

노동판례리뷰

대학시간강사의 소정근로시간은 강의시간의 3배이다

- 대법원 2024. 7. 11. 선고 2023다217312 판결 -

【판결 요지】

특별한 사정이 없는 한 강의시간의 3배에 해당하는 시간이 대학의 시간강사가 강의와 그 수반 업무를 수행하는 데 통상적으로 소요되는 시간을 판단하는 일응의 기준이 될 수 있다. 다만, 이를 절대적 기준으로 볼 것은 아니고, 법원은 여러 사정을 아울러 참작하여야 한다.

대학시간강사의 소정근로시간에 대한 법적 분쟁에 종지부를 찍는 데 12년이 걸렸다. 2012년 지방법원 판결¹⁾부터 시작된 분쟁은 대상판결로 마무리되었다. 대상판결 이전 하급심 판결들의 주류적 경향은 시간강사의 소정근로시간에는 강의시간뿐만 아니라 강의수반업무(강의준비, 성적처리, 행정업무 등) 시간도 포함된다는 것이다.²⁾

주류적 경향을 거스른 것은 대상판결의 원심³⁾이다. 해당 원심은 '소정근로시간 = 강의시간'이라고 판단하는 오류를 범하였으나, 곧 대상판결에 의해 시정되었다. 대상판결은 이전 하급심 판결들의 주류적 경향에서 한발 더 나아가 '소정근로시간 = 강의시간 × 3배'라는 일응⁴⁾의 기준을 제시하였다. 12년 논란에 종지부를 찍을만한 의미이다.

대상판결의 사실관계와 쟁점은 다음과 같다. 11명의 원고들은 국립대인 부산대학교 또는 부

1) 의정부지방법원 2012. 10. 5. 선고 2012가단8840 판결.

2) 대상판결 이전의 시간강사 판결례들에 대해서는 방강수(2023), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 (3) - 대학 시간강사의 소정근로시간과 통상일급 -」, 『노동법학』 제87호, 한국노동법학회, pp.417~423.

3) 서울고등법원 2023. 1. 27. 2022나2011720 판결. 이 판결에 대한 비판적 검토로는 방강수(2023), 「대학 시간강사의 강의시간과 소정근로시간」, 『노동리뷰』 2023년 4월호, 한국노동연구원, pp.80~84.

4) 일응(一應)은 일본식 한자로서 '국립국어원 표준국어대사전'에 없는 단어이다. '일응'은 일반적으로 '일단', '우선' 등의 의미로 사용된다.

경대학교의 비전업 시간강사로 재직 중이거나 재직했었다. 원고들은 대한민국(피고)을 상대로 주휴수당·연차휴가수당 등을 청구하였다. 「근로기준법」(이하 ‘근기법’) 제18조제3항에 따르면 “1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자”(이하 ‘초단시간근로자’)에게는 주휴수당·연차휴가 규정이 적용되지 않으므로, 시간강사의 1주 소정근로시간이 15시간 이상인지가 쟁점이 되었다.

대상판결은 먼저 “대학의 시간강사가 초단시간근로자에 해당하는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 강의시간 수가 아니라 강의와 그에 수반되는 업무, 그 밖에 임용계약 등에서 정한 업무를 수행하는 데 통상적으로 필요한 근로시간 수를 기준으로 판단하여야 한다.”고 하였다. 즉, 소정근로시간에는 강의시간과 강의수반업무시간이 포함되며, 그 시간들은 ‘업무수행에 통상적으로 필요한 시간’으로 판단한다는 것이다. 평균인의 관점에서 강의와 강의수반업무를 수행하는 데 통상적으로 소요되는 시간이 곧 시간강사의 소정근로시간이 되는 것이다.

대상판결은 “대학 강의의 특성상 강의 외 업무에 상당한 시간이 필요하기 때문에 강의시간의 정함이 곧 소정근로시간을 정한 것이라고 볼 수 없다.”라고 하여, ‘시간강사 위촉계약에서 정한 주당 강의시수가 곧 소정근로시간’이라고 판단한 원심을 파기하였다.

그리고 대상판결은 시간강사의 소정근로시간에 대한 구체적 기준을 제시하였다. 대상판결은 “특별한 사정이 없는 한 강의시간의 3배에 해당하는 시간이 대학의 시간강사가 강의와 그 수반 업무를 수행하는 데 통상적으로 소요되는 시간을 판단하는 일응의 기준이 될 수 있다. 다만, 이를 절대적 기준으로 볼 것은 아니고, 법원은 여러 사정을 아울러 참작하여야 한다.”라고 하였다.

