

특수형태근로종사자와 노동법적 보호*

박 은 정**

1. 서론

최근의 디지털 기술 발전에 의해 노동의 외적 형태에 적지 않은 변화가 발생하고 있다. 디지털 플랫폼 노동, 온 디맨드 노동, 앱 노동, 깃 노동 등의 이름으로 “새로운”이라는 수식어가 붙어 있는 이 노동들은 “디지털 유목민” “프리캐리야트”와 같은 신조어를 낳고 있기도 하다. 그런데 노동의 변화는 갑작스러운 것이 아니었다. 직접고용과 종신고용체제가 간접고용과 비정규고용으로 대체되기 시작하면서 본격적으로 균열이 시작되었다고 말할 수 있고, 근래의 디지털 기술 발전으로 그 균열이 점차 커지면서 세분화되어 가고 있다고도 말할 수 있지만, 균열된 일터와 균열된 일자리가 이전에는 전혀 없었던 새로운 것이라고는 말할 수 없다는 의미이다.¹⁾ 새롭다는 것은 지금까지 있는 적이 없다는 뜻이다. 그런데 임금노동이 발전되었던 산업혁명 시기의 노동으로부터 지금까지 노동의 형태가 고정되어 있었던 적은 없었다. 자본의 변화에 따라 노동은 변했고, 사회의 변화에 따라 노동은 변했으며, 사람의 변화에 따라서도 노동은 변했다. 이 변화에 법과 제도가 적응을 해 왔고, 그에 따라 법과 제도 또한 변해 왔다. 그러나

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

** 인제대학교 공공인재학부 교수(ejpark91@inje.ac.kr).

1) 균열일터, 균열일자리라는 표현은 데이비드 와일의 책(『균열일터』)에서 가져온 것이다. 데이비드 와일의 표현은 “The Fissured Workplace”로서, fissured라는 단어를 균열로 번역한 것이다. 그런데 fissured라는 단어와 균열이라는 단어가 통상 번역상용어로 이용되고 있기는 하지만, 균열은 fissured보다는 복잡하고 미세한 느낌을 주는 단어이다. 우리가 균열이라는 단어를 사용할 때의 느낌은 fissured와 함께 fragmented라는 두 단어가 함께하는 것이라고 생각한다. fissured가 틈이 생겼다는 의미를 갖는다면, fragmented는 조각나 버렸다는 의미를 갖기 때문에 “거북의 등에 있는 무늬처럼 갈라져 터진” 균열(龜裂)이라는 단어의 의미는 두 단어가 함께하는 것이 더 적합하다. 그리고 데이비드 와일의 fissured라는 단어보다는 번역어인 “균열”이 근래의 일자리를 표현하는 데 보다 적합하다고 생각한다. 그러므로 본문의 “균열”이라는 표현은 데이비드 와일의 책 제목으로부터 빌려오기는 했지만, 사실은 그 책 번역자의 번역어를 빌려온 것이라는 표현이 더 적합할 듯하다.

변화에 적응하기 위한 법과 제도는 언제나 보수적이어서 그 경계를 쉽게 늦추려 하지 않는다. 법학이 “법이란 무엇인가”라는 질문을 끊임없이 받을 수밖에 없듯, 노동법학은 “근로자란 누구인가”라는 질문을 받고 있고 그에 답하기 위해 노력하고 있는데, 현실이 필요로 하는 답과 법이 제시하는 답은 언제나 조금씩 시간차가 있는 듯하다.

특수형태근로종사자라는 용어는 2007년 12월 산업재해보상보험법(이하, 산재보험법) 개정을 통해 법 조문상 처음으로 등장했다. “특수”라는 단어가 “근로”에 붙어 있는 것처럼 이 용어는 기존과는 다른 형태의 노동을 인정하는 한편, 산재보험법으로 그 다른 형태의 노동이 업무상 겪는 재해를 보호할 필요성을 밝힌 것이라고 할 수 있다. 그런데 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 것은 이미 2000년대 초반의 일이다. 특수형태근로종사자들을 법적으로 보호할 것인지 여부에 대한 논쟁으로부터 시작해서, 왜 특수형태근로종사자들은 근로자가 아닌가, 어떤 업무에 종사하는 자들이 특수형태근로종사자인가, 노동법제 중 어떤 법을 이들에게 적용할 것인가 등에 대한 논의를 수년간 계속하다 겨우 만들어 낸 성과가 산재보험법 제125조의 특례규정인 것이다. 법원이 해석을 통해 근로자의 범위를 확장하는 경우는 있었지만 1953년 근로기준법 제정 이후 단 한 번도 바뀌지 않았던 근로자의 정의(“직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자”)에도 불구하고, 노동의 변화를 법 조문으로 반영한 것이라는 의미를 부여할 수 있다.

