기타자료
2022-04

취업형태 다변화와 근로시간 및 해고 규율

남궁준

KLI

한국노동연구원

목 차

요 약 ····· i

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 배경 ····· 1

1. 취업형태 다양화와 노동법의 적용 문제 : 제도적 사각지대의 발생 ····· 1

2. 우리의 제도적 대응 ····· 3

제2절 연구의 목적과 구성 ····· 5

제2장 이론적 분석 : 노무제공자의 취약성과 근로시간 · 해고 규제의 목적에 대한 가설 ····· 8

제1절 논의의 기초 전제 ····· 8

1. 노동법의 일반적 목적 ····· 8

2. 취약성의 종류 : 법적 종속성과 경제 · 사회 · 심리적 의존성 ···· 9

3. 취업자의 개별 취약성과 개별 노동법의 대응 관계 ····· 11

4. 노동법상 개별 임금 규범 적용범위의 상대성 ····· 14

제2절 노동법상 근로시간과 해고 규범과 목적과 가설 ····· 15

1. 노동법상 근로시간과 해고 규범의 일반적 목적 ····· 15

2. 근로시간 · 해고 규범의 적용과 관련한 가설 ····· 16

제3장 비교법적 검토 : 비근로자의 노동시간 · 계약해지에 대한 규율 ····· 19

제1절 해외의 관련 입법 동향 ····· 19

제2절 전통적 중간범주에 대한 각국의 규율 ····· 20
1. 영국(limb (b) worker) ····· 20
2. 독일(유사근로자) ····· 22
제3절 플랫폼 노동 등에 대한 입법 대응 유형 ····· 23
1. 캐나다 온타리오주의 「Digital Platform Workers' Rights Act」, 2022 ····· 23
2. 칠레의 디지털 플랫폼 노동관계 규율을 위한 개정 노동법전 · 27
3. 스페인의 「Riders' Law」(유사한 법으로 포르투갈의 "Uber Law") ····· 28

제4장 노동시간 · 근로시간 관련 국내 입법 상황 ····· 30
제1절 관련 노동관계법의 규율 ····· 30
1. 근로시간 ····· 30
2. 휴식제도 ····· 32
3. 근로관계의 종료 ····· 36
제2절 근로자 이외의 자를 대상으로 한 노동조건 규율 ····· 42
1. 노동시간 ····· 42
2. 휴식제도 ····· 46
3. 계약해지의 제한 등 ····· 49

제5장 연구의 요약 ····· 52

참고문헌 ····· 55

표 목 차

<표 4-1> 근로기준법상 연차휴가 일수 ····· 35

그림목차

[그림 2-1] '취업자' 또는 '일하는 사람'의 개념도 ····· 13
[그림 2-2] 임금 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시 ····· 14
[그림 2-3] 근로시간·해고 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시 ··· 17

[그림 5-1] 취약성에 따른 근로시간·해고 관련 규범의 적용관계 ···· 54

요 약

이 연구는, 노동법은 노무제공자가 노동관계 속에서 갖는 다양한 직접적 혹은 잠재적 취약성을 해소 또는 완화하는 것을 목적으로 삼는 개별 법규범의 총체라는 노동법관(觀)을 전제로 한다. 근로자의 개념 표지로 흔히 거론되는 인적 종속성(subordination)이나 경제적 의존성(dependence)은 이러한 취약성을 개념화한 것으로, 그에 대응하는 개별 노동법 규범의 인적 적용범위를 획정하는 역할을 수행한다. 구체적으로 이 연구는 노동관계의 속성을 크게 세 가지, 법적 종속성(1), 경제적 의존성(2), 조직적 특성(3)으로 나누고, 각 속성을 다시 두 가지로 구분한다.

나아가 이 연구는 노동법 내 단행 법률 속 각 법률규정이 주목하고 해소/완화하려는 구체적 취약성이 상이할 수 있고(즉, 목적이 다를 수 있고), 그 결과 어떤 법률 조항은 같은 법률의 다른 조항보다 더 넓거나 좁은 인적 적용대상을 가질 수 있다고 이해한다. 선행연구에서 검토한 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「임금채권보장법」상 주요 임금 원칙을 예로 들면 다음의 그림처럼 각 규범이 서로 다른 취약성에 대응하고 있다는 것을 알 수 있다. 즉, 이 연구는 세부 노동법 제도의 목적에 조응하는 '근로자 개념의 상대성' 또는 '유추적용'의 법기술을 통해 단행 법률 내 일부 규정은 경제적 의존성을 갖는 취업자에게도 적용될 수 있다고 본다.

노동법상 근로시간 규범은 복합적인 규율 목적을 갖는다. 예컨대 근로자의 건강과 안전을 도모하는 것, 일과 생활의 균형과 양립 보장, (정책적으로는) 국가 차원에서 적절하게 노동시장을 형성하기 위한 것 모두를 목적으로 한다. 근로시간을 정의 내리는 것은 개념적으로 어려운 작업이며, 또한 공법(公法)과 사법(私法)의 속성을 모두

〔임금 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시〕

<table>
<tr><th>취약성/속성</th><th>기본권/
인권</th><th colspan="5">개별 근로관계법 노동법제도(임금 관련 제도 예시)</th></tr>
<tr><td>법적 인적
종속성(1-1)</td><td>자유권</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>법적 경제적
종속성(1-2)</td><td>사회권적
기능
자유권</td><td></td><td></td><td rowspan="3">임금채권의 보전·확보</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(불공정)(2-1)</td><td>사회권적
기능
자유권</td><td>계약
체결시
근로조건
고지</td><td rowspan="2">통화불,
직접불,
전액불,
정기불
원칙</td><td>최저임금
(노동력최
소단가)</td><td>노동조합·
단체교섭·
단체행동</td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(생존)(2-2)</td><td>생존권적
사회적
기본권</td><td></td><td>최저임금
(최저생계)</td><td></td></tr>
<tr><td>조직적 속성
(핵심·상시업무)
(3-1)</td><td>-</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>독립사업자성결여
/ 사업편입성(3-2)</td><td>-</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
</table>

자료 : 남궁준(2022: 36)의 [그림 2]를 수정・보완.

가지고 있는 근로시간 규범을 맥락에 따라 섬세하게 판단하여 적용 여부를 결정하는 것은 어려운 일이다. 다만 근로시간 개념의 핵심표지는 사용자의 지휘・감독 또는 해당 시간에 대한 처분권이라고 할 수 있다. 그리고 다원적으로 나누어지는 근로시간 개념에 대한 규율도 거칠게 분류하면 '임금산정의 기초로서 근로시간 규율'과 '근로자의 건강권 보장을 위한 근로시간 규율'로 대별해 볼 수 있다.

한편 일반적으로 해고란 근로계약의 종료 사유 중 하나로서, 특히 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적인 의사표시에 의해 이루어지는 근로관계의 종료 사유로 정의된다. 많은 국가에서 사용자의 해고권, 혹은 계약해지권 행사에 일정한 제한을 가하는 것은 노동법의 중핵을 이룬다. 「해고제한법」의 주요 내용을 양분하면 해고의 실체적

제한과 절차적 제한으로 나눌 수 있다. 전자는 해고의 이유 또는 사유를 제한하는 법(미국 법제의 맥락에서는 'just cause' vs 'employment at will' 논의로 잘 알려져 있음)이 속한다. 후자는 다시 해당 근로자의 절차적 방어권을 보장하기 위한 절차를 보장하는 법, 해고시기를 제한하는 법, 해고 시 일정한 기간을 두고 예고를 할 것을 규정하는 법, 서면통지 등 해고의 방법을 정하는 법 등으로 구별할 수 있다.

이 연구는 노동법의 근로시간과 해고에 대한 주요 규범이 「근로기준법」상 근로자가 아닌 취업자이지만 자기 사업을 하지는 않는 노무제공자에게 적용될 수 있는지를 살펴보았다. 근로시간 제도의 경우 근로자의 건강권 보장·확보를 위해 마련된 제 규범들, 예를 들어 연속된 휴식시간, 휴게, 주휴일의 확보와 같은 규범은 법적 종속성을 가진 근로자가 아닌 경제적 의존성만을 가진 노무제공자에게도 확장 적용될 수 있다는 것을 검토하였다. 다만 임금청구를 할 수 있는 지 불근로시간 혹은 인정·산정의 기초로서 근로시간을 정하는 문제를 규율하기 위한 「근로기준법」 등의 규범은 성질상 비(非)근로자로서 자신의 노동력 그 자체를, 더 현실적으로는 자신의 시간을 사용자의 처분에 맡기는 법적 종속성을 갖지 않은 노무제공자에게는 원칙적으로 적용될 수 없음을 확인하였다.

해고보호제도의 경우에도 현행 「근로기준법」 제23조에서의 같은 해고사유의 제한의 경우에는 법적 종속성을 가진 근로자에게만 적용되는 것이 타당하나 전속성 혹은 강한 경제적 의존성을 보유한 노무제공자의 경우에는 명백하게 자의적이고 비합리적인 사유로 인한 계약해지는 해지권의 남용으로 허용될 수 없다는 것을 확인하였다. 그에 이르지 않는 경제적 의존성을 갖는 노무제공자의 경우에는 해지의 서면통보(해지사유 포함) 규범이 확장 적용되는 것이 원리적으로 합당하며, 단지 독립사업자성만을 결여하고 있는 노무제공자의 경우에는 해고예고 관련 규정이 변용되어 일정 기간의 사전통보와 서면을 통한 해고통보가 계약을 해지하려는 상대방(사업을 영위하는 자)에게 요구되는 것이 정당할 수 있음을 검토하였다.

〔근로시간·해고 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시〕

<table>
<tr><th>취약성/속성</th><th>기본권/
인권</th><th colspan="5">개별 근로관계법 노동법 제도
(근로시간·해고 관련 제도 예시)</th></tr>
<tr><td>법적 인적
종속성(1-1)</td><td>자유권</td><td rowspan="4">임금산정
기초
근로시간
규범</td><td></td><td rowspan="3">해고사유
제한</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>법적 경제적
종속성(1-2)</td><td>사회권적
기능 자유권</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(불공정)(2-1)</td><td>사회권적
기능 자유권</td><td rowspan="2">건강 위한
근로시간
(중:
연차휴가)</td><td rowspan="2">해고사유
서면통보</td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(생존)(2-2)</td><td>생존권적
사회적
기본권</td><td></td></tr>
<tr><td>사업편입성
(핵심·상시업무)
(3-1)</td><td>-</td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2">건강 위한
근로시간
(약:
절대시간
휴식)</td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2">해고예고
서면통보</td></tr>
<tr><td>독립사업자성
결여/
사업편입성(3-2)</td><td>-</td></tr>
</table>

자료 : 저자 작성.

제 1 장
서 론

제1절 연구의 배경

1. 취업형태 다양화와 노동법의 적용 문제 : 제도적 사각지대의 발생

20세기 끝 무렵 서구를 기준으로 표준고용관계(standard employment)라고 부르는 취업형태, 즉 주로 제조업 분야 공장에서의 노동(테일러리즘)을 전제하고 법적으로는 근로계약(contract of employment)에 근거해 한 명의 사용자를 두고, 전일제로 근무하며 계약기간을 따로 정하지 않는 고용형태가 다양하게 바뀌고 있다. 이러한 비정규직의 출현에 더해, 이제는 근로자 아닌 취업자, 즉 디지털 플랫폼 종사자 그리고 조금 더 오래된 특수고용종사자(이하 '특고'), 프리랜서 등 1인 자영업의 외양을 띠고 일을 하는 사람들이 늘었다. 다시 말해 근로계약과 근로자 외 노동을 공급하는 사람과 그것을 제공받는 사람이 체결하는 계약의 형식 역시 다양해졌다.

---

* 본 연구의 내용은 이론적 전제가 되는 필자의 선행연구의 핵심 내용을 발췌·보완·요약한 것이다. 남궁준(2021), 『취업형태의 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토』, 한국노동연구원; 남궁준(2022), 「디지털시대, 노동법의 경계석 고쳐세우기」, 제13회 한국법률가대회(2022. 10. 27) 제2세션 제3분과 세미나 자료집.

디지털 노동 플랫폼의 등장은 그 이전과 이후를 구분 짓는 의미 있는 분기점이 되었다. 플랫폼 노동이란 온라인 디지털 플랫폼 기업이 통상 알고리듬(algorithm)에 의해 작동하는 프로그램(application/app)을 통해 서비스 혹은 노동제공자와 그 수령자를 중개하거나 그것을 촉진시켜 성립된 노동공급형태를 말한다.[1] 초기에 이 현상은 다양하게 표현됐다. 디지털경제, 공유경제(sharing economy), 협동경제(collaborative economy), 긱 노동자(gig worker), 불안정 노동(precarious work), 주문형/호출형 노동(on-demand work) 등이 모두 플랫폼 노동을 – 각자의 관심에 따라 – 조금씩 다른 각도에서 바라보는 용어다.[2] 생산과 소비 양 측면에서 발생하는 편리성과 효율성 때문에 우리나라를 포함해 세계적으로 플랫폼 노동 종사자 수는 가파르게 늘었다.

그러나 '디지털 유연성'은 노동법과 노동시장, 나아가 사회 전반에 새로운 과제를 던지고 있다. 그 출발은 노동법(과 이와 연동한 사회보험법)의 적용 문제이다. 디지털 플랫폼 업체("플랫폼 운영자"), 서비스/노무 제공자("플랫폼 종사자"), 노무수령자(고객)의 세 당사자가 각자의 상대방과 체결한 계약 중 어느 것도 형식적으로는 근로계약이 아니다.[3] 따라서 플랫폼 종사자는 일단 근로자(employee)가 아닌 자영업자(self-employed)로 취급되며 노동관계법령 및 관련 사회보장법령이 원칙적으로는 적용되지 않는다.

이러한 특고, 프리랜서, 플랫폼 종사자 등의 등장과 확산은 지난 20여 년 동안 우리나라뿐 아니라 거의 모든 산업국가에서 발견되는 공통 현상이며(예 : 'dependent contractor'의 등장) 근로자(employee)만을 적용대상으로 삼던 사회법(노동법과 사회보장법)의 제도적 사각지대를 꾸준히 늘려왔다.[4]

---

1) Miriam, A. Cherry(2016: 577).
2) 공유경제의 개념과 정의에 대해서는 길현종・박제성・김수영・박은정・이다혜(2016), 『공유경제와 공유관계』, 한국노동연구원, pp.5-12 참조.
3) 그러나 세 당사자 간 관계 속에서 존재하는 계약의 성격・내용・수는 사안별로 법적 검토의 대상이다.
4) 남궁준(2021: 1).

2. 우리의 제도적 대응

이러한 문제에 대응해 많은 국가가 일정한 제도적 변화를 시도해 왔다. 우리의 경우 법원은 재판 당시 적용 가능한 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법') 등의 법령 규정을 (목적론적으로) 넓게 해석하여 일부 직종 특고, 플랫폼 종사자를 포섭하였다. 입법적 변화는 사회보험 분야에서 주로 이루어졌는데 「산업재해보상보험법」(이하 '산재보험법')상 '특수형태근로종사자' 개념을 전속성·상시성이 필요하지 않은 '노무제공자' 개념으로 대체하고(2023. 7. 6. 시행), 시행령 개정을 통해 관련 직종을 지속적으로 추가하고 있다. 「고용보험법」도 유사한 방향·방식으로 개정을 거듭하면서, 특히 '예술인', '노무제공자' 개념을 새롭게 도입하였다.

그러나 개별적 근로관계를 규율하는 노동법 분야의 대응은 상대적으로 뒤처져 있다. 다만 입법적 노력이 없었던 것은 아니며 아래와 같은 방식의 접근이 시도되었다.

① 미완에 그친 전통적 접근은 – 현재 「사회보험법」에만 도입되어 있는 – '근로자-자영업자'의 중간범주인 "특수형태근로종사자"의 지위를 협의의 노동법 영역에서도 수용하여 그들의 개별적 계약관계에서의 권리를 보장하는 입법을 마련하는 것이다.

