

## 이주노동자에 대한 불법파견 동인 분석

김 춘 호\*

### 목차

- |                 |                   |
|-----------------|-------------------|
| I. 서론           | IV. 출입국 당국의 단속 회피 |
| II. 퇴직금 지급 회피   | V. 맺음말            |
| III. 산업재해 책임 회피 |                   |

### I 국문초록

불법파견의 심각성은 익히 잘 알려져 있으나, 특히 미등록 이주노동자들에 대한 불법파견은 더욱더 광범위한 위험회피수단으로 악용되고 있다. 사용사업주는 퇴직금 미지급, 산업재해 발생에 따른 산재보험료 인상 위험을 파견사업주에 떠넘길 수 있는데, 미등록 이주노동자의 경우 이에 더해 출입국사무소 단속 시의 위험까지도 파견사업주에 전가하고 있다.

이러한 간접고용으로 인하여 실제로 노동력을 제공받아 이익을 누리는 사용사업주에게 그에 합당한 책임을 부과하는 제도가 구축되어 있지 않다. 피해를 본 미등록 이주노동자는 실제로 자신에게 업무 지시한 사용사업주 대신 영세한 파견사업주를 상대로 해야 하므로 자신의 권리를 제대로 보호받기 곤란한 경우들이 많다.

이러한 폐해를 막기 위해서는 사회 전반에 퍼져있는 간접고용을 직접고용으로 전환하도록 하고 불법파견을 철저히 단속해야 할 것이다. 미등록 이주노동자의 가장 기본적인 권리인 퇴직금마저 주지 않으려는 사업주들의

\* 변호사. 광주민중의집 운영위원

논문접수일 : 2020. 7. 13., 심사개시일: 2020. 8. 3., 게재확정일 : 2020. 8. 18.

알파한 행동을 묵과해서는 안 될 것이다. 노동자는 국경, 민족 구분이 없듯이 미등록 이주노동자에 대한 불법파견을 막는 것이 결국 내국인 노동자들의 노동인권도 향상시키는 일이 될 것임을 믿어 의심치 않는다.

주제어 : 미등록 이주노동자, 불법파견, 퇴직금, 산업재해, 출입국관리법

## I. 서론

### 1. 기본전제

#### 가. 노동자

법령에는 근로자로 되어있으나, 노동자라는 용어가 장려되는 노동계의 상황에 맞게 필자는 주로 노동자라는 용어를 쓰되, 법령이나 판례를 인용하는 경우에만 근로자라는 표현을 사용하였다.

#### 나. 미등록 이주노동자

위 용어는 이른바 ‘불법체류자’라는 용어를 대신하여 시민단체에서 체류자격이 없는 이주노동자를 지칭할 때 쓰이는 말이다. 불법체류자라는 용어는 단순히 체류자격이 없다는 의미를 넘어서 체류외에는 잘못을 저지른 적이 없는 이주노동자를 심각한 범죄자로 바라보게 하는 선입견을 갖게 하는 용어이기 때문이다. 이 글에서도 미등록 이주노동자라는 용어를 사용한다.

#### 다. 경험적 사실에 근거

우리사회에 미등록 이주노동자의 불법파견이 만연해있다는 사실은 필자가 사회과학적인 방법을 동원하여 수집한 통계에 근거한 것

은 아니다. 이는 필자가 수년간 이주노동자들의 노동 관련 상담을 진행하면서 겪은 경험에 기반한 것임을 밝혀둔다.

## 2. 기존 연구들과의 차이점

이주노동자 문제나 불법파견 문제에 대해서 그 동안 적지 않은 학술적 연구와 연구보고서가 있었다.

