

고용형태 다양화에
따른 노동자성 판단기준 및
비정규직법 개정방향 정책토론회

12월 15일(화) 09:30

한국노총 6층 대회의실

주최  한국노동조합총연맹

 **더불어민주당** 노웅래 의원, 이수진 의원(비례)

 **정의당** 강은미 의원 공동주최



고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회

목차

- 사회자 : 정숙희 | 도심권 서울시노동자종합지원센터장

- 발제
 - 고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준
권오성 | 성신여자대학교 지식산업법학과 교수 13

 - 비정규직법 개정방향
박은정 | 인제대학교 사회과학대학 공공인재학부 법학과 교수 67

- 토론
 - 박귀천 교 수 | 이화여자대학교 법학전문대학원 129
 - 정흥준 교 수 | 서울과학기술대학교 기술경영융합대학 경영학과 .. 139
 - 유정엽 본부장 | 한국노총 정책2본부 143
 - 홍중선 팀 장 | 한국노총 근로기준정책팀 150
 - 강검운 과 장 | 고용노동부 고용차별개선과 155

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회



일시 2020. 12. 15(화) 09:30

장소 한국노총 6층 대회의실



한국노총 유튜브브 접속

• 토론회장 인원제한(30명) • 온라인 생중계 동시진행

사회 : 정숙희 센터장 도심권 서울시노동자종합지원센터

발제

- 1주제 **고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준**
권오성 교수 성신여자대학교 지식산업법학과
- 2주제 **비정규직법 개정방향**
박은정 교수 인제대학교 사회과학대학 공공인재학부 법학과

지정토론

- 박귀천 교수 이화여자대학교 법학전문대학원
- 정홍준 교수 서울과학기술대학교 기술경영융합대학 경영학과
- 유정엽 본부장 한국노총 정책2본부
- 홍종선 팀장 한국경총 근로기준정책팀
- 강검운 과장 고용노동부 고용차별개선과

주최 한국노동조합총연맹 **더불어민주당** 노용래 의원, 이수진 의원(비례) **정의당** 강은미 의원 공동주최

| 개 회 사 |



김 동 명
한국노동조합총연맹
위원장

안녕하십니까? 한국노총 위원장 김동명입니다.
코로나19로 인한 전대미문의 사회적 재난상황입니다. 지난 가을동안 잦아들 것처럼 보이며 상황이 조금 나아 지나 싶었지만, 다시 확진자가 폭증하며 3차 대유행의 기로에 서있습니다. 2020년을 한 달도 채 남겨두고 있지 않은 지금 올 한해를 돌이켜보면, ‘코로나19’가 모든 사회적 이슈를 집어삼켰다고 해도 과언이 아닐 정도로 사회 전반에 영향을 끼치고 있습니다. 코로나19로 인한 피해는 우리 노동자들에게 더욱 가혹하게 다가오고 있습니다. 특히, 그동안 누적되어 왔던 비정규직 문제가 이번 코로나19 사태로 더욱 극명하게 드러나고 있습니다. 비정규직 노동자들은 지금 실업의 위기로 내몰리며 생계를 위협받고 생존의 갈림길에 서있습니다. 고용유지지원금 등 정부지원대책 조차도 사내하청 노동자 등 대다수 비정규직 노동자들을 비껴가고 있는 것이 현실입니다.

정부는 당초 ‘비정규직 남용 방지 및 차별없는 일터 조성’이라는 로드맵을 통해, 상시·지속, 생명·안전업무의 정규직 채용원칙 확립, 차별시정제도 전면개편, 처우개선 등 비정규직 차별해소, 사내하도급 및 특수형태근로종사자에 대한 법·제도적 보호방안 마련 등을 제시했습니다. 이와 같은 정부 비정규직 정책은 집권 4년차인 현재까지도 지지부진하며 별다른 진척없이 답보상태에 빠져 있습니다. 국회에서 역시 상황은 비슷합니다. 21

대 국회 개원이후 비정규직 보호 관련 발의된 의미있는 법안은 아직까지 보이지 않습니다. 이와 같은 정부여당의 문제해결에 대한 소극적인 태도는 최근 법적 구속력도 전혀 없는 종전 비정규직 가이드라인을 개정하는 식으로 나타나고 있습니다. 정부가 비정규직 문제에 사실상 손놓고 있는게 아닌가 하는 의구심이 들 정도입니다. 이 자리를 빌어 정부의 보다 적극적인 비정규직 정책추진을 다시금 촉구합니다.

특히, 최근에는 플랫폼노동자 등 종전과는 다른 고용관행의 큰 변화를 목도하고 있습니다. 현행 노동법체계로는 이들 새로운 유형의 노동자들을 최저 수준으로도 보호하지 못하고 있습니다. 이들을 노동법체계에 끌어들이 보호수준을 높이기 위한 여러 방안이 강구되고 있는 가운데, 가장 핵심은 당연히 ‘노동자성’ 판단기준입니다. 사실, 노동법의 보호를 받기 위해 노동자인지 아닌지부터 따져야 하는 것 자체가 노동법의 존재이유이자 목적을 망각한 것이라고 할 수 있습니다. 이제 이와 같은 이분법적 논의구조의 틀을 깨고, ‘보다 많은 노동자에 대한 최저수준의 노동조건 보호’, 그리고 폭넓은 ‘노동기본권 보장’이라는 노동법의 본령에 따라 지혜를 모을 때입니다.

코로나19사태에 따른 많은 어려움 속에서도, 한 해를 마무리하는 이 시점에서 다른 산적한 노동현안 문제 중

에서도 ‘비정규직’ 문제를 다루는 것은 매우 뜻깊은 일입니다. 코로나19로 드러난 중요한 사실 중 하나는 우리나라에서 한 순간이라도 없어서는 안될 국가필수적 업무 대부분을 비정규직이 담당하고 있다는 것입니다. 이제라도 이 왜곡된 현실을 바로잡아야 합니다. 오늘 토론회 자리가 이와 같은 비정규직 문제의 본질적 문제를 해부하고, 향후 정부의 비정규직 정책추진을 강력하게 추동하는 첫단추가 되리라 기대합니다. 어려운 여건 속에서도 오늘 토론회를 함께 준비해 주신 더불어민주당 노웅래 의원님, 이수진 의원님, 정의당 강은미 의원님 진심으로 감사의 말씀드립니다. 아울러, 오늘 발제문을 준비해 주신 권오성 교수님, 박은정 교수님을 비롯하여, 사회를 맡아주신 정숙희 센터장님, 그리고 지정토론을 맡아주신 박귀천 교수님, 정홍준 교수님, 홍종선 팀장님, 강검윤 과장님 모두에게 거듭 감사의 말씀 드립니다.

| 축사 |



노웅래
더불어민주당
최고위원

<고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향> 정책토론회 개최를 진심으로 축하합니다. 오늘의 행사를 위해 애써주신 한국노동조합총연맹과 이수진 의원님, 강은미 의원님을 비롯한 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

코로나19 사태가 길어질수록 우리 국민이 가장 걱정하는 건 건강보다 ‘경제 불평등’이라고 합니다. 특히 취약 계층을 중심으로 경제적 타격이 크고, 비정규직 노동자들은 생존의 위기로부터 내몰리고 있는 상황입니다.

코로나 19 장기화로 인해 수많은 비정규직 노동자들의 일자리가 위협을 받고 있습니다. 사회적 거리두기와 비대면활동 증가로 배달라이더와 상하역 노동자들의 노동 강도는 급증했지만, 비정규직이라는 이유로 특수고용직이라는 이유로 기본적인 노동권마저 보장 받지 못하고 있는 상황입니다.

대한민국 헌법 제32조 1항에는 노동자들의 노동권을 보장하는 내용이 명시되어 있습니다. 하지만 비정규직 노동자들은 실업걱정은 실업걱정대로 해야하고 기본적인 노동권 행사도 못하고 있는 실정입니다.

그래서 오늘 이 토론회가 더욱 중요하다고 생각합니다

다. 비정규직 노동자들의 제도개선 정책의 문제점을 다시금 점검하고, 비정규직의 노동법적 보호강화 및 차별 개선을 위한 근본적인 제도개선 방안을 현실적으로 모색할 수 있어야 합니다.

우리가 함께 가야 할 방향은 명확합니다. 구불구불 흐르더라도 끝내 바다로 향하는 강물처럼 비정규직 노동자들을 위해서 더디더라도 한 걸음씩 나아가야 합니다.

오늘 사회를 맡아주신 정숙희 센터장님과 발제를 맡아주신 권오성 교수님, 박은정 교수님 그리고 지정토론을 준비해주신 박귀천, 정홍준 교수님, 유정엽 본부장님, 홍종선 팀장님, 강김윤 과장님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

저 또한 더불어민주당 최고위원과 국회 환경노동위원으로서 비정규직 노동자들의 안전과 권리향상을 위해 앞장 설 것입니다.

‘노동자’가 행복한 대한민국을 만드는 그날까지 ‘노동래’가 함께 하겠습니다. 감사합니다.

| 축 사 |



이수진
더불어민주당
국회의원(비례)

안녕하십니까? 노동존중 국회의원 이수진입니다.

재난은 약자에게 더 가혹하다는 사실이 다시금 확인되고 있습니다. 코로나19로 인한 피해가 갈수록 심각해지고 있는 가운데, 그 피해는 여성, 고령자 등 사회적 약자, 그리고 비정규직 등 취약계층 노동자에게 집중되고 있습니다. 특히, 비정규직 노동자들은 코로나19로 먼저 해고되고, 임금이 감소하는 등 실업의 위기에 그대로 노출되어 있습니다.

사실, 비정규직 문제는 어제오늘의 일이 아닙니다.

지난 2006년 12월, 비정규직법이 제정된 지 어느덧 14년이란 시간이 지났지만, 비정규직의 남용을 줄이고자 했던 애초의 입법 취지와 달리 기간제의 해고와 채용은 사람만 바뀌가며 반복되고 있으며, 정규직과의 불합리한 격차는 여전한 상황입니다.

이후 이러한 한계를 보완하기 위해 기간제 사용사유 제한, 생명·안전 관련 업무에 비정규직 사용금지, 차별시정 신청권의 확대 등 여러 차례 비정규직 관련법들의 제·개정 시도가 있었음에도 아직 가시적 성과는 없는 상황입니다.

한편 최근에는 플랫폼노동 등 비정형 노동관계가 크게 증가하고 있지만, 전통적 노동관계가 아니라는 이유

로 노동관계법의 보호 밖에 놓여 있는 상황입니다. 이처럼 비정규직 문제는 더는 미룰 수 없는 ‘시대적 과제’라고 할 수 있습니다.

특히 현 정부 들어 공공부문이 앞장서 비정규직의 정규직화를 위해 애쓰고 있음에도 민간부문 비정규직의 정규직 전환율은 10%에도 못 미치고 있어 기존 비정규직법의 한계를 극복해야 하고 새롭게 출현하고 있는 다양한 고용형태의 비정형 노동자들까지 포괄하여 비정규직을 보호하는 법과 제도의 마련이 필요한 시점이 되었습니다.

따라서 오늘 토론회는 매우 시의적절하다고 생각합니다.

아무쪼록 오늘 토론회에서 비정규직 개정방향에 대한 활발한 토론을 통해 사회적 공감대가 도출되길 기대해 봅니다. 저 역시도 국회 환경노동위원회 위원으로서 이번 토론회를 통해 도출된 방안을 바탕으로 입법적 뒷받침을 아끼지 않겠습니다.

다시 한번 이번 토론회를 준비하시면서 노력과 정성을 쏟아부어 주신 모든 분께 감사의 인사를 드립니다. 고맙습니다.

| 축 사 |



강은미
정의당
원내대표

안녕하세요. 정의당 원내대표 강은미입니다.

「노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회」 개최를 진심으로 축하합니다.

토론회를 함께 주최해 주신 환경노동위원회 노용래 의원님, 이수진 의원님과 한국노총 관계자분들께 깊은 감사의 마음을 전합니다.

오늘 주제 발제를 해주실 권오성 교수님과 박은정 교수님 감사드립니다. 지정토론을 맡아주신 박귀천 교수님, 정홍준 교수님, 한국노총 유정엽 본부장과 한국경총 홍종선 팀장님, 고용노동부 강검운 과장님께도 진심으로 감사를 드립니다.

2020년이 얼마남지 않았습니다.

올해 초 정체불명의 코로나19 바이러스가 전세계 인류의 재앙처럼 몰려왔습니다. 올해를 며칠 남겨두지 않은 지금까지 우리의 생명과 안전을 위협하며 우리 삶과 일터의 변화를 가져오고 많은 이들이 지금의 고통을 감내하고 있습니다.

코로나19 바이러스의 전파가 어느 특정 대상을 가리지는 않지만 일상이 무너지고 일터가 문을 닫게 되면서 그 직격탄은 우리사회 가장 낮은 곳부터 고통받고 있습니다.

영세 자영업자, 이주노동자, 고용이 불안정한 청년, 고

령층, 그리고 1,200만 비정규직 노동자에 이르기까지
녹록치 않은 현실을 살아가고 있습니다.

최근 고용의 외주화와 플랫폼 노동의 급격한 확산 등으로 고용형태가 다양화되고 있습니다. 고용에 대한 책임 회피는 시설소유와 운영을 분리시켰고, 간접고용을 포함해 다양한 특수고용 노동자들을 양산시켜 오고 있습니다.

현재 우리나라의 노동현실은 정규직과 비정규직의 임금격차를 비롯한 차별적 처우가 여전히 좁혀지지 않고 있습니다.

“동일가치노동 동일임금”의 원칙을 법으로 명시하지 않고서는 불합리한 차별을 시정하고 임금격차를 해소하는 것은 어렵습니다.

또한 비정규직 노동자의 사용사유 제한의 법제화를 통해 무분별한 비정규직 노동자가 양산되지 않도록 보완해야 합니다.

특히, 생명·안전과 관련된 업무에 있어 직접고용하도록 해서 만일의 발생할 사고를 예방할 수 있으며 안전책임도 분명하게 하는 것이 중요합니다.

오늘 토론회를 통해 제안된 많은 사안들을 토대로 정의당과 제가 비정규직법 개정을 비롯한 노동자들의 노동기본권 확보에 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회

| 발제문 |

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준

권 오 성_성신여자대학교 법과대학 교수

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준

권 오 성 (성신여자대학교 법과대학 교수)

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

1. 들어가며

우리나라는 1990년대 고도성장을 마치고 기업들은 인건비를 낮추기 위해 구조조정에 들어갔다. 이 시기부터 정년까지 고용을 보장하던 전통적 종신고용 형태가 점차 사라지고, 불완전 고용이 급격하게 증가하였다. 특히 1997년 외환위기와 2007년 비정규직법 시행을 기점으로 고용관계가 급변하였고, 최근에는 인력필요시 인력을 찾아 활용하고 업무의 종료 후 신속히 고용 관계를 정리하는 소위 ‘긱 경제(gig economy)’가 확산되었다. 이러한 긱 경제는 수요자와 공급자 간 이뤄지는 단기적 거래라는 점에서 사용자와 근로자 간에 근로계약을 체결하는 전통적인

고용관계와 성격을 달리한다. 또한, 경제의 불확실성이 커지면서 기업들은 아웃소싱을 통해 인력을 운용하는 동시에 더 이상 근로자를 책임지지 않으려는 움직임이 확산되고 있다.

이러한 상황에서 디지털 기술의 발전으로 소위 ‘플랫폼 경제’의 시대가 도래하였고, 과거 대면적 관계에서 개별적 교섭을 통하여 이루어지던 일자리는 여타 상품과 동일하게 시장에서 거래되고 있다. 노동이 상품이 아니라던 필라델피아 선언은 디지털 혁명에 자리를 내주었고, 디지털 정보로 규격화된 노동은 이미 인격이 아니라 진정한 상품으로 취급받고 있다. 이제 노동의 유통은 상(商)의 영역에 속하게 된 것이다.

누가 ‘근로자’인가를 판단하기 위하여 세계 각국의 법원에서 개발한 시험(test)과 표지(標識)는 상당히 유사하다. 이들의 하나의 공통된 특징은 그러한 시험(test)이 주로 법관의 재량에 개방된 용어에 기초한다는 점이다. 이러한 특징은 근로자 개념의 조작을 통하여 노동법의 회피를 꾀하는 기업에 의하여 악용되어 왔다. 기업들은 비근로자로 오분류된 노동자들이 소송을 제기하거나 형사고소를 하지 않을 것을 알기에 편하게 이러한 불확실성에 기대어 노동법을 무시해 왔다(Guy Davidov, 2011). 나아가 노동시장의 구성에 관한 이분법적(employee vs. self-employed) 가정에 근거한 노동법의 적용대상의 범주화는 경제적·사회적 발전에 따라 점점 복잡해지는 기업구조의 변화 속에서 근본적인 도전을 받아왔다. 지난 1990년대부터 발생한 고용관계의 구조적 변화는 고용관계를 규율하는 법적 구조의 근간을 흔들었다(J Fudge, 2006: 296).

비정형 노동의 확산으로 인하여 노동계급은 매우 이질적인 집단이 되

어 버렸다. 양면적 근로계약의 당사자라는 전통적인 근로자 개념은 인적 용역을 제공하는 사람을 독립적·자율적 계약자로 분류하고 이들을 노동법에서 배제하였다. 기존의 전통적 고용관계가 100여년 동안 형성된 노동법의 규율에 따라 원생적 상태에서 다소나마 벗어났다면, 각 경제의 도래 이후 극단적으로 유연화·파편화된 일자리는 기존의 노동법 체계를 우회하려는 자본의 탐욕으로 실로 원생적인 모습을 보이고 있다. ‘고용형태 다양화’의 문제는 기본적으로 이러한 원생적 상태를 어떻게 규범화된 상태로 복원하는가에서 출발해야 할 것이다. 이를 위해서는 먼저 파편화·유연화된 관계에서 일하는 사람들을 노동법의 적용대상으로 포섭해야 할 것이다.

노동법, 특히 근로기준법의 적용대상이 되는 근로자 판단의 핵심적 기준이 되는 종속성의 개념은 역사적으로 보면 과거 보호필요성이라는 관점에서 ‘경제적 종속성’ 중심의 개념으로부터 ‘인적 종속성’ 중심의 개념으로 발전되어 왔다(박귀천, 2020). 그러나 오늘날에 와서는 역설적으로 ‘인적 종속성’이라는 개념이 오히려 보호가 필요한 노동자들을 노동법의 보호에서 배제시키는 기재로 작용하고 있고, 다시 ‘경제적 종속성’의 기준이 주목받고 있다. 결국 근로자 개념이나 노동법의 적용대상이라는 것은 자연적인 불변의 개념이 아니라 시대상황, 사회·경제적 조건하에서 인간에 의해 만들어진 개념이기 때문에 근로자 개념 내지는 노동법적 보호 대상이 되는 범주는 인간에 의해 변경 내지 대체될 수 있는 개념이다(Ibid).

실정 노동법은 각각의 법률의 목적에 따라 그 인적 적용대상을 상이하게 규정하고 있는바, 아래에서는 먼저 가장 문제가 되는 ① 노동조합 및

노동관계조정법(이하 “노동조합법”이라고 함)상 근로자와 ② 근로기준법상 근로자의 판단기준과 판단방법을 검토하고, 향후의 개선방안을 모색해 보고자 한다.

2. 노동조합법상 근로자성 판단기준

가. 노동조합법상 근로자 개념

현행 노동조합법 제2조 제1호는 ‘근로자’를 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 정의한다. 그런데 2018년 재능교육사건 판결¹⁾을 계기로 노동조합법상 근로자성의 판단에 관한 대법원의 태도에 중대한 변화가 생겼다.

대법원은 2005년 학습지교사가 노동조합법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였으나,²⁾ 2018년 재능교육사건 판결에서는 노동조합법의 적용을 받는 근로자로 인정하였다. 위 재능교육사건 이후 대법원은 이 사건에서 확립한 법리에 입각하여 방송연기자,³⁾ 철도매점 운영자,⁴⁾ 자동차판매 대리점 카마스터(car master, 자동차 판매용역계약 체결 판매원)⁵⁾ 등이 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

우리나라는 성문법 국가이지만 대법원 판례에 반하는 하급심 판결은 상고(上告)될 경우 취소될 위험성이 있고, 우리나라 현행법에 있어서

1) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결.

2) 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결.

3) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결.

4) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결.

5) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결.

판례의 변경에 대해서는 상당한 제한(법원조직법 제7조 제1항 제3호)을 가하고 있기 때문에 대법원 판례는 사실상 큰 구속력을 가진다. 따라서, 2018년 재능교육사건 판결에서 제시한 노동조합법상 근로자성의 판단방법에 관한 논증(ratio decidendi)은 위 문단에서 열거한 일련의 대법원 판결에 의해 지지 및 강화되어 왔다는 점에서 견고한 판례로 빠르게 안착되었다고 평가된다.

1) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결

이 판결은 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 甲 주식회사가 전국 학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지교사들인 乙 등과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하자 乙 등이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 乙 등은 노동조합법상의 근로자에 해당하고, 전국학습지산업노동조합도 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 판단한 사례이다.

이 판결에서 대법원은 학습지교사가 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하면서도, “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”라고 하면서 노동조합법상의 근로자 해당 여부에 관한 구체적인 판단기준과 방법을 제시하였다. 이에 근거하여 대법원은 학습지교사가 노동조합법상 근로자에 해당하고, 따라서 조합원 자격을 계속

유지하면서 노동조합에 운영비를 지원하겠다는 의사를 밝혔다는 이유로 학습지교사들과의 계약을 해지한 사용자의 행위는 노동조합에 대한 가입을 이유로 불이익을 주는 부당노동행위 내지 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았다.

2) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결

이 판결은 방송연기자를 조직대상으로 하는 甲 노동조합이 한국방송공사와의 단체교섭에서 甲 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 한국방송공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안에서, 甲 노동조합 소속 조합원인 방송연기자는 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 甲 노동조합이 노동조합 및 노동관계조정법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 판결이다.

이 사건에서 대법원은 “노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을

통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”고 판시하였는바, 이 판결을 통해 노동법상 근로자성 판단의 방법론이 더욱 명확해진 것으로 평가된다. 즉, 이 판결을 통하여 ‘경제적 종속관계’ 내지 ‘경제적 의존성’이 노동조합법상 근로자성 판단의 핵심적인 표지임이 확인되었다.

3) 대법원 2019. 6. 13 선고 2019두33712 판결

위 판결은 자동차 판매대리점주 甲이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 乙 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 乙 등 카마스터들과 乙 등이 속한 丙 노동조합이 甲의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 丙 노동조합 소속 조합원인

乙 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 판단한 사례이다.

이 사건에서 대법원은 “자동차 판매대리점주 甲이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 乙 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 乙 등 카마스터들과 乙 등이 속한 丙 노동조합이 甲의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 카마스터들의 주된 소득원은 甲에게서 받은 판매수당과 인센티브 등인 점, 甲이 미리 마련한 정형화된 형식의 자동차 판매용역계약서를 이용하여 카마스터들과 자동차 판매용역계약을 체결한 점, 카마스터들이 제공하는 노무는 甲의 자동차 판매대리점을 운영하는 데 필수적인 것인 점, 카마스터들은 여러 해에 걸쳐서 甲과 전속적·지속적으로 자동차 판매용역계약을 체결해 온 점, 카마스터들에 대한 직급체계와 근태관리, 표준업무지침 하달, 판매목표 설정, 영업 관련 지시나 교육 등이 이루어진 사정을 종합하면 甲이 카마스터들을 지휘·감독해 왔다고 평가할 수 있는 점, 카마스터들이 甲에게서 받은 판매수당이나 인센티브는 카마스터들이 甲에게 제공한 노무인 차량 판매행위의 대가라고 볼 수 있는 점, 카마스터들이 다른 회사 자동차도 판매하는 등 독립사업자의 성격을 가지고 있더라도, 甲과 경제적·조직적 종속관계가 있는 이상, 카마스터들에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있는 점 등을 종합하면, 丙 노동조합 소속 조합원인 乙 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다.”고 판단하여, ‘경제적·조직적 종속관계’의 존부가 노동조

합법상 근로자성 판단의 핵심적인 표지임을 재확인하였다.

나. 변천된 판례법리의 의의

2018년 재능교육 판결은 노동조합법상 근로자성을 판단하면서 여전히 ‘사용종속관계’라는 용어를 사용하고 있으나, ‘사용종속관계’의 존부를 판단하는 하위표지들에 관해서는 종전의 판결과 차이를 보인다. 즉, 2018년 판결은 ‘사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부’와 ‘보수의 노무대가성 여부’를 사용종속관계를 판단하는 하위표지로 언급하고 있다는 점에서는 기존의 판례와 동일하지만, 기존의 판결에서 ‘노무의 성질과 내용’을 사용종속관계 판단의 하위표지로 언급한 것에 비하여 2018년 판결은 이러한 하위표지를 사용하지 않았다. 대신에 2018년 판결은 이전 판결에서는 언급한 적이 없는 ‘노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지’, ‘노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지’, ‘노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지’, ‘노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지’를 사용종속관계 판단의 하위표지로 새로이 언급하였다.

이러한 변화는 종래 법원이 노동조합법상 근로자성이 문제된 사례에서 ‘사용종속관계’를 근로기준법상 근로성 판단에서 사용되는 ‘사용종속관계’의 하위표지들 중의 일부를 사용하여 판단하였던 것과 구별될 뿐만 아니라, 경제적·조직적 종속성을 판단하기 위한 새로운 하위표지

들을 ‘사용종속관계’의 판단지표로 추가한 것이다.

<표 1> 골프장 캐디 판결과 학습지 교사 사건 판결의 비교

<p>대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결</p>	<p>대법원 2018. 6. 16. 선고 2014두 12598 판결</p>
<p>노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관 없이 ①사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, ②보수의 노무대가성 여부, ③노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질 관계에 의하여 결정되는 것이다.</p>	<p>노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, ㉠노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ㉢노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, ①사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ②노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.</p>

2018년 재능교육 판결에서 노동조합법상 근로자 개념의 판단요소로 제시한 7가지 하위 구성표지들의 구체적인 적용에 관해서는 ‘유형적 개념 형성’과 ‘목적론적 개념 형성’의 측면에서 검토할 필요가 있다.

1) 유형적 개념 형성 - 노동조합법상 근로자 개념의 ‘본질적 구성표지’

유형적 개념 형성은 개념이 추상적이고 일반적이며 그 개념 속에 포함된 현상들을 포섭하기에 충분한 체계를 갖추지 못한 경우에 사용되는 방법이다. 유형적 개념은 그 개념표지의 수가 정해져 있지 않으며, 개념표지 중의 일부는 포기가 가능하고, 개개의 개념표지들 상호 간의 관계가 확정적이지 않다는 특징을 갖는다.⁶⁾ 예컨대, 유형적 개념에서는 ‘유형 A’에서 구성표지들이 a, b, c, d, e, f가 있고 ‘유형 A’에로의 편속(編屬)을 검토할 대상인 ‘사안 B’에서는 c, d, e, f, g, h, i가 존재하고, ‘사안 C’에서는 a, b, k, l, m이 존재한다고 가정해 보자. 이 경우 구성표지 a, b가 ‘유형 A’를 구성하는 본질적 요소에 해당한다면, 공통된 표지가 4개인 ‘사안 B’보다 공통된 표지가 2개로 적지만 본질적 구성표지인 a와 b의 존재가 인정되는 ‘사안 C’가 ‘유형 A’에 편속될 수도 있다.⁷⁾

재능교육 판결은 노동조합법상 근로자성 개념을 이러한 유형적 개념으로 그리고 있다.⁸⁾ 따라서, 노동조합법상 근로자성의 판단에 관한 변

6) 유성재, “목적론적(目的論的) 개념형성 방법에 의한 근로자성(勤勞者性) 판단”, 법조, 53(2), 2004, 47쪽.

7) 최봉경, “민법에서의 유추와 해석 -판례를 거울삼아-”, 법철학연구, 12(2), 2009, 160쪽.

8) 이는 근로자 개념의 추상성으로 인해 불가피한 방법이며, 근로기준법상 근로자에 관한

천(變遷)⁹⁾된 판례법리의 의미를 확인하기 위해서는 먼저 재능교육 판결이 노동조합법상 근로자 개념의 ‘본질적 구성표지’를 무엇으로 보았는가를 확인해야 할 것이다.

재능교육 판결은 노동조합법상 근로자 개념을 구성하는 하위표지들을 나열하는 순서에 있어 동 판결에서 새롭게 추가한 ㉠ 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡ 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ㉢ 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣ 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지 등 주로 ‘경제적·조직적 종속성’을 추단케 하는 구성표지들을 기존의 ㉠ 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ㉡ 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등 주로 ‘인적 종속성’을 추단케 하는 구성표지보다 순서상 앞에 열거하였다.

이는 대법원이 ‘인적 종속성’보다는 ‘경제적·조직적 종속성’을 노동조합법상 근로자 개념을 구성하는 본질적인 구성표지로 보았음을 보여주는 것으로 생각한다. 한편, 위 판결이 ‘경제적·조직적 종속성’을 노동조합법상 근로자 개념의 본질적 구성표지로 본 것은 동 판결의 이유 중 “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단”해야 한다고 설시

기존의 판례법리도 마찬가지이다.

9) 재능교육 판결은 전원합의체 판결이 아니었으므로, 판례변경이라는 말보다는 판례의 변천이라는 말을 사용하는 것이 적절할 것이다.

한 부분에서도 확인할 수 있는바, 이에 대해서는 후술한다.

요컨대, 재능교육 판결은 노동조합법상 근로자 개념의 본질적 구성요지를 종전의 ‘인적 종속성’에서 ‘경제적·조직적 종속성’으로 바꾼 것으로 이해해야 할 것이다.

2) 목적론적 개념 형성 - ‘경영위험의 자발적 인수’ 여부

목적론적 접근방법은 법률요건과 법률효과 사이의 의미관련성을 고려하여 법개념을 형성하려는 시도인바,¹⁰⁾ 재능교육 판결 중 “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단”하여야 한다는 판시는 이러한 목적론적 개념 형성방법을 채용한 것으로 볼 수 있다.

노동3권을 보장할 필요성의 구체적인 의미를 살펴보면, 판례¹¹⁾가 지적하고 있듯이 노동3권은 “사용자와 근로자 간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로 등장”한 것인바 따라서 근기법상의 근로자가 아닌 자로서 노조법상의 근로자로 인정받을 수 있는 자와 그렇지 않은 자를 구별하는 기준은 단체교섭을 통한 계약조건을 유지 또는 향상시킬 필요성 및 가능성을 고려하여 설정하여야 할 것이다.

이러한 관점에서 근로관계에 준하는 ‘힘의 불균형’, 즉 ‘경제적 종속성’이 노조법상의 근로자성을 판단하기 위한 적합한 기준이라고 본다. 여

10) 유성재, 앞의 글, 57쪽.

11) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

기서 경제적 종속성은 사업의 독립성이 부정됨을 의미하고, ‘사업의 독립성’은 경영위험을 인수하고 그러한 위험을 인수함에 따른 이익을 향유할 수 있을 때에만 인정된다고 생각한다.¹²⁾ 따라서 경영위험을 인수하지만 그에 따른 이익을 향유할 수 없는 경우에는 사업의 독립성이 아니라 경제적 종속성이 인정되게 될 것이다.

3) 정리

2018 판결에서 노동조합법상 근로자 개념의 판단기준으로 7가지 판단요소 중 ‘노동3권을 보장할 필요성’을 제외한 6가지 구성표지는 소위 유형적 개념의 하위 구성표지의 성격을 갖는다. 한편, ‘노동3권을 보장할 필요성’은 법률효과(즉, 노동조합의 조직 및 단체교섭 제도의 적용)와 의미관련성을 고려한 목적론적 개념 형성과 관련이 있다. 그런데, 재능교육 판결은 ‘경제적·조직적 종속성’을 추단계 하는 구성표지들을 ‘인적 종속성’을 추단계 하는 구성표지들보다 순서상 앞에 나열하고 있다는 점 및 ‘노동3권을 보장할 필요성’과 주로 관련이 있는 하위표지가 ‘경제적·조직적 종속성’이라는 점을 고려할 때, ‘경제적·조직적 종속성’을 추단계 하는 4개의 구성표지가 노동조합법상 근로자 개념의 본질적 구성표지에 해당하는 반면, ‘인적 종속성’을 추단계 하는 2개의 구성표지는 부수적 구성표지에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 인적 종속성이 약한 노무제공자도 경제적·조직적 종속성이 긍정되면 노동조합법상 근로자로 인정될 것이다.

12) 유성재, 앞의 글, 65쪽 이하 참조.

다. 비정형 노동자의 노동조합법상 근로자성

계약형식에 관계없이 타인에게 자신의 노동력을 제공하고 그 대가로 삶을 영위하는 사람은 불가피하게 타인에게 경제적으로 의존할 수밖에 없다. 따라서 이들에게는 그 계약의 형식이 근로계약이든 도급, 위임 기타 무명계약이든 단체교섭을 통하여 거래조건을 유지 또는 향상시킬 필요성이 있으므로, 노동조합법상 근로자로 인정되어야 할 것이다. 2018년 변천된 판례법리는 이러한 점을 확인한 것으로 생각한다. 따라서 2018년 판례법리에 따르면 대다수의 비정형 노동자들은 노동조합법상 근로자에 해당할 것이다. 이러한 점은 대리기사의 노동조합법상 근로자성을 긍정한 하급심 판결에 의해 재확인되었다.

