

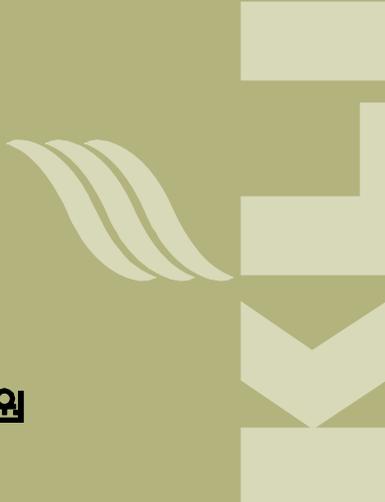
연구보고서 2012-03

아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안

www.kli.re.kr

김기선 · 전형배 · 최석환

한국노동연구원



책머리에 부쳐

아웃소싱이라는 단어가 여러 사람의 입에서 회자되면서 이제 아웃소싱은 우리에게 그리 낯설지 않은 말이 되었다. 인터넷 포털사이트나 인터넷 서점에서 아웃소싱이라는 단어를 검색하면 이와 관련된 정보를 그리 어렵지 않게 찾을 수 있다. 이들 자료를 보고 있노라면 ‘아웃소싱을 권하는 사회’가 된 듯하다. 글로벌경쟁시대의 승자가 되기 위해서는 아웃소싱을 해야 한다는 책들로 넘쳐난다. 이들 책들은 아웃소싱이 왜 필요한지를 역설하고, 외국의 글로벌기업, 국내 기업의 실제 사례를 들어가며 성공적인 아웃소싱이 되기 위한 효과적 전략수립을 조언한다.

아웃소싱에 대한 기존의 연구는 기업경영의 효율성 내지 합리성이라는 관점에서 아웃소싱의 효과를 분석하는 연구가 주를 이루었다. 아웃소싱에 쏟아진 관심과 비교할 때, 지금까지 아웃소싱으로 인한 고용변동의 문제는 깊이 조명되지 못한 측면이 있다. 아웃소싱에는 고용관계의 변동이라는 문제가 뒤따른다. 실제 우리 사회에서는 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경 과정에서 고용관계를 두고 계속적으로 분쟁이 발생하고 있다. 아웃소싱으로 인한 고용관계의 변동문제를 규율하는 제도적 장치가 갖춰져 있지 않은 탓에, 이들 분쟁은 노사분쟁이 장기화되고 사회적 이목을 얻게 된 후에야 당사자들의 합의로 겨우 마무리되는 경우가 적지 않다.

본 연구에서는 이를 고려하여 아웃소싱으로 인한 고용관계의 변동문제

를 규율할 수 있는 정책적 방안을 모색하고자 하였다. 이에 따라 본 보고서에서는 법률적 측면에서 현재의 법리로는 아웃소싱으로 인한 고용변동의 문제를 규율하는 데 한계가 있음을 지적하는 한편, 외국에서는 이러한 문제에 대해 어떠한 정책적 대응을 하였고 성과는 어떠했는지, 외국의 입법례가 우리에게 주는 정책적 시사점은 무엇인지를 살펴보고자 하였다.

본 보고서는 본원 김기선 박사의 책임하에 강원대 전형배 교수와 서울대 법학연구소 최석환 박사에 의해 수행되었고, 한양대 강성태 교수와 이화여대 도재형 교수는 연구수행에 있어 유익한 조언을 해 주었다. 또한 손지희 주임연구조원은 연구보고서의 진행과정에서 힘든 일을 성실히 지원해 주었으며, 정철 출판팀장은 출판과정에서 세심한 배려와 정성으로 원고의 편집과 교정을 맡아 주었다. 본 연구와 관련된 모든 분들께 깊이 감사드린다.

마지막으로 본 연구보고서에 수록된 내용은 저자들의 개인 의견이며, 본원의 공식 견해와 다를 수 있음을 밝혀 둔다.

2012년 12월

한국노동연구원

원장 이 인 재

목 차

책머리에 부쳐

요 약 i

제1장 서 론 (김기선) 1

제2장 아웃소싱과 고용관계에 대한 현행 해석론 .. (김기선) 4

1. 고용관계는 이전되는가? 4
2. 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경에 따른
고용관계의 종료 14
3. 입법론적 논의의 필요성 20

제3장 유럽연합의 아웃소싱과 고용관계에 관한 법제와

해석론 (전형배) 22

1. 입법지침의 입안 경위 22
2. 입법지침의 기본적 내용 23
3. 입법지침에 대한 유럽법원의 판결과 분석 30
4. 고용승계 후의 근로조건의 변경 39
5. 유럽연합의 입법지침과 유럽법원의 해석론의 시사점 41

제4장 영국의 아웃소싱과 고용관계에 관한 법제와 해석론

..... (전형배) 45

1. 사업이전(고용보호)명령의 도입과 해석론 45
2. 사업이전(고용보호)명령의 2006년 개정 57
3. 고용승계 후의 근로조건 66
4. 영국의 입법과 영국법원의 해석론의 시사점 68

제5장 일본에서의 업무위탁과 고용관계의 규제 … (최석환) …	72
1. 도입	72
2. 현황 및 개념의 확정	73
3. 기존의 규제와 문제점	77
4. 정책적 대안	86
5. 결어	96
제6장 결 론	(김기선) … 99
참고문헌	107
[부록 1] 19대 국회에 제출된 근로기준법 개정안의 내용 …	111
[부록 2] 기업·사업 또는 기업·사업의 일부 이전 시 근로자의 권리 보호에 관한 회원국 법제의 접근에 관한 유럽연합이사회 지침 2001/23/EC (사업이전 시 근로자보호지침)	113
[부록 3] 영국의 2006년 사업이전(고용보호) 명령	121
[부록 4] 사업조직 재편 시의 근로자 보호에 관한 법률안 요강(안)	135

요약

흔히 아웃소싱(outsourcing)은 기업이 기존에 직접 근로자를 고용하여 처리하던 업무나 기능을 도급 또는 위임 계약의 형식으로 외부 업체에 맡겨 이를 수행하도록 하는 경영방식을 일컫는다. 아웃소싱은 기존에 이루어지고 있었는지 여부에 따라 기업이 그 업무나 기능을 외부 업체에 처음 위탁하는 경우(아웃소싱으로의 전환)와 이미 외부 업체에 의해 처리되던 업무를 다른 업체로 변경하는 경우(아웃소싱 업체의 변경)로 구분할 수 있다.

우리나라의 경우, IMF 경제위기를 전후하여 아웃소싱이 현대적 경영기법으로 확산되었으며, 이 중에서도 외주, 용역, 사내하청, 위탁 등의 이름으로 한 ‘노무도급’ 형태의 아웃소싱이 널리 활용되고 있다. 본 연구는 적법한 도급 또는 위임 계약의 틀 내에서 이루어지는 아웃소싱을 둘러싼 고용관계의 문제를 다룬다. 아웃소싱에는 필연적으로 고용과 관련된 문제가 수반될 수밖에 없다. 기업이 아웃소싱을 결정한 경우 대부분이 기존 업무의 폐지와 더불어 이에 종사하던 근로자에 대한 고용관계의 종료가 뒤따른다. 이는 위탁받은 아웃소싱 업체가 변경되는 경우에도 그러하다. 계약기간 만료 등으로 아웃소싱 업체가 교체되는 경우 기존 아웃소싱 업체는 폐업하고 새로 위탁받은 업체가 기존 업체 소속 근로자를 인수하지 않거나 일부만을 인수함으로써 고용관계가 종료되는 경우가 드물지 않게 일어난다. 특히 청소, 경비, 시설관리, 제조업의 사내하청 등 아웃소싱을 받은 노무공급 업체의 물적 자산이 거의 없고 대부분 근로자의 노동력에 의존하는 노동집약적인 사업 분야에서는 아웃소싱이 인건비 삭감을 목적으로 이루어지기 때문에, 단가를 낮출 목적으로 아웃소싱 업체를 교체하는 경우 기존보다 낮은 단가로 아웃소싱 받은 업체는 기존 업체

소속 근로자에게 저하된 근로조건을 제시하고 이에 동의하는 근로자에게만 고용을 보장하고 이에 동의하지 않는 근로자를 재고용에서 배제시키는 경우가 적지 않다. 또한 청소 등 노동집약적 업무의 경우 일반적으로 임금이 최저수준에 달할 정도로 열악한 경우가 많아서, 이들 근로자들이 근로조건 개선을 위해 노조를 결성하는 등 집단적 행동을 하는 경우 노동3권을 무력화시키기 위해 기존 아웃소싱 업체와의 계약을 해지하고 새로운 업체를 선정하여 노조활동에 적극적인 근로자를 제외하는 근로자에 대한 선별적 고용이 이루어지기도 한다. 이에 따라 아웃소싱에 따른 업체 선정 및 아웃소싱 업체의 변경을 둘러싸고 고용관계와 관련한 분쟁이 자주 발생하고 있다.

이러한 분쟁이 계속적으로 발생하는 이유는 이를 규율하는 법적·제도적 장치가 마련되어 있지 않기 때문이다. 이에 본 연구의 목적은 아웃소싱을 둘러싸고 발생하는 고용관계의 변동 문제를 해결할 수 있는 방안을 찾는 데 있다. 이러한 목적하에 본 연구는 다음과 같은 내용으로 이루어졌다. 제2장에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화에 대한 판례 법리를 살펴보고, 법 해석론적 관점에서의 문제해결이 가능한지를 검토하였다. 이후에는 비교법적 검토를 통해 다른 나라에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 문제를 어떻게 해결하고 있는지를 살펴보고 시사점을 도출하였다. 제3장에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화를 둘러싼 유럽연합 차원의 규율 및 이에 대한 해석을 살펴보았다. 제4장에서는 아웃소싱으로 인한 고용관계의 변동 문제를 입법에 의해 적극적으로 해결하고 있는 영국의 사례를 살펴보았다. 제5장에서는 법 규정에서 우리와 유사한 일본의 경우에는 이에 대해 어떠한 논의가 있는지를 검토하였다. 끝으로 제6장에서는 이상의 논의를 요약하고, 아웃소싱과 고용관계의 문제를 해결할 수 있는 적절한 대안을 제시하고자 하였다.

이를 요약하면 다음과 같다. 유럽연합을 비롯한 여러 나라에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화에 적절히 대처하기 위해 이에 관한 입법과 해석 법리를 오래 전부터 전개해 왔는데 이에 상당 부분

그 성과가 축적되어 있고 이는 합리적인 법적 규율의 중요한 토대가 되었다. 유럽연합은 1977년 입법지침을 통하여 기업변동에 따른 고용안정과 근로조건의 보호에 관한 법제를 도입하였고, 30여 년 전에 만들어진 법제의 틀은 지금까지도 유효하게 유지되고 있다. 1997년 입법지침은 사업이전이라는 개념을 통하여 기업변동의 다양한 유형을 규율하려고 시도하였고, 이는 유럽법원의 판례에 의하여 상당 부분 그 목적이 성취되었다고 평가할 수 있다. 특히 본 연구의 중심 주제인 아웃소싱과 고용관계에 관해서도 유럽법원은 사업이전의 개념을 매우 유연하게 해석하여 개별 사안의 거래 형태에 따라 고용이나 근로조건이 근로자에게 불이익하게 종결되거나 변경되지 않도록 하는 해석론을 꾸준히 유지하고 있다는 것이 큰 특징이라고 할 수 있다. 이에 따라 명확한 입법 규정이 없음에도 불구하고 아웃소싱과 인소싱 및 아웃소싱 업체의 변경 등에 대하여 널리 사업이전이라는 개념을 적용하고 이에 따라 입법지침이 규정한 법률 효과를 부여하고 있다. 한편 유럽연합은 1998년 입법지침을 개정하여 유럽법원 판례의 성과를 입법적으로 반영하고, 아울러 기업 도산에 따른 근로관계를 보다 명확하게 규율하기 위하여 관련 규정을 도입하였다. 그리고 기업변동에 따른 근로자의 알권리나 참여권을 보장하기 위한 각종 장치들을 정비하여 사용자의 경영상 판단에 따라 이루어지는 기업변동에서 근로자들이 소외되고 그 결과 근로자들의 이익이 불합리하게 희생되지 않도록 고려하고 있다.

이상과 같은 유럽연합의 입법지침과 해석론은 사업이전에 관하여 명확한 입법적 규율이 없는 우리나라의 현실에서는 시사점이 크다. 무엇보다 사업이전이라는 개념을 매우 유연하게 해석하여 다양한 형태의 사업변동을 포섭시키고, 이에 따라 근로관계의 존속과 근로조건의 유지를 보호한다는 점이 강조될 수 있다. 우리나라의 판례가 계약 법리에 기초한 영업양도 개념을 중심으로 기업변동을 규율하고, 이에 따라 근로관계의 승계나 근로조건의 내용을 결정하면서 사용자의 경영상 편의를 크게 고려한다는 점과 큰 대조를 이룬다고 할 수

있다. 그러나 유럽법원의 판례는 기업변동에 따른 근로관계를 규율하는 논리를 종전의 계약법 법리에 전적으로 의존시킬 필요가 없다는 점을 잘 설명하고 있다. 그렇다면 상법의 영업양도 법리는 영업양도 계약을 전제로 하는 본래의 의미의 ‘영업양도’와 회사의 채권자를 보호하기 위한 영역에서 작동하는 것으로 하고, 영업양도를 포괄하는 사업이전에 따른 근로관계를 규율하는 법리는 유럽법원의 판례와 같이 노동보호의 입장을 적절히 고려한 해석론으로 전환할 필요가 있다고 하겠다.

영국은 아웃소싱과 관련한 고용승계 혹은 근로조건의 유지 문제에 관하여 2006년 이전까지는 1981년 사업이전(고용보호)명령에 규정된 사업이전이라는 개념을 유연하게 해석하여 해결해 오다가 2006년 개정을 통해서 아웃소싱의 여러 형태를 모두 사업이전의 개념에 포섭시키는 명문의 입법인 용역 제공자의 변경을 도입하였다. 이를 통해 종전에 노동집중형 혹은 자산집중형이냐에 사업이전의 성립 여부를 검토하는 기준의 혼선을 정리함으로써 대부분의 아웃소싱을 사업이전으로 보아 근로관계의 승계를 인정하게 되었다. 다만, 아웃소싱 업체의 변경 중 종전에 한 개의 아웃소싱 업체가 수행하던 업무를 복수의 아웃소싱 업체가 담당하게 되는 경우에는 아직까지 판례상 모호한 점이 남아 있고, 이에 대해서는 향후 영국법원의 판례법 정립 과정을 주의 깊게 지켜 볼 필요가 있다. 한편, 우리나라 대법원의 판례 법리는 아직까지 아웃소싱의 사업이전에 따라 근로관계가 승계되는지를 검토할 때, 아웃소싱 당사자 간 의사의 합치라는 계약법적 법리를 중시하여 결론적으로 근로관계의 승계를 부인하는 태도를 취하고 있다. 그러나 아웃소싱, 그 중에서 아웃소싱 업체 변경의 실체를 살펴보면, 이것은 일반적인 영업양도와는 달리 아웃소싱을 주는 사용자의 의사에 따라 아웃소싱 업체가 일방적으로 변경되는 것이어서 아웃소싱을 받는 업체 간에 의사의 합치라는 개념을 설정하기 매우 어렵다. 영국의 판례는 앞서 언급한 것처럼 용역 제공자의 변경 조항이 사업이전(고용보호) 명령에 삽입되기 이전부터 이 문제를 동일한

경제적 실체가 사업의 이전을 전후하여 계속 존재하는지를 중심으로 파악하여 아웃소싱을 받은 사업자 간의 의사의 합치에 큰 비중을 두어 판단하지 않았다. 이에 따라 근로자들의 고용보장과 불필요한 분쟁을 상당수 방지하는 효과를 가져왔다. 그런데 여기서 더 나아가 용역 제공자의 변경이라는 규정을 두어 아웃소싱 업체의 변경에도 원칙적으로 근로관계가 새로운 사용자에게 승계되도록 하는 규정을 신설했다. 이는 유럽연합의 입법지침이 규정한 동일한 경제적 실체라고 하는 표지를 해석하면서 생기는 불분명한 요소를 제거하고 근로자들의 고용을 보다 강하게 보장하는 법적·정책적 입장을 분명히 한 것이라고 생각된다. 그렇다면 우리나라도 이러한 EU와 영국의 입법론과 해석론을 전향적으로 고려하여 아웃소싱을 통한 사업의 이전에 관해서는 당사자 간의 의사합치라는 현실에 맞지 않는 전통적 기준을 완화하여 사업 내용의 동일성을 기준으로 근로관계의 승계를 인정하는 입법을 적극적으로 고려하여 볼 수 있을 것이다.

현재 일본에서는 아웃소싱에서 발생할 수 있는 고용조건, 근로조건 승계에 대해 사업이전의 법리를 도입하는 식의 입법론적 대응은 이루어지고 있지 않다. 따라서 아웃소싱으로의 전환에 대해서는 분사화(分社化)라는 이름으로 사업의 일부 양도 등의 법리가 적용되는 것이 일반적이다. 그리고 이 경우 사업양도에 의한 특정 승계의 결과로 근로자 지위 및 근로조건상의 불안정이 초래되고, 법원은 이에 대해 근로자의 동의에 따라 지위의 변동이 유효하게 성립할 수 있다는 전적의 법리와, 전적에 응하지 않은 경우에 사용자의 배치전환 및 정리해고 법리의 적용을 염두에 두고 적용하고 있는 탓에 불안정한 지위의 문제는 해결되지 않는다. 한편 회사 분할의 형태로 나타날 경우 입법에 의한 승계가 보장되어 있으나 법상 근로자에 의한 이의신청권이 확보되지 않고 판례도 이를 부인하고 있어 근로조건 저하 또는 소속을 중시하는 일본의 고용관행에 있어 눈에 보이지 않는 불이익을 감수할 수밖에 없는 문제점을 야기한다. 한편 재적출향의 법리 역시 기존에 이 문제를 해결하기 위해 일부 동원되어 온 점이

주목된다. 이러한 관점에서 본다면 아웃소싱으로의 전환에 대한 일본에서의 입법 요구가 EU법상의 사업이전 개념을 동원하여 근로자(집단)와의 성실한 협의 및 정보제공, 불이익 취급 금지, 임금 등에 대한 연대책임 발생, 단체협약의 승계 등 현재 회사 분할의 과정에서 일부 도입되어 있는 각종 조치를 확장하고자 하는 움직임으로 나타난 것은 쉽게 이해할 수 있다. 또한 아웃소싱 업체의 변경과 같은 경우에도 기본적으로 고용 주체의 변경이라고 하는 관점에서 접근하고 있다. 따라서 이들 사이의 고용 및 근로조건 승계를 주장하는 것은 어려우며 이러한 분쟁 역시 일반적으로 발견되지 않는다. 일본의 경우 분쟁의 초점은 결국 외주 업체 간의 관계보다는 이에 대한 ‘실질적 지배’에 있다. 따라서 구체적 지휘명령이 개재될 수 있는 원청 업체와 하청 업체(혹은 사용자사업주와 파견사업주의 근로자) 사이에서 근로조건에 관한 단체교섭을 허용함으로써 사용자성의 확장에 따른 문제 해결을 도모하거나, 전속적 하청 업체와 원청 업체 사이의 계약이 해지된 경우 이들의 고용에 대해서까지 원청 업체의 계약 해지로 인한 지배 개념을 인정하고자 한 사안 등에서 나타나는 것처럼, 집단법상 단체교섭 거부에 있어 보다 확장된 범위로서의 사용자를 파악하고자 하는 시도로 나타나고 있다. 현재로서는 부족해 보이는 일본법의 대응은, 일차적으로 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경이라는 분쟁이 빈발하지 않는 데에 기인한다. 모자회사의 방식, 혹은 최근 주목되는 것과 같은 순수 지주회사에 의한 자본 지배의 방식을 통하여 계열화를 추진하고 이러한 구조가 기업 전반에 일반화되어 있는 과정에서, 기존에 사용되었던 영업양도의 법리 혹은 재적출향 등의 법리(이와 함께 종신고용을 원칙으로 하는 기존의 고용관행까지)로 해결할 수 있었기 때문이라 판단된다. 또한 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 문제도 원청 업체와의 고용이 문제되는 사안은 발견되나 아웃소싱 업체 간의 고용 승계라는 관점에서 문제되지 않는 점도 이러한 계열화가 결국은 기존 원청 회사와의 밀접한 연관 속에서 확보되어 있고 그 속에서 소속감을 가지고 이루어지는

데에 기인하는 것 같다. 다만, 일본적 고용관행이 더 이상 유지되기 어려워지고 기업 재편이 활발해지는 현실 속에서 이러한 기존의 판례 법리에 근거한 대응은 더 이상 충분하지 못하여, 유럽연합이 제시하고 있는 종합적인 고용승계의 입법론은 이에 대한 하나의 대안을 제시할 수 있을 것이다.

우리나라의 경우, 현재 아웃소싱 특히 노무도급 형태의 아웃소싱에 따른 근로자의 고용불안을 막을 수 있는 법적·제도적 장치는 마련되어 있지 않다. 아웃소싱을 둘러싸고 벌어지는 고용관계의 변동에 대해 판례는 영업양도 법리와 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하고 있으나 그 한계가 너무 명확하다. 판례에 의하면 고용관계의 승계가 인정될 수 있는 영업양도에 해당하기 위해서는 양도 전·후의 ‘인적·물적 동일성’이 있어야 하고, 판례는 영업양도의 경우 고용관계 승계를 배제하는 특약도 가능하다는 입장이기 때문에 기존 업무를 아웃소싱으로 전환하면서 아웃소싱 업체가 근로자를 인수하지 않거나 일부 근로자만을 인수하는 경우 고용관계의 이전 효과가 있는 영업양도를 인정하기 어렵다. 또한 판례는 영업양도에는 해당하기 위해서는 양도인과 양수인 사이에 명시적 또는 묵시적인 영업양도 계약이 있어야 한다는 입장인데, 아웃소싱 업체 변경의 경우에는 원사업주와 이전 아웃소싱 업체와의 계약이 종료되고 원사업주가 산정한 신규 아웃소싱 업체 간에만 새로운 계약이 체결되는 것이 일반적이고, 각각의 아웃소싱 업체는 법인격을 달리하고 있어 명시적인 형태 또는 묵시적으로라도 아웃소싱 업체 간에 명시적 합의를 인정하기 곤란하다. 결국 법원의 판례에 의하면 아웃소싱 업체 변경의 경우 고용관계의 이전을 인정할 수 있는 영업양도의 성립을 인정할 수 있는 예는 거의 없고 따라서 근로관계의 승계를 긍정하는 예도 찾기 어렵다. 이에 학계에서는 영업양도 법리에 근거한 판례가 아웃소싱으로 인한 고용관계의 문제를 포섭하지 못하는 문제점을 지적하면서 종래의 영업양도 개념을 탈피하여 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경 이후 이루어지는 업무 내용이 이전과 동일하면

고용관계 이전을 인정해야 한다는 주목할 만한 해석론을 전개하고 있으나 실무상 기준이 되는 대법원의 판례와 이러한 견해들 간의 간극은 너무나 크다. 한편 법원은 아웃소싱으로 인한 고용관계의 종료를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 해결할 가능성이 높지만, 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 판단이 대단히 형식적이고 명목적이 될 수 있고, 또한 해고가 무효로 된다고 하더라도 그 법적 효과가 제대로 발휘될 수 없는 경우가 많지 않다는 점에서 이를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하는 것은 그다지 실효성이 없다. 이는 오히려 사업이전의 개념으로 접근하는 것이 근로자의 고용보장이라는 관점에서 바람직할 수 있으며, 이에 관한 명문의 규정을 두는 것이 타당하다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다.

아웃소싱이 기업경쟁의 심화에 따른 경영효율성 제고를 위한 측면이 있음을 인정한다 하더라도 이로 인한 근로자의 고용불안 문제는 상당히 심각하다. 이 문제를 해결하는 데는 법 해석론적 접근방법과 입법론적 해결방안을 고려할 수 있다. 그렇지만 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 고용관계의 법률 문제에 대하여 궁극적으로는 입법적 해결이 있어야 할 것으로 보인다. 학계에서 제시하는 견해를 적극 수용하는 방식으로 법원의 전향적 태도 변화를 통해 시간을 두고 해결할 수 있다는 주장이 있을 수 있겠으나, 앞서 살펴본 바와 같이 현재의 판례 법리와 학계에서 제시되는 견해 사이에는 상당한 거리가 있어 현행 판례가 해석론으로 포섭하지 못하는 부분을 입법화하거나, 이러한 해석론상의 결함을 극복하기 위해 제시되는 견해를 명문화하는 것도 아웃소싱으로 인한 고용분쟁을 신속하고 간명하게 해결하는 방법이 될 수 있다. 이는 이미 유럽연합 및 여러 나라가 아웃소싱에 따른 고용변동의 문제를 입법을 통해 해결하고 있다는 점에서도 확인할 수 있는 바이다.

관련 법률규정을 제정함에 있어서는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 첫째, 고용관계가 이전되기 위한 원칙적 기준이 되는 용어의 정의와 관련하여, 사업을 양도하는 행위적 측면에 초점을 맞출 것

이 아니라 객관적인 관점에서 사업이 이전된 결과를 중시하여 ‘양도’라는 개념 대신 ‘이전’이라는 개념을 도입하고, 아웃소싱 업체의 변경 등도 여기에 포함될 수 있도록 하며, 이에 대해 고용관계의 이전 효과가 인정되도록 해야 할 것이다. 둘째, ‘사업이전’의 법률 효과와 관련하여, 사업이전에 해당하는 경우 자동적으로 고용관계가 이전되는 것을 원칙으로 하되, 근로자가 이를 거부하는 경우에는 고용관계가 이전되지 않는 것으로 해야 할 것이다. 셋째, 고용관계의 이전으로 인한 근로조건 변경과 관련해서는, 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경으로 인해 근로조건이 불이익하게 변경되는 것을 막기 위해 아웃소싱된 업무를 수행하는 근로자에게 아웃소싱이 없었더라면 원사업주의 근로자가 보장받았을 것과 동일한 임금 및 근로조건이 보장되도록 하고, 이에 대해 원사업주가 아웃소싱 업체와 연대책임을 지도록 해야 할 것이다. 끝으로, 아웃소싱은 그 업무에 종사하는 아웃소싱 업체 소속 근로자뿐만 아니라 원사업주의 사업 내에 있는 근로자의 고용상황에도 지대한 영향을 미친다는 점을 고려하여, 기존의 사업에서 직접 처리하던 업무를 아웃소싱으로 전환하고자 하는 경우 사용자는 이를 근로자대표에게 통지하고, 근로자대표와 아웃소싱으로 인해 근로자에게 발생하는 영향 등에 관해 협의하고 이에 대해 근로자대표의 동의를 얻도록 할 필요가 있다. 또한 기존의 업무가 아웃소싱으로 전환된 경우 사용자는 근로자대표에게 주기적으로 그 업무에 종사하는 아웃소싱 업체 소속 근로자의 수, 근로시간 및 임금 등에 관해 정보를 제공하도록 해야 할 것이다.

이러한 내용의 법률규정 제정에 대하여 고용관계의 이전을 법률로 강제하는 것은 계약의 자유 또는 영업의 자유를 침해하는 것이라는 주장이 제기될 수 있으나, 아웃소싱이나 아웃소싱 업체의 교체는 근로자의 고용불안, 근로조건 저하, 노동3권 침해라는 희생을 담보로 하는 것이고, 이로 인해 폐해가 크다는 점에서 타당하지 않다. 현재 이와 관련된 근로기준법 개정안이 19대 국회에 제출되어 있는 상태인바, 이를 계기로 실질적인 입법 논의가 진행될 수 있기를 고대하는 바이다.

제 1 장

서 론

흔히 아웃소싱(outsourcing)은 기업이 기존에 직접 근로자를 고용하여 처리하던 업무나 기능을 도급 또는 위임 계약의 형식으로 외부 업체에 맡겨 이를 수행하도록 하는 경영방식을 일컫는다. 아웃소싱은 기존에 이루어지고 있었는지 여부에 따라 기업이 그 업무나 기능을 외부 업체에 처음 위탁하는 경우(아웃소싱으로의 전환)와 이미 외부 업체에 의해 처리되던 업무를 다른 업체로 변경하는 경우(아웃소싱 업체의 변경)로 구분할 수 있다.¹⁾

우리나라의 경우 IMF 경제위기를 전후하여 아웃소싱이 현대적 경영기법으로 확산되었으며, 이 중에서도 외주, 용역, 사내하청, 위탁 등의 이름으로 한 ‘노무도급’ 형태의 아웃소싱이 널리 활용되고 있다. 노무도급 형태의 아웃소싱에 있어 원사업주, 노무를 공급하는 아웃소싱 업체, 아웃소싱 업체에 소속된 근로자, 3당사자의 법률관계는 그 근로제공의 구체적 모습에 따라 민법상의 도급이나 위임에 해당하는 경우일 수도, 근로자과견법상의 근로자과견에 해당하는 경우일 수도, 경우에 따라서는 원사업주와 아웃소싱 업체 소속 근로자 간에 직접 근로관계가 성립되는 경우도 있을 수 있다. 실질은 원사업주와 아웃소싱 업체 간에 직접 근로관계가 성립하거나 근로자과견에 해당하지만 노동법적 규율을 회피하기 위해 형

1) 넓은 의미에서 아웃소싱에는 아웃소싱되었던 업무를 다시 원사업주가 맡게 되는 경우(insourcing)도 아웃소싱에 포함될 수 있다.

식상으로만 도급이나 위임 계약의 형식을 빌린 경우에 이에 합당하는 노동법적 책임이 부과되어야 할 것이다.²⁾

본 연구는 적법한 도급 또는 위임 계약의 틀 내에서 이루어지는 아웃소싱을 둘러싼 고용관계의 문제를 다룬다. 아웃소싱에는 필연적으로 고용과 관련된 문제가 수반될 수밖에 없다. 기업이 아웃소싱을 결정하는 경우 대부분 기존 업무의 폐지와 더불어 이에 종사하던 근로자에 대한 고용관계 종료로 뒤따른다. 이는 위탁받은 아웃소싱 업체가 변경되는 경우에도 그러하다. 계약기간 만료 등으로 아웃소싱 업체가 교체되는 경우 기존 아웃소싱 업체는 폐업하고 새로 위탁받은 업체가 기존 업체 소속 근로자를 인수하지 않거나 일부만을 인수함으로써 고용관계가 종료되는 경우가 드물지 않게 일어난다. 특히 청소, 경비, 시설관리, 제조업의 사내하청 등 아웃소싱을 받은 노무공급 업체의 물적 자산이 거의 없고 대부분 근로자의 노동력에 의존하는 노동집약적인 사업 분야에서는 아웃소싱이 인건비 삭감을 목적으로 이루어지기 때문에, 단가를 낮출 목적으로 아웃소싱 업체를 교체하는 경우 기존보다 낮은 단가로 아웃소싱 받은 업체는 기존 업체 소속 근로자에게 저하된 근로조건을 제시하고 이에 동의하는 근로자에게만 고용을 보장하고 이에 동의하지 않는 근로자를 재고용에서 배제시키는 경우가 적지 않다. 또한 청소 등 노동집약적 업무의 경우 일반적으로 임금이 최저수준에 달할 정도로 열악한 경우가 많아서, 이들 근로자들이 근로조건 개선을 위해 노조를 결성하는 등 집단적 행동을 하는 경우 노동3권을 무력화시키기 위해 기존 아웃소싱 업체와의 계약을 해지하고 새로운 업체를 선정하여 노조활동에 적극적인 근로자를 제외하는 근로자에 대한 선별적 고용이 이루어지기도 한다. 이에 따라 아웃소싱에 따른 업체 선정 및 아웃소싱 업체의 변경을 둘러싸고 고용관계와 관련한 분쟁이 자주 발생하고 있다.

이러한 분쟁이 계속적으로 발생하는 이유는 이를 규율하는 법적·제도적 장치가 마련되어 있지 않기 때문이다. 이에 본 연구의 목적은 아웃소

2) 이에 관해서는 박제성 외(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원; 은수미 외(2012), 『간접고용 국제비교 - 파견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로』, 한국노동연구원 참조.

싱을 둘러싸고 발생하는 고용관계의 변동 문제를 해결할 수 있는 방안을 찾는 데 있다. 이러한 목적하에 본 연구는 다음과 같은 내용으로 이루어진다. 제2장에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화에 대한 판례 법리를 살펴보고, 법 해석론적 관점에서의 문제 해결이 가능한지를 검토한다. 이후에는 비교법적 검토를 통해 다른 나라에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 문제를 어떻게 해결하고 있는지를 살펴보고 시사점을 도출하고자 한다. 제3장에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화를 둘러싼 유럽연합 차원의 규율 및 이에 대한 해석을 살펴본다. 제4장에서는 아웃소싱으로 인한 고용관계의 변동 문제를 입법에 의해 적극적으로 해결하고 있는 영국의 사례를 살펴본다. 제5장에서는 법 규정에서 우리와 유사한 일본의 경우에는 이에 대해 어떠한 논의가 있는지를 살펴보고자 한다. 끝으로 제6장에서는 이상의 논의를 요약하고, 아웃소싱과 고용관계의 문제를 해결할 수 있는 적절한 대안을 제시하고자 한다.

아웃소싱을 둘러싼 고용분쟁에 대한 실태조사가 없다는 점은 본 연구의 아쉬움이며, 이에 대하여는 다른 연구자들의 충실한 연구를 기대해 본다.

제 2 장

아웃소싱과 고용관계에 대한 현행 해석론

본장에서는 아웃소싱을 둘러싼 고용문제에 대하여 법원의 입장을 중심으로 해석론을 살펴보고, 이에 대해 제기되는 학계의 비판적 견해를 정리하고 이를 검토해 보기로 한다.

1. 고용관계는 이전되는가?

기업이 기존에 직접 처리하던 업무에 대해 아웃소싱으로의 전환을 결정한 경우 보통 두 가지 현상이 동시에 일어난다. 기존 업무는 소멸되고 아웃소싱 업체가 선정된다. 그렇다면 기존에 이 업무에 종사하던 근로자의 고용관계는 어떻게 되는가? 아웃소싱 업체로 이전되는가? 아웃소싱 업체를 변경하는 경우에도 동일한 문제가 제기된다. 기존 아웃소싱 업체 소속 근로자의 고용관계는 새로 아웃소싱을 받은 업체로 이전되는가?

가. 판례 법리

1) 영업양도로서의 인적·물적 동일성

판례는 고용관계의 승계가 문제된 사안에 있어 예외 없이 ‘영업양도’의 법리로 사안을 접근하여 영업양도로 평가할 수 있는 법적 실질이 있는지를 검토하고, 이것이 긍정되면 원칙적으로 고용승계 의무를 인정하고 그

렇지 않으면 고용승계 의무를 부정하는 판단을 하고 있다.³⁾

상법이나 파산절차에 관한 법률 등에서는 기업변동과 관련된 법률 문제에 관해 법률 규정을 두고 있다. 특히 상법에서는 제41조 내지 제45조에서 영업양도인의 경업금지, 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우 양수인의 책임, 영업양수인에 대한 변제, 채무 인수를 광고한 양수인의 책임, 영업양도인의 책임의 존속기간 등 상법상의 영업양도에 해당하는 경우의 법적 효과에 대해 규정하고 있다. 영업양도에 해당하면, 양도인은 경업이 금지되며(상법 제41조), 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있고(상법 제42조), 영업양수인이 양도인의 상호를 속용하는 경우 양도인의 영업으로 인한 채권에 대하여 채무자가 선의이며, 중대한 과실 없이 양수인에게 변제한 때에 효력을 부여한다(상법 제43조). 그렇지만 정작 상법은 영업양도가 무엇인지에 대하여는 이를 정의하고 있지 않기 때문에, 이에 관하여는 법원의 몫에 맡겨져 있다.

상법학에서 말하는 영업양도의 개념에 대해서는 양도의 대상을 파악함에 있어서 무엇에 중점을 두는가에 따라 양도처분설, 지위교체설, 지위·재산이전설 등 여러 학설이 제시되고 있다. 양도처분설은 다시 재산양도설, 영업조직양도설, 영업유기체양도설로 나뉘는데 양도처분설은 영업양도의 대상을 영업재산 등 물적 요소에, 지위교체설은 영업 주체에, 지위·재산이전설은 양자 모두에 중점을 두는 학설이다. 현재의 다수설은 양도처분설 중 영업양도의 개념을 “일정한 영업 목적을 위하여 조직화된, 물건·권리 및 사실관계를 포함하는 유기적 조직체로서의 기능적 재산(객관적 재산)을 일체로서 양도하는 것” 또는 “일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 동일성을 유지하면서 이전하는 것을 목적으로 하는 채권계약”으로 정의하는 ‘영업재산양도설’이다.⁴⁾

3) 영업양도와 근로관계의 이전에 대하여는 다수의 논문이 발표되어 있다. 예컨대 조규식(2006), 『기업변동과 근로관계- 영업양도를 중심으로-』, 『원광법학』, 제22권 제2호, pp.359~380; 최윤희(2006), 『영업양도에 따른 근로관계』, 『법조』, 제55권 제2호, pp.127~150 등 참조.

4) 이기수·최병규(2010), 『상법총칙·상행위법』(제7판), 박영사, p.229; 최준선(2010), 『상법총칙·상행위법』(제6판), 삼영사, p.196 참조.

판례도 대부분 ‘영업재산양도설’의 입장에 입각하여 ‘영업양도’의 개념에 대해 일관되게 다음과 같이 판시하고 있다. 영업이란 “일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과, 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것”⁵⁾을 의미한다고 본다. 또한 영업양도가 있는지는 여부는, “양수인이 해당 분야의 영업을 경영함에 있어서 무(無)로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다”⁶⁾고 한다.

그러나 판례는 노동법적 사안에 있어서는 영업양도의 개념을 이와는 다르게 파악하고 있다. 대법원은 퇴직금 산정을 위한 근속연수 계산이나 근로관계의 승계 여부가 문제된 사안에서 “영업의 양도란 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것”이라 하여 영업양도를 ‘인적 요소’인 근로자까지 포함하는 의미로 파악하고 있다.⁷⁾ 따라서 판례의 따르면 고용관계가 이전되기 위해서는 영업양도 이전과 이후에 물적·인적 조직의 동일성이 유지되어야 한다.

영업양도를 판단하는 기준에 대해 판례는 영업의 ‘동일성’ 여부는 일반 사회 관념에 의하여 결정되어야 할 사실 인정의 문제이며, 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업 재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고, 종래의 영업 조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 따라 판단해야 한다고 한다.⁸⁾ 그러나 판례는 ‘동일성’이 무엇을 의미하는지에

5) 대법원 2005. 7. 22 선고. 2005다602 판결.

6) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결.

7) 예컨대 대법원 2001. 7.27. 선고 99두2680 판결; 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다70822 판결 등.

8) 대법원 2001. 7.27. 선고 99두2680 판결.

관해 ‘일반적인 구체적 기준’을 제시하지 않고, 사안에 따라 해당 업체를 인수한 목적·형식·규모, 양도 업체와 사업 목적, 생산 품목의 동일성 여부, 인수 형식, 인수 규모, 생산시설·판매시설 및 기타 자산의 승계 여부 및 승계 정도, 생산시설의 동일성, 채권·채무의 승계 여부, 관련 거래처와 계속거래 여부, 종전 상호의 계속사용 여부, 근로관계의 승계 여부와 승계 정도, 근로조건의 동일성, 퇴직금 정산 여부, 근속연수 인정, 기타 자산매매 또는 양도계약 체결 경위 등을 고려하여 개별적으로 판단하고 있다. 판례와 같이 동일성 여부를 판단하는 경우 영업양도와 관련된 사안마다 서로 다른 기준이 적용되는가 하면, 동일한 기준에 대하여 어떠한 경우에는 영업양도를 인정하는 고려 요소로서 적극적으로 작용하고 어떠한 경우에는 이를 인정하는 데 소극적으로 작용되는 등 일관성이 떨어지게 되어 법적 안정성 측면에서 심각한 문제가 있게 된다.⁹⁾

판례가 고용관계의 승계가 인정되는 영업양도에 해당하기 위한 ‘동일성’ 여부의 판단 기준에 대해 구체적인 일반화된 기준을 가지고 있지 않기 때문에 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경이 현재의 판례 법리에 비추어 영업양도로 인정될 수 있는지 예측하기란 쉽지 않은 문제이지만, 그럼에도 불구하고 청소나 경비와 같이 노동집약적(labour-intensive) 사업의 경우 아웃소싱 업체가 원사업주의 근로자를 인수하지 않거나 일부만을 인수하는 경우 영업양도에 해당하지 않는 것으로 볼 가능성이 크다. 또한 자산의존형(asset-reliant) 사업을 아웃소싱하는 경우에도 아웃소싱 업체가 근로자는 인수하지만 자산은 인수하지 않는 경우 또는 근로자를 인수하지 않는 경우 영업양도로 보지 않게 된다.¹⁰⁾ 판례상 아웃소싱으로의 전환에 있어 아웃소싱 업체를 상대로 고용관계가 다투어진 사건은 없는 것으로 보이지만, 사내하청에 있어 새로 교체된 업체가

9) 이승욱(1998), 『사업양도에 있어 사업의 개념』, 하경호·박종희, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, p.24.

10) 심재진(2012), 『사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론』, 『노동법연구』 제33호, 서울대학교 노동법연구회, pp.320~321. 아파트 위탁관리 및 위탁관리 업체의 변경의 경우에 영업양도가 인정되지 않을 것이라는 견해로 조성혜(2012), 『아파트의 위탁관리가 근로관계에 미치는 영향』, 『노동법학』, 제42호, 한국노동법학회, p.286 이하.

종전 업체 근로자를 대부분 인수하면서 일부 근로자에 대해서만 고용승계를 거부한 사건에서 영업양도 법리를 근거로 이를 정당하다고 본 판결이 있다.¹¹⁾ 구체적 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

현대자동차 울산공장의 도장공정을 도급받아 도장 업무를 수행하던 업체가 폐업을 하고 다른 업체가 현대자동차와 새로운 계약을 체결하면서 종전 업체에서의 근속연수는 인정하지 않는 조건으로 종전 업체 소속 근로자 79명 중 74명과 근로계약을 체결하였다. 그러나 이 업체는 종전 업체에서의 근속연수를 모두 인정해 줄 것을 요구하는 원고를 포함한 5명의 근로자와는 근로계약을 체결하지 않았다. 한편 도장 업무를 도급받은 새 업체는 종전 업체로부터 사무실 비품은 일부만 인수하였고, 도급계약을 이행하는 데 필요한 사무실, 휴게실, 탈의실 등은 모두 현대자동차의 소유였다. 원고 근로자들은 영업양도에 따라 근로관계가 포괄적으로 이전되었으므로 고용승계를 거절하는 것은 부당해고에 해당한다고 주장하였다.

