



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

권 오 성 교수 지도

박사학위 청구논문

도급제 노동의 보수 보호에 관한 연구

2024

성신여자대학교 대학원

법학과

이 셋 별

도급제 노동의 보수 보호에 관한 연구

권 오 성 교수 지도

이 논문을 박사학위 논문으로 제출함

2024년 4월

성신여자대학교 대학원


법학과


이 셋 별


인 준 서


이섿별의 박사학위 논문으로 인준함


2024년 06월

심사위원장 김봉수 

심사위원 김연식 

심사위원 권은성 

심사위원 박기천 

심사위원 박은정 

성신여자대학교 대학원

논문개요

본 연구는 ‘생산고에 따른 임금’을 받는 도급제 근로자의 임금에 관한 현행 법령을 분석하고, 이를 통하여 도급제 근로자의 임금 수준 보호에 관한 합리적인 해석론과 약간의 입법론을 모색함을 목적으로 한다. 이를 살펴보기 위해 선 현행법이 정하고 있는 도급 근로자의 임금 보호를 위한 규정 해석이 선행되어야 한다. 현재 근로기준법 제47조는 도급 근로자에게 ‘근로시간에 따라 일정액의 임금’을 보장해야 할 것을 규정하고 있다. 최저임금법 제5조 제1항에서는 최저임금액을 시간급 단위로 정해야 한다고 규정하고 있다. 하지만 동조 제3항에서는 도급제 임금을 적용받는 자로서 제1항에서 정한 것과 같이 시간에 따라 최저임금액을 정하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되면 대통령이 정하는 바에 따라 ‘생산고 또는 업적의 일정 단위’에 의하여 최저임금액을 정할 수 있다고 규정한다.

해당 규정들을 정리해보면, 원칙적으로 도급제 근로자라고 하여도 ‘근로시간’에 따라 최저 수준 혹은 일정 수준의 임금을 보장받아야 한다고 해석할 수 있다. 도급제 근로자의 통상임금을 산출하는 규정을 둔 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호에서도 도급 근로자의 ‘총 근로시간 수’에 따라 통상임금 수준이 결정됨을 알 수 있다. 그러나, 현재 도급 근로자의 ‘근로시간’을 두고 다양한 해석들이 제시되고 있다. 도급 근로자에게 적용되는 ‘총 근로시간 수’는 ‘실제 작업에 투입된 실근로시간’이라고 주장하는 견해가 있는가 하면, 소정근로시간과 같이 ‘미리 정해져 있는 특정한 근로시간’이라고 보는 견해도 있다. 근로시간을 전자와 같이 해석한다면, 도급제 근로자의 근로시간은 유동적인 속성을 가지는 것이 되고, 후자와 같이 해석한다면 시간급제 근로자와 같이 근로시간은 고정적인 속성을 가진 것이 된다. 따라서 법문에서 정하고 있는

도급제 근로자의 ‘근로시간’이 어떠한 의미인지 먼저 해석할 필요가 있다.

반면, 최저임금법 제6조 제3항이 정하는 것처럼 근로시간에 따라 임금수준을 정하는 것이 적정하지 아닐 때도 있다. 최저임금법 시행령 제4조에 따르면, 이러한 경우는 도급제 근로자의 근로시간 파악이 어렵거나 그 밖에 사정으로 인해 시간에 따른 최저임금액을 정하는 것이 적합하지 않다고 인정되는 경우이다. 도급제 근로자라고 하여도 근로시간 파악이 어려운 경우엔 시간에 따른 최저임금액이 아닌 ‘생산고 단위당’의 최저임금액이 정해져야 한다는 것이다.

이를 바탕으로 도급제 근로자는 ① 근로시간 파악이 쉬운 경우에 적용되는 임금 수준과 ② 근로시간 파악이 어려운 경우에 적용되는 임금 수준이 달라야 함을 알 수 있다. 따라서 도급제 근로자의 근무형태 등을 파악하여 ① 근로시간에 따라 임금 수준을 보호하는 것과 ② 생산단위에 따라 임금 수준을 보호하는 것으로 나누어 보호 방안을 마련하는 것을 본 연구의 목적으로 삼는다. 더불어 ③ 현행법상 한계로 인하여 도급 임금의 받는 자의 근로기준법상 근로자성 지위가 인정되지 않는 경우, 어떠한 보호 방안을 논의할 수 있을지도 추가로 검토해본다.

주제어: 도급제, 도급근로자, 플랫폼노동자, 총 근로시간 수, 근로기준법 제 47조, 최저임금법 제5조 제3항

목 차

논문 개요

제1장 서론	1
제1절 연구 배경과 필요성	1
제2절 연구 목적	5
제3절 연구 범위	6
제2장 도급제 보수의 전개	8
제1절 서설	8
제2절 해외의 사례	9
1. 일본에서의 도급제 임금	9
2. 유럽에서의 가내노동자 보호	11
제3절 우리나라에서의 도급제 보수의 전개	15
1. 1970년대 이전의 상황	15
(1) 일제강점기 경공업 분야에서의 도급제 임금	15
(2) 탄광 광부의 도급제 임금	17
(3) 정리	19
2. 1970년대 이후의 상황	20
(1) 택시 근로자의 도급제 임금	20
(2) 경공업 분야의 도급제 임금	22

(3) 정리	25
제4절 도급제 보수의 현대적 상황	27
1. 서비스 산업 시대의 도급제 임금	27
2. 플랫폼 노동자와 도급제 임금	28
제5절 소결: 도급제 임금형태의 시대적 변천	30
1. 시간의 산업화: 초기 산업혁명과 대량생산 시대의 노동과 도급제	30
2. 디지털 시대의 테일러리즘: 도급제의 현대적 재등장	35
제3장 도급제 노동자에 관한 법 제도의 현황 및 한계	42
제1절 도급제 근로자의 개념	42
1. 근로기준법상 '도급' 제도의 연원	42
(1) 근로기준법 제정 이전의 상황	42
(2) 1953년 제정 근로기준법 제39조의 도급 근로자	44
(3) 근로기준법 제47조 '도급'의 의미	47
2. 근로기준법 제47조의 '도급'과 민법상 도급계약의 관계	48
(1) 문제의 소재	48
(2) 민법상 '도급'과 근로기준법상 '도급'의 의미	49
(3) 정리 및 검토	53
제2절 도급제 보수를 받는 자의 근로기준법상 근로자성	55
1. 서설	55
2. 경공업 분야에서의 '도급 근로자'	57
(1) 근로기준법상 근로자성을 인정하지 않은 사례	57

(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례	60
3. 도급제 택시기사의 근로자성	63
(1) 서설	63
(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례	64
4. 서비스업 분야에서의 '도급 근로자'	66
(1) 근로기준법상 근로자성을 인정하지 않은 사례	66
(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례	68
제3절 임금 및 최저임금 규제의 적용 방법	71
1. 도급 근로자의 통상임금	71
(1) 통상임금 정의 규정에서의 도급 금액의 취급	71
(2) 통상임금에 관한 주류적 해석	73
(3) 도급제 임금에서의 통상임금	79
2. 통상임금 요건 중 총 근로시간 수	83
(1) 주류적 해석	83
(2) '총 근로시간 수'에 관한 해석론	84
(3) 검토	88
3. 도급 근로자의 최저임금	90
(1) 도급 금액의 최저임금에 관한 규정	90
(2) 도급 근로자로서 근로 시간 파악을 할 수 있는 경우	91
(3) 도급제 보수를 받는 자로서 근로 시간 파악이 어려운 경우	106
제4장 도급제 보수의 보호 방안	115
제1절 논의의 틀	115

제2절 도급제 보수에 대한 고정급의 하한을 보장하는 방식	116
1. 국내의 사례	116
(1) 택시업종 전액관리제 배경	116
(2) 전액관리제 내용	117
(3) 시사점	119
2. 해외의 사례	120
(1) 캘리포니아주 의류 노동자 보호법	120
(2) 캘리포니아 노동법전 중 도급제 휴게시간 보상 관련 조항	124
제3절 도급제 임금의 최저수준을 정하는 방안	128
1. 국내의 사례	128
2. 일본 가내 노동법상 최저 공임제	128
3. 영국 국가최저임금법상 도급제 노동자의 공정 단가	134
제4절 플랫폼 노동자의 최저보수 보장 방안	141
1. 뉴욕시 앱 기반 배달원의 최저임금: 다중앱 사용과 앱 이용률을 고려한 보상 방식	141
(1) 배경	141
(2) 내용	142
(3) 시사점	145
2. 캘리포니아주의 앱 기반 운전자 최저임금: 시간과 주행거리 기준 보상 방식	146
(1) 배경	146
(2) 내용	147

(3) 시사점	148
3. 시애틀시의 앱 기반 노동자 최저임금: 시간 및 거리 기반 보상에 필요 경비를 고려하는 방식	149
(1) 배경	149
(2) 내용	150
(3) 시사점	152
제5절 소결	152
제5장 결론	155
제1절 논의의 요약	155
제2절 도급제 보수의 보호방안	160
1. 도급제 보수를 받는 자가 근로기준법 근로자로 인정받는 경우	160
(1) 근로 시간에 따라 고정급 하한을 보장할 것	160
(2) 최저임금법 제5조 제3항에 따라 생산고에 따른 최저임금액을 정할 것	161
2. 도급제 보수를 받는 자가 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하는 경 우	163
제3절 논의의 마무리	167
참고문헌	
ABSTRACT	

<표 차례>

<표 1> 일본 최저공임	130
<표 2> 뉴욕시 앱 기반 배달원 최저임금	142

제1장 서론

제1절 연구 배경과 필요성

현행 근로기준법에서 정하는 임금체계는 두 가지다. 하나는 시간 단위에 따른 임금이고, 또 다른 하나는 생산고에 따른 임금이다. 전자를 시간급, 후자를 도급이라고 말한다. 근로기준법 제47조에도 도급제 근로자에 관한 규정을 두고 있다. 해당 조문에서는 ‘사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.’라고 규정한다. 즉, 작업 단위당 임금을 받는 도급제 근로자도 시간급 근로자처럼 ‘근로시간에 따라 일정액의 임금’을 보장받아야 한다고 규정하고 있다. 더불어 근로기준법 시행령 제6조 제2항에선 도급 임금의 통상임금 구하는 방식에 관한 규정을 두고 있다.

한편, 최저임금법 제5조 제3항에서는 도급제 임금에 대한 최저임금액을 정하는 방식에 관한 규정이 있다. 이 조항에 따르면, 도급제 근로자의 최저임금액은 원칙적으로 시간급으로 표시해야 한다. 다만, 시간에 따라 최저임금액을 정하는 것이 적당하지 않다고 여겨지면 ‘생산고 또는 업적의 일정 단위’에 따라 최저임금액을 정할 수 있다.

하지만 도급제 임금을 적용받는 자의 적정한 임금 수준 혹은 최저 수준의 임금을 정하는 문제는 오랫동안 논의되지 않았다. 그동안 주된 근로계약의 형태는 시간급 형태였기 때문이다. 도급제 근로자의 임금 수준을 보호하는 규정인 근로기준법 제47조는 근로기준법이 제정된 1953년부터 존재해왔다. 근로기준법이 제정되던 그 당시, 노동집약적인 산업에서 도급제는 드물지 않았다. 그땐 기계가 생산량을 완전히 조절할 수 있을 정도로 발전되지 않아 근로자의 숙련도에 의존해야 했다. 이때, 효율적으로 생산량을 올리는 방법 중 한 가지

가 근로자들에게 작업 단위당 임금을 지급하는 ‘도급제’를 적용하는 것이었다. 대표적인 산업으로 방직업과 탄광업 등이 있다.

이러한 흐름은 1970년대까지 이어졌다. 산업화 및 수출 경제가 본격적으로 시작되던 이때, 섬유·제과·가발 등 노동집약적이고 유행에 빠르게 대처해야 하는 경공업 분야에서 근로자들은 도급제 임금을 받았다. 그러나 이후엔 각 산업에 컨베이어 벨트 및 자동화 기계 도입으로 인해 기계가 생산량을 완전히 조절할 수 있게 되었다. 이러한 기술 발전으로 도급제는 빠르게 사라지고, 시간급이 보편화 되었다.

게다가 도급제는 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하는 주된 원인이었다. 현재 대법원은 2006년 이후, 근로계약에서 ‘기본급이나 고정급을 정하였는지는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 여지가 크기 때문에 기본급이나 고정급의 정함이 없다고 하더라도 이를 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정할 수 없다는 입장이다.¹⁾ 그 이전엔 대법원은 ‘기본급과 고정급’의 유무를 근로기준법상 근로자성을 판단하는 지표 중 하나로 보았다.²⁾ 이는 임금 형태상 기본급이나 고정급이 존재할 수 없는 도급제 임금을 받는 자의 근로기준법상 근로자성을 부정하는 요소로 작용하기도 했다.

또한, 대법원이 제시하는 근로자성을 판단하는 요소로 ‘업무 수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 받는지’와 더불어 ‘사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 당하는지’도 있다. 이 역시 도급제 임금을 받는 자가 근로자성을 인정받는 데 불리한 요소다. 일제강점기 시절부터 산업화 시대에 이르기까지 경공업 분야에서 흔히 볼 수 있던 도급제는 ‘작업자의 숙련’을 전제로 적용되었다. 따라서 작업과정에서 사용자의 구체적 지시와 감독이 필요하지 않은 경우가 많았다. 대표적으로 봉제공이나 미싱사 등이 있다. 도급제가 내포하는 요소들은 대법원이 제시하고 있는 ‘사용종속관계’를

1) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

2) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732판결.

희미하게 만든다. 이 같은 기준은 결과적으로 도급제 임금을 받는 자들의 근로기준법상 근로자성을 인정받는 데 불리하게 적용된다. 이는 그동안 도급제 임금을 받는 자들에 대한 보호 논의가 근로기준법 테두리 안에서 활발하게 이루어지지 못했던 원인이라고도 생각한다.

한편, 서비스업은 전통적인 제조업과는 달리 근로자들이 소비자들을 직접 만나 무형의 용역을 제공하는 방식으로 이루어진다. 일하는 방식의 변화는 근로자들이 사업장을 벗어나 업무 수행을 가능하게 만들었다. 대표적으로 화물·여객 등 운송업이나 보험 영업, 정수기 설치 및 유지 관리 서비스 등이 있다. 이와 같은 업종에서는 용역을 제공하는 자가 소비자를 대면하고, 소비자의 일정에 맞추어 일정을 조절한다. ICT 기술의 발전은 사업장 안과 밖의 경계를 더욱 희미하게 만들었다. 따라서 외형상론 이전과 달리 근무 장소와 시간에 구속되지 않는 근무형태가 가능하게 되었다. 더욱이 암묵적으로 정해진 근무시간이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 의도적으로 계약서에 작성하지 않아 외형상 근로시간이 없는 것처럼 보이는 사례도 있다. 이는 도급제 임금을 받는 자의 근로기준법상 근로자성을 더욱 모호하게 만드는 요인이 되었다.

그동안 대법원은 서비스 업역에서 건당 보수를 받으며, 사업장 밖에서 노무를 제공하는 자의 근로기준법상 근로자성을 줄곧 부정해왔다.³⁾ 하지만 2020년대에 들어와 이들의 근로기준법상 근로자성 인정과 더불어 근로기준법 제 47조가 정하는 ‘도급 근로자’임을 인정하는 판결들이 나오기 시작했다.⁴⁾ 법원은 이들의 근무형태가 근무시간 및 장소에 대해 사용자로부터 엄격한 제한을 받지 아니한다는 점을 인정하면서도 이는 ‘주된 업무 수행이 외부에서 이루어진다는 특성에 기인한 것’이라고 보고 있다. 근로시간에 대해서도 용역계약서에 명시하지 않았지만, 암묵적으로 정해진 근로시간이 있으며 그 시간 동안

3) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2778 판결, 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결 등.

4) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다221352 판결, 대법원 2022.03.17. 선고 2021다302155 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결 등.

사용자가 할당하는 업무를 수행해야 하는 ‘사용종속관계’에 있다고 본다. 이와 같은 추세는 전통적인 도급제를 유지해 온 경공업 분야에서도 마찬가지다. 이와 비슷한 취지로 대법원 및 하급심에서는 미싱사 및 봉제공의 근로기준법상 근로자성을 인정하는 추세다.⁵⁾

최근 이들의 근로기준법상 근로자성이 인정되면서 도급 근로자의 임금 법제 및 보호에 관한 문제도 주목받고 있다. 법원으로부터 근로자성을 인정받은 자들은 비단 근로자성 확인에 그치는 것이 아니라 주휴수당, 연차휴가수당 및 최저임금에 미달하지 않는 임금, 퇴직금 등을 요구한다. 앞서 언급한 바와 같이, 그동안 도급 근로자의 임금 문제는 크게 주목받지 못했다. 이에 따라 이들의 임금에 관한 규정에 대한 해석은 여전히 다양하고 분분하다.

컨베이어 벨트와 같은 기계화된 생산 수단의 발전으로 한때 도급 임금은 역사 속으로 사라질 것처럼 보였다. 하지만, 최근 정보통신 기술과 디지털 기술의 발전으로 도급제가 재조명되고 있다. 특히 디지털 플랫폼을 통해 제공되는 ‘온 디맨드(on-demand)’ 서비스는 언제든지 소비자의 수요에 신속히 대응하여 상품이나 서비스를 제공한다. 이러한 서비스에서는 실시간으로 변하는 수요에 맞추어 작업자는 빠르게 서비스를 제공한다. 그 보상으로 작업당 보수를 받는다.

이런 변화는 디지털 플랫폼에서 새로운 일자리를 지속해서 창출하고 있다. 이와 동시에 도급 임금을 받는 노무자들의 임금 보호 문제도 대두되고 있다. 도급제 아래에서 노무자들은 종종 최저임금의 보장을 받지 못한다. 또한, 근로시간의 불규칙성과 초과 근로에 대한 적절한 보상이 이루어지지 않는 경우가 많다.

향후 이러한 도급제 임금 문제는 더욱 주목받을 것이다. 디지털 경제 내에서 ‘온 디맨드’ 모델이 확장됨에 따라, 도급 임금을 받는 노무자의 수가 증가

5) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결, 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두61083 판결.

할 것이며, 이들의 근로조건과 임금 보호에 대한 법적, 정책적 개선이 시급히 필요하다. 따라서 현시점에서 도급 임금과 관련된 법제에 대한 명확한 해석과 함께, 근로자 보호를 위한 구체적인 방안 마련이 필요하다. 이를 통해 근로자들이 공정하고 안정적인 근로 환경에서 일할 수 있도록 지원하는 것이 중요하다.

제2절 연구 목적

본 연구는 도급제 근로자들이 받는 ‘생산고에 따른 임금’의 보호 수준을 명확히 하고, 현행법상 이들의 임금 규정을 해석하는 것을 목적으로 한다. 도급제 근로자는 특정한 작업의 완성 또는 성과에 따라 임금을 받는 근로 형태이다. 기존의 시간급 임금 체계와는 다른 접근이 필요하다. 한편, 플랫폼의 등장 및 일하는 방식의 변화는 도급제 보수를 받지만, 근로기준법상 도급제 근로자에 포섭되지 못하는 노무자들을 양산하고 있다. 이들은 근로기준법상 근로자와 비교해 사용자와의 관계에서 인적 종속성은 약하나 경제적 종속성은 강한 특징을 갖는다. 이에 따라 이 연구는 다음과 같은 세 가지 주요 목표를 설정하였다.

1. 근로시간 파악이 쉬운 경우 임금 보호: 현재 근로기준법 제47조 및 최저임금법 제5조는 도급 근로자도 시간에 따라 임금이 보장되어야 함을 명시하고 있다. 이 연구는 이러한 법적 규정이 도급제 근로자의 실제 근로시간과 어떻게 연결되는지를 해석하고, 근로시간이 명확히 파악되는 상황에서 도급제 근로자의 임금이 적절히 보호받고 있는지를 살펴본다.

2. 근로시간 파악이 어려운 경우 임금 보호: 최저임금법 제5조 제3항과 관

런 시행령은 근로시간의 파악이 어려운 경우, 생산고 또는 업적의 단위에 따라 최저임금을 설정할 수 있도록 한다. 본 연구는 이러한 조항이 도급제 근로자에게 어떠한 형태로 적용되며, 이들의 임금 보호에 있어서 어떤 문제점들이 있는가를 분석한다.

3. 도급제 보수(임금)의 근로자성 지위와 관련된 법적 한계 검토: 현행법상 도급제 근로자의 임금 받는 자의 근로기준법상 근로자성 지위가 인정되지 않는 경우가 있다. 이 연구는 도급제 근로자의 법적 지위와 그로 인해 발생할 수 있는 임금 보호의 한계를 논의하고, 이를 해결하기 위한 법적 및 정책적 방안을 모색한다.

본 연구는 도급제 보수를 받는 자들의 효과적인 임금 보호방안을 모색하고, 관련 법 제도의 개선점을 도출하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 현행 법률의 규정과 판례들을 검토하고, 이들에 대한 구체적인 보호 방안을 모색한다.

제3절 연구 범위

본 연구는 도급제 보수를 받는 노무자들의 임금 수준을 보호하는 방안을 마련하는 것을 목표로 한다.

제2장에서는 1953년에 제정된 근로기준법 내의 도급제 규정의 연혁을 추적한다. 이 과정에서 민법상의 ‘도급’과 근로기준법상의 ‘도급’ 간의 의미와 어원의 차이를 분석하며, 입법 배경과 당시의 사회적 맥락을 고찰한다. 특히 근로기준법에서 정의하고 있는 ‘도급 근로자’ 및 ‘도급 임금’의 개념에 대한 면밀한 검토가 필요하다. 이와 더불어 도급제 보수를 받는 노무자들의 실제 근로 형태와 임금 지급 체계를 살펴본다. 산업혁명 시기부터 현대에 이르기까지

실제 현장에서 일하는 방식의 변화와 더불어 도급제 보수가 어떠한 역할을 했는지도 살펴본다. 이를 위해 신문 기사, 구술 자료집 등 다양한 문헌을 통해 근로 실태(實態)를 분석한다.

제3장에서는 판례와 선행연구를 통해 도급제 근로자들의 근로자성 인정, 근로기준법과 최저임금법에서의 통상임금 규정 및 임금수준 보호 규정, 그리고 근로시간에 대한 기존 법적 해석을 분석한다. 더불어 이들의 법적 지위 및 임금 보호 수준에 대한 평가와 함께 그 개선방안을 모색한다.

제4장에서는 도급제 근로자의 임금 보호 법제 마련을 위해 해외의 입법례를 검토한다. 도급제를 금지하거나 도급제 근로자의 비생산적 시간을 보상하는 미국 캘리포니아 제도, 도급제 임금의 최저 수준을 설정하는 영국의 공정 단가제, 그리고 플랫폼 노동자의 최저보수를 보장하는 뉴욕, 캘리포니아, 시애틀의 법안을 비교법적 관점에서 분석한다.

제5장에서는 앞선 논의들을 다시 한번 짚어본 후, 현행 근로기준법상 근로자성을 인정받는 도급제 근로자의 보호 방안과 근로기준법상 근로자성을 인정받기 어려운 노무자의 보호 방안을 나누어 검토한다.

제2장 도급제 보수의 전개

제1절 서설

근로기준법 제47조에서 말하는 ‘도급 근로자’가 어떠한 근로 형태를 가진 자를 말하는지 알아보기 위해선 실제로 도급제 임금을 받으면서 일한 근로자들의 근무형태를 살펴볼 필요가 있다. 근로기준법상 ‘도급제’가 민법상 ‘도급’과 구별되는 개념인지, 즉 ‘도급 근로자’ 역시 시간급제 근로자와 마찬가지로 정해진 근로시간에 구속 받는지를 확인하기 위한 목적이다.

먼저 일제 강점기를 거쳐 근로기준법 입법 당시 ‘도급제’ 임금을 적용받은 근로자들의 근무형태에 관해 알아본다. 이는 비록 대법원판결 등을 통해 인정된 근로기준법 제47조에 해당하는 ‘도급 근로자’는 아니지만, 실제로 ‘도급 임금’을 받으며 일한 근로자를 의미한다. 대표적으로 탄광에서 일하는 광부, 일제 시대 방직 공장 등에서 일한 근로자들이 있다.

그 후, 1960년대에 접어들어 본격적인 산업화가 진행되던 시기 ‘도급 근로자’들의 근무형태를 알아본다. 대표적으로는 공장에서 일하던 여공, 택시 운전자 등이 있다. 이들 역시 공식적으로 근로기준법상 ‘도급 근로자’로 인정받은 이력은 없더라도 ‘도급 임금제’의 실질적 운용 방식을 살펴보기 위한 예시로 활용한다.

다음으로 법원의 판결 등을 통해 근로기준법 제47조에 해당하는 ‘도급 근로자’의 근무형태를 구체적으로 살펴본다. 법원이 지금까지 판결을 통해 ‘도급 근로자’로 포섭한 사례로는 정수기 설치·수리기사 등이 있다. 애초 법원은 이들의 근로기준법상 근로자의 지위를 인정하지 않았다⁶⁾. 하지만 점차 법원은

6) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995, 2012. 5. 10. 선고 2010다5441 판결 등.

이들의 근로자성을 인정하는 판결을 내렸다⁷⁾.

나아가 법원은 근로자성을 인정하는 데 그치지 않고, 이들이 근로기준법상 ‘도급 근로자’에 해당한다고 판시하였다⁸⁾. 법원이 이들을 ‘도급 근로자’라고 판단한 근거는 무엇이고, 실제 이들의 근무형태는 어떠한 모습을 가지고 있었는지를 판결을 통해 살펴본다.

제2절 해외의 사례

1. 일본에서의 도급제 임금

오래전부터 일본에서는 완성된 작업이나 제품의 개수에 따라 노동자에게 임금을 지급하는 생산고급제(出來高拂制)를 어렵지 않게 찾아볼 수 있었다. 일본 노동기준법 제27조에서도 생산고급제(出來高拂制)나 그 밖의 청부제(請負制)로 임금을 지급받는 근로자의 임금 보호에 관한 규정을 두고 있는 것도 그 근거가 될 수 있다.

20세기 초반 일본에서 노동자는 ‘와타리쑷코오(渡り職工)’로 불렸다. 지금과 달리 당시엔 공장 내부를 규율하는 별도의 노무 관리 체계는 없었다. 대신 ‘오야카타(親方)’ 제도가 존재했다. 공장주가 오야카타 직공에게 일감을 주면, 오야카타 직공 아래에서 일반 직공들에게 일감이 배분되고, 임금도 지급되었다. 오야카타는 직공에게 지급될 임금을 정하고, 배분하는 권한도 가지고 있었다. 이처럼 공장주가 일반 직공들에게 직접적인 관리를 하지 않았고, 오야카타를 통해 간접적인 노무 관리가 이루어졌다.⁹⁾

7) 특히 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다221352 판결은 정수기 기사들이 사용자에게 근무 시간·근로 장소에 엄격하게 통제받지는 않았으나 이는 업무 특성에 기인한 것으로 보았다. 따라서 원심을 파기환송하고, 이들의 근로자성을 인정하였다.

8) 대법원 2022.03.17. 선고 2021다302155, 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결 등.

9) 濱口桂一郎, 「日本の雇用と労働法」, 日本經濟新聞出, 2011, p.8.

이와 같은 양상은 영국의 초기 면공장에서 통용되던 ‘선대제 관행’과 매우 유사하다. 영국 면 공장의 공장주가 면상에게서 솜을 구매한 뒤, 일부는 자신의 방적기로 실갯기를 하고, 나머지는 공장 내 방적공에게 일감으로 맡겼다. 일감을 수주한 방적공은 가족 노동을 통해 면사를 생산했다. 방적공은 면사를 공장주에게 납품했고, 공장주는 방적공에게 생산한 면사의 물량대로 성과급(piece rate)을 지급하였다. 이러한 선대제 및 성과급 관행은 자본가가 방적공에게 노무에 대한 관리·감독의 부담을 방적공에게 떠넘기기 위한 방식으로 평가받기도 한다.¹⁰⁾

이처럼 메이지 시대로 대표되는 시기(1868년~1912년) 일본의 주된 임금형태는 능률급제였다. 특히 메이지 시대 후기에 발발한 청일전쟁 이후, 공업화의 진전과 숙련공 부족 현상은 청부급(請負給)을 더욱 확산하는 계기가 되었다. 생산을 늘리기 위해 생산량에 비례하여 임금을 지급하는 ‘단순 개수급’을 도입하였기 때문이다.¹¹⁾ 즉, 단순 개수급 체제에서는 제품을 많이 생산할수록 그에 비례하여 많은 임금을 받을 수 있었다.

러일전쟁 이후, 공장 내 노동자들을 관리하는 제도에 변화가 일어났다. 공장 감독자가 일하는 자들을 직접 관리하게 된 것이다. 임금형태는 직공 개인의 능률을 향상하기 위한 목적으로 능률급(도급제 임금, 出來高給)이 도입되었다. 도급제 임금(出來高給)은 생산의 증가분에 대해 할증 보너스(premium bonus)를 지급하는 생산 촉진형 임금(生産刺激給)이었다.¹²⁾

하지만 제2차 세계대전 이후, 일본의 사업장에서 도급제 임금 형태는 점차 그 자취를 감추게 된다. 최소한의 기본급이 보장되지 않는 도급제 임금은 근로자들의 생활을 보장하지 못해 노사 간 갈등으로 이어졌다. 이에 더해, 1914년 포드가 발명한 컨베이어 시스템은 기계의 힘만으로도 대량생산을 가능하게

10) 이영석, 「공장의 역사(근대 영국사회와 생산 언어 정치)」, 2012, 푸른역사, 139쪽.

11) 박우성, “변증법적 관점에서 바라본 일본 임금체계의 역사적 변화와 시사점”, 「노동정책연구」 제23권 제4호, 한국노동연구원, 2023.12, 37쪽.

12) 濱口桂一郎, 「日本の雇用と労働法」, 日本經濟新聞出, 2011, p.56.

만들어 이전처럼 도급제 임금을 적용하는 것이 큰 의미가 없게 되었다. 개인의 역량으로 생산량을 늘리는 것보다는 다른 근로자와의 협업이 더 중요해진 것이다. 또한 1930년대 일본의 군국주의 치하에서는 노동운동을 통제하는 대신 근로자들의 연령과 근속 등에 따른 생활급으로 이들의 최소한의 생활을 보장하고자 하였다.¹³⁾

도급제 근로자의 임금 수준을 보호하고자 하는 노동기준법 제27조는 이러한 맥락을 고려해 해석할 수 있다. 노동기준법 제27조에서는 생산고급제(出來高拂制)나 그 밖의 청구제(請負制)로 임금을 받는 자들의 급여를 시간에 따라 일정액의 지급해야 한다고 규정한다. 즉, 이는 단순히 도급제 임금의 지급 방식 등에 관한 사항을 규정하는 것이 아니라 근로자의 기본 생활 보장을 목적으로 한다고 볼 수 있다. 이는 과거 도급제 임금 형태에서 발생한 문제점을 해결하기 위한 장치로 해석할 수 있다.

2. 유럽에서의 가내노동자 보호

가내노동자(Home-workers)는 자신의 집에서 자유롭게 정한 시간에 일하며, 고용 계약 대신 제조업자나 도매상으로부터 원자재를 받아 특정한 작업(piece of work)의 수행이나 완제품을 생산 등을 약속하는 계약을 통해 일하는 자이다. 가내노동자는 독립적으로 작업을 수행 및 관리하고 형태를 의미한다.

독일의 가내노동법에서 말하는 ‘가내노동자(Heimarbeiter)’는 자신의 집이나 선택한 작업장에서 혼자 또는 가족과 함께 경영자나 중개업자의 의뢰를 받아 수입을 목적으로 일하며, 만든 제품이나 결과물의 판매 권리를 의뢰인에게 넘기는 사람을 말한다. 이 정의는 독립적인 작업 환경을 전제하며, 가내노동자

13) 박우성, “변증법적 관점에서 바라본 일본 임금체계의 역사적 변화와 시사점”, 「노동정책연구」 제23권 제4호, 한국노동연구원, 2023.12, 47~48쪽.

가 자신의 업무를 관리하고 수입 활동을 수행한다고 말한다. 추가로 보호 필요성의 판단은 경제적 의존도의 정도에 따라 결정된다.

19세기 유럽에서의 가내 노동은 주로 의류 제조와 섬유업에 집중되었다. 의류산업에서의 기계화는 다른 산업에 비해 느리게 진행되었다. 따라서 공장의 출현이 늦어지는 대신 여성 노동자들이 집에서 양복·신발을 제조하는 역할을 담당했다. 이처럼 선대제 방식으로 일하는 여성 노동자들은 낮은 수준의 개수임금제를 적용받으며 일했다.¹⁴⁾ 이와 같은 가내 노동자들이 받은 개수 임금의 수준이 매우 열악한 수준이었다. 결국 열악한 처우에 불만을 가진 가내 노동자들은 1844년 프로이센 실레지아 지역에서 방직공 쟁의(Silesian weavers' riot)로까지 번지기에 이른다. 결국 독일 및 프랑스에서는 가내 노동자들의 처우를 보호하기 위한 법을 제정한다.

독일에서 가내노동자 보호를 위한 법률 제정은 여러 단계를 거쳤다. 1911년에 최초의 가내노동법(Hausarbeitsgesetz, Vom 20. Dezember 1911)이 제정되었고, 이는 1912년 4월 1일부터 시행되었다. 이 법은 가내노동자들의 근로 및 보건 조건에 대한 기초적인 사항을 규정했다. 하지만 가내노동자들이 요구했던 보수와 계약 조건에 관여할 수 있는 명확한 규정이 부족했다. 이보다 더 구체적인 보호 조치는 1923년 바이마르 공화국 하에서 도입된 가내노동자임금법(Heimarbeiterlohngesetz)에 의해 제정되었다. 이 법은 처음으로 가내노동자의 임금 보호 문제를 해결하고자 했다. 하지만 이마저도 그들의 안정적인 노동환경을 보호하기는 어려웠다. 그러던 중 세계 2차 대전이 발발하였고, 전쟁으로 인한 산업시설 파괴 등으로 가내노동자는 급증하였다. 이와 같은 상황은 더욱 정교한 법률로 이들을 보호해야 한다는 필요성을 갖게 했다.¹⁵⁾ 결국 1951년 3월 14일, 독일에서는 새로운 형태의 가내노동법이 제정되었다.

14) 조앤 W. 스콧, 「여성 노동 가족 (근대유럽의 여성노동과 가족전략)」, 김영 옮김, 엘피, 2021.148쪽.

15) 노상현, 「가내근로에 관한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2003.11, 56쪽.

이때 제정된 가내노동법은 현재까지 적용되고 있다.

독일 가내노동법 제20조에서는 가내노동자의 임금은 기본적으로 개수에 따라, 즉 개수급(Stückentgelte)으로 지급되며, 이때 가능한 한 각 작업 단위를 완성하는 데 필요한 시간(Stückzeiten)을 기준으로 임금을 산정해야 한다. 만약 이런 방식으로 임금을 정하는 것이 불가능할 경우, 작업에 소요된 시간을 기반으로 한 시간급(Zeitentgelte)으로 임금을 결정해야 한다고 규정한다.

가내노동자의 보수 수준 및 기타 계약 조건은 원칙적으로 가내노동자 노동조합과 고용주 간 체결한 단체협약으로 정해지지만(동법 제17조), 만일 그 지역 내에서 대표성을 갖는 고용주나 노동조합이 없는 등의 사정으로 충분한 대표성을 갖지 못하는 경우, 가내노동위원회(Heimarbeitssausschuss)가 보수와 관련된 계약 조건을 설정할 수 있다. 아니면 가내노동자에게 지급되는 보수 수준이 해당 산업 내 단체협약에 의해 정해진 기준에 미치지 못하다고 여겨지는 경우에도 가내노동위원회가 개입하여 계약 조건 등을 정할 수 있다(동법 제19조 제1항). 이처럼 독일의 가내노동위원회 제도는 가내노동자들이 부적절한 보수 수준이나 근로 조건에 처하지 않도록 보호하는 역할을 한다.

프랑스에서도 1915년 7월 10일, 군용 장비를 생산하는 의류 산업에서 일하는 여성 가내 노동자의 최저보수를 보장하는 법률(Loi du 10 juillet 1915 sur le minimum de salaire dans l'industrie du vêtement)이 시행된다. 해당 법률에 따르면, 의류산업에서 종사하는 여성 가내노동자의 최저보수는 임금 위원회(comité de salaires)와 전문가 위원회(comité d'expertise)에서 정한다.

각 지역의 임금 위원회는 가내 노동자의 1시간당 작업(une heure de travail) 혹은 1일치(une journée de dix heures de travail, 1일 10시간 기준)의 최저보수를 결정한다. 가내 노동자의 보수 수준은 해당 지역 내 동일 직종 평균 숙련도(habilité moyenne)를 가진 노동자들에게 지급되는 임금을

기준으로 정해진다. 만일 해당 지역에 이러한 기준이 없다면, 유사한 작업을 수행하는 다른 지역의 작업장에서 지급되는 평균임금을 기준으로 삼는다. 이마저도 불가능할 경우, 해당 지역에서 가사, 바느질, 세탁 등 1일 노동을 하는 여성들에게 통상적으로 지급되는 임금을 기준으로 결정된다.¹⁶⁾

한편, 전문가 위원회는 각 지역에서 다양한 품목과 여러 종류의 노동자들이 일련의 작업을 완료하는 데 필요한 시간을 결정한다. 이처럼 두 위원회가 각각의 임무를 완료하면, 가내노동자가 일련의 품목을 제작하는 데 받을 최저보수를 명시한다. 최저보수는 임금 위원회에서 정한 시간당 최저 보수(minimum de salaire horaire)를, 전문가 위원회에서 정한 각 품목을 제작하는 데 필요한 시간(nombre d'heures nécessaires à la confection de tel ou tel article)과 곱한 결과값이다.¹⁷⁾

이처럼 프랑스 가내노동자의 최저보수를 정한 법률은 그들의 최소한의 생계비를 보장함으로써 생활 수준을 높이고 경제적 불안정을 줄인다는 점에서 의미가 크다. 특히 임금위원회는 가내노동자들의 보수를 공정하게 결정하기 위해 현장의 실제 사례를 조사하여 최저보수를 결정한다는 점, 전문가 위원회는 각 작업의 난이도와 소요 시간을 정확하게 평가하여 최저보수 결정에 반영하는 것은 더 공정하게 최저보수를 정한다는 점에서 의미가 있다.

16) Albert Tissier, 「L'application de la loi du 10 juillet 1915: zur le minimum de salaire e dans l'industrie de vêtement」, 1917, p.6.

17) 위의 책, p.7.

제3절 우리나라에서의 도급제 보수의 전개

1. 1970년대 이전의 상황

(1) 일제강점기 경공업 분야에서의 도급제 임금

1928년 6월 4일, 동아일보는 영등포에 위치한 경성방직회사공장의 여공 40명의 파업을 보도한다.¹⁸⁾ 이 기사에 따르면, 회사는 기계 개량에 따라 근로자들에게 ‘필수제(도급제)’로 지급하던 임금을 ‘일급제’로 바꾸었다. 회사는 근로자들의 임금형태를 과거 3개월 동안의 임금을 평균하여 지급하는 ‘일급제’로 변경한다. 근로자들은 이러한 방침을 이유로 파업을 감행했다. 필수제일 땐 하루 2필을 짜고 1달에 21원을 받았던 것에 비해 일급제일 땐 1달 임금이 하루 4필을 짜고도 18.9원에 불과하게 되었다. 게다가 기계의 성능이 발달함에 따라 능률이 좋은 소수의 직공으로도 필수를 다 짤 수 있게 되자 근로자들은 미숙련 근로자 60명이 도태되는 문제도 지적한다. 사측은 일급제 실시는 일시적인 것이고, 다시 필수제로 임금체계를 바꿀 것을 약속한다.

하지만 이와 같은 근로자 측의 요구는 불과 3년 후 다른 양상으로 바뀐다. 동아일보의 1931년 5월 30일 보도에 따르면, 같은 달 28일 경성방직 근로자 350명은 임금 문제로 인해 파업하게 된다.¹⁹⁾ 근로자들은 17개의 요구조건을 제시한다. 요구사항엔 ‘최저임금을 80전으로 정할 것’, ‘8시간 노동제를 실시할 것’, ‘도급제를 폐지하고 일급제를 실시할 것’ 등의 내용이 담겨있다. 인용한 기사에서 등장하는 상무위원은 세계 경제 불황에 따라 생산업이 유지될 수 있을지 모를 정도로 소비심리가 위축되었다고 말한다. 이어서 직공의 공임은

18) 동아일보, “경성방직직포부 사십여직공맹파”, 1928년 6월 4일 기사.

19) 동아일보, “임금문제로 경방직공동요”, 1931년 5월 30일 기사.

유지해왔으나 부득이하게 야간 근무를 중지하고, 주간 근무만 하게 되었다고 설명한다.

영등포 경성방직공장 파업 사례 말고도 1930년 1월, 대구 정미소 매가리공 200 여명의 동맹 파업사례도 확인된다. 파업의 발단은 임금이었다.²⁰⁾ 사측에서 종래 ‘청부제’를 시간제로 변경하여 임금 수준을 내렸다는 이유였다. 상업회의소의 조정으로 사측은 종전대로 ‘청부제’로 임금을 지급하기로 정하고 파업은 마무리된다.²¹⁾ 반면 조선일보 1931년 2월 8일 보도에 따르면, 부산의 청어 제조장의 복개부 200여 명은 기존 일급제를 ‘청부제’로 변경한다는 사측의 결정에 항의하면서 파업을 감행한다.²²⁾ 일급제를 ‘청부제’로 시행하면 급여 수준이 감소 된다는 이유였다. 이에 공장주는 종전처럼 일급제를 약속하며 직공들은 전원 복귀하게 된다. 이러한 기록으로 미루어보아 임금형태 변경과 그에 따른 임금수준 저하 등은 근로자들이 파업을 불사할 정도로 민감한 소재임을 알 수 있다.

이 시기 고용주가 근로자 임금형태를 변경하려는 것을 두고 ‘기계 개량에 따른 생산량의 변화’를 지목하는 의견이 있다.²³⁾ 해당 견해는 생산량·근로 시간을 컨베이어 시스템에 따라 완전히 조절할 수 있게 된다면, 자본가는 도급제보다는 시급제를 선호한다는 것이다. 생산품의 품질을 일정하게 보장하는 수준의 기계 발전이라면, 자본가는 근로자들 간의 경쟁을 부추기며 생산량을 늘리는 도급제를 선호한다.

하지만 그 이상으로 기계 공업이 발달 되어 오직 기계의 성능만으로 생산량을 통제가 가능한 수준에 도달하면, 자본가는 생산량이 아닌 시간으로 근로자를 통제하면서도 임금 수준을 낮출 수 있는 ‘시급제’를 선호하게 된다. 따라서

20) 동아일보, “대구노동회 이백명파업”, 1930년 1월 12일 기사.

21) 조선일보, “대구대본정미 파업해결 되어 복업”, 1930년 1월 22일 기사.

22) 조선일보, “직공요구달성으로 동어인부복업”, 1931년 2월 8일 기사.

23) 강이수, “1930년대 여성노동자의 실태-면방직업을 중심으로-”, 「국사관논총」 제51집, 국사편찬위원회, 1994, 6, 97쪽.

1930년대 시기엔 규모가 큰 고무공장 및 자동화가 도입된 양말 공업 중심으로 도급제에서 일급제로 변화하는 과정을 보였다. 사례로 든 경성방직·대구정미소 등의 파업사례도 기계의 개량화가 이루어지면서 발생하게 되는 임금형태의 변화라고 파악할 수 있다.

(2) 탄광 광부의 도급제 임금

근로기준법이 제정되던 시기를 전후해 그 후로도 오랫동안 도급제 임금을 받아온 대표적인 집단으로 탄광업에 종사하는 광부가 있다. 탄광 근로자들은 일제강점기 시대는 물론이고 탄광업 쇠퇴가 본격화된 1980년대 들어서도 도급제로 임금을 받았다. 도급제의 폐해로 지적되는 장시간 노동·높은 업무강도 역시 광부들을 계속 괴롭힌 문제였다.²⁴⁾ 이는 결국 1987년 8월, ‘도급제 철폐와 월급제 쟁취’를 전면으로 내세운 강원도 지역 광부들의 대규모 농성으로 이어지게 된다.²⁵⁾

탄광 근로자들의 도급제 임금형태는 총 세 가지로 분류된다. ① 한 개의 갱내에서 생산한 총 작업량을 소속인원들에게 배분하는 방식인 갱도급제 ② 갱내 조를 나누어 조별당 하루 생산량을 기준으로 임금을 책정하는 방도급제 ③ 1 갱도 내 2~4명의 막장 근로자들의 총 생산량으로 임금을 계산하는 막장도급제가 있다. 대규모 탄광업체에서는 갱도급제나 방도급제를 실시하는 반면 영세탄광에선 막장도급제를 실시하는 경우가 많았다고 전해진다.²⁶⁾

도급제의 가장 큰 문제점은 도급단가를 사용자 자의로 정할 수 있다는 것이었다. 도급단가는 굴진(암반을 파고 간 거리 기준)·보갱(동발을 교체한 간격의

24) 정연수, 「탄광촌의 삶」, 강원연구원 강원학연구센터, 2019.12, 43쪽.

25) 조선일보, “석공 장성 탄광 체탄 중단”, 1987년 8월 10일 기사.

26) 박정숙, 「탄광노동의 생산 재생산과정에 관한 연구: 태백시 도계읍을 중심으로」, 강원대학교 석사학위논문, 1993, 25쪽.

거리 및 동발의 안정성 측정)·채탄의 업무형태를 기준으로 매겨졌다.²⁷⁾ 문제는 이러한 도급단가가 전적으로 회사의 결정으로 이루어져 탄광 근로자들이 자신의 급여가 어떻게 계산되는지 알기 어렵다는 점이었다. 나아가 ‘부비끼’ 문제도 있었다. 석탄을 광차에 가득 실어도 운반 과정에서 생긴 진동으로 인해 석탄끼리 부딪히며 부피가 줄어들기 마련이다. 이를 검수 시 생산량에서 삭감했던 ‘부비끼’ 때문에 탄광 근로자가 받는 임금 수준은 더욱 낮아졌다.

탄광 근로자의 근무는 보통 3교대로 이루어졌다. 교대제 근무 형태는 갑방(8시~16시), 을방(16시~24시), 병방(24시~8시)로 이루어졌으며 이 주기는 1주일 단위로 바뀌었다. 채탄을 하기 위한 기본 공정인 굴진 업무에 한해 4교대가 이루어졌다. 석탄 생산이 시급했던 시대적 상황과 맞물려 1950년대 후반, 고속 굴진이 추진되었다. 이에 따라 굴진 작업을 하는 탄광 근로자들은 일찍이 4교대 근무가 이루어졌다.²⁸⁾

이처럼 도급제가 유지될 수 있었던 까닭으로 탄광 노동은 상대적으로 기계화 도입이 더디고, 노동집약적 체제가 오래 지속되었기 때문이라는 견해가 있다.²⁹⁾ 갱내 여기저기 흩어져있는 막장 근무를 사용자 통제 아래 두기 어려운 상황과 석탄의 품질과 양을 중시하는 탄광 산업 특성상 도급제를 유지하는 게 쉬웠을 것이라는 해석이다.

나아가 이러한 탄광 산업의 성격은 테일러리즘에 기초한 통제방식이 쉬웠을 거란 분석이다.³⁰⁾ 앞서 언급한 대규모 고무공장·양말공장 등에서 임금형태가 ‘도급제’에서 ‘시급제’로 변경된 까닭은 포디즘에 기초한 생산방식 도입이 가능한 분야이기 때문이다. 즉, 컨베이어 벨트 시스템 도입에 따른 대량생산체제가 가능하게 되면서 급여 형태도 ‘시급제’로 이행한 데 반해 탄광 산업은 상대

27) 위의 글, 27쪽.

28) 정연수, 「탄광촌의 삶」, 강원연구원 강원학연구센터, 2019.12, 27쪽.

29) 정현주, “석탄산업과 탄광노동자계급의 성장과 쇠퇴”, 「지역사회학」 제5권 제2호, 지역사회학회, 2004.6, 92쪽.

30) 위의 글, 94쪽.

적으로 기계화 도입이 활발히 진행되지 않았다. 그 결과 ‘도급제’가 유지되었다.

(3) 정리

1953년 전후로 도급제 임금을 둘러싼 근로자와 사업주의 분쟁도 ‘도급제’가 어떻게 운용되고 있었는지를 파악할 수 있다. 1930년대 경성방직 등의 파업 사례를 보면, 근로자들이 임금형태의 변경뿐만 아니라 ‘근로 시간 단축’도 주요 요구사항으로 삼고 있음을 알 수 있다. 실제로 24시간 기계가 돌아가는 면방 대기업 특성상 여성 근로자들의 근무는 12시간 2교대제 형태였다고 전해진다.³¹⁾ 탄광 근로자들 역시 3교대제 근무 형태가 유지되었다. 즉, 임금형태가 도급제라고 하더라도 ‘소정근로시간’은 정해져 있는 근무 형태였음을 알 수 있다.

근로기준법 제정 당시는 공업 부문에 기계화가 점진적으로 이루어짐에 따라 도급제는 시간급제로 이행하는 양상을 보인다. 제정 근로기준법 제39조에서 도급 근로자에게는 ‘근로 시간에 응하여 일정액의 임금을 보장’하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 같은 배경을 미루어보아 사용자는 근로자의 시간을 통제하고, 그에 따른 대가로 임금을 지급하는 것이 주된 패러다임이 되었음을 알 수 있다.

그에 반해 기계화 진행이 상대적으로 더디었던 탄광에는 오랫동안 도급제가 유지된다. 도급제가 유지될 수 있었던 다른 요인으로는 ① 사용자의 직접적인 통제가 어려운 환경과 ② 생산물의 양이 중심이 되는 산업 특성이 있다. 탄광 근로자와 비슷한 예시로 도급제 택시 운전자가 있다.

31) 강이수, “1930년대 여성노동자의 실태-면방직업을 중심으로-”, 「국사관논총」 제51집, 국사편찬위원회, 1994, 6, 100쪽.