대상판결에 따르면, ‘특별한 사정이 없는 한’ 대학시간강사의 소정근로시간은 ‘강의시간 × 3배’이며, 이것이 일응의 기준이다. 일응(一應)은 ‘일단’ 또는 ‘우선’ 등의 의미이므로, ‘강의시간 × 3배’가 우선적 기준이 된다. 다만 절대적 기준은 아니다. 예컨대, 강사 甲이 A대학교에서 동일 과목을 세 개의 분반에서 강의를 하는 경우에는 강의준비 시간이 줄어들기 때문에, 소정근로시간은 ‘강의시간 × 3배’에 미치지 못할 수 있다. 하지만 이러한 특별한 사정이 없는 한은 소정근로시간은 ‘강의시간 × 3배’로 파악하면 된다.

대상판결은 12년간 논란이었던 시간강사의 소정근로시간에 대해 유의미한 기준을 제시해 큰 의의가 있으나, 대상판결이 소정근로시간과 실근로시간을 명확히 구분하지 않는다는 비판이 제기될 수 있다. 비판의 근거는 두 가지이다. 첫째, 강사위촉계약서에 소정근로시간의 정함이 없다. 둘째, 대상판결이 언급한 ‘강의수반업무 수행에 통상 소요되는 시간’이란 실근로시간으로서, 실근로시간을 통해 소정근로시간을 산정하는 것은 문제이다.

그러나 이러한 비판은 타당하지 않다. 이 비판을 논박하기 위해서는 소정근로시간(의무근로시간)⁵⁾의 일반적 의미 및 기능부터 살펴볼 필요가 있다.⁶⁾ 일반적으로 소정근로시간은 아래와 같이 세 가지 기능을 한다.

첫째, 소정근로시간은 근로계약상 가장 중요한 의무의 기준이다. 근로자는 소정근로시간만큼 일할 의무가 있다. 그래서 소정근로시간을 초과하는 근로는 거부할 권리가 있다. 사용자는 소정근로시간만큼 일감을 제공할 의무가 있다. 사용자 귀책사유로 일감을 제공하지 못하는 경우 임금이나 휴업수당을 지급해야 한다. 물론 사용자도 소정근로시간을 초과하여 일감을 제공할 의무는 없다.⁷⁾

둘째, 소정근로시간은 가산임금 산정의 기준이다. 소정근로시간 이내의 근로에 대해서는 가산임금이 발생하지 않는다. 1주 40시간인 통상근로자의 경우, 소정근로시간을 초과하는 연장근로에 대해 가산임금을 지급해야 한다(근기법 제56조). 또한 단시간근로자가 초과근로(소정근로시간을 초과하는 근로)를 하는 경우 그 시간에 대해서도 가산임금을 지급해야 한다(「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조제3항).

셋째, 소정근로시간은 초단시간근로자 판단의 도구이다. 초단시간근로자인지는 ‘근로시간 수’(1주 15시간)로 판단하는데, 그 판단의 도구를 실근로시간이 아니라 소정근로시간으로 하는 이유는 무엇일까. 사전에 정해져 있는 안정적인 도구이기 때문일 것이다.

소정근로시간의 본질적이고 중요한 기능은 위의 첫째(계약상 주요 의무의 기준)와 둘째(가산임금 산정의 기준)이다. 세 번째 기능은 도구적인 것에 불과하다. 주휴수당과 연차수당이라는 일부 근로조건의 적용 제외 여부를 판단할 때의 도구이다. 그리고 초단시간근로자 여부의 핵심은 ‘1주 15시간’이라는 현저히 짧은 근로시간이며, 그 15시간을 쫓 때 소정근로시간이라는 도구가 사용될 뿐이다.

따라서 초단시간근로자 여부를 판단할 때의 소정근로시간은 유연하게 해석할 필요가 있다. 이때의 소정근로시간은 본질적 기능을 수행하는 것이 아니라 그저 도구로 활용되기 때문이다.

보다 더 중요한 것은, 시간강사의 근로계약서에는 소정근로시간의 명시적 합의가 없을 수밖에 없다는 점이다. 이 점을 간과해서는 안 된다. 시간강사는 ‘도급제 임금을 받는 근로자’이다. 시간당 강사료가 9만 원이라면, 이 9만 원은 1시간 근로에 대한 대가가 아니라 ‘1시간 강의 수행’(강의와 강의수반업무 포함)에 대한 대가이다.⁸⁾

도급제 임금 근로자의 경우 근로계약에 소정근로시간을 정하지 않는다. 정할 필요가 없기 때문이다. 정해진 강의만 제대로 수행하면 되기 때문에, 강의 및 수반업무 수행 시 몇 시간이 필요

5) 소정(所定)의 사전적 의미는 “정해진 바”이다. 계약에서 뭔가를 정했다면, 그것은 ‘의무’가 된다. 따라서 ‘소정’이란 ‘의무’이다. 소정근로시간을 의무근로시간이라고 해도 전혀 어색하지 않다.

