

파견법상 직접고용의무 규정에 따라 체결한 근로계약의 계약기간 : 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결

Grow | Protect | **Operate** | Finance

March 2022

대상판결은 사용사업주가 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’)상 직접고용의무 규정에 따라 파견근로자를 직접고용하는 경우 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙이라고 판시하였다.

대법원은 2008년 구 파견법상 직접고용간주 규정에 따라 체결된 근로계약의 계약기간과 관련하여, “다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기간의 정함이 없다고 보아야 한다”라고 판시한 바 있는데(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결), 이번 대상판결은 현행 파견법상 직접고용의무 규정에 대해서도 위 판결의 해석 취지가 동일하게 적용됨을 확인하였다는 점에서 의미가 있다.

대상판결은 사용사업주에게 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결을 강제함으로써, 파견법의 목적인 ‘파견근로자의 고용안정’을 도모할 수 있다고 판단한 것으로 보인다. 그러나 파견근로자의 고용안정은 별도의 입법 또는 고용정책적 접근을 통해 해결되어야 할 문제로, 현행 파견법이 정한 ‘직접고용’이 ‘기간의 정함이 없는 고용’을 의미한다는 해석을 통해 파견근로자의 고용안정을 도모하려는 대법원의 입장에는 쉽게 동의하기 어렵다.

I. 사실관계 요약

이 사건 피고는 방송사업 등을 영위하는 법인(이하 ‘피고’ 또는 ‘피고 회사’)이고, 원고는 피고 회사에서 2006년경부터 약 4년 간 아르바이트로 근무하다가, 이후 업무 내용을 변경하여 파견근로자로 약 4년, 기간제근로자로 2년(1년 근무 후 1회 갱신)을 각각 근무한 근로자이다. 위와 같은 근무 기간 중에 원고의 고용 형태는 아래와 같이 변동하였다.

순번	기간	사용자	고용형태
1	2006.경 ~ 2010.6.경	피고 회사	아르바이트 ¹
2	2010.7.12. ~ 2014.7.13.	파견사업주 : A 사용사업주 : 피고 회사	파견근로
3	2014.7.14. ~ 2016.7.13.	피고 회사	직접고용(기간제)

한편, 피고 회사는 2016. 7. 14. 원고와의 근로계약(이하 ‘이 사건 근로계약’)을 더 이상 갱신하지 않고 종료하였다(이하 ‘이 사건 갱신거절’).

II. 판결의 주요 내용

1. 1심(대전지방법원) 판결 : 이 사건 갱신거절은 무효라고 판단

원고는 1심에서 “이 사건 근로계약 갱신에 관하여 정당한 기대권이 존재하므로, 이 사건 갱신 거절은 원고의 계약 갱신에 관한 정당한 기대권을 합리적 이유 없이 침해하는 행위로서 실질적으로 해고에 해당하며, 정당한 사유가 없으므로 무효”라는 취지로 주장하였다.

1 이 기간에 원고는 기간제 근로계약 형태로 근무하였을 것으로 보이나, 판결문상 ‘아르바이트’가 정확히 어떤 의미로 사용되었는지 확인되지 않았다.

이에 대해 대전지방법원은 “원고에게 이 사건 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 존재한다”라고 판단² 하면서, “원고는 피고 회사에서 파견근로자로 2년 이상 근로하였으므로 피고 회사는 파견법 제6조의2 제1항 제3호에 따라 원고를 2012. 7. 12. 직접 고용하여야 함에도 불구하고, 피고는 위 의무를 이행하지 않다가 2014. 7. 14.에 이르러서야 비로소 원고를 직접 고용하면서도, 근로기간을 1년으로 정하여 채용하였고, 근로계약을 갱신하면서 다시 근로기간을 1년으로 정한 결과, 이 사건 근로계약이 2년을 초과하지 않게 되었다”라는 점을 지적하였다.