2. 1970년대 이후의 상황

(1) 택시 근로자의 도급제 임금

1960~70년대 택시근로자의 주된 급여 형태는 도급제였다. 택시기사의 도급제 임금은 기본급이 없는 형태로 일당 단위로 이루어져 '1일 도급제'라고도 불렸다. 택시근로자의 하루 총수입 중 일정 부분은 '도급료'로 택시 운송 사업주에게 납부하고, 연료비 등 운행에 필요한 비용을 공제했다. 그다음 남은 금액을 일당으로 택시근로자가 가졌다.³²⁾

도급제 임금형태가 사회적 문제로 대두된 계기는 교통사고 증가와 높은 사망률 때문이었다.³³⁾ 조선일보 1975년 4월 1일 자 보도는 당시 다른 나라에 견주어 월등히 높은 한국의 교통사고 사망률·택시 운전사의 법규 위반 문제 등을 거론한다. 기사는 문제의 근원적 원인으로 택시 운전사들의 '1일 도급제'를 지목한다. 도급제 임금형태는 운전사들에게 높은 휘발유값과 높은 대차주 임금액을 부담하게 했다. 이를 제외하고 남은 수입금은 '호구용(糊口用) 일당'을 벌 수 있을까 말까 할 정도로 낮은 수준이었다. 이 같은 임금체계는 택시 운전사들에게 과중한 업무량을 감당하게 만든다고 지적한다. 게다가 택시 운전사들은 영세한 차주에게 고용되어 있어 언제든 해고당할 위험성이 높다는 점도 꼬집는다. 택시 운전사들의 고용 불안정·1일 도급제 임금형태는 이들에게 만성적 불안을 높였으며 이는 곧 도로 법규 위반과 높은 교통사고 발생률로 이어졌다는 분석이다. 또한, 도급제 아래에서는 사고 시 모든 비용을 택시기사가 부담해야 하는 문제도 있었다.³⁴⁾

32) 배규식·이문범, 「택시업종 최저임금 현장연구 및 제도 개선 방안」, 고용노동부, 2015.11, 35쪽.

33) 조선일보, "택시경영의합리화를", 1975년 4월 1일 기사.

이후로도 꾸준히 ‘1일 도급제’는 ‘사용자가 근로자의 생활 임금을 보장하는 것이 아니라 거꾸로 운전사가 사용자들의 일정한 이익을 보장하는 제도’라고 질타받는다.³⁵⁾ 택시 근로자들 역시 도급제 임금체계를 월급제로 변경할 것을 사업주 및 교통부·법무부 등 국가기관에 요구한다.

1976년 8월, 교통부 지시로 택시근로자의 도급제 임금은 공식적으로 폐지되었다. 공식적인 폐지에 앞서 그해 6월, 교통부는 각 시도에 ‘오는 8월부터 도급제 대신 전액 또는 일부고정급여제로’ 바꾸어 시행하라고 지시한 것이다.³⁶⁾ 운수업체가 이를 어길 시, 사업 면허를 취소한다는 방침을 내세웠다. 그럼에도, 운수업체들은 지불 능력 등을 이유로 고정 월급제를 시행하지 못했다. 교통부의 지시가 있는 날로부터 1년 6개월 후, 서울시의 212개 택시운수업체 중 단 한 곳만 고정 월급제 등을 도입했을 뿐이었다.³⁷⁾ 이처럼 택시 근로자의 도급제는 1970년도 중반에 공식적·제도적으로 폐지되었다.

그러나 택시업계에는 여전히 ‘도급제’의 그림자가 짙게 남아있다. 법의 보호 범위 바깥으로 밀려난 ‘불법 도급제 택시’ 운영은 여전히 현재진행 중이다.³⁸⁾ 도급제 택시기사의 근로자성을 인정하면서 이들의 퇴직금 청구를 인용한 대법원 판결은 2013년에서야 나왔다.³⁹⁾ 대법원 판단보다 앞선 2006년, 서울고등법원에서는 도급제 택시기사도 근로자로 보고, 근로복지공단이 도급제 택시기사의 근로자성을 부정하여 요양 신청을 불승인한 처분을 취소하였다.⁴⁰⁾ 이와 같은 사례로 미루어볼 때, 택시근로자의 급여 형태로서의 ‘도급제’는 일찍이 금지되었으나 현재까지도 그 잔재가 암암리에 남아있음을 확인할 수 있다.⁴¹⁾

34) 배규식·이문범, 「택시업종의 바람직한 임금제도 연구」, 노동부, 2001.12, 129쪽.

35) 조선일보, “만물상”, 1979년 6월 20일 기사.

36) 조선일보, “택시운전사의 월급제” 1976년 6월 15일 기사.

37) 동아일보, “212개 업체 중 고정급제한 곳 뿐 택시 도급제 여전”, 1977년 12월 2일 기사.

38) 조재광, “충주시, 택시 사납금 없애고 월급제 시행하라”, 충청투데이, 2019년 12월 3일자, 인터넷판, <<https://www.cctoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=2038754>>, (최종방문일 2024.6.26)

39) 대법원 2013.5.9.선고2013다6834 판결.

40) 서울고등법원 2006.6.15.선고2005누23918 판결.

(2) 경공업 분야의 도급제 임금

산업화 및 수출 경제가 본격적으로 시작된 1970년대에 접어들면서도 도급제 임금형태는 여전히 널리 퍼져 있었다. 특히 섬유·제과·가발 등 경공업으로 분류되는 제조업 공장에서 만연한 임금형태였다. 이 당시 도급제 임금형태가 유지될 수 있었던 원인으로는 수출 환경에 의존하는 산업 특성 및 공정의 기계화 정도 등이 있다. 가발산업은 유행에 매우 민감하고, 쉽게 변형되는 모발 제품 특성상 주문부터 선적까지의 기간이 짧은 특성을 가진다. 이에 따라 가발 조업은 수주량과 원자재의 조달 물량에 따라서 작업량이 달라졌고, 규격 및 형태도 수시로 달라졌다. 산업 특성에서 기인하는 불안정한 작업량의 위험성을 도급제 임금형태로 근로자들에게 전가했다는 분석이 있다.⁴²⁾

또 다른 해석으로는 당시의 생산 기술상 한계를 지목하는 견해도 있다.⁴³⁾ 기술상 한계로 노동강도 및 작업속도를 조절하지 못하여 근로자의 숙련에 의존해야 하는 상황에서 도급제 임금체계는 근로자들끼리의 경쟁을 통해 생산량 및 작업속도를 높이는 기제가 되었을 거란 시각이다. 이는 일제강점기 시대에 컨베이어 시스템 도입으로 기계가 생산량 등을 완전히 조절할 수 있게 되자 면직 산업 등에서 근로자들의 임금을 도급제에서 시급제로 전환한 것과 같은 흐름을 가진다.⁴⁴⁾

41) 배규식·이문범·김승규, 「택시최저임금의 산업범위 조정 -택시운전근로자 최저임금 산업범위 개정에 따른 적용실태 및 효과분석」, 고용노동부, 2011.10, 71쪽.

42) 이은희, “냉전기 한국 가발공의 탄생 (1963~1970)”, 「역사비평」 제135호, 역사비평사, 2021. 5, 406쪽.

43) 신원철, “1970년대의 <도급임금제>”, 「비정규노동」, 통권 23호, 한국비정규노동센터, 2003.8, 143쪽.

44) 일제강점기 시대에는 컨베이어 벨트 시스템이었지만, 해태제과 논쟁이 불거지던 1970년대에 새로 도입된 기계는 자동화 기계였다. 해태제과의 자동화 기계는 컨베이어 벨트 철거 후 도입되는 것이었다. 컨베이어 벨트 시스템에서는 1개의 기계당 40~50명이 앉아 10명이 환반이 되어 과자를 담는 사람, 저울질 하는 사람, 인두질 하는 사람, 케이스에 넣는 사람, 박스에 넣는 사람 등 분업이 이루어졌고, 포장은 직접 손으로 했다. 하지만 비스킷 부서에 자

1979년, H 제과에서 이루어지는 도급제는 두 종류가 있었다. 작업자 혼자서 행하는 개인 도급과 10명 정도의 작업자가 팀을 이루어 행하는 반(班)도급이었다. 모든 부서에서 도급제가 행해진 것은 아니었다. 주로 손으로 포장을 해야 하는 비스킷 부, 껌 부 등에서 도급제를 시행했다. 상대적으로 규모가 작은 초콜릿 부나 아이스크림 부, 아니면 기계 운전 업무는 도급제가 아닌 시급제였다. 그중 비스킷 부가 가장 인원이 많았으며 팀 단위로 작업하는 반도급제 임금형태였다. 팀 안에서 각자 맡은 업무가 다른 분업화된 형태였다. 임금 형태는 팀별 포장 개수에 따라서 급여를 지급받는 형식이었다. 그에 반해 껌 부는 기계에서 껌을 만들어내면 그것을 포장실로 옮겨서 개별로 포장하는 개인별 도급제였다.⁴⁵⁾

근무 형태는 주야 2개 조로 편성되어 2교대 형태였다. 즉, 1일 12시간 근무였다. 주간 조가 오전 7시 30분부터 오후 7시 30분까지였고, 야간 조는 오후 7시 30분부터 다음 날 아침 7시 30분까지였다. 휴게시간은 하루에 식사 30분이었다. 1976년 3월 이전까지는 일요일 근무도 있었는데, 일요일 근무는 토요일 오후 7시에 근무를 시작하여 다음 날 오후 1시까지 총 18시간을 근무하는 형태였다.⁴⁶⁾

대부분 공정이 수제로 작업 되는 가발공장도 비슷한 체제로 흘러갔다. S 사 경우, 생산직 노동자들의 근무시간은 오전 8시부터 오후 10시까지였다. 휴게시간은 명목상으로 1시간이 주어졌다. S 사 역시 도급제 임금형태를 취하고 있어서 실질적인 근로 시간은 근로자별로 달랐다. 보수를 더 벌기 위해 새벽 3~4시에도 작업장에 갔으며 새벽 1~2시까지 일을 하는 경우도 다반사였다. 이

동화 기계가 도입된 후엔 한 기계당 4~5명으로 인원이 축소되었고, 기계에 과자를 넣으면 포장까지 완료되었다. 따라서 자동화 기계 도입 이후엔 공장 인력이 감축되는 것과 더불어 도급제 폐지는 자연스러운 흐름이었다고 해태제과 근로자는 주장한다. (출처: 국사편찬위원회, 「1970년대 해태제과 ‘8시간 노동’ 실현의 기억들」(구술 이복례, 김복실, 순점순, 김미순 면담: 김보현), 국사편찬위원회, 2020.11, 51쪽)

45) 국사편찬위원회, 「1970년대 해태제과 ‘8시간 노동’ 실현의 기억들」(구술 이복례, 김복실, 순점순, 김미순 면담: 김보현), 국사편찬위원회, 2020.11, 227쪽.

46) 위의 책, 232쪽.

처럼 근로자가 연장근무를 자원하게 만드는 도급제 때문에 실질적인 근로 시간은 하루 평균 16~18시간이었다.⁴⁷⁾

당시 경공업 공장 안에서 회사가 근로자의 시간을 온전히 통제할 수 있던 까닭으로 공장구조 및 조업방식이 지목되기도 한다. 1970년대의 공장구조는 생산 작업을 가장 효율적이고 효과적으로 할 수 있는 동선으로 배치되어 있었다. 생산시설을 중심으로 일렬로 배치되어 작업하는 근로자들은 쉽게 감시되고 통제될 수 있었다. 특히 섬유산업은 근로 시간의 표준화·규격화가 상당 수준으로 나아갔기 때문에 이 안에서 근로자들의 시간을 동질화·획일화 하기 쉬웠다.⁴⁸⁾ 그 시기 대부분 근로자는 기숙사 생활을 하던 상황도 도급제 임금이 사업장에 효과적으로 정착할 수 있는 요소가 되었다. 근로자들은 공장 안에 있는 생활 시설에 머뭇으로써 자신의 휴게 및 여가시간까지 반납하고 일하기 쉬운 환경이 조성되었기 때문이다. 따라서 1970년대 경공업 공장을 중심으로 도입된 도급제는 사측이 근로자들의 시간을 온전히 통제할 수 있음을 전제로 기능할 수 있었다.

H 제과에서는 1978년 5월, 캔디 부에 자동화 기계를 도입함으로써 도급제 임금을 받던 숙련 근로자를 배치 전환하거나 감축했다. 그 이전에 H 제과는 자동화 기계 도입이 불가피하게 늦어진다는 사정으로 처음 약속과는 달리 도급제 시행을 연장한 바 있다. 자동화 시설 도입 후, 도급제 효용성은 기계의 자동화와 연동되어 낮아진 대신 근로 시간 단축과는 연결되지 않았다. 그 결과 기업의 시간과 장소에 대한 지배력이 강화되었다는 해석이 있다.⁴⁹⁾ 이에 비추어보면, 도급제 임금체계는 뛰어난 기술력이 필요하지 않은 노동집약적 산업에서 도입되어 그 산업이 기술 개량으로 생산량과 작업속도를 자동화할

47) 이종구 외, 「1970년대 산업화 초기 한국노동사 연구」(노동부 용역보고서), 성공회대학교 사회문화연구소, 2002.12, 38쪽.

48) 이영재, 「공장과 신화(1970년대 영등포공단 대일·롯데·해태의 여성노동자 이야기)」, 학민사, 2016.10, 128쪽.

49) 김보현, “해태제과 여성들의 ‘8시간 노동제’ 실현: 삶을 노동으로 환원하는 체제에 저항하다”, 「기억과전망」 제45호, 한국민주주의연구소, 2021.12, 74쪽.

수 있을 때 점차 사라지는 패턴을 가진다고 볼 수 있다.

이처럼 미약한 기술력을 근로자의 숙련도로 대체해야 하는 경공업 사업장에선 도급제 임금형태가 정착될 수 있었다. 무엇보다도 수출 중심의 경제 발전을 최우선으로 삼은 1970년대 시대적 분위기에서 기업 측에 유리하게 설계된 도급제 임금형태는 효과적으로 자리 잡을 수 있었다. 도급제 임금은 근로자들에게 과도한 경쟁 및 과중한 노동을 부추겼다. 정해진 시간 내 더 많은 업무를 처리해야 그에 상응하는 보수를 벌 수 있었기 때문이다. 이는 곧 근로자들의 장시간 노동과 저임금 고착화로 이어졌다. 이러한 문제는 1970년대 중반 YH의 노동조합 결성과 1979년 H 제과 근로자들의 8시간 노동 투쟁으로 이어진다.⁵⁰⁾

1980년대에 접어들면서 근로 조건 개선에 관한 근로자들의 끊임없는 요구, 자동화 기계 설비 도입에 따른 인원 감축 및 공정 단순화, 그리고 중화학공업 중심의 산업구조 재편으로 인한 경공업 쇠퇴 등의 원인으로 도급제 임금형태는 점차 자취를 감추게 되었다.

(3) 정리

1970년대의 도급제 임금은 근로 시간과 밀착되어 있다. 주로 경공업 분야에서 생산 업무를 수행하던 근로자들은 소정근로시간이 정해져 있음은 물론, 작업 과정에서도 철저한 사용자 측의 감시와 통제를 받았다. 반도급제 아래에선

50) 도급제 임금으로 인해 노사간 갈등이 불거진 대표적인 사례는 H제과를 들 수 있다. H제과의 근로자들은 저임금 구조와 부족한 임금을 메우기 위해 연장근로를 스스로 하게 되는 원인을 도급제로 지목했다. 근로자들은 H제과 측에 도급제 임금형태 폐지와 현행 12시간 근무제에서 8시간 근무로 근로시간 감축을 지속적으로 요구했다. 결과적으로 1979년 7월 10일, H제과 비스킷 포장부 근로자들은 8시간 근무 후 퇴근을 감행하던 중 이를 저지하던 회사측과의 충돌이 빚어졌다. H제과의 근로자 30여명은 노동청에 근로기준법 위반 혐의로 회사를 고발하였고, 노동청은 H제과 대표를 불구속 입건하였다. 이 사건은 식품업계 전반에 '8시간 근무제' 도입에 대한 논의를 본격화 하는 계기가 되었다.

사용자뿐 아니라 동료 근로자들의 감시를 받았다. 이 같은 상황에서 도급제 임금형태는 근로자들로 하여금 자신의 휴게 및 여가 시간까지 자발적으로 반납하게 했다. 반도급제 체제로 운영되던 H 제과 비스킷 부에서 가장 먼저 ‘8시간 노동’ 투쟁이 일어난 이유는 이와 무관하지 않다.

이러한 상황에 비추어보면, 도급제 임금의 해석은 단순히 임금형태에 주목하기보다는 ① 시간에 대한 통제가 전적으로 사용자 측에 있는 상황에서 ② 작업량에 따라 임금을 받는 것에 초점이 맞추어져야 한다. 근로기준법 제47조가 도급 근로자의 임금을 ‘근로 시간에 따라’ 일정액을 보장하라는 것도 이와 무관하지 않다. 즉, 근로기준법상 도급 근로자는 ‘일정한 시간을 사용자 통제 아래 있으면서 개수 임금을 받는 자’라고 해석할 수 있다.

근로기준법이 제정되던 1953년을 기점으로 그 전후 도급제 임금 양상에 대해 정리해 보면, ① 방직업·섬유업 및 제과업 등 노동집약적 산업인 경공업에서 도급제 임금형태가 주로 운용되었고, ② 탄광 산업·택시운수업 등 작업 특성상 사용자의 구체적인 업무 감독 지휘가 이루어지지 않은 산업에서도 도급제가 도입되었다. ①의 경우, 하나의 사업장에서 사용자가 직접 근로 장소 및 근로 시간을 통제하는 방식으로 이루어졌다. 기계 개량으로 인해 컨베이어 벨트, 자동화 기계 등 순차적으로 도입되면서 근로자의 숙련에 의존하지 않게 되었다. 그에 따라 임금형태는 도급제에서 시급제로 옮겨가는 흐름을 보인다. ②의 경우, ①에 비하여 표면상 사용자의 지시·감독이 약한 특징을 가진다. 하지만 교대제 근무 형태로 사용자는 근로자의 시간을 통제하고 있다. 법원은 도급제 택시 운전사의 경우, 길보기엔 정해진 근로 시간에 구속받지 않는 것으로 보여도 정액 사납금이 있는 한 실질적으로 사용자에게 지배받다고 판단하였다.

제4절 도급제 보수의 현대적 상황

1. 서비스 산업 시대의 도급제 임금

근로자의 노무 제공 형태는 제조업 중심에서 서비스업으로 이행되는 과정에서 변화를 겪었다. 현대에 들어와 서비스 산업의 비중이 점차 증가하고, 아웃소싱 형태의 계약이 늘어났다. 그에 따라 업무 장소와 시간에 구애받지 않는 일자리도 많아졌다. 이 과정에서 근로자는 사업장을 벗어나 고객과 직접 소통하며 업무를 수행하였다. 표면상 근로 시간은 정해지지 않았고, 급여 형태는 시간급이 아닌 도급제로 정해졌다.

앞서 살펴보았듯이 도급제하에서 근로자는 정해진 소정근로시간 동안 사용자의 지배를 받으며 일하는 것으로 간주 되었다. 하지만 최근 도급제는 소정근로시간과의 밀착도가 점점 떨어지는 것으로 보인다. 이에 따라 도급제 임금을 받는 자의 근로기준법상 ‘근로자성’도 모호해지고 있다. ‘소정근로시간이 정해진 자’인지 문제가 되면서, 근로자성을 인정받기까지의 문턱이 더욱 높아졌다.

최근 들어서야 법원은 이와 같은 업무 형태는 근로자들이 “근무시간이나 근무 장소에 대하여 회사로부터 엄격한 제한을 받았다고 보기는 어려우나, 이는 근로자들의 주된 업무수행이 외부에서 이루어진다는 특성”에 불과하다고 판시하였다.⁵¹⁾ 따라서 정수기 수리기사의 근로기준법상 근로자성을 인정하고 있다.

이 사건 근로기준법상 근로자성을 인정받은 정수기 수리기사의 근무 형태를 살펴보면, 회사는 중앙 전산프로그램을 이용해 각 엔지니어 PDA 단말기를

51) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다221352 판결.

통해 정수기 설치 및 AS 업무를 배정하였다. 이 과정에서 고객은 직접 엔지니어에게 업무를 요청하더라도 엔지니어는 회사 전산으로 업무 등록 및 배정 절차를 거치고 나서야 업무수행이 가능했다. 이후 회사의 업무처리 기준대로 업무수행을 완료한 엔지니어는 PDA를 통해 회사 전산망에 그 사실을 입력하였다. 법원은 이와 같은 업무처리 절차로 미루어보아 회사가 엔지니어 근로자들의 업무수행에 관해 상당한 지휘·감독을 하였다고 판단하였다. 즉, 법원은 근로자는 근로 시간이나 장소에 덜 제한받는다고 하더라도 이는 업무 특성에서 기인했을 뿐이고, 사용자가 배정한 업무를 기준에 따라 수행하고 그 후 처리내역 등을 보고해야 하는 점 등을 고려해 보면 회사와 근로자의 사용종속 관계를 인정할 수 있다고 판단했다. 이 밖에도 대법원은 정수기 수리기사와 비슷한 근무 형태인 인터넷 설치 기사,⁵²⁾ 재택위탁집배원⁵³⁾ 등에 대한 근로기준법상 근로자성도 인정하였다.

향후 정보통신 기술의 지속적인 발전과, 근무시간과 장소의 제약을 벗어나는 유연한 일자리에 대한 수요 증가, 그리고 소비자 중심의 서비스를 제공하는 업계의 확장으로 인해 서비스 산업에서 종사하는 인력의 수는 계속해서 증가할 것이다. 이러한 추세는 서비스 산업 종사자들 근로기준법상의 근로자성을 둘러싼 법적 분쟁의 증가로 이어질 것이며, 더욱 다양하고 복잡한 사례들의 출현 시킬 가능성이 높다.

2. 플랫폼 노동자와 도급제 임금

플랫폼 노동이란, 온라인 플랫폼상 알고리즘을 통해 일감의 수요와 공급을 이어줌으로써 탄생한 개념이다(eurofound, 2018). 2020년 일자리위원회 정책용역 과제로 수행된 「플랫폼노동 실태 파악을 위한 통계·설문 방안 검토」

52) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두50168 판결.

53) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277538 판결.

연구에 따르면, 플랫폼 노동이란 ① 디지털 플랫폼에서 거래되는 것이 서비스나 가상 재화여야 하고 ② 디지털 플랫폼을 통해 일감을 구해야 하며 ③ 디지털 플랫폼이 노동의 대가를 중개해야 한다. 또한 이는 ④ 불특정 다수에게 열려 있어야 한다.⁵⁴⁾

하지만 플랫폼의 등장이 곧 새로운 일자리의 창출을 의미한다고 보기는 어렵다. 현재 플랫폼 노동에 종사하는 40~50대를 기준으로 해당 일자리 종사기간을 조사한 결과, 그 기간이 10년에 달하고 그 이전 거처온 일자리는 1~2개에 불과했다. 2021년 기준 코로나19 등의 영향으로 플랫폼 노동시장의 규모가 확장되었으나 플랫폼 노동 30%는 배달·배송·운전이고 전문서비스는 9.9% 그친다. 이와 같은 상황을 고려하면, 플랫폼 등장 이전부터 존재하던 노동형태가 플랫폼을 매개하는 것으로 일감을 얻는 방식만 변화한 것이라는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 나아가 유사택시 및 배달업종 등은 새롭게 등장한 ‘플랫폼 노동’이라는 형태로 포섭할 것이 아니라 ‘근로자성 은폐·오분류’로 접근해야 한다는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 플랫폼 등장 이전부터 존재해왔던 근로형태를 중심에 두고 플랫폼 노동의 보호방안을 모색하는 일은 자칫하면 오분류를 교정하는 게 아닌 면책하는 결과로 이어진다면 이를 경계하는 입장이다.

이처럼 플랫폼이 노무자에게 일을 매개하는 방식은 본래 존재하던 노무제공 형태를 변형시켰다. 플랫폼은 불특정한 노무자들을 대상으로 일감을 배분한다. 배분된 일감을 수락할지 말지 노무자들이 결정한다. 노무자가 일감을 수락하면 플랫폼이 지시하는 업무수행 방식 및 기준에 따라 일감을 수행해야 한다. 노무자의 보수는 단 건으로 정해지며 일감 수요 및 난이도 등에 따라 달라진다. 노무자의 업무수행이 완료되면, 플랫폼 이용자의 만족도 평가를 통해

54) 장지연, 「플랫폼 노동 종사자 보호방안 마련을 위한 실태조사」, 한국노동연구원, 2020.2, 2쪽.

55) 신인철, “플랫폼노동은 새로운 자리인가: 플랫폼노동의 일자리 특성과 생애 직업력 분석”, 「KLI패널 위킹페이퍼」 2022년 제7호, 한국노동연구원, 13쪽.

56) 권오성, “플랫폼 노동자의 근로자성”, 「노동법포럼」 제32호, 노동법이론실무학회, 2021.2, 8쪽.

플랫폼은 해당 노무자의 업무 수행 능력을 평가한다. 플랫폼은 노무자의 일감 수락을 및 이용자 평가를 기반으로 향후 해당 노무자에게 일감을 할당할지, 할당한다면 어느 정도 일감을 맡길지를 판단하기도 한다. 이 과정에서 노무자들의 업무 수행 방식은 과거와 달라진 바가 없다. 하지만 플랫폼이 매개하고 알고리즘이 일감을 할당하는 방식은 사업장이라는 공간에서 사용자의 지휘·감독에 따라 정해진 시간 동안 노무를 제공하며 임금을 받는 전통적인 지휘 체계와는 매우 다르다.

앞서 검토한 바에 따르면, 서비스 산업에서 종사하는 노무자들의 근로자성을 판단하는 문제는 사업장에서 벗어나 이루어지는 그들의 노무 제공 방식이 근로기준법 체계에 부합하는지 초점을 맞추고 있었다. 반면 플랫폼 노동자들의 경우, 그들이 일감을 배부받는 방식부터 다르다. 이에 따른 노무제공 형태가 기존 법적 틀 내에서 어떻게 정의될 수 있을지, 그리고 근로기준법이 새로운 노무 제공 형태를 어떻게 포괄할 수 있는지가 중요한 과제다. 플랫폼 경제의 성장이 가져온 새로운 노동 형태들을 법적으로 어떻게 인식하고 해석할지에 대한 논의가 필요하다.

제5절 소결: 도급제 임금형태의 시대적 변천

1. 시간의 산업화: 초기 산업혁명과 대량생산 시대의 노동과 도급제

18세기 말, 영국 크롬포드 (cromford) 지역에서 수력방적기들을 설치한 최초의 공장이 등장했다. 그 이전에 면 업은 주로 가내수공업 형태로 이루어졌다. 하지만 영국 면업 분야는 인간의 힘이 아닌 수력으로 움직이는 방적기의 발명으로 다른 국면에 접어들었다. 특히 물 방적기는 증기기관과 결합하게 되면서 실을 뽑아내는 생산 속도는 빨라지고 양은 많아졌다. 다만 방적기는 개

량될수록 크기도 커졌을 뿐만 아니라 동력원으로 풍부한 수자원을 필요로 했다. 이 같은 조건은 방적기를 설치한 공장이 등장한 배경이 되었다. 공장의 등장은 곧 기존 숙련공을 비롯한 일하는 자들을 특정한 공간에 불러들이는 계기로 이어졌다.

공장의 등장은 ‘시간의 산업화’를 촉진하는 배경이 되었다고도 여겨진다.⁵⁷⁾ 농경사회에서 시간의 개념은 낮과 밤, 여름과 겨울 등 자연 순환적인 관점으로 정의되었다. 반면 산업사회에서의 시간은 훨씬 세분화 되고 분할되었다. 이는 단위 시간당 처리해야 하는 과업의 양이 많아져, 일감을 처리하는 데 투입되는 시간이 짧을수록 유리했기 때문이다. 즉, 산업 현장에서는 생산과정에 있어 시간을 최대한 효율적으로 활용하기 위해 시간을 분할된 개념으로 본다.

공장이 출현한 뒤로 근로자들의 시간도 분할되고 산업화 되었다. 애덤 스미스는 <국부론>에서 편 제조 업무가 많은 부문으로 분할되어 각 근로자가 한 가지의 공정을 맡게 된다면, 한 명의 근로자가 한 개의 편을 만드는 것보다 훨씬 많은 편을 제조할 수 있다고 주장하였다. 이것이 ‘분업’의 원리다. 애덤 스미스는 분업으로 인해 특정 직공이 하나의 일을 오랫동안 반복함으로써 생산 속도가 빨라지고, 한 작업에서 다른 작업으로 옮겨갈 때의 시간을 절약할 수 있다고 말하였다. 결국 분업의 결과로 시간은 단축되고 생산물은 늘어나게 된다는 것이었다. 이러한 분업의 원리는 근로자 작업 단위의 기반이 되었을 뿐만 아니라 그들의 시간이 쪼개어지고 통제되는 근간이 되기도 했다.

애덤 스미스 분업론은 찰스 배비지의 분업론과 이어지기도 한다. 배비지의 ‘분업론’은 스미스의 분업론을 보다 더 구체화하여 공장의 작동 원리를 삼았다는 평가를 받는다.⁵⁸⁾ 배비지가 1832년 출판된 그의 저서 「on the economy of machinery and manufactures」에서 제시한 분업의 이점으로는 ① 배움에 필요한 시간 절약, ② 기술을 배울 때 절약되는 원재료비, ③ 다른 작업으로

57) 이영석, 「공장의 역사(근대 영국사회와 생산 언어 정치)」, 푸른역사, 2012, 189쪽.

58) 위의 책, 188쪽.

넘어갈 때 드는 시간의 절약, ④ 다른 작업을 이행할 때 도구를 바꾸면서 드는 시간의 절약, ⑤ 매번 같은 절차를 반복함으로써 얻어지는 민첩성, ⑥ 각 작업절차에서 기계를 활용한 개선 가능성을 든다.⁵⁹⁾ 이러한 분업 원리는 생산량의 극대화 및 시간의 효율성을 가장 중심에 둔다. 이는 근로자의 작업 및 시간을 세분화할 뿐만 아니라 단순·반복화된 작업은 손쉽게 기계로 대체될 수 있음을 시사하기도 하였다.

이 과정에서 도급제 임금체계(piece-rate)는 숙련공의 생산량을 극대화하기 위한 장치로 활용되었다. 1차 세계대전 전후로 영국에서는 방적기 개량으로 1차 산업혁명을 주도했던 면공업이 점차 쇠퇴해 갔다. 자동 물 방적기 이후 새로운 기계 도입을 꺼리던 면공업 분야와 달리 기계 공업 분야에서는 반자동화 기계 도입이 확대되었다. 1890년 이후, 영국은 기계 공업 분야에 미국식 설비를 도입하였다. 반자동화 기계의 도입은 미숙련 노동자들을 고용하는 명분으로 이어졌다. 이 과정에서 숙련공들의 노동 과정에 대한 통제권이 약화되었다. 따라서 숙련공들은 신기계 도입에 저항하면서도 이를 받아들여야 하는 양가적 상황에 놓였다. 자동화 기계의 발달은 미숙련 노동자의 고용률을 지속적으로 높였기 때문이다. 이 시기 숙련공들의 생산량을 극대화하기 위한 장치로 도입된 임금체계가 ‘도급제 임금체계’였다. 반자동화 기계 도입과 도급제 임금체계는 근로자들의 생산 속도 및 생산량을 크게 높이는 결과를 가져왔다. 이처럼 도급제 임금체계는 반자동화 기계 도입으로 인해 노동 과정 통제권이 약화된 숙련공들이 자진해 작업량을 증진하고 작업속도를 높이는 기능을 했다고 평가받는다.⁶⁰⁾

그러나 2차 산업혁명이 진전될수록 숙련공과 더불어 도급제 임금체계도 그 자취를 감추게 된다. 기계는 신기술 도입과 그에 따른 개량으로 인해 사람의 노동력을 빌리지 않고 생산량을 스스로 통제할 수 있을 정도로 발전했기 때문

59) Charles Babbage, 「on the economy of machinery and manufactures」, 1832, p.171~174.

60) 이영석, 「공장의 역사(근대 영국사회와 생산 언어 정치)」, 푸른역사, 2012, 256쪽.

이었다. 특히 헨리 포드가 1913년 도입한 조립라인, 일명 ‘컨베이어 벨트’는 분업의 원리를 고도로 발전시킨 도구였다. 컨베이어 벨트는 본격적인 대량생산 시대를 열었다. ‘컨베이어 시스템’의 기본적인 작동 원리는 헨리 포드의 말을 빌려 ‘사람이 일로 가는 것이 아니라 일이 사람에게로 오게 하는 것’이었다. 이와 같은 조립라인의 원칙은 ‘① 도구와 인력은 조립 순서에 따라 배치된다. 이는 마무리 공정에 이르기까지 각 부품이 최단거리로 이동하기 위한 조치이다. ② 작업대나 기타 운반 도구 등은 손 닿기 가장 편한 위치에 그대로 둔다. ③ 조립라인의 경사를 이용해 조립할 부품들을 알맞은 거리까지 옮긴다.’였다.⁶¹⁾ 포드는 이러한 조립 라인 원리를 이용하여 근로자들의 각 공정에 투입되는 작업시간을 획기적으로 감축하는 한편, 대량생산 체제를 가능하게 하였다. 무엇보다 각 공정의 작업이 단순화되었고, 이에 따라 미숙련 노동자들이 대거 채용되었다. 포드사가 처음으로 ‘모델 T’를 만들던 1910년엔 전 과정이 수작업으로 이루어졌다. 이때에는 숙련공과 미숙련공이 혼재하는 형태였다. 하지만 조립라인을 도입하고 난 뒤로 포드사는 ‘핵심 기술자 5%, 나머지 95%는 미숙련 노동자’들로 구성될 만큼 미숙련 노동자들이 대다수를 이루었다.⁶²⁾ 작업이 분업화·단순화 되었기 때문에 일을 배우는 것이 어렵지 않았던 까닭이다.

포드의 조립 라인의 토대가 된 건 ‘분업화’ 뿐만 아니라 ‘과학적 관리법’도 있었다. 과학적 관리법의 창시자로 거론되는 테일러는 그의 저서 「과학적 관리법」에서 근로자들의 근무 태만의 원인 중 하나로 생산량에 따라 임금을 지급하는 시스템을 지목했다. 그 당시 근로자들이 성과를 올리면 기업은 생산 단위당 임금을 줄여 총액을 늘리지 않는 관행이 있었기 때문이다. 테일러 역시 ‘열심히 생산량을 늘려도 임금은 늘지 않은 경험을 한 근로자들은 근무 태만을 저지른다.’라고 주장한다. 따라서 생산량에 따른 임금을 지급하기보다는

61) 헨리 포드, 「고객을 발명한 사람 헨리 포드」, 공병호 옮김, 21세기북스, 2006, 121쪽.

62) 위의 책, 128쪽.

평소 근로자의 작업량과 능률을 정확하게 기록하여 실제 성과에 따라 임금을 지급해야 한다고 말한다. 이러한 임금체계 성립의 전제는 ‘일한 시간에 따라 임금을 지급하는 급여제도를 계속 유지하는 경우에만 적용될 수 있다.’라고 하였다.⁶³⁾ 생산량에 따른 임금체계 하에서 작업량을 측정하는 행위는 근로자들로 하여금 임금 지급 기준을 정하기 위한 것으로 오해받기 쉽고, 그 결과 근로자들은 최대한 게으른 태도를 보일 것이라는 게 그 이유였다.

테일러는 동작과 시간 연구를 통해 하루 표준작업량과 표준 작업시간이라는 개념을 정했다. 일하는 근로자의 동작을 세분화하여 불필요한 동작은 최대한 배제한 뒤 작업시간을 측정했다. 그렇게 효율적인 작업수행에 필요한 표준적인 작업도구, 동작, 생산량 등을 도출할 수 있었다. 이 시기 과학적 관리법 중 하나인 헨리 간트의 ‘간트 차트’도 개발된다. 간트 차트는 예상 생산량 및 작업 시간을 기준으로 근로자의 실제 생산량 및 작업 시간을 비교함으로써 작업량 및 진척 속도 등을 확인할 때 사용되었다.

살펴본 바와 같이 근로자의 시간은 산업혁명으로 인해 공장이 등장하면서 산업화 되었다. 공장 안 근로자의 시간은 경제적 효율성을 위해 관찰 및 통제 대상이 되었다. 짧은 시간 안에 최대한 많은 양을 생산해야 했던 공장은 근로자의 시간을 초 단위까지 세분화 하고, 이를 생산 공식의 최소 단위로 보았다. 산업화 시기의 기계는 이러한 원리를 충실히 따라 발전되었다. 이와 같은 원리를 응축하여 마침내 대량생산이 가능한 ‘컨베이어 벨트’가 발명되었다. 컨베이어 벨트의 발명으로 인해 근로자의 시간 예측은 더욱 심화되었다. 기계는 생산량을 조절할 수 있을 뿐만 아니라 인간의 숙련 노동을 상당 부분 대체하게 되었다.⁶⁴⁾ 근로자는 공장 안에서 숙련을 제공하기보다는 순차적인 공정 흐

63) 테일러 프레드릭 윈슬로우, 「과학적 관리의 원칙」, 박진우 옮김, 박영사, 2006년판, 26~28쪽.

64) 영국의 노동사를 연구한 사학자 이영석은 그의 저서 <공장의 역사>에서 사람의 노동을 기계가 대체함으로써 노동은 기계의 보조노동으로 바뀌어 반숙련 또는 미숙련 노동이 급속하게 증가하는 것은 산업화 과정에서 뚜렷하게 나타나는 주요한 특징이라고 설명한다. 그의 주장에 따르면, ‘머신machine’이라는 용어는 처음엔 숙련이 필요하지 않은 단순 작업에 쓰

름에 차질이 없도록 기능하는 보조적 역할을 맡게 되었다. 이렇게 근로자는 노동 과정을 통제하지 못하고 시간의 지배를 받게 되었다.

조립 라인을 따른 생산량이 점점 증대하면서 기업의 생산은 철저히 생산계획에 따라 이루어졌다. 근로자는 제품 흐름에 따라 조립 라인에 배치되어 표준화된 작업절차를 따라야 했다. 즉, 근로자들은 공장이 세운 계획에 따라 생산해야 했으므로 정해진 시간에 따라 정해진 과업을 수행한 것이다. 이때, 근로자의 작업시간이나 그에 따른 인건비도 계획 수립이 가능한 예측이 가능한 것이어야 했다. 따라서 근로자의 시간은 보상 및 통제의 대상이 되었다.

2. 디지털 시대의 테일러리즘: 도급제의 현대적 재등장

일하는 방식은 다시 격변을 맞이하게 된다. 정보 통신기술(ICT) 및 사물인터넷 발달로 인한 초연결사회가 도래하였다. 생성형 AI의 도입은 업무의 생산량과 효율성을 극대화할 수 있게 되었다. 이에 따라 근로자의 노무 제공은 사업장이라는 특정된 공간을 탈피하여 이뤄지기 시작하였다. 현재의 관점에서 볼 때, 사업장 바깥에서 이루어지는 근로 형태의 등장은 완전히 새로운 것은 아니다. 지금까지 ICT가 고도로 발전하기 이전엔 사업장 밖에서 이뤄지는 노무 제공은 고객 대면 서비스업을 중심으로 존재해 왔다.

하지만 현재, 사업장을 벗어난 근무 형태는 서비스업을 넘어 사무직 및 개발 직군과 같은 영역에서도 전방위적으로 늘어나고 있다. 초기에는 ‘재택근무’라는 개념이 대두되었다. 사업장 바깥에서 이루어지는 근무에 그 공간이 자택

이는 도구를 뜻했으나, 18세기 후반 ‘자신의 손(도구)을 가진 장치’라는 의미를 가지게 되었다고 한다. 그러면서 ‘머신machine’은 ‘손기술 또는 도구’와 대립적인 의미를 갖게 되었다고 말한다. 처음에 기계에 달린 도구는 단순한 작업만 하도록 만들어졌으나 그 가짓수가 많아 집에 따라 수력이나 증기기관과 연결되어 높은 생산성을 발휘한다. 이와 같은 기계 사용의 이점을 두고 배비지는 ‘제품의 완성도’와 ‘저렴한 생산’에 초점을 맞추지만 유어는 새 상품 제조와 작업량의 증가 및 근로자의 숙련 대체에 초점을 두었다고 평가한다. (「공장의역사」, 178쪽)

에 한정되고, 특정한 시간대에는 근무 상태여야 했다. 최근에는 이를 넘어 ‘리모트워크(remote work)’라는 용어가 등장했다. 리모트워크는 자택뿐만 아니라 공간의 제약을 받지 않고 어디에서든 일할 수 있고, 형태에 따라선 시간 제약도 받지 않을 수 있는 근무 형태다.⁶⁵⁾ 사업장과 일정한 근무 시간대를 탈피한 일하는 방식의 변화는 워케이션, 디지털 노마드 등 사람들의 라이프스타일 변화까지 가져왔다. 이와 같은 측면에서만 살펴보면 디지털 기술의 발달로 인해 근로자들은 시공간을 초월하여 제약 없이 자유로운 근로를 제공하는 것처럼 보인다.

반면, 디지털 기술의 발전은 근로자를 시시각각 감시하고 통제하는 요소로 작용하고 있다. 정해진 근로 시간 없는 근무 형태가 가능해진 상황은 역설적으로 ‘0시간 근로계약’ 및 ‘호출 노동’을 탄생시켰다. 0시간 계약이란, 특정한 근로 시간을 정하지 않고 사용자와 근로자가 임시 계약을 한 뒤 사용자가 필요할 때 근로자를 호출하여 노무 제공을 받고 그에 상응하는 급여를 지급하는 것이다. 근로자는 언제든지 호출에 응하기 위해 24시간 대기조로 있어야 한다.

이러한 근무 형태는 근로자의 수입뿐만 아니라 생활도 불안정하게 만든다. 언제든지 노무를 제공할 수 있는 대기 상태로 있어야 하기 때문이다. 사용자는 근로자가 실질적으로 근무를 제공한 시간에 대해서만 급여를 지급할 뿐, 대기 상태인 시간을 보상하진 않는다. 이를 두고 경제학자 대런 아세모글루는 그의 저서 「권력과 진보」에서 “노동자로부터 경제적 지대를 이전하는 행위”라고 주장하였다.⁶⁶⁾ 이러한 형태의 계약은 근로자의 생산성은 증대시키지 않

65) 김태곤, “8시간 자리만 지키면 무슨 소용? 리모트 워크 핵심은 효율적 업무 진행”, DBR 268호 2019. 3. 해당 글에서는 버퍼(Buffer)라는 기업에서 말하는 리모트 워크 5단계를 소개하고 있다. “1단계: 사무실에서 일하는 시기. 리모트 워크를 시작하기 전 단계다. 2단계: 주로 사무실에서 일하지만 재택근무도 가능한 단계. 국내 여러 스타트업이 도입한 리모트 워크의 초기 형태다. 3단계: 모두가 리모트 워크를 하지만 단일 시간대에서만 일하는 단계. 4단계: 전 세계에 분산된 여러 팀이 여러 시간대에서 일하는 단계. 팀 단위로 시간대가 다르고 같은 팀끼리는 같은 시간대에 일하는 형태다. 5단계: 구성원들이 어디서든 언제라도 완전히 자유롭게 일할 수 있는 단계.”

66) 대런 아세모글루·사이먼 존슨, 「권력과 진보(기술과 번영을 둘러싼 천년의 쟁투)」, 김승진 옮김, 생각의힘, 2023, 460쪽.

으면서 전반적인 생산성 이득이 근로자에게 공유되는 것을 막고, 지대를 근로자로부터 분리하여 다른 곳에 옮기는 데 쓰인다. 0시간 계약과 같은 ‘유연 스케줄링’은 근로자의 임금 수준을 낮출 수 있다. 일정 시간만큼 수입을 보장하지도 않고, 사용자의 사정에 따라 일이 갑자기 취소될 수 있기 때문이다. 근로자는 업무 수행에 노력과 열의를 덜 투입하게 된다. 이는 업무의 생산성을 낮추는 결과로도 이어진다.

디지털 기술은 근로자의 활동을 광범위하게 수집하고, 업무를 지시하고 그 과정을 통제한다. 그리고 ‘0시간 계약’처럼 노동력을 수요에 맞추어 유연하게 사용한다. 19세기 테일러는 스톱워치 하나로 근로자의 동작에 관해 연구했다. 이제는 그보다 훨씬 더 정교해진 기술로 오차 없이 근로자의 동작과 동선 등을 측정하는 것이 가능해졌다. 그렇게 관찰된 데이터를 대규모로 축적하는 기술 역시 가능해졌다. 이는 테일러가 실현하고자 했던 완벽한 업무의 표준화와 세분화를 가능하게 만들었다.

업무의 표준화는 노동의 탈숙련화를 낳았다. 19세기 테일러리즘과 포드사의 컨베이어 벨트의 결합 역시 미숙련공들의 대규모 채용을 가능하게 했다. 따라서 업무 과정을 표준화하고, 이에 따라 노동의 탈숙련을 초래했다는 점은 같다.

21세기 디지털 기술과 함께 도래한 ‘디지털 테일러리즘’은 서비스업과 결합하여 ‘고용의 유연화’라는 방향으로 나아간다. 포드는 컨베이어 벨트 시스템을 도입하면서 ‘사람이 일로 가는 것이 아니라 일이 사람에게로 오게 하는 것’이라고 말하였다. 즉, 컨베이어 벨트에 따라 근로자를 배치하여 공정에 따라 부과된 과업을 수행하는 방식이었다. 이와 같은 방식은 생산과정 및 생산량 등에 예측할 수 있는 결과를 가져왔지만, 동시에 고용의 경직성도 가져왔다. 이미 1980년대 이후 포드시스템의 경직성을 극복하기 위해 ‘유연한 생산 방식’에 관한 모색이 있었고, 이 목적을 실현한 것이 ‘디지털 플랫폼’이라는 견해가

있다.⁶⁷⁾ 이 견해는 디지털 플랫폼은 탈역사적인 게 아니라 ‘유연생산방식’의 맥락에서 해석되어야 한다고 주장한다.

디지털 플랫폼에서 이루어지는 음식 배달, 택시 등 운송 서비스, 배송 서비스 등을 총칭하여 ‘온디맨드(on-demand) 서비스’라고 한다. 온디맨드란, 소비자 수요에 맞추어 언제든지 상품이나 서비스를 제공하는 것을 뜻한다. 전적으로 소비자 수요에 맞추어 서비스를 제공하기 때문에 서비스를 제공하기 위한 인력이 항상 확보되어 있어야 한다. 소비자 수요에 맞추어 신속하게 서비스를 제공하고, 공급은 실시간 수요에 맞추어진다. 따라서 극도의 고용 유연화가 요구된다. 포드의 컨베이어 벨트에서 ‘일이 근로자에게 오는 것’이었다면, 온디맨드 서비스에선 ‘서비스가 소비자에게 오는 것’이 핵심이다. 이처럼 온디맨드 서비스의 초점은 ‘소비자’다. 온디맨드 서비스를 수행하기 위한 근로자는 실시간 소비자 수요에 따른 일감을 즉각적으로 잡아서 수행해야 한다. 대량생산 체제에서 작동하던 테일러리즘과 유연 생산 체제에서 작동하고 있는 디지털 테일러리즘의 단적인 차이라고도 할 수 있다.

또 한 가지 비교되는 특징으로는 디지털 테일러리즘 아래에선 업무 단위가 더욱 작은 단위로 쪼개어진다는 것이다. 공장 안에서는 근로자 한 명이 담당 하던 업무가 디지털 플랫폼 안에선 여러 개로 나누어져 불특정 다수에게 배분된다. 이와 같은 현상을 기존의 ‘분업’을 뛰어넘는 노동의 ‘분해’라고 말한다.⁶⁸⁾ 해당 주장은 노동 분해의 예시로 배달업과 번역업을 든다. 아날로그 사회에서는 배달은 한 가게에 소속된 근로자가 그 가게로 들어온 주문을 혼자 수행하는 것이었다. 번역도 한 명의 번역가가 한 권의 책을 번역했다. 하지만 디지털 플랫폼은 작업자와 일감 사이에 개입하게 된다. 불특정한 다수에게 일감에 대한 접근을 허용한다. 한 가게의 주문을 여러 명의 배달 기사가 수행하

67) 이찬우·김진두·이상아, “비공식노동의 플랫폼노동으로의 전환과정: 플랫폼화의 명과 암”, 「노동정책연구」 제22권 제2호, 한국노동연구원, 37쪽.

68) 김수영, 「디지털 시대의 사회복지 패러다임: 네트워크적 접근 (네트워크적 접근 | 한국사회의 구조 변화와 미래 대응)」, 집문당, 2021, 35쪽.

게 되고, 한 권의 책은 여러 명의 작업자가 번역하게 되는 것이다. 대표적인 예시로 우버이츠와 아마존 미케니컬 터크 (Amazon Mechanical Turk)가 있다.

디지털 테일러리즘에 의한 유연화를 견인하는 건 ‘도급제 임금’이다. 디지털 플랫폼이 배분하는 작업은 아주 작은 단위로 쪼개진다. 기존의 공장 시스템은 미리 수주받은 작업량에 맞추어 연속 생산 방식으로 제품을 만드는 반면, 디지털 플랫폼에서는 실시간 수요에 맞추어 과업 간에 단절된 형태로 작업을 진행한다.

이러한 과업 수행 방식에 적합한 임금체계는 근로자의 일정한 시간대를 보상하는 ‘시간급제’가 아닌 일감 한 건당 수수료를 지급하는 ‘도급제’이다. 실시간 소비자의 필요에 따라 변화하는 수요는 그 업무를 수행하는 작업자에게 특정한 시간 동안 계속된 일감을 보장하지 않는다. 따라서 디지털 플랫폼에서의 보수 지급 형태는 도급제가 대부분이다. 더불어 이는 아직 기계로 자동화 되지 못하고 인간의 노무가 필요한 분야에서 적용된다는 점에서 초기 자본주의에서 나타난 도급제와 비슷한 양상을 가지고 있다.

디지털 테일러리즘 시대에 다시 등장한 도급제는 그것이 내재하고 있던 폐해도 답습한다. 도급제는 근로자가 스스로 노동강도를 높이고, 노동시간을 늘리는 유인을 제공한다. 나아가 수요 감소 등으로 인해 일감이 제공되지 않는 위험 부담을 전적으로 작업자가 안게 한다. 디지털 플랫폼에선 공장이라는 공간과 작업자의 노동 과정 및 결과물을 감독하는 관리자도 없다. 따라서 작업 수행 과정에 대한 책임도 작업자가 지게 된다.

하지만 초기 자본주의 시대의 ‘도급제’와 현재 디지털 플랫폼 환경의 ‘도급제’는 구분할 필요가 있다. 초기 자본주의 시대는 기업이 만들어내는 제품을 대량 생산하여 소비문화를 조장함으로써 발전해온 양상을 띤다. 이때, 제품을 생산하는 공장에서 중요한 원리 중 하나로 애덤 스미스가 말한 ‘분업’이 있었

다. 이에 더해 ‘규율’도 공장이 원활하게 가동되는 원리 중 하나였다. 공장 안에서 근로자들은 위계질서에 따른 명령을 충실히 이행해야 하는 의무가 있었고, 매일 같은 시간에 출근하여 공장이 가동되는 시간에 맞추어 노무를 제공해야 했다. 공장 안의 근로자들은 동일성 있는 하나의 집단이 되어 일했다. 이 과정에서 개인의 자율성은 크게 제약이 가해졌다. 이처럼 초창기 근대적 근대 조직을 본뜬 형태로 운영되었던 조직체계는 효율성 증대에 큰 역할을 했다.⁶⁹⁾

반면 디지털 플랫폼 환경에서 작업자들은 매우 이질적인 노동력들로 구성된다. 디지털 플랫폼은 누구나 접근할 수 있기 때문이다. 이처럼 작업자들을 동질화 하지 않는 부분은 노동의 증식을 촉진할 수 있는 요소이고, 전통적인 테일러리즘이 적용되던 공장과 반대되는 특징이라고 해석된다.⁷⁰⁾ 이러한 디지털 플랫폼에서 ‘도급제’ 임금형태는 노동의 유연화를 가능하게 하는 수단으로 사용된다. 따라서 이는 엄격한 규율로 가동되던 전통적인 공장의 ‘도급제’ 임금과도 구분될 필요가 있다. 이러한 특수성 때문에 도급제 임금이 다시금 수면 위로 떠오르게 된 현상은 ‘디지털 테일러리즘 현상이 완전히 새로운 것도 아니고 단순히 옛것의 귀환도 아님’이라고 평가 받는다.⁷¹⁾

제2장에서는 도급제의 역사적 변천과 현대 디지털 플랫폼 시대에서의 부활을 살펴보았다. 이러한 변화를 통해 도급제가 노무자에게 미치는 영향과 문제점을 이해할 수 있었다.

