

파견근로자의 직접고용에 대한 평가와 해석과제

박수근*

<目 次>

- | | |
|-------------------|---------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 직접고용의 효과와 해석 |
| II. 제도변경의 취지와 원인 | V. 직접고용의무의 파생효과(결론을 대신하며) |
| III. 직접고용의 유형과 요건 | |

I. 들어가며

1. 과제의 제기

개정전 파견법은 파견근로자의 직접고용에 관해 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”라고 규정하여, 일정한 요건에 해당되는 경우 사용사업주가 해당 파견근로자를 직접 고용한 것으로 간주하였다. 그러나, 이러한 법 규정에도 불구하고 그 해석에 많은 어려움이 있었고, 또한 직접고용을 회피하기 위해 다양한 형태의 불법파견이 성행하여 파견근로자가 직접 고용되는 사례가 드물었다. 따라서 이 제도는 파견근로자에게 직접 고용의 기회를 제공

* 한양대학교 법과대학 부교수

하지 못하고, 오히려 불법파견을 조장하는 원인이 되기도 하였다. 그런데 개정된 파견법은 직접고용의 원인되는 요건과 그 효과를 대폭 수정하는 형태로 내용을 변경하였다(동법제6조의 2). 따라서 파견근로자의 직접고용에 관한 이러한 제도의 변경에는 크게 두 가지 문제가 제기될 수 있다.

우선, 직접고용에 대한 개정 파견법의 내용이 외형적으로 파견근로자에게 아주 유리한 것이었음에도 불구하고 해석상 한계가 노출되었고, 또한 불법파견과 집행상의 어려움 등 다양한 문제점으로 인하여 그 제도가 설정된 취지대로 기능을 다하지 못했다. 그러므로 개정된 내용이 파견근로자의 고용불안과 열악한 근로조건을 개선하는 방향으로 작용될 것인지 하는 이 제도의 입법취지와 그 실효성에 관한 점이다. 그리고 개정된 내용을 법 문언적으로 보면, 법적효과에 관해서 고용간주가 아니라 사용자에게 해당 파견근로자를 직접 고용해야 하는 의무를 부담시키고 있는 것으로 파악된다. 그러나 입장에 따라서는 종전과 같이 고용간주로 해석하는 것이 타당한 법해석이 아닌지 하는 입장도 있을 수 있다. 또한, 직접고용의 법적 효과에 따른 파견근로자와 파견사업주 그리고 사용자 사이의 법률관계에 관한 타당한 해석론도 요구된다.

2. 검토범위와 방법

제기된 과제는 파견근로자를 직접고용하기 위한 제도가 입법취지대로 운영될 것인지에 관한 입법 취지에 대한 평가와, 이 제도가 입법취지대로 운영되고 정착되기 위해 필요한 법해석에 관한 내용이다. 그런데, 전자에 관한 점은 이 제도의 시행 후 어느 기간이 지난 후에 정확하게 평가할 수 있다. 따라서 현 단계에서는 왜 이렇게 제도의 내용을 변경하였는지 그 취지를 주로 살펴 볼 수 밖에 없다.

그리고 개정 파견법에서 변경된 직접고용에 관한 내용은, 일본의 현행 파견법상의 제도로부터 상당한 영향으로 받은 것으로 추정된다. 그러나 직접고용에 관한 일본 파견법이 채택하고 있는 내용과는 구체적으로 다른 점이 많이 있고, 또한 일본에서도 이 제도를 해석하는 논의가 많지 아니하여, 해석론의 입장에서 보면 일본의 제도를 참고할 실익은 크지 아니하여, 비교법 측면에서의 논의는 생략한다.

그러므로, 이하에서는 개정 파견법에서 파견근로자의 직접고용에 관한 제도를 변경한 취지와 원인을 먼저 살펴보고, 직접고용에 관한 유형과 특징 그리고 해석론으로 제기될 수 있는 내용 등을 검토하는 것으로 그 범위와 방법을 한정한다.

II. 제도변경의 취지와 원인

1. 취 지

고용불안과 낮은 근로조건은 모든 유형의 비정규직 근로자에게 공통되는 사항이기는 하지만, 파견근로자에게는 특별한 의미를 가지고 있다. 이런 점에서 파견근로에 관한 제도를 개선하는 중요한 방향은 일정한 요건 하에 직접고용으로 유도하는 것과 파견근로 중 차별적 근로조건을 해소하는 것이다. 그러나 양자의 내용에서도 근본적인 해결책은 노무를 제공하고 이를 수령하는 파견근로자와 사용자사업주 사이에 직접 고용관계가 성립하도록 제도를 설정하는 것이다. 이러한 목적에서 개정된 파견법은 직접고용을 간주하는 제도를 마련하였지만, 개정 파견법에서는 차별적 처우의 금지와 그 시정에 관한 절차의 도입과 함께 직접고용에 관한 내용을 근본적으로 수정하였다고 파악된다.

2. 구체적인 원인

위와 같이 직접고용에 관한 제도의 내용을 변경하게 된 구체적인 원인은 법리와 실태적 또는 노동시장정책 그리고 차별금지제도의 도입 등으로 구분하여 살펴 볼 수 있다.

1) 법리와 실태의 반영

개정된 파견법의 직접고용에 관한 법 문언 자체에는 문제점이 있었다. 파견근로자의 보호를 위한 제도의 취지에도 불구하고, 직접고용의 요건과 효과에 관한 불명확성으로 인하여 그 실효성이 확인되지 않았다. 즉, 직접고용에 관한 요건과 효과를 둘러싼 다양한 해석론¹⁾이 전개될 수밖에 없었고, 이것은 주로 법의 규정이 너무 간단하여 발생하는 것이기 때문에 법 해석론으로는 일정한 한계가 있어 보완이 필요했다.²⁾ 이러한 해석적 한계 때문에, 직접고용의 부담을 회피하기 위해 다양한 형태의 불법파견이 성행하고 확산되어, 해당 파견근로자뿐 만 아니라 이를 둘러싼 노사관계도 악화되곤 하였다. 예컨대, 현대자동차, 하이닉스매그나칩 등에서 발생한 불법파견에 관한 검찰의 불기소처분으로 인한 노사관계의 대립 등이다.³⁾ 물론, 분

1) 박수근, "근로자파견의 기간제한과 직접 고용의 문제", 「노동법학 제11호」, 2001, 267면.

2) 유성재, 「취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안(Ⅰ)」, 한국법제연구원, 2002, 67면이하.

