

'사내하청 대법원 판결 3부작 - 그 의미와 과제' 토론회

- 일 시 : 2010년 4월 28일(수) 오후 2시~5시
- 장 소 : 서울지방변호사회 변호사교육문화관 대회의실2

▶ 주 최 ◀



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임



한양대 법학연구소 공익소수자인권센터

[토론회 순서]

'사내하청 대법원 판결 3부작 - 그 의미와 과제' 토론회 순서

○ 인사말 : 백승헌 변호사(민주사회를 위한 변호사모임 회장)

○ 사회 : 박수근 교수(한양대학교 법학전문대학원)

○ 발제

가. 각 사건 사례 발제

- 현대미포조선 사건 : 권두섭 변호사(민변, 민주노총 법률원)
- 예스코 사건 : 강기탁 변호사(민변, 법무법인 시민)
- 현대중공업 사건 : 김진 변호사(민변, 법률사무소 이안)

나. 총괄발제

- 미완의 3부작 그 완성을 위하여 : 박제성 박사(한국노동연구원)

○ 종합 토론

- 강성태 교수(한양대학교 법학전문대학원)
- 김철희 노무사(노동인권실현을위한노무사모임)
- 김정란 정책국장(민주노총)
- 한국노총
- 노동부 고용평등정책과

[자료집 목차]

[사례발제1] 현대미포조선 사건	1
[사례발제2] 예스코 사건: 사안과 쟁점 및 판단	6
[사례발제3] 현대중공업 사건	10
[총괄발제] 미완의 3부작 그 완성을 위하여	19
[종합토론1] 사내하도급 삼부작의 의의와 과제(토론문)	33
[종합토론2] 토론문(김철희 노무사)	40
[종합토론3] 토론문(김경란 정책국장)	51
[종합토론4] 한국노총 토론	55
[종합토론5] 노동부 고용평등정책과 토론	56
[판결문1] 현대미포조선 판결문	57
[판결문2] 예스코 판결문	60
[판결문3] 현대중공업 판결문	66

[사례발제1]

현대미포조선 사건 (대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)

권두섭 변호사(민변, 민주노총 법률원)

1. 사건 및 법률쟁송의 경위

- 이 사건 원고 근로자들이 소속된 용인기업은 약 25년간 오직 피고 현대미포조선으로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔다. 모든 선박은 고장이 발생하였을 경우 뿐만 아니라, 정기적인 검사와 수리를 받도록 되어 있다.

- 위 용인기업은 1978. 4. 24. 설립되었으며, 현대미포조선에서 25년간 내주하청업체로 운영되어 왔고 2003. 1. 31. 사실상 현대미포조선의 주도하에 폐업에 이르게 되었다.

- 이러한 폐업조치에 반발하여 용인기업에 형식적으로 소속되어 있던 근로자들은 울산지방법원에 종업원지위확인소송을 제기하였으나, 1심¹⁾과 항소심인 부산고등법원²⁾에서 원고들의 청구를 기각하였고 대법원에서는 이 사건 판결과 같은 이유로 원심을 파기하였다.

- 한편, 부산지방법노동위원회, 중앙노동위원회에도 현대미포조선을 피신청인으로 하여 부당해고구제신청을 제기하였으나, 각하판정이 내려졌고, 다시 서울행정법원에 원고들이 소송을 제기하였다. 서울행정법원³⁾은 이 사건 대법원 판결 취지에 따라 원고 승소 판결을 내렸다.

2. 사건의 쟁점

1) 울산지방법원 2004. 5. 20. 선고 2003가합987 판결

2) 부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결

3) 서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2004구합25397 판결

사례발제1. 현대미포조선 사건

- 1) 첫째, 원고들은 소의 용인기업은 노무대행기관에 불과할 정도로 실체가 없으며, 원고들은 처음부터 피고인 현대미포조선 사이에 근로관계가 성립되어 있다고 볼 수 있는지 여부가 쟁점이었고,
- 2) 둘째, 그렇지 않더라도 원고들과 현대미포조선의 근로관계의 실질은 파견근로관계이며, 파견대상업무가 아닌 업무에 대한 파견이므로 불법파견이어서 구 근로자파견법 제6조 제3항에 따라 각 2년이 경과한 시점부터는 피고 현대미포조선에 직접 고용되었다고 볼 수 있는지 여부가 그 다음이 쟁점이었다.

3. 1심 및 원심 판결의 요지

- 1심과 원심인 부산고등법원은 위 원고들의 두 가지의 주장을 모두 배척하였고, 원고들이 속한 용인기업과 피고 현대미포조선의 관계를 도급관계로 판단하였다.

- 원심인 부산고등법원 판결의 요지를 보면,

“이 사건의 경우 원고들이 근로를 제공한 장소가 피고의 사업장 내이며, 피고가 용인기업 근로자들의 채용, 인원 조정에 관여하고, 원고들이 용인기업으로부터 지급받을 수당, 상여금, 퇴직금 등을 실질적으로 보장해 주며, 작업물량의 분배와 품질관리를 통하여 원고들의 작업시간, 수준, 방법을 통제하기도 하고, 후생복지 면에서도 피고의 상시 근로자와 비슷한 대우를 해 준 점에서 외견상 근로관계와 유사한 면이 없지는 않다.

- 그러나, 앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고와 주용인(용인기업) 사이의 관계는 도급계약을 기초로 하여 정해져 있고, 서로 회계나 재산관계가 혼동되지 않으며

- 지배구조의 관련이 없는 별개의 사업자인 점, 주용인은 용인기업의 경영권을 가지고,

- 피고의 관여가 있다고 하더라도 원고들에 대한 채용, 근로조건의 결정, 인사배치, 작업현장에서의 지시권, 해고의 권한을 실질적으로 보유하고 있었으며,

- 그 이름으로 원고들에게 임금을 지급해왔고,

- 최종적으로 용인기업의 폐업까지 스스로 결정한 점,

- 주용인이 피고로부터 원고들에게 지급할 수당, 상여금, 퇴직금 등을 실제 발생된 비용 범위 내에서 지급받아 같은 금액을 원고들에게 지급하기는 하였으나, 그 대가로 작

업물량에 대한 계약단가를 낮게 책정 받음으로써 경제적으로는 작업물량을 완성하여 지급받는 공사대금과 별 차이가 없었고, 기본적으로는 작업물량에 근거한 기성금을 피고로부터 지급받았던 점,

- 주용인은 피고로부터 지급받는 기성 공사대금을 재원으로 나름대로의 체계와 관리기준에 따른 임금과 관리비용을 지출하고 그 나머지를 자신의 소득으로 하였는데, 이와 같은 주용인의 소득은 그 소속 근로자들인 원고들에 대한 효율적인 인력관리와 기술훈련, 작업개선을 통하여 변동이 생길 수 있었던 점,

- 원고들은 주용인을 고용주로 인식하면서 근로계약을 체결하였고, 용인기업 내 독자적인 노동조합을 결성하여 주용인과 근로조건에 대한 협상을 벌이기도 하였으며, 주용인을 통하여 피고의 외주업체 전환시도를 막은 점 등에 비추어,

- 주용인(용인기업)을 형식적, 명목적 존재로 보기는 어렵고, 오히려 경제활동적인 측면에서나 그 지배구조, 의사결정의 구조상 피고로부터 독자성이나 독립성을 가진 사용자라고 인정될 뿐이며, 달리 원고들과 피고 사이에 주용인의 용인기업이 형식적으로 매개된 묵시적 근로계약관계가 성립되었다거나, 나아가 파견근로관계에 있다고 보기 어렵다.”

4. 대법원 판결의 내용

1) 채용하고 있는 사실 관계

① 현대미포조선이 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사

- 피고 회사(현대미포조선)는 ○○이 모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였고 ○○ 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, ○○ 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

② 현대미포조선이 원고들에 대한 지휘감독권을 행사

- 피고 회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 ○○ 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지

사례발제1. 현대미포조선 사건

시를 하였으며, ○○이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, ○○의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

③ 현대미포조선이 원고들의 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사 - ○○은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 피고 회사로부터 수령하였지만, 피고 회사는 ○○ 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 피고 회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다. 한편, ○○에 대한 작업량 단가는 피고 회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 ○○ 노동조합과 피고 회사 사이에 체결된 임금협약 결과에 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 행사하였다.

④ 용인기업은 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였음 - ○○은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득 신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, ○○은 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

2) 채용 법리 및 묵시적 근로관계 성립 인정

- 원고용주에게 고용되어 제 3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 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 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 1999. 7. 12.자 99마628 결정, 1999. 11. 12. 선고 97

누19946 판결, 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 등 참조).

- 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, ○○은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

[사례발제2]

예스코 사건: 사안과 쟁점 및 판단
(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결)

강기탁 변호사(민변, 법무법인 시민)

1. 사안의 개요 및 사건의 경과

가. 사안의 개요

극동도시가스(주)(2006. 3. 2. (주)예스코로 상호 변경. 이 사건 소송에서는 피고 보조참가인임)는 서울 중심 및 동북부, 경기 동부지역을 기반으로 도시가스소매업을 영위하는 회사임.

원고들은 2000. 4. 3.부터 2002. 4. 2.까지는 파견회사인 (주)진방템프그룹 소속으로 근로자파견계약에 따라, 2002. 4. 3.부터 2003. 11. 30.까지는 (유)두레BSP 소속으로 업무도급계약¹⁾(그러나 위장도급으로 실질은 근로자파견에 해당)에 따라 극동도시가스(주) 고객지원센터에서 근무하였음. 위 최초 파견 당시 약정된 업무는 파견대상업무에 해당하는 ‘비서, 타자원 및 관련 사무원 업무’였으나, 실제로 담당한 업무는 ‘고객봉사사무직원’ 업무에 가까운 것으로서 파견허용대상 업무가 아니었으며, 그 종사 업무의 내용도 이후에도 계속하여 변함이 없이 동일하였음. 그러다가 두레BSP가 도산하게 되자, 원고들은 2003. 12. 1. 극동도시가스(주)와 근로(계약)기간을 1년으로 하는 근로계약을 체결하고 근무하였고, 그 기간이 만료할 무렵인 2004. 11. 29. 다시 근로(계약)기간을 1년 연장하는 계약을 체결하고 근무하였음.

극동도시가스(주)는 2005. 10. 25.경 원고들에게 2004. 11. 29.자 근로계약의 (계약)기간 만료를 이유로 2005. 11. 30.자로 그 계약을 해지하겠다고 통보하였음.

나. 사건의 경과

이에 원고들은 2005. 12. 5. 서울지방노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였고, 서울지방노동위원회²⁾는 2006. 2. 21. 원고들의 구제신청을 모두 기각하였으

1) 이는 아래에서 보는 구 파견법 제6조 제3항의 적용을 회피하기 위한 것이었음.

며, 원고들은 다시 2006. 3. 7. 중앙노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심 신청을 하였으나, 중앙노동위원회³⁾도 2006. 6. 22. 원고들의 재심신청을 모두 기각하였음.

원고들은 2006. 7. 14. 서울행정법원에 중앙노동위원회위원장을 피고로 부당해고구제재심판정취소를 구하는 소송을 제기하였음.

2. 쟁점과 판단

가. 쟁점

① 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘구 파견법’이라고 함) 제6조 제3항⁴⁾ ‘직접고용간주 규정’의 적용 범위 곧 직접고용간주 규정이 적용한 근로자파견의 경우에만 적용되어 이 사건과 같이 위법한 근로자파견에는 그 적용이 없다고 보아야 하는지, ② 만약에 적용이 있다고 할 경우에 그 근로관계의 기간은 어떻게 보아야 하는지 곧, 기한의 정함이 없는 것으로 되는 것인지가, 중요 쟁점이었음.⁵⁾

나. 제1심⁶⁾ 및 원심⁷⁾의 판단.⁸⁾

-
- 2) 2005부해1281/부노171 사건. 관여 공익위원 : 김성진, 정진철, 최연희
 - 3) 2006부해205/부노48 사건. 관여 공익위원 : 고흥소, 임종률, 안영수
 - 4) “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대사실을 표시하는 경우를 제외한다.”
 - 5) 한편 원고들은 예비적 주장으로, 원고들이 2000. 4. 3.부터 극동도시가스에서 5년 7개월여 동안 동일한 업무를 한 점 등 근로계약 체결의 경위, 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 감안할 때 2004. 11. 29.자 근로계약의 근로계약기간은 그 문언에도 불구하고 기한의 정함이 없는 근로계약에 해당한다고 하였고, 제1심과 원심은 이 주장 또한 이유 없다고 배척하였음.
 - 6) 서울행정법원 2006. 12. 26. 선고 2006구합25728 판결. 관여 법관 : 판사 이태중(재판장), 김선희, 오태환
 - 7) 서울고등법원 2007. 10. 5. 선고 2007누5105 판결. 이는 제1심 판결을 그대로 인용하는 판결이었음. 관여 법관 : 판사 박삼봉(재판장), 박병훈, 김춘호
 - 8) 노동위원회의 판단 요지 : 이 사건 근로자들이 자의로 2003. 12. 1. 이 사건 사용자(극동도시가스)와 근로계약을 체결하여 직접 사용종속관계가 성립한 이상 고용의제규정이 적용될 여지가 없으며, 설사 고용의제규정이 적용된다 하더라도 그러한 사정만으로 본 건 계약기간의 해석을 달리 할 수 없다.

사례발제2. 에스코 사건

원고들이 국동도시가스에서 담당하였던 주요업무는 창구에서 직접 또는 전화로 고객들로부터 도시가스 공급계약 체결 관련 의뢰를 받아 직접 접수한 다음 이를 컴퓨터에 저장된 국동도시가스 서식에 따라 입력하여 처리하는 업무로서 한국표준직업분류상 고객봉사사무직원에 가깝고 구 파견법 제5조 제1항, 같은 법 시행령 제2조 제1항 소정의 파견대상 업무인 '비서·타자원 및 관련 사무원'에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 진방템프그룹이 2000. 4. 3.부터 원고들을 국동도시가스(주)에 파견하여 근무하게 한 것은 파견법에 위배되는 위법한 근로자파견을 한 때에 해당함.

파견법에 따른 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 사용사업주의 지휘, 명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하므로(구 파견법 제2조 제1호), 파견근로자와 관계에서 사용자의 위치에 있는 자는 원칙적으로 파견사업주라고 할 것이고, 근로기준법 중 대부분의 규정의 적용에서 파견사업주를 사용자로 보고 사용사업주는 근로시간, 휴게, 휴일 등의 일부 규정의 적용에서만 사용자로 본다는 파견법 제34조의 규정이나, 파견기간이 2년을 초과하는 경우 사용사업주가 파견근로자를 고용한 것으로 의제하는 파견법 제6조 제3항의 규정 또한 위와 같은 취지를 반영한 것이라고 할 것이며, 따라서 사용사업주는 파견근로자에 대한 관계에서 사용자로 볼 수 없음. 뿐만 아니라 근로파견 역무의 제공을 원칙적으로 금지하되 파견 대상 업무, 파견기간, 인적·물적 기준 등에 관한 엄격한 요건 하에 예외적으로만 근로자 파견을 허용하고 있는 파견법의 입법취지에 비추어 본다면(구 파견법 제5조, 제6조 제1항, 제2항, 제7조, 제9조, 제43조 제1호), 파견근로자, 파견사업주, 사용사업주 사이의 관계에 관하여 정하고 있는 파견법의 제 규정들(구 파견법 제6조 제3항, 제34조, 제35조)은 '적법한 근로자파견'의 경우에만 적용되는 것이지, 위법한 근로자파견의 경우에는 적용되지 않는 것으로 보아야 할 것임. 원고들이 국동도시가스에서 영위하였던 업무가 구 파견법 소정의 파견대상 업무가 아니고 위법한 근로자 파견에 해당한다는 이유만으로 원고들과 위 회사 사이에 묵시적으로 근로계약관계가 성립되었다고 볼 수 없고, 또한 원고들이 위 회사에서 2년 이상 같은 업무에 종사하였다고 하더라도 구 파견법 소정의 고용의제규정이 적용되지 아니하여 원고들과 위 회사 사이에 구 파견법 제6조 제3항 소정의 직접 고용관계가 의제되었다고 보기 어려움.

