

사내하도급과 근로계약관계  
－ 현대자동차 판결의 검토를 중심으로

－

[On-site Subcontracting and Employment Contract  
Relation: the legal meanings of Hyundai Motor  
Case]

강 성 태(Kang, Seong-Tae)  
한양대학교 법학전문대학원 교수

## 요 지

이 글의 목적은 현대자동차 판결을 검토해 보는 것이다. 대상 판결은 사내하도급과 근로계약관계에 관한 판례 법리를 종합적으로 담고 있다는 점과 기존 판례에서 밝히지 않았던 ‘파견과 도급의 구별’ 문제를 정면으로 다루었다는 점에서 중요한 판결이다.

현대자동차와 사내하도급 근로자 사이의 근로계약관계 성립이 다투어졌던 이 사건에서 대상 판결은 쟁점을 셋으로 나누어 각각 판단하였다. 첫째, 양자 사이에 묵시적 근로계약 법리가 적용될 수 있는가에 대해서는 현대미포조선 판결을 참조하여 직접 근로계약관계가 성립되지 않는다고 판단하였다. 둘째, 양자 사이에 근로자파견관계가 성립하였는가에 대해서는 노무제공의 실질과 그 과정에서 보인 현대자동차의 지휘감독을 인정함으로써 파견관계가 성립하였다고 결론 내렸다. 셋째, 근로자파견관계의 효과에 대해서는 예스코 판결을 원용하여 직접고용간주 규정의 적용을 적용하였다. 그에 따라 원고들 중 파견 기간이 2년을 넘은 원고 한 명에 대해서만 근로계약관계의 성립을 인정하였다. 대상 판결에 대한 학계의 반응은 매우 다양하다. 이 판결이 ‘대법원에서 처음으로 파견(관계)과 도급(관계)의 구별 기준을 제시한 점’에서 의의가 크다고 보는 점에서는 공통적이지만, 근로자파견관계의 인정이라는 결론에는 찬성과 반대가 엇갈리고 있다. 이런 평가의 차이는 이 판결의 다른 부분(파견과 도급의 구별 기준, 불법파견에 따른 법률효과 등)에서도 나타났다.

필자는 먼저, 묵시적 근로계약 법리는 근로자와의 관계에서 도급회사 지휘명령관계뿐만 아니라 고용관계에서도 주도권을 행사한 ‘예외적인 경우’에만 적용되어야 하지만, ① 원고용주의 독립성을 판단할 때는 그가 파견사업주 정도의 실체가 있는지를 판단해야 하고, ② 지휘명령관계의 존재와 고용관계의 존재를 확인하기 위한 사실 탐구는 상관적으로 이루어져야 하고, ③ 두 개의 관계에서 전반적인 주도권이 누구에게 있었는가를 기준으로 해야 함을 지적하였다. 다음으로 파견과 도급의 구별에서는 지휘명령관계의 존재를 기준으로 판단하되, 지휘명령의 소재가 애매할 때는 고용관계의 존재 기준을 보충적으로 적용해야 한다고 주장하였다. 셋째, 예스코 판결(직접고용간주 규

적용 법리)의 원용과 관련해서는 예스코 판결 자체에는 두 가지 문제점 즉 불법파견의 사법적 효과를 판단하지 않은 이론상의 문제점과 함께 2년 동안 불법을 방치하게 된다는 현실적인 문제점을 지적하였다. 마지막으로 사내하도급에서 법률관계를 확정하는 순서와 관련하여 지금까지의 방식(고용관계의 존재 판단에서 시작하여 지휘명령관계의 존재를 판단하는 방법)이 현실적으로는 편리하지만 논리적으로는 문제가 있음을 지적하였다.

이렇게 보충되어야 할 점들이 있기는 하지만, 대상 판결은 사내하도급 논쟁과 연구에서 새로운 단계로의 도약을 위한 중요한 이정표가 되었다고 본다.

**주제어** : 사내하도급, 불법파견, 근로계약관계, 고용관계, 지휘명령관계, 묵시적 근로계약 법리, 직접고용간주 규정, 현대자동차 판결, 현대미포조선 판결, 예스코 판결

◆논문접수 : 2011. 2. 18.   ◆심사개시 : 2011. 2. 21.   ◆게재확정 : 2011. 3. 4.



강 성 태

사내하도급과 근로계약관계  
— 현대자동차 판결의 검토를 중심으로 —  
(대상판결 : 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결\*)

강 성 태

I. 서론

1. 사내하도급 판례 법리의 형성

최근 10여 년간 사내하도급 문제만큼 노동법 연구자들의 관심을 집중시킨 주제도 흔치 않다. 주된 이유는 사내하도급이 현재 우리나라에서 간접고용 현상을 주도하고 있고 그래서 관련 분쟁의 중심이 되고 있기 때문이다.<sup>1)</sup> 파견법 제정 이후 꾸준히 발생하고 있는 ‘불법파견’ 분쟁도 기실 사내하도급에서의 분쟁이다. 그 때문에 사내하도급 근로자(수급인의 근로자, 흔히 ‘하청근로자’라 한다)는 적어도 법형식상으로는 여타의 비정규직 근로자와 달리 사내하도급업체(수급인, 흔히 ‘하청’이라 한다)의 ‘정규직’인 경우가 많았지만, 우리 사회는 사내하도급 문제를 비정규직 문제의 하나로 취급하여 왔다. 사내하도급에서 발생하는 노동분쟁은 때로는 그 장기성과 격렬성으로 인해, 때로는 관련 기업(도급회사, 흔히 ‘원청’이라 한다)의 높은 지명도로 인해 사회의 큰 관심을 받아 왔다.

이런 사내하도급 분쟁에 대해 대법원은 최근 3년간(2008년부터 2010년까지) 의미 있는 판결들을 연이어 선고했다. 이러한 대법원 판결들 중 법리 형성의 기초로서 중요한 의미를 지닌다고 생각되는 판결로는 현대

\* 이 글을 작성하는 과정에서 많은 연구자들의 도움이 있었다. 특히 오랫동안 독일 파견법을 연구한 김기선 박사(예정)는 필자의 다양한 의문에 유용한 조언과 지적을 아끼지 않았다.

1) 자세한 내용은 강성태, “지금 왜 사용자인가?”, 노동법연구 24호(2008. 3), 4-9.

미포조선 판결(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결), 에스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결), 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등) 및 현대자동차 판결(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결) 등이 있다.<sup>2)</sup> 이러한 판결들을 통해 대법원은 사내하도급 판례 법리의 기본적인 틀을 만들었다.

대다수 사내하도급 분쟁에서 핵심적인 쟁점은 ‘사내하도급 근로자와 도급회사 사이에 근로계약관계가 존재하는가?’였다. 그런데 1998년의 파견법 제정 이후 하도급 근로자가 도급회사를 상대로 근로계약관계의 존재를 주장할 수 있는 방법은 두 가지이다. 하나는 자신의 근로계약상 진정한 사업주가 도급회사라고 주장하는 것이고, 다른 하나는 도급회사와 하도급업체 및 자신의 노무제공관계의 실질이 파견법상 근로자파견이어서 구 파견법 제6조 제3항(직접고용간주조항)이 적용되는 결과 근로계약관계가 성립되었다고 주장하는 것이다. 대부분의 소송에서도 두 가지 주장은 동시에 제기되었다.

사내하도급에서 근로계약관계의 성립이 다투어지는 소송에서 대법원의 태도는 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 먼저 대법원은 위의 두 가지 주장 중 앞의 주장이 타당하다고 판단되면 묵시적 근로계약관계 법리에 따라 직접 근로계약관계의 성립을 인정한다(묵시적 근로계약 법리). 현대미포조선 판결은 우리 판례가 오랫동안 유지해 온 이 법리를 대규모 사업장에서의 사내하도급관계에 적용하였다. 다음으로 뒤의 주장처럼 파견관계의 실체가 있었다고 판단되면 구 파견법상 직접고용간주 규정(제6조 제3항)을 적용하여 합법파견이든 불법파견이든 상관없이 2년의 기간 경과 후에는 근로계약관계의 성립을 인정한다(직접고용간주 규정의 적용 법리). 에스코 판결은 이 점을 밝힌 최초의 대법원 판결이다. 마지막으로 위의 두 가지 경우 어디에도 해당하지 않다면 즉 하도급 근로자와 도급회사 사이

2) 이렇게 이름을 붙인 것은 논의와 기억의 편의를 위한 것이다. 이 글에서는 같은 이유로 자주 인용하는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」은 ‘파견법’(2006. 12. 21. 법률 제 8076호로 개정되기 이전의 법률은 구 파견법이라 한다)으로, 「노동조합 및 노동관계조정법」은 ‘노조법’이라고 약칭한다.

에 도급관계(도급계약상 도급인과 수급인 이행보조인의 관계)만이 존재하거나, 파견관계가 존재하더라도 2년이 경과하지 않은 경우에는 근로계약관계의 성립을 부정한다. 다만 이런 경우에도 도급회사가 ‘근로자의 기본적인 근로조건 등에 관하여’ 일정한 권한과 책임을 담당했다면 근로계약관계(또는 파견관계)의 부존재에도 불구하고 노조법상 부당노동행위 책임과 같은 노동법상의 책임은 질 수 있다(부분적 사용자성 법리). 현대중공업 판결은 이런 법리를 선언한 최초의 대법원 판결이다.<sup>3)</sup>

## 2. 글의 목적 등

이 글의 목적은 현대자동차 판결(이하 ‘대상 판결’이라 한다)을 검토해 보는 것이다.<sup>4)</sup> 보다 정확하게는 대상 판결을 바라보는 다양한 시각을 검토해 보는 것이다. 이를 통해 사내하도급 논쟁의 현재 도달 지점을 확인하는 한편, 앞으로 규명되거나 고려되어야 할 사항들을 분명히 하고자 하였다.

