

## 직접고용 의무이행은 정규직 고용이 원칙이다

- 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결 -

### 【판결 요지】

직접고용 의무 규정의 입법취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용 의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙이다. 다만, 파견법 제6조의2 제2항에서 파견근로자가 명시적으로 반대의사를 표시하는 경우에는 직접고용 의무의 예외가 인정되는 점을 고려할 때 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용 의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망하였다거나, 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 등과 같이 직접고용관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 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. 따라서 직접고용 의무를 부담하는 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하면서 앞서 본 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결하는 경우 이는 직접고용 의무를 완전하게 이행한 것이라고 보기 어렵고, 이러한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견근로자를 보호하기 위한 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다.

구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)상의 직접고용 간주 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우 그 계약기간을 어떻게 해야 하는지는 이미 대법원의 판결이 있었다. 구 파견법상의 직접고용 간주 규정은 '적법한 근로자 파견'에만 적용된다고 축소 해석할 수 없다고 판시했던 이른바 '에스코 판결'<sup>1)</sup>에서 대법원은 직접고용 간주된 경우의 근로계약 기간은 특별한 사정이 없는 한 기한의 정함이 없는 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있다. 그러나 2007. 7. 1. 구 파견법상의 직접고용 간주 규정이 현행 파견법상의 직접고용 의무 규정으로 바뀐 이후 직접고용 의무 규정에 따른 직접고용 시 그 고용 형태에 대한 대법원 판결은 없었다. 대상 판결은 이 쟁점에 대한 첫 번째 대법원 판결이다.

대상 판결을 검토하기에 앞서 그 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 근로자 파견업무 등을

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

하는 인터프로셀 주식회사의 근로자인 원고는 2010. 7. 12.부터 2014. 7. 13.까지 방송사업자인 피고 대전방송의 사업장에 파견되어 방송운행(MD) 업무를 수행하였다. 피고는 2014. 7. 14. 직접 원고와 기간을 2014. 7. 14.부터 2015. 7. 13.로 하고 원고가 피고의 방송운행 업무 등에 종사하기로 하는 근로계약을 체결하고, 기간을 2015. 7. 14.부터 2016. 7. 13.까지로 하여 근로계약을 1회 갱신(이하, 이 사건 근로계약)하였으나, 이후 근로계약을 갱신하지 않고 근로관계를 종료하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 갱신거절 무효확인 청구 소송을 제기하였다.

이에 대해 1심과 원심인 2심 법원은 직접고용 의무 규정에 따른 직접고용 시 근로계약의 기간에 대하여는 판단하지 않은 채 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 유효하다는 전제하에 갱신 기대권의 존재 여부 및 갱신 거절의 합리적 이유의 존재 여부에 대해 판단하였다. 이에 대한 1심 판결과 2심 판결은 엇갈렸다. 1심 법원이었던 대전지방법원<sup>2)</sup>은 원고에게는 이 사건 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 존재하고, 피고가 근로계약 갱신을 거절한 행위는 원고의 정당한 기대권을 합리적 이유 없이 침해한 행위로서 실질적으로 해고에 해당한다고 판단하여 원고의 청구를 인용하였던 반면, 2심 법원이었던 대전고등법원<sup>3)</sup>은 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대해 대상 판결은 【판결요지】와 같이 판시하면서, 원심이 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 그대로 유효하다고 전제하고 이 사건 근로계약은 이 사건 갱신거절에 따라 기간만으로 종료하였다고 판단한 것은 파견법상 직접고용 의무에 관한 법리를 오해한 것이고 이에 대해 심리를 다하지 않았다는 이유로 파기환송하였다.

대상 판결은 직접고용 의무 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 그 고용 형태에 대해 판시한 최초의 판결로서 몇 가지 의미를 지니고 있다.

