

사 업 양 도 시 고 용 승 계 에 관 한  
법 제 개 선 방 안

2000. 11. 30.

유 설 재

# 목 차

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 제 1 장 서 론 .....            | 7  |
| 제 1 절 문제제기 .....           | 7  |
| 제 2 절 구조조정 유형과 고용승계 .....  | 9  |
| 1. 의 의 .....               | 9  |
| 2. 회사의 합병 .....            | 9  |
| 3. 회사의 인수 .....            | 10 |
| 4. 회사의 분할 .....            | 10 |
| 5. 사업양도 .....              | 11 |
| 6. 소 결 .....               | 11 |
| 제 2 장 사업양도의 개념 .....       | 13 |
| 제 1 절 의 의 .....            | 13 |
| 제 2 절 사업양도와 영업양도의 구별 ..... | 13 |
| 1. 의 의 .....               | 13 |
| 2. 노동법상의 사업양도 .....        | 14 |
| 3. 상법상의 영업양도 .....         | 14 |
| 4. 양자의 구별 .....            | 15 |
| 제 3 절 사업양도의 성립요건 .....     | 16 |
| 1. 의 의 .....               | 16 |
| 2. 학 설 .....               | 19 |
| 3. 판 례 .....               | 24 |
| 4. 외국의 입법례 .....           | 27 |
| 제 4 절 기능이전의 사업양도 해당성 ..... | 29 |
| 1. 의 의 .....               | 29 |
| 2. 판 례 .....               | 30 |
| 3. 외국의 입법례 .....           | 33 |
| 4. 사 건 .....               | 38 |

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 제 5 절 소 결 .....                 | 38 |
| 1. 법개정의 방향 .....                | 38 |
| 2. 개정시안 .....                   | 39 |
| <br>                            |    |
| 제 3 장 사업양도와 고용승계 .....          | 41 |
| 제 1 절 의 의 .....                 | 41 |
| 제 2 절 현행법의 해석 .....             | 41 |
| 1. 학 설 .....                    | 41 |
| 2. 판 례 .....                    | 44 |
| 3. 고용승계의무의 유추가능성 .....          | 45 |
| 제 3 절 외국의 입법례 .....             | 48 |
| 1. 유럽연합 .....                   | 48 |
| 2. 독 일 .....                    | 50 |
| 3. 프 랑 스 .....                  | 52 |
| 4. 스 위 스 .....                  | 53 |
| 5. 일 본 .....                    | 54 |
| 제 4 절 해고의 효력을 다투는 자의 고용승계 ..... | 56 |
| 1. 의 의 .....                    | 56 |
| 2. 판 례 .....                    | 57 |
| 3. 사 건 .....                    | 59 |
| 제 5 절 파산시 사업양도와 고용승계 .....      | 60 |
| 1. 의 의 .....                    | 60 |
| 2. 외국의 입법례 .....                | 61 |
| 3. 입법방향 .....                   | 62 |
| 제 6 절 소 결 .....                 | 62 |
| 1. 법개정의 필요성 .....               | 62 |
| 2. 관련 검토사항 .....                | 63 |
| 3. 개정시안 .....                   | 64 |

|                              |    |
|------------------------------|----|
| 제 4 장 고용승계와 당사자의 권리·의무 ..... | 65 |
| 제 1 절 의 의 .....              | 65 |
| 제 2 절 근로자의 거부권 .....         | 65 |
| 1. 의 의 .....                 | 65 |
| 2. 거부권의 인정여부 .....           | 66 |
| 3. 거부권 행사의 요건 .....          | 71 |
| 4. 거부권의 행사기간 .....           | 73 |
| 5. 개정시안 .....                | 76 |
| 제 3 절 사용자의 통지의무 .....        | 76 |
| 1. 법개정의 필요성 .....            | 76 |
| 2. 법개정의 방향 .....             | 77 |
| 3. 개정시안 .....                | 77 |
| 제 4 절 근로관계로 인한 채무의 귀속 .....  | 77 |
| 1. 문제제기 .....                | 77 |
| 2. 외국의 입법례 .....             | 78 |
| 3. 입법방향 .....                | 80 |
| 4. 개정시안 .....                | 81 |
| <br>                         |    |
| 제 5 장 고용승계 후의 근로조건 .....     | 83 |
| 제 1 절 의 의 .....              | 83 |
| 제 2 절 고용승계와 노동조합의 지위 .....   | 84 |
| 1. 현행법상의 문제점 .....           | 84 |
| 2. 판 례 .....                 | 85 |
| 3. 법개정의 방향 .....             | 87 |
| 4. 개정시안 .....                | 88 |
| 제 3 절 고용승계와 단체협약의 효력 .....   | 88 |
| 1. 의 의 .....                 | 88 |
| 2. 학 설 .....                 | 88 |
| 3. 판 례 .....                 | 92 |

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 4. 외국의 입법례 .....                   | 94  |
| 5. 소 결 .....                       | 98  |
| 제 4 절 고용승계와 취업규칙의 효력 .....         | 100 |
| 1. 의 의 .....                       | 100 |
| 2. 취업규칙의 법적 성질 .....               | 101 |
| 3. 취업규칙의 효력 .....                  | 103 |
| 4. 양수인의 취업규칙과의 관계 .....            | 105 |
| 5. 소 결 .....                       | 109 |
| 제 5 절 고용승계와 노사협의회 의결사항의 효력 .....   | 110 |
| 1. 법개정의 필요성 .....                  | 110 |
| 2. 개정방향 .....                      | 111 |
| 3. 개정시안 .....                      | 111 |
| 제 6 장 결 론 .....                    | 113 |
| 제 1 절 법개정의 필요성과 위치 .....           | 113 |
| 1. 법개정의 필요성 .....                  | 113 |
| 2. 개정법의 위치 .....                   | 114 |
| 제 2 절 개정시안 .....                   | 115 |
| 부 록 : 각국의 입법례 및 입법안 .....          | 117 |
| I. 유럽연합 .....                      | 117 |
| II. 독 일 .....                      | 124 |
| (1) 독일민법 제613a조 .....              | 124 |
| (2) 教授案(E-ArbVG 1992) .....        | 125 |
| (3) 社民黨案(E-Brandenburg 1996) ..... | 126 |
| (4) 基民黨案(E-Sachsen 1995) .....     | 127 |
| III. 스위스 .....                     | 129 |
| IV. 일 본 .....                      | 130 |
| <참 고 문 헌> .....                    | 135 |



## 제 1 장 서 론

## 제 1 절 문제제기

최근 우리 사회전반에서는 효율성 제고와 경쟁력 강화를 위한 구조조정이 진행되고 있다. 이러한 현상의 하나로 최근 기업에서는 기업간 사업교환과 부실기업의 정리가 활발하게 이루어지고 있다. 이러한 기업의 자산이전에는 회사의 합병과 같이 기업의 자산이 포괄적으로 이전될 수도 있고 상법 제41조 내지 제45조의 경우와 같이 기업자산의 일부만을 이전할 수도 있다. 전자의 경우에는 상법(상법 제235조, 제269조, 제530조, 제603조)의 적용을 받아 양도인과 양수인 사이의 권리·의무관계가 비교적 명확하지만, 후자의 경우에는 이전될 권리·의무의 범위가 명확하지 않은 문제가 있다.

아래에서는 기업자산의 일부를 이전하는 경우, 즉 사업양도에 있어서 고용승계의 문제에 대하여 살펴보고자 한다. 기업자산의 일부만 이전하는 경우에도 양도인, 양수인, 근로자가 합의에 의하여 고용을 승계하기로 한다면 근로관계는 당연히 승계되게 될 것이다.<sup>1)</sup> 문제는 사업양도계약에 고용승계에 관한 합의가 없거나 양도인과 양수인이 고용승계에 대한 반대에 의사를 명백히 하고 있는 경우이다.<sup>2)</sup>

근로관계의 이전에 관하여 현행법상의 유일한 법규정은 민법 제657조이다. 민법 제657조는 고용계약에 있어서 권리의무의 전속성에 대한 규정으

1) 이러한 계약인수에 대하여는 서민, “계약인수”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985년, 393면 이하 참조.

2) 지금까지는 노동법학계에서는 “사업양도”라는 용어보다는 “영업양도”라는 용어를 주로 사용하였다. 그러나 최근에는 몇몇 학자들을 중심으로 양자의 차이를 명확히 하기 위하여 “사업양도”라는 용어를 사용하고 있다. 사업이라는 용어는 영리를 목적으로 하지 않는 곳에서 근무하는 자에게도 노동관계법을 적용하기 위하여 노동법분야에서는 이미 오래 동안 사용되어 왔으므로 위에서 언급한 노동법상의 문제들을 부각시키기에 더 적절하다고 생각한다. 따라서 본 연구에서는 노동법분야에서도 일반적으로 사용하던 “영업양도”라는 용어를 대신하여 “사업양도”라는 용어를 사용하기로 한다. 同旨: 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 박사학위논문(서울대), 20면 각주 3번; 임종률, “사업주의 변경과 근로자의 법적 지위”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985, 536면, 각주 1 참조.

로 제1항은 “사용자는 노무자의 동의없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못하다”고 규정하고 있다. 동 규정은 사업양도에 있어서 근로관계가 이전되기 위해서는 근로자의 동의가 있어야 한다는 점에 대하여 정하고 있을 뿐, 양도인과 양수인 사이에 고용승계에 대한 합의가 없어도 근로관계가 이전되는지 양도인과 양수인이 고용승계에 대한 반대특약을 한 경우 이러한 특약은 인정될 수 있는 지에 대하여 정하고 있지 않다.<sup>3)</sup>

또한 사업양도와 관련하여 고용승계를 부정하게 되면 근로관계의 존속보호를 목적으로 하고 있는 근로기준법상의 해고제한규정이 그 의미를 상실하게 될 위험이 있다. 왜냐하면 근로기준법상의 해고제한규정은 원칙적으로 근로계약을 체결한 사용자에게만 적용할 수 있고, 이 사용자가 사업을 타인에게 양도하였다면 양도인은 더 이상 근로자를 고용할 수 있는 상황에 있지 않고, 반면 양수인의 경우에는 해당 사업에서 근무하던 근로자들과 근로계약을 체결한 사실이 없어 이들을 해고할 수 있는 처지에 있지 않기 때문이다. 따라서 근로관계의 존속보호를 목적으로 하고 있는 근로기준법상의 해고제한규정의 취지를 고려한다면 근로자의 양도인과의 근로관계는 사업양도로 양수인에게 승계된다고 보아야 할 것이다. 하지만 지나치게 근로관계의 존속보호를 강조하여 사업양도시 근로관계의 이전을 당연시하게 된다면 양수인은 고용승계에 대한 부담 때문에 사업의 인수를 거절할 수 있고 이것이 기업의 도산으로 이어지게 된다면 결과적으로 해당 사업의 전체 근로자가 일자리를 잃게 될 것이다.

사업양도에 있어서 고용승계의 문제는 이러한 법정책적인 문제임과 동시에 법학방법론적으로도 매우 큰 의미를 갖는다. 왜냐하면 아무리 사업양도시에 고용승계의 필요성이 인정된다고 하여도 현행 실정법에 따라 고용승계를 인정할 수 없는 경우에는 입법적으로 해결을 할 수는 있어도 법원의 해석론에 의하여 해결될 수 있는 문제는 아니기 때문이다. 다시 말하면 사업양도시의 고용승계를 인정하는 것이 법원에 의한 범형성의 한계 내에서 이루어질 수 있으면 다행이지만, 만약 그것이 법원에 의한 범형성의 한계

3) 특별한 경우를 제외하고는 근로자는 직장의 상실을 원하지 않는다는 실정을 고려할 때 사업양도와 관련하여 근로자의 동의는 근로관계이전과 관련하여 문제가 되지 않는 것이 일반적이다.



를 벗어난 것이라면 사회적 필요성과는 별도로 법원의 권한을 초월한 것으로 헌법이 보장하고 있는 삼권분립의 원칙에 반하게 된다.

아래에서는 이러한 점들을 반영하여 과연 현행법은 사업양도시의 고용승계에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있으며, 법원은 이와 관련하여 어떠한 입장을 취하고 있으며, 이러한 현행법은 문제가 없는지, 그리고 문제가 있다면 이를 해결하기 위하여 필요한 조치는 무엇인지에 대하여 살펴보기로 한다. 각 과정의 논의에서 주요 선진국의 판례나 입법사례를 함께 소개하기로 한다.

## 제 2 절 구조조정의 유형과 고용승계

### 1. 의 의

기업의 구조조정의 유형에는 여러 가지가 있을 수 있다.<sup>4)</sup> 기업변동의 유형에는 합병, 인수, 분할 등이 있을 수 있다. 상법은 회사의 합병, 인수, 분할 및 사업양도에 대한 규정을 두고 있다. 특히 회사의 합병, 인수, 분할에 관하여는 비교적 상세한 규정을 두고 있어 그로 인한 권리·의무관계가 비교적 명확하다. 사업양도와 관련해서도 상법은 양도인과 양수인의 권리·의무에 관한 규정(제41조 내지 45조)을 가지고 있다. 하지만 이들 규정은 사업양도로 인한 노동법상의 문제들에 대하여 구체적인 해답을 제시하고 있지 못하다. 아래에서는 각종 기업변동의 유형에 대한 권리·의무관계의 변동에 관한 상법상의 규정들을 살펴보기로 한다.

### 2. 회사의 합병

회사의 합병으로 인한 권리·의무관계의 변동에 관하여 우리 상법은 회사의 유형에 따라 규정을 하고 있다. 합병회사의 회사에 대하여 상법 제 235조는 “합병후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사는 합병으

4) 이에 대하여는 강대섭, “기업의 구조조정과 노동법적 과제”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 117면 이하; 조화식, M&A와 근로관계 승계의 문제, 1999 참조.

## 제1장 서론

로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계한다”고 정하고 있고, 합자회사의 합병에 대하여는 상법 제269조가 “합자회사에는 본장에 다른 규정이 없는 사항은 합병회사에 관한 규정을 준용한다”고 하고 있으며, 주식회사의 합병에 대하여는 상법 제530조제2항이 상법 제235조를 준용하도록 하고 있으며, 유한회사의 합병에 대하여는 상법 제603조가 상법 제235조를 준용하도록 하고 있다.

결국 회사가 합병되면 합병후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사는 소멸된 회사의 권리의무를 승계하게 되며 이때 이전되는 권리·의무에는 사법상의 관계이나 공법상의 관계를 불문하고 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 포함된다고 보고 있다.<sup>5)</sup> 따라서 회사의 합병의 경우에는 회사의 종류를 불문하고 근로관계가 합병후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사로 승계되게 된다.

### 3. 회사의 인수

주식(지분)매입을 통한 기업인수의 경우에는 사용자로서의 회사법인은 그대로 존속한 채 다만 경영권이나 대주주의 변동만이 있을 뿐이다. 따라서 이 경우에는 근로관계에 아무런 변동이 생기지 않는다.

### 4. 회사의 분할

회사의 분할로 인한 권리·의무의 변동에 관하여는 우리 상법 제530조의 10이 “분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라서 승계한다”고 정하고 있다. 동 규정은 피분할회사의 적극재산 및 소극재산 기타의 권리의무관계 중 어느 부분을 얼마만큼 분할할 것인지, 이것을 어느 회사에 얼마만큼 이전시킬 것인지를 당사자의 자치에 맡기겠다는 의미로 근로관계의 포괄승계를 부정한 것(특약필요설을 명시한 것)은 아니다. 따라서 회사분할시의 근로자의 근로관계의 승계문제는 분할

5) 대판 1980. 3. 25, 77누265. 同旨: 대판 1988. 3. 31, 87가합5908; 대판 1994. 3. 8, 93다1589.

의 구체적 모습에 따라 취급되어야 할 것이다.<sup>6)</sup>

## 5. 사업양도

사업양도에 관하여는 우리 상법 제41조 내지 제45조가 규정하고 있다. 그러나 이미 앞에서 언급한 바와 같이 이 규정들은 사업양도로 인한 노동법상의 문제에 대하여 구체적인 해결책을 제시하고 있지 않다. 판례도 상법 제41조 내지 제45조의 규정은 “영업양도의 사실 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어렵게 되어 채권자에게 채권 추구의 기회를 상실시키는 경우 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위한 것”<sup>7)</sup>을 목적으로 하고 있는 반면, 노동법에서의 사업양도는 “사업양도로 인하여 사업이 그 동일성을 유지하면서 그대로 양수인에게 이전되는 경우에 발생하는 근로관계 존속보호”<sup>8)</sup>가 문제되기 때문에 양자를 구별하여야 한다고 보고 있다. 따라서 상법 제41조 내지 제45조는 사업양도로 인한 고용승계문제에 적용할 수 없다. 즉, 사업양도시의 고용승계에 관하여는 현행법은 명문의 규정을 가지고 있지 않다.

## 6. 소 결

위 사실을 종합하면 회사의 합병, 인수의 경우에는 고용승계가 문제되지 않는다. 그러나 회사의 분할의 경우에는 분할의 유형에 따라 그 결과가 달라질 수 있을 것이다. 만약 회사가 분할되어 독립된 회사로서 다른 회사에 합병되었다면 회사의 합병과 같이 처리하면 될 것이고, 회사가 분할하여 사업의 형태로 제3자에게 이전되었다면 이는 사업양도와 동일하게 처리하면 될 것이다. 한편 사업양도에 대하여는 현행법은 아무런 명문규정을 두

6) 통설은 포괄승계 된다고 보고 있다. 이에 대해서는 강대섭, 앞의 논문(註4), 133면; 오문완, “기업조직의 변경과 경영상 이유에 의한 해고”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 105면; 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 194면 참조.

7) 대판 1998. 4.14. 96다8826.

8) 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 『노동법연구』 제6호, 서울대 노동법연구회, 1997, 42면.

고 있지 않다. 따라서 기업의 구조조정과 관련한 노동법상의 문제, 특히 고용승계의 문제는 사업양도시의 고용승계문제로 집약되어질 수 있다고 생각한다.

사업양도와 관련한 노동법상의 문제로는 퇴직금(근로계약의 존속기간)에 관한 것과 근로관계의 승계여부가 문제될 수 있을 것이다. 특히, 후자와 관련하여 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다. 첫째, 사업양도로 인하여 사업의 일부가 이전될 때 근로관계는 양도인과 양수인 사이에 근로관계의 이전에 관한 합의 없이도 양수인에게 자동적으로 승계 되는지 여부와, 둘째로 근로관계가 자동적으로 승계되는 경우와 그렇지 않은 경우가 있다면 근로관계가 자동적으로 승계될 수 있는 요건은 무엇인지, 셋째로 양도인과 양수인이 근로관계의 승계에 반대하는 특약을 체결하였다면 이러한 특약은 유효한지, 넷째로 근로관계가 승계 된다면 전 사용자와 체결하였던 근로자의 근로조건에 관한 합의(근로계약)는 새로운 사용자에게도 구속력을 가질 수 있는 지, 다섯째로 새로운 사업장에 편입된 근로자들에게는 이전의 사업장의 취업규칙과 새로운 사업장의 취업규칙 가운데 어떠한 취업규칙이 적용되어야 할 것인지, 여섯째로 이전의 사용자와 노동조합이 체결한 단체협약은 새로운 사용자에게도 유효한지 등과 같은 노동법상의 문제들이 발생하 수 있다.

## 제2장 사업양도의 개념

### 제1절 의 의

이미 앞에서 언급한 바와 같이 기업구조조정과 관련하여 고용승계가 가장 문제되는 경우는 사업양도의 경우이다. 하지만 이러한 사업양도의 개념에 대하여도 법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이러한 사업양도의 개념을 파악하기 위해서는 여러 가지 접근방법이 있을 수 있을 것이다. 일부<sup>9)</sup>에서는 사업의 개념을 정의한 후 이로부터 사업양도를 개념을 확정지으려 하고 있다. 이 견해에 의하면 고용승계가 인정되는 사업과 고용승계가 발생하지 않는 사업재산을 구별하기 위하여 사업에 대한 개념정의가 필요하다고 주장한다. 그러나 사업양도와 고용승계를 논함에 있어 최근의 경향은 고용승계는 동질성이 인정되는 ‘사업양도’가 성립되는 것으로 족하고 반드시 ‘사업’의 양도가 있어야 하는 것은 아니다.<sup>10)</sup> 왜냐하면 사업양도는 ‘사업’의 양도뿐만 아니라 ‘사업의 일부’에 대한 양도시에도 인정될 수 있기 때문이다. 즉, 사업양도는 사업 또는 사업의 일부의 양도에 의하여 성립될 수 있으며 고용승계와 관련하여 사업 또는 사업의 일부의 이전 사이에는 아무런 법적 효과의 차이가 발생하지 않는다. 따라서 아래에서는 사업의 개념에 대한 논의는 생략하고 ‘사업양도’의 개념에 대해서만 살펴보기로 한다.

### 제2절 사업양도와 영업양도의 구별

#### 1. 의 의

판례는 사업양도라는 용어 대신 영업양도라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 판례는 상법 제1편 제7장(제41조 내지 제45조)의 적용여부가 문제되는 상법상의 영업양도와 퇴직금 산정을 위한 근속연수 계산이나 근로관계의 승

9) 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 개념”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 15면.

10) 김영문, “영업양도시 근로관계의 승계에 관한 쟁점별 검토”, 『노동법 현안의 쟁점』, 노동법학회 2000년도 춘계학술발표대회 자료, 6면 이하.

계여부가 문제되는 노동법상의 사업양도를 모두 영업양도로 표현하고 있다. 그러나 판례는 상법 제1편 제7장이 적용되어야 할 사안에서의 영업양도의 성립요건과 퇴직금 산정이나 근로관계의 승계여부가 문제되는 노동법상의 영업양도의 성립요건을 원칙적으로 구별하고 있다. 아래에서는 먼저 이들 양자의 차이점에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 노동법상의 사업양도

퇴직금 산정을 위한 근속연수 계산이나 근로관계의 승계여부가 문제된 노동법적 사건에서 판례는 사업양도가 있었다고 인정하려면 “당사자 사이에 영업양도에 관한 합의가 있거나 영업상의 물적, 인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되어야 한다”<sup>11)</sup>고 함으로써 노동법상의 사업양도는 당사자사이의 합의가 없는 경우에도 일정한 요건을 갖추면 사업양도가 성립됨을 명백히 하고 있으며, 사업양도의 요건으로는 “일정한 목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것”<sup>12)</sup>이라고 하고 있다.

## 3. 상법상의 영업양도

상법상의 영업양도에 대하여 판례는 “영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다”<sup>13)</sup>고 하여 상법상의 영업양도가 성립되기 위해서는 영업의 동질성이 유지되고 있어야 함을 강조하고 있으며, 이러한 “영업의 동일성 여부는 일반사회관념에 의하여 결정되어야 할 사

11) 대판 1995. 07. 14, 94다20198.

12) 대판 1991. 08. 09, 91다15225; 대판 1994. 06. 28, 93다33173; 대판 1994. 11. 18, 93다18938; 대판 1995. 02. 24, 94가합9111; 대판 1997. 06. 24, 96다2644; 대판 1995. 07. 25, 95다7987.

13) 대판 1998. 4. 14, 96다8826. 同旨: 대판 1968. 04. 02, 68다185; 대판 1997. 11. 25, 97다35085.

실인정의 문제이기는 하지만, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되기만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것이다”<sup>14)</sup>고 함으로써 영업양도는 양도한 영업시설의 크기에 의하여 판단되지 않음을 강조하고 있다.

#### 4. 양자의 구별

법에 있어서 개념은 모든 법 분야에서 동일하여야 하는 것은 아니다. 법에 있어서의 개념은 개별적 조항의 규범목적에 따라 파악되어야 하기 때문이다.<sup>15)</sup> 사업양도와 영업양도의 개념도 각각의 법규범의 목적과 취지에 따라 구체화되어야 할 것이다.

상법 제42조의 영업양도에 관한 규정은 “일반적으로 채무자의 영업상 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되는 것이 대부분인데 채무가 승계되지 아니함에도 상호를 계속 사용함으로써 영업양도의 사실 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어렵게 되어 채권자에게 채권 추구의 기회를 상실시키는 경우 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위한 것”<sup>16)</sup>을 목적으로 하고 있다. 반면, 노동법에서 사업양도는 “사업양도로 인하여 사업이 그 동일성을 유지하면서 그대로 양수인에게 이전되는 경우에 발생하는 근로관계 존속보호에 있어서의 흠결을 보완하기 위한 것”<sup>17)</sup>이다.

이처럼 노동법상의 사업양도와 상법상의 영업양도는 그 목적과 취지가 다르기 때문에 양자의 성립요건이 다를 수밖에 없다고 생각한다. 판례도

14) 대판 1989. 12. 26, 88다카10128.

15) 법에 있어서의 개념의 형성에 관하여는 Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985 또는 유성재, “법에 있어서 개념의 형성”, 「경제기술법연구」 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999, 175면 이하 참조.

16) 대판 1998. 4. 14, 96다8826.

17) 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 「노동법연구」 제6호, 서울대 노동법연구회, 1997, 42면.

“모기업의 일부 사업 부문이 상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관되었고 그에 따라 그 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효이므로 근로자의 모기업과 계열회사에서의 각 근무는 단절됨이 없이 근로의 계속성이 유지된다”<sup>18)</sup>고 함으로써 노동법상의 사업양도와 상법상의 영업양도의 요건이 같지 아니함을 명백히 하고 있다.

### 제 3 절 사업양도의 성립요건

#### 1. 의 의

사업양도 또는 영업양도와 관련된 판례는 크게 세 가지 부류로 분류해 볼 수 있다. 즉, 상법상 제1편 제7장의 규정을 적용하기 위한 요건으로서의 영업양도의 요건이 문제되는 경우와 노동법상 이미 양수인과 근로관계를 체결하고 있는 근로자의 ‘근로관계의 계속의 법리’가 문제되는 경우 및 양수인이 근로관계의 승계를 거부하고 있는 근로자와 관련하여 ‘근로관계의 승계의 법리’가 문제되는 경우로 나눌 수 있다. 사업양도 또는 영업양도와 관련된 판례 가운데 노동법상의 ‘근로관계의 계속의 법리’에 관한 판례와 상법상의 영업양도에 관한 판례는 사업양도 또는 영업양도의 성립요건에 대하여 비교적 구체적인 판단기준을 제시하고 있으나 ‘근로관계의 승계의 법리’에 관한 판례는 사업양도의 성립요건과 관련하여 “당사자 사이에 영업양도에 관한 합의가 있거나 영업상의 물적, 인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되어야 한다”<sup>19)</sup>는 원칙론만 반복하고 있을 뿐 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 않다.

이러한 이유에서 학계에서는 노동법상의 ‘근로관계의 계속의 법리’와 관련된 판결이나 상법상 영업양도와 관련된 판결이 제시하고 있는 사업양도의 요건을 노동법상의 ‘근로관계의 승계의 법리’에 원용하려는 입장과 이에

18) 대판 1997. 06. 27, 96다49674.

19) 대판 1995. 07. 14, 94다20198.



