

노동정책연구
2022. 제22권 제1호 pp.61~92
한국노동연구원
<http://doi.org/10.22914/jlp.2022.22.1.003>

연구논문

간호조무사 실습생의 법적 지위와 보호방안에 대한 검토

이상현*

이 연구는 간호조무사 실습생이 근로기준법상 근로자에 해당할 수 있는지와 그 보호방안을 검토한다. 법령에서 정한 바에 따라 의무적으로 병·의원에서 780시간 이상의 실습을 하는 간호조무사 실습생은 노무제공을 하고 있지만 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하여 무급 노무제공, 업무상 재해 대책 미비, 부당한 실습계약 해지 등의 문제를 겪고 있다. 무급 노무제공자에 대한 근로자 지위에 관한 논의는 계속 이루어지고 있지만 간호조무사 실습생과 같이 자격증 취득을 위한 의무 실습은 여전히 사각지대로 존재하고 있다. 이 글에서는 근로자 지위를 판단하는 종래의 판례 기준 등에 대한 검토와 함께 노무제공을 하는 간호조무사 실습생이 근로자 지위를 가질 수 있는지 검토하였다. 현재 실습계약의 외관이 임금을 목적으로 하고 있지 않은 점, 실습생은 교육훈련을 목적으로 하고 있는 점 등에도 불구하고 근로자 지위가 인정될 수 있는지가 주요 내용이다. 이러한 검토를 토대로 이들에게도 노동법의 보호가 필요하다는 것을 확인하고 그 보호방안에 대해 제언하였다.

핵심용어 : 간호조무사 실습생, 자격실습, 무급실습, 근로자

논문접수일: 2021년 10월 6일, 심사의뢰일: 2021년 10월 15일, 심사완료일: 2021년 11월 25일

* 공인노무사(laborsb@naver.com)

I. 서론

코로나19의 장기적 영향으로 우리 사회는 다양한 문제를 겪고 있다. 그중 하나는 일자리 문제로 일자리의 질과 무관하게 새로운 일자리를 얻는 것이 어려운 현실이며, 현재의 일자리를 유지하는 것도 불안정해진 시대이다. 반면 보건의료인력은 상당히 부족하다. 코로나19 방역에서 ‘K-방역’이라는 말이 나올 정도로 상당한 성과를 냈지만 이러한 성과와 현재의 시스템은 보건의료인의 헌신과 희생이 뒷받침되어 만들어졌다. 국민들 다수가 이 사실을 인지하고 있으나 정작 보건의료인들에게 적절한 조치가 취해지지 않아 근로조건과 근로환경에 있어 매우 열악한 상황이 장기간 이어져왔다. 이에 보건의료노조는 파업을 선언하기까지에 이르렀는데, 총파업을 5시간 앞두고 정부와 협상이 타결되는 상황도 있었다.¹⁾ 이처럼 코로나19를 겪으며 국민건강을 책임지는 전문적 보건의료인을 양성하고 이들의 근로환경을 개선해나가는 것이 정부의 중요한 과제가 확인되었다.

간호조무사 실습생은 위와 같은 두 가지 상황 모두와 연관이 있다. 간호조무사 인력 수요는 계속 증가해왔고, 앞으로도 증가할 것으로 전망되어 상대적으로 다른 직업보다 취업에 유리한 자격증이라고 할 수 있다. 현재의 취업 한파 상황에서 대안으로 선택할 수 있는 직업이다. 그 결과 직업계고에서 보건간호 관련학과에 진학하여 간호조무사 자격증을 준비하는 학생들도 있고, 다른 직업을 가졌다가 간호조무사가 되기 위해 학원 등을 통해 간호조무사 자격을 취득하려는 사람들도 있다.

현재 보건의료인의 근로환경을 생각했을 때 이들이 겪게 될 수 있는 미래의 문제도 있지만, 이들에게 가장 심각한 문제는 현재 실습에서 겪고 있는 문제이다. 간호조무사의 실습과정에서 다양한 형태의 노무제공이 존재함에도 불구하고 그 노무제공의 대가를 받지 못하고 있고, 업무상 재해의 가능성은 다른 병원

1) 한겨레(2021). 「보건의료노조 총파업 철회... 13차례 협상 끝 극적 협상 타결」. (검색일: 2021. 9. 2).

종사자와 다를 바 없음에도 아무런 대책 없이 실습이 진행되고 있다. 간호조무사로서 전문성을 갖추기에는 그 실습내용과 과정에 문제가 많다는 지적과 이에 대한 개선 논의는 있었으나 계속 문제제기되어 온 노동법의 보호와 관련된 논의는 부족했다. 그 결과 존재하지만 존재하지 않는 문제처럼 수십 년간 같은 문제가 해결되지 않은 채 실습이 진행되어왔다.

2010년대에 들어 열정페이 문제가 되며 무급인턴 또는 무급실습과 관련한 여러 연구와 논의가 이어져 왔고, 이런 문제를 입법을 통해 해결하려는 노력도 있었다. 그러나 간호조무사 실습생의 경우는 실습과정에서의 노무제공과 관련하여 그간 충분한 논의가 이루어지지 못했으며, 이와 관련한 연구와 실태조사도 찾아보기 어렵다. 간호조무사 실습생의 노무제공관계 역시 근로자성이 인정되었던 현장실습생에 대한 법 해석에 기초하여 판단할 수도 있겠으나, 자격증 취득을 위한 의무실습이라는 점에서 일반적인 현장실습과 구별되어 논의의 사각지대에 놓여 있었기에 간호조무사 실습생의 노동법적 지위와 보호방안을 별도로 검토하는 것은 의미가 있을 것이다. 더 많은 논의와 실태조사가 촉발될 수 있기를 바라며, 그러한 현실에서 출발하여 이 글의 내용을 정리하고자 한다.

본고는 간호조무사 자격 제도와 종사 현황, 직업계고에서 간호조무사를 양성하고 있는 과정에 대해 정리하고, 간호조무사 실습의 구체적 실태를 통해 보호의 필요성을 확인한다. 노동법의 보호가 필요하다면 근로자 지위가 인정되어야 할 것이므로 간호조무사 실습생의 근로자성이 인정될 수 있는지를 검토하여, 어떻게 보호할 수 있을지 그 보호방안을 제시하였다.

Ⅱ. 간호조무사 자격 취득 과정에서의 실습 현황과 보호 필요성

1. 간호조무사 자격 제도

간호조무사 제도는 1973년 의료법에 그 내용이 포함되며 시작되었는데, 이는 1960~70년대 간호인력의 해외취업이 늘어나며 국내 인력부족의 해소를 위해

1967년 의료보조원법 안에 간호보조원법이 포함되었다가 제도의 정비를 통해 의료법에서 그 제도를 다시 정리한 결과였다.²⁾

간호조무사는 의료법 제80조에 의거, 국민의 건강증진 및 질병예방에 기여하는 보건의료인이다.³⁾ 그런데 의료법은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사, 치과 의사, 한의사, 조산사, 간호사를 의료인으로 정의(의료법 제2조 제1항)하고 있으므로, 면허를 받는 것이 아닌 보건복지부장관이 발급하는 자격증을 취득하여 업무를 수행하는 간호조무사는 의료법상 의료인과는 구별되며, 광의의 보건의료인이라 할 수 있을 것이다. 간호조무사의 자격과 업무의 한계 등에 관한 보다 상세한 내용은 보건복지부령인 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙(이하 “간호조무사등규칙”이라 한다)에 규정되어 있다.

간호조무사 자격 취득에 관해서는 의료법 제80조와 간호조무사등규칙 제4조에 규정되어 있다. 간호조무사가 되기 위해서는 보건복지부령으로 정하는 교육과정을 이수하고 간호조무사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 자격인정을 받아야 한다.⁴⁾ 여기서 ‘보건복지부령으로 정하는 교육과정’이란 보건복지부장관의 지정을 받은 간호조무사 교육훈련기관에서 실시하는 740시간 이상의 이론교육 과정과 해당 교육훈련기관의 장이 실습교육을 위탁한 의료기관 또는 보건소에서 실시하는 780시간 이상의 실습교육 과정을 말하며, 실습교육 과정 780시간 중 400시간 이상은 병원이나 종합병원에서 이루어져야 한다(간호조무사등규칙 제4조 제1항). 이론교육 과정이 인정되는 ‘보건복지부장관의 지정을 받은 간호조무사 교육훈련기관’이란 특성화고등학교의 간호 관련학과, 국·공립 간호조무사양성소, 평생교육시설 간호 관련학과, 학원의 간호조무사 교습과정을 말한다(의료법 제80조 제1항 제1호 내지 제4호). 외국의 간호조무사 자격을 취득한 사람과 의료법 제7조 제1항 제1호 또는 제2호에 해당하는 사람은 이론교육과 실습교육 과정을 모두 이수한 것으로 본다(간호조무사등규칙 제4조 제2항). 위와 같은 경로를 거쳐 이론교육과 실습교육을 마치면 간호조무사 자

2) 신미자 외(2013). 『간호의 역사』. p.274.

3) 대한간호조무사협회(<https://www.klpna.or.kr>). (검색일 : 2021. 8. 22).

4) 의료법 제80조(간호조무사 자격) ① 간호조무사가 되려는 사람은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 교육과정을 이수하고 간호조무사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 자격인정을 받아야 한다. 이 경우 자격시험의 제한에 관하여는 제10조를 준용한다(각 호의 내용은 생략한다).

격시험에 응시할 수 있고, 간호조무사 자격시험은 한국보건의료인 국가시험원에서 실시하며, 일 년에 상·하반기 두 차례에 걸쳐 시행하고 있다.

