creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 연구

2020년 2월

서울대학교 대학원
법학과 사회법 전공
박 윤 경

근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 연구

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 12월

서울대학교 대학원
법학과 사회법 전공
박 윤 경

박윤경의 석사 학위논문을 인준함
2020년 1월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

IMF 외환위기 극복을 위한 한 방안으로 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법'이라 한다)이 시행된 지 어느덧 20년이 넘었다. 파견법의 제정으로 노동시장이 유연화되고 불법적으로 시행되던 근로자파견이 법적 규제를 받게 되어 파견근로자의 근로조건이 강화될 것이라는 애초의 기대와는 달리 파견근로자의 고용안정 및 복지증진 문제는 여전히 사회적 과제로 남아있다.

기업들은 외부노동력 활용을 확대하면서도 노무관리의 효율성과 인건비 절감의 효과를 극대화하기 위해 파견법의 적용을 회피하고 있다. 사내하도급은 전통적으로 이용되던 제조업을 넘어 서비스업, 유통업까지 확산되고 있다. 사내하도급의 확대는 원·하청업체 간에 외형상으로만 도급계약을 체결하고 실제로는 원청업체가 하청업체 근로자에게 업무상 지휘·명령권을 행사하는 위장도급의 문제를 더욱 심화시키고 있다. 위장도급은 파견법 등 노동법적 보호를 받아야 하는 근로자들을 열악한 노동환경과 고용불안의 상황에 처하게 하고 있다. 위장도급을 규제하고, 합법적이고 적정한 도급관계 또는 근로자파견관계가 정착되기 위해서는 근로자파견과 도급의 구별기준을 명확하게 하는 것이 필요하다

현재 근로자파견과 도급의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 고용노동부는 최근 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)을 반영하여 "근로자파견의 판단기준에 관한 지침"을 개정하였으나, 예측가능성과 법적안정성 부족이라는 대법원 판례 법리의 문제점을 그대로 가지고 있다.

대법원은 2008년 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결)에서 '불법파견의 경우에도 파견법이 적용'된다는 점을 명확히 하였는데, 이후 위장도급 사건에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 문제가 핵심 쟁점이 되었다. 근로자파견에 관한 많은 판례들이 축적되었고, 이를 토대로 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)에서 다음과 같이 근로자파견과 도급의 구

별에 관한 일반적인 법리를 제시하였다. 즉, “① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직, 간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며, 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”는 것이다.

이러한 대법원 판례 법리는 근로자파견 인정을 위한 5가지 판단요소들을 병렬적으로 나열한 다음 이를 종합적으로 판단하도록 하고 있는데, 각 판단요소들이 어떤 의미와 비중을 가지는지 설명하고 있지 않아 기준으로서 명확성이 부족하다는 비판을 받고 있다. 위 대법원 판결 이후에도 유사한 사건에 대하여 하급심에서 판결이 엇갈리고 있는 실정이다.

그러나 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결은 여러 아쉬움에도 불구하고 위장도급 사건에서 있어 그동안 법원이 취했던 판단의 원칙, 즉 실질판단의 원칙과 유형론적 방법론에 따른 종합적 판단방식을 공고히 하고, 근로자파견과 도급의 구별을 위한 판단기준들을 5가지로 선별하여 정립하였다는데 의미가 있다. 이 판단기준들은 그간 판례와 학설에서 제시되었던 여러 기준들 가운데서 의미 있는 것들을 총망라하고 있다고 볼 수 있다.

본 연구에서는 2015년 현대자동차 아산공장 판결에서 제시한 판단의 원칙, 판단기준들을 토대로 하여 비판적 검토와 개선방안 모색 등을 통해 근로자파견과 도급의 구별기준을 재정립하고자 하였다. 즉, 위 대법원 판결에서 제시한 판단기준들을 종합적으로 평가하여 판단하되, 문제 해

결에 핵심역할을 하는 것은 본질적 판단기준으로 하고, 보강적 역할만 하는 것은 부수적 판단기준으로 하는 것이다. 그래야 각 판단기준에 따른 사실관계가 상충될 때 어떠한 결론을 내려야 하는지에 대한 기준을 제시할 수 있고, 종합적 판단방식이 가지는 예측가능성과 법적안정성의 문제를 어느 정도 해결할 수 있기 때문이다.

주요어 : 근로자파견, 위장도급, 근로자파견과 도급의 구별기준, 불법파견, 사내하도급

학 번 : 2017-23506

목 차

국문초록

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1

제 2 절 연구의 범위 및 방법 ····· 3

제 2 장 근로자파견과 위장도급의 문제 ····· 5

제 1 절 근로자파견 ····· 5

Ⅰ. 근로자파견의 법리 ····· 5

Ⅱ. 근로자공급과의 관계 ····· 10

제 2 절 도급 ····· 12

제 3 절 근로자파견과 위장도급의 문제 ····· 14

Ⅰ. 위장도급의 문제 - 근로자파견과 도급의 구별 필요성 ····· 14

Ⅱ. 위장도급의 법적 효과 ····· 17

제 3 장 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 기존의 논의 ····· 19

제 1 절 서설 ····· 19

제 2 절 근로자파견 판단기준에 관한 지침 ····· 20

Ⅰ. 노동부·법무부 지침(노동부, 법무부-2007. 4. 19.) ····· 20

1. 지침의 내용 ····· 20

2. 검토 ····· 22

Ⅱ. 노동부 지침(2019. 12. 30.) ····· 23

1. 지침의 내용 ····· 23

2. 검토 ····· 26

제 3 절 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 판례의 태도 ····· 29

Ⅰ. 서설 ····· 29

Ⅱ. 근로자파견관계를 인정한 판례 ····· 32

1. 현대자동차 울산공장 사건 ····· 32
2. 근로자파견과 도급의 구별기준 법리를 제시한
하급심 판결 ····· 34
3. 현대자동차 아산공장 사건 ····· 36
4 현대자동차/현대글로비스 사건 ····· 42
5. 현대제철 판결 ····· 47
Ⅲ. 도급관계를 인정한 판례 ····· 49
1. KTX (2)사건 ····· 49
2. 한국타이어 사건 ····· 53
3. 포스코 (3)사건 ····· 55
4. 현대자동차 남양연구소 사건 ····· 58
Ⅳ. 소결론 ····· 60
제 4 절 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 학설의 태도 ····· 61
Ⅰ. 학설의 내용 ····· 61
Ⅱ. 검토 ····· 65

제 4 장 근로자파견과 도급의 구별기준 재정립 ····· 70
제 1 절 서설 ····· 70
제 2 절 판단의 원칙 ····· 71
Ⅰ. 실질적 판단 ····· 71
Ⅱ. 유형적, 종합적 판단 ····· 73
Ⅲ. 본질적 판단기준과 부수적 판단기준의 구분 ····· 75
제 3 절 구체적 판단기준 ····· 76
Ⅰ. 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로
그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등
상당한 지휘·명령을 하는지 ····· 76
1. 의의 ····· 76
2. 도급인의 지시권과의 구별 ····· 78
3. 주요 쟁점에 대한 구체적 검토 ····· 83

Ⅱ. 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 ····· 93
1. 의의 ····· 93
2. 공동작업 ····· 95
Ⅲ. 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지 ····· 99
Ⅳ. 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며, 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 ····· 101
1. 의의 ····· 101
2. 계약목적의 구체성·한정성 ····· 102
3. 업무의 구별성 ····· 103
4. 업무의 전문성·기술성 ····· 104
Ⅴ. 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 ····· 106
제4절 소결론-판단에 있어 고려사항 ····· 108
Ⅰ. 판단기준의 차등화 ····· 108
Ⅱ. 다면적 법률관계 ····· 110
Ⅲ. 사업의 특수성 ····· 111

제 5 장 결론 ····· 113

참고문헌 ····· 119

Abstrct ····· 124

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법'이라 한다)이 시행된 지 어느덧 20년이 넘었다. 근로자파견은 원래 근로자공급의 한 형태로서 「근로기준법」상 중간착취 배제의 원칙[1]에 의하여 금지되고 있었다. 그러다가 1997년 IMF 외환위기가 발생하자 이를 극복하기 위한 한 방법으로 노동시장 유연성이 강화되어야 한다는 주장이 많아지면서 1998년 2월 9일 '경제위기 극복을 위한 사회협약'에서 근로자파견제도를 도입하기로 합의가 이루어졌고, 1998년 2월 파견법이 제정(시행일 1998. 7. 1.)된 것이다. 파견법은 그간 금지되었던 근로자파견 사업을 합법화하면서도 파견근로자의 근로조건 보호를 위하여 사업허가, 대상업무, 파견기간 등에 제한을 두었다.

파견법의 제정으로 노동시장이 유연화되고 불법적으로 시행되던 근로자파견이 법적 규제를 받게 되어 파견근로자의 근로조건이 강화될 것이라는 애초의 기대와는 달리 파견근로자의 고용안정 및 복지증진 문제는 여전히 사회적 과제로 남아있다.

기업들은 외부노동력 활용을 확대하면서도 노무관리의 효율성과 인건비 절감의 효과를 극대화하기 위해 파견법의 적용을 회피하고 있다. 기업의 외부노동력 활용에 가장 많이 이용되는 것이 근로자파견과 도급인데, 여러 가지 법적 규제를 받는 근로자파견보다는 아무런 제약이 없는 도급을 선호하게 되는 것이다. 특히 원청업체 사업장에서 하청업체 근로자를 활용하는 사내하도급은 조선, 자동차, 화학 등 전통적으로 이용되고 있던 제조업 뿐 아니라 서비스, 유통업까지 그 범위가 확대되고 있다.

---

1) ■ 근로기준법 제9조(중간착취의 배제)
누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.

사내하도급을 비롯한 기업의 외부노동력 활용의 증가는 원·하청업체 간에 외형상으로만 도급계약을 체결하고 실제로는 원청업체가 하청업체 근로자에게 업무상 지휘·명령권을 행사하는 위장도급의 문제를 더욱 심화시키고 있다. 위장도급은 파견법 등 노동법적 보호를 받아야 하는 근로자들을 열악한 노동환경으로 몰아가고 있으며 고용불안의 원인이 되고 있다. 또한 산업안전사고가 발생한 경우에도 사용자적 책임의 소재가 어디에 있는지 불분명하게 만들고 있다. 위장도급을 규제하고, 합법적이고 적정한 도급관계 또는 근로자파견관계가 정착되기 위해서는 근로자파견과 도급의 구별기준을 명확하게 하는 것이 필요하다.

현재 근로자파견과 도급의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 노동부(현재 '고용노동부'), 법무부, 검찰은 2007년 공동으로 '근로자파견의 판단기준에 관한 지침'을 제정하여 시행하고 있었으나, 근로자파견에 관한 최근 판례의 태도를 반영하고 있지 못하여 재정비가 필요하다는 지적이 있었다. 이에 노동부는 2019. 12. 30. 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 등을 반영하여 위 지침을 개정하였다. 개정된 지침은 종래의 지침보다는 진일보하였으나, 예측가능성과 법적안정성 부족이라는 대법원 판례의 문제점을 그대로 담고 있다고 볼 수 있다.

대법원은 2008년 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18.선고 2007두22320 판결)을 통해 '불법파견에도 파견법이 적용된다'고 명시하였고, 이후로 위장도급 사건은 실질적인 근로자파견관계가 존재하는지 여부를 판단하는 것이 핵심문제가 되었다. 나아가 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)을 통해 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 제시하였다.

그러나 위 대법원 판례 법리는 근로자파견 인정을 위한 5가지 판단기준을 병렬적으로 나열한 다음 이를 종합적으로 판단하도록 하고 있는데, 각 기준들이 어떤 의미와 비중을 가지는지 설명하고 있지 않아 기준으로서 명확성이 부족하다는 비판을 받고 있다. 위 대법원 판결 이후에도 유사한 사건에 대하여 하급심에서 판결이 엇갈리고 있는 실정이다.

최근 위장도급은 제조업 뿐 아니라 서비스업 등 다양한 업종, 산업영역에서 문제되고 있으며, 원청업체-하청업체-하청업체 근로자의 3면적 법률관계를 넘어서 재하청 근로자까지 포함되는 4자 이상의 법률관계에서도 발견되는 등 더 복잡한 양상을 띠고 있다. 특히 2020년부터는 50인 이상 기업까지 근로시간 단축에 관한 규정의 적용을 받게 되는데 기업들이 이를 회피하기 위하여 소규모 도급계약을 활용할 가능성이 많기 때문에 위장도급의 문제는 더 확산될 가능성이 높다.

본 연구에서는 이상과 같은 문제의식에 기초하여 대법원 판례 법리로 발전된 근로자파견과 도급의 구별기준을 구체적으로 검토하는 한편 동 구별기준을 재정립하고자 한다. 주요하게는 현재 대법원 판례 법리의 문제점으로 지적되고 있는 예측가능성과 법적안정성의 부족 문제를 해소하는 방향으로 재정립할 것이다.

그리고 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결 이후로도 하급심 판결이 통일되지 않고 있는데, 최근 하급심의 위장도급 판결들을 검토함으로써 실제 위장도급 사건에서 쟁점이 되는 구체적인 문제들을 살펴보고 해결방안을 제시하고자 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

본 연구를 통해 주장하고자 하는 내용을 본격적으로 전개하기에 앞서 우선 위장도급 문제의 전제가 되는 근로자파견과 근로자공급, 도급의 법리를 검토하고, 이 세 법률 간의 관계를 분석할 것이다. 그리고 위장도급 문제의 사회적 심각성을 말하고 근로자파견과 도급의 구별 필요성에 대해 논할 것이다.

다음으로 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 행정부의 지침, 판례의 태도와 학계에서의 논의를 분석하고, 그 한계점을 검토할 것이다.

마지막으로 대법원 판례, 특히 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 등에서 제시한 근로자파견과

도급의 구별기준에 관한 법리를 구체적으로 검토하고 그 문제점을 보완하는 방향으로 근로자파견과 도급의 구별기준을 재정립할 것이다.

본 연구는 선행 연구결과와 사례, 위장도급에 관한 주요한 판례 및 실태조사 결과 등에 대한 문헌조사의 방법을 통해 법리적 부분과 판례의 타당성 여부 등을 검토하려고 노력하였다.

판례의 분석은 위장도급 사건에 파견법을 적용하기 시작한 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결) 이후의 판결들에 중점을 두었으며, 대법원 판결은 물론 최근까지의 주요한 하급심 판결까지 대상으로 하여 시간 순서에 따라 정리하고 법적 의미를 평가하는 방법에 의하였다.

외국법의 사례는 그 중요성에도 불구하고 각 나라의 전반적인 법률제도, 구체적인 노동현실에 대한 상당한 이해가 있어야만 올바른 비교법적 검토를 하고 시사점을 찾을 수 있을 것이기 때문에, 이 논문에서는 미처 다루지 못하였다.

제 2 장 근로자파견과 위장도급의 문제

제 1 절 근로자파견

Ⅰ. 근로자파견의 법리

IMP 외환위기 극복을 위해 국내 노동시장의 유연성이 제고되어야 한다는 목소리가 높아지게 되어 1998년 2월 2일 파견법이 제정되었고, 같은 해 7월 1일부터 시행되었다. 그전까지는 「직업안정법」에 따라 극히 제한적으로만 근로자공급 사업이 허용되었는데 파견법의 제정으로 근로자파견 사업까지 합법화되면서 간접고용이 확대되게 되었다.

파견법은 근로자파견을 허용하는 한편, 파견근로자의 고용안정과 복지증진을 위하여 사업주의 각종 의무를 규정하고 있다. 파견법은 그 목적을 규정한 조항에서 "근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다"고 규정하여 이를 명시하고 있다(파견법 제1조).

파견법상 '근로자파견'이라 함은 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견 계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"을 말한다(파견법 제2조 제1호). 즉 근로자파견관계는 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하는 것"과 "파견사업주가 그 근로자로 하여금 근로자파견 계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 분설할 수 있을 것이다.[2] 따라서 근로자파견 관계가 인정되기 위해서는 우선 어떤 사업주와 근로자 사이에 고용관계가 유지되어야 하므로 그

---

2) 도재형, "사내하도급 관계에서 근로자파견의 인정 기준", 법조 제60권 제8호, 2011. 135면.

사업주는 적어도 외형상의 실체를 가지고 있어야 할 것이다. 그렇지 아니하고 파견사업주가 실체가 없거나 그 존재가 형식적·명목적인 것에 불과한 경우에는 노무를 수령하는 제3자와 해당 근로자 사이에 직접적인 근로계약관계가 있다고 인정할 수 있을 것이다.[3] 그런데 판례가 파견사업주의 실체를 부정하고, 노무를 수령하는 제3자와 해당 근로자 간의 직접적인 근로계약관계를 인정하는 것에 대하여 소극적인 태도를 취하고 있기 때문에 결국 '해당 근로자가 제3자의 지휘·명령을 받아 근로'하였는지 여부가 근로자파견 개념에 있어 가장 중요한 쟁점이 되고 있다.

근로자파견사업의 적정한 운영을 확보하고 파견근로자의 근로조건을 보호하기 위하여 파견법은 '사업허가', '대상업무', '파견기간'에 있어 일정 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 적법한 파견으로 인정하고 있다. 적법한 근로자파견이 되기 위해서는 ① 첫째, 근로자파견사업의 허가가 있어야 한다. 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부령[4]이 정하는 바에 의하여 고용노동부장관의 허가를 받아야 하고(파견법 제7조 제1항), 사용사업주는 허가를 받지 않고 근로자파견사업을 하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서는 안 된다(파견법 제7조 제3항). ② 둘째, 근로자파견대상 업무에 속하여야 한다. 파견법은 전문지식·기술·경험 또는

---

3) 판례는 "원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 것도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 2010.7.722. 선고 2008두4367 판결)."고 판시하고 있다.

4) 고용노동부장관은 근로자파견사업의 허가신청을 받은 경우에는 신청인이 해당 근로자파견 사업을 적정하게 수행할 수 있는 자산 및 시설 등을 갖추고 있고, 당해 사업이 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하는 것이 아닌 경우에 한하여 허가를 할 수 있다(파견법 제9조 제1항). 근로자파견사업의 자산 및 시설 등의 세부기준에 대하여는 시행령 제3조에서 다시 자세하게 정하고 있다.

업무의 성질 등을 고려하여 근로자파견에 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 32개 업무에 한정하여 허용하고 있다(제한적 열거주의, 파견법 제5조 제1항, 파견법 시행령 제2조 제1항은 [별표 1][5]). 제조

5) ■ 파견법 시행령〔별표 1〕(개정 2019. 10. 29.)

한국표준직업분류 (통계청고시 제2000-2호)	대 상 업 무	비 고
120	컴퓨터관련 전문가의 업무	
16	행정, 경영 및 재정 전문가의 업무	행정 전문가(161)의 업무는 제외한다.
17131	특허 전문가의 업무	
181	기록 보관원, 사서 및 관련 전문가의 업무	사서(18120)의 업무는 제외한다.
1822	번역가 및 통역가의 업무	
183	창작 및 공연예술가의 업무	
184	영화, 연극 및 방송관련 전문가의 업무	
220	컴퓨터관련 준전문가의 업무	
23219	기타 전기공학 기술공의 업무	
23221	통신 기술공의 업무	
234	제도 기술 종사자, 캐드 포함의 업무	
235	광학 및 전자장비 기술 종사자의 업무	보조업무에 한정한다. 임상병리사(23531), 방사선사(23532), 기타 의료장비 기사(23539)의 업무는 제외한다.
252	정규교육이외 교육 준전문가의 업무	
253	기타 교육 준전문가의 업무	
28	예술, 연예 및 경기 준전문가의 업무	
291	관리 준전문가의 업무	
317	사무 지원 종사자의 업무	
318	도서, 우편 및 관련 사무 종사자의 업무	
3213	수금 및 관련 사무 종사자의 업무	
3222	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무가 해당 사업의 핵심 업무인 경우는 제외한다.
323	고객 관련 사무 종사자의 업무	
411	개인보호 및 관련 종사자의 업무	
421	음식 조리 종사자의 업무	「관광진흥법」 제3조에 따른 관광 숙박업에서의 조리사 업무는 제외한다.
432	여행안내 종사자의 업무	
51206	주유원의 업무	
51209	기타 소매업체 판매원의 업무	
521	전화통신 판매 종사자의 업무	
842	자동차 운전 종사자의 업무	
9112	건물 청소 종사자의 업무	
91221	수위 및 경비원의 업무	「경비업법」 제2조제1호에 따른 경비업무는 제외한다.
91225	주차장 관리원의 업무	
913	배달, 운반 및 검침 관련 종사자의 업무	

업의 직접생산 공정업무를 명시적으로 파견대상 업무에서 제외하였는데, 이를 허용하면 제조업 전체가 간접고용 형태의 근로자로 바뀜으로써 고용이 불안해지는 등 근로조건이 열악해질 가능성이 높기 때문이다.[6] 다만, 위 32개 대상업무에 해당하지 않는다고 하더라도 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 할 수 있다(파견법 제5조 제2항). 그러나 위의 어느 경우라도, 건설공사현장업무, 하역업무, 선원업무, 유해하거나 위험한 업무 등에는 근로자파견을 절대적으로 금지하였다(파견법 제5조 제3항).[7] ③ 셋째, 파견기간을 준수하여야 한다. 근로자파견

---

6) 헌법재판소 2013. 7. 25.자 2011헌바395 결정 참조.

7) ■ 파견법 제5조 제3항

제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 업무에 대하여는 근로자파견사업을 행하여서는 아니된다.

1. 건설공사현장에서 이루어지는 업무
2. 「항만운송사업법」제3조 제1호, 「한국철도공사법」제9조 제1항 제1호, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」제40조, 「물류정책기본법」 제2조 제1항 제1호의 하역업무로서 「직업안정법」제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무
3. 「선원법」제2조 제1호에 따른 선원의 업무
4. 「산업안전보건법」제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무
5. 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령이 정하는 업무

■ 파견법 시행령 제2조 제2항

법 제5조 제3항 제5호에서 “대통령령이 정하는 업무”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무를 말한다.

1. 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」제2조 제3호에 따른 분진작업을 하는 업무
2. 「산업안전보건법」제44조에 따른 건강관리수첩의 교부대상 업무
3. 「의료법」제2조에 따른 의료인의 업무 및 같은 법 제80조에 따른 간호조무사의 업무
4. 「의료기사 등에 관한 법률」제3조에 따른 의료기사의 업무
5. 「여객자동차 운수사업법」제2조제3호에 따른 여객자동차운송사업의 운전업무
6. 「화물자동차 운수사업법」제2조제3호에 따른 화물자동차운송사업의 운

기간은 원칙적으로 1년을 초과하지 못하며, 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의로 연장하는 경우에도 총 파견기간은 1년을 초과하지 못한다(파견법 제6조).

한편, 근로자파견은 사용사업주와 파견사업주의 근로자파견계약, 파견사업주와 파견근로자의 고용(근로)계약, 사용사업주의 파견근로자에 대한 지휘·명령이라는 3면적 법률관계로 구성되는데, 파견법은 파견근로자 보호를 위하여 파견사업주와 파견근로자, 사용사업주와 파견근로자 사이의 법률관계를 주로 규율하고 있다. 사용사업주와 파견사업주의 관계는 당사자 사이의 계약관계에 따라 규율되도록 하고, 근로자와 관계되는 측면에서만 사용사업주와 파견사업주의 의무를 부과하는 구조이다.[8]

파견사업주와 사용사업주는 근로자파견계약을 서면으로 체결하여야 하며, 여기에는 법률에서 정한 사항이 포함되어야 한다(파견법 제20조)[9]. 또한 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다(파견법 제21조).

파견사업주와 사용사업주 모두 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여 근로기준법 제2조의 규정에 의한 사용자로서 근로기준법상 책임을 지게 된다(파견법 제34조 제1항 본문). 다만, 구체적으로는 파견사업주는 근로조건 명시, 해고 등의 제한, 해고예고, 임금지급, 퇴직금, 휴업수당, 가산임금, 연차유급휴가, 재해보상 등에 대하여 사용자책임을 부담하고,

---

전업무

8) 이정환 집필부분("제조업에서의 파견과 도급의 구별 법리"), 민사판례연구 41권, 박영사, 2019, 885면.

9) 파견근로계약에는 파견근로자의 수, 파견근로자가 종사할 업무의 내용, 일시 허용 업무에 의한 파견시 그 파견사유, 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 기타 파견근로자의 근로 장소, 파견근로 중인 파견근로자를 직접 지휘 ·명령할 자에 관한 사항, 근로자 파견기간 및 파견근로 개시일에 관한 사항, 시 업 및 종업의 시각과 휴게시간에 관한 사항, 휴일 · 휴가에 관한 사항, 연장 · 야 간 · 휴일근로에 관한 사항, 안전 및 보건에 관한 사항, 근로자파견의 대가, 기타 고용노동부령이 정하는 사항이 포함되어야 한다(파견법 제20조).

사용사업주는 법정 근로시간, 연장근로 제한, 휴게, 휴일, 월차휴가, 여성과 연소자의 근로시간, 생리휴가, 산전후휴가 등에 대하여 사용자책임을 부담한다(파견법 제34조 제1항 단서).[10] 또한 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용사업주를 산업안전보건법상의 사업주로 보아 동법을 적용한다(파견법 제35조 제1항).

Ⅱ. 근로자공급과의 관계

「근로기준법」 제9조는 "누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다"고 규정하고 있다. 따라서 자신의 지배하에 있는 근로자를 타인에게 사용하게 하는 행위, 즉 근로자공급사업은 근로기준법 제9조에 의하여 원칙적으로 금지된다. 이를 자유롭게 허용하면 중간착취, 강제근로 및 인권침해의 가능성이 높을 뿐 아니라 약취유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수도 있기 때문이다.[11] 다만, 법률에 의한 예외는 허용되는데 대표적으로 「직업안정법」을 들 수 있다. 「직업안정법」은 고용노동부장관의 허가를 받는 자에 한하여 근로자공급사업을 할 수 있도록 하고 있는데, 현재 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합만 허용하고 있다(제33조 제1항, 제3항, 같은 법 시행령 제33조 제2항 제1호).

원래 근로자파견은 근로자공급의 한 형태로서 원칙적으로 금지되었으나, 1998년 7월 1일 파견법이 시행되면서 근로자파견사업이 허용되었고, 근로자공급사업에서 제외되었다. 즉, 「직업안정법」 제2조의2 제7호는 '근

---

10) ■ 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례)
① 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다. 다만, 같은 법 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다.

11) 헌법재판소 1998. 11. 26. 97헌바31 결정 참조.

로자공급사업'을 '공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업'이라고 정의하면서 '다만 근로자파견사업은 근로자공급사업에서 제외'한다고 규정하고 있다.

'근로자파견'은 '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'(파견법 제2조 제2호)이므로, 근로자 공급자가 근로자에게 일정한 영향력이 있다고 하더라도 고용관계를 유지하고 있지 않다면 「직업안정법」이 적용되는 근로자공급계약에 해당하고, 고용관계가 유지되고 있다면 파견법이 적용되는 근로자파견에 해당할 수 있다.[12)]

한편, 고용노동부는 근로자 공급사업과 도급을 구별하기 위한 기준을 마련하여 시행하고 있다.[13)] 업무도급계약의 수급인이 자신의 영향력 아

---

12) 이정환(주8), 879-888면.

13) '국내 근로자공급사업 허가관리 규정'(고용노동부예규 제104호, 2016. 1. 12. 일부 개정) 제2조(도급 등과의 구별'

① 근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 공급사업을 행하는 자로 본다.

1. 근로자를 공급한 자가 그 근로자의 업무수행, 근로시간, 배치결정과 그 변경 및 복무상 규율에 관한 사항에 대한 지시 기타 관리를 스스로 함으로써 실질적으로 지휘감독하는 경우
2. 근로자를 공급한 자가 스스로 제공하는 기계, 설비, 기재(업무상 필요한 간이공구를 제외한다) 또는 재료나 자재를 사용하거나, 스스로의 기획 또는 전문적 기술과 경험에 따라 업무를 행하는 경우로서 단순히 육체적 노동을 제공하는 것이 아닌 경우
3. 근로자를 공급한 자가 소요자금을 자기 책임하에 조달·지변하며 민법, 상법 기타 법률에 규정한 사업주로서의 모든 책임을 부담하는 경우
4. 근로자를 공급한 자가 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 부담하는 경우

② 제1항 각호에 해당하는 경우라도 그것이 법 제33조제1항의 규정에 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 것으로서 그 사업의 본 목적이 노동력의 공급일 때에는 공급사업을 행하는 자로 본다

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 「파견근로자보호 등에 관한 법률」제2조에 따른 근로자파견사업을 행하는 자는 공급사업을 행하는 자에서 제외한다.

래에 있는 근로자를 도급인에게 공급하여 도급인의 지휘 아래 사용하도록 하였다고 하더라도 그 근로자를 고용하지 아니하거나 그 고용관계를 유지하지 아니하고 있다면 「직업안정법」상 근로자공급사업에 해당할 수 있다.[14)]

제 2 절 도급

'도급'이란, 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다(「민법」 제664조). 일의 완성에 유형, 무형을 가리지 않지만, 어느 경우이든 도급인은 일의 완성이라는 목적을 위하여 계약을 체결하고 그 결과를 취득한다.[15)]

도급의 법 규정은 채권법상 다른 규정처럼 강행법규가 아닌 임의법규로 단순히 임의적·보충적 기능을 가질 뿐이어서, 구체적인 일의 내용은 '계약자유의 원칙'에 따라 계약 당사자가 자유롭게 정하도록 한 것으로 해석된다.[16)] 도급계약은 노동력 자체에 계약의 목적이 있는 '파견'과 구별되며, 노무의 제공 자체와 직접 관련성이 없고,[17)] 결과지향적 속성(결과물 관련성)을 가지고 있다.[18)]

---

14) 이정환(주8), 880면.

15) 이정환(주8), 877면.

16) 조임영, "근로자파견관계의 판단방식과 기준", 노동법연구, 제22호, 2017, 158면; 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 안암법학 제38호, 2012, 280면; 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁", 노동법포럼 제11호, 2013, 107-108면; 이승길·김준근, "업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론", 산업관계연구 제25권 제4호, 2015, 38면에서 재인용.

17) 정종휴 집필부분, "주석민법(채권각칙4)", 1999, 176면; 이승길·김준근(주16), 38면에서 재인용.

18) 권혁(주16), 101면; 독일의 도급계약에 의하면, 도급계약의 핵심적 구성부분 사항으로 도급계약의 급부목적대상, 수익관계, 사후보완관계, 흠의 제거관계,

도급계약에 있어서 수급인은 '일을 완성시킬 의무'가 있다. 여기서 일의 내용과 범위 등 구체적인 사항은 계약 당사자가 합의한 바에 따라 계약으로 정하고, 수급인은 이 계약의 내용에 따라 업무를 수행해야 한다. '일의 완성'에 필요한 노무는 수급인이 자신의 지휘·감독 하에 이행보조자를 사용하거나 하수급인(이행대행자)에게 일의 전부나 일부를 대행하게 할 수도 있다.

도급인은 경우에 따라 수급인에게 지시권을 행사할 수 있다. 「민법」 제699조는 "전 2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때는 그러하지 아니한다."고 규정하고 있는데, 이로부터 도급계약에서 도급인이 재료를 제공하거나 지시권을 행사하는 경우도 예정하고 있음을 알 수 있다. 다만, 수급인은 도급인의 지시가 적당하지 않은 경우 따를 의무가 없고, 부적당한 지시에 따름으로써 일의 결과에 하자가 발생한 때에는 수급인은 책임을 부담한다.[19]

수급인은 목적물 인도의무가 있다. 수급인은 완성된 목적물을 인도해야 하고, 도급인은 목적물이 계약의 내용대로 완성되었는지 검사하고 이상이 없을 경우 이를 수령해야 한다. 도급의 목적은 일의 완성이지만 본질상 도급인이 의욕한 일정한 결과를 발생하고, 이에 수급인의 목적물 인도는 도급인에 의한 검수를 의미한다.[20] 그리고 수급인은 목적물 하자에 대한 담보책임이 있다. 수급인의 담보책임은 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 경우이다(제667조, 제668조).

담보책임관계, 불완전 이행에 따른 손해배상관계, 수령과 그에 따른 위험이전관계 등을 규정하고 있다(독일 민법 제631조 이하 참조). 이승길·김준근(주16), 38면에서 재인용.

19) 곽윤직, 채권각론, 2012, 253-254면.

20) 곽윤직(주19), 254-255면; 독일 민법 제640조는 "도급인이 계약에 따라 완성된 일의 결과를 수취해야 할 의무가 있다"고 규정하여 도급인에게 수령의무를 부과하고 있다. 왜냐하면 도급인이 목적물을 검수하지 않으면 수급인이 계약 내용에 좇은 급부를 완료하였더라도 채무이행을 할 수 없기 때문이다. 정종휴(주17), 182면; 이승길·김준근(주16) 40면에서 재인용.

