방법 등 제도화의 구체적 모습에서는 약간의 차이가 있지만, 제도화의 큰 방향에서는 정치권이나 학계가 상당한 공감대를 이루었습니다. 사회보험료 지원 제도는 사회보장 정책과 노동시장 정책을 연결함으로써 노동으로의 유인 및 근로빈곤층의 사회보험 가입을 실질적으로 제고함으로써 저소득층의 생활 안정과 국가 재정의 장기적 안정성을 도모할 것으로 기대하고 있습니다. 또한 이런 방식의 정책들은 장기적으로 사회적 연대와 통합의 제고에도 도움이 될 것입니다. 이 논의는 최저임금의 인상 논의와도 연결되어 있는데, 그 근거에는 노동법과 사회보장법에 함께 존재하는 ‘보상의 원리’(principle

4) 학계에서는 이에 더하여 ‘특수고용형태종사자’나 ‘사내하도급근로자’도 포함시켜 논의하는 경우가 다수이다.

5) 다만 고용보험이나 산재보험과 마찬가지로 월소정근로시간이 60시간 미만인 단시간 근로자는 건강보험과 국민연금의 적용에서 제외되고 있다.

of compensation)가 자리하고 있습니다. 근로빈곤층의 저임금 노동을 통해 사회 전체가 본 이익의 일부를 그들에게 돌려주어야 한다는 생각이 바로 그것입니다.

키쿠치 교수님께서 말미에 발표하신 세 가지 시사점은 매우 유의미한 것으로 그 취지에 전적으로 동의합니다. 다만 세 번째 점 즉 노동의 우선 또는 중시는 사회보장을 수급하는 개인이 아니라 국가 정책에 일차적으로 향해져 있어야 한다는 점, 다시 말해 국가의 고용창출 정책 또는 한국 상황에서 말한다면 ‘좋은 일자리로의 개선’ 정책에 일차적으로 맞추어져야 한다는 당연한 이야기를 첨가하고 싶습니다. 새로운 사회법적 시각의 기초를 말씀하시면서 강조하신 ‘보다 나은 고용으로의 접근 보장’ 또는 ‘자율’ 등은 사회법 연구자들에게 매우 인상적인 것들이라고 생각합니다.

귀한 시간을 내어 중요한 말씀을 해 주신 키쿠치 교수님께 깊은 감사를 드리는 것으로 토론을 마칩니다. (끝)

## “일본의 장애인 고용법제”(Hasegawa Tamako, Hukusima Univ.)에 대한 토론문

이호근(전북대 법전문, 사회법)

### 1. 「장애인권리협약」과 장애인고용 관련법 제·개정배경

Hasegawa 교수의 본 논문은 사회법에서의 소수자 보호관련 「일본의 장애인 고용법제의 현황과 과제」를 분석하고 있다. 논문은 일본에서의 「장애인고용법」 제정 연혁과 현황 및 과제를 소개하고 있다. 먼저, 오늘날과 같은 후기산업사회(post-industrial society)에서 노동·사회법이 전통적인 정규-남성-산업노동자(standard-masculine-industrial worker)중심에서 점차 그 범위와 대상 그리고 법적 규율의 방향에서 여성근로자, 노령근로자, 청년실업, 비정규근로자, 이주근로자 그리고 장애인근로자 등과 같은 소수자 보호에 천착하고 관련 국제협약이나 각국의 입법례 그리고 현황 및 과제 등을 비교하고, 그 경험을 공유하고, 꾸준히 새로운 대안을 모색해 나가는 것은 매우 의미있는 일이라 하겠다.