반대하는 입장이 있다. 전자의 견해는 상법상 영업양도의 성립여부의 판단과 관련하여 판례가 제시하고 있는 “영업의 동질성”을 판단하기 위한 기준을 노동법상의 사업양도에 있어서의 “사업의 동일성”을 판단하는 기준으로도 원용할 수 있다는 입장이다.<sup>20)</sup> 이에 반하여 후자의 견해는 영업양도와 관련된 대법원의 판례를 ‘근로관계의 계속의 법리’가 적용되는 사안과 ‘근로관계의 승계의 법리’가 적용되는 사안에서의 사업양도의 존부를 판단하는 기준은 다르기 때문에 양자를 구별하여야 한다고 하고 있다.<sup>21)</sup>

필자는 노동법상의 사업양도와 상법법상의 영업양도는 해당법규의 규범목적에 따라 달리 판단되어야 하기 때문에 상법상의 영업양도의 성립에 관한 판례의 판단기준을 노동법상의 사업양도의 성립여부를 판단하는 기준으로 사용하자는 전자의 견해에 찬성할 수 없다. 상법의 영업양도에 관한 규정은 “영업양도의 사실 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어렵게 되어 채권자에게 채권 추구의 기회를 상실시키는 경우 양수인에게도 변제의 책임을 지우기”<sup>22)</sup> 위한 것이므로 상법상 영업양도는 양도사실을 모르는 외부의 제3자의 신뢰를 보호하기에 적합한 기준 즉, 외관에 비추어 영업의 동질성이 유지되고 있는 지의 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.<sup>23)</sup> 이에 반하여 노동법상의 사업양도는 “사업이 그 동일성을 유지하면서 그대로 양수인에게 이전되는 경우에 발생하는 근로관계 존속보호에 있어서의 흠결을 보완하기 위한 것”<sup>24)</sup>으로 노동법상의 사업양도는 노동법상의 근로관계의 존속보호가 문제될 수 없는 자산인수나 노동법상의 근로관계의 존속보호가 불가능한 폐업과 구별하는데 중점을 두어야 할 것이다. 따라서 노동법상의 사업양도가 인정되기 위해서 반드시 상법상 영업양도의 성립요건이 충족되어야 하는 것은 아니다.<sup>25)</sup>

20) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 55면 이하.

21) 김형배·하경효·김영문, 영업양도와 근로관계의 승계, 1999, 53면 이하.

22) 대판 1998. 4. 14, 96다8826.

23) 同旨: 하경효, “기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호”, 저스티스 제32권제2호, 1999, 62면.

24) 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 「노동법연구」 제 6호, 서울대 노동법연구회, 1997, 42면.

25) 同旨: 대판 1997. 06. 27, 96다49674.

나아가 필자는 ‘근로관계의 계속의 법리’에 적용되는 사안에서의 사업양도와 ‘근로관계의 승계의 법리’가 문제되는 사안에서의 사업양도의 성립요건을 구별하려는 주장에도 찬성하지 않는다. 필자는 노동법상의 사업양도는 상법상의 사업양도와 구별되어야 하지만, 노동법상의 사업양도의 개념을 ‘근로관계의 계속의 법리’가 적용되는 경우와 ‘근로관계의 승계의 법리’가 적용되는 경우로 구별하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 후자의 견해에 의하면 “퇴직금 계산의 법률분쟁에 있어서 영업양도 인정 여부가 우선이 되는 것이 아니라, 보다 중요한 판단기준은 “근로자의 자의인지 아니면 회사의 경영방침에 따른 것 인지의 여부”가 된다”고 하면서 “영업양도의 존부 판단은 그 자체가 목적이 아니라 이러한 자의 여부, 즉 회사의 경영방침의 존부 여부에 대한 판단기준으로 대체로 작용하고 있다”고 보고 있다. 그러나 사업이 이전되고 그 과정에서 근로자가 중간퇴직과 신규입사를 하였음에도 근로관계의 계속이 인정되기 위해서는 사업양도가 인정되어 근로관계가 양수인에게 이전됨과 동시에 근로자의 중간퇴직과 신규입사가 통정허위표시로 무효가 되어야 한다. 즉, 두 요건을 모두 충족하였을 때 비로소 근로관계가 지속되었다고 인정받을 수 있게 된다. 왜냐하면 중간퇴직과 신규입사에도 불구하고 근로관계가 지속되고 있다고 인정되기 위해서는 이러한 행위가 통정허위의 의사표시로 무효이어야 함은 물론 유효하게 성립되어 있는 근로관계가 전제되기 때문이다. 만약, 사업양도가 인정되지 않는다면, 근로관계는 양수인에게 승계되지 않을 것이고 중간퇴직과 신규입사가 통정허위의 의사표시인지 여부는 전혀 문제되지 않는다. 근로관계는 사업의 이전과 함께 소멸되고 양도인과의 계약에 의하여 새로운 근로관계가 체결될 뿐이다. 따라서 ‘근로관계의 계속의 법리’가 문제되는 소송에 있어서의 사업양도의 성립여부의 문제는 ‘근로관계의 승계의 법리’에 있어서의 그것과 동일한 기준에서 판단되어야 한다고 생각한다.

이러한 이유에서 아래에서는 ‘근로관계의 계속의 법리’와 관련된 판결에서 나타나고 있는 사업양도의 성립요건에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 학 설

### (1) 의 의

사업양도와 관련하여 근로관계의 승계를 논하는 것은 근로관계의 존속보호에 있어서의 흠결을 보완하기 위함이다. 따라서 근로관계의 승계요건으로서의 사업양도의 성립여부도 이러한 제도의 취지와 목적에 비추어 결정되어야 할 것이다. 즉, 근로관계의 승계요건으로서의 사업양도는 근로자의 취업가능성이 유지되고 있는 경우에 한하여 인정되어야 할 것이다. 이러한 근로자의 취업가능성이 유지되기 위해서는 사업이 폐지되지 않고 유지되고 있어야 한다. 이러한 점에서 ‘사업의 폐업’과 ‘사업의 양도’는 양자택일적 관계에 있게 된다.<sup>26)</sup> 양자는 사업의 개별적 구성부분들이 유기적으로 결합되어 기능능력을 유지하고 있느냐의 여부에 의하여 구별되어지게 된다. 사업의 개별적 구성부분들이 이러한 기능능력을 유지한 채 이전되었다면 사업양도가 되는 반면, 만약 사업의 개별적 구성부분들이 더 이상 이러한 기능능력을 유지하고 있지 않은 상태에서 이전되었다면 이는 근로관계가 승계되지 않는 단순한 자산이전에 불과하다.

이러한 기능능력의 유지는 이전된 사업부분의 크기에 의하여 판단되어지지 않기 때문에 “영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유지한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되기만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것이다”.<sup>27)</sup> 따라서 어떠한 사업수단이 이전되었을 때 사업의 기능능력이 유지되어 사업의 계속운영가능성이 인정되는 지가 문제된다. 이에 대하여 학설은 사업의 본질적인 부분이 이전되어야 함에는 의견이 일치하고 있으나, 무엇이 사업의 본질적인 부분인가에 대하여는 의견이 대립하고 있다.

26) MünchArbR/Wank § 120 RdNr. 49; Kracht, Das Kündigungsverbot gemäß § 613a BGB - Anwendungsbereich und Umgehung -, Diss. Bonn 1988.

27) 대판 1989. 12. 26, 88다카10128.

아래에는 먼저 이에 대한 학설의 대립을 소개하고, 다음으로 사업양도가 인정되기 위해서는 본질적인 사업수단의 이전과 더불어 사업목적의 동일성이 유지되어야 하는지에 대한 학계의 의견을 소개하고 마지막으로 필자의 의견을 밝히기로 한다.

## (2) 사업의 본질적 부분

### 1) 독일 민법 제93조의 유추적용설

이 학설은 사업양도에 있어서의 본질적인 부분에 대한 판단을 물건에 있어서의 “본질적 구성부분(Wesentliche Bestandteile)”에 대한 정의규정인 독일 민법 제93조에서 찾으려는 견해이다.<sup>28)</sup> 독일 민법 제93조는 “어떤 한쪽을 파괴하거나 또는 그의 본질을 변하게 하지 아니하고서는 서로 분리할 수 없는 물건의 구성부분(본질적 구성부분)은 특별한 권리의 목적으로 할 수 없다”고 하고 있다. 이 견해에 의하면 분리할 경우 그 통일성을 파괴되어 가치가 감소하는 부분을 이전하게 되면 사업양도가 성립하고, 분리하여도 그 통일성이 파괴되거나 가치가 감소하지 않는 부분을 이전하게 되면 사업양도가 성립하지 않는다는 견해이다.<sup>29)</sup>

### 2) 이용가능성설

이용가능성설은 사업양도에 있어서 본질적인 부분에 대한 판단을 사업수단의 계속이용가능성에서 찾으려는 견해이다.<sup>30)</sup> 이 견해에 의하면 양수인이 이전 받은 사업수단을 계속하여 사용할 수 있다면 사업의 본질적인 부분의 이전이 있었다고 인정되어지고, 사업의 본질적인 부분의 이전이 인정되면 사업양도가 인정되게 된다. 이 견해에 의할 경우 자산매각의 절차에

28) Herschel, Anm. zu BAG AP Nr. 42 zu § 613a BGB.

29) 이한구, 註釋 民法總則(上), 1987, 621면 참조.

30) Borngräber, Arbeitsverhältnis bei Betriebsübergang, 1997, S. 42 ff.; Posth, Arbeitsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1977, S. 77 f.; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 53 f. 독일 연방노동법 원도 이러한 입장을 취하고 있다. BAG 29.10.1975 AP Nr. 2 zu § 613a BGB; BAG 22.2.1968 AP Nr. 11 zu § 613a BGB; BAG 22.2.1985 AP Nr. 42 zu § 613a BGB.

따라 사업을 분리하여 매각한 경우에도 양수인이 그 이를 이용할 수 있다면 사업양도가 된다. 이 학설에 의하면 사업 또는 사업의 일부가 하나의 통일체로서 이전되지 않아도 사업양도가 성립될 수 있다.

### 3) 대체가능성설

대체가능성설은 이용가능성설이 개별사업수단의 이용가능성과 사업의 계속운영가능성을 구별하지 못하고 있음을 비판하고 사업의 본질적인 부분을 대체 불가능한 사업수단이라고 보았다. 즉, 제3자에 의하여 대체될 수 없는 사업수단이 이전되어야 사업양도가 인정될 수 있다는 견해이다.<sup>31)</sup>

### 4) 사 건

본질적인 사업수단을 판단함에 있어 독일 민법 제93조 유추적용설과 이용가능성설은 Pietzko가 적절히 지적한 바와 같이 이용가능성과 계속이용가능성을 구별하지 못하고 있다는 점에서 타당성을 결여하고 있다고 보여진다. 그러나 Pietzko가 주장한 대체가능성설 역시 타당성을 결여하고 있다고 보여진다. 왜냐하면, 사업의 본질적인 부분이라고 하여 언제나 대체할 수 없는 것은 아니기 때문이다. 사업의 대체성과 계속운영가능성 역시 구별되어야 할 것이기 때문이다.

한편 최근 독일 연방노동법원은 사업양도의 성립여부의 판단을 판단함에 있어 어떠한 사업부분이 양도되었는 지의 여부가 아니라 양수인이 인수한 사업을 운영함에 있어 조직상의 커다란 변경없이 기존의 근로관계의 주된 부분(im wesentlichen)이 계속유지될 수 있는 지의 여부를 중심으로 하고 있다.<sup>32)</sup> 이러한 독일 연방노동법원의 견해는 사업양도의 성립여부를 사업양도시 근로관계의 존속보호라는 제도의 근본적 목적과 취지를 고려하고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다할 것이다. 또한 독일의 Brandenburg

31) Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, 1988, S. 32 f.

32) 이에 대한 상세는 Staudinger/Richardi, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung, 1999, Rn. 41 참조.

州가 제출한 근로계약법정비법안<sup>33)</sup>은 사업양도에 대한 정의규정을 두고 있는데 이 규정은 사업양도의 대상으로서의 사업을 “양수인에 의하여 일체로서 승계된 작업단위 또는 조직의 변경없이도 계속하여 사용될 수 있는 구별 가능한 독립된 작업단위”라고 정의하고 있다. 즉, 동 법안 역시 사업의 계속운영가능성을 중심으로 사업양도를 파악하고 있다.

### (3) 목적의 동일성

다음으로 사업양도가 인정되기 위해서는 양수인이 양도인의 사업목적을 그대로 유지하고 있어야 하는 지가 문제된다. 이에 대하여 사업동일성설과 사업계속가능성설이 대립하고 있다.<sup>34)</sup>

#### 1) 사업동일성설

사업동일성설에 의하면 사업양도가 인정되기 위해서는 양수인의 종래의 사업목적은 그대로 유지하면서 양도인의 사업수단으로 계속 사업을 운영하고 있어야 한다.<sup>35)</sup> 이 학설에 의하면 사업수단을 이전 받아 종래의 사업목적과 다른 사업 목적을 위하여 사용하고 있는 경우에는 사업양도가 인정되지 않게 된다. 그러나 사업목적의 본질적 변경이 아닌 유사한 사업목적으로의 전환의 경우에는 사업목적이 유지되고 있는 것으로 보아 사업양도로 인정된다.<sup>36)</sup>

33) § 133 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts, BT-Drucks. 671/96, S. 96.

34) 학설의 대립에 대하여는 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 75면 이하; 하경효, “기업구조조정과 근로자해고의 문제”, 비교사법 제 6권2호(통권 11호), 1999, 233면; 하경효, “기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호”, 저스티스 제32권제2호, 1999, 61면 이하 참조.

35) 김형배, 근로기준법, 1998, 650면; Gaul, “Der Betriebsinhaberwechsel und seine einzelvertraglichen Auswirkungen”, BB 1979, S. 1669; Hasford, “Die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Übergangs von Betriebsteilen auf bestehende Arbeitsverhältnisse”, BB 1973, S. 526.

36) Gaul, a.a.O.(註 35), S. 1669; Hasford, a.a.O.(註 35), S. 528.

## 2) 사업계속가능성설

이에 대하여 사업계속가능성설에 의하면 양수인이 이전 받은 사업수단을 통하여 사업을 계속할 수 있는 가능성이 양수시점에 존재하는 것으로 족하고 종래의 사업목적이 유지되고 있는지의 여부는 사업양도의 판단에 영향을 미치지 않는다.<sup>37)</sup> 이러한 사업의 계속운영가능성은 양수인의 주관적 의사가 아닌 객관적 사실을 기초로 판단되어진다.

## 3) 사 건

상법에서의 영업양도의 경우에는 영업양도의 사실 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않는 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 경우에 채권자를 보호하는 것을 목적으로 하기 때문에 사업목적의 동일성이 영업양도가 성립하기 위한 필수적 요소로 요구되어질 수 있을 것이다. 그러나 노동법상의 사업양도는 사업이 동질성을 유지하면서 이전되는 경우에 있어서 근로관계의 존속을 보호하기 위한 것이다. 따라서 노동법상의 사업양도에서는 양수인이 어떠한 목적으로 사업을 인수하였느냐는 사실보다는, 양수인이 인수한 사업에 대하여 본질적인 변경을 가함이 없이도 사업을 계속하여 운영할 수 있는 상황에 있느냐가 사업양도의 성립여부를 판단하는 기준이 되어야 할 것이다. 따라서 노동법상의 사업양도의 성립여부의 판단에 있어서는 ‘사업목적의 동일성’이 요구되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>38)</sup>

37) Bauer, Unternehmensveräußerung und Arbeitsrecht, 1983, S. 24; Borngräber, a.a.O.(註 30), S. 43; Pietzko, a.a.O.(註 31), S. 32; Schwanda, Der Betriebsübergang in 613a BGB, 1992, S. 218 f.; Seiter, a.a.O.(註 30), S. 53. 독일 연방노동법원도 같은 입장이다. BAG 29.10.1975 AP Nr. 2 zu § 613a BGB; BAG 22.2.1985 Nr. 42 zu § 613a BGB; BAG 26.2.1987 AP Nr. 59 zu § 613a BGB.

38) 同旨: 하경효, “기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호”, 저스티스 제32권제2호(1999), 62면.

### 3. 판례

#### (1) 판례의 입장

판례<sup>39)</sup>는 사업양도의 성립요건과 관련하여 “당사자 사이에 영업양도에 관한 합의가 있거나 영업상의 물적, 인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되어야 한다”<sup>40)</sup>고 하고 있다. 따라서 사업양도는 당사자 사이의 합의에 의해서도 성립될 수 있고, 당사자 사이의 합의가 없는 경우라도 물적·인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 이전되었다면 역시 사업양도로 인정될 수 있다. 아래에서는 후자의 경우 즉, 당사자의 합의 없이도 사업양도가 인정될 수 있는 경우에 대하여 살펴보기로 한다.

우리 판례는 사업양도가 성립되기 위해서는 사업의 동일성이 인정되어야 한다고 하고 있을 뿐 사업의 동일성을 판단하기 위한 구체적 기준을 제시하지 않고 있다. 한편 판례는 “모기업의 일부 사업 부문이 상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관되었고 그에 따라 그 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효이므로 근로자의 모기업과 계열회사에서의 각 근무는 단절됨이 없이 근로의 계속성이 유지된다”<sup>41)</sup>고 함으로써 상법상의 영업양도와 노동법상의 사업양도의 요건이 같지 아니함을 명백히 하고 있다. 그러나 최근의 한 서울고등법원의 판결<sup>42)</sup>은 상법상의 영업양도의 성립에 관한 판단기준에 따라 노동법상의 사업양도의 성립여부를 판단하고 있다.<sup>43)</sup> 이는 상법상의 영업

39) 사업양도의 요건에 관한 판례에 대하여는 김기중, “영업양도의 요건에 관한 판례법리의 비판적 검토”, 『노동법연구』, 제6호 서울대 노동법연구회, 1997, 77면 이하 참조; 민중기, 영업양도와 근로관계의 승계에 관한 판례의 법리, 서울대학교 석사학위논문, 2000년 참조.

40) 대판 1995. 07. 14, 94다20198.

41) 대판 1997. 06. 27, 96다49674.

42) 소위 ‘창원특수강 사건’ 서울고등법원 1999. 1. 22, 97구53810.

43) 同旨: 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 55면 이하.



양도의 성립요건과 노동법상의 사업양도의 성립요건을 구별하던 종래의 대법원의 입장<sup>44)</sup>에 반하는 것이다. 그러나 구체적 사안에서 사업양도의 성립 여부를 판단함에 있어서 우리 판례는 이미 오래 전부터 양자를 거의 구별하고 있지 않다. 따라서 아래에서는 서울고등법원의 입장과 상법상의 영업양도에 관한 판례에서 제시된 사업의 동질성 판단을 위한 기준을 노동법상의 사업양도에 있어서의 사업의 동질성 여부를 판단하는 기준으로 원용하는 견해에 따라 상법상의 영업양도와 관련된 판례에 나타난 사업의 동질성 판단기준에 대하여 살펴보기로 한다.

서울고등법원(97구53801)판결은 기존의 대법원의 판결<sup>45)</sup>을 인용하여 “영업의 동일성 여부는 일반사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만 그 행위가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능 할 수 있는가에 의하여 결정”되어야 하며 “계약의 내용과 당사자의 의사, 계약체결 전후의 사정과 경위, 이전된 물적·인적 조직의 범위와 내용 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 할 것이며, 그 계약의 형식적인 명칭이나 내용만에 의하여 판단되어서는 안될 것이다”고 하고 있다. 이를 정리해 본다면 첫째, 영업의 동질성의 여부는 “종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능 할 수 있는가”에 따라 결정될 뿐 그 분량에 의하여 결정되지 않는다.<sup>46)</sup> 둘째, 영업의

44) 대법원은 종전의 판례(대판 1997. 06. 27, 96다49674.)에서 “상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성”을 유지하고 있으면 노동법상의 사업양도를 인정하여 근로관계의 승계를 인정하였다.

45) 대판 1989. 12. 26, 89다카10128. 이 판결은 상업상의 영업양도의 성립여부를 다루고 있다.

46) 서울고등법원은 삼미특수강 사건 판결(서울고등법원 1999. 1. 22, 97구53801)에서 이를 “예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되기만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것”으로 표현하면서 대판 1989. 12. 26, 89다카10128을 인용하고 있다. 삼미특수강 사건 판결에 대한 분석으로는 김형배·김영문, “영업양도와 근로관계의 승계”, 판례월보, 1999년 345호, 7면 이하; 이승욱, “영업양

## 제 2 장 사업양도의 개념

동질성은 제반사정을 종합적으로 종합하여 판단하되, 계약의 형식적인 명칭이나 내용이 아닌 객관적 사실을 기준으로 판단하여야 한다. 영업의 동질성 판단에 고려되는 요소로 법원은 ①계약의 내용, ②당사자의 의사, ③계약체결 전후의 사정과 경위, ④이전된 물적·인적 조직의 범위와 내용 등을 들고 있다.

### (2) 판례의 검토

대법원의 판례<sup>47)</sup>는 사업양도의 성립여부에 대하여 사업의 동질성이 인정되어야 한다고 하고 있을 뿐 사업의 동질성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다. 이러한 판례의 태도는 사건의 당사자로 하여금 소송의 결과를 예측할 수 없도록 하여 한편으로는 불필요한 소송을 증가시킬 뿐만 아니라 다른 한편 법관의恣意가 개입할 가능성의 증가 등으로 해당 법 분야의 법적 안정성이 침해될 위험이 증가하게 된다. 하지만 노동법상의 사업양도의 성립요건과 상법상의 영업양도의 성립요건을 구별하고 있는 대법원 판례<sup>48)</sup>의 태도는 올바른 법해석으로 보여진다.

통설의 입장도 상법상의 영업양도는 영업주가 교체되는 것을 제외하고는 영업목적, 영업수단, 영업조직 및 종업원 등이 양도 전후로 동일할 것이 요구되는 반면, 노동법상의 사업양도는 양수인이 인수한 조직체를 가지고 사업을 계속할 수 있을 정도이면 족하다고 보고있다. 필자도 이미 앞에서 언급한 바와 같이 상법상의 영업양도의 성립요건과 노동법상의 사업양도의 성립요건은 구별되어야 한다고 생각한다.

---

도와 전적의 효력”, 『노동판례비평』, 1996, 259면 이하; 박종희, “영업양도와 근로관계의 승계”, 경영계 1999년 4월호, 56면 이하; 이광택, “기업의 양도·인수에 따른 고용승계 여부”, 산업사회연구소 2000년 연두정책토론회 자료; 이상덕, “영업양도와 고용승계”, 노동법학 제7호(1997), 235면 이하; 이원재, “영업양도와 고용승계”, 노동법률 1999년 3월호, 13면 이하; 이홍재·이승욱, “영업양도와 해고제한”, 서울대학교 법학 제40권 3호(1999), 254면 이하 참조.

47) 대판 1995. 7. 14, 94다20198.

48) 대판 1997. 6. 27, 96다49674. 그러나 서울고등법원의 1999. 1. 22, 97구53810판결은 노동법상의 사업양도와 상법상의 영업양도를 동일선상에서 파악하려고 있다.

#### 4. 외국의 입법례

##### (1) 의 의

이미 앞에서 언급한 바와 같이 사업양도가 성립되기 위해서는 사업의 동질성이 유지되어야 하며, 사업의 동질성이 유지되는 지의 여부는 양수인이 인수한 사업을 운영함에 있어 조직상의 커다란 변경없이 기존의 근로관계가 계속 유지될 수 있는 지의 여부에 따라 판단하여야 할 것이다. 입법론적으로 보면 사업양도의 개념을 법원의 판단에 맡겨 둘 수도 있고, 법률로서 그 정의를 명확히 할 수도 있다. 아래에서는 이에 대한 외국의 입법례와 입법안들을 소개하고, 이를 비교·분석해 보고 마지막으로 필자의 의견을 밝히고자 한다.

##### (2) 정의규정을 두지 않은 경우

###### 1) 독일 민법 제613a조

먼저 1972년 1월 15일 신설된 독일 민법 제613a조는 사업양도시 근로관계의 자동승계를 규정하고 있다. 하지만 이 규정은 “사업 또는 사업의 일부가 법률행위에 의하여 다른 소유자에게 이전된 경우”라고만 하고 있어 근로관계가 자동승계되기 위한 요건이 무엇인지에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 독일의 경우 사업양도의 개념(요건)에 대하여는 법원<sup>49)</sup>이 이를 구체화하였다.

###### 2) 教授案(E-ArbVR 1992) 및 基民黨案(E-Sachsen 1995)

이처럼 사업의 개념을 법률로 규정하지 않고, 법관이 구체화 할 수 있도록 하고 있는 경우로는 1992년에 개최된 제59차 독일 법조인대회(59. Deutscher Juristentag) 노동분과위원회에 토론자료로 제출된 근로계

---

49) BAG 22. 2. 1985 AP Nr. 42 zu § 613a BGB. 상세는 Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988 참조.

## 제 2 장 사업양도의 개념

약법안<sup>50)</sup> 제133조와 1995년 삭센(Sachsen)州에 의하여 연방상원을 거쳐 연방하원(Bundestag)에 제출된 개별적 노사관계법안<sup>51)</sup> 제133조가 동일한 입장을 취하고 있다.

### 3) 프랑스 노동법 L. 122-12

프랑스의 경우 사업양도시 근로관계의 자동승계에 관한 명문규정<sup>52)</sup>은 가지고 있지만, 어떠한 경우에 근로관계가 자동승계될 수 있는 사업양도가 인정되는 지에 대하여는 법원의 판단에 맡겨두고 있다.

### 4) 스위스 채무법

1971년 6월 25일 고용계약부분을 스위스 채무법(Obligationenrecht)의 일부로 신설한 스위스의 경우 1993년 12월 17일 동법이 개정되기 전까지는 사업양도가 있어도 근로관계는 자동적으로 승계되지 않고 당사자의 특약에 의하여 승계될 수 있다고 규정하고 있었다(제333조). 그러나 1993년의 개정을 통하여 동법은 사업양도가 있으면 근로관계가 자동승계되는 것으로 변경되었다. 그러나 동법은 과연 어떠한 요건이 갖추어 질 때 근로관계가 자동승계되는 사업양도가 성립하는 지에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 스위스의 경우에도 이 부분은 법원의 판결을 통하여 구체화 될 수밖에 없다.

## (3) 정의규정을 둔 경우

### 1) 유럽연합 입법지침(77/187/EWG)

이에 반하여 법에 명문으로 사업양도의 요건에 대하여 정의하고 있는 경우로는 유럽연합의 입법지침(77/187/EWG)을 들 수 있다. 동지침 제1조

50) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992(Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag, 1992, Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht). 아래에서는 教授案(E-ArbVG 1992)로 줄임.

51) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes von der sächsischen Landesregierung 1995(BR-Drucks. 293/95). 아래에서는 基民黨案(E-Sachsen 1995)로 줄임.

52) 프랑스 노동법(Code du travail) L. 122-12.

제1항 b)는 동지침상의 사업양도를 “경제활동의 실현을 위하여 조직된 본질적 또는 부수적 재원의 집합”<sup>53)</sup>이라고 정의하고 있다. 1997년 2월 14일 동 입법지침이 처음 제정될 당시에는 위와 같은 정의규정을 가지고 있지 않았다. 위의 사업양도에 관한 정의규정은 1998년 6월 29일 동 지침이 개정되면서 추가된 내용이다. 동 지침의 개정과정에 관하여는 아래에서 설명하기로 한다.

## 2) 社民黨案(E-Brandenburg 1996)

사업양도의 개념(요건)에 대하여 명문의 규정을 두고자한 경우로는 또한 1996년 Brandenburg州 연방상원을 거쳐 연방하원에 제출한 근로관계규정정비법안<sup>54)</sup>을 들 수 있다. 동 법안 제133조 제2항 제1문은 근로관계가 자동승계 되는 사업양도의 요건으로서의 영업(Betrieb)을 “양수인이 이전 사용자에게 의하여 추구되던 작업목적에 계속하여 수행하거나 수행할 수 있게 하는 본질적 부분”으로 정의하고 있다. 이어 제2문에서는 본질적인 부분(Wesentliche Mittel)이라 함은 “영업에 필요한 유형·무형의 생산요소, 즉 장소, 기술적 시설, 영업상의 권리(저작권·특허권·상표권)나 영업상의 특별한 지위나 지식 등을 말한다”고 하고 있으며, 제3문에서는 영업의 일부(Betriebsteil)를 “양수인에 의하여 일체로서 승계되어 양수인이 이를 계속 사용할 수 있거나 또는 실질적으로 계속사용하고 있거나 또는 다시 사용하고 있는 조직상 구별이 가능한 독립된 작업단위를 말한다”고 하여 사업양도의 성립요건에 대하여 매우 구체적으로 규정하고 있다.

