

근로자파견의 판단기준에 대한 토론회

일시 : 2010년 11월 2일 (화)

장소 : 환경재단 레이첼카슨홀

주최 : 민주사회를위한변호사모임 노동위원회

한양대법학연구소 공익소수자인권센터

일 정

15:00 개회 -사회 : 김인재 교수(인하대 법학전문대학원)

15:10~16:50 발제

1. 대법원 판례와 위장도급의 유형 판단기준

-전형배 교수(강원대 법학전문대학원)

2. 독일에서의 위장도급 판단기준에 관한 논의와 그 시사점

-권혁 교수(부산대 법학전문대학원)

3. 근로자파견의 판단기준에 관한 검토

-김기덕 변호사(노동법률원 법률사무소 새날)

17:00~18:00 토론

박수근 교수(한양대 법학전문대학원)

조임영 교수(영남대 법학전문대학원)

권두섭 변호사(민주노총 법률원)

18:00 폐회

목 차

<발제문>

1. 대법원 판례와 위장도급의 유형 판단기준(전형배 교수) ————— 5
2. 독일에서의 위장도급 판단 기준에 관한 논의와 그 시사점(권혁 교수)
— 53
3. 근로자파견의 판단기준에 관한 검토(김기덕변호사) ————— 76

<토론문>

- 근로자파견의 판단기준에 관한 토론문 요지(박수근 교수) ————— 115

대법원 판례와 위장도급의 유형 판단기준

전형배 교수(강원대 법학전문대학원)

I. 들어가며

간접고용과 관련해서 그 동안 학계는 많은 연구를 하여 왔고 그 결과 위장도급이나 불법판결을 중심으로 분류기준 혹은 인정기준에 관하여 다양한 견해를 제시하여 왔다. 법원도 급증하는 분쟁사례에 대하여 나름대로의 기준을 가지고 사건을 처리하여 왔는데 그러던 중 현대미포조선소 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)을 통해서 제조업에서 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정할 때 필요한 기준을 제시했고, 현대자동차 사건(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결)을 통하여 역시 제조업에서 묵시적 근로계약관계를 부정하고 파견근로계약관계를 인정하는 기준을 제시하였다.

한편, 위 2가지 판결을 선고하기 전에도 대법원은 원청업체와 하청업체 근로자간의 직접근로계약관계를 인정하는 선례를 남긴 바 있고, 때로는 그 관계를 진정한도급 형태로 인정하는 선례를 남긴 바도 있다.

따라서 이제는 진정도급, 직접근로계약관계, 그리고 파견근로계약관계를 분류하는 대법원의 기준을 전체적으로 검토하여 대법원이 제시하는 요건이 무엇인지 분석하여 보고 그 타당성을 따져볼 시기가 되었다. 특히 우리나라 제조업을 떠받치고 있는 사내하청 구조의 적절한 법적 규율을 위해서는 앞서 언급한 대표적인 2개의 판례를 집중적으로 살펴서 향후의 과제를 제시할 필요가 있다. 이하에서는 위장도급에 분류기준에 관한 그 동안의 학계에서 논의된 견해를 간단하게 정리하여 보

고 대법원 판례를 중심으로 위장도급의 인정기준과 분류기준을 검토한 후 향후의 과제를 제시하여 보고자 한다.

II. 위장도급과 근로자파견

1. 개념사용의 기준

이 글에서 논하려고 하는 근로자파견의 판단기준을 설명하기 위해서는 먼저 유관 개념으로 진정도급, 위장도급, 사내하도급, 사내하청, 불법파견 등에 대한 개념을 어느 정도 설정할 필요가 있다. 논자마다 용어의 범주가 조금씩 다를 수 있기 때문에 논지의 전개와 이해의 편의를 위해서 이 글에서는 이 용어들을 다음과 같이 이해하고자 한다.

진정도급은 민법 제664조 이하에서 규정하고 있는 전형계약으로 포섭할 수 있는 근로제공 형태를 의미한다. 하지만 노동현장에서 논의되고 있는 진정도급은 민법이 예정하고 있는 이상적인 상태에서 조금 벗어나서 도급인이 수급인과 수급인의 근로자에 대하여 어느 정도의 노무지휘를 하는 경우까지도 예정하고 있다. 따라서 민법이 예정하는 아이디얼한 타입의 도급, 즉 일의 완성만을 목적으로 하고 이에 대하여 보수를 지급하는 형태는 기업 외부에서 노동력을 공급받아 전체 공정을 운영하는 사업에서는 쉽게 찾아보기 어렵기 때문에 때에 따라서는 진성도급과 위장도급의 구분 자체가 어려울 수 있다.

다음으로 위장도급이란 진정도급이 아닌 형태의 형식적 도급을 포괄적으로 지칭하는 것으로 사용했다.¹⁾ 위장도급의 개념을 이처럼 소극적으로 규정하기 때문에 위장도급에는 여러 가지 형태의 노동력 수령방식이 포함될 수 있다. 위장도급에 포함되는 여러 유형의 노동력 수령 방식 중 대표적으로 문제되는 것이 도급인 수

1) 위장도급의 개념을 불법파견과 대응되는 개념으로 보아 이 글에서 근로계약 위장도급이라 표현하는 것을 위장도급이라고 설명하는 학자도 있다(송강직, 일본 근로자파견과 위장도급의 쟁점, 노동법연구 제29호, 서울대노동법연구회, 2010, 150쪽 이하).

급인의 근로자를 실질적으로 '고용'하고 있는 것과 같이 사용하면서도 고용의 형식을 취하지 않는 경우(이하 '근로계약 위장도급')와 실질적 고용이라는 평가할 정도는 아니지만 파견근로에 있어 사용사업주의 노무지휘에 상당하는 사용을 하는 경우(이하 '불법파견 위장도급')이다.

사내하도급과 사내하청은 같은 의미로 이해하였는데 이는 도급인(원청회사)이 자신의 사업수행을 위하여 수급인(하청회사)의 근로자를 사용하되 그 근로자가 도급인의 사업장 내에서 근로를 하는 경우라고 보았다. 따라서 여기에는 진정도급도 있을 수 있고 위장도급도 있을 수 있다. 불법파견은 먼저 언급한 '불법파견 위장도급'이라는 용어의 이해와 보조를 맞추어 도급인이 수급인의 근로자를 파견근로에 있어 사용사업주의 노무지휘에 상당하는 사용을 하면서도 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법')에서 정한 요건을 위반하고 있는 때를 상정하였다.

2. 개념구분의 실익

가. 진정도급과 위장도급의 구분실익

기업 외부의 인력을 제공받아 사용하는 것이 진정도급으로 인정되면 도급인은 해당 근로자에 대하여 사용자로서의 책임을 부담하지 않는다. 노동력을 제공하는 근로자의 사용자는 어디까지나 수급인의 근로자이기 때문에 노동법상의 책임은 수급인에게 대부분 귀속된다. 물론 이런 방식의 규율 시스템이 수급인의 근로자를 보호하는데 적절한지에 대해서는 의문이 있지만 적어도 현행 노동법 체계 아래에서는 피하기 어려운 해석론이다. 이런 문제 때문에 입법으로 예외적으로 수급인의 근로자에 대하여 도급인이 일정한 부분 책임을 부담하도록 규정하는 경우가 있는데 예를 들면, 근로기준법 제44조는 직상 수급인의 귀책사유로 하수급인의 근로자가 임금을 지급받지 못하면 직상 수급인이 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 부담하도록 규정하고 있다. 건설업에서 임금 지급의 특례를 규정한 근로기준법 제44조의2, 제44조의3도 비슷한 취지라고 볼 수 있지만 이는 매우 예외적인 입법적 해결책에 불과하고 도급계약관계의 일반적 책임부담이라고는 볼 수 없다.

반면, 기업 외부의 인력을 제공받아 사용하는 것이 위장도급으로 인정되면 수급인의 근로자를 도급인의 근로자로 인정하거나, 수급인을 근로자파견법상 파견사업주로 보아 이들에게 관련 법령이 규정한 사용자 혹은 파견사업주의 책임을 부담시킬 수 있다. 나아가 근로자파견법이 정한 일정한 사유에 해당하면 도급인은 파견근로자를 직접 고용할 의무를 부담한다. 직접고용의무에 대해서는 해석상 다툼의 여지가 많지만 큰 틀에서는 두 경우 모두 근로자를 실질적으로 사용하는 도급인에게 사용자의 지위를 인정하는 면에서 근로계약관계의 한 축인 사용자가 변경되는 중요한 결과가 생긴다.

나. 근로계약 위장도급과 불법파견 위장도급의 구분

위장도급의 형태를 근로계약 위장도급으로 인정할 수 있다면, 수급인의 근로자들은 모두 도급인의 근로자가 되어서 도급인에게 노동법상 권리를 모두 주장할 수 있고 도급인도 수급인의 근로자들에게 노동법상의 의무를 부담하고 이를 위반하면 민형사상 책임을 부담하게 된다.

반면, 도급인의 근로자로는 인정할 수 없고 다만, 수급인의 근로자로 인정하되 그 형태가 근로자파견이라고 평가되면 그것이 합법이든 불법이든 상관없이 일정한 경우 도급인은 근로자파견법 제6조의2 제2항이 규정한 직접고용의무를 부담한다. 위 조항을 위장도급에 적용하여 풀어서 설명하면 직접고용의무는 다음의 4가지의 경우에 발생한다. ① 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우가 아님에도 도급인이 2년을 초과하여 계속적으로 수급인의 근로자를 사용하는 경우, ② 건설공사현장에서 이루어지는 업무 등 근로자파견법 제5조 제3항이 정한 파견금지업무에 수급인의 근로자를 사용하는 경우, ③ 도급인·수급인·수급인의 근로자간의 합의로 파견기간의 연장을 합의하면서 총파견기간이 2년을 초과하여 계속적으로 수급인의 근로자를 사용하거나, 출산·질병·부상 등의 사유가 해소되었는데도 2년을 초과하여 수급인의 근로자를 사용하거나, 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 때에도 도급

인·수급인·수급인의 근로자간의 합의로 그 기간이 6개월을 초과하면서 동시에 2년을 초과하여 도급인이 수급인의 근로자를 사용한 경우²⁾ ④ 도급인이 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고 근로자파견사업을 하는 수급인으로부터 2년을 초과하여 수급인의 근로자를 사용하는 경우.

한편, 차별시정과 관련하여서 수급인의 근로자가 도급인의 근로자로 인정되면 해당 근로자는 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률이 정한 기간제근로자 또는 단시간근로자가 아닌 한 노동위원회에 설치된 차별시정절차를 통하여 차별시정을 받기는 어렵고 곧바로 도급인을 상대로 민사소송 등을 통하여 임금차액의 지급을 구하는 소송을 제기할 수밖에 없다. 왜냐하면 노동위원회의 차별시정절차는 기간제근로자, 단시간근로자, 그리고 파견근로자가 아니면 이를 이용할 수 없기 때문이다.³⁾ 불법파견 위장도급의 경우에도 해당 근로자는 차별시정절차를 이용할 수 있다는 것이 실무이다.

근로계약 위장도급이나 불법파견 위장도급으로 인정되지 않는 또 다른 형태의 위장도급은 어떤 법적 지위를 갖게 될까? 이론적으로는 도급으로 가장한 근로자공급사업⁴⁾이라고 구성할 수 있는데 직업안정법 제33조는 노동조합만이 국내 근로자공급사업을 할 수 있도록 규정하고 있는데 판례는 직업안정법 제33조 제3항 제1호에 따라 노동조합이 행하는 근로자공급사업 아래에서 일하는 근로자들을 노동

2) 이 경우는 법문의 구성이 다소 매끄럽지 못하다. 취지는 근로자파견법이 인정하는 사유로 파견근로자를 사용한 때에도 그것이 2년을 초과하면 도급인(사용사업주)이 직접고용의무를 부담한다는 내용이다.

3) 따라서 이들 이외의 근로자가 노동위원회에 차별시정을 신청하면 각하 판정을 하게 된다.

4) 한편, 형사판례에 의하면 무허가 근로자공급사업으로 평가하여 직업안정법으로 처벌하는 예가 있다. 피고인이 여종업원 4명을 고용하여 다방을 운영하면서 단란주점, 노래방 등의接客업자들과의 의사연락을 미리 해 두었다가 그接客업자들로부터 손님을 접대할 여종업원을 보내달라는 요청을 받으면 이에 응하여 그 여종업원들을 위의接客업소에 보내어 유흥접대부로 일하게 하고 시간당 봉사료를 받아오게 하는 방법의 속칭 티켓다방영업에 대하여 무허가 근로자공급사업에 해당한다고 판단했다. 그러면서 근로자공급사업에 해당하기 위해서는 공급사업자와 근로자간에 고용 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있어야 하고 공급사업자와 공급을 받는 사용자간에 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자 간에는 사실상 사용관계가 있어야 한다고 보았다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결). 뒤에서 보듯이 근로계약 위장도급에 대하여 일부 견해는 근로자공급으로 평가되는 위장도급이라고 설명하기도 하는데 판례의 태도를 기준으로 한다면, 근로자를 공급하는 자와 근로자 사이에 적어도 사실상의 사용관계가 존재하기 때문에 판례가 인정하는 도급인과 공급업자(수급인)의 근로자간 직접적인 근로계약관계를 인정하는 법리와는 조금 거리가 있는 것 같다.

조합의 근로자로 보는 경향⁵⁾이 있어 노동조합이 도급으로 가장한 근로자공급사업을 하게 되면 공급되는 근로자는 노동조합의 근로자가 된다는 취지로 해석할 여지가 높다.⁶⁾ 즉, 결과적으로 진정도급과 유사한 판단을 받게 된다는 것이다. 한편, 외국 업체가 국내에 위법한 근로자공급사업을 하는 경우에도 법원은 일단 근로자를 공급받는 업체의 사용자성을 부정하고 있다.⁷⁾

3. 구분의 기준에 관한 그간의 견해 정리

가. 진정도급과 위장도급의 구분기준의 실제

진정도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것으로 약정하는 민법상의 전형계약이다(민법 제664). 법문상으로는 일의 완성된 결과를 상대방(도급인)에게 제공하는가를 평가하면 쉽게 진정도급인지를 파악할 수 있을 것 같지만 노동현장에서 다툼이 일어나는 도급은 물건의 완성을 목적으로 하는 것이 아닌 노동력을 제공하는 것이기 때문에 '일의 완성'이라든지 그 '결과의 인도'라는 개념을 쉽게 정립하기 어려운 점이 있다. 게다가 도급에 관한 일반적 해석론은 특약이 없더라도 수급인에게 큰 부담을 주지 않는 범위 안에서 도급인은 수급인에게 적당한 지시나 감독을 할 수 있다고 보고 있는데⁸⁾ 노무도급의 경우에는 노동력을 제공하는 것이기 때문에 수급인에게 적당한 지시나 감독을 한다기보다는 제공받는 노동력의 주체인 수급인의 근로자에게 곧바로 지시나 감독을 하기 때문에 문제가 더욱 복잡해 질 수밖에 없다.

수급인의 근로자에게 업무의 수행과 관련해서 도급인이 지시나 감독을 하는 것은 위장도급의 경우도 마찬가지여서 결국은 진정도급과 위장도급의 판정은 지시나

5) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97누8908 판결; 대법원 1987. 2. 10. 선고 86다카1949 판결; 대법원 1995. 1. 4. 선고 94누9290 판결 등 참조.

6) 물론 이 때에는 그 실질이 근로계약 위장도급이나 불법파견 위장도급이라고 판단할 수 있다면 그에 따른 법적 규율을 하여야 하겠지만 노동조합을 근로자공급사업의 주체로 인정하는 한 이와 다른 판단을 하기는 쉽지 않을 것이다.

7) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130 판결.

8) 김용담 집필 부분, 민법주해, 박영사, 2003, 438쪽.

감독의 양태와 정도에 따라 결정될 수밖에 없다. 그런데 앞서 언급하였듯이 위장도급은 크게 근로계약 위장도급과 불법파견 위장도급으로 구분할 수 있기 때문에

업무를 제공하는 지 여부를 살펴보도록 하고 있다. 이런 기준을 적용해서 수급인의 독립성을 인정할 수 없으면 근로자파견사업으로 인정하겠다는 것이다.

노동부 고시에 대해서는 계약의 목적이나 내용에 따른 구별을 하지 않고 단순히 근로자를 투입하는 사업의 경영규모·능력을 중심으로 구분하고 있기 때문에 특정 계약유형과 유기적으로 결부되어 있지 않기 때문에 구체성이 결여되어 있으며 현실적으로 자칫 도급과 근로자파견의 구분을 사업주의 의사에 맡기는 결과가 발생한다는 비판이 있다.⁹⁾

한편, 노동부 고시의 타당성을 어느 정도 인정하면서 구체적으로 제시되는 기준 중 인사·노무관리 독립성의 기준이 너무 추상적이고, 업무지시·감독 기준과 관련하여 기업질서 유지를 위한 것은 노무급부와는 직접적으로 관련이 없어 지나치게 포괄적으로 제시하고 있으며 수급인의 사업경영 독립성 기준 중 소요자금의 조달 기준은 어차피 파견사업주의 경우에 법령이 정한 일정한 기준을 충족하여야 하기 때문에 구별에 큰 유용성이 없고 법령상 책임의 주체가 되는 지 여부는 일괄적으로 수급인의 사업경영상 독립성을 측정하는 지표가 아니라 개별적으로 판단할 요소에 불과하다는 비판도 있다.

노동부 고시는 노동부와 법무부, 대검찰청이 공동으로 2007. 4. 19. “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”을 시행하면서 2007. 4. 20. 폐지되었다. 새로 마련된 지침에 따르면 수급인이 사업주로서의 실체를 갖는지를 중요한 요소로 보고 만일 그 실체가 인정되지 아니하면 도급인이 수급인의 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하고, 실체를 인정할 수 있는 경우라면 도급인의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 근로자파견 여부를 결정한다는 것이다. 수급인의 실체를 판단하는 요소로 ① 채용·해고 등의 결정권, ② 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임, ③ 법령상 사업주로서의 책임, ④ 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담, ⑤ 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한 등을 제시하고 있으며, 여기에 보태서 사용사업주(도급인)의 지휘·명령에 대한 판단요소로서 ① 작업배치·변경 결정권, ②

9) 조임영, 위장도급과 법적 규제, 민주법학 제19호, 민주주의법학연구회, 2001, 60쪽.

업무 지시·감독권 ③ 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권 ④ 업무수행에 대한 평가권 ⑤ 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외) 등을 제시한다. 새로운 기준에 대해서는 사업주의 사업능력 평가 이전에 해당 계약이 도급계약으로서의 목적에 부합하는 내용을 가지고 있는지 판단하기 위하여 도급계약의 유형적 표지를 판단기준의 하나로 제시할 필요가 있다는 비판이 있다.¹⁰⁾ 또, 새로운 기준은 고용관계를 유지하면서 단순히 육체적인 노동력을 제공하는 경우조차도 근로자를 고용한 자가 기초적인 '지휘·명령'적 기준만을 갖추면 근로자파견관계에 해당하지 않게 되는데(즉, 진정도급이 된다) 이는 근로자파견관계의 개념이나 본질을 반영하지 않은 것으로 그 결과 단순 노동력제공 조차도 지휘·명령관계만 조작하면 근로자파견관계를 쉽게 회피할 수 있다는 문제가 있다는 지적이 있다.¹¹⁾

(2) 학계의 견해

진정도급과 불법파견 위장도급의 구별 기준에 관해서는 다음과 같은 의견들이 개진되고 있다. 먼저, 노동부 고시를 바탕으로 하여 수급인이 근로자에 대한 구체적 지휘·명령과 이에 수반하는 노무관리를 직접 행하는지 여부, 수급인이 독자적인 자본, 기획, 기술을 가지고 도급받은 업무를 수행하는지 여부, 수급인이 도급인에 대하여 노동의 결과에 대한 책임을 실제로 부담해 왔는지 여부, 수급인의 업무수행과정이 도급인의 업무수행과정에 연동되고 종속되는지 여부 및 그 정도, 수급인과 도급인이 전속적이고 계속적인 계약관계에 있었는지 여부를 등을 종합적으로 고려하되 앞의 요소 중 특히 첫 3가지 요소가 일부라도 발견되는 경우에는 파견으로 처리하여야 한다는 견해이다.¹²⁾

당사자 간에 직접적인 지휘·명령관계가 존재하지 않는 독립적인 사업 수행의 경

10) 박지순, 비정규법의 쟁점과 입법정책적 과제, 산업관계연구, 제19권 제2호, 한국노사관계학회, 2009, 6, 50쪽.

11) 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구 제22호, 서울대노동법연구회, 2007, 177쪽.

12) 이병희, 파견과 도급의 구별기준 및 파견법상 직접고용간주규정의 적용범위, 사법논집 제43집, 법원도서관, 2006, 515쪽~516쪽.

우 당사자 간의 법률관계는 민법상 도급으로 보아야 하고 지휘·명령관계가 인정되는 경우로서 단지 도급인의 지배하에 수급인의 소속 근로자들로부터 근로를 제공받는 실질을 갖는데 그치고 파견근로자의 표지가 근로관계를 표상하는 요소보다 우월하다고 판단되는 경우에는 근로자파견으로 보아야 한다는 원칙론적인 견해도 있다.¹³⁾

도급계약의 유형적 관점을 고려하여 일의 결과가 다른 업무내용과 구분될 수 있고 확정될 수 있는지 여부, 수탁업체가 독립적인 사업능력과 업무수행능력을 갖고 있는지 여부, 근로자의 업무에 대한 지휘·감독 및 통제권의 행사를 누가 행사하느냐의 여부로 결정하여야 한다는 견해가 있다.¹⁴⁾ 독일 연방노동청의 기준¹⁵⁾을 원용하여 해당 사업이 계약 목적에 의거하여 수행되는지를 따져 봐야 한다는 견해¹⁶⁾이다. 이 견해에 따르면, 도급인의 사업장에서 제공되는 노무가 특정되지 않으면 근로자파견으로 볼 수 있으며(제공되는 노무의 특정성) 또 도급기업의 사업 목적·플랜에 따라서 근로자를 투입하여 도급인의 노동과정에 수급인의 근로자가 흡수된다면 근로자 파견이며(노무관리의 독립성), 수급인의 사업이 도급인의 경영 목적과 구별되는 독립성이 없으면 근로자파견으로 본다(사업경영상의 독립성)는 것이다. 이 견해는 이들 다시 구체화하여 완성할 일의 특정 가능성, 수급인의 전문성과 기술성, 보수지급의 기준, 작업현장에서의 지휘감독, 노무관리와 업무수행의 독립성, 사업경영의 독립성을 기준으로 제시한다.¹⁷⁾

위 기준을 보완한 개정 기준¹⁸⁾을 제시하는 견해¹⁹⁾는 질적으로 특정되어 있으며 수급인의 책임에 귀속되는 일의 결과에 대한 합의와 완성, 도급인에 대한 수급인

13) 이재용, 위장도급과 불법파견에 있어 고용관계, 노동법학 제22호, 한국노동법학회, 2006. 6, 66쪽~67쪽.

14) 박지순, 비정규법의 쟁점과 입법정책적 과제, 산업관계연구, 제19권 제2호, 한국노사관계학회, 2009. 6, 51쪽~52쪽.

15) 1986년 근로자파견법에관한실행지침(Durchführungsanweisungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).

16) 조임영, 위장도급과 법적 규제, 민주법학 제19호, 민주주의법학연구회, 2001, 61쪽~65쪽.

17) 조임영, 위장도급의 판단기준과 그 적용, 민주법학 제31호, 민주주의법학연구회, 2006, 290쪽~304쪽.

18) 1995년 근로자파견법에관한실행지침(Durchführungsanweisungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).

19) 김기선, 독일에서의 근로자파견과 도급의 구별, 노동법연구 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, 124쪽.

의 사업상의 처분자유, 일이 도급인의 사업장 내에서 행해지는 경우 도급인의 사업장 내에서 노무를 제공하는 자에 대한 수급인의 지시권, 수급인에 의한 담보책임과 같은 사업주로서의 위험부담, 일의 성과에 따른 보수의 산정과 같은 표지가 존재하면 근로자파견을 부정한다는 내용을 제시하고 있다.

독일 판례의 태도를 소개하는 견해는 체결된 계약의 유형, 근로자의 도급인 사업장 내로 편입 여부, 근로자의 노무관련 지시권 행사를 누가하는가의 여부, 도급계약상의 목적을 달성할 수 있기 위하여 필요로 하는 활동조직을 갖추고 있느냐의 여부 등을 제시한다.²⁰⁾ 이 견해는 도급과 파견을 구분 짓는 결정적 요소는 누가 노무지휘권을 행사하느냐 라고 평가하면서 도급인의 지시가 단지 도급계약상 급부의 구체화를 위한 지시일 뿐만 아니라, 동시에 수급인의 이행보조자의 사업장 투입을 장소적으로 조정·결정하는 의도를 가진 경우나 객관적으로 그렇게 볼 수 있다면 이때는 도급이 아닌 근로자파견으로 보아야 한다는 것이다.

독일 판례의 태도를 소개하는 비슷한 취지로 수급인과 도급인 사이에 도급계약을 체결할 수 있는 구체적인 급부대상에 대한 합의의 여부, 누가 노무를 제공하는 근로자에 대한 지시권을 행사하는가 여부, 수급인이 계약의 목적을 달성하는 데 필요한 근로공정 조직을 갖추고 있는지 여부, 노무를 제공하는 근로자와 노무제공을 받는 사업 내에 있는 근로자의 분업적인 공동작업이 이루어지고 있는지 여부, 수급인이 독자적인 사업주위험(담보책임 등)을 부담하는지 여부를 판단기준으로 제시하기도 한다.²¹⁾²²⁾

일본 노동성 고시를 설명하면서 파견법상의 파견과 도급의 구별의 차이는 바로 근로자에 대한 '지휘명령권'을 누가 행사하느냐에 달려 있다고 정리하는 견해도 있

20) 박중희, 사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구원, 2006, 133쪽~134쪽.

21) 김기선, 독일에서의 근로자파견과 도급의 구별, 노동법연구 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, 124쪽.

22) 한편, 진정도급과 위장도급 전체를 구별하는 기준으로 독일의 이론을 참고하여 도급인의 수급인의 근로자에 대한 지휘·명령권과 당해 도급계약 등의 도급계약의 유형적 특성을 갖고 있는가를 평가하여야 한다는 견해도 있다(오윤식, 위장도급의 준별과 그 법적 효과, 민주법학 제37호, 민주주의법학연구회, 2008. 9, 255쪽~265쪽).

다.²³⁾

스페인의 입법례를 참고하여 수급인이 자율적이고 독립적인 조직인지 여부, 사업 운영에 필요한 인적, 물적 수단이 있는지 여부, 노무제공계약의 목적이 노동력 공급에 한정되어 있는지 여부, 사업주로서의 권리행사 및 책임의 부담 여부 등 우리 법의 해석상 시사점으로 제시하는 견해도 있다.²⁴⁾

이상의 견해를 정리하면 크게 수급인의 독립성을 인정할 수 있는 여러 가지 표지를 종합적으로 고려한다는 것으로 이해할 수 있는데 다만 적지 않은 견해들이 도급계약의 유형적 지표를 강조하면서 그 중 도급인의 수급인의 근로자에 대한 결정적인 지휘감독권이 가장 중요한 평가요소라고 지적하고 있음을 알 수 있다.

다. 불법파견 위장도급과 근로계약 위장도급의 구분 기준에 관한 견해

앞서 살펴본 것처럼 진정도급과 불법파견 위장도급에 관해서는 조금씩 그 표현을 달리하는 여러 종류의 분류기준을 제시하는 견해가 많이 제시되고 있는 반면 불법파견 위장도급과 근로계약 위장도급을 구분하는 기준에 대하여 본격적으로 논의하는 견해는 아직까지 그다지 많지 않다. 그리고 논자에 따라서는 근로계약 위장도급의 형태를 불법파견 위장도급의 문제를 해결하는 한 가지 방법으로 이해하는 경우도 있다. 즉, 불법파견업체의 근로자는 근로자파견법상 직접고용간주 혹은 의무 규정을 통하지 않고 곧바로 위장도급인과 직접근로계약관계를 체결한 근로자로 해석한다는 것이다.²⁵⁾ 그러나 불법파견 위장도급과 근로계약 위장도급은 개념상으로 구분이 가능하고 판례도 이를 나누어서 평가하고 있는 점을 고려하면 양자를 구분하는 기준이 설정될 필요성이 있어 보인다.²⁶⁾ 여기서는 지금까지 파

23) 노상헌, 파견 및 사내도급근로에 관한 일본의 노동법리와 쟁점, 노동법연구 제19호, 서울대노동법연구회, 2005, 326쪽. 이 논문은 참고자료로서 노동성 고시 전문을 번역하여 실고 있다.

24) 권영환, 다면적 근로관계 규율의 준거로서 근로자공급, 노동법연구 제28호, 서울대노동법연구회, 2010, 258쪽~260쪽.

25) 이 견해는 불법파견의 경우, 파견할 때부터 위장도급인의 근로자로 봐야한다는 견해도 맞물려 있다(예를 들어 유성재, 위법한 근로자파견의 사법적 효과, 중앙법학 제4집 제2호, 중앙법학회, 2002. 9, 307쪽 이하).

악된 견해를 정리해 본다.

먼저 SK주식회사 사건(대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420)에 관하여 1심 행정법원 판결이 선고된 상태에서 위 사건을 분석하면서 법인격부인의 법리가 적용가능하고 결과적으로 수급인의 근로자를 도급인의 근로자로 인정할 여지가 있다는 취지의 주장을 조심스럽게 피력한 견해가 있었다.²⁷⁾ SK주식회사 사건의 대법원 판결이후 이 사건을 분석하면서 직접고용의 법리는 위법한 근로자과건이나 근로자공급에 일반적으로 적용될 수는 없지만 근로계약관계에서 존재하는 객관적인 사실을 통해 '고용'관계의 존재를 인정할 수 있다면 직접고용을 인정할 수 있다는 견해가 제시되었다. 고용관계의 존재를 인정하는 표시는 대체로 SK주식회사 사건의 대법원 판지를 따른 것으로 보인다.²⁸⁾

근로계약 위장도급의 인정은 엄격하게 이뤄져야 한다는 전제 아래 도급인이 당해 도급계약에 기하여 행사한 권리가 근로계약에서 사용자가 행사하는 지휘·명령과 동일한 수준에 이르고 근로대가의 지급 등 고용관계를 추단할만한 요소가 인정되는 때에 한하여 직접적인 근로계약관계를 인정할 수 있다는 견해가 있다.²⁹⁾ 이 견해는 위장도급이 문제된 사안에서 직접적인 근로계약관계를 부정하는 일본의 판례가 보여준 태도와 흡사하다. 도급인과 수급인의 근로자 사이에 묵시적 근로계약을 부인한 사례에서 일본 판례는 단순히 사실상의 사용종속관계의 존재뿐만 아니라 경험칙 내지 일반사회통념상, 근로자 측에서 발주자를 사용자로 인정하고 그 지휘·명령에 따라 노무를 공급하는 의사를 갖고, 발주자 측에서는 그 노무에 대한 보수로서 직접 해당 근로자에 대해 임금을 지급할 의사를 가지는 것으로 추정

26) 비슷한 취지로 위법한 도급근로관계를 파견법의 보호영역에서 처리하고자 하면 노동력을 이용하는 사용사업주와 노동력을 제공하는 파견근로자 사이에는 (묵시적) 근로관계를 인정하기 어렵고, 이를 직업안정법 위반의 근로자공급사업으로 본다면 노동력의 이용자와 제공자의 직접적인 근로관계를 인정 문제를 다룰 소지가 넓다는 지적이 있다(김영문, 제3차 관련 근로관계의 노동법적 문제와 해결방안, 기업법연구 제21권 제1호, 기업법학회, 2007, 36쪽). 그러나 이 견해는 언제 직접적인 근로

28) 최홍업, 위장도급에 대한 노동관계법의 적용, 민주법학 제25호, 민주주의법학연구회, 2004, 347쪽~348쪽.

29) 이재용, 위장도급과 불법과건에 있어 고용관계, 노동법학 제22호, 한국노동법학회, 2006. 6, 66쪽~67쪽.

할 만큼의 사정이 필요하다고 보았다.³⁰⁾

한편, 후술할 현대미포조선소 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)에 대하여 2심 법원의 판결(부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결)이 선고 되면서 논의는 더욱 구체화되었다. 즉, 위장된 근로계약관계가 아닌 파견근로계약 관계를 인정하기 위해서는 수급인이 파견사업주로서 적격성을 갖추고 근로자와 고용관계를 맺고 있어야 한다는 것이다. 파견사업주의 적격성이란 파견사업주가 근로자파견사업에 대해 사업경영의 독립성을 갖고 독자적으로 파견근로자를 고용하여 관리하고 책임을 부담하면서 파견사업을 할 수 있는 능력과 사업구조라고 설명한다. 그러면서 대법원이 묵시적 근로계약관계를 인정함에 있어서 수급인이 형식적으로라도 사업에 관한 권한을 행사하면 이를 부정하는 것³¹⁾은 타당하지 않다는 비판을 한다.

