

# 호출형 근로를 둘러싼 영국 노동법의 쟁점

구미영 (버백대학교 인권법 석사과정)

## ■ 호출형 근로의 개념과 고용실태

영국에서 호출형 근로란, “근로시간을 사전에 정하지 않고, 사용자의 필요에 따라서 부정기적으로 근로를 제공할 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 경우”를 의미한다.<sup>1)</sup> 호출형 근로를 부르는 명칭은 다양하게 존재하는데, ‘zero-hour contract’ workers, ‘as and when’ workers, ‘regular casuals,’ ‘key time workers,’ ‘reservists,’ and ‘min-max’ workers 등이 대표적인 예이다.<sup>2)</sup> 노동법 관련 문헌에서는 통상 casual worker, on-call worker 라는 용어를 사용한다. 소정근로시간을 사전에 특정하지 않고 사용자의 필요에 따라 유동적으로 대응할 수 있는 집단인 호출형 근로자의 특징은 위와 같은 명칭들에서도 잘 드러난다.

한국의 일용직 근로자도 호출형으로 볼 수 있으나, 일거리 및 근로의 제공에 관한 일반적인 호출계약을 체결하는 경우는 거의 없다는 점에서 영국 노동법상의 호출형 근로 개념과 구별된다. 가령 영국의 한 발전소 단체견학 가이드 일자리에 지원한 사람이 계약을 체결한다면, “발전

1) Craven, Robyn, Ryan Hunting, Julie McClelland, & Nathan Woodcock(2010), *Persons without a Contract of Employment Performing Work Personally*, European Working Group of Labour Law UK Report, pp. 20.

2) Trades Union Congress(2007), *Response to Fairness at Work White Paper*. <http://www.tuc.org.uk/congress/tuc-2065-f0.cfm>에서 2011.7.29. 검색.

소는 단체견학 신청이 들어올 경우 그 일거리를 제공할 수 있고, 그 일한 시간에 비례하여 시급을 지급한다”는 내용의 계약서에 서명하게 된다. 이러한 계약은 크게 두 가지 수준의 내용-사용자가 호출하면 근로자가 이에 응할 의무(또는 노력의무)를 규정한 호출계약/ 일거리가 제공되면 근로를 제공하고 급여를 지급하는 내용의 개별계약으로 구성됐다고 볼 수 있다.<sup>3)</sup> 전자와 같은 일반적인 호출계약을 체결하는 한국 일용직 근로자의 사례는 요양보호사의 경우를 제외하고는 흔치 않다. 한국의 노인장기요양보험법령에서 규정하는 요양보호사의 경우, 근로시간을 특정하지 않은 근로계약을 요양기관과 체결하고 서비스 이용자의 호출에 따라서 근로시간이 유동적이라는 점에서 영국의 호출형 근로자와 가장 비슷하다. 영국에서는 외식, 호텔, 배달, 제조업, 스포츠 산업에서 편집, 마케팅 산업에 이르기까지 광범위한 산업과 직종에서 호출계약이 적극적으로 활용되고 있다.<sup>4)</sup> 영국에서 호출형 계약은 다른 비정규직 고용형태와 함께 활용되는 모습을 보인다. 특수고용 형태의 근로자를 호출형으로 운용하는 경우, 파견업체나 소개업체를 통해 호출형으로 근로자를 사용하는 경우 등이 흔하게 발견된다.

호출계약은 일거리 제공 의무와 수락의무를 규정했는지 여부에 따라 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 사용자는 관련 업무가 있으면 일거리를 제공해야 하고 근로자는 이를 수락해야 한다는 내용의 호출계약이 체결되는 경우, 이 호출계약을 근로계약으로 볼 수 있다는 것이 영국 판례의 입장이다.<sup>5)</sup> 그런데 양방에 어떠한 의무도 부과하지 않는 내용인 경우 이 호출계약을 근로계약으로 볼 수 있는지가 노동법상 중요한 쟁점으로 등장하였다. 사용자는 업무상 필요가 있을시 당해 근로자에게 일거리를 제공할 수 있고, 근로자는 이를 거부하거나 수락할 수 있다는 내용의 호출계약이다. 그 결과 호출계약 자체만으로는 급여를 지급할 의무(사용자)와 근로를 제공할 의무(근로자)가 성립하지 못한다. 일거리를 제공받지 못할 위험은 근로자에게, 필요한 인력을 제공받지 못할 위험은 사용자에게로 나누어서 분담되어 있다. 구속력 없는 호출계약은

3) Collins, H.(2000), “Rights of Casual Workers,” *Industrial Law Journal* 29(1), p. 74.

