

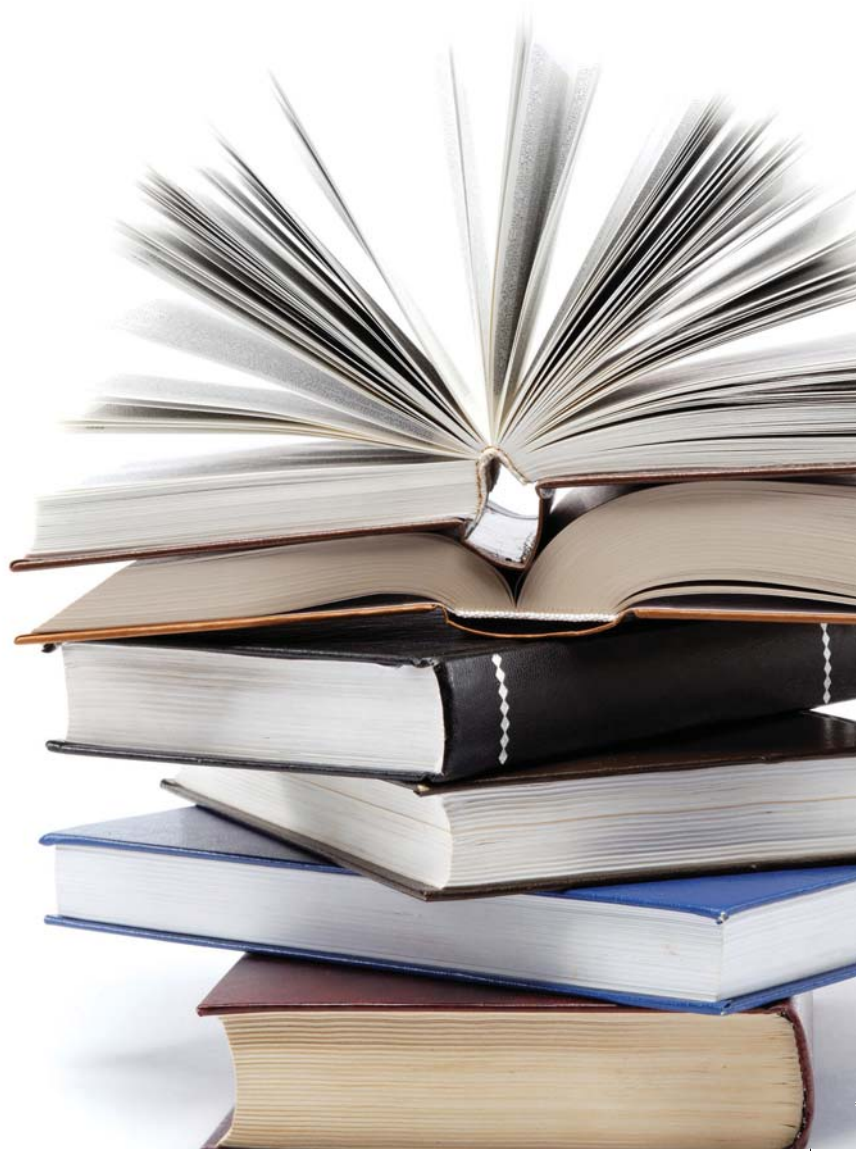


# 특수형태근로종사자에 대한 산업안전보건법 적용방안 연구

오상호



Korea  
Legislation  
Research  
Institute



법제분석지원 Issue Paper 12-25-⑧

신청기관 : 고용노동부(산재예방정책과)

# 특수형태근로종사자에 대한 산업안전보건법 적용방안 연구

연구자 : 오 상 호  
(창원대학교 법학과 교수)

2012. 10. 31.



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



## [법제분석개요]

### ■ 연구의 필요성 및 목적

- 산업현장에서 산업재해를 예방하기 위한 법규범인 산업안전보건법(이하 “산안법”이라 줄여 칭함)의 목적은 산업현장에서 산업재해로부터 근로자의 안전과 보건을 보호하기 위함. 이에 따르면 산안법의 주된 보호법익은 사업주의 재산보호가 아닌 근로자의 건강과 생명의 보호임이 확인되며, 이러한 법익은 근로자가 작업을 수행하다가(업무수행성) 또는 작업에 기인하여(업무기인성) 발생할 수 있는 위험으로부터 보호를 통해 확보됨. 따라서 산안법의 목적은 산업현장에서 근로자의 건강과 생명을 위협하는 모든 위험한 설비, 작업환경 또는 유해요인으로부터 근로자를 보호하는 것임.
- 최근 몇몇 조사결과에서 특수형태근로종사자가 250만명이 넘는 것으로 파악하고, 그들의 산업재해 발생률이 근로자 평균 재해율의 34배에 달하는 것으로 보고된 바 있음. 이처럼 산업구조와 고용구조의 전략적 변화로 특수형태근로종사자의 비중이 급속히 증가하고 있으나 이들의 산업재해예방에 대한 법적보호는 미흡하여 이에 대한 법제적 측면에서 대책마련이 시급한 현안이 됨.
- 그럼에도 불구하고 산업재해의 예방을 위해 안전보건에 관한 기준을 마련한 산안법은 보호주체로서 범위를 근로자에 제한시키고 있는 결과, 근로자성과 자영인성을 함께 가지고 있는 특수형태근로종사는 동법의 보호로부터 외면받게 되는 법체계를 보임. 그 결과 특수형태근로종사자가 안전보건의 영역에서 법적 보호주체로 인정받지 못해 건강권과 생존권을 위협받고 있다는 것임.

- 결국 이들이 산안법을 통한 법적보호를 향유하기 위해서는 원론적인 시각에서 보면 근로자로 인정받아야 하는데 지금까지 판례는 일관되게 그들의 근로자성을 부인하며, 단지 법적보호는 재화시장관계법인 민법이나 상법 그리고 경제법의 법리적 해석을 통해서 가능하다고 보고 있어, 노동관계법상의 사회적 보호 필요성이 전혀 고려되지 못하게 되는 부정적 결과에 이르게 됨.
- 따라서 본 연구는 위와 같은 부정적 문제를 해소하기 위해 한편으로는 노동일반법상 제시되는 해결론을 제시하고자 하며 여기에는 첫째, 입법론적인 방법론으로서 유사(준)근로자 개념을 도입하여 현실적으로 주로 문제되는 사안 내지 사항들에 대해 선별적 적용을 하는 방식이 가능할 것이며, 다음으로 법해석론적인 방법론으로서 근로기준법상 근로자 개념을 확대해석하여 - 보다 구체적으로는 종속성의 변화를 검토하여 - 특수형태근로종사자를 근로자로 인정하려는 것임. 물론 유사근로자 개념을 입법론적으로 정립하더라도 그 개념에 포섭되는 특수형태근로종사자의 범위를 설정하는 경우 또는 그 범위설정을 위한 기준이 무엇인지와 관련해서는 재차 해석론이 필요한 바, 입법론과 해석론은 별개로 논의될 수는 없을 것이며 특히 판례의 입장에 대한 학설의 견해를 바탕으로 관련 내용을 살펴보도록 할 것이며 중국에는 산안법의 목적과 취지에 부합하는 방법론이 있는지 여부를 보다 설득력 있게 검토하기 위해 독일의 유사근로자 개념과 산안법상 그 의미를 비교분석해봄으로써 적절한 해결안을 제시하기 위한 도구로 활용할 생각임.
- 무엇보다 이러한 논의를 통해 산안법상 책임의 범위를 재검토하는 그리고 현행법상 인적 보호범위를 확장시키는 계기가 될 것으로 사료됨.

## ■ 연구의 내용

### □ 산안법의 법률체계 분석

- 산안법의 목적과 사업주의 의무의 관계
- 산안법의 체계를 법편제상의 분류방식과 법내용상의 분류방식으로 구분할 수 있으며, 전자를 형식적 체제라 하며 후자의 경우는 작업장의 안전조치와 보건조치와 관련해 구별됨
- 산안법상 의무주체의 법리
- 산안법상 보호주체로서 근로자 개념의 문제

### □ 특수형태근로종사자의 입법론적 적용방법론

- 특수형태근로종사자의 개념
  - 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 노동관계법 등이 적용되지 아니하여 보호의 필요가 있는 자를 말함
- 산업재해보상보험법상 특수형태근로종사자를 보호하는 구조
- 산업안전보건법상 특수형태근로종사자 개념도입을 위한 방법론

### □ 특수형태근로종사자의 법해석론적 적용방법론

- 근로관계의 성립요건
  - 사법상의 계약의 존재(위임, 도급, 고용계약)
  - 타인을 위해 노무를 제공하고 그 대가로 보수를 받는 관계의 존재
  - 제공되는 노무의 성질이 종속성을 가질 것
- 판례의 근로자성 판단기준

- 제1의 기준으로서 계약형식
- 제2의 기준으로서 종속성
- 종속성 개념의 변화
- 종속성의 변화에 따른 근로자 개념의 재구성
  - 종속성의 변화에 따른 판례의 근로자성 인정기준의 변모
  - 특수형태근로종사자의 경제적 종속성과 조직적 종속성

□ 독일 산업안전보건법상 유사근로자의 개념과 그 의미

- 독일 노동법상 유사근로자의 개념
- 독일 산안법상 유사근로자의 보호를 위한 사회적 필요성의 의미

■ 기대효과

- 산업구조의 변화에 대응하고 특수형태근로종사자의 보호를 위한 산업안전보건법상의 제도개선 방안 마련
- 특수형태근로종사자의 산업안전보건법적 보호를 위한 국내법제와 관련 외국법제의 내용 및 적용방안 검토를 통해 특수형태근로종사자의 산재예방대책을 수립하기 위한 중요한 법적 기준의 모색

# 목 차

I. 분석의 배경 .....	1
1. 분석의 목적 .....	1
2. 분석의 방향 .....	2
II. 산업안전보건법의 법률체계 .....	4
1. 산업안전보건법의 목적 .....	4
2. 산업안전보건법의 체계 .....	5
1) 산안법 제정 .....	5
2) 산안법 구조 .....	6
3. 산업안전보건법상 의무주체의 법리 .....	8
4. 산업안전보건법상 보호주체로서 ‘근로자’ 개념의 문제 .....	9
5. 소 결 .....	10
III. 특수형태근로종사자의 입법론적 보호법리 .....	11
1. 문제의 소재 .....	11
2. 특수형태근로종사자의 개념 .....	13
3. 산업재해보상보험법상 특수형태근로종사자를 보호하는 구조 .....	15
1) 산재법과 산안법의 관계 .....	15
2) 산재법상 특수형태근로종사자의 지위와 문제점 .....	16
4. 산업안전보건법상 특수형태근로종사자 개념의 도입을 위한 방법론 .....	18



IV. 특수형태근로종사자의 법해석론적 보호 법리 .....	20
1. 논의의 전제 .....	20
2. 근로관계의 성립요건 .....	21
3. 판례의 근로자성 판단기준 .....	22
1) 제1의 기준으로서 계약유형 .....	22
2) 제2의 기준으로서 종속성 .....	23
4. 종속성 개념의 변화 .....	27
5. 종속성의 변화에 따른 근로자 개념의 재구성 .....	29
1) 종속성 개념 .....	29
2) 인적 종속성과 특수형태근로종사자 .....	29
3) 경제적 종속성과 특수형태근로종사자 .....	30
4) 조직적 종속성과 특수형태근로종사자 .....	31
6. 독일 산업안전보건법상 특수형태근로종사자의 보호를 위한 해석론 .....	33
1) 문제제기 .....	33
2) 독일 노동법상 유사근로자 개념 .....	34
3) 독일 산안법상 유사근로자 개념의 본질 .....	35
4) 독일 산안법상 유사근로자 보호법리 .....	37
V. 분석결과 .....	39
참 고 문 헌 .....	42

