

# 기업변동시 근로관계 승계 입법토론회

영업양도·회사분할·하청업체 변경시  
근로자 보호 방안을 중심으로

2021. 3. 22. (월)  
14:00~16:00  
국회의원회관 306호



공동주최 : 국회 환경노동위원회 **송옥주** 위원장, 한국노총 제조연대,  
더불어민주당 을지로위원회, 전국노동위원회 노동존중실천 국회의원단



## 프로그램

구 분	시 간	주요내용	비 고
등 록	13:30 - 14:00	30' 참석자 등록	국회의원회관 306호
개회식	14:00 - 14:20	20' 개회, 국민의례, 내빈소개	사회자
		환영사	송옥주 환노위원장 등
		축 사	내 빈
		기념 촬영	-
사례 발표	14:20 - 14:40	5' 사례발표	-
		5' 사례발표	-
		5' 사례발표	-
		5' 퍼포먼스 및 촬영	-
세션 전환	14:40 - 14:45	5' 좌석정리 & Tea Time	
주제 발표	14:45	15' (발제1) 영업양도·회사분할과 근로자 보호	권오성 교수
	15:15	15' (발제2) 용역업체 변경시 근로관계 승계	박귀천 교수
종합 토론	15:15 - 16:00	45' 종합토론 및 질의응답	(좌장) - 유성재 교수 (패널) - 권기섭 노동정책실장 - 남궁준 연구원 - 신인수 원장 - 김준영 사무처장 - 정길채 전문위원

※ 시간계획 및 참석자 일정은 일부 변경될 수 있음



## 목 차

### 환영사

송옥주 환경노동위원회 위원장 .....	1
김만재 한국노총 제조연대 의장 .....	3
진성준 을지로위원회 위원장 .....	5
박해철 전국노동위원회 위원장 .....	7

### 축 사

김태년 더불어민주당 원내대표 .....	9
김동명 한국노총 위원장 .....	11
강은미 정의당 원내대표 .....	13
박홍배 더불어민주당 최고위원 .....	15
홍익표 더불어민주당 정책위 의장 .....	17
윤호중 법제사법위원회 위원장 .....	19
안호영 환경노동위원회 간사 .....	21
이수진 국회의원 .....	23
이재갑 고용노동부 장관 .....	25

### 발제문

영업양도, 회사분할과 근로자보호 .....	27
권오성 성신여자대학교 교수	
용역업체 변경시 근로관계 승계 .....	49
박귀천 이화여자대학교 교수	

## 목 차

### 토 론

권기섭 고용노동부 노동정책실장 .....	81
남궁준 한국노동연구원 부연구위원 .....	83
신인수 민주노총 법률원 원장 .....	85
김준영 한국노총 금속연맹 사무처장 .....	90
정길채 더불어민주당 정책위 노동전문위원 .....	92

## 환영사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



송옥주

환경노동위원회 위원장

안녕하세요. 국회 환경노동위원회 위원장 송옥주입니다.

먼저, 바쁘신 가운데에서도「기업변동시 근로관계 승계 입법토론회」에 참석해주신 여러분께 감사드립니다.

토론회를 함께 준비해주신 한국노총 제조연대 김만재 의장님과 더불어민주당 을지로위원회 진성준 위원장님, 전국노동위원회 박해철 위원장님과 관계자 여러분께도 깊은 감사의 말씀드립니다.

오늘 토론회에는 특별히 기업변동 과정에서 해고당했거나 해고당할 위기에 놓여있는 OB경인직매장, LG트윈타워 지수아이앤씨, 포스코 성암산업, 하이트진로 서해인사이트 노동자분들께서 현장의 목소리를 전하기 위해 먼 길을 함께 해주셨습니다. 현장에서 겪으신 생생한 증언에 귀 기울이고, 다시 직장으로 복귀하실 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

현재 우리나라는 영업양도와 회사분할 과정에 있어 근로관계 승계에 대한 명확한 법규정이 없습니다. 1997년 IMF 외환위기 당시 상법 개정으로 회사분할과 합병 등 주식회사 분할제도가 도입되었습니다. 하지만 주주와 채권자를 위한 제도 도입이었을 뿐 근로관계 승계와 같이 산업 현장에서 헌신한 노동자들을 법적으로 보호하는 규정이 없습니다.

하청업체 변경 문제는 더욱 심각합니다. 기업이 기존 업체와 용역계약을 종료하고 신규 하청업체로 변경하는 과정에서 그동안 노동자들이 쌓아올린 경력과 협상, 근무조건은 한순간에 무너집니다. 신규 하청업체에 들어가기 위해서는 동일한 노동임에도 기존보다 더 낮은 임금을 강요받기도 하며 노조활동자는 거부하거나 나아가 전원 해고하는 등 아무런 법적 보호를 받지 못하고 있습니다.

영국, 프랑스, 독일 등 주요 선진국들은 1980년대부터 기업변동시 근로관계 승계 과정에서 발생하는 문제점을 파악하고 제도화에 앞장서 왔습니다. 일본도 2000년에 「근로계약승계법」을 제정하여 기업변동시 고용승계에 적극적으로 대응하고 있습니다.

우리나라 법원은 판례를 통해 ‘묵시적 영업양도’ 개념을 도입하여 하청업체 변경시 근로관계 승계를 인정하는 경우가 있었으나, 그 적용은 제한적인 상황에서만 가능합니다. 결국, 근본적인 문제해결을 위해서는 입법이 반드시 필요합니다.

그런 의미에서 오늘 토론회는 매우 시의적절하다고 생각합니다. 국회 환경노동위원회 위원장으로서 전문가분들의 말씀에 귀를 기울이고, 제시된 대안을 향후 발의할 입법에 반영할 수 있도록 노력하겠습니다.

소중한 시간을 내어「기업변동시 근로관계 승계 입법토론회」에 참석해주신 모든 분들에게 감사드리며, 기업변동 과정에서 보호받지 못하는 노동자가 없는 사회를 만들기 위해 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2021년 3월 22일

국회 환경노동위원회 위원장 송옥주



# 환영사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



**김만재**

한국노총 제조연대 의장

반갑습니다. 한국노총 제조연대 의장 김만재입니다. 오늘 토론회 개최를 위해 수고해 주신 관계자 여러분, 그리고 바쁘신 가운데에도 기업변동시 근로관계 승계 입법에 관심을 갖고 토론회에 참여해 주신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

기업의 영업양도, 합병, 분할 등의 기업변동은 소위 상법의 영역으로 기업이 일방적으로 결정함에도 불구하고 노동자와 노동조합의 권리와 지위를 심각하게 훼손합니다. 근로계약의 한 축을 담당하고 있는 노동자지만 기업변동시에는 주체가 되지 못한 채 근로조건이 악화되거나 심지어는 일자리를 잃고 노동조합은 해체됩니다.

이러한 문제점이 발생하는 이유는 현행 노동관계법이 기업변동에 따른 근로관계 승계 문제에 대해 명문화된 규정을 두고 있지 않기 때문입니다. 코로나19의 충격이 지속되면서 기업의 경제적 이익을 목적으로 한 기업변동이 전 산업에 걸쳐 더욱 만연하고 있습니다. 그래서 기업변동시 노동자를 보호할 수 있는 법안이 반드시 필요합니다.

저는 한국노총 제조연대 의장으로 현장을 누비며 기업변동이 이뤄지는 과정에서 수많은 노동자들이 흘리는 피눈물을 보았습니다. 오늘 현장발언을 해주실 OB맥주경인직매장, 성암산업, 서해인사이트 사례를 보면 특히 하청업체 노동자들이 도급업체 변경과정에서 직장을 잃고 거리로 내몰린 사례들을 살펴볼 수 있습니다. 입법의 미비 속에서 그들은 생존을 위한 처절한 싸움에 내몰릴 수밖에 없었습니다.

현장에서 눈물을 나누고 함께 싸울 수 있지만 근본적인 문제를 해결하지 않으면 이러한 사태는 반복될 것입니다. 더불어민주당은 제21대 국회의원선거 정책공약에서 영업양도 등 사업이전시 고용 등 근로관계 승계 제도화를 약속했습니다. 영업양도 등에 따른 사업이전시 고용 등 근로관계를 승계하고 고용승계 시 신규 하청업체는 하청근로자의 경력 합산 및 종전 근로조건을 유지하도록 제도화하는 내용입니다.

이러한 까닭에 국회 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대의 ‘기업변동시 근로관계 승계 법률 제정’ 추진은 매우 중요한 의미를 지니고 있습니다. 대한민국의 국민이자 노동자라면 당연히 누려야 하는 근로의 권리와 노동3권의 보장을 위해 기업변동시 노동자를 보호하는 법안이 반드시 필요하기 때문입니다. 오늘 이 토론회가 입법화 과정의 소중한 단초가 되기를 희망합니다. 감사합니다.

2021년 3월 22일

한국노총 제조연대 의장 김만재

## 환영사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



진성준

을지로위원회 위원장

안녕하십니까? 더불어민주당 을지로위원장 진성준입니다.

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회 개최를 축하드립니다.

바쁜 일정에도 귀한 자리를 마련해주신 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대, 전국노동위원회 노동존중실천 국회의원단, 그리고 발제와 토론을 맡아 주신 참석자분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

지난해 연말 대한민국 굴지의 대기업인 LG 본사에는 도무지 믿기지 않은 사태가 발생했습니다. LG트윈타워를 관리하는 신규용역업체가 이 곳에 근무하는 청소 노동자 전원을 정부의 ‘용역 근로조 보호지침’을 무시하고 이들의 고용 승계를 거부하는 사태가 발생하였습니다.

이후 LG는 국민적 비판에 휩싸이자, 기존 조합원들을 다른 LG빌딩으로 옮겨서 고용을 유지하겠다는 타협안을 제시하기도 했지만, 이는 LG 노동조합을 인정하지 않겠다는 것으로 노동조합이 받을 수 없는 안이었기에 협상은 결렬되고 말았습니다.

현행 노동관계법은 영업양도·회사분할·하청업체 변경과정에서 근로관계가 승계되는지, 승계 이후의 근로조건은 어떻게 되는지 등 명문화된 규정이 없어 기업의 일방적인 의사결정으로 근로자와 노동조합의 지위가 송두리째 흔들릴 수밖에 없는 취약한 환경에 놓여져 있습니다. 정부의 고용승계 권고는 사실상 효력이 없다는 것이 LG타워 사태가 보여준 실상입니다.

‘영업양도시 고용 등 근로관계 승계 제도화’는 노동존중사회 실현을 위해 한국노총과 더불어민주당이 함께 약속한 ‘21대 총선 노동부문 5대 비전 및 20대 공동 약속’중 하나로, 독일, 프랑스, 일본 등 주요 선진국들은 관련 법 제정으로 근로관계 승계 문제에 적극적으로 대처하고 있으나 국내에서의 논의는 아직 미흡한 상황입니다.

이번 토론회는 영업양도·회사분할·하청업체 변경과정에서 빈번하게 발생하고 있는 근로자 해고와 노조 해산 사례를 분석하고, 재발 방지를 위한 입법 방향과 문제점을 점검하기 위해 마련되었습니다.

모쪼록 오늘 이 자리가 사업이전시 노동관계 승계를 위한 법률이 제정되는 과정에서 현장의 목소리를 잘 전달하고 제반 지원에 최선을 다하여 진정으로 노동자들에게 도움이 되는 법안이 마련되는 시발점이 되길 희망합니다.

이번 토론회를 통해 기업변동 과정에서 취약한 환경에 놓여있는 노동자들을 보호하고, 국내 노동시장이 선진국으로 다가서는 기틀을 마련할 수 있을 것으로 기대합니다. 또한 LG타워 청소노동자 전원 고용 승계를 다시 한번 요청드립니다.

2021년 3월 22일

을지로위원회 위원장 **진성준**

## 환영사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



박해철

전국노동위원회 위원장

안녕하십니까? 더불어민주당 전국노동위원장 박해철입니다. 「기업변동시 근로관계 승계 입법토론회」에 참석해주신 내외 귀빈 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

1997년 IMF 외환위기 이후 기업 간 M&A가 본격적으로 이루어짐에 따라 회사의 합병, 영업양도, 분할 등 기업변동에 의한 노동자들의 권리보호 문제와 사업 외주화에 따른 간접고용 문제가 사회적 이슈로 부각된 지 언 25년이 되었습니다.

상법 및 자본시장법 등 관련법령에서는 주주와 회사채권자를 비롯한 이해관계자들의 권리보호를 위한 법령이 마련되어 왔으나, 노동문제와 관련하여서는 근로관계 및 근로조건의 승계문제, 기존 노동조합과 단체협약의 승계문제 등 현장 곳곳에서 파열음이 속출되고 있음에도 이를 규율할 수 있는 법적·제도적 장치는 미비한 실정입니다.

유럽연합에서는 ‘사업이전지침’을 마련해 사업체가 동일성을 유지한 채 이전되면 고용과 근로조건이 승계되도록 하고 있으며, 일본 ‘노동계약 승계법’에서는 회사 분할시 단체협약의 승계 문제를 다루고 있으나, 우리나라에서는 아직까지 이와 관련된 명시적인 법령 및 지침이 제정되고 있지 않습니다. 그나마 공공부문에서는 ‘용역 근로자 근로조건 보호지침’을 통해 용역업체, 도급업체 변동 시 노동자들의 고용승계가 어느 정도 보장되고 있으나 해당 지침을 적용 받지 않는 민간부문에서는 기업이 변동될 때 마다 노동자들의 생계권이 주식회사의 주식처럼 거래되며 위협받고 있습니다.

이번 토론회에 현장의 목소리를 전달코자 참여해주시는 OB직매장, LG트윈타워, 성암산업, 서해인사이드의 노동자분들 역시 이러한 법적사각지대에 무방비로 노출돼 법적 보호를 받지 못하고 해고의 벼랑 끝에 내몰린 상태입니다.

‘고용승계 거부’의 실질은 ‘해고’와 다를 바 없습니다. 이번 「기업변동시 근로관계 승계 입법 토론회」를 통해 기업 변동 시 노동자들의 권리보호 문제를 심도 깊게 다루어 새로운 해법을 찾아 노동자들의 생존권이 더 이상 기업의 일방적 의사결정에 의해 좌지우지 되지 않길 소망해 봅니다. 감사합니다.

2021년 3월 22일

전국노동위원회 위원장 박 해 철

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



김태년

더불어민주당 원내대표

반갑습니다. 더불어민주당 원내대표 김태년입니다.

〈기업변동시 근로관계 승계 입법토론회〉 개최를 진심으로 축하드립니다. 뜻깊은 토론회를 마련해주신 송옥주 환경노동위원회 위원장님과 한국노총 제조연대 김만재 의장님, 을지로위원회 진성준 위원장님, 전국노동위원회 박해철 위원장님께 감사의 말씀을 드립니다.

이번 토론회의 주제인 ‘영업 양도 시 고용 등 근로관계 승계 제도화’는 더불어민주당이 노동존중사회 실현을 위해 함께 총선공약으로 내세운 ‘노동 부문 5대 비전 및 20대 공동 약속’ 중 하나였습니다.

우리나라의 현행 노동관계법에는 기업의 합병, 양도 등 기업변동에 따른 근로관계의 문제에 관하여 명문화된 규정이 없습니다. 기업의 일방적인 의사결정으로 근로자와 노동조합의 지위가 송두리째 흔들리는 구조에 놓여있습니다.

주요 선진국들은 이미 수십 년 전부터 이 문제를 고민하고 입법화해왔습니다. EU는 「사업 및 사업장 또는 사업 및 사업장의 일부 이전시 근로자의 권리 보호에 관한 회원국 법제의 접근에 관한 유럽연합 이사회 지침」을 1977년 제정하였고 이후 1998년, 2001년 각각 지침을 개정했습니다. 일본도 2000년부터 「근로계약승계법」을 제정하여 회사분할 시 근로관계 승계

문제에 적극적으로 대응하고 있습니다.

이러한 입법공백 상황 속에서 오늘 토론회가 열리게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다. 다시 한번 오늘 토론회 개최를 진심으로 축하드리며 노동자가 행복하고, 노동이 존중받는 대한민국을 위해 더불어민주당이 더 노력하겠다는 말씀을 드립니다. 감사합니다.

2021년 3월 22일

더불어민주당 원내대표 김 태 년



## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



김동명

한국노총 위원장

바쁘신 중에도 시간을 내어 자리를 빛내주신 내·외빈과 토론회에 참석해주신 동지 여러분들께 진심으로 감사의 인사를 드립니다.

토론회 발제를 맡으신 권오성·박귀천 교수님, 좌장이신 유성재 교수님, 토론자이신 권기섭 실장님, 남궁준 부연구위원님, 신인수 원장님, 김준영 사무처장님, 정길채 전문위원님께서도 깊은 감사를 올립니다.

노동자의 꿈은 하나입니다.

일터에서 안전하게 일하다 집으로 돌아오는, 고용이 보장되는 해고없는 세상입니다.

그러나 노동자의 간절한 꿈은 현실앞에 처참하게 무너지기 일쑤입니다.

인건비 절감에만 혈안이 된 사용자는 전 산업에 걸쳐 하도급·용역 등 공정 쪼개기, 다단계로 외주화를 양산하고 있습니다.

외주화가 부른 고용불안과 열악한 근로조건은 노동시장 이중구조를 고착화하고 있지만 이를 방지할 대책은 없습니다.

진짜 사장, 외주화 사장이 핑퐁게임 하듯 책임 회피로 일관하는 동안 노동자는 단식과 천막농성 등 극한 투쟁에 내몰리고 있습니다.

오늘 토론회에 현장의 목소리를 전하고자 오신 동지들이 바로 산 증인들입니다.

고용승계를 보장받기 위해 278일간의 농성투쟁을 전개한 오비맥주 경인직매장분회, 성암산업, 서해인사이트 동지들입니다.

이들의 증언에 실마리를 풀 해답이 있습니다. 깊이 경청하여 주시기 바랍니다.

기업의 합병 양도 등 사업이전마다 뜬 눈으로 지새우는 고용불안의 밤은 정말 견디기 어렵습니다.

왜 이러한 일이 반복되고 있을까요?

우리나라 법에는 기업의 합병, 양도 등 기업변동에 따라 고용관계가 승계되는지, 승계 이후의 근로조건은 어떻게 되는지에 관한 명문화된 규정이 없기 때문입니다.

입법의 사각지대로 인해 기업 변동시 구조조정과 해고가 당연한 절차인 것처럼 자행되고 있습니다.

이러한 악순환을 끊기 위해서는 영업양도·회사분할·하청업체를 변경할 경우 반드시 고용승계가 의무화 되어야 합니다. 수행하던 업무가 동일할 경우 노동조건 또한 보장되어야 합니다.

이러한 내용은 지난 총선에서 더불어민주당이 약속한 대국민 공약이자 한국노총과 진행한 고위급정책협의회에서 공동성명으로 발표된 협약입니다.

더불어민주당은 더 이상 지체하지 말고 오늘 토론회를 계기로 즉각 입법 개선안 마련에 착수해 주시기 바랍니다.

약속 이행에 나서주실 것을 강력히 촉구합니다.

한국노총은 코로나19 고용위기에서 노동자 고용승계 보장을 위한 제도개선에 모든 역량을 동원해 앞장 설 것임을 말씀드립니다.

모든 노동자의 얼굴에 하루속히 따스한 봄별이 깃들길 소망하며 인사에 갈음하겠습니다.

감사합니다.

2021년 3월 22일

한국노총 위원장 김 동 명

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



강은미

정의당 원내대표

안녕하십니까 정의당 원내대표 강은미 국회의원입니다.

기업의 합병, 양도, 하청업체 변경 등 기업변동에 따른 고용관계 문제 해결을 위해 입법 방향을 모색하는 오늘 토론회에 함께 해주신 여러분 감사드립니다.

잘 아시는 것처럼 LG트윈타워, 성암산업, OB직매장, 서해인사이트 사건 등 기업들의 지배구조 개편이 회사분할이라는 방식으로 너무 쉽게 활용되고 있습니다. 그러나 현행 노조법을 비롯한 관계법령의 미비로 단체협약의 승계가 거부되면서, 노동자들의 권리는 침해되고 오히려 사측의 지배력은 강화되고 있는 실정입니다.

우리법은 회사 분할 시 개별 근로관계는 포괄적으로 승계되도록 하고 있으나, 단체협약만은 예외로 하고 있습니다. 개별 근로관계는 인정하지만, 노동조합과의 관계 및 노동조합과 체결한 단체협약을 부정하는 것은 모순입니다. 또 영업양도나 합병에서는 단협 승계를 인정하고 있지만, 회사분할의 경우에 부정하는 것도 맞지 않습니다. 향후 법적 제도 미비와 모순을 해결하기 위해 노력하겠습니다.

자신의 일터에서 수 많은 땀과 눈물로 일궈간 노동조합의 투쟁의 산물인 단체협약 승계 거부하는 노동자들의 노동조건을 저하시키고 노조 활동은 물론 구조조정에 대한 대응력을

약화시키는 방식으로 나타나고 있습니다.

오늘 다뤄질 구체적인 현장 상황들을 통해 침해되고 있는 노동자들의 권리와 향후 입법 방향에 대한 심도깊은 모색을 해 나가겠습니다. 특히 단체협약을 거부하면서 노사관계를 대결적으로 몰아가며 현장 노동에 대한 통제력을 어떻게 강화하고 있는지 확인해 보겠습니다. 오늘 토론회를 마련해 주신 국회 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대, 더불어민주당 을지로위원회와 노동존중실천 국회의원단 등에게 감사드립니다.

2021년 3월 22일

정의당 원내대표 강은미

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



박홍배

더불어민주당 최고위원

[고용승계 문제로 어려움에 처한 노동자들에게 큰 힘이 되어줄 것을 기대합니다]

안녕하십니까?

전국금융산업노동조합 위원장 겸 더불어민주당 노동 최고위원 박홍배입니다.

코로나19 유행을 맞아 우리 사회는 급변하고 있습니다.

그 가운데 하나가 노동 부문인데, 주지하시다시피 여러 분야에서 노동자들의 상황이 생각보다 심각한 위기를 맞고 있습니다.

그 가운데 하나가 기업변동시 고용승계, 근로관계 승계 문제입니다.

먼저, 지난해 CJ대한통운과 경인직매장 물류업체가 바뀌면서 새 도급업체가 기존 노동자들을 선별적으로 고용 승계한 일이 있었습니다.

이로 인해 기존 오비맥주 경인 직매장 하도급 노동자들은 사실상 해고되었습니다.

지난 2월 노동청의 중재로 복직 문제를 논의해 왔지만, 오비맥주의 ‘하도급 노동자 고용 승계가 어렵다’라는 입장으로 협상은 결렬되었습니다.

LG트윈타워 청소노동자 문제도 마찬가지입니다.

원청의 계약해지 이유로 하청업체 지수아이엔씨가 계약만료 통보를 하면서 고용승계를

요구하고 있습니다.

노동자들이 100일이 되도록 고용승계를 주장하고 있으나, 원청은 이들의 요구를 외면하고 있습니다.

거리로 내몰려 300일이 넘도록 투쟁을 하는 아시아나케이오 해고노동자 문제도 마찬가지입니다. 위 사례들에서 보는 바와 같이, 기업 수익 변동이나 경영 전략의 변화로 영업이 양도되거나 회사가 분할되면서 겪는 노동자들의 위기와 고충이 이만저만 아닙니다.

그런 의미에서 오늘 송옥주 의원실에서 개최하는 <기업변동시 근로관계 승계 입법토론회>는 아주 시의적절하다고 할 수 있습니다.

이미 우리 사회는 많이 변했고, 변하고 있습니다.

노동자 보호를 위한 법적 정비도 필요하지만, 사용자들도 이전 방식의 답습보다는 새로운 노동존중과 노사접근을 통해 원만하게 해결되도록 노력해야 합니다.

오늘 토론회에서 좋은 의견들이 많이 나와, 고용승계 문제로 어려움에 처한 노동자들에게 큰 힘이 되어줄 것을 기대합니다.

감사합니다.

2021년 3월 22일

더불어민주당 최고위원 박홍배

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



홍익표

더불어민주당 정책위 의장

안녕하십니까?

더불어민주당 국회의원 홍익표입니다.

‘기업변동시 근로관계 승계 입법토론회’가 마련된 것을 뜻깊게 생각합니다. 오늘 토론회를 주최하시는 국회 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대, 을지로위원회, 전국노동위원회 노동존중실천 국회의원단 관계자 여러분께 감사드립니다. 아울러 토론을 위해 귀한 시간을 내어주신 발제자와 토론자분들께 감사의 마음을 전합니다.

우리나라 경제는 1990년대까지 급격한 성장을 거치며 지속적으로 발전해왔습니다. 이후 1997년 IMF 외환위기 극복과정에서 기업의 도산이 사회문제로 대두되었고, 정부는 외환위기 극복을 위해 산업 전반에 걸쳐 구조조정을 독려했습니다. 당시 개방된 우리나라 자본시장에서 외국 자본은 기업구조조정의 방법으로 인수합병을 빈번하게 추진했고, 1998년 주식회사의 분할제도가 도입되기도 했습니다. 일련의 과정을 통해 이전의 경제성장기에선 드물었던 기업의 인수, 합병, 영업양도, 분할 등의 기업변동이 잦아졌고, 이에 따른 근로자의 지위 문제가 새롭게 떠오르게 되었습니다.

기업의 지위변동은 경영자와 주주 등의 의사에 따라 결정되지만, 이는 해당 기업 근로자의 지위에도 중대한 영향을 끼칩니다. 특별히 현행법상 영업양도와 회사분할, 하청업체의 변경과정에서

근로관계가 승계되는지에 관련한 명문화된 규정이 없는 점은 고용불안 심화와 노동환경 악화의 원인으로 지적됩니다.

기업변동시 근로승계가 불명확한 상황 속에서 근로자가 겪는 고용불안과 이로 인한 고통은 이루 헤아릴 수 없습니다. OB직매장, LG트윈타워, 성암산업, 서해인사이트 등 기업변동 또는 용역업체 변경이 일어난 곳에서 근로자들은 여전히 일할 권리를 위해 싸우고 있으며, 이와 같은 사례는 기업변동시 고용승계에 대한 법과 제도가 하루빨리 마련되어야 한다는 것을 보여줍니다.

오늘 토론회는 현장관계자는 물론 이 문제에 대해 깊이 고민해오신 의원님들과 전문가, 정부 관계자와 함께합니다. 오늘 이 자리에서 기업변동시 근로자의 고용관계가 보장받고 근로조건의 저하가 없도록 제도적 보완이 필요한 부분에 관해 폭넓은 논의가 진행되길 기대합니다. 저도 오늘 나온 의견을 적극적으로 경청하고 근로자들의 근로환경 개선을 위한 정책에 반영될 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

다시 한번 오늘 토론회를 함께해주시는 모든 분들께 감사합니다.

2021년 3월 22일

더불어민주당 정책위 의장 **홍익표**



## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



윤호중

법제사법위원회 위원장

안녕하십니까? 국회 법제사법위원장 윤호중입니다.

‘기업변동시 근로관계 승계 입법토론회’ 개최를 진심으로 축하드립니다. 오늘 뜻깊은 토론회를 준비해주신 국회 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대, 더불어민주당 을지로위원회, 노동존중실천 국회의원단 관계자 여러분께 감사드립니다.

