

[조선업 비정규직 관련 여러 문제에 대한 검토]

금속노조 법률원(법무법인 여는)

김태욱 변호사

이하의 내용은 조선업 비정규직을 둘러싼 여러 문제에 대한 현행 법률규정, 판례 등을 개괄적으로 검토한 것입니다. 오늘은 첫 워크샵이므로 이후 현장의 필요를 파악하여 쟁점을 좀 더 구체화할 필요가 있다고 생각됩니다.

I. 고용구조

1. 1차 본공 노동자와 원청 회사간의 법률관계
2. 물량팀장과 1차 하청업체 혹은 원청회사간의 법률관계
3. 물량팀원과 1차 하청업체 혹은 원청회사와의 법률관계
 - 가. 물량팀장이 사업주가 아니라 근로자성이 인정되는 경우
 - 나. 물량팀장이 사업주이고 물량팀장이 물량팀원과 근로계약을 체결하는 경우
 - 다. 물량팀장이 사업주이고 물량팀장이 물량팀원과 근로계약을 체결하지 않은 경우

II. 급여 관계

1. 근기법 제44조
2. 근기법 제44조의 2 및 3
3. 최저임금법

III. 원청과 하청간의 관계

1. 도급, 하도급 자체를 금지 또는 제한하는 규정
 - 가. 안전과 관련된 규정
 - 나. 환경과 관련된 규정
 - 다. 건설업 관련 규정
2. 허가 또는 보고를 요하는 규정
3. 기타
 - 가. 국가 인권위원회 하청 산재에 대한 권고
 - 나. 민주노총 요구
4. 하도급거래 공정화에 관한 법률
5. 기타

I. 고용구조

직영(정규직) - 상용제(월급제) - 기간제(시급제) - 물량팀(상시) - 물량팀(돌발/알바)	-----	-----
사내하청(1차본공)		사내하청(2-3차)

1. 1차 본공 노동자와 원청 회사간의 법률관계

현대미포조선(하청업체 용인기업) 사건에서 대법원은 아래와 같이 판시하면서 용인기업 소속 하청 노동자가 현대미포조선과 목시적 근로계약이 성립한다고 본 바 있습니다.

[현대미포조선-용인기업 사건]

대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088사건

원심이 확정한 사실에 의하면 다음의 점들을 알 수가 있다.

원고들이 소속된 ○○은 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 시밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 피고 회사는 ○○이 모집해 온 근로자에 대하여 **피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정**하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, ○○ 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, ○○ 소속 근로자들의 **채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한**을 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 지휘**하거나 또는 ○○ 소속 책임자를 **통하여** 원고들에게 구체적인 작업 지시를 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 보장**하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

더 나아가, ○○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.

마지막으로, ○○은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 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.

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 정하였다가 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.”

□ 평석

본 판결에서 대법원은 A사가 X들에 대하여 ① 채용, 승진, 징계에 관한 실질적 권한을 행사하였고, ② 작업과정에서 직접 지휘감독권을 행사하였으며, ③ 임금 등 근로조건에 실질적 영향력을 행사하였다는 점과, ④ Y가 독립적 물적시설을 갖추지 못한 점을 들어 A사와 X들에 대한 묵시적 근로관계를 인정하고 있다. ‘묵시적

근로계약관계설'이라는 일반적 기준을 종합적 판단기준으로 제시하고 이에 대해서 직접근로관계를 인정하였다. 따라서 이 판결은 현재 사회문제화 되어있는 사내 하청, 등 간접고용의 남용에 제등이 걸렸다는 점에서 이후에 판결에 미칠 영향이 매우 크다고 평가할 수 있다.

한편, (묵시적 근로계약이나 파견이 인정되지 않는 경우에도) 현대중공업이 하청 노동자에 대하여 부당노동행위(지배개입)의 주체로 인정된 사례가 있습니다.

[현대중공업 원청 부당노동행위 사용자성 인정 판결]

- 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9075 판결, 2007두8881 판결
- 종래 노동법학계의 통설인 지배력설을 반영
- 원청 사업주의 노조법상 사용자 책임 인정
- 간접고용 노동자의 노조활동, 단체교섭권, 쟁의행위 실질화 가능성

□ 대법원 현대중공업 사건에서 "부당노동행위의 예방, 제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에 해당한다.'고 하면서, '(부당노동행위의 하나인) 지배 개입의 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적인 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정해야 할 것이다. 따라서 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 사용자에 해당한다.'고 판단

⇒ 이른바 학계의 통설이고 일본 최고재판소 판결의 입장인 지배력설에 따라 판결하였다. 즉, 근로계약상의 사용자가 아닌 자도 노조법상 사용자가 될 수 있고(중첩성), "일정부분"이라는 표현을 통하여 근로계약상의 사용자가 아닌 사업주는 부분적인 지배력을 행사하는 것만으로도 충분하다(부분성). 다만, 지배력은 그 정도에

있어서 “실질적”이고 “구체적”이어야 하고, 그 성격에 있어서 “고용주의 권한”과 유사해야 한다.

⇒ 단, 위 판결은 지배개입의 부당노동행위에 대한 사안이고, 불이익 취급에 대한 부당노동행위에서는 사용자성이 인정되지 않았다. 그러나 위 사안에서 불이익 취급의 내용이 해고였기 때문에 인정하지 않은 것이었고, 다른 내용의 불이익 취급이었다면 가능할 수도 있지 않았을까하는 사견임. 1심 법원은 “참가인 회사(현대중공업)는 원고가 구하는 구제명령(원직복귀명령 및 소급임금지급명령)을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지고 있지 않아(직접적인 근로계약관계에 있는 사용자만이 그러한 권한이나 능력을 가지고 있다고 할 것이고 간접적인 근로계약관계에 있는 사업주는 그러한 권한이나 능력을 가지고 있다고 보기 어렵다) 이 사건 구제신청에 있어서 상대방이 될 수 있는 적격이 있는 사용자라고 할 수 없으므로, 이와 같이 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다.”고 판시하였고 대법원 상고 기각으로 확정.

또한 (묵시적 근로계약이나 파견이 인정되지 않는 경우에도) 하청 노동조합이 원청회사를 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지도 문제가 되는데, 한국수자원 공사사건에서 아래와 같이 판단한 바 있습니다.(단, 2심에서 파기된 후 확정)

[한국수자원 공사 하청 노동조합 단체교섭 사건]

....비록 근로계약관계의 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서의 사용자에 해당...
적어도 별지 목록 제1항(폐지처분), 제2항(휴게공간 개선), 제3항(노동조합 사무실 제공), 제4항(연장근로 조정), 제6항(업무범위 조정)에 관하여는 ♥◆◆◆◆◆의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 봄이 상당하므로, 채무자는 별지 목록 제1 내지 4, 6항 기재 사항에 관하여는 채권자와 사이에 단체교섭의무를 부담한다 할 것이어서 이 부분 신청에 대한 피보전권리가 소명된다.

다만, 부정적인 행정해석이 있다.