3) 김상현, 하이닉스·· 매그나칩 불법파견에 대한 비판, 검찰의 불법파견 불기소처분의 부당성에 관한 토

쟁해결기관에서 파견근로자를 보호하고 불법파견을 저지하기 위해 탄력적으로 해석하였다면 발생하지 않았을 사항이다. 그런데, 구체적인 사실관계에 따라 달라질 수 있지만, 불법파견이라고 하여도 2년 이상 계속 사용하면 파견근로자를 직접 고용해야 한다는 판례도 있었다.⁴⁾ 아무튼, 이 제도 자체에 대한 문제점 뿐 아니라 집행상의 어려움 등은 개정법에서 근본적인 수정을 가한 중요한 원인이 되었다고 판단한다.

2) 노동시장과 정책적 입장

노동시장의 상황에 대처하기 위한 고용정책으로써 간접고용이라도 실업보다는 고용을 선택한 입법자의 정책적 판단이다. 파견근로자를 포함한 비정규직에 대한 남용과 차별은 우리사회의 대표적인 양극화 현상 중 하나이고, 비정규직의 규모가 지속적으로 증가하여 전체 임금 근로자의 1/3을 넘어선 상황이라고 한다.⁵⁾ 그럼에도 불구하고, 청년층 또는 고령자층을 중심으로 한 실업률의 증가도 무시할 수 없는 상황이다. 이러한 노동시장의 현실을 고려할 때, 파견근로의 형태가 고용의 본래적 모습은 아니지만, 파견근로도 이제 노동시장에서 존재하는 제도적인 고용형태로 파악하고 이를 받아들여야 한다는 노동정책적 판단도 직접고용에 관한 제도의 변화에 상당한 영향을 미친 것 같다.

3) 차별금지과 시정제도의 역할 기대

(1) 개정된 파견법 제21조는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니된다”라고 규정하고, 차별적 처우를 받은 파견근로자가 그 시정을 구하는 절차에는 기간제근로법의 규정을 준용한다. 기간제근로법에는 차별적 처우의 개념, 차별시정을 위해 조정·중재의 근거와 그것의 성립시 재판상 화해와 동일한 효력을 규정하고 있다. 다만, 이러한 법 문언에도 불구하고, 사용사업주가 파견근로자에게 행하는 것이 금지되는 차별적 처우의 내용에, 파견근로자에 대한 근로조건을 모든 부분을 포함시킬 것인지 아니면 제한할 것인지, 또한 포함시키는 내용에 대한 근거가 무엇인지 하는 점이 제기될 수 있다. 따라서 이 제도에 대한 해석론상의 어려움 때문에 이를 시행하는 과정에서도 많은 어려움이 예상된다. 예컨대, 모든 법 영역에서 차별 또는 합리적 이유의 존부에 관한 판단은 어려운 내용이고, 특히, 노동관계에서 차별과 합리성은 노동에 대한 가치관에 따라 규범적 인식과 해석에서

문화자료집, 전국금속노동조합연맹, 2007. 1, 27면 이하.

4) 서울중앙지판 2004. 11. 26. 선고 2003가합96857.

5) 노동부, 비정규직 보호법률 해설, 2006, 12, 3면 이하.

많은 차이점이 발생하는 특성이 있기 때문에, 차별적 처우에 해당되는 대상과 판단기준⁶⁾ 그리고 결과적으로 차별이 발생한 경우⁷⁾ 그것에 대한 합리적 사유의 존부⁸⁾ 등을 판단하는 것은 매우 어려운 작업이다.

그런데, 새로운 제도의 도입과 운영을 두고 그 혼란을 방지하기 위해, 노동부가 2007. 6. 17. 발표한 차별시정안내서를 작성하여 배포하였다. 여기에 기재된 내용은 위와 같은 어려운 점에 대한 참고는 될 수 있지만, 그 자체에 법적 효력은 없다. 이런 점에서 안내서의 내용에 따라 차별적 처우의 존부 등을 판단한다면, 법적으로 그 정당성이 문제될 것이다.⁹⁾

(2) 파견근로제도에 관한 노동법과 노동정책이 파견근로자가 받고 있는 고용불안과 차별적 근로조건을 동시에 해결하면 가장 바람직하다. 그러나 노동시장의 여건상 이를 함께 해결하는 것이 곤란하다면, 입법 정책적으로는 효과가 가장 큰 제도와 수단을 통해서 해결하는 방안도 생각할 수 있다. 이런 점에서 개정 파견법은 파견근로자의 고용안정을 위해 노무제공을 받는 사용사업주에게 직접고용 보다는, 사용사업주의 사업장에서 근무하고 있는 통상의 근로자와 비교한 차별적 처우를 개선함으로써 파견근로자를 보호하려는 방향을 선택한 것으로 파악된다. 또한, 이러한 차별금지과 그 시정제도가 정착되면, 사용사업주는 자연스럽게 파견근로자를 직접 고용할 것이라는 기대감도 작용한 것 같다.

따라서 우리나라의 파견법의 제정과 개정에 많은 영향을 준 일본의 파견법은 채택하고 있지 아니하지만, 독일 파견법에서 도입된 것과 유사한 형태의 차별적 처우의 금지제도를 도입하였다.¹⁰⁾ 그 대신에, 직접고용에 관한 제도는 그 효과를 완화하는 방향으로 개정한 것이다. 결국, 이러한 입법적 선택을 긍정적인 측면에서 보면, 차별적 처우의 금지와 그 시정에 관한 제도가 장기적으로는 파견근로자를 직접 고용하는 기능을 발휘할 것으로 기대한 것 같다.

3. 평 가

위에서 개괄적으로 검토한 취지와 이유에서, 종전의 직접고용에 관한 요건과 효과를 현행

6) 조임영/김철희/박주영/조재희/허익수, 「비정규직 차별시정제도의 운영에 관한 연구」, 국회환경노동위, 2006. 83면 이하; 조임영, 비정규직 차별시정제도의 주요 쟁점과 대안, 차별시정제도의 실효성 확보를 위한 정책토론회 자료집, 2007. 6. 20. 노동기본권실현국회의원연구모임, 5면 이하 참고.

7) 박종희/강성태/김상호/전윤구/강선희, 「비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구」, 중노위, 2006, 34면이하.

8) 전윤구, “비정규법안과 차별금지”, 「노동법학」 (제23호), 한국노동법학회, 2006, 136면.

9) 따라서, 이것은 처음 시행하는 제도에 대한 기본적인 사항을 제시하는 점에서 긍정적인 측면도 있지만, 법적 성격에서 볼 때 법적 효과가 없음에도 불구하고 차별시정제도를 운영하면서 마치 법적 효과가 있는 것으로 영향을 미칠 것이라는 점도 우려된다.

10) Schüren · Hamann, AArbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3.Aufl., C.H.Beck, 2007, S. 394-456.