## 제 4 절 기능이전의 사업양도 해당성

### 1. 의 의

우리 나라에서 단순한 업무의 이전, 즉 기능의 이전도 사업양도에 해당할 수 있을 것인가와 관련된 대표적 판결로는 ‘한국수자원공사 사건’을 들

53) Artikel 1 (1) b) des 77/187/EWG.

54) Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts(BT-Drucks. 671/96). 아래에서는 社民黨案(E-Brandenburg 1996)으로 줄임.

수 있다. 또한 기능이전시 고용승계의무가 발생하는가와 관련된 또 다른 문제로는 아파트 관리·경비업무에 종사하는 근로자의 용역업체 변경에 따른 문제이다.<sup>55)</sup> 왜냐하면 아파트 입주자 대표회의가 관리·경기 용역업체를 변경한 경우 구 용역업체는 업무의 축소를 이유로 해고를 주장하고 신 용역업체는 자신이 고용하고 있던 근로자들을 사용하겠다고 주장하는 경우 구 용역업체에 소속되어 해당 아파트의 관리·경비에 종사하던 근로자들의 지위가 문제되기 때문이다.<sup>56)</sup> 기능이전의 경우에 고용승계를 인정하는 방법으로는 기능이전을 사업양도로 보아 고용승계를 인정하는 방법과 기능이전은 사업양도에 해당하지 않지만 입법적으로 고용승계를 인정하는 방법이 있을 수 있을 것이다. 한때 유럽법원은 전자의 입장에서 기능이전 시에 고용승계를 인정하였다. 그러나 판례를 변경하여 지금은 고용승계를 인정하지 않고 있다. 이러한 변경된 판례의 취지는 1998년의 입법지침에 반영되었다. 아래에서는 이러한 점들을 고려하여 과연 입법론적 관점에서 ‘사업상의 기능이전’의 경우에도 근로관계의 승계를 인정하여야 할 것인지에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 판례

### (1) 한국수자원공사 사건

한국수자원공사 사건<sup>57)</sup>은 대한민국 소유의 기중기선단에 대한 운영사업이 1982년 대한준설공사에서 산업기지개발공사로 이전되었고, 1987년 한국수자원공사법에 의하여 한국수자원공사가 산업기지개발공사의 권리·의

55) 이대형·김상호·유정엽·류경석, 아파트 근로자의 고용승계에 관한 연구, 한국노총 중앙연구원, 1999; 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 판례월보 1998, 336호, 19면 이하 참조.

56) 이 경우 아파트 입주자대표회의가 사용자적 지위에 있게 된다면 사업양도에 관한 법리의 도움없이도 이들 근로자들의 고용관계는 당연히 보장되게 된다. 왜냐하면 이 경우 용역업체의 변경은 단순한 중견간부의 변경에 불과하기 때문이다. 그러나 우리 법원은 소위 은마아파트사건(대판 1999. 7. 12, 99마628)에서 아파트 입주자대표회의의 사용자적 지위를 인정하지 않았다. 이에 대하여는 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 판례월보 1998(336호), 19면 이하; 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 1999, 17면 이하 참조.

57) 대판 1997. 6. 24, 96다2644.

무를 포괄승계하였으며, 1991년 한국수자원공사의 기중기선단 운영사업이 해운산업연구원에게 양도된 사건에서 기중기선의 기관원으로 근무하던 근로자의 퇴직금의 기산점을 해당 근로자의 대한건설공사의 입사시점인 1974년으로 하는 것이 옳은지, 해운산업연구원에 입사한 1991년으로 하는 것이 옳은 지에 관한 것이다. 대한건설공사에서 해운산업연구원으로 이어지는 기중기선에 대한 운영사업의 이전이 사업양도에 해당하게 되면 해당 근로자의 퇴직금산정의 기산점은 1974년이 되는 반면, 이를 사업양도로 보지 않게 되면 퇴직금산정의 기산점은 1991년이 될 것이다.

이 사건에서 법원은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서(당원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결참조), 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 할 것인바, 이 사건에서 피고와 한국수자원공사 사이에 영업양도에 관한 계약이 있었다는 점은 기록상 전혀 찾아볼 수 없고 …………… 한국수자원공사는 대한민국과 기중기선단에 대한 보관위탁계약 기간이 종료됨에 따라 기중기선단에 대한 보관사업을 폐지하고 이에 따라 그 사업부문에 종사하던 원고 등의 관리요원을 면직하였고, 피고는 대한민국과의 사이에 새로이 기중기선단에 대한 보관위탁계약을 체결하고 그 보관사업의 수행을 위하여 원고 등 22명을 신규 채용하였을 따름이지, 한국수자원공사의 기중기선단 보관사업이 영업양도에 의하여 피고에게 포괄적으로 이전되었다고 할 수 없다”고 하였다.

## (2) 대한주택공사 사건

본 사건<sup>58)</sup>은 대한주택공사 서울지역본부가 주공아파트를 건축한 후 주택건설촉진법 제38조제5항 및 공동주택관리령 제8조에 의하여 아파트의 관리 및 경비업무를 1년간 甲용역업체에 위탁하여 수행하였다. 1996년 5월 주택공사는 아파트 입주자들에게 아파트 관리 및 경비업무를 인수할 것을 통지하였다. 1996년 9월에 결성된 아파트 입주자 대표회의는 관리 및 경비업무를 각각 관리업무는 乙용역업체에 경비업무는 丙 용역업체에 각각

58) 서울고법 1998. 1. 9, 97구32774.

위탁하였다. 甲 용역업체와 이들 乙·丙용역업체들 사이에는 관리 및 경비 업무의 양도·양수에 관한 계약을 체결한 바 없다.

한편 아파트의 경비업무를 위탁받은 용역업체는 12명의 기존의 근로자중 1명만을 경비업무에 투입하고 나머지는 경비업무에서 배제하였다. 이에 경비업무에 투입되지 않은 근로자들이 부당해고구제의 신청을 하였고 지방노동위원회와 중앙노동위원회는 부당해고로 보았다. 이에 불복한 경비용역업체는 고등법원에 제소하였으며, 고등법원은 甲용역업체와 丙용역업체 사이에 사업양도에 관한 계약을 체결한 바가 없음을 이유로 양수인(丙용역업체)의 고용승계의무를 부정하였다.<sup>59)</sup>

### (3) 판례의 검토

위 판결들은 업무만을 이전한 경우, 즉 기능이전의 경우 사업양도가 성립되는가에 관한 것이다. 위 판결에서 법원은 사업양도가 성립되기 위해서는 업무를 양도한 자와 양수한 자 사이에 사업의 양도·양수에 관한 계약이 존재하여야 한다<sup>60)</sup>고 보고 위 사건들의 경우에는 이러한 계약이 존재하지 않아 사업양도가 성립되지 않는다고 보고 있다. 그러나 이러한 판례의 태도는 사업양도의 성립여부를 당사자의 의사(계약의 존재여부)를 중심으로 판단하게 함으로써 규범회피의 가능성을 높여주게 된다.<sup>61)</sup>

사업양도의 성립여부는 당사자의 의사와 관계없이 사업의 본질적인 부분이 이전됨으로써 업무의 동질성이 인정되면, 즉 조직의 커다란 변경 없이도 계속 사업을 운영할 수 있는지의 여부에 따라 판단될 따름이다. 따라서 물적 자산의 비중이 크지 않은 용역업체의 경우 사업과 동질성이 인정되기 위해서는 해당사업의 계속운영에 필수적인 인력이 이전이 되어야 할 것이다.

59) 同旨: 중앙노동위원회 2000. 5. 22, 2000부해100; 중앙노동위원회 2000. 5. 15, 2000부해66.

60) Cass. Chambre plénière. 1985. 11. 15(Nova Services). 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 162면 註 46)에서 재인용.

61) 同旨: 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 판례월보 336호, 1998, 21면.



### 3. 외국의 입법례

#### (1) 유럽연합

##### 1) 의 의

유럽연합은 1977년 “사업, 사업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법지침(77/187/EWG)”<sup>62)</sup>을 제정하여 사업양도가 성립되면 양수인이 고용승계의무가 있도록 하였다. 그러나 동 지침은 어떠한 경우에 ‘사업양도’가 성립하는 지에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 이러한 상황에서 독일 Schleswig-Holstein 州勞動法院(LAG)이 유럽최고법원에 기능이전을 사업양도로 볼 수 있을 것인지에 대한 사전결정을 요청하였다. 왜냐하면 이때까지 독일 연방노동법원은 기능이전을 사업양도로 보고 있지 않았으나, 유럽연합 입법지침의 해석은 유럽최고법원의 소관사항이고 회원국은 유럽입법지침에 반하는 판결을 하여서는 안되기 때문이다.

유럽최고법원은 이 사안(Christel Schmidt 사건)에서 기능의 이전도 사업양도에 속하므로 기능을 이전 받은 자는 해당업무에 종사하던 근로자와 해당업무를 이전한 자와 체결한 근로계약을 승계 받아야 한다는 결정을 내렸다. 그러나 동 판결은 1994년 독일 Bonn노동법원이 요구한 사전결정에 관한 결정을 통하여 변경되게 되었으며, 유럽연합은 변경된 판결의 취지를 1998년의 입법지침의 개정(98/50/EG)에 반영하였다. 아래에서는 이러한 일련의 과정에 대하여 상술하기로 한다.<sup>63)</sup>

62) [http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de\\_377L0187.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de_377L0187.html)(Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen).

63) 상세는 Baeck/Lingemann, “Auftragsübergang als Betriebsübergang? - Neues vom EuGH”, NJW 1997, S. 2492 ff.; 하경효, “고용승계의 요건으로서 영업양도(Betriebsübergang)의 판단기준”, 판례연구, 고려대학교법학연구소, 1998년(9집), 223면 이하 참조.

2) Christel Schmidt 사건<sup>64)</sup>

(가) 사건개요

독일의 한 은행 지점에서 청소업무를 담당해 오던 Christel Schmidt 부인이 사무실의 청소업무를 청소용역업체에 맡겨짐에 따라 해고된 사안이다. Spar- und Leihkasse는 자신들이 운영하고 있는 한 지점에서 청소업무를 담당하고 있던 Schmidt씨를 1992년 2월에 지점의 증축을 이유로 해고하였다. 대신 Spar- und Leihkasse는 해당지점의 청소업무를 자신들의 대부분의 다른 지점들의 청소업무를 담당하고 있는 청소용역업체 S에 이전하기로 하였다. Spar- und Leihkasse는 건물을 증축한 다음 먼저 Christel Schmidt씨에게 지금보다 더 많은 임금을 줄테니 계속 일해 줄 것을 제안하였다. 그러나 Schmidt씨는 Spar- und Leihkasse가 제시한 조건으로 일할 수 없다고 하였다. 왜냐하면 건물의 증축으로 인하여 청소면적이 증가하여 Spar- und Leihkasse가 제시한 조건에서 일할 경우 실질적으로는 시간당 임금이 감소되기 때문이다. Schmidt씨는 해고무효 확인소송을 제기하였으나 1심에서 기각되었다. 이에 Schmidt씨는 州勞動法院(LAG)에 항소하였다. Schleswig-Holstein 州勞動法院(LAG)은 소송을 중단하고 유럽공동체협약(EWG) 제177조에 따라 유럽최고법원에 청소업무가 계약에 의하여 다른 기업에 양도된 경우에 청소업무가 입법지침 77/187/EWG<sup>65)</sup>의 사업양도에 해당하는지와 청소업무가 양도시점까지 1인에 의하여 수행되고 있었던 경우에도 사업양도로 인정할 수 있을 것인지에 대한 사전결정을 요청하였다.<sup>66)</sup> 유럽최고법원은 두 질문에 대하여 모두

64) EuGH 14. 4. 1994, Rs. C-392/92 = EuZW 1994, 374 f.

65) 1997년 2월 14일에 회원국들의 법규정 통일을 위하여 제정된 사업양도시의 근로자의 청구권보호에 관한 입법지침이다.

66) 유럽법에 대하여는 “유럽법원(Europäischer Gerichtshof)이 독점적 해석권한을 가진 관계로 유럽법의 해석이 구체적 사안판단의 전제가 된 경우에 당해 법원은 유럽법원에 이에 관한 판단(Vorabentscheidung)을 해 줄 것을 제청하도록 하고 있다(기본조약 제177조). 유럽법원의 판결은 당해 사안에 대하여 제청한 법원을 구속한다. 만약 동일한 또는 유사한 사안에서 유럽법원과 견해를 달리하는 경우에는 상급법원이 유럽법원에 다시 유럽법의 규범내용 해석에 대하여 제청할 수 있다(기본조약 제177조 제3항).” 이에 대하여는 Resenberg/Schwab/Gottwald, zivilproeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 18)S. 81 ff.; Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996, S. 42, 52 u. 67 (하경효, “고용승계의 요건으로서 영업양도의 판단기준”, 『판례연구』 제9집, 고려대학교

동의하는 결정을 내렸다.

(나) 의 의

사업양도란 통상 영업양도와 관련하여서는 경제적 통일체로서 기업(Unternehmen), 사업(Betrieb) 또는 사업의 일부(Betriebsteil)가 양도되어야 한다고 한다. 즉, 일정한 노동 기술적 목적에 의해 조직화된 통일체가 양도되는 것이라고 이해하고 있다. 그러나 1994년의 유럽최고법원의 판결은 단순히 기능 내지 특정 업무가 제3자에게 양도된 경우에도 입법지침(77/187/EWG)에서 의미하는 영업양도로 볼 수 있다고 판단함으로써, 단순한 기능양도는 영업양도가 아니라는 종래 독일 판례·학설상의 기본입장에 혼란을 야기 시킨 것이다. 또한 이 문제는 기업의 외부용역 시에 이를 수급 또는 수입 받은 업체에서 종래 그 업무를 담당하는 근로자를 인수해야 하는가 하는 문제로서 법리적으로 뿐만 아니라 현실적으로 매우 중요한 의미를 지닌 것이다. 결론적으로 유럽법원은 이 결정에서 사업의 단순한 기능 내지 임무가 이전되는 경우에까지도 사업양도로 봄으로써 이 경우에도 고용이 승계되도록 하였다.

3) Ayse Süzen 사건<sup>67)</sup>

(가) 사건개요

원고 Ayse Süzen은 피고 건물청소업체(Zehnacker 청소용역 유한회사)에 고용되어 피고가 용역을 받은 학교(Bonn-Bad Godesberg 고등학교와 Aloisuskolleg)의 청소용역업에 종사해 오고 있었다. 1994년 6월 30일 학교가 피고회사와의 용역계약을 해지하고 청소용역을 다른 업체에 넘기자 피고는 이 학교의 청소를 담당해 오던 원고를 포함한 8명을 해고하였다. 이에 원고는 피고회사와의 근로관계가 존속하고 있음을 확인해 줄 것(해고무효확인 소)을 Bonn 노동법원에 제기하였는데, Bonn 노동법원은 이 사안의 판결은 영업양도시의 근로자 권리보호에 관한 유럽 입법지침(77/187/EWG)의 해석에 달려 있다고 판단하여 사안과 같은 경우에도 동 입법지침이 적용되는지 여부에 대한 판단을 유럽법원에 제청한 사건이

법학연구소, 1998, 224면 이하에서 재인용).

67) EuGH 11. 3. 1997, Rs. C-13/95 = NJW 1997, 2039.

다. 유럽최고법원은 이 판결에서 단순한 기능의 이전의 경우에는 입법지침(77/187/EWG)이 적용되지 않는다고 보았다.

(나) 의 의

유럽최고법원은 이 판결을 통해 기능이전을 사업양도로 보아 입법지침(77/187/EWG)이 적용될 수 있다던 Christel Schmidt 사건<sup>68)</sup>에서의 견해를 수정하였다. 이 판결은 사업의 동질성이 인정되기 위해서는 어떠한 내용과 정도의 것이 양도되어야 하는가 하는 문제에 대한 기준을 제시해주었다. 즉, 경제적 통일체로서의 영업의 본질을 이루는 인원 또는 재산(무체재산도 포함)의 양도가 있을 경우에 종래의 영업의 동질성이 인정되어 입법지침상의 사업양도로 볼 수 있게 된다.<sup>69)</sup> 즉, 유럽최고법원은 단순히 특정 업무를 다른 기업에 넘기는 것만으로는 입법지침이 의미하는 사업양도로 볼수 없으며, 사업양도의 성립여부는 관련 물질적·정신적 사업수단의 양도와 인수한 인원의 수와 전문지식에 비추어 사업수행을 위해 본질적인 부분이 이전된 것으로 볼 수 있을 것인지를 중심으로 판단하여 한다고 보았다.

4) 유럽연합 입법지침의 개정

유럽연합은 1998년의 입법지침개정(98/50/EG)<sup>70)</sup>에 ‘사업양도’의 개념규정을 신설함으로써 단순히 기능만이 이전된 경우에는 사업양도가 성립되지 않음을 명백히 하였다. 동 조항은 사업양도를 “동일성을 유지하는 경제적 실체의 이전”으로 보았으며, 또한 경제적 실체를 “그 활동이 본질적인가 부차적인가에 관계없이 경제활동의 수행을 목적으로 하는 일체의 자산”이라고 정의하고 있다(제1조제1항b목).

68) EuGH 14. 4. 1994, Rs. C-392/92 = EuZW 1994, 374 f. 이리 Merckx판결(EuGH, Urt. v. 7. 3. 1996 - verb. Rs. C-171/94 . C-172/94 = NJW 1996, S. 1199 ff)과 Rygard판결(EuGH, Urt. v. 19. 9. 1995 - Rs. C-48/94 = EuZW 1995, S. 738 f.)에서도 같은 입장을 취하고 있다.

69) 이러한 영업양도 여부에 대한 기준제시에도 불구하고 구체적인 개별사안에서는 단순한 특정 업무 내지 기능을 이전한 것인지 아니면 경제적 통일체로서 일정 사업(부분)을 양도한 것인지에 대한 한계확정의 문제는 여전히 존재할 것이다.

70) [http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de\\_398L0050.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de_398L0050.html).

## (2) 프랑스

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 프랑스는 이미 1923년 사업양도가 있으면 양수인은 고용승계의무를 부담하도록 하는 규정을 신설하였다. 하지만 프랑스는 어떠한 경우에 사업양도가 성립되는 지에 대하여는 명확하게 정하고 있지 않았다. 따라서 사업양도의 성립여부는 법원의 해석에 맡겨져 있다. 이러한 상황에서 초기 프랑스 법원의 판결은 동일한 취업가능성을 제공하는 유사한 활동이 계속되면 사업양도가 성립된다고 보아 기능이전(Funktionsnachfolge)의 경우에도 사업양도의 성립을 인정하였다. 즉, 당시 프랑스 법원은 사업양도의 성립여부를 ‘영업의 동일성’이 아니라 ‘기능의 계속성’을 중심으로 판단하였다.

그러나 이러한 판례의 경향은 1985년 프랑스 파기법원 전원합의부는 단순한 업무의 이전, 즉 기능이전은 더 이상 사업양도에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>71)</sup> 그러나 이 판결에서 법원은 사업양도가 성립되기 위해서는 업무를 위탁받았던 자와 새로이 업무를 위탁받은 자 사이에 업무의 양도·양수에 관한 합의가 있어야 한다고 보았다. 그러나 프랑스 파기원은 1990년 3월 16일 판결에서 사업양도의 성립여부는 업무를 양도한 자와 양수한 자 사이의 계약의 존부와 관계없이 사업의 동질성에 따라 판단되어야 한다고 보았다.<sup>72)</sup> 프랑스와 유럽법원은 기능이전의 사업양도성의 판단에 있어서 초기에는 이를 인정하다가, 나중에 이를 부정하는 방향으로 전개되었다는 점에서 역사적 발전과정이 매우 유사하다. 그러나 현재는 프랑스 파기원과 유럽법원 모두 단순한 기능의 이전을 사업양도로 보지 않고 있다.

## (3) 독일

독일 연방노동법원(BAG)<sup>73)</sup>은 일관되게 기능이전의 사업양도성을 부인

71) Cass. Chambre plénière. 1985. 11. 15(Nova Services). 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 162면 註 46)에서 재인용.

72) Cass. Ass. plénière 1990. 3. 16, No. 321 P(Touring Club de France, Pourvoi No. V 89-45. 730). 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 162면 註 47)에서 재인용.

73) BAG, NZA 1995, S. 27; BAG, DB 1998, S. 930.

하고 있다. 기능이전의 사업양도와 관련하여 Christel Schmidt 사건<sup>74)</sup>과 Ayse Süzen 사건<sup>75)</sup>에서 유럽법원에 사전결정을 요구한 바가 있다. 이와 관련하여 한때 유럽법원이 Christel Schmidt사건에서 기능이전을 사업양도로 봄으로써 독일 연방노동법원은 사업양도의 개념과 관련하여 이론적 혼란에 빠졌으나, 유럽법원이 Ayse Süzen 사건에서 입장을 변경하여 독일 연방노동법원과 동일한 입장을 취하게 되었다. 현재는 독일 연방노동법원과 유럽법원 모두 단순한 기능의 이전만으로는 사업양도가 성립되지 않는다고 보고있다.

#### 4. 사 건

이상에서 살펴본 바와 같이 단순한 기능의 이전은 사업양도로 인정될 수 없다. 또한 단순한 기능이전이 사업양도에 해당하지 않음에도 불구하고 입법론적으로 고용승계를 강요하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 왜냐하면 이를 인정할 경우 새로운 업무를 수탁한 용역업체는 그 업무에 종사하던 근로자를 채용하여야 하는 부담이 발생하기 때문이다.

하지만 입법 기술적으로는 단순한 기능이전은 고용승계의 대상이 되지 않는다는 명문의 규정을 둘 필요는 없다고 본다. 기능이전시의 고용승계문제는 사업양도에 관한 정의규정을 둬으로써 충분히 해결이 가능할 것으로 보여진다.

### 제 5 절 소 결

#### 1. 법개정의 방향

사업양도의 성립여부는 양수인의 고용승계 의무의 인정여부와 직결된 문제로 해당 근로자들에게는 매우 중요한 문제이다. 따라서 이러한 사업양도의 개념에 대한 정의규정을 둘 것인지는 입법론적으로 중요한 의미를 지닌다 할 것이다. 앞에서 살펴 본바와 같이 국가에 따라서는 이 문제를 입법

74) EuGH 14. 4. 1994, Rs. C-392/92 = EuZW 1994, 374 f.

75) EuGH 11. 3. 1997, Rs. C-13/95 = NJW 1997, 2039.

화하지 않고 법관의 판단에 맡김으로써 구체적 타당성에 비중을 두고 있기도 하고, 일부 국가에서는 이에 대한 명문규정을 둬으로써 법적 안정성에 치중하고 있기도 하다. 필자는 사업양도에 관한 정의규정을 통하여 사업양도의 성립여부에 대한 예측가능성을 부여할 수 있도록 함으로써 이 분야의 법적 안정성을 확보하는 것이 중요하다고 본다.<sup>76)</sup> 또한 이러한 정의규정을 통하여 아래에서 살펴볼 기능이전의 경우도 사업양도로 볼 수 있을지의 여부에 대한 논란도 예방할 수 있을 것이라고 본다.

개정법의 위치는 법체계를 고려하려 근로기준법 제30조 다음에 제30조의2로 신설규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 사업양도시 고용승계에 관한 규정은 해고제한규정의 흠결을 보완하기 위한 규정이기 때문이다.

## 2. 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의2 **【사업양도의 정의】** 이 법에서 “사업양도”라 함은 사용자가 사업 또는 사업의 일부를 제3자에게 이전하는 것으로 양수인이 이전된 부분을 중대한 변경을 가함이 없이 계속하여 사용할 수 있는 경우를 말한다.

76) 반대의견: 김형배 · 하경효 · 김영문, 앞의 책(註 21), 246면 참조.

## 제 2 장 사업양도의 개념



## 제 3 장 사업양도와 고용승계

## 제 1 절 의 의

사업양도시의 고용승계의 문제와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 어떠한 법적 근거에서 고용승계를 인정할 것인가이다. 이러한 관점에서 아래에서는 현재 고용승계를 인정하고 있는 판례는 어떠한 법적 근거에서 고용승계를 인정하고 있는지와 판례와 무관하게 과연 현행 실정법 하에서는 고용승계를 인정하는 것이 불가능한 것인지에 대하여 살펴보기로 한다. 이는 결국 사업양도시 고용승계를 원칙적으로 인정하고 있는 현행 판례가 법형성의 한계를 벗어난 것은 아닌지를 확인하는 작업이 될 것이다. 그러나 이러한 작업이 사업양도시에 고용승계를 반대하는 입법론과 혼동되어서는 안될 것이다. 즉, 입법론적으로 사업양도시 고용승계의 필요성이 인정되고 하여 현행 실정법으로 불가능한 해석론이 정당화되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 아래에서는 먼저 현행 판례 및 학설을 살펴보고 나아가 해석론적 입장에서 사업양도시의 고용승계를 인정하기 위한 법형성의 가능성에 대하여 살펴보기로 한다.

## 제 2 절 현행법의 해석

## 1. 학 설

## (1) 특약필요설

특약필요설이란 영업양도의 당사자 사이에서 고용승계에 관하여 명시적인 특약 또는 묵시적인 합의가 있는 경우에만 근로관계가 양수인에게 승계된다는 견해이다.<sup>77)</sup> 당사자 사이에 고용승계의 의사가 분명하지 않은 경우

77) 이은영, 채권각론, 1999, 501면; 채이식, 상법강의(상), 1990, 130면. 1972년 독일 민법 제613a조가 제정되기 전까지 판례와 Hueck를 중심으로 주장된 견해이다. 이에 대하여는 BAG, AP Nr. 1 zu § 613a BGB; BAG, AP Nr. 1 zu § 419 BGB; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, S. 516 ff. 참조.

에는 고용승계에 대해 묵시적 합의가 있었다고 보고, 근로자들도 고용승계에 대하여 묵시적인 동의를 한 것으로 해석한다. 이 견해에 의하면 현행법은 사업양도시의 고용승계에 관하여 아무런 규정을 가지고 있지 않다는 전제에서 출발하고 있다. 즉, 현행법은 사업양도시의 고용승계에 관하여 강행법규도 임의법규도 가지고 있지 않다는 것이다. 따라서 사업양도시의 고용승계는 법규정에 의해서가 아니라 당사자의 합의에 의해서만 가능하게 된다. 그러나 이러한 견해에 의하면 사업양도시 고용승계의 문제는 결국 민법의 규정에 의하여 해결할 수밖에 없게 될 것이고, 이는 결국 근로기준법상의 해고제한규정의 우회적 위험성과 같은 노동법적 관점이 고려되지 않은 문제점이 생기게 된다. 또한 특약필요설의 입장을 취하면서 사업양도시 고용승계를 인정하기 위해서는 고용승계의 의사가 분명하지 않은 경우에도 고용승계에 대한 묵시적 합의가 있었다고 볼 수밖에 없어, 실제 이러한 의사가 존재하지 않는 경우까지 이에 대한 묵시적 합의가 있었던 것으로 봐 버림으로서 실제 당사자의 진의와 다른 계약을 당사자에게 강요할 위험성을 내포하고 있다.

## (2) 자동승계설

이에 반하여 자동승계설은 양도인과 양수인 사이에 법률행위가 있거나 또는 법률행위가 없어도 사실상 영업이 양도되면 양수인의 의사와는 관계없이 근로관계는 포괄적으로 당연히 양수인에게 이전된다고 보는 견해이다.<sup>78)</sup> 이

78) 김영훈, “근로관계의 이전”, 『근로관계소송상의 제문제(하권)』(재판자료 제40집), 법원행정처, 1987, 708면; 김치선, 개정 노동법총설, 1982, 167면; 김홍준, “기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고”, 『노동법연구』 제4호, 서울대학교 노동법연구회, 1994, 40면; 이용구, “영업양도와 근로관계”, 『노동법연구』 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997, 134면; 이상덕, “영업의 양도와 노동관계”, 전북대 법학연구 제12집, 1985, 253면 이하; 임종률, “사업의 양도와 노동관계”, 『법학논총』(숭실대학교) 제1집 1985, 14면 이하. 김형배 교수는 원칙적으로 당연승계의 입장을 취하면서도 중소기업에서와 같이 사용자 개인과 근로자 개인의 인적 결합관계가 강한 경우에는 근로관계의 이전에 있어서 여러 가지 문제점이 있다는 견해를 제시하고 있다. 이에 대하여는 김형배, 근로기준법, 1998, 650면 참조. 독일에서는 독일 민법 제613a조가 신설되기 전에도 자동인수설의 입장을 취한 대표적인 학자는 Nikisch이다. 이에 대하여는 Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S. 659 참조.