6) 소정근로시간의 의미와 기능에 대해서는 방강수(2023), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 (2) — 플랫폼노동 : 초단기 소정근로의 근로계약 —」, 『노동법연구』 제54호, 서울대학교 노동법연구회, pp.207~208 참조.

7) 다만, 노조활동을 이유로 연장근로를 시키지 않는 것은 부당노동행위가 될 수 있다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결).

8) 자세한 내용은 방강수(2023), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 (3) - 대학 시간강사의 소정근로시간과 통상 임금 -」, 『노동법학』 제87호, 한국노동법학회 참조.

한지를 근로계약서에 명시할 필요가 없다. 도급제 임금의 특수고용노동자도 마찬가지로 계약서에 소정근로시간을 정하지 않는다.

시간강사를 비롯한 도급제 근로자의 경우 소정근로시간의 두 가지 본질적 기능과 무관하다(이러한 기능은 시간급제 임금의 전형적 근로자에게 중요할 뿐이다). 그러나 도급제 근로자도 소정근로시간이란 도구가 필요할 때가 있다. 주휴수당·연차수당과 같은 일부 근로조건의 적용 여부를 따질 때이다.

도급제 임금의 특성상 소정근로시간의 명시적 합의는 불필요하다. 하지만 소정근로시간이란 도구를 쓸 때가 있으므로, 소정근로시간을 판단해야 한다. 결국 그 방식은 ‘업무 수행에 통상 소요되는 시간’을 소정근로시간에 대한 당사자의 묵시적 합의로 인정하는 것이다.

대사판결의 1심⁹⁾은 “임용계약에는 강의시간 외에 일정한 수준의 근로시간을 소정근로시간에 포함시키기로 하는 묵시적 합의가 포함”되어 있다고 판시했다. 대사판결은 “묵시적 합의”라는 표현은 쓰지 않았지만 사실상 1심판결을 따르고 있다고 볼 수 있다.

대사판결이 소정근로시간과 실근로시간을 명확히 구분하지 못한 것이 아니라, 강사업무 특성상 소정근로시간을 ‘업무 수행에 통상 소요되는 시간’에서 가져올 수밖에 없다는 점을 대사판결은 제대로 파악한 것이다. 또한 소정근로시간과 실근로시간의 엄격한 구별은 양자가 일치하지 않을 때나 의미가 있지, 시간강사에게 양자는 불일치할 일이 없다.

대사판결은 도구로 사용되는 소정근로시간에 관하여 그 묵시적 합의를 인정하여 소정근로시간을 판단하였다는 점에서 큰 의의가 있다. **KLI**

방강수(공인노무사, 법학박사)

9) 서울중앙지방법원 2022. 2. 11. 선고 2020가합593188 판결.

파견법상 직접고용 의사표시 청구권의 소멸시효기간

- 대법원 2024. 7. 11. 선고 2021다274069 판결 -

【판결 요지】

「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법'이라 한다) 제6조의2 제1항은 사용사업주가 근로자파견 대상 업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우 등 각 호에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하고 있다(이하 '직접고용 의무 규정'이라고 한다). 직접고용의무 규정은 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 사용사업주에게 직접고용의무라는 법정책임을 부과한 것이므로 직접고용의무 규정에 따른 고용 의사표시 청구권에는 10년의 민사시효가 적용됨이 타당하다.

1. 사건의 개요

자동차를 제조 및 판매하는 피고 회사 생산공장의 조립 공정에 필요한 부품 서열보급 업무를 수행한 협력업체 근로자(원고)들은 피고 회사를 상대로 파견법상 직접고용 의무가 발생하였음을 이유로 고용의 의사표시와 차액 임금을 청구하였다.¹⁾

2. 쟁점

원고들은 2005년경 협력업체에 고용된 후 피고 공장에서 자동차생산 업무에 종사하다가 2017. 5. 31. 파견법이 정한 피고 회사의 파견근로자에 해당함을 전제로 고용의 의사표시 등을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 이에 피고 회사는 원고들과 사이에 파견근로관계가 인정되지 않는다고 다투는 한편, 원고들의 소 제기가 신의칙(실효의 원칙)에 반하여 허용될 수 없다고 항변하였다. 피고 회사는 항소심에서 직접고용 의사표시 청구권은 상법상 5년의 시효기간이 경과하여 소멸하였다는 항변을 추가하였다.