과건법의 내용처럼 변경하였다면, 이를 법리적 측면과 노동정책에 관한 관점으로 구별하여 다음과 같이 평가할 수 있다.

1) 법리적 측면

법 해석의 측면에서 보면 중전의 직접고용에 관한 과건법상의 내용은 너무 간단하며 해석론적 다툼의 소지가 충분히 있었다. 그리고 다양한 해석론의 가능성하에 불법과건은 성행할 수밖에 없고, 그것을 제도적으로 해결하기에는 많은 한계가 존재하였다. 또한, 과건법을 제외하면, 근기법 기타 고용관계법에서 노무제공자와 수령자 사이에 직접 고용관계가 성립하는 것으로 간주하는 내용을 찾아 볼 수 없다. 이러한 점 때문에 존재하는 법 제도와 내용을 전제로 그 해석에 충실해야 하는 분쟁해결기관에서도 상당한 어려움이 있었다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 이러한 문제점을 보완하는 형태로 과건법을 개정하지 아니하고, 과건근로자의 직접 고용을 회피하거나 완화하는 방향으로 제도를 변경한 입법자의 결단은 동의하기 어렵다.

2) 입법정책적 측면

과건근로제도는 예외적인 고용형태이고 일시적인 노동력의 수요와 공급을 위한 것으로, 이를 제도적으로 인정하더라도 그 내용은 엄격하게 제한하여 그 범위를 초과하는 과건근로자의 사용은 직접고용이 되어야 한다. 그런데 우리나라의 전체 근로자 중 약35%에 해당하는 것으로 파악되는 비정규직 중 과건법의 적용을 받는 과건근로자는 약 10만 명 내외로 파악되어, 전체 근로자 또는 비정규직 근로자 중에서 차지하는 비중이 크지 아니하다. 다만, 불법과건의 형태로 근무하는 자를 여기에 포함시키면 그 수는 상당할 것으로 추정된다. 그러므로 과건근로자의 직접고용에 관한 제도는 사용자측에서 큰 부담을 느끼는 내용임에도 불구하고 실제로 그 효용성은 크지 아니하다고 판단한 것은 아닌지 하는 점이다. 오히려 차별적 처우의 금지와 시정을 통해서 과건근로자를 보호하는 것이 더 효과적이라고 파악하였을 수도 있다. 그런데 차별적 처우의 금지와 그 시정절차를 도입하면서도 직접고용에 관한 제도를 완화한 입법에 대한 평가는 아래와 같은 측면에서 살펴볼 수 있다.

(1) 다른 유형의 비정규직과 균형성

우리나라의 노동시장에서 양극화의 주된 원인으로 제기되고 있는 비정규직의 유형에는 노동력을 이용하는 자에게 직접 고용된 기간제와 단시간 근로자, 간접고용의 형태로는 과건근로자와 사내하도급 근로자, 근로자성이 다투어지는 특수고용형태종사자 등이 있다. 노동정책은 비정규직유형에 따른 특성과 법적 성격에 따라 다양한 형태로 마련될 수밖에 없다.

우선, 아직 확정된 것인지 여부를 확인할 수는 없지만, 특수고용형태종사자와 사내하도급근로자에 관해서는 특별법의 제정을 통해서 보호하려는 입법방안을 마련 중인 것으로 알고 있다. 또한, 기간제와 단시간 근로자에 관해서 ‘기간제근로와 단시간근로에 관한 특별법’을 제정하여 시행하고 있으며, 이 법률에서 가장 중요한 제도는 일정기간을 초과하여 계속 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 고용으로 간주하는 것과 ‘차별적 처우의 금지와 그 시정’이다. 그러나 전자에 관해서는 많은 예외 사유를 규정하면서도, 후자에 대해서는 예외를 두지 아니한 것을 보면, 후자의 내용이 기간제 근로자의 보호를 위한 주된 입법 방향이 아닌가라고 생각한다. 따라서 파견근로자를 보호하는 방안에서도 직접고용 보다는 차별적 처우의 금지와 그 시정에 초점을 맞추는 것이 다른 비정규직근로형태에 대한 입법적 규율의 방향과 균형을 유지하는 방안이라고 입법적 선택을 한 것으로 추정할 수 있다.

(2) 차별금지와 시정제도의 실효성

파견근로형태의 문제점을 해결하기 위한 제도적 개선의 주된 내용은 직접고용의 촉진과 차별적 근로조건을 해소하고, 이를 동시에 실현하는 것이 가장 바람직하다. 그러나 양자의 과제를 선택한다면 어느 과제가 우선적인 것인지에 관해서는 단언하기 어려운 측면도 있다. 그럼에도 불구하고 개정 파견법은 기간제근로자에 관한 차별적 처우의 금지와 시정과의 균형을 맞추기 위해, 직접고용 보다는 근로조건에서 차별해소에 중심을 둔 제도를 선택하였다면, 이러한 입법적 결정은 어떻게 평가할 수 있는가는 다음과 같은 점에서 접근할 수 있다.

2007. 7. 1.부터 사업장의 성격과 규모에 따라 단계적으로 시행하는 이 제도가 입법자가 의도한 대로 이행되고 실현될 것인가 하는 실효성의 측면에서 검토되어야 한다. 그런데, 이 제도를 운영하기 위해 노동위원회가 차별시정위원의 선정 등 많은 준비를 하였음에도 불구하고, 시행이후 약 1개월이 지난 현재까지 기간제 및 단시간근로자, 또는 파견근로자를 불문하고 차별시정을 요구한 신청은 거의 없는 것으로 알려지고 있다. 이러한 상황에 관한 원인은 다양하겠지만, 근본적인 것은 직접 또는 간접이든 고용 또는 사용 중인 자를 상대로 차별시정이라는 법적 절차를 청구할 수 있는 개별 근로자가 얼마나 되겠는가 하는 점이다. 특히, 비정규직 근로자는 계약기간의 만료 등으로 인하여 항상 고용불안을 느끼고 있기 때문에, 이를 극복하면서 신청한다는 것은 매우 어려운 일이다. 이런 점을 우려하여 이 제도의 설계시 신청권자에게는 개별 근로자뿐만 아니라 노동조합 등도 포함시켜야 된다는 주장이 제기되었던 것이다. 물론, 통상적으로 새로운 제도의 시행 초기에는 그 판단기준 등에 관해 확신을 할 수 없기 때문에 그 이용이 미미할 수도 있다. 따라서 차별시정을 신청한 근로자가 없는 이러한 상황이 언제까지 계속될지에 관해서는 현 단계로서는 단언하기는 어려워, 이 제도의 시행후 상당한 기간이

지난 다음 그 실효성에 관해 정확한 평가도 가능할 것이다.