이에 대해 법원은 도장 업무를 새로 도급받은 업체가 “종전 업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받았다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 이를 전제로 한 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다”라고 판시하여 이 사건은 영업양도에 해당하지 않으므로 새로운 업체로 고용관계 이전이 발생하지 않는다고 판단하였다.

2) 영업양도 계약의 부존재

한편 판례는 상법상 영업양도가 인정되기 위해서는 명시적 또는 묵시적 영업양도 계약이 있어야 한다고 파악한다.¹²⁾ 즉 판례는 영업양도란 “일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 하는 것”이라고 본다.¹³⁾ 그런데 아

11) 서울행정법원 2009. 3. 26. 선고 2008구합24712 판결. 이후 서울고등법원 2009. 10. 6. 선고, 2009누4786 판결도 같은 결과였고, 대법원에서는 심리불속행으로 상고가 기각되었다(대법원 2010.1. 28. 선고 2009두19434 결정).

12) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결.

13) 대법원 1994. 11. 18. 선고 93다18938 판결; 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다20198 판

아웃소싱 업체 변경의 경우에는 원사업주와 이전 아웃소싱 업체와의 계약이 종료되고 원사업주와 새로운 아웃소싱 업체 간에 새로 계약이 체결되는 것이 일반적이어서, 아웃소싱 업체 간에 명시적 또는 묵시적 계약이 없는 경우가 보통이다. 이에 따라 법원의 판례에 의하면 아웃소싱 업체 변경의 경우에 영업양도의 성립을 인정할 수 있는 예는 거의 없고, 따라서 근로관계의 승계를 긍정하는 예도 찾기 어렵다.¹⁴⁾

이에 관한 초기 판례로는 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결을 들 수 있다. 사건의 개요는 다음과 같다.

원고는 1974년 12월 1일 대한준설공사에 입사하여 준설선의 기관원으로 근무하다가 기중기선의 기관원으로 근무하였다. 그런데 대한준설공사가 1982년경 민영화되면서 원고는 대한준설공사를 퇴직하고 퇴직금을 수령하면서 대한준설공사에서 원고가 담당하던 업무 부분을 위탁받아 수행하게 된 산업기지개발공사에 신규입사 형식으로 입사하여 동일한 업무를 수행하다가 산업기지개발공사의 모든 재산 및 권리의무를 포괄승계한 한국수자원공사에서 계속 근무를 하였다. 이후 정부조직법의 변경으로 원고가 수행하던 업무가 해운항만청으로 소관이 바뀌고 해운항만청은 해당 업무를 피고 해운산업연구원에 위탁하였다. 원고는 1994년 6월 30일 피고 해운산업연구원을 퇴직하면서 퇴직금을 수령하였는데 이후 위와 같은 사용자의 변경이 모두 포괄승계에 의한 것이라고 주장하면서 1974년 12월 1일부터 퇴직 시까지 발생한 퇴직금 총액에서 이미 지급받은 금액을 제외한 나머지 금액을 청구하는 퇴직금청구소송을 제기하였다.

이에 대법원은 포괄승계의 효과가 있는 영업양도란 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 “당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약”이 있어야 한다고 전제하면서 위와 같은 사용자의 변경 내용 중

결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다7987 판결; 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96누19314 판결; 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결 등 다수의 판결.

14) 아웃소싱 업체의 변경에 있어 아웃소싱 업체 간에 명시적인 영업양도의 합의가 없었음에도 불구하고 영업양도에 해당하는 것으로 인정한 사례(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결)가 있지만, 이는 원사업주가 아웃소싱 업체를 설립하여 이전 아웃소싱 업체의 업무를 맡겼다는 사실을 감안한 판결이었다.

한국수자원공사의 기중기선단 보관사업은 영업양도에 의하여 해운산업 연구원에게 포괄적으로 이전되었다고 할 수 없다고 판단하여 해당 부분에 대한 퇴직금 청구를 인용한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 해당 부분을 원심법원으로 환송하였다.

위탁 업체의 변경에 있어 고용관계의 승계가 문제된 또 하나의 사건으로는 대법원 2000. 3. 10. 선고, 98두4146 판결을 들 수 있다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다.

등촌 10단지 주공아파트의 경비 업무를 위탁받아 이를 수행하던 ○○산업과의 계약이 종료하자, 아파트입주자대표회의는 공개입찰을 통해 새로운 업체에 경비용역 업무를 위탁하였다. 그런데 새로 경비 업무를 위탁 받은 업체는 기존 업체 경비원 12명 중 1명만을 채용하였고, 나머지 직원들은 다시 고용하지 않았다. 이에 기존 업체 소속 근로자 11명은 새 업체에 대해 부당해고구제신청을 하였다.

이에 대해 법원은 새 업체는 입주자대표회의와 경비용역 계약을 체결하여 아파트 경비 업무를 수탁받았을 뿐 위 ○○산업으로부터 위 아파트 관리 업무 중 경비 업무에 관한 영업을 양수하기로 약정한 바 없으므로 영업양도에 해당하지 않고, 따라서 기존 업체 근로자들의 근로관계를 승계한다고 볼 수 없다고 한 본 원심의 판단은 영업양도와 근로관계의 승계에 관한 법리오해 및 판단유탈이 없다는 이유로 근로자들의 상고를 기각하였다.

위탁 업체의 변경에 있어 근로관계의 승계가 부정된 또 하나의 사건으로는 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2009구합36453 판결이 있다.¹⁵⁾ 사실관계는 다음과 같다.

부산대학교는 해마다 경비 업무에 대해 용역계약을 체결하여 이를 위탁하여 왔다. 이 사건 근로자는 2002년 무렵부터 부산대학교 경비원으로 근무하여 오다가 2007년 1월 1일부터 부산대학교와 용역계약을 체결한 ○○관리공사와 근로계약을 체결하고 부산대학교의 건물 경비 업무를 수행하였다. 부산대학교는 2009년도 경비운용계획에서 건물 6개 동을 무인

15) 이에 관한 평석으로 박제성(2010), 『대학교 시설경비업무의 사내하도급』, 『노동법학』, 제35호, 한국노동법학회, p.419 이하 참조.

경비체제로 전환하기로 하고, 종전보다 12명 줄어든 77명을 채용하는 조건으로 공개입찰을 실시하였고, 그 결과 새로운 업체가 경비용역 업무에 선정되었다. 새로 선정된 업체는 기존 업체의 경비원들을 대상으로 면접을 시행하고 이 중 일부는 정원 감소에 따라 채용에서 탈락할 것으로 고지하였는데, 이 사건 근로자들은 채용에서 탈락하였다. 이에 근로자들은 부산대학교를 상대로 직접 근로계약 관계의 성립을 주장하는 한편, 신규 업체를 상대로 근로계약의 이전 또는 고용승계를 주장하였다.

이에 대해 법원은 “○○관리공사와 신규 용역 업체 사이에 기존의 경비원들에 대한 고용을 승계한다는 약정이 있었다거나 또는 영업양수로써 근로관계를 포괄적으로 승계하였다고 볼 만한 사정도 없어서, 신규채용에서 탈락시켰다 하더라도 이를 해고로 보기 어렵다고 판단하였다.¹⁶⁾

또한 아웃소싱 업체의 변경에 있어 근로관계의 이전이 부인된 최근의 사건으로는 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결이 있다.¹⁷⁾ 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

광주광역시 서구청은 관내 재활용품 수거사업을 외부 업체인 ○○환경에 위탁하여 처리해 왔는데, 기존 용역 업체 직원의 고용승계를 조건으로 새로운 수탁 업체 선정을 위한 공개입찰을 실시하였고, 이러한 조건을 받아들인 미래환경이 새로운 수탁 업체로 선정되었다. 미래환경은 기존 근로자들에게 고용보장을 약속하는 내용의 공고를 하였는데, 이전 업체 근로자 32명 중 3명에 대하여는 이전 업체의 경영진과 친익척 관계에 있다는 이유로 신규채용을 거부하였고 나머지 29명과 근로계약을 체결하였다. 이에 신규채용에서 배제된 근로자들은 새로 위탁을 받은 미래환경이 고용을 승계할 의무가 있다고 주장하였다.

이에 대해 법원은 “새로운 수탁 업체인 참가인(미래환경)은 서구청과

16) 이와 비슷한 취지의 하급심 판례로 서울행정법원 2009. 1. 20. 선고 2008구합24712 판결 및 대전지방법원 2011. 6. 2. 선고 2011카합206 결정이 있다. 이에 대하여는 박제성(2010), 『사내하도급과 사업이전』, 『노동판례리뷰』, 한국노동법학회, p.345 이하 그리고 박제성(2011), 『시설관리업체의 변경과 고용승계』, 『노동법학』, 제39호, 한국노동법학회, p.400 이하 각 참조.

17) 이에 대한 평석글로, 심재진(2012), 『외주화에 따른 고용관계의 문제』, 『노동법학』, 제43호, 한국노동법학회, p.336 이하.

의 사이에 새로운 위·수탁 계약을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁받았을 뿐이므로” 영업양도에 해당하지 않고 따라서 “근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없다”고 결정하였다.¹⁸⁾

이상의 판례에서 본 바와 같이, 법원은 아웃소싱 업체 간에 별도의 약정이 없는 한 아웃소싱에 근로계약관계의 승계를 인정하지 않는데, 특히 아웃소싱 업체 변경의 경우에는 그 기준이 매우 엄격하다고 말할 수 있다.

나. 학계의 비판

학계에서는 영업양도에 근거한 판례법리가 아웃소싱에 있어 근로관계의 이전 문제를 포섭하지 못하는 문제점을 지적하면서 이를 해결하고자 하는 견해가 개진되고 있다.

우선, 조경배 교수는 고용관계의 이전을 인정하기 위한 근거를 영업양도 법리에서 찾는 판례 법리의 문제점을 다음과 같이 지적한다.¹⁹⁾

영업양도의 대상이 될 수 있는 영업은 재산적 거래의 객체가 될 수 있는 것을 말하고, 사용자와 근로자 간의 근로관계는 인적 결합관계로서 애초부터 재산적 거래관계의 이전에 해당하는 영업양도라는 법률행위의 목적물이 될 수 없음에도 불구하고, 판례는 근로관계의 특수성을 인정하지 않고 근로자를 다른 재산법상의 권리의무와 동일하게 거래의 대상으로 삼고 있다는 것이다. 그 결과 동일한 사업이 새로운 사업자에 의해 계속 되더라도 종전 사업자의 영업을 구성하던 인적 또는 물적 조직을 인수하지 않고 새로이 교체하여 사업을 조직하면 영업양도에 해당하지 않게 되고, 따라서 고용관계의 이전을 인정하지 않음으로써 해고제한 법리의 적용이 배제되는 사태가 발생한다는 것이다.

다음으로 아웃소싱의 법률관계는 일반적으로 영업양도가 다투어진 사건과는 큰 차이가 있다는 점이 간과되고 있다는 점이 지적된다. 영업양도는 영업을 양도되면 양도인은 양도되는 영업과 무관하게 되어 더 이상의

18) 이 사건은 현재 대법원에 계류 중이다(2012두14323).

19) 조경배(2011), 『노무용역 공급업체의 변경과 고용승계』, 『민주법학』, 제46호, p.165 이하.

법률관계가 존재하지 않지만, 아웃소싱은 기업의 업무 가운데 일부를 아웃소싱 업체에게 맡기는 것이어서 원사업주와 아웃소싱 업체 간에는 관계가 지속되고 원사업주는 그 사업의 결과를 여전히 향유하게 된다는 점이다. 또한 아웃소싱 업체의 변경의 경우 이전 아웃소싱 업체와 새로운 아웃소싱 업체 간에는 직접적인 계약관계가 발생하지 않지만 원사업주는 아웃소싱으로 인한 사업의 결과를 계속적으로 누리고 있다는 차이가 있다. 이러한 차이를 무시하고 기존의 영업양도 법리를 적용하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다는 것이다.

따라서 이와 같은 영업양도 법리가 가지는 한계를 극복하기 위해서는 사업주의 변경에도 불구하고 근로자가 종사하던 동일한 사업이 계속되고 있는지 여부를 평가하여 이에 해당한다면 해고제한의 법리를 적용하여 고용관계의 이전을 인정해야 한다는 것이다.

한편 박제성 박사는 좀 더 분명하게 상법상의 ‘영업양도’라는 개념을 노동법상의 ‘사업이전’이라는 용어로 대체할 것을 주장한다.²⁰⁾ 상법에서는 거래안전을 확보하기 위한 채권·채무의 승계 문제에 초점이 있기 때문에 양도 계약의 존재와 그 해석이 중요한 반면, 노동법에서는 사용자가 바뀌는 상황에서 근로자의 생존권이라 할 수 있는 고용관계의 문제에 초점이 있기 때문에 사업이 이전된다는 객관적 사실이 중요하고 사업을 이전하기로 하는 명시적 또는 묵시적 계약은 중요하지 않다는 것이다. 이 점에서 사업을 운영하는 주체가 변경되었지만 그 사업 자체는 폐지되지 않고 새로운 사업주에 의해 계속 운영되는 경우에는 이를 사업이전으로 파악해야 한다는 것이다. 그러므로 기존 사업의 일부를 아웃소싱으로 전환하는 경우뿐만 아니라 아웃소싱 업체가 변경되는 경우도 사업이전에 해당하고, 따라서 아웃소싱 업체 또는 새로운 아웃소싱 업체에 근로관계가 이전되어야 한다는 것이다. 그리고 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경이 사업이전에 해당하는 경우 근로자는 고용관계의 이전을 거부할 수 있고, 실제 근로자가 거부하는 경우 원사업주나 이전 아웃소싱 업체가 해고하는 경우에는 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 요건을 갖추어야 할 것이라고 한다.

20) 박제성 외(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원, pp.55~64.

2. 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경에 따른 고용 관계의 종료

앞에서 살펴본 바와 같이 판례에 의하면 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경은 영업양도에 해당하지 않기 때문에 고용관계가 아웃소싱 업체 또는 새로운 아웃소싱 업체로 이전되지 않는다. 고용관계의 이전이 인정되지 않는 상황에서는 아웃소싱을 받은 업체 또는 새로운 아웃소싱 업체가 기존 이 업무에 종사하던 근로자를 자발적으로 인수하지 않는 한 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경으로 인해 원사업주나 기존 아웃소싱 업체와의 고용관계가 종료되는 경우가 대부분이다. 그렇다면 원사업주 또는 종전 아웃소싱 업체가 고용관계를 종료시키는 경우 그 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.

가. 판례 법리

이와 같은 고용관계의 종료에 대해 판례는 이를 경영상 이유에 의한 해고로 보고 이에 대한 정당성 요건을 갖추었는가의 문제로 접근하고 있다. 대법원은 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결에서 이를 분명히 한 바 있다. 이 사건의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

이 사건 원고 근로자는 1997년 12월 28일부터 고색2차태산아파트 입주자대표회의가 관리하는 아파트의 관리소장으로 채용되어 근무해 왔는데, 입주자대표회의는 2009년 3월 14일 아파트의 관리방식을 입주자대표회의가 직접 관리하는 자치관리에서 외부 업체에 맡기는 위탁관리로 변경하기로 결정하였다. 이에 입주자대표회의는 2009년 4월 16일 원고에게 관리방법이 변경됨에 따라 2009년 5월 20일자로 근로계약이 자동 해지됨을 통보하였다. 당시 아파트관리사무소의 직원은 원고를 포함하여 5명이었는데, 위탁관리를 맡게 된 업체는 2009년 4월 30일 원고를 제외한 나머지 직원과 개별 면담을 실시하여 그 중 3명과 새로운 근로계약을 체결하였으나 원고와는 근로계약을 체결하지 않았고 원고는 위탁관리가 시작된 2009년 5월 20일부터 관리사무소에서 더 이상 근무할 수 없게 되었다. 이

에 원고는 수원지방법원에 입주자대표회의를 상대로 해고무효소송을 제기하였으나 패소하였지만,²¹⁾ 항소심인 서울고등법원은 원고승소 판결을 하였다.²²⁾ 이에 입주자대표회의가 대법원에 상고하였다.

이에 대해 원심과 대법원은 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 요건을 제시하면서, “공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리방식으로 관리하다가 주택법에 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경하는 것은 사업의 폐지라고 볼 수 없고, 그로 인한 관리직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다고 봄이 상당하다”라고 판단하여 아웃소싱에 따른 근로관계의 종료는 경영상 이유에 의한 해고에 해당함을 분명히 하였다.

그러나 원심과 대법원은 이 사건 경영상 이유에 의한 해고의 정당성에 관하여는 서로 다른 견해를 제시하였다. 원심인 서울고등법원은 입주자대표회의가 2009년 4월 16일 별다른 조치 없이 원고와의 근로계약이 2009년 5월 20일자로 자동 종료되고, 원고가 알아서 새로운 직장을 구하라는 해고통지를 하였을 뿐만 아니라, 관리 업체는 원고와의 근로계약이 종료되기 전에 미리 아파트 관리소장으로 제3자를 내정하였고, 관리 업체가 원고에게 관리업무 인수인계를 요구하면서 보낸 공문에도 관리소장인 원고의 고용승계에 관한 사항이 전혀 포함되어 있지 않은 점 등을 종합하면, 입주자대표회의가 관리 업체에게 원고의 고용승계를 부탁하였다고 보기도 어렵고, 원고를 제외한 기존의 직원들에 대한 면접이 실시된 후 일부가 재채용되었다고는 하나, 원고의 경우는 면접통보 이전에 이미 원고의 직책에 해당하는 아파트의 관리소장이 정해져 있는 이상 원고에 대한 면접은 형식이나 명목에 불과할 뿐, 입주자대표회의가 애초부터 원고의 고용을 승계시킬 의사가 없었다고 봄이 상당하다는 이유로 입주자대표회의는 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다고 하여 원고에 대한 경영상 이유에 의한 해고는 무효라고 판단한 반면, 대법원은 입주자대표회의가 2009년 3월 10일 관리방식을 변경하기 위한 입주자대표 임시회의에서 관리사무소 직원의 고용을 승계시킬 것을 결의하였고,

21) 수원지방법원 2010. 1. 8. 선고 2009가합17625 판결.

22) 서울고등법원 2010. 10. 8. 선고 2010나18401 판결.

이에 따라 입주자대표회의가 위탁관리 업체를 선정할 직후 관리 업체의 본부장에게 원고를 포함한 관리사무소 직원 5명의 고용을 승계하여 줄 것을 부탁한 점, 관리 업체의 본부장이 2009년 4월 13일 원고에게 고용승계 등과 관련한 면담을 요청하였으나 원고는 정식으로 공문을 보내라는 등의 이유를 내세워 이를 거절하였고 이후에도 계속 면담 요청을 거절하였고, 원고는 본부장으로부터 2009년 4월 30일 실시되는 채용 면접에 응할 것을 요청받고도 이에 응하지 아니하였고, 관리 업체에서 새로운 관리소장을 내정한 후에는 다른 아파트에서라도 근무할 수 있도록 채용 면접에 응하라는 통지를 받고도 계속 응하지 아니하여 원고를 제외한 관리사무소 직원 중 취업을 원한 3명은 모두 관리 업체에 고용된 점을 바탕으로 원고가 관리 업체와 고용계약을 체결하지 못한 것은 관리방식의 변경에 불만을 품고 스스로 이를 거부하였기 때문이므로 입주자대표회의가 관리 업체로 하여금 원고를 고용하도록 부탁하는 등의 노력을 함으로써 해고회피노력을 다하였다고 보았고, 따라서 입주자대표회의가 한 경영상 이유에 의한 해고는 정당하다고 판단하여 원심 판결을 파기환송하였다.

아파트 관리방식이 자치관리에서 위탁관리로 바뀌면서 기존 근로자가 새로운 아웃소싱 업체와 근로계약을 체결하지 않아 더 이상 근무할 수 없게 된 것을 경영상 이유에 의한 해고로 본 또 하나의 사건으로는 서울고등법원 2012. 1. 19. 선고 2011누25120 판결이 있다.²³⁾

이 사건에서는 2000년 건설된 아파트가 2005년 분양 전환되었는데, 이를 분양한 건설사는 입주자대표회의가 구성되지 아니하자 사업 주체로서 아파트를 직접 관리하던 중 2008년 2월 1일 입주자대표회의의 구성 시까지를 계약기간으로 하여 아파트 관리업무를 위탁하였다. 이 사건 근로자들은 아파트 관리업무를 위탁받은 업체와 각각 근로계약을 체결하고 관리사무소에서 2008년 2월부터 근무하였는데, 이후 입주자대표회의가 구성되었고 입주자대표회의는 2009년 6월 1일부터 아파트 관리방식을 자치관리로 변경하면서 원고로부터 종전과 동일한 조건으로 고용을 승계한다

23) 이에 대한 평석글로 심재진(2012), 「외주화에 따른 고용관계의 문제」, 『노동법학』, 제43호, 한국노동법학회, p.336 이하; 전형배(2012), 「아파트 관리업무를 외주위탁과 고용보호」, 『노사저널』, 제856호, p.28 이하.

는 내용의 동의서를 받았다. 한편 입주자대표회의는 2009년 5월 29일 이 사건의 또 다른 원고와 근로계약기간을 2009년 6월 1일부터 2010년 5월 31일까지를 근로계약 기간으로 하는 근로계약을 체결하였다. 입주자대표회의는 2010년 7월 2일 원고들에게 “아파트의 관리 주체가 입주자대표회의에서 위탁관리 업체로 변경되었으므로 2010년 8월 1일 근로계약이 종료된다”고 통보하였다. 이후 아파트 위탁관리 업체가 선정되었는데 위수탁관리 계약을 체결하면서 원고들의 고용은 승계하지 않기로 하였다. 이에 원고들은 계약만료 통보는 부당해고임을 주장하면서 부당해고구제신청을 하였다.

이에 대해 1심 법원인 서울행정법원은 “부당해고구제신청에 따른 구체 명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 그 실현이 불가능한 경우에는 법령 등에서 재취업의 기회를 제한하는 규정을 두고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 중앙노동위원회 판정의 취소를 구할 소의 이익은 없고 사실상의 이익에 불과한 명예회복이나 임금청구소송 등 민사소송을 제기하여 구제받을 수 있는 임금청구는 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익에 해당된다고 볼 수 없다. (...) 관리위탁은 그 실질이 입주자대표회의의 아파트관리업의 폐업에 해당되고, 달리 입주자대표회의가 그 외에 영위하는 사업부분이 있다고 볼 자료도 없다. 그러므로 원고들에 대한 원직 복직을 명한 초심판정은 실현 불가능한 것이고, 법령 등에서 원고들에 대하여 재취업의 기회를 제한하는 규정을 두고 있지도 않으므로, 재심판정에 대하여 그 취소를 구할 소의 이익이 없다”라고 하여 원고들의 부당해고 재심판정 취소소송을 각하하였다. 즉 1심 법원은 아파트 관리업무의 아웃소싱은 사업의 폐지에 해당하므로 원고들은 복직할 사업이 없고 따라서 소송을 제기할 법률상 이익이 없다고 보았다.

이에 대해 서울고등법원은 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택법이 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경하는 것은 사업의 폐지라고 볼 수 없고, 그로 인한 관리직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고에 해당한다고 보았다. 그리고 이 사건 해고가 경영상 이유에 의한 해고로서 정당성이 있는지를 판단하였는데, 입주자대표회의가 아파트의 관리방식을 변경하

면서 근로자들의 고용승계 여부에 관하여 아무런 결의를 하지 않고, 이후 일방적으로 원고들에게 근로계약 만료 통보를 하면서 새로 선정된 관리업체로의 고용승계도 고려하지 않은 점을 중시하여 해고회피노력을 다하지 않았고, 계약 만료 통보에 앞서 성실한 협의 절차를 거친 적이 없다고 판단하였다. 결론적으로 법원은 원고들에 대한 계약기간 만료 통보는 경영상 이유에 의한 해고의 요건을 갖추지 못하였으므로 부당하다고 판단하였다.²⁴⁾

이상의 판결에 기초하여 볼 때 아웃소싱으로의 전환 내지 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 고용관계의 종료에 대한 판례의 태도는 다음과 같이 요약해 볼 수 있다.²⁵⁾

첫째, 아웃소싱에 따른 근로관계의 종료는 경영상 이유에 의한 해고에 해당한다는 것이다. 일반적으로 판례는 “정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것인바, 이와 달리 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산 과정에서 근로자를 해고하는 것은 기업 경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고에 해당하지 않으며, 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하”고,²⁶⁾ “단체협약에 정리해고에 관하여 노동조합과 협의하도록 정하여져 있다 하더라도 파산관재인은 이에 구속되지 않는다”고 하여, 사업의 폐지에 따른 해고는 경영상 이유에 의한 해고가 아닌 ‘통상해고’에 해당하고 사업 폐지 자체가 정당하면 해고도 정당하다는 입장에 있다.²⁷⁾ 그런데 아웃소싱은 사업의 폐지가 아니라 운영방식의 변경에 불과하므로 사업 폐지에 따른 해고와는 다르게 취급하여야 한다는 것이다. 즉, 원사업주가 사업의 일부를 아웃소싱하는 것은 그 사업이 더 이상 원사업주의 사업으로 존재하기 않게 된다는 점에서 사업의 폐지와 유사한 측면이 있지만, 사업의 폐지란 사업의 종국적 폐지로서 사업으로

24) 이 사건은 현재 대법원에 계류 중에 있다(2012두4746)

25) 전형배(2012), 『아파트 관리업무의 외주위탁과 고용보호』, 『노사저널』, 제856호, p.32.

26) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결.

27) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결.

인한 유·무형적 이익이 종료되어서 더 이상 원사업 주체에게 귀속되지 않지만 아웃소싱에 있어서 그 사업이 아웃소싱 업체의 사업으로서 원사업주를 위해 존재한다는 점에서 이를 사업의 폐지로 볼 수 없다는 것이다.

둘째, 아웃소싱에 따른 고용관계의 종료를 경영상 이유에 의한 해고로 보는 이상 그 해고가 정당하기 위해서는 경영상 이유에 의한 해고로서의 정당성 요건을 충족하여야 하고(근로기준법 제24조), 그 정당성 평가에 있어서는 해고회피노력이 가장 중요한 쟁점이 된다는 점이다.²⁸⁾ 경영상 이유에 의한 해고로서 정당하기 위한 네 가지 요건을 개별적으로 판단하는 사례가 있기는 하지만, 대체로 법원은 경영상 해고로서의 요건을 일부 충족하지 못하고 있더라도 네 가지를 종합적으로 평가하여 해고의 정당성을 판단해야 한다는 입장이다. 아웃소싱 문제를 경영상 이유에 의한 해고로 보는 판례에서도 이와 같은 입장은 확인되고 있지만, 그러면서도 정당성의 유무는 해고회피노력 여부에 따라 판단하는 태도를 취하고 있다.

나. 학계의 비판

아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경을 계기로 한 원사업주나 기존 아웃소싱 업체에 의한 근로관계 종료를 경영상 이유에 의한 해고로 접근하는 판례의 법리에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기되는데, 이를 요약하면 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다.²⁹⁾

우선, 경영상 해고의 정당성 요건과 관련한 비판이다. 법원은 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 요건과 관련하여 ‘긴박한 경영상의 필요’가 당연히 존재하는 것으로 보아 이를 심사하지 않거나 심사하더라도 이에 대한 구체적인 근거가 제시되지 않아도 객관적 합리성을 인정하여 긴박한 경영상의 필요성을 인정하며, ‘해고회피노력’에 대하여는 아웃소싱으로 전환 시 원사업주가 아웃소싱 업체에 고용을 승계해 줄 것을 부탁하는

28) 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위한 네 가지 요건에 관하여는 전형배(2012), “우리나라 경영해고의 현황과 과제”, 『경영해고 규율의 현황과 과제』(서울대학교 노동법연구회 추계학술대회 발표문) 참고.

29) 심재진(2012), 『외주화에 따른 고용관계의 문제』, 『노동법학』, 제43호, 한국노동법학회, pp.308~310.

정도이면 쉽사리 이를 인정하기 때문에, 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 고용관계의 종료를 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 문제로 접근하는 것은 형식적일 뿐만 아니라 명목적이라는 것이다.

다음으로 경영상 이유에 의한 해고가 무효로 인정된다고 하더라도 실효성이 없다는 점이다. 아웃소싱으로 전환하는 경우 설령 경영상 이유에 의한 해고가 위법한 것으로서 무효가 된다 하더라도 원사업주는 이미 해당 업무를 전혀 수행하고 있지 않기 때문에 근로자를 원직 복귀시키기가 사실상 어렵다는 점이다. 또한 아웃소싱 업체 변경의 경우 기존 아웃소싱 업체는 대부분 영세 사업체이거나 특정 사업주만을 거래 상대방으로 하고 있어 아웃소싱 계약이 만료되면 상당수 폐업하게 되는 경우가 발생하기 때문에 경영상 이유에 의한 해고가 무효가 되더라도 별 실익이 없게 되는 경우가 있다. 따라서 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경에 따른 고용관계의 문제를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하는 것은 바람직하지 못하며, 오히려 사업이전의 관점에서 접근하여 아웃소싱 업체나 새로운 아웃소싱 업체로의 고용관계 이전을 인정하는 것이 보다 타당할 수 있다는 것이다.

3. 입법론적 논의의 필요성

현재 아웃소싱, 특히 노무도급 형태의 아웃소싱에 따른 근로자의 고용불안을 막을 수 있는 법적·제도적 장치는 마련되어 있지 않다. 아웃소싱을 둘러싸고 벌어지는 고용관계의 변동에 대해 판례는 영업양도 법리와 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하고 있으나 그 한계가 너무 명확하다.

판례에 의하면 고용관계의 승계가 인정될 수 있는 영업양도에 해당하기 위해서는 양도 전·후의 ‘인적·물적 동일성’이 있어야 하고, 판례는 영업양도의 경우 고용관계 승계를 배제하는 특약도 가능하다는 입장이기 때문에 기존 업무를 아웃소싱으로 전환하면서 아웃소싱 업체가 근로자를 인수하지 않거나 일부 근로자만을 인수하는 경우 고용관계의 이전 효과가 있는 영업양도를 인정하기 어렵다. 또한 판례는 영업양도에 해당하기

위해서는 양도인과 양수인 사이에 명시적 또는 묵시적인 영업양도 계약이 있어야 한다는 입장인데, 아웃소싱 업체 변경의 경우에는 원사업주와 이전 아웃소싱 업체와의 계약이 종료되고 원사업주가 선정한 신규 아웃소싱 업체 간에만 새로운 계약이 체결되는 것이 일반적이고, 각각의 아웃소싱 업체는 법인격을 달리하고 있어 명시적인 형태 또는 묵시적으로라도 아웃소싱 업체 간에 명시적 합의를 인정하기 곤란하다. 결국 법원의 판례에 의하면 아웃소싱 업체 변경의 경우 고용관계의 이전을 인정할 수 있는 영업양도의 성립을 인정할 수 있는 예는 거의 없고, 따라서 근로관계의 승계를 긍정하는 예도 찾기 어렵다.

이에 학계에서는 영업양도 법리에 근거한 판례가 아웃소싱으로 인한 고용관계의 문제를 포섭하지 못하는 문제점을 지적하면서 종래의 영업양도개념을 탈피하여 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경 이후 이루어지는 업무 내용이 이전과 동일하면 고용관계의 이전을 인정해야 한다는 주목할 만한 해석론을 전개하고 있으나 실무상 기준이 되는 대법원의 판례와 이러한 견해들 간의 간극은 너무도 크다.³⁰⁾

한편 법원은 아웃소싱으로 인한 고용관계의 종료를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 해결할 가능성이 높지만, 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 판단이 대단히 형식적이고 명목적이 될 수 있고, 또한 해고가 무효로 된다고 하더라도 그 법적 효과가 제대로 발휘될 수 없는 경우가 많지 않다는 점에서 이를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하는 것은 그다지 실효성이 없다. 이는 오히려 사업이전의 개념으로 접근하는 것이 근로자의 고용보장이라는 관점에서 바람직할 수 있으며, 이에 관한 명문규정을 두는 것이 타당하다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다.

30) 박제성 박사는 법령의 명시적인 규정이 없는 우리나라의 상황에서 이러한 해석론의 근거가 지적될 수 있다는 점을 인정하면서도, 판례의 영업양도 법리도 해석론으로 고용관계의 이전을 인정하는 것이기 때문에, 사업이전론은 영업양도론에서 한 걸음 더 나아간 ‘해석의 확장’이라 주장한다(박제성 외(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원, p.62).

제 3 장

유럽연합의 아웃소싱과 고용관계에 관한 법제와 해석론

아웃소싱과 고용관계에 관한 유럽연합 수준의 법제는 입법지침이 대표적인 예라고 할 수 있기 때문에 아래에서는 먼저 입법지침의 입법 경위와 내용을 먼저 살펴보고 이에 따른 유럽법원의 해석론을 구체적으로 알아보고자 한다.

1. 입법지침의 입안 경위

사업이전과 근로관계 승계에 관한 입법지침은 현재까지 1977년 입법지침³¹⁾, 1998년 입법지침,³²⁾ 그리고 2001년 입법지침³³⁾이 있다. 1998년 입법지침은 사업이전의 개념을 좀 더 명확하게 규정하고, 아울러 도산절차와 관련한 근로관계의 승계 문제를 직접 규정하고 있다.

사업이전과 관련한 유럽연합 입법지침의 연원은 1972년으로 거슬러 올라가는데 당시 초국적 주식회사 합병 시에 적용될 협약의 초안 작업을 의뢰받은 전문가들은 모든 유형의 기업결합 시에 근로자를 보호하기 위한 특별한 법적 수단이 필요하다는 의견을 제시한 것에서 비롯되었다. 이에

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

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

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

따라 1974년 5월 31일 『회사의 합병, 사업의 이전 및 기업의 결합 시에 근로자의 임금 및 청구권 유지에 관한 회원국 법령의 조정을 위한 지침(안)』이 마련되었고 위 지침(안)을 수용하여 입법한 것이 1977년 입법지침이다.³⁴⁾

이후 영업 또는 영업 일부로 볼 수 없는 단순한 기능(업무) 이전의 경우에도 당해 업무에 종사하여 오던 근로자의 고용승계를 인정한 Christel-Schmidt 사건 판결³⁵⁾을 계기로 사업이전에 관한 입법지침의 개정안이 1994년 9월 8일 유럽연합집행위원회에 의해 제안되었으나 채택되지 못하다가 의장국인 영국이 독자적인 개정안을 마련하여 1998년 6월 4일 회원국 정상회의에서 동의를 얻은 후 유럽의회에 상정하여 1998년 6월 29일 1977년 입법지침을 개정하는 1998년 입법지침이 통과되었다.³⁶⁾

2001년 입법지침은 1998년의 입법지침의 내용을 실질적으로 변경하는 것은 아니고 1998년 입법지침의 조문을 다시 배열하고 1998년 입법지침에 없었던 제11조부터 제14조를 추가하였다. 제11조부터 제14조는 주로 2001년 입법지침에 따른 회원국의 입법적 조치 및 2001년 입법지침의 효력발생 시기 등에 관한 절차적 규정이다. 따라서 실제적인 내용의 검토는 1977년 및 1998년 입법지침을 다루어야 한다.

2. 입법지침의 기본적 내용

가. 1977년 입법지침

위와 같이 성립한 1977년 입법지침 서문은 경제 환경의 변화에 따라 사업이전에 의하여 기업의 구조가 변화하더라도 근로자의 기득권은 보장되어야 하고 이에 따라 회원국의 법제도 일치시킬 필요가 있다는 취지로 입법지침의 목적을 밝히고 있다. 아울러 입법지침의 실질적 내용을 담고 있는 Section II의 제목도 근로자 권리의 보호(Safeguarding of employee's rights)라고 하여 입법 목적을 더욱 분명히 하고 있다.

34) 하경효·박중희(2001), 『기업구조조정 등에 따른 근로관계 이전관련 법제 국제비교 및 입법론 검토』, 노동부, pp.22~23 참조.

35) Christel Schmidt v Spar- und Leihkasse der fruheren Amter Bordschholm, Kiel und Cronshagen, C-392/92 European Court Reports 1994 p I-01311.

36) 김형배·하경효·김영문(1999), 『영업양도와 근로관계의 승계』, 신조사, p.155.

Article1 (1)³⁷⁾은 입법지침의 적용 범위에 관해 “본 입법지침은 사업이 전 혹은 인수합병에 의하여 다른 사용자에게 사업의 이전, 영업의 전부 혹은 일부의 이전이 이루어지는 경우 적용한다”라고 규정하였다. 다만, 해양 어업에는 적용되지 않는다는 단서를 달고 있다. Article2는 정의규정인데 여기서는 이전인과 인수인 및 근로자대표에 관하여 정의하고 있다. Article3(1)은 입법지침에 따른 사업이전이 이루어진 경우 인수인은 이전인의 근로관계에서 비롯되는 권리·의무를 승계한다고 규정하고 나아가 회원국의 재량으로 이전인과 인수인이 근로자에 대한 의무를 연대책임질 수 있는 규정을 둘 수 있다고 하여 근로자의 권리보호에 큰 비중을 두고 있다. Article3(2)은 근로관계의 승계와 더불어 기존 단체협약상의 근로조건도 인수인에게 승계되어 승계된 단체협약의 효력 종료일 혹은 새로운 단체협약의 효력 발생일까지 인수인이 이를 이행하도록 규정하고 있다. 다만, 승계되는 단체협약의 효력 기간은 회원국의 재량에 따라 1년 이상의 범위 내에서 이를 제한할 수 있다는 단서 조항도 있다. 또한 노령, 장애, 유족에 관한 기업연금은 사업 혹은 영업을 인수한 새로운 사용자가 그에 관한 부담을 하지 않는다는 규정을 두어 일부 사회보장적 급부에 대해서는 승계의 원칙을 제한하고 있다. 이에 따른 이전인의 근로자의 사회보장적 급부에 관해서는 회원국이 적절한 수단을 통하여 이를 보장하도록 규정한다.

근로관계의 승계에 관해서는 Article4(1)에 “사업이전, 영업 또는 영업의 일부의 이전 그 자체는 이전인 혹은 인수인에 의한 해고의 사유가 되지 아니한다³⁸⁾”라고 규정하였다. 이에 따라 사업이전 그 자체를 이유로 한 해고, 즉 근로관계의 승계 거부는 정당화될 수 없게 되었다. 또한 사업이전 때문에 근로자에게 불이익이 되는 근로조건 중대한 변경이 발생하고 이로 인하여 근로계약 혹은 근로관계가 종료되었다면 사용자가 근

37) 국내 법률의 입법 형식을 고려하면 제1항 제1조로 표기할 수도 있으나 조문 인용과 관련하여 유럽연합의 영문판 문헌이나 영국의 문헌에서 사용하는 일반적인 형식을 그대로 채용하여 표기하였다.

38) Article 4(1) The transfer of an undertaking, business or part of a business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee.

로계약 혹은 근로관계의 종료에 따른 책임을 부담하도록 규정하였다. 이것은 형식적으로 고용승계를 하면서도 실질적으로는 근로조건의 불이익한 변경을 통해 고용승계의 효과를 감퇴하고자 하는 사용자의 경영방식에 대하여 제한을 두고 있다. 그러나 일정한 경우에는 고용승계의 효과를 부여하지 않는 예가 있는데 사업이전 자체와 관계가 없으면서 인력의 변화를 초래하는 경제적·기술적·조직적 이유에 의한 해고는 그 정당성을 인정할 수 있도록 하고, 일정 유형의 근로자에 대해서는 회원국이 재량으로 입법지침의 적용을 배제할 수 있는 여지를 남겨 놓고 있다.

근로자대표의 보호에 관한 규정도 두고 있는데, Article5는 만일 사업이 독자성을 유지하고 있다면 이전으로 인하여 영향을 받는 근로자들의 대표자 지위나 기능은 회원국의 법령과 행정명령에 의하여 여전히 보호가 된다고 규정하였다. 다만, 그와 같은 경우에도 회원국의 법령이나 관행에 따라서 새로운 근로자대표를 선출할 수 있는 요건이 충족되는 경우에는 새로운 근로자대표를 선출하여 종전 근로자대표의 지위와 기능을 갈음할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 이전으로 인하여 종전 근로자대표의 직위가 기간 만료로 종료하는 때에는 근로자의 이익대표자의 공백을 막기 위하여 종전 근로자대표는 회원국의 법령과 관행에 따라 그 지위와 기능을 향유한다고 규정한다.

1977년 입법지침은 사업이전에 관한 근로자의 알권리 혹은 참여권을 강화하는 규정을 두고 있다. Article6은 이전인과 인수인은 이전의 영향을 받는 근로자 각각의 대표자에게 이전의 이유, 근로자들에게 미치는 이전의 법적·경제적·사회적 영향, 근로자에게 취하게 될 조치 등을 알리도록 규정하고 있다. 그리고 그러한 정보는 이전이 이루어지기 전 상당한 기간(good time) 내에 근로자대표에게 제공하여야 한다. 인수인은 또한 자신의 근로자들이 인수로 인하여 그들의 근로조건과 고용에 관하여 직접적으로 영향을 받기 전 상당한 기간 내에 근로자들의 대표에게 위와 같은 정보를 제공하여야 한다. 이전인 또는 인수인은 그의 근로자들에 취할 조치에 관하여 상당한 기간 내에 근로자들의 대표와 합의를 위한 협의를 하여야 한다. 그러나 회원국이 법령이나 행정명령에 의하여 근로자대표에게 근로자들에게 취하여질 조치에 관하여 중재를 통해서 결정을 받을

수 있는 제도를 두고 있는 경우에는 다수의 근로자에게 중대한 불이익을 줄 수 있는 사업상의 변화가 일어나는 이전이 이루어지는 사안에서도 그 의무의 내용을 경감할 수 있도록 규정하고 있다. 정보제공이나 협의는 적어도 근로자에게 취하여질 조치에 관한 것을 내용으로 삼아야 하며, 정보 제공이나 협의는 이전으로 인하여 영업에 변화가 발생하기 전 상당한 기간 내에 이루어져야 한다.

위와 같은 정보제공 의무나 협의 의무는 근로자의 수에 관하여 근로자들 대표하는 단체의 선거 혹은 지정에 관한 조건을 충족하는 사업 또는 영업에 대해서는 경감될 수 있다. 사업이나 영업 안에 근로자대표가 존재하지 않을 때에는 이전이 일어나기 전에 관련된 근로자에게 이전에 관한 내용을 알려주어야 한다.

이상과 같이 1977년 입법지침은 사업이전에 따라 원칙적으로 근로관계가 승계된다는 점을 명시하고, 근로자대표에게 이전에 관한 정보접근권 및 협의권을 인정하므로 이전으로 인하여 근로자들이 예상하지 못한 불이익을 받지 않도록 배려하는 조항을 두고 있다. 그러나 위와 같은 제도는 모두 일정한 기업변동이 입법지침이 규정한 사업이전의 범주에 포섭되는 것을 전제로 작동하는 것이기 때문에 어떤 기업변동이 사업이전에 해당하는가는 여전히 해석론에 남겨지게 되었고 이에 따라 분쟁의 중심은 입법지침이 적용되는 사업이전의 개념이 무엇이나는 문제로 수렴하게 되었다. 그러나 분쟁의 실제에는 그 의미가 판례의 법리에 의하여 명확하게 규정되기 어려웠고, 이에 따라 1998년 입법지침은 사업이전의 개념과 아울러 1977년 입법지침 성립 후 모호했던 사항을 명확하게 규정하는 데 초점이 맞춰졌다.