다만, 현재의 특수형태근로종사자라는 개념에 대해 위와 같은 의미를 부여할 수 있다 할지라도, 이것은 심각한 한계를 갖고 있다. 이 한계로 인해 이 개념은 더 이상 발전할 수 없는 상태에 놓여 있다. 디지털 기술의 발전과 함께 특수형태근로종사자, 특수형태근로종사자와 유사한 형태의 업무 종사자, 특수형태근로종사자보다 더 특수한 형태의 근로종사자들이 확산될 것이라는 예측이 팽배한데, “노동의 변화”를 감지하고 법 조문에 반영한 특수형태근로종사자 개념이 지금보다는 더 “특수한” 노동의 종사자들을 고려하는 한편, 입법적으로 노동법제상 이들 “특수”하거나 더 “특수한” 노동의 종사자들을 포섭할 필요는 없는 것인가에 대한 검토도 필요하다. 이러한 필요성에 따라 현재 특수형태근로종사자와 관련된 논의 주제는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째는 특수형태근로종사자의 개념과 관련된 것이고, 둘째는 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호의 범위 및 방법에 관한 것이다. 특히 두 번째 주제와 관련하여, 최근 특수형태근로종사자들의 노동3권 보장이 화두가 되고 있다. 이 글은 이와 같은 논의의 필요성에 따른 논의 주제에 기초하여 특수형태근로종사자의 개념과 노동법적 보호방안에 대하여 생각해 보고자 한다.

II. 특수형태근로종사자 이름 고쳐부르기

1. 특수형태근로종사자 이름의 의미

현행 산재보험법 제125조 제1항은 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로서 1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서, 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자 가운데 대통령령으로 정하는 자를 “특수형태근로종사자”라는 용어로 칭하고 있다. 그리고 산재보험법 시행령 제125조에 따라 현재 9개 직종의 종사자(보험설계사, 콘크리트믹서트럭 운전사, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배 기사, 쿼서비스 기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사)가 특수형태근로종사자로서의 지위를 인정받고 있다. 이러한 현행 산재보험법상 특수형태근로종사자이기 위해서는 ① 근로기준법상의 근로자가 아닐 것, ② 전속성(“주로 하나의 사업에”)이 있을 것, ③ 업무의 계속성(“그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활”)이 있을 것, ④ 업무를 수행함에 비대체성(“노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자”)이 존재할 것이 요구되는 한편, 여기에 더하여 산재보험법 시행령으로 해당 직종이 명시되어야 한다. 그러므로 현재 특수형태근로종사자라는 이름은 특정한 노동의 형태 또는 특성을 드러낼 수 있는 일반적 개념이 아니다. 이것은 다만 산재보험법의 적용상 산재보험법 제125조가 규정한 개념적 특징을 갖고 있는 일부 직종들을 집합적으로 지칭하는 도구적 대리표현일 뿐이다.

2. 특수형태근로종사자 이름의 요건

그럼에도 불구하고 만약 특수형태근로종사자라는 용어가 포괄적으로 이용될 수 있다면 큰 문제는 아닐 수 있다. 예를 들어, 현재 산재보험법 시행령상 특수형태근로종사자로 분류되어 있는 9개의 직종 이외의 직종에 종사하면서 근로자로 인정되지 않는 다양한 형태의 특수고용 관계 종사자들을 특수형태근로종사자로 규정할 수 있다면 말이다. 그러나 현재로서는 산재보험법 제125조의 요건을 충족시켜야 하기 때문에 상당히 제한적인 용어일 수밖에 없다는 점이 이 용어의 중요한 한계이다. 그리고 이 한계로 인해 2008년 산재보험법 특례제도를 최초 적용받게 된 4개 직종의 특수형태근로종사자와 같이 업무 전속성이 어느 정도 뚜렷하게 드러나는 직종 이외의 특수형태근로종사자들에게는 산재보험법을 적용하기 어려운 결과가 발생한다. 현

행 산재보험법 제125조 제1항에서처럼 “주로 하나의 사업”과 같은 업무 전속성을 요구하는 지표를 요구하는 한, 이를 특정하기 어려운 영역의 특수형태근로종사자들은 애초에 산재보험법의 적용범위 내로 포섭되기 어려운 것이다. 여기에서 “주로 하나”의 의미가 무엇인지, 다시 말해 복수의 사업체에 노무를 제공하고 있는 경우에는 이 요건을 전혀 충족할 수 없다고 보아야 할 것인지, 또는 복수의 사업체에 노무를 제공하고 있다고 할지라도 그 중 어느 하나의 사업체에 보다 많은 정도로 전속되어 있음을 인정하고 산재보험법을 적용할 것인지와 같은 문제 등이 추가적으로 발생한다. 그리고 이러한 문제에 따라 고용노동부 고시를 통해 전속성을 판단하는 기준을 별도로 두고 있을 수밖에 없다. 따라서 산재보험법이 요구하는 전속성을 인정하기 어려운 경우에는 산재보험법의 적용 자체가 어려울 수 있다.

