

단시간근로자에 대한 법적 쟁점*

박 귀 천**

1. 서론

통계청의 2017년 12월 발표에 따르면 기간제근로자의 비율은 다소 정체상태인 반면 단시간 근로자는 증가하고 있고, 남녀 모두 청소년과 고령자의 단시간근로 비중이 높는데 특히 여성의 경우 전 연령대에서 단시간근로 비중이 증가하고 있다. 그런데 단시간근로자의 41.2%는 최저 임금 미만의 임금을 받고 있다고 파악되어¹⁾ 단시간근로자의 근로조건이 상당히 열악한 수준임을 짐작할 수 있다.

단시간근로자의 실태 조사연구는 적잖이 이루어지고 있지만, 단시간근로자에 관한 법제연구는 기간제근로자 등 다른 비정규직에 비해 그다지 활발하게 이루어지지 않았다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법) 제정 당시의 논의도 주로 기간제근로자의 처우 개선에 관한 내용에 초점이 맞추어져 있었다.

이 글에서는 비정규직 관련 법제 연구에서 그동안 상대적으로 소홀히 되었다고도 볼 수 있는 단시간근로자에 대한 법 규정을 중심으로 특히 초단시간근로자의 의미, 단시간근로자의 비교대상근로자로서 통상근로자의 의미, 단시간근로자의 초과근로를 중심으로 법적 쟁점에 대해 검토해 본다.

* 이 글은 한국노동연구원에서 진행한 포럼을 바탕으로 2018년 1월 출판된 『비정규직 대책의 현황과 과제』의 일부 내용을 요약·정리한 것이다.

** 이화여자대학교 법학전문대학원 교수(kcpark10@ewha.ac.kr).

1) 통계청(2017), 『한국의 사회동향』, pp.145~146.

II. 초단시간근로자와 근로시간

현행법상 단시간근로자는 “1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자”이다(근로기준법 제2조 제1항 제8호). 기간제법은 근로기준법상의 단시간근로자를 기간제법의 단시간근로자로 정의하고 있으므로(기간제법 제2조 제2호), 기간제법상 단시간근로자의 의미는 근로기준법상 단시간근로자의 정의 규정에 따라 이해한다.

한편 근로기준법 제18조에서는 특히 “4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자”(소위, 초단시간근로자)에 대하여 근로기준법 일부 규정(제55조 유급휴일규정 및 제60조 연차유급휴가규정)을 적용하지 않도록 하고 있다. 또한 기간제법 시행령에서는 초단시간근로자를 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 유형의 하나로 규정하고 있고(기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호), 「근로자퇴직급여 보장법」(이하, 퇴직급여법)에서는 퇴직금을 주지 않아도 되는 근로자로 규정하고 있다(퇴직급여법 제4조 제1항 단서). 「국민연금법」은 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”인 경우 근로자에서 제외하도록 함으로써 이들이 국민연금법상 직장가입자가 아니도록 하고 있고(국민연금법 시행령 제2조 제4호), 「국민건강보험법」에서도 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”의 경우 직장가입자에서 탈퇴할 수 있도록 규정하고 있다. 「고용보험법」은 “1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)”에게는 적용되지 않는다(고용보험법 제10조 제2호, 시행령 제3조 제1항).

초단시간근로자는 근로자임에도 불구하고 근로계약상의 소정근로시간에 기초하여 사실상 1주 15시간 이상 근로를 제공하는 근로자와는 다른 노동법 및 사회보장법상의 처우를 받고 있는 것이다. 그런데 만일 초단시간근로자가 근로계약을 체결할 때의 소정근로시간은 1주 15시간 미만이었지만, 실제 일한 실근로시간은 1주 15시간 이상이어도 여전히 초단시간근로자인지 여부에 대한 의문이 발생한다.