영업양도, 회사분할, 하청업체 변경 등 기업변동은 기업의 경쟁력을 제고하고 운영의 효율성을 극대화하기 위한 목적으로 활발하게 이루어지고 있습니다. 이에 대한 법적 권리와 의무 등의 내용은 상법에서 규율하고 있는데, 상법은 기본적으로 회사와 주주 등에만 초점을 맞추고 있습니다.

상황이 이렇다보니 기업변동 과정에서 소속 노동자는 매우 불안정한 위치에 놓임에도 불구하고, 이들의 목소리가 반영되기는커녕 소외되는 것이 현실입니다. 오랜 시간 공백 상태인 기업변동 회사의 노동자를 보호할 입법이 시급한 이유입니다.

더불어민주당은 지난 21대 총선에서 ‘영업양도 등 사업이전시 고용 등 근로관계 승계 제도화’를 약속한 바 있고, 지난해 11월에는 송옥주 위원장님이 한국노총 제조연대와 법률 제정을 위한 협약식을 가지는 등 의지를 갖고 있습니다.

앞으로 입법이 신속하면서도 내실있게 추진될 수 있도록 오늘 토론회에서 심도있는 논의가 이루어지기를 기대합니다. 저 역시 국회 법제사법위원장으로 토론을 경청하고, 오늘 나온 귀중한 의견들을 법과 제도로 반영하는 일에 힘을 보태겠습니다.

다시 한 번 오늘 토론회 개최를 축하드리며, 발제와 토론을 맡아주신 전문가 여러분께 감사의 말씀을 전합니다. 참석하신 모든 분들의 건강을 기원합니다. 감사합니다.

2021년 3월 22일

법제사법위원회 위원장 **윤호중**

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



안호영

환경노동위원회 간사

환경노동위원회 간사위원 안호영 국회의원입니다.

「기업변동시 근로관계 승계 입법토론회」 준비를 위해 애써주신 환경노동위원회 송옥주 위원장님을 비롯해 공동주최에 참여한 한국노총 제조연대, 을지로위원회, 전국노동위원회, 노동존중실천 국회의원단에 진심으로 감사드립니다.

최근 LG트윈타워 청소노동자와 근로계약을 맺은 하청업체가 변경되는 과정에서 고용이 승계되지 않았고, 울산동강병원 영양실 운영업무, OB맥주 직매장 물류 운송업무에서 하청업체가 계약이 해지되면서 노동자들이 고용불안으로 생계에 위협을 받고 있습니다.

이렇듯, 대량해고는 원청업체와 하청업체의 계약해지 후 신규 하청업체가 재계약하면서 기존노동자들이 고용 승계가 이루어지지 않아 노동자 대량해고 사례가 발생하는 것입니다.

현행 노동법에서 원청업체가 사용자로서 하청업체 노동자 보호 의무가 없기 때문에 인건비 절감 및 인력 활용의 유연성을 목적으로 계약해지를 핑계로 노동자를 손쉽게 해고할 수 있습니다.

사실상 노동자 공급이면서 외형상 도급·위임의 위법이 성행하고 있어 이런 일들을 막기 위해 ‘고용 승계 의무화’가 절실히 필요합니다.

고용노동부도 용역노동자 근로조건을 보호하기 위해 '기간제·사내하도급 가이드라인'을 운영하고 있습니다.

이 지침서에 따르면 신규 하청 업체와 용역계약을 체결할 때 특별한 사정이 없는 한 고용을 승계 하도록 돼 있습니다. 그런데 적용대상이 공공기관일 뿐, 민간기업엔 아무런 법적 구속력이 없습니다.

따라서, 노동관계 승계 제도화를 위한 입법적 대안이 절실히 필요한 시점에서 오늘 토론회가 개최되어 더욱 의미가 크다고 봅니다.

오늘 토론회를 통해 현장의 어려운 현실을 잘 담아 노동자들이 원청업체와 하청업체가 계약을 변경 할 경우 노동존중과 생계유지 차원에서 보호받을 수 있는 「사업 이전 시 노동관계 승계를 위한 법률」이 제정될 수 있도록 성력있는 토론의 자리가 되길 바랍니다.

또한, 토론회를 위해 발제해주신 성신여대 권오성 교수님과 이화여대 박귀천 교수님 그리고 패널로 참여해주신 관계자분들에게 진심으로 감사드립니다.

저 또한 환경노동위원회 간사로서 「사업 이전 시 노동관계 승계를 위한 법률」을 통해 원청업체와 하청업체 간 기업 변동시 고용 승계가 의무화 될 수 있도록 최선을 다 하겠습니다.

2021년 3월 22일

환경노동위원회 간사 안호영

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



이수진

국회의원

안녕하십니까. 국회 환경노동위원회 이수진 의원입니다.

먼저 오늘 토론회를 준비하신 송옥주 위원장님과 한국노총 제조연대, 더불어민주당 을지로위원회, 전국노동위원회 노동존중실천 국회의원단 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다. 아울러 바쁘신 중에도 귀한 시간을 내어 발제와 토론을 맡아주신 전문가 분들께도 깊이 감사드립니다.

우리 사회는 IMF 외환위기 이후 기업의 합병, 분할, 영업양도 등을 통해 대대적인 구조조정이 진행되어왔고, 경영효율성을 기치로 파견, 도급, 용역 등 간접고용이 크게 증가했습니다. 그런데 이와 같은 기업변동과 간접고용은 고용불안정 문제를 내포하고 있다는 점에서 언제든지 노동자들의 삶을 위협하고, 고용·노동관계의 안정이라는 사회적 요청을 외면할 개연성을 가지고 있습니다.

실제 최근 OB맥주경인직매장 물류노동자, LG트윈타워 청소노동자 등이 원·하청 간 계약종료와 새로운 하청업체와의 계약체결과정에서 고용승계가 집단적으로 거부되는 문제가 발생하는 등 유사한 문제가 지속적으로 발생하고 있습니다. 특히 하청노동자들이 노동조합을 결성하는 경우 용역계약 종료를 노동관계의 대응수단으로 악용하며 노동기본권을 위협하고 있다는 비판마저 제기되고 있는 상황입니다.

지속가능한 공동체로서의 사회발전은 건강한 기업문화, 노사문화의 정착에 있다는 것을 우리는 국내외 사례를 통해 잘 보고 있습니다. 이에 대한 관련 사회·경제주체들의 반성과 성찰이 필요하다고 생각합니다.

그리고 우리의 법과 제도는 기업변동과 도급계약종료 등으로 사업이 이전되는 경우 고용안정을 어떻게 실현할 것인지에 대해 아무런 규정을 두지 않고 있어 이에 대한 입법이 시급한 상황입니다.

정당한 이유 없이 고용승계를 거부하거나 고용조건을 임의로 저하시킬 수 없도록 제도개선이 반드시 필요합니다.

오늘 토론회가 모이신 분들의 고견과 허심탄회한 토론으로 실효적인 대안을 모색하는 소중한 자리가 될 것으로 기대합니다. 저 또한 제안해주시는 내용을 입법활동에 적극 반영하여 노동이 존중받는 사회를 만드는 데 최선을 다하겠습니다.

함께해주신 모든 분들의 건강과 건승을 기원드립니다.  
감사합니다.

2021년 3월 22일

국회의원 이수진

## 축사

기업변동시 근로관계 승계 입법토론회



이재갑

고용노동부 장관

반갑습니다. 고용노동부 장관 이재갑입니다.

오늘 뜻깊은 자리를 마련해주신 송옥주 국회 환경노동위원장님, 한국노총 제조연대, 을지로 위원회와 노동존중실천 국회의원단 등 모든 분들께 감사드립니다.

또한, 토론회에서 고견을 발표하고 토론해주실 권오성 교수님, 박귀천 교수님과 토론자 여러분께 감사드리며, 건설적인 토론이 되기를 기대합니다.

지금 전 세계는 유례없는 경기침체와 일자리 위기를 겪고 있고, 대한민국 또한 전 국민이 힘을 모아 방역 모범국으로 이 위기를 극복해 나가고 있습니다. 그러나 기업이나 자영업자의 경영난은 여전하고, 노동자들의 고용불안은 지속되고 있습니다.

이번 토론회 주제인 기업변동시 근로관계 승계 문제는 과거 IMF 경제위기, 금융위기 등을 극복하는 과정을 거치며 노동시장에 잠재해왔다고 생각합니다. 지금 위기시에 다시 한번 우리 모두에게 던져진 과제라고 생각합니다.

그간 정부는 불법파견 형태로 운영되는 경우, 직접고용 시정지시 등을 통해 불법적인 인력운영을 제재하였고, 특히, 용역업체가 변경되는 경우에는 「사내하도급 가이드라인」을 통해 고용승계

및 전환배치 등을 최대한 활용해 줄 것을 적극 지도·권고하여 왔습니다.

이러한 정부의 노력에도 불구하고, 일부 현장에서 용역업체 변경에 따른 고용불안으로 노사간 갈등이 발생하고 있는 것도 현실입니다. 기업 입장에서는 자유로운 인력운영과 경영 방식을 선호하고, 노동자 입장에서는 고용불안 해소를 주장하는 등 이해관계가 첨예하게 대립하는 사항입니다.

아무쪼록, 오늘 토론회에서 다양한 쟁점과 개선방안들이 충분히 제기되기를 바라며, 오늘 제시된 방안들이 기초가 되어, 앞으로도 이해관계자의 논의와 사회적 대화 등을 거쳐 합리적 개선방안이 도출될 수 있을 것으로 기대합니다. 감사합니다.

2021년 3월 22일

고용노동부 장관 이재갑



〈발제 1〉

# 영업양도, 회사분할과 근로자보호

권 오 성

(성신여자대학교 교수)



# 영업양도, 회사분할과 근로자보호

권 오 성 성신여자대학교 교수

## 1. 들어가며

우리나라의 경제는 산업화의 진행으로 1990년대 이전까지 규모가 지속적으로 확대되었으나, 이러한 기간 동안 우리나라의 경제구조는 선발 산업국가에 비하여 비교적 단순하여 '기업구조 재편'을 위한 기업변동의 필요성이 크게 대두되지는 않았었다.<sup>1)</sup> 그러나 1980년대 산업 구조조정 과정에서 기업이 도산하거나 다른 기업에 흡수되는 사례가 빈번하게 출현하기 시작하였고, 1980년대 말부터 노동조합 운동이 활발해지면서 1990년대 초부터는 기업변동 과정에서의 근로관계의 승계 여부가 중요한 노동법상 쟁점으로 대두되었다. 이후 1997년 외환위기의 극복과정에서 기업의 도산이 빈발하여 사회문제로 되었고, 동시에 '자본시장 개방'으로 국내에 진출한 외국 자본이 기업구조조정의 방법으로 회사의 지분이나 영업(사업부문)을 인수하는 인수합병이 일상화되었다. 이 무렵 정부는 외환위기를 극복하기 위하여 산업 전반에 걸쳐 구조조정을 독려했다. 특히 정부는 대규모 기업집단을 대상으로 '빅딜'이라는 이름의 사업교환을 압박하기도 하였다. 이러한 배경에서 당시 정부는 산업의 재편이라는 목적달성을 위하여 회사분할 제도의 도입을 추진하였고, 1998년 상법개정으로 주식회사의 분할제도가 도입하였다.

일반적으로 합병(合併), 영업양도, 회사분할 등 기업변동에 관한 의사결정은 기업에 의해 일방적으로 이루어진다. 이처럼 기업이 일방적으로 실시한 기업변동은 불가피하게 근로자와 그들이 조직한 노동조합의 법적 지위에 중대한 변경을 초래하게 된다. 따라서, 기업변동 과정에서의 근로자 및 노동조합의 보호는 노동법상 중요한 법적 쟁점이 된다. 그러나 합병, 회사분할 등 기업변동의 수단을 직접 규율하는 회사법<sup>2)</sup>은 원래 주주와 회사채권자, 지배주주와 소수주주, 주주와 회사의 기관 사이의 이해관계의 조정을 주된 목적으로 하는 법이다. 따라서 회사법은 기본적으로 근로관계나 노사관계를 규율하지 않는다. 즉, 근로자나 노동조합의 보호는 원래 회사법에서 중요하게 고려되는 쟁점이 아니다. 그 결과 현행 상법은 회사분할시 주주와 회사채권자의 이해조정에 대해서는 상세한 규정을 마련하면서도, 근로자나 노동조합에 관해서는 아무런 규정도 마련하고 있지 않다.<sup>3)</sup>

1) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 II」(제2판), 박영사, 2020, 812면. [민중기 집필부분]

2) 우리 실정법상으로는 상법 제3편 및 자본시장법의 상장회사 관련 규정들이 이에 해당할 것이다.

3) 우리나라보다 2년 늦은 2000년 회사분할제도를 도입한 일본의 경우에는 2000년 당시 상법 제374조 제2항 제5호에 분할계획서의 기재사항으로 채권관계나 자산, 채무 외에 별도로 "고용계약"을 명시하고 있었으며, 일본의 현행 회사법

물론 별도의 입법이 없더라도 종래 영업양도를 중심으로 형성된 판례법리에 따라 회사분할과 관련된 노동법상 쟁점을 해결할 수 있다고 본 것이 입법자의 의사였다고 이해하는 견해도 있다.<sup>4)</sup> 그러나 기업의 일방적 의사결정으로 실시되는 회사분할로 인하여 근로자나 노동조합의 법적 지위가 취약해질 수 있다는 점을 고려할 때, 회사분할시 노동법상 문제를 규율대상으로 하는 입법은 필요하다. 나아가 종래 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 판례법리는 그 결론에 있어서의 타당성은 별론으로 하더라도 판례가 영업양도시 근로관계의 원칙적 승계를 긍정한 논증 자체는 법학방법론상 문제가 크다. 이러한 점을 고려할 때, 영업양도나 회사분할 등 기업변동시 근로관계의 존속보호 등을 내용으로 하는 법률의 제정이 시급하다.

## 2. 기업변동의 제반 유형과 그 이동(異同)

### 가. 영업양도

영업양도는 영업의 동일성을 유지하면서 계약에 의하여 양도인이 양수인에게 영업을 이전하는 ‘채권법상 거래행위’를 의미한다. 이러한 영업양도는 이미 하나의 사회적 실체로 조직화된 영업을 각각의 재산으로 해체하여 양도하는 경우 발생할 수 있는 사회경제적 불이익을 피하고, 기존의 조직가치를 유지하기 위해서 인정된 제도이다.<sup>5)</sup>

대법원은 “상법 제374조 제1호 소정의 ‘영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도’라 함은 일정한 영업목적에 위하여 조직화되고 유기적 일체로서 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미하는 것으로서 이에 양수자에 의한 양도회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부의 승계가 수반되어야 하는 것”이라고 판시하였으며,<sup>6)</sup> 또한 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시한 바 있다.<sup>7)</sup>

### 나. 회사분할

상법상 회사분할은 회사의 합병에 대칭되는 제도로서 분할회사의 적극·소극재산의 전부 또는 일부가 분리되어 적어도 하나 이상의 신설회사(단순분할의 경우) 또는 기존회사(분할합병의 경우)에 부분적으로 포괄승계되고, 그 대가로 신설회사 또는 기존회사의 주식이 원칙적으로는 분할회사의

제763조 제5호도 동일한 취지의 규정을 두고 있다. 또한 일본은 상법 내지 회사법의 규정 이외에 “회사분할에 수반한 근로계약의 승계 등에 관한 법률”을 제정하고, 동법에서 회사분할 시 근로관계의 승계문제를 상세히 규율하는 방식으로 회사분할의 국면에 있어서의 근로자의 보호 문제를 입법적으로 해결하였다.

4) 임종률 외, 「기업변동시 근로관계 승계 관련 연구」(노동부 용역보고서), 국제노동법연구원, 2007, 36-37면.

5) 임흥근, 「상법(총칙·상행위)」, 법문사, 2001, 160면.

6) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다10308 판결.

7) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결.

주주들에게(인적분할의 경우), 예외적으로 분할회사 자신에게(물적분할의 경우) 배정되는 회사법상의 제도를 의미한다.

이러한 회사분할은 합병에 대칭되는 제도이지만 ① 분할회사의 적극·소극재산이 신설회사에 포괄승계된다는 점, ② 분할회사가 소멸하는 경우(소멸분할)에는 청산절차 없이 소멸한다는 점, ③ 주주총회의 결의가 그 절차상의 필수요건이라는 점, ④ 분할회사 재산의 포괄승계의 대가로 원칙적으로 분할회사의 주주들에게 신설회사의 주식이 배정된다는 점(인적분할) 등의 측면에서 합병과 유사한 점이 많다.

회사분할의 법적 성질에 관해서는 이를 합병과 마찬가지로 법인격의 승계로 볼 것인지<sup>8)</sup> 또는 영업재산의 승계로 볼 것인지에 대하여 견해가 나뉜다.

회사분할은 분할회사 재산의 부분적 포괄승계의 대가로 분할회사의 주주들에게 신설회사의 주식, 즉 분할신주가 발행된다는 점에 주목하면, 회사분할은 합병의 결과 소멸회사의 주주에게 존속회사 또는 신설회사의 주식, 즉 분할신주가 발행되는 합병과 유사하다. 그러나, 합병은 그 개념상 하나 이상의 기존회사가 반드시 청산절차 없이 소멸하는 반면, 회사분할은 대부분의 경우 분할회사의 법인격이 그대로 존속하는 상태에서 분할회사의 일부 사업부문이 분리된다는 점에서 합병과 회사분할은 본질적으로 차이가 있다. 따라서 회사분할은 합병과는 다른 회사법상의 독립된 제도라고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>9)</sup>

#### 다. 영업의 현물출자

주식회사의 자본은 출자, 즉 신주의 발행으로 형성된다. 주식은 본래 주식회사의 자본금을 균일한 단위로 분할한 것이므로, 주식발행의 대가는 그 균일한 지분가치에 상응하는 금전으로 납입하도록 하는 것이 바람직하다는 점에서 주식회사의 경우 출자의 목적물은 원칙적으로 금전으로 되어야 할 것이다.<sup>10)</sup> 다만 주식회사가 특정재산을 미리 확보할 필요가 있는 경우에는 예외적으로 현물에 의한 출자도 허용되는바, 이 경우 현물출자는 금전출자와 병렬하는 독립된 주식인수의 한 형태이다.

한편, 영업의 현물출자란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 다른 회사에 출자하는 것을 의미한다.<sup>11)</sup> 영업의 현물출자는 ‘조직법상 제도’로서 채권법상의 제도인 영업양도와는 법적 성질을 달리하는 측면이 있지만, 양자는 법률행위에 의하여 영업을 이전된다는 점에서는 완전히 동일하다. 즉, 영업양도와 영업의 현물출자는 영업을 이전하는 대가가 금전인가, 출자회사의 신주(新株)인가에서만 차이가 있을 뿐이다.<sup>12)</sup>

8) 우리 상법상으로는 분할에 따른 사원의 수용, 즉 인적 측면에서도 규정하고 있으므로 현물출자로 보기는 어렵다. 분할은 합병의 반대현상이며, 상법상 분할에 따라 사원이 수용되는 인적분할이 원칙이고 사원이 수용되지 않는 물적 분할은 예외로 규정되어 있다는 점에 비추어 분할은 인격의 분할로 보아야 한다는 견해로 최준선, 앞의 책, 763면.

9) 임흥근, 「회사법」(개정판), 법문사, 2001, 810면.

10) 권오성, 위의 글, 235-236면.

11) 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다13767 판결 참조.

12) 대법원 1995. 8. 22. 선고 95다12231 판결: “상법 제42조 제1항은 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는

이처럼 영업양도와 영업의 현물출자는 영업, 즉 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체를 유상으로 이전한다는 점에서 본질적인 유사성이 있으므로, 영업양도에 관한 상법 규정은 영업의 현물출자에 유추 적용된다.<sup>13)</sup>

### 라. 회사분할과 영업양도의 사안구조적 유사성

회사분할은 회사의 합병과 같이 그 재산의 이전방식이 '포괄승계'이고 또한 그 대가로서 신설회사의 주식이 분할회사의 주주들에게 부여된다는 점에서, 특정승계의 형식을 취하면서 그 대가가 원칙적으로 주식이 아니라 금전 기타의 재산인 매매, 영업양도, 사후설립, 재산인수 등과 구별된다. 예외적으로 영업의 이전의 대가가 주식인 영업의 현물출자의 경우에도 포괄승계가 아니라는 점에서 회사분할과 구별된다. 그러나, 이러한 차이는 회사분할에 의한 재산의 이전이라는 측면에의 차이일 뿐, 회사분할로 인한 영업의 일부의 승계라는 측면에서는 회사분할과 영업양도는 유사성이 있다. 상법상 회사분할 제도를 통하지 않고 회사분할과 동일한 경제적 효과를 발생시키는 '사실상 회사분할'의 방법을 살펴보면 이러한 유사성이 명확해질 것이다.

종래 '사실상 회사분할'의 구체적인 방법으로는 ① 분할회사가 자회사를 설립하면서 자신의 영업을 자회사에 현물출자하거나, ② 분할회사가 기존에 이미 설립되어 있는 다른 회사에 자신의 영업을 현물출자하거나, ③ 분할회사가 자신의 영업을 양도하면서 양수도 대가로 양수인 회사가 보유한 자사주를 교부받는 방법 등이 가능하다. 이외에 ④ 신설회사가 재산인수(財産引受)<sup>14)</sup>의 형태로 영업을 양수하는 방법, ⑤ 신설회사가 사후설립(事後設立)<sup>15)</sup>의 형태로 영업을 양수하는 방법도 가능할 것이다. 이러한 방법 중 사후설립의 방법 외에는 법원이 선임한 검사인의 조사를 받아야 하므로, 사후설립의 방법이 주로 활용된다.<sup>16)</sup> 위 ①, ②, ③의 방식은 상법상 물적분할과 유사하게 분할회사의 영업을 신설회사나 기존의 다른 회사에 이전하는 대가로 분할회사 자신이 상대방 회사의 주식을 취득하는 방식이다.<sup>17)</sup>

이러한 거래의 다음 단계로 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 분할회사의 주주들에게 분배할 수 있다면 이를 통하여 상법상 인적분할과 유사한 결과에 이를 수 있을 것이다. 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 분할회사의 주주들에게 분배하는 방법으로는 분할회사를 청산한 다음 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 주주들에게 잔여재산으로 분배하는 방법, 분할회사의

경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는 바, 영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는 영업양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이란 점에서 영업양도와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로, 새로 설립된 법인은 상법 제42조 제1항의 규정의 유추적용에 의하여 출자자의 채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이다."라고 판시하고 있다.

13) 家近正直 編, 「現代裁判法大系 17: 会社法」, 新日本法規, 1999, 94면.

14) 재산인수란 발기인이 회사의 성립을 조건으로 제3자로부터 특정 재산의 취득을 목적으로 하는 매매형식의 계약으로 변태설립사항의 일종을 의미한다(상법 제290조 제3호). 정관에 기재하지 않은 재산인수는 무효이다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94다323 판결).

15) 사후설립은 회사설립 후에 회사대표가 회사를 위해 특정재산을 취득을 목적으로 하는 계약이다(상법 제375조).

16) 임재연, 「회사법 II」(개정판), 박영사, 2013, 622면.

17) ①과 ②의 경우에는 신설회사나 기존의 다른 회사의 신주(新株)를 인수하는 반면, ③의 경우에는 자기주식, 즉 기존의 다른 회사가 보유하는 구주(舊株)를 교부받는다는 점에서는 법형식에 있어서는 차이가 있다.

주주들의 주식을 유상으로 감자(減資)하고 소각의 대가로서 주주들에게 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 교부하는 방법, 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식과 주주들이 보유한 분할회사의 주식을 교환하는 방법, 분할회사가 이익배당으로서 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 주주들에게 현물배당하는 방법 등이 가능할 것이다.

이처럼 회사분할은 분할회사의 영업의 일부를 현물출자하여 신회사를 설립하는 것과 경제적으로는 동등한 것으로 평가할 수 있다. 특히 물적분할은 회사의 영업의 일부를 현물출자하는 방식으로 회사를 신설하는 것과 경제적으로 완전히 동일하다.<sup>18)</sup> 인적분할의 경우에도 다소 번거롭기는 하지만 현물출자를 통하여 신설회사를 설립하고, 이를 통하여 취득한 신설회사의 주식을 기존주주들에게 현물배당하는 방식으로 동일한 결과를 얻을 수 있다.

### 3. 영업양도 관련 입법의 필요성

#### 가. 영업양도시 근로관계 승계에 관한 판례법리의 형성

현행 근로기준법은 영업양도에 따른 근로관계의 승계에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이와 관련하여서는 해석론과 판례의 법리에 의존하고 있는 상황이다. 영업양도시 근로관계 승계에 관한 판례법리의 형성과정은 아래와 같다.

##### 1) 소위 ‘원칙승계설’의 채택

영업의 ‘전부’ 양도에 있어서의 근로관계의 승계가 주로 문제되던 1990년대 후반 법원이 영업양도시 근로관계의 승계에 관하여 ‘원칙승계설’을 채택한 것은 영업양도시 근로관계의 존속보장을 위한 다소 불가피한 선택이었다고 생각한다.

영업의 ‘전부’ 양도는 양도인의 입장에서 영업양도는 결국 영업의 폐지를 의미하므로, 양수인에게 근로관계가 승계되지 않을 경우 근로자는 결국 청산해고의 대상이 되거나 양도인의 법인격 소멸로 근로관계가 종료될 수밖에 없다. 따라서 이러한 국면에서 고용의 전속성은 중요한 쟁점으로 대두되지 않았으며, 고용의 존속보호의 관점에서 양도인과 양수인의 의사에 관계없이 영업이 양도되었다는 사실에 근거하여 근로관계의 승계라는 효과를 인정하기 위한 법리구성이 절실하였다. 그 결과 이론적 근거의 취약함에도 불구하고 대법원은 ‘원칙승계설’의 기초 위에 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 판례법리를 형성한 것으로 생각된다.

대법원은 영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 하여 원칙

18) 권오성, “영업양도에 관한 몇 가지 실무상 쟁점에 관한 소고”, 238면.

승계설의 입장을 채택하였다.<sup>19)</sup> 나아가 판례는 영업양도 당사자 사이에 근로관계 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 한 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 근로기준법 제23조 제1항의 정당한 이유가 있어야 유효하다고 보았다.<sup>20)</sup> 이러한 판례의 태도에 따르면, 근로관계가 승계되는 영업양도로 인정되기 위해서는 물적 동일성과 인적 동일성을 유지하여야 할 것인바, 여기에서 물적·인적 동일성은 사회통념에 의하여 객관적으로 판단된다. 따라서, 영업양도에 해당하는지 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하므로 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업양도로 볼 수 없다.<sup>21)</sup>

1990년대에도 영업양도 시 근로관계 승계에도 근로자의 동의가 필요하다는 특약필요설이 주장되었을 뿐만 아니라, 대법원의 판례법리가 제시된 이후에는 이러한 판례가 정당성의 범위를 ‘유월’한 부당한 법형성이라는 비판이 존재했다. 그러나, 고용의 존속보호에 관한 강한 사회적 요청으로 ‘원칙승계설’의 기초한 판례가 견고하게 정착될 수 있었다고 생각한다.