1) 구 파견법상 고용간주 규정에 따른 근로자지위 확인 및 차액 임금을 청구한 원고들도 있다.

3. 원심의 판단

원심은 제1심과 마찬가지로 원고와 피고 회사 사이에 파견근로관계의 성립을 인정²⁾하고 피고 회사의 신의칙(실효의 원칙)에 기한 항변을 배척³⁾하는 한편, 다음과 같은 이유를 들어 피고 회사의 소멸시효 항변도 배척하였다. 파견근로자의 고용의무이행청구권은 파견법상 부여된 법정채권으로서 이를 사용사업주의 상행위로 인한 채권에 해당한다거나 상행위에 준하는 채권에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서, 위 직접고용의무 이행청구권의 소멸시효 기간이 5년이라는 피고 주장은 이를 받아들일 수 없고, 위 직접고용의무 이행청구권에 단기소멸시효 기간이 적용되어야 한다고 볼 만한 다른 사정도 없으므로, 위 직접고용의무 이행청구권의 소멸시효 기간은 민법 제162조 제1항에서 정한 10년으로 봄이 타당하다. 그런데 해당 원고들은 피고의 직접고용의무 발생일로부터 10년이 지나기 전에 이 사건 소를 제기한 사실이 기록상 명백하다.

4. 대법원의 판단

대법원은 파견근로관계 성립 여부, 실효의 원칙 위배 여부, 소멸시효 완성 여부에 관한 원심 판단을 전부 수긍하고 피고 회사의 상고를 기각하였다. 특히 직접고용의무 청구권에 10년의

- 2) 다음과 같은 사정들을 종합하면 원고들은 2005년경 참가인에게 고용된 후 그때부터 2년을 초과하여 계속적으로 피고 공장에서 피고의 지휘·명령에 따라 근로를 제공하는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다. ① 참가인은 2004년경 피고와, 피고의 사내협력업체가 담당하던 서열보급 업무를 참가인이 함께 담당하는 내용의 계약을 체결하였고, 위 사내협력업체와 함께 서열보급 업무를 수행하였다. ② 2005년경 참가인에 입사한 원고들이 담당하던 서열보급 업무는 피고가 전산시스템을 통해 제공하는 작업사양서에 따라 수행되었다. 참가인 소속 관리자는 주로 피고로부터 받은 지시를 근로자들에게 전달하는 역할을 하였을 뿐이고, 위 관리자가 일부 직접 지시를 하거나 피고로부터 받은 지시를 변경하였더라도, 이는 피고가 정한 작업방법을 준수하는 범위 내에서만 가능하였다. ③ 서열보급 업무는 컨베이어벨트의 생산속도 및 일정에 연동되어 이루어진 결과 업무의 시작 및 종료시간, 연장·야간·휴일 근무 시간 등이 피고가 정한 생산계획에 구속되었고, 해당 공정의 작업량이나 투입 인원 또한 컨베이어벨트의 작동 속도 내지 생산량을 감안하여 책정되었다. ④ 피고는 참가인 소속 근로자들에게도 피고 소속 근로자들에게 요구되는 표준작업 방식과 동일한 작업방식을 요구하고 동일한 감사와 검사를 받도록 하는 등 사실상 피고 소속 근로자들과 참가인 소속 근로자들을 하나의 집단으로 관리하였다. ⑤ 참가인은 피고 공장 내에서 이루어지던 서열업무를 외부사업장에서 수행하기도 했으나, 이는 피고 공장의 공간 부족으로 인한 것이었을 뿐이고, 피고 공장 안에서 하는 서열업무와 외부사업장에서 하는 서열업무 사이에 특별한 차이는 없었다. (이하 생략)
- 3) 피고는, 원고들이 협력업체에 입사한 지 약 15년이 지나서 이 사건 청구를 하는 것은 신의칙(실효의 원칙)에 반한다고 주장하였으나, 제1심법원과 원심법원은 피고가 제출한 증거들만으로 원고들이 피고와의 근로관계를 다하지 않겠다는 의사를 표시하였고 피고에게 이를 신뢰할 만한 정당한 기대가 형성되었다고 보기 부족하다고 판단하였다. 피고 공장의 사내협력업체 소속 근로자들이 소속 노동조합을 통하여 이미 2005년경 고용노동부에 진정을 제기하여 조사가 진행된 점, 피고 대표이사과 일부 사내협력업체 대표자들이 파견법위반행위로 유죄판결을 선고받았는데, 그 판결이 2013. 2. 28. 확정되었고, 피고의 일부 사내협력업체 소속 근로자들이 피고를 상대로 근로자지위 확인 등을 구하는 소를 제기하여 승소판결을 선고받았는데, 그 판결은 2016. 6. 10.에서야 확정되었으며, 이 사건 소는 그로부터 얼마 지나지 않은 2017. 5. 31. 제기된 점도 고려되었다.