다. 대법원(전원합의체)의 판단⁹⁾

9) 그 선고 전에 2008. 6. 19. 공개변론을 진행하였고, 아래 결론은 전원 일치 의견이었으며, 주심은 김지형 대법관이었음.

구 파견법 제6조 제3항의 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법(私法) 관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화 장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데 그 입법취지가 있다고 할 것이다.

한편 구 파견법 제6조 제3항은 근로자파견이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 같은 법 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 같은 법은 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견 기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 따른 사용사업주와 파견근로자 간의 고용성립의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다.

이러한 직접고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법취지를 종합하여 보면, 위 직접고용간주 규정은 같은 법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 '근로자파견'이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기간의 정함이 없다고 보아야 한다.

이와 달리 직접고용간주 규정이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 같은 법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 '적법한 근로자파견'의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 위와 같이 위 규정의 문언이나 입법취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다.

사례발제3. 현대중공업 사건

[사례발제3]

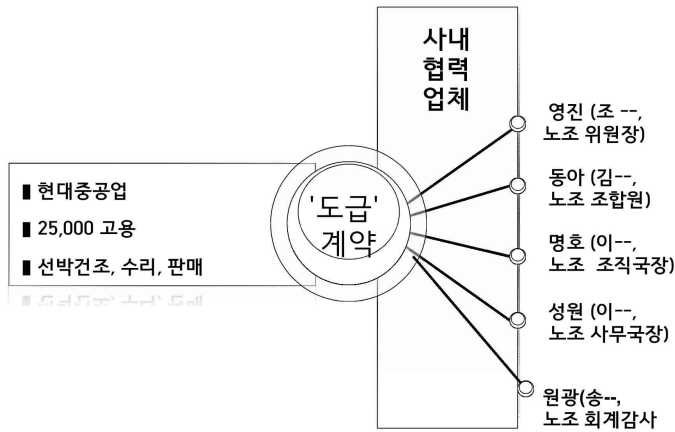
**현대중공업 사건
(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등)**

김진 변호사(민변, 법률사무소 이안)

현대중공업 사건

대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등

당사자 사이의 관계



사례발제3. 현대중공업 사건

사건의 개요

2003. 8. 20.

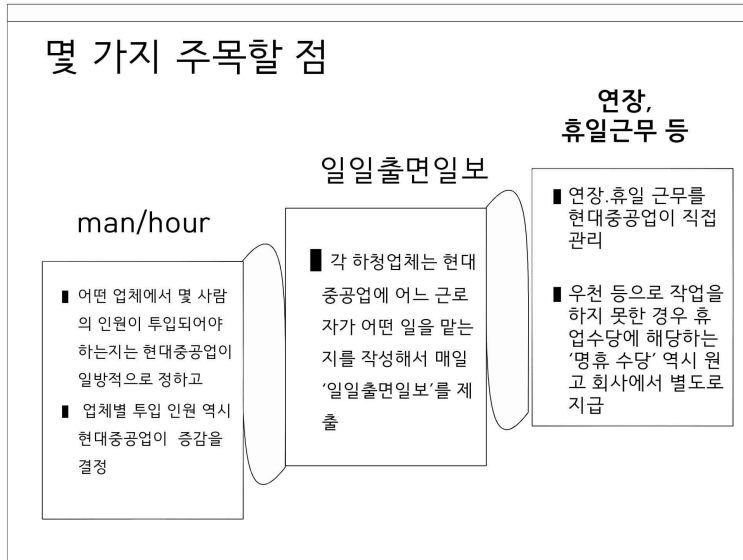


폐업의 경위

사내하청인행

위 사내 협력업체들은 1997년경부터 설립되어 위 폐업시까지 아무런 문제없이 나름대로 경영상 소득을 얻으면서 운영되어 온 회사들로서 전에 노사분규를 경험하여 본 적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가 본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 협력업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는다.

■ 사내협력사기본관리규정 : 제8조 8-1-1 (해지) “...노사분규 등으로 정상적인 경영이 곤란한 경우...”



법률 분쟁의 경위

- **부산지방법노동위원회** : 부당해고 및 부당노동행위(불이익취급)구제신청, 부당노동행위(지배, 개입) 구제신청 → 각하 (2004. 3. 23.) : 사용자성 부인
- **중앙노동위원회 (2005. 3. 3.)** : 부당해고 및 부당노동행위 구제신청은 초심 유지, 지배·개입으로 인한 부당노동행위 구제신청은 초심을 취소하고 "사내 협력업체들에 대한 실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 조합활동을 위축 또는 침해시키는 행위를 하여서는 아니된다"

서울행정법원 2006. 5. 16. 선고 2005구합11968 판결 (기각)
 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13970 판결 (기각)

대법원 판결 ① : 사용자 개념

■ ... 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적은 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있을 것...

■ ... 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것...

사용자 = 실질적, 구체적인 지배·결정권

① 작업시간과 일정을 관리 통제하고 있기 때문에, 노조 활동과 관련된 실질적 결정권을 행사하게 되는 지위에 있다는 점

② 사내하청업체는 작업일시, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관하여만 결정

③ 사내하청 근로자는 원청 회사 사업장 내에서 작업함으로써 원청이 계획한 작업

④ 작업진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여 원청이 결정

대법원 판결 ① : 사용자 개념

■ "... 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 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 ..."

■ "... 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다... 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 ... 사용자에게 해당"

대법원 판결 ② : 부당노동행위 성립

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ 사내 하청업체 대부분 - 원청 업무만 수행 ▪ 개별도급계약의 체결 여부 및 물량을 그 계획에 따라 주도적으로 조절 ▪ 도급계약의 해지, 사내 하청업체 등록해지 권한을 가지고 있는 등 ▪ 사내 하청업체에 대하여 우월적 지위 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 현대중공업이 사내 하청업체에게 소속 근로자가 원고 회사에서 유인물을 배포하는 등 회사 운영을 방해하고 있다면서 계약해지 등의 경고를 한 점 ▪ 줄은 이은 폐업 ▪ 사내 하청업체 들이 경영상 폐업할 별다른 사정이 없음 |
|--|--|

대법원 판결 ② : 부당노동행위 성립

▶ 사내 하청업체들은 1997년 경부터 설립되어 그 폐업시까지 아무런 문제없이 운영

▶ 전에 노사분규를 경험하여 본 적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가 본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 하청업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는 점

대법원 판결 ② : 부당노동행위 성립

▶ 영진기업 : 폐업결정 직후에 효정산업 설립 - 영진 소속 근로자 상당수가 효정산업으로 옮겨 도장5부 작업 그대로 수행
▶ 동아산업 : 폐업공고 직후 신라주식회사에서 패널 조립업무에 근무할 근로자를 모집하여 동아산업이 하던 패널 조립작업을 그대로 이어받음

▶ 현대중공업이 현우기업에 대하여 계약해지를 예상하고 있었음에도
▶ 참가인 조합의 임원이 소속된 성원기업 의장부분이 갑자기 폐지되고 성원기업 의장부분 소속 근로자가 현우기업에 입사

▶ 영세하고 정보력이 부족한 사내 하청업체들의 독자적인 능력만으로 폐업 및 직원모집, 회사설립 등의 복잡한 업무를 원고 회사의 운영에 아무런 차질이 없도록 위와 같이 신속하게 진행할 수 있었다고는 보이지 않는다

대법원 판결 ③ : 구제명령의 내용



[총괄발제]

미완의 3부작 그 완성을 위하여

박제성 박사(한국노동연구원)

여는 말

이 글은 최근의 잇따른 사내하도급 관련 대법원 판결 3건을 비판적으로 검토하는 글입니다. 현대미포조선 사건과 예스코 사건 그리고 현대중공업 사건이 그것입니다. 그 각각에 대해서 차례대로 목시적 근로계약 법리, 파견법 적용론 그리고 실질적 지배력설이라는 이름을 붙였습니다. 그렇다고 자의적으로 명명한 것은 아니고, 그 동안 학계의 수많은 논쟁 과정에서 어느 정도 공유된 것으로 보이는 이름들입니다.

일견, 이 셋이면 웬만한 사내하도급 사건은 규율할 수 있을 것 같습니다. 그래서 3부작이라는 토론회 타이틀이 붙었겠지요. 흥미로운 것은 사내하도급이라는 하나의 현상에 대해서 어떻게 세 가지의 서로 다른 법리가 적용되는가 하는 것입니다. 사실 관계가 달라서인가? 아니면 하나의 사실 관계에서 세 가지 서로 다른 법적 쟁점이 제기되기 때문인가? 물론 각각 다른 사건이기 때문에 사실 관계는 같을 수 없습니다. 하지만 그 차이들을 관통하는 현상의 본질은 동일합니다. 타인(고용사업주)에게 고용된 근로자를 자신(사용사업주)의 지휘명령(또는 지시감독) 아래 일하게 하는 것입니다. 그렇다면 제기되는 법적 쟁점은 하나일 것입니다. 사용사업주의 책임은 무엇인가?

세 건의 대상 판결은 이 질문에 대한 각각의 논리를 제시하고 있습니다. 이하에서 그 각각의 논리를 비판적으로 검토하고 그 의의와 한계를 짚어보고자 합니다.

1. 목시적 근로계약 법리 비판 : 현대미포조선 사건

목시적 근로계약 법리 3부작

사용사업주와 하도급 근로자 사이에 목시적 근로계약 관계가 성립한다고 인정한 대표

총괄발제. 미완의 3부작 그 완성을 위하여

적인 대법원 판례가 2002년의 경기화학 사건¹⁾과 2003년의 SK인사이트코리아 사건²⁾ 그리고 2008년의 현대미포조선 사건³⁾입니다. 2002년의 경기화학 사건은 이른바 ‘소사장 법인’의 근로자와 원사업주 사이에 근로계약 관계를 인정한 것이고, 2003년의 SK인사이트코리아 사건은 그룹 내 자회사의 근로자와 모회사 사이에 근로계약 관계를 인정한 것입니다.

그리고 2008년의 현대미포조선 사건은 개인 하도급 업자의 근로자와 사용사업주 사이에 근로계약 관계를 인정한 것입니다. 특히 현대미포조선 사건은 사용사업주와 고용사업주가 동일한 지배 구조에 속해 있는 경우가 아닌 경우에도 묵시적 근로계약 관계의 성립을 인정한 것이라는 점에서 앞의 두 판결을 보완하는 의미가 있습니다. 이 사건의 원심⁴⁾이 묵시적 근로계약 관계의 성립을 부정하면서 사용사업주와 고용사업주 관계가 “지배구조의 관련이 없는 별개의 사업자인 점”을 하나의 이유로 들고 있는 것은 분명히 앞선 두 개의 대법원 판결을 염두에 둔 것으로 보입니다.

요컨대, 대법원은 사내하도급에서 고용사업주의 법적 형식이 소사장인 경우, 그룹 자회사인 경우, 개인업자인 경우 등 모든 유형에 대해서 묵시적 근로계약 법리를 적용하고 있는 것입니다. 그런 점에서 현대미포조선 사건 대법원 판결은 묵시적 근로계약 법리의 3부작을 완성하는 판결이라 할 만합니다.

양날의 칼

묵시적 근로계약의 성립이 인정되면 사용사업주는 노동법상 사용자로서의 모든 책임을 부담하게 됩니다. 임금 지급 등과 같은 개별적 노동관계법상의 책임뿐만 아니라 단체교섭 의무 등 집단적 노동관계법상의 책임도 부담하게 되는 것입니다. 따라서 근로자의 입장에서 보면 묵시적 근로계약 법리는 자신의 권리를 실현하기 위한 가장 유력한 법리가 될 수 있으며, 사용사업주의 입장에서 보면 가장 혹독한 결과를 초래하는 법리라고 할 수 있습니다.

1) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결.
2) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.
3) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.
4) 부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결.

그런데 결과가 혹독한 만큼 묵시적 근로계약 법리의 적용은 엄격한 요건 심사를 거쳐야 합니다. 이러한 엄격한 심사는 묵시적 근로계약 법리의 적용 가능성을 최대한 억제하는 효과를 낼 수 있습니다. 사실, '치밀하지 못한' 사용사업주가 자신이 진정한 사용자임을 의심할 여지없이 드러내는 경우도 없진 않을 것이지만, 사실 관계 자체가 너무나 명확하여 묵시적 근로계약 관계를 인정하지 않을 수 없는 예외적인 경우를 제외하면(아니 오히려 그러한 경우에도), 우리 법원이 묵시적 근로계약 법리를 적용하여 사용사업주의 사용자성을 인정하는 경우는 드물다고 할 수 있습니다.

고용사업주의 독립성 심사의 함정

엄격한 요건 심사의 핵심은 고용사업주의 실체, 즉 독립성 여부 판단입니다. 묵시적 근로계약 관계가 성립하기 위해서는 고용사업주가 사용사업주의 노무 대행 기관과 동일시할 수 있는 정도로 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않아야 합니다. 쉽게 말하면 '허깨비'여야 한다는 것입니다. 그래야 근로자의 근로계약은 고용사업주를 없는 듯 통과하여 사용사업주에게 가 닿을 수 있는 것입니다. 그러므로 이 때 고용사업주의 실체는 그 통과를 저지하는 장벽의 역할을 수행합니다.

그러나 고용사업주의 독립성은 의외로 쉽게 인정됩니다. 판결례를 검토해 보면 법원이 생각하는 고용사업주의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 '약간의 독립성'이라는 점을 알 수 있습니다. 고용사업주에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 사용사업주 사이에 종속관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 점에서 묵시적 근로계약 법리는 결정적인 한계를 안고 있습니다.

코스콤 사건의 사례

2008년 7월 18일에 선고된 코스콤 사건 두 판결을 대비해 보면 묵시적 근로계약 법리에서 고용사업주의 독립성 판단이 갖는 함정을 파악할 수 있습니다. 사건의 개요는 다음과 같습니다.

증권 및 금융 전산망 관련 시스템의 개발, 운영, 유지, 보수 등 시스템 통합 서비스업을

총괄발계. 미완의 3부작 그 완성을 위하여

수행하는 회사인 코스콤은 1996년부터 2002년에 걸쳐 금융 전산 정보 보존과 보안 인증 관련 업무는 A, B, C, D에게 도급하고, 통신 단말 장비 보수 관리와 프로그램 개발 지원 등의 업무는 X와 Y에게 도급한 후 수 회에 걸쳐 위 도급계약을 갱신하였습니다. 2007년에 이르러 B, C, D 소속의 근로자들은 A로 소속이 변경되었고(제1판결⁵⁾), X와 Y의 사업은 Z로 양도되면서 근로자들의 고용도 Z로 승계되었습니다(제2판결⁶⁾). 제1판결과 제2판결에서 모두 근로자들은 코스콤이 고용사업주들과 체결한 도급계약은 위장도급에 해당하고 따라서 근로자들과 코스콤과 사이에 직접적인 근로계약 관계가 존재한다고 주장하였습니다. 제1판결에서는 근로자들이 패소하였고(목시적 근로계약 관계 부정), 제2판결에서는 근로자들이 승소하였습니다(목시적 근로계약 관계 인정).

