

취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안(I)

- 계약직 · 파견 · 단시간근로를 중심으로 -

유 성 재

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 설	7
제 2 장 계약직 근로	9
제 1 절 의 의	9
제 2 절 현행법의 문제점	12
1. 현행법의 내용	12
2. 해석론적 시도	14
제 3 절 외국의 입법례	20
1. 독 일	20
2. 프 랑 스	24
3. 유 럽 연 합	26
4. 일 본	27
제 4 절 법개정을 위한 검토사항	29
1. 정당한 사유	29
2. 적용범위	30
3. 해고와의 관계	32
4. 상한기간 · 입증책임 · 서면주의	33
제 5 절 결 론	35
제 3 장 파견근로	39
제 1 절 문제제기	39
제 2 절 위법한 근로자파견과 고용간주규정의 적용	40
1. 의 의	40
2. 법원의 견해: (주)SK 사건	41
3. 중앙노동위원회의 견해: (주)한국미쓰이물산 사건	45
4. 학 설	47
5. 사 견	51
제 3 절 위법한 근로자파견과 고용의제	52
1. 의 의	52
2. 판 례	54
3. 학 설	57

4. 외국의 입법례	59
5. 사 견	63
제 4 절 의제된 근로관계의 내용	67
1. 법규정의 필요성	67
2. 법규정의 성질	68
3. 임금·근로시간	69
4. 계약기간	70
제 5 절 결 론	75
제 4 장 단시간근로	77
제 1 절 의 의	77
제 2 절 현행법의 문제점	78
1. 현행법의 내용	78
2. 문제점	79
제 3 절 외국의 입법례	80
1. 독 일	80
2. 프랑스	86
3. 유럽연합	87
4. 일 본	88
제 4 절 법개정을 위한 검토사항	90
1. 초과근로	90
2. 초과근로수당	91
3. 기 타	95
제 5 장 법제개선방안	97
제 1 절 기본방향	97
제 2 절 「근로기준법」 개정안	97
제 3 절 「과건근로자보호등에관한법률」 개정안	98
제 4 절 「근로기준법시행령」 개정안	99
참고문헌	103

제1장 서설

2000년 8월을 기준으로 비정규직 근로자의 비율이 58.4%로 정규직 근로자보다 많은 것으로 조사됐다.¹⁾ 비정규직 근로자의 비율은 대부분의 국가에서 증가하고 있으며, 우리 나라의 비정규직 근로자의 비율은 다른 나라에 비해 매우 높은 편이다.²⁾ 이러한 비정규직 근로자의 증가현상은 노동시장의 변화에 따른 불가피한 현상으로 보기도 하지만, 비정규 근로는 노동법의 적용을 피하기 위한 수단으로 악용될 위험성이 있어 이에 대한 대책이 절실히 요구되는 분야중의 하나이다. 따라서 다른 나라들에서는 이미 노동시장의 유연화와 비정규직 근로자의 보호를 조화시키기 위한 입법활동이 활발히 진행되고 있다.

이러한 비정규 근로에는 ‘기간의 정함이 있는 근로’, ‘파견근로’, ‘단시간근로’ 등이 있다. 아래에서는 비정규근로에 관한 우리 현행법의 문제점을 분석하고, 유럽연합, 독일, 프랑스 및 일본의 입법례를 비교·분석하여 문제해결을 위한 대안을 제시해 보고자 한다.

취업형태의 다양화는 위에서 언급한 비정규직 근로자의 증가뿐만 아니라 특수취업형태종사자의 증가를 가져왔다. 이러한 특수취업형태종사자의 증가로 인하여 최근 이들의 근로자성은 사회적 문제로 대두되게 되었다.³⁾ 그러나 보험모집인, 학습지교사, 레미콘 운송차주로 대표되는 이들 특수취업종사자들은 근로자성에 의문이 제기되고 있다는 점에서 근로자성이 문제되지 않는 비정규근로자와는 구별되어 진다. 본 보고서에서는 계약직근로, 파견근로, 단시간근로로 대표되는 비정규근로의 노동법적 문제에 대해서 살펴보기로 한다.

1) 한겨레신문 2001년 5월 11일 1면 및 3면.

2) 한겨레신문 2000년 4월 1일 22면 참조.

3) 이에 대하여는 강희원·김영문, 근로자 개념과 계약의 자유 - 자영업인과 근로자의 구별을 중심으로 -, 2001; 강희원·이상윤·조준모·김영문, 특수고용직 종사자의 법적 지위 - 레미콘 운송차주를 중심으로 -, 2002; 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토 - 최근의 판례를 중심으로 -”, 노동법학 제14호(2002), 21면 이하; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1998 참조.

제 1 장 서 설

제2장 계약직 근로

제1절의의

‘계약직 근로’이라 함은 계약기간을 특정한 근로계약을 말한다. 이러한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에는 ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약(befristeter Arbeitsvertrag)’과 ‘일정한 목적의 달성까지로 계약기간을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약(zweckbefristeter Arbeitsvertrag)’ 및 ‘일정한 조건이 충족될 때까지로 계약기간을 정한 기간의 정함이 있는 근로계약(Auflösend bedingte Arbeitsvertrag)’이 있을 수 있다.

현행법상 근로계약의 당사자는 계약기간이 1년을 초과하지 않는 한 얼마든지 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있다. 왜냐하면 근로기준법 제23조는 “근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다”고 하고 있기 때문이다. 즉, 현행법은 근로계약의 기간에 대한 제한을 두고 있을 뿐 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 대한 제한규정을 두고 있지는 않다. 따라서 계약당사자는 당사자간의 합의에 의하여 기간의 정함이 없는 근로계약은 물론 기간의 정함이 있는 근로계약도 유효하게 체결할 수 있다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 원칙적으로 그 기간의 경과와 더불어 당연히 소멸되게 된다.⁴⁾

한편 근로기준법 제30조 및 제31조에서는 정당한 사유없이 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로계약이 종료될 수 없도록 하고 있다. 그러나 이러한 해고제한 규정은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’의 경우에만 적용된다. 따라서 명문규정만을 기준으로 해석할 경우 사용자는 계약기간이 1년을 초과하지 않는 한 자유로이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있으며, 이러한 기간의 정함이 있는 근로계약은 근로기준법 제30조 및 제31조의 적용을 받지 않고 기간의 경과와 함께 자동적으로 소멸하게 된다.

이처럼 기간의 정함이 있는 근로계약의 체결이 제한없이 인정되고 이러한 계약이 기간의 경과로 당연히 종료하게 된다면 이는 해고의 제한에 관한 근로기준법 제30조와 제31조의 취지를 무의미하게 하는 결과를 가져오게 된다.⁵⁾ 왜냐하면 사용자는 기간을 정한 근로계약을 연쇄적으로 체결함으로써 해고제한규정을 우회(迂廻)할 수 있게 되기 때문이다. 이러한 이유에서 판례⁶⁾도 수차에 걸친 반복된 근로계약에 대한 계약갱신거부를 해고로 보아 근로기준법 제30조 및 제31조의 소정의 사유가 없는 한 무효라고 하

4) 同旨: 대판 1989.6.27, 88누9640; 대판 1991.6.25, 91다1134; 대판 1992. 10.27, 92누9722; 대판 1993.4.23, 93다5093; 대판 1995.6.30, 95누528.

5) 이에 대하여는 김형배, “연쇄적 근로계약관계와 해고제한”, 월간고시(1976.8), 94면 이하; 이종복, “해지와 해고제한의 법원리”, 사법관계와 자율, 1993, 446면 이하 참조.

6) 대판 1975.6.24, 74다1625; 대판 1994.1.11, 93다17843 근로자지위확인; 서울지법 1995.8.24, 94가합105377 해임처분무효확인.

고 있다.

하지만 모든 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 이처럼 해고제한규정을 우회(迂廻)하기 위하여 체결되었다고 볼 수는 없을 것이다. 왜냐하면 계절적 업무, 수습사용, 휴가중인 근로자를 대신하기 위한 임시고용, 예산 및 기간이 제한된 프로젝트에 참여하는 것을 목적으로 하는 근로계약의 경우와 같이 객관적으로 정당한 이유를 갖춘 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’도 존재할 수 있기 때문이다. 따라서 해고제한규정의 우회(迂廻)에 대한 우려 때문에 어떠한 경우에도 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 금지하는 것은 타당하지 않다. 이러한 이유에서 유효한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 무효인 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’⁷⁾을 구별할 수 있는 기준이 필요하다. 그러나 우리 민법과 근로기준법은 아직 이에 대한 명문규정을 가지고 있지 않다⁸⁾.

아래에서는 이러한 점을 고려하여 ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정한 기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 노동법적 문제점에 대하여 살펴보기로 한다. 나머지 두 유형의 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 문제점에 대하여는 ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정한 기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 이론을 유추하여 적용할 수 있기 때문에 아래에서는 ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정한 기간의 정함이 있는 근로계약’과 관련된 범위에서만 언급하기로 한다.

아래에서는 또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 관련하여 근로기준법 제23조의 해석과 관련된 문제에 대하여는 언급하지 않기로 한다. 왜냐하면 두 문제점들 사이에는 본질적인 차이가 있다고 보여지기 때문이다. 즉, 근로기준법 제23조의 해석과 관련해서는 ‘1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약’에 있어서 기간에 관한 약정의 효력에 관한 문제와 ‘1년을 초과하지 아니하는 기간을 정한 근로계약’이 갱신된 경우의 계약기간을 얼마로 보아야 할 것인 지의 문제가 주축을 이루고 있는 반면,⁹⁾ 앞에서 언급한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 핵심은 기간의 정함이 있는 근로계약을 연쇄적으로 체결함으로써 발생하는 해고제한법규의 우회(迂回)를 어떻게 방지할 것인가에 관한 문제이다. 본 논문에서는 후자에 관한 문제를 중심으로 서술하고 전자와 관련된 문제에 대하여는

7) 이때 전체계약이 무효가 되는 것이 아니라 기간약정에 대한 부분만 효력을 상실한다는 것이다.

8) 판례도 연쇄적 근로계약에 대하여 해고제한규정을 적용한다고 하고 있을 뿐 기간의 정함이 있는 근로관계가 허용되는 일반적 기준 내지 요건에 대하여는 언급하고 있지 않다. 독일의 경우 『고용촉진에 관한노동관계법』이 제정되기 전까지 독일연방노동법원은 판례를 통한 법형성으로 기간의 정함이 있는 근로계약의 체결을 ‘객관적인 정당한 사유(sachlicher Grund)’가 있는 경우로 제한하고 있었다. 이에 대하여는 김형배, 앞의 논문(註 5), 98면 이하 참조.

9) 이에 대하여는 김선수, “1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 근로계약의 효력”, 노동법연구, 서울대학교 노동법연구회 편, 1997(제6호), 537면 이하; 김형진, “1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 근로계약의 효력”, 대법원판례해설, 1996년 하반기(통권 제27호), 385면 이하; 이은영, “임시직근로자의 계속근무와 퇴직금 -근로계약의 기간 및 갱신을 중심으로-”, 민사판례연구 XVIII, 1997, 236면 이하 및 272면 이하; 차지훈, “기간을 정한 근로계약에서 근로관계 존속의 보호”, 1998노동판례비평, 민주사회를 위한 변호사모임, 1999, 111면 이하 참조. ‘1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약’의 효력에 관한 판례로는 대판 1989.7.11, 88다카21296(변경전의 판례) 및 대판[전원합의체] 1996.8.29, 95다5783(변경된 판례)을 들 수 있고, ‘1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 근로계약’의 효력에 관한 판례로는 대판 1986.2.25, 85다카2096을 들 수 있다.

본 논문의 논점과 관련이 있는 범위에서만 언급하기로 한다. 또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 관련하여 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자를 기간이 경과하기 전에 사용자가 해고할 수 있을 것인지도 문제될 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 본 논문에서는 이와 관련된 문제는 본 연구와 관련된 범위에서만 언급하기로 한다.

제 2 절 현행법의 문제점

1. 현행법의 내용

(1) 법규정

‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 관한 실정법상의 규정으로는 근로기준법 제 23조를 들 수 있다. 그러나 근로기준법 제23조는 “근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다”고 하고 있어 장기의 근로계약에 수반하는 구속의 폐해를 배제하기 위한 규정으로, ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 통한 근로관계의 존속보호가 약화되는 문제점을 해결할 수 있는 규정이 아니다. 따라서 우리 나라의 현행 노동관계법 가운데 근로관계의 존속보호의 관점에서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한하는 법규정은 존재하지 않는다.

(2) 판례

판례는 근로관계의 존속보호의 관점에서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 대하여 제한을 하고 있지 않다. 단지, 판례는 “단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 예외적인 경우에 한하여 비록 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바 없게 되는 것이고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다”고 보고 있을 뿐이다.¹¹⁾

그러나 판례는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 민법 제662조에 의한 묵시갱신이 이루어지지 않는 한 기간의 경과로 자동적으로 소멸되게 된다¹²⁾고 보고 있다. 즉, 근로기준법 제30조 및 제31조는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’에 대해서만 적용될 수 있고 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에는 적용되지 않을 뿐만 아니라 계약 당사자는 자유로이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있으며, 이러한 근로계약은 기간의 경과로 자동적으로 소멸되기 때문에 근로관계의 종료를 위하여 해고제한규정에서 요구되는 ‘정

10) 이에 대하여는 이종복, “해지와 해고제한의 법원리”, 사법관계와 자율, 1993, 446면 이하 참조.

11) 대판 1998.1.23, 97다42489. 同旨: 대판 1994.1.11, 93다17843; 대판 1995.7. 11, 95다 9280.

12) 대판 1989.6.27, 88누9640; 대판 1991.6.25, 91다1134; 대판 1992.10.27, 92누9722; 대판 1993.4.23, 93다5093; 대판 1995.6.30, 95누528.

당한 사유'가 요구되지 않아 해고제한에 관한 근로기준법 제30조 및 제31조의 적용을 피하기 위한 사용자의 남용가능성에 대하여 아무런 대안을 제시하고 있지 못하다.

한편 판례는 근로기준법 제23조의 해석과 관련하여 동 규정을 위반한 근로계약에 대하여 “사용자는 근로기준법 제21조(현행 근로기준법 제23조)를 근거로 단순히 근로자에게 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자로서는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있다”고 하고 있다.¹³⁾ 그러나 이미 앞에서 설명한 바와 같이 근로기준법 제23조는 근로관계의 존속보호에 관한 규정이 아니어서 이러한 판례가 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 통한 해고제한규정의 우회방지와 관련하여 아무런 의미를 제공하지 못한다.

(3) 현행법의 문제점

위에서 살펴본 바와 같이 현행법은 계약기간에 대한 제한규정을 두고 있을 뿐 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결 자체에 대해서는 전혀 제한을 하고 있지 않으며, 단지 수차에 걸쳐 반복 갱신된 근로계약에 대해서만 근로관계의 존속을 보호하고 있다. 그러나 판례에 의한 이러한 보호만으로는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 관련된 문제를 근본적으로 해결할 수 없다고 보여진다. 예를 들어 1회성의 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결은 정당한 사유의 존재여부와 관계없이 무제한 허용되기 때문에 사용자는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하기 위한 정당성이 존재하지 않는 업무에 대하여 지속적으로 새로운 근로자와 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결함으로써 해고제한규정을 우회(迂回)할 수 있게 된다. 나아가 사용자가 동일한 근로자를 근로계약이 종료된 후 약간의 간격을 두고 다시 채용한 경우에도 해고제한규정이 무력화될 가능성이 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대한 체계적인 입법적 보완이 필요하다고 보여진다.¹⁴⁾

아래에서는 먼저 법관에 의한 법형성(해석론)을 통하여 이러한 문제점을 해결할 수 있는 지에 대하여 살펴보기로 한다. 지금까지 우리 나라에서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대한 해석론적 시도가 많지 않아, 독일에서 제기되었던 학설을 함께 살펴보기로 한다.¹⁵⁾

2. 해석론적 시도

13) 대판[전원합의체] 1996.8.29, 95다33264. 이러한 대법원의 입장은 동 판결에 의하여 변경되었다. 변경전의 대법원 판례는 1년을 초과한 근로계약은 1년의 기간을 가진 근로계약이 되며, 이러한 계약은 기간의 경과로 소멸되지만 기간이 경과한 후에도 근로관계가 현실적으로 계속되고 있는 경우에는 목시의 갱신규정(민법 제662조)에 의하여 기간의 정함이 없는 근로계약이 된다고 보았었다(대판 1989.7.11, 88다카21296).

14) 이에 대하여는 유성재, “고용계약 규정의 개정”, 민사법학 제16호(1998), 52면 이하 참조.

15) 이에 관한 독일의 학설과 판례에 대한 소개로는 김형배, “연쇄적 근로계약관계와 해고제한”, 월간고시(1976.8), 94면 이하; 정기남, “기간의 정함이 있는 근로관계에 있어서 사회적 위험분배”, 충남대학교 법률행정 연구소 논문집 제6권(1979), 3면 이하; 한정현, “임시·시용고용의 현대적 과제”, 국제화시대의 노동법의 과제(가산김치선박사고회기념), 1994, 431면 이하 참조.