근로계약 위장도급을 근로자공급으로 평가되는 위장도급이라고 설명하면서, 근로자파견은 파견사업주가 파견근로자를 고용한 후 고용관계를 유지하면서 사용사업주의 업무에 종사하게 하는 유형임에 비해 근로자공급은 공급사업주가 고용과 유사한 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계에 의하여 근로자와 일정한 관계를 형성한 후 사용사업주의 업무에 종사하게 하는 유형이므로 양자는 수급인과 근로자 사이에 고용계약관계가 존재하는지에 따라 구분된다고 설명하는 견해가 있다.³²⁾ 그런데 이 견해는 고용계약관계의 존부를 어떻게 결정할 것이냐는 구체적 기준에 대해서는 언급이 없어 보인다.

최근의 견해로는 현대자동차사건(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 사건)을 검토하면서 사용사업주와 근로자간에 사용종속관계가 존재한다는 사실로부터 직접 고용 원칙이라는 규범적 근거를 매개로 하여 근로관계가 성립한다는 주장이 있다.

30) 大阪地決 昭和 51(1976). 6. 17, 労働判例 256호(노상헌, 파견 및 사내도급근로에 관한 일본의 노동법리와 쟁점, 노동법연구 제19호, 서울대노동법연구회, 2005, 322쪽 참조).

31) 예를 들어 대법원 1999. 7. 12.자 99타628 결정. 이에 대한 분석은 최홍엽, 위장도급에 대한 노동관계법의 적용, 민주법학 제25호, 민주주의법학연구회, 2004, 345쪽 참조.

32) 오윤식, 위장도급의 준별과 그 법적 효과, 민주법학 제37호, 민주주의법학연구회, 2008. 9, 267쪽~268쪽.

이 견해는 근로자와 사용자 사이에서 근로기준법상 근로자성으로 논의되는 지표 중 충족하는 정도의 사용 사실이 있으면 된다는 견해로 보인다. 다만, 고용관계의 사실을 중시하면서도 일본의 논의인 사실적 고용관계설과 달리 도급인과 수급인의 근로자 사이에 근로계약 성립의 의사합치의 추정을 중시하지 않는다.³³⁾

III. 진정도급과 위장도급의 구분에 관한 종전 대법원 판례 검토

1. 진정도급으로 인정한 사례

가. 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다895 판결(대한중석광업 사건)

원고들은 피고 대한중석광업주식회사와 광석매매 도급계약을 체결한 사람들인데, 원고들은 피고 회사를 상대로 근로관계존재확인 및 퇴직금을 청구하였다. 이에 대해 원심인 대구고등법원은 피고회사는 계약에 따라 원고를 산업재해보험에 가입시키고 그 보험료를 부담하였고, 원고들의 작업에 있어서도 그 인원 구성 작업장소, 피고회사에 대한 납광량등은 피고회사의 지시에 의하고 제반시설대여, 자재불하, 양곡불하, 작업의 지도감독, 작업상 동력비의 부담, 생산품의 검수등은 피고회사가 담당수행 하였으며 광석매수대금의 분배에 관한 사무까지 처리하여 왔던 사실 및 원고들을 포함한 위 자치회 회원들은 모두 피고회사 달성광업소의 다른 근로자와 마찬가지로 전국광산노동조합 달성지부에 가입되어 있는 사실 등을 인정하고 피고회사와 원고들 사이의 중석채광에 관한 위 계약은 단순한 도급계약이 아니라 도급계약의 형식에 의하여 고용계약을 체결한 것이라고 볼 것이고 따라서 위 자치회원과 피고회사와의 간에는 근로기준법상의 근로자와 사용자의 관계가 있다는 취지를 판시하였다.³⁴⁾

33) 조경배, 현대자동차 사내협력업체 불법과건(위장도급) 사건 판례평석, 노동법연구 제29호, 서울대노동법연구회, 2010, 114쪽. 이 견해에 대한 자세한 내용은 조경배, 직접고용 원칙과 파견근로, 민주법학 제19호, 민주주의법학연구회, 2001, 39쪽~45쪽. 한편, 이 견해도 기업외부의 근로자를 사용하는 형식을 기본적으로 파견으로 이해하고 불법적인 파견에 대한 효력으로서 직접고용을 논하고 있는 것으로 보인다.

34) 대구고등법원 1972. 4. 18. 선고 71나598 판결.

이에 대해 대법원은 원고들을 산재보험에 가입시킨 것은 근로기준법이 요구하는 사용자책임을 이행하기 위한 것이고 작업에 대하여 피고 회사가 지시한 것은 광산작업에 수반되는 재해발생, 기타 위험발생에 관한 사업자로서의 책임을 위한 조치였으며, 대금의 분배는 도급에 의한 사용자로서 근로자에게 근로시간에 해당하는 임금을 보장하기 위한 조치에 불과하기 때문에 원고들이 임의로 전국광산노조 달성지부에 가입한 사실만으로 피고 회사를 원고 회사의 근로자로 볼 수 없다고 판단했다.³⁵⁾ 결국 진정도급이라는 판단을 한 것이다.

이 판결에서 대법원은 사건 해결의 전제로서 사용자와 근로자 관계가 성립하기 위해서는 적어도 묵시적으로 체결된 계약이 있어야 한다는 취지를 판시하고는 있지만 본격적인 의미에서 묵시적 근로계약의 요건을 제시하고 있지는 않아 선례로서 큰 의미를 갖는 판례로 보기는 어렵다.

나. 대법원 1999. 7. 12. 자 99마628 결정(은마아파트 입주자대표회의 사건)

대한중석광업 주식회사 사건의 따름판례로 소개되는 은마아파트 입주자대표회의 사건에서 대법원은 묵시적 근로계약관계를 보다 본격적으로 언급했다. 신청인들은 은마아파트 관리소에서 근무하던 직원들로서 피신청인 은마아파트 입주자대표회의를 상대로 피용인지위보전 가처분을 신청하였다. 대법원은 피신청인이 관리사무소의 새로운 직책인 기술실장의 채용이나 신규 직원 채용의 보류, 관리계장과 관리주임 혹은 경비반장의 승진을 의결하기도 하고, 일부 신규 직원의 채용과 경비반장의 승진을 위한 면접에 피신청인의 대표자인 회장과 간부들이 참여하였으며, 또 피신청인의 대표자가 연말에 직원을 표창하기도 하고, 관리사무소가 기안하는 신규 직원 채용, 축탁사원 재임용, 퇴직자 처리, 내부 인사발령, 임금과 중식비, 야식비 등 복지비 및 퇴직금의 지급에 관한 서류에 결재를 하며, 관리사무소로부터 자금집행 및 운용계획, 업무계획과 업무실적 등을 보고받고, 관리사무소장에게 업

35) 대법원 1972.11.14. 선고 72다895 판결.

무지시서를 보내거나 월례회의 의결사항을 통보한 사실, 그리고 피신청인이 신청인들이 속한 노동조합의 임금교섭 상대방이 되어 직원들의 임금액, 복지비 등을 결정하여 온 사실을 인정하면서도 당시 공동주택관리령 제3조 제1항, 제10조 제6항, 제15조 제1항을 강조하면서 아파트관리 위탁업체인 보화기업 주식회사 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 신청인들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 신청인들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 피신청인이 신청인들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 피신청인이 신청인들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 할 수 없다고 판단했다.

이 결정은 묵시적 근로계약관계를 판단함에 있어 수급인의 노무지휘권의 존재와 그 정도를 결정적인 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다. 그런데 수급인의 근로자에 대하여 도급인의 노무에 관한 지휘권과 수급인의 지휘권이 중복될 지라도 수급인의 노무지휘권이 형해화되지 않은 한 진정도급(진정한 위탁계약)이라고 인정하여 묵시적 근로계약관계의 인정을 매우 엄격하게 판단하고 있다.

다. 대법원 1999. 11. 12 선고 97누19946 판결(경기화학공업 사건)

대한중석광업 주식회사 사건의 따름판례로 소개되는 이 사건에서 대법원은 은마 아파트 사건보다 구체적인 묵시적 근로계약 성립의 인정기준을 제시하였고 여기서 사용된 표현은 이후의 판례에 결정적으로 영향을 미친 것으로 보인다.

원고 경기향운종합노동조합은 피고 중앙노동위원회 위원장을 상대로 피고보조참가인 경기화학공업 주식회사의 부당노동행위를 부인한 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 대법원은 원고 소속 조합원들은 피고보조참가인의 근로자가 아니기 때문에 논리적으로 부당노동행위가 성립할 수 없다는 취지의 판단을 하였다. 그러면서 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주

는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 “묵시적” 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다는 법리적 판단을 했다.

그런데 이 사건은 당시 항만노동에 있어 국내 근로자공급사업을 독점적으로 수행하는 항운노조가 원고인 사건이기 때문에 법률로서 인정되는 근로자공급사업의 주체인 항운노조를 지위를 고려할 때 최근 논의가 되는 원청회사의 사용자성 문제와는 다소 쟁점을 달리한다고 볼 수도 있다.

라. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130 판결(아시아나항공 사건)

이 사건은 전형적인 위장도급 형태가 아니고 아닌 외국의 근로자공급사업자와 국내 항공회사 간에 체결된 근로자공급계약에 기하여 국내 항공회사에 공급하여 근무한 외국인 조종사들이 국내 항공회사를 상대로 퇴직금의 지급청구를 한 사건이다.

이에 대해 대법원은 “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 자도 제3자이고 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것”이므로, 직업안정법에 위반된 위법한 근로자공급의 경우에 있어서도 근로공급사업자와 근로자 사이의 근로관계 여부와 상관없이 근로자와 공급을 받은 자와 사이에 바로 근로계약관계가 성립된다고 할 수는 없고, 위와 같은 묵시적 근로계약관계가 성립되었다고 평가될 수 있는 경우

에만 공급을 받은 자의 업무에 종사하는 근로자를 공급을 받은 자의 근로자라고 할 수 있다고 설명했다. 이 판결에서 대법원은 경기화학공업 주식회사 사건과 동일한 표현을 사용하면서 묵시적 근로계약관계의 성립요건을 제시했다.

사건에 대해선 결론적으로, ①원고들은 파크 항공사 또는 BBA사에 고용된 조종사들로서 위 회사들의 지시에 의하여 피고 회사에게 노무를 제공하고 ② 위 회사들로부터 급료를 수령하여 왔으며, ③ 피고 회사는 원고들로부터 노무제공을 받은 자로서 업무와 관련하여 지시·명령을 한 것 이외에 사용자로서의 일반적인 노무지휘권에 기하여 원고들에 대한 인사권이나 징계권 등을 행사한 사정이 전혀 없고, ④ 파크 항공사 또는 BBA사가 독립성을 결여하여 피고의 노무대행기관으로 평가할 정도로 존재가 명목적이거나 형식적이라고 볼 만한 사정은 전혀 없으므로 원고들과 피고 회사 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다고 보기는 어렵다고 판단했다.

이 사건의 수급인이라고 할 수 있는 파크 항공사 또는 BBA사는 묵시적 근로계약에서 언급하는 실체가 없는 법인인지는 구체적인 설시가 없어 평가하기가 다소 애매한 점이 있으나 만일 파크 항공사 또는 BBA사가 국내 업체로서 그 실체를 인정되는 법인이라면 불법파견 위장도급에 가까운 형태라는 인상을 받는다.

마. 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246 판결(부산교통공단 사건)

이 사건은 대법원이 심리불속행으로 상고를 기각하여 원심 판결을 확정된 사건이다. 따라서 사안을 파악하기 위해서는 2심 법원의 판단³⁶⁾을 검토하여야 한다.

피고 부산교통공단은 부산 시내의 지하철을 관리, 운영하는 법인인데 2002년 4월 경 정부의 공기업 및 산하기관 경영혁신추진계획에 따라 매표소 업무를 민간위탁하기로 하고 2002. 7. 16. 공항시설관리 주식회사와 주식회사 부일정보링크와 지

36) 부산고등법원 2006. 7. 5. 선고 2006나2094 판결.

하철 매표소의 승차권 판매, 교통카드 보충 및 판매, 무인권 발급 등의 업무(이하 '매표소 업무')에 관한 '역사매표업무 위탁용역계약'(이하 '위탁계약')을 체결하였다. 위 수탁회사들은 매표소 업무를 수행하기 위하여 원고들과 고용계약을 체결하였으며, 원고들은 그에 따라 지하철 매표소에서 이 사건 매표소 업무를 수행하여 오다가 피고를 상대로 근로자파견법 제6조 제3항에 따라 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 피고가 원고들을 고용한 것으로 보아야 한다는 근로지위확인소송을 제기한 사건이다.

이 사건에서 원심법원은 다음과 같이 사실을 인정하면서 원고들은 파견근로자의 지위에 있지 않다면서 원고의 항소를 기각했다. ① 수탁회사가 원고들에 대한 채용이나 징계 및 인사노무관리에 관하여 독립적이고 최종적인 권한을 가지고 있고, 원고들에게 직접 임금을 지급하였다. ② 매표소 업무의 개시와 종료시각이 지하철 운영시간에 따라 결정되기는 하지만, 근무시간, 휴게시간, 휴일, 시간외 근로, 임금 등에 관한 각종 근로조건은 원고들과 수탁회사 사이에 체결된 고용계약이나 단체협약, 취업규칙 등에 따라 정하여 진다. ③ 매표소 업무는 피고의 전반적인 업무 중에서 특정·구분이 가능하다. 수탁업무를 수행하기 위해서는 지하철 운영에 대한 전반적인 이해가 필요하고 수탁회사 선정에 이를 고려했다. 수탁회사도 고용, 출·퇴근, 휴가 등 노무관리에 어느 정도의 기획, 전문성, 경험이 필요하다고 보인다. ④ 용역대금은 수탁회사가 작성한 매표업무 용역검사조서에 따라 매표업무를 수행하지 못한 시간에 해당하는 금액을 차감하고 실제 제공(또는 완성)된 업무에 대하여 지급하였다. ⑤ 수탁회사들은 피고와 독립하여 그 소속 직원들에 대한 교육, 교대근무, 근무지 배치, 결근시의 대체인력 투입, 현장소장과 운영팀장을 통한 현장에서의 지시·감독 등을 직접 시행함으로써 그 소속직원들에 대한 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 행사하였다. ⑥ 원고들이 무상으로 사용한 각종 설비 등 (거스름돈 제외)은 지하철의 필수시설로서 비용이나 시간적 측면에서 기존의 설비

에 가까운 사례라고 볼 수 있을 것 같은데 이를 부정할 수 있는 구체적인 표지에 대한 언급이 판결서상 나타나 있지 않아서 다소 불명확한 면이 있다.

2. 근로자파견으로 인정한 사례

가. 대법원 2004. 4. 16. 선고 2004두1728 판결(대한송유관 사건)

이 사건은 원고들의 상고에 대하여 대법원이 심리불속행 기각을 한 사건으로 결국 사실관계의 확인은 2심 법원의 판결³⁷⁾을 참고하여야 하나 2심 법원은 1심 법원의 판결³⁸⁾을 간략하게 인용하면서 항소를 기각하였기 때문에 결국 1심 법원 판결을 검토할 수밖에 없다. 판지는 대송택과 참가인 회사 사이의 TKP 용역도급계약은 그 문구에도 불구하고 파견법 소정의 근로자파견사업이지만 이는 파견업 허가를 받은 바 없고 파견허가 업종도 아닌 불법파견이고 따라서 직접고용간주 규정을 적용할 수 없다는 것이다. 인정한 사실관계는 다음과 같다.

피고보조참가인(이하 '참가인') 회사는 상시 근로자 370여명을 고용하면서 SNP(South-North Pipeline : 남북송유관)와 TKP(Trans Korea Pipeline : 한국종단 송유관)를 운영하여 송유업을 하는 회사이고, 원고들은 주식회사 대송택(이하 '대송택')과 근로계약을 체결한 후, 참가인 회사가 운영하는 TKP 강남가압장, TKP 평택저장소 등에서 송유업무를 담당하여 근무하던 근로자들인데 2001. 8. 10. 대송택으로부터 근로계약 해지를 통보를 받았다. 원고들은 형식적으로는 대송택과 사이에 근로계약을 체결하였으나, 대송택은 독립된 사업적 실체 없이 참가인 회사의 노무관리자의 역할만 하기 때문에 참가인 회사가 원고들에 대하여 근로계약상의 사용자로서의 지위에 있다고 주장하였다.

근무형태를 살펴보면, 원고들은 대송택과 사이에 근로계약기간을 1년으로 하여 1999. 10. 1. 및 2000. 10. 1. 근로계약을 각 체결한 후, 위 TKP 운영용역도급계약

37) 서울고등법원 2003. 12. 18. 선고 2002누18793 판결.

38) 서울행정법원 2002. 10. 22. 선고 2002구합20381 판결.

등에 따라 참가인의 사업장에서 참가인의 지휘·명령과 감독 등을 받는 용역직원으로 근무하여 왔다. 또, 원고들은 대송택과 사이에 근로계약을 체결하였을 뿐 참가인 회사와 직접 근로계약을 체결한 사실이 없으며, 대송택의 설립경위와 목적, 참가인과 사이에 체결한 경영협약 및 TKP 운영용역도급계약의 내용, 원고들과 체결한 고용계약의 내용 등에 비추어 보면, 대송택이 독립된 사업적 실체 없이 소외 회사의 노무관리자의 역할만을 수행하는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않는다고 할 수도 없다(다만, 원고들이 근로계약을 체결한 사업주가 아닌 참가인의 사업장에서 참가인의 지휘·명령과 근태관리 등을 받으면서 참가인을 위한 근로를 제공한 것은 사실로 보이나, 이는 아래와 같이 근로자파견에 의한 노무제공을 나타내는 징표일 뿐이며 위 사실관계만으로 원고들과 참가인 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다거나 대송택이 독립된 사업적 실체 없이 소외 회사의 노무관리자의 역할만을 수행하여 왔다고 단정할 수는 없다),

이 사건은 원청업체가 지분을 출자하여 만들지 않은 하청업체의 근로자들이 원청업체의 근로자성을 주장한 사건으로 SK사건과 차별화된 쟁점을 갖고 있다. 하지만 대법원은 구체적인 판단을 회피했고 하급심 법원은 근로계약서 및 도급계약서에 기재된 형식적 내용만을 판단하고 있을 뿐 실제 노동현장에서 이뤄지는 구체적인 사정은 크게 고려하고 있지 않다. 다만, 근로제공인 원청업체의 시설에서 이뤄지고 노무지휘를 원청업체의 관리자가 한다는 점만 강조하여 불법파견으로 인정하고만 있다.

나. 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006두5700 판결(SK와이번스 사건)

이 사건은 현대미포조선소 사건에 대한 판단이 있는 후에 선고한 사건임에도 대법원은 판결문에서 사실관계의 인정에 대해서는 일체 언급을 하지 않고 항소심 판결³⁹⁾과 같이 직접 고용관계는 인정할 수 없지만, 불법 파견근로관계에 대해서도 파견법상 직접고용간주 규정을 적용하러 수 있다는 취지의 판단을 하면서 사건을 원심으로 환송한 사건이다. 사실관계는 다음과 같다.

39) 서울고등법원 2006. 2. 10. 선고 2004누14399 판결.

참가인 SK와이번스 주식회사(이하 '참가인 회사')는 근로자 40여명을 고용하여 프로야구단 흥행사업 등을 영위하고 있는 회사인데, 원고는 2000. 3. 23. 봉산실업 주식회사(이하 "봉산실업")에 입사한 후 2000. 3. 27.부터 참가인 회사에서 야구단 버스 운행업무를 담당하였고, 2001. 5. 1. 흥산실업 주식회사(이하 "흥산실업")가 봉산실업의 영업을 양수한 후에는 흥산실업 소속 근로자로서 참가인 회사에서 계속 같은 업무를 수행하던 중 2002. 12. 10. 참가인 회사로부터 원고가 운행하던 버스의 열쇠를 교체당하여 위 버스 운행업무를 계속할 수 없게 된 사람이다.

근무형태를 살펴보면, ① 흥산실업은 참가인 회사와 사이에 '차량 운행 및 관리 도급계약'을 체결하고 원고 등으로 하여금 2군 야구단 버스 운전을 하게 하였는데 참가인 회사에서 통보해준 경기일정표나 참가인 회사의 담당직원의 지시에 따라 버스로 선수단을 야구장이나 훈련장소 등으로 이동시키고 대기하다가 끝난 후 버스에 선수단을 태우고 숙소나 사무실 등으로 돌아오는 형태로 버스를 운행하였다. ② 원고는 참가인 회사의 지원팀에 소속되어 매일 운행일지를 작성하여 참가인 회사에 제출하였고, ③ 원정경기나 출장을 갈 때에는 참가인 회사로부터 결재를 받고 숙박비나 식비 등 경비를 참가인 회사가 부담하였으며, ④ 프로야구시즌이나 훈련경기기간이 아닌 때에 참가인 회사의 승인하에 휴가를 사용하였고, ⑤ 원고를 포함한 운전기사들에 대한 근태관리대장을 참가인 회사에서 작성하였다. ⑦ 원고를 포함한 운전기사들은 프로야구경기가 있을 경우 참가인 회사의 다른 직원들과 함께 검표 및 경비지원 업무 등을 하여 일비를 지급받기로 하였고, ⑧ 프로야구 개막식이 있을 때는 경계, 차량통제, 초청자 차량파악, 입장권 검표, 기념품 지급 등의 업무를 맡기도 하였으며, ⑨ SK와이번스 전용연습구장에서 당직근무를 하기도 하였다. ⑩ 원고가 버스를 운행함에 있어 발생한 고속도로통행료, 연료비, 차량 수리비, 세차비, 비품대 등 차량관련비용을 모두 참가인 회사에서 부담하였다.

한편, ⑪ 흥산실업은 참가인 회사로부터 용역비를 받아 매월 정기적으로 원고에게 급여를 지급하였고, 국민연금, 의료보험료, 산업재해보상보험료 등도 모두 부담하기로 하였으나, 현장관리인을 별도로 지정하여 원고의 근무지로 파견하거나 흥산실업에서 원고에 대하여 구체적인 업무지시, 지휘감독을 한 것은 아니었고 흥산실

업의 대표자가 초기에는 자주 방문하여 근무상황을 살펴다가 어느 정도 지난 후 부터는 월 2~3회 참가인 회사를 방문하고 가끔 전화로 일을 잘 하고 있는지 확인 하는 정도였다.

SK와이번스 사건은 대한송유관 사건보다 매우 자세하게 수급인 근로자인 원고의 근무형태를 확인할 수 있는 형태이다. 그 내용을 보면 원고의 근태관리 및 노무지휘 전반을 구체적이고 포괄적으로 SK와이번스가 했다는 점을 쉽게 확인할 수 있다. 다만, 고등법원 판결이 선고 시점이 현대미포조선소 사건 판결 선고 전이라 그 사건에서 언급한 4가지 기준을 모두 검토하고 있지는 않다. 하지만 적어도 노무지휘권의 행사라는 요건만 살펴보면 원청회사가 거의 절대적인 영향을 미치고 있다는 점을 확인할 수 있기 때문에 대법원의 보다 적극적 판단이 있었다면 직접 근로계약관계를 인정할 수도 있었을 사안으로 비추진다.

다. 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다72823 판결(한국마사회 사건)

한국마사회 사건에도 대법원은 SK와이번스와 동일한 방식으로 사건을 정리하고 있다. 현대미포조선소 사건에 보여준 적극적인 기준 제시와 평가를 생략한 채 불법파견에 대해서도 파견법상 직접고용간주규정이 적용된다는 결론을 내리고 사건을 원심으로 파기환송하고 있을 뿐이다. 이 사건도 2심 법원 판결⁴⁰⁾이 1심 법원의 판결⁴¹⁾을 인용하고 있어 사실관계는 1심 법원 판결을 참고하여야 한다.

피고 한국마사회는 경마의 공정한 시행과 원활한 보급을 목적으로 하여 설립된 특수법인이고, 원고들은 경마진흥 주식회사(이하 '경마진흥')로부터 해고되기 전까지 경마진흥의 근로자이던 자들이다. 경마진흥은 1998년경부터 수익계약 방식으로 피고와 사이에 계약기간을 1년 또는 2년으로 하는 용역계약을 체결하고 원고들을 포함한 경마진흥의 근로자들(이하 '용역 근로자')을 피고에게 보내어 피고의 수도권 장외발매소의 경비, 청소 및 시설물 유지보수 업무 등에 관한 업무를 수행하도

40) 서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2006나57805 판결.

41) 수원지방법원 2006. 5. 26. 선고 2005가합4409 판결.

록 하여 왔다. 그러던 중 2004. 1. 1.자로 체결된 경마진흥과 피고 사이의 용역계약이 2004. 12. 31. 종료되자, 피고의 일부 지점에 대한 단순 건물관리 용역료와 일부 공사수익 외에는 별다른 수입이 없어 원고들을 해고하게 되었다.

근무형태를 살펴보면, ① 피고는 경마진흥으로부터 원고들을 비롯한 용역 근로자의 채용 및 근무지 조정계획 등을 보고받아 승인 여부를 결정하였고, 용역 근로자의 근태 상황부를 작성하여 경마진흥에게 제공하는 한편 이들의 업무 수행에 관하여 직접 지시, 감독 및 평가를 하고 업무 수행을 잘 한 근로자에게는 표창을 하기도 하였다. ② 또한 피고는 피고 근로자의 업무는 물론 용역 근로자의 업무를 포함한 업무분장 개선안을 기획·시행하였고, 피고의 근로자와 용역 근로자를 함께 고려하여 휴가계획을 작성·운영하였으며, 피고의 지점장이 용역 근로자에 대하여 휴일근무명령권을 행사하기도 하였다. ③ 피고는 연간 교육계획에 의거하여 피고의 근로자뿐만 아니라 용역 근로자에게도 방송장비 교육, 무정전 전원장치 교육 등을 실시하였고, 한편 경마진흥 역시 매월 한 차례씩 본사에서 외부 전문강사를 초빙하여 파견 근로자에 대하여 ‘UPS 운영법’ 등 시설관리유지 용역업무 수행에 관련된 강의를 하는 등 각종 교육을 자체적으로 실시하였다. ④ 원고들은 주로 용역계약에 정해진 시설물 유지관리 등의 용역업무를 수행하였으나, 마권 발매, 환급금 교부, 장내 질서유지 등을 담당하는 직원들의 출결상황을 확인하고 근무상황을 파악하며 민원시정사항을 전달하는 등 이 사건 용역계약에 정해진 용역업무 외의 업무를 수행하기도 했다. ⑤ 원고들은 피고의 용역 근로자로 근무하던 시기에도 피고가 아닌 경마진흥으로부터 임금을 지급받았다.

한편, ⑥ 피고와 경마진흥의 관계를 살펴보면, 경마진흥은 피고가 1988. 3. 9. 지분의 51%를 출자하여 설립한 법인인데, 1999년경 정부의 산하기관 구조조정 시책에 따라 피고 소유의 주식 372,760주 가운데 26,681주를 경마진흥의 임직원들에게 매각하여 임직원들이 전체 주식의 51%를 소유하는 구조가 되었다. 경마진흥의 임직원 피고 회사의 간부 혹은 관리자였다. 경마진흥의 현재 경마진흥의 본사 인원은 사장, 총무부장, 대리 등 3명이다.

한국마사회 사건에 대해서도 대법원은 현대미포조선소 사건에서 제시한 4가지 기

준을 검토하지 않고 있다. 다만, 이 사건의 경우 경마진흥의 실체가 앞선 대한송유관 사건이나 SK와이번스 사건보다 실질적으로 존재한다는 판단을 할 수 있을 표지가 많아서 직접 근로계약을 인정할 여지는 앞의 사건보다는 적다고 생각된다. 하지만 노무지휘권의 행사 면에서는 원청업체의 권한이 하청업체의 것보다 결정적이라는 인상을 준다.

3. 직접 근로계약관계를 인정한 사례

가. 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결⁴²⁾

이 사례는 종전 기업 업무를 분할하여 이른바 소사장 법인을 설립한 후 해당 근로자들을 소사장 법인에 근무하도록 하였는데 해당 근로자들이 종전 기업의 대표자가 임금과 퇴직금 지급의 책임 있다고 주장하여 근로기준법위반이 문제된 사건이다. 이에 대해 대법원은 ① 종전 기업의 임직원이 소사장 법인의 대표인 점, ② 종전 기업이 소사장 법인에 대하여 사실상 100% 출자를 하고 있는 점, ③ 종전 기업과 소사장 법인 사이에 인사교류가 있고 소사장 법인의 근로자 채용에 종전 기업이 관여하고 있는 점, ④ 소사장 법인 생산품의 판매가 전적으로 종전 기업에서 이뤄지는 점, ⑤ 소사장 법인의 근로자 임금의 부족분을 종전 기업이 보전하도록 하고 있는 점, ⑥ 노무관리는 종전 법인의 '직원 봉사팀'이 하고 있는 점 등을

42) 종전에 자신이 운전기사로 있던 회사의 소유 트럭을 불하받아 그 회사의 자회사 명의로 등록된 후 지입차주 겸 운전사로서 그 회사와 콘크리트 운반계약을 체결하고 운반업무에 종사하던 사람이 종전 회사를 상대로 퇴직금을 지급을 요구하면서 근로기준법위반이 문제된 사건이 있는데 이에 대해서 대법원은 “단순한 근로자에 불과하였다가 어떠한 계기로 하나의 경영주체로서의 외관을 갖추고 종전의 사용자(모기업)와 도급계약을 맺는 방법으로 종전과 동일 내지 유사한 내용의 근로를 제공하게 된 경우(이른바 소사장의 형태를 취한 경우)에는, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장의 형태를 취하게 되었는지 여부, 사업계획·손익계산·위험부담 등의 주체로서 사업운영에 독자성을 가지게 되었는지 여부, 작업수행과정이나 노무관리에 있어서 모기업의 개입 내지 간섭의 정도, 보수지급방식과 보수액이 종전과 어떻게 달라졌으며 같은 종류의 일을 하는 모기업 소속 근로자에 비하여는 어떠한 차이가 있는지 여부 등도 아울러 참작하여야 한다.”라는 판단을 한 예가 있다(대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결). 비슷한 예로 삼성중공업에서 부서장으로 일하던 근로자가 삼성중공업의 방침에 따라 분사된 회사의 대표자로 일하던 중 재해를 당한 사례에서 위 대표자는 삼성중공업의 근로자임을 인정한 경우도 있다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2004두916 판결).

인정하면서 소사장 법인들은 사업주로서 독자성이 없거나 독립성이 결여되어 종전 회사의 한 부서와 다를 바 없어 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하므로, 그 소속 근로자는 사실상 종전 회사의 관리·감독 아래 종전 회사에 근로를 제공하고 임금도 종전 회사로부터 지급받는 사용종속관계에 있다고 보지 않을 수 없다고 판단했다. 이 판결은 '묵시적'이라는 용어는 사용하고 있지 않고 곧바로 사용종속관계가 존재한다는 표현을 사용하고 있다.

이 사건은 뒤에서 살펴볼 SK주식회사 사건과 인정사실의 유형이 매우 흡사한 위장도급 형태를 갖고 있고 법원의 판단도 동일한 취지의 결론을 내리고 있어 SK사건에 많은 영향을 준 것으로 보인다.

나. 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결(SK 사건)

피고보조참가인 SK주식회사와 업무도급계약을 체결한 주식회사 인사이트코리아에 근무하는 원고들이 인사이트코리아로부터 해고를 당하자 부당해고구제신청을 하였고 이에 대해 기각판정이 나자 중앙노동위원회 위원장을 상대로 재심판정의 취소를 구하는 소송을 제기한 사건이다.

이에 대해 대법원은 인사이트코리아는 ①참가인이 100% 출자한 자회사로서 형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어 왔으나 실질적으로는 참가인 회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 참가인이 행사하여 왔고, ② 참가인이 물류센터에서 근로할 인원이 필요한 때에는 채용광고 등의 방법으로 대상자를 모집한 뒤 그 면접과정에서부터 참가인의 물류센터 소장과 관리과장 등이 인사이트코리아의 이사와 함께 참석한 가운데 실시하였으며, ③ 원고들을 비롯한 인사이트코리아가 보낸 근로자들에 대하여 참가인의 정식 직원과 구별하지 않고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 참가인이 직접 시행하고, ④ 조직도나 안전환경점검팀 구성표 등의 편성과 경조회의 운영에 있어서 아무런 차이를 두지 아니하였으며, ⑤ 그 근로자들의 업무수행능력을 참가인이 직접 평가하고 임금인상 수준도 참가인의 정식 직원들에 대한 임금인상과 연동하여 결정하였

음을 알 수 있는바, 이러한 사정을 종합하여 보면 참가인은 '위장도급'의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보았다.

SK 사건도 묵시적 근로계약이라는 용어를 사용하지 않고 곧바로 근로계약관계라는 용어만을 사용하고 있다. 그리고 직접 근로계약관계를 인정한 사례는 아래의 현대미포조선소 사건 이전에는 하청업체가 원청회사가 100% 출자로 만들어진 특징을 갖고 있다. 한편, 묵시적 근로계약관계라는 용어를 사용한 판례들에선 오히려 진정도급이 인정된다는 결론에 이르고 있는 점도 특이하다. 이런 흐름과 달리 바로 뒤에서 살펴볼 현대미포조선소 사건은 출자관계가 없는 본격적인 제조업 부분에서 “묵시적 근로계약관계”라는 용어를 직접적으로 사용하고 또 그런 관계를 인정하고 있다는 면에서 자세한 그 내용을 살펴볼 필요가 있다.

