

| 사회적 대화 논단 |

특수형태고용종사자에 대한 법적 보호

박은정 인제대학교 사회과학대학 공공인재학부 교수

- 경제사회노동위원회 노사관계제도관행개선위원회 공익위원
- 현 고용노동부 고용보험전문가위원회 위원
- 현 근로복지공단 국민참여단 위원

1. 특수형태고용종사자의 의미

“개인 사업자인데 개인 사업자의 자율성은 없고, 노동자인데 노동자의 권리는 없는 게 바로 특수 고용직이죠.”

위 문장은 최근 출판된 택배노동에 관한 만화책 『까대기』(이종철, 보리출판사)에 나오는 대사이다. 만화책 속의 한 문장이지만, 택배 상하차¹⁾ 아르바이트를 하면서 작가가 느낀 택배노동자의 특징을 잘 표현한 문장이 아닐까 생각한다. 여기에서 매우 적확히 표현된 것과 같이 변화·발전하고 있는 여러 형태의 노동 가운데 “개인 사업자인데 개인 사업자의 자율성은 없고, 노동자인데 노동자의 권리는 없는” 노동을 하는 사람들이 존재한다. 자신의 계산으로 타인을 고용하여 사업을 영위하는 자영업자와 비슷하기는 하지만 온전히 자영업자라고 하기에 어렵고, 타인에게 인적·경제적으로 종속되어 타인을 위한 근로를 제공하는 근로자와 비슷

1) 택배에서는 상하차작업을 '까대기'라고 한다. 표준국어로는 '가대기'(창고나 부두 따위에서, 인부들이 쌀가마니 따위의 무거운 짐을 갈고리로 찍어 당겨서 어깨에 메고 나르는 일 : 표준국어대사전)라고 하는데, 육체적으로 힘든 노동현장에서 발음의 경음화 현상을 일으킨 듯하다.

하기는 하지만 온전히 근로자라고 하기에는 어려운, 소위 ‘회색지대 고용’이 존재한다. 그리고 이러한 사람들을 특수고용관계종사자, 특수계약형태자, 특수고용형태자, 특수고용직, 특수형태고용종사자 등 통상 ‘특고’라고 부른다.

특고라는 이름은 법률 용어는 아니다. 특고와 유사한 이름으로는 산업재해보상보험법(이하, 산재보험법)과 시행령 제125조가 규정하고 있는 ‘특수형태근로종사자’라는 이름이 있는데, 엄밀하게 말해 특수형태근로종사자는 특고와 같이 자영업자와 근로자 사이 회색지대에서 이루어지는 노무제공의 특성을 지칭하는 용어는 아니다. 산재보험법에서는 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로서 법정 요건에 해당하는 자 중 “대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”를 특수형태근로종사자라고 규정하고 있다. 그러므로 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자” 가운데에서도 법정 요건(주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것, 그리고 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것)을 갖춘 자 가운데 산재보험법 시행령으로 정하는 직종에 종사하는 자(현재는 골프장 경기보조원, 건설기계종사자, 보험설계사, 학습지교사, 택배 기사, 퀵서비스 기사, 대출모집인, 신용카드회원모집인, 대리운전기사)를 제한적으로 부르는 이름이 특수형태근로종사자인 것이다. 반면 특고는 산재보험법의 적용을 받는 특수형태근로종사자를 포함하여 자영업자와 근로자 사이의 회색지대에 존재하는 모든 사람들을 일컫는 사회적 개념이라고 할 수 있다. 그래서 특수형태근로종사자는 약 50만 명 정도이지만, 특고는 약 160만 명일 수 있는 것이다.²⁾

특고는 엄격한 의미에서의 근로자가 아니다. 그러나 온전한 의미에서의 자영업자도 아니다. 회색지대에 존재한다는 것은 그러한 의미이다(물론 오분류로 인하여 근로자임에도 불구하고 특고로 인식되는 경우를 제외해야 한다). 그래서 산재보험법이 표현하고 있듯 근로기준법 등 노동법제의 적용 대상이 아니라고 인식되고 있다. 특히 엄격한 사용종속관계를 요구하는 근로기

2) 정흥준(2019), 『특수형태근로종사자의 규모 추정에 대한 새로운 접근』(KLI 고용노동브리프 제88호(2019-03)), 한국노동연구원, p.10 참조. 이 연구에서 특고로 분류한 직업군은 산재보험법의 특수형태근로종사자 이외 건설관련종사자, 기사도우미, 간병인 및 요양보호사, 건축 인테리어 관련 종사자, 판매종사자, 육아도우미, 택배 및 포장물류, 방과후 강사 및 보조교사, 화물 기사, 학원 강사, 각종 스포츠 강사 등이다.