(3) 비정규직의 정규직화와 그 비율

비정규직근로자와 정규직근로자의 관계 내지 효과에 관해 일반적으로 ‘연결 효과 또는 고착상황’을 강조하는 입장으로 나누어진다. 만약, 차별금지와 시정절차가 제대로 정착된다면, 비정규직의 노동력을 이용하는 사용자는 파견근로자 등 비정규직 근로자의 상당수를 정규직으로 전환할 것을 예상할 수 있다. 이런 점은 파견근로제도에서 보면, 파견근로자가 사용사업주에게 직접에게 고용된다는 것을 의미한다. 이러한 점이 확인되면, 차별적 처우의 금지와 그 시정절차가 비정규직 근로자를 정규직으로 전환시키는 연결효과를 인정할 수 있기 때문에, 이 제도를 설계한 입법자의 선택은 타당한 방안이었다고 평가할 수 있다.

그러나, 주로 기간제와 단시간근로자에 관한 사항이기는 하지만, 차별시정제도의 시행을 전후해서 용역계약으로 전환하는 현상이 성행하고 이를 둘러싼 노사관계가 악화되고 있는 사업장이 증가하고 있다.¹¹⁾ 또한, 근로자들의 노동력을 필요로 하는 사업자들은 차별금지와 그 시정제도가 적용되기 어려운 다양한 방법을 선택하여, 자신들의 노동법상 책임을 근본적으로 회피하려고 하는 현상이 나타나고 있다. 물론, 일부의 사업장에서는 직군 또는 근로조건이 다른 별도의 체계를 설정하여 정규직으로 전환시키는 현상도 나타나고 있지만, 이러한 현상이 지속될 것인지 또 다른 형태의 차별적 처우 등 새로운 문제를 발생시킬 가능성도 있다.

그런데 상급노동단체들도 이 점을 해당 사업장의 문제로만 파악하지 아니하고 연대해서 적극적으로 대응하고 있어 노·사·정의 문제로 발전할 수 있다. 이런 점을 고려할 때, 차별적 처우의 금지와 그 시정절차를 통해서, 비정규직근로자가 정규직으로 채용될 수 있다는 입법자의 예상은, 현재까지는 노동현장에서 빛나가고 있다. 다만, 이 제도는 일정한 요건에 해당된다면 근로관계의 종료 후에도 이용할 수 있기 때문에 현재와 같은 현상만을 가지고 그 실효성을 단정하기는 무리가 있다.

결국, 파견근로자에게 차별금지와 그 시정절차를 이용하게 하여, 직접적으로는 파견근로 중 근로조건을 열악함을 방지하고, 간접적으로는 직접고용에 대한 연결효과를 예상한 입법적 선택은 아직까지는 그 실효성을 인정할 수 없다. 그러므로, 이 제도가 몇 년 시행된 후에 파견근로 중인 자에 대한 차별시정의 효과와 그로 인하여 사용사업주에게 직접 고용되는 비율 등에 관해 실태조사가 나온다면, 입법적 선택에 대해 정확한 평가를 할 수 있을 것이다.

11) 최근 발생한 대표적인 사례로는, 해당 기업의 비정규직 뿐만 아니라 우리나라 전체 비정규직 근로자에 대한 문제로 확산될 위험성이 있는 모 그룹이 운영하는 판매사업장에 근무하던 비정규직 근로자들에 대한 것이다.

Ⅲ. 직접고용의 유형과 요건

파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용되는 요건과 관련되는 파견법상의 제도는 주로 파견기간의 제한과 파견대상업무의 한정에 관한 내용이다. 개정 파견법은 이러한 내용에 관해서도 변경을 하였기 때문에, 파견대상업무와 파견기간의 제한 그리고 파견사업허가 등을 근거로 하여, 파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용되는 것을 몇 개의 유형으로 구분하여 규정하고 있다(동법제6조의2). 또한 유형에 따라 그 요건을 조금씩 달리하기 때문에 이하에서는 이를 간단하게 검토한다.

1. 유형과 요건

1) 파견의 예외적 필요성과 직접고용

개정파견법은 파견대상업무에 관해 종전의 열거방식(Positive List)을 유지하면서, 그 내용을 일부 수정하였다. 그것은 “업무의 성질”을 추가하여, 노동시장의 상황에 따라 탄력적으로 조정할 수 있는 근거를 마련하였다(동법제5조제1항). 개정법의 내용처럼 “전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상”으로 한다고 할 때, 업무의 성질을 어떻게 해석하고 그 기준을 결정할 것인지 하는 점이다. 이에 대한 판단에 따라서는 개정 파견법이 파견대상업무에 관한 열거방식을 취하고 있음에도 불구하고 실제로는 파견대상업무가 자유화되는 것과 유사할 수 있다. 그런데, 최근 개정된 시행령의 내용을 보면 세세분류 단위표에서 파견허용업무가 아주 확대되고 있음을 알 수 있다.¹²⁾ 또한, 동법 제5조 제2항은 “제1항의 규정에도 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우 근로자 파견사업을 행할 수 있다”라고 규정한다. 따라서 근로자파견이 허용되는 구체적인 내용은 동조 제1항에서 규정하는 업무 이외에도 제2항의 사유가 존재하는 경우까지 확대되는 것이다.

한편 파견의 예외적 필요성과 직접고용에 관해 “사용사업주가 파견법 제5조제2항의 규정을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 사용하는 경우”라고 규정하고 있는 바(동법제6조의2제1항제1호), 이에 관한 의미와 요건에 관련하여 다음과 같은 점이 문제된다. 이 조항(제1호)과

12) 한편, 노동부가 2007. 4. 20경 입법예고한 시행령에 따르면, 종전의 중분류기준에서 26개업무에서 29개 업무로 소분류기준에서 138개업무에서 187개업무로 확대되었으나, 입법 예고후 최종적으로 마련하여 동년 7. 1.부터 시행할 내용에서는 주차장관리원 등을 추가하여 197개업무로 확대되었다.

파견기간의 제한과 직접고용에 관해 후술할 동항제3호와의 관계가 불명확하다. 파견의 유형과 그 요건을 고려할 때, 법 문언상 두 조항의 관계가 서로 중복되는 것으로 보이기 때문이다. 중복된다면 이것은 입법상의 오류로 파악되므로, 이렇게 파악되지 않으려면 양자가 중복되지 않도록 해석되어야 한다.