## 2) 근로자의 근로관계 ‘승계거부권’

이후 소위 ‘원칙승계설’을 채택한 판례법리가 영업의 ‘일부’ 양도에도 동일하게 적용될 수 있는가의 문제가 대두되었다. 이러한 국면에서는 종래의 고용의 존속보호의 요청 외에 ‘고용의 전속성’ 및 이에 근거한 근로자의 동의권 내지 거부권의 문제가 중요하게 대두되었다. 이는 양도인의 영업의 폐지가 예정되어 있던 영업의 ‘전부’ 양도와는 달리 영업의 ‘일부’의 양도의 경우에는 양도인이 영업양도의 종료 후에도 일부 사업부문을 계속하여 영위한다는 점에서 근로자의 입장에서 ‘선택’의 문제가 발생함에 기인한다. 영업의 ‘전부’ 양도의 경우, 근로관계의 승계와 해고제한의 법리를 통한 근로자의 보호만이 문제되던 것과는 달리, 영업의 ‘일부’ 양도의 경우에는 근로자의 의사에 반하여 근로자를 양수인에게 승계할 수 있는지의 문제가 추가된 것이다.

19) 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결: “영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고, 영업이 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자 간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다.”

20) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54245 판결: “영업양도 당사자 사이에 근로관계 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 한 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 근로기준법 제27조 제1항의 정당한 이유가 있어야 유효하다.”

21) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결: “영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약 관계)가 영업양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업양도라 볼 것이다.”



이러한 문제에 관하여 대법원은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것이어서 영업 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되지만 근로자가 반대 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있다”고 판시하여,<sup>22)</sup> 영업의 일부 양도의 경우 근로관계 승계에 대한 거부권을 인정하는 방법으로 ‘고용의 존속보호’와 ‘근로자의 선택권’의 두 가지 요청의 조화를 이루어내었다.<sup>23)</sup>

## 나. 기존 판례법리의 한계

영업양도에 있어서 근로관계 승계의 문제는 ‘근로관계의 승계’라는 법률효과를 발생시키는 법률요건은 무엇인가의 문제로 이해할 수 있다.<sup>24)</sup> 이와 관련하여 대법원은 “영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다.”고 판시하였다.<sup>25)</sup> 이러한 판시는 와가쓰마 사카에 교수의 “현대의 기업은 물적 시설과 그에 조직적으로 배치된 인적 조직이 서로 결합하여 구성된 하나의 유기적 조직체이고, 근로관계에 있어서는 사업주가 변경되어도 노무의 내용에 변경이 생기는 것이 아니며, 사용자의 의무 역시 그 이행은 기업 그 자체에 의하여 보장되고 고용에 뒤따르는 사용자와 노무자와 사이의 인적 관계는 사용자의 개인적 요소에 따라 영향을 받지 않고 기업과 노무자와의 관계로 객관화 내지 물화(物化)되어 있기 때문에 특별한 변화를 일으키지 않는다. 뿐만 아니라 기업은 그 존립을 위하여 그 조직내에 배치된 노무관계가 그대로 계속 유지되도록 하는 요청을 받게 된다. 이러한 사정에 비추어 기업의 양도는 원칙적으로 그 기업 내에 있는 노무자에 대한 사용자의 권리를 포괄적으로 양도하는 내용을 포함하는 것이 상례라 할 것이다.”<sup>26)</sup>라는 견해를 수용한 것으로 생각된다. 따라서 ‘근로관계물화설’에 연원을 두고 있는 기존의 판례법리의 타당성을 검토하기 위해서는 먼저 기업조직에의 편입이 근로관계를 형성할 수 있는가와 사용자가 근로자를 제3자에게 처분할 수 있는가의 두 가지 질문에 대한 입장을 정해야 할 것이다.

먼저, 기업조직에의 편입이 근로관계를 형성할 수 있는가? ‘사업의 이전’이라는 사실에 근로관계의 승계라는 법률효과를 부여하는 것이 가능한가는 기업조직에의 편입이라는 사실에서 근로관계가 형성됨을 긍정할 수 있는가라는 질문과 맞닿아 있는 문제라고 생각된다. 과연 ‘계약 없는 노동관계’의 성립을 인정할 수 있는가? 소위 ‘편입설’은 노동관계와 노동계약의 차이를 강조하고, 나아가 노동관계를 노동계약관계를 넘어선 독자의 법적 관계로 이해한다.<sup>27)</sup> 이러한 편입설은 근로

22) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김홍영, “영업양도에서 퇴직금을 지급받기 위한 근로자의 승계거부권”, 「노동법학」제45호, 한국노동법학회, 2013. 3. 436면 이하 참조.

23) 권오성, “회사분할과 단체협약의 승계”, 138-139면.

24) 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 「민사재판의 제문제」제8권, 민사실무연구회, 1994, 1034면.

25) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결.

26) 我妻榮, 「債權各論 中券二」, 1969, p.568(김지형, 앞의 글, 1041-1042면에서 재인용).

계약이 근로관계의 내용을 제대로 규율하지 못하는 점을 직시하여 그에 대한 대안으로 근로관계를 직접 내세웠다는 점에서 의의가 크다고 할 것이나, 자기의 의사에 따르지 않고 다른 사람에게 구속되지 않는다는 사적자치의 원칙을 정면에서 부정한다는 점에서 수용하기 어려운 측면이 있다고 생각한다.<sup>28)</sup>

다음으로, 사용자가 근로자를 제3자에게 처분할 수 있는가? 대법원은 1997년 한국수자원공사 사건에서 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시한 이래,<sup>29)</sup> 유사한 사안에 관하여 다수의 판결에서 동일한 취지의 판시를 반복하였다.<sup>30)</sup> 이에 의하면 영업양도는 ‘인적 조직’을 포함한 ‘일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체’의 양도를 의미하는바, 이는 영업양도인이 자신의 의사로 근로자(인적 조직)를 제3자에게 양도할 수 있다는 취지로 읽힌다. 그러나 고용의 전속성을 선언하고 있는 민법 제657조 제1항의 취지상 이러한 이해는 옳지 않다고 생각한다. 유기적 조직체로서의 영업을 제3자에게 승계되어 사업이 이전됨으로 인하여 근로관계가 제3자에게 승계된다는 이론구성 자체에는 반대하지 않지만, 이러한 근로관계의 승계가 영업양도인과 영업양수인의 의사의 합치에 근거한다는 발상은 근로자를 ‘인적 조직’이라는 용어로 치환하여 근로관계를 거래의 대상으로 삼은 것이라고 생각한다.<sup>31)</sup> 한편, 영업양도가 있었다고 인정되려면 당사자 사이에 영업양도에 관한 명시적·묵시적 합의가 있거나 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 영업상 물적·인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되어야 한다는 취지의 판결도 있는바,<sup>32)</sup> 이러한 판단은 근로관계 승계의 법률요건으로서의 영업양도의 개념징표로 ‘인적 조직의 포괄적 승계’를 요구하고 있다는 점에서 요건과 효과가 뒤섞인 것이 아닌가 생각된다.

#### 다. 영업양도시 근로관계 승계에 관한 입법의 필요성

영업양도시 근로관계가 승계된다는 법률효과는 영업양도인과 양수인의 의사가 아니라 영업양도의 결과 발생하는 ‘사업의 이전’이라는 사실 자체에 법률효과를 부여하는 객관적 범규범에서 찾아야 할 것이다.

이러한 객관적 범규범의 형성은 관련 입법이 미비한 우리나라의 상황에서는 법발견 작용인 법의

27) Hugo Sinzheimer(이원희 역), 「노동법원리」, 관악사, 2004, 125면.

28) 김유성 교수도 편입설에서 주장하는 사실적 근로관계론이나 근로계약상 의무는 취로 이후에 비로소 발생한다는 주장은 유용한 시사점을 던져 준다고 평가하면서도, 법률관계는 당사자의 의사에 의해 기초지워지는 것이 오늘날 전체 사법질서와 부합한다는 이유로 근로관계의 개시는 양당사자의 의사의 합치에 의해서 이루어진다는 계약설을 지지하는 입장이다(김유성, 「노동법I」, 법문사, 2005, 56면).

29) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결.

30) 이 입장을 지지하면서 대법원의 판례를 당사자의 합의에 기초한 고용관계의 승계로 이해하는 견해로는 박지순, “노동법에서의 학설, 그 현상과 문제점”, 「안암법학」제31권, 안암법학회, 2010, 180-183면.

31) 권오성, “하청업체의 교체와 근로관계 승계”, 6-7면.

32) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결. 이 판결은 영업양도는 당사자 사이의 합의에 의하여서 일어날 수 있지만 합의가 없더라도 동일성을 유지한 영업조직의 이전이 있으면 영업양도의 효력을 긍정할 수 있다는 것이다. 후자의 판결은 특히 양도의 형식을 자산매매계약으로 삼고 계약 내용에서 인적 조직을 인수하지 아니하는 것으로 정하는 경우인데 이에 대하여 대법원은 영업양도의 실질을 보아서 이를 영업양도로 평가할 수 있다고 판단하였다.

해석의 문제가 아니라 법의 흠결에 대한 보충으로서의 ‘법형성 작용’으로 이해되어야 할 것이다. 만일 ‘사업의 이전’이라는 사실 자체에 법률효과를 부여하는 객관적 법규범의 형성이 곤란하다면, 영업양도시 근로관계의 승계는 양도인이나 양수인의 의사가 아니라 ‘근로자의 의사’에 근거해야 할 것이며, 이는 결국 근로자의 개별적 동의를 전제로 하는 전적과 동일하게 취급할 수밖에 없다고 생각한다.

**이러한 측면에서 ‘사업의 이전’이라는 사실 자체를 요건으로 하여 근로관계의 승계라는 법률효과를 부여하는 입법이 필요하다고 생각한다.**

## 라. 논의의 확장 – 용역업체의 변경

### 1) 하청노동의 확산

1990년 외환위기 이후 우리나라에서는 ‘고용의 외부화’ 현상이 급격하게 진행되었다. 이러한 고용의 외부화가 확산됨에 따라서 하청업체(또는 ‘하도급업체’, ‘하청기업’ 등)에 고용된 근로자(이하 “용역근로자”라고 한다)들의 근로조건은 더욱 열악해지고, 헌법 제33조에서 보장하고 있는 노동3권마저도 효과적으로 보장되지 못하고 있는 상황에 있다.

하청업체를 통한 고용의 외부화는 그 자체만으로도 용역근로자의 열악한 근로조건 등 많은 문제를 갖고 있으며,<sup>33)</sup> 나아가 도급인(또는 ‘원청기업’ 등)에 의하여 하청업체가 변경되는 경우 근로자들의 지위는 더욱 심각하게 위협받는다.

용역근로자의 고용을 불안하게 하는 가장 큰 요인은 도급인과 기존 하청업체 사이의 용역계약의 종료라고 할 것이다. 도급인과 기존 하청업체 사이의 용역계약이 종료되면 기존 하청업체로부터 용역근로자들이 경영상 이유에 의한 해고에 처해질 위험이 높음은 물론, 하청업체가 용역계약의 종료를 이유로 사업을 폐지할 경우에는 판례에 따라 통상해고를 당할 수 있기 때문이다.<sup>34)</sup> 물론 이러한 경우 하청업체에 의한 경영상 해고 또는 통상해고의 정당성은 사법심사의 대상이 될 수는 있을 것이나, 전자의 경우에는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 인정될 가능성이 높다고 할 것이며, 후자의 경우에는 ‘위장폐업’으로 인정되는 예외적인 사정이 없는 한 사실상 통상해고의 정당성이 인정될 것이다.

실제로도 하청업체는 대부분 영세사업체이거나 특정 사업주에게 전속적으로 서비스를 제공하기

33) 정영훈 박사는 ①도급업체의 근로자들에 비하여 임금, 복리후생, 휴식휴가, 근로시간 등과 같은 근로조건이 상당히 열악하다는 점, ②근로자파견이 합법화된 이래로 근로자파견법을 가장한 도급을 둘러싼 논란, 특히 근로자파견법을 위반한 하도급 업체의 근로자에 대한 도급 사업주의 직접고용의무 이행을 둘러싼 논란이 끊임없이 이어지고 있다는 점, ③위험의 외주화의 문제, ④하도급 근로자와 도급 사업주 간의 집단적 근로관계의 문제를 용역근로자의 노동상황의 문제점으로 지적하고 있다(정영훈, “하도급노동자 보호를 위한 노동법정책”, 한국고용노사관계학회 2018년 동계학술대회, 2018. 2, 291-292쪽).

34) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결, 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결 등 참조. 한편, 형식적으로 해산절차를 진행하지 않았다 할지라도 근로관계 유지 필요성 면에서 해산과 실질이 같으므로, 해산시 통상해고가 가능한 것처럼 회사는 근로자 전원에 대해 통상해고를 할 수 있다는 주장으로 조상욱, “폐업”, 「노동법률」2013년 2월호, (주)중앙경제, 38쪽. 반면, 사업의 폐지의 경우에도 경영상 해고에 관한 규제가 적용되어야 한다는 유력한 반론으로 조용만, “경영상 해고의 제한에 관한 판례 법리의 재정립”, 「노동법학」제64호, 2017. 12, 165-166쪽.

때문에 용역계약의 종료는 기존 하청업체의 폐업으로 이어질 수도 있고, 신규 하청업체로의 변경 과정에서 기존의 근로자가 전원 해고되거나, 기존의 하청업체 소속 근로자 중 기존보다 저하된 새로운 근로조건을 수락하지 않는 근로자나 노동조합 활동에 적극적인 근로자의 재고용이 선별적으로 거부되는 등의 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 그러나 종래 하청업체 변경 시 기존 근로자의 재채용 거부가 문제된 사건에서 법원은 대부분의 경우 신·구 하청업체 간에 ‘영업양도 계약’이 없었다는 점을 이유로 근로관계의 승계를 부정하여 왔다.

이러한 상황에서 최근 하급심에서 하청업체의 변경시 근로관계의 승계와 관련하여 ① ‘묵시적 영업양도’라는 개념을 인정하여 근로관계의 승계를 인정한 판결(대법원 2017. 10. 12. 2017두 51303 심리불속행결정), ② 도급인과 새로운 하청업체 사이에 체결된 도급계약을 ‘제3자를 위한 계약’으로 보아 근로자의 근로관계의 승계를 인정한 판결이 선고되었다. 이러한 판결들은 법원이 하청업체의 변경시 신·구 하청업체의 변경은 영업양도에 해당하지 아니하고, 따라서 신·구 하청업체 간에 근로관계의 승계의 문제는 발생하지 않는다는 종래의 주류적인 판례의 문제점을 인식하고, 이를 극복하기 위하여 다양한 해석론을 모색하는 것으로 평가된다. 다만, 이러한 하급심 판결들은 하청업체의 변경시 근로관계의 승계에 관한 사업장 관행이 존재하거나, 도급계약의 계약서류에 근로관계의 승계에 관한 확약이 포함되는 등의 제한적인 상황에서 의미를 갖는 것으로, 하청업체 변경시 근로관계의 승계에 관한 일반적인 보호방법으로는 여전히 부족하다.

## 2) 실정법상 보호의 흠결

사업의 이전에 따른 근로관계의 승계에 관한 제정법(制定法)이 없는 우리나라의 상황에서 하청업체의 변경에 부수하는 ‘사업의 이전’이라는 사실 자체로부터 근로관계의 승계라는 법률효과를 인정하는 것은 용이하지 않다.

하청업체의 변경에 의한 사업주 변경으로 인하여 일자리를 위협받게 되는 근로자들이 속출하고 있는 상황을 고려할 때, 법원의 적극적 법해석 내지 법형성을 통한 해결방안의 모색이 필요하다. 따라서 먼저 종래 법원은 영업양도로 대표되는 사업주 변경 시의 근로관계 문제에 대한 나름의 판례 법리를 형성하여 왔는바, 사업이 그 동일성을 유지하면서 이전되는 경우 종전 사업주와 근로자 사이의 근로관계가 신규 사업주로 승계된다는 법관법(法官法)의 형성 가능성을 모색할 필요가 있다. 다만, 이에 앞서 ‘중간착취의 배제’를 선언하고 있는 근로기준법 제9조의 취지를 고려할 때 노무도급업무의 외주화 자체의 적법성에 대하여 평가가 선행되어야 할 것이며, 따라서 사업이전에 의한 근로관계의 승계 문제는 소위 ‘진정도급’에 관한 쟁점임을 명확히 하여야 할 것이다.

하청업체에 고용되어 도급인이 하청업체에 위탁한 업무에 종사하는 용역근로자의 보호와 관련하여 검토가 필요한 쟁점들을 (i) 도급인과 하청업체 사이의 계약이 진정도급인지 위장도급인지 여부 및 (ii) 용역계약이 진정도급으로 인정될 경우, 용역계약의 체결 → 존속 → 종료의 각 단계에 있어서 문제되는 법적 쟁점들을 정리하면 다음과 같다.

〈표 1〉 용역근로자와 관련한 법적 쟁점

구분		법적 쟁점
① 위장도급		도급인과 용역근로자 사이의 근로관계의 성립 문제
진정도급	② 용역계약의 체결	용역 대상 업무의 제한 문제 아웃소싱을 이유로 한 경영상 해고의 정당성 문제
	③ 용역계약의 존속	용역근로자의 근로조건에 관한 도급인의 사용자책임 (일부) 인정 문제
	용역계약의 종료	④ 직영전환
⑤ 하청업체 변경		기존 하청업체에 의한 경영상 해고, 통상해고의 정당성 문제 신규 하청업체에 대한 근로관계의 승계 문제

먼저, 도급인과 하청업체 사이의 계약이 소위 ‘위장도급’으로 평가될 경우(위 ①)에는 도급인과 용역근로자 사이에 명시적인 근로계약의 체결이 없더라도 도급인과 용역근로자 사이에 직접 근로관계가 성립할 수 있는지 여부가 쟁점이 것이다. 이러한 국면에서는 직업안정법 및/또는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견법”)의 적용 문제와 해석상 ‘묵시적 근로계약이론’ 등의 적용이 문제될 것이다. 이러한 국면에서의 용역근로자의 보호 문제는 직업안정법 및 파견법의 엄격한 적용을 통하여 도급인과 용역근로자 사이에 직접 근로관계의 성립을 인정하고, 도급인에게 용역근로자의 사용에 관한 책임을 귀속시키는 방향으로 법해석 및 입법론이 진행되어야 할 것이다. 이와 같이 ‘중간착취의 배제’를 선언하고 있는 근로기준법 제9조의 취지를 고려할 때 노무도급업무의 외주화 자체의 적법성에 대하여 평가가 선행되어야 하며, 위장도급으로 분류될 수 있는 사안들의 경우에는 도급인을 용역근로자의 직접적인 사용자로 포섭하여야 할 것이다.

그러나, 도급인과 하청업체 사이의 계약이 소위 ‘진정도급’으로 평가되는 경우에는 도급인과 용역근로자 사이에 직접적인 근로관계의 존재를 긍정하는 것이 용이하지는 않다. 따라서 이러한 경우에는 용역근로자와 근로계약을 체결한 하청업체를 용역근로자의 사용자로 긍정함을 전제로 용역근로자의 보호에 관한 논의를 전개할 필요가 있다. 용역계약의 체결 → 존속 → 종료의 각각의 국면에서 문제가 되는 사항을 정리하면 다음과 같다.

(1) 도급인이 종래 직영으로 처리하던 업무에 관하여 용역계약을 체결하는 방식으로 이를 외주화(外注化)하는 경우(위 ②)에는 외주의 대상이 되는 업무를 법률로 제한하는 것이 가능한지(입법론의 측면), 이러한 외주화의 결과 발생하는 유희인력을 대상으로 하는 경영상 해고의 정당성이 인정될 수 있는지(해석론의 측면) 등이 주로 문제될 것이다.

(2) 도급인과 하청업체 사이에 용역계약이 ‘적법’하게 체결되어 도급인의 업무 일부를 하청업체가 독립적으로 수행하는 경우(위 ③)에는 도급인과 용역근로자 사이에 직접적인 근로관계가 있다고 보기는 어렵기 때문에 용역근로자의 근로계약상 사용자인 하청업체 외에 도급인에게 사용자로서의 법적 책임의 일부(주로 임금지급의무)를 귀속시키는 입법론 및 해석론의 모색이 문제될 것이다. 현행법상으로는 근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급), 제44조의2(건설업에서의 임금 지

급 연대책임), 제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례), 최저임금법 제6조(최저임금의 효력) 제7항에서 제9항에 의한 도급인의 연대책임, 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」(이하 “고용산재보험료징수법”) 제9조(도급사업의 일괄적용) 등이 문제될 것이다.

(3) 도급인과 기존의 하청업체 사이의 용역계약이 종료되었지만 기존의 하청업체에 의하여 수행되던 업무가 계속 존속하는 경우 도급인은 당해 업무를 도급인이 고용한 근로자를 사용하는 방법으로 직접 수행하거나(위 ④), 또는 다른 하청업체와 새로이 용역계약을 체결하고 당해 업무를 신규 하청업체에 위탁하게 될 것이다(위 ⑤). 이러한 경우에는 기존 하청업체의 입장에서는 영업의 감축 내지 폐지가 불가피할 것이므로 기존 하청업체가 영업의 감축을 이유로 용역근로자들을 경영상 해고하거나 영업의 폐지를 이유로 통상해고를 할 가능성이 있는바, 이러한 해고의 정당성의 판단이 문제된다. 한편, 위 ④의 경우에는 용역근로자의 보호를 위하여 용역 업무를 직영으로 전환하려는 도급인에게 용역근로자를 우선적으로 채용할 의무를 부과하는 입법을 고려할 필요가 있을 것인바, 소위 ‘채용의 자유’와의 관계에서 용역근로자의 우선 채용을 강제하는 입법이 가능한지 문제되며, 위 ⑤의 경우에는 이러한 하청업체의 변경을 ‘사업의 이전’으로 보아 근로관계가 신규 하청업체에 승계되는 것으로 규정하는 입법이 가능한지 문제될 것이다.

### 3) 용역업체 변경시 근로관계 승계에 관한 입법의 필요성

용역업체 변경시 근로관계의 승계에 관한 입법이 없는 현재 상황에서는 도급인과 신규 하청업체 간의 도급계약을 기존 하청업체 소속 근로자에게 근로관계의 승계를 요구할 수 있는 권리를 부여하는 내용으로 해석 내지 보충하거나 하청업체의 교체로 인한 사실상의 사업이전과 영업양도의 사안의 유사성에 기반하여 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용하다 등의 방법론을 모색할 필요가 있다.

하청업체의 변경과정에서 당사자 사이에 근로관계의 승계에 관한 명시적인 계약이 체결되지 않는 경우에도 가급적 법률행위의 해석이나 보충을 통하여 근로관계의 승계를 인정할 필요가 있다. 이 경우 도급인과 신규 하청업체가 기존 하청업체의 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 법률행위를 해석 내지 보충하는 방안도 고려할 필요가 있다. 노사관행을 법률행위 해석의 하나의 기준으로 이해하는 판례 법리에 비추어 하청업체 변경시 근로자가 승계되어 왔다는 사업장 관행은 도급인과 신규 하청업체 사이에 체결된 도급계약을 종전 하청업체 소속 근로자에게 근로관계 승계에 관한 선택권(option)을 부여하는 제3자를 위한 계약으로 해석 내지 보충하는 근거로 기능할 수 있을 것이다.

법률행위의 해석이나 보충으로 근로관계의 승계를 인정할 수 없는 경우에는 결국 하청업체의 변경이라는 ‘사실’ 자체에 적용될 객관적 법규범이 존재하는지 문제된다. 우리나라의 현행 법률은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 이를 법률의 흠결로 이해할 경우에는 영업양도에 관한 판례 법리의 유추를 통하여 이러한 법률의 흠결을 보충하는 방안을 고려할 필요가 있다. 영업양도

에 관한 판례 법리를 하청업체의 변경에 유추적용하기 위해서는 양자 사이에 사안의 유사성이 인정되어야 할 것인데, 이를 판단함에 있어서는 유형론적 접근이 필요하다. 근로관계 승계라는 법률효과가 인정되는 영업양도의 주된 개념표지를 ①양도인의 영업의 폐지와 ②총체적인 사업의 이전이라고 이해하는 전제에 선다면, 신규 하청업체 간의 영업 내지 자산의 양수도에 관한 법률행위의 존부는 하청업체의 변경에 따른 사업이전이 영업양도의 유형에 편속되는지를 평가함에 있어 본질적인 요소가 아니며<sup>35)</sup>, 따라서 이러한 법률행위가 없는 경우에도 ①종전 하청업체의 영업의 폐지와 ②신규 하청업체가 그러한 폐지된营业을 개시하였다는 사실이 인정된다면 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용해야 할 것이다.

그러나 이러한 해석에 의한 보호는 그 범위가 매우 제한적일 뿐만 아니라 법적 안정성도 확보하기 어렵다. 따라서 하청업체의 교체로 인한 사업의 이전의 경우 근로자의 보호 문제는 근본적으로 사업이전시 근로자의 보호에 관한 규율을 목적으로 하는 입법을 통해 해결되어야 한다.

#### 4. 회사분할 관련 입법의 필요성

##### 가. 회사분할시 근로관계 승계에 관한 판례법리의 형성

기존의 분할회사가 두 개 이상의 회사로 분리된다는 회사분할의 본질상 회사분할의 국면에서 근로자의 입장에서는 회사분할 이후 복수의 회사 중 자신이 어느 회사에 소속될 것인가라는 문제가 항상 발생할 수밖에 없다(이는 앞서 본 영업의 일부양도의 경우에도 동일하다). 예컨대 어떤 근로자는 자신은 신설회사로 승계되기를 희망하지 않음에도 불구하고 본인의 의사에 반하여 신설회사로의 근로관계 승계를 강제당할 수 있을 것이며, 또 어떤 근로자는 자신은 근로관계가 신설회사로 승계되기를 희망함에도 신설회사로 승계되는 대상에서 배제될 수도 있다. 만일 분할회사와 신설회사의 재무구조나 장래의 사업전망에 현저한 차이가 있는 경우, 회사분할 이후 상대적으로 열악한 상황의 회사에 소속되는 근로자는 근로관계의 존속 자체는 물론 향후의 근로조건 수준에 관하여 다른 회사에 소속된 근로자에 비해 불리한 상황에 놓이게 될 것이다.

이러한 점을 고려할 때, 회사분할 시 근로관계의 승계와 관련하여서는 사전적으로는 회사분할 절차에 대한 근로자의 참여권 보장이 중요하며, 사후적으로는 신설회사로의 근로관계의 승계를 희망하지 않는 근로자의 거부권과 신설회사로의 승계를 희망하지만 승계대상에서 제외된 근로자의 이의신청권 등 근로자의 선택권을 보장할 수단을 마련할 필요가 있다. 그러나, 우리나라의 경우에는 회사분할 시 근로관계의 변동에 대해서는 1998년 당시는 물론 그 이후에도 어떠한 입법적 조치도 취하지 않았다.<sup>36)</sup>

35) 다만, 사업양도를 '법률행위'에 의하여 특정한 사업 또는 사업부분을 양도·양수하는 것으로 이해하는 전통적인 해석(예컨대, 김형배, 『노동법』 제24판, 박영사, 2015, 628면)을 견지하는 입장에 서면 필자의 이러한 주장이 수용되기 어려울 것이다.

