

## 고용종료와 관련 민법과 근로기준법의 관계

### I. 문제의 소재

고용과 관련된 법률관계는 민법과 근로기준법에서 규정하고 있다. 다만, 근로기준법은 5인 미만의 상시 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 제한적으로 적용되고, 동거하는 친족만을 사용하는 경우와 가사사용인에 대해서는 법이 적용되지 않는다. 근로기준법에 규정되지 않은 부분은 민법 제2조의 신의성실 원칙과 권리남용금지의 원칙, 그 밖의 조항이 적용된다. 민법상 고용에 관한 총 9개 조항은 노동법의 일반법적 효력을 가진다. 고용관련 민법 9가지 조항 중 5개가 고용계약 해지와 관련이 있다.<sup>1</sup>

자본주의 경제체제에서 민법은 계약자유 원칙을 기본원리로 하고 있기 때문에 계약당사자 일방은 일정한 요건이나 손해배상을 전제로 자유롭게 계약을 해지할 수 있다. 그러나 근로자와 사용자 사이의 근로계약 관계에서 사회적, 경제적으로 우월한 위치에 있는 사용자가 자유롭게 근로계약을 해지할 수 있도록 하면 취업을 해야 생계를 유지할 수 있는 근로자는 언제든지 실직될지 모르는 위협부담을 항상 안고 있으므로 불평등하고 억압적인 관계에 놓이게 된다.<sup>2</sup> 이러한 불평등 관계를 개선하고, 근로자의 기본적인 권리인 인간의 존엄성과 행복추구권을 보장해 주기 위해 헌법에 의하여 근로기준법이 만들어졌다.<sup>3</sup>

### II. 고용의 종료에 대한 구분의 필요성

#### 1. 법령상 구분

민법상 고용의 종료는 3가지로 규정하고 있다. 첫째, 고용기간이 만료한 때에 고용이 종료하며, 일정한 요건하에 묵시의 갱신을 인정한다(민법 제662조). 둘째, 약정기간이 3년을 넘거나 또는 기간의 약정이 없는 경우 당사자에게 해지통고권을 부여하며, 해지 통고 후 일정기간이 경과하면 해지 효력이 발생한다(민법 제659조, 제660조). 셋째, 특정한 사유가 있는 경우에 해지권의 발생을 인정하는 것이다(민법 제657조, 제658조, 제661조, 제663조). 이와 같이 민법에 의한 계약종료는 당사자간의 대등한 계약이므로, 필요한 경우에 자유롭게 해지할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다.

그러나 근로기준법으로는 사용자가 근로계약을 일방적으로 해지하는 것은 부당해고가 되어 법적으로 부당해고 구제신청의 대상이 된다. 다만, 근로계약 기간을 정한 경우 기간의 만료, 업무완성에 필요한 기간을 정하였거나 정년제 근로자가 정년에 도달한 경우 등은 근로관계의 자동 소멸 사유로서 해고에 해당되지 않는다. 한편, 기간이 정함이 있는 근로계약의 경우에도

<sup>1</sup> 민법상 고용해지 관련 5개 조항은 ①노무의 내용과 해지권(민법 제658조), ②3년 이상의 경과와 해지통고권(제659조), ③기간의 약정이 없는 고용의 해지통고(제660조), ④부득이한 사유와 해지권(제661조), ⑤사용자파산과 해지통고(민법 제663조)이다.

<sup>2</sup> 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2016, 528면; 김엘림, 「근로보호법」, 방송대 출판부, 2013, 213면.

<sup>3</sup> 헌법 제32조 ③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성이 보장되도록 법률로서 정한다.

원칙적으로 2년을 초과하는 경우에는 기간의 정함이 없는 무기계약직으로 계약의 형태가 변경되어 정년이 될 때까지 고용이 된다고 볼 수 있다 (기간제법 제4조).

## 2. 정당한 사유 유무

민법은 계약자유 원칙에 따라 고용계약을 당사자간에 자유롭게 체결한 것과 같이 계약종결도 어느 일방이 일방적으로 해지할 수 있다.