위와 같은 수급인의 의무에 대응하여 도급인에게는 보수지급 의무와 목적물 수령의무가 있다. 도급인의 보수지급 의무는 수급인의 일의 완성 의무와 대가관계에 있다. 그리고 도급인은 협력의무가 있다. 도급인은 수급인에게 기계나 설비의 대여, 설계도의 교부, 재료의 제공, 지시 등의 방법으로 수급인의 일의 완성에 협력해야 한다. 만약, 불이행 시 수급인은 손해배상을 청구하거나(「민법」 제390조) 계약을 해제할 수 있다(「민법」 제544조).[21]

제 3 절 근로자파견과 위장도급의 문제

Ⅰ. 위장도급의 문제 - 근로자파견과 도급의 구별 필요성

기업은 노무관리의 효율성을 높이고 인건비 등을 절감하기 위해 외부노동력 활용을 지속적으로 늘이고 있다.[22] 기업의 외부노동력 활용에 가장 많이 이용되는 것은 근로자파견과 도급이다.

근로자파견계약을 통해 외부노동력을 활용하는 경우 기업은 직접 근로계약을 체결하지 않고도 파견근로자의 노동력을 사용할 수 있는 효율성을 가지게 되지만, 근로자파견이 허용되는 업무가 한정되는 등 파견법에 따른 다양한 규제를 받게 된다. 이에 반해 도급계약을 통해 외부노동력을 활용하는 경우 기업은 노동법상 책임을 지지는 않지만, 수급인 또는 수급인의 근로자에 대해 업무에 관한 구체적인 지시를 할 수 없게 되

---

21) 이러한 취지의 견해로는 곽윤직(주19), 255면, 정종휴(주17), 196면 등이 있다. 이승길·김준근(주16), 41면에서 재인용.

22) 고용노동부에서 2011년에 조사한 바에 따르면, 기업이 근로자파견을 활용하는 이유로는 고용 유연성이 41.2%, 업무성격이 34.6%, 인건비 절감이 21.3%를 차지하는 것으로 나타났다. 또한 기업이 용역 및 사내하청을 활용하는 이유로는 업무성격이 40.2%, 고용유연성이 28.4%, 인건비 절감이 27.6%를 차지하는 것으로 나타났다(고용노동부 고용차별개선과, "간접고용 실태 및 정책과제", 2013, 14-15면 참조).

고, 수급인 또는 수급인 근로자에게 업무수행에 있어 독자적인 재량권이 보장되어야 한다. 따라서 근로자파견과 도급의 가장 큰 차이점은 기업이 업무를 수행하는 자에 대하여 업무상 지휘·명령을 할 수 있느냐 여부이다.

그런데 문제는 기업이 도급계약을 체결하였음에도 불구하고 수급인이나 수급인 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 하는 경우 발생한다. 즉, 실제로는 파견법의 적용을 받는 근로자를 사용하면서 노동법적인 책임을 회피하기 위하여 도급이나 위임 등의 형식으로 위장하는 것이다. 처음에는 도급계약을 체결하였으나 계약을 이행하는 과정에서 도급인의 지시권의 범위를 넘어 사실상 수급인이나 수급인 근로자에게 지휘·명령을 하는 경우도 마찬가지다. 이러한 위장도급[23]으로 인하여 근로자들은 파견법을 비롯한 노동법적 보호를 받지 못하게 되어 중간착취의 불이익, 임금 및 근로조건의 저하, 근로계약의 불안정 등을 겪게 된다.[24]

위장도급은 특히 사내하도급[25]에서 문제가 된다. '도급인 사업장에서 근로를 제공하는 수급인 근로자'와 '사용사업주의 사업장에서 근로를 제

---

23) 여기서 '위장'도급이란 「민법」 제664조 이하에서 규정하고 있는 도급과 대비되는 개념이다. 즉 형식적으로 도급계약을 체결하였지만, 실질적으로는 수급인이 자신이 고용한 근로자를 도급인 사업장에 편입시키고, 도급인은 해당 근로자에 대한 업무에 관한 구체적인 지휘·명령권을 행사하는 경우를 말한다. 결국 위장도급이란 형식은 도급이지만, 그 실질은 직접고용, 근로자공급, 근로자파견 등에 해당하는 경우를 의미한다.

24) 원청업체와 하청업체를 비교할 때, 일반적으로 원청업체가 임금 지불능력을 비롯하여 각종 보호와 대우의 측면에서 월등하다. 고용노동부의 2010년 자동차, 조선, 전자, 철강 및 IT업종 272개 원·하청업체 실태조사 결과에 의하면, 수급인회사 근로자의 임금수준은 도급인회사 근로자 임금의 69.4-79.7% 수준에 머물고 있고, 학자금, 주택자금, 연금보험의료비, 사내복지기금 등 복지수준에서도 현격한 차이가 있는 것으로 확인되었다.

25) '사내하도급'의 개념에 관하여 많은 논의가 있지만, 여기서 '사내하도급'이란 "사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인"(고용노동부 차별개선과, 2016. 4. 8.)에 따라 '원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무의 처리를 수탁한 사업주가 자신의 의무를 이행하기 위해 원사업주의 사업장에서 해당 업무를 수행하는 것'을 의미한다.

공하는 파견근로자'를 구분하는 것이 실제 산업현장에서는 쉽지 않기 때문이다. 파견법이 시행된 이후 꾸준히 발생하고 있는 위장도급 분쟁은 사실 사내하도급에서의 분쟁이라고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 오늘날 기업의 외부노동력 활용 방식은 사내하도급이 주를 이루고 있다. 전통적으로 사내하도급이 이용되던 자동차·조선·철강 등 제조업 뿐 아니라 서비스업·유통업 등 다양한 산업영역에서 사내하도급이 이용되고 있다[26]는 점에서 근로자파견과 도급의 구별기준, 즉 위장도급의 판단기준을 명확하게 하는 것은 매우 중요하다. 특히 2020년부터는 50인 이상 기업까지 근로시간 단축에 관한 규정의 적용을 받게 되는데, 기업들이 이를 회피하기 위하여 기존의 업무를 세분하여 사내하도급을 활용할 가능성이 많다는 점에서 더욱 그러하다.

현재 근로자파견과 도급의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 파견법이 시행된 이후로 근로자파견에 관한 판례가 많이 축적되었으며, 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)을 통해 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 기준을 제시하였다.

그러나 대법원의 판례 법리는 기준으로서 명확성이 부족하여 하급심 판결들은 유사한 사건에서 상반된 내용의 판결을 하고 있으며, 산업현장은 위장도급에 대한 법률분쟁의 위험 속에 있다. 근로자파견과 도급의 구별에 관한 기준을 명확하게 정립하여 산업현장의 혼란을 줄이고 법 적용의 일관성 및 효율성을 제고할 필요가 있다.[27]

---

26) 고용노동부는 2016년 고용노동백서에서 "2010년 8월 현재 고용노동부 지방관서에서 300인 이상 사업장 1,939개소를 대상으로 사내도급 활용 실태를 조사한 결과, 799(41.2%) 사업장에서 사내도급을 활용하고 있으며, 동 사업장의 원·하청 근로자 1,326천 명 중 사내도급 근로자는 326천 명(24.6%)으로 나타났다. 2008년 조사와 비교할 때, 사내도급을 활용하는 업체 수, 사내도급 근로자 수 등은 줄었으나, 원·하청 근로자 중에서 사내도급 근로자가 차지하는 비중은 다소 증가하였다"고 하였다. 고용노동부, "고용노동백서", 2016, 272면.

27) 김대근·우희숙, "파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구: 파견과 도급의 구별기준을 중심으로", 한국형사정책연구원, 2016, 12면.

Ⅱ. 위장도급의 법적 효과

위장도급임이 밝혀지면 도급 등에 의한 당해 법률관계는 그 실질에 따라 근로계약관계 또는 근로자파견 내지 근로자공급 등으로 볼 수 있고, 그에 따른 법률관계가 형성될 것이다.

만약 사용자가 근로관계를 위장하기 위하여 도급의 형식을 빌렸다면, 도급인은 근로자에 대하여 노동법상 사용자의 책임을 지게 되고, 수급인은 「직업안정법」상 허가를 받지 않고 근로자공급 사업을 하였으므로 형사책임을 지게 될 것이다.[28] 그리고 구체적인 근로조건은 해당 근로자가 수급인과 당초에 맺었던 근로계약에서 정한 바에 따를 것이지만, 단체협약의 일반적 구속력(「노동조합 및 노동관계조정법」 제35조)이 인정되면, 도급인의 사업 또는 사업장에 적용되는 단체협약에 정해진 근로조건이 인정될 것이다.[29]

만약 사용자가 근로자파견관계를 위장하기 위하여 도급의 형식을 빌렸다면[30], 도급인은 파견법이 정한 여러 제한과 규제(파견허가, 대상업무, 파견기간 등)를 받게 된다. 수급인은 파견법상 허가를 받지 않고 근로자파견 사업을 하였으므로 형사책임을 지게 될 것이며, 이러한 수급인으로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 도급인도 형사책임을 지게 될 것이다.[31] 도급으로 위장된 근로자파견의 경우는 대부분 허용되지 않는

---

28) 근로자파견 허가를 받지 않고 근로자공급사업을 하면 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(「직업안정법」 제47조 제1호, 제33조 제1항).

29) 최은배, “위장도급의 판단”, 노동법연구 제31호, 2011, 3-4면.

30) 위장도급이 반드시 불법파견이라고 할 수는 없지만 실제로는 일정한 법적 제한이나 책임·의무를 회피 또는 면탈하기 위하여 위장도급이 행해지는 경우가 대부분이라고 판단되는바, 그러한 위장도급은 위법한 근로자파견이라고 할 수 있고, 나아가 그러한 경우에 있어서 수급인이 파견사업주로서 적법한 허가를 받지 않았거나, 파견대상 이외의 업무에 대하여 위장도급이 행해지는 경우가 대부분이라고 할 수 있어, 그러한 한도에서 위장도급은 곧 불법파견이라고 할 수 있을 것이다. 오윤식 “위장도급의 준별과 그 법적 효과”, 민주법학 제37호, 2008, 271면.

31) 근로자파견이 허용되지 않는 업종에서 근로자파견사업을 하였거나, 허가 없

업종에서 근로자파견을 하였거나, 허가를 받지 않고 근로자를 파견 받았거나, 최장 파견기간인 2년을 초과하여 파견근로자를 사용한 경우이다. 이러한 경우 사용사업주는 파견근로자를 직접 고용하여야 할 의무를 지게 된다(파견법 제6조의2 제1항).[32]

위장도급의 문제가 발생하면 근로자 측은 두 가지 주장을 편다. 하나는 원청업체 사업주와 하청업체 사업주 사이에 체결된 계약은 위장도급이기 때문에 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 직접 근로관계가 성립된다는 것이고, 다른 하나는 설령 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 직접 근로관계가 성립하지 않더라도 불법파견에 해당하기 때문에 원청업체가 파견법에 따라 직접고용간주(구 파견법) 또는 직접고용의무의 책임을 져야 한다는 것이다. 근로자 측의 주장에 따라 법원도 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 '묵시적 근로계약관계'가 성립되었는지를 판단하고, 이것이 인정되지 않는 경우 파견법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지를 판단하고 있다.

이 근로자파견사업을 행한 경우, 그러한 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(파견법 제43조, 제5조 제5항, 제7조 제1항, 제3항).

32) 최은배(주29), 4면.

제 3 장 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 기존의 논의

제 1 절 서설

기업은 노무관리의 유연성 강화, 인건비 등 비용절감, 직접고용에 따르는 노동법적 사용자 책임을 회피하기 위하여 근로자파견계약, 도급계약, 위임계약 등을 통해 외부노동력을 활용하고 있다. 그런데 기업이 도급계약에 의해 외부 노동력을 활용하는 경우에는 아무런 제재를 받지 않지만, 근로자파견계약에 의할 경우에는 파견법을 비롯한 노동법적 사용자책임을 부담하게 된다. 이러한 이유로 기업은 도급계약을 많이 활용하고 있지만, 그 실질은 근로자파견관계인 경우가 있다. 즉 기업이 노동법상 사용자책임을 회피하기 위하여 형식적으로는 도급계약을 체결하였지만, 실질적으로는 수급인 근로자에게 지휘·명령권을 행사하여 위장도급의 문제가 발생하는 것이다. 위장도급으로 인하여 근로자들은 파견법을 비롯한 노동법적 보호를 받지 못하게 되어 중간착취의 불이익, 임금 등 근로조건의 저하, 고용불안 등을 겪게 된다.

한편, 위장도급의 문제는 사내하도급에서 가장 두드러지게 나타난다. 도급인의 사업장에서 업무를 수행하는 수급인 근로자는 도급인의 지휘·명령권 범위 안에 들어가게 마련이기 때문이다. 특히 원·하청업체 간에 사업상 강한 지배종속 관계가 존재하는 우리나라 사내하도급 현실을 고려할 때, 하청업체 근로자가 원청업체의 지휘·명령에 구속되는 경우가 많을 것이다.

1960년대 조선업에서 시작된 사내하도급은 현재 자동차·조선·철강·화학 등 전통적인 제조업 분야 뿐만 아니라 서비스업·유통업 분야로도 그 활용 범위가 확장되는 추세이고, 위장도급의 문제도 그에 따라 더욱 심각해지고 있다.

위장도급을 규제하고, 합법적이고 적정한 도급관계 또는 근로자파견관

계가 정착되도록 하기 위해서는 근로자파견과 도급의 구별기준을 명확하게 하는 것이 필요하다. 과거 근로자파견과 도급의 구별에 관한 기준에 관한 입법이 시도된 바 있으나 입법화되지 못했고, 현재는 행정지침이 있을 뿐이다. 아래에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 행정지침과 유의미한 판례들을 검토한다.

제 2 절 근로자파견 판단기준에 관한 지침

Ⅰ. 노동부·법무부 지침(노동부, 법무부-2007. 4. 19.)

1. 지침의 내용

노동부(현재 '고용노동부')와 법무부, 대검찰청은 2007년 "근로자파견의 판단기준에 관한 지침"(이하 '노동부·법무부 지침'이라 한다)을 공동으로 제정하여 시행하였다. 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 입법이 없는 상황에서 '파견법에 위반한 고용형태를 효과적으로 단속함으로써 근로자파견제도의 적정한 운영을 기하기 위하여' 근로자파견에 관한 판단기준을 정할 필요가 있었기 때문이다.[33)]

노동부·법무부 지침에서는 우선 ① 해당 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주, 수급인, 수임인 등이 사업주로서의 실체가 있는지 여부를 판단하고, ② 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 없는 경우에는 당해 근로자와 근로자를 사용하는 사용사업주, 도급인, 위임인 등 간에 직접 고용관계가 있는 것으로 추정하고, ③ 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 있는 경우에는 해당 근로자가 사용사업주 등의 지휘·명령을 받는지

33) 노동부·법무부 지침 제1조(목적) 참조; 이후 노동부는 위장도급 규제를 위한 사업장 점검 업무에 활용하기 위하여 위 지침을 구체화한 내용의 "'근로자파견의 판단기준에 관한 지침' 관련 사업장 점검 요령"(근로기준팀-901, 2008. 2. 22)을 마련하여 시행하고 있다.

여부를 조사하여 근로자파견에 해당하는지를 판단하도록 하고 있다. 이러한 근로자파견의 판단순서는 위장도급 사건에서의 판례의 판단순서를 따른 것이다.[34)]

그리고 노동부·법무부 지침에서는 근로자파견 인정에 관한 여러 중요 징표들을 종합적으로 고려하여 근로자파견 여부를 판단하되, 계약의 명칭이나 형식에 상관없이 구체적 사실관계에 따라 실질적으로 판단하도록 하고 있다. 이러한 근로자파견 인정에 있어서 종합판단의 원칙이나 실질적 판단의 원칙 또한 판례의 태도를 따른 것이다. 위 지침에서 말하는 근로자파견 여부를 판단함에 있어 고려하여야 할 중요한 징표들은 다음과 같다.

< 사용사업주등의 지휘·명령에 대한 판단 >

1) 작업 배치·변경 결정권

- 작업계획서, 인력배치 계획서, 관련 회의자료, 기타 작업배치 관련 서류 및 관행 등을 확인

2) 업무 지시·감독권

- 일일 작업지시서, 안전교육 일지, 조회 개최 여부, 업무 관련 지시전달 방법 등을 확인
- 특히 직접 고용한 근로자와 혼재하여 같거나 유사한 업무에 종사토록 하는 경우에는 업무 지시·감독권 행사 여부를 보다 신중히 검토
- 계약서상 업무의 목적이나 내용이 지나치게 추상적이어서 사용사업주등의 지시를 통해 비로소 구체화되는 불확정한 상태에 놓여있거나 또는 업무 전반을 망라하는 것으로 되어 있어 특정 업무에 한정되지 않는 경우에는 업무 지시·감독권이 인정될

34) 위장도급 사건에서 대체로 하청업체 근로자들은 원청업체 사업주를 상대로 주위적으로 묵시적 근로계약관계의 성립을, 예비적으로 근로자파견관계에 해당함을 주장한다.

수음에 유의

3) 휴가, 병가 등의 근태관리권 및 징계권

- 휴가, 결근, 조퇴, 외출, 지각원, 출근부, 기타 징계관련 서류 등을 확인

4) 업무 수행에 대한 평가권

- 업무수행 및 실적에 대한 평가서, 파견사업주등의 직원이 현장에서 감독·평가하는지 여부, 잘못된 업무수행이 발견될 경우에 있어서의 조치관행 등을 확인

5) 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)

- 연·월차 유급휴가 사용내역, 일일 근무현황, 기타 근로시간 관련 서류 등을 확인

2. 검토

노동부·법무부 지침은 위장도급 규제와 관련된 부처가 공동으로 근로자파견의 판단기준을 마련하여 위장도급에 관한 행정처분 내지 형사처분이 통일적으로 이루어질 수 있도록 하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 근로자파견 인정을 위한 중요한 징표들을 나열하여 산업현장에서 위장도급을 예방할 수 있도록 하는 경고적 기능도 있다.

그러나 노동부·법무부 지침은 2007년 제정되어 그 이후 형성된 근로자파견에 관한 판례 법리를 담고 있지 못하고, 특히 2015년 대법원이 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)에서 제시한 근로자파견 판단에 관한 일반적인 법리를 담고 있지 못하므로 개정되어야 한다는 지적이 많았다.[35]

35) 강성태, “사내하청 노동관계 규율의 새로운 방안”, 월간 노동리뷰 제155호, 2018, 49면; 박귀천, “사내 도급 및 파견의 법적 쟁점”, 대검찰청 노동법이론실무학회 공동학술대회, 2019, 36면 등.

Ⅱ. 노동부 지침(2019. 12. 30.)

1. 지침의 내용

고용노동부는 2019. 12. 30. “근로자파견의 판단기준에 관한 지침(노동부, 법무부-2007. 4. 19.)”을 개정하였다(개정된 지침은 이하 ‘노동부 지침’이라 한다). 위 지침 개정은 종래의 노동부·법무부 지침이 제정된 2007년 이후의 근로자파견에 관한 판례 법리, 특히 2015년 대법원이 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)에서 제시한 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 반영하기 위한 것이다.[36)]

노동부 지침은 근로자파견 판단에 있어 판단순서, 판단원칙에 관하여는 종래의 노동부·법무부 지침과 유사하다. 이에 관한 판례의 태도가 유지되고 있기 때문이다. 다만, 근로자파견 인정을 위한 판단요소들은 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결을 반영하여 종래의 지침 내용과 다르다.

먼저 판단순서를 살펴보면, 외부인력을 활용하여 업무를 수행하는 관계가 존재하는 경우에는 우선 ① 수급인 등이 사업주로서의 실체가 인정되는지 여부를 검토하고, ② 수급인 등의 사업주로서의 실체가 인정된다면 도급인 등이 수급인 등 소속 근로자에게 지휘·명령하여 실질적인 법률관계가 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하고, ③ 근로자파견에 해당하는 경우에는 파견법상 규정을 준수하여 적법한 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하도록 하고 있다. 한편 수급인 등이 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 수급인 등 소속 근로자와 도급인 등 사이에 직접적인 근로계약관계가 존재하는 것으로 보아(‘묵시적 근로계약관계’의 성립) 각종 노동관계법상 규정이 적용될 수 있다.

다음으로 판단원칙을 살펴보면, 근로자파견에 해당하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식에 상관없이 구체적 사실관계에 따라 실질적으로 판단

---

36) 고용노동부 보도자료(2019. 12. 30, 고용노동부 차별개선과), 1쪽 참조.

하되, 근로자파견 인정을 위한 중요 판단요소들을 종합적으로 고려하여 판단하도록 하여, 판례와 같이 실질판단의 원칙과 종합적 판단방식을 따르고 있음을 분명히 하였다. 다만, 판단요소 중 수급인 등의 지휘·명령과 직접 관련된 요소들은 보다 주요하게 고려할 수 있도록 하였다. 근로자파견 인정을 위한 판단요소들은 2015년 대법원의 현대자동차 아산공장 판결을 반영한 것으로 다음과 같다.

< 근로자파견 해당 여부 판단 >

1) 업무상 상당한 지휘・명령

○ 도급인 등이 수급인 등 소속 근로자에 대해 직・간접적으로 **업무수행의 구체적 사항*에 관한 구속력 있는 지시**를 하고, 수급인 등 소속 근로자가 이에 구속되는지 여부 등 상당한 지휘·명령이 인정되는지 여부를 검토한다.

* 작업배치・변경, 작업량, 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소 등

- 근로자파견에서의 지휘・명령은 주로 근로제공에 대한 지배를 의미하는 것이므로 근로자의 노무제공방식에 대한 지시가 아니라 「민법」 제664조 등에 따른 도급 계약상 일의 완성에 필요한 지시는 그것만으로 근로자파견의 징표에 해당한다고 보기 어렵다.
- 따라서 근로자파견의 징표로서 업무상 상당한 지휘・명령에 해당하는지 여부는 업무의 성격, 과업지시서, 업무시스템 등을 고려하여 판단한다.

* 수급인 등의 현장책임자, 현장대리인 등이 수급인등 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령을 하였다고 하여도 도급인 등이 결정한 사항을 전달하는 것에 불과한 경우에는 근로자파견의 징표에 해당할 수 있음

* 다만, ① 도급인 등은 도급 작업의 범위를 특정하는 등 도급인 등의 권한

에 속하는 정도의 지시만 할 뿐이고, 구체적인 작업내용, 작업방법 등은 수급인 등의 현장책임자, 현장대리인 등이 결정하여 지시하는 경우, ② 도급인 등이 수급인 등 소속 근로자에게 상시적으로 지시하는 것이 아니라 긴급상황이나 위험 상황 등에서 문제 해결을 위해 일시적으로만 지시하는 경우, ③ 산업안전보건법 제63조(2020. 1. 16. 시행)에 따라 도급인의 안전조치 및 보건조치를 해야 하는 경우에는 근로자파견의 징표에 해당한다고 보기 어려움

2) 도급인 등의 사업에의 실질적 편입

ㅇ 수급인 등 소속 근로자가 도급인 등 소속 근로자와 **하나의 작업 집단으로 구성**되어 **공동작업**을 하거나, 도급인 등이 수급인 등 소속 근로자에게 **계약상 업무 외의 업무**도 수행하도록 하거나, 도급인 등의 근로자 결원 발생 시 수급인 등 소속 근로자로 하여금 대체하도록 하는 등 도급인 등이 수급인 등 소속 근로자를 **자신의 근로자와 마찬가지로 자신의 사업에 편입함으로써 종속적으로 지배**한다고 볼 수 있는지를 검토한다.

ㅇ 수급인 등 소속 근로자가 도급인 등 소속 근로자와 같은 공간에서 같은 업무를 공동작업을 통해 수행하는 경우 근로자파견에 해당할 개연성이 높다.

* 근무 장소가 같더라도 개별 근로자들이 소속된 수급인등의 계약 목적에 따른 업무를 각자 독립적으로 수행하는 경우에는 도급인등의 사업에 편입되었다고 보기 어려움

- 다만, 같은 공간에서 근무하는지의 여부만으로 실질적 편입 인정 여부를 판단할 수 없으며, 마찬가지로 같은 공간에서 근무하지 않는다는 이유만으로 근로자파견에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없다.

3) 인사노무 관련 결정·관리 권한 행사

ㅇ 수급인 등이 업무에 투입될 근로자의 선발·교체, 교육 및 훈련,

작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검, 승진·징계·해고 등 **인사노무와 관련된 사항의 결정·관리 권한을 독자적으로 행사**하는지를 검토한다.

- 즉, 도급인 등이 인사노무와 관련하여 결정한 사항에 대해 수급인 등 소속 근로자가 그대로 종속되는 경우에는 근로자파견의 징표에 해당할 수 있다. 다만, 이 경우 업무의 특성을 고려하여 판단한다.

4) 계약 목적의 확정, 업무의 구별, 전문성·기술성

ㅇ 수급인 등 소속 근로자가 수행할 업무의 내용·범위·기한 등이 구체적으로 확정되어 있는지, 도급인 등 소속 근로자의 업무와 구별되고 전문성·기술성이 있는지 등을 고려하여 수급인 등과 도급인 등 간 **계약의 목적이 특정한 일의 완성이나 사무의 처리에 있는지**를 검토한다.

5) 계약목적 달성을 위해 필요한 기업조직·설비 등 보유

ㅇ 수급인 등이 도급계약 등의 당사자로서 **계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비, 장비, 전문성 등을 갖추고 있는지**를 검토한다.

* 수급인 등의 실체 판단 부분에서는 수급인 등이 독립된 사업주로서 사업을 독자적으로 영위할 수 있는 최소한의 실체가 있는지를 확인하는 것이고,

- 근로자파견 여부 판단 부분에서는 수급인 등이 사업주로서 실체 자체는 인정되지만 스스로의 책임 하에 특정된 일을 완성하거나 업무를 처리하기 위해 필요한 능력을 갖추고 있는지를 검토하여 도급이나 위임계약 등의 당사자로서의 적격 여부를 확인하는 것임

2. 검토

위장도급을 규제하고, 기업의 외부노동력 활용이 적법하게 이루어지도록 하기 위해서는 근로자파견과 도급의 명확한 구별기준이 필요하다. 노동부 지침은 2015년 대법원에서 제시한 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반법리를 반영하여 행정부 지침(노동부·법무부 지침)과 판례 법리 간의 차이에서 발생하는 혼란을 줄였다는 점에서 의의를 가진다.

그러나 다른 한편으로 노동부 지침은 대법원 판례와 동일한 문제점을 가지고 있다. 대법원은 근로자파견에 관한 여러 판단기준들을 병렬적으로 나열한 다음 이를 종합하여 판단하도록 하고 있는데, 이러한 종합적 판단방식은 예측가능성과 법적안정성 측면에서 한계를 가지게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 종합적 판단방식을 유지하되 근로자파견에 관한 여러 판단기준들을 그 의미와 기능에 따라 주된 판단기준과 부수적 판단기준으로 차등화할 필요가 있다. 이에 관하여는 후술하기로 한다.

노동부 지침에서는 종합적 판단방식에 의하되 도급인 등의 지휘·명령과 직접 관련된 판단요소(① 업무상 상당한 지휘·명령, ② 도급인 등 사업에의 실질적 편입, ③ 인사노무 관련 결정·관리 권한 행사)는 보다 주요하게 고려할 수 있다고 명시하고 있으나, 이를 각 판단기준의 의미와 비중을 명확히 한 것으로 보기에는 무리가 있다.[37] 위장도급 사건의 경우 대부분 도급적 요소와 파견적 요소가 혼재할 것인데, 판단기준들 간에 비중을 두지 않는 종합적 판단방식은 명확한 기준으로 작용하지 못하여 사건해결에 혼란을 가져올 수 있다.[38]

---

37) 기존의 노동부·법무부 지침에서도 종합적 판단방식에 의하되, '근로자파견 판단징표 중 1) 작업배치·변경 결정권, 2) 업무 지시·감독권, 3) 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권을 주요 기준으로 본다'고 하고 있었으나 사실상 종합적 판단방식이 주가 되었고, 2019. 12. 30. 지침 개정에 관한 보도자료에서도 근로자파견에 관한 판단은 종합적 판단방식에 따라야 한다고 하면서 '이번 지침 개정으로 지방 고용노동관서의 근로자파견에 대한 판단이 종전과 달라지는 것은 아니다'고 밝히고 있다(고용노동부 보도자료(2019. 12. 30, 고용노동부 차별개선과), 2쪽 참조).

38) 권혁·전형배·박효숙·황수옥, "합리적인 파견·도급 구별기준에 관한 연구", 2015, 7면 참조(종래의 노동부·법무부 지침에 관한 내용이나 현행 노동부 지침에도

그리고 노동부 지침에는 근로자파견을 판단하는 기준만이 있을 뿐 파견적 요소가 적고 도급적 요소가 비교적 많아 행정지도 등을 통해 합법적인 도급관계로 유도할 수 있는 사건의 해결방안이 없다. 근로자파견 판단에 관한 지침 외에 도급사업의 합법적이고 적정한 운영을 위한 방법과 이를 위한 적극적인 행정지도에 관한 내용을 담은 지침을 마련할 필요가 있다.[39]

적용될 수 있을 것이다).

39) 강성태(주35), 49면 참조(종래의 노동부·법무부 지침에 관한 내용이나 현행 노동부 지침에도 적용될 수 있을 것이다). 강성태 교수는 일본의 경우 파견과 도급의 구별을 위한 노력과 함께 도급사업의 합법적 운영을 위한 행정적 활동도 경주하고 있다고 소개하고 있다. 일본은 근로자파견과 도급과의 구별을 위한 기준으로서 행정해석인「근로자파견사업과 도급으로 하는 사업과의 구분에 관한 기준」(1986년 노동성 고시 제37호)을 두고 있으며, 위 고시에 대한 질의응답 형태로 원·하청의 역할, 관계, 사업운영 방식 등에 관한 자세한 안내를 하고 있다. 위 37호 고시에 의하면 도급의 형식으로 이루어지는 업무에 자신이 고용하는 근로자를 종사시키는 사업주는 ① 노무 관리상의 독립성을 유지하고 있을 것(업무수행에 관한 지시 및 관리를 직접 행하고, 시업 및 종업시각·복무 등에 관한 지시 및 관리를 직접 행할 것)과, ② 사업 경영상의 독립성을 유지하고 있을 것(업무의 처리에 필요한 자금을 본인이 조달할 것, 민·상법상의 사업주책임을 질 것, 본인이 부담하고 준비한 기계·자재 등으로 업무를 처리할 것, 자신의 기술과 경험에 근거하여 업무를 처리할 것, 단지 육체적인 노동력만을 제공하는 것이 아닐 것)이라는 두 가지 요건을 모두 충족시켜야만 한다. 만약 이러한 요건을 충족시키지 못할 경우에는, 도급계약의 형식을 취하고 있더라도 이는 근로자파견으로 판단되어 노동행정상의 지도를 받게 된다(권혁·전형배·박효숙·황수옥(주38), 98면 참조). 일본의 경우 위장도급에 관한 법적 분쟁이 많지 않은데 위장도급이나 불법파견으로 인정된다 하더라도 원청업체의 근로자로 바로 고용이 의제되는 것이 아니라, 종전의 근로조건을 전제로 근로계약의 상대방의 변동만 가져오기 때문에 실익이 그다지 크지 않다는 점과 근로자파견에 관한 분쟁이 발생한 경우 우선적으로 행정기관이 적극적으로 감독·지도하여 대응하고, 법적으로 다투어지는 경우에도 사법부가 행정해석을 존중하는 법문화가 정착되어 있기 때문인 것으로 보인다(이 정, "일본의 도급과 파견의 판단기준, 사내 하도급을 둘러싼 문제와 정책 과제", 노동법이론실무학회, 2013, 27면 참조).

노동부 지침은 제조업을 기준으로 하여 작성된 것이어서 업종별 특수성을 반영하고 있지 못하다. 그런데 오늘날 기업의 외부노동력 활용, 특히 사내하도급 활용은 제조업 뿐 아니라 서비스업, 유통업 등 다양한 분야로 확대되고 있으며, 근로자파견에 관한 분쟁도 다양한 업종에서 발생하고 있다. 따라서 노동부 지침에 근로자파견인지 여부를 판단할 때 업종별 특수성을 어떤 기준에 따라 어느 정도로 고려해야 하는지, 업종별로 사업주가 도급사업이 위장도급으로 변질되는 것을 예방하기 위하여 주의해야 할 사항이 있는지 등의 내용을 담을 필요가 있다.[40]

제 3 절 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 판례의 태도[41]

Ⅰ. 서설

법원은 위장도급 사건에 관하여 초기에는 묵시적 근로계약관계의 법리[42]를 적용하여 하청업체(수급인)가 사업주로서의 실체성이 없는 경우

---

40) 권혁·전형배·박효숙·황수옥(주38), 6면(종래의 노동부·법무부 지침에 관한 내용이나 현행 노동부 지침에도 적용될 수 있을 것이다).

41) 아래에서는 문맥에 따라 도급인을 제3자, 원청업체, 사용사업주로, 수급인을 원고용인, 하청업체, 파견사업주로, 수급인 소속 근로자 내지 이행보조자를 수급인 근로자, 하청업체 근로자, 해당 근로자로 부르기로 한다.