특히 최근 공공부문 비정규직 근로자들을 정규직으로 전화하는 과정에서 초단시간근로자들의 지위가 문제되고 있다. 초단시간근로자들은 대개 정규직 전환의 대상이 아니기 때문이다. 예컨대 최근에 초단시간근로자로 분류됨으로써 정규직 전환대상으로부터 제외된 한 근로자가 소송을 제기한 사건이 있다.²⁾ 이 근로자는 근로계약상으로는 소정근로시간을 14시간으로 정해 두었지만, 실제로는 근무기간 중 일상적인 연장근로를 함으로써 실근로시간은 15시간 이상

이었지만 초단시간근로자로 분류됨으로써 정규직 전환대상으로부터 제외된 것에 대한 이의제기를 한 것이다. 또한 앞서 2014년 대법원 판결³⁾에서 문제된 사건을 보면 초단시간근로자라도 휴게시간을 대기시간처럼 운용하는 경우 휴게시간 역시 근로시간에 포함되기 때문에 초단시간근로자가 아니게 되는 상황이 초래되는 경우도 있음을 알 수 있다. 이러한 사건들을 통해 초단시간근로자의 근로시간에 대해 생각해 볼 필요가 있다.⁴⁾

사용자가 근로계약서상 소정근로시간대로 근로시간을 요구하지 않고 휴게시간을 대기시간으로 이용한다거나, 초과근로를 요구한다거나 했을 때 문제가 발생하는데 때로는 초단시간근로형태가 퇴직금지급이나 사회보험가입 등의 부담을 피하기 위해 형성되는 경향이 있다.

만일 초단시간근로자가 실제 근로수행과정에서 연장근로 등을 통해 소정근로시간 이상의 근로를 제공하고, 그에 따라 실근로시간이 통상근로시간보다는 짧지만 1주 15시간(사회보험법의 경우에는 1월 60시간) 이상이 되었다면, 그 근로자는 일반적인 단시간근로자와 동일한 처우를 받아야 할 것이다.

Ⅲ. 단시간근로자의 비교대상근로자 : 통상근로자

1. 기간제법상 단시간근로자의 비교대상근로자의 문제⁵⁾

기간제법 제8조에서는 단시간근로자에 대한 차별적 처우를 금지하면서 비교대상근로자를 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”라고 하고 있고, 법원은 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 단시간근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다고 실시하고 있다.⁶⁾

2) 서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52108 판결.

3) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결.

4) 박은정(2017), 「초단시간근로자 유형 규정과 근로시간」, 『노동판례리뷰 2017』, 한국노동연구원, pp.323~327 참조.

5) 이 부분은 박은정(2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, pp.8~11의 내용을 정리한 것이다.

그러나 단시간근로자에 대한 비교대상근로자인 통상근로자가 당해 사업 또는 사업장 내에 존재하지 않거나 확인할 수 없는 경우 단시간근로자임을 이유로 하는 차별적 처우의 주장을 할 수 없게 된다.

이와 같은 문제를 고려했기 때문인지, ILO의 단시간근로에 관한 협약(C175 - Part-Time Work Convention, 1994)에서는 단시간근로자를 “정상적인 근로시간이 비교가능한 통상근로자(comparable full-time worker)의 근로시간보다 적은 근로자”라고 정의하면서, “비교가능한 통상근로자”는 원칙적으로 동종의 고용관계하에 있거나, 동종 또는 유사업종에 종사하고 있거나, 동종 사업장에 고용되어 있는 경우를 의미하는 한편, 동종 사업장 내 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 기업에, 동종 기업에 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 업종에 종사하는 통상근로자로서까지 그 비교대상근로자를 확대하고 있다. 아래에서 살펴보는 독일의 단시간 및 기간제 근로에 관한 법률(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, 이하 TzBfG)에서도 비교대상근로자를 해당 산업분야에서까지 찾을 수 있도록 규정하고 있다.

2. 독일법(TzBfG)상 단시간근로자의 비교대상근로자에 관한 논의

TzBfG에 따르면 단시간근로자라 함은 비교가능한 통상근로자(vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer)⁶⁾에 비하여 통상적인 주간 근로시간이 짧은 근로자이다(제2조 제1항 1문). 만일 통상적인 주간 근로시간에 대한 합의가 없다면 1년의 기간의 한도 내에서 고용기간 동안의 통상적인 평균 근로시간이 비교가능한 통상근로자보다 짧은 근로자는 단시간근로자에 해당된다(제2조 제1항 2문). 즉 통상적인 주간 근로시간을 비교하여 단시간근로자인지 여부를 결정하되, 통상적인 주간 근로시간에 관한 약정이 없는 경우에는 1년을 평균하여 통상근로자와의 근로시간을 비교하여 근로시간이 짧은 자가 단시간근로자가 되는 것이다.

