

# 위법한 파견과 직접고용에 관한 쟁점 및 해석\*

박 수 근\*\*

I. 문제의 소재	1. 고려사항
II. 독일에서 위법파견과 직접고용	2. 판단
1. 위법파견근로의 형태와 법적 효과	V. 대법원 전원합의체의 판단
2. 소결	VI. 위법파견과 개정 파견법의 직접고용의무
III. 위법파견에 구 파견법상 고용간주조항의 적용	1. 법률의 흠결과 개정파견법의 보완
1. 파견법의 제정당시	2. 직접고용의무의 해석
2. 위법파견에 고용간주조항의 적용 여부	3. 직접고용의무와 근로관계의 성립
3. 소결	4. 위법파견과 차별적 처우의 금지 적용여부
IV. 직접고용간주와 근로계약기간	VII. 결론을 대신하여(대법원 판결의 시사점)

## I. 문제의 소재

노동법 연구자들 사이에는 파견근로자보호등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제 8076호로 개정되기 전의 것, 이하 구 파견법)에서 파견사업의 허가, 파견대상업무의 한정, 파견기간의 제한에 관한 사항을 위반한 '위법파견'과 동법 제6조 제3항의 적용 여부에 관해 입장대립이 있었다. 특히, 하급심은 이러한 쟁점에 관해 판단을 하기도 하였지만, 대법원에서는 법리적 또는 노동시장에 미치는 영향 등에 대한 부담 때문인지 직접 판단을 하지 아니하였다.<sup>1)</sup> 그 후 상당한 기간이 지났고, 2006. 12월 파견법의 개정으로 고용간주조항은 그 내용이 변경되었다. 대법원 전원합의체는 2008. 6.

\* 이하의 내용은, 필자가 대법원 전원합의체의 요청에 의해 제출한 의견서 및 2008. 7. 3. 제3회 총정 법률포럼에서 발표한 것을 기초로 하여 수정하고 보완하여 작성된 것임을 미리 밝혀둔다.

\*\* 한양대학교 법과대학 부교수

1) 예컨대, 대법원 2003. 9. 23. 선고, 2003두3420 판결.

19. 구 파견법의 적용과 관련하여, 공개변론과 참고인 진술을 진행하였고, 후술하는 바와 같이 판결도 내렸다. 여기서 주된 쟁점은 고용간주조항이 위법한 파견에 적용되는지, 적용된다고 할 때 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 없는 근로관계인지 아니면 기간의 정함이 있는 것인지 여부였다. 위법한 파견을 둘러싼 이러한 쟁점은 파견법의 개정 내용 등을 고려할 때, 네 가지 측면에서 검토할 수 있다. 첫째, 비교법적 측면으로, 특히, 파견근로와 직접고용에 관해 법적 규율을 하는 독일에서 입법과 해석론에 관한 사항이다. 둘째, 구 파견법의 고용간주조항과 위법파견의 관계를 어떻게 정리하고 넘어갈 것인가 하는 점이다. 셋째, 구 파견법상 고용간주조항에 관한 이해를 기초로 하여, 개정된 파견법상 직접고용의무는 위법파견과 어떤 관계에 있는지 또는 어떻게 조화시켜 해석할 것인가이다. 넷째, 구 파견법상 고용간주조항의 해석과 개정 파견법의 내용에도 불구하고, 위법파견과 관련하여 여전히 남아 있는 문제는 무엇인지 하는 점이다.

## II. 독일에서 위법파견과 직접고용

구 파견법상 제도에 대해서는, 독일, 프랑스, 일본 중 어느 파견법을 기준으로 하여 제정되었는지 명확하지 아니하다. 그 이유는 다양하겠지만, 정부가 최초로 법 제정을 시도한 1993년 이후, 노동계와 경영계의 의견을 수렴하는 과정에서 수시로 많은 내용이 수정되었고, 또한 각국의 파견법으로부터 다양한 제도를 수용하였기 때문이다. 동 법은 1998년 당시에 시행 중이던 일본의 파견법을 많이 참고한 입법이지만, 고용간주규정 등은 독일과 프랑스의 법 규정을 모델로 한 것이라는 견해<sup>2)</sup>가 타당하다. 다만, 일본에서 파견대상업무가 아닌 업무에 파견을 하게 되면 위법한 파견이 되는 점은 동일하지만, 직접고용간주조항이 없기 때문에, 위법파견에서 사용사업주와의 직접고용관계의 성립 및 성립되는 근로관계와 계약 기간의 유무에 관해서도 참고할 가치가 없으며, 2004년 개정된 파견법에서도, 비교할 제도 내지 규정은 찾아 볼 수 없다. 따라서, 구 파견법상 직접고용에 규정된 제도를 해석하고 흡결된 내용을 보완할 경우, 유사한 제도를 가지고 있는 독일의 파견법과 해석에 관한 비교법적 검토가 적합하다.

2) 최홍엽, “근로자파견법의 최근의 쟁점과 과제”, 「민주법학 제18호」, 2000, 147쪽.

## 1. 위법파견근로의 형태와 법적 효과

위법한 근로자파견이 법률상 정의된 개념은 아니지만, 일반적으로 파견법상 법률규정에 위반하는 근로자파견 일체를 포괄하는 것으로 사용된다. 근로자파견을 금지·제한하는 다양한 규정이 있는 만큼 위법한 파견 또한 여러 가지의 형태로 나타날 수 있기 때문에, 그 유형을 구분해 볼 필요가 있다.

### 1) 무허가 근로자파견

독일 파견법상 영리목적으로 사용사업주에게 근로자를 파견하고자 하는 자는 사전에 연방노동사무소의 허가를 필요로 한다(동법제1조제1항제1문). 이것은, 허가부여를 통해 파견사업주로서의 요건을 갖추지 못한 자에 의해 행해지는 근로자파견으로 인한 부작용을 방지하고, 파견사업주가 사용자로서 파견근로자에 대해 부담하는 사용자 의무의 이행을 확보하고자 하는데 그 목적이 있다.<sup>3)</sup> 독일 파견법은 파견사업주의 근로자파견허가 소지여부를 여러 가지의 법률효과와 결부시키고 있다. 특히 무허가 근로자파견은 파견 당사자에게 사법상 중대한 효과를 발생시킨다. 파견사업주가 파견허가를 가지고 있지 않은 경우에, 파견사업주와 사용사업주 그리고 파견사업주와 파견근로자 간의 계약은 무효가 된다(동법제9조제1호). 파견사업주와 파견근로자 간의 근로계약이 무효가 된 경우에는, 파견사업주와 사용사업주가 파견근로자를 사용하기로 합의한 시점에 사용사업주와 파견근로자 간에 근로관계가 성립된 것으로 간주된다(동법제10조제1항제1문전단).

