

産 業 關 係 研 究  
 第28卷 第3號, 2018. 9. pp.47~80  
 © 韓 國 雇 傭 勞 使 關 係 學 會

## 특수형태근로종사자의 보호 : 걸어온 길, 가야 할 길\*

박 은 정\*\*

특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 지 17여 년의 시간이 흘렀음에도 불구하고 산재보험법 적용 이외 별다른 성과물이 없다는 것은 이 논의의 어려움을 그대로 보여주는 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 되었고, 디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 이전보다 훨씬 더 적극적으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 필요성이 제기되고 있다.

이 글은 위와 같은 바탕 아래에서 특수형태근로종사자라는 용어가 갖고 있는 문제점과 한계를 인식하고, 이 용어가 제공하는 사고의 틀로부터 벗어나 새로운 인식의 전환이 필요하다는 점을 말하고자 하였다. 특히 특수형태근로종사자와 같은 특수한 고용형태가 확산되고 있는 현재, 노동법은 어디까지 적용되어야 하는지에 대한 문제의식을 갖고 특수형태근로종사자들에 대한 노동법적 보호를 위한 방안을 제안하여 보기로 하였다.

이 글의 가장 중요한 전제는 노동법의 기본적 적용 대상인 근로자인 자를 특수형태근로종사자로 오분류해서는 안 된다는 것이다. 그리고 특수형태근로종사자에 대한 완전한 노동3권이 보장되어야 한다는 것, 사회보험법제의 포괄적 적용이 요구된다는 것을 말하였다.

▶ 주제어: 특수형태근로종사자, 특수형태근로종사자 노동보호, 특수형태근로종사자 노동3권, 특수형태근로종사자 사회보험, 특수형태근로종사자 근로자성

논문접수일: 2018년 2월 23일, 심사의뢰일: 2018년 4월 23일, 심사완료일: 2018년 5월 16일

\* 이 글은 박은정(2018), “특수형태근로종사자에 대한 논의 : 걸어온 길, 가야 할 길”, 『비정규직 대책의 현황과 과제』(김근주 외), 한국노동연구원, 2018, p.106 이하에 수록되었던 글을 수정·보완한 것이다.

\*\* 인제대학교 사회과학대학 공공인재학부 부교수, [ejpark91@hanmail.net](mailto:ejpark91@hanmail.net)

## 1. 서론

제3차 산업혁명이라는 말이 들리기 시작한 지 얼마 되지 않은 듯싶은데 근래는 제4차 산업혁명이라는 말이 나오면서 기술이 노동에, 고용에 미친 영향들을 얘기하고 있다. 2017년 11월, 한겨레신문사가 주최하여 <일의 미래 : 새로운 사회적 합의를 향하여>라는 주제로 열린 제8회 아시아미래포럼의 기조연설자인 리처드 프리먼은 스스로 결정하여 움직이는 AI에 의해 앞으로 125년쯤 후엔 노동을 완전히 자동화할 수 있다고 말했다. 노동이 사라진다는 것이다. 반면 같은 날 특별강연자로 나선 샌드라 폴라스키는 일이 사라지지 않을 것이고, 사라져서는 안 된다고 말하였다.<sup>2)</sup>

일이 사라질지, 사라지지 않을지는 잘 모르겠지만 최근의 디지털 기술 발전에 의해 노동의 외적 형태에 적지 않은 변화가 발생하고 있는 것은 분명해 보인다. 디지털 플랫폼 노동, 온 디맨드 노동, 앱 노동, 깃 노동 등의 이름으로 ‘새로운’이라는 수식어가 붙어 있는 이 노동들은 ‘디지털 유목민’ ‘프레카리아트’와 같은 신조어를 낳고 있기도 하다.

그런데 노동의 변화는 갑작스러운 것은 아니었다. 직접고용과 종신고용 체제가 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.<sup>3)</sup> 새롭다는 것은 지금까지 있는 적이 없다는 뜻이다. 그런데 임금노동이 발현되었던 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 해왔고, 그에 따라 법과 제도 또한 변해 왔다. 그러나 변화에 적응하기 위한 법과 제도는 언제나 보수적이어서 그 경계를 쉽게 늦추려 하지 않는다. 법학이 “법이란 무엇인가”라는 질문을 끊임없

2) 2017년 아시아미래포럼 기조연설 및 특별강연문은 <http://www.asiafutureforum.org/>에서 볼 수 있다.

3) 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 조각조각 나버렸다는 의미를 갖기 때문에 “거북의 등에 있는 무늬처럼 갈라져 터진” 균열(龜裂)이라는 단어의 의미는 두 단어가 함께하는 것이라고 보는 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 듯싶다.

이 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 법조문상 처음으로 등장했다. ‘특수’라는 단어가 ‘근로’에 붙어있는 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 법조문으로 반영한 것이라는 의미를 부여할 수 있다.

특수형태근로종사자라는 산재보험법상의 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 법조문에 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.

이 글은 위와 같은 필요성을 인식하면서 현재 특수형태근로종사자라는 용어가 출현하게 되었던 배경, 경과, 현재의 모습 그리고 앞으로 나아갈 길에 대하여 생각해보고자 한다. 특히 배경과 경과에 대해서는 기존의 연구들에서도 다룬 바 있지만, 기존의 연구들이 필요에 따라 다소 요약적이고 단편적으로 언급된 측면이 없지는 않으므로 기존의 연구들을 바탕으로 전체적인 배경과 경과를 상세하게 실어 보고자 한다.

## II. 특수형태근로종사자 : 걸어온 길

### 1. 논의의 발단

대법원 판례상 근로자성에 관한 다툼이 발생한 첫 사례는<sup>4)</sup> 지입차주의 근로자성에 관한 것이다. 스스로 생산수단인 자동차를 갖고 사업주의 사업면허를 이용하여 운송사업을 하는 차주 겸 운전사가 근로기준법상의 근로자인지 여부를 다툰 사례에서, 법원은 “근로기준법의 적용을 받은 근로자라 하려면 사용자로부터 자기의 근로의 대상으로 금품을 받을 것을 목적으로 하여 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 하며 지입차주는 근로기준법상의 근로자가 아니라고 판결했다.<sup>5)</sup> 이후 보험모집인, 도급근로자, 시청료징수원, 레미콘차주, 학습지교사, 학원강사, 골프장캐디 등의 근로자성을 다투는 사례들이 축적되는 가운데, 이와 같이 민법상 고용계약이나 도급계약과 같은 전형계약, 용역·하청·위탁·협력 등의 비전형계약 하에서 노무를 제공하지만 실질적으로는 근로기준법상의 근로자성을 다툰 여지가 있을 만큼 근로자와 유사한 지위를 갖는 ‘근로자 아닌 근로자’들을 ‘특수고용관계’, ‘특수계약형태’, ‘특수고용형태’, ‘특수고용직’ 등으로 부르기 시작했던 것으로 보인다.

다만, 특수고용관계 등의 용어가 본격적으로 등장한 것은 비정규직 근로자에 대한 보호 문제가 사회적 의제로서 채택되기 시작했던 1990년대 후반~2000년대 초반이다. 학술문헌상 이 용어를 처음 볼 수 있었던 것은 근로자성 판단에 관한 1990년대 대법원 판결을 검토한 강성태 교수의 논문이다.<sup>6)</sup> 그 이전까지는 “근로자로 보기 어려운”과 같은 서술식 표현이 주로 사용되었는데, 강성태 교수의 논문에서는 이들을 ‘특수고용관계’ 하에 놓여 있는 자들이라고 표현하였다. 이 논문에서는 ‘특수고용관계’라는 용어가 실정법상의 용어도 아니고 그렇다고 당시 노동법학계에서 널리 사용되고 있는 용어도 아닌바, “종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)을 동시에 가지고 있는 노무공급관계를 염두에 두고 사용”하였다고 밝히고 있다. 특히 “계약의 외형은 도급·위임계약이거나 이와 유사하지만, 계약의 존속과 실질적 전개과정에서 보이는 종속성이 일반 근로계약관계와 흡사한 점이 많은 노무공급관계를 상정한 것”이라는 것이다.<sup>7)</sup>

다만 특수고용관계라는 용어를 사용하면서도 모두 일치된 개념으로 이 용어를 이용했던 것은 아닌 듯싶다. 2002년 당시 노동부 용역보고서에서는<sup>8)</sup> “고용관계에 따라 근로자를 삼

4) 필자가 확인할 수 있었던 한도 내에서의 첫 사례이다.

5) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도334 판결.

6) 강성태(2000), 『특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단 - 1990년대 대법원판결의 검토를 중심으로』, 『노동법학』, 제11호, 한국노동법학회, pp.35-52.

7) 강성태(2000), p.35.

분하면, 전통적 고용관계로 사용주와 고용주가 일치하는 직접고용, 용역근로나 파견근로와 같이 사용자와 고용주가 일치하지 않는 간접고용, 사용자와 고용주는 일치하나 근로계약관계가 모호한 특수고용”이라고 구분하면서, “특수고용관계종사자의 특성은 전통적인 근로자와는 달리 계약체결의 형태가 근로계약이 아닌 도급 또는 위임이라는 형태를 취하는 경우가 많으며 보수도 성과급으로 지급되거나 근로시간이나 근로제공의 장소에 대한 구속도 엄격하지 않으며 취업규칙의 적용에서도 배제되는 경우가 많다는 특성”을 갖는다고 보았다. 종속성의 측면에서 그 주된 특징을 발견하기도 했고, (어쩌면 동일한 의미일지도 모르겠지만) 노사관계의 특성으로부터 그 주된 특징을 발견하기도 했던 것이다.

여하튼 특수고용관계에 관한 논의의 시발점에서 특수고용관계는 어떤 특정한 직종을 대상으로 하는 것은 아니었다. 법적 분쟁의 과정에서 골프장 캐디, 레미콘 운전자, 보험모집인, 학습지교사와 같은 사람들이 근로기준법상의 근로자성을 주장하면서 퇴직금을 사업주에게 요구한다거나 함으로써 이들 직종이 주로 문제가 되는 특수고용관계종사자들이라고 인식되기는 하였지만, 법원이 검토하지 않은 영역에서의 특수고용관계종사자들도 “종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)을 동시에 가지고 있는 노무공급관계” 등에 포함될 여지를 배제한 것은 아니었던 것이다. 2001년 노동부의 연구용역에 따라 한국통계학회가 수행한 “비정형근로자 근로실태조사 표본설계”에서는<sup>9)</sup> 고용형태를 근로기간·근로시간 및 근로제공방식으로 구분하는 한편, 특수고용관계종사자를 비정형근로자에 포함시키면서 근로제공방식에 따라 전형근로자와 구분이 되는 비전형근로자로서 파견, 용역, 독립도급, 호출근로자, 재택근로자 등을 포함시켰다(이 분류방식이 향후 정부의 비정형근로자 보호대책 등에서의 고용형태 구분 기준이 됨).