준법은 특고에게는 적용되지 않는다고 보는 것이 일반적이는데, 그럼에도 불구하고 “근로자와 유사하게 노무를 제공”한다는 특성을 갖는 것이 또한 특고이다. 근로자는 아니지만 근로자와 유사하게 노무를 제공하고 있기 때문에, 최소한 근로자와 유사한 측면에서는 근로자와 같은 노동법적 보호가 요청된다는 문제의식으로부터 특고에 대한 노동법적 보호가 요구된 것이다.

2. 특수형태고용종사자에 대한 법적 보호 논의 경과

지금까지의 특고에 대한 법적 보호 논의는 크게 두 가지의 방향성을 갖고 있었다. 하나는, 특고의 자영업자적 특성에 주안점을 둔 경제법적 보호 방안이고, 다른 하나는 특고의 근로자적 특성에 주안점을 둔 노동법적 보호 방안이다.³⁾ 두 가지 방안이 특고의 서로 다른 측면에 초점을 맞추고 있기는 하지만, 경제법적 보호방안이 특고에 대한 노동법적 보호를 배제하거나 거부하는 것은 아니다. 원칙적으로는 노동법적 보호가 바람직하기는 하지만, 현행 노동법 체계 내에서 특고를 충분히 포섭하기 어렵다는 문제의식 하에서 과도기적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, 공정거래법) 제23조 불공정거래행위금지규정에 따라 특고를 거래의 상대방으로 하는 사업자로 하여금 불공정거래행위를 하지 못하도록 하는 것이 현재의 경제법적 보호방안이다. 이 내용을 담고 있는 것이 공정거래위원회의 ‘특수형태근로종사자에 대한 거래상지위 남용행위 심사지침’(2007년 7월 제정)(이하, 특고지침)이다.

위 특고지침의 특수형태근로종사자는 산재보험법과 동법 시행령의 특수형태근로종사자의 정의 및 직종을 원용하고 있다. 그러나 현재 산재보험법 시행령의 특수형태근로종사자를 모두 담고 있지는 않고, 골프장 경기보조원, 레미콘 기사, 보험설계사, 학습지교사, 택배 기사, 쿠팡

3) 고용·산재보험법의 영역에서의 특고자 보호방안 또한 별도로 논의되고 있지만, 지면관계상 여기에서는 고용·산재보험법에 대해서는 별도로 언급하지 않는다. 다만 현재 국회에 계류 중인 고용보험법 개정 법률안(한정애 의원 대표발의안)에서는 고용보험법의 인적 적용범위를 “근로자가 아니면서 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 다른 사람을 고용하지 않고 자신이 직접 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 얻는 사람으로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있다고 대통령령으로 정하는 사람”으로 하는 내용을 담고 있다는 것. 특히 이 고용보험법 개정법률안에서는 “노무제공을 위하여 노무제공플랫폼을 사용하고 그 노무제공 횟수 등에 따라 해당 노무제공플랫폼사업의 사업주에게 노무제공플랫폼 사용에 대한 대가를 지불하는 경우”에는 “해당 노무제공플랫폼사업의 사업주가 해당 노무제공자에 대한 제15조 제1항에 따른 피보험자격의 취득 등을 신고”하도록 함으로써 근래 사회적 논의 대상으로 본격화되고 있는 플랫폼노동관계까지 포섭하고자 하고 있다는 것을 여기에서 확인해 두어야 한다.

비스 기사로만 규정을 하고 있다. 이에 따라 2019년 3월 발표된 2019년 공정거래위원회 업무 계획에서는 5대 정책과제 중 하나로 ‘갑을문제’를 해소하기 위해 특고지침에 적용대상을 추가 하는 등 사각지대에 있는 특수형태근로종사자의 보호를 강화하려는 의지가 보이기도 하였다.