42) 묵시적 근로계약관계의 법리는 경기화학공업 사건(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결)에서 현재와 같은 형태로 확립되었는데 “원고용주와 하청근로자 사이의 근로계약관계의 직접적 성립을 인정하기 위해서는 “원고용주(하청)는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자(원청)의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자(원청)와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어

원청업체(도급인)와 하청업체 근로자(수급인 근로자) 사이에 직접고용관계를 인정하였다. 1998년 파견법이 시행된 이후에도 묵시적 근로계약관계의 법리를 적용하여 불법파견의 문제를 해결하였는데, 이는 불법파견에 대해서도 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라 한다)상의 직접고용간주 규정[43]이 적용될 수 있는지 여부가 분명하지 않았기 때문이다.[44]

따라서 대부분의 위장도급 사건에서 하청업체 근로자는 두 가지 주장을 하였다. 하나는 원청업체와 하청업체 사이에 체결된 계약은 위장도급이기 때문에 원청업체가 자신의 진정한 사용자라는 것이고, 다른 하나는 원청업체와 직접 근로계약관계가 성립되지 않더라도 불법파견에 해당하기 때문에 원청업체는 파견법에 따라 직접고용간주(개정 파견법에 의할 때 고용의무)의 책임을 져야 한다는 것이다.

있다고 평가될 수 있어야" 한다는 것이다. 대법원은 묵시적 근로계약관계 법리를 적용하여 2002년 경기화학 사건(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결)에서는 소사장 기업의 근로자와 도급회사 간의, 2003년 SK 판결(대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결)에서는 자회사의 근로자와 모회사 간의 근로관계를 인정하였다. 그리고 2008년 현대미포조선 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)에서 묵시적 근로계약관계 법리를 사내하도급에 처음으로 적용하여 하청업체 근로자와 원청업체간의 직접고용관계를 인정하였다. 기존의 판결례들이 묵시적 근로계약관계를 인정함에 있어 '사업주로서의 실체성'에 중점을 두어 판단한데 비하여 현대미포조선 사건에서는 '사업주로서의 실체성' 보다는 근로관계(지휘명령 관계와 기본적 관계)'에 보다 중점을 두어 판단하였다는 점에서 진일보한 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다(강성태, "사내하도급근로자와 도급인의 근로관계성립(묵시적 근로관계)", 노동판례백선, 2015, 211면 참조).

43) 구 파견법 제6조 제3항 본문은 "사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다"고 규정하고 있다(이하 '직접고용간주 규정'이라 한다)

44) 예스코 판결 이전에는 법원은 불법파견에 파견법이 적용되지 않는다고 보면서 위법한 근로자공급의 사법적 효과로서 원청업체와 하청업체 근로자 간의 직접 근로계약관계 성립도 부정하는 입장(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결 등)이 대부분이었다.

법원도 근로자 측의 주장에 따라 하청업체의 사업주로서 실체가 인정되지 않는 경우 묵시적 근로계약관계의 법리에 따라 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 직접 근로계약관계를 인정하고, 하청업체의 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 원청업체가 하청업체 근로자에게 지휘·명령을 행사했는지 여부를 기준으로 근로자파견관계의 실체가 있는지 판단하였다.

그러다가 대법원은 2008년 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결)을 통하여 불법파견의 경우에도 파견법이 적용된다는 점을 명확히 하였는데 이후 위장도급 사건에서는 묵시적 근로계약관계의 성립보다는 근로자파견관계의 성립 여부가 핵심 쟁점이 되었다.

다만, 묵시적 근로계약관계 법리가 폐기된 것은 아니며, 아직도 실무상 위장도급 사건에서 근로자는 주위적으로는 묵시적 근로계약관계의 성립을 주장하고, 예비적으로 불법파견임을 주장하고 있는 것이 일반적이기 때문에 법원도 계속하여 묵시적 근로계약관계의 성립 여부에 대하여 판단하고 있다. 그러나 2008년 현대미포조선소 사건 이후로 묵시적 근로관계약관계가 인정된 대법원 판결은 나오지 않고 있다. 이는 묵시적 근로계약관계 법리의 요건이 지나치게 엄격한 것과도 무관하지 않은 것으로 보인다.[45)]

아래에서는 위장도급 사건 중 근로자파견관계가 인정된 판결과 도급관계가 인정된 판결로서 유의미한 것들을 검토하고, 법원이 제시하는 근로자파견과 도급의 구별에 관한 기준이 어떻게 형성, 변화되어 왔으며, 하급심에서는 어떻게 적용되고 있는지 알아본다.

---

45) 현재 판례 법리는 묵시적 근로계약관계 인정을 위하여 '사업경영상의 독립성'과 '노무관리상의 독립성'을 요건으로 하고 있는데, 지나치게 엄격하게 적용하여 근로자 보호에 충실하지 못하다는 비판을 받고 있다. 법원이 생각하는 고용사업주의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 '약간의 독립성'이어서 고용사업주에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 사용사업주 사이에 종속관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 비판적인 견해에 대하여는 박제성, "미완의 3부작 그 완성을 위하여, 사내하청 대법원 판결 3부작-그 의미와 과제 토론회 발제문", 민주사회를 위한 변호사 모임, 2010, 20-23면 참조.

Ⅱ. 근로자파견관계를 인정한 판례

1. 현대자동차 울산공장 사건(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결)[46]

가. 판결의 내용

현대자동차 울산공장 사내협력업체에 입사하여 근로하다가 해고당한 근로자들이 노동위원회에 구제신청을 하였다가 기각 당하자 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사건이다. 대법원은 본 사건에서 묵시적 근로계약관계의 성립은 부정하였으나, 근로자파견관계의 성립은 인정하면서 다음과 같이 판시하였다.

> "① 참가인의 자동차 조립 · 생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 이 사건 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어벨트를 이용한 의장 공정에 종사하는 자들이다. ② 원고들은 컨베이어벨트 좌우에 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 참가인 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 참가인이 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행한다. 이 사건 사내협력업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다. ③ 참가인은 이 사건 사내협력업체의 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 그 직영근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정한다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협

46) 본 판결은 파기환송판결로, 이 판결에 따른 서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두 7076판결로 확정되었다.

력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하는데, 이는 원고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어졌다. 원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하다. ④ 참가인은 원고들 및 그 직영근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였다. 또 참가인은 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력 업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다. ⑤ 참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악 관리하였다.”

나. 검토

대상판결은 전속적인 사내하도급 관계에서 원청업체와 하청업체간의 위장도급을 인정한 최초의 대법원 판결이다. 대상판결은 근로자파견과 도급을 구별하는 일반적인 법리를 제시하지 않은 채, 근로자파견으로 인정될 수 있는 일정 요소(사실)들을 나열한 다음 이를 토대로 종합적으로 판단하여 근로자파견관계가 성립하였다는 결론을 내리고 있다는 점에서 비판을 받았다.[47]

그러나 대상판결을 통해 대법원에서 어떤 사실관계를 근로자파견을 인정하기 위한 중요한 요소로 파악하고 있는지 살펴볼 수 있다. 즉 대법원은 대상판결에서 대상업무의 내용과 특성(원·하청업체 근로자가 컨베이

47) 위 판결은 개별사안에 적용할 수 있는 지표들을 형성하지 못한 채 그 자체로는 규범적 의미를 전혀 갖지 못하는 단순한 경험적 요소들을 토대로 파견관계를 인정하고 있을 뿐이라는 비판에 관하여는 박지순(주16), 307면 참조.

어 벨트에서 혼재되어 일하고 있으며, 원청업체 근로자가 결근할 경우 하청업체 근로자가 대체하게 하였다), 하청업체가 독립적으로 사업을 영위할 능력을 구비하고 있는지 여부(하청업체 근로자들이 원청업체 소유의 생산시설 및 소모품을 이용하였으며, 업무수행과 관련하여 하청업체의 고유기술과 자본 등이 투입된 바가 없었다), 원청업체가 하청업체 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 행사하였는지 여부(원청업체가 하청업체 근로자들에 대한 일반적 작업 배치권과 변경결정권을 가지고 있었으며, 작업량·작업방법·작업순서·작업속도를 결정하였다. 하청업체 근로자는 원청업체가 작성하여 교부한 작업지시서에 따라 단순, 반복적인 업무를 수행하였으며, 하청업체 현장관리인의 지휘·명령은 원청업체가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하였다), 원청업체가 근로시간, 휴게시간, 근로형태 등을 결정하고 근태관리를 하였는지 여부 등을 근로자파견 인정을 위한 요소로 보고 있다.

한편, 대상판결은 원고들 중 파견기간이 2년이 되지 못한 근로자에 대해서는 불법파견을 인정하면서도 직접고용간주 규정은 적용되지 않는다고 판단하였는데 이에 대하여 형평성에 어긋나고 근로자보호에 적합하지 않다는 비판이 있었다. 이후 구 파견법상 직접고용간주 규정이 고용의무부과 규정으로 개정되면서, 사용사업주가 근로자파견 대상업무가 아닌 업무에 파견근로자를 사용하는 경우에도 “즉시” 고용의무를 부과하도록 하였다.[48)]

2. 근로자파견과 도급의 구별기준 법리를 제시한 하급심 판결

---

48) ■ 파견법 제6조의2(고용의무) 제1항
사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다. <개정 2012.2.1.>
1. 제5조제1항의 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(제5조제2항에 따라 근로자파견사업을 행한 경우는 제외한다)
2. 제5조제3항의 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우
3. 제6조제2항을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우

가. 판결의 내용

현대자동차 울산공장 판결의 파기환송심에서 서울고등법원은 “근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약의 목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.”라고 하면서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반기준을 제시하였는데(서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752 판결) 대법원은 이에 대하여 환송판결 취지에 따른 것으로서 정당하다고 판시하였다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결).

한편, 서울고등법원은 남해화학 사건(서울고등법원 2010. 10. 1. 선고 2009나11795 판결)에서 근로자파견에 해당하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식이 아니라 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다고 하면서 다음과 같은 3가지 유형의 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시한 바 있다.

① **계약의 내용**: 구체적인 일의 완성에 대한 합의 존재 여부(계약 목적이 명확한지 여부, 계약 목적에 대한 시간적 기한이 명확히 정해져 있는지 여부), 일의 완성 후 인도와 수령의 필요 여부, 일의 완성 이전까지 대가 청구를 할 수 있는지 여부(파견의 경우는 객관적인 일의 진척정도와 관계없이 업무시간의 양에 따라 대가 지급청구 가능), 일의 불완전한 이행이나 결과물의 하자가 있을 경우에 이에 따른 담보책임을 부담하는지 여부(파견사업주는 인력조직이나 선발에 과실이 있는 경우에만 책임부담)

② **업무수행의 과정**: 수급인이 작업현장에서 근로자에 대한 구체적인 지휘·감독과 이에 수반하는 노무관리(출근 여부에 관한 감독, 휴가와 휴게에 관한 관리·감독, 근로자에 대한 교육 및 훈련에 대한 부담)를 직접

행하는지 여부, 수급인의 업무수행 과정이 도급인의 업무수행 과정에 연동되고 종속되는지 여부, 즉 업무영역에 따른 조직적 구별이 있는지, 아니면 직영근로자와 부분적인 업무의 공동수행을 하는지, 계약대상이 되는 일 이외의 사항에 노무제공을 하는지 여부

③ **계약당사자의 적격성**: 도급계약의 목적이 된 일을 할 수 있는 능력(전문적 기술능력, 고도의 전문인력 보유, 작업복이나 기타 보호복 제공, 노무작업 재료의 공급, 독립된 사업시설 보유)을 보유하는지 여부, 전문화된 영역으로 특화가 가능한지 여부

나. 검토

현대자동차 울산공장 판결은 근로자파견 인정을 위한 일정 요소들을 나열한 다음 이를 종합적으로 판단하여 근로자파견인지 결정하는 사례판단의 방식을 취하였고, 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 제시하지는 못하였다.[49] 이후 위 판결의 파기환송심 판결을 비롯하여 일부 하급심 판결에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반기준을 제시하였으나, 종전 대법원 판결에서 제시한 근로자파견 인정을 위한 주요 요소들을 재정리하고, 유형화하는 정도이기 때문에 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리로는 부족한 면이 있다.[50][51]

3. 현대자동차 아산공장 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)

---

49) 조경배, “KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준, 노동법학 제56호, 2015, 315면.

50) 이정환(주8), 892면.

51) 서울고등법원이 남해화학 사건에서 제시한 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법리는 이후 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나496725 등(병합) 판결(현대자동차/현대글로비스 사건, 상고심 계류 중), GM대우 불법 파견 형사사건(창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결) 등에서 그대로 원용된 바 있다.

가. 판결의 내용

현대자동차 아산공장의 사내협력업체 소속 근로자들이 현대자동차를 상대로 근로자지위의 확인을 구하는 소를 제기한 사건에서 대법원은 “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직, 간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다”고 판시하여 도급과 파견의 구별기준을 최초로 제시하였다.

그리고 대법원은 원심이 ① 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점, ② 피고는 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하였는데, 사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘 · 명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘 · 명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점, ③ 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, ④ 피고는 소속 근로자의 결원이 발

생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하기도 한 점, ⑤ 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점, ⑥ 사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, ⑦ 사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정된 점, ⑧ 사내협력업체 소속 근로자의 담당 업무는 피고가 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 사내협력업체의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내협력업체의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정을 종합하여 원고들은 사내협력업체에 고용된 후 피고에 파견된 파견근로자라고 판단한 것은 정당하다고 보았다.

나. 검토

대법원은 대상판결에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 최초로 제시하였다.[52] 즉, 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라 실질에 따라 판단하되, "① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직, 간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지,

52) 대법원은 같은 날 남해화학 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결), KTX 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)에서도 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 동일한 법리를 설시하였다. 현대자동차 울산공장 사건과 남해화학 사건에서는 근로자파견관계를 인정하였으나, KTX 사건에서는 근로자파견관계를 인정하지 않았다. KTX 사건에 대해서는 후술한다.

③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 종합적으로 판단하여야 한다"라고 판시하여 근로자파견과 도급의 구별에 있어 고려해야 할 5가지 판단기준을 제시하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 대상판결 이전까지는 대법원에 의하여 도급과 파견의 구별에 관한 일반적인 기준이 제시되지 않았기 때문에 일부 하급심 법원에서 적용하는 구별기준이 있었다. 대상판결에서는 이를 대부분 수용하면서도 일부 새로운 요소를 추가하거나 명확하게 하였는데, 이를 비교하면 다음과 같다.[53]

〔종전 하급심 판결과 대상판결의 근로자파견 판단기준 비교〕

하급심 판결	대상판결
② 업무수행 과정: 수급인의 구체적인 지휘·감독권 보유 여부	① 도급인이 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행에 관한 구속력 있는 상당한 지휘·명령을 하는지 여부
	② 당해 근로자가 도급인 사업에 실질적으로 편입되었는지 여부 (하나의 작업집단에 공동작업 등)

53) 이정환(주8), 893면, 김도형, "근로자파견과 도급의 구별 기준", 2015 노동판례비평, 2016, 192면에도 같은 취지로 유형별 비교가 되어 있다.

② 업무수행 과정: 수급인의 독자적인 노무지휘권 보유 여부	③ 수급인이 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지 여부
① 계약의 내용: 계약내용의 특정성, 업무수행 대가 결정방식, 하자담보책임 여부	④ 계약의 목적이 구체성·한정성, 구별성을 가지며, 전문성·기술성
③ 계약당사의 적격성: 전문성·기술성, 노무작업 재료의 공급, 독립된 사업시설 보유	⑤ 원고용주가 계약의 목적달성에 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 보유하고 있는지 여부

종래에는 도급인의 수급인 근로자에 대한 지휘·명령이 직접적이고 구체적이지 않다는 이유로 근로자파견관계가 부정된 사례가 많았는데[54], 대상판결에서 대법원은 업무상 지시의 직·간접성을 불문하고 '원청업체의 근로자에 대한 지휘·명령이 구속력이 있는 상당'한 것이라면 근로자파견관계가 인정될 수 있다고 하였다. 이러한 판례 변경은 과거 대법원이 근로자 개념의 판단기준을 설시하면서 '사용자의 구체적·개별적 지휘·감독'이란 표현을 '상당한 지휘·감독'으로 바꾸어[55] 사실상의 사용자에게 종속되는 근로현실을 반영한 것과 유사한 취지를 가진 것으로 보인다.

위장도급의 경우 원·하청업체간의 지배종속적인 관계 내지 담합 등으로 인하여 원청업체는 하청업체의 현장관리인을 통한 간접적인 지시만으로도 하청업체 근로자에게 자기 의사를 관철시킬 수 있다는 점과, 원청업체의 업무상 지휘·명령이 은폐·조작되기도 한다는 점을 고려할 때, 근로자파견이 인정되는 도급인의 지휘·명령의 범위를 '상당한' 정도까지 확

54) 최은배(주29), 46면.

55) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다28736 판결.

대하는 것은 타당하다.

이에 대하여 '상당한' 이라는 표현 자체가 불명확하고 도급인의 도급 목적의 지시권까지 상당한 지휘·명령으로 해석할 여지가 있으므로 그 표현이 부적절하다는 견해가 있으나[56], 근로기준법상 근로자 판단에 있어 '상당성'의 개념이 이미 사용되고 있고, 많은 사례가 축적되어 있기 때문에 이에 비추어 판단하면 될 것이다.[57] 또한 도급인의 지시권과 업무상 지휘·명령권은 경우에 따라 택일적으로 구별될 수 없고 이중적 성격을 띨 수도 있기 때문에 이 둘의 구별을 위해 업무상 지휘·명령권의 범위를 제한적으로 해석한다면 오히려 사건해결에 있어 구체적 타당성을 잃을 수 있다. 다만 양면적 법률관계인 근로관계 판단에 있어서의 '상당성' 개념을 원청업체-하청업체-하청업체 근로자 간의 3면적 법률관계인 불법파견 판단에서 어떻게 적용할지 여부는 향후 판례나 학설을 통해 보다 구체화될 필요가 있다.

대상판결에서는 '근로자가 원청업체의 사업에 실질적으로 편입되었는지 여부'를 처음으로 근로자파견의 기준으로 제시하였다. 이 기준은 원청업체의 지휘·명령권 행사 여부를 판단하는데 있어 보강적인 기능을 가진다고 볼 수 있다. 근로자가 원청업체의 사업에 실질적으로 편입되어 업무를 수행하였다면 원청업체의 상당한 지휘·명령을 인정하는 것이 용이해질 것이기 때문이다.[58]

대상판결이 제시한 5가지 기준 중 앞의 ①~②는 근로자파견관계를 인정하기 위한 적극적인 요소이고, 뒤의 ③~⑤는 도급관계임을 인정하는 (근로자파견관계 인정에 소극적인) 요소로 볼 수 있다. 대법원은 위 5가지 기준들을 병렬적으로 나열한 다음 종합하여 판단하여야 한다고 판시하고 있는데, 각 기준들이 어떤 비중을 가지고 있는지, 근로자파견 인정

---

56) 최진수·정승진, "파견과 도급의 구별 기준", 「율촌판례연구」, 박영사, 2017, 142면.

57) 이정환(주8), 898면.

58) 김도형(주53), 194-195면; 강선희, "H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급 근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다", 월간 노동리뷰 제121호, 2015, 86-87면.

에 적극적인 요소들과 소극적인 요소들이 병존할 경우 어떻게 판단하여야 하는지 설명하지 않고 있어 기준으로서 예측가능성이 떨어진다는 비판을 받고 있다.[59]

4 현대자동차/현대글로비스 사건(서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나49625 등(병합) 판결, 상고심 계류 중)

가. 판결의 내용

현대자동차는 현대글로비스와 울산, 아산, 전주공장의 생산관리 및 출고관리 일부에 관한 업무도급계약을 체결하였는데, 이후 현대글로비스가 울산공장의 생산관리공정 일부를 다시 A로지텍, B산업에 재하도급한 사건이다. 서울고등법원은 현대자동차와 1차 하청업체(현대글로비스) 근로자간의 근로자파견관계를 인정하였을 뿐 아니라, 현대자동차와 2차 하청업체(A로지텍, B산업) 근로자간에도 묵시적인 근로자파견계약 관계가 성립되었다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

(1) 1차 사내협력업체 소속 원고들의 경우

① 피고 현대자동차는 사내협력업체들의 담당 공정에 대하여 생산량, 월별 가동시간, 시간당 생산대수, 가동률, 작업 일정 등을 상세하게 계획함으로써 사내협력업체 소속 근로자인 원고들에 대하여 작업량, 작업순서, 작업속도, 작업시간 등을 결정하였다. 피고 현대자동차는 사양식별표, 작업표준서, 작업사양서 등을 통하여 작업방식을 지시하였고, 사내협력업체는 그와 다른 방식으로 작업을 수행할 수 있는 독자적 권한이 없었다. 사내협력업체의 현장관리인의 지휘 · 명령은 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 피고에 의해 통제된 것에 불과하다. ② 피고 현대자

59) 김기선, “근로자파견의 판단”, 월간 노동리뷰, 제121호, 2015, 82면; 강선희(주 58), 86면.

동차는 사내협력업체 인원 현황을 지속적으로 파악하면서, 위 피고 소속 근로자와 사내협력업체 소속 근로자를 모두 '생산직' 또는 '생산 관련' 인원으로 함께 편성하여 전체적으로 관리하였고, 정규직에 결원이 발생하면, 사내협력업체 소속 근로자들을 대체 투입하였다. 위 원고들은 위 피고의 정규직 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 피고 현대자동차의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있다. ③ 사내협력업체는 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업 · 휴게시간, 휴가 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사할 수 없었다. ④ 사내협력업체들의 업무는 단순·반복적인 내용의 작업들로서 피고 소속 정규직 근로자의 업무와 명확히 구별되기 어렵다. ⑤ 대부분 사내협력업체가 피고 현대자동차만을 상대로 사업을 영위하였으며, 사내협력업체는 독립적 기술조직이나 설비를 구비하지 못하였다. 위 원고들이 업무를 수행하면서 핵심적으로 필요한 생산 관련 시설 · 장비, 작업도구, 부품 등은 모두 위 피고의 소유이다.

(2) 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않는 이른바 간접 생산공정

간접 생산공정은 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않는다는 점에서 컨베이어벨트에 종속성이 덜할 가능성이 있기는 하다. 그러나 간접 생산공정은 실제 업무수행 과정에서 시 · 종업시간, 휴게시간, 연장 및 휴일근무시간의 근무시간 등 근로조건의 설정 · 관리 방식이 컨베이어벨트를 이용한 직접 생산공정과 크게 다르지 않을 뿐만 아니라, 피고 현대자동차가 '사양식별표' 내지 'PDI 정비지침서' 등을 통해 해당 업무의 수행에 관해 지휘 · 명령권을 보유 · 행사하였다면 간접 생산공정의 경우도 직접 생산공정에서와 마찬가지로 해당 원고들과 위 피고 사이에 근로자파견 관계를 인정할 수 있다.

(3) 2차 사내협력업체 소속 원고들의 경우

이 사건의 경우, 피고 현대자동차가 현대글로비스와 위와 같이 도급계약을 체결한 외에 2차 사내협력업체와 도급계약 등 명시적인 법률관계를 형성한 사정은 보이지 않는다. 그러나 '근로자파견'에 해당하는지가 근로관계의 실질에 따라 판단되어야 하는 것과 마찬가지로, 특정 업체들 사이에 '근로자파견계약'이 존재하는지를 판단하기 위해서도 형식적인 계약서의 작성 여부보다는 해당 업체들 사이에서 근로자가 제공·사용되어 온 실질적인 경위와 내용이 검토되어야 한다.

만약 피고 현대자동차가 2차 사내협력업체들로부터 직접 근로자를 제공받아 실질적으로 사용하였음에도, 단지 해당 업체들 사이에 명시적인 계약서 등이 작성되지 않았다는 이유만으로 피고 현대자동차에 사용사업주로서 책임을 물을 수 없다고 본다면, 실질적으로는 위법하게 근로자를 파견받아 사용하면서도 제2의 도급업체를 끼워 넣는 방식으로 파견법의 적용을 손쉽게 회피할 길을 열어주게 됨으로써, 파견근로자의 상용화와 장기화 방지라는 입법 취지를 심각하게 훼손하는 결과에 이르게 된다.

나. 검토

대상판결은 현대자동차와 1차 협력업체 소속의 직접 생산공정 근로자뿐 아니라 간접 생산공정 근로자까지 근로자파견관계를 인정하였으며, 더 나아가 협력업체와 재하도급 계약을 체결한 2차 협력업체 근로자까지 현대자동차와의 근로자파견관계를 인정하였다는 점에서 의의가 있다.

대상판결은 현대자동차가 1차 협력업체의 공정 운영에 관한 계획을 상세하게 세워 사실상 1차 협력업체 직접 생산공정 근로자의 작업량, 작업순서, 작업속도, 작업시간 등을 결정한 점, 작업시양서 등을 통하여 1차 협력업체 근로자에 대해 업무상 지휘·감독을 한 점 등을 들어 1차 협력업체의 직접 생산공정 근로자에 대하여 근로자파견관계를 인정하였다.

컨베이어 등 자동화시스템에 따라 작업해야 하는 직접 생산공정의 경우 하청업체는 투입할 근로자의 수, 작업시간, 작업방식, 작업속도 등에서 자율성을 제약받게 되므로 근로자파견이 인정될 여지가 높을 것이

다[60]. 그러나 컨베이어벨트를 활용하지 않는 간접 생산공정의 경우라도 작업수행이 직접 생산공정과 밀접하게 연동되어 이루어지고 있다면 근로자파견으로 인정될 수 있을 것이다.

대상판결은 컨베이어벨트를 활용하지 않는 간접 생산공정 근로자의 업무수행 과정이 직접 생산공정 근로자의 경우와 다르지 않고, 현대자동차가 '사양식별표' 내지 'PDI 정비지침서' 등을 통해 업무상 지휘·명령을 한 점 등을 들어 1차 협력업체의 간접 생산공정 근로자에 대하여도 근로자파견관계를 인정하였다.

한편, 일반적인 불법파견 사건에서는 원청업체-하청업체-하청업체 근로자 간의 3면적 법률관계가 문제가 되나, 하청업체가 도급받은 업무를 다시 재하청 주었을 경우에는 원청업체-하청업체-2차 하청업체-2차 하청업체 근로자 간의 4면적 법률관계가 문제가 될 것이다. 이 경우 원청업체와 2차 하청업체 근로자 간에도 근로자파견관계가 인정될 수 있을 것인지, 그 인정 요건은 무엇인지 고민할 필요가 있다. 산업화가 진행될수록 효율성 강화를 위해 업무의 분화도 가속화되고 있기 때문이다.

대상판결은 하청업체가 도급받은 업무를 다시 재하청한 경우에도 실질판단의 원칙에 따라 판단하여야 한다고 하면서 동일한 내용의 근로자파견 인정기준을 적용하고 있다. 그리고 '원청업체가 2차 하청업체로부터 직접 근로자를 제공받아 실질적으로 사용하였음에도 불구하고 원청업체와 2차 하청업체 사이에 형식적인 도급계약서 등이 작성되지 않았다는 이유로 원청업체에게 책임을 물을 수 없다고 본다면, 원청업체와 하청업체 사이에 제2의 도급업체를 끼워 넣는 방식으로 파견법의 적용을 회피할 수 있는 길을 열어주게 되어 파견법의 입법 취지를 훼손하게 되는 결과에 이르게 된다'고 하고 있는데 타당한 결론이다.

그리고 대상판결은 원청업체와 2차 하청업체 간에 형식적인 계약관계가 없기 때문에 원청업체와 2차 하청업체 간의 근로자파견관계를 인정함에 있어 사실상 원청업체의 승인 하에 2차 하청이 이루어졌다는 점, 원청업체는 2차 하청업체 소속 근로자로부터 근로를 제공받게 된다는 사실

60) 조임영(주16), 169면.

을 명백히 인식하고 있었던 점, 하청업체(현대글로비스)가 사실상 인력공급이라는 업무수행을 위한 실체성을 갖추고 있지 못했으며 역할도 미미하여 원청업체와 2차 하청업체가 직접적으로 도급계약을 체결하기도 하였던 점까지 고려하여 신중한 판단을 한 것으로 보인다.

본 사건과 유사하게 서비스업에서 2차 하청업체 근로자의 파견근로자 인정 여부가 문제된 사건으로 세이브존 사건이 있다. 대형 유통업체인 세이브존 및 세이브존아이앤씨는 아이세이브존과 용역도급계약을 체결하였는데, 아이세이브존은 이를 다시 씨앤아이에 하도급하였다. 이에 따라 씨앤아이 근로자들이 세이브존에서 근로한 사건에서 의정부지방법원 고양지원(근로자지위확인소송)[61]과 서울남부지방법원(근로자파견법 위반)[62]은 아이세이브존과 씨앤아이가 체결한 용역계약은 세이브존 및 세이브존아이앤씨와 씨앤아인이 직접 체결한 것으로 봐도 무방할 정도로 아이세이브존의 역할은 미미하다고 하면서 원청업체와 2차 하청업체 근로자 간의 근로자파견관계를 인정하였다.[63]

실질판단의 원칙과 파견법의 입법취지에 근거하여 원청업체와 2차 하청업체 간에 형식적인 법률관계가 없다고 하여도 묵시적인 근로자파견관계가 성립될 수 있다는 것은 타당하다고 할 것이나, 3면적인 불법파견 법률관계를 전제로 한 근로자파견 인정기준을 가지고 그 이상의 다면적 법률관계에서의 불법파견 여부를 판단할 수 있는지, 추가적인 판단기준이 필요한지에 관한 추후 연구가 필요하다.

대상판결[64]과 세이브존 사건 모두 1차 하청업체가 원청업체 조직의 일부 내지는 페이퍼컴퍼니로 볼 수 있을 정도로 실체가 없거나 역할이 미미한 경우였는데, 이러한 것을 하나의 판단요소로 볼 수도 있을 것이다. 그렇다면 1차 하청업체가 어느 정도로 실체를 가져야 하는지 또는 가지지 않아야 하는지 문제될 것이다.

---

61) 의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결.

62) 서울남부지방법원 2019. 1. 31. 선고 2018고단1654 판결.

63) 박귀천(주35), 19면.

64) 대상판결은 원청업체가 2차 하청업체의 존재를 알고 있고, 사실상 승인까지 했다는 점도 고려하였다.

5. 현대제철 판결(광주고등법원 2019. 9. 20. 선고 2016나546 등 (병합) 판결, 상고심 계류 중)

가. 판결의 내용

현대제철 순천공장의 사내협력사업체에 소속되어 강관, 냉연강판 등의 제조업무에 종사하던 근로자들이 불법파견을 이유로 원청업체에 대하여 근로자지위확인 소송을 제기한 사건에서 원심판결에 이어 광주고등법원도 다음과 같은 점들을 근거로 하여 근로자파견관계를 인정하였다.

① 근로자들은 피고 순천공장에 출근하여 피고 직원들의 근무시간에 맞추어 냉연강판 등 제조공정 중 일부에 참여하여 비교적 단순하고 반복적인 작업을 수행하였다. 피고가 교부한 작업표준에 따라 작업을 수행하였고, 피고가 정해주는 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소를 위반하거나 임의로 변경하여 업무를 수행할 수 없어 사실상 피고로부터 작업수행 자체에 관하여 지시를 받았다. ② 피고는 '협력사 페널티 규정'을 만들어 벌점을 부과하는 방식으로 사내협력사업체의 근로자들이 피고 직원들의 업무 지시에 따르도록 강제하였다. ③ 사내협력사업체 현장대리인은 단지 피고의 작업의뢰서를 전달하거나 피고가 지시·결정한 사항을 근로자들에게 전달한 것에 불과할 뿐, 독자적인 권한을 가지고 근로자들의 작업에 대한 지휘·감독을 한 것으로 보이지 않는다. ④ MES를 구축하여 작업물량, 작업 위치 등 근로자들이 작업해야 할 구체적인 범위를 정해주었고, 실시간으로 근로자들에게 메시지를 보내는 등 업무지시를 하였다. ⑤ 사내협력사업체들이 담당한 12가지 업무·공정들은 원자재 입고에서부터 완제품 출하까지 피고가 냉연강판을 생산하는 5가지 주요 공정의 생산라인의 진행과 연동되어 함께 작업이 진행되어야 할 필요가 있고, 근로자들의 업무시간, 휴게시간, 식사시간, 연장·야간근무도 피고 직원들과 동일하게 정해졌다. ⑥ 피고 직원들과 근로자들은 동일한 작업을 같이 수행하거나 업무를 대신 수행하기도 하였고 일부 근

로자들은 용역도급계약에서 정한 업무 외의 작업을 하였다. 근로자들은 피고 직원들의 ID로 전산시스템에 로그인하여 업무를 처리하기도 하였다. ⑦ 기존 사내협력사업체가 폐업한 경우 새로운 사내협력사업체가 기존 근로자를 승계하였다 ⑧ 근로자들이 행한 업무는 특별한 전문성, 기술력을 필요로 한 업무가 아니고, 피고가 보유한 기술을 전수 받아 대행한 것에 불과하다. ⑨ 피고는 일의 결과 및 품질에 불량이 발생할 경우, 해당 근로자의 잘못을 지적하고 경위서를 제출받았을 뿐 사내협력사업체에 하자담보 책임을 물은 적이 없다. ⑩사내협력사업체들은 별다른 물적 시설 및 고정자산을 보유하고 있지 않다.

