

## 기간제근로에 관한 한·일 비교

장 화 익\*

### I. 글머리에

신자유주의화와 산업의 정보화서비스화 등으로 인하여 노동시장에서의 일자리 창출과 비정규직 문제 등은 전세계적으로 문제가 되고 있는 실정이다. 이에 대하여 독일 등 유럽국가들은 비정규직에 대한 고용규제를 엄격히 제한하여 오다가 노동시장 유연화 추세에 맞추어 규제를 완화해 오는 추세이다. 그러나 노동시장 유연화 정책에 따라 비정규직이 증가하고 이들에 대한 차별 문제가 대두되면서 이 법적 규율이 늘어나는 추세이며, 유럽연합에서도 비정규직에 대한 지침을 마련하여 회원국간 비정규직 규제를 통합하고 있다. 미국에서는 특별한 규제가 없다.

한편, 일본에서는 근로계약 기간이나 파견근로 규제를 점차 완화해 온 추세에 있으나, 비정규직 중 시간제근로자가 다수이나 유기근로계약도 점차 늘어나는 추세이다. 이에 따라 기간제근로자의 고용안정 관련으로 판례 법리가 발전되어 오고 있으나 제도적 개선에는 이르지 못하고 있다. 우리나라의 경우 선진 각국들의 일반적 추세와는 달리 기간제근로자가 272만 명(18.2%)으로 비중이 매우 높은 편이며 임금 등 근로조건 차별도 큰 편이다. 이에 따라 정부는 2006년 11월 30일 비정규직 입법을 통과시켜 2007년 7월 시행을 앞두고 있다. 본고에서는 한·일 간의 기간제 고용관련 법제와 운용실태를 비교 분석함으로써 비정규직 입법<sup>2)</sup>의 원만한 정착에 시사점을 두고자 한다. 본고에서는 기간제 근로계약 기간을 중심으로 검토하였으며 차별규제 부문은 별도로 검토하고자 한다.

\* 한국직업능력개발원 연구위원(janghi@krivet.re.kr).

- 1) 유럽연합은 단시간근로자지침(1997.12), 기간제근로자지침(1999.6), 영국은 단시간근로자차별금지법(2000.7), 기간제근로자차별금지법(2002.10), 독일은 단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(2001.1), 프랑스는 노동법전((1979년)이 각각 운용되고 있다.
- 2) 국회를 통과한 비정규직 보호법은 새로 제정된 기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률 이외에도 파견근로자보호 등에 관한 법, 노동위원회법, 근로기준법이 각각 개정되었다.

## II. 일본의 기간제고용

### 1. 실 태

일본에서는 임시공, 아르바이트, 계약사원 등의 명칭은 차이가 있지만, 정규 종업원과 다른 고용형태가 이용되어 오고 있다. 이들 비정규사원의 비율은 전체 피용자의 약 3할(파견, 출향사원 포함)을 차지하고 증가 경향이 지적되고 있고, 2004년 유기근로계약이 고용 전체의 13.8%를 기록했다.<sup>3)</sup> 계약기간을 정한 근로자수는 정확하지는 않으나 갱신의 반복이나 거절의 형태로 고용조정의 안전판(이른바 Just in Time Management)으로 이용되어 왔다. 노동계약에 기간을 정할지 여부는 당사자의 자유이나, 기간을 정한 경우 당해기간 만료로 계약은 당연 종료된다고 해석되고 있다.<sup>4)</sup> 그러나 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하면 기간을 정한 의미가 희박해져 노동자는 기간 만료 후에도 계약이 반복 갱신되는 것을 기대하게 된다. 한편, 해고에 수반하는 계약을 회피하면서 기업측의 형편에 따라 노동력을 자유로 처분하게 하는 것은, 사회적 타당성에 의문이 생기므로 유기 계약의 반복갱신 거절을 둘러싸고 재판례가 축적된다.

### 2. 법적 규제

프랑스 등 일부 유럽국가에서는 기간고용 계약을 체결함에 있어 기간제 근로자를 고용하는 명확한 임시적 필요성(예를 들어 장기간의 요양휴가, 산전후휴가, 육아휴직 등)을 요하는 입법이 있다.<sup>5)</sup> 일본에서는 노동시장에 대해 이러한 법적 규제는 존재하지 않고, 기간고용 계약의 체결은 계약의 자유에 맡겨지고 있다. 일본의 기간제에 관한 법적 규제는 1998년 이후 지속적으로 완화되어 왔다. 노동시장의 유연화를 통한 고용창출과 고용의 서비스화 측면에서 근로계약 기간 상한이 연장되고 파견업종 제한이 원칙적으로 철폐되었으나, 이는 근로자 고용안정이라는 측면에서 여러 가지 문제를 야기한 것은 사실이다. 예를 들어 위장도급 등의 확산에 따라 판례를 통해 법인격부인 등의 개념을 도

3) 총무성, 노동력조사-2004년 평균([www.stat.go.jp/data/roudou/2.htm](http://www.stat.go.jp/data/roudou/2.htm)).

4) 기간제고용에는 고용보장 기능, 구속 기능, 자동종료 기능이 있으나, 고액 연봉이나 특수자격증 소지자 등 일부를 제외하고는 일반적으로 계약기간 동안의 고용보장 기능이나 이직의 제한이라는 구속 기능은 크게 문제시되지 않고 현실적으로는 자동종료 기능만이 주로 사회적인 문제가 된다.

5) 水野勇一郎, 『파트타임노동의 법률정책』, p.41 이하.

입하여 파견법상의 사용자 개념을 확장하는 경향도 있다.<sup>6)</sup>

#### 가. 현행법제

##### 1) 노동기준법 개정동향

일본에서 기간제고용에 대한 입법상의 규제는 기간의 제한이다.

노동기준법에서는 근로계약 기간은 기간의 정함이 있는 경우를 제한하고, 일정한 사업기간을 정하는 것 외에는 3년을 초과하는 기간으로 체결되어서는 아니 된다(2003.7.4 개정 노동기준법 제14조 제1항).<sup>7)</sup> 다만 그 예외로서 5년을 초과하는 기간을 체결되어서는 안 되는 경우를 인정하고 있는바, ① 고도의 전문적인 지식, 기술 경험을 가지고 후생노동대신이 정하는 기준에 해당하는 전문적 지식 등을 가진 노동자와 체결되는 근로계약, ② 60세 이상의 노동자와 체결되는 근로계약이 이에 해당된다. 그리고 후생노동대신은 기간의 정함이 있는 근로계약 체결시 및 당해 근로계약의 만료시에 노사간에 분쟁 발생을 방지하기 위해 사용자가 강구해야 할 근로계약의 기간 만료의 통지에 관한 사항, 기타 필요한 사항에 대한 기준을 정할 수 있다(동법 제14조 제2항).

##### 2) 근로계약 기간의 특례(후생노동성 고시)

근로계약 기간의 5년 예외가 인정되는 ‘고도의 전문적 지식 등’의 기준은 후생노동성 대신이 정하도록 되어 있는바, 2003년 10월 22일 후생노동성 고시 제356호(노동기준법 제14조 제1항 제1호 규정에 기해 후생노동성 대신이 정하는 기준)이다.<sup>8)</sup> 동 고시에서는 ① 박사학위(외국박사 포함)를 가진 자, ② 다음에서 열거되는 자격을 가진 자(공인회계사, 의사, 치과 의사, 수의사, 변호사, 1급건축사, 세리사, 약제사, 사회보험노무사, 부동산 감정사, 기술사, 변리사), ③ 시스템 애널리스트 또는 액츄어리 자격시험 합격자, ④ 특허 발명자, 등록의장창작자, 종묘법상 등록품종 육성자, ⑤ 과학기술에 관한 전문적 응용능력업무/시스템 엔지니어/디자인 업무/디자인업무 종사자로서 관련학과 졸업 후 일정 기간 실무경험이 있고 연봉 환산액이 1,075만 엔 이상인 자,<sup>9)10)</sup> ⑥ 기타 국가 등에서 지

- 
- 6) 이에 대하여는 최근 일본에서 상당수 판례가 있고 학자들의 연구도 활발한 편이므로, 별도의 심도 있는 연구가 필요하다.
- 7) 근로계약 기간의 규제는 1998년과 2003년 법 개정으로 계약기간의 제한이 1년에서 3년, 5년으로 단계적으로 지속적으로 완화되어 왔다.
- 8) 동 고시는 1998년, 2002년, 2003년에 걸쳐 개정된 바 있는데 2002년 고시에서는 연수입 요건을 추가 하면서 과학기술연구 등 기술자들을 널리 전문직 특례의 대상에 포함하였고, 2003년 고시에서는 석사학위 소지자를 특례 대상에서 제외하였다.
- 9) 2002년 고시에서 연수입(575만 엔)이 요건화 된 배경은, ① 일정 학력과 실무경험을 충족시키는 자라면 고도의 전문적 지식 등이라고 하는 법률상의 기준에는 합치되지만 범위를 명확히 하기 위한 것이며, ② 연수입 575만 엔은 종업원 100인 이상의 기업에서 30세 전후의 기술계장이나 기술주임의

식기술 또는 경험이 뛰어난 자로 인정된 자 등이다.