민사시효가 적용되는 이유에 관하여 다음과 같이 실시하였다. “파견근로자는 사용사업주가 직접 고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다.⁴⁾ 직접고용의무 규정은 사용사업주가 파견법을 위반하여 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 사용사업주에게 직접고용의무라는 법정책임을 부과한 것이므로 직접고용의무 규정에 따른 고용 의사표시 청구권에는 10년의 민사시효가 적용됨이 타당하다.”

5. 대상판결의 의의

파견법은 일정한 경우 사용사업주에게 직접고용 의무가 있음을 규정하고 있을 뿐, 이에 대응하는 파견근로자의 청구권 행사 방법과 기간 등에 관하여는 정하고 있지 않다. 다만 법원은, 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 파견근로자가 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구하고 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다는 법리를 바탕으로 실무를 처리하여 왔다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 등). 하지만 사용사업주의 직접고용의무의 존부를 다투는 많은 사건들에서 파견근로자의 사용 기간이 소 제기 시점으로부터 오래전으로 거슬러 올라가는 경우가 종종 있다 보니, 이 사건에서 보는 것처럼 파견근로자의 직접고용 청구권이 시효로 소멸하였다는 항변이 제기되었고, 주장되는 소멸시효기간도 3년,⁵⁾ 5년,⁶⁾ 10년⁷⁾ 등으로 다양하였다.

대상판결은 파견법 제6조의2 제1항에서 정한 사용사업주의 직접 고용의무에 따른 파견근로자의 직접고용 의사표시 청구권은 파견법이 정한 사법관계상 채권으로서 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효 기간이 적용된다는 점을 최초로 명확히 밝히고, 이에 관한 그간의 실무상 논란을 정리하였다는 데 의의가 있다. **KLI**

최정은(서울대학교 법학전문대학원 임상부교수)

4) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 등.

5) 민법 제163조는 급료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전의 지급을 목적으로 한 채권, 도급받은 자 등의 공사에 관한 채권, 수공업자 및 제조자의 업무에 관한 채권 등에 관하여 3년의 단기소멸시효를 정하고 있다.

6) 상법 제64조(상사시효) 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

7) 민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

컨베이어벨트 작업 공정 사내하청관계의 본질

- 대전지방법원 2024. 1. 11. 선고 2020가합51220 판결 -
- 대전고등법원 2024. 6. 27. 선고 2024나10691 판결 -

【판결 요지】

원고용주가 근로자에게 제3자의 업무를 수행하도록 하는 경우에, ① 제3자가 근로자에 대하여 직간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘명령을 하는지와 ② 해당 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부는 그 법률관계가 파견법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지를 결정하는 핵심징표이다.

1. 사안의 쟁점

이 사안의 쟁점은 피고(사용자)와 사내수급사에 고용된 후에 피고의 사업장에 배치되어 컨베이어벨트 공정으로 차체의 도장과 의장 작업을 수행한 근로자들 사이에 법률관계는 무엇인가 하는 것이다. 원고 근로자들은 피고와 사이에 파견근로관계가 성립하므로 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견근로자보호법’)상 2년 파견기간의 도과를 이유로 고용의제 또는 고용의무를 주장한다. 반면에 피고는 사내도급사와 계약관계의 실질은 도급계약이고, 피고는 해당 근로자들에게 노무제공에 관련한 지휘명령을 한 사실이 없으며, 설사 그런 사실이 있다고 해도 그것은 도급계약 관계의 도급인으로서 지시권의 범위에 그친다고 주장한다.

2. 1심 법원과 고등법원의 판단

1) 1심 법원의 판단

1심 법원은 원고용주가 아닌 제3자의 업무를 수행하는 근로자와 사업주의 관계가 파견근로자보호법이 적용되는 파견근로관계인지를 판단할 때 평가하는 5가지 요소를 열거한 2015년 판결 등을 인용한다.²⁾ 그 내용은 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직간접적으로 그 업무수행 자

1) (구) 파견근로자보호법 제6조 제3항 본문(시행일 1998. 7. 1.); (개정) 파견근로자보호법 제6조의2 제1항제1호(시행일 2007. 7. 1.); 현행 파견근로자보호법 제6조의2 제1항제1호(시행일 2012. 8. 2.) 참조.