이주노동자의 직업선택의 자유를 옥죄고 있는 사업장 변경 문제를 날카롭게 분석한 김남진 박사님의 논문<sup>1)</sup>을 비롯하여 기존의 이주노동 연구들은 주로 고용허가제를 다룬 것들이 주를 이루고 있다. 고용허가제는 노동목적으로 한국에 오는 비전문취업(E-9) 이주노동자들에게 적용되는 것으로, 합법적으로 체류 중인 이주노동자들의 사업장 변경이 주요쟁점이다. 비전문취업(E-9) 이주노동자는 고용노동부 산하의 고용센터를 통해서만 사업주와 근로계약을 체결하여야 되는 것에 비하여, 미등록 이주노동자들은 이미 체류 자체가 불법이므로 특정 사업장에서만 근무해야 한다는 종속성에서 자유롭다는 점에서 큰 차이가 있다. 결국 이주노동자의 고용허가제 문제를 다룬 연구들은 합법적으로 체류 중인 이주노동자들에게만 적용되는 문제이기 때문에, 필자가 본 논문에서 다루려는 미등록 이주노동자들의 불법파견 문제와는 연관성이 크지 않다.

한편, 기존의 불법파견 연구들은 주로 불법파견 법리를 다룬 것들로 내국인 노동자, 이주노동자 구분 없이 적용될 수 있는 것들이지만, 본 논문은 어떤 경우에 불법파견이 성립되는지를 분석하려는 것이 아니라 미등록 이주노동자를 고용하는 사업주들이 왜 직접고

1) 김남진, “외국인근로자 인권보장을 위한 사업장변경의 자유”, 「법학연구」 제62권, 2016, 47-71면.

용을 회피하려는 유혹을 받는지에 대해 검토하는 것을 목적으로 하는 것이다.

따라서 본 연구는, 기존의 이주노동자 연구나 불법파견 연구와는 달리, 사업주의 미등록 이주노동자 간접고용 원인을 분석하려는 데 중점을 둔 첫 번째 연구일 것으로 생각한다.

### 3. 미등록 이주노동자 채용경로

이주노동자의 대다수인 비전문취업(E-9) 이주노동자의 경우 고용노동부 산하의 고용센터를 통해서만 사업주와 근로계약을 체결하여야 한다. 이를 고용허가제라고 한다. 미등록 이주노동자는 고용센터를 통해 채용할 수 없으므로 미등록 이주노동자를 채용하는 것은 명백히 불법이다. 그래서 이들은 인력소개소를 통해 또는 아는 사람의 소개를 통해 일자리를 얻는다. 미등록 이주노동자에 대한 수요는 상당히 많다. 이는 정식 절차를 통해 이주노동자를 채용하는 것이 상당한 시간과 비용이 들 뿐만 아니라, 사업규모별로 채용할 수 있는 이주노동자 수가 정해져있어 내국인 노동자를 구하지 못해 일손이 부족한 사업주가 충분한 만큼 이주노동자를 배정받지 못하기 때문이다.<sup>2)</sup>

### 4. 미등록 이주노동자의 고용형태

그런데 이렇게 취업한 미등록 이주노동자의 경우 회사에 직접 고용된 사람은 많지 않다. 대부분 용역회사에 소속되어 그 회사에서

2) 예를 들면, 농번기에 대규모 일손이 필요한 농가인데 내국인 노동자도 구하기 어렵고 기존에 배정된 이주노동자만으로는 일손이 부족하여 미등록 이주노동자를 알음알음 채용하는 식이다.

급여를 받으나, 실제 일은 다른 사업장에 파견되어 그 사업장의 사업주에게 종속된다. 근로자파견이란, 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다[「파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법)」 제2조 제1호]. 미등록 이주노동자의 고용형태를 보면, 사용사업주와 파견사업주는 형식상 도급계약을 체결한 다음, 파견사업주는 미등록 이주노동자와 근로계약을 체결하고 사용사업주의 회사로 보내 사용사업주의 지휘·명령을 받으면서 일을 하게하고, 사용사업주가 파견사업주에게 해당 이주노동자 몫의 도급비용을 지급하면 파견사업주는 자기의 몫을 수수료로 떼고 나머지를 해당 이주노동자에게 임금으로 주는 식이다.