첫째, 우선 특수형태근로종사자를 기존의 「근로기준법」상 근로자 개념으로 포섭하려는 입법적 시도인데 성공하지 못했다.[5]

둘째, 특수형태근로종사자를 별도의 지위(중간범주 또는 제3의 범주)로 인정하여 근로자에 비해 상대적으로 적은 종류와 낮은 수준의 권리·보호를 제공하는 특별법을 제정하는 방식이다. 그러나 20년 가까이 지속적으로 시도되었던 이러한 접근법은 실제 입법으로 이어지지 못했다.[6]

---

5) 예를 들어 「근로기준법 일부개정법률안」(강은미 의원 대표발의), 의안번호 12457, 발의일 2021. 9. 6., 단병호 의원 대표발의 「근로기준법 중 개정법률안」(2004. 7. 12. 의안번호 170169), 홍희덕 의원 대표발의 「근로기준법 일부개정법률안」(2009. 5. 11. 의안번호 1804813), 심상정 의원 대표발의 「근로기준법 일부개정법률안」(2012. 7. 3. 의안번호 1900465), 이목희 의원 대표발의 「근로기준법 일부개정법률안」(2012. 9. 3. 의안번호 1901510) 등.

② 다른 방식은 최근 큰 주목을 받고 있는 “플랫폼 종사자”라는 취업자 유형을 별도로 개념화해 그들에 대한 특별한 보호를 제공하는 것이다(단, 플랫폼 종사자성과 근로자성은 관련이 없음, 즉 기존 노동관계법령 적용은 별도 판단이 필요하기에 근로자성을 부정하는 ‘특수형태근로종사자 특별법’ 접근과 구별됨). 다만 위 특수형태근로종사자 개념을 통한 접근과 비교할 때 실체적이고 핵심적인 노동조건(임금, 근로시간, 휴가 등)의 최저 수준을 정하기보다는 계약의 절차적 공정성 확보를 위해 필요한 사항(계약서 서면 제공, 책임전가 금지, 계약해지의 절차적 요건 등)과 기본적 인권(차별금지, 안전・건강)을 규율(규제)하고 기타 정부의 책무나 공제사업 등의 지원에 초점을 두고 있다.[7]

③ 마지막 접근방식은 – ‘근로자-자영업자’의 중간범주라기보다는 – 노동법으로서 규율하는 것이 가능하고 타당한 가장 넓은 인적 범위(예: ‘일하는 사람’, ‘노무제공자’ 등)를 설정하고 자기 사업이 아닌 타인의 사업을 위해 자신이 직접 일을 하면서 보수를 받아 생활하는 사람이라면 향유해야 할 권리, 그리고 그것을 위한 상대방(‘노무이용자’) 및 정부의 의무, 책임, 책무를 정하는 (내용・성격상) 일반법이자 (형식상) 기본법을 제정하는 방안이다. 최근 이러한 취지를 가진 법안 둘이 공식 발의되었다.[8] 현 정부도 유사한 방향의 입법을 검토 중인데 이를 통해 아래의 기본계획(의 일부)을 달성하고자 하는 것으로 보인다.

2022년 10월 고용노동부는 다른 관계 부처와 함께 ‘근로복지증진 기본계획(제5차 : 2022~2026년)’을 공개했다. 그중 첫 번째가 다양한 고용형태 보호 강화를 모색하는 것인데, 첫째, 모든 노무제공자가 일하는 과정에서 보장되어야 할 사항(차별받지 않을 권리, 건강권, 쉴 권리, 산업안전

---

6) 예를 들어 「특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안」(조성래 의원 대표발의 2006. 12. 21.), 「특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안」(김상희 의원 발의 2008. 11. 11.), 「특수형태근로종사자 등의 보호에 관한 법률안」(임이자 의원 대표발의, 2020. 12. 1.) 등.

7) 예를 들어 「플랫폼 종사자 보호 및 지원 등에 관한 법률안」(장철민 의원 대표발의), 의안번호 8908, 발의일 2021. 3. 18.

8) 예를 들어 「일하는 사람의 권리보장에 관한 법률안」(이수진 의원 대표발의, 의안번호 : 18266, 2022. 11. 16.), 「일하는 사람의 보호 등에 관한 법률안」(장철민 의원 대표발의, 의안번호 : 18363, 2022. 11. 22.) 등.

등)을 중심으로 법·제도적 기반을 마련·추진하고, 둘째, 플랫폼 종사자 등을 위한 공정한 계약 기준을 설정하며, 셋째, 분쟁 발생 시 신속·원만·자율적인 조정·중재 등을 통해 해결할 수 있는 시스템을 구축·추진할 계획임을 밝혔다. 위에서 검토한 ③ 방식의 입법이 이러한 정부의 계획과 정책목적을 구현할 법적 기본틀(legal framework)로서의 역할을 할 수 있을 것으로 생각한다.

제2절 연구의 목적과 구성

이 연구는 2021년 저자가 수행한 연구인 「취업형태 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토」의 후속연구이다. 따라서 본 연구는, 위에서 기술했듯, 2021년 연구와 당면 문제상황, 문제의식을 공유하며 그러한 현실에 노동법, 특히 개별적 근로관계법령을 적용함에 있어 동일한 법(리)적 입장과 해법을 추구한다. 작년 연구와 올해 연구가 답하고자 하는 질문을 한 문장으로 간추리면 다음과 같다. "근로자는 아니지만 '특고', '플랫폼 종사자', '프리랜서'처럼 취약성이 있어 보호 필요성이 있는 취업자(일하는 사람, 노무제공자 등)에게 (유추)적용할 수 있는 개별적 근로관계법의 규범에는 어떤 것이 있고 그것이 왜 원리적으로 타당한가?" 이러한 입장은 위에서 살핀 ①, ②, ③의 접근방식 중 어느 것과도 원리적으로 조화될 수 있다.

2021년 연구는 일하는 사람, 노무제공자 또는 취업자가 노동관계에서 안게 되는 취약성의 개념을 분석하고 세분했다. 그리고 개별 노동법 규범들이 각각 해소 또는 완화하고자 하는 구체적 취약성이 다를 수 있음을 주장·입론하였다. 이러한 이해를 기반으로 「근로기준법」, 「임금채권보장법」, 「퇴직급여보장법」, 「최저임금법」 등에 자리한 임금 관련 규범을 활용해 위 이론적 입장을 관철하고 예시하였다. 법해석론을 염두에 두고 이루어진 입론이기는 하지만 그러한 목적과 방향을 가진 입법의 정당성과 타당성을 뒷받침하는 법(리)적 근거로도 볼 수 있을 것이다. 특히 후

자의 역할과 최근 제도적 대응 논의를 연결 지어 보면, 본 연구의 입론은 앞서 살핀 ③의 접근방식, 즉 가장 보편적 범주의 인적 집단을 적용대상으로 상정하고 있는 기본법에 대한 법안을 이해하고 그것을 정당화하는 데도 유효하다. 동 법안은 기본적으로 자신의 사업이 아닌 타인의 사업을 위해 자신의 노무를 직접 제공해야 하는 취업자 집단, 즉 잠재적 취약성을 가진 이들에게 부여되어야 하는 권리와 보호를 정하는 것이기 때문이다. 이 연구는 거기에 더해 경제적 의존성까지 있는, 더 좁은 범주의 사람에게 적용 가능한 근로시간과 해고 관련 규범은 어떠한 형식 및 내용이어야 하는지를 고민하는 것이기 때문이다(①의 둘째 접근).

본 연구는 동일한 분석을 근로시간과 해고에 대한 노동법 원칙과 규범에까지 확장하고자 한다. 근로시간과 해고의 규제/제한은 임금 원칙과 함께 근로기준법을 비롯한 개별적 근로관계법의 핵심규범을 구성한다. 따라서 개별적 근로관계법을 최소한도로나마 완결성 있게 검토하려면 이러한 논의의 확장은 필수적이다. 본 연구는 먼저 정보통신기술·사업모델의 발전과 함께 진화한 지휘·감독권 또는 지시권의 행사 모습을 포착하고 그에 구속되는 근로자(employee)의 취약성, 즉 법적 인적·경제적 종속성 개념을 현대적으로 재해석해 근로자 범주를 질적·양적으로 확장할 것을 주문했다. 다시 말해 종래의 근로자 개념을 유지한 채, 근로자의 실질을 가진 사람을 성급히 비(非)근로자 범주로 오분류하는 것의 위험성을 강조한다. 이를 전제한 후 – 본 연구의 핵심 주장인 – 근로자가 아닌 노무제공자 또는 취업자, 즉 법적 인적·경제적 종속성은 없지만 경제적 의존성을 가지고 있으며 타인(의 사업)을 위해서 일하는, 즉 자신의 사업을 하고 있다고 볼 수 없는 이들에게 근로시간과 해고에 대한 제반 노동관계법령 중 어떤 것이 (유추)적용되기에 적합한지(fit) 살펴본다. 즉, 주요 근로시간·해고 규범의 목적을 분석해 각 규범이 해소 또는 완화하고자 하는 취약성이 정확히 무엇인지 식별하고, 그것이 경제적 의존성의 해소 또는 완화, 즉 공정한 계약조건 또는 생존을 확보하는 데 주안점이 있다면 비근로자인 취업자에게 적용될 수 있음을 주장하려는 것이다.

이러한 목적에서 이 연구는 먼저 노무제공자의 취약성과 근로시간·해고의 개념 및 관련 규제의 목적을 이론적 차원 혹은 메타-법해석론 차

원에서 먼저 살펴보고 그것이 플랫폼 노동관계에서 어떠한 의미를 가질 수 있는지 살펴본다(제2장). 이어서 근로시간과 해고 관련 법제도를 비교법적으로 검토한다(제3장). 마지막으로 국내 관련 법규범의 내용을 노동관계법령과 기타 다른 법영역의 규율의 순서로 살펴보고 이 연구의 문제의식이 이미 일정 정도 반영되었음을 주장하며 추가로 나아가야 할 바를 짚어본다(제4장). 마지막으로 이상의 분석을 요약·정리한다(제5장).

제 2 장
이론적 분석 : 노무제공자의 취약성과 근로시간 · 해고 규제의 목적에 대한 가설

제1절 논의의 기초 전제[9)]

1. 노동법의 일반적 목적

이 연구는 노동법은 노무제공자가 노동관계 속에서 갖는 다양한 직접적 혹은 잠재적 취약성을 해소 또는 완화하는 것을 목적으로 삼는 개별 법규범의 총체라는 노동법관(觀)을 전제로 한다. 근로자의 개념 표지로 흔히 거론되는 인적 종속성(subordination)이나 경제적 의존성(dependence)은 이러한 취약성을 개념화한 것으로, 그에 대응하는 개별 노동법 규범의 인적 적용범위를 획정하는 역할을 수행한다. 구체적으로 이 연구는 노동관계의 속성을 크게 세 가지, 법적 종속성(1), 경제적 의존성(2), 조직적 특성(3)으로 나누고, 각 속성을 다시 두 가지로 구분한다.

먼저 법적 종속성은 법적 인(격)적 종속성(1-1)과 법적 경제적 종속성(1-2)으로 나누어진다. 이어서 경제적 의존성은 교섭력의 비대칭성에서 비롯되는 계약내용의 불공정성(2-1)과 인간존엄을 유지할 수 없는 수준의 노무제공 조건(2-2)이라는 결과로 세분된다. 마지막으로 조직적 특성

9) 제1절의 내용은 본 연구의 이론적 전제가 되는 필자의 선행연구의 핵심 내용을 발췌・보완・요약한 것이다. 남궁준(2021: 28~33); 남궁준(2022: 27~36).

은 사용자 측면에서 바라본 것(3-1)과 노무제공자 측면에서 드러나는 속성(3-2)으로 구별된다.

이렇게 이해한 총 여섯 가지의 속성 중 법적 종속성과 경제·사회·심리적 의존성에 속하는 네 가지의 속성은 그 자체로 규범적 관점에서 곧바로 부정적 평가를 내릴 수 있는 취약성이 된다. 그러나 조직적 특성은 규범적으로 보아 중립적인 것으로서 그 자체로 취약성이라 볼 수 없으나, 그것의 존재가 위 취약성을 징표할 수 있는 도구 내지 매개 개념으로서의 성질을 갖는다. 이하에서는 각 개념을 차례로 검토한다.

2. 취약성의 종류 : 법적 종속성과 경제 · 사회 · 심리적 의존성

첫째, 1-1 법적 인(격)적 종속성이란 근로자 집단의 주된 취약성을 말하는 것인데, 근로자가 자신의 인격과 분리될 수 없는 노동력 그 자체를 사용자의 지시·처분하에 맡겨놓는 상황을 지칭하는 개념이다.[10] 이는 계속적 채권관계이면서 형성권인 지시권이 내재된 근로계약관계의 특성상 본질적인 것이고 불가피한 것이다. 그러나 근로자의 인격권 침해 및 민주성 결핍의 위험이 상존하기 때문에 규범적으로 부정적인 평가를 받을 수밖에 없어 노동법의 개입을 정당화하는 근거가 된다.[11]

동시에 근로자는 경제적 차원에서도 취약한데, 약정/지정한 기간·시간 및 장소에서 자신의 노동력을 사용자가 사용할 수 있도록 대기시켜 놓아야 하는 계약상 의무를 부담하는데, 이는 동 기간/시간 동안 해당 노

10) 사용자의 지휘·감독과 법적 종속성을 같은 의미로 이해하는 유럽연합의 법률문서로서 최근 플랫폼 노동에 대해 집행위원회가 제안한 입법지침 초안을 참조. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, Brussels, 9 December 2021, COM(2021) 762 Final, 2021/0414(COD) : "(24) When digital labour platforms control certain elements of the performance of work, they act like employers in an employment relationship. Direction and control, or **legal subordination**, is an essential element of the definition of an employment relationship in the Member States and in the case-law of the Court of Justice."(강조는 필자).

11) 종속성과 민주성의 결핍을 연결시키는 이유에 대해서는 Guy Davidov(2017: 373).

동력을 근로자가 자신의 경제적 이익을 위해 자유롭게 처분할 수 있는 기회를 법적으로 상실하는 것을 의미하기 때문이다. 이 연구에서는 이러한 취약성을 아래에서 다시 볼 경제·사회·심리적 의존성과 구별되는 '법적 경제적 종속성'으로 개념화한다(1-2). 다만 법적 경제적 종속성은 이윤추구의 기회 상실이라는 부정적 측면도 있지만 동시에 경영 위험의 회피, 즉 시장위험으로 인해 소득이 상실될 수 있는 위험으로부터 자유롭다는 특징도 갖는다.

둘째, 경제·사회·심리적 의존성을 법적 인(격)적 종속성과 대등하지만 그 평면을 달리하는 근로자/노무제공자의 취약성으로 이해했다. 경제적 의존성은 근로자/노무제공자가 놓여 있는 넓은 사회경제 구조라는 맥락을 함께 살피는데, 주로 결과적으로 불공정한 계약내용이 형성될 수밖에 없는 조건에 관심을 기울인다. 다시 말해 경제적 의존성은 노무를 공급하는 자가 노동력 판매 이외의 방식으로는 소득을 얻을 수 없고, 통상 특정인에 대해서만 노무를 제공하면서(전속성) 그로부터 얻는 소득이 생계유지에 필요한 소득의 주된 부분을 구성하며, 그 결과 노무활용자(사용자)에 비해 교섭력이 약하여 사실상 사용자가 일방적으로 결정하는 계약조건을 수용할 수밖에 없고(계약 내용의 불공정성), 계약 해지 등에 따른 실직의 위협에 노출되고 있는 등의 경제·사회·심리적 취약함을 포착한 개념이다. 즉 사회경제적 측면의 계약 외적 환경(교섭력의 비대칭성)에서 비롯되는 불공정한 계약내용(2-1)) 및/또는 인간으로서 최저수준의 건강과 생활조차 유지하기 어려운 열악한 계약의 결과(2-2)에 주목한다. 이러한 측면에서 개인 대 개인의 내부적 법률관계의 계약 이행 국면에 천착하는 법적 인(격)적·경제적 종속성을 경제·사회·심리적 의존성과 구별할 수 있을 것이며, 전자를 미시적 취약성으로, 후자를 거시적 취약성으로 이해할 수 있다.

