

# 기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제

박종희 · 김소영

## 차 례

I. 문제의 소재 - 기업변동에 따른 현안의 노동법적 문제	3
II. 기업변동시 근로관계의 승계문제	6
1. 학설과 판례의 입장	6
2. 근로관계의 승계와 경영상 해고	15
3. 근로관계의 승계와 근로자의 동의	22
III. 기업변동시 승계되는 근로관계의 내용	26
1. 문제의 소재	26
2. 기업변동시 단체협약의 효력	28
3. 기업변동시 취업규칙의 효력	49
4. 소결 - 승계되는 근로관계의 내용	60
IV. 기업변동시 노동조합의 지위와 이에 관련된 문제의 검토	62
1. 기업의 인수·합병시 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 적격의 판단문제	62
2. 기업의 인수·합병으로 인한 노동조합 조직의 변화에 따른 조합재산권의 귀속문제	88
V. 기업변동 후 노동조합 조직의 통합에 따른 제문제	92
1. 회사 합병제도의 유추를 부인하는 입장에서의 노동조합 통합의 내용과 절차	93

2. 회사 합병제도의 유추를 긍정하는 입장에서의 노동조합 통합의 내용과 절차 .....	102
VI. 구체적 사례연구 .....	109
1. 하나은행 .....	109
2. 국민은행 .....	114
3. 한빛은행 .....	119
VII. 맺음말 .....	122

## I. 문제의 소재

### - 기업변동에 따른 현안의 노동법적 문제 -

a) 최근의 노사관계는 종래와는 다른 형태의 문제에 직면하고 있다. 기존의 노사관계가 주로 기업이 변동하지 않는 정적인 상태를 전제로 한 경우라면, 현금의 노사관계는 노사관계의 기초를 이루는 기업 자체의 변동과 서로 맞물려 거론되고 있다. 이는 IMF 경제관리체제의 여파로 인한 기업의 구조조정 차원에서 직접적으로 제기되는 것이지만, 거시적으로는 세계화·개방화라는 기업환경의 변화에 따라 피할 수 없는 변화의 물결에 부응하는 것이기도 하다.

b) 본래 기업활동 과정에는 경쟁력을 제고하고 기업운영의 효율성을 극대화하기 위하여 불필요한 기업부분의 매각하거나 필요한 다른 기업을 인수 또는 합병하는 행위는 통상적인 행위로 인정되고 있다. 그럼에도 불구하고 기업의 구조조정이 마치 새로운 제도인 양 부상되고 논의의 중심에 서는 것은 그것이 특정 사업 또는 기업에 국한하여 제기되는 것이 아니라 전 산업 부분에 걸쳐 논의되고 실행되고 있는 까닭이다. IMF관리 체제를 극복하기 위한 방안으로 산업의 구조조정뿐만 아니라, 개별 기업의 구조조정이 현안의 과제로 등장하는 만큼 그 수단으로서의 인수·합병·분할 등은 앞으로도 계속하여 빈번하게 발생하게 될 것이다. 이처럼 기업이 경제환경의 변화에 대처하기 위하여 취하는 일련의 기업구조조정을 총칭하여 기업변동이라고 한다면, 이에는 팽창적 기업변동의 형태와 축소적 기업변동의 형태로 나누어 볼 수 있다. 인수<sup>1)</sup>·합병이 전자의 경우에 해당한다면, 영

업양도·회사의 분할 등은 후자의 전형적인 예에 해당한다.

기업의 변동에 대한 법적인 문제, 특히 노동법적인 문제를 살펴보고자 할 때에는 우선적으로 다음과 같은 세 가지 점이 먼저 지적·이해되어야 한다. 그 중 하나는 통상적으로 기업의 변동은 일차적으로 상법의 적용을 받게 된다는 점이다. 상법의 규율대상은 기업이지만 이 때의 기업은 인적·물적 자원이 결합한 생산활동의 단일체로서의 기업이라는 관념보다는 기업의 경영 주체인 기업주의 관점(기업주 및 기업주의 재산관계)에서 접근·파악하고 있어 노동법적인 관점과는 기본시각을 달리하고 있다. 그러므로 기업의 변동시에 발생하는 법적인 문제를 규율하고 있는 상법 규정은 곧 노동법적인 문제해결을 위한 법원리로서 그대로 적용될 수 있는 것이 아니라, 노동법적인 관점에서의 새로운 접근과 검토가 요청된다. 다른 하나는 기업이라는 용어가 통상 사용되고 있지만, 실정 상법에는 이와 같은 용어가 명문으로 사용되고 있지 않다는 점이다. 상법 이외의 경제관련법, 예컨대 「독점규제및공정거래에관한법률」에서도 ‘기업집단’ 내지 ‘기업결합’이라는 용어는 사용하고 있으나 ‘기업’ 자체를 법정 용어로 사용하고 있지 않고 있다. 그러므로 ‘기업’은 법이론적으로는 일반적인 용어로 사용되고 있으나, 실정법률에서는 사용되고 있는 용어는 아니라는 점이다. 기업의 개념에 대해서는 아직 학계에서도 충분히 논의되고 있지 않다. 그러나 일반적으로 ‘기업’이라 할 때에는 개인기업과 단체기업으로 구분할 수 있으며, 특히 후자를 ‘회사’로 칭하고 있다<sup>2)</sup>. 개인이 운영하는 기업과 회사의 경우 각각 적용되는 법리는 차이가 난다. 예를 들어 회사는 법인을 전제로 하기 때문에(상법 제 171조 제1항) 회사가 곧 상인이 됨에 반하여, 개인기업의 경우에는 개인이 상인으로 등장하게 된다. 그러므로 기업의 변동이 발생하는 경우에도 구체

1) 회사의 인수를 주식인수를 통한 경영권의 획득이라는 의미에서 이해한다면, 이는 노동법적으로 큰 의미는 없다. 왜냐하면 사용자로서 인수되는 기업이 변함없이 그대로 유지·존속하기 때문에 그러하다.

2) 신유철, 「기업정리제도와 근로관계」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저), 한국노동연구원, 1998, 349쪽 이하 참고.

적인 법률행위 형태는 개인기업의 경우와 회사의 경우는 각각 다른 형태를 띠게 된다. 마지막으로 상업 및 경제관련법에서 일차적으로 다루고 있는 기업변동 모두가 노동법적으로 고찰의 대상으로 되는 것이 아니라, 그러한 기업변동 중에서도 기업주의 변경을 초래하는 기업변동만이 노동법적인 고찰의 대상으로 될 뿐이다. 예컨대, 영업양도의 경우 양수인이, 합병의 경우 신설 또는 존속하는 회사가, 그리고 분할 내지 분할합병의 경우 수해회사 내지 존속하는 회사가 각각 새로운 기업주의 지위를 지니게 된다. 이처럼 기업주의 변경이 초래되는 경우에는 결과적으로 근로관계 일방 당사자의 지위에 변경이 초래되고, 이러한 변경에는 근로자의 사전 동의와 같은 근로자의 의사가 전혀 개입됨이 없이 기업주가 일방적으로 내리는 결정에 따라 근로관계의 변동이 초래되기 때문에 비로소 노동법적인 검토의 대상이 되는 것이다. 이에 반해 근로관계의 변동을 초래하지 않는 기업변동의 경우에는 종전의 근로관계는 변함없이 유지되기 때문에 특별한 노동법적 검토를 필요로 하지는 않는다<sup>3)</sup>.

c) 기업의 변동시 제기되는 노동법적인 문제로는 여러 가지를 들 수 있다. 이를 크게 보아 다음의 세 가지 관점에서 접근·파악할 수 있다.

첫 번째로는 기업주의 변경에 따른 개별 근로자의 지위에 관한 문제이다. 즉 기업이 합병·분할 또는 영업의 양도가 이루어졌을 때, 개별 근로자의

---

3) 단순한 대주주의 변경만 초래하는 기업, 특히 주식회사의 인수와 같은 경우 법이론적으로는 기업주의 변동이 초래되지 않으므로 노동법적인 문제가 발생될 여지는 없지만, 그럼에도 불구하고 현실적으로는 특정 기업집단내의 소속이 중요한 이슈로 제기되는 경우가 있다. 소위 '빅딜'과정에서 소속 계열을 달리함에 따라 근로자측의 요구로 지급되었던 위로금이 바로 이러한 내용의 전형을 이룬다. 이는 사실적으로 대주주의 변경은 경영권의 변화가 초래되고, 경영권의 변화는 곧 임원진의 교체 등과 같은 기업환경의 변화를 초래하게 되며, 이는 기존과는 다른 체제로의 변화를 뜻하는 것으로서 실제적으로는 기업주의 변경과 같은 핵심 인적구성의 변동을 초래하기 때문이다. 사실이 그렇다 하더라도 이는 어디까지나 사실의 문제일 뿐, 법적 문제로서 당연히 이루어지는 것은 아니다.

근로관계 자체가 계속 존립하게 되느냐의 여부가 우선 중심적인 과제를 이룬다. 이와 연계하여 근로관계가 계속 유지된다면 유지되는 근로관계의 내용이 구체적으로 어떻게 되느냐에 관한 문제이다. 특히 후자는 근로관계가 계속 유지된다고 할 때에도 유지되는 근로관계의 내용이 기존의 것 그대로 변경없이 유지되는 것으로 보아야 할 것인지 아니면 구체적인 내용의 변경 가능성이 주어지는 것으로 볼 것인가의 문제인 것이다.

두 번째로는 집단적 노사관계의 질서를 규율하는 주체와 형성수단인 노사간의 합의사항에 대한 효력의 문제이다. 즉 기업변동으로 단체협약 체결의 일 당사자인 기업 자체가 소멸하는 경우에 단체협약의 운명이 어떻게 되는 것으로 보아야 할 것인지가 문제된다. 신설 또는 승계하는 기업이 소멸하는 기업이 체결하고 있던 단체협약의 당사자 지위까지를 함께 이어받는 것으로 볼 수 있느냐가 문제이다. 그리고 집단적 교섭의 다른 형태인 노사협정 및 취업규칙의 효력이 기업변동시 또한 어떻게 되느냐도 또한 아울러 고찰되어야 할 문제이다. 이와 같은 문제는 기업변동시에 집단적 노사관계의 규율원리가 개별적 근로관계와 동일한 법리에 따라 함께 움직이게 되는지, 아니면 집단적 노사관계의 독자적인 기초 위에서 달리 평가되어야 하고, 그에 따라 집단적 노사관계의 새로운 틀을 형성하는 것으로 보아야 할 것인지가 문제이다. 물론 집단적 노사관계의 법형성 수단은 결국에는 근로관계의 구체적 내용형성으로 집약되는 바이기 때문에 첫 번째와 두 번째의 문제영역은 서로 독립되어 있는 것이 아니라 상호 관련되어 있는 문제이다. 그러나 형성방법과 적용원리가 서로 상이한 토대 위에서 구축되어 있기 때문에 접근방법에서의 임의적 구별은 가능하다 하겠다.

세 번째로는 기업의 변동시에 제기되는 집단적 노사관계의 주체와 관련된 문제이다. 즉 기업 자체가 변동을 함으로써 집단적 교섭 상대방인 노동조합의 지위와, 이에 따른 집단적 노사관계의 전개와 관련된 문제이다. 특히 우리나라의 경우 노동조합의 조직은 기업별 단위로 이루어져 있고, 현행 노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법'이라 칭함)상으로는 사업장 단위에

서의 복수노조 설립금지가 2001년까지 유예되어 있기 때문에 더욱 복잡한 문제가 제기된다. 그러므로 기업변동의 결과가 노동조합의 존립에 직접적인 영향을 미치지 않는 아닐지라도 간접적으로 영향을 끼치는 경우가 대부분 발생하게 된다. 이러한 경우 노동조합의 존립 문제와 더불어 단체교섭 당사자 적격의 판단 문제가 함께 고찰의 대상이 되며, 노동조합의 조합원 신분관계의 변동에 따른 노동조합의 조직 내부의 관계, 즉 조합원 관계의 변동법리 및 조합재산권의 귀속 문제 등이 또한 법이론적으로 검토대상이 될 수 있다.

이상의 문제점들을 이하에서 구체적으로 살펴보기로 하자.



## II. 기업변동시 근로관계의 승계문제

### 1. 학설과 판례의 입장

현행법이 규정하고 있는 기업변동의 형태로는 영업양도, 합병 그리고 분할이 있다. 이들 각각의 경우에 근로관계 승계의 문제는 비교적 일찍부터 학설과 판례에서 다루어져 왔고, 결과에 있어서도 대체로 일치하고 있다. 즉 영업양도의 경우 근로관계는 원칙적으로 승계되며, 합병 또는 분할의 경우 근로관계는 '포괄적'으로 승계되는 것으로 보고 있다. 전자는 명문 규정은 없지만 판례의 일관된 태도<sup>4)</sup>로 학설<sup>5)</sup>에 의해 지지되고 있으며, 후자는 상법 규정(제235조, 제530조 제2항; 제530조의 10)의 해석을 통해 인정되고 있다.

#### 가. 영업양도시 근로관계의 승계

a) 판례는 근로관계가 문제되는 영업양도의 경우 그 의미를 다음과 같이

- 
- 4) 영업양도와 같은 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 행위를 말하며, 그 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되는 것이다(대판 1991. 8. 9, 91다15225; 동, 1994. 6. 28, 93다33173; 동, 1994. 11. 18, 93다18938; 동, 1995. 9. 29, 94다54245; 동, 1996. 5. 31, 95다33238; 동, 1996. 5. 31, 96다11105). 영업양도에 관한 상법상 논의로는 정동윤, 『상법총칙·상행위법』, 1998, 227쪽 이하; 이기수, 『상법학』(상), 1999, 121쪽; 채이식, 『상법강의』(상), 1997, 121쪽 이하; 정찬형, 『상법강의』(상), 1999, 161쪽 이하; 김정호, 『상법강의』(상), 1999, 133쪽 참조.
- 5) 강대섭, 「기업의 구조조정에 따른 근로관계의 승계와 그 내용」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저), 1998, 129쪽 이하 참조.

판단하였다. 즉, 영업양도란 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 행위를 말하며, 그 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 보았다.

상법상 영업양도에 있어서 영업의 개념은 객관적 의미에서의营业을 기초로 하는 것으로, 그 의미는 “영업에 바쳐진 개개의 재산 또는 그 전체를 말하는 ‘영업용 재산’을 의미하는 것이 아니라, 营业을 위하여 조직화된 한 덩어리의 재산으로서 이와 관련된 재산적 가치가 있는 사실관계(영업권)를 포함”하는 것으로 이해하고 있다. 이에 따라 영업양도의 법적 성질에 대해서 다수설은 영업재산 양도설(영업조직 양도설 및 영업유기체 양도설과 대립)을 취하고 있다. 판례도 “일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체의 일체로서의 이전을 목적으로 하는 것으로서 营业이 그 동일성을 유지하면서 이전됨을 요한다”고 판시하여 다수설과 입장을 같이하고 있다. 그러나 이와 같은 상법상 영업양도에 대한 개념은 상법의 규율목적에 따라 구성된 것이다. 우리나라에 있어서 상법의 규율대상은 기업이며, 이 때 기업이란 “상인적 설비와 방법에 의하여 영리의 목적으로 경영활동을 하는 경제적 생활체”<sup>6)</sup>로 파악하는 것이 일반적이다. 그러나 기업의 개념은 기업활동의 주체, 기업활동에 의하여 취득한 재화 및 권리·의무관계의 측면에서 이루어지고 있으며, 이는 유럽에서 기업주와 근로자 사이의 관계(즉 공동체 관계 내지 유기적 관계)까지를 포함하여 접근하는 방법론<sup>7)</sup>과는 구별된다.

b) 상법상 영업양도라는 독자적인 제도가 인정되는 의의로는 영업양도의 효과에 있다. 즉, 대내적으로는 양도인의 양수인에 대한 경업피지의무가 발생하며(상법 제41조), 대외적으로는 채권자와 채무자를 보호하기 위한 법률

6) 정희철·정찬형, 『상법원론』(상), 1997, 8쪽 참조.

7) 대표적인 문헌으로 Flume, Die Mitbestimmung - Ideologie und Recht, ZGR 1978, S. 678ff. 참조.

효과가 발생한다는 점(상법 제42조 이하)에 독자적인 의의가 있는 것이다<sup>8)</sup>. 그러나 영업양도시에는 합병과 같은 포괄적 승계가 인정되지 않으므로, 양도인은 제3자에 대한 채권·채무도 개별적인 통지 내지는 승낙을 득하여 이전해야 할 의무를 부담한다<sup>9)</sup>. 이와 같이 상법상 영업양도는 상법의 규율 목적에 따른 영업재산 등을 둘러싼 재산법적 관점에서 접근·규율되고 있음을 알 수 있다.

이에 반해 영업양도가 노동법적으로 문제가 되는 것은 영업양도시 근로관계의 존속 여부에 관한 것으로, 이를 상법상의 영업양도의 규율관계에서 포함하여 다루고 있지 않다는 데에 있다<sup>10)</sup>. 그러므로 영업양도시 근로관계의 이전 여부는 실정법적 흠결로 파악할 수 있다<sup>11)</sup>. 이러한 입장에서 판례는 영업양도시 영업의 의미를 일정한 영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로 파악하여, 여기에다 영업의 본질적 구성부분을 이루는 인적 구성요소까지 포함한 것이다. 그러므로 이 때 영업양도가 이루어졌느냐에 대한 판단은 양도 전후에 그 영업의 기능의 동일성의 유지 여부에 따라 결정되며, 이 때에는 확실히 부가되는 근로관계의 승계라는 법률효과와 관계없이 인적 요소가 당해 영업의 본질적 구성부분을 이루는 경우라면 그러한 인적 요소까지 실제적으로 이전되는 경우에 비로소 기능의 동일성 유지가 인정되는 것이며, 이와는 달리 당해 영업의 기능적 동일성을 판단하는 데에 본

8) 정찬형·정희철, 『상법원론』(상), 1997, 167쪽 이하; 김정호, 『상법강의』(상), 1999, 137쪽 이하 참조.

9) 이기수, 『상법학』(총칙·상행위), 1996, 254쪽; 정희철·정찬형, 『상법원론』(상), 1997, 168쪽; 김정호, 『상법강의』(상), 1999, 138쪽 참조.

10) 영업양도의 법률효과에 대해서는 대내관계 및 대외관계로 나누는데, 이때 법률관계의 주체로서 양도인과 양수인은 기업주의 의미에서(양도계약 체결 당사자를 생각하라), 그리고 제3자의 의미는 영업활동과 관련하여 발생한 모든 채무로서 양도인이 회사일 경우에는 회사 외부에 있는 거래 당사자를 의미한다.

11) 영업양도와 합병의 경우 모두가 기업주의 변동을 초래한다는 점에서는 근로관계 주체의 변경을 초래하기 때문에 노동법적으로는 동일한 법현상을 초래하는 것으로 볼 수 있고, 따라서 양자를 같이 취급하여도 무방할 것이다.

질적 구성부분을 이루지 못하는 인적 요소에 대해서는 근로관계의 이전 여부를 판단의 대상으로 삼을 필요가 없다<sup>12)</sup>. 이런 점에서 영업양도가 인정된다면 양도계약 체결 당시에 당해 영업에 종사하던 전체 인적 요소 — 그것이 본질적 구성부분을 이루든, 비본질적 구성부분을 이루든 간에 — 에 대한 원칙적 승계를 인정하는 것은 법정정책적 견지에서 추가적으로 부과되는 법률효과로 이해할 수 있으며, 여기에 판례의 법형성적 내용의 핵심이 있는 것이다<sup>13)</sup>.

c) 이에 따라 영업의 본질적인 기능요소가 이전되면 영업양도가 성립하게 되는 것이며, 반드시 전체 인적 조직이 양도되어야만 본질적 기능요소가 이전되는 것으로 판단되지는 않는다. 전체 인적 구성요소는 본질적 요소를 이룰 수도 있는 반면에, 이에 포함되지 않을 수도 있다. 그러면 어떠한 법정정책적 견지에서 영업양도의 추가적 법률효과로서 인적 구성요소 모두가 이전되는 것으로 보아야 하는가? 이는 영업양도를 빌미로 사용자가 자의적으로 노동법적 기본목적을 참탈하는 것을 방지하기 위한 목적에서 비롯하는 것으로 볼 수 있다. 영업양도의 체결은 당해 영업에 종사하는 근로자의 의사와는 관계없이 기업주의 일방적인 결정에 따라 이루어진다. 이러한 결정방식에 따라 근로관계의 승계가 인정되지 않는다면 기업주 일방의 자의적인 영업주체 변경은 자칫하면 근로자의 일자리를 상실케 하는 효과를 초래할 수도 있게 된다. 그러므로 객관적으로 보아 영업양도로 판명되는 경우에는 계약에 따른 인적 조직의 승계에 관한 합의내용과는 관계없이 양도당시 존속하고 있던 근로관계 전체가 양수인에게로 이전되게 함으로써 영업양도를 기화로 실제적인 부당해고가 발생하는 것을 방지할 수 있는 것이다.

12) 박종희, '영업양도와 근로관계의 승계', 『경영계』(1999. 4.), 58쪽 이하 참조.

13) 박종희, '영업양도와 근로관계의 승계', 『경영계』(1999. 4.), 59쪽 참조.

d) 판례에 의한다면 영업양도가 인정되는 경우라도 당사자의 특약에 의해 특정 근로관계의 승계를 배제할 수 있는데, 이것이 성립하기 위해서는 적어도 부당해고에 해당하지 않는 정당한 해고의 사유를 갖추거나 또는 (명시적으로 밝히지는 않았지만) 부당해고를 조각시키는 사유가 존재하는 때(당해 근로자의 거부권 행사 또는 당해 근로자와의 진정한 합의 해지가 존재하는 경우)에만 근로관계 승계의 효과가 발생하지 않게 된다.

영업양도시 근로관계의 승계가 현실적 이슈로 등장하게 되는 가장 큰 이유는 영업양도 결과 발생하게 되는 유휴노동력에 대한 양수인의 부담에서 기인하는 바가 크다. 예를 들어 부실기업을 영업양도로 인수하거나 동종의 사업을 운영하는 양수인이 양도인의 사업을 인수하는 경우에는 양도인 사업장에 종사하던 근로자 전부의 승계를 필요로 하지 않을 뿐더러 또한 원치도 않을 것이다. 이처럼 양도인의 근로자 모두를 승계하게 될 경우 오히려 인원과다 현상을 야기하게 된다면, 영업양도 당사자는 영업양도의 방식을 회피하면서 소기의 목적을 달성하는 우회적인 방법을 택하게 될 것이며, 이는 항시 현장 질서를 혼란케 하는 원인으로 작용하게 된다<sup>14)</sup>. 이때에 양수인이 영업양도 후에 합리적인 방법에 의한 인원조정의 가능성이 존재한다면, 현장의 혼란은 발생할 여지가 적어질 것이다. 이는 영업양도와는 제도의 목적 및 내용을 달리하는 경영상 해고의 문제로 풀어야 할 사안이다.

#### 나. 회사의 합병·분할시 근로관계의 승계

a) 회사의 합병과 분할시에는 법률효과로서 권리·의무의 포괄적 승계가

---

14) 삼미특수강 사건이 바로 전형적인 예를 이룬다. 즉, 삼미특수강과 창원특수강은 이와 같은 고용승계 문제를 회피하기 위하여 자산매매계약이란 형식의 계약을 체결하였던 것이다. 이에 대해 서울고등법원(서울고판 1999. 1. 22, 97구53801)은 계약명칭과는 관계없이 사회관념에 따라 영업양도의 여부를 판단하여야 한다고 하면서 당사자간의 자산매각계약에 대한 합의에도 불구하고 이를 영업양도로 이해하였다.

인정된다. 이러한 포괄적 승계법리는 합병 등이 발생하더라도 회사의 채권자 및 채무자의 법적 지위가 악화되거나 또는 이로 인하여 불측의 손해가 미치지 않도록 하기 위해서이다.

우리 민법이나 상법전의 제정에 바탕이 되는 고유한 입법 이유서나 초안이 존재하지 않는 까닭에, 이를 우리 법제에 실질적 영향을 끼친 독일의 경우를 빗대어 회사 합병제도의 의의를 살펴보면 다음과 같다. 회사의 합병제도는 민법상 사단에는 적용되지 않고 상사법상 사단에게만 적용되는 특별한 회사 소멸절차이다. 이러한 합병제도는 독일 민법전 초안이 마련되기 이전인 1850년대에 이미 통용되었다. 그러므로 민법전이 제정될 경우에는 초안자들은 이미 합병제도를 알고 있는 상태였다. 그럼에도 불구하고 민법상 일반사단의 경우(비영리 사단법인) 회사의 합병과 같은 간단한 소멸절차를 인정하지 않았다. 물론 여기에는 비영리사단의 활동영역을 단순히 지역적 친목단체나 명사들의 사교모임 정도로 예상했을 뿐이며, 따라서 영리활동을 하는 회사처럼 시장환경의 변화에 신속히 적응해야 하는 현실적 필요성을 인정하지 않았다. 그러므로 합병과 같은 민법상의 청산절차를 밟지 아니하는 특별한 법인 소멸절차는 상사회사에 한해서만 예외적으로 인정되는 것으로 보아야 한다. 여기에서 회사의 조직관념은 일반적인 사단성에 그 기초를 두고 있음<sup>15)</sup>을 알 수 있으며, 사원 내지 주주가 회사라는 사단의 구성원의 지위를 가지는 것이다. 이런 관점에서 본다면 이미 사단의 실체를 갖춘 회사가 고용하는 근로자는 사단 구성원의 지위에서는 벗어나 있는 것이다. 이런 관점에서 본다면 근로자는 회사라는 사단의 본질적 구성부분에 해당하지 않는다.

b) 합병의 효과로는 크게 사원의 합일이라는 효과와 권리·의무의 이전

15) 물론 현행 상법에서 법인성을 인정하고 있는 인적 회사의 사단성에 대해서는 논의의 여지가 있다. 그러나 물적 회사의 경우 사단성을 인정하는 데에 있어서는 이론의 여지가 없다(정희철·정찬형, 『상법원론』(상), 1997, 400쪽 이하 참조).

효과를 들 수 있다. 이 중 사원의 합일(또는 수용)의 효과는 두 개 이상의 회사가 하나의 법인격으로 합쳐진다는 점에서 합병 자체의 결과로 당연히 발생하게 되는 본질적인 효과이다. 이에 반해 권리·의무의 포괄적 승계는 청산절차가 생략됨에 따라 거래 상대방인 제3자의 이익을 위하여 고려되는 합병의 효과이다. 소멸하는 회사에 종사하는 근로자는 사원의 지위를 가지지 않기 때문에 근로자의 근로관계의 포괄적 승계를 인정하기 위해서는 합병의 본질적 효과로서 존속하는 회사에 근로관계의 승계가 당연히 인정되는 것이 아니라, 적어도 회사와의 거래 당사자의 지위에서 그러한 법적 효과를 가지게 되는 것으로 법이론적 구성방법을 취할 수밖에 없다.

그러나 합병의 효과로서 현재 학설이 인정하고 있는 근로관계의 승계에 대한 근거규정을 상법 제525조에서 찾는다면 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 판례는 노동법적인 관점에서의 영업양도를 인적·물적 요소가 결합된 유기적인 일체의 조직체로서 이전되는 것으로 보고 있다. 그렇다면 양도대상인 사업에 종사하는 근로자는 당해 사업의 본질적 구성부분을 이루게 되며, 사업의 양도에 따라 당연히 양도의 효과로서 근로관계는 이전되는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 논지에 따른다면 비록 사업(또는 영업)<sup>16)</sup>과 회사(또는 기업)<sup>17)</sup>의 개념이 서로 달리 구성된다 하더라도, 통상 하나의 회사는 최소한 하나 이상의 사업을 영위하는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 회사의 합병은 곧 사업(영업)의 양도를 함께 내포하게 되어, 사업의 본질적 구성부분을 이루는 인적 요소(근로자)는 당연히 승계되는 데 반하여, 합병의 경우에는 합병의 본질적 효과로서가 아니라 거래관계 상대방의 지위를 보호하기 위하여 법정정책적 관점에서 인정되는 것으로 본다면 양자간에 균형이 맞지 않는다. 적어도 조화롭고 균형있는 법

16) 사업의 개념에 대해서는 김형배, 『근로기준법』, 1998, 43쪽 이하 참조.

17) MünchHandbArbR/Richardi, Bd. I, Rn. 11ff. zu §30 참조. 그러나 사업과 기업의 양자간의 개념을 엄격히 구별하지 않고 사용하고 있는 예로는 근로법 제34조 제2항에 규정하고 있는 ‘하나의 사업’의 의미에서 찾아볼 수 있다(대판 1993. 2. 9, 91다21381).



해석이 이루어지기 위해서는 회사(기업)의 합병의 경우를 최소한 판례가 제시하는 영업양도의 경우와 동등한 의미와 법적 효과를 가질 수 있어야 할 것이다.

c) 이와 같은 불균형을 극복하기 위해서는 다음과 같은 두 가지 방법론을 고려할 수 있을 것이다. 그 중 하나는 회사의 합병의 경우도 판례와 같이 노동법적인 관점에서 새로이 개념을 정립하는 것이다. 그리하여 최소한 노동법적인 관점에서의 영업양도와 동등하게 개념구성을 하는 것이다. 따라서 이 방법론을 취할 경우에는 합병에 따른 근로관계의 승계의 근거는 상법 제530조의 효과로서가 아니라, 회사의 본질적 구성부분으로서 근로자의 지위에서 연유되는 것으로 보게 될 것이다.

또 다른 방법론은 회사에 관한 사항을 규율하는 회사법의 내용을 기업법의 차원에서 새롭게 이해함으로서 합병의 효과로서 근로관계의 승계를 당연한 효과로 받아들이는 방법론이다. 회사에 관한 법률적 사안을 사원의 이익관점에서 규율하는 회사의 관점에서가 아니라, 물적 요소 이외에 인적 요소까지 함께 포함한 독자적인 법인격체로서의 기업의 관점에서 새롭게 접근·이해하는 것이다<sup>18)</sup>. 이러한 ‘기업’법의 관념은 비교법적으로 볼 때 노동법의 영역에는 이미 상당히 오래 전에 도입·적용되고 있다. 그 전형적인 예가 바로 독일의 공동결정에 관한 제도이다. 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz, 1976.)의 기초를 형성하는 공동결정의 원리는 기업이란 이미 독립된 법인격체를 형성하고 있기 때문에 인적 요소를 떠난 기업의 관념은 성립할 수 없다는 데에서 출발한다<sup>19)</sup>. 그러므로 기업의 본질적 요소를 구성하는 인적 요소 또한 물적 요소가 차지하는 지분에 상응하는 몫이 부여되어야 한다는 것이 바로 공동결정의 기초관념이다<sup>20)</sup>. 이런 점에서 공

18) 이기수, 『회사법론』, 1996, 12쪽; 김정호, 『상법원론』(상), 1999, 362쪽 참조.

19) Vgl. Flume, Die Mitbestimmung - Ideologie und Recht, ZGR 1978, S. 678ff.

20) 독일의 경영협의회법을 또한 공동결정의 한 유형으로 이해하는 경우가 많은데, 이



동결정이 적용되는 대상은 독립한 법인격을 가진 회사에 한정되는 것이 다<sup>21)</sup>. 이러한 관점이 앞으로 우리나라의 노동법학계나 상법학계에서 논의·활성화될 수 있을지는 미지수이나, 이론의 기틀을 새로이 다질 수 있는 단초를 제공할 수는 있을 것으로 본다. 이와 같은 관념의 기초에서 출발할 경우 법인인 회사는 적어도 본질적인 구성부분으로서 물적 요소뿐만 아니라 인적 요소까지 함께 포함하는 것이므로, 소멸하는 회사의 근로자는 인적 요소로서 합병의 본질적 효과에 따라 물적 요소와 함께 당연히 존속하는 회사로 이전되는 것으로 간주되게 된다.

위에서 언급한 두 방법 중 판례의 태도와 현재의 논의 기초를 감안할 때, 전자의 방법에 좀더 쉬운 적용력을 발휘할 수 있는 것으로 본다. 후자의 경우에는 기업에 대한 법이론적 관점에서의 충분한 논의와 상법학적인 관점에서의 논의를 함께 병행하여 종합적으로 수행하는 연구를 기초로 삼아야 할 것이나, 전자의 경우에는 단지 합병의 개념과 내용을 상법의 견지에서 아닌 노동법적 관점에서의 독자적으로 구성하는 것이 되므로 영업양도에서의 경우와 마찬가지로 판례에 의한 적극적인 법형성적 기능으로 충분할 수 있다고 본다. 이와 같이 합병시 근로자의 지위에 관한 문제를 영업양도의 경우와 동일한 차원에서 구성할 경우 법이론적 체계에서 모순이

---

는 잘못된 판단이다. 경영협의회법상 종업원평의회(Betriebsrat)가 사용자와 공동으로 결정하는 부분을 규정하고 있다는 점은 공동결정법상 공동결정과 그 형식에 있어서는 같은 것으로 평가할 수 있을지 몰라도 기본원리는 서로 다른 것이다. 경영협의회법상 종업원평의회는 회사의 조직으로서가 아니라 사용자와 대립되는 근로자 집단의 하나로 전제하고 있는 것이다. 그리고 이러한 대립적 구도 속에서 사용자가 일정한 사항의 시행과 관련해서는 단독으로 하는 것이 아니라 종업원평의회 동의를 얻어야 한다는 집단적·대립적인 구도로 이해될 수 있는 것이다. 이에 반해 공동결정법상 공동결정은 근로자의 대표가 회사의 기관에 직접 참여하여 회사의 경영 전반에 대해 함께 논의·결정하는 지분을 갖는다는 것이다.

- 21) 더 나아가 이러한 회사 중에서도 평균 2,000명 이상의 근로자를 고용하고 있는 회사에 대해서만 적용하는 것(공동결정법 제1조 제1항 제2문)은 이와 같은 법이론적인 관점에서가 아니라 법정정책적 관점에서 설정된 제한으로 볼 수 있다.

없는 이론으로 자리매김을 할 수 있을 것이다.

## 2. 근로관계의 승계와 경영상 해고

### 가. 기업변동과 경영상 해고

a) 기업변동시에 제기되는 근로자의 지위 문제, 즉 근로관계의 승계 문제는 그 논리적 전개과정에 제기되는 몇 가지 문제가 있음에도 불구하고 외형적으로(또는 결과적으로) 보아서는 승계된다는 동일한 결론을 가지게 되어 일견 정리된 듯한 모습을 보여주고 있다. 그러나 근로관계 승계와 관련된 문제에 있어서 아직 해결되지 않은 몇 가지 점을 남기고 있다. 그 중에서 먼저 제기되는 문제로는 기업변동시 경영상 해고 문제를 어떻게 풀 것이냐의 문제이다<sup>22)</sup>.

b) 기업이 합병하는 경우 통상 조직의 중복 내지 과잉된 인력구조 형태를 결과로 가지게 되기 십상이다. 이 때 과잉된 인력구조를 그대로 떠안고 가야 한다면, 합병에 따른 시너지 효과는 기대할 수 없다. 합병 이후 기업이 경쟁력을 갖추기 위해서는 탄력적 인력수급계획을 가질 수 있어야 하는데, 이는 결국 경영상 해고 제도의 운용에 귀결되는 문제이다. 현행 근로기준법 제31조 제1항 제1문에서는 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있을 때에만 경영상 이유에 의한 해고를 실시할 수 있도록 하고 있으며, 동항 제2문에서는 “이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다”고 규정하고 있어, 결국 문제의 핵심은 합병으로 인한 경우에 ‘긴박한 경영상의 필요’가 인정되느냐의 여부와 인정된

22) 보다 자세한 비판적 검토에 대해서는 김형배·김영문, ‘영업양도와 근로관계 승계’, 『판례월보』(1999. 6.), 16쪽 이하; 하경효, 「기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호」, 『저스티스』(1999. 6.), 52쪽 이하 참조.