나. 1998년 입법지침

1998년 입법지침은 먼저 그 명칭을 사업이전, 영업 혹은 영업의 일부 이전에 관한 입법지침으로 변경하여 영업의 일부 이전에 추가하여 사업의 일부 이전도 포함시키고 있다. 그리고 입법지침의 적용 범위와 정의규정을 담고 있는 Section I 과 이전과 관련한 근로자의 권리의 승계에 관한

중요 내용을 담고 있는 Section II를 종전보다 구체적으로 규정하고 있다. 근로자대표의 정보접근권과 협의권을 규정한 Section III은 종전의 규정을 그대로 유지하고 있다.

먼저, 사업이전의 개념을 명확하게 규정하였다. Article 1(b)는 사업이전을 경제적 활동을 추구하는 것을 목적으로 하는 자원의 조직화된 그룹(an organised grouping of resources)으로서 그 동일성을 유지하면서 경제적 실체를 이전하는 것이라고 규정하고, 여기서 경제적 활동은 주된 활동 및 부수적 활동을 모두 포함하는 것으로 하였다. 또 위 정의규정은 영리와 비영리에 관계없이 경제적 활동을 하는 공·사 기업에 모두 적용된다고 규정하고 있다. 그러나 공공기관의 자체적인 구조조정이나 공공기관 내에서 일어나는 행정 기능의 이전에 대해서는 적용을 배제하고 있다.

종전 지침과 같이 이전인·인수인 및 근로자대표에 관하여 규정하면서 추가로 근로자 개념에 관한 규정을 두고 있는데 입법지침에서 근로자(employee)란 관련 회원국 안에서 회원국의 국내법에 의하여 근로자로서 보호를 받는 자라고 규정하여 근로자의 인정 범위에 관하여 회원국의 입법재량을 상당히 부여하고 있다. 한편 근로계약 혹은 고용관계에 관련한 입법지침의 개념규정이 회원국의 국내법의 내용보다 불이익하게 적용되지 않는다고 규정하면서 나아가 단지 근로시간의 장단을 이유로 하거나, 근로계약 혹은 고용관계가 1991년 입법지침 91/383/EEC³⁹⁾ Article 1(1)⁴⁰⁾의 적용 대상이 된다는 것을 이유로 하거나, 1991년 입법지침 Article 1(2)⁴¹⁾의 적용 대상이 되는 임시 고용관계이면서 사업이전의 대상이 그 임시 고용관계 사업에 해당한다는 이유로는 입법지침의 적용을 배제할 수 없다

39) 기간제 혹은 임시 근로계약관계를 체결한 노동자(worker)의 산업안전보건 향상을 위한 조치의 실행에 관한 입법지침.

40) employment relationships governed by a fixed-duration contract of employment concluded directly between the employer and the worker, where the end of the contract is established by objective conditions such as: reaching a specific date, completing a specific task or the occurrence of a specific event;

41) temporary employment relationships between a temporary employment business which is the employer and the worker, where the latter is assigned to work for and under the control of an undertaking and/or establishment making use of his services.

고 규정하고 있다. 이러한 규정은 입법지침의 적용 범위를 명확히 하면서도 적용 범위를 해석에 의하여 임의로 좁히지 못하도록 하는 조치라고 평가할 수 있다.

사업이전의 효과는 종전과 동일하게 규정하면서 회원국이 국내입법을 통해 이전 혹은 이전일 기준으로 존재하였던 근로자의 권리에 대하여 이전인과 인수인이 연대하여 책임을 부담하도록 규정할 수 있다는 내용을 신설하고 있다(Article 3(1)). 또 회원국은 이전 당시 이전인이 인식하고 있던 권리와 의무를 이전인이 인수인에게 고지하도록 하는 적절한 조치를 취할 수 있다고 규정하면서 이전인이 이러한 고지를 하지 않더라도 이전인 혹은 인수인에 대한 근로자의 권리나 의무에는 영향이 없다는 내용도 규정하고 있다(Article 3(2)).

1998년 입법지침에는 기업의 도산에 따른 사업이전이 이루어질 경우에 입법지침이 어떻게 적용되는지에 관하여 새로운 규정을 두고 있다. Article 4a(1)은 회원국이 달리 규정하지 아니 하는 한, Article 3 및 Article 4는 공적인 기관의 감독하에 이전인에 대하여 이루어지고 있는 도산절차 혹은 이와 유사한 절차로서 공적 기관의 감독을 받아 이전인의 재산을 청산하려는 목적으로 이루어지는 사업이전, 영업이전 또는 그 일부의 이전에는 적용하지 아니 한다고 규정하고 있다. 따라서 공적 기관의 감독과 이전인 자산의 청산이라는 목적이라는 두 가지 요건을 갖춘 도산절차의 경우에는 이전인의 권리의무가 인수인에게 승계되지 아니하고 이전인과 이전인의 근로자 사이의 근로관계 또한 인수인에게 승계되지 아니한다.⁴²⁾

반면, Article 4a(1)과 달리 도산절차의 경우에도 권리의무의 승계를 인정할 수가 있는데 이런 경우에는 특례 규정을 두어 근로관계의 승계를 인정하면서도 이전인의 권리의무 중 일정한 부분은 승계에 제한을 둘 수 있

42) 기업 도산 시 근로자보호에 관한 일반적인 입법지침으로는 Council Directive 80/987/EEC와 이를 개정하기 위한 Council Directive 2002/74/EC가 있는데 위 입법지침은 기업의 도산으로 근로계약 관계가 종결될 경우 근로계약 관계에서 발생하는 근로자들의 임금채권, 사회보장수급권 등을 국가가 보호하도록 하되 국가가 지급을 보장하여야 할 임금채권 등의 액수 및 기간 등에 관하여 개괄적인 규정을 하고 있다.

게 하였다. 즉 Article 4a(2)(a)와 (b)는 근로관계에 따라 이전인에게 발생한 채무를 인수인에게 승계시키지 않을 수 있는데 이런 경우에는 국가가 해당 근로자에 대하여 Council Directive 80/987/EEC에 준하는 보호조치를 하거나, 사업 또는 영업의 회생을 위하여 회원국의 현행 법령이 허락하는 한도 내에서 이전인·인수인 및 근로자대표가 근로조건 변경에 합의할 수 있도록 법령에 근거를 마련하여야 한다. 이전인이 심각한 경제적 위기에 직면하였을 때에도 노사합의로 근로조건 변경이 가능한데 이 경우 심각한 경제적 위기는 법률에 정의가 되어 있어야 하며, 심각한 경제적 위기의 판단도 공적 기관에서 하여야 하며, 이에 대해 사법기관의 감독도 받아야 한다. 여기에 보태어 이러한 판단에 관한 일련의 규정은 1998년 7월 17일까지 완비가 되어 있어야 한다고 규정한다(Article 4a(3)). 만일 도산절차에도 불구하고 근로관계가 인수인에게 승계된 경우라면 해당 근로자들의 권리가 침해되어서는 아니 되기 때문에 입법지침은 해당 근로자들의 대표자가 적절히 선임될 수 있도록 하여야 한다는 규정도 두고 있다(Article 5(1)). 그리고 사업이전과 관련하여 사업이 그대로 유지되지 못하는 경우에는 종전 입법지침에 의하면 근로자대표의 자격과 권한이 유지되기 어려워지는 문제점이 있었는데 이를 보완하기 위해 이런 경우에는 국가가 해당 근로자들의 대표자가 적절히 선임될 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다(Article 5(2)). 도산절차에서 근로관계의 승계를 부정하게 되면 이를 남용할 여지가 크기 때문에 입법지침은 회원국에게 근로자의 권리를 박탈하기 위하여 도산절차가 남용되지 아니하도록 적절한 조치를 취할 의무도 부담시키고 있다(Article 4a(4)).

사업이전과 관련하여 근로자들의 알권리는 더욱 강화되었는데 근로자 대표에 대한 정보제공 사항에 이전일 혹은 이전예정일을 새롭게 포함시켰고 근로자대표가 선임되어 있지 아니한 경우 개별 근로자에 대한 정보 제공 의무의 내용도 강화하였다(Article 6(1) 및 (6)). 사업이전 혹은 사업이전이 사용자를 지배하는 배후기업(undertaking controlling the employer)에 의하여 이루어져서 사용자가 배후기업으로부터 해당 정보를 제공받지 못하여 근로자대표에게 정보제공 및 협의 의무를 이행하지 못하였다는 항변은 받아들여지지 아니한다(Article 6(4)).

3. 입법지침에 대한 유럽법원의 판결과 분석

이상과 같이 입법지침은 사업이전과 관련하여 그 개념을 명확히 하고 이에 따른 효과와 책임을 구체적으로 입법을 하고 나아가 기업 도산에 따른 근로관계의 승계 문제도 다루고 있지만, 아래에서 보는 것처럼 현실적으로 일어나는 기업변동이 입법지침의 적용을 받아 근로관계의 승계를 인정하여야 하는 사업이전 인지를 판단하는 것은 여전히 모호할 수 있다.

먼저 유럽법원의 주요 판례의 요지를 살펴보고 그 내용을 분석하고자 한다.

가. 유럽법원의 판결

사업이전 여부를 판단하는 일반적인 기준은 뒤에서 살펴보는 *Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV* 사건에서 제시되었는데 그 이전에도 몇 개의 사건에서 사업이전의 의미를 해석하는 사건들⁴³⁾이 있었다. 먼저 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

1) *Danmark v Ny Molle Kro* 사건⁴⁴⁾과 후속 판결

Danmark v Ny Molle Kro 사건⁴⁵⁾에서 유럽법원은 선술집의 소유자가 임차인이 임대차계약을 위반한 것을 이유로 임대차계약을 해지하고 직접 그 선술집을 운영하게 되었을 때, 이것이 입법지침의 이전에 해당하는가를 판단하였다. 여기서 유럽법원은 그러한 운영 주체의 변경도 입법지침이 규정한 사업이전에 해당한다는 판단을 하였다. 이는 이전의 개념을 목적론적으로 유연하게 해석한 예로 이해할 수 있다.

Danmark v Daddy's Dance Hall 사건⁴⁶⁾에서는 원사업주와의 영업입

43) 이 내용은 심재진(2012. 7), 『외주화와 고용관계에 대한 해석론 - 유럽연합 및 영국 사례와의 비교-』, 『서울대노동법연구회 월례세미나 자료집』을 참조하여 정리하였다.

44) [1987] ECR 5465.

45) [1987] ECR 5465.

대 계약이 만료되고, 곧바로 다른 사용자와의 영업임대 계약이 체결되어 종전 임차인과 새로운 임차인 사이에 직접적인 계약관계가 없는 경우도 사업이전에 해당하여 입법지침이 적용될 수 있다고 결정했다. 또 *Rask v Iss Kantineservice* 사건⁴⁷⁾에서는 회사가 직접 운영하던 식당들을 외부 업체에 위탁한 것도 입법지침이 적용 가능하다고 보았고, *Merckx v Ford Motors Company* 사건⁴⁸⁾에서는 자동차 판매용역의 위탁 업체의 변경도 사업이전 지침의 적용이 가능하다고 결정했다. *Vidal v Perez, Santner v Hoechst, Montana v Claro Sol* 사건⁴⁹⁾에서는 공장, 목욕탕, 기차역의 청소업무를 아웃소싱하였다가 이를 위탁자가 회수하는 인소싱에도 입법지침이 적용될 수 있다고 밝혔다. *Temco Service v Imzilyen* 사건⁵⁰⁾에서도 자동차 회사가 산하 생산 공장들의 청소를 외주 업체에게 맡겼고, 이 외주 업체가 이 업무를 그 자회사에게 재위탁하여 수행하다가 계약 기간이 만료되어 자동차 회사가 다른 업체에 청소업무를 맡긴 것도 입법지침의 이전에 해당한다고 판단하였다.

2) *Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV* 사건⁵¹⁾

*Spijkers*는 도축장을 운영하는 *Gebroeders Benedik Abbatoir BV*에 부관리자로 고용된 근로자였는데 위 회사의 도축 건물 및 토지와 관련 장비 일체가 *Gebroeders Benedik Abbatoir CV*에 양도되었다. 이후 양수회사는 종전 회사와 유사한 업무를 수행하면서 종전 회사 근로자 중 *Spijkers*만을 제외한 나머지 근로자들을 모두 고용승계를 했다. 한편 양수회사는 종전 회사의 고객을 양도받지 않았다. 그러자 *Spijkers*는 네덜란드 법원에 양도 및 양수회사를 상대로 해고무효확인 및 임금청구소송을 제기하였다. 네덜란드 대법원은 입법지침 Article 1(1)의 적용 기준에 관하여 유럽법원에 사전결정을 의뢰하였다.

46) [1988] ECR 0739.

47) [1992] ECR I-05755.

48) [1996] ECR I-1253.

49) [1998] ECR I-08179.

50) [2002] ECR I-00969.

51) C-24/85, [1986] 2 CMLR 296.

유럽법원은 근로계약이 승계되는 사업이전 인지 여부를 판단하기 위해서는 단순히 물적 자산의 이전 여부만으로 판단할 수 없고, 영업이 계속 기업(going concern)으로 이전되었는지를 판단해야 하며, 계속기업으로 이전되었는지는 이전의 특징을 결정하는 다양한 요소들, 즉 건물이나 시설 등 물적 자산의 이전, 기술·노하우·영업선 등 무형 자산의 이전, 근로관계가 승계된 근로자의 비율, 이전 전후의 사업 내용의 유사성 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다는 기준을 제시하였다.

3) Christel Schmidt v Spar-und Leihkasse der fruheren Amter Bordesholm, Kiel und Cronshagen 사건⁵²⁾

독일 지역저축은행의 소규모 지점에서 청소업무에 종사하여 오던 Schmidt는 지점 규모를 늘리면서 청소업무를 외부 청소 업체에 용역을 맡김에 따라 해고가 되었다. 청소 업체는 지점 확장공사 후 Schmidt에게 청소 업무를 계속할 것을 제안하였으나 Schmidt는 청소 면적이 늘었다는 이유로 제안을 거부하고, 독일 지역저축은행을 상대로 사업이전과 관련한 해고금지를 원용하면서 부당해고를 주장하였다. 이에 독일 Schleswig-Holstein 주 노동법원은 사업장의 청소업무가 계약에 의해 외부 청소 업체에게 외주화된 경우에도 1977년 입법지침의 사업이전 규정이 적용되는지 유럽법원에 사전결정을 요청하였다.

유럽법원은 이 사건에서 Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir CV 사건을 언급하면서도 종합적으로 고려할 모든 요소들이 충족되어야만 사업이전에 따른 근로관계의 승계를 긍정할 수 있는 것이 아니라고 보면서 그 근거로 1977년 입법지침의 취지가 고용의 보호에 있다는 점을 강조하였다. 더 나아가서 사업이전 전 청소업무가 1인의 근로자에 의해서 이루어진 경우에도 위 입법지침을 적용할 수 있으며, 영업의 동일성은 실제로 행해지는 영업 내용의 동일성이라고 보았다.

52) C-392/92, European Court Reports 1994 p. I-01311.

4) Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice 사건⁵³⁾

Ayse Süzen은 Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice에 소속되어 Aloisiuskolleg G.m.b.H.라는 학교의 청소원으로 일하던 근로자였다. 학교가 회사에 대하여 청소업무 위탁계약의 만료를 통지하자 회사는 Ayse Süzen에게 근로계약 기간 만료를 통보하였다. 이후 학교는 청소업무를 Lefarth GmbH에게 위탁했다. 이에 Ayse Süzen은 종전 업체와 새로운 청소 업체를 상대로 해고무효확인소송을 제기하였고, 본(Bonn) 노동법원은 유럽법원에 사전결정을 요청하였다.

유럽법원은 이 사건에서 유럽법원은 단순한 아웃소싱 계약자(contractor)의 변경에 따라 근로자가 종전 업체와의 근로계약을 종료하고, 새로운 업체와 새로운 근로계약을 체결하는 때에는 입법지침이 적용되지 않으며, 다만 종전 업체에서 새로운 업체로 중요한 유·무형의 자산 이전이 수반되거나 그 수와 기술에 있어서 노동인력의 대부분이 새로운 업체에 인수되어 종전과 유사한 업무를 수행한 때에는 입법지침의 적용을 인정할 수 있다는 판단을 했다.

5) Oy Liikenne Ab v Liskojärvi and Pentti Juntunen 사건⁵⁴⁾

정부의 계획에 따라 26대의 버스를 운행하던 운수회사 Hakunilan Kiiikenne Oy는 해당 노선을 Oy Liikenne Ab에 이전하게 되었는데 Oy Liikenne Ab은 이전 회사의 운전기사 45명 중 33명을 신규채용 형식으로 재고용하고 새롭게 18명의 운전기사를 채용한 후, 이전 회사의 버스 2대를 2개월에서 3개월간 리스 형식으로, 22대의 버스는 새로 매수를 하여 버스 회사를 운영하게 되었다. 그런데 고용이 승계된 근로자 중 2인 Liskojävi와 Juntunen은 새로운 회사의 근로조건이 종전 회사에 미치지 못한다고 주장하면서 헬싱키 법원에 소송을 제기하였다. 이에 핀란드 대법원은 이 경우 입법지침이 정한 사업이전에 해당하는지 사전결정을 요청하였다.

53) C-13/95, [1997] IRLR 255.

54) [2001] E.C.R. I-745.

유럽법원은 이 사건에서 중요한 실체적 자산의 이전을 확인할 수 없으므로 입법지침이 정한 사업이전에 해당하지 않는다는 판단을 했다.

6) Abler and Others v Sodexho MM Catering GmbH 사건⁵⁵⁾

WS 병원의 관리관청은 병원에 대한 급식을 SGB에게 외주를 주었는데 SGB는 관리관청이 제공하는 시설을 사용하였다. 이후 관리관청은 계약기간 만료에 따라 SGB와의 업무위탁 계약을 종료하고 해당 사업을 SMMC에 외주를 주었다. 이에 SGB에 소속되어 있던 근로자들은 이는 사업이전에 해당한다고 주장하면서 종전의 시설과 근로자들의 인수를 주장했다. 이에 오스트리아 대법원은 유럽법원에 이 경우에도 입법지침이 적용되는지 사전결정을 요청하였다.

유럽법원은 병원에 대한 급식 사업을 외주화하면서 종전 외주 업체와의 계약을 해지하고 새로운 외주 업체로 하여금 종전의 설비를 그대로 사용하게 하고 같은 업무를 하도록 한 때에는 입법지침이 정한 사업이전에 해당한다고 판단했다.

나. 아웃소싱과 관련이 있는 판례

사업의 외주화를 고용보장이라는 측면에서 바라보면 크게 세 가지 국면이 있다. 먼저, 직접고용으로 운영하던 사업의 일부를 기업 외부의 제3자에게 위탁하는 것으로서 아웃소싱(outsourcing)이고, 다음으로, 아웃소싱한 사업의 운영 주체를 다시 변경하는 아웃소싱 업체의 변경(service provision change)이 있으며, 끝으로 아웃소싱한 사업을 다시 회수하여 직접고용 형태로 사업을 운영하는 인소싱(insourcing)이다. 위와 같은 기준으로 유럽법원의 판례를 재분류하여 보면 다음과 같다.

○ 아웃소싱 사건

- Rask v Iss Kantineservice 사건
- Christel Schmidt v Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen 사건

55) [2006] 2 C.M.L.R. 4.

○ 아웃소싱 업체 변경 사건

- Danmark v Daddy's Dance Hall 사건
- Merckx v Ford Motors Company 사건
- Temco Service v Imzilyen 사건
- Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice 사건
- Abler and Others v Sodexo MM Catering GmbH 사건

○ 인소싱 사건

- Vidal v Perez, Santner v Hoechst, Montana v Claro Sol 사건

다. 유럽법원 판례의 분석

1) 고용승계 요건 판단

이상과 같이 유럽법원의 판례를 아웃소싱의 관점에서 재분류하여 고용승계 여부를 평가하여 보면 아웃소싱의 세 국면에 대해 이를 개념적으로 구분하여 입법지침의 적용 여부를 달리하고 있지 않다. 어느 경우이나 해당 사용자의 변경이 입법지침이 규정한 이전의 개념, 즉 경제적 활동을 추구하는 것을 목적으로 하는 자원의 조직화된 그룹(an organised grouping of resources)으로서 그 동일성을 유지하면서 경제적 실체를 이전하는 것인지만 평가하고 있다. 따라서 변경되는 사용자 간에 이전에 관한 계약상 의사 합치가 존재하는지는 별도의 평가 대상이 아니라는 점을 확인할 수 있다.

한편 유럽법원의 관련 판례를 노동집중형 사업과 자산집중형 사업으로 분류하여 양자에 대하여 사업의 이전 여부를 평가하는 척도의 비중을 달리 하게 된다는 견해가 있다. 관련 견해⁵⁶⁾의 내용을 옮겨 보면 다음과 같다.

노동집중형 사업의 대표적 예라고 할 수 있는 청소업무의 아웃소싱에

56) 이 부분도 심재진(2012. 7), 『외주화와 고용관계에 대한 해석론 - 유럽연합 및 영국 사례와의 비교-』, 『서울대노동법연구회 월례세미나 자료집』을 참조하여 정리하였다.

관한 Christel Schmidt 사건에서, 유럽법원은 유형자산의 어떤 이진도 없었다는 사실이 사업의 이진을 배제하는 것은 아니라고 보았다. 이는 Spijkers 사건에서 이미 사업의 이진을 평가하면서 하나의 요소가 그 자체로 독자적일 수 없다고 결정하였기 때문에 하나의 요소의 고려에 사업의 이진 여부가 전적으로 좌우될 수 없다고 본 것과 같은 맥락이다. 이에 따라 유럽법원은 청소용역 업체가 Schmidt에게 재고용을 제안한 것에서 드러나듯이, 이전 전후의 청소업무가 유사하고 아울러 Spijkers 사건처럼 사업의 이진은 동일 혹은 유사한 활동을 새로운 사용자가 실제로 지속하거나 재개하는 것에 의해 나타내질 수 있다고 하였다는 점을 들어, 이러한 활동의 유사성 때문에 Schmidt 사건에서 사업의 이진이 있었다고 결정했다.

그러나 노동집중형 사업이 문제가 된 Süzen 사건에서 유럽법원은 Spijkers 사건에서의 사업의 이진 여부 판단의 일반원칙을 다시 실시하면서도, 이전되는 대상이 ‘경제적 실체’이어야 함을 강조하면서 다소 다른 결론을 보이고 있다. 유럽법원은 경제적 실체란 “특정한 목적을 추구하는 경제적 행위의 수행을 촉진하는 사람과 자산의 조직화된 집단화”이기 때문에 그 실체에 맡겨진 활동으로 축소하여 이해할 수 없다고 보았다. 이러한 논리로 유럽법원은 Schmidt 사건과의 유사한 사실관계에도 불구하고 신·구 용역 업체에 의해 공급받던 용역이 유사하다는 단순한 사실이 경제적 실체가 이전되었다는 결론을 뒷받침하지 않으며, 하나의 실체는 그 실체에 맡겨진 활동으로 축소될 수 없고 그 동일성은 노동력, 경영관리자(management staff), 그 업무가 조직되는 방식, 그 운영방법 혹은 필요한 경우 이용 가능한 운영 자원 등과 같은 다른 요소에서 발생한다고 실시하였다. 결론적으로 유럽법원은 유사 업무를 위해 아웃소싱 업체가 변경된 경우 만약 동시적으로 새로운 사용자가 그 수나 기술의 면에서 노동력의 주요 부분을 인수하지 않는 경우에는 입법지침이 적용되지 않는다고 결정했고, 이는 Süzen 등 근로자들의 고용승계가 부정된다는 취지로 읽을 수 있다.

자산집중형 사업의 대표적인 사례는 Liikenne 사건이라고 할 수 있다. 이 사건에서 유럽법원은 앞서 설명하였듯이 운행 일정과 노선이 정해진,

버스 대중교통의 분야는 유형자산이 그 활동의 수행에 중요하게 기여하는데, 그 실체의 적정한 기능에 필요한 그러한 자산이 구 업체로서부터 새 업체로 중요한 정도로 이전이 없다는 점은 그 실체가 그 동일성을 보유하지 못한다고 판단했고, 이에 따라 중요한 유형자산이 이전되지 않는 이 사건에서의 아웃소싱 업체의 변경에는 입법지침이 적용되지 않는다고 결정했다. 이와 같은 결정에 대해서는 종전에 유럽법원이 보여주었던 판례를 기초하여 비판이 있을 수 있다. 즉 *Allen v Amalgated Construction Co* 사건⁵⁷⁾은 국영기업인 *British Coal*을 위해 탄광을 건설하는 업무를 맡은 외주 업체가 자신의 자회사에 이 업무를 다시 재위탁한 후 다시 그 외주 업체가 직접 맡게 되어 해당 근로자들의 고용승계가 문제된 사건인데, 여기서 유럽법원은 탄광을 건설하는 업무는 상당한 양의 설비와 비품을 요구하기 때문에 본질적으로 노동력에 근거한 것이라고 할 수 없는데도, 탄광건설을 위해 필수적인 자산의 소유권이 원사업자인 *British Coal*에 있고 이것이 해당 외주 업체나 그 자회사에게 양도되지 않은 상황에서는 자산의 이전이 없었다는 것은 결정적인 중요성을 갖는 것이 아니라고 판단했다. 또 앞에서 살펴본 *Abler v Sodexo* 사건에서는 급식업무가 노동력에 본질적으로 기초한 것으로 간주될 수 없는데 그 이유는 건물, 물, 에너지, 음식을 준비하는 데 필요한 기구, 식기세척기 등이 필요하기 때문이라고 밝히고, 이런 중요한 것들은 모두 병원이 제공한 것으로 새로운 급식 업체도 이를 사용하기 때문에, 경제적 실체의 이전이 있었다고 보았다. 따라서 새로운 급식 업체가 수나 기술 면에서 이전 급식 업체의 직원들의 핵심적 부분을 인수하지 않는 것이 사업의 이전에 해당된다는 것을 배제할 수 없다고 판단했다.

2) 판단 방식의 한계 혹은 문제점

유럽법원의 판결은 입법지침이 규정하고 있지 않은 아웃소싱에 따른 근로관계의 승계 문제를 다루면서 변경되는 사용자의 의사 내용을 크게 중시하지 않고, 동일성을 유지한 경제적 실체의 이전이라는 객관적 혹은 사실적 요소를 매우 중시하여 대부분의 사례에서 고용승계를 인정하고

57) [1999] ECR I-08643.

있다는 특징을 보여준다.

그런데 유럽법원의 판례에 대해서는 앞에서 살펴본 것처럼 자산집중형 혹은 노동집중형으로 이를 구분한 후 각 유형에 따라 고려 요소를 다소 달리하고 이에 따른 고용승계의 인정 여부를 결정하는 분석이 많이 이루어지고 있다. 특히, 노동집중형 사례에서는 아웃소싱을 수행하는 사용자가 종전 사용자의 근로자를 얼마나 많이 채용하는가라는 양적 기준을 중시되는 것으로 보여진다. 이 점은 특히, *Ayşe Süzen* 사건에 잘 드러나 있다. 그러나 사업이전에 관한 분쟁 사례를 노동집중형 혹은 자산집중형으로 이분하는 것은 전형적인 사례에서는 유용한 판단 방식으로 그 실익을 충분히 고려할 수 있지만, 자산과 노동이 혼재되어 사업이전이 이루어진 때에는 해당 사업이 노동집중형인지 아니면 자산집중형인지는 구분하는 것이 곤란하고 이에 따라 평가자에 따라서는 동일한 사업이전에 대하여 그 유형을 달리 판단할 여지가 있다. 이렇게 되면 노동집중형 사례에 대하여 자산집중형에서 논의되는 평가지표를 강조한 결과 고용승계를 부인할 개연성도 적지 않을 수 있다. 또 노동집중형 사례에서 새로운 사용자가 임의로 승계를 인정하는 근로자의 숫자라는 양적 기준은 매우 모호한 면이 있기 때문에 다양한 유형의 사건에서 실질적인 기준이 될 수 없다는 단점이 있다.

유럽법원의 판례는 무엇보다 입법지침의 문언만 고려하면 아웃소싱에 대해서는 근로관계의 승계를 반드시 인정하여야 하는 논리적 결론에 이르기 어려운 면이 있다는 점에서 결과의 예견 가능성이 떨어지는 단점, 다르게 표현하면 법적 안정성이 낮다는 문제점이 있다. 이렇게 되면 최근 고용안정의 중요한 이슈인 아웃소싱과 근로관계의 승계 문제가 입법적으로 방기되고, 입법지침이 애초 예정한 근로자의 고용보호라는 취지가 크게 퇴색할 우려가 있다. 이런 문제점은 *Süzen* 사건이나 *Liikenne* 사건에서 확인할 수 있는데 위 사건에서는 동종의 종전 사건과 비슷한 사실관계가 있음에도 불구하고 선례와는 서로 다른 결론이 도출되고 있다.

이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 아웃소싱에 따라 근로관계가 승계될 수 있는 유형을 정하여 이를 입법하고 그러한 범문을 해석을 통해 보다 정치(精緻)하게 제도적으로 운영할 필요가 있다. 아래에서 살

퍼블 영국의 입법례가 그런 시도 중의 하나라고 볼 수 있다.

4. 고용승계 후의 근로조건의 변경

가. 유럽법원의 해석론

유럽법원은 근로관계의 승계 규정은 강행규정으로서 근로자와 사용자 사이의 교섭에 의하여 종전의 근로조건을 악화시킬 수 없다는 입장을 분명히 하고 있는데 대표적인 3개의 사건을 살펴본다.

1) Foreningen af Arbejdsledere I Danmark v Daddy's Dance Hall A/S 사건⁵⁸⁾

a/s paladas treat는 식당 및 바를 irma catering a/s에 제3자 양도금지 특약을 맺고 리스를 하였고, irma catering a/s는 원고 Tellerup을 식당의 매니저로 고용하였다. 이후 리스 기간이 종료하면서 a/s paladas는 해당 사업을 Daddy's Dance Hall에 리스를 하였다. Daddy's Dance Hall은 Tellerup을 고용승계하면서 임금 지급방식을 종전의 비례식 Commission 방식에서 정액급여 방식으로 변경하였고, 아울러 3개월 시용 기간을 두고 상호 근로계약 해지 14일 전에 통보하고 계약을 종료할 수 있다고 합의하였다. Daddy's Dance Hall은 위 조건에 따라 해지통보를 하였다.

유럽법원은 크게 두 가지 판단을 하였는데 하나는 위와 같은 리스 방식에 의한 아웃소싱 업체의 변경도 1977년 입법지침이 규정한 사업이전에 포함된다고 해석하였고, 나아가 입법지침이 근로자의 보호를 위해 규정한 권리는 근로자가 포기할 수 없다고 전제하고, 이에 따라 근로관계를 승계하면서 종전보다 불리한 근로조건으로 합의하는 것은 입법지침에 반한다고 보았다. 다만, 사업의 이전과 관련 없이 이루어지는 근로조건의 변경이 국내법에 의하여 가능할 수 있다는 단서를 달았다.

58) Case C-324/86 [1988] IRLR 315.

2) Rask v ISS Kantineservice A/S 사건⁵⁹⁾

원고 Rask는 Philips Company가 운영하던 4개의 식당 중 한 군데에서 근무하고 있었는데 1989년 ISS가 위 4개의 식당에 대한 경영권을 인수하면서 Philips Company와 종전 정규직 근로자들의 고용을 그대로 승계하고 근로조건도 그대로 유지하기로 합의하였다. 이후 ISS는 식당을 경영하면서 임금의 지급일을 매월 마지막 금요일에서 매월 마지막 근로일로 변경하고 종전의 각종 수당을 폐지하면서 임금의 구성 항목을 단순화 하되 총액은 종전 수준을 유지하였다. 이에 원고 근로자는 임금의 지급일과 수당 항목을 그대로 유지할 것을 요구하면서 새로운 근로조건에 동의하지 않았다. 그러자 ISS는 원고를 해고하였다.

유럽법원은 임금의 지급 조건도 사업의 인수인이 승계하는 근로조건이라고 전제한 후 승계하는 근로조건은 종전의 조건과 동일하여야 하며, 인수인이 이를 일방적으로 변경할 수 없다고 판단하였다.

3) Rotsart de Hertaing v J Benoidt SA 사건⁶⁰⁾

원고 Rotsart는 Housing Service SA라는 회사에 1987년부터 중요 시간 대 방문자 리셉션 업무를 담당하여 왔었다. 1993년 회사는 상호를 J Benoidt SA로 변경하고 영업하다가 파산절차에 들어갔다. 이후 회사는 I.G.C Housing Service SA가 경영하게 되었는데, Benoidt는 원고에게 6개월 전 해고 예고부 통지를 하면서 다음 통지일까지 업무수행 중단을 명령했다. 이후 Benoidt는 해고예고 기간 만료일까지 변경된 업무를 수행할 것을 요구하였는데 원고가 노동조합을 통하여 일방적인 근로조건 변경에 대하여 항의를 한 후 파산관재인 I.G.C Housing Service는 원고의 중과실을 이유로 해고통보를 하였다.

유럽법원은 사업이전의 당사자의 의사와 상관없이 이전으로 평가할 수 있는 사실이 있다면 자동적으로 근로관계는 승계되는 것이고 승계의 효과 발생도 사업이전의 당사자가 임의로 변경할 수 없으며, 승계된 근로조건은 종전과 동일하다고 판단하였다.

59) Case C-209/91 [1993] IRLR 133.

60) Case C-305/94 [1997] IRLR 127.

나. 근로조건 변경에 대한 해석론 평가

유럽법원의 해석론은 크게 세 가지를 시사하고 있다고 평가할 수 있다. 하나는 자동적 승계를 규정한 입법지침의 취지는 승계되는 근로조건에 일방적 변경을 허용하지 않는다는 것이다. 이는 고용의 보호뿐만 아니라 근로조건에의 보호도 입법지침의 보호 영역이라는 점을 분명히 한 것이다. 두 번째는 사업의 인수인과 고용이 승계된 근로자 사이에 종전 근로조건보다 열악한 내용의 새로운 근로조건을 내용으로 하는 계약은 입법지침의 취지에 반한다는 점을 선언한 것이다. 그 전제로 유럽법원은 보호되는 근로자의 권리는 포기할 수 없는 성격을 갖는다고 표현하고 있다. 끝으로 위와 같은 상당히 엄격한 원칙에 대하여 예외를 인정할 수 있는 영역은 사업의 이전과 관련이 없이 이루어지는 근로조건에 대하여 회원국의 국내법이 이를 허용하고 있다면 입법지침을 위반한 것이 아니라는 것이다. 그러나 사업의 이전과 관련이 없이 행하여지는 근로조건에 변경이 구체적으로 어떤 경우를 예정한 것인지는 다소 불명확하고, 따라서 이 점에 대해서는 회원국의 국내법 및 그 해석론에 대하여 향후 보다 자세한 검토가 필요할 것으로 보인다.

5. 유럽연합의 입법지침과 유럽법원의 해석론의 시사점

가. ‘양도’에서 ‘이전’으로

유럽법원의 입법지침 해석론을 우리나라 대법원의 해석론과 비교할 때 가장 큰 차이를 보이는 점은 고용승계를 인정할 수 있는 사업의 변동의 요건을 달리 바라본다는 점이다. 우리나라 대법원은 ‘양도’라는 개념을 매우 중시하여 사업변동이 일어나는 계기를 양도 당사자의 의사표시의 합치에서 구하고 있다. 이에 따라 사업변동에 수반하여 일어나는 고용승계의 문제도 영업양도라는 사업변동의 당사자 사이의 의사표시의 합치가 존재하는지로 평가를 한다. 이런 태도는 영업양도를 양도 계약이라는 계약 형식을 전제로 하여 설계하고 있는 상법 제41조 이하에서 규정을 그대

로 원용하고 있기 때문이다. 게다가 상법 제41조 이하가 규정하고 있는 영업양도는 회사의 조직 변경에 따른 채권자의 권리를 보호하는 데 법리 구성의 중심이 가 있다. 따라서 상호의 속용 여부 따라 채권자가 종전의 권리를 행사할 수 있는 상대방이 변경되는 효과를 규정한다. 이처럼 상법상 기업변동의 주제는 효과적인 기업의 조직변경을 보장하면서도 채권자의 권리를 보호하려는 것에 초점이 맞추어져 있다. 이런 법적 구성 방식은 합병, 분할, 분할합병 등 회사 편에 규정된 다른 형태의 기업변동에도 그대로 반영되어 있어서 상법의 개별 규정은 효과적인 기업변동을 지원하면서도 기존 채권자권리보호절차를 강조하고 있다. 반면, 기업변동에 필연적으로 수반하는 근로자에 대한 법적 효과, 특히 고용승계의 문제는 상법의 규정이 규율 대상에서 사실상 제외하고 있는 분야였고, 따라서 상법의 규정이나 개념만 가지고는 이 문제를 합리적으로 해결할 수 없는 결론에 이르게 된 것이다. 대법원의 판례는 이러한 상법의 규정이나 법리에 내재하고 있는 규범적 특성을 크게 고려하지 않고 고용승계의 문제에도 종전 상법의 영업양도 법리를 수정 없이 형식적으로 적용한 결과라고 이해할 수 있다.

그런 의미에서 ‘계약’ 법리에 바탕을 둔 영업양도가 아니라 사업이전이라는 ‘사실’의 발생에 대하여 고용승계라고 하는 법적 효과를 부여하는 유럽법원의 해석론은 기업변동과 근로관계를 어떻게 규율하고 해석할 것인가라는 문제에 큰 시사점을 준다고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 입법지침과 해석론이 영업양도가 아닌 사업이전이라는 고용관계를 규율하는 독자적인 개념을 설정한 결과 리스, 임대차, 영업양도, 아웃소싱 등 다양한 형태의 기업변동을 사업이전이라는 개념에 포섭시킬 수 있게 되었고 이에 따라 사업이전에 따르는 입법적 효과, 즉 근로자의 기득권 보호가 용이해지고 그 법적 효과도 명확하게 부여됨으로써 불필요한 분쟁으로 인한 사회적 비용도 크게 감소하게 되었다.

따라서 이후의 해석론은 영업양도가 아닌 사업이전이라는 새로운 표지를 적극적으로 도입하여 아웃소싱에 따른 고용관계 분쟁을 합리적으로 해결하는 방식으로 전환될 필요가 있고, 굳이 기존의 영업양도라는 개념을 계속 사용할 경우에도 이 개념을 구성하는 표지에서 의사표시의 합치

라는 계약법적 관점을 완화시키는 요소가 적극 도입될 필요가 있다.⁶¹⁾

나. 불이익 변경의 엄격한 제한

유럽법원의 해석론을 보면, 사업이전에 따른 인수인의 고용승계의무를 인정하면서 나아가 기존의 근로조건을 변경하는 것에 대하여 매우 엄격한 태도를 취하고 있다는 점을 확인할 수 있다. 이는 기업변동의 기회를 이용하여 근로조건을 근로자에게 불이익하게 변경하려는 사용자의 시도로부터 근로자를 보호하려는 해석론으로 평가할 수 있다. 그런데 유럽법원이 바라보는 불이익의 기준은 매우 섬세하여 임금의 총액이 변동하지 않더라도 임금 지급일이나 임금을 구성하는 항목을 변경하는 것도 허용하지 않는다는 것이고, 이는 근로조건에 관한 근로자의 선택권을 상당히 존중하는 해석론이다. 우리나라 대법원의 판례 중에는 근로관계 승계 후 근로조건에 불이익한 변동에 관하여 자세하게 실시한 것은 없지만 취업규칙의 불이익 변경에 관한 판례 중에는 불이익 변경의 기준에 대한 구체적인 기준을 제시한 것이 있다.

판례의 사례는 주로 퇴직금의 불이익 변경 여부를 판단하는 데 집중되어 있는데 이에 따르면 취업규칙의 일부를 이루고 있는 급여규정 개정의 유·무효를 판단함에 있어서 우선 퇴직금 지급률이 전반적으로 인하여 그 자체가 불리한 것이라고 하더라도 그 지급률의 인하와 함께 다른 요소가 유리하게 변경된 경우에는 그 대가관계나 연계성이 있는 제반 상황(유리하게 변경된 부분 포함)을 종합 고려하여 과연 그 퇴직금에 관련한 개정 조항이 유리한 개정인지 불리한 개정인지를 밝혀서 그 유·불리를 함께 판단하여야 한다는 입장이다.⁶²⁾

61) 대법원 판례 중에는 영업의 양도 당사자 사이에 합의가 없더라도 일정한 영업 목적에 의한 조직화된 총체가 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되면 그 형식이 자산이전 계약이라고 할지라도 영업양도로 보아 근로관계 승계를 인정할 수 있다는 취지의 것이 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결). 이 판례 등을 바탕으로 판례 법리에 의하더라도 양도인과 양수인 사이에 양도에 관한 합의를 필요로 하지 않는다는 논증이 있다(김상호(2011), 『개별적 근로관계법』, 국립경상대학교 출판부, pp.373~375).

62) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다18072 판결.

이러한 취지에 따라 누진제퇴직금지급규정이 비누진제로 변경되었으나 동 취업규칙 변경에 임금인상, 근로시간의 단축 등 근로자에게 유리한 부분도 포함되어 있어 근로조건의 내용이 근로자에게 일방적으로 불이익하게 변경되었다고 단정할 수 없다고 한 사례⁶³⁾가 있고, 회사가 보수규정에서 새로운 수당을 지급하도록 규정함과 동시에 퇴직금규정을 개정하여 새로 지급되는 그 수당을 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외시킨 경우에는 퇴직금규정의 개정을 전후하여 퇴직금의 액수에 변동이 있는 것이 아니어서 기존의 근로자들의 기득의 권리나 이익을 박탈하는 것이 아니므로 그와 같은 개정은 근로자에게 불리한 개정이라고 할 수 없다고 판단한 사례⁶⁴⁾도 있다. 반면, 새로운 보수규정이 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균 임금에 포함되는 후생적 복지비를 위 평균 임금에서 제외한 이상, 정기적·일률적으로 지급된 식대 및 교통비와 신설된 고지수당 및 근속수당을 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금에 포함시켜 주었다는 사정만으로는 종전의 급여규정 등에 따른 근로조건이 보다 유리하게 변경되었다고 할 수는 없다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례⁶⁵⁾도 있다.