## 2. 논의의 전개

### (1) 2001년 5월 이전

1990년대 후반부터 특수고용관계종사자에 대한 논의가 특히 활성화되기 시작한 것은 당시의 경제적 위기상황과 맞물려 있다. 근로기준법상 근로자인지 여부가 논란이 되었던 특수고용관계종사자에 대한 논의는 어느 정도 제한적인 범위에서 시작이 되기는 하였지만, 경제위기와 함께 이루어진 기업의 구조조정, 그 구조조정 하에서 비용절감이라는 목적

8) 안주엽 외(2002), 『특수고용관계종사자 실태조사』(연구기관 : 한국노동연구원), 노동부 학술연구용역 보고서.

9) 류제복 외(2001), 『비정형근로자 근로실태조사 표본설계』(연구기관 : 한국통계학회), 노동부 학술연구용역보고서.

으로 노동법상 책임을 최대한 회피하고자 하는 노력 및 기존의 일자리로부터 내몰린 사람들이 선택하게 되는 다양한 형태의 노동은 근로자의 비근로자화라는 결과로 나타났다. 1997년 외환위기에 따른 구제금융 조치와 함께 가속이 붙은 근로자들의 비정규직화, 기업의 경영합리화를 위한 수단으로 이용된 외주·하청·도급 등의 간접고용방식을 통한 고용 털어내기, 여기에 더해진 근로자 아닌 근로자의 노무제공으로서 특수형태고용은, 지금까지도 진행 중이기는 하지만, 당시 정부의 ‘비정형근로자 보호대책’을 이끌어내는 한편 노사정위원회 비정규직근로자대책특별위원회(이하 비정규특위)에서 특수고용관계 대책 방안에 관한 논의를 시작하였다.

우선 정부의 ‘비정형근로자 보호대책’에서 학습지교사, 골프장캐디, 보험설계사 등 “근로계약이 아닌 민법상의 도급, 위임 등 형태로 노무를 제공”하는 특수고용관계종사자에 대해서는 경제적 종속관계를 이유로 하여 다음과 같은 보호 대책을 세웠다.

#### <2000년 비정형근로자 보호대책 중 특수고용관계종사자 주요 내용>

- 학습지교사, 골프장캐디, 보험설계사 등 근로계약이 아닌 민법상의 도급, 위임 등 형태로 노무를 제공하는 이른바 특수고용관계종사자의 경우 경제적 종속관계가 있는 등 보호 필요성이 있으므로
- 이들에 대해서는 「근로자에 준하는 자」개념을 신설하여 대통령령으로 정하는 일부 규정을 적용
  - ※ 적용되는 일부규정 : 보수, 정당한 이유 없는 해고제한, 산재보험 혜택
- 다만, 「근로자에 준하는 자」에 대해서는 퇴직금, 근로시간, 휴일·휴가 등은 적용제외

위 보호 대책에서는 특수고용관계종사자의 경제적 종속성에 기초한 근로자성을 일부 인정한 결과, 그들을 근로자에 준하는 자로 인식하고 근로기준법의 일부 규정과 함께 산재보험제도를 적용하는 방안을 제시하였음을 알 수 있다. 특히 산재보험의 경우, 산재보험법이 근로기준법상 근로자 개념을 준용하고 있기 때문에 근로기준법상의 근로자가 아닌 특수고용관계종사자들에게는 산재보험법이 적용되지 않지만 업무상 재해로부터 보호할 사회적 필요성을 인식함에 따라 자영업자 및 그 가족종사자, 특수고용관계에 있는 골프장캐디, 보험설계사, 학습지교사를 산재보험법의 적용 대상으로 삼기로 하였다. 노동조합에 대한 권리 등 집단적 권리에 대해서는 별도의 언급이 없었다.

한편 이러한 특수고용관계종사자들의 노동법적 보호를 목표로 한 노동단체 등의 입법청원도 다수 이루어졌다. 당시의 입법청원 제안자와 제안 내용을 정리해 보면 다음과 같다 (법조문 번호는 2000년 당시 근로기준법을 기준으로 함).<sup>10)</sup>

10) 이 내용은 강성태(2006), 「특수고용직의 노동법적 보호」, 『노동정책연구』, 제7권 제3호, 한국노동연구원, p.96의 각주 4번 내용을 재정리한 것이다.

<2000년 특수고용관계종사자 관련 법안 주요내용>

제안자	일시	근로자개념	사용자개념
한국여성단체연합, 한국여성노동자회 협의회, 전국여성노동조합 등	2000. 9. 19.	근로자개념 추가 : §14② “근로자가 독립사업자의 형태를 취하고 있는 경우에도 특정사용자의 계산으로 또는 특정사용자의 사업에 편입되어 그 업무를 수행하고 대가를 얻는 경우에는 근로자로 본다”	사용자개념 추가 : §15② “근로계약 체결의 형식적인 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 사용자로 본다” §15③ “전항의 실질적 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 임금, 근로시간, 복지, 해고 등 그가 영향을 미치는 근로조건에 한하여 근로계약 체결 책임자와 연대책임을 진다”
비정규노동자기본권보장과차별철폐를위한공동대책위원회	2000. 10.	근로자개념 추가: §14② “고용계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다.”	상동
한국노총	2000. 11.	근로자개념 수정: §14 근로자란 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금 “또는 그에 준하는 수입”을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다. ※ 노조법 §21 개정도 함께 요구함 (근로자 정의에 “근로자와 유사한 자” 포함).	
한나라당 환경·노동위원회	2000. 10.	근로자개념 추가: §14② “위임·도급 또는 이와 유사한 계약에 의한 개인 자격의 수임·수급자로서 특정인에게 근로조건에 대하여 현저한 영향을 받는 자는 근로자로 본다.”	사용자개념 추가: §15② “근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.”

위와 같은 움직임 하에서 1999년 9월 1일 출범한 제3기 노사정위원회는 비정규직근로자대책특별위원회(이하 비정규특위)를 2001년 6월 설치하고 “고용형태의 다양화로 비정규직 근로자가 늘어남에 따라 비정규직 근로자 보호와 노동시장의 유연성을 조화”시킨다는 목적 하에서 비정규근로자의 한 유형으로서 특수고용관계종사자들에 대한 보호 방안을 논의하기 시작하였다.

## (2) 2001년 5월 이후의 전개

2001년 7월부터 활동을 시작한 비정규특위의 1차적 성과는 2002년 5월의 <비정규 근로자대책 관련 노사정 합의문>일 것이다. 이 합의문 중 특수고용관계종사자에 대한 내용을 간추려 보면 다음과 같다.

### <2001. 7. 비정규 근로자대책 관련 노사정 합의문>

○ 산업재해보상보험  
정부는 특수형태근로종사자 중 「업무상 재해로부터 보호의 필요성이 있는 자」가 산업재해보상 혜택을 받을 수 있는 방안을 강구한다.

2000년 10월 정부의 ‘비정형근로자 보호대책’에서는 근로기준법상 근로자에 대한 보호 내용의 일부를 특수고용관계종사자들에게 적용하는 것이 언급되었었는데, 비정규특위의 1차 합의문에서는 산재보험 적용에 관한 원칙적 방안만이 언급되었을 뿐이었다. 그리고 특수고용관계종사자를 ‘특수형태근로종사자’로 표현하고 있는 것을 볼 수 있다. 다만 이 합의문 상의 ‘특수형태근로종사자’는 종래 특수고용관계종사자를 의미하는 것으로서, 현행 산재보험법 제125조 특례규정상의 특수형태근로종사자와는 다르다. 특수형태근로종사자를 포괄적 개념으로 사용하는 한편, 특수형태근로종사자 가운데 “업무상 재해로부터 보호의 필요성이 있는 자”를 산재보험법의 적용 대상으로 삼고자 했던 것이다.

이 합의문 발표 후 노사 양측으로부터 비난을 받던 비정규특위는 활동 종료 시점인 2003년 5월 23일 노사정합의에 의한 합의문 발표가 사실상 불가능해짐에 따라 공익위원들만의 <비정규직근로자 대책 공익위원안>을 발표하게 된다. 여기에는 비정규직 근로자들과 관련한 여러 가지 논점들이 담겨 있기는 하지만 이에 대해서는 생략하고, 특수고용관계종사자들에 대해서만 간추려 정리해 보자면 다음과 같다.

### <2003. 5. 비정규직근로자 대책 공익위원안 주요내용>

#### <공익위원(안)>

##### (1) 원 칙

특수형태근로종사자들의 계약조건 유지 내지 개선방안에 대하여 특별한 대책이 필요하고, 이 사안의 중요성에 비추어 좀 더 심도 있는 논의와 연구가 필요하다는 점에 인식을 같이한다. 이에 대해서는 개별적 근로관계법상 보호방안 및 집단적 노사관계법상 보호방안, 특별법 제정방안, 경제법상 보호방안(독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 약관규제법 등), 사회보험법상 보호방안(산재보험 등)들을 강구할 수 있다.

(2) 공익위원들이 특수형태근로종사자들의 보호방안의 하나로 다음과 같이 특별법(‘유사근로자의 단결활동 등에 관한 법률’) 제정방안을 검토하였는데 그 내용은 다음과 같다.

(가) 적용범위

근로기준법 또는 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당되지는 않지만 이와 유사한 지위에 있는 자로서 사회적 보호가 필요한 자를 말하는 데, 그 구체적 범위 마련에 있어서는 다음과 같은 점이 고려되어야 한다.