간호조무사의 업무는 간호사를 보조하여 ‘환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호’를 하거나 ‘의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조’ 또는 ‘간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행’ 등을 할 수 있다(의료법 제80조의2 제1항). 다만, 의원급 의료기관에서는 간호사를 보조하는 것이 아니라 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 환자의 요양을 위한 간호 및 진료의 보조를 수행할 수 있다(동법 제80조의2 제2항). 이는 2015년 12월 29일 간호사 및 간호조무사와 관련된 의료법이 개정(2017. 1. 1. 시행)된 결과인데, 이전 의료법에서 간호사는 간호 또는 진료보조 업무 등을, 간호조무사는 간호보조 업무를 담당하도록 되어 있었지만 간호사의 업무범위 구체화와 함께 간호조무사의 업무범위도 보다 명확해졌으며, 의원급 의료기관에서는 간호사가 아닌 의사의 지도하에 간호 및 진료의 보조를 수행할 수 있게 되었다.⁵⁾

2000년대부터 법령 개정에 따라 양적·질적 확대가 계속되고 있는 간호조무사 교육훈련기관으로 직업계고 간호 관련학과가 있다. 2003년 간호조무사등규칙 개정으로 직업계고(당시 실업계고)에서 간호 관련학과의 학과교육이 간호조무사 자격시험에 응시할 수 있는 740시간 이상의 이론교육 과정으로 인정되면서 직업계고 간호 관련학과를 설치하는 학교가 큰 폭으로 늘어나게 되었다.⁶⁾ 그 결과 2019년 12월 현재 직업계고 중 보건·복지 전문교과 교육과정을 운영하는 학교는 특성화고 46개교, 일반고 6개교, 학력인정학교 3개교이며, 해당 학

5) 이수정·이미란(2020). 「중등 직업교육에서의 간호조무사 양성 교육과정 운영 현황 분석과 개선 방안」. 『직업교육연구』 39(3):3.

6) 당시의 보건복지부령 개정으로 신설된 내용은 다음과 같다(실업계고 포함 부분만 발췌).
간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙[시행 2003. 9. 22. 보건복지부령 제260호] 제4조(간호조무사자격시험의 응시자격) 간호조무사자격시험에 응시할 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자이어야 한다.

2. 초·중등교육법시행령 제80조제1항제1호의 실업계고등학교에서 간호 관련학과를 졸업한 자(당해년도 졸업예정자를 포함한다)로서 740시간 이상의 학과교육과 학교의 장이 실습교육을 위탁한 의료기관(조산원을 제외한다) 또는 보건소에서 780시간 이상의 실습과정을 이수한 자. 이 경우 실습과정 중 종합병원 또는 병원에서의 실습시간은 400시간 이상이어야 한다.

교들의 전체 간호 관련학과 수는 246개로 확인되었고, 학생 수는 5,538명이었다. 7) 1993년에는 간호 관련학과 재학생이 300명이었던 상황⁸⁾에 비하면 현재 간호조무사 양성에 있어서 직업계고가 차지하는 비중이 대폭 늘어났음을 알 수 있고 그 증가 추세는 계속되고 있다.

2. 간호조무사 실습 실태와 보호 필요성

가. 간호조무사 실습과정에서의 문제

간호조무사 실습의 구체적 실태에 관해서는 선행 조사·연구를 거의 찾아볼 수 없어 언론보도, 간호조무사 실습생 당사자의 공개된 경험 등 제한된 자료를 바탕으로 내용을 정리할 수밖에 없는 실정이다. 그러나 해당 내용은 공통적인 부분이 많아 이를 아주 특별하거나 예외적인 사례로 치부할 수는 없다고 본다. 지속적으로 문제가 확인되고 지적되고 있는 바, 구체적인 실태조사는 향후 필요할 것으로 보이며 아래에서 현재 파악 가능한 실태를 정리한다.

언론보도⁹⁾는 문제되는 상황을 지적할 때 구체적 사례를 소개하며 일반적 내용을 다루는 경우가 많기 때문에 일반적인 양적 조사·질적 조사와는 차이가 있을 수 있다. 이를 감안하여 해당 내용들을 받아들여야겠으나, 시간이 지나도

7) 이수정·이미란, 앞의 논문, pp.10~11.

8) 윤인경 외(2016). 「특성화고등학교 간호과 운영 현황 및 교육과정 운영실태 분석」. 『직업교육연구』 35 (4) : 30.

9) 시사저널(2016). 「돈 내고 잡일하는 예비 간호조무사 ‘자격페이’ 논란」; 경기일보(2019). 「특성화고 병원 실습생의 눈물」 상. 실습의 폐단 ‘여전」; 투데이신문(2020). 「“간호조무사 실습생은 병원 심부름꾼”... 인력 부족이 불러온 교육 환경 미비」; 국민일보(2021). 「“정직원 아니잖아”... ‘백신 패싱’ 요양병원 간호조무사 실습생」; 강원도민일보(2021). 「요양병원 종사자 접촉 행렬 속... 조무사 실습생들만 열외」(검색일: 2021. 8. 24). 해당 언론보도의 내용에서 다루고 있는 내용은 유사한데, 간호조무사 실습생이 무보수로 노무를 제공하는 문제, 교육내용이 부실한 문제를 다루고 있으며, 그 구체적인 노무제공의 내용은 설거지를 하고, 환자복을 개는 일, 간호사들이 식사를 한 뒤 청소를 하는 일, 하수구를 뚫는 일, 중환자실에서 환자들의 기저귀를 갈아주는 일, 환자의 식사를 돕는 일, 80명이 넘는 환자들의 바이트 체크, 환자복을 빨래하는 일, 선배 간호사의 커피 심부름, 주사실의 포장지를 버리는 일, 환자를 병동까지 안내하는 일, 인근 약국에서 약을 사오는 일, 원무과에서 복사업무, 사실상 병원의 온갖 잡무 등을 하였다고 한다. 또한 코로나19 백신접종 과정에서 간호조무사 실습생만 제외시킨 병원도 존재했는데, 간호조무사 실습생의 병원 내 지위가 어떠한지를 단적으로 드러내는 사례였다.

‘무급·잡일·비교육적 내용·비인격적 대우’ 등 같은 내용이 반복적으로 지적되고 있다는 점에서 특정 시기, 특정 기관이나 특정 사람에게만 해당하는 일이 아니라는 것을 알 수 있다.

언론보도에서 지적된 내용은 청와대 국민청원에서 간호조무사 실습생 당사자들의 청원에서도 확인할 수 있다. 2017년 8월 19일 청와대 국민청원 운영이 시작된 이후부터 2021년 8월 24일 현재까지 “간호조무사 실습”으로 검색한 결과, 간호조무사 실습 관련 무임금 등의 문제를 지적하고 개선을 요구한 청원글은 33건이다.¹⁰⁾ 그중 2020년 5월의 청원글에서는, “병원들은 실습제도를 악용해 허드렛일을 무임금으로 시키고 제대로 된 의료실습은 하지 않습니다.”라며 “현대판 노예제도”라고 문제제기를 하고 있다.¹¹⁾ 가장 최근 청원글인 2021년 7월의 청원글에서는, “갑질, 텃세, 괴롭힘, 태움” 등의 문제, “무급인데 직원보다” 힘들게 일하는 실습상황 등을 지적하며 “최소한의 인권을 보장받을 수 있는 실습생을 보호해줄 법안”을 만들어 달라는 요구를 하고 있다.¹²⁾

2019년 1월에는 동료들의 괴롭힘 때문에 힘들었다는 유서를 남기고 투신한 간호조무사 실습생 관련 사안이 보도되기도 하였다.¹³⁾ 해당 사안은 근로자의 경우, 업무상 재해로도 인정될 수 있는 문제로 실습생도 산재를 당할 가능성이 있음을 알려주는 내용이다. 관련 내용은 간호조무사들의 온라인 커뮤니티에서도 확인할 수 있는데, 환자의 사망 목격·비인격적 대우 등으로 인한 정신적 스트레스 문제, 감염병이 있는 환자와의 접촉이나 검사과정 등에서 옴·피부병·C형 간염 등에 전염될 가능성이 있음에도 병원 종사자들은 자신들이 대처를 하고 있으면서 실습생에게는 이에 대한 고지나 사전대처 지도를 하지 않는 등의 사례들을 확인할 수 있다. 이 외에도 근로기준법이 적용된다면 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있는 문제와, 병원이 일방적으로 실습계약을 해지할 수 있는 해고관련 문제도 존재하였다.¹⁴⁾

10) 청와대 국민청원(<https://www1.president.go.kr/search>) (검색일: 2021. 8. 24).

11) “간호조무사 실습은 명백한 노동착취입니다.”, 청와대 국민청원, <https://www1.president.go.kr/petitions/588655>, 2020. 5. 7. (검색일: 2021. 8. 24).

12) “간호조무사 실습생은 실습이 아닌 고통을 느끼고 있습니다.”, 청와대 국민청원, <https://www.president.go.kr/petitions/599555>, 2021. 7. 5. (검색일: 2021. 8. 24).

13) 국제신문(2019). 「간호조무사 실습생 투신 “동료에게 괴롭힘” … 실명 적힌 유서 발견」. (검색일: 2021. 8. 24).