## I. 분석의 배경

### 1. 분석의 목적

- 산업현장에서 산업재해를 예방하기 위한 법규범인 산업안전보건법(이하 “산안법”이라 줄여 칭함)의 목적은 산업현장에서 산업재해로부터 근로자의 안전과 보건을 보호하기 위함. 이에 따르면 산안법의 주된 보호법익은 사업주의 재산보호가 아닌 근로자의 건강과 생명의 보호임이 확인되며, 이러한 법익은 근로자가 작업을 수행하다가(업무수행성) 또는 작업에 기인하여(업무기인성) 발생할 수 있는 위험으로부터 보호를 통해 확보됨. 따라서 산안법의 목적은 산업현장에서 근로자의 건강과 생명을 위협하는 모든 위험한 작업설비, 작업환경 또는 작업물질로부터 근로자를 보호하는 것임.
- 특히, 산안법은 산업현장에서 산업재해를 방지하기 위한 각종 안전과 보건에 관한 의무주체로서 사업주를 전면에 배치시키고 있으며, 이는 위의 목적달성을 위해 가장 요청되는 사항이 사업주의 의무라고 본 결과라고 생각됨. 따라서 사업주는 본 법에 의거해 산업재해의 위험으로부터 근로자를 보호해야할 의무를 이행해야 하며, 이를 위반한 경우 법률효과로서 그에게 책임이 귀속되는 법리를 확인할 수 있음.
- 문제는 고용형태의 다변화로 인해 산안법상 사업주의 책임에 어떠한 영향을 미칠 수 있다는 점임. 노동시장의 구조가 변화하며 과거에는 예측하지 못했던 새로운 유형의 고용관계가 생겨나게 되었는데 이는 정형적인 고용관계가 비정형적 고용관계로의 전환되는 양상을 보이면서 비정형 고용형태 가운데 특히, 특수형태 노무를 제공하는 자(특수형태근로종사자)의 경우 근로자성과 자

영인성을 동시에 가지고 있기 때문에, 과연 산안법적 의미에서 그들의 사업주가 의무주체로 등장할 수 있는지 여부가 쟁점임.<sup>1)</sup> 왜냐하면 산안법의 보호주체가 근로기준법(이하 “근기법”이라 줄여 칭함)상 근로자로 제한되기 때문임(산안법 제2조 제2호). 하지만 판례는 그들을 단순한 민법상의 계약주체로만 보아 일관되게 그들의 근로자성을 부인해오고 있음. 그 결과 그들의 법적보호는 재화시장관계법(민법과 상법)의 법리적 해석<sup>2)</sup>을 통해서만 가능하므로, 노동관계법상의 사회적 보호 필요성이 고려되지 못하게 되는 부정적 결과에 이르게 됨. 적어도 산안법은 국가가 근로자의 건강과 생명을 보호하기 위해 최소한의 안전과 보건의 기준을 준수해야 할 의무를 사업주에게 부과하는 입법이며 이러한 기본 이념을 존중한다면 근로자에 준하는 노무공급을 제공하는 자의 건강과 생명을 지켜주는 것은 국가의 책무이자 노무수령자의 근본의무에 해당된다고 생각됨.

## 2. 분석의 방향

- 따라서 본 연구는 이와 같은 부정적 결과를 해소하기 위해 산안법의 목적과 취지에 부합하는 방법론을 제시해보고자 함. 하나는 입법론적인 방법론으로서, 유사(준)근로자 개념을 도입하는 것임. 물론 이 개념은 특수형태근로종사자가 근로자가 아니라는 점을 전제로 한 것임. 따라서 그 보호방식은 현실적으로 주로 문제되는 영역에서 선별적인 법적용을 취하는 형태가 이루어지는 것이

---

1) 서두에서 밝힌 바와 같이, 최근 특수형태근로종사자의 폭발적인 증가(250만명)와 이들이 산업재해로부터 무방비상태에 노출(근로자 평균 재해율의 34배)된 보고는 이들의 건강권과 생존권 보장을 위해 산안법과 산재법의 적용이 절실함을 보여줌.  
2) 민법 제2조의 신의칙과 권리남용금지 법리, 민법 제103조의 공서양속에 반하는 질서행위에 대한 규제, 기타 계약법리의 적용과 해석 등과 같은 시민법의 법리적 해석과 불공정 거래로 규제하면 된다는 경제법적 원리를 통해서만 그들의 법적보호에 대한 기대를 가늠해볼 수밖에 없으나 이러한 접근법이 실효성이 있을지는 의문이 생김.

일반적임(아래 III). 다른 하나는 법해석론적인 방법론으로서 근로기준법상 근로자 개념을 확대해석하는 것이며, 이는 특수형태근로종사자를 근로자로 인정하는 방식을 취하게 됨(아래 IV). 무엇보다 아래 III과 IV의 논의는 별개의 성질을 가진 것으로서 경합의 법리로 다루어지기 보다는 오히려 유사근로자 개념을 입법론적으로 정립하더라도 그 개념에 포섭되는 특수형태근로종사자의 범위를 설정하는 경우 또는 그 범위설정을 위한 기준이 무엇인지와 관련해서는 재차 해석론이 필요함. 이러한 입장은 어느 국가도 누가 근로자이고 누가 독립적인 자영인인지에 대해 명쾌하게 답할 수 있는 분명한 기준을 발전시키지 못했고, 이로 인해 거의 모든 국가에서 이 문제는 노동법상 가장 광범위한 법관의 판단 재량이 인정되는 영역으로 남아있어 입법에 의한 해결 역시 이를 궁극적으로 대체할 수 없다는 입장으로 분명해 짐.<sup>3)</sup> 이하에서는 이러한 입장을 바탕으로 산안법의 목적과 취지에 부합하는 방법론을 모색해보며 더 나아가 독일의 유사근로자 개념이 산안법에서 어떠한 의미로 인식되는지를 간략하게 비교분석함으로써 보다 설득력 있는 기준이 있는지를 확인해보도록 할 것임.

- 본 주제와 관련한 연구방법은 다양한 특수형태 근로의 유형을 파악하고, 유형별 문제점을 파악하고 대책을 강구하기 위해 가장 우선하여 현재의 특수형태근로종사자의 현황, 현상 및 실태를 분석하는 것이 가장 객관성을 확보할 수 있을 것이나, 지면의 제약을 감안해 2차 자료를 정리 요약하는 방법을 택하고 있음. 그리고 무엇보다 연구방법은 산안법상 특수형태근로종사자를 어떻게 보호하는 것이 가장 합리적이고 공정한 대책인지에 초점을 맞추어 입법론과 해석론을 병렬적으로 검토하는 방식을 취하도록 함.

3) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 112면.

## II. 산업안전보건법의 법률체계

### 1. 산업안전보건법의 목적

- 산안법 제1조 목적규정에서 명시한 바와 같이 「산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 한다.」고 정하고 있음. 따라서 산안법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임소재를 명확히 하고, ‘사업주 의무’와 이에 대한 행정관청의 관리·감독 및 위반에 대한 처벌에 의하여 근로자의 안전과 보건을 확보하는 법적 구조를 취하고 있음.
- 우리와 유사한 입법형식을 보이는 일본의 노동안전위생법(산업안전보건법) 제1조에서도 「노동재해의 방지를 위한 위해방지 기준의 확립, 책임체제의 명확화 및 자주적 활동촉진조치를 강구하는 등 그 방지에 관한 종합적 계획적인 대책을 추진함으로써 직장에 있어서의 노동자의 안전과 건강을 확보하는 것과 동시에 쾌적한 직장환경의 형성을 촉진하는 것을 목적으로 한다.」고 정하고 있음.
- 더 나아가 영국의 1974년 산업안전보건법(The Health and Safety at Work Act 1974) 서문에는 이 법의 제정목적과 제정배경을 설명하고 있음. 「Sec 1, (1) a) 작업장에서 노무자의 안전보건과 복리후생을 확보하는 것, b) 작업장에서 노무활동과 관련해 또는 노무활동 수행중에 발생하는 안전보건상의 위험으로부터 보호하고 그리고 노무자 이외의 자들도 보호하는 것, c) 폭발물, 고도의 인화성물질, 기타 위험물질의 소지나 사용을 통제하고 위법한 물질들의 취득, 보관 및 사용을 폭넓게 방지하는 것, d) 특정시설에서

유독한 위험한 물질을 대기 중으로 배출하는 것을 통제하는 것이다。」 규정하고 있음.

- 이상의 주요 국가들의 산안법의 목적조항을 검토해 본 결과, 산업현장에서 산업재해를 예방하기 위한 범규범인 산안법의 주된 보호법익이 사업주의 재산보호가 아닌 근로자의 건강과 생명의 보호임이 확인됨. 특히, 영국 산안법의 입법목적에 따르면, 노무자(Worker)의 안전보건의 확보를 위해 노무행위와 관련된 그리고 노무행위 수행중에 발생한 위험으로부터 보호에 중점을 두고 있으며, 특히 작업장에서 사용되는 기계나 장비와 같은 설비 그리고 유해물질에 기인한 위험으로부터 보호를 의미함.<sup>4)</sup> 따라서 산안법의 목적은 산업현장에서 근로자의 건강과 생명을 위협하는 모든 위험한 유해한 요인으로부터 보호하는 것으로 설명이 가능함.

## 2. 산업안전보건법의 체계

### 1) 산안법 제정

- 산안법은 1981년에 근기법 제6장이 분리되는 형태로 의원입법으로 제정되었음. 산안법 제정 이유는, 그 당시 근기법이 직접적인 고용관계만을 규정하고 있어 제조·유통단계에서의 안전성 확보가 불가능하고 하청·항만하역 등 특수고용관계 하에서 재해예방책임 한계가 불명확하며, 당시 근기법에는 산업안전보건에 관한 사항이 10개 조항에 불과하여 근기법 체제로는 산업재해를 근원적으로 예방하는 데 한계가 있다는 점이 제시되었음. 그리고 근기

4) 영국의 산안법은 목적규정을 통해 적용범위의 확장성을 확인할 수 있음. 작업장에서 노동하는 모든 사람들의 복지, 안전 그리고 건강을 보장하고 있음. 그러므로 작업장에서 발생하는 위험한, 유해한 요인으로부터 근로자뿐만 아니라 업무상 관련된 일반인도 보호하는 입법으로서 포괄성을 띠게 됨.

법은 제반 근로조건의 최저기준의 설정 및 확보<sup>5)</sup>에 있는 것이므로 산업재해의 급속한 발전에 적응이 곤란하고 적극적이며 종합적인 산재예방대책을 추진하는 데 불충분하다고 생각된 점 또한 산안법의 제정 필요성<sup>6)</sup>으로 언급되었음.<sup>7)</sup>

## 2) 산안법 구조

- 산안법의 체계는 한편으로는 형식상의 체계, 즉 법조문에 따라 구분되며, 다른 한편으로는 내용상의 체계, 즉 안전과 보건의 영역에 따라 구분됨.
- 제정 당시에는 근로자의 안전과 보건에 관하여 근기법 제6장의 여러 규정을 두면서, 이와 별도로 산안법을 제정하여 함께 시행하여 왔음. 이러한 이중적 규율체제는 1990년 근기법과 산안법의 개정에 의하여 근기법에 “제6장 안전과 보건”이 남겨지고, 동법 제76조에서 “근로자의 안전과 보건에 관하여는 「산업안전보건법」에서 정하는 바에 따른다.”고 규정함으로써 산안법의 단일 체제가 확립되었음.

5) 헌법 제32조 제3항 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 규정함. 근로조건의 기준을 정한 근로기준법은 제1조에서 “이 법은 헌법에 따라 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다.”고 정하며 동법 제3조에서 근로조건의 기준의 정도를 설명하길, “이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.”고 정하고 있음. 따라서 근로관계에서 보장되어야 하는 헌법상의 근로조건의 기준은 최저기준이므로 관계 당사자는 이를 기준으로 상회하는 근로조건의 기준을 설정할 수 있는 것임.

6) 1982년 산안법 제정이유서에 따르면, 「중화학공업의 추진 등 급격한 산업화에 따라 위험한 기계기구의 사용증가, 새로운 공법의 채용 등에 의한 산업재해의 대형화와 빈발, 유해물질의 대량사용 및 작업환경의 다양화에 따른 직업병의 발생증가에 효율적으로 대처하기 위하여 적극적·종합적인 산업안전보건관리에 필요한 위험방지 기준을 확립하고 사업장내 안전보건관리체제를 명확히 함과 동시에 사업주 및 전문단체의 자율적 활동을 촉진함으로써 산업재해를 효율적으로 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성하여 근로자의 안전, 보건을 증진·향상하게 하려는 것이다.»고 밝힘.

