

연구보고서	2008-07
-------	---------

과도적 근로관계 연구

문무기 · 박제성 · 정영훈 · 김기선

책머리에 부쳐

노동과 관련된 학문영역에서 끊임없이 논의될 수 있는 쟁점 중에 “노동조합은 공익적 집단인가?” 내지 “기업은 공동선(共同善)을 실현하기 위한 존재인가?”라는 화두(話頭)가 포함될 수 있을 것이다. 이에 대한 대답은 여러 가지로 가능하겠으나, 노동조합이든 기업이든 공익“만”을 목표로 삼을 수는 없겠지만, 공익“도” 경우에 따라서는 고려해야 하는 존재·집단이라는 측면만은 부인할 수 없을 것이다. 다만 이러한 공익·공동선의 실현이 가능해 질 수 있기 위해서는, 자신들의 이익을 도모하는 가운데서도 타인의 권익·생존에 대한 최소한의 배려가 가능해야 할 것이다.

노동시장의 유연화, 고용형태의 다양화·개별화 경향에 따라 근로계약의 성립 단계에서 사용자의 재량의 여지 및 근로자에 대한 평가기회의 확대가 요청되고 있다. 이에 따라 채용내정, 시용, 수습, 인턴사원 등과 같은 소위 “과도적인 근로관계”가 근로자 채용과정에서 일반화되고 있으나, 이들에 대한 보호법리 연구는 일천하거나 일본의 그것을 차용하는 단계에서 크게 벗어나지 못하고 있다.

다른 한편, 위와 같은 노동시장의 변용(變容)을 비정규직의 급증 및 청년층 실업문제 등과 함께 사용자의 근로자 채용에 따른 부담감 증가에 따라 초래된 부작용으로 이해하는 것 역시 가능하다. 기업의 고용관행이 적체적소에 필요인력만 채용하려는 형태로 변화되면서 과도적 근로관계의 기능도 일정부분 변화되고 있다. 따라서 근로계약의 성립 단계에서 사용자가 가질 수 있는 거부감·부담감을 최소화함으로써 고용기회를 확대하는 계기로 삼을 필요성이 제기되고 있다.

그러나 과도적 근로관계와 관련하여 사실상 부당해고에 가까운 상황이 발생하더라도 현행 근로기준법 등에서는 이에 대한 명문규정을 두고 있

지 않고 있기 때문에, 이를 둘러싼 노사간 분쟁이 발생하더라도 신속하고 효율적인 해결을 모색하기 어려운 상황이다. 특히 최근의 이른바 '비정규직보호입법'이 고용불안을 가중시키기만 할뿐 고용창출에는 그다지 기여하지 못한다는 비난도 없지 않다.

따라서 우리 산업사회가 겪고 있는 양극화 해소와 고용창출이라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 있는 새로운 패러다임의 모색이 요구된다. 이를 위해 먼저, 과도적 근로관계의 오·남용 및 부당하고 자의적인 본채용 거부 내지 부당해고를 합리적으로 규제할 수 있는 현실정합적(現實整合的) 법리를 개발할 필요가 있다. 이와 함께 과도적 근로관계에 관한 노동법제의 정비를 통하여 채용과정상 노사간의 불필요한 분쟁을 예방·최소화하고, 실질적으로 고용창출 및 고용안정을 도모할 수 있는 매개 장치로 기능하도록 추진하는 다각적 노력도 잊지 말아야 할 것이다.

본 연구는 본원의 연구위원으로 재직하다가 최근 경북대 법과대학으로 자리를 옮긴 문무기 교수가 연구책임자로 총괄적인 연구를 수행하였고, 주요 선진국의 과도적 근로관계 법리 분석에 대해서는 본원의 박제성 연구위원(프랑스)과 일본 도쿄대학 박사과정의 정영훈 선생(일본) 및 독일 라이프치히대학 박사과정의 김기선 선생(독일)이 각각 담당하였다. 이들 필자에게 심심한 감사의 뜻을 전한다. 아울러 본문에 소개된 과도적 근로관계의 실태 중 취업규칙분석 연구를 총괄한 본원의 김정환 연구위원, 기초적인 법리분석과 사례조사 정리 작업을 담당한 이화여대 박사과정의 신수정 연구원 그리고 출판작업을 성실히 맡아준 정철 전문위원과 박찬영 선생의 노고에 대해서도 필자를 대신하여 사의를 표한다.

끝으로 본 연구보고서에 수록된 모든 내용은 필자의 개인적인 의견이며, 본원의 공식견해가 아님을 밝혀둔다.

2008년 6월

한국노동연구원

원장 최 영 기

목 차

책머리에 부쳐

요 약	i
제1장 서 론	1
제2장 과도적 근로관계의 법리	4
제1절 과도적 근로관계의 의의	5
1. 채용내정의 의미	5
2. 시용의 의의	6
3. 수습의 의의	9
4. 인턴의 의의	10
5. 기간제근로자 및 단시간근로자의 의의	10
제2절 과도적 근로관계의 법적 성질	12
1. 채용내정의 법적 성격	12
2. 시용의 법적 성격	18
3. 수습의 법적 성격	22
4. 인턴의 법적 성질(근로자성 인정 여부)	22
5. 기간제 및 단시간 근로계약의 법적 성질	23
제3절 과도적 근로관계의 근로기준법 적용	25
1. 채용내정	25
2. 시용	26
3. 수습	28
4. 인턴	29

5. 기간제 및 단시간 근로자	30
제4절 근로관계의 해지	31
1. 채용내정의 취소	31
2. 시용과 근로계약의 해지	39
3. 수습 사용 중인 근로자에 대한 해고	43
4. 인턴기간의 만료	45
5. 기간제 및 단시간 근로계약의 종료	46
제3장 과도적 근로관계의 실태	48
제1절 과도적 근로관계 운용실태	48
1. 조사개요	48
2. 전반적인 운영실태	48
3. 채용 프로세스	49
4. 채용내정의 취소	51
5. 수습제도 운용	52
6. 수습 중 부적격 판정시 대응	54
7. 채용 후 배치	55
8. 건축재정으로 인한 인원감축의 대응	56
9. 시용제도의 운용	57
10. 인턴제도의 운용	57
11. 계약직 근로자의 사용	58
12. 입법적 대응방안	59
제2절 취업규칙상 과도적 근로관계	61
1. 조사개요	61
2. 입사지원시 제출서류	63
3. 채용시 건강검진결과와 제출유무	67
4. 채용시 결격사유	67
5. 채용시점	71
6. 수습기간 및 수습기간의 근속연수 산입여부	71

7. 수습기간 중 채용취소	76
8. 근로계약의 체결	78
9. 요약 및 시사점	80
제3절 단체협약에 나타난 과도적 근로관계	81
1. 수습기간	84
2. 근로계약 체결절차	87
제4절 종합 및 시사점	87
제4장 주요 선진국의 과도적 근로관계	90
제1절 독일의 과도적 근로관계	90
1. 시용근로관계의 의의 및 형태	90
2. 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어 시용기간	93
3. 기간의 정함이 있는 시용근로관계	99
제2절 프랑스의 과도적 근로관계	120
1. 시용기간	120
2. 신규채용계약(CNE)	123
제3절 일본의 과도적 근로관계	133
1. 일본적 고용관행과 과도적 고용관계의 법	133
2. 채용내정	136
3. 시용	145
4. 소개예정파견제도	153
5. 시행(試行)고용	161
6. 소결	165
제5장 결 론	168
참고문헌	173

포 목 차

<표 3- 1> 산업별 현황	62
<표 3- 2> 기업규모별 현황	63
<표 3- 3> 사업체 성격에 따른 구분	64
<표 3- 4> 지원시 제출서류	65
<표 3- 5> 채용시 건강검진	68
<표 3- 6> 채용결격사유(복수규정)	69
<표 3- 7> 채용시점	73
<표 3- 8> 수습기간	74
<표 3- 9> 수습기간 근속연수 산입여부	75
<표 3-10> 수습기간 중 채용취소(복수규정)	77
<표 3-11> 개별 근로계약서 작성여부	79
<표 3-12> 조합원 규모별 노동조합 및 조합원수 현황(1999년 말 현재) ...	82
<표 3-13> 분석대상협약의 산업별 조합원 현황	83
<표 3-14> 수습기간	84
<표 3-15> 수습기간 근속연수 산입 여부	85
<표 3-16> 근로계약체결절차 규정 여부	86

요약

노동시장의 유연화, 고용형태의 다양화·개별화 경향에 따라 근로계약관계의 성립 단계에서 사용자의 재량의 여지 및 근로자에 대한 평가기회의 확대가 요청되고 있다. 이에 따라 채용내정, 시용, 수습, 인턴사원 등과 같은 소위 “과도적인 근로관계”가 근로자 채용 과정에서 일반화되고 있으나, 이에 대한 법리적 심층연구는 일천하거나 일본에서의 법리를 차용하는 단계에서 크게 벗어나지 못하고 있다.

다른 한편, 위와 같은 현상을 비정규직의 급증 및 청년층 실업문제 등과 함께 사용자의 근로자 채용에 따른 부담감 증가에서 오는 부작용으로 볼 수도 있다. 기업의 고용관행이 적재적소에 필요인력만 채용하려는 형태로 변화되면서 과도적 근로관계의 기능도 일정부분 변화되고 있다. 따라서 근로계약의 성립 단계에서 사용자가 가질 수 있는 거부감·부담감을 최소화함으로써, 고용기회를 확대하는 계기로 삼을 필요성이 제기되고 있다.

그러나 과도적 근로관계와 관련하여 사실상 부당해고에 가까운 상황이 발생하더라도 현행 근로기준법 등에서는 이에 대한 명문규정을 두고 있지 않기 때문에, 이를 둘러싼 노사간 분쟁이 발생하더라도 신속하고 효율적인 해결을 모색하기 어려운 상황이다. 특히 최근 제정된 비정규직보호입법이 고용불안을 가중시키기만 할 뿐 고용창출에는 그다지 기여하지 못할 우려도 없지 않다.

따라서 우리 산업사회가 겪고 있는 양극화 해소와 고용창출이라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 있는 새로운 패러다임의 모색이 요구된다. 먼저, 과도적 근로관계의 오, 남용 및 부당하고 자의적인 본채용 거부 내지 부당해고를 합리적으로 규제할 수 있는 현실정합

적 법리를 개발할 필요가 있다. 동시에 과도적 근로관계에 관한 노동법제의 정비를 통하여 채용과정상 노사간의 불필요한 분쟁을 예방·최소화하고, 실질적으로 고용창출 및 고용안정을 기할 수 있는 매개 장치로 기능하도록 촉진하여야 할 것이다.

본 연구에서는 이상의 문제의식에 따라 다음과 같은 노동정책론적 대안을 제시하고자 한다.

첫째, 과도적 근로관계에 관한 실정법적 규율근거를 마련하는 것이 필요하다. 종래 당사자의 의사 내지 이를 추정할 수 있는 근로계약, 취업규칙 및 단체협약 등 사적 자치규범에 의존한 결과, 그 해석 내지 당사자의 의사추정을 둘러싸고 불필요한 갈등과 혼란을 초래한 측면이 없지 않다. 따라서 보다 분명한 실정법적 근거를 마련함으로써 당사자간 제도 운영의 예측 가능성을 보다 넓게 확보하는 것이 필요하다.

둘째, 과도적 근로관계의 형성이 근로계약의 체결 내지 근로관계의 성립으로 이해될 필요가 있다. 만일 과도적 근로관계가 근로관계의 성립으로조차 이해되지 못한다면 노동관계법을 통한 규율도모하는 기본적인 요청조차 실현되기 힘들다. 따라서 구체적인 계약내용의 모습 여하와 관계없이 일단 과도적 근로관계도 근로자공급계약의 하나로 확립되어야 한다.

셋째, 일단 확립된 근로계약, 즉 과도적 근로관계의 구체적 내용 내지 모습은 다양할 수 있다. 특히, 최근 실정법적 근거가 마련된 단시간 및 기간제 고용과의 연계성, 즉 기간제고용과 과도적 근로관계의 융합 내지 일정기간 이후 근로관계 해소의 용이성 제고방안도 배제할 수 없을 것이다. 다만, 당사자의 자유스러운 계약의사를 가급적 존중한다는 차원에서 다양한 형태의 과도적 근로관계를 가능토록 하되, 이를 적절히 규율할 수 있는 합리적 기본원칙을 설정하는 것이 필요하다.

넷째, 간접고용 규율의 “합리적 기본원칙”에서 가장 먼저 필요한 것은 과도적 근로관계를 맺고 있는 근로자·사용자의 의사를 명확

히 할 수 있는 “서면계약”의 확보와 이에 근거한 법리해석의 필요성이다. 이를 통해 불필요한 당사자간의 갈등·혼란을 최소화할 수 있을 것이다.

다섯째, 과도적 근로관계의 지나친 남용 내지 이를 악용한 노동착취를 방지할 수 있는 장치마련 역시 필요하다. 다만, 이를 위해 일정한 사유제한 내지 기간제한 등 직접적 규제장치를 마련하기보다는 과도적 근로관계의 본질적 요청, 즉 사용자의 근로자(노동력)선택의 기회 확보에 충실할 수 있도록 보완장치를 갖추는 방식이 보다 현실적 대안이 될 수 있을 것이다. 특히, 선진국의 사례에서 보는 바와 같이, 고용창출과 효율적 인력활용이라는 소기의 목적에 부합하지 않는 법·제도의 마련은 노사 그 누구에게도 도움이 되지 못할 것이다.

제 1 장

서론

최근 우리 산업사회에서 계속 진행되고 있는 노동시장의 유연화 내지 고용형태의 다양화·개별화 경향에 따라 근로계약관계의 성립(채용) 단계에서 사용자의 재량의 여지 및 근로자에 대한 평가기회의 확대가 요청되고 있다. 이에 따라 채용내정, 시용, 수습(연수), 사원인턴제 등 다양하게 활용되고 있는 과도적 근로관계에서 근로자의 취업 내지 채용(근로계약의 체결), 최초 근로조건 결정 내지 과도적 근로관계에 있는 근로자의 해고(본채용 거부) 보호를 위한 노동법적 범리검토가 필요하다. 즉, 과도적 근로관계의 오·남용 및 부당하고 자의적인 본채용 거부행위를 합리적이고 적절히 규제할 수 있는 현실정합적 범리를 개발함으로써, 이른바 “사회 양극화”의 깊은 골을 해소할 수 있어야 한다.

그러나 최근 우리 사회의 현안쟁점으로 부각되고 있는 비정규직의 급증 및 청년층 실업문제 등이 사용자의 근로자 채용에 따른 부담감 증가에 따른 부작용일 수 있다는 관점에서 볼 때, 근로계약의 성립(채용) 단계에서 사용자의 거부감을 최소화함으로써 위의 현안을 해결할 필요성이 제기되고 있다. 즉, 종래 근로기준법 제30조 제1항 및 그 해석에 의한 판례 범리를 통해 규율되고 있는 과도적 근로관계의 해지(본채용 거부)에 대한 새로운 법리적 접근을 시도함으로써, 근로자측의 고용기회를 실질적으로 확대하는 효과를 도모할 필요성이 있다.

이와 동시에 기업측의 근로자 선택의 자유를 실질적으로 보장함으로써

인적자원 관리의 효율성 및 기업의 경쟁력을 제고할 필요가 있다. 특히, 근로계약 성립(채용) 단계에서 사용자의 부담감을 최소화함으로써 근로자측의 고용기회를 실질적으로 확대하는 효과를 도모할 필요가 있다. 즉, 노동시장의 유연화 내지 고용형태의 다양화·개별화 경향에 따라 근로계약관계의 성립단계에서 사용자의 재량 및 근로자에 대한 평가기회를 확보함으로써, 실질적으로 근로자의 고용기회가 보다 확대될 수 있는 효과가 도출될 수 있는 노동정책적·입법적 대안을 모색하여야 할 것이다.

한편, 고용창출이라는 측면에서 패러다임 전환 내지 새로운 제도 도입을 시도하고 있는 주요 선진국에 대한 비교연구도 필요하다. 즉, 신규채용계약(CNE)제도 등 최근 프랑스에서의 근로계약법제 변화 움직임은 물론, 독일·일본에서의 시용 내지 과도적 근로관계 관련 논의경향 및 기간제, 파견 등 비정규직 관련법제와 관련하여 우리 근로계약법제의 새로운 패러다임을 모색하는 동시에, 비정규직 관련법제를 재검토해야 한다는 필요성도 제기되고 있다. 특히 근기법 제30조에 의한 해고제한적 규율방식 외에 과도적 근로관계의 특성과 앞으로의 활용 가능성에 대한 새로운 입법적 대안을 조심스럽게 모색할 필요성도 있을 것이다.

이상과 같은 문제의식 내지 연구 필요성에 기초하여 본 연구보고서는 다음과 같은 구성체계로 전개된다.

먼저, 제2장에서는 과도적 근로관계의 기본 법리를 분석한다. 이를 위하여 종래 논의되고 있는 주요 학설은 물론, 관련 주요 노동판례 및 행정 해석을 통한 선행사례를 분석하였다.

이어지는 제3장에서는 과도적 근로관계의 실증분석을 시도하였다. 먼저, 국내 주요기업의 채용관행 분석 및 문제점을 도출코자 하였다. 즉, 채용내정, 시용, 수습(연수), 인턴사원제 등에 대한 국내 주요기업의 채용 및 인사관리 사례연구를 통한 문제점을 분석하였다. 이와 함께 취업규칙 및 단체협약에서 나타나는 과도적 근로관계 관련사항을 통계분석하여 주요 시사점을 도출코자 하였다.

제4장에서는 과도적 근로관계와 관련된 주요 선진국 법제의 법리분석 및 최근 변화 양상을 살펴보았다. 즉, 주요 선진국의 과도적 근로관계에 대한 법·제도적 접근방식 검토 및 시사점 도출을 시도하였다. 이를 위해

프랑스, 독일, 일본의 법제 및 최근 입법론적 논의에 대한 비교법적 연구를 시도하였다. 다만, 위의 3개 국가만을 검토대상으로 선택한 것은 이들 나라에서 과도적 근로관계와 관련된 입법적 시도 내지 논의가 상당 수준 진척되어 있을 뿐 아니라 그 성과에 대한 일정한 평가까지 가능하였기 때문이며, 따라서 본 연구에 던져지는 시사점이 상대적으로 크다는 점을 고려한 결과라고 하겠다.

끝으로 제5장에서는 이상의 문제의식 및 연구결과를 종합하여 과도적 근로관계와 관련한 현안쟁점에 대한 노동정책적·입법적 해결방안을 제시코자 하였다.

제 2 장

과도적 근로관계의 법리

본 연구에서 사용하는 이른바 “과도적 근로관계”라는 용어는 어디까지나 논의의 편의상 만들어진 개념이다. 즉, 채용내정, 시용, 수습 내지 인턴 사원제는 물론 더 나아가 최근 입법화된 기간제근로 등과 같이 우리나라에서 통상적인 정규직 고용형태와 같이 안정적인 근로관계로 나아가기 위해 당해 근로자가 제공하는 노동력의 질적, 양적 수준을 평가하고 사용자의 최종적 판단의 여지를 남겨두고 있는 근로관계를 모두 포괄하는 개념이다.¹⁾ 따라서 이들을 하나로 통합하여 그 법리를 분석하는 것은 각각의 유형이 가지는 고유한 특성을 몰각시킬 우려가 있다. 이하에서는 이러한 측면을 고려하여 각 유형에 따른 개념 및 법적 성격 등 법리적 규명을 시도한다. 다만, 이 장에서 소개되는 일본의 학설 등 법리적 분석은 우리 노동법학의 원류인 동시에 그 맥을 같이한다는 차원에서 구분하지 않고 소개하는 점을 양해해 주기 바란다.

1) 유사한 용례로는 일본의 대표적 노동법학자 중 한 사람인 菅野和夫 교수가 그의 저서에서 시용 내지 견습기간 중의 근로관계를 “과도적 근로관계”로 표현하고 있다(자세한 것은 菅野和夫(1995), 『勞働法(第3版)』, 弘文堂, pp.146~153 참조).

제1절 과도적 근로관계의 의의

1. 채용내정의 의미

‘채용내정(採用內定)’이란, 사용자(회사)가 본채용(정식채용)을 하기 이전에 공개시험이나 추천 등을 통하여 채용할 자를 미리 결정하여 두는 것을 말한다.²⁾ 채용예정자로 확정된 후 정규사원으로 입사하여 실제로 취업하기 이전의 지위에 있는 자를 채용내정자라고 한다.

채용내정의 관행은 일본에서 비롯되어 우리나라에서도 정착된 제도로서 서양에서는 보기 힘든 제도이다. 즉, 서양의 경우에는 부족한 인력이 있을 때에 그때그때 인원을 충원하고 졸업시기에 미리 충원해 놓는 방식을 취하고 있지 않기 때문에 일본이나 우리나라와는 사정이 다르다.³⁾ 따라서 이러한 채용형태는 특히 신규채용의 경우에 흔히 볼 수 있는데, 우리나라의 많은 대기업에서는 사용자가 학교졸업예정자를 대상으로 채용시험을 실시, 합격통지서 발송, 건강진단 등을 실시하고 채용내정자에게 취업서약서를 제출하게 한 다음 예정된 입사날짜에 정식으로 채용하는 것이 일반적이다.

채용내정제도는 우리나라의 기업이 직업경험을 갖지 않은 대학 또는 고등학교 신규졸업자를 정기적으로 채용하여 스스로 양성하는 방식으로 직원을 보충하는 체계를 취하여 왔기 때문에 하나의 고용관행으로서 정착한 것이다. 우리나라 기업의 직원신규채용은 주로 학교졸업자를 미리 확보하는 방법으로 이루어져 왔는데, 특히 우수한 인력을 조기에 확보하기 위하여 졸업 이전에 채용시험을 보고 채용내정자로 결정하여 졸업시

2) 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, p.72 이하; 김형배(2007), 『노동법』, 박영사, p.246 이하; 이병태(2005), 『최신노동법』, 현암사, p.628 이하; 임종률(2007), 『노동법』, 박영사, p.375 이하; 김윤수(1987), 『채용내정과 시용기간의 법률관계』, 『근로관계소송상의 제문제(상)』, 재판자료 제39집, 법원행정처, p.145 이하; 이 정(2005), 『채용내정·시용 및 사직에 관한 합리적 규율방안 검토』, 노동부, p.2 이하 참조.

3) 김선수(1999), 『채용내정자의 법적 지위』, 『노동법연구』 제8호, p.197 참조.

기에 맞추어 회사에 정식으로 근무하도록 하고 있다. 그리고 신규직원의 채용은 그룹 차원에서 이루어지는 경우가 많아, 그룹에서 전체 계열사의 신규인력을 파악하여 각 대학에 추천을 의뢰하고 시험을 보아 채용을 결정한 후 각 계열사에 배치하는 형태로 이루어지는 것이 일반적이다.

사용자의 입장에서는 우수한 노동력을 조기에 확보하기 위하여 학교 졸업 이전에 채용내정자를 결정할 필요성이 있는데, 이러한 사용자의 요구에 부응하기 위한 제도로서 채용내정제도가 광범위하게 실시되었던 것이다. 채용내정제도는 기업측에서는 우수한 인재의 확보를 주된 목적으로 하고 근로자측에서는 조기에 취직할 회사를 결정하여 안정된 지위를 확보해 두고 싶다는 의식에 근거한 것으로서 노사쌍방에 채용내정에 대하여 어느 정도의 법적 구속력을 인정하려는 것이 일반적인 모습이라고 말할 수 있다.

채용내정은 우수한 인력을 조기에 확보한다는 기업의 필요에 의해 확립된 제도이지만, 채용내정자의 입장에서는 채용내정이 일방적으로 취소되게 되면 학교를 졸업하고 사회에 첫발을 내딛는 순간부터 불이익을 받아야 하고 다시 취직을 하려면 보통 1년 정도를 기다려야 하기 때문에 일방적으로 내정취소를 당한 당사자에게는 그 충격이나 영향이 평생 지속될 수도 있다. 특히 우리나라의 경우 대학졸업자를 중심으로 채용을 하기 때문에 졸업하는 해에 취업을 하지 못하게 되면 그 이후의 취업에서 계속적으로 불이익을 받을 수도 있고, 대기업이 최종합격자 결정을 위한 신체검사나 채용내정자 소집점검 등을 같은 날짜에 실시하기 때문에 한 회사에 채용내정되는 것은 다른 회사에의 취업기회를 포기하는 결과를 초래하게 되며, 또한 취업연령에 제한이 있어서 채용내정의 취소로 말미암아 제한연령이 경과하게 되면 회복할 수 없는 피해를 입게 된다.

2. 시용의 의의

‘시용(試用)’이란 정식 근로계약을 체결하기 이전에 근로자의 능력, 적성을 평가하기 위하여 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 확정적인 근로계약을 체결하기 전에 2~3개월간 종업원으로 정식채용을 하지 않으면서,

실제 현장에 근무하게 하면서 근무상황 등을 고려하여 근로자의 직무적 성과 업무능력을 판단하고자 하는 기간을 시용기간이라고 한다. 오늘날 상당수의 기업은 입사 후 일정기간을 ‘시용’ 이나 ‘견습’ 또는 ‘수습’이라는 이름하에 당해 근로자의 적성과 업무능력, 자질, 인품, 성실도 등을 평가하여 본채용(정사원)으로 할 것인가의 여부를 결정하는 시용제도를 도입하고 있다.⁴⁾ 본채용 거부는 통상근로계약에서 일방적 해지에 해당하는 해고보다 더 광범위한 해약권 행사로 해석상 인정된다.⁵⁾

이러한 시용기간은 정식채용을 전제로 하여 직업적 능력과 기업에의 적응성을 판단하기 위한 기간이라는 점에서, 정식채용 후에 근로자의 직업능력을 양성하기 위한 수습기간과는 구별된다. 수습근로자에게는 근로기준법이 전면 적용된다. 다만, 해고예고가 근로기준법 제35조에 따라 적용되지 않는다. 그런데 하급심⁶⁾ 판례해석상 수습기간 중에는 작업능력 배양을 위해 근무수칙을 보다 엄격히 정하여 해고의 기준으로 삼는다 하더라도, 사회통념상 합리성에 크게 벗어나지 않는 한 인정될 수 있다고 하여 수습근로자의 지위를 시용근로자와 비슷하게 취급하고 있다. 그러나 비록 이러하다 할지라도 수습기간은 본채용을 거부하는 적정성의 평가가 예정되어 있지 않다는 점에서 시용기간과 구별된다.

한편, 수습을 광의의 수습과 협의의 수습으로 구분하고 시용은 광의의 수습에 포함된다고 하는 견해가 있다.⁷⁾ 동 견해는 좁은 의미의 수습은 정식 근로계약체결 후에 근로자의 근무능력이나 사업장에서의 적응능력을 향상시키기 위하여 설정되는 근로관계라고 한다. 그러나 근로기준법은 수습 중의 근로자에 대하여 해고예고의 예외만을 인정하고 있으며, 그 외는 일반근로자와 구별하여 다루지 않고 있다. 따라서 근로자를 수습기간을 정하여 채용한 경우와 시용으로 채용한 경우는 서로 다르다. 수습과 시용은 정식채용한 것인가 아닌가에 따라 분명히 구분된다.⁸⁾

4) 시용의 개념에 대해서는 김형배, 앞의 책, p.251 이하; 임종률, 앞의 책 p.352 이하,菅野和夫(2005), 『勞働法(第7版)』, 弘文堂, p.158 이하 참조.

5) 菅野和夫(1997), 『雇用社會の法』, 有斐閣, p.94.

6) 서울고법 1986. 6. 2. 선고, 86나516 판결.

7) 이상윤(2001), 『노동법』, 법문사, p.205.

8) 이영희(2002), 『노동법』, 법문사, pp.416~417.

또한 시용기간은 시용근로자가 일정수준의 직업적 적성이 있으면 정식 채용된다는 점에서 일시적인 기간 동안 필요로 고용된 임시직 근로자와도 구별된다. 임시직 근로자는 기간의 정함이 있는 근로자로서 고용의 유연화와 경비절감을 위해 활용되고 있는 제도로써 사용자가 경기변동에 고용량을 수시 조절할 수 있게 하기 위하여 도입되고 있다.⁹⁾ 정규근로자에 비해 퇴직금 등 각종 수당을 절약하는 점에서 차이점이 있으나 적격성을 평가하기 위한 목적으로 사용되는 시용기간과는 구별된다.

시용기간은 정식채용을 전제로 하는 근로계약 형태라는 점에서 인턴과 비슷하다. 특히 인턴사원제의 경우 시용제도의 발전된 또는 변형된 형태로 이해하는 견해가 있다.¹⁰⁾ 동 견해는 “인턴사원으로 선발된 자는 근무기간이 통상 3월 이내로 2주 내지 4주 정도가 많았고, 그 기간 동안의 근무시간은 정규사원과 동일하게 적용되는 것이 일반적이었으며, 회사는 인턴기간 중 인턴사원이 정규 근로자로서 합당한지에 대해 적격성 평가를 하여 본인이 원할 경우 대부분 정규사원으로 채용하였다”라고 주장하면서, 이러한 이유로 볼 때에 기존 인턴사원제의 인턴사원은 시용근로자의 지위를 가진다고 보고 있다. 그러나 오늘날 대체로 운용되고 있는 인턴사원은 정부지원의 인턴사원제로서 근로계약 기간의 정함이 있는 임시직 근로자의 지위를 가진다고 볼 것이다. 이들의 근로자성은 사용자종속관계가 물론 있기 때문에 인정되겠지만, 이들의 인턴기간은 근로자의 적격성을 판단하기 위한 ‘시용기간’이 아니라 ‘정부지원 재정지원을 받기 위한 기간’이기 때문에 시용기간으로 볼 수 없다.¹¹⁾

시용기간은 통상적으로 그것을 도입한 기업의 취업규칙에 “그 기간 중에는 회사는 사정에 따라 해고할 수 있다” 또는 “사원으로서 부적격하다고 인정될 때에는 해고할 수 있다”라는 등 사용자의 특별한 해고권을 명시하고 있다. 이렇게 정식채용 전에 설정된 시험적 고용기간을 넓은 의미

9) 강성태(1997), 「기간의 정함이 있는 근로계약의 규율」, 『노동법학』 제7호, 한국노동법학회, p.162.

10) 강성태(1999), 「인턴사원의 근로기준법상의 지위」, 『사회과학연구』 제6집, 대구대학교 사회과학연구소, p.25 이하 참조.

11) 윤광희(2003), 「시용기간의 근로계약 법리」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, p.139.

에서 시용기간이라고 부른다. 이러한 시용기간 중의 근로관계를 시용근로관계, 시용근로관계를 생성시키는 노사간의 합의를 시용계약 또는 시용근로계약이라고 부른다.¹²⁾

시용기간은 사용자 입장에서 볼 때 확정적 근로관계, 즉 정식채용에 앞서 현실의 노무제공을 통한 그 업무능력 및 업무적성을 평가하기 위하여 필요한 제도이다. 정식채용 이후에 사용자가 부담해야 하는 근로기준법의 법적 의무를 고려할 때 정식채용에 앞서 시용기간을 통한 근로자의 업무능력 및 업무적성에 대한 관찰·평가는 일용 합리성이 인정된다. 그러나 근로자의 입장에서는 시용기간 이후의 근로관계 존속여부와 그를 위한 업무능력 및 적성평가를 사용자에게 유보해야 하기 때문에 확정적 근로관계에 대한 법적 지위가 불안정하게 된다. 결과적으로 시용기간제도는 근로자의 고용안정과 생존권 보장을 위해 인정되고 있는 해고제한법리를 기피·회피하는 기능을 한다. 이에 따라 시용기간제도를 운용함에 있어서는 적정한 근로자를 채용하기 위한 절차를 밟고자 하는 사용자의 입장과 근로관계 안정을 보장받고자 하는 근로자의 입장을 어떻게 조정할 것인가의 문제가 제기된다.

3. 수습의 의의

근기법 시행령 제12조는 “수습사용 중의 근로자라 함은 수습사용한 날로부터 3월 이내인 자를 말한다”라고 규정하고 있고, 동법 제35조는 수습근로자를 해고예고의 예외 대상에 포함시키고 있다. 이때의 ‘수습’은 그 성격에 따라 좁은 의미의 수습과 시용으로 나눌 수가 있는데, ‘좁은 의미의 수습’이라 함은 정식으로 채용된 근로자의 작업능력의 양성·교육을 목적으로 하는 것이므로 정식채용을 전제로 하여 직업능력과 기업에의 적응성을 판단하기 위한 시용과는 구별된다.¹³⁾ 이런 의미에서 수습계약은 별도로 존재하는 것이 아니라 통상적으로는 하나의 근로계약으로 체결된다.

12) 김운수, 앞의 글, p.164.

13) 김형배, 앞의 책, p.251.

4. 인턴의 의의

‘인턴’에 관해서는 근로기준법 및 제 법령과 판례에서 다루고 있지 않으나, 근래에 사회적으로 그 필요성 및 사용규모 등이 증가하고 있는 실정이고 개념규정 및 문제개선을 위한 법적·제도적 장치의 마련이 요구되는 실정이다.

채용내정·시용·수습 등과는 대비되는 특징을 많이 나타내는데, 일반적으로 다음과 같은 차이점을 나타낸다.

첫째, 근로자는 주로 ‘임금’보다는 ‘경력’을 목적으로 하는 경우가 많은 점이다. 따라서 임금조건이 열악하더라도 경력사항에 도움이 되면 그 수요가 많은 현상을 나타내게 된다.

둘째, 근로자 및 사용자 양측이 장기적인 근로관계를 목적으로 하지 않는 것이 일반적이라는 점이다.

5. 기간제근로자 및 단시간근로자의 의의

기간제근로자 및 단시간근로자에 관한 법 제정 이전에는 비정규직 근로자라는 용어가 통용되었다. 비정규직 근로자의 개념은 법적으로 정의되어 있지는 않지만 일반적으로 사용자와 직접 근로계약을 체결하여 사업장 내에서 정한 소정 근로시간에 따라 전일제로 근무하면서 근로계약기간의 정함이 없이 정년까지 고용이 보장되는 정규직 근로자와 구별되는 개념으로 통용되었고, 그 용어의 사용도 ‘비정규’뿐만 아니라 ‘비전형’ 또는 ‘비정형’ 근로자 등 다양하다. 또한 비정규직 근로자의 유형과 그 개념에 대해서도 확립된 정의가 없고, 동일한 고용 형태에 대해서 다르게 표현하기도 하지만 개략적으로 유형화하면 정규직 근로자와 대비된다는 의미에서 근로계약 기간 유무, 노동시간의 길이, 고용계약의 다면성 내지 직접성 여부, 형식적으로는 사용자성을 지니지만 실질적으로는 사용자종속 관계에 있는 고용 형태 등으로 구분할 수 있다.¹⁴⁾

14) 신인령(2002), 『세계화와 여성노동권』, 이화여대 출판부, pp.33~34.

그러나 오랜 논란 끝에 2006년에 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 제정, 법률 제8074호)이 제정되었다(이하 기간제법). 이 법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 기간제법은 ‘기간제근로자’를 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자(제2조 제1호)라고 규정하고 있고, ‘단시간근로자’를 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자(근로기준법 제2조 제8호, 기간제법 제2조 제2호)라고 규정하고 있다.

기간제법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하며, 다만 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용하지 않는다(제3조 제1항). 그러나 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다(제3조 제2항).

이 법에 의하면 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용한 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되어 근로계약기간 만료로 인한 계약해지로부터 보호받을 수 있다. 그러나 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우, 휴직·파면 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, 고령자와 근로계약을 체결하는 경우, 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 등과 같은 합리적인 사유가 있는 경우에는 2년을 초과하여 사용할 수 있도록 하고 있다(제4조 단서 각호).

제2절 과도적 근로관계의 법적 성질

1. 채용내정의 법적 성격

현행 채용내정자의 법률상의 지위 또는 보호에 관한 명문의 법률상의 규정이 없기 때문에 채용내정의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가 하는 점이 문제가 된다. 즉, 채용내정자를 근로기준법상의 근로자로 볼 수 있는가, 채용내정자는 근로기준법에 의한 보호를 받을 수 있는가, 특히 사용자가 일방적으로 채용내정을 취소할 수 있는가 하는 점이 채용내정자의 보호를 위해 매우 중요한 문제가 된다.

채용내정에 대한 법적 성질은 주로 일본과 한국에서 논의되어 왔는데, 그 이유는 한국과 일본의 경우 다른 나라와는 달리 경력직을 중도채용하기보다 졸업예정자 가운데 유능한 인재를 신규로 채용해 왔기 때문이다.

이러한 경향은 특히 일본에서 매우 성행하였는데, 1960년대에 이미 채용내정을 둘러싸고 판례 및 학설이 다양하게 전개되기 시작한다.¹⁵⁾ 따라서 이하에서는 졸업예정자에 대한 채용내정에 대하여 주로 일본의 판례 및 학설을 중심으로 검토하기로 한다.

가. 근로계약 체결과정설

초기의 학설로서 채용내정은 근로계약의 체결을 위한 한 과정으로서의 사실행위에 불과하고 법률상의 의미는 없다는 입장이다. 즉, 특별한 사정이 없는 한 채용내정으로부터 정식채용(임명장 교부)까지의 일련의 절차 전체가 근로계약의 체결과정이고 채용내정은 그 절차의 일부에 불과하다는 것이다. 이 입장에 의할 경우 채용내정은 근로자와 사용자의 어느 쪽도 구속하지 않고, 그 취소에 관해서는 경우에 따라서 채무불이행 또는

15) 이에 대한 상세한 것은 水町勇一郎(2000), 『労働契約の成立過程と法』, 日本労働法學會編, 『労働契約』, 講座21世紀の労働法 第4卷, 有斐閣, p.43 이하 참조.

기대권 침해의 불법행위가 성립하여 손해배상을 청구하는 것만 가능하고 근로계약의 체결을 소송상 청구할 수는 없다고 한다. 근로계약의 체결을 소송상 청구할 수 없는 이유는 근로계약의 전개 그 자체는 성질상 강제집행을 허용할 수 없다고 해석되기 때문이다.¹⁶⁾

이 입장은 채용내정 그 자체의 법적 구속력이 명확하지 않고 채용내정자의 입장이 지나치게 불안정하여 타당하지 못하다. 현재 이 입장을 취하는 사람은 아무도 없다.¹⁷⁾

나. 근로계약 예약설

채용내정을 대학을 졸업한 다음 근로계약을 체결하기로 하는 예약으로 파악하는 입장으로, 그 불이행에 대해서는 손해배상을 청구할 수는 있으나 근로계약의 체결을 소송상 청구할 수는 없다고 한다.¹⁸⁾ 이는 근로계약은 채용절차가 완료될 때에 성립하는 것인데, 내정단계에서는 아직 예약을 한 것에 불과하다고 인정하여 내정의 법률적 구속력을 비교적 약한 것으로 평가하는 입장이다.

그러나 근로계약은 당사자의 합의만으로 효력이 발생하는 낙성계약이고 물건의 인도 등을 요하는 요물계약이 아니다. 따라서 그 예약은 합의하고자 하는 합의에 불과하나, 합의한 것과 마찬가지로 결과가 초래된다. 결국, 여기에 예약이라는 관념을 도입하는 것은 불필요하게 본계약의 확정을 저해하고 그 성립시기와 관련된 분규를 야기할 뿐이라는 지적이 있다.¹⁹⁾

다. 채용내정계약설(무명계약설)

채용내정은 일정한 시기(입사일)에 시용근로계약을 노사쌍방 어느 쪽의 의사표시를 요하지 않고 성립시킨다는 뜻의 일종의 특수한 무명(無名)

16) 有泉亭(1963), 『勞働基準法』, 法律學全集 47, 有斐閣, pp.94~95 참조.

17) 근로계약체결과정설의 입장을 취하였던 有泉亭 교수는 후에 정지조건부근로계약 성립설로 입장을 변경하였다고 한다. 김윤수, 앞의 글, p.150.

18) 後藤清(1964), 『採用内定者の法的地位』, 『季刊勞働法』 제53호, p.138 참조.

19) 本多淳亮(1974), 『採用内定の取消』, 『ジュリスト』, 臨時増刊 제565호, p.182 참조.

계약(채용내정계약)이라는 견해로서 일본의 大日本印刷 사건의 제1심 판결²⁰⁾이 제시한 이론이다. 위 판결에 의하면 채용내정계약의 해약에는 합리적인 이유가 필요하다고 한다.

이 입장에 대해서는 근로계약을 예약과 본계약의 중간에 위치하는 제3의 계약으로 인정하여 내정의 범구조를 해명하고자 하는 야심적인 견해이지만, 어느 계약으로부터 별개의 계약이 의사표시 없이 성립한다는 범구조는 이해하기 어렵고 도대체 그것이 예약인지 본계약에 근접한 것인지 성질이 애매하다는 지적이 있다.²¹⁾ 현재 이 입장을 취하는 예는 없다.

라. 근로계약 성립설

이는 채용내정에 의하여 근로계약은 성립한 것이고, 다만 조건이나 기한이 붙어 있을 뿐이라는 견해로서 오늘날의 통설 및 판례의 입장이다. 이에 의하면 채용내정의 취소는 이미 성립한 근로계약의 해약, 즉 해고로서 정당한 이유 없는 취소는 근로기준법 제23조에 의하여 무효가 되고 근로자는 법원에 근로계약상 근로자로서의 지위확인을 구할 수 있다고 한다. 우리나라의 경우에도 대부분의 학자들이 이 입장을 취하고 있다.²²⁾

근로계약성립설은 채용내정에 의하여 근로계약이 성립되었다고 하더라도 어떠한 조건이나 기한이 붙은 것으로 볼 것인가에 관하여는 입장이 나누어지고 있다. 즉, 채용내정의 통지에 의하여 근로계약이 성립되었다고 하더라도 현실적인 취업활동이 개시되지 않는 한 근로관계에서의 주된 권리·의무인 근로자의 노무급부제공의무와 사용자의 임금지급의무가 이행되지 않고 있기 때문에 채용내정기간 중의 근로계약의 효력발생을 인정할 것인지, 어떠한 상태에 있는 것인지 하는 점 등에 관하여 다음

20) 大律地裁 1972. 3. 29.

21) 本多淳亮(1974), 앞의 글, p.182 참조.

22) 김유성, 앞의 책, p.72 이하; 김형배, 앞의 책, p.246 이하; 이병태, 앞의 책, p.595; 임종률, 앞의 책, p.375 이하; 또 대법원 2002. 12. 10. 선고, 2000다25910 판결도 채용내정을 통지함으로써 해약권이 유보된 근로계약관계가 성립되고 내정자는 통지받은 입사 예정일 이후에는 종업원의 지위를 가지고 임금청구권도 당연히 가진다고 설명하고 있다.

과 같이 입장이 갈리고 있다.

1) 정지조건부계약설

이 입장은 채용내정에 의하여 근로계약이 성립되었다고는 하지만 그 효력은 아직 발생하지 않았다고 보아야 하기 때문에 채용내정에 의하여 무사히 학교를 졸업할 것 등을 정지조건으로 하는 근로계약이 체결되었다고 보는 입장이다. 이 입장은 내정에 의하여 곧바로 근로계약의 효력이 발생하게 되면 내정자는 서로 허용될 수 없는 종업원의 지위와 학생의 신분을 동시에 갖는다는 모순이 발생하기 때문에 졸업까지 효력발생은 정지된다는 견해를 취하고 있다.

그러나 이에 대해서는 야간학생, 아르바이트 학생 등 학생과 근로자의 지위·신분을 동시에 가진 예가 있을 수 있고, 근로계약의 효력은 발생하더라도 그 이행(취업)에 시기가 부과되었다고 보면 이론상 모순은 발생하지 않으며,²³⁾ 또한 이에 의하면 조건이 성취될 때까지는 계약의 효력이 발생하지 않는 것으로 되어 채용내정자의 보호에 불충분하다는 비판이 있다.²⁴⁾

2) 해제조건부계약설

채용내정에 의하여 근로계약이 성립하지만 다만 입사일까지 계약이 이행되지 않기 때문에 이행의 시기(始期)가 부과되었다고 보는 견해로서 졸업하지 못할 것 등을 해제조건으로 하는 근로계약이 성립된 것으로 본다. 김형배 교수는 채용이 내정된 근로자의 근로관계에 있어서 단지 장래에 발생될 졸업이라는 조건만이 다른 신입사원과 다르다고 하면 근로관계는 합격통지에 의하여 성립하고 졸업은 해제조건으로 보아야 한다는 이유로 이 입장을 취하고 있다.²⁵⁾

이 입장에 대해서는 해제조건과 시기부(始期付)라는 것은 본래 서로 용납되지 않는 것이며, 졸업하지 못할 것 등을 해제조건으로 보게 되는 경우 조건이 성취되면 계약은 당연히 실효하는 것이 되는데 이는 채용내

23) 本多淳亮(1974), 앞의 글, p.183 참조.

24) 김운수, 앞의 글, p.155 참조.

25) 김형배, 앞의 책, pp.248~249 참조.

정의 실태에 부합하지 않는다는 비판이 있다. 즉, 해제조건이 성취된 경우에도 졸업시기까지 시기(始期)를 늦추어 채용하는 예가 적지 않으므로 조건이 성취되면 곧바로 계약이 당연히 해소된다는 것은 당사자 쌍방의 의사에도 부합하지 않고 실태와도 맞지 않는다는 것이다.²⁶⁾

3) 해약권유보부계약설

채용내정에 의하여 근로계약이 성립하지만 그 이행에 대하여는 시기(始期)가 부과되어 있고, 또한 졸업을 못한다든가 근무를 감당할 수 없는 질병에 걸린다든가 하는 등의 사유를 해약원인으로 하는 해약권유보부 근로계약이 성립한 것으로 본다. 즉, 시기(始期) 도래 전에 채용내정통지서 또는 서약서에 기재된 내정취소사유가 발생한 경우나 졸업하지 못하게 된 경우에는 해약할 수 있다는 합의가 포함되어 있다고 본다. 이 입장은 졸업을 못하거나 질병 등의 사실에 의해서 곧바로 근로계약이 실효하는 것이 아니라 이들 사유가 발생하는 경우 사용자가 해고(내정취소)할 수 있는 권리를 가지는 것으로 파악한다.

이 입장은 시기(始期)의 내용과 관련하여 두 가지 입장으로 다시 나뉜다.

가) 효력시기부 해약권유보부계약설

근로계약의 효력의 발생에 관하여 시기가 붙어 있다고 보는 입장으로서, 정지조건부계약설과 마찬가지로 내정기간 중에는 근로계약의 효력이 발생하지 않는다고 보게 되어 내정자의 보호에 미흡하다는 비판을 피할 수 없다.

毛塚勝利 교수는 취업시기부 해약권유보부계약설이 근로제공의무에만 시기가 붙어 있다고 보기 때문에 채용내정자를 내정기간 중에 사용자가 개최하는 견학이나 연수 등에 참가하게 하거나 근황보고서 등을 정기적으로 제출할 의무를 부과하여 이를 불이행할 경우 채용내정을 취소하는 것은 채용내정의 취소를 정당화해 주게 되어 내정자 보호에 오히려 불리하게 되므로, 위와 같은 견학·연수에의 참가의무 또는 보고서 제출의무를 내정자의 법적 의무로 보지 않고 채용내정에 의하여 근로계약의 효력

26) 김윤수, 앞의 글, p.155; 本多淳亮(1974), 앞의 글, p.182 참조.

은 발생하지만 그 효력에 따른 법적 의무, 즉 근로제공의무의 이행기가 현실적인 근로가능시기까지는 도래하지 않는 것으로 이해하여야 한다는 견해를 제시하고 있다.²⁷⁾ 위 견해는 근로계약의 효력이 발생하고 있다는 하지만 근로관계에서 발생하는 모든 권리의무의 이행에 관한 시기가 붙어 있다는 것으로서, 결국 내정기간 중에는 이행하여야 할 권리의무는 아무것도 없다는 것으로서 실질적으로는 효력시기부 해약권유보부계약설과 다름이 없다고 할 수 있다.

이 입장의 약점은 근로계약이 낙성계약임에도 불구하고 적극적인 근거에 대한 설명도 없이 근로계약의 효력발생에 취업 혹은 적어도 취업할 수 있는 상태가 존재하는 것이 필요하다고 하는 점이다. 그리고 근로계약이 성립하였기 때문에 내정자는 종업원의 지위에 있다고 기술하면서 계약이 발효하고 있지 않기 때문에 내정취소를 해고로 취급하여야 한다고 주장할 뿐 그 종업원으로서의 지위란 것이 어떠한 권리의무를 수반하는 것인지에 대하여는 분석할 수 없다. 예컨대 내정기간 중의 입사 전 교육에 대한 지시를 어떻게 해석할 것인가에 관하여 설득력 있는 설명을 하지 못한다.

나) 취업시기부 해약권유보부계약설

채용내정의 통지에 의하여 근로계약의 효력은 즉시 발생하고 취업, 즉 근로의 제공에 대해서만 시기가 붙어 있다고 보는 입장이다. 노동현실과 내정자 보호라는 규범적 요청에 비추어 취업시기설의 입장이 현재의 지배적인 견해이다.²⁸⁾

취업시기부 해약권유보부계약설의 입장에 설 때 채용내정 기간 중에도 근로계약의 효력을 인정하게 되어 취업규칙 중의 취업과 직접 관련이 없는 조항들, 예컨대 회사의 비밀준수의무라든가 신용과 명예를 훼손하지 않을 의무 조항들의 적용을 받게 되어 오히려 채용내정자에게 불리한 것

27) 毛塚勝利(1986), 『採用内定・試用期間』, 日本労働法學會編, 『労働契約・就業規則』, 現代労働法講座 第10卷, 総合労働研究所, pp.89~91; 김윤수, 앞의 글, p.156.

28) 김선수, 앞의 글, p.207; 김윤수, 앞의 글, p.156; 하경효(1996), 『채용내정자와 시용근로자의 법적 지위』, 『현대법학의 이론』(이명구박사 화갑기념논문집), p.723; 김형배, 앞의 책, pp.246~249; 임종률, 앞의 책, pp.376~377.

이 아닌가 하는 문제도 제기된다. 그러나 현실적으로 채용내정 기간 중이라고 하더라도 종업원으로서의 지위를 인정해야 한다면 위와 같은 취업규칙상의 의무조항의 적용은 불가피한 것으로 보아야 한다.

따라서 이에 의하면 기업에 의한 채용내정취소는 이미 성립된 근로계약의 해약이 되며, 합리성이 없는 취소의 경우에는 해약이 무효가 되어 내정자는 근로계약상의 지위를 재판소에 의해 확인 받을 수 있게 된다.

그리고 채용내정 취소의 적법성에 관한 최초의 고등재판소 판례(森尾電機事件 제2심)²⁹⁾ 이래, 판례의 판단은 거의 다음과 같이 확립되었다. 즉, 기업에 의한 ‘모집’은 ‘근로계약 청약의 유인’이며, 이에 대한 ‘응모(수험신청서·필요서류의 제출) 또는 채용시험의 수험’은 근로자에 의한 ‘계약의 청약’으로 간주하게 되었다. 또한 ‘채용내정(결정)통지’가 사용자에 의한 ‘계약의 승낙’이며, 이로 인해 시용계약이나 혹은 견습계약이 성립한다고 보았다.

채용내정에 관한 위와 같은 법적 구성 및 판단은 그 이후의 최고재판소 판례(大日本印刷事件 및 電電公社近畿電通局事件)³⁰⁾에서도 답습되어 확립되기에 이르렀다.³¹⁾ 위 판례에서는 어느 것도 당해 사실관계하에 있어서 채용내정통지 외에는 근로계약체결을 위한 특별한 의사표시를 하는 것이 예정되어 있지 않았던 점을 고려할 때, 기업으로부터의 모집(청약의 유인)에 대해 근로자가 응모한 것은 근로계약의 청약이며, 이에 대한 기업으로부터의 채용내정통지는 그 신청에 대한 승낙으로 보아 이로 인해 양자간에 해약권을 유보한 근로계약이 성립했다고 판시했다.

2. 시용의 법적 성격

시용기간은 해당기간 동안 시용근로자에 대한 직업능력·업무적성을 평가하여 본채용을 거부할 수 있다는 점에서 해고제한 법리가 완화되는

29) 東京高判昭47·3·31, 『勞民』 제23권 2호, p.149.

30) 大日本印刷事件—最二小判昭54·7·20, 『民集』 제33권 5호, p.582; 電電公社近畿電通局事件—最二小判昭55·5·30, 『判時』 제968호, p.114.

31) 이러한 견해를 지지한 우리나라의 판례로는 대법 2000. 11. 28. 선고, 2000다51746 판결 및 서울고법 2000. 4. 28. 선고, 99나41468 판결 등이 있다.

제도적 특징이 있다. 따라서 시용기간의 근로계약 법리는 시용근로자에 대하여 본채용이 거부되는 경우 이것을 어떻게 이해하고 시용근로자의 법적지위의 불안정을 어떻게 규제 조정할 것인가에 쟁점이 있다. 일본의 종래 학설과 판례는 시용근로계약을 본채용 근로계약과 동일한 계약관계로 볼 것인가, 시용계약의 특질을 어떻게 볼 것인가와 관련하여 아래와 같은 내용들을 논의하고 있다.

가. 특별계약(무명계약)설

시용계약은 본채용 근로계약과 구별되는 특별계약 또는 무명계약이라는 견해이다. 시용기간의 약정은 과거에 형성된 숙련을 평가하여 채용여부를 결정하기 위한 관찰·평가를 목적으로 하는 기간의 정함이 있는 특별한 노무공급계약이라는 견해이다.³²⁾ 이 견해는 근로계약에서 해고예고기간이 14일로 규정되어 있는 것(일본 민법 제627조 제1항)과 일본 노동기준법(제21조 단서 제4조)을 근거로 하여 14일까지의 시용기간에 대해서는 그 이유나 예고 없이 해약할 수 있는 반면 14일을 경과한 이후에는 통상적인 기간의 정함이 없는 근로계약으로 이행한다고 한다.³³⁾

그러나 이 견해에 대해서는 해고예고기간인 14일을 기준으로 14일 이내와 14일 초과와 두 가지 시용기간의 경우에 해약사유나 절차를 완전히 다르게 취급하고 있다는 점과 관련하여 비판이 제기된다. 해고예고 절차에 지나지 않는 규정에 근거해서 14일 이내에는 특별한 사유 없이 해약할 수 있음은 부당하다고 한다.³⁴⁾

우리나라의 경우 해고예고규정이 적용되지 않는 수습사용 중의 근로자의 범위를 “수습사용한 날로부터 3월 미만인 자”로 정하고 있어, 현실적으로 대부분의 경우 시용기간이 2~3개월로 적용 운용되는 점에서 우리 현행법상 받아들일 수 없다.³⁵⁾ 또한 특별계약설에 의할 경우 14일 이전의

32) 山口浩一郎(1996), 『試用労働契約の法的構成について』, 『社會科學研究』 제18권 제1호, pp.121~122.

33) 윤광희, 앞의 글, p.145.

34) 萬井隆令(1997), 『労働契約締結の法理』, 有斐閣, p.302.

35) 하경효, 앞의 글, p.730.