그러면서 “이 사건 갱신거절은 피고 나름의 합리적인 사유가 있었다기 보다는 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’) 시행으로 피고가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 경우 그 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환해야 할 상황에 직면하자, 이를 회피하기 위한 의도로 행해진 것으로 보이고, 이는 파견법 및 기간제법이 추구하고자 하는 고용안정에 정면으로 반한다”고 판시하였다.

이처럼 대전지방법원은 피고 회사가 원고와 기간제 근로계약을 체결하고, 2년만에 근로계약을 종료한 것이 파견법 및 기간제법이 추구하고자 하는 고용안정에 정면으로 반하는 행위라고 지적하면서, 이러한 내용을 갱신기대권이 인정되는 하나의 근거로 실시하였다. 다만, 대전지방법원은 피고 회사가 원고와 기간제 근로계약을 체결한 것이 그 자체로 파견법에 위반되는 것인지 여부에 관하여는 판단하지 않았는데, 이 쟁점은 제1심에서 직접적으로 다루어지지 않았던 것으로 보인다.

2. 2심(대전고등법원) 판결 : 이 사건 갱신거절은 유효라고 판단

원고는 2심에서 갱신기대권에 관한 주장 외에 “피고는 2010. 7. 12.부터 원고를 파견근로자로 사용하여 2년이 지난 2012. 7. 12. 원고를 직접 고용할 법률상 의무가 있었음에도 불구하고, 피고는 2014. 7. 14.에야 이 사건 근로계약을 통해 원고를 직접 고용하였는데, 파견법의 취지 등에 비추어 보면, 2014. 7. 14.에 체결된 이 사건 근로계약은 기간의 정함이 없는 것”이라는 취지의 주장을 추가³ 한 것으로 보인다.

이에 대해 대전고등법원은 먼저 “이 사건 근로계약 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 볼 사정이 없다”고 판단하고, 이어서 “원고는 원고의 파견근로가 2년을 초과한 시점인 2012. 7. 12.부터는 파견법상 피고가 원고를 직접 고용할 법률상 의무가 있음을 들어, 원고와 피고 사이에 2012. 7. 12. 또는 적어도 그로부터 2년이 지난 2014. 7. 12.부터는

원고와 피고 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 보아야 하므로 이 사건 갱신거절은 무효라고도 주장하나, 피고가 원고를 직접 고용할 법률상 의무가 있다는 이유만으로 원고와 피고 사이에 이 사건 근로계약 체결 이전인 2012. 7. 12.이나 2014. 7. 12.에 이미 직접적인 고용관계가 성립되었다고 할 수 없다”라고 판시하였다.

즉, 2심에서 비로소 대상판결의 쟁점과 관련이 있는 주장이 제기된 것으로 보이는데, 원고와 피고의 구체적인 주장 내용을 확인하기 어려우나, 판결문의 내용을 보면 대전고등법원은 “기간의 정함이 없는 근로계약이 체결되었다”라는 원고의 주장에 대해, “파견법상 고용의무가 있다는 이유만으로 곧바로 고용관계가 성립되는 것이 아니”라고 판단하는 것에 그쳤고, 파견법상 고용의무에 따라 기간제 근로계약의 체결이 가능한 것인지 여부에 관해서는 직접적으로 판단하지 않았던 것으로 보인다.

한편, 대전고등법원은 “원고는 2010. 7. 12.부터 2014. 7. 13.까지 4년간 파견근로를 하였으므로, 피고는 파견법 제6조 제2항 및 제6조의2 제1항에 따라 원고가 파견근로를 한지 2년이 지난 2012. 7. 12.에는 원고를 직접 고용할 의무가 있었음에도 불구하고 2014. 7. 14.에야 비로소 원고를 직접 고용한 사실은 인정되나, 피고에게 그러한 의무가 있다는 것이 곧 원고에게 이 사건 근로계약 갱신에 관한 신뢰를 부여한다고 보기는 어렵다”라고 하면서, “오히려 피고는 원고가 파견근로를 한지 2년이 지난 2012. 7. 12.에도 여전히 원고를 직접 고용하지 않은 점, 원고 역시 피고를 상대로 직접 고용의무의 이행을 청구하지 않은 점, 피고가 2014. 7. 14. 원고를 직접 고용하면서도 기간의 정함이 있는 이 사건 근로계약을 체결한 점 등은 그러한 신뢰 형성에 방해가 되는 사정이다”라고 판시하여, 원고에게 이 사건 근로계약 갱신에 관하여 정당한 기대권이 인정된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