2006년 12월 제61차 UN총회에서 만장일치로 「장애인권리협약」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)이 채택된 이래 장애인관련 정책과 법·제도의 개선방안은 최근 더욱 주목되고 있다. 동 협약 제27조 「일과 고용(Work and employment)」에서는 각국 당사자들은 장애인이 동등한 기반 위에서 일할 권리, 즉, 장애인을 포함하는 개방적인 노동시장과 근로환경 속에서 장애인이 동등한 기회의 생활과 일할 기회를 갖을 권리 및 작업 중 장애를 얻은 근로자를 포함한 장애인 근로자에게 입법을 통해 적절한 조치를 취할 것을 규정하고 있다(1항). 구체적으로 여기에는 모집, 채용, 고용의 지속, 승진, 안전하고 건강한 작업조건 등에서 차별 금지(2항), 동일노동 동일임금, 건강한 근로조건, 학대로부터 보호와 고충의 처리(2항), 타인과 동등한 기반에서 노동조합권의 행사(3항), 기술 및 직업훈련기회 보장(4항), 노동시장 내 장애인의 고용기회 촉진 및 승진(5항), 공공부문 장애인 고용(7항), 민간부문

의 적극적 조치(AA) 등에 의한 장애인고용 촉진(8항), 장애인의 직업적, 전문적 재활 및 직장복귀 지원(11항) 등을 규정하고 있다. 또한, 제28조 「적절한 생활수준과 사회적 보호(Adequate standard of living and social protection)」에서는 차별없이 동등한 조건에서 일할 권리(2항) 등 ‘사회적 보호’를 규정하고 있다.

주지하다시피, 이에 앞서 1945년에 창설된 유엔은 인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중이 국제적 과제임을 명확히 하고 인권을 정의하고 성문화하기 위한 기초로 1948년 유엔총회에서 '세계인권선언'을 채택하였다. 세계인권선언은 정치, 경제, 문화, 종교의 차이에도 불구하고 “모든 인민과 모든 국가가 달성해야 할 공통의” 인권 기준을 확립한 것으로 이 세계인권선언의 정신이 ‘국제법의 효력’을 갖추게 된 것은 유엔이 1966년에 두 개의 국제인권규약을 채택한 것이었다. '경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약, 사회권 규약)과 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약, 자유권 규약)이 그것이다. 유엔은 그 후 단계적으로 여성, 아동, 소수민족, 이주노동자, 장애인등 사회적 약자의 인권을 보장하기 위한 국제인권기준을 확립하고 이를 이행하기 위한 국제적 인권보장기구와 제도의 발전을 위하여 노력해 왔다.

이러한 국제적 노력의 결과로 지금은 신체의 자유, 종교의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 학문·예술의 자유 등의 자유권과, 국민이 정치에 참여할 수 있는 참정권, 그리고 국민이 국가로부터 본인과 가족의 생계를 보장받고 교육·사회보장 서비스를 제공받으며 모성보호, 환경권, 노동자로서의 권리를 보장받는다든 내용의 사회권이 보편적 인권으로 인정받고 있으며 사회법에서 소수자보호 관련 조항이 각국에서 다양한 형태로 발전하게 되었다.

이 글은 장애인고용법제와 관련 이러한 소수자그룹의 고용촉진 및 차별금지 등 사회적 보호의 문제에 대한 일본에서의 입법 및 제도 운용의 경험 및 그 현황을 분석하고 있다. UN이 분류하는 OECD주요 국가의 장애인 비중은 평균 인구의 10%내외에 달하고 있다. 반면, 한국의 경우 장애인의 비중은 공식적으로 4%정도이다. 이것은 OECD국가들이 장애의 범주를 보다 포괄적으로 정의하며 다양한 보호의 필요성과 함께 관련 정책 및 법제도 체계를 구축하고 있다. 한국의 경우 ‘신체적·정신적 손상’(또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태, 「장애인차별금지 및 권리구제등에 관한법률」 제2조 장애와 장애인) 등 주로



외형적인 장애인만을 중심적인 보호대상으로 인식하는 경향이 강하며 OECD 국가 평균의 보다 포괄적이며 적극적 장애인정 기준과는 상당한 거리가 있는 실정이다. 또한, 관련 법은 여전히 대부분 감독과 규제적 성격이 강한 반면, 적극적 조치(AA)에 의한 지원 방안은 미약한 실정이다.