## 5. 불법파견

### 가. 전국 최초로 이주노동자 불법파견 문제제기

필자가 소속된 광주민중의집 등 광주광역시의 시민단체들은 2018년 10월 광주지방고용노동청 앞에서 기자회견을 열고 미등록 이주노동자의 산업재해 은폐 및 불법파견 문제를 공식적으로 제기하였다. 이는 필자가 아는 한, 전국 최초의 문제제기였다. 제조업에서 수년간 일하다 손가락이 절단된 한 미등록 이주노동자가 산업재해 신청을 하려 하자, 원청업체는 산업재해 신청을 막았다. 또 해당 이주노동자가 치료 후 귀국을 앞두고 퇴직금을 받고자 노동청에 진정을 제기하였는데, 노동청에서는 해당 이주노동자가 하청업체 소속이기 때문에 원청업체는 책임이 없다고 하였다. 이에 시민단체들이 분노하면서 기자회견을 열고 공동대응을 한 것이다.

## 나. 불법파견이란

「파견법」이 허용하지 않는 파견을 불법파견이라고 한다. 「파견법」상 근로자 파견에 해당되는지 여부에 대하여 대법원은 아래와 같은 기준을 확립하였다.

“원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결).”

미등록 이주노동자를 채용하는 것 자체가 불법이거니와, 설령 「파견법」상 허용되는 파견이라고 하더라도 미등록 이주노동자를 채용하는 것에 대해 고용노동부장관의 허가를 받을 수 없을 것이기 때문에(「파견법」 제7조 제1항 참조) 결과적으로 불법파견이 되는 자명하다. 미등록 이주노동자의 몇몇 불법파견 사례를 보면, 법적으

로 파견 여부를 따지는 것이 무의미할 정도로 명백한 파견이거나 이를 넘어 사용사업주와 미등록 이주노동자 사이에 묵시적 근로계약 관계가 성립된 것으로 볼 여지가 있는 경우가 상당수다<sup>3)</sup>. 즉, 파견 사업주의 소속으로 볼 여지가 있는 최소한의 형식적인 체계조차도 구비하고 있지 않았다. 파견사업주는 독자적인 기술력 및 자본력을 갖추지 못했고 단순히 사용사업주에게 미등록 이주노동자를 연결하는 구실만 하고, 해당 미등록 이주노동자는 사용사업주의 사업장에서 근무하면서 사용사업주 소속 노동자들과 하나의 작업집단으로 편입되어 사용사업주에게 연차휴가, 근태 등의 허가를 받는 등 파견의 정황이 뚜렷했다. 내국인 노동자를 파견받는 사업장과는 대조적이었다. 그렇다면, 미등록 이주노동자를 고용하는 회사들은 왜 이런 방식을 사용하는 것일까? 「파견법」 위반 논란을 무릅쓰고 사용사업주가 미등록 이주노동자를 직접 고용하지 않고 파견사업주를 통해 파견을 받아야 할 이유가 있을까? 간접고용이나 여러 차례 하도급 방식의 고용이 노동자들의 근로조건을 악화시키는 주범이라는 것은 알려졌는데, 내국인 노동자를 간접고용하는 것과 비교하여 미등록 이주노동자를 간접적으로 고용하는 경우 사업주 입장에서 추가적으로 얻을 수 있는 이득이 무엇이길래 이런 방식을 쓰는 것일까?

## Ⅱ. 퇴직금 지급 회피

미등록 이주노동자들이 가장 많이 문의하는 문제는 바로 퇴직금이다. 대부분의 사업주는 미등록 이주노동자들의 퇴직금 요구에,

3) 하지만 노동자와 사용사업주 사이에 묵시적 근로계약관계가 인정된 사례는 드물기 때문에, 이 글에서는 편의상 파견을 중심에 두고 이야기를 전개해나간다.