시용근로자의 해고에는 정당한 이유가 있음을 요하지 않는다고 보는 점에서 우리나라에서는 받아들이기 어렵다.³⁶⁾

나. 시용계약·본계약예약 병행설

본계약인 근로계약의 체결을 위해 직무적성 및 직무능력에 관한 평가를 목적으로 시용계약과 본계약인 근로계약의 예약이 병행적으로 행하여지는 것이라는 견해이다.³⁷⁾ 즉, 시용계약이란 근로자의 능력·적격성을 판정하기 위한 특수한 근로계약과 시용기간 중에 부적격으로 판정되지 않는 경우에는 그 기간의 만료시에 본계약인 근로계약을 체결해야만 한다는 의미의 예약이 병존하고 있다는 법적 구성을 하고 있다. 따라서 사용자는 시용기간 중에 부적격으로 판정되지 않은 근로자에 대해서는 예약관결의 채무를 지게 된다.³⁸⁾

그러나 이러한 견해는 시용계약과 근로계약의 예약은 결국 동일한 사실관계를 두고 2개의 계약이 병존한다는 이론구성을 취하고 있어 의미가 불명확하기 때문에 문제가 있다고 비판되고 있다. 시용계약과 본계약을 구분하여 병존한다고 볼 것이 아니라, 하나의 계약으로 통일적으로 설명하는 것이 실태에 적합하다고 한다.³⁹⁾ 또한 예약에서 본계약으로 진행하지 않는 경우 그 취급상 어려움이 있을 뿐만 아니라, 시용계약 자체의 실태를 해명하지 못하는 결함을 갖게 되기 때문에 시용계약과 본계약은 동일한 계약으로 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾

다. 조건부 근로계약설

조건부 근로계약이 성립되어 있다는 주장인데 정지조건부근로계약설

36) 김윤수, 앞의 글, p.168.

37) 花見忠(1957), 「試用契約の法的性質」, 『季刊勞働法』 제24호, p.71.

38) 이 정(2005), 「채용내정·시용 및 사직에 관한 합리적 규율방안 검토」, 노동부 보고서, p.9.

39) 萬井隆壽, 앞의 책, p.302.

40) 菅野和夫(1997), 앞의 책, p.95.

과 해제조건부근로계약설로 구분된다. 전자는 山武事件(1957. 7. 20)의 제1심(동경지법)에서 나타난 견해인데, 시용 후에 긍정적 평가가 있을 것을 정지조건으로 하는 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 설명한다. 그러나 이에 의하면 조건의 미성취로 인해 근로계약의 효력이 발생하지 않는 시용기간에 현실적인 노무제공이 있게 되어 이상한 상태가 되고, 특별한 근로계약과 시용계약이 병존하는 것을 상정해야 하는 모순이 있다.⁴¹⁾

해제조건부 근로계약설은 종업원으로서 부적격하다는 판단이 되지 않는다는 조건이 성취된 경우에는 본채용이 된다는 견해로서 소니(ソニ)사건(1968. 3. 27)의 제2심(동경고법)에서 주장되었다. 이 견해에 의하면 본계약인 근로계약의 효력은 시용기간 당초부터 발생하고 있지만 해제조건이 발생하면 시용기간 중에 정규종업원으로 되지 않아 이론적 설명과 사실이 일치하지 않게 된다고 한다.⁴²⁾ 또한 종업원으로서의 적격성 판단이라는 사용자의 주관적 요소를 조건으로 해석할 것인지, 해약권으로 해석할 것인지에서 단순한 사실로서 해석한 것은 문제가 있다고 한다.⁴³⁾

라. 해약권유보부 근로계약설

시용근로계약은 기업이 시용자의 직무능력 및 업무적성에 대한 평가를 하여 종업원으로서 부적격하다고 판정되면 유보되어 있는 해약권을 행사할 수 있는 기간의 정함이 없는 근로계약이라는 견해이다. 일본의 판례⁴⁴⁾와 통설⁴⁵⁾이 취하고 있는 입장이다. 시용기간 전후의 근로관계에서 근로조건이 달라지는 경우가 거의 없고 본채용이 거부되는 예가 예외적이며 시용기간이 교육기간 및 직무배치결정을 위해 운용되는 현 실태와도 부합하는 해석이라고 한다. 이 견해에 의하면 시용근로계약은 본래의 근로계약과 별개의 것이 아니라 동일한 것이며, 다만 해약권이 유보되어 있는 본래의 근로계약관계라고 한다.

41) 萬井隆令, 앞의 책, p.303.

42) 花見忠, 앞의 글, p.75.

43) 萬井隆令, 앞의 책, p.303.

44) 대표적인 판례로는 三菱樹脂事件(日最判, 1973. 12. 12)이 있다.

45) 菅野和夫(1997), 앞의 책, pp.134~135.; 萬井隆令, 앞의 책, p.303.

우리나라의 학설⁴⁶⁾에서도 일본의 통설과 마찬가지로 사용기간에 의한 사용자와 사용자의 법적 관계에 대해 근로자의 업무부적격성을 이유로 사용자는 사용관계를 해지할 수 있는 권리를 유보하고 있는 해약권유보부 근로계약으로 파악하고 있다. 판례⁴⁷⁾ 역시 이와 마찬가지로 “사용기간 중의 근로관계는 수습사원으로 발령한 후 일정 기간 동안에 당해 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 인품이나 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본채용 여부를 결정하는 것이므로, 이른바 해약권유보부 근로계약”이라고 판단하고 있다.⁴⁸⁾ 사용기간의 현실태와 사용자에 대한 해고보호 등의 측면을 고려할 때 사용기간의 법적 성질을 해약권유보부 근로계약으로 파악하는 데는 별다른 의문이 없다.⁴⁹⁾

3. 수습의 법적 성격

근기법 시행령 제12조는 “수습사용 중의 근로자라 함은 수습사용한 날로부터 3월 이내인 자를 말한다”라고 규정하고 있고, 동법 제35조는 수습 근로자를 해고예고의 예외 대상에 포함시키고 있다. 즉, 수습계약은 별도로 존재하는 것이 아니라 통상적으로는 하나의 근로계약으로 체결되는 것이다. 따라서 수습의 법적 성질을 논할 실익이 없다.

46) 김형배, 앞의 책, p.254; 이병태, 앞의 책, p.597; 임종률, 앞의 책, p.378; 하경효, 앞의 글, p.732.

47) 대법원 1992. 8. 18. 선고, 92다15170 판결.

48) 같은 취지의 판결로는 대법원 1991. 5. 31. 선고, 90가합18673 판결; “사용기간 중의 근로관계는 일종의 해약권이 유보된 근로계약이며, 해약권 행사는 사용자체가 당해 근로자의 자질, 성격, 능력 등 그 일에 대한 적격성 여부를 결정하는 단계이므로 통상의 해고보다는 광범위하게 인정될 수 있는 것이지만 사용기간 중에 있어서의 근무태도, 능력 등의 관찰에 의한 앞으로 맡게 될 임무에의 적격성 판단에 기초하여 행하여져야 하고 또한 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하여야 한다.”

49) 윤광희, 앞의 글, p.148; 하경효, 앞의 글, p.732.

4. 인턴의 법적 성질(근로자성 인정 여부)

인턴사원의 근로기준법상의 지위를 정함에 있어, 쟁점은 인턴사원이 근로자인가 하는 점이 될 것이다. 인턴사원의 근로자성의 인정 여부는 경영자가 채용하고 있는 인턴사원제의 형태에 따라 달리 결정된다고 할 수 있다.

가. 기존 인턴사원제

기존의 인턴사원제를 채용하고 있는 경우에는 인턴사원의 근로자성은 근무형태 등에서 쉽게 인정될 수 있고, 실무적 측면에서도 근로자성을 인정하는 데 별다른 문제는 없었다.⁵⁰⁾

나. 정부지원 인턴사원제

정부지원 인턴사원제의 경우에는 기업이 정부의 권고대로 인턴사원을 순수하게 훈련만 시킨다면 인턴사원의 근로자성을 인정하기는 힘들 것이다. 그러나 현재 인턴사원을 순수하게 훈련만 시키는 사업주는 거의 없고, 사무직이나 관리직의 경우에는 훈련과 실근무를 구별하기도 힘든 실정이다. 따라서 대부분의 사업주는 인턴사원을 사실상의 업무에 종사시키는 것으로 판단된다. 이 경우의 인턴사원은 임시적이나 잠정적이라는 이유만으로 근로자성을 부인할 수 없으며, 사용종속관계가 있음이 인정되면 근로자성이 인정된다고 보아야 한다.⁵¹⁾

5. 기간제 및 단시간 근로계약의 법적 성질

기간제법 제17조는 “사용자는 기간제근로자 또는 단시간근로자와 근로계약을 체결하는 때에는 다음의 사항을 모두 서면으로 명시하여야 한다”

50) 강성태(1999), 앞의 글, p.33.

51) 대법원 1987. 6. 9. 선고, 86다카2920 판결; 강성태(1999), 앞의 글, p.34.

라고 규정하여 기간제 및 단시간 근로자가 사용자와 맺는 계약의 성질을 근로계약으로 인정하고 있다.

사용자는 기간제 및 단시간 근로자와 근로계약을 체결할 때에는 근로계약의 기간에 관한 사항, 근로시간·휴게에 관한 사항, 임금의 구성항목·계산방법 및 지급방법에 관한 사항, 휴일과 휴가에 관한 사항, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항을 서면으로 명시하여야 한다. 사용자가 취업에 급급한 기간제 및 단시간 근로자의 약점을 이용하여 근로조건을 명확히 하지 않는 일이 없도록 하려는 것이다.

한편, 정규직 근로자와 마찬가지로 기간제 및 단시간 근로자의 경우에도 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 유급주휴일, 연차휴가에 관한 사항에 대하여 근로자의 요구가 있는 때에는 그 서면을 근로자에게 교부하여야 한다.

기간제법은 기간제근로자의 사용기간을 2년으로 제한하면서 그 계약기간에 대한 종전의 규정⁵²⁾은 삭제하였다. 이에 따라 기간제근로자의 계약기간은 1년을 초과할 수도 있고 2년을 초과할 수도 있다. 다만 계약기간이 2년을 초과하더라도, 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는 이상, 사용기간은 2년을 초과할 수 없다.

사용자가 사용기간 제한의 예외사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 상용근로자로 본다(기간제법 제4조 제2항). 사용기간의 제한을 위반하는 경우에 기간제근로자를 상용근로자로 의제함으로써 기간제근로자의 계속고용 내지 고용안정을 도모하려는 것이다.

52) 구 근로기준법 제23조는 “근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 시간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다”라고 하여 기간제근로자의 계약기간을 원칙적으로 1년 이내로 제한하였는데, 기간제근로자가 기간 만료 후 더 좋은 직장으로 떠날 자유를 제한하지 못하게 하려는 취지에서 마련한 규정이었다. 그러나 현실적으로는 기간제근로자의 고용불안을 증폭시키는 데 기여한 측면이 있었다.

제3절 과도적 근로관계의 근로기준법 적용

1. 채용내정

가. 입사날짜의 의미

채용내정과 관련하여 입사날짜를 ‘취업개시일’로 볼 것인지 아니면 근로계약의 ‘효력발생일’로 볼 것인지가 문제가 될 수 있다. 이에 대해서는 채용내정을 ‘개시시기 조건부 해약권 유보 근로계약’의 성립으로 해석하는 판례에서는, 입사날짜는 사안에 따라 ‘취업의 개시시기’가 되기도 하며⁵³⁾, 근로계약의 ‘효력발생시기’가 되기도 한다.⁵⁴⁾ 후자의 경우에는 입사하는 날까지는 근로계약의 효력이 발생하지 않으므로 내정자에 대한 취업규칙의 적용이 없다. 이에 비해 전자의 경우에는 근로계약상 구속관계는 채용내정시부터 발생하고 채용내정자에게는 입사일 이전이라도 취업규칙 중 취업을 전제로 하지 않는 부분(예를 들어 회사의 명예·신용의 유지, 기업비밀의 유지 등)은 적용된다고 본다.⁵⁵⁾

하지만 실제로 많은 기업에서는 내정자에게는 내정기간 중에 근황보고서의 제출, 시설견학, 실습 등의 일정한 행위를 하도록 하고 있는데, 이러한 행위를 업무명령에 의해 명령하는 것은 채용내정에 의해 근로계약의 효력이 개시하고 있는 타입의 채용내정에 있어서는 가능하지만, 입사날짜에 비로소 효력이 발생하는 채용내정에 있어서는 인정하기 힘들다.⁵⁶⁾ 따라서 위의 경우에는 입사날짜를 취업개시일로 보는 것이 타당하며, 이 기간 중에 실시한 실습 등이 근로에 해당하면 임금을 지불해야 한다.

53) 앞의 大日本印刷事件(최고재판소판례)의 경우가 그러하다.

54) 앞의 電電公社近畿電通局事件(최고재판소판례)의 경우가 그러하다.

55) 下井隆史(2001), 『勞働基準法』, 有斐閣, p.74.

56) 安枝=西村(2000), 『勞働基準法』, 青森書院, p.108.

나. 근로기준법의 적용 여부

채용내정에 대한 법적 성질을 근로계약의 성립으로 해석하더라도 채용내정자는 실제로 근로를 제공하고 있지 않는 불완전한 근로계약이므로 근로기준법상의 제 규정이 그대로 적용되는지가 문제가 될 수 있다.

근로기준법의 적용여부에 관하여는 근로가 개시되지 않고 있어 현실적으로 사용되지 않고 있는 것이라는 점을 근거로 전면적으로 부정하는 견해와, 적어도 고용제한규정과 고용예고규정은 준용되지 않는다고 하는 견해가 있다.⁵⁷⁾

그러나 채용내정도 근로계약으로서 효력이 발생하고 있는 것이라고 본다면, 채용내정자는 실제 근로의 제공이 없으므로 근로제공을 전제로 하는 임금, 휴게·휴일 등의 규정은 적용되지 않고, 다만 균등대우, 근로조건명시, 위약예정의 금지 등의 규정은 적용된다고 본다.

또한 근로기준법상의 근로조건명시의무(제24조)도 채용내정단계에서 이행해야 하는 것인지도 의문이 생길 수 있다. 이는 아직 해결되지 않은 문제이지만, 동 의무의 취지에 비추어 긍정할 수밖에 없다고 생각한다.⁵⁸⁾

2. 시 용

시용기간 중의 법률관계는 시용근로계약에 대한 법적 성질에 따라 다르다. 해약권유보설에 의하면 해약권 유보라는 점을 제외하면 본근로계약과 동일하기 때문에 시용기간 중의 법률관계에도 근로기준법, 단체협약, 취업규칙이 전면적으로 적용된다. 따라서 ① 해고를 제외한 연월차 휴가를 포함한 근로기준법의 규정과 집단적 노사관계에서의 근로자로서의 지위를 인정받으며 법적인 보호를 받을 수 있다고 본다. ② 퇴직금산정상 근속기간 산정에 있어서 시용기간 종료 이후와 동등하게 산입되어 보호받는다고 본다.⁵⁹⁾ 다만, 확정적인 근로자로서의 지위를 인정받기 전인 시용기간 중

57) 김윤수, 앞의 글, p.163.

58) 같은 취지;菅野和夫(2005), 앞의 책, p.127.

59) 하갑래(2007), 『노동법』, 중앙경제사, p.624.

에는 취업규칙에서 별도 규정을 둘 수도 있을 것이다. ③ 임금에 있어서는 현실적으로 시용기간이 견습기간이나 연수기간 등의 요소를 부가하여 운용할 수 있기 때문에 근로자의 근로제공의무 내용이 본채용 후의 그것과 다소 상이하게 하거나 임금을 다소 낮게 책정할 수 있다.⁶⁰⁾

그러나 본채용과 실제로 별 차이가 없는 시용의 경우, 임금 등 근로조건에 대해 지나치게 불합리한 차별을 하면 균등처우에 저촉될 수 있다.⁶¹⁾ 다소간의 권리의무 내용이 본채용 후의 근로관계와 차이가 있다고 해서 시용근로자가 통상의 근로관계에 포함된 해약권유보부 근로계약설에 의할 때 본채용 후의 근로관계와 별개로 구분할 이유는 없다.⁶²⁾ 평균임금의 산정에 있어서는 근로기준법 시행령 제2조에 따라 시용기간은 제외된다고 본다.

해약권유보설에 따라 시용근로자가 해고 이외의 사항에 대하여 근로기준법의 적용을 받는 것은, 시용기간이 없는 근로자로서 법률적인 보호를 받는 것이 아니라 시용근로자도 사용자에게 지배종속되어 노무제공을 하고 있는 근로자성에서 비롯된 보호로 해석된다.

시용기간은 업무의 특성 및 근로자의 능력 등을 종합적으로 고려하여 당사자가 자유롭게 정하게 할 수도 있다. 하지만, 이를 당사자에게만 맡겨둘 경우 시용기간을 불합리하게 길게 정하거나 정당한 이유 없이 기간을 연장하는 등 부작용이 생길 우려가 있다. 따라서 부당히 장기간이거나 기간의 정함이 없는 시용기간은 인정될 수 없을 것이다.⁶³⁾

가. 시용기간의 장단

시용기간은 근로자의 지위를 불안정하게 할 우려가 있으므로 부당한 장기간의 시용기간은 무효로 해석된다.⁶⁴⁾ 근로자의 적격성 판단에 필요

60) 김윤수, 앞의 글, p.170.

61) 윤광희, 앞의 글, p.149.

62) 萬井隆승, 앞의 책, p.304.

63) 근로법 시행령 제12조에서의 '수습사용중의 근로자' 정의규정 등을 시용기간의 하나의 합리적인 판단기준으로 해석할 수도 있다.

64) 김형배, 앞의 책, p.256.

한 최소한의 기간으로 한정되어야 한다는 점에서 비례성의 원칙을 적용 받는다. 일반적으로 취업규칙이나 단체협약에서 사용기간은 3개월로 되어 있으나 오늘날 길어지고 있는 경향이다. 무리한 장기간의 사용기간은 사용의 취지에 부합되지 않기 때문에 부정되어야 한다.

나. 사용기간의 연장·갱신

사용기간의 연장·갱신은 사용기간의 법적 성격 여하에 관계없이 사용 근로자의 보호를 위하여 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 예외적으로 ① 근로자의 동의, ② 사용근로계약 체결 당시 예견할 수 없었던 사정, 예컨대 근로자의 장기 질병, 사용자의 예기치 않은 휴업, ③ 사용기간 중의 평가에 의하면 휴업해야 할 경우 등에는 사용기간의 연장이 허용된다고 한다.⁶⁵⁾ 합리적인 범위 안에서만 예외적으로 허용하여야 할 것이다.

다. 사용기간의 길이가 정해져 있지 않은 경우

사용기간의 길이가 정해져 있지 않은 경우는 사용의 실태, 당해 기업이 속하는 업계의 관행 등을 고려하여 일정 기간이 부여된 것으로 간주하여야 한다고 보는 견해도 있지만, 사용기간은 사용기간부 근로계약을 체결함에 있어서 불가결한 요소로 보아야 한다. 사용기간이 일정하게 정해지지 않은 경우에는 사용자의 유보해약권행사가 무한대로 가능하여 사용근로자의 지위가 불안정하기 때문에 사용기간의 정함이 없는 사용근로계약은 무효로서 처음부터 본래의 근로계약이 성립된 것으로 인정되어야 할 것이다.⁶⁶⁾

3. 수습

수습근로자에게도 근로기준법이 전면적으로 적용된다.⁶⁷⁾ 다만, 수습근

65) 萬井隆승, 앞의 책, p.308.

66) 萬井隆승, 앞의 책, p.308.

로자로서 3개월 미만인 자에 대하여는 해고예고 관련조항이 적용되지 않는다.⁶⁸⁾

임금에 대해서는 취업규칙·근로계약 등을 통해 정식근로자보다 낮게 결정할 수도 있다. 이러한 취지에서 수습기간은 평균임금의 산정기간에는 포함시키지 않는다.⁶⁹⁾ 나아가 수습기간 중에는 작업능력 배양을 위해 근무수칙을 보다 엄격히 정하여 해고의 기준으로 삼는다 하더라도, 사회 통념상의 합리성에 크게 벗어나지 않는 한 인정될 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

4. 인턴

인턴사원의 근로조건을 보면 어떤 형태의 인턴사원제를 택하는 인턴사원의 근로자성을 인정하는 것을 전제로 하여, 그의 소정근로시간을 기준으로 아래의 세 가지 규율을 받게 된다.

첫째, 1주의 소정근로시간이 통상근로자의 그것 이상일 때는 통상근로자와 동일하게 근로기준법이 적용된다. 둘째, 1주의 소정근로시간이 통상근로자의 그것보다 짧지만 15시간 이상이면 단시간근로자에 관한 시행령상의 특별규율이 적용된다. 셋째, 1주 소정근로시간이 15시간 미만이면 단시간근로자의 특별규율 중 퇴직금, 주휴일, 유급휴가에 관한 규정은 적용되지 않는다.

이에 반해 근로자성이 인정되지 않는 인턴사원의 근로조건의 경우에는 2007년 7월 1일부터 시행된 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률⁷¹⁾에 따라 보호되어야 할 것이다.

67) 같은 취지; 근기 01254-751, 1993. 4. 27, 수습의 목적이 업무의 적격성 판단보다는 직무교육기간이고 연수 완료 후 채용이 확정되어 있다는 점을 지적하고 있다.

68) 근로기준법 제35조, 같은법 시행령 제12조.

69) 근로기준법 시행령 제2조.

70) 같은 취지; 서울고법 1986. 6. 2. 선고, 86나516 판결. 수습운전기사의 교통사고에 대하여 정상근로자와는 달리 과실의 경중과 관계없이 해고한 사례이다.

71) 제정 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률의 주요 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 기간제근로자의 사용기간을 3년으로 제한하고 2년을 초과하여 사용하는 경우에는 그 해고가 제한되도록 하되, 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경

5. 기간제 및 단시간 근로자

기간제법에서는 기간제 및 단시간 근로자에 대해서 규정하고 있다. 이 법에서 규정하는 사용기간 등을 제외한 근로시간·휴게에 관한 사항, 임금의 지급방법, 휴일과 휴가에 관한 사항, 안전과 보건에 관한 사항 등에 대해서는 근로기준법이 적용된다.

기간제법은 기간제 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 방지하기 위해 “사용자는 기간제 및 단시간 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 상용근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다(제8조 제1항)”라고 규정하는 차별금지 조항을 두고 있다. 기간제 및 단시간 근로자임을 이유로 하는 차별이 사회적 신분을 이유로 하는 차별금지(근로기준법 제5조)에 위반하는지 해석론상 다툼의 여지가 있으나, 명문의 규정을 두어 입법적으로 해결한 것이다.

‘차별적 처우’란 임금 기타 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(기간제법 제2조 제3호). 따라서 근로자의 기술·노력·책임·작업 조건 등 합리적 이유에 근거하여 근로조건

-
- 우 등 합리적인 사유가 있는 경우에는 예외를 인정하고, 그 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보도록 함(위원회 수정)(제4조).
2. 단시간근로자에 대하여 소정근로시간을 초과하여 근로를 시키는 경우에는 당해 단시간근로자의 동의를 얻도록 하고 그 상한을 1주에 12시간으로 정함(제6조).
 3. 차별적 처우와 관련한 분쟁해결에 있어서의 입증책임은 사용자가 부담하도록 함(위원회 수정)(제9조).
 4. 기간제·단시간근로자에 대하여 합리적인 이유 없이 차별적 처우를 하는 것을 금지하고, 기간제·단시간근로자가 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회를 통하여 시정을 받을 수 있도록 함(제8조 내지 제15조).
 5. 국가 및 지방자치단체로 하여금 고용정보의 제공, 직업지도, 취업알선, 직업능력개발 등 기간제근로자 및 단시간근로자의 취업촉진을 위하여 필요한 조치를 우선적으로 취하도록 노력하도록 함(위원회 수정)(제20조).
 6. 이 법의 시행시기를 2007년 7월 1일부터 하되, 제10조제5항의 규정은 2007년 7월 1일부터 하고, 제8조, 제9조, 제10조제1항 내지 제4항, 제11조 내지 제15조, 제16조제2호·제3호 및 제24조제1항·제2항제1호의 규정의 시행일은 사업 또는 사업장의 규모별로 차등적으로 적용하도록 함(본회의 수정)(부칙 제1조).

등에 관하여 불리하게 처우하는 것은 차별적 처우에 해당하지 않는다.⁷²⁾

제4절 근로관계의 해지

1. 채용내정의 취소

가. 의 의

채용내정은 계약의 성립과 현실적인 취업 사이에 시간적 간격이 있기 때문에 채용내정의 취소가 발생할 수 있다. 일반적으로 채용내정관계를 소멸시키는 행위를 채용내정의 취소라 한다. 그러나 채용내정에 의하여 근로계약이 성립되었다고 보게 되면 취소라는 용어는 부적절하고 해제 또는 해지라는 용어가 적절하나,⁷³⁾ 일반적인 사용례에 따라 채용내정의 취소라 한다.

채용내정통지에 의하여 근로계약이 성립되었다고 보게 되면 사용자에게 의한 일방적인 채용내정의 취소는 해고에 해당하게 된다. 그렇다면 채용내정의 취소에도 근로기준법상의 해고에 관한 제한규정이 적용되어야 하는 것은 당연하다.

나. 채용내정취소의 사유

1) 해약권유보부계약설 입장에서의 취소사유의 판단기준

채용내정을 해약권유보부근로계약으로 보게 되면 채용내정의 취소의 적법성은 유보해약권 행사의 적법성의 문제가 된다.⁷⁴⁾ 이 입장에 의하면 취소사유에 관하여 명시적인 규정이 없더라도 일반적인 해고의 정당한 사

72) 임종률, 앞의 책, p.575.

73) 김형배, 앞의 책, p.254; 하경효, 앞의 글, p.719.

74)菅野和夫(2005), 앞의 책, p.175 참조.

유가 있다고 평가되는 경우에는, 즉 사용자에게 근로관계의 계속을 기대하는 것이 곤란한 경우에는 유보된 해약권을 행사할 수 있다고 보게 된다. 채용내정취소사유의 합리성 판단기준은 “채용 당시 알았다더라면 채용하지 않았을 이유”인가 아닌가의 여부가 아니고 “근로관계의 계속 유지를 기대할 수 없는 이유”인가 아닌가의 여부라고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 일본 최고재판소는 “채용내정의 취소사유는 채용내정 당시 알 수 없었고 그것을 기대할 수 없었던 사실로서 이를 이유로 채용내정을 취소하는 것이 해약권유보의 취지, 목적에 비추어 객관적으로 합리적이라고 인정하는 것이 사회통념상 상당하다고 시인할 수 있는 것에 한한다고 해석하는 것이 상당하다”라고 판시하였는바,⁷⁶⁾ 이는 일응의 판단기준이 될 수 있을 것이다.

일반적으로 해약권을 유보하였다는 것은 해고제한법리의 완화 또는 회피를 목적으로 보통의 해고에 비하여 내정자의 취소를 용이하게 할 수 있다는 것으로 오해될 우려가 있다. 그리고 채용내정취소사유를 정규근로자에 대한 해고사유보다 광범위한 것으로서 사용자에게 보다 재량권이 있는 것으로 해석하여야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 제기되기도 한다. 이에 관하여 채용내정에 의하여 취득되는 근로자의 법적 지위는 기대적 지위이기 때문에 사용자가 그 취소에 관하여 보다 광범위한 재량권을 가진다고 보는 견해가 있다.⁷⁷⁾ 그러나 채용내정에 의하여 예정된 시기는 조건과는 달리 반드시 도래한다고 보아야 하기 때문에 채용내정자의 법적 지위를 기대적 지위로 보고 그 이유로 취소에 관한 재량권을 폭넓게 인정하는 것은 타당하지 못하다. 또한 채용내정자를 일반 근로자에 비하여 용이하게 해고하는 것을 인정하여야만 할 필요성도 없고 또한 그렇게 하는 것이 채용내정제도의 본질에 부합된다고도 할 수 없으므로 채용내정취소사유도 일반적인 해고사유와 동일하게 해석하여야 할 것이다.⁷⁸⁾

한편, 채용내정의 취소사유는 어디까지나 채용내정 이후의 사실에 한정되어야 할 것이다. 채용내정 전의 사유에 대해서도 정당한 취소사유로

75) 毛塚勝利, 앞의 글, p.94 참조.

76) 最高裁判所, 1979. 7. 20. 선고, 大日本印刷事件 판결.

77) 大阪地裁, 1976. 7. 10. 선고, 桑籬電裁事件 판결.

78) 毛塚勝利, 앞의 글, pp.91~94; 하경호, 앞의 글, p.724 참조.

인정하는 것은 이러한 사정을 알고도 채용내정을 결정한 이후 다시 이를 이유로 취소할 수 있게 되어 내정자의 지위가 지극히 불안정하게 되기 때문이다. 그리고 채용내정 기간 - 시용기간 - 본채용을 거치면서 서서히 기업과 근로자 사이의 관계가 밀접하게 되기 때문에 계약해제사유도 서서히 좁게 되는 것이 아닌가 하는 해석도 있을 수 있으나, 계약해제이유는 각각의 제도, 단계에 조응하여 상호 독자적인 것으로서 범위의 광협을 단순비교하는 것은 부적절하고, 채용내정기간은 시용기간과 달리 그 기간에 독자적인 존재이유가 있으므로 내정취소는 근로계약관계를 계속하기 곤란한 경우에 한하여 인정되어야 할 것이다.

2) 약정된 취소사유의 해석

채용내정의 취소사유에 관하여 근로자가 제출한 서약서나 사용자의 채용내정통지에 명시적으로 규정되어 있는 경우 그러한 사유는 일응 정당한 취소사유가 될 것이다. 그러나 사용자에게 의하여 일방적으로 그 취소사유가 광범위하고 애매하게 규정되어 있는 경우에는 근로기준법의 규정에 따라 정당한 이유가 있는지 여부에 대한 법적 평가를 다시 거쳐야 할 것이다.

한편, 당사자간에 정한 채용내정의 취소사유를 한정적 열거로 볼 것인가 아니면 예시적 열거로 볼 것인가 하는 점이 문제가 된다. 電氣電信公事近畿電通局 사건에서 일본 최고재판소는 채용내정의 취소사유는 반드시 채용내정통지서에 기재된 사유만에 한정되는 것은 아니고 그 외에도 직원으로서의 적격성을 결하는 사유가 발생한 경우에는 정당한 취소사유가 될 수 있다고 판시하였다. 그러나 당사자 사이에 어느 정도 구체적으로 취소사유가 약정되어 있는 경우 이러한 약정취소사유는 원칙적으로 한정적 열거로 보아야 하고,⁷⁹⁾ 또한 그 사유는 절대적인 것이 아니라 이를 다시 해고제한법리에 비추어 음미하여야만 할 것이다. 예컨대 서약서에 취소사유의 하나로 일정한 정치적 신조 또는 국적 등이 기재되어 있는 경우에는 이러한 취소사유는 강행법규에 위반하는 것으로서 그러한 취소사유를 근거로 내정을 취소하는 것은 부당하여 무효가 될 것이다.

79) 毛塚勝利, 앞의 글, p.94; 김윤수, 앞의 글, pp.161~162 참조.

3) 구체적인 취소사유의 검토

가) 채용내정에 고유한 취소사유

일반적으로 채용내정은 학교를 졸업한 시점에 취업할 것을 예정하는 것이므로 예상 졸업시기에 졸업을 하지 못하게 되면 채용내정의 본질상 당연히 취소할 수 있다고 할 수 있다. 또한 취업예정시기에 중대한 질병이나 신병의 구속상태 등으로 말미암아 현실적으로 취업할 수 없게 되면 그것을 이유로 채용내정을 취소하는 것은 정당하다고 할 수 있다.⁸⁰⁾

이력서 또는 신상명세서 등에 허위사실을 기재한 경우를 채용내정취소 사유로 정하였을 때 그 해석문제가 있다. 이에 관하여는 허위기재의 내용과 정도가 중대한 것이고 그것에 의해 종업원으로서의 부적격성 또는 신의성 없음이 판명된 경우에 한하여 이를 이유로 한 채용내정의 취소는 정당하다고 평가되어야 할 것이다.⁸¹⁾

기타 근로자로서의 적격성을 상실시킬 정도의 중대한 사실이 채용내정 통지 후에 발생하거나 발견된 경우 등에는 구체적이고 종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

나) 경영상 이유에 의한 채용내정의 취소

사용자가 채용내정 후 경영상의 이유에 의하여 채용내정을 취소하는 경우도 있을 수 있다. 일반적으로 채용내정으로부터 취업시기까지는 짧게는 1, 2개월부터 길게는 6개월 정도의 시간적 간격이 있게 되는데 그 사이에 경제적 사정변화 등으로 인하여 채용내정을 취소하여야 한다고 한다면 그 정당성을 인정하기가 쉽지 않을 것이다. 비교적 단기간인 위 기간 동안의 경제사정 또는 경영형편에 대한 평가를 회사의 잘못으로 그르쳐, 채용내정을 한 후에 이를 취소함으로써 그 책임을 채용내정자에게 전가하는 것이 부당함은 두말할 여지가 없기 때문이다.

그러나 회사로서도 책임 없는 사유에 의하여 경제사정이나 경영형편의

80) 채용내정 이후 취업개시 이전의 근로관계를 해소할 수 있는 사유에 대해 판례는 '요양을 요하는 질병의 발생', '형사사건으로 기소된 사실', '채용내정 후 노동력의 현저한 질적 저하' 등을 열거하고 있다(서울지판 1999. 6. 18, 가합67930).

81) 김선수, 앞의 글, p.217 참조.

변화가 있어 채용내정을 취소할 수밖에 없게 되었다면 이는 결국 ‘경영상의 이유에 의한 해고’의 법리에 의하여 처리되어야 할 것이다. 즉, 이러한 사정으로 채용내정을 취소할 경우에는 긴박한 경영상의 필요성, 해고회피노력의무, 공정한 정리기준의 설정과 대상자의 선정, 근로자대표 또는 본인과의 성실한 사전협의 등의 절차를 모두 준수하여야만 할 것이다. 이때 이러한 사정에 대한 주장·입증책임이 사용자에게 있음은 물론이다.

이때 공정한 정리기준의 설정 및 대상자의 선정과 관련하여 채용내정자를 정규근로자에 비하여 우선적으로 해고하도록 하는 것이 공정한 정리기준에 해당하는가 하는 점이 문제가 될 수 있다. 채용내정자의 내정취소가 문제된 일본의 森尾電機事件(東京地裁, 1970. 11. 30.)에서는 사용자가 “재건불능이 예견되어서 인사의 합리화를 위한 인원정리가 불가피하다”라고 주장하였는데, 그 기준이 된 작업능력이 열등하거나 발전전망이 없는 자 등 회사재건을 위해 기여할 것이 적은 자를 선별함에 있어서 법원은 내정자라는 이유만으로 특별한 고려를 하지는 않았다. 그러나 일반적으로 근속연수, 회사에의 기여도, 부양가족수 등등이 합리적인 정리기준의 하나로서 지적되고 있기 때문에 이러한 관점에서 본다면 채용내정자를 정규근로자에 우선하여 정리대상으로 선정하는 것에 합리성이 있는 것으로 평가될 가능성이 높다 할 것이다. 그러나 채용내정자의 경우 사회 진출의 첫 관문이고 또 내정이 취소되면 적어도 1년간은 다시 취업하기 힘들다는 사정에 비추어 채용내정자라고 해서 정규근로자보다 손쉽게 정리해도 좋다고 안이하게 취급해서는 안 될 것이다.

한편, 해고회피노력의무와 관련하여 채용계획의 수립과 배치 및 채용내정의 결정 등을 그룹 차원에서 한 경우 채용예정회사만을 기준으로 하여 해고회피노력의무를 이행하면 족한가, 아니면 전체 그룹을 대상으로 해고회피노력의무를 이행하여야만 하는가 하는 문제점이 있다. 예컨대 그룹의 다른 계열사에서 추가로 신규채용을 한다면 취소대상자들에게 우선적으로 그 회사에의 채용기회를 부여하는 등의 노력을 하여야 하는 것은 아닌가 하는 점이다. 채용계획의 수립과 배치 및 채용내정의 결정 등이 그룹 차원에서 이루어진 경우라면 그룹 전체 차원에서 해고회피노력의무의 이행여부를 판단해야 할 것이다.

다. 채용내정의 취소와 해고예고조항의 적용문제

채용내정으로 근로계약이 성립된 것으로 보기 때문에 근로기준법 제26조의 해고예고조항을 적용하여 취소하기 30일 전에 예고하거나 30일분의 통상임금에 상당하는 해고예고수당을 지급하여야 하는가 하는 문제점이 있다.

이에 대하여 부정설은 해고예고제도에 관한 근로기준법의 조항은 현실의 취업 또는 근로계약상의 권리의무가 구체화되는 입사일 이후에 대하여만 적용되는 것으로 보아 채용내정 기간 중의 근로계약에 대하여는 일반적으로 적용되지 않는다고 본다. 따라서 예정된 시기에 졸업을 하지 못하여 채용내정을 취소하는 경우에도 해고예고 또는 예고수당을 지급하여야 할 필요가 있다고 볼 만한 합리성이 없기 때문에 그 적용을 부정한 견해,⁸²⁾ 일본의 노동기준법은 시용기간 중에 있는 자는 계속해서 14일을 초과하여 사용되고 있는 경우에 비로소 해고예고의 보호를 받도록 규정하고 있고, 우리나라의 근로기준법은 수습사용 중의 근로자, 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자 등을 해고예고의 적용제외로 인정하고 있기 때문에 시용기간 전단계인 채용내정자에 대하여는 해고예고가 적용되지 않는다는 견해⁸³⁾ 등이 있다.

반면에 채용내정에 의하여 취업시기부 근로계약이 성립되어 발표하고 있는 것이라면 근로개시를 전제로 하지 않는 근로기준법의 규정은 일반적으로 적용되는 것으로 보아야 하고, 해고예고제도가 반드시 근로계속을 전제로 하는 것이라고 볼 근거가 없으며, 또한 해고예고제도의 취지나 목적에 비추어 보면 성질상 당연히 예고를 필요로 하지 않는다고 볼 특별한 경우 이외에는 해고예고제도의 적용이 있다고 보는 견해⁸⁴⁾가 있다.

라. 채용내정자의 사직

채용내정의 취소는 주로 회사에 의한 일방적인 취소로부터 내정자를

82) 毛塚勝利, 앞의 글, pp.94~95.

83) 菅野和夫(2005), 앞의 책, p.113; 하경효, 앞의 글, p.726.

84) 김윤수, 앞의 글, pp.162~163.

어떻게 보호할 것인가의 관점에서 다루어졌으나 채용내정자가 내정을 취소하고 입사를 거부하는 경우도 있을 수 있다. 채용내정에 의하여 근로계약이 성립된 것으로 보게 되면 채용내정자의 내정취소 또는 입사거부는 사직의 성격을 갖게 된다. 근로계약기간의 정함이 없는 경우에도 원칙적으로 근로자에게 해약의 자유가 인정되므로 내정취소도 적어도 30일간의 유예기간을 두는 한 자유롭게 할 수 있다(민법 제660조). 채용내정기간 중에는 취업하고 있는 것이 아니므로 예고기간을 둔 취지가 담당업무의 인계 등에 필요한 시간을 확보하고자 하는 데에 있으므로 내정자에 의한 내정취소의 경우에는 예고도 필요 없이 즉시 해제할 수 있다.

채용내정자의 내정취소 또는 입사거부가 신의칙에 반하는 경우에는, 즉 사직의 의사표시가 권리남용에 해당하는 경우에는 예외적으로 계약책임 또는 불법행위책임을 물을 수 있는 때도 있을 것이다.⁸⁵⁾ 그러나 인신의 자유의 보장이라는 측면에서 볼 때 사직의 의사표시가 비록 권리남용에 해당하는 경우에도 유효하다고 해석하여야 하며, 채용내정단계에서도 근로기준법상의 위약예정금지 조항은 적용된다고 하여야 할 것이므로 현실적으로 기업이 채용내정자를 상대로 손해배상을 청구하는 일은 없을 것이다.

마. 부당한 채용내정취소와 법률적 구제방법

1) 채용내정취소무효확인 또는 근로자지위확인 및 임금청구

근로계약성립설의 입장에 서게 되면 채용내정에 의하여 근로관계가 성립되고 채용내정의 취소는 해고에 해당하며 따라서 채용내정취소가 부당하여 무효가 되면 채용내정자는 취업예정일로부터 근로자로서의 지위를 갖게 되며 그때부터 예정된 임금의 지급을 청구할 수 있다. 임금 청구시 채용내정자의 임금수준이 문제가 될 수 있으나 회사가 채용모집단계 또는 채용내정 통지시에 임금수준을 제시하는 것이 보통이기 때문에 이때 제시된 임금을 기준으로 하면 된다.

만약 회사가 그 사정에 의하여 취업예정일에 취업시키지 못하고 취업

85) 菅野和夫(2005), 앞의 책, p.112; 하경호, 앞의 글, p.725.

시기를 연기한다든가 자택대기명령을 하는 경우에는 사용자의 귀책사유에 의한 휴업으로서 근로기준법 제46조 소정의 휴업수당을 지급하여야 한다.

2) 정신적 고통에 대한 위자료청구

채용내정의 일방적인 취소로 말미암아 채용내정자가 입은 정신적인 고통은 매우 클 것이다. 따라서 근로자의 지위 확인과는 별도로 정신적 고통에 대한 위자료가 인정되어야 할 것이다. 일본의 판결례 중 大日本印刷 사건에서 채용내정의 취소를 무효라고 하여 복직을 인정하면서도 정신적 고통이 내정취소에 의하여 완전히 치유되는 것이 아니라는 이유로 100만 엔의 위자료를 인정하였고, 日立製作所 사건에서는 50만 엔의 위자료가 인정되었으며, 五洋建設 사건에서는 30만 엔의 위자료가 인정되었다.

3) 손해배상의 청구

가) 손해배상책임의 발생

사용자의 자의적인 내정취소에 대해 채용내정자로서는 종업원의 지위확인과 임금청구를 구할 수도 있으나, 회사에의 취업을 포기하고 사용자의 채무불이행 또는 불법행위에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있다.⁸⁶⁾

나) 손해의 범위

회사가 채용내정을 불이행함으로써 인해 채용내정자가 입은 통상의 손해는 그 계약이 이행되었다면 얻을 수 있었으나 부당한 취소로 말미암아 얻지 못한 해당 기간의 임금에 해당하는 금액일 것이다. 이는 채용내정자가 다른 회사에의 취업기회를 놓침으로 말미암아 입은 일실수입에 해당하는 것이기도 하다. 통상 1년 정도 기간 동안 입사기회가 박탈되는 것이 일반적이므로 신입사원의 초임 연봉 정도를 통상의 손해로 보면 될 것이다.

사회진출의 관문에서 회사측의 행위로 인해 근로제공의 기회를 잃음으로 인한 정신적 손해에 대한 배상은 별도로 이루어져야 한다.

86) 菅野和夫(2005), 앞의 책, p.112.

또한 내정되어 있는 업무에 일정한 기능습득이 요구되어 이를 위해 교육비 등을 지불하였고 이를 회사가 알았거나 알 수 있었다는 것이 인정되면 이는 특별손해로서 회사는 이에 대한 배상책임도 있다 할 것이다.

4) 기타 금전청구

채용내정취소가 예정 시기에 졸업을 하지 못하였다는 등의 근로자의 중대한 귀책사유에 의한 경우가 아닌 한 취소의 정당성 판단과 상관없이 해고예고수당으로서 30일분의 통상임금(근로기준법 제26조)을 청구할 수 있고, 또한 손해배상을 청구할 수 없다고 하여도 취업예정일 이후에 채용내정을 취소한 경우에는 취업예정일로부터 취소시점까지 휴업수당으로서 평균임금의 70% 상당액을 청구하는 것이 가능하다.⁸⁷⁾

2. 시용과 근로계약의 해지

가. 본채용의 거부

시용기간 중에 사용자가 자의적으로 시용근로자와의 근로관계를 해소하거나 시용기간이 만료된 후에도 본채용을 거부하는 경우에는 법률상 ‘해고’에 해당하므로 근로기준법 제23조가 적용된다. 따라서 사용자는 시용근로자에게 시용기간 및 시용계약의 해소사유 등을 서면으로 제시할 필요가 있으며, 또한 시용계약을 해소할 때나 본채용을 거부할 경우에는 그 사유를 분명히 제시하여야 한다.

따라서 이때 사용자가 부적격 사유를 제시하지 않거나 제시된 사유가 근로관계의 존속과는 전혀 무관할 경우 또는 그 사유가 객관적으로 합리적인 이유가 존재하지 않고 사회통념상 상당한 것으로 인정되지 않는 경우에는 부당해고로 간주된다. 단, 시용기간 중의 근로자에 대해서는 동제도의 취지에 비추어 정규근로자에 대한 해고보다는 그 인정범위를 넓게 해석한다.

87) 김선수, 앞의 글, p.223.

나. 시용에서 유보해약권의 행사

시용계약을 해약권이 유보된 근로계약으로 본다면, 시용기간 중의 ‘근로계약의 해지’나 시용기간 만료 후의 ‘본채용의 거부’는 유보된 해약권의 행사가 되며, 이러한 권리의 행사가 어떠한 경우에 허용되는지가 중요한 문제가 된다.

이에 대해 일본 최고재판소의 유명한 미쓰비시수지사건(三菱樹脂事件)에서 ① 시용기간 중의 해약권의 유보를 채용결정 당초에는 그 자의 자질·성격·능력 등의 적격성 유무에 관련된 사항에 대해 자료를 충분히 수집할 수 없기 때문에 ‘후일의 조사와 관찰에 근거한 최종적 결정을 유보하는 취지’로 파악한 다음, ② 이러한 유보 해약권에 근거하는 해고는 통상의 해고보다 넓은 범위에서 해고의 자유가 인정되어 마땅하다고 실시한 다음, 그러나 ③ 유보 해약권의 행사도 해약권의 보호취지·목적에 비추어 객관적으로 합리적인 이유가 존재하고 사회통념상 적절하여 시인될 수 있는 경우에만 허용된다고 판시했다.⁸⁸⁾

이러한 판례의 입장은 그 후의 판례에도 다소 수정된 형태로 답습되어 지금은 “사용자가 채용결정 후의 조사결과에 따라 혹은 시용 중의 근무상태 등에 의해 당초에는 알 수 없었거나 혹은 아는 것을 기대할 수 없었던 사실을 알게 된 경우에는, 그러한 사실에 비추어 그 자를 계속하여 당해 기업에 고용하는 것이 적당하지 않다고 판단하는 것이 상기 해약권 유보의 취지, 목적에 비추어 객관적으로 상당하다고 인정되는 경우에는 유

88) 이러한 견해를 지지한 우리나라의 판례로는 대법원 1994. 1. 11. 선고, 92다44695 판결이 있다. 즉, “근로자가 회사의 정식기사로 취업하기 위하여 구비서류를 제출하고 회사의 단체협약과 취업규칙이 정한 수습기간 내의 기간 중 일당제 대무운전기사로 근무하여 온 것이라면 근로자와 회사 사이의 근로관계를 단순히 일용근로계약관계가 반복적으로 발생한 것이라고 할 수는 없고, 시용기간 중에 업무 부적격성 등 별다른 취업장애사유가 발견되지 아니하면 정식기사로 채용하기로 하는, 근로기준법의 적용을 받는 계속적 근로계약관계가 성립된 것이라고 보아야 한다”고 하였다. 또 “시용제도의 목적에 비추어 볼 때 정식채용 여부는 통상의 근로자에 대한 해고와 동일한 기준에 따라야 한다고 볼 수는 없고 합리적인 이유가 존재하면 회사는 시용기간 중의 근로자에 대하여 정식채용을 거절할 수 있다고 해석할 것”이라고 하였다.

보해약권의 행사가 허용될 수 있다”라고 그 판단기준이 보다 상세하고 구체적으로 정형화되기에 이르렀다.⁸⁹⁾

위의 판단기준 중 가장 중요한 점은 유보된 해약권의 행사도 ‘해약권의 유보취지, 목적에 비추어 객관적으로 합리적인 이유가 존재하고 사회통념상 상당한 것으로 인정될 수 있는 경우’에만 허용되는 것이다. 즉, 기업측은 적격성 결여 판단의 구체적 근거(근무성적·태도의 불량)를 제시할 필요가 있으며, 또한 그 판단의 타당성은 객관적으로 판정된다.⁹⁰⁾ 그러나 이 판정은 유보된 해약권의 행사에 대해서는 통상의 해고보다도 넓은 범위에서 해고의 자유가 인정된다는 전제에서 이루어진다.

그 외에도 시용기간은 실질적으로 실험관찰기간으로서의 성격도 아울러 가지는데, 이는 직무능력이나 적격성 판단에 근거하여 보다 넓게 유보된 해약권의 행사가 이루어지기 때문이다. 단, 이 실험관찰에 따른 적격성 판단은 입사선고(入社選考)시의 자료를 기초로 하여 이루어지기 때문에 입사선고시의 적법한 조사(질문)에 대한 사실의 은닉과 허위신고는 이 실험관찰에 의한 적격성 판단을 그릇되게 하거나 또는 종업원으로서의 적격성에 필요한 신뢰관계를 상실하게 하는 것으로서 해약권 행사의 사유가 된다고 본다.⁹¹⁾ 또한 유보된 해약권의 행사 외에 시용기간 중에 정규종업원에 관한 보통해약사유가 생긴 경우에도 시용근로자와 근로계약을 종료할 수 있음은 당연하다.

위의 해약권의 유보와 관련하여 시용기간 중에 신원조사를 보충적으로 한 결과 새롭게 알게 된 사실을 이유로 근로계약을 해소할 수 있을가가 문제가 될 수 있다. 위에서 인용한 미쓰비시수지사건(三菱樹脂事件)에서는 시용기간을 임시로 사용하여 그간의 관찰을 통하여 종업원으로서의 적격성을 판정한다는 실험·관찰의 기간일 뿐만 아니라, 적격성에 관한 신원조사의 보충기간으로도 파악하고, 시용기간 중에 보충적 신원조사에 의해 판명된 새로운 사실은 그 자체로 해약사유가 될 수 있다고도 이해할

89) 이에 대한 상세한 것은 菅野和夫(2005), 앞의 책, p.160 이하 참조.

90) 우리나라 판례 중에는 버스운전사로 고용된 자가 3개월의 시용기간 중 교통사고로 75일의 운전면허 정지처분을 받아 해고된 사안에 대하여 이를 적법하다고 한 사례가 있다(대법원 1987. 9. 8. 선고, 87다카555 판결).

91) 菅野和夫(2005), 앞의 책, p.161.

수 있다.

그러나 시용기간은 원칙적으로는 종업원으로서의 적격성 판정을 위한 실험관찰기간 및 종업원으로서의 능력 내지 기능양성기간(견습기간)으로 파악해야 하며 신원조사보충기간으로는 해석할 수 없다. 다시 말해서 신원조사는 채용내정과정에서 끝나야 하는 것이지, 이를 시용기간까지 가지고 가는 것은 사용자의 지위를 불안정하게 하고 또한 채용내정과 시용의 실질적인 차이를 무시하는 것이다.

다. 시용기간의 만료

시용기간이 만료하기까지 사용자가 평가조치 없이 시용기간이 만료한 경우의 법리에 대해서는 시용기간의 법적 성격에 따라 달리 주장되어 왔다. 정지조건설이나 특별계약설은 사용자에게 평가의무가 있음을 전제로 하여 그 해태는 묵시의 긍정적 평가로 보아 시용기간의 만료와 동시에 통상의 기간의 정함이 없는 근로계약으로 이행한다고 하고, 해제조건설은 해제조건이 불성취가 확정되어 조건 없는 근로계약이 된다고 한다. 그리고 시용계약·본계약예약병행설은 견습기간이 종료한 정도의 의미밖에 없다고 하며, 통설·판례인 해약권유보설은 유보된 해약권이 소멸하여 해약권이 없는 통상의 근로계약으로 이행함과 아울러 그 이후에는 실험의 대상이 되었던 직업능력·업무적성이 결여된 것을 이유로 해고할 수 없게 된다고 한다.⁹²⁾

라. 시용기간의 중단

시용기간 중의 근로가 사용자의 귀책사유로 중단된 채 시용기간이 경과한 경우, 시용근로자의 법적 지위는 어떻게 될까가 문제가 될 수 있다. 예를 들어 사용자가 시용기간 중에 근로자를 위법하게 해고한 경우, 법원의 판결 내지는 결정(이는 시용기간이 이미 경과한 시점에서 이루어지는 것이 보통이다)으로 당해 근로자에게 어떤 법적 지위를 부여할 것인가

92) 毛塚勝利, 앞의 글, pp.107~108.

가가 그 전형적인 예이다. 이 점에 대해 일본의 판례는 ① 기간이 경과한 이상 본채용이 이루어진 것으로 간주하여 정규종업원으로서의 법적 지위를 확인 내지 보전한다는 견해⁹³⁾, ② 시용기간이 위법한 해고로 중단되었다고 보아 잔여기간이 붙은 시용계약상의 지위를 확인 내지 보전한다는 견해⁹⁴⁾ 등이 있으나, 시용계약을 해약권이 유보된 근로계약으로 해석할 경우에는 적법한 해약권의 행사 없이 기간이 경과되면 본채용으로 이행하여 정규종업원으로서의 지위를 획득하였다고 보는 것이 옳다고 본다.

3. 수습 사용 중인 근로자에 대한 해고

수습 사용 중에 사용자가 자의적으로 수습 사용 중인 근로자와의 근로관계를 해소하는 경우에는 법률상 ‘해고’에 해당하므로 근로기준법 제23조가 적용된다. 따라서 사용자는 수습사용 중인 근로자에게 해고사유 등을 서면으로 제시할 필요가 있으며, 또한 그 사유를 분명히 제시하여야 한다.

따라서 이때 사용자가 부적격 사유를 제시하지 않거나 제시된 사유가 근로관계의 존속과는 전혀 무관할 경우 또는 그 사유가 객관적으로 합리적인 이유가 존재하지 않고 사회통념상 상당한 것으로 인정되지 않는 경우에는 부당해고로 간주된다. 단, 근로기준법 제35조에서 “수습 사용 중인 근로자로서 3개월 미만인 자에 대하여는 해고예고 관련 규정이 적용되지 않는다”라고 규정하고 있듯이 수습 사용 중인 근로자에 대해서는 동 제도의 취지에 비추어 정규 근로자에 대한 해고보다는 그 인정범위를 넓게 해석한다.

한편, 수습과 관련하여 제기된 판례로서 주목되는 것으로 해고예고제도 적용여부에 관하여 그 적용을 배제시키고 있는 (구)근로기준법 제35조 제3호가 헌법상 평등조항을 위반한 것이 아닌지를 다룬 헌법재판소 결정 사례⁹⁵⁾가 있다. 이 사건에서 다수견해는 월급근로자로서 6월이 되지 못

93) 三洋海運事件—福島地いわき支判昭59・3・31, 『判時』 제1120호, p.133.

94) 三愛作業事件—名古屋高決昭55・12・4, 『勞民』 제31권 6호, p.1172.