3. 특수형태근로종사자 이름의 재규정

특수형태근로종사자에 대한 현행 산재보험법 제125조 특례규정의 한계에 따라 필자는 이 용어를 폐기할 것을 말하곤 하였다. 도구적 개념으로서 산재보험법의 적용확대를 위해 필요한 것이기는 하였지만 지나치게 제한적인 경계를 설정하고 있기 때문이다. 또한 “특수”한 형태의 근로에 종사한다는 것은, 마치 특수하지 않은 것이 정상적인 것이라는 오해를 부를 여지도 있다. 정상적이지 않으므로 다르게 취급할 수 있다는 결론을 이끌어내기 위해서 말이다. 한편, 정규직과 비정규직이 구분될 때의 비정규직irregular 일자리가 지금도 여전히 비정규직이라고 부를 수 있는가 하는 의문을 제기할 수 있는 것처럼, 무엇이 “특수”한 형태의 근로인가에 대하여 곧 의문을 제기할 시점이 도래할 수도 있다.

그럼에도 불구하고 특수형태근로종사자라는 용어를 폐기한다는 것이 쉬운 일은 아니다. 특히 법에서 이러저러한 직종의 종사자들을 부르겠다고 이미 붙인 이름이기 때문에, 어떠한 용어를 새롭게 가져온다고 해도 결국 원래대로의 이름의 의미로 회귀할 가능성도 충분히 있다. 따라서 새로운 용어를 이용해 새롭게 개념규정을 하는 대신, 현재 특수형태근로종사자라는 용어를 그대로 사용하면서 그 의미를 확대시켜나가는 고민도 해볼 수 있다. 아래의 조문과 같이 말이다.

〈산재보험법 특수형태근로종사자에 대한 특례규정의 변용〉

제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자(이하 이 조에서 “**특수형태근로종사자**”라 한다)로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 이 조에서 “**특수형태근로종사자**”라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

다만, 위와 같이 특수형태근로종사자라는 이름을 그대로 사용하는 경우, 비록 근로기준법상의 근로자와 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자가 각각 다른 것으로 인식가능하기 때문에 개별적인 법률에서 특수형태근로종사자를 다른 의미로 사용할 수 있기는 하겠지만, 근로자 개념에 대한 오해와 혼란(최근까지도 대법원은 근로기준법상의 근로자와 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자를 구분하지 않고 있었음)을 고려한다면 새로운 용어를 생각하는 것이 보다 타당한 접근방법이라고는 생각한다. 게다가 앞서 언급했던 바와 같이 특수형태근로종사자라는 이름이 갖고 있는 문제점도 간과할 수는 없다.

어느 방향이건, 주된 목표는 특수형태근로종사자라는 이름이 현재의 대상이 아닌, 보다 넓은 대상을 부르는 이름이어야 한다는 것이다. 이름을 바꾸건 바꾸지 않건 말이다. 만약 이름을 바꾼다면 어떤 이름이 좋을지에 대해서는 갑론을박이 있을 수 있다. 다만 여기에서도 ‘특수’라는 용어는 가급적 지양하는 한편, ‘근로’라는 용어로 인한 오해의 소지를 줄일 수 있도록 하기 위해 이 또한 사용을 지양하는 것이 좋을 것으로 생각한다. 예를 들어, “준종속 노동자”나 “종속적 사용자”와 같이 특수형태근로종사자를 왜 노동법적으로 보호해야 하는가에 대한 필요성을 드러낼 수 있는 방향으로.