1) 사실관계¹³⁾

원고 김○○은 2002. 1. 20.경부터 ‘손오공’이라는 상호로 부산 지역에서 대리운전 서비스업을 영위하는 사람이고, 원고 주식회사 친구넷은 2014. 5. 7.경부터 부산 지역에서 대리운전 서비스업 등을 영위하는 법인인바, 이들은 대리운전 접수 및 기사 배정 등에 필요한 ‘로지’라는 스마트폰 어플리케이션 프로그램(이하 ‘이 사건 프로그램’이라고 한다)을 공동으로 사용하면서 불특정 다수의 대리운전 기사들과 ‘동업계약’을 체결하는 방식으로 대리운전 서비스업을 영위해 왔다.

13) 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결에서 인용된 사실 관계를 정리하였음.

피고 최○○는 2017. 9. 21.경 원고 김○○과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 원고 김○○로부터 이 사건 프로그램의 접속에 필요한 기사 ID를 부여받아 그 무렵부터 대리운전 업무를 수행하였고, 피고 김○○도 원고 김○○과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 기사 ID를 부여받아 대리운전 업무를 수행하였으며, 피고 송○○는 2017. 10. 31.경 원고 주식회사 친구넷과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 원고 주식회사 친구넷으로부터 이 사건 프로그램의 접속에 필요한 기사 ID를 부여받아 그 무렵부터 대리운전 업무를 수행하였다.

원고들과 피고들 간에 체결된 동업계약서의 내용은 아래와 같다.

제1조(목적과 지위)

① 본 계약은 ‘갑’과 ‘을’이 상호 신뢰와 협력으로 노력하여 친절하고 안전한 대고객 서비스로 많은 고객들을 만족, 유지시켜 상호 공동이익 추구를 목적으로 한다.

제3조(‘갑’의 책임과 의무)

① ‘갑’은 ‘을’이 대리운전을 통하여 수익활동을 할 수 있도록 단말기(PDA)프로그램 사용에 대한 인증절차(기사ID부여 및 면허자격, 대리운전보험가입 확인)를 대행한다.

② ‘갑’은 ‘을’의 대고객 서비스 정진 고양을 위하여 (비)정기적인 교육을 실시한다.

③ ‘갑’과 ‘을’은 상호 본 계약의 제4조 각 항 위반시, 2회까지는 주의조치하고, 3회 이상 위반시는 계약 해지할 수 있다.

제4조(‘을’의 책임과 의무)

① ‘을’은 고객에게 최선의 친절과 서비스로 안전하게 대리운전을 하여야 하며, ‘갑’의 이미지가 실추되는 언행이 없도록 최선을 다하여야 한다.

② ‘을’은 ‘갑’으로부터 인증받은 단말기(PDA)상의 배차시스템을 활용하여 본인이 아닌 제3자에게 대행하게 해서는 안 되며, 이를 위반하여 발생한 사고 및 사실 적발

시 민,형사상의 모든 책임 및 배상은 ‘을’이 진다.

③ ‘을’은 다음과 같은 사항으로 ‘을’ 본인은 물론이고, ‘갑’에게 손해되는 일이 발생해서는 안 되며, 문제 발생시 ‘을’이 모든 책임을 진다(정장 또는 정장에 준하는 복장, 욕설 및 폭력금지, 안전운행, 음주운전, 부당요금, 잔돈준비, 도덕적 윤리적 행동 및 품위유지, 교통범칙금 7일 이내 납부).

④ ‘을’은 ‘갑’으로부터 제공받은 기사매뉴얼 및 대고객 10대 금지사항(고객응대요령)을 숙지하여 반드시 준수해야 한다.

⑤ ‘을’은 ‘갑’이 시행하는 정책, 규칙, 업무지시 및 정기 및 비정기 교육을 반드시 참가, 이행하여야 한다.

⑥ ‘을’은 고객에게서 받는 서비스요금 중 일부(3,000원)를 ‘갑’에게 수수료로 납입하여야 하며, 그 수수료는 반드시 선납입하여야 한다. 단, 수수료는 서비스요금의 변화, 시장환경 및 지역정서를 고려해서 ‘갑’이 조정할 수 있다.

⑦ ‘을’은 대리운전 배차시스템에 필요한 단말기(PDA)를 준비하여야 하며, 출근은 자유며 출근시 프로그램비 500원, 관리비 3,000원을 선납하여야 한다.

⑩ ‘을’은 현장콜 운영을 하여서는 안 된다. 또한 부득이한 경우 운행 전 ‘갑’의 콜센터에 접수등록한 후 운행하여야 한다.

제6조(영업시간과 휴일)

영업시간은 ‘갑’과 ‘을’이 자유롭게 선택할 수 있으며 상호 제약을 받지 않는다.

제7조(계약의 해지)

‘갑’과 ‘을’은 상호 어떠한 경우에도 구속되지 않으며 언제든지 계약을 해지할 수 있다.

제9조(계약의 기간)

본 계약의 기간은 전적으로 ‘을’의 의사에 따라 결정된다.

피고 최○○는 대리 기사를 조합원으로 하여 부산대리운전산업노동조합(이하 ‘이 사건 노동조합’이라고 한다)이라는 명칭으로 지역단위노동조합을 조직한 다음, 이 사건 노동조합의 대표자로서 2018. 12. 11. 부산광역시시장에게 노동조합 설립신고를 하여 같은 달 12. 설립신고증을 받

왔고, 피고 김○○, 송○○는 이 사건 노동조합에 가입하였다. 그 후 이 사건 노동조합은 2019. 1. 14.경과 2019. 2. 1.경에 걸쳐 원고들에게 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였으나, 원고들은 위 단체교섭 요구에 불응하고, 피고들과 같은 대리운전 기사들은 원고들과 동업계약을 체결하고 그에 따라 독립적으로 대리운전 영업을 하는 사업자일 뿐, 원고들과의 사용종속관계 하에서 대리운전 업무에 종사하고 그 대가로 수입을 받아 생활하는 노동조합법상의 근로자라고 할 수 없으므로, 피고들과 같은 대리운전 기사들이 조직한 이 사건 노동조합은 노동조합법상의 노동조합에 해당하지 않는다는 이유로 피고들을 상대로 노동조합법상의 근로자의 지위에 있지 않음의 확인을 구하는 소를 제기하였다.

2) 1심판결¹⁴⁾

원고의 청구에 대하여 1심 법원은 아래와 같은 이유로 피고들이 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

〔가) 피고들의 원고들에 대한 소득 의존성

피고들의 대리운전 업무 내용, 대리운전이 주로 이루어지는 시간, 대리운전 업무 수행에 필요한 시간, 우선배정 방식에 의한 대리운전기사 배정 등에 비추어 볼 때, 피고들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 쉽지 않아 보이고, 실제로 피고들은 원고들에게만 소속되어 대리운전 업무만을 수행하고 있는 것으로 보인다. 더욱이 피고들이 소속된 이 사건 노동조합은 복수의 회사와 계약을 체결하고 대리운전 업무를 수행하는 대리운전기사를 조합원의 결격사유로 정하고 있다. 나아가 피고들이 대

14) 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결.

리운전비를 고객들로부터 직접 수령하여 취득한다고 하더라도, 원고들이 피고들로부터 대리운전 1회당 3,000원의 수수료를 미리 납입받는 점, 카드 결제를 통하여 대리운전비가 지급될 경우 피고들이 원고들로부터 대리운전비 상당의 금원을 지급받게 되는 점을 고려하면, 이는 피고들이 원고들로부터 대리운전비를 지급받는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 사정을 종합하면, 피고들은 원고들로부터 이 사건 프로그램을 통하여 요청받는 대리운전 업무를 수행하고 원고들로부터 받게 되는 대리운전비가 주된 소득원이었을 것으로 보인다.

나) 원고들에 의한 이 사건 동업계약 내용의 결정

원고들은 불특정다수의 대리운전기사들을 상대로 미리 마련한 정형화된 형식의 동업계약서를 사용하여 동업계약을 체결하였는데, 그 동업계약서에는 이 사건 동업계약의 내용에서 보는 바와 같이, 대리운전기사들의 업무 수행태도 및 방식, 대리운전기사들의 피교육의무, 대리운전 수수료, 관리비 등의 납부의무 등 주로 대리운전기사들의 의무 사항을 정하면서 원고들에게만 수수료 변경 권한을 부여하고 있다. 또한, 원고들만이 대리운전비를 결정하고, 피고들에게는 이를 결정할 수 있는 권한이 전혀 없다. 이러한 사정을 고려하면 원고들이 피고들 등 대리운전기사들의 수입을 비롯하여 피고들 등 대리운전기사와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하고 있다고 볼 수 있다.

다) 피고들의 원고들을 통한 대리운전 업무 수행

피고들이 제공하는 대리운전 노무는 원고들의 대리운전 영업 영위에 필수적인 것이고, 피고들 등 대리운전기사들은 원고들 등 대리운전업체를 통해서만 대리운전영업 시장에 접근할 수 있다.

라) 원고들과 피고들 사이의 이 사건 동업계약관계의 지속성·전속성

피고들이 원고들과 이 사건 동업계약을 체결한 후 상당한 기간 동안

대리운전 업무를 수행하여 온 것으로 보이고, 원고들에게 상당한 정도로 전속되어 있다.

마) 원고들의 피고들에 대한 지휘·감독의 존재

이 사건 동업계약에 의하면, 피고들은 정장 또는 정장에 준하는 복장을 착용하여야 하고, 안전운행을 하며, 부당요금을 징수해서는 안 되고, 고객응대요령을 숙지해야 하며, 원고들이 시행하는 정책, 규칙, 업무지시를 따라야 하고, 정기적 또는 비정기적 교육에 참석해야 하는데, 피고들이 이를 위반하면 2회까지는 주의조치를 하고, 3회 이상부터는 계약을 해지할 수 있게 정하여져 있다. 또한, 원고들이 우선배정 방식을 시행하고 있는데, 피고들이 우선배정을 받지 못할 경우 실제로 대리운전 배정을 제대로 받지 못하게 되므로, 결국 원고들은 우선배정을 통하여 피고들로 하여금 특정한 시간 동안 일정한 횟수 이상의 대리운전을 의무적으로 수행하도록 하고 있다. 나아가 원고들은 피고들이 대리운전 기사 배정을 취소할 경우 500원의 취소 수수료를 부과하고 있고, 피고들이 직접 고객으로부터 대리운전을 요청받는 현장콜의 경우에는 사고가 나더라도 보험의 적용이 되지 않게 하고 있다. 위와 같이 피고들은 비록 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 정도는 아니지만 다양한 방식으로 어느 정도 원고들의 지휘·감독을 받았던 것으로 볼 수 있다.

바) 대리운전비의 근로대가성

앞서 본 바와 같이, 피고들은 대리운전 노무에 대한 대가로 사실상 원고들로부터 대리운전비를 지급받은 것으로 평가할 수 있다.

사) 노동3권 보장의 필요성

피고들 등 대리운전기사들과 원고들 등 대리운전업체 사이의 노무제공관계의 실질과 대리운전기사들의 업무 수행 방식 및 보수 수수 방식 등에 비추어 보면, 비록 그 전속성과 소득 의존성이 약한 측면이 있다고 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 않을 뿐 아니라,

고용 이외의 계약 유형에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법취지를 고려할 때, 원고들의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 원고들과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 피고들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다. 또한 경제적 약자의 지위에서 원고들에게 노무를 제공하는 피고들에게 일정한 경우 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 원고들과 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동 3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다.]

3) 항소심판결¹⁵⁾

항소심 법원은 아래의 사실관계를 추가로 인정한 외에 위 1심 법원의 판결을 그대로 인용하여 원고의 항소를 기각하였다.

「피고 송○○가 원고 주식회사 친구넷과 체결한 동업계약에 위반하여 다른 업체와 사이에 대리운전 등에 관한 계약을 체결하였다거나 다른 업체를 통하여 대리운전을 하였다고 볼 만한 증거가 전혀 없고, 오히려 위 동업계약 제4조 제12항에 따라 원고 주식회사 친구넷의 협력업체 등의 대리운전을 하였던 것으로 보일 뿐만 아니라, 만약 피고 송○○가 원고 주식회사 친구넷이나 협력업체가 아닌 다른 회사의 대리운전을 일부 하였다고 하더라도, 피고 송○○가 원고 주식회사 친구넷과 경제적·조직적 종속관계가 있는 이상, 피고 송상우에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있다 (대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 등 참조).

원고 주식회사 친구넷은 “현재 복장, 업무지시, 교육 등에 관하여 그

15) 부산고등법원 2020. 8. 26. 선고 2019나58639 판결(미확정). 현재 대법원 2020다 267491호로 상고심 계속 중.

내용이 변경된 동업계약서를 사용하여 동업계약을 체결하고 있으므로 피고 송상우는 원고 주식회사 친구넷의 근로자의 지위에 있지 않다”라는 취지로 주장하나, 그와 같이 원고 주식회사 친구넷이 피고 송○○ 이외의 다른 대리운전기사와 변경된 내용의 동업계약을 체결하고 있다는 사정만으로 원고 주식회사 친구넷과 피고 송상우 사이의 노동조합 법상 사용자와 근로자 관계를 달리 볼 것은 아니다.]

4) 검토

2018년 재능교육 판결은 노동조합법상 근로자성을 근거짓는 ‘경제적·조직적 종속성’을 추단계 하는 4개의 구성표지들(즉, ㉠노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ㉢노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지)가 본질적 구성표지에 해당하는 반면, ‘인적 종속성’을 추단계 하는 2대의 구성표지들(즉, ①사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ②노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지)는 부수적 구성표지에 해당한다고 판단된다.

이러한 방법론을 적용할 경우, 이 사건 대리운전기사는 위 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣의 본질적 구성표지가 인정됨은 물론, ①과 ②의 부수적 구성표지도 어느 정도 인정될 수 있다는 점 및 이들 대리운전기사가 경영위험을 자

발적으로 인수하였다고 보기 어려워 노동3권을 보장할 필요성이 긍정된다 점에서 노동조합법상 근로자에 해당한다. 따라서, 대리기사의 노동조합상 근로자성에 관한 하급심 판결은 변경된 판례법리에 부합하는 것으로 적절하다.

3. 근로기준법상 근로자성 판단기준

가. 근로기준법상 근로자 개념

근로기준법상 근로자, 사용자 및 근로계약의 개념은 상호 연관되어 있어 이들 개념 중 어느 하나의 개념내포가 결정되면 나머지 두 개념의 내포도 결정되며, 따라서 근로자 개념의 폭에 따라 노동법의 효력범위가 결정된다.¹⁶⁾ 따라서 근로기준법상 근로자 범위의 판단은 근로기준법의 보호를 받을 수 있는 적격자인가를 판가름하는 중요한 문제이다.¹⁷⁾

나. 근로기준법상 근로자성 판단에 관한 판례법리

1) 과거의 판례법리

1953. 5. 10. 법률 제286호 제정되어 같은 해 8. 9. 시행된 제정 근로기준법 제15조는 “본법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사

16) 강희원, 『노동법의 기초이론』 (제3판), 법영사, 2011, 211면.

17) 이학춘 외 3, 『노동법(I)』, 대명출판사, 2003, 55~56면.

업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자를 말한다.”고 규정하였는바, 근로자의 정의에 관한 위 규정의 내용은 현재에 이르기까지 유지되고 있다.¹⁸⁾ 한편, 법원은 1953년 제정 근로기준법의 시행 이후 상당기간 동안 일정한 기준의 제시 없이 근로기준법상 근로자 해당여부를 각각의 사안별로 판단하여 오다가, 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다 22859 판결에서 최초로 근로기준법상 근로자성의 판단에 대한 판단기준을 구체적으로 제시하였는바, 그 판시내용은 아래와 같다.

「근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘 감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양당사자의 경제, 사회적조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.」¹⁹⁾

18) 현행 근로기준법 제2조 제1항 제1호는 “근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다.

이러한 판례법리에 대해서는, ① 오늘날 전문적·능력급적 업무에 종사하는 근로자의 경우 직접적, 구체적 업무 명령권이 불필요하게 되는 현상이 심화되고 있으며, 또한 고용형태가 다양화되고 지휘명령의 형태가 간접적, 포괄적으로 변화되어 구체적인 노무공급의 시간, 장소, 내용, 태양 등에 관해서는 노무공급자의 일정한 자율에 맡기고 일정한 기한 내에 처리해야 할 업무량의 지정, 업무수행결과에 대한 평가 등 포괄적인 의미에서의 지휘, 감독을 행하는 경우가 많은데, 이러한 경우 일률적으로 근로자성을 부정하는 것은 실제로 임금을 목적으로 종속적인 근로를 하는 근로자들을 전혀 구제할 수 없어 부당하다거나,²⁰⁾ ② 사용종속관계의 판단에서 지휘명령관계의 존부에 중점을 두고, 근로자의 독립적인 시장접근성 유무와 정도, 사업자로서의 전문성이나 경제력을 가지고 있는지, 독립적 사업수행에 필요한 도구나 시설을 실제 소유, 관리하고 있는지 등을 사실상 고려하지 않아 노무공급자의 독립사업자성에 대한 판단을 소홀히 한다거나,²¹⁾ ③ 사용종속관계에 대한 각 판단기준의 상대적 중요성에 차등을 두지 않고 병렬적으로 나열만 하고 있어, 실제

19) 위 판결의 선고 이후 대법원은 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결(학습지 상담교사 사건), 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732 판결(입시학원 단과반 강사 사건), 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결(골프장 캐디 사건), 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다53171 판결(신문판매요원 사건), 대법원 200. 1. 28. 선고 98두9219 판결(보험모집인 사건), 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결(광고영업사원 사건), 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57959 판결(레미콘 지입차주 사건), 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결(주식회사 명목상 임원 사건), 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결(택배배달원 사건), 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004두916 판결(소사장 사건) 등에서 위 판결에서 실시한 기준을 원용하여 근로자성 인정여부를 판단하였다.

20) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000, 47면.

21) 위의 글, 46~47면.

법적 안정성이 저해되고 법관의 자의적 판단에 내맡겨질 수 있다는 것이며, 구체적 사례에 있어서 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등의 적용을 받는지, 기본급이나 고정급이 정해져 있는지, 보수(임금)의 내용과 지급방법, 세법이나 사회보장에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 등과 같이 주로 사용자가 경제적, 사회적으로 우월한 지위에 있음을 이용하여 일방적으로 결정할 수 있는 사항은 부수적으로만 고려될 수 있는 것으로 다른 실질적 판단기준과 동일한 가치를 가질 수 없고, 이러한 요소는 근로자성을 강화하는 기준으로만 작용하여야 하고 근로자성을 약화시키는 기준으로 작용하여서는 아니 된다거나,²²⁾ ④ 노무공급자가 제공하는 노무가 사업자의 사업에 통상적으로 필요한 것이거나 당해 사업 내부 부문과 상당한 정도 이상으로 결합되어 있다면 그 제공된 노무는 타인의 업을 위하여 제공된 것으로 보아야 하므로, 노무공급자의 근로자성을 인정하여야 한다²³⁾는 등의 이유로 이를 비판하는 견해가 많았다.

2) 판례법리의 변천

대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서 기존의 판례법리에 비하여 다소 완화된 판단기준을 제시하여 근로자성을 판단하였고, 위 판결을 효시로 그 이후에도 동일한 취지의 판결이 반복되었다.²⁴⁾ 따

22) 위의 글, 48면.

23) 위의 글, 49면.

24) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결(종합반 입시학원 강사 사건), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결(대학교 시간강사 사건), 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결(지입제 학원버스 운전기사 사건), 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결(채권추심원 사건) 등.

라서 위 판결에서 제시된 다소 완화된 근로자성 판단기준은 현재 표준적인 판례법리로 자리를 잡았다고 평가될 수 있을 것인바, 그 내용은 아래와 같다.

「근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.」 (밑줄 필자)²⁵⁾

이러한 변화된 판례법리는 ① 지휘·감독의 존부에 관한 판단과 관련하여

25) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

여 종전의 ‘구체적·개별적 지휘·감독’을 ‘상당한 지휘·감독’으로 완화하여, 업무수행자체에 대한 지휘·감독뿐만 아니라 업무의 내용이나 종류 및 업무수행의 상대방에 대한 지정, 무 완성에 대한 검사 및 수정·보완지시와 같은 간접적·포괄적 지휘도 사용종속관계의 징표로 포섭될 수 있는 길을 열어놓았다는 점, ② “독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지”, “노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지” 등의 새로운 징표를 제시하여 지휘·감독의 여부 등 종속성 징표 뿐만 아니라 독자적 시장접근성, 이윤 창출에 관한 독자적 기획의 존부, 독자적 기술 및 자본의 보유 등 독립사업자성 징표도 함께 고려하여 근로자성을 판단해야 함을 명시하고 있다는 점, ③ “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”고 판시하여 보수의 체계, 세법 내지 사회보장법의 적용여부 등은 근로자성 판단에 있어 결정적 징표가 될 수 없음을 명시한 점에서 종래의 판례법리와 차이가 있다.²⁶⁾

26) 박재우, “근로자성의 판단 기준에 관한 고찰 - 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두 01566 판결 사안을 중심으로-”, 『노동법 실무연구』 재판자료 제118집, 법원도서관, 2009. 6. 21~22면. 한편, 김지형 변호사는 위 본문의 ③의 실시내용에 대하여 “이러한 추가 실시부분은 법적 논증에서 폰 사비니의 반증모델을 적용한 예로 평가할 수 있을 것이다. 즉, 종속적인 관계에 있는지 여부를 판단할 때 기본급이나 고정급이 정해졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정을 다른 사정과 동등하게 고려하여 근로기준법상의 근로자로서 보호받을 수 있는 지위에 있는지 여부를 판단하는 것은 명백히 부정의(不正義)한 것으로 인식될 수 있다는 점이 논증에 반영되었을 보여주는 예”라고 설명하고 있다(김지형, 앞의 글, 40면).

3) 판례법리의 의의와 한계

위에서 본 현재의 표준적 판례법리는 대체로 근로자 보호의 관점이 많이 부각되고 과거에 비해 노동법원리에 보다 충실하게 접근하고 있다는 점에서 의미가 있다고 할 것이다.²⁷⁾ 다만, 이러한 판례법리는 “종속적인 관계가 있는지 여부는 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.”라고 판시하여 종속적인 관계에 대한 판단방법을 제시하고 있기는 하나, 정작 “종속적인 관계”가 무엇인지에 관해서는 판단을 생략하고 있다는 점에서는 종래의 판례보다 진전된 바가 없다. 즉, 판례법리가 제시하고 있는 ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑦ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑧ 사회

27) 이철수 교수는 이와 같은 근로자성 판단에 있어서 완화된 해석의 도입에 대하여 “이용훈 대법원장이 재직한 2000년대 후반에는 근로권과 노동삼권의 보장 측면에서 보다 진향적인 흐름을 띠게 된다. 개별적 근로관계법 분야에서는 대체로 근로자보호의 관점이 많이 부각되고 과거에 비해 노동법원리에 보다 충실하게 접근하고 있다.”라고 평가한바 있다(이철수, “IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전”, 『서울대학교 법학』제55권 제1호, 2014. 3, 247면).

보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등은 모두 종속적인 관계의 판단을 위한 판단자료에 해당하는 것들이고,²⁸⁾ 종속관계의 존재 여부 자체는 이러한 사실들에 대한 평가의 결과라는 점에서, ‘종속적인 관계’ 자체의 의미는 여전히 공백으로 남아있다고 할 것이다.

따라서 판례가 실시하는 ‘종속적인 관계’에 대한 판단기준을 어떻게 설정할 것인지가 근로기준법상 근로자성 판단의 핵심적인 문제가 될 것인바, 판례가 근로자성의 판단기준으로 ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지와 ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는가를 순서상으로 제일 먼저 열거하고 있다는 점에 비추어 이러한 사정에 의하여 추단할 수 있는 ‘인격적 종속성’을 ‘종속적인 관계’의 징표로 우선적으로 고려하고 있는 것으로 생각된다.²⁹⁾

“인격적 종속이란, 근로자가 현실의 근로관계에 들어가서 근로를 수행하는데 있어 나타나는 종속관계이고, 사용자의 지휘명령하에 근로해야 할 지위, 현실의 근로과정에 있어서 사용자의 직접적인 지시결정에 복종하지 않으면 안될 지위를 가리키는 것이다.”(밑줄 필자)³⁰⁾

28) 김지형 변호사는 “위 판례는 ‘종속적인 관계에 있는지 여부’에 관하여 그 판단 기준이 되는 여러 요소들을 열거하고 있다.”고 하여 이러한 요소들을 ‘판단기준’으로 이해하고 있으나(김지형, 앞의 글, 39면), 필자는 이러한 요소들은 종속관계에 대한 판단의 ‘기준’이라기보다는 판단의 ‘자료’로 이해하는 것이 옳다고 생각한다.

29) ‘업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지’ 및 ‘사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지’ 등의 사실로 추단할 수 있는 것은 사용자에게 노무지시권이 있다는 점이다.

30) 김려수, 『신노동법』 (개정공보판), 문화각, 1967, 117면.

한편, 이러한 인격적 종속의 요체는 노무공급자가 노무수령자로부터 지휘·명령을 받았다는 구체적·개별적 ‘사실’에 있는 것이 아니라, 노무공급자가 노무수령자의 지휘·명령에 복종해야 하는 법적 지위에 있다는 규범적 평가에 있다고 생각한다. 근로계약을 구별 짓는 가장 기본적으로 일차적인 징표(Merkmal)는 사용자의 ‘노무지시권’이라고 할 것이기 때문이다.³¹⁾ 근로자의 종속노동의 의무는 독자적으로 존재하는 것이 아니라 개념필요적으로 사용자의 노무지시권(Weisungsrecht)에 의존하는 것이며,³²⁾ 이에 의해서 그 내용이 규정된다고 할 수 있다는 점에서 고용계약과 근로계약을 구별 짓는 특징도 노무를 제공한다는 근로자의 의무에서 보다는 근로를 단지 수령하는 것이 아니라 적극적으로 사용한다는 ‘사용자의 권리’에서 더욱 두드러지게 부각되는 것이다.³³⁾

“주지하는 바와 같이 준별설에 있어서 근로계약을 고용계약과 구별하는 - 동일설에 있어서는 근로계약(=고용계약)을 근로계약이게 하는 - 특징은 종속노무제공으로 파악되어 왔다. 따라서 권리·의무의 면에서 본 근로계약의 특징은 바로 이 종속노무를 확보할 수 있는 사용자의 권리와 이 종속노무를 제공해야 할 근로자의 의무에 있다고 할 수 있다.”(밑줄 필자)³⁴⁾

31) 이영희, 『근로계약론 - 법적 성격과 제약구조-』, 인하대학교 출판부, 1988. 150면.

32) 청구권에는 반드시 상대방의 의무가 대응한다는 명제를 ‘권리-의무의 대응관계’ 명제(the Correlativity Thesis)라고 한다. 김도균, 『권리의 문법 - 도덕적 권리·인권·법적 권리』, 박영사, 2008, 7면.

33) 이영희, 앞의 책, 149~150면.

34) 이영희, 앞의 책, 147~148면.

이와 같이, 인격적 종속성의 요체를 사용자의 노무지시권 및 이에 대응하는 근로자의 복종의무로 이해할 경우, 사용자의 노무지시권 및 근로자의 복종의무를 발생시키는 당사자 간의 합의야 말로 인격적 종속성을 추단케 하는 강력한 근거가 될 것이다. 이러한 이해에 따르면, 표준적인 판례법리 중 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 판단”하라는 판시는 계약의 형식을 무시하라는 취지가 아니라 사용자의 노무지시권 및 근로자의 복종의무에 관한 계약상 근거가 없는 경우에도 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는 등의 ‘사실’을 종합 평가하여 사용자의 노무지시권 및 근로자의 복종의무가 존재함을 추단할 수 있으면 종속관계를 인정하여야 한다는 취지로 새기는 것이 옳다고 생각한다. 나아가, 노무공급에 관한 계약에 사용자의 노무지시권 및 근로자의 복종의무에 관한 명시적 근거가 있는 경우에는 종속관계의 존재는 일응 추정된다고 할 것이다.³⁵⁾

다. 근로기준법상 근로자성의 판단방법 (입증책임의 분배)

1) 근로자성은 입증의 대상인가? 규범적 판단의 결과인가?

근로기준법의 특정 조항의 적용의 국면에서 바라보면, 당해 법률조항의 적용을 주장하는 자가 근로기준법상 근로자에 해당한다는 사실은 당

35) 이러한 추정의 복멸에 관해서는 간접반증의 법리를 유추적용하는 것이 합리적이라고 생각한다.

해 법률조항의 법률요건의 일부를 구성하는 요건사실이 된다. 예컨대, “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고 …… 하지 못한다.”는 근로기준법 제23조 제1항의 적용이 문제되는 국면에 있어, 동 규정의 법률요건은 ‘사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고’하였다는 것이고, 여기서 근로기준법 제23조 제1항의 적용을 주장하는 자가 ‘근로자’에 해당한다는 사실은 근로기준법 제23조 제1항이 적용되기 위한 총체적 요건, 즉 법률요건의 일부를 구성하는 ‘요건사실’이 된다.³⁶⁾ 따라서 근로기준법의 적용과 관련된 쟁송(예컨대, 해고무효확인의 소)에서 있어 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다는 사실(실제로는 법원의 판단작용의 결과)은 원고의 청구의 당부를 판단하는 전제가 된다.

그렇다면 근로관계소송에서 이와 같이 원고의 청구의 당부 판단이 전제가 되는 원고의 근로기준법상 근로자성에 인정은 사실문제인가, 법률문제인가?

근로관계소송에 있어 원고를 근로기준법상 근로자라고 인정하는 것은 법원의 규범적 판단 내지 평가의 결과이지, 당사자가 주장·입증해야 하는 사실이라고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 이는 사실문제가 아니라 법률문제에 해당한다. 한편, 법률요건은 법률행위 또는 법률의 규정에 대한 해석을 통하여 설정되는 것이기 때문에 그 근거가 되는 법률행위나 법규정이 어느 정도 구체적 개념으로 구성되어 있는지에 따라 법률요건의 구체성·사실성도 달라질 것이다.³⁷⁾

36) 권리의 발생, 장애, 소멸 등의 각 법률효과가 인정되는지 여부는 그 발생요건에 해당하는 구체적인 사실의 유무에 달려있으나, 이러한 사실을 요건사실이라고 한다. 사법연수원 편, 『요건사실론』, 사법연수원 출판부, 2013, 3면.

37) 나현, 앞의 글. 19면.

규범론으로서의 요건사실론에 있어서는 당사자에게 어느 정도로 구체화된 사실을 주장·증명하도록 요구하는 것이 심리의 대상을 특정하고 상대방의 소송상 방어권 보장을 위하여 적절할 것인가라는 규범적 관점에서 법률요건을 특성에 따라 분류할 필요가 있는바, 이러한 기준에 따라 법률요건을 ① 사실적 요건, ② 평가적 요건, ③ 규범적 요건으로 분류하는 것이 유용할 것이다.³⁸⁾ 먼저, 법률요건이 일반인의 언어관용과 사회통념상 누구에게나 공통의 형상을 제공하는 개념으로만 구성된 경우에는 그러한 법률요건을 더이상 구체화하지 않고 그 자체를 주장·증명책임의 대상으로 하더라도 심리의 대상이 특정될 뿐 아니라, 상대방으로서는 방어에 어려움을 겪거나 불의타를 입지 않게 될 것인바, 이러한 법률요건은 ‘사실적 요건’으로 분류할 수 있을 것이다.³⁹⁾ 다음으로, 상당한 정도의 가치평가를 통해서만 그 충족 여부를 판단할 수 있는 추상적 개념으로 구성된 법률요건을 ‘평가적 요건’으로 분류할 수 있을 것인바, 이 경우에는 구체적 사실(들)로부터 법률요건의 충족성 여부를 판단하는 과정에는 주로 경험칙(經驗則)이 매개로 작용하게 된다. 마지막으로 법률요건이 규범적 개념⁴⁰⁾으로 구성되어 있어서 법적 평가를 통해서만 그 요건충족 여부를 판단할 수 있는 경우를 ‘규범적 요건’으로 분류할 수 있을 것인바, 이 경우에는 구체적 사실로부터 법률요건의 충족성 여부를 판단하는 과정에는 주로 법리(法理)가 매개로 작용

38) 위의 글, 20면.

39) 위의 글, 20면.

40) 규범적 개념은 서술적 개념과 대비되는 개념으로, 서술적 개념과는 반대로 지각 또는 경험이 아니라 규범의 세계와 관련시킬 때에만 사고 및 이해가 가능한 대상을 지향하는 개념이라고 이해할 수 있다. Karl Engisch, 안법영·윤재완 역, 『법학방법론』, 세창출판사, 2011, 184~186면 참조.

하게 된다.