제3장에서는 이러한 도급제 근로자의 법적 지위와 권리에 대해 보다 구체적으로 검토해 보고자 한다. 이를 위해 근로기준법상 도급제 근로자의 개념과 범위, 판결을 통해 도급제 근로자로 인정받은 자와 그렇지 못한 자의 기준을 살펴보고, 근로기준법에서 규정하는 임금 및 최저임금의 적용 방식을 분석해

69) 대런 아세모글루·사이먼 존슨, 「권력과 진보(기술과 번영을 둘러싼 천년의 쟁투)」, 김승진 옮김, 생각의힘, 2023, 268쪽.

70) 모리츠 알텐리트, 「디지털 팩토리」, 권오성·오민규 옮김, 숲쉬는 책공장, 2023, 203쪽

71) 위의 책, 201쪽.

볼 것이다.

이를 통해 현재 법적으로 보호할 수 있는 도급제 근로자와 도급제 보수를 받고 있지만 도급제 근로자로 포섭할 수 없는 자를 명확히 구분하여, 각각에 대한 보호 방안을 마련하고자 한다. 이러한 분석을 통해 도급제를 적용 받는 노무자들이 적절한 보호를 받을 수 있는 실질적인 법적 대응책을 마련할 수 있을 것으로 기대한다.

제3장 도급제 노동자에 관한 법 제도의 현황 및 한계

제1절 도급제 근로자의 개념

1. 근로기준법상 ‘도급’ 제도의 연원

(1) 근로기준법 제정 이전의 상황

근로기준법이 제정되던 1953년 당시의 ‘도급제’를 이해하기 위해선 일차적으로 임금형태를 규정한 문헌에 근거하여 그 의미를 파악해볼 수 있다. 1939년, 조선총독부는 「임금통제령」 및 「임금임시조치령」, 「임금임시조치령 시행규칙」을 잇따라 공포한다. 이 중 「임금임시조치령」에서는 기본급의 정의규정을 두고 있다. 「임금임시조치령」 제3조는 ‘본령에 있어서 기본급이라고 함은 정액임금제에 있어서 정액급, 청부임금제에 있어서 보증급 혹은 단위시간급을 말함. 임금 기준이라고 함은 장려 가급, 수당 실물 급여 혹은 명령으로써 정한 상여 이외의 상여의 기준은 청부임금제에 있어서의 청부단가·청부시간율 혹은 산정방법을 말함’으로 규정한다.⁷²⁾

72) 제삼조(第三條) 본령(本令)에 있어서임금(賃金)이라 고칭(稱)함은 임금(賃金) 급료(給料), 수당(手當) 상(賞) 여기타명칭(與其他名稱)의 여하(如何)를불문(不問)하고 고용자(雇傭者)가 노동(勞働)의대상(對償)으로서지(支) 급(給)하는 금전물기타(金錢物其他)의이익(利益)을말 함 본령(本令)에잇서서기본급(其本給)이라고 칭(稱) 함은 정액임금제(定額賃金制)에잇서서의정(定)액급우(額給又)는 청부임금제(請負賃金制)에잇서서 의 보증급혹(保證給或)은 단위시간급(單位時間給)을 말함임금기준(賃金基準)이라고 칭(稱)함은장(獎) 여가급(勵加給) 수당실물급여혹(手當實物給與或)은명령(命令)으로써 정(定)한상여이외(賞與以外)의 상여(賞與) 의기준우(基準又)는 청부임금제(請負賃金制)에잇서 서의청부단가(請負單價) 청부시간율혹(請負時間率或)은 산정방법(算定方法)을말함. 조선일보, “임금임시조치령”, 1939년 10월 22일 기사.

「임금입시조치령 시행규칙」엔 ‘청부급’의 종류를 나열하고 있다. 해당 시행규칙엔 시행령과 마찬가지로 정액임금제·청부임금제 총 2가지 임금체계가 등장한다. 해당 시행규칙 제8조에선 근로자를 10인 이상 고용하는 사업주가 도지사에게 보고해야할 임금기준 내용을 정하고 있다. 보고사항으로는 청매단가(請賣單價)·청부시간(請負時間) 외에도 ‘1. 작업 제품의 종류 2. 단가청부(單價請負)의 규정이 있을 때는 청부단위급산정방법 3. 시간청부(時間請負)의 규정이 있을 때는 청부시간급산정방법 4. 보합청부(步合請負)의 규정이 있을 때는 보합급산정방법⁷³⁾을 규정하고 있다. 비록 일제 치하에서 제정된 법령이지만, 도급제 임금에 관한 사항을 구체적으로 명시한 최초의 법령이다.

그 후 1942년, 조선총독부 내무부는 「임금통제령해설」을 발표한다. 해당 해설서는 청부급의 종류에 대해 자세한 설명을 명시한다. 「임금통제령해설」에서 열거한 ‘청부급’의 종류와 예시는 근로기준법에 도입된 ‘도급제’를 해석할 수 있는 단서가 될 수 있다. ‘단가청부란 컵 1개를 만들면 10전 혹은 철관 1장을 만들면 1원이라고 하는 것과 같이 소위 청부단가에 의하여 임금을 정하는 법’이고, ‘시간청부란 일정량의 일에 대해서 일정 시간의 노동이 예정되고, 이 예정 노동시간이 임금 지불의 기초가 되는 것으로서, 예를 들면 컵 1개에 2시간 혹은 기계부품의 제조를 10시간에 청부한다고 하는 식으로 임금을 정하는 방법’이며, ‘보합청부는 수입 혹은 생산액에 대해 일정한 비율에 따

73) 제팔조(第八條) 고용주(雇傭主)는동일(同一)한 공장사(工場事) 업장(業場) 사무소기타(事務所其他)의 장소(場所)에서 상시고용(常時雇傭)하는 노무자(勞務者)가 십인(十人) 이상(以上) 인때는 영제십조우(令第十條又)는제십(第十) 일조제삼항(一條第三項)의 규정(規定)에의(依)하여지(指) 정기일(定期日)의 임금기준우(賃金基準又)는 지정(指定) 기일후(期日後)에 정(定)하는임금기준(賃金基準)을도(道) 지사(知事)에보고(報告)할것. 전항(前項)의 규정(規定)에의(依)한 보고(報告)로서 청매단가(請買單價) 청부시간(請負時間) 보합혹(步合或)은 산정방법우(算定方法又)는 장려가급(獎勵加給)에 관(關) 한것에잇서서는 보고서(報告書)에는사(事) 업(業)의종류(種類) 종업장소(從業場所)의명칭(名稱) 소(所) 제지급기작업우(在地及其作業又)는 제품(製品)의종류(種類) 마다 좌(左)의사항(事項)을 기재(記載)할것. 일(一),작업우(作業又)는제품(製品)의종류(種類). 이(二),단가청부(單價請負)의규정(規定)이잇스때는 청부단위급산정방법(請負單位及算定方法). 삼(三),시간청부(時間請負)의 규정(規定)이잇스때는 청부시간급산정방법(請負時間及算定方法). 사(四),보합청부(步合請負)의 규정(規定)이잇스때는보합급산정방법(步合及算定方法). 조선일보, “임금입시조치령 시행규칙전문”, 1939년 10월 28일 기사.

라 임금을 정하는 방법'이라고 말한다.⁷⁴⁾

이들 용어를 현대적인 개념 및 임금 형태로 재해석해 보면, '단가청부'는 생산량의 개수만큼 임금을 지급하는 '개수임금(個數賃金) 임금', 즉 piece work, piece rate로 해석할 수 있다. '시간청부'는 제품을 완성하는 데 필요한 시간을 정하고, 그 시간 내에 작업을 완수하면 표준시간에 단위 시간당 임금을 곱하는 '표준시간급(standard hour plan)⁷⁵⁾과 대응한다. '보합청부'는 개인의 성과나 능력에 따라 임금을 지급하는 개인 차원의 성과급·능력급으로 이해할 수 있다. 이처럼 용어는 다르지만, 「임금임시조치령」에서 말하는 '청부급' 제도는 현재에도 이어지는 임금지급형태임을 알 수 있다.

「임금임시조치령 시행규칙」 제8조를 살펴보면, 사용자는 도지사에게 청매 단가와 청부시간뿐만 아니라 사업장의 명칭, 작업의 소재지 등을 함께 보고해야 한다고 명시하고 있다. 이를 통해 생각해 보면 청부급을 지급하는 사용자는 근로자의 시간과 공간을 통제하고 있음을 추측해 볼 수 있다.

(2) 1953년 제정 근로기준법 제39조의 도급 근로자

도급 근로자에 관한 규정은 1953년 근로기준법 제정되었을 때부터 있었다. 1953년 5월 10일 제정된 근로기준법 제39조에서는 '사용자는 도급 기타 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에 대하여는 근로시간에 응하여 일정액의 임금을 보장하여야 한다.'고 규정한다. 이듬해 4월 7일, 제정 및 시행된 근로기준법시행령 제24조 제6호에는 '도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액'을 기준으로 통상임금이 산정된다고 명시한다.

74) 신원철, "임금 형태의 변화와 노사갈등", 「사회와역사」 제94호, 한국사회사학회, 2012, 342쪽.

75) 김영재·김성국·김강식, 「신인적자원관리」, 탐북스, 2021, 422쪽.

제정 근로기준법에 영향을 준 일본의 노동기준법도 ‘도급제’ 근로자의 임금 보호 규정 및 평균임금 계산방법을 명시하는 규정이 있다. 현행 노동기준법 제27조는 생산고 지불제 및 그 밖에 ‘청부제(請負制)’ 근로자에 대해서는 사용자가 노동시간(勞働時間)에 따라 일정액의 임금을 보장할 것을 규정한다.⁷⁶⁾ 제12조 1에서는 도급제 근로자의 평균임금 산정방식을 두고 있다. 이 조문에 의하면, ‘청부제(請負制)’ 근로자의 평균임금은 임금 총액을 일한 일수에 나눈 금액의 100분의 60으로 정해진다.⁷⁷⁾

한편, 최저임금법 및 그 시행령에서도 도급 근로자의 임금에 관한 규정을 두고 있다. 최저임금법 시행령 제4조에선 ‘임금이 도급제나 그 밖에 이와 비슷한 형태로 정해진 경우, 근로시간 파악이 어렵다는 사정 등이 있을 때 해당 근로자의 생산고 또는 업적의 일정단위에 의하여 최저금액을 정한다’는 규정을 두고 있다. 동법 제5조에서는 도급제 근로자의 최저임금액을 구하는 방식을 명시한다.

최저임금법 시행령 제5조 제2항에선 도급제 임금에 대해 ‘생산고에 따른 임금지급제나 그 밖의 도급제’라는 표현을 쓰고 있다. 이러한 표현은 일본 「노동기준법」 제27조의 ‘생산고 지불제 및 그 밖에 청부제(請負制)’와 흡사하다. 이에 근로기준법 제47조의 ‘도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도’라는 표현과 대응해보면, 언급된 조문들이 정하고 있는 임금 지급 방식은 ① 생산고에 따른 지급제와 ② 도급제 (일본어로는 ‘청부제’)로 나뉜다.

근로기준법상 도급제 근로자에 관한 규정은 ‘근로시간’에 관한 언급을 하고 있고, 일본 노동기준법의 ‘청부제’ 규정 역시 그러하다. 근로기준법 제47조는 사용자에게 도급제 근로자의 임금은 ‘근로시간에 따라 일정액을 보상’해야 한

76) (제27조) 出來高拂制その他の請負制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならない。

77) (제12조 1) 賃金が、労働した日若しくは時間によつて算定され、又は出來高拂制その他の請負制によつて定められた場合においては、賃金の總額をその期間中に労働した日數で除した金額の百分の六十。

다고 규정하고 있다. 일본 노동기준법 제27조 역시 ‘청부제’ 근로자의 임금은 ‘노동시간에 따라 일정액의 금액을 보장’할 것을 명시하고 있다. 따라서 ‘생산고에 따른 임금지급제’나 ‘도급제’ 근로자에게는 근로시간에 따른 일정한 금액이 보장되어야 한다. 그 명칭이 ‘도급제’든 ‘청부제’든 가리지 않는다.

다만, 최저임금법 시행령 제4조는 이들의 임금을 근로시간에 따라 보장하는 것에 대한 예외를 두고 있다. 이 규정에 따르면 ① 도급제나 ② 이와 비슷한 형태로 정해진 경우 (위의 논지에 따라 ‘생산고에 따른 지급제’로 추정), 근로시간을 파악하기 어렵거나 최저임금을 시간 단위로 정하는 것이 적합하지 않다고 인정되면, 해당 근로자의 최저임금을 생산고 또는 업적 단위에 따라 정할 수 있다고 말한다.

따라서 현행법상 도급제 및 생산고에 따른 지급제 근로자 임금 규정을 정리해보면, 사용자는 이들의 임금을 근로 시간에 따라 보장해야 한다. 이들의 통상임금 및 최저임금을 구할 때도 ‘총 근로시간 수’가 필요하다. 다만, 이들의 근로시간을 파악하기 어렵거나 최저임금을 시간 단위로 정하기 어려운 사정이 있을 땐 예외적으로 최저임금을 시간 단위가 아닌 생산고 또는 업적 단위에 따라 정할 수 있을 뿐이다.

이를 종합해보면, 일단 현행법에서는 ‘도급제’와 ‘생산고에 따른 임금 지급제’를 구분하고 있는 걸 알 수 있다. 이와 같은 구분은 ‘도급제’가 ① 오직 생산고에 따라 지급되는 100% 도급제 임금과 ② 임금의 일부가 실적 등에 따라 정해지는 ‘시간급제가 혼재된 도급제 임금’으로 분류된다고 주장하는 견해에 대한 의문으로 이어진다.⁷⁸⁾ 법 규정은 ‘도급제’와 ‘생산고에 따른 임금 지급제’를 구분하고 있기 때문이다. 근로기준법 제47조는 ‘도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도’로 명시하여 ‘도급제’와 ‘생산고에 따른 임금지급제’ 개념에 명확한 구분이 없다. 하지만 최저임금법 시행령 제5조엔 ‘생산고에 따른 임금지급제나

78) 방강수, “도급제 임금에서의 통상임금 범위”, 「노동법연구」 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021.9, 173쪽.

그 밖의 도급제'로 명시한다.

법에서 두 개념을 구분하는 이상, '도급제' 개념에 '오직 생산고에 따라 지급되는 임금'을 포섭할 수 있을지 문제가 된다. 그러한 '생산고에 따른 임금지급제'마저도 최저임금을 구할 때, '총 근로시간 수'를 필수요소로 삼는다. 따라서 '도급제' 임금을 근로시간과는 무관한 '오직 생산고에 따른 임금'이라고 곧바로 해석하는 것은 경계해야 한다. 도급제 및 기타 그에 준하는 임금체계를 이해하기 위해선 법에서 전제하는 '근로시간'과의 연관성을 밝혀야 하는 작업이 필수적이다.

(3) 근로기준법 제47조 '도급'의 의미

근로자들은 대체로 노동시간에 비례하여 임금을 받는다. 규범적으로도, 최저임금액은 시간·일·주·월 단위로 정해지며, 시간급을 기준으로 표시된다(최저임금법 제5조 제1항). 최저임금 이외에 시급·일급·월급으로 지급되는 임금은 근로시간에 대응하여 책정된다. 따라서 계약서상 근로시간 및 근로일 표기는 필수 사항이다(근로기준법 제17조 제1항). 통상임금은 연장·야간·휴일 근로 시 지급되는 수당의 기준이다. 통상임금 역시 소정 근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액 등이다(근로기준법 시행령 제6조 제1항).

한편 성과급·업적급·수수료·개수임금(piece rate) 등 생산고에 따른 임금을 받는 근로 형태를 가진 자를 '도급 근로자'라고 한다. 현재 근로기준법상 '도급제' 임금체계에 대한 정의 규정은 없다. 시간급제 근로자와는 다른 임금 지급형태 때문에 도급 근로자는 근로시간과 무관하다고 생각하기 쉽다. 하지만 현행 근로기준법을 살펴보면, 도급제 근로자에 대해서도 근로시간에 관한 제반 규제가 적용되어야 함을 알 수 있다.

먼저, 근로기준법에는 '도급 근로자'의 보호 규정이 있다. 근로기준법 제47

조는 “사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로 시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.”라고 명시한다. 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호는 도급 근로자의 통상임금을 구하는 방식이 규정되어 있다. 해당 조문에 따르면, 도급 근로자의 시간급 임금을 산정하는 방식은 “도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간의 총근로시간 수로 나눈 금액”이다. 도급 근로자의 통상임금 구하는 방식을 둔 조문은 도급 금액을 ‘총근로시간 수’로 나눌 것을 규정하고, 임금 보호 규정은 ‘근로시간’에 따라 일정 금액을 보장해야 함을 규정하고 있다. 두 조문은 도급 근로자 임금이 있어서 ‘근로 시간’을 필수 불가결한 요소로 본다.

그러나 도급제에서는 생산량에 따라 임금을 지급하는 특징 때문에 근로 시간과 연관성이 없다고 여겨지는 경향이 있다. 민법상의 ‘도급’ 정의와 근로기준법상의 ‘도급’ 정의를 같은 의미로 이해하여 온 것이 이러한 인식의 한 원인이라고 생각된다. 따라서 도급제 임금을 이해하기 위해선 민법상 도급과 근로기준법상 도급제 임금의 어원(語原) 및 연혁(沿革)을 밝히는 작업이 우선으로 이루어져야 한다.

2. 근로기준법 제47조의 ‘도급’과 민법상 도급계약의 관계

(1) 문제의 소재

민법 제664조는 도급에 관한 규정을 두고 있다. 해당 조문에서 도급의 의미는 ‘당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 것’이다. 일을 맡기는 자는 도급인, 일을 완성해야 하는 자는 수급인이다. 도급의 대상이 되는 일은 유·무형을 가리지 않으며 이는 반드시 금전적인 가치를 가지지 않아도 된다. 수급인은 계

약당사자로서 독립적인 지위를 가지나 도급인은 원하는 결과를 얻기 위해 수급인에게 적당한 지시·감독을 할 수 있다.⁷⁹⁾

한편, 근로기준법도 도급에 관한 규정이 있다. 근로기준법 제44조 1·2·3에서는 도급 사업에서의 임금 지급 원칙 및 특례 등을 두고 있다. 근로기준법 제47조는 도급 근로자에 대한 임금 보호 규정이다. 근로기준법 제90조는 도급 사업에서의 재해보상 책임자를 규정한 조문이다. 이 중에서 근로기준법 제47조의 도급 근로자의 ‘도급’ 개념이 민법 제664조에서 말하는 ‘도급’과 같은 의미인지 문제가 된다.

양자의 의미가 같다고 해석한다면, 근로기준법상 ‘도급’에서 ‘소정근로시간’이 갖는 의미는 빠지게 된다. 민법상 도급 개념엔 일을 수행하는 데 있어서 ‘미리 정해진 시간’은 필수적 의미가 아니기 때문이다. 하지만 양자가 서로 다른 의미를 갖는다면, 민법상 ‘도급’과 구별되는 개념으로 근로기준법상 ‘도급’의 의미를 찾을 수 있다. 무엇보다 도급제 임금의 요소로서 ‘소정근로시간’의 가치와 중요성에 대해서도 논할 수 있다.

(2) 민법상 ‘도급’과 근로기준법상 ‘도급’의 의미

1) 두 개념이 같다고 보는 견해

민법상 ‘도급’과 근로기준법상 ‘도급’의 의미가 같다고 보는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, 근로기준법 제47조 등에서 말하는 ‘도급’은 일의 결과물에 대해 보수 지급을 약정하는 것이므로 민법상의 도급과 다르지 않다고 말한다.⁸⁰⁾ 다만, 민법상 ‘도급’은 사용종속관계를 전제하지 않는다는 점만 다를 뿐

79) 지원림, 「민법강의 (11판)」, 홍문사, 2013, 1519쪽.

80) 박상진, “도급제 근로자의 통상임금 —대상판결 : 서울고등법원 2021. 10. 26. 선고 2019나2031229 판결—”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회, 2022.7, 322쪽.

이라고 한다. 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호의 도급제 통상임금을 구할 때 사용되는 ‘총 근로시간 수’는 사후적 개념으로 해석해야 하고, 이는 도급제 특성상 ‘실제 근로한 총시간 수’로 새겨야 한다는 견해다.⁸¹⁾⁸²⁾

앞선 견해와 달리 도급제 통상임금에 대해서는 논하지 않지만, 민법 및 근로기준법에서 사용되는 ‘도급’의 어원이 사실상 같다고 주장하는 견해도 있다. 이 견해는 일제강점기 시절, ‘도급(都給)’이라는 우리 말은 ‘청부(請負)’라는 일본 용어로 일시적으로 대체되었다고 주장한다.⁸³⁾ 이 견해에 따르면 한일 합방 이후인 1912년 4월 1일부터 일본 민법을 한국에 적용하기로 정하였고, 결정 이후 공식 법률 문서에는 모두 ‘도급’ 대신 ‘청부’가 사용되었다고 한다.

그러나 1910년 한일합방 이후에도 ‘도급’은 일상이나 신문·잡지에서도 꾸준히 쓰였다. 이때 사용한 ‘도급’의 의미는 맥락상 ① 지금처럼 계약의 한 유형으로 사용되거나 ② ‘모두 맡다’와 ‘맡아서 하다’란 의미로 쓰였다고 한다.⁸⁴⁾ 다만, 한국과 관련된 것은 ‘도급’이라고 칭하고,⁸⁵⁾ 일본 관련된 것은 ‘청부’라고 칭한다는 것을 특이점이라고 지적한다.⁸⁶⁾

81) 위의 글, 342쪽.

82) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다302155, 2021다302186, 2021다302162, 2021다302179, 2021다302193 판결에서 정수기 기사들이 근로기준법상 근로자임을 주장하며 회사를 상대로 퇴직금·주휴수당·연차휴가수당 등을 청구했다. 법원은 원고 정수기 기사들에게 업무를 배정하는 역할을 하는 피고 회사 콜센터의 예정 근무시간 및 원고의 출근 후 대기시간을 합하여 ‘평일 7:30부터 20:00까지, 토요일 08:00부터 18:00까지’로 원고들의 ‘총근로시간 수’를 추인하였다. 해당 견해는 법원의 판단을 두고 ‘실제 총근로시간 수’가 아닌 약정근로시간을 ‘총근로시간 수’로 보았으므로 엄밀한 의미에서 ‘총 근로시간’이 아니라고 비판한다. 대상 판결이 이러한 판단을 한 것은 원고가 본인들의 실제 총 근로시간을 입증하는 것이 불가능 하기 때문에 ‘입증책임완화’로 고안된 것이라 말한다. 정리하면, 해당 견해는 민법상 ‘도급’ 개념과 근로기준법상 ‘도급’개념을 같은 의미라고 해석하고, 도급제 근로 특성상 통상임금을 구할 때 쓰는 ‘총근로시간 수’는 ‘실제 근로한 총시간 수’라고 주장한다.

83) 김명철, “민법상 ‘도급(都給)’용어에 대한 사적 고찰”, 「법학논총」 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7, 13쪽.

84) 위의 글, 14쪽.

85) 해당 견해는 ‘도급’이 ① 유형으로 쓰인 경우를 예시로 경성방직주식회사 직공들이 근로조건을 이유로 동맹 파업한 사실을 보도한 동아일보 1931년 5월 30일 기사를 인용한다. 인용된 기사에서는 ‘도급제(都給制)를 폐지하고 일급제(日給制)를 실시할 일’이라는 표현이 나온다. 위의 글, 14쪽.

86) 해당 견해는 주장을 뒷받침할 근거로 1917년 일본인이 설립한 조선방직주식회사 근로자들의 파업을 보도한 동아일보 1930년 1월 13일 기사 중 “청부공임에는 현재청부공임에 삼할

나아가 위 주장은 해방 이후 근로기준법 및 민법이 제정될 시기 ‘청부’가 ‘도급’으로 대체된 사실을 주목한다. 두 법령의 연혁을 살펴보면, 1953년 5월 10일 근로기준법이 제정되었다. 그 후 1960년 1월 1일 민법이 제정되었다. 근로기준법은 당시 김용우 안을 중심으로 한 사회 보건위원회 안으로 수정 의결 되었다.⁸⁷⁾ 김용우 안에 따르면, 근로기준법상 도급에 관한 규정은 일본 「노동기준법」 관련 조항을 토대로 만들어졌다. 초안에서는 “사용자는 도급, 청부 기타 이에 준하는 제도로 사용되는 근로자들에 대해 근로 시간에 응하여 일정액의 임금을 보장하여야 한다.”라고 규정하였다. 그 후 사회보건위원회 수정안은 ‘청부’라는 단어를 삭제하고 수정 의결되었다. 이에 대해 해당 견해는 ‘도급’은 우리 고유의 언어이지만 ‘청부’는 한국에서 쓰인 적이 없는 단어로 삭제했을 것으로 추측한다.

더불어 해당 견해는 법령 제정 전 작성된 「민법전 편찬요강」도 채권각론 제9절 제목이 ‘청부’였으나 이후 국회 법제사법위원회 민법안 심의 소위원회에서 의결된 원안에서는 ‘도급’으로 대체되었다는 배경을 설명한다. 민법에서도 ‘청부’가 ‘도급’으로 대체된 이유 역시 ‘도급’은 우리 고유의 언어로서 관습적으로 사용해 왔기 때문이라고 추측한다.⁸⁸⁾

정리하면, 해당 견해는 근로기준법상 ‘도급’이나 민법상 ‘도급’의 개념을 구별하지 않는다. 두 법령에서 쓰인 ‘도급’은 일제강점기 시절 잠시 일본 용어인 ‘청부’로 쓰였다고 주장한다.

2) 두 개념이 다르다고 보는 견해

이와 반대로 민법상 ‘도급’과 근로기준법상 ‘도급’의 의미가 다르다고 보는

을 증가하여 현청부공임으로 할 것”을 인용한다. 위의 글, 15쪽.

87) 김명철, “민법상 ‘도급(都給)’용어에 대한 사적 고찰”, 「법학논총」 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7, 15쪽.

88) 위의 글, 17쪽.

견해가 있다. 근로기준법상 ‘도급제’는 민법상 전형계약으로서 ‘도급’이 아니라 ‘생산고에 따른 성과급 (piece rate)’을 의미한다고 보는 주장이다.⁸⁹⁾ 근로기준법이 제정되고 이듬해 1954년, 근로기준법 시행령이 제정된다. 당시 근로기준법 시행령 제24조 제6호에서는 도급제 임금에 대해 통상임금을 구하는 식을 규정하고 있었다.⁹⁰⁾ 해당 견해는 이 규정이 만들어진 1954년에는 현행 민법 제정 전이어서 현재의 민법상 도급계약은 일본 민법의 ‘청부’로 사용되던 시기라고 말한다. 이 같은 시대적 상황을 고려해 볼 때, 근로기준법 및 시행령에서 정하는 ‘도급’과 민법에서 정하는 계약으로서의 ‘도급’의 의미는 달리 해석해야 한다고 말한다.

위 주장과 같이 근로기준법상 ‘도급’은 민법상 ‘도급’과 구별되는 개념으로 봐야 한다는 또 다른 견해가 있다.⁹¹⁾ 해당 견해도 앞선 주장과 같이 근로기준법 제정 당시 민법상 ‘도급계약’은 ‘청부’라는 용어로 사용된 배경에 주목한다. 그러면서 근로기준법상 ‘도급’은 임금 지급 방식을 의미한다고 말한다.

해당 견해는 도급제 임금은 총 두 가지 분류로 나눈다. ① 오로지 생산고에 따라 지급되는 100% 도급제 임금과 ② 임금의 일부가 실적 등에 따라 정해지는 ‘시간급제가 혼재된 도급제 임금’이다. 현행 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호에서 말하는 ‘도급제 임금’은 ①유형이고, 같은 항 제7호에서 말하는 도급제 임금은 ②유형이라고 말한다. 해당 견해의 표현을 빌려서 해석하면 도급제 임금 중 ‘근로 시간과 친하지 않은’ 것은 생산고에 따라 지급되는 100% 도급제 임금일 것이고, ‘근로 시간과 무관하지 않은’ 것은 시간급제가 혼재된 도급제 임금일 것이다.

하지만 ① 유형일지라도 통상임금을 구하기 위해선 시행령에서 정한 ‘총 근

89) 권오성, “‘일률성’이란 무엇인가?”, 「월간노동법률」 제357호, 중앙경제, 2021.2.

90) (근로기준법 시행령 제24조 제6호) 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(賃金磨勘日이 있는 境遇에는 賃金磨勘期間. 以下 같다)의 총근로시간 수로써 제한 금액.

91) 방강수, “도급제 임금에서의 통상임금 범위”, 「노동법연구」 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021.9, 173쪽.

로시간 수'가 필요하다. 이러한 상황을 고려해 보면 도급제 임금은 근로시간이란 조건을 부득이하게 요구한다는 것이다. 이 견해도 오직 생산고에 따라 지급되는 도급제 임금일 경우, 정해진 근로 시간이 없으므로 통상임금은 '사후적 조건'에 따라서 산정할 수밖에 없다고 말한다.⁹²⁾

위 견해는 근로기준법상 '도급'과 민법상 '도급'의 의미가 다르다는 의견에 찬동한다. 하지만 도급제 임금의 본질은 근로 시간과 관계없는 '오직 생산고에 따른 임금'이라는 사실을 전제한다. 그로 인해 도급제 통상임금은 소정근로시간이 정해지지 않으므로 '사후적'으로 계산된다고 말한다. 이 주장은 도급제 임금의 본질은 근로 시간과는 큰 관련성이 없다고 해석할 수 있다.

(3) 정리 및 검토

현행 근로기준법 제47조에서는 '생산고에 따른 임금 형태'에 대해 '도급'이라는 용어를 사용하고 있다. 민법 제664조에도 '계약 당사자 중 일방이 일을 완성할 것을 약정하다.'라는 뜻으로 '도급'이라는 말을 쓰고 있다. 다양한 논의를 종합할 때, 근로기준법에서 정의하는 '도급 임금'의 정확한 의미를 파악하는 것은 첫 번째 과제이다. 근로기준법상 '도급'이 민법상 '도급'과 구별되는 개념인지를 명확히 하는 것은 도급제 임금 해석에 있어 중요한 출발점이 될 것이다.

근로기준법에서 말하는 '도급'은 임금의 형태이다. 민법에서 말하는 '도급'은 계약의 형태이다. 이처럼 근로기준법과 민법에서 같은 용어로 쓰이는 '도급'은 사실상 그 의미가 다르다고 생각된다. 따라서 양자의 개념은 구분될 필요가 있다.

정리하면, 민법 제664조에 정의된 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할

92) 위의 글, 184쪽.

것을 약정하는 것을 의미하고, 다른 상대방은 그 일의 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정하는 계약이다. 민법 및 근로기준법상 ‘도급’은 ‘완성된 일의 형태에 대해 보상하는 것’이라는 공통 분모가 있다. 하지만 민법상 도급은 그 일을 완성하는 데 있어서 시간·사용종속관계를 필수 요소로 삼지 않는다. 이것이 근로기준법상 도급 근로자가 받는 ‘도급제 임금’과 결정적 차이라고 볼 수 있다.

이는 근로기준법이 제정되었을 당시, 일본 근로기준법에서 ‘청부’라고 쓰는 말을 그대로 ‘도급’이라고 번역해서 혼란이 생긴 것으로 추측된다. 앞서 본 바와 같이 1953년 근로기준법 제정 당시 도급제 근로자 임금에 관한 규정 초안에서는 ‘청부’라는 용어가 있었지만, ‘청부’는 삭제되고 ‘도급’만 남았다. 그 뒤, 1960년 민법이 제정되었을 때도 초안에서의 ‘청부’라는 용어는 ‘도급’으로 대체되었다. 즉, 일본 법령에서의 ‘청부’라는 말은 일률적으로 ‘도급’으로 변경되었다.

민법상 ‘도급’은 계약의 형태로서 도급인과 수급인과의 관계가 사용종속 관계에 있는 특수성을 요구하지 않는다. 반면 근로기준법상 ‘도급’은 ‘임금’을 의미하므로 사용종속 관계라는 특수성을 전제한다. 따라서 민법상 ‘도급’과 근로기준법상 ‘도급’의 의미를 보다 더 명확히 하기 위해서 근로기준법상 도급이라는 용어를 대체하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

이러한 면, 현재 선원법 제2조 제15호에서는 ‘비율급’의 정의를 두고 있다. 해당 규정에서 정의하는 ‘비율급’이란, 어선소유자가 어선원에게 지급하는 임금 중 월 고정 급여를 제외한 부분으로써 단체협약, 취업규칙 또는 선원 근로계약에서 정하는 어획 금액이나 어획량을 기준으로 지급하는 금액이다. 이는 ‘순수비율급제’라고도 불리며 ‘비율급’이란 용어가 입법화되기 전부터 판매 금액(생산량 x 가격)에서 공동경비를 제외한 나머지 부분을 선주와 선원이 일정한 비율로 이익을 분배하는 임금체계인 것으로 알려져 있다.⁹³⁾ 어업 활동은

육지에서 멀리 떨어진 해양에서 이루어지기 때문에 선주들은 선원들의 어획 활동을 직접 관리하고 통제하기 어렵다. 이 때문에 이러한 임금체계가 발전했다고 분석된다.⁹⁴⁾ 이러한 비율급의 지급 방식이나 역할을 보면, 근로기준법 제 47조에서 말하는 ‘도급’과 유사하다. 따라서 근로기준법의 ‘도급’도 이처럼 임금 지급 실태에 맞는 용어로 대체하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

법적 용어의 정비는 실제 법 적용에 있어서 혼란을 방지하고, 법의 예측 가능성을 높이는 역할을 한다. 이러한 관점에서 근로기준법의 ‘도급’ 용어 사용에 대한 재검토가 필요하다.

제2절 도급제 보수를 받는 자의 근로기준법상 근로자성

1. 서설

근로기준법 제2조 제1항 제1호에선 근로자에 대한 정의 규정을 두고 있다. 규정에 따르면 근로자란, ‘직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에서 근로를 제공하는 자’를 뜻한다. 대법원 판례는 근로기준법상 근로자에 해당하려면 ‘사용종속관계’가 인정되어야 한다고 판시한다. 이에 비추어 보면, 작업 단위당 보수·건별 수수료 등의 형태로 보수를 받는 자가 근로기준법 제47조에서 말하는 ‘도급 근로자’에 해당하기 위해선 근로기준법상 ‘근로자’에 포섭되어야 한다.

그동안 도급제 형태로 보수를 받는 자가 근로기준법상 근로자로 인정받는 것은 쉽지 않았다. 도급제가 내포하는 근무 형태와 임금 지급 방식 등이 대법원 판결에서 말하고 있는 ‘사용종속관계’ 판단 지표에 불리하게 작용하기 때문

93) 박성쾌, “비율급(보합)제하에서의 어업(자원)관리에 관한 연구-대형기선저인망조합어업을 중심으로-”, 추계학술발표회, 한국수산경영학회, 2004, 97쪽.

94) 위의 글, 115쪽.

이었다. ‘사용종속관계에 있는지’를 판단하는 기준 중 ① 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지, ③ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험성을 스스로 안고 있는지, ④ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 등이 있다.

언급한 지표들은 도급 임금을 받는 자에게 불리하게 작용하는 대표적 요소들이다. ①,③,④ 지표의 경우, 봉제공이나 미싱사 등 이른바 ‘객공’으로 분류되는 자들에게는 불리하게 작용했다. 일제강점기 시절부터 산업화 시대에 이르기까지 경공업 분야에서 흔히 볼 수 있었던 도급제 임금은 ‘작업자의 숙련’을 전제로 적용되었다. 따라서 작업 과정에서 사용자의 구체적인 지시와 감독이 필요하지 않은 경우가 훨씬 많았다.

산업화 시대에서 도급제 임금은 경영자의 손실을 근로자에게 전가하는 역할도 했다. 대표적으로 유행에 민감하여 작업 물량이 시시때때로 달라지는 가발 산업에서는 근로자 임금 형태를 도급제로 정함으로써 사업의 위험성을 근로자들에게 떠맡겼다. 유행의 변화나 경기가 악화해 사업체에서 수주할 수 있는 물량이 많지 않게 된다면, 기본급이 없는 도급 근로자 역시 그에 따른 불이익을 고스란히 떠안게 되었다. 사전에 구체적인 임금액으로 기본급·고정급이 정해지지 않은 것도 도급 근로자의 근로자성을 꾸준히 부정해 온 대표적인 지표였다. 그러나 이는 훗날 대법원에서 경제적으로 우월적 지위에 있는 사용자가 임의로 정할 여지가 큰 요소로 판단했다. 따라서 기본급·고정급의 정함이 없어도 근로자성을 인정하는 추세로 점점 변화해 갔다.

사용종속관계를 판단하는 지표 중 ‘② 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지’ 여부는 제조업에선 크게 문제 되지 않았다. 제조업의 경우, 근로자들은 한낱한시 공장이라는 한 공간에 모여 사용자의 지배를 받았기 때문이다. 이때, 근로자가 근무시간 및 근무 장소를 사용자에게

구속받는 것이 명백하므로 특별한 사정 없는 한 도급제 임금 형태라고 하여도 근로자성을 부정 받는 주요 지표는 아니었다.

하지만 서비스업 시대가 도래하면서 상황은 달라졌다. 근로자들이 소비자들을 직접 만나 무형의 용역을 제공하는 새로운 근무 형태가 등장하게 되었다. 이러한 변화는 근로자들이 사업장을 벗어난 업무 수행을 가능하게 만들었다. 화물·여객 등 운송업이나 보험영업, 정수기 유지보수 관리 서비스 등도 이 범주에 포함된다. 서비스업에서는 근로자가 소비자를 대면하면서 업무를 수행한다. 이전에 비해 근로자는 외형상으론 근무 장소와 근로 시간의 구속을 덜 받는 것처럼 보이기 시작했다. 이에 더하여 ICT와 같은 기술의 발전은 근로자와 자영업인 사이의 경계를 더욱 희미하게 만들었다.

이하에서는 그동안 법원이 도급제 보수를 받는 자에 대한 근로기준법상 근로자성을 판단한 사례들을 살펴본다. 전통적 근무 형태인 제조업 분야와 새롭게 등장한 근무 형태인 서비스업 분야를 나눠서 검토한다.

2. 경공업 분야에서의 ‘도급 근로자’

(1) 근로기준법상 근로자성을 인정하지 않은 사례

종전에 법원은 양복점 재봉공이나 공장 봉제공 및 보조객공 등에 대해서 근로기준법상 근로자임을 인정하지 않았다. 대법원 2001.8.21.선고2001도 2778 판결은 양복점 재봉공들이 근로기준법에서 정한 ‘도급 근로자’에 해당하지 않는다면 원심을 파기환송 하였다.⁹⁵⁾

95) 서울지방법원 2002. 2. 20. 2001노7817, 원심은 원고 재봉공들이 양복점을 운영하는 피고인에게 ① 작업시간·장소에 대해 구체적으로 지시받은 적은 없으나 양복을 만드는 도구가 대부분 피고인의 소유여서 피고인 소유의 작업장에 나와 일을 한 사실, ② 재봉공들이 양복을 만들 때 공정에 따라 순차적으로 일처리를 해야되기 때문에 상호간 근로장소에 근로시간에 얽매인 사실, ③ 재봉공들에게 작업 시간, 장소, 내용, 태양 등에 관해 일정한 자율에 맡기고 있다고 하더라도 양복점 주인과 재봉공 사이 단체협약에 체결된 사실 등에 미루어 봤을 때

대법원은 ① 피고인 소유 작업장에 나와서 일하는 재봉공은 외주 재봉공보다 장소사용료, 전기료 등 명목으로 10%를 삭감한 보수를 받은 점, ② 작업시간에 화투·음주·낮잠이 금지되지 않았고 일부 재봉공은 한 달 5~10일 작업장에 나오지 않아도 별다른 제재를 받지 아니한 점, ③ 취업규칙이나 다른 복무규정이 마련되어 있지 않아 시간 및 장소에 구애받지 않은 점, ④ 다른 사람에게 작업을 위탁하는 것도 허용된 점, ⑤ 기본급이 정해져 있지 않고 양복상의 또는 하의 1장당 일정액의 보수만이 지급되었고, 근로소득세 원천징수를 하지도 않았으며, 4대 보험 직장가입자로 가입되어 있지 아니한 점을 판단 근거로 삼았다. 따라서 재봉공들이 임금을 목적으로 피고인과 종속적 관계에 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

서울행정법원에서도 봉제공과 보조 객공들에 대한 근로자성을 부정하면서 이들을 근로기준법상 근로자라 판단한 중앙노동위원회의 재심 판정을 취소하였다.⁹⁶⁾ 먼저 법원은 의류제조업을 영위하는 원고는 참가인 봉제공들에게 구체적 지휘·감독을 하지 않았다고 판단하였다. 이유는 ① 참가인들은 숙련된 봉제 기술자로서 작업지시서에 기재된 봉제 작업의 수행 방법을 자신들의 판단하에 수행한 점, 원고는 참가인들에게 작업지시서를 전달하였으나 그 외 봉제 작업에 대해 구체적으로 지시한 바 없으므로 원고가 구체적·개별적 지휘·감독을 수행하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

법원은 ② 참가인들이 출·퇴근 시간이 정해져 있음에도 불구하고 원고에게 시간을 통제받는다고 판단하지 않았다. 이유는 참가인들이 결근 혹은 지각했을 때 원고로부터 별다른 제재를 받지 아니한 점, 참가인들이 맞춤 의류 납기일을 도과 하더라도 제재는 없던 점, 참가인들이 패턴 과장에게 조퇴확인서를 받은 적 있으나 객공들이 조퇴 시 원고로부터 확인서를 받는 것이 통상적이라

피고인의 포괄적 지휘·감독을 받았다고 인정할 수 있는 점 등을 비추어 보아 근로기준법 제 46조에서 정한 도급 근로자에 해당한다고 판단하였다.

96) 서울행정법원 2008.11.6 선고 2008구합21218 판결.

보기 어려운 점 등이었다. 참가인들은 ③ 고도로 숙련된 봉제 기술자로서 일정한 임금을 받기보다는 작업량에 따라 보수를 받는 도급계약을 체결하는 것을 선호한다는 점도 참가인의 근로자성을 부정하는 지표로 판단되었다. 추가로 법원은 ④ 객공이 보조 객공을 채용 및 변경할 때 원고는 별다른 관여를 하지 않는다는 점에서 보조 객공은 객공의 근로자일 뿐, 원고의 근로자라고는 보기 어렵다는 것도 판시하였다.

객공의 근로기준법상 근로자성이 부정된 근거를 정리해 보면, ① 객공은 작업과정에서 사용자의 구체적인 지휘나 감독을 받지 아니한다는 점 ② 기본급이 정해져 있지 않다는 점이 있다. 이는 경공업에서 나타나는 전형적인 객공의 근로형태 및 조건이다. 경공업에 종사하는 자들에게 개수임금제가 적용될 수 있었던 까닭은 작업 공정이 사용자의 구체적인 지휘·감독이 필요하지 않았기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 경공업에서는 사용자가 고도로 발달된 생산 기술을 통해 생산량을 완전히 통제할 수 있을 때 근로자 수는 감축되고, 임금 형태는 도급제에서 시급제로 대체되는 양상을 보인다. 즉, 작업 과정에서 사용자가 구체적으로 지시하기 어려운 부분이 있어 작업자의 숙련에 의존해야 할 때 도급제 임금이 활용되었다.

하지만 해당 판결에서 법원은 도급제 임금 형태에서 나타나는 특징을 근로기준법상 근로자성을 부정하는 지표로 삼았다. 특히 대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서 계약의 형식이 근로계약이든 도급계약이든 실질을 파악하여 사용종속 관계를 판단해야 한다는 기존의 판례 법리를 재확인하였다. 덧붙여 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천 징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”고 하였다. 이러한 대법원판결이 선고된 이후에도 서울행정법원은 고도로

숙련된 기술자의 경우, 사용자에게 종속되어 일정한 임금을 받는 근로계약을 체결하는 것보다는 자신의 책임 아래 작업량에 따라 보수를 받는 도급계약을 체결하여 더 많은 수입을 얻고, 사용자 지휘·감독에서 자유로운 편을 더 선호한다고 판시하였다. 이는 결국 기본급과 고정급이 정해져 있지 않은 도급제의 특성을 근로자성 판단에 부정적으로 활용했다고 해석할 수 있다.

(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례

대법원은 2009년, 봉제공인 원고가 사용자인 피고에게 퇴직금을 청구한 사안에서 봉제공의 근로기준법상 근로자성을 인정하며 사용자는 퇴직금을 지급해야 한다고 판단하였다. 해당 판결을 기점으로 객공의 근로기준법상 근로자성을 인정하는 다수 하급심 판결이 선고되고 있다.

대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결에서는 원고 봉제공의 근로기준법상 근로자성을 인정한 근거로 ① 원고는 매일 오전 9시부터 오후 7시까지 (토요일은 오후 5시까지) 피고 사업장에서 일하고, 결근 시 관리자의 허락을 받아야 했고, 야근은 피고의 지시에 따라 행해졌으며 휴무 및 휴가 등도 다른 일반 직원들과 동일하게 적용받은 점, ② 원고가 작업을 수행 함에 있어 소모성 작업 비품 이외에는 피고가 제공한 재봉틀, 원단, 실 등 작업 도구와 원자재를 사용한 점, ③ 원고는 피고로부터 일정 수준 이상 보수를 비교적 안정된 형태로 받은 점, ④ 근무 기간 중 피고 이외 동종업체 일을 받는 것이 사실상 불가능했던 점, ⑤ 1997년 이후 원고의 근로 형태가 월급제에서 객공 형태로 변경되었는데 이 과정에서 원고의 선택권은 없었던 점 등을 삼고 있다. 이전에는 객공들의 근로자성을 부정하는 지표로 활용되었던 ‘일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·인사 규정을 적용받지 않는 점, 기본급 없이 작업량에 따라 성과급만을 받은 점, 사업소득세를 납부하고 4대 보험에 가입하지 않

는 점'은 사용자가 우월적 지위에서 임의로 정할 여지가 있는 사정에 불과해 근로자성을 뒤집기 어려운 요소라고 판시하였다. 해당 판결이 선고된 뒤로 의류수선공,⁹⁷⁾ 구두 제화공⁹⁸⁾ 등에 대한 근로기준법상 근로자성을 인정하는 사례들이 나오기 시작했다.

2022년 선고된 하급심에서는 미싱사뿐만 아니라 미싱 보조원의 근로기준법상 근로자성을 인정하였다.⁹⁹⁾ 법원은 ① 미싱사인 원고의 출근 시간은 8시 30분부터 19시, 휴게시간은 13시부터 14시부터 정해져 있고, 조퇴 및 결석 등 근태관리를 관리자에게 보고해야 했으며 공휴일 및 하계 휴가 기간 등 동일 일 업장 다른 일반 근로자들과 동일하게 적용받은 점, ② 피고 회사의 현장관리자가 원고들에게 일감을 할당 배분했으며 원고는 그가 배정한 작업 물량 및 출고일에 맞추어 봉제 작업을 수행한 점, ③ 원고는 소모성 작업 비품 외 피고가 제공하는 재봉틀 등 작업 도구와 원자재를 사용한 점, ④ 피고가 원고에게 건물 임대료나 작업 비품 사용료를 별도로 받지 않았으나 임가 공단가는 외주 미싱사들과 동일하게 적용한 이유는 원고의 근무시간 및 근무 장소에 대한 구속을 통해 전속적 업무 수행을 기대하였다고 볼 수 있는 점, ⑤ 원고들은 기본급·고정급은 없고 작업량에 따른 임가공단가를 곱한 금액을 받았으나 건별이 아닌 월별로 산정되어 매월 중순 정기적 지급되었고, 금액의 편차는 크지 않아 안정된 형태로 보수를 받은 점, 설령 그 보수를 일의 완성에 대한 대가라고 보더라도 도급제로 근로를 제공했다고 볼 수 있고 근로기준법 제47조에서는 '도급 근로자'를 규정하고 있으므로 원고들의 근로자성을 인정할 수 있다고 보았다.

이에 더하여 법원은 피고 회사와 직접적인 도급 관계를 맺지 않은 미싱보조원도 피고의 근로자라고 판단하였다. 미싱보조원도 미싱사와 같이 피고에게

97) 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두61083 판결(대법원 심리불속행 판결).

98) 서울고등법원 2021. 2. 5. 선고 2019나2056358 판결.

99) 서울고등법원 2022.7.6 선고 2021나2024521 판결.

상당한 지휘·감독을 받으며 근무시간 및 근무 장소를 구속받은 점, 피고가 미싱보조원 명의 계좌로 보수를 입금한 점, 미싱보조원 명의로 사업자 등록이 이루어졌음에도 피고는 별다른 이의를 제기하지 않은 점, 피고는 미싱사와 미싱보조원을 한 조로 묶어 근로를 제공받고 보수를 일괄 지급한 점을 판단 근거로 들었다.

이 같은 서울고등법원의 판단은 봉제공의 근로자성을 부정한 서울행정법원의 판단과는 입장을 달리한다. 애초 서울행정법원은 사용자가 업무 과정에서 봉제공에게 업무 수행 방법에 관한 사항 등에 대해 구체적인 지휘 감독을 하지 않는다는 점을 들어 근로자성을 부정하였다. 해당 판결에서는 사용자가 미싱사들에게 일감을 배분한 점, 시제품의 생산 및 수정 사항에 맞추어 작업할 것을 지시한 점, 미싱사들은 관리자가 정한 작업 물량 및 출고일에 맞추어 작업한 점 등을 두고 사용자의 상당한 지휘·감독을 인정하였다. 이와 같은 판단은 미싱사들의 작업 내용을 구체적으로 지시하는 권한보다는 업무 배분이나 출고일 관리 같은 수직적 권한에 초점을 맞추었다고 볼 수 있다.