이상의 내용을 고려하면, 대전고등법원은 파견법상 직접고용의무 규정에 따른 법적 효과에 관하여 직접적으로 실시하지는 않았으나, 적어도 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우 기간제 근로계약을 체결하는 것이 가능하다는 전제 하에서 위와 같은 판단을 하였다는 점은 분명해 보인다.

2 대상판결의 쟁점과 직접적인 관련이 없는 갱신기대권 인정에 관한 나머지 근거들과 기타 쟁점들에 관해서는 이 글에서 자세히 언급하지 않는다.

3 1심 판결문에 없다가 2심 판결문에 등장하는 내용이다. 실제로도 원고가 1심에서 전혀 주장하지 않다가 2심에 이르러 주장을 새롭게 추가한 것인지 여부는 판결문상 확인되지 않는다.

3. 대상판결 : 파견법상 직접고용의무에 관한 법리 오해 및 심리 미진 이유로 파기환송

(1) 우선, 대상판결은 아래와 같은 이유로 “특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙”이라고 판단하였다.

① 개정 전 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라 한다)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라 한다)을 두어 사용사업주가 파견기간 제한을 위반한 경우 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계 성립이 간주되도록 하였고, 대법원은 구 파견법의 직접고용간주 규정에 의하여 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립하는 경우 그 근로관계는 기간의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기간의 정함이 없다고 보아야 한다고 판단하였다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 참조).

② 개정된 파견법은 직접고용간주 규정을 대체하여 제6조의2 제1항에서 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 등에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’라고 규정(이하 ‘직접고용의무 규정’이라 한다)하여, 사용사업주는 파견근로자를 직접 고용할 의무를 부담하고 파견근로자는 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리를 부여하였다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조). 이러한 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 취지는 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조).

위 내용을 요약하면, 구 파견법상 직접고용간주 규정에 따른 법률효과가 원칙적으로 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결이며, 현행 파견법상 직접고용의무 규정 역시 직접고용간주 규정과 입법취지와 목적 등이 다르지 않다는 것이다.

(2) 다만, 대상판결은 “직접고용관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용의무 규정의 입법취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다.”라고 판시하였다.

대상판결은 이러한 ‘특별한 사정’이 인정될 수 있는 경우로서, ① 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망한 경우, ② 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우를 설시하였다.

(3) 한편, 대상판결은 “직접고용의무를 부담하는 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하면서 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결하는 경우 이는 직접고용의무를 완전하게 이행한 것이라고 보기 어렵고, 이러한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견 근로자를 보호하기 위한 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다”라고 판단하였다.

(4) 위와 같은 판단에 따라 대상판결은 해당 사안에서 “피고로서는 원고와 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하였어야 하고, 그 근로계약에서 기간을 정하였더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 무효가 될 수 있다”고 판시하면서, “원심은 특별한 사정이 있는지 여부에 관한 아무런 심리도 하지 아니한 채 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 그대로 유효하다고 전제한 다음, 이 사건 근로계약은 이 사건 갱신거절에 따라 기간만료로 종료하였다고 판단하였으므로, 파견법상 직접고용의무에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다.”라고 원심판결을 파기하였다.

III. 평석

대상판결이 판단 근거로 실시한 것처럼, 파견법상 직접고용의무 규정의 의미를 해석함에 있어서는 구 파견법상 직접고용간주 규정과 분리해서 생각하기 어렵다. 아래에서는 먼저 현행 파견법의 개정 경과와 그 내용을 간략히 살펴보고, 이어서 대상판결의 문제점을 중심으로 비판적 검토를 하기로 한다.