IV. 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 사건(현대미포조선소 사건)

1. 사실관계의 요지

원고들이 소속된 용인기업은 약 25년간 오직 피고회사(주식회사 현대미포조선)로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 오다가 2003. 1. 31.경 폐업하였다.

피고회사는 용인기업이 모집해 온 근로자에 대하여 피고회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고 그 시험합격자에게만 피고회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며 용인기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나 승진대상자 명단을 통보하기도 했다.

피고회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고 원고들이 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 업무협력방안을 결정하여 원고

들을 직접 지휘하거나 또는 용인기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였으며 용인기업이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나 용인기업의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하였다.

용인기업은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 선정된 금액을 피고회사로부터 수령하였지만 피고회사는 용인기업 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 피고회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무 교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다. 한편, 용인기업에 대한 작업량 단가는 피고회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 현대미포조선 노동조합과 피고회사 사이에 체결된 임금협약 결과에 따라 결정되었으며 원고들의 퇴직금이나 건강보험 등 사회보험료 역시 피고회사가 기성대금과 함께 지급하였다.

용인기업은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌다. 용인기업은 독자적인 장비를 보유하지 않았으며 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 독립적인 물적 시설을 갖추지 있지 않았다.

이러한 상황에서 용인기업이 폐업을 하고 원고들도 폐업을 이유로 해고가 되자 2003. 3. 27. 울산지방법원에 원고들이 피고회사의 종업원의 지위에 있음을 확인하여 달라는 소송을 제기하였고 1심은 2004. 5. 20. 원고 패소판결⁴³⁾을 하였고 이에 원고들은 항소하였다.

43) 울산지방법원 2004. 5. 20. 선고 2003가합987 판결.

2. 항소심 판단⁴⁴⁾의 요지⁴⁵⁾

항소심 법원은 대법원과는 다른 사실관계에 초점을 맞추어 이 사건을 바라보고 있는 것으로 보인다. 항소심법원은 다음과 같이 하나의 긴 문장으로 사실관계를 요약하고 있다. 피고회사와 용인기업 사이의 관계는 도급계약을 기초로 하여 정해져 있고 서로 회계나 재산관계가 혼동되지 않으며 지배구조와 관련이 없는 별개의 사업자인 점, A는 용인기업의 경영권을 가지고 피고회사의 관여가 있다고 하더라도 원고들에 대한 채용, 근로조건의 결정, 인사배치, 작업현장에서의 지시권, 해고의 권한을 실질적으로 보유하고 있었으며 그 이름으로 원고들에게 임금을 지급해왔고 최종적으로 용인기업의 폐업까지 스스로 결정한 점, 용인기업⁴⁶⁾이 피고회사로부터 원고들에게 지급한 수당, 상여금, 퇴직금 등을 실제 발생한 비용 범위 내에서 지급받아 같은 금액을 원고들에게 지급하기는 하였으나 그 대가로 작업물량에 대한 계약단가를 낮게 책정함으로써 경제적으로는 작업물량을 완성하여 지급받는 공사대금과 별 차이가 없었고, 기본적으로는 작업물량에 근거한 기성금을 피고회사로부터 지급받았던 점, A는 피고회사로부터 지급받은 기성 공사대금을 재원으로 나름대로의 체계와 관리기준에 따른 임금과 관리비용을 지출하고 그 나머지를 자신의 소득으로 하였는데, 이와 같은 A의 소득은 그 소속 근로자들인 원고들에 대한 효율적인 인력관리와 기술훈련, 작업개선을 통하여 변동이 생길 수 있었던 점, 원고들은 A를 고용주로 인식하면서 근로계약을 체결하였고, 용인기업 내 독자적인 노동조합을 결정하여 A와 근로조건에 대한 협상을 벌이기도 하였으며 A를 통하여 피고의 외주업체 전화시도를 막은 점 등에 비추어, 용인기업은 형식적, 명목적 존재로 보기는 어렵고 오히려 경제활동적인 측면에서나 그 지배구조, 의사결정의 구조상 피고회사로부터 독자성이나 독립성을 가진 사용자라고 인정될 뿐이므로 원고들과 피고회사 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되었다고 볼 수는 없다.⁴⁷⁾

44) 부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결.

45) 대법원의 판결문을 보면 항소심이 인정한 사실관계에 덧붙여 추가적인 사실을 인정하지 않은 것으로 판단되지만 항소심 판결문을 보면 대법원의 판결문에는 구체적으로 나타나 있지 않은 다른 사실관계를 강조하고 있다.

46) 판결원문은 용인기업이 아니라 용인기업의 대표자 개인(A)의 이름을 기재하고 있으나 논의의 편리를 위하여 특별한 사정이 없으며 대표자 개인보다는 용인기업으로 통일하여 표기했다.

47) 더 나아가 불법파견 위장도급으로도 볼 수 없어, 결국 간성도급이라는 결론을 내렸다.

3. 대법원 판단의 요지

위와 같은 사실관계를 인정한 대법원은, 피고회사가 원고인 용인기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였고, 직접적으로 원고들에 대한 노무지휘감독권을 행사하였을 뿐만 아니라 피고회사가 원고들의 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였다고 판단하였다. 나아가 용인기업은 소속 근로자의 교육 및 훈련에 필요한 사업경영상의 독립적인 물적 시설도 갖추지 못하고 있다고 판단하면서, 용인기업은 형식적으로는 피고회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로 원고들과 피고회사 사이에는 직접 피고회사가 원고들을 채용한 것과 같은 “묵시적인 근로계약관계”가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다고 결론지으면서 원심 판결을 취소하고 사건을 원심법원으로 환송하였다.⁴⁸⁾

4. 대법원이 언급한 기준의 분석

대법원은 근로계약 위장도급을 인정하는 기본 법리를 실시하면서 앞서 언급한 경기화학공업 주식회사 사건의 판지를 읊기고 있다. 즉, 도급인과 수급인의 근로자간에 묵시적 근로계약관계를 인정하기 위해서는 ① 하청업체의 사업주로서 독자성 결여, ② 근로자들의 원청업체에 대한 종속관계, ③ 원청업체의 임금지급의 주체성, ④ 근로제공의 상대방으로서 원청업체 등이 인정되어야 한다.

48) 사건은 2008. 7. 18. 부산고등법원 제4 민사부(2008나10365)에 배당되었는데 수회의 조정기일을 갖고 현장검증을 거친 후 2009. 7. 17. 화해권고결정이 확정되면서 종결되었다.

반면 구체적인 사실관계를 다시 한 번 언급하면서 대법원이 검토한 요소를 분석하여 보면 “① 근로자에 대한 인사권, ② 노무지휘감독권, ③ 근로조건의 결정권, ④ 사업경영상 물적 독립성” 등을 고려하고 있다. 이처럼 일반적인 기준과 구체적인 검토요소가 깔끔하게 매치되지는 않는데 대법원 판결이 실제로 검토한 요소는 전자의 4가지 요소보다는 오히려 후자의 4가지 요소로 보인다. 따라서 여기서는 후자의 4가지 요소를 중심으로 항소심 판결과 비교하면서 대법원 판례를 검토하고자 한다.

가. 근로자에 대한 인사권 판단

항소심은 A가 용인기업의 경영권을 가지고 원고들에 대한 채용, 근로조건의 결정, 인사배치, 작업현장에서의 지시권, 해고의 권한을 실질적으로 보유하고 있었으며 그 이름으로 원고들에게 임금을 지급해왔고 최종적으로 용인기업의 폐업까지 스스로 결정하였다고 평가하였다. 그러나 항소심도 인정하듯 용인기업의 추가고용은 피고회사의 승인사항이고 용인기업의 근로자들은 피고회사가 실시하는 본공시험에 따로 합격을 하여야 정식 근로자로 채용이 되며 이 시험에 합격을 해야 피고회사는 수당, 상여금을 추가로 지급하였다. 퇴직과 관련해서도 퇴직근로자가 생기면 피고회사에 퇴사자급여처리서를 제출하여야 했다. 인사고과방식도 피고회사가 채택한 방식을 그대로 채용하고 있으며 근로자들의 정기승진여부도 피고회사에 통보하여야 했고 이에 따라 피고회사가 승진자의 임금을 인상하여 지급했다. 또 피고회사는 특정 근로자의 감봉 등 징계를 요구할 수 있었고 피고회사 근로자와 동일한 양식의 사원증을 발급하여 사업장 출입의 근태관리를 하였다.

이상과 같이 피고 회사는 수급인의 근로자의 고용, 승진, 임금, 징계까지 영향력을 행사하고 있다. 물론 용인기업도 독자적으로 소속 근로자에 대하여 징계를 하거나 포상을 할 수도 있겠지만 판례가 중시한 것은 그럼에도 불구하고 원청인 피고회사도 그러한 권한을 실질적으로 행사할 수 있다는 점이다.

나. 노무지휘감독권 판단

피고회사는 공정회의를 열어 여러 하청업체들에게 전체 공정과 관련된 개별적인 업무지시를 하였는데 실제 공정이 진행되면 피고회사의 공정담당자들은 각 하청업체의 공정진행상황을 직접 확인하거나 하청업체의 감독자로부터 보고를 받았고 필요하다고 판단이 되면 공정의 진행을 변경시키거나 중단시킬 수 있었다. 피고회사의 인력사정에 따라서 하청업체 근로자들을 피고회사 내 다른 부서의 업무지원까지 시켰다. 게다가 용인기업의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리에 대하여 매월 일정 수준의 이상의 소득을 보장하였다.

노무지휘와 관련해서는 포괄적이면서도 구체적인 업무지시가 있었음을 인정하고 있고 특히 도급의 대상이 된 업무 이외의 업무수행을 요구하고 이에 대해 소득을 보장한다는 점도 주목할 만하다. 사내하도급의 경우 노무지휘감독권 부문은 애매할 수밖에 없는데 특히 제조업의 경우 전체 공정의 흐름 속에 사내하도급 근로자가 투입되고 하청업체의 감독자라는 사람도 같이 작업현장에 투입되어 원청의 감독자와 함께 감독업무를 하기 때문에 더욱 그렇다. 이에 대해 이 사건에서 대법원은 하청업체가 별도의 감독자를 두어 현장에 투입하고 일정부분 노무지휘를 한다고 하더라도 이것을 근거로 곧바로 수급인의 실체를 인정하지 않고 있다는 점이 특이하고 이것은 은마아파트 입주자대표회의 사건과 확연히 구분되는 점이다.

다. 근로조건 결정권 판단

근로조건의 결정에 관해서 보면, 피고회사는 형식적으로 도급에서 정한 내용과 관련이 없는 업무를 용인기업 근로자에게 부과하고 이에 대해 임금을 지급한다. 그리고 용인기업은 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 도급금액(기성대금)으로 지급받지만 그 금액은 피고회사와 피고회사의 노조가 임금협약으로 정한 결과에 따라 변동된다. 뿐만 아니라 근로자마다 별도의 수당, 상여금, 퇴직금을 산정하여 피고회사로부터 전달받은 돈을 용인기업이 그대로 근로자에게 지급하였다. 또, 도급금액을 지급할 때 근로자마다 책정한 퇴직금과 사회보험료를 별도로 지급한다.

이런 임금지급방식은 진정도급을 전제로 한다면 피고회사의 입장에서 매우 불편한 업무방식이고 용인기업의 입장에서 번거롭다. 오히려 전체로서 하나의 도급금액을 지급받고 하청업체의 재량에 따라 소속 근로자에게 약정한 임금을 지급하는 것이 임금관리차원에서도 효율적이다. 그럼에도 위와 같은 방식을 피고회사가 고수한다는 점이 바로 근로조건을 피고회사가 결정한다는, 다시 말해 직접 고용한 근로자와 동일하게 노무관리를 한다는 표지가 된다.

요약하면, 하청업체의 대표자는 원청업체가 근로자들에게 주는 추가 수당 등의 임금의 전달역할만을 하고 자신은 기성고에 따른 공사대금에서 각종비용과 근로자들에게 지급하는 기본급 등 임금을 제외한 나머지 금액으로 이익을 취한다고 볼 수 있는데 이것은 용인기업이 독립적 사업을 통해 이익을 추구한다기보다는 피고회사의 노무관리의 일부를 수행하고 그 대가를 받는 것으로 비춰진다.

라. 사업경영상의 물적 독립성 판단

용인기업은 피고회사가 제공하는 사무실을 이용하였고, 독자적인 장비를 보유하고 있지 않다. 그리고 소속 근로자의 교육 및 훈련에 필요한 물적 시설을 갖추고 있지 않다. 물론 항소심 판결이 언급하고 있는 것처럼 취업규칙도 있고 별도의 회계관리도 한다. 그러나 이것은 사내하청이라는 업체가 존재하기 때문에 당연히 따

하청업체의 독립성을 주장하는 것은 적절하지 않다.

V. 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 사건(현대자동차 사건)

1. 사실관계의 요지

피고보조참가인(이하 '참가인') 현대자동차 주식회사는 서울 서초구 양재동 231에 상시근로자 50,000여명을 사용하여 자동차 제조 및 판매업을 경영하는 회사이고, 원고들은 참가인의 울산공장 사내 협력업체들인 정화기업 등(이하 이 사건 협력업체라 한다)에 입사하여 근무하다가 2005. 2. 3.부터 같은 달 18. 사이에 장기간 무단결근, 작업장소 무단이탈 등의 사유로 해고된 사람들이다. 원고들은 위 해고에 대하여 부산지방노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위구제를 신청하면서 협력업체들은 경영상의 독립성이 없는 회사들로서 참가인이 실질적인 원고들의 사용자이고, 참가인이 원고들의 노동조합 활동을 혐오하여 사내 협력업체들로 하여금 원고들을 해고하도록 한 다음 원고들의 노무수령을 거절하였다고 주장하였으나 부산지방노동위원회는 참가인이 원고들의 사용자가 아니라는 이유로 신청을 모두 각하하였다. 원고들은 이에 불복하여 2005. 8. 19. 중앙노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위구제 재심신청을 하였으나, 중앙노동위원회도 2006. 7. 12. 위 초심판정과 같은 이유로 원고들의 위 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 원고들은 2006. 8. 3. 서울행정법원에 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 역시 기각되었고, 서울고등법원도 2008. 2. 12. 원고들의 항소를 기각하자 2008. 3. 10. 대법원에 상고하였다.

한편, 대법원은 하급심 사실인정 중 다음과 같은 내용을 언급하고 있다. “① 참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 이 사건 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어벨트를 이용한 의장공정에 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 수행하였다. 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 결정하였다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였는데, 이는 원

고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어 졌다. 원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하였다. ④ 참가인은 원고들 및 그 직영 근로자들에 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 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다. ⑤ 참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악·관리하였다.”

2. 항소심 판단⁴⁹⁾의 요지

서울고등법원 제1 특별부는 판결서에서 1심 서울행정법원 판결⁵⁰⁾을 그대로 원용한다고만 판단하여 항소심의 판단은 사실상 1심 판결을 살펴보는 것으로 대신할 수밖에 없다. 그래서 여기서는 1심의 판단을 살펴보고자 한다. 서울행정법 제13부의 판단은 주로 협력업체들의 독립성을 인정할 수 없는 표지가 왜 부정되는지, 그래서 결과적으로 왜 진정도급이 되는지를 설명하는 내용이다. “① 이 사건 협력업체들이 참가인과 별도로 회사 등을 설립하여 독립적인 사업주체로 활동하면서 법인세 등 제반 세금을 납부하고 협력업체들 명의 또는 그 대표 명의로 국민건강보험 등 4대 보험에 가입하고 회계, 결산 등도 별도로 해오고 있는 점, ② 이 사건 협력업체들이 참가인과 별도로 취업규칙을 제정하여 두고 그에 근거하여 근로자들을 채용하고 근태를 관리하며 징계를 하는 등의 인사권과 징계권을 행사해 온 점, ③ 또한 근로자들에 대한 임금, 상여금 등도 협력업체들이 그 책임 하에 직접 근로자들에게 지급하고 그에 따른 근로소득세 원천징수, 연말정산 등의 업무도 이 사건 협력업체들이 자체적으로 수행해 온 점, ④ 참가인이 ‘사내 협력업체 관리’

49) 서울고등법원 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결.

50) 서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합28055 판결.

등의 여러 가지 업무표준을 만들어 시행하면서 협력업체들을 강도 있게 관리해오고 있지만 이는 수많은 사내 협력업체들과 도급계약을 체결하여 근로를 제공받고 있는 참가인의 입장에서 적정한 사내 협력업체들의 규모, 인원 등의 표준을 제시하여 사내 협력업체들을 관리할 필요가 있는 점, ⑤ 이 사건 협력업체들로 하여금 안전점검표를 만들어 직접 안전점검을 실시하게 하였지만 이는 사업주는 그가 사용하는 근로자, 그의 수급인 및 그의 수급인이 사용하는 근로자와 함께 정기 또는 수시로 작업장에 대한 안전·보건점검을 실시하도록 되어 있는 산업안전보건법령에 따른 것으로서 적법한 것인 점, ⑥ 작업현장에는 반드시 사내 협력업체들의 대표 또는 현장관리인이 상주하도록 되어 있고, 특별한 사정이 없는 한 이들이 그 소속 근로자들에 대한 작업지시 등의 현장관리를 할 뿐 참가인의 관리자가 사내 협력업체 소속 근로자들에게 직접적으로 작업지시를 하지는 않은 점, ⑦ 임용도급의 경우 도급액의 내역, 지급 등이 월 급여와 외견상 유사하지만 이는 도급의 한 종류로 인정되는 것인 점, ⑧ 참가인이 사내 협력업체들을 주기적으로 평가한다고 하더라도 이는 재계약을 위한 자료수집 및 작업불량을 방지하기 위한 수단으로 보이고 또 참가인이 사내 협력업체들의 근로자들의 고충을 상담해 주고 설비를 직접 설치해 주는 등 협력업체의 근로자들에 대한 근로조건에 일정 부분 영향을 미친다 하더라도 이는 협력업체의 근로자들로부터 노무를 제공받는 참가인으로서 작업불량을 방지하고 작업능률을 향상시키기 위하여 어느 정도 필요한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 작업현장에 사내 협력업체 근로자와 참가인의 정규직 근로자들이 혼재하여 배치되어 작업을 하고 있다거나 사내 협력업체 근로자들의 근로시간, 휴게시간 등이 참가인 근로자들의 그것과 동일하다는 사정 등 앞서 본 바와 같은 사정들만으로 참가인과 사내 협력업체들과의 도급관계가 형식적인 것에 불과하고 이 사건 협력업체들이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 명목적인 것이거나 형식적인 것으로서 참가인과 원고들 사이에 직접적으로 근로계약관계가 성립된 것으로 볼 수 없다.”

3. 대법원 판단의 요지

가. 근로계약 위장도급(묵시적 근로계약관계) 성부의 판단

이러한 사실관계를 기초로 대법원은 현대미포조선소 사건의 법리를 기본법리로 내세우면서도 원고들과 고용계약을 체결한 참가인의 울산공장 내 사내협력업체들이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없다고 보면서 묵시적 근로계약관계가 성립을 부정한 서울고등법원의 판단을 정당하다고 판단했다.

나. 불법파견 위장도급 성부의 판단

반면, 불법파견인지에 관해서는 이를 긍정하는 판단을 했다. 즉, 원고들은 이 사건 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견 관계에 있었던 것이므로 원심이 사내협력업체들이 원고들을 고용하여 참가인의 지휘·명령을 받아 참가인을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견에 해당한다고 보기 어렵다고 본 것은 근로자파견관계에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다고 지적했다.⁵¹⁾

4. 현대미포조선소 사건의 기준에 따른 사실관계 분석

이 사건에서 대법원은 현대미포조선소 사건의 법리를 그대로 전제하고 있으므로 현대미포조선소 사건의 기준을 가지고 위장도급의 성격을 파악하여 보는 것이 대법원 판례의 태도를 효과적으로 분석하는 방법이라고 생각한다. 이하에서는 현대미포조선소 사건에서 대법원이 제시했던 4가지 기준을 가지고 이 사건의 사실관계를 재구성하였는데 다만, 이 사건 대법원 판결서에는 위 4가지 요건의 해당성을 판단하기 위한 충분한 사실관계가 적시되지 않는 부분이 있어 이를 보충하기 위하여 하급심에서 인정한 사실 중 대법원이 언급하지 않는 사실은 이를 특정하여

51) 다만, 위법한 파견근로에 대한 직접고용간주 규정의 적용여부에 대하여 사용기간이 2년을 초과한 원고의 주장만을 인용하고 그렇지 아니한 다른 원고의 주장은 배척한 후 사건의 일부만 파기하여 원심법원으로 환송했다(현재 사건은 서울고등법원 제3 행정부(2010누23752)에 배당되어 심리 중에 있다).

추가로 분석대상에 포함시켰다.

가. 근로자에 대한 인사권 판단

참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악·관리하였다. 대법원이 판단한 내용은 여기까지인데 한편, 서울행정법원 판결서를 보면 보다 자세한 사실관계가 적시되어 있다. 협력업체는 원고가 근로계약을 체결하였고 취업규칙을 작성하여 운영했으며 소속 근로자에 대하여 개인별 출근카드, 출근부, 근태계현황부, 연월차대장을 작성하여 근무태도가 나쁜 직원들에 대하여는 경고하거나 반성문 또는 시말서의 작성을 요구하거나 해고 등의 징계를 하였다.

나. 노무지휘감독권 판단

참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어벨트를 이용한 의장공정에 종사하였다. 원고들은 컨베이어벨트 좌우에 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 근무를 하였다. 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등은 참가인 회사가 작성한 것이며 원고들은 이를 기준으로 단순, 반복적인 업무를 수행하였다.

참가인은 이 사건 사내협력업체의 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 그 직영근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정하였다. 작업현장에는 참가인의 관리자와 사내 협력업체의 현장관리인이 함께 상주하였다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였는데, 이는 원고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어 졌다.

여기까지가 대법원이 언급한 사실이고 이하는 서울행정법원 판결서에서 제시하는 인정된 사실이다. 의장공정에는 불량을 검사하는 공정단계로 '키피'가 있는데, 키피는 사내 협력업체 소속 근로자들의 작업까지 포함하여 불량여부를 검사하고 불량이 있는 경우 사내 협력업체 현장관리인을 통하여 그 수정지시를 하였다. 참가인은 협력업체 무상대여 물류장비 관리기준, 안전보건관리 제18장 협력업체 안전관리를 업무표준으로 제정하여 시행했고 주기적으로 협력업체 운영관리상황을 평가하고 안전점검표를 만들어 협력업체별로 시행하도록 하고 참가인의 부서장이 이를 결재하였다. 또 참가인은 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다.

다. 근로조건 결정권 판단

참가인은 원고들 및 그 직영근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였다. 여기까지 대법원 판결서에 나타난 내용이고 이하는 서울행정법원에서 인정한 사실이다. 참가인은 참가인의 해당부서 뿐만 아니라 사내 협력업체까지도 수범자로 하는 근로자들의 근무시간 등 기초 질서에 관한 감독지침을 제정하여 시행하였고 사내 협력업체 근로자들의 근로시간, 휴게시간 등은 참가인의 정규직 근로자들의 그것과 동일하다. 참가인이 근로자들에게 각종 격려금, 귀향비, 선물비 등을 지급할 때에는 사내 협력업체들에게도 그 지급기준을 알려주어 사내 협력업체들로 하여금 그 소속 근로자들에게 각종 격려금, 귀향비, 선물비 등을 지급하게 하였다. 사내 협력업체가 그 영업을 양도하는 경우 양수업체로 하여금 양도업체의 고용과 임금을 승계하도록 조정·중재하였으며, 작업현장마다 주기적으로 작업환경을 측정하여 그에 따른 유해수당을 사내 협력업체 근로자들에게도 지급하였을 뿐 아니라 사내 협력업체 근로자들의 고충을 직접 상담하여 해결해 주기도 하였다. 참가인은 노동조합과의 단체협약 체결시 노동조합의 요구에 의하여 사내 협력업체 소속 근로자에 대한 처우개선안에 관하여도 합의를 한 적이 있는데, 한편 2003년부터는 사내 협력업체 소속 근로자들은 별도로 노동조합을 결성하여 자신의 소속 협력업체와 단체교섭을 해오고 있다.

라. 사업경영상의 물적 독립성 판단

원고들은 참가인 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 작업을 하였다. 이 작업에 사내협력업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다. 사내 협력업체들이 참가인에 대하여 필요한 일정한 설비를 '건의사항'으로 요구하면 이를 검토하여 설치해 주기도 하였다. 여기까지 대법원이 제시한 사실관계이고 이하는 서울행정법원이 인정한 사실이다. 협력업체는 별도의 법인체로서 사업자등록을 하고 회계관리를 하면서 세금을 납부했다. 4대보험의 사업주로 보험처리를 했고, 근로자들의 세금도 원천징수했다. 노동위원회 사건에서 사용자 측으로 응소했다.

5. 현대자동차 위장도급의 유형에 관한 대법원의 판단 검토

가. 근로자에 대한 인사권 판단

현대미포조선소 사건과 비교하면, 현대자동차 사건에서 대법원은 근로자의 인사권에 대한 판단을 매우 추상적으로 간략하게만 언급하고 있다. 현대미포조선소 사건은 근로자의 채용, 승진, 징계 등 인사권 전반을 가늠할 수 있는 내용을 적시하면서 여기에 원청이 결정적인 영향력을 행사하였다고 판단하고 있는데, 현대자동차 사건에서는 원청회사가 수급인 회사 근로자의 근태상황, 인원관리현황을 파악하고 관리했다고만 판단하고 있다. 그리고 하급심 판결서를 보면 근로자의 채용과 승진

을 위한 제도가
인하고 있다

인을 사용자로 하는 근로계약, 취업규칙 등이 존재하며 근태관리를
수급인 회사에 있다는 사실인정이 있고, 특히 해고 등 징계를 수급인
는 사실을 인정하고 있다.

조선소 사건과

원고가 소송에서 현대자동차가 수급인의 인사권 전반에 현대미포

같이 실질적인 영향력을 행사하였다는 점을 주장·입증하였는지는 확인하기 어려운데, 만일 현장의 상황이 판결서에서 언급된 내용대로라면 두 사건은 원청이 수급인의 근로자에 대한 인사권 개입 정도에서 적지 않은 차이가 있다는 판단을 할 수 있을 것 같고 그렇다면 이 부분은 파견과 직접근로계약관계를 나누는 데 영향을 준 요소가 된다.

나. 노무지휘감독권 판단

노무지휘권에 관해서는 대법원도 여러 가지 내용을 언급하고 있다. 두 판결에서 공통점은 현대미포조선소나 현대자동차나 작업현장에 수급인의 관리자가 있었다는 점이다. 그러면서 수급인의 관리자와 원청회사의 감독자가 중첩적으로 노무지휘를 하고 있다고 인정하고 있다. 작업의 형태만을 고려하면 현대자동차의 경우 컨베이어벨트 시스템이라는 특성 때문에 조선업에서 작업형태보다 정형화되어 있고 원청업체의 전반적인 관리·감독을 인정할 여지도 높아 보인다. 한편, 두 회사 모두 원청회사의 필요에 따라 수급인의 근로자들 도급업무 이외에도 종사시킨 점이 인정된다. 다만, 작업물량이 없는 경우에 기타 작업으로 소득을 보전하여 주었다는 점은 현대미포조선소 사건에서만 인정되는데 최근 자동차제조업 경기의 활황과 공동 작업시스템이라는 점을 감안하면 현대자동차의 경우 작업물량이 없어 컨베이어벨트 가동이 중단되고 이에 따라 수급인 근로자에게 기타의 업무를 배정할 여지가 없었을 가능성이 높아 보인다. 따라서 이 요소의 비교는 큰 의미가 없어 보인다.

이런 사정 아래에서 대법원은 사실인정과 섞어서 다음과 같은 판단을 하고 있다. “원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하였다.” 이 문장을 그대로 받아들인다면 수급인의 노무지휘권이란 형식적인 것에 그치는 것으로 평가할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

다. 근로조건 결정권 판단

근로조건 결정에 관해서도 현대자동차 사건은 근로시간, 휴게시간, 교대제, 작업속도를 현대자동차가 결정했다고만 말할 뿐, 그것이 수급인의 근로조건 결정권에 어느 정도 영향을 미치는 것인지에 대해선 자세한 언급이 없고 특히 임금의 결정이나 지급 방식에 대해선 침묵을 하고 있다. 이것은 현대자동차가 근로조건을 일방적으로 결정했다는 취지인지, 아니면 그 외 사항은 하청업체가 독자적으로 결정했다는 취지인지 분간하기 애매한 표현이다.

현대미포조선소 사건에서는 도급계약에서 약정한 이외의 업무를 하면 해당 임금을 지급했고, 수급인의 근로자 별로 상여금 등을 계산하여 현대미포조선소가 용인기업을 통하여 지급하였다는 점을 강조한다. 그러니까 용인기업은 임금의 전달자 역할을 했을 뿐이라는 인상을 주고 있다. 그런데 현대자동차 사건에서는 수급인 그러한 전달자 역할을 했다는 취지의 설시는 보이지 않는다. 다만, 서울행정법원은 격려금 등 수당의 지급 항목이 원청과 하청이 비슷하고 현대자동차가 하청기업의 영업양도 등에 관여하고 있는 사실, 유해수당을 직접 지급하고 있는 사실, 그리고 직접 하청업체 근로자의 고충처리업무를 담당한 사실을 인정하고 있다. 그리고 하청업체 근로자들로 조직된 노조가 하청업체를 상대로 단체교섭을 하였다는 점을 강조하고 있다.

어쨌든, 대법원 판결서만을 평면적으로 비교하면 현대자동차 판결은 현대미포조선소 판결보다 하청업체의 근로조건 결정권에 관하여 불명확하게 혹은 적은 범위에서 사실인정을 하고 있다.

라. 사업경영상 물적 독립성

하청업체가 원청회사의 업무를 담당하면서 별도의 시설, 기술, 자본 등을 투입하지 않는다는 2개의 사건 모두 동일하다. 차이가 있다면 현대자동차 사건에서는 원

청회사가 사무실을 제공했다는 사실인정이 안 보인다. 서울행정법원은 그 외 사업자등록, 세금납부, 사회보험처리 등의 사항을 강조하고 있지만 이런 형식적인 사항은 형식적으로라도 기업활동을 하기 위해선 반드시 처리해야 할 업무이거나 의무부담이기 때문에 위장도급을 판단하는 데 중요하게 참고할 지표가 될 수는 없다.

마. 종합적인 검토 결과

이상과 같이 4가지 구체적인 요소를 개별적으로 검토해보면 현대자동차 사건은 현대미포조선소 사건보다 크게 2가지 점에서 인정된 사실의 설시를 달리한다. 사업경영상의 물적 독립성은 일반적인 사내하청이 그러하듯 두 사건에서 큰 차이가 없다. 다만 사무실의 제공여부가 조금 다른 듯하다. 학계의 견해에서 중시하는 노무지휘감독권의 행사 양태도 큰 차이가 없어 보인다. 두 사건 모두 원청회사와 하청회사의 중첩적인 노무지휘감독을 인정하고 있고 현대자동차 사건에서 하청업체의 독자적인 노무지휘감독을 강조하지는 않는다. 차이는 나머지 2개 기준에 비교적 많이 나타난다.

인사권 기준에서 현대자동차 사건은 하청업체 근로자의 채용, 승진, 해고 여부에 대한 구체적인 판단이 없다. 이것이 만일 하청업체의 독립적인 인사권 행사를 인정하는 취지라면 두 사건은 여기서 큰 차이를 보인다고 말할 수 있다. 근로조건의 결정권이라는 요소에서 현대자동차 사건은 하청업체가 임금의 전달자라는 형식적 지위에 있을 뿐이라는 뉘앙스를 보여주지 않고 있다. 하청업체의 임금지급의 형태와 원청업체와 연동된다는 취지는 두 판결 모두 인정하는 점을 고려하면 임금지급의 방식은 서로 다르다고 본 것 같다.⁵²⁾

52) 한편, 위 2개의 사건을 비교하면서 현대미포조선소 사건은 채용, 승진, 징계 등 인사노무관리에 직접 개입한 점 외에는 현대자동차 사건과 사실관계의 유형이 동일하다는 검토가 있다(조경배, 현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례평석, 노동법연구 제29호, 서울대노동법연구회, 99쪽).

