



# 독일의 원하청 관계에서의 고용관계

김기선 (라이프치히대학교 노동법 박사과정)

## ■ 머리말

상당수의 기업이 자신과 근로계약 관계에 있는 근로자(Stammarbeitnehmer) 이외에도 근로자파견에 의한 파견근로자, (사내) 도급(또는 위임)계약에 의한 수급인(또는 수임인)의 근로자를 사용하고 있다. 파견근로자나 수급인(또는 수임인)의 근로자는 일종의 외부인력 근로자이다. 외부인력 근로자(Fremdfirmenarbeitnehmer)는 일반적으로, 근로계약 관계에 있는 사용자의 사업이 아니라 자신과 근로관계에 있지 않은 다른 사용자의 사업 내에서 근로를 제공하는 근로자를 일컫는다.<sup>1)</sup>

기업들이 이러한 외부인력 근로자를 사용하는 이유는 무엇보다도 이를 통해 인건비를 절감할 수 있다는 점에 있다.<sup>2)</sup> 기업들이 인건비 절감 효과를 볼 수 있는 까닭은, 기업들이 외부인력 근로자와 근로계약을 체결한 사용자가 아니기 때문인데, 기업은 파견사업주나 수급인(또는 수임인)에게 확정된 금액(예컨대 파견료나 도급액)만을 지급하면 된다. 근로계약에 의해 발생하는 사용자로서 부담해야 할 일체의 위험은 파견사업주나 수급인(또는 수임인)이 부담하게 된다. 뿐만 아니라 기업의 입장에서 본다면, 외부인력 근로자를 사용함으로써 얻을 수 있는 또 하나의 장점은 기업 활동에

1) Feuerbom, Gestaltungsmöglichkeiten des Einsatzes von Fremdfirmenarbeitnehmern, WiB 1996, 198.

2) Kadel/Koppert, Der Einsatz von Leiharbeitnehmern unter rechtlichen und personalpolitischen Aspekten, BB 1990, 2331, 2333. 외부인력 근로자를 사용하는 그 밖의 이유에 관한 자세한 내용은 Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Diss. Münster 1995, S. 30ff. 참조.

필요한 근로자의 수를 최소한으로 유지할 수 있다는 점에 있다. 즉, 기업의 유연성을 제고할 수 있다는 점이다. 예측할 수는 없지만 단기적으로 추가 인력이 필요한 경우에, 근로자를 직접 고용하기 보다는 파견근로자를 사용함으로써 기업은 이러한 상황을 극복할 수 있다. 이는 결국 기업이 유동성을 확보할 수 있는 계기를 마련해 준다. 또한 기업은 외부인력 근로자를 통해서 외부인력 근로자가 가지고 있는 전문적 지식이나 기술을 활용할 수 있게 된다. 예컨대, 정보처리장치의 구축 또는 유지, 새로운 소프트웨어의 개발과 같이 기업이 보유하고 있지 못한 전문적 기술이 필요한 경우에 흔히 도급 또는 위임 계약에 의한 외부인력 근로자가 자주 이용된다. 이러한 업무를 위해 사용자가 근로자를 직접 고용하고 이들 근로자의 숙련을 위해 교육·훈련을 실시하는 것은 기업의 입장에서 보면 비경제적인 것이기 때문이다.<sup>3)</sup>

그러나 외부인력 근로자를 사용하고자 하는 사용자의 판단은 두 가지의 측면에서 근로자에게 중대한 영향을 미친다. 첫째로, 이러한 인력 사용은 외부인력 근로자에게 불이익한 측면이 있다. 외부인력 근로자는 고용관계를 맺은 채 사업 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자(Stammarbeitnehmer)에 비하여 열악한 근로조건에 놓이는 경우가 많다. 둘째로, 기업 내 외부인력 근로자의 사용은 외부인력 근로자뿐만 아니라, 사업 내에서 현재 근로를 제공하고 있는 근로자에게도 중대한 영향을 미친다.<sup>4)</sup> 파견근로자나 도급계약에 의한 근로자의 사용에 의해 야기될 수 있는 고용 상황의 악화에 대한 우려가 바로 그것이다.

