

간접고용 해결방안 마련을 위한 연속 토론회-첫번째 '씨앤엠, 티브로드 케이블방송  
실태로 본 간접고용의 문제점과 해결방안'

**[발제문] 한국 사회 간접고용 노사관계 문제점과 개선 방안**

민변 노동위원회 류하경 변호사

**I. 들어가며**

**-전 산업에 확산된 간접고용 문제**

현대자동차 사내하청에서부터 최근 삼성전자서비스 위장도급까지 간접고용 문제가 전 사회적으로 확대되고 있다. 종전에는 대기업 제조업 대공장에서 발견되던 위장도급 문제가 전혀 개선되지 아니하고 나아가 이제는 서비스업계 등 산업의 전 영역에서 발견되는 것이다. 이를 분석하는 과정에서, 간접고용 문제는 단순히 같은 공장 안에서 다수 노동자를 근무시키다가 발생하는 사용자의 실책 또는 법적 부지 때문이 아니고, 자본이 사용자 책임을 회피하고 손쉽게 노동유연화, 이윤최대화를 이루기 위하여 편법적으로 계획된 노동인권침해의 불법행위임이 드러나고 있다.

주요하게는 국내 최대 유통업체인 이마트의 위장도급 불법고용 10,000여명, 삼성전자서비스 10,000여명, 케이블방송통신업계에서의 티브로드, 씨앤엠, 그리고 LG유플러스, SK브로드밴드 등 각 업계에서는 그 규모로 1, 2위를 다투는 지배적 대기업들에서 간접고용 문제가 없는 곳을 찾기가 더 힘든 실정이다.

이처럼, 자본들이 사용자로서의 책임은 지지 않으면서 노동력은 최대한으로 활용하고, 계약해지라는 방식으로 인력수급을 손쉽게 조절하면서 법망을 피해갈 수 있기

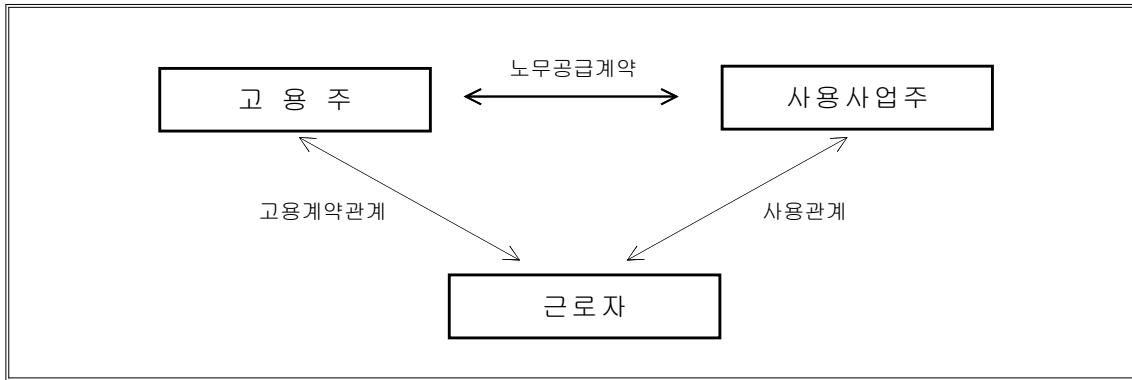
때문에 위장도급은 전 산업의 영역으로 빠르게 확산되고 있다. 위장도급은 자본이 이윤을 추구할 수 있는 가장 손쉬운 방법일 수 있다. 그러나 이는 중간착취 금지규정에 반하는 불법행위이기 때문에 기업이 하나의 정책으로 활용할 수 있는 것이 아니다.

위장도급 구조 하에서는 형식상의 사용자와 실질적인 사용자가 달라 그 법적 책임의 주체를 정하는 것이 쉽지 않다. 이로 인해 노동자들은 열악한 근로조건과 상시적인 고용불안정 등 심각한 노동착취 환경으로 내몰리게 된다. 이를 규제하기 위한 장치로서 파견근로자보호등에관한법률(이하 “파견법”)을 제정하여 파견허용업종을 제한하고, 노동부장관의 허가를 얻어야만 파견업을 할 수 있도록 하는 등으로 간접고용을 제한하고 있으나, 도급을 가장한 불법파견이 기승을 부리고 있고 간접고용 문제는 해결되어 나가는 것이 아니라 점점 더 넓고 뿌리 깊게 확산되고 있는 실정이다.

## II. 간접고용의 문제점

### 1. 정의

간접고용이란 기업의 필요에 따라 타인의 노동력을 이용하지만 노동력을 보유한 노동자를 직접 고용하지 않고 제3자에게 고용된 노동자를 이용하는 고용형태를 말한다. 고용과 사용이 분리된 노동력 사용형태인 것이다.



간접고용의 유형을 법적인 개념으로 보면 근로자공급, 근로자파견, 도급, 위임 등을 들 수 있고 현실에서는 용역, 파견, 민간위탁, 사내하청, 하도급, 아웃소싱, 소사장제 등의 명칭으로 사용되고 있다.<sup>1)</sup>

현재 간접고용 문제에 관한 사건의 대부분은 적법한 도급인지 파견인지가 주된 쟁점이고, 파견으로 인정되어야 그 다음 단계에서 불법파견 또는 구 파견법상 고용간주조항의 적용여부를 검토하게 된다. 따라서 본 발표문에서는 항을 별도로 할애하여 간접고용 문제의 핵심에 있는 위장도급의 판단기준과 문제점에 대하여 설명하고 이후 논의를 확장하겠다.