7) 정진우, “산업안전보건법상 근로자의 법적지위, 고려대 박사학위논문, 2011, 21면.

- 산안법 [제1장 총칙]에서, 목적, 정의, 적용범위, 정부의 책무, 사업주와 근로자의 의무 그리고 고용노동부장관의 관리의무 등으로 구성되며, 제2장은 [안전·보건관리체제]를 설명하는데 작업장에서 안전보건과 관련한 각종 관리자 및 기관의 예방조치의 무가 상세히 열거되며, 제3장은 [안전보건관리규정]이며, 제4장은 [유해·위험 예방조치]편이며, 이 장에서는 사업주가 안전 및 보건과 관련한 각각의 조치에 대한 내용을 설명하고 있음. 안전조치에는 위험한 기계기구에 대한 보호조치와 안전인증조치 등이 포함되며, 보건조치에는 유해·위험한 물질(화학물질)의 제조에 대한 금지 및 허가제도, 석면관리, 유해성·위험성 평가, 물질안전보건자료의 작성과 비치의무 등이 포함됨. 제5장은 [근로자의 보건관리]에 대한 내용으로서 작업환경측정이나, 건강진단, 역학조사, 근로제한규정 등이 해당된다. 마지막 장인 제9장에서 [별칙조항]을 두고 있다. 모두 72개 조문(103개)으로 구성됨.
- 다음으로 산안법은 내용상에 따라 그 체계를 구분하여 이해할 수 있음. 상술한 바와 같이 산안법은 작업중인 근로자의 안전과 보건보호를 위해 산업안전보건에 관한 기준을 확립하고 이러한 기준의 준수를 의무사항으로 규정하는 입법임. 안전은 산업재해, 특히 사고성 재해로부터 근로자의 보호를 의미하며, 보건은 작업장에서 기인하는 건강위험으로부터 건강보호로 이해할 수 있음.<sup>8)</sup>
- 산안법 제23조에서 사업주가 1) 기계·기구, 그 밖의 설비에 의한 위험, 2) 폭발성, 발화성 및 인화성 물질 등에 의한 위험, 3) 전기, 열, 그 밖의 에너지에 의한 위험을 예방하기 위한 조치가 안전조치에 해당된다고 명시하면서, 산업현장에서 작업시설, 작업물질과 같은 위험에 의한 업무상 사고를 예방하기 위한 노동보호조

8) Heilmann/Aufhauser, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl., 2005, § 1, Rdnr. 1.



치로 이해할 수 있음. 반면에 산안법 제24조에서 사업주가 1) 원재료·가스·증기·분진·산소결핍공기·병원체 등에 의한 건강장해, 2) 방사선·유해광선 등에 의한 건강장해 그리고 3) 사업장에서 배출되는 기체·액체 또는 찌꺼기 등에 의한 건강장해를 예방하기 위한 노동보호조치를 보건조치로 규정하고 있음. 그리고 이와 관련한 구체적인 내용은 산업안전보건기준에 관한 규칙(시행규칙)에서 상세한 내용을 정하고 있음.

### 3. 산업안전보건법상 의무주체의 법리

- 산안법은 제4조 정부의 책무와 제6조의 근로자의 의무를 제외한 대부분의 규정은 사업주의 의무사항(근본적 의무규정과 구체적인 의무규정)과 직간접적으로 연결됨. 이러한 의미에서 산안법 제1조의 목적은 사업주가 이행하고 지향해야 할 목적으로 이해하는 것이 법의 취지와도 부합할 것임. 이러한 목적을 한층 더 강조하기 위해 근본적 의무규정을 두고 있는데, 산안법 제5조에서 “사업주의 의무”라는 제목으로 그 내용을 열거하고 있음. 이에 따르면 사업주는 이 법에 의한 산재예방을 위한 기준 준수 의무, 근로자에게 안전·보건에 관한 정보 제공 의무, 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등으로 인한 건강장해 예방 의무, 근로조건의 개선을 통해 적절한 작업환경을 조성하여 근로자의 생명보전과 안전보건을 유지·증진할 의무, 국가가 시행하는 산재예방시책 준수 의무 등으로 나누어져 있음.
- 이와 같이 산안법상 의무를 부담하는 중심적 존재는 근로자를 사용하여 사업을 행하는 사업주임. 즉, 산안법에서는 사용종속관계에 주목하여 사업주에게 자기의 사업을 위하여 사용하는 근로자에 대한 안전보건 확보의무를 부과하는 것을 목적으로 사업주를

그 중심적인 의무주체로서 하고 있다. 따라서 산안법의 대부분의 조문은 “사업주는 ………하여야 한다.”는 형식을 취하고 있음.

- 결국 산안법상 사업주에게 각종 의무를 부과하는 목적은 산업재해의 위험으로부터 근로자를 보호하기 위해 사업주로 하여금 사업장의 안전과 보건을 확립하게끔 하려는 것임. 산안법상 의무주체로서 사업주의 의무는 법률상 강제되고 구속되는 행위 의무이기 때문에 이를 이행하지 않는 경우 각종 제재조치로서 책임귀속의 문제가 발생하게 됨.

#### 4. 산업안전보건법상 보호주체로서 ‘근로자’ 개념의 문제

- 산안법 제2조 제2호에 따르면, 근로자는 근로기준법 제2조 제1항 제1호<sup>9)</sup>에 따른 근로자를 말한다고 정의함. 근기법상 근로자란 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”를 말함. 이처럼 산안법상 주된 의무주체는 사업주이며 보호주체는 근로자로 한정하고 있기 때문에 근로관계와 상업적 거래관계의 중간지대에 위치한 특수형태근로종사자에 대해 그들의 사업주(주문자)가 의무주체로 등장할 수 있는지가 문제됨.
- 전통적인 고용형태는 사용자가 근로자의 노동력을 독점하여 사용하는 모습임. 그러나 최근의 고용형태는 위임 내지 도급에 의하여 노동력을 제공하는 독립근로의 형태가 증대하기 시작함. 이러한 고용형태는 원칙적으로 근로자성 여부를 엄격히 요구하는 노동법으로부터 근로자의 지위를 인정받는 어려움을 겪게 됨. 무엇

9) 제 2 조(정의) ① 1에서 “근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말함.

보다 민법이 규정하는 전형계약인 도급 내지 위임계약의 형태로 고용계약을 체결하는 특수형태근로종사자들은 실제로 노동자로서의 특성뿐만 아니라 사업주로서의 특성도 함께 지님으로써 기존의 노동관계법으로부터 보호를 받지 못하는 사각지대에 처하게 됨으로써 관련법 적용에 있어서 논란의 중심에 놓이는 인적 집단임. 실제로 중간적 취업집단인 특수형태근로종사자는 오래전부터 존재해왔으나, 최근 고용형태의 다변화로 인해 그 규모가 팽창하며 그리고 그들의 실질적인 노무제공의 표지가 근로자와 유사한 면이 많기 때문에, 외견상 사업주의 성질이 있다는 이유로 법적보호를 배제하는 것은 실태에 적응하지 않는 경직적이고 관념적인 법적용이라고 볼 수밖에 없음.

## 5. 소 결

- 산안법상 사업주에게 각종 의무를 부과하는 목적은 산업재해(사고성 재해와 질병성 재해)의 위험으로부터 근로자를 보호하기 위해 사업주로 하여금 사업장의 안전과 보건을 확립하게끔 하려는 것임. 실제로 산안법 제5조 제1항 제2문에 따르면 사업주는 위와 같은 보호법익을 보장하기 위해 1) 산업재해 예방을 위한 기준을 준수할 의무, 2) 사업장의 안전과 보건에 관한 정보제공의무, 3) 근로조건의 개선과 적절한 작업환경의 조성을 통한 건강장해 예방의무, 4) 근로자의 안전 및 보건을 유지 및 증진시킬 의무, 5) 지속적으로 사업장의 유해·위험요인에 대한 실태를 파악하고 이를 평가하여 관리·개선하기 위한 필요한 조치를 할 의무를 부과하고 있음.<sup>10)</sup>

10) 이러한 점은 국제노동기구(ILO)와 세계보건기구(WHO)에서도 확인된다. 즉, 사업주는 1) 모든 직업에서 일하는 사람들의 신체적·정신적 및 사회적 건강을 최고도로 유지·증진시킬 것, 2) 근로조건에 기인하는 건강장해를 예방할 것, 3) 건강에 불리

- 물론 산안법의 주된 목적이 사업주에게 부과된 의무를 통해 안전보건의 확보되어질 수는 있으나 현실에서의 집행시 효율성을 확보하기 위해서는 근로자의 협력 또한 중요함. 산안법은 다른 노동관계법에서와 달리 근로자의 협력이 강조될 수밖에 없는 것이 실제로 사업주 혼자만의 노력으로 작업장에서 안전과 보건이라는 산안법의 목적의 달성은 불가능함.
- 위와 같은 내용에 따르면, 산안법의 주된 목적은 작업현장에서 근로자의 안전과 보건을 확보해야 할 주된 의무를 사업주에게 부과하는 것이며, 그와 같은 의무의 이행을 위해서는 기본적으로 사업주는 작업장에서의 산업안전보건 관련 지식과 기능을 습득하고 개선해야 하며, 사업주의 의무는 반드시 안전보건기준에 대한 적극적인 근로자의 준수가 함께 확보될 때 근로자 보호라는 기본원칙이 산안법에서 실현될 수 있을 것임.

### Ⅲ. 특수형태근로종사자의 입법론적 보호법리

#### 1. 문제의 소재

- 오늘날 노동문제는 가장 근원적이며 그리고 생존과 직결되는 사안임. 현대사회에서 노동은 곧 생존을 의미하며, 노동을 통해 자아실현을 이룩할 수 있기 때문에 헌법은 노동권을 보장하며, 이러한 수권조항을 근거로 노동관계입법이 제정되어 시행되어 오고 있음. 하지만 최근 산업·고용구조의 변화로 말미암아 노동세계도 이에 상응하여 급변할 수밖에 없으며, 그 결과 매우 다양한 고용형태가 등장했음. 이와 같은 노동시장의 변화는 기업으로 하

---

한 제 조건으로부터 고용중의 근로자를 보호할 것, 4) 근로자의 생리학적 및 심리학적 특성에 적합한 작업환경에 근로자를 배치·유치할 것 등을 의무로 이해하고 있음.

여급 인력을 고용하며 그리고 운용하는 방식에 있어서 전통적인 근로관계와 구별되는 형상을 초래하는 결정적인 기재로 작용하게 되며, 이는 결국 비정형 근로를 수행하는 종사자들을 대량으로 양산하게 됨.

- 일반적으로 비정형 근로는 한시적 근로, 기간제 근로, 파견근로, 특수형태 근로 등을 포함한 상위개념임. 하지만 특수형태 근로를 제외한 일반적인 비정형근로를 제공하는 자들은 근로자로서 신분은 보장받기 때문에, 이는 노동관계법상 제조항의 일반적인 적용을 함에 있어서 특별한 문제가 발생하지 않음.<sup>10)</sup> 이처럼 일반적인 비정형근로 제공자들은 근로자이며 그들은 사용자의 감독·명령권의 지배하에 놓이기 때문에 산안법상 적용문제의 여부는 아무런 문제가 되지 않는다는 의미임. 그러나 특수형태 노무제공관계는 기타의 비정형 근로관계와 달리 그에 종사하는 자의 근로자성 그 자체가 문제됨.<sup>11)</sup> 즉, 특수고용은 노동시장의 구조변화로 서비스업이 폭발적으로 증대하고, 기업이 사회보험료나 추가임금의 부담으로 탈피하기 위한 목적으로 고안된 노무공급계약이며, 이로 인해 오늘날 비정규직 근로자보다 더욱 열악한 노동환경에서 노무를 제공하고 있음. 이러한 점에 빗대어 이들을 ‘노동빈민’이라고 칭하기도함.
- 앞으로도 노동시장 내·외부적 변동성이 전반적으로 높을 것으로 예상되며, 이는 기업의 외주화 경향을 더욱 가속화하는 형태로 귀결될 것인 바 특수형태근로종사자들을 보호할 수 있는 노동법적 안전장치의 마련이 절실한 시점이며, 특히 노동법 가운데 기술적

10) 유성재, “독일 노동법에 있어서 근로자의 개념”, 판례실무연구 IX, 박영사, 2010, 138면.