(1) 해고제한규정 유추적용설

위에서 언급한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 문제점을 해결하기 위한 방안으로 먼저 법해석에 의하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한하자는 견해가 제기 되었다.¹⁶⁾ 이 견해에 의하면 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 해고제한규정이 유추적용 되어야 한다는 것이다. 이 학설은 해고제한규정을 사용자의 자의(恣意)에 의한 근로관계의 종료를 방지하기 위한 규정으로 보고, 이러한 해고 제한규정의 목적은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’뿐만 아니라 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에도 동일하게 적용되어야 한다고 보았다. 따라서 사용자는 ‘업무의 성격’이나 ‘근로자의 특별한 개인적 사정’과 같이 근로관계의 지속을 불가능하게 하는 사유가 존재하지 않는 한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 없다고 보았다. 왜냐하면 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한없이 허용할 경우 사용자는 자의(恣意)에 의하여 기간이 경과한 근로계약을 종료시킬 수도 있고 연장할 수도 있게 되는데, 이러한 사용자의 자의적(恣意的) 권리행사를 방지하기 위한 것이 해고제한법의 취지라는 것이다. 또한 해고제한법의 입법자는 의도적으로 동 법의 적용을 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 제한하고 있지 않기 때문에 동 규정은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 유추적용 될 수 있다는 것이다.

그러나 이러한 ‘해고제한규정 유추적용설’에 대하여는 유추적용을 위한 요건의 하나인 법률관계의 유사성이 결여되어 있다는 문제점이 제기되고 있다. 즉, 이 학설이 주장하는 바와 같이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 해고제한규정이 유추적용 되기 위해서는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’에 있어서의 사용자의 자의적(恣意的) 해고와 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 있어서 사용자의 자의적(恣意的) 계약연장거부가 동일시 될 수 있어야 할 것이다. 그러나 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’에 있어서 자의적(恣意的) 해고가 금지된다 함은 사용자의 권리행사(해고권행사)를 통하여 근로자의 권리(근로관계의 존속에 대한 권리)가 침해되는 것이 금지된다는 것으로 근로자에게 보호될 권리가 존재하고 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 기간의 경과로 자동적으로 소멸되기 때문에 근로자에게 보호될 권리가 존재하지 않아 사용자의 자의적(恣意的) 권리행사를 논할 수 없게 된다는 점에서 양자를 동일하게 볼 수 없다고 보여진다. 물론 사용자의 자의적(恣意的) 권리행사가 계약체결 과정에 개입되었다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 계약체결 시점에는 근로자에게 근로관계의 존속에 대한 권리가 존재하지 않는다는 점에서 계약체결 과정에서 사용자가 자의적(恣意的)으로 권리를 행사하여 근로자의 권리가 침해될 가능성 역시 존재하지 않는다. 따라

16) 김형배, “연쇄적 근로계약관계와 해고제한”, 월간고시(1976.8), 94면 이하; Blomeyer, “Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzesinterpretation”, RdA 1967, S. 406 ff.; Bötticher, “Gutachten. Handhabung des Bestandsschutzes beim Kettenvertrag. Zugleich zu Urteil des BAG v. 12.5.1955”, BB 1955, S. 673; König, Der Bestandsschutz befristeter Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern im Hochschulbereich, 1985, S. 129 ff.

서 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’에 있어서의 사용자의 자의적(恣意的) 해고와 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 있어서 사용자의 자의적(恣意的) 계약연장거부가 동일하다는 것을 전제로 한 ‘해고제한규정의 유추적용설’은 타당하지 않다고 본다.

(2) 배려의무 위반설

한편 일부에서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 대한 제한을 사용자의 배려의무에서 찾고 있다.¹⁷⁾ 이 견해에 의하면 사용자가 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하는 것은, 법이 근로자에게 보장하고 있는 근로관계의 존속보호라는 권리를 사용자가 박탈하는 것으로, 사용자의 배려의무 위반에 해당한다는 것이다. 이 학설에 의하면 이러한 배려의무 위반은 연쇄적 근로계약에 있어서는 선행계약에 대한 적극적 채권 침해이론에 의한 책임이, 그리고 일회성 근로계약의 경우에는 계약체결상의 과실책임이론에 의한 책임이 발생하게 된다.

그러나 이러한 배려의무 위반설은 배려의무를 해고제한규정으로부터 도출하고 있다는 점에서 비판을 받고 있다. 왜냐하면 해고제한규정은 사용자의 배려의무를 입법자가 구체화한 것이기 때문에 해고제한규정으로부터 다시 배려의무를 도출하는 것은 옳지 않다는 것이다. 나아가 배려의무 위반설은 사용자의 배려의무 위반을 손해배상책임으로 연결시킴으로써 근로관계의 존속보호에 충분히 기여할 수 없다는 점도 문제점으로 지적되고 있다.

(3) 형평성설

또한 독일에서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 관한 문제를 형평성 통제에 관한 규정(독일 민법 제315조¹⁸⁾)을 적용하여 해결하자는 학설이 주장되었다.¹⁹⁾ 독일 민법 제315조는 계약에 의한 채무관계에서 계약당사자의 일방에 의하여 급부의 내용을 확정하는 경우에 적용하기 위한 규정이다. 이 학설은 이 규정의 적용을 계약의 내용이 계약당사자의 일방에 의하여 확정되는 모든 경우로 확대하여야 한다고 전제하고,²⁰⁾ 정당한 사유가 없는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 형평에 반하는 계약이 되며 이러한 계약은 법원의 판결을 통하여 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 전환된다고 보았다.

17) Hueck, “Kettenverträge”, RdA 1953, S. 85 ff.; Nikisch, “Kündigungsschutz bei sogenannten Kettenverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen?”, BB 1955, S. 197 ff.

18) 독일 민법 제315조 ①계약당사자의 일방에 의하여 급부를 확정하여야 하는 경우에 의심스러운 때에는 공평한 재량에 의하여 확정을 하여야 한다. ②확정은 상대방에 대한 의사표시로써 행한다. ③공평한 재량에 의하여 확정을 하여야 하는 경우에 그 확정은 공평에 적합한 때에만 상대방에 대하여 구속력을 가진다. 그 확정이 공평에 적합하지 아니한 때에는 판결로써 확정을 하며 확정이 지체되는 때에도 동일하다.

19) Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 121, 136.

20) 독일 연방상사법원은 민법 제315조를 보통거래약관에 대하여도 적용할 수 있다고 보았다(BGHZ 38, S. 186).

이 학설에 대하여는 민법 제315조를 독일 연방상사법원의 견해에 따라 보통거래약관에까지 확대 적용하는 것을 인정한다고 하더라도, 보통거래약관과 계약의 내용이 일방적으로 결정되는 계약은 동일한 개념이 아니기 때문에 민법 제315조의 적용을 계약의 내용이 일방적으로 결정되는 모든 계약으로 확대하는 것은 옳지 않다는 비판이 제기되었다. 즉, ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 보통거래약관으로 취급되어 민법 제315조가 적용되기 위해서는 사용자가 사전에 계약기간을 특정하여 두었거나 근로자가 이에 대하여 영향력을 미칠 수 있는 가능성이 전혀 존재하지 않아야 할뿐만 아니라 개별적으로 자유롭게 기간에 관한 약정을 할 수 있는 가능성이 배제되어 있어야 한다. 그러나 일반적으로 이러한 요건을 충족한 경우는 많지 않을 뿐만 아니라, 이러한 요건이 충족됨을 증명하는 것도 현실적으로 매우 어렵다. 나아가 우리 민법은 독일 민법 제315조에 상응하는 법규정을 가지고 있지 않아 이러한 이론을 우리 나라에 적용하는 것은 더욱 더 옳지 않다고 보여진다.

(4) 헌법합치적 법해석설

나아가 일부에는 헌법합치적 법해석을 통하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한하자는 견해가 제기되었다.²¹⁾ 이 견해에 의하면 헌법은 민법의 상위법으로서 사적자치의 원칙은 헌법의 범위 안에서 보장될 수 있다. 따라서 계약자유의 원칙 역시 사회국가원리에 적합하도록 행사되어야 하기 때문에 계약자유의 원칙은 사회국가원리에 반하는 결과를 추구하는 방향으로 행사될 수 없다는 것이다. 나아가 이러한 계약자유의 원칙에 대한 제한은 법률로 하는 것이 원칙이지만, 입법자가 이에 대하여 침묵하고 있다면 법원에 의해서도 이러한 통제는 가능하다고 보고 있다. 이러한 이유에서 이 학설은 계약기간이 정당한 사유없이 사용자에게 의하여 근로자에게 일방적으로 강제되었다면, 그 부분에 한하여 계약은 무효라고 한다.

그러나 이 학설은 입법자의 입법형성권에 대한 방향성을 제시할 뿐 구체적인 권리를 창출하거나 다른 권리를 제한하는 기능을 가질 수 없는 사회국가원리로부터 계약자유의 원칙을 제한하고 있다는 비판을 받고 있다. 본 학설은 특히 독일의 경우와 달리 사회국가원리를 헌법에 명시하고 있지 않은 우리 나라에서는 더욱 설득력을 얻기 어렵다고 보여진다.

(5) 신뢰보호설

이에 반하여 기존의 학설들이 지나치게 사적자치를 등한시하고 있다는 비판과 함께, 법률에 근거하지 않고 계약자유의 원칙을 제한하는 것은 옳지 않다는 견해도 제기되고 있다.²²⁾ 즉, 이 견해는 수차에 걸친 계약갱신의 경우와 같이 근로자에게 계약연장에

21) Schröter, Befristete Arbeitsverträge und arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit, 1972, S. 127 ff.

22) Molitor, Kritisches zum Problem der Kettenverträge, BB 1954, S. 504.

대한 신뢰가 형성될 수 있는 정당한 사유가 존재하는 경우를 제외하고는 해석론에 의한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결금지나 강제적 계약연장은 불가능하다고 보고 있다. 이러한 견해는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 수차에 걸쳐 반복갱신 된 경우에만 근로관계의 존속보호를 인정하고 있는 우리 대법원의 견해와 유사하다.

그러나 이 학설의 주장에 따라 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한 할 수 있기 위해서는 근로자에게 계약연장에 대한 신뢰가 형성될 수 있는 정당한 사유가 존재하여야 하나, 이러한 경우는 현실적으로 매우 드물다. 왜냐하면 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우 설사 수차에 걸쳐 반복갱신 되었다 하더라도 계약의 종료시점이 명시된 경우가 일반적이기 때문이다. 따라서 본 학설에 의하여 보호를 받을 수 있는 경우는 사용자가 실수로 계약기간을 넘긴 경우와 같이 극히 예외적인 경우로 제한될 수밖에 없을 것이다.

(6) 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 현행 실정법에 따라 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대하여 근로관계의 존속을 보호해 줄 수 있는 경우는 신뢰보호설의 입장에 따라 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 수차에 걸쳐 반복 갱신되어 근로자에게 계약갱신에 대한 신뢰가 형성된 경우로 제한될 것이다. 그러나 이 견해에 따르면 정당한 사유없이 체결한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 많은 부분에 대한 보호가 불가능하게 된다. 예를 들어 1회성의 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결이나 일정한 간격을 두고 체결되는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우와 같이 위의 요건을 충족하지 못하지만 보호의 필요성이 있는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 보호대상에서 제외될 수밖에 없게 된다. 따라서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 문제는 입법론적으로 해결하는 것이 바람직하다고 본다. 아래에서는 입법론적 검토를 위하여 외국의 입법례와 우리나라에서의 지금까지의 논의에 대하여 쟁점별로 살펴보기로 한다.

제 3 절 외국의 입법례

1. 독 일

(1) 의 의

1985년에 『고용촉진에관한노동관계법』이 제정되기 전까지는 독일도 우리나라와 같이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한하는 법규정을 두고 있지 않았다. 따라서 독일에 있어서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 관한 문제는 독일 연방노동법원(BAG)의 판례에 의하여 규율되었다.²³⁾ 1950년대 독일 연방노동법원의 판례는

23) 독일 연방노동법원의 판례와 문제점에 대하여는 Seung-Jae Yu, Die Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, 1996, S. 74 ff.

‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 효력을 ‘해고제한법의 우회’의 존재여부를 기준으로 판단하였다.²⁴⁾ 그러나 1960년에 들어오면서 독일 연방노동법원은 ‘해고제한법의 우회’와 같은 주관적 요소가 아니라 ‘해고제한법의 우회’라는 객관적 결과의 발생여부에 따라 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 효력을 판단하게 되었다.²⁵⁾ 이러한 이론적 근거를 바탕으로 독일 연방노동법원은 1980년대에 이미 26개의 유형에 대하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있는 ‘정당한 사유’가 있는 것으로 인정하였다.²⁶⁾ 수차례 걸쳐 반복 갱신된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대하여 독일 연방노동법원은 각각의 개별계약 별로 ‘정당한 사유’의 존재여부를 심사하였다.

(2) 『고용촉진에관한노동관계법』의 주요내용

앞에서 살펴본 바와 같이 1985년까지 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결은 판례에 의하여 제한되고 있었다. 그러나 1985년에 제정된 특별법에 의하여 계약기간이 2년을 초과하지 않거나 3회에 걸쳐 연장된 근로계약기간이 2년을 초과하지 않는 경우에는 정당한 사유없이도 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있게 되었다. 1985년 4월 26일에 제정된 『고용촉진에관한노동관계법(Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung²⁷⁾』이 바로 그것이다. 이 법은 1985년 5월 1일에 시행되어 1989년 12월 31일까지만 효력을 가진 한시법(限時法)으로 제정되었다.²⁸⁾ 그러나 동법은 1990년과 1996년 2차례에 걸쳐 효력이 연장되어 2000년 12월 31일까지 효력이 유지되었다. 한편 2000년 12월 28일 『단시간근로및기간제근로에관한법률(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen)²⁹⁾』이 제정되면서 『고용촉진에관한노동관계법』은 폐지되게 되었다. 따라서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 문제는 2001년 1월 1일부터 『단시간근로및기간제근로에관한법률』의 적용을 받고 있다. 이러한 일반적 규율과는 별도로 일부 직종에 대하여는 특별법³⁰⁾에 의하여 ‘기간

24) BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

25) BAG AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

26) 이에 대하여는 MünchArbR/Wank § 113 Rn. 47 ff.; Koch, “Die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse”, NZA 1985, S. 345 ff. 참조.

27) BGBl. I 1985, S. 710 ff.

28) 『고용촉진에관한노동관계법(Beschäftigungsförderungsgesetz)』에 의하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 허용한 후 이 법에 의한 고용창출효과를 분석하는 보고서가 1989년과 1994년 2차례에 걸쳐 발표되었다. 1989년에 발표된 보고서에 의하면 이 기간동안의 고용창출효과는 1.3%로 이 법의 시행으로 인하여 불안해진 근로자들의 지위에 비하여 매우 낮았다. 1994년에 발표된 보고서에서는 그 효과가 약 3%로 약간 상승하였다. 동 보고서는 또한 이 기간 동안에 체결된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’들 가운데 50%는 동법이 없었다면 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 체결되었을 것으로 추정했다. 상세는 Büchtemann, “Geringe Beschäftigungswirkungerhöhe Beschäftigungsrisiken”, Die Mitbesimmung 1989, S. 548 ff.; Büchtemann/ Höländ, “Befristete Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG 1985)”, 1989; Bielski/Kohler/Schreiber-Kittl, “Beschäftigung und Arbeitsmarkt”, 1994 참조.

29) BGBl. I 2000, S. 1966 ff.

30) 대표적 예로 『대학 및 연구소에서 학술관련 인원의 채용에 있어서 근로계약기간에 관한 법률

의 정함이 있는 근로계약'의 체결이 예외적으로 허용되어 오고 있다.

(3) 『단시간근로및기간제근로에관한법률』의 주요내용

1) 정당한 사유

먼저 『단시간근로및기간제근로에관한법률』 제14조제1항은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 원칙적으로 정당한 사유가 있는 경우로 제한하고 있으며, 이러한 정당한 사유로 ①노동력에 대한 해당 사업의 수요가 일시적인 경우, ②기간의 정함이 직업교육이나 학업의 연결에서 연유되어 근로자의 장래활동을 보장하기 위한 경우, ③다른 근로자의 업무를 대신하기 위한 경우, ④업무의 특성이 기간의 정함을 정당화하는 경우, ⑤기간의 정함이 시용기간의 의미를 가지는 경우, ⑥근로자 개인적 사정이 기간의 정함을 정당화하는 경우, ⑦근로자가 예산법에 의하여 지정된 기간제 근로에 대한 예산에 의하여 급여를 지급 받고 있거나 이에 상응하는 근로에 종사하고 있는 경우, ⑧기간의 정함이 법원의 화해에 의한 경우를 들고 있다.

그러나 동법 제14조제2항은 예외적으로 계약기간 또는 최장 3회에 걸쳐 연장된 계약기간의 합이 2년을 초과하지 않으면 정당한 사유없이도 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있도록 하였다. 그러나 동법 제14조제2항제1문의 규정에 의한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하기 전에 동일한 사용자와 근로계약을 체결한 적이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 또한 동법 제14조제3항은 근로자의 연령이 만58세를 넘은 경우에도 정당한 사유없이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있도록 하였다. 그러나 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 이전에 동일한 사용자와 체결되었던 기간의 정함이 없는 근로계약과 밀접한 관련성을 가지고 있는 경우에는 그 정당성을 인정하지 않고 있다. 즉, 체결된 두 근로계약 사이의 기간이 6월을 넘지 않는 경우에는 위의 밀접한 관련성이 있는 것으로 보고 있다. 나아가 동법 제14조제4항은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 서면으로 체결한 경우에 한하여 그 유효성을 인정하고 있다.