이러한 상황에서 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결(이하 “2013년 판결”이라고 함)은 회사분할의 경우 근로관계도 상법의 규정에 따라 승계되며, 근로자의 거부권은 예외적으로만 인정된다는 취지로 판결하였다.<sup>37)</sup>

「상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사(이하 ‘신설회사’라고 한다)는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될 수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.」

이후 위 판결이 회사분할 시 근로관계의 승계에 관한 사실상의 규범으로 기능하고 있는 형편이다. 2013년 판결을 정리해보면, 대법원은 ① 회사의 분할에 따라 일부 ‘사업 부문’이 신설회사에

36) 2000년 회사분할제도를 도입한 일본의 경우에는 2000년 당시 상법 제374조 제2항 제5호에 분할계획서의 기재사항으로 채권관계나 자산, 채무 외에 별도로 “고용계약”을 명시하고 있었으며, 일본의 현행 회사법 제763조 제5호도 동일한 취지로 규정하고 있다. 또한 일본은 상법 내지 회사법의 규정 이외에 “회사분할에 수반한 근로계약의 승계 등에 관한 법률”을 제정하고, 동법에서 회사분할 시 근로관계의 승계문제를 상세히 규율하는 방식으로 입법적으로 해결하였다.

37) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결: “상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.”



승계되고(실체적 요건), ② 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 설명하고 이해와 협력을 구하면(절차적 요건) 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되고, 다만 ③ 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하는 방편으로 이용되는 등의 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 예외적으로 해당 근로자의 거부권이 인정된다는 것이다.

## 나. 2013년 판결의 문제점

### 1) 기능적 한계

회사분할 시 근로관계의 승계가 문제되는 유형은 매우 다양하다. 그런데, 2013년 판결은 분할계획서에 근로관계의 승계에 관한 기재가 있는 경우에 있어 신설법인으로 승계되는 사업에 소속된 근로자의 근로관계의 승계의 문제에 대한 판단일 뿐, 분할계획서에 근로관계의 승계에 관한 기재가 없거나, 분할계획서에 신설법인으로 승계되는 사업에 소속되지 않은 근로자를 신설법인으로 승계한다는 취지의 기재가 된 경우에 대해서는 어떠한 해석기준도 제시하지 못하고 있다. 즉, 분할계획서에 근로관계의 승계에 관한 기재가 없는 경우(우리 상법은 분할계획서에는 근로관계의 승계 여부를 기재할 것을 예정하고 있지 않다)에 있어 신설법인으로 이전되는 사업에 소속된 근로자의 근로관계가 신설법인으로 승계되는지의 문제에 있어 2013년 판결은 어떠한 기준도 제시하지 못하고 있다.

### 2) 법학방법론상 문제점

2013년 판결은 “상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다.”고 판시하여 회사분할 시 근로관계의 승계 문제를 상법 제530조의10의 적용의 문제로 보았다. 그러나, 상법 제1조는 “상사(商事)에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다.”고 규정하고 있다. 여기서 상사란 말 그대로 ‘상(商)’에 관한 일, 즉 물건을 사고 팔아 이득을 남기는 일을 말한다. 따라서 회사분할 시 근로관계 승계의 문제에 상법을 직접 ‘적용’한다는 이해는 근로관계의 승계가 물건을 사고파는 일과 규범적으로 등가하다는 평가를 전제로 하는 것이다. 나아가 회사법의 경우, 회사법이 관심을 갖는 이해관계가 주주 대 회사채권자, 지배주주 대 소수주주, 주주 대 기관이라는 점에서 회사법의 제반 규정들은 원칙적으로 노동관계와 어떠한 접점을 갖기 어렵다.<sup>38)</sup>

한편, 현행 상법 제530조의5 제1항 제7호는 분할계획서의 기재사항으로 분할신설회사에 이전될 ‘재산과 그 가액’을, 같은 조 제2항 제3호는 분할로 인하여 이전할 ‘재산과 그 가액’을 규정하고 있다. 따라서 이러한 상법의 문언상 분할계획서에 기재될 수 있는 재산은 ‘가액’으로 환산되어 분할채무상태표에 기입할 수 있는 재산만을 의미하는 것으로 해석해야 할 것이다. 그러므로 분할채무상태

38) 권오성, “회사분할과 단체협약의 승계”, 131-133면.

표에 기입할 수 없는 ‘근로계약’은 분할계획서의 기재사항이 아니다.<sup>39)</sup>

비교법적으로 보면, 일본의 경우 회사법 제정 이전의 상법 제374조 제2항 제5호나 현행 회사법 제763조 제5호에서 채권관계나 자산, 채무 외에 ‘고용계약’을 분할계획서의 기재사항으로 명시하고 있다는 점과 비교해보면 ‘근로계약’이 우리 상법 제530조의10의 적용범위에 속하지 않는다고 생각한다.<sup>40)</sup> ‘분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계’된다는 상법 제530조의10의 규정을 부분적 포괄승계라고 이해한다고 하더라도 이를 법인격이 승계되는 합병에서의 포괄승계와 같은 의미로 이해해서는 아니 되고, 단지 분할계획서에 이전대상으로 정해진 권리와 의무는 개별적인 이전행위를 요하지 않고 회사분할로 인하여 일괄하여 이전된다는 의미로 이해하여야 할 것이다. 따라서 분할계획서에 이전대상으로 특정되었다는 사실만으로 법이 이전을 금지하거나 일신전속적 성질이 있는 권리와 의무가 당연히 신설회사로 이전된다고 해석해서는 아니 된다. 그런데, 근로자의 인격과 분리될 수 없는 노동력의 제공을 내용으로 하는 근로계약은 그 성질상 당연히 일신전속성을 갖는다고 할 것이며, 나아가 이러한 일신전속성은 근로계약의 성립 시부터 종료 시까지 일관하여 인정되어야 할 것이다. 따라서 사용자가 일방적으로 작성한 분할계획서에 근로관계의 승계에 관한 사항이 기재되었다는 이유만으로 민법 제657조 제1항을 배제해가며 신설회사에 근로관계가 승계된다고 해석하는 것은 동의하기 어렵다.

회사분할의 경우에는 합병과는 달리 회사의 재산이 둘 이상의 회사에게 분리되어 이전되므로, 상법은 이러한 특성을 반영하여 분할시 분할계획서에서 이전될 재산에 관한 내용 등 필수적 기재사항을 정하고 있다.<sup>41)</sup> 이러한 분할계획서는 일반적인 의사표시와 달리 사적자치의 원칙이 적용되기는 어려운 특성을 갖는다.<sup>42)</sup> 그런데 상법 제530조의5 제1항 제7호는 분할계획서의 기재사항으로 단순 분할신설회사에 ‘이전될 재산과 그 가액’을, 같은 조 제2항 제3호는 분할로 인하여 이전할 ‘재산과 그 가액’을 규정하고 있으므로,<sup>43)</sup> 이미 발생한 임금채권 등의 개별 채권은 별론으로 하고 근로계약이나 단체협약 자체를 재무상태표에 기재할 수 없다. 따라서 분할계획서에 근로계약이나 단체협약의 승계를 기재한다고 하더라도 이는 분할계획서의 ‘무의적 기재사항’에 불과하다. 이처럼 상법 제530조의10은 노동관계에 적용될 것을 예정하고 입법된 것이 아니다. 따라서 근로관계의 이전에 상법 제530조의10이 직접 ‘적용’된다는 2013년 판결은 상법의 적용범위를 부당하게 확장한 것이다.

요컨대, 현행 상법 제530조의10은 근로관계의 승계에 적용될 것을 예정한 조문이 아니므로, 회사분할 시 근로관계의 승계에 관해서는 ‘법률의 흠결’이 있다고 할 것이며, 따라서 회사분할 시 근로관계가 승계는 상법의 적용의 문제가 아니라 법관에 의한 법형성의 한계의 문제로 접근함이 옳다. 법학방법론의 관점에서 보면 2013년 판결은 법관의 법형성을 법해석으로 위장하여 법관법형성에 요구되는 근거설정 내지 법적 논증의 책임을 우회한 것이다.<sup>44)</sup>

39) 권오성, 위의 글, 133-134면.

40) 권오성, “회사분할과 근로관계의 승계”, 『노동판례리뷰 2014』, 한국노동연구원, 2015, 125-126면.

41) 상법 제530조의5.

42) 노혁준 편, 앞의 책, 97면.

43) 일본 회사법이 분할계획서에 기재할 수 있는 사항을 ‘승계하는 자산, 부채, 고용계약 기타의 권리·의무’라고 규정하고 있는 것과 비교해보라.

44) 권오성, “하청업체의 교체와 근로관계 승계”, 『노동법학』제63호, 한국노동법학회, 2017. 9. 14-15면.

### 3) 법적 안정성의 훼손

2013년 판결은 회사분할 시 근로관계에 관해서도 상법 제530조의10이 적용된다고 하면서도, ‘회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계’되는 경우 근로관계는 회사분할에 관한 주주총회의 결의만으로 승계되는 것이 아니라 ‘분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설 회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차’를 거쳐야만 신설회사에 승계된다고 판시하였다. 이러한 입장에 대하여는 종래의 하급심 판결에서 전혀 언급되지 않았던 ‘노동조합과 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차’라는 새로운 요건을 제시함을 통하여 근로자 보호를 위한 절차적 정당성 요건을 법원의 해석을 통해 실질적으로 구체화·요건화하였다는 점에서는 의미가 있다는 견해가 있는바,<sup>45)</sup> 회사분할의 절차에 근로자나 근로자집단의 참여에 관한 규정을 두고 있지 않은 현행 상법을 고려할 때 이러한 견해도 수긍할 만한 부분이 있다. 그러나 ① ‘회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계’되는 경우 이는 실질적으로는 법률행위에 의하여 영업의 일부가 다른 회사로 승계된 것으로 영업양도와 실질적으로 동일하다고 평가할 수 있음에도 영업양도와는 달리 ‘노동조합과 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차’라는 추가적인 요건을 요구하는 것은 형평에 반한다는 점과 ② 노동조합이나 근로자는 법적으로는 분할회사의 주주총회 결의와는 아무런 관련이 없다는 점을 고려할 때 이러한 절차적 요건의 시간적 한계를 ‘분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전’으로 제한하는 근거를 알기 어렵다는 점, ③ 이러한 이해와 협력을 구해야 하는 상대방인 ‘노동조합과 근로자들’의 범위 자체가 명확하지 않다는 점(예컨대 복수의 노동조합이 존재하는 경우 교섭대표노동조합의 이해와 협력만 구하면 되는지 또는 승계대상 근로자의 이해와 협력만 구하면 되는지 등) 등을 생각하면, 이로 인해 회사분할 시 근로관계의 승계에 관한 법률관계가 불명확해 질 수 있다.

나아가 2013년 판결은 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하는 방편으로 이용되는 등의 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 예외적으로 해당 근로자에게 거부권을 인정하고 있는데, 이러한 판단 또한 ① ‘회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하는 방편으로 이용’되는 경우라는 표현 자체가 모호하고, ② 그러한 ‘특별한 사정’의 주장·입증을 근로자에게 부담토록 하는 것은 형평에 맞지 않으며, ③ 분할회사가 소멸하는 완전분할의 경우 거부권 행사의 효과를 어떻게 보아야 하는지 명확하지 않다는 점에서 문제가 있다.

요컨대 2013년 판결은 ‘둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설 회사에 승계되는 경우’에도 이러한 사실만으로는 근로관계가 승계되지 않고 ‘노동조합과 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차’를 거친 경우에만 근로관계가 승계된다고 판단하면서도 이해와 협력을 구할 상대방인 ‘노동조합과 근로자들’이 누구인지조차 명시하지 않고 있으며, 또한 근로자에게 예외적으로 거부권을 인정하기 위한 요건 또한 ‘회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면

45) 최석환, “회사분할에 따른 근로관계의 승계에 관한 법리”, 『노동법연구』제36호, 서울대노동법연구회, 2014, 229-231면 참조.

서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우'라고 매우 모호하게 제시하여 근로자의 입장에서 이러한 사실을 주장·입증하여 거부권을 행사할 여지가 매우 협소하다는 점에서 문제가 있다.

#### 다. 회사분할시 근로관계 승계에 관한 입법의 필요성

회사분할시 근로관계 승계에 관한 법형성의 방향과 관련해서는 먼저 회사분할 시 근로관계 승계의 요건을 '사업의 이전'이라는 '사실'로 구성할 것인지 아니면 분할계획서의 기재 등 사용자의 '의사'에서 구할 것인지 결정해야 할 것이다. 그런데 EU 사업이전지침과 같이 '사업의 이전'이라는 객관적인 사실을 요건으로 근로관계의 승계를 인정하는 입법이 마련되지 않는 우리나라에서 회사분할의 결과로 사업의 이전이 발생하였다는 사실 자체에서 근로관계의 승계를 인정하는 해석은 쉽지 않다(이는 영업양도시 근로관계의 승계의 국면에서도 동일하다. 따라서 실정법상 근거가 없는 상황에서 영업양도시 원칙적인 근로관계의 승계를 긍정한 판례가 법관의 법형식의 한계를 넘는 것인지 논란이 있는 것이다).

따라서 종국적으로는 회사분할 시 근로관계의 승계 등의 문제는 이에 관한 규율을 직접적인 목적으로 하는 입법을 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

### 5. 기업변동시 근로자의 보호 등에 관한 법률 제정(안)

#### 가. 적용범위

기업의 일방적 의사결정으로 실시되는 기업변동으로 인하여 근로자나 노동조합의 법적 지위가 취약해질 수 있다는 점을 고려할 때, 향후 기업변동의 국면에서 근로자와 노동조합의 보호를 규율하는 입법은 필요하다고 생각한다. 특히 영업의 일부양도나 회사분할과 같이 하나의 회사가 두 개 이상의 회사로 분리되는 경우에는 근로자가 이러한 기업변동 이후의 복수의 회사 중 어느 회사에 근로자가 소속될 것인가의 문제는 항상 발생할 수밖에 없는 문제인바, 이 과정에서 근로자의 선택권의 보장이 필요하다. 따라서 기업변동에 대응하기 위한 입법으로 (i) 사전적으로는 기업변동 절차에 대한 근로자의 참여권을 보장하고, (ii) 사후적으로는 근로관계의 승계를 희망하지 않는 근로자의 거부권 및 승계대상에서 제외된 근로자의 이의신청권 등 근로자의 선택권을 보장할 수단을 마련해야 할 것이다. 한편, 기업의 일방적 의사결정으로 실시되는 기업변동으로 인하여 근로자나 노동조합의 법적 지위가 취약해질 수 있다는 점을 고려할 때 향후 기업변동의 국면에서 근로자와 노동조합의 보호를 규율하는 입법도 필요하다.

그런데 기업은 기업변동을 통하여 기업이 추구하는 경제적 목적을 달성하기 위하여 다양한 법형식을 선택할 수 있다. 예컨대 기업은 일부 사업부문을 분리하여 자회사로 만들거나 이를 다른 회사에 이

전하는 방식으로 회사분할이나 분할합병을 취할 수도 있고, 영업의 일부양도나 영업의 현물출자의 방식을 취할 수도 있다. 이와 같이 기업이 일방적으로 결정한 상이한 법형식에 근로관계의 승계 등에 관한 서로 다른 효과를 부여하는 것은 바람직하지 않다. 이러한 점을 고려할 때 합병, 영업양도, 회사분할은 물론 하청업체의 변경 등 기업변동 전반을 규율대상으로 하는 법률을 제정하는 방식이 필요하다.

#### 나. 기업변동에 대한 정보제공과 협의

기업변동의 과정에서 근로자를 보호하기 위해서는 기업변동에 앞서 사전적으로 사용자로 하여금 근로자대표 및 개별 근로자에게 기업변동의 요령을 통지하도록 하고, 근로자대표 등과 협의할 의무를 부과할 필요가 있다.

#### 다. 사업이전시 근로관계 승계 원칙의 선언

고용의 전속성을 선언하는 민법 제657조 제1항과의 관계에서 기업변동으로 사업의 전부 또는 일부가 포괄적으로 다른 사업주에게 승계되는 경우에는 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하고, 근로관계가 새로운 사업주에게 원칙적으로 승계됨을 선언하는 취지의 규정을 마련할 필요가 있다. 이를 통하여 기업변동시 근로관계의 승계라는 법률효과의 발생은 기업변동에 관한 사용자의 '의사'가 아니라 기업변동에 수반하는 '사업의 이전'이라는 '객관적 사실'을 요건으로 한다는 점을 명확히 할 수 있을 것이다.

#### 라. 승계거부권과 이의신청통보

하나의 회사가 두 개 이상의 회사로 분리되는 방식의 기업변동의 경우에는 근로자가 분리되는 복수의 기업부문 중 어느 쪽에 소속될 것인가의 문제가 항상 발생할 수밖에 없으므로, 근로관계의 승계를 희망하지 않는 근로자에게 거부권을, 그리고 자신이 속한 사업부문이 승계의 대상이 되었음에도 근로관계의 승계대상에서 제외된 근로자에게 이의신청권을 부여하는 방식으로 근로자의 선택권을 보장할 수단을 마련해야 할 것이다. 한편, 합병이나 영업의 전부양도의 경우에도 사업주의 변동은 근로조건의 중대한 변경에 해당한다는 점에서 근로자의 거부권은 동일하게 긍정될 필요가 있는바, 근로자가 근로관계의 승계를 거부할 경우 근로계약에 기간이 있는지 여부를 불문하고 상당한 기간을 정하여 근로계약을 해지할 수 있는 것으로 규정해야 할 것이다.

#### 마. 근로조건의 보호: 취업규칙 및 단체협약의 규범적 부분 관련

기업변동으로 양수회사나 신설회사 등으로 근로관계가 승계된 근로자의 입장에서는 근로관계 승계 이후의 근로조건이 종전의 수준을 계속 유지될 수 있는가의 문제도 중요하다. 만일, 기존에 적용받던 취업규칙이나 단체협약상 근로조건이 근로관계 승계 이후에는 근로자의 개별 동의만으로 불리하게 변경할 수 있다면 이는 근로조건 유지에 위협이 될 수 있다. 따라서 양수회사 등이 종전 회

사의 취업규칙상 근로조건을 불이익하게 변경하는 경우에는 승계된 근로자들의 집단적 동의를 받아야 한다고 명문으로 규정할 필요가 있다. 단체협약상 근로조건 유지에 관해서는 독일의 입법례를 고려하여 신설회사로 승계된 근로자의 단체협약상 근로조건이 일정한 기간 유지된다는 취지의 입법이 필요하며, 이러한 입법 전까지는 기존 단체협약상 근로조건도 단체협약의 유효기간 만료 전까지는 근로자의 동의만으로는 불리하게 변경할 수 없다는 규정의 입법도 고려할 필요가 있다.

## 바. 고용의 존속보호

기업변동시 근로관계의 존속보장과 관련하여 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다는 근로기준법 제24조 제1항 제2문이 문제되는데, 먼저 기업변동을 한다는 사실만으로 긴박한 경영상 필요성이 당연히 인정되는 것이 아니라 경영상 해고가 불가피한 객관적 사정이 인정됨을 명확히 규정할 필요가 있다. 한편, 근로자에게 근로관계 승계 거부권을 인정할 취지에 비추어 양수회사나 신설회사 등으로의 근로관계 승계를 거부하였다는 이유로 경영상 해고의 대상자 선정에서 불리하게 취급해서는 안된다는 취지의 규정을 마련할 필요가 있다.

## 사. 집단적 노사관계에 관한 규율

기업변동과 집단적 노사관계의 당사자 지위와 관련하여 기존 노동조합이 그 조직대상을 양수회사나 신설회사의 근로자로 확장하는 규약변경을 하지 않더라도 적어도 사업이전 이후 최초로 소집되는 총회까지는 조합원 지위를 인정할 필요가 있으며, 기업변동으로 조합원 수가 불균등하게 변경되더라도 기존의 교섭대표노동조합은 기존회사와의 관계에서는 교섭대표노동조합의 지위를 유지한다는 규정을 마련할 필요가 있다.

## 아. 단체협약의 채무적 부분의 처리

단체협약의 채무적 부분은 단체협약의 내용 중 사용자와 노동조합 사이의 권리·의무를 규정한 부분이다. 기업변동을 전후하여 대상회사와 노동조합 간에 채무적 부분의 승계 등에 관하여 합의가 있는 경우에는 그러한 합의에 따르면 될 것이나, 우리나라 상법은 합병 또는 회사분할 절차에 관하여 노동조합의 참여권 등을 규정하고 있지 않으므로 회사분할 과정에서 단체협약의 채무적 부분의 처리에 관한 합의가 강제되지는 않는다. 대상회사나 노동조합의 거부로 단체협약의 채무적 부분의 승계에 대한 합의가 이루어지지 않을 때에는 단체협약의 채무적 부분이 양수회사나 신설회사로 그대로 승계된다고 보기는 어렵다고 생각한다. 따라서 기업변동시 기존 단체협약의 채무적 부분에 관하여 당사자 간에 합의가 있으면 이에 따르되, 이러한 합의가 없는 경우에는 기존회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약이 적용되는 물론 이에 중첩하여 양수회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약과 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 간주하는 입법을 고려할 필요가 있다.

〈발제 2〉

# 용역업체 변경시 근로관계 승계

박 귀 천

(이화여자대학교 교수)





## 용역업체 변경시 근로관계 승계

박 귀 천 이화여자대학교 교수

### I. 문제 제기

#### 1. 하청노동의 확산과 고용불안

2021년 1월 LG 트윈타워 청소노동자들이 집단해고에 항의하며 농성을 하자 사측에서 농성장의 전기와 난방을 끊고, 도시락 반입까지 막은 사건은 하청 노동자들의 고용불안, 노동기본권 침해라는 결코 낮설지 않은 심각한 문제를 우리에게 다시 한 번 환기시켰다. 그렇지만 2011년 흥익대 청소노동자 집단해고, 2018년 대한항공 항공기 청소노동자 집단해고, 2019년 금호타이어 청소노동자 집단해고 등 대표적인 사건들만 떠올려 보더라도 용역업체와의 계약 해지를 이유로 하는 용역업체 소속 근로자들에 대한 집단해고는 어제 오늘의 일이 아니다.

사내하청이나 청소, 경비 등의 시설관리용역과 같은 간접고용은 그 자체만으로 기간제 고용형태에 따른 고용불안과 열악한 근로조건 등의 여러 문제를 내포하고 있을 뿐만 아니라<sup>1)</sup> 노무용역공급업체의 변경에 따른 고용 및 근로조건 승계 여부가 문제되는 경우 근로자들의 지위는 더욱 심각하게 위협받게 된다. 사내하도급업체나 시설관리용역업체는 대부분 영세사업체이거나 특정 사업주에게 전속적으로 서비스를 제공하기 때문에 노무용역 공급계약의 만료는 기존 용역업체의 폐업으로 이어질 수도 있고, 새로운 업체 선정 과정에서 근로자가 전원 해고되고, 종전 업체 소속 근로자 중 기존보다 저하된 새로운 근로조건을 수락하지 않는 근로자나 노조활동에 적극적인 근로자는 신규업체에서의 재고용이 거부되는 등의 사례가 발생하기 쉽다.<sup>2)</sup> 이로 인해 용역업체 교체 시 사업양도에 따른 근로관계 승계의 법리를 적용하여 기존 용역업체에 고용되어 있던 근로자들이 새로운 용역업체 하에서도 계속 근무할 수 있는지 여부가 자주 다투어지고 있다.

1990년 외환위기 이후 우리나라에서는 ‘고용의 외부화’ 현상이 급격하게 진행되었다. 이러한 고

1) 정영훈 박사는 ①도급업체의 근로자들에 비하여 임금, 복리후생, 휴식·휴가, 근로시간 등과 같은 근로조건이 상당히 열악하다는 점, ②근로자파견이 합법화된 이래로 근로자파견법을 가장한 도급을 둘러싼 논란, 특히 근로자파견법을 위반한 하도급 업체의 근로자에 대한 도급 사업주의 직접고용의무 이행을 둘러싼 논란이 끊임없이 이어지고 있다는 점, ③위험의 외부화의 문제, ④하도급 근로자와 도급 사업주 간의 집단적 근로관계의 문제를 용역근로자의 노동상황의 문제점으로 지적하고 있다(정영훈, “하도급노동자 보호를 위한 노동법정책”, 한국고용노사관계학회 2018년 동계학술대회, 2018. 2, 291-292쪽).

2) 조경배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계”, 『민주법학』 제46호, 2011, 160쪽.

용의 외부화가 확산됨에 따라서 하청업체(또는 ‘하도급업체’, ‘하청기업’ 등)에 고용된 근로자(이하 “용역근로자”라고 한다)들의 근로조건은 더욱 열악해지고, 헌법 제33조에서 보장하고 있는 노동3권마저도 효과적으로 보장되지 못하고 있는 상황에 있다.

용역근로자의 고용을 불안하게 하는 가장 큰 요인은 도급인과 기존 하청업체 사이의 용역계약의 종료라고 할 것이다. 도급인과 기존 하청업체 사이의 용역계약이 종료되면 기존 하청업체로부터 용역근로자들이 경영상 이유에 의한 해고에 처해질 위험이 높음은 물론, 하청업체가 용역계약의 종료를 이유로 사업을 폐지할 경우에는 판례에 따라 통상해고를 당할 수 있기 때문이다.<sup>3)</sup> 물론 이러한 경우 하청업체에 의한 경영상 해고 또는 통상해고의 정당성은 사법심사의 대상이 될 수는 있을 것이나, 전자의 경우에는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 인정될 가능성이 높다고 할 것이며, 후자의 경우에는 ‘위장폐업’으로 인정되는 예외적인 사정이 없는 한 사실상 통상해고의 정당성이 인정될 것이다.

실제로도 하청업체는 대부분 영세사업체이거나 특정 사업주에게 전속적으로 서비스를 제공하기 때문에 용역계약의 종료는 기존 하청업체의 폐업으로 이어질 수도 있고, 신규 하청업체로의 변경 과정에서 기존의 근로자가 전원 해고되거나, 기존의 하청업체 소속 근로자 중 기존보다 저하된 새로운 근로조건을 수락하지 않는 근로자나 노동조합 활동에 적극적인 근로자의 재고용이 선별적으로 거부되는 등의 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 그러나 종래 하청업체 변경 시 기존 근로자의 재채용 거부가 문제된 사건에서 법원은 대부분의 경우 신·구 하청업체 간에 ‘영업양도 계약’이 없었다는 점을 이유로 근로관계의 승계를 부정하여 왔다.

이러한 상황에서 하급심 판결 중에서는 하청업체의 변경시 근로관계의 승계와 관련하여 ① ‘목시적 영업양도’라는 개념을 인정하여 근로관계의 승계를 인정한 판결,<sup>4)</sup> ② 도급인과 새로운 하청업체 사이에 체결된 도급계약을 ‘제3자를 위한 계약’으로 보아 근로자의 근로관계의 승계를 인정한 판결이 선고되었다. 이러한 판결들은 법원이 하청업체의 변경시 신·구 하청업체의 변경은 영업양도에 해당하지 아니하고, 따라서 신·구 하청업체 간에 근로관계의 승계의 문제는 발생하지 않는다는 종래의 주류적인 판례의 문제점을 인식하고, 이를 극복하기 위하여 다양한 해석론을 모색하는 것으로 평가된다. 다만, 이러한 하급심 판결들은 하청업체의 변경시 근로관계의 승계에 관한 사업장 관행이 존재하거나, 도급계약의 계약서류에 근로관계의 승계에 관한 약정이 포함되는 등의 제한적인 상황에서 의미를 갖는 것으로, 하청업체 변경시 근로관계의 승계에 관한 일반적인 보호방법으로는 여전히 부족하다.

3) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결, 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결 등 참조. 한편, 형식적으로 해산절차를 진행하지 않았다 할지라도 근로관계 유지 필요성 면에서 해산과 실질이 같으므로, 해산시 통상해고가 가능한 것처럼 회사는 근로자 전원에게 대해 통상해고를 할 수 있다는 주장으로 조상욱, “폐업”, 『노동법률 2013년 2월호』, (주)중앙경제, 38쪽. 반면, 사업의 폐지의 경우에도 경영상 해고에 관한 규제가 적용되어야 한다는 유력한 반론으로 조용만, “경영상 해고의 제한에 관한 판례 법리의 재정립”, 『노동법학 제64호』, 2017. 12. 165-166쪽.

4) 대법원 2017. 10. 12. 2017두51303 심리불속행결정.

## 2. 실정법상 보호의 흠결

사업의 이전에 따른 근로관계의 승계에 관한 제정법(制定法)이 없는 우리나라의 상황에서 하청업체의 변경에 부수하는 ‘사업의 이전’이라는 사실 자체로부터 근로관계의 승계라는 법률효과를 인정하는 것은 용이하지 않다.

하청업체의 변경에 의한 사업주 변경으로 인하여 일자리를 위협받게 되는 근로자들이 속출하고 있는 상황을 고려할 때, 법원의 적극적 법해석 내지 법형성을 통한 해결방안의 모색이 필요하다. 따라서 먼저 종래 법원은 영업양도로 대표되는 사업주 변경 시의 근로관계 문제에 대한 나름의 판례 법리를 형성하여 왔는바, 사업이 그 동일성을 유지하면서 이전되는 경우 종전 사업주와 근로자 사이의 근로관계가 신규 사업주로 승계된다는 법관법(法官法)의 형성 가능성을 모색할 필요가 있다. 다만, 이에 앞서 ‘중간착취의 배제’를 선언하고 있는 근로기준법 제9조의 취지를 고려할 때 노무도급업무의 외주화 자체의 적법성에 대하여 평가가 선행되어야 할 것이며, 따라서 사업이전에 의한 근로관계의 승계 문제는 소위 ‘진정도급’에 관한 쟁점임을 명확히 하여야 할 것이다.

하청업체에 고용되어 도급인이 하청업체에 위탁한 업무에 종사하는 용역근로자의 보호와 관련하여 검토가 필요한 쟁점들을 (i) 도급인과 하청업체 사이의 계약이 진정도급인지 위장도급인지 여부 및 (ii) 용역계약이 진정도급으로 인정될 경우, 용역계약의 체결 → 존속 → 종료의 각 단계에 있어서 문제되는 법적 쟁점들을 정리하면 다음과 같다.

〈표 1〉 용역근로자와 관련한 법적 쟁점

구분		법적 쟁점	
① 위장도급		도급인과 용역근로자 사이의 근로관계의 성립 문제	
진정도급	② 용역계약의 체결	용역 대상 업무의 제한 문제 아웃소싱을 이유로 한 경영상 해고의 정당성 문제	
	③ 용역계약의 존속	용역근로자의 근로조건에 관한 도급인의 사용자책임 (일부) 인정 문제	
	용역계약의 종료	④ 직영전환	기존 하청업체에 의한 경영상 해고, 통상해고의 정당성 문제 용역근로자의 채용에 관한 의무 부과 문제
		⑤ 하청업체 변경	기존 하청업체에 의한 경영상 해고, 통상해고의 정당성 문제 신규 하청업체에 대한 근로관계의 승계 문제

먼저, 도급인과 하청업체 사이의 계약이 소위 ‘위장도급’으로 평가될 경우(위 ①)에는 도급인과 용역근로자 사이에 명시적인 근로계약의 체결이 없더라도 도급인과 용역근로자 사이에 직접 근로관계가 성립할 수 있는지 여부가 쟁점이 된다. 이러한 국면에서는 직업안정법 및/또는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 “파견법”)의 적용 문제와 해석상 ‘묵시적 근로계약이론’ 등의 적용이 문제될 것이다. 이러한 국면에서의 용역근로자의 보호 문제는 직업안정법 및 파견법의 엄격한 적용을 통하여 도급인과 용역근로자 사이에 직접 근로관계의 성립을 인정하고, 도급인에게 용역근로자의 사용에 관한 책임을 귀속시키는 방향으로 법해석 및 입법론이 진행되어야 할 것이다. 이와 같이 ‘중

간착취의 배제'를 선언하고 있는 근로기준법 제9조의 취지를 고려할 때 노무도급업무의 외주화 자체의 적법성에 대하여 평가가 선행되어야 하며, 위장도급으로 분류될 수 있는 사안들의 경우에는 도급인을 용역근로자의 직접적인 사용자로 포섭하여야 할 것이다.

그러나, 도급인과 하청업체 사이의 계약이 소위 '진정도급'으로 평가되는 경우에는 도급인과 용역근로자 사이에 직접적인 근로관계의 존재를 긍정하는 것이 용이하지는 않다. 따라서 이러한 경우에는 용역근로자와 근로계약을 체결한 하청업체를 용역근로자의 사용자로 긍정함을 전제로 용역근로자의 보호에 관한 논의를 전개할 필요가 있다. 용역계약의 체결 → 존속 → 종료의 각각의 국면에서 문제가 되는 사항을 정리하면 다음과 같다.

(1) 도급인이 종래 직영으로 처리하던 업무에 관하여 용역계약을 체결하는 방식으로 이를 외주화(外注化)하는 경우(위 ②)에는 외주의 대상이 되는 업무를 법률로 제한하는 것이 가능한지(입법론의 측면), 이러한 외주화의 결과 발생하는 유희인력을 대상으로 하는 경영상 해고의 정당성이 인정될 수 있는지(해석론의 측면) 등이 주로 문제될 것이다.

(2) 도급인과 하청업체 사이에 용역계약이 '적법'하게 체결되어 도급인의 업무 일부를 하청업체가 독립적으로 수행하는 경우(위 ③)에는 도급인과 용역근로자 사이에 직접적인 근로관계가 있다고 보기는 어렵기 때문에 용역근로자의 근로계약상 사용자인 하청업체 외에 도급인에게 사용자로서의 법적 책임의 일부(주로 임금지급의무)를 귀속시키는 입법론 및 해석론의 모색이 문제될 것이다. 현행법상으로는 근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급), 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임), 제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례), 최저임금법 제6조(최저임금의 효력) 제7항에서 제9항에 의한 도급인의 연대책임, 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」(이하 "고용산재보험료징수법") 제9조(도급사업의 일괄적용) 등이 문제될 것이다.

(3) 도급인과 기존의 하청업체 사이의 용역계약이 종료되었지만 기존의 하청업체에 의하여 수행되던 업무가 계속 존속하는 경우 도급인은 당해 업무를 도급인이 고용한 근로자를 사용하는 방법으로 직접 수행하거나(위 ④), 또는 다른 하청업체와 새로이 용역계약을 체결하고 당해 업무를 신규 하청업체에 위탁하게 될 것이다(위 ⑤). 이러한 경우에는 기존 하청업체의 입장에서는 영업의 감축 내지 폐지가 불가피할 것이므로 기존 하청업체가 영업의 감축을 이유로 용역근로자들을 경영상 해고하거나 영업의 폐지를 이유로 통상해고를 할 가능성이 있는바, 이러한 해고의 정당성의 판단이 문제된다. 한편, 위 ④의 경우에는 용역근로자의 보호를 위하여 용역 업무를 직영으로 전환하려는 도급인에게 용역근로자를 우선적으로 채용할 의무를 부과하는 입법을 고려할 필요가 있을 것인바, 소위 '채용의 자유'와의 관계에서 용역근로자의 우선 채용을 강제하는 입법이 가능한지 문제되며, 위 ⑤의 경우에는 이러한 하청업체의 변경을 '사업의 이전'으로 보아 근로관계가 신규 하청업체에 승계되는 것으로 규정하는 입법이 가능한지 문제될 것이다.

## II. 기존 판례의 문제점과 해석론의 한계

### 1. 기존 판례

#### (1) 용역업체 교체 시 근로관계 승계를 부정한 판결들

용역업체 교체 시 근로관계 승계 문제가 다투어졌지만 근로관계 승계가 인정되지 않은 대표적인 몇 개의 판결을 보면 다음과 같다.

##### (1) 대법원 2000. 3. 10. 선고 98두4146 판결(주택공사 사건)

###### 〈사건의 개요〉

대한주택공사는 1995.4.24 등촌10단지 주공아파트에 대하여 주택건설촉진법, 공동주택관리령에 의거하여 아파트 관리 및 경비업무를 위해 용역업체인 무림산업과의 사이에 관리기간을 위 법령상 의무관리기간(원칙적으로 사용검사일로부터 1년)으로 한 아파트 관리업무 위·수탁계약을 체결하였다. 그 후 무림산업은 1995.10.10부터 위 아파트 관리업무를 대행하면서 관리업무 중 경비업무를 위하여 12명을 경비원으로 고용하였다. 이후 무림산업과의 1년간의 관리업무 계약이 종료하자, 아파트입주자대표회의는 공개입찰을 통해 새로운 업체인 명진시설관리에 경비용역 업무를 위탁하였다. 그런데 새로 경비 업무를 위탁받은 명진시설관리는 기존 업체 경비원 12명 중 1명만을 채용하였고, 나머지 직원들은 다시 고용하지 않았다. 이에 기존 업체 소속 근로자 11명은 새 업체에 대해 부당해고구제신청을 했다.

서울지노위(96부해465, 466)는 명진시설관리의 아파트 경비업무는 기존의 무림산업이 한 경비업무와 그 업무내용, 경비인원 및 사업 장소가 동일하여 업무의 동질성이 변경되었다고 볼 수 없고, 단지 관리 주체인 사업주의 변경에 불과하므로 영업양도의 경우와 같이 무림산업과 참가인들(경비원들) 사이의 기존의 근로관계는 원고에게 승계된다고 보아야 할 것이어서, 참가인들을 위 경비업무에서 배제한 행위는 부당해고에 해당한다고 판단하였다. 중노위(97부해38) 역시 서울지노위와 동일하게 판단했지만 고등법원 및 대법원은 중노위 판정을 취소했다.

###### 〈대법원 판결 요지〉

원심은 … 원고의 경비업무와 무림산업의 종전 경비업무의 내용이 동일하다는 점만으로는 원고가 영업양도에 준하여 종전의 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다는 이유로 배척한 후, 원고가 무림산업과 참가인들 사이의 근로관계를 승계한 것으로 볼 수 없는 이상 원고가 참가인들을 경비업무에서 배제한 행위가 해고에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 참가인들의 부당해고 주장을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 옳고, 거기에 채증법칙을 위반한 사실오인의 위법과 영업양도와 근로관계의 승계에 관한 법리오해 및 판단유탈의 위법이 없다.

##### (2) 대법원 2010. 1. 28. 2009두19434 심리불속행기각결정(현대자동차 사건)

현대자동차 울산공장의 도장공정을 도급받아 도장 업무를 수행하던 업체가 폐업을 하고 다른 업체가 현대자동차와 새로운 계약을 체결하면서 종전 업체에서의 근속연수는 인정하지 않는 조건으로 종전 업체 소속 근로자 79명 중 74명과 근로계약을 체결하였다. 그러나 이 업체는 종전 업체에서의 근속연수를 모두 인정해 줄 것을 요구하는 원고를 포함한 5명의 근로자와는 근로계약을 체결하지 않았다. 한편 도장 업무를 도급받은 새 업체는 종전 업체로부터 사무실 비품 일부만 인수하였고, 도급계약을 이행하는 데 필요한 사무실, 휴게실, 탈의실 등은

모두 현대자동차의 소유였다. 원고 근로자들은 영업양도에 따라 고용관계가 포괄적으로 이전되었으므로 고용승계를 거절하는 것은 부당해고에 해당한다고 주장하면서 부산지노위(2007부해394/부노48)에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 했으나 부산지노위는 기각했고, 중노위(2008부해155/부노41) 역시 기각했다.

서울행정법원(2009. 1. 20. 선고 2008구합24712 판결)은 도장 업무를 새로 도급받은 업체가 “종전 업체의 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받았다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 이를 전제로 한 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다”라고 판시하여 이 사건은 영업양도에 해당하지 않으므로 새로운 업체로 고용관계 이전이 발생하지 않는다고 판단하였다. 또한 근로자들이 신규 업체의 사원모집 공고에 대해 수락의 의사 표시를 했다 하더라도 그에 대해 신규 업체의 승낙의 의사표시가 없었으므로 근로자들과 신규 업체 사이에는 명시적 또는 묵시적 근로계약관계는 성립되지 않았다고 보았다.<sup>5)</sup> 서울고법(서울고등법원 2009. 10. 6. 선고, 2009누4786 판결) 역시 1심과 동일한 결과로 판단했고, 대법원에서는 심리불속행으로 기각되었다.

**(3) 대법원 2010. 2. 25. 2009두20656 심리불속행기각결정(강원랜드 사건)**

강원랜드와 시설관리용역 도급계약을 체결하고 강원랜드의 호텔 등 건물과 그 부대시설 및 미화를 관리하는 용역업무를 수행하던 노무용역 공급업체가 노무관리의 미흡을 이유로 계약갱신을 거절당했고 다른 업체가 새로 도급계약을 체결하고 동일한 업무를 수행하게 되었다. 이 과정에서 종전 공급업체 소속이던 근로자 전원(92명)이 사직서를 제출하였고 그 가운데 원고들을 포함한 7명을 제외하고 나머지 대부분의 근로자(85명)를 새로운 용역업체가 다시 채용하였다. 이에 원고들은 재채용의 거부를 부당해고라고 주장하였다. 지노위에서는 근로계약이 체결되지 않아 당사자적격이 없다는 이유로 각하되었으나 중노위(2008부해512, 2008부노124(병합))에서는 묵시적 근로계약이 체결되었다는 것을 전제로 부당해고로 인정하였다. 그러나 서울행정법원(2009.3.26. 선고, 2008구합38650 판결)은 중노위의 재심판정을 취소했고, 원고들이 서울고등법원에 항소했으나 기각되었으며(2009.10.23. 선고, 2009누9910 판결), 대법원에서 심리불속행으로 상고가 기각되었다.

이 사건에서는 새로운 용역업체로부터 재채용이 거부된 근로자들(참가인 근로자들)과 동 업체 간의 묵시적 근로계약관계 성립여부가 다투어졌는데 서울행정법원은 ① 근로자들 대부분이 그 동안 용역업체가 수차례 변경될 때마다 업무의 연속성을 꾀하는 차원에서 새 용역업체에 의해 재채용되어 왔다는 점, ② 새 용역업체 사장이 근로자들 대부분을 채용하겠다는 취지의 발언을 했다는 점,<sup>6)</sup> ③ 참가인 근로자들이 자신들도 새 용역업체에 채용되리라는 기대 하에 사업장에 출근하여 임의로 근로를 제공했고, 그 과정에서 새 용역업체는 과장급인 참가인 근로자들에게 직원 인사과과를 작성해 달라고 요구했다는 점, ④ 새 용역업체의 채용심사가 다소 늦어지는 바람에 새 용역업체가 참가인 근로자들에게 일주일 가량 늦게 채용 거절 의사를 표시했다는 점 등의 사정을 인정하면서 이러한 사정만으로 새 용역업체와 참가인 근로자들 간에 묵시적 근로계약 관계가 성립되었다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

주택공사사건에서는 영업양도 시 근로관계 승계에 관한 판단법리의 적용이 문제되었고, 현대자동차사건에서는 영업양도 및 묵시적 근로관계 성립 여부가, 강원랜드사건에서는 묵시적 근로관계 성립 여부가 문제되었다. 강원랜드사건의 경우에는 재채용이 거부된 근로자들이 신규 업체의 업무 개시 이후 약 일주일 동안 근무했다는 점 등 몇 가지 사실관계를 바탕으로 묵시적 근로관계 성립을 주장했던 것으로 보인다. 그러나 위 판결들 외에도 용역업체 변경 시 기존 근로자 재채용 거부가

5) 이 사건 근로자들은 신규 업체에 대해 종전 업체에서의 근속 연수 인정을 주장하면서 신규 업체와 근로계약을 체결하지 못한 상태에서 계속적으로 사업 현장에 나와 근속 연수 인정 등과 관련한 선전활동을 했고, 신규 업체는 이들에게 ‘근로관계가 없어 임금도 지급할 수 없으니 사업장에서 나가달라’는 취지의 통보를 했다.  
 6) 신규 용역업체 사장은 약 30여 명의 기존 업체 소속 근로자들에게 “정년을 앞 둔 한 두 명을 제외하고 채용할테니 입사지원서를 제출해라”는 취지의 채용 설명을 했는데 법원은 30명은 전체 근로자 수 92명의 1/3에도 못 미치는 수이고, 위 발언이 있는 직후 현장 입구에 게시한 구인공고문에는 ‘서류 심사 및 면접 심사를 거쳐 채용 여부를 결정하겠다’는 취지의 문구가 명시되어 있는 점 등을 들어 묵시적 근로계약 성립을 부정했다.

문제된 사건에서 법원은 거의 예외 없이 신규 업체 간에 영업양도 계약이 없었다는 점을 이유로 재채용 거부의 적법성을 인정하고 있다.<sup>7)</sup> 즉, 용역업체 교체에 대해 영업양도에 관한 판례 법리를 원용하는 방법으로 접근하여 결과적으로는 신규 용역업체 간에 근로관계 승계에 관한 의사 합치가 존재하지 않는 한 근로관계는 승계되지 않는다는 것을 기본 입장으로 취한 것이다.<sup>8)</sup>

용역업체 또는 하청업체란 표현은 일반적으로 도급인으로부터 사업의 일부를 외주위탁받아 수행하는 업체를 일컫는 용어로 사용되고 있다. 외주위탁은 어떤 기업이 수행하는 다양한 활동 중 전략적으로 중요한 분야에 그 기업의 자원을 집중시키고 나머지 활동들은 기획에서 운영까지의 일체를 전문기업에게 외부화하는 행태를 의미하는바, 이러한 외주위탁은 용역근로자의 고용보장의 관점에서 ①직접고용으로 운영하던 사업의 일부를 기업 외부의 제3자에게 위탁(outsourcing), ②외주 위탁한 사업의 운영주체를 다시 변경하는 외주위탁업체의 변경(service provision change), ③외주 위탁한 사업을 다시 회수하여 직접고용형태로 사업을 운영(insourcing)의 3가지 국면에서 문제가 된다.<sup>9)</sup>

종래 법원은 외주위탁과 관련된 이러한 3가지 국면을 모두 영업양도에 관한 판례를 원용하는 방법으로 접근했고, 결국 하청업체가 교체된 경우에는 신규 하청업체 간에 실질적으로 사업이 이전된 경우에도 신규 하청업체 간에 근로관계의 승계에 관한 의사의 합치가 존재하지 않는 한 근로관계는 승계되지 않는다는 것이 기본적인 입장이었다.

예컨대, 서울행정법원 2009. 1. 20. 선고 2008구합24712 판결은 사내하도급에서 수급인의 변경이 영업양도에 해당하는지 문제된 사안에서 “상법상의 영업양도는 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 의미하고, 영업 양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업 재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업 조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다.”라고 판시하여 노동법상 근로관계의 승계의 요건이 되는 영업양도를 상법상 영업양도와 동일한 개념으로 이해하는 태도를 보였고, 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결은 외주하청업체 사이에 계약이 존재하지 않으므로 사업양도로 인정되지 않고 따라서 그 필연적 귀결로 근로관계의 포괄승계는 인정되지 않는다고 판시하였다. 이외에도 대학교가 시설경비업무의 위탁업체를 변경한 사안에서 종전 위탁업체 소속 경비원의 근로관계가 대학교 또는 신규 위탁업체로 승계되지 않는다고 판단하거나<sup>10)</sup>, 시설관리업무계약의 종료로 시설관리업체가 변경된 경우 신규 하청업체 간에 근로관계의 승계를 부정한 사례가 있다.<sup>11)</sup>

이러한 종래의 주류적인 판례는 하청업체의 교체시 근로관계의 승계 문제를 신규 하청업체 간의

7) 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2009구합36453 판결, 대전지방법원 2011. 6. 2. 선고 2011카합206 결정, 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결.

8) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계”, 『노동법학』 제63호, 2017, 8쪽.

9) 전형배a, 『노동판례연구 IV』, 노사신문사, 2016, 181쪽.

10) 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2009구합36453 판결.

11) 대전지방법원 2011. 6. 2. 선고 2011카합206 결정.

의사의 합치라는 계약의 해석의 관점에서 접근한 것으로 이해되며<sup>12)</sup>, 학설 중에도 기존 하청업체와 신규 하청업체는 계약상대방이 아니므로 후자가 전자 소속의 근로자들과의 근로관계를 승계해야 할 아무런 법적 의무가 없다고 이해하는 견해가 있다.<sup>13)</sup> 그러나 대부분의 경우 하청업체의 교체는 도급인의 의사에 따라 이루어진다는 점에서 신규 하청업체 상호간에 어떠한 법률행위가 존재하는 경우를 상정하는 것은 용이하지 않으므로<sup>14)</sup>, 종래의 판례는 법리적인 정합성을 유지할 수는 있을지 언정 하청업체가 교체되어 기존 하청업체의 사업의 일부가 폐지되는 경우에 있어서의 근로자의 보호라는 관점에서는 구체적인 타당성이 인정되기 어렵다고 생각한다.

## (2) 하청업체 변경시 근로관계의 승계를 인정한 예외적인 판결례

앞에서 본 바와 같이 하청업체의 교체의 경우에는 영업양도의 법리가 적용되지 않는다는 것이 판례로 어느 정도 안착된 것으로 평가된다. 이러한 상황에서 명시적 또는 묵시적 계약관계가 없는 신규 하청업체 간에 근로관계의 승계가 인정되기는 어려울 것이나, 몇몇 하급심 판결들은 사업장 관행이나 묵시적 계약관계 등에 착안하여 하청업체의 교체로 인한 사업의 이전에 근로관계의 승계를 인정한바 있다. 아래에서는 이러한 하급심 판결의 의의와 그 한계를 살펴본다.

### 1) 사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권

서울행정법원은 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결에서 하청업체 교체시 고용승계에 관한 사업장 관행에 착안하여 종전 하청업체 소속 근로자에게 근로관계의 승계에 관한 기대권을 인정하고, 이러한 기대권에 상응하여 신규 하청업체는 이들을 승계할 의무를 부담한다고 인정하는 취지의 판시를 하였다. 위 판결은 종래 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계하였고 대상판결의 원고 또한 하청업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점에 비추어 ‘입찰을 통해 외주하청업체가 변경되는 경우 신규 하청업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다’고 보고, 이러한 관행을 전제로 기존 하청업체에 고용되어 업무를 수행하여 온 근로자는 신규 하청업체가 자신을 재채용하리라는 ‘상당한 기대’를 갖게 되며, 또한 신규 하청업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다는 논리 전개를 통하여 이러한 노사관행에 근거하여 신규 하청업체는 원칙적으로 고용승계 의무를 부담한다고 판단하였다.

노사관행의 법적 성질에 관해서는 노사관행이 ‘사실인 관습’으로 인정될 경우 당사자 간에 구속력이 인정된다는 입장이고<sup>15)</sup>, 대법원은 이러한 사실인 관습으로서의 노사관행의 성립요건으로 그 관

12) 전형배b, “외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계: 영국의 입법론과 시사점”, 『노동법학』 제41호, 한국노동법학회, 2012, 157쪽.

13) 조성혜, “아파트의 위탁관리가 근로관계에 미치는 영향”, 『노동법학』 제42호, 한국노동법학회, 288쪽.

14) 전형배b, 앞의 글, 157쪽.

15) 이처럼 노사관행의 구속력을 노사관행에 대한 당사자 간의 묵시적 합의를 추정하거나, 노사관행을 사실인 관습으로 보아 노사관행이 당사자 간의 법률행위를 보충한다고 하여 노사관행의 구속력의 근거를 법률행위책임으로 구성하는



행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업 내에서의 사실상의 제도로써 확립되어 있음을 요구하여 그 성립가능성을 현저하게 좁게 인정하고 있을 뿐 아니라, 노사 당사자의 일방이 노사관행에 따르지 아니한다는 취지를 표시하는 경우에는 노사관행의 구속력이 배제될 수밖에 없다는 점에서 노사관행에 근거하여 근로관계의 승계를 인정 된다고 하더라도 이는 매우 이례적인 경우에 예외적으로 인정될 수 있을 것이다.

이러한 노사관행에 근거한 기대권은 개별 근로자에 관한 것으로 개별 근로자에게 근로관계 승계에 관한 기대권이 인정된다고 하더라도 이에 근거하여 취업규칙이나 단체협약 등 자치법규가 신규 하청업체로 승계된다고 해석하기는 어려울 것이다.

## 2) 목시적 영업양도

대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시하였는바, 이러한 판시에 따르면 하청업체의 변경을 영업양도에 포섭시키기 위해서는 신규 하청업체 간에 영업의 양수도에 관한 법률행위가 반드시 존재해야만 할 것이다. 그런데 서울고등법원은 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결에서 신규 하청업체가 경쟁입찰의 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결하였지만 경쟁입찰에 참여함에 있어 ‘종전 하청업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것’을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 있다고 인정하고, 이를 근거로 신규 하청업체 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 판단하였다.

서울고등법원은 ① 신규 용역업체는 특별한 물적 시설 없이 J광업소의 물적시설을 이용하여 용역을 수행할 인력을 공급하는 역할을 담당했으므로 이 사건 용역 수행과 관련하여서는 인적 조직이 제일 중요한 요소라는 점, ② J광업소의 용역을 도급받아 수행하는 용역업체가 변경되는 경우 새로이 선정된 용역업체가 종전 용역업체에 고용되었던 근로자들 중 자진퇴사자, 정년퇴직자 등을 제외하고는 그대로 고용하는 관행이 존재한다는 점, ③ 종전 용역업체의 사업주가 A와 B에게 종전 용역업체에 소속된 근로자들의 명부를 교부하였고 종전 용역업체에 고용되어 용역 업무를 수행하던 근로자들 역시 새로 선정된 A와 B를 위해 용역 업무를 그대로 수행하였다는 점 및 ④ A와 B는 경쟁입찰의 형식을 거쳐 대한석탄공사와 직접 도급계약을 체결하였으나 종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 인정된다는 점 등을 근거로 종전 용역업체와 신규 용역업체를 운영하는 A와 B 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 보고, 이를 전제로 종전 용역업체가 이 사건 지부와 체결한 단체협약이 신규 용역업체에게도 적용된다고 판단하였다.

그러나 도급인에 의한 하청업체의 변경 과정을 살펴보면 대부분의 경우 기존 하청업체와 도급인 간의 도급계약이 계약기간의 만료나 해지·해제 등의 사유로 종료되고, 신규 하청업체는 기존 하청

견해는 그 논리구성에 무리가 없다는 장점이 있다. 현행법이 노사관행의 구속력에 대하여 명시적 근거를 두고 있지 않은 이상, 노사관행의 구속력의 근거를 당사자의 의사에서 구하는 것이 자연스러운 것이다(권오성, “노사관행의 법적 성질에 관한 일고찰”, 『변호사』 제34집, 서울지방변호사회, 2004, 193쪽).