### 3) 근로계약 기간의 특례(후생노동성 통달)

위 후생노동성 고시 제356호에서는 상세한 기준을 정하고 있으나 구체적인 내용을 해석하는 데 다소 복잡함이 발생하여, 개정법령의 시행에 대한 후생노동성의 해석 지침에 해당하는 통달(“노동기준법의 일부를 개정하는 법률의 시행에 대하여” 2003.10.22 기발 제1022001호)에서 추가적인 해설이 행해졌다. 이에 의하면, 당해 근로자가 당해 전문직 지식 등을 필요로 하는 업무에 종사하는 자인 경우라면 언제든지 5년 이내의 계약기간의 근로계약을 체결할 수 있다. 또한 박사학위 소지자나 국가기술자격 소지자의 경우 관련되는 업무를 행하는 것이 근로계약상 인정되는 것이 필요하다.<sup>11)</sup> 연봉 환산액의 경우 ‘지불될 것이 확실하게 전망되는 임금’이란 취업규칙이나 단체협약 등에 명칭의 여부를 불문하고 사전에 구체적 액수가 지불되는 것이 약속되고 지불되는 것이 확실하게 예상되는 임금은 모두 포함되는 것으로 한다. 법 제14조 제1항에서 규정된 기간을 초과하는 기간을 정한 근로계약을 체결한 경우에는 동조 위반이 되며, 당해 근로계약 기간은 법 제13조(이 법에서 정하는 기준에 달하지 않는 근로계약은 무효로 한다. 무효로 된 부분은 이 법률에서 정하는 기준에 따른다)에 따라 법 제14조 제1항 제1호 및 제2호에 열거된 자에 대하여는 5년, 그 외의 자에 대하여는 3년이 된다.<sup>12)</sup> 근로계약 기간의 상한이 대폭 완화되는 점을 감안할 때 3년(특히 5년)을 넘는 경우 그 계약의 유효성을 인정<sup>13)</sup>하기보다는 오히려 이를 무효로 보고 기간의 정함이 없는 계약으로 본다는 주장<sup>14)</sup>도 근로자 고용안정이라는 점에서 일리가 있다.

또한 위 고시에서는 “2003년의 법 개정에서 유기근로계약의 기간 상한 연장은 유기근

---

평균 월급액의 상위 25%에 해당하는 계층의 수입을 참고로 산정한 것이다. 그러나 2003년 1,075만 엔으로 대폭 상향조정된 것은 근로계약기간 예외를 인정하는 대상 범위가 넓어 근로자 보호에 미흡한 점이 고려된 것으로 보인다.

10) 근로기준법이 근로조건의 최저 기준 등을 정한다는 측면에서 보면, 연수입 요건을 도입하는 것은 평가될 수 있다고 보나, 벤처기업 등에서 현재 급여 수준은 낮으나 스톡옵션과 같은 미래가치가 평가되기 어려운 측면도 존재한다.

11) 당해 전공 분야에 취업하지 못하는 경우나 임금 등 근로조건이 낮은 조건으로 하향 취업하는 경우도 왕왕 있을 수 있으므로 우리나라의 경우 제도 검토시 각별히 유의해야 할 필요가 있다고 생각된다.

12) 통설(石井照久 外, 『注解基準法1』, p.215; 『勞基局基準法(上)』, p.194) 및 판례(靑山學園사건-동경고판 1978.2.20, 勞判 294호, p.49; 旭川大學事禮愧 고판 1981.7.16, 勞民 32권 3.4호, p.502; 靑山學園사건-동경지판1990.5.18, 勞判563호, p.24)은 같은 취지이다.

13) 이는 유력한 견해(菅野和夫, 『노동법』(제5판), p.182; 下井, 『노동기준법』(제2판), p.67)이나 3(5년)만으로도 상당 기간 고용이 보장되므로 다시 이를 넘는 장기기간의 계약기간을 실정법 규정을 넘어 인정하는 실익은 크지 않다고 본다.

14) 중규유야=野田進=和田, 『노동법의 세계』(제3판), p.60; 『노동판례백선』(제6판), p.27(齊藤周), 기본법 코멘타르 『노동기준법』(제5판), p.85, 金子征史.

로계약이 노사쌍방으로부터 양호한 고용형태의 하나로서 활용되는 것을 목적으로 하고 있으며, 개정을 계기로 기업에서 기간의 정함이 없는 계약의 근로자에 대해 퇴직과 동시에 채용하거나, 신규 채용에 있어 지금까지 기간의 정함이 없는 계약의 근로자를 채용하던 방침을 바꾸어 유기계약 근로자만을 채용하는 방침을 변경하는 등, 유기근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약의 대체로서 이용하는 것은 개정 취지에 반하는 것이다”고 하였다. 또 “사용자가 근로자와의 사이에서 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있는 경우에는 당해 근로자와의 사이에서 합의 없이 당해 계약을 유기근로계약으로 변경할 수 없다”고 하였다. 이는 고용의 불안정화를 방지한다는 취지에서 ‘전문직 근로자가 부족한 사업장’과 ‘새로이 고용되는 자’로 한정한다는 요건이 2003년 법 개정으로 삭제된 데 따른 보완사항이라고 볼 수 있으나 ‘상용고용 대체화의 방지’라는 1998년 도입 당시의 취지가 몰각된 것이라고 평가되는 부분이다.<sup>15)16)</sup>

#### 4) 유기노동계약 운용에 관한 후생노동성 기준

한편 노동기준법 제14조 제2항에서는 “후생노동대신은 기간의 정함이 있는 노동계약 체결시 당해 노동계약의 기간 만료시에 노동자와 사이에 분쟁 발생을 미연에 방지하기 위해, 계약기간 만료에 관한 통지에 관한 사항 기타 필요한 사항에 대한 기준을 정할 수 있다”고 규정하였다. 이에 근거한 기준이 “유기노동계약의 체결, 갱신 및 고용 중지에 관한 기준”(2003 후생노동성고시 357호)이다. 동 기준에서는, ① 유기노동계약 체결시에 사용자는 갱신의 유무를 명시할 것, 갱신이 있다고 한 경우에는 갱신 여부의 기준을 명시할 것(동 제1조), ② 사용자가 갱신하지 않는다고 한 경우에는 적어도 기간 만료 30일 전까지 예고할 것(동 제2조), ③ 사용자가 갱신하지 않는 경우에는 노동자가 기 이유에 대해 증명서를 청구한 때에는 지체없이 이를 교부할 것(동 제3조), ④ 사용자는 1회 이상 갱신하고 또한 고용일에서 1년 초과하여 계속 근무한 노동자에게 관련된 유기노동계약을 갱신하는 경우에는 계약기간을 가능한 한 길게 하도록 노력할 것(동 제4조) 등이 규정되어 있다. 다만, 이 기준은 위반한 경우의 제재나 사법상의 효력에 관한 규정이 없고 고용 중지의 법적 효력에 영향을 미치지 않는다. 그러나 실제 노동계약 운용상 존중되어야 한다.

### 나. 향후 입법방향

#### 1) 노동성 연구회보고서 평가

2005년 9월 일본 노동성이 노동계약의 입법화를 지향한 “금후의 노동계약법제에 관한

15) 김홍영, “기간제한의 전문직 특례” 한국노동연구원 주관 “차별판단기준 마련을 위한 공개토론” 자료, 2006.1.21, p.47 참조.

16) 菅野和夫, 앞의 책(제7판), p.175.

연구회보고서(최종보고)”를 발표한 바 기간제근로와 관련된 부분은 다음과 같다. 먼저 ‘유기노동계약은 노사쌍방의 다양한 수요에 응하여 다양한 양태로 활용되고 있어 그 기능을 제한하는 것은 적절하지 않다’고 하여 유기노동계약은 정당한 사유 없이 체결할 수 없다는 이른바 사유제한방식은 채용하지 않았다. 유기노동계약의 자동종료 효과에 대하여는, ‘판례법리에서 일정한 경우에 해고가 제한되고 있어, 그 판단에 있어서는 계약의 체결·갱신시 절차가 고려되는 경우가 많은 것을 감안하여, 예상 가능성의 향상을 도모하기 위해서도’ 유기노동계약의 절차와 합하여 검토하는 것이 적절하나, 여기에는 ‘고용종료의 실태 등 유기노동계약의 실태를 조사하고, 조사 결과를 감안’할 필요가 있다고 한다. 아래 판례 분석에서 보듯이 다양한 고용 실태와 고용 종료 사례가 있고 예측 가능성과 유형화가 극히 어려운 점 등을 감안할 때 대안을 제시하기에 곤란함이 있어 문제를 사실상 뒤로 넘긴 것으로 보인다.<sup>17)</sup>

## 2) 시용계약 관련

최종보고에서는 한편 유기노동계약과 시용기간을 구별하기 위해 유기노동계약이 시용목적만을 가지는 경우, ‘기간 만료 후에 본 채용으로서의 기간의 정함이 없는 계약체결이 없는 한, 계약기간 만료에 의해 노동계약이 종료하는 것을 명시하는 등’ 일정한 요건을 충족시키지 않는 한 ‘시용기간으로 본다’고 하였다. 또한 다른 유기노동계약과의 균형에서 ‘시용고용계약이라는 취지 및 본 채용의 판단 기준을’ 명시시켜, 차별적인 이유나 정당한 권리행사를 이유로 본 채용이 거부된 경우에는, 노동자는 받은 불이익에 대하여 손해배상을 구하는 것이 가능하도록 하는 것이 적절하다고 하였다. 유기노동계약의 경우 차별적 이유나 정당한 권리행사를 이유로 해고할 수 없다는 점을 감안하면, 시용계약의 경우 손해배상청구권이 가능하므로 상대적으로 보호가 미흡하다고 볼 수 있다.

## 3. 기간제 고용중단<sup>18)</sup>에 대한 판례법리

### 가. 민법상의 원칙

유기노동계약 기간의 상한 3년(특례의 경우 5년)은 노동자의 고용이 부당하게 구속되

17) 1998년 개정 노동기준법 시행 이후 ‘유기노동계약의 반복 갱신에 관한 조사연구회’가 즉시 발족하여 조사가 상당히 이루어졌다.

18) 기간 만료로 기간제 고용이 종료되는 것은 일단 고용 종료라는 용어가 적절하다고 본다. 다만, 기간이 만료되기 전에 사용자가 일방적으로 고용을 중단하는 것은 해고에 해당되고, 기간 만료로 인한 고용 종료의 경우에도 반복 갱신 등을 이유로 하는 고용기대 가능성이나 실질적 무기계약 등을 이유로 해고법리가 유추 적용되기도 한다. 이와 같은 고용 중지나 고용 중단은 위의 기간 만료 후의 고용 종료와 기간 만료 전의 고용 중단에 있어서 노사간의 다툼이 있는 경우에 통상 사용되는 용어라고 볼 수 있다.