VI. 직접근로계약관계와 파견근로계약관계를 나누는 대법원 판례의 기준 검토

1. 근로자에 대한 인사권 판단

근로자의 인사권과 관련하여 직접근로계약관계를 인정할 때에는 원청업체가 근로자의 채용, 승진, 해고 등에 깊이 관여하고 있는 사실이 인정된다. 특히 하청업체의 설립 경위가 중요한 판단 지표로 작용하고 있는 것으로 보이고 이에 따라 인사교류의 여부 등도 중요한 사실로 부각된다. 한편, 하청업체의 설립에 원청업체의 직접적 관여가 있다는 설시가 없는 현대미포조선소 사건에서도 대법원은 근로자의 채용, 승진, 징계에 대하여 원청업체의 관여를 중시하고 있다. 한국마사회 사건에서 볼 수 있듯이 하청업체가 설립과 운영의 방식이 독자성을 띠면 하청업체의 근로자에 대한 하청업체의 인사권 실체도 인정하는 예를 살펴볼 수 있다. 따라서 원청업체가 단순히 하청업체의 인사권에 어느 정도의 영향을 준다거나 줄 수 있다는 수준의 사실인정만으로는 원청업체가 하청업체 근로자에 대하여 인사권을 행사한다고 보지 않는 다소 엄격한 입장을 취하고 있다.

2. 노무지휘감독권 판단

학계의 견해는 직접근로계약관계와 파견근로계약관계의 구분에서 결정적인 노무지휘감독권의 행사 주체가 누구인지를 중시하는데 대법원 판례에서는 사내하도급의 구조적 특징을 중심으로 원청업체에게 상당한 정도의 노무지휘감독권을 인정하고 있고, SK와이번스 사건에서 볼 수 있는 것처럼 포괄적이고 구체적인 노무지휘를 하는 경우까지도 직접근로계약관계로 보지 않고 파견근로계약관계로 처리하고 있다. 이런 점은 진정도급을 인정할 사례에도 마찬가지이다. 부산교통공단 사건에서 보듯 진정도급에서 인정된 원청업체의 노무지휘권 행사의 정도는 파견근로계약관계를 인정할 사례의 그것과 별다른 차이를 찾기 어렵다고 생각되는데 이런 경우에도 진정도급으로 인정하고 있다.

그렇다면 진정도급인의 노무지휘, 파견사업주의 노무지휘, 그리고 직접근로계약관

계에 있는 원청회사의 노무지휘의 방식과 정도에 대한 어렵지만 정치한 분석이 있어야 법원 실무에 대한 실질적으로 의미 있는 비판이 가능할 것 같다.

3. 근로조건 결정권 판단

사내하청의 특성상 하청업체의 근로조건이 원청업체의 그것에 연동될 수밖에 없다는 점은 부정하기 어렵다. 따라서 근로시간이나 휴게, 휴일, 휴가 등의 결정에 원청업체가 관여한다는 점만으론 위장도급을 인정하지 않고 있다. 대법원은 여기서 나아가서 하청업체의 임금지급이 원청업체의 임금지급을 전달하는 형식에 불과한 것으로 인정될 수 있는 정도를 요구하는 것으로 보인다. 그러나 이런 점은 2가지 형태의 위장도급을 분류하는 기준으로는 적합하지 않다. 임금의 지급방식은 조금만 신경 쓰면 쉽게 변경할 수 있는 형식적 표지에 불과하기 때문이다. 그렇다면 근로조건 결정권에 대한 판단은 근로시간이나 임금 등 정형화된 근로조건 이외에 다른 근로에 관한 조건이 원청회사에 의사에 따라 변동이 되는 지를 판단하여야 할 문제가 아닌가 하는 생각이 든다.

4. 사업경영상 물적 독립성 판단

하청업체의 물적 독립성은 판례 법리에서 위장도급을 판단하는 데 가장 고려대상이 되지 않는 부분이라고 볼 수 있다. 사내하청 형태의 도급은 애초 원청업체의 시설을 사용하기 때문에 물리적인 독립성을 크게 기대하기 어렵다. 그리고 실제 분쟁 사안은 하청업체의 근로자들이 원청업체의 시설에 들어가서 근무를 하는 것이기 때문에 이 점에 중요한 포인트를 들 수도 없다. 다만, 직접근로계약관계를 부정하는 하급심 판례와 이에 대해 구체적인 판단을 하지 않고 그대로 상고를 기각한 대법원 판례를 문리적으로만 받아들이면 하청업체의 사업자등록, 세금납부, 근로자들에 대한 사회보험상 사업주의 지위, 원천징수 업무의 수행 등이 의미 있는 표지로 오해될 여지가 있다. 그러나 이것은 하청업체라는 형식적 실체를 만들게 되면 당연히 수반되는 기계적 표지에 불과하기 때문에 이런 요소들을 사업경

영상 물적 독립성의 판단하는 데 고려하여서는 안 된다. 이 표지가 구분의 기준으로 실익이 있는 지점은 이러한 형식적이고 기계적인 표지마저 갖추지 않은 하청업체라면 보다 쉽게 하청업체 근로자와 원청업체 사이의 직접근로계약관계를 인정할 수 있을 때뿐이라고 하겠다. 실제로 직접근로계약관계를 인정한 판례의 사안을 보면 하청업체를 원청업체가 100% 출자하여 주도적으로 설립한 경우이고 현대미포조선소 사건만 예외적으로 그렇지 않은 사례였다.

VII. 결론을 대신하여 - 향후의 과제

학계의 대체적인 견해에 따르면 직접근로계약관계가 인정되려면 사용종속관계에서 요구하는 정도의 직접적인 근로계약관계에서 존재하는 고용사실(혹은 객관적 사실)이 인정되어야 한다는 것이고 그렇지 않으면 파견근로관계로 처리할 수 있다는 것인데, 여기서 말하는 고용사실을 이루는 지표를 대법원 판례의 언어로 표현하면 인사권, 노무지휘감독권, 근로조건결정권 등이 될 것이다. 그런데 문제는 실제 분쟁 사례에서는 사안에 따라 위 3가지 요소가 경중을 달리하여 분포하고 있다는 것이다. 특히, 현실 노동현장에서 원청업체의 하청업체 근로자에 대한 노무지휘감독 사실은 매우 포괄적이고 구체적으로 인정할 수 있지만 나머지 2가지 표지는 애매한 경우가 적지 않고 이것이 법원 실무에서 어찌면 직접근로계약관계와 파견근로계약관계를 나누는 결정적 역할을 하는 것이 아닌가 하는 추측을 하게 된다. 따라서 법원 실무에 보다 정치한 기준을 제시하기 위해서는 직접적 근로계약관계에 존재하는 고용이라는 사실의 내용을 적어도 대법원이 검토하는 3가지 요소를 중심으로 구체적으로 나누어 제시할 필요가 있다. 그렇지 않으면 위장도급이 문제된 사례를 대부분 불법파견으로 처리하고 있는 최근의 판례동향만 고려할 때, 향후 관련 분쟁은 현대미포조선소 사건이 요구한 4가지 표지를 엄격하게 갖춘 경우에만 직접근로관계를 인정하고 나머지는 파견근로로 처리할 가능성이 매우 높다. 이렇게 되면 현대자동차 사건에서 보는 것처럼 파견기간의 장단에 따라 근로자보호 여부가 달라지는 결론이 난다. 이것은 종전부터 학계가 강하게 비판하여 온 결론으로 받아들이기 어렵다.

독일에서의 위장도급 판단 기준에 관한 논의와 그 시사점

권혁 (부산대 법학전문대학원)

I. 독일에서의 위장도급 문제 발생 유형

1. 독일에서의 삼면적 근로관계에 대한 기본적인 노동법적 대응

타인의 노동력을 활용하는 계약 유형은 다양하다. 근로계약이나 고용계약은 직접 타인의 노동력 활용 그 자체를 계약의 목적으로 하고, 그 외에도 위임계약, 도급 계약 등은 계약의 목적은 다르지만, 사실상 그러한 계약의 목적 달성을 위해 타인의 노동력이 활용된다는 점에서 유사성을 가진다.¹⁾ 그런데 노동력의 제공 그 자체를 목적으로 하는 근로계약이나 고용계약은 다른 계약관계와 달리 '권리의무의 전속성'이라는 특징이 내포하고 있다. '권리의무의 전속성'이란, 그 계약 당사자 간의 고유한 인격적 관계성을 말한다. 다시 말하면 노동(근로)의 제공과 관련한 권리와 의무의 당사자는 오로지 근로(고용)계약의 당사자에 국한되어야 하지, 함부로 타인에게 양도되거나 인수될 수 없다.²⁾ 이러한 점은, - 이미 Sinzheimer³⁾ 와 Lotmar⁴⁾에 의해 경고된 바와 같이 - '인간의 노동력은 상품과 같이 함부로 매매되거나 임대될 수 없는 것'이라는 이념적 요구에 바탕한 것이다.⁵⁾

1) Rütters, NJW 2002, S.1605.

2) 민법 제657조 (권리의무의 전속성) ①사용자는 노무자의 동의없이 그 권리를 제삼자에게 양도하지 못한다. ②노무자는 사용자의 동의없이 제삼자로하여금 자기에 가름하여 노무를 제공하게 하지 못한다. ③당사자일방이 전항의 규정에 위반한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다.

3) Sinzheimer, Das Wesen des Arbeitsrechts, in: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, 1976, S.111.

4) 같은 취지로는 Dorndorf, Festschr. Gnade, 1992, S.39ff.

5) Sinzheimer, Das Wesen des Arbeitsrechts, in: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, 1976, S.112ff.

성되었지만, 그래도 지나치게 엄격한 규제 때문에 “인력유연화를 통해 최대의 이익 실현이라는 오늘날 경영환경의 변화에는 이러한 법적 규제가 비경제적이며 비생산적”이라는 비판이 제기되곤 하였다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 실제로 종래 보수적인 노동시장형태를 유지하고 있다고 평가되어 온 독일에서도, 외부 인력의 활용과 관련하여 매우 유연한 태도를 가지면서 가능한 한 그러한 관계에 대하여 법적 개입을 자제하는 방향으로 입법정책을 지속하고 있다. 특히 1972년 독일 근로자파견법 제정당시에는 3개월이라는 파견기간 제한을 두고 있었지만, 6개월로¹⁶⁾, 그리고 다시 9개월¹⁷⁾로 연장하였다. 그리고 상한기간은 12개월로 연장하였다가,¹⁸⁾ 24개월로 다시 연장하였다.¹⁹⁾ 그런데 이후 독일 정부는 노동시장 현대화 정책의 일환으로 아예 파견기간의 상한을 폐지하기에 이르렀다. 이는 1990년대 들어 오랜 기간 동안 누적된 실업과 경제침체로 경제적으로나 정치적으로 매우 어려웠던 독일이 이를 타개하기 위한 방안으로 보이며, 현재는 물론, 앞으로의 노동입법정책에서도 상당한 영향을 줄 것으로 예상된다.²⁰⁾

2. 근로자파견법 회피를 위한 위장도급 문제의 발생

비록 파견근로법이 제정되어 외부 근로자의 활용이 양성화되었지만, 여전히 경영적 수급 요구에는 미치지 못했다. 기업 경쟁의 격화도 비롯된 것이었다. 특히 파견근로자제도를 통하여 외부 근로자를 사용하게 되면 가해지는 다양한 근로자파견법상의 다양한 규제는 사용자에게 상당한 부담으로 인식되었다.

이러한 와중에, 외부노동력을 활용하기 위하여, 굳이 근로자를 파견 받는 경우 보다는 오히려 도급이나, 고용 또는 위임계약 등의 형식을 취하는 것도 가능하다는 것을 인식하기에 이른 것이다. 왜냐하면 근로계약이 아니더라도, - 비록 계약의

14) Leitner, NZA 1991, S.293.

15) 이러한 관점에서 근로자파견법을 다분히 현실감각이 결여된 탁상공론적 장애물(bürokratischer Hemmschuh)이라고 비유하기도 한다(Leitner, NZA 1991, S.293).

16) Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 vom 22. 12. 1989, BGBl. I S.2406.

17) Beschäftigungsförderungsgesetz 1994 vom 31. 12. 1993, BGBl. I 1995, S.158.

18) BAG NZA 1995, S.465.

19) 소위 Job-AQTIV-Gesetz (BT-Drucks 14 / 6944).

20) Leitner, NZA 1991, S.293.

목적은 비록 직접적인 노동력의 지배 활용은 아니지만, - 결과적으로 계약의 목적을 달성하는 데 있어 노동력의 활용이 필요하고 또한 가능하기 때문이다. 그 결과 근로자파견법 등 제반 노동법적 규제를 회피하면서도 외부노동력을 충분히 활용할 수 있게 되면서, 근로자파견관계에 관한 노동법상의 규제를 사실상 형해화되는 문제가 발생하였다. 특히 명목상 도급이나 위임 또는 고용계약 관계를 체결하는 문제가 대두되었는데, 이것이 바로 '위장도급'이다.

3. 위장도급문제에 대한 노동법적 대응원칙

(1) 원칙

이른바 위장도급에 관한 노동법적 대응은 명확할 수밖에 없다. 그 이유는 노동법은 사회적 약자 보호를 위한 강행규정이기 때문이다. 따라서 노동법적 규제의 회피는 그 실질을 좇아 노동법적 보호를 실현하여야 하는 것이다. 이렇게 법률관계의 법적 성격은 그 계약의 실질적 내용에 따라 결정되어야 하는 데, 이러한 법리를 이른바 '법형식강제(Rechtsformzwang)법리'라고 한다. 이러한 법형식강제법리는 위장도급의 해결원칙이기도 하다. 즉, 독일에서는 명목상 고용이나 도급의 형식을 갖지만, 그 실질에 있어 근로자파견관계라고 평가된다면 근로자파견법에 따른 법적 효과가 귀속되어야 한다는 원칙을 제시해 놓고 있다. 이에 따르면, 명목상의 도급계약체결 상의 당사자 의사표시는 단순한 가장행위(Scheingeschäft)로서, 허위표시에 해당하므로, 무효가 된다. 이러한 가장허위표시의 경우는 그 이면에 은닉된 실제 의도된 행위가 그 성립된 것으로 보게 되는 것이다.²¹⁾

(2) 문제점: 입법의 흠결(Regelungslücke)

위장도급에 대한 법적 취급에 대한 확고한 원칙에도 불구하고, 정작 명목상의 도

21) BGH 25. 6. 2002, DB 2002, S.2216.

급관계에 불과하다는 것을 판단하는 기준에 대하여는 근로자파견법에 아무런 규정을 두고 있지 않았다.²²⁾ 문제는 여기에 있었다. 결국 이에 관한 판단은 결국 개별 구체적인 사례를 두고 법원에 의해 이루어졌고, 이에 대한 학계의 평가가 이루어지고 있었을 따름이다.²³⁾

4. 소결

독일에서의 위장도급문제는 주로 삼면적 근로관계에서의 불법적 노동법 회피의 형태로 나타난다. 하지만 위장도급이라 함은, 도급계약의 형식을 취하되, 그 실질은 근로계약관계를 형성하는 경우를 말한다. 따라서 독일에서의 주된 위장도급 유형과 같이, 삼면적 근로관계를 형성하되, 그것이 파견근로관계법을 위반한 것이어서 불법으로 평가되는 경우 이외에도, 외부 근로자를 공급하는 수급회사(하청회사)가 법적 실체가 없어서, 사실상 외부 근로자와 이를 직접 사용하는 사업주 간에 직접적인 근로관계가 있는 경우도 있을 수 있다. 후자의 문제는 사실 처음부터 삼면적 근로관계가 형성되지 않고, 단순히 이면적인 근로관계의 경우이다. 우리나라에서의 위장도급문제는 후자의 경우가 드물지 않고, 오히려 자주 발견된다. 후에 설명하겠지만, 독일에서 위장도급에 관한 판단기준 논의에서, 가장 핵심적 표지로써 외부근로자에 대한 사용자의 지시종속사실을 주로 언급하는 데, 이는 독일에서의 위장도급 문제가 주로 삼면적 근로관계성에 대한 회피문제에서 비롯된 것으로 보인다. 즉, 독일의 기업 상황에서 대체로 파견사업체의 경영적 독립성은 인정되어, 전제되고 있는 셈이다. 하지만 우리의 경우는 파견사업체의 경영적 독립성도 아울러 검토되어야 할 필요가 크다. 이러한 점에서 위장도급의 문제를 취급하는 양상도 약간의 차이가 있다고 생각된다.

II. 독일 판례 및 정부의 위장도급 여부에 대한 판단 지표들의 발견

22) 사실 근로자 파견과 구별이 애매한 유형의 제3자에 대한 인력투입형태계약이 노동법상 관례와 학계에서 문제된 것은 이미 근로자파견법이 제정되기 이전부터이다. 시행 이전의 독일 상황에 대해 자세히는 Becker/Wulfgramm, AÜG, 3.Aufl., Einl., Rn,56ff.

23) Becker, DB 1988, S.2561.

1. 독일 연방법원의 판단 요소로서의 지표

실제로 다양하게 나타나는 인력활용구조 때문에 주로 고려하게 되는 요소도 다양할 수 밖에 없다. 우선 계약내용상 예정된 당사자 간의 계약목적이나 수행내용을 바탕으로 이를 판단하는 경우가 첫 번째이다. 이는 종래 독일연방노동법원이 처음부터 이러한 구별문제에서 고려한 대상기준이기도 하다. 두 번째로는 업무의 수행과정에서의 제반 기준요소들에 대한 고려를 들 수 있다. 즉, 노무제공자(수급인의 근로자)와 이러한 노무를 수령하는 도급인이 일의 수행과정에서 지휘, 감독을 하는 등 사실상 지시권을 행사하였는가 하는 점이 주된 표지가 된다는 것이다. 마지막으로 계약의 당사자로서 지위와 관련한 지표들을 고려할 수 있다고 한다. 즉, 도급인으로는 물론 수급인으로서도 도급계약의 당사자로서 이른바 일의 완성을 담당할 능력을 갖추고 있는지에 관련한 제한 지표들을 생각해 볼 수 있다는 것이다.

(1) 계약내용관련 요소로서의 지표

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 등이 이와 관련한 주된 표지가 될 것이다. 이러한 차원에서 보수의 지급방식을 두고 내린 판결이 있다. 즉, 도급단가를 계산하여 일의 완성 시에 일괄하여 보수를 지급하였다는 점에 주목하여 도급으로서의 실질을 인정한 사례이다.²⁴⁾ 하지만 이후 연방노동법원은 이러한 보수산정방식을 지나치게 엄격히 볼 것은 아니라고 한다. 그 이유는 도급계약관계에서도 일의 완성 과정을 세밀하게 분할하게 되며, 이러한 경우에는 매 단계의 공정 완성 시 그때 그때마다 보수를 지급할 수도 있다고 보았기 때문이다.²⁵⁾ 다만 이 판결의 대상이 된 사건에서는, 정작 도급계약의 보수산정기준표가 문제되었다. 당시 수급인의 근로자들이 임금을 지급받을 때 도급인에

24) BAG 25. 6. 1986 EzAÜG Nr.202, S.203.

25) BAG 14. 8. 1985, NZA 1987, S.128.

의해 작성된 보수산정표에 따라 적용된 임금을 받았는데, 이러한 사실은 그러한 임금의 지급주체가 비록 수급인이라도 실질에 있어서는 도급인이 지급하는 것으로 볼 수 있는 근거가 되었다. 따라서 이러한 경우에 도급인과 수급인의 근로자와의 관계는 파견근로관계로 파악하여야 할 수 있다고 보았다.²⁶⁾ 그 외에도 일의 완성물에 대한 인도 및 수령까지 위험은 수급인(제조인)이 부담하는지 또한 일의 완성 이전까지는 도급계약에 따른 대가청구 불가능한지 등의 계약 상 합의사실의 확인은 도급계약으로서의 실질을 보여주게 된다고 한다. 또한 채무불이행에 따른 당사자 간의 책임 소재나 그 책임 내용에 대한 계약서 상의 합의 내용도 중요한 판단지표가 된다.

(2) 업무의 수행 과정 상의 요소로서의 지표

연방노동법원은 노무급부와 관련하여 지시권이 실제로 행사되었는지의 여부와 사실상 그러한 한도에서 수급인의 근로자가 도급인의 업무장소에 편입되었다고 볼 수 있는지, 그리고 사업장에 투입되는 근로자들의 수나 선발 등 인사조직적 부분이나, 근로자에 대한 휴식보장이나, 휴가 및 휴게 규율 그리고 구체적인 근로시간의 결정과 결근 등 근태상황에 대한 점검 주체 등이 수급인가 여부는 매우 중요한 판단표지로 파악하고 있다.²⁷⁾ 특히 무엇보다 중요한 구별기준으로서 업무수행 중에 노무제공을 하는 근로자들에 대한 도급인의 지시권 행사 여부이다. 사실 근로계약관계에서 사용자로서의 지시(Weisung)란 근로자의 노동력을 경영적 판단을 통해 합리적으로 사용하는 방식을 의미한다. 다만 이와 구별하여야 하는 것이 도급인의 지시(Anweisung)가능성이다. 즉, 도급계약의 목적인 일의 완성을 충분히 실현하기 위하여 필요한 사항에 관하여는 도급인이 이에 관한 지시권의 행사도 가능하다. 일의 완성에 따른 수익은 도급인 향유하는 것이므로, 일의 완성이 갖는 구체적 내용은 가능한 도급인의 요구에 부합되는 것이어야 하기 때문이다.²⁸⁾

사실 지시권의 행사 여부는 외부 근로자의 편입 여부를 식별하는 기준이 된다는

26) BAG 25. 6. 1986 EzAÜG Nr.204.

27) BAG 14. 8. 1985, NZA 1987, S.128.

28) BAG 25. 6. 1986 EzAÜG Nr.202, S.203.

점에서 그 의의가 크다. 편입이란, 근로를 제공하는 다수의 근로자와 사용자로 구성된 회사라는 하나의 조직체에 그 일원으로서 포섭되는 현상을 말하는데, 이러한 편입의 발생은, 근로계약과 더불어 근로관계를 형성시키는 성립요건이기 때문이다.²⁹⁾

만약 사용자의 외부 근로자에 대한 지시권의 행사가 이루어졌다는 것은, 근로자가 비로소 회사조직체에 일원으로서 포섭되었음을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 편입이 이루어지지 아니하면 처음부터 지시권 행사가 무의미하기 때문이다. 따라서 원청회사로부터 노동력 투입시간이나 장소에 관하여 전형적인 지시권을 받았는가는 조직 편입에의 중요한 단서가 되며, 이는 근로관계의 성립을 근거지울 수 있는 중요한 지표가 된다.³⁰⁾

연방노동법원은 종래 일정한 업무가 계속하여 도급인의 근로자에 의해 직영으로 수행되어 왔으나, 이를 하청근로자들이 인수받아 업무를 수행하는 경우가 그 대표적인 경우라고 할 수 있다.³¹⁾ 사실상 업무수행과정과 내용만으로는 직영근로자와 하청근로자를 구별할 수 없기 때문이다. 이러한 한도에서 원청업체에 하청근로자들이 편입된 것으로 평가하게 된다. 또한 도급인의 근로자와 하청근로자가 동일한 업무를 혼재하여 작업하게 되거나,³²⁾ 계약 이외의 업무에 수시로 투입되는 경우,³³⁾ 수급인이 업무와 관련한 관리감독자를 따로 지정하지 않고 도급인의 관리인만 존재하는 경우³⁴⁾와 도급인 사업장에서 동일한 작업복을 제공하여 동질감을 부여한 바 있다면 사실상 편입이 발생한 것으로 평가된다.³⁵⁾ 하지만 이하에서 설명하는 바와 같이 이것이 곧 근로관계성을 인정하는 근거가 되는 것은 아니다.

(3) 계약당사자 적격성 차원에서의 요소로서의 지표

29) BAG 22. 6. 1994, NZA 1995, S.462; Marschall, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2.Aufl., 1994, S.13ff.

30) BAG 5. 3. 1991, SAE 1992, S.226.

31) BAG 14. 6. 1984, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr.7.

32) BAG 8. 11. 1978, AP Nr.2 zu §1 AÜG.

33) BAG 14. 6. 1985, EzAÜG Nr.186; LAG Berlin 1. 9. 1989, LAGE §611 BGB Arbeitgeberbegriff Nr.2.

34) BAG 14. 8. 1985, EzAÜG Nr.186.

35) BAG 30. 1. 1991, AP Nr.8 zu §10 AÜG.

최근에는 도급계약의 당사자로서의 지위라는 차원에서 도급계약의 본질을 가지고 있는지를 판단하여야 한다는 판결도 나왔다.³⁶⁾ 즉, 업무의 수행내용이나 그 진행 과정에서의 제반사실 뿐만 아니라, 처음부터 일의 완성을 목적으로 하는 계약관계의 당사자로 나설 수 있는 능력이 있는가를 검토하는 것은 매우 중요한 부분이라

구구조를 가지고 있는지가 판단되어야 한다. 대체로 이러한 독립업체성을 좌우하는 제반 요소로는 세부적으로 당해 업체가 전문적인 기술이나 수공업적인 기능을 보유하고 있거나, 기술적 노하우로 생산효율측면에서 우월한 지위를 점하고 있는지를 지적할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 또한 독립적 업체로서 독립사업장을 운용하게 되는 것이 통상이며, 이러한 사업장 내에는 제반 물적, 인적 시설이 갖추어져 있는 것이 일반적이라 할 것이다. 그 밖에 타 사업체와 구별되도록 한다는 차원에서 유한 작업복 등을 제공하는 것 역시 업체 독자성을 판단하는 징표적 기능을 하 된다.

연방노동청의 고시에 따른 구별기준

구별기준에 관한 입법시안 (1975년)

서 설명한 바 대로, 근로자 파견관계와 다른 외부노무사용관계를 구별하는 기준에 대하여는 명문의 규정이 없다. 다만 판결을 통해 여러 가지 지표를 통한 구별 방식이 사용되어 온 바가 있다. 근로자파견관계 여부에 대한 구별이 문제된 것은 근로자 파견법이 제정되기 이전부터이다. 실제로 이러한 문제가 자주 발생하여 이미 1975년에 독일 연방노동청은 도급이나 고용 등 다른 전형계약과 구별되 근로자파견계약을 포섭하기 위한 입법에 대비하여, 입법안에 대한 참고자료를 든 바가 있었다. 그러나 근로자파견법을 제정하고, 이후 개정하면서도 그 구별

BAG 1. 12. 1992, EzA §99 BetrVG 1972 Nr. 110.

BAG 1. 12. 1992, EzA §99 BetrVG 1972 Nr. 110.

BAG 22. 6. 1994, AP Nr.16 zu §1 AÜG.

기
하
을
는
되
는
고
계

2.

(1)

앞
에
방
이
자
는
만

36)

37)

38)

표지에 대한 입법은 이루어지고 있지 않다. 1975년 당시 안에 따르면, 이하 각호에 해당되는 경우에는 근로자파견법의 적용대상이 되는 것으로 파악할 수 있다고 보았다: ① 투입된 근로자가 제3자인 사용자의 지시에 따라 노무를 수행하게 되는 경우나, ② 투입된 근로자가 제3자인 사용자에 속한 근로자와 동일한 업무를 수행하는 경우, 혹은 ③ 투입된 근로자가 제3자인 사용자에 속한 설비나 재료를 가지고 업무를 수행하게 되는 경우, ④ 투입된 근로자의 사용자가 노무제공의 결과물에 대하여 별도의 책임을 지지 않는 경우, 그리고 ⑤ 투입된 근로자가 자신의 사용자와 동시적으로 업무수행에 따른 수익을 하게 되는 경우에 근로자파견법의 대상이 되는 근로자파견관계로 추정된다고 볼 수 있다고 하였었다.³⁹⁾

(2) 노동청 점검지침의 내용

이후 근로자파견에 관련한 주무부서인 연방노동청(\$17 AÜG)은 -연방노동사회시행청(Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung; BMA)의 추인 하에- 산하 하위노동관청들이 실태조사에서 기준으로 삼아야 할 행정지침으로서 점검지침(Durchführungsanweisung zum AÜG)을 마련하여 고시하였다. 이러한 점검지침은 1986년 5월 5일자⁴⁰⁾로 마련된 후 1995년 1월 31일자로 새롭게 만들어졌다.⁴¹⁾ 이러한 점검지침은 도급계약관계와 근로자파견과의 관계를 전제로 하여 작성된 것이다. 동 지침에 따른 구별기준은 대체로 다음과 같은 다섯 가지의 표지에 해당한다: ① 우선 명목상 도급계약의 목적으로서 일의 완성이 구체적으로 당사자 간에 확정가능한 것인지와 같은 도급계약의 대상에 관한 판단과, ② 명목상 도급계약에서 수급인이 도급인에 대하여 독자적인 경영적 처분의 자유를 향유하고 있는지, ③ 수급인이 도급인의 사업장에서 노무를 제공하고 있는 근로자들에 대해 직접 지휘, 감독권을 행사하는지, ④ 수급인이 당해 업무수행과 관련하여 기업가로서의 제반 담보책임과 위험을 부담하는지, ⑤ 노무제공에 대한 보수 산정이 노무제공의 성과물로서 완성물자체에 따라 좌우되고 지급되는지를 그 기준으로 제시

39) Becker, DB 1988, S.2561.

40) Dienstblatt-Runderlass 72/86 vom 5. 5. 1986.

41) Dienstblatt-Runderlass 13/95 vom 31. 1. 1995.

하고 있다.⁴²⁾

이러한 지침은 행정적 차원에서 하위 관청에 지시되는 것으로서 직접적으로 사법적 효과를 갖는 것은 물론 아니다. 하지만 노동실무에서 사실상 근로자파견관계와 다른 계약관계를 구별하게 되는 행정적 판단의 기준이 된다는 점에서 실질적으로는 매우 중요한 의미를 갖는다.

3. 판단의 방식

초기 독일 법원은 위장도급을 판별하는 문제에 대하여, 그다지 어렵게 생각하지 않았던 것으로 보인다. 그 이유는 민사상 전형계약인 도급계약과 노동법의 규율대상인 근로계약은 법이론적 체계 상 매우 명료하게 구별되므로, 해당 계약관계의 진행과정에서 나타나는 현상을 보고 쉽게 구별할 수 있다고 믿었기 때문이다. 1972년 독일연방노동법원은 위장도급이 문제된 최초의 판결에서 '지시권의 행사여부'를 결정적인 표지로 파악하였다.⁴³⁾ 이 판결에서 독일연방노동법원은 법형식 강제법리를 원칙으로 확립하면서, 하청업체(명목상의 수급인)의 근로자가 원청업체(명목상 도급인)의 사업장에서 노무를 제공하는 데, 이때 도급인이나 그 대리인의 지시에 복종하면서 노무가 제공되었다면, 이는 계약상 도급이라 하더라도 근로자 파견에 따른 규제의 대상이 된다고 보았다.⁴⁴⁾ 근로계약은 '노동력 그 자체의 종속적 지배'가 계약의 목적이다. 그러므로 그 계약의 수행과정에서 노동력 제공자에 대한 지시와 감독사실이 존재하면 근로계약관계로 보아야 하기 때문이다. 이후 다른 위장도급관련 사안에서 연방노동법원은 도급계약의 본질적 특성을 흠결하였다는 이유로 파견근로관계를 긍정한 바도 있다.⁴⁵⁾ 도급계약은 본질적으로 일의 완성을 목적으로 하는 전형계약관계이다. 이때 '일의 완성'이란 수급인의 자유로운 재량적 수행을 전제로 하여 일을 완성하고, 그 결과물을 이전하게 되는 일련의 과정을 포함하게 된다. 따라서 '일의 완성'에서 노무를 제공하는 수급인의 근로자들은 사용자인 수급인의 조직 및 지휘·감독을 받게 될 뿐, 도급인의 지휘나 업무상

42) Urban-Grell/Schulz, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, 2003, Rn.1402.

43) BAG AP Nr. 9 zu §103 BetrVG 1972.

44) BAG AP Nr. 9 zu §103 BetrVG 1972.

45) BAG AP Nr. 2 zu §1 AÜB.

의 감독이 행하여 질 수는 없는 것이다. 물론 도급인이 일의 완성과 관련하여 일정한 범위에서 단순한 지시권을 행사할 수도 있으나, 이는 단지 도급인으로서 행하게 되는 소극적이고 제한된 범위에서의 지시권에 불과하다. 그런데 만약 도급인의 업무관련적인 구체적 지시에 따라 수급인의 근로자들이 당해 업무를 수행하여야 했다면, 이는 이미 도급계약으로서의 본질적 요소가 흠결한 것이라 보아야 한다고 판시한 것이다.⁴⁶⁾

과거 초기 독일 연방노동법원의 판단방식에서 결정적 변화가 생겨나기 시작한 것은 1983년으로 평가된다. 1983년 판결⁴⁷⁾에서 연방노동법원은 위장도급이 문제되는 사안에서의 사실관계가 매우 다양하여, 실제로 다양한 계약적 요소가 혼재되어 있음을 인정하고, 이러한 점을 고려할 때 초기와 같이 주요한 일원적 표지를 통해 계약관계의 본질을 파악하기는 무리임을 인정하게 된 것이다. 이에 따라 독일연방노동법원은 계약관계에서 나타나는 많은 개별 지표들을 다양한 차원에서 종합적으로 판단하는 방식을 취하게 되었다.⁴⁸⁾ 즉, 비록 당사자가 계약형태를 함의한 바 있다 하여도, 그 계약의 실질에 대한 해석을 위하여는, 당해 계약관계의 실행과정에서 나타난 '다양한 제반 관계'를 면밀히, '종합적으로' 고려하여 판단하여야 한다는 것이다.⁴⁹⁾ 이후 파견근로관계여부와 다른 전형노무제공계약과의 구별이 문제된 사건에서 독일연방노동법원은 분쟁의 구체적인 상황에 따라 매우 다양한 구별표지들을 제시하게 되었다.