본 논문이 분석 소개하고자 하는 일본의 장애인 ‘고용’ 관련 법제와 보호방안은 고용을 촉진할 다양한 아이디어를 제공하고 있다는 점에서 주목된다. 논문은 장애인 고용의 양적인 측면과 실효성 등 질적인 측면을 모두 고려하고 있다는 점에서 관련 구체적인 정책과 법제도의 국제적인 비교 연구에 흥미로운 시사점을 주고 있다. 입법 현황만을 기준으로 비교하면 본 논문에서는 일본의 기존 1976년 제정되어 운용중인 「장애인 고용촉진법」 상 고용률 제고를 위한 (지원)방안이 중점 분석대상이다. 한편, 한국에서는 일본의 동 법에 비유되는 법으로 지난 1990년에 제정되고 2011년 7월 25일 개정된 「장애인고용촉진등에 관한 법률」(이 법은 2011.7.25 현재 「장애인고용촉진 및 직업재활법」으로 변경되었다)이 이에 해당된다 하겠다. 한편, 한국이 2008년 「장애인 차별금지 제한에 관한 입법」을 제정한 반면, 일본은 관련 입법을 2013년을 목표로 아직 논의 중이며 입법 전망 하에 대두되고 있는 제 논의 현황을 분석 소개하고 있다. 토론자는 본 논문을 읽고 다음과 같은 사항에 대한 발제자의 설명과 견해를 듣고자 한다.

## 2. 「장애인 고용촉진법」 분석 평가와 관련 논의

1) 먼저, 장애인 고용촉진법의 법적 성격에 대하여 살펴보자. 장애인고용촉진과 관련 일본과 한국을 비교할 때 두 나라의 관련 입법체계가 ‘근로권’에 관한 헌법(일본 헌법 제27조, 한국 헌법 제32조)규정이나 ‘평등권’(한국 헌법 제11조)에 연원하고 있는 점이 유사하다. 한국과 일본의 장애인복지 및 관련 고용촉진 법제의 성격을 비교하면 입법의 역사가 길지 않은 한국과 일본이 공통적으로 사업주와 당사자에 대한 다양한 인센티브를 통한 장애인 고용률 제고를 실질적으로 유도하려는 「시장촉진형 법제」의 모습을 보이고 있다. 소수자 보호와 관련 사회법의 성격은 헌법이나 기본법에서 천명하고 있는 사회권이나 인권과 같은 기본권에 근거한 것으로 사실상 보호와

규제의 본질이 형식에 관계없이 그 기저에 깔려있는 것임에도 불구하고 이러한 특성이 나타나는 것은 관련 법을 제정·운용하는 과정에서 정책추진의 효율성추구에서 비롯되는 것으로 분석된다. 그러나, 보다 중요한 문제는 이러한 입법적 형식의 문제보다는 관련 입법의 실효성과 법적 권리의 성격에 대한 문제라 할 수 있다. 특히, 토론자는 발제자로부터 일본의 「장애인 고용촉진법」 제의 법적 청구권의 성격에 대한 의견을 듣고 싶다. 헌법의 근로권과 장애인 고용촉진법제로부터 법적청구권이 도출되는 일본에서의 최근의 대표적인 판례나 사례나 또는 그 반대 사례의 경우 그 이유나 배경에 대해 간략한 설명을 기대한다.