취업규칙의 불이익 변경 기준에 관한 판례 법리가 만일 고용관계를 수반하는 사업이전에도 그대로 적용된다면 우리나라의 판례 법리는 불이익을 판단하는 기준이 근로자의 근로조건 선택권을 보장하는 데 중심이 있다가보다는 사업장 내의 근로조건을 일률적으로 규율하려는 취업규칙의 목적을 보다 중시한다는 평가를 할 수 있다. 유럽법원의 해석은 유럽연합의 입법지침이라는 성문법을 근거로 한 해석론으로서 그러한 성문의 법원이 없는 우리나라에 그대로 적용하기 어려운 면이 있기는 하지만 불이익 변경 여부를 판단하는 데 있어 근로자의 선택권이 존중되어야 한다는 일반적인 취지는 향후의 판단에 좀 더 전향적으로 고려할 필요가 있는 법리라고 생각한다.

63) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카414 판결.

64) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다1726 판결.

65) 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결.

제 4 장

영국의 아웃소싱과 고용관계에 관한 법제와 해석론

1. 사업이전(고용보호)명령의 도입과 해석론

뒤에서 살펴볼 영국의 판례에서 알 수 있듯이, 영국은 아웃소싱에 대한 명문규정이 없었던 때에는 기존의 사업이전(고용보호)명령(The Transfer of Undertakings(Protection of Employment) Regulations)의 해석론을 통해 상당 부분 법적 분쟁을 해결하여 왔고, 이를 해결하는 해석론의 핵심에는 ‘이전(relevant transfer)’이라는 사업이전(고용보호)명령상의 용어에 대한 유연한 해석이 자리 잡고 있었다. 따라서 2006년 입법적 해결에 대한 내용을 살펴보기 전에 기존 영국법의 내용과 해석론을 먼저 검토하고자 한다.

가. 입법의 배경

유럽연합이 1977년 입법지침을 통하여 기업변동에 따른 고용승계 및 기득권 보호에 관한 입법적 기준을 마련하자 영국이 이를 국내법으로 수용한 것이 1981년 사업이전(고용보호)명령(The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations(TUPE) 1981)이다. 1981년 사업이전(고용보호)명령은 2006년 개정이 있기 전까지 1987년, 1993년, 1995년, 1999년의 개정이 있었다. 2006년 개정 전 입법에서 논의된 주된 내용

을 정리하면 다음과 같다.

나. 사업이전(고용보호)명령의 적용 범위

1) 사업(Undertaking)의 개념

사업이전(고용보호)명령 해석론의 핵심에 해당하는 부분을 지적한다면 크게 ‘사업’과 ‘이전’의 개념이라고 할 수 있고, 이는 대부분의 관련 분쟁 사례를 해결하는 데 선결 문제로 등장하였었다. 그 중 ‘사업’의 개념에 관하여 먼저 살펴본다.

사업이전(고용보호)명령은 사적부문뿐만 아니라 공공부문에도 적용된다. 이는 유럽법원이 판결을 통해 종전부터 누차 강조된 바 있다. 대표적으로 *Dr Sophie Redmond Stichting v Bartol* 사건에서 유럽연합의 입법 지침은 공공부문이 사적부문으로 이전될 때도 적용되며, 사적부문에서 업무의 일부를 외주화할 때도 적용된다고 판시하였다.⁶⁶⁾ 그러나 *Henke v Gemeinde Schierke und Verwaltungsgemeinschaft ‘Brocken’* 사건에서는 공공부문의 내부에서 벌어지는 기능의 이전에 입법지침이 적용되지 않는다고 판단한 예가 있다.⁶⁷⁾ *Henke* 사건에서 보여준 해석론은 그 적용 범위가 넓지 않아서 이후 유럽법원은 사법에 적용되는 비영리 사업이 공법이 적용되는 사업으로 이전된 때에는 역시 입법지침이 적용된다고 판단하였다.⁶⁸⁾ 최근에는 사적부문과 경쟁을 하면서 재화나 용역을 제공하는 경제적 활동을 하는 것으로 평가할 수 있는 활동을 하는 공공부문 내에서 이루어지는 이전에도 입법지침이 적용된다는 유럽법원의 판결이 있다.⁶⁹⁾

유럽법원의 위와 같은 유연한 해석론은 영국에도 그대로 영향을 미쳐 영국 정부는 2007년 공공부문의 행정인력 이전에 대한 행위지침(Statement of Practice on Staff Transfers in the Public Sector)을 만들

66) Case C-29/91 [1992] IRLR 366; Case C-343/98 *Collino and Chiappero v Telecom Italia Spa* [2000] IRLR 788.

67) Case C-28/94 [1996] IRLR 701.

68) Case C-175/99 *Mayeur v APIM* [2000] IRLR 783.

69) Case C-108/10, *Scattolon v Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca* [2011] IRLR 1020.

있고 이를 통해 공공부문 내 기능의 이전뿐만 아니라 공·사 부문 간의 이전에 사업이전(고용보호)명령이 적용된다는 해석을 하였다. 위와 같은 해석론은 2006년 사업이전(고용보호)명령과 결합하여 사업의 이전에 관한 영국은 유럽연합의 입법지침이나 유럽법원의 판례보다 더 포괄적인 근로자보호를 하고 있다는 평가를 할 수 있게 되었다.⁷⁰⁾

2) 이전의 개념과 경제적 실체 기준

입법지침이 요구하는 ‘이전’의 개념에 포섭되기 위해서는 해당 활동이 주된 것이든 보조적이든 상관없으나 그 활동은 경제적 활동을 목적하여야 하고, 자원의 조직화된 그룹을 의미하는 동일성을 유지하는 경제적 실체의 이전이어야 한다. 이전에 관한 위와 같은 개념은 *Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* 사건의 표현을 대부분 차용한 것으로 이러한 개념은 이후 여러 판결에서 재확인되었다.

그러나 *Süzen* 사건은 이전의 개념을 다소 엄격하게 해석하여 경제적 활동과 사업의 한 부분으로 이루어지는 활동을 구분하여 후자에 대해서는 이전에 포섭시킬 수 없다는 취지로 이해하였으나 1998년 입법지침의 개정으로 위와 같은 엄격한 해석론은 계속 유지하기 어렵다는 견해도 있다.⁷¹⁾ 한편 영국의 해석론은 *Süzen* 사건에도 불구하고 이전의 포섭 범위를 넓게 해석하는 기존의 태도를 계속 유지하였다.

‘동일성을 유지한 경제적 실체’를 인정하는 데 있어 큰 쟁점이 되는 것은 이전 행위를 하면서 중전의 경제적 실체에 대하여 다소의 변경이 생겼을 때 이를 동일성을 유지한 것으로 볼 수 있는지, 있다면 어느 정도의 변경까지를 동일성을 유지한 것으로 파악할 수 있는지이다. 이에 대해서 유럽법원은 앞서 예로 든 판결들에서 현물 자산의 양도, 독립적 사용을 목적으로 한 자산의 양도가 없더라도 동일성을 유지한 경제적 실체의 이전을 인정할 수 있다는 입장을 보여왔고, 나아가 이전인과 인수인 사이에 이전에 관한 합의가 필요하지 않다는 논리까지 제시하였다. 이에 따라 이전 이후 실체의 조직적 구조에 변경이 있더라도 생산의 다양한 요소 사이

70) Simon Deakin/Gillian S Morris(2012), *Labour Law*, Hart Publishing, p.236.

71) Simon Deakin/Gillian S Morris(2012), *Labour Law*, Hart Publishing, p.237.

에 기능적 연결이 여전히 존재하고 인수인이 그것을 동일한 혹은 유사한 경제적 실체를 추구하는 데 사용하고 있다면 동일성을 유지한 경제적 실체가 존재한다고 보았다.⁷²⁾

동일성을 유지한 경제적 실체에 관한 유럽법원의 판례 법리는 영국에도 그대로 수용되었고, 여기서 더 나아가 위와 같은 법리가 사업이전뿐만 아니라 민영화, 하도급 기타 다양한 형태의 아웃소싱에도 적용되는 많은 논의가 있어 왔다. 그러던 중 1988년 지방정부법(Local Government Act 1988)을 시작으로 지방정부는 종전에 지방정부가 영위하는 용역의 상당 부분에 대하여 외부 사업자가 정기적·강제적으로 경쟁입찰을 통해 위탁을 받을 수 있도록 하여야 하는 의무를 부담하게 되었다. 이러한 제도를 민간외주의무제도(compulsory competitive tendering: CCT)라고 부른다. 1988년 법의 주된 특징은 종전에 지방의회와 위탁업자 사이에 일반적으로 사용되던 공정임금정책과 같은 비상업적 문제에 대하여 지방정부가 이를 위탁계약의 조건으로 삼지 못하도록 하였다. 이에 따라 지방정부는 위탁계약의 전제조건으로 고용에 관하여 일반적으로 받아들여지는 근로조건을 사업자가 존중하여야 한다거나 독립노동조합에 대한 승인을 유지하여야 한다는 것을 주장할 수 없게 되었다. 그러나 유럽법원의 판례 법리가 1988년 지방정부법에도 적용될 수 있는 것이라면 새로운 수탁자는 종전의 고용관계 및 근로조건이나 노동조합에 대한 이전인의 권리의무를 승계할 의무를 부담한다고 해석할 여지가 많았다. 이에 따라 1997년에 집권한 노동당 정부는 1999년 지방정부법을 개정하여 최고조건 유지 규정으로 변경하였고, 아울러 총리는 order를 통하여 비상업적 문제의 범위를 정할 수 있도록 하여 현재는 상당 부분이 비상업적 부분에서 제외되어 있다. 따라서 유럽법원의 판례 법리가 지방정부의 위탁계약에도 적용될 수 있게 되었다.

72) Case C-466/07 Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH [2009] IRLR 301.

다. 단일계약과 이전 개념

아웃소싱에 대한 사업이전(고용보호)명령의 적용 범위를 논할 때 가장 먼저 문제가 되는 것은 근로자 1인이 사용자와 일대일로 계약을 하고 근로를 제공하는 형태의 단일계약(single contract)이다. 즉 Schmidt 사건에서 볼 수 있는 것처럼, 단일계약을 체결한 사용자가 해당 부분을 제3자에게 아웃소싱할 경우 아웃소싱을 받는 제3자가 해당 근로관계를 승계하느냐의 문제이다. 이에 대해서는 앞에서 설명한 것처럼 유럽법원은 사안마다 다소 다른 태도를 보이고 있었고, 이를 부정적으로 해석한 사례⁷³⁾에서는 그러한 단일계약에 따른 근로의 제공은 경제적 실체로 파악하기는 어렵고 단순한 경제적 활동에 불과하다는 입장이었다. 반면, 영국은 일관되게 단일계약에 대해서도 사업이전(고용보호)명령이 적용된다는 입장을 보였고, 그 대표적인 예가 뒤에서 자세히 언급하는 *Argyll Training Ltd v Sinclair and Argyll and the Islands Enterprise Ltd* 사건이라고 할 수 있다.⁷⁴⁾

라. 노동집중형과 자산집중형 사업의 구분

우리나라의 판례 법리는 사업이전이 문제된 사례를 모두 영업양도 법리로 처리하여 다루고, 이 과정에서 영업의 양도가 존재하는가를 판단할 때 문제가 되는 영업을 노동집중형인지 자산집중형인지를 나누지 않고 영업의 존재 혹은 양도의 존재를 판단하는 데 사용하는 하나의 지표로 삼고 있다. 반면, 유럽법원의 판결을 분석하는 영국의 문헌을 검토하여 보면, 사업이전을 노동집중형과 자산집중형으로 분류하고 이에 따라 이전의 인정 방식에 유연성을 둔다는 취지의 견해가 많다. 이에 관한 대표적인 유럽법원의 판결이 *Oy Liikenne Ab* 사건이다.⁷⁵⁾

73) *Süzen* 사건을 예로 들고 있고, 아울러 사업이전을 인정하기 위해서는 하나의 특정한 노무제공 계약에 한정되지 않는 활동으로서 안정적인 경제적 실체가 있어야 한다는 취지의 판단으로는 *Rygaard* 사건(Case C-48/94 [1996] IRLR 51)이 있다.

74) [2000] IRLR 630.

75) 비슷한 취지의 최근 판결로는 *Clece SA V Valor*(Case C-463/09 [2011] IRLR

위와 같은 유럽법원의 이분법적 판단 방식에 대해서 영국법원은 전체적 고려 방식(multi-factor approach)을 통해서 유연한 입장을 제시하여 왔다고 평가할 수 있다. 고용항소심판소는 사업이전(고용보호)명령의 입법취지를 근로자들의 머리 위에서 벌어지는 사업이전에서 근로자들을 보호하고 사업을 이전받기 위해 입찰에 들어가는 새로운 사용자들이 동일한 근로조건에서 승계하게 함으로써 그들 사이에 공정한 경쟁을 유도하고 이것이 근로자를 보호하게 만든다고 판시하여 왔다.⁷⁶⁾ 특히 영국법원은 사업의 인수인이 근로자들의 고용승계를 거부하는 방식으로 사업이전(고용보호)명령의 적용을 회피할 수 있다는 관점을 지속적으로 거부하여 왔고 이런 견해는 ECM 사례⁷⁷⁾에서 인수인이 근로자들의 고용승계를 거부하기로 결정하였다는 사정만으로 해당 이전이 사업이전(고용보호)명령의 적용 범위를 벗어나는 것이 아니라고 판단하는 데 영향을 미쳤다. 나아가 RCO Support Services and Aintree Hospital Trust v UNISON 사건⁷⁸⁾에서는 법원이 공식적으로 중요 자산과 노동력의 주된 부분의 이동이 없었다는 점이 항상 사업이전(고용보호)명령이 규정한 사업의 이전을 부정하는 결론에 이르게 하지는 못한다고 선언했다. 이후 ADI (UK) Ltd v Willer 사건⁷⁹⁾과 Lightways (Contractors) Ltd v Associated Holdings Ltd 사건⁸⁰⁾에서는 고용심판소는 사업의 이전을 판단할 때 인수인이 종전 근로자의 고용승계를 거부하는 동기를 세심하게 살펴야 하고, 또 특별한 주의를 기울여 해당 거래가 사업이전(고용보호)명령을 탈법하기 위하여 고의적으로 거래의 방식을 변경하는 것은 아닌지 살펴야 한다고 판시하기도 하였다.

다만, Clece SA v Valor 사건에서 Advocate General은 종전의 유럽법원의 판례 경향에 반대하는 방론을 제시하였는데 이에 따르면 기존의 법

251)가 있으며, 이 판결에서 유럽법원은 인력에 주로 의존하는 사업에서 근로자의 대부분이 인수인에게 고용승계가 되지 않는다면 경제적 실체의 동일성을 유지할 수 없다고 판단하였다.

76) Securicor Guarding Ltd v Fraser Security Services Ltd [1996] IRLR 552, 556.

77) [1999] IRLR 559.

78) [2000] IRLR 624.

79) [2001] IRLR 542.

80) [2000] IRLR 247.

리는 방법론적으로 모호한 결론에 이르게 하는 문제점이 있고, 나아가 경제적 실체 기준을 과도하여 넓게 해석하는 것은 자유경쟁의 원칙에 반하며 사용자의 자율을 지나치게 제한하는 것으로서 사업 인수에 대한 사용자의 의욕을 감퇴시킬 수 있다고 지적하고 있다. 이러한 지적이 향후 사업이전의 방식과 유럽법원과 영국법원의 판결에 어떤 영향을 미칠지는 지켜보아야 한다.

마. 아웃소싱 업체 간의 이전 : 소위 2세대 이전(Second Generation Transfer)

사업이전(고용보호)명령이 일반적인 아웃소싱에 적용될 수 있다는 점은 해석상 명백했다고 볼 수 있는데,⁸¹⁾ 아웃소싱 업체의 변경을 가져오는 소위 제2세대 이전에 대해서도 적용되는지는 그와 비교하면 다소 명백하지 않은 면이 있었다. 앞서 언급하였던 유럽법원의 *Süzen* 사건의 판결문에서 지적하였듯이, 아웃소싱 업체의 변경이 문제가 되는 사안은 일반적으로 사업이전에 포섭되기 어려울 수도 있었다. 영국에서도 *Süzen* 사건을 전후하여 사업이전(고용보호)명령이 아웃소싱 업체의 변경에 일반적으로 적용될 수 있는가라는 해석론에 관하여 서로 다른 결론을 낸 두 개의 판결이 있었다.

먼저, *Süzen* 사건 이전에 선고된 사건으로 아웃소싱 업체의 변경에 따른 고용승계를 긍정한 사건이 있다. *Dines v Initial Health Care Services Ltd* 사건⁸²⁾에서는 비록 임금수준은 이전이 있기 전보다 다소 낮아졌으나 근로자들의 대부분을 재고용하였다는 점을 강조하여 사업이전(고용보호)명령상의 이전이 있다고 판단하였다. 물론 이 사건에서는 종전에 고용되었던 근로자들 대부분이 새로운 아웃소싱 업체에 고용되었기 때문에 경제적 실체가 이전되었다는 평가를 하기가 비교적 쉬운 사건이었다. 반면, *Süzen* 사건 직후 선고된 *Betts v Brintel Helicopters Ltd and KLM Era*

81) 예를 들어, *Kenny v South Manchester College* [1993] IRLR 256; *BSG Property Services v Yuck* [1996] IRLR 134.

82) [1994] IRLR 336.

Helicopters (UK) Ltd 사건⁸³⁾에서는 고용승계를 부정하였다. 당시 Brintel은 헬리콥터 운영 사업을 3개 회사에 아웃소싱을 하고 있었는데 이후 그 중 1개 회사가 운영하던 사업을 제3자에게 아웃소싱을 하였고 제3의 업체는 고용승계를 거부하고 자신의 헬리콥터와 장비를 이용하여 헬리콥터 운영 서비스를 Brintel에게 제공하였다. Betts 사건 이후로 고용승계를 부인한 사건으로는 Computercenter (UK) Ltd v Mr N H Swanton, Mr H R Astin, Miss J E O'Hanlon, Specialist Computer Centres Plc사건⁸⁴⁾이 있다. 그러나 소수의 사건을 제외하면 영국법원은 전반적으로 고용승계에 대하여 전향적인 태도를 취하고 있다고 평가할 수 있고, 이런 법원의 해석론은 뒤에서 살펴볼 2006 사업이전(고용보호)명령의 개정에 큰 영향을 미쳤다고 평가할 수 있다.

바. 판례의 해석론

1) Dines v Initial Health Care Services Ltd 사건⁸⁵⁾

Initial Health Care Services Ltd는 청소 용역을 제공하는 업체인데 Orsett Hospital과 서비스 제공 계약을 체결하고 자신의 장비와 근로자를 통하여 청소업무를 하였다. 이후 정부의 민간외주의무제도(compulsory competitive tendering; CCT)에 따라 아웃소싱의 약정 기간이 도달하자 Orsett Hospital은 해당 업무에 대한 아웃소싱 공고를 냈다. 이에 종전 업체보다 낮은 계약단가를 제시한 PM이 새로운 청소용역 업체로 지정되었다. Initial Health Care Services Ltd는 사업의 폐지 등을 이유로 정원감축을 하였고, 이에 청소원으로 근무하던 근로자들이 불공정해고를 주장하며 2개 회사를 상대로 고용심판소에 소송을 제기하였다.

고용심판소와 고용항소심판소는 위와 같은 경우 사업이전(고용보호)명령이 규정한 사업의 이전이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였으나 항소법원은 유럽법원의 판례 법리를 언급하면서 민간

83) [1997] IRLR 361.

84) UKETA/0256/04/MH,

85) [1994] IRLR 336.

외주의무제도에 따라 서비스 업체가 변경되더라도 아웃소싱 계약에 의한 사업이 당연히 종료하는 것은 아니고 아울러 사업의 이전은 2개의 아웃소싱 계약에 의해 성립할 수 있다고 보아 고용승계의무를 인정하였다.

2) Betts v Brintel Helicopters Ltd and KLM Era Helicopters (UK) Ltd 사건⁸⁶⁾

정유회사인 Shell (UK) Ltd는 3개 지역의 헬리콥터 운영 서비스를 Brintel에게 아웃소싱하고 있었는데 그 중 Beccels에 있던 헬리콥터 운영 업무를 새로운 아웃소싱 업체인 KLM Era Helicopters에게 운영하도록 하였고, 새로운 아웃소싱 업체는 헬리콥터의 운영 장소를 Norwich로 옮기면서 Brintel의 장비와 근로자의 인수 및 승계를 모두 거부하였다. 이에 대하여 Brintel의 근로자들이 2개 회사를 상대로 불공정해고를 주장하며 소송을 제기하였다.

이에 대하여 고용항소심판소는 위와 같은 아웃소싱 업체의 변경은 1981년 사업이전(고용보호)명령에서 규정한 이전의 개념에 포함되는 것으로서 KLM Era Helicopters의 고용승계의무를 인정하였다. 이에 대하여 KLM Era Helicopters가 항소하자 항소법원은 Stizen 사건의 법리를 원용하면서 자산뿐 아니라 인력 일체가 이전되지 않은 위 사건에서는 경제적 실체의 동일성을 유지한 이전이 존재한다고 볼 수 없다고 하여 고용승계의무를 부정하였다.

3) Argyll Training Ltd v Mrs Margaret Sinclair, Argyll & The Islands Enterprise Ltd 사건⁸⁷⁾

Argyll & The Islands Enterprise Ltd(이하 'AIE')는 스코틀랜드 지역의 경제발전을 위해서 직업훈련과 취업 등을 지원하는 기관인데 Argyll, Bute, Cunningham 지역의 지원을 위해서 해당 업무를 위주화하면서 Argyll 지역에서 대해서는 Business & Employment Skills Training Ltd(이하 'BEST')에 외주를 주었다. 원고 Sinclair는 BEST에서 트레이너로

86) [1997] IRLR 361.

87) EAT/1406/99; [2000] IRLR 630.

일하다가 BEST와 AIE의 업무위탁 계약기간이 종료되자 해고되었고, 이후 BEST의 업무를 수행한 Argyll Training Ltd(이하 'ATL')와 AIE를 상대로 불공정해고를 주장하는 소송을 제기하였다.

BEST는 훈련생들의 숫자를 기준으로 매주 AIE에서 보수를 받았고, 취업자 혹은 자격취득자가 생기면 추가적인 보수를 지급받았다. 1998년 6월 11일 기준으로 42명의 훈련생이 BEST에 등록되어 있었다. Sinclair는 Rothesay에 위치한 조그마한 사무실에 근무하면서 Argyll 지역을 돌면서 직업훈련생의 모집, 관리 등의 업무를 담당하였다. AIE는 BEST에게 1998년 6월 12일 계약이 종료된다는 통지를 하였고, BEST가 담당하던 업무는 1998년 6월 13일부터 ATL이 담당했고, Sinclair는 1998년 6월 26일 계약이 만료된다는 통지받았다. 42명의 훈련생 중 일부는 다른 계약자에게 갔고, 3명은 BEST가 운영하던 다른 지역으로 이전되었다. 나머지 21명은 1998년 6월 11일자로 ATL로 이전되었다.

이에 대해 고용심판소는 비록 의미 있는 자산이나 노동력의 이전은 없었지만 직업훈련생들에 관한 정보 일체가 ATL에 이전되었고 더불어 상당수의 직업훈련생도 ATL에 이전되었으므로 BEST에서 ATL로의 사업의 이전은 1981년 사업이전(고용보호)명령에서 규정한 사업이전에 해당하여 Sinclair는 불공정해고되었다는 판결을 했다. 이에 대해 피고가 항소하였으나 고용항소심판소는 피고의 항소를 기각하였고 판결은 그대로 확정되었다.

4) Mr R Cheesman and others v R Brewer Contracts Ltd 사건⁸⁸⁾

Teignbridge District Council은 1995년 10월경까지 직접 근로자를 고용하여 재고품의 관리를 해왔으나 이후 이를 외주화하게 되었고, 이에 따라 Onyx(UK) Ltd가 계약자로 선정되었다. Onyx(UK) Ltd는 Council과 기간을 18개월로 정한 재고관리 계약을 체결하고 1회 갱신을 하여 총 3년 동안 업무를 수행하였는데, 계약기간이 만료하게 되자 Council은 다시 해당 업무를 입찰하여 새로운 사업자로 피고 R Brewer Contracts Ltd를 선정하였다. 그런데 피고 R Brewer Contracts Ltd는 Onyx(UK) Ltd에 근

88) EAT/909/98; [2001] IRLR 144.

무하던 원고 Cheesman을 비롯한 12명의 근로자의 근로계약관계의 승계를 거부하였고, 새로 근로자를 채용하여 낙찰 받은 업무를 수행하였다. 이에 원고들은 R Brewer Contracts Ltd를 상대로 불공정해고를 주장하며 소를 제기하였다.

이에 대해 고용심판소는 피고가 종전 업무와 동일한 내용의 업무를 수행한 사실은 인정되지만, Onyx(UK) Ltd의 유·무형의 자산을 이전받은 사실이 없고, 근로자들의 고용도 전혀 승계한 사실이 없으므로 1981년 사업이전(고용보호)명령에서 정한 사업이전의 사실이 존재하지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각했다. 이에 원고들이 항소를 하자, 고용항소심판소는 고용심판소가 사업이전의 사실이 있는지를 검토하면서 오로지 실질적으로 근로자의 승계가 있었는가라는 하나의 관점만 고려한 위법이 있고, 이전의 대상이 되는 경제적 실체가 존재하지 않는다고 판단한 것도 역시 위법하다고 보아 원고들의 항소를 인용했다.

5) RCO Support Services Ltd and Another v Unison and Others 사건⁸⁹⁾

Aintree Hospitals NHS Trust는 Walton Hospital과 Fazakerley Hospital을 운영하고 있었는데 1998년 3월 31일 Walton Hospital의 업무 중 입원에 관한 부분은 Fazakerley Hospital로 이전하고 Waltham Hospital은 외래진료만 하기로 결정하였다. 이에 따라 Walton Hospital 병동에서 근무하던 의사와 간호사는 모두 Fazakerley Hospital에서 근무하게 되었고 관련 설비 또한 모두 Fazakerley Hospital로 옮겨졌다. 그러나 Walton Hospital 병동 청소업무를 외주받아 수행하고 있던 Initial Hospital Services Ltd의 근로자들은 해고되었고, 이들이 소속한 노동조합 UNISON은 Fazakerley Hospital의 청소업무를 외주받은 RCO Support Services Ltd와 고용승계에 관한 교섭을 하였으나 합의에 이르지 못하고 결국 6명의 청소원만 Fazakerley Hospital에서 근무하게 되었고 나머지 25명의 청소원은 해고 통보를 받았다. 한편 병동의 식사제공 업무를 하던 근로자들은 Aintree Hospitals NHS Trust가 직접 고용하고 있던 자들인

89) [2002] EWCA Civ 464.

데 이들은 그 중 일부는 Trust의 다른 사업 부분으로 전근이 되었고 2명은 RCO Support Services Ltd가 채용하여 최종 1명이 해고가 되었다. 입원 업무를 이관하면서 식사 제공에 필요한 일부 시설도 Walton Hospital에서 Fazakerley Hospital로 이전하였다. 해고된 근로자와 노동조합은 고용심판소에 불공정해고를 주장하며 소송을 제기하였다.

이에 원심인 고용항소심판소는 병원 업무의 이전에 따라 해당 업무를 지원하던 청소 및 배식 업무 또한 이전할 업무상 필요성이 인정되고, 청소와 배식 업무는 경제적 실체를 가지고 동일성을 유지하면서 Walton Hospital 및 Trust에서 RCO Support Services Ltd로 이전되었으므로 원고들에 대한 해고는 불공정하다고 판단했다. 이에 대해 피고가 항소하였으나 항소법원은 항소를 기각하여 원심을 확정했다.

6) Computercenter (UK) Ltd v Mr N H Swanton, Mr H R Astin, Miss J E O'Hanlon, Specialist Computer Centres Plc 사건⁹⁰⁾

IBM은 Lloyds TSB Bank에 컴퓨터 관리 서비스를 제공하기로 약정하고 해당 업무는 Special Computer Centres plc (이하 'SCC')에 외주를 주었고 SCC는 8명의 근로자를 고용하여 Lloyds TSB Bank에게 서비스를 제공하였다. 이후 IBM은 SCC와의 외주 계약을 해지하고 실질적으로 동일한 업무를 Computercenter (UK) Ltd라는 업체에 다시 외주를 주었다. 그러자 SCC의 근로자들이 근로관계의 승계를 주장하며 고용심판소에 불공정해고의 소를 제기하였다.

고용심판소는 SCC의 업무가 안정된 경제적 실체를 가지고 있으며, 용역 제공자의 변경을 가져온 IBM의 행위는 동일성을 유지한 사업의 이전이 있는 것으로 파악하여 근로관계의 승계를 인정하였다. 그러나 고용항소심판소는 Computercenter (UK) Ltd가 IBM이 체결한 2개의 계약에는 사업이전의 중요한 대상이 되는 자원(resource)이라고 볼 요소가 없고 SCC와 Computercenter (UK) Ltd 사이에도 계약적 관계를 인정할 수 없어 근로관계의 승계를 부정했다.

90) UKETA/0256/04/MH,

7) GEFCO UK Ltd v Mr J S Oates, Car & Commercial Delivery Co Ltd 사건⁹¹⁾

피고 GEFCO UK Ltd는 창고 및 운송업을 하는 법인이고, Car & Commercial Delivery Co Ltd은 자동차 운송업을 하는 법인이다. 피고 GEFCO UK Ltd는 항구에서 배송지까지 혹은 딜러 사이에서 자동차를 운송하는 업무를 담당하고 있었는데 피고 Car & Commercial Delivery Co Ltd는 자동차 생산 업체인 Peugeot Citroen Group의 자회사로서 위 회사에서 생산된 자동차의 운송업무를 담당하면서 운송업무 중의 일부를 피고 GEFCO UK Ltd에게 외주를 주었다. 원고 Mr J S Oates는 피고 GEFCO UK Ltd에 운송차량 기사로 취업하여 근무하던 4명의 근로자 중 1명이다. 피고 GEFCO UK Ltd는 2004년 3월 10일 원고에게 Car & Commercial Delivery Co Ltd과의 운송계약 종료에 따라 2004년 4월 2일 자로 해고한다는 통지를 하였다. 한편 4명의 근로자 중 2명은 근로계약 해지 후 파견 형태로 같은 일을 계속하던 중 2010년 3월 31일 Car & Commercial Delivery Co Ltd에 취업을 하여 같은 일을 담당하게 되었다. 그러나 원고를 비롯한 2명의 근로자는 위 해고 통지에 따라 해고가 되었다. 이에 원고는 피고들을 상대로 불공정해고 소송을 제기하였다.

고용심판소와 고용항소심판소는 유·무형의 자산이 피고들 사이에 양도된 사실은 인정할 수 없으나, 거래의 상대방인 고객이 동일한 점, 근로자들을 해고한 전후 시점에서 담당한 업무가 동일한 점, 그리고 근로자의 절반이 피고들 사이에서 고용이 이전된 점을 고려하여 원고에 대한 해고는 불공정해고이고, Car & Commercial Delivery Co Ltd가 1981년 사업이전(고용보호)명령이 정한 사업이전에 있어 인수인에 해당한다고 판단하였다.

2. 사업이전(고용보호)명령의 2006년 개정

가. 2006년 개정의 일반론

영국은 종전의 사업이전(고용보호)명령을 2006년에 대대적으로 개정하

91) UKEAT 0014/05/DA.

였는데⁹²⁾ 2006년 사업이전(고용보호)명령에서는 Council Directive 98/50/EC의 내용을 영국법으로 수용하고 나아가 사업이전의 개념을 유연화하여 관련 분쟁을 효과적으로 예방하려는 목적이 강조되었다.

2006년 사업이전(고용보호)명령은 1981년 사업이전(고용보호)명령의 내용을 전면 개정(revoked and replace)한 것이다. 2006년 사업이전(고용보호)명령은 사업이전에 따른 근로관계 승계 법리를 Reg 4에 규정하여 사업의 이전과 근로관계의 승계에 관한 일반적 원칙을 그대로 유지하고 여기에 보태어 크게 네 가지 중요한 변화를 규정하고 있다.

먼저, 용역 제공자의 변경(Service Provision Change: SPC)에 관한 규정을 두어 사업이전의 다양한 유형을 포섭시킴으로써 관계 당사자 간의 불필요한 분쟁을 줄이고 사업이전 등에 따른 비용도 절감하는 효과를 기대할 수 있게 되었다.

둘째, 사업이전과 관련한 해고에 대해 사업이전(고용보호)명령이 어떻게 적용되는지 명확하게 규정하고 이전 시 근로조건의 변경에 관해서도 구체적인 규정을 두었다.

셋째, 이전인의 통지의무 규정을 도입하여 이전인은 인수인에게 이전 시 승계되는 근로자 및 권리와 책임에 관하여 통지하도록 하고 있다.

끝으로, 기업 도산과 관련하여서 Reg 8 및 Reg 9를 신설함으로써 종전에 도산과 근로관계의 승계 문제에 관하여 다툼이 있었던 부분을 입법화하였다. 이는 소위 긴급구조(rescue culture)의 촉진이라고 하는 정부의 정책과 보조를 맞추기 위해 사업이전인이 파산상태(insolvent)에 있는 경우 명령(Regulation)의 적용에 유연성을 더하고자 한 취지라고 한다.⁹³⁾

한편, 사업이전(relevant transfer)과 관련해서는 그 개념을 새롭게 정의하여 개정 전 사업이전(고용보호)명령이 가지고 있던 용어상의 모호함을 해결하려고 노력했다. 즉 대부분의 사업이전에 관하여 유럽법원의 판례가 요구하고 있던 ‘동일성을 유지하면서 경제적 실체를 이전하는 것’이

92) 이후 사업이전(고용보호)명령은 북아일랜드 지역의 적용을 위한 개정을 제외하면, 2006년과 2009년 관련 법률의 개정에 따른 개정이 있었으나 전체적인 내용은 2006년 사업이전(고용보호)명령과 비교하여 변동이 없다.

93) John McMullen(2006), “An Analysis of the transfer of Undertakings(Protection of Employment) Regulations,” *ILJ* 35(2), p.115.

라는 기준을 적극적으로 받아들이고, 나아가 뒤에서 언급하듯이 용역 제공자의 변경(service provision change)도 사업이전의 개념에 포함시킴으로써 종전과 달리 굳이 유럽법원의 혼란한 판례 법리에서 근거를 찾지 않고도 아웃소싱 사업의 이전에 따른 근로관계 승계 문제를 해결할 수 있게 하였다.⁹⁴⁾

이에 대해서는 예외가 있기는 하지만 용역 제공자의 변경에 관한 규정을 통해서 종전 유럽법원의 까다로운 근로관계의 승계 조건을 검토하지 않고도 넓게 근로관계의 승계를 인정할 수 있게 되어 근로자보호를 충실히 하였다는 평가가 있다.⁹⁵⁾

나. 용역 제공자의 변경에 관한 규정

아웃소싱과 관련한 입법론은 외주화를 의미하는 원래의 의미의 아웃소싱과 아웃소싱 업체의 변경, 그리고 인소싱 등을 모두 검토하여야 하는데 영국의 경우 이 세 가지의 경우를 모두 포괄하는 형태의 입법을 하였다. 이에 따라 아웃소싱 및 인소싱에 대하여 종전 사업이전에 관한 정의 규정을 적용하던 것을 이제는 용역 제공자의 변경에 관한 규정으로 포섭하게 되었다. 이하에서는 아웃소싱과 관련하여 주로 문제가 되는 용역 제공자의 변경에 관한 규정 내용을 주로 검토하고자 한다.

1) 관련 법문

용역 제공자의 변경에 관한 규정은 Reg 3(1)(b)인데 이는 사업이전에 관한 규정(Reg 3(1)(a)) 바로 다음에 위치하고 있다. 내용을 옮기면 다음과 같다.

Reg 3(1)

본 법은 다음의 경우에 적용한다.

94) Reg 3(1)b.

95) John McMullen(2006), "An Analysis of the transfer of Undertakings(Protection of Employment) Regulations", *ILJ* 35(2), p.115.

- (a) 생략.
 - (b) 용역 제공자의 변경. 용역 제공자의 변경은 아래의 상황을 말한다.
 - (i) 어떤 사람(‘도급인’)이 스스로 행하던 활동을 중단하고, 이에 갈음하여 그 활동을 도급인을 위하여 다른 사람(‘수급인’)이 하도록 하는 것.
 - (ii) 도급인을 위하여 어떤 수급인이 행하던 활동을 중단하고(당해 활동이 종전에 도급인에 의하여 스스로 행하였던 것인지는 묻지 않는다), 이에 갈음하여 그 활동을 도급인을 위하여 다른 사람(‘하수급인’)이 하도록 하는 것.
 - (iii) 도급인을 위하여 수급인 혹은 하수급인 행하던 활동을 중단하고(당해 활동이 종전에 도급인에 의하여 스스로 행하였던 것인지는 묻지 않는다), 도급인이 그 활동을 자신을 위하여 스스로 행하는 것.
- 위 각 상황은 아래 Reg 3(3)에 기재한 조건을 만족하여야 한다.

Reg 3(3)

Reg 3(1)(b)에 규정된 조건이란 다음과 같다.

- (a) 용역 제공자의 변경이 있기 직전에
 - (i) 주된 목적이 도급인을 위하여 당해 활동을 하는 영국에 위치한 근로자들의 조직적 집단이 있을 것.
 - (ii) 용역 제공자의 변경 후 도급인이 해당 활동을 수급인이 하도록 할 것. 다만, 일회적인 특정 거래 혹은 단기 작업인 경우는 제외한다.
- (b) 당해 활동이 도급인의 사용을 위하여 재화를 공급하는 활동의 전부 혹은 대부분이 아닐 것.

2) 법문의 취지

법문에서 확인할 수 있는 것처럼 용역 제공자의 변경이란, 도급인이 스스로 담당하던 서비스 업무를 외부의 업체에게 이전하거나 그 외부의 업체가 다시 제3의 업체에게 서비스 업무를 이전하는 경우, 또는 외주를 준 업무를 다시 이전받아 오는 경우에도 사업이전(고용보호)명령의 사업이전의 관련 규정, 즉 근로관계의 자동적 승계 규정이 적용된다는 것이다.

사업이전이 이루어질 경우, 영국 판례에서는 그것이 노동집약적인 사

업인지 아니면 자산집약적인 사업인지에 따라 사업이전(고용보호)명령이 정하고 있는 이전의 요건에 해당하는지를 심사하는 요소의 비중이 달라졌었다. 즉, 청소업무와 같은 노동집약적 사업은 인적 요소의 이전이라는 요소에 큰 비중을 두어 이전 여부를 판단하게 된다. 그러나 실제에 있어 어떤 사업이 노동집약적인지 혹은 자산집약적인지는 구별이 쉽지 않고 오히려 양자의 성격을 모두 갖고 있는 중간적인 영역이 존재하는 경우가 적지 않았다. 이럴 경우 이전의 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라 사업이전(고용보호)명령의 적용 여부가 결정될 수 있었다. 따라서 노동집약적인 사업에 대해 자산집약적 사업에 주로 적용되는 물적 양도에 관한 부분을 중시하여 양도 여부를 결정하면 해당 사업에 종사하는 근로자에게 불리한 결론에 이를 수 있었다. 이런 문제는 주로 서비스의 아웃소싱에서 많이 벌어지기 때문에 이것을 고려하여 용역 제공자의 변경도 이전의 개념에 포함시켰다.

3) 용역 제공자의 변경 규정의 해석

가) Kimberley Group Housing Ltd v Mr D Hambley and Others, Leena Homes Ltd, Angel Services (UK) Ltd 사건⁹⁶⁾

영국 내무부(Home Office)는 2000년경 난민지원사업을 수행하기 위해 피고 Leena Homes Ltd와 관련 업무계약을 체결하였다. 피고 Leena Homes Ltd는 Middlesbrough와 Stockton에 각 1개의 사무실을 두고 근로자를 채용하였는데, 원고 D Hambley를 비롯한 3명의 근로자는 Middlesbrough 소속이었고, 원고 Hoden을 비롯한 3명의 근로자는 Stockton 소속의 근로자였다. 두 사무소에 소속된 전체 근로자 수는 18명으로 대부분이 빌딩 관리를, 2명이 복지 관련 업무를, 5명이 행정업무를 담당하고 있었다. 영국 내무부는 2006년 Leena Homes Ltd에 계약기간 만료에 따라 위탁사업을 중단하고 해당 사업을 피고 Kimberley Group Housing Ltd와 Angel Services (UK) Ltd에 아웃소싱을 주었다. 아웃소싱 업체가 변경되면서 종전 업체의 시설 등이 새로운 업체로 이전된 것은

96) UKEAt 0448/07/RN. 이 사건에는 Angel Services (UK) Ltd v Mr D Hambley and Others, Kimberley Group Housing Ltd, Leena Homes Ltd 사건(UKEAT/0489/07/RN)이 병합되어 있다.

없었다. 이에 따라 피고 Leena Homes Ltd를 해고하였고, 원고들은 불공정해고를 주장하며 소를 제기하였다.

원심인 고용심판소는 원고들의 주장에 대하여 위와 같은 아웃소싱 사업의 이전은 2006년 사업이전(고용보호)명령에 규정한 일반적인 형태의 사업이전에는 해당하지 않지만 새롭게 입법된 용역 제공자 변경에는 해당한다고 보았다. 따라서 해당 사업을 인계받은 피고 Kimberley Group Housing Ltd와 Angel Services (UK) Ltd들은 원고들의 고용을 승계한다고 판단하였다. 한편 종전에 1개 업체가 고용하던 근로자들이 2개의 업체로 고용승계가 될 때, 어느 쪽에 몇 명의 근로자가 승계되는지가 문제되었는데 이에 관하여 고용심판소는 근로자와 근로계약은 분할할 수 없으나 책임은 분할할 수 있다는 전제 아래 불공정해고에 관한 경제적 책임 비율을 산정하고, 피고 Kimberley Group Housing Ltd가 Middlesbrough 사무소에 대해서는 71%, Stockton 사무소에 대해서는 97%의 책임을 부담하고, 따라서 피고 Angel Services (UK) Ltd가 Middlesbrough 사무소에 대해서는 29%, Stockton 사무소에 대해서는 3%의 책임을 부담한다고 판단하였다.

이에 대하여 피고들 모두 고용항소심판소에 항소를 제기하였는데, 고용항소심판소는 근로관계 승계에 관한 입법지침의 취지를 고려하면 용역 제공자의 변경 규정은 일반적인 사업이전 규정과 일체를 이루는 것이기 때문에 일반적인 사업이전과 같이 경제적 실체의 동일성도 문제가 되는 해당 사업 전체를 살펴서 파악해야 한다고 보았다. 이에 따라 비록 근로자들이 Middlesbrough 사무소와 Stockton 사무소에 나누어서 근무를 하였지만 근로자들과 그들이 수행한 업무의 실질적 연결고리를 고려하면 피고 Kimberley Group Housing Ltd가 원고들의 고용을 모두 승계한다고 판단하였다.

나) Metropolitan Resources Ltd v Churchill Dulwich Ltd and Others 사건⁹⁷⁾

영국 내무부(Home Office)는 난민지원사업을 수행하기 위해 사회복지

97) UKEAT/286/08.