- ① 특정사업주를 위하여 노무를 제공하고 이로 얻은 수입으로 생활할 것,
  - ② 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공할 것,
  - ③ 노무제공에 있어서 직간접적인 사용자의 지휘감독을 받을 것
- ※ 구체적인 범위 마련에 있어서 해당 직종을 대통령령으로 명시하는 방안에 대해 추후 검토 필요

(나) 개별적 보호내용

유사근로자에 대해서 정당한 사유 없는 계약해지로부터의 보호·성희롱으로부터의 보호·보수에 대한 보호방안을 조속히 강구하도록 하되, 기타 보호사항(모성보호, 휴일·휴가제공 등)은 적절한 수준에서 보장하는 방안을 검토한다.

(다) 사회보험 적용

유사근로자에 대해서 산업재해보상보험은 조속히 적용하도록 하되, 기타 사회보험의 경우 그 적용하는 방안을 추후 검토한다.

(라) 단체의 조직권·교섭권·협약체결권

유사근로자들에게는 단체조직권, 교섭권, 협약체결권을 부여한다.

(마) 단체의 설립·교섭 등

유사근로자단체의 설립, 교섭사항, 활동전임자의 지위, 성실교섭의무, 교섭거부금지, 협약의 효력, 부당행위(Unfair Practice) 금지 등에 대해서는 노동관련법상의 관계조항을 준용하여 구체적인 방안을 마련한다.

(바) 분쟁조정방안

교섭결렬시 분쟁조정을 위해 직권중재가 이루어지도록 하고, 그 분쟁조정에 관한 절차는 노동조합및노동관계조정법상 관계규정을 준용하여 구체적인 방안을 마련한다.

위 공익위원안을 노사가 반겼을 리는 없다. 특히 적용범위에 관한 공익위원안에서는 ① 특정사업주를 위하여 노무를 제공하고 이로 얻은 수입으로 생활할 것, ② 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공할 것, ③ 노무제공에 있어서 직간접적인 사용자의 지휘감독을 받을 것을 요구하고 있는데, 이 기준은 결국 근로자성 판단 기준과 차이가 없다는 비난을 받을 수밖에 없었다.

노사정위원회 비정규특위 활동기간 종료 이후 노사정 합의로 다시 2003년 9월 특수형태근로종사자 특별위원회(이하, 특고특위)가 설치되었다. 비정규특위가 특수고용관계종사자 이외 기간제, 단시간 및 파견근로자들을 포괄하는 논의를 진행했던 것과는 달리, 특고특위는 오로지 특수고용관계종사자들에 대한 논의에 집중하기 위해 설치된 것이다. 특고특위에서는 비교법적으로 특수고용관계종사자들에 대한 보호제도를 비교분석하는 한편, 노동관계법제 등의 입법적 대책을 논의하였고, 2005년 9월까지 활동하기는 하였지만 실질적 성과는 거두지 못했다. 노사의 격심한 대립구도 하에서 특고특위는 “특수형태근로종사자특별위원회 공익위원 검토의견”을 도출하였다. 이 검토의견에서는 특고특위 논의기간 중 노사 간의 실질적 논의와 공론화를 통한 의견수렴이 미진하였다는 점을 고려하여 복수

의 안을 제시하게 되었음을 밝히고 있는데, 그 안들의 주요 내용은 다음과 같다.

<2005. 9. “특수형태근로종사자특별위원회 공익위원 검토의견”>

<제1안>

- 근로기준법을 준용할 직군(A직군)과 그렇지 않은 직군(B직군), 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’)을 준용할 직군(C직군)과 그렇지 않은 직군(D직군)으로 나누되,
  - B직군에 대하여는 별도의 개별적 권리 보호방안을, D직군에 대하여는 별도의 집단적 권리 보호방안을 마련함.

<제2안>

- 근로기준법 및 노조법 준용을 배제하되,
  - 별도의 개별적 권리 보호방안과 집단적 권리 보호방안을 마련함.

<제3안>

- 원칙적으로 노조법을 준용하되,
  - 개별적 권리 보호방안은 별도로 마련하지 않거나 기본적 범위만 마련하고
  - 유니언숍, 쟁의행위 등에 관하여는 노조법 준용에 대한 특례를 검토함.

특고특위는 논의진행 과정에서 효율성을 위해 직종별 전문소위를 구성하였는데, 이때 전문소위가 설치된 직종이 법원에서 근로자성 여부가 문제되곤 하던 골프장캐디, 학습지교사, 보험모집인 및 레미콘기사 등이다. 이 중 위 제1안의 A 직군에 해당하는 것이 골프장캐디였고, B 직군에 학습지교사, 보험모집인 및 레미콘기사가 포함되었다. A 직군은 근로기준법이 적용되므로 당연히 C 직군에도 해당하게 되고, B 직군은 근로기준법 준용도 안 되는 한편, 노조법 준용도 안 되는 것으로 판단하였다. 결국 골프장캐디만이 근로기준법 및 노조법상 근로자로 인정하는 한편, 다른 직종의 특수고용관계종사자들은 법적으로는 근로자로 인정하지 않겠다고 하는 것이 위 제1안이었던 것이다. 제2안은 특별법 제정을 통해 접근하자는 것으로 이해할 수 있고, 제3안은 개별적 권리보호방안에 대해서는 별도로 마련하지 않거나 기본적 범위만을 마련하는 대신 노조법상 근로자성을 특수고용관계종사자들에게 인정하자는 취지를 담고 있다. 어느 방안도 노사의 격렬한 반대가 있었을 것임을 쉽게 예상할 수 있다.

특고특위의 활동기간이 종료된 이후 2006년 7월부터 약 2개월간 노사정대표자회의에서 민주노총의 요구에 따라 특수고용관계종사자들에 대한 보호방안을 강구하기 위한 실무협의회를 구성하기로 하고 실무협의회를 진행하기는 하였지만 파행적으로 운영이 되면서 결국 별다른 결론 없이 논의가 중단되었다.

### (3) 2006년 10월 이후 입법화 논의

노사정위원회에서의 논의가 별다른 성과 없이 종료된 후 정부는 2006년 10월 25일 <특수형태근로종사자 보호대책>을 발표한다. 이 대책에는 그동안 검토해 온 특수고용관계종사자들에 대한 산재보험 적용 방안과 함께 경제법적 보호 방안이 포함되어 있다.<sup>11)</sup> 여기에서의 산재보험 적용 방안은 특수고용관계종사자들에게 산재보험법을 적용하도록 하는 한편, 근로자로서의 성격도 갖고 있지만 자영업자로서의 성격도 갖고 있음을 고려하여 산재보험료를 50%씩 사업주와 특수고용관계종사자가 균분하여 부담하는 것을 주된 내용으로 한다.

#### <2006. 10. 25. 특수형태근로 종사자 보호대책 주요내용>

- 규정형식
  - 특례적용(근로자 개념 확대 아님).
  
- 적용대상
  - 일신 전속성,경제적 종속성,비대체성 있는 경우로 한정  
(보험설계사, 골프장경기보조원, 학습지교사, 레미콘운송종사자, 대통령령이 정하는 직종에 종사하는 자)
  
- 적용방법
  - 사업장 단위로 당연 적용
  - 종사자가 제외 신청 시 예외인정
  - ※ 보험료는 사업자와 종사자 1/2씩 부담.  
(단,사용종속성이 강한 골프장 경기보조원은 사용자가 전액 부담)

위와 같은 정부의 대책이 발표된 후 정부는 입법안 마련을 위한 본격적인 작업에 착수하는 한편, 2006년 11월 13일 노동법학자가 중심이 되어 8인이 참여하는 노동부장관 자문위원회 형식의 ‘특수형태근로종사자 보호법안 기초위원회’(위원장 : 임종률)(이하, 법안기초위원회)를 구성한 후, 노동법적인 보호방안 검토를 의뢰하게 된다.<sup>12)</sup> 이 법안기초위원회는 7차례의 회의를 거쳐 가칭 <특수형태근로종사자 보호입법(안)>을 마련, 이를 2007년

11) 경제법적 보호방안의 핵심적 내용은 첫째, ‘계약의 불합리한 해지’, ‘불합리한 벌칙의 적용’, ‘강제할당’ 등을 불공정거래행위로 본다는 것, 둘째, 불공정거래행위에 대해서는 공정거래법에 따라 공정거래위원회에 신고하여 시정을 받을 수 있도록 하고, 특수형태근로종사자에 대해 표준계약서를 작성·보급하며, 계약의 내용을 약관으로 보아 표준계약약관으로 신고를 받아 이를 심의하여 불공정한 부분을 제거하도록 한다는 것, 셋째, 보험업법 등을 적용하여 대납, 강제할당 및 홍보, 부당한 거래를 근절시켜 나가는 것을 그 내용으로 하고 있다. 이인재 외(2007), 『특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 사회경제적 효과분석』, 고용노동부 정책연구보고서, p.57.

12) 검토과정의 상세 내용은 이인재 외(2007), p.61 각주 28) 참조.

4월 27일 노동부장관에게 제출하였는데 특히 사측의 반대가 커서 법안에 대한 논의가 진행되지 못했다. 이에 따라 노동부가 2007년 5월 5일 <특수형태근로자 대책 추진위원회>를 구성하고 한 달에 걸쳐 위 보호입법 초안에 대한 논의를 통해 정부안을 마련하였다. 그러나 절차적 어려움으로 정부가 직접 국회에 정부안을 직접 제출하지 않고, 의원입법 형태로 2007년 6월 14일 국회에 제출하기에 이른다(김진표 의원 대표발의). 그 주요 내용은 다음과 같다.