“불법(체류자)이니 퇴직금 없어.”라고 말한다. 그렇지만 체류자격이 없는 미등록 이주노동자도 소정근로시간이 1주 15시간 이상이고 계속근로기간이 1년 이상이라면 퇴직금을 받을 수 있다(「근로자퇴직급여 보장법」 제4조 제1항). 그러기에 한 사업장(=한 명의 사용사업주)에서 1년 이상 계속 근로한 미등록 이주노동자 본인은 퇴직금을 받을 수 있다고 생각한다. 그러나 실제 퇴직금을 받고자 노동청에 신고를 하면 의외의 결과를 받기도 한다. 본인이 한 사업장에서 1년 이상 계속 근로하는 게 중요한 게 아니라 한 용역회사(파견사업주) 소속으로 1년 이상 계속 근로하는 것이 중요한데, 1년이 채 되기 전에 자기도 모르게 소속된 용역회사가 바뀌어 심한 경우 수년을 한 사업장에서 계속 일하고 퇴사하더라도 법적으로 퇴직금을 한 톨도 받을 수 없게 되는 경우이다. 내국인 노동자도 이런 상황에 맞닥뜨리는 경우가 간간이 있는데, 이주노동자 같은 경우는 문화적·언어적 차이로 이런 상황을 전혀 모르고 있는 경우가 태반이다. 수년 이상 사용사업주 밑에서 일했는데 임금을 주는 사람이 파견사업주라는 이유로 퇴직금을 받지 못하는 상황을 납득하지 못하는 건 당연하다. 실제로 퇴직금을 받지 못해 사용사업주를 노동청에 신고하면 노동청에서는 도급계약이 체결되어 있다는 이유만으로 조사대상을 파견사업주로 보고 업무를 처리한다. 묵시적 근로계약관계가 성립될 가능성이 있다는 점은 별로 고려의 대상이 아니다. 이러한 연유로 사용사업주는 파견사업주와 도급계약을 체결함으로써 해당 미등록 이주노동자에 대한 퇴직금 문제에서 자유로워진다. 또한 이러한 구조는 연차휴가 미사용수당이나 주휴수당 등의 논쟁에서도 사용사업주를 자유롭게 해준다. 「파견법」은 근로기준법상 임금 문제에 대해서는 원칙적으로 파견사업주를 사용자로 보기 때문이다(「파견법」 제34조 제1항).

### Ⅲ. 산업재해 책임 회피

#### 1. 산업재해 사고 고위험군 이주노동자

가. 이주노동자가 내국인 노동자보다 산업재해(이하 ‘산재’) 위험에 더 많이 노출되어 있다는 것은 여러 통계자료를 통해서 확인할 수 있다. 대부분의 통계자료가 근로복지공단의 산재보험 급여지급 내역을 기초로 하기 때문에 실제 통계에 잡히지 않는 것까지 생각하면 실제 이주노동자 산재사고는 훨씬 더 많을 것으로 생각한다. 왜냐하면, ① 현재 농업 임금노동자 중 상당수가 이주노동자들인데 ‘농업, 임업(별목업은 제외한다), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시근로자 수가 5명 미만인 사업’에서 종사하는 이주노동자들은 산재보험에서 배제되어 있고(「산업재해보상보험법」 제6조, 동법 시행령 제2조 제1항 제6호), ② 산재보험에 가입되어 있지 않은 미등록 이주노동자들도 산재사고를 당하면 산재보험금을 받을 수 있는데, 이 경우 상당수 사업주들은 “불법(체류자)이니 산재신청을 할 수 없다.”면서 잘못된 정보를 주기 때문이다. 또한, 합법으로 체류하는 이주노동자라 해도 사업주가 산재신청을 막는 경우 내국인 노동자와 달리, 언어적 어려움으로 인하여 이주노동자 스스로 산재신청을 하기 쉽지 않은 것도 한 요인이다.

나. 이주노동자들의 산재사고 발생위험이 내국인 노동자보다 더 큰 이유는 무엇일까? 이주노동자들은 대부분 소규모 사업장의 3D 업종에 종사하고 있으며 산재사고가 나도 내국인 노동자 산재사고에 비해 언론화되는 빈도도 낮기 때문에 사업주들이 개선할 필요를 느끼지 못한다. 또한, 언어의 차이에서 비롯한 의사소통의 실패로 인한 산재사고도 있을 것으로 추정된다. 이렇듯 발생가능성이 높은

이주노동자의 산재사고는 사업 운영의 큰 위험요인이 되므로 사업주 입장에서는 이로 인한 책임을 회피하고 싶은 욕구가 크다.