나. 직업계고 학생들이 겪는 간호조무사 실습과정에서의 문제

앞에서 살펴본 간호조무사 실습과정의 문제들은 직업계고 학생들 역시 동일하게 겪고 있는 문제들이다. 이에 더해 직업계고 학생들이 추가로 겪는 문제는 실습이 방학 중에 이루어진다는 점이다. 780시간 이상의 실습교육을 이수하기 위해서는 약 5개월여의 기간동안 실습을 하게 된다. 이를 직업계고 학생들은 1학년부터 3학년까지 여름방학과 겨울방학을 활용하여 2~3차례로 나누어 실습을 하기 때문에 고등학교 과정에 있는 다른 학생들에 비해 방학에도 제대로 설 수 없고, 자신의 시간을 충분히 활용할 수 없으며, 학습권과 휴식권을 온전히 누릴 수 없는 상황에 처해 있다.¹⁵⁾

다. 간호조무사 실습생의 보호 필요성

간호조무사 실습과정에서의 문제를 정리하자면 첫째, 간호조무사로서의 실무역량을 갖추기 위한 실습 목적에 부합되지 않는 부실한 내용의 실습 또는 단순노무만 제공하는 실습이 이루어지고 있다. 둘째, 간호조무사 실습과정에서는 노무제공이 존재함에도 해당 노무제공이 실질적으로 임금대가성을 갖는 근로인지 등에 대한 심도 있는 검토가 이루어지지 않은 채 실습이라는 이유만으로 임금이 지급되지 않는다. 셋째, 간호조무사 실습생 역시 업무상 재해를 겪을 가능성이 동일하게 존재하지만 산재보험의 적용대상이 되지 않고, 산재예방을 위한 관리·지도가 제대로 이루어지지 않고 있다. 넷째, 실습을 받는 병·의원의 보건의료인 중 비공식적이지만 가장 낮은 위치에서 이른바 “갑질, 텃세, 괴롭힘, 태움” 등 비인격적 대우 또는 차별을 받고 있으며 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있는 상황에 처해 있다. 다섯째, 병원의 일방적 실습계약 해지는 부당해고 가능성이 있으며, 이에 대한 권리구제 방안이 존재하지 않아 어쩔 수 없이 받아들이거나 실습계약을 유지하기 위해 부당한 상황을 참고 실습을 하고 있다. 여섯째, 직업계고에서 간호조무사 자격증을 취득하고자 하는 학생들은 정규 교육 과정이 아닌 방학을 이용하여 실습을 하기 때문에 학습권과 휴식권을 침해당하

14) 전국 간호조무사 & 요양보호사들의 모임(<https://cafe.naver.com/rksghwhantk>) (검색일: 2021. 8. 23).

15) 이수정·이미란, 앞의 논문, p.16.

고 있다.

이러한 문제들이 사회적으로 전혀 알려지지 않은 문제가 아님에도 정부의 정책이나 법령의 정비 등을 통해 문제가 해결되지 않은 채 오랜 시간이 지났다. 열정페이, 무급인턴 등이 사회적 문제가 되는 와중에도 간호조무사 실습생의 문제는 논의되지 않았다. 자격증 취득을 위해 의무적으로 해야 하는 실습이라도 그 기간에 정당한 권리를 침해당한다면 그 침해 정도나 양태에 상관없이 문제를 해결하기 위한 제도를 정비하는 것이 바람직한 일이자 국가의 책무이다.

아래에서는 이 글의 취지에 따라 간호조무사 자격 취득을 위한 이론·실습 교육의 개선과 관련된 내용은 제외하고, 제기된 문제들 중 간호조무사 실습생이 노동법의 보호를 받을 수 있는지를 중심으로 검토하고자 한다.

Ⅲ. 간호조무사 실습생의 노동법적 지위 검토

1. 문제의 소재

이렇게 간호조무사 실습생이 겪는 문제를 본다면 이들에 대한 보호의 필요성은 분명하다 할 것이다. 간호조무사 실습생을 보호할 수 있는 구체적 방안 중 하나는 노동법의 적용을 받도록 하는 일이다. 그렇다면 간호조무사 실습생이 노동법 적용대상이 되는지가 문제이다.

근로기준법, 최저임금법, 산업재해보상보험법 등 개별적 근로관계를 규율하는 법률은 대부분 그 법의 적용대상을 근로기준법에서 정의하고 있는 근로자로 정하고 있다.¹⁶⁾ 따라서 간호조무사 실습생이 노동법의 적용대상이 되는가의 문제는 곧 근로기준법상 근로자에 해당하는지의 문제로 귀결된다.

또한 이 문제는 전형적인 근로계약을 체결하는 근로자가 아닌 무급인턴, 실습생, 자원봉사자, 특수형태근로 종사자, 플랫폼노동 종사자 등 근로기준법을

16) 노동조합 및 노동관계조정법에서는 근로자의 정의를 근로기준법과는 달리 정하고 있으나, 이 글은 간호조무사 실습생의 노동3권 문제를 다루고 있지 않으므로 개별적 근로관계법 중심으로 내용을 정리한다.

포함한 노동법 적용대상의 확장과도 연관된 문제이다.

아래에서는 근로기준법상 근로자를 판단하는 법률의 기준과 판례의 입장을 살펴보고, 쟁점이 되는 문제들에 대하여 검토하고자 한다.

2. 근로기준법상 근로자의 판단기준

근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 일컫는다(근로기준법 제2조 제1항 제1호). 근로기준법의 적용대상인 근로자는 법의 정의 규정에 따라 판단되어야 할 것이나 법규정만으로는 구체적 판단이 어렵다. ‘직업의 종류와 관계없이’라는 문구는 노동법의 일반적 성격을 보여주는 의미이고, ‘사업이나 사업장에’라는 문구는 사업장에서의 편입을 나타낸다는 점에서 근로자성 판단에 있어 유의미한 징표라고 볼 수는 없다.¹⁷⁾ ‘임금’은 근로기준법 제2조 제1항 제5호¹⁸⁾에서, ‘근로’는 동법 제2조 제1항 제3호¹⁹⁾에서 각각 정의하고 있지만 이는 근로자의 정의와 순환론적인 규정이므로 근로자의 판단기준이 도출되기 어려우며, 스페인이나 독일의 경우²⁰⁾처럼 용어 자체에서 근로자로서의 개념적 속성이나 요소가 잘 드러나지 않는 용어를 사용하여, 해석론적 보충이 요구되어 왔다.²¹⁾

판례는 근로자성을 판단하는 데서 1994년 이전까지는 일정한 판단 기준을 제시하지 않았으나, 1994년에 최초로 근로자성 해당 여부에 대한 판단기준을 제시하여 기본적인 법리를 정립하였고, 2006년 대학입시학원 종합반 강사 사건²²⁾에서 1994년의 판단기준을 다소 보충하였다.²³⁾ 근로자성을 판단하는 판례

17) 노호창(2012). 「인턴의 법적 지위」. 『노동법연구』 33 : 225~226.

18) “임금”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제5호).

19) “근로”란 정신노동과 육체노동을 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제3호).

20) 노호창(2021). 「노무제공형태의 다변화와 노무제공자에 대한 법적 보호」. 『노동법논총』 51 : 246, 스페인의 경우 ‘노동자헌장법(Ley del Estatuto de los Trabajadores)’의 ‘근로자’를 ‘trabajador por cuenta ajena(타인의 계산에 의한 노동자)’라고 표기하고, 법의 적용대상이 되지 않는 ‘자영업자’를 ‘trabajador por cuenta propia(자신의 계산에 의한 노동자)’로 표기하며, 독일의 경우 ‘근로자’를 ‘Arbeitnehmer(일을 받는 사람)’이라고 표기하고, ‘사용자’를 ‘Arbeitgeber(일을 주는 사람)’으로 표기한다.

21) 노호창, 앞의 논문, pp.247~248.

22) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결. 판결요지는, “근로기준법상의 근로자에 해당

의 핵심 기준은, “근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단”한다는 것과 종속성을 판단할 수 있는 판단요소들을 따져 “경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단”한다는 것에서 알 수 있듯이 ‘실질’에 따른 판단, ‘사용종속관계’ 판단, ‘종합적’ 판단이라고 할 수 있다.

판례의 근로자성 판단 기준은 근로기준법의 정의 규정에서 요구되는 해석론적 보충 기능을 해 왔으나 점차 고용계약의 형태나 노무공급관계가 다양해지는 현실에 따른 다소 부적합한 내용 또는 판단기준 자체의 보완 필요성도 존재하는 바, 아래에서 간호조무사 실습생의 근로자성을 구체적으로 검토하면서 이와 관련한 비판 의견도 함께 확인하고자 한다.

3. 간호조무사 실습생의 근로자성 검토

가. 사용종속성의 문제

어떠한 노무제공자의 근로자성을 판단하기 위하여 해당 노무제공자의 노무제공이 노무수령자와의 사용종속관계하에서 이루어졌는지를 검토하는 것은 개

하는지 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 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 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, 노무제공을 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, 근로제공 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.”

23) 노동법실무연구회(2020a). 『근로기준법 주해 I』. pp.117~125.

별적 사안에서 구체적 사실관계를 바탕으로 이루어져야 하는 문제이다. 따라서 아래에서는 근로자성 판단의 핵심기준이 되는 사용종속성과 관련하여 특정한 대상에 대한 판단이 아닌 간호조무사 실습생이 경험한 노무제공이 사용종속관계하에서 이루어졌다고 볼 가능성이 있는지를 검토하고자 한다.

판례²⁴⁾가 제시한 “노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지”, “노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”라는 판단요소는, 인정된다면 노무제공자의 근로자성을 부정하고 독립사업자성을 인정할 가능성이 높아진다. 그런데 간호조무사 실습생이 준비하는 것은 병원에서 지급해주지 않는 실습복 정도이고, 실습은 병원의 비품·작업도구 등을 이용하여 진행된다. 자신의 사업을 영위하기 위해 실습을 하는 것은 분명히 아니기 때문에 간호조무사 실습생의 독립사업자성은 인정될만한 요소가 없다고 본다.

현재 간호조무사 실습과정에서 인정되기 어려운 판단요소는 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항”, “보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지”, “사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지” 등이 해당될 것이다. 실습이 무급으로 이루어지고 있고 산재보험 등 사회보험에 가입되지 않은 채 실습을 하고 있기 때문이다. 그런데 판례는 “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”라고 판시하였다. 또한, “보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지”, “기본급이나 고정급이 정하여졌는지”, “근로소득세를 원천징수하였는지”, “사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지” 등의 임금과 관련한 판단요소는 종속성 관련 판단과는 무관한 요소들로, 사용자가 우월한 지위를 이용하여 이를 임의로 정하든 정하지 않든 해당 요소들이 인정되지 않더라도 종속관계 판단을 부

24) 이하 별도의 표기 없이 근로자성 판단기준과 관련한 판례는 ‘대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결’ 인용.