동법 제16조는 근로계약에 있어서 기간의 정함이 무효인 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 보고 있다. 나아가 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 정당한 사유의 결여 또는 서면주의 원칙위반으로 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’이 된 경우 사용자는 약정한 기간이 경과하기 전까지 근로자를 해고할 수 없도록 하였다. 또한 동법 제15조제5항은 약정한 기간이 경과하거나 사업의 목적이 달성되었음을 사용자가 인식하였음에도 불구하고 근로관계가 계속되고 있는 상황에서 사용자가 즉시 이의를 제기하지 않거나 근로자에게 사업의 완성을 통지하지 아니하면 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된

(Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen v. 14. 6. 1985)』, 『의사의 계속교육을 위한 기간제 근로계약의 체결에 관한 법률(Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung v. 15. 5. 1986)』을 들 수 있다.

것으로 보고 있다.

2) 해고와의 관계

동법은 개별근로계약이나 단체협약으로 허용된 경우를 제외하고는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대한 사용자의 해고권을 인정하지 않고 있다(동법 제15조제3항). 또한 동법 제15조제1항은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 기간의 경과로 자동적으로 소멸함을 명백히 하고 있다. 이는 일정 시점까지로 계약기간을 정한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 별도의 의사표시 없이 자동적으로 소멸됨을 뜻한다. 그러나 동법은 일의 종류, 일의 목적 또는 일의 완성까지로 계약기간을 정하는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우에는 그 사업의 완성과 사용자가 근로자에게 사업완성을 통지한 후 2주가 경과함으로써 근로관계가 종료하도록 하고 있다. 이러한 계약의 경우에는 해고의 의사표시와 해고예고기간이 경과함으로써 비로소 근로관계가 소멸된다는 것이다.

3) 기 타

동법 제4조는 기간제 근로자에 차별을 금지하고 있으며, 그리고 동법 제19조에서는 사용자에게 기간제 근로자들이 직업교육에 참여할 수 있도록 배려할 의무가 있음을 명시하고 있다. 또한 동법 제18조에서는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’의 체결에 관한 사용자의 기간제 근로자에 대한 정보제공의무가, 그리고 동법 제20조에서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 현황에 관한 사용자의 근로자대표에 대한 정보제공의무가 명시되어 있다.

2. 프랑스

(1) 의 의

프랑스도 1982년까지 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 대한 입법적 제한을 두고 있지 않고 판례에 의하여 규율하였었다. 그러나 1982년 2월 5일 비정규직 근로자에 대한 규정이 프랑스 노동법전에 신설되게 되었는데, 여기에 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 규정이 포함되어 있다. 동 규정들은 1986년과 1990년에 개정되어 현재에 이르고 있다.³¹⁾ 아래에서는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 관한 프랑스 노동법전의 내용에 대하여 살펴보기로 한다.

31) 이에 대하여는 강성태, “기간의 정함이 있는 근로계약의 규율”, 노동법학 제7호(1997), 161면 이하; 김상호, 프랑스의 기간제·파견제·단시간제 근로자 보호관련 규정, 한국노총 중앙연구원, 2000, 9면 이하; 조정배, “비정규직 근로자의 고용보장”, 민주법학 제15호(1999), 215면 이하 참조.

(2) 정당한 사유

프랑스 노동법전(Code du travail)은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 법률이 열거한 경우로 제한하고 있다(노동법전 L. 122-1조 및 L. 122-2조). ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있는 경우로 ①근로자 측의 사정으로 우연적 또는 일시적으로 생긴 업무의 공백을 임시로 대체하기 위한 경우, ②사업활동이 일시적으로 증가된 경우, ③작업의 성질과 업무의 일시성으로 인하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하지 않는 것이 관행화 되어 있는 경우(노동법전 L. 122-1-1조), ④실업자의 고용을 용이하게 하기 위하여 행정부의 명령에 의하여 근로계약을 체결하는 경우, ⑤사용자가 근로자에게 법령이 정한 직업교육을 실시하는 경우(노동법전 L. 122-2조)를 들고 있다. 그러나 경영상 이유에 의한 해고를 행한 사업장에서는 6개월이 경과하기 전에 사업활동의 일시적 증가 또는 업무의 일시성을 이유로(노동법전 L. 122-2-1조) 또는 정의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 없도록 하고 있다(노동법전 L. 122-3조).

(3) 계약기간·계약의 해지

계약기간은 계약체결시 명시하여야 한다. 계약기간의 상한선은 18개월이다. 계약기간은 1회에 한하여 갱신될 수 있으나 그 기간은 최초의 계약기간을 포함하여 18개월을 초과할 수 없다. 그러나 법률이 정한 일정한 사유에 해당하는 경우에 한하여 계약기간을 9개월까지 더 연장할 수 있다(노동법전 L. 122-1-2조). ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하고 그 기간이 만료된 후에도 근로관계가 지속되는 경우에는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’이 체결된 것으로 본다(노동법전 L. 122-3-10조).

‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 당사자는 당사자간의 특약이 있거나 근로자에게 중과실이 있는 경우를 제외하고 계약기간이 만료되기 전에 계약을 해지할 수 없다. 이 규정을 위반한 경우 사용자는 잔여기간의 임금과 계약종료보상금을 지급하여야 하고, 근로자는 사용자의 실손해에 대한 배상책임을 진다(노동법전 L. 122-3-8조).

(4) 기 타

프랑스 노동법전은 또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자에 대하여 법률에 명시된 경우와 근로관계의 종료에 관한 규정을 제외하고는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’을 체결한 근로자와 동등한 권리를 인정하고 있다(노동법전 L. 122-3-3조).

나아가 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자가 기간의 만료로 계약을 종료하는 경우에는 계약종료보상금을 받게 된다. 그러나 이러한 보상금은 계약기간이 만료된 후 계약이 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 전환된 경우, 근로자의 중과실로 근로관계가 종료된 경우, 전과 동일한 근로조건으로 계약을 갱신할 수 있음에도 근로자가

이를 거부한 경우 및 방학기간을 이용하여 연소자와 체결한 기간제 계약이 종료한 경우에는 지급하지 아니한다(노동법전 L. 122-3-4조).

한편 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 반드시 문서로 작성하도록 하고 있으며(노동법전 L. 122-3조), ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 이상의 요건을 충족하고 있지 못한 경우에는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’이 체결된 것을 추정한다(노동법전 L. 122-3-13조).

3. 유럽연합

유럽연합은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결과 관련하여 입법지침을 가지고 있지 않다. 유럽연합이 비정규직 근로자의 보호를 위하여 체결한 입법지침으로는 1991년 7월 29일 제정된 『기간제근로자와파견근로에종사하는근로자의건강과안전에관한입법지침³²⁾』밖에 없다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 대한 제한과 이러한 계약을 체결한 근로자들의 보호를 목적으로 유럽 입법위원회는 1982년과 1984년 입법지침을 제정하였다.³³⁾

본 입법지침은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 서면으로 체결하도록 하고 있다(제2조제4항). ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 수 있는 정당한 사유로 5가지 유형을 제시하였다. 그러나 이 5가지 유형에 ‘근로자의 희망’이 포함되어 있지 않는 등 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결에 관한 정당한 사유가 완성되지 못했다는 비판을 받고 있다.³⁴⁾ 한편 동 입법지침은 직업교육과 경영 위원회의 활동에 있어서 정규직 근로자와 동등한 대우를 할 것(제2조 제1항 및 제2항)과 사용자에게 정규직원의 신규채용시 비정규직 근로자에 대한 정보를 제공할 의무를 명시하고 있다(제3조).

4. 일 본

(1) 법규정

일본의 경우에도 우리 나라와 같이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 정당한 사유가 있는 경우로 제한하는 법규정을 두고 있지 않다.³⁵⁾ 일본은 종전 노동기본법 제

32) Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. 7. 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis(ABl. 1991, Nr. L 206, S. 19).

33) 이에 대하여는 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996, S. 202 ff.; Wank, “Atypische Arbeitsverhältnisse”, RdA 1992, S. 103 ff. 참조.

34) Vgl. Wank, a.a.O.(註 33), S. 105.

14조에서 우리 근로기준법 제23조와 유사하게 “일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 경우 이외에는 1년을 초과하는 기간으로 체결하여서는 아니 된다”고 규정하고 있었다. 그러나 일본에서는 1990년대 초반부터 산업구조의 변화로 기업들이 우수한 전문 인력에 대한 수요의 증가와 우수한 경험과 능력을 지니고 유연하고 다양한 근로방식을 희망하는 근로자의 증가를 이유로 동 규정상의 상한선의 연장에 관한 논의가 계속되어 왔다. 그 결과로 1998년 9월 30일 동 규정을 개정하게 되었다.³⁶⁾

개정된 규정에 의하면 “신상품, 신업무 혹은 신기술의 개발 또는 과학에 관한 연구에 필요한 전문적인 지식, 기술 또는 경험이면서 고도의 것으로 노동대신이 정하는 기준에 해당하는 전문적 지식 등을 갖는 근로자와 체결한 근로계약”, “사업의 개시, 전환, 확대, 축소 또는 폐지를 위한 업무이면서 일정한 기간 내에 완료가 예정되어 있는 것에 필요한 전문적 지식 등이면서 고도의 것으로 노동대신이 정하는 기준에 해당하는 전문 지식 등을 갖는 근로자와 체결한 근로계약” 및 “만 60세 이상의 근로자와의 사이에 체결되는 근로계약”의 경우에는 근로계약기간을 3년까지 할 수 있도록 하였다.

그러나 일본 노동기본법 제14조는 우리 근로기준법 제23조와 마찬가지로 장기의 근로계약에 수반하는 구축의 폐해를 배제하기 위한 규정으로 본 논문에서 논의하고 있는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자에 대한 근로관계의 존속보호를 위한 규정은 아니다. 따라서 최근 일본에서도 반복 갱신된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대한 법적 규제가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.³⁷⁾ 아래에서는 근로계약기간의 상한선에 대한 상세한 논의를 생략하고 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 있어서 근로관계의 존속보호와 관련된 일본의 판례에 대하여 살펴보기로 한다.

(2) 판례

앞에서 살펴본 바와 같이 일본은 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 제한하는 법규정을 가지고 있지 않다. 나아가 판례도 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 일회성 체결에 대하여는 아무런 제한을 하고 있지 않다. 하지만 일본의 판례도 수차에 걸쳐 반복 갱신된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 해지에 대하여는 해고제한규정을 유추하여 제

35) 물론 계약기간이 만료한 후 근로자가 계속하여 노무를 제공하고 사용자가 상당한 기간내에 이익을 제기하지 아니하면 전과 동일한 조건으로 계약이 갱신된 것으로 보고 있다(일본 민법 제629조). 이 경우 갱신된 근로계약이 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 되는 지 전과 동일한 계약기간을 가진 ‘기간의 정함이 있는 계약’이 되는 지에 대하여는 학설과 판례가 대립하고 있다. 상세는 김재훈, “노동현안에 대한 일본에서의 사례”, 비정규직 근로자에대한 비교법적 검토, 경총 컨설팅, 2001, 198면 이하 참조.

36) 이에 대하여는 김재훈, 앞의 논문, 163면 이하; 최홍엽, “근로계약의 기간”, 노동법의 쟁점과 과제(김유성교수화갑기념논문집), 2000, 89면 이하; 大沼邦博, “改正労基法の政策と法理”, 労働法律旬報 No. 1461(1999.8.10), 4면 및 労働法律旬報 No. 1463(1999. 9.10) 14면 이하; 盛誠吾, “労働改契約關係”(正労働基準法の論点), 労働法律旬報 No. 1457(1999.6.10), 7면 이하 참조.

37) 이에 대하여는 労働省, “有期労働契約の反復更新に関する調査研究會報告”, 労働法律旬報 Nr. 1494(2000年 12月 下旬號), 46면 이하; 矢部恒夫, “有期労働契約に對する規制はただちに必要である -労働省, 有期労働契約の反復更新に関する調査研究會報告(平年12年9月)檢討, 労働法律旬報 Nr. 1494(2000年 12月 下旬號), 20면 이하 참조.

한을 가하고 있다.³⁸⁾ 일본의 판례는 해고제한규정을 유추하기 위하여 ‘신뢰보호설’의 입장을 취하고 있다. 즉, 반복갱신된 근로계약은 실질적으로 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’과 다름이 없어 반복 갱신된 근로계약의 갱신을 거절하기 위해서는 해고의 경우와 마찬가지로 정당한 사유가 있어야 한다는 것이다. 이러한 일본의 판례경향은 우리 대법원의 입장과 매우 유사하다.

제 4 절 법개정을 위한 검토사항

1. 정당한 사유

법개정을 위한 첫 번째 검토사항으로는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 정당한 사유가 있는 경우로 제한할 것인가가 문제된다. 입법론적 관점에서 볼 때 해고제한 규정과의 일관성 유지와 사용자에 의한 남용 가능성을 방지하기 위하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결은 정당한 사유가 있는 경우로 제한하는 것이 바람직하다고 본다.³⁹⁾ 예를 들어 방학중 학생들의 아르바이트와 같은 근로자의 희망 또는 근로자의 산전·산후휴가를 대신할 임시직 근로자의 경우와 같은 근로자의 일신상의 사유는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 ‘정당한 사유’에 해당한다 할 것이다. ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부를 판단하기 힘든 경우는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 필요가 사용자에게 존재하는 경우일 것이다. 즉 어떠한 사업장 혹은 어떠한 직무에 대하여 기간의 정함이 있는 계약을 체결할 ‘정당한 사유’가 있다고 보아야 할 것인가의 문제이다. 이러한 ‘정당한 사유’의 내용은 복잡·다양한 현대사회의 사업형태를 고려할 때 입법이 아니라 판례를 통하여 구체화되는 것이 바람직할 것이다.

또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 유효하게 체결되기 위해서는 그러한 계약을 체결하는 것에 대한 ‘정당한 사유’가 존재하여야 함은 물론 그 약정한 기간에 대하여도 ‘정당한 사유’가 존재하여야 할 것이다. 즉, ‘기간의 정함이 있는 계약’을 체결할 ‘정당한 사유’가 있다고 하여 그 기간을 자의적(恣意的)으로 정하여서는 안 된다는 것이다. 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 단기간의 근로계약을 연쇄적으로 체결하는 연쇄적 근로계약의 경우이다. 이러한 연쇄적 근로계약의 경우 ‘정당한 사유’의 존재여부를 각개의 개별계약의 기간이 아니라 연쇄적 근로계약의 전체기간을 기준으로 판단하여야 할 것이다.⁴⁰⁾

38) 東芝柳町工場事件・横浜地判(昭和 43. 8. 19, 労民集 19권 4호, 1033면) 참조.

39) 同旨: § 26 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Arbeitskreis Deutsche Rectseinheit im Arbeitsrecht 1992(Verhandlungen des 59. DJT Band I Teil D); § 26 des Entwurfs eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts von der brandenburgischen Landesregierung 1996(BR-Drucks. 671/96); § 26 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes von der sächsischen Landesregierung 1995(BR-Drucks. 293/95).

40) 독일연방노동법원은 수차에 걸친 반복된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대하여 최후의 계약에 대해서만 ‘객관적인 정당한 사유’의 존재를 요구하고 있다. 독일연방노동법원은 연쇄적 근로계약에 있어서 새로운 계약의 체결을 이전의 계약에 대한 근로자의 묵시적 동의로 보고 있다. 이러한 독일연방노

2. 적용범위

기간의 정함이 있는 고용계약에 대한 규율과 관련하여 문제가 되는 것은 또한 과연 모든 기간을 정한 고용계약에 대하여 ‘객관적인 정당한 사유’를 요구할 것인가 아니면 일정한 범위 이상의 기간을 정한 고용계약을 체결하는 경우에만 이를 요구할 것인가 라는 점이다. 즉, 기간의 정함이 있는 고용계약의 체결에 대한 제한이 해고제한규정의 우회(迂廻)를 방지하기 위하여 필요하다는 점을 고려할 때 원칙적으로 이에 대한 판단 역시 근로기준법상의 해고제한규정의 적용범위와 동일한 기준에서 이루어져야 할 것이다.

우리 근로기준법은 독일의 경우⁴¹⁾와 달리 해고제한규정의 적용을 위한 인적 적용제한규정을 두고 있지 않다. 따라서 근로기준법의 해고제한규정의 취지를 충실히 반영할 경우 모든 기간의 정함이 있는 고용계약을 체결하기 위해서는 언제나 정당한 사유가 있어야 할 것이다. 그러나 기간의 정함이 있는 모든 고용계약에 정당한 사유를 요구한다는 것은 결과적으로 모든 일용근로자들의 고용계약을 기간의 정함이 없는 계약으로 보는 것이 되어 사용자의 실제의 의사에 반할 수 있기 때문에 타당하지 않다. 즉, 기간의 정함이 있는 계약에 대하여 ‘객관적인 정당한 사유’를 요건으로 하는 것은 기간의 정함이 없는 계약을 체결할 의사를 가지고 있음에도 불구하고 해고제한규정을 우회(迂廻)하기 위하여 기간의 정함이 있는 계약을 체결하는 것을 제한하려는 것이지 처음부터 기간의 정함이 없는 계약을 체결할 의사가 없는 계약당사자 모두에게 기간의 정함이 없는 계약을 강제하려는 것은 아니기 때문이다. 또한 만일 모든 기간을 정한 고용계약에 대하여 정당한 사유를 요구할 경우 ‘정당한 사유’의 범위와 종류를 지나치게 폭넓고 다양하게 인정하는 결과가 되어 법규정의 본래의 취지를 상실하게 될 우려가 있다.