### 2) 파견대상업무위반의 근로자파견 - 건설업 내 근로자파견

1972년에 제정된 파견법에서 파견대상업무에 대한 제한을 두고 있지 않았다. 현재에도 파견대상업무에 대한 제한은 원칙적으로 없지만, 예외적으로 파견법 제1조의b에 의해 건설업 내의 근로자파견만이 금지되고 있다. 파견사업주가 근로자파견허가를 가지고 있지 않은 경우, 통설과 판례에 따르면 건설업 내 근로자파견에 대해서도 무허가 근로자파견과 동일한 사법상의 효과가 발생한다. 근로자파견허가를 가진 파견사업주가 예외적 허용사유 없이 건설업 내에 근로자파견을 하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에 사용사업주와 파견근로자 간에 직접근로관계가 성립되는지가 문제된다. 파견법 제10조 제1항의 유추적용에 의해 이 경우에도 사용사업주와 파견근로자 간에 고

3) Boemke/Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2005, § 3 Rn. 4.

용관계가 성립된다고 하는 견해<sup>4)</sup>가 있지만, 다수설과 판례는 무허가파견의 경우가 아니기 때문에 직접고용에 관한 규정이 적용될 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>5)</sup>

### 3) 파견상한기간 초과외 근로자파견

최초 근로자파견의 상한기간은 3개월로 제한되었고, 1985년의 개정에 의해 그 상한기간이 6개월로, 1994년에는 9개월로, 1997년에는 12개월로 늘어났고, 결국 2001년 말경 개정에 의해 최대 파견기간이 24개월로 연장되었다. 파견상한기간과 관련하여 구 파견법은 파견기간을 초과한 근로자파견에 대해서는 파견을 한 자가 직업소개를 한 것으로 추정한다는 규정을 두고 있었다. 직업소개가 추정되는 경우에 사용사업주와 파견근로자 간에 법률에 의한 근로관계가 성립되는가를 둘러싸고 학설과 판례 간에 다툼이 있었다.<sup>6)</sup> 연방노동법원은 직업소개가 추정되는 경우라고 하더라도 근로자파견에 의해 사용사업주와 파견근로자 간에는 근로관계가 성립되지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>7)</sup> 이러한 해석상의 다툼은 파견법의 개정에 의해 무의미한 것이 되어 버렸다. 2002년 12월 노동시장의현대적서비스를위한첫번째법률(소위 하르츠 I)<sup>8)</sup>에 의해 파견상한기간에 관한 규정이 삭제됨으로써 현재 독일에서 근로자파견은 기간의 제한 없이 가능하게 되었다.

### 4) 직접 근로관계 성립시 근로계약의 기간

법률에 의해 사용사업주와 파견근로자 간에 직접 고용관계의 성립이 인정되는 경우에도 근로관계의 내용에 관해서는 여러 가지 의문점이 있을 수 있다. 파견법은 이와 관련하여 몇 가지 규정을 두고 있다. 이에 따르면 근로시간에 관해서는, 파견사업주와 사용사업주가 정한 근로시간이 사용사업주와 파견근로자 간에 합의된 것으로 간주된다(동법제10조제1항제3문). 임금과 관련하여 파견근로자는 최소한 사용사업주에게 파견사업주와 합의한 임금을 요구할 수 있다(동법제10조제1항제5문). 그 이외의 근로조건은 사용사업 내에 적용되는 법률규정 및 기타 규정에 의해 정해지고, 이러한

4) Becker/Wulfgramm, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 1985, § 1 Rn. 98.

5) BAG v. 13. 12. 2006, AP Nr. 31 zu § 1 AÜG; Boemke/Lembke, 앞의 책, § 1b Rn. 23.

6) 긍정하는 견해로 Düwell, in: Leinemann, Kassler Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, 4.5 Rn. 314; 부정하는 견해로 Boemke/Lembke, 앞의 책, § 1 Rn. 166 ff.; Wank, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage 2008, § 13 AÜG Rn. 4; Urban-Crell/Schulz, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, 2003, Rn. 859.

7) BAG v. 28. 6. 2000, BB 2000, 2522 ff.

8) Das Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I, S. 4607 ff.

것이 없는 경우에는 유사한 사업 내의 근로조건이 적용된다(동법제10조제1항제4문). 고용간주된 근로관계의 기간에 대해서는 별도의 규정이 마련되어 있다. 파견법 제10조 제1항 제2문에 따르면, 사용사업 내 파견근로자의 근로제공에 기간의 정함이 있었고, 기간의 정함이 있는 근로관계의 체결을 정당화할 만한 객관적인 사유가 있는 경우에 한해, 사용사업주와 파견근로자 간에 성립된 근로관계가 기간의 정함이 있는 것으로 간주된다. 사용사업주와 파견근로자 간에 성립된 근로계약이 기간제인가를 판단함에 있어서는 단시간·기간제근로법 제14조 제1항 제2문에 열거된 기간의 정함이 있는 근로계약을 정당화할 사유가 있는지 여부에 의해 결정된다. 파견근로자에게 기간제근로를 체결할 일신상의 사유가 있는 경우(동법제14조제1항제2문 제6호)이거나 파견근로자에 대한 사용사업주의 인력수요가 일정 기간으로 제한되어 있는 경우(동법제14조제1항제2문제1호)에는 사용사업주와 파견근로자 간에 기간의 정함이 있는 근로계약이 성립된 것으로 해석될 수 있다.<sup>9)</sup> 이에 반해 기간제근로를 체결할 수 있는 정당한 사유가 없는 경우에는, 사용사업주와 파견근로자 간에 기간의 정함이 없는 근로계약이 성립된다. 예컨대 사용사업 내 지속적으로 필요한 업무를 위해 파견근로자를 사용하는 경우가 이에 해당한다.

## 2. 소결

독일 파견법은 일정 사용기간의 경과를 직접 고용관계의 요건으로 하고 있는 우리나라의 경우와는 달리 무허가 근로자파견의 경우에 사용사업주와 파견근로자 간에 직접 근로관계를 인정한다는 점에서 큰 차이점이 있다. 법률에 의해 성립된 근로관계의 기간에 관해서는, 무허가 근로자파견으로 인해 사용사업주와 파견근로자 간에 직접 근로관계가 의제되는 시점에 사용사업주가 파견근로자를 기간제 근로자로 채용할 수 있는 정당한 사유가 있는가 여부에 따라 그 근로관계의 기간이 정해진다. 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유가 있다고 판단되는 경우에 한해 그 근로관계는 기간의 정함이 있는 근로관계로 인정되고, 그렇지 않은 경우에는 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립된 것으로 해석된다. 이러한 해석론은 우리나라에서 위법파견과 구 파견법상 직접 고용간주 및 성립되는 근로관계의 기간에 관해 한정적이지만 참고가 될 수 있다.

9) Boemke/Lembke, 앞의 책, § 10 Rn. 39.

