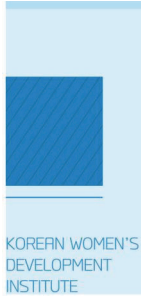


기획특집

유연한 근무를 '뉴노멀'로:
성 격차 해소와 저출생 해결의 열쇠

- 인구 감소시대의 여성 경제활동활성화 과제 :
유연한 근로시간과 근로환경의 중요성
정성미 | 한국여성정책연구원 연구위원
- 가족친화인증을 통한 중소기업의 일·생활 균형
제고 방안
신우리 | 한국여성정책연구원 부연구위원
- 근로자의 가족 돌봄 부담과 사용자의 배려·조정 의무 :
대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결을
중심으로
구미영 | 한국여성정책연구원 연구위원



근로자의 가족 돌봄 부담과 사용자의 배려·조정 의무 : 대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결을 중심으로¹⁾

구미영 한국여성정책연구원 연구위원

한국의 육아휴직, 출산휴가 제도 그 자체는 국제적 기준을 상회하는 높은 수준으로 설계되었는데, 근로자들의 일·생활 양립과 가족 돌봄 관련 다양한 욕구들을 모두 수용하기에는 한계가 있다. 휴직, 휴가라는 고정적인 형태의 근로일 조정으로는 근로자와 그 가족의 생애주기와 가족 형태 등에 따른 개별적 필요에 대응하기 어렵기 때문이다. 또한 육아휴직이나 육아기근로시간단축 제도를 이용할 경우 소득이 감소하거나 경력이 단절될 가능성을 염려하는 근로자는 근로시간의 조정을 통한 일·가족돌봄 병행 방식을 선호할 수도 있다. 이러한 사각지대의 문제는 입법적으로 해결되어야 할 성격이 크나, 현행 법령의 해석으로 보완할 수 있는지에 대해서도 면밀히 검토할 필요가 있다.

이 글은 자녀 양육, 돌봄을 위해 근로시간 등 근로조건을 조정할 사용자의 의무는 법률에서 구체적

으로 정한 제도(예: 육아휴직 등)에 한정되는 것인지, 구체적으로 명시하지 않았더라도 조정하고 배려(또는 편의를 제공해야)할 의무가 있는 것인지 등에 대해 검토하고자 한다. 이를 위해 자녀 양육기 근로자에 대한 사용자의 배려의무를 인정한 대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결을 중심으로 논의를 전개한다.

1. 대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결의 의의

가. 사실관계 및 판결 요지

원고 회사는 상시 약 6,400명의 근로자를 고용하여 건물종합관리업 등을 영위하는 법인으로 지방자

1) 이 글은 김영미·구미영(2023)의 남녀고용평등법상 육아기 근로자의 근로시간 조정·배려의무 등에 관한 연구(법원행정처 연구용역 보고서) 중 필자의 집필 부분 및 구미영(2023). "가족돌봄 근로자에 대한 근로시간 조정·배려의무". 『노동법학』 제88호를 바탕으로 작성한 것임

치단체 소유 도로의 유지관리용역을 낙찰받아 2017. 4. 1. 도급계약을 체결하였다. 원고는 입찰 시 '근로자의 고용안정을 위하여 근로자의 자진퇴사, 정년 도래, 요급수납 부정, 기타 사회통념상 고용이 어려운 경우 등 특별한 경우를 제외하고 과업 인원을 고용승계하고 고용을 유지하겠다'는 근로조건 이행 약속서를 제출하였다. 근로자는 종전에 위 용역을 수행하던 회사(이하 '종전 용역업체')에 2008년 입사하여 8년여 기간 동안 이 사건 영업소에서 근무하여 왔는데, 원고가 용역업체로 낙찰받음에 따라 2017. 4. 1. 원고와 근로계약을 체결하였고 담당 업무의 변함 없이 근무하였다.

참가인과 원고가 체결한 근로계약에는 '참가인은 9시부터 18시까지 근무하고, 수습기간 3개월 중 문제가 있는 경우 사용자가 본채용을 거부할 수 있으며, 주휴일과 근로자의 날만을 휴일로 인정하고, 상기 내용에 없는 사항은 현장직 복무규정 등에 따른다'는 내용이 포함되어 있었다. 원고의 취업규칙인 현장직 복무규정 제15조는 '현장직 일근직 사원의 근로시간은 현장의 특성에 맞추어 정하고, 회사는 부득이한 사정으로 근무시간이 변경되는 경우 이를 사전에 통보하여야 하며, 사원은 정당한 이유 없이 근무시간 변경을 거부하지 못한다'는 내용을 규정하였다.