그러나 근로기준법은 사용자는 정당한 이유없이 근로자에게 해고, 휴직, 정직, 감봉, 기타의 징계를 하지 못한다고 명시하고 있다(근기법 제23조). 근로기준법상 근로계약 관계에서는 민법의 일방적 계약해지 통보가 불가능하다고 할 수 있다. 이는 근로기준법이 근로자 보호를 목적으로 하고 있기 때문이다. 그래도 정당한 사유가 있는 경우에는 근로계약의 종결이 가능하다. 판례에 의하면 정당한 사유는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있거나 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말한다.<sup>4</sup> 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부는 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위 및 직무의 내용, 비위행위의 동기, 그 행위의 기업질서에 대한 영향, 과거의 근무 태도 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다.<sup>5</sup>

## III. 민법에서 고용계약의 종료

### 1. 고용기간의 만료와 예외

당사자가 고용기간을 정한 경우 그 기간의 만료로 고용은 종료한다. 다만, 고용기간이 만료되기 전에 또는 만료된 후에도 당사자의 합의로 이를 갱신할 수 있다. 그런데 고용기간이 만료한 후에 갱신의 합의 없이 근로자가 계속해서 노무를 제공하고 이에 대해 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우, 민법은 당사자의 의사로 간주하여 전 고용과 동일한 조건으로 다시 고용한 것으로 본다(민법 제662조 제1항). 다만 기간의 정함이 없는 고용의 경우 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고, 그 통고를 받은 때부터 1개월이 지나면 해지의 효력이 생긴다(민법 제662조, 제660조). 이는 민법의 계약자유 원칙으로 대등한 양 당사자는 계약기간이 짧을수록 더 유리한 계약으로 간주하고 있다.<sup>6</sup>

### 2. 해고통고

#### (1) 고용기간이 장기인 경우

고용기간은 당사자의 합의로 정할 수 있지만, 그것이 지나치게 장기인 때에는 고용관계의 특성상 당사자의 자유를 구속하는 문제가 있다. 그래서 민법은 고용의 약정기간이 3년을 넘거나 또는 당사자의 일방 혹은 제3자의 종신까지로 된 때에는, 각 당사자는 3년을 경과한 후 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있는 것으로 정한다(민법 제659조). 이 경우 상대방이 해지의 통고를

<sup>4</sup> 대법원 2003.7.8. 선고 2001두8018 판결.

<sup>5</sup> 대법원 2009.5.28. 선고 2007두979 판결.

<sup>6</sup> 양재현, “민법상 고용계약에 관한 연구”, 숭실대학교 법학박사 학위논문, 2010, 66면.

받은 날로부터 3개월이 지나면 해지의 효력이 생긴다(민법 제659조). 기간의 정함이 있는 고용계약의 최장기간을 3년으로 제한하고 있다. 이는 고용기간을 길게 함으로써 노무자에게 불이익을 주지 않기 위한 것이다. 다시 말해, 고용기간이 짧아야 근로자를 보호할 수 있다는 민법상 대등한 당사자 계약의 특징이다.

#### (2) 기간의 약정이 없는 경우

고용기간의 약정이 없는 때에는 각 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다(민법 제660조). 그 경우 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다(제660조). 다만 기간으로 보수를 정한 때에는, 통고를 받은 당기 후의 1기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다(민법 제660조).<sup>7</sup>

### 3. 고용해지

고용계약해지 통고는 다음의 경우에 언제든지 할 수 있다. 상대방에게 그 통지가 도달한 때부터 통고기간이 필요 없이 해지의 효력이 생긴다.

1) 사용자가 근로자의 동의 없이 그 권리를 제삼자에게 양도한 경우 (민법 제657조: 권리의무의 전속성),

2) 사용자가 약정하지 아니한 노무의 제공을 요구한 때나 근로자가 약정한 기능이 없는 경우 (민법 제658조: 노무의 내용과 해지권),

3) 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 경우 있는 때에는 당사자는 계약을 해지할 수 있다 (민법 제661조: 부득이한 사유와 해지권),

4) 고용기간의 약정이 있는 때에도 사용자가 파산선고를 받은 경우에는 노무자 또는 파산관재인은 계약을 해지할 수 있다(제663조: 사용자파산과 해지통고).

### IV. 근로기준법에서 근로계약의 종료

근로기준법상 사용자의 일방적인 근로관계의 종료는 엄격하게 제한하고 있다. 근로계약은 기간의 정함이 있는 계약이 있지 않은 이상 근로자와의 고용관계를 단절하기가 쉽지 않다. 정당한 사유를 필요로 하고, 해고시기에 제한을 받으며, 해고절차에 있어서도 엄격한 절차를 거쳐야만 정당한 계약종결을 할 수 있다. 사용자의 일방적 계약종결 통지는 부당해고가 되어 노동위원회를 통한 부당해고 구제신청의 대상이 된다.

#### 1. 고용기간의 만료와 예외

기간제법 제4조에 따르면, “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 또는 기간제 근로계약의 반복 갱신이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제 근로자를 사용할 수 있다. 다만, 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우, 연령이 만 55세이상인 경우, 전문직종에 종사하는

<sup>7</sup> 예를 들어, 매우러 초일부터 말일까지를 기간으로 임금을 선정하여 월급을 주기로 하였는데 4월에 해지통고를 한 경우에는 당기 후의 1기를 경과한 때, 즉 6월 1일부터 해지의 효력이 생긴다.

