

## 현대자동차 사내하도급 판결의 의미

박 제 성\*

### ◆ 머리말

2008년 이후 사내하도급과 관련하여 중요한 대법원 판결들이 잇달아 나오고 있다. 2008년 7월 10일의 현대미포조선 사건 대법원 판결(2005다75088)은 원청과 하청 근로자 사이에 묵시적 근로계약 관계의 성립을 인정하였고, 2008년 9월 18일의 예스코 사건 대법원 판결(2007두22320)은 원청과 하청 근로자 사이의 근로 관계를 근로자 파견으로 보고 파견법의 직접 고용 간주 규정을 적용하였다. 그리고 2010년 3월 25일의 현대중공업 사건 대법원 판결(2007두8881)은 원청이 하청 근로자에 대해서 부당노동행위 책임을 지는 사용자임을 인정하였다.

이 세 건의 판결 모두가 각각 엄청난 법률적, 사회적, 경제적 함의를 갖고 있는, 또는 가질 수 있는 판결이었는데도 우리 사회의 반응은 그다지 뜨겁지 않았다. 그런 점에 비추어 볼 때, 2010년 7월 22일의 현대자동차 사내하도급 사건 대법원 판결(2008두4367)이 불러온 격렬한 반응은 오히려 당황스럽기까지 하다. 현대자동차와 그 노동조합이 우리 사회에서 차지하는 비중이 그만큼 크다는 것을 반영하는 것이라고 본다.

하지만 그 열기에 비하여 판결의 의미가 제대로 이해되고 있는지는 또 의문이다. 이럴 때 대상 판결의 의미를 정확하게 이해하는 것은 지금과 앞으로의 논쟁에서 시시비비를 가리고 더욱 바람직한 사회적 논의가 이루어지는 데 크게 기여할 것이라고 생각한다.

아래에서는 그 동안 사내하도급과 관련하여 전개된 판례 법리나 학설의 논의를 곁들이면서 이번 판결의 의미를 헤아려 보고자 한다.(이하에서 큰따옴표로 인용된 문구는 모두 대상 판결에서 따온 것이다.)

대상 판결의 요지는 크게 두 가지인데, 하나는 현대자동차(이하 “원청”이라 한다)와 사내협력업체(이하 “하청”이라 한다) 근로자 사이에 묵시적 근로계약 관계는 성립하지 않

\* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

는다는 것이고, 다른 하나는 원청과 하청 근로자의 근로 관계는 근로자 파견이고 파견법의 직접 고용 간주 규정이 적용된다는 것이다. 그 결과, 원청이 하청 근로자의 사용자라는 것이다. 이를 다시 한 번 정리하면 다음과 같다.

1. 묵시적 근로계약 관계 부인
  2. 근로자 파견 관계 인정
  3. 파견법은 불법 파견에도 적용
  4. 파견 기간 2년 경과하면 직접 고용 간주
  5. 원청의 사용자성 인정
- 각각이 의미하는 바를 차례대로 검토한다.

#### 1. 묵시적 근로계약 관계 부인에 관하여

“원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.” 이를 묵시적 근로계약 법리라고 한다.

쉽게 말하면, 하청은 있다고 해 봐야 허깨비에 불과하고 없는 것이나 마찬가지이기 때문에 근로계약은 처음부터 원청과 하청 근로자 사이에 직접 성립하는 것으로 간주된다는 것이다.

이 법리는 2002년 11월 26일의 경기화학 사건 대법원 판결(2002도649)과 2003년 9월 23일의 SK인사이트코리아 사건 대법원 판결(2003두3420) 그리고 앞에서 언급한 2008년의 현대미포조선 사건에서 인정된 바 있기는 하지만, 그다지 많이 인정되지는 않는다. 이 법리가 인정되기 위해서는 하청의 실체성이 전혀 없어야 하는데, 그 실체성 판단에서 법원은 상당히 부드러운 태도를 취하고 있기 때문이다.

법원은 비록 원청이 하청에 대해서 거의 노무 부서 수준으로 관리하고, 하청 근로자에 대해서도 거의 자신의 근로자 수준으로 지시, 감독을 하더라도, 그것은 사내하도급이라는 특수한 형태의 도급에서는 어느 정도 불가피한 것이라고 보고 있다.

그런데 이러한 법원의 논리가 사용 종속 관계론이라는 노동법의 원칙에 반하는 것이라고 비판하는 견해도 있다. 즉, “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면” 제3자와 근로자 사이에 사용 종속

관계가 인정되어야 하고, 그것으로 족하다는 것이다. 왜냐하면 사용 종속 관계란 근로계약 관계의 다른 말에 불과하고, 근로계약 관계의 성립 여부는 제3자와 근로자 둘 사이의 문제이기 때문이다.

그런데 판례는 계속해서 “원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여”야 한다는 전제를 단다. 그러면서 흔히 “사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 (...) 볼 수 없다”라는 결론을 낸다. 그런 판단 속에서 “사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며”라는 언급은 그냥 한 번 해보는 소리에 지나지 않게 된다.