참가인은 원고 소속으로 근무할 당시 만 7세 미만 자녀 2명을 양육하는 여성이었는데, 종전 용역업체 소속일 때에는 출산 및 양육을 이유로 초번 근무(교대제 근로자들의 근무전환시간 또는 휴게시간 동안 공백을 방지하기 위하여 매월 일정 횟수로 오전 6시부터 오후 3시까지 근무하는 것)는 면제받고 공휴일에는 다른 팀의 같은 업무 담당 근로자들과 마

찬가지로 연차휴가를 사용한 것으로 대체하여 실제로 근무하지 않았다.

참가인은 원고와 근로계약을 체결한 달인 2017. 4.에는 자녀의 어린이집 또는 유치원 등원 시간에 맞추어 외출을 허락받아 사전에 통보받은 초번 근무 3회를 모두 수행하였다. 참가인은 2017. 4. 말경 원고로부터 '공휴일에 휴무할 수 없으니 출근하라'는 지시를 받았으나 2017. 5.부터 공휴일에 출근하지 않았고, 2017. 5. 4. 원고에게 '종전 용역업체에서는 공휴일에 근무하지 않았고 다른 영업소에서도 마찬가지이며, 오랜 근무형태를 하루아침에 변경하는 것은 부당하다'는 내용의 경위서를 제출하였다. 이에 원고가 참가인에게 '무단결근이 계속되면 초번 근무 시 외출을 허용할 수 없다'는 취지로 언급하자, 참가인은 2017. 5.부터는 초번 근무를 수행하지 않았다.

원고는 본채용 평가에서 참가인이 초번 근무 총 9회 거부하고 공휴일(총 4일) 및 근로자의 날에 무단결근을 하였다는 이유로 근태 항목에서 50점 가까이 감점하였고, 그 결과 본채용 기준인 총점 100점 중 70점에 미달하였다는 이유로 2017. 6. 이 사건 본채용 거부 통보를 하였다.²⁾

1심 법원은 헌법상 기본권인 자녀 양육의 권리와 남녀고용평등법 입법을 통하여 구현하고자 하는 가치를 침해하지 않아야 하며, 이것이 이 사건 본채용 거부 통보가 사회통념상 상당성을 갖추었는지 판단하는 기준이 된다고 제시한 후 수습기간 및 수습평가 과정에서 일·가정 양립을 위한 배려나 노력을 기울이지 아니하고 형식적으로 관련 규정을 적용하여 참가인이 '근로자로서의 근무'와 '어린 자녀의 양육' 중 하나를 택일해야 하는 상황에 처하게 하였기 때

2) 노동위원회에 부당하고 구제를 신청한 결과 초심 기각, 재심 인용 결정이 내려졌다.

문에 정당성을 인정할 수 없다고 판단하였다.³⁾ 항소심 판결에서는, 참가인이 자녀 양육 때문에 공휴일 근무가 불가능하다는 사정을 설명하거나 이를 해결하기 위한 조치(연가 사용 허가 등)를 요청하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, 24시간 계속하여 도로통행료 징수 및 지원을 하여야 하는 참가인 소속 부서 업무의 특성상 일정 부분의 공휴일 근무 및 초번근무를 분담하는 것이 불가피함 등을 고려하여 본채용 거부의 정당성을 인정하였다.⁴⁾

대법원은 1심과 마찬가지로 헌법상 기본권으로서 자녀 양육권을 강조하고 남녀고용평등법이 양육권을 법률로 구체화하여 근로자의 양육을 배려하기 위한 국가와 사업주의 일·가정 양립 지원의무에 관하여 규정한다고 판단하였다. 특히 남녀고용평등법 제19조의5가 ‘육아기 근로자를 지원하기 위하여 업무를 시작하고 마치는 시간 조정, 연장근로의 제한, 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 근로시간 조정을 비롯하여 그 밖에 소속 근로자의 육아를 지원하기 위하여 필요한 조치를 하도록 노력’할 것을 규정한 것에 주목하였다. 따라서 자녀 양육에 대한 부담으로 발생하는 근무상 어려움을 육아기 근로자 개인이 전적으로 감당하여야 한다고 볼 수 없고, 사업주는 그 소속 육아기 근로자의 일·가정 양립을 지원하기 위한 배려의무를 부담한다고 봄이 타당하다고 판시하였다. 또한 사업주가 부담하는 배려의무의 구체적인 내용은 근로자가 처한 환경, 사업장의 규모 및 인력 운영의 여건, 사업 운영상의 필요성 등 제반 사정을 종합하여 개별 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다고 하였다. 이러한 기준을 적용하였을 때, 이 사건 회사는 사용기간 동안 일·가정 양립을 위한

배려의무를 다하지 아니하였으므로 합리적 이유가 인정되지 않는다고 판단하였다.