4) Leighton, Patricia & Richard W. Painter(2001), “Casual Workers: Still marginal after all these years?,” *Employee Relations* 23(1), p.78.

5) 이에 대해서는 아래에서 자세히 설명한다.

한국의 노동시장에서는 다소 생소한 것으로, '이러한 계약을 체결함으로써 어떠한 실익이 있는가'라는 의문으로 연결된다. 이에 대해 Hugh Collins는 소정근로시간을 계약상 약속하길 원치 않으면서도 매번 새로운 일거리를 찾아 나설 수고를 덜고 싶은 근로자는 정기적으로 일자리를 제공받을 기회 혹은 가능성을 호출계약을 통해 보장받기를 원한다고 설명한다. 또한 사용자들은 이러한 계약을 통해서 근로기준 관련 법률 준수에 따른 부담을 피하면서, 안정적으로 고용할 수 있는 근로자들의 풀을 제공받을 수 있다고 한다.<sup>6)</sup>

위의 설명처럼 하나의 거래 상대방에게 전속되고 싶지 않아서 호출형 근로를 자발적으로 선택하는 근로자도 일정 부분 존재한다. 노동시장으로 완전히 진입하지 않은 학생 같은 집단에게 호출형 근로는 즉시적으로 용돈을 벌 수 있는 좋은 기회가 될 수 있다. 그러나 자유로운 자영업자의 지위를 선택한 것이 아니라 노동법의 적용 범위에서 벗어나길 바라는 사용자의 선택을 따라야만 했던 경우도 상당히 많다. 하나의 사용자에게 지속적으로 근로를 제공함에도 노동법의 보호를 받지 못하고 언제든지 일거리가 끊길 수 있는 불안정한 상황인 경우이다. Patricia Leighton과 Richard W. Painter는 일정한 업무능력을 갖춘 인력을 안정적으로 공급받으면서도 노동법상 부담을 피하고 싶은 사용자의 변칙적인 인력운용 방식이라고 호출형 근로를 설명한다.<sup>7)</sup> 계약상으로는 양방의 누구든 종료할 수 있지만, 일거리의 공급을 예측하기 어려운 근로자는 사용자의 제안을 거부할 수 없는 것이 현실이다. 사용자의 뜻에 따르지 않을 경우 장래에 일거리를 받지 못할 수 있다는 우려 때문이다. 이처럼 형식적으로는 대등하고 자유로운 계약 관계이나 여전히 근로계약 관계처럼 불균형한 관계이기 때문에 노동법상 보호를 적용할 필요가 있다는 주장이 제기되어 왔다. 호출형 근로자의 노동조건에 관한 연구결과들은 자유로운 선택의 결과라는 설명이 타당한지 의문을 갖기에 충분하다. Patricia Leighton과 Richard W. Painter는 보험적용, 모기지, 신용평가, 휴일, 휴가, 임금, 산재보험, 기업연금, 경력관리 등에 있어서 제

6) Collins, H., 앞의 논문, p. 73.

7) Leighton, Patricia & Richard W. Painter, 앞의 논문, p. 76.