대상 판결을 소재로 한 것은 이 판결이 가지는 세 가지 중요한 의의 때문이다. 첫째, 이 판결은 사내하도급과 근로계약관계에 관한 판례 법리를 종합적으로 담고 있다. 둘째, 이 판결은 기존 판례에서 밝히지 않았던 ‘파견과 도급의 구별’ 문제를 정면으로 다루고 있다. 이를 통해 판례 법리는 기본 틀을 완전하게 갖추게 되었다. 셋째, 이 판결은 사회적 반향만큼이

3) 사실 현대중공업 사건과 관련된 판결들은 모두 7개이다. 관련 소송은 두 가지 방향에서 진행되었다. 하나는 지배개입 부분에서 현대중공업의 사용자성을 인정한 중노위 구제명령에 대해 현대중공업이 다툼 소송이었고(‘지배개입 소송’), 다른 한 가지는 나머지 부분(부당해고 및 불이익처분)에서 현대중공업의 사용자성을 부정한 중노위 기각결정에 대해 사내하도급 근로자들이 다툼 것이었다(‘부당해고 소송’). 대법원은 ‘지배개입 소송’에서는 2010. 3. 25. 선고된 2개의 판결들(2007두8881 판결과 2007두9025 판결)을 통해 현대중공업의 사용자성을 인정한 반면, ‘부당해고 소송’에서는 5개의 판결들(앞의 두 판결과 같은 날짜에 선고된 4개의 판결들 즉 2007두9068 판결, 2007두9136 판결, 2007두9143 판결 및 2007두9150 판결과 2010. 4. 29. 선고된 2007두9051 판결)을 통해 현대중공업의 사용자성을 부정하였다. 7개의 판결들 중에서 4. 29. 선고된 한 개의 판결을 제외한 6개는 모두 같은 재판부에서 선고된 판결이다.

4) 필자는 작년에 다른 지면(강성태, “사내하도급 삼부작 판결의 의의”, 노동법학 제35호(2010. 9.))을 통해 대상 판결에 앞선 세 가지 판결들 즉 현대미포조선 판결과 예스코 판결 및 현대중공업 판결에 ‘사내하도급 삼부작 판결’이라는 이름을 붙여 각 판결의 의의를 검토한 바 있다. 그러므로 이 글은 그 후속편쯤으로 보아도 무방할 것이다.



나 뜨거운 학계의 관심을 받았다. 이 판결에 대한 다양한 평석은 사내하도급 쟁점에 대한 연구자들의 입장을 명확하게 확인할 수 있도록 하였다. 어쨌든 대상 판결은 사내하도급 논쟁과 관련 연구를 한 단계 도약시킬 수 있는 계기를 마련하였다.

한편, 본격적인 논의에 앞서 다음에 대해서는 먼저 설명을 해 두는 것이 좋을 것 같다.

먼저 이 글에서 자주 등장하는 ‘직접고용간주 규정’은 구 파견법 제6조 제3항을 지칭하는 것으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용한 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다.”라고 정하고 있다. 현행 파견법에서는 이 규정을 직접고용의무 규정(제6조의2 제1항)으로 개정하였다.

다음으로 ‘근로계약관계’라는 용어는 ‘근로계약상 사용자와 근로자의 관계’를 말하는데, 이 때의 ‘근로계약상 사용자’란 근로계약의 당사자로서 근로기준법을 비롯하여 각종 노동관계법에서 ‘사업주’로서 의무와 책임을 지는 자를 이른다. 그에 달리 ‘근로계약적 관계’란 근로계약관계뿐만 아니라 그 관계를 구성하는 두 가지 즉 고용관계와 지휘명령관계 중 하나의 관계가 존재하는 파견관계를 포함하기 위해 사용한 용어이다.

마지막으로 묵시적 근로계약 법리와 직접고용간주 규정 적용 법리(예스코 판결)의 차이에 대해 이해할 필요가 있다. 두 법리는 어느 것이나 적용되면 근로계약관계의 성립이라는 같은 결과를 낳지만, 그 취지나 근거는 확연히 다르다. 전자가 본래의 계약 모습을 찾는 것(제 모습 찾기)으로 계약법리에 따라 처음부터 당사자 사이에 직접 근로계약관계가 성립한 것을 인정하는 것이라면, 후자는 파견계약의 실질이 인정되더라도 직접고용간주 규정의 적용에 따라 또 다른 요건(2년의 기간 경과)이 충족된 후에야 근로계약관계의 성립을 의제하는 것(탈바꿈)이다. 비유적으로 말하면, 전자에서는 당사자사이에 존재했던 관계가 본래 '나비'라고 보는데 반해 후자에서는 당사자의 관계를 '애벌레'라고 본다. 애벌레가 나비

로 태(態)를 바꾸기 위해서는 일정한 기간 동안 성숙이 필요하듯 파견관계가 근로계약관계로 전환되기 위해서는 2년의 기간이 필요하다는 것이다.

## II. 대상 판결

### 1. 사건의 경과

원고들(15명)은 모두 참가인(현대자동차)의 울산공장 사내협력업체들에 입사하여 근무하다가 장기간 무단결근, 작업 장소 무단이탈 등의 사유로 해고되었다. 원고들은 총 7개의 사내협력업체에 각각 2000. 6. 13.부터 2005. 1. 1.사이 입사하여 2005. 2. 2.부터 같은 해 2. 18.사이 해고되었다. 근무 기간은 가장 긴 근로자가 약 4년 8개월(2000. 6. 13. - 2005. 2. 4.)이고 가장 짧은 근로자는 1달 정도(2005. 1. 1. - 2005. 2. 3)였다.

원고들은 2005. 2. 23.경 참가인과 사내협력업체를 상대로 부산지방노동위원회(2005부해57, 2005부노14, 2005부해67, 2005부노15, 2005부해84호)에 부당해고와 부당노동행위의 구제를 신청하였으나, 같은 위원회는 2005. 7. 19. 참가인은 원고들의 사용자가 아니라는 이유로 참가인에 대한 신청을 모두 각하하였다(사내협력업체들에 대한 구제신청은 모두 기각되거나 폐업을 이유로 각하되었다). 원고들은 2005. 8. 19. 중앙노동위원회(2005부해704, 2005부노197호)에 참가인만을 상대로 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회도 2006. 7. 12. 초심명령과 같은 이유로 원고들의 위 재심신청을 모두 기각하였다.

재심판정의 취소 소송에서 원고들의 핵심적인 주장은 자신들이 참가인의 근로자라는 점이었다(이 주장이 받아들여지면 참가인이 원고들의 사용자가 아니라는 전제하에 내려진 중앙노동위원회의 재심판정은 당연히 위법한 것이 된다). 그 근거는 두 가지였다. 하나는 사내협력업체들은 경영상 독립성이 없는 회사이고 원고들과의 근로계약 역시 형식적, 명목적인 것에 불과하기 때문에 실질적으로는 원고들과 참가인 사이에 묵시적

인 근로계약관계가 성립되었다는 것이고(목시적 근로계약관계의 성립 주장), 다른 하나는 참가인과 사내협력업체들 사이에 체결된 업무도급계약은 위장도급으로서 그 실질에서는 근로자파견계약에 해당되므로 구 파견법 제6조 제3항(직접고용간주 규정)에 따라 2년을 초과하여 사용된 6명의 원고들은 참가인의 근로자가 되었다는 것이다(직접고용간주 규정의 적용 주장).

서울행정법원은 두 주장을 모두 배척함으로써 참가인이 원고들의 사용자가 아니라고 판단했고,<sup>5)</sup> 서울고등법원도 1심 판결을 그대로 인용하여 항소를 기각하였다.<sup>6)</sup> 원고들은 위에서 든 두 가지 근거를 상고 이유로서 다시 주장하였고,<sup>7)</sup> 대법원은 이 중에서 후자(직접고용간주 규정의 적용 주장)를 받아들여 원심의 일부를 파기하였다.

## 2. 원심 판결의 주요 내용<sup>8)</sup>

### 가. 목시적 근로계약관계의 성립여부

(가) 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 목시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것이다(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결 등 참조).

(나) 이 사건의 경우, 참가인이 협력업체들(이 사건 협력업체들을

5) 서울행법 2007. 7. 10. 선고 2006구합28055 판결

6) 서울고법 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결

7) 원고들 중 2명만 상고를 했다. 한 명(판결문상 '원고2')은 근무 기간이 2년을 넘었고(2002. 3. 13. - 2005. 2. 2.), 다른 한 명(판결문상 '원고1')은 불과 한 달 남짓이었다(2005. 1. 1. - 2005. 2. 3.).

8) 원심 판결은 제1심 판결을 거의 그대로 인용하였으므로, 실질적으로는 서울행법 2007. 7. 10. 선고 2006구합28055 판결의 주요 내용을 말한다.