나. 판결의 의의와 쟁점

대상 판결은 헌법상 기본권인 자녀 양육권과 이를 구체적으로 실현한 남녀고용평등법의 일·가정 양립 관련 조항에 근거하여 육아기 근로자에 대한 일·가정 양립 배려의무를 인정한 첫 대법원 판결이라는 점에서 의의가 있다. 「남녀고용평등법」 제19조의5는 육아기 근로자의 육아지원을 위한 노력의무를 규정하였기 때문에 대상 판결에서도 ‘배려의무’라는 용어를 사용한 것으로 보인다. 이 법 제19조의5가 육아기 근로자에게 근로시간 조정 관련 법률상 권리를 보장하는 것은 아니나, 사용자가 근로시간을 조정하는 등 육아를 지원하기 위해 배려할 의무를 부여했다고 해석한 것이다. 따라서 대상 판결에 따르면, 새벽, 야간, 휴일 등 자녀 돌봄 부담과 양립하기 어렵다는 육아기 근로자의 어려움이 있다면 사용자는 이를 배려하여 조정하려고 노력해야 한다.

배려의무 준수 여부의 판단기준으로는 당해 근로자의 상황, 사업장의 여건 및 운영상의 필요성 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다고 하였다. 사용자 측은 초번근무 시 자녀 등·하원을 위한 외출을 허용하는 등 배려하기 위한 조치를 하였다는 점, 24시간 운영되는 사업장의 특성을 고려할 것을 주장하였다. 대상 판결에서 중요한 지점은, 이 사건 사용자가 육아기 근로자를 위한 근로시간 조정 조치를 일정 부분 하였음에도 육아 지원을 위한 배려 의무를 다하지 않았다고 판단한 점이다. 배려를

3) 서울중앙지방법원 2019. 3. 21. 선고 2018구합50376 판결.

4) 서울고등법원 2019. 10. 24. 선고 2019누41456 판결.

위한 노력을 전혀 하지 않은 경우에만 동조 위반이 되는 것이 아니라 근로자의 상황과 필요, 사업장 여건 및 운영상 어려움 등을 종합적으로 고려하였을 때 합리적인 수준의 노력에 달하지 않은 경우에도 위반이 될 수 있다는 것이다.

대상 판결에서 제시한 육아 지원 배려의무의 구체적 판단기준 중 근로자의 상황이란 일과 육아를 양립하기에 어려운 근무 시간대인가, 근로자의 상황상 근로시간 조정의 필요성이 얼마나 큰가, 사용자가 육아와의 양립이 어려운 상황임을 알고 있었는가 등을 뜻한다. 이 사건 항소심 판결에서는 근로자가 공휴일 출근 시 자녀 돌봄이 얼마나 어려운지, 배우자가 돌봄을 맡을 수 없는 사정이 있는지 등을 회사에 충분히 설명하지 않았다고 판단하였으나, 대상 판결에서 대법원은 어린 자녀들 때문에 공휴일 출근이 어렵다는 설명만으로 충분하다고 보았다. 또한 판단기준 중 사업장의 여건 및 상황이란, 근로시간 조정 신청을 거부해야 할 경영상 필요성을 뜻한다. 대상 판결은 사업장의 “여건, 인력 현황 등을 고려해 보면, 원고에게 공휴일 근무와 관련해 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정의 양립을 위한 노력을 기울일 것을 기대하는 것이 과도하거나 무리라고 보이지 않는다”고 판단하였다. 더 나아가 대상 판결은 근로시간 조정의 필요성(근로자의 자녀 양육에 미칠 영향)과 회사의 경영상 필요성을 비례적으로 심사할 것을 제시하였다는 점에서도 중요한 의의가 있다. “수년간 지속하여 온 근무형태를 갑작스럽게 바꾸어 보육시설이 운영되지 않는 공휴일에 매번 출근할 것을 요구하는 것은 참가인의 자녀 양육에 큰 저해가 되는 반면, 참가인에게 공휴일 근무를 지

시하여야 할 원고의 경영상 필요성이 크다고 보기는 어렵다”고 판단한 부분이다. 이러한 법리를 적용한 결과, 이 사건은 보통의 해고보다는 넓게 사용자의 재량이 인정되는 본채용 거절 사건이었음에도 해고 처분의 효력을 부인할 수 있었다.