는 것을 방지하는 기능도 있으므로 계약 종료시 그 계약기간을 노동자의 자유의사로 갱신하는 것을 부정하지는 않고 그 갱신 횟수에도 제한은 없다. 그리고 기간만료시 당사자가 해약의 의사표시를 하지 않으면 별도의 갱신절차 없이 종전과 동일 노동계약이 갱신되는 이른바 자동갱신조항의 체결도 노동기준법의 위반이 아니다. 한편, 기간의 정함이 있는 고용계약에 관한 민법상의 원칙은 고용계약 기간이 종료하면 계약의 효력(구속관계)는 당연히 종료된다. 다만, 근로자가 소정 계약기간을 경과해도 근로를 계속하고, 사용자가 이에 각별한 이의를 제기하지 않을 경우에는 계약이 동일 조건으로 묵시적으로 갱신된 것으로 추정된다(민법 629조 제1항). 그리고 이러한 갱신이 반복하여 이루어진 경우에는 아래에서 설명하는 해고권남용법리의 유추적용이 이루어진다. 또한 동 법리가 유추 적용되는 오늘날에는 기간의 정함이 있는 고용계약은 묵시적 갱신의 경우에도 같은 기간의 계약으로서(이전의 고용과 동일한 조건으로) 갱신된다고 해석한다.<sup>19)</sup> 이 경우 특히 묵시적 갱신기간 도중에도 양 당사자는 민법 629조 제1항에의 단서에 의해 해약권이 유보되는데, 사용자의 이 해약권은 노동기준법 및 해고권 남용법리에 의해 제한을 받는다.<sup>20)</sup>

#### 나. 반복갱신후 고용 중지의 법규제

##### 1) 초기 무기계약으로의 전화 인정

상용직 임시공의 단기 근로계약이 반복갱신 후의 고용 중지(갱신 거부)의 적법성이 문제가 되어온 바, 학설에서는 전반적으로 유기계약의 반복 갱신에 의한 무기계약으로의 전화(轉化)를 인정하는 방향으로 이론화가 도모되었다.<sup>21)</sup> 이에 관한 판례로는 먼저 간단한 갱신절차로 2개월간의 노동계약을 5회에서 23회 반복 갱신해 온 데 대하여 반복 갱신 중에 기간의 정함이 없는 계약으로 전환한다는 판례(東芝柳町工場사건판결 橫濱지판, 1968.8.19 - 勞民 19권 4호, p.1033)이 있었다.

##### 2) 해고법리 유추적용

그러나 주류가 된 것은 반복갱신된 임시공의 근로계약 관계는 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되지 않으므로 갱신 거절의 의사표시는 해고와 실질적으로 동일하며, 따라서 해고에 관한 법규제가 유추적용된다는 이론이다. 이 유추적용의 법이론은 최고재판소에 의해 확정되었다(東芝柳町工場사건판결 最1小判 1974.7.22, 民集28권 5호, p.927). 동건에서 계약중지 의사표시는 실질적으로 해고의 의사표시에 해당되므로

19) 青木=片岡, 『노동기준』, p.210(취방강웅); 菅野和夫, 앞의 책(7판), p.170 등. 반대, 노동기준국노동기준법(上), p.221, 青山學園-동경고관 1978.2.20 勞民 29권 1호 p.97; 旭川大學사예황고관 1981.7.16 勞民 32권 3-4호 p.502은 이후에는 기간의 정함이 없는 계약관계가 계속된다고 하였다.

20) 이정 역, 『일본노동법의 이론과 실제』(노동법(제5판 보정판, 菅野和夫)), 2004. 2, p.195 이하.

21) 後藤清峯村光郎山口浩一郎本多淳亮小西國友 등.

해고에 관한 법리를 유추적용한 위에, 잉여인원의 발생 등 종래의 처리(반복갱신)를 변경(중단)하여도 어쩔 수 없다고 인정되는 특단의 사정이 없는 한 고용을 중단할 수 없다고 판시했다. 이는 그후의 판례에서도 기본적으로 답습되었다(平安閣사건=最判1987. 10.26 노관 506호 p.13).

### 3) 반복 갱신의 기대 가능성

그후 기업에서 기간제고용의 고용관리(갱신절차 등)가 엄정하게 되어 갱신되는 상태에서 기간의 정함이 없는 계약과 동일시되는 사건은 줄어들고 있다. 그러나 판례는 이러한 고용관리의 변화만을 이유로 고용 중단으로부터의 보호를 부정하는 데 의문을 가지고, 위 판례와는 다른 이론을 전개하였다. 그것은 유계약이 기간의 정함이 없는 근로계약과 실질적으로 동일시할 수 없는 경우에도, 고용계약에 대한 근로자의 기대이익에 합리성이 있는 경우에는, 해고권 남용법리를 유추하여 고용 중단에도 합리적 이익을 요구한다고 하는 것이다. 최고재판소도 2개월의 유계약을 5회 갱신해 온 임시공에 대하여 갱신 때마다 본인의 의사를 확인하는 절차가 있었다는 등으로부터 실질적으로 무기계약 상태와는 다른 관계에 있다고 할 수 있지만, “당해 고용은 어느 정도 계속이 기대되었기 때문에”, 고용을 중단한 경우에는 “해고에 대한 법리가 유추적용되어 해고의 경우에는 해고권 남용, 신의칙 위반...에 해당하여 해고가 무효로 되는 사실관계에 기초하여 사용자가 새로운 계약을 체결하지 않았다면, 기간만료후...”는(유계약의 무기계약으로의 전화가 아닌) 종전의 근로계약이 갱신된 것과 같은 법률관계가 된다<sup>22)</sup>(日立메디코사건 최고재판소 1986.12.4. 제1소법정판결, 판시 1221호, p.134). 갱신에의 합리적 기대의 존재가 법원에서 인정되면 반드시 반복 갱신 사실이 없어도 해고법리의 유추적용이 도출될 수 있다.<sup>23)</sup> 현재 고용 중단과 관련하여 보호가 가장 큰 문제가 되는 것은 이러한 종류의 것이다.

해고에 관한 법리인 유추적용의 의미는 ① 기간 만료에 의해 근로계약이 종료하기 위하여는 상당한 이유가 있는 갱신 거절의 의사표시가 필요하며, ② 갱신 거절의 의사표시가 없거나, 있더라도 상당한 이유가 없는 경우에는 단기계약의 자동갱신이 이루어진다(판례에 의한 일종의 자동갱신제도이다).

22) 본 판결에서는 공장의 업적 약화에 의해 인원삭감의 필요성이 생긴 이상, 정규직에 앞서 계약직의 삭감을 도모하는 것은 사회적으로 보아 합리적이며 계약직의 고용 중지가 정규직의 희망퇴직에 앞서 행해지더라도 무방하다고 판시하여 계약직의 해고법리 적용이 정규직과 같지 않다고 명시하였다.

23) 武井寛, 「유계약의 갱신 여부(日立메디코사건)」, 『노동판례백선』 제7판(별책 주리스트), 2002. 11, p.176 이하.

## 다. 판례의 경향

### 1) 판례의 유형화

그후 판례는 다양한 단기계약의 갱신거부 사례에 대하여, 위의 판례이론에 따라 해고권 남용법리를 유추적용할 것인지 여부와, 적용시 어느 정도의 합리적 이유를 필요로 하는지 개별적으로 판단하여 왔다. 그러한 판례에서는 당해 업무의 객관적 내용, 계약상의 지위의 성격(임시성·상용성), 갱신 절차와 실태, 고용의 통산기간, 당사자의 주관적 양태(고용 계속의 기대를 가지게 하는 언동), 다른 노동자의 상황, 기타(경위, 근속연수, 연령의 상한 설정 등) 등이 고려되어 왔다. 판례의 유형화는 매우 어렵지만 법원이 계약관계를 어떻게 인정하는 지 관점에서 정리하면, 다음 4형태로 분류된다. ① 순수 유계약형태, ② 실질 무기계약 형태, ③ 기대보호(반복갱신) 형태, ④ 기대보호(계속특약) 형태이다.<sup>24)</sup>

### 2) 실질적 무기계약 상태의 인정 사례

실질적 무기계약 상태의 인정의 예로는, ① 도중에 기간의 정함이 있는 계약으로 변경했으나 고용 종료된 자가 극히 소수인 경우, ② 채용시 고용기간에 관한 합의가 없고 계약서 작성 시기가 느슨한 경우, ③ 갱신 절차가 느슨하여 정규직과 섞여 16년 이상 계속 근무한 경우, ④ 장기고용 희망에 응한다고 언질받고 정규직과 동일 업무에 5년 이상 근무한 경우, ⑤ 장기고용을 전제하는 취업규칙하에 직종제한 없이 배치전환되면서 정규직과 거의 동일 근무시간 4년 근무한 경우, ⑥ 정사원이 육아휴직후 파트로 재고용된 후 연수(研修), 시급 등에서 정사원과 동일처우기준이 적용된 경우, ⑦ 본공 채용 가능성의 설명이 있었고 부수적 작업에 종사하나 공동 작업이 많고 기능도 떨어지지 않는 경우, ⑧ 2개월 임시직 2년 경과후 1년 계약직이 되었으나 계약직 해고의 전례가 없는 경우, ⑨ 1년 계약을 9회 갱신하고 노조에 불갱신 예가 없다고 답한 경우, ⑩ 정사원은 전부 임시계약직에서 채용하고 회사가 계속고용을 전제한다고 발언한 경우 등이다.