왜냐하면 하청이 사업주로서의 독자성이나 독립성이 있으면 원청과 근로자 사이에 종속 관계가 있더라도 근로계약 관계는 인정되지 않기 때문이다. 요컨대, 판례는 원청과 근로자 사이의 문제를 원청과 하청 사이의 문제로 치환하는 오류를 범하고 있다는 것이다.

## 2. 근로자 파견 관계 인정에 관하여

근로자 파견이란 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자 파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”(파견법 제2조)을 말한다. 여기에서 근로자 파견 관계를 구성하는 요소는 다음의 세 가지이다. ① 파견 사업주와 근로자 사이의 고용 관계, ② 근로자 파견 계약의 체결, ③ 사용 사업주와 근로자 사이의 지휘 명령 관계.

대법원이 사용 사업주와 근로자 사이의 지휘 명령 관계를 긍정하기 위하여 인정한 사실 관계를 재구성하면 다음과 같다.

- 가. 자동 흐름 방식의 의장 공정
- 나. 원청 근로자들과 하청 근로자들의 혼재 배치
- 다. 원청의 작업 배치권과 변경 결정권
- 라. 원청이 작성한 작업 지시서에 의한 업무 수행
- 마. 원청이 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등 결정
- 바. 원청이 하청 근로자들을 직간접으로 작업 지시
- 사. 원청이 근태 상황, 인원 현황 등을 파악 관리
- 아. 하청 근로자가 원청 근로자 결원 대체
- 자. 원청이 근로 시간 관련 사항 결정
- 차. 원청 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등 사용
- 카. 하청의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바 없음

이 가운데 대법원이 몇 가지 사실을 특별히 강조하거나 중요시하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 병렬적으로 나열한 다음 종합적인 판단을 하고 있을 뿐이다. 그런데 사용사업주와 근로자 사이의 지휘 명령 관계를 판단하는 것은 6:4나 4:6이나 하는 양적 교량의 문제가 아니라 질적 판단의 문제이다. 이와 관련하여, 근로자성 판단의 경우와 마찬가지로 여기에서도 근로자 파견 판단 징표는 긍정과 부정의 방향에서 가치의 비등가성이 작용하고 있음을 이해할 필요가 있다는 지적도 있다.

즉, 사용사업주가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 요소들은 근로자 파견성을 긍정하는 경우에는 유의미하지만, 근로자 파견성을 부정하는 경우에는 상대적으로 의미가 적다는 것이다. 왜냐하면 사용사업주가 임의로 정할 수 있음에도 불구하고 근로자 파견성이 긍정되는 모습으로 나타난다면 그것은 해당 법률 관계가 근로자 파견임을 강하게 추정할 수 있도록 해주는 것이기 때문이라는 것이다.

대법원은 위 사실들을 인정한 다음, “이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들은 이 사건 ① 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 ③ 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견 관계에 있었다고 할 것이다.”라고 판단하였다.

그러나 대법원이 이 사건에서 근로자 파견 관계의 성립을 인정하면서 언급한 요소는 밑줄 그은 두 가지뿐이다. “앞서 본 법리”에서 제시되고 있는 세 가지 요소 가운데 두 번째 요소인 ② 근로자 파견 계약의 체결이라는 요소는 언급되지 않는다. 그럴 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 원청과 하청은 형식상 도급 계약을 체결하고 있었고, 파견법상 근로자 파견 계약은 서면의 요식을 요하는 계약(파견법 제20조 참조)인바, 형식적 요건으로서 “근로자파견계약”이란 것은 애시당초 없었기 때문이다.

요컨대, 대법원은 “근로자파견계약의 내용에 따라”라는 요소는 도급이라는 계약 형식과 상관없이 실질에 따라 판단하고 있는 것이다. 이에 대해서는 그렇다면 파견법상의 근로자 파견 계약의 서면 요식성을 어떻게 해석해야 하는지에 대한 입장을 법원이 내놓을 필요가 있지 않느냐는 비판이 제기되기도 한다.

### 3. 불법 파견에 대한 파견법 적용 여부

이 사건의 원심인 서울고등법원은 자동차 조립 등 제조업의 직접 생산 공정 업무는 파견법상 근로자 파견 허용 업무가 아니고 이 사건 하청업체들이 근로자 파견 사업의 허가를 받은 바도 없으므로 위법하다는 이유로 직접 고용 간주 규정이 적용되지 않는다고 판단하였다.

하지만 대법원은 구 파견법 제6조의 직접 고용 간주 규정은 파견법 제2조 제1호에서

정의하고 있는 “근로자파견”이 있고 그 근로자 파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용 사업주와 파견 근로자 사이에 직접 근로 관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리 위 규정이 이른바 적법한 근로자 파견의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다고 하였다. 이러한 법리는 앞에서 언급한 2008년의 예스코 사건 대법원 전원합의체 판결에서 이미 확립한 법리이며, 대상 판결도 이를 확인하고 있다.