### III. 위법파견에 구 파견법상 고용간주조항의 적용

위법파견의 개념이 문제될 수 있지만, 파견법상 중요한 제도인 파견사업의 허가, 파견허용업무, 파견기간의 제한에 관한 규정을 위반한 경우는 이에 포함된다. 또한 위법파견 또는 불법파견 중 어떻게 표현하는 것이 타당한지는 불법과 위법은 위법성의 인식과 평가에 차이가 있다는 점을 강조하면 구별하는 것이 타당할 수 있다. 그러나 이하에서는 양자를 구별하지 아니하고 일용 동일한 의미로 사용한다.

#### 1. 파견법의 제정당시

정부가 1993년 파견법률안을 제출할 당시, 고용관계 없이 외부 근로자를 사용하는 현상을, 노동법 영역에서 보면, 구 근기법상 중간착취의 배제, 구 직업안정법상의 근로자공급사업에 해당되는지와 그 법적 효과가 쟁점이었다. 사법적 효과는 두 법률을 위반한 것을 어떻게 평가할 것인가에 따라 결론이 달라질 수 있는 어려움이 있었다. 그 당시 산업분야 또는 기업의 규모와 업무영역에 따라 다소 차이는 있어도, 사용자가 타 사업장에 파견하여 근무시킬 목적으로 근로자를 모집하여 근로계약을 체결하는 형태가 성행하였다. 노동계는 노동부에 이러한 형태를 중간착취 또는 ‘근로자공급사업’ 위반으로 고발하였지만, 그 결과는 신통하지 않았다. 경영계와 인력파견업체들은 노동부에 파견법의 제정을 계속 요구하였고, 정부는 파견법안을 제출하였다. 정부가 파견법률안을 제출한 이후, IMF금융위기로 1998년 2월 파견법을 제정할 때까지, 노동계와 경영계 그리고 노사관계위원회 사이에 논쟁은 계속되었다. 이것을 요약하면, 노동계는 派遣事業禁止型 反對論, 경영계는 派遣事業促進型 合法化論, 노동법학계는 派遣勤勞者保護型 合法化論이었다. 특히, 한국노동법학회는 1996년 5월경 약 130명의 회원을 대상으로 의견조사를 하였고, 그 결과에 따르면 파견법의 제정에 반대하는 의견이 32.8%, 엄격한 조건하에 제정하자는 의견이 62.3%, 광범위하게 근로자파견을 인정하자는 의견이 4.9%이었다.<sup>10)</sup> 이러한 논의과정에서, 위법파견의 경우 파견근로자와 사용자사업주 간에 근로관계의 성립을 인정해야 한다는 입장도 제시되었지만, 파견사업에서 무허가와 파견대상 업무 이외의 파견에 대해 법적 효과는 어떻게 규정해야 하는지에 대해서는, 자세한 논의가 진행되지 못한 것으로 파악된다.

10) 강성태, “근로자파견법의 제정과 과제”, 「노동법학(제8호)」, 1998, 167쪽; 윤성천, “한국에서의 근로자파견의 법제화 문제”, 「노동법학(제6호)」, 1996, 155쪽.

## 2. 위법파견에 고용간주조항의 적용 여부

### 1) 불완전한 법과 해석의 기준

구 파견법은 입법당시의 특수한 사정 때문인지 몰라도 그 내용이 아주 간단하다. 이것은 동법을 위반하는 위법파견이 성행할 가능성을 내포하고, 법 해석에서도 어려움이 발생할 수 있음을 암시한다. 특히, 파견사업의 허가를 받지 않는 파견사업주가 근로자를 파견하거나, 일시허용업무에 요구되는 사유와 절차 그리고 파견기간을 초과한 경우 고용간주조항을 적용할 것인지는 법 체계와 문언상 불명확하다.<sup>11)</sup> 법의 해석이 해석자의 자의적인 입장에 맡겨지지 않고, 보편타당한 방식으로 진행되어야 한다면, 해석자가 따라야 하는 일정한 해석기준이 존재해야 한다. 통상적으로 법 문언이 가지는 일반적 또는 특별한 의미를 탐구하는 문리적, 전체 법질서와 해당 법률의 다른 제도와와의 관계를 고려한 체계적, 해당 법률의 입법취지, 법 자체의 존재의미와 근본취지를 고려한 목적론적 해석 등이 제시된다. 이러한 기준 이외에도 헌법합치적 기준, 결과를 고려하는 기준, 비례성 원칙, 효율성 원칙 등의 기준이 존재한다.<sup>12)</sup> 구 파견법 제6조는 제1항(상시허용업무), 제2항(일시허용업무)을 규정하고, 제3항(고용간주)에서는 기간초과 이외는 상시 또는 일시에 관해 어떠한 제한도 규정하지 않았다. 일시적 파견허용업무에 관해 ‘고용간주규정이 적용된다 또는 적용이 배제된다’라고 직접 규정하지 않았다. 이것은 법률의 흠결로 파악할 수는 있겠지만, 제3항은 제1항에 관해서만 적용된다고 축소하여 해석해서는 안된다. 이러한 축소해석은 법 문언과 법 조문의 체계에도 맞지 않고, 입법취지에도 어긋날 수 있다. 그런데, 개정 파견법은 구 파견법상 위법파견에 관한 법 적용에서 불안정한 사항을 부분적으로 보완하였다. 이렇게 개정된 파견법을 가지고 구 파견법을 직접 해석할 수는 없지만, 법률의 흠결을 보완하는 의미에서 참고가 될 것이다.

## 2) 무허가의 위법파견

### (1) 문제점과 해석론

구 파견법상 파견사업을 위한 허가요건은, 동법의 제정시 근기법과 직업안정법이

11) 예컨대, 1998. 2월 파견법안에 대한 국회환경노동위원회회의록 등을 보아도, 파견대상업무의 제한과 범위 등에 관한 논의는 많이 있지만, 파견허용이외의 업무에 파견을 한 경우 구 파견법 제6조제3항이 적용되는지와 같은 내용은 직접 찾아보기 어렵다. 다만, 동법의 제정 이후 위법파견이 문제되어 질의하자, 노동부가 제6조 제3항이 적용된다는 취지로 답변한 내용은 있다.

12) 김영환, 「법철학의 근본문제」, 홍문사, 2006, 259쪽.

금지하거나 요구하는 내용과 체계상 균형을 이루고 있다. 그 당시 독일과 일본에서 시행 중이던 파견법에서도 파견사업에 관해 허가제를 채택하고 있었다. 일본 파견법의 영향으로 무허가 파견의 법적 효과에 관해서는 독일과는 다르게, 특별한 규정을 두고 있지 않았다. 사용사업주가 무허가 파견사업주로부터 근로자를 파견받아 사용하게 되면 어떤 법적 효과가 발생하는 것인지가 문제된다. 이에 관해 지금까지 논의되어 온 내용은 세 가지 입장으로 정리할 수 있다.