2. 가족 돌봄 근로자에 대한 배려의무의 규범적 근거

위와 같은 대상 판결의 의의에도 불구하고 가족 돌봄 근로자에 대한 근로시간 조정·배려의무가 육아기 근로자(만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육해야 하는 근로자)에게만 적용되는지의 쟁점을 검토할 필요성이 있다. 대상 판결처럼 「남녀고용평등법」 제19조의5에만 근거해서 근로시간 조정·배려의무를 구성한다면 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하에 해당하지 않는 자녀를 양육하는 근로자, 성인인 장애인 자녀를 두고 있는 근로자, 직계 존속의 돌봄 책임을 지고 있는 근로자에게 적용할 수 없다는 한계가 있다.

가. 헌법적 근거

헌법재판소는 육아휴직 신청권 관련 결정에서 자녀 양육의 권리는 우리 헌법상 도출될 수 있는 기본권이라고 판단한 바 있다.⁵⁾ 군인의 육아휴직 신청 자격 관련 법률에 관해 판단한 사건에서 자녀 양육권은 자유권적 기본권일 뿐만 아니라 사회권적 기본권으로서의 성격을 갖고 있으므로 자녀 양육에 대해

5) 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌마1156 전원재판부 [군인사법제48조제3항위헌확인] [헌집20-2, 1007]

국가의 지원을 요구할 권리가 있다고 판시하였다. 기본권인 자녀 양육권은 혼인과 가족생활 보장(제36조 제1항), 행복추구권(제10조) 등에서 도출되는 것으로 설명된다. 현재 결정은 사회권적 기본권으로서의 성격을 인정하였기 때문에 자녀 양육권이 실현될 수 있도록 입법적, 정책적으로 지원해야 할 국가의 헌법상 의무가 있고, 자녀 양육권을 지원하기 위한 입법 취지 등을 고려하여 관련 법률을 해석해야 한다는 법리가 도출될 수 있다. 다만 헌법상 자녀 양육권이 사인인 민간기업 사업주에게도 적용될 수 있는지 문제될 수 있다. 근로자의 자녀 양육권이라는 기본권을 사인이 침해하는 경우라면 신의성실 등 민사법의 일반규정이나 「남녀고용평등법」 제19조의5를 통하여 사인 간의 근로관계에 간접적으로 적용될 수 있다.

나. ILO 제156호 협약의 국내법적 효력

ILO는 가족 돌봄 책임 근로자 협약(Workers with Family Responsibilities Convention, 1981; 제156호 협약)을 채택하였다.⁶⁾ 한국은 이 협약을 2001년 비준하였기 때문에 국내 법률에 준하는 효력을 갖는다.

이 협약의 전문을 살펴보면 여성에게 전가된 가족 돌봄 부담으로 인한 불이익과 차별을 막아야 한다는 고용 성평등의 맥락에서 채택된 것이 명확하게 읽힌다. 이 협약의 전문은 기존의 고용 성차별 금지 관련 협약이 가족 돌봄 책임 관련 내용을 담고 있지

않은 한계가 있어서 이를 보완할 필요가 있다는 점, 1965년 가족 돌봄 의무가 있는 여성의 고용 관련 권리가 채택된 적 있다는 점을 이 협약 채택의 배경으로 설명한다. 또한 UN 차원에서도 실질적 성평등을 이루기 위하여 사회나 가족 내 남녀 역할의 변화를 이루어내야 한다는 논의가 1979년 여성차별철폐협약의 내용으로 종합되었다는 점도 함께 고려하였다. 여성차별철폐협약의 '남녀 역할'이란 곧 가족 내 돌봄 부담이라는 점을 고려하면, 돌봄 부담을 가족 내 남녀 간에 평등하게 분배할 수 있도록 직장에서 지원이 필요하다는 것이 이 협약의 문제의식임을 알 수 있다. 이 협약은 가족 돌봄 책임이 고용 종로의 사유로 인정되어선 안 된다고 규정한다(제8조). 제8조는 가족 돌봄 책임을 이유로 한 차별을 금지하면서 특히 근로관계의 종로 영역에서의 보호 필요성을 강조하려는 취지로 보인다. 또한 가족돌봄 책임이 있는 근로자가 근로조건과 사회보장 측면에서 이 필요를 고려하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 규정한다(제4조(b)). 이는 가족 돌봄 책임이 있는 근로자의 상황과 필요를 고려하지 않은 근로조건으로 인하여 직장에서 불이익을 입거나 노동시장을 떠나는 상황을 막기 위한 취지로 이해된다.