기본급·고정급 정함이 없는 부분도 기존엔 근로자성을 부정하는 지표로 쓰였다. 하지만 2006년 대법원은 사용자가 경제적으로 우월적인 지위를 이용하여 기본급·고정급을 정하지 않을 수 있으므로 이러한 지표가 근로자성을 곧바로 부정하는 근거로 쓰일 수 없다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾ 해당 판결의 영향으로 기본급·고정급의 유무가 정해지지 않은 점은 객공들의 근로자성이 부정되는 지표로 사용되지 않았다. 특히 2022년 서울고등법원 판결에서는 ‘보수를 일의 완성에 대한 대가라고 보더라도, 원고들은 도급제로 근로 제공을 한 것’으로 보이므로 보수가 작업량에 따라 정해졌다는 사정만으로 원고들의 근로자성이 뒤집기는 어렵다고 판시하였다.¹⁰¹⁾ 생각건대, 도급제 근로자의 경우 시간에 따른 기본급이 사전에 정해지지 않는다고 하더라도 작업량에 따라 정해진

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

101) 서울고등법원 2022.7.6 선고 2021나2024521 판결.

보수가 있다고 볼 수 있다. 따라서 도급 임금 특성상 사전에 소정근로시간에 비례하는 구체적인 액수가 정해지지 않는 것이라도 작업량에 따라 정해진 보수 수준이 있다면, 이를 일정한 조건에 따라 정해진 급여로 보아야 한다.

3. 도급제 택시기사의 근로자성

(1) 서설

택시업계에서 도급제는 공식적으로 1976년에 사라졌다. 제도적으로는 택시 근로자의 임금 형태 및 체계가 변화하였을지라도 ‘도급제’와 그에 따른 사납금 문제는 여전히 현재진행형이다. 대법원에서 ‘도급제 택시기사’의 근로자성을 인정한 건 2013년이다.¹⁰²⁾ 이와 같은 상황을 미루어보면, 아직도 택시 근로자의 도급제 임금 형태는 근절되지 않은 문제임을 알 수 있다.

법원에서 도급제 택시기사의 근로자성을 판단한 사례를 통하여 도급 임금 형태를 받는 자의 근로자성은 어떠한 기준에 의해서 이루어지는지 살펴본다.

102) 2013년 대법원 판결 이전에 하급심에서 도급제 택시기사인 원고의 근로자성을 인정한 사례가 있다. 이 사건 원고는 근로복지공단에 요양 신청을 하였다. 그러나 근로복지공단은 사납금을 받는 원고의 근무 형태가 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하여 원고의 요양 신청을 불승인하였다. 이를 바탕으로 원고는 소를 제기하게 된다. 1심 행정법원에서는 원고의 청구를 이유 없다고 보아 기각하였다(서울행정법원 2005. 9. 26. 선고 2005구단2585 판결). 그러나 도급제로 근무하던 원고의 근로자성은 인정하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 산업재해보상보험법상의 근로자라고 판단하였다. 서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누23918 판결에서도 마찬가지이다. 고등법원은 1심법원의 판단에 덧붙여 원고가 납부해야 하는 사납금은 곧 회사에게 근무를 제공해야 하는 의무라고 해석한다. 원고에게 실제로 정해진 출근일은 없지만 매월 234만 원 상당의 사납금을 납부해야 한다는 규칙은 사실상 근무 제공이 강제되는 것이고, 원고 역시 8~9시경 출근하며 매달 26일 정도를 고정적·계속적으로 근무한 사정을 이유로 든다.

(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례

원고 택시기사는 2003년 5월 15일경 피고 회사로부터 택시를 제공받아 운행일 수입금 중 50,000원 또는 57,000원을 피고 운송 사업주에게 납부하였다. 원고는 근무일수와 근무시간에 제한받지 않고 택시를 운행하는 '도급제 택시기사'였다. 하지만 원고는 피고에게 재직 중 상당한 지휘·감독을 받으면서 고정적·계속적 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 주장했다. 이에 따라 피고는 원고가 근무를 시작한 2002년 10월 19일부터 2011년 2월 18일까지 퇴직금 약 1,200만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다6834 판결은 피고가 원고에게 230만 원 상당의 퇴직금을 지급해야 한다는 원심판결을 확정하였다. 원심에선 원고의 주장에 따라 원고의 근로기준법상 근로자성을 인정하였다. 원고가 ① 2007년 1월 1일 이후 매월 20일 내지 26일을 정기적으로 출근해 피고에게 고정적·계속적 근로를 제공한 점, ② 피고가 원고에게 대전광역시로부터 환급받은 2010년 부가가치세 중 원고의 몫을 지급한 점, ③ 원고가 피고에게 제출한 서약서 내용 중 배차 관련 준수사항, 피고가 지정하는 가스충전소에서의 충전 의무, 피고 지시에 따른 교육과정 참여 의무 등을 부과하는 규정 등을 두고 있어 원고가 피고에게 통제받은 부분도 인정된다는 점 등에 비추보면 원고는 2007년 1월 1일 이후엔 피고에게 종속적 관계에서 근로를 제공하였다고 보았다.¹⁰³⁾

103) 다만, 법원은 2007년 1월 1일 이전에는 종속관계를 인정하지 않았다. 그 이유는 ① 당시 원고는 일 사납금 10만 원을 납부하는 피고의 다른 근로자들과는 달리 근로계약서 작성 과정도 없었고, 4대 보험에 가입하지도 않고, 근로소득세도 원천 징수하지 않는 대신 다른 근로자들에 비해 1/2 수준의 사납금만을 납부하고, 가스비 등 택시 운행 비용도 자신이 부담하여 사납금을 제외한 나머지 운행 수입을 전부 자신의 몫으로 한 점, ② 원고의 근무 기간은 2003년 6월부터 그해 12월까지는 총 19일, 그 후부터 2006년 12월 31일까지도 월 10일 미만에 그치고, 출퇴근 제약 없이 근무일수나 근무시간을 본인 스스로 결정하였다는 점, ③ 원고는 위 기간에 기초생활수급자로서 혜택을 받았다는 점 등이 고려되었다.

따라서 원고의 퇴직금 산정 기간은 2007년 1월 1일부터 2011년 2월 18일
까지로 보았다. 퇴직금 산정에 필요한 1일 임금은 퇴직일 이전 3개월 동안의
당해연도 최저임금 시급 4,320원, 근무시간은 단체협약상 1일 근무시간인 5
시간을 곱하여 계산되었다.

위의 판결은 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732판결에서 정한 근로기준법
상 근로자를 판단하는 지표를 사용하여 도급제 택시기사의 근로자성을 판단한
다.¹⁰⁴⁾ 즉, 실질적인 기준에 의해 근로자와 사용자 간의 사용종속 관계를 파
악한 것이다. 도급제의 경우, 급여 형태 특성상 ‘기본급·고정급 유무’가 정해져
있진 않지만, 이는 사용자가 임의로 정할 여지가 있는 부분으로 근로자성을
판단하는 데 있어 크게 좌우되는 요소는 아니다. 대상 판결은 ‘업무 수행 과정
에 있어서 사용자의 지시를 받는지’도 택시 운행 업무의 특성상 엄격하게 판
단할 요소는 아니라고 보았다.

대신 대상 판결은 ‘사납금’에 주목한다. 대상 판결에 등장한 도급제 택시기
사의 경우, 표면적으로 정해진 근무일과 근로 시간은 없다. 즉, 형식상 소정근
로시간이 정해지지 않았다. 다만, 하루 단위로 정해진 사납금은 존재한다. 대
상 판결의 택시기사 모두 사납금을 납부하기 위해 일정한 시간에 출·퇴근을
하고, 매달 일정한 근무일수를 채웠다. 법원은 이를 두고 ‘고정적·계속적’ 근무
로 인정하였다. 형식으로 정해진 소정근로시간은 없지만, 실질적으로는 소정근

104) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732판결 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지를 판단함에
있어서는 그 계약이 민법상의 고용 계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식과 관계없이
그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게
근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 여기서 종속적인 관계가 있는
지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고, 취업규칙·복무규
정·인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적
인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을
받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유
무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고
있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부
등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장
제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자
의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다”

로시간이 정해진 것으로 보았다. ‘사납금의 존재’는 사용자가 택시 기사에게 실질적으로 근로의 강제력을 행사하기 때문에 ‘사용종속관계’가 있다고 본 것이다.

이는 대상 판결이 도급 택시기사의 근로자성을 인정하지 않은 기간의 이유를 고려하면 더욱 명확해진다. 대상 판결이 도급 택시기사의 근로자성을 부정한 기간에서 도급 택시기사는 ① 사납금을 다른 근로자들에 비해 1/2만 납입하면 되었고, ② 실제로 근무일수도 극히 적었던 점을 확인할 수 있다. 이는 다른 근로자들에 비해 적은 사납금이 실질적으로 근로의 강제력을 발휘할 만큼의 정도로 나아가지 못했다고 해석할 수 있다. 이런 경우는 사용자의 지배력이 미치지 않았다고 보기 때문에 사용종속관계를 부정한 것이다.

따라서 대법원은 도급제 택시기사의 근로자성 판단에 있어서 ‘사납금’을 매개로 ‘소정근로시간’이 정해져 있는 근무 형태이고, 이는 곧 택시기사가 사용자와 사용종속관계에서 근로를 제공했다고 판단했음을 알 수 있다.

4. 서비스업 분야에서의 ‘도급 근로자’

(1) 근로기준법상 근로자성을 인정하지 않은 사례

대법원은 정수기 판매기사에 대한 근로기준법상 근로자성을 인정하지 않는 입장이었다. 대법원 2002.7.12. 선고 2001도5995 판결에서는 정수기 판매대리인의 근로기준법상 근로자성을 부정하며 원심을 파기환송 하였다. 대법원의 판단을 살펴보면, ① 판매대리인은 피고인 회사 등에 의해서 업무 내용이 정해지는 게 아니고 스스로 판단과 능력에 따라 가전제품을 판매하고, 판매실적에 따라 수수료를 받을 뿐, 취업규칙 등의 적용을 받지 않고 ② 업무 수행과

정 및 근무시간·근무 장소 등에 관한 사항을 피고인 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받지 않았으며 ③ 업무의 대체성이 있고 다른 직업도 겸업할 수 있었고 ④ 판매대리인이 받는 보수도 판매실적에 따라 받는 것일 뿐 기본급·고정급이 없어 보수가 근로의 대상적 성격을 갖고 있다고 보기 어렵다고 판시하였다. 그 밖에 사업소득세를 공제한 점, 근로 제공 관계 계속성이 인정되지 아니한 점, 사회보장제도를 누리지 아니한 점도 근로자성이 부정되는 지표가 되었다.

더불어 대법원은 정수기 필터 교환 관리 등 정기 점검 서비스를 수행하는 코디의 근로자성도 부정한다.¹⁰⁵⁾ 해당 판결의 내용을 살펴보면, ① 원고 코디들의 강등 기준 및 당연면직사유, 휴직 기준 규정, 자동 업무 해약 사유 등을 정한 피고 회사의 「지국인사 및 조직관리규정」, 코디 정기시상과 팀장 자격 부여, 업무해약 기준으로 활용된 코디 평가 규정 등은 코디의 업무계약내용을 벗어났다고 보기 어렵고, 업무해약과 징계 수단으로 사용되었다고 보기 어렵다고 보았다. 이에 더하여 ② 코디는 출·퇴근 시간 제약 없이 스스로 업무시간을 조정 할 수 있었으므로 피고 회사로부터 지휘·감독을 받았다고 보기도 어렵다고 판시하였다. 설령 지휘·감독이 있었다고 보이는 부분도 코디에 대한 위탁 업무 실적 독려일 뿐, 따라야 할 의무가 있다거나 의무 강제로 보긴 어렵다고 판단하였다.

또한 원고들은 피고로부터 ③ 정기 점검 지시서를 받고, 그것을 기초로 업무를 처리했는데 지시서 내용은 상품 내역이나 고객 연락처 및 입금내역란, 필터 교환 내역 등만이 적혀있었을 뿐 점검 업무에 관해 구체적으로 지시하라는 사항은 기재되어 있지 않아 원고들의 자유로운 업무 수행이 가능하다고 판단하였다. ④ 코디들은 업무를 처리하는 과정에서 팀장에게 신규고객 발생 또는 긴급 점검 요청 고객 발생 등 업무 관련 사항을 지시 또는 전달받거나 업

105) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다5441 판결.

무 사항을 문의나 보고 하였는데, 이는 코디들의 통상 업무에 관하여 업무의 시작 및 종료 시작을 확인하거나 업무 독려의 목적이므로 코디들을 감독하는 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 ⑤ 업무 대행과 겹업 가능한 점 ⑥ 기본급의 정함 없이 성과나 실적에 따라 산출된 수당을 받은 점도 근로자성을 부정하는 지표로 판단되었다.

법원의 판단을 종합해 보면, 원고들이 적용받았던 관리 규정 등은 실제로 그에 따른 계약 해지나 불이익이 없었기 때문에 이에 대한 피고 회사의 지배력을 부정하였다. 게다가 법원은 원고가 업무시간과 장소에 대한 구속도 당하지 않았으며, 피고는 원고 업무를 수행하면서 고객의 인적 사항과 최근 관리 내용 등 최소한의 정보만 전달했을 뿐이라고 보았다. 즉, 업무 수행에 대한 권한과 자율은 전적으로 원고에게 있었다고 본 것이다. 원고가 받는 수수료에 기본급이 없었다는 점도 원고의 근로자성을 부정하는 지표가 되었다.

(2) 근로기준법상 근로자성을 인정한 사례

최근 법원은 정수기 설치 및 수리기사에 대해서 근로기준법상 근로자성을 인정하고 있다. 2016년 서울고등법원은 원심 판단을 깨고 정수기 수리기사의 근로자성을 인정했다.¹⁰⁶⁾ 2020년 울산지방법원은 선행소송¹⁰⁷⁾에서 근로기준법상 근로자로 인정받은 원고 정수기 설치 기사들이 피고 회사를 상대로 휴일 근로 수당·주휴수당·연차수당을 청구한 사안에서 원고들에 대한 동법 제47조 도급 근로자성까지 인정하였다.¹⁰⁸⁾ 이를 기초로 한 통상임금 판단 기준을 설치해 주목받았다.

106) 서울고등법원 2016. 6. 1. 선고 2013나2025550 판결.

107) 울산지방법원 2017. 11. 2. 선고 2017가단52056 판결, 정수기 기사들이 회사를 대상으로 퇴직금을 청구하는 소를 제기한 사안에서 법원은 원고 정수기 기사들이 근로기준법상 근로자에 해당하므로 피고 회사는 원고들에게 퇴직금을 지급해야 한다고 판시하였다.

108) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결.

그 후 대법원에서도 정수기 수리 및 설치기사들에 대한 근로자성을 긍정하는 판결이 이어지고 있다. 정수기 설치 및 AS 담당 엔지니어의 근로자성을 인정한 최초의 판결에서는 근로자와 사용자 사이 사용종속관계를 인정하였다.¹⁰⁹⁾ 판단 내용을 살펴보면, ① 원고 정수기 기사는 피고 회사가 배정한 제품의 설치 및 AS를 수행하고 그 결과를 보고해야 한 점, 피고가 설정한 업무 처리에 관한 기준 및 매출 목표의 설정 및 관리 교육 등을 준수한 점 등을 미루어보면 피고가 원고들의 업무수행에 상당한 지휘 감독을 하였다고 인정되는 점 ② 원고가 받은 성과급 형태의 수수료는 피고의 지휘 감독에 따라 업무를 수행하고 받은 것으로서 근로의 대가가 인정되는 점, ③ 원고가 근무시간 및 장소에 대해 피고로부터 엄격한 제한을 받은 것은 아니나 이는 원고들의 주된 업무 수행이 외부에서 이루어진다는 특성에 기인한 것이고, 피고 회사는 엔지니어들에게 조기출근을 강조하는 발언을 하였고 피고는 엔지니어들에게 위 발언을 숙지하도록 안내한 점, ④ 원고들의 반복적인 재계약 및 기간 연장 합의를 통해 전속성이 인정되고, 원고의 업무는 제3자 대행이 불가능했고, 피고가 업무 수행에 관한 비용을 일정 부분 지원하기도 했던 점 ⑤ 원고는 피고 회사의 취업규칙이나 복무규정 등을 적용받지 않았으나 피고 회사의 ‘엔지니어 10대 행동강령 등 다양한 형식의 규정 및 지침을 마련하여 엔지니어들에게 준수를 요구하였다는 점 등을 미루어보아 원고 정수기 기사들과 피고 회사의 사용종속관계를 인정하였다.

해당 판결 이후 정수기 설치 및 수리기사의 근로자성을 인정한 대법원 2022.03.17. 선고 2021다302155 판결에서는 기사들에게 회사가 교부하는 ‘업무 배정 프로세스 매뉴얼’ 에선 기사들이 독자적으로 판단하고 결정할 수 있는 부분은 많지 않았다고 판단하였다.¹¹⁰⁾ 정리하면, 법원은 회사의 지시서 및 매

109) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다221352 판결.

110) 대법원 2022.03.17. 선고 2021다302155 판결, 해당 판결에서도 법원은 원고 정수기 기사들의 근로기준법상 근로자성을 인정하면서 “원고들은 근로의 대가인 임금을 근로시간에 따라 지급받은 것이 아니라 근로시간과 무관하게 실적을 기준으로 책정된 수당을 합쳐 매월

뉴얼은 단순 정보전달에 그친다는 기존의 견해와 달리 사용자의 구체적인 업무 지시라고 판단한 것이다.

더불어 법원은 피고 회사 평가의 기준이 된 행동강령 등과 같은 ‘업무처리 규정’에 대해서도 원고에 대한 구속력을 인정하였다. 기존의 견해는 이러한 종류의 지침이 있다고 하더라도 원고에게 실질적인 불이익이나 징계를 가한 사례는 없으므로 구속력을 부정하였다.¹¹¹⁾ 하지만 해당 판결에서는 그러한 규정이 존재하고, 원고가 이를 준수하였다는 사실만으로도 구속력이 있다고 해석하였다.

대상 판결에서는 원고가 출퇴근에 엄격한 제약을 받지 아니한 것처럼 보이는 사정은 주된 업무 수행이 외부에서 이루어진다는 특성에 기인했을 뿐이라고 판시하였다. 즉, 법원은 사업장 밖에서 이루어지는 서비스 업무수행의 특성을 고려해 판단했다고 해석할 수 있다.

기본급의 정함이 없는 사항도 기존엔 근로자성을 부정하는 지표로 쓰였으나 대상 판결에서는 원고가 지급받은 수수료는 업무를 수행한 대가라는 사실을 명백하게 하였다. 정수기 기사의 근로자성을 인정한 다른 대법원판결에서도 ‘기본급의 정함이 없고, 고정급 형태로 지급되지는 않았지만 원고들이 수행한 업무의 내용, 난이도, 건수 및 피고가 원고들의 업무능력에 대하여 평가하여 매긴 등급에 따라 직접적, 비례적으로 대응하여 지급되었으므로 피고가 지급한 수수료는 원고들이 제공한 근로 자체의 대상적 성격을 가진다.’라고 보았다. 더불어 해당 판결에서는 정수기 설치 기사가 근로기준법 제47조에서 정하는 ‘도급 근로자’에 해당한다고 판시하였다.¹¹²⁾

종합하여 보면 대법원은 ① 서비스업에 종사하는 근로자는 근로 시간 및 장소에 따른 구속이 여타 다른 산업에 비해 다른 형태로 나타난다는 점을 인

지급받았는 바, 원고들은 피고에게 도급제로 근로제공을 한 것으로 보이므로 근로기준법 제 47조에서 정한 도급 근로자에 해당한다’고 판시하였다.

111) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다5441 판결.

112) 대법원 2022.03.17. 선고 2021다302155 판결.

정하였고, ② 봉제공의 경우와 같이 사용자가 업무 내용을 구체적으로 지시하지 않을지라도 업무를 배정하는 행위로도 지휘 감독이 있음을 인정하였다. ③ 대상 근로자들이 준수해야 하는 인사 규정 등에 대한 지침의 실질적인 구속력이 있다고 보았으며 ④ 기본급 없이 받는 수수료의 대가성을 인정하였을 뿐만 아니라 이러한 근로 형태는 근로기준법 제47조 ‘도급 근로자’에 해당한다는 것도 밝히고 있다.

제3절 임금 및 최저임금 규제의 적용 방법

1. 도급 근로자의 통상임금

(1) 통상임금 정의 규정에서의 도급 금액의 취급

근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금의 일반적인 요건에 대한 정의 규정을 두고 있다. 동조 제2항 제6호에서는 도급제의 통상임금 계산 방식 규정을 두고 있다. 먼저 통상임금의 정의 규정을 살펴보면, ‘통상임금이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 도급 금액’이라고 명시되어 있다. 도급 금액에서 통상임금을 도출해내기 위해선 그 금액이 ① 정기성·일률성이라는 요건을 갖추어야 하고, 그 금액은 ② 총 근로에 대해 지급하기로 정해진 도급 금액이어야 한다. 이는 도급 근로자뿐만 아니라 시급·주급·월급을 받는 근로자에게도 적용되는 요건이다. 이에 더하여 대법원은 ‘고정성’도 추가로 요구하고 있다.¹¹³⁾

113) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결, “‘고정성’이라 함은 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다.”

근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호를 보면, “도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간의 총 근로시간 수로 나눈 금액”이라고 명시되어 있다. 일급 금액의 통상임금을 구하는 식은 ‘일급을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액’이고, 주급 및 월급 금액에서는 ‘주급 또는 월급을 1주 또는 1월의 통상임금 산정 기준시간 수로 나눈 금액’이다.

도급 근로자는 시간 단위로 임금을 받는 근로자들과는 달리 작업량·생산량 단위에 따른 개수임금을 받는다. 그럼에도 도급 근로자의 통상임금을 구할 때는, 근로 시간을 필수적 요건으로 한다.

그동안 도급 근로자의 통상임금에 대해서는 구체적으로 논의된 바 없다. 하지만 최근 들어 법원은 정수기 설치 기사 등에 대한 근로기준법상 도급 근로자임을 인정하면서 도급 근로자의 주휴수당·연차수당 청구도 인용하고 있다. 이 과정에서 법원은 주휴수당 및 연차수당 등의 계산을 위한 통상임금 계산식도 판시하고 있다.¹¹⁴⁾ 법원의 결정에 따라 건별 보수를 받는 자들의 근로자성을 다투고 나아가 각종 수당을 청구하는 분쟁이 증가할 것으로 예상된다. 따라서 법문에서 정하는 ‘도급 금액’의 통상임금 요건 및 계산 방식 해석에 대한 필요성이 제기되고 있다.

시간당 금액을 받는 근로자의 경우 통상임금을 구하는 데 있어서 쟁점이 되는 부분은 ‘소정근로에 대한 대가성을 가진 수당’이다. 즉, 통상임금 계산식에서 분자로 삼는 금액의 범위이다. 근로자가 받는 특정 수당이 정기성·일률성·고정성을 갖춘 소정근로에 대한 대가인지를 가리는 게 주요 쟁점이다. 도급 근로자가 받는 ‘총 도급 금액’ 역시 통상임금 임금 정의 규정에 따라 정기성·일률성을 갖춘 총 근로에 대해 지급하기로 한 대가여야 한다. ‘총 도급 금액’이 통상임금 요건을 갖추었는지를 알기 위해선 먼저 이들 요건 해석을 해

114) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결, 대구고등법원 2022. 3. 23. 선고 2020나22408 판결 등.

야 한다. 다음으로 대법원에서 말하는 ‘통상임금 요건’이 무엇인지를 살펴보고, 해석론에 문제가 없는지를 검토한다. 검토한 내용을 바탕으로 도급 금액의 통상임금 요건을 해석한다.

통상임금 계산식의 분모가 되는 근로 시간은 시간당 임금에선 큰 논란의 여지가 없다. 근로계약 단계에서 명시적인 소정근로시간이 있고, 그에 따른 임금수준이 정해지는 근로자들에게 ‘통상임금 산정 기준 시간 수’는 비교적 명확하다.

하지만 도급 금액의 통상임금을 구하는 과정에서 요구되는 ‘총 근로시간 수’에 대해선 논란이 있다. 도급 근로자의 근무 형태나 도급 금액의 성격 등을 어떻게 보느냐에 따라 이를 실근로시간으로 해석할 수도, 소정근로시간이나 약정 근로 시간 등으로 해석할 수도 있다. 법원은 이에 대해 어떠한 판단을 하였는지 살펴보고, 도급 금액의 ‘총 근로시간 수’는 무엇을 기준으로 삼아야 할지 검토해 본다.

(2) 통상임금에 관한 주류적 해석

과거 대법원은 통상임금 요건 중 ‘일률성’에 대해 ‘모든 근로자에게’ 지급되는 것 뿐 아니라 “‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게’ 지급되는 것도 포함된다.”라고 해석했다.¹¹⁵⁾ 그러면서 ‘일정한 조건’이란 ‘고정적인 조건’과 같은 뜻이라고 판시했다. 이러한 해석은 과거 대법원이 통상임금을 고정적이고 평균적인 임금으로 산출하려는 통상임금의 기본 개념을 반영한 것이다.

그 후 대법원은 전원합의체 판결은 통상임금 개념을 ‘소정근로의 가치를 평가한 개념’이라고 보았다. 이에 따라 일률성 해석에도 변화가 있었다. 대법원

115) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결.

전원합의체는 ‘일정한 조건 또는 기준’에 대해서 좀 더 구체적으로 명시한다.¹¹⁶⁾ 대상 판결에서는 ‘일정한 조건 또는 기준’이란, 통상임금이 ‘소정근로의 가치’를 평가한 개념이란 걸 고려할 때, ‘작업 내용이나 기술, 경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다.’라고 판시하였다.

그동안 대법원은 통상임금 요건 중 ‘일률성’에 대해 ‘모든 근로자에게 지급되는 것’이라고 해석했다. 하지만, 특정 수당이 모든 근로자에게 아닌 일부 근로자에게만 지급될 경우, 그 수당이 근로의 질이나 가치를 평가하는 요소를 반영한다면, 이를 일률성을 갖춘 것으로 볼 수 있다고 판단한다. 반면 소정근로의 질이나 가치 평가와 관련 없이 지급되는 수당이라면 일률성을 부정하였다.

구체적인 사례를 통해 살펴보면, ‘가족수당’은 오직 부양가족이 있는 근로자에게만 지급된 경우엔 일률적으로 지급된 것이 아니므로 통상임금 산정범위에서 제외되었다.¹¹⁷⁾ 하지만 미혼자 등 부양가족 없는 근로자도 부양가족 있는 근로자가 받는 가족수당 절반을 받는 경우, 그 절반에 해당하는 액수는 통상임금에 속한다고 보았다.¹¹⁸⁾ 또한, 모든 근로자에게 기본 금액을 가족수당 명목으로 지급하고, 실제 부양가족 있는 근로자에게는 일정 금액을 추가로 지급하는 경우엔 그 기본 금액에 해당하는 액수 등은 소정근로에 대한 대가로 볼 수 있어 통상임금에 속한다고 보았다.¹¹⁹⁾

다음으로 살펴볼 ‘근속 수당’은 현재 법원에서 일률성을 갖추고 있다고 판단한다.¹²⁰⁾ 과거 대법원은 근속 수당은 일률성을 갖추고 있지 못하다고 판단하였다. 과거 법원은 1년 이상 근속한 운전사에게 근속연한에 따라 가산하여 지급하는 근속 수당에 대해 통상임금 범위에 포함할 수 없다고 보았다.¹²¹⁾ 대

116) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

117) 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결, 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다10650 판결.

118) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다5501 판결.

119) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2012다10980 판결.

120) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다259513 판결.

법원은 근속 수당은 1년 이상 근속한 운전자를 우대하기 위한 은혜적 성격의 수당일 뿐 근로의 질과는 관계가 없다고 판단하였다. 덧붙여 근무연수에 구애 없이 정기적, 일률적으로 운전자에게 지급되는 고정된 임금도 아니므로 통상임금에 포함하지 않는다고 본 것이다. 반면 원심은 근속 수당은 회사가 숙련공 확보를 위해 지급하는 것이고, 이는 근로의 질에 대한 대가로 매월 고정적으로 지급되는 임금에 해당한다고 하였다. 해당 판결 이후에도 대법원은 3년 이상 근속한 근로자에게만 지급하는 근속 수당은 장기근속자를 우대하기 위한 은혜적 성격의 수당이므로 근로의 질과는 관계가 없이 지급된다고 판시한 바 있다.¹²²⁾

현재 대법원은 근로자 근속연수에 따라 지급액이 달라지는 근속 수당의 경우, 근속연수는 숙련도와 관련이 있으므로 ‘일정한 조건 또는 기준’에 해당한다고 판시하였다.¹²³⁾ 이보다 앞선 판결에서도 대법원은 1년 이상 근속한 근로자에게 매년 일정한 금액을 가산하여 지급하는 근속 수당은 은혜적 성격이 아닌 근로자의 실제 근무 성과와 상관없이 매월 일정하게 지급된 고정적 임금이라고 보았다.¹²⁴⁾ 즉, 이 경우 근속 수당은 통상임금에 포함되어야 한다고 보았다. 따라서 해당 사례에선 근속 수당이 단지 근로 의욕을 고취하고 장기근속을 장려하는 목적으로 제공된다는 이유로 통상임금에 포함되지 않는다는 원심의 판단을 파기했다.

대법원은 ‘일정한 조건 또는 기준’에 대한 해석을 ‘고정적인 조건’에서 ‘소정근로의 가치 평가와 관련된 조건’으로 구체화했다. 이에 따라 특정 수당이 통상임금에 포함되는지도 위와 같은 기준으로 변화하는 양상을 보인다. 2013년 전원합의체 판결 이전 법원은 ‘고정적인 조건’ 아래 지급되었다고 볼 수 없는 수당에 대해서는 통상 임금성을 부정하였다. 법원은 지하 600m 이하 심부

121) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다7306 판결.

122) 대법원 1994. 10. 28. 선고 94다26615 판결.

123) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2012다62899 판결.

124) 대법원 2002. 7. 23. 선고 2000다29370 판결.

작업장 근로자에게 지급하는 특수직무 수당은 정기적으로 지급되었으나 일률성이 없어 통상임금에 해당하지 않는다고 판시하였다.¹²⁵⁾ 근로자가 고정적으로 지하 600m 이하의 심부 작업장에서만 근무하는 것인지 알 수 없으므로 특수직무 수당은 일률적으로 지급된 수당이 아니라고 보았다. 국내선에 탑승하는 승무원의 이·착륙 횟수에 따라 지급되는 이·착륙 수당도 고정적인 조건을 충족하지 못하는 수당이므로 통상임금에 포함되지 아니한다고 보았다.¹²⁶⁾

이후 2013년 대법원 전원합의체 판결이 선고된 뒤로 ‘일률성’에 대한 해석을 ‘소정근로의 가치 평가’에 초점을 맞추게 된다. 법원은 근무 형태 변경에 따른 연장근로수당 감소분을 보전하기 위해 교대 조 근로자 전원에게 매월 기본 임금의 3배에 해당하는 금액을 지급한 ‘4/3조 수당’은 일률성을 갖추어 통상임금에 포함된다고 보았다.¹²⁷⁾ 교대 조에 속한 근로자들은 주간 조로 배치되지 않는 이상 계속 교대 조에 근무했으므로 4/3조 수당 지급 조건인 ‘교대 조 근무’는 ‘고정적 조건’에 해당한다고 보았다.

또한 법원은 국제선 캐빈승무원들의 어학 자격 등급에 따라 지급하는 ‘캐빈 어학 수당’에 대해서도 통상임금에 해당한다고 보았다.¹²⁸⁾ 외국어 어학 자격 증 유무나 등급에 따라 외국인 고객 응대와 같은 소정근로의 질이나 내용이 달라질 수 있다는 판단에서였다. 한편, 구내식당이 설치되지 않은 사업장에서 근무하는 근로자에게만 지급된 중식대는 통상임금에 해당하지 아니한다고 판단하였다.¹²⁹⁾ 구내식당 설치 여부는 근로자의 근로 가치에 대한 평가라고 볼 수 없다고 보았기 때문이다.

대법원이 해석하는 ‘일률성’을 둘러싼 다양한 견해들이 있다. 대법원의 판단대로 ‘일정한 조건’은 곧 ‘고정적인 조건’으로 보면서 일률성을 통상임금의

125) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결.

126) 대법원 1996. 6. 28. 선고 95다24074 판결.

127) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2016다212814, 212821, 212838, 212845, 212852 판결.

128) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2015다61415 판결.

129) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다14110, 2019다14127(병합), 2019다14134(병합), 2019다14141(병합) 판결.

개념적 요소로 삼는 것에 찬성하는 견해가 있다.¹³⁰⁾ 해당 견해에 따르면, 일률성은 ‘어떠한 조건을 충족하면 당연히 지급된다는 것’을 의미한다. 일률성을 이처럼 해석한다면, 사전에 이미 지급액과 지급 여부가 확정되어 있어야 하는 통상임금의 개념 요소가 될 수 있다고 보는 것이다. 다만 대법원이 견지하는 대로 일률성을 ‘모든 근로자에게 지급되는 것’으로 해석한다면, 특정 근로자에게 통상임금이 될 수 있는 금품이 다른 근로자에게 지급되지 않는다는 이유만으로 통상임금에 해당하지 않을 수 있다고 지적하였다. 따라서 해당 견해는 일률성을 통상임금의 개념 요소로 보면서 그 의미를 ‘조건 충족 시 당연히 지급되는 것’으로 해석한다.

하지만 ‘일률성’을 통상임금의 개념적 요소로 보는 대신 부수적 요소로 봐야 한다고 주장하는 견해도 있다. 대법원이 말하는 ‘일률성’은 ‘다른 근로자와의 관계를 고려하여 ‘통상’인지를 파악하는 방법’이라고 해석하며 ‘일률성’은 통상임금의 징표 혹은 특성일 뿐이고 절대적 기준이 될 수 없다는 의견이 있다.¹³¹⁾ 해당 견해는 ‘일정한 조건’이 ‘고정적인 조건’임에는 이견이 없으나 통상임금의 개념을 ‘소정근로의 대가로서 지급이 예정 되어있는 것’으로 본다. 특정 수당이 통상임금이 되려면 지급이 예정 되어있는 것으로서 소정근로의 대가인지를 가려야 한다고 말한다. 따라서 다른 근로자에게 지급되지 않는 수당은 일률성이 부정되기 때문에 통상임금 범위에 포함되지 않는다고 해석할 순 없다는 입장이다. 나아가 해당 견해는 지급액을 미리 정할 수 없어 소정근로의 가치를 평가할 수 없는 성과급과 도급제 성격의 임금은 사후 소정근로 대가로 지급된다고 하더라도 통상임금 범위에 포함되지 않는다고 주장한다.¹³²⁾

130) 유성재, “통상임금에 대한 입법론적 고찰”, 「중앙법학」 제16집 제1호, 중앙법학회, 2014.3, 179쪽.

131) 김홍영, “통상임금의 해석상 쟁점”, 「노동법연구」 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013.9, 24쪽.

132) 위의 글, 27쪽.

이와 마찬가지로 통상임금의 개념은 ‘소정근로’가 본질적인 의미이고, 일률성과 고정성 등은 이를 보강하는 의미에 지나지 않는다는 견해가 있다.¹³³⁾ 이 견해에 따르면, 통상임금의 개념 요소엔 ‘일률성·고정성과 같은 지급 형태상 요건’과 ‘소정근로의 대상이라는 실질적 요소’가 있다고 말한다. 실질적 요소가 통상임금의 본질적인 의미를 가지고 지급 형태상 요건은 그를 보강하는 역할에 지나지 않는다는 것이다. 따라서 ‘일률성’을 해석할 때, ‘통상근로의 양과 질에 상응해 지급하기로 한 것인지’를 고려해야 한다는 의견이다.

통상임금의 ‘일률성’을 ‘노동 관행에 의한 임금 지급 판단 기준’으로 보는 견해도 있다.¹³⁴⁾ 이 견해도 앞선 견해들과 같이 일률성을 통상임금 판단을 위한 참고 사항 중 하나일 뿐이고 필수적 요소는 아니라고 본다. 다만 근로계약이나 취업규칙, 단체협약 등에서 특정수당에 대해 지급 의무를 규정하지 않은 경우, 대법원은 노동 관행으로 지급 의무가 있는지를 본다. 그때 노동 관행이 인정되기 위한 보편성은 일률성을 전제한다고 해석한다.

한편 ‘일률성’을 사전적 의미를 고려한 ‘하나의 비율’로 해석해야 한다는 견해가 있다.¹³⁵⁾ 이 견해는 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서 말하는 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’에 이미 정기성·일률성 요소가 포함되어 있다고 말한다. 임금은 1개월 이내 주기로 정기적으로 지급되어야 하고, 미리 정한 시간당 금액은 근로 시간 증가에 비례하여 수당으로 산출된다. 따라서 대법원이 ‘일률성’을 두고 ‘모든 근로자’ 혹은 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’라고 해석하는 것은 그 의미를 오독한 것에 불과하다고 말한다.

나아가 해당 견해는 법문의 ‘정기성·일률성’이라는 용어를 시간급제와 도급제의 공통점을 귀납 추론하여 해석해야 한다고 주장한다.¹³⁶⁾ 도급 금액은 시

133) 이철수, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점”, 「서울대학교 법학」 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013.9, 897쪽.

134) 이달휴, “최근 대법원 전원합의체 판결과 임금·통상임금의 판단요소”, 「법제」, 법제처, 2014.4, 25쪽.

135) 권오성, “‘채직 조건’ 정기상여금의 통상임금성”, 「중앙법학」 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018.6, 319쪽.

간급제와 달리 지급액이 시간을 기준으로 정해지지 않고, 작업 단위로 정해진다. 따라서 도급 금액은 근로 시간과 비례적 관계를 맺기 어렵다. 다만, 도급 금액은 생산고에 따른 임금수준이 정해져 있으므로 도급제는 ‘생산고에 따라 하나의 비율로 비례적으로 계산되는 금액’을 뜻한다고 말한다. 정리하면 ‘일률성’은 ‘① 시간급제로 정해진 경우 소정근로시간에 대해 하나의 비율로 비례적으로 계산돼 지급되는 금액 ② 도급제로 정해진 경우 생산고에 따라 하나의 비율로 비례적으로 계산되는 금액’으로 해석되어야 한다는 태도다. 이 같은 관점에서 ‘일률성’을 해석한다면, ‘일률성’을 통상임금의 개념으로 삼을 수 있다고 말한다.

(3) 도급제 임금에서의 통상임금

대법원은 ‘일률성’에 대해 여전히 ‘모든 근로자’ 혹은 ‘일정한 조건을 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것으로 해석한다. 과거에는 ‘고정적인 조건’으로 불렸던 ‘일정한 조건’은 현재, ‘소정 근로의 가치 평가와 연관된 조건’으로 판시되고 있다. 앞서 살펴본 ‘4/3조 수당’, ‘캐빈어학수당’, ‘구내식당 없는 사업장 근로자에게만 지급하는 중식대’ 등이 통상임금에 포함되는지를 가른 기준은 그 수당이 ‘소정근로의 가치와 관련 있는지’였다. 특히 2013년 대법원 전원합의체 판결에서 법원에서 정하는 ‘정기성·일률성’ 이외에 ‘고정성’ 요건을 공식적으로 통상임금 판단요소 중 하나로 삼았다.¹³⁷⁾ 이후 대법원은 ‘일률성’을 해석하는데 ‘고정적인 조건’보다는 ‘소정근로의 가치 평가’에 더 중점을 두고 판단해 왔다. 전원합의체 판결 이전에도 법원은 일률성 판단 기준으로 어

136) 권오성, “‘일률성’이란 무엇인가?”, 「월간노동법률」 제357호, 중앙경제, 2021.2.

137) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결, “‘고정성’이라 함은 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다.”

편 수당이 '소정근로의 가치 평가'와 관련 있는지 보았다. '근속 수당'은 과거 통상임금이 아니라고 보았으나 최근엔 통상임금성을 인정하고 있다. 이때 근로자의 근속연수 및 숙련도를 '소정근로의 가치 평가'의 대상으로 인정하는지에 따라 '근속 수당'의 통상임금 해당성 여부가 갈렸다.

대법원은 '일률성'을 모든 근로자에게 동등하게 적용되는 '소정근로의 가치 평가'로 해석한다. 동시에 '일률성'이 모든 근로자에게 지급되어야 한다는 기준을 유지하고 있다. 이러한 해석은 현대의 임금체계와 부합하지 않는 측면이 있다. 왜냐하면 특정 수당이 특정 근로자에게 지급되어 그들의 근로 가치를 평가하는 것으로 인정되는 순간, 해당 수당을 받지 않는 다른 근로자는 자연스럽게 다른 가치 평가를 받게 된다. 현재 근로 환경에서는 개인의 능력과 기여도에 따라 급여가 다르게 책정되는 연봉제가 일반화되어 있다. 이런 현실을 생각할 때, 모든 근로자에게 같은 평가 기준을 적용하는 것은 불가능하다. 이는 대법원의 '일률성'에 대한 해석은 현대의 다양하고 유동적인 임금체계와 어긋난다.

물론 대법원도 “모든 근로자에게’ 지급되는 것뿐 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게’ 지급되는 것도 포함된다.”라고 판시하여 '일률성'의 해석범위를 넓히고 있다. '일정한 조건'은 '소정근로의 가치평가'와 관련된 개념이라고 판시한다. 결국 '일률성'을 결정짓는 요인은 특정 수당이 '소정근로의 가치평가'와 관련 있는지를 보는 것이다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서는 통상임금이란 '소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액 등'으로 정의한다. '소정근로에 대해 지급하기로 정한 금액'이라는 문언엔 곧 '소정근로의 가치평가'가 담겨 있다고 해석할 수 있다. 즉, '일률성'을 '소정근로의 가치평가'라고 해석한다면, '일률성'이 갖는 독자적 의미는 사라진다. 일률성 요건을 고려하지 않아도 근로자에게 지급되는 수당이 '소정근로'와 관련이 있는지 없는지를 판단하기만 하면 된다.

도급 금액의 경우, ‘총 근로에 대해 지급하기로 정한’ 구체적인 금액이 미리 정해져 있지 않다. 도급 임금은 특성상 작업량 등에 따라 최종적으로 수령할 보수액이 달라진다. 따라서 시간급제와 달리 사전에 근로자가 받을 구체적인 금액이 정해질 수 없다. 다만, 작업량에 따른 보수액이 정해져 있을 뿐이다. 즉, 생산고에 따라 정해져 있는 금액이 도급 근로자의 ‘총 근로에 대해 지급하기로 정한 도급 금액’이다.

최근 하급심 법원은 도급 근로자가 받는 도급 금액의 일률성 및 사전확정성을 인정하였다.¹³⁸⁾ 법원의 판단에 따르면, “도급 근로자의 경우 실적과 성과를 기초로 그 대가를 산정함을 본질로 하는데, 그 실적이나 성과는 사전확정성이 없다는 이유로 그 대가로 산정된 도급 금액이 통상임금이 아니라고 하면, 도급 근로자의 통상임금이 인정될 수 없어 매우 부당하다”라고 판시하였다. 그러면서 “도급 근로자는 도급 금액의 산정 방식이 도급계약 등에 미리 정해져 있는 경우 사전확정성이 없다고 단정할 수 없”다고 하였다.¹³⁹⁾ 덧붙여 도급제로 정한 수수료는 “소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적 임금인 통상임금에 해당한다”라고 판단하였다. 도급 근로자가 받는 수수료는 생산고에 따른 보수액이 정해져 있는 상태에서 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이므로 ‘일률성’을 갖춘 통상임금이라고 본 것이다. 이와 같은 판단은 ‘생산고에 따른 보수액’의 정함을 ‘총 근로에 대해 지급하기로 정한 도급 금액’으로 해석한 것이다. 즉, 해당 판결에서 법원은 ‘생산고에 따른 보수액’의 일률성을 인정함으로써 그것이 ‘소정근로의 가치 평가’와 연결된다고 판단하였다.

한편, 통상임금 정의에 ‘하나의 비율’이라는 말을 대입하여 해석하면, ① 시

138) 서울고등법원 2022.5.25선고2021나2008093,2021나2008109 판결.

139) 대상판결은 원고 도급 근로자들의 수수료는 근로자들의 업무평가 등을 종합하여 U 등급 및 1~7등급(1등급 10%, 2등급 12%, 3등급 17%, 4등급 21.5%, 5등급 17%, 6등급 12.5%, 7등급 10.5%)으로 분류하여 수수료를 차등적으로 책정하였고, 피고 회사는 근로자들에게 매월 업무실적에 대하여 다음 달 20일에 수수료를 지급한 사실을 인정하였다.

간급제는 하나의 비율로 소정근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 등의 금액 ② 도급제는 하나의 비율로 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 도급 금액이다. 이를 좀 더 구체적으로 풀어보면, ① 소정 근로에 대한 시간급 등 금액의 비율 (시간급 등 금액/소정근로) ② 총 근로에 대한 도급 금액의 비율 (도급 금액/총 근로)이다. 이때 시간급제의 경우, 소정 근로의 기준은 '시간' 단위이므로 각 시간급의 형태에 대응되는 소정근로시간이 된다. 도급제의 경우, 총 근로의 기준은 '작업의 양' 단위이므로 총 도급 금액에 대응되는 총 작업량이 된다. 그렇다면 '소정 근로에 대한 시간급 등 금액의 비율'의 결괏값은 시간당 근로의 가치로 도출된다. '총 근로에 대한 도급 금액의 비율'의 결괏값은 작업당 근로의 가치로 도출된다. 이는 계약 단계에서 '지급하기로 정한 금액'과도 같다. 따라서 도급제까지 포함한 통상임금의 개념 및 속성을 포괄하여 담아낼 수 있도록 '일률성'을 '비율'의 개념으로 해석하는 게 바람직하다.

근로기준법 시행령 제6조 제2항에 따라 시간급제는 '소정 근로에 대한 시간급 등 금액의 비율'은 곧 통상임금이 된다.¹⁴⁰⁾ 하지만 동조 제6호에서는 도급제의 경우, 작업량에 따른 단위가 아닌 시간당 단위로 환산한 값을 통상임금으로 본다. 통상임금은 소정근로시간을 초과한 연장·야간·휴일 근로에 대한 수당이나 연차수당 등을 계산하기 위한 도구적 개념이다. 통상임금의 목적 및 역할을 참작하면, 도급제 근로자의 통상임금도 시간 단위로 환산하는 게 옳다. 동조 제6호가 정한 것처럼 도급 금액의 통상임금은 '그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간의 총 근로 시간 수로 나눈 금액'으로 구해야 한다. 이 중 도급 금액의 통상임금을 구하기 위한 '총 근로시간 수'를 어떻게 해석할 것인지에 대한 문제가 남는다.

140) 근로기준법 시행령 제6조 제2항 중 주급 금액을 정한 제3호 월급 금액을 정한 제4호에선 '소정근로시간'으로 나눈 금액이 아닌 '통상임금 산정 기준시간 수', 그러니까 '소정근로시간'과 소정근로시간 이외 유급으로 처리되는 시간 수'라고 규정하고 있다.

2. 통상임금 요건 중 총 근로시간 수

(1) 주류적 해석

원고 탄광 근로자들이 피고 회사를 상대로 미지급 수당 및 퇴직금을 구하는 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다11391 판결에서 도급 금액의 통상임금을 구하는 데 필요한 ‘총 근로시간 수’에 대해서 구체적인 기준을 제시하지는 않았다. 다만, ‘총 근로시간 수’ 계산 방식에 관한 판단을 내린 점에서 중요한 의미가 있다.

대법원은 원고가 받은 임금 중 도급제로 받은 기본급 총액은 ‘총 근로시간의 근로에 대한 임금’으로 보고 이 금액엔 ‘시간외 근로에 해당하는 통상임금’이 포함된다고 보았다. 반면 월급 금액으로 받은 막장 수당, 후생 수당, 벽지 수당, 입갱 발파 수당 근속 수당은 ‘소정근로시간의 근로에 대한 임금’으로 보았다. 이 수당엔 ‘시간외 근로’에 관한 부분은 포함되지 않았다고 보았다.

따라서 원고의 시간외 근로 수당 산정을 위한 산식은 “시간외 근로 수당=(시간급 통상임금×시간외 근로 시간 수×1.5)-(기본급×시간외 근로 시간 수/총 근로시간 수)”¹⁴¹⁾가 되어야 한다고 판시하였다.¹⁴²⁾ 대법원은 ‘총 근로시간

141) 이에 앞서 원심은 도급제로 지급된 기본급 총액은 당해 월의 ‘총 근로시간 수’로 나누고, 월급 금액으로 지급된 각종 수당은 수당 합계액에서 월간주휴수당 합계액을 공제한 다음, 그 금액을 ‘당해 월 소정근로시간 수’로 나누어 시간급 통상금액을 산정하였다. 문제는 원심의 경우 ‘시간외 근로시간수에 상당하는 시간급 통상임금은 이미 지급되었다’고 본 점이다. 따라서 원심은 시간외 근로수당을 구하는 산식을 “시간급 통상임금×시간외 근로시간수×0.5”로 계산하였다. 하지만 대법원이 도급제로 지급된 기본급은 ‘총 근로시간에 대한 부분’에 해당하고, 월급제로 지급된 각종 수당은 ‘소정근로시간에 대한 부분’이라고 달리 판단하면서 원심의 판단은 파기되었다.

142) 그 밖에 대상판결은 탄광 근로자의 입출갱 시간을 근로시간에서 제외하였다. 그 이유는 ① 일반적으로 입출갱 시간도 근로시간에 포함된다고 보는 것이 원칙이나 ② 구 근로기준법 제43조가 지하작업의 1일 근로시간을 8시간 아닌 6시간으로 규정한 것은 지하작업 자체의 유해 위험성 및 각 지하작업장마다 입출갱 소요시간이 상이할 수 밖에 없는 점을 감안한 것이라 해석되고, ③ 같은법 시행령 제27조 제2항이 지하작업의 입출갱 시간을 근로시간에서 제외한다고 규정한 것은 위와 같은 모법규정 취지에 따른 것으로서 입출갱에 요하는 시간은 지하작업의 근로시간에서 제외되는 것으로 본다고 판단하였다. 따라서 입출갱시간을 근로시

수'를 도급제 통상임금 산정의 기반으로 보면서도 도급제 임금과 월급제 수당을 구분하여 각각 총 근로시간과 소정근로시간으로 적용하였다. 이는 임금의 성격과 형태에 따라 통상임금 산정 방식에 활용되는 근로 시간 수가 각기 다를음을 분명히 하는 판단이다.

원고 정수기 설치 기사들이 근로기준법 제47조의 '도급 근로자'에 해당한다고 판단한 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결에서는 원고들의 '총 근로시간 수'를 산정하는 구체적인 기준을 제시했다.

