

中國 勞動契約法과 派遣勞動者의 法律的 地位

Law of the People's Republic of China on employment contracts and legal status of labor dispatch

이 용 옥*

Lee, Yong-Wook

목 차

- I. 序論
- II. 노동계약법의立法과 特徵
- III. 中國 派遣勞動者
- IV. 派遣勞動者의 법률적 지위
- V. 結論

국문초록

노무파견 운용의 기본 형태는 파견노동자와 노무파견회사의 노동계약으로 이루어지지만, 파견노동자는 실질적으로 노동계약관계가 없는 인력사용회사의 지휘감독 하에 노동에 종사하게 되며, 노무파견회사는 인력사용회사와의 노무파견협의를 통해 노동자를 파견한다. 이는 일반 형태의 노동관계와 다른, 이른바 '고용'과 '사용'의 분리로 노무를 구성하는 파견노동관계가 가장 주요한 특징이다. 즉 고용자인 노무파견회사는 파견노동자와 노동계약을 체결함으로써 파견노동자를 고용하고, 사용자인 인력사용회사는 노무파견회사로부터 파견 받은 노동자로부터 직접적으로 노동력을 제공받는다. 이처럼 노무파견 노동관계는 노무파견회사, 인력사용회사 그리고 파견노동자로 3분된 형태의 비교적 복잡한 관계이다.

논문접수일 : 2010.6.29

심사완료일 : 2010.7.22

게재확정일 : 2010.7.23

* 법학박사 과정 · 중국 정법대학교 민상경제법학원

중국 노동계약법은 노무파견 노동관계의 노무에 대하여, 제58, 59, 60, 62조의 규정에 근거하여 노무파견회사가 고용회사임을 확인하고, 노무파견회사가 고용회사로서의 의무를 이행하도록 하되, 동시에 인력사용회사에 대하여도 일정한 고용회사로서의 의무를 규정하고 있다. 본법은 명확하게 보건데 노무파견 노동관계에 대한 개념의 범주가 법률적으로 확정되어 있지 않다.

주제어 : 파견노동, 노동계약, 파견회사, 인력사용회사, 파견노동자

1. 序 論

중국의 노동시장은 현재 과잉공급 상태에 있다. 이러한 과잉공급 상태인 중국의 노동시장에서는 사용자가 강자의 위치에 있게 되어 노동자의 권익을 광범위하게 침해하게 되고, 침해로 인한 노동쟁의의 건수도 매년 증가하여 사회적 불안정의 요인으로 작용하고 있다.

2년여 간의 입법과정 끝에 6월 29일 전인대 상무위원회에서 표결 통과된 노동계약법(勞動合同法)은 '사회적 약자'인 노동자의 권익침해 방지에 입법 초점이 맞추어져 있다. 따라서 1994년에 '기업 경영효율'을 우선시하여 제정된 현행 노동법과 비교해 볼 때, 노동자의 권익보호를 강화하고 사용자의 권리행사를 제한하는 내용을 많이 담고 있다.

노동계약법의 제정은 중국의 노동정책이 그동안의 「노사협조노선」에서 「노동자보호노선」으로 전환되고 있음을 명확히 보여주고 있다. 앞으로 노동자의 해고요건 강화, 노무파견 규제, 장기고용 촉진, 단체협상 체결 및 노동조합(工會)의 권한확대 등이 강력히 추진될 것으로 보여, 기존 노사관계의 틀에 상당한 변화가 예상된다.

그동안 외자기업의 대중국 투자는 '세계 우대정책'과 '저렴한 노동력'에 힘입은 바가 크다. 그러나 2007년 3월 기업소득세 통일법안에 이어 이번 노동계약법의 통과 및 시행으로 세계 혜택이 감소되고 노동자의 급여가 상승됨에 따라, 저부가가치의 제조거점형 투자진출은 앞으로 점점 더 어려워질 것으로 보인다.

2008년 1월 노동계약법의 시행으로, 인건비 상승은 물론이고 노조와의 협상업무와 노동분쟁 증가로 노무부담도 크게 가중될 것으로 보이며, 우리 투자기업을 포함한 중국 내 외자기업들에 있어 이미 이러한 현상들이 나타나고 있다. 우리 투자기업들은 새롭게 변화되는 노동법률 환경에 맞추어 경영전략을 재조정하고 인사노무관리체제를 정비하

는 등 시급한 대응책 마련이 요구되고 있다. 또한, 우리 투자기업들은 중국 노동계약법 하에서의 직접 고용에 따른 법률적 부담을 줄이기 위해 FESCO¹⁾ 등 노무파견회사를 통한 파견노동자의 사용을 확대하고 있는 바, 본 논문에서는 중국 노동계약법의 특징과 중국 노동계약법 하에서 파견노동자의 법률적 지위에 대해서 논하기로 한다.

II. 노동계약법의立法과 特徵

1. 입법배경

중국이 노동계약법의 입법을 추진하던 시기는 부의 분배가 편중되어 양극화의 심화, 실업률의 증가, 그리고 노동자 보호의 필요성이 증가하던 때이다.

1978년 개혁, 개방을 시작한 이래로 중국은 매우 빠른 속도로 경제성장을 하여 왔다. 그러나 이러한 경제성장은 모든 국민에게 경제성장에 따른 영향이 미치지 않고, 도시의 고급관리자를 중심으로 부의 편중현상은 심화되었다. 또한 국가에 의한 일자리가 주어지는 통포통배(通包通配) 정책²⁾이 더 이상 시행되지 않고 계약을 중심으로 한 노동관계가 진전되면서 국가와 노동자의 관계는 사용자와 노동자의 관계로 변화하게 되었다. 경제적으로는 시장주의를 정치적으로는 사회주의를 지향하는 중국은 사회주의 시장경제라는 체제의 확립을 위하여 시장주의적 요소를 도입하였다.

시장주의적 요소의 도입은 값싼 노동력을 중심으로 세계의 공장이라고 불리 울만큼 많은 외국기업의 투자를 유치하였고, 이 과정에서 중국은 기존의 고정공 제도³⁾를 폐지하고 노동계약⁴⁾제도를 도입하였다. 노동계약은 기간을 정하는 것을 기본으로 하기 때문에⁵⁾ 대폭적인 고용의 유연화를 가져왔다.

- 1) "Foreign Enterprise Service Corporation(北京外企服務集團)"의 약자로, 외자기업에 대한 인력파견 및 노무관리를 주 업무로 하는 중국의 대표적 노무파견회사(국유기업)이다.
- 2) 개혁, 개방 이전에 시행되던 정책으로, 각 개인이 일자리를 찾는 것이 아니라 국가가 일괄적으로 일자리를 분배하는 정책을 의미한다.
- 3) 1950년대 초부터 종신고용제인 고정공 제도에 따라 국가경제계획이 설정한 노동자 채용범위 내에서 고용하고, 퇴직할 때까지 직업이 보장되는 '철과반(鐵鍋飯)'이라는 종신제 고용형태가 국영기업에 도입되었다.
- 4) 우리나라 근로기준법은 "노동계약", "노동자"란 개념에 대해 "근로계약", "근로자"란 표현을 사용하고 있으나, 본 논문에서는 중국 노동법의 원문 표현대로 "노동계약", "노동자"란 표현을 사용하기로 한다.
- 5) 노동법 제19조 제1항은 노동계약기간을 필수적 기재사항으로 정하고 있기 때문에 노동계약

이러한 값싼 노동력을 기반으로 외자유치를 통한 중국의 경제는 매우 빠른 속도로 양적, 질적 성장을 거듭하여 왔으며, 이로 인한 부의 양극화는 매우 심화되었다. 특히 호구제도⁶⁾와 당안제도⁷⁾를 기반으로 한 도농의 분리정책은 농민공의 생활을 더욱 어렵게 하였다. 도농간의 이동이 금지되기 때문에 도시에서 합법적 취업을 할 수 없는 중국의 농민공은 도시로 유입되어 중국의 최하위층을 이루게 되었다. 또한 중국은 경제성장과 함께 국민들의 의식변화와 높은 교육열로 다수의 고학력 청년층을 이루게 되었다. 이러한 고학력 청년층은 과거보다 일자리에 대한 의식이 높아지고, 국가의 통포통배(通包通配)가 아닌 기업의 직접 모집, 채용으로 인한 구직(待業)인원이 늘어나고 실업률이 높아지게 되었다.

마지막으로 노동법이 노동계약의 체결을 강제하고 있지만 실제에 있어서는 근로계약의 체결율이 낮고, 노동법에서 10년의 장기 사용시 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환을 강제하자 사용자는 단기의 근로계약을 체결하여 고용불안이 야기되었다. 즉 노동법은 노동자의 보호에 효율적으로 작동하지 않았고, 노동자의 고용불안과 함께 향상된 권리의식을 노동법이 모두 커버하지는 못하였다.

이러한 측면에서 중국은 노동관계의 질서를 확립할 수 있는 새로운 입법을 원하게 되었다. 또한 사회주의 시장경제의 발전과 함께 2002년 출범한 후진타오 정권은 WTO 가입을 계기로 국제적 규범에 맞추어서 시장경제 이행과 중국경제의 세계무역 시스템으로의 통합을 완성하고, 개혁·개방과정에서 축적된 모순과 사회적 위기를 극복하는 이증의 목표를 설정하였다.

후진타오 정부는 개혁, 개방과정에서 발생한 부의 편향 및 사회적 위기를 극복하기 위하여 2006년 전국인민대표대회 이후 추진되고 있는 '사회주의의 조화로운 사회'⁸⁾라

의 기간을 정하는 것이 중국 노동계약의 기본적 형태이다.