이와 같이 외부인력 근로자의 사용이 근로자에게 미치는 영향을 고려할 때, 외부인력 근로자의 사용을 규율할 수 있는 제도의 필요성이 인정된다. 이러한 점을 인식하여, 독일에서는 고용관계에 대하여 종업원평의회 대표가 일정한 권한을 행사하도록 하는 방법을 택하고 있다. 즉, 인력 사용 전에 종업원평의회가 이를 검토할 수 있는 기회를 부여하고 있는 것이다. 다시 말하면, 종업원평의회 권한행사를 통해 인력 사용으로 인해 일어날 수 있는 효과를 조정 내지 완화하려는 것이다. 이하에서는, 인력 사용에 대한 종업원평의회 일반적 권한을 검토하고, 이에 이어서 외부인력 사용이 문제되는 경우, 다시 말해 파견근로자의 사용 및 (사내)도급(또는 위임) 계약에 의한 사용에

3) Hamann(주2), S. 32.

4) Ulber, Rechtliche Grenzen des Einsatzes von betriebsfremden Arbeitnehmern und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, AuR 1982, 54, 59.

대하여 행사하는 종업원평의회(Betriebsrat)의 권한을 설명하고자 한다.

## ■ 인력 사용에 대한 근로자대표(종업원평의회 대표)의 권한

앞서 말한 바와 같이, 사용자가 행하는 인력사용은 근로자에게 중대한 영향을 미친다. 때문에 독일에서는 인력 사용에 대하여 법률상 종업원평의회(Betriebsrat)가 이에 대하여 일정 권한을 행사할 수 있도록 함으로써 이로 인한 효과를 조정하고 있다. 종업원평의회는 개별 근로자뿐만 아니라 사업 내 모든 근로자의 이익을 위해 권한을 행사한다.<sup>5)</sup> 이에 따라서 선거권 있는 근로자<sup>6)</sup>가 통상적으로 20인 이상 있는 기업에서는, 사용자가 인력을 사용(Einstellung)하기 전에 종업원평의회에게 이를 통지해야 하고, 지원 서류를 제시해야 하고, 해당 관련자에 대한 정보를 제공해야 한다. 뿐만 아니라 사용자는 계획하고 있는 인사 조치로 인한 효과에 대하여 종업원평의회에 정보를 제공해야 하고 이 조치에 대하여 종업원평의회(의)의 동의를 얻어야 한다(사업조직법 제99조 제1항 제1문).<sup>7)</sup> 그렇지만 종업원평의회가 임의의 사유로 사용자에게 동의를 거절할 수 있는 것은 아니고, 종업원평의회는 법률에 정해진 사유가 있는 경우에만 사용자의 동의 요청을 거절할 수 있다(사업조직법 제99조 제2항).<sup>8)</sup>

### 인력 사용

문제는, 이 규정에서 의미하는 인력 사용이 무엇인가 하는 점에 있다. 다시 말하면, 어떠한 경우에 인력 사용으로 인정되는가 하는 것이다. 연방노동법원 및 학설상 다수의 견해에 의하면, 사업

5) *Diitz*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2005, §864; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002, S. 323; Preis, : in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 2006, §99 Rn. 1.

6) 사업조직법 제7조에 의하면, 18세에 달한 사업의 모든 근로자는 선거권을 가지며, 또한 근로제공을 위하여 파견된 다른 사용자의 근로자의 경우에는, 그가 사업 내에서 3개월 이상 사용되는 경우에 선거권을 가진다.

7) 또한 인력 사용의 경우에 사용자는 사용이 예정된 업무 및 임금 등급의 분류에 대하여도 통지하여야 한다(사업조직법 제99조 제1항 제2문).

8) v. Hoyningen-Huene(주5), S. 333; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 2, 3. Aufl. 2004, §16 Rn. 526; Preis, : in Wlotzke/Preis(주5), §99 Rn. 2. 동의거절 사유에 대하여는 후술하기로 한다.