우선, 파견법 제5조 제2항의 규정을 위반한다는 의미이다. 파견법이 인정하는 파견대상업무가 아니라도 예외적으로 그 필요성이 인정되면 파견근로자의 사용이 가능하므로, 위반한다는 것은 이러한 필요성이 인정되지 아니하는 경우만을 의미한다. 이 경우 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용해야 한다. 그리고, 파견대상업무에 포함되지 아니하지만, 그 예외적 필요성에 의해서 파견근로자의 사용을 인정함으로, 그 필요성이 존재하지 않는다는 것은 파견대상업무를 제한하는 취지에서 보면 불법파견을 의미한다. 따라서 입법론적으로 이러한 불법파견의 경우는 파견근로자의 사용시점부터 직접고용을 해야 하는 것이 타당함에도 불구하고, 2년을 초과하여 계속 사용해야 한다는 요건은, 파견법의 전체적인 규율 취지에 어긋난다.

2) 파견금지업무와 요건

파견법은 건설공사현장, 항만운송사업, 선원법에 따른 선원업무, 산업안전보건법에 의한 유해 또는 위험한 업무, 그 밖에 근로자의 보호를 위해 대통령령이 정하는 업무에 관해서는 근로자파견을 금지하고 있다(동법제5조제3항). 이러한 파견금지업무와 직접고용에 관해 “제5조 제3항의 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우”라고 규정한다(동법제6조의2제1항제2호). 파견법에 의해 파견이 금지되는 업무에 파견근로자를 사용하는 것 그 자체가 불법이므로, 파견기간에 관계없이 직접고용의 요건에 해당하는 점이 다른 유형과 구별되는 특징이다.

3) 파견기간의 제한과 직접고용

종래부터 파견기간의 제한을 둘러싼 내용은 파견법을 개정하는 중요한 쟁점이었다. 개정 파견법은, 1회의 파견기간이 1년을 초과하지 아니하고 연장된 총 파견기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 파견기간 연장횟수에 대한 제한을 폐지하였고(동법제6조제1,2항), 또한, 고령자고용촉진법에 의한 고령자(만55세이상)인 파견근로자에 대해서는 2년을 초과하여 파견기간을 연장할 수 있게 하였으며(동조제3항), 파견법 제5조제2항의 규정에 의해 인정되는 사유가 있는 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간 또는 일정한 요건하에 3개월 이내의 기간과 1회에 한하여 그 기간을 연장할 수 있게 하였다(동법제6조제4항).

한편, 이러한 파견기간의 제한과 직접고용에 관해 “제6조제2항 또는 제4항의 규정을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우”라고 규정하고 있다(동법제6조

의2제1항제3호). 여기서, 고령자에 대한 근로자파견에 관해서는 직접고용의 적용을 제외하고 있음을 알 수 있다. 우선, 파견근로자의 사용이 허용되는 대상업무에 파견기간 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 계속하여 사용하는 경우이다. 이러한 파견허용업무는 아니지만, 근로자의 결원 또는 업무의 임시적인 필요성에 의해 예외적으로 파견근로자의 사용이 허용되어 그 필요성에 관한 기간을 초과하여 사용하는 경우이다. 처음부터 그 필요성이 인정되지 아니한 유형에 관해서는 전술한 바와 같다. 그런데, 2년을 초과한 기산점은, 파견근로자의 사용 후 그 필요성이 소멸한 시점부터인지 아니면 처음에 파견근로자를 사용한 시점부터 인지하는 해석론이 제기될 수 있다. 법 문언상 명확하지 아니한 점이 있지만, 적법한 파견대상업무에서도 파견기간 2년을 초과한 경우 직접 고용해야 하는 점과 균형을 고려할 때, 파견근로자를 처음 사용한 시점부터 계산해야 한다.

4) 파견사업허가와 직접고용

근로자파견사업을 운영하기 위해서는 노동부장관의 허가를 필요로 하고, 사용사업주는 근로자파견사업의 허가가 없는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서서는 아니 된다. 이러한 파견사업허가와 파견근로자의 직접고용에 관해 “제7조제3항의 규정을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 근로자파견의 역무를 제공받은 경우”라고 규정하고 있다(동법제6조의2제1항제4호). 따라서, 사용사업주가 근로자파견사업의 허가가 없는 자로부터 근로자를 파견받아 사용하고, 그 기간이 2년을 초과한 때 직접고용을 위한 요건사실이 발생하게 된다. 그런데 파견사업허가를 받지 아니한 자로부터 근로자를 파견받는 것 그 자체가 불법파견이고, 또한 파견금지업무에 대한 파견시의 직접고용과의 균형을 맞추기 위해서도, 양자의 요건을 동일하게 하여, 파견 즉시 직접고용의무가 발생하도록 하는 방안이 입법론상 타당하였을 것이다.¹³⁾ 왜냐하면, 불법으로 파견근로자를 이용한 것이 명백하므로 2년의 파견기간을 둘 필요가 없고, 또한 적법하게 파견근로자를 사용하여 2년을 초과한 경우와 균형을 맞추기 위해서도 이렇게 할 필요가 있기 때문이다.

2. 공통의 요건과 내용

위와 같은 개별적 유형의 특성에 따라 필요한 요건 이외에 “제1항의 규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있다(동법제6조의2제3항). 이것은 파견근로자의 직접고용에 관

13) 강성태, “비정규직법안의 내용과 과제”, 「노동법학」 (제21호), 한국노동법학회, 2005, 28면.

한 모든 유형에 소극적으로 요구되는 부존재에 관한 사항이기도 하다. 파견근로자의 명시적인 반대의사가 없을 것을 이유로 하는 것은, 파견근로자의 보호를 위해 직접고용을 촉진하려고 하여도, 근로관계의 특성상 이를 본인의 의사에 반하여 법률에서 강제할 수 없기 때문이다. 이러한 취지는 근로계약을 대리하여 체결할 수 없다는 근기법 제67조에서도 간접적으로 알 수 있다. 그리고, 기타 정당한 이유가 있는 사항은 입법 사항이기는 하지만, 개정된 파견법의 시행령에 따르면, 임금채권보장법 시행령 제4조 각호에 해당하거나 천재·사변 그 밖의 부득이한 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우 등을 규정하고 있다(동법시행령제2조의2).

IV. 직접고용의 효과와 해석

전술한 바와 같이 근로자파견의 각 유형에 개별적으로 요구되는 사항과 모든 유형에 소극적으로 요구되는 내용이 부존재하는 요건이 충족되면, 파견근로자의 직접고용을 위한 일정한 효과가 발생한다. 다만, 개정된 파견법에는 법 문언상 직접고용을 간주하는 내용이었고, 직접고용시 어떤 절차와 근로조건으로 해야 하는지에 관해서는 특별한 내용을 규정하지 않았다. 그러나 개정 파견법은 직접고용에 관한 법 내용을 변경하였고, 또한 직접 고용시 필요한 근로조건 등을 보완하였다. 따라서, 파견근로자의 직접고용의 효과와 관련하여 제기될 수 있는 점을 간단하게 검토한다.