노동법적 보호방안에 대한 논의는 2000년대 초반부터 2007년까지는 비교적 활발하게 진행되었지만, 현재는 다소 답보적 상태이다. 2001년 7월 23일부터 2003년 7월까지 활동해 온 노사정위 비정규특위에서는 공익위원안으로 ‘유사근로자의 단결활동에 관한 법률’을 제안한 바 있고, 2006년 11월 13일 노동법학자가 중심이 되어 8인이 참여하는 노동부장관 자문위원회 형식의 ‘특수형태근로종사자 보호법안 기초위원회’(위원장 : 임종률)(이하, 법안기초위원회)에서는 ‘특수형태근로종사자 보호입법(안)’을 제안한 바 있다. 두 법안은 모두 특수형태고용종사자에 대한 노동법적 보호를 특별법 형태로 제정하여 시행할 것을 제안하였지만, 어느 것도 입법적 결실을 맺지는 못하였다. 유일하게 입법적으로 성과를 거둔 것이 정부의 2006년 10월 25일 특고 보호 대책에 따라 신설된 산재보험법 제125조의 특수형태근로종사자 특례규정이다. 경제법적 보호방안으로서 제정된 특고지침도 이때의 특고 보호 대책에 따른 것이었다. 이 후로도 노동법적 보호방안으로서 자주 등장했던 것이 위와 같은 특별법 형태이고, 가장 최근에 제안된 법률안으로는 2018년 12월 31일 임이자 의원 대표발의로 제안된 ‘특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안’이 있기도 하다. 이 법안에서 특수형태근로종사자의 의미는 산재보험법과 동일하고, 균등처우 규정, 부당해지 등의 제한 규정, 휴가 및 모성보호 규정 등의 권리를 특수형태근로종사자에게 보장하고 있지만, 근로자와 동일한 노동3권을 보장하는 것이 아니라 일반적 단체설립권과 협의권, 협정체결권과 같은 형태의 집단적 권리를 보장할 것을 제안하였다.

특별법 제정을 통한 노동법적 보호방안 이외, 현행 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노조법)의 확대적용방안도 있다. 2017년 2월 6일 한정애 의원 대표발의로 제안된 노조법 일부개정법률안에서는 ① 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자, ② 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자를 노조법의 근로자로 간주하는 규정을 신설할 것을 제안하였다. 이 법안에서는 ①과 ②에 해당하는 자를 지칭하는 용어를 사용하고 있지는 않지만, 이 법안을 제안한 이

유는 “고용형태의 다양화로 학습지 교사, 레미콘 운전기사, 보험설계사, 애니메이션 작가, AS 기사, 화물차 운전기사, 덤프 운전기사, 간병인, 퀵서비스, 방송사 구성작가, 철도매점 판매원, 대리 운전자, 텔레마케터, 채권추심인 등 특수한 고용형태로 일하는 종사자들이 계속 증가”하고 있는 문제로부터 “이에 근로자의 개념에 특수형태근로종사자들을 포함시킴으로써 법의 사각지대를 해소하고 특수형태근로종사자들의 권리를 보호하려는 것”이라고 밝히고 있으므로, 이 법안에 담고자 했던 것은 산재보험법의 특수형태근로종사자에 국한되지 않는 특수형태고용종사자였음을 확인할 수 있다.

2016년 10월 18일 이정미 의원이 대표발의한 노조법 일부개정법률안도 위와 유사한 방향으로 접근하고 있다. 이정미 의원 대표발의안에서는 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 노조법의 근로자로 정의하는 한편, 사용자 개념의 확대 또한 도모하여 “근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다. 이 경우 사내하도급의 도급 사업주는 실질적 지배력 또는 영향력이 있는 자”를 사용자로 간주하였다.

드물기는 하지만 근로기준법에 특수형태고용종사자를 포함시키고자 하는 시도도 있기는 하였다. 2012년 7월 3일 심상정 의원 대표발의로 제안된 근로기준법 일부개정법률안은 근로기준법 제2조 제1호의 근로자 개념에 “독립사업자 형태로 노무를 제공하는 자라고 하더라도 특정 사용자의 사업에 편입되거나 그 사업의 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무를 제공받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자는 근로자로 본다”는 내용을 추가 신설하는 내용을 담고 있다. 이 경우 사용자는 “근로계약의 당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 보며, 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약의 당사자와 함께 연대책임을 진다”고도 하였다.