- 6) "호구(戶口)제도"란 한국의 주민등록제도와 유사한 것으로 소재지 관할 지방정부 공안국에서 관리한다. 호구는 도시호구와 농촌호구로 나누어지며, 중국에서는 도시와 농촌은 물론 도시와 도시 사이에서도 호구의 이동을 엄격하게 제한하고 있어 노동자의 지역간 이동이 쉽지 않다.
- 7) "당안(檔案)제도"란, 중국 특유의 신분관리제도로써 소속기관이 직장에서 보관하는 일종의 개인 인사기록이다. 노동자가 전직하는 경우 당안도 이송되어야 하나, 원 소속기관이 인원 수 삭감에 따른 국가보조금 감소 등을 이유로 당안 이송을 거부하는 사례 등으로 인해 호구제도와 함께 노동자의 기업간 이동을 어렵게 하는 요소로 작용하고 있다.
- 8) "사회주의의 조화로운 사회"라는 것은 민주법치, 공평정의, 성실한 우애, 충만한 활력, 안정적 질서, 사람과 자연이 조화로운 사회이다. 사람을 근본으로 하는 정신이 핵심이며, 상호존중하고, 이견은 미뤄 두고 의견을 같이하는 부분부터 협력과 공영공생을 기본개념으로 사람과 사람, 사람과 사회, 사람과 자연이 조화롭게 서로 어울려 사는 것을 기본 특징으로 한다. 蒙秀錄, "貫徹落實好《勞動合同法》 推進和諧烟草建設", 「广西烟草」, 2008年 04期, 51面; 李

는 노선에서 중국이 단순한 세계의 공장이 아니라 세계의 시장으로 서겠다는 의지를 엿볼 수 있다. 세계의 시장으로 서기 위하여 노동자들의 소득향상과 구매력 향상과 시장경제의 발전을 도모하여야 한다는 원칙을 세우고 있다.

그리고 과거의 개혁·개방이 선부론(先福論)⁹⁾을 내세워 경제성장에 매진하였다면, 후진타오 정권은 노동자를 기업활동을 도와주기 위한 생산요소의 관점보다는 인간다운 생활을 영위하고 안정된 일자리가 필요한 사회적 존재로 인식하였다. 따라서 최저임금을 통하여 노동자의 안정적 생활을 계속하도록 도모하고 있으며, 정부의 지도하에서 그 최저임금액¹⁰⁾은 상승하고 있다. 또한 모든 노동자들에게 노동계약을 체결하도록 하고 사회보험을 실시하도록 함으로써 노동자를 보호하여야 할 대상으로 분명하게 하고 있다.¹¹⁾

2. 제정경과

1994년 「기업의 경영효율」을 우선시하여 제정된 현행 노동법은 (1)노동자의 권익보호를 위한 법적 장치의 미흡, (2)모호하고 불명확한 법조문이 많아 지방마다 독자적인 노동계약법규의 제정시행, (3)노무과건 등 새로운 노동환경에 상응하는 법조항의 공백 등이 문제점으로 지적되어 왔다. 이번에 통과된 노동계약법은 약자의 입장에 있는 노동자의 법적 보호와 권리강화에 초점을 맞추어 제정되었다.

2006년 3월 하순에 중국 입법사상 최초로 각계각층의 의견수집을 위해 대외에 공개된 노동계약법 1차 초안은 노동자에 대한 과도한 보호조항 때문에 외자기업은 물론, 중국 국내기업으로부터도 상당한 반발에 직면하였다. 이어 2006년 12월 말에 수정된 2차 초안은 노사간 균형을 회복을 위해 노동자 측에 편향된 법조항들을 일부 조정하였고, 3-4차 심의를 거쳐 마침내 2007년 6월 29일에 전인대 상무위원회에서 표결 통과되었다.

한편, 외자기업에게 초미의 관심사였던 계약만료시 경제보상금(일종의 퇴직금) 지급 조항은 3차 초안(3차 심의: 4. 24-29일)에서 고임금자에 대한 보상금상한선이 도입되

仕秀, “淺談《勞動合同法》与和諧社會的构建”, 「達州新論」2008年 02期, 34面.

9) 개혁, 개방이 시작 되면서 중국공산당은 그동안의 낙후된 사회경제를 변화시키기 위해 '부'를 우선시 하는 이론을 추구하였다.

10) 중국에서 최저임금은 각 지역 지방정부가 제정, 발표하며, 2010년 5월 현재 북경시의 최저임금은 중국 인민폐 800 元/월이고, 상해시의 최저임금은 중국 인민폐 1,120 元/월이다. 사용자가 지급하는 실제 임금이 최저임금에 미달하는 경우 노동자는 그 차액 및 배상금의 지급을 청구할 수 있다(북경시 최저임금규정 제11조)

11) 이장원 외 3인, 「중국 노사관계 변화와 중국진출 한국기업의 실태연구」, 한국노동연구원, 2008, 1~3면.

었고, 4차 초안(4차 심의: 6. 24-28일)에서 계약만료시 경제보상금 의무조항이 삭제됨으로써 인건비 상승과 대량 이직에 대한 우려는 상당부분 해소되었다.

노동계약법은 당초에 노동법을 상위법으로 하여 「노동계약」 부문을 보강하는 하위법 형태로 입법이 추진되었다. 그러나 2년여의 입법과정에서 현행 노동법과 상이한 법조항이 다수 포함되었으며, 3심안에 이르러서는 노동법을 상위법으로 하지 않는 독립적인 법률로 규정됨으로써 「新노동법」이라는 표현이 더 어울리게 되었다.

- 2005년12월24일: 전인대 상무위 1차 심의(1차 초안)
- 2006년 3월20일: 「노동계약법 1차안」 대외공개 및 1개월간 의견수집
- 2006년 12월24일: 전인대 상무위 2차 심의(2차 초안)
- 2007년 4월 24일: 전인대 상무위 3차 심의(3차 초안)
- 2007년 6월 24일: 전인대 상무위 4차 심의(4차 초안)
- 2007년 6월 29일: 표결 통과 (2008년 1월 1일 노동계약법 발효)

3. 입법목적

가. 노동자의 법적 권익보호

노동계약법 제1조는 노동관계에서 당사자간 합의를 바탕으로 쌍방의 권리와 의무를 명확히 하고, 또한 이를 통하여 노동자의 권익을 보호하며, 조화롭고 안정된 노동관계의 구축 및 발전을 도모하는 것을 목적으로 하고 있음을 밝히고 있다. 즉 노동계약법은 입법을 통하여 노동계약제도의 보완 및 노사 쌍방 당사자의 권리와 의무를 명확히 하고, 노동자의 합법적 권익의 보호, 마지막으로 조화롭고 안정된 노동관계를 구축하는 것이 주된 목적이다.¹²⁾

1994년 제정된 노동법은 앞에서 언급한 바와 같이 노동계약제의 확립, 전통적인 계획경제체제하에서 나타난 배분제도 타파 등 노동력의 시장 배치를 확립하고자 하였다. 그러나 시장경제의 발전에 따라 다양하게 나타나는 비정규직, 파견노동자, 가사사용인, 독립사용노동자 등 고용 형식의 변화와 기존의 노동관계에서의 변화 조짐, 그리고 새로운 노동관계의 출현 등으로 기존의 노동법만으로 이를 규제할 수 없게 되었다. 동시에 노동계약제 실행에 있어서 노동계약을 검증받지 못하거나, 노동계약 기간의 단기화,

12) 蒙秀鋒, 전계논문, 50面; 呂郁全, “《勞動合同法》的理解和适用(一)”, 「广西烟草」, 2008年 01期, 43面; 李仕秀, 전계논문, 34面.

수습노동자 사용의 남용, 사용자에 의한 일방적 노동계약의 해지 등의 문제도 나타나게 되었다. 이로 인하여 현존하는 노동계약 제도의 많은 문제점을 노출되게 되었고, 이러한 문제를 타개하기 위하여 노동계약법제가 절실히 필요하게 되었다. 따라서 본법의 제정으로 노동계약제의 체결, 이행, 변경, 또는 종료 등의 행위에 있어서 노동계약 양 당사자의 권리와 의무를 명확히 하고, 건전한 노동관계의 확립, 불필요한 노동분쟁의 발생을 감소시키려고 하는 데에 그 의의가 있다.¹³⁾

나. 노동규율의 원칙제고

후진타오 정부는 '조화로운 사회 건설'을 위하여 경제사회발전 전략의 일정한 수정과 함께 사회적인 갈등관리 전략의 전환을 수반하여 진행하였다. 이와 같은 불균형 시정을 위한 사회경제 정책의 전환 및 새로운 사회갈등 관리 전략의 실험은 시장경제로의 전환에 따라 변화하고 있는 사회경제적 모순 및 갈등의 성격을 반영한 것이다.

이처럼 변화하고 있는 사회경제적 갈등 및 모순의 성격에 대응하여 후진타오 정부는 각종 노동사회 관련법제의 개편, 노동시장 및 노사관계제도의 재조정애 나서고 있다. 실제로 중국에서 시장주의 경제의 시발은 법치주의에 두고 있으며, 노동계약법은 이러한 법치주의 실현이라는 점에서 입법·제정되었다.