자로서 25개의 국가자격을 갖춘 자, 박사학위를 취득한 후 해당분야에서 근로를 제공하는 경우, 등은 예외 사유로서 2년을 초과하여 기간제로 근로자를 사용할 수 있다.

## 2. 정당한 사유에 의한 제한

근로기준법 제23조는 사용자는 정당한 이유없이 근로자에 해고를 하지 못한다고 명시하고 있다. 근로기준법상 근로계약 관계에서는 민법의 일방적 계약해지 통보가 불가능하다고 할 수 있다. 이는 근로자 보호를 목적으로 하고 있기 때문이다. 그래도 정당한 사유가 있는 경우에는 근로계약의 종결이 가능하다. 근로기준법 시행령(제14조)에 해고를 할 수 있는 정당한 사유를 다음과 같이 명시하고 있다.

- ① 납품업체로부터 금품 또는 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
- ② 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
- ③ 사업의 기밀, 기타 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
- ④ 허위사실을 날조·유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
- ⑤ 영업용차량 운송수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복·장기유용·횡령하거나 배임한 경우
- ⑥ 제품 또는 원료 등을 절취 또는 불법 반출한 경우
- ⑦ 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
- ⑧ 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
- ⑨ 기타 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

## 3. 정리해고의 제한

근로기준법 제24조의 정리해고의 제한 규정에 의거, 사용자는 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고할 경우 ①긴박한 경영상 필요가 있어야 하고, ②해고회피노력을 다하여야 하며, ③해고대상자를 합리적이고 공정한 기준을 정하여 선정하여야 하고, ④근로자 대표에 해고 50일 전에 통보하고 해고 회피노력과 해고 대상자 선정에 관하여 협의하여야 한다고 명시하고 있다. 위의 네 가지 기준을 충족한 경우에 근로기준법 제23조에 있는 정당한 해고사유가 된다. 즉, 근로자의 귀책사유가 없이 사용자의 귀책사유로 근로자와의 근로계약을 해지하고자 할 경우에는 엄격한 제한을 받는다.

## 4. 해고시기의 제한

사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안, 산전 산후의 여성이 근로기준법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일간은 해고하지 못한다(근로기준법 제23조). 근로자가 노동력을 상실한 기간이나 효과적인 구직활동을 할 수 없는

기간동안 근로자를 실직의 위험으로부터 보호하려는 취지에서 설정한 규정이다.<sup>8</sup> 이를 위반하여 근로자를 해고한 경우 벌칙조항이 적용되고, 사법상 무효가 된다. 다만, 사용자가 업무상 부상 또는 질병에 대하여 일시보상을 하였거나 사업을 계속할 수 없는 경우에는 예외적으로 해고 시기의 제한을 받지 않는다(근로기준법 제23조).

## 5. 해고절차의 제한

### (1) 해고의 예고

근로기준법 제26조에 의하면, 사용자는 근로자를 해고하려면 적어도 30일전에 예고해야 하고, 30일전에 예고를 하지 않은 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다. 해고 예고 규정은 해고의 정당한 여부와는 별개의 사안으로, 정당한 사유가 없는 경우 해고예고 자체를 하였다고 해고의 정당한 해고사유가 되는 것은 아니다.

### (2) 해고의 서면통지

근로기준법 제27조에 의하면, 사용자는 근로자를 해고하려면 해고의 사유와 시기를 서면으로 통지해야 한다. 이 서면의 통지가 없는 경우에는 해고의 효력이 없다. 이 규정은 사용자가 근로자를 해고하는데 신중을 기하게 하는 한편, 해고의 준비 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하게 해결되고, 근로자에게는 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하려는 것이다.<sup>9</sup>

## V. 결론

민법이 일반법의 차원에서 대등한 당사자 간의 계약관계를 기준으로 권리와 의무 관계를 정립하였다고 본다면, 근로기준법은 특별법으로서 강행규정으로 사용자가 지켜야 하는 의무들을 명시하고 있기 때문이다. 따라서 특별법인 근로기준법이 일반법인 민법에 우선 적용되며, 민법은 근로기준법에 규정이 없는 경우에만 보충적으로 적용된다.

---

<sup>8</sup> 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2016, 543면; 대법원 1991.8.27. 선고 91누3321 판결.

<sup>9</sup> 대법원 2011.10.27. 선고 2011다42324 판결.