

■ 노동 칼럼 ■

비제조업 분야의 불법파견 인정 경향



(법무법인(유) 지평 이광선 변호사, 김동현 변호사)

1. 비제조업 분야로 확대 인정되는 불법파견

서울남부지방법원은 2019년 1월에 A 대형마트 대표이사에게 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법') 위반을 이유로 징역형(징역 10개월 집행유예 2년)을 선고하였습니다(서울남부지방법원 2019. 1. 31. 선고 2018고단 1654 판결¹). A 대형마트에서는 도급업체로부터 재하도급을 받은 무허가 파견업체 소속 근로자들이 계산 업무, 상품 진열·손질 업무 등을 수행하였습니다.

도급 또는 용역계약 등의 형식을 취하고 있더라도, 그 실질이 파견법에 위반되는 근로자파견인 경우 불법파견이 됩니다. 불법파견은 제조업 분야에서 인정된 사례가 많고,² 그 중에서도 형사책임이 인정된 사례는 주로 제조업 분야였습니다.³ 위 대형마트 판결은 유통·서비스업 분야에서도 불법파견에 따른 형사책임이 인정된 사례입니다. 그 외에도 하급심 판결은 고속도로 요금징수원, 안전순찰원 등에 대해서도 불법파견을 인정했고, 고용노동부 역시 제빵기사 사례 등에서 불법파견을 인정하였습니다. 이처럼 비제조업 분야에서도 불법파견의 인정 사례가 늘어나고 있으므로, 이 글에서는 비제조업 분야의 주요 불법파견 사례를 살펴보겠습니다.

¹ 피고인이 항소하여 현재 항소심(서울남부지방법원 2019노364) 계류 중입니다.

² 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결 등

³ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결, 광주고등법원 2012. 2. 17. 선고 2010노366 판결

2. 판례에 따른 판단 기준

대법원은 계약의 명칭이나 형식에 구애되지 않고 근로관계의 실질에 따라 판단한다는 원칙 하에, 제조업과 비제조업의 구분 없이 ① 원청의 상당한 지휘·명령 ② 원청의 사업에 실질적으로 편입 ③ 원고용주의 독자적인 노무관리 ④ 계약 대상 업무의 한정 구별 및 전문성·기술성 ⑤ 독립적인 기업조직이나 설비의 판단 기준에 따라 불법파견에 해당하는지를 판단하고 있습니다.⁴ 각 판단 기준 별로 주요 사례를 살펴보겠습니다.

3. 판단 기준별 주요 사례

가. 원청의 상당한 지휘·명령

(1) 현장대리인

현장대리인이 하청 근로자가 근무하는 사업장에 상주하지 않거나,⁵ 사실상 원청이 결정한 사항을 전달하는 것에 그치는 경우⁶, 현장대리인이 다른 근로자들과 마찬가지로 현업을 수행하면서 지휘·감독을 주로 하지 않는 경우 불법파견이 인정된 바 있습니다.⁷ 반면, 현장대리인이 현장에 상주하면서 업무배치권을 행사하는 등 실질적으로 지휘·감독을 한 경우에는 불법파견이 부정된 사례가 있습니다.⁸

⁴ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결, 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결, 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결 등 다수

⁵ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016다13741 판결, 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결 등

⁶ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결, 서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2014나2036786 판결(대법원 2016다239024로 상고심 계속 중) 등

⁷ 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결, 서울동부지방법원 2017. 8. 17. 선고 2016가합102687 판결(사용자가 항소하였다가 취하하여 2017. 9. 9. 확정)

⁸ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다61401 판결

(2) 업무매뉴얼, 영업규칙 등

원청이 하청 근로자에게 업무매뉴얼을 제시하거나⁹ 게시판 등을 통하여 업무지시를 하는 경우¹⁰, 영업규정·규칙에서 정한 내용에 따라 업무를 수행하게 한 경우¹¹ 불법파견이 인정된 사례가 있습니다. 반면, 원청이 업무매뉴얼을 두었어도 하청의 현장대리인을 통하여 작업지시를 한 경우에는 원청의 상당한 지휘·명령이 부정되었습니다.¹²

(3) 정기적인 업무보고

하청 근로자가 원청 근로자에게 정기적으로 업무보고를 하거나 업무 결과물(작업일지 등)에 관하여 확인을 받는 경우에는 불법파견으로 인정되는 경향이 뚜렷합니다.¹³

나. 원청의 사업에 실질적으로 편입**(1) 혼재 근무**

하청 근로자가 원청의 근로자들과 혼재되어 사실상 동일한 업무를 수행하거나,¹⁴ 같이 근무하지는 않더라도 원청 근로자와 보고 또는 협조체계를 유지하면서 같은 형태로 업무를 수행한 경우¹⁵ 원청의 사업에 실질적으로 편입된 것으로 인정된 사례가 있습니다. 반면,