11) 박두용 외 5인, 산업 고용구조의 변화에 따른 산안법 체계 및 규율방법의 변화 필요성에 관한 연구, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2005, 93면.

노동보호법인 산안법은 산업현장에서 근로자의 생명과 건강을 산업재해로부터 보호하려는 입법이기에 이들에 대한 보호주체로서 지위마련은 가장 절실한 대책으로 생각됨.

## 2. 특수형태근로종사자의 개념

- 기업은 특수형태근로종사자에게 형식적인 측면에서는 자영인의 지위를 부여하는 반면에, 실질적인 측면에서는 통상의 근로계약을 체결한 근로자에 유사한 정도의 지휘권 내지 감독권을 행사하기 때문에 이들의 법적지위는 혼란스러움. 이러한 점을 빗대어 이들을 회색직군으로 칭하기도 함. 특수형태근로종사자의 노동법상 근로자성이 다투어진 일련의 판결례에서 이들의 노무공급계약의 형식이나 명칭을 “도급계약, 노무도급계약, 위임계약, 전속계약, 용역계약, 실습계약, 성과급 영업계약 등”으로 표현하며 이들은 일종의 개인사업자로 취급받아 오고 있음.<sup>12)</sup> 따라서 이들이 노무공급계약을 체결함으로써 계약의 상대방은 위탁자, 즉 ‘주문자(Auftraggeber)’의 지위를 가지게 되며, 이들의 관계는 사법상의 거래관계로 다루어 지게 됨.
- 이와 같은 ‘계약형식’ 이외에 ‘근무내용이나 형태 그리고 보수지급 방법’ 등을 고려해 독립적 노동을 수행하는 것으로 평가되는 특수형태근로종사자들이 종사하는 직역에는 주로 운송기사집단(화물트럭, 덤프, 레미콘, 택배), 배달원집단(퀵, 대리운전, 우유 및 신문배달), 판매원집단(보험설계사, 텔레마케터, 상품 외판원), 전문직 프리랜서집단(학습지 교사, 학원강사, 연예인, 프로야구 선수, 방송국 작가, 예술인 등) 및 기타집단(요양보호사, 간병인, 검침원, A/S기사) 등 사회 전분야에 걸쳐 붓물처럼 확산되어 그 범

12) 정인섭, “근로자개념의 판단기준”, 김유성교수화갑기념 논문집, 법문사, 2000, 33면.

위를 획정하기도 어려울 만큼 심각한 사회적 문제로 인식되고 있으며, 이러한 문제를 해소하기 위해 대응하는 법제가 노동법제임.

- ‘특수형태근로종사자’라는 용어는 현재 노동법학계에서 널리 사용되고 있는 통일된 용어도 아니어서 다양한 명칭으로 불려오고 있으며,<sup>13)</sup> 그에 대한 정의 또한 다양하게 제시되어 왔음. 이를 바탕으로 노동부 산하의 「특수형태근로종사자 보호법안 기초위원회」가 마련한 입법시안과 그 이후 「특수형태근로종사자 보호법률」안에 따르면, “특수형태근로종사자는 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 근로기준법 등 노동관계법이 적용되지 않아 보호할 필요가 있는자로서 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며 그리고 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 않을 것을 충족하는 자”를 말하는 것으로 정의되어 왔음.<sup>14)</sup>
- 이 시안의 정의규정이 산업재해보상보험법(이하 “산재법”이라 줄여 칭함) 제125조에도 반영되게 되는데, 실제로 특수형태근로종사자의 개념을 입법적으로 정의한 최초의 법제가 산재법임. 이와 같이 특수형태근로종사자 개념의 창설취지는 근로자와 다를 바 없는 종속적 관계에서 사용자에게 노무를 제공함에도 불구하고 통념적인 전형적인 근로자성을 갖추지 못함에 따라 근기법상의 근로

13) 김재훈, “특수형태근로 종사자의 법적 규율에 대한 일본에서의 사례”, 판례실무 연구 IX, 박영사, 2010, 172면 이하 참조.

14) 특수형태근로종사자에 관한 입법작업은 2006년 특수형태근로종사자 특별위원회에서 노동부로 이관 된 후 관계부처간의 합의를 이루게 됨으로써 2007년 6월 5일에 [특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률]안을 마련하였으며, 6월 14일에 국회에 제출하게 됨. 하지만 특수형태근로종사자들의 대량실업, 경제적 부담의 가중 그리고 고용 불안정을 야기하는 등 부작용 등의 역효과 논란이 거세게 일어나며 특별한 논의가 없는 실정임.

자로 인정받지 못하여 노동법의 보호대상에서 배제되는 자를 소위, 유사근로자(특수형태근로종사자)로 분류하여 별도의 노동법적 보호를 하려는 것이며, 산재법의 영역에서 이들의 선별적 보호가 가능해지게 됨.

### 3. 산업재해보상보험법상 특수형태근로종사자를 보호하는 구조

#### 1) 산재법과 산안법의 관계

- 노동관계에서 산업재해보호법제는 사전적 산업재해보호법과 사후적 산업재해보호법이 있음. 사전적 산업재해보호법은 산안법을 의미하며, 국가가 안전교육과 재난사고 예방에 적극적으로 노력해야 할 의무를 정한 헌법 제34조 제6항을 산업현장에서 구체화하려는 목적으로 제정된 입법이 산안법임.
- 산안법은 개별 사업주의 안전배려의무뿐만 아니라 국가도 근로자의 안전과 보건에 관하여 주의의무를 충분히 수행하도록 함으로써 근로자의 생존권을 보장하려는 관념이 그 바탕이 됨.
- 반면에 사업주와 국가의 재해예방을 위한 노력을 기울였음에도 불구하고 발생한 산업재해에 대해 사회보험의 방식으로 근로자의 생존권을 보장하기 위한 입법이 산재법이며, 이 법은 재할과 보상급여를 통해 근로자의 직업과 생활보장을 확보함.
- 따라서 산재법과 산안법은 산업재해라는 사회적 위험으로부터 근로자를 보호한다는 측면에서 공통된 성격을 가지나, 단지 그 위험을 보호하는 방법이 사전적인가 사후적인가에 따라 입법목적이 서로 상이할 뿐임.



## 2) 산재법상 특수형태근로종사자의 지위와 문제점

- 산재법 제125조 제1항 본문에서 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로 설명하고 있음. 결국 특수형태근로종사자는 근로자는 아니지만 근로자와 유사한 노무를 제공하기 때문에 사회적 보호의 필요성이 있는 자이며, 이러한 의미에서 축약하여 ‘유사근로자’로 표현하는 것도 가능함.
- 가장 먼저 산재법상 특수형태근로종사자로 인정받기 위해서는 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자이어야 하며 동법 시행령 제125조에서 이를 열거하고 있는데, 여기에는 ‘보험설계사’, ‘레미콘 기사’, ‘학습지 교사’, ‘골프장 캐디’, ‘택배기사’, ‘퀵서비스 기사’<sup>15)</sup>가 해당됨.
- 그리고 산재법 제125조 제4항에서 “특수형태근로 종사자는 이 법의 적용을 원하지 아니하는 경우 보험료징수법으로 정하는 바에 따라 공단에 이 법의 적용 제외를 신청할 수 있음. 다만, 사업주가 보험료를 전액 부담하는 특수형태근로종사자의 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있음.
- 더 나아가 보험료징수법 제49조의3 제2항에서 “산재보험료는 사업주와 특수형태근로종사자가 각각 2분의 1씩 부담함. 다만, 사용종속관계의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에

15) 일반적으로 특수형태근로종사자는 ‘4대형태’ 그리고 ‘5대형태’로 나누어 살펴보고 있음. 4대 특수형태근로종사자는 레미콘운송기사, 보험모집인, 골프장 캐디 그리고 학습지교사가 될 것이며, 5대 특수형태근로종사자는 화물운송기사, 덩프운송기사, 간병인, 퀵서비스기사, 대리운전자 등으로 분류됨. 특히 이들 인적집단의 경우 일반적으로 노동법상의 근로자성 여부와 관련한 법적지위를 2000년 이후 다수의 문헌과 판례에서 다면적으로 논의된 결과 어느 정도 유형화되어 있음.

종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담한다.”고 정하고 있으며, 보험료징수법 제49조의3 제2항에서 명시한 대통령령은 법체계상 산재법상 시행령을 의미함.

- 따라서 산재법상 대통령령으로 정하는 6가지 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우는 사업주가 일반 근로자와 마찬가지로 홀로 보험료(100%)를 부담하지만 그 외의 특수형태근로종사자와 사업주에게는 일반 사회보험의 경우와 같이 절반의 보험료 부담원칙이 적용됨. 결과적으로 보험료징수법 제49조의3 제2항과 산재보험법 제125조 제4항에 의하면, 사업주가 보험료를 전액 부담하는 6개 직종 특수형태근로종사자의 경우 강제가입이 적용되는 반면에, 절반의 보험료를 부담하는 그 밖의 특수형태근로종사자의 경우 본인부담이 있음을 감안해 선택에 따라 가입여부가 결정되는 임의방식을 제도적으로 함께 설정하고 있음.
- 결국 사회적 보호필요성을 고려해 산재법이 입법적으로 ‘유사근로자’로서 ‘특수형태근로종사자’라는 명칭을 최초로 실정법상 개념화하여 그들을 공법적 보험보호에 귀속시킨 점은 획기적인 사건이라고 평가할 수 있음. 하지만 강제가입과 이질부담을 허용하는 6개 지정직종을 어떠한 기준으로 선택하였는지 그리고 앞으로 직종의 추가를 어떻게 할 것인가와 관련해 법정책적인 측면에서 명확한 근거를 제시할 수 있어야 하는데 과연 가능할지 의문이 생기며<sup>16)</sup> 또한 법기술적인 측면에서 보면 지정직종 이외의

16) 윤애림, “산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도 문제점과 대안”, 노동법연구 제33호, 서울대노동법연구회, 53면, 각주 6번(사실 현행 산재법의 특수형태근로종사자에 해당하는 직종으로 6개 직종이 포함된 데에는 2000년 이후 특수고용 노동자의 보호에 관한 논의가 진행될 당시에 노동조합의 조직되어 근로자성 인정을 요구해 온 직종의 목소리가 반영된 측면도 있다. 즉 종속성의 실태에 따라 일관된 판단기준이 작용했다기 보다는 특수고용 노동자의 조직화 정도나 정책적 판단에 의해 특례적용대상에 포함된 것이라고 평가함).

자들이 과연 절반의 본인부담을 감당하면서까지 임의가입으로 보험에 가입할 실효적인 유인이 가능할지도 미지수임.<sup>17)</sup> 특히, 임의가입제도가 존치함으로 인해 사업주들은 1년마다 이루어지는 재계약시 우월적 지위를 악용해 적용제외 신청을 강요하는 일이 많을 것으로 판단되며 게다가 이들의 임금수준이 사실상 최저임금수준인 경우가 많아 재정적 안정성이 상당히 약화되어 있어 당사자들에게 경제적 부담을 미치는 요인으로 작용하고 있기도 함.

- 이러한 분석결과 산안법이 향후 특수형태근로종사자를 입법적으로 보호하기 위해서는 산재법상 다투어진 논의들과 그로 인한 문제점과 개선방안 등에 대한 검토를 면밀히 할 필요가 있음.