서울고등법원의 결론은 위법을 저지른 사업주들을 오히려 더 강하게 보호해 주는 결과를 낳기 때문에 법적 정당성이 결여되어 있다는 비판을 면할 수 없다. 이 점은 그 동안 학계에서 여러 번 지적된 바 있으며, 예스코 사건 대법원 판결에서도 언급된 바 있다. 그런 점에서 위법한 파견에 대해서도 직접 고용 간주 규정을 적용해야 한다는 대법원의 입장은 한 걸음 더 나아간 것이라고 평가할 수 있다.

#### 4. 직접 고용 간주에 관하여

그러나 구 파견법이 파견 기간 2년을 초과한 경우에만 직접 고용 간주 규정을 적용하고 있기 때문에, 파견법 적용론은 파견 기간이 2년이 되지 못한 근로자의 경우에는 여전히 부정의한 결론이 강요된다는 문제점 또한 드러내고 있으며, 실제 이 사건에서도 파견 기간이 2년이 되지 아니한 상황에서 해고된 근로자는 구제를 받지 못하고 있다. 이에 대한 비판 또한 여러 차례 학계에서 제기된 바 있다.

즉, 똑같이 사업주들의 불법으로 인해 권리를 침해당한 근로자들인데도 누군가는 2년의 문턱에서 박대당하는 결과를 용인하기는 어렵다는 것이다. 그것은 평등권을 침해하는 것이기도 하며, 법원 스스로가 2년 동안의 불법을 용인하는 것이라는 점에서 문제가 심각하다는 것이다. 그런 점에서 파견법을 개정하든, 노동법상 일반 원칙을 적용하든, 근로자 공급 금지 법리를 적용하든, 위법한 파견이 행해진 최초의 시점부터 직접 고용으로 간주하는 법리를 마련하는 것이 필요하다고 한다.

#### 5. 원청의 사용자성 인정의 법적 효과

파견 기간이 2년을 초과한 근로자들은 원청에 직접 고용된 것으로 간주되기 때문에, 하청 근로자들과의 관계에 있어서 원청이 “부당해고 및 부당노동행위의 주체인 사용자”이다. 이러한 결론이 갖는 또는 가질 수 있는 법적 효과는 우선 크게 세 가지를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 파견 기간이 2년을 초과한 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 직접 고용된 것으로 간주된다. 대상 판결에서는 이와 관련하여 따로 명시하고 있지

않지만, 이는 앞에서 언급한 2008년의 예스코 사건 대법원 전원합의체 판결에서 이미 확립한 법리이며, 이번 대상 판결은 그 법리를 전제하고 있는 것으로 보인다.

둘째, 직접 고용으로 간주된 근로자에게는 2년 경과 시점부터 원청의 직접 고용 동종 근로자와 비교할 때 차별로 인하여 미지급된 임금에 대한 청구권이 발생한다.(3년의 시효가 만료된 임금에 대해서는 임금 상당액의 손해 배상 청구가 가능하지 않을까 생각해 볼 수도 있는데, 이에 대해서는 좀 더 면밀한 검토가 필요할 것으로 보인다.)

셋째, 원청의 단체협약을 직접 고용으로 간주된 하청 근로자에게 적용하는 것이 가능할 수 있다. 하청 근로자가 직접 고용으로 간주되기 전에도 이미 원청 노동조합의 조합원인 경우는 물론이지만, 비조합원인 경우라고 할지라도 일반적 구속력에 관한 노조법 제 35조에 따라, 원청에 상시 사용되는 동종의 근로자 반 수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 원청에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다. 하청 근로자가 여기서 말하는 동종의 근로자에 해당한다는 점에 대해서는 이견이 있을 수 없을 것이므로, 직접 고용으로 간주된 하청 근로자들을 포함하여 전체 원청 근로자의 반 수 이상이 단체협약의 적용을 받게 되는지 여부만 판단하면 될 것이다.

#### ◆ 맺음말

현대자동차 사내하도급 판결이 나오고 나서 얼마되지 않아 철도공사와 철도유통 소속의 승무원들 사이에 묵시적 근로계약 관계를 인정한 서울중앙지방법원 판결과 형식상 용역업체에 소속된 호텔 객실 청소원이라도 호텔의 지휘를 받으며 2년 이상 일했다면 파견법에 따라 호텔에 직접 고용된 것으로 봐야 한다는 서울중앙지방법원의 판결이 잇달아 나왔다. 그리고 정부에서도 대기업의 불법 사내하도급 실태에 대한 조사에 나섰다는 얘기가 신문에 보도되고 있다. 물론 현대자동차 판결 이전에도 사내하도급에 대해서 파견법을 적용한 판결들은 꾸준히 나오고 있었다. 하지만 언론에서도 제대로 소개되지 않았고, 사회적 반향도 그다지 크지 않았다. 비로소 사내하도급이 사회적 의제로 부상하고 있다. 그런 점에서 현대자동차 판결은 특정 기업 하나의 문제로 그쳐서는 안 된다. 이번 판결을 계기로 우리 사회 전체의 사내하도급의 향방을 둘러싼 본격적인 논의가 시작되기를 기대한다. **KLI**