1. 해석론의 대립 가능성

개정 파견법은 “사용사업주가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다”라고 규정하고 있다(제6조의2제1항). 이것은 개정전의 법 문언과는 그 내용이 명확하게 다른 점을 알 수 있다. 양자의 법문언에 대한 외형적 비교에서 알 수 있는 것은, 법적효과에 관해서 고용간주가 아니라 사용사업주에게 해당 파견근로자를 직접 고용해야 하는 의무를 부담시키고 있다. 또한, 이러한 요건이 발생함에도 불구하고 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하지 아니하는 경우 벌칙으로 과태료를 부과한다. 그런데, 파견근로자의 직접고용에 관해 개정 파견법이 종전의 법 문언을 변경하였음에도 불구하고, 직접고용의 효과에 관해서는 다음과 같은 해석론이 대립할 여지가 있다.

우선, 직접고용에 관한 요건에 해당하는 사실관계가 존재하면, 개정된 파견법의 내용과 같

이 직접고용이 의제되는 것으로 해석한다. 이것은 파견근로자의 직접고용에 관한 입법적 요망 사항을 개정된 법해석에도 적용하려는 의도가 개입된 해석이다. 이러한 입장에 따르면, 해당 파견근로자를 직접 고용하기 위해 또는 근로관계의 성립을 위해, 사용사업주가 별도로 법률행위를 할 필요가 없게 된다. 그러나, 입법적 요망은 이해가 되지만, 법 문언적 해석의 범위를 벗어나는 해석론이라는 비판을 이 입장은 면하기 어려울 것 같다. 그러나, 종전의 고용간주규정에서 그 내용이 변경된 입법취지, 불이행하는 경우 벌칙이 존재하는 점, 동조 제3항에서“사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 있어서”라는 문언적 의미, 기간제근로자의 사용기간 초과인 경우 간주조항을 두고 있음에도 불구하고 파견법에서는 이와는 다르게 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 사용사업주에게 파견법상 고용의무가 발생하는 것에 불과하고, 직접 근로관계가 성립하는 것으로 법률이 의제하는 것은 아니다라고 해석할 수 있다. 이와 같은 해석론을 취하게 되면, 해당 파견근로자는 사용사업주에게 고용의무가 존재한다라고는 청구할 수는 있어도, 노무제공을 거부당한 등의 경우에 부당하고 또는 임금청구를 할 수 없고, 그리고 근로관계의 존재확인 또는 근로자지위의 존재확인 등도 청구할 수 없게 된다. 그런데, 전술한 바와 같이, 제도변경의 취지와 구체적인 원인이 법리적 또는 실태적인 문제점 그리고 노동시장정책 또는 차별금지제도의 도입에 있다는 점을 고려하고, 변경된 법 문언에 충실하면, 사용사업주에게 고용의무를 부과하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 이런 점에서 일정한 요건하에 사용사업주에게 고용간주의 형식을 취했던 것을 고용의무조항으로 변경한 것은 파견근로자의 보호라는 측면에서는 미흡하게 된다.¹⁴⁾

한편, 파견근로자의 직접고용 효과에 관한 논리적 근거와 과정에 관해 종전에는 의미있는 논쟁이 있었고, 이와 관련한 사례에서도 대법원이 명확한 입장을 취하지 아니하여 법 해석적으로 계속 연구대상이 되어 왔다¹⁵⁾. 그러나, 개정법에서 그 내용을 변경하여 파견근로자를 직접 고용하도록 사용사업주에게 의무를 부담시키는 것으로 해석한다면, 종전의 위와 같은 논쟁의 계속되기 어렵거나 다른 방향으로 논의될 것 같다.

2. 직접고용의무와 법률관계

개정된 파견법 제6조의2에 해당하는 법률효과를, 사용사업주에게 해당 파견근로자를 직접 고용해야 할 의무가 발생하는 것으로 해석한다면, 이것은 종전의 직접고용간주와는 근본적으

14) 이재용, “위장도급과 불법파견에 있어 고용관계”, 「노동법학(제22호)」, 한국노동법학회, 2006, 66면.

15) 예컨대, 강성태, “위법한 근로자파견과 사용자책임”, 「노동법연구(제13호)」, 서울대노동법연구회, 190면 이하; 조경배, “직접고용의 원칙과 파견근로”, 「민주법학(제19호)」, 2001, 12면이하; 최홍엽, “파견기간 초과시 고용간주규정의 해석”, 「노동법연구(제10호)」, 206면이하 등 참고.

로 다른 법률관계를 형성시킨다. 따라서 고용간주로 인한 법률관계에 관한 종전의 해석론¹⁶⁾은 다음과 같이 변경되어야 할 것이다.

1) 파견근로자와 사용사업주의 관계

사용사업주와 해당 파견근로자 사이에는 법률에 의하여 직접 고용관계를 성립시키는 원인이 발생하였을 뿐이다. 따라서 사용사업주가 파견근로자에 대해 구두 또는 서면 등으로 이를 이행하는 법률행위를 하면 근로관계가 성립하지만, 그러한 행위를 하지 아니하면 고용관계는 형성되지 아니한다. 다만, 이러한 요건에 해당되면 사용사업주에게 법적인무가 발생하기 때문에 이를 어떻게 파악해야 하는 점이다.

우선, 직접 고용을 해야 하는 의무가 사용사업주에게 발생한 상태이므로, 이를 적극적으로 이행하지 아니하는 그에게 채무불이행의 책임을 청구할 수 있는지 여부이다. 이것은 그 자체로는 판단하기 어렵고, 후술하는 해당 파견근로자에게 청구권이 인정되는지와 관련하여 해석해야 한다.

그리고, 요건에 해당되면, 사용사업주가 직접 고용을 하는지를 불문하고, 해당 파견근로자에게 직접 고용에 관한 청구권을 인정할 수 있는지 하는 점이다. 법 논리상 사용사업주의 고용의무와 이에 관한 파견근로자의 청구권이 반드시 일치하는 것은 아니다. 그러나 이러한 청구권을 인정하지 않는다면, 파견근로자를 직접 고용할 사용사업주의 의무는 그 실효성을 발휘할 수 없고, 또한 청구권을 인정한다고 하여도 그것이 법 문언과 제도의 취지에 명백하게 위반된다고 볼 수도 없다. 이런 점에서 해당 파견근로자에게 직접 고용에 관한 청구권을 인정하는 것이 타당하다.