독립적인 사내 하청업체 소속 근로자와 원청기업간에는 근로관계가 성립되지 않는다

회시번호 : 근기 68207-387

회시일자 : 2003-03-31

[질의]

우리 사무소 관내 △△기업 소속 근로자들이 회사의 폐업과 관련하여 실질적인 사용자는 원청인 (주)○○조선이므로 고용을 승계하라고 주장하며 집단 행동을 하고, 관계기관 등에 민원을 제기함에 따라 원청과 하청업체 소속 근로자간의 사용 종속관계 성립여부에 대해 질의함.

<법령의 해석을 요구하는 이유>

△△기업 소속 근로자들은 원청인 (주)○○조선에서 상여금, 퇴직금, 제수당, 학자금 등 복지후생적 금품 등을 원청 소속 근로자들과 동일하게 지급하여 왔고,

원청의 허가를 받아 근로자를 채용하였을 뿐만 아니라 △△기업 소속 근로자에 대해 징계한 적이 있으며, 선박수리 작업에 필요한 장비, 시설, 자재, 사무실 등을 무상으로 제공하고, 작업지시를 직접 하였으며, 산재보험 또한 일괄 가입하였고,

사내 복리후생시설을 동일하게 이용하여 왔는 등 사실상 △△기업 소속 근로자들의 사용자는 (주)○○조선이므로 고용승계를 요구하고 있음.

이에 따라 원청인 (주)○○조선과 하청인 △△기업 소속 근로자간에 사용종속관계가 성립되는지 여부를 검토하기 위함.

<갑 설>

△△기업 소속 근로자들의 사실상 사용자는 (주)○○조선임.

△△기업 소속 근로자들의 상여금, 퇴직금, 제수당, 학자금 등 일체의 복리후생적 금품을 원청사인 (주)○○조선에서 지급하였음은 물론이고 작업지시를 또한 직접 하였으며, △△기업의 장비, 시설, 자재, 사무실 등을 무상으로 제공하였고, (주)○○조선의 복리후생시설을 동일하게 이용하는 등 △△기업은 한 부서와 동일하여 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하므로 사실상 △△기업 소속 근로

자들의 사용자는 (주)○○조선임.

〈을 설〉

△△기업은 독립적인 사업장이므로 원청사인 (주)○○조선과의 사용종속관계는 성립되지 아니함.

(주)○○조선에서 △△기업에 지원한 상여금, 퇴직금, 제수당, 학자금 등 복리후생적 금품은 도급계약서에 의거 그 재원을 지원해 준 것에 불과하며, △△기업은 경리채용, 독자적인 임금체계, 회계업무의 위탁관리, 각종 장부의 자체 작성·보관 등을 통해 독립적·독자적으로 영리를 추구한 사업장이므로 △△기업의 존재가 형식적, 명목적인 것에 불과하다고 볼만한 사정이 없어 원청사인 (주)○○조선과의 사용종속관계는 성립되지 아니한다.

〈우리 사무소 의견〉 을설이 타당하다고 사료됨.

(주)○○조선에서 △△기업 대표자에게 지급한 제수당, 상여금, 퇴직금 등은 보조금의 성격으로써 근로기준법상 임금의 재원일 뿐 근로기준법상 임금으로 볼 수 없고, △△기업은 단순히 (주)○○조선의 노무대행기관이 아닌 독립적, 독자적으로 영리를 추구한 사업장이므로 △△기업 소속 근로자와 (주)○○조선간에는 사용종속관계가 성립되지 아니하며, (주)○○조선과 △△기업 대표자 ○○○간에 체결한 도급계약서는 이른바 "제3자를 위한 계약"이라고 볼 수 없으므로 "제수당, 상여금, 퇴직금 등은 직접 지급한다"는 계약은 당사자인 △△기업 대표자 ○○○에게만 효력이 미치는 것이므로 △△기업 소속 근로자에게는 효력을 미치지 아니하며, (주)○○조선에서 △△기업의 경영에 일정부분 관여한 것이 사실이라 하더라도 이런 관여행위는 △△기업 소속 근로자들에게 영향을 미치는 것이 아닐 뿐만 아니라 사업장대 사업장의 관계이므로 근로기준법상 사용종속관계가 성립되지 아니함.

따라서 △△기업 소속 근로자들과 (주)○○조선간에는 묵시적인 근로계약관계가 성립되었거나 사실상 사용종속관계가 성립된다고 인정되지 아니함.

[회 시]

귀 질의내용이 불분명하여 정확한 답변은 곤란하나, 귀 질의내용만으로 볼 때

귀소 의견 "을"설이 타당하다고 사료됨.❸

2. 물량팀장과 1차 하청업체 혹은 원청회사간의 법률관계

물량팀장은 외관상 소위 사업주로서의 성격이 있는 바, 이에 대하여 아래와 같이 판단한 사례가 있다.

[서울고등법원 2004. 9. 24. 선고 2003누18646]

원고가 위 공사에 필요한 인원을 충원하고 그들에 대한 노임 및 식대, 장비사용료 등을 시공자로부터 일괄 지급받아 분배하였으며, 공사 후 손해가 발생할 경우 원고가 그 책임을 진다고 한 점에 비추어 이것이 일응 하도급계약의 성질을 가진다고 하더라도 이는 위와 같은 규모의 건축공사현장에서 흔히 볼 수 있는 노무도급 계약에 불과한 것으로서 원고가 위 공사에 필요한 근로자들을 충원하여 그들의 노임과 식대 및 장비사용료 등을 일괄 지급받아 분배한 것에 불과하고 이로 인하여 원고에게 노임상당의 수입을 초과하여 이득을 본 자료도 없으며, 또한 그 작업에 대하여 시공자와 현장소장, 작업반장 등으로부터 구체적인 지휘·감독을 받았다면, 원고는 시공자에 대하여 임금을 목적으로 사용종속의 관계에서 근로를 제공하는 관계에 있었다고 보는 것이 상당하다.

1. 이 사건 처분의 경위

가. 원고는 차○○가 시공하는 서울 동작구 ○○동 159-111 소재 상도동다세 대주택 신축공사현장에서 비계공으로 근무하던 중 2001.11.12. 비계조립을 하다가 3층에서 2층으로 추락하는 사고를 당하여 '제1요추압박골절, 좌견관절염좌'의 부상을 입었다고 주장하면서 피고에게 요양신청을 하였다.

나. 피고는 2002.1.4. 원고가 건축주 및 시공자와 사이에 도급계약을 체결하여 일용직을 직접 채용하고, 도급금액에서 그 노임을 지급하고 나머지 금액을 수익금으로 하는 사업주에 해당하여 근로기준법 소정의 근로자에 해당하지 않아 요양급여의 대상이 아니라는 이유로 이를 불승인하는 이 사건 처분을 하였다.