#### <2007년 특수형태근로종사자 보호법안 주요내용>

- 가. “특수형태근로종사자”(이하 ‘종사자’라 한다)는 “주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니하고, 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니하여 보호할 필요가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”로 함(안 제2조).
- 나. 상시 5명 이상의 종사자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장을 이 법의 적용 대상으로 하고, 상시 5명 미만은 대통령령으로 정하는 바에 따라 일부 규정을 적용할 수 있으며, 종사자라 하더라도 보수가 대통령령으로 정하는 금액 이상인 자는 대통령령으로 정하는 일부 규정을 적용하지 아니할 수 있음(안 제3조).
- 다. 사업주는 집단적 노무제공의 거부가 아닌 단체의 정당한 활동으로 손해를 입은 경우에는 단체나 그 구성원에 대해 배상을 청구할 수 없음(안 제4조제1항).
- 라. 사업주는 종사자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 노무제공 조건에 관한 차별적 처우를 하지 못함(안 제5조).
- 마. 사업주와 종사자는 노무제공에 관한 계약을 서면으로 작성하고, 종사자의 요구가 있으면 그 종사자에게 교부하여야 함(안 제6조).
- 바. 사업주는 종사자에게 합리적인 이유 없이 계약을 해지하지 못하고, 계약을 해지하려면 적어도 14일 전에 예고를 하여야 하며, 사업주가 부당한 해지를 하면 종사자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있음(안 제7조부터 제9조까지).
- 사. 사업주는 보수를 통화로 직접 종사자에게 그 전액을 지급하여야 하고, 다른 법령 또는 제22조에 따른 협정서에 특별한 규정이 있는 경우에는 보수의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있으며, 보수를 받을 수 있는 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸함(안 제10조 및 제11조).
- 아. 사업주는 1년 이상 사용한 종사자에게 연간 12일의 범위에서 휴가를 주되 청구한 시기에 주어야 하고, 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있음(안 제12조).
- 자. 종사자에게 「남녀고용평등법」, 「산업안전보건법」 등에서 정하고 있는 기준에 준하여 임신부의 보호, 육아휴직, 직장 내 성희롱의 금지 및 예방, 산업안전과 보건에 관한 조항을 적용함(안 제13조부터 제16조까지).
- 차. 상시 30명 이상의 종사자와 계약을 체결한 사업주는 종사자의 고충을 청취하고 이를 처리하는 고충처리위원을 두어야 함(안 제17조).
- 카. 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 계약을 정한 경우에는 그 부분에 한하여 무효로 하고, 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따름(안 제19조).
- 타. 종사자는 노무제공과 관련하여 사업주와 협의를 통하여 계약조건의 향상을 목적으로 하는 단체를 자유롭게 조직하고 가입할 수 있음(안 제20조).
- 파. 단체의 대표자는 노무제공에 관한 계약조건에 대해 사업주나 사업주단체와 협의할 권한을 가지며, 계약이 체결된 협정에 위반하거나 계약에 규정되지 아니한 사항은 협정에서 정한 기준에 따름(안 제21조 및 제22조).
- 하. 협의가 결렬되거나 당사자의 일방이 정당한 이유 없이 협의에 응하지 않으면 단체 또는 사업주는 노동위원회에 조정을 신청할 수 있고, 노동위원회가 제시한 조정안은 협정과 같은 효력을 가짐(안 제23조).
- 거. 노동위원회는 당사자가 함께 중재를 신청하거나, 당사자 일방의 신청으로 특수형태근로종사자위원회에서 중재

에 회부하는 결정을 한 때에는 중재를 행함(안 제24조).

너. 제9조의 부당해지 등의 권리구제 신청에 따른 심판, 제23조 및 제24조에 따른 조정 및 중재를 행하기 위하여 노동위원회 내에 특수형태근로종사자위원회를 둠(안 제25조).

더. 사업주는 종사자가 단체에 가입 또는 가입하려고 한 행위, 단체를 조직하려고 한 행위, 단체의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 계약을 해지하거나 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니 되고, 권리를 침해당한 종사자 또는 단체는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있음(안 제29조 및 제30조).

러. 노무제공에 관한 계약조건에 대해 단체와 사업주 사이의 협의 그 밖에 이를 위한 행위에 대하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 및 제26조(제1항제4호를 제외한다)를 적용하지 아니함(안 제35조).

정부가 법안을 국회에 제출하려면 정부 내부적으로 관계부처 간 협의, 당정협의, 입법예고, 규제개혁위원회 심사, 법제처의 심사, 차관회의, 국무회의의 심의절차(헌법 제89조제2호) 등을 거쳐야 한다. 특고보호법안의 경우 법안 자체에 대한 사측의 반대가 있었고, 경제법적 보호방안 등과 맞물려 부처 간 의견이 상이하기도 하였기 때문에 정부법안 제출 방식으로는 이 법안이 국회에 상정되기 어렵다고 판단했던 것으로 보인다.<sup>13)</sup> 이 때문에 국회 환경노동위원회 법률안 검토보고서에서는 “정부는 7년간에 걸쳐 충분히 논의를 진행시켰고, 독자적인 법률안도 마련한 것으로 보이는데, 마지막으로 의원입법의 형식을 취함으로써 법률안 제출 절차에서 흠결이 있었다는 지적을 받을 수 있”다는 의견을 내비치기도 하였다.<sup>14)</sup> 한편, 특고보호법안이 준비 중이던 2007년 7월, 공정거래위원회는 특수고용관계종사자들을 개인사업자로 규정하고 상위사업자와 하위사업자 간의 거래상 지위남용을 규제하겠다는 내용의 <특수형태근로종사자에 대한 거래상의 남용행위 심사지침>을 제정, 시행하기 시작하였다. 결국 정부부처 간에도 특수고용관계종사자들에 대한 접근 방식에 합의점을 찾지 못하였음을 알 수 있다.

한편, 이와 같은 정부의 입법안 마련과 함께 국회에서는 별도의 의원입법들이 줄을 잇게 되었는데, 기존 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법(이하 노조법)을 개정하자는 방향(제1유형: 법률안 9개)과 특별법을 제정하자는 방향(제2유형: 법률안 3개(김진표 의원 법률안 포함))으로 유형화할 수 있다.<sup>15)</sup> 그러나 제1유형이나 제2유형의 특수고용관계종사자 관련 법안은 국회에서 제대로 심의되지 못하고 2008년 5월 29일 임기만료 폐기되었다.

이후 정부는 특수고용관계종사자에 대한 보호법안과는 별도로 경제사회발전노사정위원회의 합의안을 토대로 2007년 6월 특수직종종사자에 대한 산재보험 적용을 위한 산재보험법 개정법률안을 국회에 상정, 국회 환경노동위원회 대안입법제출을 통해 산재보험법 제125조 특례규정을 신설하는 법 개정이 이루어졌다. 7년간의 치열한 논의에도 불구하고 특

13) 제269회 국회 정기회 제4차 전체회의록 참조.

14) 실제 국회 정기회 전체회의에서는 법률안 제출 방식에 대한 문제제기가 있었다.

15) 이 유형별 입법발의안에 대해서는 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안 연구』, 고용노동부 학술연구용역보고서(연구기관 : 한국노동연구원), p.15 이하 참조.

수고용관계종사자에 대한 개별적 및 집단적 권리보호를 목적으로 한 특별법 제정은 완벽하게 무산되어 버린 채 산재보험법상 특수형태근로종사자라는 이름의 특례규정 하나가 남게 된 것이다.

#### (4) 산재보험법 제125조의 입법화

2006년 노사정위원회는 2002년 5월의 <비정규 근로자대책 관련 노사정 합의문>에 따라 특수고용관계종사자에 대한 산재보험 적용 방안을 강구하기로 한 합의에 기초해 <산업재해보상보험 발전위원회>를 구성하고, 여기에서 산재보험제도의 개선방안을 논의하였다. 그리고 이 개선방안 가운데에는 노동부가 2002년 합의문 발표 이후 해마다 연구용역사업 등을 통해 축적해 온 자료를 바탕으로 산재보험법상 특수고용관계종사자들을 포섭하는 방안이 포함되었다. 물론 이 논의의 바탕에는 노사정위 비정규특위 및 특고특위의 특수고용관계종사자에 대한 논의들이 있었지만, 비정규특위 및 특고특위의 논의가 특수고용관계종사자에 대한 개별적 및 집단적 권리보호를 목적으로 하는 특별법 제정의 논의로 방향을 잡음에 따라 쉽사리 결론이 내려지지 못하고 민주노총의 노사정위원회 불참선언으로까지 이르렀기 때문에, <산업재해보상보험 발전위원회>는 민주노총의 참여 없이 한국노총과 경영계 그리고 정부, 공익위원들로 구성이 되어 2006년 12월 13일 <산재보험제도 개선에 관한 노사정합의문>을 발표하였다. 이 합의문은 “산재보험 40년 역사상 최초로 노사정 협의를 통해 산재보험의 재정·징수, 요양·재활, 급여체계, 보험적용, 관리 운영체계 등 5개 분야, 42개 과제, 80개 항목에 이르는 포괄적인 합의”로서의 의미를 갖는다고 할 수 있는데, 그러나 특수고용관계종사자에 대한 부분은 사실상 의미를 갖지 못했다. 다음은 위 합의문상 특수고용관계종사자에 대한 언급이다.

#### <2006. 12. 산재보험제도 개선에 관한 노사정합의문>

4-1 (특수형태근로종사자 산재보험 적용) 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용문제는 별도로 논의한다.

그럼에도 불구하고 이후 노사정위원회에서 특수고용관계종사자에 대한 산재보험 적용문제를 별도로 논의한 내용은 찾아볼 수 없지만, 위 합의에 기초하여 정부는 산재보험법 개정법률안을 마련했고, 정부의 개정법률안과 다른 의원입법을 종합하여 국회 환경노동위원장 대안입법형식으로 국회에 상정, 2007년 11월 23일 국회 본회의에서 의결됨에 따라 2007년 12월 14일 산재보험법 전부개정법률 가운데 제125조 “특수형태근로종사자에 대한 특례”규정이 포함된 것이다. 그리고 주지하는 바와 같이, 산재보험법 제125조 특례규정은

2001년부터 시작된 특수고용관계종사자들 전반에 대한 포괄적 적용을 의도한 것은 아니었고, 특수고용관계종사자들을 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로 보면서, 이러한 보호 필요성을 가진 자들 중 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자들 가운데 산재보험법 시행령으로 규정하는 자들을 ‘특수형태근로종사자’로 규정하였다.

### 3. 현재의 상황

2007년 법 개정 당시 산재보험법 시행령의 특수형태근로종사자는 4개 직종의 종사자였지만 점차 직종이 추가되어 현재는 모두 9개 직종의 종사자(보험설계사, 콘크리트믹서트럭 운전사, 학습지교사, 골프장캐디, 택배기사, 퀵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원모집인, 대리운전기사)를 특수형태근로종사자로 규정하고 있다.

