
파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구

파견과 도급의 구별기준을 중심으로

김대근 | 우희숙

Study of Elements Violating the Act on the
Protection, etc. of Temporary Agency Workers:
The Classifying Standard of Temporary and
Contract Work

발간사

최근들어 기업은 경영조직의 효율성을 달성하고 생산비 및 인건비 등의 비용을 절감하기 위해 많은 부분 외부 노동력을 활용하고 있으며, 이는 산업현장에서 지속적으로 증가하고 있습니다. 이 중에서도 특히 도급인의 사업장 내에서 수급인의 근로자를 활용하는 사내하도급이 주를 이루고 있으며, 현재 그 범위가 자동차·조선·화학 등 전통적인 제조업 분야뿐만 아니라 서비스업 분야로도 확장되고 있는 추세입니다. 이러한 사내하도급은 수급인 혹은 (주로) 수급인의 근로자를 활용하는 형태로 이루어지고 있는데, 수급인의 근로자는 도급인의 근로자가 아니기 때문에 도급인은 이와 관련하여 근로기준법 등 노동법상 규제를 전혀 받지 않습니다. 이러한 이유로 사내하도급이 국내 산업현장에서 널리 활용되어 온 것이 사실입니다.

문제는 기업이 도급계약을 통해 외부 노동력을 활용하는데 있는 것이 아니라, 실제로는 파견법이나 기간제법의 보호를 받는 근로자를 사용하면서 관련 법의 적용을 회피하기 위하여 도급이나 위임 등의 형식으로 위장한다는 데 있습니다. 이러한 위장도급은 노동법적 문제뿐만 아니라 더 나아가 형법적 문제를 함께 야기합니다. 왜냐하면 위장도급은 파견법상 형사처벌의 대상으로서, 위장도급을 행한 사업주를 형사처벌하기 위해서는 도급과 파견의 구별이 선제적으로 이루어져야 하기 때문입니다. 위장도급으로 판단되는 경우 ‘근로자의 지위 여부’에 따라 개별적 근로관계를 규율하는 형법 및 집단적 노사관계를 규율하는 형법의 대상이 되는 것입니다.

그러나 현재 도급과 파견의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않은 실정입니다. 물론 법원에 의한 수많은 판례가 축적되었고 이를 통해 도급과 파견의 구별기준에 관한 판례법리가 형성되어 있기도 합니다. 정부 또한 2009년 노동부의 「파견·도급 구별 참고자료」에서 제시한 ‘근로자파견’의 판단기준에 관한 지침 (07.4.19)을 통하여 산업현장에서 위장도급을 파악하고자 노력하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 지침 또한 대법원의 일반적인 기준에서 크게 벗어나지 못하고 있어서, 도급과 파견의 구별에

관한 예측가능성이 높지 않다는 비판에서 자유롭지 않습니다. 이러한 문제는 위장도급에 대한 일반예방적 효과에 의문을 제기할 뿐만 아니라, 법에 대한 국민의 신뢰도를 약화시킬 수 있다는 점에서 심각한 형사정책적 문제를 제기합니다.

이에 본 연구에서는 대법원 판례 법리로 발전된 파견과 도급의 구별기준을 구체적으로 검토하면서, 파견과 도급의 구별기분을 재정립하고자 했습니다. 이를 위해 독일, 일본 등의 논의를 비교법적으로 고찰하면서, 우리 노동법과 형사법에서 요구되는 법적 해결의 가능성을 찾고자 하였습니다. 현행 파견법상 파견의 요건과, 대법원 판례 법리를 통해 형성된 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용을 중심으로 파견과 도급의 구별에 관한 새로운 기준을 제안하고자 하였습니다.

이번 연구가 우리 노동 및 형사 실무의 오랜 숙원이었던 파견과 도급의 합리적 기준에 대한 보편타당한 법해석 및 법정책으로 자리매김하기를 기원합니다. 특히 이 연구를 위해 애써준 한국형사정책연구원의 김대근 박사의 노고를 치하하며 강원대학교 비교법연구소의 우희숙 연구교수에게 깊은 감사를 드립니다.

2016년 12월

한국형사정책연구원

원장 **김진환**

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서 론 (김대근)	5
-----------------------	---

제1절 연구의 목적 및 배경	7
1. 노동력의 외부화 현상과 파견법의 도입	7
2. 도급과 파견의 구별기준에 관한 노동법 및 형법적 분쟁 발생	10
3. 도급과 파견, 그 구별기준의 불명확성	11
제2절 연구의 범위 및 방법	13

제2장 파견법 위반죄의 구성요건에 관한 이론적 검토 (우희숙)	17
---	----

제1절 근로자파견제도의 의의	19
1. 근로자파견제도의 도입	19
2. 직업안정법과의 관계	20
제2절 현행 파견법상 근로자파견계약 및 벌칙조항의 구조	24
1. 현행 파견법상 근로자파견계약의 구조	25
가. 파견사업주와 사용사업주와의 관계: 파견계약의 목적	25
나. 파견사업주와 파견근로자와의 관계	26
다. 사용사업주와 파견근로자와의 관계	28
2. 현행 파견법 위반죄의 종류 및 그 내용	30
가. 근로자파견대상업무 위반죄	31
나. 파견기간 위반죄	36

다. 무허가파견죄	38
라. 기타 위반죄	41
3. 파견법위반죄 성립의 전제조건으로서 도급과의 구별 필요성	44
제3절 파견법 위반죄의 성립요건에 대한 대법원 판례의 태도	47
1. 최초의 파견법 위반죄로서 GM 대우 사건의 진행 과정	47
2. 1심 판결: 적법한 도급관계 인정	49
가. 1심 법원에 나타난 파견과 도급을 구별하기 위한 기준	50
나. 1심 법원에 나타난 적법한 도급의 징표	51
3. 2심 판결: 근로자파견관계 인정	55
가. 2심 법원에 나타난 파견과 도급을 구별하기 위한 기준	56
나. 2심 법원에 나타난 불법파견의 징표	56
다. 미필적 고의 인정	64
4. 대법원: 근로자파견관계 인정	65
가. 파견과 도급의 구분에 대한 판단기준	65
나. 2012년 현대자동차 사건과의 비교	67
제4절 GM 대우 사건에서 나타난 대법원 판례의 문제점	68
1. 사실관계 판단의 차이점	68
2. 형법의 민법에 대한 종속성: 기준의 가변성 문제	69
3. 파견과 도급의 구별기준에 관한 명확성 원칙 위반 여부	71

| 제3장 | 파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의

법리 (김대근·우희숙) 75

제1절 서론	77
제2절 선제조건으로서 직접고용관계여부	78
1. 직접고용관계를 인정한 사건	78
가. SK 주식회사 사건[인사이트코리아 사건]	79
나. 주식회사 현대미포조선 사건	81
2. 직접고용관계를 부정한 사건	83
가. 2015년 KTX 여승무원 사건 A	83

나. 경기화학공업 주식회사 사건	88
다. 부산교통공단 사건	89
3. 직접고용관계를 인정하기 위한 요건 - 묵시적 근로계약 법리	91
가. 판단기준	91
나. 판단기준의 충족 여부	91
제3절 파견과 도급의 구별기준으로서 ‘지휘명령권’의 주체 여부	92
1. 근로자파견관계를 인정한 사건	92
가. 2015년 현대자동차 사건	92
나. 2015년 남해화학 사건	96
다. 2016년 파르나스호텔 주식회사 사건	97
2. 근로자파견관계를 부정한 사건	98
가. 2015년 KTX 여승무원 사건 B	98
3. 파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의 문제점	99
제4절 2015년 이후 하급심 판례 분석	102
1. 묵시적 근로관계 관련 하급심 판례	102
2. 근로자파견관계 관련 하급심 판례	103
가. 개관	103
나. 한국타이어 사건: 근로자파견관계 부정	104
다. 금호타이어 사건	104

| 제4장 | 파견과 도급의 구별기준 재정립

(김대근·우희숙) 113

제1절 타인의 노동력을 이용하는 법률관계	115
제2절 파견과 도급의 구별기준에 관한 기존 논의 분석	117
1. 대법원 판례 법리의 분석	117
2. 근로자파견의 판단기준에 관한 지침 분석	118
가. 근로자파견의 판단기준에 관한 지침 내용	118
나. 문제점 및 보완 사항	122
3. 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」 분석	122

가. 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」의 내용	122
나. 문제점 및 보완 사항	123
제3절 비교법적 검토	124
1. 독일	125
2. 일본	127
제4절 파견과 도급의 구별기준 재정립 방향	128
1. 현행 파견법상 기준에 의한 구별 방법	128
가. 인적 및 물적 요건의 충족	129
나. 근로자파견계약의 내용	130
다. 파견사업주의 의무	132
라. 사용사업주의 의무	132
2. 대법원 판례에 나타난 일반적 기준의 구체화	133
가. 도급계약의 본질	134
나. 대법원 판례에 나타난 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용	139
 제5장 결 론 (김대근)	143
 참고문헌	151
 Abstract	153

국문요약

기업은 경영조직의 효율성을 달성하고 생산비 및 인건비 등의 비용을 절감하기 위해 많은 부분 외부 노동력을 활용하고 있으며, 이는 산업현장에서 지속적으로 증가하고 있다. 이 중에서도 특히 도급인의 사업장 내에서 수급인의 근로자를 활용하는 사내하도급이 주를 이루고 있으며, 현재 그 범위가 자동차·조선·화학 등 전통적인 제조업 분야뿐만 아니라 서비스업 분야로도 확장되고 있다. 이러한 사내하도급은 수급인 혹은 (주로) 수급인의 근로자를 활용하는 형태로 이루어지고 있는데, 수급인의 근로자는 도급인의 근로자가 아니기 때문에 도급인은 이와 관련하여 근로기준법 등 노동법상 규제를 전혀 받지 않는다. 이러한 이유로 사내하도급이 국내 산업현장에서 널리 활용되어 온 것이 사실이다.

한편 1998년 외환위기 이후 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다)이 도입됨에 따라 근로자파견은 근로기준법 및 직업안정법에 의해 원칙적으로 금지된 근로자공급사업에서 제외되었다. 그리고 이러한 근로자파견사업은 그 허가업체 수가 1998년부터 2016년 현재까지 꾸준히 증가하고 있다. 그러나 근로자파견사업은 파견법에 의해서 많은 부분 제한을 받기 때문에, 기업은 도급계약을 편법적으로 활용하고 있다. 즉 기업은 근로계약을 통해 근로자를 직접 고용하거나 근로자파견계약을 통해 파견근로자를 간접 고용해야 하는데, 이러한 직접 고용 및 간접 고용은 관련 노동법의 적용을 받기 때문에 그 법적 책임을 회피하기 위하여 도급계약을 활용하고자 하는 유인이 발생하는 것이다. 더욱이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다)이 2007년 7월 1일부터 시행됨에 따라, 이러한 법적 규율을 회피하기 위하여 도급계약을 통한 노동력의 외부화 현상이 더욱 확산되고 있다.

그러나 문제는 기업이 도급계약을 통해 외부 노동력을 활용하는데 있는 것이 아니라, 실제로는 파견법이나 기간제법의 보호를 받는 근로자를 사용하면서 그 관련 법의 적용을 회피하기 위하여 도급이나 위임 등의 형식으로 위장한다는 데 있다. 이는 근로자파견이 민법 제664조에 따라 허용되는 도급계약과 명확히 구별되지 않는 문제와도

2 파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구

관련이 있다. 이에 1998년 파견법을 시행한 이후 사내하도급이 ‘위장’도급으로서 그 실질은 직접고용관계이거나 근로자파견관계이므로, 도급인에게 묵시적 근로계약관계 법리에 따른 직접고용의무 또는 현행 파견법상(구 파견법상 고용간주) 고용의무가 있다는 소송이 꾸준히 제기되고 있는 것이다. 그러나 이러한 위장도급은 위와 같은 노동법적 문제뿐만 아니라 더 나아가 형법적 문제도 같이 야기한다. 왜냐하면 위장도급은 파견법상 형사처벌의 대상으로서, 위장도급을 행한 사업주를 형사처벌하기 위해서는 도급과 파견의 구별이 선제적으로 이루어져야 하기 때문이다. 그리고 위장도급으로 판단되는 경우 ‘근로자의 지위 여부’에 따라 개별적 근로관계를 규율하는 형법 및 집단적 노사관계를 규율하는 형법의 대상이 되기 때문이다.

그러나 현재 도급과 파견의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 물론 1998년 파견법 도입 이후로 산업현장에서 널리 활용되어 온 도급계약, 특히 사내하도급이 민법상 도급계약인지 파견법상 파견계약인지에 대한 법적 분쟁이 발생하면서 수많은 판례가 축적되었고 이를 통해 도급과 파견의 구별기준에 관한 판례법리가 형성되었다. 그리고 최근 2015년 대법원이 현대자동차 사건 등을 통해 일반적인 기준을 제시하기도 하였다. 그러나 이러한 일반적인 기준 제시에도 불구하고 ① 그 일반적 기준은 단지 그 동안의 판례에서 나타난 징표들을 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 점, 또한 ② 그 일반적 기준에는 사내하도급의 유형에 따른 개별적 특수성을 충분히 반영하지 못하였다는 점, 그리고 ③ 개별적 판단 후 종합적으로 이루어지는 판단방식이 매우 불명확하여 2015년 대법원 판결 이후 하급심에서 일관성 있는 판결이 이루어지지 못하고 있다는 점에서 여전히 그것의 구별기준에 대한 명확성 요청이 제기될 수 있다.

한편 정부는 현재, 2009년 노동부의 「파견·도급 구별 참고자료」에서 제시한 ‘근로자파견’의 판단기준에 관한 지침(07.4.19)을 통하여 산업현장에서 위장도급을 파악하고자 노력하고 있다. 그러나 이러한 지침은 2015년 대법원 판례에서 제시한 일반적인 기준을 반영하지 못하고 있다. 이는 국민의 입장에서 볼 때 도급과 파견의 구별에 관한 예측가능성을 떨어뜨려 법에 대한 신뢰도를 약화시킬 수 있다. 그리고 위장도급에 대한 일반예방적 효과에 의문을 야기할 수 있다. 더욱이 도급과 파견의 구별기준에 관한 대법원 판례는 ‘근로자 지위 여부’ 등을 중심으로 형성되었기 때문에, 이러한

기준에 과연 파견법 위반에 관한 범죄구성요건의 해석기준으로 그대로 적용될 수 있는지에 대해서는 더욱 정치한 논의가 필요하다.

이에 본 연구에서는 파견과 도급의 구별기준을 (대)법원 판례를 중심으로 분석하고자 한다. 이는 다음과 같이 크게 세 부분으로 진행된다. 첫째, [제2장]에서는 불법파견에 대한 형사책임을 최초로 인정한 GM 대우 사건을 분석하고자 한다. 그리고 이 사건에 관한 각 심급의 구체적 내용을 분석하기에 앞서 현행 파견법위반죄의 구성요건을 검토하고자 한다. 이는 현재 파견과 도급의 구별기준에 관한 논의가 노동법학계를 중심으로 이루어지고 있어, 파견법상 각 위반죄에 대한 형법해석학적 논의가 거의 전무한데서 비롯한다. 구성요건에 대한 명확한 해석 없이 파견과 도급의 구별에 관한 대법원 판례 법리를 그대로 적용하게 되면, GM 대우 사건을 통해 확인할 수 있듯이, 그 기준의 가변성으로 인하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반될 가능성이 높기 때문이다.

둘째, [제3장]에서는 대법원 판례 법리로 발전된 파견과 도급의 구별기준을 구체적으로 검토하고자 한다. 대법원 판례 법리는 크게 도급인과 수급인의 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계 법리가 적용되어 직접고용관계가 인정되는지 여부, 그렇지 않다면 그 법률관계는 도급관계인지 아니면 근로자파견관계인지 여부로 나아가게 된다. 전자와 관련하여서는 직접고용관계를 인정한 대표적인 사례로 SK 주식회사 사건(인사이트코리아 사건)과 주식회사 현대미포조선 사건을 중심으로 분석하고자 한다. 후자와 관련하여서는 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원 판례가 일반적 기준을 제시하였으므로 그 이전의 대법원 판례의 태도와 그 이후의 하급심 판례의 태도로 나누어 고찰하고자 한다. 이를 통해 2015년 현대자동차 사건 등에서 제시된 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준은 그 동안 판례가 축적되어 오면서 제시된 파견과 도급의 징표들을 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 것을 밝히고 여전히 그 기준이 불명확하다는 점을 도출하고자 한다. 그리고 이 과정에서 사실관계의 재구성이 중요하다는 점도 명확하게 밝히고자 한다.

셋째, [제4장]에서는 타인의 노동력을 이용하는 법률관계에 대한 대법원 판례의 태도, 노동부와 법무부, 대검찰청이 2007년 공동으로 마련하고 현재까지 시행하고 있는 “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”, 2015년 9월 16일 이인제 의원이 대표

4 파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구

발의 한 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」 등을 중심으로 기존 논의의 문제점을 도출하고자 한다. 그리고 파견과 도급의 구별기분을 재정립하기 위하여 독일, 일본 등의 논의를 비교법적으로 고찰하고자 한다. 이를 바탕으로 파견과 도급의 구별기준은 현행 파견법을 중심으로 정립되어야 한다는 점을 도출하고자 한다. 그리고 현행 파견법상 파견의 요건과, 대법원 판례 법리를 통해 형성된 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용을 중심으로 파견과 도급의 구별에 관한 새로운 기준을 제안하고자 한다.

제1장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

서론

김 대 근

제1절 연구의 목적 및 배경

1. 노동력의 외부화 현상과 파견법의 도입

기업은 경영조직의 효율성을 달성하고 생산비 및 인건비 등의 비용을 절감하기 위해 많은 부분 외부 노동력을 활용하고 있으며, 이는 산업현장에서 지속적으로 증가하고 있다. 이 중에서도 특히 도급인의 사업(장) 내에서 수급인의 근로자를 활용하는 사내하도급이 주를 이루고 있으며,¹⁾ 현재 그 범위가 자동차·조선·철강·화학 등 전통적인 제조업 분야뿐만 아니라 서비스업 분야로도 확장되고 있다. 즉 2010년 8월 현재 고용노동부 지방관서에서 300인 이상 사업장 1,939개소를 대상으로 사내하도급 활용 실태를 조사한 결과, 원·하청 근로자 중에서 사내하도급 근로자가 차지하는 비중이 증가한 것을 확인할 수 있다.²⁾

이러한 사내하도급은 수급인 혹은 (주로) 수급인의 근로자를 사용하는 형태로 이루어지고 있는데, 이때 수급인의 근로자는 도급인의 근로자가 아니므로, 도급인은 이와

1) 본 연구에서 사내하도급은 사업장 ‘내’ 하도급뿐만 아니라 사업장 ‘외’ 하도급을 모두 포함하는 ‘사업 내 하도급’을 의미한다. 그리고 사내하도급은 원래 제조업에서 사용되던 ‘사내하청’을 순화한 표현으로서, 원·하청 근로자라는 개념을 사용할 때에는 제조업 분야뿐만 의미하는 것이 아니라 서비스업 분야까지도 포함하는 것으로 사용한다. 은수미 외, 「간접고용 국제비교」, 한국노동연구원, 2012, 214-215쪽.

2) 고용노동부는 2016년 고용노동백서에서, 사내도급과 관련하여 “2010년 8월 현재 고용노동부 지방관서에서 300인 이상 사업장 1,939개소를 대상으로 사내도급 활용 실태를 조사한 결과, 799(41.2%) 사업장에서 사내도급을 활용하고 있으며, 동 사업장의 원·하청 근로자 1,326천 명 중 사내도급 근로자는 326천 명(24.6%)으로 나타났다. 2008년 조사와 비교할 때, 사내도급을 활용하는 업체 수, 사내도급 근로자 수 등을 줄였으나, 원·하청 근로자 중에서 사내도급 근로자가 차지하는 비중은 다소 증가하였다”고 언급하였다. 고용노동부, 「고용노동백서」, 2016, 272쪽.

관련하여 근로기준법 등 노동법상 규제를 전혀 받지 않는다. 왜냐하면 도급은, 강제근로와 중간착취의 발생 가능성 등을 이유로 근로기준법에서 ‘원칙적’으로 금지하고 직업안정법에서 ‘예외적’으로만 허용하는 근로자공급사업에 해당하지 않기 때문이다. 즉 그 개념 정의를 기준으로 살펴보았을 때, 사내하도급은 ‘원사업주로부터 업무를 도급받거나 업무의 처리를 수탁한 사업주가 자신의 의무를 이행하기 위해 원사업주의 사업장에서 해당 업무를 수행하는 것’³⁾인 반면 근로자공급사업은 ‘공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’을 의미하기 때문에 노동법 등의 적용으로부터 자유롭다. 이러한 이유로 사내하도급이 국내 산업현장에서 널리 활용되어 온 것이 사실이다. 그러나 1998년 외환위기 이후 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다)이 도입됨에 따라 근로자파견은 —근로기준법 및 직업안정법에 의해 원칙적으로 금지된— 근로자공급사업에서 제외되었다.⁴⁾ 그리고 이러한 근로자파견사업은 다음의 <표 1>에서 확인할 수 있는 바와 같이 그 허가업체수가 1998년부터 2016년 현재까지 꾸준히 증가하고 있다.

<표 1> 연도별 근로자파견사업 현황

연도별	파견사업체	
	허가업체수	실적업체수(%)
2016	2,448	1,718(70.2)
2015	2,492	1,754(70.3)
2014	2,468	1,772(71.8)
2013	2,314	1,663(71.8)
2012	2,087	1,468(70.3)
2011	1,813	1,298(71.5)
2010	1,595	1,145(71.8)
2009	1,419	1,065(75.1)

3) 2016년 4월 8일 고용노동부 보도자료 중 <붙임 2> 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」(개정). 참고로 이러한 개념 정의는 ILO 제86차 총회(1998)에서 정의된 내용을 반영한 것이다.

4) “중래 직업안정법에서는 타인의 취업에 개입하는 유형 중 하나인 (국내) ‘근로자공급사업’과 관련하여 노동조합만을 사업주체로 인정하는 허가제로 유지하고 있었으나(제33조 제1항, 제3항, 시행령 제33조 제2항 제1호), 고용유연성 제고 등 기업 측의 탄력적인 인력운용 확대 필요성이 제기됨에 따라 노·사·정 사이의 협상 및 논의를 거친 끝에 1998년 2월경 구 파견근로자보호법이 제정되었다. 이에 따라 근로자파견사업은 직업안정법상 근로자공급사업의 범위에서 제외되었다.” 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781, 2013가합4456(병합) 판결.

연도별	파견사업체	
	허가업체수	실적업체수(%)
2008	1,326	995(75.0)
2007	1,208	915(75.7)
2006	1,076	860(79.9)
2005	1,153	890(77.2)
2004	1,061	829(78.1)
2003	1,114	859(77.1)
2002	1,243	901(72.4)
2001	1,257	868(69.0)
2000	1,357	820(60.0)
1999	1,244	832(67.0)
1998	789	564(71.0)

그러나 근로자파견사업은 파견법에 의해서 많은 부분 제한을 받기 때문에, 기업은 도급계약을 편법적으로 활용하고 있다. 즉 기업은 근로계약을 통해 근로자를 직접 고용하거나 근로자파견계약을 통해 파견근로자를 간접 고용하여야 하는데, 이러한 직접 고용 및 간접 고용은 관련 노동법의 적용을 받기 때문에 그 법적 책임을 회피하기 위하여 도급계약을 활용하고자 하는 유인이 발생하는 것이다. 예를 들어 파견근로자를 사용하는 경우에도 파견사업주는 파견법상 파견대상업무 등과 관련하여 제한을 받고 사용사업주는 근로기준법 등의 적용에 관한 특례 등이 적용되고, 더 나아가 이러한 의무를 위반한 파견사업주나 사용사업주는 벌칙조항에 의하여 형사책임의 대상이 될 수 있다. 더욱이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다)이 2007년 7월 1일부터 시행되게 됨에 따라, 이러한 법적 규율을 회피하기 위하여 도급계약을 통한 노동력의 외부화 현상이 더욱 확산되고 있다.

그러나 문제는 기업이 도급계약을 통해 외부 노동력을 활용하는데 있는 것이 아니라, 실제로는 파견법이나 기간제법의 보호를 받는 근로자를 사용하면서 그 관련 법의 적용을 회피하기 위하여 도급이나 위임 등의 형식으로 위장한다는 데 있다. 이는 근로자파견이 민법 제664조에 따라 허용되는 도급계약과 명확히 구별되지 않는 문제와도 관련이 있다. 즉 <도급인·수급인·도급인의 사업(장) 내에서 노무를 제공하는 수급인의 근로자로 이루어지는 도급의 형식>과 <파견사업주·사용사업주·사용사업주의 사

업장에서 노무를 제공하는 파견사업주의 근로자인 파견근로자로 이루어지는 파견의 형식>이 산업현장에서는 명확히 구별하기가 어려워진 것이다. 이에 1998년 파견법을 시행한 이후 사내하도급이 '위장'도급으로서 그 실질은 직접고용관계이거나 근로자파견관계이므로, 도급인에게 묵시적 근로계약관계 법리에 따른 직접고용의무 또는 현행 파견법상(구 파견법상 고용간주) 고용의무가 있다는 소송이 꾸준히 제기되고 있는 것이다.⁵⁾

2. 도급과 파견의 구별기준에 관한 노동법 및 형법적 분쟁 발생

앞에서도 언급한 바와 같이 '도급'은 민법 제664조에 따라, 근로자·파견'은 파견법 제2조 제1호에 따라 이론적으로는 구분이 가능하지만, 산업현장에서는 현실적으로 도급과 파견을 구별하기가 어려운 것이 사실이다. 이에 기업 중 일부는 판례 법리에 따라 형성된 '묵시적 근로관계' 인정에 따른 직접 고용 그리고 파견법의 제한을 회피하기 위하여, 도급의 형식을 빌린 파견근로자를 활용하고자 하는 유인이 발생한다. 이러한 위장도급은 근로자의 입장에서 볼 때 직접 고용에 따른 노동법적 보호(예: 개별적 근로관계를 규율하는 근로기준법, 집단적 노사관계를 규율하는 노동조합 및 노동관계조정법 등) 혹은 파견법에 따른 보호 등을 받지 못함으로 인하여 중간착취의 불이익, 임금 및 근로조건의 저하, 근로계약의 불안정 등을 겪을 수밖에 없다. 이에 '근로자 지위 확인' 등을 둘러싼 노동법적 분쟁이 다수 발생하고 있으며, 노동법학계의 논의 또한 이를 중심으로 이루어지고 있다.

그러나 이러한 위장도급은 위와 같은 노동법적 문제뿐만 아니라 더 나아가 형법적 문제도 같이 야기한다. 왜냐하면 위장도급은 파견법상 형사처벌의 대상으로서, 위장도급을 행한 사업주를 형사처벌하기 위해서는 도급과 파견의 구별이 선제적으로 이루어져야 하기 때문이다. 그리고 위장도급으로 판단되는 경우 '근로자 지위 여부'에 따라 개별적 근로관계를 규율하는 형법 및 집단적 노사관계를 규율하는 형법의 대상

5) 본 연구에서 언급하는 '위장'도급이란 민법 제664조 이하에서 규정하고 있는 도급과 대비되는 개념이다. 즉 형식적으로는 도급인과 수급인이 도급계약을 체결하지만, 실질적으로는 수급인이 형식적인 도급계약에 따라 자신이 고용한 근로자를 도급인의 사업장에 편입시키고, 도급인은 해당 근로자에 대하여 업무에 대한 구체적인 지휘·명령을 행사하는 경우라고 할 수 있다. 결국 '위장'도급이란 형식은 도급이지만, 그 실질은 직접고용, 근로자공급, 근로자파견 등을 의미한다.

이 되기 때문이다.⁶⁾

그러나 현재 도급과 파견의 구별기준은 법률에 명확하게 규정되어 있지 않다. 물론 1998년 파견법 도입 이후로 산업현장에서 널리 활용되어 온 도급계약, 특히 사내하도급이 민법상 도급계약인지 혹은 파견법상 파견계약인지에 대한 법적 분쟁이 발생하면서 수많은 판례가 축적되었고 이를 통해 도급과 파견의 구별기준에 관한 판례법리가 형성되었다. 그리고 최근 2015년 대법원이 현대자동차 사건 등을 통해 일반적인 기준을 제시하기도 하였다. 그러나 이러한 일반적인 기준 제시에도 불구하고 2015년 이후 하급심 판례는 유사한 사건에서 동일한 기준을 적용하였음에도 불구하고 상반된 결과를 도출하는 경향을 보이고 있다. 이는 국민의 입장에서 볼 때 도급과 파견의 구별에 관한 예측가능성을 떨어뜨려 법에 대한 신뢰도를 약화시킬 수 있다. 그리고 위장도급에 대한 일반예방적 효과에 의문을 야기할 수 있다. 더욱이 도급과 파견의 구별기준에 관한 대법원 판례는 ‘근로자 지위 여부’ 등을 중심으로 형성되었기 때문에, 이러한 기준이 과연 파견법 위반에 관한 범죄구성요건의 해석기준으로 그대로 적용될 수 있는지에 대해서는 더욱 정치한 논의가 필요하다.

3. 도급과 파견, 그 구별기준의 불명확성

앞에서도 언급한 바와 같이 2015년 대법원 판례가 현대자동차 사건 등에서 그동안 축적된 판례를 통해 도급과 파견의 일반적인 구별기준을 제시하였음에도 불구하고 ① 그 일반적 기준은 단지 그 동안의 판례에서 나타난 징표들을 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 점, 또한 ② 그 일반적 기준에는 사내하도급의 유형에 따른 개별적 특수성을 충분히 반영하지 못하였다는 점, 그리고 ③ 개별적 판단 후 종합적으로 이루어지는 판단방식이 매우 불명확하여 2015년 대법원 판결 이후 하급심에서 일관성 있는 판결이 이루어지지 못하고 있다는 점에서 여전히 그것의 구별기준에 대한 명확성의 요청이 제기된다.

한편 정부는 현재, 2009년 노동부의 「파견·도급 구별 참고자료」에서 제시한 ‘근로자파견’의 판단기준에 관한 지침(07.4.19)을 통하여 산업현장에서 위장도급을 파악하고자 노력하고 있다.⁷⁾ 그러나 이러한 지침은 2015년 대법원 판례에서 제시한 일반적

6) 예를 들어 근로기준법상 중간착취배제위반죄 등.

인 기준을 반영하지 못하고 있으며, 설사 반영한다 하더라도 위에서 언급한 문제점으로 인하여 제3자의 근로자를 사용하는 사업주, 위장도급을 수사하는 근로감독관 및 검찰, 법을 적용하는 법원 등이 도급과 파견을 일관적으로 명확하게 구분하지 못하는 문제가 발생하고 있다.

물론 도급과 파견의 구별기준에 관한 연구는 노동법학계를 중심으로 상당한 연구가 축적되어 있다.⁸⁾ 그러나 논의의 대부분이 ‘근로자 지위 확인’을 중심으로 ① 1998년 파견법 제정 이후 나타난 도급과 파견의 구별 문제, ② 2010년 도급인과 수급인 소속 근로자 사이에 ‘파견’을 최초로 인정한 현대자동차 사건에 관한 대법원 판례의 비판적 분석, ③ 2015년 그동안 축적된 판례를 종합하여 일반적 기준을 제시한 현대자동차 사건 등에 관한 대법원 판례의 비판적 분석이 주를 이루고 있다. 그리고 이러한 논의는 대부분 제3자의 사업장에서 노무를 제공하는 근로자의 노동법적 보호 및 파견법 보호에 초점을 두고 있다. 이에 도급과 파견의 구별기준에 관한 연구는 2015년 대법원 판결 이후의 현황을 파악하지 못하고 있으며, 더욱이 파견법 위반에 대한 형법적 논의는 거의 전무한 실정이다. 즉 범죄의 구성요건으로서 근로자·파견’을 적법한 도급과 명확히 구별할 수 있는 기준 및 판단방식이 마련되어 있지 않아 명확성 원칙에 위반될 가능성이 높다. 그리고 이러한 상황으로 인해 위장도급을 수사하는 근로감독관 및 검찰, 법해석 및 적용을 하는 법원의 자의적인 판단이 개입될 여지가 높다.

이에 도급과 파견의 구별기준을 재정립하여 위장도급 여부를 명확히 함으로써 정책 집행 및 법 적용에 있어 일관성 및 효율성을 제고할 필요성이 있다. 그리고 도급과 파견의 명확한 기준 설정을 통해 파견법 위반죄에 대한 명확성을 국민들에게 제시할 필요가 있다. 이는 죄형법정주의의 명확성 원칙을 관철함으로써 국민들에게 파견법

7) 노동부, 「파견·도급 구별 참고자료」, 2009 참고.

8) 비교적 최근의 논의로는 강보라·최명지, “묵시적 근로계약관계 법리와 불법파견을 중심으로 본 KTX 승무업무의 법적 성질”, 법학평론 제6권, 2016; 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노동법논총 제34집, 한국비교노동법학회, 2015; 이승길·김준근, “도급과 파견의 구별에 관한 판단기준”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015; 조경배, “KTX 대법원 판결과 도급의 구별기준”, 노동법학 제56호, 한국노동법학회, 2015; 고용노동부, 「합리적인 파견·도급 구별기준에 관한 연구」, 2014; 김봉수, “노무도급과 위장도급”, 안암법학 제39호, 안암법학회, 2012; 송강직, “사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계”, 강원법학 제32호, 강원대학교 비교법학연구소, 2011; 권영환, “‘파견과 도급의 구별’이라는 틀의 검토”, 노동법연구 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011; 박지순, “비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제”, 산업관계연구 제19권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2009; 조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, 노동법연구 제22호, 서울대 노동법연구회, 2007.

위반에 대한 형사처벌의 예측가능성을 부여하고, 그로 인한 일반예방적 효과의 실효성을 높이는데 있다. 무엇보다도 법과 정책은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 정의(와 평등)의 기본적 요청에 충실한 필요가 있는 것이다.⁹⁾

제2절 연구의 범위 및 방법

한편 이러한 위장도급으로 인한 노동법 및 형법적 분쟁 발생은 파견법 도입 이후에 본격적으로 논의가 시작된 것은 아니다. 노동법적 차원에서 살펴보았을 때, 사용자와 근로자 사이에서 이루어지는 직접 근로계약에서도 이와 같은 문제는 현재까지 지속적으로 발생하고 있다. 예를 들어 노동법 영역에서는 —최근까지도— ‘근로자의 개념’이 무엇인지에 대하여 논란이 있는데, 다음은 이에 대한 대법원 판례의 태도이다.

“근로기준법상 근로자에 해당하는지 아닌지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있는 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는, 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 당하는지, 노무제공자가 스스로 비품·원재료나 작업 도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세를 원천징수하는지 등의 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서의 근로자 지위 인정 여부 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 마음대로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”¹⁰⁾

9) 정의와 평등의 개념에 대해서는 김대근, “Amartya Sen의 정의론의 방법과 구조”, 법철학연구 제14권 제1호, 2011 참조. 특히 차별 개념에 대해서는 김대근, “차별 개념의 규범적 이해”, 형사정책연구소식 제139호, 2016 참조.

10) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결.

이처럼 ‘근로자의 개념’이 문제되는 것은 제3자의 노동력을 활용하려는 자가 노동법의 적용을 회피하기 위해서 도급을 위장한 법률관계를 형성하려는데 있다. 즉 상대적으로 명확해 보이는 근로계약 또한 도급과의 구분 문제로 휘말려 들어가게 되면, 파견과 도급의 구별에 관한 법적 분쟁과 동일한 모습을 나타낼 수밖에 없는 것이다. 그러나 이러한 문제는 〈근로계약 v. 도급계약〉을 넘어서 현재에는 —앞에서도 언급한 바와 같이— 〈근로자파견계약 v. 도급계약〉이 함께 상존한다는 점에서 더욱 복잡해진다.

만약 사용자가 근로관계를 위장하기 위하여 도급의 형식을 빌렸다면, 도급인은 근로자에 대하여 노동법상 사용자의 책임을 지고 수급인은 직업안정법상 허가를 받지 않고 근로자공급사업을 하였으므로 형사책임을 진다. 그리고 만약 사용자가 근로자파견관계를 위장하기 위하여 도급의 형식을 빌렸다면, 도급인은 근로자에 대하여 파견법상 사용사업주의 책임을 지며 수급인은 파견법상 허가를 받지 않고 근로자파견사업을 하였으므로 형사책임을 진다. 결국 사용자가 근로관계이든 근로자파견관계이든 이에 대한 노동법적 책임을 회피하기 위하여 도급으로 위장한 경우, 그 계약의 형식과 상관없이 위와 같은 법적 책임에서 벗어날 수 없다. 그런데 문제는 ‘근로자 개념’을 둘러싼 법적 분쟁에서도 확인할 수 있듯이, 파견과 도급을 구별하는 것이 현실적으로 쉬운 문제가 아니라는 점이다. 더욱이 —예를 들어— 불법파견의 경우 사용사업주나 파견사업주는 파견법상 동일한 형사책임을 지게 되는데, 파견과 도급의 구별에 대한 불명확성은 죄형법정주의상 명확성 원칙과의 관계에서도 의문을 자아낼 수밖에 없다.

이에 본 연구에서는 파견과 도급의 구별기준을 (대)법원 판례를 중심으로 분석하고자 한다. 이는 다음과 같이 크게 세 부분으로 진행된다. 첫째, [제2장]에서는 불법파견에 대한 형사책임을 최초로 인정한 GM 대우 사건을 분석하고자 한다. 그리고 이 사건에 관한 각 심급의 구체적 내용을 분석하기에 앞서 현행 파견법위반죄의 구성요건을 검토하고자 한다. 이는 현재 파견과 도급의 구별기준에 관한 논의가 노동법학계를 중심으로 이루어지고 있어, 파견법상 각 위반죄에 대한 형법해석학적 논의가 거의 전무한데서 비롯한다. 구성요건에 대한 명확한 해석 없이 파견과 도급의 구별에 관한 대법원 판례 법리를 그대로 적용하게 되면, GM 대우 사건을 통해 확인할 수 있듯이, 그 기준의 가변성으로 인하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반될 가능성이 높기 때문이다.

둘째, [제3장]에서는 대법원 판례 법리로 발전된 파견과 도급의 구별기준을 구체적으로 검토하고자 한다. 대법원 판례 법리는 크게 도급인과 수급인의 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계 법리가 적용되어 직접고용관계가 인정되는지 여부, 그렇지 않다면 그 법률관계는 도급관계인지 아니면 근로자파견관계인지 여부로 나아가게 된다. 전자와 관련하여서는 직접고용관계를 인정한 대표적인 사례로 SK 주식회사 사건[인사이트코리아 사건]과 주식회사 현대미포조선 사건을 중심으로 분석하고자 한다. 후자와 관련하여서는 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원 판례가 일반적 기준을 제시하였으므로 그 이전의 대법원 판례의 태도와 그 이후의 하급심 판례의 태도로 나누어 고찰하고자 한다. 이를 통해 2015년 현대자동차 사건 등에서 제시된 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준은 그 동안 판례가 축적되어 오면서 제시된 파견과 도급의 징표들을 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 것을 밝히고 여전히 그 기준이 불명확하다는 점을 도출하고자 한다. 그리고 이 과정에서 사실관계의 재구성이 중요하다는 점도 명확하게 밝히고자 한다.

셋째, [제4장]에서는 타인의 노동력을 이용하는 법률관계에 대한 대법원 판례의 태도, 노동부와 법무부, 대검찰청이 2007년 공동으로 마련하고 현재까지 시행하고 있는 “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”, 2015년 9월 16일 이인제 의원이 대표발의 한 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」 등을 중심으로 기존 논의의 문제점을 도출하고자 한다. 그리고 파견과 도급의 구별기준을 재정립하기 위하여 독일, 일본 등의 논의를 비교법적으로 고찰하고자 한다. 이를 바탕으로 파견과 도급의 구별기준은 현행 파견법을 중심으로 정립되어야 한다는 점을 도출하고자 한다. 그리고 현행 파견법상 파견의 요건과, 대법원 판례 법리를 통해 형성된 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용을 중심으로 파견과 도급의 구별에 관한 새로운 기준을 제안하고자 한다.

제2장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

파견법 위반죄의 구성요건에 관한 이론적 검토

우 희 숙

제2장

파견법 위반죄의 구성요건에 관한 이론적 검토

제1절 근로자파견제도의 의의

1. 근로자파견제도의 도입

종래 근로자파견은 근로자공급사업의 일종으로서 근로기준법에 의한 원칙적 금지, 직업안정법 및 특별법¹¹⁾에 의한 예외적 허용을 제외하고는 어떠한 형태의 근로자파견도 허용되지 않았다. 왜냐하면 근로자공급사업을 무제한적으로 허용할 경우 중간착취의 우려와 사용자가 노동법상 의무 및 그에 따른 법적 책임을 회피하는 탈법적 수단으로 악용할 위험성이 높았기 때문이다. 이에 근로기준법 제9조는 '타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단을 방지'하기 위하여 중간착취의 배제를 규정함으로써 '원칙적'으로 근로자공급사업을 금지하였고, 다만 직업안정법 제33조 제1항, 같은 법 시행령 제33조 제2항 제1호에 의하여 고용노동부장관의 허가를 받은 자, 즉 국내에서는 노동조합'만'을 그 대상으로 하여 근로자공급사업을 '예외적'으로 허용하였다.

그러나 1997년 외환위기 이후 산업구조 및 노동시장의 여건 변화에 따라 근로자파견의 근로 형태가 급속히 증가하면서, 파견근로자의 근로조건 보호 등이 중요한 사회문제로 떠올랐다. 이에 1998년 2월 9일 '경제위기 극복을 위한 사회협약'에서 노동시장의 유연성을 제고하는 하나의 방법으로 근로자파견제도를 제한된 범위에서 도입하기로 합의가 이루어졌고, 1998년 2월 20일 파견법이 법률 제5512호로 제정되어 같은

11) 경비용역법에 의한 경비용역사업, 공중위생법에 의한 청소용역사업, 엔지니어링기술진흥법에 의한 기술용역사업 등이 이러한 특별법에 속한다.