정하지 않아야 한다는 견해도 있다.²⁵⁾ 사회의 변화에 따라 점차 복잡해져가는 노무제공관계에서 비용을 최소화하고 이익을 최대화하려는 사용자의 목적이 전형적인 근로계약관계와 다른 임금관련 요소의 외형을 만들어 낼 수 있음은 분명한 일이다. 따라서 임금관련 판단요소는 해당 요소들이 인정된다면 종속관계를 더 강하게 드러내는 징표가 될 것이고, 인정되지 않는다 하더라도 여러 요소와의 종합적 관계에서 ‘사용자와의 종속적인 관계이기 때문에’ 그러한 외형이 만들어지지 않았는지를 검토하는 정도가 실질에 따른 판단의 취지에 부합하는 것이라 생각한다. 간호조무사 실습생은 당사자의 의사와는 무관하게 간호조무사 자격시험 응시자격을 얻기 위하여 임금·사회보험 가입 등의 사안을 스스로 결정할 수 없는 상황에 처해 있다. 따라서 이를 이유로 사용종속관계를 부정하는 것은 부당하다 할 것이다.

사용종속관계 판단의 핵심은 외관에서 명시적으로 드러나든 혹은 근로자에게 재량권을 부여하는 등 외관상으로 잘 드러나지 않는 형태든 지휘명령관계의 존재라 할 것인데²⁶⁾, “업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사) 규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지”, “사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지”와 같은 판례의 판단요소를 통해 확인할 수 있을 것이다. 드러난 사례를 통해 간호조무사 실습생이 어떤 노무제공을 하였는지 살펴보자면, 설거지를 하고, 환자복을 개는 일, 간호사들이 식사를 한 뒤 청소를 하는 일, 하수구를 뚫는 일, 사실상 병원의 온갖 잡무, 중환자실에서 환자들의 기저귀를 갈아주는 일, 환자의 식사를 돕는 일, 80명이 넘는 환자들의 바이탈 체크, 환자복을 빨래하는 일, 선배 간호사의 커피 심부름, 주사실의 포장지를 버리는 일, 환자를 병동까지 안내하는 일, 인근 약국에서 약을 사오는 일, 원무과 복사업무 등이 있었다. 간호조무사 실습생은 간호조무사 자격을 취득하기 전이므로 업무내용 또는 실습내용에 간호조무사보다 제약이 있는 것은 당연하다. 그러나 위의 업무내용은 단

25) 박제성(2011). 「영상취재요원(VJ)의 근로자성 - 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결」. 『노동법학』 39 : 405~406, 프랑스 대법원 사회부 판례(2011. 2. 3. no. 10-12194, 2010. 3. 26. no. 05-44939)를 참조하여 임금지급 요소가 확인되지 않은 근로계약을 인정한 바가 있다는 사례를 비교법적 근거로 제시하였다.

26) 장우찬(2013b). 「근로자성 판단에 있어서의 “실질” - 대구지방법원 2013. 4. 5. 선고 2012나20336 판결」. 『노동법학』 46 : 355~357.

순한 교육내용, 수련을 위한 실습내용으로 보기는 어렵다. 해당 내용 중 일부 내용은 모든 병·의원에서 이루어진다고 볼 수 없다 하더라도 마찬가지다. 따라서 실습과정도 있겠으나 교육만이 아닌 노무제공이 이루어진다는 것을 부정하기는 어렵다. 이러한 업무의 내용은 “사용자가 정하고”, 사용자의 지시(직접 지시를 명하는 직원이 사용자의 지위가 아니더라도 해당 병원에서 사용자의 결정 없이 직원 독단으로 이러한 지시를 하기는 어렵다)에 따라 이루어지며, “근무시간과 근무장소의 지정” 역시 사용자가 하며, 실습생은 이의 구속을 받으며 업무를 수행한다. 사용자의 마음에 들지 않는 경우 정해진 실습 기간 도중에도 실습생을 내보낼 수 있다는 점에서, 의무적으로 실습시간을 채워야 하는 간호조무사 실습생은 불이익을 당하지 않기 위해 사용자의 지시를 따를 수밖에 없다. 이러한 사정은 해당 병·의원의 사용자와 간호조무사 실습생 사이에 지휘명령관계가 있다고 볼 만한 내용일 것이며, 사용종속관계를 인정할 만한 내용이라고 본다.

또한 일부 판례는 “사용종속성의 판단에 있어서는 노동관계법에 의한 보호필요성도 고려하여야 한다”라고 실시²⁷⁾하고 있는데, 무급 노무제공으로 인한 권리의 침해, 업무상 재해 위험에의 노출, 부당한 해고 위험 등을 고려한다면 간호조무사 실습생의 노동관계법에 의한 보호필요성은 충분하다 할 것이다.

지금까지 살펴본 내용으로 간호조무사 실습생의 노무제공이 존재하며, 사용종속관계가 인정될 여지는 충분하다고 생각한다. 물론 이 글에서 모든 간호조무사 실습생의 사용종속관계를 일률적으로 인정할 수는 없다. 다만, 전체 간호조무사 실습생 중 사용종속관계를 인정해야 하는 가능성 혹은 대상 범위가 그렇지 않은 경우보다 더 크다면, 이들의 권리 보장이나 노동법을 통한 보호는 법원을 통한 개별판단이 아니라 규범적으로 노동법의 적용대상으로 하고 근로자성이 인정되지 않는 예외를 개별판단해야 할 것이다.

나. 근로기준법 제77조의 ‘기능의 습득을 목적으로 하는 근로자’

사용자는 양성공, 수습, 그 밖의 명칭을 불문하고 기능의 습득을 목적으로 하는 근로자를 흡수하거나 가사, 그 밖의 기능습득과 관계없는 업무에 종사시키

27) 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결.

지 못한다(근로기준법 제77조). 근로기준법이 기능의 습득을 목적으로 하는 근로자를 보호하고 있는 내용이다. 이러한 법규정의 내용을 확인하면서 간호조무사 실습생 (및 다른 실습생)이 교육훈련 또는 실습 등을 목적으로 노무제공을 한다는 이유만으로 근로자성을 부정할 수 있는지 의문이다.

기능습득자의 보호규정은 1953년 근로기준법 제정 당시부터 포함된 내용이다. 법 제정 당시 사회보건위원장 김용우 의원은 국회 본회의 제1독회 심사보고에서 “기능습득자에 대한 여러 가지 복잡한 문제가 있습니다만 이에 대해서는 역시 노동위원회에서 그 기능습득 하는 기간, 방법 또는 교수의 자격, 여러 가지를 사회부와 노동위원회에서 거기에 대한 자문과 검토를 하게 되어 있습니다.”라고 하여 해당 내용이 별다른 이견 없이 간단히 보고만으로 통과되었다.²⁸⁾ 현재는 법에 기능습득자 보호규정만 남아 있지만 법 제정 당시에는 기능습득 근로자를 보호하기 위한 내용과 전근대적 폐단이 없는 기능자를 양성하기 위한 내용으로 구성되어 있었다.²⁹⁾ 그 후 제77조의 조문 제목을 ‘기술습득자의 폐단 제외’에서 ‘기능습득자의 보호’로 바꾼 것 외에는 개정사항 없이 유지되어 오다가, 1999년 2월 8일 근로기준법 개정과정에서 각종 규제 폐지·완화 차원에서

28) 국회사무처(1953). 「국회정기회의속기록 제15회-제20호(제2대국회 제15회 제20차 국회본회의(1953. 2. 2.))」. p.16.

29) 근로기준법 제정 당시의 법규정 내용은 다음과 같다.

제76조(기술습득자의 폐단제외) 사용자는 양성공(養成工), 수습, 기타 명칭 여하를 불문하고 기능의 습득을 목적으로 하는 근로자를 혹사하거나 가사, 기타 기능습득에 관계없는 업무에 종사시키지 못한다.

제77조(기능자 양성) ① 장기습득을 요하는 특정 기능자를 근로의 과정에서 양성할 필요가 있는 경우에는 그 교습방법, 사용자 자격, 계약기간, 근로시간과 임금에 관한 규정은 노동위원회에 자문하며 대통령령으로써 정한다.

② 사용자가 전 조의 규정에 의한 대통령령에 의하여 근로자를 사용하고자 하는 경우에는 공원 수, 교습방법, 계약기간 임금의 기준과 지급방법을 정하여 사회부의 인가를 받아야 한다.

③ 사용자가 전항의 규정에 의한 인가에 기하여 근로자를 사용하는 경우에 있어서는 사회부에 신고하여 기능을 습득하는 자라는 증명서의 교부를 받아 이를 사업장에 비치하여야 한다.

제78조(미성년자) 전조의 규정의 적용을 받는 미성년자에 대하여는 제50조 제1항의 규정에 의한 연차유급휴가로서 12일을 주어야 한다.

제79조(인가취소) 제77조의 규정의 적용을 받는 근로자를 사용하는 사용자가 그 자격을 상실하거나 또는 인가의 조건에 반하는 경우에는 사회부는 제75조 제2항의 인가를 취소할 수 있다.

기능자 양성과 관련한 내용들은 모두 삭제되었다.³⁰⁾

‘기능의 습득을 목적으로 하는 근로자’는 양성공, 수습, 그 밖의 명칭을 불문하고 제77조의 적용대상이 되는데, ‘기능’이란 ‘육체적, 정신적 작업을 정확하고 손쉽게 해 주는 기술상의 재능’이나 ‘기량과 재능을 아울러 이르는 말’ 등으로 볼 수 있으니 실습생, 교육훈련생, 인턴, 도제 등 오늘날 다양하게 지칭되는 형태로 존재하는 교육훈련과정에 있는 근로자가 모두 포함될 것이다. ‘혹사’와 ‘가사, 그 밖의 기능습득과 관계없는 업무’는 사회통념상 허용될 수 없는 열악한 근로환경·근로조건과 기능습득과 관계없이 지시되는 사용자의 집안일을 포함한 잡다한 업무를 나타내 온전히 기능습득의 취지에 맞게 업무가 이루어져야 함을 명시하고 있다. 근로기준법 제정 당시부터 해당 내용이 포함된 것은 당시에도 근로과정을 통해 기능을 배우는 일종의 도제제도에서 전근대적인 폐단이 있었기에 이를 법으로 금지하고자 한 내용으로 보아야 하고 현재까지도 유의미한 내용이라고 생각한다.