## 2. 위장도급의 판단 기준

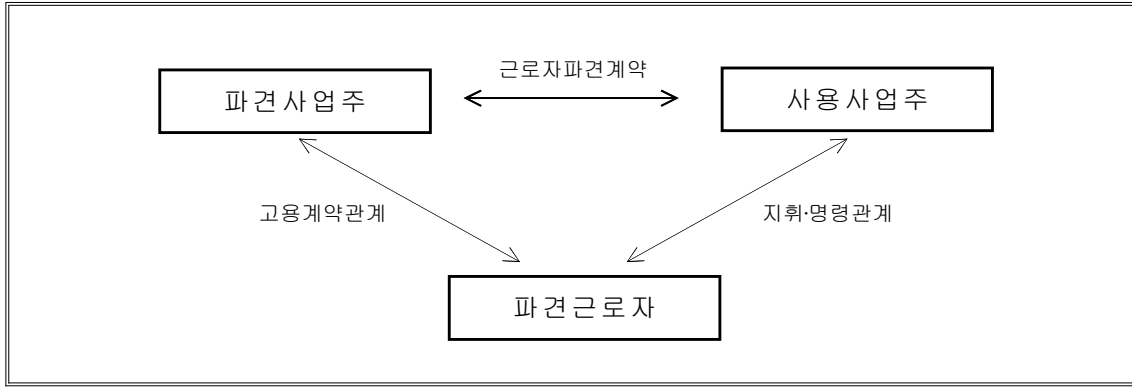
### 가. 개념 설명

#### (1) 근로자 파견

– 사용업체가 직접 사업을 수행하면서 근로자만 파견업체로부터 파견 받아 사용

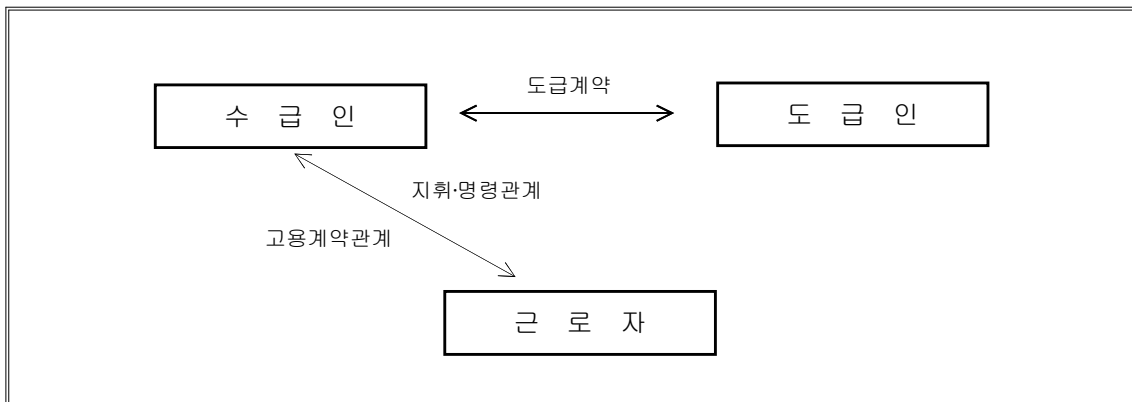
1) 권영국, “간접고용 규제의 법제도 현실과 개선방향”, 2013, 2면 참조

- 파견업체가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용업체(원청)의 지휘명령을 받아 사용업체를 위한 근로에 종사하게 하는 것(파견근로자 보호 등에 관한 법률 제2조) **“노무의 제공이 계약의 목적”**



(2) 도급

- 수급인(협력업체)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 도급인(원청)은 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 민법상의 계약(민법 제644조)
- 수급인(협력업체)은 스스로의 재량과 책임 하에 자기가 고용한 근로자를 독립적으로 사용하여 일을 완성 **“일의 완성이 계약의 목적”**



※ 참고: 용역이란?

거래의 대상이 상품이 아닌 서비스(용역)로 용역업체에 일정한 업무를 맡겨 수행하도록 하는 형태로서, 계약 내용에 따라 민법상 도급, 위임 등에 해당될 수 있음.

예 : 경비용역사업(경비업법), 청소용역사업(공중위생관리법), 기술용역사업(엔지니어링기술진흥법)

#### 나. 근로자파견과 도급의 구별

핵심: 누가 근로자에게 지휘·명령을 하는가

- 원청이 근로자에게 직접 지휘·명령을 하면 근로자파견
- 협력업체가 일의 완성을 위해 근로자를 자체 고용 및 지휘명령을 하면 도급

- |  |
|--|
| <p>① 파견사업주등의 실체가 인정되지 않는 경우에는 사용사업주등이 당해 근로자를 <b>직접 고용한 것으로 추정</b></p> <p>② 파견사업주등의 실체가 인정되고, 사용사업주등이 파견사업주등의 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사한다면 <b>파견근로관계</b></p> <p>③ 파견사업주등의 실체가 인정되고, 사용사업주등이 파견사업주등의 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사하지 않는다면 일반적인 <b>도급, 위임·위탁, 용역 등의 관계</b></p> |
|--|

#### 다. 파견과 도급 구별의 필요성

실제로는 근로자파견 관계이나 파견법상 규제(대상업무, 파견기간, 사업주 책임 등)를 회피하기 위해 도급으로 위장하는 사례가 발생하기 때문이다.

## 라. 위장도급이란?

“가짜 도급”

형식만 도급계약관계로 해놓고 실제로는 원청이 협력업체 사원에게 직접 지휘·명령·감독·관리하고, 원청 직영사원과 협력업체 사원이 동일한 업무장소 또는 지역에서 혼재되어 근무를 하는 경우를 말한다.

위장도급은 2종류이다.

- ①불법파견 (파견법 상-> 노동부장관 허가 없이 파견업, 파견 허용 업무 아닌데 파견 또는 파견 받아 사용)
- ②직접고용 (묵시적인 직접 고용계약 관계 “묵시적근로계약관계”).

원청 사용자와 협력업체 직원간의 관계는 위 두 가지 모두 그 실질이 동일하다. 단, 협력업체가 그 실체가 있으면 불법파견이고, 협력업체가 소위 “유명회사”, “페이퍼컴퍼니”. 원청의 총무부서 또는 노무대행기관에 불과하면 묵시적근로계약 관계이다(법원과 노동부의 위장도급 판단기준은 [별지]를 참조). 이러한 위장도급은 아래와 같은 문제점이 있다.

## 3. 위장도급의 문제점

### 가. 구조적 문제점

위장도급 구조 하에서는 책임을 물어야 할 사용자가 원청인지, 협력업체인지 알

수 없는 상황이 벌어지게 된다. 원청은 법적인 사용자가 아니라며 발뺌하고, 협력업체는 ‘원청이 알아서 하겠거니’하는 무책임한 태도로 원청이 시키는대로 따라가는 것이다.

그 결과 노동자들은 지나치게 긴 노동시간, 비자발적 연장근로, 휴일근로에 시달리게 된다. 최저임금도 보장되지 않는 등 각종 근로·복지조건이 매우 열악하게 된다. 즉 노동자들이 근로기준법, 최저임금법 등 노동관계법으로 보호받지 못하는 사각지대에 놓인다.

원청이 사용자책임은 지지 않으면서, 무법적으로 협력업체 노동자들의 노동력을 최대한으로 이용하기 위한 눈속임의 위법행위이다(그래서 파견법은 이러한 위장도급을 금지하고 사용자로서 직접고용 의무를 부과하고 있음).