법률요건에 관한 이러한 분류기준을 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고 …… 하지 못한다.”는 근로기준법 제23조 제1항에 적용시켜보면, 동조의 법률요건을 구성하는 사실, 즉 요건사실 중 ‘근로자’라는 개념은 같은 법 제2조 제1항 제1호에 따른 법적 평가를 통해서만 그 요건충족 여부를 판단할 수 있는 ‘규범적 사실’에 해당한다는 점에서 규범적 요건에 해당할 것이다. 한편, 근로기준법 제23조 제1항의 적용이 다투어지는 사건에서 원고가 근로자에 해당한다는 사실은 근로기준법 제23조 제1항의 요건사실인 동시에 같은 법 제2조 제1항 제1호의 법률효과에 해당하는바, 같은 법 제2조 제1항 제1호의 법률요건은 (노무공급자가) ① 직업의 종류와 관계없이 ② 임금을 목적으로 ③ 사업이나 사업장에 ④ 근로를 제공하였다는 것이고, 이러한 법률요건을 구성하는 요건사실 중 ‘근로를 제공’하였다는 사실은 판례에 의하면 ‘종속관계 아래서 노무를 제공한 사실’을 의미하고, 따라서 경험칙(經驗則)을 매개로 한 평가가 요구되는 평가적 요건에 해당한다.

2) 누가 무엇을 주장하고, 누가 무엇을 입증해야 하는가?

해고무효를 다투는 소에 있어 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다는 사실이 근로기준법 제23조 제1항의 법률요건의 일부를 구성하는 요건사실이 된다는 이해는 구체적인 소송과정에서의 근로자성 판단에 대한 주장·입증책임과 어떻게 관련되는가?

이러한 물음에 답하기 위해서는 요건사실과 주요사실의 관계에 대한

이해가 선행되어야 할 것이다. 주요사실을 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 사실이라고 이해할 경우,⁴¹⁾ 이러한 주요사실은 권리의 발생, 장애, 소멸 등의 각 법률효과가 인정되는지 여부는 그 발생요건에 해당하는 구체적인 사실이라는 의미의 요건사실과 같은 말로 볼 수 있다. 실제로 요건사실과 주요사실의 개념적 범주를 동일하게 파악하는 입장이 종래 학계의 주류적인 견해였다고 한다.⁴²⁾ 이를 근로관계소송에 그대로 적용하면, ‘해고의 정당성을 다투는 사건에서 근로자성 인정은 근로자 측에서 주장·입증해야 하는 사실’이라는 주장이 전혀 이해가 되지 않는 것도 아니다. 그러나 주요사실(主要事實)은 민사소송에 있어서 당사자가 반드시 주장·증명하여야 하고, 법원이 심리의 기준으로 삼아 그 인정 여부를 가려야 하는 사실로서 심리의 주요대상이 된다는 의미를 내포하는 순수한 소송법상의 개념인 반면, 요건사실(要件事實)은 실체법상의 법률요건을 충족할 수 있는 구체적인 사실인 소송과 무관하게 상정되고 존재의의를 가질 수 있는 개념이라는 점에서 개념적으로는 양자는 엄격히 구분될 수 있다고 생각한다.⁴³⁾

요건사실과 주요사실의 개념적 범주를 동일하게 파악하는 견해에 대하여는 ① ‘과실’, ‘권리남용’, ‘사회질서 위반’ 등과 같이 법적 평가가 가

41) 정동윤·유병현, 『민사소송법』 (제3판), 법문사, 2009, 311면.

42) 사법연수원 편, 『요건사실론』, 사법연수원 출판부, 2013, 3~4면. 한편, 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 판결(전합)은 “당사자가 변론에서 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말한다.”고 판시하여 주요사실을 실체법상의 구성요건 해당사실, 즉 요건사실을 의미하는 입장을 취하였다.

43) 나현, “증명책임과 민법 - 증명책임을 민법개정에 반영하기 위한 기초적 연구”, 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2009, 16면.

해지는 사항은 ‘법률요건에 해당하는 사항’이지 그것을 ‘사실’로 볼 수 없기 때문에(要件事實로 볼 수는 있으나) 변론주의가 적용되는 주요사실로 볼 수는 없고,⁴⁴⁾ 그 법적 평가의 근거가 되는 사실을 주요사실로 보아야 한다거나,⁴⁵⁾ ② 법규기준설에 입각한 주요사실과 간접사실의 구별은 유지하되 ‘과실’, ‘인과관계’, ‘권리남용’, ‘신의성실’ 등과 같은 일반조항의 경우에는 요건사실을 구성(추인)하는 개개의 구체적 사실에 대해서도 변론주의가 적용되는 것으로 할 필요가 있고, 이런 의미에서 위와 같은 개개의 구체적 사실을 준주요사실(準主要事實)로 부를 수 있다⁴⁶⁾도는 등의 반론이 제기되고 있다. 이러한 견해들은 공히 평가적·

44) 강현중 변호사는 “실체법규는 법률요건으로서 사실 이외에도 「과실」 또는 「정당한 이유」 등 불특정개념의 형식으로 된 사실의 법적 평가 또는 권리를 포함한다. 따라서 사실의 법적 평가나 권리는 법률요건이므로 이를 주요사실이라고 한다면 이를 증명의 대상으로 삼아 직접 증명할 수 있어야 하는데 관념적 존재인 법적 평가나 권리는 직접 이를 인식할 수 없으므로 증명이 불가능하다는 결론에 이르게 된다.”고 설명한다(강현중, 『민사소송법』 (제5판), 박영사, 2002. 412면).

45) 호문혁 교수는 “사람이 어떤 행위를 하였다는 것 자체가 사실이고, 그 사실을 어떻게 평가하느냐, 즉 주의의무 위반으로 평가되어서 과실이 되는가, 타인을 해치기 위한 행위라고 평가되어서 권리남용이 되는가 하는 것은 법적 평가이지 사실이 아니다. …… 이들 법적 평가나 권리 등이 요건사실이지만 변론주의가 적용되는 사항인 주요사실이라고 할 수는 없다. 이는 변론주의는 사실에만 관계된 것이고, 법적 평가와는 관계가 없기 때문이다.”라고 설명한다(호문혁, 『민사소송법』 (제12판), 법문사, 2014., 394~395면).

46) 이시윤 변호사는 “과실, ‘인과관계’, ‘권리남용’, ‘신의성실’, ‘정당한 사유’ 등을 요건으로 한 일반규정(일반조항, 불특정개념)의 경우만은 일반규정의 요건사실을 주요사실로 볼 것이 아니라, 요건사실을 구성(추인)하는 개개의 구체적 사실이 재판에서 중요한 역할을 함에 비추어, 이러한 구체적 사실을 주요사실에 준해서 변론주의의 적용을 받게 하는 것이 옳을 것”이라고 주장한다(이시윤, 『민사소송법』 (제7판), 박영사, 2013. 312면). 홍기문 교수는 “준주요사실설은 종래의 법규기준설의 틀을 유지하면서 일반조항 내지 추상적인 요건사실 자체에 한정하여 구체적 사실을 준주요사실로 보아, 준주요사실도 주장이 필요하며 당사자의 주장이 없으면 판결의 기초로 할 수 없다는 견해”라고 설명한다(홍기문, 『민사소송법』 (개정 제5판), 대명출판사, 2014, 318면). 이러한 준주요사실설에 대하여 김홍엽 교수는 “일반조항의 경우 요건사실을 주요사실로 보지 않는다는 입장이라면 이에 해당하는 구체적 사실을 주요사실로 보면 될 따름인데도, 굳

규범적 요건에 있어서도 법률요건 자체를 주요사실로 보는 법규기준설의 문제점을 지적하면서, 평가·판단의 근거사실을 주요사실 또는 이에 준하는 것으로 취급한다는 점에서는 설득력이 있다고 생각한다.⁴⁷⁾

따라서, 해고무효를 다투는 소에 있어 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다는 사실은 근로기준법 제23조 제1항의 요건사실이기는 하지만, 이는 같은 법 제2조 제1항 제1호에 따는 규범적 평가를 전제하는 것으로 직접 증명의 대상이 될 수 없다는 점에서 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다는 사실 자체를 근로기준법 제23조 제1항의 주요사실로 볼 수는 없을 것이며, 오히려 같은 법 제2조 제1항 제1호에 규정된 근로자성 판단의 요건사실들, 즉 ① 직업의 종류와 관계없이 ② 임금을 목적으로 ③ 사업이나 사업장에 ④ 근로를 제공하였다는 사실을 주요사실로 보아야 할 것이다. 그런데, 같은 법 제2조 제1항 제1호에 규정된 요건사실 중 ‘근로를 제공’한다는 사실은 종속관계의 존재에 관한 경험칙(經驗則)을 매개한 평가가 요구되는 평가적 개념이라는 점에서 이 또한 직접 증명의 대상이 될 수는 없을 것이다. 따라서 원고로서는 종속관계의 존재를 추단케 하는 구체적 사실을 판단자료로 법원에 제출해야 할 것인바, 이와 같은 평가·판단의 근거가 되는 구체적 사실을 소송상 어떻게 취급할 것인지에 관하여는 ① 평가적·규범적 법률요건 그 자체가 요건사실로서 소송상 주요사실로 되고, 그 평가·판단의 근거가 되는 구체적 사실은 간접사실에 지나지 않는다는 견해(간접사실설), ②

이 준주요사실로 보는 이유가 분명치 아니하다. 만약 이러한 입장에서 굳이 일반조항의 경우 요건사실이 주요사실이 아니고, 이에 해당하는 구체적인 사실이 준주요사실이라면 결국 주요사실은 없는 셈이 된다.”라고 비판하는 입장이다(김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2010, 334면).

47) 나현, 앞의 글, 17면.

평가적·규범적 법률요건의 경우에는 그 평가·판단의 근거가 되는 구체적 사실이 요건사실이고, 이것이 소송상 주요사실로 된다는 견해(주요사실설), ③ 평가적 요건에서는 평가의 근거가 되는 구체적 사실을 주요사실에 준하여 이해해야한다는 의미에서 준주요사실이라고 부르는 것이 적절하다고 보는 견해(준주요사실설)의 대립이 있는바,⁴⁸⁾ 평가적·규범적 요건에 있어서는 그 평가·판단의 근거가 되는 구체적 사실을 주요사실로 보아야만 주장·증명책임의 대상이 ‘곧바로 증명할 수 있는 사실’로 설정되고, 이로써 심리의 대상과 방어 대상이 명백하게 특정되어 변론주의의 가치를 충실히 실현할 수 있다는 점에서 추상적 개념의 판단의 기초가 되는 사실 자체를 주요사실로 이해하는 주요사실설이 타당하다고 생각한다.⁴⁹⁾

라. 한국식 ABC 테스트 시론

1) 근로자성 판단의 기초사실에 대한 입증책임의 분배 원칙

‘규범적 요건’ 내지 ‘평가적 요건’은 증명의 대상이 아니라⁵⁰⁾ 판단작용의 결과에 해당하므로, 이러한 ‘규범적 요건’ 내지 ‘평가적 요건’에 관한 판단의 차원에서도 입증책임의 분배가 문제된다. ‘규범적 요건’ 내지

48) 학설의 상세는 나현, 앞의 글, 21~23면 참조.

49) 同志: 나현, 앞의 글, 24면. 한편, 일반조항의 주요사실에 관하여 추상적 개념의 판단의 기초가 되는 사실 자체를 주요사실로 보아야 한다는 것이 다수설의 입장이라는 설명으로 사법연수원 편, 앞의 책, 13면.

50) 권리의 존재는 기껏해야 추측될 뿐이지 권리의 존재가 직접 증명의 대상이 될 수는 없다. Othmar Jauernig, 김홍규 역, 『독일민사소송법』, 신원문화사, 1992, 315면.

‘평가적 요건’에 관한 판단의 국면에서도 기본적으로는 전통적인 입증 책임의 분배에 관한 일반 원칙인 법률요건분류설(규범설)이 적용될 수 있을 것이다.

“…… 원고는 권리근거규정(혹은 권리근거사실)의 요건사실을, 피고는 권리장애, 권리소멸 혹은 권리행사배제규정(또는 권리장애사실 등)의 요건사실을 증명해야 한다는 원칙은 - 이것이 단지 법적용의 일반적인 원칙의 결과이기 때문에 - 직접적으로 소 및 기판력 있는 재판의 대상이 되는 그러한 권리와 법률관계에 적용될 뿐 아니라, 단지 소나 항변에 의해 주장되는 권리와 법률관계의 구성요건요소에 지나지 않는 그러한 - 다투어지고 있음! - 권리나 법률관계(소위 선결적 혹은 조건적인 권리와 법률관계)에도 적용되어야 한다.”(밑줄 필자)⁵¹⁾

이러한 원칙에 따르면 근로자성 판단에 있어 ‘종속관계의 존재’에 관한 평가를 적극적인 방향에서 근거 짓는 사실, 즉 평가근거사실⁵²⁾은 원고가 주장·입증하여야 할 것이다. 한편, 이러한 평가근거사실과 논리적으로 양립가능하면서 당해 평가·판단을 방해하는 사실, 즉 평가장애사실에 소송법적 성격에 관해서는 ① 평가적·규범적 요건 자체를 주요 사실로 보는 것을 전제로, 평가장애사실도 평가근거사실과 마찬가지로 간접사실에 불과하다는 견해(간접사실설), ② 상대방에 의한 평가장애사실의 주장은 부인에 해당하므로 평가·규범적 요건을 증명하는 자가 평가장애사실이 존재하지 않는다는 점까지 증명하여야 한다는 견해(부

51) Leo Rosenberg, 오석락 외 2 역, 『임증책임론』, 박영사, 1995, 154면.

52) 예컨대, 노조간부에 대한 해고의 정당한 이유 존부를 판단함에 있어 평소 근무를 불성실하게 한 사실은 평가근거사실로, 사용자가 평소 노조활동에 적대적인 입장을 취해 온 사실은 평가장애사실로 된다. 사법연수원, 앞의 책, 14면.

인설), ③ 평가근거사실의 존재와 평가장애사실의 부존재 모두 원고에게 증명책임이 있지만, 증명책임의 공평한 분배라는 관점에서 간접반증의 법리를 유추하여, 원고가 평가근거사실을 증명하면 일응 증명이 이루어진 것으로 보고, 피고로서는 평가장애사실의 존재를 증명함으로써 그 법률요건의 증명을 실질적으로 저지할 수 있다고 보는 견해(간접반증 유추설), ④ 평가적·규범적 요건에서 평가근거사실을 주요사실로 보아야 한다면, 평가장애사실은 항변사유로 보아야 한다는 견해(항변설)가 대립한다.⁵³⁾ 실무상으로는 평가장애사실에 대한 주장을 독립한 항변으로 취급하지 아니하고, 평가근거사실과 평가장애사실을 종합하여 판단하는 것이 일반적이라고 한다.⁵⁴⁾

2) ABC 테스트⁵⁵⁾

ABC 테스트는 모든 노무제공자(all workers)에 대해 우선 근로자라고 추정하고, (A) 노동자는 업무 수행과 관련하여 계약상이나 실제로 기업의 통제와 지시(control and direction)를 받지 않는다, (B) 노동자는 기업의 통상적인 사업 범위(usual course of business) 외의 업무를 수행한다, (C) 노동자는 관례적으로 기업과 독립적으로 설립된 직종, 직업 또는 사업에 종사한다라는 A, B, C의 세 가지 요건을 모두 충족할 때에만 진정한 독립계약자로 보는 방식을 말한다.

53) 학설의 상세는 나현, 앞의 글, 24~25면.

54) 사법연수원 편, 앞의 책, 14~15면.

55) 이 부분은 남재욱 외(2020), 「플랫폼 노동자의 사회적 권리 보장 연구」의 내용을 주로 참고하여 작성하였다.

캘리포니아주 대법원의 다이나멕스 판결을 계기로 ABC 테스트가 국내에서도 많은 관심을 끌고 있는바, 다이나멕스 판결⁵⁶⁾의 사건의 개요는 다음과 같다.

전국 규모의 물류배송업체인 다이나멕스(Dynamex)는 과거에는 배달기사들을 회사의 근로자로 직접 고용했으나, 2004년부터 정책을 변경하여 기사들과 독립계약자로 계약하기 시작했다. 원고들은 2004년 이후 계약을 체결하고 일했던 배달기사들로서 2004년 이전에 근로자로 채용되었던 사람들과 동일한 업무를 동일한 방법으로 수행했음에도 회사가 자신들을 독립계약자로 오분류했으며, 캘리포니아주 산업복지위원회(Industrial Welfare Commission)의 임금명령(wage order No.9)⁵⁷⁾과 캘리포니아 노동법전(California Labor Code)을 위반했다는 취지로 소를 제기하였다. 피고 회사가 초과근로수당과 임금 명세서, 그밖에 배달에 필요한 비용을 지급하지 않았다는 것이다.

해당 임금명령은 고용(employ)을 “일하는 것에 관여하거나, 감수(용인) 또는 허용하는 것(suffer or permit to work)”으로 정의하며, 근로자(employee)는 “사용자에게 고용된 사람”, 사용자(employer)는 “직접 또는 간접적으로, 중개인 및 기타 어떠한 타인을 통해서인지 여부를 불문하고 누군가에게 임금, 근로시간 및 기타 근로조건에 대한 통제를 행사하는 자”라고 규정하고 있다. 이 사건에서는 피고 회사(Dynamex)

56) Dynamex Operations W., Inc. v. Superior Court of L. A. Cnty., 4 Cal.5th 903, 232 Cal. Rptr. 3d 1, 416 P.3d 1 (Cal. 2018).

57) 캘리포니아주 산업복지위원회(IWC)는 직종별 특성과 소득수준 등을 고려하여 직종별로 적용되는 임금명령(wage order)을 발표한다. 배달기사는 운송업으로 분류되기 때문에 임금명령 제9호(wage order no. 9)가 적용된다. 사용자는 캘리포니아 노동법전 및 임금명령을 준수해야 한다.

가 임금명령에서 정의하는 고용을 한 사용자인지, 원고들이 피고가 고용한 근로자인지 여부를 판단하려면 어느 법리를 적용해야 하는지가 주로 쟁점이 되었다.

다이나믹스 사건에서 원고들은 ‘일하는 것을 감수(용인) 또는 허용’한 경우도 임금명령상 고용에 해당한다고 마티네즈 판결이 제시한 법리를 근로자와 독립계약자를 구분하는 판단에도 사용할 수 있다고 주장했지만, 피고 회사는 마티네즈 판결은 공동사용자에 해당하는지 여부를 판단할 때에만 적용할 수 있으므로, 근로자성 판단 여부에 대해서는 보렐로 판결대로 커먼로상의 고용관계 판단 기준(구체적 통제)만 적용해야 한다고 주장했다. 대법원은 임금법령의 연혁과 근로자의 사회적 보호라는 입법 목적을 근거로 원고의 주장을 지지했다. 즉 근로자와 독립계약자를 구분하는 판단에서도 ‘일하는 것을 감수(용인) 또는 허용’한 경우 역시 고용한 것으로 보았다.

연방법인 FLSA도 “일하는 것을 감수(용인) 또는 허용”을 포함하여 커먼로 고용관계보다 고용을 넓게 해석하는데, 다만 그 범위를 제한하기 위해 경제적 실질 기준을 사용한다. 그러나, 캘리포니아주 대법원은 FLSA보다 캘리포니아주 임금명령이 앞서 도입되었다는 연혁적 측면과 캘리포니아주의 근로자들을 연방법보다 더 넓게 보호하겠다는 입법 목적을 고려하면 캘리포니아주 임금명령을 해석할 때 경제적 실질 기준을 굳이 따를 필요가 없다고 판결했다. 대신 노무제공자가 근로자가 아니라 독립계약자라고 주장하려면 기업은 다음 세 가지 요건(ABC)을 모두 증명해야 하고, 그렇지 못할 경우 근로자로 추정하도록 하는 ABC 기준을 채택했다.

- (A) 노동자는 업무 수행과 관련하여 계약상이나 실제로 기업의 통제와 지시(control and direction)를 받지 않는다,
- (B) 노동자는 기업의 통상적인 사업 범위(usual course of business) 외의 업무를 수행한다,
- (C) 노동자는 관례적으로 기업과 독립적으로 설립된 직종, 직업 또는 사업에 종사한다

사용자가 ABC 요건 중 하나라도 증명하지 못한다면 해당 노무제공자를 임금명령의 목적에 따른 근로자로 분류할 수 있기 때문에 법원은 순서와 관계 없이 ABC 요건 중 어느 것이든 먼저 선택해서 적용할 수 있다. 통상적으로 해당 기업이 노무제공자에 대한 통제를 행사하는지 여부에 관한 A요건보다는 B, C요건을 검증하는 것이 더 명확하고 쉬운 경우가 많으므로 법원은 근로자성 판단에서 B나 C요건부터 적용해도 된다. 만일 사용자가 세 가지 요건을 모두 증명하지 못하면 그 노무제공자가 “일하는 것을 감수(용인) 또는 허용”한 것이므로 고용관계가 성립하고, 그 노무제공자는 임금명령상의 근로자가 된다.

다이나믹스 판결의 의미는 다른 주에서 근로자 해당 여부를 판단하기 위해 이미 도입해온 ABC 기준을 캘리포니아주에서도 채택하였다는 점과 그에 대한 증명 책임을 사용자에게 부과하였다는 점에 있다.

3) 시사점

ABC 테스트가 가진 의미는 근로자성 판단에 관한 실질적인 쟁점이 ‘종속성이 얼마나 강인가’에 있는 것이 아니라, ‘종속성을 판단하는데

필요한 자료의 제출에 대한 책임을 누가 부담하는가'라는 점을 밝힌 것이다.

입증책임의 분배 문제는 어찌 보면 무엇을 원칙으로 보고, 무엇을 예외로 볼 것인가의 문제이다. 일하는 사람에게 자신이 근로자임을 입증하라고 요구하는 것은 일하는 사람의 규범적 기본값이 근로자가 아니라는 가정을 전제로 한 것이다. 이는 근로기준법은 민법의 특별법이므로 근로기준법의 적용을 주장하는 당사자가 근로기준법이 적용되기 위한 요건, 즉 자신이 근로자에 해당한다는 점을 입증하라는 인식에 근거한다. ABC 테스트의 의미는 이러한 가정을 전복한 것이다. 일하는 사람은 기본적으로 근로자로 추정되고, 이러한 추정에 반대하는 당사자가 그 추정을 복멸하기 위한 입증자료를 제출하라는 방식이다.

자본주의의 여명기에는 근로자와 비근로자가 명확하게 분기되지 않았을 것이다. 공장에 출근하는 사람 중에는 자신이 사용할 도구를 가져온 사람도 있을 것이고, 맨몸으로 온 사람도 있었을 것이다. 이러한 시대적 배경을 생각하면 자본주의적 생산방식이 일반화, 보편화되기 전의 단계에서는 '일하는 사람의 규범적 기본값이 근로자가 아니라는 가정'이 타당했을 수 있다. 그러나 대부분의 생산활동이 기업에 의해 수행되고 있는 오늘날의 상황에서 이러한 가정을 그대로 고수하는 것은 시대착오적이다. 규범적인 기본값 자체를 수정할 필요가 있다. 즉, 일하는 사람의 규범적 기본값을 '근로자'라고 추정하고, 이러한 추정을 깨뜨리고 싶은 당사자에게 반증의 입증책임을 부담하게 하는 것이 자본주의적 생산방식이 일상화된 지금의 사회경제적 상황에 부합한다.

4. 맺으며

‘고용형태 다양화’라는 말은 전통적인 전형적 고용관계에서 벗어난 비전형 노동자(atypical workers)의 확대 경향을 일컫는 말로 주로 사용된다. 따라서 ‘고용형태 다양화’라는 조어 자체가 표준적 모델에서 벗어난, 그래서 노동법이 전면적으로 적용되기 어려운 노동자가 확대되고 있다는 생각을 드러내고 있다고 생각한다. 즉 이러한 언어관용을 비전형 노동자에 대해서는 노동법이 적용되기 어렵다는 인식을 은연중에 내포한다.

한편, 이러한 접근방식은 실제 비전형 노동자 중에도 다양한 차이가 존재함에도, 비전형 노동자를 동일한 특성을 가진 하나의 범주로 인식하게 한다는 점에서 문제가 있다. 비전형 노동자는 전체 노동자 중에서 종래의 표준적 고용관계 모델에 해당하지 않는 잔여범주로 이해할 필요가 있는바, 종래의 표준적 고용관계 모델이 상정하는 전형적 노동자(typical worker)의 속성은 하나의 사용자, 기간의 정함이 없는 근로계약, 사용자의 구내(構內)에서 노무 수행, 기업의 일의 양(수요)에 관계없이 규칙적인 노무 수행 등이다. 이러한 속성들 중 하나 또는 그 이상을 결한 노동자가 비전형 노동자이다.

타인을 위해 일하는 사람들은 민주성의 결핍(인적 종속)과 경제적 의존성으로 특징지어지는 관계 속에서 일한다. 이는 과거에도 그래왔으며 변하지 않았다. 노동법의 목표는 이러한 취약성을 최소화하거나 그러한 취약성에서 초래되는 원치 않는 결과를 방지함으로써, 이러한 사람들에게 보호를 제공하는 것이다. 이는 과거에도 그랬고 지금도 변하지 않았

다.

우리는 최근 고용관행의 큰 변화를 겪고 있다. 이 새로운 현실은 노동법을 그들의 목적과 다시 일치시키기 위한 법원과 입법자의 노력을 요구한다(Guy Davidov, 2011). 한편, 비전형 노동자라고 하여 민주성의 결핍과 경제적 의존이 덜하지는 않다. 경제적 의존성은 표준적 고용관계에서 일하는 사람들에 비해 비전형 노동자들이 오히려 더 클 수 있다. 전형적 근로자던 비전형 노동자던 모두 주업에 의존해 생활을 영위하며, 그 주업을 잃게 될 경우 안정적 생활의 영위가 불가능하다. 따라서 비전형 노동자도 그 상대방과의 관계에서 경제적 종속(economic dependency)하에 노무를 제공한다는 점에서 전형적 노동자와 본질은 같다. 인적 종속이 (근로기준법상) 노동자성을 근거 짓는다는 전통적 인식을 도그마 삼아 비전형 노동자를 근로기준법의 적용대상에서 배제하는 방식으로는 노동법이 당초 추구했던 목적과 현실의 괴리를 극복하기 어렵다.

사실 ‘종속성’이라는 것은 ‘있다’와 ‘없다’라는 일도양단의 판단의 대상이 될 수 있는 개념이 아니다. 타인을 위해 일하는 사람들은 누구든 어느 정도의 종속성 아래서 노무를 제공한다. 종속성의 정도라는 넓은 스펙트럼의 한 지점에 선을 긋고 그 선 위에 부분은 근로자, 아래는 비근로자라고 결정하는 것이 근로자성의 판단이다. 근로자성을 판단하는 선을 스펙트럼의 어느 부분에 그을 것인가는 사람마다 다를 수밖에 없다. 이러한 선 긋기와 관련해서는 크게 두 가지 방향에서 법적 쟁점은 발생한다. 하나는 주로 법원에 의하여 그어진 선(이를 ‘판례법리’라고 하자)을 두고 특정한 범주의 노동자가 그 선을 넘었는지를 판단하는 문제이

다. 이 영역에서 발생하는 문제가 소위 ‘오분류’의 문제이다. 타다 드라이버를 두고 벌어지고 있는 근로자성의 문제가 이에 해당할 것이다. 다른 하나의 문제는 선을 새로 긋는 문제이다. 기존에 그어진 선이 사회경제적 환경의 변화로 타당성을 잃은 경우 선의 위치는 마땅히 수정되어야 한다. 2018년 재능교육 판결이 이러한 선 긋기의 수정이다.

인적 종속은 하늘이 내려준 천리(天理)가 아니다. 노동법의 적용대상은 불변의 원칙이 아니라 사회경제적 상황에 따라 수정할 수 있는, 아니 수정해야만 하는 기준이다. 최근 비약적으로 발전한 과학기술은 사용자들이 노동자의 노동과정을 통제하지 않으면서도, 그 노동의 결과를 평가하고 그에 따른 보상을 정하는 방식으로 노동과정을 직접 통제하는 것과 동일한 효과를 얻을 수 있게 하였다. 이를 통하여 전통적인 인적 종속(control)의 기준으로 보면 근로자로 보기 어려운 노동자가 양산되고 있다. 과거의 기준으로 이들을 노동법의 보호범위에서 배제한다면 노동법은 앞으로 더욱 희소해질 ‘표준적 고용관계’를 획득한 신분자를 보호하는 신분법으로 격상(?)하게 될 것이며, 이러한 신분을 획득하지 못한 다수의 노동자는 다시 전쟁 같던 원생(原生)의 상태로 돌아가게 될 것이다.

만일 멀지 않은 장래에 자본주의 시장경제체제가 붕괴한다면, 아마도 이러한 원생의 상태를 규범의 상태로 회복하지 못한 것이 그 시작점이 될 것이다. 저주가 아니라 파국을 막는 처방이 되길 바라며 하는 말이다.

참고문헌

- 강현중, 『민사소송법』 (제5판), 박영사, 2002.
- 강희원, 『노동법의 기초이론』 (제3판), 법영사, 2011.
- 김도균, 『권리의 문법 - 도덕적 권리·인권·법적 권리』, 박영사, 2008.
- 김려수, 『신노동법』 (개정증보판), 문화각, 1967.
- 김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2010.
- 김형배, 『노동법연구』, 박영사, 1991.
- 남기윤, 『유형론적 방법론과 회사법의 신이론』, 학우출판사, 1999.
- 사법연수원 편, 『요건사실론』, 사법연수원 출판부, 2013.
- 송상현·박익환, 『민사소송법』 (신정5판), 박영사, 2008.
- 이상덕, 『노동법의 기본이론』, 계명대학교 출판부, 2012.
- 이시윤, 『민사소송법』 (제7판), 박영사, 2013.
- 이영희, 『근로계약론 - 법적 성격과 제약구조-』, 인하대학교 출판부, 1988.
- 이창희, 『세법강의』 (제12판), 박영사, 2014.
- 이철송, 『상법총칙·상행위』 (제10판), 2011.
- 이학춘 외 3, 『노동법(I)』, 대명출판사, 2003.
- 임승순, 『조세법』 (2014년도판), 박영사, 2014.
- 정동윤·유병현, 『민사소송법』 (제3판), 법문사, 2009.
- 호문혁, 『민사소송법』 (제12판), 법문사, 2014.
- 홍기문, 『민사소송법』 (개정 제5판), 대명출판사, 2014.

- Othmar Jauernig, 김홍규 역, 『독일민사소송법』, 신원문화사, 1992.
- Karl Engisch, 안법영·윤재완 역, 『법학방법론』, 세창출판사, 2011.
- Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, 허일태 역, 『법학방법론』, 세종출판사, 2000.
- Leo Rosenberg, 오석락 외 2 역, 『임증책임론』, 박영사, 1995.
- 東京大学労働法研究会 編, 『注釈労働基準法 上巻』, 有斐閣, 2003.
- 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000.
- 김지형, “노동법리의 법적 논증”, 『법학평론』 제4권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2013. 12.
- 나 현, “증명책임과 민법 - 증명책임을 민법개정에 반영하기 위한 기초적 연구”, 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2009.
- 박재우, “근로자성의 판단 기준에 관한 고찰 - 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두01566 판결 사안을 중심으로-”, 『노동법 실무연구』 재판자료 제118집, 법원도서관, 2009. 6.
- 박진환, “주식회사의 비등기임원인 전무이사가 근로기준법상의 근로자인지 여부”, 『대법원판례해설』 제95호(2013 상), 법원도서관, 2013.
- 이철수, “IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전”, 『서울대학교 법학』 제55권 제1호, 2014. 3.

- Beneria, L. (2011). Shifting the risk: New employment patterns, informalization, and women's work. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 15(1), 27–53.
- Coase, R. H. (1937). The nature of the firm. *Economica*, 4(16), 386–405.
- Davidov, G. (2011). Re-matching labour laws with their purpose. *The Idea of Labour Law*, 179–189.
- Eurofound(2019), *Platform work: Maximising the potential while safeguarding standards?*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- Fudge, J. (2006). The legal boundaries of the employer, precarious workers, and labour protection. *Precarious Workers, and Labour Protection*.
- Prassl, J. (2015). *The Concept of the Employer*. Oxford.
- Teubner, G. (2011). *Networks as connected contracts: edited with an introduction by Hugh Collins*. Bloomsbury Publishing.
- Weil, D. (2014). *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*. Cambridge, MA, Harvard University Press.