단체인 Migrant Helpline에게 관련 업무를 위탁하였고, Migrant Helpline은 해당 업무를 지역별로 나누어 재위탁하였다. 그 중 East Dulwich에 있던 Barry House의 운영은 피고 Churchill Dulwich Ltd가 담당하게 되었다. 피고 Churchill Dulwich Ltd는 원고 Mr M Cambridge를 비롯한 9명의 근로자를 고용하여 해당 업무를 수행하다가 계약기간이 만료되자 피고 Metropolitan Resources Ltd이 피고 Churchill Dulwich Ltd의 업무를 (대부분)승계하여 이를 수행하였고 원고들은 모두 해고되었다. 그러자 원고들은 용역 제공자의 변경 규정을 근거로 불공정해고를 주장하며 고용심판소에 소송을 제기하였다.

고용심판소의 재판에서 피고 Metropolitan Resources Ltd는 용역 제공자의 변경에 관한 규정을 적용하기 위해서도 종전과 같이 사업이전에 관한 종합적 평가를 하여야 한다고 주장하였으나 고용심판소는 사업이전(고용보호)명령의 입법 취지가 사업의 이전에 따른 근로관계의 승계 문제를 간명하게 해결하고자 하는 것이니만큼, 법률이 정한 용역 제공자의 변경 요건만을 충족하면 곧바로 근로관계의 승계를 인정할 수 있다고 보아 원고들의 주장을 인용하였다. 이에 대하여 피고 Metropolitan Resources Ltd는 고용항소심판소에 항소하였으나 항소심도 같은 이유로 피고의 상소를 기각했다.

다) Enterprise Management Services Ltd v Connect-Up Ltd 사건⁹⁸⁾

Leeds 시 위원회는 관할 지역의 학교에 IT 서비스를 제공하였는데, 2004년에 이 서비스를 Enterprise Management Service Ltd에 아웃소싱을 하였다. Enterprise는 관할 지역의 모든 학교에 IT 서비스를 제공하였는데 2008/2009년 사이에는 위 서비스를 이용하는 학교의 비율이 80%로 하락하였다. Leeds 시 위원회는 2009년 새롭게 IT 서비스 제공자를 선정하게 되었는데 Enterprise는 입찰에 참가하지 않았고 사업은 Connect-up Ltd에게 아웃소싱되었는데 Connect-up은 Enterprise가 담당하던 업무 중 커리큘럼 지원 업무는 하지 않는 것으로 약정하였고 위 업무는 Enterprise

98) UKEAT/0462/10/CEA.

의 지원 업무의 15% 정도를 차지하였었다. Enterprise는 Regulation에 따라 원고가 Connect-up에 고용승계되는 것으로 이해하고 원고를 해고하였다. 그런데 Connect-up은 종전에 Enterprise가 서비스를 제공하던 학교의 62.5%만 담당하게 되었고, Enterprise의 관리자가 설립한 SICTS Ltd가 나머지 학교 중 24.6%의 학교를 담당하였다. 그 외 학교는 군소 사업자로부터 IT 서비스를 제공받았다.

고용심판소는 Connect-up이 아웃소싱 받은 사업이 종전에 Enterprise가 영위하던 업무의 내용과 본질적으로 같지 않다고 판단하여 용역 제공자 변경에 관한 규정이 적용되지 않는다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대해 Enterprise가 고용항소심판소에 항소를 하였으나 고용항소심판소는 새로운 업체 중 Connect-up이 제공하는 서비스가 종전 서비스와 동일하지 않고, 새로운 서비스 제공자는 다수의 업체로 분할되어 각 학교가 자유롭게 사업자를 선정할 수 있었다는 점을 고려하여 1심의 판단을 그대로 유지하고 항소를 기각하였다. 결국, 원고는 Enterprise와 고용관계의 존속을 주장하며 불공정해고에 따른 책임을 추궁하게 된다.

다. 판례 해석론의 평가

용역 제공자의 변경에 관한 규정이 입법되기 전, 영국법원의 해석론은 문제가 되는 사업이전이 당시 사업이전(고용보호)명령에서 규정하고 있던 사업이전, 즉 Relevant Transfer의 개념에 포섭될 수 있는가를 판단하는 것이었다. 따라서 아웃소싱 업체의 변경에 관한 규정이 없더라도 사업이전에 관한 내용을 구체적으로 살펴 사업이전에 해당한다고 판단되면 근로관계의 승계를 긍정했다. 이러한 영국법원의 해석론에서 눈에 띄는 점은 유럽법원이 관련 사례에서 다소 혼란스런 양상을 보일 때, 영국법원은 일찌감치 근로관계의 승계를 긍정하는 방향으로 해석론을 펼치고 있었다는 점이다. 예를 들어 Argyll Training Ltd 사건에서는 직업훈련생의 정보가 새로운 아웃소싱 업체에 이전된 점을 중시하여 근로관계의 승계 의무를 인정했고, Mr R Cheesman 사건에서도 구체적인 자산의 양도가 수반되지 않는 때에도 양도의 전체적인 내용을 고려하여 근로관계의 승

계를 인정할 수 있다는 태도를 보였다. 따라서 자산의 일부 양도가 인정되는 RCO Support Services Ltd 사건에서는 당연히 근로관계의 승계의무를 인정하는 판결을 할 수밖에 없었던 것으로 보인다.

이런 판례의 태도를 고려하면 앞선 사례와 비슷한 상황에서 근로관계 승계의무를 부정한 Computercenter (UK) Ltd 사건은 매우 이례적인 판례로 느껴진다. 그리고 이후에 선고된 GEFCO UK Ltd 사건은 다시 종전의 태도를 회복하여 근로관계의 승계의무를 인정하고 있다. 이처럼 입법 전 판례의 주된 흐름은 근로관계의 승계를 인정하는 사업이전의 의미를 매우 유연하게 해석하여 사실상 같은 업종의 사업이 유지되는 경우에는 종전 사용자를 갈음하여 새로 사업을 수행하게 된 새로운 사용자에게 근로관계의 인수 의무를 부담시키는 해석론이었다고 평가할 수 있다.

입법 이후의 해석론은 더 이상 종전의 사업이전의 요건에 포섭되는가를 검토하지 않고 곧바로 법문이 정한 새로운 형태의 요건을 충족하는지를 검토하는 방식으로 전개되었다. 따라서 용역 제공자의 변경 직전에 근로자들의 조직적 집단이 있는지, 용역 제공자의 변경 직후에 해당 사업을 수급인이 영위하고 있는지만을 평가하게 된다. 물론 이 경우, 용역은 일회적인 특정 거래 혹은 단기 작업이 아니어야 하며, 주로 도급인에게 재화를 공급하는 활동이 아니어야 하는 소극적 요건을 충족하여야 한다. 한편 가장 최근 판례인 Enterprise Management Services Ltd 사건에는 종전 2개 사건보다 엄격한 기준을 적용하여 고용승계를 부정하고 있는데 이는 새롭게 아웃소싱된 업체의 사업이 종전과 동일하지 않은 면이 있고, 용역을 제공받는 학교에게 새 업체와 거래를 할 것인지에 관한 재량이 주어진다는 점에서도 용역 제공자의 변경에 관한 규정이 적용되기 어려운 면이 있었다는 분석을 할 수 있다. 그러나 Metropolitan Resources Ltd과 비슷한 사실관계에서 근로관계의 승계를 부인했다는 점에서 향후 본 판례의 법리가 어떻게 받아들여질지는 좀 더 지켜볼 필요가 있어 보인다.⁹⁹⁾

99) 한편 해석론으로는 어떤 영업이나 사업의 이전이 용역 제공자의 변경에 해당하지 않더라도 본래 형태의 사업이전 요건을 갖추면 근로관계 승계의 효과가 발생한다는 입장도 있다(Simon Honeyball(2010), *Textbook on Employment Law*(11th Ed), Oxford University Press, p.111).

3. 고용승계 후의 근로조건

가. 종전 근로조건에의 자동적 승계

사업이전(고용보호)명령이 정한 사업이전이 있었다고 판단되면, 인수인이 이전인의 근로계약과 관련하여 혹은 근로계약 아래에서 갖는 권리, 권한 및 의무와 책임을 그대로 승계한다. 따라서 이전인의 근로자가 이전인에게 주장할 수 있는 근로계약상 권리를 인수인에게도 그대로 주장할 수 있게 되고, 권리의 내용이 근로조건에 관한 것이라면 종전의 근로조건을 새로운 사용자에게 그대로 주장할 수 있다. 권리승계에 관한 위 규정은 입법지침에서 유래한 것인데 유럽법원은 위와 같은 권리는 근로자와 사용자의 합의로 지침의 내용보다 낮은 수준으로 정할 수 없다는 입장이다.¹⁰⁰⁾ 한편 위와 같은 권리의 자동 승계는 근로자와 새로운 사용자 사이에서 종전보다 더 유리한 내용의 근로조건을 정하는 데 방해가 되지 않는다.¹⁰¹⁾

나. 이전된 근로조건에의 변경 문제

일반적으로 인수인은 사업장 내에 근로조건을 통일화시키고자 하기 때문에 위와 같은 사용자의 의도 혹은 필요와 사업이전(고용보호)명령의 규정 간에 충돌이 생길 수 있다. 이에 대해서는 사업이전(고용보호)명령이 종전 근로조건을 그대로 승계시키는 효과는 있지만 새로운 사용자가 개별 근로자와 종전과 다른 근로조건에의 근로계약을 체결하는 것을 금지시키는 것은 아니라는 주장이 있다.¹⁰²⁾ 비슷한 취지로 고용이 승계된 근로자를 비롯한 사업장의 전체 근로자가 사용자와 근로조건을 통일시키는 단체협약을 체결하고 위 단체협약의 내용을 개별 근로자가 근로조건에

100) Foreningen af Arbejdsledere I Danmark v Daddy's Dance Hall A/S (1988) IRLR 315.

101) Power v Regent Security Services Ltd (2007) IRLR 226.

102) Wilson v St Helen's Borough Council/British Fuels Ltd v Baxendale and Meade (1998) IRLR 408에서 Lord Slynn의 견해이다.

내용으로 삼는 근로계약을 체결하는 방식이 가능하다는 견해도 있다. 이 견해는 입법지침이나 사업이전(고용보호)명령이 종전 사용자에 대하여 근로자에 대하여 가지는 권리 이상을 부여하는 취지가 아니므로 새로운 사용자는 종전 사용자가 근로조건의 통일화를 위하여 할 수 있었던 조치를 동일하게 할 수 있다는 논리를 전제한다. 근로조건의 변경에 관한 위와 같은 주장에 대하여 유럽법원은 사업이전 자체가 이유가 되어 종전의 근로조건을 포기하도록 하는 것은 입법지침의 취지에 반하므로 그러한 합의는 효과가 없다는 입장이다.¹⁰³⁾

그런데 유럽법원의 위와 같은 해석은 사업이전(고용보호)명령의 해석과 적용에 있어서 다소 애매한 측면이 있다. 즉 2006년 Regulation 4(4)는 주로 혹은 유일하게 사업이전 자체를 이유로 근로조건을 변경하거나, 사업장 내 변경을 수반하는 경제적·기술적·조직적 이유와 관계없이 이루어진 사업이전을 이유로 한 근로조건의 변경은 무효라고 규정하고 있지만, 위 규정의 반대 해석과 Regulation 4(5)가 사업장 내 변경을 수반하는 경제적·기술적·조직적 사업이전을 이유로 한 근로조건의 변경은 유효하다고 규정하고 있기 때문에 근로조건의 변경이 이루어진 구체적인 사안에서 그것이 유효한 변경인지 아니면 무효인지를 판단하는 것은 쉽지 않게 되었다. 그런 점에서 영국의 사업이전(고용보호)명령은 사업이전과 관련한 근로조건 변경의 당부에 관하여 예견 가능한 기준을 제시하지 못한다는 비판을 받는다.¹⁰⁴⁾ 결국 이 문제는 향후 법원이 어떤 기준으로 이를 구분하고 법령을 적용하는지 지켜보면서 조화로운 해결점을 찾아야 할 것이다.

한편 근로조건의 승계와 관련하여 사업이전 전에 성과연봉제의 임금 지급 방식을 적용받던 근로자가 사업이전 이후 새로운 사용자에게 종전 동일한 형태의 성과연봉을 주장할 수 있는가라는 기술적인 문제도 이슈가 된 바 있다. 이에 대하여 고용항소심판소는 새로운 사용자는 근로계약의 내용이 된 성과연봉제를 종전과 같이 실시하여야 한다는 판단을 하였

103) Foreningen af Arbejdsledere I Danmark v Daddy's Dance Hall A/S (1988) IRLR 315.

104) Simon Deakin/Gillian S Moris(2012), *Labour Law*, Hart Publishing, p.249.

다.¹⁰⁵⁾ 하지만 성과연봉제는 사업장의 구체적인 특성과 근로자의 업무를 종합적으로 검토한 후 시행하여야 하는 문제가 있기 때문에 새롭게 구성된 사업장 내에서 종전의 성과평가 방식을 그대로 수용할 수 있는지는 의문스런 점이 있고, 이 또한 미처 예상하지 못했던 Regulation 4의 잠재적 영향력이라고 할 수 있다.

4. 영국의 입법과 영국법원의 해석론의 시사점

가. 적용 요건에 대한 검토

영국은 아웃소싱에 따른 근로관계의 승계 문제를 매우 간단한 요건을 설정하여, 대부분의 사례에서 근로관계가 승계되도록 규정하고 있다는 특징을 발견할 수 있다. 즉, 아웃소싱 업체의 변경 직전에 근로자들의 조직적 집단이 있는지, 아웃소싱 업체의 변경 직후에 해당 변경된 아웃소싱 업체가 해당 사업을 영위하고 있는지만을 평가하면 되고, 이러한 요건을 갖추면 사업자 간의 약정 내용에 관계없이 법령에 의하여 근로관계가 자동적으로 승계되는 효과가 생긴다. 한편 근로자의 조직적 집단에 대한 해석도 매우 유연하여 1인의 근로자를 고용하여 수행하는 소규모 청소 사업의 경우에도 조직적 집단이 있을 수 있다고 보는 것이 영국 정부의 해석론이다.¹⁰⁶⁾ 이것은 조직적 집단이라는 개념을 사실 개념이 아닌 규범적 개념으로 파악하여야 한다는 것으로, 우리나라의 법리에서 사용하는 용어로 이해한다면 특정 사업이 1인의 근로자에 의하여 수행된다고 하더라도 영업의 개념이 성립할 수 있다는 취지로 볼 수 있다.

이처럼 영국의 입법이 매우 간결하게 요건을 설정하였기 때문에 법문에서 정한 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 대부분의 사례에서 근로관계의 승계를 인정하여야 한다. 따라서 해당 사업을 영위하려는 사용자는 근로관계의 승계를 쉽게 예견하고 해당 사업을 진출할 수 있고, 근로자들

105) Unicorn Consultancy Services Ltd v Westbrook (2000) IRLR 80.

106) BIS(2009), "A Guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives", p.7.

또한 근로관계의 승계 여부를 어렵지 않게 예상하고 필요한 절차를 밟을 수 있게 된다. 이런 간명한 요건을 설정할 수 있는 이유는, 용역을 제공하는 사업은 대부분 도급인이 요구하는 수의 인력을 투입하는 것이 사업 운영의 핵심이고, 나아가 수행하는 사업도 특별한 기술을 요구한다기보다는 단순노무 제공을 주된 내용으로 하기 때문일 것이다. 좀 거칠게 표현한다면, 어차피 하는 일이 뻔하고, 필요한 인력의 수요도 대부분 정해진 것이라면 종전에 일하던 근로자를 그대로 사용하여 해당 업무를 수행하는 것이 불필요한 분쟁을 해결하는 데 더욱 효과적이라는 것¹⁰⁷⁾이다.

이처럼 적어도 아웃소싱과 근로관계의 승계에 관한 규정은 단순하고 포괄적인 입법 형식을 취해야 분쟁을 효과적으로 예방하고 근로자들의 고용을 보호할 수 있다는 시사점을 준다.

나. 예외사유 규정의 검토

영국의 입법론은 다음의 두 가지 경우에 대해서는 근로관계의 자동 승계를 부정한다. 즉, ① 일회적인 특정 거래 혹은 단기 작업에 대하여 아웃소싱을 한 때와 ② 당해 활동이 아웃소싱을 주는 업체의 사용을 위하여 재화를 공급하는 활동의 전부 혹은 대부분인 때에는 아웃소싱 업체의 변경에 관한 규정을 적용하지 않는다. 전자와 관련하여 영국 정부의 해석론은 일회적인 프로젝트의 수행에 대해서 적용을 배제한 것이라고 해석하면서 올림픽 경기에서 경호를 담당하는 사업을 수행할 때, 수년간에 걸쳐 경호에 관련한 업무를 수행하다가 사업 수행자가 변경되는 때에는 아웃소싱 업체의 변경 규정을 적용할 여지가 있지만, 올림픽 경기 기간에만 경호를 담당하기로 한 때에는 적용될 여지가 없다는 예를 들고 있다.¹⁰⁸⁾

두 번째 예외사유가 적용되는 예에 관하여 영국 정부는 특정 사용자가 소속 근로자들에게 식사를 제공하기 위하여 운영하는 식당에 샌드위치나

107) DTI(2005), "TUPE Draft Revised Regulations Public Consultation Document", p.15.

108) BIS(2009), "A Guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives", p.7.

음료를 매일 제공하는 거래 상대방에 대해서는 아웃소싱 업체 변경 규정이 적용되지 않지만, 식당 운영을 외부의 자에게 맡긴 때에 그 운영자가 변경되는 때에는 규정이 적용될 수 있다는 사안을 제시하고 있다. 이에 대해서는 재화의 제공과 용역의 제공이 혼재되는 사업에서는 적용 기준이 모호할 수 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁰⁹⁾

일회적인 프로젝트의 수행을 위해서 특정 사업을 외부에 아웃소싱하는 경우에는 아웃소싱을 받은 상대방에게 고용된 근로자들도 해당 사업의 완료 시까지를 고용의 보장 기간으로 기대하기 때문에 이런 경우에는 근로계약의 승계를 배제하는 정책도 합리성이 있다고 생각한다. 다만, 재화와 용역을 동시에 제공하는 때에는 당해 거래의 본질이 재화의 제공인지 아니면 용역의 제공인지를 판단하여 관련 규정의 적용 여부를 결정할 수 밖에 없는데 이것은 입법을 통하여 정비하는 것보다는 개별적인 사정을 살펴서 법원이 판단할 수 있도록 규정하는 것이 합당해 보인다.

다. 복수 아웃소싱 업체로의 변경과 고용승계의 방법론

아웃소싱 업체가 변경되면서 동일한 업무를 1개의 업체가 수행하다가 복수로 나뉘는 예가 크게 문제된 경우는 아직까지 국내에서는 없는 것으로 보인다. 판례 법리에 따르면 근로관계의 승계가 법적으로 보호가 되지 않는 영역이다 보니 새로운 업체가 복수인 때에 어떤 방식으로 근로관계가 승계되는지라는 한 단계 나아가는 쟁점을 문제 삼는 것 자체가 어렵기 때문일 수도 있다. 이것에 대하여 영국법원은 사업의 주된 부분을 이전받는 사용자가 전체 근로관계를 모두 승계하는 것으로 결론을 지었는데 문제가 된 사안의 내용을 살펴보면 주된 부분이 차지하는 비중이 매우 높아서 그러한 해결 방법도 나름대로 타당성이 있어 보인다. 그러나 만일 주된 부분을 찾기 어려운 경우, 예를 들어 1개 사업을 절반으로 나눠서 복수의 사용자가 해당 업무를 수행하는 때라면 영국법원의 해석 방식은 그대로 적용하기 어려운 난점이 있어 보인다.¹¹⁰⁾ 따라서 이런 때에는 이

109) John McMullen(2006), "An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations", *ILJ* 35(2), p.123.

진되는 업무의 비율을 고려하여 전체 근로관계를 분할하여 승계하는 방식을 고려할 수밖에 없지 않나 생각된다. 다만, 분할 비율을 결정할 때는 분할되는 업무의 내용이나 경제적 가치, 그리고 사용자의 계약 내용 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있다. 이 부분에 대해서도 입법론으로 정리하는 것보다는 개별 분쟁의 내용과 특징을 고려하여 법원이 판단하도록 하는 것이 적절하다고 생각된다.

110) 비슷한 지적으로 Slade DBE(2010), *Tolley's Employment Handbook*(24th ed), LexisNexis, p.1083; Charles Wynn-Evans(2008), "Service Provision Fragmentation and the Limits of TUPE Protection", *ILJ* 37(4), pp.371~376.

제 5 장

일본에서의 업무위탁과 고용관계의 규제

1. 도 입

현재 한국에서는 파견법 규제와 관련하여 사내하도급, 외주화 등 각종 형태의 간접고용을 활용하고자 하는 움직임이 활발하다. 이는 한편으로는 직접고용 시 수반되는 엄격한 해고 규제를 피하여 경기변동에 대응한 유연한 인력 운용을 도모하고자 하는 움직임으로 평가되며, 다른 한편으로는 파견법에 의해 규제되는 고용(사용)형태 이외의 고용(사용)관계를 형성하여 파견법의 엄격한 규제로부터 벗어나고자 하는 움직임으로도 볼 수 있을 것이다.

이러한 움직임은 일본에서도 유사하게 나타나고 있다. 즉 1985년 파견법 도입 이후 ‘파견’이라는 고용형태는 그 이전의 직업안정법에서 금지해 온 직업소개 및 그를 통한 ‘고용과 사용의 분리’에 대해 중대한 예외를 설정하게 되었으며, 특히 최근 강화되고 있는 파견에 대한 규제¹¹¹⁾로 인하여 도급이나 업무위탁 등을 널리 사용하고자 하고 있는 실정이다. 다만, 이러한 형태의 고용관계는 많은 경우에 파견법의 규제를 잠탈하기 위한 것으로 위장도급 혹은 불법파견의 문제를 야기하고 있다. 나아가 파견과

111) 일본의 파견법은 1985년 제정 이후 대상 업무의 확대, 제조업 해금 등의 규제완화의 방향을 지향하여 왔으나 2012년 3월 개정을 통해 사용자의 청약간주규정을 도입하는 등 규제를 강화하고 있음이 주목된다. 개정 파견법에 대한 설명으로, 이정(2012), 『일본 파견법상의 고용의무조항에 대한 고찰』, 『노동법포럼』 제9호.

구별되고 따라서 파견법의 적용 대상이 아니라는 이유에 근거하여, 도급이나 업무위탁은 완전히 민사법의 영역에 맡겨 두는 것이 과연 타당한가에 대하여는 다양한 스펙트럼의 논의가 존재할 수 있으며, 도급이나 업무위탁과 같은 형태의 노무제공과 관련하여 실제로 노무를 제공받으며 사용하고 있는 측의 책임에 대한 논의는 계속하여 이루어져 왔다.

한편 일본에서는 회사분할 시 근로계약의 승계와 관련한 입법이 명문화되었으며, 최근에는 이 문제에 대한 최고재판소의 판결도 내려졌다. 또한 근로계약법(勞働契約法)의 입법 시 계약의 이전이라는 측면에서 사업이전 전반에 걸친 논의가 이루어져 왔다. 이러한 과정에서 제시된 각종 논점 및 그에 대한 주장들은 아웃소싱 및 업무위탁의 경우에도 해석에 참고할 수 있는 여지를 갖고 있다. 특히 회사분할 및 업무위탁이 경영해고의 일환으로 이루어지는 경우나, 재산이 맞지 않는 부분을 분할하거나, 업무위탁함에 따라 근로조건이 저하되는 경우 등이 일반적으로 존재하고 있으며, 이러한 경우에 기존의 경영해고 법리나 단체협약 또는 취업규칙의 유효 범위에 대해 논란이 제기될 수 있다.

이에 본 연구에서는 일본에서의 사업이전에 대한 규제의 흐름과 현행법의 규제 상황을 검토한 후 논의 과정에서 제시된 입법론까지를 살펴봄으로써 앞으로의 방향성 및 한국에서의 바람직한 규제의 모델을 설정하는 데 시사를 얻고자 한다.

2. 현황 및 개념의 획정

가. 현 황

1990년대 후반부터 시작된 신자유주의에 기반한 경제정책은 기업조직 및 노사관계에도 큰 영향을 미쳤다. 거품경제의 붕괴 이후 계속된 장기불황 속에서 실업률의 증가와 도산의 빈발이 상시적 현실이 되었으며, 구조개혁 및 규제완화가 2009년 민주당에 의한 정권 교체에 이르기까지 주요한 정책의 흐름으로 기능하였다. 위 시기 일본은 장기불황에서 탈출하기 위해 여러 가지 정책을 강구해 왔으며, 그 중 하나가 기업조직 재편에 관

계되는 규제완화책이다. 1997년 순수지주회사의 해금을 시초로 민사재생법, 회사분할법, 기업조직 재편세제, 신회사법 등이 도입·개정됨에 따라 기업은 이전에 비교해서 기업조직 재편을 원활하게 할 수 있게 되었다. 이러한 기업조직 재편에 따른 노동자의 고용·근로조건의 하락이 우려되었지만, 그것을 불식하기 위하여 2000년 노동계약승계법이 도입되었다(112).

좀 더 자세히 살펴보면, 애초 일본에서 기업조직 재편과 관련하여 특별한 입법적 논의가 검토되게 된 배경은 제145회 통상국회를 통해 산업협력재생특별조치법안이 심의되는 과정에서 “기업의 조직변경이 원활하게 실시되고 나아가 실효적인 것이 되기 위하여는 종업원의 권리의무관계 등을 명확히 할 필요가 있는 점에 비추어 노사의 의견 등을 고려하면서 기업의 조직변경에 수반되는 노동관계상의 문제 대응에 대해 법적 조치를 포함한 검토를 할 것”이라고 하는 부대결의가 이루어진 데에서 비롯되며, 이러한 부대결의는 민사재생법안의 국회심의 시에도 유사하게 이루어졌다.

게다가 회사분할에 관한 상법의 개정안이 제출되면서 기업의 조직변경에 수반되는 근로관계에 대한 판례나 사례의 수집·분석을 수행하는 과정에서 연구회(113)를 개최하여 전문적 의견을 정리하기에 이르게 되었다.

이 연구회에 제출된 노사의 의견은 먼저 근로자 측의 경우 「기업조직 등 재편에 수반되는 근로자보호법」의 제정을 요구하며, 사전 협의와 전면적 고용 및 근로조건의 승계를 보장하는 강력한 보호를 시사하였다. 한편 사용자 측에서는 경제환경에 신속하게 대응하고 국제경쟁력을 유지·강화하기 위해서는 기업조직의 유연한 재편이 불가결하고, 회사분할법제는 이를 가능케 하는 것이라는 입장에서 회사분할에 한정시켜 입법조치를 요구하는 자세를 취하였다(114).

결국 위와 같은 의견을 감안, 연구회에서는 회사분할에 대해서만 당연

112) 오학수(2011. 8), 『일본의 기업조직 재편과 노사관계』, 『국제노동브리프』, pp.78~79.

113) 企業組織變更に係る労働関係法制等研究会(좌장, 菅野和夫 당시 동경대학 교수)

114) 企業組織變更に係る労働関係法制等研究会, “企業組織變更に係る労働関係法制等研究会報告-會社分割における労働関係の承継法制立法化を提言-”.

승계에 관한 입법조치를 취한다고 하는 결론에 이르렀는데, 그 이유로 예를 들어 상법상 영업양도에 한정하여 당연승계 등의 입법 조치를 두는 경우에도 입법의 취지 및 목적상 노하우 등을 포함하지 않는 생산 설비 등의 매매나 상법상 영업 이외의 사업의 양도, 신규 업무위탁 등에 대해서도 준용 내지 유추 적용될 가능성도 부정할 수 없으며, 이러한 경우 각종 사업 활동이나 근로관계에 큰 영향을 미침과 동시에 상당한 법적 불안정을 초래할 우려가 크다는 점이 지적되었다. 따라서 영업양도 등에 수반되는 근로관계 승계에 대해 입법 조치를 취할 필요는 없다는 판단을 내리고 회사분할에 대해서만 입법이 이루어지는 것으로 이어지게 되었다.¹¹⁵⁾

다만, 이 시기부터 폭넓은 범위에 걸친 사업이전의 개념 형성과 그에 따른 강력한 근로자보호의 논의는 꾸준히 제기되어 왔으며, 후술하는 바와 같이 입법 단계에서 구체적인 형태로 제시되었다. 실제로 기업조직 재편 중 노동자에게 부정적인 영향이 큰 것은 합병, 회사분할, 영업양도의 순으로 조사되고 있다고 하며, 기업조직 재편 전후의 임금액의 변화에 대한 구체적인 검토 결과를 보면, 합병이나 분할의 경우 약 90% 이상의 기업이 동액의 임금을 유지하고 있지만, 영업양도의 경우 약 50%의 임금수준이 확보되고 있음에 그쳤다고 지적된다.¹¹⁶⁾ 특히 회사분할의 경우 근로계약승계법에 의해 고용과 근로조건이 포괄적으로 승계되고 있지만, 영업양도의 경우 해당 근로자의 권리의무 관계가 각각 승계되는 특정 승계인데, 양도회사와 양수회사의 합의와 권리의무의 상대방의 동의가 승계의 전제로 요구되므로, 영업양도에 대해서는 근로자의 부담이 크며, 그만큼 해석을 통한 근로자보호의 시각 역시 요구되고 있다고 할 수 있다.

나. 개념의 확정

업무위탁이란, 기업의 사업 전부 또는 일부를 외부의 제3자에게 위탁하

115) 企業組織變更に係る労働関係法制等研究会, “企業組織變更に係る労働関係法制等研究会報告—会社分割における労働関係の承継法制立法化を提言—” III. 4. (3) (2000. 2. 10.). 이 보고서에 근거하여 구 상법 개정 및 승계법이 입법되게 되었다. 이에 대한 설명으로 노상헌, p.165 참조.

116) 오학수(2011. 8), 『일본의 기업조직 재편과 노사관계』, 『국제노동브리프』 pp.76~77.

고 업무의 운영, 집행 등을 수행하도록 하는 것을 말한다. 이는 도급의 형태로 이루어지는 경우도 있는데 흔히 아웃소싱(outsourcing)이라고 불린다. 일본에서 업무위탁 또는 아웃소싱은 주로 도급, 그 중에서도 노무도급 형태로 이루어지는 경우가 일반적이거나, 파견으로 이루어지는 경우도 존재하며, 이 경우에는 파견법상의 제한을 받게 된다는 점에서 구별이 된다. 이외에 재적출항 혹은 위탁 업체로부터 수탁 업체로의 파견이라는 형태로 수탁 업체에 대한 노무지휘를 확보하려고 하는 경향도 발견된다.

먼저, 기업의 한 부문을 구성하면서 수행되어 오던 업무가 외주화되는 경우 다양한 원인이 존재한다. 사업 전체의 경량화나, 경영해고의 전 단계로 이루어지는 경우도 있다. 이러한 외주화의 모습은 일본 기업에서는 낫설지 않은 것으로, 흔히 말하는 일본적 산업 시스템의 형성 단계에서부터 널리 이용되어 왔다. 즉 모회사 혹은 원청회사와 하청회사(재하청을 포함)의 거래관계를 통하여 이루어지는 ‘자본계열(系列)’¹¹⁷⁾이 그것이다. 일본의 대기업은 스스로 자본을 소유하는 등 일정한 지배적 관계에 있는 소기업 집단과의 거래에 의해 물자를 조달하는 관계를 설정하는 경우가 많으며, 이러한 관계는 대기업에 있어서는 정보의 전달을 긴밀히 하여 생산조직의 효율화를 꾀하면서도 경비의 삭감이라는 장점이 있고, 자회사(소기업)의 경우에는 모기업과의 계속적 거래관계 속에서 안정적인 일감을 획득할 수 있다는 장점이 있었다.

외부로의 업무위탁이 활용됨에 있어서는 주로 사용자책임을 둘러싸고 파견과의 구분 기준, 법률상 사용자책임, 사용자책임에 대한 판례¹¹⁸⁾ 등이 논의의 핵심을 이루어 왔다. 다만, 일본에서도 최근에는 기업의 부수적 업무에 대한 업무위탁 이외에, 기업의 업무 중 핵심적 업무를 아웃소싱하는 사례가 발견되고 있다. NTT에서는 회사의 핵심 업무로 파악되어 오던 고정 전화의 보수 및 관리부문 등의 업무를 각 지방의 회사에 위탁하여 운영하고 있으며, 대기업에서도 총무부문, 경리부문, 인사부문을 자회사에 업무위탁하는 방식으로 이관하고, 이관된 업무를 담당할 종업원 일부를 자회사에 전적시키기도 한다.¹¹⁹⁾ 이러한 아웃소싱의 경우 기존의

117) 水町勇一郎(2010), 『労働法』, 有斐閣, pp.31~32.

118) 鎌田耕一 編(2001), 『契約労働の研究』, 多賀出版, p.165 이하.

전적이나 재적출향 등의 인사 조치와 결합하여 업무의 외주화가 이루어지는 방식을 취함으로써, 인적인 지휘명령을 완전히 포기하지 않으면서도 고용책임을 분담시키거나 면할 수 있다는 점에서 널리 이용되고 있으며, 업무위탁은 계열사인 자회사를 이용하거나, 자본관계를 일체 갖지 않는 제3자를 이용하는 경우 등 다양한 모습으로 나타난다. 이 과정에서 생산설비의 임대나, 특정 부문 근로자의 신설회사로의 전적(혹은 출향)과 당해 근로자들의 파견근로자로서의 노무제공이 결합된 형태로 나타나기도 하고, 이러한 관점에서 기존의 관심 대상이었던 사용자의 책임은 보다 동적인 것으로 시각이 전환되게 된다. 즉 기존의 관심이 정적인 상태를 전제로 다수의 당사자가 관여하는 근로계약의 상태 속에서 발생하는 사용자의 책임에 집중되었다면, 최근에는 보다 동적인 측면, 즉 기업조직의 변동에 수반하여 이러한 책임들이 누구에게 이전될 것인가, 혹은 여전히 노무를 실질적으로 제공받는 측에 부담될 것인가 하는 논의까지를 포함하여 이루어지고 있다고 할 수 있다.

3. 기존의 규제와 문제점

현재 일본에서 업무위탁과 관련하여 주로 문제되는 것은 근로조건, 그 중에서도 실제 사용하고 있는 자의 법적 책임에 관한 논의이다. 한편 2000년 이후 기업 재편이 활발해지면서 사업양도, 합병, 회사분할 등을 포함한 기업조직 변동 시의 고용 및 근로관계에 관한 논의가 제기되고 있다. 구체적으로는 먼저 기업 내 특정 부문을 외주화하는 시점에서의 쟁점들이다. 이 경우 회사분할의 법리가 적용되기도 하고 사업양도가 활용되기도 하지만, 일반적으로는 기존의 재적출향 등의 방식을 사용하여 상법 및 그 특별법상의 기업조직 변경 규제를 피하려고 하는 움직임이 주목된다.

일차적으로는 분사화에 따른 전적의 경우 근로자의 개별적 동의를 요구하고 있으며, 사업양도의 경우에도 특정 승계의 원칙을 취하고 있으므로 근로자의 의사에 따른 고용은 보장된다(승계 배제가 이루어질 경우 정

119) 徳住堅治(2009), 『企業組織再編と労働契約』, 旬報社, pp.142~143.

리해고의 법리 혹은 부당노동행위에 따라 다투게 된다). 다만, 이러한 경우에도 양도회사 측에서 이들에 대해 부담하는 배치전환 의무의 내용과 정리해고 법리 사이에서의 선택은 여전히 유효한 것이므로 이들에 대한 정리해고의 문제는 남게 된다.

한편 현재 대다수의 일본 기업에서는 법제화된 회사 분할을 행하는 경우에도 신설회사 등에 근로자가 출향의 방식으로 이동하는 경우가 많다.¹²⁰⁾ 이 경우 분할된 회사로 이동하는 근로자는 그 신설회사로 전적하는 것이 아니라 원회사로부터의 재적출향의 방식으로 이동하게 된다. 따라서 근로계약승계법에 따른 승계가 이루어지는 것이 아니며, 근로계약법 제14조에 따른 제한(‘필요성, 대상 근로자의 선정에 관한 사정 기타 사정에 비추어 권리의 남용인 경우 무효’)을 받게 된다.

다만, 위에서 언급한 바와 같이 다양한 기업조직의 재편 형태 중 회사 분할에 대해서만 법제화된 규제가 이루어지고 있는 점은 여타의 기업조직 재편에 관하여 명확한 예측 가능성이 저해될 뿐 아니라 근로자보호라는 측면에서도 고용안정상의 불안한 지위 혹은 저하된 근로조건을 초래할 수 있다는 점에서 우려가 제기되고 있고, 이러한 근거에서 입법론적 해결이 주장되기도 한다. 다만, 현재까지는 입법화된 규제는 회사분할에 한정되고 있으며, 따라서 기업조직 재편과 관련된 근로관계의 문제는 대개 판례에 의해 다루어져 오고 있다. 먼저 사업양도 시 근로계약 등의 처리가 문제되는 경우, 당해 사업양도가 양도회사의 사업의 일부양도인지 전부양도인지에 따라 일정한 차이를 나타낸다. 또한 사업양도 이외의 합병에 대하여도 일부 논의가 이루어지고 있으며, 회사분할의 법제화 및 해석을 둘러싼 논의 역시 주목된다.

가. 사업양도 : 일부양도의 경우

먼저 일부양도인 경우, 근로자가 양수회사로의 전적을 거부하고 있을 때가 문제된다. 구체적으로 양도회사가 다른 회사에 사업의 한 부분을 양

120) 濱口桂一郎(2010), “勞働市場法制”, 水町勇一郎·連合總研 編, 『勞働法改革·參加による構成効率社會の實現』, 日本經濟新聞出版社, p.183 이하.

도한 경우로 당해 부문의 근로자가 양수회사로 전적 등에 응하지 않은 것을 이유로 양도회사에서 해고당하고 이에 대해 해고무효확인 등을 구하는 사례¹²¹⁾가 있었으며, 사업양도가 양도회사 측의 노동조합 파괴를 목적으로 한 부당노동행위라는 점과 함께 양수회사로의 전적에 동의하지 않은 것을 이유로 하여 양도 대상 부문의 근로자가 양도회사에 대해 고용계약에 기한 임금 지급을 청구한 사례 등이 존재한다. 이러한 판결들에서는 사업양도가 근로자의 동의가 없더라도 고용관계가 양수회사에 포괄적으로 승계된다고 하는 회사 측의 주장을 부정하고, 민법 제625조 제1항의 규정에 기하여 사업양도에 수반되는 양수회사로의 전적에 있어서는 당해 근로자의 합의를 필요로 한다고 하는 취지의 입장을 취하여 근로자 측 주장을 인정하고 양도회사와의 사이에 근로계약상의 지위를 확인한 바 있다.

한편 양수회사 측에 근로계약의 승계를 주장하는 사안은 거의 발견되지 않는다. 관련된 사안으로 경영권을 양도한 회사가 양도부문 근로자를 전원 해고하고 그 중 특정 근로자에 대해서만 양수회사로의 재고용 알선을 거부한 사안에서 당해 해고가 해고권 남용에 해당하여 무효인지가 다투어진 사안¹²²⁾이 있었다. 여기에서는 당해 경영권의 양도가 법 형식적으로는 임대차 계약의 합의 해약에 해당하지만 당해 양도 부문이 물적·인적 총체라는 점에 비추어 사업양도 계약으로 해석된다고 판단하면서 양도회사에 의한 해고 자체가 경영해고의 4요건을 갖추지 못하였으므로 해고권 남용에 해당한다고 하여 당해 해고를 무효로 판단하였다.

나. 사업양도 : 전부양도의 경우

먼저 근로자가 양수회사로의 전적을 거부한 경우로, 사업양도 이전에 양도회사에서 해고된 근로자가 당해 해고의 무효를 다투던 중 양도회사가 사업 전부를 다른 회사에 양도하고 해산한 사안에서 당해 근로자와의 사이에 고용관계가 당연히 소멸되었다고 주장하는 회사 측에 대해, 당해

121) ミロク製作所地位保全仮處分申立事件 高知地裁 昭和 53. 4. 20.; アメリカンエキスプレス雇用關係存在確認等請求事件 那覇地裁 昭和 60. 3. 20.

122) シンコーエンジニアリング事件(金員支拂仮處分命令申立) 大阪地裁 平成5. 2. 1.

근로자가 양도회사와의 사이에 고용계약상의 지위를 가진다고 주장한 사안¹²³⁾이 존재한다. 이 사안에서는 양 회사 간 사업양도의 성립 및 그에 따르는 해산 그 자체를 부정하면서 사업양도 시의 근로관계의 승계에 대해서는 당연히 승계되는 것은 아니며, 적어도 양 회사 간 승계에 관한 합의가 필요하다고 하면서 그러한 합의가 존재하지 않는 이상 양도회사가 여전히 고용계약상의 지위에 있음을 인정하고 있다.

다음으로 근로자가 양수회사에 대하여 고용관계의 계속을 구한 사안으로(이러한 경우는 대개 경영악화로 인한 사업양도의 경우가 많음), 양도 회사 해산에 앞서 이루어진 사업양도 시 양도회사를 퇴직한 근로자의 일부분이 양도회사와 동일한 이사가 경영하는 양수회사에 채용되지 않은 것에 대해 당해 근로자가 스스로의 근로계약상의 권리관계가 양도회사로부터 양수회사로 승계되었다고 주장한 사안¹²⁴⁾에서는 정리해고로서의 실질을 갖는 것으로 파악하여 유효 요건을 갖지 못하였으므로 무효라는 판단을 내림과 동시에 자본계열, 임원관계, 본점 소재지, 사업 목적, 기업시설, 종업원 등과의 관계에 비추어 볼 때 양도회사 및 양수회사 사이에 실질적 동일성이 인정되는 경우에는 당해 사업양도가 위장해산 등 사용자 측의 악의가 있는 것으로 보아 법인격 부인의 법리를 동원, 근로자와 양수회사 사이의 고용관계를 인정한 판단이 존재한다.

한편 양도 대상인 사업에 근로자 전원과의 고용계약을 포함하는 것으로 사업양도가 이루어졌다고 추인할 수 있는 목시의 합의 추인 법리를 사용하여 근로자와 양수회사 사이의 근로계약상의 지위를 인정한 경우¹²⁵⁾나, 사업양도에 따라 전적을 희망하는 근로자 중 양도회사에서 노동조합 활동을 해온 근로자가 양수회사에 채용되지 않은 사안에서 양수회사의 채용을 신규채용이 아닌 고용관계의 승계에 가까운 것으로 보고 당해 사업양도 계약상 “양수회사는 양도회사의 직원의 고용계약상 지위를 승계하지 않으며, 당해 직원을 고용할지 여부는 양수회사가 결정한다”라고 규정되어 있는 경우에도 당해 합의는 노동조합이나 조합원을 혐오하여 이

123) 茨木消費者クラブ事件(地位保全金員支拂仮處分命令申立) 大阪地裁 平成 5. 3. 22.