해 7월 1일부터 시행되었다.¹²⁾ 이처럼 파견법이 제정·시행되면서 근로자파견사업은 직업안정법에 의해 금지되는 근로자공급사업에서 제외되었다. 이후 파견법은 파견근로자에 대한 보호를 강화하고 도급으로 위장한 불법파견을 억지하고자, 불법파견시 파견 사업주 및 사용사업주에 대한 벌칙을 강화하는 등의 방향으로 개정이 이루어졌다. 이하에서는 파견법을 근로기준법 및 직업안정법과의 관계에서 간략하게 살펴보고자 한다.

2. 직업안정법과의 관계

근로기준법 제9조는 “누구든지 법률에 따르지 않고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.”는 내용의 ‘중간착취의 배제’를 규정하고, 이에 위반한 자에 대하여는 동법 제107조(벌칙조항)에 의하여 형사책임을 예정하고 있다.¹³⁾ 즉 “근로기준법은 사용자와 근로자 사이에 형성된 직접적이고 단면적인 근로관계를 원칙적인 모습으로 예정하면서, 영리를 목적으로 특정 근로자의 취업에 개입하는 행위를 법률이 정하는 예외적인 경우에만 허용토록 하고 있”¹⁴⁾는 것이다. 한편 대법원은 근로기준법 제107조, 제9조의 구성요건을 “근로계약관계 존속 중 사용자와 근로자 사이의 중간에서 근로자의 노무제공과 관련하여 근로자 또는 사용자로부터 법률에 의하지 아니하는 이익을 취득하지 못한다.”¹⁵⁾는 것으로 해석하고 있다. 이와 같이 중간착취의 유형으로서 근로자공급사업은 근로기준법에 의하여 ‘원칙적’으로 금지되어 있었는데, 이러한 입법취지에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 명확하게 언급하고 있다.

“근로자공급사업은 공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업으로서
사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게

12) 파견법 제1조(목적) 이 법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다.

13) 근로기준법 제107조(벌칙) … 제9조 …를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

14) 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781, 2013가합4456(병합) 판결.

15) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3193 판결.

하는 사업이므로 이를 자유로이 할 수 있도록 맡겨둘 경우 중간착취, 강제근로 및 인권침해의 가능성이 높을 뿐 아니라 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수도 있으므로, 법은 근로자공급사업을 전면 금지하고 다만 노동부장관의 허가를 얻은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국가의 엄격한 감독을 받게 하고 있는 것이며, 이러한 예는 노동조합이 노동대신의 허가를 받아 무료로 노동자공급사업을 하는 경우 이외에는 노동자공급사업을 하거나 그로부터 공급된 노동자를 자기의 지휘 명령하에 노동하게 할 수 없다고 규정한 일본의 직업안정법이나 원칙적으로 국가나 노동조합 등 공공적 성격을 지닌 기관에서만 공급사업을 행할 수 있도록 하는 프랑스에서도 찾아볼 수 있다.”¹⁶⁾

즉 헌법재판소는 근로자공급사업을 자유로이 허용하는 경우 중간착취, 강제근로 및 인권침해의 가능성, 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와의 연계 가능성 때문에 금지한 것이라고 밝히고 있다. 한편 직업안정법 제2조의2 제7호는 근로자공급사업을 ‘공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’이라고 정의하고 있다. 그리고 직업안정법 제33조는 근로자공급사업을 규정하고 있는데, 국내 근로자공급사업의 경우는 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합·만(제3항 제1호), 그것도 고용노동부장관의 허가를 받은 경우에만(제1항) 제한적으로 허용하고 있다. 특히 후자와 관련하여 직업안정법 제47조는 ‘제33조 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 유료 직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자’를 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 원이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있다. 이에 대법원은 「직업안정법 제17조 제1항¹⁷⁾ 소정의 근로자공급사업이 되기 위한 요건」으로 다음과 같이 판시한 바 있다.

“직업안정법 제17조 제1항 소정의 근로자공급사업에 해당하기 위하여는 근로자공급사업자와 근로자간에 고용 기타 유사한 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계에 있어야 하고, 근로자공급사업자와 공급을 받는 자 간에는 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자 간에는 사실상 사용관계에 있어야 한다.”¹⁸⁾

즉 직업안정법에 의해 규율되는 근로자공급사업에 해당하기 위해서는 ① 근로자공

16) 헌법재판소 1998. 11. 26. 자 97헌바31 결정.

17) 구 직업안정법 제17조 제1항은 “누구든지 노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자 공급 사업을 행하지 못한다”고 규정하고 있었다.

18) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결.

급사업자와 근로자 간에 고용 등의 계약이 있을 것, ② 근로자공급사업자와 근로자공급을 받는 자 간에 공급계약이 있을 것, ③ 근로자공급을 받는 자와 근로자 간에 '사실상'의 사용관계가 있을 것이 요구된다. 다시 말해서 —파견법과 달리— 근로자공급사업자와 근로자 간에는 '사실상의 지배' 관계가, 근로자공급을 받는 자와 근로자 간에는 '사실상의 사용' 관계가 존재한다. 그러므로 근로자공급사업은 근로자공급사업자가 고용 등의 계약을 통해 근로자를 고용한 후 '사실상의 지배' 하에 있는 근로자를 근로자공급을 받는 자에게 공급하는 경우로 한정된다.

결국 이러한 제3자 관계가 인정되지 않을 경우에는, 직업안정법에 의하여 근로자공급사업에 대한 허가를 받았다 할지라도 같은 법에 의하여 형사처벌의 대상이 된다. 이는 근로자공급사업자와 근로자공급을 받는 자 사이에 형식적으로 '도급계약'이 체결되었다 할지라도 근로자공급을 받는 자와 근로자 사이에 '사실상의 사용' 관계가 존재하면 그것은 도급계약이 아닌 근로자공급사업에 해당한다는 것을 의미한다. 그러므로 —파견법이 제정되기 이전까지— 직업안정법 위반과 관련하여 중요한 쟁점은 '근로자공급사업과 도급의 구별기준'이라고 할 수 있다. 이에 고용노동부는 근로자공급사업과 도급을 구별하기 위하여 '국내 근로자공급사업 허가관리 규정' 제2조에 '도급 등과의 구별'을 규정하고 있다.¹⁹⁾

제2조 (도급 등과의 구별) ① 근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 공급사업을 행하는 자로 본다.

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

19) 이러한 예규는 2009년 9월 25일 제정[노동부예규 제599호]된 후 2012년 9월 25일[고용노동부예규 제46호]과 2016년 1월 12일[고용노동부예규 제104호], 두 차례에 걸쳐 개정되었다.

- ② 제1항 각호에 해당하는 경우라도 그것이 법 제33조 제1항의 규정에 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 것으로서 그 사업의 본 목적이 노동력의 공급일 때에는 공급사업을 행하는 자로 본다.
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제2조에 따른 근로자파견사업을 행하는 자는 공급사업을 행하는 자에서 제외한다.

즉 ① 근로자를 공급한 자가 그 근로자의 업무수행, 근로시간, 배치결정과 그 변경 및 복무상 규율에 관한 사항에 대한 지시 기타 관리를 스스로 함으로써 실질적으로 지휘감독하는 경우(근로자를 공급한 자의 실질적 지휘·감독 여부), ② 근로자를 공급한 자가 스스로 제공하는 기계, 설비, 기재 또는 재료나 자재를 사용하거나, 스스로의 기획 또는 전문적 기술과 경험에 따라 업무를 행하는 경우로서 단순히 육체적 노동을 제공하는 것이 아닌 경우(근로자를 공급한 자의 독립성 및 고유기술의 업무 투입 여부), ③ 근로자를 공급한 자가 소요자금을 자기 책임 하에 조달·지변하여 민법, 상법 기타 법률에 규정한 사업주로서의 모든 책임을 부담하는 경우(근로자를 공급한 자의 자본 등의 투입 여부), ④ 근로자를 공급한 자가 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 부담하는 경우(사업주로서의 독립성 여부)에는 직업안정법에 의해 제한되는 근로자공급사업이 아닌 민법상 허용되는 도급계약으로 파악하고 있다.

이와 관련하여 ‘국내 근로자공급사업 허가관리 규정’에 나타난 ① 내지 ④와 같은 도급의 징표는 ‘파견과 도급의 구별기준’을 정립하기 위한 하나의 단서가 될 수 있다. 왜냐하면 —1998년 파견법 도입 이후로— ‘근로자공급사업과 도급의 구별기준’에 관한 논의는 ‘파견과 도급의 구별기준’에 관한 논의로 옮겨와 있기 때문이다.²⁰⁾ 이는 근로자를 고용한 자든 사용한 자든 노동법상의 사용자 책임이나 혹은 파견법상 사용자사업주의 책임을 회피하기 위하여 실질적으로는 파견의 형태임에도 불구하고 도급의 형식을 취하는 위장도급이 실제 산업현장에 만연한 것과 맥락을 같이 한다.

20) 이는 그 논의의 중심이 파견과 도급의 구별기준에 있다는 것이지, ‘근로자공급사업과 도급의 구별기준’이 문제되지 않는대거나 중요하지 않다는 의미는 아니다.

제2절 현행 파견법상 근로자파견계약 및 벌칙조항의 구조

현행 파견법 제1조는 “이 법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 즉 ‘근로자파견사업의 적정한 운영’^(a) 및 ‘파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준 확립’^(b)을 통하여 ‘파견근로자의 고용안정과 복지증진’^(c), ‘인력수급의 원활함’^(d)을 달성하고자 한다. 그리고 이 중 ‘근로자파견사업의 적정한 운영’^(a)을 위하여, 파견법은 제2장에 근로자파견대상업무(제5조), 파견기간(제6조), 근로자파견사업의 허가(제7조) 등에 대한 규제를 두고 있다. 그리고 이러한 규정들이 실효성을 거둘 수 있도록, 파견법은 제5장에 벌칙조항을 두어 제5조 내지 제7조 등을 위반한 파견사업주와 사용자주를 형사처벌하도록 규정하고 있다. 이러한 파견법의 내용은 —파견법 제21조를 제외하고— 모든 사업 또는 사업장에 적용된다.²¹⁾

한편 현재 파견법 위반죄와 관련하여 문제가 되고 있는 것은 위장도급의 경우이다. 예를 들어 근로자파견대상업무에서 금지하고 있는 ‘제조업의 직접생산공정’을 도급의 형식으로 위장하고, 2년을 초과하여 근로자를 파견하는 경우가 그것이다. 이 경우 근로자를 파견한 자는 ① 파견법 제7조 제1항에 위반하여 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하였으므로 제43조 제1호에, ② 파견법 제5조 제5항 및 제1항에 위반하여 ‘제조업의 직접생산공정’에 근로자를 파견하였으므로 제43조 제1호에, ③ 파견법 제6조 제1항 및 제2항을 위반하여 근로자를 2년을 초과하여 파견하였으므로 제43조 제1호에 각 해당한다. 이는 해당 근로자를 사용한 자에게도 마찬가지로 적용된다.

이에 이하에서는 현행 파견법상 근로자파견계약의 구조를 살펴보고, 파견법의 적용을 회피하기 위하여 도급으로 위장한 경우 적용될 수 있는 파견법 위반죄의 종류 및 그 내용을 구체적으로 살펴보도록 한다.

21) 파견법은 제21조 ‘차별적 처우의 금지 및 시정’과 관련하여 ‘5인 이상의 근로자를 사용하는 경우’에만 적용하도록 규정하고 있다.

1. 현행 파견법상 근로자파견계약의 구조

파견법 제2조 제1호는 근로자파견을 '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'이라고 정의하고 있다. 그리고 같은 법 제2조 제6호는 근로자파견계약을 '파견사업주와 사용사업주간에 근로자파견을 약정하는 계약'이라고 정의하고 있다. 그러므로 근로자파견관계는 —종래의 근로관계가 사용자와 근로자라는 양자 관계를 이루고 있는 것과 달리— 파견사업주·파견근로자·사용사업주라는 3자 관계에서 형성된다는 점에 그 특징이 있다. 즉 고용과 사용의 분리가 —직업안정법상 근로자공급사업과 마찬가지로— 근로자파견 관계의 핵심이라고 할 수 있다.

가. 파견사업주와 사용사업주와의 관계: 파견계약의 목적

파견사업주와 사용사업주는 파견법 제20조 제1항에 따라 근로자파견계약을 서면으로 체결하여야 하며, 이에 는 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다.²²⁾ 즉 파견법 제20조 제1항 각 호는 ① 파견근로자의 수, ② 파견근로자가 종사할 업무의 내용, ③ 파견사유, ④ 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 기타 파견근로자의 근로장소, ⑤ 파견근로 중인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항, ⑥ 근로자파견기간 및 파견근로 개시일에 관한 사항, ⑦ 시업 및 종업의 시각과 휴게시간에 관한 사항, ⑧ 휴일·휴가에 관한 사항, ⑨ 연장·야간·휴일근로에 관한 사항, ⑩ 안전 및 보건에 관한 사항, ⑪ 근로자파견의 대가 ⑫ 기타 고용노동부령이 정하는 사항을 그 내용으로 규정하고 있다. 이러한 근로자파견계약에 따라 파견사업주는 사용사업주에게 그가 필요로 하는 직업 또는 기술상의 자격을 갖춘 근로자를 파견기간 동안 공급하는 채무를 부담하고, 사용사업주는 근로자파견의 대가를 지급할 채무를 부담한다.

22) 파견법 시행규칙 제11조(계약서의 작성 등) ① 근로자파견계약의 당사자는 법 제20조 제1항에 따른 근로자파견계약을 체결하는 때에는 각 파견근로자별로 계약서를 작성하되, 근로자파견계약의 내용이 동일한 경우에는 하나의 계약서로 작성할 수 있다. ② 법 제20조 제1항 제12호에서 "고용노동부령이 정하는 사항"이라 함은 파견사업관리책임자 및 법 제32조에 따른 사용사업관리책임자(이하 "사용사업관리책임자"라 한다)의 성명·소속 및 직위를 말한다.

특히 위와 같은 근로자파견계약의 내용(⑤)을 살펴보았을 때, 그 목적은 —헌법재판소도 적절하게 지적한 바와 같이— “사용사업주가 파견근로자에 대하여 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 행사할 수 있다.”는 것이다. 왜냐하면 도급계약의 목적은 —민법 제664조에 명확히 규정되어 있듯이— ‘일의 완성’이며, 근로자파견계약과 달리 도급인은 사용사업주와 같은 성격의 지휘·명령권을 행사할 수 없기 때문이다. 이는 「국내 근로자공급사업 허가관리 규정」 제2조 제1호가 ‘근로자를 공급한 자가 그 근로자의 업무수행, 근로시간, 배치결정과 그 변경 및 복무상 규율에 관한 사항에 대한 지시 기타 관리를 스스로 함으로써 실질적으로 지휘감독하는 경우’를 도급의 징표로 규정하고 있는 것에서도 확인할 수 있다.

나. 파견사업주와 파견근로자와의 관계

파견사업주는 파견법 제2조 제3호에 따라 ‘근로자파견사업을 행하는 자’이며, 파견근로자는 같은 법 제2조 제5호에 따라 ‘파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자’를 의미한다. 그러므로 파견사업주와 파견근로자는 ‘고용계약관계’를 전제로 한다. 이에 파견근로자는 파견사업주와의 고용계약에 따라 노무제공의무를 부담하며, 파견사업주는 파견법 제34조 제1항 단서에 따라 파견근로자에 대하여 임금을 지급할 의무를 부담한다. 다만 —양자관계를 기초로 하는 근로계약과 달리 3자관계를 기초로 하는 근로자파견계약에서— 파견근로자는, 파견사업주와 사용사업주 사이의 근로자파견계약에 의하여 제3자인 사용사업주에게 노무를 제공해야 한다.

이에 파견사업주는 파견법 제24조 제1항에 따라 파견근로자를 고용하고자 할 때 미리 그 취지를 서면으로 고지하여야 하며, 제2항에 따라 파견근로자로 고용하지 아니한 자를 근로자파견의 대상으로 하고자 할 경우에는 미리 그 취지를 서면으로 알려주고 당해 근로자에게 동의를 받아야 한다. 그리고 파견사업주는 근로자파견을 하고자 할 때에는 미리 당해 파견근로자에게 파견법 제26조 제1항 각 호의 사항을 서면으로 알려주어야 한다. 그리고 파견근로자는 파견법 제26조 제2항에 따라 파견사업주에게 근로자파견의 대가에 관하여 그 내역의 제시를 요구할 수 있으며, 파견사업주는 제26조 제3항에 따라 그 내역의 제시를 요구받은 때에는 지체없이 그 내역을

서면으로 제시하여야 한다.

한편 파견사업주는 파견근로자와의 관계에서 —근로시간, 휴일, 휴가 등에 관한 사항을 제외하고는— 임금, 해고, 각종 보상 등에 있어 근로기준법의 적용을 받는다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 2〉 파견사업주의 준수사항

법 규정		구체적 내용
근로계약 및 근로조건	제15조 제16조 제17조 제18조 제19조 제20조 제21조 제22조	- 이 법을 위반한 근로계약 - 계약기간 - 근로조건 명시 - 단시간근로자의 근로조건 - 근로조건 위반 - 위약 예정의 금지 - 전차금 상계의 금지 - 강제저금의 금지
해고 및 퇴직급여제도	제23조 제24조 제25조 제26조 제27조 제28조 제29조 제30조 제31조 제32조 제33조 제34조 제35조 제36조	- 해고 등의 제한 - 경영상 이유에 의한 해고의 제한 - 우선 재고용 등 - 해고의 예고 - 해고사유 등의 서면통지 - 부당해고 등의 구제신청 - 조사 등 - 구제명령 등 - 구제명령 등의 확정 - 구제명령 등의 효력 - 이행강제금 - 퇴직급여제도 - 예고해고의 적용 제외 - 금품청산
사용증명서 등	제39조 제41조 제42조	- 사용증명서 - 근로자의 명부 - 계약 서류의 보존
임금	제43조 제44조 제44조의2 제44조의3 제45조 제46조 제47조 제48조	- 임금지급 - 도급 사업에 대한 임금지급 - 건설업에서의 임금지급 연대책임 - 건설업에서의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례 - 비상시 지급 - 휴업수당 - 도급근로자 - 임금대장

법 규정		구체적 내용
연장·야간·휴일근로, 연차유급휴가	제56조 제60조	- 연장·야간 및 휴일 근로 - 연차 유급휴가
여성과 소년	제64조 제66조 제67조 제68조	- 최저연령과 취직인허증 - 연소자 증명서 - 근로계약 - 임금의 청구
재해보상	제78조 제79조 제80조 제81조 제82조 제83조 제84조 제85조 제86조 제87조 제88조 제89조 제90조 제91조 제92조	- 요양보상 - 휴업보상 - 장해보상 - 휴업보상과 장해보상의 예외 - 유족보상 - 장의비 - 일시보상 - 분할보상 - 보상청구권 - 다른 손해배상과의 관계 - 고용노동부장관의 심사와 중재 - 노동위원회의 심사와 중재 - 도급 사업에 대한 예외 - 서류의 보존 - 시효

그러므로 파견사업주는 위와 같은 ‘노무관리상의 독립성’ 요건을 반드시 갖추고 있어야 한다. 그러나 이러한 요건은 파견사업주 뿐만 아니라 —도급계약관계에서— 수급인 사업주 또한 동일하게 갖추어야 하므로 파견과 도급을 구별하기 위한 독립적인 기준이 될 수는 없다.

다. 사용사업주와 파견근로자와의 관계

파견근로자는 위에서 언급한 바와 같이 파견사업주와 고용계약을 체결하므로, 사용사업주와 파견근로자는 그 고용계약의 당사자가 아니다. 다만 파견법 제34조 제1항은 일정한 경우에 사용사업주를 근로기준법 또는 산업안전보건법상의 사용자로 간주하도록 규정하고 있다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 3〉 사용사업주를 사용자로 간주하는 경우

법 규정		구체적 내용
제4장 근로시간과 휴식	제50조	- 근로시간
	제51조	- 탄력적 근로시간제
	제52조	- 선택적 근로시간제
	제53조	- 연장 근로의 제한
	제54조	- 휴게
	제55조	- 휴일
	제58조	- 근로시간 계산의 특례
	제59조	- 근로시간 및 휴게시간의 특례
	제62조	- 유급휴가의 대체 ²³⁾
제5장 여성과 소년	제63조	- 적용의 제외
	제69조	- 근로시간
	제70조	- 야간근로와 휴일근로의 제한
	제71조	- 시간외근로
	제72조	- 갭내근로의 금지
	제73조	- 생리휴가
	제74조	- 임신부의 보호
	제74조의2	- 태아검진 시간의 허용 등
	제75조	- 육아시간

그러므로 사용사업주는 〈표 3〉에 정리되어 있는 근로시간, 휴가, 휴일 등에 관한 사항에 있어서는 본인이 사용자가 된다. 이는 —도급계약과의 관계에서— 수급인 사업주가 자신의 근로자에 대하여 행사할 내용으로서, 파견과 도급을 구별하기 위한 하나의 기준이 될 수 있다.

한편 파견기간을 초과하는 불법파견과 관련하여 구 파견법 제6조 제3항은 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우, —파견근로자의 명시적인 반대의사가 없는 한— 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 의제하도록 규정하고 있었다. 그러나 현행 파견법 제6조의2는 사용사업주로 하여금 해당 파견근로자를 즉시 고용하도록 하는 직접고용의무를 규정하고 있다. 그리고 파견법 제34조 제1항은 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여

23) 제60조 ‘연차유급휴가’는 파견사업주를 사용자로 보고 있으나, 제62조 ‘유급휴가의 대체’는 사용사업주를 사용자로 보고 있다.

근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는, 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 지도록 규정하고 있다. 또한 파견법 제21조는 사용사업주와 파견사업주에 대하여 파견근로자가 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 할 의무를 규정하고 있고, 파견근로자는 사용사업주의 개인적인 사정 또는 작업장의 근로조건으로 인하여 사용사업주에 대한 근로의 제공이 부당한 경우에는 이를 거부할 수 있다.

결국 위와 같은 내용을 종합하여 보았을 때 사용사업주는 파견계약의 내용에 따라 파견근로자를 사용하면서 직접 ‘지휘·명령권’을 행사할 수 있으며, 파견근로자의 근로조건은 파견사업주와 체결된 근로계약에 따르나 사용사업주의 사업장에 적용되는 근로시간제도와 복무규율에 따라야 한다는 것을 확인할 수 있다.

2. 현행 파견법 위반죄의 종류 및 그 내용

고용노동부는 2015년 현재 239개 (사내하도급) 사업장에 대하여 점검을 실시하였는데, 그 결과 173개 사업장에서 법 위반사항이 적발되었다. 위반 건수는 514건 이었는데, 이 중 주요한 파견법 위반사항은 다음의 <표 4>와 같이 무허가파견 등 22건, 파견대상 위반 14건, 파견기간 위반 4건 등 이었다.²⁴⁾

<표 4> 2015년 사내하도급 사업장에서 나타난 파견법 위반 내용²⁵⁾

총 위반 건수	파견법 위반 내용별			
	무허가파견 등 (제7조)	파견대상 업무 (제5조)	파견기간 (제6조)	기타
42 (100.0)	22 (52.4)	14 (33.3)	4 (9.5)	12 (18.1)

이에 이하에서는 근로자파견대상업무 위반죄, 파견기간 위반죄, 무허가파견죄, 기타 등의 순으로 그 구성요건을 살펴보고자 한다.

24) 고용노동부, 「고용노동백서」, 2016, 273-274쪽.

25) 고용노동부, 「고용노동백서」, 2016, 274쪽.

가. 근로자파견대상업무 위반죄

파견법 제43조 제1호는 ‘제5조 제5항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자’를, 제43조 제1의2호는 ‘제5조 제5항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자’를 형사책임의 대상으로 하고 있다.²⁶⁾²⁷⁾ 이에 파견법 제5조를 살펴보면, 그 내용은 다음과 같다.

- ① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 업무에 대하여는 근로자파견사업을 행하여서는 아니 된다.
 1. 건설공사현장에서 이루어지는 업무
 2. 「항만운송사업법」 제3조 제1호, 「한국철도공사법」 제9조 제1항 제1호, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제40조, 「물류정책기본법」 제2조 제1항 제호의 하역업무로서 「직업안정법」 제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무
 3. 「선원법」 제2조 제1호에 따른 선원의 업무
 4. 「산업안전보건법」 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무
 5. 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령이 정하는 업무
- ④ 제2항의 규정에 의하여 파견근로자를 사용하고자 할 경우 사용사업주는 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 사전에 성실하게 협의하여야 한다.
- ⑤ 누구든지 제1항 내지 제4항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 그 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서는 아니된다.

26) 제43조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제5조 제5항, ...의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자
1의2. 제5조 제5항, ...의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자

27) 위와 같이 파견법은 제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자 ‘모두’를 형사책임의 대상으로 하고 있다. 그러나 직업안정법은 고용노동부장관의 허가를 받지 않고 근로자공급사업을 행한 자‘만’을 형사책임의 대상으로 규정하고 있다.

파견법 제43조 제1호 및 제43조 제1의2호는 ‘제5조 제5항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자’를 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있다. 그리고 파견법 제5조 제5항은 ‘근로자파견을 행하는 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자는 제5조 제1항 내지 제4항의 규정을 준수할 것’을 규정하고 있다. 이처럼 파견법 제5조가 파견대상업무를 제한적으로 규정하고 이를 위반할 경우 형사책임을 예정하고 있는 것은, 파견대상업무의 범위를 무제한적으로 허용하게 되면 ① 파견근로자를 보호하기 어렵고, ② 정규직 근로자의 지위가 불안하게 될 우려가 있을 뿐만 아니라, ③ 노동시장에서 파견근로자의 비중이 지나치게 높아져 고용 불안을 야기할 우려가 있기 때문이다.²⁸⁾ 이하에서는 제5조 제1항 내지 제4항의 규정을 그 구성요건을 중심으로 살펴보고자 한다.

1) 제5조 제1항의 구성요건

파견법 제5조 제1항은 ‘제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질²⁹⁾ 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 파견법 시행령 제2조 제1항³⁰⁾에서 열거하고 있는 업무’만을 파견대상업무로 허용하고 있다. 이처럼 파견법 제5조 제1항은 파견대상업무의 입법방식과 관련하여 허용업무를 열거하는 적극적 방식(Positive List)을 취하고 있다.³¹⁾ 특히 파견법 제5조 제1항은 ‘제조업의 직접생산공정업무’를 제외하고 있는데, 그 이유는 “제조업의 직접생산공정업무에 파견근로를 허용할 경우 제조업 전체가 간접고용형태의 근로자로 바뀔으로써 고용이 불안해지는 등 근로조건이 열악해질 가능성이 높”³²⁾기 때문이라는 것이 헌법재판소의 태도이다. 그러므로 ‘제조업의 직접생산공정업무’는 직접고용 형태나 도급계약의 형식으로 노무제공이 이루어질 수밖에 없다. 이와 같은 이유에서 현재 자동차 및

28) 임종률, 「노동법」, 2015, 박영사, 613쪽.

29) ‘업무의 성질’은 2007년 파견법 개정시 추가된 사항이다.

30) 파견법 시행령 제2조 제1항은 파견대상업무를 한국표준직업분류(통계청 고시 제2000-2호)에 의하여 선정된 32종의 업무를 규정하고, [별표 1]에서 열거하고 있다. 이 또한 2007년 파견법 개정시 26개 업무(92년 한국표준직업분류 기준, 세세분류 138개)에서 32개 업무(2000년 한국표준직업분류 기준, 세세분류 197개)로 확대되었다.

31) 이러한 입법방식과 관련하여 “이는 불법파견의 여지를 높일 뿐만 아니라 파견근로의 활성화를 통한 노동시장의 유연성제고라는 기본적 전제에 부합하지 아니”하므로 소극적 열거주의 방식으로의 전환을 주장하는 김형배, 「새로운 노동법」, 박영사, 2016, 832쪽.

32) 헌법재판소 2013. 7. 25. 자 2011헌바395 결정.

조선 등과 같은 제조업 분야에서 —그 계약의 형식과 관련하여— 위장도급의 법적 분쟁이 많이 발생하고 있는 것이다.

결국 파견법 제5조 제1항의 구성요건은 ‘제조업의 직접생산공정업무’와 ‘파견법 시행령 제2조 제1항에서 열거하고 있지 않은 업무’에 근로자파견사업을 행한 자와 그로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 자라고 할 수 있다.

2) 제5조 제2항의 구성요건

파견법 제5조 제2항은 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 제조업의 직접생산공정업무 뿐만 아니라 파견법 시행령 제2조 제1항에서 열거하고 있지 않은 업무’에 대해서도 파견을 허용하고 있다. 이처럼 파견법 제5조 제2항은 파견대상업무의 입법방식과 관련하여 —제1항과 달리— 금지되는 업무 이외에는 일반적으로 허용하는 소극적 방식(Negative List)을 취하고 있다.³³⁾ 즉 근로자파견대상업무가 아니라 할지라도 ① 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우, ② 일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우에는 파견이 허용된다. 이는 파견법 제5조 제1항에서 제조업의 직접생산공정업무에 대해서는 파견을 금지하고 있지만, 위와 같은 ①, ②의 경우에는 제조업의 직접생산공정업무에 대해서도 제5조 제2항에 의하여 임시적으로 파견이 가능하다는 것을 의미한다. 이처럼 예외적으로 파견대상업무를 허용하고 있는 것은 경직된 규제를 완화하려고 하는데 목적이 있다. 다만 제5조 제3항과의 관계에서 절대적으로 금지된 업무의 경우에는 ①, ②의 경우라도 파견할 수 없다. 그리고 이러한 경우 사용사업주는 파견법 제5조 제4항에 따라 해당 사업 또는 사업장의 근로자대표와 사전에 성실하게 협의하여야 한다.

결국 파견법 제5조 제2항의 구성요건은 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’(①) 혹은 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’(②)가 아님에도 불구하고 제조업의 직접생산공정업무 등에 근로자파견사업을 행한 자와 그로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 자라고 할 수 있다. 그리고 제5조 제3항은 절대적 파견대상금지 업무를 규정하고 있으므로, ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’

33) 이현주, “허용되지 아니한 파견영역에서의 자발적 파견근로관계에 대한 형사처벌 가능성”, 형사법의 신동향 제47호, 대검찰청, 2015, 75쪽.

(①) 혹은 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’(②)일지라도 건설현장에서 이루어지는 업무 등에 근로자파견사업을 행한 자와 그로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 자도 구성요건에 해당한다.

그런데 이와 관련하여 과연 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’(①) 혹은 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’(②)가 무엇을 의미하는지, 그 해석과 관련하여 문제가 발생할 수 있다. 예를 들어 출산·질병·부상이 아닌 휴직 등의 사유로 결원이 생긴 경우, 이 경우에도 예외적으로 근로자파견이 허용될 수 있는지가 그것이다. 이는 죄형법정주의의 명확성 원칙의 요구와도 맞닿아 있으므로, ‘결원’의 의미가 명확하게 해석되어야 할 것이다.

① ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’의 의미

현행 파견법은 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’(①)의 구체적인 정의에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 一법 규정에 명확하게 제시되어 있는—출산·질병·부상으로 결원이 생긴 경우에는, 제조업의 직접생산공정업무와 파견법 시행령 제2조 제1항에서 열거하고 있지 않은 업무에도 근로자파견을 할 수 있다. 그러나 출산·질병·부상이 아닌 휴직, 병가, 공상, 훈련, 교육, 결근, 연차, 월차, 경조사휴가(출산, 결혼, 사망, 회갑, 탈상)와 근로자의 사외행사 참여로 인하여 결원이 발생한 경우, 과연 ①에 해당하여 근로자파견을 할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 행정해석은 다음과 같이 언급하고 있다.

“파견법 제5조 제1항은 파견대상업무를 대통령령으로 정하도록 함으로써, 파견이 허용되는 업무를 한정하여 규정하는 방식을 취하고 있고, 동조 제2항에서는 ‘제1항의 규정에도 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우’에는 파견근로를 사용할 수 있도록 함으로써 제1항에 대한 예외를 규정하고 있[다](다만, 동조 제3항에 따른 금지업무에는 파견이 금지됨). 이와 같은 파견법 규정의 취지를 감안할 때 제2항에서 규정하고 있는 ‘출산·질병·부상 등’이나 ‘일시적·간헐적’인 경우의 범위를 확대 해석 할 수는 없다고 보며, … 근태변동 사항에 대해서도 그 명칭에 관계없이 출산·질병·부상 등에 따른 것인지 아니면 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요에 의한 것인지에 따라 파견 가능여부를 판단해야 할 것으로 사료[된다].”³⁴⁾

34) 비정규직대책팀-2956, 2007. 07. 23.

즉, 위에서 예로 든 근태변동 사항의 경우, 그것이 ①에 해당하기 위해서는 엄격한 해석이 필요하다고 언급하고 있다. 그러므로 ①의 ‘등’을 어떻게 해석할 것인지는 파견법상 보호법익과의 관계에서 제한적으로 해석할 수밖에 없다.

파견법은 기업의 일시적 인력수요와 상시고용이 어려운 전문 인력 등에 대한 수요에 대처하기 위한 것이며, 정규직 근로자를 파견근로자로 대체하여 장기간 파견근로자를 사용하는 것을 방지하기 위한 취지에서 제정되었다.³⁵⁾ 그러므로 위에서 예로 든 근태변동 사항과 같은 경우는 “사전에 충분히 예측이 가능하고 기존 직원의 업무대행이 가능한 통상적인 인력운용의 측면이 강한 경우”³⁶⁾로서, 이러한 경우까지 ‘결원’에 포함되지는 않는다고 해석해야 할 것이다.³⁷⁾ 다만 이처럼 결원에 해당하지 않는다고 하더라도, ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’(②)에는 파견을 허용할 수 있다.

② ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’의 의미

그렇다면 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우’(②)는 무엇을 의미하는가? 마찬가지로 ②의 구체적인 정의에 대해서도 파견법은 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 ‘일시적·간헐적’이라는 표현에서도 볼 수 있듯이 제5조 제2항은 일시적인 인력 공급을 규정하고 있으므로, ‘상시적’인 업무에는 파견을 하여서는 아니 된다는 것으로 해석할 수 있다. 이에 행정해석을 살펴보면, “통상적으로 경기의 영향, 계절적 요인, 갑작스런 주문의 증가 등으로 업무량이 폭증하여 인력을 적시에 확보하기 어려운 경우 등”³⁸⁾을 ②에 해당하는 경우로 해석하고 있다.

예를 들면 ‘명예퇴직이나 희망퇴직을 실시하여 업무의 공백이 발생한 경우’에는 일시적 사유로 보기 어려우나, 명예퇴직이나 희망퇴직이 아닌 ‘예측하지 못한’ 대규모의 인력이 퇴직하여 근로자를 고용하고자 노력하였음에도 불구하고 고용하지 못한 경우가 ②에 해당한다.³⁹⁾ 그리고 ‘의류 유통·판매업체에서 연중 상시적으로 이벤트 및 세일기간이 운영되는 경우’는 일시적 사유로 보기 어려우나, ‘특정기간’을 이벤트

35) 이상희, “근로자파견법의 목적과 개선 방향”, 2015, 한국경제연구원 세미나 자료 참조.

36) 고용평등정책과-835, 2010. 10. 21.

37) 같은 견해로 고용노동부, 「합리적인 파견·도급 구별기준에 관한 연구」, 2014, 223쪽.

38) 고용평등정책과-835, 2010. 10. 21; 고용평등정책과-657, 2010. 04. 28.

39) 고관68460-824, 1998. 09. 11.

및 세일기간으로 정하여 운영하는 경우에는 ②에 해당한다 할 것이다.

위의 예 및 행정해석에서 확인할 수 있는 바와 같이, ②의 의미는 '상시적이고 지속적인 것'으로 해석되어서는 아니 된다. 그러므로 ②는 '예측할 수 없는 상황'에서 '일시적인 인력확보의 필요성이 발생한 경우'로 한정하여 해석하여야 할 것이다.

3) 제5조 제3항의 구성요건: 근로자파견의 절대적 금지 업무

파견법 제5조 제3항은 제5조 제1항 및 제2항에 의하여 파견대상업무가 허용된다고 할지라도 ① 건설현장에서 이루어지는 업무, ② 항만·철도 등에서의 하역업무로서 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, ③ 선원의 업무, ④ 안전보건상 유해·위험한 업무, ⑤ 파견법 시행령 제2조 제2항에 의하여 금지되는 업무⁴⁰⁾는 파견대상업무에서 제외하고 있다. 이와 같이 파견법 제5조 제3항이 ① 내지 ④의 업무를 절대적으로 파견대상의 업무에서 금지하고 있는 것은 "건설공사업무, 하역업무, 선원업무 등은 모두 유해하거나 위험한 성격의 업무로서 개별 사업장에서 파견근로자가 사용사업주의 지휘, 명령에 따라야 하는 근로자파견의 특성상 파견업무로 부적절"⁴¹⁾하기 때문이다.

결국 파견법 제5조 제3항의 구성요건은 '건설현장에서 이루어지는 업무 등에 근로자파견사업을 행한 자와 그로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 자'라고 할 수 있다.

나. 파견기간 위반죄

파견법 제43조 제1호는 '제6조 제1항·제2항·제4항의 규정을 위반하여 근로자파견 사업을 행한 자'를, 제43조 제1의2호는 '제6조 제1항·제2항·제4항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자'를 형사책임의 대상으로 하고 있다.⁴²⁾ 이에 파견법 제6조 제1항·제2항·제4항의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

40) 파견법 시행령 제2조 제2항은 ① 분진작업 업무, ② 건강관리수첩 교부대상 업무, ③ 의료인 및 간호조무사의 업무, ④ 의료기사의 업무, ⑤ 여객자동차운송사업의 운전업무, ⑥ 화물자동차운송사업의 운전업무를 금지업무로 규정하고 있다.

41) 헌법재판소 2013. 7. 25. 자 2011헌바395 결정.

42) 제43조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제6조 제1항·제2항·제4항, ...의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자

1의2. 제6조 제1항·제2항·제4항, ...의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자

- ① 근로자파견의 기간은 제5조 제2항의 규정에 해당하는 경우를 제외하고는 1년을 초과하지 못한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 파견기간을 연장할 수 있다. 이 경우 1회를 연장할 때에는 그 연장기간은 1년을 초과하지 못하며, 연장된 기간을 포함한 총 파견기간은 2년을 초과하지 못한다.
- ④ 제5조 제2항의 규정에 의한 근로자파견의 기간은 다음과 같다.
 - 1. 출산·질병·부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간
 - 2. 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월 이내의 기간. 다만, 그 사유가 해소되지 아니하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 3월의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

이와 같이 파견법 제6조는 파견기간을 일정하게 제한하고 있다.⁴³⁾ 즉 파견법 제6조 제1항은 원칙적으로 근로자파견의 기간을 ‘1년’으로 제한하고 있다. 다만 파견사업주·사용사업주·파견근로자 간에 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 1년을 연장할 수 있다.⁴⁴⁾ 이와 같은 규정에도 불구하고 만약 사용사업주가 2년을 초과하여 파견근로자를 사용한 경우에는 파견법 제6조의2 제1항⁴⁵⁾에 의하여 직접고용의무가 발생한다.⁴⁶⁾ 이러한 직접고용의무 규정과 관련하여, 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다.

-
- 43) 이처럼 파견법이 그 기간을 제한하고 있는 것은, 근로자파견이 기업의 일시적 인력수요와 상시 고용이 어려운 전문 인력 등에 대한 수요에 대처하기 위한 것이며, 정규직 근로자가 파견근로자로 대체하여 장기간 파견근로자를 사용하는 것을 방지하기 위한 취지에서 이다.
 - 44) 다만 파견법 제6조 제3항은 “「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제2조 제1호의 규정에 따른 고령자인 파견근로자에 대하여는 제2항 후단의 규정에 불구하고 2년을 초과하여 근로자파견기간을 연장할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 고령자인 파견근로자에 대하여는 제6조 제1항 및 제2항에도 불구하고 2년을 초과하여 파견기간을 연장할 수 있다.
 - 45) 제6조의2 (고용의무) ① 사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.
 - 1. 제5조 제1항의 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(제5조 제2항에 따라 근로자파견사업을 행한 경우는 제외한다)
 - 2. 제5조 제3항의 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우
 - 3. 제6조 제2항을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우
 - 4. 제6조 제4항을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우
 - 5. 제7조 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 경우
 - 46) 직접고용의무에 대한 최근의 노동법학계 논의로는 김희성, “파견법상 고용간주규정과 고용의무 조항의 법적효과에 대한 재검토”, 노동법포럼 제18호, 노동법이론실무학회, 2016; 노상현, “근로자파견법상 고용간주조항의 재검토”, 노동법이론실무학회 한·일 노동법세미나, 2014; 이정, “일본 파견법상의 고용의무조항에 대한 고찰”, 노동법포럼 제9호, 노동법이론실무학회, 2012.

“구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12.21.법률 제8076호로 개정되기 전의 것)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정을 두어(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다) 사용사업주가 파견기간 제한을 위반한 경우 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계 성립이 간주되도록 하였다. 그런데 이후 개정된 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다)은 직접고용간주 규정을 대체하여 제6조의2 제1항에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.”라는 취지로 규정하고 있다(이하 ‘직접고용의무 규정’이라고 한다). 따라서 개정된 파견법 하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.”⁴⁷⁾

즉 사용사업주가 파견법 제6조를 위반한 경우에는 직접고용의무라는 사법적 효과가 발생한다. 그리고 —이와 같은 사법적 효과 이외에도— ① 근로자파견기간을 1년을 초과하거나, ② 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의 없이 파견기간을 연장하여 근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자는 형사책임이 귀속될 수 있다. 또한 ③ ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’에 ‘그 사유의 해소에 필요한 기간’을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자, ④ ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우’에 ‘3월 이내의 기간’을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자도 마찬가지로 형사책임의 대상이 된다.