이러한 시점에서 2007년은 중국노동법의 역사에서 하나의 커다란 전환점이다. 1990년대 초반의 노동조합법 및 노동법 채택이전에는 중국의 노동 및 노사관계가 법률이 아닌 공산당 및 정부가 채택한 수많은 결정 및 조례에 의해 규율되어 왔었다. 이와 같은 결정 및 조례 등은 법률적인 일관성을 결여하고 있어서 각 결정 및 조례들이 서로 상충하는 경우도 종종 발생하였을 뿐만 아니라 새로운 시장원리에 입각한 노동시장의 등장 및 이에 따른 노사관계의 전환을 규율할 수 있는 근거를 마련하는 데에 부족하였다.

1990년대 초중반에 이루어진 노동조합법 및 노동법의 채택은 노동시장 개혁의 1978년 개혁, 개방 과정에서 진행된 성과와 그간 제정된 규율들을 총괄하면서 시장경제로의 이행에 따르는 노사관계 규율원리로 작동하였다.

특히 1994년 노동법 제정으로 중국 국경내의 모든 기업에 노동계약제가 전면 적용되면서 과거 국유기업의 종신고용제를 깨는 법원리적 기초를 마련하였지만 다양한 고용 형태를 규율하기는 역부족이었다. 뿐만 아니라 근로조건을 구체적으로 규율할 수 있는 조항들이 존재하지 않았기 때문에 실질적으로 노동계약에 따른 노동자 보호 법률로서

13) 이장원 외 3인, 전계논문, 68~69면.

는 미흡한 점이 있었다. 또한 노동계약제의 전면적 실시는 노동시장의 유연화와 종신고용의 폐해를 타파하여 외국의 자본을 유치하는 유인책은 되었지만 노동법의 존재이유인 노동자보호라는 측면에는 부합하지 못하였다.¹⁴⁾

이러한 다양한 수용에 의하여 중국정부는 노동자의 법익 보호라는 측면과 흩어져 있고 서로 상충하는 노동계약과 관련한 노동관계 법률의 정비를 통하여 노동규율을 제고하고자 하였다.

4. 특징

가. 노동계약의 의의

중국에서 노동계약의 정의는 노동법 제16조 제1항이 규정하고 있으며 노동계약법은 별도의 규정을 두고 있지 않다. 노동법 제16조 제1항에 따르면, '노동계약'은 노동자와 사용자가 노동관계를 형성하고 쌍방의 권리와 의무를 명확히 하는 합의를 의미한다.¹⁵⁾

우리나라에서 근로계약이란 근로기준법 제4조가 "근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약"이라고 규정하고 있다. 우리나라는 근로계약을 노동관계 중 근로의 제공과 그에 대한 대가 지급을 내용으로 하는 구체적인 사실관계에 대한 계약관계로 보고 있는 반면에 중국의 노동계약은 포괄적인 개념인 노동관계를 형성하고 쌍방의 권리와 의무에 대한 합의로 이루어지는 계약으로 보고 있다. 중국의 노동법이 규정하고 있는 노동계약은 노동관계의 기초가 되는 것이다. 이러한 노동관계가 성립하는 데에 전제가 되는 것이 노동계약이다. 따라서 법적인 개념으로서 노동관계의 성립이 인정되려면 노동계약을 반드시 체결하여야 하며, 중국 노동법(제19조)과 노동계약법(제10조 제1항)은 이러한 노동계약을 서면으로 체결할 것을 강제하고 있다.

나. 서면 노동계약체결의 강제

이미 언급한 것과 같이 중국의 노동법과 노동계약법은 모두 노동계약 체결의 기본으

14) 蒙秀鋒, 전계논문, 51面; 李仕秀, 전계논문, 34面.

15) 노동법 제16조 노동계약은 노동자와 사용자가 노동관계를 형성하고 쌍방의 권리와 의무를 명확히 하는 합의이다(勞動合同是勞動者與用人單位確立勞動關係, 明確雙方權利和義務的協議. 建立勞動關係應當訂立勞動合同).

로 서면노동계약을 강제한다. 노동법 제19조의 전단은 노동계약은 서면으로 체결하여야 한다고 규정하고 있으며, 노동계약법 제10조도 노동관계를 수립하기 위해서는 서면에 의한 노동계약을 체결하여야 한다고 규정하고 있다. 법률상의 노동관계를 수립하기 위해서는 서면의 노동계약을 체결하여야 하는 것이다.

노동법 제16조는 서면으로 체결된 노동계약에 의한 법률상 노동관계만을 규정하기 때문에 법률상의 노동관계의 성립에 대하여만 규정하고 있다. 따라서 본 조항에 따르면 실제로 서면의 노동계약을 체결하지 않고 구두 및 묵시적 동의 등에 의하여 사실상의 노동관계를 맺고 있는 경우 이를 보호하지 못하는 측면이 있었다. 따라서 노동계약법은 이러한 법의 사각지대에 놓여 있는 노동자의 합법적인 권익을 보호하기 위하여 노동계약법 제10조 제1항은 서면노동계약의 체결을 강제하면서 동조 제3항은 노동관계 성립일을 채용과 함께 시작하는 것으로 하여 사실상 노동관계를 실질적으로 인정하고 노동계약법의 보호를 받을 수 있도록 하였다.¹⁶⁾

노동계약법이 사실상의 노동관계를 인정한다고 하여서 서면의 노동계약을 체결하지 않아도 좋다는 것을 의미하지는 않는다. 서면노동계약을 체결하지 않아도 채용과 동시에 사실상의 노동관계로 인하여, 노동계약법의 보호를 받을 수 있지만 이는 노동자에 대한 보호이다. 노동관계를 맺음과 동시에 서면 노동계약을 체결하지 않은 경우 직원 채용일로부터 1개월 내에 서면 노동계약을 체결하여야 한다고 노동계약법 제10조 제2항은 규정하고 있다. 뿐만 아니라 후술하는 노동계약법 제14조 제3항에서 규정하고 있는 바와 같이 노동계약을 서면으로 체결하지 않은 경우에는 노동계약기간을 정하지 않은 것으로 간주된다. 또한 제82조 제1항은 서면노동계약을 체결하지 않은 경우에 노동자에게 매월 2배의 임금을 지급하도록 하는 벌칙규정을 두고 있다.

다. 유기노동계약제

중국은 노동관계의 성립의 기본이 노동계약의 성립의 기본이 노동계약을 통하여 이루어진다. 중국에서 노동계약이 최초로 시작된 것은 외자계 기업에서이고, 이는 사용자에게 보다 많은 고용의 자유를 보장하기 위한 취지에서 시작된 것이다. 즉 중국의 노동법의 시작은 자본주의 국가에서와는 달리 사용자를 위한 법이었다. 자본주의 국가에서는 계약자유원칙으로부터 약자인 노동자를 보호하기 위한 취지로 시작되었지만 통포통배에 의한 국가에 의한 완전, 종신고용이 고용형태였던 중국은 외국으로부터 자본

16) 李仕秀, 전계논문, 35面.

을 끌어들이기 위해 사용자에게 고용의 자유보다는 해고의 자유를 인정하였다.

노동법의 기원이 노동자보호라는 측면에서 볼 때 중국의 노동법도 표면적으로 내세우고 있는 거소가 동일하지만 고용의 안정이라는 측면에서만 본다면 오히려 후퇴한 면이 있다. 물론 해고의 자유뿐만 아니라 노동자에게 직업선택의 자유가 부여된 측면도 있다.

이러한 배경으로 중국의 노동계약은 기간의 정함이 있는 유기노동계약을 원칙으로 하는 것으로 규정되었다. 노동계약을 체결할 때 필수기제사항으로 계약기간이 정하여져 있다(노동법 제19조 1호, 노동계약법 제17조 3호). 물론 이 때에도 기간의 정함이 없는 노동계약을 체결할 수 있다.¹⁷⁾

이런 기간을 정하는 것을 기초로 하는 노동계약은 노동계약기간의 단기화로 인한 고용불안 등의 문제를 야기하게 되었다. 노동법은 노동계약갱신에 대한 제한이 없고 다만 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환할 수 있는 전제조건으로 한 직장에서 10년 연속하여 근로하고 당사자가 동의하는 경우로 한정하였다. 이로 인하여 10년 미만의 노동계약의 갱신과 당사자 중 사용자의 동의가 없는 경우에는 계속하여 기간제 노동자로서 노동계약의 종료의 불안에 놓이게 된 것이다.

실제로 노동계약의 단기화 문제는 중국사회의 문제가 되었다. 종신고용에 의한 폐해를 제거하고 경제발전을 위하여 선택한 기간을 정한 노동계약제는 노동자의 고용불안과 근로조건의 악화를 가져오게 됨으로써 조화사회 노선을 택한 중국정부는 노동계약법을 제정하여 노동자의 권익을 보다 보호하기 위한 조항들을 규정하게 되었다.¹⁸⁾

라. 무기공 전환의 기준

기간을 정한 노동계약체결을 노동계약의 기본으로 하는 중국에서는 기간제 노동자 채용을 막을 수 있는 방법이 없다. 또한 기간제 노동자를 통한 노동시장의 유연화는 지금 세계적인 추세이면서도 한편으로 노동시장에서 고용을 불안하게 하는 요인으로 인정되고 있다. 경제성장을 위한 사용자에게 보다 많은 고용과 노동계약의 해지의 자유라는 측면과 노동자의 고용안정을 추구하기 위하여 중국은 노동계약법에 노동자가 기간을 정하지 않은 노동자로 전환될 수 있는 요건을 보다 노동자에게 유리하게 강화

17) 중국 노동계약법에서는 기간의 정함이 있는 유기노동계약을 “고정기한 노동계약(固定期限勞動合同)”이라 하고, 기간의 정함이 없는 무기노동계약을 “무고정기한 노동계약(无固定期限勞動合同)”으로 표현하고 있다.

