

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019다299393 근로자지위확인 등 청구의 소
원고, 피상고인 원고 1 외 1인
소송대리인 법무법인 태인
담당변호사 이어령
피고, 상고인 에스케이텔레콤 주식회사
소송대리인 법무법인(유한) 율촌
담당변호사 김능환 외 6인
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 11. 12. 선고 2019나2001310 판결
판 결 선 고 2022. 7. 14.

주 문

원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환
송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 등은 상고이유를

보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 관련 법리

「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법'이라 한다)은 근로자파견사업의 적정한 운영을 도모하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립하여 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 입법 목적으로 한다(제1조). 파견법상 근로자파견이란 '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'을 말하고(제2조 제1호), 파견사업주란 '근로자파견사업을 하는 자'를 말하며(제2조 제3호), 근로자파견사업이란 '근로자파견을 업으로 하는 것'을 말한다(제2조 제2호). 파견법은 제2장에서 근로자파견사업의 적정한 운영을 위해 근로자파견사업에 대한 다양한 규제 조치를 두고 있는바, 근로자파견사업의 대상 업무를 원칙적으로 '제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무'로 제한하고(제5조 제1항), 근로자파견의 기간을 원칙적으로 1년을 한도로 하되, 파견사업주, 사용사업주, 파견근로자 간의 합의로 파견기간을 연장하는 경우에도 총 파견기간이 2년을 초과할 수 없도록 규정하며(제6조 제1항, 제2항), 근로자파견사업을 하려는 자는 고용노동부장관의 허가를 받도록 규정하면서 사용사업주가 허가 없이 근로자파견사업을 하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하고 있다(제7조 제1항, 제3항). 나아가 파견법은 사용사업주가 위와 같은 제한을 위반하여 근로자파견 대상 업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하거나, 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 또는 허가 없이 근로자파견사업을 하는 자로

부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 등에 해당하는 경우 사용사업주에게 해당 파견근로자를 직접 고용할 의무를 부과하고 있다(제6조의2 제1항 제1호, 제3호, 제5호).

이와 같이 파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견사업을 하는 파견사업주, 즉 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용된다. '근로자파견을 업으로 하는 자'란 반복 계속하여 영업으로 근로자파견 행위를 하는 자를 말하고, 이에 해당하는지 여부는 근로자파견 행위의 반복·계속성, 영업성 등의 유무와 원고용주의 사업 목적과 근로계약 체결의 목적, 근로자파견의 목적과 규모, 횟수, 기간, 태양 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 할 것인바, 위와 같은 반복·계속성과 영업성은 특별한 사정이 없는 한 근로자파견 행위를 한 자, 즉 원고용주를 기준으로 판단하여야 한다.

그런데 전출은 근로자가 원 소속 기업과의 근로계약을 유지하면서 휴직·파견·사외근무·사외파견 등의 형태로 원 소속 기업에 대한 근로제공의무를 면하고 전출 후 기업의 지휘·감독 아래 근로를 제공함으로써 근로제공의 상대방이 변경되는 것으로서 근로자의 원 소속 기업 복귀가 예정되어 있는 것이 일반적이다. 특히 고유한 사업 목적을 가지고 독립적 기업 활동을 영위하는 계열회사 간 전출의 경우 전출 근로자와 원 소속 기업 사이에는 온전한 근로계약 관계가 살아있고 원 소속 기업으로의 복귀 발령이 나면 기존의 근로계약 관계가 현실화되어 계속 존속하게 되는바, 위와 같은 전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하더라도 그 제도의 취지와 법률적 근거가 구분되므로, 전출에 따른 근로관계에 대하여 외형상 유사성만을 이유로 원 소속 기업을 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업을 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하는 것은 상당하지 않고, 앞서 본 바와 같이 여러 사정을

종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

2. 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음의 사정을 알 수 있다.

1) 피고는 정보통신사업 등을 영위하는 회사인데, 2011. 10. 피고의 플랫폼 (Platform) 사업 부문이 분할되어 에스케이플래닛 주식회사(이하 '에스케이플래닛'이라 한다)가 설립되었고, 2016. 3. 에스케이플래닛의 분할을 통해 플랫폼 사업을 전담하는 에스케이테크엑스 주식회사(이하 '에스케이테크엑스'라고 한다)가 설립되었다. 피고는 에스케이플래닛의 주식 98.1%를, 에스케이테크엑스의 주식 100%를 각 보유하고 있다.

2) 에스케이플래닛은 전자상거래업과 뉴미디어 콘텐츠 제공을 주된 영업으로 하여 '11번가', '오케이캐쉬백' 등을 운영하는 회사로서 2016. 12. 31. 기준 1조 9,300억 원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사이고, 에스케이테크엑스는 정보통신사업과 소프트웨어 개발을 주된 영업으로 하여 '티맵' 등 피고의 부가서비스 앱 개발·운영을 담당하는 회사로서 2016. 12. 31. 기준 2,100억 원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사이다.

3) 피고는 에스케이플래닛의 플랫폼 관련 전문성과 피고의 마케팅 경쟁력을 결합한 신규 사업인 '○○○ 사업'을 진행하였는데, 그 과정에서 에스케이플래닛과 에스케이테크엑스(이하 통칭하는 경우 '에스케이플래닛 등'이라 한다)로부터 다수의 근로자를 전출 받았다.