다. 무허가파견죄

파견법 제43조 제1호는 ‘제7조 제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자’를, 제43조 제1의2호는 ‘제7조 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를

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

제공받은 자'를 형사책임의 대상으로 하고 있다.⁴⁸⁾ 그리고 제43조 제2호는 '허위 기타 부정한 방법으로 제7조 제1항의 규정에 의한 허가를 받은 자'를 형사책임의 대상으로 하고 있다.⁴⁹⁾ 이에 파견법 제7조 제1항 및 제3항의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부령이 정하는 바에 의하여 고용노동부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 고용노동부령이 정하는 중요사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.
- ③ 사용사업주는 제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서서는 아니 된다.

그리고 파견사업주가 제7조에 따라 고용노동부장관의 허가를 받기 위해서는, 제8조에 따른 허가의 결정사유에 해당하지 않아야 한다(인적 요건).⁵⁰⁾ 그리고 제9조에 따른 허가의 기준, 즉 ① 신청인이 당해 근로자파견사업을 적정하게 수행할 수 있는 자산 및 시설 등을 갖추고 있을 것(물적 요건), ② 당해 사업이 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하는 것이 아닐 것을 반드시 충족하여야 한다. ①의 물적 요건은 —도급계약관계에서 수급인 사업주와 마찬가지로— 파견사업주의 '사업주로서의 실체성'을 판단하기 위한 기준이 되는데, 이는 같은 법 시행령 제3조에서 더욱 상세하게 규정하고 있다. 즉 파견사업주는 ① 상시 5인 이상의 근로자(파견근

48) 제43조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. ... 제7조 제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자
1의2. ... 제7조 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자

49) 제43조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 허위 기타 부정한 방법으로 제7조 제1항의 규정에 의한 허가 ...를 받은 자

50) 제8조 (허가의 결정사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제7조의 규정에 의한 근로자파견사업의 허가를 받을 수 없다.

1. 미성년자·금치산자·한정치산자 또는 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
2. 금고이상의 형(집행유예를 제외한다)의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 2년이 경과되지 아니한 자
3. 이 법, 직업안정법, 「근로기준법」 제7조, 제9조, 제20조부터 제22조까지, 제36조, 제43조부터 제46조까지, 제56조 및 제64조, 「최저임금법」 제6조, 「선원법」 제110조를 위반하여 벌금이상의 형(집행유예를 제외한다)의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자
4. 금고이상의 형의 집행유예선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
5. 제12조의 규정에 의한 당해 사업의 허가가 취소된 후 3년이 경과되지 아니한 자
6. 법인으로서 그 임원 중 제1호 내지 제5호의1에 해당하는 자가 있는 법인

로자 제외)를 사용하는 사업 또는 사업장으로서 고용보험·국민연금·산업재해보상보험 및 국민건강보험에 가입되어 있을 것, ⑥ 1억 원 이상의 자본금(개인의 경우 자산평가액)을 갖출 것, ⑦ 전용면적 20제곱미터 이상의 사무실을 갖출 것을 그 요건으로 하고 있다. 그러므로 ④ 내지 ⑦의 물적 요건을 충족하지 못한 자는 파견사업주가 될 수 없다.

한편 ②를 허가 제외 사유로 규정한 이유는 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하게 되면, 실질적으로 사용사업주의 지배를 받는 불공정한 파견계약이 체결될 수밖에 없고, 그 결과 파견근로자의 근로조건에 지속적으로 나쁜 영향을 미칠 가능성이 높기 때문이다.⁵¹⁾ 이에 ②의 판단과 관련하여 행정해석은 “파견사업주가 불특정 다수를 대상으로 근로자파견을 업으로 하려는 것이 아니라 특정 업체에 인력을 제공해 주는 것을 목적으로 하는 경우를 의미하는 것으로 정관 또는 사규 등에 명시되어 있는 내용, 사업목적 및 사업운영의 실태 등 관련 사항을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단”⁵²⁾하여야 한다고 언급하고 있다. 즉 ②에 대한 판단은 ‘정관 등에 구체적으로 명시되어 있는 경우’, ‘사업목적’, ‘사업운영의 실태’ 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다는 것이다. 이는 —파견과 도급을 구별하기 위한 기준이 아닌— 직접 근로계약관계를 판단하기 위한 하나의 기준으로 작동할 수 있다. 만약 수급인이 특정한 소수의 사업주를 대상으로 자신의 근로자를 사용하게 한 경우에는, —그 계약의 형식이 도급이라 할지라도— 묵시적 근로계약관계 법리에 의하여 특정한 소수의 사업자와 자신의 근로자 사이에 직접고용관계가 인정될 수 있다. 대법원 또한 SK 주식회사 사건[인사이트코리아 사건] 및 주식회사 현대미포조선 사건 등에서 이러한 부분을 언급하고 있다. 즉 전자는 “인사이트코리아가 전적으로 SK 주식회사의 업무만을 도급받아 그 도급금액으로 유지되어 온 점 등”을, 후자는 “원고들이 소속된 용인기업은 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 시밸브(Sea valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔”음을 언급하였다.⁵³⁾

51) 임종률, 「노동법」, 2015, 616쪽.

52) 고용차별개선정책과-239, 2009. 05. 28.

53) 대법원 2008. 7. 18. 선고 2005다75088 판결.

결국 제7조 제1항 및 제3항의 구성요건은 ‘고용노동부장관의 허가를 받지 않고 근로자파견사업을 행한 자’와 ‘그로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 자’라고 할 수 있다.

라. 기타 위반죄

파견법 제42조는 ‘공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자파견을 한 자’ 및 그 미수범을 형사책임의 대상으로 한다.⁵⁴⁾ 그러나 헌법재판소는 2016년 11월 24일 동 조항에 대하여 위헌 결정을 하였는데, 그 이유는 다음과 같다.

“‘공중도덕(公衆道德)’은 시대상황, 사회가 추구하는 가치 및 관습 등 시간적·공간적 배경에 따라 그 내용이 얼마든지 변할 수 있는 규범적 개념이므로, 그것만으로는 구체적으로 무엇을 의미하는지 설명하기 어렵다. ‘파견근로자보호 등에 관한 법률’(이하 ‘파견법’이라 한다)의 입법목적에 비추어보면, 심판대상조항은 공중도덕에 어긋나는 업무에 근로자를 파견할 수 없도록 함으로써 근로자를 보호하고 올바른 근로자파견사업 환경을 조성하려는 취지임을 짐작해 볼 수 있다. 하지만 이것만으로는 ‘공중도덕’을 해석함에 있어 도움이 되는 객관적이고 명확한 기준을 얻을 수 없다. 파견법은 ‘공중도덕상 유해한 업무’에 관한 정의조항은 물론 그 의미를 해석할 수 있는 수식어를 두지 않았으므로, 심판대상조항이 규율하는 사항을 바로 알아내기도 어렵다. 심판대상조항과 관련하여 파견법이 제공하고 있는 정보는 파견사업주가 ‘공중도덕상 유해한 업무’에 취업시킬 목적으로 근로자를 파견한 경우 불법파견에 해당하여 처벌된다는 것뿐이다. 파견법 전반에 걸쳐 심판대상조항과 유의미한 상호관계에 있는 다른 조항을 발견할 수 없고, 파견법 제5조, 제16조 등 일부 관련성이 인정되는 관련조항 등을 모두 종합하여 보더라도 ‘공중도덕상 유해한 업무’의 내용을 명확히 알 수 없다. 아울러 심판대상조항에 관한 이해관계기관의 확립된 해석기준이 마련되어 있다거나, 법관의 보충적 가치판단을 통한 법문 해석으로 심판대상조항의 의미내용을 확인할 수 있다는 사정을 발견하기도 어렵다. 심판대상은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람으로 하여금 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 볼 수 없으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.”⁵⁵⁾

54) 제42조 (벌칙) ① 공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자파견을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 미수범은 처벌한다.

55) 헌법재판소 2016. 11. 24. 자 2015헌가23 결정.

한편 파견법 제43조 제2호는 ‘허위 기타 부정한 방법으로 제10조 제2항의 규정에 의한 갱신허가를 받은 자’를, 제43조 제3호는 ‘제15조 또는 제34조 제2항의 규정을 위반한 자’를 형사책임의 대상으로 한다.⁵⁶⁾ 이에 파견법 제10조 제2항, 제15조 및 제34조 제2항을 살펴보면 그 내용은 다음과 같다.

제10조 (허가의 유효기간 등) ② 제1항의 규정에 의한 허가의 유효기간의 만료 후 계속하여 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부령이 정하는 바에 의하여 갱신허가를 받아야 한다.

제15조 (명의대여의 금지) 파견사업주는 자기의 명의로 타인에게 근로자파견사업을 행하게 하여서는 아니 된다.

제34조 (근로기준법의 적용에 관한 특례) ② 파견사업주가 대통령령이 정하는 사용사업주의 귀책사유로 인하여 근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 진다. 이 경우「근로기준법」제43조 및 제68조의 규정을 적용함에 있어서는 파견사업주 및 사용사업주를 같은 법 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다.

한편 파견법 제43조의2는 ‘제21조 제3항의 규정에 따라 준용되는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제16조(동조 제1호 및 제4호를 제외한다)의 규정을 위반한 자’를 ‘2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있다. 기간제법 제16조는 ‘불리한 처우의 금지’를 규정하고 있으며,⁵⁷⁾ 이를 위반하여 근로자에게 불리한 처우를 한 자는 동법 제21조에 의하여 ‘2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있다.

56) 제43조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 허위 기타 부정한 방법으로 ... 제10조 제2항의 규정에 의한 갱신허가를 받은 자
3. 제15조 또는 제34조 제2항의 규정을 위반한 자.

57) 기간제법 제16조 (불리한 처우의 금지) 사용자는 기간제근로자 또는 단시간근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 것을 이유로 하고 그 밖의 불리한 처우를 하지 못한다.

1. 제6조 제2항의 규정에 따른 사용자의 부당한 초과근로 요구의 거부
2. 제9조의 규정에 따른 차별적 처우의 시정신청, 제10조의 규정에 따른 노동위원회에의 참석 및 진술, 제14조의 규정에 따른 재심신청 또는 행정소송의 제기
3. 제15조 제2항의 규정에 따른 시정명령 불이행의 신고
4. 제18조의 규정에 따른 통고

그리고 파견법 제44조 제2호는 ‘제12조 제1항의 규정에 의한 영업의 정지명령을 위반하여 근로자파견사업을 계속한 자’를, 제44조 제3호는 ‘제16조를 위반한 자’를 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있다. 그리고 파견법 제16조 제1항은 “파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 물론 사용자사업주가 쟁의행위 중인 사업장에 새로 파견근로자를 파견 받아 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하게 하는 것은 노동조합법상 대체근로 제한에 위반되지만, 대체근로 제한의 실효성을 확보하기 위하여 파견사업주에게 별도의 의무를 부과하고 이를 위반한 경우 형사책임을 예정하고 있는 것이다.

또한 파견법 제16조 제2항은 “누구든지 「근로기준법」 제24조의 규정에 의한 경영상의 이유에 의한 해고를 한 후 대통령령이 정하는 일정기간이 경과하기 전에는 당해 업무에 파견근로자를 사용하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 이는 누구든지 경영상 이유에 의한 해고를 한 후 파견법 시행령으로 정하는 일정한 기간이 지나기 전에는 해당 업무에 파견근로자를 사용해서는 안 된다는 것을 의미한다.⁵⁸⁾ 이 규정 또한 근로기준법 제25조 제1항에 의하여 경영상 이유에 의한 해고의 경우, 우선재고용의무의 실효성을 위한 것이다.

한편 파견법은 제45조에 양벌규정을 두고 있는데, “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제42조·제43조·제43조의2 또는 제44조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

58) 파견법 시행령 제4조 (파견근로자의 사용제한) 법 제16조제2항에 따라 「근로기준법」 제24조에 따른 경영상의 이유에 의한 해고를 한 후 당해 업무에 파견근로자를 사용할 수 없는 기간은 2년으로 한다. 다만, 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다)의 동의가 있는 때에는 6월로 한다.

3. 파견법위반죄 성립의 전제조건으로서 도급과의 구별 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이 파견법 위반죄의 종류에는 크게 근로자파견대상업무 위반죄, 파견기간 위반죄, 무허가파견죄 등이 있다. 그리고 이러한 위반죄 등이 성립하기 위해서는 그 전제조건으로 근로자파견관계가 인정되어야 한다. 왜냐하면 파견사업주·사용사업주·파견근로자 3자 사이에 근로자파견관계가 아닌 도급관계가 성립하는 경우에는 파견법의 적용을 받지 아니하기 때문이다. 그러므로 파견법 위반죄가 성립하는 지를 살펴보기 위해서는 ‘전 단계’로서 근로자파견관계와 도급관계의 구별이 필요하다.

그런데 이와 관련하여 파견과 도급을 그 ‘업무의 대상’에 따라 구분할 수 있는지가 문제될 수 있다. 왜냐하면 그 동안 위장도급이 문제가 되었던 사건 등을 분석하여 보면, 도급공정의 종류에 따라 도급공정의 독립성 판단에 많은 영향을 미쳤기 때문이다. 이를 2010년 현대자동차 사건,⁵⁹⁾ 2013년 GM 대우 사건,⁶⁰⁾ 2013년 쌍용차 사건,⁶¹⁾ 2014년 현대자동차 사건,⁶²⁾ 2015년 현대자동차 사건,⁶³⁾ 2012년 금호타이어 사건,⁶⁴⁾ 2015년 KTX 여승무원 사건 A⁶⁵⁾을 중심으로 살펴보면, 다음의 <표 5>와 같다.

<표 5> 도급공정의 종류와 도급공정의 독립성 여부

사 건	도급공정의 종류	도급공정의 독립성
2010년 현대자동차 (대법원)	- 의장공정	- 자동차 조립작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름생산방식
2013년 GM 대우 (대법원)	- 차체조립, 부품포장	- 자동차생산공정업무의 특성상 각 공정은 독립적일 수가 없어 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못함

59) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

60) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결.

61) 수원지방법원 2013. 11. 29. 선고 2011가합1752 판결.

62) 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112450, 2010가합112481 판결.

63) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

64) 광주지방법원 2012. 7. 26. 선고 2011가합926 판결.

65) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결.

사 건	도급공정의 종류	도급공정의 독립성
2013년 쌍용차 (지방법원)	- 차체, 의장의 일부 공정	- 원청 근로자들과 동일한 생산 라인에 배치되어 작업수행
2014년 현대자동차 (지방법원)	- 프레스공정, 차체공정, 도장공정, 의장공정, 엔진변속기공정 시트제작공정 - 생산관리공정, 출고업무, 포장업무, 보전업무	- 원청 소속 근로자와 인접한 공간에서 컨베이어벨트의 전후좌우나 동일한 생산라인에 배치
2015년 현대자동차 (대법원)	- 차체, 의장, 엔진	- 공장의 컨베이어 시스템을 이용한 자동흐름생산방식의 특성상 각 공정은 독립적일 수 없음
2012년 금호타이어 (지방법원)	- 크롤링공정, 스크랩 공정, TBR 리턴물공정, 오픈밀 리턴공정	- 각 공정별로 완전히 독립적인 업무가 불가능하고 업무연동이 불가피함
2015년 KTX 여승무원 (대법원)	- 승객서비스업무 부분	- 승무분야 업무를 안전부분과 승객서비스 부분으로 구분 - 하청 승객서비스 업무부분을 도급형식으로 위탁 불가능 하지 않음

즉 <표 5>에서도 확인할 수 있는 바와 같이 —(대)법원은— 컨베이어벨트와 같은 자동흐름 생산방식을 이용하는 도급공정의 경우에는 거의 대부분 공정의 독립성이 부정되어 수급인 사업주가 자율적으로 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못한다고 판단하였다. 이러한 경우에는 도급의 대상이 될 수 없다는 것이다. 결국 이러한 판례의 태도로부터, 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름 생산방식에는 도급이 아닌 직접고용이나 파견근로와 같은 간접고용만이 가능하다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 위 판례를 자세히 살펴보면, 명확히 도급의 대상 유무에 따라 도급과 파견을 구별하고 있지는 않다. 다만 2015년 KTX 여승무원 사건 A에서 대법원은 ‘서비스업’이 도급의 대상이 될 수 있는 지를 명확히 언급하였고, 이는 파견과 도급을 구별하기 ‘이전에’ 검토되었다. 그러나 이와 같은 판단구조는 도급의 대상이 되는 업무와 그렇지 않은 업무가 있으며, —그것이 가능하다면— 더 나아가 도급의 대상이 되지 않은 업무에 도급을 주는 경우 곧 바로 묵시적 근로계약관계나 근로자파견계약관계가 인정되는 것으로 해석될 가능성이 있다.⁶⁶⁾

66) 이러한 대법원 판례의 태도에 대한 비판으로 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노

그러나 민법이 위와 같은 노무도급의 유형을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 상법 제46조 제5호나 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급거래법’이라 한다) 제2조는 이러한 경우를 상정하고 있다. 즉 상법 제46조 제5호는 기본적 상행위의 종류로서 ‘작업 또는 노무의 도급의 인수’(작업도급 또는 노무도급)를 규정하고 있다. 다만 이러한 경우에도 ‘오로지 임금을 받을 목적으로 물건을 제조하거나 노무에 종사하는 자의 행위’는 기본적 상행위에서 제외한다. 그리고 대법원은 ‘노무도급’을 ‘도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우’⁶⁷⁾라고 언급하고 있다. 또한 대법원은 노무도급의 경우, 도급인의 사용자책임도 인정하고 있다.

“일반적으로 말하여 도급인과 수급인 사이에는 지휘감독의 관계가 없으므로 도급인으로서는 민법 제756조의 규정이 적용되지 않으나 특정한 행위를 지휘하거나 또는 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같이 소위 노무도급인 경우에는 도급인이라 하더라도 민법 제756조 사용자의 배상책임의 규정에 의한 책임이 있다고 할 것이다.”⁶⁸⁾

한편 하도급거래법 제2조 제1항은 하도급거래를 ‘원사업주가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역 수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위’라고 정의하고 있다. 즉 하도급거래에는 ‘제조위탁, 수리위탁, 건설위탁, 용역위탁’이 있다. 여기서 제조위탁이란 ‘물품의 제조·판매·수리, 건설과 같은 행위를 업으로 하는 사업자가 그 업에 따른 물품의 제조를 다른 사업자에게 위탁하는 것’(제6항)이며, 수리위탁은 ‘사업자가 주문을 받아 물품을 수리하는 것을 업으로 하거나 자기가 사용

동법논총 제34집, 2015, 254쪽.

67) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결, “일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없는 것이지만, 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다.”

68) 대법원 1965. 10. 19. 선고 65다1688 판결.

하는 물품을 수리하는 것을 업으로 하는 경우에 그 수리행위의 전부 또는 일부를 다른 사업자에게 위탁하는 것'(제8항)이며, 건설위탁은 「건설산업기본법 제2조 제7호에 따른 건설업자, 「전기공사업법」 제2조 제3호에 따른 공사업자, 「정보통신공사업법」 제2조 제4호에 따른 정보통신공사업자, 「소방시설공사업법」 제4조 제1항에 따른 소방시설공사업의 등록을 한 자, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사업자가 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하거나 건설업자가 대통령령으로 정하는 건설공사를 다른 사업자에게 위탁하는 것'(제9항)이며, 용역위탁이란 '지식·정보성과물의 작성 또는 역무의 공급을 업으로 하는 사업자가 그 업에 따른 용역수행행위의 전부 또는 일부를 다른 용역업자에게 위탁하는 것'(제11항)이다.

즉 상법 제46조 제5호, 하도급거래법 제2조 및 대법원 판례의 노무도급에 대한 정의를 살펴보았을 때, 도급의 대상은 —근로자파견대상업무와 달리— 제한적이지 않다. 그러므로 파견과 도급의 관계를 정립하기에 앞서 '업무의 대상'에 따라 (노무)도급이 허용되는 지를 판단하는 구조는 지양되어야 할 것이다. 오히려 '노무제공을 통하여 일정한 일의 완성'을 목적으로 하는 노무도급과 '단순히 노동력을 제공'하는 고용계약 혹은 근로계약 등을 구별하는 것에 더욱 초점을 맞추어야 할 것이다. 왜냐하면 '노동력을 제공한다'는 공통점 때문에, 바로 이 지점에서 위장도급의 문제가 발생하기 때문이다.

제3절 파견법 위반죄의 성립요건에 대한 대법원 판례의 태도

1. 최초의 파견법 위반죄로서 GM 대우 사건의 진행 과정

제2절에서 살펴본 바와 같이, 파견법 제5조 제1항은 '제조업의 직접생산공정업무'를 근로자파견대상업무에서 제외하고 이를 위반한 자에 대하여 제43조 제1호에 의하여 형사책임을 예정하고 있다. 그렇기 때문에 '제조업의 직접생산공정업무'는 거의 대부분 직접고용이나 도급의 형태로 이루어질 수밖에 없는데, 이와 관련하여 도급으로 위장한 근로자파견이 많은 부분 사내하도급이라는 이름으로 자행되고 있다. 왜냐하면 직접고용 등으로 위와 같은 업무가 이루어지는 경우 사용자는 노동법 등의 엄격

한 적용을 받기 때문에, 이와 관련한 법적 책임을 위장도급의 형식으로 회피하려는 유인이 발생하는 것이다. 그러나 이러한 위장도급이 법원에 의해 밝혀지는 경우에도 —관련 당사자의 형사책임 보다는— 대부분 해당 근로자를 직접 고용하는 형태로 결론이 지어졌다. 이와 관련하여 파견법 위반으로 형사책임을 인정한 최초의 대법원 판결이 있는데, GM 대우 사건이 바로 그것이다. 그 진행과정을 간략하게 설명하면 다음과 같다.

전국민주노동조합총연맹 위원장 등은 2005년 1월 16일 GM 대우 및 이 사건 협력업체를 포함한 총 6개의 사내협력업체를 피진정인으로 하여 “GM 대우는 도급계약 명목으로 사내협력업체들을 통해 근로자들을 고용하여 직접 고용한 근로자들과 동일한 업무를 수행하게 하는 등 실질적으로는 파견근로자 보호 등에 관한 법률상 파견근로를 제공받았다.”는 취지로 창원지방법노동사무소에 진정하였다. 한편 그 무렵 현대자동차 및 이 사건 협력업체를 포함한 GM 대우의 사내협력업체들에 대한 수사가 이루어졌고, 1심 법원은 피고인들에 대하여 무죄판결을 선고하였으나 이후 검사의 항소로 진행된 2심 법원에서는 원심판결을 파기하고 피고인들에게 유죄판결을 선고하였다. 그리고 2013년 2월 8일 GM 대우 사건은 대법원에서 상고 기각됨으로써, 피고인들에 대한 유죄판결이 확정되었다. 이와 관련하여 GM 대우 사건의 공소사실을 요약해보면, 다음과 같다.

[공소사실] “GM 대우의 대표이사 甲, 달마의 대표이사 乙, 세종의 대표이사 丙, 대정의 대표이사 丁이 ‘2003. 12. 22.부터 2005. 1. 26.까지 기간 동안, 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 법령이 정하는 바에 따라 노동부장관의 허가를 받아야 하고, 근로자파견사업을 행하는 경우에도 제조업의 직접생산공정업무를 대상으로 이를 행하거나 그 파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받을 수 없음에도, 피고인 丙, 丁은 노동부장관의 허가 없이 근로자파견사업을 행하고, 그들과 피고인 乙은 제조업의 직접생산공정업무인 차체조립 등 자동차 생산업무를 대상으로 근로자 파견사업을 행하였으며, 피고인 甲은 위 협력업체들로부터 제조업의 직접생산공정업무에 위법한 근로자파견의 역무를 제공받아 구 파견근로자 보호법을 위반하였다.”⁶⁹⁾

69) 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781, 2013가합4456(병합) 판결 참조.

즉 공소사실에는 GM 대우 사건이 파견법상 파견대상업무 위반죄, 무허가파견죄 등을 중심으로 적시되어 있다. 그러나 1심 법원 내지 대법원 판결문을 살펴보면, 이러한 위반죄의 구성요건을 중심으로 판단한 것이 아닌 GM 대우와 사내협력업체 사이에 체결된 계약이 도급인지 아니면 근로자파견인지 이었다. 그리고 이에 따라 —앞에서도 언급한 바와 같이— 1심 법원은 GM 대우와 사내협력업체들의 관계를 ‘적법한’ 도급으로 파악하여 무죄를 선고하였고, 2심 법원 및 대법원은 ‘불법’ 파견으로 파악하여 유죄를 선고하였다. 즉 GM 대우와 사내협력업체들 사이에 이루어진 도급계약은 그 형식에 상관없이 ‘위장’도급이라는 것이다. 이렇듯 형사재판에서도 파견과 도급의 구별기준은 중요한 쟁점에 속한다. 그러나 1심 법원과 2심 법원 및 대법원에서 동일한 사실관계를 가지고 다른 결론을 내린 것에서도 확인할 수 있듯이, 파견과 도급의 구별기준이 명확성 원칙의 요청과 관련하여 문제가 제기될 수 있다. 이에 이하에서는 각 심급별로 법원이 어떻게 파견과 도급을 구별하였는지를 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 1심 판결: 적법한 도급관계 인정

1심 법원은 “GM 대우와 협력업체 간 일부 종속성이 있기는 하지만 불법파견이 아닌 적법한 도급계약 관계로 판단된다.”며 무죄를 선고하였다.⁷⁰⁾ 이와 관련하여 GM 대우 사건에서 문제가 된 파견법 위반죄의 종류는 근로자파견대상업무 위반죄, 파견기간 위반죄, 무허가파견죄 이었다. 그러나 1심 법원은 이와 같은 법 위반을 각 종류별로 나누어 구성요건을 검토한 것이 아닌, GM 대우와 사내협력업체들 사이의 관계가 근로자파견관계인지 혹은 도급관계인지에 집중하였다. 이는 만약 GM 대우가 파견법의 적용을 회피하기 위하여 민법상 허용되는 도급의 형태로 위장한 것이라면, 즉 도급이 아닌 근로자파견관계라는 것을 밝혀내게 되면 일응 ‘불법’파견이 되어 형사책임의 대상이 되기 때문이다. 그러므로 1심 법원에서 GM 대우 사건이 민법상 허용되는 도급관계인지 혹은 파견법상 근로자파견관계인지를 파악하기 위해, 어떠한 논증을 펼치는 지를 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

70) 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결.

가. 1심 법원에 나타난 파견과 도급을 구별하기 위한 기준

1심 법원은 파견과 도급의 구분에 대하여 다음과 같이 파견법 제2조 제1호의 정의에 따라 GM 대우와 사내협력업체들 사이에 근로자파견계약이 성립하는지 혹은 일의 완성을 내용으로 하는 도급계약이 성립하는지를 판단하여야 한다고 언급하였다.

[파견과 도급의 구분] “근로자파견법은, 근로자파견을 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’이라고 정의하고 있어(근로자파견법 제2조 제1호), 근로자파견은 실제 근로계약을 파견사업주와 체결하였다는 것을 제외하고는, 사용사업주와 파견근로자 사이에 노무 제공을 목적으로 하는 근로계약을 체결한 사용자와 피용자 사이와 같은 지휘·명령 관계가 있다고 할 것이다. 한편 도급은 일의 완성이 그 법률관계의 핵심적인 내용으로, 도급관계에서 수급인 혹은 그 이행보조자가 일의 완성을 위하여 일하는 것은 자신 내지 수급인을 위한 것이며, 도급인과 사이에서 완성하는 일에 대한 요구와 감독을 받는 것을 제외하고 원칙적으로 지휘, 명령 관계는 성립하지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 도급계약이 성립할 경우 파견근로관계는 성립하지 않는다. 그리고 도급계약인지, 파견근로관계인지 여부는, 관여 당사자들의 의사와 함께 도급인의 사업영역, 수급인의 전문성과 기술성, 완성할 일의 특정 가능성, 보수지급의 기준, 작업현장에서의 지휘감독, 노무관리와 업무수행의 독립성, 사업경영의 독립성 등 전체적인 근로제공관계를 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다.”⁷¹⁾

그리고 1심 법원은 파견과 도급을 구별하는 기준으로 관여 당사자들의 의사와 함께 ① 도급인의 사업영역, ② 수급인의 전문성과 기술성, ③ 완성할 일의 특정 가능성, ④ 보수지급의 기준, ⑤ 작업현장에서의 지휘감독, ⑥ 노무관리와 업무수행의 독립성, ⑦ 사업경영의 독립성 등을 제시하면서 이를 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다고 언급하였다. 그리고 이러한 ① 내지 ⑦의 기준에 따라 GM 대우와 사내협력업체들 사이에 체결된 계약은 적법한 도급계약이라는 결론을 내렸다. 그러나 이러한 1심 법원의 판단기준에는 다음과 같은 문제점에 존재한다.

즉 ②의 ‘수급인의 전문성과 기술성’은 파견법상 파견사업주에게도 요구된다는 점,⁷²⁾⁷³⁾ ⑥의 ‘노무관리와 업무수행의 독립성’과 ⑦의 ‘사업경영의 독립성’은 파견사

71) 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결.

72) 파견법 제5조 제1항은 “근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·

업주는 수급인 사업주는 불문하고 갖추어야 할 전제조건으로써, 이러한 요건이 파견과 도급을 구별하기 위한 기준이 되는 지는 의문이다. 즉 ⑥과 ⑦의 사항은 파견과 도급을 구별하기 이전에 검토되어야 하는 것으로서, 사법영역에서 ‘묵시적 근로계약의 법리’로 발전되어 왔다. 즉 대법원은 2003년 SK 주식회사 사건 및 2008년 주식회사 현대미포조선 사건 등에서 “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무를 수행하는 사람을 제3자의 근로자라고 하기 위해서는, 원고용주가 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 주체가 제3자이고 근로 제공의 상대방도 제3자이어서, 당해 피고용인과 제3자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수 있어야 한다.”고 언급하면서, ‘사업경영상의 독립성’^(a) 및 ‘노무관리상의 독립성’^(b) 여부를 ‘묵시적 근로계약관계’를 판단하기 위한 기준으로 제시하였다.

그러므로 1심 법원에서 제시한 ⑥과 ⑦은 파견과 도급을 구별하기 ‘이전에’ 파견사업주 혹은 수급인의 사업주로서의 실체를 판단하기 위한 자료가 되어야 한다.

나. 1심 법원에 나타난 적법한 도급의 징표

1심 법원은 “GM 대우와 사내협력업체 사이의 법률관계는 비록 자동차조립업무 등의 특성으로 인하여 일부 종속성을 가지기는 하지만, 전체적인 근로관계를 종합적으로 판단하여 보면 그 형식적인 면에서나 실질적인 면에서 도급계약 관계에 있”다고 판단하였다. 그리고 도급계약 관계로 판단한 논거로서 다음과 같이 ① 내지 ⑦을 제시하였다.

기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다”고 규정하고 있는데, 이로부터 파견사업주 또한 전문성과 기술성이 요구된다고 할 수 있다.

- 73) 종래 도급계약관계에서 수급인의 전문성은 중요한 요소이었다. 왜냐하면 도급계약의 본질상 ‘일의 완성’은 거의 대부분 ‘전문가’인 수급인에게 맡겼기 때문이었다. 그러나 오늘날 기업은 —앞에서도 언급한 바와 같이— 경영조직의 효율성을 달성하고 생산비 및 인건비 등의 비용을 절감하기 위하여 도급계약을 체결하므로, 반드시 도급계약관계에 있어 전문성이 요구되는 것은 아니라 할 것이다.

[불법파견에 해당되는지 여부에 관한 판단] “...(중략)... ① 위 협력업체들이 지엠대우와 별도로 회사를 설립하여 독립적인 사업주체로 활동하면서 법인세 등 제반 세금을 납부하고 그 명의로 국민건강보험 등 4대 보험에 가입하고, 회계, 결산 등도 별도로 해오고 있었던 점, ② 협력업체들이 지엠대우와 별도로 취업규칙을 제정하여 두고 그에 근거하여 근로자들을 채용하고 근태를 관리하며 징계를 하는 등의 인사권과 징계권을 행사하고, 소속 근로자들에 대한 임금, 상여금 등도 협력업체들이 그 책임하에 직접 지급해온 점, ③ 이 사건 자동차조립업무 등이 표준단위작업서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무이기 때문에 일상적, 구체적 작업지시가 필요하지 아니하고, 작업현장에서 협력업체의 현장관리인이 상주 또는 순회하면서 소속근로자들에 대한 근태관리 등을 하고 있으며, 지엠대우 소속 직장은 특별한 사정이 없는 한 협력업체의 근로자들에게 별도로 작업지시 등을 하지 않는 점, ④ 지엠대우 소속 직장이 협력업체 소속 근로자들에게까지 안전교육을 실시하였지만 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 것으로 적법한 점, ⑤ 지엠대우가 사내협력업체들의 근로자들의 고충을 상담해 주고 설비를 직접 제공해 주는 등 협력업체의 근로자들에 대한 근로조건에 일정 부분 영향을 미친다 하더라도 이는 협력업체의 근로자들로부터 노무를 제공받는 지엠대우로서는 작업불량을 방지하고 작업능률을 향상시키기 위하여 어느 정도 필요한 것으로 보이는 점, ⑥ 지엠대우 소속 근로자의 결원이 생기는 경우 협력업체 소속 근로자로 하여금 대체 근무를 하게 하는 것은 위 도급계약서에서 정한 추가도급약정에 따라 상호 협의 후 가능하다고 보이는 점, ⑦ 작업장소나 작업시간의 결정, 작업결과에 대한 평가가 지엠대우에 의해서 결정된다고 하더라도, 도급계약에 있어서 도급인이 수급인이나 그 이행보조자인 근로자에 대하여 도급업무의 이행에 대한 지시가 가능하고(민법 제669조 참조), 또한 도급인은 작업결과에 대한 검수권을 가지므로, 도급인과 수급인이 컨베이어벨트를 이용한 작업방식의 특성 등을 고려하여 이러한 부분을 계약내용에 포함시킬 수 있음은 이 사건 협력업체들이 근로자들을 고용하여 지엠대우의 지휘·명령을 받아 지엠대우를 위한 근로에 종사하게 하는 근로자 파견에 해당한다고 보기 어렵[다].”⁷⁴⁾

즉 1심 법원은 사내협력업체들이 사업주로서의 실체성(①)을 가지고, 직접 소속 근로자들에 대한 근태관리 등을 한 점(②), 반면 GM 대우는 사내협력업체 소속 근로자들에 대한 직접적인 지휘·명령권을 행사하지 않았고(③), 사내협력업체 소속 근로자들에 대하여 안전교육 등을 하고 안전·보건점검을 실시하기는 하였지만 이는 산업안전보건법의 규정에 따른 것이었고(④), 사내협력업체 근로자들의 고충을 상담해 주고

74) 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결.

설비를 직접 제공을 해 주었지만 이는 작업불량을 방지하고 작업능률을 향상시키기 위한 것이었고(⑤), 결원을 대체하였던 것은 도급계약서에서 정한 추가도급약정에 따라 상호 협의 후 가능하였다는 점(⑥), 도급계약에서도 도급인은 도급업무의 이행에 대한 지시가 가능하다는 점(⑦)을 근거로 적법한 도급계약으로 판단하였다.

그러나 GM 대우와 사내협력업체들 사이에 적법한 도급계약이 성립한다는 1심 법원의 논거를 자세히 살펴보면, 특히 ①의 내용과 관련하여서는 앞에서 언급한 바와 같은 의문이 제기된다. 왜냐하면 ①은 GM 대우의 협력업체들에게 ‘사업주로서의 독자성’이 있는 지 여부를 판단하기 위한 자료에 불과하기 때문이다. 그러므로 만약 GM 대우의 사내협력업체들에게 ‘사업주로서의 독자성 요건’(①)이 존재하지 않는다면, 사내협력업체들에게 사업주로서의 실체성이 인정되지 않으므로 —사내협력업체들의 근로자들과 GM 대우 사이에 사용종속성이 인정된다는 전제조건 하에— GM 대우와 사내협력업체들의 근로자들 사이에는 ‘직접고용관계’가 인정된다. 즉 이러한 경우에는 파견이든 도급이든 인정될 여지가 없다. 그러므로 ①은 파견과 도급을 구별하는 기준으로서 적합하지 못하다. 또한 마찬가지로 ②의 내용도 파견과 도급을 구별하기 위한 판단기준이 될 수 없다. 왜냐하면 ‘노무관리의 독립성’(②) 또한 사내협력업체들의 사업주로서의 실체성이 있는 지 여부를 판단하기 위한 자료이기 때문이다.

다만 ④의 내용과 관련하여 1심 법원은 “GM 대우 소속 직장이 협력업체 소속 근로자들에게까지 안전교육을 실시하였지만 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 것으로 적법하다.”⁷⁵⁾고 판단하였는데, 이는 산업안전보건법 제29조에 따른 것으로서 합리적인 결정이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 산업안전보건법 제29조는 다음과 같이 도급인의 안전 및 보건조치의무를 규정하고 이에 따르도록 하고 있기 때문이다.

- ① 같은 장소에서 행하여지는 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 대통령령으로 정하는 사업의 사업주는 그가 사용하는 근로자와 그의 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 조치를 하여야 한다.

75) 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결.

1. 사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업
 2. 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업
- ② 제1항 각 호 외의 부분에 따른 산업재해를 예방하기 위한 조치는 다음 각 호의 조치로 한다.
1. 안전·보건에 관한 협의체의 구성 및 운영
 2. 작업장의 순회점검 등 안전·보건관리
 3. 수급인이 근로자에게 하는 안전·보건교육에 대한 지도와 지원
 4. 제42조 제1항에 따른 작업환경측정
 5. 다음 각 목의 어느 하나의 경우에 대비한 경보의 운영과 수급인 및 수급인의 근로자에 대한 경보운영 사항의 통보
 - 가. 작업 장소에서 발파작업을 하는 경우
 - 나. 작업 장소에서 화재가 발생하거나 토석 붕괴 사고가 발생하는 경우
- ③ 제1항에 따른 사업주는 그의 수급인이 사용하는 근로자가 토사 등의 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소에서 작업을 할 때에는 안전·보건시설의 설치 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 조치를 하여야 한다.
- ④ 제1항에 따른 사업주는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그가 사용하는 근로자, 그의 수급인 및 그의 수급인이 사용하는 근로자와 함께 정기적으로 또는 수시로 작업장에 대한 안전·보건점검을 하여야 한다.
- ⑤ 화학물질 또는 화학물질을 함유한 제제(製劑)를 제조·사용·운반 또는 저장하는 설비를 개조하는 등 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업을 도급하는 자는 해당 작업을 수행하는 수급인의 근로자의 산업재해를 예방하기 위하여 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 안전·보건에 관한 정보를 제공하는 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 화학물질 또는 화학물질을 함유한 제제를 제조·사용·운반 또는 저장하는 설비 및 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업에 관하여 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.
- ⑥ 제1항에 따른 사업주 또는 제5항에 따라 도급하는 자는 수급인 또는 수급인의 근로자가 해당 작업과 관련하여 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우에는 그 위반행위를 시정하도록 필요한 조치를 하여야 한다.
- ⑦ 수급인과 수급인의 근로자는 정당한 사유가 없으면 제1항부터 제6항까지의 규정에 따른 조치에 따라야 한다.
- ⑧ 사업을 타인에게 도급하는 자는 안전하고 위생적인 작업 수행을 위하여 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.
1. 설계도서 등에 따라 산정된 공사기간을 단축하지 아니할 것
 2. 공사비를 줄이기 위하여 위험성이 있는 공법을 사용하거나 정당한 사유 없이 공법을 변경하지 아니할 것

- ⑨ 사업을 타인에게 도급하는 자는 근로자의 건강을 보호하기 위하여 수급인이 고용노동부령으로 정하는 위생시설에 관한 기준을 준수할 수 있도록 수급인에게 위생시설을 설치할 수 있는 장소를 제공하거나 자신의 위생시설을 수급인의 근로자가 이용할 수 있도록 하는 등 적절한 협조를 하여야 한다.
- ⑩ 제2항 제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 협의체의 구성·운영, 작업장의 안전·보건관리, 안전·보건교육에 대한 지도 및 지원에 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

그리고 —1심 법원 선고 당시는 아니지만— 2016년 4월 8일부터 시행되는 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」(개정)에서는 근로조건 보호를 위한 준수사항으로 원사업주에게 “사내하도급 근로자가 산업재해 위험이 있는 장소에서 작업을 할 때에는 산업재해 예방을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.” 및 “그 밖에 근로기준법, 산업안전보건법 등 노동관계법령에서 원사업주와 관련된 규정을 준수하여야 한다.”는 내용을 가이드라인으로 제시하고 있다.⁷⁶⁾ 그러므로 1심 법원이 정당하게 판단한 바와 같이 산업안전에 관하여 도급인이 수급인 사업주의 근로자에 대하여 위와 같은 의무를 이행하는 것이 ‘불법’파견을 인정하는 근거로 고려되어서는 안 될 것이다.

그리고 ⑤의 내용 중 ‘GM 대우가 사내협력업체들의 근로자들의 고충을 상담해주는 것’ 또한 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」(개정)에서 근로조건 등의 개선을 위한 노력사항으로 “수급사업주가 소속 사내하도급 근로자의 고충을 해결하기 위해서 원사업주의 협조 또는 지원을 요청하는 경우에는 그 고충이 원만하게 해결될 수 있도록 노력한다.”는 내용을 가이드라인으로 제시하고 있으므로,⁷⁷⁾ 이 또한 불법파견을 인정하는 근거로 고려되어서는 안 될 것이다.

3. 2심 판결: 근로자파견관계 인정

2심 법원은 “GM 대우는 협력업체 소속 근로자들에 대해 도급인으로서의 지시·감독권을 넘어 구체적인 지휘·명령과 이에 수반하는 노무관리를 행해 근로자 파견관계가 인정된다.”며 유죄를 선고하였다.⁷⁸⁾

76) 2016년 4월 8일 고용노동부 보도자료 중 〈붙임 2〉 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」

77) 2016년 4월 8일 고용노동부 보도자료 중 〈붙임 2〉 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」

가. 2심 법원에 나타난 파견과 도급을 구별하기 위한 기준

2심 법원은 파견과 도급의 구분에 대하여 다음과 같이 ‘실체적 판단’을 할 것을 언급하였다.