제1판결과 제2판결에서 인정된 사실들을 보면, 인사 노무 관리 방식은 두 사건이 다르지 않음을 확인할 수 있습니다. 전자와 후자가 다른 점은 전자의 사건에서 고용사업주들은 코스콤 외에도 다른 회사하고도 거래한 실적이 있는 반면, 후자의 사건에서 고용사업주들은 코스콤하고만 거래를 했다는 점입니다. 법원이 제1판결에서 “A는 자신의 일반 사업 수행에 필요한 사무실, 시설 등 각종 물적 시설을 보유하고 있다.”라는 언급을 B, C, D에 대해서도 반복하고 있는 한편, 제2판결에서 “소외 회사들[X와 Y]은 피고[코스콤]의 도급 업무 외에 일반 영업을 하는 데 필요한 설비 및 시설 등을 갖추지 못하고 있었다.”라고 언급하고 있는 점을 눈여겨 볼 필요가 있습니다. 요컨대, 승소와 패소를 가른 것은 고용사업주가 다른 회사와 거래한 실적이 있는가 여부였던 것입니다.

종속론

그러나 고용사업주가 독립성이 있는지 여부는 사용사업주와 하도급 근로자들 사이에 종속관계가 존재하는지, 즉 근로계약이 성립하는지 여부와는 무관한 문제입니다. 사용사업주와 하도급 근로자 사이에 근로계약이 성립하는지 여부는 둘 관계의 실질에 관한 문제입니다. 지금의 목시적 근로계약 법리는 “종속관계 있으면 근로계약 있다.”라는, 대법원이 확립한 실질주의 판단 원칙에 반하는 것입니다. 목시적 근로계약 법리는 “종속관계 있지만...”이라고 해서, 근로계약의 성립 여부가 실질적 종속관계에 의하여 결정되는 것이 아니라 주변의 법률관계에 의하여 간접적으로 결정되게 함으로써 법원 스스로

5) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합13702 판결.

6) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10338 판결.

자기의 원칙을 무너뜨리는 결과를 초래하는 것입니다.

사내하도급에서 하도급 근로자와 사용사업주 사이에 근로계약 관계가 성립하는지 여부는 둘 사이에 종속관계가 존재하는지 여부만을 놓고 판단하면 족합니다. 고용사업주가, 실체가 있든 없든, 그 사이에 개입하고 있다면, 예컨대 직업안정법 위반에 해당하는 것은 아닌지만 따지면 될 뿐입니다.

독립성과 종속성의 병존

묵시적 근로관계 법리의 딜레마는 어쨌든 고용사업주의 독립성이 인정되는 한, 고용사업주와 그 근로자 사이에 체결한 근로계약을 없는 것으로 할 수는 없지 않는가 하는 것이라고 생각합니다. 하지만 고용사업주의 독립성과 사용사업주와 하도급 근로자 사이의 종속관계는 병존할 수 있습니다. 마치 범죄 조직이 합법적인 회사를 설립하여 한편으로는 합법적인 영업을 수행하면서 다른 한편으로는 범죄 행위를 저지르는 것과 유사합니다. 이쪽의 합법이 저쪽의 불법을 없애지 못하는 것처럼, 이쪽의 독립성이 저쪽의 종속성을 없애는 것은 아닙니다.

한 가지 더 유의할 점은 사용사업주와 고용사업주, 고용사업주와 근로자 그리고 사용사업주와 하도급 근로자 관계의 실질을 판단함에 있어서는 해당 근로자의 근로 제공 실태를 개별적으로 검토해야 한다는 것입니다. 예컨대, 고용사업주의 근로자인 갑과 을 가운데 갑은 정상적으로 고용사업주의 지시감독을 받아 근로하고 을만 사용사업주의 지시감독 아래에서 근로한 경우, 갑과의 관계에서는 고용사업주와 사용사업주의 계약은 정상적인 도급계약이 되고 갑과 고용사업주의 계약도 정상적인 근로계약이 되겠지만, 을과의 관계에서는 고용사업주와 사용사업주의 계약은 근로자공급계약이 되고 사용사업주와 을 사이에 종속관계가 인정된다면 양자의 관계는 근로계약 관계가 될 수 있다는 것입니다. 이 점을 구별하지 못하면 갑과의 관계에서 이행되는 계약의 적법성에 가려서 을을 둘러싸고 전개되는 행위의 위법성을 보지 못하게 됩니다.

2. 파견법 적용론 비판 : 예스코 사건

에스코 사건 판결의 의의

사용사업주와 하도급 근로자 사이에 묵시적 근로계약 관계의 성립이 인정되지 않는 경우에 근로자 측은 사용사업주가 고용사업주의 근로자를 사용하여 근로하게 하는 것은 사실상 근로자 파견에 해당하는데 고용사업주가 파견업 허가를 받지 않았거나 파견이 허용된 업무가 아니라는 등의 이유로 위법한 파견이 되고 파견법 소정의 직접 고용 간주 규정의 적용에 따라 2년이 경과하면 직접 고용으로 간주된다는 예비적 주장을 제기합니다. 에스코 사건 대법원 판결⁷⁾은 위법한 파견에 대해서도 파견법이 적용된다고 함으로써 그 동안의 논란을 일응 해소하였습니다. 그 후, 마사회 사건에서도 대법원은 에스코 판결의 법리를 재확인한 바 있습니다.⁸⁾

파견법 적용론은 적용 부정론의 부정의함, 법을 위반한 자가 법을 준수한 자보다 더 유리한 지위에 서게 된다는 부정의함을 교정함으로써 법적 정의를 확보하는 데 큰 기여를 하였습니다. 1996년 KDK 사건 판결에서 기간제 근로계약에 대한 제한을 사실상 완전히 풀어버린 것이 하나의 사건이었다면, 2008년의 에스코 사건 판결은 정반대의 의미에서 또 다른 사건이라고 할 수 있습니다. 두 판결이 모두 전원합의체 판결이라는 점 또한 사건의 의미를 강화시켜 줍니다.

또한 파견법을 적용하게 되면, 파견법상의 차별 금지 규정이 적용되는 효과가 있습니다. 즉, 하도급 근로자와 사용사업주의 직접 고용 근로자 사이에 불합리한 차별이 금지 되는 것입니다. 실제로 전남 지방의 모 타이어 업체의 사내하도급 근로자들에 대해서 파견법 제21조의 적용을 긍정한 사례도 있습니다.⁹⁾

문제점 1 : 파견법의 입법 의의

그러나 이러한 모든 의의에도 불구하고 파견법 적용론은 크게 두 가지 문제점을 내포하고 있습니다. 우선, 파견법의 입법 취지와 직업안정법상 근로자 공급 금지 규정이 존속하고 있다는 사정을 설득력 있게 설명하지 못합니다. 1998년에 파견법이 제정된 취지

7) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결.

8) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다72823 판결.

9) 서울행정법원 2009. 12. 11. 선고 2009구합22164 판결 참조.

는 근로자 공급을 금지하고 있는 직업안정법의 규정에도 불구하고 불법적으로 성행하는 근로자 공급을 근로자 파견이라는 이름으로 합법화하고자 하는 것이었기 때문에, 파견법이 규율 대상으로 삼는 행위는 당연히 파견법의 규정에 따라 적법하게 행해지는 근로자 파견이라고 보는 것이 타당합니다. 합법화의 틀 속으로 들어오지 않는 행위는 여전히 직업안정법의 규율 대상으로 남겨져 있는 것입니다.

입법자가 법률관계를 명확히 하고 탈법이나 불법을 방지하고자 할 때 활용하는 법기술 중의 하나가 바로 요식행위성을 요구하는 것입니다. 바로 오늘날 우리가 목도하는 바와 같이 사내하도급, 즉 위법한 근로자 공급이 만연하는 상황을 방지하고자 우리 입법자는 근로자파견계약을 요식행위로 규정하고 있습니다. 파견법 제20조 제1항은 “근로자파견 계약의 당사자는 노동부령이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항이 포함되는 근로자 파견계약을 서면으로 체결하여야 한다.”라고 규정하고 있습니다. 우리가 아는 일반 법원리에 따르면 법률이 요식행위를 규정하고 있음에도 불구하고 요식을 갖추지 못한 법률행위는 무효입니다. 이 법원리가 근로자파견계약에 대해서만 예외가 될 수는 없습니다. 이 요건을 충족하지 못한 경우에는 파견법 소정의 근로자 파견이 될 수 없으며 따라서 파견법이 적용될 수도 없습니다.

직업안정법이 근로자공급사업을 금지하면서 근로자공급사업에서 제외하고 있는 “근로자파견사업”은 파견법 소정의 근로자파견사업이므로, 근로자파견계약을 서면으로 체결하지 아니한 경우에는 파견법 소정의 근로자파견사업이 될 수 없고 따라서 근로자공급사업에서 제외될 수 없습니다.

이렇게 해석해야만 직업안정법상의 근로자 공급 금지 규정을 폐지하지 않고 그대로 존속시키면서 파견법을 별도로 입법한 입법자의 의도를 제대로 파악할 수 있습니다. 만약 적법과 위법을 가리지 않고 모든 근로자 파견 행위에 대해서 파견법이 적용된다면 근로자 공급 금지 규정의 존재 이유를 설명하지 못하게 됩니다.

아마도 이런 까닭에 일부 학설이 “파견법의 제정 이후 고용계약관계에 있는 근로자를 타인(사용사업주)에게 사용하게 하는 것은 파견법상의 근로자파견으로 분류되고, 직업안정법상 근로자공급은 공급사업주가 ‘사실상 그의 지배하에 놓여 있는 근로자’를 사용사업주에게 공급하는 경우로 그 적용이 한정된다.”¹⁰⁾라는 견해를 제시하고 있는 것인

10) 조성재/박지순, <사내하도급 활용실태 및 개선방안>, 노동부 보고서, 2007, 32쪽.

총괄발제. 미완의 3부작 그 완성을 위하여

지도 모릅니다.

그러나 이러한 견해는 예스코 사건 대법원 판결에 의하여 명시적으로 거부당하고 있습니다. 대법원은 “근로자공급사업은 ‘공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업”이라고 분명하게 밝히고 있기 때문입니다.

문제점 2 : 불법의 용인

둘째, 무엇보다 이 점이 가장 큰 문제인데, 파견법을 적용하는 한, 파견 기간이 2년을 초과하는 시점에서만 고용 의제 조항(구 파견법 제6조 제3항)을 적용할 수밖에 없는 한계가 있습니다. 2년 이내에서는 불법의 상황을 방치 또는 용인하는 결과를 초래하고 있다는 점에서는 비판을 면할 수 없습니다.

실제로 현대자동차 아산 공장 사내하도급 근로자들에게 파견법상의 직접 고용 간주 규정의 적용을 긍정한 사례에서도 파견 기간이 2년을 초과하지 아니한 일부 근로자들의 청구는 기각된 바 있습니다.¹¹⁾ 만약, 위법한 파견에 대해서도 파견법을 적용해야 한다면 또는 적용할 수밖에 없다고 한다면, 구 파견법의 직접 고용 간주 규정과 현행 파견법의 직접 고용 의무 규정은 2년의 불법을 용인하고 있다는 점에서 모두 위헌의 의심을 면하기 어려울 것입니다.

아까 위에서 파견법 적용론은 적용 부정론의 부정의를 바로 잡음으로써 법적 정의를 확보하는 데 기여했다고 평가했지만, 엄밀하게 말하면 그것은 파견 기간이 2년을 초과한 근로자에 한해서만 그렇습니다. 파견 기간이 2년 이하인 근로자에 대해서는 여전히 법을 위반한 자가 법을 준수한 자보다 더 유리한 위치에 서는 부정의함이 그대로 남아 있습니다.

직업안정법과 파견법의 상호 보완성

11) 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고 2005가합114124 판결.

파견법의 관련 규정이 위헌의 덫에서 빠져 나올 수 있는 유일한 방법은 직업안정법의 도움을 받는 길뿐입니다. 구 파견법에서 여러 가지 법 위반 유형에 대해서 아무런 법적 효과를 규정하지 아니한 것은 적법한 파견만을 규율 대상으로 하겠다는 뜻을 밝힌 것이며, 위법의 경우에는 직업안정법의 적용을 예정하고 있는 것으로 이해해야 합니다. 이는 현행 파견법에서도 마찬가지입니다. 즉, 현행 파견법은 구 파견법의 입법 취지와 마찬가지로 2년 동안은 직업안정법에 의한 규율을 예정하고 있는 것으로 보아야 합니다.

사실, 공급 기간이라고 하든 파견 기간이라고 하든 그 기간이 2년을 초과한 근로자의 경우에는 직업안정법을 적용하든 파견법을 적용하든 큰 차이가 없다고 할 수도 있습니다. 아니 오히려 파견법을 적용하는 것이 근로자에게는 더 유리하다고 할 수 있습니다. 왜냐하면 직업안정법을 적용하는 경우 사용자와 근로자 사이에 종속관계가 성립함을 입증해야 하는 '부담'이 남아 있는 반면에, 파견법을 적용하는 경우 기간이 초과하기만 하면 '고용의제'든 '고용의무'든 별도의 요건 없이 가능하기 때문입니다. 그런 점에서 파견법은 직업안정법을 대체하는 법이 아니라 직업안정법을 보완하여 근로자에게 추가적인 권리 실현 수단을 제공하는 법이라고 할 수 있습니다.

여기서 종속관계를 중심으로 판단하는 것이 아니라 고용사업주의 독립성을 중심으로 판단하는 묵시적 근로계약 법리가 커다란 법적 장애물이 됩니다. 종속론을 적용할 경우 사내하도급이 근로자 공급 또는 근로자 파견의 실질을 가지고 있는 이상, 그 정의 자체로부터 사용자와 근로자 사이에는 종속관계가 성립하며(이 때 종속관계의 핵심은 사용자종속관계입니다. 아래에서 다시 언급하겠습니다), 따라서 근로계약이 성립한다는 결론으로 자연스럽게 이행할 수 있을 것입니다.

3. 실질적 지배력설 비판 : 현대중공업 사건

의의

현대중공업 사건 대법원 판결¹²⁾은 종래 묵시적 근로계약 법리에 근거하여 개별적 노동관계상의 사용자와 집단적 노동관계상의 사용자를 사실상 같은 개념으로 보고 있던 입

12) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결.

총괄발제. 미완의 3부작 그 완성을 위하여

장에서 벗어나 양자가 다를 수 있다는 점을 인정하고 있습니다. 종래 학설에서는 근로계약 관계에 있지 아니한 자도 부당노동행위를 할 수 있는 경우가 얼마든지 있으므로, 집단적 노동관계상의 사용자는 근로계약 유무와 상관없이 확장되어야 한다는 주장이 줄곧 제기되었습니다. 사실상 학설의 대립은 이른바 실질적 지배력설과 이른바 대항관계설의 대립 정도였다고 생각합니다. 현대중공업 사건 대법원 판결은 이 가운데 실질적 지배력설을 채택한 것으로 보입니다.

실질적 지배력설은 그 자체로는 집단적 노동관계에서 사용사업주의 사용자성을 인정하는 것으로서 일견 문제가 없어 보입니다. 비록 현대중공업 사건에서는 지배개입이 문제가 되었지만, 집단적 노동관계상의 다른 문제 영역으로 확장될 수 있는 가능성을 함축하고 있기 때문에 다면적 근로관계의 집단법적 문제를 규율할 수 있는 유력한 법리가 될 수 있습니다. 같은 논리라면 사용사업주가 하도급 근로자들의 단체교섭 요구를 거부하는 것도 부당노동행위가 될 수 있기 때문입니다. 그리고 사용사업주를 상대로 하는 하도급 근로자들의 쟁의행위도 그 정당성을 인정받을 수 있게 될 것이기 때문입니다.