위와 같은 근로기준법 제77조의 제정과정과 내용을 살펴봤을 때, 우리 근로기준법은 기능의 습득을 ‘목적’으로 하는 근로자를 전제하고 있음을 알 수 있다. ‘기능의 습득을 목적으로 하는 근로자’는 동법 제2조 제1항 제1호의 근로자 개념 정의를 전제로 하고 있으므로 ‘임금을 목적으로’ 근로를 제공하는 사람을 일컫는다고 하겠으나, 이는 ‘임금’이 주된 목적이 아니라 ‘기능습득’이 주된 목적적인 근로자 또는 ‘임금’과 ‘기능습득’이라는 목적을 동시에 갖는 근로자 등이 가능하다는 것을 나타낸다.

근로기준법 제77조의 내용은 간호조무사 실습생을 근로자로 인정하는 것이 교육훈련 또는 수련의 목적을 상실시키는 것이 아니며, 근로기준법에서도 실습(기능습득)을 목적으로 하는 근로자를 전제하고 있음을 보여준다. 또한 임금 목적성이 근로자성을 판단하는데서 절대적 기준이 되지 않을 수 있다는 의미이기도 하다. 그렇다면 실습생이라는 이유만으로 간호조무사 실습생의 근로자성을 부정할 근거는 없다고 생각한다. 그리고 현재 간호조무사 실습생이 겪는 문제들이 근로기준법이 제정 당시부터 보호하고자 했던 내용이기 때문에 근로기준법의 적용은 실습에서 나타나는 제반 문제를 해결할 근거와 방법 또한 될 수

30) 노동법실무연구회(2020b). 『근로기준법 주해 III』, p.586.

있을 것이다.

다. '임금을 목적으로'와 근로자성 문제

근로기준법상 근로자의 정의 규정에 따라 “무상으로 또는 임금 이외의 이익을 목적으로 근로를 제공하는 자는 근로자가 아니”라는 전통적인 강학상 논의에도 불구하고³¹⁾, ‘임금을 목적으로’ 근로를 제공한다는 것을 어떻게 해석해야 할지 또는 과연 ‘임금을 목적으로만’ 근로를 제공해야 근로자로 인정받을 수 있는지 의문이다. 아래에서는 간호조무사 실습생의 근로자성을 판단하는 데서 임금목적성과 관련한 내용을 검토한다.

모든 노무제공관계에서 당사자의 목적을 객관적으로 평가하여 그 목적성에 따라 근로자성을 판단하는 것은 어디까지 가능할 것인가. 어떠한 노무제공이 이루어지는 계약관계가 형성된다고 할 때, 당사자의 목적은 외관상 명시적으로 드러난 하나의 목적일 수도 있으나 그렇지 않을 수도 있다. 주된 목적과 부수적 목적이 다를 수도 있고, 표시된 목적과 다른 목적이 존재할 수도 있다. 또한 동시에 여러 가지 목적을 가질 수 있으며, 자신이 통제할 수 없는 이미 정해진 목적에 따라 그 계약의 외관을 형성해야 할 수도 있다.

실질을 우선한다는 판례의 근로자성 판단기준에 따른다면 외관상 표시된 목적만을 기준으로 판단하지 않고 당사자의 진의를 기준으로 판단해야 할 것이다. 물론 민법 제107조 제1항 제1문에서 “의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다.”라는 규정과 같이 객관적으로 표시된 의사가 존재하는 경우 법은 그 의사를 쉽게 배척하지 않지만, 이어진 제2문에서는 “그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.”라고 하여 표시된 의사 외에도 진의 탐색을 통한 판단에도 의미를 부여하고 있어³²⁾, 실질에 따른 판단은 당사자의 진의에 주목해야 할 것이다. 그런데 위와 같이 당사자의 목적(진의)이란 객관적 평가에 일정 정도 한계가 있을 텐데, 임금을 목적으로 하는 노무제공관계여야 근로자성이 인정된다고 하는 것은 애초에 정확한 판단이 불가능한 기준이 될 수도 있는 문제라고 생각한다.

31) 임종률(2020). 『노동법』, p.34.

32) 장우찬, 앞의 글, p.357.

이와 관련한 예외로는 자원봉사관계를 들 수 있을 것이다. 자원봉사자는 근로자와 유사한 형태로 노무제공을 하더라도 그 목적이 자원봉사, 즉 보수를 받지 않고 자발적으로 공익을 위한 노무제공을 하는 것이므로 당사자의 목적에 의하여 근로자성을 부정할 수 있을 것이다.³³⁾ 자원봉사관계가 예외가 되는 이유는, 당사자의 노무제공 목적이 무엇인지를 모두 평가하는 것이 아니라 임금을 받지 않고자 하는 목적이 있는가를 평가하는 방식으로 근로자성을 판단하기 때문이다. 즉, 근로자성을 판단하는 데서 임금목적성과 관련하여서는 외관상 임금을 목적으로 하지 않으면 근로자성을 부정하는 방식으로 판단할 것이 아니라, 자원봉사자와 같이 그 진의가 분명하게 임금목적성을 배제하는 경우에만 근로자성을 부정하는 요소로 활용되는 것이 적절할 것이다.

다른 문제를 살펴보자. 임금을 판단하는 핵심 기준은 근로의 대가성이다. 즉, 근로의 대가로 지급되는 금품이 임금인데, 근로를 제공하기 전에 임금을 목적으로 해야만 어떠한 노무제공이 근로가 되고, 그에 따라 임금을 받을 수 있다는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 실질에 따른 판단을 한다면 무엇을 목적으로 하든 현실적으로 근로를 제공하였다면 그 대가인 임금을 지급해야 한다고 판단해야 할 것이다. 따라서 “임금을 목적으로”라는 내용은 근로계약의 “존재적(sein)” 측면이 아니라 “당위적(sollen)” 측면을 고려하여 ‘임금을 지급할 의무가 있는가’의 관점에서 실질에 따른 판단을 해야 할 것이다.³⁴⁾ 100여 년 전 노동법이 탄생하던 시기 근로자가 임금을 받는 것, 그런 형태의 근로자만 존재하는 것이 당연하던 상황에서는 “임금을 목적으로”라는 문구가 문제 되지 않았겠으나 임금을 받지 않고 근로를 제공할 수밖에 없는 다양한 형태가 존재하는 오늘날에는 법 개정을 하지 않는다면 이와 같은 적극적 해석론이 필요할 것이다.³⁵⁾

간호조무사 실습생과 같이 임금을 받지 못하는 경우에 근로의 대가 자체가 존재하지 않는다고 쉽게 단정지을 수도 없다. 통화의 형태로 지급되지 않는 대가도 임금성이 인정되는 경우도 있으며, 유형의 금품이 아닌 다양한 근로의 대가가 존재할 수 있기 때문에 이러한 대가가 금전으로 산정하기 어렵다는 문제

33) 하태희(2020). 「자원봉사자의 근로자성에 대한 연구」. 『동북아법연구』 13 (3) : 529~531.

34) 박제성, 앞의 글, p.404.

35) 노호창(2014). 「무급인턴의 법적 지위와 보호방안에 대한 검토」. 『노동법논총』 32 : 145~146.

는 있을 수 있으나 이를 대가성의 포기로 단정지을 수는 없다.³⁶⁾ 또한 근로계약이 아닌 위임, 도급 등 다른 계약의 외관을 가지고 최저임금 미만의 보수를 받고 노무제공을 하였을 때, 해당 노무제공자의 근로자성 판단을 하는 과정에서 그 보수의 임금성이나 노무제공자의 임금목적성이 쉽게 부정되지도 않고 실질에 따른 판단을 하게 된다. 최저임금 미만의 보수를 받게 된 것은 사용자가 우월한 지위에서 일방적으로 정한 내용일 수 있기 때문이다. 그런 점에서 최저임금 미만의 보수와 무보수를 달리 봐야 할 이유는 없을 것이다. 이벤트회사에서 무보수 교육훈련생의 근로자성이 문제 된 사건에서 “무보수 노무공급계약으로서 교육훈련계약을 쉽게 인정하여서는 아니 된다”라는 법원의 결정도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.³⁷⁾ 그렇다면 무보수 노무제공 역시 금품 자체를 받지 못했다는 차이만 있을 뿐이므로 해당 노무제공에 따른 ‘임금이 지급되어야 하는가’라는 당위적 판단기준을 적용하지 않을 이유도, 임금목적성을 쉽게 부정할 이유도 없다고 본다.

한편, 무급인턴과 관련한 논의에서 위와 같은 적극적 해석론에 따라 무급인턴의 근로자성을 인정한다면 무급인턴의 정규직화가 되는 것이고, 그에 따라 이들을 정규직과 동일하게 대우하게 될 때 “정규직보다 덜 숙련된 노동자에게 다른 숙련 노동자들과 동일한 임금을 주는 꼴”이 된다면 부작용이 발생할 수도 있다는 견해가 있다.³⁸⁾ 그러나 근로자성을 인정하고 노동법을 적용하는 것은 노동법에서 정한 최저기준에 따른 보호를 한다는 의미로 이해해야 한다. 임금에 있어서 노동법의 최저기준은 최저임금인데, 숙련 근로자가 반드시 최저임금을 받는다고 볼 수도 없으며 오히려 최저임금보다는 많은 임금을 받을 가능성이 크다고 할 것이다. 최저임금은 일반적으로 미숙련 근로자, 단순노무종사 근로자, 수습과정에 있는 근로자 등이 받는 경우가 많으므로 실습생에게 적어도 최저임금을 보장해주는 것이 과도한 근로의 대가 지급이라 보기 어려우며, 반드시 숙련 근로자와 동일한 대우가 될 거라고 생각할 수 없다.