[파견과 도급의 구분] “...(중략)... 지엠대우와 협력업체들 사이에 체결된 도급계약이 진정한 도급계약관계에 해당하는지, 근로자파견관계에 해당하는지 여부는, 지엠대우와 협력업체들 사이에 체결된 계약의 명칭이나 형식 여하를 불문하고, 계약의 대상이 된 내용, 범위, 특성, 업무수행의 과정, 계약당사자의 적격성 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.”⁷⁹⁾

즉 2심 법원은 파견과 도급의 구별에 관한 판단기준으로 계약의 명칭이나 형식 여하를 불문하고, ① 계약의 대상이 된 내용, ② 계약의 범위, ③ 계약의 특성, ④ 업무수행의 과정, ⑤ 계약당사자의 적격성 등을 개별적으로 검토한 후 종합하여 판단하여야 한다고 언급하고 있다. 이러한 판단기준은 2010년 현대자동차 사건에서 파견과 도급을 구별하기 위해 제시한 기준과 유사하다.

나. 2심 법원에 나타난 불법파견의 징표

1) 불법파견에 해당되는지 여부

2심 법원 또한 파견법 위반죄의 성립과 관련하여 1심 법원과 마찬가지로, GM 대우가 근로자파견관계를 도급관계로 위장하여 불법파견에 해당하는 지 여부를 판단하였다. 다만 2심 법원은 불법파견에 해당되는지 여부를 판단하기에 앞서 1심 법원에서 고려하였던 ‘사업주로서의 독자성’ 여부는 파견과 도급을 구별하기 위한 기준이 될 수 없다는 것을 명시적으로 밝혔다. 즉 1심 법원은 “GM 대우의 협력업체들이 별도의 회사를 설립하여 독립적인 사업주체로 활동하면서 법인세 등 제반 세금을 납부하고, 그 명의로 국민건강보험 등 4대 보험에 가입하고, 회계 및 결산 등을 GM 대우와 별도로 한 사실”을 파견과 도급을 구별하기 위한 기준으로 판단한 반면, 2심 법원은 다음과 같은 이유로 그 기준에서 제외하였다.

78) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

79) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

[불법파견에 해당되는지 여부에 관한 판단] “(1) 위 ⑨항과 같은 사실은 협력업체들에게 사업주로서의 독자성이 있음을 알 수 있는 자료이고, 근로자파견의 경우도 파견사업주의 실체가 존재할 것을 전제하므로(만일 협력업체들에게 사업주로서의 실체가 인정되지 않아 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않고, 협력업체 소속 근로자들의 지엄대우에 대한 사용종속성까지 인정되는 경우에는 위 근로자들과 지엄대우 사이에는 직접고용관계가 인정되어 도급이나 파견 어느 것에도 해당되지 아니한다), 위와 같은 사업주로서의 실체에 관한 사실들을 가지고 근로자파견관계에 해당하지 않는다는 판단의 근거로 삼을 수는 없고, …(중략)… 지엄대우는 협력업체 소속 근로자들에 대하여 도급인으로서의 지시·감독권을 넘어서 구체적인 지휘·명령과 위에 수반하는 노무관리를 행한 것으로, 협력업체들이 그 소속 근로자들을 지엄대우 창원공장에 파견하여 지엄대우의 지휘·명령을 받아 지엄대우를 위한 근로에 종사하게 하였고 지엄대우는 이러한 파견근로자의 역할을 제공받았음이 인정되어, 지엄대우와 협력업체들은 근로자파견관계에 해당한다고 봄이 상당하다.”⁸⁰⁾

즉 2심 법원은 1심 법원이 제시한 ‘사업경영상의 독립성’ 여부를 파견과 도급을 구별하기 위한 판단기준에서 제외하였다. 왜냐하면 이와 같은 기준은 수급인 사업주의 경우든 파견사업주의 경우든 사업주로서의 실체가 존재할 것을 그 전제조건으로 하기 때문이다. 한편 2심 법원은 불법파견에 해당하는지 여부를 ① 계약의 내용, ② 업무수행의 과정, ③ 계약당사자의 적격성으로 크게 나누어 살펴보았다. 그 내용을 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

[계약의 내용] “협력업체들과 지엄대우 사이에 체결된 계약의 범위가 자동차의 완성을 위한 작업(주식회사 대정의 경우 부품포장) 중 지엄대우와 협력업체들이 별도로 합의하는 작업으로 포괄적·추상적으로 기술되어 있는데, 당시 별도로 합의하는 작업에 대한 구체적인 서류를 작성한 바도 없었던 점, 도급계약서에 의하면 월간 도급비를 일의 성과 및 완성에 따라 당월 1일부터 말일까지 산정하여 협력업체들에게 지급하는 것으로 되어 있지만, 월간 도급비의 확정절차 및 지급내역에 비추어 볼 때, 도급비는 일의 결과가 아닌 투입된 협력업체 소속 근로자들의 수와 근로시간 등 노무제공의 정도에 따라 변동적으로 지급되었다고 할 것이고(지엄대우에서는 협력업체들에게 근무시간을 준수하지 않을 경우 도급비에서 공제하겠다는 내용의 공문을 발송한 적이 있다), 계약목적에 대한 시간적 제한이 정해져 있지도 아니한 점, 또한 지엄대우에서는 그 소속 근로자의 임금인상율을 감안하여 협력업체에게 지급할 도급단가를 인상하여 주는데, 지엄대우의 도급비 인상안이 나오면 협력업체

80) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

들이 모여 그 소속 근로자들에 대한 급여 인상분을 조정하여 지급하였던 점, 협력업체들에는 고유하고 특유한 도급업무가 별도로 있는 것이 아니라 지엠대우의 필요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되었던 점 등을 종합하여 보면, 그 계약의 목적이 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있었다고 판단된다."⁸¹⁾

즉 2심 법원은 ① 계약의 내용과 관련하여, GM 대우와 협력업체들 사이에 체결된 '계약의 범위'가 포괄적·추상적으로 기술되어 있고(㉔), 도급비의 산정기준이 '일의 성과 및 완성'에 따라 산정된 것이 아니라 투입된 협력업체 소속 근로자들의 수와 근로시간 등 노무제공의 정도에 따라 변동적으로 지급되었으며(㉕), 계약목적에 대한 시간적 제한이 정해져 있지 않았고(㉖), GM 대우의 필요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되었던 점(㉗) 등을 종합적으로 검토하여, 계약의 목적이 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있었다고 판단하였다. 즉 GM 대우와 사내협력업체들 사이에 체결된 계약은 '일의 완성'을 목적으로 하는 도급계약이 아니라 '근로자의 노동력 제공 그 자체'를 목적으로 하는 근로자파견계약이라고 판단한 것이다.

[업무수행의 과정] "지엠대우의 창원공장에서 협력업체 소속 근로자들이 지엠대우 소속 근로자들과 같은 조에 배치되어 근무하였을 뿐만 아니라, 업무 내용면에 있어서도 동일한 업무를 수행하였으며, 지엠대우에서 업무 시작시간과 종료시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 작업속도 등을 결정한 점, 지엠대우는 그들의 근로자뿐만 아니라 협력업체 소속 근로자들에 대하여도 직장이 업무일지, 작업일보 등의 작성을 통해 그들의 근태상황, 인원현황 등을 파악하는 등 지엠대우에서 실질적으로 협력업체 소속 근로자들의 근태를 관리한 것으로 보이는 점, 자동차 생산공정업무의 특성상 각 공정을 독립적일 수가 없어 협력업체들이 투입할 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대하여 자율성을 가지지 못하였고, 지엠대우에서 협력업체 소속 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었으며, 그들이 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서 등을 결정한 점 등을 종합하여 보면, 근로자파견관계에 더 가깝다고 판단된다. 이에 대하여 지엠대우는 도급인으로서의 검수권 및 지시권을 행사하였을 뿐이라고 주장하나, 지엠대우가 협력업체 소속 근로자들에 대한 작업시간을 결정하고, 작업내용과 관련된 제반 사정을 종합하여 보면, 그것은 도급을 위한 지시권의 한계를 넘은 것이라고 보인다."⁸²⁾

81) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

82) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

즉 2심 법원은 ② 업무수행의 과정과 관련하여, GM 대우 소속 근로자들과 협력업체 소속 근로자들이 같은 조에 배치되어 근무하였던 점(㉠), 이들이 동일한 업무를 수행하였던 점(㉢), GM 대우가 업무시작시간과 종료시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 작업속도 등을 결정한 점(㉣), GM 대우가 협력업체 소속 근로자들의 근태상황, 인원현황 등을 관리한 점(㉤), 협력업체들이 투입할 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대하여 자율성을 가지지 못한 점(㉥), GM 대우가 협력업체 소속 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었던 점(㉦) 등을 종합적으로 검토하여, GM 대우와 사내협력업체들 사이를 근로자파견관계로 판단하였다. 다만 여기에서 주의할 점은 2심 법원은 파견과 도급을 구별하는 판단기준들을 ‘all or nothing의 관계’가 아닌 ‘근로자파견관계에 더 가깝다’라고 언급함으로써 ‘정도의 관계’로 파악하였다는 것이다.

[계약당사자의 적격성] “협력업체 소속 근로자의 담당업무는 동일 작업을 반복하는 것으로서 협력업체들의 전문적인 기술이나 소속 근로자들의 숙련도가 요구되지 않고 지엠대우가 요구하는 업무를 수행함에 있어 협력업체들의 고유기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었던 점, 주식회사 대정의 경우 특화된 부품포장 업무를 담당하기는 하였으나, 지엠대우 소속 조장이나 기사권이 포장작업지시서를 보고 포장방법 등을 지시하면 그에 따라 업무를 수행하였다는 점에서 그 업무에 주식회사 대정의 고유기술이 투입되었다고 보기는 어려운 점, 협력업체 소속 근로자들은 지엠대우 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 지엠대우가 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업 방법을 지시하는 각종 표준작업서, 단위작업서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였던 점, 이와 같이 협력업체의 전문적인 기술이나 근로자들의 숙련도가 요구되지 아니하여 협력업체 소속 근로자들의 노동력이 지엠대우의 생산과정에 곧바로 결합될 수 있었던 점 등에 비추어 보더라도, 그 계약의 목적이 근로자의 노동력 제공 자체에 있었다고 판단된다.”⁸³⁾

즉 2심 법원은 ③ 계약당사자의 적격성과 관련하여, GM 대우가 요구하는 업무를 수행함에 있어 협력업체들의 고유기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바가 없었던 점(㉠), 협력업체 소속 근로자들은 GM 대우 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 GM 대우가 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방법을 지시하는 각종 표준작업서, 단위작업서 등에 의하여 단순, 반복적인

83) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

업무를 수행하였던 점(㉞) 등을 종합적으로 검토하여 그 ‘계약의 목적’이 ‘근로자의 노동력 제공 자체’에 있었다고 판단하였다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 6〉 2심 법원에 나타난 불법파견의 징표

판단 기준	구체적 내용
① 계약의 내용	- 계약의 목적(포괄적·추상적) - 도급의 방식(임용도급)
② 업무수행의 과정	- 혼재작업 ○ - 근로시간 결정 (GM 대우 ○) - 근태관리 (GM 대우 ○) - 도급공정의 독립성 × - 작업배치권·변경결정권 (GM 대우 ○)
③ 계약당사자의 적격성	- 업무의 성격 (사내협력업체 고유기술, 자본 투입 ×) - 사무실 시설 및 장비사용 (사내협력업체가 GM 대우 시설 등 사용 ○)

2) 2010년 현대자동차 사건과의 비교

이러한 2심 법원의 선고는 2010년 12월 23일에 이루어졌는데, 시기상 2010년 현대자동차 사건[민사]이 영향을 미친 것으로 보인다. 2010년 현대자동차 사건은 현대자동차의 사내협력업체 소속 근로자들이 현대자동차에 ‘근로자지위확인’의 소를 제기하여, 법원으로부터 불법한 근로자파견관계를 인정받은 사건이다. 참고로 2010년 현대자동차 사건에서 대법원은 비록 파견과 도급의 구별에 대한 일반적인 기준은 제시하지 못하였지만, 파견법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의에 따라 ‘지휘·명령권’ 여부를 중심으로 개별적인 징표들을 확인한 다음 종합적으로 고려하여 현대자동차와 제3자인 사내협력업체 사이에 근로자파견관계를 인정하였다.⁸⁴⁾ 그리고 2010년 현대자동차 사건은 현대자동차와 사내협력업체 사이의 관계가 도급관계가 아닌 근로자파견관계, 즉 위장도급을 인정한 최초의 대법원 판결이다. 그 근거로 대법원은 다음과 같이 언급하였다.

84) 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석”, 노동법연구 제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010, 103쪽.

[근로자파견관계의 성립 및 효과에 관하여] “... (1) 원심이 확정한 사실관계에 의하면 다음의 각 사정을 알 수 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 이 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 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 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악·관리하였다. (2) ... 원고들은 이 사건 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견 관계에 있었다고 할 것이다.”⁸⁵⁾

즉 대법원은 불법파견의 판단논거로 ① 자동차 조립·생산작업의 컨베이어벨트 좌·우에 원·하청 근로자들과 혼재하여 배치, ② 하청근로자들은 원청의 소유의 생산관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 원청의 각종 작업지시서 등에 의하여 단순반복적인 업무수행, ③ 자동차 조립·생산의 수급업무는 하청의 고유기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바 없음, ④ 하청근로자들 수급업무에 대하여 원청이 작업배치권과 작업결정권, 작업량, 작업방법, 작업순서를 결정, ⑤ 현장관리인은 구체적인 지휘·명령권을 행사하였더라도 도급인의 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지

85) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과, ⑥ 원청이 시업과 종업 시각의 결정, 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로 여부 결정, 교대제 운영 여부 결정, 작업속도 등 결정, ⑦ 정규직 근로자가 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내하청 근로자로 하여금 결원 대체, ⑧ 사내하청 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 파악·관리 등을 제시하였다.

이에 2010년 현대자동차 사건에서 나타난 판단기준과 GM 대우 2심 판결에서 나타난 판단기준을 좀 더 세분화하여 비교하면, 다음의 <표 7>과 같다.

<표 7> GM 대우 2심 판결과 2010년 현대자동차 대법원 판결

판단기준	구체적 내용	
	2010년 현대자동차 사건	GM 대우 사건
① 도급공정의 독립성 여부	- 의장공정 - 자동차 조립작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름 생산방식	- 차체조립, 부품포장 - 자동차 생산공정업무의 특성상 각 공정은 독립적일 수가 없어 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못함
② 계약의 목적		- 포괄·추상적 계약(사내협력업체의 고유·특유한 업무 없이 GM 대우의 필요에 따라 구체적 업무 결정) - 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있다고 판단
③ 도급의 방식	- 임의도급	- 임의도급(근로시간×근로자 수 기준) 방식
④ 혼재작업 여부	- 현대자동차와 사내협력업체 소속 근로자 혼재 작업	- GM 대우와 사내협력업체 소속 근로자 같은 조 배치, 동일업무 수행
⑤ 업무의 성격	- 단순반복 업무 - 사내협력업체의 고유기술, 자본 투입 ×	- 사내협력업체의 고유기술, 자본 투입 ×
⑥ 작업배치권	- 현대자동차가 작업배치·결정, 작업량·방법·순서 결정	- GM 대우가 작업량·방법·순서·방식 결정
⑦ 작업지시	- 현대자동차가 구체적인 지휘·명령권 행사	- 도급을 위한 지시권의 한계를 넘음
⑧ 현장대리인	- 현대자동차가 결정한 사항을 전달한 것에 불과	

판단기준	구체적 내용	
	2010년 현대자동차 사건	GM 대우 사건
⑨ 근로시간 결정	- 현대자동차가 시·종업시간 결정, 휴게·연장·야간근로 결정, 교대제 결정, 작업속도 결정	- GM 대우가 시·종업시간 결정, 휴게·연장·야간근로 결정, 작업속도 결정
⑩ 산업안전	- 사내협력업체에 대한 정기안전점검을 실시하고 사내협력업체를 지휘, 감독할 권한이 있다는 규정을 제정하여 시행	- GM 대우에서 각종 안전사고 예방과 관리 등을 위하여 사내협력업체 소속 근로자들에 대한 안전교육 실시
⑪ 결원대체	- 현대자동차 결원 발생시 사내협력업체 소속 근로자가 대체	- GM 대우 결원 발생시 사내협력업체 소속 근로자 대체
⑫ 근태관리	- 현대자동차가 사내협력업체 소속 근로자들의 근태상황, 인원현황 등을 실질적으로 관리	- 사내협력업체 소속 근로자의 조퇴, 월차, 휴가 등의 여부를 GM 대우에 보고
⑬ 교육		- GM 대우에서 사내협력업체 신규 근로자 투입시 기본적인 업무방법에 대한 교육 실시 - 사내협력업체 소속 근로자들을 대상으로 사고방식전환, 생산방식 및 생산성 향상 등을 목적으로 GMS 교육을 실시
⑭ 사무실 시설 및 장비사용	- 현대자동차 소유의 생산시설 및 부품, 소모품 사용	- GM 대우 소유의 제반설비와 작업수행에 필요한 자재, 공구 등을 사용

즉 위 <표 7>에서도 확인할 수 있는 바와 같이 2010년 현대자동차 사건과 GM 대우 사건은 ① 도급공정의 독립성 여부, ③ 도급의 방식, ④ 혼재작업 여부, ⑤ 업무의 성격, ⑥ 작업배치권, ⑦ 작업지시, ⑨ 근로시간 결정, ⑩ 산업안전, ⑪ 결원대체, ⑫ 근태관리, ⑭ 사무실 시설 및 장비사용 등을 그 불법파견을 판단하기 위한 기준으로 제시하였다.

그러나 앞서서도 언급한 바와 같이 ① 도급공정의 종류에 따라 그 독립성 여부를 판단하는 경우, 자동흐름 생산방식을 이용하는 사업분야는 거의 대부분 도급의 범위에서 제외될 가능성이 높아 불법파견으로 판단될 수밖에 없다는 점, ④ 사내하도급 중 수급인의 근로자가 도급인의 사업장 내에서 노무를 제공하는 경우, 혼재작업 여부를 장소적으로 파악하는 것은 사내하도급의 특성을 제대로 반영하지 못하였다는 점,

⑩ 도급인이 산업안전보건법 제29조의 내용을 준수하는 경우 이를 불법파견의 징표로 볼 수 없다는 점 등 여전히 법원의 태도에는 많은 부분 문제가 있다고 할 수 있다.

다. 미필적 고의 인정

파견법 위반죄가 성립하기 위해서는 마찬가지로 주관적 요건으로서 고의가 필요하다. 참고로 1심 법원은 GM 대우와 사내협력업체 사이를 ‘적법한’ 도급계약 관계로 파악했기 때문에 이 부분에 대한 판단은 이루어지지 않았다.

[고의 여부] “... 기록에 의하면 피고인 김A를 제외한 협력업체 대표들은 대우국민차 시절인 1998.경부터 사내하청 형태로 지엠대우와 계약을 체결하고 근로를 제공하거나 제공받았고, 이 사건 고소 및 진정 이전인 2004.경까지 관할 노동사무소의 정기점검이나 특별점검에서 이러한 근로관계가 불법파견에 해당한다는 지적을 받은 적이 없었던 사실이 인정되나, 협력업체 대표들은 그 소속 근로자들이 지엠대우 창원공장에서 앞서 본 바와 같은 업무수행 형태로 자동차 생산공정 업무에 필요한 노동력을 제공하였던 사실을 알고 있었고, 피고인 데이비드 ○○○○도 관리자로부터 보고 받는 등으로 협력업체 소속 근로자들이 지엠대우의 창원공장에서 근로하고 있는 사실은 알고 있었던 점, 지엠대우와 협력업체들은 도급비 지급에 관한 규정을 2003. 5.경 및 2005. 말경 내지 2006. 초경 각 변경하였는바, 이는 불법파견의 소지를 없애기 위한 일환으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인들은 적어도 미필적으로나마 협력업체와 지엠대우 사이에 행하여진 근로관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률을 위반할 수 있음을 알고 있었다고 보이고, 피고인들의 행위가 법에 위반되는 불법파견인지 알지 못하였다는 사정은 단순한 법률의 부지에 해당한다고 할 것이어서, 이를 다투는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.”⁸⁶⁾

즉 2심 법원은 피고인들의 불법파견에 대한 미필적 고의를 인정하였는데, 그 이유는 GM 대우나 사내협력업체들 모두 그들 사이에서 이루어진 계약이 도급이 아닌 불법파견임을 위와 같은 논거들을 살펴보았을 때 인식하고 있었다는 점이였다. 그리고 이러한 인식과 관련하여 법원은 관할 노동사무소의 정기점검이나 특별점검에서 불법파견에 해당한다는 지적을 받았는지 여부는 주관적 요건에 영향을 미치지 않는다고 판단하였다.⁸⁷⁾

86) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

87) 김기선, “불법파견에 대한 벌칙규정의 적용”, 노동법학 제37호, 한국노동법학회, 2011, 240쪽.

4. 대법원: 근로자파견관계 인정

가. 파견과 도급의 구분에 대한 판단기준

대법원은 “GM 대우와 사내협력업체들은 그 사이에 각 체결된 계약의 명칭이나 형식 여하에 불구하고, 그 협력업체에 소속된 근로자들이 GM 대우에 파견되어 GM 대우의 지휘·명령 아래 GM 대우를 위한 근로를 제공하는 근로자파견관계에 있다.”⁸⁸⁾며 유죄를 선고하였다. 즉 대법원 또한 2심 법원과 마찬가지로 ‘실체적 판단’을 전제로 파견과 도급을 구별하고 있다.

[이유] “...(중략)... 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6이 각각 운영한 원심 판시 협력업체 소속 근로자들이 공소외 회사 창원공장 내의 자동차 생산작업에 배치된 방식 및 내용, 공소외 회사의 협력업체 소속 근로자들에 대한 단위작업서·조립 사양서·작업지시서·포장작업사양서 등 각종 업무표준의 작성 및 배포, 공소외 회사 소속 근로자들의 결원이나 물량 증가로 인한 협력업체 소속 근로자들에 의한 인원충원에 있어서 그 절차나 방식, 협력업체 소속 근로자들에 대한 근무시간이나 연장·야간·휴일근무 여부의 결정과 근태관리 및 직무교육의 실태, 공소외 회사가 창원공장의 협력업체들에 대하여 지급할 도급비를 결정하는 방식 및 그 내역 등에 관한 사실과 함께 공소외 회사와 사내협력업체들 사이에서 각각 체결된 도급계약의 내용 및 각 사내협력업체 소속 근로자들의 업무수행과정에 비추어 본 노무제공의 내용과 방식, 이에 관한 공소외 회사의 지배·통제의 내용과 범위 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정사실에 비추어 볼 때 공소외 회사와 위 피고인들이 각 운영한 사내협력업체들은 그 사이에 각 체결된 계약의 명칭이나 형식 여하에 불구하고 그 협력업체에 소속된 근로자들이 공소외 회사의 사업장에 파견되어 공소외 회사의 지휘·명령 아래 공소외 회사를 위한 근로를 제공하는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다. 나아가 원심은 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인들이 적어도 미필적으로나마 공소외 회사와 그 사내협력업체들 사이에서 행하여진 근로관계가 파견근로자보호법에 반하는 것을 알고 있었다고 보고, 자신들의 행위가 위 법에 위반되는 불법파견인지 알지 못하였다는 피고인들의 주장을 배척하였다. 관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.”⁸⁹⁾

88) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결.

89) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결.

즉 대법원은 2심 법원과 마찬가지로 ① GM 대우와 사내협력업체들 사이에 체결된 계약이 포괄적·추상적으로 기술되어 있는데, 당시 별도로 합의하는 작업에 대한 구체적인 서류를 작성한 바 없고, ② 도급비는 일의 결과가 아닌 투입된 사내협력업체들 소속 근로자들의 수와 근로시간 등 노동제공의 정도에 따라 변동적으로 지급하였고, ③ 사내협력업체들은 고유하고 특유한 도급업무가 별도로 있는 것이 아니라 GM 대우의 필요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되는 점을 보면 계약의 목적이 근로자 노동력 제공 그 자체에 있었고, ④ GM 대우 소속 근로자와 사내협력업체 소속 근로자가 같은 조에 배치되어 근무, 업무내용면에 있어서도 동일한 업무를 수행하였고, ⑤ GM 대우가 업무 시작시간과 종료시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 작업속도 등 결정하였으며, ⑥ GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자들에 대하여 업무일지, 작업일보 등의 작성을 통해 근태상황, 인원현황 등을 파악하였으며, ⑦ 생산공정업무의 특성상 각 공정은 독립적일 수가 없어 사내협력업체들이 투입한 근로자 수, 작업시간, 작업속도 등에 대하여 자율성을 가지지 못하였으며, GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자의 작업량과 작업방법, 작업순서 등을 결정하였고, ⑧ 수급 업무는 사내협력업체의 전문적 기술이나 소속 근로자들의 숙련도가 요구되지 않고, 사내협력업체의 고유한 기술이나 자본 등이 투입된 바 없었던 점 등을 근거로 GM 대우와 사내협력업체 사이에 체결된 계약은 도급계약이 아닌 근로자파견계약이라고 판단하였다. 그리고 이에 기초하여 피고인들에게 파견법 위반에 대한 유죄를 선고하였다.

결국 GM 대우 사건은 파견법 위반죄를 판단하기에 앞서 파견과 도급을 구별하고, 이에 따라 GM 대우의 사내협력업체 소속 근로자를 파견근로자로 인정한 후, 파견법상 별치조항을 적용한 최초의 형사판례라는 점에서 의의가 있다. 즉 파견법 위반죄의 구성요건에 따라 불법여부를 판단하는 것이 아니라, 그 전제조건으로서 파견과 도급을 구별하였다는 점에서 이에 관한 부분이 민사뿐만 아니라 형사에서도 중요하다는 점이 확인해졌다.

나. 2012년 현대자동차 사건과의 비교

2012년 현대자동차 사건은 GM 대우 사건에서 대법원 판결에 거의 그대로 원용되고 있다.⁹⁰⁾ 그러므로 2012년 현대자동차 사건 또한 살펴볼 필요가 있다. 2012년 현대자동차 사건은 2010년 현대자동차사건의 파기환송판결(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결), 원심판결(서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752 판결)에 대한 확정판결이다.

“원심은 근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실제 준부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다고 전제한 다음, 그 채용증거를 종합하여 원고와 ○○기업 대표 이○○(이하 ‘○○기업’이라고 한다) 사이에 체결된 근로계약의 내용, ○○기업과 참가인 사이에 체결된 도급계약의 내용, 참가인에 의한 참가인의 사내협력업체 관리 실태, 참가인에 의한 각종 업무표준의 제정 및 실시사항과 함께, 참가인과 ○○기업 사이에 체결된 위 도급계약에 따라 ○○기업 소속의 근로자들이 참가인에게 노무를 제공하는 내용과 방식, 그에 관한 참가인의 지배 내지 통제의 내용과 범위 등에 관한 판시사실을 인정하고, 그 인정사실에 비추어 원고가 ○○기업에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다.”⁹¹⁾

즉 법원은 원심 판결과 마찬가지로 사내협력업체의 사업주로서의 실체성을 인정한 후 “당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실제 준부와 사업경영의 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.”⁹²⁾고 언급하였다. 그리고 이에 따라 ① 현대자동차 소속 근로자들과의 혼재 여부 및 현대자동차의 작업배치권과 변경결정권의 행사 여부, ② 현대자동차의 작업지시서에 의한 업무수행 여부, ③ 현대자동차의 직·간접적

90) 동일한 견해로 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노동법논총 제34집, 한국비교노동법학회, 2015, 244쪽.

91) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결.

92) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결.

지시 여부 및 근태상황 및 인원현황 관리 여부, ④ 현대자동차 소속 근로자 결원시 사내협력업체 소속 근로자의 대체 여부, ⑤ 현대자동차의 근로시간 관련 사항 결정 여부, ⑥ 현대자동차 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등의 사용 여부, ⑦ 사내협력업체의 고유기술, 자본 등의 업무 투입 여부 등을 종합적으로 검토한 후 현대자동차와 사내협력업체 사이에 근로자파견관계가 성립한다고 판단하였다.

이러한 판단구조는 GM 대우 사건의 대법원 판례에서도 그대로 나타나고 있다는 점에서, 파견법 위반죄에 관해서는 그 판단기준이 민법의 그것에 종속한다고 할 수 있다.

제4절 GM 대우 사건에서 나타난 대법원 판례의 문제점

1. 사실관계 판단의 차이점

제3절에서 살펴본 바와 같이 GM 대우 사건에서, 1심 법원과 2심 법원 사이에는 파견과 도급의 구별기준에 관한 차이점이 그렇게 크지 않다.

〈표 8〉 1심 법원과 2심 법원에 나타난 파견과 도급의 판단기준

1심 법원	2심 법원
① 도급인의 사업영역 ② 수급인의 전문성과 기술성 ③ 완성할 일의 특정 가능성 ④ 보수지급의 기준 ⑤ 작업현장에서의 지휘감독 ⑥ 노무관리와 업무수행의 독립성	③ 계약의 내용: 계약의 목적, 도급의 방식 ⑥ 업무수행의 과정: 혼재작업, 근로시간 결정, 근태관리, 도급공정의 독립성, 작업배치권·변경결정권 ⑦ 계약당사자의 적격성: 업무의 성격, 사무실 시설 및 장비사용

그러나 문제는 동일한 사실관계를 다르게 파악한다는 데에 있다. 예를 들어 근태관리와 관련하여 1심 법원은 “협력업체들이 지엠대우와 별도로 취업규칙을 제정하여 두고 그에 근거하여 근로자들을 채용하고 근태를 관리하며 징계를 하는 등의 인사권과 징계권을 행사하고, 소속 근로자들에 대한 임금, 상여금 등도 협력업체들이 그

책임 하에 직접 지급해온 점”⁹³⁾이라고 판단한 반면, 2심 법원은 “지엠대우는 그들의 근로자뿐만 아니라 협력업체 소속 근로자들에 대하여도 직장이 업무일지, 작업일보 등의 작성을 통해 그들의 근태상황, 인원현황 등을 파악하는 등 지엠대우에서 실질적으로 협력업체 소속 근로자들의 근태를 관리한 것으로 보이는 점”⁹⁴⁾이라고 판단하였다. 이는 2심 법원을 거의 그대로 인용한 대법원 판례에서도 명확하게 드러난다.

2. 형법의 민법에 대한 종속성: 기준의 가변성 문제

한편 GM 대우 사건은 위 형사재판 이후에도 민사재판이 계속 진행되었는데, 2016년 6월 10일 대법원이 심리불속행 기각 판결을 함으로써 확정되었다. 그러므로 이와 관련하여서는 부산고등법원 2016. 1. 21. 선고 2015나130, 2015나147(병합) 판결을 함께 검토할 필요성이 있다. 다만 항소심에서는 근로자파견관계 인정 여부와 관련하여 1심 판결을 그대로 인용하였으므로,⁹⁵⁾ 여기에서는 1심 판결을 중심으로 살펴보고자 한다. 그리고 이처럼 GM 대우 사건의 민사재판을 살펴보는 이유는, 위 법원이 GM 대우와 사내협력업체 사이를 근로자파견관계로 인정하면서, 2013년 평화산업 주식회사 사건(손해배상)을 참조하고 있기 때문이다. 즉 이 사건에 대해 (1심 법원을 그대로 인용한) 2심 법원의 판결이 2016년 1월 21일 선고된 점을 감안한다면, 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원 판례가 제시한 파견과 도급의 구별기준에 관한 일반적 기준을 참조하지 않았다는 점에서, ‘그 기준의 가변성’ 문제가 제기될 수 있다.

[근로자파견 관계의 인정 여부] “가) … 위와 같은 파견근로자보호법의 목적과 내용 등에 비추어 보면, 근로자를 고용하여 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자들이 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애받을 것이 아니라, 계약의 목적 또는 대상에 특정성, 전문성, 기술성이 있는지 여부, 계약당사자가 기업으로서 실체가 있는지와 사업경영상 독립성을 가지고 있는지 여부, 계약 이행에서 사용사업주가 지휘·명령권을 보유하고 있는지 여부 등 그

93) 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결.

94) 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

95) “이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, …(중략)… 아래와 같은 판단[고용관주 규정]을 추가하는 이외에는 제1심 판결 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어 포함 이를 그대로 인용한다.” 부산고등법원 2016. 1. 21. 선고 2015나130, 2015나147(병합) 판결.

근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결 등 참조). 나) 민법상 전형계약으로서의 도급은 노무의 제공 그 자체에 그치지 않고 ‘일의 완성’과 ‘완성된 일의 결과에 대한 보수 지급’을 목적으로 하는 반면, 근로자파견은 사용자 업무에 의한 파견사업주 소속 근로자의 지휘·명령을 그 핵심적 요소로 하고 있다. 다) 따라서 생산의 효율성을 극대화하기 위한 목적 등으로 기업 사이에 추진되는 이른바 ‘사내 도급’ 형태의 분업적 생산방식이 도급계약의 외형을 빌어 파견을 통해 공급된 근로자를 지속적으로 사용하는 수단에 불과하다면, 근로자파견의 장기화, 사용화를 억제하여 파견근로자에 대한 일정 수준 이상의 근로조건을 보장하고 기업들의 합리적 고용구조를 창출할 목적으로 제정된 파견근로자보호법의 적용을 잠탈하는 것으로서 허용되지 아니한다.”⁹⁶⁾

그리고 위 법원은 다음과 같이 ‘지휘·명령권’을 중심으로 GM 대우와 사내협력업체 사이에 근로자파견관계를 인정하였다.

〈표 9〉 불법파견의 징표

판단기준		구체적 내용
지휘 · 명령	① 작업배치권 및 변경결정권	- GM 대우가 직영근로자 휴가 등 결원 또는 수출물량이 증가할 경우 사내협력업체에 인원보충을 요구하여 사내협력업체 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하는 등 GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자의 작업배치권과 변경 결정권을 가짐
	② 업무지시·감독권	- GM 대우의 관리자가 사내협력업체 소속 근로자에 작업지시, GM 대우의 작업표준서 등에 따라 작업, 직영근로자와 혼재작업, GM 대우의 사내협력업체 소속 근로자 교육 등 GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자에게 업무지시나 감독
	③ 근태관리 및 징계권	- GM 대우의 직장이 사내협력업체 소속 근로자에게 작업일보, 업무일지 등으로 사내협력업체 소속 근로자의 휴가 등 근태를 전산관리하는 등 GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자 근태관리
	④ 업무수행 평가권	- 판단 ×
	⑤ 근로시간 결정권	- GM 대우가 사내협력업체 소속 근로자의 연장·야간근로·휴게시간 등 사실상 근로시간 결정
	⑥ 기타	- 도급계약의 범위가 특정되지 않은 업무이고, 도급비가 근로자 투입 시간에 비례해 책정되는 등 사실상 임률도급이며, GM 대우가 작업량·작업방법 등 결정

96) 창원지방법원 2014. 12. 14. 선고 2013가합3781, 2013가합4456(병합) 판결.

즉 위 법원은 근로자파견관계의 인정 여부와 관련하여, 그 일반적 기준으로서 2015년 현대자동차 사건 등이 아니라 2013년 평화산업 주식회사 사건[손해배상]을 참조하고 있다.⁹⁷⁾ 그리고 이 사건은 2010년 현대자동차 사건을 참조하고 있다. 이로부터 확인할 수 있는 것은 대법원이 2015년 현대자동차 사건 등에서 파견과 도급의 구별에 관한 의미 있는 일반적 기준을 제시하였지만 전원합의체 판결이 아니므로, 결국 구체적인 사건의 유형에 따라 2015년 현대자동차 사건 등 이전의 대법원 판결이 제시한 기준이 적용될 수 있다는 점이다. 이는 GM 대우 사건과 관련하여 살펴볼 때 가벼이 여길 수 있는 문제가 아니다. 왜냐하면 GM 대우 사건에서 1심 법원, 2심 법원, 대법원 모두는 파견법 위반죄를 검토하기 위한 전제조건으로 '파견과 도급의 구별'을 중요한 쟁점으로 살펴보았는데, 이러한 파견과 도급의 구별은 제3절에서도 확인할 수 있는 바와 같이 민사에 관한 대법원 판결을 거의 대부분 참조하고 있기 때문이다. 즉 형법의 민법에 대한 종속성 현상이 나타나고 있는 것이다. 그렇기 때문에 파견과 도급의 구별에 있어 그 기준이 가변적인 경우에는 명확성 원칙과 관련하여 죄형법정주의에 위반될 가능성이 높다.

3. 파견과 도급의 구별기준에 관한 명확성 원칙 위반 여부

이와 같이 근로자파견관계와 도급관계, 특히 도급관계 중에서도 사내하도급과 관련하여 파견과 도급을 구별하는 기준이 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반될 가능성이 있다. 왜냐하면 파견법상 '근로자파견'과 민법상 '도급'은 "모두 근로자를 사용하는 사업주가 근로자를 직접 고용하지 않은 채 간접고용의 형태로 근로자의 노동력을 활용한다"는 점에서 유사하기 때문이다. 그러나 이와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 결정하였다.

“‘근로자파견’은 ‘파견근로자가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’으로 법상 정의되고 있고, 이와 같이 노무의 제공이 계약의 목적이고 사용사업주가 파견근로자에 대한 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 행사할 수 있다는 점에서, 일의 완성

97) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결.

이 계약의 목적이고 도급인에게 지휘·감독권이 없는 민법상 '도급'과 구별된다. 따라서 '근로자파견'의 개념은 위와 같이 법상 정의 조항 및 그 법적 성질, 법관의 보충적인 해석작용을 통하여 해석기준이 제기되고 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다."⁹⁸⁾

즉 헌법재판소는 ① 계약의 목적에 따라 근로자파견은 '노무의 제공'이, 도급은 '일의 완성'이고, ② 지휘·명령권의 주체 여부에 따라 근로자파견은 '사용사업주'가, 도급은 '수급인'이 행사하므로 파견과 도급은 명확하게 구분된다고 언급하였다. 이는 근로자파견과 도급계약의 법률관계가 다음과 같이 —이론적으로— 구분되기 때문이다. 즉 민법 제664조에 의거, 도급은 "당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생"기는 계약이다.⁹⁹⁾

그러므로 도급계약의 목적은 '일의 완성'이며, 도급인은 원칙적으로 —고용관계가 존재하지 않는— 수급인의 근로자에 대하여 지휘·명령을 행사할 수 없다. 그리고 도급은 그 사업을 수행하기 위하여 민법상 아무런 제한을 받지 않지만, 근로자파견사업은 파견법 제7조 제1항에 의해 고용노동부장관으로부터 허가를 받아야 한다. 따라서 도급과 근로자파견은 ① 계약의 목적이 '근로자가 제공하는 노동력 자체'인지 혹은 '일의 완성으로서 노동의 결과'인지 여부, 그리고 ② 실제로 누가 —파견근로자든 혹은 수급인의 근로자든 불구하고— 근로자에 대한 직접적인 지휘·명령권을 행사하는지 여부 등에 따라 구별할 수 있다.

이와 같이 파견과 도급을 각각 파견법과 민법에 따라 구분할 때에는 그 개념 정의상 명확성 원칙에 위배되지 않는다. 그러나 GM 대우 사건의 1심 및 2심과 대법원 판결에서도 확인할 수 있는 바와 같이 ① 동일한 사실관계를 다르게 파악한다는 점, ② 파견과 도급을 판단하는 기준이 명확하지 않다는 점에서 문제가 발생한다. 즉 그 판단기준이 일관성을 가지고 있지 않아, —동일한 사실관계를 구성한다 하더라도— 그 결론이 달라질 수 있다는 것이다.

98) 헌법재판소 2013. 7. 25. 자 2011헌바395 결정.

99) 민법 제664조 "도급은 당사자일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다."

이는 제3장에서도 확인할 수 있는 바, 가령 2015년 현대자동차 사건 등에서 그동안 축적된 판례를 바탕으로 일반적인 기준을 제시하였음에도 불구하고 유사한 사건에서 다른 결론이 도출되는 문제점이 발생하였다. 이는 불법파견을 판단하는 형사재판에 있어서 민사의 그것을 그대로 반영한다는 점에서, 여전히 명확성 원칙과 관련하여 의문을 일으킨다. 그러므로 제3장에서는 파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의 법리를 재검토하는 것이 중요한 의미를 가진다 할 것이다.

제3장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의 법리

김대근·우희숙

제3장

파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의 법리

제1절 서론

제2장에서 간략하게 언급한 바와 같이, 위장도급 문제와 관련하여 대법원은 ① 파견사업주가 사업주로서의 실체성이 인정되는지 여부, ② 사용사업주가 지휘·명령권을 행사하였는지 여부와 관련하여 ‘단계적·종합적 판단’을 하고 있다. 즉 ①과 관련하여 파견사업주에게 사업주로서의 실체성이 부정되면, 묵시적 근로계약관계 법리에 따라 사용사업주와 파견근로자 사이에는 —그 계약의 형식에 상관없이— 직접고용관계가 인정된다. 반면 ②와 관련하여 파견사업주에게 사업주로서의 실체성이 인정되면, 그 다음 단계로 나아가 사용사업주가 —근로자파견계약에 따라— 파견근로자에게 직접적으로 구체적인 지휘·명령권을 행사하였는지 여부를 검토한다.

한편 GM 대우 사건에서 2심 법원도 명확하게 언급한 바와 같이 파견과 도급을 구분하는데 있어 ‘사업경영상의 독립성’ 여부는 중요하지 않다. 왜냐하면 이러한 ‘사업경영상의 독립성’ 여부는 도급계약에서 수급인 사업주든 근로자파견계약에서 파견사업주든 독립된 경영주체로서의 실질을 갖추고 있어야 하기 때문이다. 그러나 종래 위장도급 사건에서 법원은 우선 파견사업주 혹은 수급인에게 ‘사업경영상의 독립성’이 있는지 여부를 판단하여, 그것이 부정되면 묵시적 근로계약관계 법리에 따라 제3자와 근로자 사이에 직접고용관계를 인정하였다. 즉 이러한 ‘사업경영상의 독립성’ 여부가 충족되어야지만 파견과 도급을 구별하는 다음 단계로 나아갔던 것이다. 그러므로 여전히 파견과 도급을 구별하기 위한 전단계로서 파견사업주 혹은 수급인에게 사업주로서의 실체성이 존재하는지 여부를 검토하는 것은 중요하다.