내에 실제 편입(Eingliederung)되어 지시에 종속하여 사업 내에 근로를 제공하고 있는 근로자와 함께 사업의 노동기술상의 목적을 실현하는 경우에 인력 사용(Einstellung)으로 인정된다고 한다.<sup>9)</sup> 이 경우에 사업주와 어떠한 법률관계에 있는가도 문제되지 않는다고 한다. 따라서 인력을 제공하는 자가 사업주와 반드시 근로관계에 있을 필요는 없다.<sup>10)</sup> 따라서 파견근로자의 사용도 사업조직법(BetrVG) 제99조상의 인력 사용에 해당하는 것으로 일반적으로 인정되고,<sup>11)</sup> 따라서 파견근로자의 사용 전에 사용사업주는 사업 내에 있는 근로자대표의 동의를 얻어야 한다. 물론 파견근로자의 사용에 대한 종업원평의회 권한에 대하여는 근로자파견법(AÜG) 내에 특별한 규정이 마련되어 있다(근로자파견법 제14조 제3항).<sup>12)</sup>

## 동의절차

사용자가 인력 사용과 관련하여 종업원평의회에게 제공해야 할 자료를 완전히 갖추어 이를 통지한 경우에, 종업원평의회는 통지를 받은 후 1주일 이내에 사업조직법 제99조 제2항에 열거된 동의거절 사유를 서면으로 명시하여 사용자의 동의를 거절할 수 있다(사업조직법 제99조 제3항). 그러나 사용자가 종업원평의회에게 통지를 하지 않은 경우는 물론 법률상 규정된 완전한 통지의 요건을 갖추지 못한 경우에는 종업원평의회에게 동의를 요청한 것으로 인정되지 않기 때문에 동의절차가 개시되지 않는다.<sup>13)</sup> 종업원평의회가 동의를 거부할 수 있는 사유는, 인력 사용이 ① 법률, 명령, 재해예방 규정 또는 단체협약이나 사업협정(Betriebsvereinbarung) 또는 법원의 판단 또는 행정관청의 명령에 반하는 경우, ② 인사선발 기준에 반하는 경우, ③ 경영상 또는 일신상의 정당한 사유 없이 사업 내 근로를 제공하고 있는 근로자가 해고 또는 기타 불이익을 받게 될 우려가 있는 경우(근로계약 기간의 정함이 없는 근로자를 채용함에 있어, 동일한 자격을 갖춘 기간의 정함이 있는 근로계약에 있는 근로

9) Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2004, §3 Rn. 67; Ditz(주5), §864. 이에 대한 비판으로는 Preis, : in Wlotzke/Preis(주5), §99 Rn. 15ff. 참조.

10) Boemke(주9), §3 Rn. 68.

11) Boemke(주9), §3 Rn. 68.

12) 파견근로자의 사용에 대한 종업원평의회 권한에 대하여는 항을 바꾸어 서술하기로 한다.

13) v. Hoyningen-Huene(주5), S. 332.

자를 고려하지 않는 것도 불이익으로 간주된다), ④ 경영상 또는 근로자의 일신상의 정당한 사유 없이 해당 근로자가 불이익을 받는 경우, ⑤ 종업원평의회와 사용자의 합의로 사업 내에 사전에 공고를 하기로 한 경우에 이를 행하지 않은 경우, 또는 ⑥ 사용이 예정된 지원자 또는 근로자가 사업의 평온을 해할 우려가 있는 경우이다(사업조직법 제99조 제2항). 종업원평의회가 통지 후 1주일 이내에 사용자에게 대하여 서면으로 동의 거부를 표명하지 않으면 동의를 한 것으로 간주된다(사업조직법 제99조 제3항 제2문).

### 종업원평의회의 동의 거부

종업원평의회가 동의를 거부한 경우에 사용자는 노동법원에 동의의 대체를 신청할 수 있다(사업조직법 제99조 제4항).<sup>14)</sup> 사용자가 종업원평의회에 동의를 구하지 않거나 종업원평의회가 법률상 정해진 동의거절 사유에 의해 기간 내에 사용자에게 대해 동의를 거부하는 한, 사용자는 종업원평의회가 동의하지 않은 자를 사업 내에서 사용할 수 없다.<sup>15)</sup> 물론 정당한 사유로 인한 긴박한 필요가 있는 경우, 사용자는 종업원평의회가 의견을 표명하기 이전 또는 동의를 거부한 경우에도 이를 잠정적으로 실시할 수 있다(사업조직법 제100조 제1항). 이 경우 사용자는 지체 없이 이를 종업원평의회에게 통지하여야 한다. 종업원평의회가 긴박한 필요성 여부에 대하여 지체 없이 이의를 제기하는 경우에, 사용자는 종업원평의회 동의 대체 및 이 조치가 정당한 사유에 긴박하게 필요했다는 확인을 3일 이내에 노동법원에 신청한 경우에는 이 같은 일시적 조치를 계속 유지할 수 있다(사업조직법 제100조 제2항). 종업원평의회가 정당하게 동의를 거부했음에도 불구하고 사용자가 근로를 제공케 한 경우, 사용자가 근로를 제공케 행위를 금지하는 명령을 내려줄 것을 노동법원에 신청할 수 있다(사업조직법 제101조 제1문).<sup>16)</sup>