견해는 사업양도시의 고용승계는 강행법규적 효력을 갖는다는 전제에서 출발하고 있다. 사업양도시의 고용승계의 이론적 근거로는 해고제한법리를 제시하고 있다. 이 견해는 사업양도를 통하여 해고제한규정을 우회하는 것을 방지할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그러나 현행 근로기준법상의 해고의 제한에 관한 법규정이 이미 성립된 근로관계를 전제로 하고 있어, 근로계약의 당사자가 아닌 양수인에게 해고제한법리를 적용하기 위한 법적 근거를 제시하고 있지 못하고 있다는 점에서 문제가 있다고 보여진다.

### (3) 원칙승계설

한편 원칙승계설은 영업양도계약 당사자가 근로관계의 승계에 관해 명시적 약정을 하지 않더라도 영업양도에 관한 합의 속에는 원칙적으로 근로관계를 포괄적으로 승계한다는 내용의 합의가 포함된 것으로 보는 견해로 우리 판례가 취하고 있는 입장이다.<sup>79)</sup> 이 견해는 근로관계는 기업에 물화되어 함께 이전하게 된다는 근로관계물화설(勤勞關係物化說)<sup>80)</sup>에 토대를 두고 있다. 따라서 사업양도의 합의 속에 근로관계의 포괄적 승계를 거부한다는 의사표시가 없는 한 고용승계의 합의가 이미 내포되어 있는 것으로 추정된다고 한다. 영업양도계약 당사자가 근로관계의 승계를 배제하는 특약을 하면 이를 인정해야 하지만, 이 특약이 유효하기 위해서는 근로기준법 제30조제1항 소정의 “정당한 이유”가 있어야 한다고 주장한다. 이러한 원칙승계설은 이미 우리 판례의 문제점에서 지적한 바와 같이 일관성을 결여한 주장이다. 왜냐하면 반대특약에 대하여 근로기준법 제30조제1항에 의하여 그 정당성 여부를 심사한다는 것은 강행법규의 존재를 인정하는 것인데 반하여, 당사자의 약정에 의하여 근로관계가 승계된다는 것은 강행법규가 존재하지 않는다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다.

79) 박윤직, 채권각론, 1996, 424면; 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『민사재판의 제문제』(오당박우동선생화갑기념) 제8집, 민사실무연구회 편, 1994, 1046면. 이러한 입장을 취하고 있는 판례로는 대판 1987. 2. 24, 84다카1409; 대판 1991. 3. 22. 90다6545; 대판 1991. 8. 9, 91다15225; 대판 1991. 11. 12, 91다12806; 대판 1992. 7. 14, 91다40276 등이 있다.

80) 有泉亭, 勞働基準法(法律學會集 47), 1963, 126면 이하(김영훈, “근로관계의 이전”, 『근로관계소송상의 제문제(재판자료 제40집)』, 법원행정처, 1987, 701면에서 재인용).

## 2. 판례

### (1) 판례의 입장

사업양도와 관련하여 대법원은 이미 많은 판례를 가지고 있다. 판례는 사업양도시 근로관계의 승계에 대하여 “영업의 양도라 함은 일정한 사업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계 된다”<sup>81)</sup>고 하여 사업양도시 근로관계의 승계를 원칙적으로 인정(원칙승계설)하면서도 같은 판결에서 “영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없다 할 것이므로, 근로기준법 제30조 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다 할 것이며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다”<sup>82)</sup>고 하여 “반대특약무효이론”을 인정하고 있다.

### (2) 판례의 검토

그러나 이러한 대법원의 입장은 수용하기 어렵다. 왜냐하면 “원칙승계설”은 의사해석방법에 입각한 이론인데 반하여, “반대특약무효이론”은 양수인의 의사를 초월하여 고용승계를 강제하는 자동승계설에 입각한 이론으로 일관성을 결여하고 있기 때문이다.<sup>83)</sup> 왜냐하면 판례는 한편으로는 “영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관

81) 대판 1994. 6. 28, 93 다 33173. 同旨: 대판 1991. 8. 9, 91 다 15225; 대판 1994. 11. 18, 93 다 18938; 대판 1997. 6. 27, 96 다 49567; 대판 1997. 10.28, 96 다 13415.

82) 대판 1994. 6. 28, 93 다 33173. 同旨: 대판 1995. 9. 29, 94 다 54245.

83) 민법 제1조와 제106조를 종합하면 강행법규와 당사자의 의사, 임의법규 간의 법적용순서는 다음과 같게 된다. 강행법규 → 명백한 의사 → 불명확한 의사(민법 제106조에 의하여 사실상의 관습을 기초로 해석) → 임의법규 → 관습법 → 조리.

제도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계 된다”<sup>84)</sup>고 하여 고용승계에 대한 반대특약의 체결을 허용하고 있다는 점에서 사업양도시 고용승계에 관한 강행법규가 존재하지 않음을 전제로 하고 있지만, 판례는 다른 한편으로 반대특약과 관련해서는 당사자의 의사는 강행법규인 해고제한규정에 반할 수 없다고 하여 사업양도시 고용승계에 관한 강행법규의 존재를 전제로 하고 있기 때문이다. 또한 판례가 사업양도에 대하여 근로기준법 제30조 및 제31조를 적용할 수 있다고 보았다면 원칙승계설이 아닌 자동승계설의 입장을 취하였어야 할 것이다.

### 3. 고용승계의무의 유추가능성

#### (1) 의 의

앞에서는 사업양도시 고용승계가 인정되는 근거에 관한 학설과 판례의 입장과 그 문제점에 대하여 살펴보았다. 그러나 판례가 고용승계에 관한 명확한 법적 근거를 밝히고 있지 않다고 하여 현행법의 해석론상 양수인의 고용승계의무를 도출할 수 있는 가능성이 부인되는 것은 아니다. 따라서 학계에서는 판례와 무관하게 양수인의 고용승계의무를 도출하기 위하여 수많은 주장들이 제기 되었다. 예를 들어 주택임대차보호법 제3조제2항의 대항력에 관한 규정을 사업양도에 유추하자는 주장과 상법 제41조 내지 제45조의 영업양도에 관한 규정에서 양수인의 고용승계의무를 유추하자는 주장, 사용자의 해고제한에 관한 규정인 근로기준법 제30조 및 제31조를 유추하여 양수인의 고용승계의무를 도출하자는 주장 및 사업의 양도·인수·합병시에 있어서 경영상 이유에 의한 해고에 대한 규정인 근로기준법 제31조 제1항 제2문을 사업양도시에 고용승계를 전제로 한 규정으로 해석하려는 주장 등이 있었다. 아래에서는 이러한 주장들의 구체적인 내용들을 소개하고 그 문제점을 지적해 보기로 한다.

84) 대판 1994. 6. 28, 93 다 33173. 同旨: 대판 1991. 8. 9, 91 다 15225; 대판 1994. 11. 18, 93 다 18938; 대판 1997. 6. 27, 96 다 49567; 대판 1997. 10.28, 96 다 13415.

(2) 주택임대차보호법 제3조제2항

주택임대차보호법 제3조제2항은 “임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다”고 하여 주택의 양수인은 임대인과의 계약내용에 관계없이 일정한 요건을 갖춘 임차인에 대하여 임대인의 지위를 승계하도록 하고 있다. 주택임대차관계는 계속적 채권관계라는 점과 임차인과 근로자가 일반적으로 임대인이나 사용자에 비하여 사회적 경제적으로 열악한 지위에 있다는 점에서 유사하다. 이러한 이유에서 학계에서는 주택임대차보호법 제3조제2항을 유추하여 사업양도시의 고용승계를 인정하자는 견해가 있다.<sup>85)</sup> 그러나 이러한 견해에 대하여 임대차는 준물권화 된 권리인데 반하여 인적 결합이 강한 근로관계는 물권화 될 수 없다는 점을 들어 주택임대차보호법 제3조제2항에 의한 유추에 반대하고 있다.<sup>86)</sup> 필자는 후자의 견해에 찬성한다.

(3) 상법 제41조 내지 제45조

또한 상법 제41조 내지 제45를 유추하자는 견해<sup>87)</sup>도 있다. 그러나 판례와 통설이 주장하는 바와 같이 상법 제41조 내지 제45조의 규정의 목적과 취기가 사업양도로 인한 노동법상의 문제와 전혀 별개의 것이어서 이로부터 사업양도시의 고용승계를 도출하는 것은 무리라고 본다. 상법 제41조 내지 제45조는 “일반적으로 채무자의 영업상 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되는 것이 대부분인데 채무가 승계되지 아니함에도 상호를 계속 사용함으로써 영업양도의 사실 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어렵게 되어 채권자에게 채권 추구의 기회를 상실시키는 경우 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위한 것”<sup>88)</sup> 즉, 영업외부에 존재하는 영업의 거래 상대방인

85) Vgl. Nikisch, a.a.O.(註 78), S. 659.

86) 김형배·하경호·김영문, 앞의 책(註 21), 111면 이하; 임종률, “사업주변경과 근로자의 법적지위”, 『민법학논총(곽윤직교수화갑논집)』, 1985, 540면 참조.

87) 이상덕, 사업주교체에 따른 근로관계 변화에 관한 연구, 박사학위논문(서울대), 1991, 78면.

88) 대판 1998. 4. 14, 96다8826.

일반 채권자와 채무자를 보호하기 위한 규정인데 반하여 사업양도에 있어서 고용승계문제는 사업의 내부관계에 속하는 문제로 보아야 할 것이다. 따라서 영업의 내부관계인 고용승계에 관한 문제에 상법 제41조 내지 제45조를 유추적용하는 것은 옳지 않다고 본다.<sup>89)</sup>

#### (4) 근로기준법 제30조 및 제31조

한편 일부에서는 해고제한규정인 근로기준법 제30조 및 제31조를 유추하여 고용승계를 인정하자고 주장하고 있다. 이 견해는 해고를 단순히 사용자에게 의한 고용관계의 일방적 해지를 의미하는 데 그치지 않고, “널리 근로자의 의사에 반하는 근로관계의 종료 일반”으로 보고, 사업을 양도함에 있어서 양수인이 단독으로 또는 양도인과의 합의로 특정 근로자의 인수를 거절하는 것도 해고의 일종으로 보고 있다.<sup>90)</sup> 그러나 이러한 견해는 근로관계가 승계되어야 하는 ‘논거’로는 옳을 지 몰라도, 근로관계의 승계에 대한 ‘법적 근거’가 될 수는 없다고 생각한다. 왜냐하면 근기법 제30조 및 제31조는 근로계약을 체결한 사용자에게 대한 규정으로 이를 계약당사자가 아닌 제3자(양수인)에게 확대할 법적 근거가 없을 뿐만 아니라,<sup>91)</sup> 이를 확장한다하더라도 이러한 책임을 져야 할 제3자와 그렇지 않은 제3자를 구별할 기준이 명확하지 않기 때문이다.

#### (5) 근로기준법 제31조제1항제2문

또한 사업의 양도·인수·합병시에 있어서 경영상 이유에 의한 해고에 대한 규정인 근로기준법 제31조제1항제2문을 사업양도시의 고용승계를 유추할 수 있는 근거규정으로 볼 수도 있을 것이다. 이 견해에 의하면 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다”라고 규정하고 있는 근로기준법 제31조제1항은 이미 사업양도시 근로관계의 이전을 전제로 하고 있다는 것이다. 그러나 동 규정

89) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 113면 이하.

90) 임종률, “해고의 범리”, 서울대학교 법학, 12-2, 1971, 72면.

91) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 114면; 이용구, “영업양도와 근로관계”, 노동법연구 제6호(1997), 서울대학교 노동법연구회, 123면.

은 사업의 양도·인수·합병에 있어서 양수인의 부담을 줄여 사업양도를 원활하게 하기 위한 규정으로<sup>92)</sup> 이 규정만 봐서는 사업양도시 고용승계를 전제로 하고 있음을 확인할 수 없다. 따라서 근로기준법 제31조제1항제2문을 유추하여 사업양도시 고용승계를 인정하는 것은 무리라고 본다.<sup>93)</sup>

## (6) 소 결

현행 실정법에서는 사업양도시의 고용승계를 인정할 수 있는 해석론은 불가능하다고 본다. 이러한 점에서 볼 때 사업양도시 근로관계의 승계를 인정하고 있는 판례는 결과적 측면에서 본다면 매우 바람직 하지만, 이러한 결론을 도출하기 위한 법원의 법이론은 법원에 의한 범형성의 한계를 초월한 것으로 비판되어 마땅하다고 생각한다. 따라서 사업양도에 있어서 고용승계의 문제에 대한 입법론적 보완이 필요하다고 생각한다.

## 제 3 절 외국의 입법례

### 1. 유럽연합

#### (1) 1977년 입법지침(77/187/EWG)

유럽연합은 1977년 사업양도가 있으면 사업양도시 존재하던 근로관계와 근로관계로부터 발생한 권리·의무가 양수인에게 이전되며(제3조제1항), 양수인은 단체협약 및 기타 단체협정에서 약정된 근로조건을 그 해지, 기간만료 또는 새로운 협정이 체결될 때까지 유지하여야 하며(제3조제2항), 사업양도를 이유로 근로자를 해고할 수 없도록(제4조제1항)하는 “기업, 영업, 영업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법지침(77/ 187/EWG)”<sup>94)</sup>

92) 김형배, 노동법, 2000, 413면.

93) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 115면.

94) [http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de\\_377L0187.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de_377L0187.html)(Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebs- teilen).



을 제정하였다. 이러한 입법지침은 “원칙적으로 회원국가의 국민에 대한 직접적 효력을 지니지는 않고 회원국가에 대하여 지침내용을 국내법에 수용할 의무를 부담시킨다(기본조약 제189조 제3항 참조). 이때 입법지침을 어떠한 형식으로 국내법에 수용할 것인지는 회원국가가 자유로이 선택할 수 있도록 되어있다. 그러나 만약 입법지침에서 정한 기한내에 회원국가에서 국내법에 의한 수용이 이루어지지 않거나, 규정내용이 개별 회원국가에 대하여 관련 당사자의 법적 지위를 확정적으로 부여한(self-executing norm) 예외적 경우에는 직접적 효력이 인정되어 회원국의 국민은 입법지침의 내용을 직접 원용하는 것이 가능”하게 된다.<sup>95)</sup>

## (2) 1998년 입법지침 개정(98/50/EG)

한편 유럽법원은 동 입법지침의 적용범위와 관련하여 기능이전(Funktionsnachfolge)을 사업양도로 봄으로써 기능이전의 경우에도 고용이 승계된다는 입장을 취한 적이 있었다.<sup>96)</sup> 유럽법원을 그러나 곧 이를 수정<sup>97)</sup> 하였으며 이러한 유럽법원의 입장은 1998년의 입법지침(98/50/EG)<sup>98)</sup>의 개정에 반영되게 되었다.<sup>99)</sup> 1998년에 개정된 입법지침은 사업양도에 관한 개념규정(제1조제1항)을 첨가하였을 뿐만 아니라 근로자의 개념에 관한 규정을 개정하여 단시간근로자와 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자 및 파견근로자에게도 동 입법지침이 적용되도록 하였다(제2조제2항). 또한 동 입법지침은 근로관계로부터 발생한 채권을 보장하기 위한 규정도 신설하였다(제3조제2항).

95) 이에 대하여는 Resonberg/Schwab/Gottwald, zivilproeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 18, S. 81 ff.; Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996, S. 42, 52 und 67(하경효, “고용승계의 요건으로서 영업양도의 판단기준”, 『판례연구』 제9집, 고려대학교 법학연구소, 1998, 224면 이하에서 재인용).

96) 유럽법원은 소위 ‘Christel Schmidt 사건(EuGH 14. 4. 1994, Rs. C-392/92)’에서 기능이전을 사업양도로 보아 양수인에게 고용승계의무가 있다고 보았다. 이에 대하여는 EuZW 1994, 374 f. 참조.

97) 소위 ‘Ayse Sützen 사건(EuGH 11. 3. 1997, Rs. C-13/95)’에서 유럽법원은 Christel Schmidt판결에서의 입장을 변경하였다. 이에 대하여는 NJW 1997, S. 2039 참조.

98) [http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de\\_398L0050.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de_398L0050.html).

99) 이에 대하여는 제2장 제5절 3. 참조.

## 2. 독일

### (1) 1972년 이전의 독일의 판례와 학설

1972년 독일 민법 제613a조가 제정되기 전에도 독일 민법은 법률행위에 의한 ‘채무인수(Vertragsübernahme)’를 인정하고 있었다. 이러한 법률행위에 의한 채권관계의 이전은 당사자의 합의에 의하여 가능하였다. 독일 민법 제613a조의 제정은 당사자 사이의 합의가 없어도 일정한 요건을 갖춘 경우 채권관계는 법률에 의하여 자동적으로 이전되게 된다는 점에 그 의의가 있다. 물론 법률에 의한 채권관계의 이전이 독일 민법 제613a조에 의하여 처음으로 인정된 것은 아니다. 독일 민법 제613a조가 제정되기 전에도 독일 민법 제517조제1항은 “임대인이 임대지의 사용을 임차인에게 허락한 후 임대인이 임대지를 제3자에게 양도하는 경우, 그 취득자는 그 소유권의 존속 중에 있어서 임대차관계에서 발생하는 권리 및 의무에 관하여 임대인의 지위를 승계한다”고 하여 법률에 의한 채권관계의 이전을 인정하고 있었다. 물론 법률행위에 의하여 근로관계의 이전과 관련하여 학설은 일치된 견해로 근로관계의 이전은 근로자의 동의를 요건으로 하지 않는다고 보았다. 그러나 근로관계가 이전되기 위해서는 근로관계의 이전에 관한 양도인과 양수인의 합의가 필요하다고 보는 것이 통설<sup>100)</sup>과 판례<sup>101)</sup>의 입장이었다. 물론 사업양도가 성립되면 당사자의 합의와 무관하게 근로관계가 성립된다는 견해<sup>102)</sup>도 있었다.

### (2) 1972년 독일 민법 제613a조 신설

독일에서는 1972년 이전에도 사업양도시 발생하는 법적 문제에 대한 법규정을 신설하려는 노력이 있었다. 예를 들어 바이마르공화국시대에 노동법위

100) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, S. 516 ff. 同旨: Galperin-Siebert, BetrVG, 3. Aufl., § 1 Anm. 55; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 1 Anm. 42; Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., § 59 Anm. 28a unter c, bb. usw.

101) BAG, AP Nr. 1 zu § 613 BGB; BAG, AP Nr. 1 und 6§ 419 BGB.

102) Böttcher, “Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsnachfolger”, in: FS Nikisch, S. 3f.; Brecher, “Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis”, in: FS für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 227, 234; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S. 659.

원회가 1923년 제출한 일반근로계약법안(Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes)<sup>103)</sup> 제25조와 나찌시대에 독일법을 위한 아카데미(Akademie für Deutsches Recht)의 노동분과위원회가 1938년 제출한 근로관계법(Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis)<sup>104)</sup> 제90조제1항이 사업양도시 고용승계에 관한 내용을 담고 있었다. 그러나 독일 민법 제613a조의 신설은 1972년에 있었던 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz)의 제정과 깊은 관련이 있다. 왜냐하면 독일 민법 제613a조의 신설에 관한 논의는 사업양도를 경영위원회의 동의 사항으로 하려는 시도에서부터 출발하기 때문이다. 그러나 이러한 해결책은 경영위원회가 존재하지 않는 사업장에서 근무하는 근로자를 보호할 수 없다는 문제점 때문에 입법화되지 못하였다. 그러나 사업양도에 있어서 근로관계의 이전에 관한 규정은 해고제한법의 흠결을 보완하는 차원에서 입법화 되게 되었다.<sup>105)</sup> 1972년에 신설된 독일 민법 제613a조에는 사업양도시 근로관계가 이전된다는 내용만을 담고 있을 뿐 단체협약의 효력과 같은 집단적 노사관계에 관한 내용이 포함되어 있지 않았다.

### (3) 민법 제613a조 제정 이후의 논의

독일 민법 제613a조의 신설에 대하여 일부에서는 근로자의 이익만을 고려한 나머지 사업의 자유로운 양도를 지나치게 제한하였다는 비판도 있었다.<sup>106)</sup> 그러나 독일 민법 제613a조의 신설은 사회국가적 원리에 비추어 정당한 것이라는 평가를 받고 있으며, 이러한 평가는 1992년 이후에 제기된 근로계약법안들<sup>107)</sup>이 모두 사업양도시 양수인의 고용승계의무를 명문화하고 있다는 점에서 확인된다.

103) RABl. 1923, S. 498 ff.; Ramm, Entwürfe zu einem Deutschen Arbeitsvertragsgesetz, 1992, S. 125 ff.

104) Ramm, a.a.O.(註 103), S. 245 ff.

105) BGBl. I 1972, S. 13.

106) Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 215.

107) 教授案 제133조(E-ArbVG 1992 = Verhandlungen des 59. DJT Bd. I, Teil D); 社民黨案 제133조(E-Brandenburg 1996 = BT-Drucks. 671/96); 基民黨案 제133조(E-Sachsen 1995 = BT-Drucks. 293/95).

한편 유럽연합은 1977년 “기업, 영업, 영업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법지침(77/187/EWG)”<sup>108)</sup>을 제정하여 사업양도가 있으면 사업양도시 존재하던 근로관계와 근로관계로부터 발생한 권리·의무가 양수인에게 이전되며(제3조제1항), 양수인은 단체협약 및 기타 단체협정에서 약정된 근로조건을 그 해지, 기간만료 또는 새로운 협정이 체결될 때까지 유지하여야 하며(제3조제2항), 사업양도를 이유로 근로자를 해고할 수 없도록(제4조제1항) 하였다. 독일은 유럽연합의 입법취지에 따라 1980년 독일 민법 제613a조를 개정<sup>109)</sup>하였다. 1980년 개정에서는 단체협약의 효력에 관한 독일 민법 제613a조제1항 제1문 내지 제2문과 사업양도를 이유로 근로자를 해고할 수 없다는 독일 민법 제613a조제4항이 신설되게 되었다.

이후 독일에서 사업양도와 관련된 논의는 고용승계문제에서 근로자의 거부권<sup>110)</sup>을 인정할 것인가의 문제로 넘어가게 되었다. 또한 유럽연합은 1998년 “기업, 영업, 영업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법지침(77/187/EWG)”을 개정하는 입법지침을 발표하였으나 독일 민법 제613a조는 이 입법지침 때문에 법을 개정할 필요성이 없어 개정됨이 없이 유지되어오고 있다.<sup>111)</sup>

### 3. 프랑스

프랑스는 1928년 이미 사업양도시 근로계약이 자동승계되는 규정(프랑스 노동법 제23조제7항)을 제정하였다.<sup>112)</sup> 동 조항은 1958년과 1973년의 노동법 재편을 거쳐 현행 노동법 L. 122-12에 그 내용이 유지되어 오

108) [http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de\\_377L0187.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1977/de_377L0187.html) 참조.

109) BGBI. I 1980, S. 1308.

110) 이에 대하여는 제4장 제2절에서 상술하기로 한다. Vgl. Schwerdtner, “Individualarbeitsrechtliche Probleme des Betriebsübergangs”, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, FS für Gerhard Müller, 1981, S. 552 ff.

111) Vgl. Willemsen/Annuß, “Neue Betriebsübergangsrichtlinie - Anpassungsbedarf im deutschen Recht?”, NJW 1999, S. 2073 ff. 참조.

112) 이탈리아는 이미 1923년 사업양도시 근로관계의 자동승계를 법제화하였다.

고 있다.<sup>113)</sup> 1928년에 동 규정이 신설되기 전까지 프랑스의 학설<sup>114)</sup>과 판례<sup>115)</sup>는 사업양도로 인한 근로관계의 자동승계를 인정하지 않았다. 따라서 프랑스도 사업양도시 양수인의 고용승계의무는 법해석을 통해서가 아니라 입법을 통하여 해결하였다. 프랑스 노동법은 1982년과 1983년에 유럽연합의 “기업, 영업, 영업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법 지침(77/187/EWG)”의 취지에 맞게 단체협약의 계속적 효력을 인정하는 규정을 신설하였다.<sup>116)</sup>

프랑스의 사업양도에 관한 판례의 변천에서 주목할 만한 것은 프랑스 파기원 사회부의 ‘기능이전’에 관한 판결들이다.<sup>117)</sup> 프랑스 파기원 사회부는 한때 ‘기능이전’도 사업양도로 보아 ‘기능이전’의 경우에도 양수인은 고용을 승계할 의무가 있다는 판결을 하였다. 그러나 이러한 판례의 입장은 1985년 프랑스 파기법원 전원합의회 판결에 의하여 변경되었다. 따라서 현행법은 기능이전을 사업양도로 보지 않고 있다. 즉, 기능이전의 경우에는 양수인에게 고용승계의무가 발생하지 않는다.

#### 4. 스위스

스위스는 1993년 사업양도에 관한 스위스 채무법 제333조를 개정하였다. 1993년 개정전까지 스위스 채무법 제333조제1항은 “사용자가 제3자에게 영업을 양도하고 제3자가 고용관계의 인수에 동의한 경우 노무자가 고용관계의 이전을 거절하지 않으면 고용관계는 모든 권리·의무와 함께 사

113) 이에 대하여는 Camerlynck, Droit du Travail: Le contrat de travail, 1982, p. 35 f.(김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 160면에서 재인용).

114) Camerlynck, 앞의 책, p. 114; Picca, Droit de travail, 1986, p. 110(김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 161면에서 재인용).

115) Soc. 1979. 5. 9, Bull. civ. V. Nr. 390; 1979. 5. 30, Bull. civ. V Nr. 476 (김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 161면에서 재인용).

116) 입법지침 제3조제2항(현행 제3조제3항)은 “사업양도시 양수인은 집단적 협정의 기한도래나 기간만료 또는 새로운 집단적 협정이 발효되거나 적용될 때까지 집단적 협정에서 합의된 사항 및 근로조건에 대해서는 당해 협정에 기초해 양도인에 대해 적용되고 있던 것과 동일한 조건을 계속 보장하여야 한다. 회원국은 위 조항의 준수기간을 제한할 수 있다. 단 그 기간은 1년을 하회할 수 없다”고 하고 있다.

117) 이에 대하여 상세는 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 161면 이하 참조.

업양도일에 양수인에게 이전된다”고 하여 특약필요설의 입장을 명백히 하고 있었다. 그러나 스위스는 1993년 사업양도가 있으면 당사자의 합의 없이도 고용이 양수인에게 승계되도록 동 규정을 개정하였다. 개정된 스위스 채무법 제333조제1항은 “사용자가 영업 또는 영업의 일부를 제3자에게 이전하면 근로관계와 모든 권리·의무가 사업양도일에 양수인에게 이전된다. 단 근로자가 거부권을 행사한 경우에는 그러하지 아니하다”고 함으로써 자동승계설의 입장을 취하고 있다.<sup>118)</sup> 결국 1993년의 법개정을 통하여 유럽연합의 회원국이 아니면서도 유럽연합의 입법지침을 반영한 것과 같은 법개정을 실현하였다.

## 5. 일 본

### (1) 학설 및 판례

일본은 2000년(平成 12년) 5월 31일 『회사의 분할에 따른 근로계약의 승계에 관한 법률(會社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律)』<sup>119)</sup>을 제정하였다. 일본의 경우 동 법률이 제정되기 전까지 사업양도시 고용승계에 관한 명문의 규정을 전혀 가지고 있지 않았다. 따라서 일본의 경우 사업양도에 따른 고용승계에 관한 문제는 학설과 판례에 의하여 해결되어져 왔다.