#### 나. 사용자 책임 회피

위장도급은 원청이 협력업체 사원을 직영사원처럼 사용하면서 자기의 사업계획과 목적에 맞게 이용하지만, 사용자로서의 책임과 부담은 회피하는 위법행위이다.

회피하는 사용자책임으로서는,

① 우선 근로기준법(법정근로시간, 추가근로, 연월차 수당 등), 최저임금, 산재보상 등의 법적 책임이 있겠다. 특히 저임금이 문제인데, 원청과 하청업체는 일정 기간을 정하여 노무공급계약을 하고 매년 갱신하면서 원청은 갱신 결정권과 입찰경쟁 방식을 이용하여 비용을 낮추므로써 해가 거듭할수록 간접고용 노동자들의 임금은 오히려 하락하는 구조적 문제점이 있다. 간접고용 노동자들은 근무연수에 따른 임금 차

이도 없고, 불가인상분도 반영되지 않는 현실에 직면하게 된다.

② 또한, 계약해지라는 명분으로 손쉽게 인력감축이 가능하므로 부당해고 등의 부담에서 벗어나 마음대로 채용하고 해고하는 것이다.

③ 그리고 헌법상의 노동3권과 관련하여 원청이 노조법상 부당노동행위의 주체인 사용자로서의 책임을 회피하고, 파업 중에는 원청이 자신은 직접 사용자가 아님을 들어 대체인력을 투입하는 것이다. 그런데 이러한 원청의 대체인력 투입도 노조법 제43조<sup>2)</sup> 위반의 불법행위이다. 하청 노동자 파업 시 해당 업무를 원청이 직접 수행 또는 기존 도급계약 해지 및 다른 업체와 도급계약 체결의 방법은 **실질적으로 노동 3권을 무력화하는 것이기 때문이다.** 간접 고용 사업장의 경우 원청의 생산시설 및 사업장에서 파업을 할 수 밖에 없는 경우가 대부분이다. 그런데 이러한 사업장에서 원청이 대체인력을 투입하는 것을 허용하게 되면 하청 노동자들의 쟁의권이 원천적으로 박탈되는 결과가 발생한다. 사용자들이 이러한 점을 악용하여 상시·계속업무에서도 위장도급 또는 불법파견의 형태로 간접고용을 하는 것이다.

즉 하청 노동자들의 파업 시 원청이 대체인력을 투입하는 것을 단지 간접고용이라는 이유로 위법이 아니라고 해석하게 되면, 이는 노조법 제43조를 잠탈하거나 형해화하는 것이고, 헌법상 노동3권과 구체적으로 충돌하게 됨. 따라서 원청의 대체인력 투입은 명백히 노조법 제43조 위반이다. 그리고 정당한 파업 중 사용자의 대체인력 투입은 노조법 제81조 위반의 부당노동행위에 해당하기도 한다(현대중공업 사내

---

2) 노동조합및노동관계조정법

제43조(사용자의 채용제한) ① 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.

제91조(벌칙) 제38조제2항, 제41조제1항, 제42조제2항, 제43조제1항·제2항·제4항, 제45조제2항 본문, 제46조제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.



하청 부당노동행위 사건 대법원 판례).

[대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9075 판결, 2007두8881 판결]

“근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적인 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.”

(위 판례는 간접고용 현장의 쟁의행위 관련하여 원청에 사용자 책임을 물을 수 있다는 법리근거를 제공하고 있다.)

#### 4. 위장도급의 법률적 효과

대법원은 형식상·명목상 도급인지 여부와 관계없이 그 실질이 파견관계이면 근로자 파견으로 보고 “파견근로자보호등에관한법률”을 적용한 바 있다(대법원2011두7076).

위 파견법이 규율하는 대표적인 내용으로는, 위 법이 허용하는 업무에 한해서만 근로자파견을 할 수 있고(제5조 제1항), 파견업 허가를 받은 업체를 통해서만 파견근로자를 사용할 수 있으며(제7조 제3항), 파견법에 위반된 불법파견의 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금이 부과될 수 있고(제 43 조), 근로자파견대상 업무에 해당하지 아니하거나 파견금지업무에서 파견근로자를 사용하는 경우에는 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생한다(제6조의 2).

묵시적 근로계약관계인 경우, 법원의 판결에 의하여 각 최초 입사일로부터 원청의 정규직 노동자임이 확인된다(의제된다).

문제는 불법파견의 경우 파견법이 개악됨에 따라 입사시기에 따라 상황이 달라진다.

① 2005. 7. 1. 이전 입사자들의 경우에는 구과건법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)에 의해 최초 입사일부터 2년이 경과한 시점에 고용의제 된다. ② 2005. 7. 1. 이후에 입사한 자들은 사용자에게 고용의무가 발생할 뿐이다. 이에 법제도적 개선이 반드시 필요하다(이에 대하여서는 아래 “IV. 간접고용 문제의 법제도적 개선방안”에서 구체적으로 실시). 우선 아래에서는 현행법체계상 간접고용을 규제할 수 있는 근거들을 검토해보겠다.

### III. 간접고용 규제의 법적 근거

#### 1. 직접고용의 원칙

##### 가. 정의

직접고용의 원칙이란 기업의 통상적이고 영속적인 업무를 위하여 필요한 인력은 직접 고용하여 사용해야 한다는 것을 말한다. 오래 전부터 다른 사람의 노동이 상시적으로 필요하면 근로자를 직접 고용하여 사용하는 것이 관례였고, 이러한 관계는 법적으로 “근로계약”으로 정식화되었으며, 근로계약은 계약당사자간의 ‘사용종속관계’라는 개념을 통하여 여타 계약과 구별되었다. 그리고 이 ‘사용종속관계’가 바로 근로자개념의 판단기준인 동시에 사용자책임의 규범적 근거가 되었다. 그런데 이러한 직접고용의 원칙은 종래의 노동법원리 속에 포섭되기 어려운 간접고용이라는 새로운 유형의 고용형태가 널리 확산되면서 크게 위협받고 있다.<sup>3)</sup>

##### 나. 법적 근거

3) 김태욱, “판결흐름을 통해서 본 과건법의 문제점과 대안”, 2013, 1면

<p>[헌법]</p> <p>제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다.</p> <p>③근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p>
<p>[근로기준법]</p> <p>제9조(중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.</p>
<p>[직업안정법]</p> <p>제33조(근로자공급사업) ① 누구든지 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다.</p>
<p>[파견근로자보호등에관한법률]</p> <p>제5조(근로자파견대상업무 등) ① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.</p> <p>③제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 업무에 대하여는 근로자파견사업을 행하여서는 아니 된다.</p> <p>제6조(파견기간) ① 근로자파견의 기간은 제5조제2항의 규정에 해당하는 경우를 제외하고는 1년을 초과하지 못한다.</p> <p>제7조(근로자파견사업의 허가) ① 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부령이 정하는 바에 의하여 고용노동부장관의 허가를 받아야 한다.</p> <p>③사용사업주는 제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서는 아니 된다.</p>

이처럼 대한민국 법체계는 직접고용의 원칙과 그 예외의 구조로서, 위 헌법 규정 및 그 아래 각 관련노동법 조항들을 들어 직접고용의 원칙을 천명하고 국민의 근로의 권리를 보장하고 그 안정성을 지향하고 있다고 할 수 있다.