다면 언제, 그리고 누구에게 인정되느냐의 것에 있다.

이를 해결하기 위해서는 먼저 경영상 해고의 실질적 요건을 다루는 긴박한 경영상 필요에 대한 판단의 문제가 검토되어야 한다. 현재까지 ‘긴박한 경영상의 필요’의 의미에 관한 판례의 태도는 처음의 엄격론보다 완화된 것이기는 하지만, 그래도 다년간 누적된 경영적자와 같은 사실적 요소를 중요한 판단기준으로 삼고 있다<sup>23)</sup>. 그러므로 경영흑자를 내고 있는 기업은 판례의 입장에 따르면 경영상 해고를 할 수 없다. 이와 같은 판례의 입장을 견지한다면, 시너지 효과를 창출함으로써 경쟁력을 강화하려는 기업변동은 상당한 제약을 받을 수밖에 없다. 왜냐하면 경영적자를 긴박한 경영상의 필요에 대한 실질적 판단기준으로 삼는다면(근기법 제31조 제1항 제1문), 흑자인 기업은 합병 등과 같은 방법으로 경쟁력을 제고할 수 있는 방법이 아예 차단되어 버리는 결과가 초래될 것이기 때문이다.

이와 관련하여 현행 경영상 해고 규정이 기존의 판례와 1997년 3월 13일에 개정된 근로기준법 규정과 비교되는 점은 제31조 제1항 제2문 규정의 신설이다. 그러나 제2문의 규정도 그 표현이 명확치 않아 해석상 논란을 야기할 수 없는 모순을 안고 있다. 용어의 용례와 관련된 점<sup>24)</sup>은 차치하더라도 경영악화를 방지하기 위한 합병의 경우 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다고 해서 긴박한 경영상의 필요를 원용할 수 있는 자가 누구냐가 우선적으로 문제된다. 이 문제는 문언적 해석과 판례의 입장, 그리고 경영상 해고 제도의 본질을 함께 고려해서 판단해야 할 문제이다. 문언적 관점에서는 경영악화를 방지하기 위하여 기업변동을 행하는 모든 자가 긴박한 경영상의 필요를 원용할 수 있는 자에 해당되는 것으로 볼 수 있을 것

23) 대판 1994. 6. 14, 93다48823; 대판 1995. 11. 24, 94누10931; 대판 1995. 12. 22, 94다52119; 대판, 1996. 12. 4, 94누15783; 서울고판 1996. 5. 6, 95구19784. 엄격론의 입장에 선 판례로는 대판 1989. 5. 23, 87다카2132; 대판 1990. 3. 13, 89다카2132.

24) ‘사업의 양도·인수·합병’의 문언에서 ‘사업의 인수·합병’은 성립될 수 없는 것으로, 그 의미를 엄격히 정확하게 하자면 ‘사업의 양도, 기업(또는 회사)의 인수·합병’의 의미로 이해하여야 한다(김형배, 『근로기준법』, 1998, 688쪽 주 2 참조).

이다. 그러면 양도인 내지 피합병회사의 경우도 그 주체에 포함되는 것으로 볼 수도 있고, 또 이렇게 해석함으로써 제1문의 경우와 구별되는 독자적인 실익을 갖는 규정으로 이해될 수 있게 된다. 즉 제1문에서의 긴박한 경영상의 필요의 경우를 판례가 다년간 계속된 경영적자의 상태를 사실적 판단 기준으로 삼고 있음에 반하여, 제2문에서는 다년간 계속되는 경영적자의 상태를 보이거나 보이지 않거나를 불문하고 경영악화의 방지를 위한 사업양도 내지 합병의 경우 모두를 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우로 보고 있어, 독자적인 의미를 갖는 것으로 된다. 그러나 여기서 간과할 수 없는 중요한 점은 이렇게 해석하는 것이 과연 경영상 해고 제도의 본래의 취지에 부합하는 것으로 볼 수 있느냐 하는 문제이다. 경영상 해고는 근로자의 원인이 사유가 없음에도 불구하고 일부 근로자와의 근로관계 종료를 정당화시켜 주는 특별한 제도이다. 그에 대한 정당성의 기초는 기업 존립의 보호가치와 소수 근로자 대비 다수 근로자의 직장보호라는 비례성에서 찾을 수 있을 것이다. 그러므로 애당초 정리해고는 방대한 인력구조를 경쟁력있는 슬림화된 조직체제로 전환시켜 기업의 존립을 모색할 수 있도록 하는 데에 있는 것이다. 다시 말하면 경영상 해고 이후 당해 기업의 정상적인 존립기초의 유지를 전제로 하는 것이다. 이런 관점에서 본다면 합병을 전제로 그 기업에 필수적인 인원을 정리하는 ‘불구의 형태’로 고용조정을 행한다는 것은 경영상 해고의 본래의 모습과는 다른 모습이라 할 수 있다<sup>25)</sup>. 여기에 해석상의 난관이 있게 되는 것이다.

이와는 달리 제2문을 다음과 같이 해석할 수도 있다. 즉 피합병회사 내

25) 만약 합병 자체가 중대한 하자로 무효가 되는 경우(상법 제236조 내지 제240조, 제269조, 제529조 내지 제530조, 제603조) 소멸회사는 다시 부활하여야 하는데, 이때 부활한 회사가 독자적으로 존립할 수 있는 조직기초를 유지하지 못하기 때문에 불구의 형태로의 변형적 고용조정이라는 비판을 피할 수 없을 것이다. 다만, 이 경우에도 합병 무효의 효과가 합병을 전제로 한 경영상 해고에 대해서도 효력을 미치는 것으로 보아야 할 것인지의 여부에 따라 결론을 달리할 수도 있게 되는데, 합병 무효의 효력이 사전의 고용조정에도 직접적인 영향을 미치는 법적 효과를 인정하기에는 의문이 많다.

지 합병회사가 긴박한 경영상의 필요를 갖추는 때(다년간 계속된 경영상의 적자를 나타내고 있는 경우가 이에 해당하게 될 것임)에는 합병과 무관하게 경영상 해고 제도의 취지에 맞게 독자적인 고용조정을 행할 수 있는 것으로 보고, 만약 합병회사가 적자상태가 아닌 흑자의 경영상태를 보여주고 있을 때에는 독자적인 경영상 해고를 할 수 없지만, 제2문의 특별 규정에 의하여 합병 이후 과잉인력에 의한 경영상 해고를 할 수 있는 경우로 해석하는 것이다<sup>26)</sup>. 이렇게 해석하는 경우 기존의 판례의 입장과도 상충되는 바가 없으며, 경영상 해고 제도의 본래의 취지에도 어긋남이 없게 된다. 다만, 이 해석방법을 취할 경우 합병 후 존속하는 회사는 승계된 근로자뿐만 아니라 기존의 자신이 고용하고 있는 근로자까지를 모두 포함하여 경영상 해고의 대상범주에 포함<sup>27)</sup>시켜야 하는 난점을 안게 된다. 흑자인 합병회사는 필요한 인원만을 합병의 결과로 승계받기를 원할 것이나 그렇지 못하고 합병완료 이후 전체 근로자를 대상으로 잉여노동력을 고용조정해야 하기 때문에 고용조정에 따른 부담감으로 말미암아 합병 자체가 성립되지 않을 경우도 배제할 수는 없게 된다는 단점을 안게 된다. 결국 어느 해석방법을 취하더라도 법이론과 현실을 완벽하게 규율하기에는 어려운 상황이라 하지 않을 수 없다.

#### 나. '긴박한 경영상의 필요'의 의미에 관한 새로운 모색과 근로기준법 제31조 제1항의 해석

기업변동의 효과를 제고하기 위하여 합병(또는 영업양도) 이후의 인력계획에 따라 양도 이전에 불필요한 노동력을 미리 정비하고, 필요한 노동력만 승계받을 수 있도록 허용하는 방향으로 근로기준법 제31조 제1항 제2문의 정비

26) 자세한 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 84쪽 이하 참고.

27) 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 84쪽 이하 참고.

내지 해석에 있어서 전환<sup>28)</sup>하는 것이 필요하다. 법이론적으로 볼 때, 경영 사항에 대한 결정권한이 기업주에게 부여되어야 하는 자본주의적 시장경제 질서하에서(헌법 제15조, 제23조, 제119조), 경영상 해고란 불가피하게 인정 될 수밖에 없는 제도이다. 제3자가 경영 실체에 대한 구체적인 판단을 내 린다는 것에는 한계가 따를 뿐만 아니라, 제반 경영 판단에 대한 최종적인 위험을 부담하는 자는 제3자가 아니라 기업주이기 때문에, 구체적인 경영사 항에 대한 판단도 기업주에게 일임되어야 한다<sup>29)</sup>. 이런 점에서 본다면 긴 박한 경영상의 필요 여부에 대한 판단은 그것이 객관적으로 명백한 권한의 남용이 되는 경우가 아닌 한, 기업주의 결정에 유보되는 것이 바람직하다.

비교법적으로 살펴볼 때에도 사용자의 경영상 결정권한은 존중되고 있다. 미국의 경우는 임의고용의 원칙(employment-at-will doctrine)에 따라 사용 자의 해고의 자유를 폭넓게 인정하므로, 경영상 이유에 의한 해고에도 다른 제한은 없다. 다만, 보통법 원리의 수정을 통한 해고제한의 법리<sup>30)</sup>, 그리고 실정법 규정에 의한 특별한 해고제한의 법리<sup>31)</sup> 등에 따른 예외적인 제한이

28) 이는 긴박한 경영상의 필요에 대한 판례 입장에 관련된 부분도 있다.

29) 김형배, 「긴박한 경영상의 필요에 의한 해고의 법리」, 『저스티스』, 1996. 12, 118쪽 이하; 김형배, 「정리해고 법리의 재구성」, 『노동관계법 연구』, 한국경총, 1997, 48 쪽 이하 참조.

30) 여기에는 ‘계약에 함축된 의사에 기한 제한’(implied contract)와 ‘상호 신뢰와 공정한 대우가 내재된 약속’(implied covenants of good faith and fair dealing)의 원리에 의한 제한, 그리고 불법행위임을 이유로 한 해고의 제한법리 등을 들 수 있다 (Steven Mitchell Sack, *The Employee Rights Handbook*, 1990, p.112 이하; Cliff Roberson, *Hire Right Fire Right*, 1992, p. 116 참조). 이와 관련된 판례로는 *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 104, 364 N.E.2d 1251, 1257(1977), *Nees v. Hocks*, 272 Or. 210, 536 P.2d 512(1975), 그리고 *Cloutier v. Great Atl. & Pac. Tea Co.*, 121 N.H. 915, 924, 436 A.2d 1140, 1145(1981) 등을 들 수 있다.

31) 실정 법규정에 의한 해고제한은 연방법에 의한 경우 이외에도 각 주법에 의한 경 우가 있다. 이 중에서 연방법에 의한 경우를 예시하자면,

- 시민권리법 제7편(Titel VII of Civil Right Act of 1964 amended 1981, 1985, 1991)에 의한 신체적 장애나 직무수행과 관계없는 장애와 같은 개인적인 특징

경영상 해고에도 적용될 따름이다.

영국의 경우 해고에 관한 보통법의 원리가 실정법<sup>32)</sup>에 의하여 수정 내지 제한되고 있으나, 이는 어디까지나 절차적인 측면에 국한되며, 경영상 해고의 사유로는 단지 구체적 직무폐지에 따른 잉여노동력의 발생(redundant)에 초점을 두고 판단하고 있을 뿐이다. 따라서 잉여노동력의 발생을 경영상 해고사유로 인정함으로써 사용자의 경영상의 결정에 폭넓은 권한을 인정하고 있다.

독일의 경우, 해고제한법 제1조 제2항 제1문에 따라 긴박한 경영상의 필요(dringende betriebliche Erfordernisse)가 있는 경우에 해고의 정당성이 인정된다. 이때 긴박한 경영상의 필요는 경영 내·외적인 원인의 존재와 이에 따른 객관적인 인원감축의 필요성이 인정되고<sup>33)</sup>, 그에 따른 해고가 사회적으로 상당하지 않는다고 판단되지 않는 이상 긴박한 경영상의 필요는 사후적으로도 사법심사의 대상이 되지 않는다<sup>34)</sup>.

---

을 이유로 하는 해고의 금지

- 소비자 신용보호법(The Consumer Credit Protection Act of 1973)에 의한 제한
- 근로자퇴직소득보장법(The Employee Retirement Income Security Act of 1974)에 의한 제한
- 연방노동관계법(The National Labor Relation Act)에 의한 노동조합 활동을 이유로 하는 해고제한
- 배심원제도촉진법(The Jury System Improvements Act of 1978)에 의한 해고제한 등을 들 수 있다(자세한 소개에 관해서는 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 27쪽 이하 참조).

32) 이러한 실정법으로는 정리해고보상법(Redundancy Payment Act, 1965) 및 노사관계법(Industrial Relations Act, 1971), 고용보호법(Employment Protection Act, 1978), 고용보호(통합)법(Employment Protection(Consolidation) Act, 1978), 고용법(Employment Act, 1982) 및 1992년의 노동조합및노사관계통합법(Trade Union and Labor Relations(Consolidation) Act, 1992)을 들 수 있다.

33) Stahlhacke/Preis, Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., 1991, Rn, 633.

34) MünchHandbArbR/Berkowsky, Rn. 38ff. zu §134 ; Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1997, Rn. 274.



프랑스의 경우에도 근로자 개인의 사유로부터 연유하는 해고가 아닌 경제적인 어려움이나 기술변동 등으로 말미암은 고용의 감축이나 변화 또는 본질적인 근로조건변경으로 인한 경제적 해고를 인정하고 있다(L.321-1). 이러한 경제적 해고는 경제적 곤란성뿐만 아니라 경쟁력 보호를 위한 예방적 측면(기술변동, 기업재편<sup>35)</sup>)도 함께 고려하고 있다<sup>36)</sup>.

이처럼 각국의 입법과 운용례에서 볼 수 있듯이, 정당한 경영상 해고사유는 기업의 경영적자라는 사실적 요소를 떠나 기업주의 경영상 판단에 맡겨지는 것이 타당하다. 근기법 제31조 제1항 제1문의 긴박한 경영상의 필요를 잉여노동력의 발생과 이를 통한 계속적 고용을 더 이상 사용자에게 기대불가능한 경우로 해석한다면, 동항 제2문의 의미도 달리 해석·운영될 수 있다. 제1문의 긴박한 경영상의 필요성에 대한 판단의 여지를 경영상태와 분리하여 판단함으로써 경영흑자의 기업 또한 경쟁력을 제고하기 위한 경영합리화 조치를 통해 인력조정을 포함하는 경우까지로 넓힘으로서 제2문의 독자적인 해석·적용을 경영합리화를 위한 모든 기업변동의 경우로 확대하는 것이다. 나아가 이와 같은 해석방법을 경영상 해고의 본래의 취지와 어떻게 부합하는 것으로 해석할 수 있느냐의 문제는, 경영상 해고의 취지를 기업이 정적인 경우와 동적인 경우로 나누어 판단하는 것이다. 즉 전자의 경우에는 경영상 해고 이후 당해 기업의 정상적인 존립기초를 유지하는 것이 개념 본질적이며, 따라서 이와 모순되는 경영상 해고 제도가 인정될 수 없게 된다. 이에 반하여 후자는 기업 자체가 변동하는 전자와는 논의의 기초를 달리하는 경우로서, 이때의 경영상 해고의 취지는 변동 후의 기업존립의 기초유지에 두는 것으로 보아 특별한 인력조정 방법을 인정하는 것<sup>37)</sup>으로 해석하는 것이다. 결국 기업존립 기초의 유지라는 본래의 목

35) 조용만, “프랑스의 정리해고법리”, 서울대 박사학위 논문, 1998, 23쪽 이하 참고.

36) Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier/Alain Supiot, Droit du travail, 18<sup>e</sup> édition, 1996, pp.382~383; 조용만, “프랑스의 정리해고법리”, 13쪽 이하 참조.

37) 즉 기업변동 이후에 발생하게 될 잉여노동력을 감안하여 승계받기 이전에 미리 잉여노동력을 정리할 수 있음을 예외적으로(경영악화를 방지하기 위한 경우로 한



적에는 양자 모두가 부합하면서도 사실적 요소로서 기업변동을 전제로 하느냐, 또는 하지 않느냐에 따라 실제 판단내용이 달리 구성되는 것이다. 이렇게 해석할 경우 제2문의 독자적인 영역을 구비할 수 있을 뿐만 아니라, 기업변동의 효과를 최대화하여 국제경쟁력을 적절히 구비하는 데에도 유리하게 작용할 수 있을 것이다<sup>38)</sup>.

### 3. 근로관계의 승계와 근로자의 동의

기업변동시 근로관계의 승계를 인정하더라도 이론적으로 검토되어야 할 또 다른 문제는 승계에 관하여 근로자의 동의가 요구되는가 하는 점이다. 이는 통상 승계에 대한 근로자의 항변권<sup>39)</sup>의 문제<sup>40)</sup>로 다루어진다. 그러나 기존의 학설과 판례는 단지 영업양도의 경우에만 동 항변권의 문제를 다루었으며, 기타 다른 기업변동의 경우에는 검토의 대상으로 삼지 않았다. 합병 및 분할의 효과로서 권리·의무의 포괄적 승계가 이루어지므로, 이

정하여) 인정하는 규정으로 해석하는 것이다.

38) 독일의 경우 독일민법 제613조 a 규정을 둠으로서 근로관계의 이전과 관련해서는 모든 사업의 이전이 수반되는 모든 기업변동시에 적용되는 규정으로 두면서, 경영상 해고와 사업양도시 근로관계의 이전 문제를 완전하게 분리·고찰하고 있다. 그러나 우리의 경우 이와 같은 일반적 규정을 두고 있지 아니하는 상태에서는 원칙적으로 사업양도와 경영상 해고를 별개의 제도로 다루되, 입법규정의 예외적인 해석의 가능성을 열어 두는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다.

39) 이와 같은 항변권의 법적 성질과 내용에 대해서는, 이승욱, “사업양도와 근로자의 지위”, 서울대 박사학위논문, 1997, 119쪽 이하 참조.

40) 영업양도시 근로자의 항변권의 행사에 있어서도 좀더 검토되어야 할 내용으로 다음과 같은 것이 있다. 즉 영업의 일부를 양도하는 경우로서 양도대상이 된 영업은 경영상태가 불량하나 잔존하는 영업의 경영상태는 양호한 경우, 또는 이와는 반대의 경우에 있어서 승계대상이 되는 근로자가 자신의 근로관계 이전을 거부하는 경우에는 어떻게 판단하여야 할 것인가의 문제이다. 이 경우는 회사분할 제도가 도입된 현재의 입법상태하에서는 분할의 경우에도 동일한 사정이 발생하게 되므로 회사분할시의 근로자 항변권에 관한 기술내용을 그대로 원용하여 판단하면 된다.

한도에서 근로자의 항변권이 인정될 여지가 없는 것으로 볼 것인지, 아니면 근로관계의 일신전속적 성질(민법 제657조)에 따라 합병 및 분할의 경우에도 당연히 적용·검토되어야 하는 것으로 볼 것인지가 문제이다.

회사 합병시에 근로자의 항변권 행사를 인정하여야 하는 문제는 별문제 없이 해결될 수 있다. 왜냐하면 근로관계가 이전되는 소멸회사 근로자가 항변권을 행사한다는 것은 근로관계의 불승계를 의미하는 것이며, 이는 기존 회사가 소멸되고 없어지는 합병의 효과에 따라 곧 근로관계가 종료하게 된다는 것을 뜻하게 된다. 그러므로 합병의 경우 항변권 인정 여부에 대한 논의는 실익이 적다고 할 수 있다.

그러나 합병과는 달리 분할의 경우에 있어서는 경우가 다르다. 분할의 유형을 크게 나누어 보아 피분할회사가 분할후 소멸하고 없어지는 경우(Aufspaltung)와 분할 후에도 존속하는 경우(Abspaltung)가 있다. 근로자의 항변권은 어느 경우에도 다 검토의 대상으로 된다 하겠다. 즉 분할회사가 분할 후 존속하는 경우에는 항변권을 행사하는 근로자의 경우 피분할회사와 근로관계를 계속적으로 유지할 가능성이 있으며<sup>41)</sup>, 분할 후 피분할회사가 소멸하는 경우에는 둘 이상의 수혜회사 중 특정 수혜회사로의 근로관계 이전을 전제로 다른 수혜회사로의 근로관계 이전을 반대하는 항변권을 행사하는 경우를 또한 예상할 수 있기 때문이다. 그러므로 분할의 경우는 합병의 경우와는 달리 근로자의 항변권 문제가 직접적으로 제기된다. 여기서 근로자의 항변권을 제한없이 인정한다면 사실상 분할제도의 원활한 운영은 기대할 수 없다. 왜냐하면 분할(영업양도의 경우도 마찬가지로)의 경우에는 단지 물적 시설의 이전만이 중요한 분할의 대상으로 되는 것만은 아니다. 물적 시설에 못지않게 그 시설의 운영에 필수적인 기능을 보유하고 있는 노동력의 승계가 아울러 전제될 경우에만 분할의 효과를 100% 달성할 수 있는 경우도 있다. 이러한 경우에 물적 시설의 운영에 필수적인 인적 요소가 항변권의 행사로 함께 승계되지 않는다고 할 경우에는 분할이

41) 이는 물적 분할(Ausgliederung)의 경우와 영업양도의 경우에서도 마찬가지이다.

제대로 활용되기 어려울 것이다. 그러나 근로자의 입장에서는 자기의 근로 관계가 승계되는 (수해)회사가 다른 회사에 비해 경영의 상태가 양호하지 못하여 그 회사로의 이전을 원치 않음에도 불구하고 근로관계가 이전되어야 한다면, 이는 근로자 자신의 의사와는 무관하게 분할계획에 따른 사용자의 일방적인 노동력의 양도를 인정하는 결과로 된다. 이러한 결과는 민법상 고용관계가 근로자의 동의없이 타인에게 양도될 수 없는 강행규정(민법 제 657조 제1항)에 반하는 결과가 된다.

결국 근로자의 항변권의 문제는 법이론상 근로관계의 일신전속성의 효력을 어느 정도까지 인정하느냐에 귀결되는 문제라 하겠다. 사용자와의 인적 유대관계가 점차 줄어들어 가는 오늘날의 근로관계의 특징을 고려한다 하더라도, 노동력은 다른 상품과는 본질적으로 구별되어야 하는 인적 속성을 가지는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 거래의 대상인 노동력은 결국 그 근로자의 인격과 분리될 수 없고, 따라서 다른 계약유형과는 달리 일신전속성이 부인될 수 없는 본질을 함축하고 있는 것으로 보아야 한다. 사용자와의 인적 유대관계가 줄어들다는 것은 결코 근로관계의 일신전속성을 부인할 수 있는 정당한 논거로 될 수 없다. 따라서 근로관계의 일신전속성은 근로관계의 성립시부터 종료시까지 일관하여 인정되어야 하는 일반원칙으로 기업의 변동시에도 당연히 적용되어야 한다<sup>42)</sup>.

그러나 이렇게 해석하더라도 근로자의 항변권으로 말미암아 기업변동의 효율성이 저해되는 부작용은 다음과 같은 관점에서 크게 문제되지 않을 수 있다. 즉 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단을 위에서 서술한 바와 같이 경영적자라는 사실적 판단요소에서가 아니라 잉여노동력의 발생 여부에 기준을 두어 판단한다면, 기업분할시에 근로자의 항변권을 인정하여 근로관계

42) 독일의 경우에는 Umwandlungsgesetz 제132조 제1항의 승계를 배제하는 일반규정(allgemeine Vorschriften)의 의미에 독일 민법 제613조 제2문을 포함하여 해석하는 것이 다수설의 입장이다(자세한 내용에 대해서는 Boecken, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996, S.70ff.; Wlotzke, Arbeitsrechtliche Aspekte der neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40ff. 참고).

가 승계되지 않고 분할계획과는 달리 피분할회사 내지 특정 수혜회사와 계속 유지되는 경우가 된다 하더라도, 분할 이후의 기업조직 입장에서는 이들 근로자에 대해 잉여노동력으로 판단될 가능성이 크며, 따라서 경영상 해고의 요건을 충족시키게 될 것이다. 이런 점에서 경영상 해고 제도의 합리적인 운영이 갖추어진다면 회사 분할시 근로자의 항변권을 인정한다 하더라도 사실상 큰 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 그러므로 근로관계의 일신전속성의 원칙은 견지되는 것이 바람직하다.

### III. 기업변동시 승계되는 근로관계의 내용

#### 1. 문제의 소재

기업변동시 근로관계가 승계된다고 할 때에도, 이는 근로관계의 존부의 차원에서 근로관계의 이전(Übergang des Arbeitsverhältnisses)을 의미하는 것이며, 그 이전되는 근로관계의 내용(Inhalt od. Inhaltsschutz übergehendes Arbeitsverhältnisses)이 무엇인가 하는 문제는 또 다른 검토의 대상이 된다. 근로관계가 승계된다고 할 때 일차적으로는 근로자와 사용자 사이에 형성되어 있는 법률관계의 내용이 그대로 승계되는 것으로 볼 수 있다. 이것이 근로관계의 일방당사자의 지위를 다른 제3자가 승계한다는 의미, 즉 양도인 내지 피합병(분할)회사의 근로관계 당사자로서의 법적 지위(Rechtsstellung)가 양수인 내지 합병(수해)회사에게로 이전되는 것을 말한다.

영업양도·합병·분할 등으로 말미암아 개별적 근로관계는 전부 그대로 이전되는 것(die gesamte Rechtsnachfolge)이므로, 외형상 이전되는 근로관계의 내용에 관하여 별도의 논의를 필요로 하지 않는 것처럼 보인다. 그러나 근로관계에 있어서는 다른 채권관계와는 달리 계약 이외의 다른 형성요인이 내포되어 있다. 즉 단체협약, 취업규칙 또는 노사협정<sup>43)</sup>에 의한 근

43) 노사협정이란 용어가 별도로 법정화되어 있는 것은 아니지만, 단체협약 이외의 집단적 합의를 총칭하는 의미로 사용한다면, 여기에는 근로기준법상 근로자대표가 행한 각종 서면합의, 노사협의회에서의 합의 등이 포함된다. 이들 각각의 경우 그 효력 및 다른 노동 법원(勞動法源)과의 효력계위에 대해서는 명문으로 정하는 바가 없다. 이에 대해서는 각각의 주체의 측면에서 파악하기보다는(근기법상 근로자대표의 지위, 노조 및 조정법상 노동조합의 지위, 노사협의회법상 근로자위원의

로관계의 형성이 바로 그것이다. 예컨대 단체협약의 경우는 유효기간 동안 강행적이며 보충적인 효력을 가지면서, 근로관계의 내용을 외부에서 규율한다<sup>44)</sup>. 그러므로 근로관계의 이전 전후에 걸쳐 단체협약의 효력이 그대로 존속하게 되는 경우에는 단체협약의 강행적인 효력에 의해 협약의 유효기간 동안 승계된 근로관계의 내용에 대한 불이익한 변경은 불가능하게 되나,

지위 및 취업규칙의 불이익한 변경과 단체협약의 일반적 구속력의 요건 등의 경우 동일한 법적 주체에게 귀속될 수 있음), 각 제도의 기능적인 측면에서 파악하는 것이 타당할 것이다(이에 관해서는 박종희, 『현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능조정을 위한 방안』, 한국노동연구원, 1998. 참조). 그럴 경우 근기법상 근로자대표가 행하는 서면합의의 경우는 결정된 근로조건의 배분과 관련하여, 그리고 노사협의회법상 노사협의의 경우도 단체협약과 기능적으로 구분되는 것으로 이해·운용되는 것이 바람직하다면, 노사협정은 사업단위에서의 작업수행과 관련된 여러 조건을 규율하는 것으로 보는 것이 공통되게 묶는 것이 타당하다 할 것이다. 따라서 노사협정의 경우 사업장의 동일성 유지가 계속적 적용의 요건을 이룬다고 할 것이다.

- 44) 단체협약의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 단체협약에서 규율되는 근로관계의 구성 의미는 달라지게 된다. 즉 단체협약이 계약적 성질을 가지는 경우에는 협약에서 정한 내용이 곧 근로관계의 내용으로 되는 것이다. 이에 반해 단체협약이 법규범적 성질을 가진다고 할 때에는 곧바로 근로관계의 내용으로 되는 것은 아니다. 그렇기 위해서는 특별한 매개관계를 필요로 한다(법률의 특별한 규정이 이와 같은 매개관계를 이룬다). 학설에 따라서는 단체협약의 법규범적 성질을 인정하면서도 자동적 효력을 인정하여 협약에서 규율되는 근로관계의 내용이 곧 근로계약상의 조건으로 화체(化體)되는 것으로 보는 견해가 있다(김형배, 『노동법』, 1998, 592쪽 이하). 이 견해에 의한다면 단체협약에 계약적 성질만을 인정하는 견해와 결과에 있어서는 다를 바가 없게 되나, 문제는 그와 같은 화체를 인정할 만한 현행 실정법상의 매개규정을 인정할 수 있느냐에 있다. 현행 노조법 제33조 제1항이 단체협약의 강행적 효력을, 그리고 제2항이 보충적 효력을 인정하고 있는 것으로 본다면 자동적 효력을 인정하고 있는 명문규정은 결여되어 있는 것으로 봄이 상당하다. 이럴 경우 단체협약은 근로관계의 내용, 즉 근로조건으로 화체되지는 않고 단지 유효기간 동안 외부에서 근로관계의 내용을 규율하는 것으로 봄이 타당하다 하겠다. 이러한 까닭에 단체협약의 유효기간 종료후의 여후효(Nachwirkung) 문제가 논의되게 되는 것이다. 그러므로 근로관계가 승계된다고 할 때에는 근로계약으로 이루어지고 있는 근로관계의 승계를 의미하고 단체협약에 의해 규율받고 있던 부분까지의 승계를 곧바로 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다.

근로관계의 이전과 더불어 단체협약이 당연히 존속하는 것이 아니라면 새로운 사용자는 새로운 기업환경에 맞는 근로조건을 새롭게 정할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이전되는 근로관계의 내용에 대한 법적인 판단 문제는 근로관계를 형성하는 계약 이외의 다른 요소들의 효력이 어떻게 되느냐로 귀결된다<sup>45)</sup>.

## 2. 기업변동시 단체협약의 효력

### 가. 기존의 학설과 판례의 입장

a) 기업변동시 단체협약의 운명에 관한 학설을 개관·정리하면, 우선 합병의 경우와 영업양도의 경우를 구분하여 볼 것인가의 여부와 각각의 경우에 협약의 승계를 인정할 것인가의 여부에 따라 여러 견해로 나누어진다.

이 중 합병의 경우 권리·의무의 포괄적 승계라는 법정효과를 들어 대부분의 학설이 단체협약의 승계를 인정하고 있다<sup>46)</sup>. 그러나 영업양도의 경우

45) 물론 단체협약의 법규범적 효력에 기초한 소위 외부규율설의 입장을 취하면서도, 근로관계가 승계된다고 할 때 당사자 사이의 특별한 의사표시가 없는 한 묵시적으로 승계시점 당시에 이루어져 있던 근로관계의 내용 그대로 승계되는 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다(하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약」, 「취업규칙 노사협정의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저), 한국노동연구원, 1998, 177쪽). 그러나 이 견해에는 동의할 수 없다. 여기서 다루는 근로관계의 승계의 의미는 이미 근로관계 당사자와 새 당사자 사이의 3면계약으로 새로운 근로관계를 형성하는 의미가 아니라, 이와 같은 3면합의가 없이 신사용자와 구사용자 사이의 법률행위로 인한 사용자 지위에 변동이 생기는 경우 그 근로자와의 계약관계의 이전이라는 법률효과를 특별한 법률의 규정으로 인정하려는 것이다. 그러므로 근로관계 승계에 관계당사자의 의사를 매개하면서 이미 특별한 법률행위의 효과로서 권리·의무의 포괄적 승계를 인정하는 법제도를 원용하는 것은 논리의 흐름에 맞지 아니한 것이다.

46) 김유성, 『노동법』(II), 1997, 206쪽 이하; 김홍준, 「기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고」, 『노동법 연구』(제4호), 1994, 32쪽; 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저), 1998, 192

에는 합병과 동일하게 다루어 단체협약의 승계를 긍정하는 입장<sup>47)</sup>, 채무적 부분은 소멸하고 규범적 부분만이 영업양도 이후에도 존속한다는 입장<sup>48)</sup>, 단체협약 인수에 관한 합의를 기초로 포괄적용된다는 입장<sup>49)</sup>, 그리고 별단의 이의가 없는 한 종래의 협약이 계속 적용되는 것으로 보는 입장<sup>50)</sup> 등으로 나누어져 있다.

b) 기업변동시 단체협약 승계 문제를 정면에서 다룬 대법원 판례는 아직 없다. 다만, 방론적으로 언급한 대법원 판례와 단체협약의 효력을 명시적으로 인정한 하급심 판례가 하나 있을 뿐이다.

대법원은 한진해운사건<sup>51)</sup>에서 “회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 포괄적으로 승계되는 것이므로 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한, 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것으로 보아야 할 것이다”라고 판시하였다<sup>52)</sup>. 동 판례에서 중요한 의미는 합병의 효과로

쪽 이하.

47) 김유성, 『노동법』(II), 206쪽 이하; 김홍준, 「기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고」, 『노동법 연구』(제4호), 1994, 46쪽 이하; 김지형, 「영업양도와 근로관계의 승계」, 『민사재판의 제문제』(제8권), 민사실무연구회, 1994, 1058쪽; 김홍준, 「기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고」, 『노동법연구』(제4호), 1994, 46쪽 이하 참조.

48) 김형배, 『근로기준법』, 1998, 655쪽; 김형배, 『노동법』, 1998, 402쪽.

49) 하경효, 「영업양도와 고용승계」, 『기업의 인수합병과 고용조정』, 경총신서 53, 1997, 89쪽; 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저), 1998, 177쪽 참조.

50) 이병태, 『노동법』, 1998, 278쪽.

51) 대판 1994. 3. 8, 93다1589.

52) 이 사건에서 직접적으로 문제가 된 것은 퇴직금 지급에 관한 취업규칙이었으며,



서 근로자의 근로관계는 포괄적으로 승계된다는 점을 인정한 데에 있다. 그리고 더 나아가 승계되는 근로관계의 내용을 새로운 단체협약의 체결 등을 통하여 단일화하기로 변경·조정하는 합의가 없는 한 종전과 같이 유지된다고 판시하였는데, 이는 곧 합병시에 새로운 단체협약의 체결 가능성을 인정하고 있음과 동시에, 새로운 단체협약의 체결에 관한 합의가 없는 한 기존의 내용이 그대로 유지되는 것으로 보겠다는 것이다. 그러므로 대법원도 원칙적으로 합병의 결과로서 단체협약의 효력이 계속 유지되는 입장에 서 있는 것으로 보여진다<sup>53)</sup>.

이 밖에 비록 하급심 판례<sup>54)</sup>로서 영업양도의 경우를 전제하는 것이기는 하지만 단체협약의 효력과 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 “영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수인에게 승계되고, 이때 승계되는 근로관계는 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계뿐만 아니라 양도인과의 관계에서 형성된 집단적 근로관계도 포함되고, 노동조합도 양수인 사업장의 노동조합으로 존속한다고 봄이 상당하기 때문에 단체협약상의 권리·의무는 당연히 승계되는 것”으로 보았다<sup>55)</sup>. 기업의 합병에는 영업의 양도를 당연히 내재하고 있으며, 회사의 분할 또한 영업의 양도와 다를 바가 아니어서 영업양도에 적용되는 단체협약의 효력 논리는 여타 다른 기업변동의 경우에도 동일하게 적용되는 것으로 보아도 무방할 것이다.

단체협약은 해당사항이 없었다.