이러한 이유에서 기간의 정함이 있는 고용계약은 일정한 범위 내에서는 허용되어져야 할 것이다. 그러나 우리 나라의 경우 위에서 살펴본 바와 같이 근로기준법의 해고제한규정에 충실하게 그 기준을 정하기 어려운 현실이다. 따라서 이에 대한 결정은 원칙적으로 입법자의 법정정책적 결정사항이라 할 것이다. 이와 관련하여 필자는 해고예고와 관련하여 기간의 정함이 없는 일반적 근로관계에 대한 예외를 인정한 근로기준법 제35조의 기준이 원용될 수 있다고 생각한다. 근로기준법 제35조는 일용근로자로서 3월을

동법원의 견해는 최후의 계약에 대하여는 계약자유의 원칙을 인정하고 있지 않으면서 이전의 계약에 대하여는 묵시적 동의를 이유로 계약자유의 원칙을 인정하는 것이 되어 일관성이 없다는 비판을 받고 있다. 이에 대하여는 MünchArbR/Wank, § 113 Rn. 120; Colneric, Anm. zu BAG 8.5.1985 - 7 AZR 191/84, AuR 1986, S. 317; Kleve/Ziemann, “Die Reichweite der Befristungskontrolle bei mehrfach befristeten Arbeitsverhältnissen”, DB 1989, S. 2608; Plander, “Wende in der Judikatur zum Zeitvertrag durch den 7. Senat des BAG”, AiB 1987, S. 104 참조.

41) 독일해고제한법은 근로관계가 단절없이 6개월이상 존속된 근로자에 대하여만 적용된다(독일해고제한법 제1조 제2항). 이러한 이유에서 독일연방노동법원은 6개월이하의 기간의 정함이 있는 근로관계에 대하여는 ‘객관적인 정당한 사유’를 요구하고 있지 않다.

계속 근무하지 아니한 자, 2월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자, 계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 또는 수습사용한 날로부터 3월 이내인 자(근로기준법시행령 제12조)에 대하여 해고예고의 예외를 인정하여 기간의 정함이 없는 다른 근로관계와 구별하고 있다. 이러한 이유에서 1회 또는 수차례의 기간의 약정이 6개월의 기간이 넘지 않는 경우에는 ‘객관적인 정당한 사유’없이 도 기간의 정함이 있는 고용계약을 체결할 수 있게 함이 타당하다고 본다.

3. 해고와의 관계

(1) 계약기간중의 해고

‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 해고와 관련해서 먼저 살펴보아야 할 문제는 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 사용자가 계약기간이 만료되기 전에 근로자를 해고할 수 있도록 할 것인가의 문제이다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우 사용자는 원칙적으로 계약기간이 만료되기 전에 근로자를 해고할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결할 경우 사용자는 그 기간동안의 노동력의 수요를 예측할 수 있는 것이 일반적이며, 기간의 정함을 통하여 사용자가 근로자의 이직의 자유를 제한⁴²⁾하였다면 그 반대급부로 그 기간동안 근로자에게 근로관계의 존속을 보장하는 것이 공평할 것이기 때문이다.⁴³⁾ 물론 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우에도 우리 민법 제661조의 ‘부득이한 사유’에 해당하는 때에는 예외로 하여야 할 것이다.⁴⁴⁾

(2) 해고의 예고

다음으로 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 종료와 비교해서 고찰하여야 할 문제로는 해고예고기간의 적용여부이다. 즉, 기간의 정함이 있는 근로계약에 대하여도 민법 제 659조, 제660조 및 근로기준법 제32조를 적용할 것인지 또는 기간의 정함이 있는 근로계약은 계약종료시점에 대하여 노무자가 이미 알고 있으므로 그 적용이 불필요하다고 보아야 할 것인가의 문제이다. 기간의 정함이 있는 근로계약에 대한 해고예고의 문제는 확일적으로 결정될 수 없다고 보여진다. 근로계약에 대하여는 노무자가 이미 그 계약의 종료에 대하여 알고 있는 ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약’에 대하여는 해고예고에 관한 규정을 적용할 필요성이 없다고 보여진다. 그러

42) 근로자가 계약기간이 만료하기 전에 계약을 해지하는 경우 사용자는 강제노역금지조항(근로기준법 제6조) 때문에 근로자를 실질적으로 구속할 수는 없다. 단지 근로자는 이로 인하여 발생한 실질적 손해에 대하여 배상할 책임을 지게 된다.

43) 同旨: 독일 『단시간근로및기간제근로에관한법률』 제15조제3항 및 프랑스 노동법전 L. 122-3-8조.

44) 프랑스 노동법전은 당사자간의 특약이 있거나 근로자의 중과실이 있는 경우를 예외로 하고 있다(노동법전 L. 122-3-8조).

나 ‘일정한 목적의 달성까지로 계약기간을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약’과 ‘일정한 조건이 충족될 때까지로 계약기간을 정한 기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우에는 계약의 종료시점을 근로자가 구체적으로 알고 있지 못할 수 있기 때문에 해고예고에 관한 규정(민법 제659조, 제660조 및 근로기준법 제32조)을 적용하여야 할 것이다. 물론 계약기간이 만료한 후 근로자가 계속하여 노무를 제공하고 있다면 목시의 갱신규정(민법 제662조)에 의하여 계약이 갱신된 것으로 보아야 할 것이다.

4. 상한기간 · 입증책임 · 서면주의

(1) 상한기간

‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 일정한 상한기간을 넘을 수 없도록 하여야 할 것이다. 우리 현행법은 계약기간의 상한을 1년으로 하고 있으나, 산업구조의 변화와 기업들의 우수한 전문인력에 대한 수요의 증가와 우수한 경험과 능력을 지니고 유연하고 다양한 근로방식을 희망하는 근로자의 증가를 고려할 때 계약기간의 상한을 2년 또는 3년으로 연장하는 것이 바람직하다고 본다. 연쇄적 근로계약의 상한기간 초과여부에 대한 판단에 있어서 계약기간의 산정은 반복 갱신된 근로계약의 전체기간을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

(2) 입증책임

‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 관련된 법적 문제에는 앞에서 언급한 바와 같은 실체법상의 문제뿐만 아니라 소송법상의 문제도 있다. 현행 민사소송법의 일반원칙에 따르면 근로자가 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하기 위한 ‘정당한 사유’가 존재하지 않음을 입증하여야 하는 것이 일반적이다. 그러나 근로자가 ‘기간의 정함이 있는 계약’을 체결할 ‘정당한 사유’가 없음을 증명하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이다. 이러한 이유에서 입증에 대한 자료를 지배하고 있는 사용자에게 ‘정당한 사유’의 존재 여부에 대한 입증책임을 지울 필요성이 인정되게 된다.⁴⁵⁾ 이는 기간의 경과로 근로관계가 당연히 소멸하였음을 주장하는 자에게 입증책임을 지우는 점에서 본다면 지금까지의 원칙에서 크게 벗어난 것이 아니므로 법적 안정성을 심각하게 침해되었다고 볼 수도 없을 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 법률관계의 명확성을 위하여 ‘정당한 사유’의 존재여부에 대한 입증책임을 사용자가 부담함을 명시함이 바람직 할 것이다.

(3) 서면주의

입증책임의 문제점은 기간의 정함이 있는 근로계약을 요식행위(서면주의)로 함으로써

45) 오석락, 입증책임론, 1991, 104면 이하 참조.

46) 오석락·김형배·강봉수 공역, 입증책임론(Rosenberg, Die Beweislast), 1995, 281면 참조.

보완되어 질 수 있을 것이다. 나아가 이러한 서면주의는 당사자들에게 기간의 정함이 있는 근로계약의 문제점을 다시 한번 환기시켜 장래의 불필요한 소송상의 분쟁을 예방하는 효과도 가져올 수 있을 것이다.

제5절 결론

위에서 살펴본 바와 같이 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 무제한 허용하고 있는 현행법은 해고제한규정의 입법취지를 형해화(形骸化)할 위험이 있다. 입법자가 근로관계의 존속을 보호하기 위하여 해고제한에 관한 법규정을 두었다면 이러한 입법자의 결단은 전체 법질서 안에서 실현되어야 할 것이다. 물론 모든 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 해고제한규정을 우회하기 위한 수단으로 체결되는 것은 아니기 때문에 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결을 전면적으로 금지하는 것은 옳지 않다. 따라서 허용된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’과 금지된 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 구별할 수 있는 법규정을 신설함으로써 이 분야의 법적 안정성을 확보하고 ‘노동시장의 유연화’와 ‘근로관계의 존속보호’라는 두 가치가 합리적이고 조화롭게 달성될 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 문제는 해고제한규정의 우회에 관한 문제에 국한되지 않는다. 일반적으로 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자들은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’을 체결한 근로자들보다 열악한 근로조건에서 노무를 제공하고 있을 뿐만 아니라,⁴⁷⁾ 계약의 갱신을 위하여 법이 보장하고 있는 권리를 스스로 포기할 수밖에 없는 경우도 많다. 따라서 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’에 대한 법적 보완은 이러한 계약의 체결에 대한 제한뿐만 아니라 이러한 계약을 체결한 근로자들이 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’을 체결한 근로자들과 동등한 대우를 받을 수 있도록 하는 방향으로 추진되어야 할 것이다.

법개정을 위한 필자의 의견을 요약한다면 다음과 같다.

첫째, ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결은 ‘계절적 업무’ 또는 ‘일시적 작업량의 증가’와 같은 정당한 사유가 있는 분야와 직종으로 제한하여야 한다. 즉, ‘기간의 정함이 없는 근로계약’에 의하여 수행될 업무를 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’으로 대체할 수 없도록 하여야 할 것이다. 그러나 ‘정당한 사유’의 구체적 내용은 법률로 정할 것이 아니라 판례에 의하여 구체화하는 것이 바람직 할 것이다.

둘째, ‘정당한 사유’는 계약의 체결뿐만 아니라 계약기간에 대하여도 존재하여야 한다. 연쇄적 근로계약의 경우 계약기간에 대한 ‘정당한 사유’의 판단은 연쇄적 근로계약의 전체기간을 기준으로 판단하여야 한다. 이와는 별도로 계약기간의 상한에 관한 규정이 필요하다고 본다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’이 이러한 계약기간의 상한을 초과

47) 한겨레신문 2000.4.1, 22면.

한 경우 사용자는 계약기간의 상한을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자는 그 기간이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있도록 하여야 할 것이다.

셋째, ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우 사용자는 원칙적으로 계약기간 동안 근로자를 해고할 수 없도록 하여야 한다. 부득이한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ‘일정한 시점까지로 계약기간을 정하는 기간의 정함이 있는 근로계약’의 경우에는 해고예고규정의 적용을 받지 않는다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 기간의 경과로 자동적으로 소멸한다. 그러나 계약기간이 만료한 후 근로자가 계속하여 노무를 제공하고 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 아니하면 전과 동일한 조건으로 계약이 갱신된 것으로 본다. 이 경우 갱신된 근로계약은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’이 된다.

넷째, 사용자는 보수, 휴가, 직업교육의 기회 등과 관련하여 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자가 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’을 체결한 근로자와 동등한 권리를 누릴 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결한 근로자가 수행할 수 있는 업무를 위하여 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’을 새로이 체결하는 경우 사용자는 해당 근로자에게 이에 관한 정보를 제공하도록 하여야 한다.

다섯째, ‘기간의 정함이 있는 근로계약’은 반드시 서면으로 체결하도록 하여야 한다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’의 체결 및 근로계약 기간에 대한 ‘정당한 사유’의 존재여부에 대한 입증책임은 사용자가 부담하도록 하여야 할 것이다. ‘기간의 정함이 있는 근로계약’을 체결하기 위한 요건을 결여하거나 금지규정을 위반한 경우에는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’이 체결된 것으로 보아야 할 것이다.

제 3 장 파견근로

제 1 절 문제제기

‘근로자파견’이란 사용자가 근로자를 고용한 후 고용관계를 유지하면서 타인의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하게 하는 것이다. 즉, 근로자는 파견사업주와 근로계약을 체결하고 사용사업주의 지휘·명령에 따라 노무를 제공한다는 점에서, 고용계약을 체결한 사용자의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하는 통상의 근로관계와 구별되어진다.

우리 나라에서는 파견근로자의 권익보호와 기업의 인사관리의 신축성을 제고하기 위하여 1998년 2월 20일 『파견근로자보호등에관한법률』을 제정하였다. 『파견근로자보호등에관한법률』은 “파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활”하게 하기 위하여 법률에 의하여 허용된 업무(제5조제4항 및 제16조⁴⁸⁾)와 노동부장관의 허가를 받은 자에 한하여(제7조제1항) 근로자를 파견할 수 있도록 하고 있다. 동법은 또한 이러한 규정(제5조제4항 또는 제7조제1항)을 위반하여 근로자를 파견한 파견사업주에 대하여는 5년 이하의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(제43조), 이러한 규정을 위반한 파견사업주로부터 근로자를 제공받은 사용사업주에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1천 만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록(제44조) 하고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 동법은 이러한 규정을 위반한 근로자파견의 사법상(私法上)의 효력에 대해서는 동법 제6조제3항을 제외하고 아무런 규정을 가지고 있지 않다. 따라서 위법한 근로자파견의 사법적(私法的) 효력, 특히 파견기간을 위반한 근로자파견에 대하여 적용하는 고용의제에 관한 규정(제6조제3항)을 위법한 근로자파견에 대하여도 적용할 것인지, 위법한 근로자파견의 경우 사용사업자와 파견근로자 사이 근로계약이 체결된 것으로 의제할 것인지 나아가 위법한 파견에 대하여 고용을 의제할 경우 의제된 고용계약의 내용(근로조건)은 어떠하다고 보아야 할 것인지에 대하여 의견이 대립되고 있다.⁵⁰⁾

아래에서는 위법한 근로자파견의 사법적(私法的) 효력에 대한 규정을 가지고 있지 않은 현행 『파견근로자보호등에관한법률』의 문제점을 살펴보고 그 해결을 위한 해석론 및

48) 동법 제16조제1항은 정의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하지 못하도록 하고 있으며, 제16조제2항은 경영상의 이유에 의한 해고를 한 후 2년간은 당해 업무에 파견근로자를 사용할 수 없도록 하고 있다. 또한 동법 제42조는 공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 근로자를 파견하지 못하도록 하고 있다.

49) 위장도급을 불법파견의 하나로 분류할 수도 있지만 위장도급은 파견대상이 아닌 업무에 대하여 파견을 하거나, 허가없이 파견을 하기 위한 수단으로 이용된다는 점에서 필자는 이를 별도의 유형으로 분류하지 않기로 한다.

50) 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제1항에 규정된 파견기간을 위반한 경우에 대하여는 동법 제6조제3항에서 그 사법적 효력에 대하여 규정하고 있으므로 아래 제2절(위법한 근로자파견과 고용간주규정의 적용), 제3절(위법한 근로자파견과 고용의제)에서 ‘위법한 근로자파견’이라 함은 이를 제외한 경우를 의미한다. 그러나 제4절(의제된 근로관계의 내용)에서 위법한 근로자파견이라 함은 파견기간을 위반한 경우를 포함한 위법한 근로자파견을 의미한다.

입법론적 대안에 대하여 살펴보고자 한다.

제 2 절 위법한 근로자파견과 고용간주규정의 적용

1. 의 의

현행 『파견근로자보호등에관한법률』 가운데 위법한 근로자파견의 사법적(私法的) 효력에 관한 유일한 조항은 동법 제6조제3항이다. 동 규정은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용한 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다”고 하고 있다. 문언적 해석에 의하면 동 규정은 『파견근로자보호등에관한법률』 제5조에 의하여 근로자파견이 허용된 업무에 대하여 동법 제7조에 의하여 허가를 받은 사업주가 합법적으로 실시한 근로자파견이 파견기간을 초과하였을 경우에 적용될 수 있는 규정으로 보여진다. 그러나 동 규정을 위와 같이 해석하여 합법적인 근로자파견에 대해서만 적용한다면 법을 준수하여 파견근로자를 사용한 사용사업주가 파견기간을 위반하면 동법 제6조제3항에 의하여 파견근로자를 고용한 것으로 의제 되는 반면 법을 위반하여 파견근로자를 사용한 사용사업주는 파견기간을 위반하여도 동법 제6조제3항에 따른 고용이 의제 되지 않아 법을 위반한 사용사업주에게 유리한 법적 효과가 발생하게 된다.

이러한 문제점 때문에 위법한 근로자파견에 대하여 동법 제6조제3항을 적용하여야 할 것인지, 더 나아가 위법한 근로자파견에 대하여 『파견근로자보호등에관한법률』을 적용할 것인지에 대하여 학설이 대립하고 있다. 즉, 동법 제5조에 해당되지 않는 업무를 위하여 파견된 파견근로자 또는 동법 제7조에 의한 허가를 받지 않은 파견사업주에 의하여 파견된 파견근로자를 사용사업주가 2년 이상 계속적으로 사용한 경우에도 동법 제6조제3항을 적용하여 파견근로자와 사용사업주 사이에 고용계약이 체결된 것으로 보아야 할 것인지 아니면 『파견근로자보호등에관한법률』은 적법한 근로자파견에만 적용될 수 있기 때문에 동법 제6조제3항은 적법한 근로자파견에만 적용되어야 하므로 파견근로자와 사용사업주 사이에 고용계약이 체결된 것으로 의제 할 수 없는 것인지에 대하여 의견이 대립하고 있다. 아래에서는 이에 관한 판례와 학설을 살펴보고 이에 대한 필자의 견해를 밝히고자 한다.

2. 법원의 견해: (주)SK 사건⁵¹⁾

(1) 사건개요

51) 서울행법 2002.1.25, 2001구43492.