그리고 이러한 이유 때문이 아니더라도 —앞에서 2010년 현대자동차 사건, GM 대우 사건에서 나타난 바와 같이— 대법원은 ‘업무의 성격’ 및 ‘사무실 시설 및 장비사용’ 여부를 파견과 도급을 구별하기 위한 기준으로 제시하고 있는데, 엄밀한 의미에서 이 기준들은 ‘사업경영상의 독립성’ 여부와도 관련되어 있다는 점에서 그것을 언제 인정하고 부정하는지를 살펴보는 것도 중요하다.

제2절 선제조건으로서 직접고용관계여부

1. 직접고용관계를 인정한 사건

사내하도급과 관련하여 대법원이 도급인과 수급인의 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계 성립, 즉 직접고용관계를 인정한 대표적인 사례는 SK 주식회사 사건[인사이트 코리아 사건]과 주식회사 현대미포조선 사건이다. 특히 후자인 주식회사 현대미포조선 사건에서 대법원은 묵시적 근로계약관계를 인정하기 위한 일반적인 기준을 제시한 후, 구체적인 사실관계가 그에 합치하는 지를 검토하여 직접고용관계를 인정하였다.

“사내하도급에 있어서 하청업체 소속 근로자가 원청회사의 근로자로 볼 수 있으려면, 하청업체는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 원청회사의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 원청회사와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 것도 원청회사이고, 또 근로제공의 상대방도 원청회사이어서 당해 피고용인과 원청회사 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있어야 한다.”¹⁰⁰⁾

즉 대법원은 묵시적 근로계약관계가 성립하기 위해서는 수급인이 사업주로서의 실체가 없을 것을 요구하고 있다. 그리고 이러한 사업주로서의 독립성을 판단하기 위해 ① 수급인의 근로자가 도급인과 사이에 종속적인 관계에서, ② 수급인의 근로자가 도급인에게 노무를 제공하고 이에 대한 대가로, ③ 도급인이 실질적으로 수급인의 근로자에게 임금을 지급하는 것이 인정되는 경우에는 도급인과 수급인의 근로자 사이

100) 대법원 2008. 7. 18. 선고 2005다75088 판결.

에 묵시적 근로계약관계가 성립된다는 것이다. 이러한 ①, ②, ③은 근로기준법 제2조 제4호의 근로계약의 정의, 즉 ‘근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약’과 정확하게 일치하는 것이다.

가. SK 주식회사 사건[인사이트코리아 사건]

대법원은 SK 주식회사 사건에서 묵시적 근로관계 법리를 적용하여 직접고용관계를 인정하였다.¹⁰¹⁾ 즉 대법원은 다음과 같은 이유로 SK 주식회사와 인사이트코리아 사이에 체결된 업무도급계약이 위장도급에 해당한다고 판단하여 SK 주식회사와 인사이트코리아 소속 근로자 사이에 직접고용관계를 인정하였다.

[직접고용관계 인정 이유: 위장도급] “... 인사이트코리아는 참가인의 자회사로서 형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어 왔으나 실질적으로는 참가인 회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 참가인이 행사(㉔)하여 왔고, 참가인의 물류센터에서 근로할 인원이 필요한 때에는 채용광고 등의 방법으로 대상자를 모집한 뒤 그 면접과정에서부터 참가인의 물류센터 소장과 관리과장 등이 인사이트코리아의 이사와 함께 참석한 가운데 실시(㉕)하였으며, 원고들을 비롯한 인사이트코리아가 보낸 근로자들에 대하여 참가인의 정식 직원과 구별하지 않고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 참가인이 직접 시행하고(㉖), 조직도나 안전환경점검팀 구성표 등의 편성과 경조회의 운영에 있어서 아무런 차이를 두지 아니하였으며(㉗, 그 근로자들의 업무수행능력을 참가인이 직접 평가하고 임금인상 수준도 참가인의 정식 직원들에 대한 임금인상과 연동하여 결정하였음(㉘)을 알 수 있는 바, 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 보아야 할 것이다.”¹⁰²⁾

즉 대법원은 형식상 인사이트코리아는 SK 주식회사와는 별도로 독립된 법인으로 운영되어 왔으나 ‘실질적’으로 SK 주식회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 SK 주식회사가 행사하였던 점(㉔), 인사이트코리아의 근로자 모집과정에서부터 SK 주식회사의 물류센터 소장과 관리과장 등이 인사이트코리아의 이사와 함께

101) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

102) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

참석하여 실시한 점(㉞), SK 주식회사가 그 소속 근로자와 인사이트코리아의 근로자를 구별하지 않고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 직접 시행한 점(㉟), 조직도나 안전환경점검팀 구성표 등의 편성과 경조회의 운영에 있어 아무런 차이를 두지 아니한 점(㊱), SK 주식회사가 인사이트코리아의 근로자에 대한 업무수행능력을 직접 평가하고 임금인상 수준도 SK 주식회사 소속 근로자들에 대한 임금인상과 연동하여 결정한 점(㊲) 등을 종합하여 고려하여 보았을 때 이는 위장도급으로 SK 주식회사와 인사이트코리아 소속 근로자 사이에 직접고용관계가 존재한다고 판단하였다.

그리고 이러한 결정에는 SK 주식회사의 자회사가 인사이트코리아의 주식을 100% 소유한 점, 인사이트코리아의 역대 대표이사 모두가 SK 주식회사의 전임이사로 선임된 점, 인사이트코리아가 전적으로 SK 주식회사의 업무만을 도급받아 그 도급금액으로 유지되어 온 점 등과 같은 사실관계가 많은 부분 영향을 미친 것으로 보인다.¹⁰³⁾

한편 이러한 구체적인 판단과정에서 나타난 ㉞ 내지 ㊲의 징표들은 이후 대법원이 파견과 도급을 구별하기 위한 판단기준 중 수급인이나 파견사업주 등의 ‘사업주로서의 실체’에도 그대로 반영되었다는 점에서 중요한 고려사항이 된다.

103) 즉 대법원은 “원심은 그 채용 증거를 종합하여, 피고보조참가인 회사(이하 ‘참가인’이라고 한다)는 1997. 8.경부터 주식회사 ○○○○○○○(이하 ‘○○○○○○○’라고 한다)와 업무도급계약을 체결한 이래 그 도급계약을 갱신체결하면서, 원고들을 비롯한 140여 명의 ○○○○○○○ 소속 근로자들을 전국에 소재한 참가인의 11개 물류센터에서 근무하게 하였는데, 위 업무도급계약상 ○○○○○○○는 자신이 고용하는 종업원을 관리하고 직접 지휘·감독하기 위하여 현장대리인을 선임하여야 하고, 참가인은 계약의 이행에 관한 지시를 현장대리인이 아닌 종업원에게는 직접 행하지 아니하도록 되어 있음에도 불구하고, 참가인은 원고들을 포함한 ○○○○○○○ 소속 근로자에 대하여 현장대리인을 경유하지 아니하고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용승인 등 제반 인사관리를 직접 행하여 온 사실, ○○○○○○○는 참가인의 자회사인 주식회사 ○○○○가 그 주식의 100%를 소유하고 있는 회사로서, 역대 대표이사는 참가인의 전임 임원이 선임되었고 거의 전적으로 참가인의 업무만을 도급받아 오는 등 형식상으로는 독립 법인으로 운영되어 왔지만 실질적으로는 모자(母子)회사의 관계로서 사실상의 결정권을 참가인이 행사해 온 사실을 인정한 다음, 참가인과 ○○○○○○○ 사이에 체결된 업무도급계약은 진정한 의미의 업무도급이 아닌 ‘위장도급’에 해당한다고 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 참가인이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반 또는 심리미진으로 인한 사실오인이나 도급계약에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.”고 판결하였다. 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

나. 주식회사 현대미포조선 사건

1) 직접고용관계 인정 이유

대법원은 주식회사 현대미포조선 사건에서 묵시적 근로관계 법리를 적용하여 직접 고용관계를 인정하였다.

[직접고용관계 인정 이유: 위장도급] “... 원고들이 소속된 용인기업은 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 피고 회사는 용인기업이 모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, 용인기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, 용인기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사(㉔)하였다. 뿐만 아니라, 피고 회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 용인기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 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 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사(㉕)하였다. 더 나아가, 용인기업은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 피고 회사로부터 수령하였지만, 피고 회사는 용인기업 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 피고 회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무교육 등에 종사하게 하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다. 한편 용인기업에 대한 작업량 단가는 피고 회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 현대미포조선 노동조합과 피고 회사 사이에 체결된 임금협약에 따라 결정되었으며, 원고들의 퇴직금이나 건강보험 등 사회보험료 역시 피고 회사가 기성 대금과 함께 지급하는 등, 피고 회사가 원고들의 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사(㉖)하였다. 마지막으로, 용인기업은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, 용인기업은 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상의 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다(㉗).”¹⁰⁴⁾

104) 대법원 2008. 7. 18. 선고 2005다75088 판결.

이 사건에서 대법원은 도급인이 ① 수급인 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하고(㉔ 채용, 해고 등의 인사결정권), ② 직접적으로 수급인 소속 근로자들에 대한 지휘감독권을 행사하였으며(㉔ 노무 지시권), 또한 ③ 수급인 소속 근로자들의 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였던(㉔ 노무 관리권, 보수지급 방식 및 자금조달의 독립성) 반면에 수급인은 ④ 사업 경영상의 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다(㉔ 수급인의 독립성 및 물적 설비보유)는 것을 근거로 도급인과 수급인 소속 근로자 사이에 직접고용관계를 인정하였다.

결국 대법원은 수급인이 별도의 사업자등록을 하고 근로소득 원천징수, 세무신고 등을 하여 독립된 사업체의 외관은 갖추었으나 ① 내지 ④를 이유로 사업주로서의 실체성을 부정한 것이다.

2) 2010년 현대자동차 사건과의 비교

주식회사 현대미포조선 사건은 앞서서도 언급한 바와 같이 수급인이 사업주로서의 실체성이 있는지 여부를 판단하기 위하여 ① 수급인의 근로자가 도급인과 사이에 종속적인 관계에서, ② 수급인의 근로자가 도급인에게 노무를 제공하고 이에 대한 대가로, ③ 도급인이 실질적으로 수급인의 근로자에게 임금을 지급하는 것이 인정되는 지를 그 기준으로 제시하였는데, 이러한 기준은 2010년 현대자동차 사건에서 대법원이 현대자동차와 사내협력업체들 소속 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 존재하는지 판단하는데 영향을 미쳤다. 즉 2010년 현대자동차 사건에서 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 해당 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 해당 피고용인과 제3자간에 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.”¹⁰⁵⁾고 언급하였다.

그러나 동일한 기준을 제시하였음에도 불구하고 주식회사 현대미포조선 사건은

105) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

직접고용관계가 인정된 반면 2010년 현대자동차 사건은 직접고용관계가 부정되었다. 전자의 사건과 후자의 사건을 비교해 보았을 때 차이가 나는 점은 —2010년 현대자동차 사건에서는— “채용·승진·징계 등 인사노무관리의 직접적인 개입이 있었다.”¹⁰⁶⁾는 것이다. 즉 수급인이 사업경영상의 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다는 점은 두 사건 모두에서 동일하지만, —2010년 현대자동차 사건은— 현대자동차가 직접적으로 사내협력업체 소속 근로자에 대한 지휘감독권을 행사하였을 뿐만 아니라 임금 등 제반근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였던 점에서 차이가 존재한다.¹⁰⁷⁾

결국 이로부터 확인할 수 있는 것은 수급인의 독립성 여부를 판단할 때, 수급인이 인사노무관리의 자율성을 어느 정도 가지고 있는 경우에는 다른 요소들이 부인된다 하더라도 사업주로서의 실체성이 인정된다는 것이다.¹⁰⁸⁾

2. 직접고용관계를 부정한 사건

가. 2015년 KTX 여승무원 사건 A

대법원은 2015년 KTX 여승무원 사건 A에서 ‘서비스업’이 도급의 대상이 될 수 있는지를 우선 파악한 뒤 ① 경영상 독립성 여부, ② 인사권의 독립성 여부를 근거로 다음과 같이 KTX와 여승무원 사이에 직접고용관계를 부정하였다.

[직접고용관계를 부정한 이유] “이와 같이 열차팀장의 업무와 KTX 여승무원의 업무가 구분되어 있었고, 철도유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 KTX 승객서비스업을 경영하였으며, KTX 여승무원을 직접 고용하여 관리·감독하면서 업무에 투입하고 그에 대한 인사권을 독자적으로 행사하였던 점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 각 위탁협약은 단지 도급계약의 형식만 갖춘 것이라거나, 철도유통 등이 KTX 여승무원과 맺은 계약도 명목적인 것에 불과할 뿐 KTX 여승무원은 사실상 피고 측과 종속적인 관계에 있고 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이며 KTX 여승무원이 근로를 제공하는 상대방도 피고 측이라고 단정할 수 없[다].”¹⁰⁹⁾

106) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

107) 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석”, 노동법연구 제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010, 99쪽.

108) 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석”, 노동법연구 제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010, 99쪽.

2015년 KTX 여승무원 사건 A는 서비스업에 대한 도급 여부를 판단한 최초의 대법원 판결이다. 즉 대법원은 KTX 여승무원의 업무와 같은 서비스업에 있어 노무도급을 명시적으로 인정하였다는 점에서 의의가 있다 할 것이다. 이를 사실관계를 중심으로 조금 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 도급대상에 대한 판단

원심은 KTX 여승무원의 업무는 도급의 대상이 될 수 없다고 판단하였는데, 그 이유는 ‘업무구분의 불명확성’과 ‘업무의 혼재’ 때문이었다.

[원심: 도급 대상 부정] “위탁협약에 따를 경우, KTX 여승무원은 KTX의 여객운송과 관련한 매우 광범위한 업무를 수행하고, 그 중에는 승객의 안전과 관련된 업무도 포함되어 있는 등 원청회사 소속인 열차팀장의 업무내용과 KTX 여승무원의 업무내용 중 서로 명확히 구분되지 않거나 공통되는 업무가 존재하므로, 열차팀장과 KTX 여승무원은 상호 공동업무 수행자의 지위에서 벗어날 수 없다. 따라서 KTX 승객서비스업무 중 KTX 여승무원의 업무를 열차팀장의 업무와 분리하여 이를 도급형식으로 위탁하는 것은 도급인의 업무영역과 수급인의 업무영역이 혼재되어 도급계약의 성질상 허용되지 않는다.”¹¹⁰⁾

그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 KTX 여승무원의 업무가 도급대상이 될 수 있다고 판단하였다.

[대법원: 도급 대상 인정] “① 위탁협약에 의하면, KTX 운행과 관련하여 승무분야 업무를 ‘안전 부분’과 ‘승객서비스 부분’으로 구분하여, 전자는 열차팀장이 담당하는데 반해 후자는 KTX 여승무원이 담당하도록 되어 있었던 점, ② 열차팀장의 업무와 KTX 여승무원의 업무가 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니지만, 열차팀장이 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행하는데 반하여, KTX 여승무원은 이와 별도로 담당 구간을 순회하면서 승객응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 점, ③ 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 KTX 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 KTX 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮[다.]”¹¹¹⁾

109) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결.

110) 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결.

111) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결.

즉 대법원은 원심 법원과 달리 KTX 운행과 관련하여 승무분야 업무를 안전 부분과 승객서비스 부분으로 구분할 수 있다는 점(① 업무구분의 명확성), 열차팀장은 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 반면 KTX 여승무원은 담당 구간을 순회하면서 승객응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 점(② 업무의 혼재 인정×) 등을 근거로 여승무원의 업무도 도급의 대상이 된다고 판단한 것이다.

이는 2006년 부산교통공단 사건에서 “지하철 운행업무와 매표소 업무는 독립할 수 없는 업무”¹¹²⁾라고 판단하여 업무구분의 불명확성을 이유로 도급의 대상이 될 수 없다고 판단한 대법원과 정 반대의 결론을 내렸다는 점에서 앞으로 형사사건에 있어서도 중요하게 참고하여야 할 것이다. 왜냐하면 KTX 운행 업무나 지하철 운행 업무는 모두 노무도급과 관련하여 불법파견이 문제된 사건이었기 때문이다.

2) 독립성 여부에 대한 판단

① 경영권의 독립성 여부

KTX 여승무원 사건 A에서 원심은 ‘경영권의 독립성’을 다음과 같은 이유로 부정하였다. 즉 “① 원고용주의 원래 사업 내용이 KTX 여승무원의 업무와는 관련이 없는 점, ② 원고용주의 임원진은 원청회사 출신으로 구성되어 있었으며, 원고용주가 원청회사의 자회사인 점, ③ 원청회사가 KTX 여승무원의 임금 세부항목과 액수를 특정하여 원고용주에게 지급하고 원고용주의 일반관리비나 이윤도 산정한 점, ④ 원청회사가 위탁업무 수행에 필요한 시설과 장비를 원고용주에게 무상으로 대여한데 반하여, 원고용주는 KTX 여승무원의 업무를 위한 별도의 물적 시설이나 장비를 갖추지 못하였던 점 등”¹¹³⁾이 그것이다.

반면 대법원은 “① 원고용주가 원청회사의 유관단체이거나 자회사라는 사실은 각 위탁협약의 진정성을 의심하게 하는 사유가 될 수도 있으나, 각자의 사업만큼은 원청회사 측과 독립하여 영위한 것으로 보이는 점, ② 원고용주사가 자체적으로 세운 임금지급기준에 따라 KTX 여승무원에게 직접 지급한 임금의 액수는 위탁협약 도급금액 결정 기준에서 정한 것과는 차이가 있는 점, ③ 원고용주는 KTX 승무사업본부나

112) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246 판결.

113) 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결.

승무본부를 따로 설치하고 원청회사로부터 사무실을 임차하는 한편, KTX 여승무원의 제복과 휴대용 가방 등의 자재를 직접 구입하여 배부하기도 한 점, ④ 원고용주가 KTX 여승무원의 업무를 위하여 필요한 업무를 위하여 필요한 시설과 장비를 미리 새로 구입하는 대신 원청회사 측에서 확보하고 있던 시설과 장비를 한 것도 비용과 효율측면에서 수공이 같 만한 조치인 점 등”을 근거로 경영권의 독립성을 인정하였다.

② 인사권의 독립성 여부

원심은 “① 원고용주가 KTX 여승무원들을 채용할 때 채용인원 등에 관하여 원청회사 측과 긴밀히 협조하고 채용면접관으로 원청회사 측 소속 직원인 강사들이 직무교육을 수시로 실시한 점, ② 원청회사 관련 규정상 열차팀장이 KTX 여승무원의 업무수행 확인 및 평가를 시행하도록 되어 있는 반면에, KTX 여승무원에 대한 감독업무를 수행하는 원고용주의 책임자는 KTX에 거의 승차하지 않는 점, ③ 원청회사가 KTX 여승무원에 대한 시정사항을 통보하고 그 시정요구에 따라 원고용주가 징계처분을 한 뒤 원청회사가 작성하고 배포한 ‘KTX 승무원 서비스 매뉴얼’에는 KTX 여승무원의 복장과 메이크업 등에 관하여 세부적인 사항이 명시된 점 등”을 근거로 ‘인사권의 독립성’을 부정하였다.

반면 대법원은 “① 원고용주는 ‘고속철도승무원 운용지침’ 등을 마련하여 이에 근거하여 KTX 여승무원의 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시한 점, ② 이 과정에서 원청회사 소속 직원 일부가 채용 면접관으로 참여하거나 KTX 여승무원이 원청회사의 위탁교육을 받은 적이 있다고 하더라도, 그러한 사실은 원고용주가 채용 및 교육의 주체라는 점을 부인하는 근거로 삼기에는 부족해 보이는 점, ③ 열차팀장이 KTX 여승무원의 업무 수행을 확인하도록 되어 있는 것은 KTX 여승무원에 대한 업무상 감독이라기보다는 위탁협약의 당사자가 보유한 권리의 행사로서 KTX 승객서비스업무가 위탁협약의 내용에 맞추어 제대로 이행되는지를 확인하고 감수하는 절차라고 이해할 수 있고, 원고용주가 원청회사의 시정요구에 따라 징계처분을 한 사실만으로는 원고용주가 독자적으로 인사권을 행사하였다는 점을 부인하기 어려운 점, ④ 원청회사 측이 확정하는 열차운행표는 KTX의 운행 내용만을 제공할 뿐, KTX 여승무원의 구체적인 출퇴근 시간이나 승무시간, 배차순서는 원고용주가 작성하는 승무교번표를 통하여 비로소 확정된 점,

⑤ ‘KTX 승무원 서비스 매뉴얼’ 등의 제공 역시 원청회사가 위탁협약 당사자의 지위에
서 업무의 표준을 제시하여 KTX 승객서비스업무가 균질적으로 수행되도록 노력해
달라고 원고용주에 주문하는 취지로도 볼 수 있는 점 등”¹¹⁴⁾을 근거로 ‘인사권의
독립성’을 인정하였다.

이와 같이 ‘경영권의 독립성’과 ‘인사권의 독립성’을 인정한 대법원 판례의 논거를
표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 10〉 도급을 인정하기 위한 판단 기준

판단 기준	구체적 내용
① 도급공정의 독립성	- 승객서비스업무 부분 - 승무분야 업무를 안전부분과 승객서비스 부분으로 구분 - 협력업체 승객서비스 업무부분을 도급형식으로 위탁 가능
② 혼재작업	- 승무분야 업무를 안전부분과 승객서비스 업무로 구분하여 설계 - 협력업체가 승객서비스업무 수행
③ 업무 성격	- KTX의 안전업무와는 별도로 협력업체에서는 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행
④ 작업배치권	- KTX에서는 KTX 운행내용만 제공할 뿐 협력업체에서 승무교번표를 통하여 근무배치
⑤ 작업지시	- KTX에서 협력업체 근로자에게 지시하거나, 감독하는 일이 거의 없음
⑥ 근로시간결정	- KTX가 시·종업시간 결정, 휴게·연장·야간근로 결정, 교대제 결정, 작업속도 결정
⑦ 근태관리	- 협력업체에서 출근시간, 근무시간, 휴게시간 등을 관리
⑧ 교육	- 협력업체에서 자체교육계획을 수립하여 직접 교육
⑨ 사무실시설 및 장비사용	- 협력업체에서 승무사업본부나 승무본부를 따라 설치하고 KTX측으로부터 사무실 임차 - 협력업체에서 여승무원의 제복과 휴대용가방 등의 자재를 직접 구입 - KTX에서 필요한 시설과 장비를 활용하기로 한 것은 비용과 효율적인 측면에서 수급이 갈 만한 조치

114) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결.

즉 KTX 여승무원 사건 A에서 대법원은 —컨베이어벨트를 이용한 자동흐름 생산방식과는 달리— 서비스 업무는 도급형식으로 위탁이 가능하다고 판결한 후, ② 혼재작업이 이루어지지 않았던 점, ③ 업무가 독자적으로 수행된 점, ④ 작업배치권 또한 협력업체가 수행한 점, ⑤ KTX가 협력업체의 근로자인 여승무원에게 직접 지시하거나 감독한 사실이 없는 점, ⑥ 근로시간 결정은 KTX가 주도하였지만 그것은 열차운행의 업무적 특성이 반영되었다는 점, ⑦ 출근시간, 근무시간, 휴게시간과 같은 근태관리는 협력업체가 수행하였던 점, ⑧ 교육 또한 협력업체가 자체교육계획을 수립하여 직접 교육하였던 점, ⑨ 비용과 효율적인 측면에서 협력업체가 KTX에서 필요한 시설과 장비를 활용하기로 하였지만, 사무실을 임차하여 사용하고 여승무원의 제복과 휴대용가방 등의 자재를 직접 구입하였다는 점에서 KTX와 협력업체 사이에는 도급계약 관계가 성립한다고 판단하였다. 이로부터 확인할 수 있는 것은 —노무도급과 관련하여— 업무의 구분이 이루어지고 인사노무관리 등을 협력업체가 독자적으로 수행한다면 그것은 위장도급이 아닌 적법한 도급이라는 것이다.

나. 경기화학공업 주식회사 사건

대법원은 경기화학공업 주식회사 사건에서 직접고용관계를 부정하였는데,¹¹⁵⁾ 그 이유를 정확하게 살펴보기 위해서는 원심 판결을 살펴볼 필요가 있다.

[직접고용관계를 부정한 이유] “참가인회사의 상하차 작업은 흥일개발의 대표인 소외 권○○의 장인인 소외 김○○의 개인 용역회사가 담당하고 있었는데 1998. 10. 26. 위 권○○이 흥일개발을 설립하면서부터 흥일개발에서 그 작업을 맡아 하기 시작한 사실(㉔), 소외 김○○ 등 흥일개발 근로자들은 참가인회사의 출고전표에 따라 상하차 작업만을 담당하였고(㉕), 참가인회사는 흥일개발에 톤당 단가에 작업물량을 곱한 금액을 작업비로 지급하였을 뿐 따로 참가인회사에서 흥일개발 소속 근로자들에 대하여 출·퇴근카드 등에 의한 근태관리 등의 관리는 하지 않았던 사실(㉖) 소외 김○○ 등에 대한 갑종근로소득세와 국민연금법에 의한 퇴직금전환금 등은 참가인회사와는 별도로 사업자등록이 되어 있던 흥일개발에서 처리하였고(㉗), 흥일개발에서 용역공급계약을 해지함에 있어서 참가인회사와 소외 김○○ 등 흥일개발 소속 근로자들 사이에서 고용승계문제에 관하여 협의할 당시

115) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결.

참가인회사에서 소외 김○○ 등에게 임금을 기본급제로 하고, 업무도 상하차 업무외의 회사의 다른 업무도 담당하여 줄 것을 요구하였으나 소외 김○○ 등 홍일개발 소속 근로자들이 보수지급방식을 종전대로 용역비 방식대로 하고 상하차 작업외의 다른 작업은 할 수 없다고 주장함으로써 결국 합의에 이르지 못한 사실(㉔) 등을 각 인정할 수 있다. 그렇다면 소외 김○○ 등은 홍일개발 소속 근로자들로서 참가인회사의 상하차 작업물량에 대하여 독점적으로 작업을 하여 왔을 뿐 임금을 목적으로 참가인회사에 대하여 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것이라고 할 수 없으므로 소외 김○○ 등이 실질적으로 참가인회사의 근로자라고 할 수는 없고, 참가인회사에서 소외 김○○ 등에게 상차반 대기실 등의 편의시설을 제공하였다거나, 연 2회 참가인회사의 작업복을 지급하였다거나, 참가인회사에서 지게차나 페로이다 등의 작업용 증기를 제공하였다고 하여 사정이 달라질 것은 아니며, … 참가인회사의 상하차 작업을 독점적으로 담당하기 위하여 설립된 홍일개발은 근로자공급사업체라고 할 수 없고, 따라서 홍일개발에서 근로자 공급사업 허가를 받지 아니하였다고 하여 홍일개발 소속 근로자들이 실질적으로는 참가인회사의 근로자가 되는 것이라고 할 수도 없다.]”¹¹⁶⁾

이 사건은 주식회사 경기화학공업의 용역업체인 홍일개발 소속 근로자들이 경기화학공업을 상대로 부당노동행위구제를 신청한 사건이다. 그러나 대법원은 ㉔ 내지 ㉔를 근거로 홍일개발이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하고 있다는 사정 등이 없으므로, 경기화학공업과 홍일개발 소속 근로자 사이에는 묵시적 근로계약관계를 인정할 수 없다고 판시하였다.

다. 부산교통공단 사건

대법원은 부산교통공단 사건에서 상고기각을 함으로써 직접고용관계를 부정하였으므로,¹¹⁷⁾ 그 이유를 정확하게 살펴보기 위해서는 원심 판결을 살펴볼 필요가 있다.

[직접고용관계를 부정한 이유] “… 이 사건 대표소 업무는 피고가 직접 수행하여 오던 것으로서 피고의 주업무인 지하철 운행과 독립할 수 없는 업무인 점, 원고들이 노무를 제공한 장소, 업무수행에 있어서의 인적·물적 관련성 등에서 원고들이 피고에 대하여 일반적인 도급계약관계보다는 좀 더 강한 종속적인 관계에 있었던 것으로 보여 외견상 근로관계와 유사한 면이 없지는 않다. 그러나, … ① 소외 회사들은 피고와 사업경영상

116) 서울고등법원 1997. 11. 13. 선고 96누42750 판결.

117) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246 판결.

독립된 법인으로서 원고들에 대한 채용이나 징계 및 인사노무관리에 관하여 독립적이고 최종적인 권한을 가지고 있고, 원고들에게 직접 임금을 지급한 점, ② 이 사건 매표소 업무가 지하철 운영업무와 밀접한 관련이 있으므로 업무의 개시와 종료시각이 지하철 운영시간에 따라 결정되기는 하지만, 근무시간, 휴게시간, 휴일, 시간외 근로, 임금 등에 관한 각종 근로조건은 피고와는 전혀 관계없이 원고들과 소외 회사들 사이에 체결된 고용 계약이나 단체협약, 취업규칙 등에 따라 정하여진 점, ③ 이 사건 매표소 업무(구체적으로 승차권 및 교통카드의 판매, 교통카드의 보충, 무임권의 발급, 승차권의 환불 등)는 피고의 전반적인 업무 중에서 특정·구분 가능하며, 이를 수행하기 위해서는 지하철 운영에 대한 전반적인 이해가 필요하므로, 피고가 지하철 유관기관 경력자 또는 운송 분야 등에서의 경험 및 전문적인 지식이 있는 자를 수탁자의 자격요건으로 요구하였고, 소외 회사들을 계약당사자로 정함에 있어서도 이러한 점을 고려하였으며, 이 사건 매표소 업무의 수행이나 매표직원의 공석이 발생하지 아니하도록 고용, 출·퇴근, 휴가 등 노무관리를 함에 있어 어느 정도의 기획, 전문성, 경험이 필요하다고 보이는 점, ④ 계약상 월 일일액의 용역대금을 지급하도록 정하고 있으나, 피고는 매월 용역대금을 지급함에 있어 매월 역장의 확인 하에 소외 회사들이 작성, 제출한 매표업무 용역검사조서에 따라 매표업무를 수행하지 못한 시간에 해당하는 금액을 차감함으로써 실제 제공(또는 완성)된 업무에 대하여 대가를 지급한 점, ⑤ 소외 회사들은 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 행사하고 있는 점, ⑥ 원고들이 무상으로 사용한 각종 설비 등(거스름돈 제외)은 지하철 건설 당시부터 필수시설로 구축, 사용되던 업무용 시설이거나 종래 피고가 직접 매표업무를 수행하면서 사용하여 오던 설비들로서, 비용이나 시간적 측면에서 기존의 설비를 철거하고 소외 회사들로 하여금 새로이 시설하도록 하거나 제작, 사용하도록 하는 것이 바람직하지 아니할뿐더러, 특히 승차권의 경우 승객들의 편의와 용역업체들간의 업무의 통일성을 기하기 위하여 종전의 것과 같은 종류를 사용하도록 할 필요가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 피고가 지하철 운영업무의 원활한 수행 및 지하철 이용 승객들의 불편을 막기 위하여 원고들의 출·퇴근을 파악하고, 업무에 필요한 기초 교육을 하며, 근무태도나 복장 등에 대하여 지시하거나 주의를 주고, 피고의 각종 설비 등을 무상으로 사용하도록 하였다고 하여, 이를 원고들의 노무제공에 대한 전면적인 통제로서의 구체적인 업무상의 지휘·명령이라고는 볼 수도 없으므로, 소외 회사들이 피고와의 관계에서 원고들에 대한 인사노무관리상의 독립성이나 사업주로서의 독자성을 결여하여 원고들이 명목상으로만 소외 회사들의 근로자일 뿐 실질적으로는 피고와 근로계약관계에 있다거나, 원고들이 피고에게 파견되어 그 지휘·명령 아래 피고를 위하여 근로를 제공한 파견근로자라고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다."¹¹⁸⁾

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

부산교통공단 사건에서는 —2015년 KTX 여승무원 사건 A와 달리— ‘지하철 운행 업무와 매표소 업무는 독립할 수 없는 업무’이며, ‘사무실 시설’ 및 ‘업무수행에 있어서의 인적·물적 관련성 등’과 관련하여 일반적인 도급계약관계 보다는 외견상 근로관계와 유사하다고 판단하였다. 그러나 ① 협력업체가 인사노무관리를 독립적으로 수행한 점, ② 협력업체의 매표소 업무는 지하철 운영업무와 밀접한 관련이 있어 업무의 개시와 종료시각이 지하철 운영시간에 따라 결정되지만, 근무시간 등 각 근로조건은 협력업체가 수행한 점, ③ 협력업체의 매표소 업무는 특정·구분 가능하며 협력업체의 전문성이 인정되는 점, ④ 도급의 방식이 실제 제공 또는 완성된 업무에 대한 대가를 지급하였다는 점, ⑤ 협력업체가 독립적으로 교육 등을 실시하고 그 소속 근로자들에 대하여 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 행사한 점, ⑥ 협력업체가 공단의 필요한 시설과 장비를 활용한 것은 비용과 효율적인 측면에서 수급할 수 있다는 점 등을 근거로 지하철 공사와 협력업체 소속 근로자 사이에 직접고용관계, 더 나아가 근로자 파견관계도 부인하였다.

즉 이 사건과 2015년 KTX 여승무원 사건 A에서 차이가 나는 점은 서비스업이 도급의 대상이 될 수 있는지 여부이다. 나머지 ① 내지 ⑥의 판단기준들은 거의 동일하다고 할 수 있다.

3. 직접고용관계를 인정하기 위한 요건 - 묵시적 근로계약 법리

가. 판단기준

대법원은 묵시적 근로계약관계를 판단하고자 할 때 ‘실질적 판단’을 기본원칙으로 삼고 있다. 그리고 직접고용관계를 인정하기 위한 요건으로 ‘사업경영상의 독립성’ (㉠)과 ‘노무관리상의 독립성’(㉡)을 일관되게 제시하고 있다.

나. 판단기준의 충족 여부

대법원 판례는 현대미포조선 사건에서와 같이 수급인에게 ㉠과 ㉡의 요건이 모두 존재하지 않는 경우, 도급인과 수급인의 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계를 인

정하였다. 반면 2010년 현대자동차 사건에서와 같이 수급인에게 ㉠나 ㉡의 요건 중 하나라도 충족하는 경우에는 묵시적 근로계약관계를 부정하는 경향을 보이고 있다.¹¹⁹⁾

제3절 파견과 도급의 구별기준으로서 ‘지휘명령권’의 주체 여부

2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원이 파견과 도급의 구별에 관한 일반적인 기준을 제시하기 이전까지, 법원은 파견과 도급에서 나타나는 다양한 개별적인 징표들을 제시한 후 이를 종합적으로 고려하여 판단하는 방식을 취하였다. 이에 구체적인 사실관계에서 유사성을 보이는 경우에도 불구하고 그 결과는 상이하였다. 이에 파견과 도급의 구별에 대한 법원의 사법적 결과에 대한 예측가능성이 매우 낮았던 것이 지속적으로 노동법학계에서 비판의 대상이 되었다.¹²⁰⁾ 이는 제2장에서도 살펴보았던, GM 대우 형사사건의 1심과 2심의 판결에서도 확인할 수 있었다.

1. 근로자파견관계를 인정한 사건

가. 2015년 현대자동차 사건

2015년 현대자동차 사건에서 대법원은 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준을 제시하였는데, 그 진행과정을 간략하게 설명하면 다음과 같다. 즉 현대자동차 아산공장 사내하도급 근로자 7명은 2005년 12월 16일 근로자지위확인소송을 제기하였다. 그 청구취지는 “현대차와 사내하청업체 사이의 도급계약은 실질적으로 근로자파견에 해당하므로 현대자동차의 직접근로자에 해당한다.”는 것이었다. 이에 서울고등법원은 불법파견을 인정하였고,¹²¹⁾ 이와 동일하게 대법원 또한 2015년 12월 26일 근로자

119) 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노동법논총 제34집, 한국비교노동법학회, 2015, 242쪽.

120) 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노동법논총 제34집, 한국비교노동법학회, 2015; 이승길·김준근, “도급과 파견의 구별에 관한 판단기준”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015; 조경배, “KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준”, 노동법학 제56호, 한국노동법학회, 2015; 조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, 노동법연구 제22호, 서울대 노동법연구회, 2007 등 참조.

4명에 대하여 원청에 의한 업무상 지휘·명령이 있었음을 이유로 불법파견을 인정하였다.¹²²⁾
다음은 대법원이 제시한 파견과 도급의 구별기준이다.

[파견과 도급의 일반적 판단기준] “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당 하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로 자에 대해 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입됐다고 볼 수 있는지, 원고용주 가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성 하기 위해 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단해야 한다.”¹²³⁾

그리고 이러한 기준을 중심으로, 현대자동차와 사내협력업체 사이에 근로자파견관 계를 인정한 이유는 다음과 같다.¹²⁴⁾

121) 고등법원은 ‘사내하청 업체의 독립성 인정’과 관련하여 현대차가 사내하청 업체에 대해 전반적 인 관리를 함으로써 사내하청업체 소속 근로자의 근로조건에 영향을 미치고 업무를 지휘·명령 하였다고 판단되나 사내하청 업체가 소속 근로자에 대해 사용자로서의 권리·의무를 행사하였고, 인사·징계권을 현대차가 직접 관여했다고 인정할 만한 구체적 자료가 없어 사내하청의 독립성을 인정하였다. 한편 ‘불법파견’을 인정한 근거로는 ① ‘계약 내용’과 관련하여 사내하청 근로자는 컨베이어벨트를 이용한 공정에 종사하며, 사내하청 업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 없고 원청의 필요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되었으며, ② ‘업무수행의 과정’과 관련하여 사내하청 근로자는 원청 근로자와 동일한 업무를 수행하고, 원청근로자로 결원을 대체하여 업무를 수행하였으며, 원청이 시업·종업시간을 결정, 휴게시간 부여, 연장·야간근로 결정, 교대제 운영 여부 및 작업속도를 결정하였고, 원청이 사내하청 근로자 근태상황 및 인원현황 등을 파악·관리, 일반적인 작업배치권 및 변경결정권을 가졌으며, 사내하청 현장관리인은 원청의 결정사항을 전달한 것에 불과하다고 판단하였다. ③ ‘계약당사자 적격성’과 관련하여서는 사내하청 업체의 고유기술이나 자본 등이 투입되지 않았고, 원청이 작성·교부한 작업지시표에 따라 단순·반복적인 업무를 수행(전문기술이나 숙련도가 요구되지 않음)하였다고 판단하였다. 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결.

122) 소제기는 현대자동차 아산공장 사내하청업체로부터 2003년 6월 3일에서 7월 4일 사이에 해고된 근로자들 7명 이었는데, 이들 중 3명에 대해서는 2년이 도과하지 않았음을 이유로 기각하였다.

123) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

124) 원심은 ① 계약의 내용, ② 업무수행의 과정, ③ 계약 당사자의 적격성을 기준으로 근로자파견 관계를 판단하면서, “이 사건은 근로자파견관계에 더 가깝다고 판단된다.”라고 언급하였다.

[근로자파견관계 인정 이유] “... 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점(㉔), 피고는 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하였는데, 사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점(㉕), 사내협력업체 소속근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점(㉖), 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점(㉗), 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점(㉘), 사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점(㉙), 사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정된 점(㉚), 사내협력업체 소속 근로자의 담당 업무는 피고가 미리 작성하여 교부하여 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 사내협력업체의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내협력업체의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점(㉛) 등의 여러 사정을 종합하면, 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4는 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다.”¹²⁵⁾

즉 대법원은 불법파견의 판단논거로 현대자동차가 사내협력업체 소속 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 행사하여 정규직 근로자와 마찬가지로 사내협력업체 소속 근로자들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정한 점(㉔), 현대자동차가 사내협력업체 근로자들을 직접 지휘하거나 또는 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업지시를 한 점(㉕), 작업현장에서 사내협력업체 소속 근로자가 현대자동차 정규직 근로자와 같은 조에 배치되어 근무한 점(㉖), 현대자동차가 그 소속 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 한 점(㉗), 현대자동차가 시업과 종업시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정한 점(㉘), 업무 내용면에 있어서도 동일한 업무를 수행한 점(㉙),

125) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

현대자동차가 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업 방식 등을 지시하는 각종 조립작업지시표 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행한 점(㉔), 사내협력업체 소속 근로자의 담당업무는 동일 작업을 반복하는 것으로서 수급인의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고, 사내협력업체의 고유기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었던 점(㉕) 등을 제시하였다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 11〉 2015년 현대자동차 사건에 나타난 파견과 도급의 구별

판단기준	2015년 현대자동차 사건
① 도급공정의 독립성	- 차체, 의장, 엔진
② 계약의 목적	- 사내협력업체에 분초의 시간단위로 책임을 묻는 본래의 도급과는 어울리지 않음 - 사내협력업체에 고유하고 특유한 도급업무가 별도로 있는 것이 아님
③ 도급 방식	- 임용도급 (컨베이어벨트를 이용한 일부공정에서 개념적으로 물량도급은 사실상 불가능)
④ 혼재작업	- 현대자동차 소속 근로자와 사내협력업체 소속 근로자가 같은 조에 배치 - 동일업무 수행
⑤ 업무성격	- 동일단순반복 업무 (전문기술, 숙련도 불요) - 사내협력업체의 고유기술, 자본 투입 ×
⑥ 작업 배치권	- 현대자동차가 일반적인 작업배치·변경권을 통해 작업량·방법·순서 등 결정
⑦ 작업지시	- 현대자동차가 직접 지휘 또는 사내협력업체 소속 현장관리인 통해 구체적 작업 지시
⑧ 현장대리인	- 현대자동차가 결정한 사항을 전달한 것에 불과
⑨ 근로시간 결정	- 현대자동차가 시·종업시간 결정, 휴게·연장·야간근로 결정, 교대제 결정, 작업 속도 결정
⑩ 결원대체	- 현대자동차 소속 근로자 결원 발생시 사내협력업체 소속 근로자가 대체
⑪ 근태관리	- 현대자동차가 근로자들의 근태상황, 인원 현황 등을 실질적으로 관리
⑫ 사무실 시설 및 장비사용	- 현대자동차 소유의 제반설비와 기계, 필요 자재 및 조립공구 등을 사용

이를 —아직 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준을 제시하지 못했던— 2010년 현대자동차 사건과 비교해 보았을 때, 결국 2015년 현대자동차 사건에서 대법원이 제시한 일반적 기준은 그 동안의 판례에서 나타난 사정들을 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 것을 확인할 수 있다. 왜냐하면 <표 7>과 비교하여 보았을 때, ‘현대자동차가 사내협력업체에 대한 정기안전점검을 실시하고, 사내협력업체를 지휘·감독할 권한이 있다는 규정을 제정하여 시행’한 점만 제외하면 그 개별적 판단기준이 동일하기 때문이다.