이상의 예를 보면 ① 장기근속기간(많은 반복갱신히트수), ② 갱신 절차의 느슨함, ③ 장기고용의 언질이나 결정, ④ 정규사원과 같거나 일부가 같은 업무, ⑤ 해고 전례가 거의 없는 경우, ⑥ 무기계약에서 유기로의 계약변경 등 요소의 2~3개를 충족하면 무기근로 계약 상태를 논거로 하여 해고법리를 유추적용할 가능성이 높다 할 수 있다.<sup>25)</sup>

24) 기간고용을 유형화하여 갱신거부법리의 정리를 시도한 문헌은, 노동성 노동기준국 감독과 편, 「유기노동계약의 반복갱신의 제문제(유기노동계약의 갱신에 관한 조사연구회보)」(2000), p.146 이하. 이론적인 관점에서 유형화한 것은 安枝, 「단기노동계약의 갱신과 고용중지의 법리」, 『季勞』, 157호, p.93 이하 참조.

25) 小宮文人, 「유기노동계약」(하), 『노동법률순보』, 1556호, p.15.

## 3) 합리적 고용계속 기대의 불인정 사례

합리적 고용계속기대의 존재를 전제로 하여 해고법리를 비교적 용이하게 유추적용한 판례도 있으나, 최근의 판례는 일반적으로는 용이하게 합리성을 인정하지 않는다.<sup>26)</sup> 또한 합리적 고용계속기대의 존재를 긍정하나 남용성을 부정하는 판례도 많다.

고용계속기대의 합리성을 부인한 판례를 대별하면, 첫째로, 합리성이 없다고 된 최대의 노동자집단은 대학이나 고교 비상근강사의 경우이다. 그 이유는, ① 상시적 교무 분장이 없고 수업시간만 구속되어 타고 근무가 부정되지 않을 만큼 구속성이 약하고, ② 학년별 학생수의 변화가 크고, ③ 연도별 커리큘럼 결정이나 책임자 결정에 많은 재량권이 요청되는 것 등이다. 반면, 학급담임이나 기타 전임교원과 같은 직책을 가진 전임강사나 상근강사는 기대의 합리성을 긍정하는 판례가 많다. 둘째로, 최근 비교적 많아지는 것은 회사가 성적을 보아 갱신을 결정한다는 조건이 인정되는 경우이다. 예를 들어, 부적격하지 않을 것, 일정의 연수수료 수입을 올릴 것, 근무태도가 좋을 것, 상태를 볼 것, 근무태도를 관찰할 것 등이다. 셋째로, 갱신 횟수의 상한 내지 연령 제한(정년제)이 붙은 경우이다. 마지막으로, 기타 특별한 이유로는, ① 갱신시 계약기간 외에 중요 근로조건에 교섭이 있는 경우, ② 임금이나 월세 보조가 개정되어 불갱신시 여비 부담이 약정된 경우, ③ 고용 종료가 특별히 유예된 것에 지나지 않는 경우 등이다. 또한 갱신되지 않거나 1회 갱신은 인정되지 않은 경우가 많다.

## 4) 합리적 고용기대 인정 사례

노동자가 승소한 사안의 예를 보면, 어느 것이든 업무 자체가 상시적 성격을 가진다는 전제하에, ① 갱신이 있다는 광고 게재 및 유급휴가의 익년 한도 이월 등의 취업규칙 규정 존재, ② 임금 등에 근속반영규정 존재, ③ 취업 연한 60세 규정이 있고 그 전에 해고 사례 없음 등이 인정되고 있다. 또한 그 중에는 변경 절차가 느슨하고 일의 내용이 일반간호직과 같다는 등 사실상 실질무기계약 상태로 본 판례와 인정사실이 그리 틀리지 않는 경우도 있다.

나아가, 특히 기간고용 최초의 갱신거부 사례에 대하여도 기간 만료 후 계속고용을 합리적으로 기대하게 하는 고용이라면 신의칙에 비추어 갱신 거부가 적당하다고 인정되는 특단의 사정이 필요하다고 하는 판례가 나오고 있다(龍神택시사건 大阪高判 1991.1.16 노판 581호, p.36). 계약기간 1년의 임시고용운전사에 대하여 제도 창설 이래 자기 사정

26) 1년 단위 고용계약이 17년 동안 반복 갱신되었음에도 채용경위, 계약서, 기타 해외사무소의 고용형태, 업무량 증감에의 영향이 큰 점 등을 이유로 1년 기한부 촉탁사원으로서의 채용계약으로 판시했다(사단법인 K사건, 神戸地裁, 2005.9.28 판결); 11년 계속 근무하였으나 온정적인 촉탁고용으로서 어디까지나 1년의 기간의 정함이 있는 계약이다(三共(寡婦囑託)고용중지)사건, 静岡地裁浜松支部, 2005.12.12 판결.

으로 퇴직하는 자 이외에는 고용을 계속하며, 정규운전사에 결원이 생겼을 때에는 정규운전사로 등용해 온 특수성이 있는 사건이라 할 수 있다. 이와 같이 당사자간에 계속고용에 기대가 강하고, 그 기대가 사회통념상 수긍할 수 있는 것이라면 아무리 최초 기간 만료시에 고용이 중단되어도 당해 고용의 실태에 입각한 자의적인 고용 중지가 아니라 그 나름의 이유가 필요하게 될 것이다.<sup>27)</sup> 또한 갱신의 개연성이 인정되는 한 차차기 이후에도 갱신이 계속된다고 해석해야 한다는 協榮택시사건(盛岡지판 1998.4.24 勞判 741호, p.36)은 실질무기계약 형태로의 가교의 가능성을 보여주는 사례이다.

#### 5) 시용계약 관련

한편 입사와 관련하여 많은 기업이 정규직 채용에 있어 입사 후의 일정 기간을 시용기간으로 한다는 사실상의 고용 관행을 중시하여 최고재판소는 시용기간에 관하여, 시용기간 중에 사용자가 노동자의 적격성을 평가하여 부적격성을 이유로 그 해제를 할 수 있는 해약권이 유보된다는 이론 구성을 채용하였다<sup>28)</sup>. 이 법리는 판례상 신규채용자 외에도 중도채용자에게도 적용되었으며 최고재판소는 신규채용에서 기간을 설정한 경우에는 그 취지가 “노동자의 적성을 평가판단하기 위한 것인 때에는 기간의 만료에 의해 고용계약이 당연히 종료한다는 취지의 명확한 합의가 당사자간에 성립한다는 등의 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고”, 그 기간은 원칙적으로 시용기간으로 보는 것이 상당하다고 하였고,<sup>29)</sup> 오늘날까지 다수 학설이 지지하였다.<sup>30)</sup>

#### 라. 평가

유기노동계약의 체결이나 반복갱신을 규제하는 명문의 법적 규정을 가지지 않는 일본에서는 판례 실무나 학설이 고용보장과 계약자유의 균형을 고려하여 판례상 형성된 해고법리 유추적용이라는 법리를 지지하는 것은 불가피한 상황이라고 한다.<sup>31)</sup> 그러나 이 법리는 적용 기준이 매우 이해하기 어렵고 예측 가능성이 낮은 문제가 있다. 원래 해고권 남용법리 자체도 복잡한데다, 이를 유추적용함에 있어서는 실질적 무기계약 상태의 존재, 노사간의 갱신의 묵시적 의사, 갱신에 대한 노동자의 합리적 기대 등에 해당하는지를 판단하는 더욱 복잡한 문제가 발생한다. 이러한 점들이 위에서 검토한 바와 같은 판례의 복잡다기한 결론으로 유도되어 유형화나 예측 가능성의 곤란으로 도출된다.

27) 菅野和夫-취방강웅 『판례에서 배우는 고용관계의 법리』, p.224 이하 참조.

28) 三菱樹脂사건. 最大判 1973.12.12 『최고재판소판례집』(민사), 27권 11호 p.1536.

29) 神戸弘陵學園사건. 最3小判 1990.6.5, 『노동판례』, 564호 p.7.

30) 이에 대하여는, 시용법리는 정사원의 채용과정을 상정한 것이므로, 시용적인 근로관계가 기간고용으로서 운용되는 경우에는 기간제고용으로 취급하여 그 시용 목적이라는 실태에 맞게 고용 종료의 유효성을 판단해야 한다는 비판이 있다(菅野和夫, 앞의 책(7판), p.163).

31) 小宮文人, 「유기노동계약과 노동계약법제」, 『노동법률순보』, 1615호, p.68 이하.

최근에는 사용자의 갱신 거절이 보다 교묘한 형태로 이루어지므로 종전 방식으로는 규제가 더욱 어려워진다.

이러한 상황에서 근로계약 기간의 원칙적 상한이 3년으로 연장됨에 따라, 그 기간 만료에 의한 고용 종료는 노동자를 젊을 때 잠시 고용하고 강제적으로 퇴직시키는 사실상 퇴직제도와 동일한 기능을 한다는 우려의 목소리도 있다. 자동종료 기능은 유기노동계약기간과 무기노동계약에 붙여진 시용기간을 구별하게 하는 것이다. 이런 의미에서 근로계약기간이(1년을 넘어서) 3년이라는 장기간으로 설정된다면 자동종료 기능의 의미가 커질 것이다. 이에 따라 유럽의 입법례<sup>32)</sup>를 참고로, 유기노동계약은 합리적 이유가 있는 경우로 제한하거나<sup>33)</sup>, 유기계약이 일정 갱신 횟수 또는 일정 고용계속기간을 넘은 경우 무기계약으로 간주한다는 방향을 주장하기도 한다. 구체적으로는 고용계속기간 3년(특례 해당자는 5년) 또는 갱신 횟수 최대 5회 중 긴 편을 넘는 경우에는, 기간의 정함이 없는 계약이 되도록 하는 입법적 조치를 제안하기도 한다<sup>34)</sup>.