## 2. 직접고용원칙이 위협받는 현실

위에서 살펴본 것처럼 우리 법은 직접고용의 원칙을 세우고 그 예외를 엄격히 정

하고 있음에도, 원청 사용자들은 하청업체와 형식상 도급계약을 맺고 실질적으로는 노동자들로부터 노무를 직접 제공받는 파견근로관계나 묵시적인 직접고용관계를 취하면서 파견법 등 각종 노동법을 어기는 불법고용을 자행하고 있다. 이러한 불법적 간접고용 하에서 자본은 노동자들의 정당한 노동의 대가를 착취하고 고용을 불안정하게 하여 노동인권을 탄압하면서 쾌적한 환경에서 노동할 수 있는 헌법상 국민의 정당한 권리를 침해하고 있다.

위장도급 판단 기준에 대하여는 전술하였다. 그런데 위장도급의 불법행위를 한 경우 법률적 효과는, 파견법이 개악됨으로써 오히려 피해 노동자들의 권리를 온전히 보전하지 못하게 되었고 위장도급을 예방하는 효과도 미비하게 된 바 이와 관련한 법 개정 논의 등 간접고용 문제의 법률적, 정책적 개선방향에 대하여 구체적이고 강도 높은 대 사회적 논의가 절실히 필요한 시점이다. 항을 바꾸어 검토하겠다.

#### IV. 간접고용 문제의 법적/사회적 개선방안

##### 1. 법제도적 개선방안<sup>4)</sup>

##### 가. 도급과 근로자공급(파견 포함) 구별 기준의 법제화

간접고용은 고용과 사용의 분리를 전제로 하여 중간착취를 합리화하는 제도이다. 파견법은 ‘수익자의 부담원칙에 기한 사용자 책임’을 회피할 수 있는 탈출구를 열어주고 직접고용 원칙이라는 노동법의 근본취지를 훼손하는 법률이다. 따라서 파견법을 폐지하는 것이 바람직하나 파견법이 존속하는 동안 위장도급으로 인한 불법파견의 남용과 그

---

4) 본 항의 전체 내용은 발제자가 회원으로 속한 민변의 보고서를 그대로 인용하였음을 밝혀둡니다. (민주사회를위한변호사모임, “2013 정기국회에서 다루어야 할 노동 관련 핵심법안”, 2013, 14 ~ 21면)

폐해를 막는 노력이 절실히 요구된다. 따라서 도급과 파견에 대한 엄격한 기준을 직업안정법에 도입하여 도급을 위장한 근로자공급 내지 파견을 근절할 필요가 있다.

또한 도급을 위장하여 근로자공급을 한 경우에는 근로자 공급을 받은 사업주와 직접 고용 관계가 성립하는 것으로 의제하고, 그 근로조건은 정규직 근로자보다 미달하여서는 아니 되는 것으로 규정하여 차별을 차단하도록 한다.

현행법	개정안
<p><b>직업안정법 제2조의2 (정의)</b> 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.</p> <p>7. "근로자공급사업"이란 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말한다. 다만, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 근로자파견사업은 제외한다.</p> <p>〈<u>신 설</u>〉</p>	<p><b>직업안정법 제4조 (정의)</b> 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.</p> <p>7. (좌 동)</p> <p><b>제33조의 2(도급 등과의 구별)</b> ① 근로자를 타인에게 제공하여 사용하게 하는 자는 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우를 제외하고는 명목에 관계없이 근로자공급사업(파견근로자보호등에관한법률의 요건을 갖춘 경우에는 근로자파견사업)을 행하는 자로 본다.</p> <p>1. <u>도급계약의 목적·내용이 특정되어 있고 단순히 노동력의 공급을 목적으로 하는 것이 아닌 경우</u></p> <p>2. <u>다음 각목의 사항에 관하여 도급인 또는 위임인의 사업과 독립적으로 스스로 결정하고 직접적으로 지시·관리하는 등 노동력을 스스로 직접 이용하는 경우</u></p> <p>가. <u>업무수행방법, 업무수행결과 평가 등에 관한 사항</u></p> <p>나. <u>휴게시간, 휴일, 휴가, 시업 및 종업시각, 연장근로 등에 관한 사항(근로시간 관련사항의 단순한 파악은 제외한다)</u></p> <p>다. <u>배치결정과 그 변경 및 복무상 규율, 채용 및 해고, 인사이동과 징계에 관한 사항</u></p>

<p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>라. <u>도급인과 구별되는 독자적 사업목적에 따른 작업조직 및 작업수행방식</u></p> <p>3. <u>다음 각목에 해당되는 경우로서 도급인 또는 위임인으로부터 독립하여 업무를 처리하는 경우</u></p> <p>가. <u>소요자금을 전부 자기 책임 하에 조달·지급하는 경우</u></p> <p>나. <u>민법, 상법 기타 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하고, 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 다하는 경우</u></p> <p>다. <u>자기 책임과 부담으로 제공하는 기계, 설비, 기재(업무상 필요한 간단한 공구는 제외) 또는 자재를 사용하거나 스스로의 전문적인 기획과 기술에 따라 업무를 처리하는 경우로서 단순히 근로자의 노동력을 제공하는 것이 아닌 경우</u></p> <p>라. <u>도급계약에 대한 보수가 수급인의 근로자의 수, 근로시간 등을 기초로 산정되는 것이 아닌 경우</u></p> <p>② 제1항의 각 호에 해당하는 경우라도 그것이 법의 규정을 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 경우에는 근로자공급사업(파견근로자보호등에관한법률의 요건을 갖춘 경우에는 근로자파견사업)을 행한 것으로 본다.</p> <p><b>제33조의3 (직접고용)</b> ① 이 법 위반의 근로자공급사업이 행해진 경우에는 공급을 받은 자가 당해 근로자를 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 본다.</p> <p>② 제1항에 의하여 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 보는 경우 그 근로조건은 다음과 같다.</p> <p>1. <u>당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 근로자공급으로 사용된 근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 있는 경우에는, 근속년수에 비례하여 그 근로자에게 적용되는 근로조건에 의한다.</u></p> <p>2. <u>당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자</u></p>
--------------------	--