실제로, 코스콤의 사내하도급 근로자들이 코스콤을 상대로 단체교섭을 요구하고 코스콤이 이를 거부하자 직장점거를 한 사건에서 코스콤이 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에게 해당한다고 인정한 서울남부지방법원의 가치분 결정은 위와 같은 의의를 확인시켜 줍니다. “근로계약상 사용자 이외의 사업주도 근로계약상의 사용자와 직접 근로계약관계를 맺고 있는 근로자를 자기의 업무에 종사시키고, 그 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 부분적이기는 하더라도 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 노조법 제81조에서 정하는 ‘사용자’에 해당한다.”¹³⁾

문제점 : 근로계약을 근로계약이라 부르지 못하다

문제는 실질적 지배력설이 묵시적 근로계약 법리와 결합할 때 발생할 수 있습니다. 예를 들어, 부당해고라는 개별적 노동관계상의 문제가 쟁점이 될 때 혹은 해고라는 불이익 취급의 부당노동행위가 쟁점이 될 때, 실질적 지배력설은 사내하도급의 규율 법리로서의 힘을 상실할 위험이 있습니다. 왜냐하면 실질적 지배력설은 고용사업주와 근로자

13) 서울남부지방법원 2007. 12. 20. 선고 2007카합2731 결정.

의 근로계약이 유효하며 사용사업주는 부분적으로만 부당노동행위 책임을 진다는 것을 함축하고 있기 때문입니다. 즉, 실질적 지배력이 인정되는 경우에도 사용사업주와 하도급 근로자 사이의 근로계약은 묵시적 근로계약 법리에 의하여 기각될 위험이 상당하다고 하지 않을 수 없습니다.

그러나 대법원이 실시하고 있는 바와 같이 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 자”가 그 근로자에 대하여 근로계약상의 책임을 지지 않는다고 말하는 것은 다소 이상합니다. 왜냐하면 그러한 상황은 근로자가 사용사업주에 대한 종속적 관계에서 노동을 제공하고 있는 상황과 다르지 않기 때문입니다. 요컨대, 판례가 말하는 바의 실질적 지배력이란 근로계약 관계에서 사용자가 근로자에게 가하는 지배력과 다를 바 없다는 것입니다.

종속의 핵심은 사용종속

종속의 핵심은 노무 관리상의 종속에 있습니다. 그래서 ‘사용’종속관계인 것이지요. 채용이나 해고에 관한 권한, 인사권은 이를 실현하기 위한 수단에 불과합니다. 사실, 인사권을 사용자가 직접 행사하지 않고 타인에게 양도하는 것은 크게 문제되지 않습니다. 단체협약상의 해고 동의 조항 같은 것이 그런 예가 될 수 있을 것입니다. 하지만 노무에 대한 관리감독권을 타인에게 양도하는 것, 사용종속관계가 고용사업주가 아닌 타인과의 사이에서 형성되도록 하는 것은 심각한 문제를 초래하고, 그래서 엄격한 규제가 들어갑니다. 직업안정법 제2조의2(“근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업”)와 파견법 제2조(“사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”)는 종속의 핵심이 사용종속임을 확인하고 있습니다.

만약 사용종속관계가 사용사업주와 근로자의 관계로 이전되더라도 고용사업주에게는 여전히 인사권이 남아 있으므로 문제될 것이 없다고 한다면, 도대체 그런 것을 금지하거나 규제할 이유는 별로 없는 것이지요. 그러한 주장이 일부 시장근본주의자들에 의하여 제기되는 것은 그렇다손 치더라도 법원에서 주장되는 것은 좀 문제가 있습니다. 왜냐하면 실정법의 존재 의의를 정면으로 부정하는 것이기 때문입니다.

유의미성은 다른 곳에 있다

아직은 조심스러운 생각이지만, 실질적 지배력설은 묵시적 근로계약 법리가 요지부동인 상황에서 도저히 그것으로는 집단법상의 사용자성도 인정받기 어렵기 때문에 어쩔 수 없이 주장하는 대응 논리가 아닌가, 일종의 궁여지책이 아닌가 생각합니다.

하지만 집단적 노동관계법에서 사용자 책임 확대론이라는 것은 기업집단과 같이 한 기업이 다른 기업에 대해서 실질적인 지배력을 행사하는 경우나 적법한 사내하도급의 경우, 즉 하도급 근로자가 사용사업주에 대해서 종속적 관계에 놓여 있지 아니한 경우에만 유의미한 논의가 됩니다. 이 두 경우, 예컨대 A기업은 B기업의 근로자들이 아니라 B기업에 대해서 실질적인 지배력을 행사하며, 그 실질적 지배력을 이유로 B기업 근로자들에 대해서 일정한 사용자 책임을 부담해야 한다는 식으로 논의가 진행되어야 한다는 것입니다. A기업과 B기업 근로자 사이에 종속관계가 존재하는 경우에는 “근로계약”이라는 본래의 이름을 되찾아주면 족하기 때문입니다.

4. 소결

묵시적 근로계약 법리는 고용사업주의 독립성에 대한 과도한 의미 부여로 인해 현실에서는 거의 적용될 수 없다는 점에서, 파견법 적용론은 파견 기간이 2년을 초과하지 아니한 경우 근로자는 아무런 보호도 받지 못하며 불법의 상황을 용인한다는 근본적인 문제점을 노정한다는 점에서 둘 다 불완전합니다. 그리고 실질적 지배력설은 근로계약의 성립이 긍정되어야 할 자리에서 부분적 사용자 책임으로 후퇴해 버린다는 점에서 한계가 있습니다.

이 세 논리는 수평적 관계에서 각자의 규제 영역을 확보하여 공백이 생기지 않도록 협력하는 관계에 있는 것이 아니라, 묵시적 근로계약 법리를 정점으로 수직적 관계에 있는 것으로 보입니다. 좀 거칠게 말하자면, 묵시적 근로계약 관계가 인정되면 가장 좋고, 안 되면 파견법이라도 적용해서 파견 기간이 2년을 초과한 근로자들을 구제하고, 그것도 안 되면 실질적 지배력설을 근거로 단체교섭이라도 할 수 있게 해보자 하는 식으로 이어진다는 느낌입니다. 마치 계단식 논처럼 차례대로 자신의 몫을 공제하고, 그 결과

아래로 갈수록 근로자의 권리 실현은 약해집니다. 미완의 3부작인 것입니다.

닫는 말

결론에 갈음하여 제가 생각하는 사내하도급에 대한 규율의 기본 구조를 간략하게 언급하고자 합니다. 본문 내용의 요약이기도 합니다.

첫째, 근로자 공급 금지 규정을 사내하도급 및 좀 더 일반적인 표현으로 다면적 근로관계 규율의 준거로 삼아야 합니다.¹⁴⁾ 그리고 위법한 근로자 공급의 사법적 효과는 종속노동론에 의거하여 판단되어야 합니다. “종속관계 있지만...”이 아니라 “종속관계 있으면...”으로 바뀌어야 하는 것입니다.

둘째, 근로자 파견은 근로자 공급 금지의 예외로서만 인정되어야 합니다. 그리고 예외이기 때문에 엄격한 요건 준수가 요구됩니다. 우리 파견법상으로는 근로자파견계약의 요식행위성의 의미를 관철시켜야 할 것입니다. 요건 위반의 경우에는 준거로 돌아옵니다. 그래서 준거인 것이지요.

셋째, 도급은 근로자 공급 금지 규정의 한계, 즉 준거가 영향력을 행사하는 영역의 경계를 이룹니다.(물론 경계선을 침범한 경우에는 역시 준거로 돌아옵니다.) 이때에는 도급인과 수급인의 근로자 사이의 근로계약이 직접 문제되는 것이 아니라 도급인과 수급인 사이의 지배종속관계, 일종의 봉건적 주종관계가 문제됩니다. 수급인의 근로자에 대한 도급인의 사용자 책임은 그 관계에서 긍정됩니다. 이른바 동태적 사업론이라고 할 수 있습니다. 즉, 여기에서 도급인의 사업과 수급인의 사업은 하나의 사업을 구성하고, 하나의 사업이라는 틀 속에서 그 틀에 속하는 근로자들에 대하여 도급인의 사용자 책임이 발생한다는 것입니다. 근로계약상의 사용자 책임과 구별되는 사용자 책임을 말할 수 있다면 바로 이런 경우가 좋은 예가 될 것입니다. (끝)

14) 이와 관련하여 스페인의 사례는 시사 하는 바 크다. 권영환, <스페인의 다면적 근로관계의 규율>, 한양대학교 석사 학위 논문, 2010 참조.

[종합토론1]

사내하도급 삼부작의 의의와 과제(토론문)

강성태 교수(한양대학교 법학전문대학원)

1. 사내하도급관계의 의의

(1) 간접고용의 의의

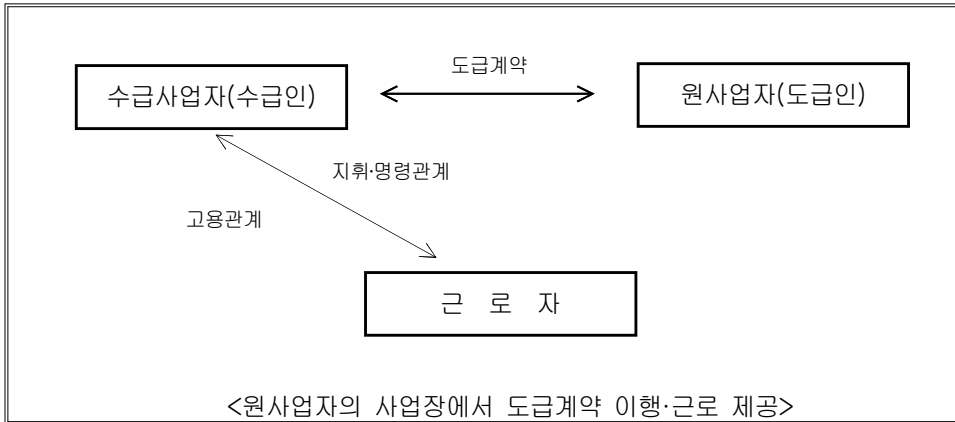
직접고용과 달리 자신의 사업에 타인이 고용한 근로자를 직접 편입시켜 사용(또는 이용)하는 형태인데, 현행법상으로는 근로자파견관계와 (노무)도급관계를 매개

- 직접고용: 사용자가 자신(의 사업)을 위하여 사용 또는 이용하는 근로자와 직접 근로계약을 체결한 형태로서, 사업의 목적이 타인의 사업을 위한 노무의 공급에 있지 않은 경우. 근로계약 체결이나 근로자 사용 등에서 타인을 매개시키지 않음으로써 근로계약의 체결주체, 근로자 사용 주체, 임금의 지급 주체, 근로자 사용으로 인한 이익의 향유 주체가 일치
- 간접고용: 근로계약의 체결의 주체와 근로자의 사용 주체 등이 다르게 되어, 관련 근로자의 근로 제공에 둘 이상의 사업 또는 사용자가 관여하는 다면적 관계가 성립

(2) 사내하도급관계의 의의

사내하도급관계는 (노무)도급관계 중 도급인 또는 원사업자의 사업장에서 하수급인의 근로자가 노무를 제공하는 형태. 도급 대상에 따른 인(人)도급과 물(物)도급의 구별은 실질적으로는 곤란

그림. (진정) 사내하도급관계의 모습



0 사내하도급이 특히 문제되는 것은 세 가지 이유

- ① 사내하도급관계가 많은 산업·업무 영역에서 과도하게 사용되고 있고,
- ② 사내하도급관계를 직접 규율하는 노동관계법은 현재까지는 없으며,
- ③ 다수의 사내하도급관계에서 '불법파견' 혹은 '위장도급'의 문제가 발생하고 있기 때문(2000년 이후 심각한 사회문제를 야기했던 사건들 가령 SK('인사이더코리아'), 현대중공업, 현대미포조선, 현대자동차, KTX, 코스콤 등에서의 불법파견 시비는 모두 외견상으로는 사내하도급관계에서 발생)

0 사내하도급관계가 노동법학에 던지는 중요한 과제

- ① 위장도급으로 대표되는 사내하도급관계의 남용을 효과적으로 규제할 방법은?
- ② 직접고용시대의 사용자 논의를 간접고용화시대에 맞게 수정하는 방법은?
- ③ 사내하도급관계에서 (하청) 근로자를 보호하기 위한 특별한 방안은?

2. 사내하도급 관련 1단계 삼부작(Trilogy)의 의의

(1) 사내하도급('사내하청') 관계의 유형과 1단계에서 법적 쟁점

0 위장도급 1 : 하청에 사업적 실체가 없는 경우(A그룹)

- 하청에 사업성이 없는 경우(A-1그룹)
- 하청에 어느 정도의 사업성은 있으나, 사용자성이 없는 경우(A-2그룹)

0 위장도급 2 : 하청에 사업적 실체가 있지만, 실질적으로 파견관계인 경우(B그룹)

- 하청이 파견허가를 받은 경우(B-1그룹)
- 하청이 파견허가를 받지 않은 경우(B-2그룹)

0 진정도급 : 하청에 사업적 실체가 있고, 실질적으로 도급관계인 경우(C그룹)

- 하청 노사관계에 원청이 직접적으로 영향력을 행사하는 경우(C-1그룹)
- 하청 노사관계에 원청이 간접적으로만 영향력을 행사하는 경우(C-2그룹)

(2) 현대미포조선 판결: A그룹에서 [원청 - 하청근로자]의 직접 근로관계 인정

[원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 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 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.] (대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088 판결)

0 묵시적 근로계약관계론을 사내하도급관계에도 적용

0 직접 근로관계의 인정을 통해 원청에 모든 노동법상 사용자 책임 지움

0 A그룹 인정 징표의 엄격함

(3) 에스코 판결: B그룹에서 [원청 - 하청근로자]에 파견법상 직접고용조항 적용

[직접고용간주규정은 파견법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 '근로자파견'이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용자업자와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정

종합토론문

함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것] (대법원 2008.9.18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결)

0 무허가파견 등 불법파견의 사법적 효과를 밝힌 최초의 대법원 판결

- 사내하도급관계에도 적용됨(B-2그룹)
- 적용긍정설, 적용부정설, 직접고용법리설 중에서 적용긍정설 선택
- 사법적 효과로서 파견법 적용을 통해 직접 무기 고용관계 인정

0 근로자파견의 본질

근로자파견은 근로자공급의 한 형태로서 원칙적으로 금지되는 노무이용방식

0 직접고용조항의 목적

직접고용간주규정이나 직접고용의무규정의 근본적인 목적은 근로자파견의 상용화, 장기화를 방지하고 파견근로자의 고용안정을 도모하기 위함

0 위법파견의 본래 효과에 대해서는 판단하지 않음

파견근로자를 사용한 지 2년이 경과하지 않은 위법파견의 사법적 효과에 대해서는 전혀 다루지 않음.

- 토론자가 2002년에 던진 의문: "엄격한 요건 하에서 예외적으로만 허용되는 것이 근로자파견이라고 할 때, 파견법을 위반한 사용사업주에게도 파견법에서 정한 '기한 이익'을 주어야 하는가? 만약 그렇다고 대답한다면 입법부와 사법부가 2년의 기간 동안 위법을 방지함으로써 위법 사업주를 보호하게 되는 결과적 부정의는 어떻게 교정할 수 있을 것인가?"