첫째, 대상 판결은 사용사업주가 직접고용 의무 규정에 따라 파견근로자와 직접 근로계약을 체결할 때 사용사업주는 구 파견법상 직접고용 간주 규정과 마찬가지로 파견근로자를 정규직으로 고용하는 것이 원칙임을 선언한 판결로서 의미가 있다. 현행 파견법상의 직접고용 의무 규정은 구 파견법상의 직접고용 ‘간주’가 ‘의무’로 바뀐 것으로 파견근로자의 고용안정이라는 규정의 입법 취지 및 목적에는 변화가 없다는 점에서 직접고용 간주 규정과 달리 해석할 하등의 이유가 없다는 점에서 대상 판결의 결론은 지극히 타당하다.<sup>4)</sup> 한편, 대상 판결에 따르면라도 사용사업주에게 직접고용 의무가 발생하기 전에 파견근로자를 직접 고용하는 경우와 사용사업

2) 대전지방법원 2017. 7. 5. 선고 2016가합105651 판결.

3) 대전고등법원 2018. 1. 11. 선고 2017나12910 판결.

4) 대상 판결과 같은 주장이 없었던 것은 아니다. 「파견법」과 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)은 2년 초과 사용근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약으로 직접 채용하라는 취지로 이해되는 점, 직접고용 의무 시 기간제 근로계약이 가능하다고 해석하면 단기의 기간제 근로계약을 체결함으로써 직접고용 의무를 이행함으로써 이를 회피하는 것이 가능하다는 점 등을 이유로 직접고용 간주 규정에 대한 대법원 판결과 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한 기간의 정함이 없는 근로계약이 된다고 해석하는 것이 타당하다는 견해로 온주 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조의2 방주 9.

주에게 직접고용 의무가 발생한 이후에 직접 고용하는 경우는 구분될 필요가 있다. 전자의 경우에는 사용사업주에게 파견법상의 의무가 존재하지 않기 때문에, 사용사업주가 파견근로자를 기간제로 채용하는 경우에도 법 위반이라고 볼 수 없는 데 반해, 후자의 경우에는 대상 판결이 적용되어 직접고용 의무 규정을 잠탈하는 것으로 보기 어려운 특별한 사정이 없는 한 기간의 정함이 없는 근로계약으로 체결하여야 한다.<sup>5)</sup>

둘째, 대상 판결은 직접고용 시 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈하는 것으로 보기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있으나, 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다고 밝히고 있다. 직접고용 간주 규정에 대한 종래 대법원 판결에서는 사용사업주가 파견근로자를 기간제로 고용할 수 있는 '특별한 사정'을 구체적으로 언급하고 있지 않았던 데 반해, 대상 판결은 직접고용 의무를 부담하는 사용사업주가 파견근로자를 기간제로 고용할 수 있는 '특별한 사정'을 판단하는 원칙적인 기준을 제시하고 있다. 대상 판결에 따르면, '특별한 사정'이란 직접고용 관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 경우를 말한다. 이와 관련하여 대상 판결은 '특별한 사정'이 인정되는 대표적인 경우로 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용 의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망한 경우 또는 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 예시적으로 열거하고 있다.

셋째, 대상 판결은 직접고용 의무를 부담하는 사용사업주가 특별한 사정이 없음에도 파견근로자를 기간제로 직접고용하는 것은 직접고용 의무를 완전히 이행한 것이라 볼 수 없고, 근로계약 중 기간에 관한 부분은 강행규정인 파견법에 위반하여 무효가 된다고 밝히고 있다. 직접고용 간주 시 근로계약 기간에 대한 종전 대법원 판결이 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결한 경우의 법적 효과에 대해 밝히고 있지 않았던 데 반해, 대상 판결은 근로계약 기간에 관한 정함은 파견법 규정의 강행성에 비추어 일부 무효가 될 수 있다는 점을 분명히 하고 있다는 점에 의의가 있다.

한편, 대상 판결은 향후 해석상의 여지를 남기고 있다. 대상 판결이 직접고용 의무 규정의 경우에도 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 파견근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약으로 고용하는 것이 원칙임을 선언한 이상 향후 어떠한 경우에 '특별한 사정'이 인정될 수 있는지가 해석상 집중적으로 논의될 것으로 판단된다. 대상 판결이

5) 같은 취지로 온주 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조의2 방주 9.

예시하고 있는 경우 이외에 사업의 완료 등과 같이 근로 제공에 대한 사업상의 필요성이 명확히 정해져 있는 경우 등에도 '특별한 사정'이 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다.<sup>6)</sup> 사용사업주가 파견근로자를 기간제 근로자로 고용할 수 있는 '특별한 사정'에 대한 후속 판결 및 해석상의 논의가 이어지기를 기대한다.