약이 많기 때문에 대부분의 호출형 근로자가 정규직 일자리를 원한다고 설명한다.<sup>8)</sup> 근무시간이 예측불가능함에 따라 임금수준도 불안정하고, 그 결과 호출형 근로자들이 장시간 근로를 해서 가정생활 등의 사생활을 제대로 영위하기 어렵다는 연구결과도 있다.<sup>9)</sup>

## ■ 호출형 근로를 둘러싼 법적 쟁점

### 근로자성 여부

영국의 노동법 체계에서는 근로자(employee), 노무제공자(worker) 해당 여부에 따라서 각종 보호법규의 적용 여부가 달라진다. 부당해고 금지규정이나 경영상 해고시 보상 규정 등은 근로자성을 인정받는 경우에만 적용될 수 있다. 노무제공자에 대해서는 최저임금법, 근로시간 관련 규정(Working Time Regulation) 등의 보호를 받을 수 있다. 따라서 근로자 또는 노무제공자에 해당하는가는 호출형 근로자의 노동조건에 지대한 영향을 미치는 중요한 문제이다. 영국 판례는 지휘 통제, 경제적 의존성, 대체고용 가능성, 조직에의 통합성, 의무의 상호성(mutuality of obligation), 자기 사업의 운영 여부 등의 다양한 지표를 종합적으로 고려하여 근로자(또는 노무제공자)에 해당하는지 판단해 왔다.<sup>10)</sup> 이러한 지표 중 호출형 근로에서 주로 문제되는 것은 의무의 상호성 요건이다. 일거리 제공 의무와 이를 수락할 의무가 결합된 호출계약을 근로계약으로 볼 수 있는지가 중요한 쟁점이 된다.

8) Leighton, Patricia & Richard W. Painter, 위의 논문, pp. 76~77.

9) Bone, John(2006), “‘The Longest Day’: ‘Flexible’ Contracts, Performance-Related Pay and Risk Shifting in the UK Direct Selling Sector,” *Work, Employment and Society* 20(1), pp. 109~127; McCann, Deirdre(2009), *Regulating Flexible Work*, p. 37에서 재인용.

10) 이승욱(2005), 「특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색」, 『노동법연구』 제19호, pp. 216~217.

## 1) 판례의 경향

호출형 근로의 근로자성과 관련하여 의무의 상호성 요건을 최초로 적용한 판결이 오켈리(O'Kelly) 사건 판결이다.<sup>11)</sup> 사용자인 호텔에 연회가 있을 경우 서빙을 하는 웨이터들은 보통 정규직으로 채용되지 않았고, 정규 임시직(regular casual)이라는 이름으로 불리며 호출형 근로를 하였다. 호텔은 정규 임시직 웨이터들과 계약을 체결하여 호출할 정규 임시직 웨이터 44명의 명단을 확보하였다. 호텔은 불규칙하게 근무하고 기능도 떨어지는 200~300명의 다른 웨이터들에 비해 정규 임시직 웨이터들을 선호하였다. 정규 임시직 웨이터들은 다른 임시직 웨이터와 같은 시급을 받았지만, 일거리의 정규성으로 인해서 더 높은 급여를 받을 수 있었다. 이들의 호출계약에서는 호텔이 일거리를 제공할 의무도, 근로자가 이를 수락할 의무도 양방에 존재하지 않는다는 조항이 있었다. 그런데 노조를 만들려던 웨이터들의 시도가 호텔측에 노출되면서, 호텔은 노조와 관련된 웨이터에게 일거리를 더 이상 배정하지 않았다. 이에 근로자측에서는 노조 활동을 이유로 한 부당해고라고 소송을 제기하였다. 사용자측에서는 부당해고 금지 규정은 근로자에게만 적용되므로 이 사건 웨이터들과 무관하다고 주장하였다.