Ⅲ. 특수형태근로종사자의 노동법적 보호

1. 출발점

2017년 11월 28일 국토교통부는 택배서비스 발전방안을 발표하였다. 택배기사들에게 초과 근무수당을 주고, 휴가를 사용할 수 있도록 하는 택배기사 표준계약을 마련한다는 것 등과 같은 내용이 담겨 있다²⁾. 이와 같은 표준계약을 통한 노동권의 보호는 2012년 12월 국민권익위원회의 『특수형태근로종사자 권익보호방안』과 같은 것에서도 제안된 바 있다. 즉 2007년 이후 특수형태근로종사자들에 대한 경제법적 보호로서 「약관의 규제에 관한 법률」에 의한 공정계약방식, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 불공정거래행위 규제방식이 이용되어 왔다. 공정계약방식은 건설기계임대차 표준계약서, 화물자동차운송사업 표준계약서 등이 있고, 불공정거래행위 규제방식은 공정거래위원회의 2007년 「특수형태근로종사자에 대한 거래상지위남용행위 심사지침」이 있다. 그러나 특수형태근로종사자를 「약관의 규제에 관한 법

2) http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?id=95079985 참조(최종검색일 2017. 12. 10).

를], 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등과 같은 경제법적으로 보호하는 것만으로는 유효한 보호가 부족하기 때문에, 특히 공정한 노무계약 체결을 위한 표준노무계약서 마련과 같은 방법을 취할 것을 개선방안으로 제시하였다.³⁾

2000년대 초반 시작된 특수형태근로종사자에 대한 법적 보호 논의 과정의 결과적 실패는 노동법적 보호 이외의 다른 보호 방안을 강구하는 것이 합리적이고 효과적임을 말하게 하는 이유가 될지도 모르겠다. 노동법적 보호는 실패한 반면, 국가의 정책적 의지가 보다 자율적으로 형성될 수 있는 사회보험법제의 영역에서 특수형태근로종사자 규정에 성공하고 법적 보호를 제공할 수 있게 되었다는 경험 또한 그러한 이유를 제공하고 있는지도 모르겠다. 노동법적 보호의 영역에서 특수형태근로종사자에 대한 논의를 형성할 수 있기 위해서는 법적으로 특수형태근로종사자에 대한 근로자성 인정이 이루어져야 할 것인데, 근로기준법상의 근로자 개념이 폐쇄적인 한편 그 경계가 쉽게 허물어지지 않는다는 현실적 이유도 있을 수 있다. 특수형태근로종사자들에게 근로자성이 있기는 하지만, 근로자성 이외 독립적 자영업자로서의 성격 또한 존재하는데, 그렇다면 근로자와 동일한 노동법적 보호를 제공하려고 하는 것이 정당한가, 또 그러한 시도가 근로자에 대한 보호 범위를 축소시킬 가능성이 있을 수 있지 않겠는가 하는 우려도 존재할 수 있다.

그런데 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호가 요구되는 가장 중요한 이유는, 이들에게 근로자성이 있기 때문이다. 근로자들에게 노동법이 필요한 이유는 노동법이 민법 기타 다른 법과 다르기 때문이다. 노동법은 노사의 불평등의 인정으로부터 출발하여 노사의 대등성을 달성하기 위해 만들어졌다. 노사의 대등성을 달성하기 위해 법은 우선 집단적 교섭력을 위한 노동조합을 인정하고 노동조합에 의한 교섭과 쟁의행위를 보장하는 한편, 개별적 근로조건을 법적으로 강제하는 방식을 채택하였다. 이러한 방식을 통해서야 비로소 근로자들의 근로조건이 보호될 수 있다고 생각했기 때문이다. 특수형태근로종사자들에게서 근로자성을 완전히 제거할 수 없다면, 근로자에게 요구되는 노동법적 보호가 특수형태근로종사자들에게도 필요하다는 전제는 충족될 것이라고 생각한다. 공정계약방식이나 불공정거래행위 규제방식을 통한 경제법적 보호가 노동법적 보호 이전 단계로서 의미를 갖는다고 생각하기는 하지만 거기에 머무를 수는 없다.

3) 국민권익위원회(2012), 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』, p.24. 단, 국민권익위원회가 말하는 특수형태근로종사자는 산재보험법의 특수형태근로종사자가 아니다. 즉 국민권익위원회는 특수형태근로종사자를 정의하면서 산재보험법 제125조 제1항을 거론하기는 하지만, 특수형태근로종사자를 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”라고 함으로써 산재보험법이 의미하는 특수형태근로종사자가 아니라, “근로자가 아니지만 노동법적 보호가 필요한 자”를 특수형태근로종사자로 이해하는 것이다. 따라서 특수형태근로종사자 관련 업종을 약 39개 업종이라고 하면서, 여기에 산재보험법상 특수형태근로종사자가 포함된다고 말하고 있다.