나. 검토

대상판결은 원청업체와 하청업체의 업무가 구분되어 있고, 작업장소도 떨어져 있었음에도 불구하고, 원자재 입고부터 완제품 출하까지 양 측의 업무가 연동되어 함께 작업이 진행되어야 한다는 점에 주목하여 실질적으로 공동작업을 하는 것으로 평가하여 근로자파견관계를 인정하였다. 하청업체 근로자가 원청업체 사업장 외의 장소에서 근무하더라도 하청업체의 업무수행 방식이 원청업체 근로자의 업무와 유기적으로 관련되어 있어 실질적으로 공동작업을 하는 것이라고 평가할 수 있다면 근로자파견에 해당할 수 있다는 것이다.

본 사건에서 원청업체는 MES가 도급업무의 발주, 검수, 작업정보 공유 등 업무의 효율적 진행을 위한 정보의 기록·처리 자동전자시스템에 불과하다고 주장하였으나, 대상판결은 사내협력사업체의 업무가 단순하고 반복적인 것으로 냉연강판을 생산하기 위한 노무를 제공한 것에 불과하고, MES를 통해 이루어지는 피고의 작업 요청의 내용과 빈도, 피고 직원들과 사내협력사업체의 근로자들의 지배종속적인 업무관계 등으로 보았을 때, 원청업체는 MES를 통해 사내협력사업체 근로자들에게 작업을 지시하고 관리·감독한 것으로 보아야 한다고 하였다. 이와 달리 도급업무가 단순·반복적인 업무가 아니고. 사내협력사업체가 도급업무에 대하

여 전문성과 기술성을 가지고 있었다면 원청업체가 작업방식 등에 관하여 지시나 관여를 할 여지가 없기 때문에 MES가 생산의 효율적 관리를 위한 정보전달 시스템으로 작용했다고 판단했을 가능성이 높을 것이다.

Ⅲ. 도급관계를 인정한 판례

1. KTX (2)사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)[65]

가. 판결의 내용

한국철도공사로부터 KTX 승객서비스 업무를 위탁받은 철도유통 등에 소속되어 근무하다가 정리해고 된 KTX 여승무원들이 한국철도공사를 상대로 묵시적 근로계약관계의 성립 내지 불법파견을 주장한 사건이다. 대법원은 같은 날 선고한 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)과 같은 내용의 근로자파견 인정 기준을 설시한 다음, 아래와 같은 이유를 들어 한국철도공사와 여승무원 사이에 묵시적 근로계약관계와 근로자파견관계의 성립 모두를 부인한 원심 판단을 긍정하였다.

근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 원청의 상당한 지휘·명령, ② 원청 사업으로의

---

65) KTX 사건에는 철도유통으로부터 정리해고를 당한 여승무원 34명이 2008년 한국철도공사를 상대로 제기한 근로자지위확인 및 임금지급가처분 소송과(KTX (1)사건), 역시 정리해고를 당한 다른 여승무원 118명이 2009년에 같은 내용으로 제기한 소송(KTX (2)사건)이 있다. (1)사건의 경우 1심과 2심에서 모두 위장도급을 이유로 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하였으나, (2)사건의 경우 위장도급을 인정한 1심과는 달리 2심에서는 묵시적 근로계약관계 및 근로자파견관계가 모두 성립되지 않는다고 보았다. 결국, 2015년 대법원은 위 소송들에 대하여 모두 위장도급이 아니라고 판시하였는데, (1)사건은 묵시적 근로계약관계 성립을 부정한 것에(대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결), (2)사건은 근로자파견관계를 부정한 것에(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결) 중점이 있으므로 여기서는 (2)사건을 다룬다.

실질적인 편입, ③ 하청의 근태 및 노무관리의 독립성 ④ 도급업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성, ⑤ 협력업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다

원심은 ① 재단법인 홍익회와 주식회사 한국철도유통(이하 '철도유통 등'이라고 한다)이 KTX 승객서비스업을 담당하는 KTX 승무사업본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리한 점, 철도유통 등은 원고들과 같은 KTX 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 KTX 여승무원에 대한 교육 및 근무평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영한 점, 철도유통 등이 채용·복무·보수·해고에 관한 내용이 포함된 '고속철도승무원 운용지침'을 제정하고 징계처분 등 KTX 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였던 점, ② 한편 KTX 승무분야 업무 중 KTX 여승무원의 업무를 피고 측 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않은 점, KTX 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 KTX 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮은 점, ③ 열차팀장이 KTX 여승무원에게 지시하거나 KTX 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었던 점, 철도유통 등은 출근상황, 근무시간, 휴게시간 등 KTX 여승무원의 근무내용을 직접 관리한 점, 승무교번표를 편성하여 그에 의거 KTX 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 철도유통 등이었던 점 등의 여러 사정에 비추어 보면, … KTX 여승무원과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가하기는 어려우며, 철도유통 등이 KTX 여승무원을 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 KTX 여승무원으로 하여금 피고 측의 지휘·명령을 받아 피고 측을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견관계에 해당한다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심이 철도유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 KTX 승객서비스업을 경영

하고 KTX 여승무원에 대한 인사권도 독자적으로 행사하였다고 보아 원고들과 피고 측 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정한 것은 정당하고, 나아가 KTX 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무가 구분되어 있었으며 KTX 여승무원에 대한 피고 측의 구속력 있는 지휘 · 명령이 없었고 KTX 여승무원의 구체적인 업무수행 방식 등에 관한 결정 권한을 철도유통 등이 행사하였다는 취지에서 근로자파견관계에도 해당하지 않는다고 본 원심의 판단 역시 정당하여 수긍할 수 있다.

나. 검토

대상판결은 하청업체인 철도유통 등이 사업경영과 인사노무관리에 있어서 어느 정도 독립성을 보유하고 있다는 점과 KTX 여승무원의 업무와 피고 소속 근로자인 열차팀장의 업무가 구분되어 도급이 가능한 업무라는 점을 우선적으로 판단한 다음 한국철도공사가 KTX 여승무원에 대해 구속력 있는 지휘·명령을 하였다고 볼 수 없다고 하면서 묵시적 근로계약관계와 근로자파견관계를 모두 부정하였다.

대상판결은 묵시적 근로계약관계의 성립과 근로자파견관계의 성립을 별도로 판단하지 않고 한꺼번에 판단하고 있는데, 그러한 과정에서 하청업체의 독립성 내지 실체성을 중점적인 요소로 판단하게 된 것으로 보인다. 그러나 묵시적 근로계약의 성립과 근로자파견관계의 성립은 인정요건을 달리하고 있으므로 별도로 판단되어야 하고, 특히 근로자파견관계 인정에 있어서는 원청업체가 하청업체 근로자에게 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부를 보다 중점적으로 판단하였어야 한다고 본다.[66]

대상판결에서 새롭게 제시된 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법리에서는 원청업체의 지휘·명령이 '상당한' 경우를 근로자파견 인정기준의 하나로 들고 있어 일반적으로 근로자파견이 인정되는 지휘·명령의 범위가 확대된 것으로 해석되고 있다. 그러나 KTX 사건에서는 지휘·명령의

66) 같은 취지의 의견으로 강성태, "사내하청에 관한 세가지 판단 -Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX", 노동법연구 제40호, 2016. 65면.

‘상당성’ 보다는 ‘구속성’ 여부에 더 초점을 둔 것으로 보인다.[67] 대상판결은 KTX 여승무원이 열차팀장의 구속력 있는 지휘·명령을 받지 않았다고 보았으나, KTX (1) 사건의 원심판결이 지적하는 바와 같이 ‘피고 측의 관련 규정상 열차팀장이 KTX 여승무원의 업무 수행 확인 및 평가를 시행하도록 되어 있는 반면에 KTX 여승원에 대한 감독업무를 수행하는 철도유통 등의 책임자는 KTX에 거의 승차하지 않은 점, 피고 측에서 KTX 여승무원에 대한 시정사항을 통보하고 그 시정요구에 따라 철도유통 등이 징계처분을 한 뒤 피고 측에 통보한 적이 있는 점’ 등에 좀 더 주목하였어야 한다.

그리고 대상판결에서는 ‘KTX 여승무원의 업무와 피고 소속 근로자인 열차팀장의 업무가 구분되어 도급이 가능한 업무’라고 하고 있는데, 업무의 구분이 가능하다고 하여 도급이라고 볼 수 없으며[68], 근로자파견을 부정하는 기준이 될 수도 없다[69]는 점에서 의문이 남는다.

대상판결이 서비스업에서 위장도급이 문제가 된 첫 판결인 만큼, 서비스업에서 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급이 가능한지, 도급을 추정하게 하는 징표인 ‘업무의 분리 가능성’의 의미는 무엇인지[70] 등에 관하여

---

67) 같은 취지의 의견으로 강성태(주66), 65면.

68) 강선희(주58). 86면. 강선희 박사는 도급계약이라면 업무가 명백하게 구분되어 있겠지만, 역으로 업무가 구분되어 있다고 하여 바로 도급계약이 성립되는 것은 아니라고 하면서, 대상판결이 업무만 분리되면 도급계약이 된다는 식으로 실무에 왜곡된 메시지를 줄 우려가 있다고 한다.

69) KTX (1) 사건의 원심판결(서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결)에서 KTX 여승무원과 열차팀장의 업무를 분리될 수 없어 도급계약의 대상이 되지 않는다고 보았으므로 대상판결에서 이에 대응하여 적시한 것으로 보이나, 적어도 도급계약의 대상이 되는 다른 특징, 즉 업무의 확정성, 전문성· 기술성 여부에 대하여도 판단하였어야 한다고 본다.

70) 강성태(주66), 77면, 강성태 교수는 업무의 분리 가능성은 본질적으로 기술의존적이라고 하면서 중요한 것은 나누어진 업무단위가 시장에서 독자적 상품성을 가지고 또 그렇게 거래되는가 하는 점이라고 한다. 또한 일부에서 주장하는 ‘개념상 분리 가능한 업무의 완수’라는 것은 정의 자체가 곤란하다고 한다; 김홍영, “KTX 여승무원의 실질적 사용자가 철도공사인지 여부”, 노동리뷰 제121호, 2015, 91면, 김홍영 교수는 현대자동차처럼 제조업무는

좀 더 자세하게 판시하였어야 한다고 본다. 위장도급 사건은 과거에는 주로 조선이나 자동차와 같은 제조업에서 많이 문제가 되었으나, 현재는 서비스업에서도 많이 문제가 되고 있기 때문이다.

2. 한국타이어 사건(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결)

가. 판결의 내용

한국타이어 협력업체 소속으로 재료운반 업무, 통근버스 운전업무를 담당하고 있는 근로자들이 불법파견을 이유로 한국타이어를 상대로 제기한 근로자지위확인 소송에서 법원은 다음과 같은 이유로 근로자파견관계를 부정하였다.

① 피고가 1990년대 중반 무렵부터 타이어 반제품 등의 운반업무, 물류업무, 청소업무 등을 순차적으로 외주화였는데, 대체로 공정별·업무별로 외주화 대상을 선정함으로써 피고와 사내협력업체 소속 근로자들이 담당하는 업무는 그 내용과 범위를 구분하는 것이 가능하였다. 이들 근로자들이 특정 공정 내에서 동일한 업무를 혼재하여 수행하거나, 피고의 근로자들에 결원이 발생할 때 사내협력업체 근로자들이 대체 투입되어 해당 업무를 수행하는 경우는 찾아보기 어렵다. ② 피고의 공장 내에 설치된 컨베이어 등의 작동 속도는 특정 공정을 거친 제품의 적치량을 결정하게 될 뿐, 타이어의 생산량이나 생산방식에 직접 영향을 미친다고 보기는 어렵다. ③ 피고가 작성하여 사내협력업체에 배부한 운반계획서는 피고가 계획한 생산량이나 운반량 등 매일의 작업 총량을 사내협력업체 측에 할당한 것 이상의 의미를 갖는다고 볼 수 없다. ④ 협력업체에 재고량, 생산량, 생산계획 등에 관하여 알리면서 일, 주, 월 단위의 작업

연관작업, 혼재작업인 경우에는 파견관계가 인정되어 근로자 보호가 가능하지만, 서비스제공업무는 '업무가 구분된다는 이유로' 묵시적 근로계약관계도 근로자파견관계도 부정되어 근로자 보호가 불가능해지는 문제가 있다고 지적한다.

총량을 할당한 것을 넘어서 원고들에 대하여 직접 구체적인 작업방법, 작업순서, 작업속도 등을 지시 또는 결정하였거나, 그 일을 담당할 협력업체 근로자들의 수나 구체적인 담당자를 정하였거나, 피고의 직원들이 원고들에 대하여 질문에 답을 하거나 개인적으로 돕는 것을 넘어서 구체적인 작업방법 등을 지시하였거나, 도급계약에 있어 완성된 물건에 하자가 있는지 여부를 검사하는 정도를 넘어서 구체·개별적으로 부적절한 작업방법에 대한 시정 지시 등을 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없고, ⑤ 공장의 가동, 중지를 피고가 결정하는 것이 사내하도급과 무관한 파견근로의 징표로 보기도 어려우므로, 원고들이 피고로부터 실질적인 지휘·명령을 받는 근로자파견관계에 있었다고 보기 어렵다.

나. 검토

본 사건에서 근로자측은 원청업체 공장 내의 모든 공정들이 컨베이어 등 자동화 시스템으로 연결되어 있어 원·하청업체 업무간에 유기적 관련성이 있다고 주장하였으나, 대상판결은 원청업체의 타이어 제조 및 판매 업무와 하청업체의 재료운반, 물류, 청소업무 등이 구분된다는 점, 타이어를 다음 공정으로 운반하는 작업은 몇몇 경우를 제외하고는 기계적 방식보다는 해당 공정의 담당 직원이 차량을 운전해서 운반하는 방식으로 진행되고 있다는 점, 컨베이어 등 설비에 에러가 발생하는 경우에도 원청업체나 하청업체 소속 근로자를 투입하여 운반작업을 수행하게 하여 생산 차질을 최소화할 수 있고, 공정별로 확보된 재고물량이 있어 타이어 생산 작업이 중단없이 진행될 수 있다는 점, 원청업체 공장 내에 설치된 컨베이어 등은 모두 제품 운반수단에 불과한 것이어서 타이어의 생산량이나 생산방식에 직접 영향을 미친다고 보기 어렵다는 점을 들어 원청업체와 하청업체의 업무가 고도의 유기성을 지닌다거나 상호 연관성·의존성이 높다고 할 수 없다고 하였다.

대상판결은 사업장 내 각 공정들이 컨베이어 등 자동화시스템으로 연

결되어 있는 경우에도 원·하청업체의 업무가 구분되고, 자동화시스템으로 인하여 하청업체 근로자의 업무의 작업속도, 작업순서, 작업방법 등이 원청업체에 구속되지 않는다면 원·하청업체 업무간에 유기성이 높다고 볼 수 없다고 보았다는 점에서 의미가 있다.

3. 포스코 (3)사건(광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2017가합12074 판결)[71]

가. 판결의 내용

포스코 사내협력업체인 ○○코엠텍에 소속되어 냉연제품 포장업무 등을 담당하고 있는 근로자들이 불법파견임을 이유로 포스코를 상대로 제기한 근로자지위확인 소송에서 광주지방법원 순천지원은 다음과 같이 판시하면서 근로자파견관계를 부정하였다.

① ○○코엠텍은 자체 작업표준서를 작성하여 이를 작업장에 비치하였고, 원고들을 포함한 ○○코엠텍 근로자들은 그에 따라 작업을 수행하여 왔다. ② 피고는 MES를 통하여 포장대상 코일에 대한 포장사양 코드 정보 등을 전달하였으나, 포장업무의 특성상 도급인과 수급인이 포장사양의 유형 및 포장규격에 대하여 동일한 기준을 공유할 필요가 있는 점, ○○코엠텍이 고객의 주문에 맞춘 포장사양 개발에 주도적인 역할을 한 점, 제품별 포장사양에 관한 정보를 MES로 제공한 것은 이 사건 협력작업계약의 작업대상을 구체화한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이를 구속력 있는 업무지시라고 볼 수 없다. ③ 또한 작업사양서에 기재된

---

71) 광주고등법원은 2016년 이와 유사한 사건에서 포스코와 사내협력업체 근로자 간 근로자파견관계를 인정한 바 있는데(포스코 (1)사건, 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결, 현재 상고심 계류 중). 최근 광주지방법원 순천지원은 위와 반대로 포스코와 사내협력업체 근로자 간의 근로자파견관계를 부정하는 두 가지 판결을 내렸다(광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2016가합777 판결(포스코 (2)사건), 2017가합12074 판결(포스코 (3)사건)).

소요인원은 도급대금 산정을 위하여 작업별 투입 예상 인원을 기재한 표준인원에 불과하고, ○○코엠텍이 작업사양서의 소요인원에 따라 인력을 배치하였다거나 ○○코엠텍 근로자들이 작업사양서의 내용에 따라 작업하였음을 인정할 증거가 없다. ④ 압연공정이 컨베이어 등 자동화 시스템으로 연결되어 있으나 포장라인에는 야드가 존재하여 포장작업이 선후공정의 차질에 즉각적으로 영향을 받지는 않는 점, 피고는 일정 제품군의 생산기한을 정하는 정도로만 전반적인 생산스케줄을 관리하고 있는 점, 특히 포장라인은 쉬프터 버튼 조작을 통하여 작업속도를 스스로 조절하고 있는 점 등에 비추어 보면, 포장작업의 생산속도가 피고에 의하여 결정된다고 보이지는 않는다. ⑤ ○○코엠텍이 수급한 업무는 주로 완성된 제품의 포장에 관계된 것인 반면, 피고가 직영하는 업무는 고객이 원하는 특성을 갖춘 철강제품을 만들기 위해 생산기계를 조작하고, 완성된 철강제품을 적절하게 관리하는 것으로 양자는 기능적으로 구분된다. 여기에 피고가 ○○코엠텍이 수행하는 포장작업을 직접 수행한 적이 없는 점, 피고 근로자의 결원이 발생하였을 때 ○○코엠텍 근로자가 대체근로를 한 바도 없다. ⑥ ○○코엠텍 근로자는 입고된 코일에 외관상 이상이 있으면 피고 근로자에게 알리고, 피고 근로자는 포장라인에 방문하여 적절한 조치방안을 결정하였으나, 이 경우에도 양자의 업무는 기능적으로 명확히 분리되므로 혼재근무를 하였다거나 공동작업을 하였다고 평가할 수 없다. ⑦ 피고의 KPI 평가지표가 사내협력업체의 경영방침 등에 간접적인 영향을 미치는 것으로 보이나, KPI평가는 협력작업의 품질향상을 유도하고 차기 도급계약의 기초자료를 마련하는 데에 주된 목적이 있어 보일 뿐이고, 피고가 KPI 평가를 통해 ○○코엠텍에게 일정 인력 투입을 강제한다고 볼 수는 없다. ⑧ 피고가 ○○코엠텍에게 포장실적 충족을 요청한 적도 있으나, 그에 따라 추가 인력투입계획을 수립하고 시행한 주체는 피고가 아닌 ○○코엠텍이다. ⑨ ○○코엠텍은 독자적으로 작업에 투입될 근로자를 배치하고, 지휘체계를 통해 관리·감독하며, 징계, 승진, 인사평정 등에 관한 인사권을 행사하고 있다. ○○코엠텍은 코스닥시장 상장법인으로 전체 매출액에서 포장사업의 비중은 절반 정도

이고, 포장사업에 관한 독자적인 기술 및 자체 개발 설비를 보유하고 있으며, 이 사건 협력작업에 사용되는 일부 설비도 소유하고 있다.

나. 검토

대상판결은 원청업체가 제품별 포장사양에 관한 정보를 MES로 제공한 것은 협력작업 계약의 작업대상을 구체화한 것이고 이를 구속력 있는 업무지시로 볼 수 없다고 보았다.

전산관리시스템(MES)을 통한 작업상황, 작업정보 등의 전달이 원청업체의 구속력 있는 지휘·명령에 해당하는지에 대하여 하급심 법원은 각기 엇갈린 판결을 내놓고 있다. 이것은 각 사건의 작업현장에서 MES가 작용하는 역할에 따라 달리 판단되어야 한다. MES 시스템의 적용으로 인하여 하청업체 근로자의 작업내용, 작업속도, 작업순서 등이 사실상 구속되고, 업무수행에 있어 하청업체의 재량권이 본질적으로 침해된다면 MES를 통한 정보전달은 원청업체의 구속력 있는 지시로 볼 수 있을 것이다. 도급받은 업무가 단순하거나 상시적이지 않고, 수급업체가 그 업무에 대해 전문성과 기술성을 가지고 있는 경우, 즉 하청업체의 업무상 재량권이 인정되는 상황에서는 MES 시스템은 도급인과 수급인간에 도급목적 업무에 관한 정보공유, 완료된 업무의 검수 정도로 볼 여지가 더 많을 것이다.

대상판결에서도 포장업무의 특성상 도급인과 수급인이 포장사양의 유형 및 포장규격에 대하여 동일한 기준을 공유할 필요가 있으며, 하청업체가 고객의 주문에 맞춘 포장사양 개발에 주도적인 역할을 하였고, 포장사업에 관한 독자적인 기술 및 자체 개발 설비를 보유하고 있다는 점 등을 고려하여 MES를 통한 정보제공을 원청업체의 구속력 있는 지시로 보지 않은 것으로 보인다.

그리고 대상판결은 컨베이어 등 자동화 시스템으로 연결되어 순차공정이 이루어진다는 점에서 원청업체의 업무와 하청업체의 업무가 밀접한 연관성을 가진다고 보면서도, 양 업무가 기능적으로 구분되고, 하청업체

가 스스로 업무속도 등을 조절할 수 있다면 도급에 부적합하다고 볼 수 없다고 한 점에서도 의미를 가진다.

4. 현대자동차 남양연구소 사건(서울고등법원 2019. 9. 27. 선고 2018나2062639 판결, 상고심 계류 중)

가. 판결의 내용

현대자동차 남양연구소에서 장비 점검업무를 수행하는 하청업체 근로자들이 불법파견을 이유로 현대자동차를 상대로 근로자지위확인소송을 한 사건에서 원심법원은 근로자파견관계를 인정하였으나, 서울고등법원은 다음과 같은 이유로 원심과는 달리 근로자파견관계를 부정하였다.

① 남양연구소에서 근무하는 1만여 명의 피고 근로자들은 대부분 연구직 근로자(연구원)이다. 이들의 주요 업무는 연구 및 개발 업무로, 협력업체 직원들이 맡은 예방점검 업무와 명확하게 구별돼 연동될 여지가 없고 대체 가능성도 없다. ② 원고 근로자들이 업무 협조 차원이나 개인적 친분에서 피고 소속 근로자들의 정비 업무를 일시적으로 도운 것일 뿐, 원청 소속 근로자들과 하나의 작업집단으로 구성돼 업무를 대신했다고 보기 어렵다. 계약 외의 업무를 했다고 주장하지만 업무 방식이나 장비의 변경에 불과할 뿐이다. ③ 피고가 작업확인서나 작업표준서를 작성케 한 것 역시 예정대로 작업이 수행됐음을 확인한다던가, 업무수행 결과를 확인할 수 있도록 한 것에 불과하다. ④ 작업 관리 과정에서 사용한 NEMS 역시 장비 관리사이트일 뿐 근로자별로 성과와 실적을 관리하거나 감독하는 것이 아니며, 종전 작업확인 과정을 전산화한 것에 불과할 뿐 지시나 통제 수단으로 보기는 어렵다. ⑤ 근로자 채용과 근로자별 작업 배치, 보직 변경은 협력업체가 스스로 했고, 세부적인 작업까지 피고가 구체적으로 지시했다고 볼 증거가 없다. ⑥ 주간업무보고서나 월말보고서도 협력업체 업무 결과를 정리해 도급액을 청구하는 근거였을 뿐

근태관리를 한 증거가 아니다. ⑦ 이 사건 예방·점검 업무는 자동차 연구·개발 단지의 다양한 시험장비를 대상으로 하므로, 단순한 업무를 반복하는 것으로 볼 수는 없고 기술력이나 전문성이 없다고 볼 것도 아니다. ⑧ 피고는 이 사건 예방·점검 업무에 필요한 공구와 장비, 소모품 등을 원고들에게 무상으로 제공하였지만, 이는 이 사건 예방·점검 업무의 원활한 진행과 협조를 위해 제공한 것으로 볼 수 있다. 일반적인 도급에서도 도급인이 재료를 제공할 수 없는 것은 아니다. ⑨ 협력업체는 피고 내부의 공간을 임차하여 사무실을 두었고 협력업체의 대표는 대부분 피고에서 장기간 근무하다 퇴직한 자들로 보인다. 그러나 협력업체는 업무에 따라 부서가 구분되고 부서별 관리자가 있는 등 자체적인 조직을 갖춘 것으로 보인다.

나. 검토

본 사건에서 협력업체 근로자들은 자동차 연구 장비에 대한 예방점검 업무가 남양연구소의 주요 업무인 연구개발 업무와 연동된다고 주장하였으나, 대상판결은 현대자동차 근로자들의 연구·개발업무와 협력업체 근로자들의 장비 예방·점검업무는 명확하게 구별되므로 연동될 여지도 없고 대체가능성도 없다고 하면서 근로자파견관계를 부정하였다.

한편, 서울고등법원은 현대자동차 남양연구소에서 도장업무를 담당한 협력업체 근로자들이 제기한 근로자지위확인 소송에서 '도장업무는 원청업체 근로자인 연구원들이 수행하는 각종 검증작업 등과 관계에 있어서는 그 종속적 성격이 두드러진다'고 하면서 근로자파견관계를 인정한 바 있다(서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2016나2016939 등(병합) 판결). 위 사건에서도 원·하청업체 근로자의 업무가 비교적 명확하게 구분되었으나, 하청업체 근로자의 업무가 원청업체가 계획한 전체 작업절차에 연동하여 이루어질 수밖에 없다는 점에서 대상판결과 차이가 있다.

대상판결은 작업 관리 과정에서 사용한 NEMS 역시 장비 관리사이트일 뿐 하청업체 근로자에 대한 지시나 통제 수단으로 보기 어렵다고 하

고 있는데, 협력업체도 NEMS 개발과정에 참여한 점, NEMS는 종전의 예방점검표, 작업확인서에 따른 수기 작성 방식을 전산화한 것이고, 근로자별로 ID가 주어진 것도 아니어서 근로자별 성과나 실적을 평가하거나 감독할 수도 없다는 점, 예방·점검 업무는 단순한 업무를 반복하는 것으로 볼 수는 없고 기술력이나 전문성이 없다고 볼 것도 아닌 점 등을 고려한 것으로 보인다.

Ⅳ. 소결론

위장도급의 문제가 사회적 문제로 부각된지 오래되었으나, 아직 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 입법은 없다. 그간 입법화 시도가 없었던 것은 아니나,[72] 근로자파견과 도급의 구별기준을 입법화하는 것이 합당한지 의문이다. 기업의 외부노동력 활용은 제조업을 넘어 서비스업, 유통업 등으로 확대되고 있고, 새로운 유형의 업무용역계약들도 생겨나고 있어서 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 사회적 합의를 이끌어내기도 쉽지 않고, 유동적인 산업현장을 경직적인 법률로 규율한다면 자칫 구체적 타당성을 잃을 수 있기 때문이다. 우리와 법 체계가 유사한 독일과 일본도 근로자파견과 도급의 구별기준을 법률로 규정하고 있지 않다.

근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 입법이 존재하지 않는 만큼 판례의 태도가 중요하다. 1988년 파견법이 제정된 이후로, 특히 사내하도급과 관련하여 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법적 분쟁이 계속되어 많은 판례가 축적되었다. 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 사건에서 근로자파견과 도급의 구별기준에 관하여 다음과 같이 일반적인 법리를 제시하였다. 즉 '근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 원청의 상당한 지휘·명령, ② 원청

72) 박근혜 정부는 2015년 노동시장 구조개혁 추진방안으로 파견법 등 '5대 노동법안' 개정안을 발의한 바 있는데, 파견법 개정안에는 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 내용이 포함되어 있었다.

사업으로의 실질적인 편입, ③ 하청의 근태 및 노무관리의 독립성 ④ 도급업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성, ⑤ 협력업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 종합적으로 판단하여야 한다'는 것이다.

그러나 위 현대자동차 아산공장 판결에서 제시한 법리는 근로자파견 인정을 위한 5가지 기준을 병렬적으로 나열한 다음 종합적으로 판단하도록 하고 있는데, 각 기준들이 어떤 비중과 의미를 가지고 있는지 설명하고 있지 않아 기준으로서 명확성이 부족하다는 비판을 받고 있다. 따라서 예측가능성을 높이고, 법적안정성을 향상시키기 위하여 각 기준들이 무엇을 확인하기 위한 도구로 사용되고 있는지를 분명히 하고, 본질적·핵심적인 기준과 부수적인 기준으로 구분할 필요가 있다.[73]

현대자동차 아산공장 판결 이후에도 하급심에서 일관성 있는 판결이 이루어지지 못하고 있는데, 특히 사내하도급에서 원·하청업체 근로자가 공동작업을 하는 것으로 볼 수 있는지 여부, MES를 통한 작업상황 및 작업정보 공유를 원청업체의 업무상 지휘·명령으로 볼 수 있는지 여부 등에 관하여 하급심 판결이 엇갈리고 있다. 이에 관하여 법원이 일관성 있고 구체적 타당성이 있는 판결을 내려야 산업현장의 혼란을 줄일 수 있을 것이다.

제 4 절 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 학설의 태도

Ⅰ. 학설의 내용

'불법파견에도 파견법이 적용된다'는 2008년 예스코 판결 이후로 위장

73) 유성재, "근로자파견에 관한 최근 판례의 동향", 노동법포럼 제21호, 2017, 169면.

도급에 관한 논쟁은 주로 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 것으로 집중되었다. 위장도급 사건에서 사용자측은 진정한 도급관계임을 주장하여 파견법의 적용을 면하고자 하고, 근로자는 실질적으로 근로자파견관계임을 주장하여 파견법상의 고용간주 내지 고용의무 규정의 적용을 받고자 한다. 양 측의 이해관계가 첨예하게 대립하는 만큼 근로자파견과 도급의 구별기준에 관하여도 여러 논의가 있는데, 논의 경향에 따라 크게 나누어 보면 다음과 같다.

우선, 근로자파견에서만 나타날 수 있는 고유한 속성과 도급에서만 나타날 수 있는 고유한 속성이 있는 것을 전제로 하여 근로자파견에서는 나타날 수 없는 도급의 고유한 특성(법적 효과)을 가진 경우에는 다른 파견적 요소가 일부 있더라도 도급으로 인정해야 한다는 견해이다.[74] 근로자파견의 고유한 속성은 사용사업주의 지휘·명령인데, 도급인에게도 지시권이 인정되므로 양자를 구별하여야 하며, 도급인의 지시를 쉽게 사용사업주의 지휘·명령이라 단정하여 파견법을 적용하면 안 된다고 주장한

74) 이러한 견해로 박지순(주16) 307면(박지순 교수는 도급계약의 고유한 특성으로 수급인의 계약상 급부의무의 내용이 명확한지와 그 결과에 대한 담보책임을 일정 부분 부담하는지 여부를 들면서 근로자파견과는 부합하지 않는 도급계약상의 고유한 특성을 가진 법률관계라면 비록 파견적 요소가 일부 나타나더라도 전체적으로 도급계약을 인정할 수 있다고 한다); 김희성, "사내하도급에 관한 판례 법리의 내용과 문제점", 노동법총론 제35집, 2015, 209면; 김영문, "파견과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 노동법학 제45호, 2013, 271-173면, 이승길·김준근(주16), 323면; 권혁, "업무도급관계에서의 위장도급 판단", 노동법학 제56호, 2015, 205면(권혁 교수는 계약의 급부 목적이 무엇인가가 본질적인 유형판단의 핵심지표가 된다고 하면서 지시권 행사 여부는 계약의 목적이 '일의 완성'에 있는 것인지 아니면 '노동력의 지배'에 있는 것인지를 가장 명확하게 보여주는 단초이기 때문에 도급지시권은 문제를 해결하는데 반드시 고려되어야 한다고 주장한다); 김봉수, "노무도급과 위장도급", 안암법학 제39호, 2012, 335-399면(김봉수 교수는 "도급계약의 특징적 표지를 가지고 해당 법률관계가 민법상 진정한 의미의 도급인지 아니면 위장도급인지를 판단하여야 하며, 사용종속성 내지 지휘·명령의 표지를 가지고 당해 법률관계를 검토하는 것은 위와 같은 판단이 이루어진 후 보충적으로 행해지는 것이 바람직하다"고 주장한다).