4. 소결

이상에서 독일연방노동법원이 다양한 사례에서 발견한 많은 지표들을 살펴보았다. 또한 이를 반영하여 정부차원에서 판단지침을 살펴보기도 하였다. 판단의 주체인

46) BAG AP Nr. 2 zu §1 AÜB.

47) BAG AP Nr. 5 zu §10 AÜB.

48) 당시 판결에서 문제된 것은 위임계약이었는데, 위임계약 사건에서는 수탁자 소유의 장비와 도구 사용여부와 수탁자의 근로자에 대한 감독 여부, 그리고 위탁자의 사업장을 통한 재료와 도구의 제공 여부 등을 함께 고려하여야 한다고 보았다.

49) BAG AP Nr. 5 zu §10 AÜB.

법원은 그저 계약관계에서 실제 나타난 다양한 개별 지표들을 '다양한 제반 관계'에 비추어 '종합적으로' 고려하여 판단하게 된다. 하지만 이러한 방식은 엄격히 위장도급의 판단기준을 제시하는 것은 아니다. 왜냐하면 여러 가지 지표들을 발견하는 것은 그저 고려되어야 할 요소에 불과하고, 그 판단결과를 곧바로 보여주는 못하기 때문이다. 결국 이러한 지표들의 발견은 위장도급 사건을 판단하고, 해결하는 데 결정적으로 기여하는 것은 아니기 때문이다. 독일 노동법학계에서의 논의는 바로 이러한 점에 비판적으로 주목하며 발전되어 갔다.

III. 독일 학계에서의 논의

1. 판례에 대한 비판적 평가와 반성 : 법적 불안정성

독일 연방노동법원이 위장도급을 판단함에 있어 매우 다양한 표지들을 제시하고 있지만, 위장도급의 판단은 결국 종합적 고려방식에 따르게 된다. 여기에서 간과되고 있는 문제점이 있다. 그것은 바로, 다양한 지표들 간의 충돌문제이다. 오늘날 위장도급이 문제되고 있는 사안의 대다수는 전형적인 도급계약과 근로계약관계의 요소가 혼재된 경우이므로, 판례가 제시하고 있는 소위 판단지표도 다양하게 엇갈릴 수 있음은 물론이다. 즉, 채용 등 인사 결정권의 행사 주체에 관한 판단과 소요자금조달에 있어 행사 주체의 판단 결과가 항상 일치하지 않을 수 있다. 나아가 작업배치·변경 결정권은 원청회사에 있으면서도, 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권은 하청회사에 있는 경우도 얼마든지 상정해 볼 수 있다. 이러한 경우에 연방노동법원은 종합적 고려방식을 채택한 것이라고도 할 수 있지만, 오히려 더욱 중요한 사실은, 법적 안정성에 대한 본질적인 우려이다. 결국 종합적 고려방식이란, 법관의 판단재량이 확대된다는 것을 의미하는 것인데, 개별적 사정에 따라 그에 알맞은 판단을 한다고 하지만, 이는 반대로 법적 안정성 약화를 초래하게 된다.⁵⁰⁾ 어떤 요소가 구체적 상황에서 도급과 파견근로관계를 구별하는 결정적 지표로서 기능할 것인가는 속단할 수 없게 되기 때문이다. 이는 어떤 판사가 재판을

50) Schüren, AÜG, § 1, Rdn. 83ff.

담당하느냐에 따라 그 결과는 얼마든지 다를 수 있다는 것을 나타내므로, 결국 사법불신으로 이어질 위험에 처하게 된다.⁵¹⁾

2. 학계에서의 논의 방향과 방법론⁵²⁾

종래 판례는 위장도급관계를 판단함에 있어 고려되어야 할 다양한 지표들을 제시하여 오고 있다. 문제는 이러한 지표들을 어떠한 방식으로 고려할 것인가 하는 방법론에 있었다. 독일 학계에서의 논의가 갖는 주된 의미는 바로 이러한 방법론의 차이에서 찾아야 한다.

(1) 사실지표론

독일 학계에서 위장도급의 판단기준과 관련하여 제안된 방법론은 크게 두 가지이다. 첫 번째가 사실지표고려방식이다. 이는 독일연방노동법원이 지금까지도 채택하고 있는 방식이다. 명목상 계약 형식과 상관없이, 그 실행과정에서 나타난 사실관계 상의 다양한 지표들을 발견하고 평가하는 방식이다. 그리고 이러한 평가요소들을 고려하여 위장도급 여부를 판단하는 것이다. 다수의 객관적 사실지표를 포괄적이고 종합적으로 고려하는 방식은 지나치게 개별적이며 재량적 판단으로서의 성격이 강해서, 법적 안정성을 침해할 우려가 있음은 앞서 설명한 바가 있다.

1) 상위지표론

이에 따라 종합적 고려방식이 실질적인 설득력을 얻기 위해서는 반드시 지표 간의 우열을 인정하는 방식이 제안된다. 사실관계에서 나타난 다양한 지표들 간에 우열을 인정함으로써, 지표 간 충돌 등과 같은 법적 불안정성 유발 요인을 해소할 필요가 있다. 이러한 차원에서 주로 소위 '상위 지표'를 제안하고, 그 아래 하위 지표들을 고려하는 방식을 제안한다. 다양한 고려 표지 중에서 특히 중요한 의미

51) Schüren, AÜG, § 1, Rdn. 83ff.

52) 이에 관해 주로 Leitner, Arbeitnehmertüberlassung in der Grauzone, S. 99 ff.를 참고함.

를 갖는 상위표지를 두어, 그 구별의 편이성을 높이려는 시도가 있었다. 다만 이때 과연 어떠한 사실관계 지표가 상위지표가 되어야 하는가는 학자에 따라 다양한 견해가 제시되고 있다. 그 상위표지로서 i) 인사권,⁵³⁾ ii) 편입의 발생⁵⁴⁾ iii) 인력공급자의 인력조직권의 존부 iv) 지시권의 행사여부 v) 기업가적 위험인수여부⁵⁵⁾ 등이 학자에 따라 지지되고 있다.

2) 유일지표론

이와 달리 아예 계약관계에서 나타나는 객관적 사실지표 중 한 가지만을 구별기준으로 제시하고 하위지표들의 고려를 배제하는 소위 '일원적 표지고려방법론'이 제안되기도 한다. 우선 Eckardt는 노동법상의 "지시권 행사"라는 표지를 유일한 구별기준으로 보고 있다.⁵⁶⁾ 이와 달리 Dauner-Lieb은 인사권의 보유여부라는 계약상의 지표를 유일한 구별기준으로 파악할 수 있다고 한다.⁵⁷⁾ Dauner-Lieb교수가 이러한 인사권(Personalhoheit)를 근로관계의 사용자성을 판단하는 지표로 삼고자 한 것은 독일연방노동법원의 1991년 1월 30일자 판결⁵⁸⁾에 영향을 받은 바 크다. 본 판결에서 법원은 사용자가 자신의 기업경영상의 필요에 따라 자신의 인력을 합리적으로 조정하고, 이를 배치, 투입하는 것이야말로 가장 전형적인 사용자적 지위에서의 권한이라고 보았기 때문이다.⁵⁹⁾ 특히 이 방법론은 매우 명료해서 법률분쟁 당사자에게 법적 판단에 대한 안정성을 확보하기는 쉽지만, 과연 일원적인 개별 지표 만에 의한 판단이 과연 실제에 있어 어느 정도의 실효성을 갖는 것인지에 대하여는 의문이 제기된다.

(2) 사실지표배제론

53) Walle, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, S. 114 ff.

54) Becker, ZIP 1981, S.705 ff.

55) Erdlenbruch, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerksmäßig überlassener Arbeitnehmer, 1992, S. 21ff.

56) Eckardt,, JA 1989, S.393ff.

57) Dauner-Lieb, NZA 1992, S.817ff.

58) BAG 30. 1. 1991, NZA 1992, S.19.

59) BAG 30. 1. 1991, NZA 1992, S.19.

다음으로는 계약관계에서 나타난 객관적 사실 지표가 아니라, 별개의 이념적, 또는 객관적 기준을 제시하는 방법론이 있다. 이러한 방법론은 예컨대 외부근로자에 대한 사회적 보호필요성 유무나, 근로자 파견법의 입법목적 등을 기준으로 제시하여 관련사안을 판단하여야 한다는 입장이다. 우선 Ulber는 근로자파견계약에 대하여 제3자에의 노무의 제공이 원래 파견사업주와의 근로계약에서 필요로 하는 업무관련성이 갖는 경우에만 인정되는 것이고, 원칙적으로 특정 근로계약관계의 당사자가 함부로 타인과 노무제공관계를 형성할 수는 없다는 입장을 제시한 바가 있다.⁶⁰⁾ 명목상 도급계약의 수행 차원에서 외부근로자들이 투입된 경우라도, 만약 그 업무 수행이 사실상 기존의 정규근로자의 업무내용과 사실상 동일하거나, 전형적인 근로내용에 속하여 이른바 종된 사업(Neben-Betrieb)부문정도로 평가될 수 있다면, 이는 언제나 파견근로관계로 파악되어야 한다고 본다.⁶¹⁾ 한편 Hempel은

서 주된 구별기준을 찾고자 한다.⁶²⁾

지시권의 의미 재검토

견해에서 대체로 공통적 요소가 종
지시권의 내용은 다음과 같은 세분

lamann, Erkennungsmerkmale der illegalen
t- und Scheinwerkverträgen, Diss.(Münster),

보호필요성이 발생하였는가, ② 외부근로자의
과 유사하여, 사실상 대체될 수 있음으로 해서
③ 투입된 근로자의 계약상 사용자인 인력공
가 중요한 표지로 등장하게 된다(Hempel, Das
der Arbeitnehmer und den wirtschaftlichen
Arbeitnehmerüberlassung, Berlin, 1975, S.176).

IV. 종속적 근로제공관계의 본질적 표지로서

1. 지시권 개념의 분화

종래 독일의 판례와 행정지침, 그리고 학설의
속성을 구체화하는 지시권적 요소이다. 하지만

60) Ulber, AuR 1982, S.5.

61) Ulber, AuR 1982, S.5. 이에 대한 비판으로는 H
Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindiens
1995, S. 267.

62) 이러한 차원에서 본다면, ① 근로자에 대한 사회적
업무수행내용이 당해 사업장의 정규근로자들의 그것과
정규근로자의 직장보장이익이 침해될 우려가 있는가,
급자가 기업가적 위험인수를 거절하고 있는가의 여부
Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutz
Interessen der Verleiher und der Entleiher bei der A

화의 과정을 거치면서 그 의미가 상당히 완화되어가는 경향을 보인다. 독일 민법 제645조에 규율된 도급인의 도급지시권(Werkvertragliches Anweisungsrecht)는 사용자의 지시권에 비하면 일의 완성과 관련한 개념범위를 가진다. 도급지시권은 도급목적으로서 프로젝트수행차원에서의 지시(예컨대 도급목적물의 품질관리적 차원이나, 크기 그리고 수량이나 형태 등의 결정을 위한 차원에서의 지시)에 국한되어 해당 인력에 개인적으로 행하는 것이기 때문이다. 도급계약은 일의 성공적인 완성에 그 목적이 있으므로, 이를 위해 도급인은 합리적인 자신의 요구사항을 관찰시킬 필요가 있으며, 이러한 목적 하에서 도급인도 지시권을 보유하고 행사하게 된다.⁶³⁾ 다만 이러한 도급지시권은 근로제공을 위한 노동력에 대한 지시가 아니라, 오히려 도급목적물생산과 관련하여 필요한 지시를 의미한다.⁶⁴⁾

2. 사용 지시권의 세분화

최근의 학계 경향은 도급계약 상의 실제적인 운용모습이 다양하여, 도급지시권이 범위도 다양하게 판단하여야 한다는 차원에서, 지시권의 범위를 다시 세분화하려는 노력에 있다. 다시 말하면 종래 사용자로서 지시권 행사를 단지 일원적인 지표로 보고, 이와 대비된 도급인의 지시권을 파악하였으나, 사용자로서의 지시권은 다시금 업무진행과 조직운용이라는 두 가지 차원에서 다시 구별할 필요가 인정되었다. 왜냐하면 도급계약관계가 도급인의 사업장 내에서 주로 실행되는 경우가 늘어나게 되면서, 적어도 사업장의 운용을 일원적으로 관리할 필요가 도급인으로서 불가피하기 때문이다. 다시 말하면, 자신의 영업장 내에서 자신의 근로자와 같이 근로에 종사하게 되는 외부 근로자에 대하여, 적어도 영업장 질서와 안정 등 제반 조직적 사항은 지휘, 감독되어야 하기 때문이다. 이러한 한도에서 이루어지는 지시권은 비록 사용자의 지시권과 마찬가지로 외부 근로인력에 대해 직접적으로 이루어지는 것이기는 하지만, 이러한 지시권 행사는 곧바로 사용자성을 근거지울 수는 없다. 요컨대 도급계약 상의 일의 완성 과정에서 불가피하게 동일한 자신의 영업장 제공이 이루어지며, 이러한 한도에서 여러 가지 조직적 차원에서 관리

63) Becker, DB 1988, S.2565.

64) BGH 4. 10. 1984, DB 1985, S.222.

는 이러한 도급형태에서 당연히 요청되는 요소로서 평가할 수 있다는 것이다. 이러한 차원에서 지시권은 업무관련지시(arbeitsbezogene Weisung)권과 조직관련지시(organisatorische Weisung)권을 대별할 수 있다.⁶⁵⁾ 적어도 조직관련지시권의 행사는 도급계약의 진정성을 부인하는 근거가 될 수 없다고 한다.

3. 한계상황의 문제

(1) 한계상황의 발생과 법적 불안정성

오늘날 사업의 내용과 형식이 다양화되면서, 도급계약의 목적이 되는 프로젝트나 일의 완성 개념 역시 매우 다양하게 변모하고 있다. 도급인의 지시가 프로젝트 관련 혹은 일의 완성관련 그리고 일의 대상관련성을 가져 도급상의 지시로 볼 것인지, 아니면 노무지휘권의 일환으로 볼 것인지 애매한 경우가 많이 생겨났다.⁶⁶⁾ 많은 경우의 사례에서 근로자가 도급 또는 고용계약을 기초로 사업에서 업무를 수행한다는 점만으로 구별될 수 있는 것은 아니다. 고용계약 또는 도급계약을 기초로 행해지는 급부는 상당히 상이한 방법으로 제공될 수 있다.⁶⁷⁾ 특히 대규모 설비를 요하는 작업의 경우에는 그러한 설비가 되어 있는 사업장에서 공동적 작업을 할 수 밖에 없으므로, 그 작업의 외형만을 살핀다면 노동력의 제공에 그치지만, 이러한 경우는 불가피한 경우라고 할 수 있다. 이렇게 노무 급부나 혹은 완성해야 할 일이 사업의 작업공정에 통합되어 노무 급부 또는 일이 세밀하게 정해진 시점에 특정의 장소에서 소정의 방법과 종류로 제공되어야 한다면, 그러한 한도에서도 도급성을 부인되기 어렵다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 결국 구체적인 사안에서 지시권의 태양을 도급계약상의 지시권 행사인지 아니면 근로계약상의 지시권 행사인지의 이분법적 구별은 사실상 판단이 어려워 졌음은 물론, 경우에 따라서는 도급인적 지시권 행사이면서도, 동시에 도급인으로서의 지시권이라고 평가할 수 있는 경우도 발생되었다. 우선 수급인 측에서 감독자를 내세우는 경우를 들 수 있다. 외

65) Schüren, AÜG, §1 Rn.168 ff.

66) BAG 5. 3. 1991, SAE 1992, S.226.

67) BAG 5. 3. 1991, SAE 1992, S.226.

68) BAG 5. 3. 1991, SAE 1992, S.226.

형적으로 도급계약의 모습을 유지하기 위하여 지시권을 도급인이 직접 하지는 않고, 수급인이 간접적으로 이를 행사하는 경우가 있다. 이 경우에도 도급인이 직접 지시권을 행사한 것과 마찬가지로 보아야 하지만,⁶⁹⁾ 이러한 이론적 결론에도 불구하고, 이를 입증하거나 구체적으로 확인하는 것은 매우 어렵다. 왜냐하면 도급인과 수급인 사이의 내부적 문제이기 때문이다. 또한 일정한 전문 기술을 수반한 업무수행을 도급계약의 내용으로 하게 되면, 이 재료의 사용이나, 이용 방법 그리고 절차 등을 작업지침서를 통해 도급인이 통제하게 될 수도 있다.⁷⁰⁾ 그 밖에도 사업의 전체적인 구도나 윤곽만을 계약에서 정하는 도급계약의 경우도 지시권의 관점에서 본다면 매우 판단이 어려운 한계 사례라고 할 수 있다. 예컨대 사업장의 경비, 전력시설의 상시 관리와 유지 및 보수와 같은 장기적 노무제공관계는 단지 그 계약 내용으로서 구체적 급부사항을 대략적으로 정해둘 뿐이다. 구체적으로 그 과정에서 어떠한 업무내용을 수행하게 되는 지는 일일이 예정하여 둘 수 없는 내재적인 특성이 있기 때문이다. 따라서 처리할 업무의 내용이나 도급계약의 완성을 위해 요구되는 구체적 내용은 개별적인 위탁이나, 주문 기타 지시 등을 통해서 구체화된다.⁷¹⁾ 이러한 경우에 위장도급계약관계성 여부를 구체적으로 확인하는 것은 매우 어려운 일이 아닐 수 없다.

나아가 도급계약의 내용에서 노무관련된 지시권의 행사를 이른바 지침의 형식으로 수급인과 도급인 사이에서 계약상 명시함으로써, 이에 포함시키는 경우도 있다. 독일에서 문제된 사안의 예를 든다면, 독일 국방부가 병영지 내 경비업무수행에 대해 계약을 체결하면서, 그 계약서 내에 당해 업무의 내용을 명확하게 열거하여 제시하고, 그에 투입될 인원의 수와 자질 그리고 그 감독과 장비에 관한 사항과 함께 교대 방식이나 경비견의 관리 외에 등도 자세히 명시하여 계약상 정해놓았다. 독일 국방부가 도급인으로서 자신의 책임범위 내에서 수급인의 근로자에 대해 일정한 지시를 한 것은 도급의 대상으로서 경비 업무에 관련된 것으로서, 근로계약상의 직접적인 지시로서 평가될 수 없다고 보았다.⁷²⁾

69) LAG Köln 17. 10. 1988, EzAÜG, §10 AÜG Fiktion Nr.59.

70) BAG 1. 12. 1992, EzA §99 BetrVG 1972 Nr.110.

71) BAG 8. 11. 1978, AP Nr.2 zu §1 AÜG.

72) BAG 31. 3. 1993, AP Nr.2 zu §9 AÜG.

V. 결론에 갈음한 평가와 과제

1. 최종판단의 양자택일적 성격이 갖는 문제점

원하청관계의 위장도급 여부가 문제되는 사안에서, 사실관계는 앞서 언급한 바와 같이 도급계약으로서의 요소와 근로계약관계로서의 요소들이 혼재되어 있다. 문제는 이러한 혼재된 상황에 대하여, 종합적 판단방식은 도급 또는 근로계약 어느 하나의 판단을 요구하고 있다는 데 있다. 예컨대 전체 판단 표지 10중 4가 근로관계성, 6이 도급관계성을 나타낸다고 할 때, 그 법적 효과로서 당해 법률관계 전부를 도급계약관계로 보아, 도급계약에 따른 법적 취급을 100퍼센트 실현하는 것이 과연 타당한 것인가는 의문이 아닐 수 없기 때문이다. 이렇게 되면, 상대적으로 근로계약관계적 지표가 많이 나타남으로 인해, 근로계약으로 판단하게 되겠지만, 이러한 경우에 도급계약적 요소를 완전히 간과하는 것은 법률관계의 본질을 외면하는 것에 다름 아니다. 특히 근로계약적 요소의 경우에는 더욱 그러하다. 근로계약적 요소가 반영되는 지표가 비록 상대적으로 낮게 나타나더라도, 단순한 도급관계로 평가하여 그 법적 취급을 완전한 도급관계로 한다면, 이는 타당하지 않다.

2. 법적 불안정성

종래 위장도급의 판단기준 논의는 지표와 기준의 차이를 알아가는 과정이었다. 이러한 점은 최근 독일의 판례에서 자주 암시되고 있다. 판례와 학계는 위장도급을 판단하는 수많은 핵심 또는 부수적 '지표'를 발견해 내기는 했지만, 정작 그것이 곧 불법파견근로관계로서 위장도급을 판명하는 기준으로 활용될 수 없는 것을 알게 되었다. 즉, 그 어떠한 지표도 판단의 기준이 될 수는 없다는 사실로 인해, 기존의 판단기준에 관한 논의가 스스로 한계에 직면하게 된 것이다. 독일 판례에 따라서는 작업도구와 재료의 제공이 위장도급 여부의 판단에 그다지 의미가 없다고 하는 경우도 있고,⁷³⁾ 매우 의미 있는 표지로 파악하기도 하였다⁷⁴⁾는 점에서 이러

73) BAG 11. 4. 1989, EzAÜG §631 BGB Werkvertrag Nr.21.

74) BAG 25. 1. 1991, BB 1992, Beil.14, S.11ff.

한 한계는 여실히 드러났다. 마찬가지로 원하청도급관계 상의 계약서에서 그 담보 책임에 관한 내용이 위장 도급 여부를 판단하는 중요한 지표로서 고려되어야 한다는 판단도 있었지만,⁷⁵⁾ 다른 한편 이를 아예 고려할 필요가 없다고 한 판결도 있다.⁷⁶⁾ 독일 법원도 오늘날에는 위장도급을 판단함에 있어 종합적 고려방식이 갖는 한계를 인정하고 있는 셈이다.⁷⁷⁾

3. 새로운 노동형태로서의 원하청관계 양성화 필요성

특수고용관계는 일반적으로 '종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 '독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)'을 동시에 가지고 있는 노무공급관계라는 본질적 속성을 가지는 것으로 파악되었다.⁷⁸⁾ 이러한 특수고용형태에 관한 문제 역시도, 계약의 외형은 도급·위임계약이나 이와 유사하지만, 계약의 존속과 실질적 전개과정에서 보이는 종속성이 일반 근로계약관계와 흡사한 점이 많은 노무공급 관계를 상징한 것이다.⁷⁹⁾ 이러한 점은 오늘날 원하청관계 문제의 해법을 찾는 데 도움을 줄 수 있다. 근로와 도급이 혼재된 원하청관계를 법적 차원에서 어떻게 취급할 것인가와 관련하여 독일의 Leitner가 제시한 입장은 중요한 시사점을 던져주고 있다.⁸⁰⁾ 즉, Leitner는 원하청관계를 근로와 도급의 요소가 혼재된 계약 그 자체로 파악하는 것이 타당하다고 한다. 근로(흰색)와 도급(검은색)의 요소가 혼재된 상황을 두고, 흰색 또는 검은색이라고 판단해야 하는 것 그 자체가 오히려 문제라고 본다. 그에 따르면, 흰색과 검은색은 섞여 있다면, 그 자체로서 회색으로 보는 것이 옳다고 한다.⁸¹⁾ 말 그대로 원하청관계는 '회색지대'(Grauezone)임을 인정할 필요가 있다.

75) BAG 25. 6. 1986, EzAÜG §1 AÜG Arbeitsvermittlung Nr.9.

76) BAG 8. 11. 1978, AP Nr.2 zu §1 AÜG.

77) BAG 30. 1. 1991, AP Nr.8 zu §10 AÜG

78) 강성태, "특수고용관계와 근로기준법상 근로자개념의 판단", 『노동법학』 제11호, 35면.

79) 강성태, "특수고용관계와 근로기준법상 근로자개념의 판단", 『노동법학』 제11호, 35면.

80) Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Diss.(Münster), 1995, S. 114.

81) Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Diss.(Münster), 1995, S. 114.

종래 노동법은 노사관계 현실을 규제하는 도구로 주로 파악되어 왔다. 하지만 현대 사회에서 노동법의 역할은 이제 규제에서, 새로운 질서를 적극적으로 형성해가도록 하는 데에 집중하여야 할 필요가 있다. 이러한 기능은 특히 원하청관계에 관한 규율과 관련하여 더욱 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 원하청관계 특히 사내 하도급에 관하여 그 본질이 근로관계인지 도급관계인지를 구별하는 논의만큼이나 중요한 것이 원하청관계를 노사관계에서 어떠한 모습으로 형성시켜나가도록 할 것인가에 답하는 것이어야 하기 때문이다. 원하청관계에서 어떠한 노동법적 보호가 필요하고 또 가능한지를 구체적으로 규정하여 놓을 필요가 있다. 특히 산업안전이나 직영근로자와 하청근로자 간의 상호 갈등과 같은 고충이 있는 경우에, 원청회사가 이러한 문제 해결에 직접 나설 수 있도록 하는 일련의 조치 가능성을 협의체 형성 등의 방식을 통해 실현할 수 있도록 하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다. 그 이전에 하청회사의 경영적 건전성과 이윤증대를 도모할 수 있도록 하는 기업 간 공정한 거래 질서 확보가 전제되어야 함은 물론이다.

근로자파견의 판단기준에 관한 검토

김기덕 변호사(노동법률원 법률사무소 새날)

I. 들어가며

파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라 함)이 도입된 후 많은 근로자들이 파견근로로서 간접고용되었다. 비정규직근로자로서 대부분 불안정 고용과 열악한 근로조건에서 근무하고 있다. 파견법에서는 근로자파견사업에서 제조업의 직접생산공정업무를 제외하였다. 이에 따라 제조업의 직접생산공정업무에 파견업체와의 근로자파견계약을 통해 근로자를 사용하는 경우는 찾아보기 어렵다. 그러나 근로자파견계약이 아닌 다른 도급계약 등 계약형식을 통해서 근로계약을 체결하지 않아서 근로계약관계가 존재하지 않는 근로자를 사용하여 직접생산공정업무를 수행하는 경우가 자동차, 조선, 전자 등 수많은 제조업체에서 사내하청근로라는 이름으로 행해져 왔다. 파견법에서 금지하고 있는 대상업무에 사용되고 있기 때문에 이러한 제조업의 직접생산공정업무에서의 사내하청근로는 실질적으로는 파견근로로서 사용되어야 할 것을 도급계약 등을 통해서 구체적으로 파견근로의 사용

는 자
사용되

있는 사내도급계약에 의하면 근로자파견법에서 금지한 근로자파견이 실제로 자동차 직접생산공정업무에서 근로자파견계약이 아닌 도급계약의 이름으로 사용하고 있음을 알 수 있다.

통해서

이처럼 파견법이 금지한 근로자파견을 도급계약 등 다른 이름의 계약을 통

공공연하게 광범위하게 사용하고 있는 상황에서 지난 7.22. 대법원은 현대자동차 사내하청근로에 관한 판결을 선고하였다. 자동차생산공정에 수많은 사내하청근로자가 종사하고 있는 상황에서 비정규직근로자의 권리를 보호하는데 대단히 중요한 의미가 있는 판결이 아닐 수 없었다. 이 대법원 판결은 현대자동차 사내하청근로는 파견근로에 해당하고, 이에 따라 구 파견법에 따라 2년을 초과하여 근무한 경우 고용간주된다고 판결하였다.¹⁾

불법파견의 경우에도 구 파견법 제6조 제3항의 고용간주규정이 적용될 것이냐와 관련하여 과거에 논란이 있었으나 이미 대법원은 고용간주규정이 적용되는 것으로 그 법리를 정리하였었기 때문에 이에 관하여 새로운 법리를 판시한 것은 아니었다.

이 대법원 판결에서 중요한 것은 자동차생산공정에서 사내하청근로가 파견근로에 해당하는지에 관한 구체적인 판단기준을 판시하고 그에 따라 현대자동차 사내하청근로가 파견근로에 해당한다고 판결한데 있다. 대법원은 자동차생산공정의 특성에 주목하였고 이를 파견근로의 판단요소로 판결하였다. 이 대법원 판결은 도급계약 체결 여부를 떠나 파견근로에 해당하는지를 파악하였고, 이를 통해 사내하청업체와의 도급계약을 통해 실질적으로 근로자를 사용하는 자에 대하여 노동법상, 즉 근로계약관계상의 사용자로서의 책임을 져야 한다는 것을 명확히 하였다.

이와 같은 대법원 판결이 선고되었으므로 마땅히 현대자동차 등 사내하청근로의 사용이 전면적으로 재검토하고 파견법 등에 따른 사용자로서의 책임을 질 방법을 적극적으로 모색하여야 했음에도 불구하고 위 대법원 판결의 직접 대상자인 현대자동차(주)조차도 이를 외면하고 사용자로서의 책임을 지지 않으려고 하고 있다. 대법원 판결이 선고된 이후 현대자동차(주)는 사내하청근로와 관련된 소송사건에서 위 대법원 판결의 적용대상을 축소시키고 종국에는 대법원 판결을 뒤집고자 소송 등 법적 대응에 주력하고 있다. 이에 따라 이 대법원 판결을 비판하고 그 법리의 의미를 축소, 왜곡하는 주장들이 대두되고 있다. 이러한 주장들 중에는 도급계약을 통해서 근로자파견을 통한 근로자를 사용하는 것과 동일하게 수급인의 근

1) 대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결

로자를 사용할 수 있으며 이러한 수급인 근로자의 사용에 있어서 도급인의 지시권을 통해서 실제로 수급인의 근로자에 대한 지시할 수 있다고 한다. 이러한 주장에 따르면 위 대법원 판결의 현대자동차 사내하청근로는 위장 도급이 아닌 진정 도급계약이므로 파견근로가 아니라고 한다. 이에 따라 다시 근로자파견의 판단기준이 논란이 되고 있다. 그 동안 도급계약과 근로자파견과의 구별문제에 관하여는 많은 논의가 있었으며, 노동부 지침, 그리고 독일, 프랑스, 일본, 스페인 등 각국에서 이에 관한 판례와 논의가 있었다. 여기서는 최근 근로자파견에 관한 판단기준에 대하여 제기되고 있는 주장과 관련하여 근로자파견의 판단기준에 관한 논의를 새롭게 검토하여 보고 이를 통해 특히 독일 연방노동법원의 판례의 태도에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 근로자파견의 판단기준

1. 파견법상 근로자파견 등의 정의와 판단기준

가. 파견법과 근로자파견 등의 정의

파견법은 “근로자파견”을 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”이라고 규정하고(제2조 제1호), 이는 구 파견법(2006.12.21. 개정되기 전의 법률)도 동일하게 정의하고 있었다. 위 현대자동차 사내하청근로에 관한 대법원 판결은 구 파견법에 해당하는 사안이었다.

한편 파견법은 근로자파견을 위와 같이 정의한 외에도 근로자파견사업, 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자, 근로자파견계약 등에 관하여 정의하고 있다(제2조).

여기서 “근로자파견사업”을 “근로자파견을 업으로 행하는 것”, “파견사업주”를 “근로자파견사업을 행하는 자”, “사용사업주”를 “근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 자”, “파견근로자”를 “파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파

건의 대상이 되는 자”, “근로자파견계약”을 “파견사업주와 사용사업주간에 근로자 파견을 약정하는 계약”이라고 각기 규정하고 있다.

나. 파견법과 근로자파견의 판단기준

(1) 위에서 파견법상 정의규정에 따라 근로자파견의 판단기준을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 근로자파견은 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자가 각기 존재하여야 한다. 만약 파견사업주가 사업주로서 실체를 갖지 못하고 단순히 사용사업주를 위해 일하는 사용사업주의 사용인에 불과하다면 근로자파견은 성립할 수 없다. 이때는 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계만 문제될 뿐이다. 과거 SK인사이드코리아 등 대법원 판결에서도 파견사업주의 실체가 인정되지 않는다면 그 근로자와 사용사업주와의 묵시적 근로관계의 성립을 인정한 바 있다.

그리고 근로자파견은 ①파견근로자와 파견사업주의 고용관계, ②파견사업주와 사용사업주의 근로자파견계약관계, ③사용사업주와 파견근로자의 근로사용(종사)관계라는 삼면적 법률관계가 존재하게 된다. 이와 관련하여 ③사용사업주와 파견근로자의 근로사용(종사)관계라고 하지 않고 사용사업주와 파견근로자 사이의 지휘·명령관계라고 표현하는 견해들이 있는바, 이는 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계를 지휘·명령이라는 면에서만 파악한 것이다. 이에 관하여는 사용사업주와 파견근로자 사이에 어떠한 관계가 존재하여야 파견근로로 볼 것인가와 관련하여 자세히 논의할 것이므로 여기서는 이와 같은 표현을 사용하지 않는다는 점을 밝히고 넘어간다.

위와 같은 3면적 법률관계의 어느 하나라도 인정되지 않는다면 이를 근로자파견이라고 파악할 수 없다.