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회

| 발제문 |

“비정규직 남용 방지 및 차별 없는 일터 조성”을 위한 과제

박 은 정_인제대 법학과 교수

“비정규직 남용 방지 및 차별 없는 일터 조성”을 위한 과제

박 은 정 (인제대 공공인재학부 법학과 교수)

I. 서론

2017년 10월 18일 발표된 일자리위원회의 일자리 정책 5년 로드맵 가운데 일자의 질 개선과 관련한 로드맵에는 “비정규직 남용 방지 및 차별 없는 일터 조성”이라는 계획 하에서, ① 상시·지속, 생명·안전업무의 정규직 채용원칙 확립, ② 차별시정제도 전면 개편, 처우 개선 등 비정규직 차별 해소, ③ 사내 하도급·특수형태근로종사자에 대한 법·제도적 보호방안 마련 그리고 ④ 비정규직 등 미조직 노동자의 권익보호 및 이익대변기능 강화와 같은 세부 목표가 담겼다. 이 목표를 달성하기 위해 ① 기간제법상 기간 제한을 사용사유 제한 방식으로 개편하고, 특히 생명·안전과 직접 관련되는 업무의 경우 기간제·과건 노동자 사용을 금지한다는 것, ② 비정규직 차별 해소를 위해 차별시정 제도를 전면 개편하면서 고용형태에 따른 불합리한 차별을 금지하고, 근로기준법 등에 ‘동일가치노동 동일임금’ 원칙을 규정하는 것을 검토하는 한편, 비정규직 노동자의 기본적 근로조건을 보장한다는 것, ③ 사내하도급 노동자 보

호를 위해 원·하청 노동자 근로조건 격차 완화방안을 마련하고, 하청노동자 임금체불, 적정임금, 안전관리 등 원청의 책임을 강화하는 한편, 특수형태근로종사자의 노동기본권 보장을 위한 법·제도적 개선방안을 마련한다는 것, ④ 미조직·취약 노동자 등의 노동권 보호 및 공정한 노사관계 형성을 위해 노사관계 법·제도 개선을 추진하고, 노사협의회 등 근로자 대표제도 기능 강화를 통한 비정규직 등 미조직 노동자의 권익보호 및 이익대변 기능 강화한다는 것 등을 구체적인 실행 계획을 세웠다. 이 가운데 몇 가지는 실현되기도 하였지만 특히 i) 기간제근로자 사용사유 제한의 법제화, ii) 생명·안전과 직접 관련되는 업무에 대한 기간제·과건 노동자 사용의 금지, iii) 차별시정제도의 개편, iv) 동일가치노동 동일임금 원칙의 근로기준법 규정, v) 원청의 책임강화 및 vi) 특수형태근로종사자의 노동기본권 보장을 위한 법·제도개선방안과 같은 것은 그 중요성에도 불구하고 아직까지 별다른 성과를 거두지 못하고 있다. 이 글에서는 이에 대한 내용들 가운데 특히 기간제 근로자의 사용사유 제한, 차별시정제도의 개편과 동일가치노동 동일임금 원칙의 근로기준법 규정, 그리고 일자리 로드맵에는 담기지 않았고 기간제 근로자의 처우에 비하여 상대적으로 논의가 약하지만 중요한 문제라고 생각되는 단시간 근로자의 개념 등에 대한 문제를 검토하고자 한다. 다른 쟁점들에 관한 검토를 제외시킨 것은 이 문제에 대한 필자의 지식과 연구가 충분하지 않기 때문이지, 이 문제가 중요하지 않기 때문은 아니다.

II. 기간제법의 목적과 기간제 근로자의 사용사유 제한

기간제 근로자의 사용 사유 제한과 관련하여서는, 현행과 같이 합리적 사유 여부를 불문하고 최대 2년까지 사용할 수 있도록 하면서 예외적으로 사업의 완료나 결원을 대체하기 위한 경우 등에는 사용기간의 제한을 받지 않도록 하고

있는 것으로부터, 합리적 사유가 있는 경우에만 기간제 근로자를 사용할 수 있도록 한다는 것이 계획이었다.

구분	(현행) 기간제한 방식	(변경) 사용사유제한 방식
내용	합리적 사유 없이도 최대 2년까지 사용	합리적 사유가 있는 경우에만 기간제 사용 가능
합리적 사유	사업의 완료, 결원 대체 등 경우에는 기간제한 예외	⇒ 해외 입법례 및 실태조사 결과 반영, 현행 기간제법 예외사유 개선
적용 방식	5인 이상 사업장에 일률적 적용	노동시장에 대한 영향을 고려, 사업장 규모별 단계적 적용 검토

2017년부터 시행된 기간제 근로자 사용사유제한과 관련한 정부의 정책추진 현황자료에서는,⁵⁸⁾ 2017년 비정규직 로드맵을 마련한 후 이를 구체화하기 위해 민간전문가 등으로 비정규직 정책 TF를 2017년 11월 구성하였고, 여기에서 사용사유제도 도입방안을 2018년 1분기 총 8회, 2분기 총 7회, 3분기 총 4회 논의한 후 2019년부터는 경사노위에서 사회적 대화를 통해 이 문제를 계속 논의해 나가고 있다고 밝히고 있다. 그러나 논의가 시작된지 3년이 넘어가도록 어떤 논의가 이루어졌고, 어떤 사유를 고려할 수 있으며, 어떻게 입법을 할 것인지에 대한 구체적 계획은 없는 듯하다.

이 시점에서 먼저 기간제 근로자의 사용사유를 제한하고자 하는 목적이 어디에 있는지에 대하여 고찰할 필요가 있다. 그리고 이 목적은 기간제법 제1조의 목적과 연관되어 있다.

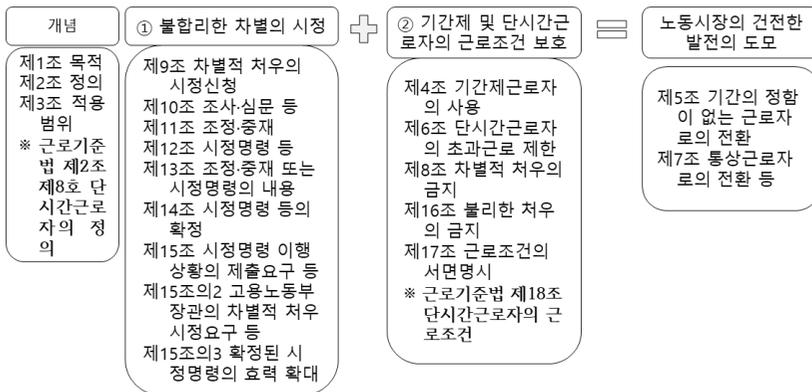
1. 기간제법의 목적⁵⁹⁾

58) 국무총리 정부업무평가위원회, https://www.evaluation.go.kr/psec/np/np_2_1_2.jsp#page3의 과제 64번 ‘차별없는 좋은 일터 만들기’ 가운데 19년 및 20년 보고서 내용 참조.

59) 이 부분은 박은정, “기간제법의 쟁점에 관한 제언”, 『노동법학』 제64호, 한국노동법

기간제법 제1조에서는 “이 법은 기간제 근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제 근로자 및 단시간 근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 즉, 기간제법은 제정 목적상 ① 기간제 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별의 시정과 ② 기간제 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 통한 “노동시장의 건전한 발전”의 도모를 지향한다. 그런데 “노동시장의 건전한 발전”이라는 것이 무엇일까? 기간제 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별시정 및 근로조건보호라는 내용과 노동시장의 건전한 발전은 어떤 관계를 갖는 것일까?

[기간제법의 목적과 내용]



기간제법이 “노동시장의 건전한 발전”을 지향점으로 삼고 있는 만큼, 이 문제는 사실 기간제법의 존재 이유를 묻는 질문이기도 하다. 그리고 이것은 다시 “왜 비정규직을 보호해야 하는가”라는 문제로 이어진다. 왜냐하면, 기간제 및 단시간근로자 보호라는 수단이 달성하고자 하는 목표가 노동시장의 건전한 발전이라는 것은, 기간제 및 단시간근로자를 보호하지 않으면 노동시장의 건

학회, 2017, 3쪽 이하의 내용을 일부 수정하면서 인용함.

전한 발전이 이루어질 수 없다는 의미이기도 하기 때문이다. 어떻게 해야 기간제 및 단시간근로자를 “제대로” 보호할 수 있는가 하는 것도, “노동시장의 건전한 발전”이라는 것을 어떻게 이해하는가에 달려있다. 예컨대, 현재 근로기준법상 단시간근로자의 근로조건은 시간비례원칙에 따라, 통상근로자의 근로시간과 비교하여 줄어든 근로시간만큼 비례적으로 삭감하여 보장할 수 있도록 하고 있다. 이것이 “노동시장의 건전한 발전”을 위한 것일까? 예컨대, 현행 관례의 경향에 따르면 장기근속수당이 근로자들의 “장기근속 유도”와 직접 연관될 경우에는 장기근속이 불가능한 기간제 근로자들에게 지급되지 않더라도 무방할 수 있다.⁶⁰⁾ 이것이 “노동시장의 건전한 발전”과 관련되어 있을까? 다른 한편으로는, 기간제 및 단시간근로에 대한 불합리한 차별을 시정하고 그들의 근로조건을 보호하는 것이 왜 노동시장의 건전한 발전을 위한 것일까?

1) 기간제 및 단시간근로자의 사용이 금지되지 않는 이유는, 비정규 노동을 분석하고 있는 한 서적에 기초하여 정리해 보면, 비정규직제도의 효용 때문이라고 생각할 수 있다. 비정규직제도는 ① 산업구조변화에 신속하게 대응할 수 있는데, 이는 노동력이라는 자원의 배분 효율성이 국민경제적으로 달성되는 것을 의미하고, ② 이에 따라 자본이 노동을 적극적으로 고용할 수 있게 하며, ③ 수요가 쉽게 변하는 부문의 산업활동이 늘어날 수 있고, ④ 실업에서 탈출하여 정규적인 일자리로 갈 수 있는 기회가 늘어날 수 있다.⁶¹⁾ 이러한 비정규직 제도의 기능은 기업이 비정규직 근로자를 선호하게 만든다.

2) 그러나 ① 비정규직은 부당한 대우에 매우 취약하고, ② 기간제 근로자와 같은 경우에는 계속 근무를 요건으로 하여 주어지는 많은 기회와 혜택을 받지 못하며, ③ 일자리가 특히 필요한 시기에 사회적으로 불합리한 해고를 초래하

60) 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결 참고.

61) 이한, 『중간착취자의 나라』, 미지북스, 2017, 27-30쪽 발췌인용.

고 불공정한 사회적 비용을 발생시키며, ④ 생산성에 악영향을 미치고, ⑤ 노동소득분배율과 경제성장에 악영향을 미치는 한편, ⑥ 노동자의 건강을 피폐하게 만들고 사고를 유발, ⑦ 평등에 악영향을 미치고, 일하면서도 빈곤에서 벗어나지 못하는 상태를 지속시키며, ⑧ ‘실업-빈곤-좋지 않은 일자리’를 영속화하는 비정규직의 함정에 빠트리게 된다는 문제점을 갖고 있다.⁶²⁾ 따라서 법은 비정규 근로자들의 사용 자체는 제한하지 않으면서도, 그 부작용을 최소화하기 위한 수단을 취하고 있는 구조라고 할 수 있다.

여기에서 기간제법 제정의 배경을 고려하면, 이 법은 아무래도 1)의 효용보다는 2)의 부작용을 염두에 둔 듯하다. 기간제법 제정 당시 노동부가 발표한 입법 배경 설명 자료에서는 “비정규직 고용을 금지하자는 의견도 있지만 이미 일반적인 고용형태로 자리 잡은 현실을 감안할 때 비정규직에 대한 적절한 보호를 통하여 고용안정과 노동시장 유연화를 조화시킬 필요”가 말하고 있기도 하다.⁶³⁾ 이러한 부작용을 해소하는 것이 노동시장의 건전성을 위한 것일까? 부작용을 해소하지 않더라도 노동시장이 건전(하다는 것을 정의할 수 있고, 그 정의에 부합)하다면 비정규직제도가 갖는 문제들은 무시되어도 충분한 요소들이 되는 것일까? ‘건전’이라는 단어의 사전적 정의는 “사상이나 사물 따위의 상태가 한쪽으로 치우치지 않고 정상적이며 위태롭지 않음.”(표준국어대사전)이다. 즉 균형을 잡는다는 의미라고 이해할 수 있다. 균형이라는 것은 서로 비교할 수 있는 가능성을 갖거나 그러할 가치가 있을 때의 문제이다.

위 1)은 사실상 자본의 논리이고, 2)는 사회정의의 문제이다. 1)과 같은 논리의 주된 요지는 결국 비정규직 근로자들이 늘어날수록 기업이 고용을 적극적으로 함으로써 일자리가 늘어나는 한편, 기업의 생산활동을 증진시킴으로써 경제발전에 도움을 줄 것이라는 것이다. 그리고 그 이면에는 정규직 근로자들

62) 이한, 위의 책, 33-60쪽 발췌인용.

63) 노동부, 『비정규직법 이해』, 2007, 15쪽.

이 과잉보호받고 있다는 관점, 실업과 기업의 생산활동 부진에 대한 책임이 다름 아닌 노동 측에 있다는 관점이 도사리고 있다. 이러한 관점에는 전혀 동의할 수 없지만 설사 일부나마 인정할 수밖에 없다는 전제를 취한다 하더라도,⁶⁴⁾ 2)의 부작용이 1)에 의하여 상쇄되거나 할 수 있는 문제가 아니다. 비정규직 근로자가 확대됨으로써 나타나는 여러 가지 문제들은 한 개인의 문제도, 한 기업의 문제도 아닌 우리 사회 전체의 문제이다. 한 하급심 법원에서는 고용형태를 ‘사회적 신분’이라고 했는데,⁶⁵⁾ ‘사회적 신분’이 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로서, 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 회피할 수 없는 사회적 분류”를 의미한다고 한다면 비정규직이라는 고용 형태는 이미 회피하기 어려워진 사회적 신분이 되었다. 비정규직근로자들이 비정규직임을 이유로 차별을 받는 것을 법이 금지하지 않는다면, 그것인 국가가 사회적 신분에 의한 차별을 용인하는 것과 같다. 즉 2)의 부작용 문제는 헌법상 평등권 보장 원리에 따라, 그리고 특히 헌법재판소는 일반 근로자에 대한 해고와 같은 문제에 대한 접근을 제15조 및 헌법 제32조로부터 출발하고 있으므로,⁶⁶⁾ 기간제 및 단시간근로자들에 대한 차별을 시정하고 그들의 근로조건을 보호하는 수단을 통해 이루고자 하는

64) 헌법재판소도 기간제법의 기본방향을 “비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별처우를 금지하고 남용을 규제하되, 노동시장의 유연성과 조화를 도모하는 것”이라고 함으로써 기간제법의 기능 일부가 본문의 1)과 같은 것에 있음을 말하고 있기는 하다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2010헌마219·265(병합) 결정).

65) 서울남부지법 2016. 6. 10. 선고 2014가합3505 판결 참고. 이 판결에서는 “직업 뿐 아니라 사업장 내의 직종, 직위, 직급도 상당한 기간 점하는 지위로서 사회적 평가를 수반하거나 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 회피할 수 없는 사회적 분류에 해당하는 경우 이를 사회적 신분이라 할 수 있다.”고 하면서, “채용절차 단계에서부터 각자의 직역이 결정되어 업무직이나 연봉직의 경우 자신의 의사나 능력과 상관없이 일반직처럼 보직을 부여받을 수도 없고 직급승진도 할 수 없는 구조에서는 피고 회사의 업무직 또는 연봉직이라는 고용형태 내지 근로형태는 피고 회사 내에서 자신의 의사나 능력발휘에 의해 회피할 수 없는 사회적 신분에 해당한다고 봄이 타당하다.”고 판단하였다.

66) 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2001헌바50 결정 참고.

목적은 헌법상 근로자들의 기본적 권리를 확인하는 것이어야 하지 않을까? 물론 헌법 제15조 직업선택의 자유권이 국가에 대하여 “원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리”도 아니고 “사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없”는 추상적 권리이다. 그러나 국가는 “이 기본권에서 나오는 객관적 보호 의무, 즉 사용자에 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무”를 부담한다. 또 헌법 제32조 근로권도 “국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것”은 아니다. 그러나 이것은 “사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것”이다.⁶⁷⁾ 그러한 국가의 정책적 의무가 기간제 및 단시간근로자들에 대해서는 기간제법이라는 형태로 체현되는 것이므로 이 법의 목적 또한 헌법상 근로자들의 권리를 확인, 실현하는 것이어야 한다고 생각한다.⁶⁸⁾

2. 기간제 근로자 사용사유의 제한⁶⁹⁾

위와 같이 기간제법의 목적을 보고자 하는 경우, 기간제법 제4조와 기간제법의 목적의 조화를 생각하지 않을 수 없다. 현행 기간제법의 중요한 문제 중 하

67) 이 문단의 기본권에 관한 따옴표 안의 내용은, 각주 9)의 경우를 제외하고 모두 헌법 재판소 2002. 11. 28. 선고 2001헌바50 결정문에서 인용함.

68) 기간제법이 입안되고 있던 당시 국가인권위원회는 “비정규직 근로자의 노동인권”이라는 단어를 사용하면서, 기간제법이 “비정규직의 지나친 확산을 억제하고, 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하며, 비정규직 근로자의 노동인권을 보호하기에 충분하지 못하다고 판단”된다고 하며, 헌법상 노동인권의 가치와 차별금지원칙의 이념 등을 실현하기 위해서는 비정규직 근로자의 사용을 합리적인 사유가 있는 경우에 한하여 제한적으로 허용해야 한다는 의견을 제시하기도 하였다(2005. 4. 11. “비정규직 관련 법률안에 대한 국가인권위원회의 의견” 전문 참조).

69) 이 부분은 박은정, “기간제법의 쟁점에 관한 제언”, 『노동법학』 제64호, 한국노동법학회, 2017, 15쪽 이하의 내용을 일부 수정하면서 인용함.

나로 지적되었던 것은 기간제법 제4조가 기간제근로자들을 사용할 수 있는 사유를 제한하지 않고 다만 기간의 제한만을 두고 있다는 점이다. 기간제법이 제정되던 즈음 발표되었던 한 논문에서는 이 법이 비정규직의 사용 자체를 제한하지 않는다는 점으로부터 기간제법이 비정규직 근로자들의 상황을 크게 개선하지는 못할 것이라고 지적하기도 하였다.⁷⁰⁾ 또한 2년의 기간 제한을 두고 있기는 하지만 그 예외사유가 지나치게 광범위하기 때문에 문제라는 지적도 있었다.⁷¹⁾

기간제법 시행 후 기간제법 제4조를 바라보는 시각은 크게 두 가지인 듯하다. 첫 번째는 기간제법이 기간제근로의 사용을 제한하고자 하는 취지를 소위 ‘상시적인 업무에 대한 상시고용의 원칙’ 하에 상시적인 업무임에도 불구하고 기간제근로를 무제한적으로 사용하는 행위로서의 기간제근로 계약 남용행위를 방지하는데 있다고 파악하는 견해이고,⁷²⁾ 두 번째는 헌법재판소의 입장에 비추어⁷³⁾ 기간제법의 목적이 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별처우를 금지하고 남용을 규제하는 것에만 있는 것이 아니라 기간제근로계약을 양성화함으로써 노동시장의 유연성과 조화를 도모하는 것에도 있기 때문에 기간제법에서 보장하는 2년 동안은 사용자의 유연한 인력운용을 보장하되, 기간제근로자 사용에 대한 유인효과를 최대한 억제함으로써 기간제근로 남용을 억제하고 정규직 사용 또는 전환을 촉진하고자 하는 데에 그 취지가 있다고 보는

70) 강성태, “비정규직 문제와 노블리스 오블리주”, 『한양법학』(제20집), 한양대학교 법학연구소, 85-86쪽. 이 글에서는 기간제법의 실효성을 의심하는 이유로 본문과 같이 비정규직의 사용 자체를 제한하지 않는다는 점을 거론하기는 하였지만, 그와 함께 차별시정제도의 실효성이 없다는 점이 더 큰 문제라고 지적하였다.

71) 박수근, “비정규직법의 문제점과 개선방향”, 『비정규직법 시행 1년, 노동인권적 접근』(사회권 전문위원회 공개토론회 토론집), 국가인권위원회, 2008, 90쪽.

72) 김홍영, “기간제법상 사용기간제한의 예외인 전문직 특례”, 『성균관법학』 제19권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 244쪽; 김태정·변성영, “기간제법상 사용기간제한의 예외 규정에 관한 소고”, 『성균관법학』 제23권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2011, 823-825쪽.

73) 헌재 2013. 10. 24. 선고 2010헌마219·2010헌마265(병합) 결정.

입장이다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾ 이러한 입장차는 기간제근로계약 종료 후 근로자가 계속고용을 주장할 수 있는 여지가 있는가 여부의 판단으로부터 나타난다. 첫 번째와 같은 입장에서는 기간제근로자의 업무가 상시적이라면 기간제근로계약 해지는 곧 해고와 같은 효과를 나타낼 것이고, 두 번째와 같은 입장에서는 그럼에도 불구하고 기간제근로계약의 기간 만료에 따른 고용해지효과가 나타날 것이기 때문이다. 따라서 첫 번째 입장은, 비록 현행 기간제법이 기간제근로자의 사용사유를 직접 제한하고 있지는 않지만 그럼에도 불구하고 기간제법의 입법 목적을 빌려 기간제근로자 사용사유를 제한하고자 하는 것이라고 볼 수 있다.

기간제법을 바라보는 관점의 차이이기 때문에 어떤 것이 반드시 옳다고 말할 수는 없을 것이다. 다만 다음의 판례를 살펴보자.

대법원은 “근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.”고 말한다.⁷⁶⁾ 기간제법 시행 이후에도,

74) 박지순, “기간연장, 기간제 근로자 고용 유지 관점에서 접근해야”, 『노동법률』, 중앙경제사, 2009.4, 36쪽, 김희성·최홍기, “기간제 근로자의 갱신기대권에 관한 연구”, 『노동법포럼』, 노동법이론실무학회, 2015, 144-145쪽.

75) 이 문단의 기간제법을 바라보는 시각에 대하여 정리된 내용 및 출처는 오세웅, “기간제법상 기간제 근로자 사용기간 제한 예외에 관한 고찰”, 『노동법포럼』(제19호), 노동법이론실무연구회, 2016, 181-182쪽의 내용을 발췌·인용한 것임을 밝힘.

기간제법 시행 이전 2000년대 중반 무렵 법원에 의해 도입된 기간제근로계약에 대한 갱신기대권 논리가 그대로 적용될 수 있다는 것이다. 당연한 논리인 듯 보이기 는 하지만, 기간제법 시행 이후에도 기간제근로계약에 대한 갱신기대권 논리가 유효하게 적용될 수 있을지 여부에 대해서는 학설상 다툼이 있었다. 소극설은 기간제법 시행 이전과 같이 갱신기대권 법리가 작동할 만한 법률의 흠결이 더 이상 존재하지 않는다는 점, 그리고 기간제법 제4조의 입법 목적인 기간제근로자의 고용 보호와 노동시장의 유연성 제고의 조화로운 추구가 필요하다는 점 등을 들어, 기간제법이 시행된 이후에는 갱신기대권 법리를 적용할 수 없다고 주장했다.⁷⁷⁾ 반면 갱신기대권 법리는 기간제법 시행과 상관없이 여전히 적용된다고 주장하는 적극설이 있었다. 적극설은 기간제법 제4조의 고용보호 조항과 갱신기대권 법리는 성립 요건과 소송물이 서로 다르므로 기간제법이 갱신기대권 법리를 대체하거나 폐지하는 효력을 발휘한다고 보기 어렵다는 점,⁷⁸⁾ 기간제법의 입법 목적은 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지하는 것이지 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 고려하고 있지는 않다는 점,⁷⁹⁾ 기간제법 제4조의 강행규정성은 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하지 못하도록 하는 것을 내용으로 할 따름이고, 사용자가 재계약요건 등을 약정하는 방법 등을 통해 갱신기대권을 형성하는 것까지 금지하는 것

76) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결, 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결.

77) 유성재, “「기간제법」의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부”, 『중앙법학』(제12집 제2호), 중앙법학회, 2010, 373-374쪽, 김희성·최흥기, 『기간제 근로자의 갱신기대권에 관한 연구』, 한국경제연구원, 2015, 15쪽 : 도재형, “기간제법 시행 이후 갱신기대권 법리의 적용가능성”, 『노동법연구』(제42호), 서울대학교 노동법연구회, 205쪽에 정리된 내용을 인용.

78) 신권철, “기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환”, 『노동법연구』(제30호), 서울대학교 노동법연구회, 2011, 239쪽.

79) 최창귀, “기간제근로자의 갱신기대권의 제한”, 2012년 10월 15일자 대한변협신문, 대한변호사협회.

은 아니라는 점⁸⁰⁾ 등을 이유로 한다.⁸¹⁾ 위 대법원 판결이 나오기 전까지 하급심의 입장도 소극설과 적극설로 구분되었었다.⁸²⁾

기간제근로자의 기간제근로계약에 대한 갱신기대권론을 보다 보면 이런 생각이 든다. 비록 법원이 “당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합”할 것으로 뭉뚱그려 보기는 하였지만, 기간제법 제4조에도 불구하고 갱신기대권이 인정된다면⁸³⁾ 여기에서 업무의 상시성은 기간제근로계약의 갱신기대를 할 만한 충분조건이 되지 못하는 것일까?

기간제법 시행 이전에 체결된 기간제근로계약에 관한 것이기는 하지만 한 사

80) 김홍영, “기간제법 시행 이후 갱신기대권의 인정 여부”, 『노동법학』(제41호 노동판례리뷰), 한국노동법학회, 2012, 368-369쪽.

81) 이상의 내용은 도재형, 앞의 논문, 206-207쪽의 정리된 내용을 인용함.

82) 소극설적 입장을 취했던 하급심 판결로는 대전고등법원 2015. 11. 26. 선고 2015누11279 판결; 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결, 2012. 2. 16. 선고 2011누29990 판결; 서울행정법원 2016. 5. 13. 선고 2015구합73538 판결 등이 있고, 적극설적 입장을 취했던 하급심 판결로는 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결; 서울행정법원 2015. 1. 15. 선고 2014구합63244 판결, 2015. 10. 2. 선고 2015구합60716 판결, 2015. 11. 19. 선고 2015구합58010 판결, 2016. 9. 23. 선고 2015구합82983 판결, 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결; 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결 등이 있음. 이 판결들 또한 도재형, 앞의 논문, 206쪽 각주 21번 및 23번 및 208쪽 각주 27번에 정리된 내용을 인용하였음.

83) 필자는 “갱신기대권”이라는 권리 아닌 권리에 비판적이다. 우리 법상 ‘기대’는 권리라기 보다는 권리의 침해 또는 존재를 확인하는 가교로서 역할하는데(예를 들어, 민사소송법 제43조는 “법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때” 소송의 당사자가 법관기피신청을 할 수 있도록 하고 있다.) 기간제근로계약은 기간의 만료로 근로관계가 종료된다는 것이 일반적인 이해이다. 그렇다면 사실 기간제근로계약을 체결한 근로자에게 자신의 근로계약기간이 반복갱신될 것이라는 기대가 발생한다는 것은 합리적이지 않다. 그럼에도 불구하고 기간제근로계약의 반복갱신에 대한 기대가 발생한다는 것은 기간제근로계약의 기간의 정함의 효력에 무엇인가 흠결이 발생했다는 의미이다. 기간제근로계약의 기간의 효력에 흠결이 발생했다면, 근로자는 그 기간의 구속을 벗어날 수 있게 되어 기간의 만료에도 불구하고 계속 일할 수 있을 권리를 갖는다. 이것을 확인하고 있는 것이 ‘반복갱신의 기대’를 위해 요구되는 제반 조건들일 것이다. 그렇다면 계속 일할 권리가 있음에도 불구하고 이 권리가 침해당한 경우, 법원은 반복갱신에 대한 기대의 권리가 있다고 말하는 것이 아니라, 기간의 효력이 상실되었으므로 근로자는 계속 일할 권리를 갖는다고 말해야 하는 것이 아닐까?(박은정, “노동관계에서의 기대권”, 『노동판례리뷰』(2013년 7월호), 한국노동연구원, 66-68쪽 참조).

건에서 법원은 5년간 반복갱신된 기간제근로계약에 대한 갱신기대권을 평가하기 위해 근로계약의 실질을 판단하면서 업무의 성격을 고려했다. 즉 문제된 근로자의 업무의 “성격이 한시적이지 않고 ... 상시적, 지속적 업무에 해당”한다는 것이 고려요소가 되어 해당 근로자의 근로계약에 대한 갱신기대권을 인정하였던 것이다.⁸⁴⁾ 이것이 일반적인 법원의 입장은 아니지만(그리고 이 사건의 근로계약은 기간제법 시행 이전에 체결된 것이기도 하지만), 업무의 상시성을 평가요소로 삼았다는 점이 눈길을 끌었다. 그렇다면 다시, 업무의 상시성은 기간제근로계약의 갱신기대를 할 만한 충분조건이 되지 못하는 것일까? 업무의 상시성에도 불구하고 기간제근로계약 체결이 가능하도록 한다는 것은 결국 근로계약의 기간을 이용한 고용의 유연성을 도모할 수 있도록 하겠다는 것이다. 기간제법 제5조에서는 기간이 종료된 기간제근로자의 일자리에 다른 근로자를 채용하려고 할 때가 아니라 “기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우”에 이전의 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하도록 하고 있다. 기간제근로자의 사용사유를 제한하지 않는다는 것으로부터, 기간제법 제5조에 이르기까지 사실상 기간제법 현행 규정은 일자리의 성격에 관계없이 기간제근로자를 번갈아가며 사용할 수 있도록 하고 있는 것이다. 이것이 기간제법의 의도일까? 만약 그렇다면 기간제법 제4조 및 제5조는 잘 구성된 조문이라고 할 수 있겠지만(게다가 근로계약의 기간제한에 대한 예외규정도 폭넓게 열려 있으니), 만약 그렇지 않다면, 다시 말해 일자리의 성격과는 상관없이 근로계약의 기간을 이용해 고용의 유연성을 도모하고자 하는 “사용자의 남용적 행위”를 막고자 하는 법이 곧 기간제법이라면 현행 기간제법 제4조 및 제5조는 다시 구성되어야 할 필요가 있다. 따라서 기간제근로계약을 이용해 근로자를 사용할 수 있는 업무는 일자리 자체가 기간제근로계약에 적합한 것이어야 하고, 이를 위해 기간제법은 기간제근로계약을 사용할 수 있는 사

84) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24361 판결.

유를 명시해야 한다.

3. 기간제근로자 사용사유

20대 국회 이후 기간제 근로자 사용사유제한에 관한 입법안들이 발의되었었다. 기간제근로자 사용사유제한에 관한 입법 발의가 가장 활발하게 이루어진 것은 2016년, 20대 국회 초반인데 이인영 의원안, 김경협 의원안, 박주현 의원안은 네가티브 방식(원칙적으로 허용하되, 예외적인 금지대상 업무를 규정하는 방식)이고, 송옥주 의원안은 포지티브 방식(원칙적으로 금지하되, 예외적인 허용대상을 규정하는 방식)을 취하고 있다. 박광온 의원안은 네가티브 방식이기는 하지만 금지대상 업무를 규정하는 방식은 아니고, 일정 비율로 제한을 하는 안을 취하고 있다. 이 안들은 대개 임기만료폐기되었는데, 2020년 21대 국회에서 이인영 의원은 20대 국회에 제출하였던 개정안 그대로 법안을 다시 상정하였다.

기간제 근로자 사용사유를 제한하면서 취하는 네가티브 방식은 일단 기간제 근로자 사용에 관한 현행 기간제법을 그대로 두고, 다만 생명·안전업무와 같은 경우에 대하여 기간제 근로자 사용을 제한하는 방식을 채택하고 있다. 포지티브 방식은 원칙적으로 기간제 근로자 사용을 금지하면서 다만 출산·육아, 질병·부상, 휴직 등으로 인한 결원이 발생하여 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우나 계절적 사업의 경우 및 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우 등으로 기간제 근로자 사용이 반드시 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 기간제 근로자 사용을 허용하는 방식을 취하고 있다. 이러한 법안들은 기간제 근로자의 사용을 원칙적으로 허용하느냐 아니냐에 따라 차이가 있는데, 어떤 방식이 기간제 근로자 사용사유의 제한이라고 하는 목표에 부합하는지에 대해 생각할 필요가 있다. 또한 네가티브 방식의 경우에도 생명·안전업무에만 국한하

는 것이 적합한 지에 대해서도 생각할 필요가 있다.

필자는 헌법상 근로권 보장의 취지와 기간제법 제정의 목적은 근로자의 고용이 원칙적으로 기간의 정함이 없는 형태로 이루어질 때 달성될 수 있는 것이라고 생각한다. 무엇보다도 기간제법의 목적인 노동시장의 건전한 발전은 더욱 그러하다. 다만, 예외적으로 일정한 경우에는 기간제 근로자의 사용을 허용할 필요가 있다고 생각하는데, 송옥주 의원안이 담고 있는 것과 같이 결원으로 인하여 해당 업무를 대체하는 경우, 계절적 사업의 경우, 일정한 사업 완료에 필요한 경우 등이다. 이는 일자리 내지 업무의 상시·계속성을 고려한 것이고, 기간제 근로계약은 어디까지나 일자리나 업무가 상시·계속적이지 않은 경우에만 성립할 수 있다는 원칙을 세우는 것이 가장 중요하다고 생각한다. 따라서 네가티브 방식보다는 포지티브 방식으로 기간제 근로자의 사용을 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 일시적 기간제 근로계약의 사용이 필요한 경우에만 허용해야 한다.