#### 4. 산업안전보건법상 특수형태근로종사자 개념의 도입을 위한 방법론

- 산안법은 산업재해를 예방하는 입법이며 산재법은 산안법에서 안전 및 보건조치가 이행되었음에도 불구하고 산업재해가 업무상 사유로 발생한 경우 보상과 재활을 시행하는 입법임. 살펴본 바와 같이 산재법에서 특수형태근로종사자라는 개념을 도입하여 입법정책론적인 측면에서 6대 직종의 특수형태근로종사자를 근로자에 비견할 만한 보호집단으로 간주해 법적보호를 시행하고 있으며, 이 법에서 정한 유사근로자로 지정되지 못한 특수노무를 제공하는 자들은 절반의 보험료 본인부담과 임의가입으로 보험가입의 길이 열려있었음.
- 반면에 산안법의 경우는 사업주와 근로자의 협력관계가 특히 중요하며 그리고 산재법과 같이 근로자의 경제적 비용부담도 없기

17) 2010년 국정감사자료에 따르면 특수형태근로종사자의 산재보험 가입률이 2009년 11.2%였다가 2010년에는 8.5%로 하락한 것으로 보고됨.

때문에 입법적으로 보호가 이루어지며 그리고 그 범위가 설정되는 경우 산재법과 비교하여 특수형태근로종사자에게 보다 유리하게 작용할 여지가 크며, 무엇보다 근로자보호법으로서 산안법의 취지에도 부합함.

- 이러한 의미에서 법개정안을 제안해보면, 산안법 제1조에서 “이 법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 책임을 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 한다.”고 할 필요가 있음.<sup>18)</sup> 그리고 동법 제2조 제2호에서 “노무자는 근기법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자와 산재법 제125조에 따른 특수형태근로자 등을 말한다.”고 정할 수 있음. 다만, 산재법은 6개 지정직종에 한해서는 강제보험과 이질부담을 허용하는 반면에 나머지 특수형태근로종사자에 대해서는 임의보험과 본인부담을 정책적으로 정하고 있는 관계로 산안법에서도 편의상 일차적으로 그 범위를 6개 지정직종에 제한할 수 있겠으나 또는 이차적으로 그 범위를 어느 정도까지 인정할 지는 별도의 논의가 필요할 것으로 생각됨. 이 경우 최근 통합진보당의 심상정 의원의 대표발의로 환경노동위원회에서 ‘산재법 개정안’을 제안했으며, 현행 산재법상 6개 지정직군에 한정된 특수형태근로 종사자의 보호범위를 전면 확대해야 한다는 내용도 참고할 만함.<sup>19)</sup>

18) 대표적으로 영국의 산안법은 인적 보호범위조항에 근로자(Employee)가 아니라 노무자(Worker)라는 용어가 채택됨으로써 “작업장에서 인간노동의 보호”라는 관념을 최초로 지향하게 되며, 이후 산업안전보건에 관한 기본지침인 유럽연합지침에도 영향을 미치게 됨. 더 나아가 이러한 기본지침은 이후 유럽연합 회원국들이 자국법으로 전환하는 근거입법이 되며, 특히 독일법제에 많은 영향을 미치게 됨. 1996년 노동보호법(산업안전보건법)의 탄생과 그 때 이후 수많은 시행령의 제정과 개정이 이루어지는데, 그 중심에 노무자(Beschäftigte:취업자)개념이 놓여 있음.

19) 산재법 개정법안은 “고용형태의 다변화로 근로자 개념이 중층화되고 있으나, 현행법은 근기법의 근로자 정의에 기초하고 있어 전체 취업자의 절반 이상이 산재보험의 적용 대상에서 제외되고 있음. 그리고 특수고용노동자에게 적용되는 특례제도

- 물론 특수형태근로종사자의 실제적 고용관계를 분석해보면 그들 업종 간 또는 동일한 업종 내에서도 공급되는 노무방식의 형태가 통일적이지 못해 입법적 논의로서 접근함에 있어 기준설정이 어려운 것은 사실이며 그리고 유사근로자에게 일정한 산안법적 보호를 부여하기 위해서는 어떠한 경우에든 보호받으려는 자들이 유사근로자의 개념요건을 충족하는지, 즉 유사근로자성에 대한 해석상의 논의는 필수적으로 고려되어야 할 것임(아래 IV). 그럼에도 불구하고 지금까지 특수고용형태의 노무공급자들이 사실상 종속노동을 하면서도 협소한 판례의 법해석과 법적용으로 인해 노동법제의 적용을 받지 못하는 위장된 고용관계<sup>20)</sup>라는 장막에 둘러싸여 있었으며 이것이 일차적이고 근본적인 문제로 지적되기에 입법론적 개선 노력은 필수불가결한 것으로 평가됨. 따라서 비록 유사근로자의 입법적 개념에 대한 해석론에 있어서 실무상 또는 이론상 극복해야 할 과제들이 남아 있다 할지라도 우리의 특수고용의 실상을 고려한다면 그러한 시도만으로 긍정적인 효과가 작용할 것으로 판단되며, 이는 노동법 전체에서 인적 보호범위를 재조정 하는데 큰 도움이 될 것으로 생각됨.

## IV. 특수형태근로종사자의 법해석론적 보호 법리

### 1. 논의의 전제

- 산안법상 특수형태근로종사자를 보호하기 위한 입법론적 법리는 위에서도 언급한 바와 같이 산재법상 특수형태근로종사자의 개

는 그 제도적 한계로 인해 형해화되고 있으므로, 산재보험의 사회보장 제도로서의 입법취지를 살려 근로자 개념 정의를 개정하여 업무상 재해로부터 실질적 보호를 하기 위함”이 제안이유라고 밝히고 있음.

20) 윤애림, “ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의”, 노동법학 제23호, 한국노동법학회, 2006, 180면.

념요건을 전제로 하여 산안법에 적용하는 형태로 그 내용을 구성해 보았음. 이러한 입법론의 의의는 한계(보충의 문제)도 함께 가질 수 밖에 없는 구조임. 따라서 이하에서는 그 한계의 문제를 법리적으로 해소하기 위해 판례가 제시한 근기법상의 근로자성 판단지표를 끌어들이어 그 내용을 분석해보며, 동시에 학계에서 제시하는 견해를 함께 검토해봄으로써 특수형태근로종사자를 보호할 수 있는 방법론을 모색해보고자 함.

## 2. 근로관계의 성립요건

- 노동법상 근로관계가 성립하기 위해서는 1) 사법상의 계약이 존재해야 하며 2) 타인을 위해 노무를 제공하고 그 대가로 보수를 받는 관계가 존재해야 하며 3) 마지막으로 그 노무의 성질은 종속성이 있어야만 함.<sup>21)</sup>
- 기본적으로 노동법상 근로관계는 근로자와 그의 사용자 사이의 법률관계이며, 노무제공의무와 임금지급의무가 지속되는 한 그것은 계속적 채권관계의 성질을 가지나 그 노무가 종속성을 전제로 이행되기 때문에 순수한 민법상의 계속적 채권관계와 동일한 의미로 이해될 수는 없을 것임.
- 이러한 관계성을 검토해보면, 노동법상 근로관계의 특수성은 근로자가 사회적으로 종속적인 지위에서 급부의무를 부담하게 되면서 나타나며, 이로 인해 근로자는 업무수행과 관련하여 사용자의 지휘·명령권에 복종하게 됨. 이를 두고 흔히, ‘인적종속성’

21) Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Personen, 1980, 98 f.(모든 유사근로자의 법률행위적 기초는 사법상의 채권계약으로서 그의 급부는 사법상의 합의에 기초하여 타인에 대하여 제공되어야 함. 따라서 사법상 계약기초를 갖지 아니하는 노무급부의 제공은 유사근로자의 법률관계를 형성하지 못함(박지순, 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구, 28면 재인용).

내지 ‘사용종속성’이라고 일컬어지며, 노동관계법상 종속관계를 드러내는 지배적인 징표적 요건으로 언급되어져 왔음.<sup>22)</sup>

### 3. 판례의 근로자성 판단기준

#### 1) 제1의 기준으로서 계약유형

- 판례가 일반적으로 근로자성을 판단하는 기본입장이 특수형태근로종사자를 근로자로 볼 수 있는지 여부를 심사하는 경우에도 그대로 적용하고 있으며, 특히 이 문제와 관련해 1994.12.9, 선고 94다22859판결(구판례)과 2006.12.7, 선고2004다29736 판결(신판례)은 중요한 의미를 가지고 있음. 구판례와 신판례 모두 근로자성 여부를 우선적으로 종속성에 의한 판단기준을 제시하고 있음. 이에 따르면(구판례) 「근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고」<sup>23)</sup>라고 하여 당사자의 계약관계의 판단기준을 당사자가 선택한 법률관계의 형식이 아니라 실질적으로 사용자의 장소적 영역내에서 임금에 관한 사항을 충족하고(임금성의 요소) 그리고 종속적 관계에서 업무를 수행하였는지 여부(지휘명령성의 요소)에서 찾고 있음.
- 따라서 당사자가 도급이나 위임의 계약형식을 이용하는 것은 자유지만, 그것만으로 당사자의 법률관계가 노동법의 적용으로부터 해방되지는 않음을 대전제로 두고 있음. 다시 말하면 당사자

22) 김형배, 노동법, 박영사, 2010, 43면 이하 참조; BAG, AP Nr. 32 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

23) 신판례의 경우 종속성에 의한 판단기준을 제시하기를 표현상의 차이만 있을 뿐 내용은 동일함.

가 선택한 용어나 표현은 근로자성 판단에 아무런 영향을 미치지 않는다고 보고 있으므로 특수형태근로종사자가 주로 위임계약이나 도급계약을 주문자와 체결하고 있는 외관은 적어도 이 단계에서는 문제되지 않게 됨.

## 2) 제2의 기준으로서 종속성

- 중요한 것은 판례가 제1의 기준으로서 실질적 종속적 관계를 판단하는 세부적인 기준을 마련하고 있다는 것이며, 그러한 종속성을 판단하는 표지들이 가지는 성질이 무엇인지를 검토하는 것이 본질적인 내용이 될 것임. 구체적인 내용은 제1의 기준에서 제시된 바와 같이 첫째는 지휘명령성의 요소이며 둘째는 임금성의 요소 등으로 구분하여 제시된다고 보는 견해가 있으며,<sup>24)</sup> 다른 한편 지휘명령적인 속성을 가진 징표들은 사용종속성의 판단기준으로 그리고 근로자가 사용자에 대해 경제적 의존성을 가진 징표들을 경제적 종속성의 판단기준으로 구분하면서, 판례가 제시한 종속성의 판단기준은 사용종속성과 경제적 종속성이 결합된 복합설의 입장이라는 견해도 있음.<sup>25)</sup>
- 근로자는 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 자임. 학설과 판례는 이를 일반적으로 사용종속관계(또는 인적종속관계)라고 표현함. 비록 이 개념이 근기법상 근로자개념에 표현되어 있지 않으나 민법상 고용계약이나 노동법상 근로계약의 본질이 타인에게 사용되어 노무자가 자신의 노동력의 처분권을 사용자

24) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구, 제7권 제3호, 2007, 101면 이하에서 사용종속관계의 인정을 위해 채용한 요소들은 지휘명령의 존재 여부를 판단하는 요소인 지휘명령성의 요소와 보수의 성격과 구성에 관한 임금성의 요소 및 기타의 요소 등 세 가지로 나누어 볼 수 있다고 설명함.

25) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대노동법연구회, 2007, 127면.



에게 맡기는 데 있으므로, 판례와 학설은 「사용자의 노동력 처분 권한을 사용종속성」의 관점에서 파악하고 있음.

- 최근 판례는 근로자성을 판단함에 있어서 종전과 다른 관점<sup>26)</sup>에서 접근하고 있음.<sup>27)</sup>
- 다만 구판례와 신판례의 차이는 처분권의 구체적인 판단기준에서 드러남. 구판례는 “종속적인 관계가 있는지 여부의 판단은 ① 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의해 정해지는지 여부, ② 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는지 여부, ③ 업무수행 과정에 있어서 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독여부, ④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 대한 구속여부, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ⑥ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, ⑦ 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부, ⑧ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 ⑨ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑩ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, ⑪ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자의 지위를 인정받는지 여부, ⑫ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”고 입장을 밝히고 있음.
- 반면에 신판례에서 이러한 처분권의 구체적인 판단징표는 “① 취업규칙이나 복무규정의 적용을 받으며 ② 업무 내용을 사용자가

26) 종전의 관점은 대법원 1994.12.9, 선고 94다22859 판결을 의미하며, 특히 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 100면 이하에서 판례에 나타난 근기법상 근로자 개념에 관한 판례의 흐름을 1994년 판결을 중심으로 이전의 판례와 이후의 판례(2006년 판례)의 비교를 통해 상세한 내용을 설명하고 있음.