#### <특수형태근로종사자 산재보험 적용확대 업종 경과>

2008. 7. 1. 보험설계사, 콘크리트믹서트럭운전자, 학습지교사, 골프장캐디  
 2012. 5. 1. 택배기사, (전속)퀵서비스기사  
 2016. 7. 1. 대출모집인, 신용카드모집인, (전속)대리운전기사

한편, 퀵서비스기사나 대리운전기사의 경우 대개 복수의 사업주와 관계를 맺고 업무를 제공하고 있는 실태를 고려하여 고용노동부 고시(제2017-21호) “주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준(퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준)”을 두고 있음 또한 주지의 사실이다.

#### <퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준>

주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준(퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준)

##### 1. 퀵서비스기사의 전속성 기준

1. 하나의 퀵서비스업체(음식을 늘찬배달업체를 포함한다.)에 소속(등록)되어 그 업체의 배송업무만 수행하는 사람
2. 하나의 퀵서비스업체(음식물 늘찬배달업체를 포함한다.)에 소속(등록)되어 그 업체의 배송업무를 수행하면서 부분적으로 다른 업체의 배송업무를 수행하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람  
 가. 소속(등록) 업체의 배송업무를 우선적으로 수행하기로 약정한 사람

나. 순번제 등 소속(등록) 업체가 정하는 방식으로 업무를 배정받아 수행하는 사람

다. 업무를 수행함에 있어 킷서비스 휴대용정보단말기(PDA 등)를 사용하지 않고 배송업무를 배정받아 수행하는 사람

※ 킷서비스 휴대용정보단말기(PDA 등)란 킷서비스 정보의 수집, 저장, 작성, 검색 및 통신 기능이 결합된 단말기를 말함

라. 수익을 정산함에 있어 월비 등을 정액으로 납부하는 등 사실상 소속(등록) 업체 배송업무를 주로 수행하는 사람

마. 소속(등록) 업체에서 전체 소득의 과반 소득을 얻거나 전체 업무시간의 과반을 종사하는 사람. 이 경우 이와 관련된 소득 및 시간에 대한 구체적 기준은 근로복지공단이 매년 해당 업종의 실태를 조사하여 별도로 정한다.

3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 사람인지 여부를 판단함에 있어서는 소속(등록) 업체의 업무 개시 또는 종료시간이 있는지 여부, 배달(콜) 배정 등 소속(등록)업체의 배달업무 규칙이 운영되어 해당 규칙에 따라 배송업무를 수행하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

※ 해당 규칙을 준수하지 않으면 불이익이 있는 경우

**II. 대리운전기사의 전속성 기준**

1. 서면 약정을 통해 소속(등록) 업체 이외의 다른 업체의 대리운전업무를 수행할 수 없는 사람

2. 하나의 대리운전업체에 소속(등록)되어 그 업체의 대리운전업무를 수행하면서 부분적으로 다른 업체의 대리운전업무를 수행하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람

가. 소속(등록) 업체의 대리운전업무를 우선적으로 수행하기로 약정한 사람

나. 대리운전 관제프로그램을 사용하지 않는 대리운전업체에 소속(등록)되어 그 업체의 대리운전업무를 수행하는 사람

※ 대리운전 관제프로그램이란 대리운전 정보의 수집·저장·작성·검색 및 통신이 가능하도록 고안된 프로그램을 말함

위와 같은 기준에 따라 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용 현황(2017년 6월 기준)을 살펴보면 다음과 같다.

<표 1> 특수형태근로종사자의 산재보험 적용 현황

(2017.12.말 기준, 단위: 명, %, 개소)

구분	전체	08.7월부터 적용					12.5월부터 적용			16.7월부터 적용			
		소계	보험설계사	콘크리트믹서트럭	학습지교사	골프장캐디	소계	택배기사	킷서비스기사	소계	대출모집인	신용카드모집인	대리운전기사
등록종사자	483,254	440,845	344,085	12,766	55,557	28,437	17,278	12,032	5,246	25,131	8,288	16,828	15
적용 제외 종사자	423,130	392,056	310,677	7,079	47,057	27,243	10,849	8,547	2,302	20,225	6,352	13,869	4
	87.56	88.93	90.29	55.45	84.70	95.80	62.79	71.04	43.88	80.48	76.64	82.42	26.67
실적용 종사자	60,124	48,789	33,408	5,687	8,500	1,194	6,429	3,485	2,944	4,906	1,936	2,959	11
	12.44	11.07	9.71	44.55	15.30	4.20	37.21	28.96	56.12	19.52	23.36	17.58	73.33
가입 사업장수	6,296	3,821	1,913	871	583	454	2,190	1,528	662	285	258	8	19

출처: 근로복지공단 내부자료.

2017년 말 기준 특수형태근로종사자 입직 종사자 중 87%가량이 적용제외를 신청하고 있다는 사실, 이에 따라 실적용률은 12.44%에 불과하다는 사실, 콘크리트믹서트럭운전자나 퀵서비스기사의 적용률은 비교적 높게 나타나지만 보험설계사나 골프장캐디의 적용률은 10%에도 미치지 못한다는 사실, 특히 대리운전기사의 경우 등록종사자 수가 15명에 불과한 한편 산재보험 가입자 수는 11명에 불과하다는 사실을 위 자료를 통해 확인할 수 있다.

앞에서 특수고용관계종사자에 대한 노동법적 보호에 관한 논의들, 그리고 그것이 결국은 현행 산재보험법 제125조의 특수형태근로종사자에 대한 특례규정으로 남게 되었다는 것을 말했는데, 그에도 불구하고 현재 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용률은 지난 논의가 무색할 만큼 저조한 실정이다. 이러한 결과가 초래된 이유는 어디에 있을까.

### III. 특수형태근로종사자: 가야 할 길

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.

#### 1. 특수형태근로종사자 이름 고쳐 부르기<sup>16)</sup>

##### (1) 특수형태근로종사자 이름의 의미

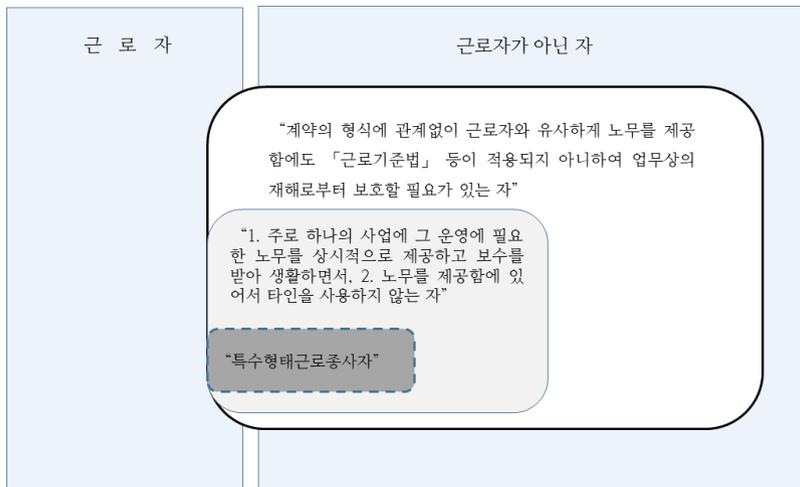
산재보험법은 특수형태근로종사자를 산재보험제도의 적용 대상으로 포섭하면서 “특수형태근로종사자는 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 불구하고 「근로기준법」상 근로자로 인정되지 않아 산재보험의 보호를 받지 못하고 있음. 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것 등의 요건을 충족하는 자 중에서 일정 직종에 종사하는 자는 산재보험법의 적용 대상이 되도록 함”이라는 입법 목적을 밝히고 있다. 앞서 특수고용관계종사자들에 대한 논의 과정에서 살펴보았듯, 일부 근로자가 아닌 근로자들에 대해

16) 이 항의 가목 및 나목의 내용은 박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』, 제57호, 한국노동법학회, pp.135-157의 내용을 부분적으로 인용하면서 수정·첨언하였다.

서는 근로기준법상 근로자성이 법원에서 다투어질 정도로 근로자성 인정에 대한 논란이 있지만 근로자로 인정되지 않음에 따라, 산재보험에 의한 보호의 필요성이 있음에도 산재보험의 보호를 받지 못하고 있기 때문에, 특례제도를 통해 산재보험의 경계 안으로 포섭하고자 한 것이다.

이에 따라 현행 산재보험법은 “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 현재 9개 직종의 종사자(보험설계사, 콘크리트믹서트럭운전자, 학습지도사, 골프장캐디, 택배기사, 컵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사가)가 특수형태근로종사자로서의 지위를 인정받고 있다. 그러므로 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 특수형태근로종사자는 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.

[그림 1] 현행법상 특수형태근로종사자의 개념상 지위



출처: 필자 작성.

따라서 특수형태근로종사자라는 용어는 사회적으로 ‘특고’라고 부르는 “근로자는 아니지만 근로자와 유사하게 노무를 제공하는 자” 혹은 근로기준법상 근로자의 정의에 관한 논의 과정에서 나타나는 ‘경제적 종속자’를 포괄할 수 있는 용어가 아니다. 마치 기간제, 단시간 및 파견근로자가 사회적으로 통용되는 용어로서 비정규직 근로자 전체를 아우를 수 있는 용어가 아닌 것과 마찬가지로이다.

## (2) 특수형태근로종사자 이름의 요건

그럼에도 불구하고 만약 특수형태근로종사자라는 용어가 기존의 근로자로 분류되지 않는 자들을 포괄적으로 포섭하는 개념으로 이용될 수 있다면 큰 문제는 아닐 수 있다. 예를 들어, 현재 산재보험법 시행령 상 특수형태근로종사자로 분류되어 있는 9개의 직종 이외의 직종에 종사하면서 근로자로 인정되지 않는 다양한 형태의 특수고용관계종사자들을 특수형태근로종사자로 규정할 수 있다면 말이다.

그런데 특수형태근로종사자는 일정한 직종의 종사자를 표현하면서, 위임법령인 산재보험법 제125조의 요건을 충족시켜야 하기 때문에 상당히 제한적인 용어일 수밖에 없다는 점이 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자라는 용어의 중요한 한계이다. 다시 말해, 산재보험법 제125조는 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”(A) 가운데에서도 “1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서, 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자”(B) 중 대통령령으로 정하는 자를 특수형태근로종사자(C)라고 표현하고 있기 때문에 특수형태근로종사자는 위 A와 B의 요건을 충족해야 한다. 그러므로 산재보험법상 특수형태근로종사자에 대한 규정에 기초하였을 때 어떤 노무를 수행하는 자가 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 존재해야 한다.