다. 그리고 도급계약 관계에 있는 수급인의 근로자가 실질적으로 도급인에 대한 파견근로자라고 평가하기 위해서는, 해당 근로자에 대한 지휘·명령권을 수급인이 아니라 도급인이 배타적으로 행사한다는 것을 명확하게 인정할 수 있어야 한다고 한다. 이러한 견해는 전반적으로 사적자치의 원칙, 당사자의 실질적 의사를 중요시하며, 도급과 같은 민사계약 영역에 파견법을 적용하여 도급인의 계약상 권리를 부당하게 제한해서는 안 된다고 주장한다.

다음으로 근로자파견과 도급의 구별은 파견법상 근로자파견의 정의규정에 따라 파견법의 적용 여부를 가리면 된다고 보는 견해이다. 불법파견인지 여부는 파견법의 해석문제로 그 적용 대상이 도급으로서 고유한 특성을 가지고 있는지 여부가 핵심적인 판단요소가 될 수 없다는 것이다.[75] 이러한 견해 중에서도 판단방식과 관련하여 여러 판단요소들을 종합하여 판단하되 업무상 지휘·명령을 본질적 지표로 하여 판단하여야 한다는 견해[76], 업무상 지휘·명령은 기술 진보로 점차 간접적·추상적인 것

---

75) 이러한 견해로 조임영(주16). 158-159면(조임영 교수는 "근로자파견관계가 존재하는지에 대한 평가는 파견법상 근로자파견의 정의규정의 구성요건에 해당하는지 여부를 판단하는 방식으로 이루어져야 한다"고 한다); 오윤식(주30), 245-279면(오윤식 변호사는 "위장도급의 준별기준으로 도급인의 수급인의 근로자에 대한 지휘·명령권 행사, 당해 도급계약 등의 도급계약으로서의 유형적 특성의 결여라는 두 가지 주요기준을 제시할 수 있다"고 하면서 "위장도급의 준별은 수급인에게 고용된 근로자와 도급인 사이에 지휘·명령관계, 나아가 사용종속관계가 있느냐를 파악하는 문제이므로, 그 준별에 있어 도급인의 지휘·명령권 행사가 본질적인 표지가 될 수밖에 없고, 따라서 도급계약으로서의 유형적 특성의 결여는 도급인의 지휘·명령권의 행사보다 상위에 있는 기준은 아니라고 할 것이다"라고 한다); 최은배(주29), 34면(최은배 변호사는 "단순하게 근로자파견의 정의(고용한 근로자를 다른 사람에게 사용하게 하는 것)에 따라 지시, 노무의 사용 여부만 따지는 것이 법률 판단에 합당하다 생각한다. 즉 도급과 구별을 통하여 도급에 해당하면 근로자파견이 아니라고 하는 판단 방법보다는, 인정되는 사실관계에서 사용종속성, 지휘감독, 지시명령을 누가 하는지 여부에 따라 근로자파견 해당 여부를 독자적으로 판단하면 그것으로 충분하다"고 한다).

76) 이러한 견해로 오윤식(주30), 245-279면(오윤식 변호사는 직접적 지휘·명령이 있는 경우에는 불법파견이 인정될 수 있고, 포괄적이고 간접적인 지휘·명령

으로 변하고 있고, 도급인과 수급인이 은폐하거나 이중으로 행하기도 하여 판단이 쉽지 않으므로 다른 판단요소들보다 오히려 비중을 적게 두어 판단하여야 한다는 견해[77] 등이 있다.

이 있는 경우에는 원청이 경영조직 내지 사업조직으로의 편입을 고려해 파견을 인정하기 위한 지휘·명령을 인정할 수 있다고 하며, 그 밖에 도급계약의 유형적 특질의 결여는 지휘·명령보다 하위에 있는 판단요소로서 고려할 수 있다고 한다); 박종희, "사내하도급과 불법파견에 관한 법적 문제", 고려법학 제47권, 2006, 135-136면(박종희 교수는 도급과의 관계에서 파견이 지니는 가장 본질적인 요소는 노무급부 관련 지시권 행사와 그에 대한 구속이라고 하면서 다른 여타의 요소들은 이를 강화하는 징표적인 역할을 수행하는 것으로 이해할 수 있다고 한다. 사업조직으로의 편입, 근로자에 대한 인사권 행사 등은 지시권 행사의 결과로 인해 나타나게 된 한 측면으로 볼 수 있다는 것이다); 박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, "사내하도급과 노동법", 한국노동연구원, 2009, 13면-51면(박제성 집필부분)(박제성 박사는 사내하도급의 위법성/적법성을 구별하는 가장 기본적인 기준은 하도급 근로자에 대한 도급인의 지휘명령권 행사 여부라고 하면서 '지휘명령권'의 행사여부를 판단하는 기준으로 '업무의 전문성/일반성', '업무의 일시성/상시성' 및 '다른 사업의 병행여부'를 제시하고 있다. 박제성 박사는 파견법이 요구하고 있는 요건을 갖춘 경우에만 근로자파견이 인정되고, 이를 충족하지 못한 경우에는 불법파견이 아니라 '근로자공급'에 해당한다고 보고 있다. 이에 따르면 위법한 사내하도급은 불법파견이 아니라 '근로자공급'에 해당하기 때문에 직업안정법의 적용대상이 되는 것이다. 그리고 도급인과 수급인이 동시에 지휘·명령권을 행사한 경우에 누구의 지휘·명령권이 더 우월한지와 무관하게 근로자파견이 인정되는 것으로 본다).

77) 이러한 견해로 조임영(주16), 151-180면(조임영 교수는 근로자파견과 도급의 판단기준으로 '계약의 목적 및 대상', '사업경영의 독립성' 및 '계약의 이행'을 제시하고 있다. 판단기준들 사이의 관계에 대하여는 '사업경영의 독립성'을 결정적 기준으로, 반면 '계약의 이행'에 대하여는 상대적으로 비중을 적게 두어야 한다고 하고 있다. 특히, 지휘·명령적 요소는 계약의 대상이나 사업경영상의 독립성과 관련한 판단기준과의 관계에서 상대적으로 비중을 적게 두어야 한다고 한다); 최은배(주29), 37면, 46면(최은배 변호사는 "수급인이 도급인의 사업과 구분되는 독자적인 사업을 영위하고 자신의 근로자를 자신의 사업을 위해 사용하는지 여부"가 도급과 파견 사이의 가장 큰 차이점이라고 하면서, 지휘·명령을 누가 행하는지 여부로 근로관계 판단을 하는 것은 쉽지 않고, 정보통신 발전과 고도 지식산업의 발달, 독자적이고 자율적

Ⅱ. 검토

파견법이 시행된 지 벌써 20년이 넘었고, 지난 2015년 대법원에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반기준을 제시하였음에도 불구하고 불법파견에 관한 논쟁은 계속되고 있다. 이처럼 근로자파견과 도급의 구별에 관한 명확한 기준과 방법론이 정립되지 않는 이유는 사용자측과 근로자측의 이해관계가 너무나 첨예하다는 점, 불법파견의 법률관계가 3면 이상의 다면적 법률관계로서 복잡하게 얽혀있다는 점, 많은 경우 파견적 요소와 도급적 요소가 혼합되어 나타나기 때문에 판단이 쉽지 않다는 점 등에서 기인한 것으로 보인다.

앞서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 학설들을 논의 방향에 따라 크게 두 가지로 나누어 살펴보았는데, 도급에서만 나타날 수 있는 고유한 속성이 발견되는 경우에는 근로자파견 관계의 성립을 부정해야 한다는 견해는 다음과 같은 이유로 타당하지 않다고 생각한다.

도급은 '일의 완성'과 그에 대한 보수지급을 목적으로 하는 계약이다(「민법」 제644조). 근로자파견과 대비되는 도급의 고유한 속성으로 계약목적('일의 완성'을 목적으로 함), 수급인의 하자담보책임, 수급인의 위험부담(일을 완성하지 못한 경우 보수를 청구할 수 없음) 등을 들 수 있다.

인 노무수행으로 말미암아 지휘·명령 또한 직접적이고 구체적인 것에서 간접적이거나 간헐적·추상적인 것으로 변하고 있으므로 지휘·명령의 요소는 근로관계 내지 근로자파견의 판단에서 상대적으로 비중을 낮게 두어야 한다고 주장한다); 박수근, "사내하청에서 원청회사의 노동법상 책임에 관한 판례동향", 노동법 포럼 제6호, 제201. 85-86면(박수근 교수는 "근로자의 수를 고려한 고용목적과 경영상 사업주체로의 독립성은 원청회사가 노동법의 적용회피를 위해 임의로 형성시키기 어려운 사항이지만, 작업지시권 등은 법률에 관한 학습효과 또는 업무조직 내지 작업과정 등에서 변경이 비교적 쉬운 사항"이라고 하면서 "사용자에게 고용된 근로자의 수와 근로자가 수행한 업무의 내용을 고려한 '고용목적'과 고용된 근로자가 수행한 업무와 관련하여 그 결과에 대한 이익과 위험이 계약이행에서 실현되고 부담되는지를 고려한 '경영상 사업주체로서의 독립성'이라는 두 요소를 본질적이고 원칙적 판단기준으로 본다).

그러나 고용계약에서도 일정한 일을 정해 용역을 공급하도록 정하는 것이 가능하며, 지속적으로 반복하여 일을 처리하는 노무도급의 경우 계약목적만으로 근로자파견과 도급의 구분이 곤란하다. 수급인의 하자담보책임도 도급인과의 계약을 통해 달리 정할 수 있으며, 도급계약에서도 일이 완성되기 전에 보수를 지급하는 것이 가능하다는 점을 고려할 때, 이러한 도급의 속성들은 근로자파견과 도급을 구별하는 결정적인 기준이 될 수 없다.[78]

그리고 도급은 사법상 계약으로서 계약자치의 원칙상 목적, 행태, 내용 등을 자유롭게 정할 수 있다. 산업현장이 다양화, 복잡화되면서 도급도 필요에 따라 전형적인 모습에서 벗어나 다양한 유형의 모습을 띠고 있다.

불법파견이 문제되는 대부분의 사안들은 도급적 요소와 파견적 요소를 모두 가지고 있는데 도급의 어떤 고유한 속성을 가지고 있다고 하여 다른 파견적 요소를 무시하고 도급으로 인정한다면 사건 해결에 있어 타당성의 의문을 남기게 되고 자칫 더 큰 혼란을 야기할 수도 있다.[79] 최근 기업들은 외부노동력 활용을 하면서 근로자파견으로 인정되는 것을

---

78) 박수곤 "도급계약의 현대화를 위한 법정책적 과제", 법과 정책연구 제12권 제4호. 2012, 1751-1759면(박수곤 교수는 도급계약에서 '일의 완성' 의무는 소위 '결과채무'에 유사한 것이라고 볼 수 있는데 도급의 목적이 무형적인 일을 수행하여야 하는 경우 '일의 완성'이라는 표현이 부적절할 수 있고, 법원이 건설도급의 경우 민법 제655조 등의 규정에도 불구하고 약정한 일이 완성되지 않았음에도 기성고에 따른 보수지급을 인정하고 있다는 점 등을 감안한다면, 더 이상 '일의 완성'이라는 표현에 얽매일 필요가 없다고 한다. 따라서 민법 제664조의 규정 중 '일의 완성'이라는 표현 대신 '약정한 내용대로 일을 완수', '약정한 내용대로 일을 수행', '약정한 내용대로 일을 할' 등으로 개정하여 서비스 제공을 목적으로 하는 계약 등 현대의 새로운 다양한 형태의 용역계약을 도급으로 포섭할 것을 주장한다).

79) 유사한 입장에서 도급과 파견을 모순된 개념으로 이해하는 한, 40%의 지휘·명령요소가 존재하더라도 보다 우세한 60%의 도급적 요인으로 인해, 노동법적 보호의 관념적 해석론의 세계에서는 반영되기 어렵다는 비판에 관하여는 이철수, "판례를 통해 본 사내하도급의 법적 쟁점", 노동법 실무연구 제1권, 노동법실무연구회, 2011, 784면 참조.

막기 위해 외형적으로 도급으로서의 성격을 강화하는 모습을 보이고 있는데, 위 견해에 의하면 불법파견 사건은 대개 도급으로 판정될 가능성이 높아져 파견법의 규범력이 약화될 우려가 있다. 도급의 임의법규성, 도급사건에서 판례의 현실을 고려한 유연한 판결[80] 등을 고려할 때 파견적 요소를 무시할 수 있을 정도의 도급의 고유한 속성은 무엇인지에 대한 답도 명확하지 않다.

또한 이 견해는 도급인의 지시권과 사용사업주의 지휘·명령권은 구별되므로 도급인의 지시권을 함부로 사용사업주의 지휘·명령으로 보아서는 안 된다고 하나, 경우에 따라서는 하나의 지시가 도급상의 지시인 동시에 업무상 지휘·명령도 될 수 있다는 점에서 도급인의 지시권과 업무상 지휘·명령권은 택일적 관계가 아니며[81] 이 둘의 구별만으로 근로자파견과 도급을 판단할 수는 없다. 이에 관한 자세한 내용은 후술한다.

결국 근로자파견과 도급의 구별은 파견법에 따른 근로자파견의 정의(고용한 근로자를 다른 사람에게 사용하게 하는 것)에 따라 판단하는 것이 타당하다.[82] 도급과의 구별을 통하여 도급에 해당하면 근로자파견이 아니라고 하는 방법보다는 사실관계를 파악하여 업무상 지휘·명령을 누가 하는지 여부에 따라 근로자파견 해당 여부를 독자적으로 판단하면 된다.[83] 민법 해석상 도급에 해당하지 않으면 민법상 전형계약에 해당하지 않는 무명계약일 뿐 불법파견으로 인정될 수 있는지는 전혀 별개의 문제인 것이다.[84]

다만, 도급과의 구별을 통해 근로자파견을 판단하는 방식은 주된 판단 방법이 아닌 보강적인 판단 방법으로서의 효용성을 가질 수는 있다.[85] 일반적으로 도급의 고유한 속성으로 볼 수 있는 요소, 즉 계약의 목적이

---

80) 판례는 노무도급 사건에서 사용자책임을 인정한 바 있으며, 건설도급에 대하여는 완성되지 않아도 기성고에 따른 대금지급을 인정하고 있다.

81) 김기선(주59), 63면; 박종희(주76), 139면.

82) 조임영(주16), 158면.

83) 최은배(주29), 34면.

84) 조임영(주16), 158면.

85) 오윤식(주30), 267면.

근로자의 노동력 그 자체가 아니라 '일의 완성'에 있고, 도급인이 원칙적으로 개입하지 않고, 수급인이 독자적인 전문성·기술성을 지니고 있으며, 도급의 대가가 일의 완성의 대가로서 사전에 총액제로 정해지는 등의 사실이 인정된다면 도급인의 업무상 지휘·명령권 행사라는 파견적 요소는 약해지기 마련이기 때문이다. 그러나 도급의 고유한 속성을 지닌 사실이 존재한다는 이유만으로 불법파견이 아니라는 논리는 성립할 수 없다.

한편, 근로자파견을 판단함에 있어 업무상 지휘·명령은 사실관계가 은폐·조작되기 쉬우므로 다른 판단요소들보다 비중을 적게 두어야 한다는 견해는 파견법의 정의규정 상 업무상 지휘·명령이 근로자파견을 결정하는 가장 핵심적인 기준이 될 수밖에 없다는 점에서 타당하지 않다. 정보통신 기술의 발달, 도급인·수급인 간 은폐·조작 우려 등으로 업무상 지휘·명령의 판단이 점차 어려워지고 있는 것은 사실이나, 이는 근로자파견의 다른 판단요소들, 즉 도급인 사업장의 편입 여부, 계약의 목적, 수급인의 전문성 등을 조사하여 종합적인 판단을 통하여 해결하면 될 일이다.

따라서 근로자파견의 판단에 있어 업무상 지휘·명령을 본질적 기준으로 하면서 다른 여러 판단요소들을 종합하여 판단하는 것이 바람직하다.[86] 다만, 업무상 지휘·명령에만 비중을 둔 나머지 도급인과 수급인 사이에서 나타나는 여러 징표들을 충분히 고려하지 못하게 된다면 불법파견의 판단 결과가 노동현실을 반영하지 못하는 결과가 초래할 수도 있다는 점에서 주의를 요한다.[87]

근로자파견과 도급의 구별에 관한 2015년 대법원의 법리에서도 도급

---

86) '도급인의 지휘·명령행사'를 상위 개념에 두고 파견의 성립여부에 대한 기준을 수립하는 것은 자칫 다양한 준별 요소를 지휘·명령권 행사 여부라는 하나의 기준으로 귀결시켜버리는 결과를 가져올 수 있고, 위장도급의 판단에서는 도급인과 수급인 사이의 외형상 도급계약의 목적이 무엇인지 판단하는 과정에서 위장도급 해당 여부를 보다 빨리 판단할 수 있으므로 이를 수급인 소속 근로자와 도급인 사이의 지휘·명령 보다 부차적인 것으로 고려하는 것은 문제가 있다고 비판하는 견해로 최은배(주68), 37-38면 참조.

87) 권혁, "독일에서의 위장도급 판단기준에 관한 논의와 그 시사점", 노동법논총 제35집, 2015, 206-208면.

인의 지휘·명령권 행사 여부만으로는 그 구별이 명확하지 않기 때문에 나머지 4가지 요소까지 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 한 것으로 보인다.

제 4 장 근로자파견과 도급의 구별기준 재정립

제 1 절 서설

기업은 노무관리 유연성 강화, 인건비 등 비용절감 등을 이유로 계속하여 외부노동력 활용을 늘려가고 있다. 외형상 도급계약을 체결하였지만 실제로는 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 사용종속관계가 형성되는 위장도급의 문제는 근로자의 근로조건 하락, 고용불안 등을 가져온다는 점에서 심각한 사회문제이다.

위장도급을 규제하고, 합법적이고 적정한 도급관계 또는 근로자파견관계가 정착되도록 하기 위해서는 근로자파견과 도급의 구별기준을 명확하게 하는 것이 필요하다.

고용노동부는 법무부, 대검찰청과 함께 2007년 '근로자파견의 판단기준에 관한 지침'을 만들어 시행하고 있었으나, 판단기준으로서 명확성과 예측가능성이 부족하고, 제정 이후 축적된 여러 판례를 반영하고 있지 못하는 등 여러 한계가 있었음은 앞서 언급하였다. 그리고 학계에서도 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 여러 논의가 있었으나, 다수의 공감을 얻는 견해가 나오고 있지 않다.

대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 사건에서 처음으로 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 제시하였으나, 여러 판단기준을 병렬적으로 나열한 뒤 종합적으로 판단한다고만 하고 있어 예측가능성과 법적안정성 측면에서 문제가 있다는 비판을 받고 있다. 위 대법원 판결 이후에도 하급심에서는 유사한 사안에서 엇갈린 판결이 내려지는 등 통일된 모습을 보여주고 있지 못하고 있다. 따라서 근로자파견과 도급의 구별기준에 대한 재정립이 필요하다.

대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결은 여러 아쉬움에도 불구하고 위장도급 사건에서 있어 그간 법원이 취했던 판단의 원칙, 즉 실질판단의 원칙과 유형론적 방법론에 따른 종합적 판단방식을 공고히 하고, 근로자파견과 도급의 구별을 위한 판단기준들을 5가지로 선별하여 정립

하였다는데 의미가 있다. 이 판단기준들은 그간 판례와 학설에서 제시되었던 여러 기준들 가운데서 의미 있는 것들을 총망라하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 재정립은 위 판결에서 제시한 판단의 원칙, 구체적인 판단기준들에 대한 검토 및 이에 대한 개선방안 모색 등을 통해서 이루어지는 것이 바람직하다.

제 2 절 판단의 원칙

Ⅰ. 실질적 판단

대법원은 일관되게 근로자파견에 해당하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식에 관계없이 구체적 사실관계에 따라 실질적 판단을 해야 한다고 판시하고 있다. 이러한 실질판단의 원칙은 근로관계를 판단함에 있어 정립된 기준으로서 새로운 것은 아니다.[88] 대법원은 「근로기준법」[89]이나 「노

---

88) 이정환(주8), 894-895면.

89) 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 근로제공자가 실질적으로 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지, 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘・감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품・원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 할 수 있는지, 근로 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 스스로 안고 있는지 등 근로 제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무 및 그 정도, 보수의 성격이 근로자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지 등 보수에 관한 사항, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서의 지위를 인정받는지 등의 경제적・사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우

동조합 및 노동관계조정법」[90]이 적용되는 근로자 여부 등에 관한 판단에서 일관되게 실질적 판단의 원칙에 따라 판단하고 있다. 따라서 파견근로자에 해당하는지 여부도 파견법의 입법목적과 파견근로자의 정의규정, 파견법에 따라 보호할 필요성이 있는지의 관점에서 판단할 수 있을 것이다.[91]

노동법은 근로자의 최저 근로조건을 보장하기 위한 강행법규의 성질을 띠고 있고, 당사자의 의사로 그 적용 여부를 좌우할 수 없으므로 사용자가 사용자로서의 책임을 회피하기 위하여 외형상 근로관계가 아닌 것으로 포장한다고 하더라도 실질이 사용종속관계라면 노동법의 적용을 받아야 한다는 점에서도 실질판단의 원칙은 타당하다.[92]

따라서 처음부터 근로관계나 근로자파견관계로 다른 사람의 노동력을 사용하면서 외형을 도급으로 위장하는 경우는 물론이고 처음에는 도급계약을 의도하였고 실질 또한 도급관계였으나 계약의 이행과정에서 수급인 근로자에 대하여 지휘·감독을 하여 그 실질이 근로관계나 근로자파견관계로 변화한 경우에도 불법파견이 된다고 보아야 한다.

월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자임을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결).

90) 노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속 관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적・전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘・감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금・급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결).

91) 이정환(주8), 894-895면.

92) 최은배(주29), 35면.

2006년 ILO 제95차 총회에서 채택된 '고용관계에 관한 권고' 제9조는 "고용관계에서 근로자를 보호하기 위한 국가정책을 위해 고용관계의 존부 결정은 당사자와 사이에 합의된 계약이나 다른 형태의 법적 형식에도 불구하고 기본적으로 노동의 수행, 근로자의 보수와 관련한 사실에 의해야 한다."[93]고 규정하고 있고, 독일연방노동법원도 근로자파견과 도급의 구별에 관한 사건에서 "개개 계약의 법적인 판단에 있어서는 당사자가 바란 법적 효과나 당사자가 선택한 계약명칭이 아니라, 실제 행위의 내용이 결정적인 것이 된다. 실제 행위의 내용은 명시적인 합의뿐만 아니라 실제 계약의 수행에 의하여 분명해질 수 있다. 계약당사자가 진정으로 바란 것에 대한 신뢰할 만한 추론을 보여주는 것은 실제 계약의 모습이기 때문에, 양자의 모습이 다른 경우에는 실제 계약이행의 모습이 결정적이다."라고 판시하여 실질적 판단의 원칙을 따르고 있다.[94]

Ⅱ. 유형적, 종합적 판단

위장도급 사건은 대게 파견적 요소와 도급적 요소가 혼재하는 복잡한 양상을 띠고 있으며, 파견법은 단지 '사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'을 근로자파견이라고 정의하고 있을 뿐이므로 근로자파견과 도급의 구별은 어떤 절대적인 기준에 따라 판단될 수 있다기보다는 '전체적인 관점'에서 평가할 수밖에 없다.

---

93) ILO, R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), "II. DETERMINATION OF THE EXISTENCE OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP" 제9항 참조. 원문은 다음과 같다. "For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties."

94) 김기선, "근로자파견과 도급의 판단-독일의 논의를 중심으로", 노동법연구 제31호, 2011, 56-58면.

따라서 문제가 된 계약관계가 어느 계약 유형에 속하는가의 준별은 전체적인 관점에서 유형론적으로 판단하는 것이 타당하다.[95][96]

우리 대법원도 근로자파견과 도급을 구별함에 있어 유형론적 방법론에 입각하여 근로자파견과 도급계약이 상호 대비되는 특징적인 여러 판단기준을 나열한 다음, 이를 종합하여 판단하고 있다.[97] 대법원은 근로자파견 인정을 위한 판단기준으로 '① 원청의 상당한 지휘·명령, ② 원청 사업으로의 실질적인 편입, ③ 하청의 근태 및 노무관리의 독립성 ④ 도급업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성, ⑤ 협력업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성 등' 5가지를 열거하고 있는데, 이 판단기준 중 앞의 ①~②는 근로자파견관계를 인정하기 위한 적극적인 요소이고, 뒤의 ③~⑤는 도급관계임을 인정하는(근로자파견관계 인정에 소극적인) 요소로 볼 수 있다.

유형적 방법론(Typologische Methode)에서는 일정한 계약유형에 해당하는 것으로 판단되기 위해 반드시 갖추어야 할 절대적인 기준이란 존재할 수 없으므로 해당 사건의 사실관계가 어떠한 법률관계에 포섭되는지는 전체적인 관점에서 종합적 판단방식에 의할 수밖에 없다.[98]

이와 같이 여러 기준을 종합적으로 고려하여 근로자파견을 판단하는 방식은 개별 사건에 능동적으로 대처하는 것이 가능하다는 점, 개별 사건의 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 점, 법원이 제시하는 판단기준이 실무상 '체크리스트'의 기능을 하기 때문에 사전 예방적 효과를 가질 수 있다는 점에서 장점이 있다.[99]

그러나 이러한 종합적 판단방식은 예측가능성과 법적안정성 측면에서 한계를 가진다. 개별 판단기준이 가지는 의미가 본질적인 요소인지 부수

---

95) 박종희(주76), 33면.

96) 김회성, "사내하도급에 관한 판례법리의 내용과 문제점-창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781 판결을 중심으로-", 노동법총론 제35집, 2012, 289면.

97) 김기선(주59), 82면.

98) 김기선(주59), 82면.

99) 김기선(주59), 82면.

적인 요소인지 명확하지 않을 수 있고, 개별 사건이나 판단주체에 따라 판단기준별 중요성이 다르게 평가될 수도 있다. 결과적으로 통일적인 기준 없이 사안별 판단을 하게 되어 예측가능성과 법적안정성에 대한 우려가 발생하게 된다.[100]

Ⅲ. 본질적 판단기준과 부수적 판단기준의 구분

대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 법리를 제시하였지만, 다수의 판단기준을 병렬적으로 열거하고 있을 뿐 무엇이 주된·본질적 기준이고 무엇이 부수적 기준인지 명확하게 밝히지 않았다. 따라서 판단기준별 중요도를 판단하기 어렵고, 각 판단기준이 가지는 의미가 판단주체의 주관적 성향에 따라 달라질 수 있게 된다. 위장도급 사건의 예측가능성을 높이고 법적안정성을 꾀하기 위해서는 각 판단기준을 본질적 판단기준과 부수적 판단기준으로 나누고 이를 종합하여 판단할 필요가 있다.[101]

이것은 과거 판례가 근로자성을 판단함에 있어, 판단요소들 사이에 비중이나 우열관계를 언급함이 없이, 병렬적으로 판단요소들을 나열하고 종합적으로 판단한다고만 하여 사실상 실질에 따라 근로자성을 판단할 수 없도록 한다는 비판을 받은 사례와 유사하다.

대법원은 근로자파견 인정을 위한 판단기준 중에서 어떤 것이 주된·본질적 기준이고, 어떤 것이 부수적 기준인지를 밝히고 있지는 않지만 주된·본질적 기준은 원청업체의 하청업체 근로자에 대한 지휘·명령권 행사 여부로 보아야 한다. 근로자파견과 도급의 구별은 파견법에 따라 당해 법률관계가 근로자파견관계에 해당하는지를 적극적으로 판단하는 방식으로 이루어져야 하기 때문이다. 법원도 '제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지'를 근로자파견 인정을 위한 판단기준으로 가장

100) 같은 취지로 김기선(주59), 82면.

101) 최은배(주29), 36면.

먼저 제시하였다. 따라서 위장도급 여부를 판단함에 있어서는 대법원이 제시한 여러 판단기준들을 종합적으로 고찰하되 원청업체의 지휘·명령권 행사 여부 및 이에 대한 판단을 보강하기 위한 하청근로자의 원청사업에의 편입 여부를 본질적 판단기준으로 하여야 할 것이다. 이에 비해 계약의 목적이 도급이 가능한 업무인지 여부, 하청업체의 근태 및 노무관리의 독립성 여부, 도급업무를 수행하기 위한 하청업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성 여부, 그 밖에 원청업체가 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 사정과 관련되는 기준 등은 부수적인 기준으로 검토하되, 이러한 부수적인 기준에 일부 충족된다고 하여 근로자파견의 성립이 부정되어서는 안 될 것이다.[102]

다만 위장도급 사건은 원청업체-하청업체-하청업체 근로자간의 3면적 법률관계 혹은 그 이상의 다면적 법률관계를 가지기 때문에 각 판단기준은 다른 판단기준과 상호 영향을 주고받는 관계가 된다. 위장도급 사건의 이러한 다면성, 복잡성으로 인하여 본질적 판단기준 뿐 아니라 부수적 판단기준도 양면적 법률관계에서보다는 더 의미를 가지게 되는 경우가 발생한다. 이에 관하여는 후술한다.

제 3 절 구체적 판단기준

Ⅰ. 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지

1. 의의

파견법의 정의조항(파견법 제2조 제1호)에 따르면 근로자파견은 파견

102) 박귀천(주35), 39면.

사업주가 '근로자와의 고용관계를 유지'하면서 '근로자로 하여금 사용사업주의 지휘·명령에 따라 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'이라고 할 수 있다. 근로자파견은 자기가 고용한 근로자를 타인의 업무를 처리하기 위하여 근로시킨다는 점에서는 도급이나 위임 등과 유사하지만 근로자를 '타인의 지휘·명령에 따라, 그를 위하여 근로'시킨다는 점에서 도급, 위임과 구별된다. 따라서 원고용주가 아닌 제3자가 해당 근로자에 대한 지휘·명령을 하는지가 근로자파견이 도급 등과 구별되는 핵심적인 기준이 되는 것이다.[103] 판례도 근로자파견과 도급의 구별기준으로서 가장 먼저 원청업체(제3자)가 하청업체 근로자에 대하여 구속력 있는 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부를 들고 있다.

판례는 종래에는 근로자파견 인정을 위해서는 원청업체의 하청업체 근로자에 대한 지휘·명령권 행사가 직접적·구체적이어야 한다고 보았으나, 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결에서 "직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지"를 판단기준으로 제시하여 위장도급이 인정될 수 있는 원청업체의 지휘·명령권 행사의 범위를 확대하였다.

위장도급의 문제는 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 양면적 관계만을 보아서는 안 되며 원청업체-하청업체-하청업체 근로자간의 삼면적 법률관계를 통합적으로 살펴보아야 한다. 원청업체는 하청업체 근로자에게 직접 지시를 내리지 않아도 하청업체를 통하여 간접적·포괄적으로 지시를 하여 의사를 관철할 수도 있고, 지휘·명령권 행사 사실을 은폐·조작할 수도 있기 때문이다. 따라서 판례가 원청업체의 '간접적인' 업무지시를 포함하여 구속력 있는 '상당한' 지휘·명령권 행사가 있는 경우까지도 근로자파견이 인정될 수 있다는 점을 명시한 것은 타당하다. 다만, '상당성'의 개념에 관하여는 향후 학설이나 판례를 통해 보다 구체화될 필요성이 있다. 근로기준법상 근로자성 판단기준으로 '상당성' 개념이 이미 사용되고 있지만, 근로관계의 성립 여부는 양면적 법률관계의 문제임에 반하여 위장도급은 3면 또는 그 이상의 다면적 법률관계의 문제이므로,

---

103) 조경배(주49), 318면.

‘상당성’의 개념이 동일하게 적용될 수 있을지 의문이다.

원청업체가 작업계획 수립·변경, 공정 배분, 인력배치 등을 통해 하청업체 근로자의 작업내용, 작업위치, 작업기간 등을 결정하였다면 업무상 상당한 지휘·명령을 한 것으로 볼 수 있다. 법원은 사용사업주등이 해당 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 해당 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정하는 경우 근로자파견이 인정된다고 보았다.[104] 반면, 파견사업주 등 소속 현장소장이 해당 근로자들을 직접 배치하고 인원교체 및 인원증원을 결정하는 등 파견사업주 등이 독자적으로 해당 근로자들에 대한 작업배치권 및 변경권을 행사한 경우에는 근로자파견이 인정되지 않는다고 보았다.[105]

또한 원청업체가 해당 근로자의 업무수행에 필요한 구체적인 사항, 즉 작업방법·작업순서·작업속도·작업장소·작업시간 등을 수시로 지시하였고 해당 근로자는 이에 따라야만 했다면 원청업체의 업무상 상당한 지휘·명령을 인정할 수 있을 것이다. 원청업체의 지시는 업무매뉴얼이나 전산관리시스템, 하청업체의 현장대리인 등을 통해 이루어질 수도 있는데 이러한 경우 단순히 원청업체의 지시내용을 전달하는 경우라면 원청업체의 업무상 상당한 지휘·명령이 인정될 수 있을 것이다.