이 사건에서는 지휘 통제, 경제적 종속성, 대체인력 고용 여부 등의 다른 지표들은 문제되지 않았다. 의무의 상호성 요건을 제외하고, 이 사건 근로자들의 근무양태는 기존 판례의 지표에 부합했기 때문이다. 항소법원 판결문에 드러난 사실관계에 따르면, 정규 임시직 웨이터는 거의 매주 일을 했으며(최소 주당 3시간에서 57시간까지), 소송 직전 연도에는 2주를 제외하고는 근로를 제공한 것으로 확인되었다. 근로를 제공했던 52주 동안의 평균 근로시간은 31시간이었다. 정규직 근로자에 못지않을 정도로 지속적으로 근로를 제공해온 것이다. 또한 근로를 제공하는 기간 동안에는 호텔 조직의 일부로서 업무에 대한 지휘 통제를 받았다는 사실도 인정되었다. 호텔은 매주 또는 격주로 업무별 담당 웨이터의 명단을 발표하였고, 이를 통해 정규 임시직 웨이터는 자신이 어떤 일을 할지 미리 확인할 수 있었다. 이 명단에 오른 웨이터가 업무에서 빠

11) O'Kelly v. Trusthouse Forte plc [1983] IRLR 369 (CA).

지려면 매니저의 허가를 받아야 하는 것이 관행이었다. 징계와 관련해서도 정규직의 징계 절차를 그대로 적용하는 것으로 규정되어 있다.<sup>12)</sup>

고용심판소는 근로계약에는 양방을 구속하는 의무가 포함되어 하는데, 이 사건 호출계약에는 그러한 상호의무가 규정되지 않았다는 점에 초점을 맞추었다. 따라서 이 사건의 호출계약은 근로계약으로 볼 수 없고, 웨이터의 근로자성을 인정할 수 없다고 판단하였다. 근로자측에서 항소를 제기한 것에 대하여, 고용심판소 항소부는 상호의무성 요건을 들어 근로계약이 성립하지 않는다고 하였다. 다만, 항소부는 노무를 제공한 기간에 대해서는 근로계약이 존재하고 노무를 제공하지 않은 휴지기에는 존재하지 않는다는 점에 주목하였다. 전체적인 호출계약이 근로계약이 아니라는 점에서는 1심 결정에 동의하지만, 노무를 제공한 각각의 기간에는 근로계약이 성립하므로 근로자성이 인정된다고 하였다. 항소법원은 고용심판소 항소부의 결정을 파기하면서, 고용심판소의 판단에 불합리한 점이 없다고 하였다. 사용자가 일거리를 제공하고 근로자는 이를 수락해야 할 쌍방의 의무가 존재하지 않으므로 근로자로서의 보호를 받을 수 없다고 하였다.<sup>13)</sup>

오켈리 사건 판결 이래로 호출형 근로에 대하여 상호의무성 요건에 근거하여 근로자성을 부인하는 판례가 계속되었다. 부두 근로자,<sup>14)</sup> 호출형 간호사(bank nurse),<sup>15)</sup> 견학 안내원<sup>16)</sup> 등의 다양한 직종에서 비슷한 판례가 계속되었다. 이 중에서 견학 안내원 관련 사건(카마이클 사건)은 오켈리 사건 판결 이래로 법조계와 노동계의 가장 큰 관심을 모은 사건이었다. 카마이클 사건의 원고들은 발전소의 단체견학 안내 업무 호출에 응한다는 계약을 1989년에 체결하였다. 계약서에는 호출형으로 일거리를 제공받아 일하는 것에 동의한다는 조항이 포함돼 있었다. 안내원은 협정에 따른 시급으로 급여를 지급받았고, 유니폼을 지급받고 발전소가 제공하는 교육훈

12) 항소법원 판결문, pp. 34~35.

13) McCann, Deirdre, 앞의 논문, p. 20.

14) Hellyer Bros Ltd v. McLeod [1986] ICR 122.

15) Clark v. Oxfordshire Health Authority [1998] IRLI 125 (CA).

16) Camichael and others v. National Power Plc [2000] IRLR 43 (HL).

련을 받았다. 처음에는 주당 평균 서너 시간 정도만 근무했으나, 1995년에는 주당 25시간 정도를 근무하였다. 이 사건 원고들은 근로자권리법(Employment Rights Act 1996)에 따라서 자신의 근로조건의 내용을 서면 형식으로 알 권리가 있다고 소송을 제기하였다.