다만, 특수형태근로종사자를 노동법적으로 보호한다는 당위성과는 별개로, 누구를 어떻게 보호할 것인가에 대한 현실적 문제를 도외시킬 수는 없다. 특수형태근로종사자라는 이름에 대한 개념 규정도 제대로 되지 않고 있고, 어느 정도의 특수형태근로종사자가 노동하고 있는지에 대한 실태조사도 제대로 이루어지지 않고 있으며,⁴⁾ 특수형태근로종사자들의 노무제공형태가 어떤지에 대한 조사도 부족하다. 또한, 가장 중요한 문제는, 예를 들어 학습지교사의 노무제공 형태와 레미콘차주의 노무제공형태는 상당히 다를 것인데 이 양자에게 공통적으로 필요한 노동법적 보호의 보편성에 법적 보호 논의가 그칠 것인가, 아니면 노무제공형태에 따라 개별적으로 필요한 노동법적 보호의 예외성에 대해서까지 법이 규정해야 할 것인지 여부이다.

이러한 논점들을 이 글에서 모두 검토할 수 있을 정도로 필자의 능력이 닿지는 못한다. 따라서 이하에서 쟁점이 될 수 있는 사항들과 어느 정도의 원칙적인 방향에 대해서만 검토해 보고자 한다.

2. 노동3권의 보호 : 노조법과 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자의 노동조건보호에 관한 문제는 근로기준법상의 근로자 개념과 관련되어 있다. 택배종사자들의 노동조합 설립신고필증 수리라는 결과에서 보듯, 특수형태근로종사자가 노조법상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자로서의 지위를 갖는가 하는 문제는, 특수형태근로종사자들이 근로기준법상의 근로자로서 노동보호법제의 적용대상이 되는가의 문제와 다르다. 특수형태근로종사자 중 대표적 직종인 골프장캐디에 대해서도 대법원은 근로기준법상 근로자에는 해당한다고 보기 어렵지만, 노조법상 근로자에는 해당한다고 판결한 바 있다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 등 참조).

제20대 국회에 계류된 개정법률안들 중에는 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자 정의 규정에 포함시키고자 하는 노조법 개정법률안들이 있다(예를 들어 한정애 의원 대표발의안(의안번호 2005441), 이정미 의원 대표발의안(의안번호 2679) 등). 국가인권위원회 상임위원회는 2017년 5월 23일 “특수형태근로종사자의 노동기본권 보호를 위한 권고 및 의견표명”이라는 제하에서 고용노동부장관에게 “특수형태근로종사자의 노동3권 보장을 위한 별도의 법률을 제정하거나, 「노동조합 및 노동관계조정법」상 근로자에 특수형태근로종사자가 포함되도록 관련 조

4) 주장되는 특수형태근로종사자 수는 48만(근로복지공단, 2016년 기준)에서부터 218만(국가인권위원회, 2015년 기준)까지 차이가 상당히 크다. 이 차이는 기본적으로 특수형태근로종사자의 범주에 대한 이해로부터 발생하는데, 근로복지공단의 경우 산재보험법상 특수형태근로종사자에 국한되는 수치만을 제공한 것이라고 볼 수 있고, 국가인권위원회는 2015년 『민간부문 비정규직 인권상황 실태조사 - 특수형태근로종사자를 중심으로』 보고서에서 기존의 산재보험법상 특수형태근로종사자 이외 지입차주 등 도급계약을 체결하고 노무를 제공하는 다수의 노동자들을 포함시켰기 때문이다.

항을 개정할 것을 권고한다.”는 권고와, 국회의장에게 “계류 중인 「노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안」에 대한 심의 등 특수형태근로종사자의 노동3권 보장을 위해 조속히 입법적 개선방안을 논의하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.”는 의견표명문을 내렸다.

여러 가지 경향과 논리상 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자로 인정하는 한편, 노동3권의 향유자임을 확인하는 것은 당위에 가깝다. 문제는 노조법상 근로자 개념에 특수형태근로종사자를 직접 포함시킬 것인지, 포함시킨다면 어떻게 규정을 할 것인지에 대한 것이다. 해석과 판례상 특수형태근로종사자도 노동3권의 향유자임이 판단되고 있기는 하지만, 법문상 직접 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자로 확인하는 것은 다른 문제이기 때문이다. 현행 노조법상의 노동조합전임자 유급근로시간면제권 보장 문제, 단체교섭창구단일화제도의 적용 문제, 단체협약 구속력 확장제도와와의 관련성 문제, 쟁의행위 제한 법제 해석의 문제, 부당노동행위 사용자책임의 문제 등을 해결해야 하는 과제가 뒤따르기 때문이다. 이러한 문제는 결국 노조법상의 근로자로 인정되는 특수형태근로종사자는 어떤 개념적 요소를 필요로 하는가의 문제가 될 수도 있고, 그에 따라 다양한 범주의 다양한 노무제공형태를 보이면서 때로는 전속적이기도 하고 때로는 전속적이지 않기도 한 특수형태근로종사자들을 모두 포섭할 수 있을 것인가 하는 문제와도 연관될 것으로 보인다. 그리고 어쩌면 이러한 문제들은 현재 기업별 단위노동조합체제를 기본으로 하고 있는 우리 노조법의 틀을 초기기업단위 노동조합체제로 변경할 것을 요구하는 것일 수도 있다. 이러한 문제들을 해결해 나가는 것이 특수형태근로종사자의 단결권 등 노동3권 보장을 위한 선결과제일 듯하다.