- 토론자의 생각(이중적 청구권설): 적용긍정설은 양날의 칼이다. 이것에 내재된 위험성은 현행법 해석에서 특히 부각될 수 있다. 현행법은 절대적 파견금지업무에 대해 파견근로자를 사용한 경우에만 사용의 최초 시점으로부터 사용사업주에게 직접고용의무를 규정하고 나머지 불법파견에 대해서는 최소한 2년의 기간이익을 사용사업주에게 주고 있기 때문이다. 만약 위 대법원 전원합의체 판결과 현행법 규정을 문리에 따라 형식적으로만 읽는다면, 2년이 경과하지 않은 파견관계에서 사용된 파견근로자는 종전의 적용부정설의 결과와 같이 파견법의 보호는 물론 여타 노동법의 보호도 전혀 받을 수 없게 될 것이다. 기분만 좋은 텃 서비스가 되지 않을까라는 의문이 드는 것도 이 때문이다. 이 문제에 관해 적절한 해결책을 제시하지 못하면 극단적인 경우 사내하도급 근로자들

을 작금의 기간제 근로자처럼 2년 이내의 기간마다 이 회사 저 회사로 유랑하게 만들 수도 있다. (중략) 무허가 파견의 경우 파견근로자에게는 두 가지 권리가 발생하는 것으로 해석할 수 있다. 즉 한편으로는 파견법의 예외성에 기하여 직업안정법과 근로기준법상의 일반원칙에 의해 사용종속관계에 따른 근로계약의 성립을 주장할 수도 있고, 다른 한편으로는 법적 요건을 갖춘 경우(2년 초과 사용)에는 파견법에 의해 직접고용을 청구할 수도 있을 것이다.

(4) 현대중공업 판결: C그룹에서 [원청 - 하청노조]에 노조법의 일부(지배개입조항) 적용

[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 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.] (대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9075 판결, 2007두8881 판결)

0 집단법(노조법)상 사용자 개념에 대한 새로운 접근

- 기존 대법원 판결: 근로계약설 또는 사용종속관계설

* 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결; (노조법상) [사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다] 대법원 2008.9.11. 선고 2006다40935 판결; [‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호(사용자의 정의) ... 같은 법 제29조 제1항(노조대표자의 단체교섭 권한) ... 같은 법 제81조 제3호 ... 와 같은 법조항에 규정된 ‘사용자’라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다]

- 학설 등: 유사근로관계설(임종률), 실질적 영향력설(김유성, 김형배, 대구고등법원 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결), 실질적 대항관계설(윤애림 박사), 확장된 실질적 지배

종합토론문

력설 혹은 대항관계설(김기덕 변호사), 동태적 사업개념론(박제성 박사)

- 일본 朝日放送事件 최고재판소 판결(最三小判 平 7. 2. 28) 참고: 부분적 사용자설
[노동조합법 제7조에서 말하는 '사용자'에 관하여 검토하여 보면, 일반적으로 사용자라 함은 근로계약상의 고용주를 말하지만, 같은 조가 단결권의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위로서 배제하고 시정함으로써 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있는 점에서 본다면, 고용주 이외의 사업자라고 해도 고용주로부터 근로자를 파견 받아 자기의 업무에 종사시키고 그 근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 부분적이기는 하지만 고용주와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는, 그 한도에서, 위의 사업주는 같은 조의 '사용자'에 해당한다고 해석함이 상당하다. (중간 생략) 그렇다면, 피상고인은 자신이 스스로 결정할 수 있는 근무 시간의 배치, 노무 제공의 태양, 작업환경 등에 관한 한 정당한 이유 없이 하도급 3사의 종업원이 조직한 상고보조참가인과의 단체교섭을 거부할 수 없다고 할 것이다. 그런데 피상고인은 소화 49년(1974년) 9월 24일 이후 임금인상, 일시금 지급, 하도급회사 종업원의 사원화, 휴게실의 설치를 포함한 근로조건 개선 등의 교섭 사항에 관하여 단체교섭을 요구하는 상고보조참가인의 요구에 관하여 사용자가 아니라 는 이유를 들어 단체교섭을 거부하였던 바, 앞의 교섭사항 중 피상고인이 스스로 결정할 수 있는 근로조건(본건 명령 중 [프로그램 제작 업무에 관한 근무의 배치 등 취로에 관련되는 제 조건]은 이에 포함된다.)의 개선을 요구하는 부분에 관해서는 피상고인이 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하는 것은 허용되지 않고 이를 거부한 피상고인의 행위는 노동조합법 제7조 제2호의 부당노동행위를 구성한다.]

0 실질적 영향력 + 부분적 사용자

- 근로계약을 매개로 하지 않은 사용자 개념
- '실질적 지배력 또는 영향력' 중시
- 부분적 사용자성 인정 = 중첩적 사용자(한 근로자에 대해 둘 이상의 사용자) 인정

0 해석의 바다에 던져놓은 판결

- 어디로 갈지는 아무도 몰라(집단협상 여러 제도에서 사용자가 어떻게 다른지, 구체적으로는 불이익취급, 단체교섭 및 지배개입에서 '사용자'를 어떻게 파악하는 것이 맞는 지)
- 명시적으로는 '지배개입'에서만 인정(불이익취급 불인정, 단체교섭은 부분적 허용일

듯): 교섭의 방식 예를 들어 노조가 두 사용자에게 Single-Table 교섭을 요청한 경우, 두 사용자는 이에 응할 의무가 있는지 여부 등도 불확정

3. 과제

0 세 판결 모두 사내하도급관계의 특수한 이중적 종속성(간접적 종속성과 직접적 종속성)이 전면에서 드러나지 않음

0 학습효과에 따라 종전보다 치열하고 정교한 술래잡기의 시작

0 해석론

- 간접고용에서 사용자론의 기본 방향

- ① 사업주 개념 표지의 중심을 고용에서 사용, 운영, 이익귀속 등으로 이동
- ② 복수의 사업자들이 한 근로자의 고용, 임금지급, 사용 등에 관한 권한과 의무를 분배하는 상황에 맞게 그 근로자에 대한 관계에서는 그들 모두를 단일한 사업주 또는 연대한 사업주로 봄
- ③ 법률이나 제도의 목적에 따라 법적 주체의 개념을 다르게 파악

- 사내하도급관계의 기본적 특징

- ① '도급'이라는 명칭에도 불구하고 본래의 도급과는 다름(집단적 노무공급)
- ② '일의 완성'이 아님: 갑의 사업이 계속되는 한 을의 '일'은 완성되지도 못함. 현실적으로 변경되는 것은 을의 '일'이 아니라 을이 되는 '특정인'
- ③ 노무제공의 조직적 편입성: 을의 일이나 병의 노무 제공은 갑의 사업에 조직적으로 편입 또는 기능적으로 결합되어 사용됨으로써 갑의 개입은 예외적이지 않고 상시화

0 입법론

- 사내하도급의 남용 규제
- 사내하도급 근로자의 보호

(끝)

[종합토론2]

토론문(김철희 노무사)

김철희 노무사(노동인권실현을위한노무사모임, 참터합동법률사무소)

1. 한국판 ‘간접고용 Trilogy(삼부작)’의 의미

오늘 발제가 이루어진 간접고용 삼부작은 앞으로 간접고용에 있어서 개별적 관계에 관한 권리분쟁(즉, 근로자지위확인)과 집단적 관계에 관한 권리분쟁(즉, 노조법상 사용자 지위)에 대한 대표적인 사건으로 자리 잡을 것으로 생각된다. 그만큼 그 무게감이 상당한 판결이라고 할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 여전히 간접고용의 관계에 있어서 많은 쟁점들이 현존하고 있는 것도 사실이다.

가. 간접고용에서의 직접고용관계의 확인

간접고용과 관련한 사건이 쟁점적으로 다루어지기 시작한 2000년대 초반 당사자들의 주요 요구는 실질적 고용에 관한 간접고용의 은폐작용을 해제하고 실질적 고용에 따른 고용관계를 회복하려는 것에 집중되었다. 그러나 보다 근본적인 것은 비정규직에 대한 차별을 해소하고 불안한 고용관계로부터 안정적인 고용관계로 이전되기를 원했던 것이며, 이를 ‘비정규직의 정규직화’라는 명제로 정리했다.

이와 같은 요구는 법정투쟁의 영역에서 직접고용의 쟁취를 구하는 방식으로 전개된다. 당사자들은 주위적으로, 간접고용관계가 은폐하고 있는 실질적인 고용관계와 사용관계를 입증하고, 이들 사이에 대해 직접적인 고용관계를 인정해 줄 것을 청구하는 방식, 예비적으로 간접고용관계는 사실상 근로자파견에 해당하므로, 구 파견법 제6조 제3항에 따른 고용의제를 적용해 고용해 줄 것을 요청하는 방식을 통해 사건을 제기하였다.

나. 묵시적 고용관계 성립에 관한 공방

간접고용 삼부작 중 현대미포조선사건은 전자인 주위적 취지를 인용한 것이고, 예스코 사건은 후자인 예비적 취지를 인용한 것으로 볼 수 있다.

전자인 주위적 취지와 같은 '묵시적 고용관계'를 입증하기 위해선 대체로 ① 채용에 대한 원청업주의 개입가능성과 개입여부, ② 작업교육의 직접실시여부, ③ 작업과정에 대한 지휘감독여부, ④ 복지후생에 대한 사용자 책임정도, ⑤ 사용자의 생산조직에 대한 편입여부, ⑥ 사용자의 작업문화조직에 대한 편입여부, ⑦ 징계에 대한 원청의 개입여부, ⑧ 임금지급이나 지급액의 결정에 대한 원청의 개입정도, ⑨ 해고나 퇴직 등에 고용관계 종료에 관한 원청의 개입여부와 같은 고용에 따른 개별 하청노동자의 Life Cycle 전체에 원고가 영향을 미치는 정도를 입증하는데 주력하게 된다. 이 과정은 원청 사업주와 하청노동자의 실질적 종속성을 입증하는 과정임과 동시에 하청업주의 '인사상의 종속성'을 입증하는 과정이기도 하다. 한편 하청업주의 '경영상의 종속성'을 입증하기 위한 방법이 동원되는데 주로 하청업주의 독립적인 사업경영여부, 하청업주와 원청업주의 인적결속방식, 기업의 설립 및 운영자본의 출처 등에 대한 입증이 주된 것이었다.

다. 묵시적 고용관계 성립 입증에 관한 현재적 어려움

사내하청의 대부분은 70년대 이후 대공장의 비용감소를 위한 라인 분할 방침과 같은 소사장제의 도입, 기업 내 중간간부들의 조기퇴직에 따른 인센티브의 일환으로 도입되었기 때문에 간접고용 유형의 사건들이 제기되었던 초기에는 대부분 하청업주의 경영상 독립성을 입증하는 것이 상대적으로 수월했지만 이후로 가면 갈수록 제조업인 경우, 사내하청의 도입이 늦은 경우, 기업의 규모가 상대적으로 작은 경우가 아니고서는 하청업주의 독립적 경영상 종속성을 입증하는 것이 거의 불가능했다. 추정컨대 이 시기를 거치면서 사내하청업체들의 사업권이 원청의 사실상의 방관 속에서 독립적으로 매매되기 시작하였고, 원청사업주는 초기에 투자한 자본을 회수 또는 포기하고, 나아가 사내하청업주들의 최소요건 즉, 공정거래위반 등에 대한 문제제기를 하지 않을 정도의 충성도와 건전성을 보유하고 있는지 정도만을 체크하는 것으로 하여 그에 부합하면 이들을 도급사업주로 받아들임으로서 간접고용에 따른 위험성으로부터 탈출하기 시작하였기 때문으로 생각된다.

라. 위법한 파견관계 성립에 대한 공방

후자와 같은 위법한 파견에 대한 입증방법은 전자의 방법에 비해 상대적으로 수월하다고 할 수 있다. 앞에서 열거한 입증항목 중에 ①, ④, ⑥, ⑦, ⑧, ⑨를 제외한 ②, ③,

⑤ 정도가 인정될 수 있다면 근로자파견관계의 성립은 자연스럽게 이루어 질 수 있는 것이었다. 더군다나 근로자파견이라는 것 자체가 하청업주(파견사업주)의 경영상 독립성을 당연한 전제로 하는 것이었기 때문에 이 부분에 관한 별도의 사실입증이 부담되지도 않는 상황이었다. 다만, 이 영역에서의 어려움은 이른바 ‘위법한 파견’에 대한 의율방식이었다고 할 수 있다.

다시 말해, 위법한 파견인 경우 그 자체가 파견법을 위반한 것임과 동시에 직업안정법상의 근로자공급사업의 태양과 동일하여 직업안정법을 위반한 것임이 분명한데 이와 같은 불법상태로 인해 근로자에게 주어질 부당한 결과를 없애기 위하여 어떤 법리를 사용할 것인가가 주된 과제였다.

직업안정법 위반의 문제로 다루는 것은, 업종이나 직종의 구분 없이 노동법에 녹아들어 있는 직접고용의 원칙과 근로계약 쌍무성의 원칙에 따라 ‘사용의 수익자가 고용의 부담을 진다’는 정의를 확인하는 데에는 유용했지만 위법한 파견을 문제 삼아 파견관계가 해소되어 종국에 해고되어버린 노동자들에게 계속적인 고용을 보장해 주기 위한 방법으로는 부적합했는데 이유는 현행 직업안정법 상에 ‘위법한 근로자공급에 대한 권리 회복’에 관한 규정이 존재하지 않았고, 따라서 부득이 불법행위와 그에 대한 보상이라는 해석론이 설득력 있게 전개되어야 했는데, 이 논리가 기존의 사법체계 내에서 효과적인 흡수력을 보일 것인가 고민하지 않을 수 없었던 것이다.

그에 반해 구 파견법 제6조 제3항(이른바 ‘고용의제’)은 명시적으로 존재하는 위법한 파견관계(즉, 2년의 한도를 넘은 파견관계)에서의 근로자 보호방식이 존재하였고, 여기서 ‘위법’의 범위를 ‘2년의 한도’에서 ‘모든 위법한 파견’으로 확장시킬 때 근로자들을 보호할 수 있다는 논리가 더 강한 설득력을 가지고 있었던 것이고, 직업안정법의 적용방식보다 높은 흡입력을 가지고 있었던 것이다.

결국 사안들의 대부분은 파견법 제6조 제3항을 통한 해결방법을 도모하면서 쟁점은 주되게 이 조항이 ‘합법파견의 2년 초과 파견에만 적용되는가’ 아니면 ‘모든 위법한 파견에 대해 적용되는가’에서 형성되었고 법원은 위 예스코 판결을 통해 ‘모든 위법한 파견 중 2년을 초과한 파견에 적용된다’는 것으로 정리했다고 할 수 있다.

마. 위법한 파견에 대한 법원의 판결과 과제

이와 같은 간접고용에서의 고용관계 확인에 관한 쟁점들이 해소되는 과정에서도 남은 문제는 몇 가지가 있었다.