2. 도급인의 지시권과의 구별

근로자파견과 도급의 구별기준으로서 가장 핵심이 되는 것은 도급인이 수급인의 근로자에게 업무상 지휘·명령을 하는지 여부이다. 그런데 도급인도 수급인에 대해 지시권을 행사하는 것이 가능하기 때문에 이들 양자를 어떻게 구별할 것인가 하는 문제가 발생한다. 「민법」 제699조는 ‘목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임 규정이 적용되지 않는다’고 하여

104) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다10643 (현대자동차 울산공장 사건).

105) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 (KT&G 사건).

도급인의 지시권을 예정하고 있다. 따라서 도급인은 일의 완성과 관련하여 수급인 또는 수급인의 근로자에게 지시할 수 있다.

도급인의 지시권과 사용사업주의 업무상 지휘·명령권을 구별하기는 쉽지 않다. 특히 노무도급일 경우 도급상의 지시로 보아야 하는지 노무 지휘권의 일환으로 보아야 하는지 더욱 경계가 모호하다.

이에 대하여 지시권의 내용이 중요하다고 하면서 근로계약상의 사용자적 지시권은 직접 근로자를 상대로 근로제공의 방식과 내용에 대하여 직접적으로 지배하는 것을 내용으로 하는 '대인적인' 속성을 지니지만 도급인의 지시권은 도급대상 업무(일)에 관련한 것으로 '결과물 지향적인' 속성을 지니므로 둘은 구별된다고 하는 견해가 있다.[106] 또 다른 견해로 최근 독일법원 판례와 학설을 들면서 수급인의 근로자가 도급인의 사업에 완전히 편입되고 배타적으로 도급인의 지시권에 복종하는 경우에만 사용사업주의 지휘·명령권을 행사한 것으로 보아야 한다고 하거나 사용사업주의 지휘·명령권의 핵심은 인사권 또는 인적통제권이므로 도급인의 인사권 행사 여부를 중심으로 지휘·명령권을 판단하여야 한다는 견해[107]가 있다.

위 견해들은 전반적으로 도급인의 지시권과 사용사업주의 지휘·명령권을 구별하여 도급인의 지시권을 쉽게 사용사업주의 지휘·명령이라 단정하는 것은 신중해야 하며, 도급인의 계약상 권리를 부당하게 제한하는 일은 없어야 한다는 취지에서 나온 것이라 볼 수 있다.[108]

---

106) 권혁, "업무도급관계에서의 위장도급 판단-업무 지시권을 중심으로-", 노동법학 제56호, 2015, 209-212면.

107) 박지순, "파견과 도급의 구별기준에 관한 독일과 한국의 판례 비교" 노동법포럼 제11호, 2013, 81면; 김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 노동법학 제45호, 2013, 274면; 박지순, "파견과 도급의 구별법리", 사내하도급의 법적 쟁점과 과제, 무지개문화사, 2012, 322-328면(도급과 파견의 경계가 무너지는 지점은 개별 사내하도급 근로자가 원청회사의 사업조직, 노동조직에 완전히 편입되고 해당 근로자에 대한 사내하도급 회사의 인사권이 원청회사로 이전되는 경우이다); 이승길·김준근(주16), 323면, 331-332면.

108) 이정환(주8), 904면.

그런데 첫 번째 견해의 경우 노무도급의 속성을 충분히 고려하지 않았다는 문제점이 있다. 도급의 목적물이 노무(업무처리)인 경우에는 노무제공 자체와 그 노무를 수행하는 근로자(대인적인 속성)는 항상 일체를 이루고 있어서 노무제공에 대한 지시는 언제나 노무 제공자에 대한 지시가 된다는 점에서 전혀 구분이 되지 않는다는 것이다.[109]

그리고 수급인의 지휘·명령은 배제된 채 도급인만이 배타적으로 해당 근로자에게 지휘·명령을 해야 근로자파견으로 인정할 수 있다는 견해는 우리나라의 사내하도급의 현실을 고려할 때 오히려 위장도급을 방치하거나 조장하는 역기능을 할 수 있다.[110] 전속적인 사내하도급에 있어서 원·하청업체 간의 관계는 절대적인 지배종속 구조를 이루고 있어서 하청업체의 노무지시가 실질적으로 사업주로서의 독자적인 지시인지 아니면 단지 원청업체의 지시를 전달한 것에 지나지 않는지가 분명하지 않기 때문이다. 하청업체의 지시가 있었다는 외형적 사실만으로 근로자파견 관계를 인정하지 않는다면 사건 해결에 있어 구체적 타당성의 문제가 제기될 것이다.

또한, 파견법은 사용사업주에게는 근로시간, 휴게, 휴일 등에 관하여 사용자로서의 지위를 인정하고, 파견사업주에게는 임금, 해고 등 인사권 행사 등에 관하여 사용자로서의 지위를 인정하고 있다.[111] 그렇다면 과연 도급인이 지휘·명령권 또는 인사권을 파견사업주를 배제하고 배타적으로 사용하는 경우에만 근로자파견 관계에 해당한다고 볼 수 있을 것인지 의문이 든다.[112] 도급인이 수급인의 근로자에게 인사권까지 배타적으

---

109) 조경배(주49), 319면.

110) 조경배(주49), 320면.

111) 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례)

① 파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다. 다만, 같은 법 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다.

112) 이정환(주8), 905면.

로 행사하였다면 파견근로관계를 넘어 직접 근로관계까지 인정될 정도라 볼 수도 있다.[113]

위 견해들은 모두 도급인의 지시권과 업무상 지휘·명령권의 준별이 가능하며 택일적 관계에 있다는 관점에서 나온 것이다. 그러나 경우에 따라서는, 특히 노무도급일 경우, 도급인의 지시권은 이중적 성격을 띨 수 있다. 도급인이 수급인의 근로자에게 행하는 지시가 도급계약 목적에 부합할 뿐만 아니라 동시에 노무급부 이행과 관련된 지시일 경우, 위 견해들은 양 지시권을 구별한다고 하지만 결과적으로 도급상의 지시권으로 환원시켜 버리는 결론에 이르고 만다.[114]

이처럼 도급인의 지시권에 해당하면 파견법의 적용이 제한된다는 논리는 파견법의 강행법규적 효력을 무력화시킬 우려가 있다. 파견법의 적용에 관한 노동법적 문제를 도급인의 지시권을 어떻게 해석해야 하는가의 민법 해석의 문제로 치환시키기 때문이다.[115] 도급계약을 통해 노동력을 제공 받았더라도 도급인이 수급인의 근로자에게 업무상 지휘·명령을 하였다면 이에 따르는 사용자책임을 부담하는 것이 당연하다. 따라서 도급인의 지시가 도급계약상 급부의 구체화를 위한 것일 뿐만 아니라 동시에 업무상 지휘·명령권을 행사한 것으로 볼 수 있는 이중성을 가진 한계적인 상황의 경우에는 법 형식 강제 원리에 따라 근로자파견으로 보아야 한다는 견해가[116] 법리적으로 더 타당할 것이다.

한편, 민법에서 도급인의 지시권을 인정하고 있으나, 내용을 살펴보면 목적물의 하자가 도급인의 지시에 의한 것이어서 수급인에게 담보책임을 물을 수 없는 경우[117], 도급인의 지시에 중대한 과실이 있어 수급인이

---

113) 이정환(주8), 905면.

114) 박제성·은수미·이병희, “사내하도급과 한국의 고용구조”, 한국노동연구원, 2011, 162면.

115) 서영의, “위장도급의 법적 취급 및 판단기준에 관한 연구-개별적 근로관계에서의 보호방안을 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 117면.

116) 박종희(주76), 139-140면.

117) 민법 제667조(수급인의 담보책임)

① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하

제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있는 경우와 같이 제한적이고 예외적인 경우[118]를 규정한 것에 불과하다. 또한, 수급인은 도급인의 지시가 적당하지 않다면 이에 따르지 않을 수 있음이 전제되어 있다.[119] 수급인의 근로자 역시 도급계약에서는 수급인의 이행보조자이므로 도급인의 지시가 적당하지 않으면 따르지 않을 수 있다. 도급인 지시권은 지시라는 용어에도 불구하고 상당히 제한적인 것이고 근로자에게 실질적 구속력을 가지는 노동법상 지시와는 질적으로 다른 것이다. 이러한 도급인의 지시권에 해당한다는 이유로 파견법의 적용을 제한하는 것은 노동법의 강행법적 성질을 간과한 것이다.

외부노동력을 활용하는 기업들은 근로자파견 관계로 인정되는 것을 막기 위해 도급에 가까운 외형을 만들어 내고 있고, 새로운 계약 유형들도 계속 생겨나고 있다. 대부분의 위장도급 사건에서 도급인의 지시는 도급인의 지시권과 업무상 지휘·명령의 이중적 성격을 띠고 있거나 혼재되어 있을 것이다. 도급인의 지시를 둘 중 어느 하나에 속한다고 객관적으로 구별하고 판단하기 어렵다. 하나의 지시에 이중적 기능이 있음을

자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.

② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다.

제668조(도급인의 해제권) 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

제669조(하자가 도급인의 제공한 재료 또는 지시에 기인한 경우의 면책) 전2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

118) 민법 제757조(도급인의 책임)

도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

119) 도재형(주2), 160면(수급인은 구속력을 지닌 도급인의 지시가 있었다고 하더라도 그것이 적당하지 않다면 이에 따르지 않아야 한다).

받아들이면서[120] 다른 판단요소와 함께 전체적으로 살펴 이중성을 가진 한계적 상황에서 판단[121]하는 것이 더 실질적일 수 있다.

3. 주요 쟁점에 대한 구체적 검토

원청업체가 하청업체 근로자에게 업무수행에 관한 구체적·직접적인 지시를 한 경우에는 당연히 업무상 지휘·명령권을 행사한 것으로 볼 수 있을 것이다. 판례도 원청업체가 원칙적으로 하청업체가 아니라 하청근로자에게 지시를 내림으로써 하청근로자가 제공하는 노무 과정에 관하여 직접적이고 구체적인 지휘·감독까지 한다면 이는 근로관계에 따른 사용자의 업무지휘에 해당한다고 보고 있다.[122][123] 그러나 산업현장의 분업화, 자동화가 계속되고 노무관리 시스템이 발달하면서 원청업체의 업무상 지휘·명령에 해당하는 것인지 판단이 어려운 사안들이 발생하고 있다. 아래에서 살펴본다.

가. 업무메뉴얼, 작업표준서, 작업사양서 등을 통해 지시한 경우

1) 문제의 소재

업무도급계약관계에서 원청업체가 하청업체에게 업무메뉴얼, 작업표준서, 작업사양서 등을 제공하고 이에 따라 작업할 것을 요구하는 경우가 있다. 하청업체 근로자가 위와 같은 작업표준서 등에 따라 업무를 수행

---

120) 김기선(주94), 63면(도급인의 지시와 노동법상 지휘·명령이 택일적 관계가 있다는 것은 독일연방노동법원의 판례를 근거로 한 것인데, 독일에서도 이러한 태도가 지시의 이중적 기능을 간과하고 있다는 강한 비판을 받고 있다고 소개하고 있다).

121) 박종희(주76), 139-140면.

122) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결(한국수력원자력 사건), 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결(포스코 (1)사건, 대법원 계류 중 (2016다40439)).

123) 박귀천(주35). 21면.

하는 경우 원청업체가 상당한 지휘·명령을 한 것으로 볼 수 있을지 문제된다. 원청업체가 제공한 작업표준서 등의 내용, 하청업체의 작업수행을 구속하는 정도 등을 검토하여 판단하여야 할 것이다.

2) 판례의 태도

대법원은 2010년 현대자동차 울산공장 판결에서는 '원청업체가 작성·교부한 각종 작업지시서에 따라 단순·반복적인 작업을 한 사실'을, 2015년 현대자동차 아산공장 판결에서는 '원청업체가 작성한 사양일람표·사양식별표·작업표준서 등에 따라 작업을 수행한 사실'을 근로자파견 인정의 요소로 보았다.

하급심 법원에서는 원청업체가 교부한 작업표준서와 사양서[124], 공정흐름도·공정별 제조공정기술지침·관리표준[125], 과업지시서[126] 등을 통한 지시를 원청업체의 하청업체 근로자에 대한 업무상 지휘·명령으로 인정한 바 있다.[127] 대형마트와 2차 용역업체 소속 근로자들 간에 근로자파견관계가 성립하는지에 관한 세이브존 사건에서도 법원은 원청업체가 표준화한 매장 영업규칙에 따라 위 근로자들의 업무 내용이 결정되고, 원청업체의 필요에 따라 업무내용이 변경되기도 하였다는 점을 들어 근로자파견관계를 인정하였다.[128]

이와는 달리 대법원은 KTX (1)사건[129]에서 한국철도공사가 KTX 여승무원에게 제공한 서비스메뉴얼은 승객서비스업무가 균질하게 수행되도록

124) 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결(포스코 (1)사건); 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나49625 판결(현대자동차/현대글로비스 사건); 인천지방법원 2018. 2. 13. 선고 2015가합560 판결(한국지엠 사건, 항소심 계류중).

125) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

126) 서울고등법원 2017. 2. 3. 선고 2015나2006676 판결(한국도로공사 사건, 상고심 계류 중).

127) 박귀천(주35), 22면.

128) 서울남부지방법원 2019. 1. 31. 선고 2018고단1654 판결.

129) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011나78316판결.

위탁협약 당사자 지위에서 업무의 표준을 제시한 것에 불과하다고 보면서 근로자파견관계를 부정하였다. 그리고 하급심 법원에서는 '하청업체가 자체적인 작업표준서를 작성한 경우 원청업체가 하청업체의 작업표준서의 정합성을 검증했다 하더라도 하청근로자들에 대해 업무수행방식 등을 일반적으로 지시했다고 볼 수 없다'고 하거나[130], '원청업체의 작업표준서와 하청업체의 작업표준서가 상당 부분 유사한 점이 인정되더라도 이는 외주화한 업무에 대해 균일한 품질의 제품생산을 위해 생산공정을 표준화할 필요가 있었던 것으로 원청업체의 작업표준서에 하청업체가 수행하여야 할 작업내용이 상당히 자세히 기재되어 있으며 원청업체의 작업표준, 기술표준과 하청업체의 자체 작업표준서의 정합성을 검토하는 절차가 이루어졌다 하더라도 원청업체가 하청업체 근로자들에 대해 실질적인 지휘·명령권을 행사하였다고 보기는 어렵다'고 판단한 바 있다.[131]

3) 검토

원청업체가 제공한 각종 업무메뉴얼, 작업표준서, 작업사양서 등에 따라 하청업체 근로자가 업무를 수행한 경우 이를 원청업체의 지휘·명령권 행사로 볼 수 있는지는 작업표준서 등이 하청업체의 독자적인 업무재량권을 본질적으로 침해하고 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

원청업체가 제공한 작업표준서 등이 하청업체 근로자의 노동력 그 자체에 대한 지배를 목적으로 한 것이라면 근로지시권의 범주에 있다고 볼 수 있지만, 도급업무를 통해 실행될 완성물의 성상이나 품질을 담보하기 위한 것이고, 도급계약의 목적을 구체화한 것이라면 도급지시권의 범주에 있다고 보아야 한다.[132]

원청업체가 제공한 작업표준서 등에 작업방법·작업순서·작업속도·작업

130) 광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2017가합12074 판결(포스코 (3)사건, 항소심 계류 중).

131) 광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2016가합777 판결(포스코 (2)사건, 항소심 계류 중).

132) 권혁(주74), 214면.

장소·작업시간 등 업무수행에 관한 구체적인 사항들이 기재되어 있고, 하청업체 근로자들이 이에 구속되어 업무를 수행하여야 하는 경우에는 근로자파견의 징표로 볼 수 있을 것이다.

법원도 원청업체가 하청업체에게 단순히 맡길 업무의 범위나 물량을 전달하기만 한 것이 아니라, 작업내용, 방법, 순서 등 작업수행에 필요한 제반 사항들이 구체적으로 기재된 지침 등을 작성하여 교부하고, 해당 근로자들은 이를 임의로 변경하지 못하고 그대로 따라야 하는 경우 근로자파견이 인정된다고 하였다.[133]

그러나 원청업체가 배부한 작업계획서가 단지 매일 작업 총량을 할당한 것일 뿐 구체적인 작업방법 등은 하청업체가 결정하는 경우[134], 균등한 품질의 제품생산을 위해 생산공정을 표준화하기 위한 경우[135], 하청업체가 자체적으로 작업표준서를 작성한 경우 등은 그러한 원청업체의 작업표준서 등이 하청업체의 독자적인 업무재량권을 침해한 것으로 볼 수 없으므로 근로자파견이 인정되는 징표로 볼 수 없다.

나. 전산관리시스템(이른바 MES)을 통해 지시하는 경우

1) 문제의 소재

제조공정이 자동화되고 생산관리시스템이 발전하면서 제조업체 생산은 전산시스템을 통해 이루어지는 경우가 많고 사내협력업체도 그러한 시스템에 접속하여 업무를 진행하여야 하는 경우가 대부분이다. 전산관리시스템(MES: Manufacturing Execution System)은 제조환경의 실시간 모

---

133) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

134) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다24046 판결(한국타이어 사건).

135) 고용노동부의 "'근로자파견의 판단기준에 관한 지침' 관련 사업장 점검 요령"(근로기준팀-901, 2008. 2. 22)에서도 특정제품의 생산이나 규격의 통일, 사업내용의 획일성을 위해 사용사업주등이 제시한 주문서, 시방서, 설계도면 등에 따라 업무를 수행하는 것은 파견사업주등의 지휘·명령권을 침해한 것으로 보기 어렵다고 하면서 근로자파견 인정의 중립적인 지표로 보고 있다.

니터링, 제어, 물류 및 작업내역 추정, 상태파악, 불량관리 등을 통합적으로 관리 및 시행하는 시스템을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 원청회사가 자동화된 생산시스템을 마련하고 하청업체가 이에 접속하여 도급업무를 하여야 하는 경우 이를 원청회사가 하청업체 근로자에게 구속력 있는 지휘·명령을 하는 것으로 평가할 수 있는지 문제된다.[136]

2) 판례의 태도

전산관리시스템을 통한 작업상황이나 작업정보 전달을 원청업체의 구속력 있는 지휘·명령으로 볼 수 있는지에 관하여 최근 하급심 법원은 각기 엇갈린 판결을 내놓고 있다. 이를 긍정하는 하급심 판결로서 MES를 통해 하청업체 소속 근로자들의 작업내용과 작업순서 등이 결정되는 업무수행방식을 취하는 경우 원청업체가 제공한 전산관리시스템은 하청업체 근로자들에 대한 작업을 지시하고 관리할 수 있는 측면의 기능이 강화된 시스템으로서 이를 통한 업무수행방식도 원청업체의 '상당한 구속력 있는 작업지시'라고 본 사례와[137] 전산관리시스템에서 작업내용과 작업순서가 결정되고, 그에 따라 크레인을 이용한 운송대상 및 운송순서, 운송지점 또한 함께 결정되며, 그와 같은 결정사항에 따른 업무지시가 각 공정을 담당하는 원청업체 소속 근로자들과 크레인 운전을 담당하는 하청업체 근로자들에게 전달되는 것이라면 결국 원청업체의 전산관리시스템에 의하여 하청업체 근로자들이 통제, 관리되는 것으로 보아야 한 사례[138]가 있다. 그리고 이를 부정하는 하급심 판결로서 포장업무의 특성상 도급인과 수급인이 포장사양의 유형 및 포장규격에 대하여 동일한 기준을 공유할 필요가 있다는 점, 하청업체가 고객의 주문에 맞춘 포장

136) 김희성, "철강산업에서의 전산(MES)시스템을 통한 작업수행과 원청(도급업체)의 지시권, 노동법논총 제40집, 2017, 98면.

137) 광주고등법원 2019. 9. 20. 선고 2016나546 등(병합) 판결(현대제철 사건, 상고심 계류 중).

138) 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결(포스코 (1)사건, 상고심 계류 중).

사양 개발에 주도적인 역할을 하였다는 점 등을 고려할 때 제품별 포장 사양에 관한 정보를 MES로 제공한 것은 협력작업 계약의 작업대상을 구체화한 것일 뿐이고 이를 구속력 있는 업무지시라고 볼 수 없다고 판단한 사례와[139] 하청업체 근로자들이 현장상황을 반영하여 원청업체가 제공하는 MES 정보상의 업무 중 어떤 업무를 먼저 처리할 것인지를 결정할 수 있는 재량권이 있다면 원청업체의 MES 정보는 구속력 있는 업무지시라고 할 수 없다고 판단한 사례[140]가 있다.

3) 검토

전산관리시스템은 협력업체 근로자들에 대한 지휘 · 명령을 주목적으로 하는 것이 아니라 생산을 효율적으로 관리하기 위한 정보전달을 주목적으로 하는 것이므로 원청업체의 지휘·명령으로 볼 수 없다는 견해[141]가 있다. 이 견해는 최근 대형 제조업 사업장에서는 대부분 전산관리시스템을 사용하고 있으므로 이를 근로자파견을 인정하는 징표로 삼는다면 우리나라 제조업의 노무도급 사용은 상당한 제약을 받을 것이라는 우려를 나타내고 있다.

그러나 전산관리시스템의 목적, 역할은 일괄적으로 판단할 것이 아니라 각 사업장에서 어떤 목적으로 어떻게 사용되고 있는지 살펴서 개별적으로 판단하여야 한다. 원청업체가 구축한 MES를 통한 정보관리 및 정보공유가 사실상 하청업체에 대한 지휘·감독으로 사용되는지 여부는 MES가 제공하는 정보의 내용과 빈도, 도급업무의 성격, 도급업무에 대한 하청업체의 전문성·기술성 보유 여부, 하청업체의 업무가 원청업체의 업무와 긴밀한 연관성을 가지고 있는지 등을 살펴서 판단할 필요가 있다. 제조공정의 자동화, 통신기술 및 생산관리시스템의 발달 등으로 과거보다 더 간략하고, 간접적이고, 정교화된 형태로 업무상 지휘·감독을 하

139) 광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2017가합12074 판결(포스코 (3)사건).

140) 광주지방법원 순천지원 2019. 2. 14. 선고 2016가합777 판결(포스코 (2)사건).

141) 김희성(주136), 103면.

는 것이 가능해졌기 때문이다.

도급업무의 내용이 단순하고 반복적일 경우, 컨베이어 등 자동화 시스템으로 인하여 원·하청업체의 업무가 긴밀한 연관성을 가지고 있어서 작업속도, 작업내용, 작업순서 등이 구속되는 경우 등 하청업체의 업무상 재량권이 거의 인정되지 않을 경우에는 MES를 통한 원청업체의 정보공유는 사실상 업무상 지휘·감독으로 작용했을 가능성이 높을 것이다. 이와 반대로 도급업무가 단순·반복적인 업무가 아니고, 하청업체가 도급업무에 대하여 전문성과 기술성을 가지고 있다면 원청업체가 작업방식 등에 관하여 지시나 관여를 할 여지가 적기 때문에 MES가 생산의 효율적 관리를 위한 정보전달 시스템으로만 작용했을 가능성이 높을 것이다.

원청업체가 작업지시표, 업무메뉴얼 등을 통해 지휘·명령을 하는 경우와 같이, 원청업체의 전산관리시스템을 통한 정보관리 및 정보공유가 사실상 하청업체 근로자들에 대한 구속력 있는 지휘·명령으로 작용하여 업무수행의 재량권을 본질적으로 침해한다면 근로자파견관계가 인정될 수 있을 것이다.

다. 하청업체 소속 현장대리인을 통해 지시하는 경우

1) 문제의 소재

하청업체 소속 현장대리인이 업무상 지휘·명령권을 행사하였으나 원청업체가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 원청업체의 통제를 받아 행사한 경우 이를 원청업체의 업무상 지휘·명령권 행사로 볼 수 있을지 문제된다. 위장도급의 경우 원청업체는 지배종속적인 관계에 있는 하청업체를 통해 간접적·포괄적인 방식으로 하청업체 근로자에게 업무상 지휘·명령을 하는 경우가 많기 때문이다.

2) 판례의 태도

법원은 하청업체 소속 현장대리인이 구체적인 지휘·명령권을 행사했다고 하더라도 이는 원청업체가 결정한 사항을 전달하는 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 원청업체에 의해 통제된 것으로 볼 수 있는 경우에는 원청업체가 업무상 지휘·명령권을 행사한 것으로 보아 근로자파견관계를 인정하고 있다.[142]

그러나 법원은 하청업체 현장책임자인 현장소장이 현장대리인과의 조회를 통해 필요한 사항을 지시하고 현장대리인은 이를 근로자들에게 전달하는 방식으로 업무상 지시·감독이 이루어졌더라도 현장대리인이 직접 하청업체 소속 근로자의 업무배치, 인원교체 및 인원증원을 결정하였으며 근태에 관한 승인을 담당한 경우 하청업체 소속 현장대리인은 형식적·명목적인 존재가 아니라고 하면서 근로자파견을 부정한 바 있다.[143]

3) 검토

원청업체는 도급의 목적달성을 위해 하청업체 소속 현장대리인에게 업무지시를 할 수 있으나, 그러한 지시가 하청업체 근로자의 노동력 그 자체를 지배하기 위한 것이어서는 안된다. 또한 하청업체 소속 현장대리인은 실질적으로 현장에서 하청업체 근로자에 대해 관리감독자로서 역할을 하는 사람이어야 한다.[144] 그렇지 않고 하청업체 소속 현장대리인의 지휘명령이 사실상 원청업체가 결정한 사실을 전달하는 것에 불과하거나 원청업체에 의해 통제된 것일 경우, 현장대리인은 형식적·명목적 존재에 불과하고, 사실상 원청업체가 업무상 지휘·명령권을 행사한 것으로 볼 수 있다. 하청업체 소속 현장대리인에 의한 업무상 지시가 원청업체의 중간관리자로서 행해진 것인지 아니면 하청업체의 독자적인 지휘·명령권의

---

142) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(현대자동차 울산공장 사건); 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 아산공장 사건); 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건); 인천지방법원 2018. 2. 13. 선고 2015가합560 판결(한국지엠 사건) 등.

143) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결(KT&G 사건).

144) 박귀천(주35), 23면.

행사인지 여부에 따라 근로자파견 인정 요소인지 판단하여야 한다.

라. 원청업체가 업무수행에 관한 보고를 받거나 관여한 경우

1) 문제의 소재

원청업체는 도급목적 달성을 위해 하청업체에 실적향상을 촉구하거나, 작업수행 과정에서 문제가 발생할 경우 이에 대한 개선을 요청할 수 있다. 그러나 원청업체가 하청업체 근로자로부터 업무수행 내용, 결과 등에 대해 직접 보고받거나, 문제 발생 시 적극적으로 작업수행에 관여하여 문제를 해결할 경우 원청업체가 업무상 지휘·명령권을 행사한 것으로 볼 수 있을지 문제된다.

2) 판례의 태도

법원은 원청업체는 해당 근로자로부터 매일 근무상황, 결과 등을 보고받은 반면, 하청업체는 결과를 보고받지 않고 근무편성에 관여하거나 평가한 적도 없는 경우,[145] 원청업체가 해당 근로자의 부적절한 작업수행에 대해 지적하고, 돌발상황이나 응급상황 발생 시 적극적으로 해당 근로자의 작업수행에 관여하여 작업내용을 변경하거나 해당 근로자들과 함께 문제를 해결한 경우[146] 등을 근로자파견 인정 요소로 보았다.

이에 반해 원청업체가 하청업체에 실적향상을 촉구하거나 불량의 시정을 요청하기도 하였지만, 이것은 주로 '불합리 개선 회의' 등을 통해 하청업체의 대표자나 담당 관리자에게 전달되었고, 이 같은 요청은 도급계약의 효율적 이행을 강조하기 위한 도급인의 일반적·추상적 차원의 독려나 호소로 평가될 뿐, 실적향상을 위해 원청업체가 하청업체 근로자들을 상대로 구체적인 지시나 감독을 한 징표가 되지는 않는다고 판시한

---

145) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결(군포시 모니터링요원 사건); 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016나13741 판결(한전 KPS 사건).

146) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

사례도 있다.[147]

3) 검토

원청업체가 하청업체 근로자로부터 직접 업무수행 내용, 결과 등을 보고 받거나, 작업수행 방식에 대해 지적하고, 돌발상황 등 문제가 발생하였을 때 직접 작업에 관여하여 해결한 경우에는 원청업체가 업무상 지휘명령권을 행사한 것으로 볼 수 있다. 도급목적 달성을 위한 도급인의 지시권 행사 범위를 넘어서 하청업체 근로자의 업무상 재량권을 침해하였기 때문이다. 다만, 긴급상황이나 위험상황에서 원청회사 측이 직접적인 지시를 행사할 수 있도록 도급계약서에 합의해 놓았다면 도급인의 지시권 행사로 볼 수 있을 것이다. 원청업체가 회의 등을 통해 하청업체 대표나 관리자에게 일반적·추상적 차원의 실적향상 촉구나 불량의 시정요청을 하였을 뿐이고 해당 근로자들에게 구체적인 지시나 감독을 하지 않은 경우에는 도급인의 지시권을 행사한 것으로 보아야 한다.

마. 조직 내 질서 관련 지시권 등

원청업체가 사업장 질서를 유지하기 위하여 지시권을 행사한 경우 이를 근로자파견 인정 요소로 단정하기 어렵다. 특히 사내하도급의 경우 하청업체 근로자가 원청업체의 사업장 내에서 업무를 수행하게 되는 이상 원청업체의 사업장 질서를 유지하기 위한 지시권에 따를 필요가 있기 때문이다.

그리고 하청업체 근로자가 원청업체의 복리후생 시설을 이용하는 경우, 이익공유나 격려 차원에서 원청업체와 동일한 기준으로 상여금을 지급하는 경우, 원청업체가 하청업체 근로자들의 직업능력 개발 등과 관련된 교육에 대해 비용, 장소 등을 협력·지원한 경우 등도 근로자파견 인정 요소로 단정할 수 없다.

---

147) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2016다240406 판결(한국타이어 사건).

바. 산업안전보건법 등 개별 법령상 의무이행

원청업체가 「산업안전보건법」에 따라 안전·보건 조치를 하거나, 「전기사업법」에 따라 전기안전관리자를 선임하여 전기안전관리 업무를 수행하도록 하는 등 개별 법령상 의무를 이행하는 것에 불과할 경우 근로자파견 인정 요소로 볼 수 없다.

법원도 원청회사가 사내협력업체를 포함한 사업장 전체의 안전·보건관리 업무를 총괄 관리하고, 사업장 내 전체 근로자들을 대상으로 금연교육을 한 사안에서 화재 등에 민감한 재료를 사용하는 생산 공정의 특수성을 감안한 사용자의 시설관리권의 행사 혹은 「산업안전보건법」 제18조 및 제29조 등에 따른 도급 사업주로서의 의무 이행을 위한 조치 등으로 평가된다고 하면서 근로자파견을 인정하지 않았다.[148] 그리고 사용사업주등이 「전기사업법」 등 관계 법령에 따라 소속 직원을 안전관리자 등으로 선임한 것은 안전관리업무를 수행하기 위한 것일 뿐, 해당 근로자에 대한 지시·감독을 주된 목적으로 하는 것은 아니라고 보았다[149].

Ⅱ. 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지

1. 의의

원청업체의 상당한 업무상 지휘·명령권의 행사가 있고, 하청업체 근로자가 이에 구속되는지 여부는 근로자파견관계 성립을 인정하기 위한 핵심적인 요건이나 현실에서는 판단이 쉽지 않다. 원청업체와 하청업체 간의 담합으로 원청업체의 업무상 지휘·명령권 행사가 은폐·조작되기도 하고, 기업조직의 다변화, 통신기술 및 노무관리 시스템의 발달로 근로자에

148) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2016다240406 판결(한국타이어 사건).

149) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결(KT&G 사건).

대한 지휘·명령권 행사의 방법이나 수단도 변화하고 있기 때문이다.