대상 판결에서 원고들의 '총 근로시간 수'는 평일 오전 9시부터 오후 6시까지(휴게시간 1시간 제외), 토요일 오전 9시부터 오후 1시까지의 근로 시간으로 판단되었다. 그렇게 주간 근로 시간은 '평일 40시간+토요일 4시간=총 주 44시간', 월 근로 시간은 '1주 근로 시간 44시간x월 평균 주 수 4.345주=총 월 191.2시간'으로 확정되었다. 이러한 산정은 피고 회사가 원고들에게 정해진 근로 시간 동안 업무를 수행할 것을 요구한 점, 피고의 콜센터 운영 시간, 그리고 원고들이 실제로 근무한 시간 등을 근거로 하였다. 다만, 법원은 원고들이 주장한 시간 외 근로 시간(전산망에 입력된 시간에 30분을 추가한 시간)을 근로 시간으로 인정하지 않았다. 이는 전산망에 입력된 시간이 준비, 이동, 대기시간을 포함하지 않았으며, 일부 원고들이 업무 수행 시간을 정확하게 입력하지 않았다는 점을 고려한 것이다.

(2) '총 근로시간 수'에 관한 해석론

현재까지의 판결로 미루어볼 때, 법원은 도급 근로자의 통상임금을 계산할 때 필요한 '총 근로시간 수'를 소정근로시간과 더불어 주 40시간 근무를 넘는 시간 외 근로 시간까지 포함하는 개념으로 본다. 하지만 '총 근로시간 수'에

간에 포함하는 것으로 본 원심의 판단을 파기환송 하였다.

유급으로 처리되는 주휴일은 포함하지 않는다. 이는 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제3호 및 제4호에서 정하는 ‘통상임금 산정 기준시간 수’와 구별된다. ‘통상임금 산정 기준시간 수’는 소정근로시간과 더불어 이외 유급으로 처리되는 시간 수, 즉 주휴일까지 포함하는 개념이다. 대법원은 도급 금액에 관해서는 해당 기간의 도급 금액 총액을 총 근로시간 수로 나누어 통상임금을 구한다음, 그 통상임금을 기준으로 주휴수당을 계산해야 한다고 판단하였다.

법원의 판결을 살펴보면, ‘총 근로시간 수’를 판단하는 기준은 표면상으로 근로자와 사용자 간 소정근로시간의 정합이 없을지라도 실질적으로 근로자가 사용자의 감독 아래에서 업무를 수행하는 시간으로 보고 있다. 법원은 근로자에 대한 업무의 배분 및 지시가 이루어진 시간대를 특정한다. 또한 근로자들이 적용받는 취업규칙에 규정된 근로 시간을 기준으로 삼거나 업무 매뉴얼 등을 통하여 업무 수행을 권고하는 시간이 정해져 있는 점 등을 고려하였다.

도급 금액의 통상임금을 구하는 데 필요한 ‘총 근로시간 수’는 근로자가 실제로 근로를 제공한 ‘실근로시간’이라고 보는 견해가 있다.¹⁴³⁾ 해당 견해는 도급제 통상임금은 시간급제 통상임금과는 달리 사후적인 성격이라고 전제한다. 총 도급 금액이 산정 기간 동안 근로자가 수행한 작업량에 따라 변동하듯이 ‘총 근로시간 수’ 역시 그러하다는 견해다. 이는 도급제 임금의 경우 근로 시간이 아닌 실적으로 임금이 결정되는 특성에서 기인한다고 본다. 따라서 도급제 통상임금을 구하는 산식에서 분모는 실근로시간이 기준이 되므로 고정되어 있는 개념이 아니라고 보는 것이다. 대법원이 ‘총 근로시간 수’를 특정한 시간대로 고정한 것에 대해서는 ‘법원은 객관적인 관점에서 판단한 것’이라고 평가한다.¹⁴⁴⁾

또한 해당 견해는 서비스업에 종사하는 현대의 도급 근로자는 소정근로는

143) 방강수, “도급제 임금에서의 통상임금 범위”, 「노동법연구」 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021.9, 185쪽.

144) 위의 글 189쪽.

정해져 있으나 소정근로일과 소정근로시간은 정해져 있지 않을 수 있다고 말한다.¹⁴⁵⁾ 이 경우 도급 근로자는 근무 시간대와 근로일에 대한 자율성 및 선택권이 있다고 주장한다. 무엇보다 도급 근로자는 근로 시간에 지배받기보다는 ‘실적’에 지배받아 회사와 계약을 체결할 때 출근 일수, 출·퇴근 시간, 업무 수행 시간을 따로 정하지 않는다고 주장한다.¹⁴⁶⁾ 이 견해는 법원이 원고 정수기 수리기사의 근로자성을 인정하였으나 소정근로일은 없다고 판단하여 원고의 연차휴가 청구권을 부정한 판결을 예시로 든다.¹⁴⁷⁾

위의 견해가 주장하는 것처럼 도급제의 ‘총 근로시간 수’는 근로자가 실제 제공한 근로 시간 수라고 보면서 주휴수당 등 미지급 임금을 청구하는 근로자들이 매월 그들의 총 근로시간 수를 입증해야 한다고 보는 견해도 있다.¹⁴⁸⁾ 해당 견해 역시 ‘총 근로시간 수’는 ‘소정근로시간’이나 ‘약정 근로 시간’과는 달리 사후적으로 산출되는 개념이라고 본다. 그러면서 대법원판결 등이 ‘총 근로시간 수’를 ‘약정 근로 시간’으로 보는 것은 엄밀한 의미에서 ‘총 근로시간’이 아니라고 주장한다. 원고 근로자별로 총 근로시간이 완전히 동일하지 않음에도 불구하고 법원이 ‘약정 근로 시간’을 ‘총 근로시간’으로 보는 건 실제 총 근로 시간을 입증하는 게 불가능한 사정이 있어서 ‘입증책임 완화’ 조치로 고안된 것이라고 보고 있다.

그러나 위 견해와 같이 ‘총 근로시간’을 해석할 수 없다는 의견도 있다.¹⁴⁹⁾ 먼저 ‘소정근로시간이 근로자와 사용자 사이에 정해지지 않을 때 이루어지는 근로 시간의 전체’라는 의미가 떠오르긴 하나, 근로기준법 규정상 근로계약 체결 시 ‘소정근로시간’은 반드시 서면으로 명시해야 하는 의무적 기재 사항이

145) 방강수, “비전형근로자의 소정근로와 근로조건 - 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로-”, 「법학논총」 제39권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2022.6, 127쪽.

146) 위의 글, 113쪽.

147) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결.

148) 박상진, “도급제 근로자의 통상임금 -대상판결 : 서울고등법원 2021. 10. 26. 선고 2019나2031229 판결-”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회, 2022.7, 343쪽.

149) 박은정, “통상임금 산정을 위한 기준시간”, 「노동정책연구」 제13권 제4호, 한국노동연구원, 2013.11, 148쪽.

다. 이런 점을 고려해 보면 근로 시간이 ‘미리 정해지지 않는’ 성격으로 ‘총 근로 시간’을 해석할 순 없다고 말한다.

해당 견해는 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결을 인용하면서 당시의 법원은 ‘총 근로시간’을 ‘소정근로시간’에 더하여 유급 휴일시간, 월 평균 연장 및 야간근로시간 수를 합산한 시간으로 해석하고 있다고 말한다.¹⁵⁰⁾ 이러한 대법원의 해석에 대해 해당 견해는 통상임금은 연장근로수당 등 가산 임금을 지급하기 위한 개념인데, 이를 구하기 위해 ‘총 근로’에 연장근로시간의 수를 고려하는 것과 더불어 유급 주휴는 1주 동안 소정근로일을 개근한 자에게만 지급되는 것인데 이 부분까지 ‘총 근로’에 합산되는 부분은 의문이라고 지적하였다.

이러한 의문이 제기된 이후, 대법원에서는 도급 근로자의 ‘총 근로시간 수’를 해석하는 판결이 나오기 시작했다. 이때 대법원은 ‘총 근로시간 수’에 유급으로 처리되는 휴일, 즉 주휴일은 포함되지 않는다는 판시를 하였다. 원고 정수기 수리기사는 근로기준법 제47조에서 정하는 ‘도급 근로자’가 맞다고 판시한 사안에서, 법원은 원고의 근무시간을 월요일부터 금요일까지는 9시부터 18시까지, 토요일은 9시부터 13시라고 하였다.¹⁵¹⁾ 원고는 피고 회사의 고객센터 운영시간을 통해 업무를 배정받고 그 업무를 수행하였다. 따라서 피고 회사의 콜센터 운영시간이 곧 원고의 업무시간이라고 본 것이다. 사안에서 법원은 원고가 청구한 연차휴가수당을 계산하기 위해 도급 근로자인 원고의 통상임금을

150) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046판결에서는 도급제 통상임금 등을 구하기 위한 ‘총 근로시간 수’가 아닌 포괄임금 약정에서의 ‘총 근로시간’에 대해서 판시한 사안이다. 해당 판결에서는 월급에 포함되어 지급되는 근속수당을 시간급 통상임금으로 산정하기 위한 방식으로써 ‘총 근로시간’의 의미를 해석하였다. 당시 대법원은 이처럼 시간급 통상임금 환산을 위해 사용되는 개념인 ‘총 근로시간’에 대해 ‘그 근속수당을 월의 통상임금 산정 기준 시간 수에 월평균 주휴 근로의 제시간과 각 가산율까지 고려한 월평균 연장 및 야간근로를 모두 합산한 총 근로시간’이라고 판시하였다. 추후 해당 판결은 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결이 선고됨에 따라 폐기된다. 대법원 전원합의체 판결에서는 사안과 같이 고정수당의 시간급 환산을 위한 ‘총 근로시간’에서는 ‘연장근로시간 수와 야간근로시간 수에 가산율은 고려되지 않는다’고 판시하였다.

151) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결

산정해야 했다. 이때 법원은 원고의 통상임금을 구할 때 필요한 ‘총 근로시간 수’는 주 6일 근무를 기준으로 월 191.2시간으로 산정하였다. 월 근무시간이 191.2시간으로 산정된 방식은 ‘(월요일부터 금요일까지 1일 8시간 근무+토요일 1일 4시간 근무)x4.34주’였다. 즉, 유급으로 처리되는 주휴일은 ‘총 근로시간 수’에 포함되지 않았다.

(3) 검토

도급제 통상임금 계산식의 ‘총 근로시간 수’는 ‘실근로시간 수’라고 주장하는 견해들은 ① 시간급이 아닌 작업량 단위의 급여를 받는 도급 근로자는 기본적으로 소정근로시간이 정해져 있지 않고 ② 도급제 통상임금은 시간급제와 달리 사후적인 성격을 가진다고 말한다. 더불어 ③ 근로 시간 및 근로일에 대한 사용자의 지배를 받지 않고, 이를 선택할 자율성이 있다고도 전제한다.

하지만, 최근 ‘총 근로시간 수’에 대해 판단하고 있는 법원의 판결을 살펴보면, ‘총 근로시간 수’는 ‘근로자가 실제로 업무를 수행하는 데 투입한 모든 시간’이라고 해석하는 것이 아니라 사용자가 업무를 배정할 수 있는 시간, 즉 ‘사용자의 지배력이 미치는 시간대’라고 해석하고 있다.¹⁵²⁾ 이처럼 법원은 ‘총 근로시간 수’는 ‘실제 근로시간’이 아님을 명확하게 짚고 있다. 법원이 ‘총 근로시간 수’를 판단한 사례에서도 근로자들은 특정할 수 있는 일정한 시간대에 회사로부터 업무를 배정받아 수행했음을 확인할 수 있다. 즉, 대법원은 ‘총 근로시간 수’를 근로자가 업무 수행을 하는 데 있어서 실질적으로 소요된 시간 등으로 해석하고 있지 않다. 이 시간대에 사용자는 근로자에게 업무를 할당해야 하는 의무가 있고, 근로자는 이러한 업무 지시에 언제든지 응답하고 수행할

152) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결, 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다302155, 2021다302186, 2021다302162, 2021다302179, 2021다302193 판결, 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결.

의무가 암묵적으로 인정된다고 할 수 있다.¹⁵³⁾

도급 근로자의 ‘총 근로시간 수’는 통상임금 산정 기준이 되는 시간이다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서 정하는 시간급제 근로자의 ‘소정근로시간’에 대응하는 개념이기도 하다. 통상임금은 ‘미리 정해진 근로 시간을 넘는 연장근로 등’이 발생하면, 가산 수당을 지급하기 위한 도구적 개념이다. 통상임금 개념에 비추어 ‘총 근로시간 수’를 해석해 보자면, ‘미리 정해진 근로 시간’이 전제되어야 연장근로도 가능하고, 가산 수당 지급 기준도 성립할 수 있을 것이다.

도급제는 근로자가 수행한 작업량과 단위에 따라 통상임금이 결정된다. 도급 금액은 근로자가 작업을 완료하는 시점에 최종적으로 확정되는 방식이다. 이처럼 도급제 통상임금의 결판값은 사후적으로 정해질 수밖에 없는 속성을 가진다. 하지만 도급 근로자의 ‘소정근로에 대한 가치 평가’는 이미 사전에 정해져 있다. 생산고에 따른 임금의 수준은 사전에 계약으로 정해지기 때문이다. 근로기준법 시행령 통상임금의 정의 규정에 따라 ‘도급제 통상임금은 근로자에게 정기적이고 일률적으로 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 도급 금액’이다. 따라서 도급제 통상임금의 최종값이 사후적으로 계산식에 의해 도출되는 것일 뿐이고, 도급제 통상임금 역시 사전에 근로의 가치가 평가되어 있는 ‘사전적 성격’을 가지고 있다고 보아야 한다.¹⁵⁴⁾

이때 도급제 통상임금은 ‘일률적으로’ 총 근로에 대해 지급하기로 정한 금액이다. ‘일률적’이라는 의미는 앞서 말한 바와 같이 ‘하나의 비율’ 혹은 ‘일정한 비율’로 새길 수 있다. 그렇다면 도급 근로자의 통상임금은 ‘총 근로에 대한 도급 금액의 비율’로 도출된다. 이때, 분모가 되는 ‘총 근로시간 수’를 계속해서 변동하는 값이라고 전제한다면 도급제 근로자의 근로 가치는 제대로 받

153) 이셋별, “택시업계 임금 청구 소송으로 살펴본 ‘소정근로시간’의 의미”, 「노동법포럼」 제41호, 노동법이론실무학회, 2024.3, 283쪽.

154) 이셋별·권오성, “임금에 관한 최근 판결 경향의 검토”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회, 2022.7, 155쪽.

영되기 어렵다.

‘총 근로시간 수’가 고정된 값이라는 전제하에 도급 근로자가 수행하는 작업량이 늘어난다면, 총금액도 오를 것이다. 그에 따라 도급 근로자의 통상임금도 비례적으로 오를 것이다. 다만, 근로자의 작업량과 총금액이 변하지 않음에도 불구하고, ‘총 근로시간 수’가 변동되어 통상임금의 계산 결과가 달라지면, 근로의 가치는 생산성에 따라 이미 정해져 있음에도 왜곡될 위험성이 있다. 이는 소정근로의 가치가 사전에 평가되어 있는 통상임금의 특성을 제대로 반영하지 못하는 결과라고 생각한다. 작업량과 그에 따른 총금액, 그리고 총 근로시간이 모두 변동하는 경우, 결과적으로 도출되는 값이 일정한 비율을 유지한다고 보기는 어렵다. 따라서 도급 근로자의 근로 가치를 올바르게 반영한 통상임금을 산출하기 위해서는, 기준이 되는 ‘총 근로시간 수’를 고정값으로 해석하는 것이 바람직하다.

3. 도급 근로자의 최저임금

(1) 도급 금액의 최저임금에 관한 규정

최저임금법 제5조 제1항에 따르면, 최저임금은 원칙적으로 시간·일·주·월 단위로 정해진다. 즉, 시간급을 기준으로 정해지는 것이 일반적이다. 매년 1월 1일 고시되는 당해연도 최저임금도 시간급 기준이다. 하지만 예외적으로 최저임금액을 시간급 기준으로 정하지 않아도 되는 경우가 있다. 최저임금법 제5조 제3항은 ‘도급제나 그 밖에 이와 비슷한 형태로 정하여져 있는 경우’ 시간급 기준 최저임금액을 정하는 게 적당하지 아니하다고 인정되면, 대통령령으로 정하는 바에 따라 최저임금액을 따로 정할 수 있다고 규정한다. 해당 규정의 위임을 받아 제정된 최저임금법 시행령 제4조는 그 사유를 구체적으로 명

시하고 있다. 도급제로서 ① 근로 시간을 파악하기 어렵거나 ② 그 밖에 시간급 기준으로 최저임금액을 정하는 것이 적합하지 않은 경우엔 ‘해당 근로자의 생산고 또는 업적의 일정 단위’에 의해 최저임금액을 정할 수 있다고 말한다.

해당 규정에 비추어 보면, 도급제도 원칙적으로 시간급을 기준으로 최저임금액을 정해야 함을 알 수 있다. 다만, 근로 시간을 파악하기 어렵거나 그 밖에 사정으로 시간급 최저임금액을 정하는 게 적합하지 않은 경우엔 생산고 등을 기준으로 최저임금액을 정할 수 있다. 이에 따라 도급제 근로자의 최저임금액을 정함에 있어서 ① 근로 시간 파악이 쉬운 경우 ② 근로 시간 파악이 어려운 경우로 나누어 검토할 수 있다.

(2) 도급 근로자로서 근로 시간 파악을 할 수 있는 경우

도급 근로자의 근로 시간 파악이 쉬운 경우, 최저임금 수준을 정하는 건 비교적 쉬운 일이다. 도급 근로자의 근로 시간을 파악해 시간에 따른 당해연도 최저임금액을 적용하면 된다. 최저임금법 시행령 제5조 제2항에서는 도급제 임금의 최저임금액 환산 방법을 정하고 있다. 해당 조항은 도급제 임금의 경우, ‘임금 산정 기간의 임금 총액을 그 임금 산정기간동안의 총 근로시간 수로 나눈 금액’이 시간당 임금으로 환산된다고 규정하고 있다. 이러한 방식에 따라 환산된 금액으로 최저임금액 위반 여부를 평가한다. 이 방식은 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서 정하는 도급제 통상임금을 구하는 방식과도 동일하다.

살펴본 대로 도급제 임금은 ‘임금 산정 기간의 임금 총액’이 최저임금 비교대상 임금이 된다. 정수기 설치 기사¹⁵⁵⁾의 근로기준법상 도급 근로자성을 인정한 사안에서 ‘도급제에 따라 계산된 임금의 총액’은 근로자가 용역계약에 따라 받는 수수료로 보고 있다.¹⁵⁵⁾ 하급심 법원에서는 도급 근로자가 해당 임금 산정

155) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결 (상고 기각, 대구고등법원 2022. 3. 23. 선고 2020나22408 판결요지).

기간동안 받은 수수료 총액은 포괄 임금이 아니라고 보았다.¹⁵⁶⁾ 따라서 사용자는 도급 근로자에게 수수료 총액 말고도 별도의 주휴수당 등을 계산해서 지급할 의무가 인정된 사안이다.

1) 최저임금법 시행령 제5조 제2항

최저임금 환산액은 근로자에게 지급된 임금이 당해연도 최저임금액에 미달하는지를 평가하기 위한 개념이다. 그러므로 특성상 사후적 성격을 가진다. 도급 근로자는 기본적으로 생산고에 따른 도급 금액을 받지만, 그 외 각종 수당은 월급제와 같은 시간급 형태로 받는 일도 있다.

최근 대법원판결에 따르면, 도급 근로자는 생산고에 따라 계산된 도급 금액 이외에 일정한 조건을 충족할 때 주휴수당도 청구할 수 있다.¹⁵⁷⁾ 이 경우 최저임금 환산액을 구할 때 도급 근로자 ‘임금 총액’의 범주가 문제가 된다. 최저임금법 시행규칙 제2조 제1항 제3호는 최저임금 산입범위를 규정한 최저임금법 제6조 제4항의 위임을 받아 제정되었다.¹⁵⁸⁾ 해당 조항에 따르면, 주휴수당은 최저임금 산입범위에 들어간다. 대법원은 도급 근로자에게도 도급 금액에 따라 계산된 통상임금을 기준으로 주휴수당을 계산해 주어야 한다고 판

156) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결. 해당 사례에서 피고 회사는 원고 근로자가 받은 수수료에 주휴수당도 포함되어 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 포괄임금제는 근로 시간 산정이 어려운 경우 근로자에게 불이익이 없다는 판단 아래 인정되는 계약이지만, ① 사안의 근로자들의 근로 시간 산정은 어렵지 아니하고, ② 사전에 야간 및 휴일 근로 여부와 빈도 등에 대한 정함이 없는 채 포괄 임금이 약정되었다고 한다면 근로자들은 가산 수당을 포기하는 셈이 되어 불리한 점, ③ 그러한 가산 수당을 포기할 만큼 근로자들을 상쇄시킬 만한 이익도 없던 점 등을 고려해 도급 근로자가 받은 수수료는 포괄 임금이 아니라고 판단하였다.

157) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결.

158) 해당 조항은 최저임금에 산입되지 아니하는 범위를 정하고 있고, 그 중 예외로 ‘「근로기준법」 제55조제1항에 따른 유급휴일’을 제외한다. “최저임금법 시행규칙 제2조 제1항 최저임금법 제6조제4항제1호에서 “고용노동부령으로 정하는 임금”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다. 3. 유급으로 처리되는 휴일(「근로기준법」 제55조제1항에 따른 유급휴일은 제외한다)에 대한 임금.”

단했다.¹⁵⁹⁾ 따라서 도급 근로자로서 도급 금액 이외 주휴수당을 받는 경우, 도급 금액 최저임금 환산식에서의 ‘임금 총액’에 주휴수당도 포함되는지가 논란이 될 수 있다.

또한 도급 근로자라 하더라도 식대와 같은 복리후생비 수당 등을 월급제로 받는 경우, 최저임금액을 환산하는 방식이 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 2019년 1월 1일부터 시행된 최저임금법 제6조 제4항에서는 기존에 포함되지 않던 복리후생비도 최저임금 산입범위에 단계적으로 포함하는 내용을 담고 있기 때문이다.

대법원은 도급 근로자가 기본급은 도급으로 받으면서 각종 수당은 월급제로 받는 임금 형태에 대해 통상임금을 구하는 산식을 판시한 바 있다. 법원은 도급제로 받은 임금 총액은 ‘총 근로시간 수’로 나누고, 월급제로 받은 수당에 대해서는 수당 총액을 ‘소정근로시간’으로 나누어 그 둘을 더한 값이 통상임금이라고 판시하였다.¹⁶⁰⁾ 이러한 산식이 도급 근로자의 최저임금을 환산할 때도 그대로 적용될 수 있는지 문제가 된다. 즉, 도급 근로자의 임금체계가 생산고에 따른 임금에만 한정되지 않고, ① 주휴수당도 받은 경우 ② 주급 및 월급제 형식으로 각종 수당도 받은 경우 이를 모두 도급 근로자의 최저임금 환산액을 구하기 위한 ‘임금 총액’에 합산할 수 있는지 향후 논쟁이 될 수 있다.

2) 도급제 근로자의 ‘총 근로시간 수’

현재 도급 근로자의 ‘임금 총액’에 주휴수당이 포함되는지에 대한 논의는 미미하다. 시간급제 근로자의 경우, 주휴수당은 최저임금 비교대상 임금에 포함된다. 그뿐만 아니라 최저임금법 시행령 제5조 제1항에 따르면, 주급 및 월급제 근로자의 급여를 최저임금 적용을 위한 시간급으로 환산할 때, 급여를

159) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다229554 판결.

160) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다11391 판결.

나누는 분모의 값은 소정근로시간과 유급주휴일을 더한 값이다. 종래에는 소정근로시간만 포함되었다. 하지만 2018년 최저임금법 시행령 개정을 통해 유급주휴일 시간이 추가되었다. 즉, 해당 시행령 개정을 통해 ‘최저임금 적용 시간 수’는 근로기준법 시행령 제6조 제2항의 주급·월급 금액의 통상임금을 구할 때의 분모 값이 되는 ‘통상임금 산정 기준 시간 수’와 같게 되었다.

근로기준법 시행령 제6조에서는 도급 근로자의 통상임금을 구할 때 ‘총 근로시간 수’가 ‘임금 산정기간동안 받은 임금 총액’을 나누는 분모가 된다고 규정하고 있다. 이를 해석한 판결에서는 도급 금액의 ‘총 근로시간 수’에 ‘유급주휴일’은 포함되지 않는다는 점을 명확히 했다.¹⁶¹⁾ 시간급제 근로자의 통상임금 산정 기준 시간 수에 유급주휴일이 포함되는 이유는, 1997년에 근로기준법 시행령이 해당 내용으로 개정되었기 때문이다. 이와 같은 배경을 고려해 보면, 도급 금액의 통상임금 및 최저임금액을 적용하기 위한 환산식에서의 ‘총 근로시간 수’는 ‘유급주휴일’을 제외하는 법원의 해석에 이견이 없다.

3) 도급제 근로자 주휴수당의 최저임금 산입범위 검토

대법원은 주급·월급 근로자들의 주휴수당을 최저임금 비교대상 임금에 산입하는 것에 대해서 긍정한다. 대법원은 주휴수당이 ‘소정의 근로’에 대해 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금이므로 최저임금법 제6조 제4항 및 해당 시행규칙[별표 1]에 명시된 ‘비교대상 임금에 산입되지 않는 임금 또는 수당’에 해당하지 않는다고 설명했다. 따라서 최저임금 비교대상 임금에 주휴수당을 포함해야 한다고 판결했다.

주휴수당을 ‘소정근로에 대한 대가’로 본 대법원의 판단을 비판하며 주휴수당을 그것이 지급되는 주의 ‘총 근로의 대가’로 보는 견해가 있다.¹⁶²⁾ 근로기

161) 위의 판결.

162) 권오성, “주휴수당의 딜레마-초단시간근로자의 최저임금 차별 문제를 중심으로-”, 「사회

준법 시행령 제30조에 의하면 주휴수당은 1주 동안 개근하지 못한 자에겐 지급되지 않는다. 대신 조퇴나 지각을 한 자에게는 변함없이 통상임금에 소정근로시간을 곱하여 지급된다. 전자가 후자와 비교하면 1주간의 근로 시간이 더 클지라도 주휴수당은 지급되지 않는다. 더불어 1주 40시간이 넘는 근로를 하였어도 주휴수당은 1일 8시간이 최고한도로 설정되어 있다. 해당 견해는 이런 현실을 고려하여 주휴수당은 ‘소정근로의 대가’라는 대법원의 입장에 동의하지 않는다.

다만, 위 견해는 주휴수당이 최저임금 비교대상 임금에 산입되는 까닭은 당시 노동부 장관이 정하는 최저임금 산입범위에 포함될 수 없는 임금 중 ‘주휴수당’은 제외되었기 때문이라고 말한다.¹⁶³⁾ 따라서 주휴수당은 노동부 장관의 정함에 따라 최저임금 산입범위에서 배제될 수 있는 성격으로 파악한다.

다음으로 주휴일을 무급화하여 주휴수당을 최저임금 산입범위에서 배제해야 한다는 견해가 있다.¹⁶⁴⁾ 해당 견해는 최저임금액 환산식에서 주휴수당은 최저임금 산입범위에 들어가고, 분모인 시간은 소정근로시간에 더해 유급주휴일도 포함하는 것이 주휴수당을 법정수당으로 정하는 근로기준법 취지에 부합하는 면이 있다고도 말한다.

나아가 해당 견해는 주휴수당을 최저임금 산입범위에 포함하기보다는 명목

법연구」 제35호, 한국사회법학회, 2018.1, 206쪽.

163) 위의 글, 207쪽. 판결 당시 최저임금법 제6조 제4항에서는 최저임금의 산입범위에 들어갈 수 없는 임금의 범위를 노동부장관에게 위임하고 있다. 최저임금법 제6조 제4항에는 최저임금에 산입될 수 없는 임금으로 ‘1. 매월 1회이상 정기적으로 지급하는 임금외의 임금으로서 노동부장관이 정하는 것 2. 소정의 근로 시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금외의 임금으로서 노동부장관이 정하는 것’으로 정하고 있다. 앞서 언급한 판결에서 대법원은 주휴수당을 ‘소정 근로의 대가’로 보았을 뿐만 아니라 ‘매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금’으로서 최저임금 비교대상임금에 산입된다고 판단하였다. 반면 해당 견해는 주휴수당은 ‘소정근로의 대가’가 아닌 ‘총 근로의 대가’이므로 ‘소정의 근로 시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금외의 임금’에 속한다고 보았다. 다만, 노동부장관이 해당 법령의 위임을 받아서 정한 최저임금법 시행규칙 [별표1]에서 ‘주휴수당’은 최저임금 비교대상임금에서 산입되지 않는다고 정하고 있지 않기 때문에 포함되는 것일 뿐이라는 주장이다.

164) 김홍영, “최저임금 비교대상임금의 범위 조정”, 「노동법학」 제66호, 한국노동법학회, 2018.6, 137쪽.

상으로 존재할 뿐인 주휴수당을 무급화해야 한다고 주장한다. ① 주급 및 월급제는 이미 급여에 주휴수당이 포함되어 있다고 보나, 일급제는 따로 주휴수당을 지급해야 하는데, 현실적으로 일급근로자에게 ‘소정근로일’을 약정하는 것은 드물다는 점 ② 주급·월급제는 근로계약서에 ‘주휴수당이 포함’되어 있다고 표기만 하면 주휴수당 추가지급 의무를 면한다는 점 ③ 주휴수당 산입으로 인해 ‘소정근로시간의 대가’로 지급되는 임금수준은 제대로 반영되지 못한다는 점을 근거로 들며 주휴수당을 없애고 소정근로의 가치를 계산하여 임금으로 지급하자고 말한다.¹⁶⁵⁾

살펴본 대로 대법원은 주휴수당을 ‘소정근로에 대해 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금’으로서 최저임금 산입범위에 포함된다고 판시하였다. 하지만 현행법상 주휴수당의 성격은 ‘소정근로의 대가’보다는 ‘개근의 대가’로 보는 것이 더 타당하다고 생각된다. 근로기준법 시행령 제30조 제1항에 따라 유급주휴일은 소정근로일을 개근한 자에게 주어야 한다고 명시하고 있기 때문이다.

법원의 판단에 의하면, ‘소정근로의 대가’를 판단하는 기준은 ‘근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지’이다.¹⁶⁶⁾ 이에 따라 법원은 일정한 자격을 가진 근로자에게 지급되는 자격 수당,¹⁶⁷⁾ 심야조 근무자에게만 지급하는 야간교대 수당¹⁶⁸⁾ 등은 소정근로의 가치 평가와 관련된 것으로 판단하였다. 반면 월급제 근로자들에게 실제 평일 연장·야간근로를 별도로 산정하지 않은 채 기본급 20% 상당액을 지급한 ‘시간외수당’¹⁶⁹⁾은 소정근로의 대가라고 보기 어렵다고 판단하였다. 법원의 판단으로 미루어보면

165) 위의 글 40쪽.

166) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

167) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2015다61415 판결.

168) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다288898 판결.

169) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다224739 판결.

‘소정근로의 대가’는 근로자가 사용자에게 제공하는 ‘근로의 가치’를 평가하는 것이다.

한편 근로자의 개근 여부로 지급되는 주휴수당은 근로의 질을 평가한다기 보다는 근로자의 근면성 평가와 더 밀접하게 연결된다. 법원은 주휴일의 취지는 휴식을 통한 근로자의 건강 회복 및 사회적·문화적 생활을 누리기 위해 마련된 것으로 판단한 바 있다.¹⁷⁰⁾ 따라서 주휴수당을 받을 수 있는 근로자는 평상적인 근로관계가 유지되어야 함은 물론이고 향후 계속 근로 제공이 예정되어 있는 상태여야 한다.

이처럼 주휴수당의 취지 및 지급 기준을 살펴보면, 주휴수당은 ‘근로의 가치’를 평가하여 지급하는 개념이 아니다. 주휴일은 이미 평가되어 있는 근로의 가치를 유지하기 위한 기회로 제공되는 것이다. 주휴수당은 근로자의 ‘개근’을 조건으로 한다. 개근 여부는 ‘근로의 질’보다는 ‘근로의 양’과 더 밀접하게 관련이 있다. 주휴수당은 대법원의 판단과 달리 ‘소정근로의 대가’로서 최저임금 비교 대상 임금에 산입되는 게 아니다. 현재 주휴수당이 비교 대상 임금에 포함되는 건 최저임금법 제6조 제4항 제1호가 위임한 최저임금법 시행규칙 제2조 제1항 제3호에서 ‘유급 주휴일’이 최저임금 산입범위에서 제외되는 것으로 규정하지 않기 때문이다.

이처럼 주휴수당은 ‘소정근로의 대가’보다는 ‘개근의 대가’이다. 만일 도급 임금 총액에 주휴수당이 포함된다면, 근로자의 개근 여부에 따라 최저임금 위반 여부가 달라지는 상황이 발생하게 된다. 근로자가 받은 임금 총액을 최저임금 적용을 위한 임금으로 환산하는 까닭은 사용자가 지급한 임금 총액이 당해연도 최저임금액에 미달하는지를 판단해야 하기 때문이다. 따라서 최저임금 환산을 위한 ‘도급 임금 총액’에 주휴수당이 포함된다고 가정하면, ‘결근’이라는 근로자의 귀책 사유로 주휴수당이 지급되지 않을 시 근로자에게 지급된 임

170) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007다73277 판결.

금이 최저임금액에 미달하는 상황이 벌어질 수 있다.

이 밖에도 근로기준법 제18조 제3항에 따르면, 유급주휴일은 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 ‘초단시간 근로자’에게는 적용하지 않는다. 도급 금액의 경우, 생산고에 따른 임금을 시간급으로 환산했을 때 도급 단가가 당해연도 최저임금에 미달하는지가 핵심이다. 만일 주휴수당을 비교대상 임금에 산입하게 된다면, 약정 근로 시간 및 주휴수당 지급 여부에 따라 최저임금 미달 여부가 달라질 수 있다. 이러한 상황에 최저임금 미달 여부가 좌우된다면, 도급 근로자의 도급 단가가 당해연도 최저임금과 비교해 보았을 때 적정한지 판단할 수 없게 된다.

예를 들어 어떤 도급 근로자의 도급 단가 및 시간당 작업량은 같다는 전제하에 월별로 약정 근로 시간만 다르다고 가정한다면, 4주 평균 1주 근로 시간이 15시간이 넘으면 그달은 주휴수당이 지급되고 그 이하면 지급되지 않을 것이다. 그렇다면 도급 단가 및 시간당 작업량이 동일함에도 주휴수당 지급 여부에 따라 최저임금 적용을 위한 환산액이 달라질 것이다. 약정 근로 시간 및 주휴수당 지급으로 최저임금 위반 여부가 좌우된다면, 생산고에 따라 정해진 임금액을 시간당 임금으로 환산했을 때 적정한지를 판단하기 어려운 문제점이 있다. 따라서 도급 금액을 최저임금 적용을 위한 환산에 있어서 ‘임금 총액’에 주휴수당은 제외되는 것이 합당할 것이다.

4) 도급제 근로자 복리후생비의 최저임금 산입범위 검토

2019년 1월 1일부로 시행된 최저임금법은 개정된 최저임금 산입범위에 대한 규정을 담고 있다. 최저임금법 제6조 제4항은 최저임금에 산입되지 아니하는 항목 중 하나로 ‘2. 상여금, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 고용노동부령으로 정하는 임금의 월 지급액 중 해당 연도 시간급 최저임금액을 기준으로 산

정된 월 환산액의 100분의 25에 해당하는 부분'과 '3. 식비, 숙박비, 교통비 등 근로자의 생활 보조 또는 복리후생을 위한 성질의 임금으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것'으로서 '가. 통화 이외의 것으로 지급하는 임금나. 통화로 지급하는 임금의 월 지급액 중 해당 연도 시간급 최저임금액을 기준으로 산정된 월 환산액의 100분의 7에 해당하는 부분'을 규정한다.

최저임금법 부칙 제2조에 따르면, 동조 동항의 2호, 즉 상여금은 매년 단계적으로 최저임금 산입범위에서 제외되는 비율이 줄어들어 2024년부터는 전액 최저임금 비교대상 임금의 범위에 포함된다. 마찬가지로 제3호에서 정하는 최저임금 산입범위에서 제외되는 복리후생비의 비율도 줄어들어 2024년부터는 전액 포함된다.¹⁷¹⁾ 법 개정 이전에 복리후생비는 최저임금 시행규칙[별표 1]에서 정하는 '그 밖에 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금'으로서 제외되었다.¹⁷²⁾

법 개정을 통해 이루어진 최저임금 산입범위 확대는 노동계의 반발을 불러 일으켰다. 기존에 포함되지 않던 복리후생비 등이 최저임금 비교대상임금에 포함되면, 매년 최저임금 인상률을 평년과 비슷한 수준으로 유지한다고 하여도 결과적으로 실질적인 인상률은 낮아질 수 있다. 이에 대해 고용노동부는 최저임금 산입범위 개편으로 인해 실제 받는 임금이 최저임금 산입범위에 포함됨으로써 합리적인 임금체계를 구축할 수 있고, 정기상여금을 받는 고임금 노동자와 그렇지 않은 저임금 노동자 사이에 소득격차 해소에 기여할 수 있으며, 저임금 노동자의 임금 보장 및 중소기업 부담 완화 사이의 균형 추구라는

171) 법 개정 이전 최저임금법 제6조 제4항에선 최저임금 산입범위에서 제외되는 임금을 고용노동부장관이 정한다고 규정하고 있다. 이에 따라 최저임금 시행규칙 제2조에서는 [별표 1]에 최저임금에 산입되지 않는 임금의 범위를 명시하였다. 당시 [별표 1]에 따르면, 상여금은 '매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금'으로서 '3. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 장려가급·능력수당 또는 상여금'에 해당하여 최저임금 산입범위에서 제외되었다.

172) "가족수당·급식수당·주택수당·통근수당 등 근로자의 생활을 보조하는 수당 또는 식사, 기숙사·주택제공, 통근차운행 등 현물이나 이와 유사한 형태로 지급되는 급여 등 근로자의 복리후생을 위한 성질의 것.

목적은 달성할 수 있다고 보았다.¹⁷³⁾¹⁷⁴⁾

이후 노동계의 우려대로 최저임금 인상률은 2020년 2.87%, 2021년 1.5%, 2022년 5.05%에 그쳤다. 2020년 최저임금은 ‘시간당 8,350원’으로 결정됨으로써 ‘최저임금 1만 원’ 공약은 실현되지 못했다. 최저임금 산입범위 확대 및 이후 완만한 인상률은 노동계의 큰 반발을 불러왔다. 이는 결국 개정된 최저임금법 제6조 제4항은 근로자들의 재산권 및 적정 임금 보장 등을 침해한다는 이유로 헌법소원의 대상이 된다.¹⁷⁵⁾

헌법재판소는 전원 일치 결정으로 현행 최저임금법 제6조 제4항은 합헌이라고 판단하였다. 헌법재판소는 최저임금 산입범위 확대는 “최저임금액 인상으로 인한 실제 임금인상 효과를 감소시킬 수 있어서 기본적으로 근로자에게 불리한 제도변화”라고 판단하였다. 더불어 “최저임금과 비교대상 임금 간의 ‘비교의 방식’에 근본적인 변화를 초래하여 최저임금과 관련한 근로자의 법적 지위를 종전에 비해 불리하게 변경한다.”라고도 하였다. 그러나 이에 따라 “근로자가 실제 받는 임금 총액은 줄어들지 않고, 단지 최저임금액 인상에 따른 실제 임금인상 효과가 종전에 비하여 감소하는 효과가 발생할 뿐”이라고 판시하였다.

헌법재판소가 보는 최저임금 산입범위 개편은 ① 임금일체설로 인해 매월

173) 고용노동부, “최저임금법 개정 주요내용 - 산입범위 개편-”, 2018.6.7.

174) 하지만 고용노동부 주도로 실행된 최저임금 산입범위 개편 배경엔 급격한 최저임금 인상율도 있었다. 2017년 5월, 문재인 정부는 ‘2020년까지 최저임금 1만 원’ 공약을 앞세워 출범하였다. 그 후 2018년 최저임금액은 시급 7,530원으로 인상률은 16.7%였고, 2019년 최저임금액은 시급 8,350원으로 인상률은 10.9%에 달했다. 이와 같은 최저임금율 인상 속도를 두고 경영계에서는 ‘소상공인이나 중소기업의 인건비 부담이 심해진다.’라는 반발이 지속되었다. 결국 2018년 6월, 최저임금법 산입범위를 개편하는 내용의 법안이 국무회의에서 결되어 이듬해 1월 1일부터 시행되기에 이른다.

175) 헌법재판소 2021. 12. 23.자 2018헌마629 전원합의체 결정, 청구인들은 최저임금법 제6조 제4항은 “상여금 등 및 복리후생비의 일부를 최저임금에 산입하도록 함에 따라 청구인 근로자들은 최저임금액이 인상되더라도 자신의 임금이 거의 인상되지 않는 등의 불이익을 입게 되므로, 심판 대상 조항들은 과잉금지원칙을 위배하여 청구인 근로자들의 재산권, 적정 임금 보장 요구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다. 또한 심판 대상 조항들은 임금 항목의 구성에 따라 근로자들이 최저임금과 관련한 차별을 받도록 하고 있으므로, 청구인 근로자들의 평등권을 침해한다.”라고 주장한다.

1회 이상 정기적으로 지급하는 상여금 등이나 복리후생비는 그 성질이나 기능 면에서 기본급과 본질적인 차이가 있지 않아 최저임금에 산입할 수 있고, ② 종전의 최저임금 산입범위는 현재의 임금체계를 제대로 반영하지 못하고 있으며, ③ 최저임금 산입범위가 확대되더라도 근로자가 받는 임금 총액은 줄지 않고, 단지 최저임금액의 인상률과 비교한 실제 임금 총액의 인상률이 종전에 비해 낮아지는 효과만 발생할 뿐이므로 이러한 효과로 인해 근로자들이 겪는 경제적 불이익이 크다고 보긴 어렵다고 판단하였다.

한편, 대법원 전원합의체 판결에 따르면, “최저임금제도의 목적은 임금의 최저 수준을 보장하여 근로자의 생활 안정과 노동력의 질적 향상을 기하고자 하는 데에 있어 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하기 위한 통상임금 제도와 그 목적을 달리하므로” 최저임금법 제6조 제4항에서 ‘매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부장관이 정하는 것’이 최저임금 비교대상 임금에서 제외된다고 하더라도 이를 근거로 1개월 넘는 기간마다 지급되는 정기상여금이 통상임금에도 포함되지 않다고 해석하는 건 타당하지 않다고 판단하였다.

최저임금 산입범위가 개편되기 이전부터 비교대상임금의 범위를 확대해야 한다는 의견은 꾸준히 제기되었다. 특히 법원에서 인정하는 통상임금의 외연이 넓어지는 만큼 최저임금 비교대상 임금의 범위도 그에 맞춰져야 한다는 의견이 있다.¹⁷⁶⁾ 통상임금과 최저임금 비교대상 임금은 약정 근로 시간에 일을 하였다면 받을 수 있는 ‘소정근로의 대가’를 본질로 하기 때문이다. 과거엔 1개월을 초과해 지급되는 상여금이나 복리후생비 등은 통상임금에 포함하지 않는 것으로 여겼으나 90년대 중반 이후 지급 형태상 고정성과 일률성이 인정되면 이를 통상임금에 포함하는 것이 관례의 흐름이므로 통상임금과 본질이

176) 이철수, “최저임금법상의 비교대상임금에 대한 비판적 분석 : 대법원 2007.1.11. 선고 2006다64245 판결을 중심으로”, 「노동법연구」 제28호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.03, 60쪽.

다르지 않은 최저임금 비교대상 임금도 이를 포함하는 방향으로 가야 한다는 견해다.

해당 견해와 같이 비교대상임금의 기본적 특징을 ‘소정근로에 대한 임금’으로 보면서 비교대상 임금은 사전에 확정되어 있지는 않더라도 소정 근로를 제공하면 받을 수 있는 임금을 포함하는 것이라고 보는 견해가 있다.¹⁷⁷⁾ 특히 생산고에 따른 임금, 즉 도급 임금의 경우엔 사전에 확정되어 있지는 않지만, 소정근로를 제공하면 지급되는 임금이기 때문에 비교대상임금에 포함된다고 본다. 이렇듯 비교대상 임금 범위엔 그 액수가 사전에 확정되어 있지 않은 도급 임금이 들어가기 때문에 ‘사전확정성’을 요건으로 하는 통상임금과는 차이가 있다고 한다. 하지만 그 이외에 비교대상 임금은 ① 소정의 근로에 대한 임금이라는 점 ② 임금이 아닌 것은 포함하지 않는다는 점 ③ 산정·지급 기간이 1개월 이내 임금이라는 점이라는 걸 고려하면 통상임금과 실질적으로 동일한 개념이라고 보았다. ‘사전확정성’ 여부도 통상임금이 다른 수당을 계산하는 기준이기 때문에 생기는 차이일 뿐 비교대상임금과 통상임금의 본질적 차이는 아니라고 주장한다.

최저임금 비교대상 임금은 사용자가 근로자에게 지급한 급여가 당해연도 최저임금 수준에 미달하는지를 살펴보기 위한 개념이다. 따라서 사용자가 근로자에게 지급한 급여를 사후에 계산하여 미달 여부를 판가름한다. 통상임금은 미리 정한 ‘소정근로의 대가’이고, 근로의 질을 평가하는 개념이다. 연장·야간·휴일근로 수당을 계산하기 위한 도구적 개념이기도 하다. 추가 근로에 대한 수당을 계산해야 하므로 사전에 그 범위와 액수가 확정되어 있어야 한다. 매달 일정한 금액으로 지급되는 복리후생비의 경우, 통상임금 요건인 정기성·일률성·고정성을 충족하여 통상임금으로 본다.

하지만 비교대상 임금의 경우, 그 범위나 요건이 통상임금과는 달리 법리

177) 정인섭, “최저임금법상 비교대상임금과 통상임금”, 「노동법연구」 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007.9, 138쪽.

적 해석으로 결정되기보다는 정치적 판단이나 경제적 상황에 의해 좌우되어 왔다. 살펴본 바와 같이 대법원은 통상임금과 최저임금 비교대상 임금의 목적과 범위가 같지 않다고 판단하였으나 구체적으로 비교대상 임금이 속하는 것이 무엇인지는 판단하지 않았다. 무엇이 최저임금 비교대상임금에 포함하는지는 최저임금법 제6조 제4항에서 정하는 것처럼 ‘고용노동부 장관’이 시행령·시행규칙을 통해 정해왔다.

이처럼 최저임금 비교대상 임금의 종류 및 범위는 법리적 판단과는 관계없이 고용노동부장관이 정하는 대로 변해왔다. 현재 복리후생비 등이 최저임금 비교대상 임금 범위에 포함된다고 하더라도 고용노동부 장관의 결정에 따라 언제든지 비교대상임금에서 배제될 가능성이 없지 않다. 따라서 도급제 근로자의 최저임금을 안정적으로 보장하기 위해서 최저임금 비교대상 임금의 범위는 최저임금법에 그 근거를 두는 것이 우선이다.

무엇보다 최저임금 비교대상에 월 고정 수당인 복리후생비 등이 포함되면, 도급 단가는 그대로 유지된 채 복리후생비만 올려 당해연도 최저임금에 미달하지 않게끔 임금체계를 설정할 수 있다. 도급으로 정해진 임금이 당해연도 최저임금에 미달하지 않으려면, 사용자는 적절한 수준의 단가를 보장해야 할 뿐만 아니라 적절한 수행 건수도 보장해야 할 의무를 진다. 사전에 정해진 시급만으로 최저임금을 보장할 수 있는 시간급제 근로자와 가장 다른 부분이기도 하다.

그러나 도급 단가를 올리지 않은 채 식대나 차량 유지비, 통신비 등 소모적 성격이 짙은 복리후생비로 최저임금 비교대상 임금의 범위를 채울 경우, 사용자는 적절한 도급 단가와 건수를 보장해야 할 의무를 면하게 된다. 임금구성항목에서 소모성 복리후생비의 비율이 커지는 것보다는 도급 임금의 적절한 수준의 단가를 보장받는 것이 최저임금법이 목적으로 하는 ‘근로자의 생활안정’에 보다 더 기여할 것으로 보인다.

따라서 도급 임금의 최저임금 수준을 보장하기 위해선 결국 ‘적정한 도급 단가와 도급 건수’에 대한 논의가 먼저 이루어져야 한다.

5) 최저임금법 제6조 제5항 ‘생산고에 따른 임금을 제외’하는 경우

도급제 근로자의 ‘임금 총액’에 대한 예외 규정도 있다. 최저임금법 제6조 제5항은 택시근로자의 경우, 최저임금에 산입되는 임금 범위에 ‘생산고에 따른 임금을 제외’하고 있다. 해당 조항은 월급제뿐만 아니라 도급제 택시근로자도 적용받는다. 대법원은 근로자가 도급제 급여 형태를 선택한 때도 해당 규정을 적용받겠다고 판시하였다.¹⁷⁸⁾ 이는 생산고에 따른 임금이 곧 임금 전액일 수도 있는 도급제 임금 형태를 고려해 보면, 이례적인 규정이라고 할 수 있다. 따라서 해당 조항을 ‘특례조항’이라고 부르기도 한다.

헌법재판소는 택시근로자에만 적용되는 최저임금법 특례조항이 합헌이라고 판시한 바 있다.¹⁷⁹⁾ 해당 판결에서 헌법재판소는 도급 택시근로자를 고용하는 사업주의 평등권 침해 여부를 판단하기 위해 비교 집단을 설정한다. 비교 집단은 생산고에 따른 임금을 받는 영업·판매직 사원, 채권추심원, 텔레마케터 등을 고용하는 사업주로 삼는다. 헌법재판소는 비교 집단에 속한 근로자들에 비해 택시 근로자들의 업종은 대중교통의 한 축을 이룬다는 면에서 공공성이 크다고 보았다. 또한 비교 집단에 속한 근로자들은 일정한 고정급을 받고 추가로 생산고에 따른 임금을 받는 데 반해 택시 근로자는 사납금이 있는 점을 이들과 구별되는 점으로 삼았다.

택시 근로자의 경우, 일정한 고정급이 있어도 운송수입금에서 사납금을 내야 한다. 운송수입금이 부족하여 사납금을 채우지 못하면 고정급에서 그만큼 제하는 경우가 많았다. 이와 같은 임금체계를 고려하여 헌법재판소는 택시근

178) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261, 2016다9278 판결.

179) 헌법재판소 2011. 8. 30.자 2008헌마477 전원합의체 결정.

로자의 고정급은 사실상 ‘사납금을 채울 정도의 성과에 따른 급여’에 해당한다고 판단하였다. 따라서 택시 근로자들의 생활 안정을 위해 생산고에 따른 임금은 최저임금 산입범위에서 제외하는 특례조항은 평등권을 침해하지 않는다고 보았다.