이 사건에서 고용심판소는 오켈리 사건 판결을 인용하면서 근로계약이 성립하지 않는다고 판단하였다. 이는 근로를 제공하지 않는 휴지기에 대해서 근로계약이 성립하지 않는다는 것, 다시 말하면 전체적인 호출계약을 근로계약으로 볼 수 없음을 의미한다.<sup>17)</sup> 반면에 항소법원은 이 사건 호출계약에 낮은 수준의 상호의무가 존재한다고 판단하였다. 일단 호출형 안내원으로 계약을 체결한 이상, 장래에 가능한 일거리가 있을 경우 이를 제공할 의무, 조건이 허락하면 이를 수락해야 할 의무를 양방에 과하기 때문에 상호적인 의무가 존재하는 근로계약이라고 판시하였다. 귀족원은 항소법원의 판결을 파기하고 고용심판소의 결정을 인용하였다. 당해 호출계약에는 일거리를 제공하고 이를 수락할 의무가 없기 때문에, 이는 장래에 근로자가 제공할 가능성이 있는 근로에 관한 전반적인 틀을 정한 계약에 불과하다고 판시하였다. 귀족원은 근로계약에 비해 더 유연성이 있는 호출계약이 양방 당사자의 욕구(자유로운 시간사용과 유연한 인력 활용)를 반영한 것이라고 인식하였다.<sup>18)</sup> 계약 당사자들의 욕구와 의사를 제대로 반영한 계약 내용이라면 이에 반하여 해석하기 어렵다는 것이 귀족원의 입장이었다.<sup>19)</sup>

위 두 판례에서 알 수 있듯 영국 판례는 상호의무성 요건이 “근로계약에 있어서 최소한의 필수요건”이라는 입장을 유지해 왔다.<sup>20)</sup> 이러한 상호의무성 요건은 이익 및 위협에 대한 부담이 모두 사용자에게 있으면 근로자, 그렇지 않으면 독립사업자로 본다는 근로자성 판단기준(risk

17) 카마이클 사건 1심과 최종심 판결은 근로를 제공하는 기간에 대해서는 근로자성을 인정하는지 여부에 대해 명확하게 언급하지 않는다. 이에 대해 H. Collins와 Davies는 근로를 제공하는 각각의 기간에 대해서는 근로자성을 인정한다는 의미라고 설명한다. Collins, H., 앞의 논문; Davies, A.C.L.(2007), “The Contract for Intermittent Employment,” *Industrial Law Journal* 36(1).

18) Fredman, Sandra(2006), “Precarious Norms for Precarious Workers,” *Precarious Work, Women and the New Economy*, p. 191.

19) Craven, Robyn, Ryan Hunting, Julie McClelland, & Nathan Woodcock, 앞의 보고서, p. 17.

20) Nethemere (St Neots) Ltd v. Tavema and Gardiner [1984] IRLR 240.

test)에서 비롯된 것으로 설명된다.<sup>21)</sup> 일거리 제공 및 수락 의무가 없는 호출계약은 관련된 위험을 양방에 분산시킨다는 점에서 전형적인 근로계약의 성격에 부합되지 않는다는 논리이다.