53) 이 밖에도 대판 1989. 5. 23, 88누4508에서는 “영업양도의 경우에 있어서 특별한 사정이 없는 한, 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것으로 보아야 한다”고 판시하였는데, 이 역시 큰 틀에서는 위의 판례와 궤를 같이하는 것으로 볼 수 있다.

54) 서울남부지판 1998.11.24, 98가단28156.

55) 동 판례에 대해서는 수긍할 수 없는 비판의 여지를 많이 안고 있는데, 이에 대해서는 박종희, 「영업양도와 집단적 노사관계」, 『노동법률』(1999. 2.), 14쪽 참고.

## 나. 다수설(단체협약의 승계 이론)에 대한 비판적 검토

### a) 단체협약의 법이론적 기초

단체협약은 노사간에 자율적으로 근로조건 등을 규율한 자치규범으로서의 성격을 지니고 있다. 노사가 합의의 방식으로 법규범적 효력을 지닌 협약의 형태로 근로조건 등을 약정할 수 있는 법적 지위를 갖는 것은 헌법적 수권에 의한 것으로 설명되어질 수 있다. 즉 헌법 제33조 제1항이 규정하는 바는 단순히 근로자에게 노동3권을 보장하려는 데에 그치는 것은 아니다. 연혁적으로 보더라도 근로자의 단결체가 근로조건의 개선을 위하여 집단적 투쟁을 제기하였고 그것이 후에 노동기본권으로 법인(法認)되었다는 점에서 보더라도 노동기본권의 의미는 단순한 노동3권의 인정이라는 소극적 의미를 뛰어넘어 노사간에 발생하는 갈등을 노사가 자치적으로 규율할 수 있도록 하는 제도 설정의 의미를 지향하고 있는 것이다. 이처럼 노동3권 보장을 통하여 추구하고자 하던 집단적·자율적 이익조정절차라는 질서 원리는 국가와의 관계에서도 중요한 의미를 갖는다. 즉 노사간에 발생하는 갈등관계를 국가가 입법적으로 통제할 수도 있으나 노동기본권의 보장을 통하여 노사에게 자율적으로 규율할 수 있는 자치영역을 인정하고, 이 한도에서 입법자의 입법권을 스스로 유보한다는 것이다. 그러므로 입법자가 제정하는 입법에 준하여 노사갈등을 노사가 자율적으로 규율하는 것이므로 이를 자치규범으로서의 성질을 인정하는 논거가 되는 것이다<sup>56)</sup>.

헌법이 보장하는 노사간의 자치적 영역의 주체로는 노동조합을 설정하였다. 물론 헌법에서는 노동조합이란 구체적인 지칭을 하고 있지 않고 ‘단결권’만을 언급하고 있다. 이때 단결권의 보장 의미는 근로관계가 실질적으로 대등하지 못한 불평등한 관계 속에서 형성된다는 사회경제적 구조 속에서 개별 계약관계를 보충하는 집단적 노사관계의 기능적인 관점<sup>57)</sup>에서 이해되

56) 박종희, 『노동조합의 조직유형과 단체교섭 당사자 적격』, 한국노동연구원, 1998, 4쪽 이하 참고.

고, 이런 점에서 사적 자치를 보충하는 입장에서 집단적 노사관계의 의의가 주어진다. 이때 입법자는 노사자치를 촉진하기 위한 기본적인 틀을 형성해야 하는 책무를 부담하며, 이 한도에서 근로자측의 집단적 노사관계의 주체를 노동조합으로 한정하여 이론의 틀을 구성하고 있는 것이다. 따라서 노조법에서 규정하고 있는 노동조합의 정의 규정으로 집단적 노사관계의 주체를 한정하는 것은 헌법 제33조 제1항의 내용을 구체화하는 것으로 합헌적이라 할 수 있다.

b) 단체협약의 기본 성상(性狀)

aa) 단체협약의 기본적 구도는 당사자간의 합의의 형태를 취한다(노조법 제31조 참조). 이는 단체협약이 지니는 실질적인 법규범적인 성질과는 관계없이 형식적으로는 계약적인 틀을 기본적으로 취함을 의미한다. 그러므로 단체협약의 성립과 종료 및 단체협약의 해석과 관련해서는 일반 계약법적 이론이 일차적으로 적용되는 것으로 볼 수 있다. 계약관계는 원칙적으로 계약당사자간의 자유의사에 기한 의사의 합치를 기본 틀로 하는 인적 신뢰관계가 그 기초를 이룬다. 그러므로 법률행위와 마찬가지로 단체협약의 체결과 단체협약의 적용 및 운용에 있어서도 자유의사에 기초한 신의성실의 원칙이 기본적으로 적용된다. 그러므로 단체협약은 노사자치라는 큰 틀과 기본적으로 당사자의 자율성(단체협약 체결의 자율성)을 기초로 이루어진다고 볼 수 있다.

채권관계에서 자유로운 의사결정과 신뢰관계는 여러 군데에서 나타난다. 예컨대, 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하거나(민법 제449조 제1항) 인적 신뢰관계가 유달리 강조되는 경우에는 타방 당사자의 동의없이 권리를 제3자에게 양도할 수 없도록 규정하고 있다(예컨대, 민법 제657조 제1항, 제2항). 이 밖의 경우에도 채권의 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우

57) 박종희, 「유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론」, 『노동법학』(제8호), 한국노동법학회, 1998, 484쪽 이하 참조.

에 양도할 수 없음을 규정하고 있어(민법 제449조 제2항), 채권관계 양당사자간의 자유로운 의사결정이 중요한 구성부분을 이룸을 알 수 있다. 이는 채무를 인수하는 경우에도 마찬가지로 드러난다(민법 제454조 제1항). 그러므로 기본적으로 계약의 구도를 기본 틀로 하면서 사적 자치를 보충하는 지위에 서는 집단적 자치의 경우도 자유로운 의사결정과 신뢰관계가 존중되어야 한다.

bb) 민법상 채권관계는 채무자의 급부를 요구할 수 있는 채권과 그 이면에 서는 채무자의 급부 의무를 내용으로 하는 채권자와 채무자 사이의 채권·채무관계로 파악되며, 이는 채무자의 급부에 의하여 채권자가 만족을 얻음으로서 소멸되는 일련의 과정으로 이해된다. 그러나 채무자의 급부를 요구할 수 있는 채권이 경제적 의미에서의 재산적 가치를 지니면서 권리로서 거래사회에 처분가능한 대상으로 등장하게 됨에 따라 채권관계가 원래의 당사자간의 법률관계에서 떠나 제3자에게로 유통될 수 있는 재산적 요소로서의 기능성에 비중이 주어지는 경우가 있다. 이를 위하여 현행 민법은 기본적으로 채권의 양도와 채무의 인수 가능성을 제도적으로 열어 놓고 있다. 채권이라는 법률관계가 당사자 사이의 인격과 결부된 관계성이 약화되고 이에 반비례하여 재산적 가치가 전면에 등장하게 되면 될수록 양도성 및 유통성의 관념은 증대하게 된다. 현행 민법상 채권의 양도에서도 그것이 지명채권(제450조 제1항)이나 증권적 채권(제508조, 제523조)이나에 따라 법률적 요건을 달리하고 있는 것도 이에 연유하는 까닭이다. 즉 지명채권의 양도에서 양수인과 채무자 사이에 채권·채무관계가 발생하기 위해서는 채권자와 양수인 사이의 계약 이외에 채무자의 동의가 있어야 하나, 증권적 채권의 경우에는 당사자(채권자와 양수인) 사이의 양도계약과 증서의 교부 또는 배서·교부만으로 채무자의 동의와 관계없이 양수인과 채무자 사이의 채권·채무관계가 발생하게 되는 것이다. 그러므로 인격적 관계의 결부성이 약화되면 될수록 재산적 가치에 터잡은 유통성은 증대할 수 있다.

단체협약은 채권관계의 기초 틀 위에 성립하고 있으나, 기본적으로는 협약체결 당사자간의 인적 신뢰관계가 중요한 역할을 담당한다. 집단적 노사관계의 안정성 정도가 단체협약 체결과정에 집약되어 있고 평화적인 교섭의 타결 여부는 무엇보다도 노사 쌍방의 신뢰관계에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 특히 기업단위로 단체협약이 체결되는 우리나라의 협약구도에서는 노사 쌍방간의 신뢰의 정도가 차지하는 비중이 더욱 크다 할 것이다. 단체협약은 이러한 신뢰관계에 기초하고 있을 뿐만 아니라 그 성질상 재산적 가치를 지니는 일반적인 채권과는 달리 노사간의 자치규범으로서의 속성을 지니고 있다. 그러므로 단체협약의 경우에는 원칙적으로 재산적 유통이라는 관념과는 거리를 두고 있으며, 협약당사자간의 강한 인적 신뢰성을 기초로 존속하고 있는 것이다.

c) 합병제도의 기본 취지와 단체협약의 규범성의 비교를 통한 승계 가능성

기업 그 중에서도 회사의 변동 중에서 민법의 원리의 예외를 이루는 것으로 합병(나아가 분할)제도가 있다. 합병이 상법상 특별한 제도로 규정된 이유는 기업활동의 주체로서 회사는 경제환경의 변화에 따라 신속하게 대응해야 할 필요성이 있음에도 불구하고 민법상 사단법인의 규정을 계속 적용받게 하는 경우 소멸하는 회사가 청산절차를 거쳐 존속하는 회사로 재산권을 양도하고 사원들 또한 존속하는 회사에 새로이 가입 등과 같은 복잡한 일련의 절차를 거쳐서만이 기업역량의 변화를 꾀할 수 있을 뿐이어서 이를 간편하게 하기 위한 제도로써 합병제도가 인정된 것이다. 그러므로 합병제도의 본래의 의의는 청산절차없는 회사의 변동을 인정하는 데에 있는 것이다.

민법상 사단법인 이론에서 청산제도가 갖는 의의는 거래의 주체로서 활동하던 법인(사단)이 어느날 자신의 일방적인 결정으로 소멸하게 된다면 권리·의무의 주체가 없는 무주의 법률관계를 낳게 되며 이는 일반 법원리상 용인될 수 없다. 이러한 폐단을 막고 법인의 거래 주체로서의 지위를 공고

히 하기 위하여 법인이 소멸하기 위해서는 반드시 청산과정을 거치게 하는 제도를 설정한 것이다. 그러므로 합병제도는 청산제도에 중대한 예외를 이루는 것으로서 거래질서의 안정을 위하여 청산절차의 예외에 따른 보완적 조치를 함께 갖추고 있다. 이는 바로 합병시에 인정되는 특수한 법률효과로 보완된다. 즉 합병으로 인하여 존속하거나 설립된 회사는 합병으로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계한다는 상법의 규정(제235조)이 바로 그것이다. 그러므로 합병의 법률효과에 대한 기본적 이론의 토대는 거래관계에 있는 제3자의 채무자 및 채권자에 대한 불측의 손해를 방지하면서 법률관계의 명확한 귀속을 통해 회사의 현실경제 적응력과 법적 안정성을 도모함에 있는 것이다. 이미 회사와의 거래관계에 서는 제3의 채권자 또는 채무자의 법률관계는 재산적 가치에 비중이 옮겨졌으며 따라서 인적 결합을 중시하는 불유동성의 측면과는 거리가 멀다. 그렇기 때문에 존속 또는 설립하는 회사를 상대로 소멸하는 회사와 법률관계를 형성하고 있는 자는 법률관계의 상대방이 누구냐에 주안점을 두고 있다고 보기보다는 재산적 가치의 보전에 오히려 주된 관심사를 두게 된다.

단체협약의 경우에는 이러한 재산적 가치의 보전에 핵심이 있는 것이 아니라 노사 당사자의 자치영역에 적용되는 규범의 제정에 본질을 두고 있다. 즉 단체협약이 협약체결 당사자간의 합의(계약)를 통해 성립 내지 종료하게 되지만 본래의 속성은 하위 노동 법원(勞動法源)인 취업규칙 내지 근로계약을 규율하는 법규범적 성질을 지니고 있다(노조법 제33조 제1항). 이러한 법규범적인 성질을 갖는 단체협약은 그 성질상 거래의 대상으로 될 수 없다. 더군다나 단체협약의 법규범력은 협약체결 당사자와 그 구성원에 한정되는 것으로 타인인 제3자가 그와 같은 법규범의 적용관계에 임의로 관여할 수 있는 바는 없는 것으로 보아야 한다. 이 밖에도 사용자가 협약체결의 일방당사자라 하더라도 사적 거래행위로서 법규범을 이전시키는 효력을 인정한다는 것은 타당하지 못하다.

이런 점에서 거래관계의 안정성을 확보하기 위한 합병제도와 단체협약의

규범성은 기본 취지를 서로 달리하는 것으로 단체협약에 대한 합병효과의 유추적용은 인정될 수 없는 것으로 보아야 한다. 그러므로 회사가 합병하는 경우에도 소멸하는 회사의 단체협약은 협약당사자와 존속하는 회사와의 합의가 갖추어지지 않는 한 합병의 효과에 따른 승계는 인정될 수 없다.

d) 협약체결 당사자의 측면에서 본 협약승계의 곤란성

기업이 변동을 일으킴으로서 노동조합도 당연히 변동을 일으키는 것은 아니다. 기업과 노동조합은 별개의 법적 주체인 것이다<sup>58)</sup>. 사업양도로 인하여 협약당사자의 주체가 변화하지 않는 경우는 별론이나<sup>59)</sup>, 기타의 기업변동(합병)시에는 협약당사자 중 일방의 변화가 수반한다. 즉 협약당사자로서의 회사가 소멸하는 경우가 그러하다. 회사가 합병으로 소멸하는 경우에도 노동조합은 그대로 존속하게 되며, 경우에 따라서는 해산사유를 충족시킬 뿐이다. 그러므로 합병의 효과로서 단체협약이 승계된다는 것은 노동조합 스스로가 승계를 희망하여 존속하는 회사와 승계에 관한 합의를 하는 것과 같은 기본 조건이 충족되지 않거나 노동조합이 규약에 정한 자신의 조직범위에 대하여 변경하여 승계에 효과를 향유할 법적 지위의 요건을 갖추고 있지 못하는 경우에는 승계라는 것은 발생될 여지가 전혀 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 합병의 효과로서 단체협약이 당연히 승계된다는 것은 노동조합으로 하여금 회사의 변동에 따라 강제적으로 조직변동을 실시해 기존에 체결된 단체협약의 존속을 유지해야 한다는 것과 동일한 의미를 인정하는 것으로 된다. 이는 자율적인 조직으로서의 노동조합의 자기결정을 제한하는 부당한 개입으로 된다. 이런 측면에서도 단체협약의 당연승계는 인정될 수 없다. 이러한 점은 분할의 경우 더욱 뚜렷하게 드러난다. 분할의

58) 기업이 운영되는 과정에 사후에 노동조합이 설립되거나 기존에 설립된 노동조합이 도중에 해산하여도 기업에 아무런 영향을 미치지 않는 것을 전제하면 너무나 명백한 점이다.

59) 영업 일부의 양도가 이루어진 후에 양도인의 사업장을 중심으로 기존의 노동조합이 계속 존속·유지되는 경우가 이에 해당한다.



경우도 합병과 같은 (부분적) 권리·의무의 포괄적 승계가 인정되므로, 합병의 경우와 달리 구성할 바가 아니다(상법 제530조의 10)<sup>60)</sup>. 따라서 완전 분할의 경우 피분할회사에 설립되어 있던 노동조합의 지위는 분할의 효과로 자동적으로 그 지위가 변화되는 것은 아니다. 분할의 효과는 어디까지나 회사에 대해서만 발생할 뿐이다. 노동조합이 회사의 부속물이나 사업의 일부분이 아닌 한 합병 또는 분할의 효과로 노동조합의 자격까지 변화시킬 수는 없다.

e) 기업별 단위의 단체협약 체결이라는 특수성에서 비롯되는 단체협약 승계의 불합치성

단체교섭이 어느 단위에서 행해지며 그 결과 체결되는 단체협약의 적용 단위가 어떻게 구성되느냐는 사실적 요소는 협약의 내용에 많은 영향을 미친다. 실제로 단체교섭이 전국단위에서 이루어지는 경우에는 그 산하 모든 사업장에 공통적으로 적용되는 근로조건 및 근로자 대우에 관한 사항만을 규정하게 될 것이다. 그러나 교섭단위가 아래로 내려오면 올수록 단체교섭 및 협약에서 논의·체결되는 내용은 보다 많은 구체적인 내용을 포함하게 된다. 이는 기업단위에서 단체교섭이 행해지는 우리나라의 경우에는 더욱 그렇다. 즉 기업단위에서 협약이 체결되는 경우는 비단 협의의 근로조건뿐만 아니라 이와 관련된 많은 사항(광의의 근로조건)들을 함께 규율하기가 쉽다. 예컨대 사업장 내의 공동질서의 약정, 사용자의 징계권 행사의 근거와 종류, 그리고 징계권자의 지위에 관한 사항, 노동조합에 가입할 수 있는 자격 범위와 관련한 기준획정, 기업 내 근로자 후생복지시설에 대한 규정, 나아가 노사협의회 구성 및 권한 범위에 관한 내용이 각 기업별로 단체

60) 물론 분할의 경우 합병처럼 법인격이 합일되는 것이 아니므로, 특히 채무의 승계 부분에 있어서는 합병과는 달리 구성되는 부분도 있다(상법 제530조의 9 제1항). 그러나 이러한 분할의 특징은 노동법적인 판단에서는 적용되지 않는 것으로 판단된다. 왜냐하면 승계되는 근로자와의 근로관계에 관한 판단만이 문제로 되기 때문이다.



협약이 체결되기 때문에 가능한 점이다. 이처럼 기업별 단체협약에는 당해 사업장의 기본 질서에 관한 사항까지를 협약의 내용으로 삼고 있다는 것은 교섭단위의 구체적인 노사환경의 기초의 의미를 규범적 지위로 상승시키는 효과를 발휘하게 된다. 그러므로 특정 노사환경에서 통용되던 노사간의 질서규범은 당해 사업장을 떠나 다른 노사환경의 기초에서도 항상 유효하게 유지될 수 있다는 것은 아니다. 예를 들어, 소멸하는 회사가 체결한 단체협약에는 징계위원회의 구성을 예정하면서 근로자측 위원의 참여를 보장하고 있는 반면에, 존속하는 회사의 단체협약에는 사용자 단독으로 징계권을 행사하면서 노동조합에 대해서는 단지 그 사실을 통보해 주도록 규정하고 있는 상황에서, 합병의 효과로 단체협약이 승계되어야 한다면 합병 후 근로자 징계에 관한 사항에 대해 어느 기준으로 어떻게 운영할 것인지의 혼돈스러움이 야기될 수밖에 없다. 또한 하나의 단체협약에서는 노동조합에 가입할 수 있는 조합원의 자격을 대리급 이하로 규정하고 있는 데에 반하여, 다른 단체협약에서는 과장급 이하의 근로자에 대해 조합원 자격을 인정하는 단체협약을 체결하고 있다면, 합병 후 노동조합에 가입할 수 있는 근로자의 범위, 즉 사용자의 이익을 위하여 행위하는 자에 대한 공통적 기준을 마련하는 것이 어려워지게 된다. 이처럼 단체협약 내에서 규정하고 있는 사항들 중에 사업장 질서에 관한 내용을 포함하고 있거나 그 밖에 광의의 근로조건을 많이 포함하고 있으면 있을수록 승계라는 효과에는 부정적인 작용력을 지니게 된다. 이러한 점에서도 합병의 효과로 단체협약의 승계를 인정하는 것에는 찬동할 수 없다.

f) 사업양도와 합병(또는 분할)시 단체협약의 효력을 구별하는 견해와 이에 대한 비판적 검토

단체협약의 효력승계를 인정하는 견해 중에는 사업양도의 경우와 합병의 경우를 구분하여 전자의 경우에는 단체협약이 당연히 승계되는 것이 아니라는 입장을 취하면서 후자의 경우에는 단체협약 당사자의 지위를 승계하

는 것이기 때문에 단체협약이 승계되는 것으로 봄이 타당하다는 입장을 전개하고 있다. 분명 영업양도와 회사의 합병은 법제도상 구분되는 제도이며, 그 법적 효과도 서로 상이하다. 그러나 단일한 사업을 운영하는 회사가 사업 전체를 양도하고 스스로 소멸하고자 하는 경우에는 그것이 합병이 아닌 영업양도의 형태를 취하였다고 해서 노동법적인 후속 문제에서도 양자를 구분하여 다른 법리가 적용되어야 하는 논거는 크게 찾아볼 수 없다. 왜냐하면 영업양도 및 합병의 구분 및 분류는 상법상의 분류일 뿐 노동법적으로는 단체협약 체결당사자의 실질적인 구성부분이 모두 변경됨에 따라 동일한 법적 문제를 발생하기 때문이다. 오늘날에 있어서는 영업양도와 회사의 합병의 본질적인 구별을 부인하는 견해도 등장하고 있으며, 본고에서와 같이 양자의 법적 효과 문제는 직접적으로 효력을 발휘하는 상법상의 영역이 아닌 간접적으로 원용되는 노동법상의 영역에서의 판단 문제이고 이를 상법규정의 형식적인 관점에서가 아니라 실질적인 관점에서 노동법적인 파장효과를 찾아본다면 양자의 차별성을 인정할 실익은 거의 없다<sup>61)</sup>. 기업의 변동에 따라 단체협약의 승계가 부인되는 영업양도의 경우나 승계가 인정되는 합병의 경우로서 협약의 일방당사자인 회사가 소멸되는 경우에 있어서는 단체협약 체결당사자의 일방이 증발(?)하는 동일한 법적 현상을 초래하며 이에 따른 근로조건을 형성하는 협약규율의 변동 문제도 동일하게 발생하게 된다. 그러므로 노동법적으로 동일한 문제현상을 구성하는 상법상의 양자의 형태에 관해서는 동일한 노동법적인 법리로 구성하여 판단하는 것이 타당하다고 생각된다.

#### 다. 기업변동시 단체협약의 부종성의 불인정에 따른 법현실적 갈등의 해소방안

61) 다만, 영업의 일부 양도 또는 여러 사업 중 하나의 사업에 대한 양도가 이루어지는 경우에는 나머지 사업부분을 기초로 하여 양도인이 계속 존속하고 이에 상응하여 타방 단체협약 당사자인 노동조합의 실체도 변동됨이 없이 그대로 유지될 수 있으므로 이러한 경우에서의 판단은 합병의 경우와는 분명 구별된다.

a) 사업의 양도 및 회사의 합병(또는 분할)시 근로관계의 승계와는 달리 단체협약의 승계가 인정되지 않게 됨으로서 현실적으로는 협약으로 규율되던 대상에 대한 무규율상태가 발생하게 된다. 즉 단체협약으로 구체적인 근로관계의 내용의 형성을 적용받던 근로자가 한편에서는 합병 등으로 말미암아 근로관계는 존속하는 회사로 승계됨에 반하여 다른 한편으로는 기존의 단체협약이 승계되지 않음으로 인하여 승계되는 근로자의 근로관계를 어떤 내용으로 확정하여야 할 것인가의 문제가 발생하게 된다<sup>62)</sup>.

이 문제를 해결하기 위하여 사업양도시 협약의 직접적인 승계를 부인하는 학설을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 ① 화체설의 입장에서는 협약이 승계되지 않더라도 단체협약의 자동적 효력에 의하여 협약상의 근로조건이 내용이 근로계약의 내용으로 화(化)했기 때문에 기존 협약의 규율내용대로 승계된 근로자의 근로조건이 결정된다고 한다<sup>63)</sup>. 그러나 동 학설과 관련하여 제기되는 의문으로는 과연 단체협약의 효력으로서 자동적 효력을 인정할 수 있는가, 인정한다면 어떠한 근거에서 인정될 수 있는가의 문제이다. 현행 노조법 제33조의 규정으로는 자동적 효력이 인정되지 않으며 오히려 단체협약의 여후효에 관한 규정(노조법 제32조 제3항)을 둔 취지에 비추어본다면 현행법은 자동적 효력을 부인하고 있는 것으로 보아야 하는 것이 아니냐는 반론이 제기된다. 이런 점에서 화체설의 이론으로 문제를 해결하는 데에는 찬동하기 어렵다고 판단된다. ② 소위 '외부규율설'이라는 견해에 의하면 사업양도시 단체협약은 승계되지 않고 자동적 효력 또한 인정할 수 없다는 점에서 출발하여 양수인의 특단의 의사표시를 하지 않는 한 양도인의 협약당사자로서의 지위를 승계하는 것으로 추정하자는 것이다. 근로관계를 승계한다는 것은 승계시점에 승계근로자에 대해 형성되어 있던

62) 이에 반하여 단체협약의 승계를 인정하는 견해에 의할 경우 이러한 문제는 발생하지 않게 된다.

63) 김형배, 『노동법』, 1998, 402쪽 참조.

근로조건의 내용대로 승계하는 것으로 봄이 타당하다는 것이다<sup>64)</sup>. 그러나 이 견해에 의할 경우 먼저 전제로서 검토되어야 하는 것은 ‘근로관계의 승계’의 의미와 내용이다. 근로관계의 승계가 과연 ‘일자리 유지’의 의미를 뛰어넘어 ‘기존 근로조건의 유지’까지를 포함하는 것으로 보아야 할 것인지의 문제이다. 만약 전자의 의미를 넘어 후자의 의미까지 포함하는 것으로 본다면 승계근로자에 대한 보호가 충족되는 것으로 일반적으로 보고 있으나 반드시 그렇다고는 볼 수 없을 것이다. 승계되는 근로자의 기존 근로조건에 비해 승계받는 사용자의 사업장에 적용되던 근로조건이 더 유리한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 나아가 승계받는 사용자의 입장에서는 상이한 두 개의 근로조건으로 노무관리를 해야 하는 부담을 안게 될 것이며, 또한 기존의 근로조건을 그대로 승계받아야 한다면 자신의 근로자에게 지불하던 근로조건이 상대적 부담으로 작용할 수도 있다. 그러므로 승계되는 근로조건의 의미란 특정 근로자(승계되는 근로자) 및 사용자(승계받는 사용자)의 이익관점에서 판단할 것이 아니라 노사관계 전체적인 관점에서 판단하여 합리적 질서유지를 도모한다는 차원에서 접근하는 것이 필요할 것이다.

이상의 견해에서도 합리적인 해결점을 찾기 힘들다.

b) 단체협약의 승계를 부인함으로써 나타나는 규율공백상태는 여후효 제도를 유추적용함으로써 어느 정도 해결할 수 있다고 본다. 즉 사업의 양도, 회사의 합병 및 분할시에 3당사자(단체협약 체결당사자와 신사용자) 사이의 3면합의를 통해 협약승계를 새로이 약정하지 않는다면 단체협약은 승계되지 않는 것으로 보고, 기존의 단체협약에 따라 규율되던 근로조건은 여후효 규정에 따라 3개월간 효력을 갖는 것으로 보는 것이다. 그러므로 근로자의 입장에서는 신사용자와 여후효 기간 동안 새로운 단체교섭을 통하여 새로운 협약을 체결할 수 있는 가능성을 열어두고, 신사용자의 입장에서는 자신

64) 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 174~178쪽 참조.

의 사업장에 통용되던 근로조건 또는 다른 적합한 근로조건으로 승계근로자의 근로조건을 결정할 수 있는 가능성을 열어둠으로서 쟁방간의 이익을 조정할 수 있는 길을 열어두는 것이다. 그러나 이러한 해석론을 취하더라도 여전히 남는 문제는 여후효 기간 동안 새로운 단체협약이 체결되지 않는 경우는 어떻게 할 것이냐의 문제이다. 이는 비단 기업변동의 경우뿐만 아니라 기업의 변동과 관련없는 일상적인 단체협약의 경우에도 남는 문제이기도 하다.

c) 기업변동시 단체협약의 승계 여부를 둘러싼 견해들 가운데에는 어느 하나도 만족스러운 결과를 가져오지 못하고 있다. 이러한 현상을 해석론 내지는 법원의 법형성적 기능에 맡겨 해결되도록 방치한다는 것은 법적 안정성의 견지에서 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 그러므로 이러한 문제는 새로운 환경에서 발생하는 갈등 문제인 관계로 새로운 법적 규율장치를 두는 것이 바람직하다고 본다. 상법상의 제도로써 기업의 매각·합병 등은 기업주의 자유로운 의사결정에 따라 이루어질 수 있도록 보장되어야 하지만, 기업주의 일방적인 결정에 따라 노사관계의 사실적인 기초가 일방적으로 파괴되는 것은 바람직하지 않다. 그러므로 한편에서는 기업주의 자유로운 거래행위의 본질을 침해하지 않는 범위에서, 다른 한편에서는 근로자가 피동적인 입장에서 일방적으로 변화를 수용해야 하는 처지에서 발생할 수 있는 부당함을 보완할 수 있는 합리적인 법제도의 개선이 시급히 뒤따라야 할 것으로 본다. 그렇지 아니하고서는 위와 같은 문제의 해결은 방향성과 중심 그리고 체계성을 잃고 이루어질 수밖에 없으며, 이는 법적 안정성의 견지에서 바람직하지 않다.

이런 점에서 입법적 개선의 방향성은 기업변동시 단체협약의 효력이 일정기간 동안 — 예컨대 일정기간 또는 존속하는 회사에 단체협약이 존재하는 회사 합병의 경우에는 그 단체협약의 효력만료시까지 — 승계되는 근로자의 근로조건에 계속 적용될 수 있는 법규정을 두는 방향으로 이루어지는

것이 바람직하다. 이로써 집단적 규율의 공백을 규율할 수 있는 본연의 법 규정을 갖출 수 있게 되며, 단체협약의 승계를 둘러싼 비생산적인 논의도 지양시킬 수 있을 것이다.

#### 라. 단체협약의 효력 존속의 기준

이상에서 살펴본 바와 같이 합병과 같은 기업변동시에 단체협약은 당연히 승계되는 것으로 볼 수 없다. 다만, 합병의 효과에 따른 승계의 법리가 단체협약에 대해서도 적용될 수 있는 부분이 있다면 이는 승계대상에 해당할 수 있는 ‘협약체결 당사자의 지위’이다. 왜냐하면 승계라 할 때에 그 의미는 다른 제3자가 기존의 법적 주체의 지위를 이어받는 것을 의미한다(Übergang einer Rechtsstellung auf einen Dritten). 그러므로 합병의 효과로 인정되는 포괄적 승계의 효과는 단체협약 그 자체에 대해서는 발생하지 않지만, 합병회사가 기존의 소멸회사가 지니던 법적 지위에 들어서게 됨은 방해하지 않는다<sup>65)</sup>. 나아가 기업변동시 단체협약의 운명에 관해 문제가 생기는 것은 단체협약이 기업별로 체결되어 있는 상태에서 기업변동으로 말미암아 일방당사자의 법적 지위에 변동이 생기기 때문이다<sup>66)</sup>. 그러나 이러한 기업변동은 근로자측이 전혀 관여하지 않는 상태에서 사용자의 일방적인 결정으로 이루어진다. 기업변동의 결과 단체협약이 항상 단절되는 것

65) 이 때 승계대상으로 되는 것은 비단 사법상의 법적 지위뿐만 아니라 공법상의 지위도 포함하여 이해된다(대판 1980. 3. 25, 77누265).

66) 기업변동에도 불구하고 협약당사자에 변동이 생기지 않고 또한 협약구속력에 계속 포섭되는 경우라면, 단체협약의 효력변동에 관하여 논의할 필요없이 협약은 계속 유효하게 된다. 예컨대, 의료보건노동조합이 이와 상응하는 병원단체(실제로는 존재하지 않지만)가 단체협약을 체결한 이후에 동 단체에 속하는 두 개의 병원이 합병하더라도 단체협약 체결당사자에 변동이 발생한 것은 아니며, 또한 합병의 결과로 노사의 어느 한쪽이 협약의 구속력 범위에서 벗어난 것도 아니기 때문에, 기존의 의료보건노조와 병원단체가 체결했던 단체협약은 합병 후의 병원에 대해서 계속적으로 유효하게 적용되는 것이다.

이라면 사용자는 단체협약에 구속되기 싫을 경우에는 항상 기업변동이라는 방법을 통해 협약의 단절을 일방적으로 피할 수 있다는 것으로 된다. 이는 ‘약속은 지켜져야 한다’는 일반 법원칙에 비추어보더라도 타당하지 않은 결론이다.

이런 점에서 권리·의무의 포괄승계의 효과로 단체협약의 승계가 당연히 인정되는 것은 아니라 할지라도, 일정한 요건하에서 단체협약의 효력이 계속 존속되는 것으로 보는 것이 오히려 노사자치의 본질에 더욱 부합하는 경우가 인정될 때가 있다. 기존의 단체협약의 효력 존속을 인정함으로써 기업변동 후의 통일적 근로조건을 형성하는 데에 아무런 갈등을 야기하지 아니하는 경우라면 사용자의 자의적인 자기약속으로부터의 도피를 방지하기 위해서 뿐만 아니라 노사관계의 안정성을 도모하는 관점에서 단체협약의 효력이 예외적으로 계속 존속하는 경우를 인정할 수 있을 것이다.

이를 위해서는 다음과 같은 세 가지 요건을 고려할 수 있다. 먼저, ① 정당한 협약당사자가 기업변동 이후에도 계속 유효하게 존재하느냐가 우선적으로 검토되어야 한다. 그런 연후에 ② 기존 협약의 구속력이 기업변동 이후에도 유효한 적용대상을 계속 유지하고 있느냐의 여부가 또한 검토되어야 한다. 마지막으로 ③ 협약자치의 계속성을 인정할 수 있는 노사관계의 사실적 토대가 계속 유지되고 있느냐가 검토되어야 한다. 이상의 세 가지 조건을 모두 충족시키는 경우에는 예외적으로 단체협약이 변동 후에도 계속적으로 효력을 가지는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다. 이 때에도 효력을 계속 가진다는 의미는 단체협약이 승계된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

#### 1) 단체협약 당사자

단체협약이 유효하게 존속하기 위하여서는 무엇보다도 협약당사자가 존재해야 한다. 이는 단체협약의 법규범성을 차치하고라도 계약의 형식을 통해 성립하는 형식적 측면에서 당연히 요청되는 바이다. 이 때의 협약당사자



는 체결 당시의 당사자가 그대로 유지되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 기업변동에 따라 협약당사자의 법적 지위가 승계하는 자도 이에 해당하게 된다. 그러므로 합병과 분할의 경우, 존속 내지 신설하는 회사 내지 수혜회사는 소멸 또는 피분할회사의 권리·의무를 (부분적) 포괄승계하므로 협약체결 당사자로서의 법적 지위 또한 승계하는 것으로 볼 수 있다.

영업양도의 경우 근로관계는 원칙적으로 승계되어 양수인이 양도인의 지위를 이어받게 된다. 이는 개별 승계를 기본 내용으로 하는 상법적인 판단과는 구별하여 노동법적 사안의 해결을 위하여 판례가 새로이 형성된 것으로 이해할 수 있다. 그러므로 원칙적인 승계, 해고의 정당한 이유를 충족하는 경우 특약에 의한 배제 인정, 근로자의 근로관계 이전에 대한 거부권의 행사가능 등은 영업양도 이외의 합병의 경우에 적용되어도 무방하다<sup>67)</sup>. 그러므로 상법상의 관점에서는 영업양도와 분할이 구분되는 제도이지만, 노동법적인 관점에서와 근로관계 승계의 관점에서는 동일한 의미로 다루어도 무방할 것이다. 다만, 영업양도가 합병 등의 경우와 다른 점은 양도인의 단체협약 체결당사자의 지위를 양수인이 당연히 승계받을 수 있는 법적 근거가 결여되어 있다는 점이다. 그러므로 현행법하에서는 양도인과 양수인 사이의 단체협약 당사자의 지위의 이전에 관한 합의가 없는 한 단체협약 체결당사자로서의 지위에 대한 승계를 인정할 여지가 없다. 설사 노동조합이 영업양도 후 양수인의 사업장마저 자신의 조직대상에 포함시켜 양수인에 대한 정당한 협약당사자의 지위를 갖추었다 하더라도, 아직 양자 사이에는 협약관계가 성립하지 않으므로, 근로자에게 적용되던 단체협약은 더 이상 적용될 수 없는 것으로 판단된다<sup>68)</sup>.