체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘명령을 하는지; ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지; ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업, 휴게시간, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지; ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고, 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성, 기술성이 있는지; ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등이다.

그러면서 1심 법원은 위의 5가지 요소에 기반하여 파견근로자보호법 제2조 제1호3)를 해석하면서 2015년 판례가 제시한 각 요소들에 서열을 부여하여 파견근로관계 판단에 결정적인 것과 아닌 것으로 구분한다. 그에 따르면, ①요소는 근로자파견 인정의 필수적 요소이며, ②요소는 ①요소와 함께 근로자파견 관계의 핵심징표라고 해서 결정적 판단지표로 상정하고, 반면에 ③, ④, ⑤요소는 부차적이고 보완적인 고려요소라는 서열을 부여해준다. 그러면서, 그와 같은 판단 요소의 서열화가 어떤 의미인지를 밝히는데, 즉, ①, ②요소에서 근로자파견에 부합하지 않는 사정들이 현저하게 나타나면 근로자파견 관계에 있다고 단정할 수 없다는 것이다. 이와 같은 전제에 따르면, 법원의 판단 과정에서 ③, ④, ⑤요소를 입증하는 증거와 ①, ②요소를 입증하는 증거들 사이에 증명력의 격차는 필연적인 귀결일 것인데 1심 판결은 사실관계 판단에서 그것을 그대로 보여주고 있다.

2) 고등법원의 판단

이 사안 항소심 법원은 1심 법원의 논리를 수용하면서 두 가지 판단을 추가한다. 하나는 1심이 전제한 ①요소와 ②요소가 나머지 다른 요소들에 보다 우월한 지위인 이유를 보충한 것이다. 그에 따르면, 법원은 2003년 대법원 판결⁴⁾ 등을 인용하면서, 근로자파견 관계는 파견사업주는 파견명령권과 징계권 등 근로계약의 일반적인 지휘감독권을 행사하고 사용사업주는 파견근로자에 대한 구체적인 업무상 지휘명령을 행사하는 관계라고 한다. 반면에 도급계약 관계는 수급인 근로자에 대한 지휘명령권은 근로관계의 핵심요소로서 여전히 수급인 사업주에게 있는 관계로 본다. 따라서 사용사업주의 상당한 지휘명령이 있었는지 여부를 판단하는 ①요소는 근로

2) 2015. 2. 26. 선고2010다93707판결(남해화학 판결) 등.

3) 파견근로자보호법 제1조 1. “근로자파견”이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자 파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

4) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다24655판결.

자파견을 인정하는 데 있어서 주요 판단요소이다. 또한 ②요소는 사용사업주로서 행하는 지휘 명령과 도급인으로서 행사하는 지시를 구분하는 기준이 되기 때문에 근로자파견 관계의 핵심적인 징표라고 한다.

다른 하나는 민법 제669조가 도급인의 수급인에 대한 업무지시를 예정하고 있다는 전제에서 판단한 것이다. 법원은 그 전제 위에서 도급인은 도급계약의 목적을 달성하기 위하여 수급인이나 수급인의 근로자(이행보조자)에게 일의 완성을 위한 도급목적 지시를 행할 수 있다는 결론에 이른다. 나아가 도급인이 일의 완성에 필요한 정보를 제공하는 것은 도급인의 지시권에 속한다고 확인한다. 법원은 이러한 전제와 확인에 기반하여 피고가 배부한 업무 관련 매뉴얼의 존재가 곧바로 사용사업주의 지휘명령은 아니며, 이 사안의 업무매뉴얼이나 작업지시서 등의 내용이 정보제공이나 업무수행 여부 확인에 그치는 도급인의 지시권 정도이며, 나아가 수급인의 근로자인 원고들에 대해서도 도급인으로서 컨베이어벨트 공정의 특성상 행한 불가피한 지시라고 한다.

3. 평석

1) 파견근로자보호법 제2조 제1호의 해석 기준과 범위

대상판례가 인용한 2015년 대법원 판결에서 중요한 전제는 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애되지 않고 ‘근로관계의 실질’에 따라 판단해야 한다는 것이다. 그러한 전제에서 보면, 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 ‘근로자파견 계약의 내용에 따라’는 사후적으로 그 계약의 실질을 해석해서 결정할 요건이지 그 자체가 파견근로자보호법상 근로자파견 여부를 결정하는 요건은 될 수 없음을 보여준다.