3. 근로권의 보호 : 노동보호법과 특수형태근로종사자

집단적 노동관계상 특수형태근로종사자가 노조법상의 노동조합 설립권을 인정받고, 그에 따라 사용자와 단체교섭을 하거나 단체협약을 체결함으로써 보다 나은 노동조건을 형성해 나가는 것은 집단적 자치의 영역이다. 그런데 근로자들에게 적용되는 개별적 노동보호법제의 적용은 집단적 자치의 영역에서 형성해 나갈, 또는 단결권을 행사할 수 없는 특수형태근로종사자들의 노동조건의 기준을 정해 주는 문제이다. 또한 집단적 자치를 통한 노동조건은 특수형태근로종사자들이 사업장별, 직종별 혹은 업종별 특수 상황을 반영하여 자율적으로 정해나갈 수 있는 것인 반면, 특수형태근로종사자들에 대한 노동보호법제는 특수형태근로종사자들에게 보편적으로 적용되어야 할 법의 내용에 관한 것일 수 있다.

그런데 특수형태근로종사자라는 이름으로 묶여 있다 할지라도 그 이름 아래 놓이는 특수형태근로종사자들은 사업장별, 업종별, 직종별 나아가 지역별, 산업별로 다양한 실태를 띠 수 있기 때문에 그 보편적 노동보호의 원리가 어떤 것인지는 다소 복잡한 문제이다. 그렇기 때문에

헌법재판소도 특수형태근로종사자의 노동조건에 대한 법적 보호의 필요성은 인정하면서도 “특수형태근로종사자로 분류되는 노무제공자들의 직업이 매우 다양하여 특수형태근로종사자 사이에서도 노무제공의 방법, 성격, 사업주에 대한 경제적 종속의 정도 등이 상이하다. 따라서 사업주에 대하여 사용종속관계가 인정되는 근로자에 대한 보호를 목적으로 마련된 근로기준법은 특수형태근로종사자의 지위 등에 비추어 보았을 때 이들에게 그대로 적용될 수 없다. 결국 특수형태근로종사자는 이들의 지위, 노무제공의 성격·방식 등을 고려한 별도의 특별법에 의한 보호가 필요한 영역이다.”고 판단하였을 것이다.⁵⁾

근로기준법이 아닌 특별법에 의해 보호를 하더라도 다양한 형태의 특수형태근로종사자들에게 어떤 보편적 보호의 원칙을 정립할 수 있을지를 정하는 것이 문제일 것이다. 차별의 금지, 강제노동의 금지, 안전한 일에 대한 권리나 사회보장의 권리와 같은 것들이 가장 기본적인 것지만, 여기에 더하여 근로시간에 대한 권리, 휴게 및 휴일·휴가에 대한 권리, 적정한 임금의 권리, 모성보호에 관한 권리 등이 보장될 수 있을 것인지에 대해서는 특수형태근로종사자의 노무제공형태에 따른 개별적 판단이 요구된다. 특히 이러한 근로권에 관한 내용들은 근로기준법상의 근로자와 같은 종속적 근로자를 염두에 둔 경우가 대부분이기 때문에 구체적인 적용상 적지 않은 문제점이 드러날 것이다. 그러므로 특수형태근로종사자의 개별적 특성을 모두 반영하는 법을 제정하는 것은 사실상 불가능할 것이고, 입법 형태를 불문하고 다양한 특수형태근로종사자들의 개별적 근로조건에 대한 보호를 어떻게 하는 것이 가장 효과적인 방법일 것인가에 대한 충분한 고려가 필요하다.