한 자를 해고예고제도의 적용에서 배제시키고 있는 근로기준법 제35조 제3호가 평등원칙에 반하지 않는다고 하였다. 즉, 해고예고제도는 해고자체를 금지하는 제도는 아니며, 대법원 판례 또한 예고의무를 위반한 해고도 유효하다고 보므로 해고자체의 효력과도 무관한 제도이다. 즉, 해고예고제도는 근로관계의 존속이라는 근로자보호의 본질적 부분과 관련되는 것이 아니므로, 해고예고제도를 둘 것인지 여부, 그 내용 등에 대해서는 상대적으로 넓은 입법 형성의 여지가 있다는 것이다. 따라서 문제된 법률조항은 근로자보호와 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면의 조화를 고려한 합리적 규정이라고 할 수 있고, 6월이라는 기간 또한 특별히 위와 같은 입법목적 달성을 위한 수단으로는 너무 길어 해고예고제도의 입법취지를 몰각시킬 정도로 과도하다고 볼 근거는 없다는 것이다. 아울러 위 법률조항이 근로기준법 제35조 각호에서 규정하는 다른 적용제외 사유들과 체계상 얼마간 불일치하는 점이 있다고 하더라도, 이는 입법자가 자신에게 주어진 입법형성의 여지 내에서 법을 제정함에 있어서 가질 수 있는 판단의 범위 내의 문제로서 이로 인해 이 사건 법률조항이 위헌이라고 하기는 어렵다고 하였다.

이러한 다수의견에 비하여 재판관 권성, 재판관 김효종의 반대의견은 “월급근로자로서 6월이 되지 못한 자”는 대체로 기간의 정함이 없는 근로계약을 한 자들로서 근로관계의 계속성에 대한 기대가 크다고 할 것이므로, 해고예고제도의 취지에 비추어 전직을 위한 시간적 여유를 갖거나 실직으로 인한 경제적 곤란으로부터 보호받아야 할 필요성이 더욱 크다는 점에서 이 사건 법률조항은 그 합리적 근거를 찾기 어렵다고 하였다. 또한 이 사건 법률조항은 월급근로자만을 그 대상으로 규정하여 다른 형태로 보수를 지급받는 근로자들에 비하여 월급근로자를 차별하고 있을 뿐만 아니라, 그 적용제외기간에 있어서도 근로기준법 제35조 각호의 다른 제외사유들과 형평이 맞지 않는다고 하였다.

95) 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고, 99헌마663 전원재판부 결정(근로기준법 제35조 제3호 위헌확인).

4. 인턴기간의 만료

가. 기존 인턴사원제의 경우

기존 인턴사원제의 경우에는 인턴사원은 시용근로자의 성격을 가진다. 우리나라의 다수설과 판례의 입장인 해약권유보부근로계약설에 따르면 시용기간 종료 후 본채용거부는 유보된 해약권의 행사로서 일반적인 해고로 파악된다. 다만 해약권행사는 시용제도의 취지 등을 감안하여 통상의 근로자에 대한 해고보다는 사용자에게 재량은 많지만, 본채용거부에는 객관적이고 합리적인 사유가 있어야 한다고 본다.

이와 관련된 판례의 입장에 의할 경우에도 기존 인턴사원제하에서 경영자가 인턴기간 만료 후 본채용 거부를 하려면 해당 인턴사원의 인턴기간 중의 근무태도나 능력 등이 앞으로 맡게 될 업무와 관련하여 부적당하다고 인정할 만한 객관적이고 합리적인 이유가 있어야 할 것이다.⁹⁶⁾

나. 정부지원 인턴사원제의 경우

정부지원 인턴사원제를 기존 인턴사원제와 구분하는 가장 큰 요인은 설정된 인턴기간의 길이와 성격이다. 기존 인턴사원제는 그 길이가 통상 2~3개월이고 기간종료 후 특별한 사유가 없는 한 본채용을 예정하고 있는 것인 반면에, 정부지원 인턴사원제는 그 길이가 통상 1년이고 기간종료 후 본채용을 예정하고 있지 않은 것이다. 정부지원 인턴사원제하의 인턴기간은 시용기간으로 보기 힘들고, 대졸자의 고실업을 해소하기 위한 임시적인 기간으로 보는 것이 타당한 것으로 보인다. 따라서 정부지원 인턴사원제에서 인턴계약은 인턴사원을 근로자로 보는 경우에도 기간의 정함이 있는 근로계약, 즉 기간제 계약으로 볼 수밖에 없다.⁹⁷⁾ 이와 관련된 판례에 의하면 정부지원 인턴사원제에 의해 채용된 인턴사원의 경우에는 인턴계약에서 특별한 정함이 있는 경우나 반복 갱신되는 등의 예외적인

96) 대법원 1994. 1. 11. 선고, 92다44695 판결; 강성태(1999), 앞의 글, pp.36~37.

97) 강성태(1999), 앞의 글, p.37.

경우를 제외하고는 인턴기간의 만료에 의해 근로관계는 종료하게 될 것이다.⁹⁸⁾

한편, 2007년 7월 1일부터 시행되고 있는 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률에 따르면 기간제근로자의 사용기간을 2년으로 제한하고 2년을 초과하여 사용하는 경우에는 그 해고가 제한되도록 하되, 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우 등 합리적인 사유가 있는 경우에는 예외를 인정하고 있다. 또 그 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보도록 하여(위원회 수정안, 동법 제4조) 기간제근로자를 보호하려고 하고 있다.

5. 기간제 및 단시간 근로계약의 종료

기간제 및 단시간 근로계약은 그 기간의 만료에 의하여 당연히 종료되고, 기간의 만료에 즈음하여 사용자가 계약의 갱신을 거절하는 것은 해고가 아니므로 정당한 이유를 필요로 하지 않는다. 이 원칙에 따르면 기간제근로자는 고용불안과 실직의 위험에서 벗어나기 어렵게 된다. 따라서 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 인정하고 있다.⁹⁹⁾

첫째, 법령이나 근로계약 등에 의하여 기간이 만료된 근로자와 계약을 갱신할 의무가 사용자에게 부여된 경우에는 예외적으로 계약갱신의 거절에 해고와 마찬가지로 정당한 이유를 요한다.

둘째, 기간의 정함이 형식에 불과한 것으로 인정되는 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 것과 같기 때문에, 예외적으로 계약갱신의 거절에 대해 해고와 마찬가지로 정당한 이유를 요한다.¹⁰⁰⁾

98) 대법원 1994. 1. 11. 선고, 93다17843 판결; 대법원 1996. 8. 29. 선고, 95다5783 판결.

99) 임종률, 앞의 책, pp.554~557 참조.

100) 이와 관련하여 판례는 장기간에 걸쳐 반복 갱신됨으로써 그 기간의 정함이 없는 것과 다를 바가 없게 되는 것이고 계약갱신의 거절은 해고와 마찬가지로 정당한 이유를 요한다고 한다; 대법원 1994. 1. 11. 선고, 93다17843 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고, 95다9280 판결; 대법원 1998. 1. 23. 선고, 97다42489 판결; 대법원 2003. 11. 29. 선고, 2003두9336 판결 등.

셋째, 기간의 정함이 단지 형식에 불과한 것으로 볼 수 없더라도 제반 사정으로 보아 계속고용이 기대되는 경우에는 예외적으로 계약갱신의 거절에 해고에 준하여 합리적인 이유를 요한다.¹⁰¹⁾

사용자가 기간제 및 단시간 근로자를 그 계약기간이 만료되기 전에 해고하는 경우에는 근로기준법 등의 해고제한이 적용된다. 긴박한 경영상의 사정이 있어 근로자를 해고하는 경우 기간제근로자를 상용근로자에 우선하여 해고대상자로 선정하는 것이 공정하고 합리적인지가 문제되는데 판례는 기간제근로자를 우선적으로 정리해고의 대상자로 선정하는 것도 적법·유효하다고 한다.¹⁰²⁾ 기간제근로자는 채용이 간편하고 계약기간을 약정한 것인 데 비하여 상용근로자는 엄정한 전형을 거쳐 채용되고 정년까지 고용된다는 기대 아래 기간을 약정하지 않은 점에서 여전히 차이가 있다는 점에서, 정리해고시 기간제근로자를 우선 해고하는 것이 반드시 부당하다고 볼 수는 없을 것이다.

101) 이와 관련하여 판례는 기간의 정함이 형식에 불과하다고 볼 수는 없더라도 그 고용이 상당기간 반복 갱신되어 계속적인 고용이 기대되는 경우에는 계약기간은 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간으로 보아야 하고, 따라서 해고제한의 법리가 유추 적용되어 경제사정의 변동에 의한 잉여인력의 발생 등과 같은 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유 없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 한다; 대법원 2005. 9. 9. 선고, 2005두6003 판결; 서울행법 2004. 9. 16. 선고, 2004구합8484 판결; 서울행법 2005. 7. 7. 선고, 2004구합33756 판결 등.

102) 대법원 1995. 12. 5. 선고, 94누15783 판결.

제 3 장

과도적 근로관계의 실태

제1절 과도적 근로관계 운용실태

1. 조사개요

본 연구에서는 과도적 근로관계가 우리 산업현장의 노사관계 속에서 어떻게 운용되고 있는지를 파악하기 위하여 실태조사(인터뷰방식을 통한 사례조사)를 실시하였다. 동 조사는 2007년 8월 24일부터 9월 30일까지 국내기업 5개(공공부문 2개사, 민간부문 3개사)와 외국계기업 2개사를 대상으로 이루어졌다.¹⁰³⁾ 이를 간략히 정리하면 다음과 같다.

2. 전반적인 운영실태

우선 공기업인 한국OO공사는 비정규직을 사용하지 않는다. 채용내정과 수습, 인턴제도(과거 1회)를 사용한다. 다만, 청소나 매표 및 검표업무

103) 다만, 대기업 등 그룹 차원에서 대졸자 등을 대규모로 일반채용하여 일정한 연수과정 내지 수습기간을 거치면서 적재적소로 배치하는 전통적인 형태를 보여 주는 사례를 많이 분석하지 못한 한계점이 있다. 그러나 국내의 일반적인 채용관리 유형과 외국계 기업의 특성을 비교하는 등 나름대로 의미를 부여하는 것은 가능할 것으로 보인다.

와 같은 단순작업에 한해서 직무를 분리하여 외주 및 비정규직을 사용하고 있다.

OO전선은 직군을 나누어서 일반직은 정규채용을 하고, 기능직은 비정규직으로 시용 후에 정규직으로 채용하는 시스템이다. 따라서 채용내정과 수습, 비정규직을 사용한다. 그리고 기능직에 있어서는 일종의 시용제도를 사용한다고 볼 여지도 있다.

현대OO는 채용내정과 수습, 인턴, 비정규직을 사용한다. 다만, 사무보조 여직원의 경우 계약직을 사용했었다.

한국OO는 정규공개채용의 형태는 없다. 프로젝트 있을 때 뽑고 사용 후 해지하는 형식이다. 다국적기업이기 때문에 큰 지침이 있고, 지점별로 각자 운영된다. 빈자리가 생겨야 뽑는 상시채용의 형태라서 채용 관련 시스템들이 정형화되어 있지 않다. 독일 본사의 경우 비즈니스 쪽은 인턴십 형태로 프로젝트별로 뽑아서 그 기간만 사용하고, 연구직이나 현장직의 경우에는 경력사원으로만 뽑는다.

삼성OO의 채용 시스템은 사무직 대졸사원과 생산직 고졸사원이 분리되어 운영된다. 따라서 대졸사원에게는 채용내정과 수습의 형태가, 고졸사원에 한해서는 채용내정과 수습, 그리고 수습에 시용의 개념이 사용된다. 대학 4학년을 대상으로 하는 인턴제도도 있다. 반면 기간제근로자는 사용하지 않으며, 시용도 사용하지 않는다.

한국OO공사는 비정규직을 사용하지 않는다. 채용내정과 수습, 인턴제도(2006년에 처음 시도)를 사용한다. 다만, 비정규직은 산후인력 대체 등 업무필요성이 있는 경우에 한해서 사용하기도 한다.

한국 O.O.는 채용내정과 수습, 인턴, 계약직을 사용한다. 프로젝트에 전문인력을 사용하는 경우 기간을 정해 사용한다.

3. 채용 프로세스

한국OO공사는 합격통보 후 1주일에서 1달 내에 연수원 입사를 한다. 연수원 입사부터 수습사원이 되며, 연수원에서 2주간의 교육을 받고, 각 부서로 배치되어 2달 반의 수습을 받는다. 과거에는 연수 후 수습으로 넘

어졌는데, 현재는 입사하면서 연수와 수습이 동시에 진행된다. 기업의 채용통보가 청약이고, 근로자의 연수원 입사행위가 승낙이라고 본다. 따라서 채용내정자는 연수원 입사 전까지는 근로자가 아니라고 본다.

OO전선은 정규공채를 직무별로 뽑기 때문에 평가 없이 바로 부서로 발령이 난다. 부서별로 필요 인력을 모집하고, 직무별로 뽑아서 O.J.T를 통해 교육·훈련을 한다. 기업의 채용통보가 청약이고, 근로자의 근로계약서 작성행위가 승낙이라고 본다. 따라서 근로계약서를 작성하면 수습사원이 된다.

현대OO는 전체 채용과정에 2개월 가량 소요되고, 합격통보 후 2주에서 1달 내에 연수원 입사를 한다. 연수 참가부터 수습사원이 되며, 기업의 채용통보가 청약이고, 근로자의 연수 참가행위가 승낙이라고 본다. 따라서 채용내정자는 연수 참가 전까지는 근로자가 아니라고 본다. 1년에 공채로 100~150명 가량을 뽑는데 최종 통보 후 60~70% 정도만 입사한다. 따라서 최종통보 후 2주에서 1달 정도는 신규 근로자의 이탈을 방지하기 위한 MT, 역사탐방, 농구관람 등의 관리 프로그램이 실시된다.

한국OO는 채용 프로세스가 정형화되어 있지 않다. 주로 공개채용보다는 전문가 등의 추천이나 헤드헌팅을 통해서 뽑는다. 일반직은 인터넷을 통해 뽑고, 기능직은 빈자리가 없어서 2003년 100명을 채용한 이후로 채용하지 않고 있다. 예전 경우를 보면, 기능직은 채용 후 트레이닝 기간을 1년으로 잡는다. 이 기간을 시용기간으로 볼 수 있겠다. 신입은 3개월의 수습기간이 있다. 경력직은 평가를 통해서 수습기간을 없애기도 한다. 주로 경력직을 우선으로 뽑기 때문에 채용 확정 통보 후 계약서를 쓰고, 그때부터 근로자가 된다.

삼성OO의 전반적인 채용 프로세스는 원서제출→서류심사→필기·면접·신체검사→최종합격→통보의 순서이지만 사무직 대졸사원과 생산직 고졸사원에 약간의 차이가 있다. 사무직 대졸사원의 경우 필기시험(SSAT) 및 면접(인성면접, 프레젠테이션, 집단토론, 영어토론)의 비중이 큰 데 비해, 생산직 고졸사원의 경우에는 필기시험(수리, 영어)의 비중보다는 인성검사(UK TEST)와 조직적응도 검사(MMPI)의 비중이 높다. 합격 통보 후에 채용내정자가 되고, 대졸사원의 경우에는 입문교육 시작시 근로계

약서를 작성하고, 고졸사원의 경우에는 입문교육이 끝나는 시점에 근로 계약서를 작성한다. 이는 생산직의 이직률이 높기 때문에 현장의 필요성에 의해 마련된 방안이다.

한국OO공사의 전반적인 채용 프로세스는 원서제출→서류전형→필기·면접→최종합격→통보의 순서이다. 합격통보를 받으면 채용내정자가 되고, 1주일에서 1달 내에 중앙교육원으로 교육발령을 받는다. 중앙교육원에서 입사식과 동시에 입소를 하고 이때부터 수습사원이 된다. 중앙교육원에서 2~3주간의 교육을 받고, 이후 O.J.T.의 형식으로 현장 수습을 받는다. 총 수습기간은 3개월이지만, 사업장에 따라 기간의 차이가 있기 때문에 인력이 부족한 부서에는 바로 투입되기도 한다.

한국 O.O.의 경우 온라인을 통해 수시채용이 이루어진다. 정확하게 공채시기가 정해져 있는 것이 아니라 공석이 생기면 그때그때 공고를 내는 형식이다. 온라인으로 지원서를 제출하면, 시스템을 통해 추리고, 전화인터뷰, 영어인터뷰를 실시한 후 6명 정도로 추려서 부장급 이상 임원진의 면접을 실시한다. 신체검사는 하지 않는다. 이메일로 합격통지를 하고, 동시에 근로계약서가 첨부된다. 여기에 서명(sign)을 하고 출근을 하면 그때부터 근로자로 본다 고 한다.

4. 채용내정의 취소

인터뷰 대상인 일급 기업 모두 채용내정을 취소해 본 경험이 없다고 한다.

노동법 학자들이 주로 논하는 채용내정의 취소는 기업 현장에서는 1980년대 말 연좌제 폐지 이후로 거의 볼 수 없다. 기업에게는 기업의 사회적 책임이 존재하는데, 채용내정의 취소는 채용내정자뿐만 아니라 기업에게도 타격이 크기 때문이다. 그리고 채용내정을 취소한다는 것은 채용과정에서 기업의 실수나 잘못이 있었다는 것을 인정하는 것이 되기 때문에 다음 시즌의 공채 인원을 줄일지언정 되도록이면 채용내정을 취소하지는 않는다.

한국OOO의 경우에도 채용내정 취소 경험이 없다. 채용이 확정되면 바

로 계약서를 쓰기 때문에 내정 취소란 것은 존재하지 않는다. 단, 계약서에 서명(sign)하기 전이라면 취소 책임이 없다.

삼성OO의 경우도 마찬가지이다. 만약 잘못 통보를 한 경우에는 근로자에게 손해배상을 해야 할 것이라도 보았다. 그러나 채용내정을 취소한다는 것은 채용과정에서 기업의 실수나 잘못이 있었다는 것을 인정하는 것이 되기 때문에 되도록이면, 다음 시즌의 공채 인원을 줄일지언정 채용내정을 취소하지는 않는다.

한국OO공사의 경우 1997년과 1998년 IMF 당시 채용내정 상태가 장기화된 경험이 있다. 그러나 그때에도 채용내정자들을 대기하게 한 후 1년 뒤에는 모두 채용했다.

한국 O.O.의 경우에도 채용내정의 취소는 경험한 적이 없다. 그리고 그런 일이 발생하더라도 취소하지 않을 것이다. 이미 통보했으면 회사가 책임을 져야 한다. 기업에게는 기업의 사회적 책임이 존재하는데, 채용내정의 취소는 기업의 신뢰성과 기업 이미지에 타격을 주기 때문이다. 그런데 현실에서는 그 반대의 경우가 더 많다는 것이 기업측의 고민이다. 근로자가 합격 후 취소하는 경우가 종종 발생한다는 것이다. 이에 따라 ‘이런 경우 회사가 근로자에게 책임을 물을 수는 없을까’를 고민하게 되는 사례도 한 번씩 발생한다고 한다.

5. 수습제도 운용

일곱 기업 모두 수습기간을 두고 있으며 그 기간은 보통 2~3개월 정도이다.

한국OO공사 수습기간은 3개월로 연수원에서 2주간 합숙을 통해 연수가 진행되고, 2주간의 연수와 수습기간을 통해 평정이 이루어지며, 보직 결정에 반영된다. 따라서 수습기간에 신입사원들은 부서를 전반적으로 돌아보면서 업무를 배우고 평가받는다. 수습 근로자는 3개월의 수습기간 동안 일반 근로자와 동일한 임금을 받는다. 다만 전년도 실적 등을 기준으로 하는 인센티브에서는 제외된다. 그 외에는 정규직 근로자와 동일한 처우를 받는다.

OO전선의 수습기간은 3개월이고, 그 기간 동안 임금은 기본급의 90%에 추가수당이 포함되어 지급된다.

현대OO는 연수기간 동안 4주간의 현장실습을 받은 후 각 부서로 배치되어 4주간의 수습을 받는다. 수습 후 입사성적과 수습성적을 기반으로 한 평가를 통해 보직에 배정된다. 수습기간은 2개월이면 끝나지만 교육은 O.J.T.를 통해서 지속된다. 수습기간 중에는 기본급(통상급)의 80%와 상여금 100%를 지급받는다. 교육은 직무능력이 40%, 팀 업무수행이나 합동작업 등이 60% 정도로 이루어진다.

한국OO는 공석이 생겨야 뽑기 때문에, 수습도 집단적으로 이루어지기보다는 멘토링이나 O.J.T.를 통해서 개인적으로 이루어진다. 집체교육으로는 독일 본사에서 1년에 한 번 있는 Campus Program을 들 수 있다. 수습사원의 근로조건은 일반근로자와 차이가 없고, 근무내용도 같다. 다만 임금의 경우 일반근로자 본봉의 90% 정도이다.

삼성OO의 수습기간은 3개월이고, 전사 차원의 교육은 4주, 그 후에 각 계열사 및 사업부에서 또 교육을 한다. 수습기간 중의 급여는 일반 급여의 90% 정도이다. 수습은 3개월이지만, 발령 받은 후에도 1년간은 계속 O.J.T. 차원의 교육·훈련을 실시한다. 멘토·멘티제도도 사용된다. 고졸 사원의 경우는 2주간의 전사 교육 후 바로 현장에 투입된다. 단, 수습 3개월 후 평가를 거쳐 근로자가 된다. 일종의 시용개념이라 하겠다.

한국 O.O.의 수습기간은 3개월이지만 외국계 기업의 특징상 채용과 동시에 O.J.T.에 들어간다. 집단적인 형태로 이루어지는 연수원 입소, 단체 교육, 협동심 증진 등의 연수 프로그램은 딱히 없고 E-learning이 이루어진다. 수습기간 중에도 임금, 보상, 복리후생 모두 동일하게 받는다. 한국 O.O.의 경우 수시채용의 형태로 경력직들의 채용이 많다 보니, 수습의 개념은 업무숙련도를 높이는 것이기보다는 기업문화에 적응하는 기간이라고 할 수 있다. 따라서 수습이라는 개념 자체가 유명무실하다고 할 수 있다. 공석이 발생한 직군, 직무에 따라 수시 채용하는 형태이기 때문에 입사와 동시에 바로 지원한 자리에 배치가 된다.

6. 수습 중 부적격 판정시 대응

대부분의 기업들이 수습 중인 근로자가 기업에 부적합하다고 판정되면, 직권면직이나 수습계약해지를 할 수 있다고 본다. 그러나 보통은 권고사직을 통해 해결한다고 한다.

보통 수습 근로자의 평가는 각 부서장이 전담하는데 객관적인 기준보다는 종합적인 판단을 기반으로 하는 전인격적인 평가가 이루어진다. 만약 회사에 부적합하다고 판단되면, 징계해고를 하지 않고 사직권고를 한다. 수습근로자가 그래도 안 들으면 수습계약을 해지한다. 다소의 관찰기간이 필요하기 때문에 근로계약서에 3개월 내에 해지 통보를 할 수 있다는 단서가 있다. 수습과정은 불완전한 단계라서 인사위원회의 절차 없이 바로 해고할 수 있다.

현대000의 경우 아직까지 그런 경험은 없지만 인사규정에 수습 근로자에 관한 규정이 미흡해서 마련하려고 한다. 예를 들면, “채용내정자 중 입사부적격자는 입사를 취소할 수 있다” 등의 규정으로, 객관적인 기준을 마련하려고 하며 징계위원회의 가능성도 존재한다고 한다.

한국000은 수습이 많지 않기 때문에 문제가 거의 없었다. 예전에 현업에서 문제가 발생한 적이 있는데 면담과 경력관리를 통해 개선되었다. 경력직의 경우 실제 업무 수행능력을 통해 평가하고, 신입사원의 경우 기본적 업무 수행능력과 의지·적극성·친화력 등을 평가한다.

삼성00는 대졸사원의 경우에는 중간탈락이 없었다. 회사 채용과정을 믿기 때문에 부적격 판정이 나더라도 우선은 교육을 한다(단, 성희롱 건으로 인한 해고 사례가 존재). 수습 근로자가 그래도 안 들으면 수습계약을 해지할 수 있다. 이때, 인사위원회 등의 절차 규정이 일반 근로자와 똑같이 적용된다. 수습 근로자도 직원으로 보기 때문이다. 고졸사원의 경우에는 수습기간이 일종의 시용개념이기 때문에 부적격으로 판정될 경우 수습 후에 근로계약을 맺지 않으면 된다. 이때 불이익에 대해서는 사전에 설명하고, 동의를 구한다. 단, 능력평가에 있어서 주관성을 배제하기 힘들기 때문에 무단결근이나 지각 등 객관적인 기준 위주로 평가한다.

한국00공사의 경우 제도상으로는 존재하지만 아직까지 그런 경험은

없다. 수습 중인 근로자에게도 일반 근로자와 동일한 인사위원회의 절차 규정이 적용된다.

한국 O.O.의 경우 아직까지 그런 경험은 없다. 그러나 그 사람을 채용했을 때에는 장점이 있어서 뽑았기 때문에 교육을 통해 개선시키려 할 것이다. 수습 중인 직원에 대한 평가 기준이 별도로 존재하는 것은 아니다. 종합적인 판단을 토대로 평가할 것이다. 그리고 절차는 일반 직원과 동일한 인사위원회 절차에 의한다.

7. 채용 후 배치

한국OO공사는 수습 후 보직에 배정한다. 만약 보직이 적성에 맞지 않을 경우, 6개월이 최저근무연한이므로 6개월이 경과한 후에 보직전환을 신청할 수 있다. 대부분의 신입사원들은 본사 근무를 희망한다. 그러나 배치원칙은 연고지를 기본으로 하며, 입사성적과 수습기간 동안의 평가를 바탕으로 배치가 이루어진다.

OO전선은 정규공채를 직무별로 뽑기 때문에 평가 없이 바로 부서로 발령이 난다. 부서별로 필요 인력을 모집하고, 직무별로 뽑아서 O.J.T를 통해 교육·훈련을 한다. OO전선은 수시채용과 공채가 병행되고 있다.

한국OOO는 모든 인력을 공석이 생겨야 뽑기 때문에 배치의 문제는 없다. 다만, 앞으로의 인력 부족을 대비해서 새 프로그램을 도입할 예정이다. 인력을 예측해서 미리 선발한 후, 교육을 하다가 빈자리 발생시 투입하는 식의 프로그램이다.

삼성OO는 대졸사원의 경우 정규공채를 직군별로 뽑아서 사업부로 보낸다. 수습 중에 사업부 소개를 하고, 각 사업부의 인사부장들이 와서 채택해 간다. 기본적으로 본인의 희망부서도 고려한다. 고졸사원의 경우 모든 사업부에서의 업무가 동일하다고 보고 임의적으로 배치한다.

한국OO공사는 중앙교육원에서 2~3주의 교육을 마친 후 사업장으로 바로 투입되어 훈련을 받는다. 직군별로 모집하기 때문에 바로 투입 후 현장에서 O.J.T가 가능하다. 그리고 나이·학력 제한이 없어서 신규 입사자 중에는 경력자가 많다. 그러나 경력직이라고 해서 우선 채용하지는

않는다. 수습기간 중에 기본급은 100% 지급받지만, 각종 수당에서 차이가 나기 때문에 총액 기준으로 일반 근로자의 90~95% 정도를 받는다.

8. 긴축재정으로 인한 인원감축의 대응

모든 기업들이 정리해고를 하게 되더라도, 채용내정자나 입사 후 수습 중인 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다고 한다. 그들이 이후에 기업의 근간을 이룰 인적자원이기 때문에 신규충원을 동결하고, 희망퇴직자를 선별하고, 직제 개편 등을 통해서 인원감축을 하는 편이 바람직하다고 본다. 다만, 계약직 근로자의 경우는 우선적으로 해고할 수 있을 것이다.

한국OO는 국내법에 따라 정리해고한다. A공장과 B공장이 있는데 A공장이 폐업을 하면 A공장 위주로 정리를 한다. 그러나 B공장에서도 명예퇴직의 신청을 받는다. 그 후에는 고비용인 고령자 위주로 희망퇴직 권고 등 정리를 한다.

삼성OO의 경우 정리해고를 하게 된다면 신규충원을 동결하고, 희망퇴직자를 선별하고, 직제 개편 등을 통해서 인원감축을 할 것이다. 채용내정자나 입사 후 수습 중인 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다. 그들이 이후에 기업의 근간을 이룰 인적자원이기 때문이다.

한국OO공사의 경우 아직 그런 경험은 없다. 그러나 만약 정리해고를 하게 된다면, 고령자 우선으로 명예퇴직자를 유도할 것이다. 채용내정자나 입사 후 수습 중인 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다. 차라리 신규채용을 줄이거나 멈출 것이다.

한국 O.O.는 정리해고를 하게 된다면 신규충원을 동결하고, 희망퇴직자를 선별하고, 직제 개편 등을 통해서 인원감축을 할 것이다. 채용내정자나 입사 후 수습 중인 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다. 그들이 이후에 기업의 근간을 이룰 인적자원이기 때문이다.

과거에 채용 과정 중 구조조정이 발생한 적이 있는데, 그때는 사유를 말하고 대기를 부탁했다. 경력직들과 신입 모두 6개월 정도 대기한 후에 입사했다.

9. 시용제도의 운용

모든 기업들에서 시용이라는 용어를 쓰지 않았다. 개념적으로 수습과 같다고 생각한다. 우리나라에서는 현실적으로 근로자를 시험적으로 사용하다가 계약해지를 하는 것보다 근로자를 정규직 공채로 뽑은 후 기업에 적응하도록 기업문화나 업무방법 등을 가르쳐서 사용하는 편이 더 낫다고 본다.

삼성OO는 시용이라는 용어는 쓰지 않지만, 생산직 고졸사원에게 적용하는 수습은 시용개념이라고 생각한다.

한국 O.O.의 경우 시용이라는 용어는 쓰지 않는다. 개념적으로 인턴과 같다고 생각한다. 미국 본사에서는 교육한 후 테스트 하는 시용개념을 인턴으로 사용하고 있다.

10. 인턴제도의 운용

‘인턴’이라는 용어 자체가 통일되어 있지 않다. 기업에 따라 대학생 아르바이트를 인턴이라고도 하고, 1980년대 말의 우수인력 확보를 위한 제도를 인턴이라고도 한다. 또한 1998년의 정부지원인턴제도를 인턴이라고 하기도 한다.

한국OO공사는 1999년도에 정부지원인턴사원을 사용한 적이 있으나 내부적으로 실패로 평가하고 있다. 따라서 앞으로는 인턴제도를 도입할 계획이 전혀 없다. 1999년에 공채로 뽑지 않고 인턴제를 통해서 신입사원을 확보했다니 예년에 비해서 충성도가 떨어지고 우수인력 확보가 어려웠다. 또 채용의 엄정성, 객관성, 공정성의 확보에도 실패했다.

‘인턴’ 고유 개념의 한계도 존재하는데, 당장 필요해서 사용하고 사용 후에 평가해서 채용한다고 하면 구직자들은 정규채용을 선호하게 된다. 따라서 우수인력이 오지 않는다고 한다.

OO전선의 인턴제도는 1980년대 말 우수인력 채용을 위해 대학교 3학년 학생들을 미리 채용내정해 두고 장학금 등을 지원하는 선확보의 개념이었다. 정식직원은 아니었고, 채용내정자 관리 및 관찰을 위한 제도였다.

(사건). 인턴제도는 근로자에게는 경험의 측면에서 유리할 수 있지만, 회사에게는 인턴을 위한 일자리를 따로 만들고, 관리를 해야 하는 등 손해를 끼치는 면이 더 많다.

현대OOO의 인턴제도는 1980년대 말 우수인력 채용을 위해 대학교 3학년 학생들을 미리 채용내정해 두고 장학금 등을 지원하는 선확보의 개념이었다. 정식직원은 아니었고, 채용내정자 관리 및 관찰을 위한 제도였다. 현재는 산학협동 프로그램의 일환으로 연구소와 결탁한 대학의 대학원생들을 인턴으로 사용하고 있다. 이들은 공채시 추천을 통한 우선권이 있다.

한국OOO의 경우 체계적인 운영 경험은 없다. 국내대학과 연계도 거의 없다. 앞으로 개선해야 할 부분이다.

삼성OO는 우수인력 확보 및 그룹 홍보 차원에서 대학교 4학년생들을 대상으로 1년에 20~30명 정도의 인턴제도를 사용하고 있다.

한국OO공사는 인턴제도를 2006년에 처음으로 시도해 봤다. 대학교 4학년생들을 대상으로 기업 홍보 및 선전을 위해 조직했었다. 선확보 개념의 인턴이 아니라 단순히 청소년 현장체험의 형식이었고 회사 홈페이지를 통해 공개모집을 했다. 다만, 신규채용에 응모할 경우 가점을 준다.

한국 O.O.는 인턴제도를 마케팅의 일환으로 기업 홍보 및 선전을 위해 조직한다. 선확보 개념의 인턴이 아니라 단순히 청소년 현장체험의 형식으로 리포트를 내고 경쟁을 하며, 상을 수여한다. 분사방문의 기회도 제공한다. 이후 우수자는 정규직 T.O. 발생시 채용을 하기도 한다. 정부지원인턴의 경우는 지원금을 받는 절차가 복잡해서 시도하다가 말았다.

11. 계약직 근로자의 사용

대부분의 기업들은 직무를 분리하여 계약직 근로자를 사용해 왔다. 그러나 기간제법의 통과 이후 계약직 근로자를 사용하는 것을 꺼리게 되었다고 한다.

한국OO공사는 청소나 매표 및 검표업무와 같은 단순작업에 한해서 직무를 분리하여 외주 및 비정규직을 사용하고 있다.

OO전선은 기능직의 경우 계약직 근로자를 사용한다. 사무직은 3개월

내에 비교·평가가 가능한 반면, 현장은 교육·훈련·평가에 6개월 정도가 필요하다. 따라서 6개월을 계약직으로 사용하고 평가를 통해 정규직으로 전환한다. 예를 들어 정규직이 5명이 필요한 경우 7명을 계약직으로 사용하면서 평가한다. 이 부분은 노조와도 합의가 되어 있다. 계약직 근로자는 복리후생이 제외되고, 임금총액의 80~85%만 지급되는 등의 불이익이 있다. 그러나 계약직으로 사용하는 6개월은 교육·훈련을 통해 채용을 하기 위한 과정이다.

현대OOO는 과거에는 사무보조 여직원의 경우 여상 졸업생들을 3년씩 3번 연장해서 10년 정도 사용했었다. 그러나 기간제법 시행 이후 그마저도 사용하지 못하고 있다. 기간제법은 비정규직 근로자를 보호하는 것이 아니라 2년이 지나면 계약을 종료하도록 하는 악법이라고 본다.

한국OOO는 원칙적으로 계약직 근로자를 사용하지 않는다. 그러나 도급, 외주화 공장, 식당 등 업무자체의 특수성이 있는 경우 사용하기도 한다. 파견 및 단기고용이 있긴 하지만, 직무분리해서 운영되기 때문에 인사관리상 어려움은 없다.

삼성OO는 원칙적으로 계약직 근로자를 사용하지 않는다. 그러나 업무자체의 특수성이 있는 경우 사용하기도 한다.

한국OO공사는 원칙적으로 계약직 근로자를 사용하지 않는다. 그러나 산휴인력 대체 등 업무의 필요성이 있는 경우에 한해서 사용하기도 한다.

한국 O.O.에는 두 종류의 계약직이 있다. 단순한 업무(사무보조 등)에 기간제로 사용하는 경우가 있고, 프로젝트에 참여하는 전문인력을 기간제로 사용하는 경우가 있다.

12. 입법적 대응방안

입법방안에 대해서 모든 기업들이 근로자 위주의 보호입법은 시장의 유연성을 경직시켜 고용 창출을 방해한다고 본다. 채용은 경영권으로서 기업의 자율에 맡겨야 하고, 그렇게 할 때에 경기가 활성화될 수 있다고 한다.

우리나라 근로기준법은 평생고용제를 반영하여 유연성이 떨어진다. 따

라서 해고가 어렵기 때문에 기업에서는 처음 뽑을 때부터 잘 뽑아야 한다는 압박이 크다. 또한 정규직 채용은 줄고, 비정규직 등이 늘어나게 된다. 따라서 근로기준법 제23조의 해고보호 조항을 과도적 근로관계에는 적용하지 않는 등, 고용을 유연화한다면 고용기회가 많이 창출될 것이다.

한국OOO는 우리나라 근로기준법이 평생고용제를 반영하여 유연성이 떨어진다고 본다. 현재 채용·고용 트렌드에 변화가 생기긴 했지만 여전히 경직되어 있다. 한국OOO는 경력직 위주로 채용을 하다 보니 이직경험을 좋게 본다. 노·사 모두 유연성을 가져야 할 것이다. 사회전반의 변화가 필요하다. 시장 및 패턴의 문제이지 법·제도의 문제는 아니다. 따라서 보호입법보다는 유연화를 확보하는 방안으로 시장원리에 맡기는 방안이 필요하다고 생각한다.

삼성OO는 우리나라 근로기준법은 평생고용제를 반영하여 유연성이 떨어진다고 본다. 따라서 고용을 유연화한다면 고용기회가 많이 창출될 것이다. 그러나 장기적으로 본다면, 그 제도로는 우수인력이 확보되지 않을 것이다.

한국OO공사는 인력 운용을 유연하게 하기 위해서는 근로자에게는 취업의 기회를 부여하고, 사용자에게는 여러 근로자와의 접촉 기회를 제공해야 한다고 본다. 그러나 한국OO공사는 지명도가 있고 우수 지원자가 많기 때문에 굳이 채용과정에 유연성을 보장할 필요는 없다고 생각한다. 채용이 유연화되면 기업 이미지 차원에서 좋지 않기 때문에 좋은 인재가 오지 않는다. 채용된 후 뽑지 않는다면 그 채용은 잘못된 것이다. 제대로 뽑아서 제대로 사용하는 편이 기업에 대한 충성심 고취의 측면에서도 바람직하다.

한국 O.O.는 우리나라 근로기준법은 평생고용제를 반영하여 유연성이 떨어진다고 생각한다. 따라서 해고가 어렵기 때문에 기업에서는 처음 뽑을 때부터 잘 뽑아야 한다는 압박이 크다. 고용기회 확대를 위해서는 보호입법보다는 유연성을 강화하는 편이 바람직하다. 또한 과도적 근로관계를 유연화하기보다는 전체 해고 규정을 유연화하는 편이 바람직하다.

제2절 취업규칙상 과도적 근로관계

1. 조사개요

본 연구에서는 위의 인터뷰조사에 더하여 2007년 한국노동연구원의 기초조사 중 하나로 진행된 『취업규칙 분석』의 결과도 살펴보았다. 이를 통해 앞에서 살펴본 기업 인사노무담당자들의 진술이 얼마나 신빙성이 있는지, 그리고 개별 기업에서의 근로자 채용과정을 보다 입체적으로 살펴보고자 하였다.

2007년 취업규칙 분석을 위해서는, 노동부가 2005년 이후 노동부 지방사무소로부터 수집한 총 550개의 취업규칙 중 일부가 누락되거나 기타 분석대상으로 적합하지 않은 60개의 취업규칙을 제외한 490여 개를 분석 대상으로 하였다. 분석내용은 채용, 근로조건, 근로관계의 종료에 이르는 개별적 근로관계에 관한 사항을 대상으로 하였다. 선정된 개별조항에 대하여 분석대상 취업규칙에서의 규정비율 및 그 내용을 산업별·종업원별, 노조의 유무에 따라 분석하였다.

본 연구에서 사용한 산업분류는 한국표준산업분류를 근거로 하여 농림수렵어업, 광업, 제조업, 건설업, 기타 공공·사회 및 개인서비스업 등 14개의 산업분야로 나누어 조사하였다. 그리고 종업원 규모는 49인 이하, 50~99인, 100~299인, 300~499인, 500~999인, 1,000인 이상 등 6단계로 구분하였다. 종업원규모는 취업규칙 입수 당시 종업원수가 기재되어 있는 사업장에 대하여는 그대로 사용하였다. 따라서 종업원수에 있어서는 약간의 오차가 발생할 수 있고, 미확인 수가 226개에 달하는 한계점이 존재한다는 사실을 미리 밝혀 두고자 한다.

또한 노조의 유무에 따른 취업규칙의 차이를 알아보려고 노조의 유무를 구분하여 분석하였다. 아울러 본 분석에서는 사업장의 성격을 공공부문과 민간부문으로 나누어 각 부문별 특징을 비교하여 살펴보고자 하였다. 즉, 공공부문이 지니고 있는 공익을 강조하는 공공성의 측면과 일반

민간기업에서의 근로조건 및 근로관계에 관한 규율모습의 상이성과 공통점을 찾아 분석하고자 하였다.

가. 산업별 현황

조사대상이 된 취업규칙의 산업별 현황은 <표 3-1>에서 보는 바와 같이 기타 공공·사회 및 개인서비스업이 33.74%로 가장 많은 비중을 차지하고, 제조업이 29.01%로 그 뒤를 잇고 있다. 이는 1993년 취업규칙 분석¹⁰⁴⁾

<표 3-1> 산업별 현황

(단위: 개소, %)

	분석대상 취업규칙		사업체 기초통계 ²⁾	
	사업체수	비율 ¹⁾	사업체수	비율
농림수렵어업	1	0.21	2,309	0.07
광업	3	0.62	1,858	0.06
제조업	141	29.01	340,183	10.92
건설업	14	2.88	89,511	2.87
도소매 및 소비자용품 수리업	16	3.29	864,687	27.76
숙박 및 음식점업	7	1.44	621,279	19.94
운수창고업	20	4.12	338,642	10.87
통신업	11	2.26	9,371	0.30
금융 및 보험업	7	1.44	34,690	1.11
부동산 임대 및 사업서비스업	41	8.44	116,190	3.73
공공행정, 국방 및 사회보장행정	5	1.03	12,570	0.40
교육서비스업	13	2.67	127,284	4.09
보건 및 사회복지사업	43	8.84	76,074	2.44
기타 공공·사회 및 개인서비스업	164	33.74	480,764 ³⁾	15.43
전 체	486	100.00	3,115,412	100.00

주: 1) 비율은 소수점 셋째자리에서 반올림.

2) 통계청 경제통계국 산업통계과(2005년 기준).

3) 기타 공공·사회 및 개인서비스업과 오락, 문화 및 운동관련 서비스업을 합친 수치임.

104) 이하 김성환·김정환·이상덕(1993), 『취업규칙 분석』, 한국노동연구원 참조.

시에 제조업이 51.2%를 차지하고 기타 공공·사회 및 개인서비스업이 5.4%에 불과하였던 것과는 매우 다른 양상을 보여준다. 이는 본 연구를 위해서 수집된 취업규칙이 1993년과 달리 서비스업종을 중심으로 취합되었음을 나타내고 있다. 또한 2005년의 사업체 기초통계 비율과도 상이한 점이 있는데 이는 취업규칙은 10인 이상의 상시 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 작성의무가 있는 반면, 10인 미만의 사업 또는 사업장은 취업규칙을 작성하지 않는 경우가 대부분이므로 사업체 기초통계의 비율과는 역시 상이하다.

나. 기업규모별 현황

본 연구의 조사대상이 된 취업규칙의 기업규모별 현황은 <표 3-2>에서 보는 바와 같이 1~49인이 33.54%로 가장 많으며, 50~99인이 그 다음인 11.59%를 차지하고 있어서 전반적으로 그 규모가 다소 영세하다. 특히 앞에서 언급한 바와 같이 기업규모를 확인할 수 없었던 사업체의 수가 전체 조사대상의 절반에 가까운 상황이어서, 본 연구의 규모별 분석에 상당한 한계점으로 작용하고 있음을 솔직히 인정하지 않을 수 없다.

<표 3-2> 기업규모별 현황

(단위: 개소, %)

	분석대상 취업규칙		사업체 기초통계	
	사업체수	비율	사업체수	비율
1~49인	165	33.54	3,170,067	98.96
50~99인	57	11.59	21,541	0.67
100~299인	31	6.30	9,311	0.29
300~499인	2	0.41	1,244	0.04
500~999인	6	1.22	766	0.02
1,000인 이상	5	1.02	342	0.01
미확인	226	45.93	-	-
전 체	492	100.00	3,203,271	100.00

다. 사업체 성격

조사대상이 된 취업규칙의 사업체 성격별 현황은 <표 3-3>에서 보는 바와 같이 민간부문이 86.94%로 절대 다수를 차지하고 있고, 공공부문은 13.06%에 그치고 있다. 그러나 통상적으로 공공부문 기업의 비중이 상대적으로 매우 낮다는 점을 고려할 때 실증분석의 기본 틀을 구성함에 있어서 큰 문제점은 없을 것으로 예상된다.

<표 3-3> 사업체 성격에 따른 구분

(단위: 개소, %)

	사업체수	비율
민간부문	426	86.94
공공부문	64	13.06
전체	490	100.00

2. 입사지원시 제출서류

<표 3-4>에서 보는 바와 같이, 분석대상 취업규칙 가운데 입사지원시 제출서류에 대하여 규정하고 있는 것은 전체의 92.7%로 거의 대부분의 취업규칙이 지원시 제출서류에 대하여 규정하고 있으며, 이력서와 각종 자격을 증명하는 서류가 그 중심을 형성했다.

산업별로는, 규정을 두고 있는 취업규칙 가운데 건설업이 92.9%로 높은 규정률을 보였으며, 제조업의 경우에는 규정을 두지 않은 비율이 17.6%로 상대적으로 높게 나타났다. 제출해야 하는 서류 중 분석대상이 되는 것 중에 가장 많은 것은 각종 자격증으로 62.3%로 나타났다. 그 다음으로 많이 나타나는 것은 건강진단서(50.2%)이다.

기타 항목 중에서 가장 많이 나타난 제출서류로는 이력서이며, 그 외에 졸업증명서, 신원진술서, 신상명세서 등의 순으로 많이 나타났다. 기타의 응답 중 눈길을 끄는 것은 근로계약서이다. 근로계약서를 지원 당시에 근로자에게 제출하도록 하는 것은 매우 흥미로운 현상이라고 하겠다.

〈표 3-4〉 지원시 제출서류

(단위 : 개소, %)

		전체	규정 없음	규정 있음	회사가 별도로 지정한 서류	호적 등초본	서약서	각종 자격증	병역 증명서	건강 진단서	추천서	기타
사업체 성격	1	427	17.3	82.7 (100.0)	(72.8)	(24.9)	(19.5)	(59.8)	(13.3)	(48.4)	(1.7)	(78.5)
	2	65	9.2	90.8 (100.0)	(67.8)	(30.5)	(16.9)	(79.7)	(22.0)	(61.0)	(5.1)	(88.1)
산업 분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(100.0)
	2	3	0.0	100.0 (100.0)	(66.7)	(33.3)	(33.3)	(66.7)	(0.0)	(33.3)	(0.0)	(66.7)
	3	142	17.6	82.4 (100.0)	(70.1)	(23.9)	(21.4)	(54.7)	(18.8)	(47.0)	(1.7)	(75.2)
	4	14	7.1	92.9 (100.0)	(61.5)	(38.5)	(30.8)	(61.5)	(7.7)	(46.2)	(0.0)	(61.5)
	5	16	31.3	68.8 (100.0)	(90.9)	(9.1)	(0.0)	(54.5)	(18.2)	(45.5)	(0.0)	(72.7)
	6	7	0.0	100.0 (100.0)	(85.7)	(42.9)	(14.3)	(14.3)	(14.3)	(28.6)	(0.0)	(100.0)
	7	20	20.0	80.0 (100.0)	(87.5)	(25.0)	(12.5)	(75.0)	(37.5)	(62.5)	(0.0)	(87.5)
	8	11	0.0	100.0 (100.0)	(72.7)	(45.5)	(18.2)	(63.6)	(18.2)	(63.6)	(0.0)	(72.7)
	9	7	28.6	71.4 (100.0)	(40.0)	(60.0)	(20.0)	(60.0)	(20.0)	(20.0)	(20.0)	(100.0)
	10	41	14.6	85.4 (100.0)	(65.7)	(22.9)	(34.3)	(80.0)	(8.6)	(54.3)	(0.0)	(82.9)
	11	5	0.0	100.0 (100.0)	(100.0)	(20.0)	(0.0)	(40.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(100.0)
	12	13	23.1	76.9 (100.0)	(40.0)	(30.0)	(0.0)	(80.0)	(0.0)	(70.0)	(0.0)	(100.0)
	13	43	9.3	90.7 (100.0)	(64.1)	(28.2)	(25.6)	(87.2)	(20.5)	(64.1)	(7.7)	(87.2)
	14	165	17.6	82.4 (100.0)	(77.9)	(23.5)	(14.0)	(57.4)	(10.3)	(45.6)	(2.2)	(78.7)
종업원수 범주	0	165	15.8	84.2 (100.0)	(72.7)	(28.8)	(18.7)	(65.5)	(12.2)	(48.9)	(0.7)	(78.4)
	1	57	8.8	91.2 (100.0)	(73.1)	(23.1)	(23.1)	(55.8)	(15.4)	(42.3)	(1.9)	(75.0)
	2	31	12.9	87.1 (100.0)	(66.7)	(33.3)	(14.8)	(66.7)	(29.6)	(48.1)	(7.4)	(85.2)
	3	2	0.0	100.0 (100.0)	(100.0)	(50.0)	(0.0)	(0.0)	(50.0)	(100.0)	(0.0)	(50.0)
	4	6	50.0	50.0 (100.0)	(100.0)	(66.7)	(33.3)	(66.7)	(0.0)	(66.7)	(0.0)	(66.7)
	5	5	40.0	60.0 (100.0)	(66.7)	(66.7)	(66.7)	(0.0)	(33.3)	(33.3)	(33.3)	(100.0)
	6	226	17.7	82.3 (100.0)	(72.6)	(21.5)	(18.3)	(63.4)	(14.0)	(53.8)	(2.2)	(82.8)

〈표 3-4〉의 계속

		전체	규정 없음	규정 있음	회사가 별도로 지정한 서류	호적 등초본	서약서	각종 자격증	병역 증명서	건강 진단서	추천서	기타
노조 유무	0	379	16.4	83.6 (100.0)	(73.5)	(26.2)	(19.6)	(64.4)	(12.9)	(48.6)	(1.9)	(81.1)
	1	39	25.6	74.4 (100.0)	(75.9)	(41.4)	(10.3)	(58.6)	(34.5)	(72.4)	(3.4)	(89.7)
	2	74	10.8	89.2 (100.0)	(65.2)	(16.7)	(19.7)	(54.5)	(15.2)	(48.5)	(3.0)	(71.2)
전체		492 (100.0)	7.3	92.7 (100.0)	(72.1)	(25.7)	(19.0)	(62.3)	(14.7)	(50.2)	(2.2)	(79.8)

주: 1) 사업체 성격: 1. 민간부문, 2. 공공부문.

2) 산업분류: 1. 농림수렵어업, 2. 광업, 3. 제조업, 4. 건설업, 5. 도소매 및 소비자용품 수리업, 6. 숙박 및 음식업, 7. 운수창고업, 8. 통신업, 9. 금융 및 보험업, 10. 부동산 임대 및 사업서비스업, 11. 공공행정, 국방 및 사회보장행정, 12. 교육서비스업, 13. 보건 및 사회복지사업, 14. 기타 공공·사회 및 개인서비스업.

3) 종업원수 범주: 0. 1~49명, 1. 50~99명, 2. 100~299명, 3. 300~499명, 4. 500~999명, 5. 1,000인 이상, 6. 미확인

4) 노조유무: 0. 노조 없음. 1. 노조 있음. 2. 알 수 없음.

5) 이하 표에서도 동일함.

노조의 유무나 산업별로는 규정의 유무에 있어서 커다란 차이를 보이지 않는다. 물론 노조 유무나 산업별로 분석이 되지 않는 취업규칙이 더 많았기 때문에 산업별 또는 노조유무에 따른 규정의 차를 보는 것에는 무리가 있을 수 있지만, 기본적으로 규정의 정도는 비슷한 수준으로 파악된다.

한편, 1993년 분석에서는 지원시 제출서류가 ‘채용시 구비서류’로 조사되었다. 이 중 규정을 가지고 있는 것은 91.7%로 거의 대부분의 분석대상 취업규칙이 규정을 가지고 있다고 볼 수 있다. 이는 2007년 분석결과인 92.7%와 거의 비슷하게 나타난 것이다. 취업규칙에서 지원시 제출서류에 대한 규정 비율이 높은 것은 기업만이 가지고 있는 특징으로 인하여 원하는 인재가 다르기 때문인 것으로 생각된다. 1993년의 경우, 제출 서류 가운데 가장 많이 규정되어 있는 것은 이력서였으며, 반면 2007년 분석에서는 회사가 별도로 지정한 서류였다. 물론 기타의 경우에는 이력서가 가장 많이 나타났다. 이 규정은 시기별로 큰 특징을 보이지는 않는다.

3. 채용시 건강검진결과와 제출유무

채용시 건강검진결과를 제출하도록 규정하고 있는 경우는 전체의 60.2%이다. 이 중 회사가 지정한 신체검사를 받도록 하고 있는 경우는 66.9%이고, 개인이 제출하도록 규정하고 있는 경우는 31.7%이다. 대체로 규정하고 있는 정도가 산업·사업체 특성 등의 변수에 따라서도 별다른 차이를 보이지 않는다.

1993년 분석에서는 이 내용을 조사하지 않아 시계열적인 비교는 불가능하였다.

4. 채용시 결격사유

채용시 결격사유를 규정하고 있는 취업규칙은 전체 분석대상 중 93.3%로 대부분의 분석대상이 이러한 규정을 가지고 있는 것으로 나타났다. 구체적으로 살펴보면, 한정치산 또는 금치산 선고를 받은 자를 결격사유로 하는 경우가 91.2%로 가장 많았다. 그 다음으로는 법원판결로 금고 이상의 실형을 받은 자(88.2%)를 규정하고 있다. 산업별로 큰 차이를 보이지는 않지만, 제조업이 다른 산업에 비하여 비교적 규정률이 낮은 편(71.1%)이고, 종업원 규모별로는 100명 이상 300명 미만이 83.9%, 50명 이상 100명 미만이 82.5%로 비슷한 비율을 보였다.

채용결격사유로 규정하고 있는 기타사유 중에는 그 직의 자격이 정지 또는 상실된 자를 규정하고 있는 경우가 가장 많았으며, 그 외에 정신질환자, 위장취업자 등을 채용결격사유자로 보았다.

한편, 1993년 분석은 채용결격사유를 규정하고 있는 경우가 분석대상의 59.9%로 2007년 분석에 비하여 상당히 낮은 편이다. 채용결격사유를 취업규칙에 규정하는 이유는 결격사유를 명시하여 채용되지 않은 경우에 오해의 소지를 줄이고, 사용자의 자의적 판단이 아닌 객관적 사유를 보여 줄 수 있기 때문으로 추측된다. 이러한 측면에서 규정률이 증가한 것은 채용과 관련한 인사관리가 나름대로 객관화·투명화된 결과로 이해할 수도 있을 것이다.