현재 간호조무사 실습생이 병·의원과 체결하는 계약은 외관상 근로계약이 아니며 임금을 목적으로 하고 있지 않다. 그러나 간호조무사 실습생의 진의가

36) 장우찬(2016). 「무보수 노무공급관계에 대한 노동법적 검토」. 『법학연구』 26(2) : 346~347.

37) 대진지방법원 2012. 9. 5. 선고 2012나8688 판결.

38) 김연식(2015). 「무급 인턴에 대한 헌법적 보호」. 『아주법학』 9(3) : 190~191.

임금을 목적으로 하고 있지 않다고 단정할 수는 없을 것이다. 오히려 자원봉사자의 경우처럼 노무제공 목적의 진의가 임금목적성을 배제하고 있다고 볼 수 없기 때문에 계약의 외관상 목적이 무엇인지로 근로자성을 판단하는 것은 적절하지 않을 것이다. 앞서 살펴본 청와대 국민청원에 올라온 당사자의 요구는 노무제공에 따른 임금 지급이 필요하다는 경우도 있으며, 실습계약의 목적은 법에서 정한 자격시험 응시자격을 얻기 위해 의무적으로 따라야 하는 경우이기 때문이다. 오히려 간호조무사 실습생이 실습과정에서 노무제공을 하고 있음은 분명하며, 이를 현실적으로 근로제공으로 본다면 지급되지 않은 근로의 대가가 지급되어야 할 것이다. 즉, 간호조무사 실습생 역시 근로제공을 하고 있기 때문에 임금이 지급되어야 하는 사람으로 이해되어야 할 것이다.

라. 실습생과 근로자의 이중 지위 문제

간호조무사 실습생의 근로자성이 인정된다면 실습생과 근로자라는 이중 지위를 갖게 된다. 이렇게 이중 지위를 갖는 것이 불가능한 것인지, 어떤 문제가 되는 것인지 살펴본다.

간호조무사 실습생의 근로자성을 판단했던 판례나 관련한 행정해석을 확인할 수는 없었다. 이에 유사하다고 할 수 있는 경우인 현장실습생의 근로자성과 관련해서 판례는 “실질관계에 의하여” 사업주와 실습생 사이에 “사용종속관계가 있음이 인정되는 경우에는 그 실습생은 근로기준법의 적용을 받는 근로자”라고 판시하였다.³⁹⁾ 해당 판례에서는 실습생이라는 이유로 근로자가 아니라고 단정할 수는 없다는 내용은 있으나, 근로자성을 인정하기 때문에 실습생 지위를 부정하고 있지는 않다. 실습생이지만 근로자임을 인정한 것이다.

한편, 이벤트회사의 무보수 교육훈련생 근로자성이 문제 된 사건에서 해당 노무제공자는 근로자로 인정되었다.⁴⁰⁾ 해당 판결에서 법원은 근로자성을 인정하는 결정을 하였지만, 교육훈련계약이 인정되면 무급도 가능하다는 전제에 기반한 판결이었다. 그러나 이러한 무급가능성도 근로계약의 성립이 인정되는지를 먼저 검토한 뒤에 근로계약이 부정된다면 적용할 내용이며,⁴¹⁾ 교육훈련생의

39) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2920 판결.

40) 대전지방법원 2012. 9. 5. 선고 2012나8688 판결.

지위와 근로자 지위가 양립할 수 없다는 입장으로 볼 수는 없을 것이다.

근로기준법의 목적은 헌법에 따라 근로조건을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것이다(근로기준법 제1조). 의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는데에 목적이 있다(의료법 제1조). 간호조무사등규칙은 의료법 제80조, 제80조의2, 제80조의3, 제81조에 따라 간호조무사·접골사·침사 및 구사의 자격과 업무의 한계 등에 필요한 사항 규정을 목적으로 한다(간호조무사등규칙 제1조). 이러한 법령의 규정을 살펴봤을 때 근로기준법은 노동과 관련한 법률관계에서 적용되어야 하는 법이고, 의료법과 간호조무사등규칙은 국민의 보건의료와 관련한 포괄적인 법령체계 안에서 간호조무사의 자격을 획득하는 과정을 규율하는 법령임을 알 수 있다. 즉, 그 목적과 적용대상이 다른 법령이다. 따라서 근로기준법상 근로자와 의료법 등에 따른 간호조무사 실습생의 지위를 동시에 가지는 것이 문제 되지 않는다고 본다. 근로기준법상 근로자와 의료법 등에 따른 간호조무사의 지위를 동시에 갖는 것과 크게 다른 사안은 아니라고 할 것이다.

또한 의료법과 간호조무사등규칙에서 명시적으로 간호조무사 실습생에 대한 근로기준법의 적용을 배제하는 규정은 존재하지 않는다. 간호조무사 실습생이 노동법의 적용을 받게 됐을 때 의료법, 간호조무사등규칙과 충돌을 일으킬만한 내용이나 실습교육 의무이수와 관련하여 문제를 발생시킬만한 규정도 없다고 생각한다. 입법과정에서 법체계의 안정성을 고려하여 적용의 우선순위 등을 만들 수는 있으나, 근로자가 노동법의 적용을 받을 수 있는 헌법상 권리 자체를 부정할 수는 없으므로 간호조무사 실습생이 실질에 따라 사용종속관계가 인정된다면 근로기준법상 근로자 지위를 갖는 것은 문제가 없을 것이다.

교육훈련을 목적으로 하는 실습생 등의 근로자성이 인정되었던 경우 또는 현재 법령에서 인정되는 경우도 존재한다. 다만, 아래의 사례와 간호조무사 실습생의 노무제공관계에는 차이가 존재할 수 있어, 해당 사례의 근로자성 인정을 이유로 간호조무사 실습생의 근로자성을 즉각 인정할 수는 없을 것이나, 충분

41) 장우찬(2013a). 「무보수 노무공급계약으로서의 교육훈련계약 인정 문제 - 대전지방법원 2012. 9. 5. 선고 2012나8688 판결」. 『노동법학』 45 : 472~473.

한 참고사례로 삼을 수는 있을 것이다. 전공의는 전문의 자격 취득을 위하여 수련을 받는 사람의 지위⁴²⁾에 있지만 판례는 전공의의 근로자성을 여러 차례 인정하였다.⁴³⁾ 산업현장 일학습병행 지원에 관한 법률에서 사업주에게 일학습병행을 제공받는 근로자를 ‘학습근로자’로 정의⁴⁴⁾하고 있다. 학습근로자는 교육훈련생과 유사한 개념인데 근로기준법상 근로자임을 법에서 명시하고 있다. 헌법재판소는 외국인 산업기술연수생도 “연수라는 명목하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다”라고 하여 근로자성을 인정한 바가 있다.⁴⁵⁾ 대학원생 조교의 경우도 현재까지 근로자성이 문제 되고 있는 가운데, 2017년에는 고용노동부에서 근로자성이 인정된 사건이 있었고, 21대 국회에서는 조교의 근로자성을 인정하여 대학의 직원으로 포함시키는 고등교육법 개정안(의안번호 2107195)이 발의되어 있는 상태이다. 앞서 살펴본 근로기준법 제77조와 관련하여서도 일반적인 근로계약에서의 수습직원 외에도 다양한 명칭으로 불리는 기능습득 목적의 근로자가 있을 수 있음을 확인하였다.

지금까지 살펴본 내용을 종합해보면 실습생의 지위와 근로자의 지위는 공존할 수 있다. 간호조무사 실습생 역시 노무제공관계의 실질에 따라 근로자가 될 수 있다는 점에서 노동법적 보호가 가능한 구체적 방안이 마련되는 것이 필요하다고 생각한다.

42) 전공의의 수련환경 개선 및 지위 향상을 위한 법률 제2조 제1호.

43) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카21296 판결, 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다27730 판결, 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다57672 판결 등.

44) 산업현장 일학습병행 지원에 관한 법률 제3조 제3호.

45) 헌재 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정.

IV. 간호조무사 실습생에 대한 보호방안 검토

1. 노동법의 적용과 보호

지금까지 간호조무사 실습생의 실습 실태와 근로자성 검토를 통해 살펴보았을 때 노동법의 적용과 보호가 시급해 보인다. 이를 위해 의료법에서 정한 바대로 간호조무사 실습생의 지위와 함께 근로기준법상 근로자의 지위를 인정할 필요가 있다. 노무제공에 대한 대가로 최저임금이 보장되고, 산업안전보건법령과 산재보험의 적용으로 업무상 재해 위험에 대비하고 문제 발생 시 보상받을 수 있으며, 기타 사회보험이 적용되는 것은 간호조무사가 된 뒤에도 최저임금 가까이 받고 일하는 이들에게는 꼭 필요한 조치가 될 것이다. 권리구제 방안이 전혀 없어 당할 수밖에 없었던 일방적 실습계약 해지도 부당하고 제한이 적용될 수 있고, 그에 따라 불이익 때문에 참아야 했던 부당한 지시나 운영 등에 대해서도 대처가 가능해질 것이며, 직장 내 괴롭힘과 직장 내 성희롱의 예방과 피해 발생 시 법에 따른 조치를 취할 수 있게 된다.

입법을 통해 이를 해결하고자 한다면 노무제공을 하는 실습생이 근로자에 포함될 수 있도록 근로기준법의 근로자 정의 개념을 바꾸거나 노무제공이 이루어지는 실습생을 근로자에 준하는 지위로 인정하는 방안도 있을 수 있다. 다만, 근로자에 준하는 지위 개념이 만들어진다면 노동법의 핵심적인 보호 내용이 적용되어야 할 것이며, 명목상 보호에만 그치지 말아야 할 것이다. 실습기관의 사용자 책임이 분명해야 하고, 최저근로조건으로써 최저임금, 업무상 재해로부터의 보호, 해고 제한, 직장 내 괴롭힘으로부터의 보호 등 실습노동이 제대로 보호될 수 있어야 한다. 근로기준법 제77조에서 정한 기능의 습득을 목적으로 하는 근로자를 보호하는 내용을 오늘날 현실에 맞게 좀 더 상세하게 규정하는 방안도 가능할 것이다.