1. 파견법 개정 경과 및 내용

구 파견법은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대의를 표시하는 경우를 제외한다”라고 규정(제6조 제3항) 하여, 이른바 ‘직접고용간주 규정’을 두고 있었다.

위와 같은 직접고용간주 규정은 별도의 의사표시 없이 법률행위가 성립하는 것으로 간주하도록 한다는 점에서 사용자의 채용 내지 해고의 자유를 제약하고, 종신고용을 강제하고 있어 헌법상 과잉금지원칙을 위반하고 있다는 점, 그리고 고용간주의 효과에 대해 입법자가 명확하게 규정하고 있지 않아 명확성의 원칙에도 위반된다는 점 등을 이유로 헌법소원⁴이 제기된 바 있다.

한편, 학계에서도 직접고용간주 규정은 고용증진이라는 국가적 과제를 기업에 직접 전가시키는 것이며, 기업의 사회적 책임이 아무리 강조된다고 하여도 고용보장 의무까지 직접고용간주 규정의 형식으로 정당화하는 것은 헌법에 부합하지 않는다는 비판⁵이 제기되었다.

이처럼 사용사업주의 기본권 침해 논란으로 헌법소원까지 제기되었던 직접고용간주 규정은 이후 파견법의 개정에 따라 ‘직접고용의무 규정’으로 대체되었는데, 직접고용간주 규정을 직접고용의무 규정으로 개정하는 과정의 국회 논의과정을 보면, 정부는 법개정의 이유로 “고용의제는 외형상 강력한 제재방식이나 사용사업주의 직접고용 불이행시 제재수단이 없어 실효성이 저하되고 근로자가 구제받기 위해서는 부당해고쟁송을 제기해야 하고, 사용자는 법률소급효 및 쟁송과정에서 감정악화 등으로 직접고용 유인이 감소하며, 당사자의 의사 합의없이 근로관계가 강제되어 사적자치(계약의 자유의)의 원칙에 반한다고 보고 있음”을 제시하였다.

또한 정부는 “근로계약의 일신전속적·계속적 성질에 반하고 고용의제에 따른 파견근로자의 고용조건(계약기간, 임금 등 근로조건, 복지 등)이 어떻게 되는 지가 불명확하여 법적 다툼이 발생할 경우 해결에 애로가 있어 고용의제 규정의 취지를 살리면서 이러한 문제점을 해소할 수 있도록 고용의무방식으로 전환하였다”고 설명하였다.⁶

한편, 고용노동부는 위와 같이 파견법이 개정된 직후 “개정 파견법에서는 사용사업주에게 직접 고용의무만 부과하고 있을 뿐 고용형태에 대해서는 달리 규정하고 있지 아니하므로 노사 당사자간의 합의로 무기계약 또는 기간제 근로계약을 맺을 수도 있을 것으로 사료됨. 다만, 기간제 근로계약을 체결하면서 계약기간을

단기간으로 설정하는 등 사용사업주가 파견법에 의한 직접고용의무를 단순히 면하기 위한 절차에 지나지 않은 것으로 판단되는 때에는 당해 파견근로자의 사용기간 및 종사했던 업무의 상시성 여부, 그간 동종 근로자의 채용관행 등 구체적 사실관계 등을 종합적으로 고려하여 직접고용의무를 이행하지 않은 것으로 볼 수도 있을 것으로 사료됨.”이라는 입장을 표명⁷ 하는 등 파견법상 직접고용의무 규정에 따라 기간제 근로계약 체결이 가능한 것으로 해석하였다.

2. 대상판결의 문제점

대상판결은 사용사업주가 파견법상 직접고용의무 규정에 따라 파견근로자를 직접고용하는 경우, 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙이라고 판시하였다. 그러나 이러한 대상판결의 해석에는 아래와 같은 문제점이 지적될 수 있을 것으로 보인다.