학설은 사업양도시 고용승계에 대하여 자동승계설과 특약필요설 및 원칙승계설이 대립하고 있다. 굳이 분류를 하자면 노동법학계와 민법학계에서는 사업양도가 있으면 고용이 승계된다고 보는 자동승계설이 다수설인 반면, 상법학계에서는 양도인과 양수인의 고용승계에 관한 합의가 있는 경우에만 고용이 승계된다고 보는 특약필요설이 다수설을 차지하고 있다.<sup>120)</sup> 일본에서 사업양도시 고용승계를 인정한 학설은 대체로 ‘근로관계 물화설’

118) AS 1994, 804; BBI 1993 I 805 참조.

119) 제정법의 내용은 勞働法律旬報, 2000年 7月 下旬号(No. 1484), 64면 이하 참조.

120) 宇田一明, 營業讓渡法の研究, 中央經濟社, 1993, 40面 以下; 清正寬, “企業合併・營業讓渡と労働契約”, 『増刊ジコリスト(労働法の争点)』, 1990, 114面; 榎本信行, “企業變動・倒産と労働契約”, 『現代労働法講座 10』, 日本労働法學會, 1982, 46面 以下; 伊藤博義, “企業變動と労働契約”, 『雇用形態の多様化と労働法』, 1996, 134面 以下(김형배·하경호·김영문, 앞의 책(註 21), 188면에서 재인용).

에 그 이론적 근거를 두고 있다. ‘근로관계 물화설’이란 “現代의 企業은 物的 施設과 거기에 組織的으로 配置된 人的 施設(勤勞者)의 有機的 組織體이다. 營業의 讓渡는 그러한 有機的 組織體를 一體로서 移轉하는 경우가 보통이므로 反對의 特約이 없는 限 …… 營業讓渡의 當事者間에는 勤勞關係를 移轉하려는 合意가 있는 것으로 인정할 수 있다”<sup>121)</sup>고 보는 것이다.

일본의 판례는 ‘물화설’의 입장에서 사업양도가 있으면 근로관계의 승계를 인정하는 것이 일반적이다.<sup>122)</sup> 하지만 판례에 의하면 이러한 고용승계는 당사자가 고용을 승계하지 않는다는 특약을 하지 않은 경우에만 적용될 수 있다고 보아, 양도인과 양수인이 고용승계에 대한 반대특약을 할 수 있다고 보고 있다. 그러나 판례는 이러한 반대특약은 실질적으로 해고와 다를 바가 없기 때문에 그 정당성을 인정받은 경우에 한하여 유효하다고 보고 있다.<sup>123)</sup> 결국 일본의 판례는 우리 나라의 판례와 원칙승계설과 유사한 입장을 취하고 있다.

## (2) 최근의 입법동향

일본 노동성은 기업구조조정과 관련된 노동법적 문제의 해결을 위하여 1999년 말부터 ‘기업조직변경과 관련한 노동관계법제연구회(企業組織變更に係る労働關係法制等研究會)’를 조직하여 운영하였으며, 동 위원회는 2000년 2월 10일 보고서<sup>124)</sup>를 제출하였다. 동 보고서는 회사의 합병과 사업양도의 경우에 대해서는 입법조치가 불필요하다고 본 반면, 회사의 분할의 경우에만 입법이 필요하다고 보았다.<sup>125)</sup> 일본 노동성이 연구회의 의견을 수

121) 有泉亨, 労働基準法(法律學會集 47), 1963, 126면 이하(김영훈, “근로관계의 이전”, 『근로관계소송상의 제문제(재판자료 제40집)』, 법원행정처, 1987, 701면에서 재인용).

122) 有泉亨/山口浩一郎, “労働協約の終了”, 『노동법대계2』, 185면.

123) 野田進, “合併・營業讓渡等と解雇”, 『季刊労働法』 165号, 日本労働法學會, 1992, 22面 以下(김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 186면 이하에서 재인용).

124) [http://www.jil.go.jp/kisya/rousei/20000210\\_01\\_r/20000210\\_01\\_r.html](http://www.jil.go.jp/kisya/rousei/20000210_01_r/20000210_01_r.html).

125) 법제정의 경과에 대하여는 ジュリスト、2000. 7. 15(No. 1182), 16면 이하; 商法改正案の修正と労働者保護法の制定を實現するために一連合の方針と對應・資料集, 日本노동조합총연합회(렌고), 2000년 3월(= 노동자 보호법 제정을 둘러싼 논의와 일본노동조합(렌고)의 방침, 한국노동총 중앙연구원 역) 참조.

용하여 법안을 국회에 제출하였고, 2000년 5월 31일 『회사의 분할에 따른 근로계약의 승계에 관한 법률(會社の分割に伴う労働契約の承繼等に関する法律)』이 제정되었다.<sup>126)</sup> 동법은 회사분할의 경우 근로관계의 승계를 명문화하였다(제3조).

## 제 4 절 해고의 효력을 다투는 자의 고용승계

### 1. 의 의

해고는 형성권으로써 계약당사자 일방의 의사표시가 상대방에게 도달함으로써 효력이 발생하게 된다(민법 제111조). 따라서 해고의 통지를 받은 근로자는 원칙적으로 해고예고기간(근로기준법 제32조제1항)이 경과함에 따라 일단 근로자로서의 지위를 박탈당하게 된다. 그러나 근로자가 해고의 무효를 주장하여 소송에서 해고가 무효였음을 확인 받게 된다면 소송기간 중 근로관계는 소멸됨이 없이 계속하여 존재하였던 것이 된다. 즉, 해고가 확정판결에서 무효가 되면 근로관계는 소송기간동안 지속하여 존재하였던 것으로 되는 반면, 만약 최종판결에서 해고의 정당한 이유가 인정된다면 근로관계는 해고예고기간이 경과함으로써 이미 종료한 것이 된다. 따라서 이러한 상황에서 사업양도가 이루어질 경우 해고의 효력을 다투는 자의 근로관계가 계속 유지되고 있다고 본다면 해당 근로관계는 다른 근로관계와 함께 양수인에게 이전된다고 보아야 할 것이다. 그러나 이미 근로관계가 소멸된 것으로 보게 된다면 해고의 효력을 다투는 자의 근로관계는 사업양도시점에 존재하지 않은 것이 되어 이 자의 근로관계는 양수인에게 이전되지 않게 된다.

소송기간 중 법률관계의 불명확성에 유래한 이러한 문제들은 입법자의 결단에 의하여 해결될 수도 있다. 예를 들어 노동조합및노동관계조정법 제 2조 제4호 라목 단서는 “해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가

---

126) 제정법의 내용: 勞働法律旬報, 2000年 7月 下旬号(No. 1484), 64면 이하.



아닌 자로 해석하여서는 아니된다”고 규정함으로써 집단적 노사관계와 관련하여 해고의 효력을 다투는 자의 법적 지위를 분명히 하고 있다. 하지만 개별적 노사관계와 관련해서는 이러한 규정이 없을 뿐만 아니라, 노동조합 및노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서는 집단적 노사관계에 관한 문제에 대해서만 적용될 수 있을 뿐 개별적 노사관계에 까지 확대하여 적용할 수 없다는 것이 학설<sup>127)</sup>과 판례<sup>128)</sup>의 일치된 견해이다. 따라서 개별적 노사관계와 관련하여 해고의 효력을 다투는 자의 법적 지위는 매우 불확실하다. 아래에서는 입법론적인 관점에서 해고의 효력을 다투는 자의 고용승계 문제를 어떻게 처리하여야 할 것인지에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 판례

### (1) 판례의 입장

판례는 해고의 효력을 다투는 자에 대한 양수인의 고용승계와 관련하여 “다른 기업의 사업부문의 일부를 양수하는 계약을 체결하면서 그 물적 시설과 함께 그 사업부문에 근로하는 근로자들에 대한 권리의무도 함께 포괄승계받기로 약정한 경우에는 원칙적으로 해당 근로자와의 근로관계는 영업양수인에게 승계되는 것이지만 이때 승계되는 근로관계는 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 계약체결일 이전에 해당 영업부문에서 근무하다가 해고 또는 면직된 근로자로서 해고 및 면직처분의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계하는 것은 아니다”고 하고 있다.<sup>129)</sup> 즉, 사업양도시 승계되는 근로관계는 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계로 한정된다는 것이다.

127) 김유성, 노동법(II), 법문사, 1996, 58면; 김형배, 노동법, 2000, 539면 이하; 박홍규, 노동법, 1995, 841면; 이병태, 최신노동법, 1999, 118면; 이상윤, 노동법 1997, 572면.

128) 대판 1990. 3. 13, 89도2399; 대판 1991. 11. 8, 91도326; 대판 1993. 6. 8, 92다42354.

129) 대판 1993. 5. 25, 91다41750. 同旨: 대판 1994. 5. 10, 93다21606; 대판 1995. 2. 24, 94가합9111; 대판 1995. 9. 29, 94다54245; 대판 1996. 5. 31, 95다33238.

한편 판례는 “해고처분을 받은 근로자가 별도의 임금청구소송을 제기하여 승소판결이 확정되었으며 이 판결은 해고가 무효여서 여전히 근로자로서의 지위를 가지고 있음을 전제로 해고 이후 복직시까지의 임금의 지급을 명하는 것이라면, 비록 현실적인 복직조치가 없었다 하더라도 위 근로자는 영업양도 당시 양도회사와 적법 유효한 근로관계에 있었다고 보아야 하므로 그 근로자와 양도회사와의 근로관계는 양수회사에게 승계된다”<sup>130)</sup>라고 하여 사업양도에 관한 계약체결일 현재 ‘실제로 그 영업부문에 근무하고 있는 근로자’<sup>131)</sup>가 아니라고 하여도 근로관계의 존재가 명확한 경우에는 해당 근로자의 근로관계 역시 고용승계의 대상이 된다고 보았다.

## (2) 판례의 검토

판례는 해고의 효력의 다투는 자의 법적 지위를 형식논리를 기준으로 판단한 것으로 보여진다. 즉, 해고는 형성권이며 이러한 형성권은 상대방에게 도달함으로써 일단 유효하게 성립하기 때문에, 설사 해고의 효력을 다투고 있는 자라고 하여도 확정판결에 의하여 해고의 무효를 확인 받지 않는 한 근로관계는 해고예고기간의 경과로 이미 소멸한 것이 된다. 그러나 이는 사업양도와 관계없이 해고의 효력을 다투는 자의 경우에는 근로자가 승소하게 되면 그 판결의 효력이 해고시점까지 소급한다는 점에서 일관성을 결여하고 있다. 사업양도가 있으면 근로관계가 승계되고, 확정판결에 의하여 사업양도시점에 근로관계가 존재하였던 것으로 인정되었음에도 불구하고 이들 근로자의 근로관계를 승계대상에서 제외하는 것은 옳지 않다.<sup>132)</sup> 이러한 이유에서 학계에서는 “사업양도가 이루어지는 경우에는 해고의 효력을 다투고 있는 근로자에 대해서 양수인은 ‘계속중인 재판에서 근로자의 승소를 정지조건으로 하는 근로계약’을 승계한다고 보는 것이 타당하다”<sup>133)</sup>는 의견도 주장되고 있다.

130) 대판 1994. 6. 28, 93다33173.

131) 해고의 효력을 다투는 자가 사업장에서 계속하여 근로할 것을 원할 경우 이러한 근로자에게 이러한 권리가 인정될 것인가에 대하여는 유성재, “해고의 효력을 다투는 자의 계속근로청구권”, 법학논문집 제22집(1997), 중앙대학교 법학연구소, 411면 이하.

132) 同旨: MünchArbR/Wank, § 120, 1993, Rn. 117. 같은 취지의 일본의 판결에 대하여는 김지형, 앞의 논문, 1050면 이하 註 65), 註 66) 참조.

133) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 177면.

또한 판례와 같이 해고의 효력을 다투는 자의 근로관계는 양수인이 승계할 의무가 없다고 본다면 사업양도에 관한 계약을 체결하기 전에 양수인이 승계를 원하지 않는 근로자에 대하여 양도인이 해고의 통지를 함으로써 사업양도시 고용승계의무를 피할 수 있게 된다. 즉, “영업양도 이전에 영업양도인의 영업에서 근무하다가 해고 또는 퇴직한 근로자로서 사실상 근무를 하지 않으면서 그 해고 및 퇴직처분의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계는 이를 승계하지 않는 것이라고 해석한다면, 양도인이 영업양도의 기회를 이용하여 근로자를 부당하게 해고하거나 퇴직시키더라도 근로관계는 여전히 영업양도인 사이에 남게 되지만 그 양도인의 영업은 양수인에게 이미 양도되어 없게 되어 더 이상 그 영업에서 근무를 계속할 수 없게 되고 이에 따라 그 근로자는 사실상 아무런 제한없이 해고당하는 결과로 되어 해고제한을 규정하고 있는 강행법규”<sup>134)</sup>에 반하게 된다는 것이다. 따라서 사업양도시 고용승계의 대상을 사업양도계약 당시 실제로 그 영업부문에 근무하고 있는 근로자로 제한하고 있는 우리 판례의 태도는 사업의 일부만을 이전하여 근로자가 양도인의 사업장에서 계속하여 근로할 수 있는 경우에 한하여 그 타당성이 인정된다 할 것이다. 따라서 해고의 효력을 다투고 있는 자의 근로관계를 사업양도로 인한 고용승계의 대상에서 확일적으로 제외하고 있는 판례의 태도는 옳지 않다.

### 3. 사 건

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 해고의 효력을 다투는 자로서 사업양도시 실질적으로 영업부문에 근무하고 있는 근로자가 아니라고 하여도 확정판결에 의하여 해고가 무효로 된 경우 양수인은 해당 근로자의 근로관계도 승계하여야 할 것이다. 그러나 이에 관한 법규정을 신설할 필요는 없다고 생각한다. 이러한 문제는 법원의 법해석을 통하여 해결하는 것이 바람직할 것이다.<sup>135)</sup>

134) 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『민사재판의 제문제 제8집』(오당 박우동 선행화갑기념), 민사실무연구회 편, 1994, 1050면 이하.

135) 同旨: 김건익, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『사법행정』 1994년 상반기(통권 제21호), 529면.

## 제 5 절 파산시 사업양도와 고용승계

### 1. 의 의

지금까지는 일반적인 사업양도의 경우 고용승계에 대하여 살펴보았다. 그러나 이러한 사업양도에 관한 일반원칙을 파산이나 폐업의 경우에도 그대로 적용할 수 있을 것인가가 문제된다. 통설적 견해<sup>136)</sup>에 따르면 폐업은 사업양도와 양립할 수 없기 때문에 폐업의 경우 사업양도의 일반원칙에 대한 예외규정이 필요하지 않다. 문제는 파산과 회사정리의 경우이다. 파산절차가 개시된 후 사업양도가 이루어 지게 되면 한편으로는 파산채권자의 평등변제원칙이, 다른 한편으로는 사업양도에 있어서 근로자의 보호문제가 충돌하게 된다. 왜냐하면 파산절차 개시후의 사업양도에 대하여 근로관계의 이전을 제한없이 인정하게 되면 근로자들은 자신들의 퇴직금을 양수인으로부터 확보 받을 수 있게 될 것이고, 이는 결국 양도인과 양수인 사이의 매각대금의 하락으로 이어지게 될 것이며, 이는 결국 다른 파산채권자들의 배당금이 줄어드는 결과를 초래하기 때문이다. 즉, 파산절차가 개시된 후에 이루어진 사업양도에 대하여도 고용승계이론을 그대로 적용할 경우 근로자는 자신의 채권을 전액 보장받게 되는 데 반하여, 파산채권자의 경우에는 이로 인하여 자신의 배당액이 줄어들게 된다. 이러한 이유에서 파산절차 개시후의 사업양도에 대하여 고용승계원칙을 제한없이 적용할 것인가에 대하여 의견의 대립이 있어 왔다.<sup>137)</sup> 회사정리절차가 개시된 경우에는 회사의 경쟁과 근로자의 권리보호라는 두 이익이 충돌하게 된다. 아래에서는 기업이 위기상황에 처한 상태에서 이루어진 사업양도에 있어서의 고용승계문제에 대하여 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

136) MünchArbR/Wank § 120 RdNr. 49; Kracht, Das Kündigungsverbot gemäß § 613a BGB - Anwendungsbereich und Umgehung -, Diss. Bonn 1988.

137) 이에 대하여는 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 217면 이하 참조.

## 2. 외국의 입법례

### (1) 유럽연합

유럽연합의 입법지침 제4a조는 “회원국이 별도의 규정을 하지 않는 한 제3조 및 제4조는 양도인 사업의 청산을 목적으로 설치된 관할 공적기관(관할기관의 수권에 의한 관재인을 포함한다)의 감독 하에 이루어지는 파산절차 또는 이와 유사한 파산절차의 적용을 양도인이 받고 있는 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전에 대하여 적용하지 아니한다”고 하고 있다. 따라서 유럽연합의 입법지침에 의할 경우 파산절차의 개시로 바로 고용승계에 관한 규정의 적용이 배제되지는 않는다. 하지만 파산절차가 개시되고 양도인이 “양도인의 청산을 목적으로 설치된 관할 공적기관의 감독”을 받게 되면 고용승계에 관한 일반원칙은 적용되지 않게 된다. 이는 파산절차를 통하여 고용승계규정의 우회를 방지하기 위한 것으로 보여진다.

### (2) 프랑스

프랑스의 경우 파산절차가 개시된 후에 이루어진 사업양도의 경우 양수인의 임금채권에 대한 책임이 면제된다.(프랑스 노동법 L. 122-12-2).<sup>138)</sup> 그러나 양수인의 고용승계의무는 사업양도가 파산절차 개시후 이루어진 경우에도 면제되지 않는다.

### (3) 독일

독일 민법 제613a조는 파산절차가 개시된 후의 사업양도에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 독일 민법 제613a조제3항은 법인이나 회사가 소멸되는 경우에 대한 예외규정을 두고 있지만, 이 경우 적용이 배제되는 것은 사업양도전에 성립되고 사업양도후 이행기에 도달한 채권에 관한 동법 제613a조제2항의 적용만이 배제된다. 그러나 1994년에 제정된 독일 파산법(Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994) 제113조는 “고용관계에

---

138) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 21면에서 재인용.

있어서 채무자가 사용자인 경우 도산관재인 또는 상대방은 약정기간 또는 통상의 해지권을 보류하는 합의에도 불구하고 해지할 수 있다. 해지기간은 3월로 한다”고 하고 있다.<sup>139)</sup>

### 3. 입법방향

파산절차가 개시된 후의 사업양도의 경우 파산채권자의 이익을 고려하지 않을 수 없기 때문에 이에 관한 예외규정은 필요하다고 본다. 그러나 이러한 예외규정을 통하여 양수인이 자신의 고용승계의무를 면할 수 있도록 하여서는 안될 것이다. 따라서 사업양도시 근로관계의 자동승계에 관한 규정의 적용을 배제하기 위해서는 파산절차의 개시로는 불충분하고 양도인 사업의 청산을 위한 목적으로 설치된 공적기관의 감독이 개시가 있어야 할 것이다.

## 제 6 절 소 결

### 1. 법개정의 필요성

우리 대법원의 판결들은 근로관계의 존속보호와 위장 사업양도에 의한 근로기준법상의 해고제한규정의 형해화를 방지할 수 있다는 점에서 바람직하다고 보여진다. 그러나 법원은 이미 위에서 언급한 바와 같이 법리구성에 있어서 일관성을 유지하지 못하고 있을 뿐만 아니라 양수인에게 근로관계의 승계의무를 부과하는 법적 근거를 제시하고 있지 못하다. 따라서 사업양도와 관련된 노동법상의 문제들을 더 이상 법원의 결정에만 맡겨 놓을 수 없다.

개정법의 위치는 법체계를 고려하려 근로기준법 제30조 다음에 제30조의3으로 신설규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 사업양도시 고용승계에 관한 규정은 해고제한규정의 흠결을 보완하기 위한 규정이기 때문이다.

---

139) 독일의 도산제도에 대하여는 최성근, 독일의 도산법, 한국법제연구원, 1998 참조.

## 2. 관련 검토사항

### (1) 사업양도와 경영상 이유에 의한 해고

이와 관련하여 일부에서는 “사업양도를 이유로 사업양도의 당사자는 근로자를 해고 할 수 없다. 그러나 다른 법률에 정한 해고의 정당한 사유가 있는 경우에는 해고 할 수 있다”는 확인규정을 두어야 한다는 주장<sup>140)</sup>이 있다. 필자는 이러한 중복규정은 필요하지 않다고 생각한다. 또한 일부에서는 근로자의 거부권<sup>141)</sup>을 제한없이 인정하는 대신 사업양도 이후의 해고의 법리를 일반적인 해고의 법리와 구별하려는 주장<sup>142)</sup>이 있으나 이는 법체계를 혼란시킬 위험성이 있다는 점에서 바람직하지 않다고 보여진다.

### (2) 고용승계규정의 위헌성

사업양도시 고용승계와 관련된 쟁점중의 하나는 고용승계에 관한 규정을 신설할 경우 동 규정이 헌법 제15조의 직업선택의 자유와 헌법 제23조의 재산권을 침해하는 위헌적 규정이 아닌가 하는 문제이다.<sup>143)</sup> 통설<sup>144)</sup>은 이러한 규정이 신설된다 하여도 양수인의 사업양도 여부에 대한 결정의 자유가 완전히 박탈하지 않았을 뿐만 아니라, 사업양도 후에도 기타 법률에 의한 해고 가능성을 제한하고 있지 않다는 이유에서 위헌적 규정이 아니라고 보고 있다.

140) 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 1999, 30면 이하.

141) 이에 대하여는 제4장 제2절 참조.

142) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 176면 이하; 이승욱, “기업변동에 따른 경영상 해고의 정당성”, 노동법학 제8호(1998), 403면 이하.

143) 주의할 것은 현행 실정법상 해석론으로 자동승계를 인정하는 것이 법원에 의한 법형성의 한계를 벗어났다고 주장한다고 하여, 입법자가 이러한 내용을 입법하는 것을 위헌적으로 보는 것은 아니다. 왜냐하면 법원에 의한 법형성의 한계와 입법자의 입법권의 한계는 동일하지 않기 때문이다.

144) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 242면 이하; 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 1999, 6면 이하. 독일 민법 제613a조의 위헌성에 관한 논의에 대하여는 Staudinger/Richardi, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch § 613a Rn. 17 ff. 참조.

### 3. 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의3 【근로관계의 이전】 ①제30조의2의 사업양도가 있으면 사업양도시 존재하는 근로관계와 근로관계로 인한 권리·의무는 양수인에게 승계된다. 그러나 사업양도가 해당 사업에 대한 법원의 파산선고나 정리절차개시의 결정 후에 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.



## 제 4 장 고용승계와 당사자의 권리·의무

### 제 1 절 의 의

사업양도와 관련하여 관계 당사자인 양도인, 양수인, 근로자가 사업양도로 인하여 발생할 법적 문제들에 대하여 미리 합의에 도달하지 못한 경우 사업양도로 인한 권리·의무의 귀속관계가 불분명해 질 위험이 있다. 예를 들어 근로자는 고용승계를 거부할 수 있을 것인지, 양도인은 근로자에게 사업양도에 관한 정보를 제공할 의무를 부담하는 지, 근로관계로 인하여 발생한 채무의 귀속문제 등이 문제될 수 있다. 또한 독립된 주체로서의 노동조합이 사업양도로 고용승계와 함께 양수인의 사업장에 포괄적으로 승계되어야 할 것인지도 문제가 된다. 아래에서는 이러한 문제들에 대하여 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

### 제 2 절 근로자의 거부권

#### 1. 의 의

사업양도와 관련된 가장 주된 노동법적 문제는 양도인과 양수인 사이에 고용승계에 대한 합의가 없거나 고용을 승계하지 않겠다는 특약이 있는 경우의 고용승계에 관한 문제일 것이다. 이는 근로자는 당연히 근로관계의 이전에 동의한다는 것을 전제로 한 것일 것이다. 또한 현실적으로도 사업양도시 근로자는 근로관계의 이전에 동의하는 것이 일반적이기 때문에 사업양도에 있어서 근로자의 동의가 문제가 되는 경우는 현실적으로 많지 않다고 보여진다. 특히, 양도인이 사업의 전부를 이전하거나 사업의 일부를 양도한 후 더 이상 사업을 계속하지 않고 있다면 근로자가 근로관계의 이전에 동의하지 않는다는 것은 근로관계의 해지를 의미하게 되어 이러한 경우는 많지 않으리라고 본다. 그러나 양도인이 사업의 일부만을 양도하고 계속하여 사업을 운영하고 있다면 양도된 사업에 종사하던 근로자가 근로관계의 이전에 반대하고 양도인에 사업장에서 계속하여 근무할 것을 희망

할 수도 있다. 이 경우 근로자에게 이전을 거부할 수 있는 권리(거부권)를 인정하여야 할 것인가가 문제된다. 또한 이러한 거부권은 제한없이 인정될 수 있는 것인지, 그리고 이러한 권리의 행사기간을 얼마로 할 것인지 등이 문제된다. 아래에서는 이러한 문제들에 대하여 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

## 2. 거부권의 인정여부

### (1) 학 설

#### 1) 의 의

사업양도에 있어서 근로자의 거부권을 인정할 것인가의 문제와 관련하여 일반적으로 긍정설의 입장을 취하고 있다. 그러나 거부권을 인정하되 그 법적 근거를 어디서 찾을 것인가에 대하여는 의견이 대립하고 있다. 이러한 견해의 대립은 근본적으로 민법 제657조제1항<sup>145)</sup>을 사업양도의 경우에도 적용할 수 있을 것인가에 대한 견해의 차이에서 출발하고 있다. 현재 사업양도의 경우에도 민법 제657조제1항이 적용될 수 있을 것인지, 즉 사업양도의 경우 근로관계가 이전되기 위하여 근로자의 동의를 필요한지에 대하여 동의필요설과 동의불요설이 대립하고 있다. 동의필요설은 사업양도의 경우에도 민법 제657조제1항이 적용된다고 보고 사업양도에 있어서 근로자의 거부권을 민법 제657조제1항에서 찾고 있다. 한편 동의불요설은 민법 제657조제1항은 사업양도의 경우에 적용할 수 없다고 보면서도 사업양도시 근로자에게 거부권이 인정되어야 한다는 관점에서 이에 대한 규정이 신설되어야 한다고 보고 있다. 아래에서는 먼저 민법 제657조제1항의 해석에 대한 학설의 대립에 대하여 살펴보기로 한다.

#### 2) 동의불요설(同意不要說)

동의불요설은 사업양도가 있으면 근로관계는 당연히 양수인에게 이전되

---

145) 우리 민법 제756조제1항은 “사용자는 노무자의 동의없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다”고 하여 근로관계의 이전에 있어서 근로자의 권리에 대한 규정을 두고 있다.

기 때문에 사업양도의 경우 민법 제657조제1항은 적용되지 않고 근로자의 동의가 필요하지 않다는 견해이다. 이러한 동의불요설에는 민법 제657조제1항은 개별적인 고용관계의 이전에만 적용되고 사업양도의 경우에는 근로자의 동의가 필요하지 않다는 견해<sup>146)</sup>와 민법 제657조 제1항은 인적으로 긴밀하게 결합된 근로관계에 대하여만 적용된다는 견해,<sup>147)</sup> 그리고 근로자의 동의자체는 필요하지만 반대의 특약이 없는 한 그 기업에 따르는 노동계약관계의 포괄적인 양도의 합의가 있었던 것으로 보아야 한다는 세 가지 견해가 대립하고 있다.<sup>148)</sup> 이러한 동의불요설은 사업에서의 노무 또는 근로는 비인격화되는 면이 있으며 여기에서 사용자의 인격은 근로관계에서 후퇴하게 되었기 때문에 기업의 주체(사용자)가 변경되어도 노무의 내용에는 아무런 변경이 생기지 않는 것이 원칙이라는 점을 근거로 들고 있다.<sup>149)</sup>

동의불요설의 입장에서는 또한 “사업양도시 근로관계의 이전에 대하여 근로자의 동의를 필요로 한다고 하면 이는 결과적으로 근로관계의 이전에 대하여 삼면적 합의를 요구하는 결과가 되어 근로관계의 당연이전을 전제로 하는 통설·판례의 입장과 배치된다”<sup>150)</sup>는 점과 동의불요설의 입장을 취하여도 근로자에게 계약을 해지할 수 있는 권리(민법 제659조 내지 제661조)가 인정되기 때문에 동의불요설이 주장하는 것처럼 근로자가 원하지 않는 양수인에 대하여 근로를 제공하여야 하는 결과가 발생할 가능성은 존재하지 않는다는 점을 주장하고 있다.