나. 2015년 남해화학 사건

2015년 대법원은 남해화학 사건에서 다음과 같은 이유로 근로자파견관계를 인정하였다.

[근로자파견관계 인정 이유] “... 피고가 소외 회사 소속 근로자의 작업장소와 작업시간을 결정하고 작업내용에 대하여 실질적인 지휘·감독을 한 점(㉓), 소외 회사 소속 근로자는 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점(㉔), 피고 소속 관리자가 피고 소속 근로자와 함께 소외 회사 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하고 업무사항을 지적하는 등 소외 회사 소속 근로자를 관리하여 온 점(㉕), 소외 회사가 도급받은 업무는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점(㉖), 소외 회사 소속 근로자의 담당 업무 중 일부는 반복적인 청소·시설관리업무로서 소외 회사의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 소외 회사의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점(㉗) 등의 여러 사정을 종합하면, 원고들은 소외 회사에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다[.]” 126)

즉 대법원은 남해화학이 사내협력 업체 소속 근로자에 대하여 실질적인 지휘·감독을 한 점(㉓), 혼재하여 근무한 점(㉔), 남해화학인 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악 및 관리한 점(㉕), 업무가 구분되지 않는 점(㉖), 업무의 전문성이 인정되지 않고, 사내협력업체의 고유 기술이나 자본이 투입되지 않은 점(㉗) 등을 불법파견의 논거로 제시하였다.

126) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.

다. 2016년 파르나스호텔 주식회사 사건

대법원은 2016년 파르나스호텔 사건에서 다음과 같은 이유로 근로자파견관계를 인정하였다.

[대법원 이유] “... 원고들을 고용한 피고 보조참가인과 이 사건 호텔을 운영하는 피고 사이에 형식적으로는 업무도급계약이 체결되어 있으나, 실질적으로는 원고들을 포함한 피고 보조참가인 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 혼재된 채 피고의 직접적인 지휘·명령 아래 이 사건 호텔에서 청소 등의 업무를 수행하여 온 것이므로, 원고들은 파견근로자의 지위에 있었다.”¹²⁷⁾

즉 대법원은 형식상 협력업체 소속 근로자가 파르나스 호텔 소속 근로자와 혼재된 채 직접적인 지휘·명령을 받아 청소 등의 업무를 수행하였으므로 이들 사이에는 근로자파견관계가 인정된다고 하였다. 좀 더 그 이유를 명확하게 살펴보기 위해 원심 판결을 살펴보도록 한다.

[원심 이유] “피고와 참가인 사이에 체결된 이 사건 업무도급계약의 규정상으로는 피고의 원고들에 대한 직접적인 지휘·명령을 예정하고 있지 않지만, 원고들이 피고의 이 사건 호텔에서 수행한 업무체계나 근무태양 등에 비추어 보면 실제로는 이 사건 업무도급계약의 규정과 달리 참가인이 아닌 피고 직원들이 줄곧 원고들에 대하여 업무상 지휘·명령을 하여 왔고(㉔), 원고들은 피고를 위한 업무에 계속 종사하여 온 사실(㉕)은 앞서 본 바와 같으며, 참가인 또는 참가인의 현장대리인이 원고들을 포함한 참가인 소속 직원들에게 독자적으로 직무교육을 하거나(㉖) 피고와 마찬가지로 방식으로 매일 또는 근무시간 중 상시적으로 미팅 또는 업무지시를 하고 그 결과를 확인하여 이를 평가한 후 근무성적에 반영하거나(㉗) 피고로부터 제공받는 물품을 제외하고 원고들을 포함한 참가인 소속 직원들의 업무수행에 필요한 소모성의 도구나 물품 등을 주기적으로 조달(㉘)하는 등 수급인으로서의 상시적인 업무지시 및 관리감독 기능을 수행하여 왔다고 인정하기에 부족한 점에 비추어 볼 때, 이 사건 업무도급계약과는 달리 참가인은 원고들을 포함한 참가인 소속 직원들에 대한 피고의 직접적인 업무상 지휘·명령 등을 용인하여 왔다고 보인다. 따라서 참가인과 피고 사이에는 비록 형식적으로는 도급계약이 체결되어 있지만 실질적으로는 파견근로계약을 체결한 것이어서 원고들은 파견근로자의 지위에 있었거나 파견근로자의 지위를 갖고 있다고 할 것이다.”¹²⁸⁾

127) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결.

128) 서울고등법원 2012. 1. 13. 선고 2010나32278 판결.

즉 대법원은 파르나스호텔 소속 직원들이 협력업체 소속 근로자들에 대하여 업무상 지휘·명령을 한 점(㉑), 계속하여 파르나스호텔을 위한 업무에 종사하여 온 점(㉒), 파르나스호텔이 직접 협력업체 소속 근로자들에 대하여 직무교육을 한 점(㉓), 파르나스호텔이 근태상황을 평가 및 관리한 점(㉔), 파르나스호텔이 협력업체 소속 근로자들의 업무수행에 필요한 장비 등을 주기적으로 조달한 점(㉕) 등을 불법파견의 논거로 제시하였다.

2. 근로자파견관계를 부정한 사건

근로자파견관계를 부정한 사건은 여러 가지가 있지만 2015년 현대자동차 사건과 남해화학 사건이 파견과 도급에 관한 일반적인 기준을 제시하면서 근로자파견관계를 인정한 반면, 2015년 KTX 여승무원 B 사건은 그것을 부정하였다는 점에서 어떠한 점에서 차이가 있는지를 살펴보는 것은 중요한 의미를 가진다. 그리고 파견과 도급의 구별에 관한 지금까지의 판례를 살펴보면, 주로 조선이나 자동차 등과 같은 제조업 분야에 관한 사건이 대부분이었는데 2015년 KTX 여승무원 사건 B는 서비스업에 있어 파견과 도급의 구별에 관한 최초의 판결이라는 점에서도 주목할 만하다. 왜냐하면 이후 서비스업에서 발생하는 위장도급 사건과 관련하여서는 이 사건이 중요한 판단기준으로 작용할 것이기 때문이다.

가. 2015년 KTX 여승무원 사건 B

대법원은 2015년 KTX 여승무원 사건 A에서 묵시적 근로관계법리를 적용하여 KTX와 여승무원 사이에 직접고용관계를 부정하였고, 마찬가지로 2015년 KTX 여승무원 사건 B에서도 다음과 같은 이유로 KTX와 여승무원 사이에 파견근로관계도 부정하였다.

[근로자파견관계 부정 이유] “... 재단법인 홍익회와 주식회사 한국철도유통(이하 ‘철도유통 등’이라고 한다)이 KTX 승객서비스업을 담당하는 KTX 승무사업본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리한 점(㉑), 철도유통 등은 원고들과 같은 KTX 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 KTX 여승무원에 대한 교육 및 근무평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영한 점(㉒), 철도유통 등이 채용·복무·보수·해고에 관한

내용이 포함된 '고속철도승무원 운용지침'을 제정하고 징계처분 등 KTX 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였던 점(㉔), 한편 KTX 승무분야 업무 중 KTX 여승무원의 업무를 피고 측 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않은 점(㉕), KTX 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 KTX 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮은 점(㉖), 열차팀장이 KTX 여승무원에게 지시하거나 KTX 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었던 점(㉗), 철도유통 등은 출근상황, 근무시간, 휴게시간 등 KTX 여승무원의 근무내용을 직접 관리한 점(㉘), 승무교번표를 편성하여 그에 의거 KTX 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 철도유통 등이었던 점(㉙) 등의 여러 사정에 비추어 보면, ... 철도유통 등이 KTX 여승무원을 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 KTX 여승무원으로 하여금 피고 측의 지휘·명령을 받아 피고 측을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견관계에 해당한다고 보기도 어렵다[.]”¹²⁹⁾

위 대법원 판례의 논거를 살펴보면, 적법한 도급관계를 인정한 2015년 KTX 여승무원 사건 A와 유사한 점을 확인할 수 있다. 즉 대법원은 파견과 도급을 구별하는 판단기준으로 KTX와 협력업체 사이에 업무가 구분되어 있는지 여부와 협력업체가 경영권 및 인사권을 독립적으로 행사한 점 등의 기준을 명확하게 제시하면서 근로자파견관계 또한 인정할 수 없다고 판단한 것이다. 그리고 이 사건에서 '도급인이 위탁업무의 이행확인과 감수를 위해서 한 확인절차' 및 '서비스의 균질적인 수행을 위한 매뉴얼의 제공' 등과 관련하여, 이를 위탁협약에 따른 도급인의 고유 권리로 인정하였는데 이로 부터 도급인의 지시를 제한적으로나마 인정했다는 점에서 같은 날 선고된 현대자동차 사건과는 다른 특징을 보인다고 할 수 있다.

3. 파견과 도급의 구별기준에 관한 대법원 판례의 문제점

근로자파견관계를 인정한 2015년 현대자동차 사건이든 근로자파견관계를 부정한 2015년 KTX 여승무원 사건 B든 파견과 도급을 구별하기 위한 일반적 판단기준은 다음과 같다.

129) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결.

[근로자파견관계의 판단기준] “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지(㉓), 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지(㉔), 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지(㉕), 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지(㉖), 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지(㉗) 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”¹³⁰⁾

즉 대법원은 “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견관계에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니”¹³¹⁾라고 언급함으로써 우선적으로 파견과 도급을 구별하기 위한 기본원칙으로서 ‘사실적 판단의 원칙’을 삼고 있다. 이러한 대법원 판례의 태도는 독일연방노동법원이 근로자파견과 도급의 구별에서 판시한 것과 맥락을 같이 한다.

“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 분명해 질 수 있다. 계약당사자가 진정으로 바란 것에 대한 신뢰할 만한 추론을 보여주는 것은 실제 계약의 모습이기 때문에, 양자의 모습이 다른 경우에는 실제 계약이행의 모습이 결정적이다.”¹³²⁾

그러나 2015년 대법원 판례가 제시한 ㉓ 내지 ㉗의 기준은 다음과 같은 점에서 여전히 문제점이 발생한다. 즉 파견과 도급을 구별하기 위한 기준에서 ㉓와 ㉔는 근로자파견에 해당하는 징표인 반면, ㉕와 ㉖는 도급에 해당하는 징표이고, ㉗는 파견사업

130) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결.

131) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결.

132) 김기선, “독일에서의 근로자파견과 도급의 구별”, 노동법연구 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, 117쪽 재인용.

주든 도급사업주든 사업주로서의 실체를 가질 것을 요구하는 공통된 징표에 해당한다는 것이다. 왜냐하면 ‘제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지’^(a)는 근로자파견계약에서 사용사업주가 파견근로자에 대한 지휘·명령권을 행사한다는 점, 그리고 ‘당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지’^(b) 또한 근로자파견계약에서 파견근로자가 사용사업주의 사업장에서 그 소속 근로자와 함께 업무에 대한 지휘·명령을 받는다는 점에서 근로자파견계약을 징표한다고 볼 수 있다. 한편 ‘원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정권한을 독자적으로 행하는지’^(c), ‘계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지’^(d)는 파견사업주와 달리 수급인이 도급계약의 목적에 따라 자기가 고용한 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사한다는 점에서 도급계약을 징표한다고 할 수 있다. 마지막으로 ‘원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지’^(e)는 파견사업주든 수급인이든 반드시 갖추어야 할 요소인데, 이러한 요소를 갖추고 있지 않은 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 사업주로서의 실체가 부정되어 사용사업주 및 도급인과 파견근로자 및 수급인 소속 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 직접고용관계가 인정될 가능성이 있다.

그러므로 여전히 2015년 현대자동차 사건 등에서 나타난 대법원 판례의 태도는 그 이전의 판례 법리에 나타난 비판이 그대로 노정될 수밖에 없다. 특히 파견법 위반의 경우에는 ‘근로자지위확인’의 소 등과 같은 민사상 문제뿐만 아니라 형사상 문제도 수반한다는 점에서 파견과 도급의 구별에 관한 판단기준은 명확성 원칙의 차원에서 더욱 비판되어질 수밖에 없는 것이다.

제4절 2015년 이후 하급심 판례 분석

2015년 현대자동차 사건에서 대법원이 제시한 판단기준은 이후 하급심 판례에서도 그대로 답습되고 있다. 2015년 현대자동차 사건 등에 관한 대법원 판례 이후 하급심 판례를 살펴보면, 예를 들어 한국타이어 사건, 금호타이어 사건은 작업공정상 거의 유사한 사안임에도 불구하고 전자의 사건은 도급으로, 후자의 사건은 파견으로 판단되었다. 이에 2015년 대법원이 현대자동차 사건 등에서 일반적인 기준을 제시하였음에도 불구하고 여전히 파견과 도급의 구별기준에 관한 법적 분쟁은 불식되지 않고 있다.

1. 목시적 근로관계 관련 하급심 판례

대한석탄공사 사건에서 서울고등법원은 사업경영상의 독립성 등을 근거로 목시적 근로계약관계의 성립을 인정하였다.

[직접고용관계 인정: 위장도급] “... 피고와 협력업체는 작업 물량이 아니라 투입한 인력을 기준으로 계약의 양을 산정하고 협력업체의 이윤도 주로 인건비에 기초하여 정하는 등, 양자간 계약 관계에 일의 완성에 대한 대가를 지급하는 진정한 도급계약보다는 작업 인력 및 시간이 기준인 노무도급계약의 특성이 두드러지는 점(㉓), 피고와 같은 공기업이 체결하는 계약이 원칙적으로 공개경쟁입찰 방식으로 이루어진다는 것만으로 그 실질까지 진정한 도급계약임을 담보할 수는 없는 점, 피고 직영 근로자와 협력업체 근로자의 취업설명회 장소, 작업 장소 등을 분명히 구분할 수 있다고 보기도 어려운 점(㉔-1), 도계광업소에는 갱마다 부장, 부부장이 1명씩 있는데 갱 별로 적으면 2개, 많아야 4개 정도의 협력업체 작업장을 그들이 매일 순회하면서 근로자들의 근태를 관리하고 구체적인 작업 지시를 하는 것이 충분히 가능한 점(㉔), 피고도 안전 점검을 위하여 부장은 1주일에 2회 가량, 부부장은 매일 입강하여 직영의 작업장과 협력업체의 작업장을 순회한다고 인정하고 있는데, 피고의 주장대로 협력업체에 전문성을 갖춘 보안계원을 두고 작업상 필요한 지시와 감독을 도맡게 할 정도라면 피고의 부장과 부부장이 단지 안전 또는 작업 지연 점검 명목으로 갱 내부를 이렇듯 빈번하게 순회할 이유가 없는 점, 도급작업 특수조건 및 시방서의 규정들에 비추어 볼 때 피고가 근로자 채용 권한을 주도한 것으로 볼 수 있고 협력업체가 독자적인 인사 재량이나 권한을 실질적으로 보유·행사하는 것으로 보기 어려운 점(㉔-2), 협력업체를 1년 단위로 교체하였음에도 근로자인 원고들은 도계광업소에서 계속 근무하여 온 점 등까지 종합하면, 피고가 협력업체의 작업배치·변경, 근로자 채용 요건 및 자격의

설정, 그 충족 여부의 심사, 임금 기타 근로조건 설정 등에 깊숙이 관여하고 있다고 봄이 상당하다.”¹³³⁾

즉 도급의 방식이 임용도급 방식으로서 노무도급계약의 특성이 두드러지는 점(㉑), 실질적으로 인사 및 노무관리를 대한석탄공사가 행사한 점(㉒), 대한석탄공사가 근로자들의 근태를 관리하고 구체적인 작업지시를 행사한 점(㉓), 그리고 작업배치 및 변경결정 권 등을 행사한 점(㉔) 등을 근거로 대한석탄공사와 협력업체 소속 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립한다고 인정하였다.

2. 근로자파견관계 관련 하급심 판례

가. 개관

현대자동차 남양연구소 사건에서 서울중앙지방법원은 2015년 현대자동차 사건 등에서 제시한 일반적 기준에 따라 ① 업무의 내용(계약의 목적), ② 업무수행의 형태, ③ 계약당사자의 적격성 등을 종합적으로 살피, “이 사건 도장업무는 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 평가할 여지가 크다”¹³⁴⁾고 하여 근로자파견관계를 인정하였다.

현대제철 주식회사 사건에서 광주지방법원은 2015년 남해화학 사건 등에서 제시한 일반적 기준에 따라 ① 피고가 협력업체 근로자들에게 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부, ② 협력업체 근로자들이 피고의 사업에 실질적으로 편입되었는지 여부, ③ 협력업체들이 근로자들의 인사 및 근태상황에 대한 결정을 독자적으로 행사하였는지 여부, ④ 협력업체 업무에 전문성·기술성이 있는지 여부, ⑤ 협력업체들이 독립적 기업 조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부 등을 종합적으로 살피, “원고들은 각 협력업체에 고용된 후 피고의 사업장에서 피고로부터 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다”¹³⁵⁾고 하여 근로자파견관계를 인정하였다.

133) 서울고등법원 2015. 12. 23. 선고 2013나2325 판결.

134) 서울중앙지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014가합573565, 2015가합507923(병합) 판결.

135) 광주지방법원 순천지원 2016. 2. 18. 선고 2011가합5128, 2012가합1291, 2012가합2386, 2013가합110(병합) 판결.

포스코(광양)사건에서 광주고등법원은 2015년 현대자동차 사건 등에서 제시한 일반적 기준에 따라 ① 작업배치와 변경, ② 구체적인 작업지시, ③ 피고의 업무지시의 구속력, ④ 생산공정, ⑤ 작업과정, ⑥ 계약금액, ⑦ 협력업체의 독자성 여부 등을 종합적으로 살펴, “원고들이 크레인 운전업무에 종사함에 있어서는 피고 소속 근로자들과 압연제품 생산을 위한 하나의 작업집단에 실질적으로 편입되어 압연제품을 생산하는 작업에 직접 투입되고 피고로부터 직·간접적으로 그 업무 수행 자체에 관하여 구속력 있는 지휘·명령을 받으며 압연제품 생산업무를 수행하여 왔다고 봄이 타당하다.”¹³⁶⁾고 하여 근로자파견관계를 인정하였다.

나. 한국타이어 사건: 근로자파견관계 부정

1심 법원은 2015년 KTX 여승무원 사건 B에서 제시한 일반적 기준에 따라 ① 업무(계약)의 내용: 도급 대상 업무의 성격, 공정간 유기성의 정도, 도급금액의 결정, ② 업무수행의 형태: 작업계획서 등의 작성, 시설점검 및 교육 등, 기타의 사정들, ③ 계약당사자의 적격성 등을 종합적으로 살펴, “원고들이 피고로부터 실질적인 지휘·명령을 받는 근로자파견관계에 있었다고 보기 어렵[다]”¹³⁷⁾고 하여 근로자파견관계를 부정하였다.

다. 금호타이어 사건

금호타이어 사건에서 1심 법원은 2010년 현대자동차 사건에서의 판단기준을 원용한 반면, 2심 법원에서는 2015년 KTX 사건 및 현대자동차 사건을 그대로 답습하고 있다.

1) 1심 판결: 근로자파견관계 부정

1심 법원은 2010년 현대자동차 사건을 참조하여 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정한 후, 다음과 같은 이유로 근로자파견관계도 부정하였다. 참고로 1심 판결은 2012년 선고되었다.

136) 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결.

137) 서울중앙지방법원 2015. 4. 17. 선고 2014가합550098 판결.

[근로자 파견에 해당하는지 여부에 관한 판단] “... ① 이 사건 협력업체들은 독자적으로 소속 근로자들에 대한 작업배치권 및 변경권을 가지고 있었고, 채용, 징계 등에 관한 기본적 권한을 가지고 있는 점, ② 이 사건 협력업체들은 소속 근로자들의 조퇴, 휴가 등에 관한 근태관리를 독자적으로 하였고, 직접 임금을 청구한 점, ③ 피고는 되도록 협력업체의 대표 내지 현장대리인을 통하여 구체적인 작업량 및 작업 방법에 관한 지시를 하였고, 원고들을 직접 지휘, 감독하지 않도록 피고의 근로자들에 대한 교육을 하기도 한 점, ④ 피고가 현장대리인을 통하여 원고들에게 작업량 등에 관한 지시를 한 것은 도급 업무 범위를 특정하여 도급 물량을 할당하기 위한 것으로 도급계약에 따른 당연한 내용으로 보이는 점, ⑤ 피고가 작업표준 등을 게시한 것은 한편으로는 업무지시의 성격도 있다고 볼 수 있으나, 다른 한편으로는 도급업무의 범위와 내용을 전달하기 위한 방편인 것으로 보이고, 안전수칙을 게시한 것도 피고 공장의 안전성 확보 차원에서 마련한 것으로 그 주된 목적이 원고들에 대한 지시·감독을 하기 위한 것으로 보이지는 않는 점, ⑥ 피고의 근로자들과 원고들이 작업 과정에서 혼재되어 배치되지 않았고(작업 공간이 분리되어 있었다), 피고의 근로자들에게 결원이 발생하였다고 하여 원고들이 그에 대한 대체업무를 수행 하지도 않았으며, 원고들이 피고의 지시에 의해 도급계약 외의 추가적인 업무를 하지는 않았던 점, ⑦ 앞서 본 바와 같이 이 사건 협력업체들이 별도의 독립된 사업 주체로 독자적인 운영을 한 점, ⑧ 이 사건 협력업체들이 설립되기 이전의 원고들의 근로 형태를 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하면, 앞서 본 바와 같이 피고 측의 관여 정도만으로 원고들이 피고의 지휘·명령을 받아 피고를 위한 근로에 종사하여 온 것으로 보기 어렵다.”¹³⁸⁾

1심 법원이 적법한 도급으로 판단한 논거는 ① 협력업체가 독자적으로 소속 근로자들에 대한 작업배치권과 변경권을 가지고 있었고, 채용, 징계 등에 관한 기본적 권한을 가지고 있었던 점, ② 협력업체 소속 근로자들의 조퇴, 휴가 등에 관한 근태관리를 독자적으로 행사하였고, 직접임금을 지급한 점, ③ 협력업체 대표 및 현장대리인을 통하여 구체적인 작업량 및 작업방법을 지시, 협력업체 소속 근로자들을 직접 지휘·감독하지 않도록 금호타이어 소속 근로자들에 대한 교육을 실시, ④ 금호타이어가 현장대리인을 통하여 협력업체 소속 근로자에게 작업량 등에 관한 지시를 한 것은 도급 업무 범위를 특정하여 도급 물량을 할당하기 위한 것으로 도급계약에 따른 당연한 내용으로 보인다는 점, ⑤ 금호타이어에서 작업표준 등을 게시한 것은 한편으로는 업무지시의 성격도 있다고 볼 수 있으나, 다른 한편으로는 도급업무의 범위와 내용을 전달하기 위한 방편이라는 점, ⑥ 금호타이어에서 안전수칙을 제시한 것도 금호타이

138) 광주지방법원 2012. 7. 26. 선고 2011가합926 판결.

어 공장의 안정성 확보 차원에서 마련한 것으로 그 주된 목적이 협력업체 소속 근로자들에 대한 지시·감독을 하기 위한 것으로 보이지 않는다는 점, ⑦ 작업공간이 분리되어 있어 금호타이어 소속 근로자들과 협력업체 소속 근로자들이 작업 과정에서 혼재되어 배치되어 있지 않다는 점, ⑧ 금호타이어의 근로자들에게 결원이 발생하였다고 하여 협력업체 소속 근로자들이 그에 대한 대체 업무를 수행하지 않았다는 점, ⑨ 금호타이어의 지시로 협력업체 소속 근로자들에 대해서 도급계약 외의 추가적인 업무를 하지 않았다는 점, ⑩ 협력업체에서 별도의 독립된 사업주체로 독자적으로 도급업무를 운영하였다는 점 등 이었다.

다만 1심 법원은 금호타이어가 관여한 사실을 일정 부분 인정하였는데, ① 타이어 제조를 위한 일련의 공정 중 일부분으로 전체 공정이 불가분적으로 연계되어 이루어지는 특성상 작업량, 작업방법, 작업시간 등에 있어서 각 공정별로 완전히 독립적인 업무가 이루어지는 것은 불가능하고 금호타이어의 직원에 의하여 전체적인 업무 지휘 및 감독이 필요한 것으로 보이는 점, ② 협력업체 소속 근로자들이 수행한 업무는 금호타이어에서 작성한 작업표준 등에 따라 단순·반복적으로 행하여지는 것이어서 작업량, 작업방법 등에 관한 금호타이어의 결정이 사실상 유일한 업무상 지휘·감독이라고 볼 여지가 있다는 점, ③ 수급업무 작업과정에서 금호타이어 소속 근로자 또는 협력업체 소속 현장대리인들은 협력업체 소속 근로자들의 직무와 동일한 내용의 직무를 수행하였다는 점이 그것이다.

2) 2심 판결: 근로자파견관계 인정

2심 법원은 2015년 남해화학 사건에서 제시한 일반적 기준에 따라 근로자파견관계를 인정하였다. 참고로 2심 판결은 2015년 4월 24일에 선고되었다.

[피고가 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부] “... 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 공장에 출근하여 피고 직원들의 근무시간에 맞추어 일련의 타이어 제조과정 중 일부에 참여해 비교적 단순하고 반복적인 작업을 수행하였는데, 피고는 그 작업내용 내지 방법에 관하여 상세한 내용의 공정개요, 공정흐름도, 제조공정기술지침, 관리표준, 안전관리지침 등을 작성하여 협력업체에 교부하거나 작업현장에 부착하고 당일의 구체적 작업물량까지 결정하여 알려 주었으므로, 협력업체 소속 근로자들로서는 이와 같은 피고 소정의 작업량, 작업방

법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소를 임의로 위반 또는 변경할 수 없어 사실상 피고로부터 작업수행 자체에 관하여 지시를 받은 것과 다를 바 없었던 점, 피고 직원들은 협력업체 근로자들의 작업과정 또는 그 전후에 근로자들에 대하여 직접 또는 현장대리인을 통하여 간접적으로 개별적, 구체적인 작업내용을 구두 또는 표식부착 등의 방법으로 지시하거나 부적절한 작업수행 결과에 대하여 지적을 하였고, 돌발상황이나 응급상황이 발생한 경우에는 보다 적극적으로 협력업체 소속 근로자들의 작업수행에 관여하여 작업내용을 변경하거나 협력업체 근로자들과 함께 문제를 해결하였던 점, 설령 협력업체의 현장대리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 현장대리인 등은 그 내용을 변경한 적이 없어 사실상 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 것으로 보이는 점, 또한 협력업체 근로자들이 피고로부터 작업방법에 관하여 명시적인 지시를 받지 않고 종래와 같은 방법으로 작업을 계속 수행하였더라도 이는 근로자들이 피고의 위와 같은 작업표준 내지 작업지시를 이미 숙지하고 있었던 때문으로 보일 뿐, 피고의 지시나 관여 없이 임의로 해당 작업을 수행한 것으로 보기는 어려운 점, … 피고는 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였다고 봄이 상당하다. 피고 협력업체 소속 근로자들의 작업장소가 피고 공장 내에서 피고 직원들의 작업장소와 공간적으로 다소 떨어져 있다는 사정만으로 이를 뒤집기 어렵다."¹³⁹⁾

즉 2심 법원은 ① 지휘·명령권 행사의 주체 여부와 관련하여, 협력업체 소속 근로자들의 작업공정이 일련의 타이어 제조과정 중 일부에 참여하는 것으로서 단순하고 반복적인 작업을 수행한 점(㉠), 금호타이어가 협력업체 소속 근로자의 작업량, 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소 등을 결정한 점(㉡), 금호타이어가 협력업체 소속 근로자들에게 직접 지휘·명령권을 행사하거나 협력업체 소속 현장대리인을 통하여 간접적으로 행사한 점(㉢) 등을 종합적으로 고려하여, 금호타이어가 지휘·명령권 행사의 주체라고 판단하였다. 그리고 작업 장소와 관련하여 금호타이어 소속 근로자와 협력업체 소속 근로자 사이에 공간적 분리가 있었다 할지라도 ㉠ 내지 ㉢ 등을 근거로 결론을 바꿀 수는 없다고 언급하였다.

[피고의 협력업체 소속 근로자들이 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부] “… 피고의 협력업체 근로자들은 피고 직원들과 마찬가지로 피고 직원들이 근무하는 시간동안 피고가 제공한 작업장소에서 피고가 제공한 재료와 작업도구를 사용하여 피고가 제시한 각종 작업기준, 안전기준, 시설관리기준을 준수하며 작업을 수행한 점, 피고의 협력

139) 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830 판결.

업체 소속 근로자들은 일련의 타이어 제조과정 중 하나 또는 하나의 공정 중 세분화된 작업단계에 참여하였는데, 그 전후에는 피고 직원들이 참여하는 공정 내지 작업단계가 접속하여 있었으므로, 사실상 피고의 직원들과 혼재되어 타이어 제조작업 내지 특정한 공정을 협업하여 수행하였다고 볼 수 있는 점, 피고의 협력업체 소속 근로자들이 수행한 작업은 종전에는 피고의 직원들에 의하여 수행되던 것이거나 피고의 직원들과 교대로 수행되던 것이었으므로, 피고의 협력업체 소속 근로자들이 작업과정에서 잘못하여 작업에 장애가 생길 경우 피고의 직원들이 이를 해결하기도 한 점, 피고의 협력업체 근로자들은 비록 추가 발주의 형태를 취하기는 하였지만 도급계약에 명시되지 않은 작업을 수행하기도 하였으므로 피고를 위하여 사실상 도급업무 밖의 작업을 수행할 수도 있어 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 봄이 상당하다.”¹⁴⁰⁾

즉 2심 법원은 ② 실질적 편입성 여부와 관련하여서, 협력업체 소속 근로자들의 근무시간이 금호타이어 소속 근로자들의 그것과 동일한 점, 금호타이어가 작업장소 및 재료, 작업도구 등을 제공한 점(㉑), 타이어 제조작업 등의 특성상 혼재작업이 이루어질 수밖에 없는 점(㉒), 협력업체 소속 근로자들의 업무가 금호타이어 소속 직원들의 그것과 동일하며 교대로 수행되기도 한 점(㉓), 도급계약 외의 작업을 수행하기도 한 점(㉔) 등을 종합적으로 고려하여, 협력업체 소속 근로자들이 금호타이어에 실질적으로 편입되었다고 판단하였다.

[피고의 협력업체가 근로자의 선발, 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하였는지 여부] “... 원고들은 피고 협력업체에 근무하기 시작한 이래 그 담당공정이 변경된 적이 없어 보이는 등 피고의 협력업체로부터 업무수행과 관련하여 업무배치권을 실질적으로 행사받은 적이 없는 것으로 보이는 점, 피고는 피고의 협력업체 선정과정에서 상당한 재량을 행사한 것으로 보이고, 그 운영과정에서도 사무실 등 일부 물적 시설을 제공하고 근로자들의 인건비, 학자금, 작업복 구입 등의 복리후생비, 운영소요비용 일체는 물론, 계약상 지급의무가 없는 격려금, 운영손실보전금까지도 지급해주었으며, 협력업체고체과정에서도 그 소속 근로자들이 신규 협력업체에 그대로 고용승계되어 해당 직무에 계속 종사할 수 있도록 하는 등 사실상 협력업체 운영에 상당한 영향력을 행사한 것으로 보이는 점, 피고는 종래 도급계약 체결과정에서 인건비를 감안한 일정한 액수를 도급비로 정한 뒤 이를 산정·지급하기 위하여 피고 직원을 통하여 협력업체 소속 근로자들의 출·퇴근, 휴가 등 근태상황을 파악하도록 하여 용역사별 근태종합표를 작성·관

140) 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830 판결.

리한 점, 피고는 일부 도급비 산정기준을 작업물량으로 변경한 이후에도 추가도급비와 관련하여서는 협력업체 근로자의 근태상황을 기준으로 도급비를 산정·지급하고 있어 여전히 그 근태상황을 파악하고 있을 가능성이 있는 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관하여 피고의 영향을 받지 아니한 채 전적으로 결정권한을 행사하였다고 보기는 어렵다.”¹⁴¹⁾

즉 2심 법원은 ③ 근로조건 결정 권한의 주체 여부와 관련하여, 협력업체가 근로자의 선발, 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하지 못하였던 점 등을 고려하여 근로조건 결정 권한의 주체를 금호타이어라고 판단하였다. 그리고 이러한 판단에는 주로 도급의 방식(임율도급 여부 등)이 많은 부분 고려되었다.

[피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 피고 직원들의 업무와 구별되고 그러한 업무에 전문성·기술성이 있어 독립된 일의 완성을 목적으로 하는 것인지 여부] “... 피고의 협력업체 소속 근로자들이 수행한 작업은 피고의 직원이 예전에 수행하였거나 다른 공장에서는 상시적으로 수행하고 있는 업무로서 피고 직원의 업무와 동질의 것에 불과하고, 비교적 단순하고 반복적인 작업으로서 특별한 전문성, 기술성을 필요로 하는 것도 아닌 점, 피고의 협력업체의 도급목적은 세부적으로 구분된 작업단계들 중 일부의 수행으로 특정되어 있어 독자적으로 진행·완성시켜야 하는 ‘일’을 목적으로 하는 것이라기 보다 세부작업에 필요한 단순한 ‘노무의 제공’을 목적으로 하는 것으로 보이는 점, 피고는 종래 피고의 협력업체에게 손해배상의 담보를 요구한 적이 없고 손해배상을 청구한 적도 없었으며, 위 진정사건 이후 피고의 협력업체로부터 계약이행보증보험증권 등을 제공받은 뒤에도 2012. 5.경까지는 여전히 협력업체의 작업불량, 파업 등과 관련하여 협력업체에 손해배상을 청구한 적이 없는 것으로 보이는 점, 피고는 종래 피고 협력업체가 투입한 근로자의 수 등 근로정도에 따라 도급비를 지급하였고, 그 도급비 산정기준이 작업물량으로 변경된 이후에도 추가도급비를 같은 방법으로 산정하여 지급한 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 독자적인 일의 완성을 목적으로 하는 것이라고 인정하기 어렵고, 피고 협력업체 소속 근로자의 업무내용이 피고 직원의 업무내용과 구분된다거나 최근 일부 도급비에 관한 계약서 소정의 산정기준이 작업물량으로 변경되었다는 사정만으로는 이를 뒤집기 어렵다.”¹⁴²⁾

141) 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830 판결.

142) 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830 판결.

즉 2심 법원은 ④ 업무의 내용과 관련하여, 협력업체 소속 근로자들이 수행한 업무는 비교적 단순하고 반복적인 작업으로서 특별한 전문성, 기술성을 필요로 하는 것도 아닌 점(㉔), 도급목적이 특정되어 있기는 하지만, 그 수행방식과 관련하여 볼 때 ‘노무의 제공’을 목적으로 하는 것으로 보이는 점(㉕), 금호타이어는 협력업체의 작업불야, 파업 등과 관련하여 손해배상을 청구한 적이 없는 점(㉖), 도급방식이 임용도급의 방식이었다는 점(㉗) 등을 고려하여 그 업무의 내용은 ‘일의 완성’이 아닌 ‘노무의 제공’이라고 판단하였다.

[피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부] “... 피고의 협력업체들은 별다른 인적, 물적 시설을 갖추지 아니한 채 다수의 근로자들로만 구성되어 있었고, 특유의 전문성을 갖추고 있는 것도 아닌 점, 피고의 협력업체들은 그 설립 및 폐업과정에서 피고로부터 상당한 영향을 받으며 오로지 피고와의 도급계약을 위하여 설립되었다가 그 종료 이후에는 곧바로 폐업한 것으로 보이는 점, 피고의 협력업체 대표자는 대부분 피고의 퇴직자 등 피고와 관련된 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기 어렵다.”¹⁴³⁾

즉 2심 법원은 ⑤ 사업주로서의 실체성 여부와 관련하여, ㉔ 협력업체가 인적·물적 요건을 갖추지 아니한 점(㉔), 특별한 전문성이 존재하지 않는 점(㉕) 등을 고려하여 사업주로서의 독자성을 인정하지 않았다.

3) 1심과 2심 판결의 비교 분석

1심과 2심의 판결을 비교 분석하면 다음의 <표 12>와 같다.

<표 12> 금호타이어 사건에서 1심 및 2심 판결의 비교

판단기준	구체적 내용	
	1심 판결	2심 판결
① 도급공정의 독립성 여부	- 타이어 제조 - 타이어 제조를 위한 일련의 공정 중 일부분으로 전체 공정이 불가분적으로 연계	- 타이어 제조 - 타이어 제조 공정의 특성상 각 공정은 독립적일 수가 없어 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못함

143) 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830 판결.

판단기준	구체적 내용	
	1심 판결	2심 판결
② 계약의 목적	- 추가 업무 × - 독자적으로 도급 업무 수행	- 사실상 도급업무 밖의 작업 수행 가능성 ○ - 단순한 '노무 제공'의 목적
③ 도급의 방식		- 임의도급: 근로자의 수 등 근로정도에 따라 도급비 지급 - 작업물량: 협력업체 근로자의 근태상황을 기준으로 도급비 산정·지급
④ 혼재작업 여부	- 작업공간 분리	- 작업장소의 공간적 분리
⑤ 업무의 성격	- 단순반복 업무 - 협력업체의 고유기술, 자본 투입 ×	- 협력업체의 고유기술, 자본 투입 ×
⑥ 작업배치권	- 협력업체가 소속 근로자들에 대한 작업배치권, 변경권 행사	- 협력업체가 업무배치권 실질적으로 행사 ×
⑦ 작업지시	- 협력업체가 구체적인 지휘·명령권 행사	- 작업 공정의 특성상 작업방법의 사전 숙지 - 금호타이어의 지시나 관여 없이 임의로 작업 수행 ×
⑧ 현장대리인	- 도급계약의 내용 전달	- 금호타이어가 결정한 사항을 전달한 것에 불과
⑨ 근로시간 결정	- 작업시간 결정은 도급공정의 특성상 금호타이어에 맞춤	- 금호타이어의 영향을 받아 협력업체가 결정
⑩ 산업안전	- 금호타이어 공장의 안정성 확보 차원에서 마련	
⑪ 결원대체	- 결원대체 ×	- 결원 대체 가능성 ○
⑫ 근태관리	- 협력업체가 관리	- 금호타이어가 근태종합표 작성 및 관리
⑭ 사무실 시설 및 장비사용		- 금호타이어 소유의 제반설비와 작업 수행에 필요한 자재, 공구 등을 사용

〈표 12〉로부터 확인할 수 있는 것은 1심 법원이 2010년 현대자동차 사건, 2심 법원이 2015년 남해화학 사건에서 제시된 기준에 따라 파견과 도급을 구별하였기 때문에 다른 결론이 도출된 것이 아니라는 것이다. 즉 같은 사실관계를 두고 다른 판단을 하였기 때문이다. 이는 파견과 도급을 구별하는데 있어 법원의 재량이 개입될 가능성이 있다는 점, 그리고 2015년에 대법원이 제시한 일반적 기준은 그 동안의

판례에서 나타난 파견 및 도급의 징표들을 상위기준으로 단순히 포섭한 것에 불과하다는 점 등을 보여준다.

결국 이는 [제2장] GM 대우 사건에서 나타난 대법원 판례의 문제점에서 도출한 결론과 동일하다고 할 수 있다. 즉 [제2장 제4절]에서는 파견과 도급의 구별기준은 각급 법원이 사실관계를 어떻게 바라보느냐에 따라 달라진다는 점(㉔), 그리고 2015년 현대자동차 사건 등에서 제시된 일반적 기준은 (전원합의체 판결이 아니라는 점에서) 한계를 가질 수밖에 없다는 점(㉕), 이로부터 그 구별기준을 민법의 그것에 의존하는 형사사건에서 보았을 때 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반될 가능성이 높다는 점(㉖), 이러한 ㉔ 내지 ㉖ 등의 문제점은 결국 국민의 입장에서 볼 때 파견과 도급의 구별에 관한 예측가능성을 떨어뜨려 법에 대한 신뢰도를 약화시키고, 더 나아가 위장 도급에 대한 일반예방적 효과에 의문을 야기할 수 있다는 것이다.

이에 [제4장]에서는 타인의 노동력을 이용하는 법률관계에 대한 대법원 판례의 태도, 노동부와 법무부, 대검찰청이 2007년 공동으로 마련하고 현재까지 시행하고 있는 ‘근로자파견의 판단기준에 관한 지침’, 2015년 9월 16일 이인제 의원이 대표발의한 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」, 등을 중심으로 기존 논의의 문제점을 도출한 후 일본 등과의 간략한 비교법적 검토 등을 통해 파견과 도급의 구별기준에 관한 방향을 설정하고자 한다.