## 강 정 태

말한다. 이하 같다)에게 사무실 및 작업도구, 작업복 등을 무상으로 제공하고, 그 소속 근로자들을 참가인의 공장에서 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치하여 조립작업 등을 수행하게 하고 있으며, 원고들의 근로시간, 휴게시간 등이 참가인의 정규직 근로자들의 그것과 동일할 뿐 아니라 임율도급의 경우에는 그 도급액을 수령하는 방식이 월 급여를 지급받는 것과 매우 흡사한 점, 참가인의 정규직 근로자에 결원이 생기는 경우 협력업체 소속의 근로자로 하여금 대체 근무하게 하고, 참가인이 사내 협력업체관리표준 등을 제정하여 협력업체들로 하여금 적절한 인원을 유지하도록 하거나 협력업체들을 주기적으로 평가하는 등의 방법으로 협력업체들을 관리, 통제하고 있으며 참가인이 협력업체 근로자들의 고충을 직접 상담하거나 설비를 설치해 주거나 하는 등의 방법으로 협력업체 근로자들의 근로조건에 영향을 미치는 점, 참가인이 협력업체들로부터 작업일보, 작업월보를 교부받아 협력업체 소속 근로자들의 작업시간 등 근태를 어느 정도 파악하는 점 등 외견상 원고들과 참가인의 사이에 근로관계가 있는 듯이 보인다.

(다) 그러나, 다음과 같은 사정, ① 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 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 협력업체들이 자체적으로 수행해 온 점, ④ 참가인이 ‘사내 협력업체 관리’ 등의 여러 가지 업무표준을 만들어 시행하면서 협력업체들을 강도 있게 관리해오고 있지만 이는 수많은 사내 협력업체들과 도급계약을 체결하여 근로를 제공받고 있는 참가인의 입장에서 적절한 사내 협력업체들의 규모, 인원 등의 표준을 제시하여 사내 협력업체들을 관리할 필요가 있는 점, ⑤ 협력업체들로 하여금 안전점검표를 만들

어 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 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 임월도급의 경우 도급액의 내역, 지급 등이 월 급여와 외견상 유사하지만 이는 도급의 한 종류로 인정되는 것인 점, ⑧ 참가인이 협력업체들을 주기적으로 평가한다고 하더라도 이는 재계약을 위한 자료수집 및 작업불량을 방지하기 위한 수단으로 보이고 또 참가인이 협력업체들의 근로자들의 고충을 상담해 주고 설비를 직접 설치해주는 등 협력업체의 근로자들에 대한 근로조건에 일정 부분 영향을 미친다 하더라도 이는 협력업체의 근로자들로부터 노무를 제공받는 참가인으로서의 작업불량을 방지하고 작업능률을 향상시키기 위하여 어느 정도 필요한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 작업현장에 협력업체 근로자와 참가인의 정규직 근로자들이 혼재하여 배치되어 작업을 하고 있다거나 협력업체 근로자들의 근로시간, 휴게시간 등이 참가인 근로자들의 그것과 동일하다는 사정 등 앞서 본 바와 같은 사정들만으로 참가인과 협력업체들과의 도급관계가 형식적인 것에 불과하고 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.

#### 나. 파견근로관계에 해당하는지 여부에 관한 판단

파견법상 근로자 파견이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다(제2조). 이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 원고들을 비롯한 협력업체의

## 강 정 태

근로자들이 참가인의 사업장에서 참가인이 미리 작성하여 교부한 사양일람표, 사양식별표 등에 따라 작업에 종사하기는 하지만, 협력업체는 도급계약에서 정한 도급업무세부명세서 등에 따라 작업을 진행하고 완성한 작업량 등에 따라 월말에 도급액을 수령하며, 작업현장에는 협력업체의 대표 또는 그 현장관리인이 작업현장에 상주하면서 자신의 소속 근로자들에 대한 작업지시 등을 하고 참가인의 관리자가 협력업체의 근로자들에게 별도로 작업지시 등을 하지 않는 점 등에 비추어 보면, 원고들과 이 사건 협력업체들 및 참가인과의 관계가 이 사건 협력업체들이 원고들을 고용하여 참가인의 지휘·명령을 받아 참가인을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자 파견에 해당한다고 보기 어렵다.

### 다. 불법파견에 직접고용간주 규정이 적용되는지 여부

가사 근로자 파견에 해당하는 것으로 본다고 하더라도, 원고들이 종사하고 있는 자동차조립 등의 제조업의 직접생산공정업무는 근로자파견사업이 허용되는 업무에 해당하지 아니하고 이 사건 협력업체들 또한 근로자파견사업의 허가를 받은 바 없으므로 위법한 근로자 파견에 해당한다. 그런데 근로자파견 역무의 제공을 원칙적으로 금지하되 파견대상업무, 파견기간, 인적·물적 기준 등에 관한 엄격한 요건 하에 예외적으로만 근로자파견을 허용하고 있는 파견법의 입법취지에 비추어 본다면, 파견근로자, 파견사업주, 사용사업주 사이의 관계에 관하여 정하고 있는 파견법의 제 규정들은 적법한 근로자파견의 경우에만 적용되고, 이 사건과 같이 위법한 근로자파견의 경우에는 적용되지 않는다.

## 3. 대상 판결의 주요 내용

### 가. 목시적 근로계약관계의 성립에 관하여

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 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 등 참조).

원심은, 원고들과 고용계약을 체결한 참가인의 울산공장 내 사내협력업체(이 사건 사내협력업체를 말한다. 이하 같다.)들이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없다고 보고, 원고들의 주장(원고들과 참가인 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다는 주장)을 배척하였다. 이러한 원심의 판단은 원심이 인정한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 정당한 것이다.

#### 나. 근로자파견관계의 성립에 관하여

구 파견법 제2조 제1호에 의하면, ‘근로자파견’이라 함은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 말한다. 원심이 확정한 사실관계에 의하면 다음의 각 사정을 알 수 있다.

① 참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 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. 사내협력업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다. ③ 참가인은 사내협력업체의 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 그 직영 근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등

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

이상의 점들과 법리에 비추어 보면 원고들은 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 할 것이다.

#### 다. 근로자파견관계의 효과(직접고용간주 규정의 적용)에 관하여

구 파견법 제6조 제3항 본문은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고 있다. 이 직접고용간주 규정은 파견법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리 위 규정이 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결 등 참조).



원심은 위의 법리와 달리 사용사업주에 해당하는 참가인이 파견근로자인 원고들이 종사하고 있는 자동차조립 등 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 제5조 제1항에서 정하는 파견대상업무에 해당하지 않고 사내협력업체들 또한 근로자파견사업의 허가를 받은 바도 없어 이 사건 근로자파견이 위법하다는 이유로 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 구 파견법상 직접고용간주 규정의 적용범위 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

참가인과 근로자파견관계가 인정되는 원고 2는 그 입사일인 2002. 3. 13.부터 2년이 경과된 이후에도 참가인에 의하여 사용되다가 2005. 2. 2. 그 소속 사내협력업체로부터 해고된 것이므로, 직접고용간주 규정에 의하여 2004. 3. 13.부터 참가인이 위 원고를 직접 고용한 것으로 간주된다. 그러나 원고 1은 참가인과 근로자파견관계가 인정된다고는 하나, 2005. 1. 1. 참가인의 사내협력업체 중 하나인 정화기업에 입사하여 참가인에 의하여 사용되다가 2년이 경과하기 이전인 2005. 2. 3. 정화기업에서 해고되었으므로, 직접고용간주 규정이 적용될 여지가 없다.

### III. 대상 판결의 검토

#### 1. 대상 판결을 바라보는 다양한 시각

대상 판결에 대한 노동법학자들의 반응은 엇갈리고 있다. 이 판결에 대한 몇 편의 평석은 이 판결을 바라보는 눈길이 노동법학자들 사이에서도 얼마나 다른가를 잘 보여준다.<sup>9)</sup> 연구자들은 공통적으로, 사내하도급 판례 법리의 형성이라는 관점에서 볼 때, 이 판결의 가장 중요한 의의는 ‘대법원에서 처음으로 파견(관계)과 도급(관계)의 구별 기준을 제시한 점’

9) 대상 판결에 대한 노동법학자의 직접적인 평석으로는 김영문, “사내하도급 근로자와 원청기업의 노동력 제공관계”, 노동법률232호(2010. 9), 36 이하; 박수근, “위장도급에서 원청회사의 노동법상 책임”, 노동법률232호(2010. 9), 32 이하; 박종희, “사내하도급과 파견의 구별기준 및 불법파견의 법률효과”, 조정과 심판(2010. 가을), 30 이하; 조정배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례 평석”, 노동법연구 29호(2010. 9), 95 이하; 조성혜, “사내하청 근로자에 대한 직접고용간주규정의 적용”, 노동법률233호(2010. 10), 72 이하 등이 있다.

에 있다고 보는 듯하다. 그러나 이 판결이 사실관계의 인정을 통해 도달한 ‘근로자파견관계’라는 결론에 대해서는 각인각색의 평가를 내렸다. 사실관계를 살펴보면 파견관계로 보기 어렵다(도급관계로 보아야 한다)는 평가,<sup>10)</sup> 지시권의 분화를 무시하고 패턴적이고 획일적인 판단을 함으로써 도급 목적의 지시권이 있었는지를 판단하지 않고 성급하게 파견관계로 결론 내렸다는 평가,<sup>11)</sup> 노무급부와 관련한 지시권을 현대자동차가 행사한 것으로 보아야 하므로 파견관계라는 판단은 타당하다는 평가,<sup>12)</sup> 사실관계를 도급이 아니라 파견으로 본 점에서는 긍정적이지만 묵시적 근로관계의 성립을 인정하지 않은 점에서는 아쉽다는 평가<sup>13)</sup> 등. 시각 차이는 대상 판결의 다른 부분 예를 들면 사실관계의 인정을 통하여 보여준 파견과 도급의 구별 기준이라든가 불법파견에 따른 법률효과 등에서도 나타났다.