(1) 첫째, 대상판결은 법률 해석의 기본 원칙에 부합한다고 보기 어렵다.

대법원은 법률 해석의 방법과 한계에 관하여 “법해석 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다.”라고 판시하였다(대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결 등 참조).

즉, 법률을 해석함에 있어서 법적 안정성을 저해하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 기해야 하고, 이를 위해 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 해야 한다.

현행 파견법상 직접고용의무 규정은 사용사업주로 하여금 해당 파견근로자를 파견 등과 같은 ‘간접’ 형태의 고용이 아닌 ‘직접’ 고용할 의무를 부여하고 있을 뿐이며, 법 문언상 어디에도 기간의 정함이 없이 ‘계속’적으로 고용할 것을 규정하지 않았다. 이와 같이 법률의 문언상 기간제 고용이 포함될 수 있는 ‘직접고용’이라는 법률 용어를 사용하고 있는 상황에서, ‘직접고용’의 의미를 ‘기간을 정하지 않은 근로계약 체결’로 해석하는 것은 기본적인 법률 해석의 한계를 넘어서는 내용으로 볼 수 있다. 특히, 앞서 살펴본 것처럼 파견법 개정 과정에서도 직접고용의무 규정이

4 헌법재판소 2010 헌바474, 2011헌바64 병합, 이후 취하됨

5 김희성, “구 파견근로자보호 등에 관한 법률에서 고용간주규정의 위헌 여부”, 안암법학 제42호, 안암법학회, 2013, 726-733면

6 국회 환경노동위원회, “파견근로자보호등에관한법률중개정법률안(의안번호 170752호) 검토보고서”, 2004. 11. 11-12면

7 비정규직대책팀-2424, 2007. 6. 26. 등 참조

기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 의미한다고 해석한 내용이나 관련 논의를 전혀 찾아볼 수 없다.

(2) 둘째, 대상판결은 명확성의 원칙에 위반될 우려가 있다.

법치국가의 원리에서 파생되는 명확성의 원칙은 국민의 자유와 권리를 제한하는 법령의 경우 그 구성요건을 명확하게 규정하여야 한다는 것을 의미하며, 어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측 가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말해 예측 가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 판단할 수 있다. 그리고 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 취지, 연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석 방법에 의하여 구체화된다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두39048 판결 등 참조).

특히, 처분상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 침익적 행정처분은 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2014두43158 판결 등 참조).

파견법은 일정한 경우 사용사업주에게 직접고용의무를 부여하는 한편, 이를 위반하여 파견근로자를 직접 고용하지 아니한 자에 대해서는 3천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다(제46조 제2항). 이와 같이 상대방에게 의무를 부과하는 침익적 행정처분은 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용할 필요가 있다. 그런데 대상판결과 같이 ‘직접고용’이 ‘기간의 정함이 없는 계속 고용’을 의미하는 것으로 해석할 경우, 이는 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향의 확대해석이라는 비판을 면하기 어렵다.

예를 들어, 사용사업주와 파견근로자 사이에서 자발적으로 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우를 어떻게 취급할 것인지 문제될 수 있다. 물론 대상판결이 ‘파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망한 경우’를 ‘특별한 사정’이 인정되는 예외로서 언급하고 있기는 하나, 그렇다면 파견근로자가 이러한 사정을 알지 못하고 자발적으로 기간제 근로계약을 체결하는 경우는 어떻게 볼 것인가? 대상판결에 따르면 비록 당사자 간에 자발적으로 체결한 기간제 근로계약이라 하더라도 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 미처 알지 못하였기 때문에, 기간을 정한 부분은 강행규정 위반으로 무효가 되고, 나아가 파견사업주는 파견법 위반에 따른 과태료 부과 대상이 될 수

있다. 즉, ‘파견근로자가 파견법상 직접고용의무에 따른 법률 효과를 인식하였는지 여부’라는 지극히 주관적인 사정에 따라 근로계약 중 기간을 정한 부분의 효력이 달라지고, 사용사업주에 대한 과태료 부과 여부도 달라질 수 있다는 결론에 이르게 될 수 있다.