한편, 이렇게 청구권을 인정한다면, 직접고용을 원하는 해당 파견근로자가 사용사업주에게 이를 구두 또는 서면으로 청구하였음에도 불구하고, 사용사업주가 이행을 하지 아니하거나 이를 거부한다면 다음과 같은 법리 구성이 가능하다. 첫째, 청구권에 대한 법적 효과의 인정으로 인하여, 사용사업주는 이행지체에 빠지게 되고, 그로 인한 책임을 부담하게 된다. 그러므로 해당 파견근로자는 직접고용을 이행하라는 재판상 청구를 할 수 있다. 다만, 이러한 법리에는 민사소송법 또는 집행법상의 문제점이 제기될 수도 있다. 둘째, 사용사업주가 자신의 법적 의무를 불이행 또는 위반하는 것이기 때문에, 해당 파견근로자는 사용사업주에 대하여 규범적 의무의 위반 또는 불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

위와 같은 해석에도 불구하고, 고용간주는 아니기 때문에, 개정전의 파견법 해석과는 달리, 파견근로자는 사용사업주에게 근로자지위확인 또는 해고무효확인 또는 노동위원회에 부당해

16) 박수근, 주)1에 기재된 논문, 268면 이하.

고구제신청은 법리상 청구할 수 없게 된다.

2) 파견근로자와 파견사업주의 관계

노동현장에서 파견근로자에 대한 모집형과 등록형이 성행하고 있지만, 현행 파견법은 근로자파견에 관해 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 것”이라고 정의한다(동법제2조제1호). 따라서, 직접고용에 관한 요건이 발생하여도 그 효과를 사용사업주에게 해당 파견근로자를 직접 고용해야 할 의무를 발생시키는 것으로 해석한다면, 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용할 때까지는 파견근로자와 파견사업주 사이에는 고용관계가 유지된다. 그러므로, 파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용을 청구하여도, 그것이 확정되기까지는 파견근로자와 파견사업주 사이의 고용관계를 변화시키는 원인이 될 수 없다. 파견근로자와 사용사업주 사이에 직접 고용이 성립된다면, 이것은 파견근로자와 파견사업주 사이의 고용관계와 이중적 고용관계가 되므로 이를 해소할 필요가 있다. 이에 관해서는, 해당 파견근로자가 사직을 구하거나 파견사업주가 사용사업주와 파견근로자 사이의 고용관계를 이유로 파견근로계약을 해지할 수 있게 된다.

3) 파견사업주와 사용사업주의 관계

양자 사이에 존재하는 것은 근로자파견계약으로 인한 법률관계이다. 사용사업주가 해당 파견근로자를 직접 고용하는 의사표시를 행하여 법적 효과가 발생한다면, 이것은 해당 파견근로자의 파견을 목적으로 하는 근로자파견계약에 사정변경이 발생한 것이다. 따라서, 파견사업주 또는 사용사업주는 해당 파견근로자에 해당되는 계약부분을 해지하거나 다른 근로자의 파견으로 대체할 수 있을 것이다. 다만, 근로자파견계약도 부분적으로 파견법의 적용을 받기 때문에 노동법적 성격이 없는 것은 아니지만, 주로 계약의 법리에 의해 해결되어야 하므로 이에 관한 자세한 검토는 생략한다.

3. 직접고용과 근로관계의 내용

법률의 규정으로 직접 고용관계가 성립하거나, 또는 종전과 달리 사용사업주가 해당 파견근로자와 직접고용을 위한 근로계약을 체결해야 근로관계가 발생한다고 해석하여도, 근로조건 등 근로관계의 내용문제는 별개의 것이다. 이와 관련하여 발생할 수 있는 쟁점은 크게 근로조건 내용과 고용의 형태가 될 것이다.

1) 근로조건

사용사업주가 해당 파견근로자를 고용하는 의무를 이행하여도, 근로관계의 내용은 기본적으로 양당사자가 결정해야 할 계약의 자유에 속하는 사항이다. 이러한 원칙에 따르면, 법률로 그 내용을 결정하는 것은 부당하다. 그러나, 계약 체결의 자유만을 강조하게 되면, 해당 파견근로자에게 일반적으로 불리할 개연성이 있고, 또한 파견근로자 또는 기간제 근로자에게 인정되는 차별적 처우의 금지와 균형성 등의 이유에서, 파견법은 몇 가지의 특칙을 규정하고 있다(동법제7조제3항).

우선, 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에, 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건에 의한다. 여기서 취업규칙 등은 예시적 사항으로 파악되며, 근로계약 등에서 정한 내용이 있다면 그것도 비교의 대상이 될 것이다. 위와 같은 근로자가 없는 경우에는, 파견근로자에게 적용되던 기존의 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니 된다. 이것은 파견근로자가 파견사업주로부터 보장받았던 근로조건 등을 의미한다. 그런데, 문제는, 파견근로자의 근로조건을 보호하기 위한 이러한 법 문언의 내용에 대해 법적 성격과 그 효과를 어떻게 파악할 것인지 하는 점이 제기될 수 있다.

첫째, 파견근로자에게 적용되는 차별금지와 그 시정절차를 고려할 때, 위 내용은 파견근로자에게 보장되어야 할 최소한의 기준을 설정한 것이기 때문에 강행적 성격으로 파악된다. 따라서 이를 위반하는 내용은 무효로 되며, 그 부분에 한하여 법에 정한 내용이 적용된다. 둘째, 위와 같은 내용은 직접 고용시 당연히 근로계약의 내용이 되는지 아니면 그 계약내용에 포함시켜야 효력이 발생하는 기준을 예시한 것에 불과한 것인지 하는 점이다. 이것은 단정하기 어려운 성격으로 양론이 가능할 것 같다. 일정한 요건에 해당하여도 고용간주가 아니라 직접 고용할 의무가 발생하는 점과 연결하여 기준을 예시한 것으로 파악하는 것이다. 이와는 달리, 근로관계의 성립과 반드시 연결할 필요가 없고, 법 문언에 ‘확정적’으로 표현되어 있는 점을 고려할 때 최소한의 기준으로 근로계약에 포함된 것으로 해석하는 것이다. 입법취지를 고려할 때, 후자의 입장이 타당하고, 이를 위반하면 파견근로자는 사용사업주에 대해 그 기준을 적용하여 근로조건을 이행하라고 요구할 수 있다.

한편, 직접 고용시 위와 같은 근로조건은 파견근로자에게 반드시 유리한 것으로만 파악될 수 없다. 예컨대, 해당 파견근로자가 위에서 언급한 내용 보다 유리한 임금 등 근로조건을 요구하고, 그것에 합리적 이유가 있음에도 불구하고, 사용사업주가 해당 파견근로자를 고용하지 아니할 목적으로 그 요구를 거부하고 법이 정한 기준에 따르자고 주장하는 경우도 예상할 수

있다. 이런 경우에도 전술한 내용과 논리상 일관성을 유지하기 위해서는 동일하게 해석할 수밖에 없다.