그렇다면 대상 판결은 어떻게 보아야 할까? 이를 위해 그동안 대상 판결의 세 부분(① 사내협력업체 근로자와 현대자동차 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되지 않았다는 판단, ② 사내협력업체, 사내협력업체 근로자, 현대자동차 등 삼자의 관계가 실질적으로 근로자파견관계라는 판단 ③ 불법파견에 대해 예스코 판결을 적용하여 사용 기간이 2년을 초과한 근로자에 대해서(만) 부당해고가 인정된다는 판단)에 대해 이루어진 평가들을 구체적으로 검토해 본다.

## 2. 묵시적 근로계약관계의 부정

### 가. 기존의 평가

대상 판결은 현대자동차와 사내협력업체 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되지 않았다는 원심의 판단을 정당하다고 보았다. 박수근 교수와 조경배 교수는 이 부분에 대해 아쉬움을 표하였다.<sup>14)</sup>

10) 조성혜(주 9), 75 참조.

11) 김영문(주 9), 37-38 참조.

12) 박종희(주 9), 37-39 참조.

13) 박수근(주 9), 35; 조경배(주 9), 97-102 참조.

14) 대상 판결의 이 부분에 대해 박종희 교수는 별다른 평가를 하지 않았고, 김영문 교수는

박수근 교수는 “사내하청에서 원청회사와 하청업체는 용역 등 도급계약을 체결하고 있지만, 대부분은 진정도급이 아니라 위장도급”인데, 현대자동차 사건 역시 그렇다고 파악한다.<sup>15)</sup> 그러면서 “원고들을 고용한 하청업체를 더 세밀한 기준으로 접근하였다면 독립 또는 독자적인 사업주로 보기 어렵고, 원고들이 노무를 제공하는 전체와 개별적인 과정을 고려할 때 하청업체는 참가인에게 노동력을 조달하는 대행기관으로 파악될 수도 있다. 즉 원고들에 대한 노무관리에서도 전체적으로나 개별적으로도 원청회사가 주도한 점이 인정된다면 묵시적 고용관계 성립도 가능하였을 것”이라고 평했다.<sup>16)</sup> 박 교수는 묵시적 근로계약관계가 인정되었던 현대미포조선 사건의 사실관계와 비교하면서, “원고들이 원청회사에 근무한 기간이 비교적 짧아서 구체적 타당성의 관점에서 판단했을 가능성도 있다.”라고 대상 판결을 이해하면서도, “파견 기간의 장단이 묵시적 근로관계의 성립을 결정적으로 좌우하는 법적 기준은 아니다.”라고 지적한다.<sup>17)</sup>

조경배 교수도 먼저 대상 판결과 현대미포조선 판결에서의 사실관계를 비교하면서, 양자 사이에는 지휘명령권의 실질적인 행사나 임금·근로조건의 실질적 결정 등에서는 차이가 없고 오직 채용·승진·징계 등 인사노무관리에서 도급업체의 직접적 개입이라는 점에서만 차이가 있다고 보았다.<sup>18)</sup> 즉 대상 판결은 “사내협력업체가 인사노무관리의 자율성을 어느 정도 가지고 있다는 사실을 중시하여 업무수행의 독자성과 사업경영의 독립성을 인정한 것”이라고 보았다.<sup>19)</sup> 그러나 현대자동차 사건에서도 “사내협력업체의 종업원 규모의 결정이나(업체당 40명에서 80명으로 지정, 20명 미만은 통폐합 지시) 종업원 교육을 원청업체가 실질적으로 관리·통제하였다는 사정을 고려해 본다면 사내협력업체가 가진 인사권의 자율성도 극

---

기존 판례를 확인한 것이라고 평했으며(박종희(주 9), 37), 조성혜 교수는 제1심 판결에서 인정된 사실관계를 들어 “수급이 간다.”고 말했다(조성혜(주 9), 74).

15) 박수근(주 9), 35.

16) 박수근(주 9), 35.

17) 박수근(주 9), 35.

18) 조경배(주 9), 99.

19) 조경배(주 9), 99.

히 제한적일 수밖에 없다. 따라서 이러한 정도의 차이가 현대미포조선 사건과는 다르게 판단되어야 할 정도로 의미가 있는 것인지에 대하여는 충분한 설시가 부족하다는 느낌이 든다.”라고 비판하고 있다.<sup>20)</sup> 대상 판결과 같이 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정하고 파견관계의 성립을 인정하려면 적어도 하도급업체가 파견사업주(또는 고용사업주)로서의 실체를 가져야 하는데, 이 사건의 사실관계에서 보면 하도급업체는 이런 실체를 구비하지 못했다고 보았다.<sup>21)</sup> 조 교수의 이런 비판은 실은 대상 판결에 대한 것이라기보다는 우리 판례가 오랫동안 유지해 온 묵시적 근로계약관계 법리에 향해져 있다. 현재의 묵시적 근로계약관계 법리는 전속적인 사내하도급이 지배적인 우리 사회의 사내하도급관계의 구조적 특성이나 하도급업체가 가지는 실질적 지위를 충분히 고려하지 못하고 있다고 비판한다.<sup>22)</sup>

#### 나. 검토

대상 판결은 묵시적 근로계약 법리의 인용에서 현대미포조선 판결을 참조하였다고 명시하고 있는 점에서 알 수 있듯이, 이 부분의 판단에서 현대미포조선 판결을 확실히 염두에 둔 것 같다. 그렇다면 비록 대상 판결이 직접 실시하지는 않았지만, 조경배 교수가 두 사건에서의 ‘작은 차이’라고 본 사실 즉 현대미포조선과 달리 현대자동차는 하도급업체의 채용·승진·징계 등 인사노무관리에 직접적으로 개입하지 않았다는 사실은 이번 판결에서 중요하게 고려되었을 가능성이 높다. 그런데 누가 인사노무관리를 누가 주도하였는가는 후술하듯이 묵시적 근로계약 법리의 적용 여부를 가릴 때 사소하거나 부차적인 사항이 아니라 도리어 기본적인 것 그래서 중요하게 고려되어야 할 사항이다.<sup>23)</sup> 어쨌거나 이 점을 제외하면 대상 판결의 이 부분에 관한 비판은 실은 묵시적 근로계약 법리 그 자체

20) 조경배(주 9), 99.

21) 조경배(주 9), 101-102 참조.

22) 조경배(주 9), 99-102 참조.

23) 이하의 서술은 조경배 교수에 대한 비판이 아니다. 조 교수는 이번 사건을 실질적으로 살펴보면 인사권 행사에서 현대자동차가 상당히 개입함으로써 하도급업체가 자율성의 정도는 극히 제한적이었다고 보고 있기 때문이다.

에 관한 것이다. 그러면 현재의 묵시적 근로계약 법리는 타당한가?

박제성 박사는 현재 판례 법리의 가장 큰 문제점으로 엄격한 요건 심사를 지적한다. 박 박사는 엄격한 요건심사의 핵심은 고용사업주의 실체, 즉 독립성 여부 판단인데, 법원이 생각하는 고용사업주의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 ‘약간의 독립성’이어서 “고용사업주에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 사용사업주 사이에 종속관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정”될 수 있다고 주장한다.<sup>24)</sup>

확실히 현재 판례 법리는 묵시적 근로계약관계의 인정에서 엄격한 요건을 요구한다. 이런 태도는 아마도 일반 계약이론에 비추어 이 법리가 가지는 가공할 위력 때문이라고 생각된다. 묵시적 근로계약 법리를 적용하여 직접 근로계약관계의 성립을 인정한다는 것은 엄밀하게 말하면 3면관계인 사내하도급관계를 부정하는 것이다. 즉 사내하도급관계에서 하도급업체를 지워버리고(존재하는 도급계약을 없는 것으로 보고) 사내하도급 근로자와 도급회사 사이의 2면관계로서 직접 근로계약관계만을 인정하는 것이다. 이런 강력한 법적 효과를 부여하기 위해서는 그에 걸 맞는 ‘예외적 상황’이 사실관계에서 인정되어야 하는 것은 당연한 사리이다. 문제는 어떤 상황이 이러한 ‘예외적 상황’에 해당하며, 현행 판례 법리는 이를 적절하게 반영하고 있는가에 있다. 해답은 사내하도급의 법률적 실체 확정에서 구별의 기준점을 명확히 하는 작업으로부터 찾을 수 있을 것 같다.

사내하도급관계의 법률적 실체는 중국적으로 근로계약관계, 파견관계, 도급관계 중 하나로 확정되어야 한다. 현행법은 삼자의 구별을 위한

24) 박제성 박사는 판례 법리의 문제점을 극복하기 위해 종속성이라는 단일한 기준에 따라 서만 판단하자고 한다. 즉 "고용사업주가 독립성이 있는지 여부는 사용사업주와 하도급 근로자들 사이에 종속관계가 존재하는지, 즉 근로계약이 성립하는지 여부와는 무관한 문제"이며, 판례가 확립한 "종속관계 있으면 근로계약 있다"라는 실질주의 판단 원칙에 따라 양자 사이에 종속관계가 있는지만 판단하면 충분하다고 한다.(박제성, “미완의 3부작 그 완성을 위하여”, [사내하청 대법원 판결 3부작 - 그 의미와 과제]토론회(민주사회를 위한 변호사 모임, 2010. 4. 28.), 20-23 참고). 즉 박 박사의 주장은 현재의 판례가 사용하는 틀의 크기에 대한 비판과 틀 자체의 변경에 관한 주장으로 압축할 수 있다. 그런데 후자 즉 사업주 독립성이라는 기준을 배제하고 오직 종속성이라는 단일 기준에 의해서 근로관계의 성립을 판단하자는 주장은 실은 예스코 판결에 대한 검토와 연결되는 것으로 전체 고용법질서와 근로계약론에 관한 초거대 담론이다.