<기간제근로자 사용사유제한에 관한 입법 발의안>

의안번호	발의연월일	대표발의자	내용(개정안)
2000113	2016. 6. 7.	이인영	(제4조 제3항 신설) ③ 제1항에도 불구하고 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무에 기간제근로자를 사용하여서는 아니되며, 제1호부터 제3호까지의 업무로 기간제근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업의 업무 중 국민의 생명과 안전에 관련되거나 근로자의 보호 필요성이 있는 업무 가. 건설공사현장에서 이뤄지는 업무 나. 「항만운송사업법」 제3조제1호, 「한국철도공사법」 제9조제1항제1호부터 제4호까지, 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」 제40조, 「물류정책기본법」 제2조제1항제1호의 하역업무로서 「직업안정법」 제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무

			<p>다. 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 분진작업을 하는 업무, 「산업안전보건법」 제44조에 따른 건강관리수첩의 교부대상 업무, 「의료법」 제2조에 따른 의료인의 업무 및 같은 법 제80조에 따른 간호조무사의 업무, 「의료기사 등에 관한 법률」 제3조에 따른 의료기사의 업무, 「응급의료에 관한 법률」 제2조에 따른 응급의료종사자 업무</p> <p>라. 「선원법」 제2조제1호에 따른 선원의 업무</p> <p>마. 「산업안전보건법」 제28조에 따른 유해하거나 위험한 업무</p> <p>바. 「여객자동차 운수사업법」 제2조제3호에 따른 여객자동차운송사업의 운전업무</p> <p>사. 「항공법」 제2조제3호에 따른 항공업무</p> <p>아. 「도시철도법」 제2조제6호가목·나목 및 같은 조 제6호의2가목에 따른 운전 및 정비업무</p> <p>2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무 중 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 업무로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 업무로서 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>가. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제 및 석유공급사업</p> <p>나. 공중위생사업, 의료사업 및 혈액공급사업</p> <p>3. 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 기간제근로자를 사용하는 것이 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>* 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
2000348	2016. 6. 20.	김경협	<p>(제4조 제3항 신설)</p> <p>③ 제1항에도 불구하고 사용자는 선박, 자동차, 철도(도시철도를 포함한다), 항공기를 이용하여 여객을 운송하는 사업 중 국민의 생명·안전과 밀접한 업무(정비업무와 승무업무를 포함한다)로서 대통령령으로 정한 업무에 대하여는 기간제근로자를 사용하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.</p> <p>1. 출산·육아·질병·부상 등으로 업무를 수행할 수 없는 근로자를 대신하여 그 사유가 해소될 때까지 사용하는 경우</p> <p>2. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진법에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 고령자로서 관련 법령에 따라 해당 업무의 수행에 필요한 전문지식 및 자격을 갖추고 대통령령으로</p>

			<p>정하는 기간 이상 근무한 경력을 가진 사람을 사용하는 경우</p> <p>3. 그 밖에 기간제근로자를 사용하는 데 합리적인 사유가 있는 경우로서 「근로기준법」 제24조제3항에 따른 근로자대표와의 서면 합의가 있는 경우</p> <p>* 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
2001062	2016. 7. 22.	박주현	<p>(제4조의2 신설)</p> <p>제4조의2(기간제근로자 사용 금지 업무) 국민의 생명과 안전을 보호하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무에는 기간제 근로자를 사용하여서는 아니 된다.</p> <p>1. 국민의 생명과 안전 보호와 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업의 업무</p> <p>가. 「대중교통의 육성 및 이용촉진에 관한 법률」 제2조제2호가목에 따른 승합자동차의 운전, 정비 및 보수에 관한 업무</p> <p>나. 「도시철도법」 제2조제9호에 따른 도시철도종사자의 업무</p> <p>다. 「산업안전보건법」 제28조제1항 및 제29조제5항에 따른 유해하거나 위험한 업무</p> <p>라. 「선박직원법」 제11조제2항에 따른 선박직원의 직무</p> <p>마. 「소방기본법」 제16조제1항에 따른 소방활동</p> <p>바. 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 분진작업을 하는 업무</p> <p>사. 「철도안전법」 제2조제10호에 따른 철도종사자의 업무</p> <p>아. 「항공법」 제2조제3호에 따른 항공업무</p> <p>자. 「원자력안전법」 제2조제21호에 따른 방사선작업종사자의 업무 및 방사선 등 화학물질 등의 취급 및 수리 보수, 철거 해체와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>차. 그 밖에 다중이 이용하는 시설 안전관리 및 유지·보수와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무 중 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 업무로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 업무로서 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>가. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유 정제 및 석유공급사업</p> <p>나. 「응급의료에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 응급의료업무 등 병원사업 및 혈액공급사업</p> <p>3. 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 기간제</p>

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회

			근로자를 사용하는 것이 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령으로 정하는 업무 * 별칙규정 없음
2001499	2016. 8. 9.	송옥주	(제4조 개정) 제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 1. 출산·육아, 질병·부상, 휴직 등으로 인한 결원이 발생하여 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우 2. 계절적 사업의 경우 3. 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우 4. 근로자가 학업, 직업훈련 등의 사정으로 자신의 의사에 따라 기간을 정한 경우 5. 국가 또는 지방자치단체의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 ② 사용자가 제1항 각 호의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 기간제근로자로 사용하거나 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 또는 제4조의2에 따른 휴지기간 중에 기간제근로자(파견근로자를 포함한다)를 사용한 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. ③ 사용자는 제1항에 따라 기간제근로자를 사용할 경우에는 서면으로 근로계약을 작성하고 계약기간을 명시하여야 한다. 서면에 의한 근로계약을 작성하지 않거나 근로계약서에 계약기간을 명시하지 않은 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. (제4조의2 신설) 제4조의2(휴지기간) 사용자는 기간제근로자를 사용한 업무에 대하여 총 기간제 근로기간의 3분의 1에 해당하는 기간이 경과하기 전에는 다시 기간제근로자 또는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제2조제5호에 따른 파견근로자를 사용하여서는 아니 된다.
2014435	2018. 7. 16.	박광운	(제4조 제3항 신설) 제4조 ③ 사용자는 대통령령으로 정하는 직무별 비율 범위 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있다.
2100482	2020. 6. 15.	이인영	의안번호 2000113과 동일

4. 기간제한 예외사유에 대한 문제

한편, 최근의 한 사례는 사용사유 제한에 대한 초점을 상시지속업무에만 두는 것이 바람직한 것인가에 대한 의문을 발생시켰다. 이 사례에서 근로자는 2006년 11월 1일에 회계업무 사무원으로 기간제 근로계약을 체결하고 입사, 이후 2008년부터는 기간이 정해진 정부연구사업 종사 근로자로 계약(역시 회계업무 담당), 그때부터 2014년까지 계속 그 사업 종사 근로자로 근무하였으며, 2015년 1월 청년인턴계약, 2015년 3월 육아휴직 대체자로 2019년 5월 23일까지 근무하다가 계약이 종료되었다(계약기간 중 기간제근로계약은 사유를 달리하여 총 15회 반복). 근로자는 2019년 6월 13일 경기도노위에 사용자가 근로자를 부당해고하였다는 취지로 구제신청을 하였고, 경기도노위는 2019년 10월 14일 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되었으므로 계약기간 만료를 이유로 근로관계를 종료한 것은 부당해고라는 이유로 구제신청을 받아들이는 초심한정을 하였으며, 이에 불복한 사용자는 2019년 11월 20일 중노위에 재심신청을 하였으나 중노위는 2020년 1월 14일 재심신청을 기각하는 재심판정을 하였다. 사용자가 제소한 행정소송에서 행정법원은 근로자가 약 13년간 공백 없이 근로를 제공하였고, 약 13년간의 근로 내용에 유사점이 보이는 하지만 그와 같은 사정만으로 계약기간이 형식에 불과하다고 보기에는 부족하다고 판단하였다. 특히 근로자가 기간제근로계약 기간제한의 예외사유에 해당하는 사유로 기간제 근로계약을 체결하고 있었음을 주요한 이유로 삼았다. 이 문제는, 기간제법 제4조 제1항 단서 각 호의 사유를 달리하면서 계속되는 기간제 근로계약에 갱신기대권이 발생하는지의 문제와 함께, 기간제법 제4조 제2항의 적용 범위와 관련하여 “제1항 단서의 사유가 없거나 소멸”의 의미 해석에 대한 문제를 제기하게 한다. 갱신기대권을 인정할 것인지의 문제는 법원의 해석에 맡겨지는 문제이고, 입법적으로는 제4조 제1

항 단서 각 호의 사유를 달리하면서 반복적으로 한 근로자를 기간제 근로자로 계속 사용하는 것을 제한하는 조치가 요구된다.

Ⅲ. 차별시정제도 개선과 동일가치노동 동일임금 원칙의 규정

1. 차별시정제도의 개선

차별시정제도의 개선에 관한 얘기를 한지도 참 오래된 듯하다. 2007년 기간제법 시행 이후 지속적으로 비교대상근로자에 대한 문제, 차별시정신청권자 확대 필요성에 관한 문제, 고용형태에 대한 동일가치노동 동일임금 지급 원칙의 제정 필요성에 관한 문제 등에 대해 많은 논의들이 있었지만, 2012년 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구권 및 확정된 시정명령의 효력 확대제도가 신설된 것 이외 별다른 입법적 변화를 만들어내지 못하고 있다. 차별시정제도에 대해서도 아래의 표와 같이 몇 건의 개정 입법 발의 안들이 있었고, 차별시정신청권자 확대(홍영표 의원안), 비교대상자 확대(송옥수 의원안, 김해영 의원안), 사실상 동일노동 동일임금 원칙을 적용하기 위한 임금체계 규정 등(서형수 의원안)의 내용을 담고 있다.

<차별시정제도 관련 입법 발의안>

의안번호	발의연월일	대표발의자	내용
2001239	2016. 7. 27.	홍영표	<ul style="list-style-type: none"> 차별적 처우를 당한 근로자가 가입한 노동조합 등 관련 행정절차를 처리할 능력을 갖춘 단체도 신청인이 될 수 있도록 당사자요건을 확대 신청기간도 12개월로 확대
2001499	2016. 8. 9.	송옥주	<ul style="list-style-type: none"> 4인 이하 사업장의 비정규직 근로자도 비정규직 차별시정절차를 적용받을 수 있도록 함(안 제3조제2항). 차별시정 신청의 비교대상자를 선정함에 있어

			<p>휴직, 파견 등의 사유로 지금 당장 해당 직무에 근무하는 근로자가 없더라도 해당 직무를 수행하는 근로자가 존재했던 사실만으로 해당 근로자를 비교대상 근로자로 선정할 수 있도록 함(안 제8조제1항 및 제2항).</p> <ul style="list-style-type: none"> 차별적 처우를 판단함에 있어 비교대상 근로자의 불명확성을 해소하고 객관적인 기준을 제시하기 위하여 동일 사용자에 의해 설립된 다른 사업장의 근로자를 비교대상 근로자로 보도록 함(안 제8조제3항 신설). 차별시정신청의 신청권자 범위를 근로자뿐만 아니라 그 근로자가 가입한 노동조합 및 그 연합단체로 확대하고, 신청기간도 차별적 처우가 ‘있을 날’에서 ‘있음을 안 날’로 늘림(안 제9조제1항 및 제2항).
2019879	2019. 4. 18.	서형수	<ul style="list-style-type: none"> 사용자는 합리적인 이유 없이 기간제근로자 또는 단시간근로자임을 이유로 기간의 정함이 없는 근로자 또는 통상근로자와 서로 다른 임금체계를 적용할 수 없도록 하되, 합리적인 이유로 달리 설정하는 경우에는 그 이유와 내용을 해당 근로자에게 서면으로 통지하고 설명하도록 함(안 제8조제3항 신설). 전항 임금체계 이외의 임금, 상여금, 성과금, 복리후생 등 처우에 대해서도 비정규직 근로자의 처우를 달리 적용하는 경우 해당 근로자에게 서면통지 및 설명의무를 부과하고, 그렇지 않은 경우 무효로 하고 동일한 처우를 적용한 것으로 봄(안 제8조제4항 신설). 비정규직 근로자가 비교대상 근로자의 처우의 내용과 차이의 이유에 대한 정보를 요청할 경우 사용자가 이를 제공하도록 함으로써 근로자의 정보제공 청구권을 보장하고 사용자의 설명의무를 부과함(안 제8조제5항 신설). 동종 또는 유사업무의 기준, 합리적인 차이 설정의 인정 범위, 처우 관련 정보의 공개 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 함(안 제8조제6항 신설).
2022970	2019. 10. 23.	김혜영	<ul style="list-style-type: none"> 차별적 처우의 기준이 되는 근로자를 해당 사업 또는 사업장의 동일 가치 업무에 종사하는 근로자로 변경하고, 차별시정신청의 신청기간을 근로계약기간이 종료된 날부터 3년으로 확대함(안 제8조제1항-제2항, 제9조제1항).

기간제법의 첫 번째 목적은 기간제 근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별의 시정이다. 현행 법상 차별시정제도가 이 목적을 달성하기 위해 시급하게 필요한 과제는 첫째, 비교대상근로자의 범위를 확대하는 것, 둘째, 차별시정신청권자를 확대하는 것, 셋째, 고용형태를 이유로 하는 임금 차별에 대처하기 위해 동일가치노동 동일임금 원칙을 선언하는 것이라고 생각한다. 첫째 및

둘째 문제에 대해서는 이미 많은 논의가 있었기 때문에 여기에서 다시 언급하는 것은 무의미하다고 생각된다.

2. 차별의 합리적 이유에 대한 검토

현행 기간제법상 금지되는 차별적 처우는 임금, 정기상여금, 경영성과금 기타 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항 등을 “합리적인 이유 없이 불리하게 처우”하는 것이다. 여기에서 첫째, 불리한 처우라는 결과를 어느 정도까지 요구해야 하는지, 둘째, 불리한 처우에 대한 합리성은 어느 정도까지 허용될 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 차별적 처우에 관한 기간제법 정의 규정을 개정하는 것을 검토할 필요가 있는데, 예를 들어 불리한 처우에 대한 객관적 필요성의 요구, 객관적 필요성에도 불구하고 불리한 처우의 방법이나 정도에 대한 적정성의 요구와 같은 것을 직접 명문화하는 방법을 생각할 수 있다.

3. 동일가치노동 동일임금원칙 선언의 필요성⁸⁵⁾

일반적인 성을 이유로 하는 차별금지의 원칙은 임금 등 보수를 결정하는 여러 조건들 뿐만이 아닌, 근로계약상의 모든 근로조건에 대하여 영향을 미친다. 반면 남녀 동일가치노동에 대한 동일임금 원칙은 고용상 차별에 대한 일반적 금지에서 급여 문제가 배제되는 경우에 발생하는 간극을 채우는데 필요한 합리성 판단의 요소들보다 훨씬 광범위하게 차별을 인정하고자 하는 것이라고 말할 수 있다. 동일가치노동의 의미가 동일·유사노동의 범위를 넘어서 동일가치성을 판단하는 범위로까지 확대되는 것이 그 대표적인 예일 것이고, 또한 동일임금의 범위는 일반적인 근로의 대가로서 지급되는 임금 이외 복리후생비까

85) 박은정 외(2018), 「동일가치노동 동일임금원칙 적용방안 마련을 위한 기초연구」, 2018년 고용노동부 정책연구용역보고서의 내용 일부를 발췌 요약한 것임.

지 포함되는 것으로부터 그 의미를 찾을 수 있는 것이다. 그런데 이러한 의미에서의 동일가치노동에 대한 동일임금지급 원칙이 성을 이유로 하는 차별과 관련하여서만 적용되는 것인가에 대한 의문이 있을 수 있다.

우리나라의 근로기준법 제6조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”고 규정하고 있다. 근로형태가 차별적 처우에 대한 명시적 금지사유로 포함되어 있지는 않지만, 무기계약직 근로자의 고용형태가 사회적 신분에 해당한다는 판례가 있기도 하였다(서울중앙지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가합528531 판결)⁸⁶⁾. 근로형태에 따른 차별을 명시적으로 금지하고 있는 것은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하, 기간제법)과 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하, 파견법)이다. 두 법에서는 각각 사용자는 기간제근로자 또는 단시간근로자 또는 파견근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장(파견근로자의 경우 사용사업주 사업) 내의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 또는 통상근로자(파견근로자의 경우 ‘근로자’)에 비하여 차별적 처우를 할 수 없도록 하고 있다(기간제법 제8조, 파견법 제21조). 이때 차별적 처우란 근로기준법상의 임금, 정기상여금·명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과금, 기타 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 의미한다. 여기

86) 이 판결이 사회적 신분을 ‘장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하는 것으로서’ ‘자신의 의사나 능력발휘에 의하여 변경될 수 없는 계속적·고정적인 성격을 가지’는 것으로 보고 무기계약직이라는 고용형태가 사회적 신분에 해당하는 것으로 판단하였지만, 이 판결의 상급심인 서울고등법원 2017. 11. 24. 선고 2016나 2070186 판결은 사회적 신분의 의미를 ‘후천적으로 근로자가 상당 기간 동안 차지하고 있고 개인의 의사로 쉽게 변경될 수 없는 인격적 표지로서 소수자의 차별로 연결되기 쉬운 사회적 지위’라고 판단하여 소수자의 차별로 귀결될 수 있는 ‘인격적 표지성’이 없는 고용형태는 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판단하였다. 한편 고용형태를 사회적 신분으로 해석한 다른 판결로는 서울남부지방법원 2016. 6. 10. 선고 2014가합3505 판결도 있다.

에서 임금 등 각종 보수를 차별적 처우의 금지대상으로 규정하고 있으므로, 사실상 동일가치노동 동일임금원칙이 선언되고 있는 것이나 마찬가지로 해석도 있을 수 있다.

그러나 앞서 말하였듯, 차별금지의 원칙은 임금 등 보수를 결정하는 여러 조건들 이외 근로계약상의 모든 근로조건에 대하여 영향을 미치는 것이고, 동일가치노동에 대한 동일임금 원칙은 여러 근로조건 중 특히 임금과 관련한 차별의 문제를 일반적 차별금지원칙상의 ‘합리성 판단’보다도 훨씬 엄격하게 판단하기 위한 목적을 갖고 있다. 다시 말해, 일반적으로 어떤 문제가 법이 금지하는 차별에 해당하는지 아닌지는 ‘합리적 이유’의 유무에 달려있다. 고평법 제2조 제1호가 ‘차별’을 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우” 등을 의미하는 것으로 규정하고 있는 것과 같다. 그리고 고평법 제7조 제1항은 “사업주는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 차별하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있으므로, 곧 사업주는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 “성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를” 해서는 안되는 것으로 이해하면 되는 것이다. 그러나 동일가치노동 동일임금규정인 제8조 제1항은 “사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 합리적인 이유의 유무를 떠나, 동일한 사업 내에서 이루어지는 동일가치노동에 대해서는 동일한 임금이 지급되어야 하는 것이다. 따라서, 동일가치노동 동일임금원칙의 적용과 관련한 소송에서는 임금차별에 대한 합리성 유무 보다는 노동의 동일성, 실질적 동일 또는 유사성, 동일가치성 판단이 이루어지게 되고, 여기에서 노동의 동일성이 인정되었음에도 불구하고 동일임금이 지급되지 않은 경우에는 법을 위반한 것이 되는 것이다.⁸⁷⁾

그런데 기간제법과 파견법에서는 동일가치노동 동일임금을 선언하고 있지 않고 고용형태를 이유로 하는 “차별적 처우”를 금지하고 있는 바, 법원과 노동위원회는 ① 차별적 처우 시정신청을 한 당사자에게 적격성이 있는지, ② 당사자 적격이 인정된다면 비교대상근로자의 선정이 적절한지, ③ 근로조건에서 불이익한 처우가 존재하는지, ④ 불이익 처우가 존재한다면 합리적인 이유가 없는 차별적 처우에 해당하는지 여부를 순차적으로 판단하고 있다. 이 구조에서 노동의 동일·유사성은 비교대상근로자 선정 시 활용되고, 비교대상근로자에 비한 불이익처우가 있을 때 그것의 합리성 유무에 따라 차별 성립 여부가 판단되게 된다. 그런데 만약 이러한 고용형태와 관련한 동일가치노동 동일임금 원칙이 규정된다면, 위와 같은 판단 구조는 달라져야 하고, 예를 들어 업무의 동종·유사성을 찾을 수 있는 비교대상근로자가 발견되는 경우 “동일·유사노동”에 해당하게 되는 바 이때에는 - 만약 법으로 임금 상 차이를 둘 수 있는 사유를 규정하고 있다면 그러한 사유에 해당하지 않는 한, 혹은 이에 준할 만한 중요한 사유가 없는 한 - 동일임금을 지급해야 할 것이다.

이렇듯 현재 기간제법 등의 차별적 처우 금지 규정과 동일가치노동 동일임금 원칙의 의미는 사뭇 다르다고 할 수 있으므로, 차별적 처우 금지 규정을 통해 동일가치노동 동일임금원칙이 이미 사실상 실현되고 있다고 보기는 어렵다. 한편 기간제법과 파견법은 무기계약근로자와 같이 신설된 직군을 통해 소위 “정규직 근로자”와 다른 고용형태를 갖고 있는 경우에는 적용되지 않는다. 그래서 고용형태가 근로기준법 제6조에서 균등처우의무를 부과하고 있는 사회적 신분에 해당한다는 주장을 통해 고용상 차별을 해소하려는 시도가 있었던 것이다. 하지만 법원을 통한 이 시도가 실패했고, 사회적 신분의 의미에 대한

87) 이러한 점에서 동일가치노동 동일임금원칙 적용을 다룰 때 법원이 취하고 있는 판단 방식(① 동일가치노동의 개념 정의 → ② 동일가치노동의 판단기준 제시 → ③ 임금결정기준 확인 → ④ 직무평가 → ⑤ 동일가치노동 판단 → ⑥ 합리적인 이유 판단)에는 문제가 있고, 국가인권위원회가 취하고 있는 판단방식(① 임금차별 판단기준 제시 → ② 동일노동 여부 판단 → ③ 직무평가/동일가치노동 판단)이 옳다고 생각된다.

해석이 일치되지 않고 있는 것을 통해 알 수 있듯, 현재의 법제로는 무기계약 근로자와 같이 직군신설이나 직군분리 등을 통해 구분되고 있는 고용형태에 대응할 수 없다. 하지만 동일가치노동 동일임금원칙이 법제화된다면 여기에서도 역시 비교대상군과의 직무평가 등을 통해 동일가치노동성이 인정된다면 동일임금이 지급되어야 한다. 동일가치노동성이 인정됨에도 불구하고 동일임금이 지급되지 않을 수 있는 사유는, 차별에 대한 합리적 이유보다 훨씬 더 엄격한 기준으로 판단되어야 한다. 실제 여성에 대한 동일가치노동 동일임금이 실현하고자 하는 것은 단순한 임금격차를 해소하고자 하는 것에만 있는 것은 아니고, 성별 분리정책을 통해 여성을 저임금 구조에 고착시키고자 하는 구조적 차별에 대응하고자 하는 것이었다. 노동의 동일유사성 평가만으로는 직무·직군 분리를 통한 구조적 차별에 대응할 수 없기 때문에, 비록 서로 다른 노동이라 할지라도 동일한 가치를 갖는 것으로 평가받을 수 있다면 동일한 임금을 주어야 한다는 것이 동일가치노동 동일임금원칙이다(이 가치평가를 위해 직무평가제도 도입이 반드시 요구되고, 그 중요성이 강조되는 것이다). 근래 우리나라에서는 직무·직군분리를 통해 고용형태에 따른 저임금 구조화가 이루어지고 있는데, 이것이 정규직과 비정규직 근로자간의 차별 문제로서 다루어지는 경우가 있다 하더라도 동일유사업무에 종사하지 않는 한 서로 다른 임금을 줄 수 있다는 것이 현행 법의 태도이므로, 직무·직군분리로 대표되는 고용형태에 기초한 업무분리정책의 구조적 차별에 대응하기 위해서는 동일가치노동 동일임금원칙이 필요하다. 고용형태에 대한 동일가치노동 동일임금원칙의 법제화는 고용형태를 기반으로 하는 구조적 차별에 문제제기를 할 수 있게 하는 한편, 그에 따라 고용형태에 따른 임금격차를 해소하는데 중요한 도구가 될 수 있다.

입법적으로 고용형태를 포함하는 동일가치노동 동일임금 원칙을 어디에 규정할 것인지가 논란이 될 수 있을 듯한데, 국정과제의 목표에서는 근로기준법에

규정하는 것을 제시하였다. 동일가치노동 동일임금이 모든 근로자의 기본적인 권리로서 작용할 수 있기 위해서는 근로기준법의 균등처우규정과는 별도의 조문으로 규정하는 방법이 적절할 것이다. 다만 임금평등법 제정을 고려해볼 수도 있다. 동일가치노동 동일임금원칙을 규정은 동일노동, 동일유사노동, 동일가치노동을 세분화하여 규정할 필요가 있고, 동일임금의 범위에 대한 논란도 있다. 이러한 요구에 부응하기 위해서는 동일가치노동의 의미, 동일임금의 범위, 그리고 노동의 동일가치성을 평가하는 방법과 그 기준을 제시하는 것 등 여러 가지 내용이 필요하다. 즉, 임금평등에 대한 여러 가지 요구사항들을 법제적으로 수용하기 위해서는 기존의 개별법상의 어느 한 조문을 수정하거나 추가하는 것만으로는 불충분하고, 임금평등법(단, 이 법은 남녀의 동일가치노동 동일임금 원칙을 규정하기 위한 법이다)과 같은 단행법을 제정함으로써 필요사항들을 입법화하는 것이 현재의 임금격차문제를 해소할 수 있는 가장 합리적이고 충분한 방법이 아닐까 생각한다.

임금평등법

전문

온타리오 주에서 여성 직무군 *female job classes*에 고용된 근로자에 대한 보수 *compensation*에서 성차별 *gender discrimination*을 교정하기 위해 취해진 적극적 조치 *affirmative action*는 타당하다.

PART I GENERAL - Definitions

1 (1) 본 법률에서,

‘보수’는 고정액 또는 확정할 수 있는 금액을 받을 권한이 있는 임무를 수행한 사람의 이익을 위해서 또는 그에 제공하거나 지불된 모든 금전 또는 부가급여를 의미한다.

‘사업장’은 본 법률 제14조와 제15조에 정한 바와 같이 지리적 구획 내에 또는

구획들 내에서 고용되어 있는 사용자의 근로자 모두를 의미한다.

‘여성 직무군’이란 ‘남성 직무군’을 정한 (b)항에서 정한 바와 같은 남성 직무라고 정해진 경우를 제외하고, 다음과 같은 경우를 의미한다.

- (a) 그 구성원의 60% 이상이 여성인 직무군
- (b) 감독관 또는 임금평등심판소 심리에서 여성 직무군으로 결정된 직무군, 또는, 있다면, 사용자와 교섭대표 사이 단체협약이 해당 사용자의 근로자들에 대해서 여성 직무군으로 정한 직무군

‘지리적 구획’은 행정구획법Territorial Division Act, 2002에 의해 정해진 지리적 구역을 의미한다.

‘직무군job class’은 유사한 임무와 책임, 유사한 자격을 필요로 하는 사업장내에 직위로, 유사한 채용절차로 총원되며, 같은 보수기준, 급여 등급 또는 급여율 범위를 가진 것을 의미한다.

‘직무 임금율job rate’은 어떤 직무군에 대한 가장 높은 보수율을 의미한다.

‘직무-직무 비교법(job-to-job method of comparison)’은 제6조에 정한 임금평등이 존재하는지를 결정하는 방법을 의미한다.

‘남성 직무군male job class’은 ‘여성 직무군’을 정한 (b)항에서 정한 바와 같이 여성 직무군으로 결정된 것을 제외하고 다음과 같은 경우를 의미한다.

- (a) 그 구성원의 70% 이상이 남성인 직무군, 또는
- (b) 감독관 또는 임금평등심판소 심리에서 남성 직무군으로 결정된 직무군, 또는, 있다면, 사용자와 교섭대표 사이 단체협약이 해당 사용자의 근로자들에 대해서 남성 직무군으로 정한 직무군

(5) 직무군의 결정

직무군이 여성직무 인지 또는 남성직무인지 여부를 결정하거나 합의할 때 고려해야 할 사항은 그 직무의 종사자 구성 대한 연혁, 성별 고정관념, 그리고 시행령이 정한 바와 같은 기타의 기준들이다.

4 (1) 목적

본 법률의 목적은 여성 직무군의 근로자가 수행한 노무에 대한 보수에 대한 제도적 성차별을 시정하기 위한 것이다.

(2) 제도적 성차별의 식별

보수 조건과 수행된 노동의 가치 측면에서 사업장 내에 여성 직무군과 그 사업장 내에 남성 직무군을 비교하는 방법으로 보수에 있어서 제도적 성차별이 식별된다.

5.1(1) 임금평등의 달성

본 법률의 목적에서, 사업장 내에 임금평등은 그 사업장 내에 모든 여성 직무군이 직무-직무 비교법job-to-job method comparison 또는 비례적 가치 비교법proportional value method of comparison에 따라서 각 직무 또는 직무군과 비교되고, 그에 따라서, 각 여성 직무군의 직무 임금율이 조정된 때에 달성된다.

6 (1) 임금평등의 달성

본 법률의 목적에서, 임금평등은 직무-직무 비교법에 의해서, 비교대상이 되는 여성 직무군의 직무 임금이 동일하거나 비교 가능한 가치인 노무들이 수행되는 같은 사업장 내에 남성 직무군의 직무임금율과 최소한 동일한 경우에 달성된다.

(2) 제1항의 목적에서 비교하기 위한 남성 직무군이 없는 경우에, 임금평등은, 비교대상인 여성 직무군의 직무임금율이 비교시점에 그 여성 직무군 보다 더 낮은 가치의 노무를 수행하지만 더 높은 직무임금율이 적용되는, 같은 사업장 내에, 남성 직무군의 직무임금율과 최소한 동일한 경우에 달성된다.

(3) 비교의 기초

한 사업장 내에 여성 직무군과 같은 사업장 내에 남성 직무군들 사이에 하나 이상의 비교가 가능한 경우에, 임금평등은 여성 직무군의 직무임금율이 최소한 그 남성 직무군의 직무임금율과 같은 경우에 달성된다.

(a) 양측 직무군이 수행하는 노무가 동일하거나 비교가능한 가치라면, 가장 낮은 직무임금율과 비교

(b) 남성 직무군이 수행하는 노무의 가치가 더 낮다면, 가장 높은 직무임금율과 비교

(4) 직무-직무 비교법에 의한 비교는 다음과 같이 한다.

(a) 교섭단위 내에 직무군들은 그 교섭단위 내에 직무군들 사이에서 비교한다.

(b) 교섭단위 외부에 직무군들은 교섭단위 외부에 있는 직무군들 사이에서 비교한다.

(5) 만일, 제4항을 적용한 후에, 비교대상이 되는 여성 직무군의 노무와 동일하거나 비교가능한 가치가 있는 노무를 수행하는 남성 직무군이 없는 경우에는, 그 여성 직무군은 그 사업장 전체에 있는 남성 직무군과 비교한다.

(6) 직무집단

어떤 직무집단에 종사하는 근로자의 60% 이상이 여성인 경우에, 사용자는 그 직무집단에 속한 직무군들을 하나의 여성 직무군으로 취급할 수 있다.

(7) 감독관 또는 심판소 심리에서 그 직무집단이 여성 직무군으로 간주되어야 한다고 결정되된 경우에, 사용자는 직무집단에 속한 직무군들을 하나의 여성 직무군으로 취급할 수 있다.

(8) 사용자는 교섭대표와 체결한 단체협약으로, 해당 사용자의 근로자들에 대하여, 직무집단에 속한 직무군들을 하나의 여성 직무군으로 처우하기로 정할 수 있다.

(10) 정의

본 조항에서 ‘직무집단’이란 연속적인 수준에서 조직되고 연결되는 각 직무군의 노무를 수행하기 위해 필요한 노무의 성질로 인해서 서로 관계를 유지하는 일련의 직무군을 의미한다.

7 임금평등의 의무

(1) 모든 사용자는 자신의 모든 사업장에서 임금평등을 정한 보수 규정을 설정하고 유지해야 한다.

(2) 사용자는 본 조항에 반하는 내용의 보수 규정을 목적으로 교섭하거나 합의할 수 없다.

21.3 비례적 가치 비교법 *Proportional value comparison method*

(1) 다음과 같은 경우에, 여성 직무군에 대한 임금평등은 비례적 가치 비교법으로 달성된다.