제4장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

파견과 도급의 구별기준 재정립

김대근·우희숙

파견과 도급의 구별기준 재정립

제1절 타인의 노동력을 이용하는 법률관계

타인의 노동력을 이용하는 법률관계는 크게 ① 근로계약관계, ② 도급계약관계, ③ 근로자파견관계 등으로 구분할 수 있다.¹⁴⁴⁾ ①의 근로계약은 「근로기준법」 등의 적용을 받는바— 근로자가 사용자에게 종속하여 노무를 제공하고, 사용자는 그 대가로 임금을 제공하는 관계이다.¹⁴⁵⁾ ②의 도급계약은 「민법」 등의 적용을 받는바— 수급인이 ‘일의 완성’을 약정하고, 도급인이 그 일의 결과에 대한 보수를 지급하는 관계이다.¹⁴⁶⁾ ③의 근로자파견은 「파견법」 등의 적용을 받는바— 근로자가 파견사업주와 고용관계를 유지하면서, 사용사업주의 지휘·명령에 따라 그를 위한 근로에 종사하는 관계이다.¹⁴⁷⁾

그러므로 ①의 관계에서 사용자는 근로자에 대한 고용 및 인사권한과 업무에 대한 지휘·감독 권한을 모두 행사할 수 있다. ②의 관계에서 도급인은 원칙적으로— 수급인과 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급계약을 맺을 뿐 수급인 소속 근로자에 대해서는 어떠한 권한도 행사할 수 없다. 물론 도급인의 지시권과 협력의무 등은 도급계약의

144) 조경배, “파견노동 및 현행 파견법의 문제점과 법적 과제”, 민주법학 제62호, 민주주의법학연구회, 2016, 18-20쪽; 최은배, “위장도급의 판단”, 노동법연구 제31호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 7-8쪽.

145) 근로기준법 제2조(정의) ① 4. “근로계약”이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다.

146) 민법 제664조(도급의 의의) 도급은 당사자일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

147) 파견법 제2조(정의) 1. “근로자파견”이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

본질에서 파생되는 것에 불과하다. ③의 관계에서 파견사업주는 근로자와 고용계약을 맺은 당사자이므로 고용 및 인사권한을 가지지만, 근로자가 제공하는 노무는 사용자 업주가 수령하므로 업무에 대한 지휘·감독은 사용자업주만 행사할 수 있다.

그러나 실제 산업현장에서 사용자가 근로계약 혹은 근로자파견계약을 은폐하기 위해서 도급계약의 형식을 빌려 위장도급 계약을 체결하는 경우가 빈번하다. 이에 대법원은 수급인이 사업주로서의 실체가 없어 그 존재가 형식적·명목적인 경우에 지나지 않는 반면 도급인이 실제로 근로자의 고용, 인사 및 업무에 대한 지휘·감독권을 행사하는 경우에는 도급인과 수급인 소속 근로자 사이에 묵시적 근로계약을 인정하는 법리를 형성하였다.¹⁴⁸⁾ 그리고 나아가 수급인이 사업주로서의 실체가 있으나—2015년 현대자동차 사건 등에 나타난— 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는 지(㉔), 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지(㉕), 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지(㉖), 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되면 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지(㉗), 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지(㉘) 등의 일반적 기준을 제시하였다. 즉 도급인이 수급인 소속 근로자에 대하여 업무상 지휘·감독을 행사한 경우, 이는 도급이 아닌 근로자파견관계로 판단된다.¹⁴⁹⁾

148) SK 주식회사 사건[인사이트코리아 사건], 주식회사 현대미포조선 사건 등 참조.

149) 2015년 현대자동차 사건 등 참조.

제2절 파견과 도급의 구별기준에 관한 기존 논의 분석

1. 대법원 판례 법리의 분석

제2장 및 제3장에서 살펴본 바와 같이, 대법원은 전통적인 제조업 분야이든 혹은 서비스업 분야이든 그것이 도급의 대상이 될 수 있는지를 먼저 살펴보고 있다.¹⁵⁰⁾ 그리고 —거의 대부분— 자동흐름생산 방식을 사용하는 자동차·조선 등과 같은 제조업 분야에서는 그 공정의 특성상 (사내)협력업체의 자율성을 인정하지 않는다. 이렇게 되면 —물론 다른 구체적인 사정도 함께 검토하지만— 결론적으로 도급관계가 아닌 근로자파견관계가 인정된다. 한편 서비스업 분야에서 노무도급이 가능한지 여부와 관련하여, 2006년 부산교통공단 사건에서 대법원은 ‘업무구분의 불명확성’을 근거로 부정하였다.¹⁵¹⁾ 그러나 2015년 KTX 여승무원 사건 A 및 B에서 대법원은 승무분야 업무는 안전부분과 승객서비스 부분으로 구분이 가능하므로, 승객서비스 업무부분을 도급형식으로 위탁하는 것은 가능하다고 보았다.¹⁵²⁾ 그리고 이처럼 업무구분이 명확한 경우 —다른 조건이 충족된다면— 도급관계가 인정된다.

그러나 여기서 중요하게 살펴볼 부분은, 대법원이 제조업 분야뿐만 아니라 서비스업 분야에서도 도급의 대상을 인정하였는지 여부가 아니다. 왜냐하면 대법원은 제조업 분야이든 서비스업 분야이든 도급공정의 종류에 따라 그것의 독립성 여부를 따지기 때문이다. 가량 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름생산방식에서는 그 특성상 각 공정이 독립적일 수가 없으므로 (사내)협력업체는 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못한다고 판단한다. 그리고 승객서비스 업무 부분과 관련하여서는 그것이 안전부분과 승객서비스 부분으로 구분되기 때문에 후자에 대한 위탁이 가능하고, 그러한 한에서 (사내)협력업체는 도급인과 독립하여 사업을 영위할 수 있다고 판단한다. 그리고 나머지 징표들, 예를 들어 도급의 방식, 혼재 작업 여부, 업무의 성격, 작업배치권 및 작업지시 여부, 현장대리인의 존재, 근로시간 결정, 산업안전, 결원대체, 근태관리, 교육, 사무실 시설 및 장비사용 여부 등을 도급 관계로 좀 더

150) <표 5> 도급공정의 종류와 도급공정의 독립성 여부 참조.

151) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246 판결.

152) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결.

가깝게 판단할 것인지 아니면 근로자파견관계로 좀 더 가깝게 판단할 것인지를 결정한다. 그리고 거의 대부분 자동흐름생산방식을 사용하는 제조업 분야에서는 —2010년 현대자동차 사건 이후— 근로자파견관계가 인정되었다.

이에 노동법학계에서는 2010년 현대자동차 사건에서 나타난 개별적 구별기준이든 2015년 현대자동차 사건 등에서 나타난 일반적 구별기준이든 모두 비판의 대상으로 삼고 있는 것이다. 왜냐하면 파견과 도급을 구별하기 위한 판단순서, 판단기준, 판단방법이 도급공정의 종류에 따라 거의 대부분 —파견이든 도급이든— 결정된 후, 그에 따라 사실관계를 재구성하기도 하고 ‘정도의 문제’로 표현하기도 하기 때문이다.

그러므로 파견과 도급을 구별하는데 있어 —대법원 판례와 같이— 도급공정의 종류에 따라 그것의 독립성 여부를 판단하여서는 아니 된다. 만약 이러한 프레임에 고집하는 한 자동흐름생산 방식을 사용하는 제조업 분야에서는 외부 노동력을 활용하는 것이 완전히 차단될 것이다. 왜냐하면 파견법 제5조 제1항은 ‘제조업의 직접생산공정 업무’를 근로자파견대상업무에서 제외하고 있으며, 위와 같은 판례 법리 하에서는 도급 또한 불가능하기 때문이다.

2. 근로자파견의 판단기준에 관한 지침 분석

노동부와 법무부, 대검찰청은 2007년 “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”(이하 ‘지침’이라 한다)을 공동으로 마련하여 시행하고 있다. 기본적으로 지침의 판단방식은 파견법상 근로자파견의 정의에 따라 구성요건에 해당하는지 여부를 중심으로 판단하고 있다.

가. 근로자파견의 판단기준에 관한 지침 내용

이 지침의 목적은 ‘파견법에 위반한 고용형태를 효과적으로 단속함으로써 근로자파견제도의 적절한 운영을 기하기 위하여 법 제2조 제1호의 규정에 의한 근로자파견과 근로자파견이 아닌 것을 구분함에 있어 그 판단의 기준을 정하는 것’이다. 우선 지침은 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 ① 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주 등에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지, ② 파견사업주 등이

사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주 등이 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하여 노동관계법 위반 여부를 판단, ③ 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주 등의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 근로자파견에 해당하는지의 순서로 정하고 있다. 그리고 지침은 근로자파견 판단방법으로 아래의 판단기준을 종합적으로 고려하여야 한다고 정하고 있다.

4. 판단의 기준

가. 파견사업주등에 대한 사업주로서의 실체판단

- 사용사업주등과 파견사업주등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 파견사업주등에게 다음 각 호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주등의 실체가 인정되기 어려우므로 법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지”하는 것으로 보지 아니한다. 다만, 4), 5)는 단순히 육체적인 노동력을 제공하는 경우에는 적용되지 아니한다.

- 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

나. 사용사업주등의 지휘·명령에 대한 판단

- 사용사업주등과 파견사업주등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 사용사업주등이 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 … 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”으로 판단한다.

- 1) 작업배치·변경결정권
- 2) 업무지시·감독권
- 3) 휴가, 병가 등의 근무 관리권 및 징계권
- 4) 업무수행에 대한 평가권
- 5) 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)

이를 파견사업주와 사용사업주로 나누어 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 13〉 파견사업주 등에 대한 사업주로서의 실제 판단

판단기준	판단기준의 내용
㉓ 채용·해고 등의 결정권	○ 채용면접표, 취업규칙, 근로계약서, 신규채용자 안전교육, 기타 해고 관련 서류 등을 확인
㉔ 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임	○ 사무실 임대차 계약서, 사업체 설립비용 부담여부, 주식회사의 경우 주금 납입 경위 및 주식 소유비율, 기성금 및 수당 지급방법 등을 확인
㉕ 법령상 사업주로서의 책임	○ 4대보험 가입증명서, 주민세 및 사업소세 등 각종 세금관련 자료, 근로소득 원천징수 관련 자료, 사용자업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약서·임원간 순환근무 여부, 기타 단체교섭 관련 서류 등을 확인
㉖ 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담	○ 사용자업주 등이 지급하는 기계나 설비, 기자재의 내역과 유무상 여부를 확인하고, 무상으로 제공할 경우 그 필요성 및 정당성을 확인
㉗ 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한	○ 기획 관련 작성서류, 사용자업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약서 및 동 계약이 단순 노무제공인지 여부, 사업계획서, 파견사업주 등의 업무수행능력 및 소속 근로자 자격증 유무 등을 확인

㉓를 인정하기 위해서는 파견사업주 등이 파견근로자 등의 채용·해고 등을 독자적으로 실시하여야 한다. ㉔를 인정하기 위해서는 파견사업주 등이 사업 수행에 필요한 자금을 자기 책임 하에 조달하고 조직을 구성할 수 있는 규모나 관리능력을 갖추고 있어야 한다. ㉕를 인정하기 위해서는 파견사업주 등이 사업자 등록이 있어야 하며, 자신의 명의 하에 파견근로자 등을 4대보험에 가입시켜야 한다. 그리고 노동법상 사용자로서의 의무를 이행하여야 한다. ㉖는 소유의 개념보다는 당해 업무특성, 사용자업주 등의 기계·시설 등의 사용 필요성과 사용에 따른 파견사업주 등의 부담과 책임을 고려하여야 한다. ㉗를 인정하기 위해서는 파견사업주 등이 계약의 내용을 수행하기 위한 전문적 기술이나 경험을 보유하고, 자기 책임과 권한 아래 사용하여야 한다.¹⁵³⁾

153) 노동부, 「파견·도급 구별 참고자료」, 2009, 23-27쪽.

〈표 14〉 사용사업주 등의 지휘·명령에 대한 판단

판단기준	판단기준의 내용
㉠ 작업배치·변경 결정권	○ 작업계획서, 인력배치 계획서, 관련 회의 자료, 기타 작업배치 관련 서류 및 관행 등을 확인
㉡ 업무 지시·감독권	○ 일일 작업지시서, 안전교육 일지, 조회 개최 여부, 업무관련 지시 전달 방법 등을 확인 ○ 특히 직접 고용한 근로자와 혼재하여 같거나 유사한 업무에 종사도록 하는 경우에는 업무 지시·감독권 행사 여부를 보다 신중히 검토 ○ 계약서상 업무의 목적이나 내용이 지나치게 추상적이어서 사용사업주 등의 지시를 통해 비로소 구체화되는 불확정한 상태에 놓여 있거나 또는 업무 전반을 망라하는 것으로 되어 있어 특정 업무에 한정되지 않는 경우에는 업무 지시·감독권이 인정될 수 있음에 유의
㉢ 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권	○ 휴가, 결근, 조퇴, 외출, 지각원, 출근부, 기타 징계관련 서류 등의 확인
㉣ 업무수행에 대한 평가권	○ 업무수행 및 실적에 대한 평가서, 파견사업주 등의 직원이 현장에서 감독·평가하는지 여부, 잘못된 업무수행이 발견된 경우에 있어서의 조치 관행 등을 확인
㉤ 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권	○ 연·월차 유급휴가 사용내역, 일일 근무현황, 기타 근로시간 관련 서류 등을 확인 (다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)

㉠을 인정하기 위해서는 사용사업주 등이 작업 배치 및 변경에 대한 결정권을 가지고 업무를 수행하여야 한다. ㉡를 인정하기 위해서는 사용사업주 등이 파견근로자 등에 대하여 직접적·구체적으로 업무 수행 방법, 수행 속도, 근로의 장소 및 시간 등을 지시하고 감독하여야 한다. ㉢를 인정하기 위해서는 사용사업주 등이 파견근로자 등의 전반적인 근태를 관리하고, 징계를 결정하여야 한다. ㉣를 인정하기 위해서는 업무수행 과정에서 사용사업주 등의 공정이나 기술지도 등의 양태와 업무 수행결과에 대해 검사, 평가가 어떻게 이루어지는지를 현장 점검을 통해 확인하여야 한다. 파견근로자 등의 업무 수행 결과에 대한 사용사업주 등의 개별·구체적 평가가 상시적으로 이루어진다면 사실상 직접적인 지휘·명령권 행사에 해당한다. ㉤를 인정하기 위해서는 사용사업주 등이 파견근로자 등의 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권을 직접 행사하는 경우 양자간 지휘·명령관계 인정의 징표로 활용될 수 있다.¹⁵⁴⁾

154) 노동부, 「파견·도급 구별 참고자료」, 2009, 27-30쪽.

나. 문제점 및 보완 사항

우선 지침은 주로 제조업 분야에서 나타난 위장도급의 문제를 해결하는데 초점을 두었다는 점에서 다양한 업종의 업무상 특수성을 충분히 반영하지 못하고 있다. 예를 들어 2015년 KTX 여승무원 사건 A 및 B에서 나타난 노무도급과 관련된 부분 말이다. 더욱이 제조업의 공정분야는 그 업무의 특성상 동일한 작업공간, 동일한 출·퇴근 시간의 준수가 불가피하며, 이는 노무도급이 주를 이루는 서비스업 분야도 마찬가지이다. 그러므로 ‘지휘·명령권’을 판단하는데 있어 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권은 위와 같은 사유만으로 도급인에게 있다는 식의 해석은 제한적으로 이루어져야 할 것이다.

그리고 지침은 대법원 판례와 마찬가지로 종합적 판단방식을 취하고 있는데, 이는 2015년 이후 하급심 판례의 분석에서도 살펴보았던 바와 같이 그 판단 주체의 주관적 가치에 좌우될 가능성이 있다. 즉 외부인력을 활용하는 사용자, 위장도급을 감독하는 근로감독관, 이를 수사하는 검찰, 그리고 이를 판단하는 법원까지도 파견과 도급을 구별하는데 있어 그 명확성을 담보하지 못하고 있는 것이다. 결국 지침 또한 —대법원 판례와 마찬가지로— 근로자파견의 본질이나 개념을 적절하게 반영하지 못하고 있으며, 제조업 분야에 치우친 나머지 서비스업 등과 같은 분야의 사실관계를 반영하지 못하고 있다. 그리고 <표 13>과 <표 14>에서 확인할 수 있는 기준들을 어떻게 종합적으로 판단할 것인지에 대한 명확한 해답을 제시하지 못하고 있다.

3. 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」 분석

2015년 9월 16일 이인제의원이 대표발의한 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

가. 「파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」의 내용

파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안

파견근로자보호 등에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2조의2를 다음과 같이 신설한다.

제2조의2 (도급 등과의 구별) ① 도급 또는 위임 등(이하 “도급 등”이라 한다)의 계약에 따라 일을

완성하기 위한 업무를 수행하는 경우라 하더라도 근로자파견사업을 행한 것으로 보는 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 도급 등을 한 자(이하 "도급인"이라 한다)가 도급 등의 계약에 따른 업무를 수행함에 있어 도급 등을 받은 자(이하 "수급인"이라 한다)가 고용한 근로자의 작업에 대한 배치 및 변경을 결정하는 경우
2. 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 하여 업무를 수행하게 하는 경우
3. 도급인인 수급인의 근로자에 대한 근로시간·휴가 등의 관리 및 징계에 관한 권한을 행사하는 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동부장관이 정하는 경우
- ② 도급 등이 근로자파견사업에 해당하는지 여부는 제1항 각 호의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건 향상, 산업재해예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 등 다음 각 호의 사항에 해당하는 경우에는 근로자파견의 징표로 보지 아니한다.
 1. 도급인이 「산업안전보건법」 제29조에 따른 의무를 이행하기 위한 조치를 하는 경우
 2. 도급인이 수급인의 근로자의 직업능력개발을 위하여 수급인에게 훈련비용, 장소, 교재 등을 지원하는 경우
 3. 도급인이 수급인의 근로자의 고충처리를 위하여 지원하는 경우
 4. 도급인이 경영성과에 따른 성과금을 수급인을 통하여 수급인의 근로자에게 분배하는 경우
 5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

즉 위 개정안은 ① 작업배치권 및 변경권의 주체, ② 지휘·명령권의 주체 여부, ③ 근로시간 등의 결정 주체 여부 등을 중심으로 종합적으로 판단하여 파견과 도급을 구별하고자 한다.

나. 문제점 및 보완 사항

위 개정안은 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원이 제시한 파견과 도급의 구별 기준을 반영한 것이라고 평가할 수 있다. 다만 위 개정안은 검토보고에서 다음과 같은 사항들이 문제점으로 지적되었다.¹⁵⁵⁾ 첫째, 파견과 도급을 구별하는 기준으로서 '계약의 목적과 내용'에 특정성, 전문성, 기술성이 있는지 여부를 제시하는 방안에 대해 추가적인 논의가 필요하다는 언급이 있다. 둘째, 개정안은 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건의 향상, 산업재해예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 경우에 대해서는 이를 근로자파견의 징표로 보지 않도록 규정하고 있다.

155) 파견근로자보호 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고.

그러나 이에 대해 반대하는 입장에서는 개정안이 판례에서 불법파견의 징표로 보는 사항까지도 불법파견의 징표로 보지 않도록 하고 있으며, 근로자파견의 징표로 보지 않는 사항을 지나치게 확대할 경우 근로자파견이 확대될 우려를 제기하고 있다고 언급하고 있다. 특히 '직업능력개발 지원'을 근로자파견의 징표로 보지 않는 경우, 근로자파견의 기준이 될 수 있는 '작업지시 성격의 직무교육'까지 근로자파견의 징표에서 제외될 수 있고, '고충처리 지원'의 범위가 포괄적이어서 고충처리 지원을 이유로 수급인 근로자에 대해 업무 등과 관련한 권한 행사 등을 하는 경우에도 근로자파견의 징표에서 제외될 수 있다는 일부 견해가 있다고 언급하였다. 그러나 이와 같은 문제점은 一제2장, GM 대우 사건에서도 언급한 바와 같이— 파견과 도급을 구별하기 위한 기준이 될 수 없다.

다만 위 개정안 제2조의2 제1항 제4호와 제2항 제5호는 각 '그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동부장관이 정하는 경우', '그 밖에 제1호부터 제4호까지 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우'를 규정하고 있는데, 파견과 도급의 구별기준은 파견법상 형사책임의 대상이 될 수 있다는 점에서 위와 같은 입법형식은 죄형법정주의의 명확성 원칙과의 관계에서 문제가 발생할 수 있다.

제3절 비교법적 검토

이처럼 대법원 판례 법리 및 지침 등에서 나타나고 있는 문제점은 우리나라에만 한정된 것은 아니다. 우리나라와 유사한 노동법 체계를 가지고 있는 선진국에서도 파견과 도급의 구별에 관한 문제점은 대동소이하다. 다만 영미법 체계에서는 우리나라와 같이 근로자파견의 대상이 되는 업무가 법에 의하여 제한되어 있지 않으므로, 이에 관한 논의를 찾아보기가 어렵다.¹⁵⁶⁾ 이에 이하에서는 독일과 일본을 중심으로 파견과 도급의 구별기준에 관한 논의를 간략하게 살펴보고자 한다.

156) 고용노동부, 「외국의 사내하도급 파견 현황 및 제도 실태조사」, 2010.

1. 독일

독일은 1972년 근로자파견법을 제정하였지만, “우리나라와 마찬가지로” 파견과 도급의 구별에 관한 기준을 명확하게 규정하지 않았다. 즉 독일은 파견과 도급을 구별하는데 있어 “우리나라와 마찬가지로” 법 규정이 아닌 법원의 해석에 의존하고 있다. 이에 파견과 도급의 구별에 관한 문제가 급증하자, 1970년대 독일 연방노동법원은 5가지 기준을 중심으로 파견과 도급을 구별하고자 하였다. “① 노동력 이용자의 지시권에 따른 경우, ② 노동력 이용자와 동일한 노동을 하는 경우, ③ 노동력 이용자의 재료와 도구로 작업을 하는 경우, ④ 파견하는 사용자가 근로자들의 작업결과에 대해 책임을 지지 않는 경우, ⑤ 파견하는 사용자에게 대해서 시간단위에 기초하여 보수가 주어지는 작업을 하는 경우”가 그것이다.¹⁵⁷⁾

그러나 이러한 5가지 기준만으로는 파견과 도급을 구별하는데 있어 한계에 이르렀고, 이후 독일 연방노동법원은 다양한 기준들을 제시하였다. “① 노동력의 제공자가 노동력의 이용자에게 완전히 편입되어야 하고, 오로지 노동력 이용자의 지시권에 복종하는 경우에만 파견, ② 이 판단을 위해서는 업무의 내용이 중요. 업무의 내용은 계약당사자의 명시적인 약정, 실제 업무수행의 내용으로부터 결정됨. 계약의 내용과 실제 노무제공이 일치하는 경우는 계약의 내용과 당사자의 의사대로 함. 계약의 내용과 실제 노무제공이 일치하지 않는 경우는 실제 노무제공에 따라 결정함. ③ 편입은 노동력의 투입이나 인사에 관한 조직권이 누구에게 있는가, 근로자가 제3자의 사업장 내에서 오로지 이 제3자만을 위해서 노무제공을 하는가가 결정적임. 편입판단의 정황 증거로도 인정되지 않는 요소로는 다음과 같은 것들이 있음: ㉠ 재료나 생산설비를 누가 제공하였는가는 편입의 존부에 대한 결정적 판단요소가 아님. ㉡ 그 자체로서 타인 사업장에서의 활동. ㉢ 활동의 종류. ㉣ 투입기간. ㉤ 제3자의 사업장에서의 활동장소, 시간, 종류에 대한 제3자와의 합의. ㉥ 투입기업에서의 근로시간. ㉦ 출근통제. ㉧ 간헐적인 혼재작업. ㉨ 따라서 비전형적 개별사례들은 도급과 파견 구별에서 강조되어서는 안 됨. ④ 지시권: 완전한 범위에서 노동력의 이용자의 지시권에 복종해야 파견 인정. 그러나 도급목적의 지시권도 존재함을 인정. 수급인의 사업목적 촉진,

157) 김영문, “파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점”, 노동법학 제45호, 한국노동법학회, 2013, 242쪽.

도급계약으로부터 발생하는 의무의 이행 등. 도급목적의 지시권은 최근 판례에 따르면 도급인이 수급인의 이행보조자에 대해서 직접 행사해도 무방함. 편입과 지시권 이외에 다른 판단표지도 한계확정을 위하여 보충적으로 사용하지만, 여기에 결정적인 의미를 두지는 않음. 단순, 반복작업도 도급계약의 대상이 될 수 있음. 따라서 어느 특정 작업 자체가 도급이나 파견의 대상이 된다고 단정할 수 없음 등¹⁵⁸⁾이 그것이다.

다만 이러한 다양한 기준에도 불구하고 독일 연방노동법원은 파견과 도급을 구별하는데 있어 다음과 같은 원칙을 유지하고 있다.

“당사자가 원하는 법률효과나 사실상의 거래내용에 상응하지 않는 명칭이 아니라, 거래 내용이 계약의 법적 지위에 대해서 결정한다. 계약 당사자들은 거래내용과 다른 계약 유형을 선택하여 강행적인 파견법의 적용을 피해갈 수는 없다. 그런데 거래내용은 계약당사자의 명시적인 약정이나 계약의 실제 수행으로부터 결과할 수 있다. 이 약정과 사실상의 수행이 다른 경우는 사실상의 수행이 기준이 된다. 계약관계의 사실상의 수행으로부터 당사자들이 무엇을 원하였는지를 알 수 있기 때문이다. 그렇게 확인된 계약 당사자의 현실적인 의사가 거래내용을 결정하고 계약의 유형을 결정한다.”¹⁵⁹⁾

즉 독일 연방노동법원은 실질적 판단의 원칙에 입각하고 있다.¹⁶⁰⁾ 그리고 법원은 이처럼 계약관계의 사실상의 수행을 확인하기 위하여 사용사업주의 실제적 편입 여부, 사용사업주의 지휘명령권과 도급인의 지시권의 구별을 중점적으로 살펴보고 있다. 그리고 이러한 과정에서 우리나라 법원이 제시하는 단순하고 반복적인 업무의 도급 대상 여부, 업무수행의 흔재 여부, 전문적 지식이나 기술의 필요성 여부, 업무수행의 내용을 자율적으로 형성할 권한의 여부, 생산설비의 보유 여부 등은 파견과 도급을 구별하는데 있어 중요한 기준이 될 수 없다고 언급하고 있다. 왜냐하면 이러한 기준들은 사용사업주의 지휘명령권과 도급인의 지시권을 구분하는데 있어 상호 대립적이지도 명확하지도 않기 때문이다.

158) 김영문, “파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점”, 노동법학 제45호, 한국노동법학회, 2013, 246-247쪽 참고.

159) 김영문, “파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점”, 노동법학 제45호, 한국노동법학회, 2013, 252쪽.

160) 김기선, “근로자파견과 도급의 판단”, 노동법연구 제31호, 서울대학교 노동법연구회, 56-58쪽.

2. 일본

일본도 우리나라와 마찬가지로 1985년 노동자파견법이 제정되기 이전까지, 근로자 파견은 근로자공급의 한 형태로서 원칙적으로 금지되었다. 노동자파견법 제2조 제1호는 근로자파견을 “자신이 고용하는 근로자를, 해당 고용관계 하에 이와 동시에 타인의 지휘명령을 받고, 해당 타인을 위하여 근로에 종사하게 하는 것”이라고 정의하고 있다. 그리고 이러한 근로자파견은 직업안정법 제4조 제6호의 ‘근로자공급’에서 제외된다. 이러한 노동자파견법은 최근 2015년 개정되었는데¹⁶¹⁾ 그 개정의 연혁상 ① 파견 대상 업무가 확대되고, ② 파견 수용 기간이 연장됨으로 인하여 결과적으로 규제가 완화되는 방향으로 나아갔다. 즉 우리나라와 달리 파견대상업무의 입법방식이 소극적 방식(Negative List)으로 전환되었으며, 제조업에 대한 파견이 허용되고 있다. 전자는 고용기회의 신규창출을 위한 세계적인 흐름을 반영한 것으로, 후자는 사내하도급의 확대와 관련하여 그것의 사용을 규제하는 것보다는 허용하는 방향으로 선회해 제조업에 파견을 허용하는 것이 근로자 보호에 더 바람직하다는 판단이 전제되어 있다.¹⁶²⁾

한편 일본은 1986년 노동성고시에 의하여 도급과 근로자파견을 구별하기 위한 구체적 기준을 제시하고 있다. 그리고 그 중심에는 파견사업주의 지휘·명령권 행사 여부가 있다. 그러나 이 또한 우리나라와 마찬가지로 이론적인 문제를 넘어 현실적인 문제로 넘어오게 되면, 어려움에 봉착하게 된다.

이에 일본은 노동자파견법 시행 이후 파견과 도급의 구별을 위하여 후생노동성고시를 마련하였다. 그 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다. 즉 ① 노무관리상의 독립성과 관련하여 ㉠ 업무의 수행에 관한 지시 및 기타 관리를 스스로 행할 것, ㉡ 사업종업시간 및 복무 등에 관한 지시 기타 관리를 스스로 행할 것을 그 요건으로 제시하고 있으며, ② 사업경영상의 독립성과 관련하여 ㉢ 업무처리에 필요한 자금에 대하여 전부 자기의 책임 하에 조달하고 지불할 것, ㉣ 업무처리에 관하여 민법, 상법, 그

161) 일본은 2015년 9월 30일부터 ‘근로자파견사업의 적정한 운영 확보 및 파견근로자의 보호 등에 관한 법률 등의 일부를 개정하는 법률’이 시행되었다. 개정 내용에 대한 개략적인 설명으로는 김명중, “일본의 파견근로 현황과 2015 개정근로자파견법에 관한 소고”, 국제노동브리프 3월호, 한국노동연구원, 2016 참조.

162) 다카야스 유이치, “일본의 파견법 개정의 역사와 효과”, 「일본 파견근로제도 변천과 시사점」, 한국경제연구원, 2016 참조.

밖의 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담할 것, ㉔ 자기의 책임과 부담으로 준비하고 조달하는 기계, 설비 또는 기자재, 재료 또는 자료에 의하여 업무를 처리할 것(단 단순히 육체적 노동력을 제공하는 것이 아닐 것)을 그 요건으로 제시하고 있다.¹⁶³⁾ 그리고 이러한 요건을 모두 충족하지 못한 경우에는 근로자파견으로 간주한다. 또한 위의 ㉑과 ㉒의 요건을 모두 충족한 경우라 할지라도 그것이 노동법 등의 법 적용을 회피하기 위하여 위장된 경우, 그리고 그것의 목적이 노동자파견법상 파견을 위한 경우에는 노동자파견법이 적용된다.¹⁶⁴⁾

제4절 파견과 도급의 구별기준 재정립 방향

1. 현행 파견법상 기준에 의한 구별 방법

[제2장. 제2절. 1.] 부분에서도 언급한 바와 같이, 현행 파견법 제2조 제1호는 근로자파견을 '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'이라고 정의하고 있다. 그러므로 파견과 도급을 구별하기 위해서는 우선 타인의 노동력을 이용하는 법률관계가 파견법상 근로자파견의 개념 정의에 충족하는지를 먼저 살펴보아야 할 것이다. 즉 ① 파견사업주가 파견법상 인적 및 물적 요건을 충족하고 있는지, ② 근로자파견계약에 파견법상 요구하는 내용이 들어가 있는지, ③ 사용사업주가 ②에 따라 파견근로자에 대한 지휘·명령권을 행사하고 있는지 등이 그것이다. 이하에서 차례대로 살펴보기로 한다. 다만 ③과 관련하여, 사용사업주의 지휘·명령권 행사는 개별적 사안에서 구체적으로 드러날 수밖에 없다. 그러므로 ③에서는 파견법상 일반적인 기준만을 제시하고, 그 구체적 내용은 그 동안 축적되어 온 판례를 중심으로 살펴보고자 한다.

163) 이정, “일본의 도급과 파견의 판단기준”, 노동법포럼 제11호, 2013, 18쪽.

164) 일본의 파견과 도급에 관한 자세한 연구로는 이정, 「파견과 도급에 관한 비교법적 연구」, 법문사, 2014 참고.

가. 인적 및 물적 요건의 충족

파견사업주는 '근로자파견사업을 행하는 자'(제2조 제3호)이므로, 그 전제조건으로서 파견법상 요구하는 인적 및 물적 요건 등을 충족하여야 한다. 첫째, 파견법 제8조는 허가의 결격사유에 대하여 규정하고 있다.

1. 미성년자·금치산자·한정치산자 또는 파산선고를 받고 복권되지 않은 자
2. 금고이상의 형(집행유예 제외)의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 2년이 경과되지 아니한 자
3. 이 법, 직업안정법, 「근로기준법」 제7조, 제9조, 제20조부터 제22조까지, 제36조, 제43조부터 제46조까지, 제56조 및 제64조, 「최저임금법」 제6조, 「선원법」 제110조를 위반하여 벌금 이상의 형(집행유예 제외)의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자¹⁶⁵⁾
4. 금고이상의 형의 집행유예선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
5. 제12조의 규정에 의한 당해 사업의 허가가 취소된 후 3년이 경과되지 아니한 자
6. 법인으로서 그 임원 중 제1호 내지 제5호의 1에 해당하는 자가 있는 법인

즉 파견사업주는 제8조 제1호 내지 제6호의 결격사유에 해당하지 않아야 한다. 집행유예선고를 받은 자는 그 유예기간 동안 파견사업을 수행할 수 없으며, 유예기간이 경과하면 그 때부터 파견사업을 수행할 수 있다. 둘째, 파견법 제9조는 허가의 기준에 대하여 규정하고 있다. 그리고 제1항 각 호는 ① 신청인이 당해 근로자파견사업을 적정하게 수행할 수 있는 자산 및 시설 등을 갖추고 있을 것, ② 당해 사업이 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하는 것이 아닐 것을 그 요건으로 규정하고 있다. ①의 자산 및 시설 등의 기준은 같은 법 시행령 제3조에 규정되어 있다.

1. 상시 5인 이상의 근로자(파견근로자 제외)를 사용하는 사업 또는 사업장으로서 고용보험·국민연금·산업재해보상보험 및 국민건강보험에 가입되어 있을 것
2. 1억 원 이상의 자본금(개인의 경우 자산평가액)을 갖출 것
3. 전용면적 20제곱미터 이상의 사무실을 갖출 것

165) 근로기준법 제7조(강제근로금지), 제9조(중간착취의 배제), 제20조(위약예정금의 금지) 내지 제22조(강제저금의 금지), 제36조(금품청산), 제43조(임금지불) 내지 제46조(휴업수당), 제56조(연장, 야간 및 휴일근로), 제62조(최저연령 및 취직인허증), 최저임금법 제6조(최저임금법의 효력), 선원법 제100조(선원의 구직 및 구인등록)

그러므로 제1호 내지 제3호의 요건을 모두 충족하지 못한 자는 근로자파견사업을 행할 수 없다. 또한 ②의 요건을 위반하여 ‘특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 근로자파견을 행하는 경우’에는 근로자파견사업을 행할 수 없다. 그러므로 ②의 경우에는 직접고용 혹은 도급 등의 방식을 이용하여 사업을 영위할 수밖에 없다. 만약 도급 등의 방식을 이용하여 외부 인력을 활용하는 경우, 도급인이 그의 지시권을 넘어 수급인 소속 근로자에게 지휘·명령권을 행사하였다면, 이는 —다른 징표도 종합하여 검토하여야 하겠지만— 파견법 제9조 제1항 제2호의 허가의 기준을 충족하지 못하였으므로 도급으로 위장한 불법파견이라고 할 수 있다. 결국 이러한 인적 및 물적 요건이 충족되지 아니한 경우에는 ‘파견사업주로서의 실체성’이 부정되는 것으로 판단하여야 한다.

나. 근로자파견계약의 내용

현행 파견법 제2조 제6호는 근로자파견계약을 ‘파견사업주와 사용사업주 간에 근로자파견을 약정하는 계약’이라고 정의하고 있다. 파견사업주와 사용사업주는 파견법 제20조 제1항 각 호에 따른 내용을 구체적으로 포함한 근로자파견계약을 서면으로 체결하여야 한다.

1. 파견근로자의 수
2. 파견근로자가 종사할 업무의 내용
3. 파견사유(제5조 제2항의 규정에 의하여 근로자파견을 행하는 경우에 한한다)
4. 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 기타 파견근로자의 근로장소
5. 파견근로종인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항
6. 근로자파견기간 및 파견근로 개시일에 관한 사항
7. 시업 및 종업의 시각과 휴게시간에 관한 사항
8. 휴일·휴가에 관한 사항
9. 연장·야간·휴일근로에 관한 사항
10. 안전 및 보건에 관한 사항
11. 근로자파견의 대가
12. 기타 고용노동부령이 정하는 사항

특히 근로자파견계약은 —도급계약과의 구별을 위해— 다음의 사항이 명확하게 기술되어 있어야 한다. 파견근로자가 종사할 ‘업무의 내용’은 실제 파견근로자가 행할 업무가 특정될 수 있도록 기술되어 있어야 한다. 그리고 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 파견할 경우’, 그 결원의 원인 및 일시적·간헐적 사유에 대하여 반드시 구체적으로 명시하여야 한다. ‘파견근로 중인 파견근로자를 직접·지휘 명령하는 자’의 소속부서, 직위 및 성명을 기재하여야 한다. ‘시업 및 종업의 시각과 휴게시간’은 명확하게 기재하여야 하며, 특히 휴게시간은 휴게의 게시 및 완료 시각을 정하여 기재한다. 특히 근로자파견관계는 고용자와 사용자가 분리되므로, 휴일·휴가에 대한 사용자 책임을 명확하게 하여야 한다. ‘연장·야간·휴일근로’와 관련하여, 근로자는 그 파견 대가를 파견사업주와의 고용계약 및 근로자파견계약에 근거하여 파견사업주로부터 지급 받아야 한다. ‘안전 및 보건’을 확보하기 위하여 산업안전보건법상 필요 근로조건을 명시하여야 한다.

한편 파견법 제20조 제2항은 “사용사업주는 제1항의 규정에 따라 근로자파견계약을 체결하는 때에는 파견사업주에게 제21조 제1항의 규정을 준수하도록 하기 위하여 필요한 정보를 제공하여야 한다. 이 경우 제공하여야 하는 정보의 범위 및 제공방법 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 같은 법 시행령 제4조의2는 정보제공의 범위 및 방법에 대하여 규정하고 있다. 즉 사용사업주는 사용사업주가 사업 내의 파견근로자와 같은 종류 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 대한 다음 각 호의 정보를 파견사업주에게 서면으로 제공하여야 한다.

1. 근로자 유무 및 근로자의 수
2. 임금 및 임금의 구성항목
3. 시업(始業) 및 종업(終業)의 시각과 휴게시간에 관한 사항
4. 휴일·휴가에 관한 사항
5. 연장·야간·휴일근무에 관한 사항
6. 안전 및 보건에 관한 사항
7. 복리후생시설의 이용에 관한 사항
8. 그 밖에 법 제2조 제7호에 따른 차별적 처우의 대상이 되는 근로조건 중 제2호부터 제7호까지의 규정에 포함되지 아니한 사항

이는 파견사업주와 사용사업주가 파견근로자에게 차별적 처우를 하지 않도록 그 정보를 제공하는 것이라고 할 수 있다. 한편 파견법 제22조 제1항은 “사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합의 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지하여서는 아니 된다.”고, 제2항은 “파견사업주는 사용사업주가 파견근로에 관하여 이 법 또는 이 법에 의한 명령, 근로기준법 또는 동법에 의한 명령, 산업안전보건법 또는 동법에 의한 명령에 위반하는 경우에는 근로자파견을 정지하거나 근로자파견계약을 해지할 수 있다.”고 규정하고 있다.

다. 파견사업주의 의무

파견사업주는 파견근로자의 적정한 고용관리를 위하여 다음과 같은 사항을 준수하여야 한다. 파견법 제23조에 따른 파견근로자의 복지증진, 파견법 제24조에 따른 파견근로자에 대한 고지의무, 파견법 제25조에 따른 파견근로자에 대한 고용제한의 금지, 파견법 제26조 및 시행령 제12조에 따른 취업조건의 고지, 파견법 제27조 및 시행규칙 제13조에 따른 사용사업주에 대한 통지, 파견법 제28조 및 시행규칙 제14조에 따른 파견사업관리책임자, 파견법 제29조 및 시행규칙 제15조에 따른 파견사업관리대상이 그것이다.

또한 파견사업주는 파견법 제34조에 따라 근로기준법의 적용에 관한 특례가 적용된다. 그러므로 파견사업주는 근로계약의 당사자로서 근로계약·임금·연차유급 휴가 등에 관하여 사용자로서의 책임을 져야 한다.

라. 사용사업주의 의무

사용사업주는 파견근로자가 실제 노무를 제공하는데 있어 다음과 같은 사항을 준수하여야 한다. 파견법 제30조에 따른 근로자파견계약에 관한 조치, 파견법 제31조에 따른 적정한 파견근로의 확보, 파견법 제32조 및 시행규칙 제16조에 따른 사용사업관리책임자의 선임, 파견법 제33조 및 시행규칙 제17조에 따른 사용사업관리대장의 작성·보존이 그것이다.

또한 사용사업주도 파견법 제34조에 따라 근로기준법의 적용에 관한 특례가 적용

된다. 그러므로 사용사업주도 파견근로자가 노무를 제공하는 과정에서 문제가 되는 근로시간, 휴게·휴일 등에 관하여 사용자로서의 책임을 져야 한다. 그리고 사용사업주는 파견법 제35조 제1항에 따라 산업안전보건법상 사용자의 책임을 진다. 즉 근로자의 안전 및 보건에 관한 사항은 노무를 제공받는 자가 부담하여야 하므로, 사용사업주가 산업안전보건법 제2조 제3호의 규정에 의한 사업주가 된다. 또한 파견법 제35조 제3항 내지 제5항에 따른 특수건강진단, 임시건강진단, 배치 전 건강진단, 수시건강진단에 대하여 사업주 책임을 진다. 이에 사용사업주가 산업안전보건법 제43조의 규정에 의한 건강진단을 실시한 때에는 당해 건강진단결과를 설명하여야 하고, 지체 없이 파견사업주에게 송부하여야 한다.