(주)SK는 전국 11개 물류센터의 사무지원 및 현장관리 등 업무처리를 위해 (주)현대석유와 ‘업무도급계약’을 체결하여 이를 수행토록 하였다. 1997년 8월 26일 (주)인사이트코리아는 (주)현대석유의 영업을 양수하여 (주)SK와 업무도급계약을 갱신체결하였다. 형식적으로는 근로자들이 (주)인사이트코리아의 지휘·명령을 받으면서 (주)인사이트코리아와 (주)SK 사이에 체결된 ‘업무도급계약’상의 의무를 이행한 것으로 되어 있으나, (주)SK의 지휘·명령을 받으면서 근로를 제공하였다는 점에서 이들 사이에는 파견근로관계가 성립된다. 그러나 이들이 제공한 업무는 『파견근로자보호등에관한법률』 제5조제1항 및 동법 시행령 제2조제1항 관련 [별표1]에 의하여 근로자파견이 허용된 업무⁵²⁾에 해당하지 않는다. 따라서 (주)인사이트코리아가 (주)SK에 근로자들을 파견하여 근무하게 한 것은 법상 허용되지 않는 근로자파견에 해당한다.

한편 서울지방노동청장은 전국민주화학노동조합연맹으로부터 (주)SK와 (주)인사이트코리아의 도급계약은 ‘도급위장 불법파견’이라는 진정에 따라 업무실태 등을 조사하고 2000년 10월 20일 『파견근로자보호등에관한법률』 제5조 제1항 및 제4항의 위반에 대하여 시정지시를 하였다. (주)SK는 서울지방노동청장의 시정지시후 2000년 10월 31일경 약 140여명의 (주)인사이트코리아 소속 근로자중 (주)SK가 제시한 계약직으로의 채용조건 등에 동의한 134명에 대해서는 3개월 내지 1년의 기간을 정한 계약직 사원으로 신규채용형식을 취해 직접 고용하였다. 그러나 이러한 제의를 받아들이지 않은 근로자들에 대하여 (주)SK는 동 합의 거부를 이유로 2000년 11월 1일부터 근로제공의 수령을 거절하였다.

(2) 쟁 점

원고(근로자)들은 자신들이 실질적으로 파견근로를 수행하였으며, 근로계약 해지통고를 받은 2001년 11월 1일에는 이미 2년을 넘게 (주)SK에서 파견 근무를 하였고, 당

52) 『파견근로자보호등에관한법률시행령』 제2조제1항 관련 [별표1]에 의하여 근로자 파견이 허용되는 업무는 다음과 같다. 컴퓨터 전문가의 업무, 사업 전문가의 업무, 기록 보관원, 사서 및 관련 정보 전문가의 업무(한국표준직업분류 24321에 해당하는 사서의 업무를 제외한다), 언어학자, 번역가 및 통역가의 업무, 전신·전화통신 기술공의 업무(보조업무중 난청지역의 수신상태를 확인·점검하는 업무에 한한다), 도안사의 업무, 컴퓨터 보조원의 업무, 녹화장비 조작원의 업무(보조업무에 한한다), 라디오 및 텔레비전 방송장비 조작원의 업무(보조업무에 한한다), 달리 분류되지 않은 기타 교육 준전문가의 업무, 관리비서 및 관련 준전문가의 업무, 예술, 연예 및 경기 준전문가의 업무, 비서, 타자원 및 관련 사무원의 업무(자료입력기 조작원과 계산기 조작원의 업무를 제외한다), 도서, 우편 및 관련 사무원의 업무, 수금원 및 관련 근로자의 업무, 전화교환원 사무원의 업무(전화교환사무원의 업무가 당해 사업의 핵심업무인 경우를 제외한다), 여행안내원의 업무, 조리사의 업무(관광진흥법 제3조의 규정에 의한 관광숙박업의 조리사업무를 제외한다), 보모의 업무, 간병인의 업무(간호조무사의 업무를 제외한다), 가정 개인보호 근로자의 업무, 주유원의 업무, 자동차 운전원의 업무(여객자동차운송사업의 운전업무와 화물자동차운송사업의 운전업무를 제외한다), 전화 외판원의 업무, 건물 청소원의 업무, 수위의 업무.

시 사용사업주인 (주)SK에 의해 고용이 의제 되는 것에 대해 명시적으로 반대의사를 표명한 사실이 없으므로 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항에 의하여 고용이 의제 되므로, (주)SK가 근로계약을 해지한 것은 정당한 사유없는 해고에 해당한다고 주장하였다. 즉, 원고들은 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항이 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용한 경우”라고만 규정하고 있을 뿐, 특별히 적법한 근로자파견에 대해서만 적용할 수 있다는 제한을 두고 있지 않으므로 불법적인 근로자파견의 경우에도 동법 제6조제3항이 적용되어 고용이 의제 된다고 주장하였다.

이에 반하여 피고인 (주)SK는 『파견근로자보호등에관한법률』은 적법한 근로자파견에 대해서만 적용될 수 있으므로, 불법파견에 대하여는 동법 제6조제3항의 고용의제조항이 적용될 수 없다고 주장하였다. 이 견해에 의하면 (주)SK는 원고들을 직접 고용한 적이 없기 때문에 (주)SK가 원고들의 근로제공을 수령하지 않았다고 하여 이를 해고로 볼 수는 없다.

즉, 이 사건의 쟁점은 불법파견의 경우에도 고용의제에 관한 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항을 적용할 수 있는지의 여부에 관한 것이다.

(3) 법원의 판단

법원은 불법파견에 대해서는 『파견근로자보호등에관한법률』, 특히 동법 제6조제3항을 적용할 수 없다고 보았다. 즉, 불법파견의 경우에는 설사 사용사업주가 파견근로자를 2년이상 계속 사용하여도 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용한 것으로 볼 수 없다고 보았다. 따라서 이 사건의 경우 (주)SK가 원고(근로자)들의 근로를 수령하지 않았다고 하여 이것이 해고에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.⁵³⁾

법원은 동법 제6조제3항의 “위치 및 앞 조항들과의 관계, 특히 근로자파견의 최장기간이 2년이라는 규정과 함께 제6조에 ‘파견기간’이라는 공통의 제목 아래 규정되어 있는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건 조항은, 법 제5조 제1항에 의하여 예외적으로 근로자파견이 허용되는 업무에 있어서 법상 허용되는 최장기간인 2년을 경과한 경우, 그 이후로는 더 이상 파견근로가 허용되지 않으므로, 사용사업주로서는 당해 근로자를 직접 고용하든지 아니면 당해 근로자가 더 이상 당해 사업장에 근무하지 않도록 하든지 이상 두 가지 중에 하나의 선택을 할 수밖에 없는 상황에 처해짐을 감안하여, 당해 근로자의 명시적인 반대의사 표시가 없다면, 사용사업주로 하여금 당해 근로자에게 보다 유리한 전자의 선택을 하도록 의제함으로써 당해 근로자의 고용안정과 복지증진 및 당해 사업의 연속성 확보 등의 여러 가지 잇점을 도모할 수 있게 함에 그 취지가 있다고 할 것이고, 결코 원고들의 주장과 같이 법상 근로자파견이 허용되지 아니하는 업무에 종사하는

53) 서울지방법노동위원회(서울지노위 2002.3.21. 판정, 2000부해902, 2000부노247)는 이 사건에서 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항(고용의제조항)은 합법적 근로자파견에 대해서뿐만 아니라 위법한 근로자파견에 대하여도 적용될 수 있다고 보았다.

경우까지도 고용의제를 하려는 데에 그 취지가 있는 것은 아니라”고 보았다.

또한 법원은 “법 제5조 제4항, 제43조 제1호에 의하면, 법상 근로자파견이 허용되지 아니하는 업무의 경우 그 근로자를 파견 받아 업무에 종사하게 하는 것이 금지되고 이를 위반한 경우 형사처벌을 받도록 규정하고 있는 바, 이와 같이 법상 허용되지 아니하는 업무에 근로자파견을 하는 것 자체가 그 기간의 장단을 불문하고 금지되며, 국가로서는 이러한 근로자파견이 행해지고 있는지를 지도·감독하여야 할 책무가 있음에도 불구하고, 이러한 금지 규정을 위반한 경우 그 위반의 기간이 2년이 넘었다고 하여 그 순간부터 ‘고용의제’를 함으로써 위법한 근로관계를 적법한 근로관계로 갑자기 질적인 변화를 가한다는 것 자체 또한 그다지 수긍하기 어려운 점”이라고 보았다.

3. 중앙노동위원회의 견해: (주)한국미쓰이물산 사건⁵⁴⁾

(1) 사건개요

(주)새한렌트카 및 (주)88렌트카는 다른 파견업체로부터 운전사(피신청인)를 파견 받아 이들을 다시 (주)미쓰이물산 서울지점에 파견하여 왔다. 피신청인들은 (주)미쓰이물산 서울지점에서 부정기적 용역에 종사하다가 1991년 4월부터 고정적으로 파견되어 차량운행업무에 종사하였다. (주)미쓰이물산 서울지점은 1999년 3월 31일 폐점되었으며, 당시 (주)한국미쓰이물산(신청인)은 (주)미쓰이물산 서울지점으로부터 승용차 7대를 매입하고 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카와는 ‘운전사 용역계약’을 체결하였다. 이에 따라 피신청인을 포함한 당시 운전직 종사자 12명 전원은 신청인 사업장에서 이전과 동일한 근무조건으로 동일한 업무에 종사하였다.

신청인은 1999년 5월부터 11월 사이에 이 차량들을 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카에 매각하고 차량과 운전사를 이들로부터 임대사용하는 차량임대계약을 체결하였다. (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카는 이 계약에 따라 피신청인들을 신청인에게 배치하였으며, 피신청인들은 계속 같은 차량을 운전해오다가 2000년 8월 10일부터 같은 해 9월 18일까지 신청인으로부터 ‘파견근로의 해지’를 통보 받았다. 이에 피신청인들은 서울지방노동위원회에 ‘파견근로의 해지’에 대해 부당해고구제신청을 하였고 동 위원회로부터 구제판정⁵⁵⁾을 받았다. 이에 신청인은 중앙노동위원회에 재심을 신청하였다.

(2) 쟁점

중앙노동위원회는 먼저 (주)한국미쓰이물산이 (주)미쓰이물산 서울지점의 업무 및 피신청인들에 대한 사용권 등 일체를 승계하였다고 보았다. 즉, 형식적으로는 (주)한국미쓰이물산과 (주)미쓰이물산 서울지점이 구분되어 있고 (주)한국미쓰이물산이 (주)미쓰

54) 중노위 2001.6.4 판정, 2001부해116.

55) 서울지노위 2001.1.19 판정, 2000부해798.

이물산 서울지점으로부터 매입한 차량을 6개월만에 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카에 매각하고 차량과 운전자 모두를 같은 회사들로부터 임대 사용하는 임대차계약을 체결하였지만, 피신청인들은 계속 같은 차량을 운전해 왔다는 점에서 실질적으로는 (주)한국미쓰이물산이 계속해서 피신청인들을 동일한 근로조건하에 동일한 운전업무에 계속 사용해 왔다고 보여진다.

한편 1998년 2월 20일 제정된 『과건근로자보호등에관한법률』에 의하면 근로자과건사업을 하고자 하는 자는 노동부령이 정하는 바에 의하여 노동부장관의 허가를 받아야 한다. 그러나 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카는 피신청인들을 『과건근로자보호등에관한법률』에 의한 허가를 받지 않고, (주)미쓰이물산 서울지점 또는 (주)한국미쓰이물산에 파견하였다.⁵⁶⁾ 이에 피신청인들은 신청인이 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카로부터 과건근로자를 공급받아 사용하였고, 파견사용기간이 2년을 초과하였다면 근로자를 파견한 자가 허가를 받은 자인가의 여부와 관계없이 동법 제6조제3항에 따라 2년의 기간이 만료되는 다음 날인 2000년 7월 2일부터⁵⁷⁾ 과건근로자를 고용한 것으로 보아야 하기 때문에 ‘과건근로의 해지’는 정당한 사유없는 해고에 해당한다고 주장한다. 이러한 피신청인들의 주장은 위법한 과건근로에 대하여도 『과건근로자보호등에관한법률』이 적용된다는 것을 전제로 하고 있다.

따라서 이 사건의 쟁점 역시 불법파견의 경우에도 고용의제에 관한 『과건근로자보호등에관한법률』 제6조제3항을 적용할 것인가 이다. 즉, 불법파견의 경우에도 동규정이 적용된다면 과건근로의 해지는 실질적으로 해고가 되어 그 정당성 여부가 문제된다. 반대로 동규정이 합법적인 파견에만 적용될 수 있다면 신청인과 피신청인 사이에는 근로관계가 존재하지 않기 때문에 해고제한에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.⁵⁸⁾

(3) 중앙노동위원회의 판단

중앙노동위원회는 (주)한국미쓰이물산과 피신청인들 사이의 체결된 계약이 업무도급계약이 아닌 파견계약이라고 보았다.⁵⁹⁾ 또한 (주)한국미쓰이물산은 피신청인들을 2년을 초과하여 사용하였으며, 『과건근로자보호등에관한법률』 제6조제3항은 위법한 파견근로관계에도 적용될 수 있다고 보았다. 따라서 (주)한국미쓰이물산은 동규정에 따라

56) 『여객자동차운수사업법』 제2조제3호의 규정에 의한 여객자동차운송사업의 운전업무와 『화물자동차운수사업법』 제2조제3호의 규정에 의한 화물자동차운송사업의 운전업무를 제외한 자동차 운전원의 업무는 『과건근로자보호등에관한법률』 제5조제1항 및 동법시행령 제2조제1항 [별표 1] 에 의한 근로자과건대상업무에 해당한다.

57) 동법은 1998년 7월 1일 시행되었다.

58) 이 경우 과건근로자가 해고를 문제를 삼는다면 부당해고구제신청의 대상은 사용사업주가 아니라 파견사업주가 된다(『과건근로자보호등에관한법률』 제34조 및 서울지법 2001.9. 14, 2000가합9001).

59) (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카가 (주)한국미쓰이물산과 도급계약을 체결하고 피신청인들이 (주)새한렌트카 및 (주)88렌트카의 지휘·감독을 받으면서 노무를 제공하였다면 이 사건은 『과건근로자보호등에관한법률』의 적용을 받지 않게 된다. 위장도급과 파건근로의 구별 및 그 법적 효과에 대하여는 조임영, “위장도급과 법적 규제”, 민주법학 제19호(2001), 55면 이하 참조.

2000년 7월 2일 피청인들을 직접 고용한 것으로 의제 되기 때문에 (주)한국미쓰이물산의 '파견근로의 해지'는 정당한 사유없는 해고라고 보았다.

4. 학 설

(1) 의 의

위법한 파견근로에 대하여 『파견근로자보호등에관한법률』을 적용할 수 있을 것인지에 대하여는 긍정설과 부정설이 있다. 긍정설에 의하면 『파견근로자보호등에관한법률』은 근로자파견의 적법성 여부와 관계없이 모든 실질적 근로자파견에 대하여 적용되어야 한다는 것이다. 즉, 동법의 적용여부는 실질적인 면에서 근로자파견이 성립되는 지 여부에 따라 결정되어야지 파견근로의 적법여부에 따라 결정되지 않는다는 견해이다. 반면 부정설은 『파견근로자보호등에관한법률』은 근로자파견사업의 허가를 받고, 법상 허용된 대상업무의 범위 내에서만 근로자파견법이 적용된다는 견해이다. 아래에서는 부정설과 긍정설의 주장을 간략히 살펴보기로 한다.

(2) 법적용 긍정설

법적용 긍정설⁶⁰⁾은 『파견근로자보호등에관한법률』을 합법적인 근로자파견에 대해서만 적용한다면, 다음과 같은 불합리한 법적 결과를 초래된다는 이유에서 파견사업의 위법, 불법을 불문하고 모든 실질적 근로자파견에 대하여는 동법이 적용될 수 있다고 보았다. 즉, “근로자파견사업 허가를 받은 경우에만 제반 규정들이 적용된다면, 심각한 불균형이 발생할 수 있다. 그것은 근로자파견사업 허가를 받은 사업자는 근로자파견법상의 엄격한 규제 - 즉, 대상업무외 파견금지, 파견기간 초과시 고용간주, 사용사업체의 동종근로자와의 균등한 처우, 차별적 근로자파견계약 해지의 금지 등을 준수해야 하지만, 파견사업 허가를 받지 않고 실질적으로 근로자파견사업을 하는 경우에는 이러한 규율로부터 자유롭게 되어” 버리는 불합리한 결과가 초래된다는 것이다.

또한 법적용 긍정설은 법문상의 표현과 의미를 볼 때, 동법의 적용이 합법적인 근로자파견사업으로 제한될 수 없다고 주장한다. 즉, 동법 제5조제4항은 “누구든지 제1항 및 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 그 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서는 아니 된다”고 규정하고 있는데 “위 규정상 『누구든지』의 의미는 파견사업허가 여부와 관계없이 누구에게나 적용된다는 의미로 읽힌다. 특히 근로자파견법상 파견사업허가에 관한 규정이 제5조 제4항의 뒤인 제7조에 위치하고 있기 때문에, 파견사업허가 여부에 관계없다”고 주장하고 있다.⁶¹⁾

나아가 법적용 긍정설은 허가를 받지 않고 근로자파견업자의 처벌에 관한 규정인 동

60) 최홍엽, “파견기간 초과시 고용간주규정의 해석”, 노동법연구 제10호(2001), 191면 이하.