18) 李仕秀, 전계논문, 35面.

하였다.

앞서 말하였듯이 노동법 제20조 제2항은 “노동자가 동일한 직장에서 만 10년 이상 연속 근로하고 당사자 쌍방이 노동계약 연장에 동의할 경우 노동자가 기한이 없는 노동계약의 체결을 요구하면 그에 따라 기한이 없는 노동계약을 체결하여야 한다.”라고 규정하여 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환되는 요건으로 10년 근속과 쌍방의 동의를 요구하고 있다.

노동계약법 제14조 제2항과 제3항도 무기공 전환요건에 대하여 규정하고 있는데 그 요건은 노동자에게는 비교적 완화된 것이고 사용자에게는 무기공 전환에 따른 부담을 가중시키는 조항이다.

노동계약법 제14조 제2항의 1호와 2호는 기간을 정하지 않은 노동계약을 체결할 수 있는 요건으로 동일한 사용자에서 만 10년 이상 근속할 것 또는 사용자가 처음으로 노동계약제도를 시행하거나 국유기업 체제 개편으로 새롭게 노동계약을 체결할 경우, 노동자가 해당 사용자에게서 만 10년간 근속했고 법정 퇴직 연령까지의 잔여 근무기간이 10년 미만인 경우, 또는 2회 연속 고정기한으로 노동계약을 체결한 경우로 사용자에 의한 일방적 노동계약 해지의 사유에 해당하지 않는 경우를 들고 있다. 위 요건에 해당하는 노동자가 기간을 정한 노동계약을 체결할 것을 주장하지 않는 한 노동자가 계약연장을 제기하거나 또는 동의하는 경우에는 기간을 정하지 않은 노동계약을 체결하여야 한다.

노동계약법은 또 동조 제3항에서는 만 1년간 서면형식의 노동계약을 체결하지 않은 경우에 기간을 정하지 않은 노동계약으로 간주하도록 규정하였다.

노동계약법은 확실히 노동법보다 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환하는 요건을 완화하고 사용자에게 보다 많은 부담을 주고 있는 것이 사실이다.¹⁹⁾ 일단 근속 만 10년을 요건으로 하고 있는 것은 동일하지만 노동법의 규정은 당사자 쌍방이 동의하여야 하는 것으로 사용자가 거부하는 경우에는 그 효력이 없었다. 그러나 근로기준법은 노동자 스스로가 기간을 정한 노동계약을 요구하지 않는 한 노동자가 제기하거나 사용자가 제기한 것에 노동자가 동의하면 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환하여야 한다. 노동법은 당사자의 동의가 요건이었지만 근로기준법은 사용자가 제기하는 경우에는 노동자의 동의를, 노동자가 제기하는 경우에는 그것으로 족하다.

둘째, 국유기업 체제 개편으로 동일한 사용자에게 만 10년간 근속한 노동자가 법정

19) 李仕秀, 전제논문, 35面: 高惠珠, “新《勞動合同法》的倫理意義”, 「財經政法資訊」 2008年 05期, 59面: 韓桂君, “《勞動合同法》制度創新及其理論基礎研究”, 「財經政法資訊」 2008年 05期, 15面.

퇴직연령²⁰⁾까지 10년 미만인 노동자에게 대해서는 기간을 정하지 않은 노동자로 전환하여야 한다. 이는 장기 근속한 노동자가 법정 퇴직연령을 얼마 남겨두지 않은 상태에 있는 경우 노동자의 고용불안이 사회적으로 미치는 영향을 고려한 것으로 생각된다. 만 10년 이상의 장기고용 속에서 다른 일자리를 찾는 것도 어려울뿐더러 사회적 부담이 커지는 것에 대한 방지책으로 보인다.

셋째, 만 1년간 서면형식의 노동계약을 체결하지 않은 노동자에 대하여 기간을 정하지 않은 노동자로 간주하는 규정은 서면형식의 노동계약 체결을 강화하는 기능을 가지고 있다. 즉 노동자가 서면 노동계약을 체결하지 않아 입게 되는 부당한 취급을 받는 노동자에 대한 보호책으로 볼 수 있다. 노동계약법 제3항의 규정은 서면노동계약 체결강화라는 측면을 동시에 강조하고 있고, 노동자의 고용보장이라는 측면에서 상당한 의미가 있는 조항이다.

사용자가 무기 노동계약을 체결해야 할 의무를 해태하는 경우에 노동법은 그 벌칙조항이 없지만 노동계약법 제82조 제2항은 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환하지 않은 경우에는 무기 노동계약을 체결해야 하는 날로부터 노동자에게 매월 2배의 임금을 지급하도록 규정하고 있다. 이는 노동계약을 서면으로 체결하지 않았을 때 받게 되는 벌칙과는 별개의 벌칙이다.

넷째, 노동계약을 2회 이상 연속하게 되면 기간을 정하지 않은 노동계약으로 전환하도록 하여 제한하여 노동계약 횟수의 반복갱신을 방지하였다. 단기 노동계약의 반복적인 갱신으로 기간제 노동자가 고용불안과 불합리한 처우에 놓이는 것을 방지하기 위한 것으로 보인다.

이렇듯 중국은 계약기간을 정한 노동계약을 체결하는 것을 원칙으로 한 노동계약제도 도입이 가져온 노동계약기간의 단기화라는 문제의 심각성에 직면하여, 과거의 종신고용제와는 다른 의미에서 종신고용(고용의 보장이라는 측면)제도인 무기공 제도를 확충하였다. 따라서 무기공 전환에 있어서도 노동계약법은 노동계약법 제1조가 밝히고 있는 노동자의 합법적 권익을 보호하기 위한 조치가 취해지고 있다는 것을 알 수 있다.

5. 중국 노동관계법상의 노동계약법의 지위

가. 노동법과의 관계

20) 국무원 문건 규정 제1항 남성노동자는 60세, 여성간부 노동자는 55세, 일반 여성노동자는 50세이다.

1994년 중국노동법이 제정되기 이전에는 중국은 노동법을 갖고 있지 않았으며, 노동법은 1994년 제정된 이후 중국 노동관계를 규율하는 기본적인 법이다. 노동법은 노동계약에 관하여 제3장에서 규정하고 있다. 제3장(제16조-제35조)은 노동계약과 단체협약에 관하여 규정하고 있으며 20개의 조문으로 이루어져 있다.²¹⁾

노동계약법은 노동법에서 존재하는 문제를 해결하기 위하여 제정된 법률로 노동법의 제3장을 단일법으로 하여 제정된 법이다. 또 노동법의 주요한 부분이 노동계약과 관련 있는 규정이기 때문에 종종 노동계약법은 노동법을 개정하였다거나 또는 노동법이 실효되었다고 표현하기도 한다. 그러나 노동계약법에 대한 이러한 판단은 반드시 옳은 것만은 아니다.

노동계약법은 법의 명칭에서도 알 수 있듯이 노동계약에 관련된 규정을 특화한 법률로 노동법의 노동계약과 관련한 주요한 부분이 노동계약법과 겹치는 부분들이 있다. 그러나 노동계약법의 제정으로 노동법이 폐기되거나 실효되는 것은 아니고, 노동계약법이 규정하지 않은 부분에 대해서는 영향을 받지 않는다. 즉 다시 말하면 노동계약법은 노동법 가운데 노동계약과 관련한 사항에 대하여 특별법으로 노동법 규정가운데 노동계약에 관련한 사항 및 이에 관한 사항 중 노동계약법의 규정과 모순되는 것에 대하여 적용되지 않는 것이지 노동법 자체가 노동계약법의 시행으로 폐지되는 것은 아니다.

나. 노동자 권익보호법인 노동계약법

노동계약법의 입법목적에서 드러나고 있듯이 노동계약법은 노동계약 당사자의 권리와 의무를 명확히 하고 노동자의 합법적 권익을 보호하며 조화롭고 안정된 노동관계를 구축 및 발전시키기 위하여 제정된 법이다. 특히 노동법에서 규율하고 있는 노동계약과 단체협약의 장을 따로 독립시켜 하나의 독립적 법률로 제정한 것으로 노동법과는 특별법, 신법의 관계에 있다.²²⁾

노동계약법은 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 노동법에 비하여 노동자의 법익을 보호하기 위한 장치들을 훨씬 더 많이 규정하였다. 노동계약제에 따른 노동시장의 유연성 확보는 노동시장의 양극화와 사회적 불안을 가져온 하나의 요인이 되었다. 노동계약법은 이러한 노동계약의 폐해를 시정하면서 시장경제를 완성하기 위한 중국정부의 노력의 일환으로 볼 수 있다.

21) 노동계약과 단체협약을 하나의 장으로 묶은 것은 계약이라는 커다란 테두리로 같은 성격으로 보았기 때문으로 보인다. 高惠珠, 전계논문, 60面; 韓桂君, 전계논문, 15面.

22) 高惠珠, 전계논문, 60面.

Ⅲ. 中國 派遣勞動者

1. 의의

중국 노동계약법상 '노무파견'이라 함은 노무파견회사와 인력사용회사²³⁾ 간에 노무파견협약서(근로자파견계약)를 체결하고 노무파견회사가 인력사용회사에 노동자를 파견하는 행위 또는 이와 같은 법률관계를 의미한다.²⁴⁾ 즉 노무파견은 고용과 사용이 분리된 간접고용의 한 형태로서, 파견노동자는 사용자인 인력사용회사에 대해 노동력을 제공하나 인력사용회사와 직접적인 노동관계가 존재하지 않으며, 고용자이자 파견의 주체인 노무파견회사와 노동계약을 체결하고 노동관계를 형성한다.²⁵⁾ 그러나 파견노동자는 고용자가 아닌 인력사용회사의 지휘와 감독을 받아 노동력을 제공한다는 점에서 일반적인 도급 또는 용역관계와 구별된다.