## 2. 사용사업주의 「산업안전보건법」 상 책임

산재사고가 발생하면 사업주의 형사책임과 관련하여 주로 사업주의 「산업안전보건법」 위반 및 「형법」의 업무상 과실치사상죄 여부가 문제된다. 그 중 「산업안전보건법」 위반은 주로 안전조치의무(제38조)와 보건조치의무(제39조) 준수 여부가 핵심이다. 「파견법」은 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 원칙적으로 사용사업주를 「산업안전보건법」 제2조 제4호의 사업주로 보아 같은 법을 적용하므로(제35조 제1항), 산재사고의 책임이 있는 사용사업주를 형사처벌하는 것은 가능하다. 따라서 이 부분에 대해서는 사용사업주가 미등록 이주노동자를 파견받을 실익은 크지 않다.

## 3. 사용사업주의 산재보험료 할증 문제

가. 사업주들이 산재신청을 꺼리는 이유 중 하나로 거론되는 것이 바로 산재보험료 할증이다. 개별 사업장의 재해발생 실적에 따라 산재보험료가 할인 또는 할증되는데 이를 개별실적요율제라고 한다(「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제15조 제2항, 동법 시행령 제15조). 그러나 산재보험급여가 지급된 모든 사업장의 보험료가 올라가는 것은 아니다. 원칙적으로 보험관계가 성립한 지 3년이 경과한 사업으로서, 상시근로자수 30인 이상 또는 총 공사실적 60억 이상인 사업장만 산재보험료가 할증될 수 있다. 따라서 상시근로자수 30인 이상인 사업장이면서 산재사고가 빈번한 업종은 산재사고 시 보험료 할증을 회피하기 위해

미등록 이주노동자를 파견받을 유인이 생기게 된다. 파견의 경우, 현재는 파견노동자가 산재를 당한 경우 사용사업주는 산재보험료 할증 위험이 없다. 따라서 파견노동자의 산재사고 발생률을 낮추기 위한 한 가지 방법으로 파견근로자가 산재사고를 당하면 이를 사용사업주의 산재보험료 계산 시 반영하는 것이 논의되고 있다. 이러한 내용을 담은 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 개정안이 발의되었으나 아직 국회를 통과하지 못한 것으로 보인다.

나. 미등록 이주노동자를 고용하는 사업주가 부딪칠 수 있는 산재보험료 문제가 또 있다. 미등록 이주노동자에 대해서는 4대보험 성립신고를 하지 않는다. 그렇기 때문에 해당 사업주는 산재보험료를 납부하지 않는데 고용한 미등록 이주노동자가 산재사고를 당하여 산재신청을 하게 되면 해당 사업주는 근로복지공단이 해당 노동자에게 지급한 산재보험급여의 100분의 50에 해당하는 금액(사업주가 가입신고를 게을리 한 기간 중에 납부하여야 하였던 산재보험료의 5배를 초과할 수 없다)<sup>4)</sup> 및 해당 노동자의 근무기간 동안 미납한 산재보험료 등을 내야 한다. 미등록 이주노동자를 파견 받아 사용하는 사용사업주는 미등록 이주노동자의 근로계약상 사용자를 파견사업주로 해놓으면 위험을 파견사업주에게 전가시키면서 이러한 산재보험료 납부부담을 덜 수 있다.

---

4) 다만, 요양을 시작한 날(재해 발생과 동시에 사망한 경우에는 그 재해발생일)부터 1년이 되는 날이 속하는 달의 말일까지의 기간 중에 급여청구사유가 발생한 보험급여로 한정한다(「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제26조 제1항, 동법 시행령 제34조 제1항).

#### 4. 소결론

미등록 이주노동자가 산재사고를 당한 경우, 실제로 그의 노동력을 제공받는 사용사업주는 산재보험료 할증 위험 및 산재보험료 납부 부담을 덜 수 있다. 이 경우 사용사업주가 산업안전보건법상 책임을 회피할 수는 없으나, 이는 사용사업주가 미등록 이주노동자를 직접 고용하는 경우에도 동일하게 부담하여야 할 것이기에, 사용사업주는 산재보험료 부담 감소만으로도 적지 않은 혜택을 누리게 된다. 특히 미등록 이주노동자를 사용하는 사업장의 열악한 작업환경으로 인해 미등록 이주노동자들이 산재사고 발생위험에 더욱 크게 노출되어 있는 상황에서는 더욱더 그렇다.