위와 같은 요건으로 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. 현행 산재보험법 제125조제1항에서처럼 ‘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, 앞서 밝힌 바와 같이 고용노동부 고시를 통해 전속성을 판단하는 기준을 별도로 두고 있을 수밖에 없다. 따라서 산재보험법이 요구하는 전속성을 인정하기 어려운 경우에는 산재보험법의 적용 자체가 어렵고, 앞서 산재보험법의 특수형태근로종사자 적용 현황에서와 같이 산재보험법이 적용될 수 있는 대리운전기사의 수가 극소수에 불과한 결과가 나오게 되는 것이라고 생각한다.

### (3) 특수형태근로종사자 이름의 재규정 혹은 폐기

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 설정함으로써 현재의 특수형태근로종사자 개념으로 다양한 노무제공형태를 나타내는 근로자가 아닌 자들을 포섭해 내기에는 상당한 한계가 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 비정규적irregular 일자리가 지금도 여전히 비정규적이라고 부를 수 있는가하는 의문을 제기할 수 있는 것처럼, 무엇이 ‘특수’한 형태의 근로인가에 대하여 곧 의문을 제기할 시점이 도래할 수도 있다. 한 연구에서는 특수형태근로종사자를 포함하여 임금이 아닌 다른 형식의 보수를 받는 자를 ‘비임금근로자’라는 용어를 사용할 것을 제안하면서,<sup>17)</sup> 비임금근로자라는 개념을 통해 근로기준법상 근로자성이 문제되는 노무제공자들을 아우를 수 있도록 하자는 제안을 하기도 하였다.

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 개념규정을 새롭게 하는 대신 현재 특수형태근로종사자라는 용어를 그대로 사용하면서 그 의미를 확대시켜 나가거나, 법문상 특수형태근로종사자라는 이름을 완전히 지워버리는 방법도 있다.

17) 박제성(2017), 『비임금근로자의 법적 지위』, 『사회보장법연구』, 제6권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, pp.105-145 참조.

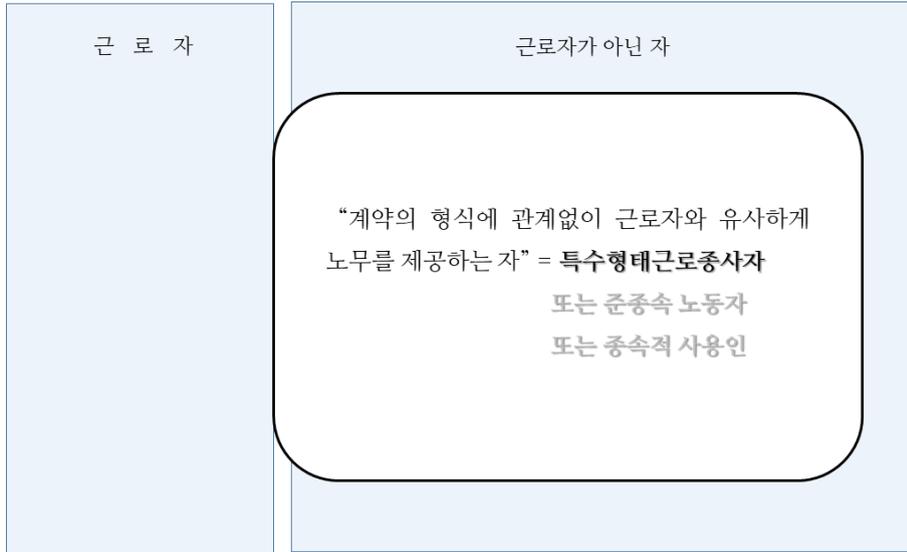
다시 말해, 현재 특수형태근로종사자는 산재보험법 제125조제1항에 따라 산재보험법을 적용하기 위하여 “대통령령으로 정하고 있는 직종에 종사하는 자”에게 붙이는 것이기 때문에 법적으로는 산재보험법을 적용하기 위한 의미밖에 없는데, 이 용어 때문에 산재보험법 이외 다른 법을 적용하고자 할 때에도 이 용어를 떠나 사고할 수 없게 하는 경향이 있다. 그러므로 모든 법에서 특수형태근로종사자라는 용어를 지우는 대신, 사회보험법은 사회보험제도의 목적과 취지에 따라 그 적용 대상을 새롭게 규정하는 한편(예를 들어, 전반적인 취업자를 그 적용대상으로 하면서 구체적인 시행방안을 강구해볼 수 있다), 노동법제는 또 다른 방법을 구상해볼 수 있다고 생각한다(예를 들어, 근로자 개념의 확장으로 현재의 특수형태근로종사자들을 포섭하는 한편, 포섭되지 않는 자들에 대해서는 별도의 입법적 방법을 강구해볼 수 있다).

특히 특수형태근로종사자라는 이름을 그대로 사용하면서 여러 가지 특수형태근로종사자에 대한 입법적 보호의 노력을 도모하고자 하는 경우, 비록 근로기준법상의 근로자와 노동조합및노동관계조정법상의 근로자가 각각 다른 것으로 인식가능하기 때문에 개별적인 법률에서 특수형태근로종사자를 다른 의미로 사용할 수 있기는 하겠지만, 근로자 개념에 대한 오해와 혼란(최근까지도 대법원은 근로기준법상의 근로자와 노동조합및노동관계조정법상의 근로자를 구분하지 않고 있었음)을 고려한다면 특수형태근로종사자라는 용어는 폐기하는 것이 가장 바람직하다고 생각한다. 게다가 앞서 언급했던 바와 같이 특수형태근로종사자라는 이름이 갖고 있는 문제점도 간과할 수는 없다.

한편, 특수형태근로종사자라는 이름을 존치시키면서 그 이름의 의미를 넓혀 부르는 방법을 생각해볼 수도 있다. 다만 이 방법을 위해서는 법의 적용대상으로서 특수형태근로종사자를 기존의 근로자로부터 분류해내야 한다. 즉 근로자와 근로자가 아닌 자 그리고 특수형태근로종사자라는 3분류적 접근법이 고착되는 것이다. 만약 이 방법을 특수형태근로종사자에 대한 법적 보호 방법으로서 접근한다면, 특수형태근로종사자를 특정하기 위한 세부적 내용은 현재 산재보험법이 갖고 있는 것과는 달라져야 함은 물론이다. 특히 근래 지속적으로 증가하고 있는 노동의 형태가 업무의 비전속성·초단기성을 특징으로 한다는 점을 고려한다면 최소한 업무의 전속성과 계속성이 법 적용대상의 특징을 위해 요구되어서는 안될 것이다.<sup>18)</sup>

18) 물론 이러한 설명은 현재의 법제, 즉 산재보험법상의 특수형태근로종사자를 전제하면서 확대의되고 있는 고용보험법 등을 고려한 것인데, 만약 특수형태근로종사자에 대한 사회보험법제에서의 보호가 아니라 노동법제에서의 보호를 고려한다면 ‘법 적용대상의 특징’이라는 부분이 고려의 대상이 아닐 수 있다. 예를 들어 필자는 III-2-(3)에서 특수형태근로종사자에 대한 몇 가지 보호방안을 제시하였는데, 이 가운데 어떤 방법을 선택하는가에 따라 ‘법 적용대상의 특징’이라는 고려는 요구되지 않을 수 있을 것이다.

[그림 2] 특수형태근로종사자 이름의 재규정(예시)



출처: 필자 작성.

어느 방향이건, 주된 목표는 특수형태근로종사자라는 이름이 현재의 대상이 아닌, 보다 넓은 대상을 부르는 이름일 수 있어야 한다는 것이다. 이름을 바꾸건 바꾸지 않건, 또 존치시키건 폐기하건 말이다. 만약 이름을 바꾼다면 어떤 이름이 좋을지에 대해서는 갑론을박이 있을 수 있다. 또 그 내용에 대한 이견도 다양할 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, ‘준종속노동자’나 ‘종속적 사용자’와 같이 특수형태근로종사자를 왜 노동법적으로 보호해야 하는가에 대한 필요성을 드러낼 수 있는 방향으로 말이다.

#### (4) 근로자에 대한 오분류의 방지

위와 같이 특수형태근로종사자의 이름을 제대로 고쳐 부른다고 할지라도 그에 앞서 먼저 주의 깊게 고려해야 할 점이 있다. 그것은 현행법 및 해석상 근로자인 자를 근로자가 아닌 자로 잘못 분류하지 않아야 한다는 것이다. 앞선 [그림 1] 과 [그림 2] 의 차이를 인식한 사람이라면 이것이 무슨 말인지 잘 알 듯싶다. 현재 특수형태근로종사자에 대한 개념이 직종별로 규정되어 있기 때문에, 동일한 직종에 속한 사람들 가운데에서도 당연히 근로기준법상의 근로자로 인정되어야 함에도 불구하고 특수형태근로종사자 직종에 해당됨으로 이유로 자의적 혹은 타의적으로 근로자로 인정받지 못하는 경우가 발생할 수 있다.

특수형태근로종사자의 보호를 논하는 것은 근로자인 자를 특수형태근로종사자로 바꿔 보호하자는 의미는 물론 아니다. 따라서 특수형태근로종사자에 대한 논의는 현재 근로자로 인정받지 못하는 자들을 대상으로 한다는 것, 근로자인 자를 특수형태근로종사자로 바꿔 부르지는 않아야 한다는 것에 충분한 주의를 기울여야 한다. 그리고 이 점이 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 방안의 가장 중요한 전제이다.

## 2. 특수형태근로종사자 : 노동법을 통한 보호

### (1) 출발점

2017년 11월 28일 국토교통부는 택배서비스 발전방안을 발표하였다. 택배서비스 발전 방안 중 택배기사를 보호하기 위한 방안으로는 택배기사들에게 초과근무수당을 주고, 휴가를 사용할 수 있도록 하는 택배기사 표준계약서를 마련한다는 것, 택배기사들의 산재보험 가입을 확대시키겠다는 것과 같은 택배기사의 노동조건에 대한 내용과 함께 배송편의를 위한 택배차량 주·정차 허용구간 확대, 노동력 저감기술의 개발, 택배회사가 실제로 받는 금액을 소비자가 알 수 있도록 하는 택배요금신고제 도입 등과 같은 내용이 담겨 있다.<sup>19)</sup> 이와 같은 표준계약서를 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 법률」, 「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.<sup>20)</sup> 택배기사들에 대한 표준

19) [http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m\\_71/dtl.jsp?id=95079985](http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?id=95079985) 참조(최중검색일 2017. 12. 10.).