14) 동의대체절차에 관한 자세한 내용은 Boemke, Das arbeitsrechtliche Zustimmungseretzungsverfahren nach §99 Abs. 4 BetrVG, ZfA 1992, 476 ff. 참조.

15) v. Hoyningen-Huene(주5), S. 337; Hromadka/Maschmann(주8), §16 Rn. 548.

16) 사용자가 법원의 판단에 반해 그 조치를 취소하지 않는 경우, 종업원평의회의 신청에 의해 노동법원이 강제금에 의한 조치 취소의 실시를 선언한다. 강제금의 상한은 위반 일수마다 250유로이다(사업조직법 제101조 제2문).

## ■ 파견근로자의 사용에 대한 종업원평의회 권한

파견근로자의 사용이 사업조직법 제99조상의 인력 사용에 포함되는가의 여부는 긍정하든 부정하든 간에 이와는 별개로, 사용자(사용사업주)가 파견근로자를 사용하기 위해서는 이에 대하여 사전에 종업원평의회 동의권을 얻어야만 한다. 파견근로자의 사용에 대하여는 근로자파견법 내에 특별한 규정이 마련되어 있다. 이에 따라, 근로자파견법 제14조 제3항 제1문은, 사용사업주 사업 내에 있는 종업원평의회는 근로제공을 위한 파견근로자의 사용(Übemannahme) 전에 사업조직법 제99조에 따라 권한을 행사할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 따라서 파견근로자의 사용에 대하여 사용사업주 사업 내에 있는 종업원평의회가 그 권한을 행사하기 위한 요건으로서, 사업조직법 제99조의 경우와 마찬가지로, 사업 내에 20인 이상의 선거권 있는 근로자가 있어야 하는가 여부에 대하여 다툼이 있다.<sup>18)</sup>

### 파견근로자의 사용

사업조직법 제99조상의 인력 사용의 해석과 마찬가지로, 근로자파견법 제14조 제3항에서 의미하는 인력 사용(Übemannahme)이란, 파견근로자가 사용사업주에 의한 업무 범위의 지정에 의해 사용사업주 사업 내로의 편입을 의미하는 것으로 해석되고 있다.<sup>19)</sup> 사업 내로의 편입되었다고 함은, 사용사업주 사업 내에서 파견근로자가 실제로 근로를 제공하는 것으로 이해된다.<sup>20)</sup> 이에 반해 파

17) 이 규정은, 1981년 12월 15일 불법취업의 극복을 위한 법률(Gesetz zur Bekämpfung der illegaler Beschäftigung, BGBl. I S.1390)에 의해 1982년 1월 1일부터 적용되고 있다. 물론 이 규정이 있기 전에도 연방노동법원은 파견근로자의 사용에 대하여는 사용사업주 사업 내에 있는 종업원평의회 동의가 필요하다고 판시한 바 있다. 이에 대한 판례로는 BAG v. 14. 5. 1974, AP Nr. 2 zu §99 BetrVG.

18) 선거권 있는 근로자가 20명 이상이 있어야 한다는 견해로, Boemke/Lembke, Arbeitnehmer Überlassungsgesetz, 2. Aufl. 2005, §14 Rn. 98; Erdlenbruch, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbmäßig Überlassener Arbeitnehmer, Diss. Mannheim 1992, S. 182; Hamann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal, WiVerw 2001, 215, 216; Wensing/Freise, Beteiligungsrechte des Betriebsrat bei der Übemannahme von Leiharbeitnehmern, BB 2004, 2238. 반대 견해로, Ulber, Arbeitnehmer Überlassungsgesetz, 3. Aufl. 2005, §14 Rn. 134.

19) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 98.

견사업주와 근로자파견계약을 체결하는 것은 사용사업주 사업 내 종업원평의회 동의 필요를 요하지 않는다.<sup>21)</sup> 근로자파견계약의 체결만으로는 사업조직법 제99조에 의해 보호되는 사업 내 전체 근로자의 이익에 영향을 주는 것은 아니기 때문이라고 한다. 그러나 파견근로자를 사용하는 이상, 종업원평의회 권한은 파견 기간의 장단에 의해 영향을 받지 않는다. 그렇기 때문에 아주 짧은 기간 동안, 예컨대 몇 시간이나 며칠 동안만 파견근로자를 사용한다고 하더라도, 종업원평의회 동의가 필요하다.<sup>22)</sup> 파견근로자의 사용이 최초 계획된 파견 기간을 초과하여 연장된 경우에도 이에 대하여 사용사업주 사업 내 종업원평의회 동의를 얻어야 한다고 한다.<sup>23)</sup>

파견근로자가 파견 기간 중 다른 파견근로자로 교체된 경우에도 새로운 인력 사용에 해당하기 때문에 종업원평의회 동의를 있어야 하는가 여부에 대해서는, 이를 긍정하는 견해<sup>24)</sup>와 부정하는 견해<sup>25)</sup>로 대립되고 있다. 또한 파견근로자가 근로자파견 기간 이후에 사용사업주와 직접 근로관계를 맺게 되는 경우에도, 다시금 종업원평의회 동의를 필요로 하는가 하는 문제에 대하여도 견해가 나뉘어져 있다.<sup>26)</sup>

20) Erdlenbruch(주18), S. 183; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 216; Kömer, Neue Betriebsratsrechte bei atypischer Beschäftigung, NZA 2006, 573, 578; Niebler/Biebl/Roß, Arbeitnehmer Überlassungsgesetz, 2. Auflage 2003, Rn. 621; Thüsing, in: Thüsing, Arbeitnehmer Überlassungsgesetz, 2005, §14 Rn. 159; Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2239.

21) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 99; Erdlenbruch(주18), S. 183; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 216; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 621; Thüsing, in: Thüsing(주20), §14 Rn. 159; Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2239.

22) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 99; Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2239.

23) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 99; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 621; Thüsing, in: Thüsing(주20), §14 Rn. 160; Ulber(주18), §14 Rn. 143. Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2239.

24) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 100; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 217; Kömer(주20), NZA 2006, 573, 578; Thüsing, in: Thüsing(주20), §14 Rn. 161; Ulber(주18), §14 Rn. 143.

25) Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2239.

26) 종업원평의회 동의를 필요로 한다는 견해로 Hamann(주), WiVerw 2001, 215, 217; Thüsing, in: Thüsing(주), §14 Rn. 162. Boemke/Lembke(주), §14 Rn. 101은 경우를 나누어 설명한다. 일반적으로 파견근로자와 사용사업주 간의 근로관계의 성립은 사업조직법 제99조상의 인력 사용이기 때문에 동의를 요하지만, 파견근로자가 파견 기간의 정함이 없이 사용사업주 사업 내에서 근로를 제공하는 경우와 같이 아주 드문 사례의 경우에 근로관계로의 이전은 동의를 요하지 않는다고 한다.

## 사용사업주의 정보제공 및 동의 요청

사용사업주가 종업원평의회에게 어떠한 정보를 제공해야 하는가는 사업조직법 제99조에 따라 정해진다. 이에 따라 사용사업주는, 사업 내에 있는 종업원평의회가 동의를 거절할 것인가를 판단함에 있어서 기초가 될 수 있는 모든 사실을 종업원평의회에게 통지해야 한다.<sup>27)</sup> 사용사업주가 종업원평의회에게 통지해야 할 사항으로는, 파견근로자의 수, 파견 기간, 예정된 업무 및 업무의 종류, 근로시간, 파견근로자의 직업적 능력 등이 포함된다.<sup>28)</sup> 근로자파견계약에 의하여 파견근로자가 구체적으로 합의된 경우에는, 사용자는 파견근로자의 성명, 주소, 연령, 성별, 국적, 장애 유무 등과 같은 파견근로자의 상세한 인적사항을 종업원평의회에게 통지해야 한다.<sup>29)</sup> 또한 사용사업주는, 종업원평의회에게 파견사업주와 체결한 근로자파견계약을 제시하여야 한다.<sup>30)</sup> 그러나 파견사업주에 대한 파견보수(료)에 대한 합의는 포함되지 않는다고 한다. 그리고 사용사업주는, 근로자파견 허가를 소지하고 있는가에 관하여 근로자파견법 제12조 제1항 제2문<sup>31)</sup>에 의한 파견사업주의 서면에 의한 의사표명을 종업원평의회에게 제시하여야 한다(근로자파견법 제14조 제3항 제2문). 그러나 사용사업주는, 파견근로자와 파견사업주 간에 체결된 근로계약을 종업원평의회에게 제시할 필요는 없다.<sup>32)</sup>