첫째, 위법파견은 직업안정법과 그 해석에 의해 규율되어야 하므로, 무허가파견에는 파견법이 적용되지 않는다는 해석이다.<sup>13)</sup> 여기서 어려움은, 무허가 파견의 경우 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로계약과 파견사업주와 사용사업주 간의 근로자 파견계약의 사법적 효력은 어떻게 되는가라는 점과, 직업안정법상 근로자공급사업에 요구되는 허가를 받지 않은 경우 노무제공자와 이용자 사이에 근로관계라는 사법적 효과를 인정할 수 있는가 하는 점이 된다. 이런 점을 명확하고 조화롭게 해석하지 못하면, 노무제공자인 근로자는 어떤 자와도 고용관계가 형성되지 않아서 방치되는 결과를 초래할 수 있다.

둘째, 구 파견법은 무허가 파견에도 적용되므로, 파견사업에 관한 허가를 받지 않은 파견사업주가 근로자를 사용사업주에게 파견하여 2년을 초과한 경우 동법상의 고용간주규정이 적용된다는 입장이다.<sup>14)</sup> 위법한 파견에 이를 적용하지 않는다면, 파견법을 준수한 파견사업주 또는 사용사업주는 상대적으로 불리하여 형평성의 문제가 발생하고, 파견근로자도 보호하지 못하게 되므로, 위법파견에 고용간주조항을 적용하는 것이 타당할 수 있다. 다만, 무허가 파견에서 2년을 초과하지 않는 경우는 사법적으로 어떤 효과를 부여해야 하는가라는 어려운 점이 제기된다.

셋째, 파견법의 내용을 효력규정과 단속규정으로 구별하게 되면, 위법파견을 사법적 효력이 부정되는 것과 인정되는 것으로 구분할 수 있고, 단속규정위반으로 사법적 효력이 인정되는 경우에는 고용간주조항을 적용한다는 입장이다. 여기에 해당되는 대표적인 유형이 무허가 파견이라고 한다.<sup>15)</sup> 이 입장은 파견법의 내용과 위반을 법적 성격에 따라 구분하고, 그에 따라 사법적 효력과 고용간주 여부를 연결시키는 점에서 논리적이다. 다만, 파견법의 내용을 어떤 기준에서 효력 또는 단속규정으로 구별하는

13) 강성태, “위법한 파견근로와 사용사업주의 책임”, 「노동법연구(제13호)」, 188쪽; 조경배, “불법파견과 직접고용간주규정의 적용에 관한 제 문제”, 「민주법학(통권제21호)」, 2002, 338쪽.

14) 최홍엽, “파견기간초과시 고용간주규정의 해석”, 「노동법연구(제10호)」, 2001, 209쪽.

15) 유성재, “위법한 근로자파견의 사법적 효과”, 「중앙법학(제4집제2호)」, 313쪽.

지, 그에 따른 사법적 효력도 좌우되는지에 관해 비판이 제기될 수 있다.

## (2) 판단

파견사업에 관한 허가를 얻지 아니한 파견사업주가 근로자를 파견한 경우, 근로관계에 대한 해석은 파견사업을 위한 허가를 어떤 취지와 성격으로 이해하고, 사용사업주에게 어떤 책임을 부담시키는 것이 타당한가에 따라 결정된다. 법 이론상, 허가는 행정관청이 부여하므로, 이것이 부존재한다고 사법상의 법률관계가 소멸하거나 즉시 형성된다고 해석하기는 어려운 점이 있다. 그런데, 파견법으로 파견근로를 합법화하면서, 파견사업주에게 노동부 장관의 허가를 받도록 한 것은 다양한 의미가 있지만 '파견근로자의 보호와 사용책임'이라는 관점에서 판단해야 한다.

첫째, 파견사업주는 파견근로자를 고용하지만, 엄밀한 의미에서 자신의 계산과 위험부담으로 사업을 독립적으로 유지하고 발전시킬 물적·인적 요소를 충분히 갖추고 있지 아니하다. 이것은 근로자를 고용한 사용자로서 노동법상의 책임을 제대로 이행할 수 없는 가능성을 내포하고 있다. 파견사업을 행하고자 하는 자의 노동법상 사용자로서의 이행능력 등을 사전에 검증하고, 허가 후에도 사용자의 의무를 이행하는 것에 문제가 있다면, 허가를 취소하여 파견사업을 더 이상 수행하지 못하도록 하여 파견근로자를 보호하고자 하는 취지로 해석해야 한다.

둘째, 노동법상 고용책임을 부담하지 않고 타인이 고용한 근로자를 이용하려는 자에게 그 사용을 제한하고, 그래도 사용을 하는 경우 일정한 책임을 부과할 필요가 있다. 그러나, 도급, 위임 등 다양한 형태로 법률관계를 맺고 이용하는 경우가 많아서, 이들에게 노동법상 책임을 추궁하는 것은, 법 논리상 어려운 점이 많다. 이를 극복하기 위해서, 파견사업주에게 허가의무를 부과하고, 이를 매개로 하여 근로자를 파견받아 사용하는 자를 특정하여, 사용책임을 인정할 수 있다. 구 파견법이 적용되는 근로자파견에서 파견근로자의 보호를 위해, 사용사업주에게 독자적 또는 파견사업주와 연대하여 다양한 책임을 부과하고 있는 점은 사용책임을 반영하는 것이다.

한편, 중간착취의 배제와 근로자공급사업의 허가를 고려할 때, 파견제도의 합법화에서 파견사업주에 대한 허가는 매우 중요한 의미를 가진다. 이를 위반한 파견은 파견허용업무의 위반 또는 파견기간의 초과 등과 비교할 때, 더 엄격한 법적 책임을 부담시켜야 한다. 무허가 파견을 방치하게 되면, 파견근로자를 보호할 수 없고, 파견법상 각종 의무 내지 책임을 부담하고 있는 파견사업주와 사용사업주와의 형평성에도 어긋난다. 파견사업에 필요한 허가를 취득하지 않고 파견근로사업을 하는 것은 반드

시 파견사업주만의 잘못이 아니며, 사용자사업주가 그러한 점을 부추기거나 이용한다고 볼 수 있다. 따라서 무허가 파견사업주로부터 파견근로자를 파견받아 자신의 업무에 종사시킨 사용자사업주에게는 가능한 직접고용을 시키도록 해야 한다. 무허가 파견에서, 즉시 직접고용을 인정할 것인지는 문제가 될 수는 있겠지만, 파견 후 2년을 초과한 경우 적용되는 구 파견법상 고용간주규정은 요건의 '최소 적합성'이라는 관점에서 적용되어야 한다.