2) 고용의 형태

개정 파견법은 직접 고용시를 전제로 근로조건에 관해서만 규정하고 있기 때문에, 직접고용의 형태에 관해서 기간제 근로계약도 가능한지 아니면 기간의 정함이 없는 계약을 체결해야 하는지가 문제될 수 있다. 파견근로자의 고용불안은 간접고용에서 발생하는 것이기 때문에 노무를 제공하는 사용사업주에게 직접 고용되는 것이 가장 우선적인 해결과제이다. 또한 고용형태에서 기간제 근로가 성행하고 있는 점, 파견법이 근로관계의 성립으로 형성되는 고용형태까지 관여하는 것은 채용의 자유에 너무 과도하게 개입하는 것이라는 점 등을 참고하면, 사용사업주가 기간제 근로계약을 체결하자고 제의하는 것도 가능하다고 해석할 수 있다. 그러나 이런 경우 파견근로자를 직접 고용하는 것 이외에는 고용불안을 해소하는 것에 도움이 되지 아니하고, 또한 기간제 근로자로 인하여 차별적 처우의 금지와 시정 등 새로운 문제도 발생한다. 따라서 사용사업주가 직접 고용할 의무에는 특별한 사정이 없는 한, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결해야 하는 것으로 해석해야 한다.¹⁷⁾

V. 직접고용의무의 파생효과(결론을 대신하며)

파견법의 제정 이전에도 외형상 도급계약이지만 그 실질적 내용은 불법파견 또는 위장된 사내하도급으로 파악되는 노무공급계약이 성행하였다. 그런데 파견법의 제정 이후 사용사업주의 책임까지 회피하려는 목적에서 이러한 형태는 더욱 증가하였다. 따라서 이러한 형태로 근무하는 근로자의 고용불안과 저임금 등 근로조건 열악성은 파견법의 적용을 받는 파견근로자와 유사하다. 그런데, 파견법의 시행 이후에는 이러한 위장도급의 문제는 근로자파견사업의 허가를 받지 아니하거나 파견대상업무이외에 근로자를 파견하였다는 점에서 불법파견으로 파악하여 왔다. 또한 파견법상의 직접고용에 관한 규정을 원용하여, 사내하도급 등의 근로자에 대해 노무를 제공받는 사업주를 대상으로 직접고용을 간주하여 근로자지위확인 또는 해고무효확인 등을 주장하거나 법원 또는 노동위원회에 청구하기도 하였다.

17) 박수근, “비정규직법의 해석과 과제”, 「노동법연구(제22호)」 서울대노동법연구회, 2007, 78면.

그러나 이러한 청구에 대해 노동분쟁해결기관은 근로자와 하도급업자 사이에 존재하는 고용계약, 하도급업자와 노무제공을 수령하는 원청회사와의 도급 또는 용역계약의 존재를 기준으로 판단하는 경향이 강하였다. 그리하여, 위장도급 또는 사내하도급의 형식으로 노무를 제공받고 있는 원청회사와 근로자 사이에 고용관계가 존재한다는 법원과 노동위원회의 결정은 매우 드물었다. 또한, 이를 인정한다고 하여도 불법과건과 직접고용간주에 관한 법리적 해석이 아니라 노무를 제공하는 근로자와 이를 수령하는 원청회사 사이에 실질적인 근로관계가 형성되었다는 사실관계를 전제로 판단되는 경우이었다.¹⁸⁾ 물론, 본질적으로 위장도급과 불법과건의 관계를 명확하게 정리하게 어려운 측면은 있다.

한편, 해당 근로자와 노동계는 위장도급과 불법과건으로 의심되는 사안에 관해 개정전 과건법 제6조 제3항의 고용간주조항을 근거로 직접고용관계의 성립을 주장 또는 청구하여 왔다.¹⁹⁾ 그런데 개정법은 이를 변경하였고, 그 해석론으로 사용사업주에게 고용의무를 부과하는 것으로 해석하게 되면, 과건법의 적용을 받는 과건근로자 뿐만 아니라 위장도급 또는 사내하도급의 근로자에게도 상당한 파급효과가 예상된다. 어떻게 보면, 직접고용의 간주조항은 과건법의 적용을 받는 과건근로자 보다는 위장도급 또는 사내하청의 근로자들이 의지할 유력한 법적 근거이었다. 따라서, 이 제도에 대한 과건법의 변화는, 이러한 고용형태를 불법과건으로 규정하고, 과건법상의 직접고용을 간주하여 고용관계의 성립 또는 부당해고를 청구하던 법리는 이제 그 근거를 상실하였거나 변경되어야 할 것 같다. 따라서 사용사업주에게 과건근로자를 직접 고용할 의무가 발생하는 법리는 위장도급 또는 사내하도급근로자에게 미치는 파급효과도 매우 크다. 그러므로 이에 관한 새로운 법리의 연구와 적용이 더욱 시급한 과제로 제기된다.

(논문게재 확정일자 : 2007. 07. 25)

주제어: 과건근로자, 과건근로자의 직접고용

18) 예컨대, 대표적인 것으로 대판2003. 9. 23. 2003두3420.

19) 한편, 이러한 분쟁에서 항상 선결적으로 문제되는 근로자과건과 도급의 구별기준 등에 관해서는, 조인영, “근로자과건관계의 판단방식과 기준”, 「노동법연구(제22호)」 서울대노동법연구회, 2007, 160면이하참고.

< 참고 문헌 >

- 강성태, “비정규직법안의 내용과 과제”, 「노동법학」(제21호), 한국노동법학회, 2005.
박종희, 「비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구」, 중노위, 2006.
이재용, “위장도급과 불법파견에 있어 고용관계”, 「노동법학제22호」, 한국노동법학회,
유성재, 「취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안(I)」, 한국법제연구원, 2002.
조임영, “근포자파견관계의 판단방식과 기준”, 「노동법연구(제22호)」서울대노동법연구회, 2007.
조경배, “직접고용의 원칙과 파견근로”, 「민주법학(제19호)」, 2001.
전윤구, “비정규법안과 차별금지”, 「노동법학」(제23호), 한국노동법학회, 2006.
최홍엽, “파견기간초과시 고용간주규정의 해석”, 「노동법연구(제10호)」, 서울대노동법연구회, 2001.
Schüren · Hamann, *Abeitnehmerüberlassungsgesetz*, 3.Aufl., C.H.Beck, 2007, S. 394, 456.

〈Abstract〉

Legal Issues of Dispatched Worker and Employment of User-Employer

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 comparison 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.

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 types-employment from him.

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.

key words : Dispatched Worker, Employment of User-Employer