첫째, 고용의제와 고용의무의 효과라고 부를 수 있는 영역이다. 고용의제의 효과로서

고용의제된 노동자의 고용기간에 대해서는 이미 예스코사건을 다룬 대법원이 실시한 바와 같이 기간의 정함이 없는 근로자의 지위로 간주된다고 할 수 있다. 그러나 2006. 12. 21. 개정 파견법은 구 파견법에서의 '고용의제'를 '고용의무'로 바꾸면서 제6조의 2 (고용의무) 제3항1)을 통해 고용의무에 따라 고용된 근로자들의 근로조건에 대해 "당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것"이라고 하고 아울러 동종유사 근로자가 없는 경우에는 종전의 근로조건의 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 하고 있다. '근로계약기간'이 '근로조건'에 해당하는지에 대한 논란이 존재하지만 그럼에도 불구하고 동종유사 근로자들이 전원이 기간제 계약직이라던가 혹은 동종유사 근로자들이 없는 상황에서 파견노동자가 기존에 기간제로 채용되어 있었다는 이유로 기간을 부과하는 고용이 허용될 수 있는지가 쟁점이 될 수 있다. 나아가 사용자가 고용의무를 이행하지 않으면서 당해 파견근로자에 대해 기간제로 근로계약을 체결할 경우 실질적으로 파견근로자가 이를 거절할 수 있는 것인가 등이 이후 문제시 될 수 있을 것이다. 둘째, 최근 인터콘티넨탈사건(서울중앙지방법원 2010. 2. 18 선고 2006가합90485 판결)에서와 같이 고용의제된 근로자의 임금산정방식도 문제가 된다. 법원은 개정파견법의 위 조항을 소급적으로 적용하여 ① 동종 유사 종사 직접고용 노동자가 적용받는 근로조건으로 하되 ② 없으면 기존 파견당시 받는 근로조건보다 저하해서는 안 된다고 하면서 이에 대해 3년의 임금소멸시효를 붙여 그 기간 중의 미지급임금을 임금상당액으로 산정하여 지급하도록 명령했다. 그러나 통상적인 임금의 소멸시효는 근로계약 등으로 인해 지급이 예정되어 있는 것과 같이 당사자 사이의 법률관계가 안정적인 상황을 전제로 근로관계 하에서 임금에 대한 청구권의 소멸시효를 일반적인 다른 채권보다 소멸시효를 단기로 한 민법적 결단에 의한 것인데, 이를 직접고용관계의 확인에서와 같이 당사자들에 의해 예정되어 있지 않은 조건에서도 동일하게 적용하는 것이 과연 타당한 것인지 쟁점이 될 수 있다.

2. 현대중공업 판결(대법원 2010.3.25.선고 2007두8881판결)의 의미와 효과

- 1) 제6조의2(고용의무) ③제1항의 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 있어서 파견근로자의 근로조건은 다음과 같다.
 1. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것
 2. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 당해 파견근로자의 기존의 근로조건의 수준보다 저하되어서는 아니 될 것

가. 판결의 의의

대법원은 위 판결에서 원청사업주가 ① 작업시간과 작업일정을 관리통제하고 있고, ② 하도급계약서를 통해 작업일시, 장소, 내용을 확정해 놓고 있었으며, ③ 원청사업주가 직접 작업도구 및 자재를 공급하여 자신의 작업장 내에서 근무하도록 하는 등 작업질서 내에 편입되어 있고, ④ 작업의 진행방법, 작업시간, 연장근로, 휴식시간, 야간근로 등에 관하여 실질적으로 원청사업주의 공정관리자의 지휘/감독 하에 놓여 있도록 하였다는 점을 들어 원청사업주가 하청근로자들로 구성된 노동조합에 대해 노조법상 사용자성을 갖는다고 인정하였다. 다만 대법원은, 근로계약관계를 전제로 하는 불이익처분에 있어서의 원직복직명령, 임금상당액의 지급명령은 기각하였다.

위 판결은 개별적 사용자성은 인정되지 않지만 집단적 사용자성은 인정된다는, 기존의 개별법적 영역과 다른, 새로운 원청사용자의 책임영역을 만들었음(아래표 참조). 그런 의미에서 이 판결은 긍정적으로 평가될 수 있다.

구분	직업소개	근로자공급	근로자파견	위장도급		진정도급	
				파견	직접고용		
원청의 개별법적 사용자성	인정	인정 (일부, 노조의 사용자성 인정)	일부인정	일부인정	전부인정	부인	
원청의 집단법적 사용자성	인정	인정	일부인정	일부인정	전부인정	일부인정	부인

이 사건은 기존의 사건들이 개별적인 고용관계에 따른 권리확인을 주요 쟁점으로 했던 사건들과 달리 집단적 노사관계 하에서 간접고용 노동자들의 권리는 어떻게 보장되는 가라는 문제를 포함하고 있었고, 그렇기 때문에 이후 간접고용 영역에서의 집단적 권리의 인정범위를 가늠하게 하는 판결이라고 의미를 부여 할 수 있다. 더불어 이 판결은 이후 간접고용 영역에서 해결해야 할 과제 즉, 사내하청 관계에서의 개별법적 권리보장을 이끌어낼 방법과, 하도급 사업주의 변경에 따른 고용승계의무를 법률적으로 어떻게 보장할 것인지의 과제가 숙제로 남긴 사건이라고 평가할 수 있다.

나. 원청사업주는 하청노조에 대한 교섭상대방인가

위 사건의 중노위 결정 이후 계속된 논쟁 즉, 위 판결은 '지배개입'만 인정한다는 것인가 아니면 '거부해태'의 부당노동행위도 동시에 규율할 수 있는 근거인 것인가에 대한 논쟁이 있었다. 대법원이 이를 직접적으로 거론하지 않았다고 하더라도 ① 근로관계에 대한 원청사업주의 지배력을 기준으로 하여 이루어진 판결이라는 점, ② 하급심에서 교섭의무를 인정하였고, 대법원이 이를 부인하지 않았다는 점 등에서 원청사업주가 하청노조의 교섭요구를 거절할 수 없고, 이럴 경우 거부해태의 부당노동행위가 성립되는 것으로 해석된다.

다. 하청노조의 쟁의행위는 어떤 방식으로 수행되는가

하청노동자들은 원청사용자를 대상으로 교섭상 유리한 지위를 확보하기 위하여 쟁의행위를 수단으로 사용할 수 있을 것이다. 이에 따라 원청사용자는 도급관계에 있는 사내하청 노동자들의 파업에 대해서 법 제43조에 따른 쟁의행위 중 채용제한 의무를 부담하게 된다.

원청사업주가 하청노동자들의 파업에 대해 직장폐쇄로 대응할 수 있는지가 검토될 필요가 있는데, 원칙적으로 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대항하는 사용자의 쟁의행위 방식이라는 점에서 허용될 수 있는 것이다. 이 경우 별도로 원청사업주가 하청사업주에 대하여 하도급계약 위반(즉 쟁의행위에 따른 직장폐쇄가 도급계약상 목적물의 인수위무 위반에 해당하는 경우)에 따른 손해배상책임이 발생하는가가 법률적으로 검토될 수 있겠다.

원청과 하청노조가 교섭을 진행하더라도 그에 따른 진전의 가능성이 없다면 당연히 쟁의행위 이전에 조정을 거쳐야 하는데 이 경우 하청과 원청에 대해 각각 독립적으로 교섭을 진행하고 독립적으로 조정을 실시하며, 독립적으로 파업을 할 수 있는지에 대한 검토가 필요하다. 즉 원청만을 상대로 교섭과 조정이 이루어지고 난 후 하청 노동자들이 파업에 돌입하는 경우 파업이라고 하는 노무제공의 중단효과가 원청에 대해서는 쟁의행위지만, 하청에 대해서는 정당한 이유 없는 업무방해 등의 사실로 인정될 가능성이 있지 않은가. 이런 상태를 어떻게 법률로 의율할 수 있을지 검토가 필요하다.

라. 간접고용관계의 노사에게 있어 '사업 또는 사업장'이란 어디까지인가

노동법에서 사용되는 '사업 또는 사업장'이라는 개념은 통상적으로 기업별노동조합의

종합토론문

경우 자신의 조직대상으로 삼으로 수 있는 조합원 분포범위의 공간적 최대치를 의미하고, 초기업별 노동조합의 경우 지부, 지회, 분회와 같이 노동조합의 효율적 운영을 위한 기관설치의 구분단위로 활용되기도 한다. 아울러 사용자의 경우 자신이 목적하는 경제활동의 단위를 의미한다고 볼 수 있다. 그런 반면, 이와 같은 사업 또는 사업장은 2010. 1. 1.로 개정된 노조법에서의 '창구단일화'의 실시단위이기도 하다.

개정 노조법 제29조의2(교섭창구 단일화 절차) 제1항 전단2)의 규정에 의하면 교섭창구 단일화는 하나의 사업 또는 사업장에 조직형태에 관계없이 노동조합이 복수로 존재하는 경우 적용된다. 이 경우 교섭의무를 부담하는 노조법 상 사용자(사용자 단체가 아님)를 단위로 창구단일화 절차가 이루어진다고 정리할 수 있다. 그렇다면 원칙적으로 사내하청 노동조합이 존재하는 경우, 원청사업주는 직접고용 노동자들에 의해 설립된 노동조합은 물론 사내하청 노동자들을 포괄하는 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 한다고 볼 수 있다. 이는 사내하청 뿐만 아니라 '근로자 파견'의 경우도 동일하게 적용된다.

마. 공정대표의무와 차별적 교섭에 따른 부당노동행위 - '불이익취급'의 적용가능성

공정대표의무는 교섭대표노동조합 또는 사용자가 소수노조를 차별하는 협약체결 또는 그와 같은 행위를 하는 경우를 예방하고, 이를 시정하기 위해 도입된 제도이다. 공정대표의무는 창구단일화에 참여한 노동조합을 그 보호 대상으로 하고 있으므로, 교섭단위를 같이하는 창구단일화 절차에 참여하지 않는 경우 공정대표의무는 적용될 수 없다. 따라서 하청노조가 창구단일화절차에 포함된 경우에는 공정대표의무의 적용으로 차별받지 않을 권리가 발생한다. 한편, 사용자나 제3의 노동조합에 의해 교섭단위가 분리된 경우에는 공정대표의무는 적용되지 않는다. 그럼에도 불구하고 복수의 단체교섭이 이루어지는 경우, 사용자의 차별적 교섭이 무한정 허용되는 것은 아니므로, 사용자가 특정 노동조합에 대해서만 우호적으로 교섭하고 다른 노동조합에 대해 배타적으로 교섭하는 경우 이는 차별적 처우로서 부당노동행위가 된다.

그렇다면, 위 대법원 판결은 '고용관계를 전제로 하는 불이익처우 인정명령'을 행하지 못한 것으로 보고, 그 밖에 위와 같은 집단적 관계에서의 차별적 처우 등과 같은 영역

2) 제29조의2(교섭창구 단일화 절차) ① 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다. 다만, 제2항에 따라 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

에서는 당연히 차별적처우의 부당노동행위가 인정되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

바. 이른바 Time off는?

오는 7월 1일 타임오프가 적용, 타임오프는 단체협약으로 체결되어야 하는데, 타임오프가 사업 또는 사업장 단위의 조합원 수를 기준으로 산정되므로, 여기에는 정규직, 비정규직을 망라한 조합원 전체의 인원수를 기준으로 타임오프 상한이 적용된다. 대법원 판결문에 따르면 원청인 현대중공업이 근로시간 등에 대한 지배력을 행사하고 있어 노동조합의 유급전임자의 결정 등에 대한 권한을 행사하고 있다는 취지의 이유 설시가 있는데 그렇다면 간접고용노동자를 사용하고 이들이 노동조합을 결성하고 있는 경우 사내하청노동조합이 있는 것을 포함하여 타임오프를 적용하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

3. 왜 직업안정법인가? (제2발제에 붙여)

제2발제의 대체적인 취지에 동감하면서도 전체적인 흐름상 몇 가지 질문이 남는다.

먼저 왜 직업안정법을 통한 규율에 많은 무게를 두고 있는지 납득되질 않는다. 먼저 발제자는 파견법 상의 고용의무(구법상 고용의제)를 적법한 파견에 한정하여 적용하도록 하고 나머지 위법한 간접고용은 직업안정법의 적용을 통해 보충함으로써 전체적인 위법한 고용관계를 규율하여야 한다는 취지로 말씀하고 계시다. 하지만 위법한 근로자 공급 하에서 공급근로자의 권리회복에 관한 명시적인 규정이 없는 상태에서 이러한 파정은 당연히 해석론의 도움을 받아야 한다.

최근 일본에서의 마쓰시타 플라즈마 디스플레이(松下PDP)사건³⁾⁴⁾도 원심에서는 그와

3) 裁判所名 最高裁第二小 平成21.12.18. 平成20(受)1240号地位確認等請求事件[松下プラズマディスプレイ事件・上告審], 항소심은, 大阪高判 平成20.4.25. 平成19年(ネ)第1661号 地位確認等請求控訴事件, 1심은 大阪地判 平成17年(ワ)第11134号 사건

4) 플라즈마 패널을 제작 생산하는 마쓰시타PDP(이하 원청회사)가 파스코(이하 하청회사)와 도급계약을 체결하면서 그 계약 형식은 업무정부의 형식으로 계약을 체결하였지만 계약의 실질적인 형태는 노동자 파견으로 사업을 운용하다가 2004. 1. 20. 위 하청회사가 근로자 요시오카(이하 근로자)를 2개월의 고용계약으로 고용한 뒤 마찬가지로 위 원청회사의 생산공정에 투입하였다가 2004. 3. 1. 일본 파견법이 개정되어 그 이전까지 제조업에 대한 근로자파견이 허용된 상황에서 2004. 3. 20. 이후에도 위 하청회사는 지속적으로 2개월을 단위로 근로계약을 갱신하면서 근로자를 원청회사에 도급으로 위장된 상태에서 근로자를 파견해 왔다. 이후 이러한 실질적 파견기간은 제조업에 대한 근로자파견이 허용되기 시작한 2004. 3. 1.로부터의 1년이 지난 2005. 8. 22. 근로자와 원청회사가 직접 고용계약을 체결하면서 종료되었다.

유사한 접근을 시도한 바가 있다. 원심을 담당한 오사카 고등법원은 이 사건에 대해 원청회사와 하청회사간의 계약서의 법률형식은 업무위탁계약이지만, 설비대차 및 업무 위탁료의 지불 상황 등에 관한 실태가 불분명하고, 1심원고(근로자)는 하청회사의 정규 직이 아니라 원청회사 소속 종업원의 지휘명령과 지시에 따라 원청회사 소속 종업원들과 공동으로 작업에 임하였으므로, 본건 업무 위탁계약이 직업안정법 시행규칙 제4조 제1항 소정의 적법한 청부(도급)이라는 증거를 찾을 수 없고, 사건 당사자들 사이의 관계를 근로자파견관계라고 보더라도, 당초, 제조 업무는 근로자파견이 금지되는 업무이고, 근로자파견기간을 경과하면서 근로자파견이 이루어졌기 때문에 이와 같은 사정을 볼 때, 위 당사자들 사이의 관계를 근로자 파견으로 볼 수도 없다고 하면서 이들 당사자들 사이의 관계는 직업안정법 제4조 제6항이 정한 '노동자공급'에 해당한다고 보았다. 따라서 오사카 고등법원은 마츠시타PDP(원청)와 파스코(하청기업)와의 계약, 파스코와 요시오카(하청노동자)와의 계약은 모두 직업안정법 제44조5) 및 노동기준법 제6조6)을 위반한 공서에 반한 계약관계로 무효7)라고 보아 근로자파견의 파견사업주(派遣元)를 규범적으로 명목적·형식적인 존재라고 파악해 사용사업주(派遣先)와 파견노동자 사이의 사용종속관계가 존재하고 있다는 점을 이유로 이들 당사자 사이에 묵시의 노동계약이 성립되었음을 인정한 바 있다.