### 3) 파견허용업무와 위법파견

구 파견법 제5조 제1항에서 전문지식 등 파견이 가능한 업무의 기준을, 동법 시행령은 소위 26개 업무를 열거하고 있다. 동조 제2항에서는 결원 또는 일시적 사유에 의한 인력보강의 필요성을 규정하면서, 이러한 사유에 의해서도 파견을 할 수 없는 절대금지업무를 규정하고 있다. 동조 제3항에서는 일시적 사유에 의해 파견근로자를 사용하는 경우, 해당 사업장의 근로자대표와 성실한 협의를 규정하고 있다. 그런데, 파견대상업무에 관한 구 파견법의 내용은, 두 가지 방향에서 검토될 수 있다. 첫째, 파견허용업무와 파견허용업무이외의 업무이다. 통상적으로 이렇게 구분하고, 후자에 관한 파견을 위법파견이라고 한다. 둘째, 절대금지업무(동법제5조제2항), 26개의 상시허용업무(동법제5조제1항 및 동법시행령제2조제1항), 일시허용업무(동법제5조제2항)로 구분할 수 있다. 이런 점에서 보면, 구 파견법의 파견대상업무에 관한 태도는 절대금지업무를 제외한 모든 업무에 파견이 허용되는 것으로 파악된다. 즉, 상시허용업무와 일시적 허용업무 사이에는 사용요건과 절차 그리고 파견기간에서 차이가 있을 뿐, 결과적으로 파견대상업무가 된다는 점에서는 차이가 없다.<sup>16)</sup> 파견대상업무를 어떻게 파악하던지 결과에는 큰 차이가 없지만, 상시허용업무 이외에는 파견이 허용되지 아니하는 업무로 파악한다면 오해의 소지가 있다. 이것은, 상시허용업무 이외의 업무에 파견을 하거나 파견근로자를 사용하면 위법파견으로 판단하는 잘못을 범할 수 있다. 상시허용업무이외에도 파견이 가능하지만, 사용요건과 절차가 요구되며, 파견기간도 다르다고 파악하는 방법이 이해하기 쉽다. 이것은 위법파견의 요건과 그 법적평가를 함에 있어 미묘한 차이점으로 부각될 수 있다. 구 파견법상 절대금지업무를 제외한다면 '파견이 허용되지 않는 업무에 파견한 위법파견'이란, 엄밀한 의미에서 일시적 허용업무에서 동 법에 정해진 사용요건이나 절차 또는 파견기간을 위반한 것으로 정리할 수 있다.

16) 강성태, 주)10 기재 앞 논문, 169쪽.

한편, 일시파견허용업무에서 파견법을 위반한 위법파견에 고용간주조항의 적용 여부에 관해서도 입장이 대립한다. 다만, 근거와 관련하여서는 양론만이 존재하는 것이 무허가 파견의 경우와는 다르다. 무허가 파견을 단속규정으로 보는 입장에서도, 일시적 파견허용업무에서의 위법파견은 효력규정의 위반으로 보고, 사법적 효력이 부정되어 고용간주조항을 적용할 수 없다고 판단하기 때문이다. 이 입장에는 다음과 같은 이유 때문에 동의하기 어렵다. 첫째, 법이 설정한 예외성이다. 일시적인 인력보강의 필요성이 있는 경우에 한하여, 일정한 절차와 제한된 기간 내에서 예외적으로 파견을 허용한 취지이다. 둘째, 상시파견허용업무와의 균형성이다. 제한된 사유와 절차 그리고 파견기간을 통해서만 파견이 예외적으로 가능한 업무에서 위법파견이 이루어졌다면, 이것에는 상시허용파견에서 파견기간의 초과 보다 사용자에게 더욱 무거운 법적 효과를 인정하는 것이 법리상 타당하다. 즉, 상시파견이 허용되는 업무에 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우 사용자에게 고용간주를 적용하면서, 예외적 허용업무에서 발생한 위법파견에 이를 적용하지 아니한다면, 양자 사이에는 법적효과의 측면에서 형평성을 상실하는 결과에 이른다. 이런 점에서, 구 파견법 제6조 제3항의 적용대상에는, 구 파견법이 정한 사유와 절차 그리고 파견기간 2년을 초과하여 파견근로자를 사용한 경우도 포함시켜야 한다.

### 3. 소결

우선, 독일은 무허가 근로자파견은 파견 당사자에게 사법상 중요한 효과를 발생시킨다. 파견사업주가 파견허가를 가지고 있지 않은 경우에, 파견사업주와 사용자업주 그리고 파견사업주와 파견근로자 간의 계약은 무효가 된다(독일파견법제9조제1호). 뿐만 아니라 파견사업주와 파견근로자 간의 근로계약이 무효가 된 경우에는, 파견사업주와 사용자업주가 파견근로자를 사용하기로 합의한 시점에 사용자업주와 파견근로자 간에 근로관계가 성립된 것으로 간주된다(동법제10조제1항제1문전단). 우리나라의 구 파견법은 독일과 다르게 위법파견에 관해 특별한 규정을 두고 있지 아니하여, 입법적 흠결로 파악된다. 그러나, 구 파견법 제6조 제3항의 법문상, 파견근로자를 고용간주하는 요건으로 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용’ 이외에 다른 요건이 필요하지 않는다. 즉, 무허가 근로자파견의 경우에 사용자업주와 파견근로자 간에 직접 근로관계가 성립하는 것으로 규정하고 있는 독일법과도 근본적인 차이가 있다. 동 조항을 둘러싼 해석상의 논란은 그럼에도 불구하고 이 규정에 다른 법률요건을 추가함으로써 축소하여 법률을 해석해야 할 필요성이 있는지 여부

이다. 동 조항은 위법한 근로자파견으로부터 파견근로자를 보호하기 위한 사법상의 규정이다. 동 조항을 상시허용업무에만 적용되는 규정으로 이해한다면, 위법한 근로자파견에 의해 종사하고 있는 상당수 파견근로자의 보호를 포기하는 부당한 결과를 초래한다.

가사, 동 조항이 상시허용업무에 적용될 것을 상정하고 마련된 규정이라고 하여도, 동 조항이 유추 해석에 의해 일시허용업무의 파견에 대해서도 적용될 수 있는지가 검토되어야 한다. 유추 해석은, 법률에 규정된 요건과 유사한 상황이 존재하며(법적 유사성), 이에 대한 입법적 흠결(법률흠결)이 지적되는 경우에, 필요한 해석방법이다. 개정 파견법이 종전과 달리 직접고용이 인정될 수 있는 경우를 세분화하면서, 상시허용업무이외의 업무에 파견한 경우도 포함시키고 있다는 점에서, 구 파견법 제6조 제3항에 법률흠결이 있다는 점은 쉽게 확인된다. 구 파견법이 설정한 파견의 상한기간을 초과하였다는 점, 양자의 파견근로자는 불법의 근로자파견으로부터 보호받아야 한다는 점에서 비슷한 상황에 있으므로, 유추해석으로도 동 조항의 적용을 인정할 수 있다.