124) 宝塚映畫・映像事件(地位保全等仮處分申請) 神戸地裁 伊丹支部 昭和 59. 10. 3.

125) タジマヤ事件 大阪地裁 平成 11. 12. 8. 勞判 777-25.

들을 배제할 목적으로 이루어진 탈법적 수단으로, 이 채용 거부를 부당노동행위로 본 경우¹²⁶⁾도 있었다.

위에서 검토한 바와 같이 판결들은 원칙적으로 사업양도 시의 근로계약 승계에 대해 특정 승계의 입장을 취하면서도 개별 구체적 사안에 있어서는 사용자 측의 자의적 대응이 발견될 경우에는 근로자보호를 배려한 판결이 제시되고 있음을 알 수 있다.

이러한 경향을 근거로 일정한 정도로 판례 법리가 확립되어 있는 사업양도의 경우 승계에 관한 별도의 입법 조치가 필요하지 않다는 주장도 일각에서 제기되나, ① 실제 판결에서 아직 명확한 판례 법리가 확립되어 있다고는 할 수 없으며, ② 사업양도는 특정 승계인 탓에 양도회사에서 전원 해고되고 양수회사에서 신규 채용되는 형태를 취할 경우, 또는 일부 근로자에 대해 명확한 배제가 합의된 경우 등의 예를 들어 명확한 차별적 기준에 의해 선별이 이루어지더라도 부당노동행위에 의한 행정적 구제 이외에는 마땅한 구제 수단이 없으며, ③ 현행법상 근로자보호를 위한 법제도의 정비가 충분하지 않으므로 입법이 요구된다고 주장하는 견해¹²⁷⁾ 역시 존재한다.

무엇보다도 양수회사로의 승계에 대한 거부가 인정된 이후, 양도회사의 근로자로서의 지위를 갖는다 하더라도 이 경우 정리해고 법리가 동원되어 여전히 불안정한 지위를 가질 수밖에 없기 때문에 이에 따라 근로자의 선택은 제한된다는 점에서 근본적인 문제의 해결이 필요하다는 시각이 유력하다.

다. 합병

모든 권리의무가 포괄적으로 승계되는 합병의 경우, 근로계약이나 단체협약의 승계에 대해 기본적으로 법적인 문제는 발생하지 않으며, 근로조건의 대우에 대해 근로계약승계법의 지침에서 제시되고 있는 근로조건 등에 관한 사항의 설명을 참고하여 이 경우에도 주지시키도록 보충하는

126) 中勞委(青山會)事件 東京高判平成14. 2. 27. 勞判824-17.

127) 이하 “4. 정책적 대안”을 참고할 것.

것이 적당하다는 견해가 제시되고 있다. 또한 노동조합이나 근로자에 대하여 신설회사의 개요 등에 관한 충분한 정보가 제공될 필요가 있으며, 사업양도의 경우에 준하여, 정보제공 및 노사협의의 바람직한 보완이 규정될 것이 적절하리라고 지적되고 있다.¹²⁸⁾

라. 회사분할

1) 입법과 규제

2000년 입법된 근로계약승계법(「회사분할에 수반되는 근로계약의 승계 등에 관한 법률」)에서는 승계되는 사업에 주로 종사하는 근로자의 근로계약이 당연 승계됨을 규정하고 있으며(제3조), 주로 종사하는 근로자의 경우 이러한 당연 승계에 대해 이의권이 인정되지 않는다. 당해 사업에 부수적으로 종사하는 근로자의 경우에는 반대로, 당연 승계에 대해 이의권이 인정되지만 잔류에 대해서는 인정되지 않는 것으로 규정되어 있다(제4조 및 제5조). 또한 규범적 부분에 관하여는 단체협약도 승계되는 것으로 규정하고 있다(제6조). 또한 근로계약승계법은 ‘지침’이라고 하는 방식을 동원하여 법제8조에서 후생노동대신이 법률이 정하는 이외에 분할 회사 및 승계회사가 강구해야 할 근로계약 및 단체협약의 승계에 관한 조치에 대해 적절한 실시를 도모하기 위해 필요한 지침을 정할 수 있도록 하고 있으며, 이에 따라 만들어진 지침¹²⁹⁾은 근로조건 및 단체협약을 중심으로 협의 대상의 범위나 협의 대상 사항 등을 자세히 규정하고 있다¹³⁰⁾. 이에 대해서는 평이하고 구체적인 행위 규범을 상세하게 설정하고 있다는 측면에서 실무상 혼란이 예상 외로 적고 향후의 노동법제 구축에도 긍정적인 시사를 주고 있다는 평가¹³¹⁾가 주목된다. 즉 특별법의 존재

128) 企業組織再編に伴う労働関係上の諸問題に関する研究会報告取りまとめ - 企業組織再編時に企業が講ずべき措置、配慮すべき事項等に関する指針策定を提言 - (2002. 8.)

129) 分割会社及び承継会社等が講ずべき当該分割会社が締結している労働契約及び労働協約の承継に関する措置の適切な実施を図るための指針 (平成12年労働省告示 第127号, 平成18年 厚労省告示 第343号).

130) <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/toukatsu/roushi/01c.html>

131) 中町誠(2004), “合併・営業譲渡と労働関係(使用者側の立場から)”, 『季勞』, 第206

도 그렇거니와 지침이라고 하는 완화된 형태의 규범을 동원하여 제도가 기능한다는 점은 다른 기업조직 재편의 규율에 있어서도 적극적으로 검토될 수 있음을 의미한다.

다만, 회사분할 시 그 대상이 사업양도와 같은 ‘사업의 승계’가 아니라 ‘사업의 전부 또는 일부의 권리의무의 승계’로 규정되어 있는 점은 포괄적 승계를 규정하면서도 개별 권리의무의 분할이 인정되는 탓에 사업양도의 특정 승계에 근접할 수 있다는 점에서 양자의 법적 성질상 혼란이 생길 수 있음을 노정한다.¹³²⁾

2) 판결례

일본 IBM 판결¹³³⁾은 회사분할과 관련하여 두 가지 주요한 쟁점에 관한 판단을 내리고 있다. 첫째로, 회사분할과 관련하여 이루어지는 협의 절차의 문제¹³⁴⁾가 그것이고, 둘째로는 회사분할 절차에 하자가 있는 경우의 쟁송에 대한 점이다 이와 함께 최고재판소에서 다루어진 쟁점은 아니었지만 회사분할 시 근로자의 이의신청권에 대하여도 논의가 제기되었다.

첫 번째 쟁점에 관하여 일본 최고재판소는 기업조직의 변동과 근로관계의 문제에 있어 적어도 회사분할에 있어서는 근로자의 절차적 참가의 중요성을 인식하고 그 판단 기준을 제시하고 있다는 점에서 특기할 만하다. 또한 두 번째 쟁점에 관하여는 회사분할 무효의 소에 의할 것이 아니라 근로계약상의 지위확인을 구할 수 있음을 인정하였다. 또한 근로자에게 퇴직의 자유가 인정되고 있으므로 사용자 선택의 자유가 제한되는 것은 아니라는 판단이 상고 불수리로 그대로 유지되었다.

사안을 구체적으로 검토하면, 원고 X들은 피고 회사 Y가 회사분할(신설 분할)을 실시했을 때, 설립하는 회사(C)에 승계하는 영업에 포함되는 것으로 분할 계획서에 기재된 탓에 ① 회사분할에 의한 근로계약 승계를 거부할 권리가 있다는 점과, ② Y의 회사분할 절차에 하자가 있다는

号 p.87.

132) 徳住堅治(2009), 『企業組織再編と労働契約』, 旬報社, p.90.

133) 日本アイ・ピー・エム事件・最二小判 平成 22. 7. 12. 勞経速 2081호 p.3.

134) 근로계약 승계법 제7조 분할 회사는 당해 분할에 있어 후생노동대신이 정하는 바에 따라 그 고용하는 근로자의 이해와 협력을 얻도록 노력해야 한다.

점, ③ 본건 회사분할은 권리남용·탈법행위에 해당하므로 근로계약이 설립 회사에 승계된다고 한 부분은 무효라는 점 등을 이유로 하여 분할회사(Y)의 근로계약상 지위확인 및 위자료를 청구했다. 제1심¹³⁵⁾에서는 X들의 청구는 모두 기각되었고, 제2심¹³⁶⁾에서도 제1심 판단이 지지되어 X들이 상고한 사건이었다. 본건에서는 X들의 근로계약이 승계회사(C사)에 승계되는지 여부에서 그 전제로서, 상법 등 개정 부칙 제5조의 규정에 의한 협의(흔히 ‘제5조 협의’라고 한다¹³⁷⁾)의 위반 여부가 쟁점이 되었다. 결론적으로 제1심, 항소심 모두 제5조 협의 위반을 부정하고 근로 계약의 승계를 인정하였으며, 최고재판소도 X 등의 상고를 기각하고 제5조 협의 위반을 부정하였다. 판결은 회사분할과 근로계약 승계에 관한 기본 규칙을 확인한 후 제5조 협의의 취지와 법적 의의에 대해 “근로계약 승계 여하는 근로자의 지위에 중대한 변화를 초래할 수 있는 것으로, 분할회사가 분할계획서를 작성하여 승계를 결정함에 앞서 개별 근로자 간의 협의를 실시하고, 해당 근로자의 희망 등을 근거로 하면서 분할회사에 승계의 판단을 하도록 하여, 노동자의 보호를 도모하고자 하는 취지에 입각하고 있는” 것임을 명언하고 있다.

최고재판소는 새로운 회사의 경영 전망 등에 대해 근로자들이 요구한 형태의 답변에는 응하지 않고, 또 근로자들이 요구하는 재적출향(出向) 등에도 응하지 않았다고 인정하면서도, 분할을 실시한 회사가 직원 대표와의 협의에서 회사분할의 목적과 배경을 설명하고, 전직에 응하지 않는 직원에 대해서도 최소한 세 번의 협의를 하였던 점 등을 평가하여 설명 및 협의 내용이 불충분하였다고는 말할 수 없다고 판단하였다.

한편 본건의 구체적인 판단의 전제로 제5조 협의에 관한 근로계약승계법의 지침¹³⁸⁾을 자세히 확인하고 그 내용은 기본으로 합리성을 갖는 것

135) 横浜地判 平成 19. 5. 29. 勞判 第942号, p.5.

136) 東京高判 平成 20. 6. 26. 勞判 第963号, p.16.

137) 상법 부칙 제5조 ① 회사법 규정에 기한 회사분할에 따르는 근로계약의 승계 등에 관하여는 회사분할을 하는 회사는 근로계약승계법 제2조 제1항의 규정에 의한 통지를 해야 하는 날까지 근로자와 협의하는 것으로 한다.

138) 分割會社及び承繼會社等が講ずべき当該分割會社が締結している労働契約及び労働協約の承繼に關する措置の適切な實施を図るための指針平成十二年 勞働省告示 第百二十七号)

이며, 개별 사안에서 제5조 협의가 법의 취지를 충족하는지 여부를 판단함에 있어서는 지침을 충분히 고려해야 한다고 판단한 점 역시 구체적 타당성의 확보라는 측면에서 지침을 고려하고 있다는 점이 주목된다. 이와는 별도로 승계 거부 혹은 이의신청에 대해 주로 당해 승계 사업에 종사하는 경우 이러한 권리를 부인하고 있는 것은 ‘승계로 인한 불이익’에 대해서는 그다지 근로자 측의 입장에서 고려하지 않고 있다는 점으로 파악되며, 이 문제에 관해 기존의 전적에 대한 법리와는 구별되는 것으로, 향후 보다 신중한 검토가 필요하다고 생각된다.

마. 관련 문제 : 사용자성의 인정

자본관계나 인적관계가 아닌 업무위탁 계약관계를 통하여 기업의 네트워크를 형성, 이 관계 자체가 하나의 경제활동을 행하는 조직 범위로 이해될 수 있다는 측면에서 주목된다. 네트워크 내의 지배기업이 법인격이 서로 다름을 전제로 하여 종속 기업을 명령, 복종의 관계하에 둘 수 있다고 하는 인식¹³⁹⁾이 주목된다. 이는 특히 전속 하청회사의 계약 해지와 사용자책임의 문제로 나타날 수 있는바, 關西空港 사건¹⁴⁰⁾은 이에 대한 판단이 이루어진 사례로 주목된다.

본건은 공항에서 특정 항공사의 전속적 하청업무를 수행하던 회사와 업무위탁 계약이 해지되고 하청회사의 종업원 전원이 해고됨에 이르자 공항 및 항공사를 상대로 노조법상 부당노동행위에 있어서의 사용자책임을 묻게 된 사안이었다.

판결은, 법인격의 남용에 의한 법인격 부인의 법리는 법인격을 부인하여 법인의 뒤에 서서 이를 도구로 이용하고 지배하고 있는 자에게 그 법률 효과를 귀속시키거나 책임 추궁을 가능하게 하는 것이기 때문에 그 적용에 있어서는 법인을 도구로 마음대로 지배하고 있다는 ‘지배’ 요건이 필수적이며, 법적 안정성의 요청에서 ‘위법 또는 부당한 목적’라는 ‘목적요건’을 필요로 하고, 법인격의 남용에 의한 법인격 부인의 법리의 적용

139) 石田眞(2008), 『日本における企業組織の変動と労働法』, 『노동법학』 제28호, p.178.

140) 大阪空港事件・大阪高裁 平成12. 1. 30.

에 있어서는 위 ‘지배요건’과 ‘목적요건’ 모두를 만족시킬 필요가 있다고 판단하였다. 그리고 거래 행위 등으로 인한 단발적 또는 일상적인 법률관계와는 달리, 본건과 같은 고용관계는 지속적이고 일정 정도 포괄적인 법률관계의 존재를 당해 법리를 적용하여 그 배후에 존재하는 법인과의 사이에 인정하기 위해서는 위 ‘지배요건’의 지배 정도는 위 법률관계의 특성에 비추어 강력한 것이어야 하며, 양 법인이 실질적으로 완전히 동일할 것까지는 요구하지 않더라도 배후의 법인이 고용주와 동일시할 수 있을 정도로 직원의 고용 및 그 기본적인 근로조건 등에 대해 구체적으로 결정할 수 있는 지배력을 가지고 있었다는 것을 요한다고 판단하였다.

본건은 실제로 전속하청형 노무공급 업체에 대한 위탁자의 사용자성이 인정되지는 않았으나, 이러한 형태의 노무제공 관계에 있어 사용자성의 인정을 위한 판단 기준을 제시하였다는 의의를 가진다. 특히 최근 단체교섭 거부형 부당노동행위의 판단과 관련하여 아사히 방송사건 최고재판소 판결¹⁴¹⁾ 및 관련 노동위원회 결정들이 주목되며, 근로조건 사항에 관해 현실적이고도 구체적인 지배력을 가지고 있는지 여부가 주요 표지로 검토되고 있다는 점에서 향후 업무위탁과 관련한 사안들에서도 법리적으로 확장될 수 있는 여지를 가지고 있다고 판단된다.

4. 정책적 대안

일본에서는 회사분할 이외에는 외주화 등의 결정과 관련하여서는 정보 제공이나 근로자 측의 참가 등이 법제화되어 있지 않으며, 경영해고 법리나 전적의 법리 등을 이용한 근로자보호에 머무르고 있다. 이에 대한 반성적 고려에 기하여 입법론적 해결이 모색되고 있다. 연합의 입법론은 이를 위한 하나의 대안으로 이해될 수 있으며, EU지침 등을 참고하여 보다 포괄적인 사업이전의 개념과 강력한 근로자보호를 위한 입법안을 제시하고 있는 특징을 가진다. 이하 2005년의 ‘근로계약법 시안’ 및 2009년의 ‘사업조직 재편 시 근로자보호에 관한 법률안 요강(안)’의 두 입법안을 중심

141) 朝日放送事件・最高裁 平成7. 2. 28.

으로 검토한다.

가. 연합의 근로계약법 시안 중 사업이전 부분

2007년 일본의 근로계약법 성립을 앞두고 노사정 각계에서 다양한 의견이 제시되었다. 이 중 일본 최대의 노동조합 내셔널센터인 연합(連合)에서는 2005년, 근로자 측의 의견을 대표하는 형태로 독자적인 근로계약 법안¹⁴²⁾을 발표하였다. 이 가운데에 포함되어 있는 사업이전 관련 조문은 제47조¹⁴³⁾로, 구체적 조문의 내용은 다음과 같다.

① 사업의 전부 또는 중요한 부분이 다른 사업주에게 이전될 때에는 당해 사업에 종사하는 근로자의 근로계약은 당해 다른 사업주에게 승계되는 것으로 한다. 종전의 사업주 및 당해 다른 사업주는 사업의 이전 시 일부 근로자의 근로계약의 승계를 배제하여서는 아니 된다.

② 전 항의 규정에도 불구하고 근로계약의 승계에 이의를 가진 근로자가 있을 시 근로계약은 당해 다른 사업주에게 승계되지 않는다.

③ 근로계약이 승계된 근로자의 근로조건은 승계된 사업에 적용되는 단체협약에 의해 규제되는 경우를 제외하고 승계 후 1년간은 불이익하게 변경해서는 아니 된다. 사업의 일부가 이전되고 종전의 사업이 여전히 존속하고 있는 경우에는 그 사업주는 근로계약이 승계된 곳에서의 임금 및 퇴직금의 미지급에 대해 근로계약이 승계된 5년 후까지는 근로계약을 승계한 사업주와 연대하여 사용자로서 책임을 지는 것으로 한다.

④ 종전 사업주는 사업의 이전 시 정보를 적절하게 근로자 및 근로자 대표에게 제공하고, 사업의 이전, 근로계약의 승계 및 승계 후의 근로조건에 관해 그 합의를 얻도록 성실하게 협의해야 한다.

⑤ 종전의 사업주가 도산 시에 제1항 및 제3항과 다른 규제를 하려고 할 때에는 사업이전 시의 근로계약 승계 유무나 승계 후의 근로조건 등에

142) 労働契約法制研究委員会(2005), 『労働契約法試案—ワークルールの確認とさらなる充實を求めて—』, 連合総合生活開発研究所.

143) 労働契約法制研究委員会(2005), 『労働契約法試案—ワークルールの確認とさらなる充實を求めて—』, 連合総合生活開発研究所, p.142 이하.

대해 근로자대표와 협의해야 한다. 협의가 이루어지지 않을 경우 제1항 및 제3항이 적용된다.

논의 과정에서 제시된 ‘사업의 이전’ 개념은 특정 사업이 종전의 사업 주로부터 새로운 다른 사업주로 이전하는 것을 말하며, 이전의 법적 형식은 불문하는 것으로 설명되고 있다. 따라서 사업이전의 형식으로는 상속, 합병, 회사분할, 영업양도, 영업 전부의 임대, 경영 위임 등이 포함되는 것으로 이해되고 있다. 그 결과 기존 판례에서 문제되어 오던 다음과 같은 사례들—A사가 그 업무의 전속 하청회사인 B사와의 업무위탁 계약을 해약하고 당해 업무의 전부 또는 중요한 부분을 C사에 위탁한 경우¹⁴⁴⁾나, D사가 E사에 대한 토지, 건물, 영업용 설비, 기자재 등의 임대차 계약을 해약하고 새로이 F사와 거의 같은 내용의 임대차 계약을 체결하는 행위¹⁴⁵⁾—등 역시 사업의 이전 개념으로 포섭되게 되었다. 이와 함께 이전으로 인한 불이익에 대한 조치로서, 당해 근로자의 거부권, 불이익 변경의 금지, 임금에 대한 연대책임 및 정보제공과 협의 등을 폭 넓게 규정함으로써 사업이전에 있어서의 근로계약의 보호를 도모하고자 한 입법안으로 평가할 수 있다.

나. 연합의 사업조직 재편 시 근로자보호에 관한 법률안 요강(안)

연합은 입법안 제안을 통해 기업조직 재편 시의 근로자보호에 대해 언급하고 있다.¹⁴⁶⁾ 연합에 의해 정리된 ‘사업조직 재편 시 근로자보호에 관한 법률안 요강(안)’(제22회 중앙집행위원회 확인, 2009. 7. 16. 이하 ‘요강안’이라 함)¹⁴⁷⁾은 근로자에 대한 통지 및 정보제공 의무, 근로자대표 등과의 협의의무에 관한 규정이 그 중심을 이루고 있다. 이는 EU의 사업이전

144) 大阪空港事業關西航業) 事件・大阪高裁 平成 15. 1. 30.

145) 日本大學醫學部病院) 事件・東京地裁 平成 9. 2. 19.

146) 毛塚勝利(2010), “企業組織再編における労働者保護”, 中央經濟社, p.65 이하.

147) 법률안의 대강의 취지와 내용을 규정한 요강안이 발표되었을 뿐 이를 기초로 독립된 입법안이 작성되지는 못하였다. 다만, 2005년 10월에 발표된 “労働契約法試案”에서는 사업이전과 근로계약의 승계에 관한 내용을 규정하는 법조문을 두고 있으며, 이러한 논의에 기반하여 요강안 역시 제시되었음을 알 수 있다. 労働契約法試案의 내용에 관하여는 진술하였다.

지침이 이러한 상황에 대해 여러 가지 다양한 조치를 취하고 있는 데 대해 일본의 회사법 및 특별법은 회사분할을 제외하면 이러한 규정을 두고 있지 않음으로 인하여 발생하는 문제점에 대해 위 입법안은 일정한 대안을 제시하고자 한다. 이하 요강안의 내용을 검토한다.

1) 목적 및 정의규정

입법안은 “사업조직의 재편이 이루어지는 경우에 근로계약의 승계, 근로자의 해고 제한, 근로조건의 불이익 변경 제한 기타 고용의 안정에 필요한 조치를 정함으로써 근로자보호를 도모할 것”을 그 목적으로 한다.

중요한 것은 정의 규정으로, 이를 통하여 이 법안이 어떠한 상황에서 근로자를 보호하고자 하는지를 알 수 있다. 먼저 ‘사업조직의 재편’이란 ‘사업의 이전’ 및 ‘업무의 이전’으로 정의¹⁴⁸⁾된다.

‘사업의 이전’은 “일정 경제적 활동을 수행하기 위해 조직화되고 유기적 일체로서 기능하는 인적 및 물적 자원의 집합”의 전부 또는 일부가 합병, 회사분할, 사업의 양도 기타 법률이 정한 조직 재편행위 또는 법률행위에 의해 동일성을 유지한 채 직접적 또는 간접적으로 다른 사업주에게 이전되는 것을 말하며, (나) 물적자원만이 다른 사업주에게 이전되는 경우라 하더라도 이것이 당해 사업의 중요한 부분을 구성하는 경우로, 다른 사업주가 이를 이용하여 동일 사업을 영위하는 경우는 사업이전으로 간주한다.¹⁴⁹⁾ 한편 ‘업무의 이전’이란 사업주가 “일정한 경제적 활동을 수행하기 위해 조직화된 노무로, 유기적 일체로서 기능하는 인적 및 물적 자원의 집합에는 해당하지 않는 것”의 수행을, 법률행위에 의해 다른 사업주에게 위탁하는 것(이하 ‘업무의 외부위탁’이라 한다), 수탁사업주를 변경하는 것(이하 ‘수탁사업주의 변경’이라 한다), 그리고 다른 사업주로부터 스스로의 업무로 이전시키는 것(이하 ‘외부위탁의 해소’라 한다)을 말한다.¹⁵⁰⁾

위 ‘사업의 이전’의 정의는 상당히 폭 넓게 정의된 것으로, 회사가 사업

148) 요강안 二. 1.

149) 요강안 二. 2.

150) 요강안 二. 3.

에 관하여 보유하는 권리의무의 전부 또는 일부¹⁵¹⁾가 다른 회사에 승계되는 회사분할도 사업의 이전에 포함된다. 다만, 인적 및 물적자원의 ‘집합’이라고 하는 표현에 대하여는 법률 용어로서 적절하지 않다는 지적이 이루어지고 있다.¹⁵²⁾

무엇보다도 회사법상 ‘조직재편행위’에 대해 실정법상의 정의 규정이 없는 탓에 ‘법률이 정한 조직재편행위’가 무엇을 의미하는지 명확하지 않다. 또한 회사법상 주주총회의 특별 결의를 요구하는 사업양도의 의의에 관해 판례는 일정한 영업 목적을 위해 조직화되고 유기적 일체로 기능하는 재산(거래처 관계 등 경제적 가치가 있는 사실관계를 포함)의 전부 또는 중요한 일부를 양도하는 것이라 해석¹⁵³⁾하고 있는데, 위 정의 역시 이러한 판례의 표현을 엄두에 둔 것이라 해석할 수 있다.

본 보고서의 관심과 관련하여 가장 주목되는 부분은 바로 ‘업무의 이전’ 부분일 것이다. ‘업무의 외부위탁’ 및 ‘수탁사업주의 변경’을 포함하는 ‘업무의 이전’ 개념이 ‘사업의 이전’ 속에 포함됨으로써 이후 제기되는 다양한 근로자보호의 조치의 내용들이 1차 외주화 및 외주화 업체의 변경에까지 그 적용 범위를 확장시킨다는 점에서 주목된다. 이러한 논의는 2000년 근로계약승계법의 입법과 2002년 후생노동성 보고서에서 제시된 연구회 보고의 내용과 비교할 때에 보호의 외연을 넓혔다고 평가할 수 있다.

2) 사업의 이전 시 근로계약의 승계 등

요강안三是 근로계약의 승계 효력일, 근로자에 대한 통지의무, 근로계약의 승계에 대한 이의신청, 이의를 신청한 것을 이유로 한 불이익 취급의 금지, 사업이전 후(최저 1년간)의 근로조건 불이익 변경의 제한, 신사업주의 소멸에 의한 원사업주의 연대책임을 규정하고 있다.

근로자에 대한 통지는, 먼저 “(가) 사업주는 사업의 이전을 행할 경우에 근로자에 대해 사업이전의 시기, 이유, 해당 근로자에 미치는 법적·

151) 會社法 第2條 第29号 및 第30号.

152) 毛塚勝利(2010), “企業組織再編における労働者保護”, 中央經濟社, p.72.

153) 最大判 昭和40. 9. 22. 民集19卷6号1600頁.

경제적 및 사회적 영향과 당해 근로자에 대하여 취할 조치 기타 필요한 사항을 서면에 의해 당해 사업의 이전을 결정하는 날 31일 이전까지 통지해야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 (나)에서 “(가)의 필요한 사항에는 a. 신 사업주의 명칭, 소재지, 사업 내용 및 고용을 예정하고 있는 근로자의 수, b. 신 사업주가 예정하고 있는 종사 업무의 내용, 취업 장소 기타 취업형태, c. 신 사업주가 부담하는 채무이행 사항 및 그 이유가 포함되어야 한다”라고 규정하고 있다.¹⁵⁴⁾

합병 등 사업조직 재편의 대부분의 경우 주주총회의 특별 결의가 필요¹⁵⁵⁾하기 때문에, 당해 사업의 이전을 결정하는 날이라 함은 일반적으로 주주총회에서 결정이 이루어지는 날을 의미할 것이나, 사업상 중요하지 않은 일부의 양도¹⁵⁶⁾나 간이조직재편¹⁵⁷⁾의 경우 이사회 결의만으로 결정할 수 있으므로 이 날이 기준이 된다. 구체적으로는 회사법상 조직재편계약 등을 승인하는 주주총회일 2주 전까지 주주에 대해 서면으로 소집통지를 발하도록 되어 있으며,¹⁵⁸⁾ 또 주주·회사 채권자에 대한 사전의 정보개시 기간(조직재편계약 등에 관한 서면 등의 비치 열람 등의 기간)은 조직재편 계약 등의 비치개시일로부터 조직재편행위 효력발생일 이후 6개월간을 경과할 때까지로 규정되어 있다.¹⁵⁹⁾ 여기에서 조직재편계약 등 비치 개시일이라 함은, a. 주주총회의 승인 의결일 2주 전, b. 소멸회사의 반대 주주의 주식매수청구권 행사를 보장하기 위하여 실시되는 주주에 대한 통지(조직재편행위 효력발생일 20일 전), c. 채권자 이의절차를 요하는 경우에 채권자에 대한 공고일 또는 최고일 중 빠른 날 등의 세 일자 중 빠른 날을 말한다.¹⁶⁰⁾ 또 현행법상 회사분할 시 근로자에 대한 통지는 분할계약 등을 승인하는 주주총회일 2주 전의 전날(통지 기한일)까지 하도록 되어 있다.¹⁶¹⁾

154) 요강안 三. 2.

155) 회사법 제309조 제2항 제12호, 회사법 제783조 제1항.

156) 회사법 제467조 제1항 제2호에 해당하지 않는 경우.

157) 회사법 제796조 제3항 등.

158) 회사법 제299조 제1항.

159) 회사법 제782조 제1항.

160) 회사법 제782조 제2항.

161) 근로계약승계법 제2조 제1항 및 제3항.

요강안이 규정하는 ‘31일 이전까지 통지’라는 의미는 주주 및 채권자에 대한 사전의 정보개시나 회사분할 시 근로자에 대한 통지보다도 이른 단계에 해당한다. 근로계약의 승계에 대한 이의신청 여부의 판단 자료를 제공하고 근로자에 대한 보호를 강화한다는 관점에서 요강안의 규정은 적극적으로 평가할 수 있다.

다만, 조직재편행위는 중요 사실에 해당하므로 공표되기 이전에 해당 회사의 주식 등을 거래하면 내부자거래 규제에 위반될 소지가 발생한다. 이 문제를 해결하기 위해 당해 회사는 당해 사업의 이전 결정 전이라 하더라도 근로자에 대한 통지에 앞서 사업이전을 공표할 필요가 있다.

통지해야 할 사항은 현행법이 회사분할 시 근로자에게 통지하도록 요구하고 있는 사항¹⁶²⁾과 함께 EU 사업이전 지침의 규정까지 고려한 내용으로 구성되어 있다. 특히 통지해야 할 사항으로 “신 사업주가 부담하는 채무이행 사항 및 그 이유”가 규정되어 있음은 특기할 만하다. 이는 구 상법상 회사분할의 실제적 요건으로 규정되어 있었던 “채무이행의 가능성이 있을 것 및 그 이유를 기재한 서면”이 회사법 제정과 함께 ‘채무이행의 가능성에 관한 사항’을 사전 개시할 것으로 변경됨과 동시에 회사분할 시 근로자에 대한 통지사항에 관하여도 같은 문언의 변경이 이루어진 것이다.¹⁶³⁾ 다만, 제정된 회사법처럼 사전 개시 사항으로 둘 것이 아니라 구 상법의 태도처럼 ‘채무이행의 가능성’ 자체를 실제적 요건으로 유지하여야 한다는 주장이 제기되고 있으며, 연합의 요강안은 이러한 관점에서 이해되어야 한다.

근로계약 승계에 이의신청이 있을 경우 요강안은 “근로자가 2에 의한 통지가 방법 및 내용상 적절하게 이루어진 후 30일 이내에 이의신청을 한 경우에는 당해 근로자와 관련된 근로계약은 승계되지 않는 것으로 한다”라고 규정하고 있다¹⁶⁴⁾. 이 규정도 회사분할의 규제를 참조한 입안으로 보인다. 다만, 조직재편행위 중 합병에 한정시켜 본다면 소멸회사의 권리의무 이전은 포괄승계로 이루어지므로 이의신청을 한 근로자에 관한 근

162) 근로계약승계법 제2조 제1항 및 동법시행규칙 제1조.

163) 근로계약승계법 시행규칙 제1조 제6호.

164) 요강안 三. 3.

로계약만이 승계되지 않는다고 규정하는 것은 실질적으로 곤란한 결과를 낳게 될 것이라는 지적이 이루어지고 있다.¹⁶⁵⁾

3) 단체협약의 승계 등

요강안은 노동조합에 대한 정보제공의무에 대해 “사업주는 사업조직을 재편하려고 할 때에는 당해 사업주가 고용하는 근로자 또는 현 수탁사업주가 고용하는 근로자로 조직된 노동조합에 사업조직 재편을 예정하고 있는 시기, 이유, 근로자에 미칠 법적·경제적 및 사회적 영향에 대해 당해 재편의 내용이 변경 가능한 적절한 시기(사업 이전의 경우 三. 2.의 근로자에 대한 통지 이전의 적절한 시기)까지 정보를 제공해야 한다”라고 규정하고 있다.¹⁶⁶⁾

회사분할 시 노동조합에 대한 통지는 분할계약 등을 승인하는 주주총회일 2주 전의 전날(통지 기한일)까지 이루어져야 하는 것으로 규정되어 있으므로,¹⁶⁷⁾ 위에서 제시한 개별 근로자에 대한 통지 시기와 일치한다. 이에 대해 요강안은 사업의 이전 시 노동조합에 대한 통지를 근로자에 대한 통지에 앞서 적절한 시기에 하도록 규정하고 있다.

4) 근로자대표와의 협의절차

요강안은 근로자대표 등과의 협의의무로서 “(가) 사업주는 사업조직의 재편을 수행할 경우 우선 그 고용하는 근로자 및 현재의 수탁사업주가 고용하는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 근로조건 기타 근로자보호에 관한 필요사항에 대해 성실히 협의해야 한다. (나) 이전 회사 또는 신 수탁사업주는 당해 사업조직의 재편에 관하여 원소속회사 또는 위탁회사 및 현재 수탁회사의 근로자대표 등이 요구하는 경우에는 성실히 협의해야 한다”라고 규정¹⁶⁸⁾하고

165) 毛塚勝利(2010), “企業組織再編における労働者保護”, 中央経済社, p.75.

166) 요강안 五. 1.

167) 근로계약승계법 제2조 제2항 및 제3항.

168) 요강안 六. 1.

있다.

또 근로자대표 등에 대한 정보제공의무는 “(가)의 협의 시 사업주는 사업조직의 재편이 예정되어 있는 시기, 이유, 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 영향에 대해 당해 재편의 내용이 변경 가능한 적절한 시기까지 근로자대표 등에게 정보를 제공해야 한다”라고 규정하고 있다.¹⁶⁹⁾

요강안은 근로자대표 등에 대한 정보는 사업의 이전 시 근로자에 대한 통지에 앞서 적절한 시기에 제공될 것을 요구하면서, 근로자대표 등과의 협의를 하여야 할 기간에 대해서는 규정하지 않고 있는 점이 지적되고 있다. 이에 대해 회사분할의 경우 분할계약서 등을 본점에 비치해야 하는 날까지 근로자와 협의를 하도록 규정하고 있는 점을 참고할 수 있을 것이라고 보충하고 있다.¹⁷⁰⁾

5) 그룹 기업 내의 사업이전

그룹 기업 내의 사업이전에 대해 “모자회사, 자매회사 등 일정 자본관계를 갖는 그룹 기업(이하 ‘그룹 기업’이라 한다) 내부에서의 사업이전에 대해서는 三. 5.에 규정된 근로조건 불이익 변경의 기간은 3년으로 한다”라고 규정하고 있다.¹⁷¹⁾

회사법은 기본적으로 개별 주체로서의 회사를 그 규제 대상으로 하고 있는바, 실제로는 지주회사를 정점으로 하는 기업 그룹에 의해 경제활동이 이루어지고 있으며, 그룹 기업 내부에서의 사업이전이 빈번히 행해지고 있다. 요강안은 이러한 실태를 고려하여 근로조건 불이익 변경의 제한을 1년으로 하는 원칙(앞에서 검토한 요강안 三. 5.)을 3년으로 연장한 것이다.

‘모자회사’는 회사법상의 용어이지만,¹⁷²⁾ ‘자매회사’라고 하는 용어는 법령상 존재하지 않는다. 본 규정의 대상 범위를 어떻게 설정할 것인가는 좀 더 검토되어야 할 과제로 인식되고 있으며, ‘관련회사’¹⁷³⁾의 개념을 원

169) 요강안 六. 2.

170) 毛塚勝利(2010), “企業組織再編における労働者保護”, 中央経済社, p.76.

171) 요강안 八.

172) 회사법 제2조 제2호 및 제3호.

173) 회사계산규칙 제2조 제3항 제19호(“회사가 다른 회사 등의 재무 및 사업 방침

용하는 것도 하나의 안으로 제시되고 있다.

2012년 4월 개정된 일본 파견법에서도 유사한 규정을 도입하고 있는데, 그룹 기업 내 파견 및 이직자 파견에 대한 제한이 그것이다. 동일한 그룹 기업 내의 사업주가 사용기업의 대다수를 점하는 경우 실질적으로 노무 관리부와 같은 역할을 수행하기 때문이라는 근거가 제한의 이유로 제시되고 있다. 모회사나 관련 자회사 등을 포괄하는 그룹 기업에 대해 파견회사가 80% 이상을 파견할 수 없도록 규정하고 있으며, 이는 지배관계가 보다 실질적이고 강력하게 문제될 수 있는 그룹 기업의 경우 엄격한 제한을 가하고자 한다는 취지에서 이해된다. 그렇다면 사업이전의 경우에도 불이익 변경의 주체가 그룹 기업 내의 관계하에 놓여 있는 경우 보다 엄격한 제한을 가하는 것은 적극적으로 평가할 수 있을 것이다.

6) 입법 형식

위와 같은 내용의 요강안을 입법하는 형식으로는 『회사분할에 수반되는 근로계약의 승계 등에 관한 법률』의 개정법 형식으로 관련 법령의 규정들을 정비할 것이 주장되고 있다. 이는 회사법상 근로자 개념이나 근로자보호 규정을 독립적으로 도입하여 보호를 도모하는 것은 용이하지 않다는 고려하에 회사법과 노동법의 중간 영역으로 평가할 수 있는 특별법으로서의 근로계약승계법의 개정법 형식으로 삽입되는 것이 적절하리라는 판단에 근거하고 있다.

다. 평 가

일본에서는 기업조직의 재편에 대해 명문의 법령에 의한 규제를 전면적으로 두고 있지 않으며, 이에 대한 유일한 예외는 회사분할 시의 승계를 규정한 근로계약승계법이다. 근로계약법 도입 시 사업이전에 관한 논의가 일부 이루어지기는 하였으나 현행법에서는 ‘출항’만을 필요성 및 선정상의 사정이라는 요소로 권리남용론을 동원하여 제한하고 있을 뿐 나

결정에 대해 중요한 영향을 미칠 수 있는 경우에 당해 타 회사 등(자회사를 제외함)을 말한다”).

머지는 기존의 판례법상의 논의에 맡기고 있다. 이에 대해 연합이 제시한 근로계약법 시안 혹은 요강안 등은 사업이전의 개념 자체를 현행법이나 판례에서 규제의 대상으로 삼고 있는 영역에서 좀 더 확장하면서 근로자 보호를 충실히 하고자 하였고, 무엇보다도 절차적 논의를 보완하여 근로자(집단)에 대한 정보제공 및 협의 등을 충실히 하고자 하였다. 이는 회사 분할에 명문으로 도입된 절차적 요소에 대해 긍정적으로 평가하면서, 취업규칙의 불이익 변경이나 정리해고의 요소 판단에 있어 보여주고 있는 경향성, 즉 ‘절차적 요소 판단의 강화’¹⁷⁴⁾라고 하는 취지가 반영된 주장이라 생각된다.

기업의 업무를 기업 내부에서 수행하지 않고 기업 외부의 제3자로 하여금 수행하도록 하는 것에 대하여 어떠한 제한이 가해져야 한다고 주장하는 것은 언뜻 직업의 자유 혹은 재산권의 자유로운 행사에 대한 제한처럼 보인다. 그러나 ① 주식의 소유나 다른 요소에 의해 양자 사이에 지배 관계가 성립하는 경우에는 실질적인 결정권자가 단체교섭 등을 포함하여 노사관계 전반에 관한 주도권을 확보하고 있다는 점에서, ② 유기적으로 조직된 일체로 이전되는 경우, 당해 업무가 계속하여 수행되고 있다는 점에서, 각각 고용 및 근로조건의 승계라는 주장은 설득력을 가질 수 있다고 생각하며, 입법론은 전체적으로 이러한 전제 위에 전개되고 있다고 보아 좋을 것이다

5. 결 어

현재 일본에서는 아웃소싱에서 발생할 수 있는 고용조건, 근로조건의 승계에 대해 사업이전의 법리를 도입하는 식의 입법론적 대응이 이루어지고 있지 않다. 다만, 회사분할의 형태로 나타날 경우 입법에 의한 승계가 보장되어 있을 뿐, 이외의 경우에는 정리해고 법리나 전적 또는 출항을 다루는 기존의 법리에 근거하여 그 노동법적 보호가 이루어지고 있을 뿐이다. 나아가 외주 업체의 변경과 같은 경우에도 기본적으로 고용 주체

174) 水町勇一郎·連合總研 編(2010), 『労働法改革・参加による構成効率社會の實現』, 日本經濟新聞出版社.

의 변경이라고 하는 관점에서 접근하고 있으며, 단지 법인격 부인의 범리나 묵시적 고용계약이론을 동원하여 사용자로서의 지위를 확정하려는 노력이나, 집단법상 단체교섭 거부에 있어 보다 확장된 범위로서의 사용자를 파악하고자 하는 경향이 있음을 지적하였다. 또한 입법론적으로는 EU와 같이 사업이전의 범위를 넓게 파악하고 이 과정에서 발생할 수 있는 여러 가지 노동법적 쟁점에 대해 불이익 취급 금지, 임금 등에 대한 연대책임 발생, 단체협약의 승계 등 현재 회사분할 과정에서 일부 도입되어 있는 각종 조치를 확장하고자 하는 일부의 움직임이 발견되었다.

한편 회사분할에 관한 최고재판소의 논의는 ‘근로계약의 승계 여부’라는, 근로자의 지위에 중대한 변화를 초래하는 사항에 대해 승계되는 영업에 종사하는 개별 근로자와 협의를 하고, 당해 근로자의 희망 등을 고려하면서 분할회사에게 승계의 판단을 하게 함으로써 근로자의 보호를 도모하고자 하는 취지에서 규정된 조항이라는 점, 부칙 제5조의 협이가 전혀 없거나 제5조 협이가 이루어진 경우라도 분할회사의 설명 및 협의 내용이 현저하게 부족할 경우 동 조항 위반의 문제를 이유로 당해 근로자가 근로계약승계법 제3조에서 정하는 근로계약 승계의 효력을 다룰 수 있다고 한 점에 주목하여 근로계약승계법 제7조의 조치 및 상법 부칙 제5조 제1항의 협의의 유효성을 판단하고 있다는 점에서 이 법의 취지에 대한 중요한 지적이라 할 것¹⁷⁵⁾이다.

일본의 회사분할 법제는 기업조직의 재편과 관련하여 영업양도 및 합병, 그리고 기타의 사업이전의 경우 별도의 입법 조치가 필요하지 않다고 판단하였으며, 회사분할에 대하여만 입법이 요청된다는 시각을 가졌고, 이는 현재까지 입법의 기본적 태도로 이해해도 좋을 것이다.¹⁷⁶⁾ 다만, 이에 대해 사업이전의 개념을 넓게 이해하고, 주로 근로자 집단의 참여를 통하여 고용승계 및 근로조건의 결정 과정에 있어 근로자 측의 의사를 반영하고자 하는 시도는 현재의 해석론으로는 충분치 않으나 상기 최고재

175) 노상현(2011), 『회사분할과 근로관계』, 『노동법학』, 제38호, p.170.