업체와는 무관하게 도급인과 독자적인 도급계약을 체결하는 것이 상례라는 점에서, 신규 하청업체 간에 직접적으로 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 존재한다고 보는 것은 다소 무리한 사실인정이라고 생각된다.<sup>16)</sup>

서울고등법원은 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결이 ‘묵시적 영업양도계약’이란 표현을 사용하고 있는 것은 기존 하청업체가 본건 지회와 체결한 단체협약이 신규 하청업체에 승계됨을 인정하기 위한 고육책으로 생각되며, 구체적 타당성의 관점에서 이러한 노력은 높게 평가되어야 할 것이다. 그러나 ‘묵시적 영업양도계약’이라는 표현은 사업의 이전에 관하여 기존 하청업체와 신규 하청업체 간에 어떠한 의사교환이 있었음을 전제로 한다는 점에서 적절하지 않다고 생각된다. 만일 기존 하청업체와 신규 하청업체 간에 의사합치가 없더라도 실질적으로 사업의 이전이 있었으므로 영업양도와 동일하게 취급하겠다는 것이 대상판결의 의도였다면 차라리 ‘사실상 영업양도’라는 표현을 사용하는 것이 나았을 것으로 생각한다.

한편, 영업양도에 관한 판례 법리를 용역업체 변경 시 고용승계 문제에 대해 적용하는 것에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해지고 있다.

① 우선 영업양도 시 고용승계에 관한 판례 법리 자체에 대한 비판이 있다. 영업양도의 대상이 될 수 있는 영업은 재산적 거래의 객체가 될 수 있는 것을 말하고, 사용자와 근로자 간의 고용관계는 인적 결합 관계로서 애초부터 재산적 거래 관계의 이전에 해당하는 영업양도라는 법률행위의 목적물이 될 수 없음에도 불구하고, 판례는 고용관계의 특수성을 인정하지 않고 근로자를 다른 재산법상의 권리의무와 동일하게 거래의 대상으로 삼고 있다는 것이다.<sup>17)</sup> 영업양도를 ‘인적 조직’을 포함한 ‘일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체’의 양도라고 이해하는 것은 근로자를 ‘인적 조직’이라는 용어로 치환하여 근로자의 인격권을 무시하고 나아가 근로자를 거래의 대상으로 삼는다는 것에 다름 아니므로 받아들이기 어렵다는 견해<sup>18)</sup>도 위와 유사한 취지의 비판으로 이해된다.

② 판례에 의한 노동법상 영업양도 법리는 기본적으로 물적 조직과 인적 조직의 결합을 영업으로 보고, 영업양도 과정에서 일부의 근로자가 승계에서 배제되는 경우에만 유의미한 논리라는 비판이 가해진다. 양도계약에서 영업의 일체성을 유지할 수 있을 정도의 인원이 아니라 일부 근로자만 신규 채용하거나 고용승계하는 경우에는 영업의 일체성이 유지되지 않아 영업양도로 인정되지 않고 따라서 나머지 대다수 근로자의 고용승계효과도 발생하지 않는데 이러한 법리는 비숙련 단순 노동을 사용하는 사업(예를 들어 청소나 경비)처럼 신규 채용을 통해서 근로자 전체를 교체하더라도 기존 사업의 계속 유지에는 별 지장이 없는 경우에는 전혀 적용될 여지가 없는 법리라는 것이다.<sup>19)</sup>

③ 대법원 판례에 의하면 영업양도는 기본적으로 양도인과 양수인 사이의 양도에 관한 의사의 합

16) 물론 하청업체의 교체 과정에서 기존의 하청업체와 새로운 하청업체 간에 사업의 설비에 관한 양수도가 이루어졌다면 이에 부수하여 기존의 하청업체의 사업주와 새로운 하청업체 간에 명시적 또는 묵시적 영업양도가 있다고 이해할 수 있을 것이다.

17) 조경배, 앞의 글, 165쪽 이하.

18) 권오성, 앞의 글, 7쪽.

19) 박제성, 『사업이전과 고용보장』, 한국노동연구원, 2014, 18쪽.

치, 즉 영업양도계약의 존재를 전제로 하는데 이러한 판례에 의하면 하청업체의 변경은 항상 영업양도에 해당하지 않는다는 결론이 나올 가능성이 크다는 비판이 가해진다. 하청업체는 원청업체와 계약을 체결할 뿐, 종전 하청업체와 신규 하청업체 사이에 영업양도계약이 존재한다고 보기 힘든 경우가 대부분일 것이기 때문이다.<sup>20)</sup> 요컨대 신규 용역업체 간의 명시적 또는 묵시적 영업양도 계약의 존재가 전제되어야 하는 판례 법리를 통해 재취업이 거부된 근로자들의 고용 문제를 해결할 수 있는 가능성은 거의 없다고 해도 과언이 아닐 것이다.

## 2. 대안적 해석론

앞서 살펴본 하급심 판결들과 학설 등을 통해 그간 제시된 대안적 해석론은 정리해 보면 다음과 같다.

### 1) ‘고용승계의 관행’과 ‘재채용에 대한 상당한 기대’

서울행정법원 2012구합41905 판결은 “① 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고하고 있는 점, ② 갱도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면, E 내 갱도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다. 위와 같은 고용승계 관행이 존재한다면, 참가인이 이 사건 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고, 새로운 외주용역업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다.

그러나 이러한 행정법원의 입장에 대해서는 기존 판례에서 대법원이 노사관행의 성립가능성을 현저하게 좁게 인정하고 있고 노사 당사자의 일방이 노사관행에 따르지 아니한다는 취지를 표시하는 경우에는 노사관행의 구속력이 배제될 수밖에 없다는 점에서 노사관행에 근거하여 근로관계의 승계에 관한 기대권이 인정된다는 것은 매우 예외적으로 인정될 수 있을 뿐이라는 한계가 있다는 점이 지적된다.<sup>21)</sup>

### 2) 해고제한의 법리에서 근거를 찾는 견해

용역업체 변경 시 고용승계의 문제에 관해서는 고용보장을 목적으로 하는 근기법상의 해고제한

20) 박제성, 위의 책, 18~19쪽; 심재진a, “사업의 외주화에 따른 고용관계의 법해석론”, 『노동법연구』 제33호, 서울대 노동법연구회, 2012, 304쪽; 김기산·전형배·최석환, 『아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안』, 한국노동연구원, 2012, 21쪽.

21) 권오성, 앞의 글, 17쪽.

법리에서 고용승계의 근거를 찾아야 한다는 견해이다.<sup>22)</sup> 즉, “상법상의 영업양도에서 양도라는 용어 자체가 당사자들 간의 직접적인 법률관계, 특히 양도당사자 간의 계약관계의 존재를 반드시 전제하는 것이어서 여기에 집착해서는 사회적으로 타당성 있는 결론을 도출해 낼 수 없다.”고 하면서 “영업이 이전된 법적 원인이 무엇이든 간에 이전 전후의 영업이 동일하거나 유사한 형태로 계속되고 있는 경우에는 근로자도 고용을 보장받아야 한다. 근로자의 고용보장은 정당한 이유 없는 해고 제한이라는 강행법 질서에 의하여 발생하는 법적 효과이고 고용승계 여부는 사업주의 변경이 이러한 법적 효과를 부정할 만한 합리적인 이유가 있는 것인지에 의하여 판단되어야 한다.”는 것이다.

그러나 해고제한의 법리로 접근하는 것은 실효성이 떨어진다는 비판도 제기되고 있다. 즉, 용역업체 변경이 문제된 실제 사건에서 법원은 외주화로 인한 긴박한 경영상의 필요성을 심사하지 않으며, 해고회피노력도 현재 사용자와의 고용관계를 유지하기 위한 노력인데도 불구하고, 이를 ‘신규 외주업체로의 전직’이나 ‘다른 외주업체로의 이직’을 위한 노력으로 바꾸어 이것이 이루어졌는지를 심사하기 때문이라는 것이다.<sup>23)</sup> 설령 경영상 이유에 의한 해고가 위법한 것으로서 무효가 된다 하더라도 용역업체 변경으로 인해 원사업주는 이미 해당 업무를 전혀 수행하고 있지 않기 때문에 근로자를 원직 복귀시키기가 사실상 어렵다는 점도 문제된다고 한다.<sup>24)</sup>

### 3) ‘사업이전’ 개념에 근거하는 견해

‘사업이전’이라는 개념에 주목하면서 해결책을 제시하는 견해이다. 기존의 영업양도 법리는 명시적이든 묵시적이든 당사자 간에 양도계약이 체결될 것을 요구하지만 노동법에서 주목하는 것은 주관적 계약 의사의 효과가 아니라 객관적 사실이라는 점, 따라서 영업의 양도에 관한 명시적 또는 묵시적 계약의 존재 여부는 결정적이지 않다는 점에 착안하는 것이다.<sup>25)</sup> 영업의 양도에 관한 명시적 또는 묵시적 계약의 존재 여부는 결정적이지 않고, 그것보다는 하나의 사업이 운영 주체의 변경에도 불구하고 폐지되지 않고 계속 영위되고 있는가 여부가 더 결정적이라는 것이다. 조경배 교수도 영업의 양도나 상법상 합병, 분할 등은 사업이전의 한 요인이 될 뿐이라고 하면서 사업이전 개념을 통한 해석 필요성에 대해 밝히고 있다.<sup>26)</sup> 이러한 견해는 유럽의 입법 및 판례 등에서 인정되고 있는 법리와 관련된다(이는 아래에서 상세히 살펴본다).

### 4) ‘제3자를 위한 계약’으로 이해하는 해석론

도급계약의 내용 중에 종전 용역업체 소속 근로자의 고용보장에 관한 조항이 포함되어 있는 경우, 이러한 고용보장 관련 조항은 도급인을 요약자(要約者), 수급인(신규 용역업체)을 낙약자(諾約者)로, 대상 업무에 종사하던 근로자를 수익자(受益者)로 하는 제3자를 위한 계약으로 해석할 수 있

22) 조경배, 앞의 글, 181~182쪽.

23) 심재진b, “외주화에 따른 고용관계의 문제”, 『노동법학』 제43호, 2012, 339쪽.

24) 심재진b, 위의 글, 339~340쪽.

25) 박제성, 앞의 글, 63~64쪽.

26) 조경배, 앞의 글, 182쪽 이하.

다는 견해가 있다.<sup>27)</sup> 즉, 여기에 판례에 의해 인정되는 노사관행의 법리를 더하면 용역업체 변경 시 근로자가 승계되었다는 사업장 관행은 도급인과 신규 용역업체 사이에 체결된 도급계약을 종전 용역업체 소속 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하는 근거가 될 것이라고 견해이다. 이러한 해석론은 주로 공기업 등 공공부문 사업장과 같이 용역업체 변경 시 고용보장에 관한 조항을 용역계약에 두고 있는 경우에는 매우 유의미하고, 실제 최근 하급심판결에서도 이러한 해석에 입각한 판결이 내려진바 있다.<sup>28)</sup> 그러나 고용보장에 관한 조항이 없는 경우 노동관행 법리를 통해 해석하기에는 앞서 지적한 노동관행 법리의 한계로 인한 어려움이 있다.

### 3. 새로운 판단 법리의 방향 모색

#### (1) 판례에 의한 영업양도 시 근로관계 승계 법리의 의미

‘영업양도’라는 개념은 본래 노동법상의 개념이 아닌 상법상의 개념이다. 그러나 상법상 영업양도의 개념 역시 판례에 의해 형성된 개념이다. 상법은 본래 기업의 경영과 상거래를 규율하기 위한 법이고, 위에서 살펴본바와 같이 영업양도 개념에서 근로자라는 기업의 인적 구성원에 대한 고려는 하고 있지 않다. 그런데 영업양도와 관련하여 고용, 근로조건 등 근로자를 둘러싼 법적 문제에 대해 판단해야 하는 상황이 발생됨에 따라 노동법 관련 사건에서도 영업양도 개념이 문제되었고, 영업양도 시 고용이나 근로조건이 문제되는 사건에서 영업양도의 대상이 ‘인적, 물적 조직’이라고 하여 상법상의 영업양도 대상인 ‘기능재산’과는 다르게 표현되어 있음을 알 수 있다.<sup>29)</sup>

그리고 노동법상 영업양도 사건은 90년대 말까지는 영업양도 시 고용은 그대로 유지되었던 근로자들이 영업양도 이후 퇴직 시 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간에 대해 다투거나 혹은 영업양도를 전후한 근로조건 유지 여부에 대해 다투는 소송이 거의 대부분이었다. 따라서 인적·물적 조직이 해체됨이 없이 그대로 유지되면서 양도된 경우, 즉, 근로자 전체가 양수기업에 이전되어 종전과 같이 계속 근무를 한 경우에는 영업양도로 인정되어 근로조건, 퇴직금 등에 관한 법률관계 역시 양도 이전부터 이후까지 그대로 포괄적으로 승계된다는 점에 대해 별다른 이의가 없었다.

그러나 ‘삼미특수강 사건’을 통해 영업양도 시 근로자들의 고용 유지 자체가 집단적으로 문제되는 상황이 발생할 수 있다는 점이 처음으로 본격적으로 문제된 이후 IMF 구제금융을 겪으면서 고용승계를 다투는 사건들이 연이어 발생됨에 따라 노동법상 영업양도의 의미는 무엇인지, 기존의 영업양도 법리를 적용할 경우 사업주 변경으로 인해 일자리를 상실하게 되는 근로자들을 보호할 수

27) 권오성, 앞의 글, 12쪽.

28) 대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결. 즉, 용역업체와 원청회사(한국수자원공사)가 위탁계약을 체결함에 있어 용역업체가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있으며 원청회사와 위탁계약을 체결한 십 수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 원청회사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였고, 기존 근로자들이 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등에 비추어 용역업체와 원청회사 간의 위탁계약은 기존 근로자들이 용역업체에 대해 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 판단하였다.

29) 심재진a, 앞의 글, 312쪽.

있는지 등의 문제가 논의되었음은 주지의 사실이다.

법원은 영업양도 시 양도기업 근로자들의 고용 유지 여부가 문제되는 사건에서 “영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항(현행법 제23조 제1항) 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.”라고 하여 영업양도 시 근로관계 승계 법리와 해고제한의 법리를 통해 규율하는 입장을 보이고 있다.<sup>30)</sup>

그리고 대법원은 위와 같은 노동법상 영업양도 관련 법리를 적용함에 있어서 양도 당사자들이 자산매매계약이라는 명시적 의사를 표시했음에도 불구하고 규범적 관점에서 물적·인적 조직의 동일성 판단, 종전 영업조직의 유지·기능에 대한 종합적 판단을 거쳐서 영업양도로 인정하여, 계약의 형식 보다는 실질을 중시함을 보여준바 있다.<sup>31)</sup> 물론 이러한 법리는 당사자 간에 명시적 또는 묵시적인 영업양도 계약이 존재함을 전제로 하여 적용된다.

요컨대 영업양도이건 자산매매이건 그 계약형식에 관계없이 사업주 변경으로 인해 고용이나 근로조건이 문제되는 경우의 해결 방법에 대해 현행법에서는 직접적인 규정을 마련하고 있지 않지만 법원은 이미 오래전부터 자체적인 법리를 형성, 발전시켜왔다고 할 수 있다. 즉, 법원은 상법상 영업양도 개념에서는 드러나지 않았던 근로관계의 포괄적 승계라는 법리를 영업양도 이후 퇴직금이나 근로조건이 문제된 사건에서 형성하였고, 영업양도 시 고용 승계가 문제된 사건에서는 해고제한의 법리를 통한 고용승계의 법리를 형성하였으며, 양도계약 당사자들이 영업양도가 아니라는 의사를 명시적으로 표시했다 하더라도 양도를 전후한 사업의 실질적 동일성 판단을 통해 근로관계의 포괄 승계를 인정할 수 있다는 법리를 형성하였다.

노동법 사건에서 영업양도 시 근로관계 승계의 법리는 현실의 문제들을 모두 해결할 수 없는 여러 한계가 있기는 하지만 어쨌든 상법 사건과는 별도로 노동법상 해고제한 및 근로조건 보호의 원리 하에서 발전되어온 일종의 법관법이라고 볼 수 있을 것이다. 특히 사업주들 간에 자산매매계약을 체결했다 하더라도 계약의 실질에 대한 판단을 통해 영업양도로 보아 근로관계 승계의 효과를 부여하고자 한 것은 사업주가 변경됨에 따라 근로자들이 부당하게 일자리를 잃거나 근로조건이 저하되는 처지에 내몰리는 상황에 대한 보호 방안을 적극적으로 모색한 것으로 평가할 만하다.

그렇다면 용역업체 교체에 의한 사업주 변경으로 인해 일자리를 위협받게 되는 근로자들이 속출하고 있는 상황에 대해서도 법원은 적극적 해석을 통한 해결방안을 모색할 필요가 있다. 아래에서 살펴볼 유럽 사법재판소는 사업이전지침의 목적, 즉, 사업의 이전 등으로 사용자의 지위에 변경이 생기는 경우에 근로자의 권리를 보호하는 것이라는 목적을 실제 사건의 판단에서 중요하게 고려하고 있다. 또한 독일은 사업이전 시 고용이전에 관한 법 규정은 있지만 외주업체 간의 계약 변경 시

30) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결.

31) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결.

고용이전에 관한 규정이 없음에도 불구하고 해석에 입각한 판결을 통해 외주업체 변경 시 근로자 보호를 모색하고 있다.

물론 명시적인 지침이나 입법이 있는 유럽의 경우와 그렇지 않은 우리나라의 상황을 동일선상에서 논하는 것에 무리가 있다. 사업양도 및 용역업체 교체 시의 근로관계 승계 문제는 궁극적으로는 입법론에 의해 해결해야 할 문제이다. 다만, 입법이 되기 전까지 그냥 방치할 것이 아니라 우리의 경우도 오랫동안 법원이 영업양도로 대표되는 사업주 변경 시의 근로관계 문제에 대한 나름의 법리를 형성해 왔다는 점을 고려할 때, 이제 절박하게 보호를 필요로 하는 용역업체 근로자들에 대해 적극적 해석론을 통한 법리를 형성해 나가야 할 것이다.

## (2) 법률행위의 해석 내지 보충을 통한 문제해결의 가능성

사업이전에 있어서의 근로자의 보호에 관하여 직접 적용할 입법이 미비한 우리나라의 상황에서 도급인에 의한 하청업체의 교체로 신규 하청업체 간에 사업이 사실상 이전되는 경우 근로관계의 (포괄)승계를 인정하기 위한 가장 용이한 방법론은 하청업체의 교체과정에서 체결된 제반 법률행위의 해석 내지 보충을 통해 근로관계의 승계라는 법률효과를 도출하는 방법일 것이다.

### 1) 신규 하청업체 간에 영업양수도 또는 자산양수도계약이 체결된 경우

하청업체의 변경 과정에서 신규 하청업체 간에 종전 하청업체의 영업 내지 용역업무의 수행에 필요한 물적 설비의 양수도에 관한 계약이 체결되는 경우에는 이러한 계약은 그 명칭에 관계없이 영업양도에 포섭시킬 수 있을 것이며, 따라서 이 경우 근로자의 보호 문제는 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 확립된 판례 법리의 적용으로 해결할 수 있을 것이다.<sup>32)</sup> 물론 이러한 경우에도 신규 하청업체가 신규 하청업체 간에 체결된 계약의 성질이 영업양도계약이 아니라 ‘자산양수도 계약’이라고 주장하며 종전 하청업체 소속 근로자 전원의 승계를 거부하거나 또는 신규 하청업체가 근로자를 선별적으로 승계하고 일부 근로자의 승계를 거부하는 경우(소위 cherry picking)도 예상되나, 하청업체의 변경으로 인한 ‘사업의 이전’은 본질적으로 종전 하청업체가 수행하던 업무를 신규 하청업체가 ‘그대로’ 수행하는 경우라는 점에서 신규 하청업체 간에 자산양수도계약이 순수한 자산양수도로 인정되기는 어려울 것이다.

### 2) 신규 하청업체와 근로자 간에 근로계약이 체결된 경우

신규 하청업체 간에 물적 설비의 양수도에 관한 계약이 체결되지 않는 경우에도, 신규 하청업체가 종전 하청업체 소속 근로자들과 개별적으로 (명시적이든 묵시적이든) 근로계약을 체결하는 경우에는 근로관계의 존속의 측면에서는 크게 문제되지 않을 것이다. 다만 이러한 경우에는 신규 하청업체가 기존 하청업체의 근로자 전원을 채용하지 않고 선별적으로 채용할 경우 신규 하청업체로부

32) 우리나라에서는 사업의 양도의 경우 노동관계의 승계 여부를 명시한 법률규정이 없기 때문에 학설상 약간의 논란이 있지만, 판례는 일찍부터 노동관계의 당연 승계를 인정해 왔고, 지금은 학자들 사이에서도 이와 다른 견해를 찾기 어렵다는 설명으로 입증됨, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016, 521면.

터 근로계약의 체결을 거부당한 근로자를 어떻게 보호할 것인지는 여전히 문제될 수 있을 것이다. 또한 이러한 경우 신규 하청업체는 종전의 하청업체로부터 근로관계를 승계한 것이 아니라 근로자를 ‘신규채용’한 것이므로 종전의 하청업체에서의 근로조건은 신규 하청업체를 구속하지 않는다고 주장하는 경우가 대부분일 것인바, 이러한 경우 근로자의 기존의 근로조건을 어떻게 보호할 것인가의 문제가 발생할 것이다(대상판결도 이러한 유형에 속하는 분쟁에 관한 것이다).

### 3) 신규 하청업체와 근로자 간에 계약이 존재하지 않는 경우

위에서 살펴본 경우와 같이 신규 하청업체가 종전 하청업체와 영업 내지 자산의 양수도에 관한 계약을 체결하거나 또는 개별 근로자와 근로계약을 체결하는 경우가 아니라면, 도급인에 의하여 하청업체가 교체되는 경우 체결되는 법률행위는 결국 도급인과 신규 하청업체 간에 체결되는 도급계약 외에는 존재하지 않을 것이다. 따라서 이러한 경우에는 도급인과 신규 하청업체 간의 도급계약의 해석을 통하여 근로관계의 승계를 인정할 수 있는지 문제될 것이다. 이와 관련해서는 도급인과 신규 하청업체 간의 도급계약을 종전 하청업체 소속 근로자에게 근로관계의 이전에 관한 선택권을 부여하는 취지의 ‘제3자를 위한 계약’으로 이해하는 해석론을 모색할 필요성이 있다. 도급계약의 내용 중에 종전 하청업체 소속 근로자의 고용보장에 관한 조항이 포함되어 있는 경우, 이러한 고용보장 관련 조항은 도급인을 요약자(要約者)로, 수급인(신규 하청업체)을 낙약자(諾約者)로, 대상 업무에 종사하던 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하는 것도 가능할 것으로 생각한다. 나아가 이렇게 해석하는 것이 하청업체가 교체되더라도 종전에 대상 업무를 수행하던 근로자들이 그대로 신규 하청업체로 승계되어 대상 업무가 안정적으로 수행되기를 희망하여 도급계약에 고용보장에 관한 조항을 삽입한 도급인의 진정한 의사에 부합한다고 볼 수도 있을 것이다.

이와 같은 법률행위의 해석이나 보충으로 근로관계의 승계를 인정할 수 없는 경우에는 결국 하청업체의 변경 및 그 결과 발생하는 신규 하청업체 간의 사업의 이전이라는 ‘사실’ 자체에 적용할 수 있는 객관적 법규범을 통해 문제를 해결할 수밖에 없을 것이다.

### 4) 사업이전 개념에 따른 고용이전 개념의 인정을 통한 해석

‘사업이전’ 개념을 통한 고용이전 개념을 인정하고자 하는 입장은 당사자들의 주관적 계약 의사의 효과가 아니라 하나의 사업이 운영주체가 변경되었음에도 불구하고 폐지되지 않고 계속 영위되고 있는가라는 객관적 사실에 주목한다. 즉, 양도에 관한 계약당사자들의 주관적 의사가 아니라 이전이라는 사실의 발생을 중요하게 보는 것이다.

이미 우리 대법원은 영업양도란 ‘물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것’이라고 하여 ‘이전’이라는 용어를 사용하고 있는데 그렇다면 유럽 국가들이 사용하고 있는 ‘이전’으로 인정하기 위한 ‘동일성’ 판단 기준들을 사용하지 못할 이유가 없다는 견해도 제시된다.<sup>33)</sup> 사업이전이 이루어지면 그 객관적 효과로서 고용이전이 이루어지게 된다. 즉, 사업이 그 동일성을

33) 박제성, 앞의 글, 63~64쪽.



유지하면서 이전하게 되면 종전 사업주 사이에 존재하던 고용관계는 신규 사업주에게 이전되는 것이고, 사업이전이라는 객관적 사실이 중요하기 때문에 신규 사업주 간에 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야만 그러한 객관적 사실이 인정되는 것은 아니라고 보는 것이다.<sup>34)</sup>

다만, 유럽에서 인정되고 있는 사업이전과 고용이전 개념에 의하더라도 해결되기 어려운 문제가 있다. 예컨대 사업이전에서도 청소 업무와 같이 노동집약형 사업의 경우 인적 요소가 사업의 동일성 판단에서 중요하다고 보기 때문에 대다수 근로자가 인수되면 사업이전이 인정되고 그렇지 못하면 사업이전으로 인정되지 못하는 문제가 발생한다. 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로서 ‘사업의 장소성’이라는 개념을 강조하는 견해가 제시된다.<sup>35)</sup> 예를 들어 청소용역사업 수행에서 사업의 필수적인 물적 요소는 청소의 목적물인 건물 그 자체라는 것이다.

### III. 해외 입법례

#### 1. 유럽연합

##### (1) 지침<sup>36)</sup>

「사업 및 사업장 또는 사업 및 사업장의 일부 이전 시 근로자의 권리 보호에 관한 회원국 법제의 접근에 관한 유럽연합 이사회 지침」(이하 ‘사업이전지침’이라 함)은 1977년에 제정되어<sup>37)</sup>, 1998년<sup>38)</sup>, 2001년<sup>39)</sup>에 개정되었다.

동 지침은 법적 이전 또는 합병의 결과로서 사업 또는 사업장, 또는 사업이나 사업장의 일부가 다른 사용자에게 이전되는 경우에 적용된다(제1조 제1항 제1문). 이 지침에서 말하는 이전(transfer), 곧 사업이전이란 ‘경제적 단일체(economic entity)’가 동일성을 유지한 채 이전되는 것을 뜻하고, ‘경제적 단일체’란 어떤 경제 활동을 추구하기 위해 자원을 조직하여 결합하는 것을 의미한다. 경제 활동이 주된 것인지 부수적인 것인지는 불문한다.

사업이전의 시점에 존재하는 근로계약 또는 고용관계로부터 발생한 인도인(transferor)의 권리와 의무는 사업이전에 의하여 인수인(transferee)에게 이전된다. 다만, 회원국은 사업이전 시점에 존재하는 근로계약 또는 고용관계에 근거하여 이전일 이전에 발생한 의무에 대해서 인도인과 인수인이 함께 또는 각자 책임을 부담하도록 규정할 수 있다. 기존 단체협약의 종료 때까지 또는 새로운 단체협약이 발효될 때까지, 인수인은 기존 단체협약에서 정한 근로조건을 준수해야 한다.

34) 박제성, 앞의 글, 70쪽.

35) 박제성, 앞의 글, 73쪽.