3. 특수형태고용종사자와 노동법

위에서 살펴본 바와 같이 현재 특고에 대한 노동법적 보호 방안은 특별법 제정 방안과⁴⁾ 기존의 법제로 포섭하는 방안으로 구분할 수 있다. 그런데 이 가운데 특별법 제정 방안에는 문제가 있다. 그 이유는 특고 특별법이 성립하게 되면 사실상 특고라는 새로운 법적 분류가 규정됨으로써 근로자-특고-자영업자라는 3가지 경계가 형성되기 때문이다.⁵⁾ 근로자와 자영업자 사이의 특고를 법적으로 분류하고 이를 규정하였을 때 발생하는 문제는 이탈리아의 경험을 반면교사로 삼을 수 있다. 이탈리아에는 “지속적이고 조율된 협동자들”이라는 의미의 약자로 ‘co.co.co.’(collaborazioni coordinate e continuative, 이하 ‘코코코’)라는 개념이 법적으로 존재한다. 코코코는 특고와 같은 자들에 대해서도 노동분쟁해결절차를 이용할 수 있도록 하기 위해 만들어진 개념인데, 사업주들은 이전에는 종속 노동자로 분류되었던 근로자들을 코코코로 전환함으로써 근로자에 대한 보호를 회피하고 진정한 노동관계를 은폐하고, 이를 통해 근로자를 고용하는 데 드는 비용을 줄이는 수단으로 이용하였다.⁶⁾ 코코코로 인한 부작용이 커지자 이탈리아에서는 ‘co.co.pro’(contratto di collaborazione a progetto)라는 개념도 만들어 냈지만, 코코코만 존재했던 때보다 더 큰 부작용이 발생하여 일정 기간 시행 후 그 개념을 폐지하기도 하였다.⁷⁾ 이탈리아의 경험은 노동법의 전통적인 분류체계 이외 새로운 법적 분류를 만드는 것은 기존의 근로자 지위를 불안정하게 만드는 한편, 사용자의 법 회피 의지에 따른 오분류를 만들어낼 수밖에 없음을 보여준다.

특고 보호에 대한 특별법 제정 방안을 제외한다면, 기존의 법제를 특고에게도 일반적으로 적용하는 방안이 있다. 이 방안은 다시 근로기준법 등 개별적 노동관계법제와 노조법과 같은 집단적 노동관계법제를 모두 적용해야 한다고 보는 입장과, 특고의 특수성에 따라 집단적 노동관계법제를 우선 적용해야 한다고 보는 입장으로 구분될 수 있다. 다만 전자보다는 후자가

4) 특정 법에 특고 개념을 신설하여 일부의 규정만 적용하자는 것도 특별법 제정 방안의 한 종류로 포함시킬 수 있다.

5) 산재보험법이 이미 특수형태근로종사자라는 개념을 이용하고 있기는 하지만, 엄밀하게 말했을 때 특수형태근로종사자가 산재보험법의 새로운 경계는 아니다. 산재보험법은 이 법의 적용상 특수형태근로종사자를 근로자로 간주하고 있기 때문이다.

6) Cherry, Miriam A. and Aloisi, Antonio (2017) ““Dependent Contractors” In the Gig Economy: A Comparative Approach”, American University Law Review: Vol. 66 : Iss. 3 , Article 1, p.661.

7) 자세한 내용은 박제성, 양승엽, 신수정(2018), 『외국의 자영업자 사회법제 연구 - 프랑스, 스페인, 이탈리아, 한국노동연구원, p.106 이하 참조.

다수이다. 그 이유는 근로기준법의 특성에서 찾을 수 있다.