셋째, 최근 학술문헌에서 빈번하게 거론되는 "사업편입성" 혹은 "조직적 종속성"은 근로자/노무제공자의 노동 공급이 사용자/노무이용자의 사업수행에 필수적 부분이라는 의미(사용자의 측면 : 3-1)와 해당 취업자가 제공하는 노동이 그 자체로 시장에서 하나의 독자적 경제적 가치를 가진 사업으로서 독립적으로 거래될 수 없다는 의미(노무제공자 측면 : 3-2)가

있다. 즉 이는 개별 사안의 구체적인 노동/서비스가 사용자 사업의 한 구성요소로 취급되어야 할지 아니면 노무제공자의 독자적 사업 자체로 취급할지에 대한 문제로 노무제공자의 '사업자성(의 결여)'을 판단하는 기준이 된다. 이 개념의 가치는 두 가지다. 첫째, 그 존재가 법적 종속성과 경제·사회·심리적 의존성의 존재를 각각 추단할 수 있는 요인이 된다는 것이다(도구적 개념). 둘째, 문제가 되는 노동을, 사람이 개인적으로 직접 제공하는 것으로 보아 보호가 필요한 인격적 행위로 볼 것인지, 아니면 경제적 조직/단위로서 사업(undertaking)이 수행하는 물화(物化)된 활동으로 취급할 것인지를 구분한다. 그리고 전자가 최광의의 노동법 경계를 획정하는 기준으로 활용될 수 있다.

3. 취업자의 개별 취약성과 개별 노동법의 대응 관계

「근로기준법」으로 대표되는 개별적 근로관계법/노동보호법은 기본적으로 법적 인적·경제적 종속성과 경제·사회·심리적 의존성이라는 취약성을 겸유하는 "근로자"([그림 2-1]의 ①, 이하 같음)에게 적용되는 것이 원칙이다. 즉, 약정된 시간 동안 자신의 노동력을 사용자의 지시에 따라 제공할 수 있도록 하고 실제 제공된 근로(의 결과가 아닌) 그 자체에 대한 대가로서 임금을 지급받는 사람인 "근로자"가 원칙적 인적 적용대상이다. 가장 좁은 범주의 취업자이다.

한편 「산업재해보상보험법」은 – 지금은 폐기된 요건으로 강한 경제적 의존성의 대리지표(proxy)가 되는 – 전속성을 갖는 "특수형태근로종사자"(②)에게 적용된다. 개념상 특수형태근로종사자는 「근로기준법」상 근로자가 아니기 때문에 일단 법적 종속성이 있을 수 없다. 사용자의 지휘·감독을 받지 않기에 법적 인적 종속성(1-1)이 없으며 시장·경영 위험을 부담한다는 점에서 법적 경제적 종속성(1-2)도 없다. 근로자가 법적 전속성을 갖는 데 비해 「산재보험법」의 인적 적용대상(여기서는 특수형태근로종사자)은 경제적 전속성('주로 하나의 사업')을 갖는다.[12] 따라

12) 사실 '주로 하나의'를 전속성이라고 칭하는 것은 「민법」 제657조에서 말하는 법적 전속성과 혼동될 수 있어 적절한 용례/작명이라고 생각하지는 않는다.

서 특수형태근로종사자는 강한 경제·사회·심리적 의존성(2-1)과 독립 사업자성의 결여(3-2)가 함께 발견될 것이다.

「노동조합법」은 경제적 의존성은 있지만 여러 사업자와 거래하는, 즉 전속성은 없거나 약한 취업자까지 포괄하는 "근로자"(③)에게 적용된다.[13] 여기에는 넓은 의미의 '특고'(비전속 특고)와 새로운 통계 기준인 신종사상지위상 "의존계약자"가 대체로 이에 포함될 것이다.[14]

「고용보험법」·「산재보험법」은 법문상으로 경제적 의존성 유무와 상관없이 타인의 사업을 위해(3-2) 자신이 직접 노무를 제공하는 "노무제공자" 개념을 두고 있다(④, 시행령상 직종 무관). 종종 '프리랜서'라 불리는 상당수가 이에 해당되는데 시장·경영 위험을 부담(1-2 결여)하고 타인의 사업을 위해 자신이 직접 노무를 제공한다는 점에서 특수형태근로종사자(특고) 및 「노동조합법」상 근로자와 유사하다. 다만 구별되는 점은 "노무제공자"는 반드시 상대방에게 경제적으로 의존하거나 교섭력이 현저하게 비대칭적이지 않을 수 있다는 것이다. 따라서 노무제공의 상대방이 노무제공자의 서비스(노동)에 대한 가격(대가, 보수) 결정권을 일방적으로 행사하지 않으며 일정 부분 교섭의 여지가 있다. 또한, 노무제공

---

13) 「노동조합법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.
대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결(아래 밑줄과 괄호 안 번호는 이 연구의 각 취약성에 붙인 번호를 필자가 임의로 추가한 것이다).
"노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지(2-1), 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지(2-1), 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써(3-1) 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지(3-2), 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적(2-1)인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독 관계가 존재(1-1)하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지(1-2) 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."
나아가 동 판례는 근로자 개념 해석에 있어 목적론적 해석의 당위성을 다음과 같이 명시하였다. "노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공 관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다."

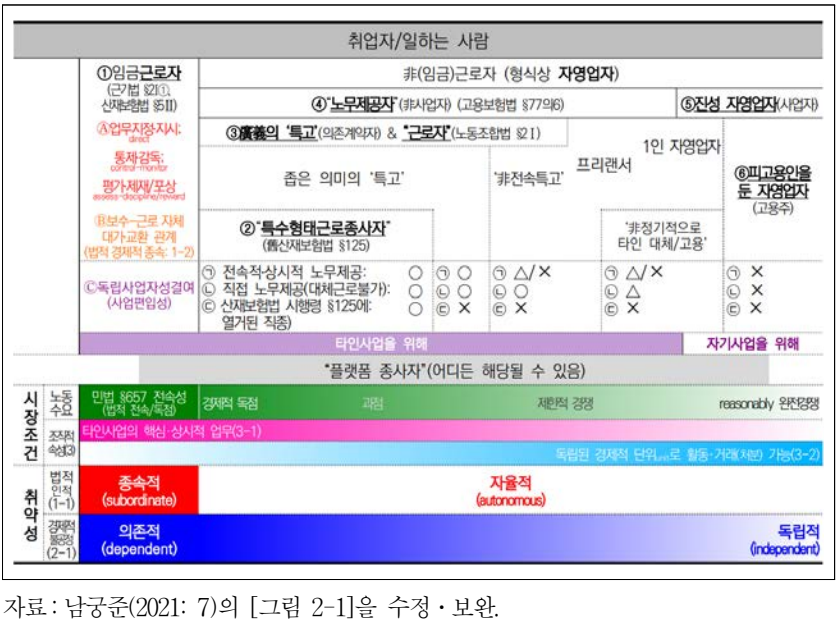
14) 통계청 보도자료(2021. 12. 29.).

자가 제공하는 서비스(노동)의 방식과 품질의 표준화가 노무활용자와 체결한 노무제공 계약의 조건이라거나 강하게 요구되지 않는다. 즉 상대적으로 업무수행방법·시간 등 자율적 결정 폭이 크다. 그러나 ②·③의 경우 획일화된 서비스가 강력히 요구되며, 근로자(①)가 사용자로부터 구체적 지휘·감독을 받는 만큼은 아니지만 상대방에 의해 업무의 시종(始終) 시각이 정해지는 등 ④에 비해 자율성이 약한 편이다.

진성 자영업자(⑤와 ⑥)는 자기 사업을 하는 사람으로서 그들의 신청을 전제로 특례로서 사회보험법의 예외적 적용을 받을 수는 있으나 원칙적으로 노동법의 적용 대상이 되지는 않는다.

아래의 [그림 2-1]은 최광의의 노동법의 인적 적용대상 개념을 노동관계에서 취업자가 다양한 측면에서 갖는 취약성과 기타 속성을 연결해 보여준다.

〔그림 2-1〕 '취업자' 또는 '일하는 사람'의 개념도



자료 : 남궁준(2021: 7)의 [그림 2-1]을 수정·보완.

4. 노동법상 개별 임금 규범 적용범위의 상대성

이 연구는 한 걸음 더 나아가 노동법 내 단행 법률 속 각 법률규정이 주목하고 해소·완화하려는 구체적 취약성이 상이할 수 있고(즉, 목적이 다를 수 있고), 그 결과 어떤 법률조항은 같은 법률의 다른 조항보다 더 넓거나 좁은 인적 적용대상을 가질 수 있다고 이해한다. 선행연구에서 검토한 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「임금채권보장법」상 주요 임금 원칙을 예로 들면 아래의 [그림 2-2]처럼 각 규범이 서로 다른 취약성에 대응하고 있다는 것을 알 수 있다.[15] 즉 이 연구는 세부 노동법 제도의 목적에 조응하는 '근로자 개념의 상대성' 또는 '유추적용'의 법기술을 통해 단행 법률 내 일부 규정은 경제적 의존성을 갖는 취업자에게도 적용될 수 있다고 본다.[16]

〔그림 2-2〕 임금 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시

<table>
<tr><th>취약성/속성</th><th>기본권/인권</th><th colspan="5">개별 근로관계법 노동법제도(임금 관련 제도 예시)</th></tr>
<tr><td>법적 인적
종속성(1-1)</td><td>자유권</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>법적 경제적
종속성(1-2)</td><td>사회권적 기능
자유권</td><td></td><td></td><td rowspan="3">휴업수당;
임금채권의
보전·확보</td><td></td><td rowspan="3">퇴직금</td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(불공정)(2-1)</td><td>사회권적 기능
자유권</td><td>계약 체결 시
근로조건 고지</td><td rowspan="2">통화불,
직접불,
전액불,
정기불 원칙</td><td>최저임금
(노동력최소단가)</td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(생존)(2-2)</td><td>생존권적
사회적 기본권</td><td></td><td>최저임금
(최저생계)</td></tr>
<tr><td>사업편입성
(핵심·상시업무)(3-1)</td><td rowspan="2">-</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>독립사업자성결여/
사업편입성(3-2)</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
</table>

자료 : 남궁준(2022: 36)의 [그림 2]를 수정·보완.

15) 남궁준(2021: 55~75).

16) 위 보고서, pp.75~88. 여기서 말하는 근로자 개념의 상대성은 무엇보다 유성재 교수의 "목적론적 개념형성과 근로자 개념의 상대성"에 대한 정치한 이론을 의미하는 것이다. 박제성·강성태·유성재·박은정(2019: 111~112); 유성재(2021: 14~22).

제2절 노동법상 근로시간과 해고 규범과 목적과 가설

1. 노동법상 근로시간과 해고 규범의 일반적 목적

노동법상 근로시간 규범은 복합적인 규율 목적을 갖는다. 예컨대 근로자의 건강과 안전을 도모하는 것, 일과 생활의 균형과 양립 보장, (정책적으로는) 국가 차원에서 적절하게 노동시장을 형성하기 위한 것 모두를 목적으로 한다.[17] 근로시간을 정의 내리는 것은 개념적으로 어려운 작업이며, 또한 공법(公法)과 사법(私法)의 속성을 모두 가지고 있는 근로시간 규범을 맥락에 따라 섬세하게 판단하여 적용 여부를 판단하는 것은 어려운 일이다.[18] 다만 근로시간 개념의 핵심표지는 사용자의 지휘·감독 또는 해당 시간에 대한 처분권이라고 할 수 있다. 그리고 다원적으로 나누어지는 근로시간 개념에 대한 규율도 거칠게 분류하면 '임금산정의 기초로서 근로시간 규율'과 '근로자의 건강권 보장을 위한 근로시간 규율'로 대별해 볼 수 있다.[19]

한편 일반적으로 해고란 근로계약의 종료 사유 중 하나로서, 특히 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적인 의사표시에 의해 이루어지는 근로관계의 종료 사유로 정의된다.[20] 많은 국가에서 사용자의 해고권, 혹은 계약해지권 행사에 일정한 제한을 가하는 것은 노동법의 중핵을 이룬다. 해고제한법의 주요 내용을 양분하면 해고의 실체적 제한과 절차적 제한으로 나눌 수 있다. 전자는 해고의 이유 또는 사유를 제한하는 법(미국 법제의 맥락에서는 'just cause' vs 'employment at will' 논의로 잘 알려져 있음)이 속한다. 후자는 다시 해당 근로자의 절차적 방어권을 보

17) 박종희(2012: 108~109).
18) 김인식(2022: 96~97).
19) 권혁(2018: 138~140).
20) 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결 등. 일방적 의사표시의 법적 성격을 형성권 의사표시로 보는 견해로 김형배(2018: 667), 노동법(제25판).

장하기 위한 절차를 보장하는 법, 해고시기를 제한하는 법, 해고 시 일정한 기간을 두고 예고를 할 것을 규정하는 법, 서면통지 등 해고의 방법을 정하는 법 등으로 구별할 수 있다.

2. 근로시간 · 해고 규범의 적용과 관련한 가설

근로시간은 임금과 함께 (실체적)근로조건의 핵심사항이다. 그리고 근로시간이라는 개념은 약정한 기간/시간 동안 근로자의 노동력을 사용자의 사업 안에 어떻게 편입시켜 경제적 이익을 창출하기 위해 활용할지에 대한 포괄적 결정권 내지 처분권을 사용자에게 양도한 것으로도 이해할 수 있다(법적 인적 종속성). 그렇기에 그러한 노동력 활용에 대한 시장에서의 결과를 감수할 위험(혹은 기회)을 사용자에게 귀속시키고 사용자의 지시권에 따라 노동력을 제공한 근로자에게는 임금청구권을 부여하는 것이다.

이렇게 볼 때 전통적이고 전형적인 근로시간 개념은 근로계약 외 노동공급계약 중 가장 빈번히 사용되는 도급계약의 경우에는 적용될 여지가 별로 없어 보인다. 일의 완성과 그 대가로서 보수의 지급을 계약의 목적으로 하는 도급의 특성상 약정한 시점까지 결과물을 제공할 수만 있다면 어느 정도의 업무 시간을 구체적으로 어떻게 배정·투입할 것인가 등의 요소는 원칙적으로 수급인이 자유롭게 정할 수 있는 사항이기 때문이다. 다만 앞서 '임금산정의 기초로서 근로시간 규율'과 '근로자의 건강권 보장을 위한 근로시간 규율'을 성질상 구별하였듯 도급 등 기타 노무공급계약의 경우에도 노무제공자의 안전과 건강이 무엇보다 보장되어야 한다는 규범적 요청을 고려한다면 후자와 같은 규율 혹은 규제를 도급계약 등에도 적용하는 것의 정당성과 타당성이 충분히 인정될 수 있다.

그렇다면 노동관계법상 근로자의 건강권 확보를 주된 목적으로 하여 마련된 규범은, 계약의 성격 및 맥락상 차이를 감안하여 변형해 적용하는 것을 전제로, 근로자가 아닌 노무제공자/취업자에게 (유추)적용하는 것이 원리적으로 온당하다고 할 수 있을 것이다. 혹은 그러한 내용의 규범을 현재 논의 중인 '일하는 사람 전체를 보호하기 위한 기본법'(안)에

서 수용하는 것도 얼마든지 가능하고 또 바람직한 일이라고 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 과도한 장시간 노동은 법적 인적·경제적 종속성이라는 취약성뿐만 아니라 경제적 의존성의 두 측면, 즉 교섭력의 격차에서 오는 불공정한 계약조건의 발현일 수도 있고 혹은 최소한의 생존(건강)조차 위협하는 절대적으로 낮은 수준의 근로조건 그 자체일 수도 있기 때문이다. 나아가 이는 법적 종속성이나 경제적 의존성 등의 직접적인 취약성은 없지만 잠재적 취약성이 있는 타인의 사업을 위해 일하는 노무제공자에게도 충분히 적용될 수 있고 또 적용되어야 하는 규범이다.[21]

한편 해고제한 규범은 해고의 사유 제한, 해고사유의 적시 의무, 해고예고 제도로 크게 나누어볼 수 있는 바, 각각의 규범은 해소 또는 완화하고자 하는 취약성에 종류에 따라 그 적용 여부가 결정될 수 있다. 예컨대 해고의 사유 제한은 법적 종속성을 가진 근로자에게, 해고사유 적시·통보 의무는 경제적 의존성을 가진 '특고'나 의존적 계약자 등에게, 해고예고 자체는 타인의 사업을 위해 일하며 생계를 꾸리는 '노무제공자'에게는 최소한 적용되어야 한다는 것이다.