그러나 위 사건에 대하여 일본 최고재판소는

그러나 위 고용계약은 2006. 1.까지로 기간을 정한 근로계약(단, 3월 말까지로 갱신연장이 가능하다는 조건이 있었음)이었고, 근로자는 기간제근로계약에 대한 이의를 유보하면서 근로계약을 체결하였다. 이후 위 원청회사는 2006. 12. 28. 근로자에게 근로계약이 2007. 1.말로 종료될 것임을 예고한 뒤 이후 2007. 1. 말일로 근로자와의 근로계약을 해지하였고, 근로자가 계속 고용을 요구하였음에도 이를 거절하여 근로자지위의 확인 등을 청구한 사건

5) 직업안정법

제3장의 3 노동자 공급 사업
(노동자 공급 사업의 금지)

제44조 누구도, 다음 조에 규정하는 경우 외에 노동자 공급 사업을 실시하거나 또는 그 노동자 공급 사업을 실시하는 사람으로부터 공급되는 노동자를 스스로의 지휘 명령아래에 노동시켜서는 아니 된다.
(노동자 공급 사업의 허가)

제45조 노동조합 등이, 후생 노동대신의 허가를 받았을 경우는, 무료의 노동자 공급 사업을 실시할 수가 있다.

6) 노동기준법

(중간착취의 배제)

제6조 누구도, 법률에 따라 허용되는 경우의 외에, 업으로서 타인의 취업에 개입해 이익을 얻어서는 아니 된다.

7) 중전의 일본 법원은, 직업안정법 및 근로자파견법이 행정단속법규라는 것을 이유로, 일본 민법 제90조의 위반에 의한 무효를 인정하지 않는 판례가 많았으나, 이 판결은 “단속법규위반 이어도, 위반의 목적·인식 내용에 따라서는, 민법 제90조 위반에 의해 무효가 된다는 최고 재판소 판례(最一小判 昭39.1.23民集18卷1号37頁、判タ157号95頁)에 따라 위와 같은 판결에 이르렀다. ; 永嶋里枝, 위 발표문에서 재인용

“...C(하청업주)는, 가정용 전기 기계 기구의 제조업무의 청부 등을 목적으로 하고 있어 동사가 동14년 4월 1일 이후에 상고인(마쯔시타)과의 사이에 체결하고 있던 업무 위탁 기본 계약에 의하면, 상고인이 생산 1대에 대해 정해진 업무 위탁료를 C에게 지불하고, C가 상고인으로부터 설비, 사무소등을 임차하여, 자사의 종업원을 작업에 종사시키는 것으로 되어 있었다. 더불어 상고인과 C와의 사이에 자본관계나 인적관계가 있다든가, C의 거래처가 상고인에게 한정되어 있다든가, C에 의한 피상고인의 채용 면접에 상고인의 종업원이 입회했다는 등의 사정은 인정받지 못한다....다음에, 상고인과 피상고인과의 법률관계에 대해서 보면, 앞서 기록한 사실 관계 등에 의하면, 상고인이 C에 의한 피상고인의 채용에 관여하고 있었다고 인정할 수는 없다고 할 것이어서, 피상고인이 C로부터 지급을 받고 있던 급여 등의 액수를 상고인이 사실상 결정하고 있었다고 말할 수 있는 사정도 엿보이지 않고, 오히려, C가, 피상고인에게 본건 공장의 디바이스 부문 으로부터 다른 부문으로 이동하도록 의사를 타진하는 등, 배치를 포함한 피상고인의 구체적인 취업형태를 일정한 한도에서 결정할 수 있는 지위에 있던 것이라고 인정되는 것을 알 수 있으며, 앞선 사실 관계 등에 나타난 그 외의 사정을 종합하더라도, 평성17년 7월 20일까지의 사이에 상고인과 피상고인과의 사이에 있어 고용계약 관계가 묵시적으로 성립하고 있던 것으로는 평가할 수 없다...”⁸⁾고 보았다.

즉, 직업안정법의 위반을 전제로 당사자들 사이의 불법적 관계를 다시 적법한 관계로 돌리기 위한 법리의 전개에 있어서도 이른바 묵시적 계약법리의 함정이 여전히 존재하고 있는 것 아닌가 하는 생각이 든다.

아울러 한국의 파견법은 고용의무(고용의제)라고 하는 일정한 직접고용의 유도장치가 존재하고 있고, 이러한 장치의 존재는 권리관계의 확인을 위한 최우선 도구로 선택해야 한다는 흡입력을 가지고 있는 것도 사실이다.

한편, 현재 직업안정법의 적용의 효과는 위법한 근로자공급을 행한 공급사업주에 대한 처벌⁹⁾에 국한된다고 생각된다. 결국 위법한 간접고용에 대해 직업안정법의 적용은 공급사업주에 대한 처벌로 한정될 뿐 간접고용 노동자들의 권리회복에 직접적인 영향을 없고, 결과적으로 공급사업(주)의 소멸에 따른 직업상실의 결과만 있게 되지는 않을까?

8) 최고재판소 제2소부 평성21년12월18일(판결) ㅈ20(受)1240호 지위확인 등 청구사건 {마쯔시타 플라즈마 디스플레이 사건(상고심)}

9) 제47조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제19조제1항에 따른 등록을 하지 아니하거나 제33조제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 유료직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항에 따른 등록을 하거나 제33조제1항에 따른 허가를 받은 자

종합토론문

그렇다면 직접적 고용관계를 확인하기 위한 근거법률로써 직업안정법이 적용되려면 우선 필요적으로 직업안정법의 개정이 우선되어야 하는 것이 아닐까? 파견법의 개정(예를 들면 위법한 파견을 행한 것을 현행 파견법 제6조의2 제1항 제1호를 제2호로 흡수하여 기간조건 없는 즉시고용의무 부과)과정에 비추어 보면 파견법 개정의 가능성이 더 현실적인지 않을까 하는 생각이다.

[종합토론3]

토론문(김경란 정책국장)

김경란 정책국장(민주노총)

1. 간접고용 현황과 문제점

○ 민주노총은 지난 2007년 비정규직법 시행 이후 고용형태의 변화, 즉 간접고용 증가에 착목하여 '간접고용 법제도 개선 방안'을 연구한 바 있음.

○ 구체적으로 비정규직법 시행 전후 공공 및 민간부문 주요 산업 및 직종의 간접고용 실태와 사례들을 조사하고, 이를 통해 현행 간접고용 문제의 제도적인 해결방안 마련에 목적을 두었음.

○ 연구 결과에 의하면, 우선 유통업의 경우 직접고용 비정규직은 감소한 반면 간접고용 비정규직은 증가하고 있는 추세며, 2007년 비정규직법 시행 이후 주요 유통업체에서 기존의 정규직 업무를 외주화하거나 분리직군 방식으로 전환하고 있음. 이러한 변화는 유통업 고용관계에 있어서도 제조업과 같은 원하청 관계에 대한 문제가 부각되고 있는 것임. 즉 주요 백화점과 할인점 모두 외주화 과정에서 도급관계(원하청관계)가 형성되었으며, 계산직 노동자들에 대한 근로감독 및 인사승진 결정의 주체는 대부분 행정관리자에 의해 이루어지고 있는 것으로 드러남. 즉 비정규직법과 같은 외적 환경(제도변화)과 자본의 선택(비용절감)은 유통업 노동시장의 변화를 초래하고 있음.

○ 사내하청 역사가 오래된 금속산업의 경우, 민주노총 금속노조 소속 사업장의 비정규직 고용형태는 98% 이상이 간접고용 사내하청 노동자들임. 이들 사내하청 노동자들의 경우 노조건설, 가입활동이 원청회사의 압력과 탄압(폐업 또는 계약해지 등)으로 인해 봉쇄당하고 있으며, 사내하청 노동자들이 노조를 만들더라도 근로조건의 결정권을 가지고 있는 원청회사는 교섭의무가 없어 실질적인 교섭이 이루어지기 어려운 조건임. 2004년 현대자동차 울산·아산, 전주공장의 사내하청, GM대우 창원, 기아자동차 화성 등 불법파견 문제가 크게 쟁점화되었음. 이를 계기로 자동차업종에서 사내하청 노조 건설

종합토론문

등 조직화의 촉매가 되기도 했으나 최근 사내하청 노사관계에서 불법과건과 관련된 쟁점은 희석되고 있는 상황임. 불법과건의 근거가 되었던 여러 가지 지적 사항들이 사측에 의해 수정, 보완되었고 이를 통해 형식적인 진정도급으로의 전환이 진행되고 있기 때문임.

○ 공공부문에서 청소용역 노동자들의 고용형태를 분석한 결과 원청은 도급계약에서 용역노동자에 관련한 일체의 책임을 도급업체에 부과하고 있지만, 원청은 일상적으로 용역노동자들의 채용, 인사이동 등에 관여하고 있고, 도급업체가 법적으로 명시되어 있는 사업주의 책임을 이행하도록 그 내용을 감독하고 있음. 도급업체 역시 근로계약과 취업규칙 등을 통해서 노동자에 대한 사용자로서의 관계를 가지고 있지만, 그것은 도급계약에 크게 좌우되고 있음. 결국 노동자들의 임금과 고용에 있어서 용역업체는 원청과의 계약은 절대적인 영향력을 행사하고 있는 것임. 이처럼 직접적인 근로관계를 맺지 않는 원청사용자로서는 '위장도급'을 근기법 및 노조법상의 사용자 책임을 회피하는 용이한 방법으로 인식해왔음. 최근 법원의 위장도급 및 불법과건 판단기준이 정립되어 가면서 사용자는 재빠르게 이러한 판단기준을 회피할 수 있도록 사업장내 업무 분장 및 작업환경을 정비, 사실상 사용종속관계에 영향을 미치는 원청사용자의 행위를 더욱 은폐하고 내밀화해가는 방법으로 위장도급의 전략을 강화해 나가고 있음.

2. 민주노총 입장과 방향

○ 사내하청의 역사가 오래된 조선, 자동차업종 뿐만 아니라 비정규직법 시행 이후 유통업, 청소용역 일반 등 전 산업으로 간접고용 형태가 확산되고 있음. 이는 해고제한 법리의 제약 없이 쉽게 고용을 조절하고, 노동조합 활동을 약화시킬 뿐만 아니라 사용자 책임을 회피하면서 사용자 이익을 도모하기 위한 목적에 따른 것으로 갈수록 그 활용규모는 확대될 것으로 예상됨.

○ 이에 민주노총은 그동안 간접고용노동자들의 노동기본권 보장을 위해 원청의 사용자 책임 확대를 꾸준히 제기해 왔으며, 입법적 차원에서 대안이 필요함을 주장해 왔음. 특히 단체협약 체결 및 부당노동행위제도에 있어 집단적 노사관계 제도상의 취지를 실현하기 위해 근로계약 관계 여부보다는 사용자개념을 실질적으로 해석해야 한다고 주장해 왔음.

○ 이번 현중 대법 판결은 그동안 근로계약 존부를 중심으로 사용자 지위를 파악한 기존 대법원 판례의 경향과 다르다는 점에서 의미를 부여할 수 있음. 근로계약 관계가 없는 원청회사도 사내하청 등 간접고용 노동자들의 근로관계상의 여러 이익에 대하여 실질적인 지배력과 영향력이 있다면 노동조합및노동관계조정법상 사용자이므로 부당노동행위의 주체로서 책임을 져야 한다는 것을 명확히 한 것으로 간접고용 비정규직 노동자들의 노동기본권 보장에 있어 획기적인 판결이라 할 수 있음.

○ 그러나 이번 현중 대법 판결의 유의미성에도 불구하고 일반적인 법적 규제로 작동하지 않으면 실제 노동시장과 노사관계에 미치는 영향은 제한적일 것으로 판단됨. 이번 판결이 나오기까지 7년의 세월동안 위장도급과 불법파견 문제가 사회적으로 전면화 되었고, 비정규직법의 시행 등 제도적 변화에 의해 사용자들의 대처방안이 다각화되면서 현장내 많은 변화가 뒤따랐음. 따라서 대법 판결의 유의미성을 살리기 위해서는 '실질적 사용자'인 원청의 사용자책임을 입법론적으로 제기하고 확보해 나가는 것이 요구됨.

○ 이와 함께 사내하도급 노동자 보호 방안과 관련해서 구체적인 방안이 마련될 필요가 있음. 민주노총은 2008년 간접고용 법제도 개선 연구에서 진정(합법) 도급이라 하더라도 원청의 사업장 내에서 하도급이 이루어진 경우에 널리 해당 노동자의 권리 보호를 위한 규정의 필요성을 제기한 바 있음. 간접고용의 양상이 갈수록 고도화·세련화되고 있는 현실에서 좁은 의미의 불법파견만이 아니라 설사 진정 도급이라 할지라도 원청에게 일정한 사용자책임을 부여하자는 게 문제의식의 출발점이었음. 이에 보호방안 마련을 위한 법조계의 적극적인 관심과 노력이 요구됨.

<민주노총 입법안 요지>

- 중간착취, 저임금의 고착화, 사용자책임 회피의 합법화와 노동 3권의 박탈을 초래하는 파견근로자법의 폐지
- 원청 사업주의 노동법상 사용자 책임을 명시하고 사내하도급의 도급사업주는 '실질적 지배력과 영향력이 있는 사업주'로 간주하여 간접고용 노동자의 노동기본권 보장
- 파견근로자법의 폐지와 무관하게 위장도급의 형태로 존재하는 불법파견을 금지하기 위하여 도급 등과의 구별 기준을 직업안정법에 명문화, 위장도급을 통한 간접고용 확산 억제
- 불법파견 내지 불법근로자공급시 사용사업주에게 직접고용이 간주된 것으로 봄으로써 노동자의 고용보장, 사용사업주의 사법적 책임 명시를 통해 위장도급과 불법파견(근로자공급) 억제

3. 발제문에 대한 질의

- 현중 대법 판결을 계기로 '실질적 지배력설'을 기초로 입법적으로 해결하기 위한 노력이 전체적으로 필요하고, 추진되어야 한다고 생각함. 이러한 조건에서 발제자는 실질적 지배력설이 부분적 사용자 책임으로 후퇴해버리기 때문에 '동태적 사업론'에 기초한 사내하도급 규율을 주장하고 있는데 오히려 이러한 논거는 그 유의미성에도 불구하고 '실질적 지배력설'의 입법적 노력에 혼선을 빚게 할 수 있는 요소는 없는지?
- 발제자의 '동태적 사업론'이 사내하도급에 대한 규율의 기본 구조로 설정한다면 그 범위는 사내하도급으로 제한되는 것인지, 아니면 하도급 일반을 규율하는 것인지?
- 발제자의 '동태적 사업론'이 입법적으로 해결된다면 구체적 방안은 무엇인지?

[종합토론4]

한국노총 토론

- 구두 토론 -

종합토론문

[종합토론5]

노동부 고용평등정책과 토론

- 구두 토론 -

[판결문1]

현대미포조선 판결문

(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2005다 75088 종업원지위확인
원고, 상고인	별지 원고목록 기재와 같다. 원고들 소송대리인 변호사 권두섭 외 4인
피고, 피상고인	주식회사 현대미포조선 소송대리인 변호사 주한일 외 4인
원 심 판 결	부산고등법원 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결
판 결 선 고	2008. 7. 10.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원으로 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

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 지

판결문

나지 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(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 1999. 7. 12자 99마 628 결정, 1999. 11. 12. 선고 97누 19946 판결, 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 등 참조).

원심이 확정된 사실에 의하면 다음의 점들을 알 수가 있다.

원고들이 소속된 ○○기업은 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사, 수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 피고 회사는 ○○모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험 합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, ○○기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, ○○기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

뿐만 아니라, 피고 회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 ○○기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, ○○기업이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, ○○기업의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

더 나아가, ○○기업은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 피고 회사로부터 수령하였지만, 피고 회사는 ○○기업 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 피고 회사의 다른 부서 업무지원, 안전 교육 및 직무교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다. 한편, ○○기업에 대한 작업량 단가는 피고 회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 현대미포조선 노동조합과 피고 회사 사이에 체결된 임금협약 결과에 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 행사하였다.