(a) 그 직무군이 본 조항에 따른 남성 직무군의 대표적 집단 또는 대표적 남성 직무군과 비교되는 경우,

(b) 그 여성 직무군의 직무임금율이 그 직무군이 수행한 노무의 가치에 대한 관계가 남성 직무군의 직무임금율이 그 직무군이 수행한 노무의 가치에 대해 갖는 정도 또는 그 남성 직무군들의 직무임금율이 그 직무군들이 수행한 노무의 가치에 대해 갖는 정도, 혹은, 그 어느 쪽과 동일한 경우

(4) 비교제도 *Comparison system*

비교는 성중립적 비교제도 *gender-neutral comparison system*을 사용하여 시행되어야 한다.

IV. 단시간 근로자의 개념과 초과근로에 관한 문제⁸⁸⁾

1. 단시간근로자 비교대상근로자의 문제

근로기준법상 단시간근로자에 대한 규정에 기초한 단시간근로자의 개념적 정표는 ① 1주 동안의 소정근로시간이, ② 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 ③ ‘통상 근로자’의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자라고 말할 수 있다.

근로기준법에 따른 단시간근로자의 개념상, 주로 법정 기준근로시간의 범위 내에서 소정근로시간을 정한 근로자들이 존재하고, 그 근로자들과 같은 종류

88) 이 부분은 박귀천·박은정(2018), “단시간근로자에 대한 법적 쟁점”, 『비정규직 대책의 현황과 과제』, 한국노동연구원, 73쪽 이하에서 필자가 쓴 부분을 인용.

의 업무에 종사하지만 소정근로시간은 짧은 근로자가 단시간근로자이다. 이러한 해석의 결과, 단시간근로자인지 여부가 문제되는 근로자와 같은 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자가 존재하지 않으면 그 근로자가 단시간근로자에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 불가능하다. 즉 단시간근로자 개념은 해당 사업장에 비교대상근로자로서 통상근로자의 존재를 전제하는 것이다. 이러한 단시간근로자 개념의 상대성으로 인해 법정 기준근로시간보다 소정근로시간이 짧다고 하여 언제나 단시간근로자인 것은 아니게 된다.

또한, 단시간근로자로서의 지위를 확정지을 수 있게 하는 통상근로자는 단시간근로자와 “같은 종류의 업무”에 종사하여야 한다. 물론 ‘같은 종류의 업무’라는 것은 업무의 내용이 동일해야만 한다는 의미는 아니라고 생각한다. 기간제법 제8조에서는 단시간근로자에 대한 차별적 처우를 금지하면서 비교대상근로자를 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”라고 하고 있고, 법원은 비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 단시간근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다고 말하고 있다.⁸⁹⁾ 근로기준법상 단시간근로자이기 위해서는 통상근로자와 “같은 종류의 업무”에 종사해야 하지만, 차별적 처우가 금지되는 것은 “동종 또는 유사한 업무에 종사”하는 것으로 해석할 이유는 없을 것이다. 그러므로 근로기준법상 “같은 종류의 업무”라는 것은 기간제법상 “동종 또는 유사한 업무에 종사”하는 것을 의미하는 것으로

89) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결.

로 이해할 수 있다고 생각한다. 단, 이와 같이 “같은 종류의 업무”라는 법률상의 요건을 유연하게 해석한다 하더라도, 단시간근로자로 규정될 필요가 있는 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자가 없는 경우에는 단시간근로자로서 정의되지 못한다.

이 문제는 단순히 단시간근로자 법률상 지위의 확인 문제로만 그치는 것은 아니다. 단시간근로자의 비교대상근로자 문제는 단시간근로자의 초과근로에 대한 가산수당지급의 문제, 기간제법의 차별시정제도상 차별시정 성립의 문제로도 이어진다.

이와 같은 문제를 고려했기 때문인지, ILO의 단시간근로에 관한 협약(C175 -Part-Time Work Convention, 1994)에서는 단시간근로자를 “정상적인 근로시간이 비교가능한 통상근로자(comparable full-time worker)의 근로시간보다 적은 근로자”라고 정의하면서, “비교가능한 통상근로자”는 원칙적으로 동종의 고용관계 하에 있거나(has the same type of employment relationship), 동종 또는 유사업종에 종사하고 있거나(is engaged in the same or a similar type of work or occupation), 동종 사업장에 고용되어 있는 경우(is employed in the same establishment)를 의미하는 한편, 동종 사업장내 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 기업에, 동종 기업에 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 업종에 종사하는 통상근로자(when there is no comparable full-time worker in that establishment, in the same enterprise or, when there is no comparable full-time worker in that enterprise, in the same branch of activity)로까지 그 비교대상근로자를 확대하고 있다. 독일의 단시간 및 기간제 근로에 관한 법률(TzBfG - Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge)에서는 단시간근로자를 “1주 근로시간이 비교대상인 전일근로자의 통상적인 1주 근로시간보다 짧은 근로자를 말한다.”고 정의하면서 단시간근로자의 비교대상이 되는 근로자는 “동일

한 형태의 근로관계에 있으며 또한 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자”이고, “사업 내 단시간근로자와 비교대상인 전일근로자가 없는 경우에는 사업 내에 적용될 단체협약에 의해 이를 정한다. 이 이외의 경우에는 해당 산업분야에서 일반적으로 비교대상 전일근로자로 간주될 수 있는 자를 기준으로 한다.”고 규정하고 있다.⁹⁰⁾

기간제법 제2조에서 단시간근로자를 상대적 개념으로 정의하며 비교대상근로자가 존재하지 않을 수 있는 경우를 상정하지 않은 것은 입법적 불비라고 말할 수 있다.

2. 비교대상근로자로서 통상근로자 문제의 확대

위에서와 같이 단시간근로자에 대한 정의상 비교대상근로자인 통상근로자가 존재하지 않거나 확인할 수 없는 경우, 사실상 문제는 기간제법 제6조제3항 단시간근로자의 초과근로에 대한 통상임금 50% 가산규정 및 기간제법 제8조제2항 통상근로자에 비한 차별적 처우의 시정제도 적용에서 발생하게 된다. 우선 기간제법 제6조 제3항은 “사용자는 ... (소정근로시간을 초과하여 근로하게 하는) 초과근로에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이때 초과근로의 의미 등에 대해서는 절을 바꾸어 좀 더 자세하게 검토할 것인데, 이 규정상 단시간근로자가 초과근로를 하면 통상임금의 50% 가산임금을 받게 되어 있다. 그런데 단시간근로자에 대한 정의 규정상 아무리 짧은 시간을 일하는 근로자라도 단시간근로자로서의 법적 지위를 인정받지 못하면 이 규정은 적용되지 않는다. 두 근로자가 똑같이 1주 20시간을 소정근로시간으로서 근로하더라도, 한 근로자에게는 비교대상근로자로서 통상근로자가 있다면 1주 20시간의 소정근로시간을 초과하는 근

90) 독일법조문은 김기선 외 편역, 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013, 805-806쪽에서 인용.

로시간에 대해서는 50% 가산임금을 받게 되는 반면, 다른 근로자에게는 비교대상근로자로서 통상근로자가 없다면 가산임금을 받지 못하는 결과를 초래한다.

한편, 단시간근로자의 비교대상근로자로서 통상근로자의 존재는 단시간근로자임을 이유로 하는 차별시정제도와도 문제될 수 있다. 기간제법 제8조 제2항에서는 “사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는데 여기에서도 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”를 발견할 수 없는 경우 차별적 처우의 주장을 할 수 없다.

이와 같은 문제에 따라서 비교대상근로자인 통상근로자의 개념을 밝혀주는 것, 그러한 통상근로자가 없을 경우 비교대상자를 찾는 것에 대한 입법적 보완이 필요하다.

3. 단시간근로자에 대한 초과근로의 제한

근로기준법상의 단시간근로자에 대한 규정을 기초로, 현행 근로기준법과 기간제법은 단시간근로자의 근로조건 등에 대한 규정을 두고 있다. 우선, 근로기준법 제18조에서는 단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 ‘통상 근로자’의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정하도록 하면서, 근로조건을 결정할 때의 기준이 되는 사항 등을 대통령령으로 정하고 있다(근로기준법 시행령 별표2, 단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항 참조). 그리고 기간제법에서는 단시간근로자의 초과근로 제한에 관한 규정(기간제법 제6조), ‘통상 근로자’로의 전환노력의무에 관한 규정(기간제법 제7조)과 함께 차별적 처우의 금지(기간제법 제8조)와 차별적 처

우의 시정신청제도(기간제법 제9조 등)를 두고 있음은 주지의 사실이다. 단시간근로자에 대한 근로조건 규정 중 특히 단시간근로자의 처우 개선과 관련하여 중요하게 언급되는 것은 초과근로제한에 관한 것으로서, 단시간근로자의 초과근로에 대해서는 사용자가 통상임금의 100분의 50 이상을 지급하도록 하는 의무가 부여되고 있다(기간제법 제6조 제3항).

단시간근로자는 소정근로시간이 통상근로자보다 짧은 근로자들이다. 특히 자발적 단시간근로자들은 육아 등의 돌봄노동이나 가사, 학업 등의 수행을 위해 근로시간을 줄이는 경우들도 많다. 비자발적 단시간근로자들은 수입의 보전 등을 위해 복수의 단시간 일자리를 선택하는 경우도 많다. 이런 경우 사용자가 단시간근로자에게 초과근로를 요구하게 되면 단시간근로자들에게 지장을 주게 될 것이므로 현행 기간제법 제6조는 특히 단시간근로자에 대한 초과근로에 “근로자의 동의”를 요구하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이와 함께 초과근로시간을 1주 12시간으로 제한하고, 단시간근로자에게 초과근로에 대한 거부권을 명시적으로 인정하는 한편, 초과근로에 대해서는 통상임금 50%의 가산임금을 지급할 것을 규정하고 있는 것이다. 즉 기간제법은 단시간근로자에 대한 초과근로를 금지하는 것은 아니고, 근로자의 동의라는 절차적 요건을 통해 근로시간수의 제한과 가산임금지급이라는 방식으로 초과근로를 제한하고자 하고 있다. 가산임금지급에 관한 기간제법 제6조 제3항은 2014년 3월 18일 개정을 통해 신설된 규정이다.

그런데, 초과근로를 통해 만약 단시간근로자의 근로시간이 통상근로자의 근로시간과 같아지거나 많아지는 경우가 있을 수도 있다. 기간제법상 단시간근로자에 대한 초과근로를 금지하는 것은 아니고, 초과근로를 통한 총근로시간의 시간 수를 제한하는 규정이 있는 것도 아니기 때문이다. 이러한 경우를 법률이 미연에 예방하고 있지 않다는 사실은 유감스러운 일이다(아래에서 조금 더 상술한다).

한편, 단시간근로자의 초과근로에 대해서는 법이 가산임금지급방식을 통해 제한하고 있기는 하지만, 단시간근로자의 개념 자체가 상대적 개념이기 때문에 비교대상근로자가 존재하지 않을 경우 단시간근로자로서의 지위도 성립하지 않을 수 있음은 이미 말한 바와 같다. 즉, 어떤 사업장에서 1주 30시간 일하는 근로자가 단시간근로자로서 10시간 정도의 초과근로를 수행할 경우 가산임금을 지급받을 수 있지만, 어떤 사업장에서는 단시간근로자가 되지 않아서 가산임금을 지급받을 수 없게 될 수도 있다는 결론이 도출될 수도 있는 것이다. 이것은 결국 비교대상근로자 존재의 문제와 연결되어 있다.

4. 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의

기간제법에서는 단시간근로자의 초과근로에 대하여 사용자는 근로자의 동의를 얻도록 하고 있다. 이에 대해서는 아래와 같은 두 가지 문제점을 발견할 수 있다.

첫 번째 의문은, “근로자의 동의”에 관한 부분이다. 근로기준법에서도 사용자는 “당사자간에 합의”한 경우 근로자에게 초과근로를 시킬 수 있도록 하고 있는데, 근로기준법이나 기간제법 모두 “합의” 내지 “동의”의 방법 혹은 조건에 대해서는 별다른 말이 없다. 판례는 근로기준법상 초과근로에 대한 합의는 원칙적으로 사용자와 근로자와의 개별적 합의를 의미하고, 근로계약 등으로 개별 근로자와의 초과근로에 관한 합의를 미리 하는 것도 가능하다고 보고 있다.⁹¹⁾ 다만 근로자가 입사할 때 초과근로 여부를 회사방침에 일임하는 내용의 근로계약을 체결하는 포괄적 합의의 효력에 대해서는 부정적인 견해와⁹²⁾ 긍정적인 견해가 있다.⁹³⁾ 합의의 방식에 대해서도 이견이 있는데, 근로기준법

91) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결.

92) 김형배, 『노동법』(제24판), 박영사, 2015, 452쪽.

93) 임종률, 『노동법』(제15판), 박영사, 2017, 434쪽.

제17조를 준용하여 연장근로사유·연장근로일수·연장근로업무의 종류 등을 기재한 서면으로 작성되어야 한다는 견해가 있는 반면,⁹⁴⁾ 합의의 방식에는 특별한 제한이 없고, 개별 근로자의 합의권을 박탈·제한하지 않는 범위에서는 단체협약에 따른 합의도 무방하다고 보는 견해가 있다.⁹⁵⁾ 판례는 후자의 입장이다.⁹⁶⁾ 그렇다면 단시간근로자의 초과근로에 대해서도 이와 같은 근로기준법상 초과근로에 대한 근로자의 합의로 충분하다고 할 것인가?

기간제법은 근로기준법에는 없는 규정 하나를 두고 있다. 단시간근로자의 초과근로에 대한 거부권이다. 명시되어 있지 않더라도 ‘동의’를 기초로 하는 초과근로에 대하여 단시간근로자는 “동의하지 않을 권리”가 있다고 할 것이지만, 현실적으로 근로자들이 사용자로부터의 초과근로요구에 대해 거부할 수는 없기 때문에 이를 특히 명시하였다고 이해할 수 있다. 또한 기간제법은 단시간근로자가 사용자의 부당한 초과근로요구를 거부한 것을 이유로 하는 해고 그 밖의 불리한 처우도 금지하고 있으며(기간제법 제16조), 이를 위반한 경우 사용자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(기간제법 제21조), 단시간근로자의 동의 없이 초과근로를 하게 하는 것만으로도 1천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있도록 하고 있다(기간제법 제22조). 근로기준법도 초과근로에 대한 근로기준법 제53조 제1항을 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형을 받을 수 있다고 규정하고 있는데(근로기준법 제110조), 근로기준법 제53조 제1항은 “당사자간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 근로기준법 벌칙에서 규제하고 있는 것이 “당사자 간에 합의”인지 아니면 “1주 간에 12시간을 한도로”인지, 아니면 두 가지 각각을 혹은 모두

94) 김형배, 『노동법』(제24판), 박영사, 2015, 452쪽.

95) 임종률, 『노동법』(제15판), 박영사, 2017, 434쪽.

96) 대법원 1993. 12. 21. 선고 93누5796 판결, 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결.

를 의미하는 것인지 모르겠지만, 기간제법의 규정보다는 명확하지 않다. 기간제법에서는 단시간근로자의 “동의”와 “거부”가 벌칙 적용의 요건이 되고 있음이 분명하기 때문이다. 이 취지는 단시간근로자의 초과근로에 대한 동의는 명시적이고 구체적일 것을 요구하는 것으로 이해할 수 있고, 나아가 단시간근로자의 근로일 및 근로일별 근로시간은 서면근로계약에 포함되어야 할 내용이므로(기간제법 제17조), 기간제법 제6조에서 직접 밝히고 있지 않기는 하지만 초과근로에 대한 동의 또한 서면으로 이루어져야 하는 것으로 해석된다. 근로기준법 시행령 [별표2]의 ‘단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항’에서도 사용자는 근로자와 합의한 경우에만 초과근로를 시킬 수 있는 것으로 다시 한번 확인하고 있는 한편, “사용자는 단시간근로자를 소정 근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서나 취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하며, 초과근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급률을 명시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 초과근로의 “내용 및 정도를 명시”해야 한다는 것이 불분명하지만, 이것을 근로기준법상 초과근로에 대한 “포괄적 합의”의 수준으로 이해해서는 안될 것이고, 기간제법의 취지에 맞게 이 부분이 수정되는 한편, 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의의 방법을 좀 더 구체화시킬 필요가 있다.

두 번째 의문은 초과근로 자체에 관한 것이다.⁹⁷⁾ 단시간근로자는 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자이다. 소정근로시간이란, 법이 정하는 기준근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미한다. 그래서 비교대상근로자인 통상근로자보다 1시간이라도 소정근로시간이 짧으면 단시간근로자로 정의됨을 앞서 말하였다. 그런데 기간제법은

97) 초과근로라는 용어는 기간제법상의 용어이고, 근로기준법에서는 연장근로(근로기준법 제53조 및 제56조) 혹은 시간외근로(근로기준법 제71조 및 제74조)라는 표현을 사용하고 있다.

단시간근로자의 초과근로를 단시간근로자의 “동의” 하에서 허용하고 있다. 단시간근로자의 동의가 있다면 상시적 초과근로도 가능한 것일까? 예를 들어, 1주 40시간 통상근로자들이 있는 사업장에서 1주 32시간 단시간근로계약을 체결한 단시간근로자가 1주 8시간의 상시적 초과근로에 동의함으로써 1주 40시간의 실근로시간을 갖는 것도 가능할까?

기간제법이 단시간근로자의 초과근로의 내용을 금지하지 않고 있고, 또한 근로자의 동의가 있다면 1주 12시간의 범위 내에서 초과근로제공이 가능하므로 형식상 불가능하지는 않을 것이다. 그러나 이것이 허용된다면 단시간근로계약은 단시간근로계약으로서의 의미를 상실한다. 단시간근로자의 초과근로시간에 대한 할증임금제도 도입 취지는 결국 단시간근로계약을 체결한 단시간근로자가 진정한 단시간근로자로서 근로를 제공하도록 하자는 것, 만약 단시간근로자가 초과근로를 함으로써 실질적으로는 단시간근로자로서의 본질을 상실하게 되는 경우라면 단시간근로계약을 이용하지 않을 것을 요구하는 것이라고 생각한다. 기간제법은 이 점을 확인할 필요가 있고, 따라서 1주 12시간 이내의 초과근로를 가능하도록 하는 현재의 조문규정을 유지한다 하더라도 단시간근로자의 실근로시간이 통상근로자의 근로시간보다 같거나 많아지지 않도록 할 필요가 있지 않을까 생각해 본다.

V. 생명·안전업무에 대한 직접고용의 원칙

2020년 6월 15일 국회에는 생명안전업무 종사자의 직접고용 등에 관한 법률안(의안번호 210084, 대표발의 이인영, 총 35명 공동발의)이 제안되었다. 이 법안에서는 생명안전업무의 종류를 별표로 정하면서, 생명안전업무 사업주는 생명안전업무에 대하여 생명안전업무 종사자를 직접 고용하여야 하도록 하고 있다(법안 제5조 제1항 본문). 다만, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제43

조 제3항 및 같은 조 제4항 전단에 따라 도급하는 경우는 제외하되, 필요한 경우에는 생명안전업무 종사자를 직접 고용하는 업체에 한정하여 도급(하도급을 포함한다)을 할 수 있다(법안 제5조 제1항 단서). 이와 함께 「한국철도공사법」 제9조에 따른 업무, 「의료법」 등에 따른 의료업무, 「항공안전법」에 따른 항공업무 등 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전과 관련된 업무에는 근로자파견사업을 행하지 못하도록 하는 파견법 개정안(의안번호 2100485, 대표발의 이인영, 총 35명 공동발의)도 함께 제안되었다. 이러한 제안의 타당성에 입각하여 법률 성안에 적극적이기를 바란다.

다만, 생명안전업무는 공중의 생명안전과 관련이 있는 업무일 수도 있지만, 근로자의 생명안전과 관련이 있는 업무일 수도 있다. 다행히 위 제안된 법안들은 이 두가지 영역에서 생명안전업무에 접근하고 있는데, 좀 더 면밀한 실태조사를 통해 특히 근로자의 생명안전과 직접적이고 밀접하게 관련된 업무의 종류와 내용을 밝혀낼 필요가 있다. 공중의 생명안전과 직접적이고 밀접하게 관련된 업무는 노조법상 필수공익사업 개념에 의하여 어느 정도 개념적으로 정립되고 있기는 하지만, 근로자의 생명안전과 직접적이고 밀접하게 관련된 업무는 ‘유해위험사업’ 정도로만 접근이 되고 있기 때문이다.

생명안전업무 종사자의 직접고용 등에 관한 법률안
제1장 총칙
제1조(목적) 이 법은 생명안전업무 등 종사자의 근로조건을 규정하고 근무여건 개선을 도모하여 생명안전업무 종사자가 그 업무에 전념할 수 있도록 함으로써 공공의 생명보호와 안전확보에 이바지함을 목적으로 한다.
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. “생명안전업무”란 다음 각 목의 업무를 말한다.
가. 별표에 따른 생명안전 업무
나. 「선박직원법」 제11조제2항에 따른 선박직원의 직무
다. 「여객자동차 운수사업법」 제3조제1항제1호에 따른 노선 여객자동차운송사업의 운전업무
라. 「소방기본법」 제16조제1항에 따른 소방활동
마. 「산업안전보건법」 제58조제1항 각 호 및 제65조제1항 각 호에 따른 유해하거나 위험한 작업
바. 그 밖에 대통령령으로 정하는 업무
2. “생명안전업무 종사자”란 생명안전업무에 종사하는 사람을 말한다.

3. “생명안전업무 사업주”란 생명안전업무를 포함한 사업을 행하는 자를 말한다.
- 제3조(적용범위) ① 이 법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 생명안전업무 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 적용하지 아니한다.
- ② 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.
- ③ 국가 및 지방자치단체의 기관에 대하여는 상시 사용하는 근로자의 수에 관계없이 이 법을 적용한다.

제4조(정부의 책무) 정부는 생명안전업무 종사자가 생명안전업무에 전념하여 안정적으로 업무를 수행함으로써 공공의 안전을 확보하도록 하고 생명안전업무 종사자를 보호하기 위하여 다음 각 호의 시책을 수립하여 추진하여야 한다.

1. 실태조사 등 생명안전업무에 관한 연구
2. 직업지도
3. 고용정보의 수집·제공
4. 생명안전업무 전담기관의 설치·운영

제2장 생명안전업무 사업주의 책임

제5조(생명안전업무 사업주의 직접고용 등 책임) ① 생명안전업무 사업주는 생명안전업무에 대하여 생명안전업무 종사자를 직접 고용하여야 한다. 다만, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제43조제3항 및 같은 조 제4항 전단에 따라 도급하는 경우는 제외하되, 필요한 경우에는 생명안전업무 종사자를 직접 고용하는 업체에 한정하여 도급(하도급을 포함한다)을 할 수 있다.

- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우 기간제근로자 및 단시간근로자를 사용할 수 있다. 이 경우 기간제근로자는 2년을 초과하지 아니하는 범위에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위에서) 사용할 수 있다.

1. 휴직·과건 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
 2. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
 3. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제2조제1호의 고령자로서 해당 분야에 숙련된 근로자와 근로계약을 체결하는 경우
 4. 「소방공무원법」 제10조제1항 본문에 따른 시보임용의 경우
- ③ 생명안전업무 사업주는 제2항에 따른 근로계약을 체결하는 때에는 다음 각 호의 사항을 서면으로 명시하여야 한다.

1. 근로계약 기간에 관한 사항
2. 기간제 근로계약 체결사유
3. 근로시간과 휴게시간에 관한 사항
4. 임금의 구성항목·계산방법 및 지급방법에 관한 사항
5. 휴일·휴가에 관한 사항
6. 연장·야간·휴일 근로에 관한 사항
7. 사업장의 명칭, 소재지 및 그 밖에 근로장소에 관한 사항
8. 종사하여야 할 업무의 내용에 관한 사항
9. 안전 및 보건에 관한 사항
10. 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 사항

제6조(직접고용 의제) 생명안전업무 사업주가 제5조를 위반하여 생명안전업무 종사자의 노무를 제공받은 경우에는 노무제공계약을 체결한 때부터 생명안전업무 종사자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. 다만, 해당 생명안전업무 종사자가 명시적인 반대의를 표시하는 경우는 제외한다.

제7조(생명안전업무 사업주의 신고의무) 생명안전업무 사업주는 생명안전업무가 포함된 사업을 합병·양도·폐지한 때에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에

게 신고하여야 한다.

제3장 보칙

제8조(지도·조언 등) 고용노동부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 생명안전업무 사업주에 대하여 생명안전업무 종사자의 직접고용을 확보하는 데 필요한 지도 및 조언을 할 수 있다.

제9조(시정조치) 고용노동부장관은 생명안전업무 사업주가 제5조를 위반하여 생명안전업무 종사자로부터 역무를 제공받은 경우에는 생명안전업무 사업주에 대하여 생명안전업무 종사자의 직접고용 등 시정조치를 명하여야 한다.

제10조(보고와 검사) ① 고용노동부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 생명안전업무 사업주에 대하여 필요한 사항의 보고를 명할 수 있다.

② 고용노동부장관은 필요하다고 인정할 때에는 관계 공무원으로 하여금 생명안전업무 사업주의 사업장 및 기타 시설에 출입하여 장부, 서류, 기타 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.

③ 제2항에 따라 출입·검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

④ 고용노동부장관이 제2항에 따라 검사를 하는 경우에는 해당 사업주에게 그 결과를 서면으로 알려야 한다.

제11조(자료의 요청) ① 고용노동부장관은 관계 행정기관과 기타 공공단체 등에 대하여 생명안전업무의 고용현황 등 이 법 시행에 필요한 자료의 제출을 요청할 수 있다.

② 제1항에 따라 자료의 제출을 요청받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

제12조(권한의 위임) 고용노동부장관의 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방고용노동관서의 장에게 위임할 수 있다.

제4장 벌칙

제13조(벌칙) 제5조를 위반하여 생명안전업무 종사자의 역무를 제공받은 자는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제14조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제13조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

제15조(과태료) ① 제9조의 시정조치를 이행하지 아니한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제7조에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 한 자
 2. 제10조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 허위의 보고를 한 자
 3. 제10조제2항에 따른 검사를 정당한 이유 없이 거부·방해 또는 기피한 자
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관이 부과·징수한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(기간제 근로계약 등에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 체결된 기간제 근로계약, 근로자 파견계약 및 도급계약은 이 법 제5조제1항에도 불구하고 해당 계약기간까지는 효력을 가진다.

[별표]

생명안전업무(제2조제1호가목 관련)

1. 철도사업과 도시철도사업의 다음 업무
 - 가. 철도·도시철도 차량의 운전 업무
 - 나. 철도·도시철도 차량 운행의 관제 업무(정거장·차량기지 등에서 철도신호 등을 취급하는 운전취급 업무를 포함한다)
 - 다. 철도·도시철도 차량 운행에 필요한 전기시설·설비를 유지·관리하는 업무
 - 라. 철도·도시철도 차량 운행과 이용자의 안전에 필요한 신호시설·설비를 유지·관리하는 업무
 - 마. 철도·도시철도 차량 운행에 필요한 통신시설·설비를 유지·관리하는 업무
 - 바. 안전 운행을 위하여 필요한 차량의 일상적인 점검이나 정비 업무
 - 사. 선로점검·보수 업무
2. 항공운수사업의 다음 업무
 - 가. 승객 및 승무원의 탑승수속 업무
 - 나. 승객 및 승무원과 수하물 등에 대한 보안검색 업무
 - 다. 항공기 조종 업무
 - 라. 객실승무 업무
 - 마. 비행계획 수립, 항공기 운항 감시 및 통제 업무
 - 바. 항공기 운항과 관련된 시스템·통신시설의 유지·보수 업무
 - 사. 항공기의 정비(창정비는 제외한다) 업무
 - 아. 항공안전 및 보안에 관련된 법령, 국제협약 또는 취항 국가의 요구에 따른 항공운송사업자의 안전 또는 보안 조치와 관련된 업무
 - 자. 항공기 유도 및 견인 업무
 - 차. 항공기에 대한 급유 및 지상전원 공급 업무
 - 카. 항공기에 대한 제설·제빙 업무
 - 다. 승객 승하기 시설·차량 운전 업무
 - 파. 수하물·긴급물품의 탑재·하역 업무
 - 하. 「공항시설법」 제2조제15호에 따른 항행안전시설과 항공기 이·착륙 시설의 유지·운영(관제를 포함한다)을 위한 업무
3. 수도사업의 다음 업무
 - 가. 취수·정수(소규모 자동화 정수설비를 포함한다)·가압·배수시설의 운영 업무
 - 나. 수도시설 통합시스템과 계측·제어 설비의 운영 업무
 - 다. 수도시설 긴급복구와 수돗물 공급을 위한 법정 기준이나 절차 등의 준수를 위한 업무
4. 전기사업의 다음 업무
 - 가. 발전부문의 다음 업무
 - 1) 발전설비의 운전(운전을 위한 기술지원을 포함한다) 업무
 - 2) 발전설비의 점검 및 정비(정비를 위한 기술·행정지원은 제외한다) 업무와 안전관리 업무
 - 나. 송전·변전 및 배전 부문의 다음 업무
 - 1) 지역 전기공급 업무(무인변전소 순회·점검 업무는 제외한다)
 - 2) 전력계통 보호를 위한 보호계전기 시험 및 정정 업무
 - 3) 배전선 개폐기 및 자동화 시스템을 통한 배전설비의 감시·제어와 배전선로 긴급 계통 전환 업무
 - 4) 전력계통 보호를 위한 통신센터(전력계통원방감시제어장치를 포함한다) 운영 업무
 - 5) 통신보안관제센터 운영 업무
 - 6) 전력공급 비상 시 부하관리 업무
 - 7) 송전·변전 및 배전 설비의 긴급복구 업무
 - 다. 전력거래 부문의 다음 업무
 - 1) 전력의 공급 운영과 송전설비 계통운영의 제어 업무

- 2) 1주 이내의 단기 전력수요 예측에 따른 전력계통의 안정적 운영계획 수립 등 급전 운영 업무
- 3) 전력계통 등의 운영을 위한 전산실 운영(출입 보안관리를 포함한다) 업무
- 5. 가스사업(액화석유가스사업은 제외한다)의 다음 업무
 - 가. 천연가스의 인수(引受), 제조, 저장 및 공급 업무
 - 나. 가목과 관련된 시설의 긴급정비 및 안전관리 업무
- 6. 석유정제사업과 석유공급사업(액화석유가스사업을 포함한다)의 다음 업무
 - 가. 석유(천연가스는 제외한다)의 인수, 제조, 저장 및 공급 업무
 - 나. 가목과 관련된 시설의 긴급정비 및 안전관리 업무
- 7. 병원사업의 다음 업무
 - 가. 「응급의료에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 응급의료 업무
 - 나. 중환자 치료·분만(신생아 간호를 포함한다)·수술·투석 업무
 - 다. 가목과 나목의 업무수행을 지원하기 위한 마취, 진단검사(영상검사를 포함한다), 응급약제, 치료식 환자급식, 산소공급, 비상발전 및 냉난방 업무
- 8. 혈액공급사업의 다음 업무
 - 가. 채혈 및 채혈된 혈액의 검사 업무
 - 나. 「혈액관리법」 제2조제8호에 따른 혈액제제(수혈용에 한정한다. 이하 이 호에서 같다) 제조 업무
 - 다. 혈액 및 혈액제제의 수송 업무
- 9. 통신사업의 다음 업무
 - 가. 기간망과 가입자망의 운영·관리업무
 - 나. 통신장애의 신고접수 및 수리 업무
 - 다. 「우편법」 제14조에 따른 보편적 우편역무
 - 라. 「우편법」 제15조에 따른 선택적 우편역무 중 내용증명과 특별송달 업무

현행 과건법	과건법 개정안
<p>제5조(근로자과건대상업무 등) ①·② (생략)</p> <p>③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 <u>업무</u>에 대하여는 근로자과건사업을 하여서는 아니 된다.</p> <p>1. (생략)</p> <p>2. 「항만운송사업법」 제3조제1호, 「한국철도공사법」 제9조제1항제1호, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제40조, 「물류정책기본법」 제2조제1항제1호의 하역(下役)업무로서 「직업안정법」 제33조에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무</p> <p>3. 4. (생략)</p> <p><신설></p>	<p>제5조(근로자과건대상업무 등) ①·② (현행과 같음)</p> <p>③ ----- -----<u>국민의 생명과 안전에 관련되거나 근로자의 보호 필요성이 있는 업무</u>----- -----</p> <p>--.</p> <p>1. (현행과 같음)</p> <p>2. ----- -----<u>제9조제1항제1호부터 제4호까지</u>----- ----- ----- -----</p> <p>3. 4. (현행과 같음)</p> <p>5. 「의료법」 제2조에 따른 의료인의</p>

<p><신 설></p> <p><신 설></p> <p><신 설></p> <p><신 설></p> <p><신 설></p> <p><신 설></p> <p>5. (생 략)</p> <p>④ · ⑤ (생 략)</p>	<p>업무 및 같은 법 제80조의2에 따른 간호조무사의 업무</p> <p>6. 「응급의료에 관한 법률」 제2조제4 호에 따른 응급의료종사자의 업무</p> <p>7. 「의료기사 등에 관한 법률」 제3조 에 따른 의료기사의 업무</p> <p>8. 「여객자동차 운수사업법」 제2조제 3호에 따른 여객자동차운송사업의 운전업무</p> <p>9. 「항공안전법」 제2조제5호에 따른 항공업무</p> <p>10. 「도시철도법」 제2조제6호가목 · 나목 및 제6호의2가목에 따른 운 전 및 정비업무</p> <p>11. 다음 각 목에 해당하는 사업의 업 무 중 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전과 관련된 업무로서 대통령령으로 정하는 업무</p> <p>가. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제 및 석유공급사업</p> <p>나. 공중위생사업, 의료사업 및 혈액 공급사업</p> <p>12. (현행 제5호와 같음)</p> <p>④ · ⑤ (현행과 같음)</p>
--	--

VI. 비정규직 근로자 대표권

무척 희미한 먼 옛날 얘기인 듯한 착각에 빠지곤 하지만, 이번 정부는 100대 국정 과제 중 하나로서 “노동존중사회실현”을 제시하였다. 이 목표를 달성하기 위한 세부과제로 “근로자 이해대변제도의 확충”을 위해 “근로자 대표제도 기능 강화, 중소·영세 미조직 노동자 권익 보호를 위한 지원체계 구축”을 제시하였다. 좀 더 구체적으로는 근로자대표 선출제도 개선을 통해 민주성과 대표

성을 확보하고, 이를 위하여 근로자대표에 대한 선거권, 피선거권, 선거관리 등 구체적 선출절차 신설, 비정규직·과건·사내하도급 근로자의 참여권 보장, 노사협의회의 노사협의 및 의결사항 강화 등이 포함된다.