회사 분할의 경우 실질적인 면에서는 영업양도와 동일한 결과를 초래한

67) 다만, 후 2자는 합병의 경우에는 적용될 실익이 없다는 것뿐이다.

68) 그러나 이는 양수인과의 관계에서 파악한 것이고, 양도인과 기존의 노동조합의 관계는 다른 특별한 사정이 없는 한 계속 지속되는 것으로 보아야 한다. 다만, 영업양도가 사용자의 사업 전체에 걸쳐 이루어져 영업양도 이후 사실상 폐업하는 경우에는 단체협약이 계속 적용되는 것으로 보아야 할 실익이 전혀 없게 된다.



다 하더라도, 법률의 규정(상법 제530조의 10)에 따라 합병에서와 동일한 법적 효과를 가져오므로<sup>69)</sup>, 합병의 경우처럼 판단하여야 할 것이다. 완전분할의 경우에는 수해회사 모두가 피분할회사의 협약당사자의 지위를 부분적·포괄적으로 승계한 것으로 볼 수 있다.

이상은 사용자측의 협약당사자라는 법적 지위에 관한 고찰인바, 이러한 검토는 타방당사자인 노동조합측에 대해서도 마찬가지로 행해져야 한다. 노동조합은 기업과는 독립된 법적 주체로서 자신의 조합원에 적용될 단체협약을 체결할 능력을 지닌다(노동조합및노동쟁의조정법 제33조 제1항). 이때 노동조합의 협약체결 능력의 구체적 범위는 1차적으로 규약에서 정하는 바에 따라, 2차적으로는 실제 조합원으로 조직하고 있는 근로자에 따라 결정된다. 그러므로 기업변동으로 조합원의 신분이 변화하여 조합원 자격이 상실되는 경우가 발생함에도 불구하고 변화되는 부분을 포섭하지 않는다면, 단체협약이 계속 존속할 수 있는 유효한 조건을 상실하게 된다. 예컨대, 불완전분할의 경우에 분할 후 피분할회사에 조직되어 있는 노동조합이 신설되는 회사로 이전된 근로자를 자신의 조합원으로 계속 유지하기 위하여 규약을 변경하지 않는다면, 당해 노동조합은 이전된 근로자에 대해서는 더 이상 정당한 노동조합의 지위를 보유할 수 없게 된다. 이 경우 이전된 근로자에 대해서는 기존의 단체협약이 더 이상 적용될 수 없다.

## 2) 단체협약의 구속력의 범위

기업변동 후 협약당사자의 변동은 없다 하더라도 단체협약의 구속력의 범위에서 벗어남으로서 협약의 계속 적용 여부가 문제될 수 있다. 그러나 이러한 경우는 초기업별 단위에서 단체협약이 체결되는 경우에 비로소 발생되는 문제이며<sup>70)</sup>, 기업별 단위에서 단체협약이 체결되는 경우에는 이러

69) 정동윤, 『회사법』, 1999, 851쪽; 이기수, 『상법학』(상), 1999, 429쪽; 정찬형, 『상법강의』(상), 1999, 472쪽.

70) 예컨대, 산별 노동조합과 사용자단체가 체결한 단체협약의 적용을 받던 사용자가 동 사용자단체의 구성원이 아닌 다른 회사에 흡수합병되는 경우가 이에 해당한다.

한 문제가 발생될 여지가 없다. 왜냐하면 기업변동의 결과 단체협약의 구속력의 범위에서 벗어나는 경우란 곧 협약체결 당사자의 지위를 벗어나거나 조합원 신분의 상실을 뜻하는 것이므로, 이미 단체협약 당사자의 존속에 관한 판단 과정에서 걸러지게 되기 때문이다.

### 3) 협약기초의 동일성 유지

단체협약은 협약자치의 핵심수단으로 집단적 자치(kollektive Autonomie)의 결정체이다. 집단적 자치도 궁극적으로는 자기결정(Selbstbestimmung)을 통한 자기지배(Selbstherrlichkeit)인 사적 자치의 한 형태라고 말할 수 있다. 그러므로 노사 당사자가 각자의 판단과 책임 하에 근로조건을 집단적으로 규율하는 데에 그 정당성의 기초를 두는 것이다. 그러나 근로조건을 결정하는 단체협약의 성립에는 노사 상호간의 합의 이외에도 이들이 처해 있는 구체적인 협약체결 환경 또한 중요한 사실적 기초를 이룬다. 즉 근로조건을 구체적인 결정이 초기업적으로 결정되면 될수록 개별 사업장의 특수성은 고려될 여지가 적고, 보다 객관화한 내용을 갖추게 되지만, 교섭단위가 기업 또는 그 이하의 단위로 내려갈수록 구체적인 사업 환경과 밀접한 관련성을 지니게 된다. 이는 우리나라의 단체협약의 대부분이 근로조건뿐만 아니라 사업장 단위의 질서를 함께 포함하고 있는 점에서도 잘 드러나고 있다. 따라서 기업별 (또는 사업장별) 단체협약에 있어서 사업장 조직의 변화는 협약기초의 중대한 변화를 의미하게 된다. 이런 점에서 기업변동 이후 기존의 단체협약이 계속 적용될 수 있는 사실적 기초가 갖추어지지 않는 경우, 예컨대, 합병 이후 사업조직이 통·폐합됨으로써 기존의 사업조직이 동일성을 유지하지 못한다면 비록 단체협약 체결당 사자가 존재한다 하더라도 당연히 협약이 계속 적용될 수 없다<sup>71)</sup>. 이와 반

71) 단체협약에 대한 이러한 판단은 독일에서 논의되는 기업변동시 경영협정(Betriebsvereinbarung)의 승계 문제와 유사한 구도를 띠게 된다. 독일에서는 경영협정이 사업장 단위의 질서 내지 공통의 근로조건 실행과 관련된 사항을 담고 있는 까닭에 변동 이후에도 사업의 동일성이 유지되는 한에 있어서 기존의 경영협

대로 합병 이후에도 기존의 사업장 단위가 그대로 유지되는 경우에는 각각의 사업장 단위에 형성·적용되고 있는 단체협약이 계속 효력을 가질 수 있는 조건을 갖추고 있는 것으로 봄이 타당하다.

#### 4) 단체협약의 자동적용 여부

위에서 제시한 제조건을 갖춘 기업변동의 경우에는 단체협약이 계속 효력을 가질 수 있다. 그러면 이러한 조건을 갖춘 단체협약은 다른 절차를 필요함이 없이 당연히 효력을 가지게 되는가? 이 문제는 긍정하는 것이 타당하다고 본다. 엄밀하게 본다면 기업변동으로 일방당사자인 사용자측에 변동이 발생한 것이므로, 타방당사자인 노동조합에게 협약의 구속력에서 벗어날 수 있는 법적 가능성을 부여한다거나, 아니면 협약의 계속적 구속을 노동조합이 희망하는 경우에만 유효한 것으로 법이론을 구성할 수도 있을 것이다.

그러나 기업변동 이후 사업조직의 동일성이 유지되는 한, 기존의 단체협약에 근로자가 계속 구속되는 것이 불합리한 것으로 판단되지 않는다. 이는 승계시점에 형성되어 있던 근로조건이 이전되고, 이전 후에도 사업의 동일성이 유지되기 때문에 새로운 사용자에게도 동일하게 판단하여도 무방하다. 노동조합의 입장에서 이미 그 조건으로 스스로를 구속한 것이므로 이를 효력기간까지 강제하더라도 부당한 것으로 보여지지 않는다. 새로운 사용자 스스로도 기업변동 당시에 형성되어 있던 근로조건에 내용대로 이전받는 것을 의욕했기 때문에 기존 단체협약의 내용에 구속받는 것을 인정하더라도 부당한 것으로 보여지지 않는다.

그러므로 단체협약의 효력이 계속 유지되어도 좋을 제조건들이 구비된 경우에는 기존의 유효기간 동안 양 당사자를 계속 구속하는 것이 당사자에게 불합리하지 않을 뿐더러, 질서기능의 측면에서 볼 때 보다 안정적인 효

---

정이 계속 적용되는 것으로 보고 있다(MünchHandbArbR/Wank, Bd., III, Rn. 188ff. zu §121 m.w.N.).

과를 기대할 수 있을 것이다. 따라서 노동조합과 새로운 사용자는 이에 구속된다고 보아야 할 것이다.

### 3. 기업변동시 취업규칙의 효력

#### 가. 학설과 판례의 입장

기업의 변동시에 취업규칙의 규율을 받던 근로조건은 어떻게 되느냐의 문제는 취업규칙의 법적 성격에 대한 입장의 차이에 따라 다르게 나타난다. 먼저 취업규칙을 계약설의 입장에서 이해하는 견해<sup>72)</sup>에 의하면, 취업규칙에서 정하고 있는 근로조건은 곧 개별 근로자의 근로계약의 내용이기 때문에, 기업변동시 취업규칙 그 자체가 자동적으로 승계되는 것이라기 보다는 승계되는 근로계약의 내용으로서 취업규칙이 계속 효력을 유지하는 것으로 본다<sup>73)</sup>. 그러므로 양수인 내지 존속하는 회사가 가지고 있던 취업규칙 내지 새로이 작성한 취업규칙의 불리한 내용은 그에 관한 근로자의 합의가 전제되지 않는 한 효력이 없는 것으로 된다. 이에 반하여 취업규칙의 성질을 법규범설에서 파악하는 견해에 의하면, 법이론적으로 규범 자체의 이전은 있을 수 없다<sup>74)</sup>는 전제하에서, 취업규칙의 자동적 효력을 인정하느냐의 여부에 따라 견해가 나누어진다. 취업규칙의 효력에 자동적 효력을 인정하는 견해<sup>75)</sup>에 의하면 취업규칙의 내용이 이미 근로조건인 구체적 내용으로 화체되었기 때문에, 근로관계 승계시 그 계약의 내용으로 이전되

72) 김형배, 『노동법』, 1998, 199쪽 이하 참조.

73) 김형배, 『근로기준법』, 1998, 193쪽 이하; 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 188쪽 참조.

74) 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 1998, 179쪽 이하 참고.

75) 김형배, 『노동법』, 592쪽; 임종률, 『노동법』, 151쪽; 이병태, 『최신노동법』, 1998, 254쪽 참조.

어 양수인이 이행의무를 지게 되는 것으로 판단한다. 이에 반하여 자동적 효력을 부인하는 견해<sup>76)</sup>에 의하면 근로관계의 이전 시점에 적용을 받던 기존의 취업규칙으로부터 근로관계가 분리되어 이전하고, 이전 후에는 합병회사(또는 양수인)에 적용되던 취업규칙의 기준에 따라 적용·보충되는 것으로 이해하고 있다<sup>77)</sup>.

판례는 취업규칙의 법적 성질을 법규범설의 입장<sup>78)</sup>에서 파악하고 있으면서, 기업변동시 취업규칙에 대해서는 별도의 논거를 제시함이 없이 취업규칙에 따른 근로조건의 이전을 인정하고 있다. 그리하여 “근로관계 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로법 제95조 제1항(현행법 제97조 제1항)<sup>79)</sup> 소정의 당해 근로자 집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의없이 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없다”<sup>80)</sup>고 하거나, “합병 당시 취업규칙의 개정을 … 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 … 하는 새로운 합의가 없는 한, … 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것”<sup>81)</sup>으로 보아야 한다고 하면서, 종전의 단수제의 적용을 받던 근로자가 합병 후 누진제

76) 박상필, 『한국노동법』, 1991, 477쪽; 김유성, 『노동법』 II, 205쪽; 박홍규, 『노동법론』, 1995, 1009쪽 참고.

77) 이 경우 이전된 근로자가 양도인측의 취업규칙상 기준이 양수인의 취업규칙상 기준보다 유리할 경우 기득이익으로서 신뢰보호를 주장할 수 있느냐 하는 문제가 발생할 수 있다고 한다(김재훈, “근로조건 변경에 관한 고찰”, 서울대 박사학위논문, 1999. ///).

78) 대판 1977. 12. 27, 77다1378; 동 1990. 3. 13, 89다카24780; 동 1991. 3. 27, 91다3031; 동 1991. 9. 24, 91다17542. 그러나 근로자에게 불이익한 변경시 근로자 집단의 집단적 의사 결정방식에 의한 동의가 있어야 한다는 판례의 태도는 취업규칙의 계약설적인 입장을 부분적으로 수용한 결과로 평가하기도 한다(김형배, 『노동법』, 1998, 203쪽 이하).

79) 동 규정은 1989. 3. 29의 개정시에 입법화된 것으로 판례의 내용을 수용한 것으로 평가된다.

80) 대판 1997. 12. 26, 97다17575; 동, 1995. 12. 26, 95다41659; 동, 1994. 3. 8, 93다1589; 동, 1994. 8. 26, 93다58714.

81) 대판 1994. 3. 8, 93다1589.

를 적용하는 회사에 계속적으로 근무하더라도 퇴직시에는 단수제가 적용된 퇴직금으로 산정되어야 하는 것으로 보았다<sup>82)</sup>.

#### 나. 취업규칙의 승계에 관한 판단

취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성·변경하는 것으로 그 자체에 법규범성이 인정될 수 있는 이론적 논거는 없다. 만약 사용자가 일방적으로 작성·변경하는 취업규칙에 법규범성을 인정할 수 있다면, 이는 노사자치라는 기본원칙 및 근로법 제3조의 근로조건 결정에 대한 원칙 규정에 정면으로 위반하는 것이 된다. 적어도 근로계약 일방당사자가 작성 또는 변경한 취업규칙이 상대방을 구속하는 효력을 갖기 위해서는 상대방의 동의라는 형식을 통하지 않고서는 불가능하다. 이런 입장에서 취업규칙을 보통 거래약관의 일종으로, 그리고 입사시에 근로조건에 세부적인 사항에 대해서는 취업규칙의 정함에 의하겠다고 하는 사실인 관습설의 입장(민법 제106조 참조)에서 구성·이해하는 것이 타당하다<sup>83)</sup>. 다만, 근로법 제100조에서 규정하고 있는 취업규칙의 법규범적 효력은 취업규칙의 근로조건 기준으로서의 기능과 근로자 보호라는 관점에서 취업규칙의 내용에 미치지 못하는 개별 근로자와의 약정을 무효로 하는 의미를 지닌 것으로 볼 수 있을 것이다<sup>84)</sup>. 그러므로 근로법 제100조를 취업규칙의 법규범성의 근거 규정으로 보고 있는 법

82) 이는 결과적으로 기업변동 후 양사의 서로 상이한 퇴직금 규정의 병존을 인정하는 것으로 근로기준법 제34조 제2항에서 금지하고 있는 퇴직금 차등금지에 위반하는 것이 아니냐는 의문을 제기한다. 왜냐하면 판례는 사업장 내 퇴직금 차등금지에 있어서 사업의 의미를 회사로 이해하고 있기 때문이다(대판 1993. 2. 9, 91다21381). 이 점에 대해서 판례는 퇴직금 차등이 존재하더라도 이는 기업변동에 의한 부득이한 것으로 보아야 하기 때문에 불가피하에 용인되어야 하는 것으로 보고 있다(대판 1992. 12. 22, 91다45165).

83) 김형배, 『노동법』, 1998, 199쪽 이하; 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 181쪽 이하, 187쪽 이하 참조.

84) 김형배, 『근로기준법』, 1998, 211쪽; 박종희, 『현행법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능조정방안』, 한국노동연구원, 1998, 48쪽 이하 참조.

규범설의 입장은 찬동할 수 없다.

#### 다. 기업변동시 취업규칙의 효력

취업규칙의 본질을 이와 같은 계약설의 입장에서 이해하여야 한다면, 근로자의 동의를 얻은 취업규칙은 곧 근로자의 근로계약의 내용을 구성한다. 따라서 합병 또는 영업양도시 근로관계가 승계될 경우, 취업규칙에서 정하는 바에 따라 형성되어 있는 근로조건 그 자체가 근로계약의 내용으로 이전하므로, 기업변동의 결과 취업규칙 자체가 승계의 대상이 되는 것처럼 볼 수 없다.

그러나 이와 같은 판단은 근로조건을 직접적으로 형성하는 사항에 대해서만 타당하다. 즉 취업규칙 내에는 직접적인 근로조건을 정하고 있는 부분 이외에도 사업장의 공동질서의 관점에서 규정된 부분도 있다<sup>85)</sup>. 일정구역 내에서의 금연, 상벌에 관한 사항, 복무에 관한 사항, 휴직의 절차 및 종류에 관한 사항, 교육훈련 등에 관한 사항, 그리고 안전과 위생에 관한 사항 등과 같은 것<sup>86)</sup>은 오히려 전체 사업장에 걸쳐 통일적으로 규율되어야 하는 공통의 질서 내용이다. 그러므로 이러한 질서 내용은 근로관계 이전 당시 형성되어 있던 근로조건으로 이해하여 승계되는 것으로 파악하기보다는 기업변동 이후의 사업장에서 새롭게 통일적으로 규율되어야 하는 공통의 질서 내용이다. 그러므로 이러한 질서 내용은 근로관계 이전 당시 형성되어 있던 근로조건으로 이해하여 승계되는 것으로 파악하기보다는 기업변동 이후의 사업장에서 새롭게 통일적으로 규율되는 것이 필요하고, 그러한 관점에서 근로조건을 이루는 부분과는 분리하여 고찰하는 것이 바람직하다. 이와 같이 사업장의 질서 내용이 기업변동 이후 단일한 내용으로 규율되는 것이 바람직하다면 그 한도 내에서 손쉬운 변경이 가능해야 할 것이다. 그리고 사업장 질서에 관한 사항을 통일된 내용으로 변경하는 것이 근로조건에 불이익한 변경에 해당되지 않는 것으로

85) 박종희, 「유리한 조건 우선의 원칙에 대한 재검토와 체계상 재구성 시론」, 『노동법학』(제8호), 490쪽 이하 참조.

86) 근로법 제96조 제1호, 제4호, 제6호, 제7호, 제8호, 제10호 및 제11호 참고.

본다면, 근로자 과반수의 의견청취로도 그 변경이 가능하게 된다. 따라서 사업장 질서사항과 관련해서는, 합병회사의 사업장에 흡수되거나 인수되는 근로자는, 합병회사 또는 양수인의 사업장에 새로이 편입(취업)한 근로자와 같은 지위에 서게 되므로, 합병회사 사업장의 취업규칙 중 사업장의 질서 내용에 관한 부분의 적용을 받는 것으로 보면 될 것이다. 그리고 취업규칙을 근로조건에 관한 부분과 그 이외 사업장 질서에 관한 부분으로 구별하는 것은 이론적으로 가능하지만, 실제 적용관계에서는 구별하기가 어려운 경우가 많다. 이와 같은 이분법<sup>87)</sup>의 적용력은 현재 낮다 하더라도 앞으로 우리나라 노동법 전체 체계의 발전방향과 관련해서는 반드시 필요한 접근 방식으로 생각된다.

요컨대 취업규칙의 효력을 계약설의 입장에서 파악하더라도 이는 근로조건과 직접적인 관련성을 지니는 부분에 한하여 적용가능한 것으로 이해하여야 하며, 기타 사업장의 질서유지에 관한 부분에 대해서는 기업변동 후 사업장의 동일성이 유지되는 것을 조건으로 계속 적용되는 것으로 볼 수 있다.

#### 라. 기업의 인수·합병시 취업규칙의 효력

##### 1) 법규범설의 입장에 비추어 본 기업변동시 취업규칙의 효력과 그 비판

기업의 변동과 더불어 승계되는 근로자에게 적용되던 기존의 취업규칙의 효력이 어떻게 되느냐가 또한 문제이다. 특히 취업규칙 자체의 법적 성질과 노동법 체계상의 지위가 제대로 정립되어 있지 아니한 상황에서 이를 둘러싼 문제는 더욱더 복잡하고 난해할 수밖에 없다. 취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성·변경하는 것으로 이해되고 있다. 그럼에도 불구하고 취업규칙은 법규범으로서의 성질을 갖는다고 다수설은 설명하고 있다. 나아가 기

87) 박종희, 「유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론」, 『노동법학』(제8호), 490쪽 이하 참조.



업의 변동(사업의 양도 및 합병의 경우)시에도 취업규칙에서 정한 근로조건이 변동 이후에도 계속 유지되는 것<sup>88)</sup>으로 보고 있다. 이러한 논지의 전개가 과연 법이론적으로나 법체계적으로 타당한지가 우선 의문이며, 또한 어떠한 논거에서 그와 같은 결론을 이끌어 낼수 있느냐도 의문이다.

먼저 취업규칙을 법규범으로 본다면 사업의 양도 내지 합병시 기존의 취업규칙인 법규범이 승계대상으로 되는 것으로 보기에 여러 관점에서 문제가 있다. 취업규칙의 작성·변경이 사용자의 권한에 속하는 것으로 파악한다면, 이는 사용자가 취업규칙에 구속되는 것을 의미하는 것이 아니라 오직 취업규칙에 의해 규율된 근로조건에 구속되는 것을 의미하게 된다<sup>89)</sup>. 또한 취업규칙을 법규범으로 이해하는 한편, 계약관계의 승계와는 달리 법규범의 승계란 본질적으로 기업변동 효과에 상응하지 않는다는 점에 비추어본다면 취업규칙 효력의 승계라는 결과는 도출되지 않는다. 다만 취업규칙의 법규범성을 인정하면서도 취업규칙의 자동적 효력을 인정하는 경우<sup>90)</sup>에는 달리 판단될 것이다<sup>91)</sup>. 왜냐하면 법규범으로 성립된 취업규칙의 내용이 근로조건으로 화체될 경우에는 취업규칙과는 별도로 취업규칙의 내용이 근로관계의 내용을 이루면서 존속하게 되는 것이기 때문이다. 이러한 결과는 취업규칙 자체의 승계가 아니라 취업규칙의 내용이 다른 경로를 통해 근로관계로 화체되므로 기업변동의 효과로 취업규칙 자체가 승계되는 것과는 달리 판단될 수 있는 것이다. 결국 취업규칙의 법규범성을 인정하는 이론을 취하더라도 취업규칙 자체의 승계라고 하는 결론은 도출되지 않는다

88) 이용구, 「영업양도와 근로관계」, 『노동법 연구』(서울대 노동법연구회) 제6호, 1997, 139쪽; 김영훈, 「근로관계의 이전」, 『근로관계 소송상의 쟁문제』(하), 사법연수원, 1727쪽; 김지형, 「영업양도와 근로관계의 이전」, 『민사재판의 쟁문제』(제8권), 민사실무연구회, 1994, 1057면; 현천옥, 「M&A와 노동문제」, 『인권과 정의』, 대한변협, 1997년 8월호, 43쪽.

89) 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약·노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 180쪽 참조.

90) 위 III, 2, b, cc 참고.

91) 자동적 효력을 인정하는 근거로 근기법 제100조가 원용될 수는 없다.

할 것이다.

## 2) 계약설의 입장에 비추어본 기업변동시 취업규칙의 효력과 그 비판

취업규칙을 비록 사용자가 일방적으로 작성한다 하더라도 그 자체로서 법규범의 성질을 갖는 것이 아니라 단지 근로자에 대한 청약의 의미만을 가지고 어떤 형태로든 근로자의 동의를 통하여 구속력을 발휘한다고 보는 계약설의 입장에 의하면 취업규칙의 작성 내용은 이미 근로계약의 내용으로 전환되어 버린다. 그러므로 동 견해에 의하면 기업변동시 취업규칙의 승계여부는 곧 승계되는 근로관계의 의미에 기존의 근로조건 유지의 의미까지 포함되는 것으로 보느냐의 여부에 따라 판단이 달라지게 된다. 이를 인정할 경우, 승계받는 사용자의 사업장에 이미 또 다른 취업규칙에 존재하고 있는 때에는 승계된 근로자가 동 취업규칙의 적용을 받게 될 것인지의 여부는 승계근로자의 동의에 따라 결정될 것이다. 다만, 이 경우에도 새로이 적용될 취업규칙의 불리한 내용과 관련하여 근로법 제97조 제1항 단서에 따라 집단적 동의의 형태가 갖추어지는 경우에만 적용을 인정할 것인지 아니면 개별 근로자의 동의로 적용을 인정할 것인지의 문제가 남는다<sup>92)</sup>. 이에 대한 판단은 취업규칙을 정형화된 집단적 노사계약의 형태로 간주함으로써 기업변동 이후에도 승계된 근로자의 근로관계의 내용을 형성하는 근로계약의 형태로 계속 존속하게 되는 것으로 볼 수 있고, 이 경우 정형화된 근로계약으로서의 취업규칙의 불이익한 변경시에는 적어도 집단적 의사결정방식에 의한 동의를 얻도록 하고 있는 기본 취지가 개별 근로자의 보호에 있는만큼 집단적 동의를 불이익하게 변경할 수 있는 것으로 보는 것이 타당하다. 어쨌든 계약설의 입장에 서면 취업규칙 그 자체가 승계대상으로 되는가의 문제는 이미 한 걸음 떨어져 있는 것이나 다만, 외형적으로 정형화된 집단적 계약의 형태로 계속 유지되는 까닭에 취업규칙 자체가 승계되는 것처럼 보여질 뿐이다. 결론에 있어서 이러한 모습은 법규범설의 입장에서 있는 판례와 다르지 않게 된다.

92) 하경효, 「기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력」, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 182쪽 이하 참조.

다만, 이러한 결론은 개별 근로계약의 내용을 이루는 사항에 한정하여 적용되며, 사업장 내의 질서와 관련된 부분에 있어서는 달리 판단되어지는 것이 타당함은 위에서 언급한 바와 같다.

### 3) 입법론적 개선 방향성

이처럼 취업규칙의 본질론을 둘러싼 각 견해에 따라 기업변동시 취업규칙의 효력 문제는 상이하게 구성된다. 결론을 미리 말하면 취업규칙 제도를 합리적으로 해석하고, 기업변동시의 법적 효과를 구성하기 위해서는 현행법 규정으로는 매우 곤란하다. 왜냐하면 현행 취업규칙 제도의 불합리성 때문에 그러하다.

취업규칙은 노동법상 여타 제도와 비교해 볼 때 가장 전근대적인 제도로 평가될 수 있다. 왜냐하면 사용자가 일방적으로 작성·변경한다는 전형적인 사실형태가 사용자 우위의 관념을 기초로 하기 때문이다. 이에 반해 후기 산업사회에 들어서면서 사용자의 일방적인 우위관념은 후퇴하고 근로조건 뿐만 아니라 기타 사업장 질서에 관한 영역에서도 근로자측과의 협의 내지 합의를 통해 공동의 질서를 구축·형성해 나가려는 경향을 보여주고 있다. 기업이 사용자의 소유관념 또는 ‘절대적 지배의 대상적 관념(對象的 觀念)’에서 기업 자체가 주체적 지위, 즉 자본 이외 노동에 대해서도 기업의 본질적 구성요소의 성질을 인정하는 ‘주체적 관념’으로 점차 이행하고 있다. 사용자가 일방적으로 결정할 수 있었던 근로조건의 부분은 단체협약 제도의 정착으로 사실상 본래의 의미가 공동화되었고, 사업장 질서 측면의 여러 내용도 노사협의회 제도의 도입으로 그 빛이 퇴락해 가고 있는 것이다. 이러한 전체 노동법 구도의 변화에도 불구하고 전근대적인 취업규칙이 계속 잔존·유지되는 것은 시대적 흐름과 변화된 상식에 부합하지 않으며 새로운 노사관계 제도의 도입과 활용에 걸림돌로 작용하게 된다. 취업규칙과 관련한 논쟁은 취업규칙 제도 자체를 계속 유지하여야 한다는 당위론적 전제에서가 아니라 노동법 전체 체계의 변화 속에서 적극적으로 모색되어야 하는

미래지향적인 재구조 작업의 연장선상에서 기능과 의미가 새롭게 추구되어  
져야 할 것이다.

이러한 관념에 기초할 경우 사용자가 근로조건에 대하여 일방적으로 작성하는 취업규칙에 법규범성을 인정한다는 것은 법이론적으로도 타당할 수 없다. 다만, 근로조건이 아닌 사업장 질서 내지 결정된 근로조건의 실행과 관련해서는 원용될 수 있는 여지가 미약하나마 남아 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 「근로자참여및협력증진에관한법률」의 제정으로 이러한 부분마저도 이제는 취업규칙의 대상에서 떨어져 나가는 것으로, 그리하여 사용자의 일방적인 작성에서 근로자측과의 협의 등의 절차를 거쳐 노사공동의 질서를 형성하는 의미로 방향성이 드러나는 것으로 이해하여야 한다. 이러한 관점에 따라 취업규칙의 내용을 2분적으로 구분한다면 근로조건에 관한 부분은 계약설의 입장에 따라 근로계약의 내용으로 되기 때문에 독자적인 취업규칙으로서의 승계 문제를 발생시키지 아니하는 것으로 봄이 타당하며, 사업장 질서와 관련된 부분은 근로자가 실제로 작업하는 사업장에 통용되는 노사공동의 질서를 의미하는 것이므로 새로운 사용자의 사업장 질서에 적용되는 것으로 봄이 타당하다. 그러나 결정된 근로조건의 실행부분은 양자의 중간적 지위를 차지하는 것으로 중요기능이 근로조건에 있으므로 근로조건에 따라 함께 움직이는 것으로 봄이 타당하다.

#### 마. 기업의 인수·합병과 노사협정의 효력

##### 1) 서언

현행법은 단체협약, 취업규칙 이외에 노사협정이라는 별도의 개념을 인정하고 있지 않다. 그러나 위의 어느 범주에도 해당하지는 않지만 노사간의 갈등을 집단적으로 규율하는 부분들을 현행법은 여러 군데에서 인정하고 있다. 근기법상 근로자대표와의 서면합의(나아가 경영상 해고시 노사가 협의를 거쳐 합의하는 경우에도 이 범주에 포함시킬 수 있을 것임) 및 노사

협약에서 합의하는 경우 등이 그것이다. 이들 합의의 효력에 대해서는 현행 법이 명문의 규정을 두고 있지 않음으로 말미암아 해석상 논란이 많다. 이 문제도 노동법 전체 체계를 어떻게 이해하고 구성할 것이냐의 문제이기 때문에 간단하게 설명되고 이해될 수 있는 것은 아니다. 그러므로 기업변동시 노사간의 협정이 존재하는 경우 그 효력이 어떻게 되느냐는 노사협정의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 결론을 달리하게 될 것이다.

## 2) 집단적 자치규범의 하나로서 노사협정

노사협정의 효력에 대해서는 계약적 관점으로 보는 입장도 있는 반면, 노사협정이 근기법 규정의 위반에 따른 벌칙 규정을 면하게 해주는 면별적 효력만 가지며 노사협정을 근거로 개별 근로자 및 사용자에 대해 어떠한 사법상의 청구권이 발생하는 것이 아니라고 보는 견해도 있다<sup>93)</sup>. 그러나 노사협정의 법적 효력은 집단적 노사자치의 일 유형으로 이해하여 법률에 효력계위에 관한 특별한 규정이 없는 한 단체협약과 동위에 서는, 그리하여 단체협약과 동일한 법적 효력을 지니는 것으로 이해함이 타당하다. 그 논거로는 첫째, 헌법 제33조 제1항에서 설정하고 있는 노동3권을 노사간의 갈등을 집단적·자율적으로 해결하는 이익조정절차의 보장의 의미로 이해한다면 그러한 제도의 틀을 비단 단체협약에 한정시킬 이유는 없다. 단체협약이 집단적·자율적 이익조정절차의 핵심으로 작용하면서 전부인 것처럼 여겨지는 것은 단지 현재까지 노사에 의해 ‘개발·운용’되고 있는 것으로는 단체협약뿐이기 때문이다. 그러므로 협약자율의 시스템이 집단적·자율적 이익조정절차의 전부라고 평가할 수는 없고, 오히려 단체협약 이외의 여타 다른 형태도 집단적·자율적 이익조정절차 구도로 개발·운용될 수 있는 것으로 이해함이 타당하다. 이런 관점에서 노사협정이 통상 ‘근로조건의 직접적인 결정의 수단’으로 운용되지는 않는다 할지라도<sup>94)</sup>, 그와 관련된 사항

93) 주로 일본에서의 다수설이다(東京大學勞働法研究會 著, 『注釋 勞働時間法』, 1990, 27쪽 이하 참고).

에 대한 새로운 노사간의 질서형성 수단으로 볼 수 있는 것이다. 둘째, 근로법상 근로자대표와의 합의와 「근로자참여및협력증진에관한법률」에 의한 근로자위원의 합의 등은 이미 대표되는 근로자 집단 및 사업장 종업원으로부터 대표성을 부여받고 있다는 점이다. 이 때 대표성이란 민법상 대리와는 법적 의미를 달리하는 공법상의 이론으로 이해함이 타당하며, 대표를 선출하는 민주적 정당성을 통하여 대표하는 자의 행위가 곧 대표되는 자의 행위로 일치되는 것이다<sup>95)</sup>. 이러한 대표의 이론은 현행 노동관계법상 근로자를 대표하는 모든 형태에 다 적용되는 기초적인 것으로 보아야 하며, 노동조합의 단체협약 체결 활동에 대해서도 동일한 내용이 적용되는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 노사협정의 효력은 대표하는 개별 근로자에게 곧바로 직접적으로 미치게 되고, 따라서 집단적 자치의 한 형태로 인정될 수 있는 것이다.

노사협정을 단체협약과 동등한 지위에서 동위의 효력을 갖는 것으로 본다면, 양자가 상호 충돌하는 경우 어떻게 조정하는 것이 타당한가라는 문제가 제기된다. 이에 관해서는 현행법상 특별 규정<sup>96)</sup>이 없으므로 법일반원리에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 판단은 정당성의 비교에 따라 이루어짐이 상당하다고 본다. 즉 노사협정과 단체협약의 적용단위와 이를 대표하는 지위의 비교 등에서 충돌시 우선 적용되는 바를 판단하면 될 것이다<sup>97)</sup>.

94) 이러한 점에서 노사협정과 단체협약의 기능적 구분성을 둘 수 있다고 보고, 이를 제도적으로 뒷받침하는 것이 필요하다고 본다.

95) 박종희, 『현행법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능조정방안』, 한국노동연구원, 1998, 19쪽 이하 참조.

96) 독일의 경영협의회법에서는 경영협정과 단체협약 상호간의 효력계위에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 즉, 단체협약이 경영협정에 비하여 우위에 있음을 규정하고 있다. 그러나 이는 단체협약에서 정하는 바를 경영협정으로 정할 경우에는 단체협약에서 허용하는 경우에 한하거나 단체협약에서 정하고 있지 아니한 경우에 한하도록 하기 때문이며, 경영협정에서 독자적으로 다루는 사항에 대해서는 적용되지 아니한다.

97) 이에 관한 구체적인 판단 예로는 박종희, 『경영상 해고제도의 해석과 법정정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 113쪽 이하 참조.

### 3) 기업변동시 노사협정의 효력

이런 점에 비추어본다면 노사협정의 경우도 기업변동시에는 단체협약과 동일한 운명을 갖는 것으로 봄이 타당하다. 집단적 규율기능을 수행하는 까닭에 인격적 결합이 희석된 재산적 가치측면에서 용인되는 권리·의무의 승계의 법리는 노사협정에 대해서는 적용되지 않는 것으로 보아야 한다. 다른 측면에서 볼 때 노사협정의 기본적 취지는 근로조건의 결정에 있는 것이 아니라 사업장 질서 내지 결정된 근로조건의 실행과 관련하여 노사간의 합의를 도출하는 데에 있는 것이다. 그러므로 기업변동에 따른 노사관계의 제규율들에 대해서는 그것이 인격과 재산적 가치관계를 형성하고 그리하여 합병에 관한 상법상의 효과를 그대로 인정해도 무방한 사항에 대해서는 근로자의 지위가 승계되는 내용으로 받아들여도 좋을 것이나, 재산적 성질 내지는 가치보다 다른 특별한 의미를 지니는 것에 대해서는 승계대상이 되지 않는 것으로 보아야 한다. 단체협약의 규범적 성질에 기초한 단체협약의 승계대상에서의 제외, 계약설의 입장에 서더라도 사업장 질서에 관한 내용을 담고 있는 취업규칙의 경우 사업장 관련성 속에서 효력이 계속되는지의 판단, 노사협정 또한 단체협약 내지 취업규칙과 동일한 기준 위에서의 판단으로 승계대상의 제외 등의 결론이 바로 그것이다.