2. 파견노동자의 대우와 권익 강화

노무파견회사를 법률상의 사용자로 간주함으로써 노무파견회사와 파견노동자 간에는 노동관계가 성립되며, 노동계약법은 노무파견회사가 파견노동자와 2년 이상의 고정기한 노동계약을 체결하도록 규정하고 있다(제58조). 인력사용회사와 파견노동자 간에는 노무관계²⁶⁾가 존재하고, 인력사용회사는 법 규정에 상응하는 노동조건을 제공하여야 한다. 또한 파견노동자의 권익 침해 시에는 노무파견회사와 인력사용회사에 연대배상책임을 부과하고 있어, 만일 노무파견회사가 책임을 회피하거나 배상능력이 없을 경우, 인력사용회사가 배상책임을 떠안을 수밖에 없다.

23) 한국에서는 노무파견회사를 "파견사업주", 인력사용업체를 "사용사업주"라고 표현하고 있다(파견근로자보호등에관한법률 제2조). 중국 노동계약법은 각각 "勞務派遣單位"와 "用工單位"로 표현하고 있는 바(제59조), 본 논문에서는 중국 노동계약법의 표현에 따라 "노무파견회사"와 "인력사용회사"로 표현하기로 한다.

24) 林良全, "勞務派遣中的法律問題芻議", 「法制與社會」2009年 04期, 120面; 張玲、朱冬, "論勞務派遣中的雇主責任", 「法學家」2007年 04期, 103面.

25) 중국에서는 이를 "有關係沒勞動, 有勞動沒關係"로 표현한다.

26) 중국에서 "노무관계"란 실질적으로 노동력을 제공하는 관계에 있으나, 노동계약을 체결할 수 없는 사유들(예컨대, 정년퇴직자, 대학생, 다른 사용자와 노동계약관계 기 존재)로 인하여 노동계약을 체결하지 아니하고 노동계약법의 적용도 받지 않는 관계를 의미한다. 韓桂君, 전계논문, 17面; 劉焱白, "論勞務派遣勞動合同的解除", 「湖湘論壇」2008年 01期, 103面; 林良全, 전계논문, 120面; 張玲、朱冬, 전계논문, 103~104面.

연대배상책임에 따른 리스크 감소를 위해서는 (1)노무파견회사 선택시 규모가 크고 검증된 노무파견회사의 선택, (2)파견노동자에 대해 국가 노동안전규정 준수, 정규직 노동자와의 차별대우 해소 등이 요구된다.

인력사용회사는 노무파견회사와 노무파견협의를 체결해야 하며 협의서에는 파견 기한, 수행업무, 쌍방의 권리 및 의무, 노동보수, 사회보험, 노무파견서비스비용 및 연대 배상책임의 분담방식 등을 약정해야 한다(제59조). 협의서의 내용은 파견노동자에게 필히 고지하여야 함에 유의할 필요가 있다.

3. 노무파견 억제와 정규직 채용 촉진

노동계약법은 무절제한 파견노동력 사용을 막고 직접 고용을 유도하기 위해 기업의 업무 중 임시적, 보조적 또는 대체성이 있는 업무에 한해 노무파견을 허용하고 있다(제65조).

현재 “임시적, 보조적 또는 대체성이 있는 업무”에 대한 명확한 해석기준이나 판례가 없는 상황으로 고용 현장에서 다소 광범위하게 노무파견이 이루어지고 있으나, 향후에는 중국 정부가 무절제한 노무파견을 억제하기 위해 노무파견 가능업무를 제한하는 정책을 시행할 가능성이 있을 것으로 예상된다.

노동계약법은 노무파견에 대해 다음과 같은 규정들을 두고 있다. 1)노무파견회사의 등록자본금은 50만 원 이상이어야 한다(제57조). 2)노무파견회사는 법적으로 「사용자」로 간주되며, 노동자에 대한 모든 의무를 이행해야 한다. 노무파견회사는 파견노동자와 기한 2년 이상의 고정기한 노동계약을 체결하고 매월 노동보수를 지급해야 한다. 노동계약 기간 중 파견업무가 없는 경우는 해당지역의 최저임금 이상을 지급해야 한다(제58조). 3)노무파견회사는 인력사용회사와 노무파견협의를 체결해야 하며, 협의서의 내용을 파견노동자에게 고지해야 한다(제59조, 제60조). 4)파견노동자는 동일노동에 동일보수를 받을 권리를 보유한다. 파견노동자는 노조에 참가하거나 조직하여 자신의 합법적 권익을 지킬 수 있다(제63조, 제64조). 5)노무파견은 일반적으로 임시적, 보조적, 대체적인 업무에 실시해야 한다(제66조). 6)노무파견회사의 중대한 법 규정 위반시, 노동자 1명당 1천 위엔에서 5천 위엔의 벌금을 부과하고 영업허가를 취소한다. 파견노동자의 권익이 침해당한 경우, 노무파견회사와 파견노동자 사용자는 연대 배상책임을 져야 한다(제92조).

IV. 派遣勞動者의 법률적 지위

노무파견 운용의 기본형태는 파견노동자와 노무파견회사의 노동계약으로 이루어지지만, 파견노동자는 실질적으로 노동계약관계가 없는 인력사용회사의 지휘감독 하에 노동에 종사하게 되며, 노무파견회사는 인력사용회사와의 노무파견협의를 통해 노동자를 파견한다. 이는 일반 형태의 노동관계와 다른, 이른바 ‘고용’과 ‘사용’의 분리로 노무를 구성하는 파견노동관계가 가장 주요한 특징이다.²⁷⁾ 즉 고용자인 노무파견회사는 파견노동자와 노동계약을 체결함으로써 파견노동자를 고용하고, 사용자인 인력사용회사는 노무파견회사로부터 파견 받은 노동자로부터 직접적으로 노동력을 제공받는다. 이처럼 노무파견 노동관계는 노무파견회사, 인력사용회사 그리고 파견노동자로 3분된 형태의 비교적 복잡한 관계이다.

중국 노동계약법은 노무파견 노동관계의 노무에 대하여, 제58, 59, 60, 62조의 규정에 근거하여 노무파견회사가 고용회사임을 확인하고, 노무파견회사가 고용회사로서의 의무를 이행하도록 하되, 동시에 인력사용회사에 대하여도 일정한 고용회사로서의 의무를 규정하고 있다. 따라서 중국 노동계약법은 노무파견 노동관계에 대한 개념의 범주를 법률적으로 명확하게 확정짓고 있지는 않다고 할 것이다.

1. 노무파견 노동관계의 확정기준

일반적으로 노동관계라 함은 노동력 소유자(노동자)와 노동력 사용자(고용회사)간에 노동을 실현하는 과정으로 발생한, 일방이 노동력을 제공하고 다른 일방이 이로 인하여 생산된 결과물을 사용하는 서로 결합된 사회관계를 가리킨다.²⁸⁾

노동관계의 형성과 운영은 하나의 형태적 과정으로, 그 목적은 생산노동을 위한 것이며, 생산노동의 실현은 노동력과 생산의 두 가지 요소가 서로 결합함을 전제로 한다. 그러나 노동형태의 다양화에 따라 노동관계 형태도 복잡화되고 있는 추세이며, 노동력과 생산의 상호결합을 노동관계 존재의 판단 기준으로 삼는 것도 노동관계 형태

27) 韓桂君, 전계논문, 16面 이하; 牛慧、江山、李坤剛, “勞務派遣勞動關係的運行規則”, 「中國勞動」, 2010年 02期, 34面; 劉焱白, “論勞務派遣勞動合同的解除”, 전계논문, 104面; 劉焱白, “勞務派遣勞動關係的法律界定”, 「南華大學學報(社會科學版)」, 2007年 06期, 62面. 張玲、朱冬, 전계논문, 105面.

28) 王全興, 「勞動法學」, 北京: 法律出版社, 2004; 劉焱白, “論勞務派遣勞動合同的解除”, 전계논문, 104面.

의 다원화와 복잡화 추세에 부합하지 않는다. 비록 생산노동의 실현이 노동관계의 핵심적 위치를 차지한다고 하더라도 생산노동의 실현은 노동관계의 전체의 내용이 아니다. 실질적으로 노동자는 어떤 경우에는 비록 고용회사의 고용, 관리와 지배를 받는다 고 하더라도 고용회사의 생산과 서로 결합하지 않는데, 생산노동이 실현되지 않거나 또는 노동자가 비록 고용되었다 하더라도 자신의 집에서 노동을 하는 경우 등에는 고용회사의 생산과 결합되지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에는 노동자와 고용회사는 노동관계가 형성되지 않는다.²⁹⁾

그러므로 관리와 피관리의 종속성 기준을 노동관계의 존재여부로 판단하는 것이 아마도 더 합리적일 것이다. 종속성 기준의 주요한 준칙으로 '통제준칙(control test)'이 있다.³⁰⁾ '통제준칙'을 주된 판단기준으로 하는 것(또한 '경제현실 준칙'과 '혼합준칙'이 있다)은 고용회사가 노동자에 대하여 통제, 지휘, 감독의 권리가 있으면, 노동자는 피관리의 상태에 놓이게 되고, 노동자와 고용회사 간에 노동관계가 형성된다. 미국 전국 노동자관계위원회(National Labor Relations Board, 약칭 NLRB)의 1984년 제798호 문건에 근거하면, '고용'의 기준이 되는 판단여부는 "고용관계와 관련한 예컨대 고용, 해임, 징벌, 감독과 지휘 등의 사항이 실질적으로 영향을 미쳐야 한다."라고 한다.³¹⁾ 즉, '통제준칙'의 판단기준이다.