2. 이 사건 처분의 적법여부

나. 판 단

갑 1-1, 2, 갑 3, 갑 7, 갑 8-1, 2, 갑 9, 을 2의 각 기재, 증인 손○○, 서○○의 각 증언에 변론의 전취지를 종합하면, 위 다세대주택 신축공사는 차○○가 그 부지를 제공하고 서○○이 공사비용을 부담하여 이를 시공하기로 하였으며 그 공사기간을 2001.9.25.부터 2002.3.10.까지로 정한 사실, 서○○은 위 공사를 책임지면서 신○○으로 하여금 위 공사 전체에 대한 현장소장의 업무를 하게 하였으며, 위 공사 중 페인트, 설비, 전기, 창호 등의 업무는 하도급의 형태로 수행하게 하고, 목공, 철근조립 등의 업무는 이에 소요되는 자재나 비용을 서○○ 자신이 제공하면서 해당 부분 작업반장으로 하여금 필요한 인력을 데려오게 하여 그 업무를 수행하게 하고 노임 등을 지급하는 방법으로 한 사실, 이에 서○○은 철근조립 및 비계공사를 김○○에게 맡겼는데 김○○은 다시 원고로 하여금 그 공사를 하게 한 사실, 원고는 2001.9.29.부터 2001.12.5. 까지 위 공사에 필요한 인원 7명 정도를 데리고 와 함께 작업을 하였는데 철근, 결속선, 콘크리트, 비계, 파이프, 판 등 위 작업에 필요한 자재를 서○○으로부터 지급받았고, 절단기와 자 등 위 작업에 필요한 작업도구는 개인이 지참하였으며, 크레인 등의 중기나 콘크리트를 타설할 때 사용하는 펌프카 등을 임대하여 사용한 후 이에 소요되는 노임, 식대, 장비사용료 등에 대한 모든 비용을 위 김○○을 통하여 지급받아 원고가 이에 충당한 사실, 피고 주장과 같이 원고가 위 공사를 완료한 후 2001.12.13. 하도급공사대금으로 53,000,000원을 수령하였다고 하더라도 원고가 2개월 이상 위 공사를 하면서 근로자들에 대한 각 일당 100,000원 이상의 노임 및 이들에 대한 식대와 장비임대료 등을 지급한 점에 비추어 위 금원을 합산하면 위 충당 후 원고에게 귀속된 수입은 사실상 철근·비계공의 노임수준에 불과했던 사실, 원고는 서○○과 현장소장 신○○, 작업반장 김○○으로부터 전체적인 작업의 진행상황과 일정 및 작업도면에 따른 구체적인 공정 등에 관하여 지휘·감독을 받아 근로자들과 함께 수행한 사실을 인정할 수 있고, 이에 반하는 을 1호증의 일부 기재는 믿기 어렵고, 달리 반증이 없는바, 비록 피고가 주장하는 바와 같이 원고가 위 공사에 필요한 인원을 충원하고 그들에 대한 노임 및 식대, 장비사용료 등을 시공자로부터 일괄 지급받아 분배하였으며, 공사 후 손해가 발생할 경우 원고가 그 책임을 진다고 한 점에 비추어 이것이 일종 하도급계약의 성질을 가진다고 하더라도 위 인정사실에서 본 바와 같이 이는 위와 같은 규모의 건축공사현장에서 흔히 볼 수 있는 노무도급계약

에 불과한 것으로서 원고가 위 공사에 필요한 근로자들을 충원하여 그들의 노임과 식대 및 장비사용료 등을 일괄 지급받아 분배한 것에 불과하고 이로 인하여 원고에게 노임상당의 수입을 초과하여 이득을 본 자료도 없으며, 또한 그 작업에 대하여 시공자와 현장소장, 작업반장 등으로부터 구체적인 지휘·감독을 받았고, 위 다세대주택의 개인이 시공하는 공사에 불과한 데다가 원고가 수행하는 작업의 성격과 그 공사기간 등에 비추어 보면 시공자에게 취업규칙이 있다거나 시공자가 원고에 대한 갑근세, 주민세, 건강보험료, 국민연금 등을 원천징수하거나 고용보험료 등을 신고·납부하는 것이 사실상 어려워 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고는 시공자에 대하여 임금을 목적으로 사용종속의 관계에서 근로를 제공하는 관계에 있었다고 보는 것이 상당하다 할 것이다.

따라서 원고는 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다 할 것이므로 이와 다른 견지에서 원고의 요양신청을 반려한 피고의 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다.

그러나 아래와 같이 물량팀장이 개인사업자임을 전제로 한 행정해석이 있다.

조선소 물량팀의 사업가동기간

회시번호 : 퇴직연금복지과-1306

회시일자 : 2016-04-05

【질의】

○ 동일한 개인업자가 각각의 하도급을 받아 동일한 내용의 사업(선박도색)을 장소적으로 분리하여 운영한다면 소액체당금 사업주요건으로서의 사업 가동기간 산정시 여러 현장 단위의 기간을 합산할 수 있는지 여부

【회시】

○ 소액체당금은 체불근로자 생계안정을 지원하는 임금채권보장제도의 기본취지가 더욱 충실히 구현될 수 있도록 도산하지 않은 기업의 퇴직근로자를 지원하는 제도로서

- 임금채권보장법 시행령 제8조제2항에서 사업주 요건으로 "해당 근로자의 퇴직

일까지 6개월 이상 해당사업을 하였을 것"을 정한 것은 사회통념상 기업으로서 존재가 인정되기 위해서는 어느 정도의 기간에 걸쳐 계속적으로 사업활동을 행하는 것이 필요하기 때문임.

○ 질의내용과 같이 개인업자 甲의 사업형태는 각각 다른 조선소로부터 도색작업을 장소적으로 분리되어 하도급 받은 것으로 보이는 바,

- 각 사업장의 사업기간은 각각의 업체와 별개의 도급계약에 따라 이루어져 계약에 의해 기간이 정해지므로 계약기간 만료로 그 사업이 소멸되는 경우에 해당되어 종전 사업은 폐지된 것으로 보이는 점

- 2013년 11월부터 2014년 7월까지 대○조선소, 성○조선소, S○○조선소 등 3곳에서 사업을 행하였으나 각각의 실제 사업기간을 확인할 수 없어 시간적 연결성을 인정하기 곤란한 점

- 도급계약이 체결되어 사업장을 변경할 때마다 각각의 근로자를 고용하여 인적 조직 동일성이 인정되지 않는 점

- 사업자등록을 하지 않고 주된 사무소도 없으며, 자체 설비를 보유하고 있지 않아 물적 조직 동일성도 인정되지 않는 점

○ 위와 같은 내용을 종합적으로 고려할 때 개인업자 甲은 도급계약에 따라 사업이 개시되고 도급계약 종료로 사업은 폐지되며 새로운 도급계약을 체결할 때마다 사업이 신규로 개시한 것으로 보아야 하므로,

- 질의한 사안이 동일한 개인업자라 하더라도 체불근로자가 근로한 당해 현장의 사업기간만으로 사업가동기간을 판단해야 할 것으로 사료됨. 끝.