〈표 3-5〉 채용시 건강검진

(단위: 개소, %)

		전 체	규정 없음	규정있음	회사가 지정한 신체검사	개인이 제출한 서류로 대체	기타
사업체 성격	1	427	39.6	60.4 (100.0)	(68.6)	(31.0)	(1.6)
	2	65	41.5	58.5 (100.0)	(55.3)	(36.8)	(7.9)
산업분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)
	2	3	66.7	33.3 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)
	3	142	41.5	58.5 (100.0)	(67.5)	(28.9)	(2.4)
	4	14	28.6	71.4 (100.0)	(80.0)	(20.0)	(0.0)
	5	16	43.8	56.3 (100.0)	(66.7)	(22.2)	(0.0)
	6	7	57.1	42.9 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	7	20	35.0	65.0 (100.0)	(69.2)	(23.1)	(0.0)
	8	11	54.5	45.5 (100.0)	(80.0)	(20.0)	(0.0)
	9	7	85.7	14.3 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	10	41	26.8	73.2 (100.0)	(50.0)	(43.3)	(3.3)
	11	5	40.0	60.0 (100.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)
	12	13	76.9	23.1 (100.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)
	13	43	34.9	65.1 (100.0)	(75.0)	(25.0)	(7.1)
	14	165	38.8	61.2 (100.0)	(71.3)	(32.7)	(1.0)
종업원수 범주	0	165	41.2	58.8 (100.0)	(67.0)	(33.0)	(0.0)
	1	57	35.1	64.9 (100.0)	(75.7)	(29.7)	(0.0)
	2	31	54.8	45.2 (100.0)	(64.3)	(7.1)	(14.3)
	3	2	100.0	0.0 (0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	4	6	66.7	33.3 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	5	5	80.0	20.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	6	226	36.3	63.7 (100.0)	(65.3)	(34.7)	(3.5)
노조유무	0	379	40.9	59.1 (100.0)	(72.3)	(28.6)	(2.2)
	1	39	46.2	53.8 (100.0)	(52.4)	(42.9)	(9.5)
	2	74	32.4	67.6 (100.0)	(50.0)	(42.0)	(0.0)
전 체		492(100.0)	39.8	60.2 (100.0)	(66.9)	(31.7)	(2.4)

〈표 3-6〉 채용결격사유(복수규정)

(단위: 개소, %)

		전체	규정 없음	규정있음	금치산, 한정치산 또는 파산선고 받은 자	법원판결 로 금고 이상 실형을 받은 자	공민권 박탈된 자	병역 기피자	신체 검사 불합 격자
					(%)	(%)	(%)	(%)	(%)
사업체 성격	1	427	22.7	77.3 (100.0)	(92.4)	(88.5)	(57.0)	(51.8)	(42.4)
	2	65	12.3	87.7 (100.0)	(84.2)	(86.0)	(45.6)	(45.6)	(36.8)
산업분류	1	1	100.0	0.0 (0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	2	3	66.7	33.3 (100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	3	142	28.9	71.1 (100.0)	(92.1)	(86.1)	(59.4)	(48.5)	(39.6)
	4	14	14.3	85.7 (100.0)	(100.0)	(83.3)	(50.0)	(75.0)	(16.7)
	5	16	12.5	87.5 (100.0)	(78.6)	(71.4)	(78.6)	(71.4)	(7.1)
	6	7	42.9	57.1 (100.0)	(100.0)	(75.0)	(75.0)	(75.0)	(50.0)
	7	20	25.0	75.0 (100.0)	(86.7)	(80.0)	(40.0)	(60.0)	(46.7)
	8	11	9.1	90.9 (100.0)	(90.0)	(90.0)	(30.0)	(60.0)	(50.0)
	9	7	28.6	71.4 (100.0)	(80.0)	(60.0)	(20.0)	(60.0)	(40.0)
	10	41	12.2	87.8 (100.0)	(86.1)	(91.7)	(50.0)	(50.0)	(50.0)
	11	5	0.0	100.0 (100.0)	(100.0)	(100.0)	(40.0)	(80.0)	(80.0)
	12	13	15.4	84.6 (100.0)	(90.9)	(81.8)	(45.5)	(9.1)	(0.0)
	13	43	2.3	97.7 (100.0)	(88.1)	(95.2)	(50.0)	(47.6)	(40.5)
	14	165	21.8	78.2 (100.0)	(93.8)	(91.5)	(58.9)	(48.8)	(47.3)
종업원수 범주	0	165	21.2	78.8 (100.0)	(87.7)	(86.2)	(49.2)	(38.5)	(33.8)
	1	57	17.5	82.5 (100.0)	(95.7)	(87.2)	(66.0)	(38.3)	(31.9)
	2	31	16.1	83.9 (100.0)	(88.5)	(80.8)	(65.4)	(65.4)	(50.0)
	3	2	100.0	0.0 (0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	4	6	33.3	66.7 (100.0)	(100.0)	(75.0)	(25.0)	(50.0)	(25.0)
	5	5	20.0	80.0 (100.0)	(75.0)	(75.0)	(50.0)	(75.0)	(50.0)
6	226	22.1	77.9 (100.0)	(94.3)	(92.6)	(57.4)	(61.4)	(50.0)	
노조유무	0	379	19.5	80.5 (100.0)	(91.5)	(88.9)	(57.4)	(51.5)	(43.0)
	1	39	35.9	64.1 (100.0)	(100.0)	(92.0)	(52.0)	(64.0)	(48.0)
	2	74	23.0	77.0 (100.0)	(87.7)	(86.0)	(49.1)	(42.1)	(35.1)
전 체		492 (100.0)	6.7	93.3 (100.0)	(91.2)	(88.2)	(55.4)	(50.8)	(41.7)

〈표 3-6〉의 계속

		규정 있음	여타의 직장에서 징계,면직 당한 자	사상이 불순환 자	이력서 허위 기재	기타 인사 규정에 위배되는 자	회사의 인사규정 에 따름	기타
사업체 성격	1	77.3 (100.0)	(45.5)	(22.1)	(54.2)	(26.7)	(8.8)	(35.2)
	2	87.7 (100.0)	(49.1)	(17.5)	(40.4)	(26.3)	(5.3)	(40.4)
산업분류	1	0.0 (0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	2	33.3 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	3	71.1 (100.0)	(39.6)	(32.7)	(52.5)	(28.7)	(11.9)	(28.7)
	4	85.7 (100.0)	(58.3)	(33.3)	(41.7)	(33.3)	(0.0)	(41.7)
	5	87.5 (100.0)	(50.0)	(21.4)	(42.9)	(50.0)	(14.3)	(35.7)
	6	57.1 (100.0)	(25.0)	(0.0)	(50.0)	(25.0)	(0.0)	(25.0)
	7	75.0 (100.0)	(46.7)	(26.7)	(46.7)	(20.0)	(0.0)	(46.7)
	8	90.9 (100.0)	(30.0)	(20.0)	(50.0)	(20.0)	(0.0)	(50.0)
	9	71.4 (100.0)	(60.0)	(0.0)	(20.0)	(0.0)	(20.0)	(60.0)
	10	87.8 (100.0)	(47.2)	(2.8)	(61.1)	(25.0)	(8.3)	(41.7)
	11	100.0 (100.0)	(60.0)	(40.0)	(0.0)	(20.0)	(0.0)	(60.0)
	12	84.6 (100.0)	(63.6)	(0.0)	(45.5)	(0.0)	(0.0)	(36.4)
	13	97.7 (100.0)	(57.1)	(16.7)	(42.9)	(28.6)	(9.5)	(40.5)
	14	78.2 (100.0)	(45.7)	(20.2)	(58.9)	(27.1)	(8.5)	(33.3)
종업원수 범주	0	78.8 (100.0)	(49.2)	(13.1)	(57.7)	(25.4)	(8.5)	(35.4)
	1	82.5 (100.0)	(59.6)	(31.9)	(42.6)	(34.0)	(6.4)	(34.0)
	2	83.9 (100.0)	(23.1)	(26.9)	(50.0)	(19.2)	(11.5)	(30.8)
	3	0.0 (0.0)	(0.0)		(0.0)	(0.0)	(0.0)	
	4	66.7 (100.0)	(50.0)	(0.0)	(50.0)	(50.0)	(0.0)	(50.0)
	5	80.0 (100.0)	(75.0)	(25.0)	(0.0)	(0.0)	(25.0)	(50.0)
노조유무	0	80.5 (100.0)	(47.5)	(21.6)	(51.5)	(27.9)	(9.2)	(30.2)
	1	64.1 (100.0)	(40.0)	(16.0)	(40.0)	(24.0)	(4.0)	(60.0)
	2	77.0 (100.0)	(42.1)	(21.1)	(59.6)	(22.8)	(7.0)	(54.4)
전 체	93.3 (100.0)	(46.1)	(21.3)	(51.9)	(26.7)	(8.5)	(35.7)	

아울러 결격사유를 규정하고 있는 내용 중에서 1993년의 분석에서는 금치산, 한정치산 또는 파산선고 받은 자가 가장 많았으며, 2007년 분석에서도 거의 대부분의 취업규칙이 이를 규정하고 있어서 특별한 차이점을 발견하기 힘들었다.

5. 채용시점

근로자의 채용시점에 대한 규정을 두고 있는 취업규칙은 분석대상 가운데 75.4%이다. 구체적인 내용을 보면, 채용절차가 종료되고 최종합격과 동시에 채용으로 본다고 규정하고 있는 것이 51.2%로 가장 많았고, 별도의 통지서를 보내는 경우가 26.5%, 그리고 시용(수습)기간 후에 채용한다고 규정하고 있는 경우가 22.3%로 나타났다.

1993년 분석결과에서는 본 항목에 관한 분석을 시도하지 않았다. 이번 연구에서 본 항목을 두어 조사한 이유는 취업의 형태가 다양해지고, 경기 침체 등의 영향으로 이른바 ‘과도적 근로관계’ 중에는 최종합격에도 불구하고 그 채용자체가 본채용으로 이어지지 않는 경우가 많기 때문에, 실제로 이러한 현상이 취업규칙상에 얼마나 반영되고 있는지를 알아보고자 하였다. 분석결과, 최종합격이 근로관계의 완전한 성립으로 이해될 수 있는 여지가 실제 취업규칙의 과반수를 점하고는 있지만, 그렇지 않은 경우도 적지 않을 뿐 아니라 시용 내지 수습이 끝난 다음이라야 비로소 채용, 즉 근로관계의 완전한 성립으로 이해하는 경우도 많은 점이 주목된다. 이는 결국 종래 학설 및 판례가 최종합격을 근로관계의 성립으로 이해하는 입장과 일정한 차이가 있는 것이어서, 보다 심층적인 법리분석이 요청되는 부분으로 생각된다.

6. 수습기간 및 수습기간의 근속연수 산입여부

분석대상 취업규칙 중 수습기간에 관한 규정을 두고 있는 것은 89.0%로 대부분이 수습기간에 대하여 일정한 규정을 두고 있었다. 산업별로 보면 보건 및 사회복지사업이 95.1%로 가장 높고, 기타 공공·사회 및 개인 서비스업이 94.8%, 부동산 임대 및 사업서비스업 90.0%, 제조업 89.7% 순이다. 반면, 노조 유무에 따른 규정상 차이는 거의 보이지 않았으며, 종업원수에 따른 차이도 크게 나타나지 않았다.

수습기간이란 보통 수습이나 시용이라는 말로 대표되는 본채용 전 시험적 채용기간이라고 할 수 있다. 상당수의 기업들은 정규 종업원의 채용에

있어서 일정기간 동안 정규 종업원으로서의 적격성 유무를 관찰한 후 본 채용 가부를 판정하기 위하여 이러한 시험적 사용기간을 두고 있다. 이와 같은 수습기간은 업무수행능력을 양성·견습함과 동시에 해당 근로자의 자질, 성격, 능력 등을 평가하여 본채용을 할 것인지 여부를 결정하는 기회로 활용되고 있다. 그러나 수습관계가 성립하려면 해당 근로자와 사용자 사이에 수습에 관하여 명시적인 합의, 수습계약(또는 시용계약)이 있어야 한다. 따라서 취업규칙에서 수습기간을 근로자 개개인에 따라 선택적으로 적용하기로 정하였더라도 해당 근로자와의 근로계약에 수습시간을 명시하지 않은 경우에는 정식직원으로 채용된 것으로 보아야 한다.¹⁰⁵⁾

수습기간의 길이에 대하여 노동관계법이 특별히 정하고 있지 않기 때문에 당사자의 자유로운 계약에 맡겨지지만, 적격성의 판정 등 수습의 본래 목적을 객관적으로 달성하기에 족한 정도여야 하고, 그러한 상당 기간을 초과할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁶⁾ 또한 수습기간의 연장 또한 수습근로자의 지위를 불안하게 만들기 때문에 근로계약에 연장의 가능성 및 사유·기간 등이 명시되어 있지 않는 한 원칙적으로는 인정되지 않는다고 하여야 한다.¹⁰⁷⁾

수습기간에 대하여 규정을 두고 있는 취업규칙의 구체적 내용을 보면, 85.8%가 그 기간을 3개월로 정하고 있는 것으로 나타났다. 따라서 규정을 두고 있는 대부분의 취업규칙이 3개월 이내로 수습기간을 설정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

한편, 1993년 분석에서는 분석대상 중 91.7%가 수습기간을 규정하고 있었다. 이에 비해 2007년 분석의 규정비율은 다소 낮다. 그러나 수습기간으로 가장 많았던 경우는 3개월로 별다른 차이를 보이지 않았다.

취업규칙 또는 근로계약에 의하여 일정한 기간을 수습기간으로 설정하면서 이를 근속기간에 산입할 것인가는 또 다른 문제이다. 취업규칙 또는 근로계약에 의하여 일정한 기간을 수습기간으로 하는 경우, 이러한 수습

105) 대법원 1991. 11. 26. 선고, 90다4914 판결; 대법원 1999. 11. 12. 선고, 99다30473 판결.

106) 김형배, 앞의 책, p.254; 임종률, 앞의 책, p.378.

107) 임종률, 앞의 책, p.378.

〈표 3-7〉 채용시점

(단위: 개소, %)

		전체	규정 없음	규정있음	합격과 동시에 채용	합격과 별도의 발령통지서	수습기간 이후 최종 합격
사업체 성격	1	427	25.6	74.4 (100.0)	(51.1)	(25.7)	(23.2)
	2	65	18.0	82.0 (100.0)	(54.0)	(30.0)	(16.0)
산업분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)
	2	3	0.0	100.0 (100.0)	(33.3)	(33.3)	(33.3)
	3	142	31.2	68.8 (100.0)	(50.5)	(22.1)	(27.4)
	4	14	35.7	64.3 (100.0)	(66.7)	(33.3)	(0.0)
	5	16	31.3	68.8 (100.0)	(72.7)	(18.2)	(9.1)
	6	7	33.3	66.7 (100.0)	(0.0)	(75.0)	(25.0)
	7	20	11.1	88.9 (100.0)	(31.3)	(37.5)	(31.3)
	8	11	18.2	81.8 (100.0)	(55.6)	(11.1)	(33.3)
	9	7	28.6	71.4 (100.0)	(40.0)	(40.0)	(20.0)
	10	41	22.5	77.5 (100.0)	(51.6)	(35.5)	(12.9)
	11	5	20.0	80.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)
	12	13	25.0	75.0 (100.0)	(77.8)	(11.1)	(11.1)
	13	43	20.9	79.1 (100.0)	(47.1)	(26.5)	(26.5)
	14	165	21.1	78.9 (100.0)	(50.4)	(26.8)	(22.8)
종업원수 범주	0	165	31.3	68.8 (100.0)	(46.4)	(28.2)	(25.5)
	1	57	26.3	73.7 (100.0)	(57.1)	(21.4)	(21.4)
	2	31	13.3	86.7 (100.0)	(50.0)	(23.1)	(26.9)
	3	2	0.0	100.0 (100.0)	(50.0)	(0.0)	(50.0)
	4	6	50.0	50.0 (100.0)	(33.3)	(0.0)	(66.7)
	5	5	0.0	100.0 (100.0)	(20.0)	(20.0)	(60.0)
	6	226	20.8	79.2 (100.0)	(54.3)	(28.0)	(17.7)
노조유무	0	379	23.9	76.1 (100.0)	(53.7)	(26.1)	(20.1)
	1	39	23.1	76.9 (100.0)	(43.3)	(23.3)	(33.3)
	2	74	29.0	71.0 (100.0)	(42.9)	(30.6)	(26.5)
전 체		492(100.0)	24.6	75.4 (100.0)	(51.2)	(26.5)	(22.3)

〈표 3-8〉 수습기간

(단위 : 개소, %)

		전체	규정 없음	규정있음								인사복무 규정에 따름
					1개월	2개월	3개월	6개월	3개월 이상	3개월 이내	1년 이내	
사업체 성격	1	427	10.3	89.7 (100.0)	(3.2)	(1.3)	(86.7)	(1.9)	(0.8)	(3.2)	(0.3)	(2.7)
	2	65	17.7	82.3 (100.0)	(7.7)	(1.9)	(78.8)	(5.8)	(1.9)	(1.9)	(0.0)	(1.9)
산업 분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	2	3	66.7	33.3 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	3	142	10.3	89.7 (100.0)	(2.4)	(0.8)	(92.7)	(0.8)	(0.0)	(2.4)	(0.0)	(0.8)
	4	14	21.4	78.6 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(72.7)	(18.2)	(9.1)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	5	16	26.7	73.3 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(83.3)	(0.0)	(0.0)	(8.3)	(8.3)	(0.0)
	6	7	16.7	83.3 (100.0)	(0.0)	(16.7)	(50.0)	(0.0)	(0.0)	(16.7)	(0.0)	(16.7)
	7	20	15.0	85.0 (100.0)	(0.0)	(5.9)	(76.5)	(11.8)	(0.0)	(5.9)	(0.0)	(0.0)
	8	11	27.3	72.7 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	9	7	42.9	57.1 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(75.0)	(0.0)	(25.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	10	41	10.0	90.0 (100.0)	(5.6)	(2.8)	(91.7)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	11	5	20.0	80.0 (100.0)	(75.0)	(0.0)	(25.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	12	13	41.7	58.3 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	13	43	4.9	95.1 (100.0)	(4.9)	(4.9)	(75.6)	(4.9)	(2.4)	(2.4)	(0.0)	(4.9)
	14	165	5.2	94.8 (100.0)	(3.3)	(0.0)	(85.5)	(2.0)	(0.7)	(3.9)	(0.0)	(4.6)
종업원수 범주	0	165	19.0	81.0 (100.0)	(1.6)	(1.6)	(87.5)	(3.9)	(0.8)	(1.6)	(0.8)	(2.3)
	1	57	3.5	96.5 (100.0)	(7.3)	(0.0)	(81.8)	(3.6)	(1.8)	(5.5)	(0.0)	(0.0)
	2	31	13.8	86.2 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(88.9)	(3.7)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(7.4)
	3	2	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	4	6	16.7	83.3 (100.0)	(0.0)	(20.0)	(60.0)	(0.0)	(20.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)
	5	5	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(80.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(0.0)	(20.0)
	6	226	7.8	92.2 (100.0)	(4.8)	(1.4)	(86.0)	(1.0)	(0.5)	(3.9)	(0.0)	(2.4)
노조 유무	0	379	12.4	87.6 (100.0)	(4.0)	(0.3)	(87.2)	(1.5)	(0.9)	(3.4)	(0.0)	(2.8)
	1	39	8.1	91.9 (100.0)	(2.8)	(5.6)	(77.8)	(5.6)	(2.8)	(0.0)	(2.8)	(2.8)
	2	74	7.2	92.8 (100.0)	(3.1)	(4.6)	(83.1)	(4.6)	(0.0)	(3.1)	(0.0)	(1.5)
전체		492 (100.0)	11.0	89.0 (100.0)	(3.7)	(1.4)	(85.8)	(2.3)	(0.9)	(3.0)	(0.2)	(2.6)

〈표 3-9〉 수습기간 근속연수 산입여부

(단위 : 개소, %)

		전체	규정없음	규정있음	산업	미산업
사업체 성격	1	427	20.6	79.4 (100.0)	(98.8)	(1.2)
	2	65	25.4	74.6 (100.0)	(95.7)	(4.3)
산업분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	2	3	100.0	0.0 (0.0)	(0.0)	(0.0)
	3	142	18.1	81.9 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	4	14	28.6	71.4 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	5	16	25.0	75.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	6	7	42.9	57.1 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	7	20	25.0	75.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	8	11	36.4	63.6 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	9	7	42.9	57.1 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	10	41	17.5	82.5 (100.0)	(97.0)	(3.0)
	11	5	60.0	40.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	12	13	58.3	41.7 (100.0)	(80.0)	(20.0)
	13	43	16.3	83.7 (100.0)	(97.2)	(2.8)
	14	165	16.9	83.1 (100.0)	(98.5)	(1.5)
종업원수 범주	0	165	25.6	74.4 (100.0)	(98.3)	(1.7)
	1	57	14.0	86.0 (100.0)	(98.0)	(2.0)
	2	31	19.4	80.6 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	3	2	50.0	50.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	4	6	33.3	66.7 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	5	5	40.0	60.0 (100.0)	(100.0)	(0.0)
	6	226	18.9	81.1 (100.0)	(98.3)	(1.7)
노조유무	0	379	21.1	78.9 (100.0)	(98.6)	(1.4)
	1	39	26.3	73.7 (100.0)	(96.4)	(3.6)
	2	74	18.6	81.4 (100.0)	(98.2)	(1.8)
전체		492(100.0)	21.2	78.8 (100.0)	(98.5)	(1.5)

기간을 정규 종업원으로서의 근속기간에 산입한다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 분석대상 취업규칙 가운데 근속연수 산입에 대하여 규정하고 있는 경우는 78.8%였고, 그 중 98.5%가 수습기간을 근속연수에 산입하는 것으로 나타났다.

한편, 1993년 분석에서는 수습기간의 근속연수 산입여부에 대하여 규정을 두고 있는 경우가 전체의 71.9%였고, 규정이 있는 경우 중 대부분이 수습기간을 근속연수에 산입하는 것으로 규정하고 있었다. 따라서 2007년 분석결과와 대동소이하다고 하겠다.

7. 수습기간 중 채용취소

수습계약은 그 자체로서 유효한 근로계약이지만 정규 종업원으로서의 적격성이 없다고 판단되는 경우에는 본채용을 거절할 수 있다는 의미에서 사용자에게 해약권이 유보되어 있는 것으로 이해하는 것이 일반적 통설이다.¹⁰⁸⁾ 이러한 점에서 본다면 수습계약에 의하여 근로계약이 성립되는 이상 사용자가 일방적으로 수습기간 도중 또는 종료 후에 본채용을 거절하는 것은 ‘해고’에 해당하기 때문에 사용자가 본채용을 거절하려면 근로기준법상 “정당한 이유”(제23조 제1항)가 있어야 한다. 그러나 유보된 해약권의 행사에 있어서는 정규 종업원의 해고시에 요청되는 정당사유 판단의 엄격성에 비하여 상대적으로 유연하기 때문에 해고사유를 폭넓게 해석할 수밖에 없다.¹⁰⁹⁾

본 분석에 따르면 수습기간 중 채용취소를 규정하고 있는 비율은 90.9%로 상당히 높은 규정률을 보였다. 채용취소의 사유로는 직무수행(능력)이 부족한 자가 77.9%로 가장 많았고, 근무성적이 불량인 자가

108) 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, pp.73~74; 김형배, 앞의 책, p.254; 임종률, 앞의 책, p.378; 이병태, 앞의 책, p.597; 대법원 2001. 2. 23. 선고, 99두10889 판결.

109) 수습근로자의 경우 대법원 1994. 1. 11 선고, 92다44695 판결에서는 통상의 근로자에 대한 해고와 동일한 기준에 따라야 한다고는 볼 수 없고, ‘합리적인 이유’가 있으면 본채용을 거절할 수 있다고 보았다. 또 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결은 ‘객관적이고 합리적인 이유’가 있으면 본채용을 거절할 수 있다고 한다.

〈표 3-10〉 수습기간 중 채용취소(복수규정)

(단위: 개소, %)

		전체	규정없음	규정있음	근무성적 불량인 자	직무수행 부족한 자	기타
사업체 성격	1	427	14.5	85.5 (100.0)	(75.9)	(78.1)	(29.0)
	2	65	21.5	78.5 (100.0)	(70.6)	(78.4)	(37.3)
산업분류	1	1	0.0	100.0 (100.0)	(0.0)	(0.0)	(100.0)
	2	3	66.7	33.3 (100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)
	3	142	12.7	87.3 (100.0)	(73.4)	(80.6)	(24.2)
	4	14	21.4	78.6 (100.0)	(72.7)	(90.9)	(36.4)
	5	16	25.0	75.0 (100.0)	(75.0)	(83.3)	(33.3)
	6	7	28.6	71.4 (100.0)	(100.0)	(40.0)	(20.0)
	7	20	20.0	80.0 (100.0)	(68.8)	(75.0)	(50.0)
	8	11	27.3	72.7 (100.0)	(100.0)	(75.0)	(12.5)
	9	7	42.9	57.1 (100.0)	(100.0)	(100.0)	(75.0)
	10	41	12.2	87.8 (100.0)	(72.2)	(66.7)	(27.8)
	11	5	20.0	80.0 (100.0)	(75.0)	(100.0)	(25.0)
	12	13	53.8	46.2 (100.0)	(66.7)	(66.7)	(50.0)
	13	43	9.3	90.7 (100.0)	(79.5)	(84.6)	(17.9)
	14	165	12.1	87.9 (100.0)	(76.6)	(75.9)	(33.1)
종업원수 범주	0	165	20.6	79.4 (100.0)	(70.2)	(72.5)	(25.2)
	1	57	8.8	91.2 (100.0)	(69.2)	(82.7)	(25.0)
	2	31	19.4	80.6 (100.0)	(88.0)	(84.0)	(28.0)
	3	2	0.0	100.0 (100.0)	(50.0)	(50.0)	(100.0)
	4	6	50.0	50.0 (100.0)	(100.0)	(66.7)	(33.3)
	5	5	40.0	60.0 (100.0)	(100.0)	(100.0)	(66.7)
	6	226	11.5	88.5 (100.0)	(79.0)	(80.5)	(33.5)
노조유무	0	379	16.4	83.6 (100.0)	(76.3)	(79.8)	(28.1)
	1	39	12.8	87.2 (100.0)	(70.6)	(67.6)	(50.0)
	2	74	12.2	87.8 (100.0)	(73.8)	(75.4)	(29.2)
전 체		492(100.0)	9.1	90.9 (100.0)	(75.4)	(77.9)	(29.9)

75.4%로 나타났다. 기타 사유 중에는 계속적 근무가 부적당한 자, 건강상태가 좋지 않은 자, 입사시 제출서류를 허위로 기재한 자 등이 있었다. 이는 채용결격사유와 유사한 측면이 있다.

한편, 1993년 분석에서는 수습기간 중 채용취소 항목을 조사하지 않았다. 따라서 시계열적 분석이 불가능한 부분으로 남아 아쉬운 감이 크다. 그러나 최근 경기침체와 기업의 국제경쟁력 강화 요청으로 근로자에 대한 수습, 시용 등, 이른바 ‘과도적 근로관계’가 근로자에 대한 선택 및 노동력 평가의 기회로 활용되는 것은 당연한 요청이라 하겠다. 다만, 이러한 기업의 요청에도 불구하고 수습, 시용 등의 과정이 청년층을 중심으로 하는 고용기회의 확대와 근로자 보호라는 두 가지 목적 모두가 실현 가능한 방안마련의 계기로 활용되어야 할 것이다.

8. 근로계약의 체결

근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 그 대상(代償)으로서의 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계속적 채권계약을 말한다(근로기준법 제2조 4호 참조). 최근 개정(2007. 7. 27)된 근로기준법 제17조에 따르면 근로계약은 반드시 서면으로 체결하도록 되어 있다.

분석대상 취업규칙 중 개별 근로계약서 체결에 대하여 규정을 하고 있는 것은 76.1%이고, 나머지 23.9%는 개별 근로계약에 대한 규정을 두고 있지 않았다. 지금까지 노동관계법령이 서면근로계약서를 요구하지 않아 구두의 계약도 가능하였지만, 이번 근로기준법 개정에 따라 이제부터는 개별적으로 근로계약서를 작성하여야 한다. 물론 취업규칙에 규정을 두고 있지 않더라도 개별 근로계약서를 작성하여 왔을 가능성도 있지만, 개정 근로기준법의 시행이 2008. 1. 27.부터이므로 이에 따른 취업규칙의 변화도 예견할 수 있다.

산업별로도 비슷한 규정률을 보인다. 즉, 기타 공공·사회 및 개인서비스업이 76.9%, 부동산 임대 및 사업서비스업이 82.9%, 제조업이 73.8%로 나타났다. 노조유무와의 상관관계를 보면, 노조가 있는 사업장의 취업규

칙 규정률이 상대적으로 낮게 나타났다. 즉, 노조가 없는 사업장은 77.0%인 데 비하여 노조가 있는 사업장은 56.4%, 노조의 유무를 알 수 없는 사업장은 82.4%로 나타났다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 노조의 유무를 알 수 없는 취업규칙이 대부분이기 때문에 이러한 규정률의 차이를 노조유무에 의한 차이라고 말하기는 다소 어렵다고 하겠다.

〈표 3-11〉 개별 근로계약서 작성여부

(단위: 개소, %)

		전체	규정없음	규정있음
사업체 성격	1	427	25.4	74.6
	2	65	14.1	85.9
산업분류	1	1	100.0	0.0
	2	3	66.7	33.3
	3	142	26.2	73.8
	4	14	14.3	85.7
	5	16	37.5	62.5
	6	7	14.3	85.7
	7	20	20.0	80.0
	8	11	36.4	63.6
	9	7	85.7	14.3
	10	41	17.1	82.9
	11	5	0.0	100.0
	12	13	0.0	100.0
	13	43	20.9	79.1
	14	165	23.2	76.8
종업원수 범주	0	165	25.5	74.5
	1	57	19.3	80.7
	2	31	32.3	67.7
	3	2	0.0	100.0
	4	6	66.7	33.3
	5	5	40.0	60.0
	6	226	21.2	78.8
노조유무	0	379	23.0	77.0
	1	39	43.6	56.4
	2	74	17.6	82.4
전체		492(100.0)	23.9	76.1

한편 1993년 분석에서는 개별 근로계약 체결여부에 대하여 조사하였기 때문에, 개별 근로계약서 작성여부와는 별개일 수 있다. 어쨌든 1993년에 개별 근로계약 체결여부에 대한 규정을 두고 있는 경우는 분석대상 취업규칙 중 31.7%로 낮은 편에 속한다. 반면 2007년 취업규칙 분석에서는 개별 근로계약서 작성여부에 대하여 규정을 두고 있는 경우가 76.1%에 해당하여 매우 높게 나타났다. 물론 작성여부에 관한 규정이기 때문에 ‘작성하지 않는다’ 또는 ‘작성한다’로 되어 있는 경우를 파악할 수 없다는 한계점을 가지고 있기는 하지만, 적어도 근로계약서 작성이라는 것에 대하여 인식하고 취업규칙에 이를 반영하고 있다는 점에 그 의의가 있다.

9. 요약 및 시사점

취업규칙은 근로자에 대한 근로조건 및 복무규정을 규율하고 있는 것으로, 해당 사업장의 근로자뿐만 아니라 근로자가 될 사람에 대한 규제도 규정하고 있다. 그것이 바로 지원시 제출해야 할 서류 등과 같이 채용(입사)부터 근로계약의 종료까지 전 근로과정을 규정하고 있다. 아직 사업장의 근로자가 아닌 입사지원자에 대하여서도 규정을 두는 것은 입사하는 자에 대한 공평성을 기하기 위한 것으로 보인다. 입사지원시 내야 할 서류로 1993년에는 이력서가 가장 많았던 반면, 2007년 분석에서는 회사가 지정한 서류가 가장 많아서 회사의 개별적 기준이 강화되고 있는 것으로 보인다.

본 취업규칙분석은 앞서 1993년의 취업규칙분석 이후 10여 년의 시간적 간극을 가지고 있다. 이 시간 동안에는 1997년 외환위기를 거치면서 사회·경제적 구조의 변화가 있었다. 평생고용의 개념이 깨지고 고용형태의 다양화를 가져왔으며, 노동시장에 취약계층이 늘어나게 되었다.

이러한 현상은 2007년 취업규칙 분석과 1993년의 분석을 비교하였을 때에도 알 수 있다. 다만 2007년과 1993년 사이에 외환위기 직전과 직후를 비교하지 못한 것이 아쉽다. 2007년의 분석대상이 되었던 취업규칙의 두드러진 특징은 고용형태에 따른 차이를 두고 있는 규정들이 나타난 것이다. 1993년의 분석대상이 되었던 취업규칙이 보다 일률적인 적용을 규

정하고 있는 것으로 보인다. 앞에서 언급한 대로 2007년의 분석대상 취업규칙은 적용범위나 종업원의 정의에서 비정규직과 정규직의 차이를 두고 있다는 것을 엿볼 수 있는 규정들이 있다. 따라서 통일적·일률적 적용이라는 취업규칙에도 고용형태의 차이가 나타나고 있는 것이다.

주목할 만한 현상으로 제시될 수 있는 것이 이른바 ‘근로자의 개별화’와 ‘고용의 유연화’ 현상이다. 취업규칙을 작성하는 목적이 근로자 전체를 집단적으로 규율할 수 있는 측면이 본질적으로 있다. 하지만 과거에는 근로조건상 내용의 통일성을 쉽게 발견할 수 있었던 반면, 2007년에 분석한 취업규칙의 내용들에서는 원칙적 규정들이 많은 가운데도 개별 근로자를 구체적 상황에 따라 달리 취급·관리하려는 경우가 상대적으로 많은 것으로 나타났다. 예를 들어, 취업규칙의 불이익 변경시 근로자집단의 의사반영과 동시에 관련된 개별 근로자들의 의사를 적극적으로 파악·반영하려는 경향이 두드러지고 있다. 이는 근로관계의 개별화를 보여주는 현상으로, 동일한 사업장 내부라고 하더라도 개별 근로자에 따른 근로조건 분리의 현상을 보여준다고 하겠다.

이러한 경향성으로 인하여 사용자는 취업규칙을 통하여 근로자를 임의적으로 구분하고 그 구분에 따라 각기 다른 근로조건을 적용하도록 규정할 수 있게 된다. 이러한 관점에서 본다면 취업규칙을 통한 통일적·집단적 근로조건 규율은 오히려 개별 근로자의 근로조건 악화를 가져올 수도 있는 측면이 된다. 따라서 비정규직 등 취약계층 근로자의 보호를 위해서는 하나의 기업을 그 영역으로 한 사용자에게 의한 취업규칙의 일률적 적용보다는, 지역별·산업별 단체협약의 활성화 또는 근로자단체와의 중층적 협의를 통한 근로조건 기준제시가 보다 바람직할 수 있을 것이다.

제3절 단체협약에 나타난 과도적 근로관계

본 연구에서는, 비록 금년도에 실시한 연구결과는 아니지만, 단체협약에 나타난 과도적 근로관계의 실증분석 결과도 살펴보고자 하였다. 2001

년에 실시한 단체협약 분석결과¹¹⁰⁾에서 나타난 과도적 근로관계의 실태는 다음과 같다.

먼저, 2001년의 단체협약 분석연구의 개요를 살펴보면, 1999년 12월 말 현재 노동조합 5,637개소를 대상으로 분석에 필요한 표본을 선정하였다. 전체 노동조합을 규모별로 분류하면, 49인 이하가 2,256개로 40%를 차지하여 가장 많고, 그 다음으로 50~99인 1,147개(20.3%), 100~299인 1,529개(27.1%) 등의 순이며, 300인 이상 대규모노조는 705개(12.5%)에 지나지 않는다. 그러나 조합원 비중은 조합원 1,000인 이상 규모의 노조가 전체의 58.7%를 차지하고 있는 반면, 100인 미만 노조의 비중은 8.3%에 지나지 않는다.

본 연구는 최초에는 분석대상노조를 선정하기 위해 조합원규모별·산업별로 층화계층법에 의한 표본추출을 시도하였다. 이때 조합원규모 300인 이상 노동조합(705개)은 전부 분석하고, 조합원 규모 100~299인 노동조합은 전체의 15%인 229개소, 그리고 조합원 규모 99인 이하 노동조합은 5%인 170개소를 분석하고자 하였다. 조합원 300인 이상의 대공장노조의 단체협약서를 분석할 경우 전체조합원의 75%가 이에 포함되어 분석의 효율성을 높일 수 있다는 판단에 근거한 것이다.

〈표 3-12〉 조합원 규모별 노동조합 및 조합원수 현황(1999년 말 현재)

(단위: 개소, 명, %)

	조합수		조합원수	
		비중		비중
49인 이하	2,256	40.0	44,770	3.0
50~99인	1,147	20.3	78,797	5.3
100~299인	1,529	27.1	241,068	16.3
300~499인	297	5.3	107,206	7.2
500~999인	205	3.6	139,091	9.4
1,000인 이상	203	3.6	869,734	58.7
전체	5,637	100.0	1,480,666	100.0

자료: 노동부.

110) 김정환·문무기·전재식(2002), 『단체협약분석(III)』, 한국노동연구원 참조; 다만, 동 분석에서는 과도적 근로관계의 유형 중 “수습”에 대해서만 조사하였기 때문에 분석의 범위에서 다소간의 한계가 있음을 양해하기 바란다.

〈표 3-13〉 분석대상협약의 산업별 조합원 현황

(단위: 개소, %)

	농림 어업 광업	제조업	전기 가스 수도업	건설업	도소매 음식 숙박	운수 창고 통신업	금융보험 부동산 사업 서비스업	사회개인 서비스업	전 체
99인 이하	1(0.1)	36(4.8)	2(0.3)	2(0.3)	3(0.4)	30(4.0)	6(0.8)	8(1.1)	88(11.7)
100~299인	2(0.3)	74(9.9)	1(0.1)	1(0.1)	6(0.8)	57(7.6)	8(1.1)	13(1.7)	162(21.6)
300~999인	5(0.7)	205(27.3)	2(0.3)	11(1.5)	14(1.9)	38(5.1)	35(4.7)	44(5.9)	354(47.2)
1,000인 이상	3(0.4)	56(7.5)	4(0.5)	4(0.5)	6(0.8)	21(2.8)	32(4.3)	20(2.7)	146(19.5)
전 체	11(1.5)	371(49.5)	9(1.2)	18(2.4)	29(3.9)	146(19.5)	81(10.8)	85(11.3)	750(100.0)

이렇게 선정된 표본 1,105개소의 단체협약서에 대해 노동부 노동조합
과에 협조를 부탁하여 수집한 단체협약서는 총 967개였다. 이 중 일부 조
항이 누락되었거나 체결연도가 외환위기 이전인 단체협약을 먼저 분석대
상에서 제외하였다. 그리고 자동차노련이나 택시노련과 같이 집단교섭으
로 단체협약이 체결되는 지역의 협약서는 그 내용이 완전히 동일하므로
하나의 단체협약서만 분석하고 나머지는 분석에서 제외하였다.

이러한 선별과정을 통해 최종적으로 분석에 활용된 협약서는 총 750개
이다. 이를 산업별로 보면 제조업이 371개(49.5%)로 가장 많고, 그 다음으
로 운수·창고·통신업 146개(19.5%), 사회개인서비스업 85개(11.3%) 등
의 순이다. 하지만 농림어업·광업(11개, 1.5%), 전기·가스·수도업(9개,
1.2%), 건설업(18개, 2.4%)은 그 수가 미미한 것으로 나타났다. 따라서 단
체협약의 내용을 분석할 때 이들 산업에서 규정비율이 높게 나타나고 그
내용도 다른 산업에 비해 큰 차이를 보일 경우, 이것을 그 산업의 평균적
인 경향이나 특징으로 간주한다면 오류가 발생할 수 있다는 점을 유의할
필요가 있다.

수집된 단체협약서의 각 규정은 산업과 조합원규모별로 분류하여 분석
하였다. 먼저 산업은 농림어업·광업, 제조업, 전기·가스 및 수도업, 건
설업, 도소매 및 음식숙박업, 운수·창고 및 통신업, 금융·보험·부동산
및 사업서비스업, 그리고 사회 및 개인서비스업으로 나누었고, 조합원규
모는 99인 이하, 100~299인, 300~999인, 그리고 1,000인 이상 등 네 가지

규모로 분류하여 분석하였다.

한편, 분석에 사용된 단체협약서의 체결연도는 전체 750개 중 2000년에 체결된 것이 361개(50.1%)로 가장 많고, 그 다음으로 1999년 체결 282개(37.6%), 1998년 체결 87개(11.6%), 1997년 체결 5개(0.7%)로서 1999년과 2000년에 체결된 단체협약서가 전체의 약 88%를 차지하고 있다.

1. 수습기간

분석대상협약 중 수습기간에 관한 규정이 있는 것이 41.9%로서 1996년 분석¹¹¹⁾의 48.5%에 비해서는 낮아진 것으로 나타났다. 산업별로는 도소

〈표 3-14〉 수습기간

(단위: 개소, %)

		전 체	규정 없음	규정있음					
					1개월	2개월	3개월	3개월 이상	회사규정 에 따름
산업별	1	11(100.0)	72.7	27.3 (100.0)	-	(33.3)	(66.7)	-	-
	2	371(100.0)	50.7	49.3 (100.0)	(0.5)	(12.0)	(85.2)	-	(2.2)
	3	9(100.0)	77.8	22.2 (100.0)	-	-	(100.0)	-	-
	4	18(100.0)	77.8	22.2 (100.0)	-	(25.0)	(75.0)	-	-
	5	29(100.0)	44.8	55.2 (100.0)	-	(6.3)	(81.3)	(6.3)	(6.3)
	6	146(100.0)	55.5	44.5 (100.0)	(1.5)	(15.4)	(80.0)	(3.1)	-
	7	81(100.0)	81.5	18.5 (100.0)	-	(6.7)	(80.0)	(6.7)	(6.7)
	8	85(100.0)	69.4	30.6 (100.0)	-	(7.7)	(76.9)	(15.4)	-
조합원 규모별	1	88(100.0)	56.8	43.2 (100.0)	(2.6)	(13.2)	(81.6)	(2.6)	-
	2	162(100.0)	54.9	45.1 (100.0)	(1.4)	(9.6)	(83.6)	(2.7)	(2.7)
	3	354(100.0)	54.8	45.2 (100.0)	-	(7.5)	(86.9)	(3.1)	(2.5)
	4	146(100.0)	70.5	29.5 (100.0)	-	(32.6)	(67.4)	-	-
전 체	750(100.0)	58.1	41.9 (100.0)	(0.6)	(12.1)	(82.8)	(2.5)	(1.9)	

주: 1) 산업별 구분: 1. 농림어업, 광업, 2. 제조업, 3. 전기·가스 및 수도업, 4. 건설업, 5. 도소매 및 음식숙박업, 6. 운수·창고 및 통신업, 7. 금융·보험·부동산 및 사업서비스업, 8. 사회 및 개인서비스업.

2) 조합원 규모별 구분: 1. 99인 이하, 2. 100~299인, 3. 300~999인, 4. 1,000인 이상.

3) 이하 표에서도 동일함.

111) 김정한·윤성천(1998), 『단체협약분석(II)』, 한국노동연구원.

매 및 음식숙박업(55.2%)이 1996년과 마찬가지로 가장 높은 규정비율을 기록하였으며, 그 다음으로 제조업이 49.3%로 나타났다. 반면에 금융·보험·부동산 및 사업서비스업은 18.5%로서 가장 낮은 규정비율을 보였다. 조합원규모별로는 1,000인 이상 규모의 기업(29.5%)만이 타 규모의 40%대에 비해서 크게 낮았을 뿐 다른 규모는 거의 비슷한 수준을 보였다.

규정이 있는 협약 중 수습기간을 보면, 3개월이 1996년 분석(85.4%)때와 마찬가지로 82.8%로서 대부분이다. 이처럼 수습기간이 대부분 3개월로 되어 있는 것은 근로기준법 제35조에서 예고해고의 적용예외로 규정되어 있는 “수습사용중인 근로자”에 대해 동법 시행령 제12조에서 수습기간은 수습사용한 날로부터 3월 이내로 정의하고 있기 때문이라고 하겠다. 그밖에 2개월 12.1%, 3개월 이상이 2.5%, 1개월 0.6% 등으로 1996년 분석 결과와 거의 유사한 순서를 보이고 있다.

한편, 분석대상협약 중 수습기간을 근속연수에 산입하는지에 대한 규정이 있는 것은 18.7%로 나타나, 1996년 분석의 22.9%에 비해 감소하였다.

〈표 3-15〉 수습기간 근속연수 산입 여부

(단위: 개소, %)

		전 체	규정없음	규정있음	규정있음		
					산입	미산입	회사규정에 일임
산업별	1	11(100.0)	72.7	27.3 (100.0)	(100.0)	-	-
	2	371(100.0)	79.0	21.0 (100.0)	(98.7)	(1.3)	-
	3	9(100.0)	100.0	-	-	-	-
	4	18(100.0)	88.9	11.1 (100.0)	(100.0)	-	-
	5	29(100.0)	69.0	31.0 (100.0)	(100.0)	-	-
	6	146(100.0)	79.5	20.5 (100.0)	(100.0)	-	-
	7	81(100.0)	92.6	7.4 (100.0)	(100.0)	-	-
	8	85(100.0)	85.9	14.1 (100.0)	(91.7)	-	(8.3)
조합원 규모별	1	88(100.0)	81.8	18.2 (100.0)	(93.8)	(6.3)	-
	2	162(100.0)	87.0	13.0 (100.0)	(100.0)	-	-
	3	354(100.0)	79.4	20.6 (100.0)	(100.0)	-	-
	4	146(100.0)	79.5	20.5 (100.0)	(96.7)	-	(3.3)
전 체		750(100.0)	81.3	18.7 (100.0)	(98.6)	(0.7)	(0.7)

산업별로는 도소매 및 음식숙박업이 31.0%로서 가장 높은 반면에 금융·보험·부동산 및 사업서비스업은 7.4%의 규정비율을 보였으며, 전기·가스 및 수도업은 규정비율이 전무한 것으로 나타났다. 조합원규모별로는 대기업은 전체 평균을 상회하는 규정비율을 나타냈으나 중소기업은 규정비율이 대기업보다는 상대적으로 낮았다.

규정이 있는 협약 중 수습기간을 근속연수에 산입하는 정도를 보면, 1996년 분석과 마찬가지로 98.6%가 산입하고 있어 거의 모든 협약에서 수습기간을 근속연수에 산입하고 있는 것으로 나타났다.¹¹²⁾

〈표 3-16〉 근로계약체결절차 규정 여부

(단위: 개소, %)

		전체		규정없음	규정있음
사업체 성격	1	591	(100)	97.1	2.9
	2	75	(100)	96.0	4.0
산업별	1	14	(100)	100.0	0.0
	2	331	(100)	97.3	2.7
	3	10	(100)	100.0	0.0
	4	13	(100)	100.0	0.0
	5	11	(100)	100.0	0.0
	6	101	(100)	97.0	3.0
	7	34	(100)	94.1	5.9
	8	152	(100)	96.1	3.9
조합원 규모별	1	270	(100)	95.6	4.4
	2	149	(100)	97.3	2.7
	3	115	(100)	98.3	1.7
	4	132	(100)	98.5	1.5
전체		666	(100)	97.0	3.0

112) 그러나 퇴직금 지급시 계속근로연수를 산정함에 있어서 근속기간에는 근로자로 고용된 날부터 중단 없이 퇴직할 때까지 근로한 재직기간, 즉 근로계약을 체결하여 고용된 날로부터 해지될 때까지의 연수(曆數)상의 기간을 의미하므로 수습기간도 재직기간에 포함되는 것이 타당하다.

2. 근로계약 체결절차

분석대상협약 중 근로계약체결절차에 대해서 규정한 것은 3.0%를 기록, 거의 규정이 전무한 것으로 나타났다. 산업별로는 농림어업·광업, 전기·가스 및 수도업, 건설업, 도소매 및 음식숙박업은 규정비율이 전무한 것으로 나타난 반면에 금융·보험·부동산 및 사업서비스업(5.9%)이 가장 높았으며, 그 다음으로 사회 및 개인서비스업(3.9%), 제조업(2.7%) 등의 순이었다. 조합원 규모별로는 99인 이하 기업에서의 규정비율이 4.4%로 가장 높았고, 1,000인 이상의 대기업에서의 규정비율이 1.5%로 가장 낮게 나타났다.

제4절 종합 및 시사점

지금까지 살펴본 과도적 근로관계의 운용실태를 종합하여 보면 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있을 것이다.

먼저, 최근 우리 기업의 채용관행 변화와 함께 과도적 근로관계가 기업의 인력채용 과정에서 차지하는 의미 내지 기능에 일정한 변화가 감지되고 있다. 즉, 기업의 채용관행이 이른바 「투망형 채용방식」¹¹³⁾에서 이른바 「낚시형 채용방식」¹¹⁴⁾으로 전환됨에 따라, 과도적 근로관계도 신규입사 근로자를 당해 기업의 소요 인력으로 키워낸다는 의미보다는 이미 길러진 능력을 소유한 신규 근로자가 당해 기업의 분위기 내지 변화된 환경에 적응할 수 있는 최소한의 요건을 갖추는 과정 정도로 그 의미가 대폭 축소되는 경향을 발견할 수 있다. 또 이러한 경향에 따라 소요 인력을 우

113) 다수의 대졸자들을 그 전공 및 특성과 관계없이 일반채용하였다가, 일정한 정도의 수습 및 연수과정을 거치면서 그 적성 내지 능력에 합당한 부서를 찾아 배치하던 종래의 그룹형 채용형태가 대표적이라고 하겠다.

114) 기업에서 인력이 필요한 특정 업무의 특성 내지 소요능력에 적합한 근로자를 개별적으로 특별채용하는 형태를 말한다.

선적으로 확보하기 위한 산학협력적 차원의 인턴사원제도는 거의 자취를 감추고 있으며, IMF 외환위기 이후 한때 정부의 주도로 추진되었던 인턴사원제도 거의 활용되지 못하고 있다.

둘째, 근로자를 채용하는 시점, 즉 당해 기업과 근로자가 근로계약을 체결하는 시점과 관련하여 취업규칙 등에서는 최종합격이 그 기준시점으로 작용한다고 규정하는 예가 다수를 점하고는 있지만, 그렇지 않은 사례도 적지 않을 뿐 아니라 기업의 인사노무 담당자들의 의식에는 이를 인식하지 못하는 것으로 나타나고 있다. 즉, 채용내정 단계에서 발생하는 문제의 상당수는 오히려 근로자측의 타사 취업을 위한 입사포기로 나타나는 경우까지 있지만, 채용내정자를 당해 기업의 근로자로 인식하지 않는 것이 오히려 일반적이지 않느냐 하는 측면이 강하게 나타나고 있다. 다행스러운 것은, 그나마 채용내정의 취소가 극히 예외적으로 이루어지고 있고 수습 중 부적격 근로자에 대한 처리 내지 기업의 인력구조 조정시에도 기존 근로자와의 차별이 거의 발생하지 않는 점이긴 하지만, 채용내정의 취소를 근로기준법 제23조가 규정하는 「해고의 정당사유 법리」에 의해 규율하는 일반화된 법리와 일정한 차이를 발견할 수 있다.

셋째, 과도적 근로관계에서 노무에 종사하는 근로자에 대한 근무환경, 특히 근로조건상 차이는 조사과정에서 나타난 바에 따른다면 크게 문제될 만한 수준인 것은 아닐 수 있다. 다만, 이미 통상의 정규직 근로자들과 완전히 동일한 근로를 제공하고 있는 경우에도 ‘미숙련’ 내지 ‘생산성이 일정수준에 이르지 못했다’는 이유로 객관적이고 명확한 근거 없이 다소간의 근로조건상 차이를 두고 있는 경우도 적지 않았다. 따라서 이를 문제삼게 되는 경우에는 일정한 분쟁의 발생 여지가 있을 것으로 예상된다. 특히 채용의 목적, 업무의 성격 등을 감안하여 사회통념상 인정되는 범위보다 긴 기간 동안 수습, 시용 등의 명분으로 근로자의 신분을 불안하게 하고 부당하게 차별대우하는 것은 근로기준법 제6조 위반의 가능성이 높다.

넷째, 판례법리에서 자주 발견되는 ‘시용’은 현실 노사관계에서는 거의 활용되지 않는 형태로 보이므로, 법리상 용어와 노사관계 현실에서 활용되는 용어 사이의 괴리를 전형적으로 보여주고 있다고 하겠다. 다만, 통

상적으로 많이 사용되고 있는 ‘수습’이 근로기준법에서 명시된 용어이기도 하겠지만 그 구체적 내용을 보면 사실상 ‘시용’과 동일한 의미에서 사용되고 있다는 점에서 판례법리의 타당성을 일정 부분 인정할 수 있을 것으로 보인다.

다섯째, ‘기간제 고용’은 최근의 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률 제정 이후 기업의 부담 가중으로 인해 꺼리는 경향이 많아졌다고는 하지만, 이를 시용적 개념으로 활용하려는 기업의 희망이 은연중에 드러나고 있다. 즉, 입법론적 대응방안과 관련하여 많은 기업에서는 노동력 선택의 자유 내지 인력활용의 자율성이 보다 제고되기를 희망하고 있으며, 이것이 명시적인 법령으로 구체화되기를 희망하고 있는 것으로 나타났다. 그러나 노동조합측의 입장¹¹⁵⁾에서는 이러한 접근방법 자체를 매우 우려하는 시각으로 바라보고 있는 것으로 파악된다. 즉, 이미 노동시장의 유연화 내지 탄력화가 심각한 정도로 진행되고 있으며 근로자에 대한 상당수 기업의 인력관리가 채용단계에서부터 매우 정교하게 이루어지고 있는 상황하에서, 인력활용에 있어서 더 이상 기업의 주도권을 강화하는 입법론적 조치는 노사관계상 심각한 힘의 불균형을 초래할 가능성이 높다는 것이다. 결국 이 문제는 노사간의 이해관계 내지 인식의 차이가 커서 상당히 깊은 검토과정을 거친 다음이 아니면 결론을 얻기가 힘들 것으로 보인다.

115) 본 연구에서는 과도적 근로관계에 관한 노동조합측 의견을 청취하기 위해 별도의 실태조사를 실시하지는 못했다. 그러나 전국단위 노동단체의 핵심적 위치에 있는 노조활동가와의 인터뷰를 통하여 그 대강을 파악할 수 있었다.

제 4 장

주요 선진국의 과도적 근로관계

제1절 독일의 과도적 근로관계

1. 시용근로관계의 의의 및 형태

기업으로서는 향후 경제상황의 변화를 정확하게 예측할 수 없기 때문에 그 근로자를 장기간 고용해도 좋은 것인지를 판단할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 또한 근로자를 신규 채용하고자 하는 사용자의 입장에서 본다면, 채용하려고 하는 근로자가 수행할 업무에 필요한 인적·직무적 능력을 갖추고 있는지를 확신할 수 없는 경우가 많다. 그렇기 때문에 기업의 입장에서는 근로자의 고용 후 적어도 수개월간 근로자의 적성 및 능력을 평가하거나 기업의 경영여건을 고려하여 근로자의 채용을 최종적으로 결정할 수 있는 기회를 갖고 싶어한다. 이 점에서 이러한 경우에는 일반적으로 근로자의 적성이나 기업의 주변상황을 살피고 싶어하는 사용자의 이해가 그 중심에 있다.¹¹⁶⁾

한편, 일자리를 희망하는 근로자의 입장에서 본다면, 대다수의 근로자는 일반적으로 안정된 근로관계를 맺기를 희망한다. 따라서 근로관계의 존속이라는 측면에서 볼 때, 근로자의 대부분은 확실한 일자리가 아닌 경

116) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 2.