상호의무를 규정하지 않더라도 근로자성을 인정받을 수 있다고 영국 판례가 예외적으로 허용하는 경우가 있다. 계약서상으로는 일거리 수락의무가 없다고 하면서도 실제로는 이를 이유로 계약을 해지하는 경우 위장된 근로계약(sham contract)의 성립을 인정한다.<sup>22)</sup> 실라기(Szilagi) 사건에서 원고는 사용자가 제공하는 사다리는 안전하지 않기 때문에 발판이 제공돼야 업무를 할 수 있다고 하였다. 업무의 수락을 거부했다는 이유로 원고는 계약을 해지당했는데, 이것이 부당해고에 해당하는지 문제된 사건이다. 항소법원은 “정상적인 계약문서라면 그에 근거하여 판단해야 하나, 당해 계약이 양방간의 진정한 관계를 대표하지 못한다고 일방이 주장한다면 법원은 그에 대해 판단해야” 한다고 판시하였다. 상호 구속력 있는 의무가 없다는 이 사건 계약서의 내용은 양방간 관계의 진정한 성격을 숨기기 위한 것에 불과하므로 근로계약이 성립한다고 판단하였다.<sup>23)</sup> 이 판결은 호출계약의 형식적 측면뿐 아니라 실질적 측면까지도 검토함으로써 호출근로 관계의 현실을 제대로 반영하고 근로자를 위장계약으로부터 보호할 수 있다는 의미를 갖는다.<sup>24)</sup> 그러나 이 사건 근로자처럼 일거리를 수락하지 않아서 계약이 해지됐음을 입증할 증거가 충분치 않다면 호출형 근로자가 위장계약 여부 심사를 통과하는 것도 쉽지 않을 것으로 보인다. 오켈리 사건 사용자처럼 더 훌륭한 정규호출 웨이터에게 일거리를 더 배분하느라 원고인 웨이터에게 일거리 공급이 중단됐을 뿐 노조활동 때문에 호출계약을 해지한 것은 아니라고 주장할 수도 있다. 이런 경우 근로자측에서 반대 증거를 확보하기란 쉽지 않다는 한계가 있다.

## 2) 학계의 비판

영국 판례의 상호의무성 요건은 호출형 근로자가 근로자성을 인정받기 위해 넘어야 할 가장

21) Davies, A.C.L., 앞의 논문, p. 104.

22) Craven, Robyn, Ryan Hunting, Julie McClelland, & Nathan Woodcock, 앞의 보고서, p. 18.

23) [2009] I.C.R. 835 (CA (Civ Div)).

24) Davies, A.C.L.(2009), “Sensible Thinking about Sham Transactions,” *Industrial Law Journal* 38, p. 327.



큰 장애물이다. 위장된 근로계약임을 입증할 경우 계약서면 내용에 반하는 해석을 할 수도 있으나 호출형 근로자가 그 증거를 확보할 수 있는 경우는 많지 않을 것으로 보인다. 이러한 판례에 대하여 학계는 전반적으로 비판적인 입장이다. 종속적인 관계에서 근로를 하는 실태에도 불구하고 노동법상 보호를 받을 수 없다는 판례의 입장에 전적으로 동의하기 어렵기 때문이다. 오켈리 사건, 카마이클 사건에서도 알 수 있듯이, 호출형 근로는 업무상 지휘감독, 경제적 의존성, 조직에의 통합도 등의 측면에서 근로계약 관계와 같은 실태를 보인다. 또한 오켈리 사건의 원고는 거의 매주 근로를 제공한다는 점에서 단시간 근로자의 노무 제공 양태와 다르지 않다. 그럼에도 구속력 있는 의무가 규정되지 않은 호출계약을 체결했다는 이유만으로 근로자성 인정의 가능성이 차단돼 있다. 게다가 자유로운 시간 활용을 위해 근로자가 자발적으로 호출계약을 체결하는 경우보다는 노무비용 절감이라는 사용자측 유인에 의해 체결되는 경우가 많다는 현실적 문제도 있다. 비전형적인 계약 형태를 이용하여 노동법상 책임을 면하려는 사용자들의 시도를 규율할 방법이 필요하다는 목소리가 나오는 이유이다.

Sandra Fredman은 업무와 관련하여 사용자의 자세한 지휘 권한이 규정되어 있음에도 상호 의무성 요건 때문에 노동법의 보호를 받지 못하는 것은 불합리하다고 비판한다.<sup>25)</sup> 호출형 근로의 실태를 보면 지속적으로 일거리가 제공되고 이를 수락하는 계속성이 보인다. 따라서 카마이클 사건 항소심 판결처럼 낮은 수준의 상호의무가 존재한다고 해석하는 것이 현실에 부합한다고 주장한다. Patricia Leighton과 Michael Wynn은 계약상 상호의무가 없다 하더라도 실제 근로자가 사용자의 요구로부터 받는 압력을 고려할 것을 주장한다. 사용자와 긴밀한 관계를 유지하여 일거리를 안정적으로 공급받으려면 근로자가 사용자의 제안을 거부할 수 없다. 판례의 협소한 '의무' 개념으로는 근로자가 받는 사회적, 경제적, 심리적 압력이라는 현실을 제대로 반영할 수 없다는 것이다.<sup>26)</sup>

25) Fredman, Sandra, 앞의 논문, pp. 190~191.