3. 물량팀원과 1차 하청업체 혹은 원청회사와의 법률관계

가. 물량팀장이 사업주가 아니라 근로자성이 인정되는 경우

물량팀장이 1차 하청업체 혹은 원청회사와의 관계에서 근로자성이 인정된다면, 물량팀원도 동일하게 평가받을 수 있을 것으로 보인다.

나. 물량팀장이 사업주이고 물량팀장이 물량팀원과 근로계약을 체결하는 경우

물량팀장이 사업주이고 물량팀원과 근로계약이 체결되어 있는 경우에 물량팀원과 1차 하청업체(혹은 원청회사)와의 관계가 묵시적 근로계약 혹은 파견이 인정되는 경우가 있을 것이다. 원청 회사를 상대로 주장할 경우는 소위 순차 도급이 문제가 되는데 이

에 대해서는 아래 서울중앙지법 판결 참조.

이와 달리 뮤시적 근로계약이나 파견이 인정되지 않고 그냥 도급인 경우가 있을 것인데, 그 경우에는 후술하는 각종 도급관계 법규들이 적용될 수 있다.

■ 서울중앙지법 2014. 9. 19. 선고 2010가합112474판결

(2) 순차 도급계약이 체결된 경우

(가) 일부 원고들이 소속된 업체인 성은물류(원고 고광수, 이휘성, 정진우)와 현민기업(원고 홍창우)은 피고 현대자동차와 생산관리 업무 내지 출고 업무 등에 관한 도급계약을 체결한 현대글로비스로부터 다시 해당 업무를 도급받는 형식으로 업무를 수행하였음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 그러나 성은물류나 현민기업 등 '2차 사내협력업체'가 공급한 근로자들이 담당한 업무에 대해서도 기타 컨베이어 공정 근로자들과 마찬가지로 피고 현대자동차가 실질적인 지휘·명령권을 행사하였음은 앞서 본 바와 같은바, 여기다가 다음과 같은 사정을 합쳐 보면, 도급계약 형식을 통해 실질적으로 해당 근로자들을 공급받아 사용한 주체인 피고 현대자동차가 파견근로자보호법상 사용사업주로서의 책임, 즉 '고용의무'를 부담한다고 볼이 상당하다.

① 파견근로자보호법은 '근로자파견'이 '파견사업주와 사용사업주 사이에 약정된 근로자파견계약의 내용에 따라 이루어질 것'을 전제로 파견근로자의 법률관계 등을 정하고 있으며, 이때 '근로자파견계약'은 원칙적으로 파견사업주와 사용사업주 사이에 직접 체결될 것을 예정하고 있다(제2조 제1호, 제6호). 그런데 이 사건의 경우, 피고 현대자동차가 현대글로비스와 위와 같이 도급계약을 체결한 외에 성은물류나 현민기업과 직접 도급계약서를 작성하는 등 명시적인 법률관계를 형성하였다는 사정은 보이지 않는다.

그러나 '근로자파견'에 해당하는지 여부가 앞서 본 바와 같이 도급 등 계약의 명칭이나 형식에 구애받지 않고 근로관계의 실질에 따라 판단되어야 하는 것과 마찬가지로, 특정 업체들 사이에 '근로자파견계약'이 존재하는지 여부를 판단하기 위해서도, 형식적인 계약서의 작성 여부 보다는 해당 업체들 사이에서 근로자가 제공·사용되어 온 실질적인 경위와 내용이 검토되어야 한다.

② 그런데 앞서 살펴 본 바에 의하면, 성은물류와 현민기업은 피고 현대자동차의 사업장에 소속 근로자들을 파견하였고, 피고 현대자동차가 이들 업

체 소속 근로자들을 사용하여 생산관리 및 출고 업무 등을 실질적으로 수행한 사실을 알 수 있을 뿐, 현대글로비스가 성은물류 등 소속 근로자들을 관리하거나 지휘·명령권을 행사하는 등으로 업무 수행에 관여하였다는 사정을 찾아보기 어렵다(현대글로비스가 피고 현대자동차와 도급계약을 체결한 다음 생산관리 업무 등에 그 소유의 지게차 등을 투입하였음은 앞서 본 바와 같으나, 현대글로비스가 이로써 취득한 도급대금이 장비대여료 명목 이상의 의미를 지닌다고 볼 사정은 발견되지 않는다. 이와 같은 사정은, 피고 현대자동차와 현대글로비스 사이에 작성된 도급계약서와 현대글로비스와 현민기업 등과 사이에 작성된 도급계약서는 사업장명, 대표자 성명을 제외하고 도급작업명, 도급금액 등 계약의 내용에 아무런 차이가 없으며, 현대글로비스가 공장 내에 별도의 사무실을 갖추지 않은 점 등에 의하여도 알 수 있다). 그렇다면 파견근로자보호법을 위반하여 특정사업주로부터 근로자를 파견받아 사용한 피고 현대자동차에게 해당 법률에 따른 사용사업주로서의 책임을 부담케 하는 것이 그 실질과 형평에 있어 부당하다고는 보이지 않는다.

③ 한편 피고 현대자동차가 비록 성은물류, 현민기업과 직접 명시적인 계약서를 작성한 적은 없으나, 앞서 본 바와 같이 피고 현대자동차의 경우 ② 현민기업 등 이른바 2차 사내협력업체로부터 직접 신차 교육 등을 요청받아 해당 근로자들을 상대로 직접 변경된 작업내용 등을 교육하는 한편, '스캐너' 도입 등 업무 시스템의 변경 계획 및 그에 따라 변경될 작업방식 등을 직접 2차 사내협력업체의 대표나 소속 근로자들을 상대로 설명하고 협조를 구하였던 점, ④ 도급계약을 체결한 사내협력업체 소속 근로자들로 하여금 피고 현대자동차가 발급한 출입증을 소지도록 하는 등으로 사업장의 출입을 엄격하게 통제하였는바, 2차 사내협력업체 소속 원고들에게도 마찬가지였을 것이고, 나아가 이러한 2차 사내협력업체 상황을 파악하고 관리하였을 것인 점, ⑤ 피고 현대자동차와 현대글로비스 사이에 작성한 도급계약서에는 순차 도급의 조건으로 '피고 현대자동차와 사전 협의를 통해 동의를 얻을 것'을 명시하고 있는 점, ⑥ 2013. 7.경부터는 직접 성은물류 등과 도급계약을 체결한 점 등에 비추어, 현대글로비스를 통해 생산관리 내지 출고 업무에 투입된 근로자들의 실제 소속 업체를 분명히 인식하고 있었다고 봄이 상당하다(성은물류와 현민기업 또한 현대글로비스가 아닌 피고 현대자동차의 업무를 수행한다는 사실을 인식한 상태에서 소속 근로자들을 업무에 투입하였음은 물

론이다).

이와 같이 보면, 결국 현대글로비스와 사이에 체결한 도급계약의 성격 내지 실체와는 무관하게, 피고 현대자동차와 성은물류 등은 적어도 묵시적인 근로자파견계약에 따라 근로자를 제공·사용한 것으로 평가할 수 있다.