36) 박제성, 앞의 글, 25쪽 이하의 내용을 중심으로 정리함.

37) Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the OJ 1977 L61/26.

38) Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the OJ 1998 L201/88.

39) Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the OJ 2001 L82/16.

사업이전 그 자체는 해고의 근거가 될 수 없다. 그러므로 인도인이 사업이전 이전에 미리 근로자를 해고하거나 인수인이 사업이전 이후에 해고하는 것은 허용되지 않는다. 사업이전으로 인한 고용 승계의 효과를 실효적으로 보장하기 위한 규정이라고 할 수 있다. 그러나 경제적 이유, 기술적 이유 또는 조직상의 이유로 인하여 노동력에 변화가 초래되는 경우에 발생할 수 있는 해고는 금지되지 않는다.

## (2) 판례<sup>40)</sup>

유럽사법재판소 판례에 의하면 사업이전 여부를 판단할 때 우선 여러 가지 사실 요소를 종합적으로 고려해야 하며 각각의 사실 요소의 중요성은 문제되는 사업의 성격에 따라 달라진다고 한다. 유럽사법재판소는 고용관계가 이전되는 사업이전 해당 여부를 판단하기 위한 ‘사업의 동일성’ 유지는 원칙적으로 사업의 목적 추구를 위해 결합된 인적 요소와 물적 요소의 총체적 이전을 의미하지만 어느 하나의 요소가 결여되었다고 해서 무조건 사업의 동일성이 부정되는 것은 아니라는 입장을 취한다.

노동집약형 사업에서는 인적 요소의 이전 여부가 상대적으로 더 중요한 의미를 가지지만 그 요소만으로 사업이전 여부가 결정되는 것은 아니라고 한다. 유럽사법재판소는 사업이전 해당 여부 판단에 있어서 사업의 이전 등으로 사용자의 지위에 변경이 생기는 경우에 근로자의 권리를 보호하는 것을 목적으로 하는 사업이전 지침의 목적을 중요하게 고려한다.<sup>41)</sup>

특히 폭스바겐 브뤼셀의 청소 도급업체 변경으로 인해 해고된 기존 도급업체 소속 근로자들에 대한 신규 도급업체로의 고용이전 여부가 문제된 사건(‘Temco’ 사건)<sup>42)</sup>에서 신규 업체가 기존 업체로부터 어떠한 물적 자산도 인수하지 않았지만 유럽사법재판소는 기존 업체와 신규 업체 간에 사업의 이전이 이루어졌다고 인정했다.<sup>43)</sup> 또한 이 사건에서 유럽사법재판소는 “인도인과 인수인 사이에 계약 관계가 없다는 점은 사업이전지침이 의미하는 이전을 방해할 수 없다.”고 밝혔다. 더 나아가 실제 용역업무를 맡고 있던 인도인이 용역계약의 당사자가 아닌 재하청업체라는 사실도 문제되지 않는다고 했다. 유럽사법재판소는 사업이전 당사자들이 계약 당사자가 아니라는 사실은 사업이전 개념에 영향을 미치지 않으며 비록 간접적일지라도 계약관계망의 일부를 구성하는 것으로 충분하다는 입장을 확립했다. Temco사건의 경우, ‘계약관계망’이라는 개념을 제시하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

40) 박제성, 앞의 글, 29쪽 이하에 소개된 판례들을 중심으로 정리함.

41) 박제성, 앞의 글, 36쪽.

42) ECJ C-51/00 [2002] I-00969.

43) Temco사건에 관한 보다 상세한 내용은 박제성, 앞의 글, 34쪽 이하.

Temco사건

Volkswagen 브뤼셀(이하 VW라 함)은 청소업체인 BMV와 건물시설청소 계약을 체결하고 있었다. BMV는 재하청업체인 GMC를 통해 청소업무를 수행했다. 그러나 GMC는 한번도 업무도급인인 VW와 직접 계약을 체결하는 등의 계약상 관계를 맺은 적이 없었다. VW는 BMV와 계약을 해지하고 Temco와 새로 계약을 체결하였다. GMC는 이 소송의 당사자인 4명의 근로자들을 제외한 나머지 근로자들을 모두 해고했다. 이 4명의 근로자들은 단체협약의 보호를 받는 근로자들이었다. 이후 Temco는 75%의 근로자들을 인수해야 한다는 별기에 업종별 단체협약에 따라 GMC에서 해고된 근로자들 중 일부를 고용했다. 그러나 위 4명의 근로자들은 Temco에 고용되지 않았다. 이 근로자들은 GMC와 Temco 간에 사업의 이전이 이루어진 것이기 때문에 자신들의 고용관계도 Temco로 이전되어야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 유럽사법재판소는 GMC와 Temco 간에 사업의 이전이 이루어졌음을 인정하였다.

Temco는 GMC로부터 어떤 물적 자산도 인수하지 않았으며, GMC는 청소업무가 Temco로 이전된 다음에도 계속해서 존속하면서 회사 설립의 목적이 된 사업을 계속 영위하였는데, 이런 경우에 「사업이전지침」이 적용될 수 있는가가 문제되었는데, 유럽사법재판소는 이미 과거의 판결을 통해서, 사업이전 여부를 결정하는 '사업의 동일성' 유지는 원칙적으로 사업의 목적 추구를 위해 결합된 인적 요소와 물적 요소의 총체적 이전을 의미하지만, 어느 하나의 요소가 결여되었다고 해서 무조건 사업의 동일성이 부정되는 것은 아니고, 사업의 성격에 따라 각 요소에 부여되는 중요성이 다를 수밖에 없으므로, 어떤 사업이 물적 자산의 이전 없이도 목적 추구가 가능하다면 논리적으로 볼 때 사업의 동일성 유지도 자산의 이전 여부에 좌우되지 않는다는 법리를 확립했고, 이 법리를 이 사건에도 그대로 적용하였다.

또한 처음에 청소업무를 위탁받은 BMV나 재위탁받은 GMC와 나중에 위탁받은 Temco 사이에는 아무런 법적 관계도 존재하지 않는데, '법적 이전'에 적용되는 「사업이전지침」이 적용될 수 있는가가 문제되었는데, 유럽사법재판소는 "인도인과 인수인 사이에 계약 관계가 없다는 점은 지침이 의미하는 바의 이전을 방해할 수 없다. 이전은 인도인과 인수인이동일한 법인 또는 자연인과 체결한 연속적인 두 개의 계약으로 일어날 수 있다."고 판단했고, 사업이전의 당사자들이 계약 당사자가 아니라는 사실은 사업이전 개념에 영향을 미치지 않으며 비록 간접적일지라도 '계약관계망(the web of contractual relations)'의 일부를 구성하는 것으로 충분하다는 입장을 확립했다.

2. 영국

유럽연합이 1977년 입법지침을 통하여 기업변동에 따른 고용승계 및 기득권 보호에 관한 입법적 기준을 마련하자 영국이 이를 국내법으로 수용한 것이 1981년 사업이전규칙(The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations(TUPE) 1981)이다. 아웃소싱과 관련한 고용승계 혹은 근로조건의 유지 문제에 관하여 영국은 2006년 이전까지는 1981년 사업이전규칙에 규정한 사업이전(transfer)이라는 개념을 유연하게 해석하여 해결하여 오다가, 2006년 개정을 통해서 아웃소싱의 여러 형태를 모두 사업이전의 개념에 포섭시키는 명문 규정 상의 개념을 도입하였다. 이를 통해 종전에 노동집중형 혹은 자산집중형이냐에 따라 사업이전의 성립 여부를 검토함으로써 발생했던 기준의 혼선을 정리하고, 대부분의 아웃소싱을 사업이전으로 보아 근로관계의 승계를 인정하게 되었다. 요컨대 용역 제공자의 변경(service provision change) 그 자체를 사업이전으로 본다고 할 수 있다.

## (1) 입법 이전의 상황

사업이전규칙이 입법되기 이전 경비용역업체 변경에 따른 기존 업체 소속 근로자들의 신규 업체로의 고용이전 여부가 문제되었던 ADI v. Firm Security Group 사건<sup>44)</sup>에서 고용심판소와 항소고용심판소는 사업이전에 따른 고용이전을 주장하는 근로자들의 소송을 받아들이지 않았는데, 이에 대해 영국고등법원은 이른바 'ECM 논점'을 고려하지 않았다는 이유로 항소고용심판소 결정을 파기환송하였다.

'ECM 논점'이라는 것은 ECM 사건<sup>76)</sup>에서 영국고등법원이 확립한 것으로 노동집약형 사업에서 새 용역업체가 이전 용역업체의 근로자들을 인수하지 않는 것이 '사업이전지침'의 적용을 피하기 위함이라면 이를 고려하여야 한다는 것이다. 이에 따르면 만약 근로자들이 인수되었더라면 명백히 사업의 이전에 해당하였지만, 근로자가 인수되지 않는 이유가 사업이전지침의 적용을 피하기 위한 것이라면, 이러한 경우는 사업의 이전에 해당한다는 것이다. 유럽사법재판소는 Süzen 사건<sup>45)</sup>에서 노동집약형 사업의 경우 노동력의 이전여부가 중요한 판단기준이기는 하지만, 영국법원은 노동력이 이전되었다면 명백히 사업이전에 해당하는 경우에 왜 사용자가 근로자를 고용하지 않는 것인지를 고려할 의무가 있다고 보았다.

## (2) 사업이전규칙의 주요 내용

영국의 경우 2006년 '사업이전(고용보호)규정'<sup>46)</sup>이 제정되기 전까지는 판례에 의해 규율되었고, 2006년 이후에는 제정법에 의해 규율되고 있다. 사업이전규칙은 2006년 전면개정되면서 사업이전규칙의 적용 범위와 근로자들의 고용상 지위에 관한 중요한 내용들을 담았는데, 2006년 사업이전규칙의 전면개정시 이루어졌던 중요한 4가지의 변화는 다음과 같다.<sup>47)</sup>

- ① 서비스 공급자의 변경(Service Provision Change: SPC)에 관한 규정을 두어 영업양도의 다양한 유형을 포섭시킴으로서 관계 당사자 간의 불필요한 분쟁을 줄이고 양도에 따른 비용도 절감하는 효과를 기대할 수 있게 되었다(이하에서는 '사업이전'과 '서비스 공급자의 변경'을 함께 의미하는 경우 '사업이전 등'이라고 한다).
- ② 양도와 관련한 해고에 대해 사업이전규칙이 어떻게 적용되는지 명확하게 규정하고, 양도시 근로조건의 변경에 관해서도 구체적인 규정을 두었다.

44) [2001] EWCA Civ 971.

45) ECJ C-13/95 [1997] ECR I-01259. 이 사건은 청소하청업체의 변경이 사업이전에 해당되는지 여부가 다투어진 사건인데, 유럽사법재판소는 별다른 자산이 없는 노동집약형 사업에서도 사업이전으로 인정되기 위해서는 사업의 동일성이 유지되었다고 평가할 수 있는 정도의 노동력의 양적 혹은 질적 이전이 있어야 한다고 보았다. 사업이전으로 인정되기 위해서는 적어도 물질적, 비물질적 사업수단이 이전되거나 인수한 인원이 그 수와 전문지식에 비추어 사업수행을 위해 본질적인 경우여야 하고, 따라서 신규 용역업체에 의해 공급받는 용역이 유사하다는 사실만으로 사업이 이전되었다고 결론내릴 수는 없다고 하였다. 사업의 동일성은 노동력, 관리자, 업무가 조직되는 방식, 운영 방법 혹은 필요한 경우 이용할 수 있는 운영 자원 등과 같은 다양한 요소들에서 발생한다고 한다.

46) The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006(SI. 2006/246).

47) 이하의 변화 내용은 전행배b, 143-144쪽에서 인용.

- ③ 양도인의 통지의무 규정을 도입하여 양도인은 양수인에게 양도시 승계되는 근로자 및 권리와 책임에 관하여 통지하도록 하고 있다.
- ④ 기업 도산과 관련하여 제8조 및 제9조를 신설함으로써 기존에 도산과 근로관계의 승계 문제에 관하여 다툼이 있었던 부분을 입법화하였다.

2006년 사업이전규칙에서는 사업의 이전(relevant transfer)과 관련한 개념을 새롭게 정의하여 개정 전 사업이전규칙이 갖고 있던 용어상의 모호함을 해결하려고도 하였는데, 즉 대부분의 사업이전에 관하여 유럽법원의 판례가 요구하고 있던 “동일성을 유지하면서 경제적 실체를 이전하는 것”이라는 기준을 적극적으로 받아들이고 나아가 뒤에서 언급하듯이 서비스 공급자의 변경(service provision change=SPC)도 사업이전의 개념에 포함시킴으로서 종전과 달리 굳이 유럽법원의 혼란한 판례 법리에서 근거를 찾지 않고도 외주위탁사업의 이전에 따른 근로관계 승계문제를 해결할 수 있게 한 것이다.<sup>48)</sup>

한편, 2014년 개정 사업이전규칙(Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014)은 새로운 사용자에게 근로자의 고용이 승계되는 경우, 이전 사용자와 체결한 단체협약이 새로운 사용자를 구속하는지 여부를 입법적으로 해결한 것이다. 사업이전규칙은 새로운 사용자에게 사업이 이전된 후, 이전 사용자와의 단체협약 내용이 새로운 사용자에게서도 여전히 유효하고 새로운 사용자에게 그것을 준수하도록 구속력을 갖는지 여부가 많은 논쟁 및 소송의 핵심 주제였다.<sup>49)</sup> 이 문제와 관련하여 최종적인 해석의 지침을 내린 것이 *Alemo-Herron v Parkwood Leisure Ltd*(2013, C-426/11)<sup>50)</sup> 사건(이하, ‘알레모-헤런 사건’)의 유럽사법재판소 판결이다.<sup>51)</sup> 이 판결에서 유럽사법재판소는 영국의 사업이전규칙이 ‘유동적’이라기 보다 ‘고정된’ 구속력을 갖는 것으로서, 새로운 사용자가 자유롭게 사업활동을 하고 계약과정에서 효과적으로 이익을 주장할 수 있어야 하며, 따라서 협상과정의 당사자로 참여하지 않은 이상 새로운 사용자는 이전 사용자와의 단체협약으로 결정된 보수를 지급해야 할 의무는 없다고 밝혔다.<sup>52)</sup> 2014년 사업이전규칙은 이 알레모-헤런 사건을 법제화한 것으로서, 사업이전일 이후에 단체협약 내용이 합의되었을 때와 사업을 이전받은 사용자가 해당 단체협상의 참여자가 아닐 경우, 단체협약 상의 어떤 권리도 TUPE에 의해 승계되지 않는다는 점을 명시하였다.<sup>53)</sup> 이외, 2014년 사업이전규칙에서 이루어졌던 주요 개정 내용은 다음과 같다.<sup>54)</sup>

48) 전형배b, 앞의 글, 144쪽.

49) 한국노동연구원 해외노동동향, 2014. 4. 17. 참조.

50) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0426>(최종검색일 2021. 1. 5.)

51) 이 사건은 임금이 단체협약에 연동되어 인상되도록 한 고용계약을 체결한 근로자가 사업이전 후에도 여전히 단체협약에 연동된 임금인상권을 갖는지 여부가 문제되었다. 회사는 2번 이전되었는데, 1차 이전시 새로운 사용자는 단체협약에 따른 임금인상을 용인하였지만, 2차 이전시 사용자는 임금인상을 거부하였고, 이에 따라 근로자가 회사에 대하여 단체협약에 따른 임금인상에 대한 의무를 주장한 사건이다.

52) <http://www.personneltoday.com/hr/tupe-affect-collective-agreements/>

53) 상동.

54) DBIS, A Guide to the 2006 TUPE Regulations (as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014) for employees, employers and representatives.

- ① 서비스 공급자의 변경 후 수행된 활동이 기본적으로 서비스 공급자의 변경으로 더 이상 서비스를 제공할 수 없게 된 사람들이 수행하던 서비스와 같을 것을 분명하게 하였다.
- ② 해고와 고용계약변경의 제한은 해고 또는 고용계약의 변경 사유가 오로지 또는 1차적으로 사업이전인 경우에 적용된다. 해고와 고용계약변경의 제한은 해고 또는 고용계약변경의 유일한 또는 1차적 이유가 인력의 변화(changes in the workforce)를 수반하는 경제적, 기술적 또는 조직적(organisational)인 것인 경우와 같은 일정한 경우에는 적용되지 않을 수 있도록 하였다.
- ③ 근로자들이 고용된 장소의 변화는 ‘인력의 변화’에 해당함을 규정하였다. 이것은 해고보호 및 고용계약내용의 변경에 대한 보호에서도 마찬가지이다.
- ④ 고용계약을 변경하는 것에 대한 일반적 제한에 대한 예외를 규정하였다. i) 단체협약과 연동된 근로조건의 경우, 전체적으로 근로자에게 불리하지 않을 때, 사업이전 후 1년이 경과하였을 때 변경될 수 있고, ii) 사용자는 계약상 허용된 범위에서 고용계약의 내용을 변경할 수 있다. 다만, 이 두 경우는 모두 고용계약을 유효하게 변경하는 경우에 대한 규율의 적용을 받는다.
- ⑤ 경우에 따라서는 사업이전 후 체결된 단체협약에서 규정하고 있는 계약 조건에 대한 권리가 이전되지 않을 수 있도록 하였다.
- ⑥ 더 이상 적절한 대표가 존재하지 않을 경우, 소규모 기업(micro businesses)에서는 직접 근로자들에게 알리고 협의할 수 있도록 하였다.
- ⑦ 기존의 사용자가 근로자 책임에 관한 정보를 새로운 사용자에게 제공해야 하는 통상적인 기한을 사업이전일 14일 전에서 28일로 연장하였다.
- ⑧ 1992년 노동조합 및 노동관계(통합)법상 양수인은 사업이전 전에 제안된 집단해고에 대하여 이전된 직원 대표와 협의(혹은 협의를 시작)할 수 있다(법상 협의요건을 충족하기 위함). 양도인은 이 협의에 동의해야 한다.

2014년 개정내용을 포함한 영국의 2006년 사업이전규칙의 주요 내용을 요약하면 다음과 같다.<sup>55)</sup>

- 사업이전규칙은 사업이나 기업 혹은 그 한 부분이 새로운 사용자에게 이전되는 경우, 또는 ‘서비스 공급자의 변경’(‘service provision change’)(예를 들어, 고객을 위한 서비스를 공급하기로 계약한 계약자를 다른 계약자로 바꾸는 것)의 경우에 적용된다. 일반적으로 말해서 영국의 사업이전규칙의 효과는 사업이전이 이루어지는 경우 새로운 사용자에게로 이전되는 근로자들의 고용의 연속성과 근로조건을 보호하는 것이다. 즉 이전의 사용자(=양도인)에게 고용되었

([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/275252/bis-14-502-employment-rights-on-the-transfer-of-an-undertaking.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/275252/bis-14-502-employment-rights-on-the-transfer-of-an-undertaking.pdf))(최종검색일 2021. 1. 5.), p.6.

55) 사업이전규칙의 내용에 관해서는 Department for Business Innovation & Skill가 발간한 “A Guide to the 2006 TUPE Regulationss (as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014) for employees, employers and representatives”를 중심으로 정리하였음.

던 근로자들이 사업의 이전과 함께 자동적으로 이전과 동일한 근로조건(일부 연금수급권은 제외) 하에서 새로운 사용자(=양수인)의 근로자가 되는 것이다. 다만, 사업이전규칙은 법정 조건 하에서 고용계약상 근로조건을 양도인 또는 양수인이 변경할 수 있는 일부 제한적인 가능성을 허용하고 있고, 변경의 주된 또는 유일한 이유가 사업이전인 경우에도 마찬가지이다.

- 사업이전규칙은 근로자가 사업이전을 전후하여 해고되지 않도록 하는 특별한 보호 규정을 포함하고 있다.
- 사업이전으로 영향을 받는 근로자들의 적절한 대표들은 예상되는 사업이전에 관한 정보를 얻을 권리가 있다. 양도 또는 양수 사용자는 사업이전으로 영향을 받는 근로자들과 관련하여 취할 것으로 예측되는 조치에 대하여 근로자들의 적절한 대표와 협의하여야 한다.
- 또한 사업이전규칙은 양도사용자에게 사업이전이 이루어지기 전에 새로운 사용자에게로 노동력을 이전시키는 것에 관한 정보를 제공할 의무를 부과한다.
- 사업이전규칙은, 예를 들어 양도사용자가 파산을 하게 되거나 하는 어려운 상황이 발생하였을 때 당사자가 고용계약을 바꿀 수 있는 기회를 높임으로써 사업이전이 진행됨에 따라 고용이 유지될 수 있도록 하는 일정한 규정을 두고 있다.
- 사업이전규칙은 이전되는 사업의 규모와 상관없이 적용될 수 있다. 따라서 사업이전규칙은 수천명의 근로자를 고용하고 있는 대규모 사업 또는 영세 사업(상점, 펍(pub) 또는 정비소)의 사업이전에 동일하게 적용된다. 또한 이 규칙은 공공부문과 민간부문에 모두 동일하게 적용된다. 영리사업인지 비영리사업인지 여부도 문제되지 않는다.

사업이전에 해당하기 위해서는 사용자의 정체성이 바뀌어야만 한다. 따라서 기업의 주식을 신규 주주에게 매각하는 경우에는 영업이나 기업이 이전되지 않으므로, 사업이전규칙은 주식의 인수인계에 대해서는 적용되지 않는다. 또한 통상적으로 사업이전규칙은 근로자를 제외한 자산의 양도만이 이루어지는 경우에는 적용되지 않는다. 그러므로 기업시설을 판매하는 것만으로는 사업이전규칙의 적용을 받을 수 없지만, 근로자가 고용되지 않았다는 사실이 사업이전규칙의 적용을 방해하지는 않는다.<sup>56)</sup>

사업이전규칙이 적용되는 ‘사업이전 등’은 회사, 기업 또는 그 일부분이 한 사용자로부터 다른 사용자에게로 이전되는 경우(‘사업이전’이라고 규정), ‘사내하청’을 포함하여, 고객이 자신을 대신하여 일 할 계약자를 고용하거나 그러한 계약을 재위탁하는 경우(‘서비스 공급자의 변경’이라고 규정)를 의미한다.

‘서비스 공급자의 변경’은 도급업자와 그 서비스를 이용하는 고객과의 관계에 관한 것이다. 예를 들어, 사무실 청소, 회사 케이터링, 경비, 쓰레기수거, 기계보수유지 등 노동집약적인 서비스를 제공하는 계약이 포함된다. 이러한 계약들의 변경은 다음과 같은 기본적인 형태로 이루어진다.

56) 예를 들어, 항소법원의 RCO Support Services v Unison [2002] EWCA Civ 464 and ECM v Cox [1999] IRLR 559 결정 참조.

- 고객이 이전에 수행하던 서비스가 도급업자에게로 이전된 경우(‘위탁’(contracting out) 또는 ‘외주화’(outsourcing) 등)
- 계약이 재위탁을 통해 새로운 도급인에게로 양도되는 경우
- 이전의 고객에 의하여 ‘사내’에서 이루어지는 서비스로 계약이 종료되는 경우(‘내부화’(contracting in) 또는 인소싱(insourcing))

사업이전규칙의 적용을 받으면서 근로자들이 이 규칙에 따른 권리를 향유할 수 있기 위해서는, 사업이전이 ‘독자성을 유지하는 경제적 실체(economic entity)’의 양도를 수반해야만 한다. ‘경제적 실체’란 ‘주된 활동인지 부수적 활동인지 여부와 관계없이, 경제활동을 추구할 목적을 지닌 조직적인 자원의 집결’을 의미한다.

### (3) 독일

독일 민법 제613조의a에 따르면, 사업이 이전되는 경우 근로관계상의 권리와 의무도 같이 이전된다. 그러나 하청업체의 변경이 사업이전으로 인정되는지에 관해서는 명시적인 규정이 없기 때문에 하청업체 변경 시 고용이전 문제는 판례에 의해 규율되고 있다.

※독일 민법 제613조의a

- ① 사업 또는 사업의 일부가 법률행위에 의하여 다른 사업주에게 양도된 경우에 양수인은 양도 당시 존재하는 고용관계상의 권리의무를 승계한다. 단체협약 규정 또는 사업장협정에 의하여 이러한 권리의무가 규율된다면 이는 새로운 사업주와 근로자 사이의 고용관계의 내용이 되고 양도 시점 이후 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불리하게 변경될 수 없다. 권리와 의무가 새로운 사업주에게 있어서 다른 단체협약 규정 또는 사업장협정에 의해 규율되는 경우에는 제2문이 적용되지 않는다. 단체협약이나 사업장협정이 효력을 상실한 경우 또는 쌍방이 원래의 단체협약의 적용 범위 내에서 그것을 적용하기로 합의한 경우에는 제2문의 기간이 경과되기 전이라 하더라도 그 권리와 의무가 변경될 수 있다.
- ② 종전의 사용자는 제1항에서 정한 의무가 사업양도 전에 발생하고 사업양도 후 1년이 경과하기 전에 이행기가 도래한 한도에서 이에 대하여 새로운 사업주와 함께 연대책무자로서 책임을 진다. 그 의무의 이행기가 사업양도 후에 도래한 경우에는 종전 사용자는 당해 산정 기간 중 양도 시에 이미 경과한 부분에 상응하는 범위에서만 책임을 진다.
- ③ 제2항은 법인 또는 인적 상사회사가 조직 변경에 의하여 소멸하는 경우에는 적용되지 아니한다.
- ④ 사업 또는 사업 일부의 양도를 이유로 종전의 사용자나 새로운 사업주에 의한 근로자의 고용관계 해지는 효력이 없다. 다른 이유로 고용관계를 해지할 권리는 영향을 받지 아니한다.
- ⑤ 종전의 사용자 또는 새로운 사업주는 사업양도에 의하여 영향을 받는 근로자에게 양도 전에 서면으로 다음의 사항을 통보하여야 한다:
  1. 양도 시기 또는 양도 예정 시기
  2. 양도 이유
  3. 양도가 근로자에게 미치는 법적, 경제적, 사회적 결과
  4. 근로자와 관련하여 예상되는 조치
- ⑥ 근로자는 제5항에 따른 통보를 받은 후 1개월 내에 고용관계의 승계에 대하여 서면으로 거부할 수 있다. 거부는 종전의 사용자 또는 새로운 사업주에 대하여 할 수 있다.



독일 민법 제613조의a는 “사업 또는 사업 부분이 법률행위에 의하여 다른 자에게 이전된 경우에, 새로운 사업주는 양도 당시 존재하는 근로관계로부터 발생하는 권리의무를 승계한다.”라고 규정하고 있는바, 유럽사법재판소<sup>57)</sup>와 독일 연방노동법원<sup>58)</sup> 판례의 일관된 입장에 따르면 ‘법률행위’라는 구성요건은 지금까지 업무를 수행해 온 종전 사업주와 새롭게 업무를 수행하게 된 신규 사업주 간에 직접적인 법률관계를 전제로 하는 것은 아니라고 한다. 따라서 업무를 맡는 신규 수급업체 간에는 법률행위가 없음에도 불구하고 경우에 따라서 독일 민법 제613조의a 소정의 사업이전에 해당될 수 있는 것이다. 업무를 수입한 하청업체의 변경 그 자체가 언제나 사업이전에 해당되는 것은 아니고 사업이전 해당 여부는 독일 민법 제613조의a 소정의 몇 가지 요건들과 관련하여 결정된다. 즉, 이는 ‘사업 또는 사업의 일부’, ‘다른 사업주로의 이전’, ‘동일성의 유지’ 등의 요건과 관련된다. 이 중 ‘동일성의 유지’는 법에 명시되어 있는 요건은 아니지만 사업주 변경 시 사업 또는 사업의 부분이 그 동일성을 유지할 것, 즉 사업이전에 의해서 동일성은 영향 받지 않아야 할 것이 판례와 학설을 통해 요구되고 있다.<sup>59)</sup>

‘동일성의 유지’ 요건에 대해 유럽사법재판소와 독일 연방법원은 대체적으로 다음과 같은 7개의 요소들을 주로 고려하여 판단하고 있다.<sup>60)</sup> 다만 유럽사법재판소는 이 기준들이 결정적인 것은 아니고 포괄적으로 종합적 고려를 함에 있어서 일부분이 될 뿐이라는 점을 항상 강조한다.