이론적 기준을 파견법상 ‘근로자파견’에서 보여주고 있다. 파견법상 근로자파견은 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다(제2조 제1호).” 이 정의에 비추어 순수하게 이론적으로만 본다면, 근로계약관계란 고용관계와 지휘명령관계가 함께 존재하는 관계이고, 파견관계는 이 중 지휘명령관계만 존재하는 관계이며, 도급관계란 양자 모두 존재하지 않는 관계라고 할 수 있다. 그렇다면 근로계약관계와 파견관계가 도급관계와 본질적으로 구별되는 점은 근로 제공에 관한 주도권이 도급업체에 있다는 것이다. 다시 말해 하도급 근로자의 근로 제공에 도급업체가 지휘명령을 한다는 점에서는 근로계약관계와 파견관계가 다르지 않다. 그러므로 근로계약관계가 인정되려면 도급회사와 실질적으로 지휘명령관계가 있었다는 사실만으로는 부족하고, 파견관계가 아니라는 점 즉 도급회사가 고용관계에서도 주도권을 행사했다는 사실이 인정되어야 한다. 고용관계의 주도권은 근로계약상 기본적 관계에 관한 사항에 대한 주도권을 의미한다. 그리고 여기서 근로계약상 기본적 관계에 관한 사항이란 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등을 말한다. 요컨대 묵시적 근로계약 법리가 적용되기 위한 ‘예외적 상황’이란 하도급 근로자와 도급회사 사이에 근로 제공에 관한 지휘명령관계의 존재가 인정될 수 있는 상황에 더하여 고용관계(근로계약상 기본적 관계)의 존재도 인정될 수 있는 상황이라고 보는 것이 타당하다.

현재의 판례 법리도 ‘예외적 상황’의 인정에서 기본적으로 두 가지 방향에서 접근하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 즉 판례가 말하는 “사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며”, “근로제공의 상대방도 제3자이어서” 등의 표현은 지휘명령관계의 존재를 보여주는 사실로 볼 수 있고, “원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고,” “실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고” 등의 표현은 고용관계의 존재를 나타내는 사실로 파악할 수 있기 때

문이다. 그러나 현행 판례는 사실 탐구의 방법이나 사실 인정의 정도 등에서 몇 가지 보완이 필요하다. 첫째, 사업주로서의 독자성이나 독립성을 판단할 때는 고용관계의 존재를 중심으로 살펴야 한다.<sup>25)</sup> 고용관계가 존재하기 위해서는 원고용주에게 적어도 파견사업주 정도의 실체가 있어야 한다. 즉 원고용주가 최소한 노동법상 파견사업주로서의 책임을 부담할 만한 독자적인 능력을 가져야 하고 또한 실제로도 근로계약의 기본적 사항에 대한 권한을 행사해야 한다. 둘째, 지휘명령관계의 존재를 확인하기 위한 사실 탐구와 고용관계의 존재를 확인하기 위한 사실 탐구는 상관적으로 이루어져야 한다. 주된 이유는 한 가지 사실이 두 가지 탐구에 모두 영향을 줄 수 있기 때문이다. 예를 들어 노무관리에 필요한 인적, 물적 조직을 갖추고 있지 못하였다는 사실은 지휘명령관계의 존재뿐이 아니라 고용관계의 존재에도 부정적인 영향을 미친다. 셋째, ‘직접성’보다는 ‘주도성’에 따라서 사실관계를 인정할 필요가 있다. 도급관계라는 법 형식을 사용할 수 있는 사용자라면 고용관계나 지휘명령관계에 직접 개입하는 경우란 극히 예외적이다. 따라서 현실에 맞는 규율을 위해서는 고용관계나 지휘명령관계의 전반적인 주도권이 누구에게 있었는가에 따라 그 존재 여부를 결정할 필요가 있다.

### 3. 근로자파견관계의 인정

#### 가. 기존의 평가

대상 판결에 대한 연구자들의 평가가 가장 극명하게 갈리는 부분은 근로자파견관계의 인정에 대한 것이다. 김영문 교수와 조성혜 교수가 부정적 입장을 보인 반면,<sup>26)</sup> 박수근 교수와 박종희 교수 및 조경배 교수는

25) 이 점에서 현대미포조선 판결은 이전의 판결에 비해 진일보한 판결이다. 자세한 내용은 강성태(주 4), 10-13 참고 바람.

26) 조성혜 교수는 부정적 평가를 하였지만, 그 논거로 단순히 제1심 판결이 인정한 사실 관계의 일부만을 열거할 뿐이어서 따로 소개하지 않는다(조성혜(주 9), 75 참조). 조 교수는 대상 판결대로라면 “대부분의 간접고용관계는 근로자 파견으로 간주되고, 이에 따라 계약기간 2년이 경과한 후에는 원청업체가 하청업체 근로자들을 직접 고용해야 할 것”이고, 더욱이 파견법 제5조가 “파견 대상 업무를 제한적으로만 허용하고 있기 때문에 원청업체가 제3자를 통해 업무를 위탁하는 경우 대부분이 불법 파견으로 간주될 수 있다.”라고 우려한다(같은 곳).

긍정적 입장을 보였다. 이렇듯 평가가 부정과 긍정으로 갈린 것은 물론이고, 같은 평가에서도 그 이유는 달랐다.

김영문 교수는 대상 판결에 대해 “당해 구체적인 사건에서 지휘명령권의 행사가 있었는지의 사실판단에 대해서는 법관 고유의 판단영역이라고 보아 이의제기하기가 어려울 것”이라고 하면서도,<sup>27)</sup> “그러나 최근 학설에 따라서 지휘명령권에도 도급인으로서 원청기업에 도급목적의 지시권이 있으며, 따라서 지시권이 분화되는 과정 속에서 도급목적의 지시권과 파견관계에서의 지시권을 구별하여 당해 사건에서도 이 기준들이 적용될 수 있는지, 이 기준들을 구체적으로 충족하였는지를 판단했어야 할 것이다. 그러나 대상판결은 학설과 외국의 판례법상 진화된 이 지시권의 분화를 무시한 채, 패턴적으로 획일적 판단을 하였다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 또한 지휘명령권 인정 여부가 여전히 법관의 사실판단에 의존할 수밖에 없기 때문에 법적 불안정성은 여전히 존재할 것이다.”라고 비판한다.<sup>28)</sup>

박수근 교수는 하도급업체가 어떤 목적으로 근로자를 고용하였고, 그 근로자들이 도급회사에서 어떤 형태로 근무하는가를 실질적으로 조사하여 판단하면 파견법이 적용되는 파견관계인지를 쉽게 결정할 수 있다고 본다.<sup>29)</sup> 또한 “우리나라 제조업에서 성행하고 있는 사내하청 대부분은 근로자파견에 해당될 것임에도 불구하고, 법원에서는 그동안 너무 인색하였다.”고 비판하면서, 이번 판결이 근로자파견관계라고 내린 결론은 사실관계에 비추어 타당하다고 평한다.<sup>30)</sup>

박종희 교수는 이 사건의 원심과 대법원 판결을 비교하는 방법을 통해 후자에 대해 긍정적 평가를 내리고 있다.<sup>31)</sup> 박 교수는 지시권의 행사

27) 김영문(주 9), 37.

28) 김영문(주 9), 37-38.

29) 박수근(주 9), 34.

30) 박수근(주 9), 34.

31) 박 교수는 다음과 같은 몇 가지를 전제하고 논의를 시작한다. ① 도급과 파견은 원론적으로는 그 목적뿐만 아니라 담보책임이나 보수 내지 위험이전의 관점 등에서 뚜렷이 구별되는 계약유형이지만, 현실에서는 그 구별이 용이하지 않은 경우가 많다. ② 도급과 파견의 구별은 어떤 절대적인 기준이 아니라 전체적인 관점에서 평가할 수밖에 없다. 이 때 유일한 기준이란 것은 존재할 수 없으며, 유형론적으로(어느 정도 수준까지 징표



가 도급계약상의 지시(Anweisung)와 근로계약상의 지시(Weisung)의 성격을 함께 띠는 경우에는 “도급인의 지시가 단지 도급계약상 급부의 구체화를 위한 지시일 뿐만 아니라, 동시에 수급인의 이행보조자의 사업장 투입을 장소적으로 조정·결정하는 의도를 가진 경우이거나 객관적으로 그렇게 볼 수 있다면, 이 때는 - 비록 도급적인 요소를 인정할 수 있다 하더라도 - 도급이 아닌 근로자파견으로 보아야 할 것”이라고 주장한다.<sup>32)</sup> 박 교수는 현대자동차 사건의 원심과 대법원 판결을 비교하면서, 양자는 사실관계의 인정에서 원고들에게 노무지휘권을 구체적으로 행사한 자가 협력업체인지 현대자동차인지에 대해 달리 판단했고 특히 원고들의 작업에 대한 현대자동차의 관여를 달리 파악했다고 본다.<sup>33)</sup> 후자에 대해 상이한 판단을 한 결정적인 사실요소는 자동흐름방식에 의한 연속작업과정에 현대자동차의 근로자와 혼재하여 작업에 임한 점에 있는 것으로 보인다고 한다.<sup>34)</sup> 박 교수는 “결론적으로 보면 대법원의 판단이 타당한 것”이라고 하면서 그 논거로, ① 협력업체의 독자성과 경영의 독립성이 인정된다고 하더라도 이것이 원고들의 노무제공을 협력업체 스스로가 직접 수행하여 직접 도급사업에 종사케 하는 것을 담보하는 것은 아니라는 점(파견의 경우에도 파견사업주로서의 독자성과 독립성을 유지해야 한다), ② 협력업체가 파견사업주가 아니라 진정한 수급인이기 위해서는 원고들의 노무제공이 수급인에게 이루어지고 그 결과물이 도급인에게 넘겨져야 하는데, 이 사건에서는 중간단계가 생략되었다는 점, ③ 이와 같은 생략이 협력업체의 자의적인 선택에 의한 것이 아니며, 참가인이 계획하고 통