(2) 그런데 위와 같은 근로자파견은 사용사업주가 타인(파견근로자)의 근로를 제

공받는다든 점에서 고용, 도급, 위임 등 민법상 전형계약과 차이가 없다. 이에 따라 근로자파견, 고용에 의할 때 부담하는 사용자로서 책임을 회피하기 위해서 도급, 위임 등의 방법으로 도주하는 사례가 발생하고 있고 이것이 현대 노동법의 주요한 문제 중 하나이다. 민법상 도급계약 등이 계약자유의 원칙상 계약당사자의 자유로운 의사에 의하여 그 내용을 정할 수 있다는 점에서 얼마든지 기존 근로계약관계를 통해 제공받게 되는 근로의 내용 내지 결과를 포섭하여 체결할 수 있게 된다. 이처럼 사용자의 도급계약 등을 통한 도주는 계약자유의 원칙에 의해서 민법의 허용범위에서 보장된다.

그러나 근로계약은 그렇지 않다. 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결되면 이는 근로기준법상 근로계약이고(근로기준법 제2조 제4호) 이에 대하여는 사용자는 법적 책임을 져야 한다. 따라서 당사자 사이에 근로자의 근로제공과 사용자의 임금지급을 목적으로 체결되었다면 이는 근로계약에 해당하는 것인데 이 근로계약의 내용으로 사용자가 노동법상 사용자의 책임을 지지 않는다고 정했다고 해도 그 근로제공을 받는 자는 사용자로서 책임을 져야 한다.

이와 같이 근로계약에 해당하는지는 실질적으로 파악하여야 하며 그것이 도급, 위임 등 계약으로 체결되었다고 해서 근로계약이 아니라고 보아서 안된다. 이점은 도급계약에 해당하는지 여부를 파악함에 있어서도 마찬가지이다. 판례도 계약 자체가 아닌 그 실질에 의해서 근로계약 여부를 판단하여 왔다. 또한 근로계약의 내용에 관하여 사용자와 근로자간에 노동법상 사용자의 책임을 지지 않는 것으로 정하였다고 해도 이는 인정되지 않는다. 근로자파견의 판단과 그에 따른 파견법에 적용에 있어서도 마찬가지다. 사용자로서 책임을 지지 않는 도급 등 계약을 체결한 경우라 할지라도 제3자로부터 근로자를 제공받아 사용하는 경우 그것이 실질적으로 근로자파견인지를 판단하여 이에 해당한다면 파견법상 사용사업주로서의 책임을 지게 된다. 여기서 실질적으로 근로자파견인지 여부를 판단하는 기준은 결국 위 파견법상 근로자파견에 관한 규정에 근거할 수밖에 없다. 파견법상 근로자파견에 해당한다면 도급 등 계약으로 체결하였다고 해도 그것은 파견근로이며, 이에 해당하지 않는다면 파견근로가 아니다. 이와 같이 어떠한 계약관계의 실질이 무엇인지에 따라 그것이 파견법상 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하여 그에 따른 사용사업주로서의 책임을 지운다는 점은 민법상 도급계약에 해당하는지

여부와 그에 따른 도급인으로서의 책임을 지운다는 점에서는 동일하다고 볼 수 있다. 이에 관하여 파견법상 근로자파견이 강행규정이고 민법상 도급계약이 임의 규정이라고 하여 달라질 것이 없다. 어떠한 계약관계가 법률상 어떠한 계약에 해당하는지는 그 계약의 형식적 표현이 아닌, 그 계약의 실질에 의하여 판단될 문제이기 때문이다. 그러나 법상 그 계약관계의 법적 규율을 달리 정하고 있다면 어떠한 계약관계가 법률상 어떠한 계약에 해당하느냐에 따라 그 법적 규율을 적용받는 바가 달라진다. 여기서 그 법적 규율이 임의규정이라면 계약당사자 사이에 자유롭게 그에 반하는 계약의 내용을 정할 수 있는 것이고 그렇지 않고 강행규정이라면 오히려 계약당사자의 계약 내용을 강제하게 된다. 민법상 도급이 전자에 해당하는 것이고 파견법상 근로자파견은 후자에 해당한다.)

도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립한다(민법 제664조). 이와 같이 민법상 도급은 '일', 즉 노무 자체가 아니라 그 일의 '결과'가 계약의 목적이고 그에 대하여 보수가 지급된다. 도급계약에서는 '일의 완성'을 위하여 수급인이 일정한 근로를 제공하게 되나 그 일의 완성에 있어서 수급인이 어떠한 노무를 어떻게 사용하느냐는 것은 원칙적으로 수급인의 자유이며 또한 일의 완성시까지의 생기는 위험도 수급인이 부담하는 것이 원칙이다. 이와 같이 원칙적으로 그렇다는 것일 뿐 도급계약에 따라서는 이러한 원칙은 달리 정해질 수 있게 된다. 바로 민법의 가장 중요한 원칙인 계약자유 원칙에 의해서 도급계약에 있어서도 그 계약의 내용이 도급인과 수급인의 계약에 의해서 자유롭게 정해질 수 있는 것이고 이에 따라 위 원칙에 해당하는 것으로 파악된 도급계약의 모습도 달리 정해질 수 있게 된다. 따라서 위에서 원칙적으로 도급계약의 모습이라고 하는 것을 가지고 절대시하여 그것의 존부에 의해서 근로자파견이 아닌 도급계약의 해당성을 파악하는 방

2) 이에 관하여는 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구 제22호, 2007, 서울대노동법 연구회, 158면에서 근로자파견관계의 판단방식에 관한 법리적 측면으로 도급계약의 임의법규성과 파견법의 강행법규성을 검토하고 있다. 다만 이러한 도급과 파견의 법적 성질로 인해서 근로자파견 관계의 존재 여부의 평가를 파견법상 근로자파견의 정의규정의 구성요건에 해당하는지 여부를 판단하는 방식으로 이루어져야 한다고 하고 있으나 이와 관하여는 앞에서 언급한 바와 같이 어떠한 계약관계가 민법상 도급에 해당하는지, 아니면 파견법상 근로자파견에 해당하는지 여부는 그 계약 관계의 실질에 의하여 판단하는 것이고 강행규정이나 임의규정이나 하는 것과는 무관한 것이라고 보아야 할 것이다.

법 내지는 견해는 치명적인 결함을 드러낼 수밖에 없는 것이라고 할 수 있다.

그런데 일의 결과에 대하여 보수가 지급된다고 해서 근로계약이 아니라고 할 수 없다. 근로계약은 근로 제공에 대하여 그 보수로서 임금을 지급하는 것인데 그 근로 제공을 평가함에 있어 근로 제공의 결과를 가지고 임금을 지급하는 경우도 있을 수 있다. 특히 근로기준법은 도급근로자, 도급제임금을 인정하고 있는바(제46조, 시행령 제6조 제2항 제6호 참조), 일의 결과를 평가하여 그 보수는 지급되게 된다. 만약 일의 결과에 따라 보수가 지급되는 것이 도급이고 이는 근로계약이 아니고 그에 따라 사용자의 책임을 지지 않는다고 한다면 도급근로자, 도급제임금은 인정될 수 없다. 이것은 일의 결과에 따라 보수를 지급하더라도, 즉 도급계약으로 인정된다고 하더라도 근로계약관계로 인정될 수 있다는 것을 말해준다. 따라서 도급계약과 근로계약, 또는 파견근로관계를 엄격히 구분되고 대립되는 것으로 파악하는 논의는 타당하지 않다.

한편 도급인의 지시가 도급계약상 급부의 구체화를 위한 지시일뿐만 아니라 동시에 수급인 근로자의 근로장소를 결정하기 위한 것일 경우와 같이 도급요소와 파견요소가 병존하는 경우에는 파견으로 판단해야 한다는 견해가 있는데,³⁾ 이러한 견해도 도급계약의 요소에 주목하여 근로자파견에 해당하지 않는다고 할 것이 아니라는 점에서 위와 같은 논의구조의 취지에 부합하는 것이라고 할 수 있겠으나 원칙적으로 도급과 근로자파견을 구별하여 대립하는 논의구조를 전제로 하여 다만 그 요소가 병존할 경우에 파견으로 판단하여야 한다.

이와 관련하여 도급계약은 계약 자유의 원칙상 당사자들의 필요에 따라 자유롭게 정할 수 있는 것이고 일의 결과에 관해서도 자유롭게 정할 수 있으므로 노무도급도 얼마든지 가능하고 설사 그것이 민법상 전형계약으로서의 도급계약의 특성을 구비하지 못하였다고 해도 바로 파견으로 판단할 수는 없는 것이라고 주장하는 견해가 있다. 이와 같은 주장은 민법상 전형계약인 도급계약에 해당하지 않더라도 비전형계약에 해당할 수 있는 것이고 이러한 계약의 체결은 민법상 계약자유 원칙상 당사자 사이에 자유로이 그 계약의 내용을 정할 수 있는 것이라며 도급계

3) 박종희, 불법파견에 관한 판단과 법률효과, 2006.6.26. 서울중앙지법 개최 '비정규직 문제 해결방안 세미나 자료집' 발제문 9면 이병희, 파견과 도급의 구별기준 및 파견법상 직접 고용간주규정의 적용범위, 사법논집에서 재인용.

약이 아니라는 것으로 바로 파견계약이라고 보는 것은 부당하다고 한다. 그러나 노무도급은 노무수행 자체를 목적으로 하는 것으로서 만약 특정인·사용자·에게 노무를 제공하는 것이라면 근로계약 내지 파견근로에 해당한다고 보아야 한다. 결정적으로 이 주장은 도급에 해당하는 경우에는 파견으로 인정될 수 없다는 전제에서 이와 같은 논의를 하고 있는 것으로 부당하다.

이 주장에 따른다면 ‘첫째, 민법상 도급계약에 해당하면 파견이 아니다. 둘째, 민법상 도급계약이 아니라도 노무도급 등 계약자유 원칙에 의해서 자유롭게 비전형계약을 체결할 수 있고 이에 따른 도급계약의 체결이 가능하므로 곧바로 파견이라고 판단해서는 아니된다.’는 것이다. 그러나 이것은 부당하다. 앞에서 살펴본 바와 같이 민법상 도급계약에 해당하는지 여부를 떠나 파견일 수 있기 때문이다. 파견 해당성은 도급계약이 아닌지가 아니라 파견법상 근로자파견에 해당하는지를 가지고 판단된다.

도급계약이 체결된 경우에 그것이 근로자파견에 해당하는지에 관하여 문제되는 사안은 도급계약이 이행보조자를 통해서 수행하는 경우이다. 이때 이행보조자가 수급인과 근로계약관계가 있다면 근로자파견에 해당하는지가 문제될 수 있다.

파견법은 “근로자파견”을 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”라고 정의하고 있는데, 여기서 밑줄 친 부분만을 가지고는 수급인의 이행보조자가 도급계약을 이행하는 경우 과연 파견에 해당하는지 판단할 수 없다. 문제는 “①사용사업주의 지휘·명령을 받아 ②사용사업주를 위한 ③근로에 종사하게 하는 것”을 가지고 판단해야 한다. 따라서 도급계약이 체결되고 수급인의 근로자가 이행보조자로서 계약을 수행하는 경우에 있어서는 첫째 근로 자체를 목적으로 제공하여야 하고, 둘째 근로가 수급인이 아닌 사용사업주를 위한 것이어야 하고, 셋째 사용사업주의 지휘·명령에 따른 것이어야 파견법상 근로자파견에 해당하게 된다. 이와 같이 파견법상 근로자파견의 정의에 따른 근로자파견의 판단기준에 대하여 도급계약과 근로자파견의 구별에 있어서 사용사업주로서의 지시인가 아니면 도급인의 지시권 행사인가에 따라 나뉘는다고 보아 이 사용사업주의 지시, 즉 지휘·명령의 존재 여부가 판단기준이라고 하는 견해가 있는데,⁴⁾ 이것은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 도급계약과 근로자파견을 구별하

여 대립하는 것으로 파악하여 판단한 것이고 앞에서 살펴본 바와 같이 근로자파견은 파견법상 정의규정에서 정한 판단기준에 부합하는 것이 아니라는 점에서 타당하다고 볼 수 없다.

2. 근로자파견의 판단기준 유형화

가. 도급계약과 근로자파견

앞에서 살펴본 바와 같이 도급계약과 근로자파견계약이 구별되고 대립되는 것이 아니지만 현실적으로 도급계약의 체결을 통해서 파견근로에 따른 사용자로서의 책임을 면하려는 사례가 많기 때문에 도급계약이 체결된 경우 그것이 근로자파견에 해당하는지 여부에 관해서 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

이에 관해서 이미 파견법상 근로자파견의 정의규정을 가지고 어떠한 계약이 파견에 해당하는지를 판단하여야 한다고 말한 바 있다. 그렇다면 파견의 판단기준은 파견법상 근로자파견의 정의규정에서 구체화될 수 있다.

여기서는 도급계약에서 수급인의 근로자가 이행보조자로서 계약을 수행하는 경우를 중심으로 그 판단기준을 구체화하도록 하겠다.

나. 근로자파견의 판단기준의 유형화

(1) 근로자파견은 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자가 존재하고, 그 당사자 사이 3면적 법률관계가 존재하여야 한다.

파견사업주가 사업주로서 실체를 갖지 못하고 단순히 사용사업주를 위해 일하는 사용사업주의 사용인에 불과한 경우라면 이는 근로자파견이 아니다. 이때는 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계만 문제될 뿐이고, 묵시적 근로계약관계가

4) 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 175면

성립할 수 있다.

마찬가지로 사용사업주가 사업주로서 실체를 갖지 못한다면 파견사업주의 사용인에 불과하다면 이는 파견사업주와 파견근로자와의 근로관계만 문제될 뿐이고, 파견근로관계는 존재하지 않는다. 파견사업주와 파견근로자 사이에 파견근로계약을 체결하였더라도 실제로는 일반 근로계약관계가 존재하는 것이고, 근로계약관계에서 사용자로서 모든 책임을 져야 한다.

그리고, 근로자파견은 위 3당사자 사이에 삼면적 법률관계가 존재해야 한다.

즉 ①파견근로자와 파견사업주의 고용관계, ②파견사업주와 사용사업주의 근로자파견계약관계, ③사용사업주와 파견근로자의 근로사용(종사)관계라는 삼면적 법률관계가 있어야 한다. 이 법률관계 중 어느 하나라도 존재하지 않는다면 이는 파견근로관계가 아니다.

(2) 파견근로자와 파견사업주 사이에 고용관계가 존재해야 한다.

파견근로자와 파견사업주 사이에 고용관계가 존재하지 않는다면 이는 파견근로관계가 아니다. 그럼에도 불구하고 근로자가 사용사업주를 위해 근로를 제공한다면 사용사업주와의 관계에서 근로관계의 존부가 문제될 뿐이다. 그렇다면 근로자를 고용하지 않은 채 단지 다른 사업주(사용사업주)에게 그 근로자를 제공하여 준 자는 그 제공에 따른 일정한 대가를 지급받는다 하더라도 파견법상 파견사업주가 아니고 단순히 직업소개업자라고 할 수 있다. 파견법상 파견사업주는 근로자파견사업을 행하는 자를 말한다(제2조 제3호). 그리고 근로자파견사업은 근로자파견을 업으로 행하는 것을 말한다(동조 제2호). 따라서 파견사업주는 근로자를 고용하여 그 근로자의 파견을 사업으로 행하는 자여야 하는데 여기서 파견사업주와 파견근로자와의 고용관계의 존재가 근로자파견계약관계의 전제이면서 존속요건이라고 할 수 있다.

그런데 이와 같이 파견사업주와 파견근로자 사이의 고용관계의 존재를 전제로 하는데 만약 그 고용관계가 종료되었는데도 파견근로자가 사용사업주를 위한 근로

에 종사하는 경우에는 그 법률관계는 어떻게 평가될 것인가. 이 경우에는 사용사업주와 파견근로자와의 근로관계만 존재하는 것인데 사용사업주가 파견근로자의 근로에 대하여 파견사업주가 지급하던 임금을 지급한다면 그 파견근로자는 사용사업주에게 근로를 제공하고 사용사업주는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 한 계약관계로서(근로기준법 제2조 제4호) 근로관계가 묵시적으로 존재한다고 보아야 한다. 이와 관련하여 처음부터 파견사업주가 존재하지 않고 그 파견사업주라는 외형을 갖진 자가 사용사업주의 사용인에 불과한 자였다면 사용사업주와 파견근로자와의 묵시적 근로관계가 존재한다고 본 바 있는바, 그와 유사한 법리적인 접근이라 할 수 있다. 나아가 이러한 논의를 보다 확장하여 본다면 파견사업주가 파견법상 근로자파견사업의 허가를 받지 않았거나 파견대상사업이 아닌 경우 등 파견법상 근로자파견의 허용요건을 위반한 때에는 그 법률관계를 파악하는데도 적용될 수 있다. 이때 파견근로자가 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 경우 파견사업주가 파견근로자를 고용하여 파견한 법률관계의 실체가 부정되는 것이라고 볼 수 있다. 즉 파견법은 본래 법상 허용되지 않는 근로자공급사업을 예외적으로 일정한 허용요건 하에서 파견사업주, 파견근로를 전제로 한 근로자의 파견사업주와의 고용관계 등을 인정하는 것인데 그 허용요건을 갖추지 못한 경우라면 파견사업주, 그 파견사업주와의 고용관계 등이 법상 인정될 수 없게 되어 결국 위와 같이 사용사업주와 그를 위한 근로에 종사하는 근로자와의 관계만 남게 된다고 볼 수 있다. 즉 앞서서와 같이 사용사업주와 파견근로자와의 근로계약관계가 성립되어 존재하는 것이다. 다만 파견법은 사용사업주가 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우 등에 있어서는 구 파견법은 고용의제(제6조 제3항), 현행 파견법은 고용의무를 인정하고 있는데(제6조의2) 구 파견법상 고용의제는 파견기간을 초과한 경우를 직접적으로 규정한 것이었고, 현행 파견법상 고용의무는 이외에도 파견금지업무(제6조의2 제1항 제2호), 허가를 받지 않은 자로부터 파견근로를 2년을 초과하여 사용한 경우 등에 사용사업주에게 고용의무를 부여하였는데, 이러한 경우에 해당하는 때에는 위와 같이 보기 어렵게 되었다. 구 파견법상 고용의제는 파견기간을 초과한 파견근로에 대한 것이었고, 따라서 나머지 허용요건은 모두 갖춘 경우에 한하는 것이라고 해석될 수 있었다. 즉 파견법상 파견대상업무로서 허용되고 파견법이 정하는 바에 따라 파견사업주로서 허가를 받아 사용사업주에게 파견법상 근로자파견을 하는 경우 다만 파견법이 정한 파견기간 2년을 초과한 경우에

적용되는 것이라고 해석될 수 있었고, 실제로 이러한 견해가 존재하였다. 이에 따르면 파견법상 파견대상업무가 아닌 경우에는 그 파견기간으로 허용되는 법상 기간인 2년의 초과여부와 관계없이 바로 사용사업주와의 고용관계가 존재한다고 보게 된다. 그러나 대법원은 위 현대자동차 사내하청근로에서처럼 파견법상 파견대상업무가 아님에도 구 파견법상 2년을 초과하여 근로한 경우에 고용의제된다고 판시하여 이와 다른 태도를 취하였다.

그런데 현행 파견법은 파견금지업무의 경우 파견근로자의 사용은 바로 사용사업주에게 고용할 의무를 부여하고 있는데(제6조의2 제1항 제2호), 이때 고용의무의 존재는 사용사업주와 파견근로자의 근로관계의 존재를 부정하는 것으로 파악해서는 아니된다. 즉 파견금지업무는 파견법상 근로자파견으로 허용될 수 없는 것이고 이에 따라 파견사업주와 파견근로자와의 고용관계가 법상 인정된다고 보기 어렵고 따라서 오직 사용사업주와 파견근로자와의 근로관계의 존부만 문제될 뿐이라고 볼 수 있는데, 파견법이 사용사업주의 고용의무를 규정하고 있다고 해서 사용사업주와 파견근로자와의 근로관계의 존재를 부정하는 것이라고 보아서는 아니된다. 따라서 파견법상 고용의무 규정과 별개로 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약관계의 존부를 살펴야 하고 이에 따라 근로계약관계가 존재한다면 파견법상 고용의무를 굳이 주장할 필요가 없는 것이라고 보아야 한다.

이것은 파견법상 파견대상업무에서 제외하고 있는 제조업의 직접생산공정업무에 있어서도 마찬가지이다. 제조업 직접생산공정업무는 파견법상 파견대상업무가 아니어서 사용사업주는 파견근로자를 그 업무에 사용할 수 없다(제5조 제1항). 그런데 현행 파견법이 사용사업주는 허가를 받지 아니하고 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서서는 아니되는데(제7조 제3항, 제1항) 이를 위반하여 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 근로자파견의 업무를 제공받은 경우에는 그 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 고용의무를 규정하고 있다(제6조의2 제1항 제4호). 제조업 직접생산공정업무에 있어서는 파견대상업무가 아닌데 그 업무에 파견근로자를 사용한다면 이는 법상 파견사업주와 파견근로자의 고용관계가 인정되기 어렵다고 보아야 하고 따라서 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계의 존부만 문제될 뿐이라고 보아야 한다. 위 현행 파견법 규정은 파견대상업무이지만 파견사업주가 노동부장관의 허가를 받지 아니하고 근로자파견사업을 행하는 경우에 해당하는 것으로 해석될 수 있다.⁵⁾ 따라서 2년 초과여부

와 무관하게 사용사업주와 파견근로자와의 근로계약관계의 존부는 별개로 판단되어야 한다. 그럼에도 불구하고 구 파견법상 고용의제조항과 관련하여 위 대법원 판례는 파견대상업무가 아닌 사안에 대하여 2년 초과한 경우에만 고용의제된다고 하였다. 이것은 파견사업주의 실체를 파악하여 사용사업주와 파견근로자의 근로계약관계가 존재하지 않는다는 논리구조에 따른 것이나, 여기서 파견사업주의 법적 실체라는 것은 적어도 파견법상 파견사업주로서의 법적 허용성을 가지고 판단하여야 한다는 점에서, 단순히 노동부장관의 허가가 아닌 파견대상업무 자체가 인정되지 않는 것이라면 그 업무를 위해 파견근로자를 고용하여 파견하는 파견사업주의 지위가 법적으로 인정될 수 없다고 보아야 할 것이므로 2년 초과여부와 무관하게 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계의 존재만 문제될 뿐이라고 보아야 한다.⁶⁾ 그런데 이때 사용사업주가 이른바 파견사업주를 통해서 파견근로자의 근로에 대한 대가로서 임금을 지급한다고 해서 사용사업주와 파견근로자와의 근로관계의 존재를 부정하여서는 아니된다. 파견사업주의 법적 실체가 부정된다면 사용사업주에게 파견근로자가 근로를 제공하고 이에 대하여 사용사업주가 임금을 지급하는 관계만이 법적 실체로서 파악되는 것이고 따라서 사용사업주와 파견근로자의 근로계약관계가 성립하여 존재한다고 보아야 한다.

(3) 파견사업주와 사용사업주의 근로파견계약관계가 존재해야 한다.

앞에서 살펴본 바와 같이 파견관계의 존부는 그 계약관계의 실질에 의해서 파견법상 근로자파견관계에 해당하는지로 판단하는 것이다. 양 사업주 사이에 도급계약 등으로 체결되었다고 해도 그 실질이 단순히 노동력을 제공하는, 즉 근로자를 파견하는 계약관계에 지나지 않는다면 이는 파견에 해당한다.

그리고 파견사업주는 근로자파견을 업으로 독립적인 사업주여야 한다(파견법 제2

5) 이에 대하여 근로자를 도급계약으로 위장하여 파견법을 우회하는 불법파견을 한 경우에도 파견법 제6조의2에 의하여 고용의무가 발생한다는 견해가 있다(김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 164면).

6) 박종희, 위법한 근로자파견의 법률효과에 관한 법적 쟁점과 평가, 290면에서는 단순히 파견기간을 초과한 경우와 파견허용업무가 아닌 업무를 대상으로 파견한 경우는 구별하여야 한다며 구 파견법상 제6조 제3항을 그 '불법성'이 인정되는 때부터 파견근로자 보호가 '유추적용'되는 것으로 봄이 상당하다고 하였다. 이것은 기존의 논의구조에 따른 것이라고 보이고 위에서 살펴본 필자의 논의구조와는 다른 것이다.

조 제2호 제3호 참조). 근로자파견을 ‘업’으로 하지 않거나 사용사업주에 대하여 사업주로서 독립성이 없다면 이는 파견법상 파견사업주라고 볼 수 없다. 흔히 사업경영의 독립성이 도급과 파견의 판단기준으로 파악되고 독립성이 있으면 도급이라고 판단하고 있는데 파견사업주라도 이처럼 사업경영의 독립성이 확보되어야 한다. 문제는 파견사업주는 근로자를 파견하는 것이 그 사업의 목적인데 사용사업주는 파견된 근로자의 근로로 자신의 사업을 수행하는 것이 목적이라는 점이 다르다. 바로 여기서 파견사업주의 사업경영의 독립성은 근로자를 파견하는 사업에서의 독립성을 의미한다는 것을 알 수 있다. 즉 파견사업주는 파견된 근로자의 근로가 어떻게 사용되었는지에 따라 자신의 파견사업경영에서 위험을 부담하지 않는다. 이것을 달리 말하면 파견근로자는 사용사업주의 사업을 위해 근로하는 것이지 파견사업주의 사업을 위해 근로를 하는 것이 아니라는 것이다. 그러나 도급계약 형식으로 근로자파견관계를 위장한 경우에는 파견사업주(수급인)의 사업을 위해 근로에 종사하는 것처럼 그 계약 내용을 가장하기 때문에 이것을 파악한다는 것이 용이하지 않을 수 있다. 이때에도 결국은 누구를 위해 근로자가 근로를 하는지, 즉 수급인이 아닌 도급인을 위해 근로자가 근로를 제공하는 것이라면 그것은 도급계약에 의해 수급인의 사용인으로서 근로자가 근로를 제공하더라도 파견법상 근로자파견이라고 보아야 한다. 이처럼 도급계약을 체결하여 수급인이 그 사용인으로 하여금 도급인을 위한 근로에 종사하도록 한 경우에는 이는 파견법상 근로자파견으로 보아야 하는 것이고, 이때 도급인과 수급인 사이 체결한 계약이 법적 성질이 도급계약에 해당하는지 여부에 따라 이러한 결론이 달라진다고 볼 수 없다. 파견법상 근로자파견계약은 파견사업주와 사용사업주간에 근로자파견을 약정하는 계약을 말하고(제2조 제6호) 여기서 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로를 종사하게 하는 것을 말하는 것이므로(동조 제1호), 이와 같이 파견사업주와 사용사업주간에 근로자파견계약관계가 존재하는지 여부가 문제될 뿐이다. ‘파견’이라는 이름으로 계약을 체결하지 않았더라도 파견사업주와 사용사업주간에 파견사업주가 근로자를 고용하여 파견하여 사용사업주를 위한 근로에 종사하도록 약정하는 계약을 체결하였다면 이것은 파견법상 근로자파견계약을 체결한 것이다. 중요한 것은 파견사업주가 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하기 위해 근로자를 사용사업주에게 파견하였는가 하는 것

이다. 이것은 파견근로자가 파견사업주가 자신을 위한 근로가 아닌 사용사업주를 위한 근로에 종사하도록 약정하였는가 하는 것이고, 과연 그와 같은 약정이 존재하고 있는지 하는 것은 계약의 형식이 아니라 그 실질에 의해서 판단되어야 한다.

근로자의 근로는 사업주의 지휘·명령에 따른 노동력 제공을 목적으로 하는 것

사업주가 근로자를 제공하여 주는 자는 파견사업주이며, 파견사업주는 파견근로자를 파견하는 사업주의 사업조직에 편입되었는지 하

알 수 있고 바로 이러한 사용사업주에 종사하는 것인지를 판단하는 것일 수 있다. 이는 결국 파견근로자 문제의 핵심 문제로 파악해 볼 수 있다.

종사(사용)관계가 존재해야 한다.

파견근로자를 제공하는 사업주가 그 사업을 영위하는 경우에 파견근로자에 대한 관계에서 근로사용관계가 존재하는지에 대해서 있어서 파견근로에 해당하는지 여부를 판단할 수 있다.

사업주의 지휘·명령을 받아 근로제공을 하는 사용사업주를 위한 것인지를 판단해야 한다.

- ① 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1),
- ② 사업주의 지휘·명령을 위한 것이어야 하고(2),
- ③ 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1) 파견법상 근로자파견에 해당

사업주의 지휘·명령을 목적으로 한다. 이는 계약의 목적에 관한 것이다.

사업주는 근로 자체를 사용사업주의 사업에 사용하도록 하는 것을 목적으로 하는 것이다. 만약 그렇지 않으면 그것은 파견근로에 해당한다. 만약 그렇지 않다면 그것은 파견근로가 아닌 일의 결과를 제공하는 것일 수 있다. 즉, 일의 결과가 순전히 근로의 정상적인 수행에 의해

(4) 사용사업주와 파견근로자의 근로계약

파견근로자는 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1)를 제공하고, 사업주는 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1)를 제공하는 것인지를 판단하는 것일 수 있다. 이는 결국 파견근로자 문제의 핵심 문제로 파악해 볼 수 있다.

④ 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1) 파견법상 근로자파견에 해당

사업주가 근로자를 제공하여 주는 자는 파견사업주이며, 파견사업주는 파견근로자를 파견하는 사업주의 사업조직에 편입되었는지 하

알 수 있고 바로 이러한 사용사업주에 종사하는 것인지를 판단하는 것일 수 있다. 이는 결국 파견근로자 문제의 핵심 문제로 파악해 볼 수 있다.

④ 사업주의 지휘·명령에 따라 근로(1) 파견법상 근로자파견에 해당

사업주가 근로자를 제공하여 주는 자는 파견사업주이며, 파견사업주는 파견근로자를 파견하는 사업주의 사업조직에 편입되었는지 하

알 수 있고 바로 이러한 사용사업주에 종사하는 것인지를 판단하는 것일 수 있다. 이는 결국 파견근로자 문제의 핵심 문제로 파악해 볼 수 있다.

첫째 파견은 근로 자체, 즉 노동력 제공을 목적으로 하는 것이다. 만약 도급계약 등 계약을 통해 실제로 근로를 제공하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 일의 결과를 제공하는 것인 경우 파견이 아닌 도급계약에 해당한다. 즉, 일의 결과가 순전히 근로의 정상적인 수행에 의해

서, 즉 통상적인 근로계약관계에서의 근로 제공에 의해서 달성되는 것이라면 이는 근로 제공에 따라 당연히 결과되어지는 것이므로 도급계약이라고 해도 근로 자체를 목적으로 한 것으로 파견근로라고 보아야 한다. 그러나 근로 자체, 즉 노동력 제공만이 아니라 '다른 것'이 계약의 목적에 포함되어 있다면 이는 파견근로가 아닐 수 있다. 이처럼 근로자파견에서 파견은 사용자업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것으로서 근로 자체, 즉 노동력 제공을 목적으로 하여야 한다.

이와 관련하여 제3자의 사업장에서 수행되는 서비스 또는 생산이 '특정성'을 가지는지가 검토되어야 한다며 이 특정성을 가지기 위해서는 계약의 목적이 고유하여 도급인의 생산활동과의 관계에서 명확히 한정되고 구별되어야 한다고 하고, 이는 도급계약서에서 계약의 목적이 도급 등 기업의 업무와 명확히 구별되어 기술되어 있는지 여부가 문제된다고 한다. 따라서 추상적 포괄적으로 기술되어 있거나 작업이 혼합되어 실행됨으로써 작업결과가 분명하지 않게 되는 경우에는 실제로는 근로자파견이 행해진 것으로 보아야 한다고 한다. 도급계약서에 도급업무 이외에도 종사하여야 한다거나 실제로 도급계약서와는 달리 도급인의 다른 업무를 수행하는 경우도 이에 해당한다. 독일연방노동청의 1995.1.31. 근로자파견법 행정지침에 따르면 계약상 합의된 작업에 대해서는 분쟁시(정산, 하자있는 이행으로 인한 책임)에 누가 작업을 했는지를 결정할 수 있을 정도로 명확해야 한다고 하였다. 그리고 수급인이 도급인이 갖추지 못한 전문성이나 기술성을 갖고 있다면 여기서의 특정성을 갖출 수 있다고 한다. 수급인이 독자적인 특별한 기술연구를 부담하는지, 수급인의 현장감독자가 투입된 수급인 근로자가 수행하는 업무를 직접적으로 구체화할 능력이 있는지가 이에 대한 중요한 판단기준이 된다고 한다.⁷⁾ 그러나 이러한 논의는 도급계약에서는 '일의 완성'에 대하여 보수를 지급하는 계약이므로 '일의 완성'을 특정할 수 있어야 하는 것인데 만약 이와 같이 특정할 수 없는 것이라면 도급계약일 수 없다는 것을 전제로 한 것이다. 이는 도급계약에 해당하지 않으면 근로자파견에 해당한다는 것을 당연히 전제하고 논의하고 있는 것이라 할 수 있다. 물론 도급계약이라면 일의 완성을 계약내용상 파악할 수 있어야 하고 따라서 어떠한 특정성을 갖추고 있어야 한다. 그러나 그 특정성은 보수를 지급하기

7) 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구 제22호, 2007, 164-166면

위한 정도면 충분하다. 근로의 완성, 즉 근로계약에 따라 근로자의 완전한 근로제공에 대하여, 즉 근로계약의 완전한 이행에 대하여 특정하는 것이 불가능한 것이 아니다. 근로계약상 근로 제공에 있어서 얼마든지 특정할 수 있는 것인데 그렇다면 위와 같이 특정성을 가지고 도급계약과 근로자파견계약을 구분한다면 근로자파견에 해당하는 많은 경우를 도급계약에 해당하는 우를 범할 수밖에 없다. 또한 수급인의 전문 기술력 등에 관한 논의도 마찬가지이다. 도급계약에서 수급인이 전문 기술력을 갖추어야 하는 것도 아니고 다만 도급인이 직접 수행하는 업무와는 달리 도급계약에 의해서 수급인에게 도급을 주는 업무가 구별되는 것이라면 이것이 일의 완성에 대하여 보수를 지급하는 도급계약으로 할 수 있는 것이기 때문에 그 도급계약에 의한 업무가 수급인의 전문 기술력에 의해서 수행되는 경우에는 도급계약에 해당할 수 있다는 것이다. 그러나 이는 도급계약에 해당할 수도 있다는 것을 의미할 뿐 도급계약에 해당한다는 것을 의미하지는 않는다. 근로계약에서도 얼마든지 전문 기술력을 갖춘 근로자가 근로를 할 수 있는 것이고 도급계약에서도 전문 기술력을 갖추지 못한 수급인에 의해 수행될 수 있는 업무가 있을 수 있는 것이다. 수급인과 그 사용인이 전문 기술력을 갖추지 못했다고 해서 도급계약에 해당하지 않는다고 볼 수도 없고 이를 갖추었다고 해서 도급계약에 해당한다고 볼 수도 없다. 수급인과 그 사용인인 근로자의 전문적 기술 보유 자체가 아니라 누가, 어떤 목적으로, 어떻게 이를 사용하는지가 중요한 것이다.