우에 불안정한 근로관계 때문에 소극적인 모습을 보이게 될 것이다. 그러나 경우에 따라서는 이러한 근로관계가 근로자에게 도움이 되는 경우도 간혹 있을 수 있다. 예컨대, 다른 사람과의 협력이 필요한 학술·예술분야나 관리직 근로자(*leitender Angestellter*)의 경우에 장기적 근로관계를 맺기 전에 기업내 상황을 파악해 보고자 하는 경우가 이에 해당될 수 있을 것이다. 일자리가 본인에게 적당치 않다고 판단되는 경우, 근로자는 근로관계의 개시 후 수개월 이내에 근로관계를 종료하고자 한다.

이러한 사용자나 근로자의 이해관계를 반영한 - 사용자인 경우가 대부분의 경우일 것이지만 - 근로관계로는 시용근로관계를 들 수 있다. 시용근로관계가 법률상 정의되는 개념은 아니다.¹¹⁷⁾ 그렇지만 일반적으로 시용근로관계는 시용을 목적으로 근로관계의 종료를 유보한 채 체결된 근로관계를 지칭하는 것으로 이해되고 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 시용근로관계의 구체적인 형태는 시용근로관계가 주로 사용자를 위해 설정된 것인가 아니면 근로자에게 중점이 있는가에 따라 상당히 다른 형태가 될 수 있다. 뿐만 아니라 노동시장의 상황에 따라서도 시용근로관계는 다양한 모습을 띠게 된다.¹¹⁹⁾

실제 현실에 있어서 시용을 목적으로 하는 근로관계는 일반적으로 두 가지의 근로계약형태에 의해 행해지고 있다. 사용자의 입장에서 본다면, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하면서 최초 몇 개월을 시용기간으로 하는 형태(*unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit*)나 기간의 정함이 있는 시용근로관계(*befristetes Probearbeitsverhältnis*)의 체결을 통해서 근로자를 시용하고자 하는 목적을 달성할 수 있다.¹²⁰⁾

117) 오히려 개별 법률에서는 시용근로관계에 대한 법률적 정의 없이 시용근로관계를 규율하는 규정만을 두고 있다. 예컨대, 시용기간 중 해고예고기간의 단축을 규정하고 있는 독일민법 제622조 제3항 또는 시용을 기간제 근로계약의 정당한 사유 중 하나로 인정하고 있는 단시간·기간제근로법(*TzBfG*) 제14조 제1항 제5호가 그러하다.

118) *Schaub/Schaub*, *ArbR-Hdb*, § 40 Rn. 1. 다른 근로관계와의 구별에 관해서는 *Preis/Kliemt/Ulrich*, *Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis*, Rn. 21ff. 참조.

119) *Preis/Kliemt/Ulrich*, *Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis*, Rn. 5.

120) *Hromacka/Maschmann*, *ArbR I*, § 4 Rn. 24.

우선, 시용근로관계는 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺으면서 일정 시용기간을 두는 방식에 의할 수 있다.¹²¹⁾ 사용자가 시용기간 이후 근로 관계를 더 이상 지속할 의사가 없다면, 이 경우에는 근로자에 대한 해고가 있어야 한다. 그렇지만 시용기간이 6개월을 초과하지 않는 한, 해고에 정당한 사유는 필요치 않다(해고제한법 제1조 제1항). 또한 기간의 정함이 없는 근로계약에 있어 시용기간에 있어서는 일반적인 근로관계와는 다른 단축된 해고예고기간이 적용된다는 점(독일민법 제622조 제3항)에 특징이 있다.¹²²⁾

반면, 기간의 정함이 있는 시용근로관계는, 사용자가 시용 이후 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺을 의사가 없는 경우에 그 기간만료로 근로관계가 그대로 종료된다.¹²³⁾ 사용자의 해고가 없더라도 근로관계가 종료된다는 점에서, 사용자로서는 해고와 관련된 규정이 적용됨으로써 발생할 수 있는 부담으로부터 벗어날 수 있게 된다. 그러나 반면에, 다른 합의가 없는 한, 기간의 정함이 있는 시용근로관계에서 그 계약기간 중에는 사용자의 통상해고권은 인정되지 않는다(단시간·기간제근로법 제15조 제3항).¹²⁴⁾ 이 점에서 근로자는 기간의 정함이 있는 시용근로관계 중에는 해고의 위협으로부터 보호를 받는다. 어찌됐건 시용근로관계에서는 일반적인 근로관계와 비교해서 근로관계의 종료가 용이해진다는 점에 특징이 있다.¹²⁵⁾

121) 이를 흔히 “weiche Probezeitregelungen”이라고 한다(*Preis, Arbeitsvertrag*, I B Rn. 19).

122) *Boemke, Schuldvertrag*, S. 436; *Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht* 1. Band, S. 539; *Nikisch, Arbeitsrecht* 1. Band, S. 679. 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어 시용기간 및 해고에 관해서는 아래 2.나.와 다. 참조.

123) *Boemke, Schuldvertrag*, S. 436; *Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht* 1. Band, S. 540. 이 점에서 *Preis*는 이를 “harte Probezeitregelungen”이라고 부른다(*Preis, Arbeitsvertrag*, I B Rn. 20).

124) 기간의 정함이 있는 시용근로관계 중의 해고문제에 관해서는 3.라. 참조.

125) 이 밖에 이 둘을 혼합하는 형태로 시용근로계약이 체결되는 경우도 있다. 예컨대, 기간의 정함이 있는 시용근로관계를 맺으면서 이 기간 중 통상적 해고를 허용하는 형태가 될 수도 있고, 이와는 반대로 기간의 정함이 없는 근로관계를 맺으면서 일정 시용기간을 두는 형태이지만 시용기간 중 해고를 할 수 없는 것으로 근로계약을 맺을 수도 있다. 보다 상세한 내용에 관해서는 *Preis/Kliemt/Ulrich, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis*, Rn. 16ff. 참조.

이하에서는 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어서 시용기간을 둔 경우와 기간의 정함이 있는 시용근로관계를 각각 나누어 살펴보기로 한다. 기간의 정함이 있는 시용근로관계는 기간제 근로계약과도 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점에서, 그 관련성이 인정되는 한도 내에서 단시간·기간제근로법(TzBfG: Teilzeit- und Befristungsgesetz)에 관해서도 상세히 살펴보기로 한다. 그리고 끝으로, 기간의 정함이 있는 시용근로관계와 관련된 최근의 논의상황에 관해서도 짧은 소개를 덧붙이고자 한다.

2. 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어 시용기간

가. 서론

근로자의 시용을 위해서는, 기간의 정함이 없는 근로계약에 일정 시용기간을 두는 방식으로 시용이 이루어질 수 있다.¹²⁶⁾ 기간의 정함이 있는 시용근로관계와는 달리, 기간의 정함이 없는 근로관계에 일정 시용기간을 둔 경우에는 전체로 보았을 때 하나의 기간의 정함이 없는 근로관계가 존재하는 것으로 인정된다.¹²⁷⁾ 시용기간은 기간의 정함이 없는 근로관계의 일부에 해당할 뿐이기 때문에 시용기간이 만료되었다고 해서 근로관계가 자동으로 종료되지 않는다. 시용기간이 경과한 이후에는 다른 합의가 없더라도 이전의 근로관계가 계속되는 것으로 해석된다. 따라서 사용자의 입장에서 볼 때, 시용의 결과가 불만족스럽기 때문에 더 이상 근로관계를 지속할 필요가 없다고 판단되는 경우에는 근로자에 대한 해고조

126) 기간의 정함이 있는 시용근로관계인지 아니면 기간의 정함이 없는 근로관계에 일정 시용기간을 둔 것인지가 항상 명확한 것은 아니다. 실제로 있어서는 이와 관련된 해석문제가 종종 제기된다. 예컨대 “최초 3개월의 고용기간은 시용기간으로 간주한다”라고만 한 경우에, 이를 기간의 정함이 있는 시용기간으로 보아야 할 것인지 아니면 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺은 것으로 보아야 할 것인지가 문제되는 것이다. 이는 개별 사안에 있어 계약의 해석문제로 귀결되는 것이기는 하지만, 현재의 다수설에 따르면 기간제 근로계약을 맺은 것이라는 것이 명확하지 않는 한, 기간의 정함이 없는 근로관계 내에 일정 시용기간을 둔 것으로 인정되고 있다.

127) *Kleinebrink*, FS *Leinemann*, S. 80.

치가 있어야 한다.

그러나 기간의 정함이 없는 근로관계에서의 사용기간 중에는 법률에 규정된 해고예고기간보다 짧은 기간으로 근로관계를 해지할 수 있다는 점에 특징이 있다. 단체협약에 정함이 없는 한, 사용자는 최대 6개월의 사용기간 중에는 2주의 기간으로 근로관계를 해지할 수 있다(독일민법 제 622조 제3항). 뿐만 아니라 사용기간이 6개월을 넘지 않는 한, 일반적으로 해고사유를 필요로 하지 않는다(해고제한법 제1조 제1항). 이 점에서 일반적인 근로관계보다 근로관계의 종료가 용이해진다는 점에 또 하나의 특색이 있다.

이하에서는 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어 사용기간에 관해 살펴본 이후에, 사용기간 중의 해고와 관련된 문제에 관한 상세한 소개를 하고자 한다.

나. 사용기간

사용을 목적으로 한 기간의 정함이 없는 근로관계에 있어서 사용기간을 얼마로 할 것인가는 근로계약당사자가 자유로이 정할 수 있는 문제이다. 그러나 사용기간이 무한정 인정될 수 없음은 물론이다. 이 점에서 기간의 정함이 없는 근로관계를 체결하면서 일정 기간을 사용기간으로 둔 경우에 그 한계가 어디까지인가가 문제된다.

사용기간은 장래 수행할 업무와 적절한 균형이 유지되어야 하고,¹²⁸⁾ 사용기간이 적절한 것인가 여부는 개별 사안에 따라 판단되어야 할 문제이다. 그렇지만 기간의 정함이 없는 근로관계를 체결하면서 6개월 이내의 사용기간을 둔 경우에 일반적으로 그 사용기간은 적절한 것으로 해석되고 있다.¹²⁹⁾ 그 이유로는 첫째, 근로자가 해고제한법상(KSchG)의 보호를 받기 위해서는 기업 내에서 6개월 이상의 근속기간이 필요하기 때문에 6개월 이내의 사용기간설정은 적법한 것으로 보아야 한다는 것이다. 둘째,

128) KasslerHandbuch/Zimmer, 4.3 Rn. 60.

129) Kleinebrink, FS Leinemann, S. 81; Preis/Kliemt/Ulrich, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 229.

독일민법 제622조 3항에서 “합의에 의한 최대 6개월의 시용기간 동안에는 2주의 기간으로 근로관계는 해지될 수 있다”라고 규정하고 있기 때문에 법률상 6개월 이내의 시용기간은 허용된다는 것이다.

그렇지만 근로자가 장래 수행할 업무가 상당히 단순한 업무인 경우에, 이를 시용할 목적으로 6개월의 시용기간을 두는 것은 적절치 못한 것으로 판단될 수도 있다.¹³⁰⁾ 한편, 독일민법 제622조 제4항에 따르면, 단체협약당사자는 단체협약으로 법률에 규정된 최대 6개월의 시용기간(독일민법 제622조 제3항)과 다른 합의를 할 수 있다. 예컨대, 일반적인 경우보다 근로자의 적성을 객관적으로 판단하기 어려운 예술분야에서는 6개월 이상의 시용기간이 인정될 수도 있다.¹³¹⁾

다. 시용기간 중의 해고

1) 해고예고기간

1993년까지는 시용기간 중의 해고에 대해서도 다른 근로관계에서의 해고와 마찬가지로 동일한 해고예고기간이 적용되고 있었다. 이에 따르면, 사무직 근로자(Angestellte)에 대한 해고예고기간은 1개월 미만, 현업 근로자(Arbeiter)에 대하여는 2주 미만이라는 안 되었다. 1993년 10월 7일 현업근로자와사무직근로자에대한해고예고기간의단일화를위한법률¹³²⁾에 의해 현행 독일민법 제622조 제3항에 6개월을 초과하지 않는 시용기간에 대한 법률상의 해고예고기간에 관한 규정이 처음으로 마련되었다.¹³³⁾ 이

130) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 230.

131) *Kleinebrink*, FS Leinemann, S. 81.

132) Gesetz zur Vereinheitlichung der Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten, BGBl. I S. 1668ff.

133) 단체협약에서는 여전히 사무직 근로자와 현업 근로자에 대하여 각기 다른 해고예고기간을 적용토록 정하고 있는 경우가 있다고 한다. 이러한 단체협약이 유효한 것인가에 관해서는 견해가 갈리고 있다. 연방헌법재판소는 사무직 근로자와 현업 근로자에 대해 서로 다른 해고예고기간을 규정한 법률규정을 위헌이라고 판시한 바 있지만, 각기 다른 해고예고기간을 정하고 있는 단체협약에 대해서는 판단하지 않았다(BVerfG vom 30. 5. 1990, BVerfGE 82, 126). 이에 관해 연방노동법원은 사무직 근로자와 현업 근로자에 대한 해고예고기간을 정당한 사유에 의해 다르게 정한 경우에는 평등원칙에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다

에 따르면, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하면서 6개월 이내의 사용기간을 둔 경우에는 - 단체협약에 다른 정함이 없는 한 - 법률에 규정된 4주의 해고예고기간에 대신하여 2주의 기간이 적용된다. 6개월 이내의 사용기간에 대해 해고기간을 단축하는 것은, 사용자의 입장에서는 근로자의 능력을 평가하고 근로자로서는 근로조건을 살펴볼 수 있도록 하며, 양쪽의 입장에서 보았을 때 불만족스러운 근로관계를 조기에 종료시킬 수 있도록 근로계약당사자의 실제적 요구를 반영한 것이라고 한다.¹³⁴⁾ 또한 입법이유서에서는 이에 의해 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결이 보다 용이해질 것이라고 밝히고 있다.¹³⁵⁾

사용기간 중 2주의 해고예고기간은 최소기간이기 때문에 2주에 미달하는 해고예고기간에 대한 근로계약상의 합의는 효력이 없다.¹³⁶⁾ 이외는 반대로 근로계약당사자가 2주보다 긴 해고예고기간을 근로계약상 합의하는 것은 물론 허용된다고 해석된다.¹³⁷⁾

한편, 근로자에 의한 사직에 대해, 사용자의 해고에 적용되는 예고기간보다 더 기간을 적용하는 것은 평등대우원칙에 반하는 것으로서 인정될 수 없다(독일민법 제622조 제6항).¹³⁸⁾ 이에 반해 사용자의 해고에 대해 근로자의 사직의 경우보다 긴 예고기간을 적용토록 하는 것은 허용될 수 있다고 한다.¹³⁹⁾ 다른 한편, 각 산업·고용분야의 특수성을 반영할 수 있도록 하기 위해,¹⁴⁰⁾ 독일민법 제622조 제4항은 단체협약당사자가 단체협약으로 법률에 규정된 6개월 이내의 사용기간 중 2주의 해고예고기간과

(BAG vom 29. 8. 1991, AP Nr. 32 zu § 622 BGB).

134) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 188; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 554.

135) BT-Drs. 12/4902 S. 7.

136) KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn. 152.

137) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 198.

138) 근로자의 사직에 대해 사용자의 해고보다 긴 예고기간을 둔 경우에는 근로자의 사직에 대해 적용되는 예고기간이 사용자의 해고에 대해서도 적용된다고 한다(KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn. 152; *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb, § 124 Rn. 44).

139) *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb, § 124 Rn. 41.

140) BT-Drs. 12/4902 S. 7, 9.

다르게 정할 수 있도록 하고 있다. 따라서 단체협약으로 법률에 규정된 해고예고기간보다 짧은 기간뿐만 아니라 긴 기간을 해고예고기간으로 할 수도 있다.¹⁴¹⁾ 단체협약의 적용을 받지 않는 사용자와 근로자는 근로계약을 통해 단체협약상의 해고예고기간을 적용하도록 합의할 수도 있다(독일민법 제622조 제4항 제2문).

시용기간 중 2주의 단축된 해고예고기간이 적용되는가에 있어서는, 해고의 의사표시가 시용기간 중 근로자에게 도달했는지가 결정적인 기준이 되는 것으로 해석되고 있다. 그렇기 때문에, 근로계약상의 합의에 의해 시용기간 중 사용자가 해고를 할 수 없는 경우를 제외하고, 사용자는 시용기간 중 언제라도 해고조치를 할 수 있다.¹⁴²⁾ 따라서 사용자는 시용기간의 마지막 날에도 근로자를 해고할 수 있다.¹⁴³⁾ 예컨대, 2주의 해고예고기간이 적용되는 6개월의 시용기간을 둔 경우에 해고예고기간이 시용기간의 만료 이후에 종료된다고 하더라도 사용자는 시용기간 만료 전날에 시용근로관계를 해지할 수 있다.¹⁴⁴⁾

한편, 시용기간을 예외적으로 6개월 이상으로 한 경우에는 시용기간이 6개월을 경과한 후에 행해진 해고에 대해서는 법률에 규정된 4주의 해고예고기간(독일민법 제622조 제1항), 경우에 따라서는 단체협약상의 해고예고기간이 적용된다.¹⁴⁵⁾

2) 해고사유

기간의 정함이 없는 근로관계에 있어 시용기간 중 사용자의 해고는 일반적으로 특별한 사유에 구애받지 않는다. 해고제한법 제1조 제1항은, 사업 또는 기업 내에서 6개월 이상 근로관계가 지속된 근로자의 해고에 대

141) *Preis/Klient/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 200.

142) 이론상으로는 시용이 개시되기 전, 다시 말해 근로자가 근로제공을 하기 전에도 근로관계의 종료 가능성이 있는가가 문제될 수 있다. 이를 긍정하는 견해로 *Preis/Klient/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 212ff.

143) 예외적으로 해고가 제한되는 경우에 관해서는 아래 2.다.2) 해고사유 부분을 참조.

144) *KR/Spilger*, § 622 BGB Rn. 152.

145) *KasslerHandbuch/Zimmer*, 4.3 Rn. 69; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 555.

하여 정당한 사유를 요구하고 있기 때문이다. 해고제한법이 적용되는 데 필요한 6개월이라는 기간(Wartezeit)을 근로계약이나 단체협약을 통해서 근로자에게 불리하게 이와 다르게 정할 수는 없다.¹⁴⁶⁾ 예외적으로 6개월을 초과하는 시용기간을 둔 경우에 6개월의 시용기간이 경과함으로써 해고제한법이 적용되기 때문에 사용자의 해고에 정당한 사유가 있어야 한다.¹⁴⁷⁾ 반대로 시용기간이 6개월을 경과하기 이전에 행해진 해고에 대해서는 정당한 사유가 필요치 않다. 이러한 점에서 원칙적으로 6개월 이내의 시용기간 중에는 시용목적과 관련이 없는 사유에 의해서도 해고가 행해질 수 있다.¹⁴⁸⁾ 근로자의 입장에서 본다면, 자신이 시용기간 중 그 능력을 충분히 입증했다 하더라도 사용자에게 계속적으로 고용해 줄 것을 요구할 수는 없다.

물론 그렇다고 해서 6개월의 시용기간이 경과하기 전에 행해진 해고가 완전히 자유롭다는 것을 의미하는 것은 아니다. 해고제한법에 의한 보호를 받지 못하는 근로자는 민법상의 일반조항(Generalklauseln)을 통해 해고로부터 보호를 받을 수 있다. 예컨대, 선량한 풍속에 위반하는 법률행위를 무효로 규정하고 있는 독일민법 제138조나 신의성실원칙을 정하고 있는 독일민법 제242조를 통해 시용기간 중의 해고가 제한될 수 있다. 그렇지만 민사법상의 일반조항에 반하는 해고를 넓게 인정하게 되면, 해고제한법상의 규정을 6개월 이상 근속한 근로자에게 적용하겠다는 입법취지가 무의미하게 될 위험성이 있다는 점이 지적되고 있다. 그렇기 때문에 일반조항을 통한 해고로부터의 보호가 해고제한법에 의한 것과 동일한 것일 수는 없는 것으로 해석된다.¹⁴⁹⁾ 그렇기 때문에, 선량한 풍속에 위반

146) v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 1 KSchG Rn. 40.

147) v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 1 KSchG Rn. 65. 해고제한법은 근로자의 수가 5인 이하인 사업에 대해서는 적용되지 않는다. 다만, 2003년 12월 31일 이후로 근로관계가 개시된 근로자에 대하여는, 그 사업 내에 근로자수가 10인 이하인 경우에는 해고제한법이 적용되지 않는다. 근로자수의 산정에 있어서, 주당 근로시간이 20시간을 초과하지 않는 단시간근로자는 0.5명, 30시간을 초과하지 않는 단시간근로자는 0.75명으로 계산된다(해고제한법 제23조 제1항).

148) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 220.

149) BAG vom 21. 2. 2001, NZA 2001, 833; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und

하는 해고나 신의성실원칙에 반하는 해고는 예외적인 경우에 한해서 인정될 수 있다. 예컨대, 개별 사안에 있어서 근로자가 해고제한법상의 보호를 받는 것을 저지할 목적으로 6개월의 시용기간이 만료될 무렵에 자의적인 이유로 행해진 해고가 예외적으로 신의성실에 반하는 것으로 평가될 수 있다.¹⁵⁰⁾

3. 기간의 정함이 있는 시용근로관계

가. 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 허용

1) 서

이전부터 노동법상으로는 기간의 정함이 없는 근로계약과 기간의 정함이 있는 근로계약은 어떠한 관계에 있는가가 문제되었다. 다시 말해, 노동법상으로 어떠한 계약형태가 원칙인가에 관해 견해가 대립되어 왔다. 또한 기간의 정함이 있는 근로계약이 어떠한 경우에 허용될 수 있는가의 문제는 이미 오래 전부터 학설과 판례에 의해 논의되어 왔다.

중전 독일민법 제620조¹⁵¹⁾는, “노무급부관계는 체결된 기간의 만료에 의해 종료한다”고 규정하고 있었다. 이는 기간의 정함이 있는 근로계약에 대한 원칙을 규정한 것으로 이해되고 있었다. 따라서 기간의 정함이 있는 근로계약은 해고가 없더라도 기간의 만료에 의해 종료된다는 원칙은 확실하였다. 그러던 것이 1952년 해고제한법의 도입을 계기로, 기간의 정함이 있는 근로계약이 허용되는 것인지, 허용된다면 어느 정도 허용될 수 있는 것인지에 관한 논의가 본격적으로 시작되었다. 그동안 이에 관하여는 상당한 판례가 축적되었다. 연방노동법원(BAG)은 기간제 근로계약에 의해 해고규정이 회피될 수도 있기 때문에 독일민법 제620조에 규정된 바와는 다르게 기간의 정함이 있는 근로계약은 제한적으로만 허용되어야

Probearbeitsverhältnis, Rn. 222.

150) v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 69.

151) 현행 독일민법 제620조 제1항은 기간제 근로계약에 대해서는 더 이상 적용되지 않는다. 독일민법 제620조 제3항이 “일정 기간을 정해 체결된 근로계약에 대해서는 단시간·기간제근로법이 적용된다”라고 규정하고 있기 때문이다.

한다는 입장을 견지하였다. 따라서 판례는 1960년 10월 12일의 판결¹⁵²⁾ 이후 일관되게 “근로계약의 기간 정함으로 인해 객관적으로 해고제한에 관한 규정의 적용이 없게 되는 한, 근로계약에 기간을 정함에 있어서는 정당한 사유가 있어야 그 근로계약의 기간 정함이 유효하다”는 입장을 취하고 있었다.

단시간·기간제근로법률 또한 판례의 이러한 입장을 수용하였다. 근로계약의 기간정함에는 원칙적으로 정당한 사유가 있어야 하고(단시간·기간제근로법 제14조 제1항), 정당한 사유가 없는 경우에는 일정한 요건하에서 예외적으로 기간제근로가 허용된다(단시간·기간제근로법 제14조 제2항). 단시간·기간제근로법이 근로계약의 기간정함에 정당한 사유가 있는 경우에 기간제근로관계가 인정될 수 있다고 규정하고 있다는 점에서, 기간의 정함이 없는 근로관계가 원칙이고 기간제근로는 기간의 정함이 없는 근로관계의 예외로 인정된다.¹⁵³⁾ 또한 단시간·기간제근로법 제14조 제1항의 정당한 사유에 의한 기간제근로의 허용에 대한 예외로서 제2항에서 최대 2년의 기간 내에서 정당한 사유가 없는 근로계약의 기간정함을 허용하고 있다는 점에서, 정당한 사유에 의한 기간제근로의 허용이 원칙적 규정이며, 정당한 사유 없는 기간제근로의 허용이 예외적 규정이 인정되고 있다.¹⁵⁴⁾ 이와는 별도로, 신규로 설립된 기업과 52세 이상의 근로자에 대하여는 정당한 사유 없는 기간제근로의 허용이 보다 완화되고 있다(단시간·기간제근로법 제14조 제2a항 및 제3항).

단시간·기간제근로법은 기간의 정함이 있는 모든 근로관계에 적용되기 때문에 기간의 정함이 있는 시용근로관계 또한 단시간·기간제근로법의 적용을 받는다. 따라서 이하에서는 기간의 정함이 있는 시용근로관계

152) BAG GS vom 12. 10. 1960, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. 따라서 정당한 사유가 없는 한, 근로계약의 기간정함은 권리남용적인 것으로 무효이기 때문에 사용자는 근로계약의 기간정함이 유효한 것임을 주장할 수 없다(BAG vom 3. 12. 1986, AP Nr. 110 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

153) Boecken/Joussen, § 14 TzBfG Rn. 9; Preis/Gotthardt, DB 2000, 2065, 2070.

154) Annuß/Thüsing/Maschmann, § 14 TzBfG Rn. 2; Boecken/Joussen, § 14 TzBfG Rn. 11; Meinel/Heyn/Herms, § 14 TzBfG Rn. 2.

도 시용을 목적으로 한 정당한 사유에 의한 기간의 정함이 있는 시용근로관계와 정당한 사유가 없는 기간의 정함이 있는 시용근로관계로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

2) 정당한 사유에 의한 기간의 정함이 있는 시용근로관계

시용근로관계는, 사용자가 근로자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하기에 앞서 기간의 정함이 있는 근로계약을 맺는 방법에 의할 수도 있다. 단시간·기간제근로법 제14조 제1항 제1문에 따르면, 근로계약에 기간을 정하는 것은 정당한 사유가 있는 경우에만 허용된다. 단시간·기간제근로법 제14조 제1항 제2문에서는 근로계약에 기간을 정할 수 있는 정당한 사유로서 8가지를 열거하고 있다.¹⁵⁵⁾ 법에 열거된 정당한 사유는 판례에 의해 정당한 사유로 인정되던 것을 기초로 하고 있다.¹⁵⁶⁾ 이와 관련하여, 근로계약의 기간을 정할 수 있는 정당한 사유는 법률에 규정된 사유에 한정되는 것인가, 아니면 법률에 규정되지 않은 사유도 기간제 근로계약의 정당한 사유로 인정될 수 있는가가 문제된다. 학설은 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유가 법률에 규정된 8가지에 국한되는 것은 아니라고 해석한다.¹⁵⁷⁾ 또한 이에 관해 입법이유서에서도 “단시간·기간제근로법에 열거된 정당한 사유는 예시적인 것이고, 이전에 판례에 의해 인정된 사유뿐만 아니라 기타의 사유도 정당한 사유가 될 수

155) 단시간·기간제근로법 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 기간제근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하는 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정에 의해 근로계약의 기간이 정해지는 경우에는 정당한 사유가 인정된다.

156) BT-Drs. 14/4374 S. 18.

157) *Annub/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 2; *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 4; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn 114; *Kliemt*, NZA 2001, 296, 299; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 5; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 370; *Schaub/Schaub*, ArbR-Hdb, § 39 Rn. 42; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 2.

있다”고 밝히고 있다.¹⁵⁸⁾

단시간·기간제근로법이 입법되기 이전부터 판례는 시용을 목적으로 한 근로계약의 기간정함을 정당한 사유로 인정해 왔다.¹⁵⁹⁾ 시용근로관계에 관한 종전의 판례입장에 기초하여, 단시간·기간제근로법 제14조 제1항 제2문 제5호는 시용을 목적으로 하는 기간제 근로계약의 체결을 정당한 것으로 인정하고 있다.

그렇지만 시용을 목적으로 한다는 사실만으로 기간의 정함이 있는 근로계약이 정당한 것으로 인정되지는 않는다. 시용의 목적과 시용기간은 적절한 균형관계(angemessenes Verhältnis)에 있지 않으면 안 된다.¹⁶⁰⁾ 정당한 사유 없는 기간의 정함이 있는 시용근로관계가 신규채용의 경우에만 인정될 수 있음에 반해,¹⁶¹⁾ 시용을 목적으로 한 정당한 사유에 의한 기간의 정함이 있는 시용근로관계는 이전에 근로관계가 있었던 경우에도 허용될 수 있다. 이전에 기간의 정함이 있는 근로관계가 있었던 경우에도 이전의 업무와는 다른 업무에 대한 적성을 평가하기 위하여 기간제 근로관계가 만료된 이후에 새로이 시용을 목적으로 기간제 근로계약의 체결도 허용될 수 있다.¹⁶²⁾ 시용을 목적으로 한 기간의 정함이 있는 근로계약에 있어서는, 이전에 이미 근로관계가 있었다고 하더라도 사용자가 근로자가 맡을 업무에 관해 그를 충분히 평가할 수 있는 시간적 여유가 있는가가 중요한 판단기준이 되기 때문이다. 하지만, 근로자가 이미 시용을 목적으로 한 기간제 근로계약을 체결하기 이전에 상당한 기간 고용된 상태였고 사용자가 근로자가 맡을 업무와 관련해서 그 능력을 충분히 평가할 수 있었던 경우라면, 기간의 정함이 있는 시용근로관계를 체결하는 데 정당한 사유가 인정될 수 없다.¹⁶³⁾

158) BT-Drs. 14/4374 S. 18.

159) BAG vom 8. 3. 1962, AP Nr. 24 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG vom 15. 3. 1966, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG vom 15. 3. 1978, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

160) Preis/Kliemt/Ulrich, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 67; Rauhaus, Die Reform des Befristungsrechts, S. 90.

161) 이에 관해서는 아래 3). 가). 참조.

162) Preis/Kliemt/Ulrich, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 74; Rauhaus, Die Reform des Befristungsrechts, S. 88.

3) 정당한 사유 없는 기간의 정함이 있는 시용근로관계

사용자의 입장에서 본다면, 법률상으로는 예전부터 손쉽게 기간의 정함이 있는 시용근로관계를 체결할 수 있는 가능성이 인정되고 있었다. 현행 단시간·기간제근로법 이전에도 정당한 사유 없는 기간제 근로계약은 허용되고 있었다. 1985년 5월 1일부터 적용되었던 고용촉진법 1985(Beschäftigungsförderungsgesetz 1985)¹⁶⁴⁾ 제1조 제1항에 따르면, 정당한 사유가 없더라도 최대 18개월의 기간제 근로계약의 체결이 허용되었다.¹⁶⁵⁾ 또한 1996년 10월 1일부터 적용되던 고용촉진법 1996(Beschäftigungsförderungsgesetz 1996)¹⁶⁶⁾에 의해 정당한 사유 없는 기간제근로가 보다 넓게 허용되게 되었다. 이에 따르면, 2년의 기간 동안 정당한 사유 없는 기간제근로가 허용되었고, 그 기간 중 최대 3회의 기간제 근로계약의 연장이 인정되었다(고용촉진법 1996 제1조 제1항).¹⁶⁷⁾

2001년부터 시행되고 있는 단시간·기간제근로법도 제14조 제2항에서 최대 2년간 정당한 사유 없는 기간제근로를 허용하고 있다. 그리고 고용촉진법 1996의 규정과 마찬가지로, 2년의 기간 동안에는 기간의 정함이 있는 근로계약을 최대 3회까지 연장할 수 있다. 그렇지만 현행 단시간·기간제근로법에 따르면, 정당한 사유 없는 기간제 근로계약은 신규채용(NewEinstellung)에 한해서 허용된다는 점에 주목해야 한다. 따라서 정당한 사유 없는 기간의 정함이 있는 시용근로관계도 신규채용의 경우에만 인정될 수 있다.

가) 신규채용

정당한 사유 없는 기간제 근로계약은, 근로자가 이전에 동일한 사용자

163) BAG vom 28. 2. 1963, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

164) BGBI. I S. 710.

165) *Rauhaus*, Die Reform des Befristungsrechts, S. 23ff. 뿐만 아니라 신규 설립된 기업과 근로자의 수가 20인 이하인 사업에 대해서는 2년의 기간제근로가 허용되었다(고용촉진법 1985 제1조 제2항).

166) BGBI. I S. 1476.

167) 이는 현행 단시간·기간제근로법 제14조 제2항과 일치한다. 뿐만 아니라 60세에 달한 근로자에 대해서는 별다른 제한 없이 정당한 사유 없는 기간제근로가 허용되었다(고용촉진법 1996 제1조 제2항).

와 그것이 기간의 정함이 있는 것이든 기간의 정함이 없는 것이든 근로관계가 없었던 경우에만 허용된다(단시간·기간제근로법 제14조 제2항 제2문). 다시 말하면, 정당한 사유 없는 기간제근로는 신규채용의 경우에만 가능하다.¹⁶⁸⁾

과거에 근로관계가 있었으면 족하고, 근로관계가 언제 존재했었는가는 중요치 않다. 근로관계가 정당한 사유 없는 기간제근로의 체결 직전에 있었을 필요도 없다. 때문에 다수의 학설¹⁶⁹⁾과 판례¹⁷⁰⁾는, 사용자와 근로자간에 근로관계가 있었던 한, 그것이 상당히 오래 전 일이라 하더라도 그 근로자와는 정당한 사유 없는 기간제 근로계약을 체결할 수 없는 것으로 해석하고 있다. 또한 과거에 근로관계가 있었으면 족하고, 그것이 기간의 정함이 있는 근로관계였던 기간의 정함이 없는 근로관계였던 불문한다. 과거에 기간의 정함이 있는 근로관계를 맺었던 경우에는, 그것이 정당한 사유가 있는 기간제근로였던 정당한 사유 없는 기간제근로였던 상관없다. 따라서 최초 사용자와 근로자가 정당한 사유에 의해 기간제근로관계를 맺고, 그 근로관계가 종료된 이후에 다시 정당한 사유 없는 기간제근로를 맺는 것은 허용될 수 없다.¹⁷¹⁾

근로관계는 동일한 사용자와 있었어야 한다. 동일한 사용자인가는 과거의 근로계약당사자와 현재 체결하려고 하는 기간제 근로계약의 사용자가 동일한가에 따라 판단한다.¹⁷²⁾ 따라서 파견근로자는 사용사업주의 사

168) *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 117; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 386; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 221ff.

169) *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 122; *Däubler*, ZIP 2001, 217, 224; *Holwe/Kossens/Pielenz/Räder*, § 14 TzBfG Rn. 104; *Hromadka*, NJW 2001, 400, 404; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn 220; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 69; *Richard/Annauß*, BB 2000, 2201; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 221. 반대견해로 *Annauß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 78; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 125; *Löwisch*, BB 2001, 254.

170) BAG vom 6. 11. 2003, AP Nr. 7 zu § 14 TzBfG.

171) BT-Drs. 14/4374 S. 19; *Annauß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 77; *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 206; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 69; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 81b.

172) *Annauß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 83; *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 120; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 120; *Kittner/Zwanziger/*

업 내에서 근로를 제공하기는 하지만 사용사업주와 근로계약관계에 있는 것은 아니기 때문에, 다수의 학설은 사용사업주가 최초 근로자과건에 의해 사용하였던 과건근로자와 근로자과건기간의 종료 후 정당한 사유 없는 기간제 근로계약을 맺는 것도 가능한 것으로 본다.¹⁷³⁾

이와 관련하여, 사용자가 근로자에게 이전에 자신과 근로관계에 있었는가를 질문할 수 있는가가 문제된다. 입법이유서에 따르면, 사용자는 종전에 자신과 근로관계를 맺은 적이 있는가를 근로자에게 질문할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 학설도, 과거에 근로관계가 존재한 적이 있는지 여부가 사용자에게 법률상 중대한 의미를 갖는다는 점에서 사용자의 질문권(Fragerecht)을 대체로 긍정하고 있다.¹⁷⁵⁾ 근로자는 사용자의 질문에 사실대로 답하여야 한다. 근로자가 답변을 허위로 한 경우에, 이는 근로관계의 취소사유가 될 수 있다.¹⁷⁶⁾

나) 기간제 근로계약의 연장

정당한 사유 없는 기간제근로는 최대 2년까지 허용된다. 정당한 사유 없는 기간제근로는 2년의 기간 내에서 최대 3번 연장될 수 있다(단시간·기간제근로법 제14조 제2항 제1문). 사용자와 근로자는 최초 기간제근로의 합의에서 2년의 기간을 정할 수도 있고, 2년 미만의 기간을 합의할 수도 있다. 최초 근로계약기간이 2년 미만으로 합의된 경우에, 사용자와 근로자는 최대 2년의 기간 내에서 기간제 근로계약을 최대 3번 연장할 수 있다. 따라서 최대 2년의 기간 동안 4번의 기간제 근로계약이 체결될 수

Lakies, § 133 Rn 221; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 82; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 224.

173) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 85; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 122; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn 221; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 82; *Schaub/Schaub*, ArbR-Hdb, § 39 Rn. 98.

174) BT-Drs. 14/4374 S. 19.

175) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 87; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 127; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn. 222; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 79; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 388.

176) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 79a; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 388.

있다. 기간제근로의 연장이 적법하기 위해서는, 연장하려고 하는 기간제 근로계약이 만료되기 전에 근로계약기간의 연장에 대한 합의가 이루어져야 한다. 또한 각 근로계약간에 공백기간이 있어서는 안 된다.¹⁷⁷⁾ 최초 근로계약과 연장된 근로계약간에 공백이 있는 경우에는, 그것이 단 며칠에 불과하다고 하더라도 기간제 근로계약이 적법하게 연장된 것으로 볼 수 없다.¹⁷⁸⁾ 또한 근로계약기간 이외에 다른 근로계약조건에 변경이 없는 경우에만 기간제 근로계약의 연장으로 인정될 수 있다.¹⁷⁹⁾ 근로계약이 적법하게 연장된 것으로 볼 수 없는 경우에는, 새로운 근로계약이 체결된 것이기 때문에 이 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다.

다) 기간제 근로계약과 단체협약의 관계

단체협약당사자는 단체협약으로 연장의 횟수 및 기간제근로의 상한기간을 법률에 규정된 바와 다르게 합의할 수 있다(단시간·기간제근로법 제14조 제2항 제3문). 단체협약의 적용을 받고 있지 않은 사용자와 근로자는 근로계약상 단체협약상의 규정을 적용하기로 합의할 수 있다(단시간·기간제근로법 제14조 제2항 제4문). 단체협약으로 근로자에게 유리한 내용뿐만 아니라 불리한 사항을 합의하는 것도 가능하다.¹⁸⁰⁾ 따라서 연장의 횟수를 4번 이상으로 하거나 정당한 사유 없는 기간제근로를 2년 이상 허용하도록 하는 단체협약상의 합의도 허용된다.¹⁸¹⁾ 단체협약에 의

177) *Annub/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 71; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 86; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn. 217; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 79b; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 217.

178) *Annub/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 71; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 114.

179) *BAG* vom 26. 7. 2000, NZA 2001, 546; *BAG* vom 25. 10. 2000, BB 2000, 2576; *Annub/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 72; *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 116; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 114; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn. 217; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 87; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 219.

180) *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 231.

181) *Annub/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 74; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14

한 기간제근로의 규율과 관련하여 보다 중요한 문제는, 단체협약으로 정당한 사유 없는 기간제근로를 완전히 허용하지 않는 것이 가능한가에 있다. 이에 관해 대체로 학설은, 단체협약으로 정당한 사유 없는 기간제근로를 허용하지 않는 것도 가능하다는 입장을 취하고 있다.¹⁸²⁾ 다시 말해, 단체협약당사자가 단체협약으로 기간제근로에는 항상 정당한 사유가 있어야 한다고 정하는 것도 가능하다.¹⁸³⁾

라) 정당한 사유 없는 기간제 근로계약에 대한 특례

(1) 신설 기업에 대한 특례

단시간·기간제근로법은 신규 설립된 기업에 대하여 정당한 사유 없는 기간제근로의 사용을 보다 완화하고 있다. 2004년 1월 1일 도입된 단시간·기간제근로법 제14조 제2a항에 따르면, 신규 설립된 기업은 설립 후 4년 내에서는¹⁸⁴⁾ 최대 4년까지 정당한 사유 없는 기간제 근로계약을 이용할 수 있다. 신설된 기업에 대해 기간제근로를 완화하는 것은, 인력수요를 제대로 예측하기 어려운 신설단계의 회사가 근로자의 고용을 보다 쉽게 결정할 수 있도록 하기 위함이라고 한다.¹⁸⁵⁾

신규로 설립된 기업만이 설립 후 4년 이내에 기간제근로자를 사용할 수 있다. 기업이나 콘체른(Konzern)의 법적 형태의 변경과 관련하여 새로 설립된 기업에 대해서는 이 특례가 적용되지 않는다(단시간·기간제근로

TzBfG Rn. 129; *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 219.

182) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 74; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 129; *Kleinebrink*, FS Leinemann, S. 75; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 93; *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 219; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 82.

183) BAG vom 21. 2. 2001, NZA 2001, 1141, 1142.

184) 단시간·기간제근로법 제2a항상의 4년이라는 기간은, 신규 설립된 기업에 대해 최초 4년간 사회적 합의(Sozialplan)의 의무를 면제하고 있는 사업조직법 제112조의a 제2항의 규정과 동일선상에 있다(*Lipinski*, BB 2004, 1221; *Löwisch*, BB 2004, 154, 162). 사회적 합의란 사업의 변동에 의해 근로자에게 발생하는 경제적 불이익의 조정 내지 완화에 관해 기업과 근로자대표(Betriebsrat)간에 체결된 합의를 말한다. 사회적 합의에 관한 보다 상세한 내용에 대하여는 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 112, 112a Rn. 77ff. 참조.

185) BT-Drs. 15/1204, S. 10.

법 제14조 제2a항 제2문). 또한 학설은, 이미 설립된 기업이 다른 사업을 시작하더라도 이는 신규 설립된 기업에 해당하지 않는다고 한다.¹⁸⁶⁾ 이와는 반대로 이미 4년 이상 존속하던 사업 또는 사업의 일부를 양수받는 방식으로 기업이 새로 설립된 경우에는 신규 설립된 기업에 해당한다고 해석하는 견해가 우세하다.¹⁸⁷⁾

기업의 설립시점은 영업활동의 개시를 기준으로 한다(단시간·기간제 근로법 제14조 제2a항 제3문).¹⁸⁸⁾ 신규 설립된 기업은 설립 후 4년 이내에는 언제라도 기간제근로자를 사용할 수 있기 때문에 설립 후 4년이 되는 날 기간제근로계약을 체결하는 것도 가능하다.¹⁸⁹⁾ 또한 다수설은, 기업설립 후 4년이 되는 날에 근로자와 4년의 기간제근로를 체결하는 것도 가능하기 때문에, 이론상 신규 설립된 기업은 설립 후 8년간 기간제근로자를 사용할 수 있는 것으로 해석하고 있다.¹⁹⁰⁾

신규 설립된 기업의 기간제근로에 있어서는 그 연장횟수에 제한이 없다. 따라서 이론상으로는 짧은 기간의 근로계약을 계속해서 연장하는 것도 허용될 수 있다.¹⁹¹⁾ 기간제근로자를 기업 설립 후 최대 8년까지 사용할 수 있다는 다수설의 입장에 따르면, 기간제 근로계약을 기업이 설립된 지 4년이 지난 시점에도 이를 연장할 수 있는 것인지, 아니면 기간제 근로계약의 연장이 유효하기 위해서는 기간제 근로계약의 최후 연장시점이 기업 설립 후 4년 이내인 경우에만 기간제 근로계약의 연장이 유효한 것인지가 문제된다. 이에 관해서는, 신규 설립된 기업은 설립 후 4년 이내에

186) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 91; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 130b; *Lipinski*, BB 2004, 1221.

187) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 91; *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 133; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 130b; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 97d.

188) *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 391.

189) *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 226; *Lipinski*, BB 2004, 1221, 1222.

190) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 92; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 130c; *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 226; *Lipinski*, BB 2004, 1221, 1222; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 97ff.; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 391.

191) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 93; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn 223b; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 97h.

만 기간제 근로계약을 체결할 수 있기 때문에 기간제 근로계약을 연장하는 경우에도 연장의 합의가 기업 설립 후 4년을 경과한 시점이어서는 안 된다는 견해¹⁹²⁾가 다소 많다.

신규 설립된 기업에서의 정당한 사유 없는 기간제근로에 대하여는 단시간·기간제근로법 제14조 제2항 제2문 내지 제4문이 준용된다(단시간·기간제근로법 제14조 제2a항 제4문). 따라서 신설기업에서도 동일한 사용자와 이전에 근로관계가 있었던 경우에는 그 근로자와 정당한 사유 없는 기간제근로를 체결하는 것은 허용될 수 없다.¹⁹³⁾ 또한 정당한 사유 없는 기간제근로의 경우와 마찬가지로, 단체협약당사자는 단체협약으로 기간제근로의 연장횟수 또는 상한기간을 법률에 규정된 바와 다르게 합의할 수 있다. 따라서 단체협약으로 4년의 기간제근로 상한기간을 다르게 정하거나 연장횟수를 제한할 수도 있다.¹⁹⁴⁾

(2) 52세 이상 근로자에 대한 특례

단시간·기간제근로법은 52세 이상 근로자에 대해서도 정당한 사유 없는 기간제근로의 사용을 폭넓게 인정하고 있다. 종전 단시간·기간제근로법 제14조 제3항 제1문은 기간제 근로계약의 개시 시점에 근로자가 52세에 달한 경우¹⁹⁵⁾에는 기간제 근로계약의 체결에 정당한 사유를 요하지 않는다고 규정하고 있었다. 이에 덧붙여 52세에 달한 근로자와의 기간제 근로계약에는 기간제근로의 상한기간 및 연장횟수에 제한을 두고 있지

192) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 93; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 130c; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn 223b; *Lipinski*, BB 2004, 1221, 1222; *Ritter/Rudolf*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 391ff.

193) 이전에 다른 기업을 운영했던 자연인이 새로 기업을 설립하는 경우에는 근로자와 이미 이전에 근로관계가 성립할 수 있으나, 법인의 경우에는 항상 신설되는 것이기 때문에 근로자가 신규 설립된 기업과 이전에 근로관계가 존재했을 여지가 없다는 점에서, 자연인에 대한 불평등이 문제되기 때문에 기본법 제3조 제1항상의 평등원칙에 합치하지 않는다는 견해로 *Löwisch*, BB 2004, 154, 162.

194) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 95.

195) 2006년까지는 52세 이상 근로자를 대상으로 하고, 2007년 이후에는 58세 이상으로 규정하고 있었다.

않았다.¹⁹⁶⁾ 52세에 달한 근로자를 기간제근로로부터 보호할 규정을 두고 있지 않다는 점에서, 52세 이상 근로자에 대한 기간제근로의 허용은 유럽 연합지침의 내용에 합치되지 않는다는 의견이 줄곧 제기되어 왔다.¹⁹⁷⁾ 뿐만 아니라, 2005년 11월 22일 유럽법원은 52세에 달한 근로자에 대한 기간제 근로규정이 유럽법에 합치하지 않는다고 판단한 바 있다.¹⁹⁸⁾ 이러한 이유에서 2005년 11월 11일 대연정합의에서는 이미 이러한 근로자에 대한 기간제 근로규정의 개정이 합의되었다.¹⁹⁹⁾ 이는 결국 2007년 4월 19일 고령자의고용기회의개선을위한법률²⁰⁰⁾에 의해 52세 이상 근로자에 대한 기간제근로에 관한 규정을 개정하는 것으로 일단락되었다.

2007년 5월 1일부터 시행되고 있는 개정된 단시간·기간제근로법 제14조 제3항 제1문에 따르면, 기간제근로의 개시시점에 52세에 달한 근로자가 기간제근로의 개시 직전 최소 4개월 이상 실업상태에 있었거나(사회법전 제3권 119조 제1항 제1호),²⁰¹⁾ 사업변동으로 인한 해고를 회피하기 위해 근로자에게 지급되는 금전(Transferkurzarbeitergeld, 사회법전 제3권 제216조의b)을 받고 있었거나, 또는 공공근로(사회법전 제3권 제260조 이하 및 사회법전 제2권 제16조 제3항)에 참여하고 있었던 경우에는 그 근로자와 최대 5년의 기간 내에서 정당한 사유 없이도 기간제 근로계약을 체결할 수 있다. 52세에 달한 근로자에 대한 기간제근로에 대해서는 그 연장횟수에 제한이 없기 때문에 기간제 근로계약을 수차례 연장하는 것도 가능하다(단시간·기간제근로법 제14조 제3항 제2문).

196) 기간제근로가 무제한 반복될 수 있기 때문에 고령근로자가 평생 일용근로자로 전락할 수도 있다는 우려로 *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1967.

197) *Boecken/Joussen*, § 14 TzBfG Rn. 138; *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1967; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 133; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn. 224a; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 99; *Rolfs*, § 14 TzBfG Rn. 100; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 240ff; *Rolfs*, § 14 TzBfG Rn. 100. 이와 반대의 견해로 *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 100.

198) *EuGH* vom 22. 11. 2005 - Rs C-144/04 - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1.

199) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 100.

200) Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschance älterer Menschen, BGBl. I S. 538.

201) 4개월의 기간이 짧다는 견해로 *Bayreuther*, BB 2007, 1113ff.

나. 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 형식

과거에는 기간의 정함이 있는 시용근로계약이 반드시 서면으로 체결되어야 하는 것은 아니었다. 사용자로 하여금 일정 근로조건을 서면으로 명시하도록 한 근로조건명시법(NachwG)²⁰²⁾도 서면에 의한 근로계약체결을 강제하는 것은 아니었다. 근로조건명시법 제2조 제1항 제1문에 따르면, 사용자는 근로관계의 합의된 개시시점 이후 한 달 이내에 중요근로조건을 서면으로 작성·서명하여 이를 근로자에게 교부하여야 한다.²⁰³⁾ 특히 기간제 근로계약의 경우에는 근로관계의 예정된 기간이 서면으로 명시되어야 한다. 그렇지만 사용자가 근로조건을 서면으로 명시하지 않았다고 해서 기간제 근로계약의 효력에 영향을 미치는 것은 아니었다.²⁰⁴⁾

하지만 수년 전부터 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 체결에 중대한 변화가 발생하였다. 2000년 5월 1일 발효된 노동법원절차의간소화및신속화를위한법률²⁰⁵⁾에 의해 독일민법 제623조에 “해고 또는 합의해지에 의한 근로관계의 종료 및 기간의 정함이 유효하기 위해서는 서면형식을 필요로 한다”는 내용이 규정되었다.²⁰⁶⁾ 그러나 민법 제623조 중 서면에 의한 근로계약의 기간정함에 관한 규정은 곧이어 2001년 1월 1일부터 시행된 단시간·기간제근로법에 의해 삭제되고, 동일한 내용이 단시간·기간제근로법 제14조 제4항에 규정되었다. 단시간·기간제근로법 제14조 제4항에 따르면, 근로계약의 기간정함이 유효하기 위해서는 서면형식을 필요로 한다. 이 규정은 기간을 정한 모든 근로계약에 대해 적용되기 때문에 기간의 정함이 있는 시용근로계약 또한 그것이 유효하기 위해서는 서면으로 체결되어야 한다.²⁰⁷⁾

202) Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen, BGBl. I S. 946.

203) 최대 1개월의 일시적 업무를 위해 채용된 근로자의 경우에는 예외가 인정된다(근로조건명시법 제1조).

204) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 49c; *ErfK/Preis*, § 2 NachwG Rn. 1.

205) Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, BGBl. I S. 333.

206) *HWK/Bittner*, § 623 BGB Rn. 4.

기간의 정함이 있는 시용근로계약이 서면으로 작성되지 않은 경우에 그 근로계약은 무효가 된다. 그러나 근로계약의 기간을 정한 부분만이 무효이기 때문에²⁰⁸⁾ 근로계약기간의 무효에 의해 기타의 근로조건은 영향을 받지 않는다.²⁰⁹⁾ 근로계약의 기간정함이 무효인 경우, 기간의 정함이 있는 근로계약은 기간의 정함이 없이 체결된 것으로 간주된다(단시간·기간제근로법 제16조). 그러므로 기간의 정함이 있는 시용근로관계 또한 서면형식으로 체결되지 않은 경우에는 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립된 것으로 본다.

다. 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 기간 및 연장

시용을 이유로 한 정당한 사유에 의한 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 기간의 정함이 없는 근로관계 내에서 시용기간을 둔 경우와 마찬가지로 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 상한기간이 어디까지인가가 문제될 수 있다. 시용근로관계의 기간에 관하여 법률에는 규정된 바가 없다.

시용을 목적으로 정당한 사유에 의해 기간의 정함이 있는 시용근로계약을 체결했다고 해서, 그 기간이 항상 적절한 것으로 인정될 수는 없다.²¹⁰⁾ 기간제 근로계약의 기간과 관련하여, 연방노동법원은 최초 근로계약의 기간에 대하여도 정당한 사유를 요구한 바 있으나,²¹¹⁾ 이후 판례에서는 근로계약의 기간에까지 정당한 사유가 있어야 할 필요는 없다는 입장을 취하고 있다.²¹²⁾ 그러나 학설과 판례에 따르면, 근로계약기간이 아무런 의미가

207) 그렇지만 근로계약의 기간이 서면으로 작성되면 되기 때문에 기타의 다른 근로조건이 모두 서면으로 작성되어야 하는 것은 아니다(*Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 62e). 이에 관해서는 앞에서 말한 근로조건명시법이 적용된다.

208) BT-Drs. 14/4374 S. 21; *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 16 TzBfG Rn. 1; *Sievers*, § 16 TzBfG Rn. 2.

209) *Lakies*, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 157.

210) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 93.

211) BAG vom 16. 6. 1979, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

212) BAG vom 26. 8. 1988, AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

없는 것은 아니다. 기간제 근로계약을 체결한 사유, 예컨대 시용과 그 기간 사이에는 적절한 균형관계가 있어야 한다는 것이다.²¹³⁾ 다수설²¹⁴⁾과 판례²¹⁵⁾는, 기간제 근로계약을 체결한 사유와 그 계약기간 사이에 연관성이 있다고 볼 수 없는 경우에는 계약체결시에 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유가 없었다는 사실이 징표된다고 한다.