그 외, 한 명의 노동자가 몇 개의 노동관계를 형성할 수 있는지의 문제 또한 노동관계 확정에서 명확한 기준이 필요하다. 시장경제의 발전 및 직업형태의 다원화와 복잡화에 따라 한 명의 노동자가 일정한 시간 내에 다중 노동관계를 가지는 것도 특별한 것이 아니다. 실제 두 개 또는 두 개 이상의 노동관계를 시간제 형식으로 병렬적으로 할 수 있다. 예를 들어, 한 명의 노동자가 A회사에서 4시간 노동을 하고 다시 B회사에서 4시간을 근무하거나 두 개 또는 두 개 이상의 노동관계가 주직과 겸직의 형식으로 연결될 수 있다. 또 한 명의 노동자가 고용회사의 지휘에 따라 겸직 노동을 하거나 '虛實' 두 개의 노동관계의 형성이 서로 연결된 경우, '實'의 노동관계는 노동과정과 서로 관계되며, '虛'의 노동관계는 노동과정과 서로 관계가 없는 경우도 있다.³²⁾

노동력이 가지는 인신의 종속성은 동일시간 내에서 결정되므로, 노동자는 동일시간

29) 牛慧、江山、李坤剛, 전계논문, 35面; 劉焱白, "勞務派遣勞動關係的法律界定", 전계논문, 62面.

30) 鄭津津, "從美國勞動派遣法制看我國勞務派遣法草案", 國立中正大學法學集刊, 2003, (1): 劉焱白, "論勞務派遣勞動合同的解除", 전계논문, 104面; 劉焱白, "勞務派遣勞動關係的法律界定", 전계논문, 62面.

31) Laerco Transp. & Warehouse, 269 N. L. R. B. 324, 325(3d. Gr. 1984).

32) 董保華, "勞務派遣的法學思考", 『中國勞動』, 2005, (6): 劉焱白, "論勞務派遣勞動合同的解除", 전계논문, 104面.

내에 단지 하나의 고용회사의 생산에 서로 결합될 수 있으므로 하나의 노동관계만 형성된다. 그러므로 설령 한 명의 노동자가 노동시장에서 다중의 노동관계를 형성한다 하더라도 이러한 다중 노동관계 또한 동시에 존재할 수 없으며, 단지 일정한 시간 단위 내에 엇갈리게 존재하게 할 수밖에 없다. 예를 들어 한 명의 노동자가 여러 노동관계를 맺고 있어서 A회사에서 근무할 수도, B회사에서 근무할 수도 있지만, 그 노동자는 절대로 어느 날 오전에 동시에 A 회사와 B회사에서 근무를 할 수는 없다. 이러한 노동관계의 존재는 이른바 시간이 다름으로 인하여 엇갈리게 존재하는 경우이다. 또한 명의 노동자가 노동계약을 맺고 있는 고용회사의 지휘 하에 기타 회사에 겸직으로 근무하여 생산노동을 하더라도 여전히 본 업무 이외의 시간 내에서 진행되며, 동시에 진행하는 것은 불가능하다. 다르게 말하면, 이른바 '虛實' 두 개의 노동관계가 동시에 병존하는 것은, 중국 노동제도 개혁 과정 중 출현한 일시적인 특수한 경우로서, 실질적으로 '허'의 노동관계는 잠시 중지 운용되거나 근본적으로 운용될 수 없으며, '실'의 노동관계가 진정한 것이며, '실'의 노동관계에 있어서만 노동자는 비로소 고용된 회사의 관리지배를 받아 노동력과 생산이 서로 결합된 진정한 노동관계를 유지할 수 있게 된다. 이와 같이 노동력인 인신의 불가분성으로 인하여 노동자는 동일한 시간에 서로 다른 고용회사에서 몇 개의 노동관계를 맺을 수 없다.³³⁾

2. 당사자 간의 법률관계

가. 파견노동자와 노무파견회사의 관계

노무파견은 '등록형'과 '고용형'의 노무파견으로 나눌 수 있다. '등록형'의 파견노동자는 비록 노무파견회사에 등록되어 있지만 노무파견회사의 정식 사원이 아니며, 단지 파견되었을 때 파견노동자가 노무파견회사에 고용될 기회가 있을 뿐이다. '고용형'의 파견노동자는 노무파견회사에 장기 고용되어 노무파견회사의 정규 노동자에 상당하는 복지 대우를 향유하고, 인력사용회사가 인력을 필요로 하는 경우 파견되어 인력사용회사의 일을 하게 된다. 중국 노동계약법은 '고용형' 노무파견만 인정하고 있다.

만약 '노동력과 생산의 상호 결합'이 노무파견 노동관계가 성립하는 유일한 판단기준이라고 한다면, 파견노동자는 노무파견회사와 노동계약을 체결한 후 인력사용회사에 가서 노동을 할 수 없으며, 이때 파견노동자의 노동력은 인력사용회사의 생산과 서로

33) 牛慧、江山、李坤剛, 전계논문, 35-36面; 張玲、朱冬, 전계논문, 106面.

결합할 수 없다. 그러나 노무파견회사는 파견노동자에 대하여 형식적 및 실질적으로 통제권을 가진다. 노무파견에 있어 노무파견회사와 파견노동자가 노동계약을 체결함으로써 쌍방은 형식적으로 노동관계를 형성하게 된다. 게다가 노무파견회사가 파견노동자를 고용, 관리, 지휘할 수 있으며, 구체적으로 파견사무 방면에서도 노무파견회사는 파견노동자의 임금과 복지의 대우 등을 결정하며, 고용책임을 부담한다. 따라서 노무파견회사와 파견노동자의 관계는 '통제준칙'에 따를 경우 노동관계 형성의 형식적, 실질적 기준에 모두 부합한다.

그러므로, 학계와 입법실무는 모두 파견노동자와 노무파견회사 간에 노동관계가 형성된다고 한다. 다만, 일본 및 독일, 프랑스, 네덜란드 등의 유럽국가(영국은 제외)의 입법례는 모두 노무파견회사가 노무 파견노동관계의 유일한 법률적 의미의 고용주(legal employer)로 인정하고 있다. 예를 들어 일본의 <노동자 파견법>은 노동자 파견은 '노무파견회사가 자기를 위해 노동자를 고용하고, 이러한 고용관계에서 인력사용회사에 노무를 제공하고 그 지휘감독을 받는 것을 말한다.'³⁴⁾ 이는 파견노동자와 노무파견회사 간에 노동관계가 형성된다는 것을 명확하게 설명하고 있다.

나. 파견노동자와 인력사용회사의 관계

파견노동자와 인력사용회사 간에 어떠한 계약관계가 없다고 하더라도 파견노동자는 인력사용회사에 노동력을 제공하는 관계에 있으며, 파견노동자는 인력사용회사의 감독과 지휘 하에 생산노동에 종사한다. 또한 파견노동자의 노동력이 인력사용회사의 생산물과 서로 결합하여 노동과정을 실현하면 노동관계의 전형적 판단기준에 부합하게 된다. 그리고 노동관리 사무는 노무파견회사가 수행하나, 이는 인력사용회사의 위탁을 받아 노무파견회사가 노동관리 사무를 대리 수행하는 것으로 볼 수 있고, 인력사용회사는 노동과정의 조직과 관리를 부담하며 임금, 복지, 사회보험 등의 비용을 부담한다. 그러므로 노무파견 중에 있는 파견노동자와 고용회사 간에 노동관계가 존재한다고 볼 수 있다. 이에 일부 학자들과 일부 국가의 입법(예를 들어 캐나다)은 인력사용회사와 파견노동자 간에 노동관계가 존재한다고 인정한다.

중국의 노동사회보장부가 발표한 "노동관계 관련사항의 확립에 대한 통지<勞動和社會保障部關於确立勞動關係有關事項的通知(勞社部 2005년 12호)" 제1조는 회사와 노동자가 법령이 규정하는 자격에 부합하고, 회사가 정한 취업규칙 등 각종 인사규정이 노

34) 邱駿彥, "日本勞工派遣法之現狀", 『就業與訓練』, 1998, (6): 劉焱白, "論勞務派遣勞動合同的解除", 전계논문, 105면.

동자에게 적용되는 등 노동자가 회사의 노동관리를 받으며, 노동자가 회사가 제공하는 노동의 보수를 지급받는 것을 노동관계 성립의 요건으로 본다.³⁵⁾ 이상의 세 가지 요건이 모두 충족되면, 설령 회사가 노동자와 서면으로 노동계약을 체결하지 않았다고 하더라도 노동관계의 성립이 인정된다. 따라서 인력사용회사와 파견노동자의 관계에 있어서도 위와 같은 요건들을 충족시키는 경우 인력사용회사와 파견노동자 간에 노동관계가 형성된다고 볼 수 있을 것이다.

3. 단일 노동관계론

노무파견 노동관계에서 이중노동관계, 즉 파견노동자와 노무파견회사, 파견노동자와 인력사용회사 간에 각각 별도의 노동관계가 존재하는가? 아니면 단일 노무관계, 즉 파견노동자와 두 회사 중 하나의 회사에 대해서만 노동관계가 존재하거나 또는 두 개의 회사가 공동 고용주로서 파견노동자와 단일한 노동관계가 존재하는가? 이를 명확하게 할 필요가 있다.