TzBfG 제4조 제1항은 단시간근로자에 대한 차별금지에 대해 규정하고 있다. 단시간근로자는 단시간근로로 인하여 비교가능한 통상근로자에 비하여 열악한 대우를 받아서는 안 된다. 다만 다르게 대우하는 것이 “객관적 사유(sachliche Gründe)”에 의해 정당화될 수 있는 경우에는 예외로 한다. 단시간근로자에게는 임금 또는 기타 분할 가능한 금전적 가치 있는 급부가 최소한 비교가능한 통상근로자의 근로시간에 대한 단시간근로자의 근로시간 만큼에 비례하는 범위 내에서 보장되어야 한다. 즉 임금 및 기타 분할 가능한 금전적 가치 있는 급부에 대해서는 시간비례원칙이 적용되고 있다.

6) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결.

7) 동법에서는 영어의 “full-time worker”에 해당되는 “vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer”라는 용어를 쓰고 있지만, 본고에서는 우리 현행법에서 사용하고 있는 “통상근로자”라는 용어를 사용하기로 한다.

단시간근로자의 비교대상근로자가 존재하는지 여부에 대한 확인은 다음과 같이 단계별로 이루어지게 된다.⁸⁾

첫 번째 단계에서는 사업장 내의 통상근로자 중에서 비교대상자의 존재 여부를 확인한다. 비교대상자의 확인은 원칙적으로 기업이나 기업집단(Konzern) 단위가 아닌 사업장 단위에서 이루어지게 된다. 동일한 종류의 근로관계에 있고 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 당해 사업장 내의 통상근로자가 단시간근로자와 “비교가능한 통상근로자”, 즉 비교대상근로자에 해당된다(제2조 제1항 3문). ‘동일한 종류의 근로관계’와 관련하여, 근로관계의 종류는 예컨대 근로관계가 기간제 근로관계, 기간을 정하지 아니한 근로관계 등으로 구별되고, 법문에 따르면 이러한 근로관계들은 비교될 수 없다고 해석된다.⁹⁾

두 번째 단계에서는 만일 당해 사업장 내에 비교가능한 통상근로자가 존재하지 않는다면 적용 가능한 단체협약을 근거로 하여 비교가능한 통상근로자가 정해질 수 있다(제2조 제1항 4문). 적용 가능한 단체협약이 다수일 경우에는 해당 산업에서 가장 많은 사용자들이 적용하고 있는 단체협약을 중심으로 판단한다.¹⁰⁾

세 번째 단계에서는 만일 직접 적용 가능한 단체협약이 없다면 각 산업부문에서 관행적으로 비교가능한 통상근로자로 볼 수 있는 자를 기준으로 하게 된다(제2조 제1항 4문). 이와 같이 사업장 단위를 넘어 이루어지는 비교대상자 선정 기준은 일반적으로 근로조건이 산별 차원에서 산업별 단체협약을 통해 결정되는 독일의 상황을 반영한 것으로 해석된다.

한편, 연방노동법원은 단시간근로자와 비교가능한 통상근로자의 노동은 양적으로만 다른 것이지, 질적으로 다른 것은 아니라고 한다.¹¹⁾ TzBfG상 사업장 내의 비교가능한 통상근로자를 확인하는 경우 ‘업무의 동일성’이라 함은 노동과정의 일치하고 근로자가 기술적으로 동일한 일자리에서 각각 혹은 연달아 같은 업무 또는 같은 종류의 업무를 수행하는 경우를 의미한다. 근로자들이 동일한 업무를 수행한다고 하기 위해서는 해당 업무에 근로자를 끼워 넣기 위한 시간 없이 근로자가 바로 교체될 수 있어야 한다. 업무의 활동이나 특징들이 서로 다른 경우에는 주로 수행되는 활동에 근거하여 판단되어야 한다.¹²⁾

‘업무의 유사성’이라 함은 업무에 대한 요구사항이 포괄적으로 일치하고 짧은 시간 동안 해당 업무에 근로자를 끼워 넣어 교체할 수 있는 경우를 의미한다.¹³⁾ 사용자가 작성한 직무기술

8) BT-Drucksache, 14/4374, p.15; Schaub(Hrsg.)(2017), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., C. H. Beck, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

9) Schaub(Hrsg.)(2017), 위의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

10) Preis(Hrsg.)(2017), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., TzBfG § 2, Rn. 2.