## 사용사업주가 정보제공을 해태한 경우

사용사업주가 종업원평의회에게 정보를 제공하지 않았거나 종업원평의회가 그 동의 여부를 판

27) Erdlenbruch(주18), S. 185.

28) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 102; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 217; Hunold, Zum Umfang der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gem. §99 Abs. 1 BetrVG bei Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, BB 1976, 648, 652; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 622; Ulber(주18), §14 Rn. 152.

29) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 102.

30) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 103; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 623; Ulber(주18), §14 Rn. 149.

31) 근로자파견법 제12조 제1항 제2문에 의하면, 파견사업주는 자신이 근로자파견법 제1조에 따른 파견허가를 소지하고 있는지 여부를 근로자파견계약에 분명히 하여야 한다.

32) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 104; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 218; Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, 2. Aufl. 2003, S. 79; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 623; Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2241.



단함에 있어 필요한 모든 정보를 갖추어 제공하지 않는 경우에는—인력 사용에서 이미 말한 바와 같이—종업원평의회에게 통지를 한 것으로 인정되지 않기 때문에, 사용사업주는 파견근로자로 하여금 사업 내에서 근로를 제공케 할 수 없다. 파견사업주의 파견 허가 소지 여부를 통지하지 않은 경우에도 이와 마찬가지로이다.<sup>32)</sup>

## 종업원평의회의 동의 또는 동의 거부

사용사업 내에 있는 종업원평의회가 법률에 규정된 바에 따라 정보를 제공받은 경우에, 종업원평의회는 사업조직법 제99조 제2항에 열거된 사유를 서면으로 명시하여 통지를 받은 후 1주일 이내에 적법하게 동의를 거절할 수 있다. 종업원평의회가 이 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 파견근로자의 사용에 대하여 동의를 한 것으로 간주된다(사업조직법 제99조 제3항 제1문 및 제2문). 파견사업주가 적법한 근로자파견 허가를 가지고 있지 않은 경우에, 종업원평의회는 법률에 위반이 있음을 이유(사업조직법 제99조 제2항 제1호)로 하여 파견근로자의 사용에 대하여 정당하게 동의를 거절할 수 있다.<sup>34)</sup> 또한 정당한 사유 없이 사업 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자가 불이익을 받을 우려가 있는 경우(사업조직법 제99조 제2항 제3호), 예컨대 파견근로자가 근로를 제공하게 될 업무에 종사하고 있던 사업 내 종전 근로자가 해고되어야 할 경우에 종업원평의회는 사용자의 동의 요청을 거부할 수 있다.<sup>35)</sup>

종업원평의회가 적법하게 동의를 거부하였음에도 불구하고 사용사업주가 파견근로자를 사용하고자 하는 경우에, 사용사업주는 종업원평의회의 동의를 대체하는 결정을 노동법원에 신청하여야

32) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 104; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 218; Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, 2. Aufl. 2003, S. 79; Niebler/Biebl/Roß(주20), Rn. 623; Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2241.

33) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 105.

34) Hamann(주32), S. 79.

35) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 110. 그 밖에 파견근로관계에서 고려될 수 있는 종업원평의회의 동의 거절 사유에 관한 자세한 내용은 Wensing/Freise(주18), BB 2004, 2238, 2242 f. 참조.

36) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 115; Thüsing, in: Thüsing(주20), §14 Rn. 175. 물론 정당한 사유에 의한 긴박한 필요가 있는 경우 사용사업주가 잠정적으로 파견근로자를 사용할 수 있음은 이미 언급한 바와 같다. 위의 2. (3) 참조.