간호조무사 실습생 외에도 유사한 경우가 많기 때문에, 각 형태마다 법을 제정할 것이 아니라 미국의 ABC 테스트처럼 노무제공자를 근로자로 간주하고

이를 반증할만한 사실관계가 있을 때 근로자를 부정하는 방식으로 법의 내용을 구성하는 것도 갈수록 복잡하게 변화하는 노무제공관계에 대한 대응이 될 수 있을 것으로 생각한다.

다만 이 글에서 세부적인 입법안을 설계하는 것은 무리일 것이다. 입법과정에서 다른 법령과의 관계나 여러 실습 형태에 대한 고려 등이 필요할 것이며, 사회적 논의 과정도 필요할 것이기 때문이다. 그래서 위의 내용 정도로 입법을 통해 노동법의 보호를 받을 수 있도록 할 필요가 있다는 제안으로 정리하고자 한다. 그 과정에서 구체적 실태조사는 많은 도움이 될 것으로 생각한다.

2. 연성규범을 통한 보호

입법과정에는 상당한 사회적 논의와 시간이 소요될 수 있다는 점에서 입법과 동시에 소위 연성규범을 통한 보호도 함께 시도해볼 수 있을 것이다. 모든 노무제공자를 헌법상 근로자에 속한다고 보고, 보다 구체적인 실태 파악 과정의 필요와 각각의 노무제공자마다 사실관계가 다르게 나타날 수 있다는 점 등을 고려하여 근로기준법이 아니더라도 정부의 지침 등을 통해 간호조무사 실습생과 병원의 법률관계를 일정한 방향으로 흘러가도록 지도하는 방법이 가능할 것이다.⁴⁶⁾

다양한 실습 형태에서 문제가 나타났을 때 해당 실습의 표준협약서를 만드는 방안이 정부 대책으로 진행되어 왔다.⁴⁷⁾ 이러한 표준협약서는 노동법에 기초한 근로조건의 인정과 별개로 교육훈련과 노무제공이 동시에 행해지는 데서 발생하는 현실문제를 정리할 수 있을 것이다. 다만, 기존의 표준협약서는 실습을 교육의 측면에서만 접근하여 근로자성을 인정하지 않고 그에 대한 보호방안이 부족한 측면이 있었는데, 근로계약이 별도로 체결될 수 있다면 교육훈련내용과 최저근로조건 보장이 이루어질 수 있어 입법과정에서 유효한 방향설정이 되고

46) 노호창(2021). 「노무제공형태의 다변화와 노무제공자에 대한 법적 보호」. 『노동법논총』 51 : 263~267.

47) 정부는 직업계고 현장실습의 문제에 대한 대책 중 하나로 직업교육훈련촉진법상의 현장실습표준협약서(고용노동부고시 제2012-98호; 교육부고시 제2018-165호 등)를 개정한 바가 있고, 해기사 실습생의 문제에 대한 대책으로는 현장승선실습표준협약서(해양수산부고시 제2020-128호)가 만들어졌다.

법률관계 당사자들의 현실을 변화시켜 나갈 수 있을 것이다.

실습계약과 함께 근로계약을 체결하도록 지도하는 방안도 있다. 직업계고 현장실습 사망사고 등에 대한 대책으로 정부는 2012년에 기업과 학생이 실습협약과 동시에 근로계약을 체결하도록 지도하였는데, “채용 내정 등 취업과 연계되어 사실상 근로를 제공하고, 기업도 노동력 활용 측면에서 현장실습을 운영하는 경우 실습생을 근로자로 보호”하고자 하는 취지가 있었다.⁴⁸⁾ 이에 따라 2017년까지 직업계고 현장실습 과정에서는 근로계약서를 함께 작성하고 근로기준법의 적용을 받기도 하였다. 입법이 이루어지기 전 과정에서 충분히 가능한 방안이 될 수 있을 것이라 생각한다.

산재보험의 적용은 고용노동부장관의 고시 개정으로 즉각 이루어질 수 있다. 산업재해보상보험법 제123조에서 규정하고 있는 현장실습생에 대한 특례 적용은 현재 간호조무사 실습생이 포함되지 않고 있는데, 근로자 지위가 아니더라도 업무상 재해 위험에 근로자와 동일하게 노출되어 이를 보호한다는 취지에 따른다면 간호조무사 실습생에게도 충분히 적용할 수 있다. 해당 특례규정의 적용 범위를 고용노동부장관이 정할 수 있으므로 고시를 개정하는 것만으로 가능하다는 점에서 조속한 시행이 가능할 것이다.

연성규범을 통한 보호는 법을 제·개정하는 것보다는 더 빠르게 추진할 수 있다는 장점이 있어 당장 보호가 필요한 대상에게는 적절한 조치가 될 수도 있다. 다만, 연성규범을 통한 보호방안은 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙이 지켜지는 한도 내에서 설계되어야 하기 때문에 근본적인 한계가 있을 수 있다. 따라서 입법과 연성규범 어느 하나를 고집하기보다 간호조무사 실습생이 실질적으로 보호받을 수 있는 방안으로 두 방안이 함께 고려되는 것이 바람직하다고 본다.

3. 병원(사용자)의 사회적 책임 검토

간호조무사 실습생에게 최저임금을 보장한다면 아무런 금품 제공을 하지 않

48) 관계부처 합동(교육과학기술부·고용노동부·중소기업청)(2012). 「특성화고 현장실습제도 개선 대책」. p.8.

다가 임금 지급의무를 부담해야 하는 병원 사용자의 반발이 있을 수 있다. 또는 실습생을 받지 않으면 부담하지 않아도 되는 문제이니 실습생을 받지 않겠다는 병원의 주장이 있을 수 있다. 물론 실제 간호조무사 실습생의 노무제공이 병원 사용자의 이익이 되어 왔으므로 이러한 반발이나 주장이 반드시 현실에서 발생한다고는 할 수 없을 것이다. 그러나 최저임금 지급이 현실적인 부담이 되지 않더라도 이를 손해라고 인식하여 반대 주장이 있을 수 있다.

또한 꼭 그러한 반발이나 주장이 없더라도 무급으로 이루어지는 실습과 관련한 문제에 있어 유급 전환될 때 비용부담 문제가 어떻게 해결되어야 할지, 단순히 실습생과 실습계약을 체결한 사용자만의 문제일지 의문이 있었고 그에 대한 방안으로 아래와 같은 내용을 제안한다. 이러한 방안을 모든 실습에 적용할 수 있을지는 모르겠으나, 일종의 사용자 사회적 책임을 규정하는 것은 가능하다고 생각한다.

현재는 이론교육, 실습교육, 자격시험을 거쳐서 자격을 취득한 간호조무사를 즉각 업무를 수행할 수 있는 기본적인 숙련이 형성되어 있는 근로자로 본다. 여기서 ‘숙련’이란 경력에 따라 실무과정에서 노하우나 암묵지를 습득함으로써 고숙련 근로자로 발전해가는 과정에서와 같이 직무능력 습득의 정도를 나타내는 의미로 사용하지 않는다. 간호조무사 업무를 수행할 수 있는 기본 요건을 의미하는 것으로 한정해서 사용한다. 이러한 숙련이 형성되기까지의 과정에는 일정 정도의 비용이 들어간다. 그리고 병원 사용자는 자신의 비용을 들이지 않고 숙련이 형성된 근로자로서 간호조무사를 고용할 수 있다.

그렇다면 그 숙련 형성과정에서 들어가는 비용은 누가 부담해야 할까. 자신의 근로를 위한 과정이니 일부는 근로자 자신이 부담해야 할 것이다. 현재는 이를 거의 전부 근로자만 부담하고 있는 상황이다. 그런데 병원 사용자도 비용을 들이지 않고 숙련이 형성된 근로자를 채용하게 된다면 이익을 얻는 것이므로 해당 비용의 일부를 부담할 수 있다고 본다. 다만 이러한 사용자의 부담이 가능하기 위해서는 특정 직무를 한정할 수 있고, 그 사용자도 범위를 정확히 특정할 수 있으며, 해당 직무의 숙련이 형성되는 것이 해당 범위의 사용자들의 이익과 일치할 때와 같은 조건이 충족되어야 할 것이다. 간호조무사 근로자와 병원 사용자의 관계가 여기에 해당한다고 할 것이다. 따라서 아무런 부담 없이

이익을 취하는 것을 부당하다고 한다면 병원 사용자가 간호조무사의 숙련 형성 과정의 비용을 일부 부담하는 것은 사용자로서의 책임으로 볼 수 있을 것이라 생각한다.

구체적으로는 실습생과 실습계약을 체결하고 실습을 하는 병원 사용자는 직접적으로 노무제공을 받고, 그 노무제공 자체가 해당 병원 사용자의 이익이 되기 때문에 노무제공의 대가를 상당 부분 부담해야 할 것이다. 그리고 실습생을 받지 않는 병원 사용자는 간호조무사의 숙련 형성에 부담하는 비용이 없으므로 일종의 실습부담금을 납부하는 것이 가능할 것이다. 실습부담금은 간호조무사 실습생을 지원하는 정부 정책이나 실습생을 받는 병원 사용자에게 대한 부분 지원 등으로 사용이 가능할 것이다. 내용은 다르지만 현재 이러한 방식으로 이루어지고 있는 제도가 장애인고용촉진 및 직업재활법에 따라 장애인 의무고용률을 지키거나 장애인 고용부담금을 내는 것이다. 상세한 설계 과정에서는 병원의 규모나 소재 지역 등이 고려될 필요가 있을 것이고, 기준 이상 실습생을 받아 간호조무사 양성에 기여한 병원은 그에 따른 혜택을 받는 등의 내용도 포함될 수 있어 설계가 단순하거나 쉽지만은 않을 수도 있다.