11) BAG 19.4.2016 - 3 AZR 526/14 = NZA 2016, 820.

12) BAG 23.8.1995 AP Nr. 48 zu § 612 BGB = NZA 1996, 579.

13) Schaub(Hrsg.)(2017), 위의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

서(Stellenbeschreibung)나 직무분류(Eingruppierung)도 업무의 동일성이나 유사성을 판단하는 근거가 될 수 있다.¹⁴⁾

TzBfG상 업무의 동일 또는 유사성을 판단함에 있어서 다음의 다섯 가지 사항 중 하나에 해당하면 동일 또는 유사성을 충족하는 것으로 추정한다. ① 일자리 또는 활동에 관한 근로계약 서상의 명시적인 내용이 동일한 경우, ② 근로계약서상 서로 상이한 직종으로 표기된 경우라도 근로자들이 상호 대체가능한 경우(단, 대체가능성은 동일성 판단의 필요조건이 아님), ③ 비교 대상이 되는 근로자들이 하나의 임금군에 속한 경우, ④ 같은 시기에 여타의 근로조건들은 모두 동일하나 단지 서로 다른 사업 소속이거나 서로 다른 나이 때문에 상이한 임금군으로 분류된 경우, ⑤ 비조합원으로 단체협약에 구속되지는 않으나 하나의 사업에 근무하는 두 근로자가 하나의 단체협약상 임금군에 가정적으로 동일하게 편성된 경우.¹⁵⁾

Ⅳ. 단시간근로자의 초과근로¹⁶⁾

기간제법 제6조는 단시간근로자에 대한 초과근로에 “근로자의 동의”를 요구하고 있고, 초과근로시간을 1주 12시간으로 제한하며, 단시간근로자에게 초과근로에 대한 거부권을 명시적으로 인정하는 한편, 초과근로에 대해서는 통상임금의 50%의 가산임금을 지급할 것을 규정하고 있다. 그런데, 초과근로를 통해 단시간근로자의 근로시간이 통상근로자의 근로시간과 같아지거나 길어지는 경우도 있을 수 있다. 법상 단시간근로자에 대한 초과근로를 금지하는 것은 아니고, 초과근로를 통한 총근로시간의 시간 수를 제한하는 규정이 있는 것도 아니기 때문이다.

초과근로에 대한 단시간근로자의 동의와 관련하여서는 몇 가지 불명확한 점들에 대한 의문이 제기된다. 먼저, 근로기준법에서도 사용자는 “당사자 간에 합의”한 경우 근로자에게 초과근로를 시킬 수 있도록 규정하고 있는데, 근로기준법이나 기간제법 모두 “합의” 내지 “동의”의 방법 혹은 조건에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않다. 다만 판례는 근로기준법상 초과근로에 대한 합의는 원칙적으로 사용자와 근로자의 개별적 합의를 의미하고, 근로계약 등으로 개별 근로자와의 초과근로에 관한 합의를 미리 하는 것도 가능하다고 보고 있다.¹⁷⁾ 또한 합의의 방식에는 특별한 제한이 없고, 개별 근로자의 합의권을 박탈·제한하지 않는 범위에서는

14) Schaub(Hrsg.)(2017), 앞의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

15) 중앙노동위원회(2006), 『차별시정제도 참고자료』, p.26.

16) 박은정(2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, pp.20~25의 내용을 중심으로 정리한 것이다.

17) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결.

단체협약에 따른 합의도 무방하다고 보는 것이 판례의 입장이다.¹⁸⁾ 그렇다면 단시간근로자의 초과근로에 대해서도 이와 같은 근로기준법상 초과근로에 대한 근로자의 합의로 충분하다고 할 것인지 의문이 제기된다.