2. 대법원 판례에 나타난 일반적 기준의 구체화

제3장에서 살펴본 바와 같이 대법원 판례는 2015년 현대자동차 사건 등을 통해 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준을 제시하였다. 그리고 이러한 기준을 종합적으로 검토하여 파견인지 혹은 도급인지를 판단하였다. 그러나 개별적 사건에서 사실 관계를 구체적으로 검토한 결과, 타인의 노동력을 이용하는 법률관계가 정확히 ‘근로계약관계 아니면 도급계약관계’ 혹은 ‘도급계약관계 아니면 근로자파견계약관계’로 양자택일할 수 없다는 것을 확인할 수 있었다. 이에 (대)법원 또한 “업무수행에 있어서의 인적·물적 관련성 등에서 원고들이 피고에 대하여 일반적인 도급계약관계보다는 좀 더 강한 종속적인 관계에 있었던 것으로 보여 외견상 근로관계와 유사한 면이 없지는 않다.”¹⁶⁶⁾ 혹은 “근로자파견관계에 더 가깝다고 판단된다.”¹⁶⁷⁾고 표현하고 있다. 이에 노동부와 법무부, 대검찰청이 2007년 공동으로 마련하여 시행하고 있는 지침 또한 파견과 도급을 구별하는데 있어 ‘지휘·명령관계의 부정적 징표’ 혹은 ‘중립적 징표’를 대법원 판례의 분석을 통하여 도출한 것이다. 예를 들어 <표 14>의 업무지시·감독권(㉑)과 관련하여 지침은 “파견사업주 등이 그의 근로자에 대한 업무지시와 감독을 자신의 관리자를 통해 자체적으로 이행한다면 사용사업주 등의 지휘·명령

166) [부산교통공단 사건] 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246 판결; 부산고등법원 2006. 7. 5. 선고 2006나2094 판결.

167) [GM 대우 사건] 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결; 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결.

권을 부정하는 주요 징표가 될 수 있다.”(부정적 징표)고 한 반면 “사용사업주 등이 계약에 반하는 파견사업주 등의 업무수행에 대하여 계약 내용을 알려주거나 시정을 요구하는 것은, 사용사업주 등의 지시권 범위에 포함된다고 볼 수 있으며, 파견사업주 등의 지휘·명령권을 침해한다고 보기 어렵다.”(중립적 징표) 혹은 “계약의 목적 달성을 위해 일정 수준 이상의 자재를 사용하거나 일정 수준 이상의 업무수행이 필요한 경우, 파견근로자 등이 계약 내용과 다른 제품의 자재를 사용하거나, 다른 방법을 사용하여 업무를 수행하는 것에 대하여, 사용사업주 등이 이를 지적하고 시정을 요구하는 것은 계약의 목적 달성을 위한 지시권 범위에 포함된다.”(중립적 징표)고 제시하고 있다.

이는 앞에서도 언급한 바와 같이, 파견과 도급의 구별을 위하여 현행 파견법에 규정되어 있는 요건들을 제시한다 할지라도 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용은 다양한 사례를 통해 유형화할 수밖에 없다. 그러므로 이하에서는 제3장에서 살펴보았던 사건들을 중심으로 ‘지휘·명령권’의 내용을 구체화하고자 한다. 다만 판례에서도 정확하게 지적하는 바와 같이 도급인의 지시권과 사용사업주의 지휘·명령권은 ‘정도의 문제’에 해당하므로, 도급계약의 본질을 통해 파견과 도급의 공통점 및 차이점을 먼저 살펴보고자 한다.

가. 도급계약의 본질

민법 제664조는 ‘도급의 의의’에 대하여 규정하고 있는데, 이에 따를 경우 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이라고 정의할 수 있다. 그러므로 도급계약 하에서 도급인은 ‘일의 완성’을 위하여 수급인에게 작업 또는 노무의 제공을 요구하고, 수급인은 일을 완성하기 이전까지 원칙적으로 본인의 부담 아래 작업 또는 노무를 어떻게 제공할 것인지를 자유롭게 선택한다. 그러므로 도급은 수급인이 완성한 작업 또는 노무제공의 ‘결과’에 중점을 둘 뿐, 그 ‘과정’ 자체에는 관심이 없다.

“도급은 일의 완성이 그 법률관계의 핵심적인 내용으로, 도급관계에서 수급인 혹은 그 이행보조자가 일의 완성을 위하여 일하는 것은 자신 내지 수급인을 위한 것이며, 도급인과 사이에서 완성하는 일에 대한 요구와 감독을 받는 것을 제외하고 원칙적으로 지휘, 명령

관계는 성립하지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 도급계약이 성립할 경우 파견근로관계는 성립하지 않는다. 그리고 도급계약관계인지, 파견근로관계인지 여부는, 관여 당사자들의 의사와 함께 도급인의 사업영역, 수급인의 전문성과 기술성, 완성할 일의 특정 가능성, 보수지급의 기준, 작업현장에서의 지휘감독, 노무관리와 업무수행의 독립성, 사업경영의 독립성 등 전체적인 근로제공관계를 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다.”¹⁶⁸⁾

도급계약에서 도급인과 수급인은 ‘독립적’인 관계를 유지하면서 경우에 따라 도급인은 수급인에게 지시권을 행사할 수 있다. 이는 민법 제669조는 “전2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는데, 이로부터 도급계약에서 도급인이 재료를 제공하거나 지시권을 행사하는 경우도 예정하고 있다는 것을 도출할 수 있다. 그러므로 재료 제공 등과 관련하여, 도급인은 수급인에게 기계나 설비 등을 대여할 수 있다. 이를 ‘도급인의 협력의무’라고 한다. 그러므로 도급인이 이러한 협력의무를 제대로 이행하지 않으면, 민법 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁶⁹⁾

그리고 도급인은 민법 제669조에 규정에 따라, 사업장 내 질서와 안전을 위한 지시를 행사할 수 있다. 가령 —도급인의 근로자이든 수급인의 근로자이든 구별하지 않고— 도급인의 사업장 내에서 모든 근로자들이 준수해야 하는 질서 및 안전을 위한 감독 등이 그것이다.

결국 도급계약의 본질은 —근로자파견계약과 달리— 그 계약의 대상에 제한이 없다. 즉 도급계약의 목적인 ‘일의 완성’ 뿐만 아니라 2015년 KTX 여승무원 사건에서와 같은 업무의 일정한 범위도 도급의 대상으로 삼으로 수 있다. 또한 그러한 과정에서 도급계약의 목적을 달성하기 위하여 도급인은 수급인 및 그의 근로자에게 지시권을 행사할 수 있으며, 기계나 설비 등을 대여하는 등의 협력의무를 이행할 수도 있다.

168) 부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005나75088 판결.

169) 민법 제390조 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니한다.”

1) 도급과 파견의 공통점

사업경영의 독립성 및 노무관리의 독립성은 —GM 대우 2심 법원에서 잘 표현하고 있듯이— 도급이든 파견이든 공통적으로 갖추어야 할 요건이다. 다만 위에서 언급한 바와 같이 파견사업주는 파견법상 인적 및 물적 요건을 모두 충족하여야만 근로자파견사업에 대한 허가를 받을 수 있다. 그러므로 수급인 사업주와 파견사업주가 공통적으로 사업경영 및 노무관리의 독립성을 갖추어야 하더라도, 파견사업주는 근로자파견사업을 하기 위한 현행 파견법상 요건을 충족하여야 한다.

한편 제3장에서 살펴보았듯이, 판례는 전문적 기술·지식에 관한 부분을 파견과 근로자를 구별하는데 있어 하나의 징표로 고려하고 있다. 그러나 전문적 기술·지식 자체는 도급관계의 징표만이 아니다. 왜냐하면 파견법 제5조 제1항은 근로자파견대상 업무를 ‘전문적인 지식·기술 또는 경험을 필요로 하는 업무’로 열거하고 있기 때문이다. 그러므로 수급인 혹은 파견사업주가 전문적인 지식·기술 등을 가지고 있는지 여부 그 자체가 중요한 것이 아니라, 이러한 전문적인 지식·기술 등을 어떠한 목적을 가지고 어떻게 사용하였는지가 파견과 도급을 구별하는데 있어 더욱 중요하다고 할 것이다.

2) 도급과 파견의 차이점

타인의 노동력을 이용하는 법률관계 중 도급관계와 근로자파견관계는 근로계약관계와는 다른 특징을 가진다. 단순한 측면에서 살펴보아도 전자는 3자 관계인 반면 후자는 양자 관계이다. 그리고 현재 산업현장에서는 전자의 법률관계가 많은 부분을 차지한다. 그렇다면 도급관계와 근로자파견관계의 차이점은 무엇인가? 이는 크게 보아 사용사업주의 지휘·명령권과 도급인의 지시권, 파견사업주의 사업주로서의 독립성 여부와 도급인의 협력의무로 나눌 수 있다. 다만 앞에서도 언급한 바와 같이 이들의 경계는 명확하지 않다.

① 지휘·명령권 v. 지시권

사용사업주의 지휘·명령권과 도급인의 지시권을 구별하기 위해서는 그 ‘계약의 목적’을 살펴보아야 한다. 근로자파견관계에서 사용사업주가 파견근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사하는 것은 파견근로자가 사용사업주에게 노무를 제공하는 것이

목적이기 때문이다. 그러므로 파견근로자를 어떻게 활용할지 여부는 사용사업주의 구체적인 지휘·명령에 따를 수밖에 없다. 즉 근로자파견관계에서 계약의 목적은 파견 근로자의 ‘노동력 그 자체’이다. 반면 도급관계에서 계약의 목적은 ‘일의 완성’이다. 그러므로 도급인의 지시권은 도급계약의 목적인 ‘일의 완성’과 관련된 것에 제한될 수밖에 없다. 예를 들어 “통상 특정 직무로의 배치, 시업과 종업시각 결정, 휴게시간 부여, 연장근로 결정, 노동과정의 관리·감독, 특정한 작업 기술을 통한 작업수행, 교대제, 작업속도 결정, 작업도구의 사용, 작업복 착용 등”¹⁷⁰⁾이 그것이다.

결국 도급계약에서는 ‘일의 완성’과 관련된 업무가 특정되어 있어야 한다(업무의 특정성 여부). 왜냐하면 업무가 구체적으로 특정되어 있지 않으면, 업무를 수행하는 과정에서 사용자는 근로자에게 상황에 따라 개별적이고 구체적인 지휘·명령권을 행사하여 그 결과를 도출할 수밖에 없기 때문이다. 이에 대법원 또한 —GM 대우 사건에서— 계약의 목적이 포괄적·추상적인 경우에는 사내협력업체의 고유·특유한 업무 없이 GM 대우의 필요에 따라 구체적 업무가 결정될 수밖에 없으므로, 근로자의 노동력 제공 그 자체가 계약의 목적인 근로자파견관계로 판단하였다.

다만 업무가 특정되어 있는 경우일지라도, 공동작업 여부에 대한 대법원 판례의 태도에 따르게 되면 이는 또다시 사용사업주의 지휘·명령권과 도급인의 지시권을 구별하기 어려운 한계가 발생하게 된다. 왜냐하면 대법원은 자동흐름생산 방식으로 공정이 이루어지는 자동차·조선 등과 같은 제조업 분야에서 혼재작업을 근거로 근로자파견을 인정하고 있기 때문이다. 그러나 단순히 ‘장소적’ 혼재만으로 업무의 구별이 되지 않고 동일한 업무를 수행한다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 도급인의 근로자와 수급인의 근로자가 장소적으로 인접한 상황에서 업무를 수행한다 할지라도, 그 장소적 혼재로 인해 수급인이 자신의 근로자에 대한 지휘·명령권을 박탈당하지 않기 때문이다. 그러므로 ‘장소적’ 혼재를 근거로 근로자파견관계를 인정하기 위해서는, —결국 다시 원점으로 돌아가— 도급인이 ‘실제로’ 자신의 근로자와 수급인의 근로자를 구분 없이 개별적·구체적인 지휘·명령권을 행사하고 이에 각 근로자가 따랐는지 여부를 검토하여야 할 것이다. 물론 여기에서 주의할 점은, 위와 같이 공동작업 여부를

170) 조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, 노동법연구 제22호, 서울대노동법연구회, 2007, 170쪽.

판단하는 경우에도, —GM 대우 사건 1심 법원이 판단한 바와 같이— 도급인이 수급인의 근로자를 상대로 안전교육을 실시하거나 수급인의 근로자가 업무를 수행하는 작업자에 대한 안전·보건을 실시하는 것까지 도급인의 지시권을 넘어 지휘·명령권을 행사하였다고 판단하여서는 아니 된다. 왜냐하면 이는 관련 법, 즉 산업안전보건법에 규정된 도급인의 의무에 해당하기 때문이다.

한편 근로자파견관계에서 파견근로자의 사용자는 사용사업주와 파견사업주 두 명이다. 즉 고용과 사용이 분리되어 있다. 이에 파견법은 사용사업주의 의무와 파견사업주의 의무도 구분하여 규정하고 있다. 예를 들어 파견법 제34조 제1항은 근로시간 및 휴게·휴일과 관하여는 사용사업주를 사용자로 간주하고 있다. 반면 근로계약·임금·연차유급 휴가 등에 관하여는 파견사업주를 사용자로 간주하고 있다. 왜냐하면 전자는 근로제공과 관련된 규정이므로 사용사업주가, 후자는 근로계약과 관련된 규정이므로 파견사업주가 각각 파견근로자의 사용자가 되는 것이다. 그러므로 위장도급과 관련된 법적분쟁에서 파견과 도급을 구별하기 위해서는 근로제공과 관련된 부분을 도급인이 사용하는지 수급인이 사용하는지를 살펴보아야 할 것이다. 만약 이와 같은 부분을 도급인이 사용한다면, 그것은 계약의 명칭에 상관없이, 근로관계 혹은 근로자파견관계가 성립할 것이다.

② 사업주로서의 실체성 v. 도급인의 협력의무

사업주로서의 실체성 여부는 앞서도 언급한 바와 같이 도급과의 구별기준이 될 수 없다. 다만 대부분의 위장도급과 관련된 법적분쟁에서 대법원은 고유기술 및 자본 투입 여부와 같은 업무의 성격 및 사무실 사용, 장비 사용 여부를 사업주로서의 실체성을 판단하는데 있어 고려하고 있다. 그러나 이와 관련하여 도급인은 그 도급 목적을 달성하기 위하여 기계나 설비를 제공하거나 설제도 등을 교부할 수 있다. 즉 도급인은 수급인의 일의 완성에 필요한 재료나 인적 및 물적 설비를 제공할 수 있고, 경우에 따라 장소를 제공할 수도 있다.

나. 대법원 판례에 나타난 ‘지휘·명령권’의 구체적 내용

1) 지휘·명령권 행사의 주체 여부

근로자파견관계에서 사용사업주는 파견근로자에 대하여 직접 지휘·명령권을 행사한다. 반면 도급관계에서 도급인은 수급인 또는 수급인의 근로자¹⁷¹⁾에 대하여 지시권을 행사할 수 있다. 그렇다면 사용사업주의 ‘지휘·명령권’과 도급인의 ‘지시권’을 어떻게 구분할 수 있을지가 문제될 수 있다. 예를 들어 작업매뉴얼 등의 마련을 통해 업무의 수행 및 완성의 기준을 제시하는 것은 사용사업주의 ‘지휘·명령권’에 해당하는가 아니면 도급인의 ‘지시권’에 해당하는가. 제2장 및 제3장에서 살펴본 바와 같이 이에 대한 답은 쉽지 않다. 다만 사용사업주의 지휘·명령권이 근로자의 노무제공과 관련하여 개별적·구체적으로 행사되는 반면, 도급인의 지시권은 수급인의 일의 완성에 대하여 포괄적으로 행사된다는 점에서 그 본질적인 차이를 발견할 수 있을 뿐이다. 항을 바꾸어 대법원 판례에서 ‘지휘·명령권’을 어떠한 경우에 인정하였는지 살펴보기로 한다.

2) 지휘·명령권 행사의 내용

앞에서도 언급한 바와 같이 대법원은 2015년 현대자동차 사건 등에서 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준을 제시한 바 있다. 그러나 이는 그 동안 위장도급을 둘러싸고 문제가 되었던 파견의 징표 혹은 도급의 징표를 상위기준으로 포섭시킨 것이다. 이는 2015년 현대자동차 사건의 원심과 대법원 판결을 비교해 보아도 확인할 수 있다. 이에 2015년 이후에도 하급심에서는 유사한 사실관계가 문제되었던 대법원 판례들을 인용하고 있고 있는 것이다. 그렇다면 그동안 (대)법원은 지휘·명령권을 행사했다는 징표로 어떠한 것을 제시하였는지를 구체적으로 살펴보고자 한다.

① 제조업 분야

자동차·조선 등과 같은 전통적인 제조업 분야에서 법원은 우선적으로 도급공정의 종류를 살펴보았다. 예를 들어 도급공정이 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름 생산방식인지 여부를 검토한 후 자동흐름 생산방식의 경우에는 그 특성상 공정을 독립적으로

171) 수급인 사업주 또한 다른 계약과 마찬가지로 ‘일의 완성’을 위하여 이행보조자를 사용할 수 있다.

분리할 수 없기 때문에 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대하여 수급인 사업주는 자율성을 가지지 못하는 것으로 —거의 대부분— 판단하였다.

둘째, 계약의 목적이 포괄적·추상적 계약인지 여부를 검토한 후 수급인 사업주의 고유·특유한 업무가 없는 경우에는 도급인의 필요에 따라 구체적인 업무가 결정되는 것으로 파악하였다. 즉 계약의 목적이 ‘일의 완성’이 아닌 ‘근로자의 노동력 제공 그 자체’에 있다고 판단한 것이다. 셋째, 도급의 방식이 〈근로시간×근로자 수 기준〉으로 하는 임용도급이라면, 이를 근로자파견관계로 파악하였다. 넷째, 도급인과 수급인 소속 근로자가 혼재하여 작업을 하는 경우 근로자파견관계로 파악하였다. 다섯째, 업무의 성격과 관련하여 수급인이 수행하는 업무가 단순 반복적이고, 고유한 기술 및 자본이 투입되지 않은 경우에도 근로자파견관계로 파악하였다. 여섯째, 도급인이 작업배치, 작업량·방법·순서·방식을 결정하고, 수급인이 현장대리인을 두었다 할지라도 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하다면 근로자파견관계로 파악하였다. 일곱째, 도급인이 수급인 소속 근로자의 시·종업시간 결정, 휴게·연장·야간근로 결정, 교대제 결정, 작업속도 결정을 하였다면 근로자파견관계로 파악하였다. 여덟째, 도급인이 각종 안전사고 예방과 관리 등을 위하여 사내협력업체 소속 근로자들에 대한 안전교육을 실시를 하는 등의 경우 근로자파견관계로 파악하였다. 아홉째, 도급인이 결원을 대체하거나 수급인 소속 근로자의 조퇴, 월차, 휴가 등과 같은 근태상황 및 인원현황 등을 실질적으로 관리한 경우 근로자파견관계로 파악하였다.

② 서비스업 분야

서비스업 분야에서 참고할 만한 판례는 2015년 KTX 여승무원 사건 A 및 B와 2006년 부산교통공단 사건이다. 서비스업과 관련하여 두 사건 모두 서비스업이 도급의 대상이 될 수 있는지 여부를 먼저 판단하였다. 전자는 노무도급과 같은 서비스업도 도급의 대상이 될 수 있는 반면, 후자는 그것을 부정하였다. 그리고 도급의 대상이 될 수 있는 기준은 ‘업무구분의 명확성’ 및 ‘업무의 혼재’ 여부 이었다. 즉 업무 구분이 명확하여 그것을 독립적으로 수행할 수 있다면, 서비스업도 도급의 대상이 될 수 있다는 것이다. 결국 이러한 대법원의 태도로부터, 서비스업 분야도 —전통적인 제조업 분야와 마찬가지로— 그 도급공정의 독립성 여부에 따라 파견과 도급을 구별하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 제조업 분야에서 자동흐름생산 방식을 사용하고 있는

경우에는 그것의 독립성을 부정하고, 서비스업 분야에서 업무가 구분될 수 있다면 그것의 독립성을 인정하는 것이 바로 그것이다.

둘째, 이는 첫 번째와 연결되어 있는데 만약 업무를 명확하게 구분할 수 있다면 혼재작업을 인정하지 않는다는 것이다. 셋째, 업무의 성격도 첫 번째와 연결되어 업무의 명확한 구분으로 인하여 도급 업무 또한 독자적으로 수행가능하다는 것이다. 넷째, 도급인이 작업배치권 및 작업지시를 행사하였는지 여부에 따라 판단한다. 다섯째, 시·종업시간, 휴게·연장·야근근로, 교대제, 작업속도 및 근태관리를 수급인이 행사하였다면 도급관계로 파악한다. 여섯째, 수급인이 소속 근로자에 대한 교육계획을 수립하여 직접 교육하였다면 도급관계로 파악한다. 일곱째, 수급인이 사무실을 따로 설치하고 필요한 자재 등을 직접 구입하여 사용하였다면 도급관계로 파악한다. 이와 관련, 비용과 효율적인 측면에서 수급인이 도급인에서 필요한 시설과 장비를 활용하기로 한 것은 근로자파견관계로 파악하지 않는다.

제5장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

결론

김 대 근

제5장

결론

제2장 및 제3장에서 살펴본 바와 같이, 위장도급을 둘러싼 파견과 도급의 구별기준은 수많은 판례의 축적으로 인하여 어느 정도 그 외형을 갖추게 되었다. 첫째, 수급인 혹은 파견사업주에게 ‘사업주로서의 실체성’이 있는지 여부를 중심으로 묵시적 근로계약관계 법리가 형성되었다. 이를 통해 ‘사업경영상의 독립성’ 및 ‘노무관리상의 독립성’ 요건 모두가 충족되지 않은 경우에는 사업주로서의 실체성이 부정되어 도급인 혹은 사용자주와 근로자 사이에 직접고용관계가 인정된다. 그러나 두 가지 요건 중 하나라도 충족하는 경우에는 법원은 ‘사업주로서의 실체성’을 강하게 부정하지 않는 듯한 태도를 보이고 있다.

둘째, 수급인 혹은 파견사업주에게 ‘사업주로서의 실체성’이 인정되는 경우 그 다음 단계로서 ‘파견과 도급의 구별’이 중요한 쟁점으로 떠오른다. 이와 관련하여 2010년 현대자동차 사건, 2015년 현대자동차 사건 등을 살펴보는 것은 매우 중요하다. 왜냐하면 전자의 사건은 위장도급을 인정한 최초의 대법원 판결이며, 후자의 사건은 그동안 축적된 판례를 토대로 파견과 도급의 구별에 관한 일반적 기준을 제시한 최초의 대법원 판결이기 때문이다. 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원 판결이 제시한 일반적 기준은 ① 제3자가 당해 근로자에 대해 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 행사하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입됐다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의

이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위해 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등이다. 그리고 이러한 기준을 종합적으로 검토하여 위장도급에 대한 판단을 한다.

그러나 이러한 대법원 판례에 대해서는 —주로 노동법학자들에 의해— 많은 부분 비판되고 있다. 그리고 그 비판의 중심에는 2015년 현대자동차 사건 등에서 대법원이 제시한 일반적 기준이, 그 동안 판례에서 나타난 파견 혹은 도급의 징표를 상위기준으로 포섭한 것에 불과하다는 것이다. 그러나 —제3장에서도 살펴본 바와 같이— 2015년 이후 하급심 판례를 분석해 보면, 파견과 도급을 구별하기 위한 ‘일반적 기준’ 보다는 사실관계를 어떠한 측면에서 파악하는지가 매우 중요하다는 것을 확인할 수 있다. 즉 —예를 들어— 금호타이어 사건에서 1심 법원과 2심 법원은 모두 금호타이어와 도급계약을 맺은 협력업체 소속 근로자들이 수행하는 작업은 타이어 제조를 위한 일련의 공정 중 일부분으로 전체 공정이 불가분적으로 연계 되어 있으므로, 협력업체는 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대해 자율성을 가지지 못한다고 판단하였다. 그러나 도급계약의 목적과 관련하여 1심 법원은 도급계약서에 기술된 업무 외에 추가 업무가 존재하지 않았고, 협력업체가 독자적으로 도급 업무를 수행하였기 때문에 그 목적은 도급의 본질인 ‘일의 완성’에 있다고 본 반면 2심 법원은 사실상 도급업무 밖의 작업을 수행할 가능성이 있었으므로 그 목적은 단순한 ‘노무 제공’에 불과하다고 보았다. 또한 1심 법원은 금호타이어가 협력업체 소속 근로자들에게 직접 구체적인 지휘·명령권을 행사하지 않았다고 본 반면 2심 법원은 작업공정의 특성상 작업방법은 사전에 숙지가 이루어진 상태에서 이루어진 것이므로 금호타이어의 지시나 관여 없이 임의로 작업 수행을 할 수 없었다는 측면에서 협력업체의 자율적인 지휘·명령권 행사를 인정하지 않았다.

결국 이로부터 확인할 수 있는 것은 대법원 판례가 제시한 일반적 기준의 추상성에 관한 문제 보다는 각 법원이 사실관계를 파악하는데 있어 재량의 개입성이 더욱 크다는 것이 문제라고 할 수 있다. 이는 파견과 도급의 구별에 있어 사용자업주의 지휘·명령권과 도급인의 지시권 및 협력의무를 명확하게 구분하지 못하는 것과도 맥락을 같이 한다. 이와 관련하여 법원 또한 위장도급을 판단할 때 ‘도급인이 그 지시권을

넘어 지휘·명령권을 행사하였기 때문에 근로자파견관계가 성립한다'고 표현하고 있다. 그렇다면 사내하도급이 산업현장에서 지속적으로 증가하고 있는 상황에서 파견과 도급은 어떻게 구분하여야 하는가? 이는 파견근로자 등의 근로자지위와 관련하여서도 중요하지만, 형사책임을 판단하기 위한 선결조건이 된다는 점에서도 매우 중요하다.

그렇다면 우선적으로 '타인의 노동력을 이용하는 법률관계'를 명확하게 파악하기 위해, 파견법에 나타난 사용사업주와 파견사업주의 의무를 살펴보아야 할 것이다. 왜냐하면 도급에 관해서는 민법에 규정되어 있지만, 파견법과는 달리 도급인의 의무에 대해서는 별다른 내용이 없기 때문이다. 이에 파견법을 살펴보면 첫째, 파견사업주는 인적 및 물적 요건을 갖추어야 한다. 물론 이러한 요건은 수급인에게도 필수적이라는 점에서 판단의 중요한 기준이 될 수는 없다. 단지 전제조건이 될 수 있을 뿐이다. 둘째, 파견계약서에 파견법에 따른 내용이 구체적으로 기술되어 있어야 한다. 셋째, 파견법에 따라 사용사업주 및 파견사업주가 준수하여야 할 의무가 명확하게 구분되어야 한다. 예를 들어 파견사업주는 근로계약의 당사자로서 근로계약·임금·연차유급 휴가 등에 대하여 사용자로서의 책임을 져야 한다. 반면 사용사업주는 근로시간, 휴게·휴일 등에 관하여 사용자로서의 책임을 져야 한다. 결국 이와 같은 사용사업주의 의무를 만약 도급인이 행사한다면, 이는 도급의 형식을 빌린 위장도급이라고 할 수 있다.

물론 이러한 파견법상 내용은 요즘 산업현장에서 거의 대부분 계약서상 학습되어 준수되고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 위장도급을 판단하는데 있어서는 판례와 마찬가지로 사실관계를 구체적으로 살펴볼 수밖에 없다. 그리고 이때 중요한 것은 사용사업주의 '지휘·명령권'과 도급인의 '지시권' 및 '협력의무'를 구분하는 것이다. 대법원 판례는 ① 작업배치권 및 변경결정권 여부, ② 업무지시·감독권 여부, ③ 근태관리 및 징계권 여부, ④ 업무수행 평가권 여부, ⑤ 근로시간 결정권 여부 등을 구체적으로 살펴본 후 종합하여 위장도급 여부를 판단한다. 그러나 제2장에서 살펴본 바와 같이 제조업 분야에서는 그 작업공정의 특수성으로 인하여 협력업체가 근로자의 수, 작업시간, 작업속도 등에 대한 자율성을 가지지 못한다는 것에 근거하여 도급이 아닌 근로자파견관계가 거의 대부분 인정되고 있다. 반면 서비스업 분야와 관련하여서는 2015년 KTX 여승무원 사건을 근거로 도급이 인정될 가능성이 매우 높다.

그러나 이러한 판례의 태도는 도급의 대상이 되는 업무와 그렇지 않은 업무가 있으며, 더 나아가 도급의 대상이 되지 않은 업무에 도급을 주는 경우에는 곧 바로 묵시적 근로계약관계나 파견근로계약관계가 인정되는 것으로 해석될 가능성이 높기 때문에 지양되어야 할 것이다. 결국 중요한 것은 도급의 대상이 제조업이나 혹은 서비스업이냐의 문제가 아니라 도급인 또는 사용사업주가 어떠한 일의 완성을 위하여 수급인 또는 파견사업주의 근로자에 대하여 구체적인 지휘·명령권을 행사하느냐 하지 않느냐이다.

이에 구체적인 지휘·명령권을 행사하는지 여부를 판단하기 위한 기준을 제시하면 다음과 같다. 첫째, 계약의 목적이 명확하게 기술되어 있는지 여부. 만약 계약의 목적이 포괄적·추상적으로 기술되어 있다면, —사내하도급에 있어— 도급인은 일을 완결해가는 과정에서 수급인 소속 근로자에 대한 개별적이고 구체적인 지시를 내릴 수밖에 없으므로 근로자파견관계로 판단한다. 둘째, 작업배치권 및 결정권의 주체 여부. 만약 작업배치권 및 결정권을 도급인이 행사한다면, 이는 도급인의 지시권의 한계를 넘는 것이므로 근로자파견관계로 판단한다. 셋째, 근태관리 및 징계권을 누가 행사하는지 여부. 만약 근태관리 등을 도급인이 행사한다면 이는 파견법상 사용사업주의 권한을 행사하는 것이므로 근로자파견관계로 판단한다. 넷째, 근로시간 결정권을 누가 행사하는지 여부. 만약 근로시간 등에 관한 결정권을 도급인이 행사한다면 이 또한 마찬가지로 파견법상 사용사업주의 권한을 행사하는 것이므로 근로자파견관계로 판단한다.

다만 이러한 판단과정에서 대법원 판례가 구체적으로 제시하는 다음과 같은 부분은 근로자파견관계로 판단해서는 안 될 것이다. 첫째, 제조업 분야는 그 업무의 특성상 동일한 작업공간, 동일한 출·퇴근 시간의 준수가 불가피하며, 이는 노무도급이 주를 이루는 서비스업 분야도 마찬가지이다. 그러므로 이러한 사실관계가 '지휘·명령권'을 판단하는데 많은 영향을 미쳐서는 안 된다. 둘째, 대법원은 업무의 대상 및 종류에 대한 고려 없이 —특히 제조업 분야에서— 혼재작업 여부를 중심으로 파견과 도급을 구분하고 있는데, 사내하도급의 경우 업무는 주로 도급인의 사업장에서 이루어지므로 단순히 '장소적' 혼재만으로 업무의 구별이 되지 않고 동일한 업무를 수행한다고 단정해서는 아니 된다. 결국 도급인이 자신의 근로자와 수급인 소속 근로자를 구분함이

없이 개별적이고 구체적인 지휘·명령권을 행사하고 근로자가 이에 따랐는지 여부를 중심으로 판단하여야 할 것이다. 셋째, 도급인이 수급인 소속 근로자에 대한 안전교육을 실시하거나 수급인이 사용하는 작업장에 대한 안전·보건점검을 실시하는 것이 산업안전보건법에 규정되어 있는 도급인의 의무를 준수하는 것이라면 이 또한 ‘지휘·명령권’을 판단하는데 영향을 미쳐서는 아니 된다. 넷째, 고용노동부가 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」(개정)에서 근로조건 등의 개선을 위한 노력사항으로 “수급사업주가 소속 사내하도급 근로자의 고충을 해결하기 위해서 원사업주의 협조 또는 지원을 요청하는 경우에는 그 고충이 원만하게 해결될 수 있도록 노력한다.”는 내용을 권고하고 있으므로, 이러한 고충처리 등이 불법파견의 근거로 인정되어서는 안된다고 할 것이다.

참고문헌

- 고용노동부, 「합리적인 파견·도급 구별기준에 관한 연구」, 2014.
- 고용노동부, 「고용노동백서」, 2016.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2015.
- 김기선, “독일에서의 근로자파견과 도급의 구별”, 노동법연구 제17호, 서울대노동법
연구회, 2004.
- 김기선, “불법파견에 대한 벌칙규정의 적용”, 노동법학 제37호, 2011.
- 김대근, “Amartya Sen의 정의론의 방법과 구조”, 법철학연구 제14권 제1호, 2011.
- 김대근, “차별 개념의 규범적 이해”, 형사정책연구소식 제139호, 2016.
- 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 법리”, 노동법논총 제34집, 2015.
- 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석”, 노동법연구
제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.
- 고용노동부 보도자료, 「사내하도급근로자 근로조건 보호 가이드라인」(개정), 2016.4.8.
- 헌법재판소 1998. 11. 26. 자 97헌바31 결정.
- 헌법재판소 2013. 7. 25. 자 2011헌바395 결정.
- 대법원 1965. 10. 19. 선고 65다1688 판결
- 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결
- 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결
- 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결
- 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결
- 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다49246

- 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3193 판결
 대법원 2008. 7. 18. 선고 2005다75088 판결
 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결
 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결
 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결
 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결
 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결
 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결
 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결
 서울고등법원 1997. 11. 13. 선고 96누42750 판결
 서울고등법원 2012. 1. 13. 선고 2010나32278 판결
 서울고등법원 2015. 12. 23. (춘천)2013나2325 판결
 광주고등법원 2015. 4. 24. 선고 2012나4830
 광주고등법원 2016. 8. 17. 선고 2013나1128 판결.
 부산고등법원 2006. 7. 5. 선고 2006나2094 판결
 서울중앙지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014가합573565, 2015가합507923(병합) 판결
 서울중앙지방법원 2015. 4. 17. 선고 2014가합550098 판결
 광주지방법원 2012. 7. 26. 선고 2011가합926 판결
 광주지방법원 순천지원 2016. 2. 18. 선고 2011가합5128, 2012가합1291, 2012가합2386, 2013가합110(병합) 판결.
 창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결
 창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결
 창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781, 2013가합4456(병합) 판결
- 비정규직대책팀-2956, 2007. 07. 23.
 고용차별개선정책과-239, 2009. 05. 28.
 고용평등정책과-835, 2010. 10. 21.
 고용평등정책과-657, 2010. 04. 28.
 고관68460-824, 1998. 09. 11.

Abstract

Study of Elements Violating the Act on the Protection, etc. of Temporary Agency Workers: The Classifying Standard of Temporary and Contract Work

Kim, Dae-keun · Woo, Hee-sook

To manage an efficient business organization as well as save production and labor cost, businesses largely rely on external labor. On industrial sites, in particular, growing amount of work is being performed through external labor. External labor is mainly used in the form of in-house subcontracting where a client contractor (hereinafter “client”) facilitates workers of another prime contractor (hereinafter “contractor”) to work at the client’s workplace. Recently, the service industry as well as traditional manufacturing including the automobile, shipbuilding, and chemical industries are also making use of external labor. As aforementioned, in-house subcontracting is carried out in the form of the client facilitating the contractor or (mainly) its workers. Thus, as the contractor's workers are not employed to the client, the client is not subject to labor regulations such as the Labor Standards Act. This is one of the reasons behind such prevalent use of in-house subtracting on Korean industrial sites.

Meanwhile, since the adoption of the Act on the Protection, Etc. of Temporary Agency Workers (hereinafter "Temporary Worker Act") after the 1998 foreign exchange crisis, temporary placement of workers has been excluded from

the worker supply service which is in principle prohibited under the Labor Standards Act and Employment Security Act. In fact, the number of approved temporary work agency businesses have been increasing consistently since 1998. Despite the increase, however, temporary work agency businesses are largely restricted by the Temporary Worker Act so alternatively, businesses choose to take advantage of contract workers. In other words, businesses are subject to related labor laws when directly employing, or indirectly employing workers through contracts on the placement of temporary workers. So as to avoid such liability, businesses turn to facilitating contract workers. Moreover, this phenomenon of contracting out labor to avoid regulations is spreading even widely since the enforcement of the Act on the Protection, etc. of Fixed-term and Part-time Workers (hereinafter "Fixed-term Act") on July 1, 2007.

The problem, however, is not in contracting out and making use of external labor. The problem is that even though businesses hire workers with rights protected by the Temporary Work Act or the Fixed-term Act, they disguise these workers as contract workers or entrusted workers to avoid being subject to related labor laws. This problem is also related to the fact that temporary work is not explicitly distinguishable from the contract work approved under Article 664 of the Civil Act. Consequently, workers have been consistently filing lawsuits arguing that as in-house subcontracting is a disguised form of contract work, subcontractors should be deemed either directly employed or a temporary worker, and therefore the client has the implicit responsibility to perform obligations of direct employment following the legal principles of the labor contract or obligations of employment according to the current Temporary Work Act (i.e. regarding as employed according to the former Temporary Work Act). Disguised subcontracting not only raises problems in the context of labor law, it also raises inequity issues. As disguised contracting

is subject to criminal punishment under the Temporary Work Act, it is important to distinguish contract work and temporary work prior to punishing the user company. And in the case the work is concluded as disguised contracting, the business is subject to the regulations of the Criminal Act on either individual employment relationship or collective industrial relations according to the status of worker.

Unfortunately, the current law does not clearly distinguish the difference between contract work and temporary work. To be sure, progress has been made regarding this issue. Since the adoption of the Temporary Work Act in 1998, contract work and in-house subcontracting, in particular, have been widely used on industrial sites. Subsequently, there have been numerous legal disputes arguing whether in-house subcontracting should be regarded as contract work according to the Civil Act or temporary work according to the Temporary Work Act. As a result, many cases were accumulated and composed together to establish legal principles that provide standards to differentiate contract work and temporary work. In addition, in 2015, the Supreme Court provided a general standard using various cases including the Hyundai Motor case. Despite the provision of the general standard, however, a more explicit standard to differentiate the two works is required for the following reasons: 1) the general standard is a mere group of signs drawn from previous cases; 2) the general standard does not fully reflect the distinctive features of each respective type of in-house subcontracting; and 3) the process of making a comprehensive judgement after individual judgement is very unclear and as a result, despite the Supreme Court's decision in 2015, judgements among lower courts have remained inconsistent.

The Korean government is currently making efforts to address the problem of disguised contracting on industrial sites by referring to the Guidelines on the Judging Standards of Temporary Placement of Workers (April 19, 2007) as outlined in the *Reference to Classify Temporary and Contract Work*.

However, these guidelines do not reflect the general standard set out by the Supreme Court in 2015. This type of miscommunication can hinder the predictability of judgements distinguishing temporary and contract work, and eventually weaken the public's trust in law. It can also raise doubts on the effect of measures taken to prevent further disguised contracting. Furthermore, it is important to note that the Supreme Court focused on the status of the worker when establishing the classifying standard. Thus, further discussion is necessary to determine the suitability of the standard when applying it to interpret criminal elements related to the violation of the Temporary Work Act.

In this context, this study seeks to analyze the classifying standards of temporary work and contract work focusing on (Supreme) court cases. First, Chapter II provides an analysis of the GM Daewoo case which was the first to acknowledge the criminal liability of illegal placement of temporary workers. Before going into an in-depth analysis of the court's judgement on each level, the study reviews the elements violating the current Temporary Work Act. This review is to provide a criminological view of each violation of the Temporary Work Act as currently, discussions on distinguishing temporary and contract work is centered around labor laws. If the Supreme Court's standard to distinguish temporary and contract work is applied without any adjustments and without clear understanding of the violating elements, there is high chance that the variability of standard will lead to the violation of the Principle of legality as the Clear Statement. This was the case with GM Daewoo.

Second, Chapter III examines, in detail, the classifying standards of temporary work and contract work which was developed from the legal principle set through cases judged by the Supreme Court. The principle is largely divided into two parts: whether the implicit principle of the labor contract is applied between the client, contractor, and worker, and thus, the worker is recognized as directly employed; if not, whether they are engaged in a contract work relationship or a temporary work relationship. Related to

the former, the study looks at some major cases where workers were recognized as directly employed—SK Corporation case (Insight Korea case) and Hyundai Mipo Dockyard case. For the latter, the study provides analyses of the court's judgements prior to and after the establishment of the general standard in 2015. It looks at the Supreme Court's position before 2015 and the lower court's decision after 2015. By doing so, the study seeks to prove that the general standard which was developed from cases such as the Hyundai Motor case is merely collective signs that were drawn from previous cases to distinguish temporary and contract work. The standard is only a result of accumulation and still remains unclear. Also, the study emphasizes the importance of restructuring fact relations in the process.

Third, Chapter IV points out the problems of previous discussions focusing on various factors including the Supreme Court's judgement on legal relations using labor of another person; Guidelines on the Judging Standards of Temporary Placement of Workers which was jointly set out by the Ministry of Labor, Ministry of Justice and Supreme Prosecutors' Office in 2007 and is still currently being enforced; and the Amendment of the Act on the Protection, Etc. of Temporary Agency Workers which was proposed by representative Lee In-je on September 16, 2015. Also the chapter looks at the cases of Germany, and Japan comparatively to reestablish the classifying standards of temporary and contract work. Based on such research, the study concludes that the current Temporary Work Act should be at the center of establishing the classifying standard. The chapter also proposes a new standard to distinguish temporary and contract work focusing on the requirements of temporary work under the current Temporary Work Act, as well as the specific contents of the authority to conduct which was developed through the legal principle set out by the Supreme Court.

연구총서 16-AB-08

파견법위반죄의 구성요건에 대한 연구

- 파견과 도급의 구별기준을 중심으로 -

발	행		2016년 12월
발	행	처	한국형사정책연구원
발	행	인	김 진 환
등	록		1990. 3. 20. 제21-143호
주	소		서울특별시 서초구 태봉로 114
전	화		(02)575-5282
홈	페이지		www.kic.re.kr
정	가		7,000원
인	쇄		법신사 (02)503-8737
I	S	B	N 979-11-87160-35-9 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.