#### IV. 직접고용간주와 근로계약기간

##### 1. 고려사항

구 파견법은 직접고용간주가 되는 경우, 근로계약의 형태 또는 근로조건에 대해 침묵하고 있는 바, 그 취지가 무엇인지는 해석으로 해결해야 하고, 이 때 고려되어야 할 사항이 있다. 우선, 파견근로는 상용형, 등록형 또는 모집형으로 나누어지며, 상용형도 기간의 정함이 없는 또는 정함이 있는 경우로 분류된다. 구 파견법은 파견기간을 제한하고, 이것은 일시적으로 파견근로자로 근무하고 사용자에게 직접고용이 되도록 하는 것과 파견근로를 너무 장기간 허용할 경우 사용사업주에게 고용된 근로자의 고용을 불안하게 한다는 점에서 통상적으로 두 가지 의미가 있다고 해석한다. 그러나 전자의 기능이 주된 것이고, 후자는 전자로 인한 반사적 성격에 불과하다. 파견기간을 제한하는 이러한 기능은 사용사업주에게 고용간주되는 파견근로자의 근로계약의 기간과 연결해서는 아니되며, 고용간주된 내용이 기간제 근로관계라고 파악할 근거도 없다. 기간제 근로계약이라면, 파견근로자가 파견사업주와의 고용관계에서 사용사업주와의 직접고용으로 전환된 것에 불과하다. 이런 경우 계약기간의 만료로 근로관계가 종료될 수 있어, 구 파견법이 이를 예상하고 고용간주조항을 도입하였다고 해석하

기 어렵다.

## 2. 판단

### 1) 독일과 차이점

파견근로자와 사용사업주 간에 성립된 직접 근로관계의 내용을 규율하고 있는 독일 파견법상의 규정은, 기간제근로자로 채용할 수 있는 정당한 사유가 있는가 여부에 따라서 기간의 정함이 있는 근로관계 또는 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립된 것으로 해석된다.<sup>17)</sup> 여기에서도 독일과 우리나라 구 파견법 규정과의 본질적인 차이가 간과되어서는 안된다. 독일의 경우 허가 없는 근로자파견에서 직접 근로관계가 사용개시시점에 성립되기 때문에 기간의 정함이 있는 근로관계가 성립된 것인지 여부를 판단할 필요가 있다. 그러나 우리나라의 경우 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용간주의 법률효과는 파견근로자로서 2년 이상의 사용이라는 요건과 결부되어 있고, 이미 2년이라는 사용기간에 의해 기간제 근로계약체결의 가능성이 배제된다. 따라서 독일의 경우와 달리 우리나라의 경우에는 사용사업주와 파견근로자 간에 성립된 근로관계를 기간의 정함이 있는 근로관계로 파악할 여지가 없는 것으로 판단된다.

### 2) 기간제 근로의 본질과 연관성

노동법상 기간의 정함이 없는 근로관계가 원칙이며, 기간의 정함이 있는 근로관계가 예외라는 것은 일반적으로 인정된다. 기간제근로를 무제한 허용하는 경우 근로자는 고용불안을 겪게 된다. 현행 기간제 및 단시간근로에 관한 법(이하, 기간제법) 제4조 제1항에서 기간제 근로자의 사용을 원칙적으로 최대 2년으로 제한하고, 동조 제2

17) 독일의 경우 고용간주된 근로관계의 기간에 대해서는 별도의 규정이 마련되어 있다. 독일 파견법 제10조 제1항 제2문에 따르면, 사용사업 내 파견근로자의 근로제공에 기간의 정함이 있었고, 기간의 정함이 있는 근로관계의 체결을 정당화할 만한 객관적인 사유가 있는 경우에 한해, 사용사업주와 파견근로자 간에 성립된 근로관계가 기간의 정함이 있는 것으로 간주된다. 따라서 사용사업주와 파견근로자 간에 성립된 근로계약이 기간제인가를 판단함에 있어서는 독일 단시간·기간제근로법 제14조 제1항 제2문에 열거된 기간의 정함이 있는 근로계약을 정당화할 사유가 있는지 여부에 의해 결정되게 된다. 파견근로자에게 기간제근로를 체결할 일신상의 사유가 있는 경우(동법제14조제1항제2문 제6호)이거나 파견근로자에 대한 사용사업주의 인력수요가 일정 기간으로 제한되어 있는 경우(동법제14조제1항제2문제1호)에는 사용사업주와 파견근로자 간에 기간의 정함이 있는 근로계약이 성립된 것으로 해석될 수 있다.

항에서는 사용자가 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용하는 경우에는 그 근로자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결된 것으로 간주하고 있다. 여기서 2년이라는 기간은 업무가 일시적인가 아니면 기업에 상시적인 업무인가를 판단하는 기준으로 작용한다. 일시적 업무의 필요성이 있는 경우에 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로를 활용하는 것은 허용할 수 있지만, 그 기간을 초과하는 근로의 경우 그 업무는 상시적으로 필요한 것이기 때문에, 그 업무에 종사하는 근로자와는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결해야 한다는 것이, 입법자의 의사라고 파악해야 한다.

### 3) 파견근로의 특징

고용간주로 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간제 근로계약이 체결된 것으로 해석하게 되면, 사용사업주는, 파견근로자를 이용하거나 기간제 근로자를 직접 고용하는 경우를 적절하게 활용하여, 장기간 정규직으로 직접 채용하지 않고도 자신의 업무를 수행할 수 있다. 이것은 구 파견법이 파견근로자로 일정기간 동안 근무하고, 법적 요건에 해당되어 직접고용을 간주한 입법취지에 반한다. 구 파견법의 입법취지는, 한편으로는 파견근로자의 보호를 목적으로 함과 동시에 다른 한편으로 일시적으로 노동력 수요가 있는 경우에 한해 이에 대응하여 인력수급을 원활하게 하는데 있다. 2년의 파견기간은 사용사업주가 파견근로자를 일시적으로 사용할 수 있는 최대기간으로서의 의미를 가진다. 현실적으로 이 기간 이상으로 파견근로자의 사용이 필요한 경우라도, 파견근로자를 사용할 수 없다는 것이 입법자의 의사이다. 2년을 초과하여 파견근로자를 사용하는 것은 일시적 업무의 성격을 넘어선다. 파견근로자가 이미 사용사업 내에서 2년 이상 근로를 제공하였다는 것은 파견근로자가 수행하는 업무가 일시적인 것이 아닌 기업에 상시적으로 필요한 업무라는 것을 보여준다. 이런 업무의 경우에는 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립되어야 하는 것이 우리나라 노동법의 태도이므로, 사용사업주와 파견근로자 간에 직접고용이 간주되는 경우에는, 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

## V. 대법원 전원합의체의 판단

구 파견법상 직접고용간주의 규정은, 동법 제2조 제1호에서 정의하는 “근로자파견”이 있고, 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기