26) Leighton, Patricia & Michael Wynn(2011), "Classifying Employment Relationships—More Sliding Doors or a Better Regulatory Framework?," *Industrial Law Journal* 40(1), pp. 34~35.

Davies와 Freedland는 노무제공자(worker) 해당 여부가 문제될 때에도 의무의 상호성 요건이 필요한지 비판하는 입장이다. 기존의 근로자 개념으로 보호받을 수 없는 취약한 근로자를 보호하기 위한 것은 노무제공자 개념의 입법 취지에 맞춰서 해석해야 한다는 것이다. 따라서 호출 근로자가 노무제공자로서의 권리를 주장할 때에는 의무의 상호성 요건을 적용하지 말 것을 주장한다.<sup>27)</sup>

이에 더 나아가 Collins는 근로자성의 요건으로 상호의무성이 꼭 필요한지, 그 근거가 무엇인지 의문을 제기한다. Collins는 계약법에서는 계약에 특정 수준 이상의 의무를 담을 것을 요구하지 않는다는 점을 지적하면서, 상호의무성 요건은 노동법 판례가 특이하게 고안해낸 기준에 불과하다고 한다. 법률이나 공서양속에 반하지 않는 한 양방이 자유롭게 계약을 형성할 수 있다는 계약법의 일반 원리가 노동법 영역에서 굳이 부정될 이유가 없다고 주장한다.<sup>28)</sup> Collins는 근로계약이라 해서 꼭 상호의무성이 있어야 하는 것은 아니며, 호출형 근로자의 근로실태상 근로자에 해당하는 것은 당연하다고 평가한다. 따라서 호출형 근로자에 대한 노동법적 보호에 있어서 의무의 상호성 요건은 잘못 설정된 쟁점이라고 지적한다. 오히려 각종 노동법을 규정의 적용에 요구되는 계속 근로기간 요건이 호출형 근로자 보호의 본질적인 쟁점이라고 한다.

## 호출형 근로자의 근속기간 산정

호출형 근로자의 근로자성이 인정된다 하더라도 노동법상 보호를 받기 위해서 건너야 할 관문은 여전히 남아 있다. 위에서 Collins가 지적했듯이 근로를 제공하지 않은 휴지기를 근속기간에 포함시킬 것인가의 쟁점이 있기 때문이다. 근로자권리법 제212(3)조는 질병, 업무가 임시적으로 중단된 경우 등은 근속기간에 포함하여 산정한다고 규정한다.<sup>29)</sup> 호출형 근로에서의 휴지

27) Freedland, M.(2003), *The Personal Employment Contract*, p. 478; Davies, A.L.C., 앞의 논문, p. 105.

28) Collins, H., 앞의 논문, pp. 74~75.

29) 원문은 다음과 같다.

기간이 제212(3)에서 규정하는 “업무가 임시적으로 중단된 경우”에 해당하는지가 여러 판례들에서 다투졌다. Davies는 계속적으로 노무를 제공하는데 이를 엄밀하게 계약적 측면에서 입증할 수 없는 자들을 보호하기 위한 것이 제212조의 입법취지라고 설명한다. 이러한 입법취지를 고려했을 때 호출형 근로자의 휴지기를 근속기간에 포함하는 방식으로 해석하는 것이 타당하다.<sup>30)</sup> 판례 역시 호출형 근로자에게 우호적인 방향으로 제212(3)조를 해석하는 경향을 보인다.<sup>31)</sup> 프라터(Prater)사건 판결이 대표적인 예로 호출형 방문교사의 근속기간 계산이 문제된 사건이다.<sup>32)</sup>