이하에서는 위에서 제시한 가설을 토대로 해외 입법례와 국내 관련 법령의 태도를 각각 살펴본다.

〔그림 2-3〕 근로시간·해고 관련 노동법의 구체적 제도의 적용 예시

<table>
<tr><th>취약성/속성</th><th>기본권/
인권</th><th colspan="5">개별 근로관계법 노동법제도
(근로시간·해고 관련 제도 예시)</th></tr>
<tr><td>법적 인적
종속성(1-1)</td><td>자유권</td><td rowspan="4">임금산정
기초
근로시간
규범</td><td></td><td rowspan="4">해고사유
제한</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>법적 경제적
종속성(1-2)</td><td>사회권적
기능 자유권</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(불공정)(2-1)</td><td>사회권적
기능 자유권</td><td rowspan="2">건강 위한
근로시간
(중:
연차휴가)</td><td rowspan="2">해고사유
서면통보</td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성
(생존)(2-2)</td><td>생존권적
사회적
기본권</td><td></td></tr>
</table>

21) 심지어 안전과 건강을 위한 규범은 진정한 의미에서 자신의 사업을 하는 사람에게도 적용되어야 하는 규범이라고 생각할 수 있다.

〔그림 2-3〕의 계속

취약성/속성	기본권/인권	개별 근로관계법 노동법제도 (근로시간·해고 관련 제도 예시)				
사업편입성 (핵심·상시업무) (3-1)	-		건강 위한 근로시간 (약: 절대시간 휴식)			해고예고 서면통보
독립사업자 성결여/ 사업편입성(3-2)	-					

자료 : 저자 작성.

제 3 장
비교법적 검토 : 비근로자의 노동시간 · 계약해지에 대한 규율

제1절 해외의 관련 입법 동향

취업형태의 다변화, 특히 그중에서도 플랫폼 노동의 확산은 전 세계에서 보편적으로 관측되는 문제라는 점에서 해외 대부분의 국가는 이러한 트렌드가 가져오는 새로운 고용의 기회를 살리면서도 부정적 노동문제를 해소하기 위한 대책을 고민하고 있다(예 : 기본 인권에 해당하는 계약 조건 확보 및 공정성 확보). 해외 각국은 다양한 고용형태/취업형태의 확산에 기인한 노동관계법의 제도적 사각지대 문제에 대해 다양한 방식으로 대응하고 있는데, 이를 다음과 같이 유형화할 수 있다.

Ⓐ 우리의 「근로기준법」에 상응하는 법상 근로자(employee) 개념을 법원이 확장 해석하여 특고, 프리랜서, 플랫폼 종사자 등을 포섭해 보호하는 방식(근로자-자영업자 이분법 체제, 별도 입법조치 없음)

Ⓑ 중간범주 개념을 활용하여 특고, 프리랜서, 플랫폼 종사자 등을 포섭하여 노동법상 권리 · 보호를 부분적 제공하는 방식(근로자-중간범주-자영업자의 3분법 혹은 3+N분법)

Ⓒ 플랫폼 종사자만을 대상으로 하는 특별법을 제정하는 방식으로, 여기에는 Ⓒ-1 : 근로자성 등 고용상 지위를 판단하지 않는 방식과, Ⓒ-2 : 일정 요건 충족 시 근로자성을 인정하는 방식, Ⓒ-3 : 근로자성을 부정하고 자영업자로서 특별한 보호를 제공하는 방식의 세 가지로 다시 세분된다.

이러한 전체적 맥락을 염두에 두면서 이 장에서는 주로 중간범주 혹은 기층적 인적 범주를 두고 있는 국가의 그들에 대한 노동시간·계약해지 규범과 최근 새롭게 도입된 플랫폼 종사자에 대한 관련 규범을 좀 더 상세하게 살펴본다.

제2절 전통적 중간범주에 대한 각국의 규율

1. 영국(limb (b) worker)

영국의 「고용권법(Employment Rights Act 1996)」 제230조 제3항은 근로자(employee)와 자영업자 사이에 위치한 좁은 의미의 노무제공자(worker) 개념을 두고 있다.[22] 거칠게 보아 우리 「노동조합법」상 "근로자" 개념 또는 「산재보험법」이나 「고용보험법」상 "노무제공자" 개념과 유사하다. 이 개념은 고용계약이 아닌 다른 계약을 체결했거나 이에 근거해 일하는 사람을 지칭하는데(즉, employee가 아님), 여기서의 계약은 ① 계약 상대방이 노무제공자의 전문직업(profession) 또는 사업체(business)의 의뢰인(client) 혹은 고객(customer)이 아니고(소극적 요건), ② 그 상대방을 위해 노무제공자 자신이 직접 노무(work) 또는 역무(service)를 제공하기로 하는(적극적 요건) 계약을 말한다.[23]

이 협의의 노무제공자에게는 집단적 노사관계법상 권리는 물론 개별적 노동보호법상 권리도 상당수 부여된다. 「고용권법」상 임금 관련 규정 일부(위법임금공제 금지 등),[24] 「국가최저임금법」,[25] 「근로시간 시행령」(유급연차휴가 포함),[26] (차별금지와 주로 관련된) 「단시간 노무제공자

22) 관련 영국 법제에 대한 자세한 내용은 남궁준(2021: 34~54) 참조.
23) ERA 1996, Sec 230(3).
24) ERA 1996, Sec 13 : "(1) An employer shall not make a deduction from wages of a **worker** employed by him unless".
25) National Minimum Wage Act 1998, Sec 1 : "(2) A person qualifies for the national minimum wage if he is an individual who (a) is a **worker**".

(불이익처우금지) 시행령」,[27] 「파견노무제공자 시행령」[28] 및 「평등법」,[29] 「산업안전보건법」[30]의 모든 혹은 대부분의 규정이 적용되기 때문이다.[31]

이 중 근로시간 규범의 대부분이 수록된 「근로시간 시행령(Working Time Regulations 1998)」은 노무제공자에게도 적용되므로 이하의 내용은 노무제공자의 권리로서 표현할 수 있다.[32] 동 시행령은 1주(7일)당 근로시간은 휴일 연장근로 포함, 최장 48시간 원칙을 정하고 있다. 단 예외가 있는데, 근로자와 사용자는 서면합의를 통해 주 최장 근로시간 규정의 적용을 제외할 수 있다(opt-out). 다만 이 합의는 철저히 근로자가 자발적으로 해야 하며 향후 철회할 수 있고, 합의 거절 또는 합의 철회를 이유로 해고되거나 부당하게 취급될 수 없다. 연장근로에 대한 법정 할증률 규정은 없으나, 시간제 근로자의 경우 주로 단체협약이나 회사 규정을 통해 25% 이상 지급하는 것이 일반적이다.

근로시간이 6시간에 도달하면 20분 이상의 휴게시간을 부여(근로시간 규정 제12조)해야 한다. 그리고 24시간을 기준으로 연속 11시간 이상의 휴식시간을 보장(근로시간 규정 제10조)해야 한다. 다만, 폭넓은 예외 사유를 인정한다(육상운송업, 수련의, 관리직, 경비원, 농업 등 작업량 폭증 예상, 연구개발 등 지속적인 근무가 필요한 업무). 또한, 매 7일을 기준으로 24시간의 자유로운 휴식시간을 보장한다(근로시간 규정 제11조).

근로자는 원칙적으로 매년 5.6주의 연차휴가를 청구할 수 있다. 1998년에 제정된 근로시간 규정 제13조(연차휴가권)는 제1항에서 4주의 휴가를 규정하고 있고 제13A조(추가되는 연차휴가권)는 2009년 4월 1일 이후부터는 1.6주를 더하고 있다. 정확한 휴가일수를 계산하는 방법은 주에 근로하는 일수에 5.6을 곱하는 것이다. 만약 주 5일을 근로하는 근로자는

---

26) Working Time Regulations 1998.
27) Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000.
28) Agency Workers Regulations 2010.
29) Equality Act 2010.
30) Health and Safety at Work etc. Act 1974.
31) 남궁준(2017: 62).
32) 과거 유럽연합 회원국일 때 EU의 근로시간 지침의 국내 이행입법으로서 제정된 것이다.

5 × 5.6 = 28, 즉 28일의 연차휴가를 가진다. 미사용 연차휴가 수당의 지급 규정은 없으나, 퇴직으로 사용하지 못하는 휴가에 대해서는 금전으로 보상하도록 규정하고 있다. 영국 근로시간 규정 제13조 제9항 (b) : 고용이 종료된 경우를 제외하고는 연차휴가를 급여로 대체 지급할 수 없다.

영국은 휴일·연장 근로 포함 1주(7일) 노동시간이 48시간을 넘지 않도록 법으로 금지 규정을 두고 있다. 탄력근로제라는 별도의 용어를 사용하고 있지는 않지만 1주(7일) 평균 노동시간을 계산하는 단위기간이 17주이므로 우리의 탄력적 근로시간 제도와 유사한 기능을 한다고 볼 수 있다. 근로시간 규정 제4조 : 17주를 단위기간으로 하여 1주당 근로자의 평균 근로시간은 연장 근로시간을 포함하여 48시간을 초과할 수 없다. 단, 예외가 있다. 특정업무 영역, 즉 서비스업이나 공항 근로자, 가스, 수도, 운송수단 관련 업종 근로자 등의 경우 단위기간이 26주가 될 수 있다 (제4조(5), 제21조). 근로편성에 관한 객관적이고 기술적인 이유에 기초한 단체협약이나 사업장협약을 통하여 단위기간을 (최대 52주를 넘지 않는 한도에서) 17주를 초과하여 정할 수 있다(제23조(b)).

근로시간에 비해 해고에 대한 영국 「고용권법」의 규정은 노무제공자에게 적용되지 않는다. 보통법상 인정되는 해고예고 기간 등의 위법해고 관련 판례법도 기본적으로는 고용계약을 체결한 근로자에게 적용되는 것이지 고용계약이 아닌 노동공급계약에 대한 법리는 아니다.

2. 독일(유사근로자)

독일의 경우 인격적 종속성은 없으나 경제적 의존성이 있는 취업자의 보호에 대해 유사근로자(arbeitnehmerähnliche personen)라는 범주를 설정하여 부분적 보호를 제공하고 있다.[33] 구체적으로 독일 「단체협약법」 제12조의a에서는 유사근로자를 정의하고 있는데, 경제적 의존성과 그로 인한 사회적 보호 필요성이 핵심표지를 구성한다. 여기서 경제적 의존성과 이에 기인하는 사회적 보호 필요성은 일반적으로 다른 근로자의 도움

33) 박지순(2005) 참조.

없이 노무를 제공하는 자가 시간적 관점이나 소득적 관점에서 주로 한 위탁자를 위해 활동하며 적어도 노동공급의 대가로 얻은 전체 소득의 절반 이상을 이로부터 받는 경우 인정된다. 단, 예술, 저술, 저널 활동을 하는 자 및 그 기술 인력의 경우는 「단체협약법」 제12조 제3항에 특별 규정을 두어, 평균적으로 영리 활동의 대가로 얻은 전체 소득의 3분의 1 이상을 한 상대방으로부터 받으면 경제적 의존성이 인정된다.[34]

유사근로자에 대해서는 「단체협약법」, 「연방휴가법」, 「산업안전보건법」, 「연방정보보호법」, 「가족돌봄휴직법」, 「일반동등대우법(차별금지)」, 「노동법원법」 등에서 근로자처럼 취급된다. 단 유사근로자에게 「최저임금법」은 적용되지 않는다. 즉 영국과 비슷하게 독일의 유사근로자에게도 휴가와 관련된 규정은 적용될 수 있으나 해고 관련 법규범의 적용은 없다는 것을 알 수 있다. 다만 영국의 경우와 다른 것은 독일의 경우는 근로시간 전반이 아닌 휴가만이 적용된다는 것이다.

제3절 플랫폼 노동 등에 대한 입법 대응 유형

1. 캐나다 온타리오주의 「Digital Platform Workers' Rights Act」, 2022

가. 제도적 배경

노동법의 인적 적용 범위와 관련해 캐나다는 (결과적으로 우리와 유사한) 3분법을 취하고 있다. [근로자-의존자영업자-독립사업자] 모델을 취하고 있는데, 중간범주인 의존적 자영업자(dependent contractor)에게 적용되는 권리와 혜택을 기준으로 보면, 집단법과 사회보험법에 국한되는 우리보다는 약간 강하지만 개별적 근로관계법상 주요 권리를 인정해 주

34) 박제성 외(2011: 11~12).

는 (영국 포함) 유럽국가에 비해서는 약하다고 할 수 있다. 캐나다에서 의존적 자영업자는 (1) 코먼로(common law)상 인정되는 근로계약상 묵시적 의무로서 상당한 기간 이전에 해고통지를 받을 권리, (2) 제정노동법상 인권, 산업안전보건, 산재보험 등과 관련된 일부 권리, (3) 집단적 노동법상 모든 권리를 향유한다.[35] 캐나다에서 근로자 개념의 판단은 코먼로상 개념이 원칙이 된다. (상대적으로 드물기는 하지만) 순수한 근로계약상 권리가 문제된 경우 코먼로상 근로자 개념이 기준이 된다. 제정법상 권리가 문제가 된 경우 "근로자(employee)"에 대한 해당 제정법상 정의가 존재한다면 해당 규정이 우선적으로 법원이나 앞서 본 행정/준사법적 기구에 의해서 검토될 것이다.

나. 플랫폼 종사자 특별법의 주요 개념

이러한 제도적 배경을 가진 캐나다는 2022년 4월 11일 캐나다의 주 중에서는 최초로 온타리오(Ontario)주에서 플랫폼 종사자를 적용대상으로 하는 특별법을 제정하였다(이날 Royal Assent를 받았으나 아직 부주지사에 의해 공포되기 이전이라 시행되고 있지는 않다). 동 법률(제1조)은 적용대상에 대해 아래와 같이 정의하는데, 법률 내용 및 입법 기술상 특징은 동 법률이 관련된 주요 용어를 넓게 개념 정의하고 그 구체적 내용을 부주지사가 제정하는 시행령에 위임하고 있다는 것이다.

- "디지털 플랫폼"은 '시행령(regulations)이 정하는 바에 따라, 종사자가 일감을 수락 또는 거절할 수 있도록 허용하는 온라인 플랫폼을 말한다'
- "디지털 플랫폼 업무(digital platform work)"는 '승차공유, 배달, 배송, 또는 시행령(regulations)이 정한 것으로서, 디지털 플랫폼을 사용해 운영자가 제안하고 종사자가 대가를 위해 수락하여 수행한 업무를 말한다'
- "종사자(worker)"는 '시행령이 정하는 바에 따라, 디지털 플랫폼 업무를 수행하는 개인과 그러한 업무를 수행했던 종사자를 포함한다'

35) David, J. Doorey(2020: 55).