### 4. 소결 - 승계되는 근로관계의 내용

기업변동시 근로관계의 승계가 인정될 경우에 승계되는 근로관계의 내용은 승계시점 당시에 형성되어 있던 근로자의 근로조건의 내용을 중심으로 이전되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 근로조건의 내용이 그대로 이전된다 하여, 여기에서 곧바로 단체협약의 승계 내지 취업규칙의 승계가 인정되는 것은 아니다. 단체협약은 본래의 속성상 승계와 친하지 않기 때문에 승계 여부가 논의될 수 없으며, 단지 일정한 요건을 갖는 경우에는 계속적으로 효력을 유지하게 될 수 있다. 이에 따라 기업변동이 일어났다 하더라도 변



동 전후를 비교해서 사업장 단위의 조직 내지 기능에 아무런 변화가 없다면 그들 사업장에 적용되던 단체협약은 그대로 유지되는 것으로 볼 수 있으나, 그렇지 아니하고 근로조건을 결정하는 사업장의 조직체계가 변화된 경우에는 협약의 구속력이 지속되지 않는 것으로 보아야 한다. 그러므로 후자의 경우 근로관계의 승계는 승계시점의 근로관계 내용의 이전을 의미한다 하더라도, 이는 단체협약의 직물적(unabdingbar) 효력에 의하여 구속되지 않는 근로관계의 내용이 될 뿐이다. 따라서 근로계약 당사자는 기존의 단체협약에서 규율받던 근로조건을 새로운 내용으로 변경하는 것이 가능하며, 더욱이나 불이익하게 변경하는 것도 가능하다 할 것이다.

취업규칙의 경우 그 본질을 계약설의 입장에서 이해하는 것이 타당하다. 이에 따를 경우 취업규칙에서 정해진 근로조건은 근로자의 동의가 매개됨으로서 곧 근로관계의 내용으로 전환되기 때문에 근로관계의 승계 속에서 모두 논의될 수 있으나, 근로관계의 승계 결과 외형적으로 정형화된 취업규칙이 그대로 유지되는 것으로 볼 수 있으므로 이 한도에서 취업규칙의 승계를 이야기할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 논의도 (협정의) 근로조건과 관련한 취업규칙의 내용에 한정하여 이루어지는 것으로 보아야 할 것이며, 그 이외에 사업장 질서를 규율하는 다른 내용은 (협정의) 근로조건과의 경우와는 달리 사업장의 구체적인 환경을 기초로 하여 성립하는 것으로 봄이 상당하므로 이 한도에서는 승계의 결과가 자동적으로 이루어지지 않는 것으로 봄이 타당하다고 본다. 다만, 기존의 사업장 기초가 기업변동 이후에도 동일하게 유지되는 한 사업장 질서에 관한 기존의 취업규칙의 내용이 계속적으로 효력을 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다.

이렇게 해석할 경우 기업변동이 발생하더라도 새로운 노사환경에 적합한 노사간의 질서형성의 가능성을 열어놓는 것으로 판단할 수 있다.

## IV. 기업변동시 노동조합의 지위와 이에 관련된 문제의 검토

### 1. 기업의 인수·합병시 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 적격의 판단 문제<sup>98)</sup>

기업조직 구조의 변동 과정에서 제기되는 여러 문제 중에서도 아직 학계나 판례에서 논의가 적어 법적 해결에 취약한 부분의 하나가 기업조직의 변동에 따른 노동조합의 지위 문제이다. 예컨대, 특정 회사가 다른 회사와 합병하는 경우에 소멸하는 회사를 조직단위로 하는 노동조합은 회사의 소멸 이후에도 계속 존속할 수 있는가, 있다면 노동조합으로서의 본질적 표지를 이루는 단체협약 체결 활동을 어떻게 영위할 것인지, 합병 이후에 소멸한 회사의 노동조합은 누구를 상대로 단체협약 체결을 위한 새로운 교섭을 요구할 수 있는지, 있다면 어떤 법적 기초에서 그리고 어떠한 조건하에서 가능한지 등의 문제가 바로 그것이다. 이러한 문제는 회사의 합병 이외에도 영업이 양도되는 경우와 회사가 분할되는 경우 등에서도 마찬가지로 제기될 수 있다. 기업조직 구조의 변동에 따라 발생하는 이러한 문제점은 특히 우리나라의 경우처럼 노동조합이 기업별 단위로 조직되어 있는 현실에서 더욱 크게 부각된다. 왜냐하면 기업의 조직과 노동조합의 조직은 애초에 서로 다른 법원리하에서 별개의 독립된 법적 조직으로 이루어져 있음에도 불구하고 구체적 활동관계에서는 양자가 기업의 조직을 중심으로 서로 맞물

98) 이 부분은 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효·박종희 편저, 한국노동연구원, 1998) 중 [기업변동에 따른 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 적격에 관한 고찰](박종희)의 내용을 요약하여 수록하면서 부분적으로는 추가하였다.

려 있어 어느 한쪽의 변동은 곧 다른쪽에 연쇄적 반응을 가져오기 때문이다.

#### 가. 독립한 법적 주체로서의 노동조합

a) 기업이 독자적인 법적 능력을 지니는 독립한 법적 주체이듯 노동조합 또한 이미 일정한 영역에서는 고유한 능력을 지닌 법적 주체이다. 노동조합이 독립한 법적 주체로서 존재하고 있는 이상 특정 사용자와의 법률관계(특히 단체협약 체결관계)는 여러 가능한 대상 중의 하나일 뿐이나, 노동조합은 이미 독자적인 활동과 임무의 기초를 자신의 조합원에서 구하고 있기 때문에 가능한 법적 상대방의 범위는 제한될 수밖에 없다. 특히 이는 노동조합의 조직형태와 불가분의 관계에 놓여지게 되는데, 기업별로 조직되어 있는 노동조합의 형태하에서는 더 더욱 그러하게 될 것이다.

노동조합의 설립과 운영에 관해서는 현행 노조법에 규정되어 있다. 동법의 규정이 지니는 의의는 일반 사단과는 다른 헌법적 근거(제33조 제1항)로 말미암아 노동조합 자체에 독자적인 법적 지위와 능력을 부여하는 입법적 형성작용의 측면과, 일반 사단에 대해 적용되는 조직·운영상의 원리에 대한 특별법적인 규정으로서의 의미로 나누어 이해할 수 있다. 이에 따라 노조법의 규정을 살펴볼 경우 노동조합의 내부조직과 운영에 관해서는 일반 사단에 관한 민법상의 단체법의 원리에 따르되, 노조법에 규정이 있는 경우에 한하여 민법 규정의 적용이 배제되는 것으로 볼 수 있다(노조법 제6조 제3항 참조). 그러므로 단체협약 체결당사자로서의 노동조합의 활동과 관련해서는 사용자와의 상관관계가 함께 고려되어야 할 것이나, 노동조합이 독자적인 법적 주체로서 성립하고 존속하느냐의 문제 또는 조합과 조합원과의 내부적 관계와 같은 것은 집단적 노사관계의 상대방인 사용자와의 상관없이 독자적으로 판단될 문제이다.

b) 기업의 조직구조가 변동됨에 따라 고려되는 노동조합의 지위와 관련해서는 조합과 조합원과의 관계 및 이에 따른 단체교섭 당사자 지위에 관한 문제와 기체결된 단체협약의 효력과 더불어 단체협약 체결당사자로서의 노동조합의 지위 등에 관한 문제가 주요 검토의 대상이 된다. 이러한 문제에 대한 해결은 위에서 언급한 바와 같이 노동조합의 조직내부적인 문제와 외부적인 문제로 분리하여, 전자에 있어서는 노동조합의 존립과 조직에 관한 문제로, 후자에 있어서는 대외적 기능관련적 문제로 나누어 고찰할 수 있을 것이다. 이 중에서 단체협약 자체의 효력 문제와 관련해서는 이미 위에서 다루었기 때문에 그 한도에서는 제외하기로 한다.

#### 나. 노동조합 조합원의 자격과 조합원의 종료사유

노동조합에 대한 조합원의 지위는 노조법의 특별 규정 또는 노조의 본질에 반하지 않는 한 사단에 대한 사원의 지위와 동일하다. 사원관계의 성립과 존속을 위해 사단은 정관에 사원의 자격(Qualifikation der Mitgliedschaft; Mitgliedschaftsfähigkeit)에 대해 특별한 규정을 둘 수도 있으며, 이 때의 제한으로는 특정한 전제조건 또는 사원의 인(人)에 대한 성상(性狀)으로 설정될 수도 있다. 이와 같은 사원에 대한 자격이 정관에 명시적으로나 함축적으로 규정되어 있는 경우에는 그러한 조건을 갖춘 자만이 사원이 될 수 있으며, 이는 사원관계의 성립에서 뿐만 아니라 사원관계의 종료에서도 함께 고려될 수 있다. 즉, 사원의 종료사유로는 사원의 사망, 탈퇴, 사단으로부터의 제명 등과 같은 일반적 종료사유 이외에도 정관에서 정한 특별한 사정의 발생으로 사원의 지위에 즉시 효력을 미치는 특별 종료사유도 있는 것이다.

사원관계의 특별한 종료사유가 발생한 경우 사원관계가 즉시 종료되는 것으로 볼 것인지에 대해서는 정관에 명문의 규정이 없는 한 해석 문제로 귀결된다. 즉, 사원의 자격에 관한 전제조건이 단지 사원관계의 성립을 위

한 조건으로 작용하는지, 아니면 그와 같은 전제조건이 사원의 지위를 구성하는 데에 지속적이며 결정적인 요인으로 작용하는지의 여부에 따라 결정하면 될 것이다. 후자의 경우에는 별다른 절차 없이 그 사유의 발생과 더불어 사원관계는 즉시 종료하는 것으로 보아야 한다<sup>99)</sup>.

노동조합과 조합원과의 관계에 대해서도 이와 같은 법원리가 동일하게 적용된다. 특히 조합원 관계는 노동조합의 본질적 활동인 단체교섭 및 단체협약 체결 활동에 정당성의 기초를 이룬다. 이러한 정당성의 기초는 민법상 노동조합이라는 사단 '대표'권의 기초를 또한 이룬다. 그러므로 기업별 노동조합의 형태하에서 특정 기업에 종사하는 근로자에게 한하여 조합원의 자격을 인정하는 것은 조합원의 자격에 대한 표지를 이를 뿐만 아니라, 조합원 관계의 즉시 종료사유로도 작용하는 것으로 보아야 한다.

#### 다. 영업양도시 조합원의 변동과 노동조합의 지위

##### 1) 양도인의 기업 중 일부가 양도되는 경우

###### a) 노동조합이 양도인의 기업단위로 조직되어 있는 경우

양도인의 종업원을 조직대상으로 하는 기업별 단위노동조합으로 조직되어 있는 상황하에서 양도인의 일부 사업이 영업양도로서 양수인에게 양도되고 나머지 부분은 양도인에 의해 계속 영위되는 경우가 이에 해당한다. 이 때 양도된 사업부문에 종사하는 근로자는 양도인으로부터 양수인으로 근로관계의 변동이 일어나게 된다.

만약 양도인의 사업장에 조직되어 있는 노동조합(甲노동조합으로 칭하기로 함)이 기업별 형태로 조직되어 있으며, 영업양도 계약이 체결되고 근로

99) Soergel/Hadding, Rn. 14 zu §38 BGB; 박중희, [기업변동에 따른 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 적격에 관한 고찰], 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 1998, 205쪽 이하 참고.

관계의 변동(승계)이 일어난 후에도 노동조합 스스로가 조직상의 아무런 변동조치를 취하지 않는 이상 양수인에게 승계된 근로자는 노동조합의 조합원이 될 수 있는 자격을 상실하게 된다. 이 경우 甲노동조합은 양도된 근로자를 대표할 수 있는 지위를 더 이상 갖지 못하는 것으로 보아야 한다. 甲노동조합이 영업양도 이후에도 양도근로자인 조합원에 대하여 노동조합으로서의 지위를 계속적으로 유지하고자 하는 경우에는 자신의 규약, 특히 조합원의 가입범위에 대한 규정을 양도근로자까지 포함할 수 있는 조직대상에 대한 변경이 필요하다<sup>100),101)</sup>.

甲노동조합이 그 조직범위를 양수인의 사업의 근로자에게까지 확대하고 양수인의 기존 사업장에 이미 별개의 노동조합(乙노동조합으로 칭하기로 함)이 조직되어 있는 경우에는 복수노조 문제가 제기될 수 있다. 그러나 복수노조 설립금지의 원래 취지는 기업별 단위노조의 조직체제하에서 기존의 노동조합과 조직대상을 같이하거나 정상적인 운영을 저해할 목적으로 설립되는 경우에 예견되는 노사관계의 불안정을 예방하기 위한 것이다. 따라서 그 의미는 제한해석되어야 한다<sup>102)</sup>. 그러므로 甲노동조합이 양도사업장의 근로자를 조직대상으로 포함하기 위해 조직체계를 변경한 경우에는 이로써 甲노동조합은 더 이상 기업별 노동조합이 아니라는 점과 乙노동조합과는 조직대상을 같이하지도 아니하며 또한 정상적인 운영을 저해하지도 아니한

100) 이렇게 조합원의 자격범위를 영업양도에 따라 근로관계가 양도인과 더 이상 존재하지 아니하는 근로자까지 포함하는 것으로 변경하는 경우 甲노동조합의 조직기초는 양도인의 사업장 단위를 뛰어넘어 초기업적 단위로 전환하게 된다.

101) 노동조합이 기업변동에 따른 조합원 자격의 변동에 대비한 규약의 정비는 기업변동이 이루어지는 시점과 동일하게 판단할 수 있을 것이다. 그러나 기업변동 그 자체는 노동조합과는 무관하게 사용자가 단독으로 결정·시행함에 특징이 있다. 이러한 점에 비추어 사용자의 일방적인 조치에 따른 노동조합의 규약변경에 관한 시일이 확정적으로 정하게 되면 노동조합에게 불리한 경우가 발생할 수도 있다. 그러므로 노동조합의 규약 정비 시기는 기업변동 시점까지로 한정하여 판단하기보다는 기업변동 이후의 상당한 기간 내에 이루어져야 하는 것으로 봄이 타당하다 할 것이다.

102) 이에 대해서는 아래(III, 1, g)에서 자세히 검토하고자 한다.

다는 점에서 유효하게 존속할 수 있는 것으로 보아야 한다.

영업양도가 이루어진 후에 甲노동조합이 자신의 규약을 변경하여 양도근로자의 가입기초를 사후에 갖추는 경우에도, 시간적으로 볼 때 양도된 근로자의 조합원 자격에 대한 결격사유가 먼저 발생하고, 그 후에 甲노동조합의 규약 변경과 더불어 조합원의 자격이 다시금 갖추어지는 경로를 밟게 된다.

영업양도 계약체결 이후부터 근로관계의 승계가 일어나기 이전 기간에 노동조합의 규약을 미리 변경하는 경우에는 甲노동조합과 양도근로자간의 조합원 관계가 일시 성립하지 않는 불편함을 없앨 수 있을 것이다<sup>103)</sup>.

#### b) 노동조합이 초기업단위로 조직되어 있는 경우

양도인의 기업을 조직대상으로 하고 있는 노동조합이 초기업단위로 조직되어 있는 경우에는 양수인의 기업이 동 노동조합의 조직범위에 포함되느냐의 여부에 따라 나누어 판단하여야 할 것이다. 예컨대 영업 양수인이 양도인과 함께 하나의 노동조합의 조직범위에 포함되어 있는 경우에는 영업양도로 말미암아 노동조합과 양도근로자 사이의 조합원 관계에 아무런 변화가 발생하지 않는다. 이에 반해 양수인의 사업장이 초기업단위 노동조합의 조직대상에 포함되어 있지 아니하는 경우에는 노동조합과 양도근로자간의 조합원 관계에 변동이 발생하며, 이 경우에는 위의 경우와 동일한 모습을 보여주게 된다.

노동조합이 초기업단위로 조직되어 있는 특별한 경우로는 노동조합의 하부조직인 지부 또는 분회가 독립적인 조직체를 형성하고 있는 경우를 들 수 있다<sup>104)</sup>. 예컨대, 조합원이 노동조합과 조합원 관계를 형성하고 있을 뿐만 아니라 노동조합의 하부조직인 지부(또는 분회)와도 조합원 관계를 갖추

103) 예컨대, 규약 부칙에 장차 발생될 수 있는 경우를 예상하여 미리 규약변경을 취하는 방식이 될 것이다.

104) 현재 소산별 조직형태를 보여주고 있는 노동조합(연전노조, 과기노조, 의료보건노조 등)이 사실은 이와 같은 조직구조를 보여주고 있다.

고 있는 경우이다. 이 경우에 노동조합의 차원에서는 조합원과의 조합원 관계에는 변동이 없지만, 하부조직과의 조합원 관계에는 변동을 초래하게 된다. 이와 같은 이중적 조합원 관계에서 각각의 법률관계는 독립적으로 성립하며 존속하는 것이기 때문에 하부조직의 조합원 변동관계만 별도로 떼어내 위와 동일하게 판단하면 된다.

## 2) 양도인의 기업 전체가 양도대상으로 되는 경우

a) 양도인의 기업 전체가 영업양도의 대상으로 되는 경우도 있을 수 있다. 이 중에서 개인이 운영하는 기업은 대부분 소규모이어서 노동조합이 개별적으로 조직되는 경우란 이론적으로는 가능하지만 실제적으로는 거의 찾아보기 힘들다. 오히려 이 경우에는 일정 지역 또는 업종을 중심으로 노동조합이 결성되기가 쉽다. 이론적으로 개별 기업단위로 노동조합이 결성되어 있는 경우라면 당해 노동조합의 규약을 기초로 구체적으로 판단하게 될 것이지만, 이 때에도 가능한 조직단위를 특정 기업명(상호)으로 규정하기가 쉽다. 이런 경우에는 양수인이 상호를 계속 사용하느냐의 사실관계에 따라 노동조합의 조직기초에 변동 여부가 발생하게 될 것이다.

법인이 기업의 주체이면서 기업 전체를 영업양도의 대상으로 하는 경우도 있다. 이 때에 노동조합이 당해 기업단위로 조직되어 있다면 노동조합의 조직대상이 형식적으로는 계속 존재하게 되나 실질적으로는 소멸한 것과 다를 바가 없게 된다. 만약 영업의 양도와 더불어 조합원 전체가 양도대상으로 되어 있고 노동조합의 조직대상에 대한 규약 변경이 영업양도 이전에 이루어지지 않은 경우라면 영업양도의 결과 노동조합의 조합원 전체는 조합원의 자격을 상실하는 결과를 가져오고, 따라서 노동조합은 조합원이 없는 노동조합으로 되게 될 것이다. 조합원이 없는 노동조합은 곧 사원이 없는 사단으로 되어 민법 제77조 제2항의 규정에 따른 해산사유를 충족하게 된다. 그러면 사원이 없는 사단의 경우를 어떠한 법리로 판단하여야 할 것



인가가 문제이다.

b) 사원은 사단의 본질적 구성부분 내지는 존립기초를 이룬다. 그러므로 사원 없는 사단은 존립의 기초가 없어 아무런 실제적 의미를 가질 수 없는 것이 당연하다. 그렇다고 하여 사원이 없는 사단은 곧바로 소멸하는 것으로 볼 것인가라는 문제가 제기된다. 사단의 단체성의 관점에서 본다면 사원이 없는 경우란 곧 단체의 소멸을 뜻하는 것이다. 그러나 단체로서의 사단은 사회학적인 현상과 구별되는 법적인 개념으로서의 법적 주체성을 의미한다. 따라서 단체법론의 입장에서 단체가 권리능력을 갖기 위한 전제조건으로서는 사원이 반드시 존재하여야 하나(Existenzberechtigung), 단체가 독립한 권리능력주체(사단 나아가 법인)로 성립한 이상 계속 존속하기 위한 능력(Existenzfähigkeit)에는 사원의 존재를 반드시 필요로 하는 것은 아니라 할 것이다. 그러므로 법개념적으로는 사원 없는 사단이 인정될 수 있다. 다만, 사원 없는 사단의 경우에는 계속 존립할 실익이 없으므로 해산절차를 밟을 따름이다. 사원이 없는 사단은 곧바로 소멸하는 것이 아니라 해산사유의 발생으로 인하여 청산절차에 돌입하게 되며, 이러한 청산단계에서의 사단의 존재성은 실제적이다. 사원이 없는 사단이 청산절차에 돌입하는 경우 청산업무를 수행할 청산인이 없게 되는 문제가 생길 수 있으나, 이에 대비하여 현행 민법은 법원이 청산인을 선임할 수 있도록 규정하고 있어 이에 따라 해결하면 될 것이다(민법 제83조). 이와 같은 사단의 법리에 의할 때 노동조합의 조합원 전원이 조합원 자격을 상실하게 되는 경우는 조합원 전원이 탈퇴하는 경우와 마찬가지로 노동조합의 해산사유를 충족하게 될 뿐이며 곧바로 소멸하는 것은 아니다.

이어서 검토되어야 할 문제는 사원 없는 사단에 새로이 사원이 충족되는 경우에는 해산사유가 소멸되어 해산 이전의 모습으로 사단이 재생할 수 있는가의 문제이다. 만약 이를 긍정하게 된다면 사원 없는 사단이 청산단계에서 어떤 자를 사원으로 받아들임으로서 그 사원이 사단의 재산에 대한 지

배권을 획득하게 되는 결과를 가져오게 되는데, 이를 어떻게 정당화할 수 있느냐의 문제에 직면하게 된다. 나아가 청산인의 법적 지위는 청산업무에 한하여 법적 권한을 지니는데, 새로운 사원의 수용이 과연 이러한 권한범위 내에 해당하는 것으로 볼 수 있느냐는 문제도 아울러 발생하게 된다. 이와 같은 문제에 대해서는 사단의 성격에 비추어 청산단계에서 정상적인 사단으로의 재생을 부분적으로 인정하는 것이 필요하다. 즉, 사단의 존립이 공공의 이익관점에 부합하는 경우에 한하여 사원이 없음으로 인해 야기되는 해산사유를 여타 다른 해산사유와는 달리 취급하여 단체로 계속 존속할 수 있는 가능성을 열어 놓는 것이 바람직하기 때문이다. 이 경우에도 공익적인 관점이란 확정하기가 쉽지 않다는 비판이 제기될 수 있으나, 다음과 같은 경우로 제한함으로써 불확정성의 비판을 최소화시킬 수 있을 것이다. 즉, 단체의 목적에 비추어 구성원의 범주를 객관적으로 확정할 수 있으며, 사원이 될 정당한 자격을 갖춘 자를 객관적으로 담보할 수 있는 경우에 한하여, 청산인은 사단의 재생을 초치(招致)할 수 있는 권한을 가지는 것으로 제한하는 것이다.

c) 이상에서 살펴본 바와 마찬가지로 노동조합의 조합원 전체가 조합원의 자격을 상실함으로써 조합원이 없는 경우도 조합원 전원이 탈퇴한 경우와 같은 결과를 가져오며, 그 결과 노동조합은 곧바로 소멸하는 것이 아니라 청산과정에 들어서게 된다. 이 때 청산과정에 있는 노동조합은 청산인이 청산업무를 수행하게 되며 청산과정에서 새로운 조합원이 충원되면 재차 노동조합으로 활동할 수 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 노동조합의 활동목적은 공익성을 지니고 있을 뿐만 아니라 조합원의 ‘사실적’ 관계가 지속되어 근로관계의 변동으로 인하여 조합원 자격을 상실한 근로자를 사후에 변경된 조건에서 새로이 수용하는 것은 사원의 정당한 자격범위가 구체적으로 확정될 수 있는 것으로 보아야 하기 때문이다. 그러므로 청산인이 조합원의 가입범위에 대한 규약의 변경조치를 취하고 양도된 근로자가 이

에 대한 명시적인 반대의사표시가 없는 한 새로이 변경된 노동조합에 재가입하는 이른바 가입계약이 성립하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 경우에 노동조합의 청산인으로는 통상 노동조합의 위원장 등 집행임원이 될 것이나, 이들의 자격에 결격사유가 발생하게 될 것이기 때문에<sup>105)</sup> 법원의 선임을 통해 결정되게 될 것이다. 이와 같은 번거로움을 회피하기 위해서는 적어도 기업 전체에 대한 영업양도 계약의 이행이 완료되기 전에 노동조합의 조직 범위에 관한 규약을 변경함으로써 양도근로자에 대한 조합원 관계의 성립 기초를 사전에 마련해 두는 것이 필요함은 앞서 설명한 바와 같다.

기존의 노동조합 조직을 존속 또는 재생시키는 방법 이외에도 회사의 사업 전체가 양도됨으로 인하여 조합원 자격을 상실하게 된 근로자들은 기존의 노동조합과는 별도의 새로운 노동조합을 양수인의 사업장 단위에서 결성할 수도 있을 것이다.

#### 라. 회사의 합병에 있어서 조합원의 변동과 노동조합의 지위

a) 회사의 합병에 관하여는 상법에서 규정을 두고 있다. 소멸하는 회사와는 별도의 독립된 법적인 존립기초 위에 서 있는 노동조합은 회사의 합병이라는 법률사실이 발생하더라도 아무런 효력을 가지지 아니한다.

노동조합이 합병으로 말미암아 소멸하는 회사를 조직단위로 삼고 있는 경우라면 합병의 결과 자신의 조합원들에 대한 조합원 자격에 변동이 발생한다. 합병등기 완료 이후 시점에서부터 근로자들의 근로관계는 합병회사로 승계되며 이와 같은 법률관계의 변동은 조합원 자격에 대한 결격사유로 작용하게 될 것이다.

b) 합병시 피합병회사와 합병회사 각각에 노동조합이 조직되어 있는 경우로서 합병에 병행하여 피합병회사의 노동조합이 자신의 조직변화를 사전

---

105) 노조법 제23조 제1항 참조.

에 강구하는 경우에는 조합원의 상실을 막을 수 있어 합병 후 복수노조의 병존이 불가피하게 발생한다. 이와 같은 조직복수화는 양 조직의 통합으로 단일조직으로 구성될 수 있다. 이 때에 고려될 수 있는 조직통합의 방법으로는 노동조합간의 합병과 하나의 노조가 자신의 조직을 해산하고 다른 노동조합에 근로자들이 개별적으로 가입하는 방법이 있을 것이다. 후자의 경우는 특별한 검토를 요하지 아니하는 노동조합의 설립 및 가입에 관한 일반규정을 적용하면 된다. 그러나 검토를 요하는 것은 노동조합이 서로 합병하는 경우이다. 즉, 노동조합의 합병이 어떤 법적 내용과 절차 및 효과를 가지는가에 대해서 현행법은 별도의 규정을 두지 않고 단지 노동조합의 해산사유의 하나로 입법하고 있을 뿐이다(노조법 제28조 제1항제2호). 그러므로 노동조합의 합병과 관련한 법적 내용에 대해서는 해석론으로 보충되어야 한다.

통설은 노동조합의 합병에 대해 상법상 회사의 합병과 동일한 법리의 적용을 주장하고 있다. 그러나 이와 같은 통설의 이론구성에는 다음과 같은 이유에서 찬동할 수 없다. 첫째, 법체계적으로 볼 때 합병 제도는 상법상의 특별 제도이다. 그러므로 상법상 합병 제도의 적용대상은 상법상의 법인, 즉, 민법의 일반법인에 대한 특별법인을 대상으로 하기 때문에 회사와 같이 영리를 목적으로 하지 아니하는 노동조합에 대해서 민법상의 사단법리가 아닌 상법상의 합병의 법리가 적용된다는 것은 법체계상 타당할 수 없다. 만약 노동조합의 합병에 대해 상법상의 합병 제도가 유추적용될 수 있기 위해서는 적어도 민법상의 사단에 대해서도 합병 제도가 인정되거나 아니면 노동조합에 대해 회사의 합병 제도가 적용될 수 있는 법적 근거와 보호 필요성의 측면에서 제도적 유사성이 갖추어져야 한다. 그러나 이러한 점은 인정되지 아니한다. 둘째, 회사와 노동조합이 동일한 사단의 법리 위에서 성립하는 것이기는 하지만 현실적으로 나타나는 사원의 지위는 각각의 경우 서로 상응하지 않는다는 점이다. 회사의 경우 사원권의 의미는 사원의 인격과 관련성을 지니고 있다기보다는 하나의 재산적 가치의 화체(化體)로

여겨지는 경향이 강하다. 회사의 활동을 위해서는 경제적인 토대가 필요하기 때문에 회사의 물적 구성부분은 사원권이 화체된 회사에 대한 지분관계로 나타나게 된다. 이에 반해 비영리사단의 경우 사원권의 속성은 하나의 재산적 가치의 의미보다는 사원의 전속적 권리에 해당하는 전인적(全人的)인 성질을 강하게 드러낸다<sup>106)</sup>. 사단의 경우에는 그 초점을 물적 이해관계에 두고 있기보다는 사단의 목적성에 기초한 개개인의 자유로운 결정에 두고 있는 것이다. 이런 점에서 사원 개개인이 자유로이 결정할 다른 단체에의 가입 여부를 단체법적인 의사결정으로 대신할 수 없는 것이다. 요컨대, 사원의 자유로운 의사에 따른 자유결정이라는 본질을 간과한 채 사원의 지위까지도 포괄적으로 이전하는 합병 결의를 사단에 원용하는 것은 제도의 취지에 부합하지 않는 것으로 판단된다. 셋째, 노동법적인 법원리의 측면에서도 부합하지 않는 점이 있다. 노동조합은 집단적 노사관계의 당사자로 단체협약의 체결을 본질적인 활동목적으로 한다. 단체협약의 효력은 근로조건 등 근로자 대우에 한하여는 규범적 효력이 인정되는데, 이러한 효력의 법적 근거로는 각각의 규범수규자인 조합원에 의한 정당성의 기초가 갖추어지는 경우에만 인정될 수 있다. 그러므로 통설에서와 같이 합병의 효과로서 소멸하는 노동조합의 권리·의무관계가 존속하는 노동조합에 포괄적으로 승계되고, 여기에 단체협약도 포함되는 것으로 이해하는 입장에는 찬동할 수 없다. 왜냐하면 노동조합이 단체협약을 체결한다는 것은 곧 자신의 협약관할 내에서만 가능한 것이며, 자신의 체결권한을 벗어나는 조직대상 범위 밖의 근로자에 대해서는 처음부터 협약을 체결할 능력을 가지지 못하기 때문이다<sup>107)</sup>. 그리고 단체협약 체결당사자인 상대방의 의사와는 관계없이 어느 일방당사자의 결정에 따라 타방의 지위가 변동되는 것은 노사관계 당사자간의 신뢰관계에도 부합하지 않는 것으로 판단된다.

106) 이런 점에서 현행 민법 제56조에서는 사원권의 양도 내지 상속을 허용하고 있지 않다.

107) 노동조합의 협약체결능력에 관해서는 박중희, 「노동조합의 개념과 협약능력」, 『노동법에 있어서 권리와 의무』(김형배교수 화갑기념논문집)..

c) 이와같이 노동조합의 합병의 법적 의미는 회사의 합병과는 사뭇 다른 것이어서 명문규정이 없는 한 상법의 규정이 곧바로 유추적용될 수 없는 것으로 보아야 한다. 현행법의 테두리 내에서 문제를 해결하고자 한다면 법체계의 본질과 영리·비영리법인에서 발생하는 사원의 지위에 대한 상이점 등을 분명히 인식하여 노동조합의 합병의 의미를 새로이 구성하는 것이 필요하다<sup>108)</sup>. 그렇지 아니한 경우라면 입법론적 개선이 필요하다<sup>109)</sup>.

#### 마. 기업 분할에 있어서 조합원의 변동과 노동조합의 지위

##### 1) 회사의 분할제도

회사분할제도는 이번에 처음으로 법제화가 된 제도로서, 1998년 12월 개정상법에 포함된 내용이다. 새로 개정된 상법의 규정을 살펴보면, 회사 분할제도에 대한 법적인 정의를 두고 있지 않지만 제반규정들을 종합해 볼 때 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다. 즉, 회사의 분할이란 어느 한 회사의 적극·소극자산의 총체 및 사원이 분리되어 적어도 하나 이상의 신설 또는 기존의 수해회사에 포괄승계되고 그 대가로 수해회사의 주식 내지 사원권이 원칙적으로 분할회사의 직원들에게 부여되는 회사법상의 제도로 이해할 수 있다<sup>110)</sup>. 분할 제도가 가지는 제도적 특징은 합병과는 대칭되는 제도로서 피분할회사의 적극·소극 재산이 신설 또는 기존의 수해회사에 (부분적) 포괄승계되고, 피분할회사가 소멸하는 경우에는 청산절차없이 소멸하게 되며, 사원총회의 분할승인 결의가 그 절차상의 필수요건이고, 피분

108) 이에 관한 자세한 내용은 박종희, 「노동조합의 합병과 분할」, 『노동법률』(1997. 10.), 85쪽 이하(특히 87쪽 이하) 참조.

109) 입법론적 개선으로는 노동조합 합병의 의의와 요건 및 효과에 관한 최소한의 규정을 두는 것으로 이루어져야 할 것이다.

110) 최기원, 『신회사법론』, 1999, 942쪽 이하; 권기법, 「상법 개정안의 분할에 관한 몇가지 문제점」, 『기업구조조정에 관한 법적 문제점』(1998년 하계학술발표회 자료집), 한국경영법률학회, 16쪽.

할회사 재산의 (부분적) 포괄승계에 따른 대가로 원칙적으로 수해회사의 사원권이 피분할회사의 사원들에게 부여된다는 점에 있다<sup>111)</sup>.

## 2) 회사의 분할시 노동조합의 지위

상법 개정안에서 취하고 있는 분할 제도의 법률효과는 합병에서와 같이 (부분적) 포괄승계를 가져온다. 그러므로 분할 또는 분할합병시 분할되는 영업부문에 종사하는 근로자의 근로관계도 수해회사로 승계된다. 분할에 따른 조합원과 노동조합과의 관계는 상법 개정안에서 취했던 것과 같이 수해회사를 중심으로 접근·파악하는 것보다는 피분할회사가 분할 후에도 계속 존속하는지의 여부에 더 주목하여야 한다. 만약 피분할회사가 분할 후에도 계속 존속하는 경우라면 분할에 앞서 노동조합 스스로가 조직상의 새로운 변화를 적극적으로 대처하지 않는 한, 위에서 살펴본 영업양도의 경우와 동일한 조합원 관계의 변동을 초래한다. 분할 제도가 상법상의 관점에서 사원권을 대가로 한 재산의 포괄승계라는 점에서 영업양도와 구별되지만, 양 제도 모두가 이전대상으로 된 영업부문에 종사하는 근로자의 근로관계를 이 전시키는 결과를 가져오기 때문에 노동조합의 조직내부와 관련해서는 구분 없이 동일하게 판단하면 된다. 이는 노동조합이 피분할회사를 조직대상으로 삼는 한 분할 후에도 피분할회사에 종사하는 근로자가 중심이 된 조합의 조직이 잔존하기 때문이다. 이에 반해서 피분할회사가 분할후 청산과정없이 소멸하는 경우에 노동조합과 조합원의 관계는 오히려 합병에서와 동일한 모습을 보여주게 된다.