④ 만일 피고 현대자동차가 성은물류 등으로부터 위와 같이 직접 근로자를 제공받아 실질적으로 사용하였음에도 불구하고, 단지 해당 업체들 사이에 명시적인 계약서 등이 작성되지 않았다는 이유만으로 피고 현대자동차에게 사용사업주로서의 책임을 물을 수 없다고 본다면, 실질적으로는 위법하게 근로자를 파견 받아 사용하면서도 제2의 도급업체를 끼워 넣는 방식으로 파견근로자보호법의 적용을 손쉽게 회피할 수 있는 길을 열어주게 됨으로써, 파견근로자의 상용화와 장기화 방지라는 입법취지를 훼손하는 결과에 이르게 된다.

다. 물량팀장이 사업주이고 물량팀장이 물량팀원과 근로계약을 체결하지 않은 경우
이 경우는 물량팀원을 모집하는 역할 정도를 할 것이므로 물량팀장(혹은 1차 하청업체)
가 직업안정법에 따라 처벌될 수도 있다.

직업안정법

제2조의2(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.

7. "근로자공급사업"이란 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말한다. 다만, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 근로자파견사업은 제외한다.

제33조(근로자공급사업) ① 누구든지 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다. <개정 2010.6.4.>

제47조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2014.5.20.>

1. 제19조제1항에 따른 등록을 하지 아니하거나 **제33조제1항에 따른 허가를 받지 아니하고** 유료직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자

그런데 직업안정법 위반된 근로자공급이어서 물량팀장과 1차 하청업체간의 공급계약이 무효라고 하더라도 바로 물량팀원과 1차 하청업체간에 근로계약 관계가 곧바로 인정되는 것은 아니다.

■ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130,56147 판결 【임금】

- ① “직업안정법 제33조 제1항에서 원칙적으로 근로자공급사업을 금지하면서 노동부장관의 허가를 얻은 자에 대하여만 이를 인정하고 있는 것은 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 종래의 폐단을 방지하고 근로자의 자유의사와 이익을 존중하여 직업의 안정을 도모하고 국민경제의 발전에 기여하자는 데 그 근본목적이 있는바, 노동부장관의 허가를 받지 않은 근로자공급사업자가 공급을 받는 자와 체결한 공급계약을 유효로 본다면, 근로기준법 제8조에서 금지하고 있는 법률에 의하지 아니하고 영리로 타인의 취업에 개입하여 이득을 취득하는 것을 허용하는 결과가 될 뿐만 아니라, 위와 같은 직업안정법의 취지에도 명백히 반하는 결과에 이르게 되므로 직업안정법에 위반된 무허가 근로자공급사업자와 공급을 받는 자 사이에 체결한 근로자공급계약은 효력이 없다고 보아야 한다.”
- ② “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것이므로(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결 참조), 직업안정법에 위반된 위법한 근로자공급의 경우에 있어서도 근로공급사업자와 근로자 사이의 근로관계 여부와 상관없이 근로자와 공급을 받은 자와 사이에 바로 근로계약관계가 성립된다고 할 수는 없고, 위와 같은 묵시적 근로계약관계가 성립되었다고 평가될 수 있는 경우에만 공급을 받은 자의 업무에 종사하는 근로자를 공급을 받은 자의 근로자라고 할 수 있다.”

II. 급여 관계

만일 묵시적 근로계약이나 근로자 파견이 인정되면 그에 따라 인정되는 사용자에게 청구하면 될 것이므로 아래 논의는 도급을 전제로 한 것이다.

1. 근기법 제44조

하청업체(하수급인)가 직상수급인(원청)의 귀책사유로 하청업체 근로자에게 임금체불한 경우 하청업체 근로자는 직상수급인(원청)을 상대로 연대책임 주장 가능하다.

제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다. <개정 2012.2.1.>

② 제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다. <개정 2012.2.1.>

시행령 제24조(수급인의 귀책사유) 법 제44조제2항에 따른 귀책사유 범위는 다음 각 호와 같다. <개정 2012.6.21.>

1. 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우
2. 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우
3. 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우

법문은 “여러 차례”라고 되어있지만 1차례도 해당한다. 그러나 이는 근기법 제44조에 의하여 인정되는 채권으로서 임금채권에 인정되는 우선변제권은 인정되지 않는다. 이에 대하여 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다48388 판결은 “사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우 하수급인이 직상수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못하게 됨에 따라 직상수급인이 구 근로기준법(1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정되어 1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지된 것) 제36조의2 제1항에 의하여 하수급인의 근로자들에 대하여 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 지게 된다 하더라도(도급이 1차에 걸쳐 행하여짐으로써 도급인과 수급인만이 있는 경우에는 도급인이 직상수급인에 해당한다고 할 것이다.), 직상수급인과 하수급인의 근로자 사이에 묵시적인 근로계약관계의 성립을 인정할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 않는 이상 그 직상수급인은 하수급인의 근로자에 대한 관계에서 근로계약의 당사자로서 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주인 사용자에 해당하지 않는다고 할 것

인바, 직상수급인 소유의 재산에 대한 강제집행절차에서 하수급인의 근로자들이 직상수급인 소유의 재산을 사용자의 총재산에 해당한다고 보아 이에 대하여 임금 우선변제권을 주장할 수 없다."고 하였다.

수차의 도급이 있는 경우 직상수급인에게 도급(또는 하도급)을 준 자의 귀책사유로 도급금액이 순차로 지급되지 않은 경우에, 수급인의 근로자가 직상수급인의 도급인에 대하여도 임금의 직접지급을 청구할 수 있는가 문제될 수 있다. 하급심 판결 중에서 이를 부정한 것이 있다. (즉, 하수급인인 물량팀장의 근로자인 물량팀원이 1차 하청업체인 직상수급인에게 도급을 준 원청을 상대로 바로 청구하기 어렵다는 취지)

대전지법 2002. 5. 16. 선고 2001가합7708판결 “근로기준법 제43조의 규정취지가 수급인의 의존성과 종속성을 고려하여 근로자들이 임금을 지급받지 못하게 된 책임을 일정한 귀책사유가 있는 경우에는 도급을 준 사람에게도 부담케하려는 데 있으므로, 도급이 1차에 걸쳐 행하여지건 또는 수차에 걸쳐 행하여지건 이를 묻지 않는다고 해석할 것이지만, 도급이 수차례에 걸쳐 행하여져 복수의 상수급인이 있는 경우에는 연대책임을 지는 상수급인에는 직상수급인만이 해당한다.”

2. 근기법 제44조의 2 및 3

제44조의 2는 건설업자인 직상수급인이 비건설업자인 하수급인 근로자에게 연대책임을 부담하는 조항이다.(1항) 그러나 이때 직상수급인도 건설업자가 아니면 상위수급인 중에서 최하위 건설업자인 수급인이 위 책임을 부담한다.(2항) 이 조항은 건설업 등록도 하지 못할 정도로 영세한 업체에게 도급을 줌으로 인하여 임금체불의 추상적 위험을 야기했다는 점을 근거로 책임을 부여한 것이기 때문에 직상수급인에게 임금체불에 대한 구체적인 귀책사유를 요건으로 하고 있지 않다.