또한, 대법원은 해당 특례조항을 강행규정으로 보았다. 택시 근로자가 월급제와 도급제 중 도급제 방식을 선택한 뒤로 이와 같은 근로계약이 최저임금법을 위반한다며 사용자에게 미지급 최저임금의 지급을 구한다고 하더라도 택시 근로자의 주장이 신의성실 원칙에 어긋나지 아니한다고 보았다. 법원의 입장에 따르면, “개정 최저임금법이 이 사건 특례조항을 통해 생산고에 따른 임금을 최저임금에 산입할 수 없게 한 취지는, 택시운전 근로자가 받는 임금 중 고정급의 비율을 높여 운송수입금이 적은 경우에도 최저임금액 이상의 임금을 받을 수 있도록 보장함으로써 보다 안정된 생활을 영위할 수 있도록 하려는데 있”고, “도급제 방식의 근로계약을 통해 택시근로자가 가져간 초과운송수입금은 특례조항이 말하는 ‘생산고에 따른 임금’이므로 회사는 근로자에게 이를 제외한 최저임금액 이상의 고정급을 임금으로 지급할 의무가 있다.”라고 판시하였다.

기존 견해 중 최저임금법 특례조항 및 법원의 견해에 비판하는 의견이 있다.¹⁸⁰⁾ 택시업계의 전액관리제가 제대로 정착하지 못한 상황에서 고정급만으로 최저임금을 맞추어야 하는 것은 택시회사에 무리한 요구라는 것이다. 해당 규정은 전액관리제가 전면적으로 실행되는 현실에서 실현 가능하다는 주장이다. 더불어 택시 근로자의 임금체계는 실질적으로 도급제이기 때문에 다른 도급제 근로자들과는 달리 생산고에 따른 임금을 최저임금 비교대상 범위에서 제외하는 것은 불합리하다고 주장한다.¹⁸¹⁾

180) 김희성·이재현, “최저임금 특례규정 적용 택시운전 근로자의 소정근로시간 단축 유효성”, 「경영법률」 제31권 제2호, 한국경영법률학회, 2021.1, 564쪽.

181) 위의 글, 586쪽.

택시근로자에만 적용되는 최저임금법 제6조 제5항 특례조항이 신설된 이면엔 약 30년 동안 실행되지 못하고 표류 중인 ‘전액관리제’가 있다. 특례조항을 둔 까닭은 오랫동안 택시업계의 전액관리제 실행이 되지 않고 있는 상황에서 이를 유도하기 위해 도입된 것이다. 따라서 특례조항은 전액관리제가 전면적으로 시행되어야 적용할 수 있는 규정이 아니라 전액관리제의 효과적인 정착을 위한 규정이다.¹⁸²⁾ 택시 근로자의 안정적인 생활을 위해 고정급의 비율을 높이고 생산고에 따른 임금은 최저임금 비교대상 임금에서 제외 하는 특례 규정엔 법원이 판단하는 바와 같이 위험적 요소가 없다고 생각한다. 전액관리제가 안정적으로 정착되어 고정급만으로도 택시근로자의 최저 수준의 임금이 보장된 상황에서는 무용해진 특례조항의 ‘도입’이 아닌 ‘폐지’를 검토해 볼 수 있을 것이다.

(3) 도급제 보수를 받는 자로서 근로 시간 파악이 어려운 경우

1) 최저임금법 제5조 제3항

최저임금법 제5조 제3항에서는 도급제 임금에 대해서 시간급 기준으로 최저임금액을 정하는 게 적당하지 않다고 인정된다면, 최저임금법 시행령 제4조에 따라 ‘생산고 또는 업적의 일정 단위’에 의하여 최저임금액을 정할 수 있다고 규정한다. 그러나, 고용노동부 장관은 이제껏 한 번도 ‘생산고 또는 업적 단위’로 최저임금을 고시한 적이 없다.¹⁸³⁾

일찍이 대법원 2007. 6. 29. 선고 2004다48836 판결에서도 이와 같은 상황을 지적한 바 있다. 대법원은 오전 6시부터 오후 23시까지 철도역 구내매점

182) 이셋별, “택시업종 전액관리제 정착을 위한 방안 연구”, 「노동법포럼」 제40호, 노동법이론실무학회, 2023.11, 140쪽.

183) 권오성, “플랫폼 노동자에 대한 최저보수 도입방안”, 「플랫폼노동자 최저임금 권리보장 방안 토론회」 발제문, 2023.5.22쪽.

에서 근무하는 성과영업인은 그의 근무 형태가 도급의 성격이 강하고, 업무 내용도 단속적·간헐적이어서 휴게시간이나 대기시간이 많아 실근로시간을 산출하기가 어렵다고 보고 있다. 이러한 근무 형태는 시급 형태로 정해진 최저임금법 제5조 제1항을 적용하기는 어렵다고 판단하였다. 따라서 최저임금법 제5조 제3항 및 같은 법 시행령 제4조에 따라 ‘생산고 또는 업적의 일정 단위에 의해 정해진 최저임금액’을 적용해야 하는 경우라고 보았다.

하지만 고용노동부 장관이 이를 결정·고시한 적이 없어 당해 사건 당시 시행되었던 최저임금법 제4조에 따라 근로자의 생계비, 유사 근로자의 임금, 노동생산성 등과 원고 성과영업인의 근로 시간, 근로의 밀도, 근로 형태와 방식 등을 함께 아울러서 고려해 최저임금을 정해야 한다고 판단하였다.

해당 사안의 근로자 근무 형태 및 임금체계 등을 살펴보면, ① ‘성과급 영업원’은 사용자가 지정하는 영업장에서 상품 판매 등 업무를 수행함과 동시에 성과급 영업보조원을 지휘·감독하였고, ② 사용자가 지정하는 영업소에서 개점 시간 (대개 6시부터 23시까지) 동안 사용자가 공급하는 물품을 지정 가격에 판매한 후 매일 판매일지를 작성하여 사용자에게 보고 및 판매 대금 입금을 했다. 근로 시간엔 휴게시간 및 대기시간이 길었다. ③ 성과급 영업원은 기본급이 없고 상품 판매 액수에 소정의 성과급율을 곱한 성과급을 받았고, 그 밖에 경영성적이 우수할 때 받는 상여금, 근속기간에 따라 매월 정액으로 받는 장기 근무 수당·가족수당·가계 보조비 등이 있었다. 더불어 ④ 성과급 영업원의 가족이나 친지 등 성과급 영업보조원으로 하여금 자신의 업무를 대행하게 할 수 있었다.

이와 같은 근무 형태는 법원에서 정하는 ‘인적 종속성’을 인정받는데 어렵지 않다고 생각된다. 사용자가 지정한 근무 장소 및 근로 시간이 있다는 점, 성과급 영업원은 사용자에게 업무처리 내역 등에 관한 사항을 보고해야 할 의무가 있다는 점, 고정된 기본급은 없으나 이는 ‘영업’이라는 성과에 기초한 도

급제 임금의 특징으로 볼 수 있고 이외엔 매월 고정된 수당이 존재하였던 점 등이 그러하다.

이에 비추어 보면, 최저임금법 제5조 제3항을 적용받을 수 있는 대상은 사용자와의 관계에서 ‘인적 종속성’이 인정되는 자라고 할 수 있다. 최저임금법 제2조에 따르면, 최저임금법을 적용받을 수 있는 근로자도 근로기준법 제2조에 따른 근로자로 한정된다. 이는 결국 사용자와 관계에서 경제적 종속성은 인정되나, 인적 종속성은 인정되지 않는 노무자들의 보호 문제로 이어진다. 대표적인 사례로 의류업 종사자인 외부 객공과 플랫폼 노동자가 있다.

2) 전통적인 형태 (가내노동자 등)

경공업 중에서도 의류산업은 도급제 임금체계가 발달한 대표적 분야이다. 1980년대 후반, 의류업계는 큰 변화를 맞이하게 된다. 한국의 의류는 세계 시장에서 가격 경쟁력을 잃어 수출 규모가 축소된다. 대신 내수 시장이 성장하게 된다. 국민 소득이 증가하며 국내 소비층 구매력 역시 증가하였다. 소비자 수요에 맞춰 의류 시장은 세분화 및 고급화되었다. 이와 같은 변화는 의류 품목의 다품종소량생산 시대를 열었으며 의류 생산의 외주화를 촉진했다.¹⁸⁴⁾ 의류업 하청업체 노동력 형태는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 사업장에 출퇴근하면서 노무를 제공하는 경우고, 또 다른 하나는 가내에서 별도의 출퇴근 없이 의류 공정에 참여하는 경우이다.¹⁸⁵⁾ 노무를 제공하는 형태는 다르지만, 임금체계는 두 경우 모두 도급 형태가 주를 이룬다. 의류를 생산하는 과정은 노동집약적이고, 분업화로 이루어진다. 전통적으로 이러한 근무 형태를 가진 산업에선 보편적으로 도급 임금이 정착되었다. 여전히 의류산업에서 도급

184) 이정협, “서울시 의류업체의 하청생산의 강화에 따른 입지변화와 노동력 구성의 변화”, 「지리학논총」 제21호, 서울대학교 국토문제연구소, 1993.2, 39쪽.

185) 위의 글, 47쪽.

제 임금이 남아있는 까닭이다.

이 중 출퇴근 없이 가내에서 공정에 참여하는 자를 ‘가내노동자’라고 한다. 가내노동자란, “사용자나 계약상대방의 직접적인 지휘·감독이 없는 작업자의 주거 또는 작업자가 스스로 선택한 장소에서 그 사용자나 계약상대방을 위하여 재화를 생산하거나 서비스를 제공하는 근로”¹⁸⁶⁾로 정의된다. 객공의 근로자성을 다투는 등 기존 판결문에서는 ‘외부 객공’으로 지칭된다. 서울행정법원 2008. 11. 6. 선고 2008구합21218 판결에서도 사용자와 봉제 계약을 체결하고 회사 내부에서 근무하는 자를 ‘내부 객공’으로, 회사 외부에서 근무하는 자를 ‘외부 객공’으로 분류한다. 두 객공 모두 임금 형태는 “작업 단가를 기준으로 완성된 물량만큼 보수를 정산하여 사용자로부터 매월 보수를 받는” 형태였다.

해당 사안에서 소송참가인으로서 근로자성을 다투는 건 ‘내부 객공’이었다. 법원은 ‘내부 객공’들의 근로자성을 판단하는 과정에서 이들과 구별되는 ‘외부 객공’의 특징도 간략하게나마 명시하고 있다. 외부 객공은 ① 내부 객공이 사업장에서 사용자가 제공한 재봉틀 등을 사용해 작업하는 것과 달리 자신의 도구로 작업하며 ② 내부 객공은 오전 9시부터 오후 7시까지 사업장에서 출퇴근하는 데 반해 외부 객공은 근무시간·근무 장소에 관한 제약을 받지 않는다.

위의 사안에서는 부정되었지만, 법원에서는 ‘내부 객공’에 관한 근로자성을 점점 긍정하는 판단을 내리고 있다. 객공의 근로기준법상 근로자성을 인정하는 판결들에서 객공의 근무 형태는 ① 출퇴근 시간이 정해져 있으며 ② 업무수행에 있어 작업장이라는 장소와 작업용 도구 등을 사용자로부터 제공받았고 ③ 사용자가 할당 배분한 작업을 수행하였다.¹⁸⁷⁾

이 같은 문제는 일찍이 예견되었다. 외부 객공, 즉 가내노동자는 작업 장소 및 시간, 공정에 관한 사항까지도 내부 객공과 비교하면 스스로 자유롭게 통

186) 강성태, “가내근로와 통신근로의 노동법적 규율”, 「노동법연구」 제8호, 서울대학교 노동법연구회, 1999.6, 43쪽.

187) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결, 서울고등법원 2022. 7. 6. 선고 2021나 2024521 판결, 서울행정법원 2019. 5. 2. 선고 2018구합54279 판결.

제할 수 있다. 내부 객공과 비교하면 인적 종속은 약하지만 경제적 종속성은 여타 근로자들과 비교해 약하다고 볼 수 없다.¹⁸⁸⁾ 2006년 11월, 한국노동연구원의 연구를 토대로 서울지방노동청이 발간한 「서울지역 의류산업 생산직 종사자 근무 형태 분석을 통한 보호방안」에 실린 객공들의 증언에 따르면, 가내노동자는 업무 수행 중 사용자의 구체적 지휘·감독에서 벗어나 있으며 근무 장소 및 시간에 구속받지 않았다.¹⁸⁹⁾ 원자재 옷감만 사용자로부터 공급받고, 본인 소유의 미싱 등 작업 도구로 독립된 작업공간에서 일하는 양상을 보인다.

그러나 어디에서 일하든 일감이 있을 때는 아침부터 저녁까지 일을 해야 하는 점, 그렇지 않으면 향후 사용자로부터 일감을 받을 수 없는 위험을 감당해야 하는 점, 하루 평균 근로 시간은 12시간 이상 혹은 14~15시간에 달한다는 점, 대다수 객공은 한 명의 사용자와 일한다는 점, 보수는 기본급 없는 도급 형태이고 서로 상의 아래 결정되나 사용주가 좀 더 우선권을 가진다는 점, 일 년에 두 달 이상은 일감이 없는데 그 기간은 수입이 전혀 없다는 점, 가장 큰 어려움은 꾸준히 일감이 없다는 것과 작업 시간이 지나치게 길다는 점 등을 미루어보면 사용자에 대한 외부 객공의 경제적 종속성이 인정될 수 있다.

가내노동자들의 처우는 점점 열악해지고 있다. 2022년 기준으로 봉제사 숙련공 평균 급여는 238만 원에 그친다. 객공들은 성수기 하루종일 근무 시 200만 원~400만 원의 소득을 벌지만 비수기에는 수입이 없다. 이전엔 비수기에 성수기에 필요한 옷을 만들어 놓기도 했지만, 1997년 외환위기 후 그런 일감

188) 강성태, “가내근로의 노동법적 보호”, 「노동법연구」 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997.8.302쪽.

189) 해당 연구에선 창신동에서 작업을 하는 객공 10인에게 ‘근로자성’을 판단할 수 있는 질문에 초점을 두어 인터뷰를 진행하였다. 질문 내용은 (1) 업무의 내용은 누가 결정하는가?;(2) 업무 수행 과정에서 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘, 감독을 받는가?;(3) 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는가?;(4) 하루 평균 근로시간과 1주일에 쉬는 날 또는 한 달에 쉬는날;(5) 작업하는 장소;(6) 근로자 스스로 제3자 고용여부;(7) 공동 작업 여부;(8) 비품,원자재,작업도구 등의 소유 여부;(9) 한 사용자와 근로제공관계 지속 기간; (10) 다수 사용자와 계약 여부;(11) 보수 결정 방식;(12) 사회보험 가입 여부 등으로 구성되었다.

마저 끊긴 상황이다. 전반적인 일감이 줄면서 경쟁이 치열해져 작업 단가는 더욱 낮아지고 있다.¹⁹⁰⁾ 이러한 상황에서 가내노동자는 작업시간을 늘려 낮은 단가를 충당해야 한다.

여타 다른 근로자와 비교해 근무 형태에 특수성을 가진 가내노동자 보호 방안은 1990년도 후반부터 논의되었다. 현재 법원은 근로기준법상 근로자성을 인정하는 데 있어 겉으로 드러나는 인적 종속성을 주요 기준으로 삼는다. 이에 따라 가내노동자는 현실적으로 근로기준법 보호를 기대할 수 없다.¹⁹¹⁾ 이러한 견해는 현실을 고려해 가내노동자 보호를 위한 특별법령을 제정하거나 근로기준법 등에 보호 규정을 별도로 신설해야 한다고 주장한다. 가내노동자의 보호가 대두된 배경엔 ILO에서 1996년 6월 채택한 ‘가내근로에 관한 협약’이 있었다. 하지만 잠깐의 관심에 그쳤을 뿐, 가내노동자 보호에 대한 구체적 방안 수립 및 실행은 이루어지지 않았다. 최저임금법 시행령 제4조엔 근로 시간 파악이 어렵거나 시간에 따른 최저임금액을 정하는 게 적합하지 아닐 경우, 근로자의 생산고나 업적의 일정 단위에 의해 최저임금액을 정한다고 명시되어 있다. 그러나 여태까지 이는 정해진 바 없을 뿐만 아니라 가내노동자는 현행법상 근로자 범위에 포섭되지 못할 가능성이 높다. 이러한 현실을 고려해 볼 때, 현재로서 가내노동자를 보호할 만한 장치는 전혀 없는 실정이다.

3) 새롭게 등장한 형태 (플랫폼 노동자 등)

플랫폼을 통한 일 처리 방식과 기존 서비스업의 주요 차이점은 ‘사전 노무 제공 의무의 유무’에 있다. 전통적인 서비스업에서는 업무 시작 전 계약서 작성과 업무 수행 관련 교육을 받는다. 근로자는 계약에 따라 사용자가 배정한

190) 산업통상자원부, 「2023 봉제업체 실태조사 결과보고서」, 2023, 51쪽.

191) 강성태, “가내근로의 노동법적 보호”, 「노동법연구」 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997.8, 326쪽.

일감을 처리해야 할 의무가 있다. 반면, 플랫폼 기반 일 처리에서는 사전 절차가 필요 없다. 플랫폼은 노무자에게 일감을 할당할 수 있지만, 사전에 노무 제공에 대한 계약이 없으므로 노무자는 일감을 수락할 의무가 없다. 노무자가 일감을 수락하는 순간부터 해당 업무에 대한 의무가 시작된다.

이와 같은 차이점은 ‘근로 시간’에서 더욱 극명한 차이를 드러낸다. 정수기 설치 기사와 비교할 때 근무시간 통제의 정도가 상대적으로 느슨하긴 하지만, ‘미리 정해진 근로 시간’의 존재는 인정되었다.¹⁹²⁾

한편, 플랫폼 노동자는 ‘소정근로시간’ 및 ‘총 근로시간 수’를 정할 수 있는지의 문제가 있다. 플랫폼 노동자는 사전에 근로 조건에 대한 그 어떠한 것도 정해지지 않기 때문이다. 사전에 근로 시간 및 근로일이 정해져 있지 않고, 오직 건당 수수료만 정해져 있을 뿐이다. 이 같은 상황에서 플랫폼 노동자는 일감을 늘려 수입원을 충당할 수밖에 없다. 일감의 개수에 비례하여 근로 시간이 늘어나는 형태이다. 2022년 한국고용정보원이 발간한 「플랫폼종사자 규모와 근무실태」 조사 결과에 따르면, 상대적으로 1건의 일감당 작업시간이 짧은 배달·배송·운전 종사자의 경우 이러한 현상이 두드러진다.¹⁹³⁾

192) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다302155, 2021다302186, 2021다302162, 2021다302179, 2021다302193 판결에서 법원은 정수기 설치 기사와 회사의 ‘소정근로시간’ 합의가 있다고 보기 어렵다고 말하였다. 그러나 정수기 설치 업무를 하는 근로자의 업무 배정이 회사 콜센터를 통하여 이루어졌고, 회사 콜센터는 평일 9시부터 20시까지, 토요일은 9시부터 18시까지 운영되었다. 이에 더하여 근로자는 평일 7시 30분, 토요일 8시에 매일 소속 지점에 출근하여 업무 수행을 위한 준비를 하던 점까지 고려 해볼 때, 법원은 근로자의 총 근로시간은 근로자들의 ‘예정 근무시간 및 출근 후 업무준비시간을 포함’한 ‘평일 7시 30분부터 20시까지, 토요일은 8시부터 18시까지’로 추인하였다. 이와 같은 총 근로시간을 기초로 근로자가 받은 총 도급 금액을 나눈 금액이 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호에 따른 통상임금이라고 보았다. 법원은 이렇게 계산된 통상임금을 기초로 근로자의 주휴수당 및 연차휴가수당까지 인정하고 있다.

193) 2022년 한국고용정보원이 발간한 「플랫폼종사자 규모와 근무실태」 조사 결과에 따르면, 주업형 플랫폼 노동자 중 평균 일감건수가 가장 많은 직종은 배달·배송·운전 종사자이다. 2021년 기준으로 이들은 일평균 일감건수는 18.9건이고, 주당 근무시간은 48.4시간, 월 평균 근무일은 22.1일로 조사되었다. 이들의 주당 근로 시간은 전체 주업형 플랫폼 노동자 중 미용·세탁·장례 등 개인서비스 직종 종사자에 뒤이어 두 번째로 높다. 김준영 외 3인, 「플랫폼종사자 규모와 근무실태」, 한국고용정보원, 34쪽.

이와 같은 특성은 ‘가내노동자’와 비슷한 면이 있다. 위 조사 결과에 따라 주업형 플랫폼 노동자 중 73%는 ‘본인의 의사에 따라 근무시간을 수시로 변경할 수 있다.’라고 응답하였다. 본인 소유의 비품·장비를 업무 수행에 사용한다는 특성도 가내노동자와 같다. 나아가 보수를 결정하는 권한이 플랫폼에 있다는 점,¹⁹⁴⁾ 업무 수행 규정이 있을 때 이를 어긴 경우 ‘일시적 앱 이용 차단, 좋은 일감 배당 제한 등’의 불이익을 받는다는 점,¹⁹⁵⁾ 플랫폼으로부터 일감을 배당받지 못하면 수입이 0원에 그친다는 점, 주업형 플랫폼 노동자의 주당 평균 근로 시간은 46.3시간이고 플랫폼을 통해 벌어들이는 월평균 수익은 192.3만 원에 그쳐 긴 근로 시간에 비해 수입이 적다는 점 등이 가내노동자와 비슷한 특징을 가지고 있다.¹⁹⁶⁾ 이와 같은 특징을 기존 근로기준법상 근로자성 판단 기준에 비추어 볼 때, 플랫폼과 플랫폼 노동자 사이 인적 종속성은 약하나 경제적 종속성은 인정할 수 있다는 면에서도 비슷하다.

근로기준법상 사용자와 근로자 사이에 인정되는 인적 종속성은 약하나 경제적 종속성은 인정된다는 점에서 플랫폼 노동자에게도 최저보수 보장 방안이 논의 되어야 한다. 하지만 이를 논하기에 앞서 ‘과연 무엇을 기준으로 플랫폼 노동자의 최저보수를 정해야 하는지’ 문제 된다. 소정근로시간이 정해지지 않았거니와 근무시간의 조정이 자유로운 특징을 가진 플랫폼 노동자에게 시간을 기준으로 한 최저보수를 보장해야 할지, 아니면 다른 기준으로 보장해야 할지의 문제가 남는다.

정리하면, 현행법상 플랫폼 노동자가 최저보수를 보장받기 위해서는 근로기준법상의 근로자성을 인정받아야 한다. 이 경우, 최저임금법 제5조 제1항에

194) 위의 책 51쪽, 위의 문헌에 따르면, 플랫폼 회사가 노동이나 서비스 가격을 일방적으로 정한다는 응답이 62.3%로 가장 높았다. 그 중 플랫폼 회사가 보수를 일방적으로 정한다는 응답은 ‘배달·배송·운전’ 직종이 74.7%로 타 직종에 비해 압도적으로 높았다.

195) 위의 책, 54쪽, 직종별로 보면 배달·배송·운전 직종의 50.6%가 업무관련 규정 및 규칙이 있었다. 타 직종에 비교하면 가장 높은 수치이다. 그리고 해당 규정 위반 시 플랫폼으로부터 일감 제한 등 불이익을 받는다고 응답한 비율은 배달·배송·운전 직종이 85.2%, IT관련 서비스 직종이 75.1%, 데이터 입력 등 단순 작업 직종이 71.7% 순이었다.

196) 위의 책, 38쪽.

따라 시간 기준으로 보호를 받을지, 아니면 제5조 제3항에 따라 생산고에 기반한 보호를 받을지에 대해 논의할 필요가 있다. 플랫폼 노동자의 근무 형태와 특성을 고려할 때, 법원의 기존 판단 기준을 적용하면 인적 종속성을 인정받기 어려울 수 있다. 이러한 상황에서 인적 종속성은 약하지만 경제적 종속성이 인정될 경우, 필요한 보호 수단을 강구 하는 논의가 필요하다.

제4장 도급제 보수의 보호 방안

제1절 논의의 틀

도급 임금을 받는 노무자의 근무 형태를 세 가지로 분류할 수 있다. 첫 번째 유형은 정해진 소정근로시간 내에서 노무를 제공하되, 시간급이 아닌 도급제로 임금을 받는 경우로, 표면상 소정근로시간이 없으나 실질적으로는 소정근로시간이 정해진 경우도 포함한다. 두 번째 유형은 업무 형태상의 이유로 실제 노무를 제공한 시간을 파악하기 어려운 경우이다. 세 번째 유형은 처음부터 노무 제공 시간을 정하지 않았거나 정하기 어려운 경우이다.

첫 번째 유형에서는 소정근로시간이 정해져 있으므로, 근로자가 받은 임금 총액이 시간급 최저임금에 미달하지 않는지가 주요 쟁점이 될 것이다. 이 경우 도급제 근로자의 임금을 시간급제로 전환하는 방안을 고려 해볼 수 있다. 관련된 실제 사례를 살펴보기로 한다.

두 번째 유형에서는 실제로 노무를 제공한 시간을 파악하기 어려우므로, 시간급이 아닌 도급제 형태의 임금을 유지하되, 이를 시간으로 환산하여 최저임금 등에 미달하지 않는지를 검토할 수 있다. 이와 관련해 영국의 입법례를 살펴볼 예정이다.

세 번째 유형에서는 현재 근로기준법상 근로자에 포함되지 않는 자들의 최저보수를 정한다. 이 경우 대표적인 예로 플랫폼 노동자가 있다. 미국의 각 주에서는 플랫폼 노동자의 최저임금을 조례 등의 형식으로 정하고 있다. 뉴욕, 캘리포니아, 시애틀의 사례를 살펴볼 것이다.

이처럼 사례별로 나누어 도급 임금을 받는 자의 보수 수준 보호 방안을 검토해 보기로 한다.

제2절 도급제 보수에 대한 고정급의 하한을 보장하는 방식

1. 국내의 사례

(1) 택시업종 전액관리제 배경

입법을 통하여 도급제 보수에 대한 고정급의 하한을 보장하는 방식으로는 우리나라의 택시 근로자 전액관리제의 예를 들 수 있다.

1976년, 당시 교통부는 택시 근로자에 대한 ‘1일 도급제’ 임금 형태를 공식적으로 금지한다. ‘1일 도급제’ 임금 형태는 택시 근로자의 생활상 불안정을 초래하여 그들의 과속 운전을 부추기고 이는 곧 높은 교통사고 사망률로 이어진다는 이유에서였다. 이후 택시 근로자의 임금 형태는 오랜 시간 동안 다양한 형태로 변화했다. 관련 법령의 개정과 노사협의를 거쳐 정액 사납금제와 전액관리제 등으로 급여 형태가 변모하였다.

1982년 10월, ‘정액사납금’ 제도는 서울시내 택시회사들과 택시근로자들과의 타협안으로 공식적으로 실시되었다. 당시엔 ‘고정월급제’를 추진한다는 명목으로 실시되었다. 택시 근로자들은 매달 일정한 날에 월납 운송수익금 약 95만 원 정도를 회사에 납부하면, 회사는 기본급과 주월차수당·성과급을 포함해 월 28만 원 정도를 택시 근로자에게 지급하는 형태였다.¹⁹⁷⁾ 하지만 월납으로 내야 하는 운송수익금의 기준액이 높다는 점, 종전 하루 사납금액을 낮

197) 이 시기 노동부도 ‘월급제란 한달 간의 소정 근로시간을 일한데 대한 댓가로 월정액을 정해 매달 1회씩 정기적으로 지급하는 임금형태’라는 유권 해석을 했다. 이어서 ‘일정한 액수의 금액을 납부할 것을 전제로 그 액수 임금 이행 여부에 따라 임금을 지급하는 것은 월급제라고 볼 수 없다’고 덧붙였다. 서울시가 추진 중이었던 사납금을 전제로 한 월급제의 경우 ‘사용자가 일당 또는 일급임금을 일정기간 적립했다가 매달 1회 또는 여러차례에 나눠 지급하는 것은 도급제로 봐야 하며, 이를 월급제라고 할 수 없다’고 유권해석 하였다. (조선일보, “월급제 아닌 도급제”, 1982년 9월 24일 기사)

추지 않았다는 점 등 때문에 월급제 실시 효과에 대해 회의적인 반응이 많았다.¹⁹⁸⁾

결국 과도한 사납금 납부를 전제로 한 임금 형태는 택시 근로자의 안정적인 생활을 보장 해주지 못했다. 사납금 제도로도 기존의 문제들이 해결되지 않자 1985년 9월, 교통부는 서울 시내 택시 운송 사업자들을 대상으로 ‘업적급제’를 실시하게 된다. 업적급제는 택시 근로자가 1일 운송수입금을 택시 운송사업주에게 전액 납부를 하면, 택시 운송 사업주는 택시 근로자에게 기본급 등을 월 고정수입으로 보장하는 방식이었다. 그러나 노사 합의에 따라 1일 기준 수입금 이상의 수입은 근로자와 회사가 6대 4로 분배하기로 하였던 점이 문제가 되었다. 결국 업적급제도 시행에도 기존 택시업계가 가지고 있던 고질적인 문제는 해결되지 못했다. 이는 택시근로자의 ‘전액관리제’ 시행 배경이 되었다.

(2) 전액관리제 내용

‘전액관리제’란, 택시 운송 사업자가 택시근로자의 하루 운송 수입 전액을 근무 당일 수납하는 제도이다. 택시 근로자에게 일정한 월 급여를 보장하는 대신 운송수입금 기준액을 정하여 수납하는 행위를 금지한다. 택시근로자의 완전월급제도 보장을 위한 ‘전액관리제’는 1994년 당시 「자동차운수사업법」(현 「여객자동차 운수사업법」)을 개정하여 근거를 마련하고, 1997년 9월부터 시행에 들어갔다. 하지만 제도 정착을 위한 시행령·시행규칙 부재로 인해 실효성이 떨어진다는 지적이 있었다. 이에 대한 대책은 2020년에서야 비로소 마련된다. 2020년 1월, 「여객자동차 운수사업법」 제21조 등을 개정을 통해 ‘전액관리제’는 구체적인 시행에 들어간다.

198) 동아일보, “실효 의문.. 운전사 월급제”, 1982년 9월 17일 기사.

1994년 8월, 「자동차운수사업법」(현행 「여객자동차 운수사업법」)의 개정으로 택시 전액관리제의 기틀이 마련된다. 개정으로 인해 신설된 조항인 제24조 제3항에선 ‘대통령령이 정하는 자동차 운송 사업자는 운송 종사자가 이용자로부터 수령한 운임과 요금(이하 ‘운송수입금’)의 전액을 당해 운수종사자로부터 납부받아야 한다.’라고 정한다. 동법 제33조5 제2항에서도 운수종사자의 준수사항으로 ‘운송수입금의 전액을 자동차 운송 사업자에게 납부’할 것을 정하고 있다. 즉, 법 개정으로 인하여 택시 근로자는 1일 운송수입금 전액을 사업주에게 납부해야 했다. 사업주는 매달 소정근로시간에 따른 기본급을 택시 근로자에게 지급할 의무가 있었다. 개정 내용은 3년의 유예기간 뒤, 1997년 9월부터 본격적인 시행에 들어간다. 하지만 개정 내용을 실현할 구체적인 시행령 등이 마련되지 않아 전액 관리제 시행은 지지부진한 상황에 놓인다.

2008년 3월엔 「최저임금법」 제6조 제5항이 신설된다. 해당 조문에서는 택시 근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위에서 ‘생산고에 따른 임금’을 제외하였다. 즉, 택시 운송 사업주는 기본급만으로 당해연도 최저임금 이상의 월 급여를 택시 근로자에게 보장해야 했다. 이는 전액관리제 도입에도 불구하고 좀처럼 실현되고 있지 않은 택시 근로자의 월급제 시행을 위한 개정으로 평가받는다.

하지만 이처럼 최저임금법 개정이 있자 운송 사업주는 택시 근로자의 소정근로시간을 최소한으로 설정하여 기본급을 낮추었다. 이를 해결하기 위해 2020년 1월부터 개정 및 시행된 「여객자동차법」에선 ‘전액관리제’ 임금 형태의 구체적인 법적 근거 마련을 하기에 이른다.

2021년 1월부터 개정 및 시행된 「택시운송사업의 발전에 관한 법률」(이하 ‘택시발전법’)에선 근로기준법상 ‘근로시간 계산의 특례’규정을 적용할 경우 1주간 근로 시간이 40시간 이상 되게끔 제도를 개선하였다.

(3) 시사점

수십 년 걸친 택시 근로자의 임금체계 개선 방향은 결국 도급제와 격일제 근무에서 오는 폐단을 시정하기 위한 것이었다. 앞서 본 일제강점기 시절 방직공장 등 도급제 근로자들과는 달리 택시 근로자들은 초기엔 도급제 단가 인상을 요구하다가 도급제 폐지로 나아간 것과는 달리 택시 근로자들은 단가 인상에 대한 요구보다는 초기부터 월급제 시행을 요구했다는 점에서 차이가 있다.

택시근로자의 임금형태 변경은 도급제로 비롯되는 문제들을 해결하기 위한 노력의 역사라고 말해도 과언이 아니다. 1960·70년대 기본급 없는 채 격일제 근무로 과중한 노동강도를 감내해야 했던 택시 근로자들의 요구사항은 처음부터 ‘완전월급제·1일 8시간 근무제’였다. 이와 같은 요구사항을 제도적 개선으로 이뤄내기까지 꼬박 50여 년이 넘는 세월이 걸린 셈이다.

정리해보면, 도급제를 적용받으며 일하는 택시 근로자의 안정적인 생활을 위해 ① 도급제에서 월급제로 급여 형태를 전환한 뒤 ② 근로 시간에 따른 최저임금을 보장하는 방향으로 나아갔다. 이때 택시 근로자의 소정 근로 시간은 근로자의 안정적인 생활을 보호하기 위한 수단이다. 즉, 소정 근로 시간은 택시 근로자에게 고정 수입원을 확보하기 위한 수준으로 정해져야 한다.¹⁹⁹⁾

199) 이셋별, “택시업계 임금 청구 소송으로 살펴본 ‘소정근로시간’의 의미”, 노동법포럼 제41호, 노동법이론실무학회, 2024.3, 288쪽.

2. 해외의 사례

(1) 캘리포니아주 의류 노동자 보호법

1) 배경

2022년 1월 1일부터 미국 캘리포니아주에선 「의류 노동자 보호법 The California Garment Worker Act, 'SB 62」이 시행되었다. 해당 법안은 의류업을 영위하는 사업자는 근로자에게 '생산고에 따른 임금(the piece rate)' 대신 '시간에 따른 임금(an hourly rate)'을 지급해야 한다는 내용을 포함하고 있다. 고용주 등은 의류업에 종사하는 근로자에게 당해연도 최저 임금액 이상의 임금을 지급해야 한다. 이를 위반하고 여전히 도급제로 지급하는 경우엔 고용주 및 그들과 계약하는 제조업체 등은 각 직원들에 대해 200달러의 배상금을 내야 한다.

해당 법안에 대한 의회의 입법자문위원회 의견(Legislative Counsel Digest)에 따르면, 의류산업 집중도가 높은 캘리포니아주에서 이 산업에 종사하는 근로자들은 최저임금법이 정하는 급여 수준을 보장받지 못한다. 또한 초과 근로에 대한 급여 역시 보장받고 있지 못하며 사업장 안전 기준 위반으로 인해 건강도 보호받지 못하는 상황이다. 특히 코로나19가 창궐하던 무렵에 근로자들은 유급 휴가나 퇴직금도 받지 못했다. 임금체불도 빈번히 일어나는 상황이었다.

의견서에서는 이와 같은 열악한 근로 조건의 원인으로 ① 의류업의 하청구조와 ② 생산고에 따른 임금체계를 지목한다. 캘리포니아 의류 소매업체(retailers)는 제조업체(manufacturers)와 하청업체(subcontractors)에게 의뢰

하여 의류를 생산한다. 이 과정에서 치열한 가격경쟁이 발생하고, 이는 곧 의류업에 종사하는 근로자들의 임금수준을 시간당 5.15달러까지 내리는 원인이 된다. 1999년엔 이를 개선하고자 AB 633 법안이 제정되었다.²⁰⁰⁾ 그러나 의류 소매업체와 제조업체는 하청업체에 작업을 맡기는 것으로 법안 적용을 회피해왔다. 특히 소매업체는 자신들이 AB 633 법안에서 정하는 ‘의류 제조업자’가 아니라고 주장하였다. 이 같은 상황으로 인하여 의류업 하청구조에서 일어나는 임금 착취 문제는 해결되지 못했다.

또한 열악한 근로 조건을 초래하는 원인으로 의류업 근로자에게 적용되는 ‘생산고에 따른 임금 형태’ 즉, 도급제도 지목되었다. 현재 캘리포니아 지역 의류업 근로자들이 받는 도급제 임금수준은 시간 단위당 임금으로 환산하면 최저임금에 미치지 못하고 있다. 하지만 도급제는 근로자에게 작업 단위당 임금을 지불하는 임금체계이므로 이와 같은 현실이 정당화되거나 수면 위로 쉽게 드러나지 못하는 특징을 가진다.

이처럼 도급제가 가진 속성은 코로나19가 창궐하던 시기엔 근로자의 건강마저 위협했다. 하루에 가능한 많은 양의 작업을 소화해야만 일정한 임금수준에 도달할 수 있는 도급제는 이 시기 근로자들에게 자주 손을 씻는 등 개인 위생을 돌볼 여유도 허용치 않았다. 무엇보다 정상적으로 사업장이 가동될 수

200) 1999년 9월, 캘리포니아주 상원(senate)과 하원(assembly)에서는 AB 633 법안이 통과된다. AB 633은 의류 제조업에 종사하는 ‘사람(person)’이 하청인 계약자 (Contractor)와 계약을 체결하는 경우, 그 계약자의 직원들에게 최저임금과 초과근무 수당 지급을 보장해야 한다는 내용을 담고 있다. 이 법안으로 인해 캘리포니아 노동법 (California Labor Code) 중 sec. 2671가 수정되었다. 개정으로 인해 Section 2671에서는 ‘사람(person)’의 정의가 수정되었고, ‘계약자(Contractor)’라는 개념이 추가되었다. Section 2671 (a)에서 말하는 사람(person)이란, 개인, 협력업체, 법인, 유한 책임 회사, 협회를 의미하며 고용주, 제조업체, 작업자, 도매업체, 계약자, 하청업체 및 의류 제조업에 종사하는 기타 모든 사람 또는 법인을 포함하지만 이에 국한되지 않는다. 그리고 새롭게 추가된 (d)의 ‘계약자(Contractor)란, 직원 또는 다른 사람의 도움을 받아 주로 봉제, 절단, 제작, 처리, 수리, 마무리, 조립 또는 그 밖의 의류나 액세서리를 다른 사람을 위해 준비하는 자를 의미한다. ‘계약자’에는 하청업체도 포함한다. Section 2673.1에서는 의류업체 종사자가 의류 제조 작업 수행을 위해 다른 사람과 계약을 맺을 경우, 그 작업을 수행하는 계약자의 직원들에게 최저임금과 초과근무수당을 보장해야 한다는 내용을 담고 있다.

없었던 때에 의류업 근로자는 사업장 폐쇄로 인한 모든 위험을 부담해야 했다. 소득은 물론 유급 휴가나 퇴직금도 받을 수 없었다.

캘리포니아주 내에서도 이처럼 열악한 환경에서 노무를 제공하였던 의류업 근로자의 근로 조건을 개선하기 위한 노력은 꾸준히 있었다. 그러다가 마침내 2021년 9월, 의류업 근로자들에게 도급제 적용을 금지하는 내용이 담긴 법안은 캘리포니아 주의회 상원을 통과하고, 캘리포니아 주지사 Gavin Newsom의 승인을 받기에 이른다. 그 결과, 2022년 1월 1일부터 캘리포니아주에선 이른바 ‘SB 62’로 불리는 「의류 노동자 보호법 (The California Garment Worker Act, ‘SB 62’)」(이하 “의류 노동자 보호법”)이 시행된다.

2) 내용

2022년 1월 1일부터 시행된 ‘의류 노동자 보호법’ 시행으로 캘리포니아주 노동법(California Labor Code)은 일부 개정된다. 개정 내용은 ① 캘리포니아주 노동법 위반에 대한 하청업체 및 제조업체, 소매업체의 연대책임 ② 의류업 근로자에 대한 도급제 (piece-rate) 임금체계를 금지하고 최저임금 이상의 시간급 (hourly rate) 보장을 주요 골자로 한다.

구체적인 내용을 살펴보면, California Labor Code Section 2673.1 (a) (1)은 근로자가 근무한 모든 시간에 대하여 임금을 받을 수 있도록 의류 제조를 수행하기 위해 타인과 계약을 맺은 의류 제조업체 (a garment manufacturer),²⁰¹⁾ 하청업체(contractor),²⁰²⁾ 브랜드 보증인 (brand guarantor)²⁰³⁾은 의류 제조 작업을 수행한 모든 근로자에게 지급되지 않은

201) 동법 Section 2671에 따르면, 의류 제조업체(a garment manufacturer)란 계약자가 아닌 의류 제조에 종사하는 모든 사람을 의미한다.

202) 동법 Section 2671에 따르면, 하청업체 (contractor)란 의류업 근로자를 고용하는 의류 공장을 말한다.

203) 동법 Section 2671에 따르면, 브랜드 보증인 (brand guarantor)이란 의류 제조 작업 수행을 위해 계약을 맺는 모든 사람을 의미한다. 브랜드 보증인과 하청업자 간의 층위에 관계없

최저임금, 정규 근무 수당, 초과근무 수당 및 기타 할증 임금 등에 관한 사항을 제조업체 및 계약자와 공동으로 책임을 져야 한다는 내용을 담고 있다.

Section 2673.2에서는 (a) 근로자는 근무한 모든 시간에 대해 임금을 받을 수 있어야 하며 작업의 수나 단위를 기반으로 하여 임금을 받아서는 안된다. 의류업 근로자는 최저임금 이상의 시간당 임금을 받아야 한다. (b) 다만 인센티브를 보너스로 받는 것은 허용된다. (c) 해당 규정은 단체협약에서 ① 피고용인의 임금, 근로 시간, 근로 조건 ② 모든 초과 근로에 대한 할증 임금 및 최저임금보다 30% 많은 액수에 미달하지 않는 통상 시급 적용 ③ 노조 대표 또는 감시자 및 임금체불 관련된 분쟁 해결을 위한 절차를 명시하고, 이를 적용받는 피고용인에겐 예외가 인정된다. (d) (a)를 위반한 의류 제조업체 또는 하청업체는 직원당 200달러의 손해 배상을 해야 한다고 규정한다.

3) 시사점

캘리포니아 ‘의류 노동자 보호법’은 전통적으로 도급제 임금을 받던 의류업 종사자들에게 도급제를 금지하고 시간당 급여를 적용할 것을 법적으로 명시하였다. 특히 이는 도급제 임금 형태로 비롯한 취약한 근로 환경에 있던 의류 노동자들을 보호하기 위한 입법이라는 점에서 큰 의미가 있다.

또한, 이 법은 의류 노동자들의 임금 형태뿐만 아니라, 원청과 하청으로 구성된 고용 구조를 개선 하기 위한 조치를 포함하고 있다. 도급제 임금 형태로 인한 문제뿐만 아니라, 임금 체불의 책임 소재를 명확히 하여 의류업계 노동자들의 임금 보호를 목적으로 하고 있다.

캘리포니아 ‘의류 노동자 보호법’은 입법 목적과 취지가 택시 근로자 ‘전액 관리제’와 비슷하다고 평가할 수 있다. 기본급이 보장되지 않아 생활상의 불안

이 해당된다. 이는 의류 제조를 위해 브랜드나 이름을 라이선스로 제공하는 사람들도 포함한다.

정성을 초래하는 도급제를 시간급으로 전환하여 일정 수준의 기본급을 보장하려는 것에서 두 제도의 의미를 찾을 수 있다.

(2) 캘리포니아 노동법전 중 도급제 휴게시간 보상 관련 조항²⁰⁴⁾

1) 배경

2016년 1월 1일, 캘리포니아주에서는 AB 1513 법안이 시행되었다. 해당 법안은 캘리포니아주의 노동법(California Labor Code)에 Section 226.2를 추가하는 내용을 담고 있다. 신설된 조문엔 사용자는 도급제 근로자의 ‘비생산적인 시간(nonproductive time)’도 계산하여 보상해야 한다는 내용을 담고 있다. 더불어 사용자로 하여금 어느 정도의 기간(a short window of time) 안에 근로자에게 휴식 및 회복 시간과 같은 비생산적인 시간에 대한 임금 체불금을 지급할 수 있도록 허용한다. 체불금을 지급한 사용자는 벌금 및 기타 손해 배상으로부터 면제된다는 내용도 담고 있다.

해당 법안이 제정될 수 있었던 까닭은 두 개의 판결로부터 비롯된다. 2013년에 선고된 Gonzalez v. Downtown LA Motors²⁰⁵⁾ 판결 및 Bluford v.

204) An Act to add Section 226.2 to the Labor Code, AB 1513, 2016.

205) 이 사건 원고는 피고 Downtown LA Motors가 소유한 ‘Mercedes Benz’ 대리점에서 근무한 108명의 자동차 서비스 기술자들이다. 피고 회사의 보상 체계는 기술자들의 성과에 기초한 도급제 (a piece-rate basis)였다. 기술자들은 자신들의 ‘플래그 아워 (flag hour)’만큼 시간당 \$17~\$32 범위 내에서 급여를 받았다. 여기서 말하는 ‘플래그 아워’란, 기술자가 대리점에서 벤츠 자동차를 수리하는 데 필요한 시간을 말한다. 이는 기술자가 작업을 수행하는 데 요구되는 실제시간과 일치하도록 설계되었다. 피고는 원고의 플래그 아워 뿐만 아니라 원고가 사업장에서 체류한 총 시간 (on the clock)도 추적했다. 피고는 이 시간에 당해 연도 최저임금액을 곱해 ‘최저임금 하한선’을 정했다. 원고 기술자들이 받은 하루치 급여 (플래그 아워x시간당 \$17~\$32범위 내 지급)가 이에 미치지 못하는 경우엔 그 차액을 지불했다. 또한 기술자가 수리 작업을 하지 않았다고 하더라도 사업장에서 초과근무를 했을 시에도 그 수당을 지급했다. 하지만 원고는 ‘플래그 아워’에 고객을 기다리는 대기시간 및 자동차 수리가 아닌 부수적 업무를 수행하는 시간은 포함되지 않았다고 주장하였다. 그 결과, 피고는 원고에게 대기시간 및 기타 비수리 작업을 수행하는 시간에 대한 최저임금을 지급하지 않아 피고는 캘리포니아 ‘임금 명령 (Wage Order)’ 중 제4호를 위반했다고 주장하며 소

Safeway Stores²⁰⁶⁾ 판결이다. 두 판결에서는 생산 단위당 임금을 받는 도급제 근로자의 ‘대기시간 및 휴게시간’ 보상 문제가 쟁점이 되었다. 대상이 되는 두 개의 판결에서 법원은 근로자가 근무한 전체 근로 시간에 당해연도 최저임금액을 곱한 금액이 아닌 대기 및 휴게시간 등 각 근로 시간에 따라 최저임금 이상의 보상을 해야 한다고 판단하였다.

2) 내용

법원의 판단을 바탕으로 캘리포니아주는 도급제 근로자의 휴식 및 회복 기간과 같은 ‘비생산적인 시간’에 대한 보상과 임금 명세서 교부 의무를 내용으로 하는 AB 1513 법안을 마련하였다. 2016년 1월 1일부터 시행된 AB 1513 법안은 캘리포니아주 노동법(California Labor Code)에 Section 226.2를 추가하는 내용을 담고 있다.

를 제기하였다. 법원은 원고의 주장대로 ‘모든 근무 시간 (all hours worked)’은 ‘각각 모든 시간 (each and every hour)’을 뜻한다고 판단하였다. 즉, 수리 작업 시간인 ‘플래그 아워’는 물론 수리 작업을 하지 않는 대기시간도 별도로 최저임금액으로 보상받아야 하는 시간이라고 보았다. 따라서 법원은 피고에게 원고의 대기시간에도 최저임금액 이상의 급여를 지급해야 한다고 판시하였다.

206) 이 사건 원고 Kenneth Bluford는 피고 Safeway에 고용된 트럭 운전사였다. 피고는 원고에게 단체협약에 따라 ‘실적 기반 보상 체계’에 근거하여 급여를 지급하였다. 단체협약으로 정해진 피고 회사의 실적 보상 체계의 내용은 ① 근로자가 운전한 마일 수, 이동한 시간 수 등 주행 거리에 따른 단가 ② 특정 작업에 대한 고정 단가 ③ 특정 작업을 수행할 때 예정된 시간 단위 단가 ④ 운전자가 통제할 수 없는 사정으로 지연된 작업 대한 시간 단가 등으로 구성되어 있다. 이와 같은 보상체계에 원고는 ‘휴식 시간’에 대한 보상은 빠져있다고 주장했다. 더불어 피고가 교부하는 임금명세서에는 ‘휴식 및 식사 시간’ 등이 따로 표시되지 않는 점도 지적했다. 원고의 주장에 대해 피고는 급여에서 휴식 시간만큼 공제를 하지 않았고, 휴식 시간 급여는 원고의 전체 성과급의 일부로 포함되어 있다고 주장하였다. 이 사건의 원심 법원은 휴식 및 식사 시간에 관한 문제는 모든 근로자들이 공유하는 공통적인 문제라기 보다는 각 직원별 상황에 따라 다르다고 판단하여 집단 소송 자격 (class action lawsuit)을 인정받으려는 원고의 주장을 기각하였다. 하지만 캘리포니아주 제3지구 항소법원은 원심의 판단을 취소하였다. 항소심 법원은 피고 회사의 보상체계가 휴식 시간에 대한 보상을 별도로 고려하지 않았다고 판단했다. 항소심은 피고의 보상체계 중 그 어떤 요소도 휴식 시간에 대한 직접적인 보상을 하지 않았다고 판단하였다. 법원은 전체 근무시간에 대해 근로자가 지급 받은 임금을 총 합산해 평균을 내는 방식으로 최저임금 기준을 준수하는 게 아닌 ‘각 근무시간에 대해 별도로 보상’해야 한다고 판단하였다.

캘리포니아주 노동법 Section 226.2의 내용은 도급제 (a piece-rate) 기준으로 보상을 받는 근로자에게 적용되는 사항이다. 내용은 ① 임금 명세서의 필수적 기재 사항 ② 임금 보상 수준 ③ 사용자 면책 조항 총 세 가지 분류로 이루어져 있다.

Section 226.2(a)(2)에서는 도급제 근로자의 임금 명세서에 기재되어야 할 필수적 사항을 명시하고 있다. 명세서에 기재되어야 할 사항은 ① 보상 가능한 휴식 및 회복 기간의 총시간, 보상 단가 및 급여 기간 중 해당 기간에 대해 지급된 총임금 ② Section 226.2(a)(7)에 따라 비생산적인 시간에 대해 최저임금액 이상의 보상을 하는 사용자를 제외하고, Section 226.2(a)(5)에 따라 정한 비생산적인 시간의 총시간, 보상 단가 및 해당 시간에 지급된 총임금이다.