2) 둘째, 「장애인 고용촉진법」 제와 관련 실효성에 대한 문제가 무엇보다 중요한 문제라 할 수 있다. 논문은 일본의 경우 「장애인 고용촉진법」 제와 관련 가칭 「장애인 차별금지법」 및 권리구제의 입법제정을 위한 논의 과정을 상세히 설명하고 있다. 그러나, 한국의 경우 「장애인 고용의무」와 「고용부담금」 제도를 민간부문 기업에 규정(고용하는 근로자 수50인 이상 기업 중 1/100~5/100범위 내 대통령령이 정하는 비율)하고 있는 반면, 국가나 지방자치단체 등 공공부문에 대해서는 고용의무나 고용부담금 납부를 강제하고 있지 않아 규율방식이 쟁점이 되었다. 본 논문이 기술하고 있는 바와 같이 일본에서도 유사하게 “국가, 지방공공단체, 교육위원회 등은 장애인 고용에 수반되는 경제적 부담의 조정이라는 취지로 납부금의 징수대상에서 제외”(p. 4)하고 있다고 한다. 장애인고용과 관련 국가와 지방자치단체 등 공공부문이 민간부문보다 더 선도적이고 엄격한 규정을 가지고 있어야 함에도 불구하고 이러한 규율방식으로 인하여 실제 국가와 지방자치단체의 장애인 고용률은 단순한 노력의무 규정(공안직군 공무원, 검사, 경찰·소방·경호공무원 및 군인 등을 제외 3/100)으로 강제성이 없어 민간부문의 장애인 고용의무에 대하여 낮은 적용률을 보이고 있는 실정이다. 때문에 민간기업으로부터 문제제기가 되고 왔다. 일본의 경우 이러한 문제에 대한 논의가 궁극하다. 한국의 경우 이러한 장애인 고용률 강제규정에 대한 한국 대법원의 입장과 위헌소원에 대해 헌법재판소가 근소한 차이로 합헌판단(헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96 [구 장애인고용촉진등에관한법률 제35조 제1항 본문 등 위헌소원] 동 결정의 경우 위헌판결이 다수였으나 위헌결정의 정족수 미달로 합헌이 유지됨)을 하고 있지만 사업주의 행동자유권 및 경제활동의 자유 등 사업주의 계약 및 직업수행의 자유,

재산권에 대한 본질적 내용의 침해여부, 공공부문과 민간부문에의 차등적용으로 인한 평등권문제, 적용대상 사업장 규모와 관련된 포괄위임입법금지 및 법률유보원칙 등의 논거에 근거한 위헌시비 역시 상존하고 있다. 특히, 공공부문과 민간부문의 차별적 규정에 대하여 일본에서의 논의 현황과 판례의 태도와 관련 필자의 평가가 궁금하다. 한편, 한국의 법에 있어서도 중증장애인의 고용시 이것을 2배로 산정하는 ‘장애인 고용인원 산정의 특례’(「장애인고용촉진법」 제28조의3)가 규정되어 있다. 또, 고용장려금 지급의 경우 중증장애인 및 여성장애인 근로자의 고용시 우대규정(「장애인고용촉진법」 제30조 ③항 장애인고용 장려금의 지급)도 규정되어 있어 한국과 일본의 관련 법제가 여러 가지 측면에서 유사한 특성을 보이고 있음을 알 수 있다. 한편, 일본의 경우 장애인 고용을 촉진하기 위한 조치로 고용부담금제도 이외에 장애인 고용상황의 보고, 채용계획의 작성 명령, 법정 고용률 미달 기업명의 공표 등(p. 5)이 설명되고 있는데 특히 마지막 사항의 경우 이러한 제도의 실질적인 효과는 어떠한가?

3) 셋째, 흥미있는 제도로서 「**특례자회사 제도**」(p. 5)가 주목된다. 한국의 경우, 장애인고용 의무와 관련 기업들이 장애인 고용이라는 강제적인 고용부담보다는 고용부담금(부담 기초액은 최저임금의 60/100. 2007년 법개정 이후 근로자 상시 50인 이상 100인 미만의 사업주에 대해서는 고용부담금의 적용에서 제외하고, 그 이상의 규모의 사업주에 대해서는 고용부담금의 적용시기와 액수에 특례를 두고 있음. 상시 100인 이상 200인 미만의 근로자를 고용하는 사업주에 대해서는 2007년부터 부담금을 부과하되 이후 5년 간 한시적으로 부담금을 1/2로 감면하고, 상시 200인 이상 300인 미만의 근로자를 고용하는 사업주에 대해서는 2006년부터 부담금을 부과하되 이후 5년 간 한시적으로 부담금을 1/2로 감면), 가산금(부담금의 10/100) 및 연체금 등 경제적 부담(재정적 목적에 앞선 이른바 ‘유도적·조정적 부담금’)을 선택하는 경향이 강한 여건에 있는데 이러한 일본의 제도는 주목을 끈다. 특히, 그 적용여부와 관련 대기업 등에 적용관련 주목되는 제도라 평가된다. 일본에서는 이러한 특례자회사는 기업의 사회적 책임(CSR)의 분위기 확산과 더불어 민간부문에서 일정한 성과가 나타나고 있는 것으로 보인다. 실제 이 제도가 논문이 설명하고 있는 것처럼 ‘어떻게’ 장애의 특성을 배려한 업무를 확보하고, 직장의 환경정비가 용이하며, 실질적인 성과와 차별금지규정에 저촉되지 않는 지 등 그 운용현황이 궁금하다. 또한, 일본에서, 이러한 다