### 3) 동의필요설(同意必要說)

동의필요설은 사업양도로 인한 근로관계의 이전의 경우에도 민법 제657조제1항이 적용되며, 따라서 사업양도로 근로관계가 이전되기 위해서는 근

146) 김석우, 채권법각론, 1978, 311면; 김중환, 채권각론, 1988, 299면; 김형배, 채권각론(상), 1995, 306면.

147) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 제125면.

148) 광운직, 채권각론, 1995, 389면; 남효순, 民法注解 第XV卷 債權(8) 第598條~第702條, 1997, 378면.

149) 광운직, 채권각론, 1995, 389면; 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 제125면.

150) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 174면

로자의 동의가 필요하다는 견해이다. 동의필요설은 “근로관계의 이전에 근로자의 동의를 요한다는 민법의 규정이 영업양도의 경우에 적용되지 않는다는 법적 근거가 명백하지 않은 이상 함부로 그 적용을 배제할 수 없고 현실적으로 근로자의 동의를 요건으로 하는 것이 근로자의 보호를 위하여 합리적”<sup>151)</sup>이라는 점과 근로계약에 있어서 근로계약의 상대방, 즉 사용자는 근로계약의 본질적 요소로 “이러한 근로계약의 본질적 요소의 변경이 계약당사자인 근로자의 의사와 무관하게 변경된다는 것은 있을 수 없다”는 점, 그리고 “근로자가 일상적으로 기업이라는 유기적 조직체의 일부로 편입되어 있다고는 하여도 영업양도의 대상이 되는 다른 유형·무형의 의사를 가지지 않는 재산과 동일하게 취급하는 것은 인간의 인격적 존엄성을 침해하는 것으로서 허용될 수 없는 것이다”<sup>152)</sup>는 점을 근거로 들고 있다.

동의필요설은 또한 동의불요설이 “근로자에게는 원하지 않는 사업주에 대하여 근로관계를 스스로 해지할 수 있는 자유”가 있다는 주장에 대하여 “이로써 근로자는 직장을 상실하게 되므로 직장상실의 위험으로부터 근로자를 보호하려는 입법의 근본취지에 반하게 된다”<sup>153)</sup>고 비판하고 있다.

## (2) 외국의 입법례

### 1) 유럽연합

유럽연합은 사업양도에 있어서 근로자의 거부권에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 독일 Bamberg노동법원과 Hamburg노동법원은 사용자의 거부권을 인정하는 것은 유럽입법지침에 반하는 것인지에 대하여 사전결정을 요청하였다. 이에 대하여 유럽법원은 회원국의 내국법이 거부권을 인정한다고 하여 유럽입법지침에 반하지 않는다<sup>154)</sup>고 하면서 거부권의 인

151) 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『민사재판의 제문제 제8권』(오당 박우동 선생 화갑기념), 민사실무연구회편, 1994, 1047면.

152) 김홍준, “기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고”, 노동법연구 제4호, 서울대학교 노동법연구회, 1994, 43면.

153) 김홍준, 앞의 논문(註 152), 41면.

154) 유럽 입법지침을 포함하여 유럽법은 개별 회원국의 법규정에 우선한다(Vorrangsprinip). 그러므로 유럽법의 내용과 상충되는 회원국의 국내법 규정은 무효로

정여부는 개별 회원국이 스스로 결정할 수 있도록 하였다.<sup>155)</sup>

## 2) 독일

독일은 1972년 민법 제613a조를 신설하여 사업양도시 고용승계에 대한 명문규정을 두었다. 그러나 독일 민법 제613a조에는 근로자의 거부권에 대한 내용을 가지고 있지 않다. 이에 대하여 독일 노동법학계에서는 사업양도에 있어서 근로자의 거부권의 인정여부를 놓고 의견이 대립하고 있다.<sup>156)</sup> 1992년 독일 법률가대회에 제출되었던 근로계약법안(제133조제2항제2문)도 근로자의 거부권을 인정하고 있다.<sup>157)</sup>

판례는 근로자의 사업양도에 대한 거부권의 행사를 인정하고 있다.<sup>158)</sup> 초기의 판례는 거부권의 근거로 법률의 흠결(Gesetzeslücke)을 전제한 후 “전속적 노무급부”에 관한 독일 민법 제613조제2문<sup>159)</sup>과 “채무자와의 채무인수계약”에 관한 규정인 독일 민법 제415조제1항제2문<sup>160)</sup>과 함께 독일 민법 제613a조가 제정되기 전의 법적 상황을 고려해 볼 때 입법자는 근로자의 사업양도에 대한 거부권의 행사에 대하여 반대의 의사가 없었던 것으로 해석된 다는 것을 그 근거로 제시하였었다.<sup>161)</sup> 그러나 이후의 판결

---

서 유럽법이 적용되어야 하며, 회원국가가 입법을 함에 있어서도 발효중인 유럽법에 상응하도록 해야 한다.

155) EuGH 16. 12. 1992 = DB 1993, S. 230.

156) 긍정설: Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Bd. 2, 1982, § 111 Rn. 99f.; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, S. 66. 부정설: Birk, Anm. zu BAG EzA § 613a BGB Nr. 1, S. 15ff.; Heinze, “Die Arbeitgeberernachfolge bei Betriebsübergang”, DB 1980, S. 205, 206; Herschel, “Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis”, ZfA 1977, S. 219, 231.

157) § 133 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992.

158) BAG, AP Nr. 1, 8, 21, 37 und 55 zu § 613a BGB.

159) 독일 민법 제613조제2문은 “근로청구권은 의심스러운 때에는 이를 양도할 수 없다”고 하고 있다.

160) 독일 민법 제415조제1항: 제3자가 채무자와 채무인수의 합의를 하는 때에는 그 유효성은 채권자의 추인에 의존한다. 추인은 채무자 또는 제3자가 채권자에 대하여 채무인수를 통지할 때에 비로소 이를 할 수 있다. 추인이 있을 때까지는 당사자는 계약을 변경 또는 해소할 수 있다.

161) BAG, AP Nr. 8, 21, 37 und 55 zu § 613a BGB.

에서는 근로자의 인격권을 근거로 헌법 합치적 법해석을 거부권의 법적 근거로 제시하고 있다.<sup>162)</sup>

### 3) 스위스

스위스는 앞에서 언급한 바와 같이 사업양도시 고용승계의무에 대한 규정을 1993년 신설하였다. 스위스 채무법 제333조제1항은 고용승계의무와 함께 근로자의 거부권을 인정하고 하고 있다.<sup>163)</sup>

### 4) 프랑스

프랑스는 노동법전 L. 122-12에서 사업양도에 있어서 양수인의 고용승계의무를 규정하고 있다. 프랑스의 경우에는 사업양도에 관한 동 조항을 강행법규로 보아 이와 다른 당사자의 합의를 인정하지 않고 있다. 따라서 근로자는 고용승계의무를 정한 동 규정의 효력을 부정하는 거부권을 행사할 수 없다.<sup>164)</sup> 즉, 프랑스에서는 근로자에게 근로관계의 이전에 대한 거부권의 행사가 인정되지 않는다.

## (3) 사 건

필자는 동의필요설에 찬성하며 사업양도에 있어서 근로자의 거부권은 민법 제657조제1항에서 도출할 수 있다고 생각한다.<sup>165)</sup> 현재 학계에서는 동의필요설을 취하든 동의불요설을 취하든 사업양도시 근로자의 거부권이 인정되어야 한다는 점에 대하여는 의견이 일치하고 있는 것으로 보여진다.

---

162) BAG, AP Nr. 1 zu § 613a BGB. 이에 대하여는 황적인, “기업양도와 근로관계”, 법학 제20권2호(서울대학교 법학연구소), 1980, 419면 이하; Fenn/Klose, “Voraussetzungen und Folgen des Widerspruchs gegen den Arbeitgeberwechsel bei § 613a BGB - BAGE 88, 196”, JuS 2000, S. 531 ff. 참조.

163) Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. Dez. 1993, in Kraft seit 1. Mai 1994 (AS 1994, 804; BBl 1993 I 805).

164) Camerlynck, Droit du travail: le contrat de travail, 1982(김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 161면에서 재인용).

165) 유성재, “고용계약 규정의 개정”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 70면 참조. 同旨: 김지형, 앞의 논문(註 151), 1047면 및 1055면; 김홍준, 앞의 논문(註 152), 40면 이하.

다만 그 거부권의 근거를 민법 제657조제1항에서 찾을 것인지가 문제되는데 동의불요설의 경우 일단 사업양도에 대하여 민법 제657조제1항의 적용을 부정한 후 다시 이와 유사한 규정의 신설을 주장하고 있다. 필자는 민법 제657조제1항은 적용범위에 대한 아무런 제한을 두고 있지 않음에도 그 적용을 부정하고 다시 사업양도에 있어서의 거부권에 관한 규정을 신설하여야 한다는 주장에 찬성할 수 없다.<sup>166)</sup> 단지 현행 규정이 거부권 행사의 요건과 기간에 대하여 구체적으로 명시하고 있지 않기 때문에 이에 대한 보완이 필요하다는 점에 대하여는 동의한다.

### 3. 거부권 행사의 요건

사업양도로 인한 근로관계의 이전에 대하여 근로자의 거부권을 인정하는 경우 이러한 거부권의 행사에 일정한 요건을 부과할 것인지가 문제될 수 있다. 즉, 근로자의 거부권 행사를 ‘정당한 사유’가 있는 경우로 제한할 것인가가 문제된다. 근로자의 거부권 행사에 대한 일반적 제한을 부정하는 입장은 “거부권의 자유권적 기본권으로서의 성격에 반한다”고 한다.<sup>167)</sup> 그러나 거부권의 행사는 남용될 수 있으므로 해당 근로자가 거부권을 행사할 정당한 사유가 있는 경우(예컨대 양수인과의 근로관계의 악화가 구체적으로 임박한 경우)로 제한하여야 할 것이다. 양수인이 사업수행에 절대적으로 필요한 핵심인력을 확보하고자 하여도 근로자들이 담합하여 거부권을 행사함으로써 사업양도를 방해하려고 하거나 또는 경영피지의무를 피할 목적으로 거부권을 행사하는 경우가 거부권남용의 예가 될 것이다.<sup>168)</sup>

166) 독일 민법 제613조는 “노무제공의무를 부담하는 자는 의심스러운 때에는 스스로 노무를 급부하여야 한다. 근로청구권은 의심스러운 때에는 이를 양도할 수 없다”고 하고 있는 데 입법자는 동 규정의 적용과 관련하여 독일민법 제613조는 고용주와 근로자 사이에 긴밀한 인적 결합관계가 존재하는 경우에만 적용될 수 있다는 점을 명백히 하고 있다. 그러나 우리 나라의 경우에는 민법 제657조제1항의 적용범위에 대하여 입법자는 아무런 의사를 표시하고 있지 않다. 독일에 있어서 근로자의 거부권에 대하여는 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 119면 이하 참조.

167) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 154면.

168) 유성재, 앞의 논문(註 165), 70면 참조. 同旨: 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노동중양연구원, 1999, 20면 이하; 教授案(E-ArbVG 1992) 제133조제2항제2문.

이미 앞에서 설명한 바와 같이 독일 민법 제613a조는 사업양도에 있어서 근로자의 거부권에 관한 규정을 가지고 있지 않다. 이러한 가운데 학설은 근로자의 거부권 자체에 대해서도 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하고 있으며, 근로자의 거부권을 긍정하는 경우에도 이러한 근로자의 거부권은 정당한 사유가 있는 경우에만 행사할 수 있다는 견해<sup>169)</sup>와 근로자의 거부권은 제한없이 행사될 수 있다는 견해<sup>170)</sup>가 대립하고 있다. 판례<sup>171)</sup>는 근로자의 거부권을 인정하고 있으며, 그 행사에 제한이 없다고 보고 있다. 프랑스의 경우에는 이미 앞에서 본 바와 같이 사업양도시 근로관계의 이전에 관한 규정을 강행법규로 보아 거부권을 인정하지 않고 있으며, 스위스 채무법 제333조제1항은 명문으로는 거부권행사를 제한하는 내용을 가지고 있지 않다.

거부권의 행사에 대한 일반적 제한을 거부하는 견해도 집단적 거부권행사의 목적을 세 가지로 분류하고 “사업양도를 계기로 하여 특정한 조건을 획득하기 위하여 또는 사업양도 자체를 결렬시킬 목적으로 집단적 거부권을 행사하는 것은 허용되지 않으나, 특정한 사용자를 배제할 목적으로 집단적 거부권을 행사하는 것은 예외적으로 인정된다”고 보고 있다.<sup>172)</sup> 거부권의 행사를 정당성이 있는 경우로 제한하고자 하는 또 다른 이유로는 다른 근로자들의 이익이 침해되는 것을 막기 위한 것이다. 예를 들어 양도인이 거부권을 행사한 근로자를 모두 받아들임으로써 양도인의 사업장에 인원초과현상이 발생하여 경영상 이유에 의한 해고를 하여야 할 상황이 초래됨으로써 해고되지 않아도 될 근로자가 해고되는 결과가 발생할 수도 있을 것이기 때문이다.<sup>173)</sup>

169) 教授案(E-ArbVG 1992) 제133조제2항제2문; Schlachter, “Die Rechtsstellung des widersprechenden Arbeitnehmers bei Betriebsübergang”, NZA 1995, S. 705, 709.

170) Ingelfinger, “Widerspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang und Sozialauswahl bei anschließender betriebsbedingter Kündigung”, ZfA 1996, S. 597 ff.

171) BAG, AP Nr. 37 und 55 zu § 613a BGB.

172) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 168면 이하.

173) 이에 대하여 거부권을 제한없이 인정하고 거부권의 행사로 인하여 발생하는 경영상 이유에 의한 해고에 관한 문제는 해고에 관한 법리를 변용하여 해결하려는 견해(이승욱,



결론적으로 필자는 근로자의 거부권 행사는 ‘정당한 사유’가 있는 경우로 제한되어야 한다고 보고 있다. 집단적 거부권 행사의 정당성 문제도 거부권 행사의 ‘정당한 사유’의 존재유무에 따라 판단하면 될 것이다. 즉, 집단적 거부권 행사에 대하여 별도의 제한규정을 필요하지 않다고 보여진다.

#### 4. 거부권의 행사기간

##### (1) 의 의

사업양도시 고용이 승계되기 위하여 근로자의 동의가 필요한 지와 관련하여 어떠한 학설을 취하든, 근로관계의 이전에 대하여 근로자에게 거부권이 인정되어야 한다는 데에 학설은 의견이 일치하고 있다. 이러한 근로자의 거부권행사는 근로관계의 이전을 방해하게 되기 때문에 양수인의 입장에서는 사업운동을 위하여 가능한 한 빨리 근로자의 거부권 행사여부를 알고 싶어 할 것이다. 반면 근로자의 입장에서는 신중한 판단을 위한 충분한 시간적 여유를 가지고 싶어 할 것이다. 따라서 거부권의 행사기간에 대한 정책적 판단에 있어서는 이러한 양자의 입장이 적절하게 반영되어야 할뿐만 아니라, 다른 법규정들과도 일관성이 유지되도록 하여야 할 것이다. 아래에서는 이러한 거부권의 행사기간을 얼마로 하여야 할 것인지에 대하여 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

##### (2) 거부권행사의 제척기간

거부권의 행사기간은 일정한 기간으로 특정할 수도 있고, “적절한 기간 안에”와 같은 추상적 법개념을 사용하여 개별사안에 따라 달리 판단할 수 있도록 할 수도 있을 것이다. 독일 연방노동법원은 “적절한(angemessen) 기한 내에 거부권을 행사하지 않으면 동의한 것으로 본다”<sup>174)</sup>고 하여 후자

사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 155면)도 있으나 필자는 거부권의 행사를 ‘정당한 사유’가 있는 경우로 제한하고, 사업양도 이후에 발생하는 해고의 문제는 해고에 관한 일반원칙에 따라 해결되는 것이 바람직하다고 본다.

174) BAG, AP Nr. 10 zu § 613a BGB.

의 입장을 취하고 있다. 이는 거부권의 행사에 관한 명문의 규정을 갖고 있지 않은 독일의 경우 법관의 법형성을 통하여 거부권의 행사기간을 특정하는 것은 법관에 의한 법형성의 한계를 넘게 된다는 점<sup>175)</sup>을 고려한 것으로 해석론으로는 옳으나 입법론적으로는 올바른 대안이 아니라고 생각한다. 따라서 입법론적으로는 거부권의 행사기간을 추상적 법개념을 통하여 제한할 것이 아니라 1월 또는 3월과 같이 명확하게 규정하는 것이 법적 안정성을 위하여 바람직하다고 생각한다.

거부권의 행사기간을 특정하는 경우 그 기간을 얼마로 할 것이냐가 문제된다. 현재 우리 나라에서는 거부권의 행사기간에 대하여 “주택임대차보호법상 임차주택의 양수인과 사업양도에 있어서 사업의 양수인과의 유사성을 고려하여 주택임대차보호법 제9조 제3항을 유추”하여 1월로 하는 것이 바람직하다는 견해<sup>176)</sup>와 부당해고의 구제신청기간을 정한 해고의 구제신청기간(근로기준법 제33조 및 노동조합및노동관계조정법 제82조제2항)을 원용하여 3월로 하여 한다는 견해<sup>177)</sup>가 대립하고 있다. 독일에서는 고용계약의 즉시해지의 행사기간을 정한 독일 민법 제626조제2항을 유추하여 거부권의 행사기간을 2주로 하여야 한다는 주장<sup>178)</sup>과 부당해고의 구제신청기간을 정한 독일 해고제한법 제4조를 유추하여 거부권의 행사기간을 3주로 하여야 한다는 주장<sup>179)</sup>이 대립하고 있다.

필자는 후자의 입장이 타당하다고 본다. 왜냐하면 근로자가 거부권을 행사하게 되면 해당근로자와 양수인과의 근로관계는 양수인의 의사와는 무관

---

175) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978 참조.

176) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 160면.

177) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 251면; 유성재, “고용계약 규정의 개정”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 70면.

178) Gaul, Der Betriebsübergang, S. 201; Pottmeyer, “Praktische Probleme im Zusammenhang mit dem Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsinhaberwechsel(§ 613a BGB)”, ZfA 1989, S. 239, 256 .

179) Birk, Anm. zu BAG, AP Nr. 10 § 613a BGB; Borngräber, Arbeitsverhältnis bei Betriebsübergang 1977, S. 121. 독일 연방노동법원은 거부권의 행사기간에 대하여 해고제한법 제4조를 유추하는 것에 반대하고 있다. 이에 대하여는 BAG, AP Nr. 40 zu § 613a BGB 참조.

하게 소멸하기 때문에, 근로자의 거부권행사를 무제한적으로 인정한다는 것은 양수인에게 이러한 불확실한 법률관계를 무한정 강요하고 근로자가 이러한 권리를 남용할 위험성이 있다는 점에서 바람직하지 않기 때문이다. 이러한 상황은 해고가 무효라고 하여도 이에 대한 구제신청을 무제한 인정할 경우 사용자에게 불확실한 법률관계를 지나치게 강요하는 결과를 낳을 수 있을 뿐만 아니라, 근로자가 이를 남용할 위험성이 있다는 점에서 유사하다. 따라서 거부권의 행사기간을 부당해고의 구제신청기간을 제한하고 있는 노동조합및노동관계조정법 제82조제2항과 일치시키는 것이 바람직하다고 본다.

### (3) 제척기간의 기산점

거부권의 행사기간은 근로관계의 이전으로부터 개시된다. 일부에서는 “근로자는 사업양도의 구체적인 진행과정을 알지 못하거나 또는 사업양도에 있어서는 여러 가지 법률행위가 체결되기 때문에 정확한 시점을 알 수 없는 점을 고려하면 근로자의 거부권 행사 기간은 근로자가 사업양도에 대하여 알았던 때를 기준으로 개시”된다고 보고 있다.<sup>180)</sup> 그러나 이러한 견해는 사용자가 근로자의 사업양도에 대한 인식시점을 확인하기 어려울 뿐만 아니라 같은 사업장에 있어서도 근로자에 따라 인식의 시점이 달라지는 문제점이 있어 찬성할 수 없다. 또한 근로자는 사업양도가 있다는 사실만을 기초로 근로관계의 유지여부를 결정하는 것은 어렵다고 본다. 근로자의 입장에서 근로관계의 이전이 있어야 양수인과의 근로관계의 유지여부를 판단할 수 있는 구체적인 정보를 확보할 수 있을 것이다. 근로관계가 이전되는 시점은 사업양도에 관한 모든 절차가 종료한 때가 기준이 될 것이다. 이는 노동조합및노동관계조정법 제82조제2항이 “계속하는 행위는 그 종료일”로 정하고 있는 규정의 취지에 부합한다 할 것이다.

양도인과 양수인은 고용관계가 이전되기 전이라도 양도인이나 양수인이 근로자에 대하여 거부권행사의 여부를 물을 수 있도록 하여야 할 것이며, 이 경우도 기간의 특정이 없으면 3월 안에 이를 통보하도록 하여야 할 것이다.

180) 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 160면.

## 5. 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의3 【근로자의 거부권】 ②근로자는 정당한 사유가 있는 경우 전항의 규정에 의한 근로관계의 이전에 대하여 거부권을 행사할 수 있다. 근로자는 거부권을 고용관계의 이전으로부터 3월 이내에 행사하여야 한다. 사업양도 전에 양도인 또는 양수인이 거부권의 행사여부에 대한 통보를 요구하면 근로자는 그로부터 3월 이내에 거부권을 행사하여야 한다.

### 제 3 절 사용자의 통지의무

#### 1. 법개정의 필요성

기업에서 사용자와 근로자의 인적 결합관계가 점점 희석되는 것은 사실이지만, 사업양도는 근로자의 근로조건의 변화와 밀접한 관련이 있다고 보여진다. 사업양도에 대한 결정은 사용자의 경영권에 속하는 사항으로 이는 양도인과 양수인의 자유의사에 따라 결정될 사항이다. 그러나 사업양도가 미칠 근로조건의 변화를 고려한다면 사용자는 근로자에게 사업양도에 관한 정보를 제공하여야 할 신의칙상의 의무가 있다고 보여진다. 현행 근로자참여및협력증진에관한법률은 이러한 점을 고려하여 동법 제21조제1호에서 ‘경영계획 전반’에 대하여 3개월마다 개최되는 노사협의회의 정기회의에 보고하도록 하고 있다. 그러나 이러한 근로자참여및협력증진에관한법률(동법 시행령 제2조제1항)은 상시 30이상의 근로자를 사용하는 사업장에 적용된다. 따라서 상시 30인 미만의 근로자를 사용하는 사업장의 경우 사용자는 사업양도에 대한 정보를 제공해야할 의무가 없다. 그러나 사업양도와 관련하여 근로자가 올바른 판단을 하기 위해서는 사업양도와 관련된 정보가 필수적이다. 따라서 근로자의 이러한 권리를 보호하기 위하여 양도인의 정보 제공의무에 관한 조항을 신설할 필요가 있다고 본다.<sup>181)</sup>

181) 同旨: 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 52면 이하; 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 274면.

## 2. 법개정의 방향

정보제공의 대상은 해당 사업장에 노동조합이 있는 경우에는 노동조합, 노동조합이 없는 경우에는 노사협의회, 노사협의회도 없는 경우에는 근로자 개인에게 사업이 양도되기 3월 전까지 통보하도록 하여야 할 것이다. 3월의 기간을 준수하기 힘든 부득이한 사정이 있는 경우에는 사용자는 가능한 한 빠른 시일 안에 이를 당사자에게 통보하도록 하여야 할 것이다. 통보하여야 할 내용으로는 사업양도의 사유, 사업양도로 발생할 수 있는 근로조건 변화에 대한 정보가 포함되어야 할 것이다.

## 3. 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의4 【양도인의 통지의무】 ①사업을 양도한 사용자는 사업이 양도되기 3월 전까지 해당 사업장에 노동조합이 구성되어 있는 경우에는 노동조합에, 노동조합이 구성되어 있지 않는 경우에는 노사협의회에, 노사협의회가 구성되어 있지 않는 경우에는 개별 근로자에게 사업양도에 관한 정보를 제공하여야 한다. 다만, 기간을 준수할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 사용자가 근로자에게 제공하여야 할 정보에는 양도의 사유, 사업양도로 발생할 수 있는 근로조건 변화에 대한 정보가 포함되어야 한다.

## 제 4 절 근로관계로 인한 채무의 귀속

### 1. 문제제기

사업양도의 경우 양도인의 사업과 관련된 채권에 대한 책임에 대해서는 원칙적으로 상법 제42조 내지 제45조의 규정을 적용할 수 있을 것이다. 이들 규정에 의하며 양도인과 양수인은 사업양도 이전에 발생한 채무에 대하여 연대하여 책임을 지게 된다. 따라서 양도인이 지불하지 아니한 체불 임금이나 퇴직금에 대하여도 양수인이 연대하여 책임을 져야할 것이다.<sup>182)</sup>

182) 同旨: 임종률, 노동법, 1998, 467면. 이에 반하여 체불임금에 대해서는 양도인과 양수인의 연대책임을 인정하면서도 퇴직금에 대해서는 연대책임을 인정하지 않는 견해도 있다(김형배, 노동법, 2000, 415면).

그러나 노동법상의 사업양도와 상법상의 영업양도의 범위가 일치하는 것이 아니어서 노동법상의 사업양도의 요건은 갖추고 있으나 상법상의 영업양도의 요건을 갖추지 못한 경우에는 위 규정에 의한 보호를 받을 수 없게 될 것이다.

또한 노동법상의 사업양도의 경우 근로관계가 이전됨에 따라 채권의 발생원인은 양도인과의 근로관계에서 발생하였음에도 불구하고 그 이행기가 사업양도 후에 발생하는 채권이 있을 수 있다. 퇴직금이 이러한 채권의 대표적인 예가 될 것이다. 과연 이러한 채권에 대하여 양도인과 양수인의 책임관계는 어떠하여야 할 것인지도 문제된다.

나아가 사업양도가 파산 또는 폐업을 위한 절차가 개시된 후에 이루어지게 되면 이러한 문제는 노동법상의 문제로 국한되지 않고 파산법상의 문제와 관련되게 된다. 즉, 파산절차가 개시된 후에 발생한 사업양도에 대하여 노동법의 일반원칙을 적용할 경우 파산법상의 일반원칙인 파산채권자 평등변제의 원칙(파산법 제31조)에 반하는 결과가 도출될 위험이 있게 된다. 왜냐하면 양도인으로부터 퇴직금을 받기 힘든 근로자의 근로관계가 양수인에게 이전되게 되면 해당 근로자는 양수인으로부터 퇴직금을 전액 지불 받을 수 있게 된다. 이 경우 양수인은 이로 인하여 증가한 자신의 부담만큼 사업매수의 가격을 낮게 책정할 것이다. 이 경우 근로자는 근로관계의 승계로 인하여 자신의 채권을 전부 변제 받을 수 있는데 반하여, 다른 파산채권자는 그 만큼 자신의 지분이 적어지게 된다. 따라서 파산절차가 개시된 후 사업양도가 이루어진 경우 양자의 이익을 균형 있게 조율할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 아래에서는 위에서 언급한 문제들에 대하여 입법론적 관점에서 살펴보기로 한다.