### IV. 출입국 당국의 단속 회피

#### 1. 체류 문제에서 기인한 미등록 이주노동자의 고용문제

가. 앞에서 언급한 퇴직금 지급 및 산업재해 책임 회피 등은 내국인 노동자를 간접고용할 때에도 똑같이 적용되는 내용이다. 일례로, 우리나라 아파트 경비노동자들은 주로 용역회사와 근로계약을 체결한 후 본인이 일할 아파트에서 근무하게 되는데, 근무지인 아파트에서는 계속근로기간이 1년 이상이지만 채 1년이 되기 전 용역회사가 바뀌게 되면 합병, 사업(영업) 양도 등의 노동관계 승계사유가 없는 한, 계속근로기간은 전 용역회사에서의 근무기간 및 현 용역회사에서의 근무기간을 각각 계산하므로 어느 한 용역회사에서의 근무기간이 채 1년이 되지 않아 퇴직금을 전혀 받지 못하는 경우가 생기기도 한다. 또한, 파견사업주 소속의 내국인 노동자가 산업재

해를 당하는 경우 그 사용사업주의 산재보험료가 인상되는 것도 아니다. 그러나 미등록 이주노동자를 사용하려는 사업주의 경우, 위 두 가지 사항 이외에도 간접고용을 하고 싶은 유인이 한 가지 더 존재한다. 바로 출입국 당국의 단속 회피이다.

나. 체류기간이 만료된 미등록 이주노동자는 우리나라에서 취업 활동을 할 수 있는 체류자격이 없으므로 이러한 미등록 이주노동자를 고용한 사람은 「출입국관리법」 위반으로 형사처벌을 받게 된다(제94조 제9호, 제18조 제3항). 고용센터를 통해 합법적으로 이주노동자들을 채용할 수 없는 사업주로서는 암암리에 미등록 이주노동자를 사용할 수밖에 없는데, 이러한 사업주는 출입국 당국의 단속 위협에 상시 노출되어 있다. 실제로 미등록 이주노동자를 사용했다는 이유로 출입국 당국의 단속을 당해, 사업주가 미등록 이주노동자 1인당 수백만원의 범칙금을 내기도 한다. 일손이 부족한 제조업체의 경우 최소 수십명의 미등록 이주노동자들을 사용하기도 하는데, 이 경우 수천만원~수억원의 대가를 치러야 하는 것이다.

## 2. 파견 : 위험 최소화

가. 미등록 이주노동자에 대한 파견관계가 성립한 경우, 미등록 이주노동자에게서 실제로 노동력을 제공받은 사용사업주를 「출입국관리법」 위반으로 처벌할 수 있을 것일까? 최근 이에 대해 판단한 대법원 판결이 나왔다.

나. 「출입국관리법」은 외국인이 대한민국에서 취업하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하며, 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 사람

을 고용한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제18조 제1항, 제3항, 제94조 제9호 참조). 사용사업주인 피고인이 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인을 고용하였다는 혐의로 기소된 사건인 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결은, ① 일반적으로 고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방은 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 계약(민법 제655조)인 점, ② 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하는 점, ③ 「근로기준법」과 「산업안전보건법」 중 일부 규정을 적용할 때는 사용사업주를 사용자로 본다는 규정(「파견법」 제34조, 제35조)이 있으나 「출입국관리법」 적용에 관해서는 그와 같은 규정이 없다는 이유로, 사용사업주가 파견사업주로부터 그에게 고용된 외국인을 파견받아 자신을 위한 근로에 종사하게 하였다고 하더라도 이를 「출입국관리법」 제94조 제9호, 제18조 제3항이 금지하는 고용이라고 볼 수 없다고 하였다. 결국 이 사례에서는 실제로 미등록 이주노동자를 사용하면서 그의 노동력을 제공받아 혜택을 본 사용사업주는 그를 직접 고용한 것이 아니라는 이유로 처벌받지 않고, 사용사업주의 요구에 따라 미등록 이주노동자와 형식적인 근로계약을 체결한 후 단순히 사용사업주에게 보내기만 한 파견사업주가 그 책임을 뒤집어쓴다는 이야기가 된다. 사용사업주는 죄형법정주의의 뒤에 숨을 수 있다.<sup>5)</sup>

5) 하지만 위와 같은 판례에도 불구하고 현행법 하에서도 상황에 따라 사용사업주를 「출입국관리법」 위반으로 처벌할 수 있을 것으로 생각한다. 사용사업주를 파견사업주의 공범으로 볼 수 있는 경우가 그것이다.