가. 이중 노동관계 이론에 대한 비판

노무파견 노동관계에 대하여, 이를 이중 노동관계로 해석하는 전형적 관점³⁶⁾으로 '이중 특수 노동관계론'이 있다. 이 이론의 핵심은 파견노동자와 노무파견회사, 파견노동자와 인력사용회사 간에 일종의 특수한 노동관계가 각각 동시에 존재하고 있다는 것이다. 그리고 두 가지의 특수 노동관계는 공동으로 하나의 완전한 노동관계를 구성한다. 이른바 특수 노동관계는 법률적 주체자격에 있어 하자 있는 노동자와 고용회사가 형성한 일종의 인력채용 관계 또는 노동 관련 법령의 주체자격에 부합하지 않게 노동계약을 체결한 경우를 가리킨다.³⁷⁾ 이와 관련하여 상해지방입법은 노무파견회사와 파견노동자의 관계를 정상 노동관계라고 정의하고 인력사용회사와 파견노동자의 관계를 특수 노동관계라고 하였다.

이와 같은 이중 특수 노동관계론에 대하여 다음과 같은 비판이 존재한다. 1)하나의

35) 牛慧、江山、李坤剛, 전계논문, 36面: 張榮芳, “論我國勞務派遣法律規制模式”, 「法學評論」, 2009年 06期, 53面.

36) 牛慧、江山、李坤剛, 전계논문, 35-36面: 劉焱白, “論勞務派遣勞動合同的解除”, 전계논문, 105面.

37) NLRB v. Browning-Ferris Indus., 691 F. 2d 1117, 1119, 1123(3d. Gr. 1982).

노동관계 내부에는 여러 개의 부분이 존재하는데, 이러한 부분을 각각 독립된 노동관계로 볼 수 없다. 표면적으로 파견노동자는 노무파견회사와 인력사용회사로부터 각각 분리하여 통제를 받으나, 실제로 파견노동자에 대한 노무파견회사의 통제는 인력사용회사의 의사에 따른 것이고, 또한 인력사용회사가 생산노동을 조직하여 관리하는 일종의 특수한 방식에 해당한다. 즉 인력사용회사는 기업의 생산노동에 대한 부분을 관리하고, 노무파견회사가 노무관리에 대한 책임을 분담하지만 이러한 관리는 인력사용회사의 생산노동에 속하는 일련의 과정으로 볼 수 있다. 이와 같이 파견노동자와 노무파견회사의 노동계약체결이 형성한 관계와 인력사용회사의 생산노동과정에서 파견노동자와 형성한 관계는 각각 서로 다른 별개의 노동관계로 볼 수는 없다. 실제로 노동계약 체결과 생산노동의 종사는 하나의 노동관계에 있어 상호 관련된 두 개의 부분이다. 2) 두 개의 '특수 노동관계'와 하나의 완전한 노동관계와의 관계에서 보면, 이러한 이론이 사실상 최종적으로 '단일 노동관계론'에 속한다는 것을 알 수 있다. 하나의 완전한 노동관계는 두 개의 특수 노동관계를 포함하며, 두 개의 특수 노동관계는 하나의 완전한 노동관계를 형성하는데, 이는 완전한 노동관계에 특수 노동관계가 종속된 관계라는 것을 의미한다. 게다가 특수 노동관계의 구성요건은 주체자격 상 하자가 있는 것을 포함하며, 노무파견에 있어서도 이러한 하자의 존재여부에 대해 검토할 가치가 있다.

일반 노동관계에 있어 노동자와 고용주 양방의 주체에 존재한다. 노무파견 노동관계에 있어 파견노동자는 한 부분에서 노동계약을 체결하여 고용되어 다른 일방의 생산노동에 종사함으로써 노동력과 생산제공이 서로 결합하게 되어 그 노무가 하나의 급부주체의 대상이 되어 임금, 복지의 대우를 받아, 하나의 노동계약 형성의 요건에 부합하게 된다. 파견노동자는 단지 하나의 노동관계 상대방과 하나의 노동관계를 형성하며, 그 노동관계 상대방이 단수이든 복수이든 상관하지 않는다. 3) 노동력이 가지는 인신의 종속성과 불가분성은 같은 시간에 다중적 노동관계가 존재할 수 없음을 분명하게 한다. 이미 앞에서 설명한 것과 같이 파견노동자의 노동력은 인신의 불가분성을 가지므로 노무파견회사에 고용되어 인력사용회사의 생산노동에 종사하게 되더라도 동시에 이중의 노동관계가 형성될 수는 없다. 4) 이중 노동관계에 대한 견해의 근거는 미국법상의 공동고용주(joint employer)의 개념을 빌려온 것이다. 그러므로 '공동 고용주'의 개념을 정확하게 이해할 필요가 있다. 미국법에서의 '공동 고용주' 개념은 노무파견에서 이중 노동관계가 존재한다는 의미를 가지지 않는다. 미국 연방 제3 상소법원 1982년 제1123호 판례에 의하면, 이른바 '공동 고용주'라 함은 서로 다른 고용의 주체가 '고용조건'의 결정과 노무관리에 대한 사항을 공동으로 향유하거나 공동결정하는 경우를 말한다고 한다. 즉 '공동 고용주'는 복수의 주체가 공동으로 고용주가 되거나 연합하여

하나의 고용주가 되는 방식을 말한다. 그러므로 노무파견 중 비록 두 개의 고용회사가 각각 다른 방면에서 파견노동자에 대하여 통제를 한다고 하지만, 실제로는 하나의 완전한 통제권만이 존재하는 것이며 두 개의 고용회사가 공동으로 통제과정에 참가하여 통제권을 나누어 행사하거나 공동으로 행사하는 것에 불과하다. 노무파견에 있어서도 노무파견회사는 고용, 해임 등의 관리에 대한 사항을 인력사용회사와 공동으로 향유하며, 인력사용회사는 생산에 대한 감독, 지휘권을 노무파견회사와 공동으로 향유한다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 이러한 공동 향유는 파견노동자에 대한 하나의 완전한 통제권을 두 개의 주체가 공동으로 향유하는 것으로 설명할 수 있으며, 두 개의 주체가 공동으로 가지는 통제권은 하나의 노동관계의 상대방으로써 노동관계에 가입하게 되는 파견노동자와 서로 대응한다고 할 수 있다.

이상의 논의를 종합하면, 파견노동자가 동시에 노무파견회사 및 인력사용회사와 서로 다른 별개의 노동관계를 형성한다고 볼 수는 없다. 실무적으로도 노무파견 노동관계에 있어 이중 노동관계가 존재한다면 노무파견회사와 인력사용회사가 각각 독립된 사용자로서 노동계약에 따른 권리와 의무를 부담하여야 할 것이다. 이는 중국 노동계약법과 노동실무 관행에 부합하지 않는다. 따라서 노무파견에 있어서도 하나의 단일한 노동관계만이 존재한다고 할 것이다.

나. 단일 노동관계이론의 중점

노무파견 노동관계를 단일 노동관계로 보는 견해에 있어서도, 구체적으로 파견노동자가 노무파견회사 또는 인력사용회사 중의 한 회사와만 노동관계를 형성한다고 하는 견해와, 노무파견회사 및 인력사용회사가 공동의 고용주로서 연합하여 하나의 노동관계가 형성된다고 하는 견해로 나누어진다. 이에 대해 구체적으로 살펴보기로 한다.

첫째, 파견노동자가 인력사용회사와 단일한 노동관계를 형성한다고 주장하는 견해는, 노동력과 생산의 상호 결합에 근거한 기준을 주요한 논거로 제시한다. 그러나 이러한 견해는 이미 앞에서 제시한 바와 같이 타당하지 않다고 할 것이다.

둘째, 파견노동자가 노무파견회사와 단일한 노동관계를 형성한다고 주장하는 견해는, 노동계약이 있는지의 여부를 주요한 판단기준으로 삼고 있다. 이에 따르면 파견노동자와 인력사용회사 간에는 어떠한 계약관계도 없으므로, 파견노동자와 인력사용회사 간에는 노동관계가 존재하지 않으며, 실제 노동계약이 체결된 파견노동자와 노무파견회

38) 邵扣、洪軍, “從事派遣勞動受傷害誰担責”, 『農家科技』2008年 07期, 50面.

사 간에만 노동관계가 존재한다고 한다.³⁹⁾

동 견해는 노동관계가 존재하지 않음에도 파견노동자가 실제로 노동력을 제공하는 대상이 인력사용회사라는 점을 설명하기 위해 이른바 '노무이행청구권 양도설'과 '진정 이타계약설' 이론과 같은 근거들을 제기하고 있다.⁴⁰⁾ '노무이행청구권 양도설'은 노무파견회사가 스스로 파견노동자의 노무이행청구권을 고용회사에 양도하는 것이라고 하며, '진정이타계약설'은 노무파견회사와 파견노동자가 노동계약을 체결할 때, 노무이행청구권을 제3자인 인력사용회사에게 부여하고 있으므로, 이러한 노동계약은 일종의 제3자의 이익을 위한 계약이라는 것이다.