고려할 수 있는 첫 번째 방안은, 특수형태근로종사자들에 대한 노동3권의 전면적 인정을 전제로 하여, 근로기준법 등 최저근로조건에 대한 일반적 노동법제를 특수형태근로종사자들에게도 적용하는 것을 원칙으로 하되, 단체협약을 통해 해당 직종의 업무특성 등을 반영하여 노동보호법제의 일부 규정에 대한 적용제외를 인정하도록 하는 것이다. 다만 이 방안은 단체협약의 규범적 효력을 전제한 것이라고는 해도 노사간의 자치협약이 노동보호법제라는 강행법규를 배제할 근거가 될 수 있겠는가 하는 문제, 노동조합이 결성되어 있지 않거나 결성되어 있더라도 단체협약을 체결하지 못한 경우에는 어떻게 할 것인가의 문제, 노동조합이 결성되어 있고 단체협약을 체결하고 있더라도 비조합원들의 근로조건을 단체협약으로 일괄조정해나가는 것에 대한 법적 정합성 문제 등이 수반된다.

두 번째 방안은, 개별적 특성을 반영한 특수형태근로종사자 각각에게 적용될 수 있는 계약의 상제는 지금과 같은 표준계약서 도입이나 공정계약모델의 개발과 같은 방법을 취하도록 하되, 보편적인 근로권 등 특수형태근로종사자를 포함한 모든 노동자 일반에 대한 특별법을 제정하는 것이다. 예를 들어, 계약체결의 공정성과 부당계약의 금지, 부당계약에 대한 사법적(혹은

5) 현재 2016. 11. 24. 결정 2015헌바413.

준사법적) 평가제도의 규정, 근로기준법상 부당해고의 금지제도에 상응하는 부당계약해지 금지제도의 규정, 근로기준법상 임금지급원칙에 상응하는 보수지급원칙의 규정, 성희롱 금지 규정, 고충처리제도 규정 등을 포함하는 한편, 남녀차별금지에 대한 남녀고용평등과 일가정양립 지원에 관한 법률 준용, 적용가능한 경우 휴일 및 휴가제도에 대한 근로기준법 준용, 산업안전법 준용 등을 내용을 하는 것을 생각해 볼 수 있다. 다만 이 방법의 전제는, 현재도 많은 문제점을 나타내고 있는 특수형태근로종사자의 직종별 구분이 이루어져야 한다는 점, 그리고 그 직종에 따른 개별적 표준계약 혹은 공정계약서가 요구됨으로써 그 안에서 다시 노동조건을 규율할 도모해야 한다는 점, 직종별 표준계약 혹은 공정계약을 마련하지 못할 경우의 대처 방법에 대한 고려가 필요하다는 점, 다양한 특수형태근로종사자들의 개별적 특성을 모두 담아내는 데 한계가 있기 때문에 위와 같은 방법을 취한다고는 하지만 그럼에도 불구하고 어떤 부분을 공통적이고 보편적 노동조건으로 간주하여 법 조문화할 것인가에 대한 세부적 논의가 요구된다.

세 번째 방안은, 현재의 산재보험법과 같이 특수형태근로종사자들을 직종별로 구분을 하면서, 각 직종에 대한 개별적 특별법을 만드는 것도 생각할 수 있다. 개별적 특수형태근로종사자들의 특성을 가장 잘 반영할 수 있는 한편, 규범력이 보장되기도 할 것이므로 가장 효과적인 방법이라고는 할 수 있겠지만, 특수형태근로종사자의 모든 직종에 대한 특별법을 만드는 것이 현실적으로 가능한 일일 것인지가 가장 큰 문제가 아닐까 생각한다. 법률은 단일법으로 하면서 그 법률 내에서 장을 구분하여 법과 시행령, 시행규칙을 적절히 활용하여 특수형태근로종사자 직종별 노동조건을 상세를 정하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 그리고 사실상 표준계약방식을 취하면서 해당 계약에 규범력을 부여하는 방법과의 차이가 없을 수도 있으면서도 법률 제정이라는 부담을 저야 한다는 현실적 난관도 발생한다.

어쨌거나 이러한 방안들은 특수형태근로종사자를 현행 근로기준법 안으로 포함시키는 것은 다소 부적절하다는 생각을 바탕으로 한다. 반면 근로기준법에서 직접 특수형태근로종사자를 규정하는 한편, 근로기준법의 일부 규정만을 적용하도록 하거나, 근로기준법 제63조처럼 적용 제외조항을 별도로 둬으로써 특수형태근로종사자에 대한 적용상 합리성을 도모하는 방법을 배제할 수는 없다(최저임금법 등 다른 노동보호법에서는 적절한 준용의 방식을 취할 수 있을 것이다). 그러나 이 경우 특수형태근로종사자마다의 특수한 노동환경을 제대로 반영하지 못하게 될 수 있다는 점, 근로계약의 체결을 전제로 한 종속적 근로관계에 적용되는 근로기준법에서 특수형태근로종사자들이 주로 취하게 되는 업무도급계약 등을 직접 규율하는 것은 부적절하다는 점 등을 고려하지 않을 수 없을 것이다.