<p><b>제47조 (벌칙)</b> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제19조제1항에 따른 등록을 하지 아니하거나 제33조제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 유료직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자</p>	<p><u>중 근로자공급으로 사용된 근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 없는 경우에는, 근속년수에 비례하여 당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자들에게 적용되는 근로조건에 미달하여서는 아니 된다.</u></p> <p><b>제47조(벌칙)</b> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제19조제1항에 따른 등록을 하지 아니하거나 제33조제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 유료직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자, <u>그로부터 직업소개 또는 근로자공급의 역무를 제공받은 자</u></p>
---	---

## 나. 위장도급의 법률적 효과에 대한 개선 필요성

### (1) 직접고용간주 조항의 도입

앞서 살펴본바와 같이, 위장도급의 법률적 효과로서 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하면 근로자는 고용시부터 소급하여 사용사업주에 대한 근로자 지위를 주장할 수 있고, 사용사업주에게 직접 고용된 근로자와 동일한 처우를 주장할 수 있다.

하지만 불법과건의 경우에는 현재 직접고용의무만을 주장할 수 있기 때문에 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 않을 경우 근로자는 사용사업주에게 임금 상당액의 손해배상을 청구할 수 있지만 취업하여 근로를 할 권리는 실현할 수 없게 된다. 그리고 현실적으로 사용사업주에 대응하는 노동조합원으로서의 지위를 온전히 회복하기도 어렵다.

이런 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 불법파견의 효과를 직접고용의무가 아니라 직접고용간주(의제)로 바꾸어야 한다.

## (2) 직접고용간주 시의 근로조건의 명시

불법파견시 직접고용간주 조항에 따라 고용이 의제된다고 하더라도, 현행 파견근로자 보호등에관한법률(이하 ‘파견법’)에서는 파견근로자와 동종 또는 유사 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있는 경우에만 그 근로자의 근로조건에 의하도록 되어 있을 뿐이고, 동종 또는 유사업무를 수행하는 정규직 근로자가 없는 경우에는 아무런 정함이 없기 때문에 기존의 정규직 근로자와는 다른 별도의 직군을 만들어 근로조건을 차별할 가능성이 농후하다. 따라서 정규직 근로자의 근로조건에 미달하지 않도록 법정할 필요가 있다.

현행법	개정안
<p><b>파견법 제6조의2 (고용의무)</b> ① 사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다. &lt;개정 2012.2.1&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제5조제1항의 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(제5조제2항에 따라 근로자파견사업을 행한 경우는 제외한다)</li> <li>제5조제3항의 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우</li> <li>제6조제2항을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우</li> <li>제6조제4항을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우</li> <li>제7조제3항의 규정을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 경우</li> </ol>	<p><b>파견법 제6조의2 (고용의제)</b> ① 사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 <u>최초 사용시부터</u> 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 본다. 다만, 파견근로자의 명시적 의사에 반할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li><u>제5조제1항의 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에 파견근로자를 사용하는 경우</u></li> <li><u>제5조제1항의 근로자파견대상업무에 해당하더라도 제5조제2항을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우</u></li> <li><u>제5조제3항의 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우</u></li> <li><u>제6조제1항을 위반하여 제5조제2항의 각 호에서 정하고 있는 사유의 해소에 필요한 기간을 초과하거나, 그 사유가 해소되지 아니한 경우에도 1년을 초과하여 사용하는 경우</u></li> <li><u>제6조의3을 위반하여 파견근로자를 사용하</u></li> </ol>



<p>② 제1항의 규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다.</p> <p>③ 제1항의 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 있어서 파견근로자의 근로조건은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것</li> <li>2. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 당해 파견근로자의 기존의 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니될 것</li> </ol> <p>④ 사용사업주는 파견근로자를 사용하고 있는 업무에 근로자를 직접 고용하고자 하는 경우에는 당해 파견근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.</p>	<p>는 경우</p> <p>② &lt;삭 제&gt;</p> <p>③ 제1항의 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용한 것으로 보는 경우 파견근로자의 근로조건은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사용사업주와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 있는 경우에는, 근속년수에 비례하여 그 근로자에게 적용되는 근로조건에 의한다.</li> <li>2. 사용사업주와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 없는 경우에는, 근속년수에 비례하여 사용사업주와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자들에게 적용되는 근로조건에 미달하여서는 아니 된다.</li> </ol> <p>④ (생략)</p>
---	---

**다. 차별금지 및 동일가치노동 동일노동 원칙의 확립 필요성**

**(1) 차별금지 원칙의 법체계상 위치**

헌법과 근로기준법상 균등처우 원칙이 선언되어 있으므로 고용관계에서 합리적 근거가 없이 행해지는 차별은 당연히 위법한 것으로 확인되고 규제되어야 함에도 불구하고, 현행 제도는 기간제법과 파견법에 차별시정 제도를 두고 매우 제한적인 요건으로 시정 절차를 명시함으로써 마치 차별금지가 특별법에 의하여 창설되고 시정도 그 범위로 제한되는 체계를 취하고 있다.

법원이 아니라 노동위원회를 통한 간접·신속한 구제를 위하여 구체적인 시정 절차가 별도의 법으로 정해야 한다는 기술적인 문제는 별론으로 하더라도, 사용형태에 따른 차별이 허용되지 않는다는 것에 대한 원칙을 확인할 필요가 있다.

지금도 그렇지만 앞으로도 다양한 형태의 고용관계가 존재하고 새로 만들어질 것이 예상되고 특히 현행법에서 정한 차별시정 제도를 면탈하기 위한 다양한 방법(형식상 파견이 아닌 다양한 간접고용형태나, 실제로는 ‘기간제 근로계약’을 체결해 놓고서도 형식적으로는 ‘무기계약직’ 등의 이름으로 불합리한 차별을 존치시키는 제도 등)이 나오는 상황에서, 이러한 고용형태의 남용을 막기 위해서는 근로기준법상 균등처우 원칙을 보다 풍부한 내용으로 개정하여 고용형태가 다르다는 것 이유로 불합리한 차별을 정당화할 수 없게 하고 최소한 법원에서 판단의 준거가 될 수 있게 할 필요가 있다.