다음으로 기간제법상 단시간근로자의 초과근로에 대한 거부권은 근로기준법에는 없는 내용이다. 현실적으로 근로자들이 사용자의 초과근로요구에 대해 거부하기 어렵다는 점을 고려하여 이를 특히 명시하였다고 이해할 수 있다. 또한 기간제법은 단시간근로자가 사용자의 부당한 초과근로요구를 거부한 것을 이유로 하는 해고 그 밖의 불리한 처우도 금지하고 있으며(기간제법 제16조), 이를 위반한 경우 사용자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(기간제법 제21조), 단시간근로자의 동의 없이 초과근로를 하게 하는 것만으로도 1천만 원 이하의 벌금형에 처해질 수 있도록 하고 있다(기간제법 제22조). 기간제법에서는 단시간근로자의 “동의”와 “거부”가 벌칙 적용의 요건이 되고 있음이 분명하다. 이는 단시간근로자의 초과근로에 대한 동의가 명시적이고 구체적일 것을 요구하는 것으로 이해할 수 있고, 나아가 단시간근로자의 근로일 및 근로일별 근로시간은 서면근로계약에 포함되어야 할 내용임으로(기간제법 제17조), 기간제법 제6조에서 직접 밝히고 있지 않기는 하지만 초과근로에 대한 동의 또한 서면으로 이루어져야 하는 것으로 해석된다.

근로기준법 시행령 [별표 2]의 ‘단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항’에서도 사용자는 근로자와 합의한 경우에만 초과근로를 시킬 수 있는 것으로 다시 한번 확인하고 있는 한편, “사용자는 단시간근로자를 소정 근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서나 취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하며, 초과근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급률을 명시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 초과근로의 “내용 및 정도를 명시”해야 한다는 것이 불분명하지만, 이것을 근로기준법상 초과근로에 대한 “포괄적 합의”의 수준으로 이해해서는 안 될 것이고, 기간제법의 취지에 맞게 이 부분이 수정되는 한편, 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의의 방법을 좀 더 구체화시킬 필요가 있다.

한편 기간제법은 단시간근로자의 초과근로를 단시간근로자의 “동의”하에서 허용하고 있는데 단시간근로자의 동의가 있다면 상시적 초과근로도 가능한 것인지 의문이 제기된다. 기간제법이 단시간근로자의 초과근로의 내용을 금지하지 않고 있고, 또한 근로자의 동의가 있다면 1주 12시간의 범위 내에서 초과근로제공이 가능하므로 형식상 불가능하지는 않을 것이다. 그러나 이것이 허용된다면 단시간근로계약은 단시간근로계약으로서의 의미를 상실한다. 단시간근로자의 초과근로시간에 대한 할증임금제도 도입 취지는 결국 단시간근로계약을 체결한 단시간근로자가 진정한 단시간근로자로서 근로를 제공하도록 하자는 것, 만약 단시간근로자가

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

초과근로를 함으로써 실질적으로는 단시간근로자로서의 본질을 상실하게 되는 경우라면 단시간근로계약을 이용하지 않을 것을 요구하는 것이 된다. 따라서 1주 12시간 이내의 초과근로를 가능하도록 하는 현재의 조문규정을 유지한다 하더라도 단시간근로자의 실근로시간이 통상근로자의 근로시간보다 같거나 많아지지 않도록 할 필요가 있을 것이다.

V. 결 론

비정규 일자리 중 기간제를 활용하는 비율 상승은 다소 정체상태인 데 비해 단시간근로자의 비율은 증가하고 있다는 점은 단시간근로자의 법적 지위와 보호에 관한 재고의 필요성을 생각하게 한다. 법적 쟁점 가운데 가장 시급하게 보완되어야 할 부분은 단시간근로자의 비교대상에 관한 것이라고 할 것이다. ILO의 단시간근로자협약이나 독일법과 같이 비교대상근로자가 동일 사업 내에 존재하지 않는 경우를 상정하고 있는 것은 특히 비교법적으로 시사를 받아야 할 것으로 보인다. 그 외, 초단시간근로자의 보호에 관한 문제, 단시간근로자의 초과근로에 관한 문제 등에 대한 입법적 보완도 요구된다. **KLI**

[참고문헌]

박은정(2017), 「초단시간근로자 유형 규정과 근로시간」, 『노동판례리뷰 2017』, 한국노동연구원, pp.323~327.

_____ (2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, pp.8~11.

중앙노동위원회(2006), 『차별시정제도 참고자료』.

통계청(2017), 『한국의 사회동향』.

BT-Drucksache, 14/4374.

Preis(Hrsg.)(2017), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., TzBfG § 2, Rn. 2.

Schaub(Hrsg.)(2017), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., C. H. Beck, § 43. Teilzeitarbeit.