## 3) 노동조합의 분할

회사의 분할이 발생할 때 기업별 노동조합의 조직형태를 유지하고 있던 노동조합으로서는 이와 병행하여 노동조합의 분할을 함께 고려할 수 있을

111) 권기범, 「상법 개정안의 분할에 관한 몇 가지 문제점」, 『기업구조조정에 관한 법적 문제점』(1998년 하계학술발표회 자료집), 한국경영법률학회, 16쪽 참조.



것이다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 비록 노조법에서 노동조합의 합병과 분할을 규정하고 있다 하더라도(제28조 제1항제2호) 이를 상법상 회사의 분할과 동일한 효과를 가지는 노동법적 제도로 이해하기는 곤란하다. 왜냐하면 노동법상 분할의 효과를 법정하고 있지 아니한다는 점 이외에도, 통설이 설명하고 있는 분할의 효과는 회사법의 이론상으로 논의되고 있는 분할의 효과를 준하는 것이어서 이는 법체계론적으로 수긍하기 곤란하기 때문이다. 그러므로 노동조합의 분할의 경우도 합병에서와 같이 ‘사실상 분할’의 의미<sup>112)</sup>로 새기는 것이 타당하다.

#### 바. 기업변동에 따른 복수노조의 문제

합병에 대비하여 소멸하는 회사에 조직되어 있던 노동조합이 규약을 변경하여 합병 후에도 계속 존속하는 경우, 존속하는 회사의 종업원을 조직 대상으로 하는 다른 노동조합이 이미 조직되어 있다면 두 개의 노동조합이 병존하는 결과가 되는데, 이것이 현행법상 용인될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 왜냐하면 현행 노조법 부칙 제3조에는 사업장 단위에서의 복수노조의 설립은 2001년까지 금지되어 있기 때문이다.

여기서 기업변동의 결과로 두 개 이상의 노조가 병존하게 되는 경우를 나누어 볼 수 있다. 그 중 하나는 합병 등의 결과로 두 개 이상의 노동조합이 병존하더라도 서로의 조직대상이 중첩되지 아니하는 경우에는 복수노조의 문제가 발생되지 않는다<sup>113)</sup>. 이는 구노조법하에서도 판례에 의하여 인

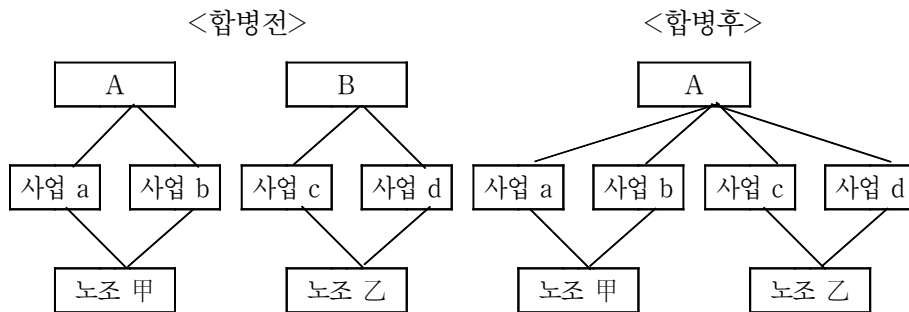
112) 이에 관한 자세한 내용은 박종희, “노동조합의 합병과 분할”, 『노동법률』 (1997/10), 87쪽 이하 참조.

113) 노조및조정법 부칙 제5조에서 금지하고 있는 복수노조가 어떤 경우를 의미하는지에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 동 부칙의 규정은 구노동조합법 제3조 단서 제5호에서 규정하였던 노동조합의 소극적 요건으로서 복수노조 설립 금지의 규정을 이어받는 것으로 볼 수 있으므로, 복수노조의 의미도 구노조법 제3조 단서 제5호의 규정의 내용과 동일하게 이해할 수 있다. 이에 의하면 복수노조의 요건은 기존 노조의 조직대상과 같이하거나 기존 노조의 정상적인 운영을



정되어 오던 바이다<sup>114)</sup>. 이 때 조직대상이 중복되지 아니하는 경우라 함은 기업변동 이후에도 노동조합이 조직대상으로 삼았던 사업단위가 변화없이 그대로 유지되는 경우를 의미한다(그림 1 참조).

[그림 1]



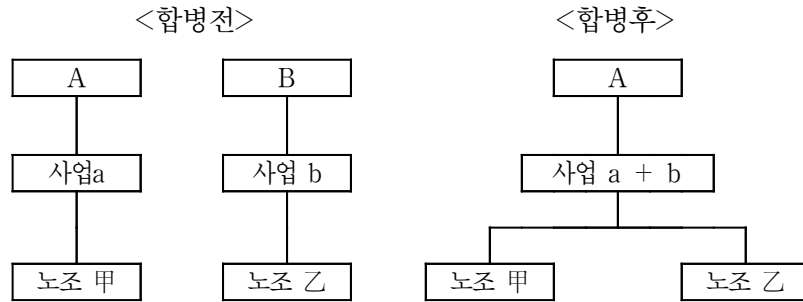
이에 반해 합병 이후 사업조직이 통합되어 기존의 사업단위의 형태가 유지되지 못하고, 결과적으로 조직대상이 중복되는 결과를 초래하는 경우에는 복수노조의 병존에 해당하게 된다(그림 2 참조). 그러므로 이를 부칙 제5조에 반하는 것으로 보아 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것인가? 이에 대해서는 입법목적에 따라 판단되어야 한다<sup>115)</sup>.

저해할 목적으로 설립하는 경우를 요건으로 하였다.

114) 대판 1995. 10. 13, 94다34944; 서울고판 1989. 1. 19, 88구7851. 초기사업단위에 있어서 복수노조의 판단과 관련한 판례로는, 대판 1993.5.25, 92누14007; 수원지판 1999. 5. 13, 98구1437.

115) 문언의 형식논리로는 부칙 제5조 제1항에서 금지하는 것은 복수노조를 '설립'하는 경우이므로, 기업변동 결과 직면하게 되는 복수노조는 '설립'에 해당하지 않으므로 부칙 제5조에 저촉되는 것이 아니라는 해석도 있을 수 있다. 그러나 이러한 해석은 지나치게 형식적이다. 복수노조 설립금지의 취지는 어떤 과정으로든 간에 복수노조가 병존하게 됨으로 말미암아 발생하게 되는 노사관계의 불안정성을 예방하기 위한 데에 있으므로, '설립'은 단지 예시적인 의미로 보아야 한다. 그러므로 설립뿐만 아니라 기업변동에 의한 복수노조의 병존의 경우도 동조의 금지대상에 해당되는 것으로 보아야 한다.

[그림 2]



복수노조를 금지했던 근본취지는 하나의 사업장에 두 개 이상의 노조가 병존함에 따라 발생하게 되는 노사관계의 불안정성(노노분쟁 또는 두 개의 근로조건의 병존에 따른 불합리성 등)을 방지하기 위함에 있었다. 그러나 기업변동으로 말미암은 복수노조의 병존은 노동조합 스스로의 의도에 따른 결과가 아니라, 순전히 기업주의 경영결정에 의하여 초래된 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 노조의 의지에 의한 경우와 동일하게 판단한다는 것은 바람직하지 않다. 나아가 현행법의 개정시 입법기조를 복수노조금지에서 허용으로 전환하였음을 고려하여야 한다. 즉 초기기업단위 노동조합의 경우에는 개정과 더불어 복수노조를 즉시 허용하되, 기업단위의 경우에는 교섭창구 단일화 방안의 강구를 부대조건으로 2002년부터 인정되는 것으로 규정하였다. 이는 사업장 단위에서의 노사관계 안정화를 추구하는 입법기조를 노조 설립의 제한에서 단체교섭의 합리적인 제한으로 전환하였음을 의미하는 것이다. 그러므로 2002년이 되기 이전에 기업변동으로 복수노조가 병존하게 되는 경우는 불가피한 경우로 인정하되, 단체교섭의 합리적인 제한이라는 전환된 입법기조에 따라 최소한도의 교섭제한을 부가하는 방식으로 문제를 해결하는 것이 바람직하다<sup>116)</sup>.

116) 이 때의 교섭의 합리적 제한에 대해서 사용자는 공동교섭을 이유로 어느 한 노조의 단체교섭을 거부할 수 있는 것으로 보고, 이 경우 사용자의 거부행위는 부당노동행위에 해당하지 않는 것으로 보는 것이다(조합 01254-239, 1999. 4. 1 참

## 사. 기업변동시 단체교섭 당사자 적격

### 1) 단체교섭 당사자 적격의 의미와 판단기초

단체교섭 당사자 적격이란 누가 정당한 단체교섭 당사자이냐를 확정하는 문제이다. 단체교섭 당사자의 확 정문제는 현행법상 별도의 규정을 두고 있지 않으며 해석론에 맡겨져 있다. 단체교섭 당사자 적격의 판단은 1차적으로 단체교섭 당사자의 추상적인 지위를 갖느냐와, 2차적으로 단체협약의 효력의 적용을 확정하는 법적인 기초, 즉, 구체적인 권한을 가지느냐의 문제로 나누어 볼 수 있다.

노동조합이 사용자와 체결한 단체협약 중 근로조건, 기타 근로자 대우에 관한 부분에 있어서는 규범적 효력이 인정되고 있다. 단체협약이 비록 ‘법률’은 아니지만 법률과 같은 효력을 가진다는 뜻이다<sup>117)</sup>. 그러므로 단체협약의 규범적 효력이 인정되기 위해서는 이론적으로 그 기초에 있어서 법률에서와 동일한 정당성의 근거를 갖추는 것이 무엇보다 필요하다. 계약의 형식으로 체결되는 단체협약의 근로자측 당사자는 노동조합이나, 규범적 효력의 적용을 받는 자는 노동조합이 아닌 조합원이다. 노동조합과 조합원이 비록 조합원 관계라는 계약관계를 개별적으로 형성하고 있지만, 이러한 계약관계로부터 규범적 효력이 적용되는 법적 근거가 당연히 도출될 수는 없다. 그러므로 단체협약의 규범적 효력에 대한 법적 정당성 기초를 확보하기 위해서는 노동조합의 단체협약 체결에 대한 규범수규자인 조합원의 수권적 동의가 갖추어져야 한다<sup>118)</sup>. 수권적 동의는 조합원의 노동조합에의 가입행위에 함축되어 있는 것으로 볼 수 있으며, 이는 노동조합이 가지는 헌법상의 지위와 연계되어 법규범적 효력을 지니는 단체협약의 존립기초를 형성

조).

117) 노조법 제33조의 규정을 근로법 제22조의 규정과 비교할 때 단체협약의 법규범성을 좀더 명백하게 부각시킬 수 있을 것이다.

118) 김형배, 『노동법』, 1998, 564쪽 이하; 박종희, 『노동조합의 조직유형과 단체교섭 당사자 적격』, 한국노동연구원, 1998, 31쪽 이하 참조.

한다. 이런 점에서 본다면 노동조합이 행사하는 노사관계 규율권한은 조합원과 노동조합간의 사적 법률관계에 함축된 수권적 동의에서 나오는 것이며, 이로부터 그 법적 정당성이 확보된다.

조합원에 대한 노동조합의 단체협약 체결권한의 기초가 조합원의 수권적 동의에 있으며 그 수권적 동의는 조합원의 가입행위에 함축되어 있는 것으로 본다면, 노동조합의 단체협약 규율권한은 통상적으로는 조합원의 범위와 동일한 궤적을 형성하게 된다<sup>119)</sup>. 통상적으로 단체협약의 효력이 조합원에 대해서만 적용되고 비조합원에 대해서는 적용되지 아니한다고 보는 이유가 여기에 있다. 그러므로 노동조합의 조직대상은 사법상 유효한 조합가입계약의 체결기초를 이룰 뿐만 아니라, 정당한 단체협약의 체결권한의 법적 기초를 형성한다. 나아가 노동조합이 조직대상에 포함되지 아니한 근로자에 대해서는 단체협약을 체결할 수도 없으므로 노동조합의 조직대상은 곧 노동조합의 단체협약 체결을 위한 대표권한의 획정을 의미한다. 이러한 점에서

119) 그러나 단체협약의 적용을 조합원의 수권적 동의에서 찾는 이상, 조합원 신분과 단체협약의 적용을 받는 자는 항상 일치하는 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 단체협약의 유효기간 도중에 조합원의 신분변동이 발생하는 경우에는 각각 다른 판단이 가능하게 될 것이기 때문이다. 그러므로 이미 유효한 수권적 동의를 하고 이를 기초로 단체협약이 성립되어 있다면, 그 단체협약의 유효기간 동안에는 계속적으로 협약의 구속력을 받는 것으로 보아야 한다. 만약 그렇지 않고 조합원 지위의 유무에 따라 협약의 적용력이 함께 발생·종료되는 것으로 본다면, 사용자단체가 단체협약의 당사자 지위에 서게 되었을 때 협약 성립후 구성원 지위에서 탈퇴함으로써 언제든지 협약의 구속력에서 벗어날 수 있게 된다는 결과가 된다. 그 외에도 이러한 문제는 기업합병 이후 조직대상을 같이하는 복수의 노동조합이 존재하는 경우에 특정 조합에서 탈퇴하고 다른 조합에 가입하는 조합원 신분의 변동시에 특히 문제가 될 수 있다. 만약 조합원 신분이라는 사법상의 기초에서 판단하는 것이 아니라면, 이미 수권적 동의를 행하여 유효하게 성립한 단체협약이 정상적으로 효력을 미치고 있는 경우에는 임의적인 결정으로 그 조합에서 탈퇴하였다 하더라도 기존의 단체협약이 유효기간 동안 계속 효력을 갖는 것으로 봄이 타당하다(독일의 경우는 단체협약법 제3조 제3항에 이를 확인하는 규정을 두고 있다. 이에 반해 일본에서는 조합이 사실상 통제력을 상실하는 시점에서 단체협약의 효력이 미치지 않는 것으로 보는 판례가 있다(大阪地判 1980. 12. 19, 判時 1001號 121面 참조).

노동조합의 단체협약 체결권한은 외연적으로는 조합의 조직대상에서, 보다 구체적으로는 조직대상에 속한 근로자 중에서 당해 노동조합에 가입한 자를 범위로 하여 확정된다.

이를 기초로 하여 본다면, 결국 기업변동이 발생함에 따라 기존의 노동조합이 계속적으로 노동조합으로서의 지위를 갖느냐의 여부와 구체적으로 단체교섭 및 단체협약의 체결을 위한 정당성의 기초를 유지하고 있느냐의 문제로 귀결된다. 전자의 문제는 노동조합이 성립한 후에는 기업의 변동 내지 조합원의 변동과는 관계없이 조직으로서 존속하므로 별도의 고찰을 필요로 하지 않지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 기업의 변동에 따라 노동조합의 조합원이 없게 되는 경우도 발생하므로 이 경우에 대한 판단 문제가 제기될 수는 있다. 후자의 경우에는 기업변동으로 근로관계의 변동이 발생하며 이는 곧 조합원 관계에 영향을 미치게 되므로 노동조합의 단체협약 체결을 위한 정당성의 기초에 변동을 초래하게 된다. 따라서 이러한 논점을 중심으로 기업변동의 각 사례별로 나누어 살펴보는 것이 필요하다.

## 2) 영업양도에 따른 단체교섭 당사자 적격의 판단

영업양도의 결과에 의한 근로관계의 원칙적 승계는 조합원 관계의 변동을 가져온다. 위에서 살펴본 바와 같이 노동조합이 영업양도의 결과가 발생하기 전에 자신의 조직범위에 관한 규약을 변경하여 양도로 근로관계의 이전 효과가 발생하더라도 조합원 관계의 변동을 미연에 차단하지 않는 한 영업양도로 말미암아 양도된 근로자에 대한 단체교섭 당사자 적격을 상실하게 된다. 왜냐하면 조합원 관계의 소멸은 사법상 법률관계의 종료뿐만 아니라 노동조합의 단체협약 체결활동의 기초를 이루는 정당성 기초의 상실을 뜻하는 것이다.

영업양도에도 불구하고 기존의 노동조합이 양도된 근로자에 대한 노동조합으로서의 지위를 계속 유지하는 조치를 강구하는 한편 양수인의 사업장에 이미 별도의 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 기업단위의 복수노조

가 성립되게 된다. 이 경우는 기업단위에서의 교섭단일화 방안이 강구되기 전까지는 각각의 노동조합이 독자적인 단체교섭 권한을 보유한다고 보아야 할 것이나 그 적용과 운용에 있어서는 법현실을 고려한 신중한 검토가 필요하다<sup>120)</sup>.

양도근로자의 입장에서는 양도와 더불어 기존의 노동조합에 대한 조합원 관계가 소멸되므로 근로자 자신의 판단에 따라 노동조합의 가입 여부를 자유로이 결정할 수 있다. 즉, 기존의 노동조합 또는 양수인의 사업장에 조직되어 있는 노동조합에 신규가입하거나 아니면 비조합원으로 남을 수 있다.

영업양도로 인하여 노동조합의 조직상의 갈등이 발생할 수도 있다. 즉, 영업양도 후에 양도근로자가 조직범위를 변경한 노동조합에의 재가입을 거부하고 별도의 노동조합을 조직하려고 하는 반면에, 기존의 노동조합은 양도근로자를 양도 후에도 계속적으로 자신의 조합원 관계를 유지시키려고 하는 경우이다. 이와 같은 조직갈등관계가 발생하는 경우에도 조합원 관계는 조합원의 자유로운 의사에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 영업양도로 조합원 관계가 계속 유지되느냐의 여부를 불문하고 양도근로자가 새로운 노동조합을 건설하는 것은 가능하며, 이 때에 기존 노동조합의 변경된 규약과 조직대상을 같이하는 노동조합의 경합(복수노조)의 문제를 어떻게 풀 것인가라는 문제가 남는다<sup>121)</sup>.

노동조합이 각 영업부문별로 지부를 결성하고 있고 이 중 하나의 영업이 양도됨으로 인하여 지부조직 자체가 사실상 양수인에게로 이전되는 경우에 양도인의 노동조합은 계속하여 양도된 지부에 대한 조직상의 권한을 가질 수 있느냐는 문제가 또한 발생할 수 있다. 이는 문제가 된 지부가 독립한 조직체로서 노동조합의 실체를 갖추고 있는 경우에 발생한다. 이 경우에는 비록 영업양도라는 법률행위가 행해졌다 하더라도 노동조합의 조직 내지 단체교섭 당사자 적격의 판단은 합병의 경우와 동일한 사실관계를 보여주

120) 후술하는 III, 1, g) 참고.

121) 후술하는 III, 1, g) 참고.

게 된다. 그러므로 노동조합으로서의 실체를 갖추고 있던 지부도 영업양도 후에는 조합원과의 법률관계가 단절되게 되며, 따라서 양도 후 지부가 자신의 조직대상을 변경함으로서 비로소 양수인에 대한 독립한 노동조합으로서의 모습과 지위를 갖추게 될 것이다.

위의 모든 경우에도 노동조합이 영업양도 전에 조직대상을 변경하여 양도 후에도 양도근로자에 대한 조합원 관계의 변동을 미리 차단하는 경우에는 기존의 노동조합은 양수인에 대해서 단체교섭을 요구할 수 있는 지위를 가진다.

또한 양수인에게 이미 별도의 노동조합이 조직되어 있고 양도근로자에 대한 별도의 단체교섭단위를 인정하는 경우라도 복수노조금지의 법리에는 원칙적으로는 해당되지 않으나, 단일 사업장 내에서의 단일 근로조건의 형성을 위해서는 양도후 양 조직간의 통합을 모색하는 것이 바람직하다.

### 3) 합병에 따른 단체교섭 당사자 적격의 판단

a) 합병의 결과 피합병회사는 소멸하게 되므로 소멸회사를 조직기초로 하는 노동조합은 조직기초를 상실하게 된다. 그러므로 합병 이후에도 여전히 소멸회사의 노동조합이 합병회사를 상대로 단체교섭 당사자의 지위를 확보하기 위해서는 조직대상을 합병회사로 변경함과 아울러 합병회사의 근로자를 자신의 조합원으로 확보하여야 한다. 양자 중 어느 하나라도 갖추지 못하는 경우에는 기존 노동조합은 합병회사에 대하여 정당하게 단체교섭을 요구할 수 없다.

합병회사에 이미 조직되어 있던 노동조합이 승계된 피합병회사의 근로자를 위해 단체교섭을 체결할 수 있는 지위를 갖기 위해서도 이들을 조직대상으로 포함시켜야 한다. 만약 합병 후에도 소멸회사의 노동조합이 새로운 조직변경을 통해 합병회사에 대한 단체교섭 당사자로서의 지위를 확보하지 아니하고 있거나 승계된 근로자가 별도의 조직을 구성하지 않는 상태에서

합병회사의 노동조합이 새로운 단체협약을 체결하였다면, 그 단체협약의 (인적) 효력범위는 원칙적으로 승계된 근로자까지 포함하는 것으로 보아야 한다.

b) 합병회사의 노동조합이 체결한 단체협약의 적용비율이 합병후<sup>122)</sup> 승계된 근로자를 포함하여 계산하더라도 동종의 전체 근로자 과반수 이상에 달하는 경우에 승계되는 근로자에 대한 일반적 구속력의 적용 여부가 또한 검토되어야 한다. 이 문제는 우선적으로 일반적 구속력을 규정하고 있는 노조법 제35조의 입법취지에 따라 판단하여야 한다. 연혁적·비교법적인 고찰에서 살펴볼 수 있는 일반적 구속력 제도의 취지는 첫째, 불경기시 수요에 비해 공급이 과잉되는 노동시장에서 발생될 수 있는 임금저하 및 불공정한 경쟁을 방지하기 위한 것으로 이는 아울러 사회적으로 상당하지 못한 조건으로 근로하게 되는 미조직 근로자를 보호하기 위한 사회정책적 기능, 그리고 노사관계 당사자가 체결한 단체협약의 적용영역을 확대함으로써 노사간의 갈등을 자율적으로 규율하게 하는 집단적 자치의 사상을 보충하는 기능 등을 수행하기 위함이었다. 현행 노조법 제35조의 기능을 이에 준하여 판단한다면, 동조는 어디까지나 단체협약 제도가 지니는 본래적인 기능을 보완하는 보충적인 지위에 머무는 것이다. 따라서 기업변동으로 인하여 단체협약 구도가 일시적으로 흐트러지는 상황하에서 그리고 근로자의 자주적인 선택에 따라 근로조건이 상이하게 이루어지더라도 이는 단체협약 제도의 정상적인 작용의 범주를 벗어나는 것이 아니다. 그러므로 영업양도 또는 합병으로 말미암아 두 개 이상의 노동조합 또는 단체협약의 효력이 하나의 사업장에 적용되는 경우라도 각각은 협약자치의 본질에 부합하는 것이어서 일반적 구속력 제도가 적용되지 않는 것으로 보아야 한다<sup>123)</sup>.

122) 영업양도의 경우에도 동일한 문제가 발생할 수 있으며, 이 경우 같은 법리로 이해하면 될 것이다.

123) 일반적 구속력의 경우는 아니지만, 지역적 구속력과 관련한 판례(대판 1993. 12. 21, 92도2247; 대구고판 1995. 3. 16, 95부94; 부산고판 1995. 10. 11, 94구5700)



#### 4) 분할에 따른 단체교섭 당사자 적격의 판단

분할로 인한 기업변동이 발생한 경우에 노동조합의 단체교섭 당사자의 지위에 대한 판단은 일차적으로 분할이 있기 이전에 가지던 단체교섭 당사자의 지위에 관한 판단과, 다음으로는 분할로 말미암은 조합원의 변동에서 노동조합이 수혜회사에 대해서도 단체교섭 당사자의 지위를 갖느냐의 문제로 나누어 살펴보아야 한다.

먼저 피분할회사가 분할 후에도 여전히 존속하는 경우, 그리고 피분할회사의 노동조합이 계속해서 분할회사의 근로자를 조합원으로 유지하고 있는 경우에는 피분할회사에 대한 단체교섭 당사자로서의 지위에는 변동이 없다. 그러나 분할 후에도 여전히 존속하는 노동조합이 피분할회사의 근로자를 더 이상 조합원으로 확보하지 못하는 경우에는 단체교섭 당사자로서의 잠재적 지위는 유지하되 구체적으로 단체교섭을 요구할 수 있는 지위에는 놓여 있지 않게 된다.

피분할회사의 수혜회사에 대한 지위는 수혜회사로 근로관계가 이전된 근로자와의 조합원 관계가 계속되거나 또는 재가입을 통한 재형성이 이루어졌느냐에 따라 판단하여야 할 것이다. 노동조합이 수혜회사의 근로자를 조직대상으로 삼는 규약의 정비를 하지 않는 한 수혜회사에 대한 단체교섭 당사자로서의 지위를 가지지 못하며, 나아가 규약의 정비로 이들을 조직범위로 포함하였다 하더라도 재가입이 구체적으로 이루어지지 아니할 경우에는 수혜회사에 대해 정당한 단체교섭을 요구할 수 있는 지위를 가지지 못한다.

#### 아. 기업변동의 사실적 태양과 노동조합의 조직변화에 관한 법이론간의 괴리를 극복하기 위한 법정정책적 방안

사업이 양도되거나 회사의 합병 또는 분할로 인한 노동조합의 지위는 위

---

참조.

에서 언급한 바와 같다. 그러나 이로서 노동조합의 조직 및 활동과 관련하여 현장에서 요구되는 법적 문제가 원만히 해결될 수 있는 것은 아니다. 오히려 이론적인 측면과 노동관계의 사실적 태양 사이에 남아 있는 괴리를 극복해야 하는 실질적인 문제가 남아 있다. 이는 법이론적인 측면을 뛰어넘어 법정책적으로 심도있게 다루어져야 할 부분으로 한시적인 기업단위의 복수노조 설립제한에 관한 규정과 그 이후에 제도적으로 정비되어야 하는 교섭창구 단일화 방안과 관련한 문제가 바로 그것이다.

법이론상 노동조합은 자유설립주의에 기초하고 있다. 그렇다고 하여 어떠한 형태로든 어떠한 내부조직으로든 노동조합을 자유로이 설립하고 내부조직을 구성할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 노조의 자유설립을 보장하고 있는 단결권의 의미가 그 자체로서 궁극적인 의의를 지니고 있는 것이 아니라, 노사관계의 갈등을 규율하기 위한 노사자치의 기본적인 요소를 갖추 수 있도록 하기 위한 제도의 보장에 있다면 자유설립에 대한 합리적인 제한은 가능하다고 볼 수 있다. 다만, 문제는 합리적인 제한에 대한 기준을 어떤 관점에서 설정하느냐가 될 것이다.

법제도도 한 나라의 문화의 소산인만큼 각 나라가 지니고 있는 정치·사회·경제·역사 등 제반요소가 함께 아우러져 나타나게 되며, 그 중에서도 노동법은 특히 그러하다. 유럽에서 노동조합으로 인정하고 있지 아니하는 기업별 노동조합이 우리나라에서는 노동조합의 주류로 자리잡을 수 있는 것도 노동관계법의 기초환경이 다르다는 점에서 그 이유를 찾을 수 있는 것이다<sup>124)</sup>. 기업별 단위에서 복수의 노동조합의 성립을 인정한다 하더라도 그 조직대상이 상호 중첩되고 상이한 단체협약이 성립하게 된다면, 동일한 근로를 행하는 근로자 상호간에도 서로 다른 근로조건이 성립하게 된다. 이

124) 비교법적으로 본다면 유럽에서 인정되지 아니하는 기업별 노동조합이 노동조합으로서 자리매김을 할 수 있는 또 다른 제도적 요인으로 우리나라의 부당노동행위 제도를 들 수 있다. 즉, 부당노동행위 제도가 노동3권 보장질서를 담보하고 있기 때문에, 그 한도에서 기업별 노동조합의 열세적 지위를 균형있는 지위로 돌려 놓을 수 있는 제도적 보완기능을 발휘하는 것으로 볼 수 있다.

러한 현상은 노사 모두에게 바람직한 것으로 볼 수 없다. 적어도 복수의 노동조합이 성립하더라도 근로조건의 결정단위가 서로 상이한 분리된 사업단위로 집단적 노사관계의 규율이 이루어지는 경우라면, 불합리성의 최소화를 인정할 수 있을 것이다. 그러므로 기업이 변동하더라도 근로조건의 결정단위를 서로 달리하는 사업단위로 노동조합이 병존하는 것을 인정하는 것은 현실적으로도 큰 문제가 없을 수 있으나, 기업변동으로 말미암아 동일한 근로조건이 결정되어야 하는 사업장 단위에서 두 개 이상의 노동조합의 병존을 인정하고 각각의 단체협약체결권을 인정하는 것은 법이론적 가능성을 떠나 현실적으로 바람직하지 않다<sup>125)</sup>. 이에 대하여는 법정정책적 고려가 필요하다.

입법적으로 기업단위의 복수노조에 대한 교섭단일화 방안이 정비되어 있다면 이를 통해 현실적으로 발생할 수 있는 역기능을 최소화할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 제도적 장치가 아직 정립되어 있지 아니하는 현시점에서는 불합리한 법현실을 규율하지 못하는 공백의 상태를 맞이할 수밖에 없다. 예컨대, 두 개의 회사가 합병하여 하나의 회사로 존속하는 경우에 각각의 회사에 설립되어 있던 양 노조는 하나의 조직으로 통합하는 것이 가장 바람직함에도 불구하고, 기존 단위노조 임원의 기득권의 유지 또는 집단이 기주의의 관점에서 통합이 이루어지지 않을 경우도 있다. 나아가 양 노조가 가입 상급노동단체를 서로 달리하는 까닭에 통합에 지장을 받는 경우도 있을 수 있다. 이처럼 노사관계의 본질적인 요인이 아닌 주변의 요인으로 인하여 노사관계의 안정성이 저해되는 경우에는 입법자의 재량에 따라 합리

125) 물론 일본의 경우 복수노조 설립에 대한 제한이 없을 뿐만 아니라, 복수노조 각각의 교섭권 및 협약체결권을 인정하고 있다. 이로써 동일한 사업장 단위에서 발생하게 될지도 모르는 근로조건의 상위점은 부당노동행위제도를 적절히 운영함으로써 보완하고 있다. 즉, 제1노조에 대한 단체교섭의 절차, 행태 및 결과와 비교할 때 제2노조의 경우가 차등이 날 경우에는 사용자의 부당노동행위로 규제함으로써 사업장 단위에서의 동일하지는 않더라도 거의 유사한 근로조건의 형성을 도모하고 있다.

적인 제한조치를 강구하는 것이 필요하다고 판단된다. 현행법 규정으로서는 이러한 문제를 규율할 수 있는 논거를 개발하기 어려우며, 입법적 개선을 통해 가능한 방향성을 마련하는 것이 바람직하다고 본다.

이러한 입법적 방향성으로는 교섭단일화 방안의 조기도입의 차원에서 접근하거나 아니면 이와는 별도로 현재의 구조조정과 관련하여 기업변동시 노동조합(나아가 단체협약, 취업규칙 및 노사협정의 효력)에 대한 조직변화의 기본 방침과 절차를 도입하는 것이 바람직하다고 본다.

## 2. 기업의 인수·합병으로 인한 노동조합 조직의 변화에 따른 조합재산권의 귀속문제

노조법에 노동조합의 재산권의 변동에 관한 특별 규정이 없는 관계로 일반 민법의 규정이 적용된다. 노동조합이 등기를 완료한 사단인 경우에는 법인인 노동조합만이 재산관계의 주체로 등장한다. 그러므로 노동조합의 동일한 법적 주체성이 갖추어지는 한 조직변화에도 불구하고 소유관계의 변동은 발생하지 않는다. 예컨대, 영업양도로 조합원의 일부가 조합원 자격을 상실하게 되는 경우에도 법적 주체로서의 노동조합은 여전히 존속하므로 소유관계의 변동도 발생하지 않는다. 따라서 조합원 자격을 상실하게 된 조합원은 노동조합에 대해 지분 내지 분할을 소구할 수 있는 법적 지위를 갖지 못한다. 노동조합의 합병과 분할이 별도의 제도로서 설정되지 않는 이상 ‘사실상 합병과 분할’의 절차에 따라 청산과정에서 권리·의무의 귀속관계가 결정되게 된다. 청산과정을 사실상 단축시키고자 하는 경우에도 이미 조합원의 결의에 따른 노동조합 스스로의 법률행위가 주어지므로 특별히 고려해야 할 점은 발생하지 않는다.

그러나 노동조합이 법인이 아닌 경우에는 권리능력 없는 사단으로 되고 이 경우 소유관계는 총유관계로 된다. 총유물의 관리·처분은 사원총회의 결의에 의하게 되며(민법 제276조 제1항), 사원의 지위에 따른 지분은 인정

되지 않는다<sup>126)</sup>. 그러므로 조합원은 조합에 대하여 자신의 지분권을 주장하거나 조합관계의 지위를 양도할 수 없다. 그러므로 권리능력 없는 노동조합의 조직이 변경되는 경우에 재산관계의 귀속은 일차적으로 조합원 관계의 변동에 따른 사원의 지위관계에서 판단하면 된다<sup>127)</sup>. 그러나 판례는 총유관계에 있어서 주체인 권리능력 없는 사단이 '분열'하고 사단의 정관에 이에 대한 별도의 규정을 두고 있지 아니하다면 분열 당시의 사원의 총유로 되는 것으로 보고 있다<sup>128)</sup>. 즉, 기존의 교회에 반발한 교인들이 새로운 교단에 가입하여 별개의 교회를 결성하는 경우에는 기존교회를 탈퇴하여 교회 구성원의 지위를 상실하는 경우로 보지 않고 종전교회가 2개의 교회로 분열되는 것으로 보아 각 교회는 개개의 독립된 교회로 각각 상대방 교회의 사용·수익에 방해하지 않는 범위 내에서 총유권자로서 교회당 건물 등 종전의 교회재산을 사용·수익할 수 있는 것으로 보았다<sup>129)</sup>.

판례의 이러한 태도를 검토하면, 먼저 권리능력없는 사단의 '분열'이라는 일반적 제도를 인정할 것인가의 여부와 이에 따른 재산의 귀속관계를 어떻게 정리할 것인가의 문제로 요약할 수 있다. 먼저 첫 번째 사항과 관련하여 교회의 '분열'에 대해서는 하나의 교회가 두 개 이상의 교회로 나누어지는 경우를 말하며<sup>130)</sup> 이에 대해서는 긍정하는 견해<sup>131)</sup>와 부정<sup>132)</sup>하는 견해

126) 이영준, 『물권법』, 1996, 629쪽 이하 참조.

127) 대판 1968. 1. 19, 67다2125; 대판 1988. 3. 22, 86다카1197 참조.

128) 대판 1957. 12. 13, 4289민상182; 대판 1962. 1. 11, 4293민상395; 대판 1971. 2. 9, 70다2478; 대판 1985. 2. 8, 84다카730; 대판 1985. 9. 10, 84다카1262; 대판 1987.6.30, 86마478; 대판 1988. 3. 22, 86다카1197; 대판 1989. 2. 14, 87다카3037; 대판 1990. 12. 7, 90다카23561; 대판 1990. 12. 21, 90다카22056; 대판(전원합의체) 1993. 1. 19, 91다1226.

129) 대판 1990. 12. 21, 90다카22056.

130) 이동명, 『민법주해』 V. 657쪽 참조.

131) 김증한, 「판례연구: 교회가 분열한 경우의 교회재산의 귀속 - 분열 당시의 교도 전원의 총유라는 것이 가능하냐」, 『법학』(제1권 제1호), 218쪽 이하; 조용연, 「교회의 분열과 재산의 귀속」, 『민사판례연구』(제8호), 76쪽 참조.

132) 최 식, 「교회가 분파된 경우의 재산귀속」, 『사법행정』(제14권 제3호), 64쪽 참조.