현행법	개정안
근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.	제6조(균등한 처우) ① 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, <u>국적·인종·종교·연령·신체적 조건·고용형태·정당 또는 신분</u> 을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

## (2) 동일가치노동 동일임금 원칙의 명시

동일가치노동 동일임금 원칙을 법에 명문화하지 않은 것은 임금에 있어서 균등처우를 부정하는 것이 결코 아니다. 오히려 포괄적인 차별적 처우의 금지를 통해 비정규직 근로자들을 보다 두텁게 보호하고자 하는 데에 취지가 있다고 볼 수도 있다. 임금에서의 차별적 처우 여부에 대한 가장 중요한 판단기준은 동일가치노동에 대한 동일임금 여부가 될 것이다. 동일가치노동 동일임금 원칙이 명시되지 않더라도 차별처우 금지 조항의 실제 적용과정에서 합리적인 해석기준을 마련하는 것이 현실적으로 절실하다.

그러나 동일가치노동 동일임금 원칙을 명시하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다. 근로기준법 제6조의 균등처우조항에 이어 동일가치노동 동일임금 원칙을 명문으로 규정할 필요가 있다.

현행법	개정안
<신 설>	<p>근로기준법 제6조의2 (동일가치노동 동일임금)</p> <p>① 사용자는 동일 사업 또는 사업장 내의 동일가치노동에 대하여 동일임금을 지급하여야 한다.</p> <p>② 제2항의 동일가치노동이라 함은 동일한 또는 유사한 조건하에 동일노동을 수행한 경우 또는 직무수행에서 요구되는 객관적인 기술·노동강도·작업조건 등이 동일하거나 유사한 경우를 말한다.</p> <p>③ 제2항의 동일임금이란 통상적·기본적 임금과 사용자가 고용을 이유로 근로자에게 현금 또는 현물로 직·간접적으로 지불하는 모든 부가적인 급여를 말한다.</p>

라. 외주화에 대한 대책으로서 상시적 업무에서의 직접고용 원칙과 간접고용 금지 규정의 도입 필요성

외주화 등 간접고용에 대한 대책으로 가장 강력한 방안은 법률에 당해 사업 또는 사업장의 상시업무에 대한 직접고용 원칙을 규정하고 도급, 용역, 위탁 등에 의한 간접고용을 원칙적으로 금지하는 규정을 두는 방안이다. 이러한 원칙을 법률에 명확히 규정하고, 그 위반 시의 사법적 효과에 대해서도 명문화한다면 간접고용이 남용되는 폐단은 대체로 막을 수 있을 것으로 보인다.

간접고용은 본질적으로 중간착취를 내포한다. 그러므로 중간착취 배제를 규정한 근로기준법 제9조에 이어 '상시적 업무에서의 직접고용의 원칙과 간접고용의 금지 규정'을 신설하는 것은 법체계상으로도 매우 적절해 보인다.

현행법	개정안
<p>근로기준법 제9조 (중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.</p> <p>&lt;신설&gt;</p>	<p>근로기준법 제9조 (좌 동)</p> <p>제9조의2 (상시적 업무에서의 직접고용의 원칙과 간접고용의 금지) ① 사용자는 사업 또는 사업장에서 수행하는 상시적 업무에 대하여 근로자를 사용하는 경우, 기간의 정함이 없이 직접 고용하여 사용한다.<sup>5)</sup></p> <p>② 사용자는 사업 또는 사업장에서 수행하는 상시적 업무<sup>6)</sup>에 대하여 직업안정법에서 정하고 있는 경우를 제외하고는 도급, 위탁, 용역, 파견 등 어떠한 명칭으로도 제3자를 매개로 하여 근로자를 사용하여서는 아니 된다.</p> <p>③ 사용자가 전항의 규정에 위반하여 제3자를 매개로 근로자를 사용한 경우에는 그 근로자를 최초 사용 시부터 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 본다.</p> <p>④ 제3항에 의하여 기간의 정함이 없이 직접 고용한 것으로 보는 경우 그 근로조건은 다음과 같다.</p>

현행법	개정안
	<p>1. 당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 제3자를 매개로 사용된 근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 있는 경우에는, 근속년수에 비례하여 그 근로자에게 적용되는 근로조건에 의한다.</p> <p>2. 당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자 중 제3자를 매개로 사용된 근로자와 동종 또는 유사 업무에 종사하거나 종사하였던 근로자가 없는 경우에는, 근속년수에 비례하여 당해 사업 또는 사업장의 사용자와 기간의 정함이 없이 직접 근로계약을 체결한 근로자들에게 적용되는 근로조건에 미달하여서는 아니 된다.</p> <p>⑤ 전항의 ‘동종 또는 유사 업무’는 동일한 또는 유사한 조건 하에 같은 직무를 수행한 경우 또는 직무수행에서 요구되는 객관적인 기술·노동강도·작업조건 등이 동일하거나 유사한 경우를 말한다.</p>

## 2. 사회적 개선방안

### 가. 기업과 정부의 자세 변화

97년 IMF이후에 노동유연화가 심화되면서 하도급, 파견, 계약직 등 간접고용 형태가 다양하게 생겨나고, 최근에는 특수고용노동자, 자영업노동자 등 새로운 형태도 발생하는 등 노동유연화, 간접고용은 점점 심화되고 있다. 입법만으로는 부족하다.

5) 직접고용의 원칙 조항은 간접고용 금지 조항과 사실상 동전의 양면이라는 점에서 간접고용 금지조항으로 법적 효과를 달성할 수 있을 것이다.

6) 이 표현과 관련하여 “상시적인 업무”, “상시적 업무”, “상시 업무” 등이 사용되고 있으며, 법률에서는 “상시적 업무”로 통일하여 사용할 것을 제안한다.

① 우선, 기업이 태도를 바꾸어야 한다. 인건비를 줄여서 수익을 창출하고 손해를 피하려는 한국사회 전반에 퍼진 기업들의 태도는 ㉠ **직접고용원칙의 노동법을 형해화**하고 ㉡ **서민들의 생존권을 위협**하는 가장 큰 위험요소가 되고 있다. 노동법은 직접고용원칙하에 예외적으로 간접고용을 허용하고 있고, 근로기준법은 제9조에서 중간착취의 금지를 명시한다. 그런데 기업들은 주요·일상업무도 무분별하게 인력업체에 하도급을 주고, 경영상 위기만 닥치면 간접고용 인력들을 손쉽게 정리하고 한다.

경영상 과실 책임을 힘없는 노동자들에게 미루는 것이다. 이처럼 이윤을 더 남기기 위하여, 정리해고를 쉽게 하기 위하여 고용의 시작 단계부터 간접고용을 택하는 것이다. 이러한 기업들의 태도는 경제주체의 절대다수가 노동자로 이루어진 우리나라 경제를 심각한 위험에 빠트릴 수 있다. 기업들이 계속 이런 식이면 국가의 복지비용은 기하급수적으로 증가될 수밖에 없거나 복지정책들이 결국에는 무기력해진다.

