

불법파견 판단지침과 판단 사례

I. 문제의 소재

파견근로자를 사용하는 것은 기업체에서 고용의 유연화와 인건비 절감차원에서 큰 도움이 되기 때문이다. 그러나 이러한 파견근로자는 제한된 업종에 한해, 2년 밖에 사용할 수 없어 기업체에서는 파견근로 형태로 계속 유지할 수 있는 방법을 모색하게 되었다. 이러한 파견과 같은 효과를 가지면서 지속적으로 사용할 수 있는 것이 사내하도급이다. 사내하도급은 업무의 독립성과 전문성을 요구하고 있다. 그러나 우리나라의 많은 회사들이 이러한 전문적인 업무에 대하여 외주를 주는 것이 아니라 인건비를 아낄 수 있는 단순업무나 부족한 인력을 하도급이라는 형태로 활용하는 경우가 많다. 기업체가 하도급 근로자의 업무를 지휘·명령하게 되면 이는 불법파견으로 인정되어 직접고용의무와 함께 형사처벌을 받게 된다(파견법 제6-2조).

고용노동부는 불법파견을 방지하기 위하여 “파견과 도급의 구분을 위한 ‘근로자 파견’의 판단지침 지침” (2007.4.19)을 제시하였다. 그럼에도 불구하고 불법파견과 위장도급이 전산업으로 확대되어 왔다. 이에 고용노동부는 기존의 지침에 추가하여 “근로자파견 판단기준에 관한 지침”(2019.12.30)을 통해 판단기준을 구체화하고 있다.

II. 불법파견 여부 판단

1. 불법파견의 이해

근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것이다(파견법 제2조). 근로자파견에 해당하는지 여부는 사용사업주(원청)와 파견사업주(하청)간 체결한 계약의 명칭이나 형식보다는 그 사실관계를 기준으로 판단한다.

도급이란 수급인이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 도급인은 그 일의 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 수급인이 스스로의 재량과 책임 하에 자기가 고용한 근로자를 사용하여 일을 완성하는 것을 의미한다. 사내하도급은 자신의 사업장 내에서 이루어지는 업무의 일부를 도급업체로 하여금 수행하도록 하는 것을 말한다. 수급인의 근로자가 도급인의 사업장에서 도급인의 지휘·명령을 받고 도급인에게 근로를 제공하는 경우에는 파견관계가 성립하는데, 이 경우 근로자파견요건을 갖추지 못하였기 때문에 불법파견이

된다.¹

2. 위장도급과 불법파견 판단절차

우선, 하도급 업체가 실체가 있는 회사인지 확인한다. 실체가 없으면 해당 하도급 근로자를 직접고용 하라는 지시를 내린다. 하도급의 실체가 인정되는 경우에는 그 다음으로 하도급 회사의 위장도급 여부를 판단한다.

(i) 수급인의 사업주로서의 실체 판단: 기업체 내에서 외부인력을 활용하여 업무를 수행하는 경우, 우선 수급인이 사업주로서 실체가 인정되는지 여부를 검토한다. 수급인이 사업주로서 실체가 인정되지 않는 경우에는 수급인 소속 근로자는 도급인 회사에 직접적인 근로계약관계가 있음을 인정한다.

(ii) 근로자파견 해당 여부 판단: 수급인이 사업주로서 실체가 인정되는 경우에는 도급인 회사가 수급인 소속 근로자를 실제로 지휘·명령하여 사용하는지를 검토하여 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단한다.

III. 위장도급 판단기준과 사례

1. 수급인이 사업주로서의 실체 판단

대법원은 근로계약 관계를 숨기기 위한 도급계약과 관련하여 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. “원고용주에게 고용되어 제 3 자의 사업장에서 제 3 자의 업무에 종사하는 자를 제 3 자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제 3 자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 제 3 자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제 3 자이고, 또 근로제공의 상대방도 제 3 자이어서 당해 근로자와 제 3 자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다”²

수급인이 사업주로서 실체가 인정되는지 여부는 수급인과 도급인 사이에 체결된 계약의 형식, 명칭 등과 관계없이 수급인이 사업주로서의 독자성이나 독립성을 갖추고 있는지를 종합적으로

¹ 임종률, 노동법(18판), 박영사, 2020, 647면; 하갑례, 근로기준법(33판), 중앙경제, 2020. 793면.

² 현대미포조선 사건: 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결

고려하여 판단한다. 그러나 수급인이 어느 정도의 사업주로서 독자성이나 독립성이 있는 경우에는 사업주로서의 실체가 있다고 판단한다.³

(1) 채용, 해고 등의 결정권: 수급인이 소속 근로자의 근로조건과 인사노무 관련 사항을 결정하는지 여부를 검토한다.

(2) 소요자금 조달에 대한 책임: 수급인이 사업체 설립비용, 사무실 임대비용, 기타 사업을 하기 위해 필요한 자금을 스스로 마련하는지 여부를 검토한다.

(3) 법령상 사업주로서의 책임: 수급인이 근로소득세 원천징수와 4 대보험 가입여부, 취업규칙을 마련하여 시행하였는지를 검토한다.