제44조의 3은 직상수급인은 그의 하수급인이 사용한 근로자가 그 건설공사에서 발생한 임금을 청구하면 하수급인에게 지급해야 하는 하도급대금의 범위 안에서 하수급인 근로자에게 직접 지급할 의무를 부담한다.(1항) 다만, 3가지 경우에 해당하여야 한다.(1~3호), 2호의 경우(집행권원 존재)에는 직상수급인 뿐 아니라 원수급인에 대해서도 직접 청구할 수 있다.

제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임) ① 건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조제11호에 따른 도급(이하 "공사도급"이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조제7호에 따른 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다. <개정 2011.5.24.>

② 제1항의 직상 수급인이 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설업자가 아닌 때에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설업자를 직상 수급인으로 본다. <개정 2011.5.24.>

[본조신설 2007.7.27.]

제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례) ① 공사도급이 이루어진 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직상 수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 한다.

1. 직상 수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 사용한 근로자에게 지급하여야 하는 임금을 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 직상 수급인과 하수급인이 합의한 경우

2. 「민사집행법」 제56조제3호에 따른 확정된 지급명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조제4호에 따른 집행증서, 「소액사건심판법」 제5조의7에 따라 확정된 이행권고결정, 그 밖에 이에 준하는 집행권원이 있는 경우

3. 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상 수급인에게 알려주고, 직상 수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우

② 「건설산업기본법」 제2조제10호에 따른 발주자의 수급인(이하 "원수급인"이라 한다)으로부터 공사도급이 2차례 이상 이루어진 경우로서 하수급인(도급받은 하수급인으로부터 재하도급 받은 하수급인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)이 사용

한 근로자에게 그 하수급인에 대한 제1항제2호에 따른 집행권원이 있는 경우에는 근로자는 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 원수급인에게 직접 지급할 것을 요구할 수 있다. 원수급인은 근로자가 자신에 대하여 「민법」 제404조에 따른 채권자대위권을 행사할 수 있는 금액의 범위에서 이에 따라야 한다. <개정 2011.5.24.>

③ 직상 수급인 또는 원수급인이 제1항 및 제2항에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

[본조신설 2007.7.27.]

3. 최저임금법

최저임금법

제6조(최저임금의 효력)

⑦ 도급으로 사업을 행하는 경우 도급인이 책임져야 할 사유로 수급인이 근로자에게 최저임금액에 미치지 못하는 임금을 지급한 경우 도급인은 해당 수급인과 연대(連帶)하여 책임을 진다.

⑧ 제7항에 따른 도급인이 책임져야 할 사유의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 도급인이 도급계약 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위

2. 도급인이 도급계약 기간 중 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 낮춘 행위

⑨ 두 차례 이상의 도급으로 사업을 행하는 경우에는 제7항의 "수급인"은 "하수급인(下受給人)"으로 보고, 제7항과 제8항의 "도급인"은 "직상(直上) 수급인(하수급인에게 직접 하도급을 준 수급인)"으로 본다.

Ⅲ. 원청과 하청간의 관계

1. 도급, 하도급 자체를 금지 또는 제한하는 규정

가. 안전과 관련된 규정

-화재위험평가 대행자가 화재위험평가업무를 하도급하는 경우(다중이용업소의 안전

관리에 관한 특별법 제16조 제3항 제4호)

- 시설물의 안전점검이나 정밀안전진단을 도급받은 안전진단전문기관 등이 이를 하도록 하는 경우¹⁾(시설물의 안전관리에 관한 특별법 제8조의 3 제1항)
- 방재안전대책수립대행업무를 도급받은 자가 이를 일괄하여 하도록 하는 경우(자연재해대책법 제40조 제2항)

나. 환경과 관련된 규정

- 환경오염방지시설의 설계시공을 도급받은 방지시설업자가 이를 일괄하여 하도록 하는 경우(환경기술개발 및 지원에 관한 법률 제15조 제5항 제8호)
- 광산피해방지사업을 위탁받은 자가 그 전부 또는 중요한 일부를 도급하는 경우(광산피해방지 및 복구에 관한 법률 제15조 제1항 제5호)
- 토양정화공사를 도급받은 토양정화업자가 이를 일괄하여 하도록 하는 경우(토양환경보전법 제23조의 9 제2항)

다. 건설업 관련 규정

■ 건설산업 기본법

제29조(건설공사의 하도급 제한) ① 건설업자는 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설업자에게 하도급할 수 없다.

다만, 건설업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도록 하는 경우에는 예외로 한다.

② 수급인은 그가 도급받은 건설공사의 일부를 동일한 업종에 해당하는 건설업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 발주자가 공사품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정하여 서면으로 승낙한 경우에는 예외로 한다.

③ 하수급인은 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하도급할 수 있다. <개정 2013.3.23.>

1. 제2항 단서에 따라 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 경우로서 그가 하도급받은 건설공사 중 전문공사에 해당하는 건설공사를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자에게 다시 하도급하는 경우

1) 다만, 일정 액수 이하에서 전문기술 필요한 경우 1회 가능

2. 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 충족하여 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자에게 다시 하도급하는 경우

가. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것

나. 수급인의 서면 승낙을 받을 것

④ 도급받은 공사의 일부를 하도급(제3항 단서에 따라 다시 하도급하는 것을 포함한다)한 건설업자와 제3항제2호에 따라 다시 하도급하는 것을 승낙한 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 발주자에게 통보를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2012.6.1.>

1. 제2항 단서에 따라 발주자가 하도급을 서면으로 승낙한 경우
2. 하도급을 하려는 부분이 그 공사의 주요 부분에 해당하는 경우로서 발주자가 품질관리상 필요하여 도급계약의 조건으로 사전승인을 받도록 요구한 경우

[전문개정 2011.5.24.]

2. 허가 또는 보고를 요하는 규정

■ 산업안전보건법

제28조(유해작업 도급 금지) ① 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다. <개정 2010.6.4.>

② 제1항에 따라 유해하거나 위험한 작업을 도급 줄 때 지켜야 할 안전·보건조치의 기준은 고용노동부령으로 정한다. <개정 2010.6.4.>

③ 고용노동부장관은 제1항에 따른 인가를 할 경우 제49조에 준하는 안전·보건평가를 하여야 한다. <개정 2010.6.4.>

④ 고용노동부장관은 제1항에 따라 인가를 받은 자가 제2항에 따른 기준에 미달하게 된 경우에는 인가를 취소하여야 한다. <개정 2010.6.4.>

[전문개정 2009.2.6.]

3. 기타

가. 국가 인권위원회 하청 산재에 대한 권고

- 국가 인권위원회는 2015년 1월 노동부에 <사내하청 근로자의 산업재해 위험 및 사업장의 산업재해 미보고 관행 개선을 위한 권고>

1. ‘안전·보건에 관한 협의체’의 협의사항에 하청근로자의 안전·보건을 위해 필요한 사항이 폭넓게 포함되도록 하고, 협의체 구성 시 하청근로자가 배제되지 않도록 할 것,
3. 현재 건설업에만 적용되는 원·하청 산업재해통계 통합관리 제도를 조선업·철강업 등 사내하도급 비중 및 산업재해 위험이 높은 업종에 확대하여 실시할 것.