② 그리고, 정부는 일단 지금 있는 법을 근거로 감시감독을 철저히 해야 한다. 간접고용으로 기업이 얻는 이익보다 노동자들이 입는 피해는 비교할 수 없이 더 크다. 비정규직들이 해마다 무수히 목숨을 끊고, 하루아침에 거리에 나앉는다. 일을 하는 사람들은 똑같은 일을 하면서도 정규직보다 반토막 월급을 받고, 내일이라도 당장 잘릴 걱정에 잠을 못 이룬다. 그런데 우리 법을 보면 간접고용 제재규정이 너무 부실하다. 입법은 최소한이다. 전술한 입법, 개정안들은 반드시 실현해야한다. 그렇지만 지금 입법되어 있는 기간제법, 파견법 등이라도 기업들이 잘 지키도록, 서민들이 고통 받지 않도록 고용노동부는 철저히 감시감독 해야 한다. 기다리지 말고 먼저 나서는 태도가 중요하다.

## 나. 노사 자치적 해결의 제도화 필요성

입법과 정부의 개입이 아닌 노사 자치적 해결도 중요하다. 소송이라거나 근로감독보다 훨씬 빠르고 평화적이며 상호간에 실제적 행복에 더 가까이 접근할 수 있기 때문이다.

이는 “직접교섭 제도화”로 귀결될 수밖에 없다. 지난해 티브로드나 최근 삼성전자서비스 노조의 문제에서도 나타난 것이 바로 그러한 지점으로, 노동자들이 사용자와 직접 교섭을 통해 노사 자치적으로 문제를 해결하고자 하는 의지가 상당하고, 이는 비정규직 고용에 관한 입법과 달리 직접적으로 이들 노동자의 근로조건 개선에 비교적 빠른 효과를 가져 온다는 점에서 유의미하다.

### ① 형식적 법 논리를 떠나, 실질적 권한자인 원청이 문제해결에 나서야 한다.

간접고용 사업장들을 보면 중간업체가 근로조건에 대한 실질적 권한을 가지지 못한 경우가 많다. 이러한 경우 근로자들의 임금, 노동시간, 고용승계 등 갖가지 근로조건에 실질적 영향력을 행사하는 원청이 나서야 비정규직 하청 노동자들의 삶이 개선된다. 현실이 그러한데 1년에 몇 조씩 수익을 올리는 거대 원청이 외형적 계약관계만 들먹이면서 중간업체 뒤에 숨어있는 것은 우리사회가 건강하고 항상성 있는 시장경제를 유지할 수 없게 하는 단편적 사고의 발현이다. 시장경제는 안정적인 노동력의 유지를 반드시 필요로 하기 때문이다.

② 법적으로도 원청에게 책임을 물을 수 없는 것이 아니다. 대법원은 2010. 3. 현대중공업 사안에서 사내하청 노동자와 직접적 근로계약을 맺지는 않았지만 “노동조건 등에 실질적인 영향력과 지배력을 가지고 있어 노조법이 정하는 사용자에 해당한다”고 하였다. 이렇게 볼 때 노조법상 사용자인 원청은 하청노동자들에 대하여

단체교섭의무를 지는 것이다. 이미 확정된 대법원의 태도가 이러하다. 실질적 고용 관계, 실질적 사용종속관계에 따라 근로자들의 현실적 근로조건 향상을 추구하는 것이 바로 대법원이 말하는 법정의인 것이다.

이처럼 실질적 사용자로서의 지위를 가지는 원청과 간접고용 노동자들 간 직접교섭을 제도화하는 것은 아주 당연하고, 대단한 제도가 아니라 지금이라도 마련해야 할 그저 최소한의 보호 장치라고 하겠다.

#### 다. 소결

결국, 허술한 노동법망을 이용하여 어떻게든 인건비를 줄여서 수익을 창출하고, 고용을 최대한 불안정하게 만들어서 경영상 위기를 쉽게 탈출하려는 기업의 본성을 국가가 제대로 제재하지 못한다면 바이러스가 면역성을 계속 강화하고 유전형질을 변화시켜 생태계를 오염시키듯이, 간접고용문제는 새로운 형태로 더욱 넓고 깊게 퍼져나갈 것이다. 서민을 위한 국가, 국민복지는 아주 구체적이어야 한다. 절대다수 서민들의 월급봉투, 일터에서의 상대적 박탈감 해소, 고용안정 이것이 그 해결책이다.

#### V. 나가며

노동계와 시민사회의 영역에서 간접고용문제의 문제점을 분석하고 해결을 촉구하는 것은 기업이 이윤을 추구하는 것을 부정하는 것이 아니다. 헌법이 보장하는 바, 모든 국민은 근로의 권리를 가지며 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 한다는 원칙, 그리고 이를 위하여 구체적으로 직접고용의 원칙을 천명한 노동관계법



를들을 기업이 존중하기를 바라는 것뿐이다. 이는 상생과 공존의 최소한에 불과하다. 전근대사회의 신분제 타파, 근대사회의 민주주의와 산업경제라는 시대적 화두처럼 현대 자본주의체제의 핵심 과제 단 한 가지를 꼽으라면 그것은 바로 '간접고용 문제의 해소'이다.

끝.