간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 한다. 이와 달리 직접고용간주의 규정이 구 파견법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석할 것은 아니다. 근로자파견은 원래 근로자공급의 한 형태이며 이것은 계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 허용하면 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 염려가 있어 근기법은 원칙적으로 이를 금지하고, 다만 직업안정법에 의하여 노동부장관의 허가를 받은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국내근로자공급사업의 경우는 그 허가대상을 노동조합으로 한정하고 있다. 구 파견법상 직접고용간주의 규정은 사용자사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용자사업주와 파견근로자 사이의 사법(私法)관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법취지가 있다.<sup>18)</sup>

## VI. 위법파견과 개정 파견법의 직접고용의무

### 1. 법률의 흠결과 개정파견법의 보완

구 파견법의 시행 이후 위법파견에 관한 문제점과 파견근로자를 보호하기 위해, 다양한 법 개정 요구가 있었다. 개정 파견법의 내용에 관해 노동계, 경영계, 노동법학계에서 보면 불만스러운 사항이 많음에도 불구하고, 구 파견법의 내용이 너무 간단하여 위법파견에 대한 불안정한 사항은 부분적으로 보완되었다. 특히, 개정 파견법 제6조의2는 직접고용의무가 발생하는 유형을 일시허용업무, 절대금지업무, 상시허용과 일시허용업무, 무허가 파견으로 세분화하여 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 그러나, 다양한 위법한 파견형태에서 파견근로자의 구제필요성에 비추어 보면 여전히 미흡하다.<sup>20)</sup> 또한, 파

18) 대법원 전원합의체 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결.

19) 다만, 일시파견허용업무에서 사용요건 또는 협의절차 그리고 파견사용기간의 초과를 한 경우, 종전과 같이 불법파견이라고 파악하는 것이 타당한가라는 점이 제기될 수 있다.

20) 전운구, “진정불법파견의 근로관계처리를 위한 해석론의 검토”, 『경기법학논총(제4호)』, 2006, 217쪽.

건사업에서 허가의 취지를 고려할 때 절대적 파견금지업무에 대한 파견과 동일하게 무허가 파견의 경우 즉시 직접고용의무가 발생하도록 하고,<sup>21)</sup> 일시허용업무에의 파견도 일시적으로 필요성이 인정되는 기간을 초과한 시점에 고용의무가 발생하는 것으로 규정하는 것이 입법론상 타당하였을 것이다.

## 2. 직접고용의무의 해석

개정 파견법 제6조의2는 종전의 고용간주규정에서 고용의무가 발생하는 것으로 그 내용을 변경하였다. 동조 제3항은 직접 고용하는 경우 적용할 근로조건에 관한 기준을 제시하고 있다. 동조 제4항은 파견근로자가 수행하던 업무에 근로자를 고용하는 경우 사용사업주는 파견근로자를 우선 고용하도록 규정하고 있다. 기간제법 제4조 제2항은 근로자의 사용기간 초과시 경우 간주조항을 두고 있음에도 불구하고, 개정 파견법은 고용간주가 아닌 직접 고용할 의무를 규정하고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 사용사업주에게 발생하는 고용의무로 직접 근로관계가 성립하는 것은 아니고, 파견근로자에게는 이를 위한 청구권이 존재하는 것으로 해석해야 한다.<sup>22)</sup> 이 요건에 해당하면, 파견근로자는 사용사업주에게 고용의무존재확인 또는 고용의무를 이행하라고 청구할 수 있다. 사용사업주가 이를 이행하지 않는 경우, 부당해고 또는 임금청구를 할 수 없고, 근로관계의 존재확인 또는 근로자지위확인 등도 청구할 수 없게 된다. 사용사업주가 이러한 고용의무를 이행하지 아니하거나, 이를 회피하기 위해 파견관계를 중단하는 등의 편법적 상황을 만들 경우, 파견근로자는 법적대응을 어떻게 할 것인지도 문제된다. 따라서 직접 고용간주조항과 비교하여 파견근로자에게 보장되는 법적 지위는 매우 약하다.

구 파견법상 고용간주는 요건에 해당되면 고용관계가 성립하지만, 개정법에서는 고용의무가 발생하는 것이므로 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용해야 할 의무는 언제 발생하는가 하는 점이 제기될 수 있다. 예컨대, 사용사업주가 파견근로자를 2년 초과하여 사용하는 시점에 의무가 발생하는지 아니면 파견근로자와 파견사업주 사이에 고용관계가 종료되는 시기에 발생하는가라는 것이다. 법문상 명확하게 규정되어 있지 아니하여 해석론이 대립할 수 있지만, 후자로 파악하게 되면 고용의무가 발

21) 강성태, “비정규직법안의 내용과 과제”, 「노동법학」(제21호), 2005, 28쪽.

22) 집단적 노동분쟁에 관한 것이 주된 쟁점이 된 가치분이기는 하지만, 파견법상 직접 고용의무에 관한 청구권의 내용을 밝힌 최근의 사례로는, 서울중앙지방법원 2008. 11. 7. 결정 2008카합2008카합3466(서울강남성모병원의 점유 및 사용방해금지 가치분 사건)참고.

생하는 시기가 유동적이어서 입법취지에 반할 수 있다. 직접고용의무에 관한 시기적 요건에 해당하는 즉시 사용사업주에게 의무가 발생하는 것으로 해석해야 한다.

### 3. 직접고용의무와 근로관계의 성립

개정 파견법은 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우 근로계약의 기간에 관해서는 여전히 침묵하고 있다. 우선, 구 파견법의 고용간주조항이 적용된 경우, 파견근로자와 사용사업주 사이에 기간의 정함이 있는 근로관계가 원칙적으로 형성된다고 파악하는 입장에서는, 개정 파견법의 직접고용의무에서도 변화된 내용이 없기 때문에, 동일하게 판단할 것이다. 구 파견법에서 기간의 정함이 없는 근로관계가 형성된 것으로 간주해야 한다는 입장에서는 개정 파견법의 직접고용의무에서도 동일하게 해석할 것 같다. 고용간주조항의 적용으로 직접고용관계가 형성된 경우와, 사용사업주가 해당 파견근로자와 직접고용을 위한 근로계약을 체결할 의무에서도, 특별한 사정이 없는 한 내용의 문제는 동일해야 하기 때문이다. 그런데, 이런 입장을 취하여도 직접고용의무가 발생하는 유형에 따라 조금 다르게 파악해야 할 여지는 있다. 첫째, 무허가 파견, 상시허용업무와 일시허용업무에서 파견근로자를 2년 초과하여 사용하여, 사용사업주가 해당 파견근로자를 직접 고용해야 하는 경우에는, 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결을 제시해야 한다. 그 이유는 구 파견법상 고용간주시에 제시된 내용과 동일하다. 이런 점은 구 파견법에 관한 해석이지만 후술하는 대법원 전원합의체에서 판단된 내용을 통해서도 그 타당성을 확인할 수 있다. 둘째, 절대금지업무에 파견이라면, 사용사업주는 파견근로자를 사용한 즉시 직접 고용해야 한다. 여기서도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결해야 하는 것으로 해석할 것인가 하는 점이다. 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결이 노동법의 원칙이라는 점을 강조하면, 기간의 정함이 없는 근로계약으로 파악된다. 그런데, 사용사업주의 사업장에 기간의 정함이 있는 근로계약을 직접 체결하고 근무하는 자가 있다면, 이들과 파견근로자 사이에 형평성의 문제, 기간제법에서 업무가 일시적인가 아니면 상시적인 업무인가에 따라 기간제 근로를 2년 동안 허용하는 입법자의 의사와 배치될 수 있다. 이런 유형에서는 파견근로자를 2년 초과하여 사용하는 경우와는 다르게 해석하는 것이 합리적이라고 생각된다. 즉, 근기법 제16조와 기간제법 제4조의 내용과 해당 사업장에서 근무하고 있는 근로자들의 근로계약의 형태를 고려하여, 기간제 근로계약을 체결할 합리적 이유가 있는 경우에는, 사용사업주는 해당 파견근로자를 기간의 정함이 있는 근로계약으로 즉시 고용할 수 있다.