나. 민주노총 요구

1) 유해위험 업무 생명안전 업무 도급 재하도급 금지

- 수은, 비파괴 검사 등 방사선 취급 업무, 화학물질 설비보수 업무 등 유해위험 업무이고 상시 고용인 경우에는 도급 및 재하도금을 금지하여야 함.
- 공공교통 분야, 다중 이용시설 등 시민안전 직결되는 생명안전업무 도급 금지
- 건설업, 조선, 전자 등의 재하도급 과정에서 산재 다발, 재하도급 금지

2) 원청 책임강화

- 산업안전보건법 29조 원청 책임강화 대상 범위에 철거, 해체, 설비 보수 업무와 유통매장의 임대, 위탁사업 등 포함적 규정
- 화학물질 사외 하도급 사업장에 대한 원청 책임강화
- 동일사업장 원 하청 공동의 안전보건관리자 선임, 안전보건교육, 산업안전보건위원회, 명예감독관 구성
- 감염성 질환 예방의무 하청 비정규 노동자 동일 적용
- 원 하청 합산 재해 도입으로 원청 책임강화

3) 산업안전보건법 전면 적용

- 산업안전보건법 적용 대상 사업주를 발주처로 확대하고, 노동자 개념을 특수고용노동자도 확대. (독일, 영국, 미국은 누가 고용 했는지를 중심으로 하는 ‘employee’가 아니라 해당 사업장에서 일하는 전체 노동자 개념인 ‘worker’ 개념으로 적용)
- 서비스업, 공공행정 등 산업안전보건법의 업종이나 규모별 적용제외 폐지, 전면 적용

4. 하도급거래 공정화에 관한 법률

얼마 전 있었던 STX고성해양조선 하청(삼원)의 경우 아래와 같이 하도급법 적용여지

가 있다.

원청인 STX고성해양조선의 갑질 횡포 : 한 호선의 공사 시작 시점에 도급계약서를 작성하는 것이 아니라 ① 3~4개월이 지나서 호선 공사가 거의 끝날쯤 되어서야 도급계약서를 작성함. 도급계약서 작성 시 하청업체가 실제 일한 내역을 제대로 계산하지 않고 ② 훨씬 적게 기성 내역을 계산하고 그에 따라 기성금을 지급함. 그러나 이미 수 개월 동안 일을 진행해 온 사내하청업체로서는 당장 폐업을 하지 않는 한 이 같은 원청의 갑질 횡포를 어쩔 수 없이 받아들여야 함.

① 번 : 하도급법 제3조(서면발급 및 서류의 보존) 제1항 제1호 위반, 도급대금 2배 이하의 벌금

② 번²⁾ :

☞ 도급대금 결정 자체가 부당한 경우 : 하도급법 제4조(부당한 하도급대금 결정금지) 제1항, 제2항 제5호 위반, 도급대금 2배 이하의 벌금

☞ 도급대금 결정은 부당하지 않으나 부당하게 감액한 경우 : 하도급법 제11조(감액금지), 도급대금 2배 이하의 벌금

☞ 도급대금 미지급한 경우 : 하도급법 제13조 제1항

제3조(서면의 발급 및 서류의 보존) ① 원사업자가 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 및 제조등의 위탁을 한 이후에 해당 계약내역에 없는 제조등의 위탁 또는 계약내역을 변경하는 위탁(이하 이 항에서 "추가·변경위탁"이라 한다)을 하는 경우에는 제2항의 사항을 적은 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 다음 각 호의 구분에 따른 기한까지 수급사업자에게 발급하여야 한다. <개정 2016.3.29.>

1. 제조위탁의 경우: 수급사업자가 제조등의 위탁 및 추가·변경위탁에 따른 물품 납품을 위한 작업을 시작하기 전
2. 수리위탁의 경우: 수급사업자가 제조등의 위탁 및 추가·변경위탁에 따른 수리 행위를 시작하기 전
3. 건설위탁의 경우: 수급사업자가 제조등의 위탁 및 추가·변경위탁에 따른 계약공사를 착공하기 전

2) 부당한 하도급대금 결정 및 감액 행위에 대한 심사지침이 별도로 존재한다.(공정 거래위 예규)

4. 용역위탁의 경우: 수급사업자가 제조등의 위탁 및 추가·변경위탁에 따른 용역수행행위를 시작하기 전

제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) ① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 "부당한 하도급대금의 결정"이라 한다)하거나 하도급받도록 강요하여서는 아니 된다. <개정 2013.5.28.>

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다. <개정 2013.5.28.>

1. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위
2. 협조요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급대금을 결정하는 행위
3. 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급대금을 결정하는 행위
4. 수급사업자에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위
5. 원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위
6. 수의계약(隨意契約)으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위
7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위
8. 계속적 거래계약에서 원사업자의 경영적자, 판매가격 인하 등 수급사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 수급사업자에게 불리하게 하도급대금을 결정하는 행위

[전문개정 2009.4.1.]

제11조(감액금지) ① 원사업자는 제조등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 감액

하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 감액할 수 있다. <개정 2011.3.29.>

제13조(하도급대금의 지급 등) ① 원사업자가 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우에는 목적물등의 수령일(건설위탁의 경우에는 인수일을, 용역위탁의 경우에는 수급사업자가 위탁받은 용역의 수행을 마친 날을, 납품등이 잦아 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우에는 그 정한 날을 말한다. 이하 같다)부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 지급기일을 정한 것으로 인정되는 경우
2. 해당 업종의 특수성과 경제여건에 비추어 그 지급기일이 정당한 것으로 인정되는 경우

5. 기타

2002. 7. 부산지방 공정거래사무소에서 “조선업 분야에 있어서의 하도급 거래 공정화 추진방안”을 검토한 바 있는데, 그 일부를 살펴본다.

1. 조선 및 관련산업 하도급 거래분쟁의 특징

- 일반적으로 조선관련 공사들은 주로 인건비항목이 차지하는 비중이 매우 높음. 따라서 선행작업 지연, 원자재의 공급 지연 등의 이유로 발생하는 인부들의 대기 비용 처리에 많은 분쟁이 발생하고 있음. 이 경우 원사업자의 책임이 명백한 경우 원사업자가 이를 부담하는 조건의 계약서를 사전에 작성하여 보관함이 필요함.
- 수리조선업의 경우 수리부위를 정확하게 파악할 수 없어 사전에 하도급대금을 확정하기 힘들다는 특징이 있음. 또한 수리대상을 사전에 품셈으로 정하지만, 수리 대상품목이 다양임에 따라 전 품목의 단가를 확정할 수 없는 어려움이 있음. 또한 품셈표에 정해져 있지 않는 품목의 공사에 주로 분쟁이 발생함. 따라서 가능한 품목까지 품셈표에 규정할 수 있는 방안들을 검토함이 타당함.
- 수리조선업의 경우 하도급 대금은 총 공사물량에 단가를 곱하여 결정됨. 한편 총 공사물량은 공사물량에 가중치를 곱한 것으로서 단가 및 가중치는 사전에 선체부

분 표준단가표에 의해 상호간에 합의에 의해 결정함. 그러나 단가는 시공한 자재의 무게 등에 의해 객관적으로 결정되지만, 가중치의 경우 작업위치, 작업내용, 작업의 난이도 등과 같은 주관적 판단으로 결정되므로, 모든 공사에 대해 표준단가표에 규정하기가 매우 어려움. 따라서 가중치 적용에 대한 객관적 근거를 제시하기 어려우며 이로 인해 주로 유사공사의 가중치를 적용하고 있어 상호간에 분쟁의 소지가 많은 실정임.