사용자가 도급제 근로자 휴식 및 회복 기간에 대해 지급하는 보상 단가는 Section 226.2(a)(3) 각 항목에서 정하는 수준보다 높아야 한다. 동 규정에서 정하는 기준은 ① 휴식 및 회복 기간에 대한 보상액과 초과 근무에 대한 할증액을 제외한 1주당 총 임금을 해당 주의 근무한 총근로시간으로 나누되, 해당 주의 휴식 및 회복 시간을 제외한 시간으로 나눈 시간당 금액 ② 적용 가능한 최저임금이다. Section 226.2(a)(4)에서는 이와 같은 근로자의 기타 비생산적인 시간은 최저임금 이상의 수준으로 보상받아야 함을 명시하고 있다.

Section 226.2(a)(5)는 사용자는 실제 기록이나 합리적 추정을 통해 ‘기타 비생산적인 시간 수’를 결정할 수 있다고 규정한다. 대상은 임금 지급 기간 동안 업무를 수행한 개별 근로자 혹은 근로자 집단 전체일 수도 있다. 이를 결정하는 과정에서 사용자가 선의로 오류를 범하였을 때, 기타 비생산적인 시간에 대한 보상 지급 의무는 여전히 인정된다. 그러나 사용자가 ① Section 226.2 (a)(2)B에서 정하는 임금 명세서를 교부하였고, Section 226.2(a)(4) 및 (5)에 따라 사용자가 결정한 기타 비생산적인 시간 수에 대해 보상을 지급

하였을 경우 ② 임금 지급 기간 중 어느 날에 지급된 총급여의 수준이 최저임금과 초과 근무에 따른 할증 임금 이상일 경우엔 민사상 제재금이나 손해배상액을 면제한다(Section 226.2(a)(5) of California Labor Code).

3) 시사점

캘리포니아주 노동법 Section 226.2는 도급 근로자의 휴식과 회복에 필요한 ‘비생산적인 시간’에 대해 보상한다는 점에서 의미가 있다. 단건당 보수를 받는 도급제 임금 형태가 근로자들을 자발적으로 장시간 근무하도록 유도한다는 점은 항상 도급제의 가장 큰 문제점으로 지적되었다.

이러한 상황에서, 해당 법률이 도급제 근로자에게 휴게시간 및 회복 시간을 보상하도록 하고 임금 명세서에도 휴게시간을 명시하게 하는 규정을 포함하고 있는 것은, 도급제 근로자의 휴게시간이 명확하게 보장되도록 하는 방안으로 해석할 수 있다.

현재 한국의 근로기준법에서는 도급제 근로자의 장시간 근무를 제한 할 수 있는 방법이 없다. 소정근로시간과 달리 총근로시간에 대한 상한선의 제한도 없는 상황이다. 캘리포니아주의 사례를 통해, 도급제 근로자의 휴게시간 등을 보장하는 방안을 모색해 볼 수 있다.

제3절 도급제 임금의 최저수준을 정하는 방안

1. 국내의 사례

최저임금법 제5조 제3항은 도급제 임금을 시간급으로 정하는 것이 적당하지 않다고 인정된 경우, ‘생산량 또는 업적의 일정 단위’에 따라 최저임금액을 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정의 위임에 따라 제정된 최저임금법 제4조에서는 도급제 근로자의 근로시간을 파악하기 어렵거나 그 밖에 시간급에 따른 최저임금액을 정하는 것이 적합하지 않다고 인정되면 고용노동부 장관이 생산량이나 업적 일정 단위에 의해 최저임금액을 정할 수 있다고 명시하고 있다. 하지만 지금까지 고용노동부 장관의 고시로 생산량 단위 등에 따른 최저임금액이 정해진 사례는 없다.

한편, 일본과 영국에서는 도급제로 보수를 받는 자가 출퇴근 시간이 정해져 있지 않거나 근로 시간 파악이 어려운 경우, 생산 단위에 따라 최저임금액을 정하는 법 제도가 있다. 따라서 일본의 가내 노동법상 최저공임과 영국의 국가 최저임금법에 따른 도급제 노동자의 공정 단가를 살펴보기로 한다.

2. 일본 가내 노동법상 최저 공임제

본래 일본 노동기준법은 가내 노동자(家内労働者)에게는 적용되지 않았다.²⁰⁷⁾ 노동기준법의 보호를 받지 못하는 가내 노동자의 열악한 처우는 오래 전부터 문제였다. 그러다가 1960년대 후반, 동경에서 샌들을 제작하는 가내노

207) 제116조(적용제외) ② 이 법률은, 동거의 친족만을 사용하는 사업 및 가사사용인(家事使用人)에 관해서는 적용하지 않는다.

동자가 벤젠 중독에 의해 사망한 사건이 있었다.²⁰⁸⁾ 사고가 계기가 되어 가내 노동자 보호를 위한 「가내노동법」이 제정되었다. 일본 가내노동법은 1970년 10월 1일부터 시행되었다.

가내노동법 제1조에서는 가내노동법의 목적을 밝히고 있다. 동조 제1항에서는 가내 노동자의 공임(工賃)의 최저액을 정하여 가내 노동자의 노동조건을 향상 시킬 목적을 가지고 있다는 점을 분명하게 밝힌다.

가내노동법 제3장에서는 ‘공임 및 최저공임’에 관한 규정들을 둔다. 가내노동법 제3장은 제6조부터 제16조까지 총 10개의 규정들로 이루어져 있다. 내용은 위탁자가 가내 노동자에게 공임을 지급하는 방식에 관한 사항(제6조 및 제7조), 가내 노동자의 최저공임을 정하고 공시하는 방식에 관한 사항(제8조·9조·10조·11조·12조), 정해진 최저공임의 효력 등에 관한 사항(제14조·제15조·제16조) 등이 있다. 그 중 동법 제13조는 최저공임을 정하는 방식에 관한 규정이다. 제13조에 따르면 가내 노동자의 최저공임은 동일 지역 내 유사 업무의 최저임금과 균형을 맞춰야 하고(동조 제1항), 최저공임액은 제조 또는 가공 물품의 단위로 정한다(동조 제2항).

후생노동장관(厚生労働大臣) 또는 광역지자체 노동국장(都道府縣労働局長)은 특정 지역 내 특정 업무에 종사하는 가내 노동자의 노동 조건 개선이 필요하다고 인정될 때, 최저공임을 정할 수 있다(제8조 제1항). 이러한 상황이 인정되면, 이들은 노동정책 심의회 등을 열어 조사와 심의를 요청하고, 해당 업무에 종사하는 가내 노동자 및 위탁자의 의견을 청취한다(제11조 제1항). 심의회의 의견이 제출되면, 후생노동장관 또는 광역지자체 노동국장은 그 요지를 공시해야 하며(제9조 제1항), 최저공임이 결정되면 후생노동장관 또는 광역지자체 노동국장은 그 내용을 공시해야 한다(제12조 제1항).

2019년 3월 기준으로 최저공임이 정해진 업종은 다음과 같다.²⁰⁹⁾

208) 노상헌, 「가내근로에 관한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2003. 11, 40쪽.

209) <<https://www.mhlw.go.jp/www2/topics/seido/josei/hourei/20000401-66.htm>>, ‘

[표1] 일본 최저공임

도도부현	제목
홋카이도	홋카이도 남자 기성복(既製服) 제조업 최저공임
	홋카이도 일본옷(和服) 재봉업 최저공임
아오모리현	아오모리현 일본옷(和服) 재봉업 최저공임
	아오모리현 남자·부인 기성복(既製服) 제조업 최저공임
	아오모리현 전기기계기구 제조업 최저공임
이와테현	이와테현 여성·남자 기성품 양복(既製洋服) 제조업 최저공임
	이와테현 전기기계기구 제조업 최저공임
미야기현	미야기현 남성복·여성복(男子服·婦人服) 제조업 최저공임
	미야기현 전기기계기구 제조업 최저공임
아키타현	아키타현 통신기기용 부분품 제조업 최저공임
	아키타현 남성복·여성복·아동복(男子服·婦人服·子供服) 제조업 최저공임
야마가타현	야마가타현 남자·부인 기성복(男子·婦人既製服) 제조업 최저공임
후쿠시마현	후쿠시마현 횡편 니트(横編ニット) 제조업 최저공임
	후쿠시마현 전기기계기구, 정보기계기구, 전자부품·디바이스 제조업 최저공임
	후쿠시마현 외투(外衣), 셔츠 제조업 최저공임
이바라키현	이바라키현 남성 기성품 양복(男子既製洋服) 제조업 최저공임
	이바라키현 전기기계기구 제조업 최저공임
	이바라키현 여성·아동 기성복(婦人·子供既製服) 제조업 최저공임
도치기현	도치기현 전기기계기구 제조업 최저공임
	도치기현 의류 제조업 최저공임
군마현	군마현 횡편 니트 제조업 최저공임
	군마현 여성복 제조업 최저공임
	군마현 전기기계기구 제조업 최저공임

사이타마현	사이타마현 종이 가공품(紙加工品) 제조업 최저공임
	사이타마현 버선(足袋) 제조업 최저공임
	사이타마현 봉제업 최저공임
	사이타마현 전기기계기 제조업 최저공임
	사이타마현 가죽신발(革靴) 제조업 최저공임
지바현	지바현 여성 기성품 의류 제조업 최저공임
도쿄도	도쿄도 전기기계기구 제조업 최저공임
	도쿄도 가죽신발 제조업 최저공임
	도쿄도 여성 기성 양복(婦人既製洋服) 제조업 최저공임
가나가와현	가나가와현 종이 가공품 제조업 최저공임
	가나가와현 스카프·손수건(スカーフ・ハンカチーフ) 제조업 최저공임
	가나가와현 전기기계기구 제조업 최저공임
니가타현	니가타현 남자·부인 기성 양복 제조업 최저공임
	니가타현 횡편 니트 제조업 최저공임
	니가타현 작업 공구 제조업 최저공임
	니가타현 양식기·기물(洋食器・器物) 제조업 최저공임
도야마현	도야마현 니트 제조업 최저공임
	도야마현 전기기계기구 제조업 최저공임
	도야마현 지퍼(ファスナー) 가공업 최저공임
후쿠이현	후쿠이현 의류 제조업 최저공임
	후쿠이현 안경 제조업 최저공임
야마나시현	야마나시현 귀금속 제품 제조업 최저공임
	야마나시현 전기기계기구 제조업 최저공임
	야마나시현 여성복 제조업 최저공임
나가노현	나가노현 외의·셔츠 제조업 최저공임
	나가노현 전기기계기구 제조업 최저공임

기후현	기후현 남자 기성품 의류 제조업 최저공임
	기후현 여성복 제조업 최저공임
	기후현 도자기 상화부업(陶磁器上繪付業) 최저공임
시즈오카현	시즈오카현 차량 전기 배선 장치 제조업 최저공임
아이치현	아이치현 차량 전기 배선 장치 제조업 최저공임
미에현	미에현 차량 전기배선장치 제조업 최저공임
시가현	시가현 속옷·보정복(下着·補整着) 제조업 최저공임
교토부	교토부 종이가공품 제조업 최저공임
	교토 단고지구(丹後地區) 견직물업(絹織物業) 최저공임
오사카부	오사카부 남자 기성 양복 제조업 최저공임
효고현	효고현 면·인조섬유(綿·スフ) 직물업 최저공임
	효고현 양말 제조업 최저공임
	효고현 타지마 지구(但馬地區) 견·인견·모직물업 최저공임
	효고현 낚시바늘(釣針) 제조업 최저공임
	효고현 전기기계기구 제조업 최저공임
나라현	나라현 양말 제조업 최저공임
돗토리현	돗토리현 남자복·여성복 제조업 최저공임
	돗토리현 일본옷 재봉업 최저공임
시마네현	시마네현 외투·셔츠 제조업 최저공임
	시마네현 전기기계기구 제조업 최저공임
	시마네현 일본옷 재봉업 최저공임
오카야마현	오카야마현 차량 전기배선장치 제조업 최저공임
히로시마현	히로시마현 기성복 봉제업 최저공임
	히로시마현 일본옷 재봉업 최저공임
	히로시마현 모필·화필(毛筆·畫筆) 제조업 최저공임
	히로시마현 전기기계기구 제조업 최저공임

야마구치현	야마구치현 일본옷 재봉업 최저공임
	야마구치현 남자 기성복·교복·작업복(男子既製洋服·學校服·作業服) 제조업 최저공임
도쿠시마현	도쿠시마현 봉제업(속옷·손수건 제조업) 최저공임
가가와현	가가와현 장갑·양말 커버 제조업 최저공임
에히메현	에히메현 수건 제조업 최저공임
고치현	고치현 섬유산업 최저공임
	고치현 위생용지 제조업 최저공임
후쿠오카현	후쿠오카현 남성복 제조업 최저공임
	후쿠오카현 여성복 제조업 최저공임
사가현	사가현 여성 기성복 제조업 최저공임
나가사키현	나가사키현 남성 기성품 의류 제조업 최저공임
	나가사키현 여성 기성복 제조업 최저공임
	나가사키현 일본옷 재봉업 최저공임
구마모토현	구마모토현 일본옷 재봉업 최저공임
	구마모토현 봉제업 최저공임
	구마모토현 전기기계기구 제조업 최저공임
오이타현	오이타현 전기기계기구 제조업 최저공임
	오이타현 의류 제조업 최저공임
미야자키현	미야자키현 남자 기제 양복 제조업 최저공임
	미야자키현 여성 기성복 제조업 최저공임
	미야자키현 내연기관 전장품 제조업 최저공임
가고시마현	가고시마현 전기기계기구, 정보통신기계기구, 전자부품·디바이스 제조업 최저공임
오кина와현	오кина와현 봉제업 최저공임

3. 영국 국가최저임금법 상 도급제 노동자의 공정 단가

영국의 「국가최저임금법 (National Minimum Wage Act 1998)」(줄여서 ‘국가최저임금법’)은 1999년 4월 1일부터 시행되었다. 1997년 토니 블레어 노동당 정권이 들어서면서 제정되었다. 그 이전에 영국의 최저임금 제도는 주로 저임금 근로자를 보호하기 위한 산업별 최저임금을 정하는 수준에 머물렀다. 최저임금법을 폐지하면 고용이 늘어날 거라고 생각했던 보수정권의 믿음과는 달리 노동시장의 상황은 악화되었고, 실업자는 늘어났다. 실업자가 늘어감에 따라 그들의 생활을 보조할 사회보장 비용도 증대되었다. 이와 같은 상황을 해결하고자 토니 블레어를 앞세운 노동당은 ‘복지에서 취로로 (Welfare to Work)’라는 표제를 앞세워 정권을 잡았다. 이러한 배경에서 탄생한 ‘국가최저임금법’은 노동자의 취업을 촉진하고, 저임금 계층의 소득을 높여 소득 불균형을 개선하는 것을 목적으로 제정되었다.²¹⁰⁾

이처럼 1999년 4월 1일, ‘국가최저임금법’이 시행되는 동시에 「국가최저임금법 규정 (National Minimum Wage Regulation 1999)」(줄여서 ‘국가최저임금법 규정’)도 함께 시행된다. ‘국가최저임금법’ 제1조 제3항에 따르면, 국가최저임금은 장관 (the Secretary of State)이 정할 수 있는 시간당 임금 (single hourly rate)이어야 한다. 장관은 이를 정하기 위해 규정 (regulations)을 만들 수 있다. 국가최저임금법 제2조 제2항에선 장관이 규정으로 정할 수 있는 사항으로 ① 정기적으로 지급되는 단일 시급에 관한 사항 ② 다양한 시간대나 상황에 맞는 각 시급에 관한 사항 ③ 보상이 정기적으로 지급되지 않고 다른 지급방식에 의할 때 시급에 관한 사항 ④ 보상이 전부 또는 일부가 현물로 지급되는 사항 등이 있다.

210) 김삼수, “영국 전국최저임금제의 집행체제와 전개”, 「EU학연구」 제18권제1호, 한국EU학회, 2013.1, 115쪽.

이렇게 제정 및 시행된 ‘국가최저임금법 규정(1999)’에선 ‘생산고 작업 (output work)’에 관한 정의 규정(제5조) 및 생산고 작업의 최저임금을 정하는 방식에 관한 내용 (제24조부터 제26조까지) 담고 있다. 그 후, 개정을 통하여 2004년 10월 1일부터 시행된 ‘국가최저임금법 규정 (2004)’에선 생산고 작업의 최저임금을 정하는 방식이 종전과 달라졌다. 해당 규정 개정 전엔 노사간 서면을 통해 ‘공정 단가 추정의 합의 (a fair estimate agreement)’ 방식으로 최저임금을 정했다면, 개정 이후엔 ‘생산고 단가 평가 작업 (rated output work system)’을 통해 최저임금을 정하게 된 것이 주요 변경 내용이다. 2004년 10월 개정된 내용은 2024년 현재까지 적용되고 있다.

생산고 작업에 따라 급여를 받는 도급제 근로자의 최저임금 산정방식은 ‘국가최저임금법 규정 (1999)’에서 처음으로 정하였다. 해당 규정 제5조에서 말하는 ‘생산고 작업 (output work)’이란, 노동자 (worker)와 사용자의 계약 내용에 따라 시간 단위가 아닌 생산량 단위 작업을 말한다. 이 계약에서 임금은 노동자가 완료한 작업의 개수 (the number of pieces) 또는 노동자가 만든 생산물의 양(processed by the worker)을 기반으로 결정된다. 더불어 노동자의 만들어 낸 생산물의 판매 수 또는 거래 완료 수도 그 기준이 될 수 있다.

‘국가최저임금법 규정 (1999)’ 제24조 제1항에서는 노사간 ‘공정 단가 추정의 합의 (a fair estimate agreement)’가 없다면, 노동자가 급여 산정 기간 (a pay reference period)동안 수행한 생산 작업 시간은 노동자가 작업물 생산을 위해 투입한 총 시간으로 간주한다.²¹¹⁾ 동조 제2항에서는 ① 최소 또는 최대 근무시간을 정하지 않으면서 ② 사용자가 실제로 근무시간을 결정하거나

211) 영국 최저임금 이행감독관 내부 지침인 「국가 최저임금법 매뉴얼 (The National Minimum Wage Manual, 줄여서 ‘NMWM’)」에 따르면, 사용자는 근로자에게 개수임금을 지급하는 것이 허용되나 ‘국가최저임금법’을 적용하는 데 있어서는 시간당 임금으로 계산되어야 한다고 정한다. 따라서 생산 품목 단가는 국가 최저시급과 연동되어야 한다. 사용자는 최저시급으로 지급해야 하는 근무시간을 식별해야 한다(NMWM07060). 다만, 생산고에 따른 임금 형태라 하더라도 정해진 시간 안에서 해야하는 작업이라면, 이는 생산고 작업 (output work)에 속한다고 보기 어렵다. 사용자가 근무시간을 고정하고, 통제한다면 이는 ‘시간당 작업 (time work)’로 간주된다.

통제하지 않는 경우엔 이 규정을 적용하지 아니한다고 규정한다. 그 때, 동 규정 25조에서 정하는 ‘공정 단가 추정의 합의’를 통해 사용자는 도급 노동자에게 최저임금을 보장해야 한다.

해당 규정에서 정하고 있는 ‘공정 단가 추정의 합의 (a fair estimate agreement)’란, 생산고에 따른 임금을 받는 노동자가 급여 산정 기간 동안 수행하게 될 작업 시간을 공정하게 추정하는 합의를 말한다 (동 규정 제25조). 이 합의는 급여 산정 기간 시작 전, 그 내용이 노사 간 서면 합의로 이루어져야 한다 (동 규정 제1항의a). 서면 합의서에 포함되어야 할 내용으로는 ① 노동자가 급여 산정 기간 동안 수행하게 될 작업시간에 대한 공정한 추정치와 ② 노동자가 급여산정 시간 동안 수행한 작업시간 기록 및 급여 산정기간 종료 후 사용자에게 이를 가급적 빠르게 보고할 의무에 관한 사항이다. 이때, 사용자는 ① 항목의 추정된 ‘작업시간’은 평균적인 수준의 노동자가 계약 당사자인 노동자와 동일한 환경에서 같은 작업을 하며 동일한 성과 측정 기준을 적용했을 때에 소요되는 시간의 4/5 이상인지를 입증해야 한다. 그렇지 못한 경우엔 이 시간은 공정한 추정이 아닌 것으로 취급된다 (동 규정 제25조 제2항).

이와 같은 과정을 통해 추정된 시간은 ‘확정된 시간 (ascertained hours)’이 된다 (동 규정 제26조 제1항). ‘확정된 시간’은 노동자가 수행하게 될 작업시간에 대한 공정한 추정 시간을 뜻한다.

도급제 노동자가 ① 급여 산정 기간 동안 ‘확정된 시간’ 이상을 근무하였다면, ‘확정된 시간’이 작업 시간이 되고, ② ‘확정된 시간’ 이하를 근무하였다면, ‘실제로 근무한 시간의 총합’이 작업시간으로 간주된다(동 규정 제26조 제2항).

이처럼 개정 전 ‘국가최저임금법 규정 (1999)’에서 도급제 최저임금을 적용하기 위한 시간을 설정하는 일은 노사 간 합의 (agreement)에 의했다. 하지만 이와 같은 방법은 노동자가 수행하는 실제 작업량이나 생산성을 반영하지 못할 우려가 있었다. 따라서 2004년 10월, ‘국가최저임금법 규정’은 도급제 최저

임금을 구할 때 ‘작업물 단가 평가제 (rated output work)’를 도입한다.

개정된 ‘국가최저임금법 규정(2004)’에서는 ‘공정 단가 추정의 합의’ 대신 ‘작업물 단가 평가제 (rated output work)’가 도입된다. ‘작업물 단가 평가제’란, 생산고 (output work)에 따라 임금을 받는 노동자의 ‘공정 단가 (a fair piece rate)’²¹²⁾를 구하기 위해 법 규정에서 명시하는 테스트를 진행해 ‘시간당 평균 생산량 (the mean hourly output rate)’²¹³⁾을 도출하는 작업을 뜻한다. 사용자는 공정 단가를 구하기 위해 ‘작업물 단가 평가제’를 시행해야 한다.

2015년, 영국의 「국가 최저임금법 규정(The National Minimum Wage Regulations 2015)」는 도급제 최저임금에 관한 부분을 대폭 수정 및 변경하기에 이른다. 개정된 규정에서는 제41조부터 제43조까지 ‘작업물 단가 평가제 (rated output work)’에 관한 내용을 두고 있다.

해당 규정 제41조 제1항에선 ‘작업물 단가 평가제’를 시행하기 위해선 (a) 노동자에게 정해진 최소 또는 최대 근무시간이 없어야 하고, (b) 사용자가 생산고 작업과 관련해 실제로 근무시간을 결정하거나 통제하지 않아야 하며 (c) 사용자가 규정 제42조에 따라 ‘시간당 평균 생산량 (the average hourly output rate)’을 정해야 한다. (d) 노동자들에게 동조 제2항에 따른 통지가 전달되어야 한다고 규정한다.

또한, 해당 규정 제41조 제2항에 따르면, 사용자가 노동자에게 서면으로

212) 「국가 최저임금법 매뉴얼 (NMWM)」 중 NMWM0130에서는 ‘공정 단가 (a fair piece rate)’에 대한 설명을 두고 있다. 보통 도급제 (piece rate)는 작업에 걸리는 시간과 상관없이 노동자가 작업한 생산량 또는 수행된 작업 단위당 임금이 지급된다. 그러나 최저임금은 시간당 임금으로 계산되어야 한다. ‘공정 단가’는 생산량 및 수행된 작업 수를 시간당 임금으로 연결하는 역할을 한다. 이것으로 인해 사용자가 최저임금법 위반을 했는지 여부를 결정한다.

213) 2015년부터 시행된 「국가 최저임금법 규정(The National Minimum Wage Regulations 2015)」는 도급제 최저임금에 관한 부분을 재개정 하였다. 2004년 규정에서는 ‘시간당 평균 생산량’에 대해 ‘the mean hourly output rate’이라는 용어를 썼다면, 2015년 개정된 규정에서는 ‘the average hourly output rate’이라는 용어를 사용하고 있다. ‘mean’과 ‘average’모두 ‘평균’을 의미하기 때문에 표현상 변화일 뿐 의미상 변화는 없다고 보아도 무방하다.

명시해야 하는 사항은 다음과 같다. (i) 이 규정의 목적에 따라 노동자가 일정 기간 근무한 것으로 간주한다는 사항 (ii) 노동자가 일정 기간 근무한 것으로 간주되기 위해서 사용자는 노동자 작업수행의 평균 속도 결정을 위한 실험을 하거나 추정해야 된다는 사항 (iii) 작업물의 시간당 평균 생산량 (the average hourly output rate)은 얼마인지에 관한 사항 (iv) 단일 작업물과 에 대해 노동자에게 지급되는 단가 (v) 국무장관의 노동자 및 고용주를 위한 노동자 급여 및 권리에 관한 헬프라인 전화번호 항목을 서면으로 통지해야 한다.

시간당 평균 생산량이란, 1시간 동안 만들어진 작업물의 평균치 (the mean number of the measure of output per hour)이다 (동 규정 제42조 제1항). 이를 구하는 방식은 두 가지가 있다. 한 가지는 동조 제3항에 의한 방식을 이용하거나 동조 제4항에 의한 방식을 이용하는 것이다.

해당 규정 제42조 제3항에서는 시간당 평균 생산량을 구하기 위한 방법 중 하나의 기준을 명시하고 있다. 사용자는 시간당 평균 생산량을 구하기 위해 테스트를 수행해야 한다. 테스트의 대상으로는 (i) 사용자가 고용해 생산 작업을 수행하는 모든 노동자이거나 (ii) 속도 부문에서 해당 작업물의 측정치를 구하기 위한 노동자를 대표하는 표본집단이다. 이 테스트는 노동자가 작업을 수행할 때와 물리적으로 유사한 조건에서 수행되어야 하며, 테스트로 도출된 시간당 총 생산물은 테스트를 수행한 노동자 수로 나누어 진다.

해당 규정 제42조 제4항에서도 시간당 평균 생산량을 구하기 위한 테스트 기준을 명시하고 있다. 사용자는 노동자 표본집단을 선정하여 테스트를 수행해야 한다. 이때 그들이 작업하는 속도는 최대한 대표성을 갖기 위해 노력해야 한다. 이 테스트는 (i) 비교 대상 생산 작업과 유사하며 노동자의 물리적 수준도 유사한 조건에서 이루어진 작업이어야 하거나 (ii) 비교 대상 생산 작업과 같지만 노동자의 물리적 수준과는 다른 조건에서 이루어진 작업이어야

한다. 이렇게 도출된 평균 속도는 노동자가 생산 작업을 수행 하는 데 소요되는 시간 및 노동자의 신체적 상태를 고려해 예상되는 차이를 합리적으로 조정 한 값이어야 한다.

이처럼 작업물 단가 평가제 (rated output work)를 시행한 상황에서는 급여 산정 기간 동안 노동자가 작업을 수행하는 데 걸린 시간은 ‘시간당 평균 생산량 기준으로 계산된 시간의 120%’²¹⁴⁾로 계산되어야 한다(동 규정 제43조). 즉, 평균적인 수준의 노동자가 1시간당 특정한 수의 품목을 생산한다면, 계약 당사자인 노동자는 이와 같은 수의 품목을 생산하기 위해 1시간 12분이 걸리는 것으로 간주된다(NMWM03130). 이를 기반으로 ‘공정 단가’를 계산할 수 있다. 공정 단가는 당해연도 국가 최저임금을 작업물 및 작업에 대한 시간당 평균 생산량으로 나눈 값이다.²¹⁵⁾

영국의 공정단가제도는 출·퇴근 시간이 정해져 있거나 근로시간 중 사용자의 지배력이 미친다면 적용할 수 없다. 그런 때에는 공정 단가에 따른 단가를 지급하는 게 아닌 시간에 따른 임금을 지급해야 한다. 영국 법제는 한국 법제와 달리 근로자 (employee) 말고도 노동자 (worker)라는 개념을 정하고 있어 가능한 일이라고 생각된다. 따라서 근로자성 판단에 경제적 종속성뿐 아니라 인적 종속성도 엄격하게 요구하는 한국 법제에서는 영국의 공정 단가제도를

214) ‘계산된 시간의 120%’를 적용하는 규정은 2004년 10월 1일부터 시행되었다. 개정된 규정이 시행되는 2004년 10월 1일부터 2005년 4월 5일까지의 기간 동안 노동자의 시간당 임금은 평균 시간당 생산량 (the average hourly output rate)의 100%로 취급된다. 즉, 노동자의 시간당 임금은 평균 시간당 생산량의 100%이므로 노동자의 시간당 임금은 평균 생산량과 동일하다. 다만 2005년 4월 6일부터는 120%를 적용하여 계산해야 한다. 평균적인 수준의 노동자가 1시간당 특정한 수의 품목을 생산할 수 있다면, 대상 노동자는 1시간 12분이 걸리는 것으로 여겨지는 것이다. 즉, 대상 노동자는 1시간동안 만들어 낼 수 있는 작업물이 평균적인 노동자에 비해 더 적다고 평가된다 (NMWM03130).

215) 예를 들어 2004년 10월 1일부터 2005년 4월 5일까지의 기간 동안 국가 최저시급은 4.85파운드이고 사용자가 구한 시간당 평균 생산량은 1시간당 10개라고 가정하면, 공정 단가는 $4.85 \text{파운드} / 10 = \text{한 품목당 } 0.485 \text{파운드}$ 이다. 2005년 4월 6일부터는 국가 최저시급은 5.05파운드이고 사용자가 구한 시간당 평균 생산량은 1시간당 10개라고 가정하면, 공정 단가는 $5.05 \text{파운드} / 10 \times 1.2 = \text{한 품목당 } 0.606 \text{파운드}$ 이다. 이 예시에서 평가된 시간당 생산량은 $10 \text{개} / 1.2 = 8.33 \text{개}$ 라고 할 수 있다(NMWM03140).

곧바로 적용하는 것이 어려운 일일 수 있다.

하지만 최저임금법 제5조 제3항에서 언급하는 것처럼, 근로자의 실제 근로 시간을 파악하기 어려운 상황에서는 ‘생산량이나 업무 성취의 일정 단위로 책정된 최저 임금’이 필요할 때가 있다. 그때, 영국의 공정 단가제와 같이 ‘시간당 평균 생산량’ 등을 정하여 고용노동부 장관이 생산량에 따른 최저임금을 고시하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

제4절 플랫폼 노동자의 최저보수 보장 방안

1. 뉴욕시 앱 기반 배달원의 최저임금: 다중앱 사용과 앱 이용률을 고려한 보상 방식

(1) 배경

그동안 뉴욕에서 앱 기반 배달원들은 근로자성 (employee)을 인정받지 못하고 있었다. 그들은 근로자가 아닌 ‘독립 계약자’로 분류되고 있다. 기존의 노동법 체계로는 포섭하지 못하는 이들의 임금 등 근로조건에 관한 처우가 문제 되어 왔다. 특히 배달원들은 운송이나 배달 장비도 자비로 부담해야 했고, 최저임금법의 보호도 받지 못했다.

이를 둘러싸고 배달 앱 기업과 앱 기반 배달원 사이에는 끊임없는 분쟁이 있었다. 2021년, 분쟁을 해결하기 위해 뉴욕시는 플랫폼 배달 노동자 보호를 위한 내용을 담은 Local Law 113-118 법안을 발의한다. 이 중에서 Local Law 115는 플랫폼 배달 노동자의 운행거리당 최저 임금 수준을 정하기 위해 「뉴욕시 행정법(the administrative code of the city of New York)」을 개정하는 내용을 담고 있다. 또한 해당 법안은 뉴욕시의 ‘소비자 및 근로자 보호국 (The Department of Consumer and Worker Protection, 줄여서 ‘DCWP’)’에게 배달원의 총 수입, 비용, 필요 장비, 안전 조건 및 기타 요소를 고려하여 얼마만큼의 급여를 받아야 하는지 결정하기 위해 연구를 수행하도록 요청한다.²¹⁶⁾

216) the administrative code of the city of New York, §20-1522 a.1.의 내용.

(2) 내용

2022년 6월, DCWP는 요청에 따라 Local Law 115를 시행하기 위해 「뉴욕시 규칙 (Rules of the City of New York)」에 ‘제3자 서비스 노동자’에 관한 사항을 추가한다.²¹⁷⁾ 그리고 이 규칙에서 뉴욕시 플랫폼 배달원의 최저임금을 \$19.96로 정하기에 이른다.²¹⁸⁾

2022년 11월, DCWP는 Local Law 115 of 2021를 시행하기 위한 규칙의 초안 (First Proposed Rule)을 작성한다. 이후 앱 기반 배달원들과 플랫폼 기업, 자영업자 및 소비자 등의 의견을 듣는 공청회를 거쳐 이를 반영한 두 번째 규칙을 만든다. 2023년 7월 개최된 공청회를 바탕으로 최저임금 대체 방식 지급 시 면책 조항 등을 추가하여 최종적인 형태의 규칙을 완성한다. [표 2]는 완성된 규칙을 바탕으로 정해진 앱 기반 배달원의 최저임금이다.

[표 2] 뉴욕시 앱 기반 배달원 최저임금

기본 급여	
임금 및 휴가에 관한 부분	\$18.12
<i>기본급 \$19.62, 건강보험 및 사회보장연금 보험료 조정분 제외(\$1.50)</i>	
사회보장 보험료 조정	\$1.50
<i>기본급여 소계(19.62달러) x 고용주 부담 건강보험 및 사회보장연금 요율(7.65%)</i>	
기본 급여 총 합계	\$19.62
노동자(workers') 보상	
만일 앱 배달원이 근로자(employee)였을 시의 보상	\$1.42
<i>임금 및 휴가 비용 x 예상 비용 (7.84%) 1.42달러</i>	
건강보험 및 사회보장연금 부담금 조정	\$0.26

217) 이 개정 내용에 따라 ‘제3자 서비스 노동자 (Third-Party Service Workers)’에 관한 부분은 「뉴욕시 규칙 (Rules of the City of New York)」 제6편 제7장 부편 H에 규정되어 있다.

218) 2023년에는 \$19.96의 90% 수준인 \$17.96, 2024년 4월 1일부터는 95%수준인 \$18.96, 2025년 4월 1일부터는 100% 가 적용된 \$19.96이다. (§ 7-810 Minimum Pay.b.1)

<i>근로자 보상 소계, 고용주 및 직원 부담 건강보험 및 사회보장연금 부담분 제외</i>	
<i>(1.68달러 x 15.3%)</i>	
노동자 보상 총 합계	\$1.68
경비 항목	
전기 자전거 타는 앱 배달원의 시간당 평균 경비	\$2.26
총합	
부분 소계 합계	\$23.56
<i>기본 급여 소계, 근로자 보상 소계, 전기 자전거 배달원의 평균 시간당 비용의 합</i>	
다중 앱 사용 조정	-\$3.60
<i>부분 소계 x 다중 앱 사용 조정 계수²¹⁹⁾ [1 - 0.8471]</i>	
조정된 총계	\$19.96
<i>소계와 다중 앱 사용 조정의 합</i>	

배달 앱을 운영하는 플랫폼 회사들은 뉴욕의 앱 기반 배달원들에게 두 가지 방식 중 하나를 선택하여 최저임금 이상의 급여를 지급해야 한다. 첫 번째는 ‘표준 방식’이다. 표준 방식 아래에서 앱 기반 배달원 개인의 급여 수준은 ‘당해연도 최저임금 x 운행 시간 (trip time)’ 이상 되어야 한다.²²⁰⁾ 이때, 앱을

219) 다중 앱 사용 조정 계수 (multi-apping adjustment factor)란, 앱 배달원이 배달 앱을 중복으로 켜놓는 시간을 뺀 값이다. DCWP의 조사에 따르면, 2021년 4분기 기준으로 앱 배달원들은 평균적으로 운행시간과 대기 시간을 합산한 시간의 17.7% 정도를 여러 앱에 동시에 로그인 하고 있었다. 이 기간동안 그들은 평균적으로 2.02개의 앱에 연결되어 있었다. 모든 앱에서 멀티앱 사용 정황을 포착할 수 있었다. ‘다중 앱 사용 조정 계수’는 중복되지 않은 근무시간을 구하기 위한 값이다. 앱 배달원의 보상을 공정하게 평가하기 위해 사용되는 개념이다. 이 값은 앱 배달원의 중복되지 않은 근무시간을 총 기록된 시간으로 나누어 구할 수 있다. 이를 계산식으로 표현하면, ‘1-(0.177)+(2.02X0.177)=0.8471’이다. 노동자의 권리를 옹호하는 단체는 다중 앱 사용 조정 계수가 최저임금을 책정하는 공식에서 빠져야 한다고 주장했다. 하지만 DCWP는 앱 배달원에 대한 최저임금 제도를 도입 하면, 플랫폼 기업들은 앱의 ‘이용률’을 높이려고 할 것이고, 이용률이 높아진다면 멀티앱 사용률이 감소할 수 있다고 내다보았다. 이러한 상황에 맞추어 멀티앱 사용 조정 계수를 수정할 수도 있으므로 멀티앱 사용조정 계수는 최저임금을 책정하는 데에 고려되어야 하는 요소라고 판단하였다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://rules.cityofnewyork.us/wp-content/uploads/2023/06/DCWP-NOA-Minimum-Pay-for-Food-Delivery-Workers.pdf>>, (최종방문일 2024.6.26)

220) 2024년 4월 1일 이전을 기준 (앱 기반 배달원의 최저임금액 \$17.96)으로 예를 들어, 배달원이 한 임금 단위 기간 동안 앱을 통해 10시간 운영을 하고 5시간을 대기하는 경우, 앱은 그 근로자에게 해당 기간 동안 179.60달러(10시간x17.96달러) 미만을 지불할 수 없다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://www.nyc.gov/site/dca/workers/workersrights/food-delivery-worker-laws-faqs.page>>, (최종방문일 2024.6.26)

켜놓고 주문을 기다리는 ‘대기시간 (on-call time)’은 별도로 보상하지 않아도 된다. 대신 플랫폼 기업이 전체 배달원에게 지급한 급여가 최저임금에 미달하지 않으려면 ‘당해연도 최저임금 x (운행시간+대기시간)’으로 산출된 금액 이상 되어야 한다.²²¹⁾ 표준 방식에서 플랫폼 기업이 최저 임금 기준을 준수하기 위해서는 이 두 가지 기준을 모두 만족시켜야 한다. 이처럼 플랫폼 기업은 각 개별 배달원들에게 ‘대기 시간’에 대한 직접적인 보상을 하진 않는다. 그러나 이들 기업은 대기 시간을 포함하여 전체 배달원에게 지급된 급여가 해당 연도의 최저임금에 부합하는지를 검토해야 한다. 이러한 계산 방식은 배달원들의 대기시간을 간접적으로 보상한다고 볼 수 있다.

플랫폼 기업이 선택할 수 있는 두 번째 방식은 ‘대안 방식’이다. 대안 방식 아래에서 앱 기반 배달원의 급여 수준은 ‘당해연도 최저임금/앱 이용률 (utilization rate) 60% x 운행 시간 (trip time)’ 이상 되어야 한다.²²²⁾ 여기서 말하는 ‘앱 이용률 (utilization rate)’은 앱 배달원이 배달 앱을 활성화한 총 시간(운행 시간과 대기 시간을 합친 시간) 중에서 실제 배달 활동을 위해 이동하는 시간이 차지하는 비율을 나타내는 지표이다. 배달앱 기업 중 하나인 우버이츠는 앱 이용률이 87%라고 주장했다. 하지만 DCWP는 여러 자료들에 의하여 평균 앱 이용률이 60%라고 확정했다. 앱 이용률이 60%라는 의미는 앱 배달원이 1시간 동안 배달 앱을 켜놨을 때 그 중 60%, 즉 36분을 평균적으로 운행에 할애한다는 것이다. 나머지 24분은 대기시간으로 본다.²²³⁾

221) 예를 들어, 한 임금단위 기간 동안 앱 배달원들의 운행시간이 총 70,000시간이고 대기시간이 30,000시간인 경우, 이러한 배달원들에 대한 앱의 총 지급액은 해당 기간 동안 1,796,000달러(100,000시간 x 17.96달러) 미만이어서는 안 된다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://www.nyc.gov/site/dca/workers/workersrights/food-delivery-worker-laws-faqs.page>>, (최종방문일 2024.6.26)

222) 예를 들어, 배달원이 임금 단위 기간 동안 운행시간이 10시간이었을 경우 앱은 배달원에게 해당 기간 동안 \$299.33 (17.96달러/60%x10시간) 미만의 급여를 지급할 수 없다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://www.nyc.gov/site/dca/workers/workersrights/food-delivery-worker-laws-faqs.page>>, (최종방문일 2024.6.26)

223) 대기시간이란, 앱 배달원이 제3자 음식 배달 서비스 (a third-party food delivery service), 즉 배달앱에 접속되어 있으면서 뉴욕 시티에서 음식 수령이나 배달을 포함한 업무 제

2024년 4월 1일 이후부터 특별한 사정이 있는 경우를 제외하면 기업은 앱 이용률 (utilization rate)이 53% 이상인 경우에만 ‘대안 방식’을 선택할 수 있다. 바꿔 말하면, 앱 이용률이 53% 이하로 떨어지면 기업은 앱 배달원들에게 ‘표준 방식’으로 최저임금을 보장해야 한다.²²⁴⁾

표준 방식에서는 전체 배달원을 대상으로 대기 시간에 대한 보상을 제공했으나, 대안적 방식에서는 어떤 형태로든 배달 앱 배달원에게 대기 시간에 대해 보상하지 않는다. 다만, 앱 이용률이라는 개념을 통해 배달 앱 노동자가 운행 시간 동안 더 높은 시급을 받을 수 있도록 한다. 이러한 조치는 간접적으로 대기 시간에 대한 보상을 제공하는 것으로 해석할 수 있다.

(3) 시사점

살펴본 바와 같이 뉴욕은 기업들이 두 가지 방식 중 하나를 선택해 앱 기반 배달 노동자들에게 최저임금을 보장하는 정책을 시행하고 있다. 특히, 배달원들의 대기 시간에 대해 직접적인 보상을 제공하지 않지만, 간접적인 방식으

안이나 할당을 받을 준비가 되어 있는 시간을 말한다. 단, 실제로 대발을 수행하는 운행 시간은 대기시간에 포함되지 않는다(뉴욕시 규칙 (Rules of the City of New York) 제6편 제7장 부편 H의 § 7-801 Definitions.a.4). 배달앱 기업들은 ‘대기시간’에서 배달원이 배달 제안을 거절하거나 제안을 수락하지 않아 만료되었을 때와 더불어 배달원이 배달을 완료한 뒤 작업을 종료하고 앱에서 로그아웃하기까지의 시간은 제외되어야 한다고 주장했다. 하지만 DCWP는 배달앱과 같은 환경에서는 배달원들은 다양한 배달 제안을 계속해서 평가하고, 그 제안들 중 어느 것을 수락할지 결정하는 일은 앱 비즈니스의 본질적인 부분이라고 말했다. 따라서 배달원들이 주문 수락을 거절하거나 주문을 수락하지 않아 만료된 제안이 있다고 하더라도 그 시간도 ‘대기시간’ 범주에 포함되어야 한다고 판단했다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://rules.cityofnewyork.us/wp-content/uploads/2023/06/DCWP-NOA-Minimum-Pay-for-Food-Delivery-Workers.pdf>>, (최종방문일 2024.6.26)

224) 배달앱의 대표적인 기업인 우버이츠나 도어대쉬 등은 앱 이용률이 53% 이하일 때 표준 방식을 적용해 최저임금을 보장해야 한다는 조치는 지나치게 가혹하며 관리상 부담이 크다고 주장했다. 앱 이용률이 53% 이하로 줄어든다는 말은 그만큼 앱 배달원의 대기시간도 길어진다는 뜻이고, 기업은 길어진 대기시간에 대해서도 최저임금 이상의 급여를 지급해야 하기 때문이다. 출처: NYC consumer and Worker Protection 부서의 홈페이지 <<https://rules.cityofnewyork.us/wp-content/uploads/2023/06/DCWP-NOA-Minimum-Pay-for-Food-Delivery-Workers.pdf>>, (최종방문일 2024.6.26)

로 보상하는 것이 큰 의미를 지닌다.

전통적인 근로 형태에서 ‘근로시간’은 근로자가 작업을 수행하거나 사용자의 지시 아래에 있는 시간만 포함되었다. 그러나 뉴욕 사례의 경우, 앱 배달원이 일감을 찾아보고, 그 일의 수준을 평가하여 거절하는 시간까지도 ‘대기 시간’으로 간주해 보상 대상에 포함하고 있다. 이러한 조치는 ‘근로시간’의 개념을 확장하여 플랫폼 기반 노동의 특성을 인식하고, 이를 보상 체계에 반영하는 것으로 평가할 수 있다.

이러한 뉴욕시의 정책은 결과적으로 배달원들이 대기시간에도 수입을 얻을 수 있게 함으로써 그들의 경제적 안정성을 증진 시킬 수 있다. 그들의 불확실한 수입에 대한 부담을 줄여줄 수 있다. 또 한, ‘앱 이용률’이라는 개념을 보상 체계에 도입함으로써 기업에도 보다 더 효율적인 일감 배분이 가능하게끔 유도한다는 면에서도 의미가 있다.

2. 캘리포니아주의 앱 기반 운전자 최저임금: 시간과 주행거리 기준 보상 방식

(1) 배경

2020년 1월 1일, 캘리포니아에서는 AB 5 법안이 시행된다. 해당 법안은 플랫폼 노동자와 같이 독립 계약자로 분류되던 노무 제공자들이 ‘ABC 테스트’를 통과하지 못하면, 그들을 근로자로 분류한다는 내용을 담고 있다. ABC 테스트란, 노무 제공자가 독립 계약자로 구분되는 기준을 정한 것이다. 대상자의 노무 제공을 받는 사용자가 입증할 책임을 진다. ABC 테스트는 ‘(A) 업무수행 시 노무자는 기업으로부터 통제와 지시를 받지 않고 (B) 노무자는 기업의 주요 사업 범위 외의 업무를 수행하며 (C) 노무자는 기업과 독립적으로 성사

된 거래 등 종사해야 한다'는 기준을 갖고 있다.

법안이 시행되자 우버와 리프트, 도어대쉬 등 플랫폼 기업들은 법안의 내용이 위험적 요소를 담고 있다고 주장했다. 플랫폼 기업들은 AB5 법안에 대항할 목적으로 '주민발의안 22 (Proposition 22, 줄여서 Prop22)'를 제기한다. 주민발의안22는 앱 기반 운전사를 비롯한 운전기사는 근로자가 아닌 독립 계약자로 분류하는 내용을 담고 있다. 2020년 11월, 해당 발의안은 캘리포니아 주민들의 58% 이상의 찬성을 얻어 통과된다. 이에 반대하는 측은 위헌소송을 제기했다. 2021년 8월, 1심에서는 주민발의안22가 위헌이라는 판결이 나왔다. 하지만 2023년 3월, 캘리포니아주 항소법원은 원심을 뒤집고 주민발의안 22는 헌법에 위배 되지 않는다는 판결을 내렸다. 2023년 6월, 캘리포니아주 대법원은 해당 사안에 대한 심리를 결정했다.

현재 주민발의안 22의 내용은 캘리포니아 「Business and Professions Code」의 'Division 3. profession and vocations generally' 중 Chapter 10.5에 규정되어 있다. 해당 법률의 Chapter 10.5에서는 '앱 기반 운전자(App-Based Drivers and Services)'의 처우 등에 관한 사항을 다루고 있다.

(2) 내용

캘리포니아 「Business and Professions Code」(줄여서 'BPC')법률의 Division 3 중 Chapter 10.5에서는 '앱 기반 운전자'들에 대한 처우 등에 관한 사항을 규정하고 있다. 그 중 article 3에서는 이들의 보상에 관한 부분을 다루고 있다.

해당 법률에 따르면, 플랫폼 기업은 앱 운전자들에게 최저임금 이상의 급여를 지급해야 한다(BPC Section 7453.(a)). 앱 운전사가 각 임금 지급 기간마다 벌어들인 '순수입 (Net earnings)'이 그 기간 동안의 최저임금액보다 높아

야 한다. 만일 회사가 지급한 순수입이 최저임금에 미달하는 경우, 회사는 다음 임금 지급 기간에 운전사에게 그 차액을 지불해야 한다 (BPC Section 7453.(b)).

운전사가 받은 급여 총액이 최저임금에 미달하는지 확인하기 위해서는 그가 받은 순수입이 ‘(A) 앱 기반 운전사들이 일한 시간 (engaged time) x 당해 연도 최저임금 x 120%’로 계산된 금액에 ‘(B) 마일당 차량 운영 비용 (the per-mile compensation) x 이동한 총 마일 (the total number of engaged miles)’을 더한 금액 이상이어야 한다 (BPC Section 7453.(d)(4)). 운전사가 받은 순수입은 급여산정 기간 동안 앱 기반 운전사가 받은 모든 수입이다. 다만, 해당 금액에는 팁, 통행료, 청소비, 공항 수수료, 또는 기타 고객 경비는 포함하지 않는다. 인센티브나 기타 보너스는 포함할 수 있다 (BPC Section 7453.(d)(3)). 급여산정 기간 동안 앱 기반 운전사들이 일한 시간 (engaged time)은 승객이 승차하거나 품목이 운반되는 시간부터 승객이 하차 또는 배송 완료까지 소요된 모든 시간을 말한다(BPC Section 7453.(d)(1)).

(3) 시사점

캘리포니아주의 앱 기반 운전사 최저임금 법안은 운전사들이 활동한 시간 뿐만 아니라, 그들이 이동한 총 마일에 대해서도 보상을 제공한다. 앱 기반 운전사들이 이동한 거리에 대해서 보상하는 건 그들의 실제 작업 환경과 비용을 반영한다는 점에서 의미가 있다. 실제 운전사들은 업무를 수행 하는 데 있어서 차량과 관련된 높은 비용을 부담한다. 앱 기반 운전사들의 최저 임금을 산정할 때 ‘이동한 거리’에 대한 보상을 포함한다는 것은, 연료, 정비 및 수리, 보험료, 차량 감가상각 등과 같은 비용을 보상하는 것을 의미한다.

더불어 캘리포니아주의 정책에서는 앱 기반 운전사들이 일한 시간을 최저

임금의 120% 수준으로 보상한다. 이는 유연한 근무를 하는 앱 기반 운전자들이 독립 계약자로 분류됨으로써 겪을 수 있는 수입 불안정성을 해소하기 위한 방안으로 해석될 수 있다.

3. 시애틀시의 앱 기반 노동자 최저임금: 시간 및 거리 기반 보상에 필요경비를 고려하는 방식

(1) 배경

2022년 6월, 시애틀 시의회는 앱 기반 노동자들을 보호하기 위한 ‘payup policy package’를 통과시킨다. 더불어 앱 기반 노동자의 최저임금 지급을 규정한 조례 SMC 8.37(App-Based Worker Minimum Payment Ordinance)도 통과시킨다.