61) 최홍엽, 앞의 논문(註 60), 191면 이하.

법 제43조제1호 역시 위법한 근로자파견에 적용된다는 점을 고려할 때 동법은 위법한 근로자파견에 대해서도 적용된다고 보고 있다.

(3) 법적용 부정설

반면 법적용 부정설의 견해에 의하면 근로자파견은 광의의 근로자공급에 해당되고 근로자공급은 직업안정법에 의하여 금지되는 것이 원칙이므로, 불법적인 근로자파견사업은 직업안정법과 그 해석에 의해서 규율되어야 한다. 즉, 『파견근로자보호등에관한법률』은 합법적인 근로자파견에 대해서만 적용될 수 있다는 것이다. 그러나 아직 우리나라에서 법적용 부정설을 취하고 있는 학자는 확인되지 않고 있다. 단지, 서울행정법원이 이 학설과 동일한 견해를 가지고 있기 때문에 아래에서는 이를 소개하기로 한다.

서울행정법원은 특히 위법한 근로자파견에 대하여 고용간주규정(동법 제6조제3항)을 적용할 수 있을 것인가와 관련하여 동 규정의 “위치 및 앞 조항들과의 관계, 특히 근로자파견의 최장기간이 2년이라는 규정과 함께 제6조에 ‘파견기간’이라는 공통의 제목 아래 규정되어 있는 점 등을 고려해 보면, 이 사건 조항은, 법 제5조 제1항에 의하여 예외적으로 근로자파견이 허용되는 업무에 있어서 법상 허용되는 최장기간인 2년을 경과한 경우, 그 이후로는 더 이상 파견근로가 허용되지 않으므로 사용사업주로서는 당해 근로자를 직접 고용하든지 아니면 당해 근로자가 더 이상 당해 사업장에 근무하지 않도록 하든지 이상 두 가지 중에 하나의 선택을 할 수밖에 없는 상황에 처해짐을 감안하여, 당해 근로자의 명시적 반대의사 표시가 없다면, 사용사업주로 하여금 당해 근로자에게 보다 유리한 전자의 선택을 하도록 의제함으로써 당해 근로자의 고용안정과 복지증진 및 당해 사업의 연속성 확보 등의 여러 가지 잇점을 도모할 수 있게 함에 그 취지가 있다고 할 것이고, 결코 원고들의 주장과 같이 법상 근로자파견이 허용되지 아니하는 업무에 종사하는 경우까지도 고용의제를 하려는 데에 그 취지가 있는 것은 아니라고 할 것이다”라고 보았다.

또한 법원은 “만약 원고들의 주장과 같이 법상 근로자파견이 허용되지 아니하는 업무에 종사하는 경우까지도 포함하여 고용의제를 하려는 데에 이 사건 조항의 취지가 있는 것이라면, 굳이 ‘2년’이라는 기간을 설정할 필요가 있었는가 내지는 ‘2년’이라는 기간의 의미가 무엇인지에 대한 강한 의문이 들뿐만 아니라(즉, ‘2년’은 앞에서 본 바와 같이 적법한 근로자파견이 가능한 최장기간으로서의 의미를 가지는 것이므로, 위법한 근로자파견에 있어서는 그 자체로서 어떤 특별한 의미를 가지는 것으로 보이지는 않는다.), 법 제5조 제4항, 제43조 제1호에 의하면, 법상 근로자파견이 허용되지 아니하는 업무의 경우 그 근로자를 파견 받아 업무에 종사하게 하는 것이 금지되고 이를 위반한 경우 형사처벌을 받도록 규정하고 있는 바, 이와 같이 법상 허용되지 아니하는 업무에 근로자파견을 하는 것 자체가 그 기간의 장단을 불문하고 금지되며, 국가로서는 이러한 근로자파견이 행해지고 있는지를 지도·감독하여야 할 책무가 있음에도 불구하고, 이러한

금지 규정을 위반한 경우 그 위반의 기간이 2년이 넘었다고 하여 그 순간부터 ‘고용의 제’를 함으로써 위법한 근로관계를 적법한 근로관계로 갑자기 질적 변화를 가한다는 것 자체 또한 그다지 수긍하기 어려운 점이다”라고 보았다.⁶²⁾

나아가 법원은 법 제6조제3항에 이 조항이 적법한 근로자파견에만 적용된다는 제한이 없기 때문에 동 조항은 모든 실질적으로 근로자파견, 즉 적법한 근로자파견은 물론 위법한 근로자파견에 대하여도 적용되어야 한다는 주장에 대하여 “이러한 해석 논리대로라면, 이 사건에서와 같이 법상 허용되지 않는 근로자파견을 한 경우도 법상 특별한 제한이 없는 한 법에 존재하는 모든 규정의 적용을 받는다는 식의 부당한 해석이 이루어질 수밖에 없다”고 보았다. 예를 들어 법 제18조는 “파견사업주는 노동부령이 정하는 바에 따라 사업보고서를 작성하여 노동부장관에게 제출하여야 한다”라고 규정하고 있고 제46조 제2호는 위 의무의 위반시 과태료를 부과하도록 규정하고 있으나, 특별히 당해 파견근로사업이 적법한 것인지에 대한 아무런 제한 규정이 없다. 따라서 “위와 같은 해석 논리대로라면, 이 사건에서와 같이 애당초 근로자파견사업의 허가를 받은 바도 없고 법상 허용되지도 않는 업무에 근로자를 파견함으로써 불법적인 근로자파견사업을 하고 있는 이 사건 회사의 경우에도 법 제18조 소정의 사업보고서 작성·제출 의무가 있고, 위 의무의 위반시 과태료를 부과받는다”는 해석을 할 수밖에 없는데, 이러한 해석이 부당함은 명백하다”고 보았다.

5. 사 건

앞에서 살펴본 판례나 학설은 동법을 위반한 근로자파견의 사법상의 효력에 대하여는 아무런 언급을 하지 않은 채 이러한 근로자파견에 대하여 동법, 특히 동법 제6조제3항의 적용여부에 대하여 논하고 있다. 필자는 동법을 위반한 근로자파견을 먼저 사법상(私法上) 유효한 근로자파견과 사법상(私法上) 무효인 근로자파견으로 구별⁶³⁾하고 이를 근거로 사법상(私法上) 유효한 근로자파견에 대하여는 동법, 특히 사법적(私法的) 효력에 관한 규정인 동법 제6조제3항을 적용하여야 한다고 본다. 반면 동법에 위반한 근로자파견이 단순한 단속규정의 위반이 아닌 효력규정의 위반에 해당되어 사법상(私法上) 무효인 근로자파견에 대하여는 동법, 특히 사법적(私法的) 효력에 관한 규정인 동법 제6조제3항을 적용할 수 없다고 본다.

이러한 필자의 견해는 위법한 근로자파견에 대한 동법의 적용여부에 대한 해석론적

62) 법적용 긍정설을 주장하는 학자들이 법원이 주장하는 바와 같이 2년이 경과한 근로자파견에 대해서만 동법 제6조제3항이 적용될 수 있다고 보고 있지는 않다. 법적용 긍정설을 취하는 학자들 가운데에는 위법한 근로자파견의 경우 직접고용의 원칙에 따라 2년의 경과와 무관하게 사용자사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 성립된다고 주장하는 학자들도 있다. 이에 대하여는 조경배, “위법한 근로자공급 사업에 있어서 사용자사업주와 공급사업주간의 근로계약 성립여부”, 노동법의 쟁점과 과제(김유성교수화갑기념 논문집), 2000, 69면 이하; 강성태, “위법한 근로자파견의 법적 효과”, 노동법률(2000.5), 38면 이하 참조.

63) 양자의 구별과 그 이유에 대하여는 아래 제3장 제3절 5. (1) 1)에서 설명하기로 한다.

견해에 불과한 것으로, 입법론적으로는 이에 대한 구체적 규정을 둘 필요가 있다고 본다. 비교법적으로 보면 위법한 근로자파견에 대하여도 관련법을 적용할 것인지 여부에 대하여 규정하고 있는 경우는 없다. 대부분의 국가들은 이에 관한 규정 대신에 위법한 근로계약의 효력에 대한 규정을 둬으로써 위법한 근로자파견의 법적 효과에 관한 문제를 해결하고 있다. 따라서 아래에서는 위법한 근로자파견과 근로계약의 효력에 대하여 살펴보기로 한다.

제 3 절 위법한 근로자파견과 고용의제

1. 의 의

위법한 근로자파견의 경우 파견사업주와 파견근로자 사이의 계약을 무효화하고 사용자사업주와 파견사업주 사이에는 계약체결에 대한 의사가 존재하지 않았음을 이유로 계약체결이 인정될 수 없다면 이는 근로자에게 즉시해고와 동일한 법적 효과를 발생시키게 되어 위법한 근로자파견에 대한 책임을 근로자가 모두 부담하게 되는 문제가 발생한다. 반면 위법한 근로자파견에 대하여 사법상(私法上) 효력을 그대로 인정하게 되면 불법파견이 확대될 위험성이 크다. 나아가 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로계약의 효력을 부정하지 않고 파견사업주에게 불법파견에 대한 사법상(私法上)의 책임을 물을 수 있도록 한다 하여도 대다수의 파견사업주는 영세하여 사용자로서의 법적 책임을 부담할 능력이 부족하고 상대적으로 사용자사업주의 강력한 영향력 하에 놓여져 있는 현실을 고려하면 이러한 방법으로는 불법파견으로부터 파견근로자를 실질적으로 보호할 수 없다는 문제가 여전히 남는다.

따라서 위법한 근로자파견의 사법적(私法的) 효력과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 근로자파견이 위법하여 파견사업주와 사용자사업주가 체결한 파견계약과 파견사업주와 파견근로자가 체결한 근로계약이 사법적(私法的)으로 무효로 된 경우 파견근로자와 사용자사업주 사이에 근로계약이 체결된 것으로 의제할 수 있을 것인가이다. 해석론적 입장에서 당사자의 의사와 무관하게 사용자사업주와 파견근로자가 근로계약을 체결한 것으로 의제할 수 있기 위해서는 근로계약의 체결이 반드시 당사자의 의사를 전제로 하는 지가 문제된다. 근로자성의 판단과 관련하여 학설과 판례는 근로관계의 성립을 형식에 관계없이 실질적인 사용종속관계의 성립여부를 기준으로 판단하고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 주장은 노동법상의 규정들은 사회적·경제적으로 힘의 불균형이 존재하는 당사자 사이에 실질적 평등을 보장하기 위하여 계약의 자유를 제한하는 강행법규로 당사자들의 합의에 의하여 그 적용이 회피될 수 없다는 점에서 그 정당성을 인정받아 오고 있다. 일부에서는

64) 대법원은 근로자성의 판단과 관련하여 계약의 형식에 관계없이 실질에 있어서 근로자가 사업장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 하고 있다(대판 1987.5.26, 87도604; 대판 1989.7.11, 88다카21296; 대판 1997.12.26, 97다17575 등). 이에 대하여는 강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 111면 이하 참조.

이러한 이론을 근거로 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 의제할 수 있다는 견해가 주장되었다. 한편 일부에서는 이러한 법형식의 강제⁶⁵⁾는 성립된 계약의 내용을 당사자의 의사가 아닌 실질적 관계에 따라 위임 및 도급계약 또는 근로계약으로 평가하기 위한 기준에 불과한 것으로 근로계약은 여전히 당사자의 의사에 기초해서만 성립될 수 있다고 보고 있다.⁶⁶⁾ 이 견해에 의하면 사용사업주와 파견근로자 사이에는 근로계약의 체결에 관한 의사가 존재하지 않기 때문에 실질적 사용종속관계만을 토대로 근로계약의 성립을 의제할 수 없게 된다.

아래에서는 먼저 해석론적 입장에서 이와 관련 된 학설·판례를 소개하고, 나아가 입법론적 입장에서 이에 관한 외국의 입법례를 살펴본 다음 각각에 대한 필자의 의견을 밝히고자 한다.

2. 판례

(1) 은마아파트 사건⁶⁷⁾

1) 사건개요

서울 강남구 대치동 소재 은마아파트 입주자대표회의는 1994년 6월 30일 아파트관리업체와 동 아파트에 대한 위수탁관리계약을 체결하였다. 이 계약에 의하면 아파트관리업체는 수탁업무를 위 아파트 입주자의 비용부담하에 그의 책임으로 그의 직원을 사용하여 수행하고 보수로서 평당 30원씩의 수탁비를 지급 받기로 되어있다. 그러나 아파트관리기구의 조직과 인원에 대하여 아파트관리업체는 아파트입주자대표회의의 승인을 얻도록 하고 있으며, 아파트관리업체는 직원의 임명, 직원의 급여와 퇴직급여의 지급, 관리비의 부과 및 모든 경비의 지출에 있어 피신청인의 동의 혹은 승인을 받아야 하며, 직원에 대한 피신청인의 해임요구에 즉시 응하고, 매월 경비 집행과 자금관리에 관한 사항을 보고하도록 하고 있다. 또한 입주자대표회의는 아파트관리업체 직원으로 구성된 노동조합의 상대방이 되어 직원들의 임금액, 복지비 등을 결정하여 왔다. 그러나 관리사무소장이 아파트관리업체를 대표하여 단체협약을 체결하였다.

65) 사적자치와 법형식의 강제(Rechtsformzwang)에 대하여는 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 102; MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 24 Rn. 61 ff. 및 강희원·김영문, 근로자개념과 계약의 자유 - 자영인과 근로자의 구별을 중심으로 -, 2001, 180면 이하 참조.

66) Vgl. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 104 ff.; MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 24 Rn. 61 ff. 편입이론(Eingliederungstheorie) 등에 의하여 계약체결과정에서 발생한 의사표시의 하자로 인하여 무효 또는 취소 가능한 근로계약의 소급무효와 관련된 문제를 치유하려는 이론도 전개되었으나 이 문제 역시 ‘하자있는 근로계약(Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis)’에 관한 이론에 의하여 해결됨으로써 독일에서 실질적 사용종속관계를 토대로 근로관계의 성립을 주장하는 학설은 쇠퇴하게 되었다. ‘하자있는 근로계약’에 대하여는 유성재, “하자있는 근로계약의 효력”, 법학논문집 제23집, 중앙대학교 법학연구소, 1998, 195면 이하 참조.

67) 대판 1999.7.12, 99마628.

2) 쟁 점

아파트관리업체와 아파트관리업체직원들은 근로계약을 체결하였다. 이 경우 형식적으로는 아파트관리업체직원들이 아파트관리업체와 근로계약을 체결한 것으로 되어 있지만, 아파트입주자대표회의가 아파트관리업체와 체결한 위수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 직원의 채용과 승진에 관여하거나 아파트관리업무의 수행상태를 감독하기도 하고, 아파트관리업체직원들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급수준을 결정하여 왔다는 점에 비추어 볼 때 아파트관리업체직원들의 실질적인 사용자는 입주자대표회의가 되어 이들 사이에 근로계약이 성립된 것으로 볼 수 있을 것인지가 쟁점이다.

3) 법원의 판단

법원은 아파트관리업체와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 아파트입주자대표회의와 아파트관리업체직원들 사이에 근로계약이 체결되었다고 보기 위해서는 아파트관리업체 직원과 아파트관리업체가 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 아파트관리업체직원들이 사실상 아파트입주자대표회의와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 아파트입주자대표회의가 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 이들 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다고 하였다. 즉, 아파트관리업체직원들과 아파트입주자대표회의 사이에 근로계약이 성립되었다고 보기 위해서는 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 하는 명시적 또는 묵시적으로 체결된 계약이 존재하거나, 근로기준법 제93조와 같이 계약이 성립된 것으로 의제 하는 법규정이 있어야 한다고 보았다.

(2) (주)대한중석광업 사건⁶⁸⁾

1) 사건개요

(주)대한중석광업은 달성광업소 특광반 자치회 대표와 자신의 소유광구에서 채굴한 광석을 매수하기로 하는 광석 매매 도급계약을 체결하였다. 한편 (주)대한중석광업은 위 계약에 따라 자치회 소속 광부들을 산업재해보상보험에 가입시키고 그 보험료를 부담하였다. 또한 이들 자치회 소속 광부들은 달성광업소의 다른 근로자와 마찬가지로 전국광산노동조합 달성지부에 가입되어 있었다.

68) 대판 1972.11.14, 72다895.

2) 쟁 점

형식적으로 보면 달성광업소 특광반 자치회와 (주)대한중석광업은 도급계약이 체결되었다. 그러나 달성광업소 특광반 자치회 소속 광부들은 노동조합에 가입되어 있으며, 또한 이들은 산업재해보상보험에 가입되어 있고 그 보험료를 (주)대한중석광업이 부담하고 있다는 점에 비추어 볼 때 달성광업소 특광반 자치회 소속 광부들과 (주)대한중석광업 사이에는 실질적으로 근로관계와 유사한 법률관계가 형성되어 이들 사이에 근로계약이 체결된 것으로 볼 수 있을 것인지가 쟁점이다.

3) 법원의 판단

비록 (주)대한중석광업이 위 계약에 의하여 달성광업소 특광반 자치회 소속 광부들을 산업재해보상보험에 가입시키고 그 보험료를 납부하였다고 하여도 이는 수급인을 사용자로 간주하는 근로기준법 제93조의 책임을 다하기 위한 것에 불과한 것이지 이를 근거로 이들 사이에 근로계약이 체결된 것으로 볼 수는 없다고 보았다. 또한 달성광업소 특광반 자치회 소속 광부들이 임의로 전국광산노조 달성지부에 가입하였다고 하여 이것으로부터 이들과 (주)대한중석광업 사이에 근로계약이 체결된 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.