근로기준법은 근로자에 대한 근로계약, 임금, 근로시간과 휴식 등에 대한 최저근로조건을 정하고 있다. 사용자에게는 강제된 최저근로조건 이상의 근로조건을 근로자에게 제공해야 할 의무가 있고, 이 강제된 이행의무를 위반하는 경우에는 벌칙이 적용된다. 예를 들어 근로기준법 제43조의 임금 지급 의무를 위반한 사용자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해지게 되는데, 이러한 징역 또는 형벌을 근로기준법 제43조를 지킬 의무가 없는 사용자에게 부과할 수는 없다. 그러므로 근로기준법에서 강제된 이행의무를 지킬 사용자는 그 의무를 이행하기에 충분할 정도로 근로자와 강력한 관계를 맺고 있을 것을 요구한다. 이를 지배종속관계라고도 하고, 지휘감독관계라고도 한다. 그런데, 예를 들어 배달앱을 통해 단속적·비전속적으로 음식배달을 하는 음식배달기사가 음식배달을 하면 수수료를 지급하는 배달대행업체가 그 수수료를 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하지 않았다고 하여 근로기준법의 임금지급의무를 위반한 책임이 있다고 할 수 있을 것인가의 문제가 발생할 수 있다. 또한 실질적으로, 근로기준법에서는 1주 40시간 1일 8시간의 법정기준근로시간을 규정하는 한편 1주 12시간 이내의 연장근로를 허용하고 있는데, 이러한 근로시간제도를 도급계약의 형식으로 노무를 제공하고 대가를 수령하는 특고에게도 강제할 수 있을 것인지의 문제와 같은 것도 발생한다. 휴게시간, 유급휴일제도 및 유급휴가제도 또한 마찬가지이다. 그래서 현행 근로기준법을 특고에게 적용하는 것을 강행한다 하더라도 결국 균등처우금지, 강제근로금지, 폭행금지, 중간착취배제 등 근로기준법의 일반 원칙을 적용하는 것으로 그치게 될 가능성이 크다. 특고의 실질적 노동조건에 대한 보호를 현행 근로기준법이 제공해 주기에는 적잖은 한계가 있고, 그 한계 때문에 기존의 근로기준법 등 노동법제를 적용하는 것 대신 특고에 특화된 특별법 제정방안에 무게가 실렸던 것이기도 하다. 노동계에서도 주로 근로기준법의 전면 적용을 주장하는 대신 특고의 단결된 힘을 통해 특고에 맞는 노동조건을 만들어나갈 수 있도록 노조법의 전면 적용을 주장하는 이유가 여기에 있을 것이라고 생각한다.

특고에 대한 노조법 적용 방안은 대법원 판례와 노동조합 설립신고증 교부를 통해 일부나마 현실적 힘을 가져 나가는 중이다. 2018년 11월과 12월에는 전국대리운전노동조합이, 2019년 4월에는 서울지역퀵서비스노조가 서울시로부터 설립신고증을 교부받았고, 2014년 2월에는 골프장 캐디가, 2018년 6월에는 학습지교사가 노조법상의 근로자로서 노동조합을 만들 권

리가 있음을 확인받기도 하였다. 하지만 사실 중요한 것은 특고가 노동조합 설립신고증을 교부받았는가 하는 문제보다, 효과적인 노동3권 행사를 할 수 있는지 여부이다. 앞서 언급했던 노조법 개정법률안들에서는 특고를 노조법의 당연한 적용대상으로 포함하는 것과 함께 사용자의 개념을 함께 개정하도록 하고 있는데, 그것은 효과적인 노동3권의 행사를 위해서는 현행 노조법상 사용자의 개념이 개정되어야 하기 때문이다. 실제 2019년 4월에는 노동조합 설립신고증을 교부받았음에도 불구하고 대리운전업체 측에서 노동조합을 인정하지 않고 단체교섭을 거부하면서 노조활동을 제한해달라는 가처분신청을 한 사례가 있다. 이것은 특고의 노동조합 설립에도 불구하고 여전히 사용자 개념에 대한 충분한 문제제기와 검토가 이루어지지 못했기 때문이라고 생각한다. 이 외에 단체교섭 창구단일화제도, 부당노동행위제도 등도 초기업적 노동조합에 대응할 수 있도록 개정되지 않으면 특고의 노동조합 설립 인정에도 불구하고 효과적인 노동3권이 보장되었다고 말하기는 어렵다. ILO가 100주년을 맞아 2019년 초 발간한 『더 나은 미래를 위한 일』 보고서에서는 보편적 노동권으로서 단결권과 함께 효과적인 단체교섭권을 인정할 것을 요구하였다. 물론 현재 특고가 노동조합을 결성할 수 있는가 하는 것도 여러 분야에서 문제이기는 하지만, 더 나아가 단체교섭권의 효과적 보호가 도모되지 않는다면 단결권 보장의 의미가 확보되기 어렵다.

4. 향후 과제

특고의 노동권을 보호하기 위해 어떤 방안이 절대적으로 옳다고 말하기는 어렵다. 다만 특고를 하나의 법적 개념으로 인정하고 규정하는 것은 지향할 방향이 아니라고 생각한다. 현행 노동법제를 전면적으로 적용하는 것이 전혀 불가능하다고 말하기는 어렵지만, 특고의 노동관계를 고려하지 않으면 현행 노동법제의 전면적용은 사실상 의미 없는 성과가 될 수 있다. 특고의 노동권을 실질적으로 보장해나가는 첫걸음은 단결권의 전면적 보장과 함께, 특고의 특수성을 고려한 사용자 개념 확대, 초기업별 단체교섭제도의 확립과 보장 등을 위한 법 개정이라고 본다.