다. 남녀고용평등법

이 판결에서 주로 인용한 「남녀고용평등법」 제19조의5, 고용차별금지조항(제2조 및 제10조) 등도 사용자의 배려의무 도출 근거가 될 수 있다.

6) 이준형·이은영·최득진(2005). 가족 친화적 기업제도에 관한 연구. 국회여성가족위원회 연구용역 보고서와 고용노동부(2012). ILO 주요 협약 등의 선행연구에서는 이 협약을 “가족부양책임”, “가족부양의무” 등으로 번역하였는데, 서구의 노동법, 인권법에서 “family responsibilities” 논의는 유자녀 근로자에 대한 차별의 맥락에서 주로 거론되었던 점, 제156호 협약의 전문과 조항 내용이 가족의 경제적 부양보다는 가족의 돌봄(care) 관련 내용이라는 점 등을 고려하여 이 연구에선 “가족 돌봄 책임”으로 번역하였음.

「남녀고용평등법」 제19조의5는 가족돌봄 근로자의 근로시간 자체는 유지하되 근로자의 필요와 상황에 맞게 유연하게 설정할 수 있도록 하는 조항이다. 임금 손실이나 경력 관리상의 충격이 수반되는 휴직, 휴가, 근로시간 단축 방식에 비하여 진일보한 방식이라 할 수 있다.⁷⁾

남녀고용평등법 제19조의5(육아지원을 위한 그 밖의 조치) ① 사업주는 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하는 근로자의 육아를 지원하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 하도록 노력하여야 한다.

1. 업무를 시작하고 마치는 시간 조정
2. 연장근로의 제한
3. 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 근로시간 조정
4. 그 밖에 소속 근로자의 육아를 지원하기 위하여 필요한 조치

다만, 이 조항은 노력의무를 규정할 뿐으로 그 위반에 대하여 직접적인 법적 제재를 받을 수 있는지는 논란의 여지가 있다.⁸⁾ 「남녀고용평등법」 정부 개정안에 대한 국회 전문위원 검토보고서에서는 “근로자의 육아를 위한 사업주 및 국가의 지원은 필요”하므로 개정 필요성은 동의하면서 “육아휴직 제도와 같이 사업주의 의무로 도입하는 것은 사업주에게 큰 부담을 줄 수 있으므로 노력 의무로 규정”한 것이라고 평가하고 있다.⁹⁾ 노력 의무 조항이기 때문에 이

조항을 위반한 사용자를 제재하거나 문제가 된 고용상 처분의 효력을 바로 부인할 수는 없을 것이다. 그럼에도 이 조항을 위반한 업무지시나 배치전환 명령의 정당성이나 업무상 필요성과 생활상 불이익을 비교형량 함에 있어 제19조의5를 지키기 위한 노력을 하였는지, 근로자의 돌봄 책임에 미치는 영향이 얼마나 컸는지 등은 중요한 고려사항이 될 수 있다.

더 나아가 이 법 제19조의5에서 사용자의 가족돌봄 근로자 배려의무가 직접 도출되는 해석도 가능하다. 근로자의 돌봄 책임에 미치는 불이익이 명확함에도 이를 최소화하기 위한 노력을 전혀 하지 않고 일방적으로 해당 처분을 강행한 경우라면, ILO 제156호 협약(제4(b)와 제8조)의 국내법적 효력을 통하여 「남녀고용평등법」 제19조의5가 가족돌봄 근로자를 위한 사용자의 배려의무를 부여하는 것으로 해석할 수 있다. 「남녀고용평등법」 제19조의5 위반의 효력 관련하여 취할 수 있는 다른 견해로는 안전배려의무와 같이 ‘가족돌봄부담 배려의무’로 해석하는 방안도 있다.¹⁰⁾ 사업주의 안전배려의무 위반 시 그에 대한 손해배상책임뿐만 아니라 이행청구권도 인정되어야 한다. 안전배려의무는 근로자의 생명·신체·건강을 침해해서는 안 된다고 하는 소극적 의무뿐만 아니라 예상되는 위험으로부터 근로자를 보호하기 위하여 필요한 조치를 강구할 적극적 의무도 포함하고 있기 때문이다.¹¹⁾ 마찬가지로 가족돌봄부담 배려의무는 근로자의 가족돌봄 권리와 충돌할 수

7) 이 조항이 신설될 때는 육아휴직 적용대상인 아동의 연령이 만 3세 미만이었기 때문에 이를 보완하는 취지에서 초등학교 취학 이전의 자녀가 있는 근로자에 대한 육아지원을 위한 그밖의 조치로 도입되었음. 이후 육아휴직 대상 아동의 연령이 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하로 확대되면서 제19조의5 적용 대상인 아동의 연령도 동일하게 개정되어 현재에 이르고 있음.