⁹ 서울고등법원 2017. 2. 3. 선고 2015나2006676 판결(대법원 2017다219249로 상고심 계속 중)

¹⁰ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결

¹¹ 서울고등법원 2017. 2. 3. 선고 2015나2006676 판결, 의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결(항소심에서 조정 성립)

¹² 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

¹³ 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결, 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결 등

¹⁴ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결, 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결

¹⁵ 서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2014나2036786 판결

같은 공간에서 근무하였더라도 원청 근로자와 하청 근로자의 업무가 명확히 구분되는 경우 원청의 사업에 실질적으로 편입되지 않은 것으로 보았습니다.¹⁶

(2) 동일한 유니폼, 로고 등 사용

하청 근로자가 원청 근로자와 동일한 형태의 유니폼, 명찰 등을 착용하거나 원청의 로고를 함께 사용하는 경우¹⁷ 원청의 사업에 실질적으로 편입된 것으로 판단한 사례가 있습니다.

다. 원고용주의 독자적인 노무관리

하청이 원청에게 근무편성표를 작성하여 보고한 경우¹⁸, 원청이 하청 근로자들에게 직접 업무에 관한 교육을 하거나¹⁹, 하청이 교육을 실시하였더라도 그 내용이 원청에 의하여 표준화된 것에 그치는 경우 불법파견으로 인정된 바 있습니다.²⁰ 그 밖에 원청이 채용 절차(면접)에 관여하거나²¹, 원청 관리자의 승인을 받아 휴가를 사용한 경우²², 원청이 인원 배치를 결정하는 경우²³ 하청의 독자적인 노무관리를 부정하였습니다. 반면, 하청이 채용·징계 등에 관한 권한을 가지고, 작업배치권을 행사하며, 조퇴·휴가 등 근태관리를 독자적으로 한 경우 불법파견을 부정하였습니다.²⁴

¹⁶ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

¹⁷ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806판결, 서울고등법원 2017. 2. 3. 선고 2015나2006676 판결

¹⁸ 서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2014나2036786 판결, 의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결

¹⁹ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016다13741 판결

²⁰ 의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결

²¹ 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결, 서울고등법원 2019. 5. 28. 선고 2017나2029727 판결(대법원 2019다245266으로 상고심 계속 중)

²² 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016다13741 판결

²³ 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결

²⁴ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

라. 계약 대상 업무의 한정 구별 및 전문성·기술성

계약 대상 업무가 한정되지 않고 포괄적으로 규정된 경우²⁵, 투입되는 인건비를 기초로 대금이 산정되는 경우(임률도급방식 등) 불법파견이 인정된 바 있습니다.²⁶ 다만 인건비 단가를 기초로 도급금액을 산정하였음에도, 하청 근로자들의 업무가 도급계약에서 정한 업무로 한정되고 원청의 요구에 따른 추가 업무를 하지 않은 경우에는 불법파견이 부정된 사례도 존재합니다.²⁷

업무가 단순·반복적이고 원청의 상시적인 업무를 수행하는 경우 불법파견으로 인정된 사례가 있습니다.²⁸ 반면, 하청 근로자들이 담당한 업무가 일정한 경력과 자격을 요하는 경우 불법파견이 부정되었습니다.²⁹

마. 독립적인 기업조직이나 설비

하청이 원청으로부터 업무 수행에 필요한 장비와 사무공간, 집기, 소모품 등을 무상으로 제공받은 경우 불법파견으로 인정된 사례가 있습니다.³⁰ 반면, 하청이 독립적인 기업조직이나 설비를 갖춘 경우³¹, 상당한 사업조직을 갖추고 여러 사업장에서 도급업무를 수행하는 경우³² 불법파견으로 보지 않았습니다.

²⁵ 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결

²⁶ 서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2014나2036786 판결

²⁷ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

²⁸ 서울고등법원 2019. 5. 28. 선고 2018나2062905 판결(쌍방이 상고하지 않아 2019. 6. 14. 확정)

²⁹ 서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016나11051 판결(대법원 2017다17955로 상고심 계속 중)

³⁰ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결 등

³¹ 서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016나11051 판결

³² 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

4. 결론

최근 법원 및 고용노동부는 제조업뿐 아니라 비제조업에서 불법파견을 보다 넓게 인정하고 있습니다. 따라서 각 회사에서는 비제조업 분야의 도급업무가 적법하게 운영되고 있는지 여부를 사전에 미리 파악하고 개선할 필요가 있습니다.

※ 법무법인(유) 지평은 노동팀 전담 변호사들이 파견법에 관한 고객들의 자문에 응하고 있습니다. 이와 관련하여 도움이 필요하시면, 이광선 변호사(kslee@jipyong.com, 02-6200-1787)에게 문의해 주시기 바랍니다.