·원사업자는 견적서만 제출 받고 공사단가 및 공사대금을 미확정한 상태에서 선시공을 요구하고 사후에 하도급계약서를 작성함에 따라 하도급 대금 및 단가 결정시 견적가보다 낮은 가격으로 계약을 체결함으로 인해 하도급금액의 감액분쟁이 주로 발생함. 따라서 사전에 하도급단가를 협의, 결정하여 하도급계약을 체결한 후에 공사에 착수함으로써 상호간에 분쟁발생요인을 최소화 할 수 있음.

·공사후 사후 정산을 함으로써 애초 견적서 물량보다 적게 정산을 함. 따라서 물량감소분에 대한 대금을 지급 받지 못하는 경향이 있음.-> 수급사업자는 견적서 물량 만큼에 대한 공사대금을 지급 받는 방안을 검토

·정상적인 정산이 완료된 후에라도 차후 정산에 반영되지 않은 추가공사대금이 있는 경우에 이를 지급 받을 수 있는 방안을 모색

·공사중단으로 인한 대기비용에 대해 어느 쪽이 부담할 것인가에 대한 계약서상의 항목신설이 필요함.

·공사중단에 따른 위약금의 공제여부 역시도 상호 계약서상에 명시함이 필요.

·원사업자와 수급사업자사의 장기 계속거래의 경우 일반적으로 원자재 등의 등락을 포함하는 공사단가에 영향을 미치는 외부요인들이 발생하는 것이 일반적 현상임. 이런 경우 상호간에 단가 변경요인이 발생하는 즉시 그 사유와 근거를 명시한 단가변경 계약서면에 기명 날인하여 서면으로 보관함을 강제조항으로 명시함이 필요.

·추가공사 시공전에 시공물량, 시공단가 등 객관적이고 명백한 자료를 명시한 계약서를 상호 작성 보관함이 필요.

·부당한 경영간섭의 경우 법 위반여부의 범위를 규정하기가 매우 어려운 실정임. 즉 법위반 여부의 범위가 주관적이기 때문임. 따라서 작업수행에 지장을 초래할 경우 원사업자가 기술지도 혹은 경영지도를 하는 행위 등에 대해 규제하기는 힘

든 현실임.

- 작업에 필요한 도급장비에 필수적으로 소요되는 소모공구, 소모재료 등을 누가 부담하느냐에 대해 계약서상에 명확히 명시함으로서 이로 인한 분쟁을 사전에 예방.
- 현장에서 실무자끼리 추가공사 등에 대해 임의적으로 구두 협의하에서 이루어지고 있으며, 사후 추가공사 완료 후에 이에 관한 증빙 서류 없이 대금을 청구함으로서 분쟁이 발생하는 경우가 빈번함. 따라서 공사량에 대한 서류화 마인드가 반드시 필요함. 실제 공사는 현장에서 하지만 공사한 분량에 대한 대금지급은 서류에 근거하여 사무부처에서 지급하므로 반드시 서류화 할수있도록 하여야 함.
- 서면화되지 않은 추가공사 등이 분쟁의 요인이 되는 가장 중요한 사항임. 따라서 단 1시간의 인건비라도 구두가 아닌 서면으로 현장부서의 확인을 받아 대금청구하는 습관이 필요함. 예를 들면 계약서보다 더 많이 추가로 공사한 것은 "불일치보고서예"에 작성하여 대금 청구를 함으로써 사후에 발생 가능한 분쟁을 미연에 방지하여야 할것임
- 그러나 현실적으로 외주 물량 및 외주금액은 대부분은 인건비에 높은 비중을 두고 있으므로 외주업체들 역시도 대부분 현장출신들이 업체를 운영하고 있는 실정임 따라서 현장에서의 구두 협의에 많이 의존하고 있지만 실제적으로 업무의 추진에 있어서는 사무처리가 될수있도록 서면처리에 더 친숙하여져야함
- 또한 공사 진행 중 산재사고가 발생하였을 경우 계약서에 명시된 것 이외의 추가 부담을 누가 하느냐에 대한 세세한 조항이 기본계약서상에 명기될 필요가 있음

2. 조선분야 하도급 표준거래계약서의 작성 및 보급

- 하도급거래에서 있어서 원사업자와 중소하도급업체의 협상력 차이를 보전함으로써 하도급거래계약 체결과정에서 야기되는 불이익과 분쟁 발생요소를 사전에 제거하고 법률관계를 명백히 하여 공정한 하도급 거래질서를 확립하고자 공정거래위원회에서는 1987년부터 하도급거래가 빈번히 이루어지고 있는 업종을 중심으로 표준하도급계약서를 작성 보급하고 있음
- 조선관련 산업의 하도급거래에서 계약의 체결 과정에서 구두로 혹은 분쟁발생 가능 사항들이 계약서상에 누락되어 계약서를 작성함으로 인해 대부분의 하도급대금

관련 분쟁이 발생하고 있음. 따라서 가능한 모든 사항들이 기재된 표준계약서의 사용이 상호간의 분쟁을 최소화할 수 있는 방안이 될 수 있음.

· 그러나 “조선업종 자재거래 표준 기본 계약서”는 조선기자재 거래에 관한 일반사항을 규정하고 있어 자재거래와 관련하여 조선소와 조선기자재업체간의 자재거래 계약에 활용되고 있으나, 외주 하도급 거래시에는 조선소 자체적으로 가지고 있는 개별 외주하도급거래계약서를 사용하거나 아니면 일반적 상거래 계약서를 사용하고 있는 실정임.

· 기본계약서, 개별계약서 등과 같은 서면화 된 계약서들이 사용되지 아니하고 구두 협약 혹은 견적서만으로 시공이 이루어짐으로 인해 공사 준공 후 대금결제단계에서 불공정한 거래가 빈번히 발생하고 있음. 특히 공사시공단계에서 빈번히 발생하는 추가공사의 경우에는 이러한 현상들이 더욱더 심한 편임.

· 따라서 조선업종 외주 하도급 표준 계약서의 작성 및 보급이 가장 중요한 분쟁방지책이 될 수 있음.(부록 참조:조선업종 표준 하도급거래 기본계약서(안))