8) 현행법상 쉬운 업무로의 전환이나 업무 시작 및 종료 시각의 조정 권리를 법률로 보장하는 대상으로는 임신 중인 여성이 유일하고, 조정 신청을 거절한 경우 과태료 또는 벌금이 부과될 수 있음(근로기준법 제74조 제5항, 제9항).

9) 국회 환경노동위원회 전문위원, 남녀고용평등법 일부개정법률안(정부 제출, 의안 번호 177418) 검토보고서, 2007.9.

10) 박은정(2023). “노동법상 사용자의 노력의무, ILO 협약의 국내법적 효력”, 이화여대 젠더법학연구소·연세대 젠더연구소 주최 “평등을 향한 여성들의 기나긴 여정” 학술세미나 자료집, 2023.12.1.

있는 근로시간, 장소 등의 근로조건을 조정할 의무를 부여하고, 근로자에게 이러한 조정, 배려를 사업주에게 신청할 권리를 부여한다. 따라서 가족돌봄 관련 어려움을 회사에 설명하면서 근무시간대의 조정을 근로자가 신청하였음에도 사업주가 이를 조정하려는 노력을 적절하게 하지 않는다면 제19조의5 위반에 대한 손해배상 또는 채무불이행 책임을 져야 한다. 다만 제19조의5에 근거하여 배려의무를 구성하기 때문에 가족돌봄 근로자 전체가 아니라 육아기 근로자에 대해서만 인정된다는 한계가 있다.

「남녀고용평등법」 차별금지 조항 위반으로 구성하는 것은 가족 안에서의 지위에 따른 차별로 구성하는 방안, 여성에 대한 간접차별로 구성하는 방안 등 2가지 법리 구성이 가능하다.

「남녀고용평등법」은 이 법이 금지하는 차별의 사유 중 하나로 “가족 안에서의 지위”를 규정하고 있다.¹²⁾ 「남녀고용평등법」상 가족 안에서의 지위 차별에 대해 판단한 사례는 확인되지 않고 있는데, 첫째 자녀인지 여부 등 가족 안에서의 지위뿐만 아니라 계부/친부 여부, 한부모 가족 형태인 경우 등 다양한 형태의 가족(법률혼에 한정되지 않는)인 경우도 포함하는 의미이다.¹³⁾ 또한 돌봄이 필요한 자녀나 가족이 있는지 여부까지 포함하는 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁾

ILO 제156호 협약 및 외국 입법례에서도 가족 돌봄 책임이 있는 근로자(주로 여성)에 대한 불리한 대우

를 “family status” 또는 “family responsibilities” 차별로 설명하는 것도 이러한 해석의 근거이다.¹⁵⁾ 가족 안에서의 지위를 이유로 한 차별로 법리를 구성한다면, 근로자의 돌봄을 필요로 하는 어린 자녀나 부모가 있다는 이유로 채용을 거절하거나 해고 또는 근로조건을 달리 대우하는 경우 「남녀고용평등법」 위반의 차별로 볼 수 있다. 또한 가족 돌봄 책임이 있는 근로자가 그렇지 않은 근로자에 비하여 더 불리한 영향을 받는 기준, 관행 등(예: 휴일, 야간 근로의 의무화)이 있어서 그 위법성이 문제가 되는 상황이라면, ‘가족 돌봄 책임이 없었다면 이러한 불이익을 입지 않았을 것’인지 여부에 따라 차별이 인정될 수 있다. 자녀 돌봄 책임으로 인해 휴일, 야간 근로를 할 수 없었던 근로자가 이를 이유로 해고당했다면 「남녀고용평등법」상 차별적 해고(제11조 제1항)를 주장할 수 있다.