(4) 기계, 설비, 기자재의 소유: 수급인이 독자적으로 사업을 하기 위해 필요한 기계, 설비, 기자재 등을 소유 여부를 검토한다.

(5) 전문적 기술·경험: 수급인이 사업에 필요한 전문적 기술이나 경험을 가지고 독자적으로 사업을 기획하고 경영상 의사결정권을 행사하는지 여부를 검토한다.

2. 판단 사례

(1) 사업주로서 실체를 인정한 사례

<금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015 다 32905>

- ① 하청이 원청과는 별도의 회사를 설립하여 독립적 사업주체로 활동하고 사업자 등록;
② 4 대보험 가입; ③ 독자적인 취업규칙 마련 및 이를 근거로 근태관리권 행사

<인천공항공사 사건: 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012 다 79439>

- ① 하청이 별도의 취업규칙, 근태관리 및 징계권 행사; ② 해당 원청 외에 타 업체와도 용역계약 체결, 소속 근로자 2,730 여명이 여러 업체에서 용역업무 수행

(2) 사업주로서 실체를 부인한 사례

³ 대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결

<SK 인사이트 사건: 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003 두 3420>

①원청이 하청근로자들에 대해 원청 직원들과 구분 없이 업무를 지시하고 제반 인사관리 직접 수행; ②하청은 원청의 자회사가 주식 100%를 보유, 원청의 업무만 도급 받아 수행

→원청은 위장도급의 형식으로 근로자를 사용하기 위해 하청의 법인격을 이용한 것에 불과, 실질적으로는 직접 채용한 것과 마찬가지로 근로계약관계가 존재한다.

<현대미포조선 사건: 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005 다 75088>

①하청은 약 25 년간 오직 원청으로부터 업무를 도급받아 수행하면서 원청이 채용여부 결정, 징계요구, 승진대상자 명단 통보; ②원청이 근로시간과 연장근로를 결정하여 작업지시, 도급업무 외의 원청 업무도 수행하도록 함; ③원청이 상여금, 퇴직금 등 직접 지급

→실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 원청의 일개 사업부서로 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행

IV. 불법파견 판단기준과 사례

대법원은 불법파견에 대해 다음과 같이 기준판례를 제시하였다. “근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.”⁴

1. 원청의 상당한 지휘·명령

도급인이 수급인 소속 근로자에 대해 직·간접적으로 업무수행의 구체적 사항에 관한 지시를 하고, 수급인 소속 근로자가 이에 구속되는지 등 상당한 지휘·명령 인정여부를 검토한다. 수급인의 현장대리인이 수급인 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령을 하였다고 하여도 도급인이 결정한 사항을 전달하는 것에 불과한 경우에는 근로자파견의 징표에 해당할 수 있다. 다만, ①도급인은 도급 작업의 범위를 특정하는 등 도급인의 권한에 속하는 정도의 지시만 하고, 구체적인 작업내용은 수급인의 현장 대리인이 결정하여 지시하는 경우, ②도급인이 수급인 소속

⁴ 현대차 사건: 대법원 2012.2.23. 선고 2011두7076판결.

근로자에게 상시적으로 지시하는 것이 아니라 긴급상황이나 일시적으로 지시하는 경우, ③산업안전보건법 제 63 조에 따라 도급인의 안전조치 및 보건조치를 해야 하는 경우에는 근로자과견의 징표에 해당한다고 보기 어렵다.

<판단 사례>

<지휘·명령에 해당될 수 있는 경우>

○원청이 하청근로자에 대해 일반적인 작업배치와 변경결정권을 가지고, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 경우⁵

○원청이 작업방법과 내용 등이 기재된 업무매뉴얼이나 작업지침 등을 작성하여 하청근로자에게 교부하고, 하청근로자는 그에 따라 업무를 수행한 경우⁶

<지휘·명령에 해당되기 어려운 경우>

○하청이 계약이행을 위한 작업계획을 자체적으로 수립하고, 이에 따라 작업에 투입할 근로자 수, 작업배치와 변경, 작업시간 등을 독자적으로 결정하는 경우; ○원청이 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 하청근로자들의 업무에 관여했다라도, 하청소속 현장관리인이 작업지시를 하면서 근태관리 한 경우⁷

2. 도급인 사업으로의 실질적 편입

①수급인 소속 근로자가 도급인 소속 근로자와 하나의 작업 집단으로 구성되어 공동 작업을 하거나, ②도급인이 수급인 소속 근로자에게 계약상 업무 외의 업무도 수행하도록 하거나, ③도급인의 근로자 결원 발생 시 수급인 소속 근로자로 하여금 대체하도록 하는 등 도급인이 수급인 소속 근로자를 자신의 근로자와 마찬가지로 자신의 사업에 편입하였는지의 여부다.

수급인 소속 근로자가 도급인 소속 근로자와 같은 공간에서 같은 업무를 공동작업을 통해 수행하는 경우 근로자과견에 해당할 개연성이 높다. 근무 장소가 같더라도 개별 근로자들이 소속된 수급인의 계약 목적에 따른 업무를 각자 독립적으로 수행하는 경우에는 도급인의 사업에 편입되었다고 보기 어렵다.