이 경우 하청업체 근로자가 원청업체 사업 내에 실질적으로 편입되었다면 원청업체의 업무상 지휘·명령권 행사 여부를 판단하는데 유력한 자료가 된다.[150] 하청업체 근로자가 원청업체 사업 내에 편입되어 업무를 수행하였다면 어떤 방식으로든 원청업체의 지휘·명령을 받았을 개연성이 높기 때문이다. 즉 하청업체 근로자가 원청업체에 실질적으로 편입되어 업무를 수행하였다는 것은 원청업체가 하청업체 근로자들의 업무수행에 관한 지휘·명령권을 행사하였다는 사실을 인정할 수 있는 유력한 간접사실이 된다.[151]

한편, 하청업체가 어느 정도 업무상 지휘·명령권을 행사하고 있어서 원청업체의 지휘·명령권 행사 여부를 판단하기 쉽지 않을 때에는 하청업체가 원청업체 사업에 어느 정도 편입되어 있는지를 확인해 볼 필요가 있다. 만약 그 편입의 정도가 강하다면, 지휘·명령권 행사에서의 흐릿함은 원청업체의 의도에 의한 것이란 추정이 가능하다.[152]

원청업체 사업에의 실질적인 편입 여부는 하청업체 근로자가 담당하는 업무와 원청업체의 주요 업무 간의 상호연계성, 즉 업무수행의 시간적·장소적 구속성, 전속성이나 계속성, 원료나 작업도구의 조달 여부, 원청업체 근로자와의 상호협력이나 공동작업의 필요성 등을 고려하여 판단하여야 한다.[153] 또한, 예컨대 하청업체의 대표이사 등 주요 임원이나 주주들이 원청업체 출신인지 여부, 하청업체 사업이 원청업체와 동일·유사한지 여부, 하청업체의 사업 계속 여부가 원청업체의 사업 존속에 어느 정도 영향을 받는지 등도 살펴 편입 정도를 판단할 수 있을 것이다.[154][155]

---

150) 이정환(주8), 908-909면.

151) 김도형(주53), 194면.

152) 강성태, “사내하도급과 근로계약관계-현대자동차 판결의 검토를 중심으로-”, 사법 제15호, 2011, 26면.

153) 조경배(주49), 322면.

154) 도재형, “사내하도급 관계에서 근로자파견의 인정기준”, 법조 제60권 제8호, 2011, 169면.

2. 공동작업

가. 문제의 소재

판례는 하청업체 근로자가 원청사업에 실질적으로 편입되었는지 여부를 판단하는 중요한 징표로 '공동작업'을 들고 있다. '공동작업'이란 하청업체 근로자의 작업과 원청업체 근로자의 작업이 기능적으로 결합되어 하나의 작업집단을 구성한 경우를 말한다.[156] 원·하청업체 근로자가 같은 장소에서 같은 업무를 수행하는 경우 공동작업에 해당할 여지가 높지만, 장소적 동일성이 공동작업인지 여부를 결정하는 절대적인 판단기준은 아니다.

나. 판례의 태도

1) 공동작업을 인정한 사례

대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 사건에서 원·하청업체 근로자가 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행하였고, 원청업체에 결원이 발생

---

155) 외국의 사례들을 보면, 우선 독일의 경우에는, ①노무를 제공하는 사업 내 근로자와의 공동작업과 평등대우, ②사업목적의 공동수행, ③종전에는 노무를 제공받는 사업주의 근로자에 의하여 수행되던 작업의 수행, ④노무를 제공받는 사업에 의한 원료와 작업도구의 조달, 작업복이나 안전장구의 준비, ⑤노무를 제공받는 사업 내 작업과의 조정, ⑥노무를 제공받는 사업 내 근로조직으로의 통합 등은 근로자가 원청의 사업장으로 실제 편입되었음을 보여주는 징표가 된다(김기선(주94), 60면). 한편 프랑스의 경우에는 ①도급인의 근로자와 수급인의 근로자가 동일의 업무를 행하는 경우, ②도급인 사업장의 작업템포와 수급인의 작업스케줄이 연동되어 있는 경우, ③도급사업이 주문자와 전속적·계속적 거래관계에 있는 경우 등이 조직적 편입의 주요 지표로 거론된다(조임영(주16), 64면). 조경배(주49), 322면, 각주 18에서 재인용.

156) 이정환(주8), 909면.

한 경우 하청업체 근로자가 대체근로를 한 점 등을 들어 근로자파견을 인정하였다.

한편, 금호타이어 사건에서는 하청업체 근로자와 원청업체 근로자의 작업장소가 공간적으로 떨어져 있더라도, 하청업체 근로자들이 일련의 제조공정 중 하나 또는 하나의 공정 중 세분화된 작업단계에 참여하였다는 점, 그 전후에는 원청업체 근로자들이 참여하는 공정 내지 작업단계가 접속해 있어 업무가 기능적인 측면에서 분리될 수 없고 밀접하게 연동되어 진행되었다는 점 등을 들어 협력업체 근로자들이 원청업체 사업에 실질적으로 편입되었다고 보았다[157]. 또한 현대제철 사건에서 광주고등법원은 원청업체와 하청업체의 업무가 구분되어 있고, 작업장소도 떨어져 있었음에도 불구하고, 하청업체 근로자들이 담당한 업무·공정들이 원자재 입고부터 완제품 출하까지 원청업체가 냉연강판을 생산하는 주요 공정의 생산라인 진행과 연동되어 함께 작업이 진행되어야 할 필요가 있으므로 실질적으로 공동작업을 하는 것으로 볼 수 있다고 하였다.[158]

2) 공동작업을 부정한 사례

대법원은 KTX (2)사건에서 비록 같은 작업공간에서 원·하청업체 근로자가 함께 근무를 하더라도 승무분야 업무 중 안전부문은 원청업체 소속의 열차팀장이, 승객서비스 부문은 협력업체 소속 여승무원들이 담당하기 때문에 업무가 명확히 구분된다는 점을 이유로 원청업체 사업에 편입된 것으로 보지 않았다.[159] 또한 KT&G 사건에서는 도급인 소속 근로자들과 협력업체 소속 근로자들이 함께 중앙제어실에서 근무하였지만 업무의 내용이 서로 다르고, 협력업체가 도급받은 지원설비 운전 등의 업무는 도급인의 주된 업무인 제품생산과 무관하게 독립적으로 이루어진다는 점, 도급인 소속 근로자들의 결원이 생겨도 협력업체 소속 근로자들이

157) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

158) 광주고등법원 2019. 9. 20. 선고 2016나546 등(병합) 판결(현대제철 사건, 상고심 계류 중).

159) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결(한국철도공사 사건).

그 대체업무를 수행하지 않은 점 등을 이유로 원청업체 사업에 편입된 것으로 보지 않았다.[160] 그리고 한국타이어 사건에서는 컨베이어 등 자동화 시스템으로 연결되어 순차공정이 이루어지고 있었으나 원·하청업체 근로자의 업무가 구분되고, 동일한 업무를 혼재하여 수행하거나, 원청업체에 결원이 발생할 때 하청업체 근로자가 대체근로를 하지도 않은 점, 특정 공정이 지연되더라도 다른 공정의 업무에 지장을 초래하지 않는 등 공정 간 유기성도 크지 않다는 점을 들어 근로자파견을 인정하지 않았다.[161]

다. 검토

원·하청업체 근로자가 같은 공간에서 작업하는지, 별도 공간에서 작업하는지가 공동작업을 결정하는 중요 기준이 되지는 않는다. 물론 원·하청업체 근로자가 같은 공간에서 같은 내용의 또는 연관성이 있는 업무를 수행한다면 공동작업으로 인정될 것이다.[162]

법원은 공동작업인지 여부를 판단할 때 원·하청업체의 작업장소 외에도 업무의 상호 연동성, 업무 구분성, 원청업체 결원 발생 시 하청업체 근로자의 대체근로 가능 여부, 협업 여부 등을 고려하고 있는 것으로 보인다.[163]

---

160) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결(KT&G 사건).

161) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406판결(한국타이어 사건).

162) 공동작업을 장소적 동일성만을 전제로 한 '혼재작업'과 구별할 필요가 있다는 견해(권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁", 노동법포럼 제11호, 노동법이론실무학회, 2013, 100면)가 있다. 그러나 원·하청업체의 작업장소가 동일하다는 것만으로 공동작업으로 볼 수 없지만, 혼재작업의 경우에도 원·하청업체 근로자의 업무가 동일하거나 상호 밀접한 연관성이 있을 경우 공동작업으로 인정될 수 있다는 점에서 위 견해는 타당하지 않다고 생각한다. 대법원이 2015년 현대자동차 아산공장 판결에서 근로자파견의 징표로 '공동작업'을 들고 있으나, 이것이 2010년 현대자동차 울산공장 판결에서 '혼재작업'을 근로자파견의 징표로 본 것에 대한 반성적 의미는 아니라고 보여진다.

원·하청업체 근로자가 컨베이어 벨트의 앞뒤나 좌우에 혼재 배치되어 작업한다면 공동작업에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.[164] 컨베이어 등 자동화 시스템으로 인하여 원·하청업체의 업무가 긴밀한 연관성을 가지고 되고, 작업속도, 작업방법, 작업순서 등이 구속되기 때문이다. 그러나 컨베이어 벨트를 활용한 순차공정이 이루어지고 있는 경우에도 원·하청업체 근로자의 업무가 구분되고, 특정 공정이 지연되더라도 다른 공정의 업무에 지장을 초래하지 않는 등 공정 간 유기성이 크지 않을 경우 근로자파견이 부정될 수 있다.[165]

원청업체 사업장이 아닌 다른 사업장에서 하청업체 근로자들이 업무를 수행하는 경우에도 업무가 밀접하게 상호 연동되어 있다면 공동작업으로 볼 수 있다. 서울고등법원은 자동차 생산의 직접 생산공정(차체공정, 도장공정, 의장공정)뿐 아니라 컨베이어 벨트를 활용하지 않는 간접 생산공정(출고, 생산관리, 포장)의 경우라도 작업수행이 직접 생산공정과 밀접하게 연동되어 있어 업무수행 과정이 다르지 않고, 원청업체가 사양식별표 등을 통해 업무상 지휘·명령을 한 경우 근로자파견을 인정할 수 있다고 판시하였다.[166][167]

---

163) 박귀천(주35), 24면.

164) 대법원은 2010년 현대자동차 울산공장 판결에서 원·하청업체 근로자가 컨베이어 벨트에서 혼재되어 일하고 있고, 원청업체 근로자가 결근할 경우 하청업체 근로자가 대체하게 하였다는 점 등을 들어 근로자파견을 인정하였다.

165) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결(한국타이어 사건).

166) 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나496725 등(병합) 판결(현대자동차/현대글로비스 사건, 상고심 계류 중).

167) 이에 대하여 업무마다 서로 다른 내용으로 다양한 도급관계가 형성되고, 원청업체의 근로자가 수행하는 업무와 명확히 구별되며, 하청업체의 독립적 작업조직을 통해 업무를 수행함에도 해당 업무가 생산 공정과 밀접히 관련되어 있다는 이유로 일률적으로 파견으로 인정하는 것은 검토를 요한다고 하면서 비판하는 견해(박지순, “사내도급과 파견의 구별에 관한 서울고등법원 판례 평석”, 월간 노동법률 제311호, 2017, 128면)가 있다. 원·하청업체의 업무가 구분되고, 하청업체가 독립적으로 다른 장소에서 업무를 수행하고 있을 경우 원청업체의 업무와 단순히 관련성이 있다고 하여 공동작업을 인정하는 것은 타당하지 않을 것이다. 그러나 현대자동차/현대글로비스 사건의

Ⅲ. 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지

도급의 경우 수급인은 계약의 목적인 일의 완성을 위하여 재량권을 가지고 업무를 수행하므로 작업에 투입할 근로자의 선발, 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 계획하고 행사한다. 수급인이 업무를 수행함에 있어 위와 같은 재량권을 독자적으로 행사하지 못한다면 진정한 도급이라고 할 수 없다.

'하청업체의 근태 및 노무관리의 독립성'은 업무상 지휘·명령권 행사 여부를 판단하기 위한 보강적 판단기준으로서[168], 3면적 법률관계의 특성을 반영하여 하청업체와 하청업체 근로자 사이의 관계도 대상으로 삼아 실질적·종합적 판단에 고려하기 위한 것이다.[169][170]

한편, 파견법상 파견근로자는 파견사업주와 사용사업주로부터 각각 지휘·감독을 받으므로, 근로조건이나 근태관리 등이 전적으로 사용사업주의 지휘·명령관계에 있는 경우에만 근로자파견관계를 인정할 수 있는 것은 아니다.[171] 파견법상 파견사업주도 근로자의 선발이나 해고, 임금 지급을 위한 노무관리를 할 수 있으므로 수급인의 인사권이나 노무관리권의 행사만으로 파견근로관계를 부정할 정도라고 판단하는 데 신중할 필요가 있다.[172] 그리고 도급이든 근로자파견이든 근로자의 선발은 어차피 수급

경우 원·하청업체의 업무가 밀접하게 연동되어 있을 뿐만 아니라 원청업체가 사양식별표 등을 통해 하청업체의 작업방법 등을 통제하는 등 업무상 지휘명령권을 행사하였기 때문에 근로자파견이 인정된 것으로 보인다.

168) 조경배(주49), 322-330면.

169) 이정환(주8), 913면.

170) 근로자파견관계의 확인은 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 법률관계를 파악하는 것이므로 위 판단기준의 주어를 원청업체로 바꾸어 '원청업체가 하청업체 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등에 관한 권한을 행사하는지'로 하는 것이 낫다는 견해에 대하여는 강성태(주35), 64-65면 참조.

171) 이정환(주8), 913면.

인이자 파견사업주의 권한이므로 '근로자의 선발'은 도급과 파견 구별의 징표로서는 대비 효과가 약한 것으로서 배제되어도 무방할 것으로 보인다.[173]

원청업체가 하청업체 근로자의 선발, 배치, 징계, 해고 등 인사 관련 사항에 개입하여 영향을 미쳤다면 근로자파견 인정 요소로 볼 수 있다. 법원은 해당 근로자를 신규배치하려면 원청업체의 승인을 받아야 하거나[174] 원청업체가 해당 근로자의 교체를 요구하면 하청업체는 이에 따라야 하는 경우[175] 근로자파견을 인정하였다.

원청업체가 하청업체 근로자의 근로시간, 휴게시간, 연장·야근 근로, 교대제, 휴가 및 병가사용 등을 실질적으로 관리하였다면 근로자파견 인정 요소로 볼 수 있다. 법원은 원청업체가 하청업체 근로자에 대한 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 등을 결정하고, 하청업체를 통해 해당 근로자의 근태상황을 파악한 사안,[176] 하청업체 근로자가 휴가를 사용할 경우에는 원청업체의 승인을 받은 사안[177], 하청업체 근로자가 매일 근무상황, 휴가, 병가 등을 원청업체에 보고한 사안[178]에서 근로자파견을 인정하였다.

원청업체가 하청업체 근로자에게 직무수행의 구체적 사항에 관한 교육을 할 경우 근로자파견 인정 요소로 볼 수 있다. 그러나 산업안전교육 등 법상 이행의무가 있는 교육이나, 직업능력개발교육 등 구체적인 직무수행과 관련이 없는 교육 등을 실시·지원한 경우에는 근로자파견 인정 요소로 보아서는 안 된다.

법원은 발전보조업무, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 업무 중 상

---

172) 조경배(주49), 325면.

173) 이정환(주8), 913면.

174) 대법원 2016. 7. 22 선고 2014다222794 판결(군포시 모니터링요원 사건).

175) 대법원 2016. 7. 22 선고 2014다222794 판결(군포시 모니터링요원 사건), 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016나13741 판결(한전 KPS 사건).

176) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 사건).

177) 대법원 2015. 11. 26 선고 2013다14965(한국수력원자력 사건), 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결(남해화학 사건) 등.

178) 대법원 2016. 7. 22 선고 2014다222794 판결(군포시 모니터링요원 사건).

당수는 일정 수준의 기술과 숙달을 요하는 것으로 원청업체 정규직원의 교육이나 지시가 없으면 해당 하청업체 근로자들이 독자적으로 수행할 수 없는 것으로 보이며, 원청업체 정규직원을 통하여 하청근로자들에게 업무수행에 관하여 교육을 실시한 사안[179], 하청근로자가 처음 시작할 때 업무 교육을 원청업체의 직원으로부터 받았고, 하청업체로부터는 교육을 받은 적이 없는 사안[180]에서 근로자파견을 인정하였다. 그러나 최초 도급 시 업무인수인계를 위해 필요한 경우를 제외하고는 파견사업주 등이 해당 근로자의 신규채용 시나 사업장 변경 시 필요한 교육을 자체적으로 실시한 사안에서는 근로자파견을 부정하였다.[181]

Ⅳ. 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며, 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지

1. 의의

업무도급계약을 체결한 경우 계약목적이 구체성, 한정성, 구별성을 가지고 있고, 근로자의 업무에 전문성·기술성이 있는지를 살펴 당해 계약이 도급으로서 고유한 특성을 가지고 있는지 살펴보는 것이다. 그러나 이러한 도급적 특성을 갖추고 있는 경우에도 원청업체가 하청업체 근로자에게 업무상 지휘·명령권을 행사한다면 도급이 아닌 근로자파견으로 보아야 한다. 따라서 본 요소의 징표를 갖추고 있지 못하다면 도급계약으로 보기 어렵다는 정도이지 본 요소를 갖추고 있다는 이유로 근로자파견관계를 부정할 수 있을 정도의 징표로 보기는 어렵다.[182][183]

---

179) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결.

180) 대법원 2016. 7. 22 선고 2014다222794 판결(군포시 모니터링요원 사건).

181) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결(KT&G 사건).

182) 이정환(주8), 914-915면.

183) 김도형(주53), 24면(김도형 변호사는 “대법원이 새로운 판단기준에서 위와 같은 도급계약의 징표들을 나열하고 있는 것은 이러한 징표 중 어느 하나라

2. 계약목적의 구체성·한정성

도급계약이 특정한 일의 완성을 목적으로 하는 이상 계약의 목적과 내용, 범위가 사전에 확정되어 있어야 한다.[184] 도급계약에서는 계약의 목적으로서 일의 완성과 같은 대상이 구체적으로 분별되어 확정될 수 있는 것인지, 또는 계약진행과정 상의 위험부담은 어떠한 방식을 예정하고 있는지, 그리고 그 대가로서 보수의 지급은 어떠한 방식으로 하도록 예정하고 있는지 등을 명확하게 해 두는 것이 일반적이다.[185]

도급계약의 목적이 구체적으로 사전에 확정되어 있지 않고 노무제공 시 사용자의 지휘·명령에 의해 결정되거나, 포괄적인 내용으로 정해진 경우에는 계약의 목적이 해당 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있다고 볼 수 있으므로 위장도급의 징표가 된다. 다만, 도급계약의 목적인 일의 완성이, 그 일의 특성상 미리 확정할 수 없는 경우에는 도급계약상 일의 완성은 추후에 구체적으로 확정되거나 추후에 변경될 수 있다고 보아야 한다.[186] 예컨대 갑자기 날씨가 추워져서 건물 관리가 더 세밀하게 되어야 할 때, 기존 관리수급업체 이외에 예비적으로 필요에 따라 그 업무를 추가적으로 수행해 주도록 하는 업무도급계약을 맺는 것도 계약 내용 형성의 자유라는 관점에서 가능할 것이다.[187]

도 갖추고 있지 못한 경우에는 도급계약으로 해석할 수 없다는 점을 주의적으로 밝히고 있는 것일 뿐이지, 이러한 징표들이 발견되는 경우에는 근로자 파견이 아니라 도급에 해당하는 것으로 적극적으로 보아야 한다는 뜻은 아닌 것으로 이해하여야 한다“고 한다).

184) 박귀천(주35), 30면.

185) 권혁·전형배·박효숙·황수옥(주38), 201면.

186) 권혁·전형배·박효숙·황수옥(주38), 202면.

187) 원청회사와 하청회사 간에 공항 항공기 여객 보안검색 작업에 대한 도급계약을 체결하면서 하청근로자인 보안요원에 대하여 긴급상황과 위험상황에서는 원청회사 측이 직접적인 지시를 행사할 수 있도록 합의해 놓았고, 이러한 합의에 기초하여 원청회사가 하청근로자인 보안 요원에 대하여 지시권을 행사한 경우, 이러한 지시권의 행사는 근로계약관계에 기초한 지시권의 행사라고 볼 수 없다는 것이 독일연방노동법원의 입장이다(BAG 2012. 1. 18, NZA RR 2012, S.455), 권혁·전형배·박효숙·황수옥(주38), 205면에서 재인용.

법원은 계약상 업무의 범위, 기한이 구체적으로 특정되어 있지 않고, 도급대금은 일의 결과가 아닌 해당 근로자가 투입된 근로시간에 비례하여 책정되었으며, 원청업체의 필요에 의해 업무가 구체적으로 결정되는 등으로 인하여 계약의 목적이 해당 근로자의 노동력 제공 자체에 있는 것으로 볼 수 있는 경우,[188] 원청업체가 하청업체에 대하여 작업불량, 파업 등과 관련한 손해배상을 청구하는 등 책임을 물은 적이 없는 경우[189] 근로자파견을 인정하였다.

3. 업무의 구별성

하청업체 근로자의 업무가 원청업체 근로자의 업무와 명확히 구별되지 않는다면, 결국 하청업체 근로자들은 원청업체의 업무상 지휘·명령에 맡겨지거나 실질적으로 원청업체의 사업에 편입된 것이므로 근로자파견에 해당할 가능성이 높다.[190]

도급업무의 구별성 여부는 장소로 판명되지 않는다. 원·하청업체 근로자들이 같은 장소에서 근무한다고 하더라도 업무가 구분될 수 있고[191], 원청업체 사업장이 아닌 다른 사업장에서 하청업체 근로자들이 업무를 수행하는 경우에도 업무가 밀접하게 상호 연동되어 있다면 공동작업으로 볼 수 있다.[192]

법원도 원청업체 근로자의 업무와 하청업체 근로자의 업무가 구분되지 않을 경우 근로자파견을 인정하는 징표로 삼고 있는데, 남해화학 사건에서 도급받은 부분이 원청회사 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 않는다는 점을 들어 근로자파견을 인정하였고[193], 현대자동

188) 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781 판결(한국GM 사건, 2016. 6. 10. 대법원 확정).

189) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

190) 이정환(주8), 915면.

191) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결(한국타이어 사건).

192) 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나496725 등(병합) 판결(현대자동차/현대글로비스 사건, 상고심 계류 중).

차 아산공장 사건에서도 하청업체가 업무도급을 받았다는 부분 중 일부는 원청업체의 정규직 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 않는다는 점을 들어 근로자파견을 인정하였다.[194]

한편, 최근 하급심 판결에서 도급업무가 외형상 구분되어 있다고 하더라도 그 결과물이 일의 완성을 목적으로 하는 것이 아니라 원청업체의 업무와 밀접하게 연관되어 있다면 근로자파견을 인정할 수 있다고 본 사례들이 있다. 현대제철 사건에서 광주고등법원은 원청업체와 하청업체의 업무가 구분되어 있고, 작업장소도 떨어져 있었음에도 불구하고, 하청업체 근로자들이 담당한 업무·공정들이 원자재 입고부터 완제품 출하까지 원청업체가 냉연강판을 생산하는 주요 공정의 생산라인 진행과 연동되어 함께 작업이 진행되어야 할 필요가 있고, 하청업체들의 도급목적은 일의 완성을 목적으로 하는 것이라기보다 원청업체의 제품 생산작업에 필요한 노무의 제공에 있다고 하면서 근로자파견을 인정하였다.[195]

원·하청업체 근로자의 업무가 구별된다면 근로자파견에 소극적인 요소가 된다. 법원은 한국타이어 사건에서 원청업체가 공정별·업무별로 구분하여 외주화하였고, 하청업체 근로자가 담당하는 타이어 제조 및 판매업무와 원청업체 근로자가 담당하는 재료운반, 물류, 청소업무가 그 내용과 범위를 구분하는 것이 가능하다고 보아 근로자파견을 부정하였고,[196] KT&G 사건에서는 하청업체 근로자의 지원설비 운전 업무는 원청업체 근로자의 주된 업무인 제품생산과 독립적으로 이루어지고 있다고 하면서 근로자파견을 부정하였다.[197]

4. 업무의 전문성·기술성

---

193) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결(남해화학 사건).

194) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 아산공장 사건).

195) 광주고등법원 2019. 9. 20. 선고 2016나546 등(병합) 판결(현대제철 판결, 상고심 계류 중).

196) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결(한국타이어 사건).

197) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014나211619 판결(KT&G 사건).

하청업체의 도급업무에 대한 전문성·기술성이 있는 경우 원청업체는 하청업체 근로자를 지휘·명령하기 어려울 것이고 적법 도급이 인정될 가능성이 상대적으로 높아질 것이다.[198][199] 반면 도급업무가 단순·반복 작업에 불과할 경우에는 노동력의 제공을 목적으로 하는 것으로 보아 근로자파견이 인정될 가능성이 있다.

그러나 민법상 도급계약의 성립에 전문성·기술성이 반드시 요구되는 것은 아니고, 이미 근로자파견이 허용되는 업무 중에는 상당한 전문성·기술성이 있는 분야가 있으므로, 전문성·기술성은 도급계약의 본질적 징표로 큰 의미를 부여할 것은 아니다.[200]

그런데 도급계약의 대상과 내용은 계약자치의 원칙상 당사자가 자유롭게 정할 수 있다는 견지에서, 도급업무의 전문성이나 기술성은 도급과 파견을 구별하는 기준이 될 수 없고, 도급이나 위임에 필요한 것은 오로지 계약목적의 특정성과 업무의 구분 가능성이라는 견해[201]가 있다.

그러나 도급대상 업무가 반드시 전문성이나 기술성을 갖추어야 하는 것은 아니지만, 근로자파견과 도급의 구별기준으로서 업무의 전문성이나 기술성이라는 요소는 원청업체의 업무상 지휘·명령에 대한 구속성 여부를 판단하기 위한 보강적인 요소로서 기능한다는 점에서 위 견해는 타당하지 않다.[202]

업무의 전문성·기술성이 높을수록 하청업체가 독자적인 재량권을 가지고 업무를 수행하였을 가능성이 높지만, 업무가 단순·반복적인 육체적인 노동력의 제공에 불과하다면 하청업체는 단순히 원청업체가 지시한 내용

---

198) 박귀천(주35), 28면.

199) 한국수력원자력 사건에서 서울고등법원은 하청업체 근로자들의 전문성을 인정하면서 근로자파견에 해당하지 않는다고 보았다. 즉 하청업체 근로자들이 담당한 업무는 보건물리실 출입·작업 관리업무로, 원전 방사선관리분야 또는 방사선방호분야 역무 경험이 있으며 업무능력평가에 합격한 사람만이 할 수 있는 업무로 전문성·기술성이 있다고 보았다(서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016나11051 판결).

200) 이정환(주8), 915면.

201) 권혁(주16), 116면.

202) 조경배(주49), 326면.

을 전달하거나 수행하는 대리인의 역할만을 하였을 가능성이 높다.[203] 하청업체의 현장대리인이 실제로 지휘·명령권을 행사하였는지 아니면 원청업체의 지시를 전달했을 뿐인지, 원청업체의 MES를 통한 작업상황, 작업정보 전달이 사실상 업무상 지휘·명령에 해당하는지 등의 문제는 도급업무의 전문성·기술성 문제와 종합하여 판단하여야 한다.

법원은 남해화학 사건에서 하청업체 근로자들의 업무 중 일부는 반복적인 청소, 시설관리업무로서 수급인의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 필요하지 않다는 점을 근로자파견 인정의 요소로 보았고, [204] 한국GM 사건에서도 원청업체가 작성한 업무지시서 등을 기초로 원청업체 근로자가 지시하는 업무수행방법에 따라 업무를 수행할 뿐 하청업체의 고유 기술이 투입되지 않았다는 점을 들어 근로자파견을 인정하였다.[205] 한편, 하급심 판결 중에는 하청업체 내지 하청업체 근로자들의 전문성 정도와 관련하여 '원청회사가 주장하는 하청업체 혹은 소속 근로자들의 전문성은 소속 하청업체 변경과는 무관하게 장기간 동일한 업무를 반복해 온 것에서 비롯된 근로자들의 업무 숙련도 이상을 의미한다고 보기 어렵다'고 하면서 근로자파견으로 인정한 사안도 있다.[206]

Ⅴ. 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지

하청업체가 도급의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있지 못한 경우 독자적인 업무수행을 하기 어렵고 원청업체에게 의존할 수밖에 없을 것이므로 근로자파견 인정의 징표가 될 수 있다.

이 판단기준은 묵시적 근로계약관계 여부를 판단하는 기준인 사업으

---

203) 조경배(주49), 326면.

204) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결(남해화학 사건).

205) 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781 판결(한국GM 사건).

206) 수원지방법원 2016. 12. 21. 선고 2014가합4417 등(병합) 판결(현대위아 사건), 박귀천(주35), 28면에서 재인용.

로서의 독립성이나 독자성 요건과 유사하여 중복되는 측면이 있다. 다만 근로자파견과 도급의 구별기준으로서의 본 요소는 하청업체의 사업으로서의 실체 그 자체를 묻는 것이 아니라 '도급계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한' 정도의 조직이나 설비를 갖추고 있는지 정도로 이해될 수 있다.[207]

근로자파견과 도급 모두 수급인이나 파견사업주의 사업자로서 독립성이나 독자성이 인정되는 것을 전제로 한다. 따라서 독립적 기업조직이나 설비에 관한 요소가 근로자파견과 도급을 구별하는 독자적인 판단기준이 될 수는 없다. 이 판단기준 역시 원청업체의 업무상 지휘·명령권 행사 여부를 판단하기 위한 보강적인 요소로서 기능한다.

법원은 한전 KPS 사건에서 비록 하청업체가 회사의 실체 내지 사업경영상 독립성을 갖추고 있다고 하더라도 이는 원청업체와 하청업체 근로자들 사이에 직접 고용관계를 인정할 수 없는 근거가 될 뿐 근로자파견인지 도급인지 여부를 판가름하는 기준은 될 수 없다고 하면서 근로자파견을 인정한 바 있다. 하청업체의 독립적 실체가 인정된다고 하더라도 이 때문에 근로자파견이 부정되는 것은 아니라는 것이다.[208]

법원은 2015년 현대자동차 아산공장 사건에서 업무를 수행함에 있어서 하청업체의 고유기술이나 자본 등이 투입된 바 없고, 원청업체 소유의 시설, 부품, 소모품 등을 사용하여 업무를 수행한 사실을 들어 근로자파견을 인정하였고,[209] 금호타이어 사건에서는 하청업체가 별다른 인적, 물적 시설을 갖추지 아니한 채 다수의 근로자들로만 구성되어 있었고, 특유의 전문성을 갖추고 있는 것도 아닌 점, 그 설립 및 폐업과정에서 원청업체로부터 상당한 영향을 받으며 오로지 원청업체와의 도급계약을 위하여 설립되었다가 그 종료 이후에는 곧바로 폐업한 것으로 보이고, 하청업체의 대표자가 대부분 원청업체의 퇴직자 등 원청업체와 관련된 사람들인 점 등을 볼 때, 하청업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필

---

207) 박귀천(주35), 29면.

208) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016나13741 판결(한전 KPS 사건), 박귀천(주35), 29면에서 재인용.

209) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 아산공장 사건).

요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기 어렵다고 하면서 근로자파견을 인정하였다.[210]

제4절 소결론-판단에 있어 고려사항

앞에서 대법원이 제시한 근로자파견과 도급의 구별을 위한 5가지 판단기준들의 구체적인 의미와 역할, 그리고 최근 하급심 판결에서 쟁점이 되는 사안들을 검토하였다.

예측가능성과 법적안정성 부족이라는 대법원 판례 법리의 문제점을 해소하기 위해서는 각 판단기준들을 위장도급 사건 해결에 있어 핵심적인 역할을 하는지에 따라 차등화할 필요가 있다. 또한, 위장도급 사건을 판단할 때는 위장도급 사건이 가지는 원청업체-하청업체-하청업체 근로자 간의 다면적 법률관계, 원청업체와 하청업체 간의 지배종속적인 관계, 특히 제조업 이외의 업종의 경우 업종별 특수성 등을 고려할 필요가 있다. 아래에서 조금 더 자세히 논한다.

Ⅰ. 판단기준의 차등화

대법원은 근로자파견과 도급의 구별을 위한 5가지 판단기준을 제시하면서 그 판단기준들 사이에 비중이나 우열관계를 언급함이 없이 병렬적으로 나열한 다음 이를 바탕으로 종합적으로 판단한다고 판시하였다. 근로자파견과 도급을 구별함에 있어 기준이 되는 유형적 요소들을 종합적으로 평가하여 판단을 내리는 방식은 사안 해결에 구체성과 타당성을 높여 주지만 예측가능성과 법적안정성 측면에서 문제가 있다. 여러 가지 판단기준들을 종합적으로 평가하여 판단하되 문제 해결에 핵심역할을 하는 것은 본질적 판단기준으로 하고, 보강적 역할만 하는 것은 부수적 판단기준으로 하는 것이 필요하다. 그래야 각 판단기준에 부합하거나, 부합

210) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결(금호타이어 사건).

하지 않는 사실관계가 섞여 있을 때 어떠한 결론을 내려야 하는지에 대한 기준을 제시할 수 있고, 종합적 판단방식이 가지는 예측가능성과 법적안정성의 문제를 해결할 수 있기 때문이다.

앞에서 법원이 제시한 각 판단기준이 가지는 의의와 기능, 관련되는 쟁점에 대하여 서술하였다. 이를 토대로 하여 판단기준들을 차등화하면 아래와 같다.