(3) 셋째, 대상판결은 파견법 관련 규정 및 그에 따른 입증책임에 관한 통일적 해석을 어렵게 할 수 있다.

파견법은 사용사업주가 직접고용의무 규정에 따라 파견근로자를 직접고용하는 경우의 파견근로자의 근로조건에 대해 ① 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고, ② 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 안 된다고 규정하고 있다(제6조의2 제3항). 이러한 파견근로자의 근로조건과 관련하여 사용사업주의 근로자 중에서 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는지는 기본적으로 이를 주장하는 자(파견근로자)가 주장 및 입증해야 한다.

그런데 대상판결은 파견근로자의 근로조건 중 핵심적인 부분이라고 할 수 있는 근로계약의 기간에 관하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하는 것이 원칙이라고 하면서, 그 예외로서 인정되는 ‘특별한 사정’의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다고 판시하였다.

이에 따르면 사용사업주로서는 사용사업주의 근로자 중에서 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠다는 점을 입증해야 하는데, 이러한 결론은 파견법 제6조의2 제3항에 따라 파견근로자의 근로조건을 파견근로자 측이 주장 및 입증해야 하는 것과 맞지 않는 측면이 있다.

나아가 파견법이 사용사업주에게 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에게 적용되는 근로조건을 적용하도록 규정하고 있는 것에 비하여, 대상판결은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하는 경우가 아닌 한 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하는 것이 원칙이라고 판시함으로써, 파견법상 명문의 규정으로 사용사업주에게 부여되는 의무보다 더 많은 의무를 사용사업주에게 부과하는 결과가 될 수 있다.

(4) 넷째, 대상판결로 인해 기간제 근로계약 체결이 가능한 사안인지 여부가 문제되는 부당해고구제신청 내지 해고무효확인 소송 등 관련 분쟁이 증가하여, 법적 안정성이 저해될 우려가 있다.

대상판결은 ‘계약기간을 정한 것이 직접고용의무 규정의 입법취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우’에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있다고 하여 그 예외를 인정하였다. 그런데 과연 ‘특별한 사정’이 어떤 경우를 의미하는지, 너무 추상적이고 불분명하여, 법적 안정성을 저해할 수 있고, 이로 인해 불필요한 분쟁 등이 발생할 우려가 있다.

당장 대상판결이 들고 있는 두 가지 특별한 사정의 예시를 보더라도, ‘파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망’한 경우와 관련하여 파견근로자가 이러한 사정을 어느 정도로 알아야 하고, 이를 어떻게 입증해야 할지, 그리고 ‘사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우’ 중에서 ‘대부분’이 어느 정도를 의미하고, 그로 인해 파견근로자가 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠다는 점을 어떤 방법으로 입증할 것인지 등 많은 해석과 논란의 여지를 남긴다.

대상판결에서 언급한 것처럼, 대법원은 구 파견법상 직접고용간주 규정 하에서 “직접고용간주 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 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다”라고 판시한 바 있다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결). 그러나 당시에도 위 대법원 판례가 예외로 인정하는 ‘기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 특별한 사정’이 어떠한 경우를 말하는지 명확히 규명되지 않았고, 이러한 특별한 사정이 인정된 구체적인 사례도 찾아보기 어렵다.

(5) 다섯째, 파견법과 기간제법의 규율 범위와 목적 등을 고려하여 보더라도, 대상판결의 해석에 동의하기 어렵다.

파견법은 근로자파견사업의 적절한 운영을 도모하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립하여 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다(파견법 제1조). 즉, 파견법은 가급적 ‘파견’이라는 형태의 근로관계를 제한하는 한편, 원칙적이고 본래적인 고용의 형태인 직접고용을 통해 고용안정을 도모하려는데 그 목적을 두고 있다.

한편, 기간제법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(기간제법 제1조). 즉, 직접고용이라는 고용형태 내에서 근로계약의 기간 및 근로조건 등에 관해서 기간제법이 별도로 규율하고 있는 것이다.