한편 자동차생산공정에서 컨베이어 시스템을 이용한 자동차 조립 공정의 일부 공정 수행이 도급계약에 해당할 수 있다는 검찰의 의견에 대하여, 컨베이어 시스템에 의한 자동생산공정은 '구상과 실행의 분리'라는 테일러리즘을 기본적 작동원리로 하여 중앙통제에 의해 기술, 작업편성, 작업방식, 속도 등 지휘명령의 핵심적 내용이 전체적으로 연관되어 사전에 정해지고 표준화되기 때문에 도급인 등에 의해 지휘명령이 이루어지고 수급인 등의 지휘명령이 개입하거나 독자적인 기술이 필요한 경우는 사실상 거의 없기 때문에 타당하지 않고 이는 도급계약에서 수급인의 사업경영적 독립성의 요건과도 맞지 않는다고 하는 비판이 있는바,⁸⁾ 근로자파견에 해당하지 않는다는 검찰의 의견에 대한 비판은 타당한 것이지만 도급계

8) 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 166면

약에서 수급인이 수행할 업무의 특정성이 인정되지 않음을 파악하여 도급계약이 아니어서 근로자파견에 해당한다고 볼 것이 아니라 컨베이어 시스템에 의한 자동차 자동생산공정은 도급인에 의한 수급인 근로자에 대한 작업 방식과 종류, 속도와 시간 등을 구체적으로 지휘명령 될 수밖에 없는 것이기 때문에 근로자파견에 해당한다고 보아야 한다.

둘째, 그 근로는 사용사업주를 위한 것이어야 한다. 이는 계약의 당사자로서 사업 경영의 독립성과 성격에 관한 것이다.

여기서 문제가 되는 것은 도급계약에서 수급인을 위한 근로 제공이라면 이는 파견이라고 할 수 없다는 것이다. 그러나 수급인은 단순히 근로자를 도급인에게 제공할 뿐이고 도급인이 자신의 사업수행을 위해 그 근로자를 사용, 즉 근로 제공을 받는 것이라면 그 도급계약은 이는 근로자파견에 해당한다고 볼 수 있다. 파견이 아닌 도급계약에서는 수급인은 도급계약 수행을 위해, 즉 수급인 자신을 위해, 수급인의 사업에 근로자를 사용하지만 파견인 경우에는 수급인 자신의 도급계약 수행이 아닌 도급인을 위해, 도급인의 사업을 위해 근로 제공하도록 하는 것이어서 구별된다. 만약 도급계약을 통해 도급인의 사업 중 수급인이 수행할 업무를 일의 완성, 즉 결과로 특정하였으나 그 일의 결과는 수급인 근로자의 통상적인 근로로서 행하여지는 경우에는 결국 도급인의 사업에 수급인의 근로자의 근로가 제공된 것에 지나지 않으므로 파견일 수 있다. 근로자의 근로가 누구를 위한 것이냐 하는 문제는 근로자파견에서 가장 중요한 판단기준이라고 할 수 있다. 노동법은 근로자의 근로로 인하여 이익을 취하는 자에게 사용자로서 책임을 지우고 있는 것인데 파견법에서 사용자로서의 책임에 있어서도 마찬가지이다. 도급계약을 통해서 수급인의 근로자를 도급인이 자신을 위해 근로에 종사하게 하는 것이라면 이는 파견법상 근로자파견에 해당할 수 있다. 그렇지 않고 수급인의 근로자가 도급인이 아닌 도급계약의 수행을 위해 수급인을 위해 근로에 종사하는 경우에는 파견법상 근로자파견에 해당하지 않는다. 여기서 도급계약에서 수급인의 일의 완성이 수급인의 근로자의 통상적인 근로 제공에 의해서 수행되는 것이라면 그것이 수급인을 위한 근로인지 도급인을 위한 근로인지가 명확히 파악되지 않는다. 이러한 경우는 오히려 도급계약상 수급인을 위한 근로이면서 한편으로는 도급인을 위한 근로라고 볼 수 있다. 처음부터 그 도급계약은 수급인의 근로자의 통상적인 근로의 수행

에 의해서 달성될 수 있도록 계약의 목적인 일의 완성을 정했던 것이고 그에 대하여 보수를 지급하도록 하였던 것이기 때문이다. 이때에는 누구를 위한 근로인가 하는 판단기준에 의해서 그 도급계약이 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단할 수 없다. 따라서 여기서는 이러한 도급계약은 도급인을 위한 근로일 수 있는 것이므로 근로자파견일 수 있다는 것만 파악하고 넘어가기로 한다. 나머지 판단기준에 의해서 이러한 도급계약이 근로자파견에 해당하는지 여부가 좌우될 것이다.

한편 지급되는 보수의 성질에 따라 그 도급계약이 근로자파견인지 파악해 볼 수 있을 것이다. 보수가 노동력의 정상적인 제공에 따른 것이냐, 아니면 노동력이 사업에 결합되어 수행된 결과에 따른 것이냐로 나누어 파악해 볼 수 있을 것이다. 앞에서 살펴본 것처럼 일의 완성이 근로, 즉 노동력의 정상적인 제공에 따른 것으로 약정되어 있다면 그러한 도급계약이 근로자파견일 수 있다. 보수 산정이 총액제인지, 아니면 근로시간과 근로자의 수에 따라 산정되는지도 파견에 해당하는지 하나의 징표가 될 수 있다. 도급계약에서 일의 완성을 전체 근로자에 의해 수행되는 일의 결과에 대하여 그 총액을 사전에 정해 보수로 지급한다면 근로자파견에 해당하는 것으로 보기는 어렵다. 그렇지 않고 근로자의 근로시간과 근로자의 수에 따라 도급인이 지급할 보수가 정해진다면 근로자파견에 해당할 수 있다. 도급계약에서 수급인은 계약을 위해 그 계약 수행을 위한 독자적인 경영계획, 기술, 사업시설 및 노동조직을 갖추고 이를 고용한 근로자의 노동력을 결부시켜 자신의 고유한 사업목적에 수행하여 독자적으로 이윤을 창출할 수 있는 능력과 구조를 보유하고 그 사업경영에 따른 이윤획득과 위험을 동시에 직접 부담하는 자여야 한다. 한마디로 수급인이 그 근로자를 자신의 사업을 위해 사용하는 자로서 실체를 갖추어야 한다는 것이다. 자신의 사업에 근로자를 근로에 종사하도록 하기 위해서는 수급인이 근로자의 근로를 결부시켜 상품, 서비스 등을 생산하여 이를 통해 이윤을 취할 수 있는 설비와 조직을 갖추고 있어야 하는데 이것을 갖추고 있지 않고 단지 이러한 설비와 조직을 갖추고 있는 도급인의 사업에 근로자를 근로에 종사하도록 한 것이라면 그 도급계약은 파견법상 근로자파견일 수 있다. 사용사업주가 자신의 사업에 근로자를 결부시키는 것, 즉 근로자의 선발(수, 자격)과 배치, 직업훈련과 숙련, 근로시간의 결정과 초과근로의 지시, 휴가와 휴게시간의 보장, 출석통제의 실시, 근로제공의 감독 등을 도급계약을 통해 도급인이 결정한다면 수급인 근로자의 근로는 도급인을 위한 것이고 파견법상 근로자파견에 해당한다고

볼 수 있다.

이상과 같은 논의에 따르면 컨베이어 시스템에 의한 자동차 자동생산흐름공정은 도급계약상 수급인이 근로자의 수, 작업시간, 작업방식, 작업속도 등에서 자율성이 없어 독자적인 사업경영이 인정되기 어렵고 이로 인해 이윤창출의 구조가 제한됨으로서 사업적 종속성이 전제되는바,⁹⁾ 이에 따라 수급인의 근로자의 근로는 수급인을 위한 것이 아니라 도급인, 즉 사용사업주를 위한 것이라고 보아야 한다.

셋째 사용사업주의 지휘·명령에 따른 것이어야 한다. 이는 계약의 이행에 관한 것이다.

도급계약에 있어서는 도급인이 수급인의 근로자를 근로관계상 사용자로서의 지휘·명령하지 않는다. 따라서 도급인이 수급인의 근로자를 근로관계상 사용자와 동일하게 지휘·명령한다면 이는 파견이라고 볼 수 있다. 문제는 도급인이 도급계약에서 수급인의 이행보조자인 근로자에 대하여 지시권을 행사할 수 있는데 이러한 도급인의 지시권이 파견에서 사용사업주의 지휘·명령과 어떻게 구별할 것인가 하는 것이다. 도급인으로서의 지시(Anweisung)냐 아니면 사용사업주로서의 지시(Weisung)냐의 구별 문제이다. 파견이 아닌 도급계약에서 도급인의 지시는 근로 제공 자체에 대한 것이어서는 아니되고 일의 완성에 관한 것이어야 한다. 만약 근로 제공 자체에 대한 것이라면 이는 근로자파견이라고 볼 수 있다. 근로 제공에 관한 지시는 직무배치, 시업과 종업 시각 결정, 휴게시간 부여, 연장근로 결정, 노동과정의 관리와 감독, 특정 작업기술을 통한 작업수행, 교대제, 작업속도 결정, 작업도구의 사용, 작업복의 착용 등 구체적인 근로 수행에 관한 것이 해당한다.¹⁰⁾ 이러한 것에 대한 지시는 근로관계에서 사용자로서의 지휘·명령에 해당하는 것이므로 그 도급계약은 파견법상 근로자파견에 해당할 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 도급계약에서 일의 완성을 근로자의 정상적인 근로제공의 결과로 파악하여 정할 수 있는 것이고 이와 같이 정한 도급계약이라면 도급인의 지시는 근로자의 정상적인 근로제공행위, 즉 근로 수행 자체에 대하여 행해질 수 있는 것이다. 만

9) 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 169면

약 이러한 도급인의 지시가 근로관계상 사용자로서의 지휘·명령과 아무런 차이가 없는 것이라면 그것은 파견법상 근로자파견일 수 있다. 따라서 뒤에서 살펴보는 바와 같이 독일에서의 논의를 언급하면서 도급인의 지시권 범위의 확대를 통해 도급계약에 의해서도 상당한 수준에 이르기까지 수급인 근로자에 대한 지시가 가능하다며 따라서 도급계약에 해당하지 않는다고 볼 수 없다는 주장은 여기서 도급계약에 해당하는지 여부와 별개로 파견법상 근로자파견에 해당함으로써 살펴본 여기서의 논의 결과를 부정하는 것이 아니라 할 수 있다. 더구나 이것을 수급인과 그 현장관리자가 행한다고 해서 바로 근로자파견이 아니라고 할 수는 없다. 위와 같은 사용자업주의 지시에 따라 수급인과 그 현장관리자가 그 근로자에게 지시하게 되는 경우라면 이는 사용자업주의 지휘·명령이라고 보아야 하고 따라서 파견법상 근로자파견에 해당할 수 있다. 중요한 것은 그 수급인과 그 현장관리자가 수급인의 사업 수행을 위해 독립적으로 결정하여 지시하는 것이냐, 아니면 근로자를 도급인의 사업을 수행하도록 하기 위해 도급인의 지시에 따라 지시하는 것이냐 하는 것이다. 만약 후자라면 그것이 도급계약에 의해서 정해져 있는 것이라고 해도 “근로자파견계약의 내용에 따라 사용자업주의 지휘·명령을 받아 사용자업주를 위한 근로에 종사하”도록 하는 것이고(파견법 제2조 제1호) 따라서 근로자파견에 해당할 수 있다.

III. 도급계약상 도급인의 지시권과 사용자업주의 지휘명령

가. 도급계약상의 지시권(Anweisungsrecht)

민법 제669조는 전단에서 “목적물의 하자가 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 담보책임이나 도급인의 계약해지권은 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 이에 따라, 도급인이 수급인이나 그 이해보조자인 근로자에게 일정한 지시권

가 될 수 있다.
확대경향을 내
보이고 있다고

사업주의 지휘명령과 이 도급인의 지시가 어떻게 구별되는지 문제
이에 관하여 앞에서 이미 살펴보았지만 여기서는 도급인의 지시권
세워 독일연방노동법원이 근로자파견의 인정에 소극적인 경향을

일부에서 주장하고 있어 보다 자세히 살펴본다.

앞에서 도급인의 지시가 일의 완성이 아니고 근로 제공 자체, 즉 노무급부에 관한 것이라면 이는 사용자업주의 지휘명령에 해당하고 파견에 해당할 수 있다고 말했다.

이에 대하여 도급계약의 목적이 일의 완성에 있으므로 그 범위에서 도급인은 자신의 합리적인 요구사항을 관철시킬 필요가 있어야 하며, 이러한 한도에서 지시권을 행사할 수 있는바, 이러한 도급인의 지시는 노동력제공자의 노무급부에 대한 포괄적 인적 지시권이 아니라 도급 목적물 생산과 관련하여 도급인에게 불가피하게 허용되는 지시권을 말한다고 주장하고 있다.¹¹⁾ 이에 따라 도급인이 일의 완성과 관련하여 독자적인 업무지시를 할 수 있다는 이론구성에 의하여 지시권이 점차 분화되는 양상을 띠고 있다는 주장까지 하고 있다. 도급계약의 목적인 일의 완성에 관하여 도급인이 수급인의 이행보조자인 그 근로자의 업무 수행에 관하여 지시할 수 있다는 것이다. 여기서 노동력제공자의 노무급부에 대한 포괄적 인적 지시권은 이 도급인의 지시권 행사로서 허용되지 않고 도급계약의 수행인 일의 완성과 관련하여 독자적인 업무지시는 도급인의 지시권 행사로서 허용된다고 주장하고 있다. 도급계약에 의해서 이전된 수급인의 노동관련 내지 업무관련 지시권의 행사가 도급인의 지시권의 행사에 포함된다는 것이 독일 연방노동법원의 최근 판례라며 이를 주장하고 있다.¹²⁾

근로자파견은 파견사업주에 고용된 근로자를 사용자업주의 지휘·명령을 받을 받아 사용자업주를 위한 근로에 종사하도록 하는 것이다(파견법 제2조 제1호). 근로계약관계가 파견사업주와 사용자업주에 대한 관계에서 각기 존재하고 이 중 고용, 인사, 임금 등 근로조건 등은 파견사업주가, 파견근로자의 근로 수행에 대한 것은 사용자업주가 사용자로서의 권리와 의무를 지게 된다. 따라서 근로자파견에서 사용자업주의 지휘·명령은 파견근로자의 근로 수행에 대한 것에 한정되는 것이고 그 핵심은 사용자업주의 사업을 위한 근로 제공에 관한 것이며 위에서 도급계약의 수행을 위한 수급인의 근로자의 근로 수행에 관한 지시가 여기에 해당하는 것

11) 하경효 외, 사내하도급과 노동법, 153면; 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 194면

12) 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 195면

이라고 볼 수 있다. 파견근로자의 구체적인 근로에 대하여 지시하는 것이 사용사업주로서의 지휘·명령의 주된 것이라고 볼 수 있는데 앞에서 살펴본 수급인 근로자의 근로 수행에 대한 도급인의 지시권은 바로 이에 해당한다. 여기서 다시 필자는 위와 같은 논의구조는 도급계약과 근로자파견을 구별하여 대비하여 판단하는 법리에 따른 것이며 이것은 파견법상 근로자파견의 판단기준에 따른 것이 아니라 는 것을 강조하고자 한다. 도급계약을 통해 도급인이 수급인의 근로자에 근로 제공 자체에 관하여 구체적으로 지시하는 것이라면 이는 근로자파견에서 사용사업주의 지휘·명령을 받아 그 근로자가 근로 제공하는 것이라고 볼 수 있으며 따라서 그 도급계약은 파견법상 근로자파견에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 오직 도급계약과 근로자파견이 구별되고 대립되는 것이라는 논의구조에서만 도급인의 지시권이 구체적인 수급인 근로자의 근로 수행에 대하여 행사될 수 있는 것을 강변하면서 근로자파견이 아님을 주장할 수 있는 것이다. 그러나 근로자파견에 해당하는지 그 자체의 판단기준에 의해서 판단되어야 하며 도급계약에 해당하지 않는 경우 근로자파견에 해당한다는 식으로 파악해서는 아니되며 이렇게 본다면 위에서 주장하는 도급인의 지시권은 사용사업주의 지휘·명령의 주된 것에 해당하는 것으로서 이것이 존재한다면 사용사업주의 지휘·명령이 존재하는 것이고 따라서 근로자파견일 수 있다고 볼 수 있는 것이다. 근로자파견에 해당하지 않는다고 내세우고 있는 도급인의 지시권 행사가 오히려 필자의 논의구조에 의한다면 근로자파견에 해당한다는 근거로 파악되는 것이다.

한편 위와 같이 도급인의 수급인 근로자에 대한 지시권 행사는 도급목적물의 품질관리나 규모, 수량, 형태 등의 결정을 위한 지시와 같이 도급목적으로서의 프로젝트 수행 차원에서의 지시를 의미하는 것으로 그 범위가 좁고, 도급과 관련해서만, 즉 대상적으로 일의 완성으로 국한하거나 구체적으로 결과를 가져와야 할 도급물급부와의 관계에서만 행사되어야 하고 노무급부의 종류와 방법과 관련되는 경우에는 근로자파견을 암시한다고 하며 나아가 도급인의 지시권에 의해 근로자가 제공해야 할 급부의 대상을 결정하게 되면 한계를 넘어서는 것이라고 한다고 하여 위 주장의 견해에 따르더라도 도급물급부와 관계에서만 행사되어야 하고 노무급부의 종류와 대상, 방법과 관련되는 경우에는 행사될 수 없다고 하여 도급인의 지시권이 확대되는 데는 일정한 한계가 있음을 인정하고 있다.¹³⁾ 특히 위 주장

의 견해에서도 위 독일 연방노동법원의 최근 판결에 대하여 논란의 여지가 많고 많은 비판이 있다고 하고, 독일 연방노동법원의 판례들도 도급인이 작업시간과 장소를 결정할 수 있다면 도급인의 지시권의 한계를 넘게 되는 것이라고 하었다고 인용하고 있다.¹⁴⁾ 이것은 위에서 일부 사용자가 주장하고 있는 것과 같이 독일에서의 논의가 도급인의 지시권이 확대되는 것이 아님을 말해주고 있는 것이다.

나아가 사내도급의 경우 노동력제공자와 노동력사용자 스스로 고용한 근로자들이 동일한 사업장에서 작업을 수행함으로써 노무급부와 관련된 사항뿐만 아니라 조직을 통일적이고 질서 있게 관리할 필요성이 제기되면서 도급인은 노동관련 내지 업무상의 지시권만 행사하는 것이 아니라 조직관리상의 지시권을 행사할 수밖에 없는 불가피한 사정이 발생하게 되고, 이 때문에 사내도급의 경우 노동력사용자가 행사하는 지시권도 도급지시권 이외에 노동관련 지시권이나 업무관련 지시권도 다시 분화할 필요성이 제기된다고 주장하고 있다. 그러면서 이러한 지시권은 노동관련 내지 업무관련 지시권처럼 노동력이용자가 자신의 근로자와 같이 노무급부를 제공하는 타인의 근로자에 대하여 직접적으로 행사하는 것이기는 하지만 노동기술목적으로 외부근로자를 효율적으로 작업과정과 업무에 투입하기 위해서 행사하는 지시권과는 다르다고 한다. 여기에는 노동력사용자의 사업장에서의 질서유지와 안전감독, 출퇴근관리, 통일적인 업무처리를 위한 동일 기준의 적용 등 도급계약상 일의 완성과정에서 불가피하게 동일한 사업장에서 노무급부가 행하여진다는 것과 이를 고려하여 여러 가지 조직관리 차원에서 도급형태에 당연히 요청되는 지시권이라고 주장한다. 이처럼 조직관련 지시권의 행사는 근로자들의 노동력제공 형태가 도급이 아닌 파견에 해당한다고 할 수 없는 것이라고 주장하고 있다.¹⁵⁾

그러나 위에서 내세우고 있는 주장의 근거야말로 사내도급 등 그 도급계약이야말로 사용사업주의 경영조직에 편입되었음을 말해주는 것이고 그 근로자는 수급인이 아닌 사용사업주를 위해 근로에 종사하는 것임을 말해주는 것이어서 오히려 그 도급계약이 근로자파견에 해당함을 여실히 보여주는 것이라고 할 수 있다. 앞

13) 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 194면; BAG 25.6.1986-5 AZR 508/83, EzAÜG § 10 Vertrauensschaden Nr.1

14) 김영문, 195면 각주 54; BAG 16.6.1998-1 ABR 59/97-EzAÜG Betriebsverfassung Nr.41

15) 하경호 외, 154면; 김영문, 197-198면; Schüren, AÜG, §1 Rn. 181.

에서 말하는 조직관련 지시권이라는 것들은 해당 근로자의 근로수행에 관한 것이며 일의 완성 내지는 일에 관한 것이 결코 아니다. 이것은 도급계약에서 수급인이 그 근로자에 대하여 지시하여야 할 사항이고 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 지시하여야 할 사항이 아니다. 이러한 주장은 사업장의 노동조직까지도 사용사업주에 통합되어 관리되더라도 도급계약일 뿐 근로자파견은 아니라는 것으로 부당하게 주장하기 위하여 근로자파견의 대상범위를 축소시키려는 논의에 지나지 않는다. 이는 파견법이 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 근로자파견으로 규정하고 있는 것에 부합한 해석이 아니다. 위 주장은 계속적으로 도급계약에서도 도급인의 지시권의 범위를 확대하여 조직관련 지시권이라는 것들조차도 수급인의 근로자에 대하여 행사될 수 있는 것이라며 이러한 지시권 행사가 있더라도 얼마든지 도급계약에 해당할 수 있다는 것이나, 앞에서 반복적으로 살펴본 바와 같이 이러한 조직관련 지시권의 행사야 말로 사용사업주가 자신을 위한 근로를 수행하도록 자신의 노동관련 조직에 편입하여 파견 근로자를 지휘·명령하는 것이고 따라서 파견법상 근로자파견에 해당할 수 있다는 근거라고 볼 수 있을 뿐이다.

나. 도급인의 지시권과 독일 연방노동법원의 판단기준

독일연방노동법원은 도급이행의 형태 및 방법과 관련된 지시는 인적관련성이 없어 근로자파견의 사용사업주의 지시에 해당하지 않는다는 입장을 취하고 있다고 주장한다.

독일 연방노동법원은 자동차공장의 생산설비유지업무를 하면서 도급인에 의해 조달된 원자재에 의해 도급인의 근로자와 같이 일하기도 하고 종종 협업을 하기도 한 사안에서 “검사검수권한을 포함한 도급계약상의 지시권의 행사에 의해서는 근로자파견계약의 존재가 추론될 수 없다. 제3자의 지시권이 대상에 한정되는 경우, 다시 말해 제공되어야 할 도급계약의 급부와 관련되어 있는 경우 이는 도급계약이 존재함을 의미한다. 이에 반해 근로계약상의 지시는 근로자파견을 의미한다. 제3자가 그 지시에 의해 비로소 근로자에 의해 제공되어야 할 급부의 대상이 정

하는 경우에 특히 근로계약상의 지시에 관한 한계를 넘게 된다. 이에 반해 이미 합의된 도급목적물의 범위 내에서 다양 또는 동일한 도급금부의 형태, 순번 및 개별 내용을 정하는 제3자의 지시에 의해서는, 그것이 구체적인 도급의 금부와 관련하여 부여되는 한, 근로자파견이 추론될 수 없다. 대상이 구체화된 서비스의 제공에 관한 계약에 대하여도 이와 동일하다. 그러나 제3자가 근로자에게 이를 개별 근로자의 사용 및 작업을 직접 구속하는 형태로 인적으로 지시를 내리는 경우, 이는 근로자파견을 의미한다.”

그러나 이 판결은 생산설비유지업무로서 생산공정은 아니고, 검사검수권한은 일의 완성 내지 결과에 대한 것이며, 제3자의 지시권은 도급계약상 대상인 금부, 즉 일의 완성 내지 결과에 한정되는 경우에만 근로자파견이 아닌 도급계약이라고 본 것이다. 도급계약상 금부 자체에 관한 지시는 해당 근로자의 근로 자체, 노무금부 수행 자체에 대한 직접적인 지시가 아닐 수 있다. 도급금부의 형태, 순번 및 개별 내용을 정하는 제3자의 지시도 도급계약의 대상이 생산설비유지업무이기 때문에 구체적으로 그 대상을 정하는 지시로 볼 수 있고 따라서 파견이라고 추론할 수 없다고 본 것이라 할 수 있다. 이 판결에서 중요한 것은 제3자가 개별 근로자의 사용 및 작업을 직접 구속하는 형태의 지시는 근로자파견이라고 판단한 부분이다. 어떠한 경우라도 근로자에 대한 근로제공을 직접적으로 구속하는 지시는 파견이 아닌 도급계약이라고 볼 수 없다는 것이다. 파견법상 근로자파견은 사용사업주가 그 파견근로자에 대하여 지휘·명령하고 그에 따라 자신을 위한 근로를 하도록 하는 것이다. 따라서 그 근로자에 대한 것이어야 함은 분명하다. 이점에서 도급인의 지시권이 수급인의 근로자를 구체적으로 구속하는 것이라면 근로자파견에 해당하는 것이라고 보아야 한다. 일의 완성과 무관한 수급인 근로자의 근로시간과 근로의 방식 등에 관하여 도급인이 지시한 것이라면 이는 사용사업주의 지휘·명령에 해당하고 근로자파견에 해당할 수 있다고 보아야 한다.

그리고 방송시설에서 조명시설의 유지수선업무를 위해 사용된 기능공에 관한 사안에서는 도급인의 공장장이 그 근로자의 업무에 이의가 있어 직접 지시하였던 것인데 공장장의 지시는 유지수선업무 수행의 결과에 대한 것이고 따라서 근로수행의 방법(시간과 방식) 등에 관한 지시는 아니라고 볼 수 있다.

IV. 독일연방노동법원 판단기준의 검토

(1) 독일 연방노동법원은 1983년 판결 이후에는 '업무지시권 행사 여부'나 '도급계약의 본질적 표지로서 수급인의 재량적 일의 완성'과 같은 단일 기준으로는 복합적인 요소들을 결합하여 체결되는 계약관계의 본질을 판단할 수 없음을 깨닫고 여러 판단기준들을 종합하여 판단하는 방식으로 전환하였다고 한다.¹⁶⁾ 그리하여 독일 연방노동법원이 중점적으로 살펴보는 요소들은 업무수행과정상의 기준, 계약의 내용과 관련한 기준, 계약당사자로서의 적격성 기준 등이라고 한다.

이와 관련하여 독일 연방노동법원은 다수의 판결에서 “파견사업주가 사용사업주의 사업장에 편입되어 오로지 사용사업주의 지시에 따라서 근로를 수행할 노동력을 사용사업주에게 조달하는 경우에는 근로자파견이 존재한다. 사용사업주는 파견근로자를 자신의 생각과 목적에 따라서 자기의 근로자와 마찬가지로 사용한다. 사용사업주에 대한 파견사업주의 계약상 의무는 근로자를 선발하고 이를 사용사업주에게 조달하는 것으로 끝난다. 파견사업주는 파견근로자의 선발에 과실이 있는 경우에만 책임을 부담한다. 이와는 반대로 도급의 경우에는 수급인은 다른 자를 위하여 행위한다. 수급인은 독자적인 경영상의 조건에 따라 경제적인 효과의 달성을 위하여 필요한 행위를 계획한다. 계약상 합의된 채무의 이행을 위하여 사용되는 근로자는 수급인의 이행보조자로서 수급인의 지시권 하에 있게 된다. 도급인은 수급인 또는 수급인의 이행보조자에게 일의 수행과 관련된 지시만을 할 수 있다 (독일 민법 제645조 제1항 제1문). 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 이를 근로자파견과 도급계

16) BAG AP Nr. 5 zu §10 AÜG; 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 179면에서 재인용

약의 구별의 기본적인 문구로 사용하고 있다.¹⁷⁾

이 독일 연방노동법원 판례의 도급계약과 근로자파견의 판단에 관한 판시 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 사용사업주의 사업장에 편입되어 오로지 사용사업주의 지시에 따르는 노동력을 조달하는 경우라면 근로자파견에 해당한다. 이는 사용사업주의 사업조직에 편입과 그에 따른 사용사업주의 지시가 존재하여함을 의미한다.

둘째, 사용사업주는 파견근로자를 자신의 생각과 목적에 따라 자신을 위해 자신의 근로자처럼 사용하고, 파견사업주는 파견근로자를 선발하여 사용사업주에게 조달함으로써 끝나고 선발의 과실이 있는 경우에만 그 책임을 진다. 이에 대하여 도급의 경우 수급인은 독자적인 경영상의 조건에 따라 경제적 효과의 달성을 위한 필요한 행위를 계획하고 그 근로자는 수급인의 이행보조자로서 수급인의 지시하에 있고 도급인은 도급계약상 일의 수행과 관련된 지시만 할 수 있다.

셋째, 도급계약과 근로자파견은 그 계약의 형식이 아니라 실질에 의해서 판단한다.