가 대립하고 있다. 긍정하는 입장에서는 교회분열 그 자체를 독특한 법현상으로 파악하여 형평의 원칙과 소수의 전횡으로 교회재산을 독점하는 현상의 방지라는 측면을 논거로 제시하고 있다. 이에 반해 부정설의 입장에서는 현행 민법이 설정하고 있지 아니하는 ‘분열’이라는 제도를 설정하는 것이 단체법적 입장에서 볼 때 반가치적 성격을 가지고 있다는 점과 분열을 인정할 경우 집단적 탈퇴와 구분이 용이하지 않다는 점을 논거로 제시하고 있다.

그러나 교회의 분열을 법해석학적 관점에서 바라볼 때 권리능력 없는 사단이 권리능력있는 사단에 비해 특별한 지위를 가져야 할 논거는 존재하지 않고 오히려 전자는 후자에 적용되는 법률관계의 테두리 내에서 준용되는 지위를 가질 뿐이다. 따라서 후자에게도 인정되지 아니하는 ‘분열’이라는 제도를 전자의 경우에 예외적으로 인정하고자 하는 것은 논리적으로 수궁하기 어렵다. 오히려 위에서 살펴본 바와 같이 ‘사실상 분할’과 같은 의미에서 판단하여야 할 것이다<sup>133)</sup>. 그러므로 사실상 분할에 따라 재산은 청산단계에서 적절한 분배되는 것을 전제로 하여야 하며, 이러한 과정을 거치지 아니한다면 재산소유관계의 변동은 발생되지 않는 것으로 보아야 한다.

이와 같은 고찰을 기초로 할 때 권리능력이 없는 노동조합의 조직에 변

133) 대판 1993. 1. 19, 91다1226의 판결에서 제시된 반대소수견해(윤관, 김상원 대법관의 견해)에 의하면 긍정설에서와 같은 교회의 분열의 의미는 실정법상 인정될 수 없으며, 민법 제78조의 해산에 관한 규정을 유추적용한 해산의 의미로 구성함이 타당하다고 한다. 동 견해의 기본적 사고는 본고의 기본 입장과 견해를 같이 하는 것이나 해산의 결과 기존의 재산관계는 교단을 변경한 새로운 교회에의 총유관계로 되고 변경에 반대하여 종전소속교단에 계속 남아 있는 교인들은 법적으로 교인들의 총의에 기속되어 종전교회를 탈퇴하고 새로 조직된 교회의 구성원이 되는 것으로 본다는 견해에는 찬동하기 어렵다. 더욱이 본인의 의사에 반하여 사원관계의 변동을 인정하는 점에 대해서는 더 더욱 수궁하기 힘들다. 결국 교회의 분열에 관한 판례의 견해들은 사실관계의 변동에 너무 집착한 나머지 법체계의 기본원리 및 균형성에 대하여 소홀히 하였다는 비판을 면하기 힘들다. 만약 사실적 현상에 적절한 체계적 해석이 불가능한 경우에는 입법론으로 해결하여야 할 것이다.

동이 초래하여 조합원 관계의 종료사유를 충족시키는 경우에도 사전에 사단의 법리에 의한 ‘사실상 분할’의 조치를 강구하지 않는 한 기존 노동조합에 대한 소유권 관계의 변동은 발생하지 않는 것으로 보아야 한다.

## V. 기업변동후 노동조합 조직의 통합에 따른 제문제

기업의 변동은 경우에 따라서는 노동조합으로 하여금 조직변동을 유발케 하는 동인으로 작용하기도 한다. 예컨대, 회사 합병의 결과로 하나의 회사에 두 개 이상의 노동조합이 병존하게 되는 경우, 노동조합은 조직력을 강화하기 위해 각각의 노동조합 조직을 하나로 통합하려고 하는 경우가 바로 그것이다. 이 때 노동조합이 조직을 통합하는 방안으로는 현행 노조법상 규정하고 있는 노동조합의 조직변동 사유, 즉, 노동조합의 합병 및 조직변경을 들 수 있다<sup>134)</sup>. 이들에 대해서는 노조법 제16조 제2항 단서에서 특별한 결정족수를 규정하고 있는 것과, 노동조합의 합병 및 분할에 대해서는 동법 제28조에서 해산사유로 규정하고 있는 것이 전부이며, 각각의 의의 및 다른 절차요건 및 효과에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 이에 대해서는 학설과 판례에 의해 보충되어지게 된다. 이에 대해 학설은 각각의 경우를 상법상 합병 및 분할의 경우에 준하여 판단하는 것으로 보고 있으며, 노동조합의 조직변경에 있어서도 판례<sup>135)</sup>는 상법상 회사의 경우를 준용하고 있다. 이에 대한 비판적 고찰은 위에서 각각 해당되는 부분에서 언급한 바와 같다.

그러나 이하에서는 노동조합의 통합과정과 관련한 구체적인 절차내용을 확립하며, 그에 따른 내부적인 문제를 살펴보고자 한다. 또한 위에서 언급한 바와 같이 회사 합병제도가 노동조합에 원용될 수 없다는 입장에서 실제 이행되게 될 노동조합의 통합과정뿐만 아니라 회사 합병제도가 노동조

134) 이 밖에도 노동조합의 분할이 조직변동 사유로 노조법에 규정되어 있다.

135) 대판 1997. 7. 25, 95누4377. 이에 관한 비판적 검토에 관해서는 박종희, 「노동조합의 조직변경과 그 효력」, 『인권과 정의』, 1998. 3, 94쪽 이하 참조.



합에 원용됨을 긍정하는 다수설의 입장에 설 때 실제 어떠한 절차를 통해서 노동조합이 통합과정을 거치게 되는지를 함께 살펴보고자 한다<sup>136)</sup>.

# 1. 회사 합병제도의 유추를 부인하는 입장에서의 노동조합 통합의 내용과 절차

## 가. 노동조합의 법인격 취득의 의미와 합병제도

노동조합은 등기를 함으로서 법인격을 취득할 수도 있다(노조법 제6조 제2항). 등기에 관한 사항은 시행령 제3조에서 규정하고 있으며, 노조법에서 규정된 바를 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 적용하도록 하고 있다(동법 제6조 제3항)<sup>137)</sup>. 단체가 법인격을 갖춘다는 의미는 사법상의 거래주체로서 등장할 수 있는 권리능력의 취득을 의미한다. 그러므로 노동조합이 법인격을 취득하는 것 또한 사법상 독자적인 권리능력의 취득 이외에 다른 특별한 법적 의미가 없다<sup>138)</sup>. 노동조합은 법인격 취득의 유무와 관계없이 이미 노동조합으로서의 실질을 갖춘다면, 이로서 노동조합으로서의 본질적인 지위, 즉, 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결할 수 있는 지위를 취득하게 된다<sup>139)</sup>. 이런 점에서 노동조합의 협약능력은 법인격 취득

136) 이는 어디까지나 노동조합의 실제 통합과정의 세부적인 절차에 관한 충분한 논의를 만들기 위한 것으로 언급하는 것일 뿐, 노동조합의 합병에 대해 명문의 규정을 결여하고 있는 상태에서의 회사 합병제도의 원용을 용인하는 것은 아니다.

137) 노조법에서 규정하고 있는 등기사항을 민법상 법인의 등기사항(제49조 제2항)과 비교해 볼 때, 재단법인에 대해 해당되는 것을 제외한다면 양자의 차이는 없다. 그러므로 노조법 시행령에서 별도의 규정을 두고 있는 것은 특별한 실익이 없는 민법의 규정을 확인하는 것으로 볼 수 있다.

138) 이런 점에서 노조법상 법인격 취득을 별도로 규정함으로써 민법과 구별되는 노조법상 특별법인의 설정을 도모하는 것은 아니다. 그러므로 노동법상 특별법인의 성립을 인정하는 견해(이상윤, 『노동조합법론』, ///면)에는 전혀 찬성할 수 없다.

139) 김형배, 『노동법』, 1998, 563쪽 이하; 박종희, 『노동조합 조직유형과 단체교섭 당사자 적격』, 한국노동연구원, 1998, 38쪽 이하 참조.

유무와는 관계없이 부여되는 노동법상 특별한 법적 지위에 관한 개념으로 볼 수 있다<sup>140)</sup>.

상법상 합병제도의 본질은 민법의 청산제도와 밀접한 관련성을 지니고 있다. 즉, 합병제도의 본질은 청산절차 없이 회사가 바로 소멸하는 것을 인정하는 특별한 청산절차라 할 수 있다. 이는 거래관계의 질서를 유지하기 위한 측면에서 입안된 것이다. 그러므로 노동조합에 대해 회사에서와 같은 청산절차가 없는 합병을 인정한다면, 그리고 그것이 노동조합의 법인격 취득과 관계없이 적용되는 것으로 본다면, 이는 어디까지나 노동조합의 독자적인 활동능력인 단체협약 체결활동과 관련해서 유추될 수 있을 뿐이다. 그러나 단체협약은 위에서 살펴본 바와 같이 법규범적 성질을 지니는 것으로 포괄적 승계의 의미에는 부합하지 않는다. 단지 노동조합의 경우에도 회사의 합병에서와 같은 동일한 법률효과(포괄적 승계)를 인정하게 된다면 이는 어디까지나 단체협약 체결당사자의 지위와 관련된 승계의 의미에서 의의가 있다고 할 것이다.

#### 나. 노조통합과 단체협약 체결당사자 지위의 승계

노동조합이 통합하고자 할 때 가장 먼저 부딪치는 문제가 통합 전에 체결했던 단체협약의 효력이 어떻게 되느냐의 문제이다. 이 경우 다수설의 입장은 노동조합의 합병시 회사 합병의 효과를 유추 적용함으로써 기존의 단체협약이 그대로 승계되는 것으로 보고 있다. 그러나 이에 대해서는 찬동할 수 없음은 위에서 밝힌 바와 같다. 그 이유로는, 첫째 특별한 제도로 상법에 규정되어 회사에 대해서만 적용되는 합병제도를 일반화시켜 일반 사단의 경우로 확대 적용하는 것은 이론적으로 인정할 수 없다는 점이다. 둘째로는, 회사의 합병의 효과로서도 단체협약은 포괄적 승계대상으로 될 수 없

140) 박종희, “노동조합의 개념과 협약능력”, 『노동법에 있어서 권리와 책임』(김형배교수화갑기념논문집), 1994, ///쪽 이하 참조.

으며, 단지 승계되는 것은 소멸회사가 가지고 있던 단체협약 체결당사자의 지위일 뿐이다. 이러한 점에 비추어 본다면, 노동조합의 합병에 상법 규정이 유추적용된다 하더라도 이로서 당연히 단체협약의 승계가 이루어지는 것으로 볼 수 없다. 그러므로 노동조합이 조직을 통합하는 경우 그 전의 노동조합이 체결한 단체협약이 당연히 그대로 효력을 가지는 것으로는 볼 수 없다.

이 문제는 기업변동시 기존의 단체협약이 계속적으로 효력을 가질 수 있는 조건들을 갖출 때에 한하여 기존의 단체협약이 유효하게 계속 적용되는 경우와 동일하게 판단하면 될 것이다. 즉 하나의 노동조합(A)이 다른 노동조합(B)으로 흡수통합된다고 하는 것은 그 결과로 A노조의 조합원이 B노조의 조합원의 지위를 가지게 됨을 의미한다<sup>141)</sup>. 이로서 B노조는 자신의 조합원이 된 A노조 조합원들을 위하여 사용자와 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결할 지위를 원시적으로 취득하게 된다. 이와 같은 단체협약 체결 능력은 노동조합의 변동과 관계없이 노동조합으로서 존립하는 그 자체에서 비롯되는 결과이다. 그러므로 노동조합의 통합의 결과는 존속하는 노동조합이 소멸하는 노동조합의 단체협약 체결당사자의 지위를 사실상 이어받는 것과 동일한 결과를 초래하게 된다.

B노조가 A노조원을 새로운 조합원으로 받아들일 때에도 애시당초 각각의 노조가 상호 구별되는 독립한 사업장을 조직기반으로 하고 있는 상태였는지, 아니면 서로가 동일한 조직대상을 전제로 하는 상태였는지에 따라 구별하여 고찰함이 타당할 것이다. 전자의 경우에는 B노조가 A노조 조합원을 신규조합원으로 받아들이더라도 이들 신규조합원에 대해서는 B노조 자신이 이미 체결하고 있던 단체협약의 효력이 미치지 않는 것으로 봄이 타당하다. 왜냐하면 B노조가 체결한 단체협약의 구속력 범위는 애초부터 A노조가 조직되어 있는 사업장까지 포함하고 있었던 것이 아니기 때문이다. 이에 반해 후자의 경우에 이미 B노조가 고유의 단체협약을 체결하고 있다

141) 그것이 어떠한 논리적 과정을 거치는 지에 대해서는 후술하기로 한다.

는 것은 A노조와는 동일한 조직범위를 전제로 단체협약을 체결하고 있다는 것이 되며, 이는 단체협약의 인적 구속력 범위가 동일하다는 것을 의미한다. 이 상태에서 A노조의 소멸을 전제로 그 조합원들이 B노조로 가입할 때<sup>142)</sup>에는, B노조가 기체결하고 있던 단체협약의 구속력은 자동적으로 신규조합원에게 미치게 되는 것으로 보아야 한다.

#### 다. 노동조합 통합의 구체적 절차

상법상 회사의 합병절차가 노동조합에 준용되지 않는다면 다음과 같은 절차를 이행함으로써 노동조합의 통합을 실현할 수 있을 것이다. 이 경우에도 하나의 노동조합이 다른 노동조합을 흡수·통합하는지, 아니면 두 개 이상의 노동조합이 합쳐서 새로운 하나의 노동조합을 설립하는지에 따라서는 각각의 절차를 달리하게 될 것이다.

##### 1) 하나의 노동조합이 다른 노동조합을 흡수·통합하는 경우의 절차

###### ① 먼저, 사실상 합병계약서를 체결한다. 합병계약서를 작성하는 것은 합

142) 여기서 A노조의 '소멸'을 전제로 한다는 것은 구속력 범위의 판단과 관련하여 중요한 기준을 이룬다. 단체협약의 성립도 계약의 형태를 빌어서 이루어지면서 양도 내지 상속성이 인정되지 않으므로 일방당사자의 소멸은 협약의 종료사유를 이룬다. 그러므로 A노조가 더 이상 존속하지 않는다는 점은 A노조가 체결한 단체협약이 더 이상 존속하지 못한다는 것을 의미한다. 이에 반해 노동조합의 실체를 유지하면서, 다만, 조합원이 집단탈퇴하는 경우에는 집단탈퇴로 노동조합 자체가 소멸되는 것이 아니라, 단지 해산사유에 따라 청산절차에 들어가게 되는 것이다(민법상 청산절차는 법인의 경우에 한하여 인정되는 것으로, 예컨대, 권리능력없는 노동조합의 경우에는 직접 적용이 없다. 그러나 노동조합은 권리능력의 유무와 관계없이 노동조합의 실질적 요건을 갖추어서 단체협약을 체결할 수 있는 협약능력을 가지게 된다. 그러므로 노동조합이 해산하게 되는 경우에는 비록 권리능력없는 경우라 하더라도 민법상 청산절차의 목적에 비추어 동 규정들이 유추적용되는 것으로 봄이 타당하다). 청산절차에 있는 동안 노동조합이 체결했던 단체협약의 청산절차가 진행되는 것으로 보아야 하기 때문에 노동조합이 소멸한 경우와는 다르다.

병후 존속하는 노동조합의 규약의 내용, 조합원 지위에 관한 문제, 합병 후 조직구성 및 정비문제 등과 같은 구체적인 사항을 미리 정하고 이를 기초로 간편한 통합절차를 이행할 수 있도록 하기 위해서이다. 이 때 체결되는 사실상 합병계약서는 사법상의 계약체결과 동일한 의미로 보기보다는 노동조합의 통합과 관련한 특별한 절차기준을 정하는 것으로 보아, 실제적인 법률행위로서의 효과가 발생하지 않는 것으로 봄이 상당하다. 그러므로 권리능력 없는 노동조합의 경우에도 이 같은 사실상의 합병계약서를 노조위원장의 명의로 합의할 수 있을 것이다. 만약 통합후 소멸하게 되는 노동조합이 기체결하고 있던 단체협약을 통합 후에도 계속 효력을 유지하게 하고자 할 경우에는 협약 상대방인 사용자와 통합후 존재하게 될 노동조합과의 삼면계약을 체결하는 것이 필요하다. 이 때 계약당사자로서의 노동조합의 지위는 자신의 협약능력에 따라 단체협약의 구속력을 이전케 하는 특별한 합의로서 역시 민법상의 기초(권리능력)를 요하지 않는 것으로 봄이 상당하다.

② 다음으로 존속하게 되는 노동조합은 사실상 합병계약서에 정한 바에 따라 자신의 규약에 대한 변경절차를 이행하여야 한다. 이 때의 규약변경은 조합원 자격에 관한 내용의 변경, 통합후 새로운 조직구성이 예정되어 있다면 그러한 사항 등에 대한 변경이 이루어져야 한다. 그러나 새로이 가입할 근로자가 기존의 조직범위 내에 있는 경우라면 조합원 자격 내지 조직범위에 대한 변경은 필요치 않게 될 것이다. 합병계약서에 따른 규약의 변경은 합병계약서에 대한 조합원 총회의 승인의 의미를 함께 포함하는 것이다.

규약변경 절차와 관련해서는 현행 노조법 제16조 제2항 단서에 특별 규정을 두고 있다. 즉, 규약의 변경에는 재적조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 2/3 이상의 찬성이 있어야 한다<sup>143)</sup>. 만약 새로이 규약을 변경하면서

143) 이에 반해 민법상 사단의 변경은 전체 조합원 2/3 이상의 찬성이 있어야 가능한 것으로 되어 있는 바(민법 제42조), 동 규정에 비해 노조법 제16조 제2항 단서는 특별 규정으로 우선 적용되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 노동조합이 수행하는 역할(법규범적 성질을 지니고 있는 단체협약을 체결하는 역할)에 비추어 볼 때,

노조법 제13조 제1항에 규정된 내용에 대한 변경이 있는 경우에는 행정관청에 변경신고를 하여야 하며(동법 시행령 제10조 참조), 법인인 노동조합의 경우에는 행정관청의 허가를 받아 민법 제52조에 의한 변경등기를 하여야 한다.

③ 소멸하게 되는 노동조합은 사실상의 합병을 위하여 조합재산(적극재산과 소극재산 모두)<sup>144)</sup>이 있는 경우에는 개별적으로 존속하는 노동조합에 이전하여야 한다. 즉, 동산의 경우에는 개별 동산에 대한 인도, 부동산의 경우에는 등기를 이전하여 소멸하는 노동조합의 재산을 영의 상태로 만드는 것이 필요하다. 이렇게 하는 이유는 법인인 노동조합이 해산하고자 하는 경우 반드시 청산절차를 거치게 되어 있는데, 조합 소유재산을 전혀 없는 상태로 만듦에 따라 실제 청산대상을 없게 하고 이에 따라 청산절차를 사실상 거침이 없이 바로 소멸할 수 있도록 하기 위해서이다.

④ 소멸하게 되는 노동조합은 해산결의절차를 이행하여야 한다. 사실상 합병은 흡수당하는 노동조합의 소멸을 전제로 하기 때문에 해산결의에 해당하는 절차를 이행하여야 한다. 노동조합 규약에 해산결의에 관해 특별히 정함이 있는 경우에는 그 절차를 이행하여야 할 것이나<sup>145)</sup>, 그러한 절차규

---

노동조합 내부의 운영에는 일반 사단에 비해 더욱 강화된 민주성이 요청된다고 볼 수 있으며, 이런 관점에 의할 경우 노조법 제16조 제2항 단서의 의결정족수가 민법 제42조 보다 완화되어 있는 것은 수긍하기 어렵다(그러나 본고에서는 편의상 노조법에 주어진 대로 특별 규정의 의미로 받아들여 단순 기술하기로 한다. 이 문제에 관한 자세한 비판적 고찰로는 김형배, 『노동법』, 1998, 526쪽; 박종희, 「노동조합의 합병과 분할」, 『노동법률』(1997. 10.), 83쪽 이하 참조).

144) 실제로 재산관계가 문제되는 경우에는 노동조합이 등기하여 법인격을 갖춘 경우일 것이다.

145) 예컨대, 노동조합 규약에서 노조법 제16조 제2항 단서의 의결정족수 보다 강화된 절차를 규정하고 있는 경우에 규약에서 정한 바가 우선 적용되는지에 대해서는 현행 노조법이 밝히고 있지 않다. 그러나 조합자치의 관점 내지 노조법이 정하고 있는 규정의 역할 등을 감안할 때 규약에 정함이 없는 경우를 대비한 절차규정으로 봄이 상당하고, 따라서 내부적으로 강화된 내용을 규약에서 정하고 있는 경우에는 이에 따르게 하는 것이 타당하다 하겠다(민법 제78조 참조).

정을 두고 있지 아니한 경우에는 현행 노조법 제16조 제2항 단서 규정에 의한 의결정족수로 해산결의를 하면 될 것이다. 노조법에서는 합병의 결의에 필요한 의결정족수와 해산결의에 필요한 의결정족수를 동일하게 규정하고 있다<sup>146)</sup>.

이 때의 해산결의는 사실상 합병계약에서 정하는 바를 총회에서 의결하고 이에 따라 노동조합을 조건부 해산결의하는 두 가지 요소를 함께 지니는 것으로 보아야 한다. 이에 따라 합병계약서에서 정해지고 총회에서 추인된 통합절차가 제대로 이행되지 않을 경우에는 해산결의가 효력을 상실하게 되는 해제조건부 해산결의로 이해하여야 한다.

소멸하는 노동조합에서 해산결의를 위한 총회를 소집한 경우에는 해산결의와 함께 개별 조합원이 조합해산 후 다른 노동조합에 가입하는 조합가입계약체결에 관한 대리권을 조합 대표자(또는 조합에서 특별히 지명하는 자)에게 위임하는 절차를 가지는 것이 필요하다. 이는 사실상 합병에 따른 절차를 간소화하게 하기 위하여 필요한 것으로, 이는 집단적 의사결정방식에 의해서가 아니라 개별적 위임의 방식을 취하여야 할 것이다. 왜냐하면 노동조합의 조합원 자격을 취득하는 것은 근로자 개인의 인격적인 요소가 강하게 지배하기 때문에 개별 근로자의 자유로운 의사결정에 의하도록 하여야 하고, 이 경우 집단적 의사결정방식으로 위임을 결정하는 것은 조합원 지위취득의 본질에 상응하지 못하는 것으로 평가되기 때문이다<sup>147)</sup>.

⑤ 해산결의 후 노동조합 대표자는 개별 조합원으로부터 위임받은 바에

146) 해산결의와 관련해서도 규약변경에 관한 노조법 제16조 제2항 단서에 대한 비판점이 동일하게 적용된다. 민법상 사단의 해산결의는 전체 구성원의 3/4 이상의 찬성을 필요로 하고 있다(민법 제78조).

147) 민법 제56조 참조. 예컨대, 총회 개최시 개별 조합원의 조합가입계약을 대신 할 수 있는 위임장을 배포하고, 여기에 개별 조합원의 대리권을 조합 대표자(또는 조합이 지명하는 자)에게 수여하는 서명을 받은 후 수거하여 조합 대표자가 존속하는 노동조합에 일괄 조합가입계약을 체결하는 것은 가능하다 할 것이다. 만약 이 때 위임장을 제출하지 않는 조합원이 있는 경우에는 존속하는 노동조합과 새로운 조합원 관계가 체결되지 않는 것으로 보아야 한다.



따라 당해 노동조합으로부터의 탈퇴와 존속하는 노동조합과의 조합가입계약을 체결함으로써 기존 조합원은 종전의 조합원 지위를 상실하고 새로운 노동조합의 조합원 지위를 취득하는 신분상의 변동을 가지게 된다.

⑥ 해산결의 후 노동조합의 재산관계는 사전에 정리되었으므로 이 부분에 한하여 청산절차는 생략되는 것으로 볼 수 있다<sup>148)</sup>.

⑦ 존속하는 노동조합의 입장으로서의 자신의 조직대상을 확대하거나 이미 유효한 조직대상을 갖추고 있는 경우에는 다수의 새로운 근로자가 가입하는 결과를 초래하게 될 것이다. 그리고 사실상 합병계약서에서 새로운 임원을 구성하기로 계획되어 있는 경우에는 새로운 조합가입이 종료된 이후에 존속하는 노동조합의 변경된 규약에 따라 새로이 선출하여야 할 것이다.

## 2) 새로운 노동조합을 신설하여 두 개 이상의 노동조합이 통합하는 경우

노동조합의 합병시 상법상 회사의 합병제도를 준용할 수 없다고 한다면, 다음과 같은 절차를 거치면서 사실상 신설통합을 모색할 수 있을 것이다.

① 두 개의 노동조합이 하나의 노동조합으로 통합하기 위해서는 사실상 합병계약을 체결한다. 이 때 합병계약은 위에서 언급한 바와 동일한 의미로 이해하면 될 것이다. 합병계약서에는 하나의 노동조합으로 통합하기 위한 제반 합의조건을 합병계약서에 모두 명시하는 것이 필요하다.

② 각각의 노동조합에서 조합원 총회 또는 대의원 대회를 개최하여 합병계약에 대한 결의를 하여야 한다. 이와 더불어 신설될 노동조합의 발기인을

148) 해산결의한 노동조합이 단체협약을 체결하고 있는 경우, 단체협약도 청산대상에 해당되느냐에 대해서는 논란의 여지가 있으나, 이를 긍정하는 것이 타당하다. 그러므로 정상적인 해산절차가 제대로 이행되기 위해서는 당사자간의 단체협약에 대한 합의종료 내지는 존속하는 노동조합을 포함한 삼면계약을 통한 합의승계 등이 이루어져야 한다. 이 중에서 삼면계약으로 단체협약의 합의승계를 사용자가 거절함으로써 노동조합의 통합이 사실상 지연되거나 무산되는 경우, 이는 단결체 자체의 단결권 행사에 대한 사용자의 부당한 침해로 볼 수 있고, 따라서 노조법 제81조 제4호의 노동조합 조직 및 운영에 대한 지배·개입의 부당노동행위를 구성하는 것으로 볼 수 있다.



선출하는 것이 병행되어야 할 것이다. 이는 총회에서 선출된 발기인이 신설될 노동조합의 규약을 작성함으로써 그 규약작성의 정당성을 구비할 수 있도록 하기 위함이다. 발기인이 행할 내용을 구체적으로 작성하여 총회의 의결을 거칠수록 신설 노조 설립에 따른 절차적 정당성이 더욱 확보되고 신설 노조의 규약작성에 따른 법적 분쟁의 발생 여지를 줄이게 될 것이다.

각 노조에서 선출된 발기인들은 합병계약서에 명시된 바에 따라 공동으로 새로운 노동조합의 규약작성 내지 설립을 위한 기타의 행위를 공동으로 수행하여야 한다. 즉, 새로운 노동조합을 설립하고 필요한 경우에는 설립당시의 완료뿐만 아니라 행정관청에 노동조합 설립신고서까지 필하도록 하여야 할 것이다. 이 경우 새로이 신설되는 노동조합이 기존 노동조합의 조직대상과 중복되기 때문에 현행 노조법 부칙 제5조 제1항에 따라 설립이 금지되는 것이 아니냐는 의문이 제기될 수 있지만, 이에 대해서는 부정하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 노조법 부칙 제5조 제1항에서 금지하는 기본 취지는 사업장 단위에서 ‘복수노조’가 설립되어 교섭단위에서의 노사관계 불안정성을 방지하자는 데에 있는 것으로 보아야 하기 때문이다<sup>149)</sup>, 노조를 통합하기 위한 신설 노조의 설립은 동조에서 방지하는 교섭단위의 착종을 야기하는 것이 아니라 통합을 위하여 일시적으로 불가피하게 중복상태에 머무는 것으로 보아야 한다. 이런 점에서 복수노조의 금지에는 해당되지 않는 것으로 보아야 한다.

③ 신설 노조가 설립되면 기존의 노동조합은 동 노조와의 사실상 합병절차를 각각 이행하여야 할 것이다. 이 경우는 위에서 언급한 절차와 방법이 동일하게 적용될 것이다.

즉, 기존 노조는 신설 노조에 재산 등을 양도하고, 기존에 체결한 단체협약을 계속 존속하고자 하는 경우에는 사용자와 함께 삼면계약으로 사실상 포괄승계를 합의하고자 한다. 그리고 각 노조별로 해산을 결의하고 이와 동

149) 이는 부칙 동조 제3항에서 규정하고 있는 교섭창구 단일화 방안과의 상관관계 속에서 충분히 그 의미를 찾을 수 있다.

시에 각 노조 대표자는 개별 조합원들의 신설 노조에의 가입을 위한 대리권을 수임받는 절차를 병행하여 실시하면서 조합원의 집단탈퇴 및 신설 노조로의 가입절차를 진행시킨다. 이로서 기존 노동조합은 청산절차와 같은 특별한 부가적인 절차없이 소멸하게 된다. 신설 노동조합은 새로운 창립총회와 더불어 새로운 임원을 구성함으로써 실질적인 통합을 완료하게 된다.

## 2. 회사 합병제도의 유추를 긍정하는 입장에서의 노동조합 통합의 내용과 절차

노동조합의 합병에 대해 회사 합병제도의 요건, 절차 및 효과가 그대로 유추적용될 수 있다는 견해에 의할 경우, 흡수합병 및 신설합병의 내용과 절차는 다음과 같이 그려볼 수 있다.

### 가. 흡수합병으로 노동조합을 통합하는 경우

① 먼저 합병 당사 노동조합 상호간의 합병계약의 체결이 이루어져야 한다. 이 때 체결하는 합병계약서에는 적어도 다음과 같은 사항들을 합병계약서에 기재하는 것이 바람직하다.

- ㉠ 합병 당사 노동조합의 명칭, 주소
- ㉡ 존속하는 노동조합에 포괄승계되는 재산관계의 내용
- ㉢ 존속하는 노동조합에 이전되는 사원(조합원)의 수와 지위에 관한 구체적인 내용
- ㉣ 합병승인 결의의 기일(상법 제523조 제5호 참조)
- ㉤ 조합원의 권리가 구체적으로 인정·부여되는 시점(합병할 날, 상법 제523조 제6호 참조)
- ㉥ 소멸하게 되는 노동조합의 행위가 존속하는 노동조합의 행위로 귀속되는 시점(합병등기일)<sup>150)</sup>

- ㉠ 합병을 계획하는 노동조합의 대표자 내지 임원의 지위에 관한 사항
- ㉡ 만약 노동조합이 특별히 근로자를 고용하고 있는 경우에는 당해 근로자에 대한 합병의 효과 내용
- ㉢ 합병후 발생하게 될 존속하는 노동조합 조직의 변동사항

이와 같은 구체적인 사항을 가능한 한 미리 합병계약서에 포함시킴으로써 추후의 절차를 보다 간략하게 할 수 있는 장점을 가질 수 있다.

합병계약서의 작성 및 체결은 노동조합 대표자인 양 노조위원장의 명의로 체결하면 될 것이다. 이 때 체결한 합병결의는 회사의 경우를 준용하여 합병결의를 조건부로 성립하는 계약 내지 가계약의 성질을 띠는 것으로 파악하는 것이 타당하다.

② 다음으로는 합병에 관한 일체의 내용을 조합원에게 공지하는 절차를 가져야 한다. 이 때 공지 보고사항으로는 위 합병계약서에 포함되는 내용 이외에 관계되는 제반사항(합병 당사 노동조합의 재정 및 활동에 관한 최근 보고서)을 모두 포함하는 것이 바람직하다. 이러한 합병보고서는 노동조합이 각자 작성하는 것뿐만 아니라 공동으로 작성하는 것도 무방할 것이다.

공지일정은 적어도 합병결의를 위한 총회 내지 대의원회가 개최되기 1주일 전까지 공지되어야 할 것이다<sup>151)</sup>. 만약 위 공고내용에 이의가 있는 경우에는 1/3 이상의 조합원의 동의를 얻어 문제가 되는 내용에 대한 구체적 심사를 합병결의 이전에 요구할 수 있는 것으로 볼 수 있다(노조법 제18조 참조).

③ 합병 당사 노동조합은 각각 기체결된 합병계약에 대한 총회의 의결을 거쳐야 한다. 이 경우 총회의 개최가 현실적으로나 물리적으로 불가능하며 이에 갈음하는 대의원회를 두고 있는 경우에는 대의원회의 의결로 대체할 수 있을 것이다(노조법 제28조 제1항제3호).

150) ㉡과 ㉢의 사항은 회사 합병에 있어서도 필수적 기재사항으로 보지 않는 견해가 있다(최기원, 『신회사법론』, 1999, 920쪽 참조).

151) 노조법 제19조 참조. 상법상 회사의 경우 2주간 공시가 요건이다.

존속하게 되는 노동조합에서의 합병결의는 민법(제78조) 또는 상법의 규정(제230조, 제269조, 제522조 제3항, 제434조)에서 정하고 있는 바와 관계없이 노조법상 특별의결정족수 규정(제16조 제2항 단서; 재적조합원 과반수 참석에 참석조합원 2/3 이상의 찬성)에 따른 결의를 갖추면 유효한 것으로 볼 수 있을 것이다.

소멸하게 될 노동조합도 합병계약에 대한 결의(동의)를 해야 하는데, 이때의 결의(동의)는 동시에 노동조합의 해산사유를 구성하게 된다. 현행 노조법은 합병결의의 의결정족수와 해산결의에 대한 의결정족수를 동일하게 규정하고 있으므로, 노조법 제16조 제2항 단서 규정에 따라 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 과반수의 찬성으로 충분하게 된다.

만약 총회(또는 대의원) 대회에서 합병에 관한 의안이 부결되면 합병의 효력은 발생하지 않게 된다. 이는 합병계약서의 성립 자체가 총회의 의결을 얻는 것을 조건으로 성립하기 때문이다. 합병계약을 합병결의와 관련하여 예약 또는 정지조건부계약으로 보는 이상, 합병계약이 합병결의보다 선행하여야 한다는 제한은 노동조합의 경우에도 동일하게 적용되는 것으로 봄이 타당하다.

주식회사의 경우 반대주식매수청구권(상법 제522조의 3)이 인정되는 것과 같은 원리에서 특별한 사원권을 갖는 조합원이 있는 경우로서 합병의 결과 그 권리가 침해되는 때에는 이들의 동의를 별도로 얻어야 하는 것으로 보아야 한다.

그리고 사후에 발생하게 될지도 모르는 법적 분쟁 내지 해석상의 다툼을 대비하여 합병결의는 문서로 작성하여 공증을 받아 놓는 것이 보다 바람직하다 하겠다.

④ 노동조합은 회사의 경우와는 달리 거래관계를 형성하고 있는 경우가 그리 많지 않으므로 채권자 보호를 위한 요건이 엄격하게 요구되지 않을 수도 있으나, 경우에 따라서 중요한 거래관계를 형성하고 있는 경우에는 회사합병의 경우에 준하여 채권자에게 개별적으로 통지하거나 일정한 방식에

의한 공고를 행하는 것이 필요하다.

⑤ 회사의 합병절차를 준용할 경우 합병보고총회를 개최하여야 할 것이나, 별도의 총회를 개최함이 없이 위원장 명의로 위에서 제시된 공지로 이를 대체할 수 있을 것이다<sup>152)</sup>.

⑥ 위에서 언급한 절차가 모두 이행되면 존속하는 노동조합의 경우는 변경등기와 신고를(노조법 제13조; 동 시행령 제10조; 동 시행규칙 제3조), 그리고 소멸하는 노동조합은 해산등기와 신고(노조법 시행규칙 제10조)를 하여야 할 것이다. 그러나 변경등기 및 해산등기와 관련해서는 노조법에 특별한 규정을 두고 있지 않으므로(변경등기의 경우 시행령 제6조에 3주 이내의 변경등기기간이 규정되어 있음) 민법 제52조 및 제85조에 따라 3주 이내에 행하면 될 것이나(노조법 제6조 제3항), 변경 및 해산에 따른 행정관청에의 신고는 노조법 제13조 및 제28조 제1항에 따라 15일 이내에 행해져야 할 것이다.