근로자대표에 관한 국정과제의 전제는 노동조합을 통해 자신의 이익을 대변할 수 없는 중소·영세 사업장 미조직 노동자들의 권익 보호가 충분히 이루어지지 못하고 있다는 것, 개별적 근로조건 결정시스템을 통해서보다는 집단적 근로조건 결정 시스템을 통하는 것이 노동자들의 권익향상에 유리하다는 것, 그러므로 단결권을 행사할 수 없었거나 행사하지 않은 미조직 노동자들도 노동조합 이외 집단적 근로조건 결정시스템을 통해 노사 대등한 근로조건을 만들어 나갈 수 있어야 한다는 것이라고 생각한다. 그러나 3년이 지난 현재 “노동존중사회실현”을 위한 과제들이 어느 정도 달성되었다고 평가할 수 있을지 모르겠다.

2017년 5월 시작된 한국의 문재인 정부는 100대 국정 과제 중 하나로서 “노동존중사회실현”을 제시하였다. 이 목표를 달성하기 위한 세부과제로 “근로자 이해대변제도의 확충”을 위해 “근로자 대표제도 기능 강화, 중소·영세 미조직 노동자 권익 보호를 위한 지원체계 구축”을 제시하였다. 좀 더 구체적으로는 근로자대표 선출제도 개선을 통해 민주성과 대표성을 확보하고, 이를 위하여 근로자대표에 대한 선거권, 피선거권, 선거관리 등 구체적 선출절차 신설, 비정규직·과건·사내하도급 근로자의 참여권 보장, 노사협의회의 노사협의 및 의결사항 강화 등이 포함된다. 근로자대표에 관한 이러한 국정 과제의 전제는 노동조합을 통해 자신의 이익을 대변할 수 없는 중소·영세 사업장 미조직 노동자들의 권익 보호가 충분히 이루어지지 못하고 있다는 것, 개별적 근로조건 결정시스템을 통해서보다는 집단적 근로조건 결정 시스템을 통하는 것이 노동자들의 권익향상에 유리하다는 것, 그러므로 단결권을 행사할 수 없었거나 행사하지 않은 미조직 노동자들도 노동조합 이외 집단적 근로조건 결정시스템

을 통해 노사 대등한 근로조건을 만들어나갈 수 있어야 한다는 것이다.

이러한 국정과제에 기초하여 경제사회노동위원회 노사관계법제도관행개선 위원회는 2019년 12월 13일 제30차 전체회의를 시작으로 논의를 시작하여 2020년 19월 16일 「근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문」(이하, ‘근로자대표제도개선합의문’)을 의결하였다. 이 합의문은 크게 근로자대표의 선출, 근로자대표의 임기, 근로자대표의 지위와 활동에 관한 내용을 담고 있다. 이 내용들은 근로자대표의 역할의 중요성에도 불구하고 근로자대표를 선출하는 절차나 근로자대표의 임기, 근로자대표의 지위와 활동에 관한 규정이 전혀 없었다는 문제의식이 담겨 있다. 국정과제의 내용 가운데 근로자대표에 대한 선거권, 피선거권, 선거관리 등 구체적 선출절차 신설에 관한 부분이 근로자대표제도개선합의문으로 나온 것이다. 이외 비정규직·과건·사내하도급 근로자의 참여권 보장, 노사협의회의 노사협의 및 의결사항 강화에 관한 부분은 한국에서도 아직 이루어지지 못하고 있다.

근로자대표제도 개선에 관한 노사정합의문

1 근로자대표의 선출

- 1-1. 과반수 노동조합이 있는 경우 과반수 노동조합이 근로자대표의 지위를 가진다.
- 1-2. 과반수 노동조합이 없고 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」에 따른 노사협의회가 있는 경우 근로자위원은 법률에 명시한 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출한다. 이 경우 노사협의회 근로자 위원으로 구성된 ‘근로자위원 회의’가 근로기준법상 근로자 대표의 지위를 가지는 것으로 하고, 근로자위원 회의 의결은 재적위원의 과반수 의결을 원칙으로 한다.
- 1-3. 노사협의회가 없는 경우 근로자대표는 근로자의 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출한다.
- 1-4. 근로자대표 선출 과정에 대한 사용자의 개입이나 방해를 금지한다.

2 근로자대표의 임기

- 2-1. 근로자대표의 임기는 3년으로 한다.
- 2-2. 노사의 합의가 있는 경우 3년의 한도 내에서 자율적으로 정할 수 있다.

3 근로자대표의 지위와 활동

- 3-1. 근로자대표는 고용형태, 성별 등 근로자의 다양한 이해관계를 합리적으로 반영할 수 있도록 근로자들의 의견을 들어야 한다.
- 3-2. 근로자대표는 활동에 필요한 자료를 사용자에게 요구할 수 있고, 사용자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고 성실히 이에 따라야 한다.
- 3-3. 근로자대표는 서면합의의 체결 또는 이행과 관련한 근로자의 고충 해결을 위하여 근로자 또는 사용자와의 협의를 사용자에게 요구할 수 있고, 사용자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고 성실히 이에 따라야 한다.
- 3-4. 근로자대표의 정당한 활동에 소요되는 시간은 근로한 것으로 본다.
- 3-5. 사용자의 근로자대표에 대한 불이익 취급과 활동에 대한 개입·방해를 금지한다.
- 3-6. 근로자대표는 활동과 관련하여 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

근로자대표제도개선합의문은 처음으로 노동계와 경영계, 정부 대표가 꾸준한 협의 과정을 거쳐서 근로자대표의 선출, 권한, 의무의 구체적인 내용을 제시하였다는 의의가 있다. 근로자대표제를 채택하고 있으나, 선출절차와 방법, 권한 등은 명시하고 있지 않은 근로기준법 등의 국회 논의 과정에서 구체적으로 기여할 수 있을 것이 기대되고 있다.

그러나 근로자대표제도개선합의문의 내용은 매우 단기적이고 소극적 목표이다. 1953년 근로기준법을 통해 도입된 근로자대표제도가 1997년 부활하였지만 지금까지 근로자대표가 필요한 본질적인 이유에 대해서는 심도 있게 접근하지 못하고 있다. 사실 지난 십수년간 여러 과정을 통해 근로자대표제도에 대

한 문제점 지적과 개선방안이 제안되기는 하였지만 그 논의들이 현행 법상의 미있게 받아들여지지 못하는 못하기도 하였다. 그럼으로써 근로자대표라는 표상은 갖추어져 있지만 그 표상의 실재를 위한 구체성이 현재의 근로자대표제도에 존재하지 않는다. 근로자대표제도개선합의문에도 근로자대표의 선출 방법과 임기, 약간의 지위와 활동에 관한 내용이 포함되어 있기는 하지만, 이 정도의 수준으로 근로자대표제도 의의가 확보될 수 있는가에 대한 의문이 들기도 한다. 따라서 아래와 같은 사항들이 필요하다고 생각하고 있다.

1. 근로자대표제도 개선의 기본 전제와 방향

앞서 말한 바와 같이 근로자대표가 필요한 이유는 근로조건 대등결정의 원칙을 실현하기 위함이다. 근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”고 규정하고 있지만, 개별적 근로관계에서 근로자가 사용자와 “동등한 지위에서 자유의사에 따라” 근로조건을 결정한다는 것은 사실상 불가능하다고 말할 수 있다. 사실 근로조건 대등결정주의 원칙의 실현을 위해 노동조합이 필요하지만, 2018년 기준 국내 노동조합 조직률은 11.8%이고, 상시근로자 300인 이상 사업장의 노조조직률은 절반(50.6%)이 넘지만, 30인 미만 사업장 가운데 노조가 있는 곳은 0.1%에 불과하다.

<2018년 기준 한국의 기업 규모별 노동조합 조직현황>98)

구분	30명 미만	30~99명	100~299명	300명 이상
----	--------	--------	----------	---------

98) 고용노동부, 『2020년 전국 노동조합 조직현황 통계자료』, 15쪽. 다만, 자료에서는 본문의 표의 숫자는 기업 규모를 파악할 수 있는 단위노조 및 지부 지회를 반영하여 산정한 것이고, 노조 가입이 금지되는 일부 공무원·교원 수가 조합원 수에서는 제외되었으나 임금근로자수에는 포함되어 있어 기업 규모별 조직률은 통계적 유의성이 낮다고 설명하고 있다. 대략적인 규모의 추정을 위한 자료로서만 의미가 있을 것으로 보인다.

임금근로자수	11,753,000	3,891,000	2,008,000	2,494,000
조합원수	12,846	87,500	216,781	1,261,634
조직률	0.1	2.2	10.8	50.6

〈2018년 기준 한국의 조합원 규모별 노동조합 조직현황〉

구분	30명 미만	30-99명	100-299명	300명 이상	총계
노조수	2,392	1,556	1,061	793	5,802
(비율)	(41.2)	(26.8)	(18.3)	(13.7)	(100)
조합원수	27,313	88,129	175,893	2,409,297	2,331,632
(비율)	(1.2)	(3.8)	(7.5)	(87.5)	(100)

현행 법상 근로자대표는 과반수 노동조합과 근로자의 과반수를 대표하는 자인데, 기업의 규모에 따른 조직률에서 큰 차이를 보이는 한편, 2018년 기준 평균적인 노조조직률은 11.8%(전체조합원수(2,331천명)/조직대상 근로자수(19,732천명)×100)이지만 100명 미만 기업의 노조조직률은 그에 현저하게 미치지 못하고 있음을 볼 수 있다. 100명 미만 기업의 노동조합이 모두 과반수 노동조합이라고 추정을 하더라도 약 200만명의 임금근로자 가운데 150만명 이상의 근로자들이 종사하는 100명 미만 기업의 근로자들 대부분이 근로자의 과반수를 대표하는 자를 통해 근로조건 대등결정 원칙의 실현을 위한 대표권을 취득해야 하는 것이라고 말할 수 있다. 그리고 근로자대표제도 정비가 필요한 주요한 이유가 여기에 있다고 말할 수 있다. 법의 무대에 올려진 근로자대표가 갖추어야 할 조건에 대하여 생각해보고자 한다.

1) 현행 근로자대표제도는 근로자대표 등이 모든 근로자를 실질적으로 대표할 수 있는 대표성을 획득하기 어렵다는 점, 대표성을 획득함에 있어 필수적인 대표 선출 절차의 민주성과 공정성이 담보되기 어렵다는 점, 특히 비정규직·간접고용 근로자 등 동일한 사업단위에서 일하면서도 고용형태를 달리하는 근로자들의 이익대변기제가 없다는 점 등의 문제를 갖고 있다. 따라서 근로자

대표로서의 대표성이 실질적으로 확보될 수 있는 방안이 필요하다. 그리고 실질적 대표성 획득을 위해서는 대표선출절차, 대표선출 모집단의 범위, 대표 피선출 자격, 대표성의 단위, 선출된 대표의 책임과 권한 그리고 대표를 통한 사용자와의 근로조건 등에 대한 합의 등의 효력이 정해져야 한다. 즉, ‘누가’ ‘누구를 위해서’ ‘언제’ ‘무엇을’ ‘어디에서’ ‘어떻게’ 하는 대표가 되는지가 정해져야 하는 것이다.

2) 근로자대표제도가 정비되는 경우, 이것은 노사의 집단자치적 의사결정방법을 노사의 결정에 맡기는 것이 아니라 법률적으로 강제하는 방식을 취하게 된다. 원칙적으로 노사의 자치적 의사결정은 노동조합에 의해 이루어지는 것이 원칙이지만, 노동조합의 역할에 대한 한계를 인식하는 바탕 위에서 근로자대표제도의 정비를 논하게 되는 것이다. 이와 관련하여 근로자대표제도의 정비가 노동조합의 역할을 축소하거나 침해하는 것은 아닌가하는 우려가 있다. 그러나 근로자대표제도가 노동조합의 역할을 부정하는 것은 아니라는 점, 노동조합에 의한 노사의 집단자치적 의사결정방법이 원칙이라는 점, 다만 노동조합이 역할을 하기 어려운 경우 노동조합의 협약자치를 보완할 수 있는 제도적 장치로서 근로자의 과반수를 대표하는 자가 필요함을 분명히 할 필요가 있다.

그리고 이러한 측면에서 해결해야 할 부분은, 노동조합이 이미 존재하는 경우, 특히 과반수 노동조합이 존재하는 경우 근로자대표제도의 설정이다. 게다가 이 문제는 복수노조가 존재할 때 한국의 단체교섭 창구단일화절차에 따라 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 되었을 때 혼란을 초래할 수 있는데, 근로자대표로서의 과반수 노동조합과 교섭대표노동조합이 된 과반수 노동조합의 ‘과반수’성은 각각 다르기 때문이다. 전자의 경우 전체 조직 가능한 과반수 근로자를 조직한 노동조합이고, 후자는 교섭창구단일화절차에 들어온 노

동조합의 조합원수에 기초한 과반수 노동조합으로 현재 해석되고 있다. 이 차이에 따라 교섭대표노동조합이라 할지라도 근로자대표로서의 대표성을 갖지 못하는 경우가 발생한다. 지금과 같은 근로자대표제도의 원형을 일본의 1947년 노동기준법에서 찾을 때, 근로자대표는 과반수 노동조합이 아닌 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’에 국한되는 것으로 해석될 수 있다. 1953년 근로기준법에서도 명시적으로 근로자대표라는 용어를 사용하지 않았다. 그런데 현행 근로기준법에서는 근로자대표를 과반수 노동조합을 포함하도록 규정하고 있는 한편, 1997년 근로자대표가 근로기준법에 규정이 될 때에는 우리나라에서 동일 사업장 내 조직대상을 같이 하는 복수의 노동조합 설립이 금지되어 있었기 때문에 현재와 같이 근로자대표와 교섭대표노동조합으로서의 과반수 노동조합간의 혼란이 발생할 여지가 없었다. 그러나 현재는 과반수 노동조합에 대한 위와 같은 문제가 발생할 수 있는 것이다. 이 문제를 정비할 필요가 있는데, 한국에서 이 문제는 과반수 노동조합의 권리와 역할에 대한 매우 민감한 부분을 포함하고 있어 쉽게 접근하기 어려운 상황이다. 근로자대표제도의 목적과 의미에 따라 향후 정비될 필요가 있다.

3) 근로자대표의 역할은 근로조건을 유연화를 위한 것이 아니다. 근로조건을 대등결정 원칙에 기초하여 노동조합에 의한 협약자치로 대표되지 못하는 미조직 근로자들의 근로조건을 유지·개선을 위한 근로자대표이어야 한다. 현행 근로기준법상 근로자대표 등은 근로자들의 근로조건을 보호하기 위한 장치로서 존재하기 보다는 근로자들의 근로조건을 유연화 또는 불리하게 변경시키기 위한 장치로서 존재한다는 한계가 있다(경영상 해고에 대한 협의의 주체, 근로시간유연화에 대한 서면합의의 주체, 취업규칙의 불이익 변경에 대한 동의의 주체). 이러한 한계를 극복하고 근로자들의 근로조건 개선에 대한 집단적 의사결정권을 갖는 실질적 근로자대표로서 기능해야 한다.

4) 근로자대표(위원) 선출의 절차적 공정성과 민주성이 확보되어야 한다. 근로자대표가 근로자들의 대표성을 획득한다는 것은 곧 근로자대표로 선출된 자(혹은 기구)가 피대표자를 위해 행동할 수 있는 권리를 획득한다는 의미이다. 대표성을 취득할 때 가장 중요한 것은 근로자대표의 공정성과 민주성이므로, 근로자의 이익을 대표할 수 있는 충분한 공정성과 민주성이 근로자대표성의 취득 과정에서 담보되어야 한다. 그리고 이를 위한 절차적 공정성과 민주성 확보를 요구하기 위해 ① 일관성(절차가 모든 사람들과 시간에 걸쳐 일관되게 적용될 것), ② 편견의 배제(선입견을 줄이기 위해 개인적 이익과 막무가내식의 충성은 배제될 것), ③ 정확성(절차를 통한 결정이 가능한 충분한 정보와 제시된 견해들에 기초될 것), ④ 시정가능성(결정을 수정하거나 반복할 기회가 존재할 것), ⑤ 대표성(결정의 과정이 모든 집단과 개인의 관점을 대변할 수 있을 것), ⑥ 윤리성(결정의 과정이 현존하는 도덕적·윤리적 기준에 상응하는 것일 것)이 필요하다. 그리고 근로자대표의 자격요건도 중요하게 고려되어야 하는 한편, 근로자위원 선출 후 근로자대표기구를 결정하는 경우에는 근로자위원의 선출 및 자격유지에 대한 공정성과 민주성 확보 방안이 필요하다. 근로자들의 의사가 반영될 수 있는 정기적 근로자총회개최 등 회의방식이 필요할 수도 있다.

5) 근로자대표는 모든 근로자를 대표할 수 있는 자이어야 한다. 어떤 제도적 형태를 갖는지와 무관하게 근로자대표는 소수 근로자, 비정규근로자, 나아가 간접고용근로자들까지도 포섭할 수 있는 포괄성을 가져야 한다. 다만 기업의 규모, 산업의 종류, 직종별 특성 등에 따라 근로자들의 성별·연령별·고용형태별 구성율은 달라질 수 있으므로, 법으로 구성율을 법정해야 하는가에 대해서는 다소 검토가 필요하다. 일단 법으로 규정되는 순간, 근로자대표는 탄력성을

상실하게 될 것이기 때문이다.

6) 근로자대표는 대표활동을 위한 유급활동시간이 보장되어야 한다. 현행 법상 근로자대표는 사안에 따른 일회적 대표성을 갖는다. 그러나 근로자대표제도의 정비에 따라 근로자대표의 지위가 조직적이고 상시적이 된다면, 근로자대표로서 활동하는 근로자대표에게는 그 활동을 이유로 하는 임금상 불이익 등이 없어야 할 것이고, 이를 보장하기 위해 적정한 수준의 유급활동시간이 보장되어야 한다. 그런데 여기에서 다시 과반수 노동조합에 대한 처우의 문제가 발생한다. 한국에서 노동조합의 전임자는 노동조합 및 노동관계조정법에 따라 유급조합활동시간(근로시간면제제도)의 권리가 있는데, 노동조합이 근로자대표인 경우 근로자대표로서의 유급활동시간과 노동조합으로서의 유급조합활동시간을 별도로 인정해야 하는가, 별도로 인정하는 것이 가능한가(즉, 구분 가능한가) 등의 문제가 발생할 것이다. 본고의 논의 범주로부터 다소 벗어나는 문제이기는 하지만, 이것은 근로시간면제제도의 개선을 통해 해결해 나가는 방안을 모색할 필요가 있다.⁹⁹⁾

7) 마지막으로 근로자대표에게는 공정대표의무가 있다. 이를 위반하였을 때에는 근로자대표자격을 박탈하는 등의 사후적 조치가 가능해야 한다. 공정대표의무를 다하는 근로자대표는 근로자대표활동을 이유로 하는 불이익처우가 금지되어야 할 것이다.

2. 근로기준법의 수정인가, 새로운 법의 제정인가

99) 한국의 현행 근로시간면제제도의 문제점은 협약자치의 영역에 맡겨두어야 할 유급조합활동시간의 보장을 법으로 규정하면서, 법정 근로시간면제한도를 초과하는 단체협약 까지도 법 위반으로 보고 있다는 점이다. 근로시간면제가 협약 자치의 영역에 맡겨지는 경우, 노동조합이 근로자대표가 되면 근로자대표로서의 활동시간을 포함하여 근로시간면제협정을 체결할 수 있을 것이라고 생각한다.

근로자대표제도의 방향을 위와 같이 잡을 때 근로자대표제도는 어디에서 규정을 해야 할 것인지에 대해서도 고민해보아야 한다.

근로자대표제도 구축에 필요한 법은 근로자대표라는 조직에 관한 조직법(組織法)이다. 현재는 근로자대표 조직에 관한 별도의 규정을 두지 않은 채 근로자대표를 규정하고 있고, 이에 따라 근로자대표 개선에 관한 다수의 제언이 존재한다. 여기에는 근로자대표에 관한 기초를 근로기준법을 통해서 하자는 견해, 노사협의회제도 개편을 통해서 하자는 견해 등이 있는데, 근로기준법 안에 조직법규정에 포함되는 것은 근로기준법의 성격상 정합적이지 않아 보이는 한편, 노사협의회제도 개편과 근로자대표제도 구축은 논의 범주가 다른 문제이다(근로자대표구축 후 노사협의회제도를 근로자대표제도로 편입시킬 것인지 아니면 노사협의회 기능을 근로자대표에게도 이관한 후 노사협의회제도를 폐지할 것인지는 별도로 논의될 필요가 있다).

여러 법 규정에 산재된 근로자대표제도의 통일적 구축과 필요사항의 규정을 위해서는 근로자대표에 관한 법을 신설한 후 근로기준법 등 근로자대표의 역할을 규정해야 하는 법에서 이를 준용하도록 하는 방식이 체계정합적이라고 생각된다. 특히, 근로자대표는 근로조건 대등결정의 원칙 범위를 확대하여 일정한 범위에서의 경영참가자로서의 역할도 수행될 필요가 있다고 생각되는데, 이러한 역할을 예정하기 위해 필요한 공정성과 독립성은 별도의 근로자대표에 관한 조직법 체계에 따라 선출되었을 때 좀 더 적절하게 확보될 수 있을 것으로도 보인다.

3. ILO 제135호 협약과 근로자대표

근로자대표제도 구축에 있어 고려되어야 할 또 다른 사항은 ILO 제135호 근

로자대표협약(Workers' Representatives Convention, 1971)(이하, 제135호 협약)이다. 우리나라는 2001년 12월에 이 협약을 비준하였다. 제135호 협약에서는 근로자대표로서의 지위나 활동을 이유로 하는 근로자대표에 대한 해고 등 불이익처우의 금지, 기업의 필요·규모·능력을 고려하면서 근로자대표 직무의 신속·능률한 수행 보장을 위한 편의제공, 동일 기업 내에 노동조합 대표와 선출된 근로자대표가 동시에 존재하는 경우 근로자대표의 존재는 노동조합과 그 대표의 지위를 침해하는 수단이 되어서는 안될 것 그리고 선출된 근로자대표와 노동조합과의 협력 장려 등에 대하여 규정하고 있다. 제135호 협약과 동시에 제정된 제143호 근로자대표권고(Workers' Representatives Recommendation, 1971)(이하, 제143호 권고)는 제135호 협약의 내용을 구체화하고 있다. 제135호 협약과 제143호 권고의 내용 가운데 참고해야 할 것은 근로자대표에 대한 편의제공에 관한 것이다. 제135호 협약의 편의제공의 무에 따라 제143호 권고는 다음과 같은 내용을 근로자대표에 대한 편의제공의 내용으로 예시하고 있다.

- 근로자대표가 신속하고 효율적으로 자신의 직무를 수행할 수 있도록 하기 위하여 적절한 기업 내 시설의 제공. 다만, 이러한 편의의 제공에 대해서는 국가의 노사관계의 특정, 기업의 규모와 역량 등을 고려해야 하고, 그러한 편의제공이 기업의 효율적인 운영을 저해해서는 안됨(제9조).
- 기업 내 근로자대표는 대표로서의 직무를 수행함에 있어 임금 기타 급여 등에 대한 손해 없이 필요한 근로시간면제가 허용되어야 함. 근로시간면제에 대한 규정이 없는 경우 근로자대표는 근로자대표 활동을 위해 근로를 중단하기에 앞서 직속 상관 기타 적절한 관리자로부터 허가를 받을 것이 요구될 수 있고, 그 허가는 합리적이지 않게 지연되어서는 안됨. 근로자대

표에 대하여 허용되는 근로시간면제 한도는 합리적인 수준으로 정해질 수 있음(제10조).

- 근로자대표가 자신의 직무를 효과적으로 수행할 수 있도록 하기 위해 근로자대표에게는 노동조합회의, 교육과정, 세미나, 총회에 참석하는에 필요한 시간이 허용되어야 함. 이러한 시간에 대해서는 임금 기타 급여 등에 대한 손해가 없어야 하고, 그에 대한 부담은 국가의 법령이나 단체협약 기타 국가의 관행에 따른 다른 방법으로 규정될 수 있음(제11조).
- 기업 내 근로자대표는 자신의 직무를 수행하는데 필요한 경우 기업 내 모든 작업장에 접근하는 것이 허용되어야 함(제12조).
- 근로자대표는 자신의 직무를 적절히 수행하기 위해 필요한 결정을 내릴 권한을 부여받아야 함(제13조).
- 경영자는 법령, 단체협약 등에 따라 정해진 방법의 범위 내에서 근로자대표가 자신의 직무를 수행하는데 필요한 설비와 정보를 이용할 수 있도록 해야 함(제16조).

근로자대표제도를 구축함에 있어서는 조직론적으로 근로자대표의 활동을 보장하기 위해 필요한 내용, 특히 근로자대표가 노동조합 및 노동관계조정법상 근로시간면제제도와 같이 임금손실 없이 근로자대표활동을 보장받을 수 있도록 해야 할 것이 요구된다.

또한 권고 사항 중 중요한 것은 근로자대표의 정보이용권이라고 생각된다. 근로자대표가 근로자대표로서의 기능을 충실히 이행할 수 있기 위해서는 기업

의 경영사항 등 필요한 정보에 접근할 수 있는 권한이 인정되고, 근로자대표가 필요한 정보를 요청하는 경우 기업은 그 요청에 따라야 할 의무가 있어야 한다. 다만 근로자대표의 정보이용권은 제147호 권고에서도 “법령, 단체협약 등에 따라 정해진 방법”에 따르도록 하고 있는 바, 근로자대표제도가 구축됨에 있어서는 근로자대표의 정보이용권이 명시될 것이 요구된다.

고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향 정책토론회

토 론 문

토론문

박 귀 천 (이화여대 법학전문대학원 교수)

1. 발제에 관한 의견

- 권오성 교수님과 박은정 교수님께서 상세하고 치밀하게 발제해 주신 내용을 통해 많이 배웠고, 내용 자체에 대해서 별다른 이론이 없습니다. 저의 생각을 덧붙이는 정도로 토론을 하겠습니다.

1) “근로자성 판단 기준” 관련

- 노동법, 특히 근기법의 적용대상이 되는 근로자 판단의 핵심적 기준이 되는 종속성의 개념은 역사적으로 보면 과거 보호필요성이라는 관점에서 ‘경제적 종속성’ 중심의 개념으로부터 ‘인적 종속성’ 중심의 개념으로 발전되어 왔습니다. 그렇지만 이제 ‘인적 종속성’이라는 개념이 오히려 보호가 필요한 노동자들을 배제시키는 기재로 작용하고 있는 상황이고, 다시 ‘경제적 종속성’의 기준이 주목받고 있습니다. 결국 근로자 개념이나 노동법의 적용대상이라는 것은 자연적인 불변의 개념이 아니라 어짜피

시대 상황, 사회·경제적 조건 하에서 인간에 의해 만들어진 개념이기 때문에 근로자 개념 내지는 노동법적 보호 대상이 되는 범주는 인간에 의해 변경 내지 대체될 수 있는 개념입니다.¹⁰⁰⁾

- 일찍이 독일제국 시절에 근로자로서의 사회경제적으로 불평등한 지위로 인해 계약체결의 단계에서 사용자에게 의해 일방적으로 결정된 근로조건을 수용할 수 밖에 없어 사용자와 평등한 입장에 설 수 없다는 관점이라고 할 수 있는 ‘경제적 종속성’ 개념이 등장했습니다. 근로자가 생산수단을 소유하지 못하며, 그로 인해 불가피하게 자기의 노동력 처분을 통해 얻어진 소득이 유일한 생존의 기반이 되므로 필연적으로 자기의 노동력을 상품으로 삼는 것입니다. 이처럼 근로자로서의 사회경제적 불평등한 지위로 인해 계약체결의 단계에서 사용자에게 의해 일방적으로 결정된 근로조건을 수용할 수 밖에 없어 사용자와 평등한 입장에 설 수 없다는 관점이 ‘경제적 종속성’입니다. 즉, 경제적인 불평등한 조건을 가진 근로자들의 사회적 보호를 위해 경제적 종속성을 노동법의 유력한 기반요소로 채택해 이를 수용하는 형식으로 노동법의 역사가 출발했습니다. 당시 경제적 종속성은 현실적으로 대다수의 근로자가 생계유지 수단으로 노동에 의존할 수밖에 없는 사정을 감안하여 근로자의 판단표지로서 결정적인 역할을 수행했습니다.

- 그러나 20세기 초 독일 제국노동법원은 예컨대 독립적인 상인의 경우에도 경제적 종속관계가 있을 수 있다는 점을 제기하여 경제적 종속성은 근로자와 자영자를 구분하는 기준으로서 한계에 직면하게 되었습니다.¹⁰¹⁾ 이후 1920년대부터 독일에서는 근로자성 판단기준으로서 인격

100) Forst, Gerrit, Arbeitnehmer-Beschäftigte-Mitarbeiter, RdA 2014, S. 157, 164.

101) 오상호, “독일의 근로자개념과 근로자성 판단”, 강원법학 제44호, 강원대학교 비교법

적 종속성이 전면에 등장하게 되었고, 다른 한편으로는 경제적 종속성을 근로자와 유사한 경제적 조건 하에 노무를 제공하는 소위, 유사근로자의 보호를 위한 규범적 요건으로 인식하게 되었습니다.

- 요컨대 인적종속성이라는 근로자성 판단 기준을 마치 절대적인 불변의 기준인 것처럼 볼 이유는 전혀 없습니다.

2) “비정규직 남용 방지 및 차별 없는 일터 조성” 관련

- 비정규직 차별시정제도와 관련하여, 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구가 보다 적극적으로 활용되어야 할 것이고, 이를 위해서는 차별시정을 위한 근로감독 기능이 강화될 필요가 있다고 생각합니다.
- 한편, 고용상 차별 문제의 판단은 관련 전문가들에게도 상당히 까다로운 문제로서 높은 전문성과 경험의 축적이 요구됩니다. 따라서 고용상 차별 문제를 전문적으로 다루는 감독관을 제도화하는 방안이 모색되어야 합니다(예를 들어 (가칭) ‘고용평등감독관’ 제도를 신설하는 방안). 현실에서는 비정규직 차별, 연령차별, 성차별 등 여러 가지 차별 요소가 복합적으로 문제된다는 점을 고려하여 고용차별 문제를 전문적으로 다룰 수 있는 근로감독관을 통한 감독행정을 통해 다양한 사유로 인한 고용상 차별 문제가 통합적으로 다루어져야 할 필요가 있습니다. 이와 더불어 현재 비정규직 차별 시정에 한정되어 있는 노동위원회의 차별시정 대상 역시 연령, 성별에 의한 차별 등으로 확대되어야 할 것입니다(노동위원회의 성차별시정 업무 담당에 관한 정부의 개정안은 국회 계류 중).

2. 플랫폼노동자의 근로자성 판단과 보호를 위한 독일 법원 판결 및 정부정

학연구소, 2015. 2, 356쪽 이하.

책의 최근 경향

- 최근 클라우드노동자의 근로자성을 인정한 독일 연방노동법원 판결과 플랫폼노동자 보호를 위해 독일 연방정부가 발표한 정책 방향이 우리에게도 유의미한 시사점을 줄 수 있다고 생각합니다. 아래에서는 그 내용을 소개하겠습니다.

1) 독일 연방노동법원의 클라우드노동자(Crowdworker)의 근로자(Arbeitnehmer) 인정 판결(BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20)

- 독일 연방노동법원은 2020년 12월 1일 클라우드노동자를 근로자(Arbeitnehmer)로 인정하는 판결을 내렸습니다. 사실관계 및 판결요지는 다음과 같습니다.