4) 위 전출과 관련해 피고는 에스케이플래닛과 사이에 '에스케이플래닛은 전출 근로자를 고용한 사업주로서 전출 근로자와 근로관계가 있음을 보증하고 임금 지급 등 근로관계법령상의 사용자책임을 부담하며, 피고는 에스케이플래닛이 전출 근로자와의

근로관계를 유지하기 위해 소요되는 인건비를 6개월 마다 정산하여 에스케이플래닛에 지급한다'는 내용의 비용정산 계약을 체결하였고, 위 계약에 따라 에스케이플래닛 등은 원고들을 비롯한 전출 근로자들에게 임금을 지급하였고 피고는 에스케이플래닛 등에게 전출 근로자의 임금 상당액 등을 지급하였다.

5) 한편, 원고 1은 1999년 피고에 입사하였다가 에스케이플래닛으로 소속이 변경되어 4년간 근무하던 중 2015. 10. ○○○ 사업의 담당 부서인 '○○○ 조직'으로 전출되어 관련 업무를 수행하였다. 원고 2은 2015. 3. 에스케이플래닛에 입사한 직후 ○○○ 조직으로 전출되어 관련 업무를 수행하였다. 이후 에스케이테크엑스의 설립에 따라 전출은 그대로 유지된 채 원고들의 소속만 에스케이플래닛에서 에스케이테크엑스로 변경되었다.

6) 2017. 7. ○○○ 사업이 종료되자 원고들은 에스케이테크엑스로 복귀하여 플랫폼 사업 업무를 담당하였고, 2018. 9. 에스케이테크엑스가 에스케이플래닛에 흡수 합병됨에 따라 원고들은 다시 에스케이플래닛 소속이 되었다. ○○○ 조직으로 전출 간 나머지 근로자들의 상황도 원고들과 크게 다르지 않은 것으로 보인다.

나. 앞서 본 법리에 기초하여 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 에스케이플래닛 등이 2년 6개월에 걸쳐 다수의 근로자를 ○○○ 사업으로 전출을 보낸 점 등 원심이 지적한 사정들을 감안하더라도 에스케이플래닛 등을 '근로자파견을 업으로 하는 자'라고 보기는 어렵다.

1) 원고용주가 근로자파견으로 인한 대가나 수수료 혹은 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였는지는 근로자파견행위의 영업성을 인정함에 있어 중요한 요소가 된다. 앞서 본 바와 같이 에스케이플래닛 등은 전출 근로자에게 임금을 지급한 후

피고와의 비용정산 계약에 따라 피고로부터 임금 상당액 등을 지급 받았을 뿐, 근로자 전출과 관련한 별도의 대가나 수수료는 취득하지 않았고 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였다고 보기도 어렵다. 에스케이테크엑스가 매출의 대부분을 피고에게 의존한다는 사정은 피고가 에스케이테크엑스의 지분을 100% 보유한 특수한 관계에서 기인하는 것으로, 위 매출을 근로자 전출의 대가로 평가할 수 없다. 원심이 피고가 원고들을 비롯한 전출 근로자들을 직접 고용하는 경우에 비하여 초과근로수당 등을 적게 지급하는 이익을 얻었다는 사정을 들어 에스케이플래닛 등에게 전출 행위의 영업성을 인정하는 것은 원고용주가 아닌 전출 후 기업의 사정을 기준으로 판단한 것으로서 잘못이다.

2) 앞서 본 에스케이플래닛 등의 주된 영업 분야, 자산 규모와 운영조직 등을 감안하면, 원고용주인 에스케이플래닛 등의 사업 목적은 근로자파견과 무관하다.

3) 원고 1의 입사 및 전직 시점과 ○○○ 조직으로의 전출 시기 등에 비추어 보면, 원고 1에 대한 근로계약 체결 목적은 근로자파견과 무관하다고 봄이 타당하다. 원고 2를 비롯한 일부 근로자들이 에스케이플래닛 등에 입사한 후 바로 ○○○ 조직으로 전출되기는 하였으나, 이는 동일한 기업집단에 속한 피고와 에스케이플래닛 등이 각 회사의 주된 사업 분야와 ○○○ 사업의 내용 및 특성, 신규 채용 인력의 향후 활용가능성 등을 감안한 결정으로 보이고, 여기에 ○○○ 조직으로 전출된 근로자들은 원칙적으로 원 소속 부서로의 복귀가 예정되어 있었고 실제 ○○○ 사업 종료 후 원고들을 비롯한 전출 근로자들이 에스케이플래닛 등으로 복귀하여 근무하는 점까지 더하여 보면, 원고 2 등에 대한 근로계약 체결의 목적 또한 근로자파견을 위한 것이라고 판단되지 않는다.

4) ○○○ 사업의 내용과 특성상 플랫폼 사업에 관한 경험과 지식을 보유한 다수의 인력이 필요하였을 것인바, 피고의 계열회사이자 플랫폼 관련 전문성을 보유한 에스케이플래닛 등 소속 근로자는 위 사업에 적합한 인력이었고, 피고와 에스케이플래닛 등이 속한 기업집단의 사업상 필요와 인력 활용의 효율성 등을 고려한 기업집단 차원의 의사결정에 따라 원고들의 전출이 이루어진 것으로 보인다.

5) 파견법이 규정한 직접고용의무 규정은 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법취지가 있는바(대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결 등 참조), 원고들의 ○○○ 조직으로의 전출과 담당 업무, 복귀 경위와 그 이후의 상황 등에 비추어 보면, 원고들이 근로자파견의 상용화·장기화 내지 고용불안 등의 상황에 처해 있다고 보기도 어렵다.

다. 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유로 에스케이플래닛 등을 근로자파견을 업으로 한 자, 즉 근로자파견사업을 한 자라고 판단한 후 에스케이플래닛 등이 근로자파견사업 허가를 받지 않았음을 이유로 피고의 직접고용의무를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 파견법 제2조 제2호가 규정한 근로자파견사업 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 천대엽

 대법관 조재연

주 심 대법관 민유숙

 대법관 이동원