즉, 법원은 달성광업소 특광반 자치회 소속 광부들과 (주)대한중석광업 사이에 근로관계가 성립되기 위해서는 노무제공자가 근로를 제공하고 노무수령자가 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 명시적 또는 묵시적으로 체결된 계약이 있거나 기타 법적 근거가 있어야 한다고 보고, 이 사건 광석매매도급계약은 노무도급계약에 불과하여 근로계약을 체결한 것으로 볼 수 없다고 보았다.

(3) 소 결

법원은 노무제공자와 노무수령자 사이에 근로계약이 체결되었다고 보기 위해서는 이들이 체결한 위임 또는 도급계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 실질적으로 노무제공자가 사용종속관계 하에 노무를 제공하고 노무수령자가 이에 대하여 임금을 지급하는 사정 등에 비추어 이들 사이에 명시적 또는 묵시적으로 체결된 계약이 있거나 기타 법적 근거가 있어야 한다고 보고 있다.

3. 학 설

(1) 묵시의 노동계약설

묵시의 노동계약설⁶⁹⁾이란 파견근로자와 사용사업주 사이에 근로계약이 체결된 것으

69) 우리 나라(대판 1972.11.14, 72다895; 대판 1999.7.12, 99마628)와 일본(安田病院事件, 最高裁判所 1998.9.8=勞働判例 1998.11.15, 7면 이하)의 판례의 입장임과 동시에 독일의 통설이기도 하다. 일

로 보기 위해서는 계약체결에 대하여 당사자 사이에 적어도 묵시적 합의가 있어야 한다고 보는 견해이다. 즉, 계약의 성립에 있어서는 양당사자의 의사가 반드시 존재하여야 한다는 견해이다. 이 견해에 의하면 계약체결에 대한 묵시적 합의가 인정되기 위해서는 이를 확인할 수 있는 외형적, 객관적 사실이 존재하여야 한다.

이에 반하여 객관적 묵시의 노동계약설⁷⁰⁾은 기본적으로 묵시의 노동계약설의 입장을 따르면서 사용종속관계라는 객관적인 사실관계로부터 묵시적 합의를 인정할 수 있다는 견해이다.

(2) 사실적 노동계약관계론

사실적 노동계약관계론⁷¹⁾이란 전통적 계약이론에 반대하여 근로계약은 당사자의 합의가 없어도 사용종속관계라는 외형적, 객관적 사실관계가 존재한다면 근로계약이 유효하게 성립된 것으로 보아야 한다는 견해이다.

한편 당사자의 계약체결에 대한 의사와 무관하게 근로계약은 사용종속관계라는 사실관계에 의하여 성립할 수 있다는 견해를 취하면서도 이를 근거로 근로관계의 존재를 주장할 수 있는 것은 근로자에 한정되고 사용자는 이를 주장할 수 없다는 편면적 사실적 노동계약관계론⁷²⁾이라 한다.

(3) 직접고용의 법리

직접고용의 법리란 고용관계와 지휘명령관계가 일치될 것, 즉 실질적으로 근로자를 사용하는 자가 그에 대한 사용자책임을 질 것을 전제로 “파견근로자보호법은 엄격한 요건하에 고용관계와 지휘명령관계가 분리되는 것을 극히 예외적으로 허용하는 법, 즉 당연히 금지되는 근로자공급사업의 일종인 근로자파견사업을 제반 경제적·현실적 여건 등을 감안하여 까다로운 조건하에 허용하고 있는 예외적인 법이다. 그러므로 사용사업주가 파견근로자를 사용하면서도 파견근로자보호법의 적용을 받아 자신의 사용자책임을 면제받으려면 당해 파견근로자의 사용이 같은 법에 의해 적법하고 정당화되는 경우에 한정될 뿐이다. 만약 위법하게 파견근로자를 사용하게 되면 그것은 파견근로자보호법상의 파견근로자의 사용이 아니라, 직업안정법상 금지되고 있는 근로자공급사업에 의한

본의 판례에 대하여는 조경배, 앞의 논문(註 62), 79면 이하 참조. 독일에서는 계약설(Vertragstheorie)이라는 이름으로 Alfred Hueck에 의하여 주장되었다. 이에 대하여는 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, 1963, S. 115 ff. 및 MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 42 Rn. 1-7 참조

70) 高木紘一, “社外工・下請労働者の地位”, 季刊労働法, 110호(1978), 48면 이하.

71) 本多淳亮, 雇用調整と人事問題, 1978, 206면 이하. 독일에서는 이와 유사한 이론으로 편입설(Eingliederungstheorie)이 있다. 편입설은 Wolfgang Siebert와 Arthur Nikisch에 의하여 주장되었다. 이에 대하여는 Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 85 ff. 및 Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I (Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht), 2. Aufl., 1955, S. 140 ff. 및 MünchArbR/Richardi § 42 Rn. 1-7 참조.

72) 萬井隆令, 労働契約締結の法理, 1997, 229면.

근로자공급을 받은 것이 된다. 그에 따라 파견근로자보호법에 의해 면제받던 사용사업주의 사용자책임은 다시 부활하게 된다. 즉, 사용사업주는, 그와 파견사업주와의 관계나 파견사업주의 파견근로자에 대한 책임과는 별도로, 파견근로자를 직접 고용한 것이 되고, 직접 고용에 따른 제반 노동법적 책임과 의무를 져야 한다”는 견해이다.⁷³⁾

4. 외국의 입법례

(1) 독일

독일은 1995년 2월 3일 근로자파견법(Gesetz zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung)⁷⁴⁾을 제정하여 근로자파견에 관한 사항을 규율하고 있다. 동법에 따라 근로자를 제3자에게 영업을 목적으로 파견하고자 하는 사용자는 허가를 받아야 하며(제1조),⁷⁵⁾ 파견사업주는 동일한 파견근로자를 한 사용사업주에게 1년 이상 파견할 수 없도록 하는(제3조제1항제6호) 등 제3자에게 근로자를 파견하기 위하여 준수하여야 할 사항에 대하여 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 동법은 또한 이러한 규정을 위반한 근로자파견의 공법적 효과(제16조)뿐만 아니라, 사법적 효과(제9조, 제10호)에 대해서도 규정하고 있다.

즉, 동법 제9조 및 제10조는 동법을 위반한 근로자파견 가운데 사법상(私法上) 무효인 근로자파견의 종류를 열거하고 있는 데 그 내용은 다음과 같다. 첫째, 파견사업주가 동법 제1조의 규정에 의한 허가를 받지 아니한 경우 파견사업주와 사용사업주 간의 계약과 파견사업주와 파견근로자 사이에 체결된 계약은 무효이며(제9조제1호), 사용사업주와 파견사업주가 노무제공을 개시하기로 약속한 시점에 사용사업주와 파견근로자 사

73) 강성태, “위법한 근로자파견의 법적 효과”, 노동법률(2002.5), 38면 이하. 同旨: 조경배, 앞의 논문(註 62), 83면; 清正寬, 雇用保障法の研究, 1987, 171면.

74) 1972년 8월 7일 제정된 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: BGBl. I S. 1393)은 1994년 7월 26일 제정된 고용촉진법(Beschäftigungsförderungsgesetz: BGBl. I S. 1786)의 제정과 더불어 1995년 2월 3일 새롭게 정비되었다.

75) 동법 제3조는 파견허가의 교부나 연장을 거부할 수 있는 사유에 대하여 규정하고 있다. 그 사유로는 파견업무를 수행함에 있어 필요한 신뢰를 갖지 않은 경우, 특히 신청인이 사회보험법상의 규정, 근로소득세의 원천징수 및 납부, 직업소개, 외국에서의 모집이나 외국인고용, 노동보호법상의 규정 또는 노동법상의 의무를 이행하지 않거나 준수하지 아니한 경우(제1호), 경영조직을 형성한 후 통상의 사용자의 의무를 규정대로 이행할 수 없는 경우(제2호), 동일한 파견근로자와 반복해서 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우(제3호), 파견근로자와 체결한 기간의 정함이 없는 근로계약을 해고를 통하여 종료시키고, 근로계약이 종료된 후 3개월 이내에 파견근로자를 다시 채용한 경우(제4호), 파견근로자와 체결한 근로계약의 기간이 반복하여 사용사업주에게 파견된 첫 번째 파견기간으로 제한된 경우를 들고 있다. 다만, 근로시간의 단축이나 해고의 회피를 위하여 50인 미만의 근로자를 12월 이내의 기간동안 다른 사용자에게 파견하고 사용자가 근로자파견에 관한 사항을 사업장 소재지의 주(州) 노동청에 사전에 신고한 경우에는 파견허가를 필요로 하지 않는다(제1a조).

76) 독일의 근로자파견법은 파견대상업무에 대한 제한 규정이 없다. 단지 동법 제1b조는 건설업을 수행하는 사업장에 영업을 목적으로 근로자를 파견할 수 없도록 하고 있다.

이에 근로관계가 성립된 것으로 보며, 사용사업주가 그 노무제공을 수령하고 난 다음에 무효로 된 경우에는 무효의 효력이 발생한 때에 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로관계가 성립된 것으로 보고 있다(제10조제1항).⁷⁷⁾ 둘째, 파견사업주와 파견근로자가 반복하여 체결한 근로계약의 기간의 정함은 무효이다(제9조제2호).⁷⁸⁾ 셋째, 파견사업주가 파견근로자와의 근로관계가 종료한 후 3개월 이내에 파견근로자를 반복하여 다시 채용한 경우 파견사업주의 파견근로자에 대한 해고는 무효이다(제9조제3호). 넷째, 파견사업주에 대한 근로관계가 더 이상 존재하지 않는 시점에 사용사업주가 파견근로자를 채용하는 것을 금지하는 약정은 무효이다(제9조제4호). 다섯째, 파견사업주와 파견근로자 사이에 근로관계가 더 이상 존재하지 않는 시점에 파견근로자가 사용사업주와 근로계약을 체결하는 하는 것을 금지하는 약정은 무효이다(제9조제5호). 나아가 동법 제1조제2항에 의하여 파견기간이 1년을 초과한 경우⁷⁹⁾ 파견사업주는 직업소개를 한 것으로 추정되며,⁸⁰⁾ 이는 파견사업주의 소개를 받아 파견근로자를 직접 사용한 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용한 것으로 추정된다는 것을 의미한다.

한편 동법 제15조, 제15a조 및 제16조는 동법을 위반한 근로자파견의 공법적 효력에 대하여 규정하고 있다. 동법 제15조는 노동허가를 받지 않은 외국인을 파견한 파견사업주에 대한 형사처벌에 대하여, 동법 제15a조제1항은 노동허가를 소지하지 아니한 외국인을 동종 또는 유사한 근로에 종사하는 독일 파견근로자와 비교하여 현저하게 부당한 조건에서 파견근로자를 근로하게 한 자에 대한 형사처벌에 대하여, 그리고 동법 제15a조제2항은 노동허가를 소지하지 아니한 외국인을 사용한 사용사업주에 대한 형사처벌에 대하여 규정하고 있다. 동법 제16조는 동법을 위반한 근로자파견에 대하여 과태료(Geldbuße)의 부과와 같은 행정법상의 제재조치에 대하여 규정하고 있다.

요약하면, 독일 근로자파견법은 동법을 위반한 근로자파견에 대하여 공·사법상의 효력을 구별하고, 이들 양자의 효력을 모두 동법에서 규율하고 있다. 특히 허가를 받지 않은 파견이나 파견기간을 초과한 근로자파견과 같은 동법을 위반한 근로자파견의 경우 사법적(私法的)으로 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 간주하고 있다.

77) 이 경우 사용사업주에 대한 파견근로자의 노무제공이 기한부로 되어있고, 기한의 설정에 정당한 사유가 있는 경우에는 사용사업주와 파견근로자 사이에 기간의 정함이 있는 근로계약이 성립된 것으로 본다(제10조제1항제2문). 또한 파견근로자와 사용사업주 사이에 체결된 근로계약상의 근로시간은 파견사업주와 사용사업주가 체결한 파견계약상의 근로시간으로 하며(제10조제1항제3문), 파견근로자는 최소한 파견사업주가 합의한 임금을 사용사업주에게 요구할 수 있다(제10조제1항제5호).

78) 다만, 파견근로자의 개인적 사정에 기인한 정당한(sachlicher Grund)가 존재하는 경우 또는 기간의 정함이 동일한 파견사업주와 근로계약의 체결을 예정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

79) 동법 제3조제1항제6호는 동일한 근로자를 한 사용사업주에게 12개월 이상 파견할 수 없도록 하고 있다. 이때 기간의 계산에 있어 동일한 파견근로자가 동일한 사용사업주에게 다른 파견사업주에 의하여 파견된 기간은 합산하여 계산한다.

80) 제1조제2항은 파견사업주가 사용자로서 일반적으로 인정되는 의무 또는 위험(동법 제3조제1항 제1호 내지 제5호)을 부담하지 않는 경우에도 파견사업주는 직업소개를 한 것으로 추정되어 파견사업주의 소개를 받아 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용한 것으로 추정된다.

(2) 프랑스

프랑스 노동법전에 파견근로에 관한 규정이 신설된 것은 1972년이다. 그 후 동법은 수차례 걸쳐 개정되었으며, 최근에는 1990년 7월 12일 개정되었다. 동법은 다른 나라의 근로자파견에 관한 법제와 다음과 같은 점에서 구별된다. 먼저 동법은 파견근로가 가능한 경우를 업무가 아니라 사유를 기준으로 규정하고 있다. 동법은 특정 업무를 대체하기 위한 업무⁸¹⁾, 기업활동의 일시적 증가 또는 수행되는 업무의 성격 및 고용의 일시적 성격 때문에 기간의 정함이 없는 근로계약을 활용하지 아니하는 것이 관행으로 되어 있는 경우와 같은 일시적 업무에 한하여 파견근로를 허용하고 있다(노동법전 L. 124-2-1조). 다음으로 프랑스는 파견기업의 설립과 관련하여 허가제가 아닌 신고제를 채택하고 있다(노동법전 L. 124-8조). 단, 파견기업으로 신고를 하기 위해서는 도산 또는 지급불능의 경우 임금 및 부가급여, 제반 수당, 사회보험과 관련된 보험료에 대한 사용자의 부담에 대한 지불을 보증하는 재정보증(노동법전 L. 124-8조)을 하여야 한다.

한편 프랑스는 다른 국가들과 마찬가지로 파견근로가 금지되는 경우와 파견근로의 상한선에 대한 규정을 가지고 있다. 먼저 파견근로가 금지되는 경우로 동법은 집단적 노동분쟁으로 근로계약이 정지된 업무 또는 노동부령 또는 농업부령이 정하는 특별히 위험한 작업 및 산업보건에 관한 법률에 의하여 의학적 감독의 대상이 되는 작업을 위해서는 파견근로를 실시할 수 없도록 하고 있다(노동법전 L. 124-2-3조). 파견근로의 기간과 관련해서는 파견기간은 원칙적으로 18개월을 초과할 수 없도록 하고 있다(노동법전 L. 124-2-2조).

이를 요약해 보면 동법상의 규정들은 근로자파견을 실시할 수 있는 경우와 근로자파견을 할 수 있는 사업자에 대한 규정으로 나누어 볼 수 있다. 근로자파견이 가능한 경우에 관한 규정(노동법전 L. 124-2-1조), 근로자파견을 불가능한 경우에 관한 규정(노동법전 L. 124-2-3조) 및 파견기간의 상한에 관한 규정(노동법전 L. 124-2-2조)이 전자에 속하고 파견사업주의 신고의무에 관한 규정(노동법전 L. 124-10조)과 파견사업주의 재정보증에 관한 규정(노동법전 L. 124-8조)은 후자에 속한다. 프랑스는 위법한 근로자파견의 효력과 관련하여 양자를 구별하여 규정하고 있다. 근로자파견을 실시할 수 있는 경우와 관련된 규정을 위반한 경우에 대하여 동법은 근로자에게 파견개시일부터 효력을 갖는 기간의 정함이 없는 근로계약에 해당하는 제반의 권리를 사용사업주에 대하여 행사할 수 있도록 하고 있다(노동법전 L. 124-7조). 한편 근로자파견을 할 수 있는 사업자에 대한 규정을 위반한 경우에 대하여 동법은 일정한 절차를 거쳐 2개월을 초과하지 아니하는 기간동안의 기업폐쇄를 명할 수 있도록 하고 있다(노동법전

81) 노동법전 L. 124-2-1조는 부재중인 자의 대체, 근로계약이 정지중인 자의 대체, 기업위원회 또는 종업원대표위원회와의 협의사항인 일자리 폐지가 이루어지기 이전에 확정적으로 이직한 자의 대체, 기간의 정함이 없는 근로계약에 의해 채용된 근로자가 실제적으로 근로를 개시할 수 있을 때까지의 기간동안 해당 근로자의 대체를 위하여 파견근로를 실시할 수 있도록 하고 있다.