일반적으로 6개월 이내의 기간의 정함이 있는 시용근로계약을 체결하는 것은 법적으로 허용되는 것으로 인정되고 있다.²¹⁶⁾ 기간의 정함이 없는 근로계약에서의 시용기간의 경우와 마찬가지로, 사업 내에서 6개월 이상 근속한 근로자가 해고제한법상의 보호를 향유하기 위한 기간이 6개월이라는 점, 독일민법 제622조 3항이 최대 6개월 이내의 시용기간에 대하여 법률에 규정된 4주의 해고예고기간보다 짧은 2주의 예고기간을 규정하고 있다는 것이 이유로 언급되고 있다. 그러나 학설에 따르면, 경우에 따라서는 예외적으로 6개월 이상의 기간도 허용될 수 있고, 반대로 6개월 미만의 기간만이 허용되는 경우도 있다. 단순 업무의 경우에는 2~4개월 정도의 기간이 적절한 것으로 인정될 수 있다고 한다.²¹⁷⁾ 반면 어려운 업무의 경우에는 6개월 이상의 기간설정도 허용될 수 있다고 한다. 이 경우에는 수행할 업무의 종류, 해당 근로자의 일신적 사유, 그 분야의 통상적 인지 여부(특히 단체협약상의 규정)를 참작하여 근로자의 시용에 6개월 이상의 기간이 필요한 것인지를 판단하게 된다.²¹⁸⁾

213) *Kleinebrink*, FS Leinemann, S. 77; *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 164; *Schaub/Schaub*, ArbR-Hdb, § 40 Rn. 13.

214) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG Rn. 12; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG Rn. 8; *Sievers*, § 14 TzBfG Rn. 59.

215) BAG vom 26. 8. 1988, AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

216) BAG vom 15. 3. 1978, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 69; *Kittner/Däubler/Zwanziger*, § 14 TzBfG Rn. 88; *Kleinebrink*, FS Leinemann, S. 77; *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 164; *MünchArbR/Wank*, § 113 Rn. 90; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 94; *Schaub/Schaub*, ArbR-Hdb, § 40 Rn. 13; *Worzalla*, FS Leinemann, S. 414.

217) *Kittner/Däubler/Zwanziger*, § 14 TzBfG Rn. 88; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 96; *Schaub/Schaub*, ArbR-Hdb, § 40 Rn. 13.

218) *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 165; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und

시용을 목적으로 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우에 사용자와 근로자는 이 기간을 시용에 충분한 기간으로 판단한 것이기 때문에 원칙적으로 기간의 연장은 인정될 수 없다. 그러나 다만 예외적인 경우에만 한해 시용기간의 연장이 인정될 수 있는 것으로 해석된다.²¹⁹⁾ 예컨대, 시용기간 중 근로자의 장기간의 투병과 같은 예측할 수 없었던 사정으로 인해 사용자가 근로자의 적성 및 능력을 검증할 시간적 여유가 없었던 경우에 한해 연장이 인정될 수 있다고 한다.

라. 기간의 정함이 있는 시용근로관계 중의 해고

기간제 근로계약에 대한 통상해고(ordentliche Kündigung)는 근로계약 또는 단체협약에 정함이 있는 경우에 한해 인정된다(단시간·기간제근로법 제15조 제3항). 따라서 다른 합의가 없는 한, 기간의 정함이 있는 시용근로관계기간 중에는 원칙적으로 사용자는 통상해고를 할 수 없다.²²⁰⁾ 사용자와 근로자가 시용을 목적으로 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하였다는 것은, 그 근로계약기간이 시용에 필요한 충분한 기간이 된다는 점을 인정하는 것이기 때문에, 기간의 정함이 있는 근로계약기간 동안에는 근로자가 자신의 능력을 증명할 수 있는 기회가 제공되어야 한다는 점에 그 이유가 있다.²²¹⁾

물론 기간의 정함이 있는 시용근로계약기간 중에도 사용자의 통상해고를 인정할 것인가 하는 것은 사용자와 근로자가 근로계약을 통해 자유롭게 정할 수 있다. 근로계약 또는 단체협약상의 정함에 따라 사용자가 기간의 정함이 있는 시용근로계약기간 중에도 근로자를 통상 해고할 수 있는 경우에, 사용자의 해고에 대해서는 - 앞서 기간의 정함이 없는 근로관계에서 시용기간을 둔 경우와 같이 - 독일민법 제622조 제3항에 따라 최

Probearbeitsverhältnis, Rn. 96; *Wilhelm*, NZA 2001, 818, 819.

219) *Kittner/Däubler/Zwanziger*, § 14 TzBfG Rn. 92; *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 113.

220) 물론 기간의 정함이 있는 시용근로계약에서도 독일민법 제626조에 따른 비상해고(außerordentliche Kündigung)는 가능하다.

221) *Preis/Kliemt/Ulrich*, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 139.

대 6개월의 기간에 대해서는 2주의 예고기간이 적용된다.

마. 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 종료

1) 근로계약기간의 만료

기간의 정함이 있는 시용근로관계는 근로계약기간의 만료로 종료된다(단시간·기간제근로법 제15조 제1항). 해고 또는 기타 근로관계의 종료 사유는 필요치 않다. 근로자가 시용기간 중 자신의 능력을 충분히 증명했다고 해서, 근로자는 기간의 정함이 있는 시용근로관계의 만료 이후도 자신을 계속적으로 고용해 줄 것을 사용자에게 요구할 수 없다.²²²⁾

기간의 정함이 있는 근로계약은 그 기간만료에 의해 종료됨에도 불구하고, 실제 현실에 있어서는 사용자가 기간의 정함이 있는 시용근로계약이 만료되기 전 일정 시점까지 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 것인지 여부를 통지하도록 합의하는 경우가 종종 있다. 예컨대, 근로계약상으로 “기간의 정함이 있는 근로계약의 만료 2주 전까지 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 것인지를 근로자에게 통지한다”고 합의한 경우이다. 경우에 따라서는 “사용자가 기간의 정함이 있는 근로계약의 만료 2주 전까지 근로관계를 지속하지 않을 것임을 서면으로 통지하지 않은 경우

222) HWK/Schmalenberg, § 15 TzBfG Rn. 33. 그러나 예외적으로 판례가 시용근로관계의 종료 이후 계속고용을 인정한 사례가 있다. 연방노동법원은 1963년 11월 28일의 판결(BAG vom 28. 11. 1963, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag)에서, 시용기간 중 자신의 능력을 충분히 입증한 근로자가 시용기간 중 임신하였기 때문에 사용자가 시용기간의 만료를 주장한 사안에서 이를 권리남용(Rechtsmissbrauch)으로 평가한 바 있다. 그러나 이후 1989년 3월 16일의 판결(BAG vom 16. 3. 1989, NZA 1989, 719, 722)에서 연방노동법원은 신뢰보호(Vertrauensschutz)라는 관점에서, 사용자가 근로자로 하여금 자신의 능력 및 적성을 충분히 보여줄 경우에는 기간의 정함이 없이 계속될 것이라는 기대를 갖게 하였으며 이를 확신케 한 경우이고 사용자가 이를 거부함으로써 이전의 행동과 사용자에게 의해 만들어진 신뢰 사이에 모순이 있는 경우에는, 사용자가 유효하게 체결된 기간의 정함이 없는 근로관계를 기간의 정함이 없는 근로관계로 계속할 의무가 있음을 인정한 바 있다. 학설에서도 또한 신뢰보호 내지 금반언에 입각하여 사용자가 근로자를 계속하여 고용할 의무를 지는 경우가 있음을 인정하고 있다(KR/Lipke, § 14 TzBfG Rn. 175; Meinel/Heyn/Herms, § 14 TzBfG Rn. 48; Preis/Kliemt/Ulrich, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, Rn. 167ff.).

에는 기간의 정함이 있는 근로계약 후 자동적으로 기간의 정함이 없는 근로계약이 계속된다”는 내용이 합의되기도 한다. 이는, 단시간·기간제근로법 제22조에서 금지하는 근로자에게 불리한 합의에 해당하지 않기 때문에, 사용자와 근로자가 근로계약상 이러한 합의를 하는 것도 허용되는 것으로 해석된다.²²³⁾

2) 근로관계의 계속

이미 말한 바와 같이, 기간의 정함이 있는 시용근로관계는 그 기간만으로 근로관계가 종료된다. 그렇다면 시용기간이 만료되었음에도 불구하고 근로자가 계속해서 근로를 제공하는 경우에 그 근로관계는 어떻게 되는가가 문제된다. 이와 관련하여 독일민법 제625조는, 근로자가 기간의 만료 이후에도 사용자의 인식하에 계속해서 노무를 제공하고 이에 대해 사용자가 즉시 이의를 제기하지 않는 한, 기간의 정함이 있는 노무급부관계는 기간의 정함이 없는 것으로 간주된다고 규정하고 있다.

이러한 내용이 현행 단시간·기간제근로법에도 그대로 규정되고 있다. 단시간·기간제근로법 제15조 제5항에 따르면, 근로관계가 정해진 기간의 경과 또는 목적의 달성 이후에 사용자가 이를 알면서도 계속되고, 또한 사용자가 이에 대해 지체 없이 이의를 제기하지 않거나 또는 근로자에게 목적의 달성을 즉시 통지하지 않은 경우에 그 근로관계는 기간의 정함이 없이 연장된 것으로 간주된다. 이 점에서 단시간·기간제근로법 제15조 제5항은 내용상 민법 제625조의 규정과 일치한다.²²⁴⁾ 그러나 임의규정으로 해석되는 민법 제625조와는 달리, 사용자와 근로자가 근로계약상의 합의를 통해 법률에 규정된 바와 다르게 합의할 수 없다는 점에서 차이가 있다.²²⁵⁾

223) *Kleinebrink*, FS *Leinemann*, S. 79.

224) BT-Drs. 14/4374 S. 21; *Ritter/Rudolf*, FS *ARGE Arbeitsrecht im DAV*, S. 398.

225) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 15 TzBfG Rn. 16; *Boecken/Joussen*, § 15 TzBfG Rn. 73; *ErfK/Müller-Glöge*, § 15 TzBfG Rn. 33; *Kittner/Zwanziger/Lakies*, § 133 Rn. 108; *Preis/Kliemt/Ulrich*, *Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis*, Rn. 154a; *Ritter/Rudolf*, FS *ARGE Arbeitsrecht im DAV*, S. 398.

바. 무효인 근로계약의 기간정함

기간제근로에 정당한 사유가 없거나, 정당한 사유 없는 기간제근로에 있어 요건이 결여되었거나 또는 기간제근로계약이 서면으로 체결되지 않은 경우에 근로계약상의 기간정함은 무효가 된다. 근로계약기간에 대한 합의가 무효인 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 간주된다(단시간·기간제근로법 제16조 제1문).

그러나 이러한 경우에 근로자는 단시간·기간제근로법상의 소제기기간을 준수하여야 한다. 근로자가 근로계약상의 기간정함이 무효임을 주장하고자 하는 경우에, 근로자는 근로관계가 기간의 정함에 의해 종료되지 않았다는 확인을 구하는 소를 합의에 의해 정한 기간제 근로계약의 종료시점 후 3주 이내에 노동법원에 제기하여야 한다(단시간·기간제근로법 제17조 제1문). 근로관계가 합의된 시점 이후에도 계속되는 경우에, 3주의 소제기기간은 기간의 정함에 의해 근로관계가 종료되었다라는 사용자의 서면에 의한 의사가 도달한 날로부터 기산한다(단시간·기간제근로법 제17조 제3문). 근로자가 이 기간 내에 소를 제기하지 않으면 근로계약의 기간정함은 유효한 것으로 간주된다(단시간·기간제근로법 제17조 제2문 및 해고제한법 제7조).²²⁶⁾ 다수설²²⁷⁾과 판례²²⁸⁾는 3주의 소제기기간은 기간의 정함이 무효인 경우에만 적용되기 때문에, 기간이 정함에 대한 합의가 있었는가에 관해 다툼이 있는 경우에는 3주의 소제기기간이 적용되지 않는 것으로 본다.

사. 기간의 정함이 있는 시용근로관계와 관련된 논의

2005년의 선거 직후 기민/기사연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)간에 대

226) BT-Drs. 14/4374 S. 21.

227) ErfK/Müller-Glöge, § 17 TzBfG Rn. 6; Meinel/Heyn/Herms, § 17 TzBfG Rn. 6; Kittner/Zwanziger/Lakies, § 133 Rn. 351; Sievers, § 17 TzBfG Rn. 5. 이와 다른 견해로는 Annuß/Thüsing/Maschmann, § 17 TzBfG Rn. 4; Boecken/Joussen, § 17 TzBfG Rn. 8.

228) BAG vom 23. 6. 2004, BB 2005, 500.

연정정부가 수립되었다. 그리고 2005년 11월 11일에는 대연정합의(Koalitionsvereinbarung)가 발표되었다. 그 중 기간의 정함이 있는(시용)근로관계과 관련된 내용을 보면²²⁹⁾, “보다 많은 고용을 창출하고 또한 현재 존속 중인 근로관계에 대한 해고제한의 보호기능을 보장하기 위하여, 기민/기사연합과 사민당은 해고제한법을 개정하기로 한다. 동시에 우리는 근로자와 사용자를 위해 보다 높은 투명성과 보다 많은 법적 안정성을 마련하고자 한다. 따라서 한편으로, 우리는 (신규채용의 경우에) 첫 24개월간 정당한 사유 없이 기간제 근로계약을 체결하는 것을 삭제하고자 한다. 동시에 우리는, 현행 해고제한법상의 보호를 받기 위해 필요한 6개월의 근속기간을 대신하여 신규채용의 경우에는 채용자와의 근로관계 성립시에 해고제한법상의 보호를 받기 위한 기간을 24개월로 합의할 수 있는 가능성을 사용자에게 부여하고자 한다. 이전에 사용자와 근로관계를 맺은 바 있었다라도 그 근로관계가 종료된 지 최소 6개월을 경과한 후에 새로이 고용하는 경우에도 합의에 의해 해고제한법상의 보호를 받기 위한 기간을 24개월로 연장할 수 있다. 신설기업에 대해서는 현행과 마찬가지로 설립 후 4년 이내에 48개월간 정당한 사유 없는 기간제 근로계약을 체결할 수 있도록 한다. 물론 기민/기사연합과 사민당은 신설기업에 대해서는 해고제한법의 적용이 면제되는 기간을 연장할 수 있는 가능성을 인정하지 않는다는 데 합의한다. 이를 통해 우리는 해고제한을 보다 간명하게 하며, 노동법상의 분쟁 및 사용자의 소송위험을 감소시키는 데 기여코자 하며, 또한 동시에 근로자에 대하여 신뢰할 만한 계약기초를 마련코자 한다. 무엇보다도 우리는 해고제한법의 개정에 의해 기간이 정해진 고용관계에 비해 기간의 정함이 없는 근로자의 채용을 강화하고자 한다”라고 밝히고 있다.

이러한 대연정합의의 주된 골자는 해고제한의 완화 및 정당한 사유 없는 기간제 근로계약의 폐지로 요약될 수 있다.²³⁰⁾ 대연정합의에 의하면, 사용자가 근로자의 시용을 위해 활용할 수 있었던 정당한 사유 없는 2년

229) 이 밖에 노동법과 관련된 대연정합의의 내용에 관해서는 Hanau, ZIP 2006, 158ff. 참조.

230) Kleinebrink, FS Leinemann, S. 86.

이내의 기간제 근로계약의 체결은 허용되지 않게 된다. 반면, 근로자의 입장에서 본다면, 기간제 근로계약을 체결하지 않는 대신에 채용 당시의 사용자와의 합의에 따라 최대 24개월간 해고제한법의 적용이 없게 된다.²³¹⁾ 다시 말해, 사용자는 최대 24개월까지 정당한 사유 없이도 근로자를 해고할 수 있게 된다.

이와 같은 대연정합의의 내용에 대하여는 평가가 엇갈리고 있다. 한편으로는, 현행 2년 이내의 정당한 사유 없는 기간제근로보다 대연정합의의 내용이 사용자에게 그리 득 될 것이 없다는 견해가 있다. 24개월간 해고제한법이 적용되지 않는 기간 중에도 근로자가 중장애, 임신 등의 사유로 특별한 해고보호를 받는 경우가 있기 때문에, 사용자의 입장에서 본다면 현행과 같이 근로자의 시용을 위해 정당한 사유 없이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우보다 근로관계의 종료가 어려울 수도 있다는 점 때문이다. 다른 한편으로는, 대연정합의의 내용이 사용자나 근로자 모두에게 이득이 될 수 있다는 견해도 있다. 사용자로서는 근로관계를 처음 맺을 당시부터 종료 시점을 정하지 않아도 된다는 점에서 유리하고, 근로자로서는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한다는 점에서 장점이 있다고 한다.

대연정합의에 포함되어 있던 52세 이상 근로자에 대한 기간제근로의 문제는 입법에 의해 그 문제가 해결되었다.²³²⁾ 반면, 해고제한의 완화와 정당한 사유 없는 기간제근로의 폐지를 골자로 하는 대연정합의가 실제 입법으로까지 이어질지는 계속해서 지켜봐야 할 것이다. 이러한 변화가 사용자와 근로자에게 미치는 영향이나 해고제한법과 고용창출간에는 상관관계가 없다라는 시각에서 해고제한법의 개정에 의해 고용을 창출하겠다는 대연정합의의 목표가 사실적 기초를 결여하고 있다라는 비판²³³⁾ 등을 고려할 때, 쉽게 중착점을 찾을 수 있을지는 미지수이다.

231) 해고제한법의 적용을 36개월 이후로 해야 한다는 사용자단체의 입장으로는 Wolf, AuA 2006, 8.

232) 이에 관해서는 앞의 52세 이상 근로자에 대한 기간제근로의 특례 부분 참조.

233) Ullmann, KJ 2006, 29ff.

제2절 프랑스의 과도적 근로관계

1. 시용기간

시용기간(*période d'essai*)은 사용자와 근로자가 근로계약을 체결할 때 근로자의 직무적합성을 판단하기 위하여 일정한 기간을 정하고, 이 기간 중에는 근로자든 사용자든 자유롭게 근로계약을 해지할 수 있는 제도를 말한다. 노동법전 L. 122-4조에 따르면, “근로계약의 해지와 관련하여 적용되는 규정들은 시용기간 중에는 적용되지 않는다.” 곧, 시용기간 중의 근로계약 해지에 대해서는 해고 관련 법규도 적용되지 않는다는 것이다. 노동법전은 시용기간에 대해서 위 규정 외에 별다른 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 결국 시용기간에 대한 법적 규율은 판례의 몫이 되었다.

가. 시용기간의 일반적 규율

시용기간은 원칙적으로 근로계약으로 명시한 경우에만 인정된다. 근로계약으로 명시하지 않은 경우에 시용기간이 인정되기 위해서는 ① 단체협약에서 시용기간을 의무적으로 둔다고 규정하고 있어야 하고 ② 단체협약의 규정만으로 시용기간을 인정할 수 있을 만큼 (기간 등에 있어서) 협약의 규정이 구체적이어야 하며 ③ 근로자를 채용할 때 그 사실을 통지하고 근로자가 협약의 내용을 조회할 수 있도록 해야 한다.²³⁴⁾

시용기간의 연장이나 갱신은 전혀 불가능한 것은 아니지만, 그러기 위해서는 근로계약이나 단체협약으로 명시되어 있어야 한다.²³⁵⁾ 시용기간의 묵시적 연장이나 갱신은 인정되지 않는다.²³⁶⁾ 또한 단체협약으로 인정하지 아니하는 시용기간의 연장을 근로계약으로 합의하는 것은 인정되지

234) 파기원 사회부 1995년 3월 29일 판결 및 1998년 3월 25일 판결 등.

235) 파기원 사회부 1998년 11월 10일 판결.

236) 파기원 사회부 2001년 1월 10일 판결.

않는다.²³⁷⁾

사용기간 중의 근로계약 해지는 명시되어야 한다. 사용기간의 만료로 근로계약이 자동적으로 종료되는 것은 아니기 때문에 명시적 의사표시 없이 사용기간이 초과하면 근로자의 채용이 확정적인 것이 된다.

사용기간 중에 근로계약을 해지하는 것은 사용자의 재량이다. 다시 말하면, 진실하고 중대한 이유를 명시하거나 근로자의 업무 부적격성을 입증할 의무는 없다는 것이다.²³⁸⁾ 그러나 남용되어서는 아니 된다.²³⁹⁾

한편, 사용기간에 대한 규율은 근로계약의 종류(기간의 정함이 없는 근로계약인지, 기간제 근로계약인지)에 따라서 다르다는 점이다.

나. 기간의 정함이 없는 근로계약의 사용기간

기간의 정함이 없는 근로계약의 경우에는 법을 잠탈할 목적이나 남용이 아닌 한 당사자는 자유롭게 사용기간의 기간을 정할 수 있다. 이에 대해서는 법에서 사용기간의 제한을 두고 있지는 않다.

그렇다고 해서 아무런 제한이 없는 것은 아니다. 대개의 경우, 단체협약에서 (3개월 또는 6개월 등으로) 사용기간의 상한선을 정하고 있는 경우가 많다. 이렇게 단체협약에서 사용기간의 상한선을 정한 경우에는 그 기간을 초과하는 사용기간을 근로계약으로 정할 수 없다. (정했다고 하더라도 무효이고 단체협약에서 정한 기간으로 축소된다.)

설령 단체협약에서 사용기간을 특별히 정한 바가 없는 경우에도 합리적인 기간을 벗어나서 사용기간을 정할 수는 없다. 합리적인 기간인지 여부는 관행에 비추어서 판단할 수 있으며, 일률적으로 판단할 것이 아니라 해당 업무의 특성에 따라 달리 판단되어야 한다. 예컨대, 파기원 사회부는 속기타이피스트의 사용기간을 6개월로 정한 것은 그 업무의 특성에 비추어 볼 때 과도한 기간이라고 판시한 바 있다.²⁴⁰⁾

237) 파기원 사회부 1995년 3월 30일 판결.

238) 파기원 사회부 1985년 11월 13일 판결.

239) 파기원 사회부 1995년 12월 6일 판결 등.

240) 파기원 사회부 1977년 12월 21일 판결.

다. 기간제 근로계약과 시용기간

기간제 근로계약에 대해서도 시용기간을 둘 수 있다. 이 경우에는 법이 특별히 기간에 대한 제한을 규정하고 있다.

즉, 일주일에 1일로 하되, 근로계약 기간이 6개월 이하인 경우에는 2주를 최대한으로 하고, 근로계약 기간이 6개월을 초과하는 경우에는 1개월을 최대한으로 하도록 법에서 규정하고 있다(노동법전 L. 122-3-2).

라. 시용기간의 기능

1) 해고법제의 적용 배제

시용기간의 기능은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는, 위에서도 이미 설명한 바와 같이 해고에 대한 제한 규정이 적용되지 않는 기간을 설정하는 의미가 있다. 사용자가 기간을 정하지 않은 근로계약을 해지하려고 하거나 기간을 정한 근로계약의 기간이 만료하기 이전에 계약을 해지하려고 하는 경우에는 해고에 관한 규정들이 적용되는 것이 원칙이다. 그러므로 진실하고 중대한 사유 없이 해고한 경우에는 부당해고보상금을 근로자에게 지급해야 할 수도 있다.

시용기간을 설정하면 그 기간 동안은 해고법의 제한을 받지 않고 사용자는 자유롭게 계약을 해지할 수 있다. 시용기간이 길면 길수록 사용자는 해고법의 제한에서 점점 더 벗어나 보다 자유롭게 노동력의 유연화를 꾀할 수 있게 되는 것이다.

뒤에서 다시 보겠지만, 신규채용계약이 최초의 2년 동안 해고법의 제한을 받지 않고 계약을 해지할 수 있도록 한 것이라는 점에서 시용기간을 2년으로 확장한 것에 다름아니라는 비판이 나오고 있는 것도 그러한 맥락에서이다.

2) 비정규직 차별 판단 시점

시용기간의 두 번째 기능은 비정규직 근로자를 정규직 근로자에 비해 차별했는지 여부를 판단할 때 기준 시점으로 작용하는 것이다.

노동법전 L. 122-3-3조 제2항은 기간제근로자가 받는 보수는 동일한 사업에서 동등한 직업적 자격을 가지고 동종의 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자가 ‘시용기간을 마친 후’에 받게 될 보수의 총액보다 적어서는 아니 된다고 규정하고 있다. 즉, 기간제근로자와 정규직 근로자의 임금 차별 여부를 판단할 때, 정규직 근로자가 시용기간을 마친 후에 받게 될 임금을 기준으로 판단하는 것이다. 보통의 경우, 시용기간은 근로자로서의 지위가 불안정한 시기이기 때문에 임금 수준도 낮을 것이라 예상할 수 있으며, 따라서 시용기간을 마치고 정식으로 무기계약 근로자로서의 지위를 획득하게 되는 순간에 보다 높은 임금을 받을 가능성이 많으므로, 이 규정은 상대적으로 기간제근로자의 보호 수준을 강화하는 효과를 갖는다고 할 수 있다.

이러한 규정은 파견근로자에 대해서도 마련되어 있다. 노동법전에 따르면, 파견근로자가 받는 보수는 동등한 직업적 자격을 갖고 동종의 업무에 종사하는 사용자업주의 근로자가 시용기간을 마치고 받게 될 보수보다 적어서는 아니 된다(노동법전 L. 124-4-2조 제1항).

2. 신규채용계약(CNE)

프랑스의 입법자는 중소기업의 고용 창출을 위하여 2005년에 ‘신규채용계약(CNE : contrat nouvelles embauches)’이라는 새로운 근로계약 제도를 도입하였다. 이어 청년층의 실업 해소를 위하여 2006년에 다시 ‘최초채용계약(CPE : contrat première embauche)’이라는 또 하나의 새로운 근로계약 제도를 도입하려고 하였다. 그러나 이 두 제도는 고용의 불안정을 심화시킬 뿐이라는 비판을 받았고, 특히 최초채용계약은 학생들과 노동자들의 격렬한 시위에 직면하여 법률의 공포와 함께 폐지되는 운명을 맞이하였다. 이 두 계약의 구체적인 내용과 경과 과정에 대해서는 이미 다른 글에서 자세하게 다룬 바 있다.²⁴¹⁾

이 글에서는 이전의 글이 발표되고 난 다음에 발생한 사건들을 중심으

241) 박제성(2006), 『프랑스의 근로계약 법제 변화 : 신규채용계약(CNE)과 최초채용계약(CPE)』, 『노동정책연구』 2006년 2호, 한국노동연구원.

로 다루고자 한다. 한 연구에 의하면²⁴²⁾, 2005년 10월부터 2007년 3월까지 신규채용계약의 해지와 관련하여 노동법원에 접수된 소송은 모두 867건인 것으로 조사되었다. 이 사건들이 모두 같은 맥락에 놓여져 있는 것은 아니다. 그러나 이 중에서도 결정적인 지위를 차지하고 있는 것이 2006년 4월 28일 룡취모 노동법원의 판결 대상이 된 사건이다. 왜냐하면 이 사건은 신규채용계약의 존재 자체를 문제삼고 있기 때문이다. 이 사건은 항소심을 거쳐 파기원의 최종 판단을 기다리고 있다. 이하에서는 이 사건의 재판 과정을 쫓아가면서 무엇이 쟁점인지를 알아보기로 한다.

가. 2005년 10월 19일 콩세유데타의 판결

신규채용계약을 허용한 2005년 8월 2일 법에 대해서 노동조합은 이 법이 평등의 원칙을 정하고 있는 헌법과 해고에 관한 근로자의 권리를 정하고 있는 ILO 제158호 협약과 유럽사회헌장 및 관련 유럽지침을 위반하였다는 이유로, 콩세유데타(Conseil d'Etat)에 이 법의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

그러나 콩세유데타는 ILO 제158호 협약이 회원국에게 합리적인 기간을 정한 경우에는 소정의 근속연수를 채우지 못한 근로자에 대해서는 동 협약의 규정을 배제할 수 있는 가능성을 부여하고 있음을 지적하면서, 기간을 정하지 않는 계약으로 체결되는 신규채용계약이 예정하는 2년의 기간은 합리적인 기간으로 볼 수 있다는 이유로 신규채용계약법이 유효하다는 결정을 내렸다: “신규채용계약은 해고가 법원에서 다루어질 수 있음을 배제하지 않는다. 법원은 계약의 해지가 남용적 성격을 갖고 있지는 않은지, 징계 절차에 관한 규정들을 무시한 채 이루어진 것은 아닌지, 차별적 조치를 금지하고 있는 규정들을 위반하여 이루어진 것은 아닌지 여부를 심사할 수 있다. (...) 신규채용계약의 해지에 관한 규정들은 국제노동기구 제158호 협약 제8-1조, 제9조 및 제10조의 규정을 위반하지 않는다.”

제158호 협약 제8-1조는 “정당하지 아니한 방법으로 고용이 종료되었

242) Frédéric Guimard et Evelyne Serverin(2007), “Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal”, RDT, septembre 2007, p.502.

다고 생각하는 근로자는 당해 고용종료에 대하여 법원, 노동법원, 중재위원회 또는 중재인 등 중립기관에 제소할 수 있는 권리를 가진다”라고 규정하고 있다.

제9조는 위 제8조에서 언급한 기관들이 고용종료의 사유 및 사안과 관련한 기타 상황에 대한 조사권과 고용종료의 정당성에 대한 결정권을 갖는다고 규정하고 있다.

제10조는 위에서 언급한 기관들이 “당해 고용종료가 정당하지 아니하다고 인정한 경우 및 그 기관이 당해 고용종료를 무효인 것이라고 판정하거나 복직을 명령, 제안할 방법이 국내법률 및 국내관행에 따라 존재하지 아니하거나 권한이 없는 경우 적절한 보상의 지급을 명하거나 또는 기타 적절한 구제를 할 권한이 당해 기관에 부여되어야 한다”라고 규정하고 있다. (이상은 노동부에서 2000년에 펴낸 『ILO 주요협약집』에서 번역한 표현을 그대로 사용하였다. 이하에서도 같다. 다만, 명백한 오역의 경우에는 필자의 번역을 사용한다.)

나. 2006년 4월 28일 롱쥐모 노동법원의 판결

1) 사실관계

근로자 A는 기간제 근로계약 아래에서 일하고 있다가 그 기간이 종료할 무렵에 (기간제 근로계약이 종료함과 동시에 효력을 발휘하는) 신규채용계약을 체결하였다. 사용자는 신규채용계약이 발효한 후 한 달이 지나자마자 계약을 해지하였다. A는 노동법원에 신규채용계약은 기간제 근로계약의 제한 규정을 위반하여 체결된 것이므로 무효이고 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되었다고 주장하는 한편, 신규채용계약은 국제노동기구 제158호 협약에 반하여 무효이기 때문에 역시 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되었다고 주장하면서, 사용자의 일방적인 계약 해지는 정당한 이유 없는 해고로서 부당하다고 소송을 제기하였다.

2) 판시사항

롱쥐모(Longjumeau) 노동법원은 A의 주장을 모두 인정하였다.²⁴³⁾ 곧

첫째, 기간제 근로계약 도중에 신규채용계약을 체결한 것은 기간제 근로계약을 연장하려는 탈법적 의도에 의한 것이므로 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다고 인정하였다. 둘째, 신규채용계약은 국제노동기구 제158호 협약에 반하여 무효이기 때문에 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다고 인정하였다. 두 번째 내용을 좀 더 자세히 살펴보기로 하자.

첫째, 제158호 협약은 제4조에서 “근로자의 고용은 당해 근로자의 능력, 행태와 관련된 종료 또는 사업, 사업장, 업무에 대한 운영상의 필요에 근거한 종료에 대하여 정당한 이유가 없는 한 종료될 수 없다”라고 규정하고 있으며, 제9조에서는 “(법원은) 고용종료의 사유 및 사안과 관련한 기타 상황에 대한 조사권과 고용종료의 정당성에 대한 결정권을 갖는다”라고 규정하고 있는데, 신규채용계약은 (해고 이유의 서면 명시를 규정한) 노동법전 L. 122-14-2조의 적용을 배제함으로써 사용자가 해고 이유의 명시 없이 해고할 수 있도록 허용하고 있기 때문에 (해고 이유 및 해고의 정당성에 대한) 법원의 실질적인 심사권을 침해한다.

둘째, 협약 제7조는 “근로자의 고용은 근로자의 행위 또는 업무수행과 관련하여 당해 근로자가 자신에게 불리한 혐의에 대한 변호의 기회를 갖기 이전에는 종료될 수 없다”라고 규정하고 있는데, 신규채용계약은 (해고시 사전청문절차를 규정한) 노동법전 L. 122-14조의 적용을 배제함으로써 사용자가 아무런 사전 변호 기회를 부여하지 않고 해고할 수 있도록 허용하고 있다.

셋째, 협약 제2-2-b조는 “회원국은 다음에 속하는 근로자에 대하여는 이 협약 규정의 전부 또는 일부의 적용을 제외할 수 있다 : 사전에 결정된 적절한 기간 동안의 시용기간 중에 있거나 필요한 근속연수를 충족하지 못한 근로자”(노동부 『ILO 주요협약집』은 필요한 근속연수를 충족하지 못한 근로자를 “고용자격 취득기간 중에 있는 근로자”로 번역하고 있는데, 오역이다). 그러므로 신규채용계약에서 규정하고 있는 2년의 ‘고용강화기간’이 협약에서 요구하고 있는 “적절한 기간”인지 여부를 판단할

243) Emmanuel Dockès(2006), “Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud’hommes de Longjumeau”, Droit social, avril 2006, p.356.

필요가 있다. 프랑스보다 더 유연하고 경쟁적인 노동시장을 갖고 있는 영국에서도 최근 시용기간의 한도를 6개월에서 1년으로 연장한 점과 (근로자의 업무 적격성을 최종 판단하는 사용자가 합의한) 국내의 단체협약들이 대부분 시용기간을 1개월에서 6개월로 정하고 있는 점을 볼 때, 각 고용마다 고유한 상황과 조건에 조응하지 못하고 일률적으로 정해진 2년이 라는 기간은 적절하지 못하다.

넷째, 프랑스 헌법 제55조에 따르면, 비준된 국제협약은 법률보다 상위의 효력을 갖는다. 따라서 국제노동협약 제158조는 신규채용계약을 허용한 2005년 8월 2일 법보다 상위의 효력을 가지며, 제158호 협약을 위반한 2005년 8월 2일 법은 법적 효력을 상실한다.

요컨대, 신규채용계약은 유효하지 못한 텍스트에 근거한 계약으로서 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주되고 따라서 노동법전의 제 규정의 적용을 받는다.

사용자는 이에 파리 고등법원에 항소를 제기하였다.

다. 관할권 분쟁

2006년 7월 19일 에손느(Essonne) 군수는 이 사건에 대해서 민사법원의 관할권이 없음을 주장하는 이의신청을 제기하였다.²⁴⁴⁾ 관할권 분쟁이 발생하게 된 것은 신규채용계약을 도입한 2005년 8월 2일 법이 일종의 행정입법인 오르도낭스(ordonnance)²⁴⁵⁾였기 때문이다. 프랑스 헌법위원회와 콩세유데타의 일관된 입장에 따르면, 오르도낭스는 의회의 비준을 받기 전까지는 행정명령의 성격을 갖는다. 따라서 그 합법성 판단은 행정법원의 관할이 된다.

그러나 2006년 10월 20일 파리 고등법원은 에손느 군수가 제기한 관할권 위반 이의신청을 기각하였다.²⁴⁶⁾ 그 이유는 다음과 같다. 2005년 8월

244) 관할권을 둘러싼 논쟁의 흐름에 대해서는 Dominique Guirimand(2007), "Contrat nouvelles embauches : suite. A propos de la décision du Tribunal des conflits du 19 mars 2007", RDT, juin 2007, p.369.

245) 의회의 수권에 따라 정해진 범위 내에서 법률의 효력을 갖는 행정명령으로서 정해진 기간 안에 의회의 비준을 받지 못하면 효력을 상실한다.

2일 오르도낭스가 의회의 비준을 얻지 못한 상태여서 행정명령인 것은 맞지만, 그것이 국제협약에 합치하는지 여부를 (그 국제협약을 적용해야 할 의무가 있는) 민사법원이 심사하는 것은 권력분립의 원칙에 어긋나지 않는다.

이에 2006년 10월 31일 에손느 군수는 관할권에 관한 분쟁이 발생하였음을 이유로 관할분쟁법원에 제소하였다. 에손느 군수의 주장은 다음과 같다. 어떤 행정명령이 국내법률을 위반하는지 여부를 심사하는 것은 행정법원의 관할이지만(법률합치성 심사), 그 행정명령이 국제협약에 합치하는지 여부를 심사하는 것은 민사법원의 관할이라고(협약합치성 심사) 판단한 파리 고등법원의 결정은 관할권 배분에 관해서 관할분쟁법원이 1923년 6월 16일에 확립한 기본 원칙에 반하며 권력분립의 원칙에도 반한다.

이에 대해서 노동부 장관은 행정법원에 관할권이 있다는 입장을 표명하였다. 노동조합들은 반대로 민사법원에 관할권이 있다는 입장에 의견을 같이하였다. 노동조합의 의견은 크게 두 가지로 정리된다. 첫째, 법률적 효력을 갖는 문서의 국제협약 합치성 심사는 행정법원이나 민사법원이나 둘 다 관할권을 갖는 것이지, 둘 중의 어느 하나만 관할권을 배타적으로 갖는 것은 아니다. 둘째, 2005년 8월 2일 오르도낭스는 (신규채용계약의 존재를 전제한 뒤 그 이행과 관련된 제도들 및 그에 필요한 예산에 관한 내용을 규정한) 후속 법률들에 의하여 '묵시적으로' 비준되었기 때문에 더 이상 단순한 행정명령이 아니라 법률적 효력을 취득하였다.

2007년 3월 19일 관할분쟁법원(Tribunal des conflits)은 노동조합이 제기한 '묵시적 비준론'을 받아들여 민사법원의 관할이라고 결정하였다.²⁴⁷⁾ 곧, 이 사건의 항소심은 파리 고등법원이고 따라서 그 최종심은 파기원이라고 결정한 것이다.

관할 문제가 중요하게 제기된 것은, 콩세유데타가 이미 2005년 10월 19일에 신규채용계약이 ILO 제158호 협약에 합치된다고 인정한 바 있기 때

246) Pierre Lyon-Caen(2006), "Comment sauver le CNE?", Droit social, décembre 2006, p.1088.

247) François Dumont(2007), "Le CNE en perspectives", La Semaine Juridique - Social, 1370.

문이다. 곧, 이 사건이 민사법원의 관할이 아니라 행정법원의 관할로 인정되면 그 최종심이 콩세유데타가 되기 때문에 신규채용계약의 유효성을 담보할 수 있게 될 것이기 때문이다. 그러므로 에손느 군수는 신규채용계약의 유효성 심판을 콩세유데타가 최종적으로 판단해 줄 것을 기대하면서 관할권 문제를 제기한 것이다. 물론 관할분쟁법원이 민사법원의 관할로 결정했다고 해서 파기원이 반드시 파리 고등법원의 결정을 인용할 것이라는 보장은 없다. 파기원이 콩세유데타와 같은 입장을 취할 가능성도 완전히 배제할 수는 없다. 하지만 신규채용계약을 보존하고자 하는 입장에서 보면, 100%의 보장이 50%로 줄어든 만큼 신규채용계약의 미래가 불안해진 것이다.

라. 2007년 7월 6일 파리 고등법원의 판결

2006년 4월 28일 롱쥐모 노동법원 판결에 대한 항소심 판결은 관할분쟁법원이 파리 고등법원의 관할권을 인정하는 결정을 내리고 난 다음인 2007년 7월 6일에야 나오게 되었다.²⁴⁸⁾

파리 고등법원은 먼저 신규채용계약이 기간제 근로계약의 제한 규정을 위반하였기 때문에 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되었다는 주장을 배척하였다. 이렇게 하여 신규채용계약이 국제노동협약에 위반하는지 여부만을 심사함으로써 신규채용계약을 둘러싼 논점을 보다 명확히 한 셈이다.

파리 고등법원에 따르면 신규채용계약은 국제노동기구 제158호 협약의 세 조항에 반한다. 첫째, 제4조에 반한다. 제4조에 따르면, 근로자는 유효한 동기 없이 해고될 수 없다. 둘째, 제7조에 반한다. 제7조에 따르면, 근로자는 사전에 항변할 수 있는 절차를 거치지 않고는 해고될 수 없다. 셋째, 제9조에 반한다. 제9조에 따르면, 판사는 해고의 정당성을 판단하기 위하여 해고의 이유를 심사할 수 있어야 한다.

248) Patrick Morvan(2007), "Une période de consolidation de 2 ans n'est pas conforme aux exigences de la convention OIT n° 158. A propos de CA Paris, 6 juill. 2007", La Semaine Juridique - Social, 1565.

그러나 한편, 조약 제2조는 시용기간 중에 있는 근로자나 필요한 근속 연수를 충족하지 못한 근로자는 (이러한 기간이 사전에 정해지고 합리적인 기간으로 되어 있다는 조건으로) 위 세 조항의 적용으로부터 제외될 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 신규채용계약에서 정하고 있는 2년의 기간이 제2조에서 규정하고 있는 바의 (해고에 관한 규정을 배제하기 위한) “합리적인 기간”에 해당되는지 여부를 판단할 필요가 있다. 파리 고등법원은 여기서 비례성 심사를 하였다. 곧 신규채용계약을 통해서 달성하고자 하는 목적이 정당한가, 그리고 그 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 비례적인가를 물은 것이다. 먼저 목적과 관련해서, 파리 고등법원은 근로자파견이나 기간제 근로계약 대신 장기간 지속되는 고용을 촉진하고자 하는 것은 정당한 목적을 구성한다고 인정하였다. 그러나 그러한 목적에 도달하기 위하여 사용한 수단은 과도하였다고 판단하였다. 곧, 근로자는 2년 동안 해고와 관련하여 자신의 권리의 핵심적인 부분을 박탈당하게 되는데, 이는 관례에 의하여 도출되고 법률에 의하여 인정되는 노동법의 기본 원칙들에 반하는 것이라고 결론지었다.

결국 파리 고등법원은 룡쥐모 노동법원과 거의 동일한 입장을 취한 것이다. 곧, 신규채용계약은 국제노동협약을 위반하여 효력이 없는 법에 근거한 계약으로서 무효이고 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다는 것이다.

마. 유사한 판결

룡쥐모 노동법원과 파리 고등법원의 입장은 고립된 것이 아니다. 예컨대, 2006년 11월 9일의 뤼네빌(Lunéville) 노동법원 판결이나 2006년 12월 22일의 디종(Dijon) 노동법원 판결도 같은 입장을 취하였다. 곧, 신규채용계약은 국제노동기구 제158호 조약에 반하며, 신규채용계약은 유효하지 아니한 규정에 근거하여 체결된 것으로서 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다고 한 것이다.²⁴⁹⁾

249) Frédéric Guiomard et Evelyne Serverin, op. cit., p.505.

바. 법적 안정성 문제

파기원의 최종 판결이 남아 있기 때문에 사건의 결론을 선불리 내리기에 이르다. 그러나 이 사건이 상징적으로 보여주는 것은 신규채용계약이 내포하고 있는 ‘법적 위험성’이 생각보다 크다는 점이다. 다시 말하면, 2년 안에는 자유롭게 해고할 수 있도록 법이 규정하고 있다고 해서 사용자가 법적 분쟁으로부터 완전히 자유로운 상태에서 해고할 수 있는 것은 아니라는 당연한 사실을 이 사건은 보여주고 있다. 그리고 그 분쟁의 대가 – 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주 – 는 그리 가볍지 않다는 점도 보여주고 있다.

신규채용계약을 둘러싼 분쟁이 확산될수록 신규채용계약을 체결하는 경우가 줄어들고 있는 현상은, 사용자들이 신규채용계약에서 법적 안정감을 느끼지 못하고 있다는 것을 반증한다. 이는 사용자들이 근로자를 신규로 채용할 때 신규채용계약보다는 오히려 기간의 정함이 없는 근로계약을 더 선호한다는 사실에서도 드러난다.²⁵⁰⁾ 이러한 언급은 통계에 의해서도 뒷받침되고 있다.

프랑스 노동부의 노동통계조사연구기관인 DARES에서 펴낸 자료에 의하면, 신규채용계약을 통하여 근로자를 새로 채용한 사용자들에게 “신규채용계약이 없었더라면 어떻게 했을 것이냐?”를 물었더니, 다른 형식의 계약을 통하여 채용했을 것이라고 응답한 사용자는 2005년 10월의 69%에서 2006년 5월에는 73%로 증가했으며, 아무도 채용하지 않았을 것이라고 응답한 사용자는 2005년 10월의 9%에서 2006년 5월의 8%로 줄어든 것으로 나타났다.²⁵¹⁾

프랑스의 사회보장기관인 AcoSS는 보다 최근의 추세를 보여주는 자료를 제공하고 있다. AcoSS가 2007년 10월에 발표한 통계자료에 의하면,²⁵²⁾

250) 2007년 10월 12일 리옹(Lyon) 노동법원 부의장인 베르나르 오지에(Bernard Augier) 씨와의 면담에서 들은 말이다.

251) DARES(2007), "Le contrat nouvelles embauches un an après", Premières synthèses Premières informations, mars 2007, n° 09-1.

252) AcoSS(2007), "Les intentions d'embauche hors intérim au troisième trimestre 2007", AcoSS stat n° 56, Octobre 2007.

2007년 3/4분기 동안 신규채용계약 체결 현황은 모두 8만 8천 건으로 2006년 3/4분기와 비교할 때 17.3%가 줄어든 것으로 나타났다. 이는 전체 신규 채용 중에서 신규채용계약이 차지하는 비율이 1.7%에 지나지 않으며, 신규채용계약이 허용되는 20인 이하의 중소기업만 놓고 보더라도 4.6%에 지나지 않음을 의미한다. 한편, 이 기간 동안 무기계약(CDI)의 체결 건수는 2006년도 같은 기간에 비해 12.9% 증가한 것으로 나타났다.

이는 굉장히 역설적인 상황이다. 왜냐하면 신규채용계약을 도입하게 된 중요한 이유 중의 하나가 사용자가 신규 채용을 할 때 느끼는 (마음대로 해고를 하다가는 비정규직이 정규직으로 간주되는 결과를 초래할 수 있다는) 법적 불안정성을 제거함으로써 고용을 창출하는 데 기여한다는 것이었기 때문이다.

사. 결론

신규채용계약에 대한 법원의 단죄에 대해서는 서로 다른 관점에서의 분석이 가능하다. 한편에서는 근로자가 사용자의 해고로부터 스스로를 방어할 수 있는 권리의 가치를 재확인한 것이라는 평가가 가능하다. 다른 관점에서는 기업의 신규 채용 의지를 꺾어 결국 일자리를 갖지 못한 근로자의 미래를 더욱 힘들게 할 것이라는 비판도 가능하다. 프랑스 법원의 태도는 우리에게 무엇을 시사하는가? 그것은 노동시장의 요청에 따라 새로운 입법적 변화를 피하더라도 국내외적으로 승인된 노동법의 기본 원칙을 존중하지 않으면 안 된다는 것이다.

제3절 일본의 과도적 근로관계

1. 일본적 고용관행과 과도적 고용관계의 법

과도적 고용관계는 과도적이라는 수식어로부터도 알 수 있듯이 확정적인 고용관계에 이르는 과정을 의미하며, 확정적 고용관계의 형성을 목적으로 존재한다. 따라서 과도적 고용관계와 확정적 고용관계는 법적으로 밀접한 연관을 가지게 될 가능성이 크며, 이러한 가능성은 또한 확정적 고용관계에서 형성된 고용관행과 법규범이 과도적 고용관계에도 영향을 미칠 가능성을 내포할 수 있다.

이러한 가능성의 내포가 현실화되어 있는 고용시스템을 가지고 있는 나라가 바로 일본이라 할 것이다. 이하에서 과도적 고용관계의 법리에 대한 구체적인 검토로부터 알 수 있을 것이지만, 결론적으로 말하면 일본의 확정적 고용관계의 관행 중의 하나인 종신고용(장기고용)의 관행은 과도적인 고용관계의 형성과 그 법리의 형성에 결정적인 영향을 미쳤다고 할 수 있을 것이다²⁵³⁾. 1950년대의 철도를 비롯한 공기업의 잉여인원에 대한 정리해고를 둘러싼 일련의 대규모 쟁의와 1960년대의 석탄산업합리화에 따른 인원정리를 둘러싼 三井三池쟁의를 거치면서 고용 유지의 중요성에 대한 인식이 노사간에 국한되지 않고 사회적으로 널리 확산되는 과정을 통해서 확립된 종신고용의 관행은 이후 사회적 가치규범으로 정착하게 되고 결국에는 재판규범²⁵⁴⁾으로 확립되게 되었다²⁵⁵⁾. 이러한 종신고용 관행의 강력한 영향하에서 형성된 과도적 고용관계의 법리 중의 하나가 바로 채용내정과 시용의 법리라고 할 수 있을 것이다.

다음으로 종신고용의 관행과 더불어 채용내정과 시용의 법리의 형성에

253) 일본형 고용관행으로는 종신고용, 연공서열, 기업별노조를 들고 있다.

254) 종신고용의 사회적 규범성은 정리해고, 배치전환, 취업규칙의 불이익 변경의 효력을 다루는 재판례에서 중요한 판단의 근거 중의 하나가 되고 있다.

255) 野村正實(2007), 『日本の雇用慣行』, ミネルヴァ書房, p.109.

깊은 영향을 미친 것으로서 『신규졸업자 정기채용』의 관행을 들 수 있다. 이러한 관행은 1950년대의 경제부흥기에 들어서면서 기업들이 정규직 근로자의 대부분을 신규졸업자를 일정한 시기에만 일괄적으로 채용하면서 정착되기 시작하였다. 그런데 경제부흥기와 고도성장기의 인력난 속에서 기업들 간에 우수한 신규졸업자(특히 대졸자)를 확보하려는 경쟁이 격화되면서 신규졸업 대상자를 대상으로 5,6월에 채용을 내정하는 일이 빈번하게 발생하게 되었다²⁵⁶⁾. 이러한 입도선매식의 채용내정 때문에 학사일정상 지장이 초래되고 졸업대상자들의 충분한 선택기회가 제한되는 폐단이 발생하게 되자, 기업단체, 정부 당국(문부성 및 노동부), 대학 당국간에 채용시기에 관한 물을 정하기 위한 취업협정이 1952년부터 체결되기에 이르렀다. 그러나 이후 기업들의 위반행위가 빈번히 발생하게 되면서 취업협정은 수차례의 파기와 협정의 부활을 반복하다가, 1997년부터는 일본경제단체연합회의 자체적인 윤리헌장²⁵⁷⁾이 신규졸업자를 대상으로 하는 기업들의 채용방식을 규정하기에 이르고 있다. 하지만 이러한 윤리헌장이 채택된 이후에도 기업들은 윤리헌장상의 채용내정의 시기에 관한 제한을 피하기 위해서 윤리헌장상의 시기 이전에 채용내정을 약속하는, 이른바 채용내내정을 공공연히 행하고 있다.

이와 같은 신규졸업자를 대상으로 하는 일괄채용과 채용내정의 관행은 1991년부터 시작된 장기간의 경제불황하의 심각한 취업난 속에서도 별다른 변화 없이 지속되었고, 현재에도 유지되고 있다. 이러한 것은 후생노동성의 2004년도 고용관리조사에서도 확연히 드러나고 있는데, 동 조사에 따르면 종업원수 300인 이상 1,000명 이하의 기업의 약 64%가 신규채용시에 채용내정을 하고 있으며, 이 비율은 종업원수가 많은 기업일수록 더 높아져 종업원수 5,000명 이상인 기업의 경우 약 94%가 채용내정을 하고 있는 것으로 나타났다. 또한 채용내정의 시기를 보면 6월이라고 한 기업이 약 21%, 5월이라고 한 기업이 18.1%, 7월이라고 한 기업이 12.7%로 상당

256) 尾崎盛光(1977), 『日本就職史』, 文藝春秋, p.30 이하.

257) 『2007년도 신규졸업자의 채용선고에 관한 기업의 윤리헌장』에는 학교의 학사일정을 존중할 것, 졸업학년에 달하지 않은 학생에 대해서는 선고활동을 하지 말 것, 정식 채용내정은 10월 1일 이후에 할 것 등을 담고 있다.

수의 기업이 여름 방학 전에 채용내정을 하는 것으로 나타나고 있는데, 기업규모가 클수록 채용내정의 시기도 빨라져서 종업원수 5,000명 이상 기업의 약 60%가 5월에 채용내정을 하고 있는 것으로 나타나고 있다.

시용도 또한 상기와 같은 종신고용관행과 채용관행하에서 신규졸업자의 본채용에 앞서 관행적으로 설정되어 왔는데, 노동정책연구·연수기구의 2005년도의 조사²⁵⁸⁾에 의하면 조사대상 기업 중 79.1%가 정규직 신규채용자를 대상으로 시용기간을 설정하고 있었고, 그 기간을 보면 3개월 정도가 약 70%로 제일 많고 6개월 정도가 약 12%로 뒤를 잇고 있다.

그러나 이러한 상황에서도 과도적 고용관계의 법에 일정의 변화를 추동하는 요인으로 청년층의 고용문제가 등장하게 되었다. 청년층의 고용문제로서는 먼저 1990년대 초반 이후의 장기불황을 겪으면서 15세 이상 24세 미만의 청년층의 실업률이 급격히 증가한 것을 들 수 있다. 청년층의 실업률은 1990년대 초반부터 꾸준히 증가하여 2003년에는 10.1%에까지 상승하였으나, 그 뒤로는 감소세로 돌아서 2007년 9월 현재 남자 7.6%, 여자 9.6%로 집계되고 있다. 이러한 청년층의 실업률은 전 연령대의 실업률보다 전체적으로 2배 정도 높게 나타나고 있다(2007년 9월 현재 전 연령대의 실업률은 남자 4.0%, 여자 4.1%로 집계되고 있다). 다음으로 10여 년간의 장기 불황의 여파로 정규직에 취업하지 못한 불안정취업층이 급격히 증가한 것도 청년층 고용문제의 현안으로 등장하였다. 이른바 후리타²⁵⁹⁾라고 불리는 이들 집단은 1982년 최초로 집계했을 당시에 52만 명에 그쳤으나 1990년대 중반 급격히 증가하여 2003년에 217만 명으로 최정점에 이르렀고, 최근 3년 동안은 2004년 214만 명, 2005년 201만 명, 2006년 187만 명으로 감소세를 보이고 있다²⁶⁰⁾. 일본 정부는 청년층의 고

258) 淺尾裕의(2005), 『従業員關係の枠組みと採用・退職に關する實態調査—労働契約をめぐる實態に關する調査(Ⅰ)』, 労働政策研究・研修機構, p.46 이하.

259) 후리타란 일본식 조어인 free Arbeiter의 줄임말로써 후생노동성이 2002년부터 새롭게 적용하고 있는 정의에 따르면 연령이 15세부터 34세까지의 졸업자(여성의 경우에는 미혼자) 중 근무지에서의 호칭이 아르바이트·파트타임인 고용자, 완전실업자 중 아르바이트·파트타임의 직업형태를 구직하고 있는 무직자, 비노동력인구 중 아르바이트·파트타임의 직업형태를 희망하는 자가 후리타로 정의된다(平成17年度『労働經濟の分析』, p.154).

260) 平成19年度『労働百書』, p.120.