<판단 사례>

⁵ 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

⁶ 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.

⁷ KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

<원청 사업 편입에 해당될 수 있는 경우>

○(같은 장소) 하청근로자와 원청근로자가 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 함께 수행하는 경우⁸

○(다른 장소) 하청근로자와 원청근로자의 작업장소가 공간적으로 떨어져 있더라도, 하청근로자들이 일련의 공정 중 하나, 또는 하나의 공정 중 세분화된 작업단계에 참여하고 밀접하게 연동되어 진행되는 경우⁹

<원청 사업에의 편입에 해당된다고 보기 어려운 경우 >

○(같은 장소)근로자가 도급인소속 근로자와 같은 공간에서 함께 근무하더라도, 업무내용이 서로 다르고, 도급인소속 근로자의 업무와 무관하게 독립적으로 이루어지는 경우¹⁰

○(다른 장소) 하청근로자가 원청근로자와 혼재하여 동일한 업무를 수행하는 것이 아니고, 공정 간 유기성도 크지 않은 경우¹¹

3. 인사노무 관련 결정

수급인이 업무에 투입될 하도급 근로자의 인사노무와 관련된 사항을 결정하고 관리 권한을 독자적으로 행사하는지 검토한다.

<판단 사례>

<인사권을 행사하지 않은 경우>

○하청이 근로자를 신규 배치하는 경우 원청의 승인을 받아야 하고, 원청이 근로자의 교체를 요구하면 하청은 이를 반드시 따르도록 되어 있는 경우¹²

○하청근로자의 업무시간, 연장근로 여부 등을 원청이 결정하는 경우¹³

⁸ 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

⁹ 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.

¹⁰ KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

¹¹ 한국타이어 사건: 대법원 2018. 12. 13 선고 2015나2023411 판결.

¹² 군포시 사건: 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결.

¹³ 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

<인사권을 행사한 경우>

○ 하청이 업무수행에 필요한 교육을 자체적으로 실시하고, 채용·징계 등에 관한 기본적인 권한을 가지고 근로자들의 근태관리를 직접 한 경우¹⁴

4. 업무의 전문성과 기술성

수급인 소속 근로자가 수행할 업무가 구체적으로 확정되어 있는지, 도급인 소속 근로자의 업무와 구별되고 전문성과 기술성이 있는지를 검토한다.

<판단 사례>

<전문성·기술성 등이 없는 경우>

○ 하청의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 원청의 필요에 따라 하청의 업무가 결정되는 경우; ○ 하청근로자의 업무가 원청근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 않는 경우¹⁵

<전문성·기술성 등이 인정되는 경우>

○ 하청근로자의 업무가 원청근로자의 업무와 달라 독립적으로 이루어지는 경우;
○ 하청근로자가 도급계약에서 정한 업무만 수행하고, 원청의 지시에 따른 추가적인 업무는 수행하지 않는 경우¹⁶

5. 기업조직과 설비 등 보유

수급인이 도급계약 등의 당사자로 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비, 장비 등을 갖추고 있는지를 검토한다.

<판단 사례>

<독립적 기업조직·설비를 갖추지 못한 경우>

¹⁴ KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

¹⁵ 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

¹⁶ KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

○하청의 고유기술이나 자본이 투입되지 않는 경우¹⁷; ○하청이 별도의 인적·물적 시설을 갖추지 않고 다수의 근로자들로만 구성되어 있고, 특유의 전문성도 갖추지 않은 경우¹⁸

<독립적 기업조직·설비를 갖춘 경우>

○하청이 도급계약 목적 달성을 위한 조직을 갖추고 있고, 실제로 해당 원청 외의 다수 업체를 상대로 업무를 수행하고 있는 경우¹⁹

IV. 결론

최근 한 외국계 자동차회사의 한국자회사에 대해 불법파견 개선 컨설팅을 진행하였다. 현 실태에 대한 진단과 함께 노동법, 판례, 고용노동부의 지침에 따라 불법파견 개선사항을 제시해 주었다. 이 회사의 컨설팅을 진행하면서 놀라웠던 사실은 회사를 사람의 몸으로 비유할 때, 머리와 가슴만 직영으로 관리하고, 몸통과 수족은 하도급으로 진행하고 있었다. 이 회사의 차량 판매, 차량 배송, 차량부품 창고, 사내 전산관리, 차량 품질관리, 고객관리 콜센터, 사내차량 관리, 사내교육 등이 모두 하도급으로 관리되고 있었다.

이러한 형태의 하도급 관리는 글로벌 경쟁체제 하에서 기업이 손쉽게 비용을 절감하고 고용조정을 할 수 있는 수단으로 활용하고 있다. 그러나 이러한 하도급 활용은 엄격한 도급관계를 유지해야만 가능하다. 도급의 특성인 독립성과 전문성을 유지해야만 한다. 앞서 설명한 불법파견 판례에 따라 철저하고 지속적인 관리가 되지 않은 이상 불법 파견이 되기 쉽다.

¹⁷ 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

¹⁸ 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.

¹⁹ KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.