### III. 한국의 기간제 고용

#### 1. 실 태

1997년 경제위기 이후 우리 사회에서는 비정규직이 크게 늘어나서 2005년 8월 현재 548만 명(36.6%)에 이르고 있으며 그 중 기간제 근로자는 272만 명(18.2%)이다. 정보화, 산업의 서비스화에 따라 비정규직 증가가 어느 정도 불가피한 면이 있으나 고용조정

32) 유럽연합의 1999년 6월 각료이사회지령에 의해 효력이 부여된 유기계약에 관한 노동협약에 의해 가맹국가들은, ① 계약 체결 또는 갱신을 정당화하는 객관적 사유, ② 유기노동계약 관계의 계속기간의 상한, ③ 갱신의 횟수 중 어느 하나 이상을 정할 것 및 어떤 조건하에 반복 계속적으로 간주하는가, 기간의 정함이 없는 계약으로 보는가를 결정해야 한다고 의무 지웠으며(로제 브란관(小宮=濱口監譯) 『유럽노동법(신산사, 2003년)』, pp.312~318), 이에 따라 각국들이 입법조치들을 강구하고 있다.

33) 毛塚勝利, 「노동계약법제의 바람직한 방식을 생각한다」, 『중앙노동시보』, 884호(1995년) p.2, 10. 또한 島田陽一, 「기간계약사원은 불가피한가」, 道行=小宮=島田, 『리스토라시대 고용을 둘러싼 법률문제』(순보사, 1998년) p.85 이하의 기간 설정에 ‘사회적 합리성을 요구해야 한다’는 해석론을 제기하고 있다.

34) 또한 기간의 정함이 없는 노동계약으로는 채용할 수 없는 사정이 있는 경우를 제외하고는, 적성의 평가판단을 목적으로 하는 기간은 원칙상 시용기간으로 해석해야 한다고 하면서 금회의 노동기준법 개정으로 한다는 신규학출자에 대해 1년을 넘는 유기노동계약에 의한 장기의 시험고용 가능성을 지적하고 있다(小宮文人, 앞의 논문(상·하), 『노동법률순보』, 1555~1556호).

용이성과 저렴한 인건비를 이유로 무분별하게 확산되는 한편, 대기업 정규직은 과보호되고 있다. 그리고 이 과정에서 근로조건, 복지 등의 차별, 취약한 사회안전망 등이 문제로 대두되고 있다.<sup>35)</sup> 이에 따라 노동시장의 건전한 발전과 사회통합을 위하여 우리나라의 대표적인 사회적 양극화의 하나인 비정규직 문제는 시급한 대책 마련이 요구된다.

## 2. 법제 등 현황

기간제 고용에 대하여는 일찍이 근로기준법에서 근로계약 기간을 규제하는 조항이 있었다. 그러나 2006년 11월 30일 「기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률(이하 기간제법이라 함)」이 제정되어 2007년 7월 1일 시행됨으로써 근본적인 변화를 가져오게 되었다. 정부는 입법 취지로서 ① 차별과 남용의 개선, ② 기업의 합리적인 고용기준 마련 등을 들고 있다.<sup>36)</sup> 아울러 노동부는 2006년 9월 2일 비정규직의 능력개발 및 고용안정지원, 사회안전망 대책을 포함하는 ‘비정규직 종합대책’을 발표·추진하고 있으며, 2006년 10월 26일 공공부문 비정규직대책을 체계적으로 추진하기 위하여 노동부 내에 「공공기관 비정규직대책 실무추진단」을 설치 운영하고 있다.

### 가. 법제 현황

#### 1) 근로기준법 등 기존법제

근로기준법에는 기간의 정함이 없는 경우와, 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정한 경우를 제외하고는 그 기간의 약정에 있어서 1년을 초과하여 체결될 수 없다((동법 제23조, 별칙 제115조). 이 규정은 근로자가 장기간 사용자에게 구속되는 것을 방지함으로써 근로자의 퇴직의 자유를 보장하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이다<sup>37)</sup>. 민법의 경우에도 기간의 약정이 없는 고용계약의 경우 계약당사자는 1월의 예고기간을 두고 언제든지 계약해지 통고를 할 수 있다(제660조 I)고 하고, 3년을 초과하는 기간의 약정을 한 경우에도 3년이 초과한 후면 언제든지 당사자가 해지 통고를 할 수 있도록 하여(제659조 I, 다만 3개월의 예고기간이 부여된다) 당사자가 장기간의 구속에서 벗어날 수 있도록 하였다(근로기준법 23조는 이에 대한 특칙이라 할 수 있다<sup>38)</sup>).

35) 2006년 8월 현재 정규직 대비 비정규직의 임금수준은 62.5%에 불과하고, 사회보험에서 제도적 차별은 거의 해소되었으나 실제 적용률은 정규직이 79%(국민연금)~86.9%(산재보험)이나 비정규직은 29.7%(국민연금)~43.1%(산재보험)에 그치고 있다.

36) 노동부, 「비정규직 보호법률안 해설」, 2006.7 등 해설 책자 참조.

37) 대판, 1980.7.8, 80다590; 대판 1992.2.25, 91다26232 참조.

38) 대판, 1980.7.8, 80다590; 대판 1992.2.25, 91다26232 등.

## 2) 기간제법 제정

그러나 기간제법의 제정에 의해 근로기준법 제23조를 폐지하여 기존의 근로계약기간의 상한(1년)은 폐지하고 당사자가 사용기간 2년의 범위 내에서 계약기간을 자유롭게 설정할 수 있도록 하였다 이에 따라 근로계약기간과 기간제근로 사용기간을 일원화함으로써 법 운용상의 혼선을 예방하도록 하였다. 기간제근로의 사용은 원칙적으로 2년(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총 기간이 2년을 초과하지 아니함)을 초과하지 아니하는 범위로 하도록 규정하였다(제4조).<sup>39)</sup>

다만, 아래의 경우에는 2년을 초과하여 사용할 수 있도록 규정하였다.

- ① 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
- ② 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
- ③ 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
- ④ 「고령자고용촉진법」 제2조 제1항의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
- ⑤ 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우<sup>40)</sup>
- ⑥ 그 밖에 제1호 및 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우.

그리고 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다(제4조 제2항). 그리고 사용자가 정규직을 채용하는 경우 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력의무를 부과하였다(제5조). 사용기간 2년을 초과하기 이전에 고용을 종료하고 초단기의 단절을 거쳐 다시 기간제로 사용할 경우에는 입법을 통한 규율을 하지는 않았지만 법 해석으로 대처가 가능하다고 본다. 즉 개별적인 사례에 따라, 공백 기간의 길이와 근로계약의 동질성 여부, 재계약의 기대 가능성, 고용관행, 당사자간의 의사 등을 종합적으로 고려하여 탈법 여부를 판단할 수 있으리라 본다.

## 나. 후속입법 사항검토

2007년 7월 1일 시행을 앞두고 기간제법 제4조 단서 제5호 중 사용기간 2년의 예외가 되는 ‘전문적 지식·기술’을 어떻게 규정하는가가 과제이다. 이에 대하여는 전문가격(일

39) 1999년 유럽연합 각료이사회 기간제근로자 지침 중의 3가지 규제조치 중 하나인 기간제근로의 총 사용 기간 제한방식을 채택하였다.

40) 복지정책, 실업대책 등에는 취로사업·자활사업, 공공근로사업 등이 해당될 것이다.

본고시 356호 2호) 또는 전문 업무를 규율하는 방식(일본고시 356호 2호)이 있을 수 있다.<sup>41)42)</sup> 전문자격사로 규율하는 경우 고도의 전문적 자격·기술이 인정되는 전문자격사로 제한하되 예를 들어 공인회계사, 의사, 치과의사, 수의사, 변호사, 세무사, 기술사 등이 검토될 수 있고, 해당 자격에서 인정하는 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로 한정되어야 한다. 참고로, 일본의 경우 전문자격 범주 외에 박사학위 소지자도 포함하고 있다. 전문업무로 규율하는 방식으로는, 우리나라의 근로기준법 제56조 제3항에서 인정되는 재량간주근로시간제 대상업무가 시행령에 구체적으로 열거되어 있다(제26조). 구체적으로는 ‘신기술·신상품의 개발, 정보처리 시스템의 설계 등 디자인 업무 등’이 예시될 수 있으나 과학기술의 변화와 발전에 따라 신지식·신기술의 판단이 실무상 어려운 측면이 있다.

또한 전문업무 규율방식에서 일본에서와 같이 업무 내용뿐만 아니라 객관적 기준으로서 실무경력, 학력(관련학과 졸업), 고액 연봉기준(1,075만 엔) 등의 요건을 든 것도 참고할 만하다. 고학력자, 전문자격자가 불가피하게 하향 취업하여 근로조건이 낮아진 경우를 감안하면 연봉 수준은 검토 가능하며, 실무수습, 경력쌓기 등을 이유로 노동시장 진입 초기에 저임금 등을 감수하는 경우도 있을 수 있으므로 고려될 수 있을 것이다. 한편 기간제 교사의 경우에는 학교에서 활용이 보편화되어 있으므로 면밀한 검토가 필요하다. 기간제 사용기간 제한의 예외의 범주를 정하기 위하여는 해당 전문직의 고용상태를 파악할 필요가 있다.

근로계약기간 중 근로자가 일방적으로 근로계약을 해지하면 계약 불이행으로 민법상 손해배상책임을 질 수 있다(민법 제661조). 근로계약기간의 상한이 1년인 현행법하에서 1년이 넘는 고용계약을 체결하더라도 근로자는 1년이 경과한 후에 일방적인 계약해지권을 행사할 수 있으므로 계약기간 만료 전이라도 언제든지 당해 계약을 해지할 수 있다<sup>43)</sup>. 그러나 사용기간 상한 2년이 도입되면서 근로계약기간의 상한이 폐지되었으므로 2년 근로계약을 체결한 후 1년이 넘어서 근로자가 계약기간 만료 전에 언제든지 사직할 수 있는지는 검토가 필요하다. 특례에 해당되지 않는 경우에는 기본적으로 최대 2년이라는 계약기간 내에서 근로자도 고용의 의무를 지게 되므로 기본적으로 민법 제661조 규정이 적용될 수 있다. 한편 기간제법 제4조 제1항 단서의 특례가 적용되는 경우에 있어 근로자에게 사직의 자유가 보장되는지는 불분명하다. 2년을 넘는 근로계약을 체결하는 특례의 경우에는 최소한 2년이 경과한 시점에서는 근로자에게 사직의 자유가 보장되

41) 일본은 근로계약기간의 예외인정사유이므로, 사용기간 제한의 예외사유를 규정하는 점에서 우리나라와 다르다.