- ① 관련되는 사업 또는 사업장의 종류
- ② 건물 및 동산과 같은 물질적 사업수단의 일정 정도의 이전
- ③ 이전 시점에서의 비물질적 활동의 가치
- ④ 새로운 사업주를 통한 주요 종업원들의 일정 정도의 이전
- ⑤ 거래처의 일정 정도의 이전
- ⑥ 수행되는 활동의 이전 전과 후의 유사성의 정도
- ⑦ 이러한 활동의 중단의 기간

기준에 하청업체가 맡고 있던 업무를 새로운 하청업체에 맡기는 것으로 변경하는 경우에 이러한 하청업체들은 주로 인력에 의해 특징지어지는 경우가 많다. 인적 서비스가 중심을 이루고 있다면 개별 사례에서 물질적 사업수단은 전혀 의미 없는 것일 수도 있다. 예컨대 단순한 청소업무를 하는 하청업체의 경우 주요 종업원들을 인수하는 것만으로도 사업이전에 해당될 수 있다.<sup>61)</sup> 반면 예를 들어 구내식당 운영 업체가 기존 시설 내지 기구 등을 사용하여 급식업무를 수행하는 경우에는 물질적 사업수단이 중요한 의미를 갖게 된다.<sup>62)</sup>

기존 하청업체의 종업원 인수와 사업의 동일성 유지의 관계에 대한 판단에 있어서 유럽사법재판

57) ECJ C-51/00 [2002] I-00969.

58) BAG, Urteil vom 22.05.1985 - 5 AZR 173/84, NZA 1985, 773.

59) Hanna Lena Lemp, “Neues vom BAG zum Betriebsübergang kraft Auftragsnachfolge”, NZA 2013, S.1390.

60) EuGH, Urteil vom 11.03.1997 - Rs. C-13/95, NZA 1997, 433, 21 - Ayse Süzen, BAG, NZA 1997, 1050, Hanna Lena Lemp, 앞의 글, S.1391.

61) BAG, Urteil vom 21. 5. 2008 - 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144, 29.

62) BAG, Urteil vom 17. 12. 2009 - 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499.

소와 독일 법원은 인력이 본질적으로 중요한 사업부문에서는 공동 활동을 통해 지속적으로 결합되는 근로자들의 총체가 하나의 사업체를 구성한다고 보고 있다. 신규 하청업체가 위탁업무 뿐만 아니라 종전 하청업체가 해당 활동을 목적으로 투입했던 근로자의 수 및 전문적 지식에 따라 인력의 본질적 부분을 인수한 경우에 사업의 동일성이 유지된다고 한다. 그러나 어떠한 경우가 이에 해당되는지는 도식적으로 판단되기 어렵다. 예컨대 근로자가 높은 수준의 자격을 가지고 있는 경우 이는 교체되기 어렵고 그러한 한에서는 당해 사업에 대한 동일성의 징표가 된다. 이러한 경우 적은 수의 근로자의 이전으로도 사업이전을 발생시킬 수 있다. 반면 단순업무를 수행하는 근로자들은 쉽게 대체될 수 있어 개별 근로자가 동일성의 징표가 되는 것은 아니고 그들이 함께 작용하게 된다. 인수한 근로자들의 수와 전문적 지식이라는 변수는 그러한 한에서 서로 의존적인 관계에 있게 된다.<sup>63)</sup> 근로자의 자격의 정도가 미미한 경우 사업이전이 되기 위해서는 근로자 중 상당히 높은 비율이 계속 고용되어야 한다. 연방노동법원 판결 중에는 대단히 단순한 업무의 경우에는 근로자의 약 절반 정도가 인수된 것만으로는 부족하다고 판단한 경우가 있다.<sup>64)</sup> 반면 높은 수준의 능력을 필요로 하는 업무(예컨대 IT 업무 등)의 경우 판례의 경향을 정확히 단언하기는 어렵지만 절반을 넘는 정도의 인원을 인수한 것으로 충분하다고 판단될 가능성이 있다.<sup>65)</sup> 그러나 이러한 판단 기준은 용역업체 교체 시 주로 고용불안에 시달리게 되는 단순 업무 종사 근로자들을 보호하기에는 미흡한 면이 있다.

한편 전통적으로 인력이 사업의 본질적 요소를 이루는 경비업의 경우라 하더라도 물적 시설의 투입이 사업의 본질적 요소를 이룬다면 이러한 물적 시설이 사업이전 인정의 판단에서 고려되어야 한다. 연방노동법원은 이른바 중앙경비시스템(BIS: Building Integration System)이 이러한 경우에 해당된다고 판단했다.<sup>66)</sup> 원청회사가 중앙경비시스템을 설치하고 있는 사업장에서 경비용역업체와의 계약을 통해 경비용역업무를 맡기고 있는 경우 기존 경비용역업체에 소속되어 있던 근로자들을 신규 경비용역업체가 인수하지 않았다 하더라도 사업이전에 해당되어 기존 근로자들의 고용관계는 신규 업체에 이전된다고 판단했다. 이 경우 중앙경비시스템이라는 사업의 물적 시설에 의해 당해 사업이 특징지어지는 것이고, 기존 경비용역업체이건 신규 경비용역업체이건 결국 중앙경비시스템과 함께 경비업무를 수행하는 것이지 시스템과 무관하게 단지 그 옆에서 일을 하는 것은 아니라는 것이다.

63) BAG, Urteil vom 15. 12. 2011 - 8 AZR 197/11, NZA-RR 2013, 179.

64) BAG, Urteil vom 19.3.1998 - 8 AZR 737/96, BeckRS 2012, 75323.

65) Hanna Lena Lemp, 앞의 글, S.1393.

66) BAG, Urteil vom 23.05.2013 - 8 AZR 2018/12, BscckRS 2013, 72339.

#### Ⅳ. 결론 - 용역업체 변경시 근로관계 승계에 관한 입법의 필요성

용역업체 변경시 근로관계의 승계에 관한 입법이 없는 현재 상황에서는 도급인과 신규 하청업체 간의 도급계약을 기존 하청업체 소속 근로자에게 근로관계의 승계를 요구할 수 있는 권리를 부여하는 내용으로 해석 내지 보충하거나 하청업체의 교체로 인한 사실상의 사업이전과 영업양도의 사안의 유사성에 기반하여 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용하는 등의 방법론을 모색할 필요가 있다.

하청업체의 변경과정에서 당사자 사이에 근로관계의 승계에 관한 명시적인 계약이 체결되지 않는 경우에도 가급적 법률행위의 해석이나 보충을 통하여 근로관계의 승계를 인정할 필요가 있다. 이 경우 도급인과 신규 하청업체가 기존 하청업체의 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 법률행위를 해석 내지 보충하는 방안도 고려할 필요가 있다. 노사관행을 법률행위 해석의 하나의 기준으로 이해하는 판례 법리에 비추어 하청업체 변경시 근로자가 승계되어 왔다는 사업장 관행은 도급인과 신규 하청업체 사이에 체결된 도급계약을 종전 하청업체 소속 근로자에게 근로관계 승계에 관한 선택권(option)을 부여하는 제3자를 위한 계약으로 해석 내지 보충하는 근거로 기능할 수 있을 것이다.

법률행위의 해석이나 보충으로 근로관계의 승계를 인정할 수 없는 경우에는 결국 하청업체의 변경이라는 ‘사실’ 자체에 적용될 객관적 범규범이 존재하는지 문제된다. 우리나라의 현행 법률은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 이를 법률의 흠결로 이해할 경우에는 영업양도에 관한 판례 법리의 유추를 통하여 이러한 법률의 흠결을 보충하는 방안을 고려할 필요가 있다. 영업양도에 관한 판례 법리를 하청업체의 변경에 유추적용하기 위해서는 양자 사이에 사안의 유사성이 인정되어야 할 것인데, 이를 판단함에 있어서는 유형론적 접근이 필요하다. 근로관계 승계라는 법률효과가 인정되는 영업양도의 주된 개념표지를 ① 양도인의 영업의 폐지와 ② 총체적인 사업의 이전이라고 이해하는 전제에 선다면, 신규 하청업체 간의 영업 내지 자산의 양수도에 관한 법률행위의 존부는 하청업체의 변경에 따른 사업이전이 영업양도의 유형에 편속되는지를 평가함에 있어 본질적인 요소가 아니며<sup>67)</sup>, 따라서 이러한 법률행위가 없는 경우에도 ①종전 하청업체의 영업의 폐지와 ②신규 하청업체가 그러한 폐지된 영업을 개시하였다는 사실이 인정된다면 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용해야 할 것이다.

그러나 이러한 해석에 의한 보호는 그 범위가 매우 제한적일 뿐만 아니라 법적 안정성도 확보하기 어렵다. 궁극적으로 하청업체의 교체로 인한 사업의 이전의 경우 근로자의 보호 문제는 근본적으로는 사업이전시 근로자 보호에 관한 규율을 목적으로 하는 입법을 통해 해결되어야 한다. 사업이전이란, 사업을 운영하는 주체는 변경되었지만 그 사업 자체는 폐지되지 않고 새로운 사업주에

67) 다만, 사업양도를 ‘법률행위’에 의하여 특정한 사업 또는 사업부분을 양도·양수하는 것으로 이해하는 전통적인 해석(예컨대, 김형배, 『노동법』 제24판, 박영사, 2015, 628면)을 견지하는 입장에 서면 이러한 주장이 수용되기 어려울 것이다.

의하여 계속 영위되고 있는 경우를 말한다. 이른바 사업주만 바뀐 채로 동일한 사업이 계속 영위되고 있는지 여부가 중요하며, 만약 신규 수급인 사이에 명시적 또는 묵시적 영업양도계약이 없더라도 사업 자체가 폐지되지 않고 계속 운영되는 경우에는 근로계약의 이전 효과가 발생하는 사업이전에 해당된다고 보아야 할 것이다.

# 토론문

- 권기섭 고용노동부 노동정책실장
- 남궁준 한국노동연구원 부연구위원
- 신인수 민주노총 법률원 원장
- 김준영 한국노총 금속연맹 사무처장
- 정길채 더불어민주당 정책위 노동전문위원













## 기업변동시 근로관계 승계

신인수 민주노총 법률원 원장

### 1. 들어가며

오늘 토론회는 기업변동시 근로관계 승계라는 큰 주제 아래 1) 권오성 교수님이 영업양도, 회사분할과 근로자보호, 2) 박귀천 교수님이 용역업체 변경시 근로관계 승계 주제발표를 하셨습니다. 영업양도, 회사분할, 용역업체 변경에 이르기까지 기업변동의 제반 상황과 판례 법리 및 그 한계를 자세히 짚어 주셨습니다.

두 분 교수님 모두 영업양도를 중심으로 한 현재 판례의 해석론, 법관법(法官法)만으로는 부족하므로 결국 ‘입법’을 통하여 기업변동시 근로관계 승계 문제를 해결해야 한다는 견해를 제시하셨습니다. 견문을 넓혀주셔서 감사드리고, 두 분 발제내용에 전적으로 공감하고 동의합니다.

이하에서는 사족으로 간접고용 노동자의 노조할 권리 보장의 필요성, 제19대 국회의 입법안 등을 간략히 살펴본 후, 두 분 발제자에게 궁금한 사항을 질문드리고자 합니다.

### 2. 간접고용 노동자의 노조할 권리 보장 필요성

#### ○ 쟁점의 정리

- 영업양도, 회사분할은 부족하고 불명확하지만 그나마 대법원 판례에 따라 근로관계 승계가 인정될 수 있음
- 문제는 수탁/용역업체 변경에 따른 간접고용노동자임. 현재 주류적인 판례는 용역업체 교체 시 근로관계 승계를 인정하지 않고 있음
- 도급인(원청)은 어떤 책임도 지지 않으려 발뺌하고, 기존 용역업체는 도급/위탁계약 만료로 사업 자체를 접었다고 도망가고, 신규 하청업체는 근로관계를 승계할 아무런 법적 의무가 없다고 버티는 것이 현실임

#### ○ 간접고용노동자의 노조할 권리 현실

- 현실에서 간접고용노동자의 고용승계 문제는 결국 노조와 실질적 결정권을 가진 원청과의 교섭 문제로 귀결됨

- 그러나 현행 노조법과 판례 해석상 간접고용노동자의 원청에 대한 교섭권은 부인되고 있음 ☞ 근로관계 승계 논의는커녕 제대로 마주앉기조차 어려움
- 이에 따라 합리적 '교섭'이 있어야 할 자리에 '농성'과 '투쟁'이 일반화되어 있음
- 최근 대법원은 사내하청 노동자들이 근무지인 원청 사업장에서 한 쟁의행위가 정당하다고 판결하고 있음(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결, 한국수자원공사 사건 등). 최근 LG 트윈타워 청소노동자들의 농성에 대하여 원청의 수인의무가 있고, 일상적 근무시간대의 쟁의행위는 가능하다고 본 가치분 결정도 같은 맥락임(서울남부지방법원 2021. 1. 19.자 2020카합20619 업무방해 금지 등 가치분 결정)
- 그러나 위 판결들은 나름의 의미에도 불구하고, 간접고용노동자들의 노동3권 중 반토막 확인에 불과함 ☞ 하청 사용자를 상대로 한 쟁의행위의 '장소'가 원청 사업장이 될 수 있다는 의미에 그침
- 여전히 하청·용역 노동자들은 자신의 고용, 근로관계 승계 여부를 결정하는 실질적 사용자인 원청·도급인과의 교섭권이 보장되지 않고 있음
- 원청을 상대로 조정을 거쳐 쟁의행위를 하는 것, 하청·용역업체 변경시 근로관계 승계 문제를 가지고 원청과 교섭하는 것은 현재로서는 불가능함

○ ILO 핵심협약 비준의 의미

- ILO는 건설현장에서 원청업체가 갖는 지배적인 위치를 고려하면 원청업체와의 단체협약 체결은 실현가능한 선택임이 분명하다고 권고
- 원청회사에 단체교섭 성사를 위해 노조 인정을 요구하는 목적의 사내하청 노동자의 파업이 불법이 아니라고 판단 → 이러한 파업 참여를 이유로 노동자를 해고하는 것은 적법한 노조활동을 이유로 한 심각한 고용상 차별이며, 제98호 협약을 위반한 것으로 봄
- 지금까지 이러한 ILO 권고는 법적 구속력이 없다는 이유로 무시되었음
- 그러나 국회 동의를 받아 비준된 ILO 핵심협약은 '신법우선 원칙', '특별법우선 원칙'에 따라 노조법에 우선하여 적용되므로 규범적 환경이 바뀌었음

○ 대안 ① : 해석론

- 현행 노조법 제2조 제2호(사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다) 사용자 정의규정은 중립적이고 개방적 ☞ 사업주가 누구인지는 법원 해석에 맡겨져 있음
- 그간 법원 판결은 하청·간접고용노동자의 노무제공으로 이익은 얻으면서도 고용으로 인한 책임과 위험은 회피하는 도덕적 해이, 위험과 책임의 외주화를 방관하였고, 일부에서는 조장했다는 비판도 있음 ☞ 만약 법원이 적극적으로 사용자 개념과 범위를 해석했다라면 적어도 사태가 이 지경에 이르지 않았을 것이라는 비판적 견해 있음

- ▲ 국회 환노위 포스코, 현대건설 등 9개 기업 산재 청문회(2021. 2. 20.)
  - 최근 5년간 중대재해 사망자 103명 중 85명이 하청노동자(82.5%)
  - 최근 5년간 중대재해 부상자 25명 중 25명이 하청노동자(100%)

- 하청기업, 수탁업체는 원청과 발주자에게 종속되어 근로조건 등에 관하여 실질적 의사결정 능력이 없음. 하청노동자, 간접고용노동자와 특별히 처지가 다르지 않고 엄밀히 말해 사용자라기보다 근로자에 가까움 ☞ 빈껍데기 하청, 수탁/용역업체하고만 교섭과 쟁의를 하고, 고용관계 승계를 요구하라는 것은 헌법상 노동3권 형해화를 방지·조장하는 것임
- 헌법상 노동3권의 직접적 규범력과 그 취지(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결), ILO 핵심협약과 결사의 자유 원칙에 비추어 볼 때, 직접 근로계약 체결의 당사자가 아니라 할지라도 ① 해당 근로자의 근로조건 결정에 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자, ② 해당 노동조합의 교섭 상대방으로서 지위를 인정할 수 있는 자는 노조법상 사용자로 해석해야 함

○ 대안 ② : 입법론

- 2020년 10만 국민동의청원을 받아 전태일3법이 발의되어 환노위 계류 중
- 그 중에는 노조법 제2조 제2호 사용자 정의규정이 포함되어 있음
- 간접고용노동자의 열악한 근로조건, 위험과 책임의 외주화, 그리고 국민동의청원 제도의 도입 취지 등을 감안할 때 신속하고 진지한 논의가 있어야 함

### 3. 기업변동시 근로관계 승계 관련 제19대 국회 입법발의 현황

○ 심상정의원 대표발의, 의안번호 465 근로기준법 개정안

- 판례에 의존하던 ‘사업양도’와 근로관계의 규율에 관한 사항을 근로기준법에 명문화함. 근로관계의 승계, 사업양도 시 취업규칙의 승계, 사업양도 시 근로자대표와의 협의 등을 규정하여 사업양도에 따른 근로관계를 명확하게 규율하도록 함(안 제42조의2 신설)

제42조의2(근로관계의 이전) ① 사업을 양도하는 경우 양수인은 양도인의 근로관계상 권리와 의무를 포괄적으로 승계한다. 다만 개별 근로자가 근로관계의 이전을 명시적으로 반대하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 사업양도란 사업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산이 그 동일성을 유지하면서 이전하는 것을 말한다. 이 경우 사업양도를 하는 당사자 사이에서 인적 조직의 승계를 배제하는 취지의 합의가 있다는 이유로 사업양도에 해당하지 아니하는 것으로 보아서는 아니 된다.

③ 양도인은 사업양도 50일 전까지 양수인의 상호·성명(법인 기업의 경우 대표자의 성명)·주소, 양도

의 사유, 양도 예정일 및 사업양도로 발생할 수 있는 근로조건 변동의 내용 등에 관한 정보를 개별 근로자들에게 제공하고 사업양도의 모든 조건에 관하여 근로자대표와 성실하게 협의하여야 한다.

④ 사업양도 전에 성립하고 사업양도 후 2년 이내에 이행기가 도래하는 근로관계와 관련하여 발생한 채무에 대하여는 양도인은 양수인과 연대하여 책임을 진다.

⑤ 양도인의 사업장에 적용되던 취업규칙은 사업양도로 이전된 근로자에 대한 관계에서는 계속 유효하다. 다만, 양수인의 사업장에 적용되는 취업규칙의 내용이 근로자에게 더 유리한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 영업양도에 관한 기존 대법원 판례를 입법화한 것으로 볼 수 있음
- 사업양도의 의미가 불분명함 ⇨ 기존 판례처럼 기업변동에 관한 사용자의 '의사', '계약'을 요한다고 해석될 수 있고 이 경우 본래 입법취지 및 효과는 반감됨
- 취업규칙은 승계되지만, '단체협약' 승계에 관한 부분은 없음

○ 은수미의원 대표발의, 의안번호 1513 근로기준법 개정안

- 근로기준법에 간접고용을 도급, 위탁, 용역 등 명칭에도 불구하고 제3자를 매개로 하여 근로자를 사용하는 고용형태라고 정의함(안 제2조제1항제9호 신설)
- 해당 사업 또는 사업장의 상시적 업무에 대해서는 직업안정법, 파견법 등 다른 법률(민법 제외)이 정하고 있는 경우를 제외하고는 근로자를 간접고용할 수 없도록 함(안 제9조제2항 신설)
- 사용자가 법에서 금지하는 간접고용을 한 경우 해당 근로자를 직접 고용한 것으로 간주함(안 제9조제3항 신설)
- 도급에 따른 사업의 전부 또는 일부가 위탁업체의 변경 등에 의해 이전되는 경우, 해당 근로자에 대한 권리 또는 의무는 사업이전에 따라 변경된 하수급인에게 승계되도록 함(안 제23조의2 신설)

제23조의2(사업이전에 의한 해고의 제한) 도급에 따른 사업의 전부 또는 일부가 위탁업체의 변경 등에 의해 이전되는 경우, 해당 근로자에 대한 권리 또는 의무는 사업이전에 따라 변경된 하수급인에게 승계된다.

#### 4. 발제자들에게 질문

[박귀천 교수님께]

- 발제문에서 말씀해주신 것처럼 유럽사법재판소('사업의 동일성' 판단기준, '계약관계망' 개념 등), 영국, 독일 등 유럽법원의 판례는 우리나라 판례와 비교했을 때, 기업변동에 따른 근로관계 승계 문제를 판단할 때 계약법(상법) 법리보다는 노동보호 입장을 고려하고 있는 것으로 보입니다.

- 유럽법원과 우리법원 판례가 다른 이유는 무엇인지, 현행 법제 하에서 우리 법원에서도 유럽법원 판례 법리를 수용하는 것이 가능한지 질문드립니다.

[권오성 교수님께]

- 교수님은 말미에서 '기업변동시 근로자의 보호 등에 관한 법률 제정(안)'을 제시해주셨습니다.
- 이와 관련 ① 위 법안의 핵심 포인트는 무엇인지, ② 위 법안으로 하청·용역업체 노동자의 근로 관계 승계도 보호될 수 있는지, ③ 법안이 입법화될 경우 기업변동을 둘러싼 당사자(원청, 양도 기업, 양수기업, 근로자)들에게 어떤 효과가 있고, 이들이 수용 가능한 범위인지 질문드립니다.







## 토 론 문

정길채 더불어민주당 정책위 노동전문위원

- 권오성·박귀천 두분 교수님이 발제해 주신 **하청업체의 교체, 영업양도, 분할, 합병 등 사업이전시 근로관계 승계 등 근로자 보호문제**는 해석론 접근은 한계가 있고, 결국 **입법을 통해 해결**되어야 한다는 결론에 공감합니다.
  - 특히, 외환위기 이후 기업의 고용외부화 확산에 따라 하청업체에 고용된 노동자들의 근로 조건은 사실상 원청(도급사)에 의해 결정되어, 노동기본권은커녕 해고나 임금과 같은 최소한의 근로조건조차 보장받기 어려운 처지에 내몰리고 있습니다.
  
- 민주당은 제19대 대통령선거(2017)에서 “대기업·공공부문의 사내하청 등 간접고용에 대해 원청기업이 ‘공동사용자 책임’을 지도록 하겠습니다.”라는 공약<sup>1)</sup>을 제시하고, △**근로조건 결정 및 산업안전분야 등에 대한 공동사용자 책임을 법제화** △**청소·경비·급식 등 용역업체 변경시 원청에 의한 고용 및 임금 등 근로조건 승계 의무화** 등을 국민들께 약속을 드렸고, 문재인정부 국정과제에도 반영되었습니다.
  
- 더 나아가 민주당은 제21대 국회의원선거(2020)에서 “**영업양도 등 사업이전시 고용승계 제도화로 하청업체 노동자의 고용안정 및 근로권을 보호하겠습니다**”라는 공약<sup>2)</sup>을 통해 △**영업양도 등 사업이전시 고용등 근로관계 승계 제도화** △**하청노동자의 근로조건 격차 완화를** 국민들께 약속 드렸습니다.
  - 영업양도 등에 따른 사업이전시 고용등 근로관계 승계 의무화 약속에는 ▲원청에 의한 하청업체 변경에도 불구하고 기존 하청업체가 수행하던 업무가 동일하게 계속되는 경우 고용등 근로관계 승계 ▲고용승계시 신규하청업체는 하청근로자의 경력 합산 및 종전 근로조건을 유지하도록 제도화 하겠다는 내용이 포함되었습니다.
  - 하청노동자의 근로조건 격차 완화 약속에는 원청사업주에게 하청근로자의 적정 임금 보장을 위한 노력에 의무를 부과하겠다는 내용이 포함되었습니다.

1) 더불어민주당, 제19대 대통령선거 더불어민주당 정책공약집 “나라를 나라답게”, 79면

2) 더불어민주당, 제21대 국회의원선거 더불어민주당 정책공약집 “더 나은 미래 민주당이 함께 합니다.”, 76면

- 이러한 점에서 송옥주 환노위위원장님과 제조연대에서 추진하시는 “기업이전시 근로관계 승계”에 관한 입법은 문재인정부의 국정과제와 민주당의 약속을 이행하는 것입니다.
- 추가하여, 권오성교수님이 발제하신 “기업변동시 근로자의 보호 등에 관한 법률 제정(안)” 방향 내용에 대하여 한가지 질문을 드립니다.
  - 기업변동시 근로관계의 승계라는 법률효과의 발생이 기업변동에 수반하는 ‘사업의 이전’이라는 ‘객관적 사실’을 요건으로 하여, 근로관계가 새로운 사업주에게 원칙적으로 승계된다는 취지의 규정이 필요하다는 말씀에 대하여 공감합니다.
  - 다만, 근로관계가 이전사업주와 승계사업주 간 원칙적으로 승계된다고 보면, 사업이전 이전에 성립한 모든 법률관계를 승계사업주가 책임을 부담하게 될 것인데, ▲승계사업주가 사업이전 당시에 예측할 수 없었던 부분에 대한 책임 등의 문제가 발생하는 경우나 ▲사업이전 이후에 승계사업주가 채무변재능력이 열악한 경우 노동자들이 불측의 피해를 입게 될 수 있는 등 **이전사업주와 승계사업주 간 책임의 범위에 대하여 보다 구체적 규정이 필요해 보입니다.**
  - 사업이전시 근로관계 보호를 목적으로 하는 해외 입법례들도, 이전사업주와 승계사업주 간 내지는 함께 부담하여야 할 책임의 정도를 어떤 범위에서 정하느냐에 따라 조금씩 다르게 나타나는 것 같습니다. 예를 들어, EU 지침은 77년 지침에서는 승계사업주가 부담하는 범위를 상당히 넓게 설정하였으나, 98년 지침에서는 책임의 종류를 연대책임으로 그 범위를 한정하였고, 독일의 경우에는(제613조a) 이전 시점에 이미 이행기에 도달했거나 1년 이내의 이행기가 도달하는 채무에 대하여 연대 책임을 부담하도록 하는 등 오스트리아, 스위스, 프랑스, 영국 등 각각의 입법례에서 이전사업주와 승계사업주의 책임의 범위를 달리 규정하고 있는 듯 합니다.