이 사건의 근로자는 콘월 지역의 방과후 활동 서비스 업무를 담당하여, 질병이나 정학 등으로 인해 학교에 나올 수 없는 학생들의 학습을 방문하여 도와주는 역할을 하였다. 이 근로자는 콘월 지자체와 호출계약을 체결하였는데, 10년 동안 사용자측의 일거리를 거절한 적이 없었다. 1998년 프라터 씨는 콘월 지자체와 단시간 근로계약을 체결하였고, 근로자권리법에 근거하여 ‘근속기간이 시작된 날짜’가 명시된 자신의 근로조건을 서면으로 제공할 것을 요구하였다. 호

Employment Rights Act of 1996  
212. Weeks counting in computing period.

...

(3) Subject to subsection (4), any week (not within subsection (1)) during the whole or part of which an employee is—

(a) incapable of work in consequence of sickness or injury.

(b) absent from work on account of a temporary cessation of work, [F2or].

(c) absent from work in circumstances such that, by arrangement or custom, he is regarded as continuing in the employment of his employer for any purpose, F3. ...

(d) .....

counts in computing the employee’s period of employment.

(4) Not more than twenty-six weeks count under subsection (3)(a) ... between any periods falling under subsection (1).

30) Davies, A.C.L.(2006), “Case Comment: Casual workers and continuity of employment,” *Industrial Law Journal* 35(2), p. 196.

31) Leighton, Patricia & Richard W. Painter, 앞의 논문, p. 82.

32) Comwall CC v. Prater [2006] EWCA Civ 102.

출형 근로를 하던 시기의 휴지기를 포함시킬지에 대한 양측의 입장이 나누어짐에 따라 서로 다른 근속기간의 시작 시기를 주장하게 되었다. 사용자측은 근속기간이 1998년에 시작되었다는 입장이고, 근로자측에서는 제212조에 근거하여 호출형으로 근무하던 시기의 근무기간도 모두 근속기간에 포함될 수 있다고 하였다. 이에 대하여 사용자측에서는, 호출형 근로시기에는 상호 의무가 없었기 때문에 근로자 지위가 인정되지 않기에 근속기간에 포함할 수 없다고 하였다. 항소법원은 사용자측의 주장을 기각하고, 고용심판소의 결정을 인용하여 제212조를 적용할 수 있다고 하였다. 사용자측이 인용하는 오켈리 사건 판결 등은 제212조의 적용과 관련된 사건이 아니기 때문에 당해 사건과 관련성이 없다고 하였다. 또한 호출근로 사이의 휴지기는 제212(3)의 임시적인 업무 중지 기간에 해당한다고 판시하였다.

## ■ 시사점

영국의 호출형 근로는 일정 수준과 자격을 갖춘 인력 풀(pool)을 이용하면서도 노동법상 책임을 줄이고자 하는 전략의 결과이다. 영국과 달리 한국에서는 이런 형태의 호출계약을 둘러싼 분쟁이 눈에 띄지 않는다. 이는 영국과 같은 호출형 근로가 극소수에 불과하기 때문일 수도 있다. 영국의 호출형 근로는 한국의 일용직이나 반복 갱신 기간제에 가깝다고 볼 수 있으나, 전체 기간을 아우르는 호출계약을 체결한다는 점, 근로제공 기간이 기간제에 비해 매우 짧다는 점에서 차이를 보인다. 그러나 다른 한편으로는 노동시장에서 최소한의 조직화도 안 된 취약집단이기 때문에 아예 노동법적 분쟁이 드러나지 않기 때문일 수도 있다.

한국의 불안정한 고용관계를 규율함에 있어서, 영국의 사례는 유연성을 목적으로 고용관계를 불안정하게 만드는 유형이 매우 다양하다는 점을 보여준다. 이에 따라 근로자성 인정 여부, 근속기간 산정 방식 등의 노동법적 쟁점이 발생함을 보여준다. 영국의 판례는 기존의 노동시장(정규직 중심)을 상정한 노동법 해석이 불안정하고 비전형적인 고용관계를 규율함에 있어 한계를 갖고 있음을 잘 보여준다. **KL**