- “운영자(operator)”는 ‘시행령이 정하는 바에 따라, 디지털 플랫폼을 이용해 디지털 플랫폼 업무의 수행을 가능하게 하는 사람으로서 「2000년 근로기준법(Employment Standards Act, 2000)」상 근로자파견/공급사업자(temporary help agency)가 아닌 사람을 말한다’

다. 연대배상책임과 법률의 적용

- (공동 운영자 책임) 종사자의 입장에서 법률상 부여된 자신의 권리를 충실히, 실효적으로 보장·구제받을 수 있도록 하나의 운영자와 그 밖의 한 사람 또는 여러 사람에 의해 디지털 플랫폼 사업 활동이 이루어진 경우, 이들을 모두 하나의 운영자로 간주한다(제4조 제1-2항).
- (연대배상책임) 나아가, 하나의 운영자로 간주된 사람들(persons, 법인 포함)은 동 법률 및 시행령 위반으로 인해 발생한 종사자에 대한 손해배상 책임을 연대하여(jointly and severally) 부담한다(제4조 제5항).
- (유리한 법원(法源) 우선 적용의 원칙) 계약이든 다른 법률이든 이 법률이 정하는 종사자의 권리보다 더 유리한 조건을 정하는 규정이 있을 경우 그 규정이 우선 적용된다(제5조 제2항).

라. 플랫폼 종사자의 권리

- (정보제공) 디지털 플랫폼에 일감 수락/거절 등의 업무를 위해 접속할 수 있게 된 후 24시간 이내 플랫폼 운영자는 해당 개인에게 서면으로 다음의 정보를 제공해야 한다(제7조).
  1. 디지털 플랫폼 업무의 보수 산정 방식
  2. 팁 또는 봉사료를 플랫폼 운영자가 수령하는지, 만약 그렇다면 언제, 어떻게 하는지
  3. 보수 지급 주기와 지급일
  4. 일감 배정을 결정하는 데 고려되는 요인과 그러한 요인들이 어떻

게 적용되는지에 대한 설명

5. 플랫폼이 업무평가체계를 운영하는지 여부, 플랫폼 종사자의 업무평가(역자 주: 별점) 또는 업무 수행 실패에 근거해 일정한 불이익이 있는지 여부 및 불이익의 내용: 역일상 하루 동안 5개 이상의 수행평가가 있을 시 평가 결과의 평균 정보
6. 기타 시행령이 정하는 정보

(계약 변경 내용 고지) 위 계약 내용이 (적법하게) 변경되었을 때도 동일한 방식으로 정보를 제공해야 한다.

- (보수 지급 주기 및 지급일 설정) 정기불, 전액불 원칙(제8조)
- (최저임금(minimum wage) 지급) 운영자는 플랫폼 종사자에게 최소한 「2000년 근로기준법」 제23.1조의 최저임금(작성일 기준 시간당 15 캐나다달러)을 지급해야 할 의무가 있다.
  - 최저임금은 종사자가 수행한 개별 업무에 대하여 지급되어야 한다(제9조 제2항 제1호)

최저임금과 관련해 이 규정은 종사자가 받은 보수가 개별 업무를 수행하는 데 소요된 시간을 기준으로 계산할 때 법정 최저임금 이상이면 적법하다는 의미로 이해된다. 즉, 디지털 플랫폼 노동에 대한 최저임금 적용 시 가장 문제되는 쟁점인 대기시간에 대한 보상 문제를 정면으로 다루지는 않는 것으로 보인다.

- 팁이나 봉사료는 제외하고 계산한다(제2호).
- 시행령은 그 외 사항에 대해서 정할 수 있다(제3호).
  - ('해지의 예고'와 '해지사유의 서면통지') 운영자가 종사자의 디지털 플랫폼 접속을 거부할 때는 왜 거부하는지에 대한 사유를 서면으로 통지해야 한다(제11조 제1항(a)). 그리고 만약 24시간 이상 접속을 거부할 경우 2주 전에 이를 예고하여야 한다((b)). 단 종사자가 고의적으로 비위행위를 한 경우 또는 시행령이 정하는 경우에는 예외로 한다(제2항).
  - (법률상 권리 행사를 이유로 하는 보복 또는 불이익 처우의 금지) 법률준수를 요구하거나, 조사하거나, 당국에 진정·신고하거나, 권리를 행사하거나, 정보제공 또는 증언하였다는 이유로 운

영자 또는 운영자를 대신해 행위하는 이는 종사자를 상대로 위협 또는 불이익 처우를 하거나 혹은 그러한 시도를 할 수 없다(제13조).

2. 칠레의 디지털 플랫폼 노동관계 규율을 위한 개정 노동법전

2022년 9월 1일 칠레는 자국의 노동법전(Labour Code)을 개정하며 플랫폼 노동에 대한 장을 추가하였다. 동 법전(제152조 quarter Q)은 디지털 플랫폼 종사자가 독립적일 수도 있고(자영업자), 종속·의존적일 수도 있음(근로자)을 전제하고 있으며(즉, 플랫폼 종사자라는 사실 자체만으로 고용상 지위 또는 근로자성이 선취되지 않음), 동 법전 제7조가 마련한 전통적 기준에 따라 종속·의존적인 근로자인지 개인사업자인지가 결정된다.

동 법은 근로자인지 또는 개인사업자인지에 따라 상이한 규정을 적용한다. 다시 말해 근로자인 플랫폼 종사자에 대한 규정은 특수한 직종에 종사하는 근로자에 대한 「근로기준법」의 특칙과 같은 성격을 갖는다. 반면 개인사업자인 플랫폼 종사자의 경우라면 원래는 규율하지 않았을 것을 추가로 규율한다는 성질을 갖는데, 다음과 같다.

첫째, 투명한 정보 제공 및 접근 가능성에 대한 것으로, 서면계약 의무, 보수/수수료의 액수와 결정방식, 일하는 지역의 결정과 그 방식(부재 시 종사자가 자유롭게 결정할 수 있는 것으로 간주), 개인정보 보호에 대한 규칙 설정과 설명, 최장 접속시간과 플랫폼의 차단 의무, 연락 및 법적 고지를 위한 주소지 지정, 의사소통 창구 설정(각종 이의제기, 요청 등을 목적으로 한), 계약해지 사유 사전 지정, 계약변경 시 서면고지 의무, 문서 또는 전자적 방식의 계약서 교부 의무(Article 152 quater X)

둘째, 실제 일한 시간에 대한 수수료를 시급으로 환산했을 때 월 최저임금이 180시간으로 나눈 금액보다 더 커야 한다. 그 이하가 지급되었을 경우 운영자는 종사자에게 차액을 지급해야 한다(종속·의존적 근로자로 분류된 플랫폼 종사자의 경우는 '대기시간'도 일정한 방식으로 보상된다는 점에서 차이가 있음, Article 152 quater Y).

셋째, 운영자는 개별 플랫폼 종사자에게 매 24시간마다 12시간의 최소 접속차단 시간을 설정·적용해야 한다(Article 152 quater Z).

넷째, 연속해서 6개월 혹은 그 이상 해당 플랫폼을 통해 일한 사람에 대한 계약해지를 할 경우에는 반드시 서면을 통해 협의해야 한다. 단, 그것이 종사자의 심각한 계약 위반에 따른 것인 경우에는 그러하지 아니하다(Article 152 quinquies A).

다섯째, 노동조합 가입, 조합활동 및 단체교섭을 이유로 한 보복으로 계약이 해지된 경우 그에 대한 권리가 보장된다(Article 152 quinquies B).

3. 스페인의 「Riders' Law」(유사한 법으로 포르투갈의 "Uber Law")

스페인 정부는 글로보 판결 내용을 반영하기 위해 노동법 개정을 추진하였고, 약 6개월에 걸친 사회적 대화 끝에 2021년 3월에 합의에 이르렀다. 이 개정안은 내각의 승인을 거쳐 디지털 플랫폼 부문에서 배달에 종사하는 사람들을 보호하는 긴급 입법으로 동 명령은 의회의 추인을 얻어 2021년 5월 12일 시행되었다.[36] 동법은 「라이더법(Ley Riders)」이라고도 불리는바, 구체적으로 위 「노동자헌장법(Ley del Estatuto de los Trabajadores)」 제64조를 일부 수정하고, 추가조항 제23조를 신설한 것이다.

동 조항에 따르면 제8조 제1항의 규정을 적용함으로써, "서비스 또는 작업 조건의 알고리즘 관리를 통해 조직, 지시 및 통제의 사업 권한을 직·간접적으로 또는 묵시적으로 행사하는 고용주에 의해, 디지털 플랫폼을 통해, 소비자 제품 또는 상품의 배포 또는 배달로 구성된 유료 서비스를 (1인이) 제공하는 사람들의 활동은 본 법령의 범주에 포함되는 것

36) Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en elambito de plataformas digitales. 이영주(2021: 70~71); 권오성(2022: 19~20).

으로 간주한다.”라고 규정하여 디지털 전송 플랫폼 분야의 고용 추정을 규정하였다.[37] 이러한 법적 추정의 적용은 법원에 의해 사례별로 결정되며 사용자(로 추정된 당사자)에 의해 복멸될 수 있다.

포르투갈의 「Uber Law」도 유사한 근로관계 추정 규정을 두고 있으며, 나아가 플랫폼 운영자는 노무중개알선사업자 또는 ‘테크기업’이 아닌 운송사업자로 평가되며 그에 필요한 면허/허가를 발급받아야 한다. 또한, 매 24시간마다 10시간을 초과해 자동차 등 교통수단을 운행할 수 없고 플랫폼 운영자는 앞서 살핀 정보들을 플랫폼 종사자에게 제공해야 하며 분쟁해결을 위한 메커니즘을 의무적으로 설치해야 한다. 운영자는 컴퓨터 시스템을 통해 종사자의 근로시간(휴식시간 포함)을 기록·관리해야 한다.

37) 권오성(2022: 22).

제 4 장
노동시간 · 근로시간 관련 국내 입법 상황

제1절 관련 노동관계법의 규율

1. 근로시간

근로시간은 전통적으로 임금과 함께 주요 근로조건 중에 하나로 인식되어 왔으며, 노동법의 생성과 발전과정에서 핵심적인 역할을 담당하여 왔다.

노동관계법령상 근로시간 규제는 근로시간의 길이와 배치에 관한 사항으로 귀결되며, 근로시간 규율의 배경에는 장시간 노동의 방지와 근로자의 건강권 확보, 더 나아가 일 · 생활 균형이 근간을 이루고 있다.

근로시간의 길이에 대해 규정하고 있는 「근로기준법」 규정을 살펴보면, 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없고(근로기준법 제50조 제1항),[38] 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다(근로기준법 제50조 제2항). 근로시간을 산정함에 있어 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘 · 감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다(근로기준법 제50조 제3항). 즉, 「근로기준법」이 예정하고 있는 근로시간의 한도는 1일 8시간, 1주 40시간이라 할 수

38) 여기서 1주란 휴일을 포함한 7일을 의미한다.

있으며, 강학(講學)상 법정근로시간으로 통칭되고 있다.

「근로기준법」은 근로시간에 대한 정의 규정을 두고 있지 않다. 다만 휴게시간은 근로시간에서 제외되고, 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간에 포함된다고만 규정하고 있을 뿐이다.[39] 이에 대해 판례는 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간, 즉 실근로시간을 말한다고 보고 있으며,[40] 학계의 다수 견해도 판례의 입장과 같다.[41]

근로시간과 관련된 분쟁 대부분은 휴식시간이나 대기시간 등이 근로시간에 해당하는지 여부를 두고 다투어져 왔다. 판례는 "근로자가 작업시간의 중도에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식, 수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘, 감독하에 놓여 있는 시간이라면 이를 당연히 근로시간에 포함시켜야 할 것이다."라고 판시하고 있다. 결국 근로시간은 사용자의 지휘·감독 아래 있는지가 핵심적인 요소라 할 수 있다. 사용자의 지휘·감독 아래에 있는지 근로계약이나 취업규칙의 내용, 당해 활동의 업무관련성 등을 종합하여 사회통념에 의해 객관적으로 판단되어야 하고, '사용자의 지휘·감독'은 반드시 적극적이고 구체적인 지시·명령에 국한되는 것이 아니라, 묵시적인 지시·명령, 불이익 취급에 의한 간접적인 강제도 포함되나, 사용자의 허락을 받았더라도 반드시 근로시간에 포함되는 것은 아니라고 할 것이다.[42]

한편 당사자 간에 합의하는 경우 법정근로시간에 더하여 1주 12시간 한도로 연장근로가 가능하다(근로기준법 제53조 제1항). ① 법정근로시간을 초과하여 근로한 시간, ② 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로) ③ 8시간 이내의 휴일근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하여야 하고, 8시간을 초과한 휴일근로에 대해서는 통상임금의 100% 이상을 가산하여 지급하여야 한다(근로기준법 제56조).

---

39) 노동법실무연구회(2020: 171, 이정한·김진·고종완 집필 부분).
40) 대법원 1992. 10. 9. 선고 91다14406 판결
41) 노동법실무연구회(2020: 171~172, 이정한·김진·고종완 집필 부분).
42) 노동법실무연구회(2020: 172~173, 이정한·김진·고종완 집필 부분), 김근주 외(2022: 83).

2. 휴식제도

가. 휴 게

휴게시간은 특정일(근로일)의 계속된 근로로부터 근로자의 건강을 보호하는 것과 자유로운 시간 보장을 목적으로 한다.[43]

휴게에 관한 「근로기준법」상의 규정을 살펴보면, 사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 하며, 휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있는 시간이다(근로기준법 제54조).

휴게시간은 근로시간 도중에 주어야 하기 때문에 시업시각 전이나 종업시각 후에 부여해서는 안 되며, 분할하여 주어도 무방하지만 자유이용이 불가능할 정도로 미세하게 분할해서는 안 된다.[44]

법정근로시간의 한도에 휴게시간을 제외한다고 규정하고 있는 「근로기준법」 제50조 규정은 휴게시간이 근로시간이 아니라는 당연한 사리를 확인한 규정에 불과하며, 이 규정이 없더라도 휴게시간은 근로시간에서 당연히 제외된다.[45]

나. 휴 일

휴일은 처음부터 근로자가 근로를 제공할 의무가 없는 날을 의미하고, 근로자가 근로의 의무뿐만 아니라 사용자로부터 일체의 구속에서 벗어나는 날을 말한다.[46] 휴일은 임금이 지급되는지 여부에 따라 유급휴일과 무급휴일로 나뉘며, 근거에 따라 법정휴일과 약정휴일로 구분할 수 있다.

휴일을 언제로 할 것인지는 원칙적으로 근로관계의 당사자인 사용자와 근로자가 자유롭게 정할 수 있지만, 「근로기준법」은 사용자가 근로자

43) 노동법실무연구회(2020: 218, 이정한 · 김진 · 여연심 집필 부분).
44) 임종률(2022: 469).
45) 임종률(2022: 445).
46) 고용노동부(2021: 46).

에게 적어도 주휴일과 공휴일의 두 가지 유급휴일을 주도록 규정하고 있다.[47]

1) 주휴일

주휴일 제도는 근로자의 피로를 회복시킴으로써 노동의 재생산을 꾀하고, 생산성을 유지하기 위하여 정신적·육체적 휴식을 취하는 데에 그치지 않고 나아가 근로자로 하여금 근로제공 의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하려는 데에 그 취지가 있다.[48]

주휴일에 대해 규정하고 있는 「근로기준법」 제55조 제1항은 "사용자는 근로자에게 1주에 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하여야 한다."라고 규정하고 있는데, 여기서 1주에 평균 1회란 일요일부터 토요일까지 연속되는 7일에 평균 1회를 의미하고, 1회의 휴일은 1일의 휴일을 의미한다.[49] 어느 날을 주휴일로 해야 하는지에 대해 법에 규정되어 있지 않기 때문에 보통은 취업규칙이나 단체협약 등에서 특정되지만, 통상적으로 일요일을 주휴일로 정하는 경우가 많다.

한편, 동법 시행령 제30조 제1항은 "법 제55조 제1항에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어야 한다"라고 규정하고 있다. 판례는 "사용자로 하여금 1주간의 소정근로일수를 개근한 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주도록 한 규정은 1주일에 1회 이상의 휴일을 의무화하는 한편 성실근로를 유도·보상하기 위하여 소정의 근로일수를 개근하는 경우에 유급으로 할 것을 정한 것으로 해석하여야 할 것이므로 근로자가 소정의 근로일수를 모두 근무하지 아니하였다 하더라도 사용자에 대하여 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이어서 휴일 전후의 근로일을 결근하였다고 하여 휴일을 결근으로 처리할 수는 없다."라고 판단하였다.[50]

---

47) 임종률(2022: 471).
48) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2857 판결.
49) 임종률(2022: 471).
50) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2857 판결.