20) 국민권익위원회(2012), 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』, p.24. 단, 국민권익위원회가 말하는 특수형태근로종사자는 산재보험법의 특수형태근로종사자가 아니다. 즉, 국민권익위원회는 특수형태근로종사자를 정의하면서 산재보험법 제125조제1항을 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. 노동법적 이해에 다소 오해가 있는 부분들이 위 『특

계약서 도입이 택배기사들의 노동조건 향상에 큰 도움을 줄 것이라고는 생각할 수 있다. 2017년 11월 3일 설립신고필증을 발급받은 택배기사들의 전국택배연대노동조합이 논평을 통해 “택배노동자의 요구들이 담겨있다는 점에서 이전과 다르게 전향적이라 평가하며 환영한다”고 밝히기도 하였다.<sup>21)</sup>

특정 직종의 표준계약이라는 개별적인 직종에 대한 노동조건의 일정한 계약적 합의는 다른 특수형태근로종사자들에게는 특별한 의미가 없다. 물론 다른 직종으로도 이러한 표준계약서 방식이 확대될 수 있다는 의미를 부여할 수도 있다. 또 노동법에 의한 사회적 보호 전 단계에서 실질적 거래의 우월한 지위를 가진 자들의 지위 남용을 방지할 수 있다는 이점을 갖기도 한다.<sup>22)</sup> 그러나 확대되어 가는 특수형태근로종사자 직종 마다 이러한 표준계약서 방식을 적용할 수 있을 것인지, 표준계약서의 내용 위반시 민사상 계약의 책임을 묻는 이외 어떤 계약강제방법이 있을 것인지, 표준계약서에 담길 노동조건の内容은 어떤 것이고 어떤 효력을 담보할 수 있을 것인지 등에 대한 쟁점을 해소시켜주지는 못한다. 노동법적 보호 논의에 비하여 표준계약방식 등 경제법적 보호의 상대적 용이함으로 노동법적 보호의 당위성에 대한 논의가 동력을 잃게 될 가능성도 있다.

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, 근

---

수형태근로종사자 권익보호 방안』에서 보이는데, 의도적 오해인지 아닌지는 알 수 없다. 한편, 헌법재판소도 국민권익위원회와 같은 방식을 특수형태근로종사자 개념을 이해하고 있다. 헌재 2016. 11. 24. 결정 2015헌바413에서는 “특수형태근로종사자의 구체적 정의는 다양한데, 주로 자영인의 외양을 띠면서도 실질에서는 근로자와 유사한 자” 또는 “해당 사업주와 특정 노무의 제공을 약정하고 그 업무수행과 관련하여 사업주의 특정한 지시나 지휘·감독에 구속되지 않는다는 의미에서 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약, 즉 자유로운 고용계약·도급·위임에 의거하여 노무제공의무를 부담하는 자” 등으로 정의되고 있다. 산업재해보상보험법은 특수형태근로종사자를 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니하는 자”라고 정의하고 있다.”고 말하고 있다.

- 21) “택배기사 표준계약서 쓰고, 산재보험 가입확대...배송수수료 공개한다” ([http://biz.khan.co.kr/khan\\_art\\_view.html?artid=201711281046001&code=920100](http://biz.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid=201711281046001&code=920100) : 최종검색일 2017년 12월 10일).
- 22) 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안 연구』, 2015년 고용노동부 학술연구용역 보고서, p.89.

로기준법상의 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.

다만, 특수형태근로종사자를 노동법적으로 보호한다는 당위성과는 별개로, 누구를 어떻게 보호할 것인가에 대한 현실적 문제를 도외시할 수는 없다. 특수형태근로종사자라는 이름에 대한 개념 규정도 제대로 되지 않고 있고, 어느 정도의 특수형태근로종사자가 노동하고 있는지에 대한 실태조사도 제대로 이루어지지 않고 있으며,<sup>23)</sup> 특수형태근로종사자들의 노무제공형태가 어떤지에 대한 조사도 부족하다. 또한, 가장 중요한 문제는, 예를 들어 학습지교사의 노무제공형태와 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.

23) 주장되는 특수형태근로종사자 수는 48만 명(근로복지공단, 2016년 기준)에서부터 218만 명(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.

## (2) 노동3권의 보호 : 노조법과 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자의 노동조건 보호에 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 퇴직금청구권, 최저임금청구권, 휴가청구권 등 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; 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두28322 판결; 대법원 2015. 7. 23. 선고 2011두18359 판결 등 참조). 노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니기 때문에, “근로자성 판단기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가요소로 삼아야”한다는 논리에 기초한 것이다.

제20대 국회에 계류된 개정법률안들 중에는 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자 정의 규정에 포함시키고자 하는 노조법 개정법률안들이 있다. 예를 들어 한정에 의원 대표발의안(의안번호 2005441)에서는 ① 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자와 ② 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자를 노조법 제2조제1호 단서 규정으로 포함시킬 것을 제안하고 있다. 이정미 의원 대표발의안(의안번호 2679)에서는 ① 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자, ② 실업상태에 있거나 구직 중인 자, ③ 그 밖에 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령으로 정하는 자를 노조법 제2조제1호 단서 규정으로 포함시킬 것을 제안하고 있다. 양 법안은 사실상 동일하다고 할 수 있는데(이정미 의원 안의 ②는 현재도 노조법상의 근로자 개념에 당연히 포함되고 있으므로), 모두 특수형태근로종사자를 염두에 둔 것이다. 그런데 위 법률개정안들은 노조법상 특수형태근로종사자를 근로자에 포함시킬 것을 제안하는 이외 다른 입법적 조치에 대해서는 검토하고 있지 않다.

한편, 국가인권위원회 상임위원회는 2017년 5월 23일 “특수형태근로종사자의 노동기본권 보호를 위한 권고 및 의견표명”이라는 제하에서 고용노동부 장관에게 “특수형태근로종사자의 노동3권 보장을 위한 별도의 법률을 제정하거나, 「노동조합및노동관계조정법」상 근로자에 특수형태근로종사자가 포함되도록 관련 조항을 개정할 것을 권고한다.”는 권고

와, 국회의장에게 “계류 중인 『노동조합및노동관계조정법 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 큰 논란이 되지 않을 듯싶다. 문제는 노조법상 근로자 개념에서 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, 정의행위 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 단위노동조합 체제를 기본으로 하고 있는 우리 노조법의 틀을 초기업단위 노동조합 체제로 변경할 것을 요구하는 것일 수도 있다.

외국의 입법례를 보더라도 단결권이 보장되는 특수형태근로종사자의 범위는 다소 제한되고 있다. 경제적 종속성이라는 개념을 주로 이용하고 있기도 하지만, 그렇지 않은 경우도 있는데, 이와 관련하여 자주 인용되는 독일의 ‘유사근로자’도 “주로 한 사람을 위해 노무를 제공하거나, 또는 평균적으로 영리활동의 대가로 얻은 전체 소득의 절반 이상이 한 사람에게 의해 지급되는 경우”에 단체협약법의 적용을 받는다고 규정하고 있다(독일 단체협약법 제12조의a). 캐나다 온타리오 주의 노사관계법에서는 ‘종속적 자영인’(dependent contractor)이라는 개념을 “근로계약 하에서 근로를 제공하고 있는지 여부에 관계없이, 그리고 종속적 자영인에 의해 소유된 도구, 차량, 설비, 기계 기타의 물건을 제공하는지 여부와 관계없이, 종속적 자영인이 경제적으로 의존하는 조건 하에서 그리고 노무를 제공할 의무를 부담함에 있어서 독립자영인보다는 근로자에 더 유사한 조건 하에서 보수나 대가를 위하여 다른 자를 위하여 노무를 제공하거나 서비스를 제공하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다(캐나다 온타리오 주 노사관계법 제1조제1항).<sup>24)</sup>

24) 이승욱(2005), 『특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색』, 『노동법연구』, 제19호, 서울대학교 노동법연구회, p.235. 법 본문은 <https://www.ontario.ca/laws/statute/95101> 에서 확인함(최종검색일 2017년 12월 11일).

특수형태근로종사자의 단결권 등 노동3권 인정과 보장은 충분한 공감대를 형성하고 있고 미룰 수 없는 과제가 된 듯싶다. 남은 문제는 특수형태근로종사자를 어떻게 규정할 것인지, 그리고 현행 노조법을 특수형태근로종사자에게 어떻게 적용할 것인지 등에 대한 세부적 설계일 것이다.

### (3) 근로권의 보호 : 노동보호법과 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자는 원칙적으로 근로자가 아닌 자이다. 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 노동조건을 정해주는 문제이다. 또한, 집단적 자치를 통한 노동조건은 특수형태근로종사자들이 사업장별·직종별 혹은 업종별 특수 상황을 반영하여 자율적으로 정해나갈 수 있는 것인 반면, 특수형태근로종사자들에 대한 노동보호법제는 특수형태근로종사자들에 보편적으로 적용되어야 할 법의 내용에 관한 것이라고 생각한다.

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.<sup>25)</sup>

근로기준법이 아닌 특별법에 의해 보호를 하더라도, 위 헌법재판소가 표현을 하고 있듯 “특수형태근로종사자로 분류되는 노무제공자들의 직업이 매우 다양하여 특수형태근로종사자 사이에서도 노무제공의 방법, 성격, 사업주에 대한 경제적 종속의 정도 등이 상이”한 데, 그럼에도 불구하고 어떤 보편적 보호의 원칙을 정립할 수 있을지에 대해서 생각을 해

25) 헌재 2016. 11. 24. 결정 2015헌바413.