176) 노상현(2011), 『회사분할과 근로관계』, 『노동법학』, 제38호, pp.161~162; 이승욱(2000), 『회사분할과 근로관계에 대한 최근 일본의 입법 동향』, 『노동법학』, 제10호, pp.394~395.

판소의 논의는 이러한 규정의 취지가 근로자보호에 있음을 분명히 밝혔다는 점에서 향후 유사한 사업이전에 있어 충분한 협의가 이루어져야 할 것이 해석상 엄격하게 요구될 수 있는 가능성을 제시하였다고 생각한다.

한 걸음 더 나아가 고용조건이나 근로조건의 결정을 자치에 맡기고 협의에 의한 선의 가능성을 보장하고자 하는 현재 일본 법리의 전개 방향이나 해석의 기준은 자칫 사용자의 결정에 실질적으로 따를 수밖에 없는 근로자의 약점을 간과한 것이 아닌가 하는 의구심도 갖게 한다. 그리고 그 결과, 절차적 정당성의 확보에 따른 기업조직 변동에 있어서의 근로자보호라는 차원을 넘어서서, 새로운 고용 책임의 법리를 통해 근로자를 보호하고자 하는 시도 역시 필요할 것이라 생각한다. 기업조직의 변동과 고용형태의 다양화는 기업 구성원의 노무공급 계약에 있어서도 다양화를 야기하고 있으며, 이는 다양한 형태의 노무공급 계약이 기업조직을 무대로 펼쳐지는 것을 의미한다. 그렇다면 고용 이외의 도급이나 위임이라 하더라도 기업조직을 전제로 할 때 노무공급 계약이 일회적이고 단발적인 시장형 계약이 아니라, 장기적이고 계속적인 조직형 계약을 갖게 되고 이러한 계속적 계약관계는 신뢰관계의 형성과 더불어 해약의 제한 등에 있어 새로운 해석 원리를 요구하게 된다고 하는 주장¹⁷⁷⁾은 흥미롭다. 이와 더불어 순수지주회사 등의 출현과, 단체교섭에 있어 사용자의 범위 확정과 관련, '지배'의 범위를 넓게 인정하는 노동위원회의 태도 등을 감안하면, 추후 법인격에 엄격하게 얽매이지 않는 고용 책임의 법리가 제기, 발전될 수 있으리라는 기대도 가능할 것이다.

177) 石田眞(2008), 「日本における企業組織の変動と労働法」, 『노동법학』, 제28호, pp.188~189.

제 6 장

결 론

본 연구에서는 아웃소싱으로 인해 발생하는 고용관계의 변동에 대한 해석론 및 이로부터 제기되는 문제점을 확인하고, 유럽연합을 비롯한 다른 나라의 경우 이 문제를 어떻게 해결하고 있는지를 살펴보았다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 유럽연합을 비롯한 여러 나라에서는 아웃소싱에 따른 고용관계의 변화에 적절히 대처하기 위해 이에 관한 입법과 해석 법리를 오래 전부터 전개해 왔고 이에 상당 부분 그 성과가 축적되어 있으며, 이는 합리적인 법적 규율의 중요한 토대가 되고 있다.

유럽연합은 1977년 입법지침을 통하여 기업변동에 따른 고용의 안정과 근로조건의 보호에 관한 법제를 도입하였고, 30여 년 전에 만들어진 법제의 틀은 지금까지도 유효하게 유지되고 있다. 1997년 입법지침은 사업이전이라는 개념을 통하여 기업변동의 다양한 유형을 규율하려고 시도하였고, 이는 유럽법원의 판례에 의하여 상당 부분 그 목적이 성취되었다고 평가할 수 있다. 특히 본 연구의 중심 주제인 아웃소싱과 고용관계에 관해서도 유럽법원은 사업이전의 개념을 매우 유연하게 해석하여 개별 사안의 거래 형태에 따라 고용이나 근로조건이 근로자에게 불이익하게 종결되거나 변경되지 않도록 하는 해석론을 꾸준히 유지하고 있다는 것이 큰 특징이라고 할 수 있다. 이에 따라 명확한 입법의 규정이 없음에도 불구하고 아웃소싱과 인소싱 및 아웃소싱 업체의 변경 등에 대하여 널리 사

업이전이라는 개념을 적용하고, 이에 따라 입법지침이 규정한 법률 효과를 부여하고 있다.

한편 유럽연합은 1998년 입법지침을 개정하여 유럽법원 판례의 성과를 입법적으로 반영하고 아울러 기업 도산에 따른 근로관계를 보다 명확하게 규율하기 위하여 관련 규정을 도입하였다. 그리고 기업변동에 따른 근로자의 알권리나 참여권을 보장하기 위한 각종 장치들을 정비하여 사용자의 경영상 판단에 따라 이루어지는 기업변동에서 근로자들이 소외되고 그 결과 근로자들의 이익이 불합리하게 희생되지 않도록 고려하고 있다.

이상과 같은 유럽연합의 입법지침과 해석론은 사업이전에 관하여 명확한 입법적 규율이 없는 우리나라의 현실에서는 시사점이 크다. 무엇보다 사업이전이라는 개념을 매우 유연하게 해석하여 다양한 형태의 사업변동을 포섭시키고 이에 따라 근로관계의 존속과 근로조건을 유지 보호한다는 점이 강조할 수 있다. 우리나라의 판례가 계약 법리에 기초한 영업양도 개념을 중심으로 기업변동을 규율하고 이에 따라 근로관계의 승계나 근로조건을 결정하면서 사용자의 경영상 편의를 크게 고려한다는 점과 큰 대조를 이룬다고 할 수 있다. 그러나 유럽법원의 판례는 기업변동에 따른 근로관계를 규율하는 논리를 종전의 계약법 법리에 전적으로 의존시킬 필요가 없다는 점을 잘 설명하고 있다. 그렇다면 상법의 영업양도 법리는 영업양도 계약을 전제로 하는 본래의 의미의 ‘영업양도’와 회사의 채권자를 보호하기 위한 영역에서 작동하는 것으로 하고, 영업양도를 포괄하는 사업이전에 따른 근로관계를 규율하는 법리는 유럽법원의 판례와 같이 노동보호의 입장을 적절히 고려한 해석론으로 전환할 필요가 있다고 하겠다.

둘째, 아웃소싱과 관련한 고용승계 혹은 근로조건 유지 문제에 관하여 영국은 2006년 이전까지는 1981년 사업이전(고용보호)명령(Transfer of Undertakings(Protection of Employment) Regulations)에 규정한 사업이전(transfer)이라는 개념을 유연하게 해석하여 해결하여 오다가 2006년 개정을 통해서 아웃소싱의 여러 형태를 모두 사업이전의 개념에 포섭시키는 명문의 입법인 용역 제공자의 변경(service provision change)을 도입하였다. 이를 통해 종전에 노동집중형 혹은 자산집중형이냐에 사업이

진의 성립 여부를 검토하는 기준의 혼선을 정리하여 대부분의 아웃소싱을 사업이전으로 보아 근로관계의 승계를 인정하게 되었다. 다만, 아웃소싱 업체의 변경 중 종전에 1개의 아웃소싱 업체가 수행하던 업무를 복수의 아웃소싱 업체가 담당하게 되는 경우에는 아직까지 판례상 모호한 점이 남아 있고, 이에 대해서는 향후 영국법원의 판례법 정립 과정을 주의 깊게 지켜볼 필요가 있다.

한편 우리나라 대법원의 판례 법리는 아직까지 아웃소싱 사업이전에 따라 근로관계가 승계되는가를 검토할 때, 아웃소싱 당사자 간 의사의 합치라는 계약법적 법리를 중시하여 결론적으로 근로관계의 승계를 부인하는 태도를 취하고 있다. 그러나 아웃소싱, 그 중에서 아웃소싱 업체 변경의 실체를 살펴보면 이것은 일반적인 영업양도와는 달리 아웃소싱을 주는 사용자의 의사에 따라 아웃소싱 업체가 일방적으로 변경되는 것이어서 아웃소싱을 받는 업체 간에 의사의 합치라는 개념을 설정하기 매우 어렵다. 영국의 판례는 앞서 언급한 것처럼 용역 제공자의 변경 조항이 사업이전(고용보호)명령에 삽입되기 이전부터 이 문제를 동일한 경제적 실체가 사업의 이전을 전후하여 계속 존재하는지를 중심으로 파악하여 아웃소싱을 받은 사업자 간의 의사의 합치에 큰 비중을 두어 판단하지 않았다. 이에 따라 근로자들의 고용보장과 불필요한 분쟁을 상당수 방지하는 효과를 가져왔다. 그런데 여기서 더 나아가 용역 제공자의 변경이라는 규정을 두어 아웃소싱 업체의 변경에도 원칙적으로 근로관계가 새로운 사용자에게 승계되도록 하는 규정을 신설했다. 이는 유럽연합의 입법지침이 규정한 동일한 경제적 실체라고 하는 표지를 해석하면서 생기는 불분명한 요소를 제거하고 근로자들의 고용을 보다 강하게 보장하는 법적·정책적 입장을 분명히 한 것이라고 생각된다. 그렇다면 우리나라도 이러한 EU와 영국의 입법론과 해석론을 전향적으로 고려하여 아웃소싱을 통한 사업의 이전에 관해서는 당사자 간의 의사 합치라는 현실에 맞지 않는 전통적 기준을 완화하여 사업 내용의 동일성을 기준으로 근로관계의 승계를 인정하는 입법을 적극적으로 고려하여 볼 수 있을 것이다.

셋째, 현재 일본에서는 아웃소싱에서 발생할 수 있는 고용조건, 근로조

건의 승계에 대해 사업이전의 법리를 도입하는 식의 입법론적 대응이 이루어지고 있지 않다. 따라서 아웃소싱으로의 전환에 대해서는 분사회(分社化)라는 이름으로 사업의 일부양도 등의 법리가 적용되는 것이 일반적이다. 그리고 이 경우 사업양도에 의한 특정 승계의 결과로 근로자 지위 및 근로조건상의 불안정이 초래되고, 법원은 이에 대해 근로자의 동의에 따라 지위변동이 유효하게 성립할 수 있다는 전적의 법리와, 전적에 응하지 않은 경우에 사용자의 배치전환 및 정리해고 법리의 적용을 염두에 두고 적용하고 있는 탓에 불안정한 지위의 문제는 해결되지 않는다. 한편 회사분할의 형태로 나타날 경우 입법에 의한 승계가 보장되어 있으나 법상 근로자에 의한 이의신청권이 확보되지 않고 판례도 이를 부인하고 있어 근로조건 저하 또는 소속을 중시하는 일본의 고용관행에 있어 눈에 보이지 않는 불이익을 감수할 수밖에 없는 문제점을 야기한다. 한편 재직 출향의 법리 역시 기존에 이 문제를 해결하기 위해 일부 동원되어 온 점이 주목된다.

이러한 관점에서 본다면 아웃소싱으로의 전환에 대한 일본에서의 입법 요구가 EU법상의 사업이전 개념을 동원하여 근로자(집단)와의 성실한 협의 및 정보제공, 불이익 취급 금지, 임금 등에 대한 연대책임 발생, 단체협약의 승계 등 현재 회사분할의 과정에서 일부 도입되어 있는 각종 조치를 확장하고자 하는 움직임으로 나타난 것은 쉽게 이해할 수 있다. 또한 아웃소싱 업체의 변경과 같은 경우에도 기본적으로 고용 주체의 변경이라고 하는 관점에서 접근하고 있다. 따라서 이들 사이의 고용 및 근로조건 승계를 주장하는 것은 어려우며, 이러한 분쟁 역시 일반적으로 발견되지는 않는다. 일본의 경우 분쟁의 초점은 결국 외주 업체 간의 관계보다는 이에 대한 ‘실질적 지배’에 있다. 따라서 구체적 지휘명령이 개재될 수 있는 원청 업체와 하청 업체(혹은 사용자업주와 과견사업주의 근로자) 사이에서 근로조건에 관한 단체교섭을 허용함으로써 사용자성의 확장에 따른 문제 해결을 도모하거나(朝日放送 판결), 전속적 하청 업체와 원청 업체 사이의 계약이 해지된 경우 이들의 고용에 대해서까지 원청 업체의 계약 해지로 인한 지배 개념을 인정하고자 한 사안(關西空港 판결) 등에서 나타나는 것처럼, 집단법상 단체교섭 거부에 있어 보다 확장된 범위로

서의 사용자를 파악하고자 하는 시도로 나타나고 있다.

현재로서는 부족해 보이는 일본법의 대응은, 일차적으로 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경이라는 분쟁이 빈발하지 않는 데에 기인한다. 모자회사의 방식 혹은 최근 주목되는 것과 같은 순수지주회사에 의한 자본 지배의 방식을 통하여 계열화를 추진하고 이러한 구조가 기업 전반에 일반화되어 있는 과정에서, 기존에 사용되었던 영업양도의 법리 혹은 재적출향 등의 법리(이와 함께 종신고용을 원칙으로 하는 기존의 고용관행까지)로 해결할 수 있었기 때문이라 판단된다. 또한 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 문제도 원청 업체와의 고용이 문제되는 사안은 발견되거나 아웃소싱 업체 간의 고용승계라는 관점에서 문제되지 않는 점도 이러한 계열화가 결국은 기존 원청 회사와의 밀접한 연관 속에서 확보되어 있고 그 속에서 소속감을 가지고 이루어지는 데에 기인하는 것 같다. 다만, 일본적 고용관행이 더 이상 유지되기 어려워지고 기업 재편이 활발해지는 현실 속에서 이러한 기존의 판례 법리에 근거한 대응은 더 이상 충분하지 못하여, 연합이 제시하고 있는 종합적인 고용승계의 입법론은 이에 대한 하나의 대안을 제시할 수 있을 것이다.

넷째, 우리나라의 경우 현재 아웃소싱, 특히 노무도급 형태의 아웃소싱에 따른 근로자의 고용불안을 막을 수 있는 법적·제도적 장치는 마련되어 있지 않다. 아웃소싱을 둘러싸고 벌어지는 고용관계의 변동에 대해 판례는 영업양도 법리와 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하고 있으나 그 한계가 너무 명확하다. 판례에 의하면 고용관계의 승계가 인정될 수 있는 영업양도에 해당하기 위해서는 양도 전·후의 ‘인적·물적 동일성’이 있어야 하고, 판례는 영업양도의 경우 고용관계 승계를 배제하는 특약도 가능하다는 입장이기 때문에 기존 업무를 아웃소싱으로 전환하면서 아웃소싱 업체가 근로자를 인수하지 않거나 일부 근로자만을 인수하는 경우 고용관계의 이전 효과가 있는 영업양도를 인정하기 어렵다. 또한 판례는 영업양도에 해당하기 위해서는 양도인과 양수인 사이에 명시적 또는 묵시적인 영업양도 계약이 있어야 한다는 입장인데, 아웃소싱 업체 변경의 경우에는 원사업주와 이전 아웃소싱 업체와의 계약이 종료되고 원사업주가 산정한 신규 아웃소싱 업체 간에만 새로운 계약이 체결되는 것

이 일반적이고 각각의 아웃소싱 업체는 법인격을 달리하고 있어 명시적인 형태 또는 묵시적으로라도 아웃소싱 업체 간에 명시적 합의를 인정하기 곤란하다. 결국 법원의 판례에 의하면 아웃소싱 업체 변경의 경우 고용관계의 이전을 인정할 수 있는 영업양도의 성립을 인정할 수 있는 예는 거의 없고 따라서 근로관계의 승계를 긍정하는 예도 찾기 어렵다. 이에 학계에서는 영업양도 법리에 근거한 판례가 아웃소싱으로 인한 고용관계의 문제를 포섭하지 못하는 문제점을 지적하면서 종래의 영업양도 개념을 탈피하여 아웃소싱으로의 전환이나 아웃소싱 업체의 변경 이후 이루어지는 업무 내용이 이전과 동일하면 고용관계 이전을 인정해야 한다는 주목할 만한 해석론을 전개하고 있으나 실무상 기준이 되는 대법원의 판례와 이러한 견해들 간의 간극은 너무도 크다. 한편 법원은 아웃소싱으로 인한 고용관계의 종료를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 해결할 가능성이 높지만, 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 판단이 대단히 형식적이고 명목적이 될 수 있고, 또한 해고가 무효로 된다고 하더라도 그 법적 효과가 제대로 발휘될 수 없는 경우가 많지 않다는 점에서 이를 경영상 이유에 의한 해고 법리로 접근하는 것은 그다지 실효성이 없다. 이는 오히려 사업이전의 개념으로 접근하는 것이 근로자의 고용보장이라는 관점에서 바람직할 수 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

아웃소싱이 기업경쟁의 심화에 따른 경영효율성 제고를 위한 측면이 있음을 인정한다 하더라도 이로 인한 근로자의 고용불안 문제는 상당히 심각하다. 이 문제를 해결하는 데는 법 해석론적 접근방법과 입법론적 해결방안을 고려할 수 있다. 그렇지만 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경으로 인한 고용관계의 법률 문제에 대하여 궁극적으로는 입법적 해결이 있어야 할 것으로 보인다. 학계에서 제시하는 견해를 적극 수용하는 방식으로 법원의 전향적 태도 변화를 통해 시간을 두고 해결할 수 있다는 주장이 있을 수 있겠으나, 앞에서 살펴본 바와 같이 현재의 판례 법리와 학계에서 제시되는 견해 사이에는 상당한 거리가 있어 현행 판례가 해석론으로 포섭하지 못하는 부분을 입법화하거나 이러한 해석론상의 결함을 극복하기 위해 제시되는 견해를 명문화하는 것도 아웃소싱으로 인한 고용분쟁을 신속하고 간명하게 해결하는 방법이 될 수 있다. 이

는 이미 유럽연합 및 여러 나라가 아웃소싱에 따른 고용변동의 문제를 입법을 통해 해결하고 있다는 점에서도 확인할 수 있는 바이다.

관련 법률규정을 제정함에 있어서는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다.

① 고용관계가 이전되기 위한 원칙적 기준이 되는 용어의 정의와 관련하여, 사업을 양도하는 행위적 측면에 초점을 맞출 것이 아니라 객관적인 관점에서 사업이 이전된 결과를 중시하여 ‘양도’라는 개념 대신 ‘이전’이라는 개념을 도입하고, 아웃소싱 업체의 변경 등도 여기에 포함될 수 있도록 하며, 이에 대해 고용관계의 이전 효과가 인정되도록 해야 할 것이다.

② ‘사업이전’의 법률 효과와 관련하여, 사업이전에 해당하는 경우 자동적으로 고용관계가 이전되는 것을 원칙으로 하되, 근로자가 이를 거부하는 경우에는 고용관계가 이전되지 않는 것으로 해야 할 것이다.

③ 고용관계의 이전으로 인한 근로조건의 변경과 관련해서는, 아웃소싱으로의 전환 또는 아웃소싱 업체의 변경으로 인해 근로조건이 불이익하게 변경되는 것을 막기 위해 아웃소싱된 업무를 수행하는 근로자에게 아웃소싱이 없었다라면 원사업주의 근로자가 보장받았을 것과 동일한 임금 및 근로조건이 보장되도록 하고, 이에 대해 원사업주가 아웃소싱 업체와 연대책임을 지도록 해야 할 것이다.

④ 아웃소싱은 그 업무에 종사하는 아웃소싱 업체 소속 근로자뿐만 아니라 원사업주의 사업 내에 있는 근로자의 고용상황에도 지대한 영향을 미친다는 점을 고려하여, 기존에 사업에서 직접 처리하던 업무를 아웃소싱으로 전환하고자 하는 경우 사용자는 이를 근로자대표에게 통지하고, 근로자대표와 아웃소싱으로 인해 근로자에게 발생하는 영향 등에 관해 협의하고 이에 대해 근로자대표의 동의를 얻도록 할 필요가 있다. 또한 기존의 업무가 아웃소싱으로 전환된 경우 사용자는 근로자대표에게 주기적으로 그 업무에 종사하는 아웃소싱 업체 소속 근로자의 수, 근로시간 및 임금 등에 관해 정보를 제공하도록 해야 할 것이다.

이러한 내용의 법률규정 제정에 대하여 고용관계의 이전을 법률로 강제하는 것은 계약의 자유 또는 영업의 자유를 침해하는 것이라는 주장이 제기될 수 있으나, 아웃소싱이나 아웃소싱 업체의 교체는 근로자의 고용

불안, 근로조건 저하, 노동3권 침해라는 희생을 담보로 하는 것이고, 이로 인해 폐해가 크다는 점에서 타당하지 않다. 현재 이와 관련된 근로기준법 개정안이 19대 국회에 제출되어 있는 상태인데, 이를 계기로 실질적인 입법 논의가 진행될 수 있기를 고대하는 바이다.

참고문헌

- 김상호(2011), 『개별적 근로관계법』, 국립경상대학교 출판부.
- 김형배·하경효·김영문(1999), 『영업양도와 근로관계의 승계』, 신조사.
- 노상헌(2011), 『회사분할과 근로관계』, 『노동법학』, 제38호.
- 박제성(2010), 『대학교 시설경비업무의 사내하도급』, 『노동법학』, 제35호, 한국노동법학회.
- _____ (2010), 『사내하도급과 사업이전』, 『노동판례리뷰』, 한국노동법학회.
- _____ (2011), 『시설관리업체의 변경과 고용승계』, 『노동법학』, 제39호, 한국노동법학회.
- 박제성 외(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원.
- 石田眞(2008), 『日本における企業組織の変動と労働法』, 『노동법학』, 제28호.
- 심재진(2012), 『사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론』, 『노동법연구』, 제33호, 서울대학교 노동법연구회.
- 오학수(2011. 8), 『일본의 기업조직 재편과 노사관계』, 『국제노동브리프』.
- 은수미 외(2012), 『간접고용 국제비교 - 파견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로 -』, 한국노동연구원.
- 이기수·최병규(2010), 『상법총칙·상행위법』(제7판), 박영사.
- 이승욱(1998), 『사업양도에 있어 사업의 개념』, 하경효·박종희, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원.
- 이승욱(2000), 『회사분할과 근로관계에 대한 최근 일본의 입법 동향』, 『노동법학』, 제10호.
- 이 정(2012), 『일본 파견법상의 고용의무조항에 대한 고찰』, 『노동법포럼』, 제9호.
- 전형배(2012), 『아파트 관리업무의 외주위탁과 고용보호』, 『노사저널』, 제856호.
- _____ (2012), 『외주화에 따른 고용관계의 문제』, 『노동법학』, 제43호, 한

국노동법학회.

_____ (2012), 『우리나라 경영해고의 현황과 과제』, 서울대학교 노동법연구회 추계학술대회 발표문

조경배(2011), 「노무용역 공급업체의 변경과 고용승계」, 『민주법학』, 제46호

조규식(2006), 「기업변동과 근로관계 - 영업양도를 중심으로-」, 『원광법학』 22 (2).

조성혜(2012), 「아파트의 위탁관리가 근로관계에 미치는 영향」, 『노동법학』, 제42호, 한국노동법학회.

최윤희(2006), 「영업양도에 따른 근로관계」, 『법조』 55 (2).

최준선(2010), 『상법총칙·상행위법』(제6판), 삼성사.

하경효·박종희(2001), 「기업구조조정 등에 따른 근로관계 이전관련 법제 국제비교 및 입법론 검토」, 노동부.

BIS(2009), “A Guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives”.

Charles, Wynn-Evans(2008), “Service provision fragmentation and the limits of TUPE protection”, *ILJ* 37 (4).

DTI(2005), “TUPE Draft Revised Regulations Public Consultation Document”.

John, McMullen(2006), “An Analysis of the transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations”, *ILJ* 35 (2).

Simon, Deakin/Gillian S Morris(2012), *Labour Law*, Hart Publishing.

Simon, Honeyball(2010), *Textbook on Employment Law*(11th Ed), Oxford University Press.

Slade, DBE(2010), *Tolley's Employment Handbook*(24th ed), LexisNexis.

鎌田耕一(2001), 『契約労働の研究』, 多賀出版.

_____ (2000), 「アウトソーシングの法的問題業務委託契約の研究」, 釧路公立大學紀要, 『社會科學研究』 12.

- 柳屋孝安(2003), 「雇用關係法における労働者性判断と当事者意思」, 『新時代の労働契約法理論』.
- 盛誠吾(2001), 「企業組織の変容と労働法學」, 『日本労働法學會誌』, 第97号.
- 石田眞(2003), 「企業組織の変動と雇用形態の多様化」, 『法律時報』 75 (5).
- 島田陽一(2003), 「雇用類似の勞務供給契約と労働法に關する覺書」, 『新時代の労働契約法理論』.
- 毛塚勝利(2003), 「契約労働シンポジウム趣旨と總括」, 『日本労働法學會誌』, 第102号.
- 濱口桂一郎(2008), 「いわゆる偽裝請負と默示の雇用契約」, 『NBL』, 第885号.
- _____ (2009), 『新しい労働社會』, 岩波書店.
- 浜村彰(2006), 「偽裝請負と受入企業の使用者責任」, 『労働法律旬報』, 第1635号.
- 東京大學社會科學研究所(2010), 「請負社員・派遣社員の働き方とキャリアに關するアンケート調査結果概要—労働者派遣法改正の評価と今後のキャリア希望を中心に—」.
- 本久洋一(2006), 「企業組織の変動と使用者概念」, 『労働法律旬報』, 第1615号.
- 徳住堅治(2009), 『企業組織再編と労働契約』, 旬報社.
- 菅野和夫(2011), 「業務委託契約者の労働者性—勞組法上の労働者の範圍に關する最高裁二判決[平成 23. 4. 12], 『Jurist』, 第1426号.
- 石崎由希子(2011), 「業務委託を受けたカスタマーエンジニアの勞組法上の労働者性-國・中勞委(INAXメンテナンス)事件[東京高裁 平成 21. 9. 16 判決], 『ジュリスト』, 第1418号.
- 古川陽二(2010), 「業務委託契約にもとづいて製品修理業務に従事する個人代行店の‘労働者’性[東京高裁 平成 22. 8.26 判決], 『労働法律旬報』, 第1734号.
- 古田 幸(2007), 「業務委託後の親會社の使用者性-國(中勞委〔シマダヤ〕)事件(東京地裁判決 平成 18. 3.27)」, 『労働法律旬報』, 第1654号.
- 大山盛義(2007), 「フランチャイジの店舗運營のために業務委託契約を締

結した者の労働者性—ブレックス・ブレッディ事件[大阪地裁 平成 18. 8.31 判決], 『季刊労働法』, 第219号.

本久洋一(2004), 『出向期間の長期化が予想される業務委託先への出向命令の根拠 新日本製鐵(日鐵運輸第2)事件—最二小判 平成 15. 4. 18』, 『法學セミナー』 49 (5).

中内哲(2003), 『業務委託に伴う出向とその延長(新日本製鐵(日鐵運輸 第2)事件・最二小判 平成 15. 4.18)』, 『日本労働法學會誌』, 第102号.

外國労働判例研究(148)EU 企業組織変動と労働契約の承継—清掃業務委託先が変更された場合における労働契約の承継(テムコ事件).

水野圭子(2007), 『企業組織変動と労働契約の承継—清掃業務委託先が変更された場合における労働契約の承継(テムコ事件)』, 『労働法律旬報』, 第1642号.

増田陳彦(2010), 『事実上の倒産企業の事業承継と法人格否認の法理による雇用責任の範囲[東京地裁 平成 21.12.10 判決]』, 『労働法令通信』, 第2224号.

企業組織変更に係る労働関係法制等研究會(2000), “企業組織変更に係る労働関係法制等研究會報告—會社分割における労働関係の承継法制立法化を提言—”, 2. 10.

企業組織再編に伴う労働関係上の諸問題に関する研究會報告取りまとめ—企業組織再編時に企業が講ずべき措置、配慮すべき事項等に関する指針策定を提言— (2002. 8.)

労働契約法制研究委員會(2005), 『労働契約法試案—ワークルールの確認とさらなる充實を求めて—』, 連合総合生活開発研究所.

毛塚勝利(2010), 『企業組織再編における労働者保護』, 中央經濟社.

〔부록 1〕

19대 국회에 제출된 근로기준법 개정안의 내용

근로기준법 일부개정법률안(의안번호 465)

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

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

③ 양도인은 사업양도 50일 전까지 양수인의 상호·성명(법인기업의 경우 대표자의 성명)·주소, 양도의 사유, 양도 예정일 및 사업양도로 발생할 수 있는 근로조건 변동의 내용 등에 관한 정보를 개별 근로자들에게 제공하고, 사업양도의 모든 조건에 관하여 근로자대표와 성실하게 협의하여야 한다.

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

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

근로기준법 일부개정법률안(의안번호 1513)

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

〔부록 2〕

기업·사업 또는 기업·사업의 일부 이전 시 근로자의 권리 보호에
 관한 회원국 법제의 접근에 관한 유럽연합이사회 지침 2001/23/EC
 (사업이전 시 근로자보호지침)

제정일: 2001년 3월 12일

공포일: 2008년 3월 22일

제1장 적용 범위 및 정의

〔제1조〕

1. (a) 이 지침은 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부의 법적 이전 또는 합병의 결과로 발생하는 다른 사용자로의 모든 이전에 적용된다.
- (b) (a) 및 본조의 규정에 의하여 본 지침에서 말하는 이전이 있다고 하기 위해서는 동일성이 유지되는 경제적 실체의 이전이 있어야 한다. 경제적 실체란 그 활동이 주된 것인가 부차적인 것인가를 불문하고 경제활동의 수행을 목적으로 하는 자원의 조직적 집합을 말한다.
- (c) 이 지침은 영리 목적을 추구하는지 여부와 관계없이, 경제적 활동을 수행하는 공기업 또는 사기업에 대하여 적용된다. 공공기관의 행정적 재편 또는 공적 행정기관 사이의 행정적 기능의 이전은 이 지침에서 말하는 이전에 해당하지 않는다.
2. 이 지침은 이전되는 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부가 ‘유럽공동체 설립에 관한 조약’의 영토 범위 내에 존재하는 한 적용된다.
3. 이 지침은 해상 선박에는 적용되지 않는다.

〔제2조〕

1. 이 지침에서 규정된 개념은 다음과 같다.
 - (a) ‘양도인’이란 제1조 제1항에서 규정된 이전에 의해 당해 기업·사업

또는 기업이나 사업의 일부에 대해 사용자의 지위를 벗어나는 모든 자연인 또는 법인을 말한다.

- (b) ‘양수인’이란 제1조 제1항에서 규정된 이전에 의해 당해 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부에 대해 사용자의 지위를 갖는 모든 자연인 또는 법인을 말한다.
- (c) ‘근로자대표(representatives of employees)’ 및 이와 관련된 표현은 회원국의 법 또는 관행이 정하는 근로자의 대표를 말한다.
- (d) ‘근로자(employee)’란 회원국 내에서 국내 고용관계법에 의하여 근로자로 보호되는 모든 사람을 말한다.

2. 이 지침은 고용계약 또는 고용관계의 정의에 관한 국내법 규정을 침해하는 것은 아니다. 다만, 회원국은 다음의 이유만으로 고용계약 또는 고용관계를 본 지침의 적용 범위로부터 배제하여서는 아니 된다.

- (a) 실근로시간 또는 소정근로시간의 길이
- (b) 당해 고용계약 또는 고용관계가 ‘기간제·파견근로자 건강안전지침(1991년 6월 25일·91/383/EEC)’ 제1조 제1항에서 말하는 기간제 고용계약에 의해 규율되는 고용관계라는 사실
- (c) 당해 고용계약 또는 고용관계가 ‘기간제·파견근로자 건강안전지침(1991년 6월 25일·91/383/EEC)’ 제1조 제1항에서 말하는 파견고용계약이고, 당해 기업, 사업 또는 기업이나 사업의 일부가 사용자인 파견사업자 또는 그 일부라는 사실

제2장 근로자 권리의 보호

[제3조]

1. 기업 이전일에 존재하는 고용계약 또는 고용관계로부터 발생하는 양도인의 권리와 의무는 그 이전으로 인하여 양수인에게 이전된다.
회원국은 이전일의 시점에 존재하고 있었던 고용계약 또는 고용관계에 기하여 이전일 이전에 발생한 의무에 관해, 이전일 이후에 양도인과 양수인이 함께 또는 각자 책임을 부담하도록 규정할 수 있다.

2. 회원국은 양도인이 본조 규정에 의해 양수인에게 이전되는 모든 권리와 의무를 양수인이 양수할 때에 고지하도록 확보하는 적절한 조치를 취할 수 있다. 이러한 권리와 의무는 양도인이 이전 시에 알았거나 알았어야 할 모든 권리와 의무를 말한다.
양도인이 양수인에게 이러한 권리와 의무의 통지를 하지 않은 사실은 이러한 권리와 의무의 이전 및 이러한 권리의무 관계에 있어서 근로자가 양수인 그리고/또는 양도인에 대하여 갖는 권리의 이전에 영향을 미치지 않는다.
3. 이전 후 양수인은 양도인이 체결한 단체협약에서 합의된 근로조건에 관하여 당해 단체협약하에서 양도인에게 적용될 것과 동일한 조건으로 단체협약의 해지 또는 기간 만료일까지 또는 다른 단체협약의 발효 또는 적용 개시일까지 계속 준수해야 한다.
회원국은 이러한 근로조건의 준수 기간에 관하여 일년 이상이어야 한다는 제한 규정을 둘 수 있다.
4. (a) 회원국이 다른 규정을 두지 않는 한 제1항 및 제3항의 규정은 회원국의 법정 사회보장제도 이외의 보완적인 기업연금 또는 기업 간 연금제도에 따른 근로자의 노령연금, 장애연금 또는 유족연금의 권리에 적용되지 않는다.
(b) 회원국은 제1항 및 제3항이 그러한 권리에 관하여 적용되는 (a)의 규정을 마련하지 않는 경우에도 보완적 제도하에서 유족연금을 포함한 노령연금의 당면의 또는 미래의 수급자격을 부여하는 권리에 관하여 양도인의 근로자, 이전 시점에서는 더 이상 양도인의 사업에 고용되어 있지 않은 자의 이익을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취하는 것으로 한다.

[제4조]

1. 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부 이전은 그 자체로는 양도인 또는 양수인이 해고할 수 있는 근거가 되지 않는다. 이 규정은 노동력의 변화를 초래하는 경제적·기술적 또는 조직적인 이유로 발생할 수 있는 해고를 방해하지 않는다.

회원국은 각 회원국의 법률 또는 관행에 의한 해고로부터 보호되지 않는 특정 범주의 근로자에 대하여 본조 전단이 적용되지 않음을 규정할 수 있다.

2. 기업 이전에 따른 근로조건의 실질적 변경이 근로자에게 불이익이 되는 까닭으로 고용계약 또는 고용관계가 종료하는 경우에는 사용자는 당해 고용계약 또는 고용관계의 종료에 책임이 있는 것으로 간주된다.

[제5조]

1. 회원국이 다른 규정을 두고 있지 않는 한 제3조 및 제4조는 양도인의 자산 청산을 목적으로 관할 공공기관(관할 공공기관에 의해 인가된 파산관재인을 포함한다)의 감독하에 이루어지는 파산절차 또는 이와 상응하는 도산절차의 대상이 양도인인 경우의 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부 이전에 대해 적용되지 않는다.
2. 제3조 및 제4조가 양도인에 대해 시작된 도산절차 사이에 기업 이전에 적용되는 경우(이 절차가 양도인의 자산 청산을 목적으로 실시되는 것인지 여부에 관계없이) 당해 절차가 관할 공공기관(국내법에 의해 결정되는 파산관재인을 포함한다)의 감독하에 이루어지는 경우에는 회원국은 다음과 같이 규정할 수 있다.
 - (a) 제3조 제1항에도 불구하고 모든 고용계약 또는 고용관계에서 발생하는 양도인의 채무이면서 이전 전 또는 도산절차의 개시 전에 지급 가능했던 것은 그 같은 절차가 회원국의 국내법에 따라, 「사용자의 도산 시 근로자보호에 관한 회원국 법률 접근에 관한 이사회 지침(1980년 10월 20일·80/987/EEC)」이 적용되는 상황과 적어도 같은 보호를 강구하고 있을 것을 조건으로 양수인에게 이전되지 않는다.
그리고 / 또는 이 대신,
 - (b) 한편으로는 양수인, 양도인 또는 양도인의 직무를 수행하는 사람(들), 다른 한편으로는 근로자대표가 현행법 또는 관행이 허락하는 한 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부 생존을 확보함으로써 고용기회를 보호하는 것을 목적으로 근로자의 근로조건 변경에 합

의할 수 있다.

3. 회원국은 국내법이 정하는 심각한 경제위기 상황에서 모든 기업 이전에 대해 그 상황이 관할 공공기관에 의해 선언되고, 사법적 심사가 가능할 것을 조건으로, 그러한 규정이 1998년 7월 17일에 이미 존재하고 있다는 조건하에서 제2항 (b)의 규정을 적용할 수 있다.
‘집행위원회’는 2003년 7월 17일까지 이 규정의 효과에 관한 보고서를 제출하고 이사회에 적절한 제안을 하는 것으로 한다.
4. 회원국은 본 지침이 규정하는 권리를 근로자로부터 빼앗기 위해 도산 절차가 오용되는 것을 막기 위한 적절한 조치를 취한다.

[제6조]

1. 기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부가 그 자율성을 유지하는 경우 기업 이전에 의해 영향을 받는 근로자대표 및 대표단의 지위와 기능은 근로자대표의 설치에 필요한 조건이 충족되어 있는 한 법률, 규칙, 행정 규정 또는 단체협약에 의해 이전일 이전에 존재한 것과 같은 조건으로 유지된다.

회원국의 법률, 규칙 및 행정 규정, 관행 또는 근로자대표와의 협정 하에서 근로자대표를 다시 지명하거나 근로자대표단을 다시 두는 데에 필요한 조건이 충족될 경우 제1문은 적용되지 않는다.

양도인이 양도인의 자산 청산을 목적으로 관할 공공기관(관할 공공기관에 의해 인가된 파산관재인을 포함한다)의 감독하에 이루어지는 파산절차 또는 이와 상응하는 도산절차의 대상이 되는 경우에는 회원국 정부는 이전된 근로자가 근로자대표를 새로이 선출하거나 지명할 때까지 적절하게 대표되는 것을 확보하는 데에 필요한 조치를 취할 수 있다.

기업·사업 또는 기업이나 사업의 일부가 그 자율성을 유지하지 않는 경우 회원국은 이전 전에 대표되고 있던 근로자가 국내법 또는 관행에 따라 근로자대표의 재설치 또는 재지명하는 데 필요한 기간 동안 적절하게 대표되는 것을 확보하는 데에 필요한 조치를 취한다.

2. 이전에 의해 영향을 받는 근로자대표의 임기가 이전 결과 만료하는 경

우에는 당해 근로자대표는 회원국의 법률, 규칙, 행정 규정 또는 관행이 정하는 보호를 계속하여 받는 것으로 한다.

제3장 정보의 제공 및 협의

[제7조]

1. 양도인과 양수인은 이전으로 인하여 영향을 받는 각 근로자대표에게 다음 사항에 대한 정보를 제공하도록 요구받는다.

- 이전일 또는 이전예정일
- 이전 이유
- 근로자에게 있어 이전의 법적·경제적 및 사회적 함의
- 근로자와의 관계에 있어 상정되는 모든 조치

양도인은 이 정보를 그 근로자대표에게 이전이 실시되기 전의 적절한 시기에 제공해야 한다.

양수인은 근로자가 자신의 근로조건과 고용조건에 대해 이전으로 인하여 직접적으로 영향을 받기 전의 적절한 시기 및 모든 기회에, 이 정보를 그 근로자대표에게 제공해야 한다.

2. 양도인 또는 양수인이 그 근로자와의 관계에 있어 조치를 취할 것을 상정하는 경우에는 당해 조치를 그 근로자대표와 적절한 시기에 합의에 이를 것을 목적으로 협의한다.

3. 법률, 규칙 또는 행정 규정에 근거하여 근로자대표가 근로자와의 관계에서 (양도인 또는 양수인에 의하여) 취하여질 조치에 관한 결정을 얻기 위하여 중재위원회에 요청할 수 있는 회원국에서는 제1항 및 제2항에 규정된 의무가 실시되는 이전이 근로자의 상당수에게 중대한 불이익을 초래할 수 있는 사업에 있어서의 변화를 야기하는 경우 제한될 수 있다.

정보제공 및 협의는 적어도 근로자와의 관계에 있어 상정되는 조치를 포함한다.

정보제공 및 협의는 제1문에서 말하는 사업에 있어서의 변화가 발생하기 전의 적절한 시기에 이루어져야 한다.

4. 본조에 규정된 의무는 이전이라는 결과에 이르게 된 의사결정이 사용자에 의한 것인지 또는 사용자를 지배하는 기업에 의한 것인지에 관계 없이 적용된다.
- 이 지침에서 정하는 정보제공 및 협의 의무의 위반을 검토함에 있어 그러한 위반이 사용자를 지배하는 기업으로부터 정보가 제공되지 않은 데에 기인한다고 하는 주장은 항변으로 인정되지 않는다.
5. 회원국은 제1항, 제2항, 제3항에 규정된 의무를 근로자 수의 측면에서 근로자를 대표하는 합의기관의 선출 또는 지명이라는 조건을 충족시키는 기업 또는 사업에 제한할 수 있다.
6. 회원국은 기업 또는 사업에 근로자 측 과실 없이 근로자대표가 존재하지 않는 경우 관계 근로자는 다음 정보를 미리 제공받아야 함을 규정한다.
- 이전일 또는 이전에정일
 - 이전 이유
 - 근로자에게 있어 이전의 법적·경제적 및 사회적 함의
 - 근로자와의 관계에 있어 상정되는 모든 조치

제4장 최종 규정

[제8조]

이 지침은 근로자에게 더 유리한 법률, 규칙 또는 행정 규정을 적용 또는 도입하거나 근로자에게 더 유리한 단체협약 또는 노사협정을 촉진 또는 허용하는 회원국의 권리에 영향을 주지 않는다.

[제9조]

회원국은 본 지침에서 발생하는 의무 미준수로 인하여 피해를 받았다고 생각하는 모든 근로자 및 근로자대표가 다른 권한 있는 기관에 가능한 구제신청 후에 사법 절차에 따라 그 청구를 할 수 있도록 하는 데 필요한 조치를 각 회원국의 국내법 체계 속에 도입해야 한다.

[제10조]

‘집행위원회’는 ‘유럽연합 이사회’에 2006년 7월 17일 이전에 이 지침의 규정의 영향에 대한 분석을 제출한다. ‘집행위원회’는 필요하다고 생각되는 개정을 제안한다.

[제11조]

회원국은 ‘집행위원회’에 이 지침이 적용되는 분야에서 채택한 법률, 규칙 및 행정 규정의 조문을 송부한다.