27) 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결.

정하고 상당한 지휘·감독을 하는지, ③ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 ④ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑤ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑦ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑧ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑨ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑩ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 함. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안된다.”고 함.

- 먼저 신판결은 구판결에서 사용하던 ‘구체적이고 직접적인 지휘 감독’이라는 표현 대신에 ‘상당한 지휘감독’이라는 표현을 사용함으로써, 지휘감독관계의 판단에서 현대적 업무의 특성 및 업무 자체의 성격을 반영하려는 태도를 보이고 있음.<sup>28)</sup>
- 그리고 신판결은 처분권의 구체적인 판단기준에서 “계약내용의 형성과정에서 사용자가 자신의 경제적 우월성을 이용하여 일방적

28) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 106면; 강의와 같은 지적 활동에 대한 구체적이고 직접적인 지휘감독의 가능성이란 애초부터 희박하며, 일반상공업에서 보여지는 지휘감독의 양태와 다르다는 점을 고려할 필요가 있음(박제성, “근로자성에 관한 대법원의 법고창신”, 노동법연구 제23호, 서울대노동법연구회, 2007, 72면); 그리고 같은 취지로 대법원 2007.1.25. 선고, 2005두8436 판결.

으로 근로자에게 부담시키거나 결정할 수 있는 사항(⑦, ⑧, ⑨, ⑩)은 근로자에게 불리하게 적용되어서는 안된다.”는 입장을 보임으로써 판례가 근로자성의 결정에서 중요하게 고려하여야 할 사실적 징표(실질적 징표)와 사용자가 경제적·사회적 지위의 우월성을 이용하여 일방적으로 결정할 수 있는 부수적 징표(형식적 징표)를 구별하지 않은 채 동등한 수준에서 검토하고 있다는 비판<sup>29)</sup>을 수용함으로써 근로자성 판단 기준을 객관적으로 고려할 수 있게 됨.<sup>30)</sup> 최영호 교수는 이러한 내용은 사용종속관계의 유무를 판단함에 있어서 부수적인 요소로서 고려되어도 무방한 형식적 징표에 해당하는 점에서 근로자성 판단에 있어서 중시할 것은 아니라는 입장을 보이고 있음.<sup>31)</sup>

- 더욱이 신판결은 구판결에서 ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ⑥ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계라는 표현을 ④ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부로 입장 변화가 있으며, 특히 ‘독립하여 자신의 계산으로 사업’이라는 표현이 핵심임. 그리고 신판결의 ⑤ ‘노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부’에 관한 판단지표는 새롭게 생겨난 기준임.

29) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 107면; 박제성, “근로자성에 관한 대법원의 법고창신”, 노동법연구 제23호, 서울대노동법연구회, 2007, 73면.

30) 바로 이러한 점이 근로자성에 대한 판단에 있어서 종전의 판례와는 명확히 구별되는 점들임. 종래의 판례는 이와 같은 예외를 두지 않고 모두 종합적 판단시 고려 대상으로 삼았으나, 최근 판례는 사용자의 일방적 결정이 가능한 사항에 대해서는 사용자에게 유리하게 적용하여서는 안 된다는 점을 확인하고 있음(대법원 2007.3.29, 2005두13018, 13025; 2007.9.7, 2006도777; 2008.5.15, 2008두1566 판결).

31) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대노동법연구회, 2002, 136면.

- 노동법상 근로관계의 성립요건 가운데 세 번째 요건인 종속성을 전통적 의미의 인적종속성으로만 이해한다면, 특수형태근로종사자의 지위는 해당 사업주와 특정 노무의 제공을 약정하고 그 업무수행과 관련하여 사업주의 특정한 지시 내지 지휘감독에 구속되지 않기 때문에 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약, 즉 자유로운 고용계약 또는 도급이나 위임에 의거하여 노무제공의무를 부담하는 자임.<sup>32)</sup> 하지만 노동법상 근로관계의 성립요건 가운데 세 번째 요건인 종속성의 의미를 인적종속성이 아닌 다른 유형의 종속성, 예컨대 경제적 종속성으로까지 확대해석하게 되면 특수형태근로종사자는 비록 외관상 인적 종속성은 없거나 또는 약하더라도 경제적 종속성에 지배를 받아 근로관계가 존재하는 것으로 추단할 수 있으며, 이는 결과적으로 근로자의 외관을 갖춘 것으로 평가할 수 있을 것임.
- 근로자의 종속성을 판단할 경우에는 노무제공 실태상의 제반사정을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다는 입장을 보이고 있으며, 실제로 그 판단기준에 사용종속성의 요소와 경제적 종속성의 요소가 혼합되어 있기에 판례는 고용형태가 다양화되고 있는 실태를 반영하여 구체적 사실관계에 따라 합리적으로 특수형태근로종사자의 근로자성을 재구성해야 할 것임.<sup>33)</sup>

#### 4. 종속성 개념의 변화

- 오늘날 산업구조 및 노동시장 변화는 시대적 요구이며, 그러한 시대적 흐름에 따라 변화된 노동환경의 모습이 고용형태의 다양

32) 김형배, 노동법, 박영사, 2010, 1195-1196면; 윤애림, “산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도 문제점과 대안”, 노동법연구 제33호, 서울대노동법연구회, 48면(특수고용노동자는 근로계약이 아닌 다른 계약형식을 통해 노무를 제공하지만 노무제공의 상대방에 대한 종속성 내지 의존성이 존재하는 자로 이해하고 있음).

33) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대노동법연구회, 2002, 136면.

화임. 이처럼 새로운 고용형태의 확산에 따른 근무형태의 변화는 근로관계에 대한 종래의 기본관념에도 자연스럽게 변화를 요구하게 됨. 그래서 사용자의 지휘·감독권, 근로자의 종속성의 의미 내용이 달라질 수밖에 없으며, 이에 따라 근로자와 사용자의 관계에 대한 이해가 기본적으로 달리 구성될 가능성이 발생하게 됨.<sup>34)</sup>

- 통상적인 근로관계에서 민법상의 고용계약과 구별되는 특징적인 요소가 종속성임은 부정할 수 없음. 하지만 종속관계 개념이 인적 종속성에 제한되어 그 특수성을 표현하게 되면 오늘날의 다양화된 노동환경을 설명하기에는 지극히 불충분함. 실제로 인적 종속성 개념은 과거 제조업의 공장노동을 모델로 형성된 연혁적 배경을 고려할 때 더욱 분명해짐.<sup>35)</sup> 사실상 고용형태의 변화로 인해 나타난 가장 두드러진 현상이 전통적 제조업에서 서비스업으로 근로자의 노동 이동성임. 이러한 변화에 상응하여 기업의 노동조직과 고용관계는 유연해지고 있는데도 불구하고, 종속성의 성격 자체는 포디즘에 기반한 노무관리방식을 전제로 한 인적종속성이 그대로 유지된다면 노동시장을 경색시켜 보편적인 타당성을 상실할 수밖에 없음.
- 그러므로 특수형태의 노무를 제공하는 자들을 위해 적용되는 근로자개념의 재구성이 필요함. 무엇보다 고용형태의 변화에 따른 산안법상 그들 사업주의 의무주체성을 확보하기 위해서는 새로운 근로자 패러다임인 ‘유사근로자’개념을 입법론적으로 도입하여 정책적으로 시행하거나 또는 근로자 개념을 법해석론적으로 확장시키는 방안을 검토해 보호주체의 범위를 확대하는 방법이 대안이 될 것임.

34) 하경효, “노사관계환경의 변화와 노사자율질서의 발전방향”, 서강법학연구 제5권, 2003, 239면.

35) 조임영, “종속관계의 변화와 노동법”, 민주법학 제24호, 2003, 340면.

## 5. 종속성의 변화에 따른 근로자 개념의 재구성

### 1) 종속성 개념

- 종속성의 개념은 노동법의 적용대상을 구획하는 개념인 종속노동에서 비롯된 것으로서, 이 개념은 ‘노동법을 독립된 법역으로 성립시키는 기본적인 범주이며 노동법학을 체계적으로 구성하는 중심적인 개념’을 뜻하며, 이러한 종속노동의 의미를 밝히는 작업의 핵심이 바로 자주노동에 대비되는 개념으로서 종속노동에서 말하는 종속의 의미가 무엇인가에 대한 논의임. 종속성의 개념을 이해하는 관점은 다양할 수 있지만 근로자성 판단기준과 관련하여 의미있는 견해는 사용(인적)종속성, 경제적 종속성 그리고 조직적 종속성 등으로 대별할 수 있음.<sup>36)</sup>

### 2) 인적 종속성과 특수형태근로종사자

- 노동법상 근로관계는 사용자와 근로자 사이의 법률관계이며 이것은 사법상의 계약이 존재하며, 타인을 위해 노무를 제공하고 그 대가로 보수를 받는 관계에서 그 노무의 성질이 종속적인 경우 성립됨. 판례는 근로관계의 상대방인 근로자를 판단하는 경우 계약의 형식을 묻지 않고 실질적인 종속관계가 있는지 여부에 따라 결정하며, 그 종속성의 존재여부에 대한 판단기준으로서 사용자의 지휘·감독권과 관련한 인적종속성을 요구하고 있으나, 과거와 달리 그 정도가 ‘구체적이고 직접적인’ 수준에서 ‘상당한’ 수준으로 변경된 점은 지휘·감독관계의 판단에 있어 현대적 업무의 특성 및 업무 자체의 성격을 반영하겠다는 태도

36) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 126면.

로 이해할 수 있음. 따라서 특수고용관계에서의 지휘·명령성 존재 여부를 판단할 때에도 ‘구체적 지휘·명령성’이 아니라 ‘포괄적 지휘·명령성’이 인정될 수 있는가의 관점에서 접근할 필요가 있는 것임.<sup>37)</sup>

- 특히, 대법원은 보험모집인의 업무특성에 대해, “개인의 자율과 능력에 따라 업무수행의 방식이 결정되기 때문에 재량적인 부분이 크며 회사의 지시 및 감독은 간접적인 형태로 이루어질 수밖에 없다”고 판단한 바 있음.<sup>38)</sup> 즉 고용형태의 변화에 따라 등장한 독립노동의 경우 그 특성상 직접적인 형태의 지시 및 감독이 어려운 경우가 많으나 다양한 간접적인 방식으로 노동을 통제하기도 함. 따라서 노무지시권의 전달 방식에 얽매이는 것은 문제가 있다는 의미임. 이와 같이 업무수행의 재량적인 성격에 비추어보면 전통적인 근로형태와 명확히 구별되며 종전의 법이론을 그대로 적용하기에는 한계가 있어 보임. 따라서 특수고용형태의 계약노동에 있어서 노무의 지휘·명령권을 직접적이고 구체적인 형태로부터 간접적이고 포괄적인 시각에서 접근하여 사용종속성의 의미를 보다 넓게 해석함으로써 근로관계의 성립을 인정해 근로자성을 추정할 수 있을 것으로 생각됨.<sup>39)</sup>

### 3) 경제적 종속성과 특수형태근로종사자

- 경제적 종속성은 근로자가 자신의 노동력 전부를 타인의 처분에 맡김으로써 그와 같은 취업관계가 계속되고 있는 동안은 다른

37) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 노동법학 제11호, 한국노동법학회, 2000, 47면; 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 141면.

38) 대법원 2000.1.28. 선고, 98두9219 판결.

39) 이철수, “특수고용관계에 관한 입법론적 고찰”, 법학논집 제6권 제1호, 이화여대법학연구소, 2001, 99면; 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 141면.