한다. 노동법원은 결정절차로 이를 판단한다(노동법원법 제2조의 a 제1항 제1호 및 제2항). 사용자  
업주는 종업원평의회 동의 대체하는 법원의 확정판결이 있을 때까지는 사업 내에서 파견근로  
자를 사용할 수 없다.<sup>36)</sup>

## ■ 도급 또는 위임계약에 의한 외부인력 사용에 대한 종업원평의회 권한

파견근로자는 근로자파견 기간 동안 사용자업주의 지시에 종속하여 근로를 제공하는 반면에, 도  
급(또는 위임)계약에 의한 수급인(내지 수입인)의 근로자는 사업 내에서 근로를 제공하는 동안에도  
도급인 또는 위임인의 노동법상의 지시를 받는 것이 아니라 수급인 또는 위임인의 지휘명령하에  
있다는 점에서 차이가 있다.<sup>37)</sup> 그러나 파견근로자와 (사내) 도급(또는 위임)계약에 의한 수급인(내  
지 수입인)의 근로자는, 본인과 근로계약에 있지 않은 사용자의 사업 내 조직에서 노무를 제공하고  
있다는 점에서는 파견근로자와 공통점을 가진다. 양자는 사업 내에서 이미 근로를 제공하고 있던  
근로자와 함께 노무를 제공하고 또한 종전에 사업 내 근로자가 처리하던 업무를 행한다는 점에서,  
사업 내 전체 근로자의 이해관계에 영향을 미친다. 이러한 점을 고려하여 도급 또는 위임계약에 의  
한 외부인력사용에 대한 종업원평의회 일정 권한이 법률·해석상 인정되고 있다. 이하에서는,  
(사내) 도급 또는 위임계약에 대하여 종업원평의회가 행사하는 권한에 대해 설명한다.

### 도급(또는 위임)계약에 의한 인력 사용에 대한 동의거부권

이미 여러 번 언급한 바와 같이, (사내)도급 또는 위임계약에 의한 인력 사용에 대하여 종업원평의  
회의 동의를 필요로 하는가의 문제는, 이것이 사업조직법 제99조의 인력사용에 해당하는가에 달려  
있다. 이에 관해 학설의 대부분은, 수급인(또는 수입인)의 근로자가 사업 내에서 노무를 제공하더라도  
이는 이 규정상의 인력 사용에 해당하지 않고, 따라서 종업원평의회 권한은 인정되지 않는다고 한  
다.<sup>38)</sup> 왜냐하면 도급인(또는 위임인)은 수급인(또는 수입인)의 근로자에 대하여 노동법상의 지시권

37) 김기선, 「독일에서의 근로자파견과 도급의 구별 - 소위 '위장도급'의 판단」, 『노동법연구』 제17호, 서울대 노동법연구회, 2004, p.116; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 225.

(arbeitsrechtliches Weisungsrecht)을 가지고 있지 않기 때문이라고 한다.<sup>39)</sup> 그렇지만 연방노동법원은 사용자가 외부인력 근로자에 대하여 적어도 ‘사용자가 가지는 권한의 일부’를 행사하는 경우에는 사업 내로의 편입이 인정되고, 이는 인력 사용에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>40)</sup> 이에 따르면 (사내) 도급(또는 위임)계약에 의한 수급인(내지 수입인) 근로자의 사용도 인력사용에 해당할 여지가 있게 된다.<sup>41)</sup>

여하튼 종업원평의회는, 외부인력 근로자의 사용이 위장도급(또는 위임)에 해당한다고 판단되는 경우에 조치를 취할 수 있다. 종업원평의회는 외부인력 사용이 실제로는 근로자파견에 해당하기 때문에 이에 대한 종업원평의회는 동의가 필요한데 이를 얻지 않고 사용하는 것을 이유로 사용자가 이 인력을 사용하지 못하도록 하는 명령을 내려줄 것을 노동법원에 구할 수 있다(사업조직법 제101조 제1항).