다른 중요한 문제는 파견근로자보호법 적용이 문제되는 사안에서 법원은 무엇을 판단하는 것인가이다. 사업주들 사이 계약이 근로파견인지 도급인지를 구분해 주는 것이 법원이 판단할 사안인가? 이 사안에서 쟁점은 근로자파견과 도급을 가르는 기준이 아니다. 판단이 필요한 영역은 근로관계의 실질이며 사업주 사이 계약의 실질이 무엇인가에 있다. 왜냐하면, 사업주들 사이 계약의 목적이나 명칭이 근로자와 어느 사업주 사이 근로관계의 실질을 결정할 수는 없기 때문이다. 2015년 대법원 판결이 전제한 바와 같이, 사업주들 사이 계약의 명칭이나 형식은 사용자와 근로자 사이 ‘근로관계의 실질’을 결정하는 데 있어서 구애받을 요소가 아닌 것이다.

나아가, 파견근로자보호법 제2조 제1호를 보면, 파견사업주와 근로자 사이에 유효한 고용관계에 기초해서 노무를 제공한다는 것이 제1 전제이다. 따라서 노무제공 과정에서 사용사업주의

지휘명령은 직접고용관계에 이를 정도로 직접적이고 구체적인 수준을 요한다고 할 수는 없다.

앞서 본 바와 같이, 대상판례는 2015년 대법원 판결이 제시한 5가지 요소를 인용하면서 핵심적 또는 결정적 요소를 지정하는 방식으로 각 요소들 사이에 서열을 전제로 판단을 구성했다. 그러나, 2015년 대법원 판결은 5가지 요소를 열거하면서 “... 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다”고 했다. 이는 직관적 독해만으로도 그 요소들이 ‘예시적’ 열거임을 알 수 있을 뿐 아니라, 각 요소들 사이에 대상판례와 같은 서열을 전제하거나 암시하는 문언을 찾기도 어렵다.

대상판례가 핵심적 징표 또는 주요판단 요소라고 한 ①과 ②요소의 내용은 전적으로 사업주들 사이 결정에 의존해서 그 양상이 달라지는 성격이 있음을 간과하면 안 된다. ①요소에서 ‘구속력 있는 지시’나 ‘상당한 지휘명령’이라는 기준이나, ②요소에서 ‘하나의 작업집단을 구성’이나 ‘사업에 실질적으로 편입’이라는 기준은 현실적으로 제3사업자의 근로자한테 노무제공을 받는 사업주가 쉽게 그 양상을 바꿀 수 있는 요소들이기 때문이다. 이와 같이 사업주가 임의적으로 변경할 수 있는 요소를 법률의 적용 판단기준으로 전제한다면, 해당 법률의 적용을 회피하기 위한 사업주들의 행위를 실효적으로 규율하기 어렵게 될 것이다.⁵⁾

2) 근로자파견과 도급계약의 구별 - 도급인의 지시권 쟁점

대상판례는 근로자파견과 도급계약의 구별을 시도하면서 사용사업주로서 행하는 지휘명령과 도급인으로서 행사하는 지시를 구별의 기준으로 제시한다. 파견근로자보호법 제2조 제1호에 기초해서 파견근로자에 대한 사용사업주의 구체적인 업무상 지휘명령권이 있다고 하면서 2003년 대법원 판결 등⁶⁾을 인용한다. 그 판결은 민법 제756조 사용자의 배상책임 적용 사안이 었다. 그에 따르면, 파견근로자가 사용사업주의 업무를 수행하던 중에 제3자에게 불이익을 초래하였다. 사용사업주는 사용자로서 배상책임을 부인하지 않았다. 다만, 사용사업주의 보험사가 파견사업주에게 구상을 청구한 사안으로 사용자책임을 면책요건이 쟁점이었다. 따라서 이 사안에서 사용사업주의 지휘명령권 논증을 위해 인용하기에 적절한 판례는 아니라고 본다. 앞서 설명했듯이, 파견근로자보호법 제2조 제1호에 의할 때, 사용사업주로서 지휘명령은 직접고용 사용자가 할 수 있는 정도보다는 낮은 것을 유추할 수는 있지만, 현실적으로는 파견근로자가 수행하는 업무 내용, 수행방법, 업무장소 등에 따라서 그 정도를 판단할 수밖에 없을 것이다.

5) 대표적인 현상이 미국의 고용차별 사안에서 소위 직군분리(job segregation) 형태이다. 고용차별법률의 적용을 회피하기 위하여, 사용자들이 비교대상 집단 기준을 회피하기 위하여 어느 직군 전체를 여성으로 하거나 유색인종으로만 채우는 현상이다.

6) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다24655 판결 등 참조.