L. 124-13-1조).

(3) 일 본

일본은 1985년 12월 24일 『근로자파견사업의적정한운영의확보및파견근로자의취업조건 의정비등에관한법률(労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に關する法律)』⁸²⁾을 제정하였다. 동법은 파견업무의 범위와 기간에 대한 제한규정을 두고 있을 뿐만 아니라 근로자를 파견하고자 하는 자는 원칙적으로 후생노동부장관의 허가를 받도록 하고 있다. 동법은 1999년 12월 22일 개정되어 파견대상업무를 원칙적으로 자유화하고, 파견사업의 허가기준 및 절차를 완화하였다. 그러나 일본은 우리나라와 마찬가지로 위법한 근로파견의 사법적(私法的) 효력에 관한 규정을 가지고 있지 않다. 일본은 이 문제를 판례를 통하여 해결하여 왔으며, 판례⁸³⁾는 앞에서 살펴본 바와 같이 묵시적 노동계약설의 입장을 취하고 있다.

5. 사 건

(1) 무효인 불법파견과 유효인 불법파견의 구별

1) 구별필요성

필자는 『파견근로자보호등에관한법률』을 위반한 근로자파견을 민법의 일반원칙에 따라 동법률 중 효력규정에 해당하는 규정을 위반한 근로자파견(사법상 무효인 불법파견)과 동 법률 중 단속규정에 불과한 규정을 위반한 근로자파견(사법상 유효인 불법파견)으로 구별하고자 한다. 그리고 사법상 무효인 불법파견에 대하여는 사법적(私法的) 효력에 관한 동법상의 규정들을 적용할 수 없으나,⁸⁴⁾ 사법상 유효한 불법파견에 대하여는 사법적(私法的) 효력에 관한 동법상의 규정들을 적용하여야 한다고 본다. 즉, 사법상 무효인 불법파견에 대하여는 고용의제에 관한 동법 제6조제3항을 적용할 수 없으나, 사법상 유효인 불법파견에 대하여는 고용의제에 관한 동법 제6조제3항을 적용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 이렇게 함으로써 효력규정을 위반한 불법파견(사법상 무효인 불법파견)이 2년을 경과하였다고 하여 동법 제6조제3항에 의하여 유효한 근로자파견이 되는 문제점을 극복할 수 있기 때문이다. 나아가 파견사업주의 단속규정위반에 따른 불법파견(사법상 유효인 불법파견)에 대하여 고용의제에 관한 동법 제6조제3항을 적용하지 않음으로써 법을 준수하여 근로자를 파견한 사용자보다 불법파견을 한 사용자가 유리하게 되는 불합리한 결과를 방지할 수 있기 때문이다.

82) 동법의 내용은 김범준, “일본의 간접고용 규제”, 간접고용 제한법제의 국제비교, 민주주의법학연구회 노동법분과 편, 2001, 263면 이하 참조. 동법의 번역문은 노사포럼, 제17호(2002년 2월), 175면 이하 참조.

83) 安田病院事件, 最高裁判所 1998.9.8=勞働判例 1998.11.15. 7면 이하.

84) 『파견근로자보호등에관한법률』을 위반하여 근로자파견이 사법상(私法上) 무효라고 하여도 그 무효의 효력은 장래에 향하여만 적용된다고 보아야 할 것이다. 이에 대하여는 유성재, 앞의 논문(註 66), 195면 이하 참조.

이러한 기준에 따른다면 불법파견에 대한 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항의 적용과 관련된 서울행정법원의 판결((주)SK 사건⁸⁵)과 중앙노동위원회의 결정((주)한국미쓰이물산 사건⁸⁶)은 모두 정당하다. 왜냐하면 (주)SK 사건은 파견이 허용되지 않는 업무에 대하여 근로자를 파견한 것으로 이는 사법상(私法上) 무효인 불법파견에 해당되며, 이러한 불법파견에 대하여 동법 제6조제3항이 적용될 수 없기 때문이다. 반면 (주)한국미쓰이물산 사건은 파견이 허용된 업무에 대하여 파견사업주가 노동부장관의 허가를 받지 않고 근로자를 파견한 것으로 이는 사법상(私法上) 유효인 불법파견에 해당되며 이러한 불법파견에 대하여는 동법 제6조제3항이 적용되어야 하기 때문이다.

불법파견을 사법상 무효인 불법파업과 사법상 유효인 불법파견으로 구별하여 규율하는 방법은 독일과 프랑스의 입법에서도 채택되고 있다. 예를 들어 독일 근로자파견법 제9조와 제10조에서는 사법상 무효인 불법파견에 대하여, 동법 제15조, 제15a조 및 제16조에서는 사법상의 효력은 그대로 인정하고 부과할 수 있는 행정제재에 관한 규정을 두고 있다. 프랑스 노동법전 역시 근로자파견이 허용되는 업무와 관련된 규정의 위반에 대해서는 사법적(私法的) 효력을 부정하고 있는 반면(L. 124-7조), 허가를 받지 않은 사업주가 실시한 파견에 대해서는 사법적 효력은 그대로 인정하되 행정제재를 가하도록 하는 규정을 두고 있다.

2) 구별기준

사법상(私法上) 무효인 불법파견과 사법상(私法上) 유효인 불법파견의 구별은 사법상(私法上)의 일반원칙을 따르기로 한다. 즉, 『파견근로자보호등에관한법률』상의 규정 가운데 “일정한 행위를 공권력에 의하여 금지·제한하는 것 자체를 목적으로 하는” 규정(효력규정)과 “일정한 결과의 실현을 방지하는 것을 목적으로 하는” 규정(단속규정)으로 구분하고 전자에 해당하는 규정을 위반한 근로자파견을 사법상(私法上) 무효인 불법파견으로, 후자에 해당하는 규정을 위반한 근로자파견을 사법상(私法上) 유효인 불법파견으로 구별하고자 한다.⁸⁷⁾

따라서 현행법을 기준으로 본다면 전자에 해당하는 경우로는 『파견근로자보호등에관한법률』 제5조에 의하여 파견근로가 허용된 업무가 아닌 업무에 대한 근로자파견이나 동법 제16조제1항에 의하여 금지된 쟁의행위중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한 근로자파견 또는 동법 제16조제2항에 의하여 금지된 정리해고로 인하여 중단된 후 2년이 경과하지 아니한 업무에 대한 근로자파견을 들 수 있을 것이다. 다음으로 후자에 해당하는 경우로는 파견사업주가 동법 제7조가 요구하고 있는 노동부장관

85) 서울행법 2002.1.25, 2001구43492.

86) 중노위 2001.6.4 판정, 2001부해116.

87) 단속규정과 효력규정의 판단기준에 대하여는 남윤호, 註釋 民法總則(下), 1994, 168면 참조.

의 허가없이 실시한 근로자파견을 들 수 있을 것이다.

왜냐하면 동법 제5조 및 제16조는 금지·제한하는 것 자체를 목적으로 하고 있는 규정인데 반하여 동법 제7조는 사용자로서의 법적 책임을 부담할 능력이 있는 사업체를 선정함으로써 불법파견에 따른 피해를 충실히 보장하기 위한 것으로 보여지기 때문이다. 또한 동법 제12조는 파견사업에 대한 허가의 취소 및 영업의 정지에 대하여 그리고 동법 제13조는 허가취소 등의 처분후의 근로자파견에 대하여 정하고 있는데, 동법 제13조에 의하면 “제12조의 규정에 의한 허가의 취소 또는 영업의 정지처분을 받은 파견사업주는 그 처분전에 파견한 파견근로자와 그 사용사업주에 대하여는 그 파견기간이 종료될 때까지 파견사업주로서의 의무와 권리”를 가지도록 하고 있는 점을 보아도 동법 제7조의 허가를 받지 않은 불법파견을 사법상(私法上) 무효라고 보는 것은 무리이다. 나아가 『파견근로자보호등에관한법률시행령』 제3조에 규정된 파견사업의 허가기준⁸⁸⁾을 보면 근로자파견사업의 자산 및 시설기준에 관한 것으로 이를 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정이라고 보기도 힘들기 때문이다.

(2) 고용의제규정의 신설

위에서 언급한 바와 같이 불법파견 중 사법상(私法上) 유효인 불법파견의 경우에는 『파견근로자보호등에관한법률』이 적용된다. 문제는 사법상(私法上) 무효인 불법파견의 경우이다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 이러한 계약은 원칙적으로 사법상(私法上)의 효력이 부정되어야 하지만 이를 그대로 적용할 경우 근로자에게 즉시해고와 동일한 법적 효과를 발생하게 된다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 무효화된 근로계약을 대신하여 파견사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 계속 유효하다고 보거나, 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 당사자의 의사와 무관하게 체결된 것으로 의제할 필요가 있다. 필자는 파견사업주와 파견근로자 사이에 고용계약이 체결된 것으로 의제하는 것은 당사자 사이에 계약체결에 대한 의사를 추정하기 수월하다는 장점은 있으나 대다수의 파견사업주는 영세하여 사용자로서의 법적 책임을 부담할 능력이 부족하다는 점에서 파견근로자의 보호를 위하여 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 의제하는 것이 법정책적으로 바람직하다고 본다.

지금까지 사용사업주와 파견사업주 사이에 근로계약이 체결된 것으로 의제하기 위한 해석론이 제기되었다. 필자는 사실적 노동계약관계론 및 직접고용의 법리가 당사자의 의사와 무관하게 근로계약의 체결을 의제하고 있다는 점에서 지나치게 사적자치를 침해한 것으로 바람직하지 않다고 본다. 결론적으로 필자는 해석론에 의한 고용의제는 불가능하다고 본다. 따라서 이 문제는 입법론적으로 해결되어야 한다. 즉, 사용사업주와 파

88) 『파견근로자보호등에관한법률시행령』 제3조에 규정된 근로자파견사업의 자산 및 시설기준은 다음과 같다. 제1호 상시 5인 이상의 근로자(파견근로자를 제외한다)를 사용하는 사업 또는 사업장으로서 고용보험·국민연금·산업재해보상보험 및 의료보험에 가입되어 있을 것, 제2호 1억원 이상의 자본금(개인인 경우에는 자산평가액)을 갖출 것, 제3호 전용면적 66제곱미터 이상의 사무실을 갖출 것.

견근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 보는 고용의제규정을 신설할 필요가 있다고 본다.

제 4 절 의제된 근로관계의 내용

1. 법규정의 필요성

현행 『파견근로자보호등에관한법률』은 고용간주규정은 물론 의제된 고용관계의 내용에 대하여도 아무런 규정을 가지고 있지 않다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 사법상 무효인 불법파견에 대하여 사용사업주와 파견근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 의제할 필요성이 인정되고, 해석론에 의해서든 입법론에 의해서든 고용을 의제한다면, 이제 의제된 근로계약의 내용이 어떠한지 보아야 할 것인지에 대하여 결정하여야 할 것이다.⁸⁹⁾ 즉, 사용사업주와 파견근로자 사이에 체결된 근로계약의 기간, 임금 및 근로시간을 결정하여야 할 것이다.

의제된 근로계약의 내용을 결정하기 위해서는 두 가지 접근방법이 있을 수 있다. 하나는 파견사업주와 파견근로자가 체결하였던 근로계약의 내용을 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로계약에 적용하는 방법과 사용사업체에서 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에 대한 통상의 근로조건을 적용하는 방법이 있을 수 있을 것이다. 그러나 해석론에 의해서는 어떠한 방법도 불가능하다고 본다. 왜냐하면, 파견근로자는 더 이상 파견사업주의 근로자가 아니며 사용사업주와 파견근로자 사이의 계약은 파견사업주와 파견근로자 사이에 체결되었던 근로계약이 이전된 것이 아니라 법률에 의하여 새롭게 형성된 근로계약이기 때문이다. 또한 사용사업체에서 동일 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에 대한 통상의 근로조건을 적용하는 방법 역시 사용사업체에 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 존재하지 않을 수 있을 뿐만 아니라 파견근로자를 사용한 사용사업주의 의사가 무시되는 문제점이 있다. 따라서 사용사업주와 파견근로자 사이에 성립된 근로관계의 내용 역시 입법론적으로 해결되어야 할 것이다. 아래에서는 의제된 근로관계에 내용을 근로계약의 기간과 임금 및 근로시간으로 나누어 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

89) 지금까지 위법한 근로자파견의 사법상(私法上)의 효력을 살펴보면 위법한 근로자파견을 파견대상 업무가 아닌 업무에 대한 근로자파견과 허가를 받지 않은 파견사업주에 의한 근로자파견으로 제한하여 살펴보았다(註 50 참조). 왜냐하면 현행 『파견근로자보호등에관한법률』이 기간을 초과한 근로자파견의 경우를 제외하고 위법한 근로자파견에 따른 사법상(私法上)의 효력에 대한 규정을 두지 않았기 때문이다. 그러나 아래에서 위법한 근로자파견이라 함은 사법상(私法上) 무효인 근로자파견과 파견기간을 위반하여 『파견근로자보호등에관한법률』 제6조제3항에 의하여 고용이 의제 되는 위법한 근로자파견 모두를 의미한다. 왜냐하면 동법 제6조제3항은 파견기간을 위반한 근로자파견에 대한 고용의제에 관한 규정만 두고 있을 뿐 의제된 근로관계의 내용에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

2. 법규정의 성질

사용사업주와 파견근로자 사이에 성립된 근로계약은 당사자의 의사와 무관하게 법률에 의하여 의제된 계약이다. 따라서 근로계약의 내용을 당사자의 의사로부터 도출할 수 없는 경우가 많으며, 설사 당사자의 의사가 확인된다 하여도 반드시 이들의 의사에 따라야 할 것인지는 다시 검토해 보아야 할 사항이다. 당사자의 의사가 확인될 경우 이들의 의사에 따라야 할 것인지, 즉 의제된 근로관계의 내용에 관한 법규정의 법적 성질을 임의규정으로 할 것인지 강행규정으로 할 것인지에 대하여 먼저 살펴보고 다음으로 당사자의 의사가 확인되지 않을 경우에 대하여 살펴보기로 한다.

입법론적으로 본다면 사용사업주와 파견사업주 사이에 성립된 계약내용은 당사자의 의사에 따라 결정되는 것이 가장 바람직할 것이다. 따라서 의제된 근로관계의 내용에 관한 법규정은 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않을 경우에 적용되는 임의규정의 형식을 취하여야 할 것이다. 다음으로 사용사업체에 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 이들에게 적용되는 통상의 근로조건을 적용하여야 할 것이다. 따라서 근로관계의 내용에 관하여 당사자 사이에 합의가 없으면 사용사업체의 취업규칙이나 단체협약이 적용되고, 취업규칙이나 단체협약이 없으면 비로소 의제된 근로관계의 내용에 관한 법규정이 적용되어야 할 것이다.

3. 임금 · 근로시간

(1) 임 금

앞에서 설명한 바와 같이 사용사업주와 파견근로자 사이에 체결된 것으로 의제된 근로관계의 내용은 먼저 당사자의 의사에 따라 결정되어야 하고, 만약 당사자의 사이에 합의가 도출되지 않을 경우에는 사용사업체에 적용되는 단체협약 또는 취업규칙에 따라야 할 것이다. 문제는 단체협약이나 취업규칙에 파견근로자에게 적용될 내용이 존재하지 않는 경우이다.

파견사업주와 사용사업주가 파견근로자의 노무제공의 대가로 지불하기로 한 금액이 파견사업주와 파견근로자 사이 체결된 임금을 상회하는 것이 일반적이기 때문에 파견근로자는 사용사업주가 파견근로의 대가로 파견사업주에게 지불하기로 한 금액을 받는 것이 유리할 것이다. 반면 사용사업주는 파견근로자가 노무제공의 대가로 파견사업주로부터 받을 것으로 예정된 금액만을 지불하는 것이 통상 유리할 것이다. 임금만을 기준으로 해서 본다면 어떠한 기준에 의하더라도 당사자 일방이 정당한 이유없이 경제적 이득을 얻는 것이 된다. 이에 관하여 독일 근로자파견법 제10조제1항은 “근로관계의 내용은 사용사업주의 사업장에 적용되는 규정과 기타 규칙에 따라 정해지며, 그러한 규칙 등이

존재하지 않는 경우에는 유사한 사업장의 규정과 기타 규칙이 적용”되며 “파견근로자는 적어도 파견사업주와 합의한 임금을 사용사업주에게 요구할 수 있다”고 하고 있다.

입법론적으로 볼 때 의제 된 근로관계에 적용될 임금은 독일의 경우와 같이 파견사업주와 파견근로자가 약정한 임금으로 하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 의제 된 근로계약은 파견근로자를 보호하기 위한 최소한의 범위에 그쳐야 할 것이며, 다음에서 살펴보는 바와 같이 의제 된 근로계약을 기간의 정함이 없는 것으로 본다면 사용사업주는 이로부터 이미 본인의 의사와 무관하게 상당한 재정적 부담을 감수하지 않을 수 없기 때문이다.

(2) 근로시간

근로시간의 경우 파견사업주와 파견근로자가 약정한 근로시간, 파견사업주와 사용사업주가 약정한 근로시간, 파견근로자가 사용사업주에게 실제로 제공한 근로시간이 모두 다를 수 있다. 이 가운데 어떠한 근로시간을 의제된 근로관계에 적용할 것인지는 법정 책적 문제이다. 독일 『근로자파견법』 제10조제1항은 의제 된 “근로관계에 대하여는 파견사업주와 사용사업주 사이에 약속한 근로시간”을 적용하도록 하고 있다. 입법론적으로는 파견사업주와 사용사업주 사이에 약속한 근로시간을 의제 된 근로관계에 적용하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 이 시간이 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용할 경우 사용사업주가 통상 제시할 것으로 예상되는 의사에 가장 근접할 뿐만 아니라, 법률에 의하여 고용을 강제할 경우 그 범위는 최소한의 범위로 하는 것이 바람직 할 것이기 때문이다.

4. 계약기간

(1) 의 의