양한 제도운용에도 불구하고 장애인 고용률이 민간의 경우 여전히 47.0%에 머물고 있는 것과 관련 당사자의 대응은 어떠한 지 궁금하다. 즉, 기업은 고용강제에 따른 기업 경제활동의 자유의 제한이라는 관점, 생산성과 경쟁력에의 영향이라는 관점, 고용부담금에 대한 경제적 비용 등을 이유로 반발이 예상되는 반면, 노동단체 및 장애인 단체는 고용률의 실질 적용률이 50% 미만에 머물고 있는 점 등 법제도의 실효성 문제를 제기하고 개선방안을 요구할 것이라고 추측되는데 현황에 대한 설명이 기대된다. 법·제도적 대응방안이 논문이 설명하는 대로 ‘과제’(p. 6)로만 남아있는가? 아니면 바람직한 대응방안은 무엇이라고 보는가?

### 3. 가칭 「장애인차별금지법」 관련 논의의 분석 및 평가

이어, 논문은 UN 장애인 권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities-- CRPD)이 2006년 12월 유엔에서 통과되고 2008년 5월부터 국제법적 효력을 발휘하게 됨에 따라 일본의 협약의 비준 및 2013년을 목표로 한 내국법 제·개정과 관련된 논의의 현황을 소개하고 있다. 일본에서는 관련 「장애인고용차별금지법」의 입법 논의의 구체적 진전 상황이 관심사이며 한국에서는 2007년 4월 제정된 「장애인차별금지및권리구제등에관한법률」의 실질적인 성과와 그 개선방안에 관심이 있다. 한국에서는 이에 덧붙여 2007년 법무부가 발표한 모든 형태의 차별을 금지하는 「차별금지법」의 제정시도가 있었다. 2007.10.2 법무부 초안에 따르면 ‘병력’, ‘출신국가’, ‘출신민족’, ‘인종’, ‘피부색’, ‘언어’, ‘가족 형태 및 가족 상황’, ‘성적지향’, ‘학력’ 등 모두 20개 차별금지조항을 설정하였다가 ‘병력’, ‘학력’ 등의 차별금지를 문제 삼은 경영단체와 ‘가족형태 및 가족상황의 차별금지’ 등 동성애자 소수자보호에 반대한 보수기독교단체 등의 반대로 2007.10.31 이들 관련 차별 규정 등 7개를 삭제한 채 논의가 지속되었으나 17대 국회의 종료로 관련 법안은 자동폐기 되었었다. 입법을 둘러싸고 자칫 입법이 애초 취지와 달리 ‘차별받아도 되는 사람’과 ‘차별받아서 안되는 사람’으로 구분하는 결과를 초래할지 모른다는 비판이 핵심적 논란이 되었다. 그러나, 2010년 10월 법무부가 다시 차별금지법 특별분과위원회를 설치하며 한국에서 2010년 12월 「차별금지법제정연대」가 결성되는 등 다시금 사회적 쟁점이 되었

으나 정부가 관련 입법에 적극적이지 않은 여건에서 2011년 현재 관련 추가적인 입법추진 움직임이 잠정 중지된 상태이다.