2) 근로자의 날 및 공휴일

주휴일 이외의 법정휴일로는 근로자의 날과 공휴일이 있다.

근로자의 날은 「근로자의 날 제정에 관한 법률」에 따라 5월 1일로 정해져 있다. 동법은 근로자의 날을 「근로기준법」에 따른 유급휴일로 한다고 규정하고 있기 때문에, 「근로기준법」의 적용대상인 근로자에게 적용된다.

행정해석은 근로자의 날을 지정한 취지에 대해 근로자들의 노고를 위로하고, 근무의욕을 높이기 위한 것으로 「국경일에 관한 법률」 또는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에서 정한 법정공휴일로 보기는 어려우나, 「근로기준법」의 적용을 받는 근로자에게 부여하는 주휴일과 같이 법정휴일이므로 해당일에 근로제공이 없더라도 임금을 지급해야 한다고 설명하고 있다.[51]

다음으로 공휴일에 대해 살펴보면, 종래 관공서 등은 관공서의 공휴일에 관한 규정은 공무원에게 적용되던 휴일이었다. 그러나 일반 기업의 경우 단체협약이나 취업규칙 등에 따라 공휴일 휴무 여부가 다른 관계로 영세 중소기업 근로자는 명절 연휴와 같은 공휴일을 유급휴일로 보장받지 못하는 문제가 지적되었고, 2018년 3월 20일 사용자가 근로자에게 대통령령으로 정하는 휴일을 유급으로 보장하도록 개정하였다.[52]

「공휴일에 관한 법률」은 ① 3·1절, 광복절, 개천절 및 한글날, ② 1월 1일, ③ 설날과 그 전후 날, ④ 부처님 오신 날, ⑤ 어린이날, ⑥ 현충일, ⑦ 추석과 그 전후 날, ⑧ 기독탄신일, ⑨ 임기만료에 의한 선거의 선거일, ⑩ 기타 정부에서 수시 지정하는 날을 공휴일로 정하고 있다(공휴일에 관한 법률 제2조). 또한, 공휴일이 토요일이나 일요일, 다른 공휴일과 겹칠 경우 대체공휴일을 지정하여 운영할 수 있도록 정하고 있다(공휴일에 관한 법률 제3조). 주휴일과 달리 공휴일의 경우 소정근로일을 개근할 것이 요건으로 규정되어 있지 않다.[53]

---

51) 근로기준과-2116, 2004. 4. 29.

52) 노동법실무연구회(2020: 244, 이정한·김진·여연심 집필 부분).

53) 임종률(2022: 474).

다. 연차휴가

「근로기준법」상의 연차유급휴가는 근로자에 대하여 휴일 외에 매년 일정 일수의 휴가를 유급으로 보장하는 제도로서, 근로자에게 일정기간 근로의무를 면제함으로써 근로자의 정신적·육체적 휴양을 통하여 문화적 생활의 향상을 기하려는 데 그 취지가 있다.[54]

사용자는 1년간 80% 이상 출근한 근로자에게 15일의 연차휴가를 주어야 하며, 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 최초 1년을 초과하는 계속 근로연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함한 총휴가일수는 25일을 한도로 한다(근로기준법 제60조 제1항 및 제3항). 다만, 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80% 미만 출근한 근로자에게는 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다(근로기준법 제60조 제2항).

연차휴가는 목적에 제한 없이 그 시기를 근로자의 선택으로 정할 수 있는 기본적인 휴가제도이며, 근로관계 존속 중 사용자에 대한 권리 행사를 통하여 휴가를 부여받아야 한다.[55] 사용자는 법정 요건에 따라 취득한 연차휴가를 근로자가 청구하는 시기에 주어야 하지만, 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(근로기준법 제60조 제5항).

〈표 4-1〉 근로기준법상 연차휴가 일수

근속기간	1년차 입사 첫해	2년차	3년차	4년차	5년차	6년차	7년차	8년차	생략	최대
발생 연차	11일	15일	15일	16일	16일	17일	17일	18일	…	25일

자료 : 저자 작성.

54) 헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2005헌마586 결정
55) 김근주(2014: 2~3).

3. 근로관계의 종료

가. 근로관계 종료와 제한

근로관계의 종료 사유는 ① 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, ② 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, ③ 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸(정년, 사업완료, 당사자의 사망 등)로 나눌 수 있으며, 이 가운데 해고는 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 절차에 관계없이 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.[56] 해고는 통상적으로 해고의 이유가 근로자에게 있는지 또는 사용자에게 있는지에 따라 구분할 수 있는데, 전자는 '일반해고', 후자는 '경영상 이유에 의한 해고'이다. 일반해고는 해고 원인을 기준으로 근로자의 일신상의 사유에 의한 통상해고와 근로자의 행태상의 사유에 의한 징계해고로 구분할 수 있다.[57]

해고는 민법상으로는 사용자 측에서 하는 고용계약의 해지로서, 사용자는 광범위한 해고의 자유를 가지며, 근로자는 이에 대응하여 사직의 자유를 가진다.[58] 그러나 해고의 자유는 경제적·사회적으로 약자의 지위에 있는 근로자에게는 직장상실의 위험을 의미하므로, 「근로기준법」을 비롯한 노동관계법령에서는 사용자의 해고의 자유를 여러 방면에서 제한하고 있다. 대표적으로 일반해고에 있어서는 해고의 사유 제한, 해고의 절차적 정당성, 해고 시기의 제한 등이 있으며, 경영상 이유에 의한 해고는 긴박한 경영상의 필요성, 해고 회피 노력, 합리적이고 공정한 해고 기준, 노사 간 성실한 협의이다. 이하에서는 일반해고를 중심으로 노동관계법령상의 해고 제한 규율을 살펴보고자 한다.

---

56) 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결
57) 권혁(2010: 2).
58) 임종률(2022: 562).

나. 해고의 사유 제한

1) 정당한 이유 없는 해고의 금지

「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)을 하지 못한다”라고 규정함으로써 해고사유를 제한하고 있다. 동 규정은 현행법상 해고제한 규정 전체에 대하여 총칙 내지 기본원칙으로서의 의미를 가지고 있다.[59]

여기서 말하는 ‘정당한 이유’가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않기 때문에, 판례와 해석을 통해 구체화시키는 것이 필요하다. 판례는 “해고처분은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 정당성이 인정된다.”고 보고 있으며, 사회통념상 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을지에 대해서는 “사회통념상 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위와 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 근로자의 행위로 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.”라는 기준을 제시하고 있다.[60]

2) 개별 사유에 의한 해고 제한

노동관계법령에서는 특정 사유에 따른 불리한 처우 금지로서 해고를 제한하고 있다.

먼저 「근로기준법」에서 규정하고 있는 사항으로는 ① 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해 근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다고 규정하는 한편, 이를 위반하는 경우 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제109조 제1항).

---

59) 임종률(2020: 563).

60) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013두26750 판결; 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다116864 판결; 2009. 5. 28. 선고 2007두979 판결; 2003. 7. 8. 선고 2001두8018 판결 등

다음으로 ② 근로자가 사업 또는 사업장에서 「근로기준법」 위반 사실을 신고한 경우 해당 근로자에게 해고, 그 밖에 불리한 처우를 하지 못한다고 규정(법 제104조). 이를 위반한 경우 2년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다(법 제110조 제1호)고 규정하고 있다.

한편 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에서 규정하고 있는 개별 사유에 의한 해고 제한은 ① 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해자에 대한 해고 금지(제14조 제6항 제1호), ② 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 업무수행 과정에서 성적인 언동 등으로 피해를 주장하거나, 고객 등으로부터 성적 요구 등에 따르지 않았다는 이유로 해고하는 것을 금지(제14조의2), ③ 배우자 출산휴가(제18조의2 제5항), ④ 난임치료휴가(제18조의3 제2항), ⑤ 육아휴직(제19조 제3항), ⑥ 육아기 근로시간 단축(제19조의2 제5항), ⑦ 가족돌봄 휴직 및 휴가(제22조의2 제6항), ⑧ 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축(제22조의3 제5항) 등이 있다.

다. 해고의 절차적 제한

해고는 사용자의 일방적인 의사로 이루어지는 불이익한 처분이라는 점에서, 「근로기준법」은 사용자에 의해 자의적으로 이루어지는 해고에 대하여 절차적 제한을 두고 있다. 해고의 절차적 제한은 근로자를 보호함과 아울러 해고사유 등을 명확히 함으로써 해고 분쟁을 미리 방지하고 원활한 분쟁 해결을 도모하며, 비록 정당한 사유가 있는 해고라 하더라도 해고가 근로자에게 초래할 불이익을 완화하기 위한 조치로 중요한 의미를 지닌다.[61]

1) 해고의 예고

사용자는 근로자를 해고하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다.(근로기준법 제26조 제1항 본문) 「근로기준법」이 이와 같

61) 노동법실무연구회(2020: 113, 김희수 집필 부분).

이 사용자에게 해고예고 의무를 부과한 것은 사용자가 갑자기 근로자를 해고하면 근로자의 생활에 어려움이 있을 수 있으므로, 새 일자리를 구할 수 있는 시간적 여유를 주거나 그렇지 않으면 그 기간 동안의 생계비를 보장하여 해고로 인한 근로자의 어려움을 덜어주는 데 그 취지가 있다.[62]

「근로기준법」상 해고예고에 관한 규율은 1953년 제정 「근로기준법」에서부터 시작하였다. 다만 초기의 규율은 사용자가 근로자를 해고하는 경우 30일분 이상의 평균임금을 지급하도록 규정하여, 금전 보상의 측면만을 고려한 것으로 보인다. 해고예고에 있어 시간적 여유를 감안하게 된 것은 1961년 「근로기준법」[(시행 1961. 12. 4.)(법률 제791호, 1961. 12. 4., 일부개정)] 개정부터이다. 1961년 개정 「근로기준법」 제27조의2는 사용자가 근로자를 해고하고자 할 때 적어도 30일 전에 해고를 예고하도록 하고, 예고하지 아니한 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다고 규정하여 현행 규율과 같은 구조를 취하고 있다.

사용자가 해고예고 의무에 위반하여 근로자를 해고한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제110조 제1호).

해고예고 의무는 모든 경우에 적용되는 것은 아니다. 해고예고 의무는 ① 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우, ② 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우, ③ 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 동법 시행규칙 별표1에서 정한 사유에 해당하는 경우에는 적용하지 않는다(근로기준법 제26조 단서). 이러한 경우까지 근로자에게 재취직을 위한 시간적·경제적 여유를 주도록 하는 것은 사용자에게 가혹하다고 보아 예외로 규정한 것이다.[63]

2) 해고사유 등의 서면통지

사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지

62) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정,
63) 임종률(2022: 583).

하여야 한다(근로기준법 제27조 제1항). 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하도록 하고, 해고의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다.[64]

해고사유를 서면으로 통지할 경우 근로자의 입장에서 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알 수 있도록 기재하여야 한다. 판례는 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 해고사유를 전혀 기재하지 않았다면 이는 「근로기준법」 제27조를 위반한 해고통지에 해당한다고 보고 있다.[65]

사용자가 서면통지 규정을 위반하여 근로자를 해고한 것에 대한 벌칙 규정은 없으나, 근로자에 대한 해고는 해고의 사유와 시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다(근로기준법 제27조 제2항).[66]

3) 절차적 제한 규정 유무

취업규칙이나 단체협약 등에 징계 또는 해고에 관하여 필요한 절차를 규정하고 있는지 여부에 따라 해당 처분의 유효성이 달라질 수 있다.

가령, 취업규칙이나 단체협약 등에 규정되어 있지 않은 경우라면, 근로자들에게 징계혐의 사실의 고지, 소명의 기회 등 절차를 밟지 않고 해고를 하였다 하더라도 그러한 처분은 유효하다.[67]

반면, 취업규칙에 사전통지, 변명의 기회 부여, 징계위원회 등의 의결, 징계위원회의 구성, 재심의 기회 부여 등의 절차가 규정되어 있는 경우에는 그 절차를 위반한 징계는 정당한 것으로 인정되지 않는다.[68] 판례 역시 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계위

64) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결
65) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다226605 판결
66) 임종률(2022: 585).
67) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95누15698 판결; 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카27402 판결; 대법원 1979. 1. 30. 선고 78다304 판결 등
68) 임종률(2022: 552).

원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 판단하였다.[69]

라. 해고시기의 제한

사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일간에는 근로자를 해고할 수 없으며, 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다.(근로기준법 제23조 제2항) 이처럼 해고시기에 관하여 제한을 둔 것은 해고의 정당한 이유가 있는 경우라도 업무상의 재해나 임신·출산으로 노동력을 사실상 상실하고 있는 기간과 노동력을 회복하기에 상당한 기간으로서 휴업 후 내지 산후 30일 동안은 근로자를 실직의 위협에서 절대적으로 보호하기 위한 것이다.[70] 해고시기의 제한을 위반하여 행한 해고는 무효이며, 이를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제107조).

한편 「남녀고용평등법」 제19조 제3항 본문은 사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다고 규정하고 있다. 이를 위반한 사업주는 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다(남녀고용평등법 제37조 제2항 제3호).

---

69) 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결

70) 노동법실무연구회(2020: 258, 김희수 집필 부분).

제2절 근로자 이외의 자를 대상으로 한 노동조건 규율

1. 노동시간

노동관계법령상 근로시간에 관한 규율은 제도의 적용대상이 '근로자'이다. 따라서 플랫폼 노무제공자, 특수형태근로종사자 등 근로자에 포섭되지 않는 노무제공자에 대해서는 동 규정이 직접 적용되지는 않는다.

다만, 이러한 노무제공자들을 둘러싼 경제법적인 규율 속에 각 법령이 달성하고자 하는 목적에 수반하여 노동시간의 길이와 배치에 영향을 미치는 제도를 찾아볼 수 있는바, 이하에서는 이러한 제도들을 일별해 보고자 한다.

가. 택배기사 과로 방지대책

1992년 택배서비스 출범 이래 지난 30년간 택배산업은 지속적인 성장을 거듭하여 현재 보편적인 서비스의 하나가 되었다. 전자상거래의 발달과 코로나19 팬데믹을 거치며 양적인 성장을 이뤄왔으나, 택배기사의 과로사 등 열악한 근무환경이 사회적 문제로 제기되었다.[71] 더욱이 택배기사 대부분은 특수형태근로종사자에 해당(위탁계약을 체결한 개인사업자)하기 때문에, 근로자에게 적용되는 「근로기준법」상의 근로시간 규제가 적용되지 않는다.

이에 정부는 2020년 11월 12일 관계부처 합동으로 '택배기사 과로 방지 대책'을 발표하여 택배기사의 과로방지를 위한 제도 개선과 사회안전

71) 근로복지공단이 파악한 '최근 5년간 택배노동자 산업재해 현황'에 따르면, 코로나19 이전인 2018년과 2019년 택배노동자 산업재해 월평균 승인 건수는 각각 5.8건과 8.8건이었다. 그러나 코로나19 이후인 2020년과 2021년 월평균 승인 건수는 13.3건, 34.8건으로 증가했고, 2022년 상반기 월평균 승인 건수는 43건으로 코로나19 이전보다 4배 이상 증가했다(윤건영 의원실 보도자료, 「코로나19 전후 대비 택배노동자 산업재해 승인 건수 4배 이상 급증」, 2022. 9. 21).

망 확대를 통해 택배기사의 작업환경을 개선하고자 하였다. 과로 예방을 위한 제도 개선 과제의 하나인 장시간·고강도 작업시간 개선에 관한 주요 내용은 다음과 같다.