[별지] 법원과 노동부의 위장도급 판단기준

가. 법원의 판단 기준

구분	대법원의 태도	세부지표
<p data-bbox="256 1294 391 1330">불법파견</p>	<p data-bbox="424 815 766 1223">“근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실제 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다”</p> <p data-bbox="424 1267 766 1397">(대법원2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결, 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결 참조)</p> <p data-bbox="424 1532 766 1599">①근로자에 대한 인사권이 누구에게 있는지</p> <p data-bbox="424 1657 766 1724">②노무지휘감독권이 누구에게 있는지</p> <p data-bbox="424 1783 766 1850">③근로조건 결정권이 누구에게 있는지</p> <p data-bbox="424 1908 766 1975">④사업경영상의 물적 독립성이 있는지 (만약 있다면</p>	<p data-bbox="791 631 1347 784">(서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752)(대법원이 위 사건의 사실관계 및 판단을 인정하였음. 대법원2012. 2. 23. 선고 2011두7076판결 “현대자동차 사내하청 사건”)</p> <p data-bbox="791 842 1347 949">①원청이 협력업체 직원에게 직접 지휘명령, 또는 협력업체가 원청의 지시를 전달한 것에 불과</p> <p data-bbox="791 1008 1347 1075">②원청 소속 근로자와 협력업체 근로자가 혼재되어 동일업무를 수행</p> <p data-bbox="791 1133 1347 1200">③원청이 미리 작성한 각종 작업지시서에 따라 단순, 반복적 업무 수행</p> <p data-bbox="791 1258 1235 1294">④협력업체의 고유기술, 자본 없음</p> <p data-bbox="791 1352 1347 1420">⑤원청이 일반적 작업배치권, 변경결정권 보유</p> <p data-bbox="791 1478 1347 1514">⑥원청이 작업량, 작업방법, 작업순서 결정</p> <p data-bbox="791 1572 1347 1639">⑦원청이 근로시간, 휴게시간, 연장 및 야간 근로 결정, 교대제, 작업속도 결정</p> <p data-bbox="791 1697 1347 1765">⑧원청직원 결원 시 협력업체 직원이 대체하게 함</p> <p data-bbox="791 1823 1347 1890">⑨원청이 협력업체를 통하여 근로자에 대한 근태상황, 인원현황을 파악·관리</p> <p data-bbox="791 1912 1347 1980">(대법원 2011. 7. 1. 선고 대법2011두6097 “금호타이어 사건”)</p>

	<p>불법파견, 없다면 목시적 근로계약관계)</p>	<p>①원청이 아무런 직접지시를 하지 않았더라도 원청이 제공한 작업계획서에 따라 작업하였다면 도급이 아니라 파견으로 보아야 함</p> <p>②협력업체 고유설비, 독자적인 전문기술 없음</p> <p>③사업수행의 목적 및 내용이 오로지 해당 원청과의 계약 수행에 한정</p>
<p>목시적 근로계약 관계</p>	<p>“원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 목시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.”</p> <p>(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정, 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 참조)</p> <p>①협력업체의 실체가 없음</p> <p>②협력업체 직원들은 실질적으로 원청에 종속</p> <p>③실질적인 임금 지급자가 원청임</p>	<p>(대법원 2008. 7. 10. 선고2005다75088판결 “현대미포조선 사건”)</p> <p>①원청이 채용, 승진, 징계에 실질적 권한행사</p> <p>②원청이 지휘감독권 행사: -출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도, 작업량, 작업방법, 작업순서, 업무협력방안 -원청이 직접, 또는 협력업체 책임자를 통하여 간접적으로</p> <p>③임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력 행사: -상여금, 퇴직금, 작업량 단가, 사회보험료 등</p> <p>④협력업체는 사업경영상 독립적인 물적 시설 없음: 사무실을 원청이 제공, 독자적 장비 없음, 소속 근로자 교육 및 훈련 등에 필요한 독립 시설 없음</p>

	<p>④근로제공의 상대방도 원청</p>	<p>(대법원 2003.9.23. 선고 2003두3420판결 “인사이트 코리아 사건”</p> <p>①사실상 경영에 관한 사항을 원청이 행사</p> <p>②원청이 신입사원 채용공고, 면접</p> <p>③원청직원과 구별 없이 업무지시, 직무교육, 표창, 휴가 승인 등 제반 인사관리</p> <p>④조직, 팀 구성에 원청직원과 혼재</p> <p>⑤근로자들의 업무수행능력 원청이 직접 평가</p> <p>⑥원청 직원과 협력업체 직원들의 임금인상 연동</p> <p>(서울고법 2010나90816 “KTX여승무원 사건”)</p> <p>①협력업체는 업무수행상 독자성이나 사업경영상의 독립성이 없음 협력업체는 원청의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행했을 뿐임</p> <p>②근로제공 상대방이 원청</p> <p>③원청이 임금 등 근로조건 결정</p>
--	-----------------------	---

나. 노동부의 판단 기준<sup>7)</sup>

7) 노동부 : 1998. 7. “근로자파견사업과 도급 등에 의한 사업의 구별기준에 관한 고시”, 2004. 7. “사내하도급점검 지침”

검찰 : 2006. 9. “파견법상의 주요쟁점해설”

(1) “근로자파견의 판단기준에 관한 지침” - 2008. 2. 22. 노동부 작성

<기본원칙: “계약의 명칭·형식 등 의견보다 구체적 사실관계에 따라 판단”>

<p><b>불법파견</b></p>	<p>▲근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주, 수급인, 수입인 등에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있어야 함(실체가 없으면 직접고용관계)</p> <p>▲사용사업주등의 지휘·명령에 대한 판단기준</p> <p>①작업배치·결정권</p> <p>②업무지시·감독권          ※ 특히 직접 고용한 근로자와 혼재하여 동일, 유사 업무 종사케 하는 경우 업무 지시·감독권 행사 여부를 보다 신중히 검토          ※ 계약서상 업무의 목적이나 내용이 지나치게 추상적이어서 사용사업주등의 지시를 통해 비로소 구체화되는 불확정한 상태에 놓여있거나 또는 업무 전반을 망라하는 것으로 되어 있어 특정 업무에 한정되지 않는 경우 업무 지시·감독권이 인정될 수 있음</p> <p>③휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권</p> <p>④업무수행에 대한 평가권</p> <p>⑤연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권</p>
<p><b>목시적 근로계약 관계</b></p>	<p>▲파견사업주등이 협력업체 근로자에 직접 지휘·명령 하면서, <u>사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우.</u>          당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주, 도급인, 위임인 등이 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하여 노동관계법 위반 여부를 판단함.</p> <p>▲사업주로서의 실체 판단기준</p> <p>①채용, 해고 결정권 여부</p> <p>②소요자금 조달 및 지급에 대한 책임:          사무실 임대비용, 회사 설립비용, 주식소유비율, 매월 파견사업주에게 일정한 임금 보전 여부, 협력업체 근로자 임금 인상과 도급비 인상의 연동 여부 등</p> <p>③법령상 사업주로서의 책임:          4대 보험 납부여부, 주민세 및 사업소득세 등 각종 세금 납부여부, 근로소득</p>

이후, 노동부·검찰 공동 : 2007. 4. 19. “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”

	<p>원천징수 관련 자료, 도급계약서 내용 파악, 임원 간 순환근무 여부(원청 임직원이 협력업체로 내려오는지)</p> <p>④기계, 설비, 기자재의 자기책임 여부</p> <p>⑤전문적 기술, 경험 관련된 기획 책임과 권한 여부: 파견사업주 등을 기준으로 판단. 개별근로자의 기술, 기능 여부가 기준 아님.</p>
--	--