### 도급(또는 위임)계약에 대한 종업원평의회는 심사

외부인력이 실제로 사업 내에서 사용되는 경우에 종업원평의회는 이들에 대하여 자신들이 권한을 행사할 수 있는 것인지를 알 수 있어야 한다. 이와 관련하여 사업조직법 제80조 제2항은, 종업원평의회는 사용자에게 요청함으로써 임무수행을 위해 필요한 자료를 언제든지 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 종업원평의회는 임무란, 사업조직법상 종업원평의회에게 맡겨진 모든 임무를 말한다.<sup>42)</sup> 따라서 사용자는 종업원평의회는 요구가 있는 경우 수급인(또는 수입인)과 체결한 ‘도급(위임)

38) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 9; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 225; Dauner-Lieb, Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, 817, 823ff.; Dewender, Betriebsfremde Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung der unechten Leiharbeiter, Diss. Bochum 2003, S. 203f.; Jedzig, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Beschäftigung von Fremdarbeitnehmern aufgrund von Werkverträgen mit Drittenfirmen – Zugleich Besprechung des Beschlusses des Bundesarbeitsgericht vom 31. 1. 1989 – ABR 72/87 –, DB 1989, 978, 979f.; Thüsing, in: Thüsing(주20), §14 Rn. 10; Walle, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, NZA 1999, 518, 521.

39) Boemke/Lembke(주18), §14 Rn. 8.

40) BAG v. 15. 12. 1998, NZA 1999, 722; BAG v. 24. 4. 1997, NZA 1997, 1297.

41) Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 226.

계약서'를 종업원평의회에 제시하여야 한다.<sup>43)</sup> 사용자에 의해 제시된 계약서와 실제 사업 내에서 이루어지는 인력 사용을 검토함으로써, 종업원평의회는 이것이 (진정한) 도급(또는 위임)계약에 의한 인력 사용인가 아니면 (위법한) 파견근로자의 사용인가를 자신이 독자적으로 판단할 수 있게 된다.<sup>44)</sup>

## 인력수급계획에 대한 제안권

(사내) 도급(또는 위임)계약에 의해 사업 내 일정 업무가 불가피하게 사업 내 근로자가 아닌 자에 의해 수행되기 때문에, 이는 사업 내 이미 근로를 제공하고 있는 근로자도 영향을 미치게 된다.<sup>45)</sup> 예컨대, 사내도급으로 인해 기존 근로자가 다른 업무로 배치되는 등의 결과가 발생할 수 있다. 따라서 종업원평의회는 사업 내 인력수급계획 및 이로 인해 발생할 수 있는 결과에 대하여 알 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 사업조직법 제92조 제1항은, 사용자는 장래의 사업 내 인력수요 및 그로 인해 발생하게 되는 인사 조치 및 직업훈련 조치에 대하여 문서로 종업원평의회에게 적시에 포괄적으로 통지해야 한다고 규정한다. 종업원평의회는 이러한 정보를 바탕으로 인력계획 및 그 실행에 관해 사용자에게 제안을 할 수 있다(사업조직법 제92조 제2항). 현재 외부인력이 수행하는 사업 내 업무를 장래에는 사업 내에 있는 근로자로 하여금 처리토록 하는 제안이 인력계획에 관한 제안이 될 수 있다.<sup>46)</sup> 이에 있어서 필요한 경우에는, 사업 내 근로자의 신규채용이 고려될 수도 있다.<sup>47)</sup> 또한 종업원평의회가 사용자에게 합리적으로 인력계획에 대한 제안을 할 수 있으려면, 사업 내 외부인력에 의해 수행되는 업무에 관해 정확한 정보를 필요로 한다. 따라서 종업원평의회는 사용자에게 외부인력에 의해 수행되는 업무의 종류 및 범위 등에 대하여 이에 대한 정보를 요구할 수 있다.<sup>48)</sup> **KLI**

42) Jedzig(주38), DB 1989, 978.

43) BAG v. 31. 1. 1989, DB 1989, 982; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 227; Jedzig(주38), DB 1989, 978.

44) BAG v. 31. 1. 1989, DB 1989, 982; Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 227.

45) Becker, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim drittbezogenen Personaleinsatz, AuR 1982, 369, 380.

46) Jedzig(주38), DB 1989, 978, 980.

47) Jedzig(주38), DB 1989, 978, 980.

48) Hamann(주18), WiVerw 2001, 215, 227.