---

를 갖추고 있는가에 따라) 판단할 수밖에 없다. ③ 그렇지만 기본적인 준별기준이 없는 것은 아니며, 특정 계약의 가장 전형적인 모습에서 다른 계약과 구별되는 본질적인 점을 찾을 수 있는 바, 도급과 구별되는 파견의 가장 본질적인 요소는 노무급부 관련 지시권 행사와 그에 대한 파견근로자의 구속이다. 즉 지시권 구속이 파견과 도급의 본질적 구별요소가 되고 다른 여타의 요소들은 이를 보강하는 징표적인 역할을 한다. ④ 지시권은 근로계약관계(또는 파견관계)뿐만 아니라 도급관계에서도 인정되지만, 양자는 그 내용과 성질을 달리 한다. 도급에서의 지시권이 일의 완성에 향해져 있는 반면, 근로관계 내지 파견관계에서 지시권은 근로 제공 그 자체에 향해져 있다(박종회(주 9), 30 및 33-36).

32) 박종회(주 9), 36.

33) 박종회(주 9), 37-38 참조.

34) 박종회(주 9), 38.

제하는 작업과정에 협력업체 근로자들이 편입되어 이들에 대한 사실상의 지배나 지휘권 자체가 사실상 참가인에게로 귀속되어 버림으로써 협력업체는 원고들에 대한 형식적인 노무지휘권만 가질 뿐 실질적인 권한을 행사할 수 있는 지위에 서지 못하는 점 등을 든다.<sup>35)</sup>

조경배 교수도 대상 판결의 이 부분에 대해서는 매우 높은 점수를 주고 있다. 대상 판결이 비록 파견과 도급을 구별하는 일반적인 판단 기준을 명시적으로 제시하지는 않았지만, “파견법 제2조 제1호의 ‘근로자파견’의 정의와 관련지어 파견과 도급을 구별할 수 있는 주요 요소들을 언급함으로써 선례로서 중요한 의의를 가지고 있다고 보고 싶다.”고 그 의의를 평가했다.<sup>36)</sup> 조 교수는 파견과 도급의 구별을 위한 기준에서 기존 하급심 판결들의 경향을 ① 주로 인사권 및 노무지시권의 행사 여부에 주안점을 둔 것과 ② 도급업무의 내용이나 특성 및 업무수행에 필요한 고용주의 고유기술, 원료, 장비, 작업도구와 같은 업무수행능력이나 물적 설비의 구비여부에 주안점을 둔 것으로 대별한 후, 현대자동차 사건의 1심 법원은 전자의 방식을 택한 반면 대법원은 후자의 입장을 지지한 것으로 파악했다.<sup>37)</sup> 나아가 “일반적인 도급관계와는 달리 노무도급의 경우에는 노무지시권의 행사여부만을 가지고 파견과 도급을 구별하는 유일한(또는 핵심적인) 판단기준으로 삼는 것은 확실히 문제가 있다.”고 한다.<sup>38)</sup> 그 이유로 지시권이 가지는 이중성(동일한 지시가 일의 완성과 관련된 지시일 수도 있고 노동제공과 관련된 지시일 수도 있는 성격)을 고려할 때 노무도급의 경우에는 어디로 향하는 지시인지를 구별하는 것이 거의 불가능해지기 때문이라고 한다.<sup>39)</sup> 지시권의 행사여부에 따라 파견과 도급을 구별하고 있는 ‘근로자파견의 판단기준에 관한 지침’(2007.4.19. 노동부와 법무부 및 대검찰청이 공동으로 마련)을 비판하면서,<sup>40)</sup> “진정한 도급으로 인정되기 위해서는 수급인이 도급인으로부터 물적, 인적인 경

35) 박종희(주 9), 39 참조.

36) 조경배(주 9), 103.

37) 조경배(주 9), 103-104 참조.

38) 조경배(주 9), 105.

39) 조경배(주 9), 105 참조.

40) 조경배(주 9), 105-106 참조.

영상의 독립성을 갖추고 계약의 목적을 수행하기 위한 전문적인 업무수행능력을 갖추고 있어야 할 것”인 바, 이 점에서 대상 판결은 “구체적이고 실효성 있는 판단기준을 제시한 것”이라고 평가했다.<sup>41)</sup>

#### 나. 검토

대상 판결의 이 부분에 대한 평가의 결론에서는 긍정과 부정으로 나뉘었지만, 적어도 파견과 도급의 구별 기준이라는 점에서 김영문 교수와 박종희 교수는 기본적으로 인식을 공유하고 있는 것 같다. 즉 두 교수 모두 파견과 도급의 구별에서 가장 본질적인 것은 ‘지시권 기준’(누가 노무급부 관련 지시권을 행사하였는가?)이라고 본다. 반면에 조정배 교수는 양자의 구별에서는 인사권이나 노무지시권의 행사 여부뿐만 아니라 이번 판결이 적절하게 판단하였듯이 수급인의 독립성과 사업수행능력을 함께 고려해야 한다고 본다.

묵시적 근로계약 법리의 검토에서 이미 밝힌 바와 같이 근로계약관계, 파견관계 및 파견관계의 구별을 파견법상 근로자파견의 정의로부터 출발해야 하고, 파견관계와 도급관계의 구별은 지휘명령관계의 존재에서 찾아야 한다. 이 점만을 떼어놓고 보면 위의 두 견해 중 확실히 ‘지시권 기준설’에 가깝다. 그러나 “지휘명령관계의 존재를 확인하기 위한 사실 탐구와 고용관계의 존재를 확인하기 위한 사실 탐구는 상관적으로 이루어져야 한다.”라는 입장을 추가하게 되면 ‘지시권 기준설’과는 거리가 생긴다. 필자의 입장은 이렇다. 파견과 도급의 구별은 확실히 지휘명령관계가 존재하는 곳 다시 말해 누가 하도급 근로자의 근로 제공에 주도권을 행사하는가를 기준으로 판단해야 하지만, 이를 판단할 때는 고용관계에서의 주도권도 보충적으로 고려해야 한다. 예를 들어 하도급 근로자의 근로 제공에 대해 일정한 부분에서는 하도급업체가 주도하고 다른 부분에서는 도급회사가 주도함으로써 전체적으로 지휘명령관계의 소재가 애매한 경우에는 고용관계에서 하도급업체의 주도권을 확인할 필요가 있다. 이 경우 하도급업체에게 요구되는 고용관계에서 주도권의 범위와 정도는

41) 조정배(주 9), 106.

파견사업주의 그것보다는 넓고 강해야 한다. 즉 수급인에게 요구되는 사업주로서의 실체는 파견사업주에게 요구되는 사업주로서의 실체를 넘어서 하도급사업의 수행에 필요한 독자적인 인적 조직을 비롯하여 고용관계뿐만 아니라 지휘명령관계까지 유지할 수 있는 노무관리 체제를 갖추고 있어야 한다.

김영문 교수나 조정배 교수 그리고 박종희 교수는 공히 파견관계에서 사용자사업주의 지시권과 도급관계에서 도급인의 지시권이 혼합, 교차할 수 있어 이를 구별하기가 어렵다는 점을 인정한다. 박 교수는 이런 경우 즉 도급상의 지시와 노무지휘권 행사로서의 지시가 근접하여 구별이 용이하지 않은 경우에는 후자로 보는 것이 타당하다고 지적한다. 올바른 지적이다. 특히 이런 접근은 민법상 계약과 노동법상 계약의 성격이 본질적으로 다르다는 점에서도 필요하다. 주지하듯이 민법에서 정하고 있는 계약이란 해당 유형의 전형적인 모습을 규정한 것으로 본래 임의적이다. 임의성은 요건을 설정할 때는 물론이고(다른 계약 유형과 혼합하거나 다른 유형에 근접시키는 것도 원칙적으로 허용된다) 법적 효과를 부여할 때에도 원칙적으로 관철된다. 그에 비해 노동법상 계약은 두 가지 측면 모두에서 강행법규에 의해 일정한 제한을 받는다. 당사자의 의사는 법이 정한 일정한 방향에서만 허용되고 그렇지 않은 형식과 내용에 대해서는 이른바 법강제가 이루어진다. 이런 차이는 노동법상 계약에 대한 ‘법회피’ 현상을 발생시킬 가능성이 높다.<sup>42)</sup> 또한 논리적으로 볼 때도 임의적 계약과 강행적 계약을 구별한다는 것은 후자에 해당하는가를 가리는 작업을 뜻한다. 엄밀한 의미에서 볼 때 파견과 도급의 구별이란 노동법상 규제 대상이 되는 파견의 범위를 정하는 것으로, 궁극적으로는 입법자가 그러한 개념을 만든 목적에 부합하도록 그 범주와 대상을 확정하는 작업이다. 다만 이것이 양자를 구별할 때 양방향적 탐구가 불필요하다는 의미는 아니다. 한편, 박종희 교수의 지적 중 특히 파견과 도급의 구별에서도 계약의 구별이 문제되는 다른 영역과 마찬가지로 전체적인 관점에서 유형론

42) 더욱이 두 당사자 사이에 거래력(시장에서의 힘)의 차이가 보편적인 사내하도급의 경우에는 도급회사의 법회피 유혹은 매우 클 수밖에 없다.