42) 김홍영, 「기간제한의 전문직 특례」, 한국노동연구원 주관 “차별판단기준 마련을 위한 공개토론” 자료, 2006.1.21, p.53 이하 참조.

43) 대판 1996.8.26, 95다5783.

도록 확인규정을 시행령에 명시할 필요가 있다<sup>44)</sup>는 견해가 있다. 다만, 특례의 경우에도 ‘사유가 없거나 소멸되면 기간의 정함이 없는 근로자로 본다’는 법규정과 기업의 안정적인 인력운용의 필요성을 감안할 때 고소득 전문직에게까지 계약기간 중의 중도 사직에 대한 자유를 인정하는 것은 신중한 검토가 필요하다. 또한 시행령에 중도 사직의 자유를 규정하는 것이 가능한지 법적 근거도 검토하여야 할 것이다.

### 3. 관련법 운용실태

#### 가. 기본원칙

기간제 근로의 반복갱신은 특별히 제한하고 있지는 않으나 2007년 7월 이후에는 기간법이 적용에 따라 제한될 수 있다. 즉 2007년 7월 이후 기간제 고용계약이 체결·갱신되거나 기존 근로계약이 연장되는 경우부터 사용기간 제한 2년이 원칙적으로 적용되므로 예를 들어 1년 고용계약의 경우 2회 갱신하여 사용기간이 2년을 넘게 되면 기간의 정함이 없는 계약으로 전환된다.<sup>45)</sup> 다만, 기간제법 제4조 단서 규정에 따라 2년을 초과하여 사용할 수 있는 요건에 해당되면 그러하지 아니하다.

##### 1) 원칙과 예외

기간의 정함이 있는 근로계약의 체결은 원칙적으로 허용되고 기간의 종료와 함께 근로관계는 원칙적으로 종료하며,<sup>46)</sup> 기간 만료에 즈음하여 사용자가 계약의 갱신을 거절하는 것은 해고(근로계약의 해지)가 아니므로 정당한 사유를 요하지 않는다. 기간의 정함이 있는 경우 당사자의 합의가 근로계약 종료의 원인이 되나, 이 경우에도 근로자에 대한 해고보호가 전적으로 배제되어서는 아니되며, 기간 만료시에 계약의 갱신을 거절할 만한 타당한 이유가 없는 한 현실적으로 해고제한 규정을 회피하기 위한 탈법 행위를 막을 수는 없을 것이다.<sup>47)</sup> 특별한 사정이 있는 경우 고용 종료의 예외가 인정될 수 있는 바로는, ① 법령이나 근로계약 등에 기간이 만료된 근로자와 근로계약을 갱신할 의무가 사용자에게 부여된 경우, ② 기간의 정함이 사실상 형식에 불과한 것으로 인정되는

44) 김홍영, 앞의 발표자료, p.60.

45) 기간제법상 사용기간제한 규정은 기업규모 300인 이상과 공공부문은 2007년 7월, 100인에서 299인의 경우 2008년 7월, 100인 미만은 2009년 7월부터 각각 단계적으로 적용된다(차별시정부문은 기업규모와 관계없이 2007년 7월 시행된다).

46) 김형배, 『노동법』(신판 제2판), 2006.2, p.562 이하. 같은 취지, 대판 1996.8.29, 95다5783; 대판 1997.7.25, 대판96누9680; 대판 1992.10.27, 92누9722; 대판 1995.6.30, 95누528; 대판 2006.2.10, 2005두15762.

47) Lie, ArbR, Rn.407f.: Söllner/Waltermann, Grundriß, § 33 Rn.862(독일의 지배설); BAG GS AP Nr. 16zu § 620 BGB Berfristeter Aebeitsvertrag. 김형배, 앞의 책, p.563에서 재인용.

경우이다. 한편, 기간제 고용이 객관적으로 인정되는 예로는, 산전후휴가 또는 육아휴직 중인 근로자를 대신<sup>48)</sup>하거나 또는 휴가 중인 근로자를 대신하여 고용된 임시직 근로자, 예산 및 기간이 제한된 프로젝트에 참여하는 것으로 계약 내용이 한정되는 근로관계에 있는 경우가 이에 해당된다(2000년 12월 21일 독일 단시간근로 및 유기근로계약법 제21조 참조).

#### 나. 쟁점별 검토

기간제 근로와 관련한 판례 등의 쟁점을 나누어 보면, 당사자 사이에 가장 많은 대립이 나타나는 기간제 근로계약의 기간 도과로 근로관계가 종료되는 지, 반복 갱신 후 기간만료 통보나 계약갱신 거부가 해고에 해당하는지, 그리고 해고에 해당한다면 정당성의 판단기준 등이다.<sup>49)</sup>

##### 1) 계약기간 1년 초과 문제

판례의 경우 기간의 만료로써 당연히 계약은 현행법 운용과 관련하여 종래의 통설과 판례는 1년을 초과하는 근로계약기간은 무효가 되는 것이 아니라 1년의 기간을 가진 계약으로 인정되고 그 후의 근로계약 관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것(민법 제662조, 660조 참조)으로 보아야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 그리고 근로자는 1년이 넘으면 언제라도 근로관계를 해지할 수 있으나 사용자는 3년이 경과될 때까지 근로자를 해고할 수 없다고 본다.<sup>51)</sup> 사용자는 그러나 대법원은 최근에 1년을 초과하여 정한 기간의 근로계약 관계를 유효한 것이라고 하여 그 태도를 바꾸었으며 당사자간에 합의된 근로계약기간은 그 기간의 만료에 의하여 소멸한다고 하였다<sup>52)</sup>. 향후 기간제법이 시행되는 경우 사용기간을 최장 2년을 제한하고 이를 넘어 사용하는 경우 무기계약으로 간주하도록 한 점 등을 감안할 때, 2년을 넘는 근로계약은 기간제법에 명백히 위반될 뿐만 아니라 2년이 넘어 사용하게 되면 무기계약으로 간주되므로 논란은 일응 입법적으로 해결되었다고 볼 수 있는 측면도 있다. 다만, 2년을 넘는 고용계약을 체결한 경우 기간제법 위반은 별론으로 하고 동 2년이 넘는 고용계약의 기간을 무효로 할 것인지 여부가 논란이 될 수 있으나, 현실적으로 특례에 따른 2년 상한 예외규정 해당 여부에 대한 다툼이 있는 경우를 제외하고는 동법을 위반하는 사례는 크게 문제되지 않을 수도 있다.

48) 노동부, 근기 68207-93, 1993.12.29.

49) 박수근, 「기간제근로분쟁에서의 쟁점과 법해석의 기준 및 과제」, 『노동법연구』(18호), 서울대 노동법연구회, p.182.

50) 대판, 1989.7.11, 88다카21296.

51) 대판, 1992.9.1, 92다26260; 대판 1995.7.11, 95다280.

52) 대판[전원합의체]1996.8.29, 95다5783(한국KDK사건); 찬성취지, 김형배, 앞의 책, p.263.

## 2) 반복 갱신 문제

현행법상 1년을 초과하지 아니한 기간을 정하고 기간의 만료시 당사자 쌍방의 합의에 의하여 다시 계약을 갱신하거나, 처음 계약을 체결할 당시에 당사자 일방의 이의신청이 없는 한 당연히 계약이 갱신된다는 이른바 자동갱신 계약의 체결은 가능하다. 목시의 갱신 후의 근로관계에 대하여는 견해의 대립이 있는바, 기간의 정함이 없는 계약으로 전화한다는 견해<sup>53)</sup>와 동일한 기간의 계약으로 갱신된다는 견해<sup>54)</sup>로 나뉘어진다. 우리의 대법원은 후자의 입장을 취하고 있다(대판 1986. 2. 25, 85다카2096). 제정 기간제법하에서도 이와 같은 문제는 있을 수 있으나 2년을 넘으면 무기계약으로 간주하도록 되어 있으므로 입법적으로 일은 해결되었다고 볼 수 있다. 목시의 갱신을 부정하거나 자동갱신된 새로운 계약기간이 종전의 계약보다 짧아야 한다는 주장을 하는 경우, 그 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.<sup>55)</sup>

## 다. 판례의 경향

## 1) 일반적 기준

기간의 정함이 있는 근로계약을 반복갱신한 후에 사용자가 아무런 이유 없이 갱신거절에 의해 근로관계는 자동적으로 종료하는가에 대하여, 판례는 “근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고, 다만 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 예외적인 경우에 한하여, 바로 기간을 정하여 채용된 근로자라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바 없게 되는 것이고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효가 되고”<sup>56)</sup> 기간의 정함이 없는 근로계약으로 이전된다.<sup>57)</sup> 그러나 기간의 정함이 있는 근로관계가 허용되는 일반적 기준 내지 요건에 대하여 언급하고 있는 대법원 판례는 아직 없는 것으로 보인다.<sup>58)</sup> 한편,

53) 김형배, 『근로기준법(제8판: 보정신판)』, p.166; 대판 1989.7.11, 88다카21296; 대판 1998.5.29, 98두625.

54) 민법 제662조 제1항; 대판 1986.2.25, 85다카2096; 임종률, 『노동법』(제5판: 전면개정), p.553; 김유성, 『노동』, p.334; 하갑래, 『근로기준법』(개정증보16판), p.219.