용을 촉진하기 위해 사용자가 고용보장의 부담 없이 일단 시험적으로 이들을 취로하게 하면서 이들의 직업적 능력을 판단한 뒤 정규직으로 채용할 것인가를 결정할 수 있도록 하는 한편, 청년층 근로자들은 일단 취로하여 자신의 적성과의 적합 여부를 판단한 뒤 정식 취업을 결정할 수 있도록 하는 새로운 제도를 도입·활용하게 되었는데 이것이 소개예정과견제와 시행고용제이다.

이하에서는 이상과 같은 과도적 고용관계의 중요한 장면들, 즉 채용내정, 시용, 소개예정과견제, 시행고용계약에 대해 채용의 자유와 고용의 보장 측면에서 살펴보고, 이에 대한 평가와 우리 법제에 대한 시사점을 도출해 보는 것으로 한다.

2. 채용내정

가. 채용내정의 법률 문제

1950년대 면방직불황 및 금융긴축정책에 직면한 기업들이 대량으로 신규졸업자들에 대한 채용내정을 취소하거나 연기하는 상황이 발생하자, 채용내정의 법률문제, 특히 그 법적 성질에 관한 논의가 학계에서부터 시작되었다. 논의의 초창기에는 채용내정에 의한 고용계약의 성립을 부정하는 근로계약체결과정설²⁶¹⁾ 및 예약설²⁶²⁾이 등장하였다. 그러나 이 두 설은 모두 주장자들이 그 후의 논쟁 과정에서 견해를 변경하였기 때문에²⁶³⁾ 채용내정의 법적 문제에 관한 논의의 시발점이 되었다는 점과 채

261) 근로계약체결과정설은 “특별한 사정이 없는 한 내정으로부터 본채용까지의 일련의 절차 전체가 근로계약체결의 과정”이라고 하여 채용내정이 어떠한 법적 효력을 가져오는 것은 아니라고 한다(有泉亨(1963), 『勞働基準法』, 有斐閣, pp.94~95).

262) 예약설에 의하면, 채용내정의 법적 관계는 특별한 사정이 존재하지 않는 한 졸업의 불가능을 해제조건으로 하여 졸업 뒤 근로계약을 체결할 것을 예약한 것이라고 이해해야 한다고 한다(後藤清(1964), 『採用内定者の法的地位』, 『季刊勞働法』 제53호, pp.138~140).

263) 有泉 교수는 정지조건부 근로계약설로 견해를 변경하였고(有泉亨(1965), 『勞働契約-就職から退職まで』, 日本勞働協會, p.24), 後藤 교수는 해제조건부 효력시

용내정의 법적 성질을 둘러싼 초기의 분쟁에서 사용자측의 논리로 종종 채용되었다는 점²⁶⁴⁾을 제외하고는 학설사에서 큰 의미를 남기지는 못하고 소멸하였다. 이후 1970년대에 접어들면서 채용내정의 취소의 효력을 판단한 하급심 판례들이 점차 증가하고, 대다수의 판례들이 채용내정에 의해서 근로계약이 성립한다고 하는 근로계약성립설을 채용하게 되면서 동설이 학설과 판례의 주류를 이루게 되었다.

이하에서는 먼저 통설적 지위에 있는 근로계약성립설을 살펴보고, 다음으로 채용내정의 취소의 효력에 관한 논의를 살펴보기로 한다.

나. 근로계약성립설

1) 의의

근로계약성립설은 응시자의 채용시험 응시를 고용계약 청약의 의사표시로, 기업의 채용내정 통지를 고용계약 승낙의 의사표시로 보아 채용내정에 의해서 근로계약이 성립한다고 하는 법적 구성을 취한다. 동설은 상기의 근로계약체결과정설과 예약설에 대해서, 채용내정의 양 당사자의 의식과 채용내정부터 입사에 이르는 과정의 실태 등으로부터 볼 때 채용내정관계는 고용계약관계로 보는 것이 타당하며²⁶⁵⁾, 내정자의 지위를 안정화시키기 위해서는 채용내정의 취소를 해고와 동일한 것으로 취급하여 해고권제한의 법리를 적용해야 한다²⁶⁶⁾고 비판하고 있다. 동설은 발표 이

기부 근로계약설로 견해를 변경하였다(後藤清(1972), 『採用内定についての再論』, 『季刊労働法』 제83호, pp.60~62).

264) 특히 예약설은 채용내정의 취소의 효력을 둘러싼 분쟁에서 채용내정에 의해서 근로계약이 성립하지 않는다는 사용자측의 주된 논거로 종종 등장하였다(森尾電氣사건, 東京地裁, 1970.11.30 판결, 『判例タイムズ』 제255호, p.137; 電々公社(가처분)사건, 大阪地裁, 1971.8.16 결정, 『判例タイムズ』 제266호, p.143; 大日本印刷사건, 天津地裁, 1972.3.29 판결, 『判例タイムズ』 제275호, p.182; 日立製作所사건, 横浜地裁, 1974.6.19 판결, 『判例タイムズ』 제311호, p.109; 電々公社(本案)사건, 大阪地裁, 1977.4.21 판결, 『判例時報』 제852호, p.112 등).

265) 淺井清信(1971), 『採用内定と試用をめぐる法律問題』, 『龍谷法學』 제3권 3·4호, p.1.

266) 本多淳亮(1969), 『労働契約における採用内定と取消の法理』, 『企業法研究』 제166집, p.8.

후 곧 학계의 통설로 자리잡게 되었으며 이후의 판례의 형성에도 결정적 영향을 미쳤다.

그런데 채용내정에 의해서 고용계약이 성립한다고 하여도 채용내정의 시점과 실제로 노무가 제공되는 시점과의 사이에는 상당한 시간적 간격이 존재하고, 내정기간 동안 고용관계의 기본적인 권리의무 관계가 존재하지 않는 것으로부터 채용내정에 의해서 성립하는 고용계약을 어떻게 이해할 것인가라는 문제가 발생한다. 이를 둘러싸고 근로계약성립설 내에서도 정지조건부 근로계약설²⁶⁷⁾, 해제조건부 근로계약설²⁶⁸⁾, 해약권유보부 근로계약설이 주장되었으나, 최고재판소 판결이 해약권유보부 근로계약설을 채택한 이후로는 해약권유보부 근로계약설이 채용내정의 법적 성질에 관한 판례의 확고한 입장이 되었다.

2) 해약권유보부 근로계약설

해약권유보부 근로계약설은 채용내정에 의해서 근로계약이 성립하지만, 졸업의 불가능 등을 이유로 하는 해약권이 유보되어 있다고 하는 법적 구성을 취하고 있다²⁶⁹⁾. 그런데 동설은 다시 근로계약의 효력발생시기를 둘러싸고, 취로의 의무는 내정자의 졸업 후 일정 시기(입사일 등)에 발생하나 근로계약의 효력은 채용내정에 의해서 근로계약이 성립한 시점에서 발생한다고 하는 취로시기부 근로계약설²⁷⁰⁾과 내정시에 근로계약은

267) 정지조건부 근로계약설은 채용내정에 의해서 근로계약은 성립하지만, 졸업, 입사 등과 같은 조건이 성취될 때까지 근로계약의 효력은 발생하지 않는다고 한다. 동설은 1960년 후반 外尾健一 교수와 本多淳亮 교수가 주장한 것이나 이후 두 교수는 견해를 변경하였다.

268) 해제조건부 근로계약설은 채용내정에 의해서 졸업을 하지 못하는 것 등을 해제조건으로 하는 근로계약이 성립한다고 한다(森尾電氣사건 東京高裁 판결). 동설은 다시 입사일 전까지는 원칙적으로 취로의 의무를 지지 않지만, 근로계약상의 의무는 일정 정도 쌍방에게 발생한다는 취로시기부 근로계약설(三島宗彦(1971), 『採用内定者の法的地位』, 『法律時報』 제508호, p.136 ; 電々公社(가처분)사건, 大阪地裁, 1971.8.16 결정, 『判例タイムズ』 제266호, p.143)과 근로계약은 성립하지만 근로계약의 효과는 졸업 후의 특정일에 발생한다고 하는 효력시기부 근로계약설(外尾健一(1969), 『採用内定の法理』, 『季刊勞働法』 제71호, p.24)로 나뉘어진다.

269) 宮島尙史(1966), 『採用取消-人の合理化』, 『季刊勞働法』 제59호, p.144. 宮島 교수는 동 문헌에서 해약권유보부 취로시기부 근로계약설을 주장하였다.

성립하지만 그 효력은 졸업 후 일정 시기(입사일 등)에 취로하기 시작한 시점까지는 발생하지 않는다는 효력시기부 계약설²⁷¹⁾로 다시 나뉘어지고 있다.

취로시기부 근로계약설은 효력시기부 근로계약설에 대해서, 근로계약이 낙성계약이라는 측면에서 볼 때 근로계약의 발효를 위해서 취로라고 하는 사실행위 또는 언제라도 취로할 수 있는 상태의 존재는 반드시 필요한 것은 아니라는 점, 채용내정 기간의 실태에 있어서도 내정기간 중 입사 교육을 비롯하여 취로를 위한 준비성격의 명령, 복종의 관계가 존재하고 있다는 점 등을 들어 효력시기부 근로계약설로는 이러한 관계를 정합적으로 설명할 수 없으며 시기를 효력시기로 해석하는 경우 내정자의 법적 지위를 약화시킬 우려가 있다고 비판한다²⁷²⁾. 이에 대해 효력시기부 근로계약설은, 취로시기부 근로계약설에 따르면 노무급부의 이행기가 도래하지 않았다는 점을 빼고는 일반의 근로관계와 채용내정 중의 관계는 동일하게 되는데, 이는 채용내정의 실태 및 근로계약의 양 당사자의 의사에도 적합하지 않으며, 이러한 해석은 내정자의 의무를 부당하게 확대시킬 우려가 존재가 존재한다고 비판하면서²⁷³⁾ 내정기간 중의 입사간담회 출석, 건강진단의 수진 등은 입사를 위한 준비행위로서 채용내정자가 각각 임의로 응했다고 볼 수가 있고, 근로계약상의 의무로 구성하지 않으면 안 되는 것은 아니기 때문에 사안에 따라서는 효력발생시기부 근로계약설을 채용한다 해도 이론상의 난점은 없다고 반론한다²⁷⁴⁾.

판례도 역시 양설로 나뉘어져 현재에 이르기까지도 어느 한 설로 정리되고 있지 않다. 즉, 최고재판소의 판결 중 大日本印刷사건의 最高裁 판결²⁷⁵⁾이 취로시기부 근로계약설을, 電電公社사건의 最高裁 판결²⁷⁶⁾이 효

270) 宮島尙史, 위의 글, p.148.

271) 淺井清信, 앞의 주 265), p.7; 秋田成就(1974), 『電々公社(가처분)事件控訴審判決—新判例評釋』, 『判例タイムズ』 제308호, p.80.

272) 渡辺章(1977), 『大日本印刷事件控訴審判決—新判例評釋』, 『判例タイムズ』 제346호, p.115; 萬井隆令(1980), 『採用内定の法的性格と内定取消』, 『日本労働法學會誌』 제55호, p.110.

273) 毛塚勝利(1986), 『採用内定・試用關係』, 日本労働法學會編, 『労働契約・就業規則』, 現代労働法講座 제10권, 總合労働研究所, pp.88~89.

274) 時岡泰(1982), 『最高裁判例解説』, 『法曹時報』 제34권 2호, p.542.

력시기부 근로계약설을 취하고 있다²⁷⁷⁾. 이렇게 일본의 최고재판소가 1년의 시간차를 두고 각각 다른 해석을 내린 이유에 대해서는 후자의 판결이 그 이유를 명확히 밝히고 있지 않기 때문에 소상히 알 수 없으나, 동 사건에 있어서 최고재판소 조사관이었던 時岡泰 판사가 동 판결에 대해 집필한 판례 해설에 의하면, “大日本印刷사건에 있어서는 근로계약의 효력발생의 시기가 명확히 되어 있지 않았지만, 본건에서는 채용통지에 있어서 원고를 昭和 45년(1970년) 4월 1일부로 채용한다는 것이 명확히 되어 있기 때문에 해약권유보부 효력시기부 근로계약설을 채용했다고 생각된다”²⁷⁸⁾라고 하고 있는 것을 볼 때 양 판례에 있어서의 구체적인 사안의 차이, 즉 시기가 명확히 확정되었는가의 여부가 판결의 결론을 달리하게 한 이유가 되었다는 것을 알 수 있을 것이다.

다. 채용내내정의 법적 성질

채용내내정의 법적 성질에 대해서는 채용내내정에 있어서의 양 당사자의 의사가 확정적이지 않다는 것을 근거로 하여 특별한 사정이 없는 한 채용내내정은 법적인 효력이 없다는 견해²⁷⁹⁾와 채용내내정도 기업의 채

275) 最高裁第二小法廷, 1979.7.20, 『判例タイムズ』 제399호, p.32.

276) 最高裁第二小法廷, 1980.5.30, 『判例タイムズ』 제417호, p.72.

277) 하급심 판례 중에 효력시기부 계약설을 취한 판결례로서는 電々公社(가치분)사건, 大阪高裁결정, 앞의 주 268); 日本電信電話公社(가치분)사건, 大阪地裁, 1974.11.2 결정, 『判例時報』 제760호, p.100; 桑畑電機사건, 大阪地裁, 1976.7.10 결정, 『労働關係民事裁判例集』 제27권 3·4호, p.313; 電々公社(본소)사건, 大阪地裁, 1976.4.21 판결, 『判例時報』 제852호, p.112; 八州(旧八州測量)사건, 東京高裁, 1983.12.19 판결, 『判例タイムズ』 제521호, p.241; 宣伝會議사건, 東京地裁, 2005.1.28 판결, 『労働判例』 제890호, p.5가 있고, 취로시기부 계약설을 취한 판례로서는 大日本印刷사건, 大阪高裁, 1975.10.4 판결, 『判例タイムズ』 제340호, p.132; 인포믹스사건, 東京地裁, 1997.10.31 결정, 『判例タイムズ』 제964호, p.150가 있다.

278) 時岡泰, 『最高裁判例解説』, 앞의 주 274), p.541.

279) 下井隆史(2001), 『労働基準法(第3版)』, 有斐閣, p.89; 安西愈(1990), 『採用内定の法理の再検討』, 『季刊労働法』 제155호, p.129; 宮本光雄(1991), 『採用内定の法的判断—内々定・複数内定を中心に—』, 『季刊労働法』 제159호, p.51; 菅野和夫(2005), 『労働法第7版』, 弘文堂, p.125.

용의 의사를 전달하고 있는 한 채용내정과 결과적으로 동일하다고 하여 채용내정과 동일한 법적 효력을 인정하는 견해²⁸⁰⁾로 나뉘고 있다. 판례는 전자의 견해를 취하여 정식의 채용내정 이전에 행해진 채용예정의 (구두 혹은 간단한 서면에 의한) 통지는 채용내내정에 해당하고 “채용내내정의 단계에서는 회사가 확정적인 채용의 의사표시(취업희망자의 청약에 대한 승낙의 의사표시)를 했다고 해석할 수 없고, 따라서 회사와 내내정자와의 사이에는 근로계약의 예약이나 해약권이 유보된 근로계약 기타 어떠한 법적 효과가 있는 합의도 성립했다고 인정할 수 없다”고 판단하고 있다²⁸¹⁾.

라. 채용내정 취소의 효력

1) 일반적 기준

채용내정의 취소, 즉 해약권의 행사의 효력에 대해서 大日本印刷사건 最高裁 판결은 “채용내정의 취소사유는, 채용내정 당시 알 수 없거나, 또는 알았을 것을 기대할 수 없는 사실이어야 하고, 이러한 사유를 이유로 채용내정을 취소하는 것은 해약권 유보의 취지, 목적에 비추어서 객관적으로 합리적이라고 인정되며 사회통념상 상당하다고 시인될 수 있는 경우에 한한다”고 하여 채용내정의 취소의 효력에 관한 일반적 판단기준을 확립하였다²⁸²⁾. 이에 따르면 채용내정서나 서약서 등에 채용내정의 취소 사유를 명기하였더라도 당해 채용내정의 취소 사유가 객관적으로 합리적이라고 인정되지 않으면 채용내용의 취소는 무효가 된다. 다른 한편, 채

280) 萬井隆令(1997), 『勞働契約締結の法理』, 有斐閣, pp.189~190; 林和彦(1991), 『入社前・後研修の法的問題』, 『季刊勞働法』 제159호, p.47.

281) 新日本製鐵사건, 東京高裁, 2004.1.22 판결, 『勞働經濟判例速報』 제1876호, p.24; B金融公庫사건, 東京地裁, 2003.6.20 판결, 『勞働法律』 제854호, p.5.

282) 학설 중에는 채용내정의 취소가 해약권의 행사라고는 하여도 일단 성립한 고용계약의 해약이고, 해약권남용의 판단기준이 통상의 해고에 관한 해고권남용의 법리의 일반적 판단기준과도 상당히 유사하기 때문에, 특별히 해약권남용의 법리를 구성할 필요 없이 해고권남용의 법리에 따라 판단해야 한다는 견해도 존재한다(萬井隆令, 『勞働契約締結の法理』, 앞의 주 280), p.196; 毛塚勝利, 『採用内定・試用關係』, 앞의 주 273), p.92).

용내정서나 서약서 등에 채용내정의 취소 사유를 명기했지만 사용자가 명기된 사유 이외의 사유로 채용내정을 취소한 경우가 문제가 되는데, 이에 대해서 電電公社사건 最高裁 판결은 “당해 고용계약에 있어서는 상고인이 재차(再度)의 건강진단에서 이상이 있었던 경우 또는 서약서 등을 소정의 기일까지 제출하지 않은 경우에는 채용을 취소할 수 있다고 하고 있지만, 피상고인에 의한 해약권의 유보는 이와 같은 경우에 한정되는 것은 아니고, …… 객관적으로 합리적이라고 인정되고 사회통념상 상당하다고 시인될 수 있는 경우도 포함한다고 해석하는 것이 상당하다”고 하여 채용내정의 취소사유를 폭넓게 해석하였다. 그러나 학설 중에는 이를 한정적 열거로 해석해야 한다는 견해도 적지 않다²⁸³⁾.

다음으로 채용내정의 취소 사유의 존재시기에 관해서 보면, 상기의 大日本印刷사건 最高裁 판결은 “채용내정의 취소사유는 채용내정 당시에 알 수 없거나, 또는 알았을 것을 기대할 수 없는 사실”이라고 하여 적어도 사용자가 채용내정 당시 알고 있던 사유를 들어 채용내정을 취소할 수 없음을 명확히 하고 있다. 그러나 취소의 사유를 후발적 사유로 한정하고 있지 않기 때문에 내정 이전에 존재했던 사유라도 사정에 따라서는 채용내정의 사유가 될 수 있는 가능성을 열어 두고 있다. 이에 대해서는 학설 중에는 내정 당시에 이미 존재하고 있었고 신중한 조사 내지는 검사를 했더라면 알 수 있었을 사실의 경우, 이러한 사유를 이유로 하는 채용내정의 취소는 신의칙에 반하여 무효라고 해석하는 견해가 있다²⁸⁴⁾.

2) 채용내정 취소의 구체적 사유

판례는 채용내정의 취소의 유효성에 관해서 대체적으로 엄격하게 판단하고 있다고 평가되는데²⁸⁵⁾, 판례가 채용내정의 유효성을 인정한 사례로는 내정자가 좌익단체의 지도적 지위에 있는 인물로서 채용내정 기간에

283) 中窪裕也(2003), 『勞働契約締結過程』, 『注釋勞働基準法(上卷)』, 東京大學勞働法研究會編, 有斐閣, p.212; 판례로서는 大日本印刷事件의 大阪高裁판결이 해약권은 서약서에 기재된 사유가 존재하는 경우에만 행사할 수 있다고 판시하고 있다.

284) 萬井隆令, 『勞働契約締結の法理』, 앞의 주 280), p.197.

285) 水町勇一郎(2000), 『勞働契約の成立過程と法』, 日本勞働法學會編, 『勞働契約』, 講座21世紀の勞働法 第4卷, 有斐閣, p.45.

실정법에 위배되는 시위를 주도하다가 체포되어 기소유예 처분을 받은 경우²⁸⁶⁾와, 내정자가 학내분규에 있어서 이를 주도하면서 교직원을 폭행하는 등의 전력이 있고 학업성과 품행이 불량한 경우²⁸⁷⁾가 그 전부라고 할 수 있을 것이다. 이력서의 허위 기재를 이유로 한 채용내정의 취소의 효력에 관해서는 이력서 등에 성명 등을 허위 기재하였더라도 이것에 의해서 사용자가 내정자의 능력 등을 오인하거나 노사 상호간의 신뢰관계와 원활한 인간관계가 파괴될 정도의 불신의성(不信義性)이 존재하지 않는 한 허위기재를 이유로 한 채용내정의 취소는 무효라고 한 판례가 있다²⁸⁸⁾.

또한 판례는 위와 같이 채용내정의 취소의 사유가 사용자에게 있는 경우, 즉 경영의 악화 등과 같은 경영상의 사유 때문에 채용내정을 취소하는 경우에 대해서도 정리해고의 법리를 유추 적용하여 그 유효성을 엄격하게 판단하고 있는데, 인포믹스사건 東京地裁 결정²⁸⁹⁾은 이른바 정리해고의 4요건을 적용하여 인원삭감의 필요성, 내정취소의 회피노력 및 인선의 합리성은 인정했지만, 절차적 측면에서 채용내정의 취소를 충분히 설명하지 않는 등 성실성을 결여했다고 하여 채용내정의 취소를 무효로 판단했다²⁹⁰⁾.

마. 근로계약법의 입법논의와 채용내정

후생노동성이 2004년 노동계약법 제정 준비를 위해서 후생노동성 대신의 자문기관으로 설치한 노동계약법연구회(今後の労働契約法制の在り方に関する研究會)의 최종보고서에는 채용내정의 입법에 관한 제언이 있었

286) 電電公社사건 最高裁判결, 앞의 주 268).

287) 桑畑電機사건, 大阪地裁결정, 앞의 주 277).

288) 日立製作所사건 横浜地裁판결, 앞의 주 264).

289) 앞의 주 277).

290) 경영상의 이유에 의한 채용내정 취소의 유효성의 판단에 있어서 통상의 정리해고의 법리를 적용하여 판단한 동 결정에 대해서 下井隆史 교수는 정리해고에 있어서 이른바 해고회피조치 중 신규채용의 중지가 포함되어 있다는 점 등을 들어서 정리해고의 4요건을 엄격하게 적용하는 것은 타당하지 않다고 비판한다(下井隆史(2001), 『労働基準法(第3版)』, 有斐閣, p.91).

으나, 2007년 3월 31일에 국회에 제출된 후생노동성의 노동계약법률안(전문19개조)²⁹¹⁾에는 채용내정에 대한 조항은 존재하지 않는다. 따라서 여기에서는 상기의 연구회의 최종 보고서와 일본노동조합총연합회 및 민주당의 노동계약법시안, 일본노동변호사단의 입법제언에서 채용내정이 어떻게 규정되어 있는가를 살펴보는 것으로 한다.

먼저 위에서 언급한 노동계약법연구회의 최종보고서²⁹²⁾는 채용내정에 의한 고용계약은 늦어도 내정자가 서약서를 제출한 시점에 성립한다고 하여 채용내정에 의해서 고용계약이 성립한다는 종래의 근로계약성립설을 다시 한 번 확인하고 있다. 이어서 채용내정취소의 효력의 판단기준에 대해서는 “大日本印刷사건 最高裁 판결에서 동 판결은 채용내정에 대해서도 해고권 남용의 법리를 적용해서 사용자에 의한 채용내정의 취소를 제약하는 한편, 해약권이 유보되어 있는 경우에는 그 취지 및 목적에 비추어 통상의 해고와는 다른 기준에 의한 해약이 인정되는 경우가 있음을 보여주고 있다”라고 평가한 뒤, 이러한 해약권의 행사가 인정되기 위해서는 해약권이 유보되어 있다는 것과 해약사유가 내정자에게 서면을 통해서 명시되어야 한다는 점과 이러한 경우에 한해서 最高裁 판결의 판단기준(해약권남용의 법리)이 적용되어야 한다는 점을 법률에 명기하는 것이 적절하다고 제언하고 있다. 그러나 서면에 명기되지 않은 사유에 의해서 내정을 취소하는 경우에 대해서는 통상의 해고와 동일하게 파악해야 한다고 하고 있다.

다음으로 일본 노동조합총연합회의 노동계약법 입법요강²⁹³⁾을 보면 우선 채용내정에 의한 고용계약의 성립에 관해서 채용내정의 통지를 발하고 내정자가 이를 승낙한 경우에 고용계약이 성립한다고 하고 있다. 이어서 채용내정의 취소의 효력에 관해서는 동 입법요강에서 정하고 있는 통상의 해고의 요건에 해당하거나 채용내정의 통지시 서면에 의해서 명

291) 노동계약법안은 2007년 11월 8일 현재 중의원 본회의에서 가결되어 참의원으로 송부되어 심의될 예정이다.

292) 『今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 報告書』(2005.9.15), p.21(원문은 후생노동성 홈페이지 참조 <http://www.mhlw.go.jp>).

293) 労働契約法案要綱骨子(案), 連合第9回中央執行委員會確認(2006.6.15)(원문은 일본노동조합총연합회 홈페이지 참조 <http://www.jtuc-rengo.or.jp/>).

기된 취소사유에 해당하는 경우(단, 취소사유에는 합리성이 있어야 한다)에 한해서만 채용내정을 취소할 수 있다고 하고 있다. 이러한 실체적 요건에 더해서 동 입법요강은 절차상의 요건으로서 동 입법요강이 정하는 해고예고기간(60일) 전에 반드시 서면에 의해서 취소의 이유를 고지해야 한다고 하고 있다.

야당인 민주당이 2006년 12월에 발표한 입법구상²⁹⁴⁾은 내정 취소의 효력에 관해서 서면에 의해서 그 사유를 내정자에게 명확하게 고지할 것과 그 사유는 객관적으로 합리적인 것으로 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다고 하는 규정을 두는 것 이외에는 채용내정에 관한 규정을 두고 있지 않다.

마지막으로 일본노동변호사단이 2005년 발표한 노동계약법제에 관한 제언²⁹⁵⁾은 먼저 채용내정의 통지가 내정자에게 도달한 날 고용계약이 성립하며, 특별한 합의가 없는 경우에는 고용계약에서 정하는 취로의 개시일에 계약의 효력이 발생한다고 하여 효력시기부 근로계약성립설을 취하고 있다. 이어서 내정취소의 효력에 관해서는 내정의 취소사유가 채용내정과 동시에 서면에 의해서 내정자에게 명확히 고지될 것, 내정의 취소는 객관적으로 합리적이며 사회통념상 시인될 수 있을 것, 채용내정시 사용자가 취소사유를 알 수 없었거나, 알 것을 기대할 수 없을 것이라는 세 가지 요건을 모두 만족시키지 않으면 채용내정의 취소는 무효라고 하고 있다.

3. 시 용

가. 시용의 법률문제

일찍이 外尾健一 교수가 시용의 법률문제에 관한 논문²⁹⁶⁾에서 “우리나

294) 民主党のめざす労働契約法案と労働時間法制(ポイント)(案)(2006.12.6)(원문은 민주당 홈페이지 참조 <http://www.dpj.or.jp>).

295) 労働契約法制立法提言(2005.5.19)(원문은 일본노동변호단 홈페이지 참조 <http://homepage1.nifty.com/rouben>).

296) 外尾健一(1957), 『試用期間の法理』, 『討論：労働法』 제60호, p.2.

라의 경우에는 특히 시용이 견습 내지는 임시고용 등의 기간과 밀접하게 결부되거나 이것들과의 혼돈 속에서 행해져서 시용기간 중의 근로자는 일반 종업원과 명확히 구별되는 낮은 지위에 고정되어 실제로는 본채용의 직원 내지는 본공(本工)과 완전히 동일한 업무에 종사하며 동일한 책임이 지워지면서도 장기간에 걸쳐서 그대로 방치된 채 낮은 임금과 불안한 지위에 놓여져 있는 것이 특징적이다”라고 평가했듯이 시용기간 중의 불안정한 근로자의 지위는 시용의 법률문제의 핵심이 된다. 이러한 시용의 법률문제에 관해서는 이미 1940년대 후반부터 본채용의 거부의 효력을 둘러싼 판례가 등장하기 시작하였고 학계에서도 이러한 판례의 등장에 발맞춰 본격적으로 시용기간의 법률문제가 논의되었다.

시용기간의 법적 성질에 관한 학계의 논의는 당초부터 독일, 프랑스, 이탈리아의 학설들의 영향하에서 행해졌던 관계로 초기에는 다소 관념적인 성격을 띠었으나 이후 1960년대 중반 이래 하급심 판결의 다수가 당해 사건의 구체적인 시용의 실태에 근거해서 시용기간을 본계약의 일부로 보는 근로계약설을 채용하게 되면서 학설에서도 일본의 시용기간의 실태에 부합하는 근로계약설(특히 해약권유보부 근로계약설)이 통설적 지위를 갖게 되었다²⁹⁷⁾.

나. 근로계약설

1) 의 의

근로계약설은 일본의 통상적인 시용의 실태로부터 볼 때 시용기간 중 부적격이라고 판단되지 않는 한 별도의 근로계약 체결의 의사표시나 절차 없이 시용기간 경과 후 통상의 근로관계로 이행하고 있다는 점에 착안하여 시용을 본 근로계약과 별개의 계약이라거나 부속행위로 보지 않고

297) 해약권유보부 근로계약설과는 달리 시용기간의 법적 성질을 본계약과는 독립된 계약으로 보는 설로서 시용계약과 본계약의 예약의 병존설(花見忠(1957), 『試用契約の法的性質』, 『季刊勞働法』 제24호, p.75)과 특별계약설(外尾健一, 『試用期間の法理』, 앞의 주 296), p.2)이 있었는데, 이 두 설은 그 이론적 난점은 차치하더라도 주장자 이외에는 학계에서 지지를 받지 못했으며 이들 설을 채용한 판례도 존재하지 않았다.

시용기간의 개시부터 이미 근로계약이 성립하였다고 본다²⁹⁸⁾. 동설은 다시 본채용의 결정을 정지조건으로 보는 설²⁹⁹⁾, 본채용의 거부를 해제조건으로 보는 설³⁰⁰⁾³⁰¹⁾, 해약권이 유보된 것으로 보는 설로 나뉘어지고 있지만, 현재 해약권유보부 근로계약설 이외의 법적 구성을 취하는 학설과 판례는 존재하지 않는다.

2) 해약권유보부 근로계약설

동설은 사용자와 시용기간 중의 근로자 사이에는 근로계약이 성립하고 있으나, 여기에는 ‘부적격이라고 인정될 때에는 근로계약을 해약할 수 있다’는 해약권이 유보되어 있다는 법적 구성을 취한다. 1957년의 東京コンクリート사건 東京地裁 결정³⁰²⁾이 처음 채용한 이래 이 견해는 하급심 판결의 주류를 이루게 되었고, 1973년의 三菱樹脂(본안)사건 최고재판소 판결에서도 동설이 채용되면서 통상적인 시용기간에 대해서는 해약권이 유보된 근로계약이라는 판단기준이 확립되었다.

위에서 언급한 三菱樹脂(본안)사건 최고재판소의 판결을 비롯한 대다수의 판례들이 시용계약의 성질을 판단할 때에는 당해 사건의 시용의 구체적인 실태, 즉 취업규칙 등의 문언과 당해 기업 내에 있어서 시용계약 하에 고용된 자에 대한 처우의 실정, 특히 본채용과의 관계에 있어서의 취급에 관한 사실상의 관행의 여하에 근거하여 그 법적 성질을 판단해야 한다고 하여 일반적인 판단을 유보하고 있음에도 불구하고³⁰³⁾ 동설이 판

298) 外尾健一, 『試用期間の法理』, 앞의 주 296), p.5.

299) 山武ハネウエル事件, 東京地裁, 1957.7.20 결정, 『判例時報』 120호, p.25; 三菱樹脂本採用拒否(가처분)事件, 東京地裁, 1964.4.27 결정, 『判例時報』 제374호, p.60.

300) ソニー(가처분)事件, 東京高裁, 1968.3.27 판결, 『判例タイムズ』 제225호, p.106; 常磐生コン事件, 福島地裁いわき支部, 1975.3.7 결정, 『判例時報』 제782호, p.98; 학설로서는 外尾健一 교수가 동설을 취하였다(『試用期間の法理』, 앞의 주 296), p.7).

301) 조건부 계약설에 대한 이론적 문제점에 대한 지적으로서는 萬井隆승, 『労働契約締結の法理』(앞의 주 280)) p.303을 참조.

302) 東京コンクリート事件, 東京地裁, 1957.9.21 결정, 『判例時報』 제132호, p.24.

303) 사건의 최고재판소 판결에서 조사가관이었던 宮澤達 판사도 동 판결에 대한 해설에서 “실체문제로서 채용기간 중의 계약관계와 채용과의 관계를 일반적으로 하나의 법률구성에 의해서 포착하는 것은 불가능할 것이다” 하여 이 점을 명확히

례의 주류를 이루게 된 것은 동설이 이론적으로 무난하다는 것뿐만 아니라 각 기업들의 시용기간의 실태(특히 신규졸업자의 채용에 있어서의 시용의 실태)에 있어서 취업규칙 등의 규정이나 본채용에 이르게 되는 관행이 거의 유사하기 때문이라고 생각된다.

3) 단순근로계약설

동설을 주장하는 논자들은 일본의 시용의 실태를 볼 때 시용이 본채용을 위해서 근로자의 적성과 업무능력을 판단한다고 하는 본래의 목적에서 벗어나 단순히 기업의 내부 사정이나 담당업무를 배우는 연수나 견습에 지나지 않는 경우가 다수 존재하는데, 이러한 경우에 있어서 시용기간의 설정에는 합리성이 존재하지 않기 때문에 당해 시용기간을 해약권이 유보된 근로계약 등으로 해석하기보다는 통상의 근로계약관계로 보는 것이 타당하다고 한다³⁰⁴⁾. 따라서 이러한 경우에는 본채용의 거부의 효력에 대한 판단은 해약권 행사의 유효성에 관한 판단기준이 아니라 통상의 해고와 동일한 판단기준에 따라야 한다고 한다. 동설은 구체적으로 임시공·계절공, 아르바이트 등과 같은 일정한 직업적 능력을 요구하지 않는 직종이나 일반적이고 잠재적인 직업적 능력이 요구되는 신규졸업자 등에 대해서 시용기간을 설정하는 것은 통상 합리성이 인정되기 어렵다고 한다.

그러나 판례는 관리직 요원으로서 채용된 대졸 신규채용자에 대해 본채용을 거부한 사안에 있어서 원고 근로자가 당해 기간은 본래적 의미의 시용이 아니기 때문에 확정적 근로계약이 성립했다고 하는 주장에 대해서 “견습기간은 정사원이 되는 경우에 필요한 기초적 지식 및 업무를 습득시키기 위한 교육적 기능을 갖는 것과 함께 신입사원채용시험에서는 그 제도 자체의 성격으로부터 판정이 곤란한 사항, 예를 들면 회사 내의 대인적 환경에 순응할 수 있는 소질이 있는가, 직장 내에서 노동력을 발

하고 있다(宮澤達(1975), 『最高裁判所判例解説』, 『法曹時報』 제27권 1호, p.220).
304) 後藤清(1965), 『試用期間中の労働關係』, 『労働法』 제25호, p.88; 北澤貞男·石塚章夫(1971), 『試用労働者とその解雇基準』, 『法律時報』 제509호, p.64; 宮島尙史(1974), 『試用期間の法的性格と解雇權』, 『法律のひろば』 제27권 3호, p.31; 毛塚勝利, 『採用内定・試用關係』, 앞의 주 273), p.97 이하; 萬井隆令, 『労働契約締結の法理』, 앞의 주 280), p.296 이하.

회할 수 있는 능력이 있는가 등, 회사의 종업원으로서의 적격성을 관찰·판정하고 그 판정에 의해서 정사원으로 채용할 것인가를 선고(選考)하고 부정적인 판정이 내려지는 경우에는 근로자를 해고할 수 있는 기능을 수행한다”³⁰⁵⁾고 하거나, “해약권의 유보는 대학졸업자의 신규채용에 있어서 채용결정의 당초에는 그 자의 자질, 성격, 능력 그 외의 상고인의 이른바 관리직 요원으로서의 적격성에 관련하는 사항에 대해서 필요한 조사를 행하고, 적절한 판정자료를 충분히 수집할 수 없기 때문에, 후일의 조사나 관찰에 기해서 최종적인 결정을 유보하는 취지에서 행해지는 것으로 해석되기 때문에 오늘날의 고용의 실정에 비추어 보아 일정의 합리적인 기간의 한정하에 이와 같은 유보약관을 두는 것도 합리성을 갖는다”³⁰⁶⁾고 하여 시용기간의 의의와 목적을 폭넓게 해석하고 있다.

다. 본채용의 거부의 효력

1) 일반적인 기준

이상에서 살펴본 바와 같이 통상의 경우 시용기간이 해약권 유보부 계약으로 해석된다고 한다면 본채용의 거부는 해약권의 행사가 되는데, 이 때 해약권의 행사는 어떠한 경우에 인정될 수 있는지가 문제가 된다.

이 점에 대해서 三菱樹脂(본안)사건 최고재판소의 판결은, 해약권의 유보는 신규채용에 있어서 채용결정의 당초에는 근로자의 자질, 성격, 능력 등과 관련되는 사항에 대해서 필요한 조사를 행하고 적절한 판정자료를 충분히 모집할 수 없다는 현실적인 상황으로부터 후일의 조사나 관찰에 기한 최종적인 결정을 유보하기 위한 취지로 행해진 것이기 때문에 해약권의 행사는 통상의 해고보다 넓은 범위에서 해고의 자유가 인정될 수 있지만, 시용관계에 들어선 자는 본채용의 기대하에 여타의 취업기회를 포기했다는 점 등으로부터 볼 때 해약권의 행사는 상기와 같은 해약권 유보의 취지 및 목적에 비추어서 객관적으로 합리적인 이유가 존재하며 사회 통념상 상당한 것으로 시인될 수 있는 경우에만 허용된다고 판시했다. 이

305) 日本輕金屬사건, 東京地裁, 1969.1.28 결정, 『判例タイムズ』 제232호, p.298.

306) 三菱樹脂(본안)사건, 最高裁大法廷, 1973.12.12 판결, 『判例タイムズ』 제302호, p.112.

어서 구체적으로 사용자는 시용채용결정 후에 행해지는 조사의 결과 또는 시용 중의 근무태도 등에 근거해서 당초 알 수 없었거나 알았을 것을 기대할 수 없는 사실을 알게 된 경우 그와 같은 사실에 비추어 그 자를 계속해서 당해 기업에 고용하는 것이 적당하지 않다고 판단하는 것이 상기의 해약권 유보의 취지 및 목적에 비추어서 객관적으로 상당하다고 인정되는 되는 경우에 한해서 해약권을 행사할 수 있다고 하고 있다.

이와 같은 최고재판소의 판단기준은 이후의 판례들에 의해 답습되면서 본채용의 거부의 유효성의 판단기준으로 확립되었다. 이와 같은 법리가 형성된 배경에 대해서 菅野和夫 교수는 장기고용 시스템하에서 신규졸업자를 정규직 사원으로 일제히 채용하는 일본의 고용관행이 자리잡고 있다고 평가하고 있다³⁰⁷⁾.

2) 해약권 행사의 범위

통상적으로 사용자는 시용기간 중의 근로자의 업무능력이나 근무태도의 관찰에 근거한 평가에 의하여 본채용의 여부를 결정하게 될 것이다. 그런데 사용자가 시용기간 중의 근로자의 근무태도나 업무능력에 근거하는 사유 외의 사유, 즉 이력서의 허위 기재나 사상적 경향을 이유로 해약권을 행사하는 경우 그 유효성의 판단이 문제가 된다.

위에서 언급한 三菱樹脂(본안)사건 최고재판소의 판결은 근로계약의 체결시에 근로자의 사상을 조사하고 이러한 사상조사를 근거로 하여 채용을 거부한다고 해도 이것이 당연히 위법이 되는 것은 아니라고 판시하고 있으나 학설의 대다수는 이러한 판단에 반대의 입장을 취하고 있다³⁰⁸⁾. 즉, 학설의 대다수는 해약권은 시용기간 중의 근무태도나 업무능력의 관찰로부터 얻어지는 객관적인 사실에 근거하여 행사되어야 하기 때문에 채용내정 등의 단계에서 판단되어야 할 요소(보충적인 신원조사 등)³⁰⁹⁾나 근로자의 업무능력과는 상관없는 전인격적 요소(사상적 경향)³¹⁰⁾에 근거해서 해약권을 행사해서는 안 된다고 한다.

307) 菅野和夫, 『労働法(第7版)』, 앞의 주 279), p.162.

308) 水町勇一郎(2007), 『労働法』 有斐閣, p.127.

309) 菅野和夫, 『労働法(第7版)』, 앞의 주 279), p.161.

다음으로 이력서 등의 허위기재를 이유로 하는 해약권 행사의 유효성에 대해서, 판례는 은닉된 사실의 내용, 정도, 동기, 이유 등에 비추어 은닉 등의 행위가 당해 근로자의 인물평가에 미치는 영향의 정도를 참작한 뒤, 그것이 근로계약상 정해진 직무를 행하기 위한 적격성을 부정하기에 충분한 합리적 이유가 있는 경우에 한해서 해고사유가 될 수 있다고 판단하고 있다³¹¹⁾.

라. 시용기간의 만료와 연장

시용기간 중 근로자의 지위는 통상의 근로자에 비해 불안정한 지위에 놓이기 때문에 시용기간 만료 후 시용기간의 연장은 원칙적으로 허용되지 않는다. 단, 예외적으로 본인의 장기투병이나 기업의 휴업 등과 같이 시용기간 동안 적성평가가 곤란한 사정이 있었다거나³¹²⁾ 부적격이라고 판단되는 사유가 존재하나 본인에 대해서 개선을 기대할 수 있는 경우³¹³⁾, 취업규칙 등에 연장의 가능성 및 그 사유 및 기간이 명시되어 있는 경우³¹⁴⁾에는 시용기간의 연장이 허용된다고 본다.

시용기간의 상한에 관해서 실정법상의 제한은 존재하지 않으나, 근로자의 업무능력을 판단하기 위해서 필요한 합리적인 범위를 넘는 장기간의 시용기간을 설정하는 것은 공서양속에 반한다고 본다³¹⁵⁾.

마. 고용계약 기간의 설정과 시용기간

고용계약의 체결시 일정한 기간을 설정했을 때, 그 기간설정의 목적과

310) 萬井隆令, 『勞働契約締結の法理』, 앞의 주 273), p.306.

311) 同旨 三菱樹脂(본안)사건, 最高裁大法廷판결, 앞의 주 306); 三洋海運사건, 福島地裁 いわき支部, 1984.3.31 판결, 『勞働判例』 제429호, p.22; 大森精工사건, 東京地裁, 1985.1.30 판결, 『判例タイムズ』 제565호, p.137 등.

312) 萬井隆令, 『勞働契約締結の法理』, 앞의 주 273), p.308.

313) 大阪讀賣新聞사건, 大阪地裁, 1977.1.27 판결, 『判例タイムズ』 제205호, p.183.

314) 菅野和夫, 『勞働法(第7版)』, 앞의 주 279), p.163.

315) 光洋精工사건, 徳島地裁, 1980.3.31 판결, 『勞働關係民事裁判例集』 제21권 2호, p.451; 브라ザー工業事件, 名古屋地裁, 1984.3.23 판결, 『判例時報』 제1121호, p.125.

취지가 근로자의 적성을 평가하고 판단하기 위한 것이라고 해석되는 경우, 판례는 그 기간의 만료에 의해서 당해 고용계약이 종료한다는 뜻의 명확한 합의가 당사자 사이에 성립하고 있는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 기간은 고용계약의 존속기간이 아니라 시용기간이라고 판단하고 있다³¹⁶⁾.

그러나 이러한 판례법리에 대해서菅野和夫 교수는 해약권유보부 근로계약이라고 하는 시용의 법리는 장기고용의 시스템하에서의 정사원의 채용과 지위 취득과정을 상정한 것이기 때문에 기간제 고용근로자의 고용관계에 동 법리를 적용하는 것은 실태와는 맞지 않으며, 일본의 노동법제에 있어서는 기간의 정함이 있는 계약을 체결함에 있어서 목적이나 취지에 대한 특별한 제한이 없기 때문에 시용을 목적으로 하는 기간제 근로계약도 체결될 수 있다는 점을 들어, 동 법리를 아무런 수정 없이 시용적 기간제 고용계약에 대해서 적용하는 것은 적절치 않다고 비판하고 있다³¹⁷⁾.

바. 근로계약법의 입법논의와 시용

노동계약법연구회의 최종보고서는 시용의 법적 성질과 본채용의 거부의 효력에 관해서三菱樹脂사건 最高裁 판결이 제시한 법리가 타당하다는 것을 확인한 뒤, 시용기간 중의 근로자는 통상의 근로자보다 해고의 보호와 근로조건에서 열위의 지위에 있기 때문에 동 근로자의 보호의 관점에서 시용기간을 설정하는 경우 상한기간을 제한하는 것이 적절하다고 제언하고 있으나 구체적인 상한기간에 대해서는 언급하고 있지 않다.

다음으로 일본노동조합총연합회의 법률안을 보면, 시용기간의 최장기간을 원칙적으로 3개월로 하고 직무의 성질상 필요하다고 인정될 때에만 6개월의 범위 내에서 정할 수 있도록 하고 있다. 이어서 시용기간 중 또

316) 神戸弘陵学園사건, 最高裁第三小法廷, 1990.6.5 판결, 『判例タイムズ』 제734호, p.94; 聖パウロ学園사건, 大津地方裁, 1995.11.20 판결, 『判例タイムズ』 제901호, p.188; 久留米信愛女學院사건, 福岡地裁留米支部, 2001.4.27 판결, 『判例タイムズ』 제1123호, p.151; 愛徳姉妹會사건, 大阪地裁, 2003.4.25 판결, 『労働判例』 제850호, p.27.

317) 菅野和夫, 『労働法(第7版)』, 앞의 주 279), p.163.

는 시용기간 만료 후의 해고(본채용의 거부)에 관해서는 동 법률안에서 정한 해고의 요건을 충족하거나 근로자가 직업적 또는 능력적 적성을 결하고 있는 경우에 한해서 동 법률안이 정하고 있는 해고 방법(60일 전의 해고예고기간과 서면에 의한 통지)에 따라서 해고를 해야 하고, 이러한 실체적·절차적 요건을 충족하지 못한 경우에는 통상의 해고와 동일한 구제를 받을 수 있다고 하고 있다.

민주당의 입법구상을 보면, 시용기간의 상한을 원칙적으로 3개월로 할 것과 본채용의 거부와 시용기간 중의 해고는 객관적으로 합리적인 이유에 근거해서 사회통념상 상당하다고 인정되는 경우에만 유효하다고 하고 있다.

마지막으로 일본노동변호사단의 입법제언을 보면, 먼저 시용기간의 최장 기간을 6개월로 하며 시용기간의 연장은 정당한 사유가 존재하는 경우에만 인정되나 연장한 기간을 포함해서 총 시용기간은 6개월을 넘지 못한다고 하고 있다. 또한 기간제 계약과의 구별을 위해서 기간의 설정의 목적이 근로자의 적성과 능력을 평가·판단하기 위한 경우에는 이러한 기간을 시용기간으로 본다고 하고 있다. 동 입법제언은 본채용의 거부에 관해서는 특별한 제언을 하고 있지 않은데, 그 이유로는 시용이라고 해도 고용계약이 성립하고 있는 이상 통상의 해고와 동일한 기준에 따라 본채용의 거부를 판단해야 하기 때문이라고 하고 있다.

4. 소개예정파견제도

가. 소개예정파견의 의의와 도입경위

1) 소개예정파견의 정의

『근로자파견사업의 적정한 운영 확보 및 파견노동자 및 파견노동자의 취업조건의 정비 등에 관한 법률』(이하 근로자파견법) 2조 6호는 소개예정파견에 대해서 “근로자파견 중 일반파견사업주 또는 특정파견사업주³¹⁸가 근로자파견 역무의 제공의 개시 전 또는 개시 후에, 당해 근로자파견에 의해 파견되는 파견근로자 및 당해 근로자파견에 의해서 근로자

파견의 역무를 제공받는 자(사용사업주)에 대해서 직업안정법 그 외의 법률에 의해서 허가를 받거나 또는 신고를 한 뒤 직업소개를 행하거나 또는 행하는 것을 예정하는 것을 말하며, 당해 직업소개에 의해서 당해 파견근로자가 당해 사용사업주에 고용될 뜻이, 당해 근로자파견 역무의 제공의 종료 전에 당해 파견근로자와 당해 사용사업주 사이에 약정되는 것을 포함하는 것으로 한다”고 정의하고 있다. 소개예정파견제도는 상당히 복잡한 경위를 거쳐 도입되어 있었기 때문에 이와 같은 긴 정의규정을 가지게 되었지만, 간단히 말하면 근로자파견이 직업소개의 수단으로 이루어지는 근로자파견이라고 할 수 있다(Job-search형 파견). 이러한 소개예정파견 사업은 특히 미국에서 상당히 보급되어 있는 Temp to perm(temp to hire)의 일본판이라고도 일컬어지고 있다³¹⁹⁾. 근로자파견법상 소개예정파견에 있어서 사용사업자가 직업소개를 받거나 당해 파견근로자를 채용해야 할 의무가 없기 때문에 사용사업주는 채용에 대한 부담 없이 파견기간 동안 파견근로자의 적성과 자질 등을 평가할 기회를 얻게 된다.

2) 소개예정파견제도의 도입 경위

1985년 근로자파견법이 제정될 당초에는 소개예정파견은 법적으로 허용되고 있지 않았는데, 이러한 금지는 근로자파견법에 명시적으로 규정되어 있던 것이 아니고 『근로자파견사업과 민영직업소개사업을 겸업하는 경우의 허가기준』이라는 업무지침이 “구직자에게 직업을 소개하는 수단으로서 근로자파견을 행하지 않을 것”을 겸업의 허가요건의 하나로 함으로써 간접적으로 이를 금지하는 방식을 취하고 있었다³²⁰⁾. 근로자파견사업과 민영직업사업의 겸업에 대해서는 일정한 조건하에 허용하면서 소개예정파견만을 금지한 이유로서는 ① 근로자파견법 제정 당시에는 근로자파견사업이 전적으로 새롭게 시작되는 제도였기 때문에 파견사용주가 고

318) 근로자파견법 2조 5호는 특정근로자파견사업이란 파견근로자가 모두 파견사업주에 상시 고용되어 있는 근로파견사업이라고 정의하고, 일반근로자파견에 대해서는 특정근로자파견사업 이외의 근로자파견사업이라고 정의하고 있다.

319) 小嶋典明(2002), 『紹介予定派遣と規制緩和』, 『阪大法學』 제215호, p.864.

320) 勞働省職業安定局編(1986), 『改訂新版・人材派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所, p.109.

용책임을 부담하고 사용사업주가 지휘명령을 행한다고 하는 법적 형태 하에 파견사업이 적법하게 행해질 것에 대한 확신이 노사관계자 사이에서도 충분하지 않았기 때문에 여기에 장애를 초래할 우려가 있는 직업소개의 수단으로서의 근로자파견에 대해서는 전면적으로 배제해 둘 필요성이 높았다는 점과 ② 직업소개와 근로자파견이 혼재해서 행해지는 경우에는 파견사업주에 의한 고용책임이 애매하게 되는 한편, 사용사업주에는 채용행위에 따르는 고용책임이 발생하여 직업안정법 4조에 의해서 금지되고 있는 근로자공급사업에 해당하게 될 우려가 있다는 점을 들고 있다³²¹⁾.

이러한 금지상태는 이후 14년간 지속되어 오다가 1999년 근로자파견법 개정시 해금되었다. 개정 근로자파견법에는 소개예정파견에 대해서는 아무런 조항도 두어지지 않았으나 개정 법률의 공포 뒤 관계성령(關係省令)과 고시(告示) 등의 정비 작업의 와중에 행정개혁추진본부 규제개혁위원회가 상기의 허가요건으로부터 소개예정파견을 금지하는 조건을 삭제할 것을 규제개혁과제의 하나로서 제기하게 되면서, 노동성(현 후생노동성)이 중앙직업안정심의회(中央職業安定審議會)의 심의 결과를 바탕으로 상기의 허가조건을 삭제하고 소개예정파견을 인정하는 새로운 허가기준³²²⁾을 마련함으로써 소개예정파견은 돌연 등장하게 되었다³²³⁾.

1985년 근로자파견법 제정 이래 장기간 소개예정파견이 금지되어 오다가 1999년에 이르러 소개예정파견이 해금된 이유로서는, ① 근로자파견법의 시행 후 14년간 근로자파견제도가 착실히 정착하게 되어 오면서 파견제도가 삼면관계의 형태로 적법하게 운영될 수 있을 것인가에 대한 우려가 매우 적어졌다는 점, ② 중고령자나 신규졸업자를 중심으로 하는 노동력 수급의 미스매치를 해소하고 안정된 고용을 실현해 가는 데 있어서 매우 의미 있는 역할을 할 것이라는 것이 기대된다는 점, ③ 새롭게 인정되는 소개예정파견은 어디까지나 파견이 먼저 존재하고 파견이 종료된 후

321) 高梨昌(2001), 『詳解労働者派遣法(第2版)』, 日本労働研究機構, p.315.

322) 신(新)허가요건은 개정법률이 1999년 12월 1일부터 시행되는 것으로 된 반면, 소개예정파견에 대해서는 시행이 1년 유예되어 2000년 12월 1일부터 시행하는 것으로 하였다.

323) 小島典明, 『紹介予定派遣と規制緩和』, 앞의 주 319), p.866.

직업소개가 실시되는 형태이기 때문에 근로자 보호를 위한 일정한 틀을 설정한 뒤에 실시하게 되면 파견근로자의 직접고용의 실현에 매우 의미 있는 제도가 될 것이라는 점 등을 들고 있다³²⁴⁾.

그러나 이러한 도입이 근로자파견법 자체의 개정에 의해서 이루어지지 않았기 때문에, 파견법상의 규정 및 근로자공급사업의 개념과 충돌하는 문제가 발생하게 되면서 소개예정파견은 매우 한정적으로 기능하게 되었다. 그 이유를 구체적으로 보면, 첫째로 근로자파견법 26조 7항³²⁵⁾과 「파견사용주 및 사용자용주가 강구해야 할 조치에 관한 지침」이 파견근로자를 특정하는 행위를 금지하고 동법 24조의³²⁶⁾과 동 지침이 파견근로자의 개인정보를 파견업무의 목적 이외에 활용하는 것을 금지하고 있기 때문에, 소개예정파견의 대상인 파견근로자를 사용자용주가 사전에 면접을 하거나 파견사업주가 파견근로자의 이력서를 사용자용주에게 송부하는 것이 불가능하였다. 둘째로 근로자파견법 2조 1호는 근로파견의 개념에서 “당해 타인에 대해서 당해 근로자를 당해 타인에게 고용시킬 것을 약속해서 행해지는 것은” 근로자파견에 해당하지 않는다고 하고 있었기 때문에, 파견기간의 종료 전의 단계에서 파견근로자를 고용할 것을 예정하면서 파견근로자의 구인·구직의 의사를 확인하거나 채용을 내정하는 행위 및 근로조건을 명시하는 행위는 근로자공급사업에 해당되어 직업안정법에 저촉될 가능성이 있었다³²⁷⁾. 노동성은 이러한 점을 신(新)허가기준 및 질의회시 등에서 명확히 지적하고 이에 대한 행정지도를 행하였다.