적으로 접근해야 한다는 지적이나, ‘자동흐름방식에 의한 연속작업공정에서의 혼재작업’을 바라보는 대상 판결의 관점이 타당했다는 지적 등은 적절한 것이다.<sup>43)</sup>

어쨌든 대상 판결은 파견과 도급의 구별이라는 문제에 대해 상당히 의미 있는 판결인 것은 분명하지만, 그것의 구별 기준, 판단 방식, 탐구 방향 등의 측면에서 새로운 연구 과제를 남긴 판결이기도 하다.

#### 4. 근로자파견관계의 효과

##### 가. 기존의 평가

현대자동차 사건에서 현대자동차와 사내하도급 근로자의 관계가 실질적으로 근로자파견관계에 해당한다면, 이 사건의 원심과 대법원 판결이 공히 인정하듯이, 이는 ‘불법파견’에 해당한다. 대상 판결은 예스코 판결을 인용하여 불법파견에 대한 직접고용간주 규정의 적용을 긍정하면서 같은 조항의 적용을 위해서는 파견사용의 기간이 2년을 초과해야 한다는 점을 명시했다. 이 부분에 대해서는 박종희 교수와 조경배 교수가 명시적으로 반대한다.<sup>44)</sup> 그러나 두 교수의 반대 이유는 다르다.

먼저 박종희 교수는 대상 판결의 이 부분에 두 가지 점에서 문제가 있다고 본다. 하나는 직접고용간주 규정의 적용대상에 불법파견을 포함시킨 것이고, 다른 하나는 직접고용간주 규정의 적용을 받으려면 2년의 파견기간이 경과한 후라고 적시한 것이라고 한다.<sup>45)</sup> 전자에 관해 이른바 ‘직접고용간주 규정 유추 적용’을 주장한다. 주장의 요지는 불법파견에는

43) 사실 일관생산방식에서의 혼재작업에 포함된 사내하도급 근로자에게 도급회사가 지휘 명령을 하지 않았다는 주장은, 장소적 미분리, 사업의 전속성, 업무의 미분화 등 도급관계의 실체를 인정하기 곤란한 사유를 제외하더라도, 그 자체만으로 설득력이 매우 약하기 때문이다.

44) 김영문 교수는 이 부분에 대해서 별다른 입장을 밝히지 않았다. 조성해 교수도 이 부분에 대한 직접적인 평가를 하지 않았다. 다만 직접고용간주 규정이나 직접고용의무조항(현행 파견법 제6조의2 제1항)이 도리어 파견근로자의 지위만 불안하게 할 것이라고 비판한다(조성해(주 9), 75-76 참조). 박수근 교수는 이번 판결의 평석에서는 명확하게 밝힌 바 없지만, 예스코 판결을 위해 대법원의 요청에 따라 제출한 전문가 의견서에서 불법파견에 대해서는 적어도 유추해석에 의해 직접고용간주 규정을 적용해야 한다는 견해를 피력한 바 있다.

45) 박종희(주 9), 40.

직접고용간주 규정을 직접 적용할 수 없지만,<sup>46)</sup> 불법파견의 효과에 대해 흠결하고 있는 현행법을 해석론으로 보충하기 위해 같은 규정을 불법파견에 유추하여 적용하자는 것이다.<sup>47)</sup> 박 교수는 ‘유추 적용’의 실익은 후자에서 특히 생긴다고 하면서, 2년이라는 기간 초과로 인해 불법파견이 된 경우를 제외한 여타의 불법파견에서는 불법성이 발생한 시점부터 직접고용간주의 법적 효과가 발생한다고 보자고 주장한다.<sup>48)</sup> 이에 의하면 이번 사건에서 2년을 초과하지 않은 원고에 대해서도 부당해고를 인정할 수 있게 된다.

조경배 교수의 비판은 예스코 판결 그 자체에 맞추어져 있다. 즉 대상 판결에서 불법파견의 경우에도 2년이 경과하지 않은 파견근로자에게는 직접고용간주 규정을 적용할 수 없다고 적시한 것은 같은 판결의 독자적인 문제점이 아니라 예스코 판결을 적용함으로써 발생할 수밖에 없는 당연한 결과라고 본다. 예스코 판결의 중심적 법리 즉 불법파견에도 직접고용간주 규정을 적용하는 법리는 현실적인 측면에서는 물론이고, 고용법 질서에 관한 전체적인 법체계의 관점에서도 문제가 있다고 지적한다.<sup>49)</sup> “근로자의 공급과 사용 모두를 형벌로서 금지하고 제한된 범위 내에서만 허용하는 직업안정법과 파견법 그리고 중간착취를 금지한 근로기준법 등은 고용에 관한 노동법의 객관적인 가치질서를 규정한 것”이고 “간접고용을 금지하고 제한하는 법 규정들은 사용자에게 단지 공법상의 의무를 부과한 데 그치는 것이 아니라 직접고용 원칙이 직업안정법제의 내재적인 원리임을 명확히 밝힌 것”이라는 점을 전제로, “고용에 관한 법질서를 위반하여 파견근로자를 사용한 사용사업주는 이러한 직접고용 원칙의 효과로서 직접고용의무를 부담”한다고 주장한다.<sup>50)</sup> 결론적으로 “강행법규에 위반하여 사법상 효력을 인정받을 수 없는 불법파견에 대하여는 파견법

46) 직접고용간주 규정은 적법한 파견이 2년을 경과한 경우를 대비한 특별 규정이고, 불법파견은 파견법상 파견이 아니라 직업안정법상 금지하고 있는 불법 근로자공급사업이기 때문에, 불법파견에 대해 직접고용간주 규정을 직접 적용할 수는 없다고 한다(박종희(주 9), 40).

47) 자세한 것은 박종희(주 9), 40 참고 바람.

48) 박종희(주 9), 41 참조.

49) 조경배(주 9), 107-109 참조.

50) 조경배(주 9), 113.

을 적용할 여지가 없고 직접고용간주 규정에 관계없이 파견이 위법이 된 순간부터 사용사업주와 파견근로자간에 직접 근로계약관계가 성립한 것으로 보아야 한다.”고 주장한다.<sup>51)</sup>

### 나. 평가

대상 판결 중 근로자파견관계의 법적 효과에 관한 판단은 예스코 판결을 확인한 것이다. 따라서 이 부분에 대한 평가는 실은 예스코 판결에 대한 그것이라고 할 수 있다. 불법파견의 사법적 효과는 아마도 사내하도급 논쟁 중 가장 치열했던 문제였던 것 같다. 이에 대한 다양한 견해는 외형적으로는 직접고용간주 규정의 적용 범위 즉 불법파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되는가라는 질문에 대한 답으로 귀결되었다. 예스코 판결 이전 하급심 판결들 사이에서는 이른바 적용긍정설과 적용부정설이 한 치의 양보도 없이 격렬하게 대립하였다. 학설도 다양하게 갈렸다.<sup>52)</sup>

파견법 제정 이후 가장 의미 있는 판결로 평가될 수 있는 예스코 판결은 또한 가장 큰 논란거리를 남긴 판결이기도 하다. 무엇보다 이 판결은 불법파견의 본래 효과 즉 파견근로자를 사용한 지 2년이 경과하지 않은 불법파견의 사법적 효과에 대해서는 다루지 않았다. 그로부터 파생하는 가장 큰 문제는 2년이 경과하지 않은 파견근로자는 종전 적용부정설의 결과와 마찬가지로 파견법을 비롯하여 대다수 노동관계법의 보호에서 배제될 수 있다는 점이다. 대상 판결은 이런 우려가 기우가 아니었음을 확인하였다. 결국 예스코 판결과 대상 판결은 “2년 동안 불법을 방치하는 결과적 부정의를 어떻게 교정할 것인가?”라는 학계의 질문에 적절한 대답을 내놓아야 한다는 과제를 남겼다. 한편, 이 문제를 해결하기 위한 필자의 입장은 다른 곳에서 이미 밝힌 바 있지만,<sup>53)</sup> 아직은 유동적인 것이

51) 조경배(주 9), 114.

52) 논쟁의 경과와 각 견해의 주요 내용에 대해서는 강성태, “위법파견의 사법적 효과”, 노동법연구 29호(2010. 9), 69-84 참고 바람.

53) 강성태(주 52), 90-91. 이를 요약하면 [직접고용간주 규정은 파견법의 이중성(직접고용에 대한 예외를 인정한 노동시장정책법의 성격과 함께 동시에 파견근로자의 보호를 위해 가증된 법적 보호를 부여하기 위한 중첩적 노동보호법의 성격을 가짐)을 집약

현실이다.

#### IV. 결론에 대신하여: 사내하도급에서 법률관계의 실체를 확정하는 순서

이상에서 대상 판결에 대한 검토를 통해 이 판결을 바라보는 학자들의 다양한 시각을 살펴보았다. 그 과정에서 사내하도급의 규율에 관해 판례가 현재까지 이룬 성과와 함께 그것이 남긴 앞으로의 과제도 확인할 수 있었다. 검토 부분들에서 지적한 바와 같이 앞으로의 연구를 통해 보충되어야 할 점들이 있기는 하지만, 대상 판결은 사내하도급 논쟁과 연구에서 새로운 단계로의 도약을 위한 중요한 이정표가 되었다고 본다. 즉 대상 판결은 이전 판례 법리들을 종합적으로 보여 준 것이면서, 동시에 향후 법원과 학계가 해결하여야 할 많은 숙제도 함께 내 주었다. 사내하도급 연구에서 대상 판결이 차지하는 가장 큰 의의는 바로 여기에서 찾을 수 있다.