노동조합의 경우 합병등기는 사법상 거래관계에서의 포괄적 이전의 효과를 발생케 하는 효력발생 요건으로 작용하게 되지만, 노동조합의 고유한 능력인 단체협약 체결능력은 합병등기의 유무와 관계없이 사실적으로 유지하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 존속하는 노동조합의 경우 등기와 관계없이 합병의 결과로 포함된 새로운 조합원을 위해서 당연히 단체교섭 당사자 지위를 가지는 것으로 된다.

#### 나. 신설합병으로 노동조합을 통합하는 경우

회사의 합병제도를 노동조합에 준용할 수 있다면, 회사의 경우와는 달리 합병비용에 관련된 사항<sup>153)</sup>이 없으므로, 신설합병이 필요한 경우에는 직접

152) 이는 보고총회를 생략할 수 있도록 한 1995년의 상법 개정내용에 의한 결과이다 (제526조 제3항).

153) 정동윤, 『회사법』, 1996, 760~761쪽; 정희철·정찬형, 『상법원론』(상), 1997, 438쪽 참조.

적으로 수행하여도 무방할 것으로 본다.

신설합병의 경우 흡수합병과 동일한 절차과정을 거치는 반면에 몇 가지 절차가 부가되는데, 전체적인 절차과정을 기술하자면 다음과 같다.

- ① 합병계약의 체결 : 흡수합병의 경우와 동일하게 판단하면 된다.
- ② 합병에 관한 일체의 내용을 조합원에게 공지
- ③ 합병결의후 각 노동조합에서 선임한 설립위원(각 노동조합의 합병으로 인한 해산이 전제되므로 특별 의결정족수를 규정하고 있는 노조법 제16조 제2항 단서에 따라 과반수 출석과 출석조합원 2/3 이상의 찬성으로 설립위원 선임)이 공동으로 정관작성, 기타 설립에 관한 행위를 공동으로 수행하여야 한다(상법 제175조).
- ④ 흡수합병의 경우 합병보고총회를 개최하게 되나 신설합병의 경우에는 창립총회를 개최하여야 한다(상법 제527조). 회사의 경우 설립위원은 채권자 이의절차 등과 같은 모든 절차가 종료한 후 지체없이 창립총회를 소집하여 필요한 사항을 보고하여야 한다(제527조, 제603조). 그러나 1998년 개정상법에 의하면 신설합병의 경우에 창립총회는 보고총회의 경우와 마찬가지로 이사회에 공고로 갈음할 수 있게 되어 있으므로(상법 제527조 제4항), 노동조합 대표자는 합병에 관한 사항을 조합원에게 공지하는 것으로 이를 갈음할 수 있을 것이다. 만약 창립총회가 소집되는 경우에도 규약변경 등을 결의할 수 있으나, 이는 합병의 취지에 반하지 않는 범위 내에서의 변경만이 가능하다(상법 제527조 제2항).
- ⑤ 합병등기는 창립총회가 종결한 날(또는 창립총회에 갈음하는 대의원의 공고일로부터) 노조법 제28조 제1항에 따라 15일 이내에 행정관청에의 신고와 민법 제85조에 따라 3주 이내에 해산등기를 행하여야 한다. 그리고 신설되는 노동조합은 설립신고와 설립등기를 완료해야 하는데, 그 기간은 상법 제528조 제1항의 규정에 따라 2주 이내 노동조합 주소지에서 하여야 할 것이다.

#### 다. 노동조합 합병의 효과

회사 합병제도를 노동조합의 합병의 경우에 준용하는 견해에 의한다면, 합병의 효과에 대해서도 동일한 효과를 가져오게 된다. 그 주요 내용을 간추려 정리해 보면 다음과 같다.

① 소멸하는 노동조합에 일정한 재산이 있는 경우 합병의 결과 존속하는 노동조합(또는 신설하는 노동조합)으로 이전하게 된다. 이는 포괄적으로 승계되는 합병의 법리에 따라 이루어지는 것이기 때문에 개별적 이전행위가 없어도 승계되는 것이다.

② 소멸하는 노동조합의 조합원 지위는 존속 또는 신설된 노동조합의 조합원 신분으로 계속 유지된다. 이 때 새로이 취득하게 되는 조합원의 지위는 합병결의를 얻는 합병계약서에서 별도로 정한 바가 있으면 그에 의할 것이나, 별도로 약정한 바가 없거나 있다 하더라도 그것이 조합민주주의에 반하는 내용을 담고 있을 경우에는 제한되어 모두가 대등한 조합원의 지위를 취득하는 것으로 보아야 한다(1인1표 주의). 이 때 이전되는 조합원 지위는 합병 당사 노동조합과 조합원 사이의 관계에 한정된다.

③ 회사의 합병제도를 원용하여 노동조합의 합병을 설명하고 있는 견해(다수설)의 입장에 따르면 노동조합 합병의 효과로서 단체협약도 포괄적으로 승계되는 것으로 보고 있다. 따라서 관계당사자간에 별도의 합의가 없는 한 기존의 단체협약이 동일한 내용 그대로 존속하게 된다.

④ 노조 활동과 관련한 여러 합의사항이 있는 경우에는 이들도 포괄적 승계법리에 따라 존속하는 노동조합 내지 신설된 노동조합에서 계속적으로 유지되는 것으로 보아야 한다.

기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제

※ 노동조합의 신설합병시 상법 규정을 원용할 경우와 그렇지 않을 경우의 절차 및 효과 비교

	상법 규정의 준용시	상법 규정이 준용되지 않는 경우
절차	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆합병계약서 체결                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 합병 이후 새로운 노조의 조직 및 운영에 관한 구체적 내용을 가능한 한 모두 포함하는 계약서 작성</li> </ul> </li> <li>◆합병에 관한 일체의 내용 조합원에게 공지(노조법 제19조, 늦어도 1주일 전까지 공고)</li> <li>◆합병결의(노조법 제16조 제2항 단)                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 설립위원 선임 : 설립위원이 노동조합의 신설을 위한 제반사항을 공동으로 수행</li> </ul> </li> <li>◆노동조합 채권자 보호 절차</li> <li>◆창립총회의 개최</li> <li>◆합병등기                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 소멸하는 노동조합의 해산등기</li> <li>- 신설 노동조합의 설립등기</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆합병계약서 체결                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 합병 이후 새로운 노조의 조직 및 운영에 관한 구체적 내용을 가능한 한 모두 포함하는 계약서 작성</li> </ul> </li> <li>◆합병에 관한 일체의 내용 조합원에게 공고</li> <li>◆조합원총회 - 합병결의                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 신설될 노동조합 발기인(설립위원) 선출                                     <ul style="list-style-type: none"> <li>· 새로이 설립될 노동조합 규약 작성</li> <li>· 기타 행위 공동으로 수행</li> </ul> </li> <li>- 조합재산 이전</li> <li>- 단체협약 이전을 위한 삼면계약 체결</li> </ul> </li> <li>- 해산결의(합병결의로 같음)                             <ul style="list-style-type: none"> <li>· 신설 노조에의 가입을 위하여 집행부에게 각 개별조합원이 대리권 부여</li> <li>· 기존 노조에서 탈퇴와 동시에 신설 노조에 가입</li> </ul> </li> <li>◆노동조합 채권자 보호 절차</li> <li>◆기존노조 소멸 완료                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 신설노조 창립총회</li> <li>- 새로운 임원 구성</li> </ul> </li> <li>◆합병등기 -소멸노조, 신설노조</li> </ul>
효과	<ul style="list-style-type: none"> <li>●사원(조합원) 지위 - 별다른 절차 없이 합병행위로 조합원 지위 계속 유지</li> <li>●단체협약 승계 (다수설)</li> <li>●노조활동과 관련된 여러 합의사항 계속 유지</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆사원의 지위가 이전되기 위해서는 별도의 가입행위가 전제</li> <li>◆삼면계약으로 단체협약 효력 지속</li> <li>◆사용자의 동의(삼면계약)하에 합의사항 효력 계속 유지</li> </ul>



## VI. 구체적 사례연구

IMF에 긴급구제금융 신청과 더불어 우리나라는 경제위기를 맞이하였다. 그 여파로 1997년 말부터 1998년을 거쳐 1999년에 이르는 동안 우리나라에서도 많은 기업들의 변동이 초래되었다. 금융산업의 구조개선의 일환으로 시중 5개은행의 퇴출과 더불어 은행 및 제2금융권의 상호간의 합병, 현대자동차 및 기아자동차가 각각 관련사업부분을 함께 흡수·합병하였으며, 철도차량·우주항공산업·반도체 부분 등에서 각각 합병 또는 분할합병되는 사례를 심심찮게 접하였다. 이제 기업구조조정 과정에서 기업변동이 초래되는 경우란 자연스럽게 인식되기에 이르렀으며, 이와 같은 기업변동은 이제부터 본격적으로 전개될 것으로 전망된다.

이런 와중에 금융업 중 한빛은행 및 국민은행 그리고 자동차 제조업체로서 현대자동차 및 기아자동차의 기업구조조정 실태를 살펴보고 그에 대한 법적 평가를 분석하여 이론과 현실의 차이점을 살펴보고, 앞으로의 입법적 개선방향을 모색해 보고자 한다.

### 1. 하나은행

#### 가. 구조조정의 경과

충청은행은 1998년 6월 29일 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제14조 제2항의 규정에 따라 금융감독위원장으로부터 은행업무 정지처분과 동시에 하나은행으로의 계약이전 명령을 받았고, 이에 따라 하나은행은 충청은행을 ‘P&A(Purchases and Assumptions)’ 방식으로 강제 인수하였

다. ‘P&A’란 미국에서 통용하던 금융기관의 퇴출방식의 한 형태로서 공개입찰을 통해 선정된 인수은행이 도산은행의 모든 예금채무 및 일부 비예금채무를 인수하고 자산의 전부 또는 일부를 취득하는 것을 말하는데, 우리나라에서 행한 조치는 금융감독위원회가 부실은행의 재산관리인의 지위에서가 아니라 단지 행정처분 권한을 가진 행정기관으로서 부실은행에 대한 계약이전결정을 내리고 상대방 인수은행에 대해 계약이전 결정에 동의해 줄 것을 요구하는 공법상의 처분조치이었다.

그 후, 1999년 1월 1일 하나은행을 존속법인으로, 보람은행을 소멸법인으로 하여 보람은행과 함께 합병을 하였다. 이 때의 합병은 그 형식상은 흡수합병이었으나 사실상 대등한 관계에서 이루어진 신설합병을 실질을 가지고 있다. 하나은행과 보람은행 사이의 합병 과정을 구체적으로 살펴보면 1998년 7월 28일 합병전담팀을 발족하고, 보람은행은 8월말 300여명의 사원을 명예퇴직 형식으로, 하나은행은 9월 7일에 50여명의 사원을 희망퇴직 형식으로 인원감축을 실시한 후, 9월 8일 합병을 공식 발표하였다. 이때 인원감축, 경영진 구성, 합병은행의 등기 등과 합병비율은 1998년 6월 30일 현재의 순자산가치를 기준으로 하는 데에 이미 합의를 한 후, 10월 27일 합병계약을 체결하고 11월 27일 합병승인 주주총회를 거치게 되었다.

#### 나. 기업의 인수와 합병에 대한 효과분석

##### 1) 충청은행 인수의 경우

「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제14조에 따른 ‘계약이전 결정(P&A)’의 법적 효력에 관하여 1998년 9월 14일 개정된 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제14조의 2는 계약이전의 결정이 있는 경우 그 결정내용에 포함된 계약에 의한 부실금융기관의 권리와 의무는 그 결정이 있을 때에 계약이전을 받는 금융기관이 이를 승계하도록 하고 그 승계내용과 절차는

민법상 채무인수와 채권양도의 원리에 따르도록 규정하고 있다. 즉, 계약이전 결정의 명령이 있을 경우 사법상의 채권양도 및 채무인수의 효과가 발생함을 법정화한 것이다.

그러나 이러한 법규정이 마련되기 이전에 이루어진 6월 29일의 ‘계약이전 결정(P&A)’의 법적 효력에 대하여는 ① 계약이전의 결정명령을 받은 인수은행이 행정처분에 따른 피인수은행의 업무를 위탁받아 행하는 단순한 은행업무 대행의 법적 관계인 것인지, ② 피인수은행과 인수은행 사이의 예금계약의 채권 및 채무관계 이전만을 목적으로 하는 민법상 채권양도 및 채무인수로 볼 것인지, ③ 관계당사자가 고객과의 계약관계뿐만 아니라 회사의 자산까지 인수·인계하여 사업 자체를 양수하는 영업양도로 파악하여야 할 것인지가 문제되었고, 이에 따라 피인수은행의 근로자들의 근로관계가 인수은행에 승계되는지에 대한 노동법적 문제점이 발생되었다.

하나은행은 금감위의 계약이전의 결정명령에 따라 ‘자산 및 부채의 인수’ 방식으로 강제인수한 충청은행의 조직이나 사업을 별개의 독립사업본부 체제로 운영하고 있기는 하지만, 인수은행이 인수한 ‘우량자산 및 부채’란 사실상 고객관계의 전체를 의미하며, 하나은행은 인수받은 자산과 부채를 업무의 일관성을 유지하면서 사실상 계속적인 은행업으로 수행하고 있다. 이런 점에서 하나은행이 충청은행의 조직과 지점을 선별적으로 인수하여 영업행위를 계속하고 있으므로 사업의 일부를 양도받은 행위로 볼 수 있고, 이에 따라 충청은행의 사업의 조직적 일체가 하나은행으로 이전되어 근로관계가 원칙적으로 승계된다고 보아야 할 것이다. 다만, 충청은행은 금융위기로 인한 국제통화기금 관리체제하에서 경영부실로 인한 금융감독위원회의 영업정지조치(엄밀히 따진다면 BIS기준에 미달함으로 인한 금융부실에 따른 행정조치)를 받아 경영상의 위기에 빠진 사업체로 볼 수 있다. 따라서 이 사업양도는 경영악화 방지를 위한 사업의 양도로 볼 수 있으므로 경영상의 이유에 의한 해고의 유효요건(근기법 제31조 제1항 제2문)에 해당되어 사업의 일부 양도시에 충청은행 근로자들을 선별적으로 해고한 것은 정

당하다고 판단된다. 그리고 사업의 일부 양도의 효과로서 충청은행(피인수 은행) 근로자들의 기존의 근로조건이나 취업규칙 등은 유지되고 있는 상황이다. 이는 사업양도의 효과로서 당연한 것이다.

## 2) 보람은행과의 합병의 경우

### 가) 근로관계의 이전문제

회사합병의 경우에는 합병되는 회사의 모든 권리·의무가 그대로 존속회사 또는 신설회사에 법률상 당연히 포괄승계된다(상법 제235조, 제530조 제2항, 제603조). 그러므로 합병의 효과로서 (구)보람은행의 근로자들의 근로관계가 존속회사인 하나은행에 포괄적으로 승계된 사실은 법률과 법이론상 당연한 귀결이다.

### 나) 단체협약의 적용 문제

합병후 하나은행에는 (구)하나은행의 단체협약과 (구)보람은행의 단체협약이 병존하고 있다. 이는 “일반적으로 근로자를 그대로 승계하는 영업양도의 경우에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것으로 보아야 한다”(대판 1989. 5. 23, 88 누4508)고 하는 판례의 태도와 그 취지를 같이하는 것이다.

### 3) 취업규칙의 적용 문제

피합병회사에서 취업규칙의 적용을 받던 근로자들의 근로관계가 합병회사에게 승계된 경우에 취업규칙에 의하여 정하여진 근로조건은 근로관계의 내용으로서 합병회사에게 그대로 승계된다. 판례 또한 별다른 근거를 제시하고 있지는 않지만 취업규칙에 따른 근로조건을 이전을 인정하고 있다(대판 1997. 12. 26, 97다17575 등).

근로조건 중 우선 지급 및 급여 규정과 관련하여서는 (구)하나은행, (구)

보람은행 출신별로 별도로 종전 수준(1998년 기준)을 그대로 유지하고 있는데, 이는 판례나 학설의 태도와 다를 바 없어, 법리적으로 문제될 것이 없다.

다음으로 퇴직금지급 규정은 (구)하나은행노조와 (구)보람은행노조가 각각 존속회사인 하나은행과의 합의를 통하여 종전의 퇴직금누진제 규정을 폐지하고 퇴직금단수지급 규정으로 개정하였고, 합병은행 출범일 하루전인 1998년 12월 31일까지의 퇴직금을 모든 근로자에게 지급하고 합병(1999년 1월 1일) 후 퇴직할 경우 퇴직금과 관련하여서는 합병 전의 근로연수는 퇴직금 산정을 위한 계속근로연수에 산입하지 않기로 합의하였다(하나은행에서는 이를 ‘퇴직후 재입사방식’이라고 표현함). 퇴직금지급 규정과 관련한 이러한 두 사례는 취업규칙상의 불이익 변경에 해당하는데, 불이익 변경이 효력을 가지려면 근로자 과반수를 대표하는 노조의 동의를 얻어야 한다(근기법 제97조 제1항 단서. 특히 퇴직금 산정을 위한 계속근로연수 미산입 문제와 관련하여서는 대판 1991.11.12, 91다12806 참고). 이 사례에서 각각의 노조는 각 은행의 근로자의 과반수를 대표하는 노조에 해당하므로 취업규칙의 불이익 변경의 효력과 관련하여 아무런 문제가 없다고 판단된다.

세 번째 연차휴가일수 산정과 관련하여 (구)하나은행과 (구)보람은행 사이에 평균연차휴가 기본일수의 차이가 있어 각 노조와 사용자 사이의 합의 하에 합병 후(퇴직후 재입사방식을 통하여) 전체 근로자의 연차휴가를 다시 통합된 기본일수로부터 시작하도록 하였다. 이 또한 취업규칙의 불이익 변경에 해당하지만, 그 유효요건을 충족하므로(노조의 동의) 문제될 여지가 없다.

마지막으로 복리후생과 관련하여 두 은행 중 유리한 (구)하나은행의 취업규칙상의 복리후생 규정을 적용하였는데, 이는 당연히 근로자보호의 관점에서 매우 유리한 적용이라 본다.

#### 4) 노동조합의 승계 문제

회사 합병의 경우 해산된 회사의 노동조합은 존속회사 또는 신설회사에 그대로 존속하게 된다는 것이 판례의 태도이다(대판 1992. 5. 12, 90누 9421). 하나은행의 경우 합병일(1999년 1월 1일)로부터 1999년 3월 18일까지 (구)하나은행노조와 (구)보람은행노조가 병존하다가 3월 19일 각 노조대의원대회에서 노조 통합을 결정하여 공동위원장 형식의 집행부를 구성하였고, 동년 6월 통합노조 총회에서 단일노조로 조직을 변경하고 노조집행부를 선출하여 현재에 이르고 있다.

## 2. 국민은행

### 가. 구조조정의 경과

대동은행은 1998년 6월 29일 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제14조 제2항의 규정에 따라 금융감독위원장에서부터 은행업무 정지처분과 동시에 국민은행으로의 계약이전 명령을 받았고, 이에 따라 국민은행은 대동은행을 'P&A(Purchases and Assumptions)' 방식으로 강제 인수하였다.

그 후, 1998년 9월 11일 국민은행과 장기신용은행이 합병하기로 발표하고 양해각서를 교환하였다. 이 때 합병비율은 주식가격을 기준으로 하며 합병은행의 등기는 국민은행의 등기를 이용하기로 하였다. 국민은행과 장기신용은행의 합병은 그 형식이나 실질상 국민은행의 장기신용은행에 대한 흡수합병이라고 할 수 있다. 그 합병 과정을 구체적으로 살펴보면 1998년 9월 16일 합병추진위원회 및 실무팀을 구성하고, 9월 29일 두 은행 사이에 합병계약을 체결하였다. 이어서 동년 10월 31일 합병승인 주주총회를 개최하고 12월 31일을 합병기일로 하여 재경원으로부터 합병인가 승인을 받은 뒤, 1999년 1월 4일 합병등기를 마치게 되었다.

## 나. 기업인수와 합병에 대한 효과분석

### 1) 대동은행 인수의 경우

대동은행으로부터 국민은행으로의 1998년 6월 29일 ‘계약이전 결정(P&A)’의 법적 효력에 대하여는 위의 하나은행의 충청은행 강제인수의 경우와 마찬가지로 대동은행의 근로자들에 대한 국민은행의 고용승계 문제와 관련하여 동일한 노동법적 문제점이 발생되었다.

국민은행은 금감위의 계약이전 결정명령에 따라 ‘자산 및 부채의 인수’방식으로 강제인수한 대동은행의 조직이나 사업을 흡수하고 대동은행의 근로자들을 개별채용 형식으로 선별채용하였다. 이 경우 형식적으로는 민법상의 채권양도 및 채무인수라 할 수 있지만, 실질적인 법률관계의 성질상 대동은행의 사업 요소인 인적 물적 조직이 일체로 국민은행으로 이전되었다고 보아야 할 것이고, 따라서 결국 실질적인 사업양도에 다름 아니라 할 것이다. 그러므로 대동은행 근로자들의 근로관계가 원칙적으로 국민은행에 승계된다고 보아야 할 것이지만, 대동은행 역시 충청은행의 경우와 마찬가지로 경영부실로 인한 금융감독위원회의 영업정지조치(엄밀히 따진다면 BIS기준에 미달함으로 인한 금융부실에 따른 행정조치)를 받아 경영상의 위기에 빠진 사업체로 볼 수 있다. 따라서 이 경우의 사업양도도 경영악화방지를 위한 사업의 양도이므로 국민은행이 개별채용 형식으로 대동은행근로자들을 선별적으로 해고한 것은 경영상의 이유에 의한 해고의 유효요건(근기법 제31조 제1항 제2문)을 갖춘 정당한 해고라고 판단된다.

### 2) 장기신용은행에 대한 흡수합병의 경우

#### 가) 근로관계의 이전 문제

회사합병의 경우에는 합병되는 회사의 모든 권리·의무가 그대로 존속회

사 또는 신설회사에 법률상 당연히 포괄승계되므로(상법 제235조, 제530조 제2항, 제603조) 합병의 효과로서 (구)장기신용은행의 근로자들의 근로관계는 국민은행에 포괄적으로 승계되었고, 이러한 사실은 법률과 법이론상 당연하다.

#### 나) 노동조합의 승계와 단체협약의 적용 문제

합병당시(1998년 12월 31일) (구)장기신용은행노조는 스스로 이미 해산을 결정하고 1월 4일 행정관청에 해산절차를 밟음으로서 소멸하였고, 그 효과로서 (구)장기신용은행노조와 사용자(구장기신용은행)간에 체결한 단체협약은 당연히 소멸하였으며 (구)장기신용은행에 존재했던 단체협약의 국민은행에의 이전 문제는 발생하지 않았다. 따라서 현재 국민은행에는 하나의 노조만이 존재하고 있고, 단체협약은 (구)국민은행노조가 체결한 단체협약만이 존재하고 있을 뿐이다.

#### 다) 취업규칙의 적용 문제

근로조건 중 첫째로, 국민은행과 장기신용은행의 합병시 대두된 가장 큰 문제점이자 합병후 노사대립의 쟁점이었던 ‘직급 및 직위 규정’은 (구)국민은행과 장기신용은행의 중간에 해당하는 제3의 기준으로 변경하였다. 상대적으로 높은 수준에 있었던 장기신용은행 근로자들의 직급과 직위는 하향 조정하고 (구)국민은행 근로자들의 그것은 상향 조정하였던 것이다((구)국민은행과 장기신용은행 사이의 근로조건의 차이에 관하여는 <표 VI->~<표VI-3> 참조.



기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제

<표 VI-1> 직급별 평균 총근속기간

(단위: 년)

구분	1급	2급	3급	4급	5급 (5급중견)	6급 (5급행원)	별정·사무	계
국민은행	28.3	27.6	22.5	15.6	8.9	2.8	13.9	12.5
장기신용은행	19.7	17.3	11.5	7.5	3.8	5.2	15.1	7.4

<표 VI-2> 직급별 평균 승진소요연수

(단위: 년/개월)

구분		2급 → 1급	3급 → 2급	4급 → 3급	5급 → 4급
1998	국민	8/7	8/0	11/4	7/9
	장기	5/5	5/7	5/5	4/1
1997	국민	8/1	6/8	11/3	7/5
	장기	4/11	4/10	4/9	3/10
1996	국민	8/2	7/2	11/3	7/0
	장기	4/8	4/10	4/9	3/11

주) 장기은행은 호봉을 연수로 환산조정한 수치임(균필기준)

<표 VI-3> 근속기간별 보수비교

(급여단위: 만원)

근속 연수	국민은행				장기신용은행				연봉대비	
	직급	직위	호봉	연봉	직급	직위	호봉	연봉	금액	비율
30년	1급	부점장	42	7,667	1급	부점장	10	10,016	2,349	130.6%
25년	2급	부지점장	37	6,255	1급	부점장	6	9,610	3,355	153.6%
20년	3급	차장	32	5,317	1급	부점장	1	8,729	3,412	164.2%
15년	4급	과장	27	4,564	2급	차장	1	7,518	2,954	164.7%
10년	4급	대리	22	3,835	3급	과장	1	6,133	2,298	159.9%
5년	5급	행원	17	2,907	4급	대리	1	4,792	1,885	164.8%

주: 근속기간별 직급·직위는 대졸 균필자 입행기준으로 경력기간을 감안한 경우의 비교

구체적인 예를 살펴보면, 승진연한과 관련하여 (구)국민은행의 5급 직원이 4급으로 승진하는 데 평균적으로 소요되는 기간을 종래의 5년에서 3년으로, 4급 대리에서 4급 과장으로의 승급연한을 종래 4년에서 3년으로 단축하였다. 한편 장기신용은행의 근로자들은 직급과 직위를 분리하여 직급은 유지하고 직위는 일부 하향 조정하였는데, 예를 들면 차장을 과장으로 하향 조정하였다.(1999년 2월 11일 현재까지의 장기신용은행출신 근로자들에 관한 직위조정 현황 및 직급별 인원 현황에 대하여는 표 VI-4 및 표 VI-5를 참조)

<표 VI-4> 장은출신 직원 직위조정 현황

(1999년 1월 29일 현재)

조정전	조정후	조정인원
2급 점포장급	부지점장	5명
2급 부지점장	차장	8명
3급 차장	과장	44명

<표 VI-5> 장은출신 직원 직급별 인원 현황

(1999년 2월 11일 현재)

구분	1급	2급	3급	4급	5급	6급	별정직	계
인원수	29	53	65	195	324	61	11	738

노동법적인 관점에서 문제되는 점은 장기신용은행 출신 근로자들의 직위의 하향 조정이라 할 수 있다. 이것은 취업규칙상의 근로조건의 불이익 변경에 해당하므로 장기신용은행 근로자들의 동의를 얻어야 유효한데, 동의 여부에 대한 사실관계는 확인된 바 없다.

다음으로 퇴직금지급 규정과 관련하여 보면 존속회사인 국민은행과 근로자들 사이의 합의하에 (구)국민은행과 장기신용은행의 중간수준 정도의 퇴

직금누진제 규정을 마련하였으며(이것은 장기신용은행 출신의 근로자들에 대하여는 불리한 퇴직금누진제 규정으로의 개정이었음), 합병기일(1998년 12월 31일) 바로 전에 장기신용은행의 근로자 전원이 퇴직금을 중간정산하여 지급받았다. 따라서 이들의 경우는 취업규칙의 불이익 변경에 관한 법적 문제가 발생하며, 그 유효성이 검토되어야 할 것이다.

### 3. 한빛은행

#### 가. 구조조정의 경과

상업은행과 한일은행은 각각 1998년 2월 26일 1997년말 기준 BIS 자기 자본비율 8% 미달로 금융감독위원회로부터 경영개선 권고를 받고, 동년 6월 29일에는 경영정상화 계획에 대한 조건부 승인을 받게 되었다. 그리하여 상업은행과 한일은행은 경영정상화 및 구조개선을 위하여 서로간에 합병계약을 추진하다가 드디어 1998년 8월 24일 합병에 합의하고 합병계약 체결 및 합병계약서를 작성한 뒤, 1999년 1월 1일 상업은행과 한일은행을 소멸법인으로, 한빛은행을 신설법인으로 신설합병을 하였다.

#### 나. 기업인수와 합병에 대한 효과분석

##### 1) 근로관계의 이전 문제

회사합병의 경우에는 합병되는 회사의 모든 권리·의무가 그대로 존속회사 또는 신설회사에 법률상 당연히 포괄승계된다(상법 제235조, 제530조 제2항, 제603조). 따라서 합병의 법률적 효과로서 한일은행과 상업은행의 근로자들의 근로관계는 신설회사인 한빛은행에 포괄적으로 승계되었다.

## 2) 단체협약의 적용 문제

합병회사인 한빛은행에는 (구)한일은행의 단체협약과 (구)상업은행의 단체협약이 병존하고 있었다. 회사 합병으로 인한 단체협약의 병존은 앞의 하은행의 경우와 마찬가지로 법리가 적용된다. 그러나, 현재는 시중은행 공동단체교섭(1999. 4. 13 ~ 7. 23)의 타결과 함께 합병 전의 상업은행과 한일은행의 단체협약을 폐지하고 1999년 9월 6일에 한빛은행 사용자와 체결한 하나의 단체협약이 존재하고 있다.

## 3) 취업규칙의 적용문제

근로조건 중 우선 직급 및 급여 규정과 관련하여서는 1999년 3월 21일 상업은행의 단일호봉제와 한일은행의 직급별 호봉제를, 신설된 합병회사인 한빛은행에서는 직급별 호봉제로 통합하였다. 이와 함께 3급 이상 근로자들에 대한 연봉제 실시를 추진하였으나 이에 대하여는 노동조합의 동의를 얻지 못하여 그 실시가 연기되었고, 그 대신 1999년 7월 27일 3급 이상 근로자들과 개별적 성과급 계약(1년 단위)을 체결한 실정이다.

다음으로 퇴직금지급과 관련하여서는 퇴직금 단순제를 도입하기 위한 준비로서 1999년 2월 27일 근로자 중 희망자(3급 이상 근로자 전원과 4급 이하 근로자 중 34%가 신청하여 전체근로자에 대한 비율은 총 41%)에 한하여 퇴직금 중간정산을 실시하였는데, 이는 근로기준법 제34조 제2항의 요건(근로자의 의사가 있는 경우에 한하는 것)을 충족하므로 정당한 중간정산의 실시였다.

## 4) 노동조합의 승계 문제

회사 합병의 경우 해산된 회사의 노동조합은 존속회사 또는 신설회사에

그대로 존속하게 된다는 것이 판례의 태도이다(대판 1992. 5. 12, 90누 9421). 한빛은행의 경우 합병일( 1999년 1월 1일)로부터 1999년 12월 31일 까지 (구)상업은행노조와 (구)한일은행노조가 병존하다가 1999년 9월 10일 양 노동조합이 노조 통합에 관하여 합의하고, 11월 19일 각 노조별 대의원 대회에서 노조 통합을 승인한 후 연합대의원대회에서 통합노동조합 규약 승인 및 지도부를 구성하였으며, 2000년 1월 1일 한빛은행노동조합(통합노조)로 출범한 실정이다.

## VII. 맺음말

기업변동에 따른 노동법적 문제, 그 중에서도 집단적 노사관계의 문제는 아직 학계나 판례에서도 방향성이 제대로 갖추어져 있지 않다. 이는 우리나라의 노사관계가 성장일변도였던 경제환경에 힘입어 지금과 같은 침체기에 몰아닥칠 여러 법적 문제에 대해서 관심을 기울일 필요(?)가 적었다. 그러나 기업 구조조정에 따른 노동법적 문제에 대한 심도있는 분석과 해결방안의 필요성은 이미 오래 전부터 요청되었던 분야였다. 그럼에도 불구하고 노동법과 관련한 그간의 대부분의 논의는 정치적 이해와 명분에 얽매어 이루어져 왔고, 정작 필요한 이러한 부분에 대한 진지한 연구는 등한시되어 왔던 것이다. 그 결과 기업을 중심으로 전개되는 상사법 관련 법제도의 개정 시에 노동법적인 관점은 함께 고려되지도 못하였을 뿐만 아니라 후속 작업으로서의 노동법의 정비도 이루어지지 못하였다.

기업변동에 따른 노동법적인 문제는 기업이라는 동일한 대상을 두고 상법적 관점과 노동법적 관점이 서로 교차되는 지점에 서 있다. 양 법영역이 통합적으로 다루어지지 않는 이상 상사 제도의 개정에 따라 발생될 수 있는 노동법적인 문제 해결을 위한 제도의 정비가 신속히 이루어짐이 마땅하다. 기업변동에 따른 집단적 노사관계의 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 다음과 같은 입법적 개선이 시급히 이루어져야 할 것이다.

첫째, 노동조합의 조직변동과 관련해서는 노조법에서 노동조합의 합병과 분할 및 조직변경에 관한 규정을 두면서도 그 절차 및 법률효과에 관한 입법규정을 두지 않음으로 인해 오히려 해석상의 혼란을 야기하는 것은 시정되어야 한다. 즉, 노동조합이 가지는 공공적 성격으로부터 일반 사단과 구별하여 이들에 대하여도 기업변동에 상응하여 신속한 조직변동을 가질 수

있는 입법적 장치를 갖추게 해주는 것이 필요하다.

둘째, 기업변동으로 말미암아 복수노조가 병존하게 되는 경우를 대비한 입법적 보완조치를 갖추는 것이 필요하다. 이는 교섭창구 단일화 방안의 선상에서 접근할 수도 있을 것이다.

셋째, 기업변동에 따른 단체협약의 승계 여부를 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다. 이러한 해결방안은 기존의 단체협약으로 규율받던 근로조건을 일정기간 보장해 주는 입법적 방안이 될 것이다.

넷째, 취업규칙 제도에 대한 근본적이고도 체계적인 손질이 이루어지는 것이 필요하다. 이는 노사협의회의 독자적인 기능 제고의 측면에서도 필요할 뿐만 아니라 사용자의 일방적인 우월한 지위를 계속 인정하는 것은 변화된 현대의 관념에 적합하지 않으며, 이를 통해 기업 내부의 합리적인 질서형성과 정착이 가능하게 될 것이다.

다섯째, 노사협정에 대한 법적 효력 및 그의 지위를 명확하게 해주는 입법적 조치가 필요하다. 그리고 이는 장기적인 관점에서 노사협의회의 기능으로 일원화하는 것이 바람직하다.

여섯째, 기업변동시 발생하는 집단적 노사관계의 문제는 비단 집단적 노사관계의 고유한 문제로 한정되는 것이 아니다. 집단적 노사관계의 문제를 원활히 해결하기 위한 선결조건으로 개별적 근로관계 측면에서의 사항들, 예컨대, 영업양도의 개념정립 및 그 효과, 근로관계 승계시 승계의 의미와 내용에 대한 구체화 등이 병행하여 갖추어지는 것이 필요하다.

일곱째, 경영상 해고(정리해고)의 요건에 관한 새로운 이해와 운용이 필요하다. 크게 보아 기업변동시 제기되는 두 개의 문제 중 하나는 고용조정과 관련되어 있다. 그러나 법적으로 볼 때 기업변동에 관한 법리는 고용조정과는 구별되는 독자적인 제도이다. 따라서 기업변동시에 발생하는 고용조정은 어디까지나 경영상 해고법리의 문제로서 해결하면서 기업변동의 법리에서 분리시키는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 경영상 해고의 실질적 요건인 긴박한 경영상의 필요에 대해서는 기업경영의 흑자 또는 적자에 초점

을 둘 것이 아니라, 기업내에 잉여노동력에 판단기준을 두는 것이 바람직하다. 이러한 의미의 전환은 입법론적 개선보다는 판례가 입장을 변경함으로써 이를 수 있을 것이다.