4. 특수형태근로종사자 : 사회보험법 적용의 확대

우리나라의 사회보험법제는 노동관계법제와 매우 밀접하게 연결되어 있다. 산재보험법과 고용보험법은 기본적으로 근로기준법상의 근로자 개념을 기초로 하는 사회보험제도로 출발했기 때문에 그러한 것이라고 볼 수 있고, 국민건강보험법과 국민연금법도 사업장가입자와 지역가입자를 구분하여 근로자인 자와 근로자 아닌 자의 적용을 구분하고 있다.⁶⁾ 이러한 구분에 따라 특수형태근로종사자는 근로자가 아닌 자로서 원칙적으로 산재보험법과 고용보험법의 적용 대상이 되지 않는 한편, 국민건강보험법과 국민연금법상으로는 지역가입자가 된다. 다만 산재보험법은 제125조 특례규정을 두어 특수형태근로종사자 직종을 시행령으로 규정함으로써 그 적용 범위를 확대시키고 있음은 주지의 사실이다. 현재는 특수형태근로종사자에게 고용보험법을 적용시키기 위한 논의가 이루어지고 있는데, 이러한 사회보험법의 적용 확대와 관련하여 먼저 선행되어야 할 문제는 앞서 언급했던 특수형태근로종사자라는 이름의 의미에 관한 것이다. 그리고 특수형태근로종사자라는 이름을 고쳐 부를 수 있게 된다면, 산재보험법과 고용보험법 등 사회보험법의 적용 대상도 그에 따라 확대되어야 할 것이다.

다만, 적용대상 확대의 문제와 관련하여 해결되어야 할 과제로서 보험료 부과방식의 문제, 보험 가입방식의 문제, 적용방식의 문제 등이 있다. 특히 보험료 부과방식과 관련한 현행 체계는 비전속적 특수형태근로종사자에 대해서는 전혀 작동할 수 없다는 중요한 한계가 있다. 그래서 개별 사건별로 산재보험료를 청구하는 것과 같은 건별부과체계 도입 제안을 주의깊게 살필 필요가 있다.⁷⁾

IV. 결 론

특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 지 17년여의 시간이 흘렀음에도 불구하고 산재보험법 적용 이외 별다른 성과물이 없다는 것은 이 논의의 어려움을 그대로 보

6) 국민건강보험법과 국민연금법은 사업장가입자와 지역가입자를 구분하면서 근로자를 "직업의 종류가 무엇이든 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자(법인의 이사와 그 밖의 임원을 포함한 자)"라고 규정하고 있기는 하지만 "사업장의 근로자"가 직장가입자가 되기 때문에 대개 근로기준법상 근로자(즉, 협의의 근로자)는 사업장가입자가 되고, 그 이외 광의의 근로자들은 지역가입자가 되는 것으로 볼 수 있다.

7) 박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책연구용역보고서, p.231; 박찬임·황덕순·김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원, p.94 등 참조.

여주는 듯하다. 그러나 이 시간 동안 사실상 적지 않은 변화가 있었다고 생각한다. 법원은 근로기준법상의 근로자 개념을 해석하는 데 다소 완화된 기준을 적용하려는 노력을 하는 듯 보이고, 특수형태근로종사자 중 일부 직종이기는 하지만 노조법상 노동조합을 설립할 수 있게 되었으며, 디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 이전보다 훨씬 더 적극적으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 필요성이 제기되고 있다. 또한 국가정책적으로도 다양한 시도가 이루어지고 있고, 그에 따라 고용노동부를 중심으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 적극적으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이 논의들이 앞으로 어떤 방향으로 흘러갈지는 알 수 없지만, 본문에서 특수형태근로종사자에 대한 논의가 가야 할 방향을 제안한 바와 같이 집단적 및 개별적 노동법제의 적용, 사회보험제도의 확대 적용이라는 결과물을 내보일 수 있게 되기를 바란다. [11]

[참고문헌]

- 강성태(2006), 「특수고용직의 노동법적 보호」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원.
- 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안연구』, 고용노동부 학술연구용역보고서.
- 박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 57, 한국노동법학회.
- 박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책연구용역보고서.
- 박찬임·황덕순·김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원.
- 안주엽 외(2002), 『특수고용관계 종사자 실태조사』(연구기관: 한국노동연구원), 노동부 학술연구용역보고서.
- 이승욱(2005), 「특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색」, 『노동법연구』 19, 서울대학교 노동법연구회.