한편, 기존 연구에서는 사내하도급에서 법률관계의 실체 확인을 위해서 반드시 해명되어야 할 한 가지 논점을 다루지 않았다고 생각한다. 그것은 법률관계의 실체를 확정하는 ‘순서’에 관한 것이다. 따라서 이에 관해 지금까지 정리된 필자의 생각을 밝히는 것으로 결론에 대신하고자 한다.

이 문제에 대해 약간 언급을 한 학자로는 현재까지 김영문 교수가 유일한 것 같다. 김 교수는 현재의 판례가 사내하도급에서의 법률관계를 확정할 때 일종의 판단 정형 내지 패턴적인 검토 순서를 확립하고 있다고 주

---

적으로 표현하고 있는 규정이어서 불법파견의 경우에도 적용되는 것으로 보아야 한다. 그러나 이 규정의 존재가 파견근로자에 대한 일반 노동법의 배제를 정당화하는 것은 아니다. 그렇게 보면 파견근로자에 대한 중첩적 보호라는 파견법 본래의 목적에 배치된다. 그러므로 불법파견의 경우에 파견근로자에게는 직접고용의 원칙에 따른 권리와 파견법상 직접고용간주 규정에 따른 권리가 함께 발생한다(이중적 권리설).]라는 것이다. 그러나 이상의 생각은 극히 시론적인 것으로 전혀 확정적인 것이 아니다.



장한다. 김 교수가 정리한 판단의 정형은 이렇다.<sup>54)</sup>

[① 먼저 사내하도급업체의 독립성(또는 독자성)을 판단하여 그것이 부정되면 묵시적 근로계약관계 법리에 따라 하도급 근로자와 도급업체 사이에 직접적인 근로관계의 성립을 인정한다. ② 사내하도급업체의 독립성이 인정되면 묵시적 근로계약관계 법리에 따른 직접적인 근로관계의 성립은 부정되고, 파견관계인지 도급관계인지의 문제로 넘어간다. ③ 파견과 도급의 구별은 지휘명령권 기준을 적용하여 구체적 사건에서 도급업체가 사내하도급 근로자에 대해 지휘명령을 하였는지에 따라 구별한다. ④ 지휘명령권의 행사가 인정되면 파견관계로, 인정되지 않으면 도급관계로 판단한다.]

그런데 현재 판례가 김영문 교수의 주장처럼 정형적인 혹은 패턴적인 판단을 하고 있는지는 분명하지 않지만, 실제로 그렇다면 이는 아마도 현재까지의 사내하도급 소송에서 근로자 청구가 정형화되어 있는 것과 관계가 있을 것이다.<sup>55)</sup> 김영문 교수의 주장이 사실이라고 가정하면, 이런 단계적 혹은 패턴적 판단은 올바른가?

사내하도급에서 법률관계의 실체를 확정하는 순서는 크게 나누어 두 가지가 있을 수 있다. 하나는 대상 판결에서 보이는 바와 같이 사업주로서의 실체(고용관계의 존재) 탐구로부터 시작하여 지시권의 존재(지휘명령관계의 존재) 탐구로 나아가는 방법이다. 다른 하나는 이와는 반대로 후자로부터 전자로 나아가는 방법이다. 전자는 현재까지의 분쟁에서 소송당사자의 주장에 부합하고, 또한 지휘명령관계의 존재를 탐구하는 것보다 고용관계의 존재를 확인하는 것이 보다 용이하다는 현실적인 이점이 있다. 그러나 논리적인 측면에서 보면 후자가 훨씬 설득력이 큰 방식이다. 주된 이유는 다음과 같다.

54) 김영문(주 9), 37 참조.

55) “사내하도급 사건에서 근로자 측의 주장은 거의 정형화되어 있다. 도급인과 수급인 사이의 도급계약이 위장도급이고 따라서 수급인의 근로자들과 도급인 사이에는 직접적인 근로계약 관계가 성립한다는 주위적 주장을 제기하는 한편, 설령 직접적인 근로계약 관계가 성립하지 않더라도 파견법의 적용에 따라 2년이 경과하면 직접고용으로 간주된다는 예비적 주장을 제기하는 것이다.”(박제성, 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원, 2008, 16).

사내하도급에서 법률관계의 실체를 해명하는 것은 사내하도급 근로자와 도급회사 사이에 노동법적 규율 특히 근로계약적인 규율이 필요한지, 필요하다면 어떤 방법을 통해 규율할 것인지를 규명하기 위함이다. 당연히 규율의 필요성에 대한 규명이 규율의 방법에 대한 규명에 앞서야 한다. 그런데 근로계약적인 규율은 사내하도급에서 법률관계의 실체가 근로관계이거나 적어도 파견관계에 해당하는 경우 다시 말해 사내하도급 근로자의 근로 제공에 도급회사가 지휘명령을 하는 경우에만 발생한다. 도급회사와 사내하도급 근로자 사이에 아무런 지휘명령관계가 존재하지 않는 도급관계가 해당 법률관계의 실체라면 둘 사이에서 근로계약적인 문제가 발생할 여지는 없다. 요컨대 노동법적 규율이 필요한가를 가리기 위해서는 먼저 지휘명령관계가 존재하는지부터 밝혀야 한다. 일단 지휘명령관계의 존재가 확인되면, 다음은 규율 방법을 확정해야 한다. 현재 판례 법리에서 사용하는 근로계약적인 규율 방법에는 앞서 본 대로 묵시적 근로계약 법리를 따르는 방법과 예스코 판결을 따르는 방법이 있다. 둘 중 어느 방법을 택할 것인가는 해당 사내하도급 법률관계의 실체가 근로관계인가 파견관계인가에 달려 있다. 둘 사이의 구별은 고용관계의 존재 여부에 달려있고 이 때 비로소 일반적인 표현을 빌자면 '사업주의 실체 또는 독자성'이 존재하는지가 문제되는 것이다.

이상의 서술에도 불구하고, 이 부분은 좀 더 연구가 필요할 것 같다. 법률관계의 실체를 확인하는 순서에는 위에서 말한 두 가지 방식 외에도 쌍방향적 동시(同時) 탐구도 가능하며, 어찌 보면 이것이 현실적인 필요와 논리적인 정합성이라는 두 마리 토끼를 한꺼번에 잡는 방법일 수도 있기 때문이다. 어쨌든 또 다른 연구 과제 하나가 추가되는 셈이다.

## <참고문헌>

### 국내문헌

- 강성태, “지금 왜 사용자인가?”, 노동법연구 24호(2008. 3)
- \_\_\_\_\_, “위법파견의 사법적 효과”, 노동법연구 29호(2010. 9)
- \_\_\_\_\_, “사내하도급 삼부작 판결의 의의”, 노동법학 35호(2010. 9)
- 김영문, “사내하도급 근로자와 원청기업의 노동력 제공관계”, 노동법률 232호(2010. 9)
- 박수근, “위장도급에서 원청회사의 노동법상 책임”, 노동법률232호 (2010. 9)
- 박제성, 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원, 2008
- \_\_\_\_\_, “미완의 3부작 그 완성을 위하여”, [사내하청 대법원 판결 3부작 - 그 의미와 과제]토론회(민주사회를 위한 변호사 모임, 2010. 4. 28)
- 박종희, “사내하도급과 파견의 구별기준 및 불법파견의 법률효과”, 조정과 심판(2010. 가을)
- 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례 평석”, 노동법연구 29호(2010. 9)
- 조성혜, “사내하청 근로자에 대한 직접고용간주규정의 적용”, 노동법률 233호(2010. 10)

강 성 태

<Abstract>

## On-site Subcontracting and Employment Contract Relation

### – The legal meanings of Hyundai Motor Case –

Kang, Seong-Tae

The aim of this paper is to review the legal meanings of the Korean Supreme Court's decision on on-site subcontracting in Hyundai Motor Company(hereafter, 'HMC case'). This case has made a huge and critical impact on Korean society overall as well as labor-management relations. Hyundai Motor case is in accordance with two important decisions of the Supreme Court: Hyundai Mipo Dockyard Inc. case (hereafter 'Hyundai Mipo case') and Yescos Inc. case(hereafter 'Yescos case').

Hyundai Motor case is threefold. In the first part of this case, the Supreme Court referred to Hyundai Mipo case and reconfirmed its position of "implied employment relationship principle" for the employment status of workers of on-site subcontracting company. The Court held that the "implied employment relationship principle" could not apply to this case. Secondly, the Court confirmed that the relation between HMC and on-site subcontracting employees should be considered temporary agency work under "the Temporary Agency Workers (Protection) Act" because HMC had controlled those employees' work substantially. Lastly, the Court referred to Yescos case in which the Yescos court held that "the section of legally considering employee-dispatching relation as direct employment relation" should be applied to illegal employee-dispatching relation as

사내하도급과 근로계약관계 - 현대자동차 판결의 검토를 중심으로

well as legal employee-dispatching relation which are relevant to this case. The Court decided that HMC, as an employer, should fulfill its responsibility for those employees who worked over two years.

**Key Words** : on-site subcontracting, illegal employee-dispatching, employment contract relation, temporary work relation, relation between using employer and temporary worker, implied employment relationship principle, the section of legal considering employee-dispatching relation as employment contract relation, Hyundai Motor Case, Hyundai Mipo case, Yescos case