## V. 맺음말

1. 불법파견의 심각성은 익히 잘 알려져 있으나, 특히 미등록 이주노동자들에 대한 불법파견은 더욱더 광범위한 위험회피수단으로 악용되고 있다. 사용사업주는 퇴직금 미지급, 산업재해 발생에 따른 산재보험료 인상 위험을 파견사업주에 떠넘길 수 있는데, 미등록 이주노동자의 경우 이에 더해 출입국사무소 단속 시의 위험까지도 파견사업주에 전가하고 있다.

2. 실제로 사용사업주들이 이러한 점들을 염두에 두고 미등록 이주노동자를 파견받아 사용하는지는 알 수 없다. 경영상 부담을 덜어내고 이윤극대화를 위해 마치 본능처럼 내국인 노동자들을 간접고용하듯, 무의식 중에 습관처럼 미등록 이주노동자들을 간접고용하고 있는 것일지도 모른다. 문제는 이러한 간접고용을 할 경우 실제로 노동력을 제공받아 이익을 누리는 사용사업주에게 그에 합당한 책임을 부과하는 제도가 구축되어 있지 않다는 점이다. 피해를 본 미등록 이주노동자는 실제로 자신에게 업무 지시한 사용사업주 대신 영세한 파견사업주를 상대로 해야 하므로 자신의 권리를 제대로 보호받기 곤란한 경우들이 많다.

3. 이러한 폐해를 막기 위해서는 사회 전반에 퍼져있는 간접고용을 직접고용으로 전환하도록 하고 불법파견을 철저히 단속해야 할 것이다. 미등록 이주노동자의 가장 기본적인 권리인 퇴직금마저 주지 않으려는 사업주들의 알파한 행동을 묵과해서는 안 될 것이다. 노동자는 국경도, 민족도 없듯이 미등록 이주노동자에 대한 불법파견을 막는 것이 결국 내국인 노동자들의 노동인권도 향상시키는 일이 될 것임을 믿어 의심치 않는다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

임종률, 노동법(제17판), 박영사, 2019.

고용노동부, “2014 국제고용노동용어집”, 2014.

고용노동부, “하청노동자 사망사고 비중이 높은 원청사업장 명단 공표”, 보도자료, 2020.

광주광역시, “2020 내 손 안의 노동상식”, 2020.

서울노동권익센터, “상담자를 위한 노동상담 매뉴얼”, 2018.

전국민주노동조합총연맹, “2016 민주노총 이주노동자 상담·법률학교”, 2016.

김남진, “외국인근로자 인권보장을 위한 사업장변경의 자유”, 「법학연구」 제62권, 2016.

<Abstract>

## **Analysis of cause about illegal dispatch of migrant worker**

Kim, Chunho\*

The seriousness of illegal dispatch is well known. In particular, illegal dispatch of undocumented migrant workers has been abused by employers as a further extensive means to avoid risks; employers can transfer the risk of a raise in industrial accident compensation insurance premium rate due to unpaid severance pay and industrial accidents to dispatching companies. Furthermore, even the risk of crackdown on undocumented migrant workers by the immigration office is passed onto dispatching companies.

No system has been established to impose reasonable responsibilities on the employers, who benefit from indirect employment. In many cases, undocumented migrant workers' rights are hardly protected, as those workers have to deal with small dispatching companies instead of the employers who gave them work orders.

In order to stop the abuse, it is necessary to convert indirect employment spread across the entire society into direct employment and strictly regulate illegal dispatch of workers. We should not tolerate employers' shallow conduct of ignoring severance pay, which is the most essential right of undocumented migrant workers. There is no doubt that, as there is no border or ethnicity among laborers, preventing illegal dispatch of undocumented migrant workers will eventually improve the labor rights

---

\* Steering Committee, Gwangju People House

of domestic workers as well.

**Key Words** : undocumented migrant worker, illegal dispatch, severance pay, industrial accident, Immigration Control Act