## 2. 외국의 입법례

### (1) 유럽연합

유럽연합 입법지침 제3조제1항제2문은 “회원국은 사업양도 이전에 성립거나 사업양도시 성립한 근로관계로 인한 채권에 대하여 양도인과 양수인이 사업양도후 연대책임을 지도록 할 수 있다”고 정하고 있다. 나아가 유럽

입법지침 제3조제2항은 “회원국은 본조에 의하여 이전되는 모든 권리·의무에 대해 양도인이 양수인에 대해 고지하는 것을 확보하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있”도록 하고 있다. 그러나 동 규정은 또한 “양도인이 위의 권리·의무에 대한 고지를 해태 하여도 당해 권리·의무의 이전 및 당해 권리·의무에 기초해 근로자가 양수인과 양도인에 대한 권리는 영향을 받지 않는다”고 정하고 있다. 이는 양도인과 양수인이 담합하여 근로자의 권리를 침해할 위험성을 방지하기 위한 규정으로 이해된다.

한편 유럽연합 입법지침 제4a조는 “회원국이 별도의 규정을 하지 않는 한 제3조 및 제4조는 양도인 사업의 청산을 목적으로 설치된 관할 공적기관(관할기관의 수권에 의한 관재인을 포함한다)의 감독 하에 이루어지는 파산절차 또는 이와 유사한 파산절차의 적용을 양도인이 받고 있는 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전에 대하여 적용하지 아니한다”고 정하고 있다. 따라서 입법지침은 파산절차가 개시된 후에 이루어진 사업양도라고 하더라도 공적기관의 감독을 받고 있지 않은 경우에 대하여는 입법지침 제3조와 제4조가 계속 적용되지만, 파산절차가 공적기관의 감독하에 들어간 후에 이루어진 사업양도의 경우에는 입법지침 제3조와 제4조가 적용되지 않는다.

## (2) 독일

독일 민법 제613a조제1항은 “사업 또는 사업의 일부가 법률행위에 의하여 다른 소유자에게 이전된 경우, 양수인은 이전시에 해당 사업장에 성립된 고용관계로부터 발생하는 권리와 의무를 승계한다”고 함으로써 사업양도 전에 성립한 근로관계로 인한 채무에 대한 양수인의 책임을 인정하고 있다. 양도인은 역시 근로계약에 근거한 책임을 지게 된다. 따라서 양도인과 양수인은 이러한 채무에 대하여 부진정연대채무관계에 있게 된다. 또한 독일 민법 제613a조제2항은 “사업양도 전에 성립되고 사업양도 후 1년 이내에 이행기가 도래하는 제1문의 규정에 의한 채무에 대하여 양도인은 양수인과 함께 연대채무자로서 책임을 진다. 위의 채무가 사업양도 이후에 이

행기에 도래한 경우, 양도인은 산정기간 가운데 사업양도 당시 이미 완성된 채무에 해당하는 범위에서만 책임이 있다”고 하고 있다.

### (3) 프랑스

프랑스의 경우에는 청산절차기 개시된 후 이루어진 사업양도의 경우에는 양수인이 양도인의 임금채권에 대하여 책임을 지지 않는다고 하고 있다(프랑스 노동법 L. 122-12-1).<sup>183)</sup>

## 3. 입법방향

사업양도시 양수인은 양도인이 부담하는 모든 권리와 의무를 포괄적으로 승계하기 때문에 사업양도전에 성립된 채권에 대하여도 책임이 있다 할 것이다. 물론 관계 당사자들 사이의 합의가 없는 한, 양도인은 근로자에 대하여 근로계약에 근거한 책임을 사업양도를 이유로 면할 수 없을 것이다. 이러한 내용은 법률관계의 명확성을 위하여 명문으로 규정함이 바람직 할 것이다. 또한 퇴직금과 같이 사업양도 이전에 근로관계로 인하여 성립되었으나 그 이행기가 사업양도 이후에 도래한 채무에 대한 연대책임에 규정도 필요하다고 보여진다. 이러한 근로자의 권리는 양도인이나 양수인의 고지 의무위반과 같은 행위에 의하여 영향을 받아서는 안될 것이다. 따라서 이러한 내용을 확인하는 규정도 필요하다고 보여진다.

다음으로 이러한 일반원칙을 파산절차가 개시된 후에도 그대로 적용할 것인가가 문제된다. 이는 앞에서 언급한 바와 같이 근로자보호라는 측면과 함께 파산채권자의 보호가 동시에 고려되어야 할 것이다. 따라서 파산과 관련된 예외규정의 필요성은 인정되나 그 적용시점을 파산의 경우에는 법원에 의한 파산선고가 있는 후로, 기업정리의 경우에는 법원의 이에 관한 결정이 있는 후로 제한하는 것이 옳다고 본다. 또 다른 기업정리제도의 하나인 화의의 경우에는 당사자의 자유가 파산이나 기업정리의 경우에 비하여 폭넓게 인정되고 있어 예외를 인정할 수 없다고 본다. 왜냐하면 이러한

183) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 212면에서 재인용.



경우까지 예외를 인정할 경우 이러한 제도를 남용하여 근로자의 권리를 침해할 위험이 있기 때문이다.

#### 4. 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

**제30조의3 【근로관계의 이전 등】** ①제30조의2의 사업양도가 있으면 사업양도 시 존재하는 근로관계와 근로관계로 인한 권리·의무는 양수인에게 승계된다. 고용관계가 이전되기 전에 성립하고, 고용관계가 이전된 후 1년이 경과하기 전에 이행기에 도달한 채무에 대하여 양도인과 양수인은 연대책임을 진다. 그러나 사업양도가 해당 사업에 대한 법원의 파산선고나 정리절차개시의 결정 후에 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.

**제30조의4 【양도인의 통지의무 등】** ②사업을 양도하는 자는 제30조의3에 의하여 이전되는 권리·의무의 내용과 범위에 대하여 양수인에게 고지하여야 한다. 양수인은 양도인의 고지의무해태를 이유로 근로자에게 항변할 수 없다.

## 제 4 장 고용승계와 당사자의 권리·의무

## 제 5 장 고용승계 후의 근로조건

## 제 1 절 의 의

지금까지는 사업양도시 자동적으로 고용이 승계되는 가에 대하여, 즉 당사자의 합의가 없이도 일정한 경우 근로계약이 양도인에게서 양수인에게 승계되느냐의 문제에 대하여 살펴보았다. 그러나 사업양도로 근로관계가 승계된다고 하여, 이것이 곧 근로조건을 결정하는 단체협약, 취업규칙, 노사협정 역시 근로계약과 함께 자동적으로 양수인에게로 이전된다고 볼 수는 없다. 물론 당사자간의 합의가 있다면 근로조건을 결정하는 이러한 요소들의 효력은 계속 유지될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 합의가 없는 경우 단체협약, 취업규칙 또는 노사협정의 효력이 사업양도와 함께 자동적으로 승계된다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 근로계약이 이전한다고 하여 이와 동시에 노동조합의 지위가 그대로 승계될 수는 없으며, 단체협약은 노동조합과 사용자 사이의 합의라는 점에서 이러한 합의에 참여하지 않았던 양수인에게 아무런 법적 근거도 없이 단체협약의 효력을 강요할 수는 없기 때문이다.

그러나 고용승계를 인정하면서도 사업양도로 인한 근로조건악화를 무제한 인정할 경우 고용승계는 무의미해 질 것이다. 따라서 노동법의 특징을 고려함이 없이 형식논리에 의하여 근로조건을 결정하고 있었던 단체협약, 취업규칙, 노사협정의 승계를 무작정 부정만 할 수도 없다. 이러한 관점에서 아래에서는 먼저 단체협약, 취업규칙, 노사협정이 사업양도후에도 계속 효력이 유지된다고 볼 수 있을 것인지에 대한 학설과 판례를 해석론적 관점에서 분석해 보기로 한다. 그리고 이러한 해석론적 해결방법에 한계가 있을 경우에는 입법론적 관점에서 지금까지 학계에서 법개정과 관련되어 주장되었던 내용과 외국의 입법례를 비교·분석하여 문제해결을 위한 대안을 제시해 보기로 한다.

## 제 2 절 고용승계와 노동조합의 지위

### 1. 현행법상의 문제점

사업양도와 관련된 노동법적 문제에 대한 논의가 주로 개별적 노사관계, 특히 양수인의 고용승계의 인정여부를 중심으로 이루어짐으로써 아직 사업양도시 발생하는 집단적 노사관계에 관한 문제에 대해서는 아직까지 충분한 연구가 축적되어 있지 못하다.<sup>184)</sup> 사업양도시 발생할 수 있는 집단적 노사관계에 관한 문제로는 이미 앞에서 언급한 사업양도후의 단체협약의 효력에 관한 것과 사업양도후 노동조합의 지위에 관한 것을 들 수 있다. 아래에서는 사업양도로 인한 노동조합의 지위에 관한 문제를 중심으로 특히 사업양도시 기업별 노동조합의 지위에 대하여 살펴보기로 한다. 왜냐하면 사업양도로 인한 노동조합의 지위에 관한 문제는 주로 산업별 노동조합에서 보다 기업별 노동조합에서 발생하게 될 것이기 때문이다.

우리 현행법은 사업양도시 노동조합의 지위에 대하여 아무런 특별규정을 가지고 있지 않다. 단지 노동조합및노동관계조정법 제6조제3항이 “법인인 노동조합에 대하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법중 사단법인에 관한 규정을 적용한다”고 하고 있을 뿐이다. 법인으로 등록하지 아니한 노동조합의 경우에는 민법의 ‘권리능력 없는 사단’에 관한 법리가 적용되게 될 것이다.<sup>185)</sup> 따라서 노동관계법에 특별규정이 없으면 사업양도와 관련된 노동조합의 지위에 관한 문제는 민법의 사단에 관한 규정의 적용을 받게 된다. 노동조합은 민법상 법인 또는 권리능력 없는 사단으로 집단적 노사관계의 상대방인 사용자와 관계에 상관없이 하나의 독자적인 법적 능력을 가진 독립된 법적 주체이다. 그리고 이러한 노동조합의 독립성의 근거는 자신의 조합원에 있다. 한편 노동조합은 조합원의 자격을 제한하고 있으며, 이러한 자격요건을 갖추지 못한 자는 조합원의 자격을 상실하게 된다.

184) 이에 대하여는 박종희·김소영, 기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제, 한국노동연구원, 2000년 참조.

185) 권리능력 없는 사단에 대하여도 사단법인에 관한 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정이 원칙적으로 유추적용 되어야 한다고 보는 것이 현재의 통설과 판례의 입장이다. 이에 대하여는 徐敏, 註解 民法總則(上), 1994, 327면 이하 참조.

노동조합이 사업양도로 인하여 조합원을 상실하는 상황을 예방하기 위해서는 사업양도가 있기 전에 노동조합이 노동조합의 규약을 변경하여야 할 것이다.<sup>186)</sup> 만약 노동조합이 사업양도 시점까지 이러한 조치를 취하지 않았다면 먼저 사업양도시 포괄승계의 대상에 노동조합이 포함될 것인 지의 여부가 문제된다. 노동조합의 지위가 사업양도시 포괄적으로 이전될 수 있다면 사업양도로 인한 집단적 노사관계의 문제는 비교적 쉽게 해결될 수 있을 것이다. 그러나 사업양도로 인한 포괄승계의 대상에 노동조합이 포함되지 않는다고 본다면 조합원들은 사업양도로 조합원의 자격을 상실하게 될 것이고, 결국 해당 노동조합은 ‘사원 없는 사단’이 되게 될 것이다. 물론 이러한 ‘사원 없는 사단’은 사원이 없다는 사실 자체로 즉시 소멸되지 않는다. 조합원의 상실은 사단의 해산사유에 해당할 뿐이기 때문에 노동조합은 조합원의 상실로 즉시 소멸되는 것이 아니라 청산절차를 마침으로서 비로소 소멸하게 된다. 사업양도와 관련하여 ‘사원 없는 사단’의 법적 지위가 문제되는 것은 청산절차에 들어간 이러한 ‘사원 없는 사단’으로서의 노동조합이 청산과정에서 근로관계가 이전된 근로자들을 새로운 조합원으로 충원함으로써 회생할 수 있을 것인가가 문제될 것이다.

## 2. 판례

### (1) 판례의 입장

우리 나라는 아직 사업양도와 노동조합의 지위에 관한 문제에 대하여 아직 충분한 판례가 축적하고 있지 못하다. 사업양도시 노동조합의 지위에 대한 법원의 입장을 가장 명확히 밝히고 있는 최근의 판결로는 ‘한국오르본전장 주식회사 사건’<sup>187)</sup>을 들 수 있다. 이 사건은 노동조합이 양도인과 체

186) 노동조합이 조합규약을 변경하여 조합원의 상실없이 양수인의 사업장에 계속하여 존속하는 경우 2001년 12월 31일까지 하나의 사업장에 복수의 노조를 설립할 수 없다는 노동조합및노동관계조정법 부칙 제5조제1항의 위반문제가 제기될 수 있다. 이러한 경우에는 조직대상을 같이하는 노동조합에 해당하지 않는다고 해석하여 할 것이다. 同旨: 임종률, 노동법, 1998, 468면 이하.

187) 서울지판 1998. 11. 24, 98가단28156. 판결전문은 노동법률, 1999년 2월호, 106면 이하 참조.

결한 단체협약에 의하여 사용하고 있던 노동조합의 사무실을 사업양도 후에도 계속하여 사용할 수 있을 것인지가 문제된 사안이다. 본 사안에서는 사업양도 후 단체협약의 효력문제와 함께 해당 노동조합이 사업양도 후에도 계속하여 존속하고 있는 것으로 볼 수 있을 것인지가 문제되었다. 사업양도시 노동조합의 지위와 관련하여 법원은 “영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수인에게 승계되므로, 근로자에 대한 관계에 있어서 영업양도는 합병과 같이 영업주체의 변경에 해당하는데, 근로관계는 영업양도에 따라 승계되는 객체일 뿐 근로자가 영업양도에 관여할 수 없는 점 등을 고려하면 양수인에게 승계되는 근로관계는 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계뿐만 아니라 양도인과의 관계에서 형성된 집단적 노사관계도 포함되고, 이미 설립된 노동조합은 영업양도에 의하여 그 존립에 영향을 받지 않고 양수인 사업장의 노동조합으로 존속한다고 봄이 상당하다”고 하고 있다. 즉, 판례는 사업양도가 있으면 양도인의 사업장에 존속하는 노동조합은 조합원의 근로관계와 함께 당연히 이전되어 존속하게 된다는 것이다.

## (2) 판례의 검토

사업양도가 있으면 양도인의 사업장에 존속하는 노동조합은 조합원의 근로관계와 함께 당연히 이전되어 존속하게 된다는 판례의 견해에 대하여 사업양도의 특수성만을 고려한 나머지 노동조합의 법적 성질을 충분히 반영하지 못하고 있다는 비판이 제기되고 있다. 왜냐하면 노동조합은 법인 또는 권리능력 없는 사단으로 집단적 노사관계의 상대방인 사용자와 관계에 상관없이 하나의 독자적인 법적 능력을 가진 독립된 법적 주체로서 사업양도가 있다고 하여 사업과 함께 포괄적 승계의 대상이 될 수 없기 때문이다. 즉, 노동조합이 사업양도전에 조직대상에 대한 규약을 변경하는 등의 조치를 취하지 않는 한 사업양도의 효과로 노동조합의 지위가 자동적으로 양수인의 사업장에 이전되는 것으로 볼 수 없다.<sup>188)</sup>

188) 同旨: 박중희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률 1999년 2월 14면 이하; 박중희, “기업의 구조조정과 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 판단문제”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 197면 이하; 하경효, “영업양도에 따른 노조의 존속과 협약승계 문제”, 경영계, 1999년 3월호, 64면 이하 참조.

### 3. 법개정의 방향

위에서 언급한 바와 같이 노동조합이 사업양도전에 조직대상에 대한 규약을 변경하는 등의 조치를 취하지 않는 한 사업양도의 효과로 노동조합의 지위가 자동적으로 양수인의 사업장에 이전되는 것으로 볼 수 없다. 이 경우 노동조합은 사업양도로 '사원 없는 사단'으로 청산절차에 들어가게 될 것이다. 그러나 사업양도로 근로관계가 이전된 근로자들이 자신들의 이익을 대변해 줄 수 있는 노동조합을 필요로 한다면, 이들은 새로운 노동조합을 설립하는 것보다 기존의 노동조합을 회생시키려 할 것이다. 이는 결국 청산절차에 들어간 사원 없는 사단이 새로운 사원을 받아들여 다시 사단으로 회생할 수 있을 것인가의 문제로 귀착될 것이다. 법리적으로 본다면 이미 청산절차에 들어간 사원 없는 사단의 청산인은 사단의 청산업무만을 수행할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 사업양도 후 사원 없는 사단으로서의 노동조합이 새로운 조합원을 영입함으로써 다시 회생할 수 있다고 보는 것은 무리이다.<sup>189)</sup>

따라서 사업양도시 노동조합의 지위와 관련된 문제를 체계적이고 합리적으로 해결하기 위해서는 입법적 보완조치가 따라야 할 것으로 보여진다. 새로운 입법방향은 사업양도 시까지 노동조합이 조합규약을 변경하는 등의 조치를 취하지 않아도 노동조합의 지위는 사업양도와 함께 양수인의 사업장에 포괄적으로 승계 되도록 하여야 할 것이다. 이러한 개정법의 내용은 법체계상 노동조합및노동관계조정법에 위치하는 것이 바람직 하다고 본다. 구체적으로는 동법 제28조 다음에 제28조의2로 새로운 조항을 신설하는 것이 바람직 할 것이다.

189) 반대의견: 박중희, "기업변동에 따른 노동조합의 지위 및 단체협약 당사자적격에 관한 고찰", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 215면 이하.

#### 4. 개정시안

노동조합및노동관계조정법 제28조 다음에 다음을 신설한다.  
제28조의2 【사업양도와 노동조합의 지위】 노동조합은 조합원의 이의가 없는 한 사업양도에 의하여 양수인의 사업장에 포괄적으로 승계된다.

### 제 3 절 고용승계와 단체협약의 효력

#### 1. 의 의

사업양도의 경우 노동조합의 지위는 물론 단체협약의 효력은 당연히 · 자동적으로 양수인에게 승계되지 않는다. 왜냐하면 근로자와 노동조합의 별개의 권리 · 의무의 주체이며, 사업양도에 있어서 고용승계의 문제와 집단적 노사관계에 적용되는 법적관계는 구별되어지기 때문이다. 그러나 사업양도시 단체협약의 승계를 전면적으로 부정한다면 노동조합의 활동을 통하여 확보한 근로조건이 근로자측의 의사와 관계없이 일방적으로 악화될 위험이 있다는 점에서 문제가 있다. 아래에서는 먼저 현행법의 해석과 관련하여 사업양도시 단체협약의 효력에 대한 판례, 학설을 살펴보고, 이어 입법론적 입장에서 외국의 입법례를 비교 분석해 보기로 한다.

#### 2. 학 설

##### (1) 승계긍정설

승계긍정설의 첫 번째 견해는 사업의 양도가 있으면 고용이 승계된 근로자에게 적용되던 단체협약도 당연히 승계한다고 보고 있다. 근로계약의 승계와 집단적 노사관계의 승계를 동일시하거나 전자가 후자의 근거가 되는 것으로 보는 견해이다. 이 견해에 의하면 “협약당사자의 쌍방 또는 일방의 법적 지위가 변경되거나 소멸한 경우에 단체협약은 종료된다. 그러나 형식적으로 당사자 일방의 주체만이 변경되고 그 실체는 그대로 존속하는 경우에 단체협약은 종료되지 않는다. 즉 노사관계의 형식적인 주체의 변경이



있더라도 그 실질적 동일성이 유지되고 있는 한 단체협약은 여전히 효력을 가진다”고 하고 있다. 왜냐하면 “영업양도로 인하여 기업의 실질적 동일성이 상실되지 않는 것과 마찬가지로 단체협약의 전제가 되는 노사관계의 기초도 그대로 존속하고 있는 것으로 보아야 하기 때문”이라고 한다.<sup>190)</sup> 이 견해에 의할 경우 단체협약의 규범적 부분뿐만 아니라 채권적 부분까지도 사업양도와 함께 양수인에게 승계되게 된다.<sup>191)</sup> 한편 단체협약이 고용승계와 함께 당연히 승계되는 이유로 “양수회사로서는 양도회사의 단체협약을 고려하여 양수 여부를 결정할 수 있는 계기가 있지만 양도회사의 근로자로서는 영업양도 과정에 관여할 기회가 없으므로 사용자간의 일방적인 행위에 의하여 단체협약을 통하여 보장받고 있던 근로자의 지위를 저하시키는 것이 부당하다는 점”<sup>192)</sup>을 들기도 한다.

승계긍정설의 두 번째 견해로는 원칙승계설이 있다. 이 견해는 “영업양도의 경우에도 양도 당사자 사이에 별도의 의사표시가 없고, 대부분의 근로자가 이의없이 계속 근로를 하고 있는 때에는 종래의 단체협약도 승계되어 그대로 효력을 가진다”<sup>193)</sup>고 하여 사업양도시의 고용승계에 대한 원칙승계설의 법리를 단체협약의 효력에 원용하고 있다. 이러한 견해에 대하여 협약승계에 대한 동의권자는 “대부분의 근로자”가 아니라 노동조합이며,<sup>194)</sup> 노동조합의 실체는 조합이 아닌 사단이며 사단의 본질은 구성원의 변동과 관계없이 독자적 인 주체로서 존립한다는 점을 간과하고 있다는 비판도 주장되고 있다.<sup>195)</sup>

승계긍정설의 세 번째 견해는 승계긍정설에 원칙적으로 찬동하면서도 “단체협약의 효력이 양수회사에서도 인정되는 이유는 양도회사의 단체협약이

190) 김유성, 노동법 II - 집단적 노사관계 -, 1998, 201면 이하. 同旨: 임종률, 노동법, 1999, 149면 이하 및 469면.

191) 김유성, 앞의 책(註 190), 202면 註 105.

192) 김홍준, “기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고”, 노동법연구 제4호, 서울대학교 노동법연구회, 1994, 47면.

193) 이병태, 최신 노동법, 1999, 281면.

194) 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 166면.

195) 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률(1999년 2월호), 16면.

소멸하지 아니하고 그대로 존속하기 때문이 아니라, 양도회사와 노동조합간의 단체협약상의 권리·의무관계를 양수회사가 포괄적으로 승계하기 때문”이라고 보고 있다.<sup>196)</sup> 이와 유사한 견해로 “영업양수인은 영업양도인과 근로자 사이에 형성된 종전의 개별 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등을 통하여 정하여진 근로조건에 따라 임금을 지급하고, 근로시간을 정하는 등 사용자로서의 의무를 이행하여야 하고, 근로자도 종전과 동일한 내용의 근로관계상의 의무를 영업양수인에 대하여 부담”하여야 한다는 견해도 있다.<sup>197)</sup>

## (2) 절충설

이에 반하여 절충설은 단체협약 자체는 원칙적으로 승계되지 않는다. 그러나 단체협약의 내용은 실질적으로 유지되어 진다고 주장한다. 그러나 단체협약의 내용이 어떻게 그 효력을 유지하게 되는 지에 대하여는 학설이 나뉘어져 있다.

절충설의 첫 번째 견해는 단체협약의 자동적 효력으로부터 단체협약의 내용이 승계된다고 보고 있다.<sup>198)</sup> 이 견해에 의하면 단체협약의 강행적·직접적 효력으로부터 단체협약의 자동적 효력이 인정되게 되고,<sup>199)</sup> 이러한 단체협약의 자동적 효력에 의하여 단체협약의 내용은 근로계약의 내용이 되어 양수인에게 승계된다는 입장에서 “양도된 회사의 단체협약의 규범적 부분은 승계된 근로자들의 근로관계의 내용으로 化體되어 있는 것으로 해석되어 지므로, 영업양도시 협약에 의해 규율되었던 근로조건은 그대로 승계된다고 할 수 있다. 여기서 化體된 근로관계의 내용은 승계된 근로자들과 양수인 사이에 기존 단체협약내용의 준수합의가 없는 한, 개별적 계약 당사자에 의하여 자유로이 변경될 수 있는 것”<sup>200)</sup>으로 보고 있다. 또한 이

196) 이상윤, 노동법, 1997, 478면.

197) 이용구, “영업양도와 근로관계”. 노동법연구 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997, 139면.

198) 김형배, 노동법, 2000, 415면. 同旨: 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『민사재판의 제문제 제8권: 우당박우동선생화갑기념』, 1994, 1058; 김영훈, “근로관계의 이전”, 『재판자료 제40집(근로관계소송상의 제문제-하권)』, 1987, 711면.

199) 김형배, 노동법, 2000, 614면 이하.

200) 김형배, 노동법, 2000, 418면 이하.

견해에 의하면 단체협약의 규범적 부분만이 근로관계의 내용이 되어 효력이 유지될 수 있고, 채권적 부분은 자동적 효력이 인정되지 않기 때문에 사업양도와 함께 효력이 상실되게 된다.<sup>201)</sup>

이와 유사한 절충설의 두 번째 견해는 “영업양도와 함께 근로관계가 이전되는 경우 양도 당시의 근로조건을 지닌 채로 근로관계가 양수인에게 이전되는 것으로 판단”하고 있다.<sup>202)</sup> 이 견해는 사업양도시 단체협약의 자동적 효력을 인정하지 않는다는 점에서 첫 번째 견해와 구별되어진다. 이 견해는 협약규범의 내용이 근로관계의 내용으로 된다는 것을 “근로계약의 내용으로 되었다는 것이 아니라 다른 협약규범에 의해 대체될 때까지 근로조건을 기준으로 근로관계를 규율한다는 의미로 해석”하고 있다. 이 견해는 이러한 해석을 통해 자동적 효력을 인정할 경우 사업양도후 새롭게 체결된 단체협약은 근로자에게 유리한 한도내에서만 효력이 발생하는 문제점을 해결하고자 하였다.

절충설의 세 번째 견해는 “입법적 보완조치가 갖추어져 있지 아니한 현재의 상황에서는 노동조합및노동관계조정법 제32조 제3항의 여유효규정을 유추적용으로 기존 단체협약의 잠정적 효력을 인정하고, 그 기간동안 노동조합은 양수인에 대한 단체교섭 당사자의 적격을 갖추어서 새로운 단체교섭을 요구함으로써 집단적 규율을 계속 이어나갈 수 있는 것으로 해석함이 상당하다”<sup>203)</sup>고 보고 있다. 현행 노동조합및노동관계조정법 제32조제3항은 “단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 종전의 단체협약은 그 효력만료일부터 3월까지 계속 효력”을 가지도록 하고 있다. 이 조항은 단체협약을 유효하게 체결한 당사자들 사이에 적용될 수

201) 김형배, 노동법, 2000, 417면.

202) 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 177면; 하경효, “영업양도와 고용승계”, 한국경영사총협회 정책토론회(1997년 10월 1일) 자료 『기업의 인수합병과 고용조정』, 45면 이하.

203) 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률(1992년 2월호), 17면.

있는 규정이기 때문에 협약당사자가 아닌 제3자인 양수인에 대하여 원칙적으로 적용될 수 없다. 그러나 동 규정이 단체협약의 공백으로 인한 혼란을 막기 위한 규정이라는 점을 고려한다면 사업양도로 인한 단체협약의 공백의 경우에도 적용되어야 할 것이라는 주장이다.

### (3) 승계부정설

승계부정설은 단체협약의 자동적 효력을 부정하는 입장에서 단체협약의 내용은 근로계약의 내용이 될 수 없음을 전제로 양수인과 근로자 사이의 별도의 합의가 없는 한 단체협약의 효력은 소멸된다는 견해이다. 이는 이론적으로 충분히 가능한 생각이지만 이는 지나치게 형식논리에 치우친 나머지 노동법의 특성을 반영하지 못하는 문제점이 있을 수 있다. 우리 나라에서 이러한 입장에서 이론을 전개한 학설은 아직 확인되지 않고 있다.