〔택배기사 과로방지 대책〕

○ (적정 작업시간) 장시간·고강도 노동 방지를 위한 사업주 조치의무 구체화(안전보건기준규칙 개정*)
  * 작업과 휴게시간 배분, 건강진단 결과 상담 및 사후관리, 뇌심질환 위험도 평가 및 건강증진 프로그램 운영 의무를 규정하고 있는 안전보건기준규칙 제669조 구체화
  - 택배기사 작업조건 실태조사 결과 및 직무분석을 통한 적정 작업시간 등에 대한 평가기준 제시
  - 평가기준에 따라, 택배사별 여건*을 고려하여 1일 최대 작업시간(분류+집화+배송, 예시 : 1일 10시간)을 정하도록 하고, 한도 내 작업 유도
    * 자동화설비 유무, 평균 배송거리 등에 따라 분류, 배송건당 처리시간 등 상이

○ (물량조정 시스템 구축) 택배기사가 감당하기 어려울 정도의 물량 지속 발생 시 택배기사가 요구하면 물량축소, 배송구역 조정 등 조치를 위한 택배사별 시스템 구축*
  * 1) (CJ대한통운) 1일 적정 배송량 산출, 초과물량 발생 시 '초과물량 공유제' 도입
    2) (한진택배) 화, 수 등 특정일 편중 방지 및 수입 감소 방지
  - 택배물량 조정에 따른 지연배송 시 택배기사에게 불이익 조치 금지

○ (심야배송 제한) 주간 택배기사의 22시 이후 심야배송 제한 권고
  - 22시를 배송마감 시간으로 운영하고, 지속적으로 22시 이후 배송이 이루어지는 경우 작업체계 조정 등을 통해 적정 작업시간 유지*
    * (예시) 22시 이후 앱 차단 및 미배송건은 지연배송으로 관리(고객에게 양해 문자 발송). 다만, 식품 등 생물(生物)의 경우에만 예외적으로 22시 이후 배송 허용
  - 택배사·대리점은 심야배송 방지를 위한 지연배송을 이유로 계약갱신 거절 등 부당한 처우 금지(표준계약서에 반영)

○ (주5일 작업 확산) 배송량, 지역 배송여건 등을 고려하여 노사 협의를 거쳐 택배기사의 토요일 휴무제 등 작업체계 확산 유도

자료 : 고용노동부, 「택배기사 과로방지 대책」(2020. 11. 12).

나. 화물차 운전시간 제한

「화물자동차 운수사업법」(이하, '화물자동차법')은 "화물자동차 운수사업을 효율적으로 관리하고 건전하게 육성하여 화물의 원활한 운송을 도모함으로써 공공복리의 증진에 기여함을 목적"으로 제정된 법이다. 이 법에서 운수종사자는 노동관계법령상의 근로자 개념보다 포괄적인 개념으로 사용되고 있는데, "화물자동차의 운전자, 화물의 운송 또는 운송주선에 관한 사무를 취급하는 사무원 및 이를 보조하는 보조원, 그 밖에 화물자동차 운수사업에 종사하는 자"를 의미한다(제2조 제8호).

「화물자동차법」은 운송주선사업자, 운송사업자, 운수종사자 등에 대해 준수사항을 규정하고 있는바, 운송사업자는 화물자동차 운전자의 과로를 방지하고 안전운행을 확보하기 위하여 운전자를 과도하게 승차 근무하게 하여서는 안 된다(법 제11조 제2항).

한편, 국토교통부장관은 안전운행을 확보하고 화주의 편의를 도모하기 위하여 운수종사자가 지켜야 할 사항으로 "휴게시간 없이 2시간 연속운전한 후에는 15분 이상의 휴게시간을 가질 것"을 정하고 있다(화물자동차법 제12조 2항 및 동법 시행규칙 제22조 제6호). 다만 ① 운송사업자 소유의 다른 화물자동차가 교통사고, 차량고장 등의 사유로 운행이 불가능하여 이를 일시적으로 대체하기 위하여 수송력 공급이 긴급히 필요한 경우, ② 천재지변이나 이에 준하는 비상사태로 인하여 수송력 공급이 긴급히 증가할 필요가 있는 경우, ③ 교통사고, 차량고장 또는 교통정체 등 불가피한 사유로 2시간 연속운전 후 휴게시간 확보가 불가능한 경우에는 1시간까지 연장운행을 할 수 있으며, 운행 후 30분 이상의 휴게시간을 가져야 한다(시행규칙 제21조 제23호). 이를 위반한 운수종사자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다(화물자동차법 제70조 제2항 제6호).

동 제도는 안전운행의 확보와 화주의 편의(?)를 도모하기 위한 다소 이질적인 목적을 가지고 있고 운수종사자의 노동시간을 직접적으로 규제하는 것은 아니지만, 연속운전의 최장시간을 규제한다는 점에서 운수종사자의 노동시간을 간접적으로 규제하는 것으로 판단된다.

다. 대규모 점포 영업시간 제한

2012년 1월 17일 「유통산업발전법」(이하, '유통산업발전법') 개정으로 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소유통업의 상생발전을 위하여 대형마트[72]와 준대규모 점포의 영업시간을 제한할 수 있게 되었다. 제도 초기에 지방자치단체장은 대형마트와 준대규모 점포에 대해 자정(오전 0시)부터 오전 8시까지의 범위에서 영업시간을 제한하였으나(舊 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항), 2013년 개정을 통해 영업시간의 제한 범위가 자정(오전 0시)부터 오전 10시까지로 2시간 연장되었다. 지방자치단체장은 영업 제한 시간을 1년 이내에 3회 이상 위반한 자에 대해 1개월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있으며(유통산업발전법 제13조의4 제1호), 1억 원 이하의 과태료를 부과할 것을 규정하고 있다(유통산업발전법 제52조 제1항 제1호).

라. 가맹사업법상 영업시간 제한

「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하, '가맹사업법')에서 규율하고 있는 부당한 영업시간 구속은 가맹본부가 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 가맹점사업자의 영업시간을 구속하는 행위라고 정의할 수 있다. 가맹사업거래에 있어 부당한 영업시간 구속 금지는 2013년 가맹사업법 개정을 통해 도입되었다. 부당한 영업시간 구속을 금지하고자 하는 입법 취지는 법의 개정 이유에서 확인할 수 있듯이, 가맹본부의 우월한 거래상 지위를 이용한 부당한 영업시간 구속을 불공정행위로 보고, 이를 예방할 수 있는 제도적 장치를 마련하고자 하는 것이었다.[73]

구체적인 태양은 ① 가맹점사업자의 점포가 위치한 상권의 특성 등의 사유로 대통령령으로 정하는 심야 영업시간대의 매출이 그 영업에 소요

---

72) 「유통산업발전법」상 대형마트는 상시 운영되는 매장이면서 매장 면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 점포집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포 집단을 의미한다(유통산업발전법 제2조 제3호 및 [별표]).

73) 법제처 제개정 이유

되는 비용에 비하여 저조하여 대통령령으로 정하는 일정한 기간 동안 영업손실이 발생함에 따라 가맹점사업자가 영업시간 단축을 요구함에도 이를 허용하지 아니하는 행위, ② 가맹점사업자가 질병의 발병과 치료 등 불가피한 사유로 인하여 필요 최소한의 범위에서 영업시간의 단축을 요구함에도 이를 허용하지 아니하는 행위이다(가맹사업법 제12조의3).

2. 휴식제도

가. 화물차 휴게시간

앞서 살펴본 바와 같이, 화물운전자는 2시간 운행 후 의무적으로 15분 휴식을 취하여야 한다. 한국교통안전공단은 화물운전자의 휴게시간 준수 여부 관리를 위해, 화물운전자로 하여금 운행기록분석시스템에 운행기록 자료를 정기적으로 제출하도록 하고 있다.[74]

한편, 한국도로공사는 화물운전자 휴게시간 조기 정착을 위해 '화물차 휴식-마일리지' 제도를 시행하고 있다. '휴식-마일리지' 제도는 화물차 운전자가 고속도로 휴게소 또는 졸음쉼터에서 휴식을 인증하면 횟수에 따라 상품권을 지급하는 제도로, 운전자들의 자발적 휴식을 유도해 졸음운전으로 인한 사고를 예방하기 위해 도입되었다.[75] 구체적으로 모든 화물차 운전자는 지정된 휴게소 또는 졸음쉼터에서 휴식 후 QR 코드로 휴식을 인증하면, 1회 인증 시 10마일 적립, 40마일 적립 시마다 모바일 상품권(5천 원 상당의 마트&주유권)을 지급받을 수 있으며, 졸음 취약 시간대(00시~06시)에는 2배 적립이 가능하다. 2021년 5월 1일부터 시행된 '휴식-마일리지' 제도는 휴게소, 졸음쉼터 93개소를 시작으로 점차 범위를 확대하여 2022년 12월 현재 180개소(휴게소 87개소, 졸음쉼터 93개소)가 운용 중이며, 이는 전체 휴게소 201개 중 87개(43%), 졸음쉼터 232개 중 93개(40%)에 해당한다. 한국도로공사의 발표에 따르면, 제도 도입 이후 화물차 운전자는 8,301명이 45만 9,276회 휴식을 인증했으며, 시행노선

74) 한국교통안전공단(2021: 9).
75) 한국도로공사(2022).

의 졸음 및 주시태만으로 인한 교통사고 건수가 27% 감소한 것으로 확인된다.[76]

나. 대형마트 의무휴무일

대형마트와 준대규모점포에 대해서는 영업시간 제한과 더불어, 의무휴업일이 지정되어 시행 중에 있다. 동 규제는 2012년 1월 17일 「유통산업발전법」 개정으로 도입되었는데, 영업시간 제한과 마찬가지로 지방자치단체장이 대형마트와 준대규모 점포에 대해 의무휴업일을 지정해 의무휴업을 명할 수 있다(유통산업발전법 제12조의2 제1항 제2호 및 제3항). 의무휴업일은 매월 2일이며, 공휴일 중에서 지정하되 이해당사자와의 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 의무휴업일로 지정할 수 있다. 지방자치단체의 장은 의무휴업일 1년 이내에 3회 이상 위반한 자에 대해 1개월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있으며(유통산업발전법 제13조의4 제1호), 1억 원 이하의 과태료를 부과하도록 하였다(유통산업발전법 제52조 제1항 제2호).

다. 지방자치단체 차원의 유급병가 지원제도

코로나19 팬데믹을 거치며 '아프면 쉴 수 있는 권리'에 대한 중요성이 부각되었으나, 공적 상병수당제도의 부재로 인해 '아프면 쉴 수 있는 권리'를 보장받지 못하는 문제가 발생하였다.[77]

지방자치단체 차원의 공적 상병수당제는 2019년 시행된 '서울형 유급병가 지원제도'를 통해 처음 시행되었다. 2019년 1월 3일 「서울특별시 서울형 유급병가 지원에 관한 조례」를 통해 도입된 서울형 유급병가 지원

76) 앞의 문헌.

77) 상병수당제도는 근로자가 업무 외의 질병이나 부상으로 인해 경제활동이 불가능한 경우, 치료에 집중할 수 있도록 해당 근로자의 소득을 보장하는 제도를 의미한다. 「국민건강보험법」상 부가급여로 상병수당이 명시되어 있지만, 제도가 시행되지 않다가 2022년 7월 4일부터 6개 지역(서울 종로, 경기 부천, 충남 천안, 전남 순천, 경북 포항, 경남 창원)에서 상병수당 시범사업이 시작되었다.

제도는 “근로소득 또는 사업소득이 있는 시민이 정신적·육체적 질병 또는 부상으로 의료기관에 입원 또는 외래 치료하거나 검진을 필요로 하는 경우에 발생하는 소득상실이 생계에 위협이 되는 상황을 초래할 때 최소한의 생계를 유지할 수 있도록 금전적인 지원을 제공하는 제도”를 말한다(「서울특별시 서울형 유급병가지원에 관한 조례」 제2조 제1호).

지원 대상은 입원, 입원연계 외래진료, 공단 일반건강검진, 코로나19 예방접종 후 이상반응으로 외래치료(검진)일 기준 30일 전부터 지급 시까지 서울시 주민등록등재자로 국민건강보험 지역가입자 중 기준 중위소득 100% 이하, 재산기준 3억 5,000만 원 이하(’22. 2. 21. 접수분부터 적용)의 근로소득자, 사업소득자가 입원 또는 입원연계 외래진료, 공단 일반건강검진(암 검진 제외), 코로나19 예방접종 이상반응 외래치료(검진)를 실시한 경우이다. 지원 금액은 서울시 생활임금을 기준으로 2022년 1일 8시간 8만 6,120원, 최대 129만 1,800원이며, 지원일수는 연간 최대 15일[입원 13일(입원연계 외래진료 3일), 공단 일반 건강검진 1일, 코로나19 예방접종 후 이상반응 외래진료 1일]이다.

서울형 유급병가 지원제도는 사업주로부터 유급휴직 제도를 보장받지 못하는 근로소득 및 사업소득이 있는 서울시민에게 서울시가 고용주가 되어 유급휴가를 지원하는 것이다.[78]

현재 서울형 유급병가 외에도 경기도 고양시(고양시 노동취약계층 유급병가 지원제도), 대전광역시(대전형 유급병가 지원제도), 시흥시(시흥시 노동취약계층 유급병가 지원제도), 울산광역시(울산광역시 취약노동자 유급병가 지원제도), 충청남도(충남형 유급병가 지원제도)에서 시행되고 있다.

각 제도들은 ‘유급병가’라는 표현을 사용하고 있지만, 사업주가 명확하지 않은 시민들에게 지방자치단체가 사업주의 역할을 대신한다는 점에서 취약계층에 대한 지역형 상병수당이라고 할 수 있다.[79] 같은 맥락에서 지방자치단체 차원의 유급병가 지원제도는 휴식 그 자체에 제도적 목적이 있다기보다는 소득감소에 대한 보상에 초점이 맞춰져 있지만, 이에

78) 문다슬·유사라·김소담·정혜주·노진원(2021: 270).
79) 김근주·남궁준·이정희(2020: 81).

수반하여 휴식보장의 기능을 담당하는 것으로 평가할 수 있다.

3. 계약해지의 제한 등

근로자와 유사한 성격을 가지면서도 자영업자의 성격이 병존하고 있는 고용형태에 대해, 근로자와 동일한 노동법적 보호를 제공하는 것이 적절한지에 대해 다양한 견해들이 제시되고 있다.

이들에 대한 노무제공형태를 살펴보면, 계약상대방에게 경제적으로 종속되어 있다는 점, 경제적인 취약성, 업무수행의 종속성 등이 문제 되지만 「근로기준법」 등 노동관계법령이 적용되지 않음으로 계약상대방의 일방적인 처우로부터 그들을 보호하기 위한 사회적 필요성이 존재한다.

고용관계 종료로부터 이들을 보호하기 위한 제도는 표준근로계약서 상의 일부 조항에서 찾아볼 수 있다. 표준계약서는 취업형태의 다변화에 따른 다양한 노무제공관계의 출현과 이들을 보호하기 위한 법령이 부재한 상태에서 입법에 갈음할 수 있는 연성규범(soft law)으로서의 역할을 하고 있다. 즉 표준계약서는 계약당사자들의 자기통제장치로서 역할을 하며 정부는 표준계약서 내용과 방향을 제시하는 형태로 일정 부분 개입할 수 있는 수단이 된다.

표준계약서를 작성함에 있어 고려해야 할 사항은 당사자 간 대등한 위치에서 자율적으로 계약내용을 정하는 것이 원칙이고, 당사자의 권리와 의무・계약 기간 등 계약내용의 사전 확정, 계약해지 시 절차, 불공정거래행위 금지 등이 명확히 규정될 필요가 있다는 점이다. 그러나 노무제공 조건의 최저기준, 계약해지의 합리적 이유 등에 대해서는 직종별 특성들을 고려하여 계약당사자가 자율적으로 규정할 사항을 일률적으로 정하기 어렵다는 한계를 가진다.