그런데 간호조무사라는 보건의료인을 양성하는 것은 국가의 책임이자 과제이기도 하지만 간호조무사를 고용하여 사업을 영위하는 병원 사용자에게도 책임이 있다고 보아야 하지 않을까. 단순히 이제부터 임금을 지급하라는 의무를 부담하게 할 것이 아니라 이러한 사용자의 사회적 책임과 같이 실습과 관련한 다양한 고민이 이루어질 필요가 있을 것이다.

4. 전문 의료인력 양성을 위한 정부의 지원

전문성을 갖춘 보건의료인을 양성하는 것은 정부의 책임이자 과제이다. 이러한 과제는 앞으로 더욱 비중이 커질 것이다. 어떠한 이론을 떠나 오늘날 코로나 19와 싸우고 있는 현실에서, 사투를 벌이고 있는 보건의료인들을 보면서 누구나 이러한 중요성을 체감하고 있다. 간호조무사에만 국한되는 문제는 아닐 것이다. 따라서 정부가 보건의료인을 양성하기 위해 여러 지원을 하는 것은 특정 분야나 사람들에 대한 지원의 의미를 넘어서 의료의 질을 높여 국민을 지원하

는 것과 같다고 봐야 할 것이다.

보건복지부는 법령 개정을 통해 2017년부터 간호조무사 교육기관에 대한 지정·평가제도를 시행했으나 4년이 지난 현재 간호조무사 실습생이 겪고 있는 문제가 크게 해결됐다고 보기는 어렵다. 교육기관에 대한 지정·평가가 부정적 효과를 발생시키지는 않았더라도 문제를 직접적으로 해결할 수 있는 방안이 아니었던 것은 분명하다.

간호조무사 실습생을 위한 정부의 지원방안은 앞서 살펴본 문제와 개선방안들을 충분히 고려한 내용이 되어야 한다. 양질의 실습내용을 제공하는 것부터 간호조무사 실습생이 보장받고 있지 못한 노동권의 문제에 대한 대책을 포함하여 구체적인 실태조사를 통한 종합대책이 필요해 보인다. 실습과정 전반에 대한 시스템을 개선하는 방안, 임금 지원 등 실습생을 직접 지원하는 방안, 실습병원을 지원하는 방안, 교육기관을 지원하는 방안 등 간호조무사 실습생의 권리가 보장되면서도 목적에 맞는 교육이 이루어질 수 있도록 여러 측면이 고려되어야 할 것이다. 입법은 국회의 역할이긴 하지만 정부가 입법과정을 이끌 수도 있다는 점에서 근로자 지위 보장을 위한 노력을 하는 것도 포함되어야 할 것이다.

V. 결 론

전문적이고 우수한 보건의료인을 충분히 양성하는 것은 국민적 요구이자 국가의 과제이다. 그중 하나의 직업이 간호조무사이다. 현실에서도 간호조무사 인력 수요는 계속 증가하고 있고, 갈수록 체계화·분업화가 이루어지는 보건의료체계에서 다양한 보조업무를 수행하는 간호조무사는 중요한 위치를 차지하고 있다. 따라서 그 양성과정을 체계적으로 관리하고 교육과정에서부터 교육생의 권리를 보장해주는 것이 중요할 것이다.

그런데 간호조무사 실습생이 겪고 있는 문제는 수십 년간 제대로 조명되지도 않았고, 해결방안이 제시되지도 않았다. 그나마 관심과 논의는 실습의 내용, 즉 교육과 관련한 측면에서 이루어졌고, 노무제공과 관련한 문제에 대해서는 체대

로 된 대책 논의조차 없었던 것으로 보인다. 특히나 자격증 취득을 위한 의무적인 실습과정이 법령에 규정되어 있어 일반적인 현장실습과 구별되어 왔기에, 이러한 의무실습에 대해서도 근로자성 인정과 노동법 보호에 대해 검토하는 것은 의미가 있다. 이러한 논의는 다른 법령에 의한 의무실습에 대한 논의로 확대될 수 있는 기회가 될 수도 있을 것이다.

지금까지 살펴본 바와 같이 간호조무사 실습에서는 분명히 유상성을 띤 노무제공이 존재하고, 노동법 보호의 필요성도 존재한다. 근로기준법상 근로자임을 판단하는 판례의 기준에 따라 현재는 무급이지만 병원 사용자와 강한 사용종속 관계를 형성하고 근로를 제공하고 있는 간호조무사 실습생은 근로자성이 인정되어야 할 것이다. 근로기준법 제77조에서도 교육훈련을 목적으로 하는 근로자를 전제하고 있으며, 간호조무사 실습생과 유사한 현장실습생 등의 경우에 그 실질에 따라 근로자성을 인정받은 사례 역시 존재한다. 여기에서 실습생과 근로자라는 이중 지위는 전혀 문제가 되지 않았으므로 법령에 의한 의무실습이라 하더라도 근로자성은 인정될 수 있을 것이다.

간호조무사 실습생에 대한 보호방안으로 세부 입법 내용까지 제시하기는 어려우나 입법을 통하여 근로자 지위를 보장하는 것은 가장 적극적이고 분명한 대책이 될 수 있을 것이다. 그 과정에서 간호조무사 실습생만이 아니라 여러 형태의 실습생의 노동권이 보장될 수 있는 논의와 대책이 마련되어야 할 것이다. 근로기준법을 포함하여 노동법의 최저근로조건이 적용된다면, 최저임금과 업무상 재해로부터의 보호, 해고 제한, 산재보험을 포함한 사회보험의 적용 등 현재 간호조무사 실습생이 겪고 있는 노무제공과 관련한 문제의 상당한 부분을 해결할 수 있을 것이다. 그런데 입법을 통한 보호는 즉각적인 시행이 어려울 수 있으므로 빠르게 적용 가능하고, 적용하면서 수정이 가능하며, 현실의 법률 관계를 바뀌나갈 수 있는 연성규범을 통한 대책마련이 동시에 이루어진다면 좋을 것이다. 또한 간호조무사 실습의 전 과정과 관련한 정부의 종합적인 지원이 필요할 것이다.

간호조무사 실습생의 노무제공과 관련하여 노동법의 적용과 보호가 하루빨리 이루어져 간호조무사 실습생이 부당한 대우를 받지 않고 실습을 할 수 있어야 할 것이다. 이에 대한 대책 수립을 위해 구체적인 실태조사 역시 필요해 보

인다. 또한 법령에서 정한 기준은 다르지만 병원에서 실습이 이루어지는 간호사 실습 역시 노동법의 보호가 필요한지 검토되어야 할 것이며, 이를 비롯하여 여러 형태의 실습생이 겪는 문제들과 실습생의 근로자성에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 노동법의 보호 대상이 될 수 있기를 바란다.

참고문헌

- 관계부처합동(교육과학기술부·고용노동부·중소기업청)(2012). 「특성화고 현장실습제도 개선 대책」.
- 국회사무처(1953). 「국회정기회의속기록」 (제2대 국회 제15회 제20차 국회본회의(1953. 2. 2)).
- 김연식(2015). 「무급인턴에 대한 헌법적 보호」. 『아주법학』 9 (3) : 181~206.
- 노동법실무연구회(2020a). 『근로기준법 주해 I』. 박영사.
- _____ (2020b), 『근로기준법 주해 III』. 박영사.
- 노호창(2012). 「인턴의 법적 지위」. 『노동법연구』 33 : 197~246.
- _____ (2014). 「무급인턴의 법적 지위와 보호방안에 대한 검토」. 『노동법논총』 32 : 139~165.
- _____ (2021). 「노무제공형태의 다변화와 노무제공자에 대한 법적 보호」. 『노동법논총』 51: 237~280.
- 박제성(2011). 「영상취재요원(VJ)의 근로자성 - 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결」. 『노동법학』 (39) : 403~406.
- 신미자·이꽃메·김지미·안성희·강익화·김문실·문희자(2013). 『간호의 역사』. 대한간호협회출판부.
- 윤인경·장명희·이현영(2016). 「특성화고등학교 간호과 운영 현황 및 교육과정 운영실태 분석」. 『직업교육연구』 35 (4) : 19~46.
- 이수정·이미란(2020). 「중등 직업교육에서의 간호조무사 양성 교육과정 운영 현황 분석과 개선 방안」. 『직업교육연구』 39 (3) : 1~19.
- 임중률(2020). 『노동법』. 박영사.

- 장우찬(2013a). 「무보수 노무공급계약으로서의 교육훈련계약 인정 문제 - 대전 지방법원 2012. 9. 5. 선고 2012나8688 판결」. 『노동법학』 45 : 469~473.
- _____ (2013b). 「근로자성 판단에 있어서의 “실질” - 대구지방법원 2013. 4. 5. 선고 2012나20336 판결」. 『노동법학』 46 : 353~358.
- _____ (2016). 「무보수 노무공급관계에 대한 노동법적 검토」. 『법학연구』 26 (2) : 335~368.
- 하태희(2020). 「자원봉사자의 근로자성에 대한 연구」. 『동북아법연구』 13 (3) : 523~546.

A Review on the Legal Status and Protection Plans of Nursing Assistant(Licensed Practical Nurses) Trainees

Lee, Sanghyeon

This study examines whether nursing assistant(licensed practical nurse) trainees can constitute employees under the Labor Standards Act and their protection measures. Nursing assistant(licensed practical nurse) trainees who practice more than 780 hours in hospitals and clinics are obligated to provide labor, but are not recognized as workers under the Labor Standards Act, resulting in problems such as unpaid labor, insufficient industrial accident measures, and unfair termination of training contracts. Although the review of the status of workers for unpaid labor providers continues, mandatory practice for obtaining certificates, such as nursing assistants(licensed practical nurses), still exists as blind spots. In this paper, along with a review of conventional precedent standards for judging employee status, it was reviewed whether nursing assistant(licensed practical nurse) trainees who provide labor can have employee status. The main content is whether the status of employees can be recognized despite the fact that the appearance of the current training contract is not for wage purposes and that trainees are for education and training purposes. Based on this review, it was confirmed that they also need to be protected under the labor law and protection measures are suggested.

Keywords : nursing assistant(licensed practical nurses) trainee, certification practice, unpaid practice, employee