55) 대판 1986.2.25, 85다카2096.

56) 대판 2004.12.9, 2004두9470; 대판 2002.2.8, 2001다46365; 대판1998.1.23, 97다42489; 대판 1995.7.11, 95다9028; 대판 1994.1.11, 93다17843.

57) 이상윤, 『노동법』(수정판), p.158.

58) 같은 연세어학당 사건에서 반복 갱신으로 인해 기간의 정함이 없는 계약이라고 했다가(대판 1994.1.11, 93다17843), 4년 후에는 4회 갱신된 강사에게 기간이 형해화했다고 볼 수 없다(대판 1998.1.23, 97

견습(수습)기간 후에 정식사원으로 채용한다는 이른바 시용기간부 근로계약에서도 시용기간 만료 전에 정당한 이유 없이 해지하는 경우에는 권리남용 및 양속위반의 법리가 적용될 수 있다고 본다(1971. 12, 근지 1455.9-13349).

판례는 일반적으로 ‘장기계약의 반복갱신’과 함께 ‘기간이 단지 형식(또는 명목)에 불과한 것’이라는 두 가지 요건을 갖추면 기간의 정함이 있는 계약은 기간의 정함이 없는 계약으로서 해고제한법규가 적용된다고 판시하고 있다. 다만, 구체적으로 해고제한법규를 적용함에 있어서는 계약의 내용과 체결 경위, 기간을 정한 목적, 반복성, 기타 제반 사정에 따라 그 기간의 정함이 형식에 불과하고 근로자의 계속 기대 가능성에 합리성이 있는 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 경우와 다를 바가 없다 할 것이므로 종전과 같은 내용의 계약을 체결하는 것은 해고에 해당되어 근로기준법 제30조의 정당한 사유가 있어야 한다<sup>59)</sup>고 한다. 한편, 기간제 고용 종료의 합리성 판단에 있어서는 담당업무의 성격(정규직과의 근무의 동일 또는 유사성, 책임의 정도), 고용계약관련 취업규칙 등 규정, 갱신 횟수, 갱신 여부에 대한 당사자의 인식, 사업장의 계약 관행, 기간의 정함이 없는 다른 근로자에 대한 고용관행<sup>60)</sup> 근로조건의 변경 여부 등도 종합적으로 고려되어야 할 것이다.

## 2) 일반적 판례의 경향

그러나 대법원은 기간의 정함이 형식에 불과하다고 할 특별한 사정을 거의 인정하지 아니하였고 계약이 반복갱신된 경우에도 대부분은 기간 만료로 계약이 종료되는 것으로 판단하였다.<sup>61)</sup> 특히 상용직 임시근로자와 관련하여 문제가 되는데, 대법원은 비록 서류상으로는 2~3일씩 해고된 후 다시 채용되는 형식을 취하였다 하더라도 해고의 효력이 인정되지 않는다고 판시하였다.<sup>62)</sup> 그러나 “종전 근로계약이 단절된 후 새로운 고용조건에 의한 근로계약이 체결되었다면 근로계약이 수차례 반복갱신되었다는 사정만으로 그 정한 기간이 형식에 불과하여 사실상 기간의 정함이 없는 근로관계”가 되는 것은 아니라고 한다.<sup>63)</sup> 또한 2회의 계약갱신이 있었다고 하여 기간을 정한 것이 단지 형식에 불

다42489)거나, 유계약 필요성을 이유로 7년 6개월 동안 4회 갱신하더라도 계약기간이 형식화한 것이라고 할 수 없고(대판 2002. 2.8, 2001다46365), 시립예술합창단의 경우 8회 갱신에도 불구하고 기간의 정함이 없다고 볼 수 없다(대판 2002. 4.26, 2002두1625).

59) 김형배, 앞의 책, p.264. 근기법 제30조의 정당한 사유를 갖추어 해고의 효력을 인정한 대표적인 판례로는, 대판 1976. 6.24, 74다1625; 대판 1994. 1.11, 93다17843; 서울지판 1995. 8.24, 94가합 105377.

60) 대판 1998. 5.29, 98두625.

61) 중앙노동위원회, 『2006 심판업무추진계획』, p.4 이하 참조. 같은 취지, 박수근, 『기간제 근로분쟁에서의 쟁점과 법해석의 기준과 과제』, 『노동법연구』 제18호(2005년 상반기)(서울대노동법연구회), p.188.

62) 대판 1975. 6.24, 74다1625.

63) 대판 2005. 10.13, 2005두 7648.

과하다고 볼 수 없는 판례도 있다.<sup>64)</sup>

계약제로 부임한 대학의 신입교원 및 직원의 근로관계의 종료는 문제되고 있는바, 교수직 전임강사의 임용과 관련하여 “고도의 전문적 학식과 교수능력 및 인격 등을 갖추는 것이 요구되므로 계약제로 임용된 교수직 전임강사의 임용기간이 만료되면 별도의 재임용규정이 있거나 그 요건 등에 관한 근거규정이 없는 한 교원으로서의 신분관계는 당연히 종료된다”<sup>65)</sup> 하고, 계약기간의 만료로 근로관계의 종료를 인정한 판례와 같은 뜻의 판례는 다수 존재한다.<sup>66)</sup>

### 3) 최근의 판례 경향

최근의 판례는 갱신 거부사유판단에 탄력적인 견해를 보이고 있는바, 경제위기 이후 구조조정 과정에서 정규직을 계약직으로 신분전환후 최초 재임용 거절사건에서 재임용의 정당한 기대권이 있으므로 재임용 제외는 실질적으로 부당한 해고와 동일시할 수 있다고 판시하였으며,<sup>67)</sup> 기간제 근로계약의 규제 필요성을 반영하여, 반복갱신 사실이나 관행이 존재하지 않은 상황(계약제 전환 이후 첫 번째 갱신)에서도, 제도 자체의 취지와 심사방법 등을 고려하여 해고제한법리를 적용하였다는 점에서 큰 의의를 지닌다.<sup>68)</sup> 또한 하급심 판례에서도 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 보기 어렵다고 하더라도 상당 기간 반복갱신되어 지속적인 고용이 기대되는 때에는 근로계약기간을 당연히 종료되는 존속기간이 아니라 계약갱신을 위한 갱신기간으로 보고, 해고법리를 유추적용(기간의 정함이 없는 근로계약에 적용되는 정당한 이유라는 해고제한 기준보다는 완화된 기준인 점에서 유추적용된다는 단서를 달고 있다)하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유 없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 신의측상 허용될 수 없다고 판시하는 경향이 있다.<sup>69)</sup> 또한, ‘법령이나 계약 등에서 재임용 또는 계약갱신의 절차와 요건 등에 근거규정이 있는 경우’에는 제한적으로 근로자의 기대권을 인정<sup>70)</sup>하고 있으며, 그 정당성 여부는 규정에서 정한 절차와 요건을 기준으로 하고 있다.

64) 대판 2004. 12.9, 2004두 9470.

65) 대판 1992. 10.27, 92누9722.

66) 대판 1987. 6.9, 86다카2622; 대판 1989. 6.27, 88누9640; 대판1991. 6.25, 91다1134; 대판1934. 4.23, 93다 5093.

67) 대판 2005. 7.8, 2002두8640; 같은 취지. 대판 1995. 6.30, 95다528.

68) 김진, 「기간을 정한 근로계약의 부당해고구제」, 『조정과 심판』, 23호(2005년 가을호), p.51.

69) 대판 2005. 9.9, 2005두6003; 서울행정법원 2004. 4.8, 2003구합32275판결 이유인용; 서울행정법원 2005. 9.1, 2005구합8573; 서울행정법원 2005. 8.11, 2005구합9729; 서울행정법원 2005. 7.7, 2005구합33756, 서울행정법원 2005. 6.30, 2005구합1541; 서울행정법원 2005. 9.16, 2004구합8484.

70) 기간제 교수의 재임용기대권을 중심으로 발전하여 온 바, 헌법재판소가 사립학교법 관련조항에 대해 헌법불합치결정(2000헌바26, 2003.2.27)에 따라 대법원은 기존 입장을 바꾸어 ‘기대권’이라는 차원에서 재임용의 정당성을 다루었다(대판 2004.4.22, 2000두7735).

## 4) 갱신의 기대 가능성 검토

반복갱신된 계약이 기간의 정함이 전혀 없는 경우에는 미치지 않는다<sup>71)</sup> 하더라도 근로자의 반복갱신 기대에 합리성이 있는 경우<sup>72)</sup>가 있을 수 있으며 이러한 경우에는 해고법리를 유추적용하는 것이 근로자 보호에 충실한 해석이 될 수 있다. 현실적으로 유기계약이라는 당사자간의 의사를 배제하고 무기계약으로 전환하는 것으로 보고 유기근로계약에 해고법리를 적용하는 것은 실제 법적 다툼에서 민법원리에 충실한 법원에 의해 널리 받아들여질 가능성은 그리 크지 않다고 본다. 오히려 근로자의 반복갱신 기대에 충분한 합리성이 있고 노사간에 그러한 의사를 추정하는 데 무리가 없다면 이는 근로기준법상 해고에 준하는 것으로 보아 기간제 근로계약이 반복갱신된다고 하는 것이 당사자의 의사에 충실한 해석이 될 수도 있을 것이다. 또한 사실상 무기계약으로 전환한다고 보아 해고제한법리를 적용하더라도 법원이 당사자간의 계약을 무기계약으로 바꾸거나 임금 등 근로조건을 바꿀 수도 없기 때문이다. 따라서 최근의 일부 대법원 및 하급심 판례와 같이 계약 갱신에 관한 절차규정 또는 갱신의 관행을 들어 기간제 근로자의 계약 갱신권을 인정·보호하는 방향으로 전환한 것은 합리적이라고 본다.<sup>73)</sup> 이는 현재 정규직 고용에 따른 부담을 감안하여 재계약관리 등을 엄정히 하는 기업의 노무관리 관행의 변화 아래에서 노동시장의 근로자 고용불안을 해소하기 위하여도 시의적절한 판단이라고 할 수 있다.<sup>74)</sup>

다만, 기간제법 제정에 따라 사용기간 상한 2년이 최초로 적용되는 2007년 7월부터는 문제의 소지가 상당 부분 입법적으로 해결되게 되었다. 그러나 2007년 7월에서 2009년 7월까지 과도기적인 기간이나 사용기간 2년 이내에서 단기 기간제 근로계약이 반복되다가 중단되는 경우는 여전히 쟁점으로 남는다. 기간제법 제정의 취지가 법원의 판단에 어떻게 반영될지 귀추가 주목된다.