따라서 대상판례가 구체적인 판단 과정이 없이 2003년 대법원 판례만으로 사용사업주로서 지휘명령의 '정도'를 전제한 것은 논리적 비약으로 보인다.

또한 대상판례는 도급인의 지시권을 전제로 원고가 배부한 업무매뉴얼, 작업지시서 등이 사용사업주의 지휘명령을 입증하지 않는다고 하면서 도급계약의 당사자인 도급인으로서 행사할 수 있는 지시권이 있다는 입장을 보인다. 민법 제669조가 도급인의 수급인에 대한 업무지시를 예정하고 있으며, 도급계약의 목적을 위하여 수급인의 근로자(이행보조자)에게 도급목적의 지시를 할 수 있다고 한 것이다.

앞서 밝힌 바와 같이, 근로자와 피고 사이 관계의 실질이 파견근로 관계인지가 이 사안의 쟁점이지 사업주들 사이 계약의 성격이 무엇인지가 쟁점은 아니다. 그렇다면, 민법상 도급계약 법리를 여기서 상세히 다룰 이유는 없다고 생각하지만, 대상판례가 길게 다루었으므로 짧게 검토하고자 한다. 우선, 민법상 도급계약에서 도급인의 지시권이 계약의 본질이 될 수 있는지, 나아가 도급계약에서 수급인의 근로자(이행보조자)에 대한 도급인의 지시권이 도출될 수 있는지 하는 일반론적 의문이 있다. 대상판례가 제시한 민법 제669조는 목적물의 하자에 대한 수급인의 면책요건을 정한 조항으로 도급계약의 법률효과를 정한 일반 조문은 아니다. 즉, 도급인의 지시권 존부가 아니라, 사실의 문제로서 도급인의 지시에 따른 결과로 발생한 목적물 하자인 경우에 수급인의 면책을 규정하고 있다.⁷⁾

민법의 도급계약은 일의 완성에 대한 약정과 그 결과에 대한 보수지급 약정(제664조)으로 효력이 발생하며, 그 보수를 담보하기 위한 수급인의 저장권설정청구권(제666조), 목적물의 하자를 보상하기 위한 수급인의 하자담보책임(제667조)과 도급인의 해제권(제668조) 등으로 그 이하 제667조까지 수급인의 보수와 도급인의 완전한 목적물 보장에 필요한 내용을 정하고 있다. 이와 같이 도급계약에 대한 민법의 관점을 전체적으로 보면, 도급계약에 의할 때, 도급인은 목적물의 하자담보책임을 수급인에게 청구하는 권리를 갖는 것이 본래의 모습이다. 그 진행 과정에서 목적물의 완성이나 품질을 위하여 행사할 수 있는 도급인의 지시권을 본질로 하지 않는 것이다. 사실의 문제로 도급인이 수급인에게 어떤 사실상의 지시를 할 수는 있기 때문에 완성된 목적물의 하자가 도급인의 지시로 인한 것임을 수급인이 항변할 수 있게 하는 것이 제669조의 기능이라 할 수 있다. 이와 같이 보면, 도급계약 당사자인 도급인의 지시권을 제669조에서 추론하는 것은 도급계약의 본질에 부합하지 않는다. 즉, 도급계약에 근거할 때 수급인에 대한 도급인 지시는 사실의 문제일 수는 있지만 법률상 권리의 문제로 격상되진 않기 때문이다.

그런데 대상판례는 심지어 민법 제669조에 근거해서 설정한 도급인의 지시권으로 수급인의 근로자에 대한 지시까지 가능하다는 판단을 하고 있다. 사업주들 사이 도급계약에서 그 근로자

7) 민법 제669조(동전-하자가 도급인이 제공한 또는 지시에 의한 경우의 면책).

의 노무수행에 대한 지시권까지 도출하려면 적어도 파견근로자보호법 같은 근거 법률이 명확해야 하지 않을까? 계약의 법률효과를 규율하는 민법의 도급계약에도 그 효과로 명시되어 있지 않은 수급인 근로자에 대한 도급인의 지시권까지 인정하는 것은 지나친 확장해석이 아닌가 한다.

이와 같이 대상판례가 도급계약에서 도급인의 지시권이 도출된다는 전제, 그리고 그 범위를 수급인의 근로자에까지 확장한 전제 위에 있었기 때문에, 피고가 원고 근로자들에게 배부한 각종 매뉴얼이나 작업지침의 실질적 성격을 적절하게 판단하지 못했다는 우려를 지울 수 없다.

KL

김미영(법학박사, 고려대학교 노동대학원 강사)