2024년 1월 13일부터 시애틀에서는 조례(The Seattle Municipal Code)에 따라 앱 기반 노동자들도 최저임금 이상의 급여를 받을 수 있게 되었다. 현재 시애틀 조례에서는 노동에 대한 기준(Labor standard)을 정하고 있는 Title 8의 Chapter 8.37에서 앱 기반 노동자들의 보호에 관한 사항을 규정하고 있다. 2024년 시애틀 안에서 일하는 앱 기반 노동자가 받게 될 최저임금은 ‘(1분당 \$0.44)+(1마일당 \$0.74)²²⁵⁾공식에 일한 시간 및 이동 거리를 대입함으로써 정해진다. 아니면 주문 한 건당 (per-offer) \$5로 계산한다. 플랫폼 기업 (a network company)은 이 둘 중 더 높은 값으로 계산된 급여를 앱 기반 노동자에게 지급해야 한다.

225) 해당 조례가 제정된 2022년엔 1분당 최저임금은 \$0.38, 1마일당 최저임금은 \$0.64였다.

(2) 내용

앱 기반 노동자들의 최저임금을 규정한 SMC Section 8.37.050.B를 토대로 1분당 급여가 \$0.44로 산출된 과정 및 1마일당 급여가 \$0.74로 산출된 과정을 알 수 있다. 1분당 급여는 ‘2024년 시애틀 시간당 최저임금을 분 단위로 나눈 값 (\$19.97/60분) x 1.12 (업무 관련 비용 요소, associated cost factor) x 1.17 (업무 시간 관련 요소, associated time factor)=\$0.44²²⁶⁾로 산출된다. 1마일당 급여는 ‘2024년 시애틀 표준 주행거리당 단가 (standard mileage rate) \$0.67 x 1.10 (업무 마일리지 관련 요소, associated mileage factor)=\$0.74²²⁷⁾으로 산출된다. 고객이 주는 팁이나 봉사료, 혹은 기업이 지급하는 인센티브는 최저임금 비교대상 임금 범위에 포함될 수 없다 (SMC Section 8.37.060).

SMC Section 8.37.020에는 해당 요소들에 관한 정의 규정이 있다. 앱 기반 노동자들의 1분당 최저임금을 산출하는 데 고려되는 업무 관련 요소 (associated cost factor)란, 노동자가 앱 기반 업무를 수행하기 위해 필요한 ‘운영 이외 추가 비용’을 뜻한다. 여기에는 소득세, 의료보험료 및 고용·산재보험료, 휴대폰 및 데이터 요금제 비용과 같은 업무 수행에 필요한 기타 장비 구입비용 등이 포함된다.

마찬가지로 1분당 최저임금을 산출하는 데 고려되는 업무 시간 관련 요소 (associated time factor)란, 노동자가 별도의 보상 없이 주문 등을 기다리는데 소요된 시간을 보상하기 위한 개념이다. 노동자가 소비자 주문을 검토하는 시간, 플랫폼 회사 및 고객과 의사소통 하는 시간, 더 좋은 업무 기회를 얻기 위해 이동하는 시간, 업무 관련 관리 활동, 휴식 시간 등이 포함된다.

226) subsection 8.37.050.B (Engaged minutes x minimum wage equivalent rate x associated cost factor x associated time factor)

227) subsection 8.37.050.B (engaged miles x standard mileage rate x associated mileage factor)

1마일당 최저임금을 산출하는 데 필요한 업무 마일리지 관련 요소 (associated mileage factor)란, 노동자가 별도의 보상 없이 이동한 거리에 대해 합리적으로 보상하기 위한 개념이다. 노동자가 소비자의 주문을 처리한 뒤 이동하는 시간, 휴식·식사·화장실을 가기 위해 이동하는 시간 등을 포함한다.

이러한 요소들이 앱 기반 노동자의 최저임금 산정 공식에 포함된 것은, 주문 처리를 위해 소요하는 시간과 이동 거리뿐만 아니라, 업무 수행을 위한 준비 시간, 휴식 시간, 사회보장 보험료 등 업무 수행에 필요한 추가적인 요소들도 금전적 보상의 범위 안에 들어가야 한다는 것을 의미한다.

더불어 고객이 주문을 취소하더라도 플랫폼 기업은 앱 기반 노동자에게 각 주문당 최소 \$5를 지급해야 하는 의무가 있다.²²⁸⁾ 다만, 앱 기반 근로자가 정당한 사유 없이 주문을 취소했을 때 회사는 건당 최저임금 \$5를 지급하지 않아도 된다(SHRR 240-120 2.b.).

또한 SHRR 240-120 4.c.에서 정하고 있는 ‘유예 기간 (grace period)’에도 기업은 앱 기반 노동자에게 건당 최저임금 \$5를 지급하지 않아도 된다. SHRR에서 말하는 유예 기간은 i. 주문이 즉시 요청 (on-demand)인 경우 ii. 주문이 플랫폼 회사, 고객, 또는 주문 수행에 관여하는 제3자 사업체에 의해 취소된 경우 iii. 앱 기반 노동자가 주문을 수락한 뒤 해당 주문이 3분 이내에 취소된 경우 iv. 앱 기반 노동자가 주문을 이행하기 위해 0.25마일 미만 이동한 경우 v. 기업이 고객에게 취소 수수료를 부과하지 않은 경우이다. 즉, 이 기간에 기업은 앱 기반 노동자에게 건당 최저임금을 지급하지 않아도 된다.

추가로 SMC Section 8.37.050.B.4는 부처 관리자 (The Director)는 앱 노동

228) 시애틀 조례 ‘SMC 8.37’을 집행하기 위해 「시애틀 인권규칙 Seattle Human Rights Rules (줄여서 SHRR)」 Chapter 240도 시행된다. SHRR 240-120에선 앱 기반 노동자의 최저임금 (minimum payment)에 관한 사항을 다루고 있다. SHRR 240-120의 2.에서는 취소된 주문에 대해서도 SMC Section 8.37.050에서 정한 최저임금을 적용해야 함을 규정하고 있다.

자가 수락한 즉시 요청 (on-demand) 주문이 고객에 의해 5분 안에 취소될 경우, 건당 최저임금 \$5를 적용하지 아니할 수 있다는 규칙을 제정할 수 있다고 명시한다. 주문 취소 시 특정 조건 아래에서 건당 최저임금 적용을 제외하는 것은 실시간으로 변하는 플랫폼 환경을 고려한 조치로 보인다.

(3) 시사점

시애틀의 조례는 앱 기반 노동자들의 일한 시간과 이동한 거리를 명확하게 계산하여 보상한다는 점에서 캘리포니아주의 정책과 비슷한 면이 있다. 그러면서도 적절한 최저임금 산출 공식에서 각 요소들을 도입함으로써 보험료와 필요 경비 뿐만 아니라 휴식 시간과 별도의 보상 없이 이동하는 거리까지도 보상하고 있다. 이런 점에서 앱 배달원들의 대기시간을 간접적으로 보상하는 뉴욕 주의 정책과도 닮아있다.

또한, 고객이 주문을 취소했을 때도 단건당 최저임금을 지급하도록 규정함으로써, 주문 취소에 따른 위험을 노동자에게 전가하지 않는다는 점에서 큰 의미가 있다. 이러한 보호 조치는 특히 수입 예측성이 비교적 낮은 앱 기반 노동자들에게 경제적 안정성을 보장한다. 더불어 고객의 주문이 취소되었을 때도 이미 노동자가 투입한 시간과 노력을 보상한다는 점에서 공정한 대가를 약속하는 의미가 있다고 해석할 수 있다.

제5절 소결

제4장에서는 도급제 근로자 및 노무제공자의 임금 수준을 보호하기 위한 다양한 국가들의 사례들을 검토했다. 캘리포니아주의 ‘의류 노동자 보호법’과 일본의 가내노동법상 최저공임을 정하는 사례를 통해 같은 산업 직군의 근로

자라 하더라도 일하는 방식 등에 따라서 임금을 보호하는 방식도 달라질 수 있다는 걸 확인할 수 있었다. 캘리포니아 ‘의류 노동자 보호법’은 시간에 기반한 임금 보호를 중점으로 두는 반면, 일본의 ‘가내노동법’은 작업의 종류와 수행하는 작업의 특성에 따라 최저공임을 설정한다. 캘리포니아주는 근로자의 시간을 보호함으로써 임금의 안정성을 보장하는 반면, 일본은 작업의 특성을 고려한 보수 책정을 통해 공정성을 추구한다.

또한, 미국의 각 주와 도시에서는 최근 등장한 플랫폼 노동자의 보수 수준을 보호하기 위한 법률을 제정하였다. 뉴욕시, 캘리포니아주, 시애틀시의 사례는 일하는 방식과 고용 형태가 변화하는 현대 노동 시장에 효과적으로 대응하고 있다.

이와 대조적으로 한국에서는 도급제 노동의 보수에 대한 법적 보호 수준이 상대적으로 미비한 편이다. 2024년 6월, 내년도 2025년 최저임금을 결정하는 최저임금위원회에서는 특고 및 플랫폼 노동자들에게 최저임금법 제5조 제3항을 확대 적용할 수 있는지 여부 등을 심의하였다.²²⁹⁾ 그러나 결국 이들에게 해당 규정을 적용할 근거가 부족하다는 이유로 논의가 무산되었다.

이처럼 한국에서도 도급제 보수를 받는 자들의 보호에 관한 문제 의식은 있다. 하지만 구체적인 법안 마련이나 법 적용에 대한 논의는 아직 시작 단계에 불과한 상황이다. 향후에도 논의가 여전히 시작 단계에 머물러 있기만 한다면, 근로기준법상 보호를 받는 근로자와 그렇지 못한 자 간의 임금 격차는 더욱 벌어질 우려가 있다.

따라서 제4장에서 검토한 사례들을 토대로, 이들의 임금 및 보수 수준을 보호하기 위한 대안을 제시하고자 한다. 첫 번째로는 도급제 근로자의 근로시간을 기반으로 고정급 하한을 보장하는 방안이다. 캘리포니아의 의류노동자

229) 권신혁, “‘도급근로자도 최저임금 적용’ 논의 첫 단추...최임위 ‘단골’ 될까”, 뉴시스, 2024년 6월 16일자, 인터넷판 <https://www.newsis.com/view/NISX20240614_0002773432?fclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR13Cy2glva-Ix7aIV8tml0QmRDqPkwK4AJsxN4B6VwY65yrEJoUm8Mk2gk_aem_8-z4WYccCI4ocXRqDxkc4g>, (최종방문일 2024.6.26)

보호법 및 택시업계 전액관리제 사례를 참고하여 도급제 근로자가 소정의 근로시간에 대해 적절한 임금을 받도록 보장할 필요가 있다. 이는 근로 시간에 대한 사전 확정여부와 정확한 시간 산정 등을 전제로 한다.

두 번째로 도급제 근로자가 수행하는 작업에 투입되는 시간 등을 고려해 작업 건수당 최저임금을 설정하는 방식을 고려할 수 있다. 일본의 가내노동법 처럼 도급제 근로자의 작업 내용과 난이도를 고려하여 합리적이고 공정한 최저임금 산정이 이루어진다. 또한, 영국의 방식을 참고하여 도급제에 대한 ‘공정한 단가’를 설정하는 것도 고려해볼 수 있다. 이와 같은 방식은 도급제 근로자의 최저임금을 결정하는 데 있어 투명성 및 공정성까지 보장할 수 있다.

마지막으로 플랫폼 노동자를 위한 최저임금 기준을 별도로 마련하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 플랫폼 노동 시장의 특성을 고려한 최저임금 산정 기준을 마련하는 방식이다. 이를 위해 뉴욕의 Local Law 115 of 2021과 같은 사례를 참고할 수 있다. 이는 플랫폼 노동자의 불안정한 수입을 보다 안정화시킬 수 있는 기반을 마련할 것이다.

제5장 결론

제1절 논의의 요약

제2장에서는 근로기준법 제47조에서 규정하고 있는 ‘도급’의 의미를 명확히 파악하기 위해 도급제 임금의 실제 근로 현장에서 어떻게 적용되어 왔는지를 살펴보았다. 일찍이 일본에서는 러일전쟁 이후 직공 개인의 능력을 향상시키기 위한 의도로 도급제 임금(出來高給)이 도입되었다. 개인의 성과를 측정하여 그에 따라 임금을 지급하는 도급제 임금은 노동이 독립적인 형태일 때 적용 가능한 임금 형태이다. 제2차 세계대전 이후 제조업 사업장에서 도급제 대신 정액급제가 주된 임금 형태가 된 까닭도 여러 노동자가 협력하는 형태로 일하는 방식이 바뀌었기 때문이다.

우리나라에서도 도급제 임금은 일본의 사례와 유사한 경로를 따르게 된다. 근로기준법이 제정된 1953년 전후로 노동집약적 사업체인 방직공장과 탄광 등에서는 도급제 임금이 도입된다. 초기 방직 공장에서는 직공 개인의 능력에 의존하는 생산 형태였다. 따라서 회사는 직공들에게 도급제로 임금을 지급했다. 하지만 컨베이어 시스템 도입 등 점차 기계가 개량화 되면서 생산량을 조절할 수 있게 되자 도급제는 일급제로 바뀌게 된다. 자본가는 근로자를 생산량이 아닌 시간으로 통제할 수 있게 되었기 때문이다.

이와 같은 양상은 1970년대 섬유·제과·가발 등과 같은 경공업 분야의 제조업 공장에서도 재현된다. 1970년대 산업화 시대 당시엔 기술상 한계로 노동력에 의존하여 생산량 및 작업 속도를 높여야 했다. 이러한 상황에서 도급제 임금은 근로자들 간 경쟁을 부추겨 생산량과 작업 속도를 높이는 역할을 했다. 하지만 이 역시 자동화 기계 도입으로 인해 기계가 생산량과 작업 속도를

완전히 통제할 수 있게 됨으로써 도급제는 월급제와 같은 시간 단위 임금 형태로 대체되었다.

이처럼 제조업 중심의 산업에서 임금 형태가 도급제에서 시간급제로의 이행이 용이했던 이유는 근로자 노무 제공이 특정한 장소에서 특정 시간대에 이루어졌기 때문이다. 즉, 사용자는 하나의 사업장에서 특정한 시간대에 모인 근로자들을 지휘하고 통제하는 것이 가능했다. 도급제 근로자의 임금을 근로시간에 따라 일정액 이상으로 보장해야 한다는 근로기준법 제47조는 이러한 맥락에서 해석될 수 있다.

하지만 이와 같은 양상은 서비스 산업 시대의 도래 및 정보통신 기술 기반의 산업이 발전한 현대에 접어들어 완전히 달라지게 된다. 일하는 방식은 유례없는 변화를 맞이한다. 정보통신의 기술 발전은 근로자들로 하여금 시공간을 탈피한 노무 제공이 가능하게 만들었다. 제조업 중심의 사업장에서 근로자는 조립 라인에 배치되어 표준화된 작업 절차를 따라서 일했다. 반면 디지털 기술이 출현한 뒤로 근로자는 작업 장소와 시간에 구속되지 않고 일 할 수 있게 되었다.

유연한 근무 형태는 곧 유연한 고용으로도 이어진다. 디지털 플랫폼은 실시간 소비자 수요에 맞추어 노동력을 공급한다. 즉각적인 소비자의 필요에 달린 수요는 작업자에게 연속된 일감을 보장하지 않는다. 잘게 쪼개어진 형태의 일감을 디지털 플랫폼에 접속한 불특정 다수에게 배분할 뿐이다.

이러한 극도의 고용 유연화를 가능하게 만드는 역할을 하는 건 도급제 임금이다. 디지털 플랫폼 기업은 노무자들에게 도급 형태의 보수를 지급함으로써 노무자로 하여금 스스로 노동강도를 높이고 근로시간을 늘리게 한다. 더불어, 수요 감소 등으로 인해 노무자가 보수를 받지 못하는 상황에서의 위험 부담을 전적으로 노무자가 지게 된다. 이와 같은 도급제 임금의 폐해는 이미 제조업 중심의 산업화 시대에서도 드러난 바 있다.

그러나 현재 극도로 유연한 고용 상황에서 표면상 시간과 공간의 제약을 받지 않는 노동자들의 임금 수준을 근로기준법 제47조로 보호할 수 있을지 여부가 문제로 대두되는 상황이다.

제3장에서는 기존 판결 및 연구를 통해 근로기준법 제47조가 보호하는 도급제 근로자가 누구인지, 그리고 이들의 임금 수준이 어떠한 법 해석을 통해 보호되었는지를 살펴보았다. 이를 위해 일차적으로 근로기준법이 제정되었던 1953년으로 거슬러 올라가 그 당시 도급 근로자 규정에 관한 연원을 검토하였다. 특히 민법 제664조에서 규정하는 ‘도급’의 의미와 근로기준법 제47조의 ‘도급’의 의미를 비교하여 분석하였다.

근로기준법이 정하는 ‘도급’의 의미를 보다 구체적으로 살펴보기 위해 대법원 판결을 통해 ‘도급 근로자’로 인정된 사례와 그렇지 못한 사례를 검토하였다. 또한, 근로자의 근로 형태 변화가 근로자성 판단에 어떤 영향을 미쳤는지 알아보기 위해 전통적인 형태로 여겨지는 경공업 분야와 현대적인 서비스업 분야를 분류하여 살펴보았다. 이를 통해 법원은 정보통신 기술의 발전으로 인해 근로자가 특정한 공간과 시간대를 벗어나 노무를 제공할 수 있다는 것을 점차 인정하는 태도를 보이고 있음을 알 수 있었다. 특히 2020년대에 접어들면서 대법원은 이전과는 달리, 사업장 밖에서 일하면서 도급제 임금을 받는 정수기 설치 및 수리 기사에 근로자성을 인정하는 추세다. 대법원은 일하는 방식의 변화에도 불구하고, 표면상으로는 드러나지 않을 뿐 근로자가 여전히 특정한 시간대에 구속되어 일하고 있다고 판시하였다. 즉, 여전히 인적 종속성의 틀 안에서 근로자성을 인정하고 있다.

이러한 해석은 도급제 근로자의 통상임금 산정 방식을 규정하는 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호에까지 이어진다. 해당 규정에서는 도급제 근로자의 통상임금을 구하기 위해선 ‘총 근로시간 수’로 도급 임금 총액을 나누어야 한다고 정하고 있다. ‘총 근로시간 수’를 도급제 근로자가 일을 한 모든 근

로시간의 총량, 즉 ‘실 근로시간 수’라고 해석하는 견해도 있다. 하지만 정수기 설치 기사의 근로자성을 인정한 사례에서 법원은 ‘총 근로시간 수’를 ‘실제 업무를 수행하는 시간’이 아닌 회사가 근로자들에게 업무를 할당하는 시간대인 ‘사용자의 지휘 감독이 미치는 범위’로 해석한다는 점, 근로기준법 제17조 제1항 제2호에서는 ‘소정근로시간’을 명시해야 하는 의무로 규정한다는 점, 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서 정하는 통상임금 요건 중 ‘일률성’을 ‘비율’로 해석하는 경우 도급제 임금이 하나의 비율을 갖기 위해선 ‘총 근로시간 수’는 고정값이 되어야 하는 점 등을 미루어 보면 ‘총 근로시간 수’는 소정근로시간처럼 미리 정해진 특정한 시간대라고 해석할 수 있다. 즉, 근로기준법 제47조의 도급제 근로자는 특정한 시간대에 사용자의 지휘 감독에 따라 일하며 생산고에 따른 임금을 받는 자라고 해석할 수 있다.

이와 같은 해석은 사전에 근로시간을 정하지 않고 노무를 제공하는 자들의 임금 보호 문제를 낳는다. 최저임금법 제5조 제3항 및 이를 위임받아 제정된 최저임금법 시행령 제4조에서는 도급제 근로자로서 근로시간 파악이 어렵거나 그 밖에 시간급 기준으로 최저임금액을 정하는 것이 적합하지 않은 경우엔 생산고 또는 업적의 일정 단위에 따른 최저임금액을 정할 수 있다고 규정하고는 있다. 하지만 해당 규정에 따라 고용노동부 장관은 여태까지 이를 결정·고시한 적이 없다. 또한, 대법원은 성과급영업원에 대해 해당 규정이 적용되어야 한다고 판시한 사례가 있긴 하지만, 사례의 성과급영업원은 특정한 시간대에 구속을 받았고, 도급제로 정해진 성과급 이외에 매월 고정적으로 지급받는 수당이 있었다.

이 같은 사례에 비추어보면, 법원은 근로기준법상 근로자성을 인정하는 요건으로 ‘경제적 종속성’뿐만 아니라 ‘인적 종속성’까지 요구하는 태도를 보인다. 이로 인해, 사전에 근로시간을 정할 수 없고 수행하는 작업 다음의 작업 건수도 보장되지 않는 도급제 임금을 받는 자는 근로기준법상 근로자성을 인

정받지 못할 가능성이 매우 높다. 제3장에서는 기존 근로기준법 및 최저임금법 안에서 이들의 임금을 보호하지 못하는 문제가 발생하는 점을 지적하였다.

제4장에서는 도급제 보수를 받는 자들의 보수 수준을 보호하기 위한 방안을 총 세가지로 분류하여 살펴보았다. 첫 번째 유형은 정해진 소정근로시간이 있으나 시간급 아닌 도급제로 임금을 받는 자들이다. 이 유형엔 실제로 소정근로시간이 정해져있으나 표면상 미리 근로시간을 정하지 않은 경우도 포함하였다. 이 유형은 도급제 보수에 대해 고정급 하한을 보장하는 방식이 적절하다. 고정급 하한을 정하는 기준은 근로기준법 제47조가 규정하는 것처럼 결국 시간에 따른 적절한 수준의 임금을 보장하는 것이다. 사례로는 국내의 택시 근로자들에게 적용된 전액관리제, 캘리포니아주에 도입된 의류 노동자 보호법(The California Garment Worker Act, 'SB62')를 살펴보았다. 이 두 사례는 기존에 도급제로 임금을 받던 자들의 임금 수준을 보호하기 위해 도급제 형태의 임금 적용 방식을 금지하고 시간급제로 전환한 예시다. 더불어 도급제 근로자의 '비생산적인 시간 (nonproductive time)'도 보상해야 한다는 내용을 규정하고 있는 캘리포니아주 노동법(The Labor Code) 제226.2조의 내용도 살펴보았다.

두 번째 유형은 사전에 근로시간을 정하지 않고 도급제 보수를 받으면서 일하는 자들이다. 근로시간을 미리 정하지 않기 때문에 근로시간 파악이 어려운 유형이라고 할 수 있다. 대표적으로 외부객공 지칭 되는 가내노동자가 이 유형에 포함된다. 이들의 근로시간을 파악하기는 어렵기 때문에 첫번째 유형과는 달리 수행한 작업 건수에 따라 최저임금액을 정하여 임금을 보장하는 유형이었다. 사례로는 일본 가내노동법상 최저공임, 영국 국가최저임금법 규정상(The National Minimum Wage Regulations) 도급제 노동자의 공정 단가 (a fair piece rate)를 구하는 방식을 검토하였다.

마지막 세 번째 유형은 현행 근로기준법에서 근로자성 지위를 갖지 못하는

플랫폼 노동자들이다. 이들은 근무장소와 근무시간을 자유롭게 정할 수 있다는 특징이 있다. 디지털 플랫폼 기업과 플랫폼 노동자간 인적 종속성은 느슨하지만, 경제적 종속성은 근로기준법상 근로자와 비교해 느슨하다고 볼 수 없다. 따라서 이들의 최저보수 보장 방안을 검토하였다. 사례로는 뉴욕·캘리포니아·시애틀에서 플랫폼 노동자의 최저 임금을 적용하는 입법례를 살펴 보았다.

제2절 도급제 보수의 보호방안

1. 도급제 보수를 받는 자가 근로기준법 근로자로 인정받는 경우

(1) 근로 시간에 따라 고정급 하한을 보장할 것

도급제 보수를 받는 자의 적절한 수준의 임금을 보장하기 위해서 근로기준법 제47조에 따라 근로시간에 따른 고정급의 하한을 정하는 방식이 있다. 대표적 사례로 택시업종 전액관리제, 캘리포니아주 「의류 노동자 보호법 The California Garment Worker Act, 'SB 62」이 있다. 적용 대상은 경공업 사업장에서 노무를 제공하는 봉제공이나 미싱사와 같은 의류업 종사자들, 사업장 바깥에서 노무를 제공하나 실질적으로는 특정한 시간대에 구속을 받으며 일하는 택시 근로자들이나 서비스업 근로자들이 있다.

최저임금법 제6조 제5항에서는 택시 근로자들의 최저임금 산입범위에서 '생산고에 따른 임금은 제외' 한다고 규정한다. 2008년 3월, 법 개정으로 시행된 해당 규정은 택시업종 전액관리제가 제대로 자리 잡지 못하는 상황에서 도입된 강행 규정이다. 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결은 해당 특례조항의 취지에 대해서 '택시근로자가 받는 임금 중 고정급의 비율을 높여 운송수입금이 적은 경우에도 최저임금액 이상의 임금을 받을 수

있도록 보장함으로써 보다 안정된 생활을 영위할 수 있도록' 하는 것이라고 말했다. 따라서 노사 간 합의가 있었다고 하더라도 매년 택시근로자의 소정근로시간이 줄어들어 1일 1시간이나 2시간에 불과하게 된다면, 그에 따른 고정급만으로는 안정적인 생활을 유지할 수 없음이 자명하므로 실제 근무 형태나 운행시간 단축 없는 소정근로시간 단축 합의는 무효라고 판단하였다.

이와 같은 판단이 나올 수 있었던 배경을 고려해 본다면, 도급제 임금을 적용받았던 택시 근로자들의 안정적인 생활을 유지하기 위해 '소정근로시간'을 정하는 것은 이들의 안정적 생활 유지를 위해 일정액 이상의 고정 수입을 확보하기 위한 역할을 한다.²³⁰⁾ 따라서 택시업종 전액관리제의 사례와 같이 종전 도급제 임금을 받던 자의 '소정근로시간'을 정해 그에 따른 임금을 고정급으로 지급하여 고정급 하한을 정하여 임금을 보장하는 방식을 고려해 볼 수 있다.

2022년 1월부터 시행된 캘리포니아주의 「의류 노동자 보호법」도 이와 같은 맥락에서 볼 수 있다. 캘리포니아주의 「의류 노동자 보호법」 또한 택시업종 전액관리제와 유사하게 도급제에서 시간급으로 전환을 통해 의류업계 근로자들에게 안정적인 임금 수준을 보장하는 사례이다. 이처럼 기존 도급제 임금 형태로 급여를 받던 근로자가 근무한 모든 시간에 대해 임금을 받을 수 있도록 제도적으로 보장하는 방안도 모색해 볼 수 있다.

(2) 최저임금법 제5조 제3항에 따라 생산고에 따른 최저임금액을 정할 것

최저임금법 제5조 제3항 및 최저임금법 시행령 제4조에서는 도급제 근로자의 근로시간을 파악하기 어렵다거나 시간급으로 정하는 게 적당하지 아니하다고 인정되는 경우, 생산고 또는 업적 일정 단위에 따라 최저임금액을 정할 수

230) 이셋별, “택시업계 임금 청구 소송으로 살펴본 ‘소정근로시간’의 의미”, 노동법포럼 제41호, 노동법이론실무학회, 2024.3, 275쪽.

있다고 규정한다. 이는 도급제 근로자의 특성을 고려하여 시간급 아닌 생산고에 따른 최저임금 산정 방식의 가능성을 열어두고 있지만, 아직 고용노동부장관이 이를 고시한 적은 없다. 해당 규정에 따라 도급제 근로자의 생산고 또는 업적 일정 단위에 따른 최저임금액을 정해 그들의 최저 보수를 보장해야 한다. 적용 대상으로는 특정한 시간대에 구속을 받지만 근무 특성상 휴게시간 등이 많아 실제 근로시간을 정하기 어려운 영업사원 등이 해당될 것이다.

이를 위해 영국의 「국가최저임금법 규정」에서 규정하는 생산고 작업(output work)에 따라 최저임금액을 결정하는 방식, 즉 ‘공정 단가 (a fair piece rate)’를 계산하는 방식을 참고할 수 있다. 영국에서는 ‘작업물 단가 평가제 (rated output work)’ 방식을 도입하여, 도급제 근로자들의 최저임금을 보다 현실적으로 산정하고 있다. 이 제도는 도급제 임금을 통해 근로자가 일정 시간 동안 생산할 수 있는 평균 생산량을 기준으로 하여 최저 임금을 산정한다. 시간당 평균 생산량(the average hourly output rate)을 기반으로 하여, 이를 공정 단가로 환산하는 방식을 명시하고 있다.

영국의 사례와 같이 한국에서도 ‘작업물 단가 평가제 (rated output work)’와 같은 방식을 도입하여 근로자가 수행하는 작업 한 건당 걸리는 평균 시간 등을 구하여 도급제 근로자의 생산량에 따른 최저임금액을 고시할 필요가 있다. 이는 도급제 근로자의 생산성이 직접적으로 임금에 반영될 수 있고, 시간 측정이 어려운 근로 환경에서도 공정한 임금 산정이 가능하게 하는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 무엇보다 도급제 근로자의 임금 산정 기준과 과정이 객관적인 기준에 의해 정해짐으로써, 도급제 근로자의 최저 수준 임금이 보장되는 것은 물론 임금의 공정성도 담보될 수 있을 것이다.

2. 도급제 보수를 받는 자가 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하는 경우

현행 근로기준법에서 규정하는 도급제 근로자는 기본적으로 ‘근로시간’에 따른 보호를 받는다. 근로기준법 제47조에서도 도급제 근로자의 근로시간에 따라 적정 임금 수준을 보호하고, 최저임금법 제5조 제3항에서도 도급제 근로자의 최저임금은 원칙적으로 ‘시간급’을 기준으로 정해야 한다고 명시한다. 이처럼 도급제 근로자에게 근로시간은 필수 불가결하다.

최근 대법원은 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제6호에 규정된 도급 금액의 통상임금을 구하는 데 필요한 ‘총 근로시간 수’에 대해서 ‘실제로 업무를 수행할 때 투입되는 총 시간’이 아닌 ‘사용자의 지휘·감독이 미치는 시간’으로 해석하고 있다. 또한 동조 제1항에서 규정하는 통상임금 요건 중 ‘일률성’을 ‘하나의 비율’로 해석할 경우, 도급 임금의 통상임금 산식의 분모가 되는 ‘총 근로시간 수’는 고정값이 되어야 한다. 더불어 현재에도 근로기준법상 근로자성을 인정받기 위해선 사용자에게 대한 근로자의 인적 종속성이 인정되어야 한다. 이를 종합해보면, 도급제 근로자에게 미리 정해진 근로시간이란 근로자임을 인정받기 위한 중요한 요소다.

이는 도급제 보수를 받으면서 사전에 근로시간을 정할 수 없는 자들과 구별된다. 디지털 플랫폼 노동자와 같이 시공간의 제약을 받지 않고 자유롭게 노무를 제공하는 자들은 기존 노동법제 아래에서 인적종속성을 인정받지 못할 가능성이 높다. 따라서 이들의 도급제 보수 수준을 근로기준법이나 최저임금법으로 보장하기 어려운 측면이 있다.

또한, 애초에 정해진 시간에 구속받지 않는 노무 제공자들에게는 소정 근로를 넘는 근로로서 특별한 것으로 간주 되는 근로기준법 제56조의 연장·야간·

휴일근로에 대한 보상이나 노동력 회복을 위해 소정근로일을 개근한 자에게 주어지는 근로기준법 제55조 제1항에 따른 유급휴일, 1년에 8할 이상 출근한 자에게 주어지는 근로기준법 제60조의 연차휴가 등과 같은 규정까지 적용하는 건 무리가 있다.²³¹⁾ 다만, 노무 제공자들이 주 수입원을 사업주에게 의존하는 경우, 근로기준법상 근로자와 비교할 때 경제적 종속성이 결코 떨어지지 않을 수 있다. 이때 이들이 받는 도급제 보수 수준을 보장할 필요성이 있다.

이처럼 현재 사업주에 대한 노무 제공자의 인적 종속성은 약하나 경제적 종속성은 인정되는 경우, 공정거래위원회는 이들을 ‘특수형태근로종사자’로 분류하여 「노무제공자에 대한 거래상 지위 남용 행위 심사지침」으로 보호한다. 해당 지침이 보호하는 대상은 인적 종속성이 약하여 근로기준법상 근로자로 분류되지는 않으나 경제적 종속성은 인정되는 직종에 종사하는 자들이다. 고용 형태가 다변화 되면서 해당 지침으로 보호되는 직종은 점점 늘어나고 있다.²³²⁾ 해당 지침에 따르면, 사업자가 노무 제공자에게 현저히 낮은 대가에 의한 용역제공을 요구하는 일은 불이익 제공 행위로서 거래상 지위 남용에 해당할 수 있다.

하지만 해당 지침만으로는 도급제 보수의 구체적인 최저 보수의 기준을 정할 수 없다. 헌법재판소가 판시한 것처럼 특수형태종사자로 분류되는 노무 제공자들은 다양한 분야에 포진되어 있어서 이들 사이에서도 노무제공의 방법, 성격, 경제적 종속의 정도 등이 다르기 때문이다.²³³⁾ 따라서 도급제 보수를 받는 자들의 임금 수준을 실질적으로 보장하기 위해선 개별법이나 자치 법규 개정 등을 통해 이를 정하는 방법을 고안해 볼 수 있다. 이를 위해 일본의 가내노동법으로 가내노동자들에 대한 최저공임을 정한 사례, 미국 뉴욕시에서

231) 이셋별·권오성, “임금에 관한 최근 판결 경향의 검토”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론 실무학회, 2022.7, 156쪽.

232) 2019년 7월엔 산재보험법 시행령 개정을 반영하여 대출모집인, 신용카드회원모집인, 대리운전기사, 건설기계기사 추가. 2023년 7월부터는 어린이 통학버스 운전기사, 관광통역 안내사, 건설현장 화물차주 추가. 2024년 1월부터는 방과 후 강사 추가.

233) 헌법재판소 2016. 11. 24.자 2015헌바413 전원합의체 결정.

디지털 플랫폼 배달원의 최저보수를 보장하기 위해 「뉴욕시 규칙 (Rules of the City of New York)」에 ‘제3자 서비스 노동자’에 관한 사항을 추가한 사례나 시애틀시에서 앱 기반 노동자들의 최저임금을 조례로 정하고 있는 사례를 참고할 수 있다.

또한, 이들에게 헌법 제33조에서 정하는 근로 3권을 부여하여 사업주와의 단체교섭을 통해 최저 보수에 관한 기준을 정하는 방법도 고안할 수 있다. 실제로 2024년 4월, 경기 시흥시에서는 배달대행사 4곳과 공공운수노조가 단체협약을 맺어 시흥지역 배달 라이더의 최저임금을 정한 사례가 있다.²³⁴⁾ 이들 간의 단체교섭 및 단체협약이 체결되기에 앞서 경기지방노동위원회는 시흥시 배달 라이더들의 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자성을 인정했다.

이처럼 근로기준법 바깥에 있는 이들을 보호하기 위해선 헌법상 근로자 개념을 노동법상 근로자보다 넓게 해석해야 한다. 이들을 보호할 목적으로 각 개별법을 제정한다면, 개별법의 근거가 되는 법원(法源)이 필요하다. 근로기준법상 근로자로 인정받으려면 여전히 ‘인적 종속성’이 강하게 요구된다. 따라서 현재 근로기준법 테두리 안에서는 이들을 보호할 근거가 충분하지 않을 수 있다. 또한, 지금처럼 이들에 대한 보호를 공정거래위원회의 지침과 같은 경제법에 근거할 경우, 이들이 근로 3권을 누리지 못하는 결과를 낳을 수 있다.²³⁵⁾ 경제법 관점에서의 사업자 간 ‘단결’은 곧 ‘담합’으로 평가될 가능성이 있기 때문이다.

헌법 제32조에서는 근로자에게 적정 임금과 최저임금을 보장해야 한다고 정하고 있다. 하지만 현재 헌법상 근로자 개념이 노동법상의 근로자 개념을

234) 정소희, “시흥 배달라이더 최저임금 단협으로 보장한다”, 매일노동뉴스, 2024년 5월 10일자, 인터넷판, <https://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=221455&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR1WyMYKLuL1cPUJ5tylq0xodhWT7FaOyNHqoRSXU7f9S-2W2IKdToCmh1Q_aem_Ab3wxlZPveJ_JaNvIC20e3j09T1fl0tMHmF8VV3IBy0PWuz-21ApTIP0GTsUH9SkpM30kKFUon9k7IRkP6BoI7aT>, (최종방문일 2024.6.26)

235) 권오성, “플랫폼 경제와 노동법”, 「노동연구」 제41집, 고려대학교 노동문제연구소, 2020. 12, 83쪽.

넘어 독립적인 개념으로 존재한다고 보기는 어렵다.²³⁶⁾ 헌법상 근로자에 대한 별도의 개념을 두고 있지 않으므로 근로자에 대한 해석 역시 전통적인 종속성을 전제한다. 이에 따라 현재의 다양한 고용 형태와 일하는 방식을 기존의 법적 틀로는 보호하기 어렵다는 한계가 있다.

이러한 상황에서는 헌법상 근로자 개념의 재정립이 필요하다. 현대 사회에서는 근로관계가 전통적인 고용 형태에서 벗어나 다양한 형태로 변화하고 있다. 프리랜서나 플랫폼 노동자 등 다양한 근로 형태가 등장하고 있다. 이러한 변화는 기존의 노동법이 설정한 근로자 개념과 법적 장치로는 충분히 대응하기 어렵다.

따라서 헌법상 근로자 개념을 현대적 노동환경에 맞게 재해석하고, 이를 바탕으로 실질적인 노동 보호를 위한 법률적 근거를 마련하는 것이 필요하다. 헌법에서 설정한 근로자의 법적 지위와 권리에 대한 해석이 현대 노동환경에 맞게 재구성되어야 한다.²³⁷⁾ 헌법상 기본권에 근거하여 전통적인 종속성 기준에서 벗어나 일하는 자들에게도 법적 보호를 제공해야 한다.²³⁸⁾ 헌법상 근로자 개념의 재구성은 현대의 변화하는 환경을 반영하여 근로자를 보호하는 법적 틀을 재정립하는 데 큰 역할을 할 것이다.

236) 김연식, “현대 사회에서 헌법상 근로자 개념의 재구성”, 「헌법학연구」 제30권 제1호, 한국헌법학회, 2024.3, 90쪽.

237) 위의 글, 123쪽.

238) 권오성, “‘일하는 사람을 위한 기본법’ 제정의 필요성”, 「노동법학」 제81호, 한국노동법학회, 2022.3, 190쪽.

제3절 논의의 마무리

본 연구를 통해 도급제 보수를 받는 자들의 보호에 대한 다양한 접근법과 법적 사례를 살펴보았다. 세계 각국에서 시행되고 있는 법률과 정책들은 이들의 경제적 안정과 공정한 대우를 추구하는 방향으로 발전하고 있다. 그러나 아직도 도급제 보수를 적용받는 자들은 충분한 법적 보호를 받지 못하는 현실에 처해있다. 이는 일하는 자들의 권익 향상을 위해 지속적인 노력이 필요함을 시사한다.

한국에서도 도급제 근로자와 플랫폼 노동자 등 다양한 형태의 노동이 이미 오래전부터 존재해 왔다. 그럼에도, 이들을 보호할 수 있는 법적 장치는 충분히 마련되지 않은 상황이다. 이에 따라, 국내외 사례를 참고하여 한국의 노동 법제를 강화하고, 도급제 보수를 받는 자들의 권익 보호를 위한 법적 기반을 마련하는 게 시급하다. 특히, 근로 3권을 포함한 헌법적 보장을 통해 이들이 안정적이고 공정한 대우를 받을 수 있도록 하는 것은 우리 사회와 경제의 건강한 발전을 위해 필수적인 과제다.

본 연구가 제시한 다양한 법적 조치와 정책 제안이 현실에 적용될 수 있도록 관련 법규 개정 및 정책 수립 과정에서 충분한 논의와 고민이 이루어져야 한다. 앞으로도 지속적인 연구와 사회 각계의 관심이 필요한 분야임을 인식하고, 이들의 안정적인 생활과 근로 조건 개선을 위해 노력해야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김수영, 「디지털 시대의 사회복지 패러다임: 네트워크적 접근 (네트워크적 접근 | 한국사회의 구조 변화와 미래 대응)」, 집문당, 2021
- 김영재·김성국·김강식, 「신인적자원관리」, 탐북스, 2021
- 이영석, 「공장의 역사(근대 영국사회와 생산 언어 정치)」, 푸른역사, 2012.
- 이영재, 「공장과 신화(1970년대 영등포공단 대일·롯데·해태의 여성노동자 이야기)」, 학민사, 2016.
- 대런 아세모글루·사이먼 존슨, 「권력과 진보(기술과 변형을 둘러싼 천년의 쟁투)」, 김승진 옮김, 생각의힘, 2023.
- 모리츠 알텐리트, 「디지털 팩토리」, 권오성·오민규 옮김, 숨쉬는 책공장, 2023.
- 조앤 W. 스콧, 「여성 노동 가족 (근대유럽의 여성노동과 가족전략)」, 김영 옮김, 앨피, 2021.
- 지원림, 「민법강의 (11판)」, 홍문사, 2013.
- 테일러 프레드릭 윈슬로우, 「과학적 관리의 원칙」, 박진우 옮김, 박영사, 2006.
- 헨리 포드, 「고객을 발명한 사람 헨리 포드」, 공병호 옮김, 21세기북스, 2006.
- 濱口桂一郎, 「日本の雇用と労働法」, 日本経済新聞出, 2011

2. 논문

- 강성태, “가내근로와 통신근로의 노동법적 규율”, 「노동법연구」 제8호, 서울대학교 노동법연구회, 1999.6.
- _____, “가내근로의 노동법적 보호”, 「노동법연구」 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997.8.
- 강이수, “1930년대 여성노동자의 실태-면방직업을 중심으로-”, 「국사관논총」 제51집, 국사편찬위원회, 1994.6.
- 권오성, “‘일률성’이란 무엇인가?”, 「월간노동법률」 제357호, 중앙경제, 2021.2.
- _____, “‘일하는 사람을 위한 기본법’ 제정의 필요성”, 「노동법학」 제81호, 한국노동법학회, 2022.3.
- _____, “‘채직 조건’ 정기상여금의 통상임금성”, 「중앙법학」 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018.6.
- _____, “주휴수당의 딜레마-초단시간근로자의 최저임금 차별 문제를 중심으로-”, 「사회법연구」 제35호, 한국사회법학회, 2018.1.
- _____, “플랫폼 경제와 노동법”, 「노동연구」 제41집, 고려대학교 노동문제연구소, 2020. 12.
- _____, “플랫폼 노동자에 대한 최저보수 도입방안”, 「플랫폼노동자 최저임금 권리보장 방안 토론회」, 2023.5.
- _____, “플랫폼 노동자의 근로자성”, 「노동법포럼」 제32호, 노동법이론실무학회, 2021.2.
- 김삼수, “영국 전국최저임금제의 집행체제와 전개”, 「EU학연구」 제18권제1호, 한국EU학회, 2013.1.

- 김명철, “민법상 ‘도급(都給)’용어에 대한 사적 고찰”, 「법학논총」 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7.
- 김보현, “해태제과 여성들의 ‘8시간 노동제’ 실현: 삶을 노동으로 환원하는 체제에 저항하다”, 「기억과전망」 제45호, 한국민주주의연구소, 2021.12.
- 김연식, “현대 사회에서 헌법상 근로자 개념의 재구성”, 「헌법학연구」 제30권 제1호, 한국헌법학회, 2024.3.
- 김홍영, “통상임금의 해석상 쟁점”, 「노동법연구」 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013.9.
- _____, “최저임금 비교대상임금의 범위 조정”, 「노동법학」 제66호, 한국노동법학회, 2018.6.
- 김희성·이재현, “최저임금 특례규정 적용 택시운전 근로자의 소정근로시간 단축 유효성”, 「경영법률」 제31권 제2호, 한국경영법률학회, 2021.1
- 박상진, “도급제 근로자의 통상임금 —대상판결 : 서울고등법원 2021. 10. 26. 선고 2019나2031229 판결—”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회, 2022.7.
- 박성쾌, “비율급(보합)제하에서의 어업(자원)관리에 관한 연구-대형기선저인망조합어업을 중심으로-”, 추계학술발표회, 한국수산경영학회, 2004.
- 박우성, “변증법적 관점에서 바라본 일본 임금체계의 역사적 변화와 시사점”, 「노동정책연구」 제23권 제4호, 한국노동연구원, 2023.12.
- 박은정, “통상임금 산정을 위한 기준시간”, 「노동정책연구」 제13권 제4호, 한국노동연구원, 2013.11.
- 방강수, “도급제 임금에서의 통상임금 법리”, 「노동법연구」 제51호, 서울

- 대학교 노동법연구회, 2021.9.
- _____, “비전형근로자의 소정근로와 근로조건 - 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로-”, 「법학논총」 제39권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2022.6.
- 신원철, “1970년대의 <도급임금제>”, 「비정규노동」, 통권 23호, 한국비정규노동센터, 2003.8.
- _____, “임금 형태의 변화와 노사갈등”, 「사회와역사」 제94호, 한국사회사학회, 2012
- 신인철, “플랫폼노동은 새로운 일자리인가: 플랫폼노동의 일자리 특성과 생애 직업력 분석”, 「KLI패널 워킹페이퍼」 2022년 제7호, 한국노동연구원, 2022.
- 유성재, “통상임금에 대한 입법론적 고찰”, 「중앙법학」 제16집 제1호, 중앙법학회, 2014.3.
- 이달휴, “최근 대법원 전원합의체 판결과 임금·통상임금의 판단요소”, 「법제」, 법제처, 2014.4.
- 이섿별·권오성, “임금에 관한 최근 판결 경향의 검토”, 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회, 2022.7.
- 이섿별, “택시업종 전액관리제 정착을 위한 방안 연구”, 「노동법포럼」 제40호, 노동법이론실무학회, 2023.11.
- _____, “택시업계 임금 청구 소송으로 살펴본 ‘소정근로시간’의 의미”, 「노동법포럼」 제41호, 노동법이론실무학회, 2024.3.
- 이은희, “냉전기 한국 가발공의 탄생 (1963~1970)”, 「역사비평」 제135호, 역사비평사, 2021.5.
- 이정협, “서울시 의류업체의 하청생산의 강화에 따른 입지변화와 노동력 구성의 변화”, 「지리학논총」 제21호, 서울대학교 국토문제연구소,

1993.2.

이철수, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점”, 「서울대학교 법학」 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013.9.

_____, “최저임금법상의 비교대상임금에 대한 비판적 분석 : 대법원 2007.1.11. 선고 2006다64245 판결을 중심으로”, 「노동법연구」 제28호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.3.

이찬우·김진두·이상아, “비공식노동의 플랫폼노동으로의 전환과정: 플랫폼화의 명과 암”, 「노동정책연구」 제22권 제2호, 한국노동연구원, 2022.6.

정인섭, “최저임금법상 비교대상임금과 통상임금”, 「노동법연구」 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007.9.

정헌주, “석탄산업과 탄광노동자계급의 성장과 쇠퇴”, 「지역사회학」 제5권 제2호, 지역사회학회, 2004.6.

3. 학위논문

박정숙, 「탄광노동의 생산 재생산과정에 관한 연구: 태백시 도계읍을 중심으로」, 강원대학교 석사학위논문, 1993.

4. 연구보고서

국사편찬위원회, 「1970년대 해태제과 '8시간 노동' 실현의 기억들」(구술 이복례, 김복실, 순점순, 김미순 면담: 김보현), 국사편찬위원회, 2020.11.

김준영 외 3인, 「플랫폼종사자 규모와 근무실태」, 한국고용정보원,

2021.11.

노상헌, 「가내근로에 관한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2003. 11.

배규식·이문범, 「택시업종의 바람직한 임금제도 연구」, 노동부, 2001.12.

배규식·이문범, 「택시업종 최저임금 현장연구 및 제도 개선 방안」, 고용노동부, 2015.11.

배규식·이문범·김승규, 「택시최저임금의 산업범위 조정 -택시운전근로자 최저임금 산업범위 개정에 따른 적용실태 및 효과분석」, 고용노동부, 2011.10.

이종구 외, 「1970년대 산업화 초기 한국노동사 연구」(노동부 용역보고서), 성공회대학교사회문화연구소, 2002.12.

정연수, 「탄광촌의 삶」, 강원연구원 강원학연구센터, 2019.12.

5. 서양서

Albert Tissier, 「L'application de la loi du 10 juillet 1915: zur le minimum de salaire dans l'industrie de vêtement」, 1917.

Charles Babbage, 「on the economy of machinery and manufactures」, 1832.

ABSTRACT

ABSTRACT

A Study on the Protection of Wages in Piece Rate Labor

Lee Saet byul

This study aims to protect the wage levels of contract workers who are paid based on 'production output'. To do this, an interpretation of current legal provisions for the protection of contract workers' wages must first be addressed. Under Article 47 of the Labor Standards Act, it is stipulated that contract workers must be guaranteed a fixed wage according to 'working hours'. However, according to Article 5, Clause 1 of the Minimum Wage Act, the minimum wage should be set on an hourly basis. Nevertheless, Clause 3 of the same article allows for the minimum wage for contract workers to be set based on 'a certain unit of production or achievement', as prescribed by Presidential Decree, if it is deemed inappropriate to set the minimum wage according to time as stipulated in Clause 1.

From these regulations, it can be interpreted that contract workers should generally be guaranteed a minimum or fixed level of wages

based on 'working hours'. Article 6, Clause 2, Item 6 of the Enforcement Decree of the Labor Standards Act also indicates that the standard wage level for contract workers is determined by the 'total number of working hours'. Currently, there are various interpretations of working hours for contract workers. Some argue that the 'total working hours' applicable to contract workers refer to actual working hours spent on the job, while others view it as a predefined set of hours similar to regular working hours. If working hours are interpreted as the former, then the working hours of contract workers are variable; if as the latter, then like hourly workers, the working hours have a fixed nature. Therefore, it is necessary to first interpret what working hours mean for contract workers as defined in the legislation.

On the other hand, as stipulated by Article 6, Clause 3 of the Minimum Wage Act, there are cases where it is not appropriate to set wage levels based on working hours. According to Article 4 of the Enforcement Decree of the Minimum Wage Act, such cases include when it is difficult to determine the working hours of contract workers or other circumstances make it inappropriate to set the minimum wage based on time. Even for contract workers, if it is difficult to determine working hours, the minimum wage should be set based on 'per unit of production'. Thus, it becomes evident that contract workers should have different applicable wage levels depending on whether working hours are easily determinable or not. The purpose of this study is to explore protective measures by categorizing into ① protecting wage

levels based on working hours, and ② protecting wage levels based on production units. Furthermore, we will also discuss additional protective measures for cases where contract workers do not qualify as workers under the Labor Standards Act due to current legal limitations.

Key Words: Piece Rate, Piece Rate Worker, Platform Worker, Total Working Hours, Article 47 of the Labor Standards Act, Article 5, Paragraph 3 of the Minimum Wage Act