현재 국토교통부, 공정거래위원회 등에서 다양한 표준계약서(모범계약서)가 통용되고 있으나 계약서별로 내용이 상이하며 노동법적인 관점에서 부당한 계약서 조항도 발견된다. 이하에서는 특수형태근로종사자와 관련한 모범계약서와 직종별 표준계약서를 검토하고자 한다.

가. 특수형태근로종사자 관련 표준계약서(모범계약서) 공통사항

우선 특수형태근로종사자와 관련한 모범계약서를 살펴보면, 특수형태근로종사자와의 계약해지는 사회경제적 측면에서 일반 해고와 유사하게 볼 수 있는 측면이 존재하지만, 「근로기준법」 제23조의 '정당한 이유'의 역할을 할 계약해지에 대한 제한방법이 부재하다. 특수형태근로종사자들 역시 일반 근로자와 마찬가지로 고용불안과 불합리한 해지의 위험성이 상존하는 환경하에서 근무하고 있으므로 계약의 해지 시에도 합리적 사유와 절차를 통하여 고용안정을 도모할 필요성이 크다. 따라서 계약해지가 해고에 준한다는 점에서 해지 전 특수형태근로종사자에게 해지사유에 대한 소명기회가 부여되는 것이 타당하다.

나. 직군별 표준계약서(모범계약서) 검토

보험설계사와 관련한 표준계약서에는 "제13조 회사가 '위촉계약유지 최저기준'에 미달하여 위촉계약을 해지하는 경우 회사는 해지 예정일 20일 전까지 설계사가 계약해지 대상에 해당된다는 사실을 통지하여야 한다"라고 규정하고 있다. 최저기준은 회사가 사전에 임의로 설정한 기준으로서 1회 미달인 경우에도 계약해지의 대상이 될 수 있어 보험설계사들의 생활 안정을 저해할 우려가 있다. 따라서 종사자들과 협의 절차를 거쳐 최저기준을 마련할 필요가 있고, 최저기준에 미달하더라도 시정기회를 준 후 미달이 반복되는 경우에만 해지사유로 규정하는 것이 바람직하다. 또한 계약해지는 해고와 유사한 성격을 지녔음에도 「근로기준법」 제23조의 '정당한 이유'의 역할을 할 계약해지에 대한 제한방법이 부재하다. 사업주의 일방적 계약해지는 사실상의 징벌적 조치와 같은 불이익 처우에 해당하므로 계약해지에 관하여 일정한 제한을 두어 특수형태근로종사자들의 안정을 도모할 필요성이 존재한다.

건설기계 임대차 표준계약서에는 건설기계 대주의 건설기계조종사 교체 규정과 관련하여 '조종미숙, 태만적 작업진행' 해당 여부에 관한 객관적 판단기준 및 건설기계조종사의 소명 절차가 규정되어 있지 아니하여,

건설기계조종사가 대주와 차주의 의사에 일방적으로 구속된다. 또한 계약해지 절차에서 건설기계조종사의 소명 또는 시정의 기회가 부재하여 계약해지에 관한 권한이 건설기계 대주·차주에게만 집중된다.

택배기사의 표준계약서의 경우 계약해지 절차에서 택배기사의 소명 또는 시정의 기회가 부재하여 계약해지에 관한 권한이 사업주 측에 집중되어 있다. 또한 '통상적으로 적용되는 계약조건이나 영업방침'을 수락하지 않은 경우 계약해지 사유에 해당하나(제4조 제1항 나목) 규범 자체가 추상적이고 통상성의 해석은 사업주의 의사만 고려될 소지가 있어서 부당하다. 다만 동조 제2항에 "갑"이 "을"과 계약을 해지하고자 하는 경우 "갑"은 "을"에게 30일 전에 이를 예고한다. 30일 전에 예고하지 않은 경우 30일분 이상의 수수료를 지급한다고 규정하고 있다. 이는 갑작스러운 계약해지에 대하여 "갑"에게 패널티를 부과하기 위한 규정인데, 당사자의 분쟁을 방지하기 위하여 '30일분 이상의 수수료'를 산정할 방법이 마련될 필요가 있다.

방송제작스태프 모범계약서에서는, '방송사 또는 제작사'는 '스태프'의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제2조에 따른 본 계약의 내용을 임의로 취소하거나 변경하는 행위를 하여서는 아니 된다는 규정을 두고 있다. 계약취소 시 귀책사유의 규정이 추상적이므로 경미한 귀책사유로도 책임을 물어 방송제작스태프의 생활 불안정을 초래할 가능성이 있다. 또한 계약해지 사유에 있어 수정 요청에 정당한 사유 없이 불응한 경우(제21조 제1항 제3호), 스태프가 정당한 사유 없이 업무수행을 거부하는 경우(동조 제1항 제7호) 등은 방송사 또는 제작사의 자의적 해석의 여지가 있다.

대중문화예술인(배우)의 경우 정당한 이유 없이 배우가 계약을 해지하는 경우 출연료의 10% 이상을 방송사 또는 제작사에게 지급한다는 규정을 두고 있다.

제 5 장
연구의 요약

이 연구는, 노동법은 노무제공자가 노동관계 속에서 갖는 다양한 직접적 혹은 잠재적 취약성을 해소 또는 완화하는 것을 목적으로 삼는 개별 법규범의 총체라는 노동법관(觀)을 전제로 한다. 근로자의 개념표지로 흔히 거론되는 인적 종속성(subordination)이나 경제적 의존성(dependence)은 이러한 취약성을 개념화한 것으로, 그에 대응하는 개별 노동법 규범의 인적 적용범위를 획정하는 역할을 수행한다. 구체적으로 이 연구는 노동관계의 속성을 크게 세 가지, 법적 종속성(1), 경제적 의존성(2), 조직적 특성(3)으로 나누고, 각 속성을 다시 두 가지로 구분한다.

나아가 이 연구는 노동법 내 단행 법률 속 각 법률규정이 주목하고 해소·완화하려는 구체적 취약성이 상이할 수 있고(즉, 목적이 다를 수 있고), 그 결과 어떤 법률조항은 같은 법률의 다른 조항보다 더 넓거나 좁은 인적 적용대상을 가질 수 있다고 이해한다. 선행연구에서 검토한 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「임금채권보장법」상 주요 임금 원칙을 예로 들면 [그림 5-1]처럼 각 규범이 서로 다른 취약성에 대응하고 있다는 것을 알 수 있다. 즉, 이 연구는 세부 노동법 제도의 목적에 조응하는 '근로자 개념의 상대성' 또는 '유추적용'의 법기술을 통해 단행 법률 내 일부 규정은 경제적 의존성을 갖는 취업자에게도 적용될 수 있다고 본다.

노동법상 근로시간 규범은 복합적인 규율 목적을 갖는다. 예컨대 근로자의 건강과 안전을 도모하는 것, 일과 생활의 균형과 양립 보장, (정책적으로는) 국가 차원에서 적절하게 노동시장을 형성하기 위한 것 모두를

목적으로 한다. 근로시간을 정의 내리는 것은 개념적으로 어려운 작업이며, 또한 공법(公法)과 사법(私法)의 속성을 모두 가지고 있는 근로시간 규범을 맥락에 따라 섬세하게 판단하여 적용 여부를 판단하는 것은 어려운 일이다. 다만 근로시간 개념의 핵심표지는 사용자의 지휘·감독 또는 해당 시간에 대한 처분권이라고 할 수 있다. 그리고 다원적으로 나누어지는 근로시간 개념에 대한 규율도 거칠게 분류하면 '임금산정의 기초로서 근로시간 규율'과 '근로자의 건강권 보장을 위한 근로시간 규율'로 대별해 볼 수 있다.

한편 일반적으로 해고란 근로계약의 종료 사유 중 하나로서, 특히 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적인 의사표시에 의해 이루어지는 근로관계의 종료 사유로 정의된다. 많은 국가에서 사용자의 해고권, 혹은 계약해지권 행사에 일정한 제한을 가하는 것은 노동법의 중핵을 이룬다. 「해고제한법」의 주요 내용을 양분하면 해고의 실체적 제한과 절차적 제한으로 나눌 수 있다. 전자는 해고의 이유 또는 사유를 제한하는 법(미국 법제의 맥락에서는 'just cause' vs 'employment at will' 논의로 잘 알려져 있음)이 속한다. 후자는 다시 해당 근로자의 절차적 방어권을 보장하기 위한 절차를 보장하는 법, 해고시기를 제한하는 법, 해고 시 일정한 기간을 두고 예고할 것을 규정하는 법, 서면통지 등 해고의 방법을 정하는 법 등으로 구별할 수 있다.

이 연구는 노동법의 근로시간과 해고에 대한 주요 규범이 「근로기준법」상 근로자가 아닌 취업자이지만 자기 사업을 하지는 않는 노무제공자에게 적용될 수 있는지를 살펴보았다. 근로시간 제도의 경우 근로자의 건강권 보장·확보를 위해 마련된 제 규범들, 예를 들어 연속된 휴식시간, 휴게, 주휴일의 확보와 같은 규범은 법적 종속성을 가진 근로자가 아닌 경제적 의존성만을 가진 노무제공자에게도 확장 적용될 수 있다는 것을 검토하였다. 다만 임금청구를 할 수 있는 지불근로시간 혹은 인정·산정의 기초로서 근로시간을 정하는 문제를 규율하기 위한 「근로기준법」 등의 규범은 성질상 비근로자로서 자신의 노동력 그 자체를, 더 현실적으로는 자신의 시간을 사용자의 처분에 맡기는 법적 종속성을 갖지 않은 노무제공자에게는 원칙적으로 적용될 수 없음을 확인하였다.

해고보호제도의 경우에도 현행 「근로기준법」 제23조에서의 같은 해고 사유의 제한의 경우에는 법적 종속성을 가진 근로자에게만 적용되는 것이 타당하나 전속성 혹은 강한 경제적 의존성을 보유한 노무제공자의 경우에는 명백하게 자의적이고 비합리적인 사유로 인한 계약해지는 해지권의 남용으로 허용될 수 없다는 것을 확인하였다. 그에 이르지 않는 경제적 의존성을 갖는 노무제공자의 경우에는 해지의 서면통보(해지사유 포함) 규범이 확장 적용되는 것이 원리적으로 합당하며, 단지 독립사업자성만을 결여하고 있는 노무제공자의 경우에는 해고예고 관련 규정이 변용되어 일정 기간의 사전통보와 서면을 통한 해고통보가 계약을 해지하려는 상대방(사업을 영위하는 자)에게 요구되는 것이 정당할 수 있음을 검토하였다.

이상의 내용을 그림의 형태로 표현하면 다음과 같이 정리될 수 있다.

〔그림 5-1〕 취약성에 따른 근로시간·해고 관련 규범의 적용관계

<table>
<tr><th>취약성/속성</th><th>기본권/인권</th><th colspan="5">개별 근로관계법 노동법제도(근로시간·해고 관련 제도 예시)</th></tr>
<tr><td>법적 인적 종속성(1-1)</td><td>자유권</td><td rowspan="4">임금산정기초 근로시간규범</td><td></td><td rowspan="4">해고사유 제한</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>법적 경제적 종속성(1-2)</td><td>사회권적기능 자유권</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성 (불공정)(2-1)</td><td>사회권적기능 자유권</td><td rowspan="2">건강 위한 근로시간(중: 연차휴가)</td><td rowspan="2">해고사유 서면통보</td><td></td></tr>
<tr><td>경제적 의존성 (생존)(2-2)</td><td>생존권적 사회적기본권</td><td></td></tr>
<tr><td>사업편입성 (핵심·상시업무)(3-1)</td><td>-</td><td></td><td rowspan="2">건강 위한 근로시간(약: 절대시간 휴식)</td><td></td><td></td><td rowspan="2">해고예고 서면통보</td></tr>
<tr><td>독립사업자성결여/ 사업편입성(3-2)</td><td>-</td><td></td><td></td><td></td></tr>
</table>

자료 : 저자 작성.

참고문헌

고용노동부(2020),『택배기사 과로방지 대책』(2020. 11. 12).

_____(2021),『근로시간 제도의 이해』, 고용노동부 정책자료.

권오성(2022),「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」,『노동법학』 81, 한국노동법학회.

_____(2022),「알고리즘과 노동법」,『사법』 1(62), 사법발전재단.

권 혁(2010),「해고 유형론에 관한 소고」,『법학연구』 51(1), 부산대학교 법학연구소.

_____(2018),「노동법상 근로시간 개념의 다원성에 관한 시론」,『노동법논총』 44, 비교노동법학회.

길현종・박제성・김수영・박은정・이다혜(2016),『공유경제와 공유관계』, 한국노동연구원.

김근주(2014),「연차휴가의 입법적 개선방안」,『노동법학』 50, 한국노동법학회, pp.2~3.

김근주・남궁준・이정희(2020),『병가제도의 현황과 정책적 개선방안』, 한국노동연구원.

김근주 외(2022),『공공기관 근로조건의 법적 규율』, 한국노동연구원.

김인식(2022),「근로기준법상 근로시간 개념에 대한 정의 및 유연성 제고」,『노동법포럼』 37.

김형배(2018),『노동법(제25판)』, 박영사.

남궁준(2017),「영국의 현대 고용・노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(I)」,『국제노동브리프』 15(11), 한국노동연구원.

_____(2021),『취업형태 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토』, 한국노동연구원.

_____(2022),「디지털 시대, 노동법의 경계석 고쳐세우기」, 2022년 제13회 한국법률가대회(2022. 10. 27) 제2세션 제3분과 세미나 자료집.
노동법실무연구회(2020),『근로기준법 주해Ⅲ(제2판)』, 박영사.
문다슬・유사라・김소담・정혜주・노진원(2021),「서울형 유급병가지원 제도를 위한 논리모형 설계와 초기 평가 결과」,『보건사회연구』 41(3), 한국보건사회연구원.
박제성・김기선・김철희・심재진・최석환(2011),『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원.
박제성・강성태・유성재・박은정(2019),『자영업자 사회법제 연구 : 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원.
박종희(2012),「근로시간 제도의 합리적 구축방안에 관한 연구」,『노동법포럼』 9.
박지순(2005),『독일의 유사근로자의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구』, 한국노동연구원.
유성재(2021),「목적론적 방법에 의한 근로자 개념의 형성」,『법학연구』 67, 전북대학교 법학연구소.
윤건영의원실 보도자료(2022),「코로나19 전후 대비 택배노동자 산업재해 승인 건수 4배 이상 급증」, 2022. 9. 21.
이영주(2021),「플랫폼 노동의 고용상 지위에 관한 최근 해외 판결과 연구 동향」,『국제노동브리프』 7월호, 한국노동연구원.
임종률(2022),『노동법(제20판)』, 박영사.
통계청 보도자료(2021),「한국종사상지위분류 개정」, 2021. 12. 29.
한국교통안전공단(2021),『사업용 화물차 교통안전관리 매뉴얼』, 2021. 10.
한국도로공사(2022),「한국도로공사, 화물차 '휴식-마일리지' 제도 확대 시행 보도자료」, 2022. 1. 4.

David, J. Doorey(2020), *The Law of Work*(2nd edition, Emond 2020).
Davidov, G.(2017), "Subordination vs Domination : Exploring the Differences", *Interantional Journal of Comparative Labour*

Law and Industrial Relations 33(3).

Miriam, A. Cherry(2016), "Beyond Misclassification : The Digital Transformation of Work", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 37.

◈ 執筆者

• 남궁준(한국노동연구원 연구위원)

취업형태 다변화와 근로시간 및 해고 규율

▪ 발행연월일 | 2022년 12월 26일 인쇄
2022년 12월 30일 발행
▪ 발 행 인 | 김 승 택 원장직무대행
▪ 발 행 처 | **한국노동연구원**
3 0 1 4 7 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
▪ 조판·인쇄 | 고려씨엔피 (02) 2277-1508/9
▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일
▪ 등 록 번 호 | 제2015-000013호

ⓒ 한국노동연구원 2022

ISBN 979-11-260-0627-4

한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동
TEL : 044-287-6083 http://www.kli.re.kr

ISBN 979-11-260-0627-4