다만, 가족 안에서의 지위 차별을 판단함에 있어 「남녀고용평등법」 제7~11조가 “남녀를 차별하여서는 아니 된다”라고 규정하는 것의 해석론상 의미가 쟁점이 될 수 있다. 예컨대 이 법 제2조 제1호와 제11조 제1항을 연결하여 보면 ‘가족 안에서의 지위를 이유로 하여 해고 처분함에 있어 남녀를 다르게 하는 경우’로 좁은 범위로 보아야 할지, ‘가족 안에서의 지위를 이유로 하여 해고를 당한 경우’로 보다 넓은 범위로 보아야 할지의 쟁점이다. 그러나 UN 및 ILO의 논의, 외국의 입법례를 살펴보면 여성에

11) 강선희·정진우(2012). “사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무”. 『고려법학』, 제64호. pp. 327~328.

12) 「남녀고용평등법」에 차별 개념 정의조항이 신설된 1989.4.1. 개정법부터 “가족 안에서의 지위”가 포함되어 있었음. 「국가인권위원회법」은 차별 금지 사유 중 하나로 “가족 형태, 가족 상황”을 규정하고 있음.

13) 국가인권위 결정례 중 가족 형태, 가족 상황 관련 고용 차별이 관련된 사례들은 장남/차남, 자녀의 수에 따른 차등대우, 조카를 피부양 가족에 포함시키지 않는 경우 등이 문제되었음. 자세한 내용은 박은정 외(2020). 차별판단기준. 국가인권위원회 참고.

14) 박귀천. 온주 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률 제2조. 2019. 10. 10.

15) 차별금지 사유로 가족 안의 지위를 명시한 캐나다 등에서 가족돌봄 근로자 사안을 가족 안 지위 차별로 해석하는 판례는 각주 1의 구미영(2023)의 논문에서 확인할 수 있다.

게 진정한 평등 고용을 보장하기 위해서는 돌봄 책임 근로자에 대한 차별을 규율해야 한다는 논의의 연혁을 확인할 수 있다. 설령 남성 중 자녀 돌봄 책임 때문에 휴일근로를 할 수 없다고 문제를 제기하는 자가 전무하더라도, 남성에 비해 여성을 다르게 대우한 경우가 아니라는 논리로 차별을 부인하는 것은 ILO 제156호 협약 등에서 가족 돌봄 책임 차별을 금지하는 취지에 부합하지 않는다. 육아휴직, 배우자출산휴가 등의 근거 규정이 舊 「남녀고용평등법」에 위치한 것도 돌봄 책임의 지원이 고용 성평등에 밀접한 이슈라는 인식을 바탕으로 한 것이다.¹⁶⁾ 한국의 「남녀고용평등법」도 후자의 해석론을 따르는 것이 가족 돌봄 책임의 성평등한 배분 및 사업장에서의 차별금지·지원 논의와 일관되는 접근법이다.

「남녀고용평등법」은 직접차별과 함께 간접차별(indirect discrimination, disparate impact)도 정의하는 것으로 해석된다.¹⁷⁾ 자녀 등 가족 돌봄 책임이 있는 근로자에게 더 불리한 영향을 주는 근로조건이 있다면, 이로 인해 불리한 영향을 받는 성별은 압도적으로 여성이 더 많으므로 여성에 대한 간접차별로 구성할 수 있다. 간접차별은 i) 근로조건 관련 기준이나 조건을 성별 무관하게 동일하게 적용하였음에도 ii) 그 조건이나 기준으로 인해 불리한 영향을 입는 정도가 성별에 따라 차이가 크고 iii) 이러한 성별 격차를 정당화할 수 있는 사유가 없는지의 3가지 단계로 나누어 판단한다.¹⁸⁾ 야간 휴일근로 의무화가 문제가 된 사안이라면, 야간 휴일근

로 의무화 방침이 i)에 해당하는 기준이고, 이러한 기준이 성별에 따라 미치는 불이익 정도에 차이가 큰지를 판단해야 한다(ii). ii)와 관련하여 문제가 된 사업장 내 근무 중인 남성과 여성에게 미치는 불이익을 비교해야 하는지, 사업장이 소속된 지역 또는 한국의 전체 노동시장을 기준으로 불이익을 비교해야 하는지 쟁점이 될 수 있다. iii) 단계에서는 '여성에게 미치는 현저히 불리한 영향'에도 불구하고 야간 휴일근로를 전면 의무화해야 할 경영상 필요성이 얼마나 큰지, 그 경영상 필요에 적합한 수단인지, 여성에게 미치는 차별적 영향을 최소화할 수 있는 다른 대안이 있는지, 이러한 대안을 찾으려는 노력을 사용자가 했는지 등을 고려하여 정당화 사유가 있는지 판단해야 한다.