#### 4. 위법파견과 차별적 처우의 금지 적용여부

개정 파견법은 파견근로자에 대해 차별적 처우의 금지와 그 시정에 관한 내용을 규정하고 있다. 그렇다면, 위법하게 파견된 파견근로자에 대해서도 동법상의 차별적 처우의 금지와 그 시정절차를 적용할 것인가 하는 점을 둘러싸고, 해석상 입장이 대립할 수 있다. 이와 관련하여 파견법 규정의 불명확성, 위법한 파견이 위장도급 내지 사내하도급과의 관계에서 구별과 법적 효과 등에 있어 많은 쟁점이 있음을 고려할 때 아주 어려운문제이기도 하다. 그러나 종래 위법파견에 구 파견법의 고용간주조항이 적용된다는 논리에서 보면 위법파견에도 차별적 처우의 금지와 그 시정을 적용하는 것이 타당하다. 현재까지는 이 점에 관해 지방노동위원회에서 구제신청이 접수되고 있어, 조만간 그 적용 여부가 판단된 사례가 나올 것으로 기대된다.

### VII. 결론을 대신하여(대법원 판결의 시사점)

오래 동안 위장도급 내지 위법파견이 노동현장에서 성행하여, 어느 정도 고착화되거나 안정화되어 있는 측면도 있다. 그러나 파견근로형태는 기본적으로 일시적·임시적인 노동력 수요에 대처하기 위해 제도화된 것이다. 이렇게 예외적인 노동력의 이용 형태를 합법화하였음에도 불구하고, 다시 파견법상 파견사업주와 사용자사업주에게 요구되는 의무 또는 책임까지 회피하려는 위법파견이 더욱 확산되고 있다. 파견법상의 사유와 절차를 위반하고, 계속적이고 반복적으로 위법하게 파견근로자를 이용하는 것을 방치하면, 직접고용이라는 노동법의 원칙은 훼손되고 근로자를 보호할 수 없게 된다. 또한 자신이 필요한 근로자를 직접 고용하거나, 파견법을 준수하며 파견근로자를 사용하는 사용자사업주는 상대적으로 불이익하게 된다. 더 나아가 노동법을 준수하던 사업자들도 근로자를 직접 또는 정규직으로 고용하지 않으려고 할 것이다. 법리 문제로 인하여 위장도급 또는 위법한 파견을 소극적인 법 해석과 적용으로 방치하여, 정상적인 노동시장의 질서가 왜곡되고, 이것이 계속 반복되어 근로자층의 양극화라는 사회적 부작용을 만들었다. 이에 관한 타당한 법제도의 마련과 함께 적극적인 법해석과 적용으로, 건전한 노동시장의 질서를 유지함과 동시에 근로자를 보호해야 한다. 이런 점에서 대법원 전원합의체가 반대의견 없이 대법관의 일치된 의견으로 위법파견에 대해 적극적인 해석과 적용을 하였다는 점에서 시사하는 바가 크다. 특히, 이 판결은 도급으로 위장한 노동력 공급형태 중 일부는 위법한 파견으로 파악되어 파견법상 직접고용의무를 적용할 수 있는 계기가 될 수 있다. 또한, 최근 노동현장에서

흔들리고 있는 직접고용과 기간의 정함이 없는 근로관계의 성립이라는 노동법의 원칙을 확인한 점은, 위법한 파견에 한정되지 아니하고 모든 근로관계의 유형에서 적용될 수 있다는 점에서 의미가 있다. 다만, 이러한 취지의 판결이 파견법의 개정 전에 나왔다면, 위법파견의 확산을 조금이라도 막을 수 있었고, 또한 파견법의 개정에도 반영되지 않았을까 하는 아쉬움은 있다.

(논문접수일: 2008.11.13. 심사개시일: 2008.11.20. 게재확정일: 2008.12.03.)



▶ 박수근

위법한 파견(Illegal Employee-dispatching), 위법한 파견과 법적 쟁점(Illegal Employee-dispatching and Legal Issues), 파견근로자(Employee-dispatching), 파견근로자의 보호(Protection of Employee-dispatching), 파견근로자의 근로관계(Employment of Employee-dispatching)

Abstract

## **An Illegal Employee-dispatching and Legal Issues**

Park, Su-Keun\*

The Protection of Dispatched Worker Act(hereafter the PDWA) in Korea was effective started July 1. 1998. Especially, in the Article 6(dispatch expire) of the PDWA, the dispatched worker shall be regarded as employed by User-Employer of him after two years expires. but, in the Article 6(dispatch expire) amended and was effective starting July 1. 2007. of the PDWA, User-Employer must employ Dispatched Worker after two years expires. and in amended Article 21(prohibition discrimination), Supply-Employer and User-Employer of Dispatched Worker should not discriminate him in comparision with User-Employer'employee in working conditions.

This article is composed of 3 major parts as followings.

The first part is principal contents in the amended PDWA. this is about scope and period of dispatch work, prohibition discrimination in working conditions. and employment-necessity of User-Employer for Dispatched Worker. This is to treat Type and Legal Issues with Dispute of the Multilateral Employment and Collective Labor Relations in the NLRC and Supreme Court in recent years.

The second part treats types and contents about duty-employment of User-Employer after two years expires. especially, when he employ Dispatched Workers, review that they take working conditions and

---

\* Associate Professor, College of Law, Hanyang University

types-employment from him. This is to treat Type and Legal Issues with Dispute of the Multilateral Employment and Collective Labor Relations in the NLRC and Supreme Court in recent years.

The last part is a conclusion about review of duty-employment of User-Employer in the amended PDWA. and, predict that it effects a change about employment-types and working conditions for subcontract-worker. The last part is Conclusion. Its propose a Plan or Scheme for Resolution of Problems in being produced Multilateral Employment Relations.