여하튼 대상 판결은 직접고용 의무 이행은 정규직 고용이 원칙임을 선언하였다. 대상 판결이 있기 전 고용노동부는 파견근로자를 직접 고용하는 경우 기간제근로자로 고용하는 것이 가능한지에 대해 기간제 근로계약을 체결하는 것도 가능하다는 견해를 취하고 있었다. 고용노동부는 질의회시에서 “파견법에서는 직접고용 의무만 부과하고 있을 뿐 고용 형태에 대하여는 달리 규정하고 있지 않으므로 기간제 근로계약의 방식을 취하더라도 무방하다.”<sup>7)</sup>거나 “노사 당사자간의 합의로 무기 계약 또는 기간제 근로계약을 맺을 수도 있다.”<sup>8)</sup>라고 밝힌 바 있다.<sup>9)</sup> 이에 따라 실제 노동 현장에서는 사용사업주에게 직접고용 의무가 적용되는 경우에 사용사업주가 파견근로자를 기간제 근로자로 고용하여도 그 의무를 이행한 것으로 처리하는 경우가 적지 않았다. 대상 판결에 배치되는 고용노동부의 행정해석은 이 판결에 취지에 따라 즉시 변경되어야 할 것이다. **KLI**

김기선(충남대학교 법학전문대학원 교수)

6) 참고로, 파견근로자와 사용사업주 간에 직접고용이 간주되는 경우 그 근로관계의 기간에 대하여는 정하고 있는 독일 근로자파견법 제10조 제1항 제2문은, 사용사업 내 파견근로자의 근로제공에 기간의 정함이 있었고, 사용사업주와 파견근로자 간에 기간의 정함이 있는 근로관계의 체결을 정당화할 수 있는 객관적인 사유가 있는 경우 파견근로자와 사용사업주 간에 고용이 의제된 근로관계는 기간의 정함이 있는 것으로 본다(독일 근로법 제14조 제1항 제2문에 따르면, ① 근로제공에 대한 사업상의 필요가 일시적인 경우, ② 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ③ 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ④ 근로제공의 성질상 기간제 근로계약의 체결이 정당한 경우, ⑤ 시용을 위한 기간제 근로계약의 체결, ⑥ 근로자의 일신상의 사유에 의한 기간제 근로계약의 체결, ⑦ 재정법상 기간제 근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하는 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정(독일 근로법 제14조 제1항 제2문에 따르면, ① 근로제공에 대한 사업상의 필요가 일시적인 경우, ② 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ③ 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ④ 근로제공의 성질상 기간제 근로계약의 체결이 정당한 경우, ⑤ 시용을 위한 기간제 근로계약의 체결, ⑥ 근로자의 일신상의 사유에 의한 기간제 근로계약의 체결, ⑦ 재정법상 기간제 근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하는 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정(독일 근로법 제14조 제1항 제2문에 따르면, ① 근로제공에 대한 사업상의 필요가 일시적인 경우, ② 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ③ 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ④ 근로제공의 성질상 기간제 근로계약의 체결이 정당한 경우, ⑤ 시용을 위한 기간제 근로계약의 체결, ⑥ 근로자의 일신상의 사유에 의한 기간제 근로계약의 체결, ⑦ 재정법상 기간제 근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하는 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정)에 의해 근로계약의 기간이 정해지는 경우에는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유가 인정된다(독일 근로법 제14조 제1항 제2문). 한편, 독일 다수설에 따르면, 법률에 열거된 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유는 예시적인 것이기 때문에 여기에 국한되지 않는 것으로 해석된다.

7) 고용노동부 2007. 5. 3. 비정규직대책팀-1504.

8) 고용노동부 2007. 6. 26. 비정규직대책팀-2424.

9) 다만 고용노동부는 “사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하면서 사회통념상 합리성이 결여될 정도로 짧은 계약기간을 설정하는 경우라면, 당해 파견근로자의 사용기간, 종사했던 업무의 상시성 여부, 그간 동종 근로자의 채용관행 등 구체적 사실관계를 고려해 볼 때 사용사업주가 직접고용 의무를 면하기 위한 절차에 지나지 않는 것으로 판단되는 때에는 직접고용 의무를 이행하지 않은 것으로 볼 수 있”다고 밝히고 있다.