한편, 일본의 입법논의에서 주목되는 것은 기존 「장애인기본법」상 선언적인 ‘차별금지’ 외에 ‘합리적 배려’라는 규정이 추가(p. 7)된 점이라 하겠다. 한국의 관련 법(「장애인차별금지및권리구제등에관한법률」)에서는 이 법에서 금지하는 차별에 대해 ‘1. 장애인을 장애를 이유로 정당한 사유 없이 '제한·배제·분리·거부' 등에 의하여 불리하게 대하는 경우’ 등 차별금지규정을 열거하고 있는데, 일본에서의 입법논의에서 논의되는 이러한 '적극적 조치'에 해당할 수 있는 ‘합리적 배려’의 규정이 없다. 단, ‘정당한 편의제공 의무’(고용관련 차별금지 제11조, 교육관련 차별금지 제14조, 재화와 용역의 제공 및 이용 중 정보통신·의사소통 등에서의 정당한 편의제공 의무를 규정한 제21조) 등이 이에 비유될 수 있는 규정이라 할 수 있을 것 같다. 일본에서의 논의가 합리적 배려와 그 관련 실효성 확보를 위하여 이를 확정적인 권리·의무 관계로 볼 것인지, 지침 등 모범사례 제시와 당사자간 대화 또는 제3자에 의한 조언 등 또는 사용자의 불이익취급으로 이를 파악하여 금지하는 방안을 놓고 이견이 대두되고 있는 듯 하다. 한편, 한국의 관련 규정은 차별행위와 관련 그 행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우(차별의 고의성/차별의 지속성 및 반복성/차별피해자에 대한 보복성/차별 피해의 내용 및 규모 등) 법원은 3년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금을 처할 수 있다고 규정하고 있으면서도 법인이나 개인이 위반행위를 방지하기 위하여 해당업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다고 벌칙규정의 예외를 규정하고 있다.(제6장 벌칙 제49조 차별행위). 일본에서의 논의에서 주목되는 점은 '사적 상해질병 등에 의해 장애를 입은 종업원에 대해 합리적 배려와 유사한 대응을 하도록 사용자에게 요구하는 시스템이 제정법이나 판례법에 의하여 사실상 형성되어 왔다는 점이다.(p. 8) 과로사 사안에서 근로시간, 휴게, 휴일 등 적절한 근로조건을 확보, 노무경감이나 배치전환 등의 배려 등 안전(건강) 배려의무와 직무수행으로 인한 장애근로자에 대한 휴직인정, 배치전환, 업무경감 등 해고회피 조치를 사용자에게 요구하는 하는 판례나, 그러한 조치가 없을 때 근로자의 임금청구권 등 합리적 배려에 대한 기존 판례법의 비중이 중요한 것으로 인식된다. 또한, 장애를 이유로 한 차별의 내용 중 모집·채용, 임금 기타 근로조건, 승

진·배치 기타의 처우, 교육훈련, 고용의 계속 종료(해고·계약해지 등)의 고용에 관계된 ‘직접적인 차별’이 논의되는 반면, 구체적인 판단기준을 제시하는 것이 어려운 ‘간접차별’의 경우 이를 대상에서 제외할 것을 주장하는 일본 사용자대표의 입장(p. 8) 등은 한국의 관련 당사자들의 주장과 비슷한 양상을 나타내고 있는 것으로 보인다. 그럼에도, 질문은 논문이 일본에서 이러한 ‘합리적 배려’의 적용도 장기고용을 전제로 한 정직원만을 대상으로 하고 비정직원의 경우에는 해당되지 않으며, 또한, 모집·채용단계에서 사용자의 합리적 배려의 제공을 기대하는 것은 어려운 것(p. 10)으로 전망하고 있는데 그 자체가 또 다른 차별이 될 논란이 있다고 보이는데 이에 대한 필자의 견해는 어떠한가?

## 「노동법에서 파견근로자의 보호」에 대한 토론문

오문완(울산대 법학과)

### 1. 직구나 변화구나

발제자는 사회현상을 포괄하는 개념을 정립하여 문제를 본원적으로 해결하고 싶어 하면서도(직구-해석론), 그 실현 가능성이라는 차원에서는 차별 해소 등 간접적인 방안이 대안이 될 “수” 있다(변화구-입법론)고 한다. 발제자의 의견에 찬동하면서 (야구) 판(장)의 형성 자체에 주목하고 싶다.