소득을 얻을 수 없어 사업주에게 의존해야 함을 의미하며, 이로 인해 경제적으로 종속적인 지위에 서게 됨.<sup>40)</sup>

- 위와 같은 경제적 종속성의 개념에 따르면 2006년 판례의 근로자성 판단지표에서 ④ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부, ⑨ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등이 경제적 의존성 여부를 판단하는 기준이 될 것임.
- 특히, 대법원<sup>41)</sup>은 골프장 캐디의 노조법상 근로자성과 관련하여 “캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점”을 근거로 근로자성을 인정한 바 있어, 종속성을 판단 기준으로 제시할 경우 사회정책적인 입장을 고려해 그 지표를 완화된 기준으로 전환할 필요가 있으며, 이러한 판단지표는 종속관계를 실질적으로 파악하는 기능을 수행할 것이며 무엇보다 근로자성의 판단을 큰 틀에서 고려할 수 있는 가능성을 제시하여 고용형태의 변화에 동화될 수 있을 것으로 판단됨.

#### 4) 조직적 종속성과 특수형태근로종사자

- 조직적 종속성은 노무공급자에게 광범한 업무재량이 부여되는 경우에도 전체로서 그 노동력이 사업의 운영에 기구적으로 편입·통합되고 있는 사태를 중시하여 근로자성 여부를 판단하는

40) 김형배, 노동법, 박영사, 2010, 46면; ‘경제적 종속성’과 관련한 상세한 내용은 조경배, “독립노동과 유사근로자 그리고 위장자영인”, 민주법학 제25호, 민주주의법학연구회, 2004, 317면 이하 참조.

41) 대법원 1993.5.25, 90누1731 판결.



입장임. 여기서 조직적 종속성이라 함은 제공되는 노무가 당해 사업의 운영에 필요불가결하거나 사업운영상 항상적으로 필요한 경우에 인정되는 종속성을 말함. 이러한 조직적 종속성의 판단 요소로는 공급되는 노무가 당해 사업에서 차지하는 중요성의 정도, 당해 사업내의 다른 노무와의 관련성의 정도를 들 수 있음.<sup>42)</sup>

- 앞서 검토된 1994년 그리고 2006년 판례가 근로자성 판단하기 위한 기준을 제시함에 있어, 조직적 종속성에 해당하는 지표는 전혀 포함되지 않고 있었음.<sup>43)</sup> 그러나 하급심 판례에서 “노무관계의 성립과 종료는 오로지 회사에 의하여 정하여지고, 운송차주들이 담당하는 레미콘 운반업무는 회사의 사업에 필수적 내지 본질적인 것이며, 운송차주들이 독립성 및 전문성을 가지지 못하여 독자적으로 시장에 접근할 수 있는 기회가 완전히 봉쇄되어 있는 점에 비추어 보아도 회사의 운송차주들은 회사에게 종속된 상태에서 근로를 제공하는 노조법상의 근로자에 해당한다.” 판시한 바 있음. 레미콘기사의 근로자성과 관련해 판례는 경제적 종속성과 함께 조직적 종속성(‘레미콘 운반업무는 회사의 사업에 필수적 내지 본질적인 노무공급’이라고 판단함)을 제시해 판단지표로 활용하고 있음. 그리고 “방송회사에 시청료 징수업무는 방송국의 운영상 필요불가결한 것으로 위탁적이든 계약적이든 불문하고 시청료징수원을 항상 확보하여 징수업무에 종사시켜야 할 필요성이 있다.”고 보아 근로자성을 인정한 판례도 있으며,<sup>44)</sup> ‘시청료 징수업무가 방송국 운영상 본질적인 노무 제공행위’로 판단한 것임.

42) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 127면.

43) 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 127면.

44) 서울민사지방법원 남부지원 1990.6.26, 89가합3473 판결.

- 물론 조직적 종속성을 명확하게 개념화하는 것은 매우 어려운 작업일 것이지만, 특수형태근로종사자들이 수행하는 노무공급이 해당 사업자의 사업에 본질적인 것인지 여부, 사업조직에 편입 정도 등을 의미한다면 특수형태근로종사자들이 수행하는 노무공급과 사업의 규모 및 조직을 자료에 의해 인정할 수 있으므로 근로자성의 판단을 위한 중요한 고려요소가 될 수 있다고 봄.<sup>45)</sup>

## 6. 독일 산업안전보건법상 특수형태근로종사자의 보호를 위한 해석론

### 1) 문제제기

- 산업안전보건의 문제는 국민의 생명과 신체의 안전 그리고 건강이라는 측면에서 단지 근로계약상의 근로자가 일방적으로 불리한 위치에 놓이지 않도록 하는 것을 기본으로는 노동법의 원리와는 다른 측면이 있음. 즉, 노사자치에 기반을 둔 계약보호법률과는 달리 대상이나 고용관계에 관계없이 국민은 모든 헌법적 권리이자 의무인 노동을 하면서 최소한의 안전상 그리고 보건상 필요한 보호는 받을 수 있어야 함. 그리고 누구나 다른 사람에게 작업을 제공하고 노무에 종사하도록 할 때에는 최소한의 안전과 보건상의 조치를 취해야 함.<sup>46)</sup> 따라서 특수형태근로종사자를 산안법적 의미에서 보호방법론을 논의할 경우 그 중심에는 노무제공행위에 대한 안전상 그리고 보건상 보호가 이루어져야 한다는 관점을 바탕으로 전개되어야 함.

45) 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토”, 노동법학 제14호, 39면.

46) 박두용 외, 산업·고용구조의 변화에 따른 산업안전보건법 체계 및 규율방법의 변화 필요성에 관한 연구, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2005, 94면.

- 산재보험이 특수형태근로종사자에게 산재보험을 적용하고 있다는 법적확인 은 이들의 산재예방을 위해 산안법상 근로자 개념을 확장할 당위성이 귀결된다고 판단되는 바, 이하에서는 독일에서 논의된 법리적 시각을 참고하여 그 시사점을 구해보고자 함.

## 2) 독일 노동법상 유사근로자 개념

- 독일 연방노동법원도 근로자성의 판단기준으로 인적 종속성을 전면에 제시하지만, 이러한 기준 역시 추상적이어서 구체적인 판단을 위해서는 다수의 개념표지들이 필요하다고 보며 이를 통해 유형적으로 근로자성을 판단할 수 있다는 견해를 보이고 있음.<sup>47)</sup>
- 근로자 개념은 사업주의 막강한 권력 아래 지배·종속적 근로관계에서 성립되는 반면에, 독립적인 노무공급계약을 체결하는 자유업 종사자인 자영인은 자신의 노동과 근로시간에 대해 자유로운 처분권을 가지게 됨. 일반적으로 유사근로자는 법적으로 자영인이나, 자영인의 개념은 특별히 법률상 정의된 바가 없으며, 독일 상법전 제84조 제1항 제2문은 자영인을 “본질적으로 자유롭게 자신의 활동을 영위하고 자신의 근로시간을 결정할 수 있는 자”로 규정하고 있음. 따라서 자영인에 대한 법적 판단기준은 활동의 자유로운 형성과 근로시간의 자유로운 결정이 본질임.<sup>48)</sup> 그러므로 활동을 자유롭게 형성하고 근로시간도 자유롭게 결정할 수 있는 자는 경제적인 독립성이 인정되고 인격적 종속성이 부정되어 근로자로 인정받지 못하게 됨.<sup>49)</sup>

47) Richardi in: MünchHdb ArbR, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 22 ff.

48) BAG, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

49) 유사근로자 개념을 부정하며 근로자와 자영인의 2원적 체계를 주장하는 대표적인 견해는 Wank(Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 75 ff.)이며, 이러한 문헌의 입장을 견지하는 판례는 LAG Köln, AuR 1996, 413; LAG Niedersachsen, AP Nr. 24 zu § 611 Arbeitnehmerbegriff이며, 반면에 법률에 근거한 3원적 체계(근로자, 자영인 그리고 유사근로자)를 취하는 대표적인 견해는 Hromadka, “Arbeitnehmerbegriff und

- 독일 노동법상 유사근로자 개념은 단체협약법을 통해 정의되어 있음. 단체협약법 제12조의 a에서 유사근로자를 정의하길, “경제적으로 종속되어 있고, 근로자와 마찬가지로 사회적 보호필요성이 있는 자로서 고용계약 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고 노무의 제공을 직접적으로 그리고 다른 근로자들과 협력없이 수행하며 통상 1인을 위하여 활동하는 자 또는 평균적으로 수입의 절반 이상을 1인으로부터 확보하고 있는 자”라고 규정하고 있음. 이와 같이 독일의 단체협약법에서 고용계약 또는 도급계약이 유사근로자의 법률관계를 창설할 수 있는 계약유형이라는 점을 적극적으로 수용하는 입법적 결정을 내리게 된 것은 자영인의 노무에 관해서도 원칙적으로 위임과 도급을 포함한 모든 노무공급계약 유형이 고려될 수 있다는 점을 반영하기 위함임.<sup>50)</sup>

### 3) 독일 산안법상 유사근로자 개념의 본질

- 독일 노동법에서 유사근로자 개념을 규정하고 있는 법률은 상술한 단체협약법 이외에도 노동법원법, 연방휴가법 등이 있으며, 그 중에서도 노동법원법과 연방휴가법에서는 유사근로자의 요건을 단지 경제적 종속성의 존부만을 언급하고 있는 반면에, 단체협약법은 보다 구체적으로 ‘경제적 종속성’과 함께 ‘근로자에 준하는 사회적 보호 필요성’을 그 요건으로 정하고 있음. 적어도 독일법상 근로자와 자영자 사이의 제3의 영역으로 유사근로자의 존재를 인정하는 입장에서는 단체협약법은 유사근로자의 일반적 개념을 노동법적으로 정의한 것으로 평가됨.<sup>51)</sup>

Arbeitsrecht”, NZA 1997, 569 ff. 에서 확인됨.

50) 박지순, 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구, 28-29면.

51) 김형배/박지순, 근로자개념의 변천과 관련법의 적용, 62-63면.

- 독일 산안법의 인적 적용범위에는 근로자와 유사근로자가 포함되며, 여기서의 유사근로자는 노동법원법상 유사근로자(경제적 종속성)를 의미한다고 규정하고 있어 산안법상 유사근로자를 판단하는 기준이 경제적 종속성에 제한하여 판단해야 하는지 문제될 수 있음. 하지만 노동법원법에서 유사근로자라는 표현을 사용한 것은 그 취지가 단체협약법과는 구별됨. 1923년 Melsbach가 자신의 노동법 저서<sup>52)</sup>에 유사근로자를 “근로자와 유사한 경제적 조건하에 노무를 제공하는 자”로 정의한 것을 시작으로 1934년 노동법원법에서 유사근로자의 개념형성을 위한 요건인 “경제적 종속성”을 최초로 실정법의 체계에서 제시하게 됨. 하지만 이러한 유사근로자에 대한 표현은 근로자와 자영인의 이분법적 구별에 대한 예외로서 제3의 영역을 제시함에 있어서는 그 의미가 크다 할 수 있으나, 이러한 구별의 취지가 상업사용인가 대리상의 구별을 만들기 위한 목적으로 접근하였기 때문에 노동법적 관점에서 그 개념이 보편성과 일반성을 가진다고 보기에는 일정한 한계를 가질 수 밖에 없음. 따라서 노동법원법의 유사근로자 개념과 단체협약법의 유사근로자 개념은 관념상 그리고 사실상 차이가 발생할 수 밖에 없다고 생각됨.
- 이에 노동법원법의 유사근로자를 포섭하고 있는 산안법의 경우에도 법정책적으로 유사근로자의 보호체계를 명백히 그 규율할 의도로 제시된 것은 아니며, 오히려 유사근로자의 보호필요성과 관련하여 개별 규정의 의미와 목적 그리고 사용자의 법적 내지

52) Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 22. Melsbachs는 유사근로자라는 개념을 이론적으로 전개하여 발전시킨 학자로서 오늘날 정교한 사회학적 그리고 법학적 논의를 가능하게 한 발판을 마련하게 됨. 하지만 그는 그의 저서에서 왜 유사한 경제적 조건을 이해하고 설득시킬 수 있는 구체적인 특징이나 근거를 제시하지 못했다는 점에서 비판을 받기도 했음.