[제12조]

부칙 IA에 규정된 지침에 따라 개정된 지침 77/787/EEC는 부칙 IB에 규정된 당해 지침의 국내법 전환 기한에 관한 회원국의 의무를 침해하지 않는 한 폐지된다.

폐지된 지침을 언급하는 것은 이 지침을 언급하는 것으로 간주되며, 신규 조문은 부칙 II의 대조표에 따라 대치된다.

[제13조]

이 지침은 유럽연합 관보에 공포된 날로부터 20일 후에 발효된다.

[제14조]

이 지침은 유럽연합회원국을 그 대상으로 한다.

브뤼셀, 2001년 3월 12일

유럽연합 이사회
의장 B. RINGHOLM

[부록 3]

영국의 2006년 사업이전(고용보호)명령

(일부 발췌)

인용, 시행일, 적용 지역

제1조 (생략)

해석

제2조 제1항 본 명령에서

... (중략) ...

‘법적 이전’이란 이전 또는 제3조에 따라 본 명령이 적용되는 용역 제공자 변경을 의미하며, ‘이전인’과 ‘인수인’은 그에 따라 해석되며, 제3조 (1)(b)에 해당하는 용역 제공자 변경의 경우 ‘이전인’이란 용역 제공자 변경 전에 해당 활동을 수행한 자를 말하며, ‘인수인’이란 용역 제공자 변경에의 결과 그 활동을 수행하게 된 자를 말한다.

... (후략) ...

법적 이전

제3조-(1) 본 명령은 다음의 각 호에 적용된다.

- (a) 영국 내에서 이전 행위 직전에 존재하는 사업·영업의 이전 또는 사업·영업 일부의 이전으로서 그 동일성을 유지하면서 경제적 실체를 타인에게 이전하는 것
- (b) 다음의 각 목 중 1을 만족하는 용역 제공자 변경

- (i) 어떤 자(클라이언트) 스스로에 의해 행하던 활동이 중단되고 대신에 그것이 클라이언트를 위하여 타인(계약자)에 의해 행해지거나,
- (ii) 클라이언트를 위하여 계약자가 하던 활동이 중단되고(그 활동이 이전에 클라이언트 스스로에 의하여 행하여졌는지는 묻지 않는다) 대신 그것이 클라이언트를 위하여 또 다른 타인(하위 계약자)에 의하여 행하여지거나,
- (iii) 클라이언트를 위하여 계약자 혹은 하위 계약자에 의하여 행해지던 활동이 중단되고(이전에 그 활동이 클라이언트 스스로에 의하여 행하여졌는지는 묻지는 않는다), 대신 그것이 클라이언트 스스로에 의하여 행하여지고,

위 각 목이 본조(3)의 요건을 충족할 것.

(2) 본 명령에서 ‘경제적 실체’란 주된 활동인지 부수적 활동인지 묻지 않고 경제적 활동을 추구하는 목적을 가진 자원의 조직화된 그룹을 말한다.

(3) (1)(b) 문단에서 언급한 조건이란 다음과 같다.

(a) 용역 제공자의 변경이 있기 직전에

- (i) 클라이언트를 위하여 당해 활동을 하는 것을 주된 목적으로 삼는 영국 내의 근로자들의 조직화된 그룹이 있고,
- (ii) 용역 제공자의 변경 후 클라이언트가 해당 활동을 계약자가 수행하도록 의도하고 있되, 다만, 일회적인 특정 거래 혹은 단기 작업인 경우는 제외하며,

(b) 당해 활동이 클라이언트의 사용을 위하여 재화를 공급하는 활동의 전부 혹은 대부분이 아닐 것.

(4) (1)문단에 따라 본 명령은 다음의 경우에 적용된다.

- (a) 수익을 목적으로 운영되는지 관계없이 경제적 활동에 참여하는 공사(公私)의 사업
- (b) 다음의 경우에 해당하더라도 그것에 의하여 어떻게든 영향을 받는 이전 혹은 용역 제공자의 변경
 - (i) 영국 외의 국가 혹은 영토의 법에 영향을 받거나 적용을 받는 사업·영업의 이전, 사업·영업의 일부의 이전, 또는 영국 외의 국가 혹은 영토의 법에 영향을 받거나 적용을 받는 용역 제공자의 변경

- (ii) 사업·영업 혹은 사업·영업의 일부에 고용된 사람의 고용관계, 또는 용역 제공자의 변경의 경우 그러한 법의 적용을 받는 근로자의 조직화된 그룹에 고용된 자
- (c) 이전의 대상이 된 사업·영업 혹은 사업·영업의 일부에 고용된 자가 통상적으로 영국 외에서 일을 할 때 그 사업·영업 혹은 사업·영업의 일부의 이전(용역 제공자의 변경도 포함할 수 있다)
- (5) 공적 행정기관의 행정적 재편성 혹은 공적 행정기관 사이의 행정적 기능의 이전은 법적 이전에 해당하지 않는다.
- (6) 법적 이전은,
 - (a) 2 혹은 그 이상 거래에 의하여 효력이 발생할 수 있으며,
 - (b) 이전인에 의하여 인수인에게 자산이 이전되는가에 상관없이 이뤄질 수 있다.
- (7) (생략)

근로계약에 관한 법적 이전의 효과

제4조-(1) (7)문단에서 정한 이의제기가 있는 때를 제외하고 법적 이전은 이전인에게 고용된 자와 법적 이전에 종속되는 근로자 또는 자원의 조직화된 그룹에 속해 있는 자의 근로계약을 종료하는 효력이 없으나 그런 사정이 아니라면 이전에 의하여 근로관계는 종료될 수 있다. 근로계약은 이전행위 이후에도 인수인과 고용된 자 사이에서 처음부터 계약이 체결된 것과 같은 효력이 있다.

(2) (1)문단에 영향을 주지 않으면서 (6)문단과 제8조 및 제15조(9)에 따라서 법적 이전이 완료되면

- (a) 이전인은 모든 권리, 권한, 의무와 해당 계약과 관련한 혹은 계약 아래의 책임은 본 명령에 의하여 인수인에게 이전되고,
- (b) 이전 행위가 완료되기 전에, 이전인에 의하여 이뤄진 근로계약 또는 자원의 조직화된 그룹에 속한 자 또는 근로자에 관한 모든 작위 혹은 부작위는 인수인에 의하여 혹은 인수인과 관련하여 이뤄진 작위 또는 부작위로 본다.

(3) (1)문단에서 이전인에게 고용된 자, 자원의 조직화된 그룹에 속하는 자, 또는 법적 이전에 종속되는 근로자에 관한 언급은 이전 직전에 그렇게 고용된 자, 본 명령 제7조(1)에 기술된 상황에서 해고되지 않았더라면 그렇게 고용이 지속될 수 있었던 자에 대한 언급을 말하며, 여기에는 2 혹은 그 이상의 거래에 의하여 영향을 받는 경우 거기에 고용되었거나 속하였던 자 또는 그러한 거래 직전에 고용되었거나 속해 있었을 자도 포함한다.

(4) 본 명령 제9조에 따라 (1)문단의 이전에 의하거나 이전될 근로계약에 관하여 근로계약의 변경의 유일한 혹은 주된 사유가 다음과 같은 경우에는 그와 같은 취지의 계약은 무효이다.

- (a) 이전 자체 또는,
- (b) 노동력의 변경을 수반하는 경제적·기술적 혹은 조직적 이유가 아닌 이전과 관련이 있는 이유.

(5) (4)문단은 근로계약 변경의 유일한 혹은 주된 이유와 다음과 같은 경우에는 사용자와 (1)문단에 의하여 이전되거나 이전이 예정된 근로계약의 대상이 되는 근로자 사이의 근로계약을 변경하는 합의를 방해하지 않는다.

- (a) 노동력의 변경을 수반하는 경제적·기술적 혹은 조직적 이유가 있는 이전과 관련한 이유 또는,
- (b) 이전과 관련이 없는 이유.

(6) (2)문단은 기소되거나 유죄가 결정되거나 선고된 자의 책임을 이전하지 않으며, 그렇지 않은 경우에는 거기에 영향을 주지 않는다.

(7) (1), (2) 문단은 인수인에게 고용되는 것을 반대하는 의사표시를 이전인 혹은 인수인에게 한 근로자와 관련한 혹은 그 아래에 있는 근로계약과 권리, 권한, 의무, 책임을 이전하는 효과가 없다.

(8) (9), (11)문단에 따라 근로자가 근로관계의 이전을 반대한 경우, 법적 이전은 이전인과의 근로계약을 해지하는 효과가 있으며, 근로자는 어떤 목적으로도 이전에 의하여 해고가 된 것으로 보지 않는다.

(9) 제9조에 따라 법적 이전이 (1)문단 아래에서 근로계약을 이전하거나 이전하게 되는 근로자의 실질적 손해를 가져올 작업환경의 중대한 변

화를 가져오거나 가져올 수 있는 때에는 해당 근로자는 자신의 근로계약이 해지된 것으로 볼 수 있고, 그 근로자는 어떤 목적에 대해서도 사용자에게 의하여 해고된 것으로 본다.

(10) 근로자가 해고예고기간 동안 근로하지 않아 사용자가 임금을 지급하지 않은 것이라면 (9)문단에 해당하는 해고에 대하여 사용자는 근로자에게 임금을 지급하지 않는다.

(11) (1), (7), (8), 그리고 (9)문단은 사용자의 이행 거절을 받아들여 예고 없이 근로계약을 해지한 근로자의, 본 명령에서 규정한 어떠한 권리에 대하여도 영향을 미치지 않는다.

단체협약에 관한 법적 이전의 효과

제5조 법적 이전 당시, 본 명령 제4조(1)에 의하여 유지되는 근로계약을 체결한 근로자에 관하여 이전인 혹은 이전인의 대리인과 이전인에 의하여 승인된 노동조합 사이에 체결된 단체협약이 존재하는 경우에는,

- (a) 1992년 법률 제179조, 제180조(특별한 경우 효력이 제한되는 단체협약)에 영향을 미치지 않으면서, 해당 단체협약은 그 근로자에게 적용됨에 있어 이전행위 이후에 인수인 혹은 인수인의 대리인과 그 노동조합 사이에 체결된 것과 같은 효력이 있으며, 따라서 근로자에 대한 적용에 있어서 이전행위 이전에 이전인에 의하여 혹은 이전인과 관련하여 이루어진 어떠한 조치도 이전행위 이후에는 인수인에 의하여 혹은 인수인과 관련하여 이뤄진 것으로 본다. 또,
- (b) 단체협약에 관하여 이뤄진 어떤 명령도 해당 근로자에 관하여 적용될 때에는 이전행위 이후에는 인수인이 단체협약의 당사자로서 효력을 갖는다.

법적 이전의 노동조합 승인에 관한 효력

제6조 (생략)

법적 이전으로 인한 근로자의 해고

제7조-(1) 법진 이진을 전후하여 이전인 혹은 인수인의 근로자가 해고가 되면, 해고의 유일한 혹은 주된 사유와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 해고근로자는 1996년 고용권법 제10장의 목적(불공정해고)에 따라 불공정하게 해고된 것으로 취급된다.

- (a) 이전 그 자체, 또는
- (b) 노동력의 변경을 수반하는 경제적·기술적 혹은 조직적 이유가 아닌 이전과 관련이 있는 이유.

(2) 본 문단은 해고의 유일한 혹은 주된 이유가 법적 이진을 전후하여 이전인 혹은 인수인의 노동력의 변경을 수반하는 경제적·기술적 혹은 조직적 이전과 관련이 있는 이유인 경우에 적용된다.

- (3) (2)문단은 다음의 각 호에 적용된다.

- (a) (1)문단이 적용되지 않으면서
- (b) 1996년 고용권법 제94조(4)가 적용(공정한 해고의 기준)에 영향을 미치지 않으면서 같은 법 제135조 및 제98조(1)의 목적(해고의 이유)을 위하여 해고가 같은 법 제98조(2)(c)가 적용되는 정원감축으로 인정되고, 또는 그렇지 않은 경우에는 해고가 해당 근로자가 종전에 유지하고 있던 지위에 종사하던 근로자의 해고를 정당화시키는 유형의 실질적 이유가 있는 것으로 인정한다.

(4) 본 명령의 규정은 문제가 되는 근로자가 조직화된 자원의 그룹에 속해 있는지, 혹은 이전된 또는 이전될 근로자인지에 관계없이 적용된다.

(5) (1)문단은 1919년(a) 외국인근로자법 제5조가 적용되는 고용에 요구하는 내용을 이유로 한 근로자의 해고에는 적용하지 아니한다.

(6) (1)문단은 근로자의 해고에 대하여 1996년 고용권법 혹은 1996년 고용심판소법 혹은 1992년 노동조합 및 노동관계(통합)법의 적용에 의하여 고용권법 제94조의 적용이 배제되는 근로자의 해고에는 적용하지 아니한다.

도산

제8조 (생략)

이전인의 법적 도산절차에 따른 계약의 변경

제9조 (생략)

연금

제10조 (생략)

근로자책임정보의 고지

제11조-(1) 이전인은 인수인에게 다음의 방법으로 자원의 조직화된 그룹에 속해 있는 자에게 고용된 자 혹은 법적 이전의 대상이 된 근로자의 근로자책임정보를 고지하여야 한다.

- (a) 서면, 혹은
 - (b) 즉시 접근 가능한 형태로 인수인이 취득할 수 있는 상태의 방법
- (2) 본 명령 및 제12조의 ‘근로자책임정보’란 다음의 정보를 의미한다.
 - (a) 근로자의 신원 및 연령
 - (b) 1996년 고용권법 제1조에 따라 사용자가 근로자에게 제공할 의무가 있는 고용의 구체적 사항
 - (c) 다음의 모든 정보
 - (i) 근로자에 대한 징계절차
 - (ii) 2002년 고용법 (분쟁해결)명령 2004(a)에 따라 최근 2년간 근로자가 취한 고충처리절차
 - (d) 법원 혹은 고용심판소의 사건, 소 제기, 소송상 조치에 관한 정보로서 다음의 것
 - (i) 최근 2년간 근로자가 이전인을 상대로 제기한 것으로서
 - (ii) 이전인과 근로자 사이의 근로관계에 기인한 것으로서 근로자가 인수인을 상대로도 제기할 수 있다고 믿을 만한 합리적인 근거를 이전인이 갖고 있는 것, 그리고
 - (iii) 명령 제5조(a)에 관하여 근로자와 관계하여 적용할 때 이전 이

후에 효력이 발생할 단체협약의 정보.

(3) 근로자책임정보는 인수인에게 정보가 고지되는 날에 이르기 전 14일 이내의 특정한 날의 정보를 포함하여야 한다.

(4) (1)문단에 규정한 근로자책임정보 제공의무는 명령 제7조(1)에서 규정한 상황에서 해고가 되지 않았더라면 이전 직전에 법적 이전의 대상이 되는 근로자 자원의 조직화된 그룹에 속하거나 이전인에게 고용될 수 있었던 자와 2 혹은 그 이상의 거래에 의하여 효력이 발생하는 이전이 경우에는 해당 거래행위 직전에 고용되거나 혹은 소속되었을 자, 또는 고용 혹은 소속될 수 있었던 자의 근로자책임정보를 포함하여야 한다.

(5) 본 명령에 따라 근로자책임정보를 고지한 후 이전인은 인수인에게 근로자책임정보의 변경사항을 서면으로 고지하여야 한다.

(6) 본 명령의 고지는 법적 이전이 있는 날로부터 14일 이전에 하여야 한다. 다만, 특별한 사정으로 이것이 합리적으로 실행 불가능한 때에는 가능한 한 신속하게 합리적으로 실행 가능한 날에 하여야 한다.

(7) 본 명령의 고지는 다음과 같이 할 수도 있다.

- (a) 1 이상의 분할 방식
- (b) 제3자를 통한 간접적 방식

근로자책임정보 고지 불이행에 대한 구제

제12조-(1) 법적 이전과 동시에 혹은 이후, 인수인은 이전인이 명령 제11조의 규정을 이행하지 않았음을 이유로 하여 고용심판소에 소를 제기할 수 있다.

(2) 다음의 사유가 아닌 한 고용심판소는 본 명령에 근거한 소를 심리할 수 없다.

- (a) 법적 이전이 있는 날로부터 시작하여 3개월의 기간이 종료하기 전에 제기한 소
- (b) 3개월의 기간이 종료하기 전에 소를 제기하는 것이 원고에게 합리적으로 실현 가능하지 않아 심판소가 추가로 허용한 기간 내에 제기한 소.

(3) 고용심판소는 (1)문단에 근거한 소송이 정당한 이유가 있다고 판단 되는 때에는,

(a) 그러한 취지의 확인 판결을 선고하고,

(b) 이전인으로 하여금 인수인에게 금전보상을 명령할 수 있다.

(4) 금전보상액은 고용심판소가 (5)문단에 따라 모든 면에서 정당하고 공평하다고 인정하는 수준으로 결정하되 다음 각 호의 특별한 사정을 고려한다.

(a) 소송의 청구원인으로 주장한 사실로 기인하여 인수인에게 발생한 손해, 그리고

(b) 인수인에게 근로자책임정보를 고지하지 않은 것과 관련하여 이전인이 인수인에게 지급하여야 할 책임이 있는 금원이 존재하는 이전과 관련하여 이전인과 인수인 사이의 계약의 조건.

(5) (6)문단에 따라 (3)문단에 의하여 이전인이 본 명령 제11조를 이행하지 아니하여 지급하여야 할 금전보상액은 근로자 1인당 500파운드 이상이다. 다만, 심판소가 모든 면을 고려하여 정당하고 공평하다고 인정하면 감액할 수 있다.

(6) (4)(a)문단에서 언급한 손실을 산정함에 있어, 심판소는 영국과 웨일즈, 노던아일랜드, 스코틀랜드에 적용되는 보통법상의 손해배상에 적용되는 피해자의 손실저감의무에 관한 동일한 법리를 적용하여야 한다.

(7) (생략)

근로자대표에 대한 정보제공 및 협의 의무

제13조-(1) 본 명령과 명령 제14조와 제15조에서 법적 이전과 관련하여 영향을 받는 근로자로 언급된 자란 이전에 의하여 영향을 받을 수 있거나, 또는 그와 관련하여 취하여진 조치에 의하여 영향을 받을 수 있는 이전인 혹은 인수인의 근로자를 말한다(조직화된 자원의 그룹에 속해 있는 여부, 법적 이전 대상이 되는 근로자인지 여부는 묻지 않는다). 사용자로 언급되는 자도 동일하게 해석하여야 한다.

(2) 영향을 받는 근로자의 사용자가 영향을 받은 근로자의 적법한 대표

자들과 법적 이전이 있기 전 충분한 시간 이전에 협의를 하기 위하여 사용자는 그 적법한 대표자들에게 다음의 정보를 제공하여야 한다.

- (a) 이전이 일어난 사실, 이전의 날짜 혹은 제한된 날짜, 그리고 그에 관한 이유
 - (b) 이전인 영향을 받는 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 의미
 - (c) 이전과 관련하여 영향을 받는 근로자에게 취하거나 취하려고 예정하고 있는 조치, 또는 아무런 조치를 취할 것이 아니라면 그 사실
 - (d) 만일 사용자가 이전인이라면, 이전과 관련하여 인수인이 영향을 받는 근로자에 대하여 취할 것으로 예상되는 조치, 만일 아무런 조치를 취할 것으로 예상되지 않으면 그 사실,
- (3) 본 규정의 목적을 위하여, 영향을 받는 근로자들의 적법한 대표자들이란 다음과 각 호와 같다.
- (a) 만일 근로자들이 그들의 사용자의 승인을 받은 독립 노동조합의 근로자의 부류에 해당하는 경우에는 그 노동조합의 대표자들, 또는
 - (b) 그 밖에 다른 경우에는 다음 각 목의 근로자대표들 중에서 사용자가 선택한다.
 - (i) 본 명령의 목적을 위하여, (본 명령의 목적을 존중하면서, 대표자로 선임되거나 선출되는 수단을 갖고 있는 자이면서) 그 근로자들로부터 그들을 대리하여 이전에 관한 정보를 제공받고 협의를 할 권한을 받은 자가 아닌 자로서 영향을 받는 근로자들에 의하여 선임되거나 선출된 근로자대표자들
 - (ii) 본 명령의 목적을 위하여 본 명령 제14조(1)의 요건을 만족하는 선거에서 영향을 받는 근로자들에 의하여 선출된 근로자대표들.
- (4) 인수인은 이전인에게 이전인이 본 명령 제14조(1)의 의무를 이행할 수 있는 시기에 그러한 정보를 제공하여야 한다.
- (5) 적법한 근로자대표들에게 제공하여야 할 정보는 각 근로자대표에게 직접 전달하거나, 그들이 사용자에게 알린 주소로 우편 송달하거나, 또는 (노동조합의 대표자들인 경우에는) 노동조합의 주 사무소 혹은 주된 사무소의 주소지로 우편 송달하여야 한다.
- (6) 영향을 받는 근로자들의 사용자가 영향을 받는 근로자들과 관련하

여 법적 이전과 연결된 조치를 취하려는 경우에는 의도한 조치에 대한 근로자대표들의 동의를 얻기 위하여 근로자들의 적법한 대표자들과 협의를 하여야 한다.

(7) 그러한 협의의 과정에서 사용자는,

- (a) 적법한 근로자대표들이 제시한 안에 관하여 고려하여야 하며,
- (b) 그러한 안에 대답을 하여야 하며, 만일 그러한 제안을 거부할 때에는 그 이유를 진술하여야 한다.

(8) 사용자는 적법한 근로자대표들이 영향을 받는 근로자들에게 접근할 수 있도록 하여야 하며, 적법한 근로자대표들에게 적절한 편의시설을 제공하여야 한다.

(9) 만일 사용자가 (2)문단부터 (7)문단에서 정한 의무사항을 이행하는 것이 합리적으로 실행 가능하지 않다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는, 사용자는 그 상황에서 해당 의무를 합리적으로 실행할 수 있는 모든 조치를 취하여야 한다.

(10) 만일,

- (a) 사용자가 영향을 받는 근로자들로 하여금 근로자대표들을 선출하라고 청약하고,
- (b) 청약이 (2)문단에 따라서 근로자들이 대표자들을 선출할 수 있도록 사용자가 정보를 제공하여야 하는 때로부터 충분한 시간을 두고 이루어진 경우에, 사용자가 대표자들의 선거 이후에 가능한 한 신속하게 합리적으로 실행 가능하게 본 명령의 요건을 준수하였다면, 그 사용자는 그 근로자들과 관련하여 본 명령의 요건을 준수한 것으로 취급한다.

(11) 만일, 사용자가 영향을 받는 근로자들에게 대표자들을 선출하도록 청약한 이후에도 합리적인 기간 안에 근로자들이 대표자들을 선출하지 못한 경우에는 사용자는 영향을 받는 모든 근로자들에게 (2)문단에서 정한 정보를 제공하여야 한다.

(12) 본 명령에 의하여 사용자에게 부과된 의무는 법적 이전이 일어나는 결정이 그 사용자에 의하여 혹은 그 사용자를 지배하는 자에 의하여 이뤄지는지에 상관없이 적용된다.

근로자대표자의 선출

제14조 (생략)

정보제공 혹은 협의의 불이행

제15조-(1) 사용자가 본 명령 제13조 혹은 제14조의 의무를 불이행하였을 때, 이를 이유로 한 고용심판소에 대한 소 제기는 다음 각 호와 같이 할 수 있다.

- (a) 근로자대표의 선거와 관련한 불이행의 경우, 영향을 받는 근로자들로서 사용자의 근로자에 의한 소 제기
- (b) 근로자대표와 관련한 불이행의 경우, 불이행과 관련이 있는 근로자대표에 의한 소 제기
- (c) 노동조합의 대표자와 관련한 불이행의 경우, 해당 노동조합에 의한 소 제기, 그리고
- (d) 그 밖의 경우, 영향을 받는 근로자들로서 사용자의 근로자에 의한 소 제기.

(2) (1)문단에 의하여 소를 제기할 당시, 사용자에게 특정한 의무의 이행을 요구하는 것이 합리적으로 실행 가능하지 않았는지 여부, 혹은 이를 이행하기 위하여 사용자가 어떤 조치를 취했었는지 여부가 문제된 때에는, 사용자는 다음 각 호를 입증하여야 한다.

- (a) 사용자가 그 의무를 이행하는 것이 합리적으로 실행 가능하지 않았다고 여길 수 있는 특별한 사정의 존재, 그리고
- (b) 그 상황에서 해당 의무를 이행하기 위하여 합리적으로 실행 가능한 모든 조치를 취하였다는 사실.

(3) (1)문단에 의하여 소를 제기할 당시 근로자대표가 본 명령 제13조에 의한 적법한 대표자인지가 문제된 경우에는, 해당 근로자대표가 영향을 받는 근로자들을 대표할 필요한 권한이 있다는 점은 사용자가 입증하여야 한다.

(4) (1)문단에 의하여 소를 제기할 당시, 본 명령 제14조의 요건을 충족

하였다는 점은 사용자가 입증하여야 한다.

(5) (생략)

(6) (1)문단에 의하여 제기된 소와 관련하여, 사용자에게 정보를 제공하여야 할 의무를 부담하는 사용자를 (간접적 혹은 직접적으로) 지배하는 자의 의무 불이행은 그러한 의무를 사용자가 이행하는 것이 합리적으로 실행 가능하지 않았다고 여길 수 있는 특별한 사정을 구성하지 아니한다.

(7) (1)문단에 의하여 인수인을 상대로 한 소 제기에 충분한 이유가 있다고 인정되면, 고용심판소는 그러한 취지의 확인 판결을 하고, 인수인에게 보상에 있어 특정이 가능한, 영향을 받는 근로자의 부류에게 적절한 금전보상액을 지급하도록 하는 명령을 할 수 있다.

(8) 문단(1)에 의하여 이전인을 상대로 한 소 제기에 충분한 이유가 있다고 인정되면, 고용심판소는 그러한 취지의 확인 판결을 하고, 다음과 같은 명령을 할 수 있다.

(a) (9)문단에 따라, 이전인에게 보상에 있어 특정이 가능한, 영향을 받는 근로자의 부류에게 적절한 금전보상액을 지급하도록 하는 명령, 또는

(b) 소가 이전인이 (5)문단에 규정한 의무를 불이행한 것을 원인으로 제기된 것이고 (적법한 통지 이후) 이전인이 앞서 언급한 사실을 입증하면, 인수인에게 보상에 있어 특정이 가능한 영향을 받는 근로자의 부류에게 적절한 금전보상액을 지급하도록 하는 명령.

(9) (8)(a)문단 및 (11)문단에 의하여 금전보상금을 지급할 경우, 인수인은 이전인과 각자 부담한다.

(10) 근로자는 자신이 (7) 혹은 (8)문단에 의한 명령과 관련이 있는 부류의 근로자라는 점을 근거로 다음 각 호를 이유로 고용심판소에 소를 제기할 수 있다.

(a) (7)문단에 따른 명령과 관련하여 인수인이 금전보상을 하면서 명령을 전부 혹은 일부를 이행하지 않은 때,

(b) (8)문단에 따른 명령과 관련하여 이전인 혹은 인수인 중 적용 가능한 자가 금전보상을 하면서 명령을 전부 혹은 일부를 이행하지 않은 때,

(11) 고용심판소는 (10)문단에 의한 소 제기가 충분히 이유가 있다고 인정되면 이전인 혹은 인수인 중 적용 가능한 자에게 고용심판소가 절적하다고 판단하는 금전배상액을 원고에게 지급하도록 명령하여야 한다.

(12) (생략)

정보제공 혹은 협의의 불이행: 보칙

제16조 (생략)

사용자 책임 - 강제 보험

제17조 (생략)

적용제외의 제한

제18조 (생략)

1996년 고용권법에 대한 개정

제19조 (생략)

법의 폐지, 철회, 개정

제20조 (생략)

경과규정과 적용 범위

제21조 (생략)

부칙 1 (생략)

부칙 2 (생략)

[부록 4]

사업조직 재편 시의 근로자보호에 관한 법률안 요강(안)

2009. 7. 16. 제22회 일본노동조합총연합회(레고) 중앙집행위원회

1. 목적

이 법률은 사업조직의 재편이 이루어지는 경우에 근로계약의 승계, 근로자의 해고 제한, 근로조건의 불이익 변경의 제한 기타 고용의 안정에 필요한 조치를 정함으로써 근로자보호를 도모하는 것을 목적으로 함.

2. 사업조직 재편의 정의

2-1. 사업조직의 재편

이 법률에서 ‘사업조직의 재편’이란, ‘사업의 이전’ 및 ‘업무의 이전’을 말하는 것으로 함.

2-2. 사업의 이전

(가) 이 법률에서 말하는 ‘사업의 이전’은 “일정 경제적 활동을 수행하기 위해 조직화되고 유기적 일체로서 기능하는 인적 및 물적 자원의 집합”의 전부 또는 일부가 합병, 회사분할, 사업의 양도 기타 법률이 정한 조직재편행위 또는 법률행위에 의해 동일성을 유지한 채 직접적 또는 간접적으로 다른 사업주에게 이전되는 것을 말하는 것으로 함.

(나) 물적 자원만이 다른 사업주에게 이전되는 경우라 하더라도 이것이 당해 사업의 중요한 부분을 구성하는 경우로, 다른 사업주가 이를 이용하여 동일 사업을 영위하는 경우는 사업이전으로 간주하는 것으로 함.

2-3. 업무의 이전

이 법률에서 말하는 ‘업무의 이전’이란, 사업주가 “일정한 경제적 활동을 수행하기 위해 조직화된 노무로, 유기적 일체로서 기능하는 인적 및

물적 자원의 집합에는 해당하지 않는 것”의 수행을, 법률행위에 의해 다른 사업주에게 위탁하는 것(이하 ‘업무의 외부위탁’이라 한다), 수탁사업주를 변경하는 것(이하 ‘수탁사업주의 변경’이라 한다), 그리고 다른 사업주로부터 스스로의 업무로 이전시키는 것(이하 ‘외부위탁의 해소’라 한다)을 말하는 것으로 함.

3. 사업의 이전 시 근로계약의 승계 등

3-1. 근로계약의 승계

사업의 이전이 이루어진 경우, 이전되기 전의 사업주(이하 ‘구 사업주’)의 당해 사업에 주로 종사하는 근로자의 근로계약은 당해 이전의 효력이 발생하는 날에 이전된 곳의 사업주(이하 ‘신 사업주’)에게 승계되는 것으로 함.

3-2. 근로자에 대한 통지

(가) 사업주는 사업의 이전을 행할 경우에 근로자에 대해 사업이전의 시기, 이유, 해당 근로자에 미치는 법적·경제적 및 사회적 영향과 당해 근로자에 대하여 취할 조치 기타 필요한 사항을 서면에 의해 당해 사업의 이전을 결정하는 날 31일 이전까지 통지해야 하는 것으로 함.

(나) (가)의 필요한 사항에는 a. 신 사업주의 명칭, 소재지, 사업 내용 및 고용을 예정하고 있는 근로자의 수, b. 신 사업주가 예정하고 있는 종사 업무의 내용, 취업장소 기타 취업형태, c. 신 사업주가 부담하는 채무이행 사항 및 그 이유가 포함되는 것으로 함.

3-3. 근로계약의 승계에 대한 이의신청

근로자가 2에 의한 통지가 방법 및 내용상 적절하게 이루어진 후 30일 이내에 이의신청을 한 경우에는 당해 근로자와 관련된 근로계약은 승계되지 않는 것으로 함.

3-4. 불이익 취급의 금지

구 사업주는 근로자가 2의 이의신청을 한 것을 이유로 당해 근로자에 대해 해고 기타 불이익한 취급을 하여서는 아니 되는 것으로 함.

3-5. 근로조건의 불리 변경 제한

신 사업주는 적어도 이전 후 1년간 근로계약이 승계된 근로자의 근로조건을 불이익하게 변경해서는 아니 되는 것으로 함.

3-6. 구 사업주의 책임

사업의 이전이 이루어진 후 3년 이내에 이전된 곳의 사업 소멸로 인하여 1의 근로계약이 해소된 경우로, 그 소멸에 구 사업주가 직접 또는 간접적으로 관여되어 있을 때에는 구 사업주는 그때까지 발생한 노무제공 채무에 대해 신 사업주와 연대하여 책임을 지는 것으로 함.

4. 업무의 이전 시 근로자보호

4-1. 업무의 외부 위탁을 이유로 한 해고의 금지

사업주는 제3자에게 업무를 위탁할 것 또는 위탁한 것을 이유로 당해 업무에 종사하는 근로자를 해고하여서는 아니 되는 것으로 함.

4-2. 수탁처가 변경되는 경우 위탁사업주의 고용확보 조치

(가) 업무의 수탁처를 변경할 때에는 업무의 위탁을 행하는 사업주(이하 '위탁사업주')는 현재 업무를 수탁 중인 사업주(이하 '현 수탁사업주')가 고용하는 당해 업무에 종사하는 자(이하 '당해 업무 종사자') 중에서 수탁처의 변경에 따라 고용기회를 상실하는 자에 관하여는 당해 근로자의 근로계약 승계를 조건으로 새로운 위탁계약을 체결해야 하는 것으로 함.

(나) 업무의 수탁처를 경쟁입찰로 변경하는 경우에는 위탁사업주는 당해 업무 종사자 중에서 수탁처의 변경에 따라 고용기회를 상실하는 자에 관하여는 입찰 시 당해 업무 종사자의 근로계약 승계를 조건으로 할 것을 명시해야 하는 것으로 함.

- (다) (가) 및 (나)의 수탁처 변경에 따라 고용기회를 상실하는 자란, 현 수탁처의 사업 내용, 규모 및 위탁사업주에의 의존도와 당해 업무의 성격 등을 감안하여 현 수탁사업주의 최선의 경영노력을 가지 고서도 고용기회를 확보하는 것이 곤란해지는 당해 업무 종사자를 말하고, 그 범위는 위탁사업주가 현 수탁사업주와 협의하여 정하는 것으로 하며, 협의 시에는 위탁사업주는 현 수탁사업주에 대해 그 판단의 근거로 삼는 구체적 자료의 제공을 요구할 수 있도록 함.
- (라) (가)에서 (다)의 절차를 거치지 않고 수탁처를 변경한 탓에, 또는 (다)의 수탁처 변경에 따라 고용기회를 상실하는 자의 범위가 타당성을 결하는 탓에, 당해 업무 종사자가 고용기회를 상실한 경우에는 위탁사업주는 당해 근로자의 고용 기타 고용확보 조치를 취하여야 하는 것으로 함.

4-3. 외부 위탁의 해소 시 위탁사업주의 고용확보 조치

- (가) 위탁사업주가 외부 위탁을 해소하여 당해 업무를 스스로 수행하는 경우에는 당해 업무 종사자 중 외부 위탁의 해소에 따라 고용기회를 상실하는 자에 대해서는 당해 근로자의 근로계약을 승계해야 하는 것으로 함.
- (나) (가)의 외부 위탁 해소에 따라 고용기회를 상실하는 자의 범위의 확정절차에 관하여는 4-2의 (다) 및 (라)의 절차를 준용하는 것으로 함.

5. 단체협약의 승계 등

5-1. 노동조합에 대한 정보제공의무

사업주는 사업조직을 재편하고자 하는 경우에 당해 사업주가 고용하는 근로자 또는 현 수탁사업주가 고용하는 근로자로 조직된 노동조합에 대해, 사업조직의 재편이 예정되어 있는 시기, 이유, 근로자에게 미칠 법적·경제적·사회적 영향에 대해 당해 재편의 내용이 변경 가능한 적절한 시기(사업의 이전의 경우에는 3-2의 근로자에 대한 통지 이전의 적절한

한 시기)까지 정보제공을 하여야 하는 것으로 함.

5-2. 근로조건 기타 대우에 관한 기준 이외 부분의 승계

구 사업주 또는 현 수탁사업주와 노동조합 사이에 체결되어 있는 단체협약에 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준 이외의 부분이 규정되어 있는 경우, 당해 부분의 전부 또는 일부에 관해 당해 구 사업주 또는 현 수탁사업주와 당해 노동조합 사이에 당해 신 사업주 또는 새로이 수탁하게 되는 사업주(이하 ‘신 수탁사업주’)에 승계시킨다는 취지의 합의가 있는 경우에는 신 사업주 또는 신 수탁사업주는 당해 사업 또는 업무의 이전 시 당해 합의에 관계되는 부분을 승계하는 것으로 함.

5-3. 근로조건 기타 대우에 관한 기준 부분의 승계

5-2에서 정한 이외에, 구 사업주 또는 현 수탁사업주와 노동조합 사이에 체결된 단체협약에 대해서는 당해 노동조합의 조합원인 근로자와 당해 구 사업주 또는 현 수탁사업주와의 사이에 체결되어 있는 근로계약이 신 사업주 또는 신 수탁사업주에게 승계된 경우, 당해 사업 또는 업무의 이전 시 당해 신 사업주 또는 신 수탁사업주와 당해 노동조합과의 사이에 당해 단체협약과 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 간주하는 것으로 함.

6. 사업조직 재편 시 근로자대표 등과의 협의절차

6-1. 근로자대표 등과의 협의의무

(가) 사업주는 사업조직의 재편을 수행할 경우 우선 그 고용하는 근로자 및 현 수탁사업주가 고용하는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(이하 ‘근로자대표 등’)와 근로조건 기타 근로자보호에 관한 필요사항에 대해 성실히 협의해야 하는 것으로 함.

(나) 신 사업주 또는 신 수탁사업주는 당해 사업조직의 재편에 관하여 구 사업주 또는 현 위탁사업주와 현 수탁처의 근로자대표 등이 요

구하는 경우에는 성실히 협의해야 하는 것으로 함.

6-2. 근로자대표 등에 대한 정보제공의무

6-1의 (가)의 협의 시 사업주는 사업조직의 재편이 예정되어 있는 시기, 이유, 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 영향에 대해 당해 재편의 내용이 변경 가능한 적절한 시기(사업의 이전 시에는 3-2의 근로자에 대한 통지 이전의 적절한 시기)까지 근로자대표 등에게 정보를 제공해야 하는 것으로 함.

6-3. 업무의 이전에 따른 고용기회를 상실한 자의 범위에 관한 협의의무

4-2 (다) 및 4-3 (나)에서 말하는 ‘고용기회를 상실한 자’의 범위를 확정함에 있어서는, 위탁사업주 및 현 수탁사업주는 당해 업무 종사자의 근로자대표 등과 협의하는 것으로 하며, 협의를 거치지 않은 범위의 확정은 4-2 (라)에서 규정하는 타당성을 결한 것으로 간주되는 것으로 함.

7. 도산 시 사업의 양도

7-1. 파산, 특별청산, 민사재생, 회사갱생 등의 법적 도산처리 절차의 신청이나 절차의 개시 이후 파산절차 개시의 원인 사실이 발생할 우려가 구체적으로 존재하는 경우의 사업 양도 및 회사 해산 결의에 기한 청산절차 중의 사업 양도에 대해서는 고용의 확보 또는 사업의 신속한 재건에 이바지할 수 있도록 근로계약의 승계 범위를 한정할 수 있도록 함.

7-2. 7-1의 근로계약의 승계 범위의 한정, 고용의 확보 또는 사업의 신속한 재건에 이바지해야 한다는 목적에 비추어 합리적인 것이어야 함. 또 범위를 한정함에 있어서는 당해 사업의 근로자대표 등과 양도사업주 및 양수사업주와 협의를 거쳐 합의하는 것으로 함.

7-3. 7-1의 사업 양도가 법적 도산처리 절차에서 법원의 허가를 필요로 할 경우 7-2의 협의를 거치지 않은 사업의 양도를 허가하지 않는 것으로 함. 다만, 일정 기간 내에 합의할 수 없는 경우에는 법원은 근로자대표

등의 의견을 청취한 후 허가할 수 있는 것으로 함.

8. 그룹 기업 내의 사업이전

8-1. 모회사, 자매회사 등 일정 자본관계를 갖는 그룹 기업(이하 ‘그룹 기업’이라 한다) 내부에서의 사업이전에 대해서는 3-5에 규정된 근로 조건 불이익 변경의 기간은 3년으로 하는 것으로 함.

8-2. 그룹 기업 내의 사업이전에 대해서는 3-6의 구 사업주의 노무제공 채무에 대한 연대책임 기간은 5년으로 함. 또 구 사업주가 소멸한 경우 그룹의 중핵을 구성하는 사업주가 그 책임을 지는 것으로 함.

8-3. 그룹 기업 내에서 업무의 이전에 수반되어 ‘고용 기회를 상실한 자’가 발생한 경우에는 그룹 기업 내에서 고용 확보를 꾀하는 것으로 함.

8-4. 7-1의 도산 시 사업양도에 의해 근로계약의 승계가 이루어지지 않은 근로자의 고용에 관하여는 그룹 기업 내에서의 고용 확보를 꾀하는 것으로 함.

8-5. 그룹 기업에 있어 각 사업주는 그룹 기업의 근로자대표 등이 필요에 따라 의견 교환을 할 수 있도록 시간적·장소적 편의를 제공하여야 하는 것으로 함.

9. 사업주의 책무

사업주는 사업조직을 재편하고자 할 때에는 고용하고 있는 근로자의 이해와 협력을 얻음과 동시에 근로자의 고용과 근로조건 개선에 이바지하도록 노력해야 하는 것으로 함.

10. 공공사업에의 적용

이 법률은 국가 및 지방공공단체가 사업주로 수행하는 사업조직의 재편에 적용하는 것으로 하며, 관련 필요 규정을 정비하는 것으로 함.

11. 지침 등

11-1. 후생노동대신은 3에서 9까지 규정한 사항에 대해 그 적절한 실시를 도모하기 위해 필요한 지침을 정하고, 이를 공표하는 것으로 함.

11-2. 후생노동대신은 사업조직을 재편하는 사업주에 대해 고용의 확보 기타 근로자의 보호를 위해 필요한 지도 및 조언을 할 수 있도록 함.

12. 시행 기일

이 법률은 ○년 ○월 ○일부터 시행하는 것으로 함.

13. 기타

이 법률은 「회사분할에 수반되는 근로계약의 승계 등에 관한 법률」의 개정법으로 하며, 관련 법령의 필요 규정을 정비하는 것으로 함.

◆ 執筆陣

- 김기선(한국노동연구원 초빙연구위원)
- 전형배(강원대학교 교수)
- 최석환(서강대학교 교수)

아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안

- | | |
|---------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2012년 12월 24일 인쇄
2012년 12월 28일 발행 |
| ▪ 발행인 | 이인재 |
| ▪ 발행처 | 한국노동연구원
☎ 150-740 서울특별시 영등포구
은행로 30
☎ 대표 (02) 3775-5514 Fax (02) 3775-0697 |
| ▪ 조판·인쇄 | 한국장애인 e-work (02) 2272-0307 |
| ▪ 등록일자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등록번호 | 제13-155호 |

© 한국노동연구원 2012 정가 7,000원

ISBN 978-89-7356-922-9