이상과 같은 도급과 근로자파견의 구별에 관한 독일 연방노동법원 판례의 판단 법리는 위에서 살펴본 우리 파견법상 근로자파견의 정의규정에서 나타난 근로자파견의 판단기준과 크게 다르지 않음을 알 수 있다. 우리 파견법상 근로자파견은 파견사업주가 근로자를 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하는 것이고, 앞에서 살펴본 바와 같이 그 개념요소는 위 독일 연방노동법원 판례에서의 도급과 근로자파견의 구별 법리와 차이가 없다. 다만 필자는 앞에서 도급계약과 파견법상 근로자파견을 대립하여 구분하여 파악하지 않고 그것이 도급계약에 해당하는지 여부와 무관하게 파견법상 근로자파견에 해당하는지에 관하여 그 판단기준에 관하여 살펴보았다. 이러한 필자의 논의구조에서는 독일 연방노동법원이 도급계약과 근로자파견을 구별하면서 그 판단기준에 관한 법리를 판시한 방법은 찬동하기 어렵다. 독일 연방노동법원의 판단의 법리에 따른다면 무엇이 근로자파견에 해당하는가를 판시하면서도 도급계약에 해당

17) 김기선, 독일에서의 근로자파견과 도급의 구별, 노동법연구 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, 117면

하는 것과 대비하여 이를 파악하고 이에 따라 무엇이 도급계약에 해당하는지를 파악하면서 그에 해당하는 것은 근로자파견이 아니라고 판단하고 있다. 이러한 논의구조는 도급계약과 근로자파견계약이 엄격하게 구별되고 그것이 파악이 가능하다는 전제에서 가능한 논의이다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 도급계약은 일의 완성에 대하여 보수를 지급하는 계약이고, 근로계약은 일에 대하여 보수를 지급하는 계약으로서 만약 도급계약에서 일의 완성을 근로계약상 근로 제공 자체에 주목하여 이를 일의 완성이로 파악하고 보수를 지급하는 것으로 약정한다면, 혹은 근로계약에서 일에 대하여 그 일의 완성에 대하여 보수를 지급하는 것으로 약정한다면 도급계약과 근로계약이 엄격히 구분되는 것이고 이것이 서로 대립되는 것이라고 보는 경우에는 그것이 도급계약인지 근로계약인지 구분할 수 없게 되고 이에 따라 근로에 따른 사용자로서의 책임을 지워야 할 사안에 대하여 그 책임을 부담시킬 수 없게 된다. 특히 근로자파견에 따른 파견법상 사용자로서의 책임을 회피하기 위해 도급계약을 체결한 경우 그것이 민법상 도급계약으로 최대한 파악될 수 있도록 정하여 놓은 경우에 있어서는 실제로 도급인이 수급인의 근로자를 자신을 위해 사용하고 있음에도 도급계약이 아니라고 파악하기가 쉽지 않고 이에 따라 사용자로서 노동법상 책임에서 벗어나게 된다. 이처럼 독일 연방노동법원 판례의 법리에 따른 도급계약과 근로자파견계약을 구분하여 대립되는 것으로 파악하는 논의구조는 실제에 있어서 도급계약을 근로자파견계약으로 파악하기 어렵고 오히려 도급계약에 해당하는 것이기 때문에 근로자파견계약이 아니라는 것으로 귀결시키는 결과가 되어 사용자로서 하여금 도급계약을 통해서 파견법상 책임을 면할 수 있도록 한다. 특히 도급계약에 있어서 그 계약의 내용은 자유롭게 도급인과 수급인 사이에 정할 수 있는 것이고 여기서 계약의 목적인 일의 완성을 근로자의 통상적인 근로 제공 행위 자체에 주목하여 근로계약의 불완전이행이 아닌 완전한 이행에 따른 결과로 정하게 된다면 특히 도급계약의 대상에 있어서도 아무런 제한이 없으므로 노무도급이라고 해서 이와 같이 정하게 된다면 여기에 도급인이 수급인의 이행보조자인 근로자의 근로 수행에 대하여 도급인의 지시권으로서 직접 지시하거나 수급인이나 그 사용관리인을 통해서 지시하게 된다면 분명히 파견법상 파견사업주가 근로자를 사용자사업주의 지휘·명령을 받아 사용자사업주를 위한 근로에 종사하게 한 경우조차도 도급계약에 해당하지 않음을 주장, 입증한다는 것이 어렵고 따라서 이러한 논의구조에서는 근로자파견으로 파악할 수

없게 되고 만다. 그러나 파견법상 근로자파견에 해당하는지 여부는 파견법이 정한 근로자파견 등에 관한 정의규정 등에 의해 파견법에서 정한 바에 따라 파악되면 되는 것이다. 어렵게 도급계약에 해당하지 않음을 통해서 파견법상 근로자파견을 파악할 필요가 없다. 이와 같은 논의에 따른다면 그것이 도급계약에 해당하는지 여부는 관심의 대상이 아니고 이에 해당하지 않음을 주장하고 입증하려고 노력할 필요가 없다. 오직 파견법상 근로자파견에 해당함을 주장하고 입증하면 충분하다. 파견법상 근로자파견은 파견사업주가 근로자를 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것이면 된다. 따라서 어떠한 사업주가 고용한 근로자를 다른 사업주를 위한 근로에 종사하도록 다른 사업주에게 조달하여 주었다면, 그 근로자는 다른 사업주의 소속 근로자와 마찬가지로 그 사업주의 지휘·명령을 받아 근로에 종사한다면 파견법상 근로자파견이라고 보면 된다. 이 파견법상 근로자파견의 판단기준에 관하여는 앞에서 자세히 살펴본 바 있다. 여기서 도급계약에서 도급인의 지시권 행사에 따라 수급인의 근로자로서 근로 수행을 하는 것인지 여부에 관하여 파악하여 그에 해당하지 않는다는 것을 논의할 필요가 없다.

(2) 위 판례를 통해 본 바와 같이 독일 연방노동법원은 근로자파견의 징표로 '노무를 제공하는 사업의 경영조직으로서의 근로자의 실제적인 편입'을 기준으로 삼는다. 이 편입의 징표로는 노무를 제공하는 사업 내의 근로자와의 공동작업과 평등대우, 사업목적의 공동수행, 종전에는 노무를 제공받는 사업주의 근로자에 의하여 수행되던 작업의 수행, 노무를 제공받는 사업에 의한 원료와 작업도구의 조달, 작업복이나 안전장구의 준비, 노무를 제공하는 사업 내 작업과의 조정, 노무를 제공받는 사업 내 근로조직으로의 통합 등이 인정된다. 이러한 근로자파견의 징표로서 사용사업주 사업조직에의 편입은 앞에서 살펴본 바와 같이 파견법상 근로자파견의 판단기준에 의할 때 인정될 수 있는 것이다. 여기서 도급계약과의 구별이 구체적인 편입의 징표로 파악하고 있지는 않다. 다만 도급계약이라면 이러한 징표는 대체로 부정될 것이다. 여기서 '대체로' 부정될 수 있다고 언급한 것은 도급계약에서 그 계약의 내용을 정함에 있어서 도급인의 사업장 근로자와의 세부적인 구분에 의한 전체적인 공동작업 수행과 도급인 근로자의 동일 유사한 작업에 따른 평등대우가 가능하고, 원료와 작업도구의 조달이나 작업복 및 안전장구의 준비

를 도급인이 무상으로 제공하는 수급인에게 제공하고 이를 수급인의 근로자에게 사용하도록 하는 것도 자유롭게 그 계약의 내용을 정할 수 있는 도급계약상 얼마든지 가능한 것이며, 노무를 제공하는 사업의 필요에 의해서 일정한 대상업무를 조정하여 이를 도급계약의 내용을 수행하도록 할 수 있다는 점에서 위 징표가 도급계약이 아닌 근로자파견으로서 사용사업주의 사업조직에 편입된 것이라고 단정하기 어렵기 때문이다. 마지막으로 언급된 징표인 사용사업주의 근로조직으로의 통합 부분은 도급계약의 경우에는 해당하기 어려운 것으로 근로자파견에 해당하는 징표로 파악될 수 있겠다. 그러나 이것조차도 도급인의 사업장에서 도급인의 근로자와 함께 수급인의 이해보조자인 근로자가 도급계약상 업무를 수행하는 경우에는 사용사업주의 근로조직으로 통합되었는지를 파악한다는 것이 쉽지 않다. 이상과 같이 독일 연방노동법원이 판시한 위 편입의 징표는 어디까지나 징표에 지나지 않는 것으로 근로자파견의 요건 내지 판단기준 자체로 파악할 수는 없다.

또한 연방노동법원은 '노무를 제공하는 사업주 또는 그 대리인의 지시에 대한 구속의 범위'라는 기준에 의하여 근로자파견과 도급계약의 구별을 시도한다. 사용자 지시와 도급계약상의 지시가 구별된다는 전제하에 노무제공의 방식과 방법(내용, 시간, 장소, 속도 등)과 관련된 지시를 근로자파견의 징표로 인정한다. 이 기준에 의하면 노무를 제공받는 사업 내 사업주 또는 그 대리인이 노무를 제공받는 사업 내 근로자와 외부 근로자가 공동으로 근로를 제공하는 작업집단에 대하여 지시를 하는 경우, 노무를 제공받는 사업의 사업주 또는 그 대리인이 그 사업으로 파견된 근로를 감시·감독하는 경우에는 사용사업주로서 지시권을 행사한 것으로 인정된다. 물론 이상과 같은 독일 연방노동법원이 판시하고 있는 이와 같은 사용사업주 또는 그 대리인의 지시는 도급인의 지시권과 구별된 사용자로서의 지휘·명령에 해당하는 지시여야 한다. 그런데 여기서 도급인의 지시권이 도급계약상의 업무 수행에 대하여 행하여질 수 있다면 그 업무 수행, 즉 근로자의 근로제공 자체에 대하여 도급인이 지시할 수 있는 것이고 그 과정에서 근로제공의 방식과 방법까지도 지시할 수 있다고 주장될 수 있다. 이렇게 되면 도급인의 지시권 행사와 사용사업주로서의 지시는 구별하기 어렵게 된다. 파견법상 사용자책임이 중한 경우에 있어서는 이를 회피하기 위한 도급계약에 있어서는 도급인의 지시권 범위로 최대한 확대하여 실질적으로 사용사업주의 지시에 같음할 수 있도록 그 도급계약

의 내용으로 정하게 될 것인데 이때에는 그것이 도급계약에 해당하지 않는다는 것을 주장하고 입증하기 어렵게 된다. 실제로 독일 등 외국과 우리의 사례에서 도급계약에서 도급인의 지시권을 통해서 사용사업주로서의 지시에 갈음할 수 있도록 도급계약의 내용으로 정하고 있는 경우가 다수 발생하고 있다. 이에 따라 단순히 사용사업주의 지시 여부를 가지고 도급계약과 근로자파견을 구별하여 판단하기가 쉽지 않다. 이것은 기본적으로 도급계약과 파견법상 근로자파견을 구별하여 대립되는 것으로 파악함으로써 나타난 법률현상이라고 보이며, 앞에서 논의한 바와 같이 파견법상 근로자파견의 판단기준을 파악하고 그에 해당하는지 여부에 따라서 판단한다면 이와 같은 문제는 극복될 수 있을 것이다. 즉 도급계약상 도급인의 지시에 해당하는지 여부를 판단할 것 없이 그것이 사용사업주의 파견근로자의 근로에 대하여 지휘·명령하는 것인지를 파악하여 그에 해당한다면 근로자파견일 수 있다고 판단하면 된다. 이렇게 되면 굳이 도급인의 지시권 범위에 해당하는지 여부를 가지고 논란을 벌일 필요가 없으며 사용자의 근로자와 마찬가지로 지시한다면 그것이 누구를 통해서 행해지든지 관계없이 파견법상 근로자파견일 수 있다고 판단할 수 있게 된다.

(3) 그리고 연방노동법원은 계약당사자간의 합의된 계약의 내용이 무엇인가에 주목한다. 구체적인 일의 완성에 대한 합의가 존재하는지 여부에 따라 연방노동법원은 계약의 목적이 구체적으로 정해져 있지 않고 일반적인 표현으로 나타난 경우나 일의 내용이 미세한 단위까지 분절되어진 경우에는 근로자파견의 징표로 인정한다. 독일 연방노동법원이 이러한 계약의 내용 내지 목적에서의 일반적 표현이나 미세한 단위로 분절을 근로자파견의 징표로 파악한 것은 통상적으로 도급계약은 계약의 목적이 구체적으로 정해져 있고 일의 내용이 미세한 단위까지 분절되어 정해지는 것이 아니기 때문이라고 보인다. 그러나 도급계약은 도급인과 수급인 사이에 그 계약의 내용을 자유롭게 정할 수 있는 것이고 그에 따라 수급인이 수행할 일의 완성의 내용에 관하여도 구체적으로 정하지 않고 일반적인 표현으로 정할 수 있는 것이고 미세한 단위까지 분절하여 정할 수도 있는 것이며 이렇게 정했다고 해서 도급계약이 아니라고 단정하기 어렵다.

따라서 앞에서 언급한 독일 연방노동법원 판례의 근로자파견의 징표는 어디까지나 도급계약과 근로자파견의 구별 내지 판단기준이 아니라 도급계약이 아니고 근

로자파견에 해당한다는 연방노동법원의 판례에서 표현한 바와 같이 하나의 징표에 지나지 않는다. 그러나 이와 같은 징표 찾기는 도급계약과 근로자파견을 구별하여 대립하는 논의구조에 따른 것일 뿐 파견법상 근로자파견의 판단기준과는 직접 관계가 없다. 도급계약과 근로자파견계약 중 어디에 해당하는지 구분하기가 곤란한 경우에 있어서 도급계약에 해당하지 않는다는 징표를 찾기 위한 것일 뿐이기 때문이다. 위에서 살펴본 바와 같이 파견법상 근로자파견에 해당하는지를 파악하여 그것이 도급계약 등에 의해서 체결된 것일지라도 근로자파견의 해당성을 판단하면 족한 것이고 이와 별개로 도급계약 등에 해당하지 않음을 주장하고 입증할 필요가 없는 것이며 따라서 굳이 독일 연방노동법원 판례처럼 도급계약에 해당하지 않는다는 징표를 찾아 이러한 징표가 나타날 경우에는 근로자파견에 해당한다는 식으로 판단하여야 하는 것은 아니다.

그밖에도 계약의 내용과 관련한 기준으로는 일의 완성 후 수령이 필요한지, 수령 시까지의 위험을 수급인이 부담하는지, 하자 담보책임 등을 부담하는지, 일의 완성 이후 인도시에 비로서 완전한 이행으로서 대가청구가 가능한지 등에 따라 이에 해당한다면 도급계약에 해당하고 그렇지 않다면 근로자파견에 해당한다고 독일 연방노동법원은 판단한다. 이에 관하여도 위에서의 논의가 적용된다.

(4) 도급계약이기 위해서는 수급인이 일의 완성을 위해 필요한 행위를 할 수 있는 독립적인 능력을 갖추고 있어야 하는데, 독일 연방노동법원은 '근로자의 사용과 관련된 노무관리의 능력'과 '경영상의 조직'을 갖추고 있는지 여부를 살핀다. 수급인이 노무를 제공할 근로자의 수, 휴가와 휴게시간 등을 결정하는 경우에는 노무관리의 능력이 있는 것으로 인정한다. 반면에 수급인이 인적 물적 설비를 갖추지 못하고 있고 이를 노무를 제공받는 기업에 의존하는 경우에는 노무 제공만을 위하여 근로자가 파견된 것으로 인정한다. 전문적 기술능력, 수공업적 기능 보유, 기술적 노하우 보유, 고도의 전문인력 보유, 유니폼이나 기타 보호복 제공, 노무 작업 재료의 공급, 독립된 사업장 사무실 운용, 독립된 사업시설 보유 등의 징표가 있으면 도급계약으로 인정되고 그렇지 않고 인력 이외에 본질적인 독립적 기업설비가 없다면 근로자파견으로 인정하며 전문화된 영역으로 특화가 가능한 경우에는 도급계약으로 그렇지 않다면 근로자파견으로 본다고 한다.¹⁸⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 파견법상 근로자파견에 해당하는지는 어느 사업주, 즉 파견사업주가 근로자를 다른 사업주, 즉 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것이면 되는 것이고(파견법 제2조 제1호), 이에 관한 구체적인 판단기준에 관하여는 위에서 살펴본 바 있다. 그에 해당하면 파견법상 근로자파견이다. 이에 따른다면 파견사업주는 자신을 위한 근로에 종사하도록 파견근로자를 사용하는 것이 아니므로 원칙적으로 그 근로자를 결합하여 수행할 사업조직이 존재하지 않는다. 따라서 독일 연방노동법원의 판례와 같이 도급계약에서 수급인이 이러한 사업조직을 갖추지 못했다면 그 수급인은 근로자파견의 파견사업주일 수 있다. 그러나 수급인이 이러한 사업조직의 일부를 갖춘 것처럼 위장하고 있다면 실질적으로는 도급인이 근로자의 수, 근로시간 등을 결정함에도 수급인이나 그 현장관리인에게 일정한 기준을 정해서 통일적으로 관리하는 방식을 통해서 지침 내지 지시를 통해서 내리고 그에 따라 수급인이나 그 현장관리인을 통해서 지시 결정하는 외양을 보인다면 위 독일 연방노동법원의 기준에 의한다면 도급계약에 해당하여 근로자파견이 아닐 수 있게 된다. 그러나 파견법상 근로자파견은 파견사업주가 근로자를 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하도록 하면 인정되는 것이고 그 사용사업주의 지휘·명령이 수급인이나 그 현장관리인을 통해서 행하여지는 경우에도 실질적으로 행하여지는 것이기 때문에 비록 수급인이 이를 위한 조직을 갖추었다고 해도 근로자파견에 해당한다고 보아야 한다. 도급계약에서 수급인으로서의 사업조직을 갖추었는지 여부를 가지고 그에 해당하지 않는다면 근로자파견일 수 있다는 논의구조는 그러한

다면 근로자파견에 해당하는 것이기 때문에 관심은 그 도급계약이 과연 진정으로 도급계약일 수 있는가에 맞추어지게 된다.

그러나 도급계약은 일의 완성에 대하여 보수를 지급하기로 약정하면 충분한 것이고 도급인과 수급인 사이에 자유롭게 구체적인 계약의 내용을 정할 수 있는 것이다. 이에 따라 과거 근로자파견에 의해 수행될 수 있었던 업무조차도 도급계약을 통해서 수급인이 자신 또는 그 이행보조자를 통해서 수행할 수 있도록 정한다면 이러한 도급계약이 법적으로 가능하기만 하다면 파견법상 사용사업주의 책임에서 벗어날 수 있게 된다. 바로 이와 같은 도급계약을 통한 파견법으로부터의 도주에 대하여 독일 연방노동법원의 판례의 도급계약과 근로자파견의 구별 법리는 파견법으로 규율하기 어렵게 된다. 그리고 도급계약의 해당성이 근로자파견의 해당성을 결정하게 되는데 명확히 그 계약의 판단기준을 찾기가 어렵기 때문에-계약 자유의 원칙상 도급계약의 내용도 자유롭게 정할 수 있으므로- 단지 여러 가지 징표들을 파악하여 나열하고 이를 총체적으로 고찰하는 식으로 판시하고 있다고 보인다.

(6) 독일 연방노동법원은 근로자파견과 도급의 구별은 수급인과 도급인 사이의 도급계약을 체결할 수 있는 구체적인 급부대상에 대한 합의의 여부, 누가 노무를 제공하는 근로자에 대한 지시권을 행사하는가 여부, 수급인이 계약의 목적을 달성하는데 필요한 근로공정 조직을 갖추고 있는지 여부, 노무를 제공하는 근로자와 노무제공을 받는 사업 내에 있는 근로자의 분업적인 공동작업이 이루어지고 있는가 여부, 수급인이 독자적인 사업주위험(담보책임)을 부담하는지 여부가 판단기준이 되고 있다고 하는데¹⁹⁾ 이는 앞에서 살펴본 독일 연방노동법원 판례의 법리를 종합하여 정리한 것이라 할 수 있다.

그러나 이러한 독일 연방노동법원의 근로자파견의 판단기준은 어디까지나 그 도급계약이 진정으로 도급계약에 해당하지 않으면 근로자파견에 해당한다는 전제에서 파악하고 있는 것이다. 앞에서 반복적으로 언급한 바와 같이 파견법상 근로자

19) 이상 김기선, 독일에서의 근로자파견과 도급의 구별,에서 재인용.

파견은 도급계약에 해당하지 않음을 전제로 하여 근로자파견에 해당한다고 규정하고 있는 것은 아니다. 그 계약이 무엇이건 관계없이 어떠한 사업주가 근로자를 다른 사업주의 지휘·명령을 받아 그 사업주를 위한 근로에 종사하도록 하는 것이면 파견법상 근로자파견에 해당한다. 따라서 도급계약에서 수급인과 그 이행보조자인 근로자가 수행할 구체적인 급부대상에 관하여 합의하였더라도, 도급인이 그 소속 근로자에 대한 지휘·명령과 동일한 것으로서 단지 수급인이나 수급인의 사용관리인을 통해서 행사되는 것이라면 수급인이나 그 사용관리인이 그 근로자에게 지시권을 행사하더라도, 위와 같은 도급인의 지시를 이행하기 위한 수급인의 근로공정 조직을 갖추고 있다하더라도, 도급인의 근로자와 수급인의 근로자가 도급계약에서 세부적으로 정한 바에 따라 전체로서의 공동작업의 일부를 수급인의 근로자가 수행하는 경우라면 비록 도급인의 근로자와 공동작업이 이루어지고 있다하더라도 근로자파견일 수 있다. 다만 독일 연방노동법원의 도급계약과 근로자파견의 위 판단기준 중 사업주로서의 위험, 즉 담보책임의 부담 여부는 근로자파견에서 파견사업주는 근로자를 사용사업주에게 파견하여 주면 그 뒤 근로자의 근로를 결합하여 수행한 사업에 따른 위험은 사용사업주가 부담하는 것이라는 점에서 도급계약에서 수급인이 도급계약의 수행을 위해 근로자를 사용하는데 따른 사업의 위험을 부담하는 것과는 구별되는 것이고 이러한 점에서 도급계약과 근로자파견의 구별에서의 판단기준일 수 있다고 볼 수도 있다. 그러나 일반적으로 그렇다는 것이고 도급계약의 내용으로 얼마든지 수급인이 담보책임을 부담하지 않는 것으로 정할 수 있는 것이고 따라서 수급인이 담보책임을 지지 않는다고 하여 도급계약이 아니어서 근로자파견에 해당한다고 파악할 수는 없는 것이다. 만약 이 담보책임을 가지고 판단하고자 한다면 위 독일 연방노동법원 판례처럼 도급계약과 근로자파견의 구별을 위한 판단기준으로 파악할 것이 아니라 파견법상 근로자파견의 판단기준으로서 이를 파악하여야 했다. 파견법상 근로자파견은 사용사업주를 위한 근로에 종사하도록 하는 것이므로 파견근로자의 근로에 따른 사업의 위험은 사용사업주가 부담하는 것이기 때문이다. 물론 이때에도 파견법상 근로자파견으로부터 도주하기 위하여 파견사업주(수급인)가 근로자의 근로에 따른 사업의 위험을 부담하는 듯한 외양을 도급계약을 통해서 규정하고 있을 수 있다. 그러나 실질적으로 파견근로자의 근로에 따른 위험을 부담하고 있는 것인지 아니면 단지 극히 일부에 대하여 그 위험을 부담하는 듯이 꾸민 것에 지나지 않고 그 위험이

라는 것도 파견사업주의 파견근로자의 제공에 따른 보수의 일부를 공제하는 정도에 지나지 않는 것인지에 따라 과연 담보책임을 누가 부담하는 것인지를 파악하여야 할 것이다.

이상 독일 연방노동법원의 판례 법리는 도급계약과 근로자파견의 구별에 관한 판단기준이고, 이에 대하여 구체적으로 살펴보았다. 이와 같은 도급계약과 근로자파견의 구별에 관한 판단기준은 우리의 논의와 크게 다르지 않다. 따라서 독일 연방노동법원의 판례가 도급계약과 근로자파견의 판단기준이 우리의 경우와는 달리 근로자파견 인정에 소극적이라는 주장은 타당하지 않다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 필자는 이러한 판단기준은 도급계약에 의한 근로자파견으로부터의 도주를 규제하기 어렵다는 점에서, 무엇보다도 파견법상 근로자파견 등의 정의규정에 의해서 근로자파견의 판단기준을 정해 이에 해당하는지를 파악하여야 한다는 점에서 찬동하지 않는다.

V. 마치며

이상에서 근로자파견에 관하여 파견법상 근로자파견의 정의규정에 의하여 근로자파견의 판단기준을 검토하고 그에 따라 도급과의 구별되는 근로자파견의 판단요소들을 파악하여 이에 따라 도급계약에 해당하지 아니하는 경우에는 근로자파견에 해당하는 기존의 논의구조에 대하여 살펴보았다. 특히 독일 연방노동법원 판례를 소개하면서 파견법상 근로자파견에 해당하지 않고 도급과 파견의 구별의 유동성, 도급인의 지시권의 확대 등에 의하여 근로자파견이 아니라 도급계약으로 파악할 수 있다는 견해를 중심으로 살펴보았다. 근로자파견은 파견법에 의해서 정의된 바에 따라 판단되어야 하는 것이 당연하다. 다만 도급계약을 통하여 실질적으로 근로자파견로부터 도주하려는 사용자의 시도에 대하여 이를 파견법에 의해서 규율하여야 하는 문제가 대두되면서 그 동안 그 계약이 도급계약인지 아니면 근로자파견계약인지가 논의되어왔고 이에 관한 독일 연방노동법원의 판례 법리가 형성되어왔다. 그러나 우리의 경우 근로자파견은 파견법에서 정의하고 있으므로 그 파견법규정에 따라 근로자파견의 판단기준을 파악하면 되는 것이다. 도급계약에

해당하지 않음을 파악하여 이를 통해 체결된 도급계약이 근로자파견에 해당하는 것이라고 파악할 이유가 없다. 이와 같이 어떠한 계약이 도급과 근로자파견이 구별되어 대립된다는 전제로 한 논의는 그 계약이 도급계약으로서 성질을 갖거나 도급계약의 요소들이 다수 포함되어 있으면 근로자파견으로 파악하기 어렵게 되는 논의구조일 수밖에 없다.

독일에서 통일 등 여러 사정에 의한 고용 악화에 따라 파견근로를 통해서라도 보다 많은 고용을 보장하고자 하는 취지로 근로자파견에 관한 규제를 대폭 완화하여 오고 있는 상황에서 그에 따라 일부 판례가 이러한 경향에 따라 파견근로자의 보호가 보다는 사용자의 사업경영적 측면을 고려하고 있는 것인데 이를 일반화하여 전혀 우리와 상황이 다름에도 적용하려는 것은 타당할 수 없다. 더구나 독일에 서조차도 지난 7.22. 대법원이 판결한 컨베이어 시스템에 의한 자동차생산공정에 있어서는 도급계약에 의해서 이를 수행할 수 있다고 판단한 판례가 있다거나, 도급계약에 의해서 정규직 근로자와 함께 그 공정에서 근무하더라도 도급계약일 수 있다고 하는 견해는 찾아보기 어렵다. 그럼에도 독일 판례와 논의의 소개를 통해 마치 독일에서 컨베이어 시스템에 의한 자동차생산공정에서조차도 근로자파견이 아닌 도급계약에 의해서 수행할 수 있는 것인냥 왜곡하여 주장하고 있는 것은 심각한 문제가 아닐 수 없다.

근로자파견의 판단기준에 관한 토론문 요지

박수근 교수(한양대 법학전문대학원)

토론회 주체 측에서 권혁 교수님의 발제문을 보내주어 이를 읽어 보고 토론문을 작성하였음을 양해하여 주시기 바랍니다.

1. 비교법적 논의에서 참고와 한계

1) 독일의 논의와 관련하여

위장도급과 파견근로 및 노무도급의 구별에 관해 권혁 교수님의 발표 내용에 모두 공감하며, 독일에서의 논의를 우리나라의 파견근로 및 노무도급의 구별과 그 법적효과에 관해 참고하기 위해서는 고려해야 될 사항을 언급한다.

첫째, 독일 파견법은 기본적으로 파견대상업무를 제한하고 있지 않았지만, 그 동안 수차례 개정에서 내용의 변경도 많았다. 파견기간의 제한에서는 2001년 개정법에서부터 이를 폐지하면서 그에 따라 파견기간을 초과한 파견근로에 대한 법적효과에 대한 규정을 삭제한 점, 파견사업주의 무허가 파견에 관해 직접 파견근로자와 사용자 사이의 고용관계를 직접 인정하는 등 무허가파견에 대해 엄격하게 규정하고 있는 점이, 우리나라의 구 파견법 제6조제3항(현행 파견법 제6조 제2항)의 해석에 참고가 될 수 있다.

둘째, 파견근로와 노무도급에 관한 판결도, 해당 분쟁이 제기된 사실관계와 그 당시의 파견법의 내용 및 해석론에 크게 좌우되는 점을 고려할 때, 독일에서의 특정

한 판결에 대한 사실관계와 그 당시 파견법의 내용이 확정되어야 한다. 만약, 독일 판결에서 확정된 사실관계와 그 당시 파견법의 내용이 현재 우리나라에서 다루어지고 있는 분쟁과 차이가 있다면 이 점도 고려되어야 한다.

2) 일본의 논의와 관련하여

1985년 제정된 파견법은 그 동안 수차례 개정이 되었고, 특히, 1999년 개정법에서 일정한 요건하에 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하도록 노력해야 한다는 제도가 도입되었다. 일본에서 파견근로와 노무도급의 구별에 관해서는 아주 활발한 논의가 있지만, 불법파견시 그 사법적 효과에 관해서는 우리나라 만큼 논의가 많지 않다. 즉, 우리나라의 구 파견법상 직접 고용간주 내지 현행 파견법상 고용의무와 같은 법 제도가 없기 때문에, 불법파견의 사법적 효과에 대한 논의가 활발하지 않았던 것으로 파악된다.

3) 우리나라 파견법의 입법취지와 해석

구 파견법과 현행 파견법이 파견대상업무를 엄격하게 제한하고 있는 점, 일정한 요건하에 직접고용간주 또는 사용사업주에게 고용의무를 부과한 동법의 태도에 대해 입법적으로는 다양한 입장 또는 평가를 할 수 있겠지만, 이에 관한 해석론에서는 동법과 그 제도의 입법취지를 살리는 방향으로 해석되어야 할 것이다. 즉, 외국의 입법과 제도의 내용을 참고할 수 있겠지만, 입법취지와 제도가 구체적으로 다르다면 기본적으로 우리나라의 파견법의 제정취지와 실태에 맞추어 해석되어야 한다.

2. 파견근로와 노무도급의 구별기준에 대해

1) 사실관계에서 변화되는 특징

사내하청의 고용구조가 조직적이고 밀착화에 관한 점이다. 특히, 원청회사와 사내 하도급계약을 체결하는 하청업체도 종래와 달리 대기업인 원청회사의 경우, 그 곳에서 오래 동안 근무하다가 퇴직한 자를 중심으로 이루어지는 경우가 성행하고 있다. 원청회사와 하청업체의 밀착성으로 인해 파견근로와 노무도급에 관한 구별은 더욱 어려워지고 있다는 점이 노무도급과 파견근로의 구별에서 고려되어야 한다.

원청회사의 학습효과 및 대응이다. 위장도급과 불법파견에 관련된 판결, 노동부의 지침과 실태점검 등을 거치면서 원청회사들은 학습효과로 인해 외견상 위장도급 내지 불법파견의 징표에 해당될 수 있는 부분들을 점차 변경시켜 가고 있는 것으로 파악된다. 특히, 하청업체 근로자의 노무제공에 관련하여 업무수행과 이에 필요한 지시권을 세분화시켜 마치 하청업체가 이를 보유하고 행사하는 것으로 외관을 형성시켜 두고 있다는 점도 고려되어야 한다.

2) 중요한 판단기준

노동법의 존재목적, 파견법의 입법취지 등을 고려하면, 파견법상 파견사업주는 타인에게 파견할 목적으로 근로자를 고용하여 파견하므로 고용된 근로자의 수와 근로자가 수행한 업무의 내용을 고려한 "고용목적"과 근로자가 고용한 수행한 업무와 관련하여 그 결과에 대한 이익과 위험이 계약이행에서 실현되고 부담되는지에 관한 "경영상 사업주체로의 독립성"을 본질적이고 원칙적 판단기준으로 해야 한다. 여기에, 원청회사의 업무와 작업수행의 특수성에 따라 나타날 수 있는 개별화된 사항은 보완적 요소로 하여 판단한다. 하청업체의 근로자의 고용목적과 경영상 사업주체로의 독립성은 원청회사가 노동법의 적용회피를 위해 임의로 형성시키기 어려운 사항이지만, 작업지시권 등은 학습효과 또는 업무조직 내지 작업과정 등에서 변경이 비교적 쉬운 사항으로 판단하기 때문이다.

3. 최근 대법원 판결에 대해

노동법 연구자들은 원청회사와 하청업체 사이에 체결된 사내하청계약의 상당수는 진정도급이 아닌 위장도급이며, 원청회사에 대한 노동법상 책임을 주장하였으나, 노동위원회와 법원은 여러 가지 사정으로 이를 받아들이는데 인색하였다. 그럼에도 불구하고, 하청근로자의 보호를 위해 직접 고용관계의 성립 또는 불법파견과 파견법의 적용 등에 관한 대법원 판결이 나온 것에는 여러 가지 원인이 있겠으나 세 가지 점이 크게 작용한 것으로 판단한다.

첫째, 노동법 연구자들이 확산되고 있는 사내하청의 문제점을 해결하기 위해 발전된 법리를 계속 연구하여 발표했다. 둘째, 근로자의 이익을 위해 활동하는 노동전문 변호사 또는 노무사들은 노동법연구자들이 제시한 법리를 바탕으로 노동위원회와 법원에 대해 외롭고 힘든 주장을 계속하여 왔다. 셋째, 법원 내부에서도 노동법에 열정과 관심을 가진 법관들이 '노동법연구분야연구회'를 결성하여 연구와 발표를 계속함으로써, 노동법 연구자와의 사이에 사내하청의 문제점과 해석상 해결방안에 인식차이는 거의 없게 되었고, 이러한 점은 대법원 판결에 간접적이라도 영향을 주었다고 생각한다.

사내하청에서 원청회사에 대한 노동법상 책임 문제는, 그 해석상 논리전개와 결론 도출이 노동법 분야에서도 어려운 영역이다. 최근 대법원의 판결들로 인해 원청회사에게 노동법상 책임을 부분적으로나마 부담시킬 수 있겠지만, 원청회사들은 그것으로부터 벗어나려고 노무관리를 더욱 치밀하게 준비할 것이다. 이에 대응하여, 노동법 연구자들은 노동법의 근거에 충실하면서도 변화된 노동현장의 사실관계에 맞춘 새로운 해석기준을 계속 제시하여야 하고, 근로자들의 대리인들도 이러한 기준을 개별 사업장에서 업무의 특성과 연결하여 구체화된 내용으로 설명하는 등 적극적인 활동 등이 있어야, 분쟁해결기관으로부터 좋은 판단을 계속 받아 낼 수 있을 것이다.