○ 사실관계

- 원고는 1967년생 남성으로 클라우드소싱(Crowdsourcing)¹⁰²⁾ 기업 고객의 위탁업무(Aufträge)를 수행했다. 원고의 업무는 제품생산업체가 상점 등의 제품 진열 상태 등을 통제하는 것과 관련하여, 상점과 주유소의 제품진열장 사진을 찍거나(일부는 해당 장소에 미리 알리고 찍고, 일부는 말없이 미스터리 고객(Mystery Guest)으로서 찍음), 버스정류장

102) 클라우드소싱은 클라우드(Crowd, 대중)와 아웃소싱(Out-sourcing)이 조합된 말로, 일반 대중을 이용해 기업 내부 고용인이 해야 될 일을 대신하게 함으로써 저렴한 비용으로 문제를 해결할 수 있다는 장점이 있다. 대중의 남는 힘을 경제적 가치로 전환한다는 데도 의미가 있다. 대표적인 예로 콘텐츠 생산, 리서치, R&D, 기업 공모전 등이 있다. 국내의 사례로 내비게이션 사용자들이 지도의 정확성을 위해 자신의 경험과 정보를 지속적으로 제조사에 제공하는 현상이 있다([네이버 지식백과] 클라우드소싱 [Crowd-sourcing] (손에 잡히는 IT 시사용어, 2008.02.01.)).

<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3586471&cid=59277&categoryId=59278>

에 붙어 있는 광고포스터에 대한 질문에 답을 하는 일이었다. 원고가 수행한 업무는 이른바 마이크로잡(Microjob)에 속하는 업무(임시적이고, 부과되는 과업 건별로 수행되는 업무)에 속했다. 원고는 스마트폰의 앱을 통해 업무를 수행했고, 업무의 투입은 원고의 스마트폰의 GPS를 통해 이루어졌다. 앱에서는 클라우드노동자가 머물고 있는 곳으로부터 50킬로미터 이내의 거리에 있는 일거리를 보여주었다. 노동자가 해당 업무 수행을 수락하면 대체적으로 2시간 내에 업무를 수행했다. 보수는 페이팔(Paypal)을 통해 지급되었다.

- 원고와 같은 클라우드노동자의 업무는 “기본 합의(Basis-Vereinbarung)”를 통해 이루어졌다. 특정한 업무량에 대해서는 합의되지 않았다. 또한 클라우드노동자는 특정한 업무를 수행해야 할 의무도 없었다. 얼마나 자주, 어떤 업무를 받을지와 업무를 수행할지 여부는 스스로 결정할 수 있었다. 플랫폼 고객과는 아무런 계약관계가 없었다. 또한 클라우드노동자는 자기 자신의 직원을 투입시키는 것이 허용되었고, 하도급을 주는 것도 허용되었다. 원고는 평균적으로 1주일에 약 20시간 일했고, 월간 약 1,750유로를 벌었으며, 다른 업무위탁인의 업무를 함께 수행했다. 원고는 피고회사로부터 더 이상 업무를 제안하지 않겠다는 통보를 받기 전에 1년간 2,978개의 위탁업무를 수행했다. 그렇지만 피고회사는 원고와의 관계를 끝내고자 했다. 진열대 체크(Bodenaufsteller-Check)를 둘러싼 다툼이 발생된 것을 이유로 원고에게 더 이상 업무를 제안하지 않겠다고 통보한 것이다. 그러나 원고는 자신은 기간의 정함이 없는 근로관계에 있는 근로자(Arbeitnehmer mit unbefristetem Arbeitsverhältnis)임을 주장했다. 이에 대해 지방노동법원과 뮌헨 주노동법원은 원고는 근로자가 아니라고 보았다. 원고가 지시에 구속되지 않고, 사업조직내에 편입되지 않았다고 판단한 것이다.

○ 판결내용

- 1심 및 원심과 달리 연방노동법원은 원고와 플랫폼사업자의 관계를 근로관계라고 판단하면서 원심판결을 파기환송했다. 즉, 원고는 플랫폼사업자(Plattformbetreiber)로부터 해고당하던 시점에 플랫폼사업자와 근로관계에 있었다고 보았다. 법적 근거는 고용계약관계에 관해 규정하고 있는 민법 제611조의a¹⁰³⁾에서 찾았는데, 그에 따르면 근로관계는 취업한 자가 지시에 구속되고, 타인에 의해 결정되는 노동에 인격적으로 종속되어 업무를 수행하는 것을 의미한다. 이는 계약관계의 실제 수행 모습을 통해 판단하는 것이고 계약의 (형식적) 표현은 문제되지 않으며 클라우드노동자가 근로자에 해당되는지 여부는 모든 상황에 대한 종합적 평가를 통해 판단할 수 있다.
- 업무를 주는 사람(Auftraggeber)이 그의 사업상 온라인 플랫폼을 매개로 하여 업무를 받는 사람(Auftragnehmer)으로 하여금 장소, 시간, 내용에 따른 자신의 업무활동을 자유롭게 형성할 수 없도록 협업(Zusammenarbeit)을 조종할 수 있는 경우라면 근로관계라고 할 것이다. 이 사례가 그러하다. 원고는 비록 피고가 제안하는 것을 받아들여야 할 계약상 의무는 없었지만 전형적인 근로자로서의 방식으로 지시권에 구속되어 타인에 의해 결정된 노동을 인적 종속하에 수행했다. 피고가 경영하는 온라인플랫폼의 조직구조는 계좌를 통해 등록하고 들어가게 된 이용자가 지속적으로 단계별로 계약에 의해 제공되는, 개인적으로 달성해야 하는 쉽고 작은 과업들을 받아들일도록 되어 있다. 온라인플랫폼 이용자는 수행된 업무의 수에 따라 평가시스템에서 더 높은 레벨을 얻는 것이 가능해진다. 플랫폼 이용자는 하나의 경로를 통해 보다 많은 업무

103) 독일에는 우리와 같은 근로기준법이나 근로계약법이 없기 때문에 근로계약의 법적 근거는 민법상 고용계약에 관한 조항이다.

를 받아들이고 더 많은 시간당보수를 얻고자 한다. 이러한 시스템을 통해 원고는 자신의 거주지가 속한 지역에서 지속적으로 활동을 수행하는 동기가 유발되었다.

3) 독일 연방노동사회부의 플랫폼노동자 보호 정책

- 2020년 11월 27일 연방노동사회부는 “플랫폼경제에서의 공정한 노동 (Faire Arbeit in der Plattformökonomie)”이라는 발표를 통해 플랫폼 노동에 관한 독일정부의 핵심적 정책방향을 제시했습니다. 플랫폼경제에서 활동하는 1인자영업자(Solo-Selbstständige)에 대한 노동법 및 사회보장법상의 보호 내용을 담고 있습니다. 그 주요내용을 살펴보면 다음과 같습니다.

(1) 노동플랫폼으로서의 플랫폼 사업자의 책임 강화

- 플랫폼사업자(Plattformbetreiber)는 단지 순수한 소개활동에만 국한되는 것이 아니라 고객 내지 업무위탁인, 플랫폼활동자(Plattformtätige), 플랫폼사업자 간의 3자관계에서 중심으로 조종하는 역할을 함. 따라서 “노동플랫폼(Arbeitsplattformen)”으로서의 보다 강한 책임을 부여 받게 됨. 연방노동사회부는 1인 자영업자의 적절한 활동조건과 그들에 대한 사회적 보호를 보장할 것임. 다만, 계약조건과 형성, 이행 등에 대해 영향을 주지 않고 실제로 소개역할만 하는 사업자에 대해서는 단지 신고 및 통계관련 규율만 적용함.

(2) 사회적 보호의 강화

- 근로자와 비교하여 보호를 필요로 하는 1인 자영업자인 플랫폼활동자들에 대해 법정 연금보험에 편입시키고, 플랫폼사업주의 재정적 부담 방안을 제안함. 또한 건강보험에 대한 플랫폼의 보험료 부담 등에 대해서도 검토함.
- 음식배달이나 운전업무 등과 같이 높은 사고위험에 노출되어 있는 플랫폼노동에 대해서는 산재보험제도를 강화하고, 각 산재보험조합의 정관에 따른 의무보험가입 제도 등을 재검토함.

(3) 근로자성 판단을 용이하게 하기 위한 입증책임 완화

- 플랫폼활동자들은 실제 상황에 따라 어떤 계약관계에 있는지 여부가 불안정한 상태에 놓이게 됨. 연방노동사회부는 플랫폼활동자의 노동법적 지위 확인을 보다 용이하게 하도록 하기 위해서 플랫폼노동자를 위한 입증책임규정을 도입하고자 함. 플랫폼활동자가 근로관계 존재에 대한 정황증거(간접증거)를 제시하면 근로관계가 존재하지 않는다는 입증책임은 플랫폼사업자가 부담하도록 하는 것임.

(4) 공정한 활동조건의 보장

- 정부는 1인자영업자인 플랫폼활동자들을 위한 집단법적 조직을 가능하게 하는 길을 찾고자 함.

- 플랫폼활동자들은 오랫동안 일을 하더라도 온라인으로 갑작스럽게 해지를 통보받게 되는 경우가 많음. 따라서 정부는 플랫폼활동 기간에 따라 최소한의 의무적인 계약해지 예고기간을 법제화하고자 함. 또한, 최소한의 핵심적인 보호규정, 즉, 질병으로 인해 일하지 못하는 경우에 대한 보수의 지속적인 지급, 모성보호, 휴가에 대한 보호규정이 적용되도록 할 것임.

(5) 계약조건에 대한 통제

- 대부분의 플랫폼활동에 대한 계약 조건들은 사업자에 의해 일방적으로 정해진다는 점을 고려하여, 법무부와 노동사회부는 공동으로 약관규제 법상 유효한 계약인지, 효력이 없는 계약인지에 관해 검토함.

(6) 투명성 제고를 위한 신고 및 통계의무 도입

- 현재 플랫폼노동에 대한 공식적인 통계와 정보가 존재하지 않음. 연방 노동사회부는 플랫폼경제를 위한 데이터관리를 개선하고 플랫폼경제의 의미와 발전을 위해 특별한 정보들을 이용할 수 있도록 관리하고자 함. 이에 EU 차원에서 활동하는 모든 플랫폼사업자는 행정관청에 신고할 의무를 부과하고 이와 관련된 내용을 EU 위원회에도 부탁할 것임.

한국노총 비정규직법 개정 방향 정책 토론회 토론문

정 흥 준 (서울과기대 경영학과 교수)

- * 한국노총의 비정규직법 개정 방향에 대한 정책토론회 개최와 관련하여 최근 특고 3법, ILO3법 등 노동관련 주요 법안들이 국회에서 새롭게 입법화되는 상황에서 근본적인 주제인 비정규직법 전반의 주제를 다루는 것은 적어도 다음의 측면에서 중요함
 - 현 정부에서 실종된 일자리 로드맵 중 <비정규직 남용방지 및 차별 없는 일터 조성>의 문제의식에 대한 환기와 차기 정부의 과제 도출
 - 코로나19 등 어려운 환경에서 비정규직 정책에 대한 문제제기 시기를 놓친 노동조합 내부의 토론. 초기 노동조합의 비정규직 정책이 지나치게 공공부문 정규직화로 쏠려, 비정규직 남용방지와 차별 해소를 위한 종합적인 대책 논의가 부진했으며 이후에는 코로나로 인해 사회보험 사각지대 해소를 시야가 좁혀짐
 - 결과적으로 이러한 현상은 우리나라 노동운동의 전략이 사안에 따라 움직이는 단기적인 대응에 머물러 있음을 보여줌

- * 첫 번째 발제문(권오성 교수님)은 고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단 기준으로 노사관계 측면에서 다양해진 고용관계를 가진 노동자(특수고용 및 플랫폼 노동)를 노조법상 근로자로 인정하는 것은 다음의 시사점을 가지고 있으므로 인식의 전환이 필요
 - 특수고용 및 플랫폼 노동은 ‘고용주-임금노동자 관계’의 속성이 달라져서 파생된 새로운 노동유형이 아니라 분업의 개념 변화와 기술변화에 따라 통제방식이

달라진 것으로 이해해야 함. 즉, 통제방식과 통제의 내용은 유연하게 가져가되 노동을 통제하는 속성은 동일. 특수고용 및 플랫폼 노동에 대한 노동자성 인정을 적극적으로 하지 않게 되면 노동법에서 배제되는 저임금노동자가 확산 되는 결과가 예상됨

<그림 1> 고용관계의 다변화 개요

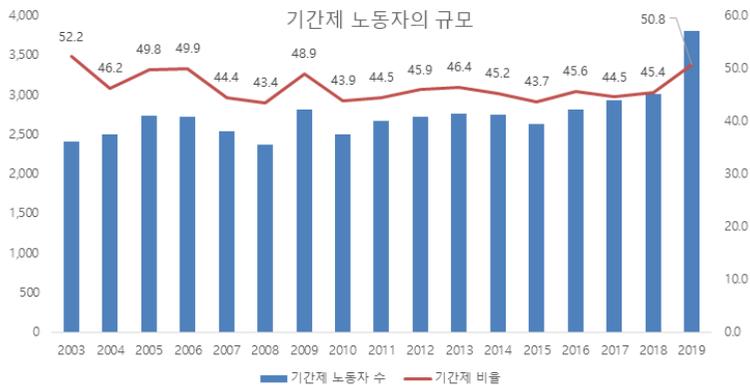


- 특고 및 플랫폼 노동의 남용과 이유 없는 차별을 막기 위해서는 ①오분류에 대한 적극적인 수정(근로자성 인정)과 함께 ②사업주에 대한 책임을 명확히 하는 것임
- ②과 관련하여 노사관계 측면에서 사용자에게 정당한 책임을 부여하는 것은 매우 중요한 과제임. 자본주의 시스템이 수정을 반복하면서 유지하고 있는 것도 기업을 법인으로 이해하고 사용자들에게 사용자 책임 + 사회적 책임을 제도화하고 있기 때문임. 단기적으로 사용자들은 책임이 늘어나는 것에 대한 부담을 가질 수 있으나 책임을 지지 않는다면 시스템이 제대로 작동하지 않을 수 있음을 항상 인식해야 함
- 특수고용 및 플랫폼 기업들에게 이윤의 대가로 책임을 요구하는 것은 정당한 것이며 그렇지 않을 경우 정부의 책임이 계속 늘어날 것임. 이윤은 특정 기업이 가져가면서 책임은 국민 전체가 지는 것은 바람직하지 않음. 물론 취약한 노동자를 위한 정부의 역할이 있지만 정부의 사용자의 역할을 대신해서 특수고용 및 플랫폼 노동자의 고충을 대신 처리하는 것은 잘못된 정책방향임. 따라서 노조법상 근로자로 포함하여 노사관계를 정상화하는 것이 일차적으로 필요함

* 두 번째 발제문(박은정 교수님)의 내용은 전반적인 비규직정책의 개정 방향을 담

고 있으며 대체로 동의함

- 기간제의 사용사유 제한의 필요성(포지티브 방식), 동일가치노동 동일임금 명문화(근로기준법), 단시간근로자에 대한 개념의 명확화와 초과근무에 대한 쟁점, 생명안전업무의 직접고용 원칙, 비정규근로자의 대표권 등은 비정규노동자의 문제만이 아니라 우리나라 노동시장의 방향과 관련된 중요한 정책적 제안임
- 발제된 모든 내용이 중요하지만 우선 순위에 따라서 3가지를 토론하고자함. 첫째 우리나라 비정규직 규모를 획기적으로 줄일 수 있는 방안은 기간제의 사용사유 제한임. 2019년 경제활동인구조사 부가조사 통계기준을 재정립하면서 기간제는 379.9만 명으로 전체 비정규직의 50.8%를 차지함



- 기간제 사용사유를 제한하는 포지티브 방식을 도입할 경우 전체 기간제는 현재 379.9만 명에서 58.8만명으로 약 321만 명이 줄어드는 효과가 발생함
- 기간제 사용사유 제한은 비정규직의 규모를 대폭 축소할 수 있는 매우 효과적인 방법이지만 사용자의 반대가 적지 않을 것이므로 기간제를 대폭 줄여 정규직으로 전환하되 일터혁신, 작업방식의 유연화, 노동시간 조정 및 직무가치를 반영한 임금체계 등을 적극적으로 고려할 필요가 있음
- 두 번째로 토론할 중요한 정책은 생명안전업무의 직접고용으로 적어도 공공부문에서부터라도 시행할 수 있는 방안을 적극적으로 모색해야 함
- 마지막으로 비정규노동자의 대표권 확장에 관한 것임. 이번 근로자대표제 관련

노사정 합의에도 하청 등 간접고용노동자의 실질적 대표권 문제는 제도화되지 못했음. 향후 근참법 개정을 통해 노사협의회 원하청 노사 공동 개최 등을 제도화할 필요가 있으며 노동조합의 자발적인 노력으로 원하청 노사의 공동 단체교섭 등을 추진할 필요가 있음

비정규직 대책을 위한 올바른 제도적 접근 방향

유 정 업 (한국노총 정책2본부 본부장)

1. 현 정부의 비정규직 대책 문제점 및 올바른 접근방향

- 최근 고용다변화 문제는 전통적 비정규직(기간제, 시간제, 파견직, 특수고용) 문제와 코로나19 시기 비임금노동자 문제로 확대 되고 있음. 비임금노동자는 특수고용, 플랫폼노동, 프리랜서와 같은 ‘1인 자영업자’ (단독노무제공자) 논의 임.
- 문재인 정부는 아래의 19대 대선공약과 국정과제 및 ‘일자리 5개년 로드맵’ 등을 발표하며 일자리의 양을 늘리는 동시에 ‘좋은 일자리’ 로 만드는 대책을 포함시켰음.
- 그 대책의 요지는 비정규직 차별 해소, 최저임금 인상 후속조치 등 양극화 해결과 노동자 삶의 질 개선과 밀접한 대책들이 ‘일자리 질 개선’ 계획에 담겨져 있었음.
- 그 내용 중에서도 주목해야 것은 비정규직과 관련한 고용불안 해결을 위해 내

년 중 비정규직 사용사유 제한을 법제화하고, 고용형태로 인한 차별을 막기 위해 현행 차별시정제도도 전면적으로 보완하는 방향이 포함됨.

- 특히 i) 기간제근로자 사용사유 제한의 법제화, ii) 생명·안전과 직접 관련되는 업무에 대한 기간제·파견 노동자 사용의 금지, iii) 차별시정제도의 개편, iv) 동일가치노동 동일임금 원칙의 근로기준법 규정, v) 원청의 책임강화 및 vi) 특수형태근로종사자의 노동기본권 보장을 위한 법·제도개선방안과 같은 것은 그 중요성에도 불구하고 아직까지 별다른 진전이 이루어지지 못하고 있음.
- 특히 고용노동부는 시도도 해보기전에 국정과제 이행을 위한 비정규직법의 개정은 현실적으로 어렵다는 판단하에 지난 11월 19일 「기간제근로자 고용안정 및 근로조건 보호 가이드라인」과 「사내하도급 근로자 고용안정 및 근로조건 보호 가이드라인」을 개정안을 발표하는 것으로 정부대책을 마무리 하려고 들고 있음.
- 정부가 법·제도 개선의 현실적 어려움을 핑계로 현 정부의 국정과제 추진을 실효성 없는 비정규직 관련 가이드라인으로 갈음하고, 이를 여당이 용인한다면 또다른 현 정부의 노동존중 사회실현을 위한 핵심적인 대선공약과 국정과제의 명백한 불이행으로 평가하지 않을 수 없을 것임.
- 비정규직 남용금지 및 처우개선을 위해서는 과 관련하여 상시·지속적 업무와 생명과 안전에 관한 업무에는 정규직의 고용을 원칙으로 하는 사유제한의 방식을 도입하고, 비정규직 차별금지를 위해 동일가치노동 동일임금을 법제도화해야 한다고 되어 있음. 기타 특수형태근로종사자의 노동기본권의 보장, 하청업체 근로자를 포함하여 간접고용으로 인해 사용자성이 분명하지 않은 경우 원청기업에게 사용자 책임을 부여하는 방안 등을 추진되어야 할 것임.

< 문재인 정부의 국정 과제 >

64 차별 없는 좋은 일터 만들기 (고용부)

□ 과제목표

- 비정규직 감축을 위한 로드맵 마련을 통해 비정규직 문제 종합적 해소 추진
- 외주근로자, 감정노동자 등 보호 강화

□ 주요내용

- (비정규직 감축을 위한 로드맵) 사용사유제한 제도 도입 추진*, 비정규직 사용부담 강화 방안 마련
 - * 상시·지속, 생명·안전 관련 업무는 정규직 직접고용을 원칙으로 하고, 사용사유제한의 범위는 실태조사 등을 통해 합리적으로 규정
- (차별 없는 좋은 일자리) 비정규직 차별시정제도 전면 개편, 고용형태에 따른 차별 금지, 1년 미만 근로자(비정규직 포함) 퇴직급여 보장 등
- (원청 공동사용자 책임) 도급인의 임금지급 연대책임 및 안전보건조치 의무 강화, 파견·도급 구별기준 재정립
- (임금격차 해소) '20년 최저임금 1만원 실현과 소상공인 등 부담 완화 방안 마련, 공정임금 구축 등 임금격차 해소 추진
- (산업안전보건체계 혁신) 특수고용노동자 등 보호대상 확대, 도급인의 산업 재해 예방 의무에 대한 종합적인 개선방안 마련, 중대재해 발생시 처벌강화
 - 감정노동자 보호를 위한 법적 근거 마련, 특수형태 근로종사자 산재보험 적용 확대 등 보호 사각지대 해소
 - 물질안전보건자료(MSDS) 영업비밀 심사제도 도입, 일정규모 이상 사업장 안전·보건관리업무 위탁 금지 등 제도 개선

2. 고용형태 다양화에 따른 노조할 권리 보장

□ 고용형태 다양화에 따른 노조할 권리보장의 필요성

○ 2백만을 넘어선 특수고용노동자는 전체 취업자의 12% 이상 차지

- 고용형태 다변화로 방송작가, 택배기사, 퀵서비스, 대리운전기사, 텔레마케터 등 플랫폼노동, 특수고용이 대폭 확산되고 있음 우리 일상에서 너무나 흔하게 접하는 일상의 노무제공 형태가 되었음.

○ 문재인 정부는 대선공약 및 국정과제로 특수고용노동자의 노동3권 보장을 약속했지만, 임기 3년이 넘도록 약속이 이행되지 않고 있음

- 정부나 지자체가 특고고용노동자의 노조설립을 대다수 허용하고 있다는 것으로, 즉 노동행정의 개선으로 해결가능하다고 주장하고 있음.

○ 근본적인 제도개선 추진 필요

- 20대 국회에서 한정애의원 대표발의(의안번호 2005441)로 노조법 제2조 제1호 개정안이 발의되었지만, 실질적 논의는 되지 못함
- 21대 국회에 정의당 강은미 의원 등에 노조법 개정을 제출하였으나 현행 노조법상의 근로자 정의로 충분하단느 견해와 신중한 접근 필요성에 대한 요구로 법 개정 유보된 상태
- 특수고용노동자가 스스로 단결하여 사용자와 교섭을 통해 노동조건을 개선할 수 있도록 노조법 제2조 제1호를 시급히 개정해야 함

3. 기간제, 파견, 단시간노동 등에 대한 입법적 보호대책

1) 근로기준법 상 균등처우원칙 및 동일가치노동 동일임금 원칙 법제화

- 고용형태에 따른 차별금지 원칙의 명문화
- 최근 판결에 따라 ‘고용형태’가 사회적 신분에 포함된다는 점 명시(서울남부지법 2014가합3505 판결, 서울고법 2016나2044835 결정)
- 차별금지 규정을 위반한 근로계약, 취업규칙은 무효로 함
- 근로기준법에 동일가치노동
- 동일가치노동 동일임금 규정 및 균등처우 원칙 위반 시 기간제법상 차별시정절차 준용
- 차별시정 신청주체 확대 및 신청기간, 비교대상 확대

2) 기간제근로자의 사용사유 제한

○ 상시·지속적인 업무에 대한 정규직 고용 원칙 명시

- 기간제법상 사용사유제한 조항 신설
: 상시, 지속적이지 않은 업무나 일자리의 경우에만 기간제 사용 허용 △결원으로 인하여 해당 업무를 대체하는 경우, △계절적 사업의 경우, △일정한 사업 완료에 필요한 경우 등
- 기간제 사용기간 제한 필요
- 기간제의 사용사유이나 기간제한 위반시 기간이 없는 것으로 간주
- ※ 기간제법 제4조 단서에 의한 광범위한 예외 사유 규제 : 제4조 단서는 ‘다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다’고 규정함. 기간제법에서 정한 예외사유도 광범위할 뿐만 아니라, 대통령령으로 정하는 사용기간 제한의 예외사유가 지나치게 폭넓게 규정되어 있는 문제도 해소 필요

3) 차별시정 제도의 개선

○ 차별시정제도가 작동하지 않는 현실

- 차별시정제도가 제대로 기능하지 못하고 있다는 지적은 전문가들의 공동된 의견이요. 시행효과를 통해서도 확인할 수 있음.
- 기간제법 시행 이후 정규직-비정규직 임금격차 더 변화 없음(경제활동부가조사 분석에 따르면 2007년 정규직 대비 비정규직 임금 수준 50.5% → 2020년 51.5% 수준)
- 상시적 고용불안에 시달리는 기간제근로자가 차별시정을 한다는 것은 현실적으로 불가능

○ 개선방안

- 차별판단시 비교대상 근로자 확대
: 현재 뿐만 아니라, 과거 동종·유사업무에 종사하였던 자도 포함하여 사용자의 직군 분리 등 탈법행위 규제
- 차별시정 주체 확대
: 해당 기간제·단시간근로자 뿐만 아니라, 그를 조직대상으로 하는 기업별노조, 산별노조, 총연합단체로 확대하여 현재 유명무실한 차별시정 제도의 활용도 제고

4) 파견법 개정방향

○ 파견근로 사용사유 및 대상업무 제한

- 통상허용 업무는 인정하지 않고, 결원의 대체, 전문기술 인력의 일시적 활용 등 일시 사용 업무만 인정함
- 제조업의 직접생산공정업무는 절대금지업무로 규정함으로써 사내하청을 빌미로 한 파견법 잠탈 규제

- 상시·지속 업무에는 어떠한 사유로도 파견근로를 사용할 수 없도록 명시함
- 파견기간은 파견사유 해소에 필요한 기간으로 하되, 1년을 초과하지 못하도록 함
- 파견기간을 연장하는 각종 예외규정을 삭제함
- 반복적인 파견근로를 막기 위해 휴지기간 도입
- 최초 사용시부터 기간의 정함이 없이 직접고용한 것으로 간주

고용형태 다양화에 따른 정책 과제

홍 종 선 (한국경총 근로기준정책팀 팀장)

고용형태 다양화에 따른 정책 과제

I. 들어가며

- 고용형태가 다양화됨에 따라 관련 법제도를 정비하고, 비정규직 정책을 추진하는데 있어서 놓치지 말아야 할 것은 장기적·거시적 관점에서 기업의 일자리 창출 측면에서 어떠한 영향을 미칠지에 대한 섬세한 검토도 병행되어야 한다는 것임.
- 이하에서는 발제자가 제시한 중점 토론사항을 포함하여 주요 쟁점에 대해 간략한 입장 위주로 말씀드리겠습니다.

II. 고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 관련

- 특수형태종사자와 플랫폼종사자는 비단 우리나라에만 있는 노무제공 형태가 아니라, 서비스산업의 확대와 정보통신기술의 발전 등을 배경으로 전 세계적으로 활용되고 있는 노무제공 형태임.
- 특수형태종사자는 개인사업자라는 점에서 원칙적으로 기업과 근로자간

획일적 적용을 위한 노동법의 적용 대상이 아님.

○ 특수형태종사자는 사용주와의 종속관계 하에서 근로를 제공하는 근로자와는 달리, 사업주와 위임·위탁계약을 맺고 서비스를 제공하는 사업파트너(개인·독립 사업자)로 근로기준법 등 노동법적 보호 방안이 적용될 수 있는 대상이 아님.

- 특수형태종사자는 스스로 노무제공 여부를 선택할 수 있고, 근무 시간을 자율적으로 정하며, 특정 업무 장소에 구애받지 않고, 임금이 아니라 계약에 따른 수수료 등을 소득원으로 하는 등 근로자와는 다른 비즈니스 모델로 활동함.

- 또한, 특수형태종사자는 입직과 이직이 자유롭고 사용자의 인사권 및 취업규칙의 적용대상이 아님.

○ 따라서, 특수형태종사자에 대한 보호방안은 전통적인 노동법을 적용하는 측면이 아니라, 거래상 불이익 등을 전제로 한 경제법적 측면에서 강구할 필요가 있음.

■ 더욱이 특수형태종사자보다 더 개방되고 자유로운 플랫폼종사자들에게 노동법 적용을 통한 보호 방안을 강구하는 것은 현실적이지 못함.

○ 기본적으로 플랫폼종사업무는 ▲노동관계가 아닌 거래관계이며, ▲노무제공 여부에 대한 자기결정성이 크고, ▲노무제공의 유형에 대한 특정 불가능성이 높으며, ▲수요자-사업주-공급자간 관계에서 사용자 특정 불가능성도 높음.

- 따라서, 특수형태종사자와 플랫폼종사자에 대해서는 그 특성을 반영한 별도의 규율 방안이나 보호법제를 마련하는 방안을 고민할 필요가 있음.

III. 비정규직법 개정방향

- 비정규직 문제의 근본원인은 정규직 고용 과보호와 고임금으로 압축할 수 있는 노동시장의 경직성과 이중구조에 있음. 따라서 비정규직 문제 해결을 위해서는 이에 대한 처방도 반드시 병행되어야 함.
- 비정규직 해결을 위해 규제 강화에만 집중한다면 원치 않는 부작용만 초래할 우려가 큼.
 - 정규직 위주의 정책이 우리나라 노동시장 이중구조를 더욱 심화시킬지 않을지, 최근 심각한 실업난 속에서 자칫 기업의 일자리 창출에 부정적인 영향이 없을지, 기업 경쟁력과의 상관관계 등 다양한 파급효과를 검토해야 함.
 - 규제 강화는 양질의 비정규직 일자리를 감소시키는 한편, 대부분의 비정규직 근로자가 근무하는 영세·중소기업들에게 막대한 경영부담을 초래함으로써 기존 일자리의 유지마저 어렵게 만들 가능성이 큼.
 - 특히, 상시·지속적 업무의 정규직화 원칙과 관련하여 그 범위와 기준이 불분명한 개념 문제를 어떻게 해결할 수 있을 지에 대한 고민이

필요함.

○ 안전문제의 경우 사고예방을 위한 노력이 필요하다는 점에는 공감하나, 정규직 고용 강제가 근본적인 실효책이 될 수 있을지 의문이며, 기업이 기간제, 파견, 도급을 활용하는 이유에 대한 현실적인 고찰도 필요함.

■ 정규직 對 비정규직이라는 이분법적 시각에서 벗어나 비정규직에 대한 인식을 개선해 다양한 일자리를 창출하고, 불합리한 차별은 해소해 나갈 필요가 있음.

○ 우리 노동시장의 현실을 뒤로하고 정규직 직접고용만을 최선의 방안으로 제시하는 것이 실현가능한지, 지속가능한지를 되짚어볼 필요가 있음.

○ 우리나라에 앞서 노동개혁에 성공한 주요 국가들도 시간제·임시직 등 고용형태 다양화를 통해 일자리 문제를 해결한 바 있다는 점을 참고할 필요가 있음.

■ 우리 경제상황과 기업현실을 감안해 기간제, 파견, 도급 등 다양한 일자리 확보를 위한 제도 보완 방안을 고민해야 할 필요가 있음.

○ 기간제 근로자의 고용안정을 보다 확보할 수 있는 방안으로 ① 사용기

간 폐지 ② 신규창업 시 사용기간 연장 특례 ③ 당사자 의사 합치 있을 경우 갱신 인정 등의 개선 방안을 검토해 볼 필요가 있음.

- 당사자간 자율적 합의로 사용기간을 연장할 수 있도록 하는 것이 당사자 의사에 적합할 뿐만 아니라, 고용안정 및 고용기간에 대한 예측가능성 측면에서도 도움이 될 것임.

○ 선진국에 비해 경직성이 높은 파견제도를 합리화하여 ① 허용 업무 확대, ② 파견 기간 연장, ③ 고소득·전문직에 대한 예외 인정 등을 통해 일자리 창출을 도모해야 함.

- 주요 선진국은 파견근로에 대한 규제가 거의 없거나 규제가 있더라도 일단 입구를 넓게 열어주되 파견근로자의 처우를 보호하는 방식의 입법례를 갖고 있음.

○ 한편, 적법 사내도급 활용을 유연하게 판단함으로써 불법파견 논란으로 사실상 사내도급 활용이 위축되어 일자리 손실로 이어지는 상황을 방지해야 함. <끝>

토 론 문

강검윤(고용노동부 고용차별개선과 과장)