그러나 이와 같은 이론들에 대해서는 다음과 같은 비판들이 가능하다. 1) 두 학설은 파견노동자의 노무 이행이 재산상 거래라고 본다. 노무파견회사가 노무이행청구권을 인력사용회사에 양도하고, 인력사용회사는 파견노동자가 종사하는 생산노동을 조직, 관리, 지휘하는데 그 근거를 모두 민사적 합의인 노무파견협의서에 두고 있다. 이와 같이 기업들이 파견노동자를 관리하는 관계를 순수한 재산상 급부 교환 관계의 관점에서 보는 것은 타당하지 않다. 2) 두 학설은 인력사용회사가 일정한 고용책임을 부담하여야 한다는 사실을 합리적으로 해석할 수 없다. 노무파견협의서는 노무파견회사와 인력사용회사의 합의에 지나지 않는다. 사실 파견노동자는 인력사용회사의 생산노동에 종사하고 인력사용회사는 최고근로시간, 최저임금, 안전과 건강, 산업재해 배상 등 법정 사항에 있어 책임을 지며, 노무파견협의서의 합의사항으로 인하여 그 책임이 축소되거나 면제될 수 없다. 3) 민사계약에서 당사자가 어떤 의무를 부담하려면 그 당사자의 동의가 필요하다. 노무파견 노동관계에 있어서도 인력사용회사가 노무이행청구권을 가진다고 하나 진정한 노동관계가 되려면 인력사용회사의 의무부담에 대한 동의가 필요한데, 이는 '진정이타계약설'로 설명될 수 없다. 실제 노무파견회사와 파견노동자의 노동계약의 체결과정에 인력사용회사가 참여할 수 없을 뿐만 아니라 의무부담에 동의하는 과정도 없다. 따라서 파견노동자가 노무파견회사와 단일한 노동관계를 형성한다고 주장하는 견해는 파견노동자와 인력사용회사 간에 존재하는 일종의 노동관계를 무시한 것으로 타당하지 않다고 할 것이다.

결론적으로 파견노동자가 노무파견회사 또는 인력사용회사 중의 한 회사와만 단일한 노동관계를 형성한다고 하는 견해는 타당하지 않다. 노무파견 노동관계는 노무파견

39) 邵扣、洪軍, 전계논문, 50面; 劉焱白, "勞務派遣勞動關係的法律界定", 전계논문, 64-65面; 張榮芳, 전계논문, 54面.

40) 黃程貫, "德國勞工派遣法之法律結構", 「政大法學評論」, 1998, (6); 劉焱白, "勞務派遣勞動關係的法律界定", 전계논문, 65面.

회사 및 인력사용회사가 공동의 고용주로서 연합하여 파견노동자와 하나의 노동관계가 형성되는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이와 같은 해석은 중국 노동계약법이 노무파견회사를 노동계약의 주체로 명시하고 노동계약 체결의무 및 임금 지급의무를 규정(제58조)하는 동시에 인력사용회사에도 사용자로서의 일정한 의무를 부과(제62조)하고 있는 것에도 부합한다고 볼 수 있다.

V. 結 論

최근 중국에서는 노동계약법과 그에 따른 후속 입법들의 제정 및 시행으로 중국 내 외자기업들의 노무관리 부담이 늘어나고 있으며, 노동자들의 권리의식 향상으로 노사분규 또한 증가하는 추세이다. 이에 따라 한국기업을 포함한 중국 내 외자기업들의 경우 직접 고용에 따른 노무관리 부담을 덜기 위해 FESCO와 같은 노무파견회사를 통한 파견노동자의 사용도 증가하고 있다.

그러나 위에서 서술한 바와 같이, 중국의 노동계약법은 2년 이하의 단기 파견노동자 사용을 제한하고, 파견노동자에 대해서도 사회보험 납부 및 경제보상금 지급의무를 부과하는 등 파견노동자의 권익을 보호하고 인력사용회사의 책임을 강화하는 조항들을 담고 있다. 또한 중국에서 노무파견에 대한 입법은 아직 구체적이고 상세하지 못하며 이와 관련한 법률해석이나 판례도 충분히 축적되지 않은 상태로서, 중국 내 많은 전문가들이 파견노동자의 법률적 지위 및 노무파견 노동관계에 대하여 보다 더 구체적인 규범화를 요구하고 있는 상황이다.

이와 같은 추세들을 감안할 때 향후 중국 정부가 파견노동자의 법률적 지위를 보다 구체적으로 규정하고, 노무파견의 남용을 규제하기 위한 입법과 조치들을 시행할 가능성이 높다. 중국에 진출한 우리 기업들도 파견노동자에 대한 중국 정부의 입법동향 및 추세에 주목할 필요가 있으며, 향후 이러한 점들을 고려하여 파견노동자 사용에 신중을 기하여야 할 것이다. 또한, 현재 파견노동력 사용업무 중 일정 부분은 직접 고용으로 전환하거나 도급 및 용역계약 등 아웃소싱을 통한 해결방안을 모색하는 것이 필요할 것으로 보인다.

參考文獻

- 이장원 외 3인, 「중국 노사관계 변화와 중국진출 한국기업의 실태연구」, 한국노동연구원, 2008.
- 邱駿彥, 「日本勞工派遣法之現狀」, 就業与訓練, 1998.
- 王全興, 「勞動法學」, 北京: 法律出版社, 2004.
- 高惠珠, “新《勞動合同法》的倫理意義”, 《財經政法資訊》2008年.
- 董保華, “勞務派遣的法學思考”, 《中國勞動》, 2006.
- 呂郁全, “《勞動合同法》的理解和适用(一)”, 《广西烟草》2008年.
- 劉焱白, “勞務派遣勞動關係的法律界定”, 《南華大學學報(社會科學版)》2007年.
- 李雯雯, “析《勞動合同法(草案)》關於事實勞動關係的規定--兼析上海美商會對草案中關於事實勞動關係的立法建議”, 《法學与實踐》2007年.
- 李仕秀, “淺談《勞動合同法》与和諧社會的构建”, 《達州新論》2008年.
- 林良全, “勞務派遣中的法律問題芻議”, 《法制与社會》2009年.
- 蒙秀鋒, “貫徹落實好《勞動合同法》 推進和諧烟草建設”, 《广西烟草》2008年.
- 邵扣、洪軍, “從事派遣勞動受傷害誰担責”, 《農家科技》2008年.
- 牛慧、江山、李坤剛, “勞務派遣勞動關係的運行規則”, 《中國勞動》2010年.
- 張玲、朱冬, “論勞務派遣中的雇主責任”, 《法學家》2007年.
- 張榮芳, “論我國勞務派遣法律規制模式”, 《法學評論》2009年.
- 鄭津津, “從美國勞動派遣法制看我國勞務派遣法草案”, 國立中正大學法學集刊, 2003.
- 周靜, “用法律營造和諧的勞動關係--解讀《勞動合同法》”, 《黑龍江農業工程職業學院學報》2008年.
- 韓桂君, “《勞動合同法》制度創新及其理論基礎研究”, 《財經政法資訊》2008年.
- 黃程貫, “德國勞工派遣法之法律結構”, 《政大法學評論》, 1998.
- Laerco Transp. & Warehouse, 269 N. L. R. B. 324, 325(3d. Gr. 1984).
- NLRB v. Browning-Ferris Indus., 691 F. 2d 1117, 1119, 1123(3d. Gr. 1982).

〈摘要〉

中國勞動合同法和勞務派遣工的法律地位

Law of the People's Republic of China on employment contracts and legal status of labor dispatch

李庸旭

中國政法大學 民商經濟法學院 博士研究生

勞務派遣運作的基本模式是：派遣工與派遣單位簽訂勞動合同，却在與其并无勞動合同關係的用工單位（又稱要派單位）指揮監督下從事生產勞動，派遣單位與用工單位簽訂派遣協議來明確派遣行為。不同于一般形態的勞動關係，“僱傭”和“使用”的分离構成勞務派遣勞動關係最主要的特征。在此，存在兩個用人單位，作為名義上的用人單位——派遣單位行使僱傭派遣工的職能，而作為實際上的用人單位——用工單位則行使使用派遣工的職能。這樣，本該由一個用人單位行使的職能被兩個用人單位分別行使，從而在派遣單位、用工單位與派遣工三方之間形成比較複雜的關係。中國《勞動合同法》對勞務派遣勞動關係作出了規定。根據該法第58、59、60、62條的規定，確認派遣單位為用人單位（即僱主），履行用人單位對勞動者的義務，同時對用工單位又規定了一些僱主義務。顯見該法對勞務派遣勞動關係的界定不夠科學準確。對此，筆者嘗試提出自己的見解。

筆者認為，僅以勞動力與生產資料結合為標準的界定難免有不周全之處。而將派遣單位看作為用工單位的委託代理人，則值得商榷。其問題主要在於：首先，派遣單位與用工單位既為代理關係，那麼兩者間應有委託代理的意思表示，而實際上并非如此。派遣單位在僱傭派遣工並對他們進行勞動管理時，甚至還不知道用工單位（即被代理人）為何；其次，依據民法基本理論，代理人應以被代理人名義並在代理權限內行事，而實際上，派遣單位并不以用工單位之名行事，在此即便為隱名代理，派遣單位也并不可能在代理權限內行事；再次，既為代理，那麼相應的代理結果應當歸屬於被代理人，因而在代理關係下，派遣工也就不能要求派遣單位（代理人）承擔諸如支付工資、繳納社會保險費等屬於用工單位（被代理人）的責任了。實際上，派遣單位在僱傭、解僱、工資支付、福利提供、甚至現場監工等方面都應當承擔一定的責任；最後，被代理人也不能在代理人沒有同意的前提下要求代理人承擔保證責任。實際上，不管同意與否，派遣單位在許多事項上，例如勞動安全衛生、工傷賠償、最低工資等事

項上, 都需要承擔保證責任。

關鍵詞：勞務派遣, 勞動關係, 派遣單位, 用工單位, 派遣工