마지막으로, ○○기업은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, ○○기업은 독자적인 장비를 보

유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, ○○기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자사의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 목시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들과 피고 회사 사이에 직접 근로계약관계가 성립된 것으로 볼 수 없다고 단정하였는바, 이러한 원심의 판단에는 외형상 도급의 형태를 띠고 있지만 실질적으로는 그 수급인의 근로자와 명목상의 도급인 사이에 목시적 근로계약관계가 있는 것으로 평가하여야 할 근로관계의 법리를 오해하여 판결에 영향일 미친 잘못이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 원고들의 상고는 이유가 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리, 판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 안대희 _____

대법관 김영란 _____

주심 대법관 이홍훈 _____

판결문

[판결문2]

에스코 판결문

(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결)

대 법 원

판 결

사 건 2007두22320 부당해고구제재심판정취소
원고, 상고인 원고 1외 1인
원고들 소송대리인 변호사 권두섭 외 5인
법무법인 시민 담당변호사 김선수 외 3인
법무법인 화우 담당변호사 박상훈

피고, 피상고인 중앙노동위원회위원장
피고보조참가인 참가인 주식회사
소송대리인 법무법인 일신 담당변호사 이성룡 외 2인
법무법인 바른 담당변호사 박재윤

원 심 판 결 서울고등법원 2007. 10. 5. 선고 2007누5105 판결

판 결 선 고 2008.9.18

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘파견근로자보호법’ 이라고 한다.)은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용 관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘, 명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 “근로자파견”으로 정의하면서(제2조 제1호), 제 6조 제3항 본문에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정(이하, ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고 있다.

근로자 파견은 원래 근로자 공급의 한 형태인데, ‘근로자공급사업’은 ‘공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’(직업안정법 제4조 제7호)으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 허용하면 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 염려가 있어 근로기준법은 원칙적으로 이를 금지하고(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부 개정되기 전의 근로기준법 제8조, 위와 같이 개정된 근로기준법 제9조), 다만 직업안정법에 의하여 노동부장관의 허가를 받은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국내근로자공급사업의 경우는 그 허가대상을 노동조합으로 한정하고 있었다(직업안정법 제33조 1항, 동법시행령 제33조 제2항 제1호). 그러던 중 1998. 2. 9. ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’(이른바 노사정합의)에서 노동시장의 유연성을 제고하는 한 방법으로 제한된 범위 안에서 근로자파견제도를 도입하기로 합의가 이루어졌고 이를 계기로 파견근로자보호법이 제정되면서 근로자파견사업은 근로자공급사업의 범위에서 제외되게 되었다(직업안정법 제4조 제7호).

파견근로자보호법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 입법목적으로 하고 있는데(파견근로자보호법 제1조), 그 중에서도 ‘근로자파견사업의 적정운영’을 위하여 제2장에서 근로자파견사업에 대한 규제조치로서 파견의 사유(근로자파견대상업무에 해당하거나 일시적 사유가 있을 것), 파견의 기간, 파견사업의 허가 등을 규정하고 있다. 즉, 파견근로자 보호법은 파견의 사유에 관하여 제5조 제1항에서 근로자파견대상업무를 원칙적으로 제조업의 직접생산공정업무를 제외한 전문지식, 기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무로 제한하고, 제5조 제2항에서는 근로자파견사업의 대상으로 적절하지 못하여 절대적으로 파견을 금지한 업무를 제외하고는 출산, 질병, 부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적, 간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에 한하여 근로자파견사업을 행할 수 있도록 하였다. 파견의 기간에 대해서도 제6조 제1항에서 위 제5조 제1항에

판결문

의한 근로자파견의 기간은 1년을 한도로 하되 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자 간의 합의가 있으면 1회에 한하여 갱신을 허용하여 최대 2년을 넘지 못하도록 하였고, 제6조 제2항에서 위 제5조 제2항에 의한 근로자파견의 기간은 출산, 질병, 부상 등으로 결원이 생긴 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간만, 그리고 일시적, 간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월 이내를 한도로 하면서 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자 간의 합의가 있어도 1회에 한하여 그 기간을 갱신할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 파견사업의 허가에 관하여는 제7조에서 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받도록 규정하고 있다. 또한 파견근로자보호법은 근로자파견사업의 적정운영을 위한 위 법규정들이 실효를 거둘 수 있도록 제43조 제1호에서 파견의 사유, 기간 및 파견업의 허가에 관한 위 규정들을 위반한 파견사업주를, 제44조 제1호에서는 파견의 사유, 기간에 관한 위 각 규정을 위반한 사용사업주를 형사처벌 하도록 규정하고 있다.

이와 같은 파견근로자보호법의 입법 경위와 그 입법 목적 및 근로자파견사업의 적정 운영을 위한 위 법규정들의 내용 등을 살펴보면, 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법(私法) 관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화, 장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법취지가 있다고 할 것이다.

한편 파견근로자보호법 제6조 제3항은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 ... 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고 있을 뿐 근로자파견이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 파견근로자보호법 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 파견근로자보호법은 위에서 살펴본 바와 같이 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자 간의 고용 성립 의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 이러한 직접 고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법취지 등을 종합하여 보면 위 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 “근로자파견”이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접 근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이

있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다.

2. 따라서 이와 달리 직접고용간주 규정이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견근로자보호법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 '적법한 근로자파견'의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 위와 같이 위 규정의 문언이나 입법취지 등에 비추어 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 나아가 다음과 같은 점에서도 합리적이라거나 타당하다고 볼 수 없다.

먼저 직접고용간주 규정이 위 제5조 제1항에 정한 근로자파견대상업무에 해당하는 적법한 근로자파견에만 적용된다고 해석하여야 한다는 입장은, 아마도 직접고용간주에 필요한 근로관계의 존속기간인 '2년'과 위 제5조 제1항에 의한 근로자파견의 최대파견기간인 '2년'이 동일 기간이라는 데 그 논거를 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 파견근로자보호법은 앞서 본 바와 같이 위 제5조 제1항에서 전문지식, 기술 또는 경험 등을 필요로 하는 일정 업무를 근로자파견대상업무로 정하기는 하였으나, 위 제5조 제2항에서는 예외적인 특정한 사유와 필요가 있는 경우 등에는 절대적 금지업무를 제외하고는 위 제5조 제1항에 정한 업무가 아니어도 근로자파견사업을 행할 수 있도록 허용하고 있다. 그리고 직접고용간주 규정을 위 제5조 제1항에 의한 근로자파견의 최장 기간 2년을 정하고 있는 위 제6조 제1항 바로 뒤에 두지 않고, 오히려 제5조 제2항에 의한 근로자파견기간에 관한 제6조 제2항 다음에 둔 것에 비추어 보더라도 위와 같은 논거는 설득력이 없다고 할 것이다.

또한 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에만 적용된다고 보면, 파견근로자보호법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 직접고용성립 의제의 부담을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나고, 특히 위 제5조 제1항에 정한 근로자파견대상업무에 해당하거나 같은 조 제2항에 정한 근로자파견사유가 있거나 하면, 위 제7조에 의한 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 형사처벌을 받지 아니하게 되는 데(제44조 제1호), 이 경우 사용사업주가 직접고용간주 규정조차도 적용을 받지 아니한다면 사용사업주로서는 당연히 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견을 받는 쪽을 더 선호하게 될 것이므로, 파견근로자보호법에 위반하는 행위를 조장하고 근로자파견사업 허가제도의 근간을 무너뜨릴 염려가 있으므로 타당하지 않다.

한편, 직접고용간주 규정은 파견근로자보호법이 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 제6조의2로 신설된 '직접고용의무 규정'으로 대체되었는데, 이와 같이 개정된 직

판결문

접고용의무 규정은 사용사업주가 근로자 파견사업이 원칙적으로 허용되지 않는 업무에 파견근로자를 사용하는 경우와 근로자파견사업의 허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우에 대해서도 사용사업주에게 당해 파견근로자의 직접고용의무를 부과하고 있는바(같은 조 제1항 각호), 이 규정 역시 파견근로의 상용화, 장기화를 방지하기 위한 것으로서 직접고용간주 규정과 그 입법취지가 같다고 할 것이므로, 이러한 입법연혁에 비추어 보아도 직접고용간주 규정의 적용범위를 축소하려는 해석은 부당하다.

3. 그럼에도 불구하고 원심은 위의 법리와는 달리 제1심 판결을 인용하여 사용사업주인 피고보조참가인 회사가 파견근로자인 원고들을 파견근로자보호법 제5조 제1항에서 허용된 업무와는 다른 업무에 종사하게 하였으므로 이 사건 근로자파견이 위법하다는 이유로 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 파견근로자보호법 제6조 제3항에 정한 직접고용간주 규정의 적용범위의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유의 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법원장 이용훈	_____
	대법관 고현철	_____
	대법관 김영란	_____
	대법관 양승태	_____
	대법관 김황식	퇴직으로 서명날인 불능
	대법원장 이용훈	_____
	대법관 박시환	_____

사내하청 대법원 판결 3부작-그 의미와 과제

주심	대법관	김지형	_____
	대법관	이홍훈	_____
	대법관	박일환	_____
	대법관	김능환	_____
	대법관	전수안	_____
	대법관	안대희	_____
	대법관	차한성	_____

판결문

[판결문3]

현대중공업 판결문
(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2007두8881 부당노동행위구제재심판정취소
원고, 상고인	현대중공업 주식회사 대표이사 민계식 외 1인 소송대리인 변호사 손지열 외 6인
피고, 피상고인	중앙노동위원회위원장 소송수행자 박삼근 외 7인
피고보조참가인	보조참가인 1 외 4인 피고보조참가인들 소송대리인 변호사 김진
원 심 판 결	서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13970 판결
판 결 선 고	2010. 3. 25.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하, '법'이라 한다) 제81조 제4호 소정의 사용자 인지에 관하여

가. 법 제1조는 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민 경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 그리고 법 제81조는 ‘사용자는 각각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다’고 하고, 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다”고 하며, 제84조 제1항은 “노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다”고 규정하는 등, 법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7448 판결 등 참조). 이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적은 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

나아가 법 제81조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’ 등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 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.

판결문

나. 원심은, ① 원고 회사가 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 사내 하청업체 소속 보조참가인 1 내지 4(이하, '참가인들'이라 한다)을 포함한 근로자들이 해야 할 작업내용 전반에 관하여 직접 관리하고 있었고, 또 개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는 등 원고 회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조 간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점, ② 사내 하청업체는 위와 같은 작업 일시, 장소, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점, ③ 사내 하청업체 소속 근로자는 원고 회사가 제공한 도구 및 자재를 사용하여 원고 회사의 사업장 내에서 작업함으로써 원고 회사가 계획한 작업 질서에 편입되고 원고 회사 직영근로자와 함께 선박 건조업무에 종사하고 있었던 점, ④ 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여서도 위 근로자들이 실질적으로 원고 회사 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독 하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여, 원고 회사가 참가인들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 원고 회사를 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위의 시정을 명하는 구체명령을 이행할 주체로서의 사용자에게 해당한다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법 제81조 제4호가 정하는 사용자 개념 등에 관한 법리오해의 위법은 없으며, 상고이유에서 내세우는 대법원 판결들은 사안을 달리 하는 것이어서 이 사건에 원용될 것은 아니다.

2. 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위 성립 여부에 관하여

원심은, ① 원고 회사 사내 하청업체 소속 일부 근로자들은 2003. 3.경부터 비밀리에 노동조합준비위원회를 결성하고 비밀조합원제도를 유지하여 오다가 일부 조합원의 신분이 노출되자 같은 해 8. 24. 보조참가인 5(이하 참가인 조합이라고 한다) 창립총회를 거쳐 같은 달 30. 노동조합설립신고증을 교부받게 되었는데, 원고 회사는 2003. 8. 26. 사내 하청업체 성원기업 대표 소외 1로 하여금 참가인 조합의 조합원으로 드러난 참가인 4를 사업장에서 근무하지 못하도록 요청하여 근무대기를 하도록 하였고, 같은 달

29. 소외 1에게 참가인 4가 참가인 조합 임원인 사실을 알려준 점, ② 원고 회사의 사내 하청업체는 대부분 원고 회사의 업무만 수행하고 있고, 원고 회사는 사내 하청업체에 대한 개별도급계약의 체결 여부 및 물량을 그 계획에 따라 주도적으로 조절할 수 있는데다가 그 외에도 도급계약의 해지, 사내 하청업체 등록해지 권한을 가지고 있는 등 사내 하청업체에 대하여 우월적 지위에 있었던 점, ③ 원고 회사가 사내 하청업체에게 소속 근로자가 원고 회사에서 유인물을 배포하는 등 회사 운영을 방해하고 있다면서 계약해지 등의 경고를 한 점, ④ 참가인 조합 회계감사인 소외 2가 소속된 원광산업전기는 2003. 8. 30. 폐업하고, 참가인 조합 위원장인 참가인 1이 소속된 주식회사 영진기업(이하, '영진기업'이라 한다)은 2003. 10. 8. 폐업하였으며, 그 사이에도 참가인 2가 소속된 동아산업 주식회사(이하, '동아산업'이라 한다), 참가인 조합 사무국장인 참가인 4가 소속된 성원기업(의장부분만 폐지) 등의 사내 하청업체 들이 경영상 폐업할 별다른 사정이 없음에도 참가인 조합 설립 직후에 참가인 근로자들이 참가인 조합 간부임이 드러나고 근로조건에 대한 협상요구를 받은 즉시 폐업을 결정한 것을 볼 때, 위 사내 하청업체들의 폐업이유는 참가인 조합의 설립 이외에 다른 이유가 없다고 보이는 점, ④ 위 사내 하청업체들은 1997년경부터 설립되어 그 폐업시까지 아무런 문제 없이 운영되어 온 회사들로서 전에 노사분규를 경험하여 본 적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가 본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 하청업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는 점, ⑤ 위 영진기업의 경우 폐업결정 직후에 그 부분 사업을 인수할 효정산업이 설립되었고, 실제로 폐업한 위 영진기업 소속 근로자 상당수가 효정산업으로 적을 옮겨 영진기업이 하던 원고 회사 도장5부의 작업을 하고 있으며, 동아산업의 경우 폐업공고 직후 신라 주식회사에서 패널 조립업무에 근무할 근로자를 모집하여 동아산업이 하던 패널 조립작업을 그대로 이어받았고, 원고 회사가 현우기업에 대하여 계약해지를 예상하고 있었음에도 참가인 조합의 임원이 소속된 성원기업 의장부분이 갑자기 폐지되고 성원기업 의장부분 소속 근로자가 현우기업에 입사하였는데, 영세하고 정보력이 부족한 사내 하청업체들의 독자적인 능력만으로 폐업 및 직원모집, 회사설립 등의 복잡한 업무를 원고 회사의 운영에 아무런 차질이 없도록 위와 같이 신속하게 진행할 수 있었다고는 보이지 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 하였다고 판단하였다.

이와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 법 제81조 제4호가 정하는 지배·개입의 부당노동행위 성립에 대한 법리오해 등의 위법이 없으며, 그 밖에 원심의 사실인정을 다투는 것에 귀착하는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

판결문

3. 구제명령의 내용에 관하여

현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다. 법 제8조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다.

위와 같은 취지에서 보면, 중앙노동위원회가 이 사건 지배·개입을 부당노동행위로 인정한 후 원고 회사에 대하여 발한, “실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 아니 된다”는 구제명령이 위법하다고 볼 것은 아니므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자의 부담으로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양승태

대법관 김지형

주심 대법관 전수안

대법관 양창수