우선 근로자파견과 도급을 구별하는 가장 핵심적인 판단기준은 '원청업체가 하청업체 근로자에 대하여 상당한 지휘·명령을 하는지 여부'이다. 근로자파견과 도급의 구별은 파견법에 따라 근로자파견에 해당하는지를 적극적으로 판단하는 방식으로 이루어져야 하기 때문이다. 법원도 이것을 가장 먼저 언급하면서 제1 판단기준으로 하였다.

제2 판단기준인 '하청근로자가 원청업체의 사업에 편입되었다고 볼 수 있는지 여부'는 제1 판단기준을 보강하는 기능을 가진다. 위장도급 사건에서는 원·하청업체간 지배종속적인 관계로 인하여 원청업체의 지휘·명령권 행사가 하청업체를 통해 간접적·포괄적으로 이루어지거나 그 사실이 은폐·조작되는 경우가 많은데, 이 경우 하청업체 근로자가 원청업체의 사업에 편입된 사실이 인정된다면 원청업체의 지휘·명령권 행사도 추정될 수 있을 것이다.

나머지 판단기준인 '하청업체가 독자적으로 인사나 노무 관리권을 행사하였는지 여부'(제3 판단기준), '도급계약의 목적의 구체성·한정성·구별성, 업무의 전문성·기술성'(제4 판단기준), '하청업체가 계약목적을 달성하기 위한 기업조직이나 설비를 보유하였는지 여부'(제5 판단기준)는 근로자파견 인정에 적극적인 기준이 아니라 근로자파견 인정에 소극적인 기준(도급에 해당하는 기준)이라는 점에서 제1, 2 판단기준과 차별성을 가진다. 근로자파견관계가 인정되는지 여부는 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 법률관계를 살펴 판단하는 것이 중요하므로 하청업체와 하청업체 근로자 사이의 법률관계는 직접적인 판단기준으로 작용한다고 보기 어렵다. 따라서 제3 내지 제5에 해당하는 판단기준은 제1, 2에 해당하는 판단기준들을 보강하는 간접적, 부수적 요소 정도로 보아야 하고, 위 판

단기준들이 인정되지 않는다고 하여 불법파견을 부정할 수는 없다.

Ⅱ. 다면적 법률관계

위장도급 사건은 기본적으로 원청업체-하청업체-하청업체 근로자 간의 3면적 법률관계를 가지고 있으며, 근래에는 업무의 분업화가 심화됨에 따라 하청업체가 다시 재하청을 주기도 하여 4면적 법률관계에서 문제가 되기도 한다. 그리고 전속적인 사내하도급일 경우에는 원청업체와 하청업체, 재하청업체 간에 절대적인 지배종속 관계가 있기 마련이다. 이렇게 다면적 법률관계와 지배종속적 관계가 복잡하게 얽히면서 위장도급의 사건은 해결이 더욱 어려워진다.

근로자파견 여부를 판단함에 있어서는 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 관계만을 보아서는 안 되고, 3면적 법률관계를 고려하여 통합적으로 판단할 필요가 있다.[211] 원청업체와 하청업체 간의 지배종속적인 관계로 인하여 원청업체는 하청업체를 통해 간접적·포괄적인 방법으로 하청업체 근로자에게 지휘·명령권을 행사할 수 있고. 하청업체를 통해 그 사실을 은폐·조작할 수도 있기 때문이다. 이러한 점을 고려하여 대법원은 원청업체의 간접적인 지휘명령을 포함하여 '상당한' 지휘명령이 있는 경우를 근로자파견 인정의 주요한 판단기준으로 삼은 것이다.

그리고 3면적 법률관계라는 특수성을 고려하여 하청업체와 하청업체 근로자 사이에 사용종속성의 표지가 일부 인정되더라도 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 지휘·명령관계의 인정을 함부로 부정해서는 안 된다.[212] "파견법의 취지는 근로자에 대한 의무와 책임을 부담하려는 진정성을 가지고 있지 아니한 파견사업주를 퇴출시키고 그 근로자를 실제로 사용하고 있는 사용사업주에게 고용에 대한 책임을 부담시키는데 있는 것이 아니라, 3면적 근로관계에서 각 당사자들 사이의 권리, 의무관계를 규율하는 것을 목적으로 하고 있는 것"[213]이기 때문이다. 따라서 하청업

211) 서영의(주115), 121면.

212) 서영의(주115), 123면.

체의 사용자로서의 실체, 지위가 일부 인정된다고 하더라도 원청업체와 하청업체 근로자 사이에 지휘·명령 관계가 인정된다면 근로자파견관계가 인정될 수 있다고 보아야 한다.

Ⅲ. 사업의 특수성

대법원이 제시한 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법리는 제조업을 중심으로 형성된 것이다. 특히 제5 판단기준은 수급인의 생산설비 마련을 전제로 한 것인데, 서비스업의 경우에는 그대로 적용하기 어려울 것이다.[214]

법원은 현재까지 제조업, 서비스업 등 업종에 구별을 두지 않고 동일한 법리를 적용하여 근로자파견 여부를 판단하고 있다. 이에 대하여 제조업을 전제로 하여 형성된 근로자파견에 관한 판례 법리를 서비스업 등에 그대로 적용할 경우 도급에 해당할 가능성이 커진다는 비판이 있다.[215] 실제로 서비스업에서 위장도급이 문제가 된 첫 사건인 KTX 사건[216]에서 대법원은 같은 날 선고한 다른 사건들[217]과 달리 근로자파견관계를 인정하지 않았다.

제조업은 업무 특성상 원·하청업체가 작업공간과 출·퇴근 시간이 동일한 경우가 많고, 원청업체의 생산계획이나 생산시스템에 하청업체가 구속되는 경우도 많다. 특히, 컨베이어 등 자동화 시스템을 활용하는 경우에는 원·하청업체의 업무가 긴밀한 연관성을 가지고 되고, 작업속도, 작업방법, 작업순서 등이 구속되기 때문에 근로자파견으로 인정될 가능성

---

213) 유성재, “사내하도급과 근로자파견의 구별”, 중앙법학 제15집 제1호, 2013, 230-321면.

214) 강선희(주58), 86면.

215) 강선희(주58), 86면.

216) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결(KTX (1)사건), 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결(KTX (2)사건).

217) 현대자동차 아산공장 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결), 남해화학 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결)은 제조업에서 위장도급이 문제가 된 사건으로 모두 근로자파견이 인정되었다.

이 크다.[218] 또한, 제조업에서 하청업체의 업무는 대개 반복적이고 단순한 업무이고, 원청업체 근로자의 업무를 보조하는 것이어서 하청업체의 전문성이나 독립성이 인정되기 어렵기 때문에 근로자파견이 인정될 소지가 있다. 이에 반해 서비스업은 원청업체와의 업무 연관성이 제조업처럼 긴밀하다고 보기 어려우므로, 원청업체의 업무와 '구분'된다는 이유로 근로자파견이 인정되기 어려울 수 있다.[219]

법원이 제조업에 비해 서비스업에서는 불법파견 인정에 소극적이라는 비판도 있으나[220], 법원은 최근 기업과 운전인력 용역업체 소속의 운전기사 사이에 근로자파견관계를 인정[221]하였고, 한국도로공사와 외주사업체 소속의 톨게이트 수납원 사이에 근로자파견관계도 인정[222]한 바 있다.

그간 위장도급은 주로 제조업을 중심으로 문제 되었기 때문에 서비스업, 유통업 등 다른 업종에서의 위장도급 실태나 판례가 축적되지 못하였다. 서비스업에서의 위장도급 사건에 대한 법원의 태도를 말하기에는 아직 이르지만, 위장도급 사건 해결의 구체적 타당성을 높이기 위해서는 업종별 특수성을 고려하여 판단할 필요가 있다.

사내하도급의 확대로 위장도급도 제조업 뿐 아니라 다양한 업종에서 문제될 수 있으므로 업종별 특수성, 위장도급 현황 등을 조사하여 근로자파견과 도급의 구별에 관한 법리가 어떻게 수정, 보완될 필요가 있는지 연구가 필요하다.

---

218) 제조업의 직접생산공정에서 자동생산방식을 도입한 도급계약을 폭넓게 허용하여야 한다는 견해도 있으나, 파견법이 제조업의 직접생산공정업무를 명시적으로 근로자파견 사업에서 제외한 취지를 고려할 때 신중한 해석이 필요하다는 견해에 관하여는 이정환(주8), 922면 참조.

219) 대법원은 KTX (2)사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)에서 KTX 여승무원의 업무와 한국철도공사 소속 근로자인 열차팀장의 업무가 구분되므로 도급이 가능한 업무이고, 한국철도공사가 KTX 여승무원에 대해 구속력 있는 지휘·명령을 하였다고 볼 수 없다고 하면서 근로자파견을 부정하였다.

220) 서영의(주115), 118면.

221) 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결.

222) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219249 판결(한국도로공사 사건).

제 5 장 결론

기업은 노무관리 유연성 강화, 인건비 절감 등을 위해 외부노동력 활용을 계속 늘려가고 있다. 특히 도급인 사업장 내에서 수급인 근로자를 활용하는 사내하도급 형태가 많이 이용되고 있는데, 그 활용범위가 조선, 자동차, 화학 등 전통적인 제조업 분야를 넘어 서비스 업종까지 점차 확대되고 있다.

사내하도급의 확대는 위장도급에 관한 잠재적인 법적 분쟁의 증가를 함께 가져오고 있다. 도급인 사업(장)에서 업무를 수행하는 수급인의 근로자는 도급인의 지휘·명령권 범위 안에 들어가기 마련이기 때문이다. 원·하청업체 간에 강한 지배종속 관계가 존재하는 우리나라 사내하도급 현실을 고려할 때 더욱 그러하다.

노동법적 사용자 책임을 회피하기 위하여 외형상 도급계약을 체결하고 수급인 근로자에게 지휘·명령권을 행사하는 위장도급은 파견법 등 노동법적 보호를 받아야 하는 근로자들을 열악하고 불안정한 노동환경으로 몰아가고 있다. 위장도급을 규제하고, 합법적이고 적정한 도급관계 또는 파견근로자 관계가 정착되도록 하기 위해서는 근로자파견과 도급의 구별기준을 명확하게 하는 것이 필요하다.

현재 근로자파견과 도급의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 노동부(현재 '고용노동부'), 법무부, 검찰은 2007년 공동으로 '근로자파견의 판단기준에 관한 지침'을 제정하여 시행하고 있었으나, 근로자파견에 관한 최근 판례의 태도를 반영하고 있지 못하여 재정비가 필요하다는 지적이 있었다. 이에 노동부는 2019. 12. 30. 대법원의 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 등을 반영하여 위 지침을 개정하였다. 개정된 지침은 종래의 지침보다는 진일보하였으나, 대법원 판례의 예측가능성과 법적안정성 부족이라는 문제점을 그대로 담고 있다고 볼 수 있다.

또한 위 지침은 근로자파견을 판단하는 기준만을 담고 있을 뿐 파견적 요소가 적고 도급적 요소가 비교적 많아 행정지도 등을 통해 합법적

인 도급관계로 유도할 수 있는 사건의 해결방안이 없다. 근로자파견 판단에 관한 지침 외에 도급사업의 합법적이고 적정한 운영을 위한 방법과 이를 위한 적극적인 행정지도에 관한 내용을 담은 지침을 마련할 필요가 있다.

대법원은 2008년 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결)을 통하여 불법파견의 경우에도 파견법이 적용된다는 점을 명확히 하였는데 이후 위장도급 사건에서 근로자파견과 도급의 구별에 관한 문제가 핵심 쟁점이 되었다. 이후 근로자파견과 도급의 구별에 관한 많은 판례들이 축적되었고, 이를 토대로 대법원은 2015년 현대자동차 아산공장 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)을 통해 다음과 같이 일반적인 법리를 제시하였다. 즉, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직, 간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다"는 것이다.

그러나 현대자동차 아산공장 판결에서 제시한 법리는 근로자파견 인정을 위한 5가지 판단기준을 병렬적으로 나열한 다음 종합적으로 판단하도록 하고 있는데, 각 판단기준들이 어떤 비중과 의미를 가지고 있는지 설명하고 있지 않아 기준으로서 명확성이 부족하다는 비판을 받고 있다. 위 대법원 판결 이후에도 하급심에서 일관성 있는 판결이 이루어지지 못하고 있는데, 특히 사내하도급에서 원·하청업체 근로자가 공동작업을 하는 것으로 볼 수 있는지 여부, MES를 통한 작업상황 및 작업정보 공유

를 원청업체의 업무상 지휘·명령으로 볼 수 있는지 여부 등에 관하여 하급심 판결이 엇갈리고 있다.

학계에서도 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 여러 논의가 있었으나, 다수의 공감을 얻는 견해가 나오고 있지 않다. 주로 논의되는 방향을 보자면, 우선, 근로자파견과 도급에 각기 고유한 속성이 존재하는 것을 전제로 하여 도급에서만 나타날 수 있는 고유한 속성이 발견되는 경우 근로자파견관계의 성립을 부정해야 하다는 견해가 있다.

그러나 위장도급이 문제되는 대부분의 사안들은 도급적 요소와 파견적 요소를 모두 가지고 있는데, 도급의 어떤 고유한 속성을 가지고 있다고 하여 다른 파견적 요소를 무시하고 도급으로 인정한다면 사건 해결에 있어 구체적 타당성이 문제될 수 있다. 도급에 관한 법 규정은 임의법규라는 점, 시대변화에 따라 도급계약도 전형적인 모습에서 벗어나고 있다는 점을 고려할 때, 파견적 요소를 무시할 수 있을 정도의, 도급의 고유한 속성은 무엇인지에 대한 답도 명확하지 않다.

따라서 근로자파견인지 여부에 대한 판단은 도급과의 구별을 통해서가 아니라 근로자파견의 정의에 따라 독자적으로 판단되어야 한다. 다만, 도급과의 구별을 통해 근로자파견을 판단하는 방식은 주된 판단방법은 아니더라도 근로자파견을 인정하기 위한 보강적인 판단방법으로서의 효율성은 가질 수는 있을 것이다.

그리고 근로자파견을 판단함에 있어 업무상 지휘·명령은 사실관계가 은폐·조작되기 쉬우므로 다른 판단요소들보다 비중을 적게 두어야 한다는 견해는 파견법의 정의규정 상 업무상 지휘·명령이 근로자파견을 결정하는 가장 핵심적인 기준이 될 수밖에 없다는 점에서 타당하지 않다. 정보통신 기술의 발달, 도급인·수급인 간 은폐·조작 우려 등으로 업무상 지휘·명령의 판단이 점차 어려워지고 있는 것은 사실이나, 이는 근로자파견의 다른 판단요소들, 즉 원청업체 사업장의 편입 여부, 계약의 목적, 업무의 전문성·기술성 등을 조사하여 종합적인 판단을 통하여 해결하면 될 일이다. 따라서 근로자파견의 판단에 있어 업무상 지휘·명령을 본질적 기준으로 하면서 다른 여러 판단요소들을 종합하여 판단하는 것이 가장 합

당하다.

2015년 현대자동차 아산공장 판결은 여러 아쉬움에도 불구하고 위장도급 사건에서 있어 그간 법원이 취했던 판단의 원칙, 즉 실질판단의 원칙과 유형론적 방법론에 따른 종합적 판단방식을 공고히 하고, 근로자파견과 도급의 구별을 위한 판단기준들을 5가지로 선별하여 정립하였다는데 의미가 있다. 이 판단기준들은 그간 판례와 학설에서 제시되었던 여러 기준들 가운데서 의미 있는 것들을 총망라하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 근로자파견과 도급의 구별기준에 관한 재정립은 위 판결에서 제시한 판단의 원칙, 구체적인 판단기준들에 대한 검토 및 이에 대한 개선방안 모색 등을 통해서 이루어지는 것이 바람직하다.

대법원은 일관되게 근로자 파견에 해당하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식에 관계없이 구체적 사실관계에 따라 실질적 판단을 해야 한다고 판시하고 있다. 이러한 실질판단의 원칙은 근로관계를 판단함에 있어 정립된 기준으로서 새로운 것은 아니며, 파견근로자의 근로조건 보호를 위해 강행법규성을 갖는 파견법이 규범력을 확보하기 위한 중요한 의미를 가진다.

대법원은 근로자파견과 도급을 구별함에 있어 유형론적 방법론에 입각하여 근로자파견과 도급계약이 상호 대비되는 특징적인 여러 판단기준을 나열한 다음, 이를 종합하여 판단하고 있다. 이러한 판단방식은 여러 판단기준을 종합적으로 고려하기 때문에 사건 해결에 있어 구체적 타당성을 확보할 수 있고, 제시된 기준들이 산업현장에서 위장도급을 예방할 수 있도록 하는 경고적 기능을 한다는 점에서 장점이 있다.

그러나 이러한 종합적 판단방식은 예측가능성과 법적안정성 측면에서 한계를 가진다. 해당 사건에 있어서 개개의 판단기준이 가지는 의미가 명확하지 않을 뿐 아니라 판단주체에 따라 판단기준별 중요성이 다르게 평가될 가능성도 있기 때문이다. 실제로 2015년 현대자동차 아산공장 판결 이후에도 하급심은 유사한 사건에 대하여 엇갈린 판결을 내리는 등등 통일성을 보여주지 못하고 있다.

따라서 여러 가지 판단기준들을 종합적으로 평가하여 판단하되, 문제

해결에 핵심역할을 하는 것은 본질적 판단기준으로 하고, 보강적 역할만 하는 것은 부수적 판단기준으로 하는 것이 필요하다. 그래야 각 판단기준에 따른 사실관계가 상충될 때 어떠한 결론을 내려야 하는지에 대한 기준을 제시할 수 있고, 종합적 판단방식이 가지는 예측가능성과 법적안정성의 문제를 해결할 수 있기 때문이다.

근로자파견과 도급을 구별하는 가장 핵심적인 판단기준은 '원청업체가 하청업체 근로자에 대해 상당한 지휘·명령을 하는지 여부'이다. 근로자파견과 도급의 구별은 파견법에 따라 근로자파견에 해당하는지를 적극적으로 판단하는 방식으로 이루어져야 하기 때문이다. 법원도 이것을 가장 먼저 언급하면서 제1 판단기준으로 하였다. 제2 판단기준인 '하청근로자가 원청업체의 사업에 편입되었다고 볼 수 있는지 여부'는 제1 판단기준을 보강하는 기능을 가진다. 위장도급 사건에서는 원·하청업체간 지배종속적인 관계로 인하여 원청업체의 지휘·명령권 행사가 하청업체를 통해 간접적·포괄적으로 이루어지거나 그 사실이 은폐·조작되는 경우가 많은데, 이 경우 하청업체 근로자가 원청업체의 사업에 편입된 사실이 인정된다면 원청업체의 지휘·명령권 행사도 추정될 수 있을 것이다.

대법원이 제시한 나머지 판단기준, 즉, 하청업체가 독자적으로 인사나 노무 관리권을 행사하였는지 여부(제3 판단기준), 도급계약의 목적의 구체성·한정성·구별성, 업무의 전문성·기술성(제4 판단기준), 하청업체가 계약목적을 달성하기 위한 기업조직이나 설비를 보유하였는지 여부(제5 판단기준)는 하청업체 혹은 하청업체와 하청업체 근로자 사이의 법률관계를 대상으로 하고 있어서 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계 성립 여부에 대한 직접적인 판단기준으로 작용한다고 보기 어렵다. 따라서 제3 내지 제5에 해당하는 판단기준들은 제1내지 제2에 해당하는 판단기준들을 보강하는 간접적, 부수적 요소 정도로 보아야 하고, 위 판단기준들이 인정되지 않는다고 하여 불법파견을 부정할 수는 없을 것이다.

마지막으로 위장도급 사건은 원청업체-하청업체-하청업체 근로자간의 다면적 법률관계라는 점을 고려하여 통합적으로 판단하되, 특히 전속적

인 사내하도급일 경우에는 원·하청업체간의 지배종속관계를 고려하여 각 법률관계를 면밀히 검토하여야 한다.

본 연구에서는 2015년 대법원의 현대자동차 아산공장 판결을 토대로 하여 근로자파견과 도급의 구별에 관한 기준을 재정립하고자 하였다. 그런데 현재 기업의 외부노동력 활용은 제조업을 넘어 다양한 업종으로 확대되고 있으며, 산업현장은 계속하여 분업화, 자동화, 전산화되고 있다. 근로자파견관계도 3면적 법률관계를 넘어서서 4자 이상의 다면적 법률관계로 발달하고 있다. 이런 변화 속에서 근로자파견과 도급의 구별기준에 대한 노·사간 견해 차이는 더욱 커지고 있다.

법원은 아직까지는 위장도급 사건에서 업종별 특수성이나 4자 이상의 다면적 법률관계를 고려한 판결을 보이고 있지는 않다. 위장도급 사건의 해결에 있어 구체적 타당성을 높이기 위해서 업종별 특성이나 4자 이상의 다면적 법률관계가 문제되는 사건일 때 고려할 점이 무엇인가에 대한 향후 연구가 필요하다.

기업들은 외부노동력 활용을 통한 경영효율화는 세계적 추세이며 이를 막는 노동법적 규제는 기업경쟁력을 약화시킬 뿐이라고 주장한다. 또한 과거 제조업을 두고 만들어진 노동법적 규제를 현재와 같이 첨단화, 자동화된 산업현장에 그대로 적용하는 것은 맞지 않는 일이라고 한다.

직업안정법, 근로자파견법, 근로기준법 등 현재의 노동법들은 직접 고용관계를 전제로 하고 간접고용을 제한하고 있지만 기업의 현실적 요구 앞에서 점차 설 자리를 잃어가고 있는 듯하다. 사용자와 근로자간의 이면적 법률관계가 근로자파견 등 간접고용을 통하여 다면적 법률관계로 분화되고, 노동력 제공이 일반 재화와 같이 비인격적인 매매물로 인식되어 가는 시점에서 기업의 외부노동력 활용을 어떻게 관리할 것인지, 사용자가 누구인지 불분명해진 근로자에 대하여 어떠한 노동법적 보호를 해야 할 것인지에 관한 논의가 필요하다.

참고문헌

[단행본]

고용노동부, 「고용노동백서」, 2016.
고용노동부 차별개선과, 「간접고용 실태 및 정책과제」, 2013.
곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2012.
강성태, “사내하도급근로자와 도급인의 근로관계성립(묵시적 근로관계)”, 「노동판례백선」, 박영사, 2015.
권혁·전형배·박효숙·황수옥, 「합리적인 파견·도급 구별기준에 관한 연구」, 고용노동부, 2015.
김대근·우희숙, 「파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구: 파견과 도급의 구별기준을 중심으로」, 한국형사정책연구원, 2016.
노동법실무연구회, 「근로기준법 주해」 1권, 박영사, 2010.
박제성·강성태·김진·신권철·조경배, 「사내하청 노동관계의 법 해석론」, 한국노동연구원. 2015.
박제성·은수미·이병희, 「사내하도급과 한국의 고용구조」, 한국노동연구원, 2011.
박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009.
이정환, “제조업에서의 파견과 도급의 구별 법리”, 「민사판례연구」 41권, 박영사, 2019.
송덕수, 「민법강의(5판)」, 박영사, 2012.
최진수·정승진, “파견과 도급의 구별기준”, 「율촌판례연구」, 박영사, 2017.

[논문]

강성태, “위법한 근로자파견과 사용사업주의 책임”, 노동법 연구 제13호,

2002.
강성태, “사내하도급 삼부작 판결의 의의”, 노동법학 제35호, 2010.
강성태, “사내하청에 관한 세가지 판단-Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX”, 노동법연구 제40호, 2016.
강성태, “사내하청 노동관계 규율의 새로운 방안”, 월간 노동리뷰 제155호, 2018.
강선희, “H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다”, 월간 노동리뷰 제121호, 2015.
권 혁, “업무도급관계에서의 위장도급 판단 –업무지시권을 중심으로-”, 노동법학 제56호, 2015.
권 혁, “독일에서의 위장도급 판단기준에 관한 논의와 그 시사점”, 노동법논총 제35집, 2015.
권 혁, “도급 대상으로서의 ‘업무’와 위장도급 논쟁”, 노동법포럼 제11호, 2013.
권영환, “파견과 도급의 구별이라는 틀의 재검토”, 노동법연구 제30호, 2011.
김기선, “근로자 파견과 도급의 판단-독일에서의 논의를 중심으로”, 노동법연구 제31호, 2011.
김기선, “근로자파견의 판단”, 월간 노동리뷰 제121호, 2015.
김기선, “한국의 근로자파견 법제와 실태”, 노동법논총 제41집, 2017.
김대근, “근로자파견의 형사법적 쟁점-파견과 도급의 구별기준 정립을 중심으로”, 대검찰청 노동법이론실무학회 공동학술대회, 2019.
김영문, “파견과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점”, 노동법학 제45호, 2013.
김홍영, “KTX 여승무원의 실질적 사용자가 철도공사인지 여부 – 법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결 - 법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결”, 월간노동리뷰 제121호, 한국노동연구원, 2015.
김홍영·양 현, “KTX 승무업무는 도급이 가능한 업무인가”, 성균관법학

제5권 제2호, 2013.
김희성, “사내하도급에 관한 판례법리의 내용과 문제점-창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781 판결을 중심으로-”, 노동법논총 제35집, 2015.
김희성, “철강산업에서의 전산(MES)시스템을 통한 작업수행과 원청(도급업체)의 지시권 -광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결을 중심으로-”, 노동법노총 제40집, 2017.
노상헌, “파견 및 사내도급근로에 관한 일본의 노동법리와 쟁점”, 노동법연구 제19호, 서울대 학교노동법연구회, 2005.
도재형, “사내하도급 관계에서 근로자파견의 인정 기준”, 법조 제60권 제8호, 2011.
박귀천, “사내 도급 및 파견의 법적 쟁점”, 대검찰청 노동법이론실무학회 공동학술대회, 2019.
박은정, “일본에서의 위장도급문제에 관한 논의에 대한 검토”, 이화여자대학교 법학논집 제15권 제4호, 2011.
박수근, “사내하청에서 원청회사의 노동법상 책임에 관한 판례 동향”, 노동법포럼 제6호, 2011.
박수곤, “도급계약이 현대화를 위한 법정책적 과제”, 법과 정책연구 제12권 제4호, 2012.
박종희, “사내하도급과 파견의 구별기준 및 불법파견의 법률효과”, 조정과 심판 제42호, 2010.
박종희, “사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제”, 고려법학 제47권, 2006.
박지순, “파견과 도급의 구별에 관한 법리”, 안암법학 제38호, 2012.
박지순, “파견과 도급의 구별기준에 관한 독일과 한국의 판례 비교”, 노동법포럼 제11호, 2013.
박지순, “사내도급과 파견의 구별에 관한 서울고등법원 판례 평석”, 월간 노동법률 제311호, 2017.
박제성, “KTX 여승무원 사내하도급 사건 -서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합118219 판결”, 노동법학 제36호, 2010.

박제성, “미완의 3부작 그 완성을 위하여”, 사내하청 대법원 판결 3부작-그 의미와 과제 토론회 발제문, 2010.
서영의, “위장도급의 법적 취급 및 판단기준에 관한 연구-개별적 근로관계에서의 보호방안을 중심으로-”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2018.
송강직, “사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계”, 강원법학 제32권, 2015.
송강직, “일본 근로자파견과 위장도급의 쟁점”, 노동법연구 제29호, 2010.
신권철, “하청노동관계의 법적 구성-판례분석을 중심으로”, 노동법학 제56호, 2010.
양승광, “철도공사는 KTX여승무원의 사용자가 아닌가?”, 노동법연구 제39호, 2015.
이승길·김준근, “업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론”, 산업관계연구 제25권 제4호, 2015.
이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리 -판례의 변천의 문제점을 중심으로-”, 노동법논총 제34집, 2015.
이정, “일본의 도급과 파견의 판단기준”, 노동법포럼 제11호, 2013.
오윤식, “위장도급의 준별과 그 법적 효과”, 민주법학 제37호, 2008.
이병희, “사내하도급에 대한 노동법적 규율”, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2009.
이철수, “IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전”, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 2014.
이철수·이다혜, “한국의 산업구조 변화와 노동법의 새로운 역할”, 서울대학교 법학 제58권 제1호, 2017.
이철수, “판례를 통해 본 사내하도급의 법적 쟁점”, 노동법 실무연구 제1권, 2011.
유성재, “사내하도급과 근로자파견의 구별”, 중앙법학 제15집 제1호, 2013.
유성재, “근로자파견에 관한 최근 판례의 동향”, 노동법포럼 제211호,

2017.
전형배, “대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준”, 노동법학 제36호 2010.
조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석”, 노동법연구 제29호, 2010.
조경배, “KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준”, 노동법학 제56호, 2015.
조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, 노동법연구 제22호, 2007.
최은배, “위장도급의 판단”, 노동법연구 제31호, 2011.
최석환, “위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -”, 노동법연구 31호, 2011.
한광수, “사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적효과의 문제”, 노동법논총 제31호, 2014.

abstract

A study on the Distinction Criteria for Worker Dispatch and Contract

Park Yun Kyeong
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

It has been more than 20 years since the Act on the Protection of Dispatched Workers, or the Dispatch Law was implemented as a way to overcome the IMF financial crisis. Contrary to the initial expectation that the enactment of the Dispatch Law would made the labor market more flexible and worker dispatch undertaking illegally would be legally regulated, thus strengthening the working conditions of dispatched workers, employment security and welfare promotion for dispatched workers remain a social challenge.

Companies are avoiding the rules of the Dispatch Law to maximize the efficiency of labor management and the reduction of labor costs while expanding the use of external labor. In-house subcontracting extends beyond the traditional manufacturing industry to the service and distribution

industries. The expansion of in-house subcontracting has deepened the problem of disguised subcontract, where the contractor and subcontractor only sign contract in terms of appearance, and in practice, contractor directs and orders the workers of subcontractor. The disguised subcontract puts workers who are subject to labor legal protection, including the dispatch law, in poor labor conditions and job insecurity. In order to regulate disguised subcontracting and to establish legal and proper contracting or worker dispatch relations, it is necessary to clarify the criteria for distinction between worker dispatch and contract.

Currently, the standard for distinguishing between worker dispatch and contract is not clearly defined in the law. The Ministry of Employment and Labor recently revised the "Guidelines on the Criteria for Worker Dispatch" to reflect the Supreme Court's ruling of Hyundai Motor's Asan factory in 2015 (the Supreme Court ruling on February 26, 2015), but it has the same problems of lack of predictability and legal stability as in the Supreme Court's ruling.

The Supreme Court made clear in its 2008 YESCO ruling (the Supreme Court's ruling on September 18, 2007) that the Dispatch Law applies even in cases of illegal worker dispatch, since then, the issue of the distinction between worker dispatch and contract has became a key issue in the case of disguised subcontracting. Many cases concerning worker dispatch have been accumulated, and based on this, the Supreme Court presented general laws on the distinction between worker dispatch and contract in the 2015 ruling of Hyundai Motor's Asan Plant(the Supreme Court ruling on February 26, 2015). Whether the worker is dispatched or not should be judged by a comprehensive review according to the substance of the working relationship, taking into account ① whether a third party gives a significant direction and order, such as giving direct or indirectly binding instructions to the worker on his / her own performance, ② whether the worker is actually

included in a third party's business, such as working directly with a third-party worker, ③ whether the employer exercise his or her sole authority over the selection of workers to be put into work or the number of workers, education and training, work and rest time, leave, and work attitude checks, ④ whether the purpose of the contract is specifically defined as the implementation of a limited scope of work, that the work undertaken by that worker is distinct from that of the third-party's workers, and that such work has expertise and technical skills, ⑤ whether the employer has an independent corporate organization or equipment necessary to achieve the purpose of the contract.

The Supreme Court's ruling lists the five judging factors in parallel for recognizing worker dispatch and then judge them comprehensively. It is criticized for lack of clarity as a criterion because it does not explain the meaning and weight of each judging factors. Even after the above Supreme Court's ruling, the lower court has conflicting rulings on similar cases.

However, although the Supreme Court's ruling on Hyundai Motor's Asan plant in 2015 is unsatisfactory, it is meaningful that the court's principles of judgment are firmly established in the case of disguised subcontracting, and five judgment criteria have been established for distinguishing between worker dispatch and contract. The above principles of judgment have been taken by the courts in the past, which is the principle of substantive judgment and the principle of comprehensive judgment according to the typological methodology. And the above criteria can be seen as summing up meaningful among the various criteria that have been proposed in the cases and theories.

The purpose of this study is to re-establish the criteria for worker dispatch and contract through critical review and improvement measures based on the principles of judgment and judgment criteria presented in the Supreme Court's ruling on Hyundai Motor's Asan plant in 2015. While it

comprehensively judges the judgment criteria presented in the Supreme Court's ruling, it considers that playing a key role in solving problems among the above criteria as an essential basis of judgment, and that only playing a supplementary role is a secondary basis of judgment.

Thus, it is possible to present a criterion on what conclusions should be drawn when there is a conflict of facts according to each criterion, and to some extent address the problem of the lack of predictability and legal stability of comprehensive judgment.

Keywords: worker dispatch, disguised subcontract, criteria for distinction between worker dispatch and contract, illegal dispatch, in-house subcontracting

Student Number: 2017-23506