이러한 기능상의 한계점이 드러나자 종합행정규제개혁회의를 중심으

324) 高梨昌, 『詳解労働者派遣法(第2版)』, 앞의 주 321), p.316.

325) 2003년 개정 전의 근로자파견법 27조 6항은 “근로자파견의 역무를 받으려고 하는 자는 근로자파견계약의 체결시, 당해 근로자파견계약에 근거한 파견근로자를 특정할 것을 목적으로 하는 행위를 하지 않도록 노력해야 한다”고 명시하고 있었다.

326) 2003년 개정 전의 근로자파견법 24조의3 1항은 “파견사업주는 근로자파견에 관해서 근로자의 개인 정보를 수집, 보관, 또는 사용함에 있어서 그 업무의 달성에 필요한 범위 내에서 근로자의 개인정보를 수집하고 당해 수집의 목적의 범위 내에서 이것을 보관 사용하지 않으면 안 된다. 단, 본인의 동의가 있는 경우 기타 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니한다”라고 하고 있었다.

327) 小島典明, 『紹介予定派遣と規制緩和』, 앞의 주 319), p.887 이하.

로 하는 규제개혁진영으로부터 제조업파견금지를 조속히 해금할 것 등과 더불어 소개예정파견이 원활하게 운영될 수 있도록 현행의 제도를 재검토할 것에 대한 제언이 이루어졌고, 곧이어 동 제언은 정부의 행정개혁 추진과제 중의 하나로 채택되게 되었다. 이와 같이 근로자파견제도에 대한 규제완화의 요구가 높아지는 가운데, 후생노동성은 2001년 8월 노동정책심의회에 필요한 법제적 조치에 대한 검토를 구하면서 본격적인 법개정 작업에 착수하였다. 이후 근로자파견제도에 대한 실태조사³²⁸⁾와 노동정책심의회 심의를 거쳐 2003년 법개정이 이루어지면서 소개예정파견에 관해서도 정의규정이 신설되고 개인정보의 보호를 규정한 24조의3과 사전면접을 금지하는 동법 26조 7항에 소개예정파견의 예외를 삽입하는 등 기존에 소개예정파견의 기능을 제약하던 법규정 및 허가기준이 완전히 정비되게 되었다. 또한 이와 함께 「파견사용주 및 사용자용주가 강구해야 할 조치에 관한 지침」도 개정되어 파견근로자의 보호를 위한 일련의 조치가 사용자용주와 파견사업주에 부과되었다³²⁹⁾.

이와 같은 도입경위를 볼 때, 현행법 2조 6호의 정의규정에 “근로자 파견의 업무 제공의 개시 전 또는 개시 후에”와 “직업소개를 행하거나 또는 행하는 것을 예정하는”이라는 문구가 들어간 것은 소개예정파견과 근로자공급사업의 충돌 우려를 해소하기 위한 것임을 알 수 있다.

3) 소개예정파견의 활용현황

전국의 파견사업체가 매년 후생노동성에 보고하는 근로자파견사업보고

328) 후생노동성이 2001년 1월에 실시한 「근로자파견사업실태조사」의 소개예정파견에 관한 조사결과를 보면, 먼저 파견노동자를 대상으로 한 조사결과에서는 “소개예정파견 알고 있다”가 12.9%, 그리고 제도를 알고 있는 근로자 중 “소개예정파견을 희망한다”가 12.9%, “사용사업체에 따라서 희망한다”가 53.6%였으며, 소개예정파견을 희망하는 이유에 대해서는 “소개예정파견을 통해서 일의 적성을 판단할 수 있다”가 53.9%를 차지하였다. 다음으로 사용자용주를 대상으로 한 조사결과에서는 “소개예정파견을 알고 있다”가 32.2%, 그리고 제도를 알고 있는 사용자용주 중 “소개예정파견을 이미 이용하고 있다”가 6.3%, “현재 이용을 검토 중”이 42.4%였고, 소개예정파견의 장점으로는 63.9%가 적성·능력을 판단한 뒤 고용할 수 있다는 점을 꼽았다.

329) 高梨昌(2007), 「詳解労働者派遣法(第3版)」, エイデル研究所, p.245 이하.

서를 기초로 후생노동성이 집계한 자료³³⁰⁾에 의하면, 소개예정파견사업을 실시하는 사업체수는 2004년도의 1,177개 사업소에서 2005년도에는 1,968개 사업소로 67.2% 증가하였다. 소개예정파견에 의해서 파견된 근로자의 수는 2004년도의 19,474명에서 2005년도에는 32,991명으로 69.4% 증가하였다. 이 중 실제로 직업소개를 받은 근로자의 수를 보면 2004년도의 15,044명에서 2005년도에는 25,567명으로 69.9% 증가하였다. 마지막으로 소개예정파견을 거쳐 직접고용으로 연결된 근로자의 수는 2004년의 10,655명에서 2005년도에는 19,780명으로 85.6% 증가하였다.

2005년도의 전체 파견근로자수(약 106만 명³³¹⁾)에 비하면 소개예정파견에 의해서 파견된 근로자의 수는 아직 소수에 불과하지만(3%), 소개예정파견에 의해서 파견된 근로자의 약 60%가 직접고용으로 이어지고 있고, 전년도(54%)에 비해 그 비율도 증가했다 점은 결코 무시될 수 없을 것이다. 또한 2005년 현재까지 소개예정파견을 실시하고 있는 파견사업체의 수가 파견실적이 있는 파견사업체의 9.6%에 지나고 있지 않고 있기 때문에, 향후 소개예정파견을 실시하는 파견사업체가 증가하고 소개예정파견에 대한 인지도도 높아지게 되면 소개예정파견에 의해서 직접 고용되는 근로자의 수도 더욱 증가할 것으로 예상된다.

4) 소개예정파견의 운영 및 규제

가) 규제의 근거

근로자파견법상에는 소개예정파견만을 대상으로 하는 규정이 매우 적어서 상기의 정의조항(2조 6호) 이외에 근로자파견계약(26조 1항 9호)이나 파견근로자관리대장(24조 6호 및 27조 7호)의 기재사항을 규정한 조항

330) 2004년도 및 2005년도 근로자파견사업보고의 집계결과에 대한 자세한 것은 후생노동성 홈페이지(<http://www.mhlw.go.jp>) 참조.

331) 총무성 통계국의 「노동력조사」(<http://www.stat.go.jp>)의 2005년도 통계는 파견노동자의 수를 106만 명이라고 하고 있는 반면, 후생노동성의 「노동자파견사업보고서」 집계결과는 파견노동자수를 254만 명이라고 하고 있는 있는데 이와 같이 큰 편차를 보이는 이유는, 조사대상에 있어서 전자는 개인조사인 반면, 후자는 파견사업체의 연도별 보고서에 기초하고 있다는 점과, 후자에 있어서는 파견업체의 등록자 중 한 번이라도 파견된 적이 있는 자는 모두 파견노동자수에 합산하고 있는 점에서 연유한다고 할 수 있다.

이 존재할 뿐이고, 대부분의 규제는 후생노동성 고시인 『파견사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』(노동성 고시 137호)과 『사용사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』(노동성 고시 137호), 그리고 행정지침인 『근로자파견사업관계업무요령』에 상세히 규정되어 있다. 그러나 이러한 고시나 행정지침에 대해서는 벌칙과 같은 이행강제수단이 존재하지 않기 때문에 소개예정파견에 의해 파견되는 근로자보호의 실효성에 대한 의문이 제기되고 있다³³²⁾.

나) 소개예정파견의 기간

『파견사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』과 『사용사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』은 동일한 근로자를 6개월 이상 소개예정파견을 행하거나 파견을 받아서는 안 된다고 규정하고 있다. 『근로자파견사업관계업무요령』은 소개예정파견이 통상의 파견가능기간의 제한을 잠탈하기 위한 수단으로 이용되지 않도록 행정지도를 행해야 한다고 하고 있다.

다) 근로자파견계약상의 기재사항

『근로자파견사업관계업무요령』은 동법 26조 1항 9호의 근로자파견계약서상의 소개예정파견에 대한 기재사항으로서 ① 당해 근로자파견이 소개예정파견이라는 것, ② 소개예정파견을 거쳐 사용사업주가 고용하는 경우에 예정되는 고용계약 기간의 정함의 유무(기간의 정함이 없는 고용인가 유기고용인가), ③ 소개예정파견을 받은 파견사업주가 직업소개를 받는 것을 희망하지 않는 경우 또는 직업소개를 받은 자를 고용하지 않는 경우에는 각각의 이유를 서면의 교부, 팩시밀리를 이용해서 송신하거나 또는 전자메일로 송신하는 방법으로 파견사업주에 대해서 명시할 것, ④ 소개예정파견을 거쳐 고용하는 경우에 연차유급휴가 및 퇴직금의 취급에 대해서 근로자파견의 기간을 근무기간에 포함해서 산입하는 경우 이에 관련된 사항을 기재하도록 하고 있다.

332) 萬井隆令(2006), 『若者の就業支援政策の批判的検討-トライアル雇用と紹介予定派遣の法構造について』, 『社會科學研究年報』 제36권, p.17.

라) 고용의 평등과 차별방지에 관련된 조치

『사용사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』은 사용사업주가 사전면접 등을 통해서 파견근로자를 특정하는 행위가 가능해짐에 따라서 사용사업주에 의한 차별행위를 방지하기 위해서 일련의 조치를 규정하고 있다. 차별방지 대책마련에 대한 요구는 이미 고용정책심의회의 건의와 국회의 심의과정(중의원과 참의원의 후생노동위원회의 부대결의)에서도 개정법률의 시행에서 반드시 강구해야 할 조치 중의 하나로 언급되었던 것이다³³³⁾.

먼저 고용대책법 7조³³⁴⁾의 취지에 비추어 연령제한이 인정되는 경우(파견근로자가 자신이 가지고 있는 능력을 유효하게 발휘하기 위해서 필요하다고 인정되는 경우 이외의 경우)를 제외하고는 특정 등의 대상으로부터 당해 파견근로자를 배제하지 않도록 해야 한다고 하고 있다. 동 지침은 이에 이어서 연령제한이 인정되는 6가지의 경우를 구체적으로 제시하고 있다.

다음으로 『고용의 분야에 있어서의 남녀의 균등한 기회 및 대우의 확보 등에 관한 법률』의 5조와 7조³³⁵⁾의 취지에 비추어서 사용사업주는 특정 등의 행위를 행함에 있어서 ① 특정 등에 있어서 그 대상으로부터 남녀의 어느 한쪽을 배제하는 것, ② 특정 등을 행함에 있어서 특정 등의 조건을 남녀간에 다른 것으로 하는 것, ③ 특정 등에 관한 선고(選考)에 있어서 능력

333) 高梨昌, 『詳解労働者派遣法(第3版)』, 앞의 주 329), p.256 이하.

334) 고용대책법 7조 : 사업주는 근로자가 그가 가지고 있는 능력을 유효하게 발휘하기 위해서 필요하다고 인정되는 때는, 근로자의 모집 및 채용에 대해서 그 연령에 관계없이 균등한 기회를 부여하도록 노력해야 한다.

335) 제5조(성별을 이유로 하는 차별의 금지) 사업주는 근로자의 모집 및 채용에 대해서 그 성별에 관계없이 균등한 기회를 부여하지 않으면 안 된다.
제7조(성별 이외의 사유를 요건으로 하는 조치) 사업주는 모집 및 채용 그리고 전조 각호의 사항에 관한 조치로서 근로자의 성별 이외의 사유를 요건으로 하는 것 중 조치의 요건을 만족하는 남성 및 여성의 비율 그 외의 사정을 감안해서 실질적으로 성별을 이유로 하는 차별이 될 우려가 있는 조치로서 후생노동성령에서 정하는 것에 대해서는 당해 조치의 대상이 되는 업무의 성질에 비추어서 당해 조치의 실시가 당해 업무의 수행상 필요한 경우, 사업의 운영의 상황에 비추어서 당해 조치의 실시가 고용관리상 특히 필요한 경우 기타 합리적인 이유가 없는 한 이것을 행해서는 안 된다.

및 자질의 유무 등을 판단하는 경우에 그 방법이나 기준에 대해서 남녀간에 다른 취급을 하는 것, ④ 특정 등을 행함에 있어서 남녀의 어느 한쪽을 우대하는 것, ⑤ 파견취업 또는 고용시에 예정되는 구인의 내용의 설명 등 특정 등에 관한 정보의 제공에 대해서 남녀간에 다른 취급을 하거나 또는 파견사업에게 그러한 것을 요청하는 것을 하지 말아야 한다고 하고 있다. 동 지침은 이에 이어서 간접차별의 금지와 포지티브 액션의 허용, 그리고 성별을 이유로 하는 차별로 해석되지 않는 경우에 대한 예시를 정하고 있다.

마) 사용사업주가 고용을 희망하지 않는 경우에 관한 조치

『파견사업주가 강구해야 할 조치에 관한 지침』은 소개예정파견을 행한 사용사업주가 직업소개를 희망하지 않는 경우 또는 직업소개를 받은 파견근로자를 고용하지 않는 경우에는, 파견사업주는 파견근로자의 요구에 따라 사용사업주에 대해서 각각의 이유를 서면, 팩시밀리 또는 전자 메일로 명시하도록 요구하고, 사용사업주로부터 명시된 이유를 파견근로자에 대해서 서면 등의 방법으로 명시하도록 하고 있다.

바) 그 외의 사용사업주에 대한 행정지도사항

『근로자파견사업관계업무요령』은 상기의 사항 외에도 ① 사용사업주는 소개예정파견에 의해서 고용된 근로자에 대해서는 시용기간을 두지 않도록 필요한 지도를 행할 것과, ② 당해 사용사업주가 당해 파견근로자를 특정해서 근로자 파견을 받았으나 당해 파견취업종료 후에 사용사업주가 직업소개를 받기를 희망하지 않거나 직업소개의 결과 파견근로자를 채용하지 않는 경우, 사용사업주에 대해서 당해 파견근로자를 고용하도록 필요한 지도를 행할 것을 정하고 있다.

5. 시행(試行)고용

가. 시행고용계약

1) 의의와 활용현황

시행고용계약이란 시용을 목적으로 하는 기간제 근로계약이라고 정의할 수 있을 것이다³³⁶⁾. 시행고용계약의 장점으로는, 기업은 계약기간 동안 해약권 행사의 제한에 대한 부담 없이 근로자의 적성이나 업무수행능력을 판단하여 정식채용을 할 것인가를 결정할 수 있고, 근로자도 또한 업무에 대한 자신의 적성을 판단할 수 있기 때문에 기업과 근로자간의 미스매치를 줄이고 기간제 근로계약으로부터 상용고용으로의 기회가 증대될 수 있다는 점을 들 수 있을 것이다. 이러한 장점 때문에 시행고용계약은 상기의 소개예정과견과 더불어 청년층의 취업대책으로서 유효하게 기능할 것이라고 평가되고 있다³³⁷⁾.

노동연구정책·연수기구의 2004년도 조사³³⁸⁾에 의하면 조사대상 기업 중 26%가 시행고용계약을 거쳐 근로자를 정규직 근로자로 채용하고 있으며, 16.4%가 향후 시행고용계약을 실시할 것을 검토하고 있다. 이처럼 시행고용계약이 근로자의 채용방법으로 적지 않게 활용되고 있는 이유에 대해서 菅野和夫 교수는 상기에서 본 것처럼 시용기간 종료 뒤의 본채용의 거부에 대해서 판례가 그 효력을 엄격하게 판단함으로써 시용이 본래의 의미와 기능을 많이 잃어버렸기 때문이라고 설명한다³³⁹⁾.

2) 시행고용계약의 법적 문제

시행고용계약도 일종의 기간제 고용계약이기 때문에 기간제 고용계약에 관한 근로기준법상의 조항이 적용되는 것을 제외하고는 현행법상 특

336) 今後の労働契約法制の在り方に關する研究會(2005), 『今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 報告書』, p.70.

337) 雇用政策研究會(2002), 『雇用政策の課題と当面の展開』, p.39.

338) 淺尾裕の, 『従業員關係の枠組みと採用・退職に關する實態調査—労働契約をめぐる實態に關する調査(Ⅰ)』, 앞의 주 258), p.41.

339) 菅野和夫(2004), 『新雇用社會の法(補訂版)』, 有斐閣, p.134.

별히 시행고용계약에 관한 법규정은 존재하지 않는다. 또한 2007년 3월 국회에 제출된 근로계약법안에도 시행고용계약에 관한 조항은 포함되어 있지 않다. 이러한 상황에서 향후 시행고용계약의 활용에 있어서 가장 유의해야 할 법리는 상기의 神戸弘陵學園사건의 最高裁의 판결이 제시한 시용기간과 고용계약의 존속기간의 구별에 관한 판단기준이라고 할 수 있다. 동 판결에 따르면 시용을 목적으로 하는 기간제 고용계약(시용고용계약)이라 하더라도 기간의 만료에 의해서 근로계약이 당연히 종료한다는 명확한 합의가 성립하고 있다는 등의 특단의 사정이 인정되는 경우를 제외하고는 시행고용계약기간은 기간의 정함이 없는 계약의 시용기간이 될 것이다.

노동계약법연구회의 최종보고서는 시행고용계약과 시용기간의 구별을 명확히 하기 위해서 상기의 최고재판소의 판단 기준에 따라 기간제 고용계약이 시용을 목적으로 하는 경우에는 계약기간 만료 후 본채용을 위한 계약의 체결이 없는 한 계약기간의 만료에 의해서 고용계약이 종료한다는 것을 명시하는 등 일정한 요건을 만족시키지 않으면 시용기간으로 보는 것이 적당하다고 제안하고 있다. 동 보고서는 이어서 시행고용계약 종료 후 본채용의 결정에 관해서 사용자는 본채용의 판단기준을 시용고용계약의 체결시에 근로자에게 명시해야 한다고 하고 있을 뿐 시용에서와 같이 본채용의 거부의 효력에 대한 판단기준을 제시하고 있지는 않다. 단, 본채용의 거부가 차별적 이유나 정당한 권리의 행사를 이유로 하는 경우에는 본채용을 거부할 수 없다는 규정을 두어야 한다고 하고 있다. 그러나 그 법적 효과로서는 시행고용계약이 어디까지나 기간제 고용계약인 이상 본채용을 인정하는 것은 계약강제에 해당하기 때문에 손해배상청구만을 인정하는 것이 적당하다고 하고 있다. 마지막으로 동 보고서는 시용에 관해서는 일정한 상한을 설정하는 것이 적당하다고 하면서도, 시행고용계약의 상한 설정에 대해서는 시행고용계약이 고용계약기간 중 고용이 보장되고 있는 점과 업무의 전문성 판단을 위해서는 시용기간보다 긴 기간이 필요한 경우가 있다는 점을 들어 시용고용계약은 기간의 상한을 설정하지 않는 것이 적당하다고 제안하고 있다(물론 근로기준법 14조의 고용기간의 상한 규정은 적용된다). 동 보고서 이외에 시용고용계약에 관한

입법을 제언하고 있는 것은 노동변호사단의 입법제언이 유일한데, 그 내용은 위에서 본 바와 같다.

나. 시행고용사업

1) 사업의 개요

후생노동성은 장기간의 불황의 여파로 1990년대 중후반부터 청년층의 실업 및 불안정취업이 증가하면서 청년층고용의 문제가 심각해지자, 2001년 12월부터 청년층에 대한 고용대책의 일환으로 시행고용(이른바 트라이얼 고용)사업을 전개하기 시작하였다.

현재 청년층을 대상으로 하는 시행고용사업³⁴⁰⁾은 만 35세 미만의 근로자를 공공직업안정소로부터 소개받은 사업주가 시용의 목적으로 기간제 고용계약을 체결하는 경우 최장 3개월간 월 4만 엔의 시행고용장려금을 지급하고 있다. 시행고용기간의 상한에 대해서는 법적인 제한은 없지만 공공직업안정소는 원칙적으로 최장 3개월로 하도록 행정지도하고 있다. 동 사업은 제도의 목적대로 상용고용이 촉진되도록 하기 위해서 사용업주에 대해서 근로자를 채용한 지 2주 이내에 당해 근로자와 충분히 상의한 뒤 근로자의 동의를 받아 「시행고용실시계획서」³⁴¹⁾를 제출하도록 하고, 시행고용이 종료한 뒤에는 종료 1개월 이내에 「시행고용결과보고서」를 제출하도록 하고 있다.

그러나 동 사업은 시행고용이 종료된 후 사업주에 대해서 상용고용을 의무화하고 있지 않다.

2) 실시현황

종래의 청년층 시행고용사업의 실시 실적을 보면, 2001년에는 시행 초년도였기 때문에 시용고용개시자수가 4,650명에 실제로 상용고용으로 이

340) 2003년 4월부터 시행고용사업은 청년층뿐만 아니라 장애인, 중고연령자(45세 이상 65세 미만), 모자가정의 모, 일용근로자 및 노숙자 등에 대해서도 확대 시행되고 있다.

341) 시용고용실시계획서에는 시용고용기간 중의 근로조건뿐만 아니라 시용고용 기간 중 강구할 조치 및 상용고용으로 이행하기 위한 요건도 기재하도록 되어 있다.

행한 근로자의 수는 72명(이행률³⁴²⁾ 29.4%)에 그쳤으나 이후 꾸준한 증가세를 보여, 2002년도에는 개시자수 31,464명에 상용고용이행자수가 18,141명(79.4%)이었으며, 2003년도에는 개시자수 37,721명에 25,534명(79.7%)이, 2004년도에는 개시자수 43,680명에 29,813명(80%)이, 2005년도에는 개시자수 50,722명에 35,302명(80%)이, 2006년도에는 개시자수 48,282명에 34,326명(79.8%)이 각각 상용고용으로 이행하였다³⁴³⁾.

다. 시행고용제의 문제점

시행고용제에는 상기의 시행고용제의 의의에서도 언급한 것과 같은 장점이 사용자와 근로자 모두에게 존재하기도 하지만, 근로자의 측면에 있어서는 시행고용제가 기간제 고용계약이라는 점에서 오는 고용의 불안정이라는 문제에 더해서 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다. 즉, 본채용에 대한 기대를 가지고 시행고용계약을 체결하는 근로자로서는 사용자의 본채용 결정에 부정적인 영향을 미치지 않기 위해서 자신의 정당한 권리 행사를 자제하거나 사용자의 부당한 혹은 과중한 업무지시도 감수할 수밖에 없게 됨으로써 통상의 기간제 고용계약상의 근로자보다 더 열악한 지위에 놓이게 될 가능성이 크다는 점이 지적되고 있다³⁴⁴⁾. 한 신문보도에 의하면, 실제로 東京都의 불안정 고용 청년 근로자들을 중심으로 조직된 노동조합인 '수도권 청년 유니언(首都圏青年ユニオン)'에는, 열악한 노동조건을 감수하면서 열심히 업무에 종사했음에도 불구하고 사용자로부터 납득할 만한 이유의 설명도 없이 정규직 사원으로 채용되지 않았다는 등의 시행고용제와 관련한 상담이 최근 증가하고 있다고 한다³⁴⁵⁾.

342) 이행률은 시용고용이행자수를 개시자수가 아니라 시용계약을 실제로 종료한 자의 수로 나눈 것이다.

343) 후생노동성 2006년 및 2007년 실적평가서(원문은 후생노동성 홈페이지 <http://www.mhlw.go.jp>).

344) 萬井隆令, 「若者の就業支援政策の批判的検討—トライアル雇用と紹介予定派遣の法構造について」, 앞의 주 332), p.13.

345) 讀賣新聞 2004년 3월 11일 보도(“揺れるフリーター (3) - 「試し雇用」でトラブル”).

6. 소 결

이상에서 살펴본 것처럼 일본의 과도적 고용관계의 법의 특징을 요약하면, 1960, 70년대 판례와 학설에 의해서 확립된 채용내정과 시용의 법리가 여전히 현재의 고용상황에서도 변함없이 적용되고 있다는 점과, 노동시장의 새로운 변화에 대응하기 위한 과도적 고용관계의 법으로서 비정규 고용형태를 이용한 소개예정과견과 시용고용제가 새롭게 도입·활용되고 있다는 점으로 요약될 수 있을 것이다.

종래의 채용내정과 시용의 법리가 여전히 적용되고 있는 이유에 대해서는 앞서도 언급했다시피 그것이 확정적 고용관계의 법리에 강한 영향을 받고 있기 때문일 것이다. 1990년대 초반 버블경기의 붕괴와 함께 시작된 장기불황의 과정에서 기업의 구조조정과 정부의 일련의 규제완화에 의해 노동시장에서도 전직과 중도채용이 증가하고 비정규직 인력의 활용이 급증하면서 고용의 유동화, 다양화, 탄력화가 급격히 진전되었다. 그러나 이러한 변화는 종신고용의 관행과 이에 대한 사회적 규범의식에 있어서도 상당한 변화를 가져온 것도 사실이지만, 그렇다고 종신고용의 관행과 그에 대한 사회적 규범의식이 붕괴되기에 이르렀다고 단정할 수는 없을 것이다. 즉, 1995년 일본경영자단체연맹이 발간한 『신시대의 일본적 경영』이라는 정책보고서가 경영환경의 변화에 신속하게 대응할 수 있도록 유연하고 다양한 고용관리제도를 구축할 것과 기업의 기간적 업무에 종사하는 근로자의 고용관리에 있어서는 종래의 종신고용관행을 계속적으로 중시할 것을 제언하고 있는 것으로부터³⁴⁶⁾ 알 수 있듯이, 일본 기업은 장기불황하에서도 정규직 근로자의 고용관리에 있어서는 종신고용의 관행을 유지하려 해 왔고 경기회복단계에 접어든 현시점에서도 여전히 유지하고 있다고 할 수 있을 것이다. 또한 2003년 노동기준법의 개정시 판례에 의해 확립된 해고권남용의 법리가 명문화된 점과 최근의 근로계약법의 제정 논의의 과정에서 해고분쟁의 금전보상적 해결의 법제화가 노동계와 국민여론의 반대에 의해서 무산되었다는 점 등은 종신고용

346) 藤井光男 외(2000), 『新日本の經營と勞務管理』, ミネルヴァ書房, pp.10~11.

관행에 대한 규범의식이 여전히 근로자들 사이에 강하게 존재한다는 것을 나타내 주고 있다고 할 수 있다.

이와 같이 정규직 고용에 있어서 여전히 종신고용관행과 이에 대한 규범의식이 강하게 존재하고 있다는 점, 그리고 앞에서 기술한 것처럼 정규직의 채용에 있어서 여전히 신규채용이 중심적 역할을 하고 있으며 이 과정에서 내정과 시용이 광범위하게 활용되고 있다는 점은 변화된 고용시장하에서도 채용내정과 시용에 관한 기존의 법리가 변경되기 힘든 요인으로 작용하고 있음이 명백하다 할 것이다. 2005년의 『노동계약법연구회』가 종래의 채용내정과 시용의 법리의 핵심적 부분, 즉 해약권 행사의 제한 법리를 그대로 추인하고 있는 것도 바로 위와 같은 상황을 고려한 결과라고 할 수 있을 것이다.

이렇듯 채용내정과 시용의 법리적 변경이 현실적으로 어려운 조건에서 청년층의 취업을 촉진시키기 위해서 새로운 과도적 고용관계의 법을 검토한다고 할 때, 비정규 고용형태를 이용하는 소개예정과건과 시행고용제를 도입·활용하는 방안이 검토된 것은 어찌 보면 당연한 결과일 것이다. 또한 신규졸업자를 대상으로 하는 정규직 채용에서 탈락하여 실업상태 혹은 불안정 취업상태로 남게 된 청년층의 취업촉진을 위해서 채용내정과 시용의 법리를 재검토하는 것은 그다지 효과를 발휘하지 못할 가능성이 클 것이기 때문에 소개예정과건과 시행고용제는 청년층의 고용문제의 해결이라는 목적에 적합한 수단일 수 있을 것이다. 이상과 같이 볼 때, 본절에서 검토한 일본의 과도적 고용관계의 법은 기존의 일본의 고용관행과 조화를 이루면서 변화된 고용시장의 환경에 대해서도 적절한 대응을 모색한 결과라고 평가해 볼 수 있을 것이다. 이러한 점은 채용내정과 시용의 법적 성질을 일본과 유사하게 파악하고 있는 우리나라의 과도적 고용관계의 법을 재검토함에 있어서도 의미 깊은 시사를 할 것이라고 생각된다.

제5장

결론

고용과 관련하여 최근 우리 산업사회는 이중고를 겪고 있다. 한편으로는 노동시장의 유연화를 통해 고령자 및 정규직 근로자들이 산업·인력 구조조정의 칼바람에 시달리고 있고, 다른 한편으로는 청년층과 여성, 장애인, 고령자 등 근로취약계층이 높은 실업률 내지 불안정 고용의 한파에 몸을 내맡기고 있다. 경기회복과 함께 기업의 투자심리 및 서민들의 소비심리가 적극적으로 되살아나서 고용창출과 경기활성화의 가시적 성과가 조속히 나타나지 않는다면 우리 경제의 성장잠재력마저 소진될 위기에 처해 있다고 하겠다.

안정적 고용과 높은 수준의 근로조건을 향유하는 근로관계가 더 이상 우리 사회의 모든 근로자 내지 취업을 희망하는 사람들에게 일반적으로 부여될 수 있는 노동시장적 상황이 아니라고 가정한다면, 이른바 “접촉효과” 등과 같은 차선의 방법을 통해, 그리고 다소간의 시간과 노력이 소요 되더라도 이와 유사한 근로환경을 만들어 나가는 일이 시급해진다. 채용 내정, 시용, 수습, 인턴사원제, 그리고 기간제고용 및 파견 등 간접고용을 포괄하는 과도적 근로관계가 당장 근로자의 요구수준에 부합하지는 않더라도 이를 적극 활용해야 하는 이유가 바로 이러한 중·장기적 목표에 기인하는 것이다.

종래 과도적 근로관계에 대해서는 종신고용체계에 기초한 일본의 판례법리를 원용하여 가급적 그 근로관계의 성립을 인정하는 동시에 이를 통

상적인 근로관계의 보호법리, 즉 근로기준법 제23조 제1항의 “정당한 해고사유”가 없으면 “성립된 당해 근로관계의 해지, 즉 해고를 금지”하는 법리에 기초하여 보호하였다. 이에 따라 표면적으로는 채용내정, 시용, 수습 등 불안정한 고용상태에 있는 근로자들의 고용안정에 어느 정도 기여하는 듯하였으나, 그 실제에서는 이들의 고용관계를 그다지 본질적으로 개선하지 못하였다고 할 수 있다. 즉, 다소 경직적인 것으로 평가되고 있는 해고보호법리를 적용하려는 시도는 결과적으로 사용자측의 과도적 근로관계 활용에서의 거부감을 오히려 고조시킨 반면, 사용자의 고용상 자율판단의 여지를 최대한 확보하려는 견제장치 등 종래 해고보호 법리를 회피하거나 그 효과를 최소화하려는 자구노력으로 인하여 고용안정이라는 소기의 효과는 그다지 확보하지 못하고 있는 실정이다. 특히, 활황경기하에서 향후 소요될 노동력을 선점하기 위해 활용되던 인턴사원제는 더 이상 현실의 대안이 될 수 없는 상황이다. 앞에서 살펴본 실증분석에서도 잘 나타난 바와 같이 취업규칙 내지 단체협약에서 과도적 근로관계에 대한 근로자 보호규정이 그다지 정치(精緻)하지도 않을뿐더러, 그나마 존재하는 규정조차 현실적으로 제대로 적용되고 있다고 보기 힘들기 때문이다. 즉, 이러한 자치규범의 존재에도 불구하고 과도적 근로관계에 있는 근로자는 통상의 근로자보다 그 보호, 특히 고용관계의 계속성 내지 본채용으로의 전환에 있어서 매우 불안정하고 유동적인, 다시 말해서 사용자의 자율적 판단에 거의 전적으로 맡겨진 상태에 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 또 근로조건 등 처우에 있어서의 차별가능성 역시 해소되지 못하고 있다. 기업의 수요에 적절히 맞아떨어지는 노동력을 즉각적으로 찾아 쓰고자 하는 기업의 신중해진 인력관리 정책의 면모가 여실히 드러나는 영역이다. 그러나 이러한 현실적 한계점은 근로자를 채용함에 있어서 결코 포기할 수 없는 사용자측의 자유 내지 자율성, 즉 근로자(노동력) 선택권의 문제를 함께 고려하지 않을 수 없다는 사실을 상기시켜 주고 있다.

따라서 이러한 현실적 한계를 극복하는 동시에 보다 실효성 있는 근로자 보호, 특히 경기침체 속에서 고용기회의 유효한 창출이라는 측면에서 접근하기 위한 새로운 패러다임의 모색이 필요할 것으로 생각된다. 이러

한 새로운 고용시스템의 구축을 위해서는 우리보다 앞서 경기침체 및 실업문제를 심각하게 경험한 제 외국의 선행사례를 고려하는 것도 상당 부분 필요할 것이다. 그러한 의미에서 다음과 같은 몇 가지 의견을 제시하고자 한다.

먼저, 과도적 근로관계에 관한 실정법적 규율근거를 마련하는 것이 필요하다. 종래 당사자의 의사 내지 이를 추정할 수 있는 근로계약, 취업규칙, 단체협약 및 규범화된 노동관행 등 사적 자치규범에 의존한 결과, 그 해석 내지 당사자의 의사추정을 둘러싸고 불필요한 갈등과 혼란을 초래한 측면이 없지 않다. 따라서 보다 분명한 실정법적 근거를 마련함으로써 당사자간 제도 운영의 예측 가능성을 보다 넓게 확보하는 동시에, 불필요한 노사갈등을 예방·최소화하고 이미 발생한 분쟁을 신속히 해결하는 것이 필요하다.³⁴⁷⁾ 즉, 아무런 실정법적 근거 없이 오로지 법원의 사안별 법리해석에만 의지하기보다는 무언가 구체적·명시적인 입법적 조치가 필요하다. 나아가 보다 구체적으로는 과도적 근로관계의 특성, 즉 완전하고 안정적인 고용관계로 나아가기 위한 “유동적·탄력적 근로관계”로서의 한계로 인해 종래 근로기준법 제23조 제1항의 해고보호법리를 완전히 동일하게 적용하기가 현실적으로 정히 어렵다면, 최소한의 보호범위 내지 보호정도를 제시하는 방안이라도 고려할 수 있을 것이다. 이를 위해 구체적인 과도적 근로관계의 각 유형에 따라 그에 대한 개념정의와 보호의 정도, 내용 등을 명시적으로 제시하는 방안도 고려할 수 있겠다. 또 과도적 근로관계를 포괄하는 대표개념, 예를 들어 이미 근로기준법상 용어로 실무상 널리 사용하고 있는 “수습” 또는 판례상 자주 활용되고 있는 “시용”을 명시하고, 이에 대한 과도적 근로관계의 특징, 그 보호의 범위 및 해고제한의 정당성 판단기준 등을 열거하되, 이에 대한 구체적 판단은 사안별로 법원 등의 법리해석에 맡기는 방안도 가능할 것으로 보인다.

둘째, 실태조사에서 나타난 바와 같이 이른바 “채용내정”에서 특징적으로 나타나는 현상, 즉 일련의 채용과정을 모두 거친 근로자에게 최종적인 합격통지를 하고서도 이를 근로계약의 성립으로 보지 않는 인식의 한계

347) 같은 취지로서 이 정(2006), 『과도적 근로관계-채용내정·시용에 대한 고찰』, 『외법논집』 제21집, p.175 참조.

는 조속히 시정되어야 할 문제점이다. 즉, 과도적 근로관계의 형성이 근로계약의 체결 내지 근로관계의 성립으로 이해될 필요가 있다는 것이다. 만일 과도적 근로관계가 근로관계의 성립으로조차 이해되지 못한다면 노동관계법을 통한 규율을 도모하는 기본적인 법리적 토대 내지 입법론적 요청·취지조차 실현되기 힘들기 때문이다. 따라서 구체적인 계약내용의 모습 여하와 관계없이 모든 과도적 근로관계도 노동력공급계약 내지 근로계약의 하나로 확립되어야 한다. 이는 더 나아가, 앞에서 언급한 해고보호법리의 부분적 완화 내지 유연화를 자칫 해고제한법리의 적용 제외 내지 해소로 오해하지 않아야 한다는 우려와 연계되는 요청이라고 하겠다.

셋째, 일단 확립된 근로계약, 즉 과도적 근로관계의 구체적 내용 내지 모습은 다양할 수 있다. 특히, 최근 실정법적 근거가 마련된 단시간 및 기간제 근로관계와의 연계성, 즉 기간제·단시간고용과 과도적 근로관계의 융합 내지 일정기간 이후 근로관계 해소의 용이성 제고방안도 배제할 수 없을 것이다. 다만, 당사자의 자유스러운 계약의사를 가급적 존중한다는 차원에서 다양한 형태의 과도적 근로관계를 가능토록 하되, 이를 적절히 규율할 수 있는 합리적 기본원칙을 설정하는 것이 필요하다. 물론 그 구체적인 내용을 설정함에 있어서는 종래의 판례법리를 활용하는 것이 가장 현실적인 대안이 되겠지만, 과도적 근로관계든 기간제·단시간고용이든 그것이 노동관계법이 보호하고 규율하는 근로관계의 “기본형태” 내지 “바람직한 모습”이 아니라는 점을 재차 확인할 필요가 있다. 아울러 이와 같은 예외적인 근로관계의 성립, 전개 및 해소에 있어서 노사 당사자 사이의 완전하고 자유로운 의사가 충분하고 적절히 반영될 수 있어야 하며, 노동시장 등 현실 여건에서의 불균형을 이유로 일방이 타방을 착취할 수 있는 여지를 허용하거나 이러한 근로관계 자체가 지나치게 남용·악용되지 않도록 적절히 규율되어야 할 것이다.

넷째, 간접고용 규율의 “합리적 기본원칙”을 구체화함에 있어서 가장 먼저 요청되는 것은 과도적 근로관계를 맺고 있는 근로자·사용자의 의사를 명확히 할 수 있는 “서면계약” 및 “통지의무”의 확보와 이에 근거한 법리해석의 필요성이다. 이를 통해 불필요한 당사자 사이의 갈등·혼란

을 최소화할 수 있을 것이다. 다만, 채용내정과 시용기간에 관한 법적 문제를 해결하기 위해서는 채용내정이나 시용기간 모두 법률상의 제도가 아닌 당사자의 계약자유를 바탕으로 하여 등장·활용되고 있는 제도라는 점에서, 이러한 제도를 설정한 당사자의 계약의사를 탐구하는 작업이 선행되어야 함은 당연하다. 그러나 당사자의 계약의사는 계약목적으로서의 제도와 분리할 수 없을 뿐만 아니라, 현행 법질서를 초월하여 관철될 수 있는 것도 아니다. 따라서 채용내정 또는 시용기간에서의 사용자와 근로자의 의사는 이들 제도의 활용을 통해 고용관계에 있어서 현실적으로 지향하고자 하는 기능들 가운데 법질서에 합치하는 합리적인 기능을 확정하면서 객관적으로 탐구해야 할 것이다.³⁴⁸⁾

다섯째, 과도적 근로관계의 지나친 남용 내지 이를 악용한 노동착취를 방지할 수 있는 장치 마련 역시 필요하다. 다만, 이를 위해 일정한 사유제한 내지 기간제한 등 직접적·경직적 규제장치를 마련하기보다는 과도적 근로관계의 본질적 요청, 즉 사용자의 근로자(노동력) 선택의 기회 확보에 충실할 수 있도록 보완장치를 갖추으로써 고용창출에 기여하도록 유도하는 방식이 보다 현실적 대안이 될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 제 외국의 경험에서 일정한 시사점을 찾는 일은 유의미한 작업일 것이다. 독일, 프랑스 및 일본 모두 고용촉진을 위하여 기간제 고용 내지 파견 등 간접고용 근로를 시용 등 과도적 근로관계의 유형으로 활용하는 시도를 최근 모색하고 있다. 그러나 이들 나라에서는 매우 신중한 접근방법, 즉 고용창출이라는 목적을 달성하기 위해 과도적 근로관계의 활용범위를 기간제 고용 내지 파견근로 등과 연계시키기는 하지만, 동시에 이러한 수단들이 실업해소 내지 고용창출이라는 본연의 목적에 부합할 수 있도록 하되, 그 오·남용을 조정·규제하는 장치를 적극 모색하고 있다는 점에 주목해야 할 것이다. 물론 이러한 조치에도 불구하고 얼마만큼의 고용창출 효과가 도출되고 있는지에 대해서는 프랑스의 연구결과를 볼 때 그다지 희망적이지만은 않다는 사실 역시 기억할 필요가 있다.

348) 毛塚勝利(1986), 『採用内定・試用期間』, 日本労働法學會編, 『労働契約・就業規則』, 現代労働法講座 第10卷, p.84.

 참고문헌

〈국내 문헌〉

- 강성태(1997), 「기간의 정합이 있는 근로계약의 규율」, 『노동법학』 제7호, 한국노동법학회.
- 강성태(1999), 「인턴사원의 근로기준법상의 지위」, 『사회과학연구』 제6집, 대구대학교 사회과학연구소.
- 김선수(1999), 「채용내정자의 법적 지위」, 『노동법연구』 제8호.
- 김성환·김정한·이상덕(1993), 『취업규칙 분석』, 한국노동연구원.
- 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사.
- 김윤수(1987), 「채용내정과 시용기간의 법률관계」, 『근로관계소송상의 제문제(상)』, 재판자료 제39집, 법원행정처.
- 김정한·문무기·전재식(2002), 『단체협약분석(Ⅲ)』, 한국노동연구원.
- 김정한·윤성천(1998), 『단체협약분석(Ⅱ)』, 한국노동연구원.
- 김형배(2007), 『노동법』, 박영사.
- 문무기(1997), 「과도적 근로관계의 해지」, 『한양법학』 제8집, 한양법학회.
- 문무기(2001), 「전직의 법리 - 구조조정 시대의 대안으로서의 전직」, 『노동법학』 제13호, 한국노동법학회.
- 문무기·윤문희·이철수·박은정(2006), 『임금제도 개편을 위한 노동법적 과제』, 한국노동연구원.
- 박제성(2006), 「프랑스의 근로계약 법제 변화 : 신규채용계약(CNE)과 최초채용계약(CPE)」, 『노동정책연구』 제2호, 한국노동연구원.
- 신인령(2002), 『세계화와 여성노동권』, 이화여대 출판부.
- 윤광희(2003), 「시용기간의 근로계약 법리」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회.
- 이병태(2005), 『최신 노동법』, 현암사.
- 이상윤(2001), 『노동법』, 법문사.

- 이영희(2002), 『노동법』, 법문사.
- 이 정(2006), 「과도적 근로관계 - 채용내정·시용에 대한 고찰」, 『외법논집』 제21집.
- 이 정(2005), 「채용내정·시용 및 사직에 관한 합리적 규율방안 검토」, 노동부 연구용역보고서.
- 임종률(2007), 『노동법』, 박영사.
- 하갑래(2007), 『노동법』, 중앙경제사.
- 하경효(1996), 「채용내정자와 시용근로자의 법적 지위」, 『현대법학의 이론』, 이명구박사 화갑기념논문집.

〈일본 문헌〉

- 菅野和夫(2005), 『労働法(第7版)』, 弘文堂.
- 菅野和夫(1997), 『雇用社會の法』, 有斐閣.
- 菅野和夫(2004), 『新雇用社會の法(補訂版)』, 有斐閣.
- 高梨昌(2001), 『詳解労働者派遣法(第2版)』, 日本労働研究機構.
- 高梨昌(2007), 『詳解労働者派遣法(第3版)』, エイデル研究所.
- 藤井光男 외(2000), 『新日本の經營と勞務管理』, ミネルヴァ書房.
- 宮澤達(1975), 「最高裁判所判例解説」, 『法曹時報』 제27권 1호.
- 宮島尙史(1966), 「採用取消 - 人の合理化」, 『季刊労働法』 제59호.
- 宮島尙史(1974), 「試用期間の法的性格と解雇權」, 『法律のひろば』 제27권 3호.
- 宮本光雄(1991), 「採用内定の法的判断 - 内々定・複數内定を中心に -」, 『季刊労働法』 제159호.
- 中窪裕也(2003), 「労働契約締結過程」, 東京大學労働法研究会編, 『注釋労働基準法(上卷)』, 有斐閣.
- 野村正實(2007), 『日本の雇用慣行』, ミネルヴァ書房.
- 萬井隆令(1980), 「採用内定の法的性格と内定取消」, 『日本労働法學會誌』 제55호.
- 萬井隆令(1997), 『労働契約締結の法理』, 有斐閣.
- 萬井隆令(2006), 「若者の就業支援政策の批判的検討 - トライアル雇用と

- 紹介予定派遣の法構造について, 『社會科學研究年報』 제36권.
- 毛塚勝利(1986), 『採用内定・試用期間』, 日本労働法學會編, 『労働契約・就業規則』, 現代労働法講座 第10卷, 総合労働研究所.
- 本多淳亮(1969), 『労働契約における採用内定と取消の法理』, 『企業法研究』 제166집.
- 本多淳亮(1974), 『採用内定の取消』, 『ジュリスト』, 臨時増刊 제565호.
- 水町勇一郎(2000), 『労働契約の成立過程と法』, 日本労働法學會編, 『労働契約』, 講座21世紀の労働法 第4卷, 有斐閣.
- 水町勇一郎(2007), 『労働法』, 有斐閣.
- 北澤貞男・石塚章夫(1971), 『試用労働者とその解雇基準』, 『法律時報』 제509호.
- 三島宗彦(1971), 『採用内定者の法的地位』, 『法律時報』 제508호.
- 小島典明(2002), 『紹介予定派遣と規制緩和』, 『阪大法學』 제215호.
- 下井隆史(2001), 『労働基準法(第3版)』, 有斐閣.
- 時岡泰(1982), 『最高裁判例解説』, 『法曹時報』 제34권 2호.
- 安西愈(1990), 『採用内定の法理の再検討』, 『季刊労働法』 제155호.
- 尾崎盛光(1977), 『日本就職史』, 文藝春秋.
- 渡辺章(1977), 『大日本印刷事件控訴審判決—新判例評釋』, 『判例タイムズ』 제346호.
- 外尾健一(1957), 『試用期間の法理』, 『討論: 労働法』 제60호.
- 外尾健一(1969), 『採用内定の法理』, 『季刊労働法』 제71호.
- 有泉亨(1963), 『労働基準法』, 有斐閣.
- 有泉亨(1965), 『労働契約—就職から退職まで』, 日本労働協會.
- 林和彦(1991), 『入社前・後研修の法的問題』, 『季刊労働法』 제159호.
- 浅井清信(1971), 『採用内定と試用をめぐる法律問題』, 『龍谷法學』 제3권 3・4호.
- 秋田成就(1974), 『電々公社(假處分)事件控訴審判決—新判例評釋』, 『判例タイムズ』 제308호.
- 花見忠(1957), 『試用契約の法的性質』, 『季刊労働法』 제24호.
- 後藤清(1964), 『採用内定者の法的地位』, 『季刊労働法』 제53호.

- 後藤清(1965), 「試用期間中の労働関係」, 『労働法』 제25호.
- 後藤清(1964), 「採用内定についての再論」, 『季刊労働法』 제83호.
- 労働省職業安定局編(1986), 『改訂新版・人材派遣法の實務解説』, 勞務行政研究所.
- 平成19年度 『労働百書』.
- 平成17年度 『労働經濟の分析』.
- 今後の労働契約法制の在り方に關する研究會(2005), 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 報告書」 (일본 후생노동성 홈페이지 <http://www.mhlw.go.jp>)
- 雇用政策研究會(2002), 「雇用政策の課題と当面の展開」 (일본 후생노동성 홈페이지 <http://www.mhlw.go.jp>)
- 労働契約法案要綱骨子(案)(2006) (일본노동조합총연합회 홈페이지 <http://www.jtuc-rengo.or.jp>, 2006. 6. 15)
- 民主党のめざす労働契約法案と労働時間法制ポイント(案)(2006), (일본 민주당 홈페이지 <http://www.dpj.or.jp>, 2006. 12. 6)
- 労働契約法制立法提言(2005) (일본노동변호단 홈페이지 <http://homepage1.nifty.com/rouben>, 2005. 5. 19)
- 總務省 統計局, 「労働力調査」 <http://www.stat.go.jp>

〈프랑스 문헌〉

- Acoess(2007), "Les intentions d'embauche hors intérim au troisième trimestre 2007", Acoess stat n° 56 - Octobre 2007
- DARES(2007), "Le contrat nouvelles embauches un an après", Premières synthèses Premières informations, mars 2007
- Dominique Guirimand(2007), "Contrat nouvelles embauches : suite. A propos de la décision du Tribunal des conflits du 19 mars 2007", RDT, juin 2007
- Emmanuel Dockès(2006), "Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau", Droit social, avril 2006

- Frédéric Guimard et Evelyne Serverin(2007), "Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal", RDT, septembre 2007.
- Fronçois Dumont(2007), "Le CNE en perspectives", La Semaine Juridique - Social.
- Patrick Morvan(2007), "Une période de consolidation de 2 ans n'est pas conforme aux exigences de la convention OIT n° 158. A propos de CA Paris, 6 juill. 2007", La Semaine Juridique - Social.
- Pierre Lyon-Caen(2006), "Comment sauver le CNE?", Droit social, décembre 2006.

〈독일 문헌〉

- Annuß, Georg/Thüsing, Gregor(Hrsg.)(2006), Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl.
- Bayreuther, Frank(2007), Die Neuregelung des § 14 Abs. 3 TzBfG - diesmal europarechtskonform ?, BB, 1113ff.
- Becker, Friedrich/Etzel, Gerhard/Bader, Peter/Firshcermeier, Ernst/Friedrich, Hans-Wolf/Griebeling, Jürgen/Lipke, Gert-Albert/Pfeiffer, Thomas/Rost, Friedhelm/Spilger, Andreas Michael/Vogt, Nobert/Weigand, Horst/Wolff(2007), Ingeborg: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl.
- Boecken, Winfried/Joussen, Jacob(2007), Teilzeit- und Befristungsgesetz.
- Boenke, Burkhard(1999), Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis.
- Däubler, Wolfgang(2000), Das geplante Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP, 1961ff.
- Däubler, Wolfgang(2001), Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP, 217ff.
- Dieterich, Thomas/Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schaub, Günter

- (Hrsg.)(2007), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl.
- Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/ Linsenmaier, Wolfgang(2006), Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl.
- Hanau, Peter(2006), Das Arbeitsrecht in der Koalitionsvereinbarung vom 11. 11. 2005, ZIP, 153ff.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen(Hrsg.) (2006), Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl.
- Holwe, Joachim/Kossens, Michael/Pielenz, Cornelia/Räder, Evelyn(2004), Teilzeit- und Befristungsgesetz.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank(2005), Arbeitsrecht Band I, 3. Aufl.
- Hromadka, Wolfgang(2001), Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, NJW, 400ff.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl(1963), Lehrbuch des Arbeitsrecht 1. Band, 7. Aufl.
- Kittner, Michael/Däubler, Wolfgang/Zwanziger, Betram(2004), Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 6. Aufl.
- Kittner, Michael/Zwanziger(Hrsg.)(2005), Arbeitsrecht, 3. Aufl.
- Kleinebrink, Wolfgang(2006), Flexibilisierung des Zeitpunkts der Beendigung von Arbeits- und Berufsausbildungsverhältnissen durch Probearbeitsverhältnis und Probezeit, in: Bewegtes Arbeitsrecht(Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag), S. 73ff.
- Kliemt, Michael(2001), Das neue Befristungsrecht, NZA, 296ff.
- Lakies, Thomas(2005), Befristete Arbeitsverträge.
- Leinemann, Wolfgang(Hrsg.)(2000), Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, 2. Aufl.
- Lipinski, Wolfgang(2004), Der neue §14 Abs. 2a TzBfG: sachgrundlose

- kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvetrags nach der Gründung eines Unternehmens, BB, 1221ff.
- Löwisch, Manfred(2001), 'zuvor' bedeutet nicht 'In aller Vergangenheit', BB, 254ff.
- Löwisch, Manfred(2004), Kalendermäßige Befristung von Arbeitsverträgen bei Unternehmensneubegründungen, BB, 152ff.
- Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha(2004), Teilzeit- und Befristungsgesetz.
- Nikisch, Arthur(1961), Arbeitsrecht 1. Band, 3. Aufl.
- Preis, Ulrich(Hrsg.)(2003), Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl.
- Preis, Ulrich/Gotthardt, Michael(2000), Neuregelungen der Teilzeitarbeit und befristeten Arbeitsverhältnisse, DB, 2065ff.
- Preis, Ulrich/Kliemt, Michael/Ulrich, Christoph(2003), Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis, 2. Aufl.
- Rauhaus, Alexander(2004), Die Reform des Befristungsrechts durch das Teilzeit und Befristungsgesetz.
- Richardi, Reinhard/Annuß, Georg(2000), Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeitn und Befristung, BB, 2201ff.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried(1992), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1.
- Ritter, Frank/Rudolf, Armin(2006), Der befristete Arbeitsvertrag und besonderer Berücksichtigung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, in: Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 367ff.
- Rolfs, Christian(2002), Teilzeit- und Befristungsgesetz.
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger(Hrsg.)(2005), Arbeitsrecht-Handbuch, 11. Aufl.
- Sievers, Jochen(2003), Teilzeit- und Befristungsgesetz.
- Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard(2005), Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl.

- Ullmann, Karen(2006), Arbeitsrechtspolitik ohne Tatsachengrundlage, KJ, 26ff.
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger(2002), Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl.
- Wilhelm, Gerhard(2001), Verlängerte Probezeit un Kündigungsschutz, NZA, 818ff.
- Wolf, Roland(2006), Aus arbeitsrechtlicher Sicht Koalitionsvereinbarungen zu zaghaft !, AuA, 8ff.
- Worzalla, Michael(2006), Befristung von Arbeitsverhältnissen - noch Fragen in: Bewegtes Arbeitsrecht(Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag), S.409ff.

◆ 執筆陣

- 문무기(경북대 법과대학 교수)
- 박제성(한국노동연구원 연구위원)
- 정영훈(일본 교토대 박사과정)
- 김기선(독일 라이프치히대학 박사과정)

과도적 근로관계 연구

- | | |
|---------|---|
| ▪ 발행연월일 | 2008년 6월 16일 인쇄
2008년 6월 20일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 최 영 기 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
☎ 150-7410 서울특별시 영등포구
은행길 35
☎ 대표 (02) 782-0141 Fax (02) 786-1862 |
| ▪ 조판·인쇄 | 거목정보산업(주) (02) 2164-3232 |
| ▪ 등록일자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등록번호 | 제13-155호 |

© 한국노동연구원 정가 9,000원

ISBN 978-89-7356-698-9