보면, 우선 가장 보편적 근로권 차원의 내용들이 떠오른다. 차별의 금지, 강제노동의 금지, 안전한 일에 대한 권리나 사회보장의 권리와 같은 것들이다. 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 요구된다고 생각한다. 특히 이러한 근로권에 관한 내용들은 근로기준법상의 근로자와 같은 종속적 근로자를 염두에 둔 경우가 대부분이기 때문에, 예를 들어 도급계약을 체결하고 화물운송업에 종사하는 특수형태근로종사자에게 근로기준법상 근로시간에 대한 권리를 인정할 수 있겠는가, 대리운전업에 종사하는 특수형태근로종사자에게 휴일 및 휴가의 권리를 인정할 수 있겠는가 하는 문제가 발생하는 것이다. 또한, 특수형태근로종사자의 인적 특성이 있으므로, 예를 들어 콘크리트믹서트럭을 운전하는 운전기사에게 모성보호에 관한 권리를 보장할 필요가 있겠는가와 같은 문제도 발생할 수 있다.

이러한 개별적 특성을 모두 반영하는 법을 제정하는 것은 사실상 불가능하다. 그러므로 근로기준법의 일반적 적용을 원칙으로 하든, 특별법 제정을 기본 방향으로 하든, 다양한 특수형태근로종사자들의 개별적 근로조건에 대한 보호를 어떻게 하는 것이 가장 효과적인 방법일 것인가에 대한 충분한 고려가 필요할 것이다.

생각해볼 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 노사 간의 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 일괄 조정해 나가는 것에 대한 법적 정합성 문제 등이 수반된다.

두 번째 방안은, 개별적 특성을 반영한 특수형태근로종사자 각각에게 적용될 수 있는 계약의 상세는 지급과 같은 표준계약서 도입이나 공정계약 모델의 개발과 같은 방법을 취하도록 하되, 보편적인 근로권 등 특수형태근로종사자를 포함한 모든 노동자 일반에 대한 기본법을 제정하는 것이다. 예를 들어, 계약체결의 공정성과 부당계약의 금지, 부당계약에 대한 사법적(혹은 준사법적) 평가제도의 규정, 근로기준법상 부당해고의 금지제도에 상응하는 부당계약해지 금지제도의 규정, 근로기준법상 임금지급원칙에 상응하는 보수지급원칙의 규정, 성희롱 금지규정, 고충처리제도규정 등을 포함하는 한편, 남녀차별금지에 대한 남녀고용평등과 일가정양립지원에 관한 법률 준용, 적용가능한 경우 휴일 및 휴가제도에 대한 근로기준법 준용, 산업안전법 준용 등을 내용을 하는 것을 생각해볼 수 있다. 다만

이것의 전제는, 이러한 방법을 특수형태근로종사자에게 적용하고자 하는 경우, 결국 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 취한다 하더라도 어떤 부분을 공통적이고 보편적 노동조건으로 간주하여 법 조문화할 것인가에 대한 세부적 논의가 요구된다는 점 등이 난점이다.

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 생각해볼 수 있다.

네 번째 방법은, 개별법의 영역에서 특수형태근로종사자들에게 적용할 부분을 발견하고, 해당 법의 적용대상을 특수형태근로종사자들에게까지 확대하는 것이다. 이것은 현재 산재보험법이 취하고 있는 방식과 같이 특례조항 등을 통해 적용을 확대하거나, 또는 해당 법의 적용범위 자체를 특수형태근로종사자를 포함할 수 있는 개념으로 재규정하는 방법을 생각할 수 있다. 다만 어떤 법을 적용할 것인가와 함께, 법의 전체적인 취지는 특수형태근로종사자에게 적용하는 것이 타당하다 할지라도 구체적인 조문의 내용이 이미 근로자를 중심으로 짜여져 있는 경우 특수형태근로종사자에 대하여 유효한 적용은 어려울 수 있으므로 이를 확인하고 각각의 법률을 세세히 고쳐나가는 과정이 필요하다.

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 적용제외조항을 별도로 둬으로써 특수형태근로종사자에 대한 적용상 합리성을 도모하면서 다른 법률에서 근로기준법을 준용하도록 하는 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 없다고 생각한다.

### 3. 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.<sup>26)</sup> 이러한 구분에 따라 특수형태근로종사자는 근로자가 아닌 자로서 원칙적으로 산재보험법과 고용보험법의 적용대상이 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. 이 문제에 대해서는 상기 1.에서 충분히 검토했다고 생각하므로 반복하지는 않는다. 그리고 특수형태근로종사자라는 이름을 고쳐 부를 수 있게 된다면, 산재보험법과 고용보험법 등 사회보험법의 적용대상도 그에 따라 확대되어야 할 것이다.

다만, 적용대상 확대의 문제와 관련하여 해결되어야 할 과제로서 보험료 부과방식의 문제, 보험 가입방식의 문제, 적용방식의 문제 등이 있다. 예를 들어, 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자에게는 ‘주로 하나의 사업’에서 노무를 제공할 것이 요구된다. 이것을 ‘전속성’이라고 한다. 특수형태근로종사자들에게 전속성이 필요한 주요한 이유는 보험료 부담의 문제 때문이다. 현행 산재보험제도는 사용자 책임보험적 성격을 갖고 있기 때문에 근로자의 경우 사용자가 보험가입자가 되어 근로자를 피보험가입자로서 보호하는 형식이다. 그런데 사용자가 없다면 이 구조가 불가능해지는 것이다(단, 예외적으로 중소기업 사업주의 경우 스스로 보험가입자가 되어 보험수혜를 받는 방식이기는 하다). 그런데 특수형태근로종사자의 범위가 확대되어 현재 산재보험법의 특수형태근로종사자와 같은 전속적 특수형태근로종사자 이외, 비전속적 특수형태근로종사자에게도 산재보험법을 적용하기 위해서는 현재와 같은 보험료 부과방식 체계의 변화가 수반되어야 한다. 그래서 개별 사건별로 산재보험료를 청구하는 것과 같은 건별 부과체계 도입 제안이 있기도 하다.<sup>27)</sup> 실제

26) 국민건강보험법과 국민연금법은 사업장가입자와 지역가입자를 구분하면서 근로자를 “직업의 종류가 무엇이든 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자(법인의 이사와 그 밖의 임원을 포함한다)”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.

27) 박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책

민간 보험제도 중에서는 콜마너와 카카오대리가 대리운전 보험으로 건별 보험료 방식을 채택하고 있다고도 한다.<sup>28)</sup>

#### IV. 결 론

특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 지 17여 년의 시간이 흘렀음에도 불구하고 산재보험법 적용 이외 별다른 성과물이 없다는 것은 이 논의의 어려움을 그대로 보여주는 듯싶다. 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 되었고, 디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 이전보다 훨씬 더 적극적으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 필요성이 제기되고 있다. 2017년 5월 출범한 문재인 정부는 ‘노동존중사회실현’을 국정과제로 제시하면서 그 가운데 “고용형태 다양화 등 새롭게 제기되는 수요를 반영하고 취약근로자의 노동권 보호를 위해 2018년부터 노사관계 법·제도 개선 추진”을 세부과제로 제시하고 있다. 2017년 10월 공개된 문재인 정부의 ‘일자리정책 5년 로드맵’에서는 특수형태근로종사자의 노동기본권 보장을 위한 법·제도적 개선방안을 마련할 것이라고도 했다. 이러한 국가정책 차원에서의 특수형태근로종사자에 대한 접근에 따라 고용노동부를 중심으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 매우 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.

연구용역보고서, p.231; 박찬임·황덕순·김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원, p.94 등 참조.

28) 상동.

## 참고문헌

1. 강성태(2000), “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단 - 1990년대 대법원판결의 검토를 중심으로”, 『노동법학』, 제11호, 한국노동법학회.
2. \_\_\_\_\_(2006), “특수고용직의 노동법적 보호”, 『노동정책연구』, 제7권 제3호, 한국노동연구원.
3. 국민권익위원회(2012), 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』.
4. 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안연구』, 고용노동부 학술연구용역보고서.
5. 류제복 외(2001), 『비정형근로자 근로실태조사 표본설계』(연구기관 : 한국통계학회), 노동부 학술연구용역보고서.
6. 박은정(2016), “산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해”, 『노동법학』, 제57호, 한국노동법학회.
7. 박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책연구용역보고서.
8. 박제성(2017), “비임금근로자의 법적 지위”, 『사회보장법연구』, 제6권 제1호, 서울대 사회보장법연구회.
9. 박찬임 · 황덕순 · 김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원.
10. 안주엽 외(2002), 『특수고용관계종사자 실태조사』(연구기관 : 한국노동연구원), 노동부 학술연구용역보고서.
11. 이승욱(2005), “특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색”, 『노동법연구』, 제19호, 서울대학교 노동법연구회.
12. 이인재 외(2007), 『특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 사회경제적 효과 분석』, 고용노동부 정책연구보고서.
13. 조돈문 외(2015), 『민간부문 비정규직 인권상황 실태조사 - 특수형태근로종사자를 중심으로』, 국가인권위원회 인권상황실태조사 연구용역보고서.
14. 최창식(2017), “특수형태근로종사자 산재보험 보호 현황 및 문제점”, 『특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장, 어떻게 할 것인가?』, 2017년 특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장 자료집.

## abstract

## Protection for Persons in Special Types of Employment based on Labor Law

Eun Jeong Park\*

17 years ago, official discussions on the need of the protection for persons in special types of employment based on labor law was started. But there has been no achievement except article 125 (special case concerning persons in special types of employment) of the Industrial Accident Compensation Act for the legal protection for them. But some changes are detected. Courts seem to make efforts to apply the eased standards in interpreting the concept of an employee defined in the Labor Standard Act. Some of persons in special types of employment can associate unions based on the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. The need of legal protection for persons in special types of employment actively increases with the spread of digital platform employment.

This paper perceived the problems and limits of the concept of persons in special types of employment and tries to show the need to change the way of thinking about that concept. Specially, as the spread of special types of employment, this paper tries to suggest how the labor law provides the legal protection for persons in special types of employment and to show what the contents of the labor law in providing the legal protection for them is.

The most important premise of this paper is not to misclassify an employee into a non-employee. On the base of this premise, this paper tries to show that persons in special types of employment should be wholly guaranteed the labor's three primary rights and should be comprehensively applied the social insurance acts.

**Keywords :** persons in special types of employment, protection of labor of persons in special types of employment, union rights of persons in special types of employment, social insurance of persons in special types of employment, persons in special types of employment as employees

---

\* Associate Professor of Inje University.