### 2. 직구

발제자는 실태에서 규범을 도출하려는 방법론을 활용하고 있고, 적절해 보인다. 이를 위해 다양한 자료를 소개하고 있다(다만, 현실을 정확하게 드러내주는 자료가 없다는 한계가 있고 이 점은 향후 노동학자들에게 커다란 과제로 남겨져 있다 하겠다).

그리고 이렇게 조사하고 정리한 자료를 바탕으로 파견이라는 노동력 이용의 방식을 개념 정의하고 올바른 규율이라는 결론에 도달하려고 한다. 특히 6쪽 이하에서 보듯이 유사 개념의 정리를 통해 파견의 모습을 정확하게 포착하려는 시도가 돋보이고, 12쪽 이하에서는 실제 사건을 소개하면서 논의를 전개하고 있다. 발제자는 노동법 연구자들한테 “규범적 근거에 충실하면서도 변화된 노동현장의 사실관계에 맞추어 새로운 해석기준을 계속 연구하여 제시하여, 그것이 노동위원회와 법원에서 채택되도록 해야” 한다고 요구한다(13쪽).

이 점, 발제자의 의견에 전적으로 찬동하며 개념의 중요성이라는 차원에서 간접적이나 힘을 실어주고 싶다.

- 하나는, 논어의 정명(正名)이라는 표현이고,
- 다른 하나는, 김춘수 시인의 <꽃>의 한 구절이다

(내가 그의 이름을 불러주기 전에는  
그는 다만 하나의 몸짓에 지나지 않았다)  
내가 그의 이름을 불러주었을 때  
그는 내게로 와서 꽃이 되었다

다만, 복잡다단한 사회현상을 하나의 개념으로 정리하려는 노력의 과잉 현상, 그리고 그로 인한 한계도 엿보인다.

- 법률관계의 성격과 현상적 모습을 고려하면, 대기업과 제조업에 성행하고 있는 사내하도급 근로자는 도급계약의 이행을 위한 수급인의 근로자이며 동시에 도급인은 이들과 어떠한 법률관계도 없다고 판단하기에는 어려운 점이 너무 많다(7쪽)고 하거나

- ‘사내’(하도급)에는 수급인과 그 근로자가 도급인의 사업장에서 대기하거나 머물며 도급인의 필요에 따라 투입되고 있다는 의미, 아니면, 수급인을 도급인의 이행보조인으로 파악하거나 그가 도급인에게 편입된 상태를 암시하여 도급인의 고용책임을 인정하려는 의미, 어느 쪽인지 선택하지 않는다든지(8쪽)(9쪽에서는 적어도 파견법상 사용자책임은 저야 한다고 정리)

- 사내도급계약의 “대부분”은 파견계약(11쪽)이라고 하는 부분들이 그러하다.

### 3. 변화구와...

발제자는 “사내도급을 전제로 직접 해결하는 방안 보다는 직접고용의 촉진 또는 차별의 해소 등 간접적인 방안이 현실적인 대안이 될 수 있”다(15쪽)면서 네 가지 방안을 제시한다.



이러한 결론은 시장과 법(규제)의 상호관계를 감안한 고뇌의 소산이라고 평가할 수 있겠는데, (애당초 파견법 제정과정의 논의에서도 그랬듯이) 자칫 모순된 현실을 법의 틀 속으로 끌고 오는 결과만 낳지 않을까 하는 걱정도 있다.

결국은 판의 형성(구축)이라는 문제로 귀결할 터인데, 토론자가 생각하는 결론은 두 가지이다.

- 사회 임금의 형성(이를 위한 법제도의 구축)
- 법의 엄정한 집행

#### 4. 가벼운 질문과 사족

- 법률관계의 성격과 현상적 모습을 고려하면, 대기업과 제조업에 성행하고 있는 사내하도급 근로자는 도급계약의 이행을 위한 수급인의 근로자이며 동시에 도급인은 이들과 어떠한 법률관계도 없다고 판단하기에는 어려운 점이 너무 많다(7쪽)는 게 어떠한 의미인지?
- 자료의 출처를 좀더 상세하게 알려주면 도움 될 듯