사실적 가능성을 함께 고려하여<sup>53)</sup> 유사근로자의 개념을 탄력적으로 수정 적용할 수 있는 무언가로 이해하는 것이 합리적임.

#### 4) 독일 산안법상 유사근로자 보호법리

- 독일 산안법상 유사근로자의 개념은 법의 취지와 목적에 부합하게끔 수정적용될 수 있는 개념으로 이해되는 바, 단체협약법상 유사근로자 개념의 성립요건인 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 산안법에서는 어떠한 기준으로 판단하는지가 쟁점이 되는 사항임.
- 독일의 산안법 제1조는 “노동보호조치를 통해 작업중인 노무(제공)자의 안전보건을 보장하고 개선하는 것”을 목적으로 정하고 있음. 그리고 동법 제2조 제2항에서 보호되는 인적적용범위는 노무자이며, 노무자는 근로자를 비롯한 노동법원법상 유사근로자도 포함된다고 규정하고 있음. 독일의 산안법은 노무를 제공하는 자의 안전과 보건을 사업주의 노동보호조치를 통해 보호하는 입법취지로 구성됨. 그리고 동법 제3조에서 제1조에서 노동보호조치를 수행할 의무를 사업주의 근본의무라고 정하고 있으며, 동법 제4조에서 노동보호조치가 실행될 경우 근본원칙이 무엇인지를 상세히 열거하고 있음. 그 중 하나로서 사업주에게 노동보호조치를 통해 작업장에서 위험은 그 근원이 제거되도록 해야 하며, 그렇지 않을 경우 노무자의 생명과 건강에 대한 위험이 최대한 제거되도록 그리고 현존하는 위험은 최대한 최소화되도록 해야 할 의무를 부과하고 있음.

53) 박지순, 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구, 2005, 141면.

- 이처럼 산안법의 목적은 노동보호조치를 실행하여 노무자의 안전과 건강을 보호하는 것이기에 유사근로자의 개념요건으로서 경제적 종속성이라는 기준을 산안법에 적용할 경우 작업장에서 사실상 존재하는 위험으로부터 노무자의 안전과 건강을 보호해야 하는 사업주의 근본의무와 경제적 의존성은 직접적인 관련성이 없다는 관점에서 비판적 견해가 있음.<sup>54)</sup> 즉, 사업주가 안전과 보건의 기준을 확립하고 개선하기 위한 일련의 보호조치를 통해 노무제공자가 법적 이익(산업재해예방으로부터 보건 및 건강권의 보장)을 향유해야 하는데 유사근로자의 개념을 경제적 종속성의 관점에서 이해하는 경우 그러한 종속성의 하위지표들과 부정합 관계를 형성한다고 보고 있음.
- 그렇다면 남은 것은 사회적 보호필요성이 존재하는지 여부이며, 독일 산안법상 유사근로자의 사회적 보호필요성은 그들이 수행하는 노무제공이 근로자의 그것과 유사하며 그리고 근로자와 같은 정도로 위험에 노출된 경우 존재하는 것으로 판단하고 있음.<sup>55)</sup> 이 개념은 상당히 가치결정적인 개념이기 때문에 개별 입법마다 그 취지와 목적 등을 고려해 달리 접근될 성질의 것임.
- 독일 산안법은 유사근로자의 보호체계로 귀속시키기 위한 핵심적인 기준이 노무제공행위와 그로 인한 위험의 노출정도로 파악하고 있음. 이는 위험을 통제하고 관리해야 하는 의무가 사업주의 근본의무에 해당한다는 관점에서 설명하는 것으로 이해되며, 결과적으로 유사근로자가 노무제공을 수행하는 경우 기본적으로 사업주의 조직 내지 지배력이 미치는 사업(장)에서 이루어질 것을 전제<sup>56)</sup>로 한 것으로 보이기 때문에 어느 정도의 지속성을 가진 노무제공이 이루어져야 할 것임.

54) BAGE 25, 248, 253.

55) BSGE 34, 240, 243.

56) Oetker, Staudinger BGB, § 618 Rdnr. 98 ff.; Wlotzke, FS für Däubler, 1999, S. 654 f.

## V. 분석결과

- 우리나라에서도 1990년대 중반 이후 특수형태근로종사자에 관해 활발하게 논의가 진행되어 오면서, 이들의 대부분을 근로자가 아니라고 본 판례에 대한 비판적 시각에서 진행된 논의는 이후 입법론에 의한 근로자 개념의 확대를 한 방향으로, 그리고 해석론에 의한 새로운 근로자 판단방식의 재정립을 다른 한 방향으로 하여 진행되어 왔음. 최근 이 두 방향에서의 노력이 어느 정도 결실을 보이고 있음. 전자와 관련하여 그 동안 정부가 준비했던 법률안(특수형태근로종사자 보호법)이 의원입법의 형식으로 국회에 제출되었고, 후자와 관련해서는 근기법상 근로자 판단에서 판례의 입장이 변하게 됨.<sup>57)</sup> 본 연구는 이러한 상황의 변화와 관련하여 특수형태근로종사자를 산안법상 보호할 수 있는 방안이 무엇인지를 검토해보는 것을 목적으로 하기 때문에, 기존의 논의(노동법적 시간에서 특수형태근로종사자의 보호)를 바탕으로 정리하였음.
- 특수형태근로종사자는 사용자가 근로자의 노동력을 독점하여 사용하는 모습이 전통적인 고용형태와 달리 민법이 규정하는 위임내지 도급 등 자유노무계약에 의거해 노동력을 제공하는 독립근로의 형태로 계약을 체결하여 성과급의 형태로 보수를 제공받아 표면적으로는 자영인으로서 속성과 실질적으로는 근로자로서 속성을 동시에 가지고 있어 그들의 법률적 신분에 대한 논쟁이 지속되며 논란의 중심에 있었음.
- 이러한 관점에서 문제는 특수고용형태를 체결한 종사자들을 노동보호법인 산안법에서 보호할 수 있는 방법이 있는지 여부와

57) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 95면.



함께, 보호가 가능하다고 하더라도 실효성의 관점에서 어떠한 방법으로 보호하는 것이 방법론적으로 합리적인지 여부와 같은 연속된 문제가 나타났음.

- 산재법은 산업재해에 대한 보상법이며 산안법은 산업재해에 대한 예방법으로서, 산업재해에 대한 사후적 보호보다 사전적 보호가 보다 강조되어야 할 것이며 근로자의 인명을 경시하는 노동현실을 감안할 때도 산업현장에서 산업재해 예방과제가 더욱 중요하며, 무엇보다 산업재해의 예방의무의 이행과 준수는 보험원리를 실현하는 산재법의 기본법리와 비교하여 사업주의 경제적 부담을 완화시켜주는 동인으로서 역할까지 수행할 수 있기에 보호가치를 높이는데 큰 무리가 없을 것으로 보임. 따라서 산재법과 비교한 산안법의 보호가치성을 고려해 특수형태근로종사자를 산업재해예방의 대상에도 적용할만한 당위성을 바탕으로 입법론의 기준으로서 산재법상 특수형태근로자 적용범위를 준용하여 제시하였음.
- 다음으로 위와 같은 입법론이 제시되더라도 산안법에서 구체적인 적용방법과 적용기준 등의 문제에 직면하게 될 것이며, 이러한 관점에서 특수형태근로자의 근로자성을 인정할 만한 법적 보호법리(법해석론)를 검토해보았음. 노무내용의 타인결정성을 중시하는 전통적 기준인 사용종속성도 판례의 입장변경으로 인해, 즉 고용형태의 변화로 생성된 특수형태의 근로관계의 실질을 파악하기 위한 기준의 완화로 근로자성을 긍정할 수 있는 토대가 형성된 것으로 평가할 수 있음. 그리고 노무수행방식의 형태가 변화하는 측면을 적극적으로 고려해 사회정책적 성격이 강하게 가미된 ‘경제적 종속성’과 ‘조직적 종속성’이라는 판단기준을 통해 특수형태근로종사자들을 합리적이며 논리적으로 보호할 수 있는

법이론까지 학계에서 제시한 점은 근로자성 판단요소의 질적인 변화를 가져올 것으로 기대됨.

- 끝으로 고용형태가 다변화되고 그로 인해 다양화되는 노동현실을 적극 고려하여 독일 산안법상 유사근로자를 보호하는 근본취지를 검토해 보았음. 무엇보다 산업현장에서 안전과 건강보호의 의무를 부과하고 있는 산안법의 영역에서는 특수형태근로종사자가 그들이 수행하는 노무제공에 초점을 맞추되 그와 같은 행위로 인해 발생하게 될 위험을 지배 내지 감독하는 사업주의 의무와 결부시키는 법리를 설명하고 있음. 이 경우 어느 정도 노무제공의 지속가능성이 확보만 된다면 적절한 안전보건상의 조취를 취할 사업주의 의무가 발생하게 되어 유사근로자들의 산안법적 보호가 광범위하게 이루어질 수 있는 해석론으로 평가됨. 따라서 독일 산안법상 유사근로자를 보호하는 방법론은 합리적이며 실효성 있는 판단기준으로 생각되는 바, 향후 우리의 산안법에서 사업주의 의무와 책임법리를 구체적으로 논의되어 질 것을 전제로 독일의 관점을 논리적으로 발전시켜 접목시킨다면 사업주의 의무주체는 강화될 것이며 특수형태근로종사자의 건강권과 생명권이 산업현장에서 보호될 수 있을 것으로 기대하며 분석을 마치도록 함.



## 참고문헌

### 국내 문헌

- 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007.
- 김재훈, “특수형태근로 종사자의 법적 규율에 대한 일본에서의 사례”, 판례실무연구 IX, 박영사, 2010.
- 김형배, 노동법, 박영사, 2010.
- 김형배/박지순, 근로자개념의 변천과 관련법의 적용, 한국노동연구원, 2004.
- 박두용 외 5인, 산업 고용구조의 변화에 따른 산안법 체계 및 규율 방법의 변화 필요성에 관한 연구, 한국산업안전공단 산업안전 보건연구원, 2005.
- 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토: 최근의 판례를 중심으로”, 노동법학 제14호, 한국노동법학회, 2002.
- 박제성, “근로자성에 관한 대법원의 법고창신”, 노동법연구 제23호, 서울대노동법연구회, 2007.
- 박지순, “독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구”, 한국노동연구원, 2005.
- 이철수, “특수고용관계에 관한 입법론적 고찰“, 법학논집 제6권 제1호, 이화여대 법학연구소, 2001.
- 유성재, “독일 노동법에 있어서 근로자의 개념”, 판례실무연구 IX, 박영사, 2010.
- 윤애림, “ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의”, 노동법학 제23호, 한국노동법학회, 2006.



- 윤애림, “산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도 문제점과 대안”,  
노동법연구 제33호, 서울대노동법연구회, 2012.
- 정인섭, “근로자개념의 판단기준”, 김유성교수화갑기념 논문집, 법문사,  
2000.
- 정진우, “산업안전보건법상 근로자의 법적 지위”, 고려대 박사학위  
논문, 2011.
- 조경배, “독립노동과 유사근로자 그리고 위장자영인”, 민주법학 제25  
호, 민주주의법학연구회, 2004.
- 조임영, “종속관계의 변화와 노동법”, 민주법학 제24호, 민주주의법학  
연구회, 2003.
- 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 노동법연구 제13호, 서  
울대노동법연구회, 2002.
- 하경효, “노사관계환경의 변화와 노사자율질서의 발전방향”, 서강법학  
연구 제5권, 서강대학교 법학연구소 2003.

## 외국 문헌

- Heilmann/Aufhauser, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
- Hromadka, “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht”, NZA 1997.
- Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1923.
- Richardi in: MünchHdb ArbR, 2. Aufl., München 2000.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz  
und Nebengesetzen, 12. Aufl., Berlin 2000(Oetker, § 618 BGB).
- Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988.
- Wlotzke, “Ausgewählte Leitlinien des Arbeitsschutzgesetzes”, Festschrift  
für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999.