71) 근로계약이 반복 갱신되어 왔다는 사정만으로 기간의 약정이 없는 근로계약이라고 단정할 수는 없을 것이다(임종률, 『노동법』(제5판: 전면개정), p.553).

72) 대판 2005. 7. 8, 2002두 8640; 대판 1986. 2. 25, 85다카2096. 교원에 대한 대법원 전원합의체 판결이 제한적이거나 반복 갱신의 기대 가능성을 넓히는 측면에 기여하였다고 볼 수 있다. 이에 대하여는 단지 '계약기간과 보수근로조건'만을 계약으로 정하는 일반 비정규직 근로자들에 대하여는 대상판결이 적용될 가능성이 희박하다는 지적이 있다(김인재, 「기간제근로자의 재임용 기대권」, 『노동법률』, 174호, 2005. 11.

73) 일본의 경우 판례상 실질적 무기계약과 계약갱신 기대보호 두 경우로 나누어 해고법리를 유추적용하고 있는바, 근로자 고용안정 차원에서 후자의 개념을 도입한 것으로 보이며, 평가할 만하다.

74) 기업의 노무관리 관행 변화만으로 사실상 근로자가 계속근로에서 배제되는 것을 막을 수 있기 때문이다.

## IV. 한·일 비교

### 1. 법제도 비교

우리나라와 일본은 크게 보아 기간제근로 사유제한방식을 채택하지 않은 점은 같으나, 우리나라가 기간제법에 의해 사용기간 제한방식을 새로이 도입함으로써 크게 달라졌다고 할 수 있다. 차별금지 및 시정절차까지 포함하면 일본보다는 상대적으로 강화된 법적 대응방안이 강구되었다. 기간제근로에 대한 관련 법률로는 일본의 경우 기본적으로 근로기준법에서 규제하는 반면, 우리나라에서는 근로기준법상 근로계약기간이 삭제되고 기간제법에서 주로 규율하게 되었다. 일본은 근로계약기간의 상한을 1년에서 원칙 3년(특례5년)으로 단계적으로 대폭 완화한 반면, 우리나라는 사용기간 제한방식을 택하면서 계약기간이 사용기간 범위 내로 포함되어 새로운 규제가 제도화되었다. 이에 따라 우리나라는 기간제 계약이 반복갱신되더라도 그 계속근로한 총 사용기간이 원칙상 2년 이내로 제한되는 반면, 일본은 반복갱신에 대한 특별한 제한이 없다. 법규정 방식으로는 일본이 기간제한 특례의 세부사항을 후생노동성 고시와 통달로 하여 탄력성을 부여한 반면, 우리나라는 시행령에 규정하도록 함으로써 상대적으로 개정이 어렵도록 되었다. 한편 사용기간 2년 제한특례에 대한 기간제법 시행령 제정작업시 일본의 기간 제한특례에 대한 후생노동성 고시와 통달은 참고할 필요가 있다(이 점에 대하여는 3.2.2 후속입법사항 검토에서 다루었으므로 생략한다). 다만, 시행령 개정 사항인만큼 산업기술의 발전 및 노동시장 변화를 충분히 고려하여 작업이 이루어져야 할 것이다.

### 2. 관련 판례 비교

일본의 경우 기간제고용 반복갱신과 고용 종료에 따른 노사간의 다툼이 자주 발생하였다. 이에 대하여 법원 판례는 기본적으로 자동갱신에 대하여 사실상 무기계약 형태나 반복갱신의 기대 가능성의 유형 등으로 대별하여 해고법리를 유추적용하여 보호하여 왔다. 나아가 기업의 노무관리 방식의 변화로 계속고용이 인정되는 경우가 줄어들게 됨으로써 일본 법원은 기대 보호(계속특약)의 형태로까지 근로자 고용안정의 범위를 넓혀가고 있는 추세이다. 그리고 반복갱신되거나 기간 초과 후라 하더라도 판례나 주류학설은 동일 조건의 기간제근로가 반복되는 것으로 보고 있다.

반면, 우리나라의 경우 판례나 학설 등에서는 사실상 기간의 정함이 없는 것으로 보

<기간제 근로 한일 비교>

구분	일본	한국	비고
근거법령	노동기준법	근로기준법 기간제법	2007.7.1 시행
근로계약기간 제한	있음(원칙3년, 특례5년) *특례는 후생노동성 고시와 통달에서 규정	있음(사용기간 범위 내)	
사용기간 제한	제한없음	제한있음(원칙 2년, 특례는 필요한 기간) *특례는 기간제법 시행령에서 규정	기간제법
반복갱신가능여부	제한없음	2년(사용기간 상한) 범위내	기간제법
반복갱신후 고용 종료	법적제한 없음 *판례법리에 따름(사실상 무기계약 또는 갱신 기대가능성으로 해고법리 유추적용)	사용기간 제한에서 규제 *현행법상 판례법리에 따름(사실상 무기계약으로 해고법리 적용)	기간제법
기간초과 후 계속근로시 지위	판례 및 주류학설(동일조건의 기간제 근로로 갱신)	2년 초과시 무기계약 전환 *현행법상 판례법리로 규제 (무기계약전환)	기간제법
차별시정 관련	명문규정 없음(판례법리로 규제)	기간제법에서 명문규정 *정규직 대비 임금 등 근로조건의 불합리한 차별금지	

아 해고법리를 적용하여 왔으며, 사실상 인정되는 사례가 적었다고 볼 수 있다. 그러나 부당해고가 인정된 판례의 경우 ‘기간의 정함이 없는 계약’으로 본다는 점에서 기간제 근로가 반복되는 것으로 본다는 일본 판례법리와 다르다. 최근 판례의 경향으로는 비록 갱신 횟수가 적은 등 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 이르지 못한다 하더라도 계속 고용의 기대 가능성에 비중을 두고 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 하여 보호의 범위를 넓혀가고 있다. 이 경우 보호의 범위가 넓어지게 되지만, 기간의 정함이 있는 근로계약으로서 반복된다는 점은 논리적 귀결이다. 기업의 노무관리 변화 추이와 비정규직 증가 등 고용상황을 감안하여 유사한 문제점을 안고 있는 일본의 판례 경향과 유사한 측면이 있다고 하겠다. 사용자의 부당해고가 인정된 후의 근로자 지위에 대하여는 기간제법에서 기간의 정함이 없는 근로자로 본다고 하여 입법적으로 해결되었다. **KLI**

<참고문헌>

김 진, 「기간을 정한 근로계약의 부당해고구제」, 『조정과 심판』 23호(2005년 가을호)  
 김인재, 「기간제근로자의 재임용 기대권」, 『노동법률』 174호, 2005. 11.

- 김형배, 『근로기준법(제8판 증보신판)』, 박영사, 2002. 8.  
 \_\_\_\_\_, 『노동법(신판 제2판)』, 박영사, 2006. 8.  
 김홍영, 「기간제한의 전문직 특례」, 한국노동연구원 주관 “차별판단기준 마련을 위한 공개토론회” 자료, 2006. 1.21.  
 노동부, 「비정규직 보호법률안 해설」, 2006. 7 등 해설책자 다수.  
 \_\_\_\_\_, 「비정규직통계현황」, 2005. 11.  
 박수근, 「근로계약의 유기화 현상에 따른 부당해고 구제절차에 있어 구제이익」, 『조정과 심판』 10호(2002년 여름호).  
 \_\_\_\_\_, 「기간제근로분쟁에서의 쟁점과 법해석의 기준 및 과제」, 『노동법연구』, 18호, 서울대 노동법연구회.  
 이상국, 『근로기준법(개정2판)』, 신론사, 2006. 7.  
 이상윤, 『노동법(수정판)』, 법문사, 2006. 10.  
 이정 역, 『일본노동법의 이론과 실제』(노동법(제5판 보정판),菅野和夫 著), 2004. 2.  
 임중률, 『노동법(제5판 전면개정)』, 박영사, 2006. 3.  
 중앙노동위원회, 「2006 심판업무추진계획」, 2006. 2.  
 하갑래, 『근로기준법(개정증보16판)』, 중앙경제사, 2006. 7.
- 菅野和夫, 『노동법』(7판).  
 金子征史·西谷敏 편, 『노동기준법』(제5판), 일본평론사, 2006. 5.  
 菅野和夫 외 2인 편, 『노동판례백선』(제7판(별책 주리스트)), 유비각, 2002. 11.  
 小宮文人, 「유기노동계약(상하)」, 『노동법률순보』, 1555, 1556호, 2003. 7.  
 \_\_\_\_\_, 「유기노동계약과 노동계약법제」, 『노동법률순보』 1615호, 2006. 1.  
 和田, 「노동계약과 노동계약법제」, 『노동법률순보』, 1615호, 2006. 1.  
 辻村 昌昭, 「(판례해설)유기노동계약과 중도해고의 효력」, 『노동판례』, 923호, 2006. 12.  
 日本郵政公社(近畿郵政局)사건, 『노동판례』, 908호, 2006. 4.  
 三共(寡婦囑託雇用中止)사건, 『노동판례』, 908호, 2006. 4.