그렇다면 파견법은 파견이라는 간접고용의 한 형태를, 기간제법은 직접고용 형태 내에서 근로계약의 기간 등을 각각 제한함으로써 고용안정을 꾀하고 있는 바, 별도의 특별한 규정이 없는 한 파견법상 직접고용의무 규정에서 파견이라는 간접고용 형태에 대한 제한을 넘어, 기간제 근로계약 체결을 금지하는 의미로까지 단정하기는 어렵다. 그런데 대상판결은 고용안정이라는 파견법의 목적을 지나치게 확대 해석한 나머지, 명문의 규정 없이 기간제법이 규율하는 내용까지 끌어들이어 파견법 규정을 해석하였다는 비판을 면하기 어려울 것으로 보인다.

3. 나가며

대상판결은 구 파견법상 직접고용간주 규정에 관한 대법원 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결)의 해석론이 직접고용의무 규정에 대해서도 달리 적용될 이유가 없다는 점을 주요 판단 근거로 삼은 것으로 보인다. 이러한 대상판결의 입장은 일견 파견근로자를 보호할 수 있고, 이를 통해 파견근로자의 고용안정을 도모할 수 있는 측면도 있을 것이다.

그러나 위 대법원 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두 22320 전원합의체 판결)에 대해서 도급관계에서 비롯된 노무제공은 당사자 사이에 독자적인 기간 설정이 가능하고 기간제법 제정 이전에는 기간의 정함이 사실상 자유로웠던 점을 고려하면 위 대법원 견해는 지나치게 엄격한 해석이라고 하면서, 불법파견이 인정되는 근로자에 대해 모두 기간의 정함이 없는 근로관계로 인정한다면 예상치 못한 사업조정이나 인원정리의 사안이 발생함으로써 기존 근로자의 근로관계까지도 불안정상태에 빠뜨리게 될 위험이 있다는 취지로 비판하는 견해⁸가 제시된 바 있고, 또한 고용간주된 근로계약을 기간의 정함이 없는 계약으로 보는 것은 입법론적으로는 바람직할지 몰라도, 해석론적으로는 옳지 않다는 견해⁹ 등 비판이 있었다.

더욱이 현행 파견법상 직접고용의무 규정은 구 파견법상 직접고용간주 규정이 사용자의 채용 내지 해고의 자유를 제약하고, 종신고용을 강제하고 있어 헌법상 과잉금지원칙에 위반된다는 등 위헌 논란이 제기되었고, 근로계약의 일신전속적·계속적 성질에도 반한다는 지적 등에 따라 개정이 이루어졌다는 점을 고려하면, 이번 대상판결이 직접고용의무 규정에 따라 기간을 정하지 않은 근로계약 체결이 원칙이라고 본 것은 무리한 해석이라는 비판을 피하기 어려워 보인다.

즉, 대상판결은 사용사업주에게 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결을 강제함으로써 파견법의 목적인 ‘파견근로자의 고용안정’을 도모할 수 있다고 판단한 것으로 보인다. 그러나 파견근로자의 고용안정은 별도의 입법 또는 고용정책적 접근을 통해 해결되어야 할 문제로, 현행 파견법이 정한 ‘직접고용’이 ‘기간의 정함이 없는 고용’까지 의미한다는 해석을 통해 파견근로자의 고용안정을 도모하려는 대법원의 입장에는 쉽게 동의하기 어렵다.

※ 본 평석의 내용은 한국경영자총협회 입장과 다를 수 있습니다.



심요섭
변호사
D+82 2 2262 6487
yosub.shim@dentons.com

8 박지순, “위법파견의 법률효과”, 노동법포럼 제9호, 사단법인 노동법이론실무학회, 2012, 16면

9 유성재, “근로자파견에 관한 최근 판례의 동향”, 노동법포럼 제21호, 사단법인 노동법이론실무학회, 2017, 176-177면