그런데 가족 돌봄 관련 사안을 여성에 대한 간접차별로 구성하는 법리는 가족 돌봄 책임으로 인해 야간, 휴일 근로를 못 하는 남성 근로자의 사례를 간접차별로 구성하기에 어려움이 있다. ii) 단계에서 통상 여성이 남성보다 더 불리한 영향을 받는 것이 사실이기 때문이다.

3. 결론

근로시간은 사용자의 경영과 인력운용 전략에 직결되는 중요한 사항이면서 근로자의 건강권, 인간다운 생활을 할 권리 등에 본질적으로 영향을 미친다

16) 2007년 전면 개정을 통해 현재와 같은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」로 개정하였음.

17) 「남녀고용평등법」 제2조 제1호는 “사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우”라고 정의함.

18) 노동법실무연구회(2020). 근로기준법 주해 I. 박영사; 이승욱(2003). “여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 규제를 위한 법적 규율”. 『노동법학』 제17호 등.

는 점에서 노동법에 의한 규율이 불가피하게 요구되는 영역이다. 이러한 이유에서 노동법의 규율이 단결권과 함께 근로시간에 대해 시작하였던 것이다. 그런데 시대적 변화와 함께 근로자의 인간다운 생활을 위한 필수적인 요소 중 하나로 가족 돌봄을 할 수 있는 권리가 등장하였다. 임신·출산기 여성에 한정되었던 노동법의 규율이 배우자의 출산휴가, 육아기의 휴직 및 근로시간 단축, 가족돌봄 휴직, 휴가, 시간 단축 등으로 그 범위를 확장하여 왔다. 이는 여성뿐만 아니라 남성과 자녀 및 다른 가족을 돌볼 권리가 보장되어야 한다는 사회적 변화를 반영하는 것이다. 가족을 돌보는 여성이 불이익을 받지 않고, 남성과도 가족 돌봄의 권리를 행사할 수 있는 직장을 만드는 것이 입법자의 의지임을 관련 법 개정 연혁을 통해 확인할 수 있다. 따라서 남녀 근로자가 모두 가족 돌봄 및 자녀 양육의 권리를 실질적으로 향유

할 수 있도록 「남녀고용평등법」의 제·개정 취지를 고려하여 근로시간 조정 관련 사안을 판단해야 할 것이다. 대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결은 가족 돌봄 근로자가 근로시간 조정 신청을 할 수 있고, 사용자가 수용하도록 배려할 의무가 있다고 인정한 첫 대법원 판결이라는 의의가 있다. 휴직, 휴가, 근로시간 단축 등은 가족 돌봄과 일을 양립할 수 있는 중요한 제도이나 근로자의 임금 손실과 경력 관리 상의 어려움을 초래한다는 한계가 있다. 그러므로 가족 돌봄 근로자가 일과 생활을 양립할 수 있는 선택지가 다양하고 중첩적으로 보장되어야 그 실효성을 높일 수 있다. 육아기 근로자 지원조항(제19조의5) 외에도 ILO 제156호 협약의 국내적 효력, 성별 및 가족 안에서의 지위 차별 금지 조항에 터잡아 가족돌봄근로자 전체에 대한 배려의무를 도출하는 해석론이 필요한 때이다.

• 참고문헌 •

- 강선희·정진우(2012). “사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무”. 『고려법학』 제64호.
- 고용노동부(2012). ILO주요협약.
- 구미영(2023). “가족돌봄 근로자에 대한 근로시간 조정·배려의무”. 『노동법학』 제88호.
- 김영미·구미영(2023)의 남녀고용평등법상 육아기 근로자의 근로시간 조정·배려의무 등에 관한 연구. 법원행정처 연구용역 보고서.
- 노동법실무연구회(2020). 근로기준법 주해 I. 박영사.
- 박귀천. 온주 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률 제2조. 2019. 10. 10.
- 박은정(2023). “노동법상 사용자의 노력의무, ILO 협약의 국내법적 효력”, 이화여대 젠더법학연구소·연세대 젠더연구소 주최 “평등을 향한 여성들의 기나긴 여정” 학술세미나 자료집, 2023.12.1.
- 박은정 외(2020). 차별판단기준. 국가인권위원회.
- 이승욱(2003). “여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 규제를 위한 법적 규율”. 『노동법학』 제17호.
- 이준형·이은영·최득진(2005). 가족 친화적 기업제도에 관한 연구. 국회여성가족위원회 연구용역 보고서.