### (4) 사 견

해석론적인 입장에서 필자는 단체협약의 여후효규정(노동조합및노동관계조정법 제32조제3항)에 의하여 단체협약의 효력을 인정하는 절충설의 세 번째 견해에 따른다.

## 3. 판 례

### (1) 판례의 견해

대법원은 양도회사의 지방공장을 사업양도의 형식으로 인수한 양수회사가 고용이 승계된 근로자들의 소속변경을 위한 인사발령을 마친 상태에서 양도회사 노동조합의 서울본부에서 근무하던 근로자에게 사업장에 복귀하도록 지시하였음에도 불구하고 사업장에 복귀하지 아니한 근로자의 해고에 관한 사건에서 “일반적으로 근로자를 그대로 승계하는 영업양도의 경우에 있어서도 특별한 사정이 없는 한 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것이라고 보아야 할 것이다”고 하였다.<sup>204)</sup> 그러나 이 판결의 해석에 대하여 학계의 의견이 대립하고 있다. 일부에서는 이 판결을 대법원

204) 대판 1989. 5. 23, 88누4508.

이 “영업양도시 포괄승계법리에는 협약의 승계도 포함되는 것처럼 보고 있다”<sup>205)</sup>고 해석하는 반면, 일부에서는 이 판결 이후에도 대법원은 사업양도에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된다는 입장만을 지속·반복하고 있을 뿐 “협약승계에 대한 언급이 없다는 점, 그리고 합병의 경우 상법(제235, 269, 530, 603조)에 근거하여 합병회사가 모든 권리와 의무를 승계한다는 것에 반해 사업양도의 경우 그에 상응하는 법규정이 없고 단지 학설과 판례는 개별적 근로계약의 승계 인정 여부만을 논의의 중심으로 삼고 있다는 점에 비추어 대법원의 ‘사업양도시 포괄승계 법리’에 협약승계가 반드시 포함되어 있다고 볼 수 없다”<sup>206)</sup>고 보고 있다. 필자는 “단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속”한다는 표현에서 대법원이 단체협약의 효력을 여후효규정(노동조합및노동관계조정법 제32조제3항)의 유추적용에서 찾으려는 절충설의 세 번째 입장을 취하고 있는 것으로 이해한다.

대법원이 이처럼 사업양도에 있어서 단체협약의 효력에 관하여 명확한 견해를 밝히고 있지 않은 가운데 이에 대한 하급심판결이 있어 관심이 집중되고 있다. 서울지법은 사업양도시 단체협약의 효력과 관련하여 “영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수인에게 승계되므로, 근로자에 대한 관계에 있어서 영업양도는 합병과 같이 영업주체의 변경에 해당되는데, 근로관계는 영업양도에 따라 승계되는 객체일 뿐 근로자가 영업양도에 관여할 수 없는 점 등을 고려하면 양수인에게 승계되는 근로관계는 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계뿐만 아니라 양도인과의 관계에서 형성된 집단적 관계도 포함”된다고 보았다.<sup>207)</sup>

## (2) 판례의 검토

이러한 판례의 입장에 대하여 학계에서는 “노동조합의 조직원리에 적용되는 법적 관계와 영업양도의 법리를 구별하여 파악하지 않고 영업양도의 효

205) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 261면. 同旨: 김홍준, 앞의 논문(註 192), 46면.

206) 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 165면.

207) 서울지법 1998. 11. 24. 98가단28156(판결전문: 노동법률 1999년 2월호 106면 이하).

과로 노동조합도 당연히 승계된다고 본 판례의 태도를 비판<sup>208)</sup>하면서 “법원이 영업양도로 말미암은 집단적 노사관계의 규율관계를 이론적 틀과 전체 체계구성의 측면을 고려하지 않은 채 단순한 ‘승계법리’로 도출한 것은 타당하지 않다<sup>209)</sup>”는 점을 지적하고 있다.

#### 4. 외국의 입법례

##### (1) 의 의

입법론적으로 볼 때 사업양도시 단체협약의 효력을 인정할 것이지와 인정한다면 어떠한 방법으로 인정할 것인가가 문제된다. 단체협약을 인정하는 경우 단체협약 자체를 승계하는 것으로 볼 것이지, 단체협약 자체의 승계는 인정되지 않지만 사업양도로 인한 근로조건의 악화를 방지하기 위하여 단체협약의 내용만을 유지시킬 수도 있을 것이다. 후자는 단체협약의 강행적·직접적 효력은 인정하지 않고 단체협약의 내용을 근로계약의 내용의 일부로 보아 이를 유지시켜주는 방법을 말한다. 아래에서는 고용승계시 단체협약의 효력에 관한 외국의 입법례를 살펴보기로 한다.

##### (2) 유럽연합

유럽입법지침(98/50/EU) 제3조제3항제1문은 “사업양도후 양수인은 단체협약의 해지 또는 유효기간의 경과 및 새로운 협약의 적용 또는 발효될 때까지 양도인이 보장한 것과 동일한 근로조건을 보장해 주어야 한다”고 있으며, 제2문에서는 “회원국은 근로조건의 보장기간을 제한할 수 있다. 그러나 그 기간은 1년 이상이어야 한다”고 하고 있다. 유럽입법지침은 “근로조건을 보장”하여야 한다고 함으로써 단체협약의 규범적 부분만이 사업양도로 인하여 당사자의 합의 없이도 승계된다고 보고 있다. 다만 “근로조건의 보장”을 협약자체의 승계를 통하여 보장할 것인지, 아니면 협약자체의 승계를 부정하고 단체협약의 내용의 근로계약으로 화체(化體)되어 승계된다고 볼 것인지에 대하여는 회원국의 판단에 맡기고 있다.

208) 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률 1999년 2월호, 15면.

209) 박종희, 앞의 논문(註 208), 17면. 同旨: 하경효, “영업양도에 따른 노조의 존속과 협약승계문제”, 경영계, 1999년 3월호, 71면.

## (3) 독일

독일은 1977년의 유럽입법지침(77/187/EU)에 따라 1980년 8월 13일 독일 민법 제613a조 제1항 제2문 내지 제4문을 신설하였다.<sup>210)</sup> 독일 민법 제613a조 제1항제2문은 “이러한 권리와 의무가 단체협약 또는 경영협약으로 규정된 경우, 이러한 권리와 의무는 양수인과 근로자 사이의 고용관계의 내용이 되며, 단체협약은 사업양도 후 1년 이내에 근로자에게 불이익하게 변경될 수 없다”고 하고 있으며, 제3문은 “양수인과 근로자 사이의 권리와 의무가 다른 단체협약이나 경영협약에 의하여 규정된 경우에는 제2문의 규정이 적용되지 않는다”고 하고 있으며, 제4문은 “제2문의 기간이 경과하기 전이라도 단체협약이나 경영협약의 효력이 상실되었거나 쌍방의 단체협약의 구속력의 결여로 양수인과 근로자간에 다른 단체협약의 적용범위 안에서 그 단체협약을 적용하기로 합의한 경우에는 위 권리와 의무는 변경될 수 있다”고 하고 있다. 이러한 내용을 종합해 보면 독일 민법 제613a조는 단체협약 자체의 승계는 부정하면서 단체협약의 내용을 근로관계의 내용으로 양수인에게 승계시킨 후 일정기간 동안 이러한 근로조건에 대한 불이익변경을 금지하고 있다.<sup>211)</sup>

## (4) 프랑스

프랑스 노동법전에서는 “단체협약이나 단체협정의 효력이 합병, 분할, 사업양도 또는 작업변경으로 인하여 특정 기업에서 문제된 경우 기존의 단체협약이나 협정은 본 조의 제3항 및 제6항에 따라 계속하여 효력을 유지하게 된다. 이의가 제기된 기업에서는 새로운 협약의 체결 또는 단체협약규정의 새로운 적용에 적용하기 위한 규정을 위하여 교섭을 하여야 한다”<sup>212)</sup>고 하고 있다. 즉, 프랑스에서는 사업양도가 있으면 단체협약의 내용이 근

210) BGBl. I, 1980, S. 1308.

211) 1992년에 개최된 제59회 독일법률가대회(Deutscher Juristentag) 노동분과위원회에 제출된 教授案(E-ArbVG 1992) 제133조와 1995년과 1996년에 연방상원(Bundesrat)을 거쳐 연방하원(Bundestag)에 제출된 基民黨案(E-Sachsen 1995)과 社民黨案(E-Brandenburg 1996) 제133조 역시 동일한 입장을 취하고 있다.

212) CODE DU TRAVAIL Art. L 132-8 VII.

로계약의 내용으로 화체(化體)되어 승계되는 것이 아니라, 단체협약 자체가 양수인에게 승계되게 된다. 따라서 양도인의 사업장에 적용되던 단체협약과 양수인의 사업장에 적용되고 있는 단체협약의 내용이 서로 다를 경우 당사자(노동조합과 사용자)간의 별도의 합의가 없는 한 양도인의 사업장에 적용되던 단체협약이 계속하여 적용되게 된다. 사용자에게는 양 규범간의 조화를 위한 교섭의무가 부과되어 있으나, 합의강제나 교섭의무 위반에 대한 처벌규정은 존재하지 않으며, 합의에 도달하지 못한 경우 양도인의 사업장에 적용되던 단체협약이 계속 적용되게 된다.<sup>213)</sup>

#### (5) 스위스

스위스 채무법 제333조제1bis항은 “근로관계가 승계되면 양수인은 단체협약이 기간의 만료나 해지로 효력을 상실하지 않는 한 1년간 양도인의 사업장에 적용되던 단체협약을 준수하여야 한다”<sup>214)</sup>고 정하고 있다. 스위스의 경우에는 단체협약의 규범적 효력이 1년간 인정된다는 점에서 단체협약의 내용이 근로관계의 내용이 되어 양수인에게 이전되는 독일의 법제와 구별되어 진다. 단체협약의 규범적 효력이 인정된다는 것은 단체협약의 강행적·직접적 효력이 인정되어 개별계약에 의하여 단체협약의 효력을 부인할 수 없다는 것을 의미한다. 하지만 동 규정은 협약당사자가 아닌 양수인에 대하여 1년간 단체협약의 규범적 효력을 확장한 한 것으로 단체협약 자체의 승계를 인정한 것은 아니다.<sup>215)</sup> 이러한 점에서 동 규정은 단체협약 자체의 승계를 인정하고 있는 프랑스의 법제와 구별되어 진다.

동 규정의 해석과 관련하여 양수인에게까지 1년간 효력이 확장되는 대상을 단체협약의 규범적 부분으로 한정하여야 한다는 견해와 동 규정에 의하여 효력이 확장되는 대상은 채권적을 포함한 모든 단체협약의 내용이라고 보는 견해가 대립하고 있다. 필자는 법문이 단체협약의 효력유지에 대해서만 규정하고 있을 뿐, 채권적 부분에 대한 효력유지를 제한하는 규정을 두

213) 하경효, 영업양도와 고용승계, 한국경영자총협회 정책토론회(1997년 10월 1일) 자료 『기업의 인수합병과 고용조정』, 40면 참조.

214) 1993년 12월 17일 개정에 의하여 추가된 내용으로 1994년 5월 1일부터 시행되었다(AS 1994, 804; BBl 1993 I 805).

215) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 265면.



고 있지 않은 상황에서 굳이 단체협약의 효력유지를 규범적 부분으로 제한할 이유는 없다고 본다.<sup>216)</sup>

#### (6) 일 본

일본에서는 2000년 5월 31일 『회사의 분할에 따른 근로계약의 승계 등에 관한 법률(會社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律)』<sup>217)</sup>이 제정되었는데, 동법은 제6조제3항에 회사의 분할에 따른 단체협약의 효력에 대한 규정을 두고 있다. 동법 제6조제3항은 회사분할에 있어서 “근로계약의 승계가 있으면 분할회사에 적용되던 단체협약은 상법 제374조의10제1항(유한회사법 제63조의6제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 또는 상법 제374조의26제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 불구하고 당해 분할의 효력이 발생한 때 당해 설립회사 등과 당해 노동조합과의 사이에 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 본다”고 규정하여 회사의 분할의 경우에는 단체협약 자체가 승계 되도록 하고 있다.

그러나 일본은 사업양도에 있어서 단체협약의 승계에 대하여는 아직 아무런 입법적 조치를 취하고 있지 않다. 일본의 노동계에서는 사업양도, 합병, 회사분할 등의 기업조직재편시 노동자의 고용 및 근로조건보호를 위하여 ‘기업조직재편에 따른 노동자보호법’의 제정을 요구하고 있으나, ‘기업조직변경에 관한 노동관계법제연구회’의 보고서<sup>218)</sup>는 사업양도에 있어서 근로관계의 승계에 관하여 특정승계를 기본으로 하고 있는 현행 노동법제의 기본원칙의 준수와 개별사안의 유연한 해결이라는 관점에서 이에 대한 입법조치의 필요성을 인정하지 않고 있다. 또한 사업양도시 단체협약의 규범적 부분에 관련된 내용은 근로계약의 내용으로 화체(化體)되어 양수인에게

216) 반대의견: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 265면.

217) 平成 12年 5月 31日 法律 제103号. 勞働法律旬報, 2000년 7월 下旬号(No. 1484), 64면 이하 참조.

218) [http://www.jil.go.jp/kisya/rousei/20000210\\_01\\_r/20000210\\_01\\_r.html](http://www.jil.go.jp/kisya/rousei/20000210_01_r/20000210_01_r.html)(企業組織變更に係る労働関係法制等研究会報告) 참조. 이에 대한 번역본으로는 『노동자 보호법 제정을 둘러싼 논의와 일본노동조합(렌고)의 방침』, 한국노총 중앙연구원, 2000, 72면 이하 참조.

승계된다고 해석하고 있어 단체협약이 승계되지 않음으로 인한 불이익도 없다고 보고 있다.

## 5. 소 결

### (1) 법개정의 필요성

해석론적 입장에서 볼 때 어떠한 학설을 취하여도 바람직한 결과를 도출할 수 없다고 본다. 먼저 승계긍정설의 경우 근로자의 보호에는 충실하지만 법리적으로 근로계약이 승계된다고 하여 왜 당연히·자동적으로 단체협약의 효력이 협약 당사자가 아닌 제3자에게 효력을 가지게 되는지를 설명하지 못한다. 반면 부정설은 법리적으로는 문제가 없을지 모르나 노동조합과 사용자 사이에 체결된 단체협약이 사업양도로 하여 근로자측의 의사와 무관하게 불이익하게 변경될 수 있다는 점에서 노사가 대등한 입장에서 근로조건을 결정하여야 한다는 노사자치의 원칙에 충실하지 못하다는 비판을 면할 수 없다. 한편 절충설의 경우 단체협약의 효력을 유지할 수 있으며 법리적으로도 타당성이 있어 보인다. 하지만 절충설의 경우 단체협약의 내용이 근로관계의 내용이 되기 때문에 더 이상 단체협약의 강행적·직접적 효력이 인정되지 않는다. 따라서 양수인과 근로자는 얼마든지 단체협약의 내용과 다른 계약을 체결할 수 있게되어 근로조건이 악화될 위험성은 여전히 존재하게 된다. 그러나 어떠한 해석론적 입장을 취한다 하여도 법리적으로도 바람직하지 못할 뿐만 아니라 현실적으로도 바람직한 결론을 도출할 수는 없다고 보여진다. 판례 역시 이에 대한 해답을 제시하고 있지 못하다. 대법원이 이에 대한 명확한 의사표시를 하지 않음으로 하여 학계에서조차 대법원이 사업양도시 단체협약의 효력을 인정하고 있다는 입장과 그렇지 않다는 의견이 대립하고 있다. 이에 대하여 서울지법은 사업양도시 단체협약도 함께 승계된다는 입장을 명확히 하였다. 그러나 어떠한 근거에서 단체협약의 효력이 유지되는지에 대하여는 아무런 설명이 없다. 이러한 점을 고려할 때 사업양도에 있어서 단체협약의 효력문제는 해석론보다는 입법론적으로 해결되는 것이 바람직하다고 본다.<sup>219)</sup>

219) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 261면; 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』,

## (2) 법개정의 방향

학설은 사업양도시 당사자 사이에 단체협약의 효력에 대한 합의가 있거나 사업양도후 새로운 협약의 체결을 통하여 근로관계의 내용을 변경하는 것에 대하여는 일치된 견해로 찬성하고 있다. 문제는 사업양도시 단체협약의 효력에 관한 합의가 이루어지지 않고, 사업양도후 새로운 협약이 체결되지 않고 있는 경우이다. 입법론적으로 볼 때 단체협약의 효력을 인정하는 방법에는 사업양도시 단체협약 자체의 승계를 인정하는 방법과 단체협약 자체의 승계는 인정하지 않고 단체협약의 내용이 근로계약의 내용이 되어 양수인에게 승계되고 이러한 근로계약의 내용은 일정한 기간동안 근로자에게 불이익하게 변경할 수 없도록 하는 방법이 있을 수 있을 것이다. 전자의 입장을 취한 입법적 조치로는 스위스 채무법 제333조제1bis조를 들 수 있고, 후자의 입장을 취한 입법적 조치로는 독일 민법 제613a조를 들 수 있을 것이다. 사업양도시 단체협약의 효력에 관한 우리나라에서의 입법론적 논의도 두 방향으로 나뉘어져 있다.

전자의 입장에서 “기업변동시 단체협약의 효력에 관하여 노동조합과 양도인 및 양수인 간의 3면 합의가 이루어지지 않는 경우에는 일정기간 동안 기존의 단체협약이 적용되나 그 이후에는 변경가능”하도록 하여야 한다는 주장<sup>220)</sup>도 있고, 후자의 입장에서 “양수인과 양도인이 사업양도전 동일한 단체협약에 구속되는 한 단체협약은 계속 유효하게 적용된다. 그렇지 않은 경우 단체협약의 규범적 부분은 근로관계가 이전되고 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불이익하게 변경할 수 없다. 단체협약 당사자 사이에 합의가 있으면 새로운 단체협약의 적용을 받는다. 취업규칙의 근로조건 부분은 근로관계가 이전되고 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불이익하게 변경할 수 없다. 다만 승계 근로자의 과반수의 동의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하자는 주장<sup>221)</sup>도 있다. 필자는 단체협약의 직접적·강행

한국노동연구원, 1998, 177면 이하; 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률 1999년 2월호, 17면.

220) 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률 1999년 2월 17면.

221) 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노동중앙연구원, 32면 이하; 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 266면 참조.

적 효력이 인정될 때 비로소 사업양도로 인한 근로조건의 불이익을 방지할 수 있다는 측면에서 전자의 입장에 찬성한다. 그러나 무제한적으로 기존의 근로자와 승계된 근로자 사이의 차이를 인정할 수는 없을 것이기 때문에 단체협약의 효력은 1년에 한하여 효력이 인정된다고 보아야 할 것이다. 물론 그 전에 단체협약의 기간이 도래하거나 새로운 협약이 체결된 경우에는 새로운 협약을 적용하여야 할 것이다.

개정법률의 위치는 법체계상 노동조합및노동관계조정법에 두는 것이 바람직 할 것으로 보여진다. 구체적으로는 동법 제32조 다음에 제32조의2를 신설하도록 한다.

### (3) 개정시안

노동조합및노동관계조정법 제32조 다음에 다음을 신설한다.  
제32조의2 【사업양도와 단체협약의 효력】 이전된 근로관계에 적용되던 단체협약은 사업양도에 의하여 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 사업양도로부터 1년간 계속 유효하다. 다만, 단체협약이 기간의 만료나 해지로 효력을 상실하거나 새로운 단체협약이 체결된 경우에는 그러하지 아니하다.

## 제 4 절 고용승계와 취업규칙의 효력

### 1. 의 의

취업규칙이란 개별적 근로계약에 의하여 규율하기 힘든 근로계약의 내용이 되는 사항과 복무에 관한 사항에 대한 사용자의 결정을 말한다. 이러한 취업규칙은 해당 사업장에 근무하는 근로자들 전체에 적용될 수 있는 근로계약의 공통적인 사항에 대하여 사용자가 일방적으로 작성한다는 점에서 계약적 성격보다는 법규적 성격이 강하다. 그러나 이러한 점만을 이유로 취업규칙을 법규로 보기에 어려운 점이 있다. 예를 들어 근로기준법 제 77조제1항이 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과

반수의 동의를 얻도록 한 것과 근로기준법 제3조가 근로조건의 결정에 있어서 근로자와 사용자는 대등한 지위에 있다고 한 점이다.

이러한 이유에서 취업규칙의 법적 성질에 대하여는 계약설과 법규범설이 대립하고 있다. 사업양도에 있어서 양도인이 작성한 취업규칙의 효력이 양수인에 대해서도 지속적으로 효력을 가질 수 있는지의 문제도 취업규칙의 법적 성질을 어떻게 이해하느냐에 따라 달라질 수 있다고 생각한다. 따라서 아래에서는 먼저 취업규칙의 법적 성질에 대하여 간략히 살펴본 다음 사업양도시의 취업규칙의 효력에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 취업규칙의 법적 성질

### (1) 학 설

#### 1) 계약설

계약설<sup>222)</sup>에 의하면 취업규칙은 근로자의 명시적 또는 묵시적 동의에 의해서만 그 효력이 인정된다. 따라서 취업규칙의 법적 구속력을 근로자의 자유의사에서 찾고 있다. 따라서 취업규칙은 청약의 유인에 불과한 것으로 보통거래약관과 다를 것이 없게 된다. 그리고 근로자들의 동의에 의하여 취업규칙상의 규정들은 근로계약의 내용으로 화체(化體)된다.<sup>223)</sup>

#### 2) 법규범설

법규범설에 의하면 취업규칙은 그 자체가 하나의 법규범으로 당사자를 당연히 구속한다는 입장이다. 그러나 법규범성의 근거를 어디에서 찾느냐에 따라 경영권설, 관습법설, 수권설이 대립하고 있다.<sup>224)</sup> 이 견해에 의하면 사용자에게 의하여 일방적으로 제정된 취업규칙은 그것 자체로는 법규범성을 가지지 아니하는 사회규범에 불과하지만, 근로자의 보호라고 하는 정

222) 계약설에는 순수계약설, 사실규범설, 사실관습설이 있다. 이에 대하여는 김형배, 노동법, 2000, 209면 이하; 이병태, 최신노동법, 1999, 860면 참조.

223) 김형배, 노동법, 2000, 210면.

224) 이에 대하여는 김형배, 노동법, 2000, 208면 이하; 이병태, 최신 노동법, 1999, 860면 이하 참조.

책목적을 실현하기 위하여 중요한 근로조건에 관하여 최저기준을 정하고, 취업규칙에 여러 가지의 법적 제한을 가하여 취업규칙에 법규범의 성격을 부여하고 있다고 한다.<sup>225)</sup>

## (2) 판례

대법원은 취업규칙의 법적 성질에 관하여 “취업규칙은 근로기준법이 근로자 보호의 목적으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이므로”라고 하여 법규범설 가운데에서도 수권설의 입장을 취하고 있었다.<sup>226)</sup> 대법원은 이러한 수권설의 입장에서 근로자의 동의를 얻지 못한 불이익변경된 취업규칙의 효력과 관련하여 절대적 무효설<sup>227)</sup>을 취하였었다.<sup>228)</sup> 그러나 대법원은 1992년 전원합의체 판결<sup>229)</sup>에서 “사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경후의 취

225) 같은 법규범설의 입장에서도 취업규칙의 직물적 효력을 규정한 근로기준법 제100조에 의해 취업규칙의 규범성을 인정하는 견해(심태식, 노동법개론, 1989, 396면)와 취업규칙을 근로자보호의 이념실현을 위하여 헌법을 근거로 한 제도적 산물로 그 범위 내에서 국가로부터 수권된 규범으로 보는 견해(이병태, 최신 노동법, 1999, 861면) 및 취업규칙이 근로계약의 체결시에 명시되면 합의에 의해 근로계약의 내용이 되고 근로계약의 내용이 된 취업규칙에 의해 근로조건이 결정된다는 견해(박홍규, 노동법론, 1998, 195면)가 있다.

226) 대판 1977. 7. 26, 77다355.

227) 절대적 무효설이란 근로자의 동의를 얻지 못한 불이익변경된 취업규칙은 근로기준법 제97조제1항에 의하여 기존의 근로자는 물론 신규입사자에 대하여도 무효라는 견해이다. 이에 반하여 상대적 무효설은 근로자의 동의를 얻지 못한 불이익변경된 취업규칙은 기득권이 침해되는 근로자에 대하여는 근로기준법 제97조제1항에 의하여 무효이지만, 기득권의 침해가 인정되지 않는 신규입사자에 대하여는 근로기준법 제97조제1항이 적용되지 않기 때문에 유효하다는 견해이다.

228) 대판 1990. 4. 17, 89다카7754.

229) 대판 1992. 12. 22, 92다45165. 同旨: 대판 1993. 1. 15. 92다39778; 대판 1993. 1. 19, 92다9494; 대판 1996. 4. 26, 94다30828.

업근로자에 대해서까지 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다”고 함으로써 상대적 무효설의 입장을 취하고 있다. 대법원은 이 판결을 통하여 수권설에서 계약설로 견해를 변경한 것으로 보여진다.

### 3. 취업규칙의 효력

#### (1) 학설의 적용

##### 1) 계약설에 의할 경우

계약설에 의할 경우 양도인과 근로자 사이에 체결된 취업규칙은 사업양도로 인하여 원칙적으로 소멸하게 된다. 그러나 근로자의 동의에 의하여 취업규칙상의 내용들은 근로계약의 내용으로 화체(化體)되고 근로계약의 내용으로 화체(化體)된 부분은 사업양도와 함께 양수인에게 승계되게 된다.<sup>230)</sup>

##### 2) 법규범설에 의할 경우

법규범설에 의하면 취업규칙은 근로자의 동의(당사자의 합의)에 의하여 법적 구속력이 생기는 것이 아니라, 근로자의 보호라고 하는 정책목적 실현과 중요한 근로조건에 관하여 최저기준을 정하는 취업규칙에 관한 여러 법적 제한들에 의하여 성립되게 된다. 취업규칙을 법규범설에 의하여 이해하는 경우 사업양도시 취업규칙의 승계여부는 취업규칙의 자동적 효력을 인정하느냐의 여부에 의하여 달라지게 된다. 취업규칙의 자동적 효력이란 취업규칙의 내용이 취업규칙의 강행적·직접적 효력<sup>231)</sup>에 의하여 근로계약의 내용이 되는 것을 말한다. 취업규칙의 자동적 효력이 인정되면<sup>232)</sup>

230) 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제에 관한 토론회』, 한국노동연구원, 1998, 178면 이하.

231) 취업규칙의 강행적 효력이란 “취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효”로 하는 것을 말하며, 취업규칙의 직접적 효력이란 “무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에” 의하는 것을 말한다(근로기준법 제 100조). 취업규칙의 직접적 효력은 보완적 효력이라고도 부른다.

232) 취업규칙의 자동적 효력을 인정하는 견해는 취업규칙의 자동적 효력의 근거를 취업규칙의 직접적·강행적 효력에 대하여 정하고 있는 근로기준법 제100조를 들고 있

취업규칙의 내용은 근로계약의 내용이 되어 양수인에게 이전될 수 있게 된다. 그러나 취업규칙의 자동적 효력이 부정되면<sup>233)</sup> 취업규칙은 사업양도로 일단 소멸하게 될 것이고 근로계약의 내용은 취업규칙을 적용하기 이전의 상태로 환원하게 되고, 이러한 근로계약의 내용만이 양수인에게 이전되게 될 것이다. 즉, 양도인의 취업규칙은 근로계약의 내용이 되지 못하며 사업양도로 효력을 상실하게 된다.

## (2) 판례

### 1) 판례의 입장

대법원은 사업양도시의 종전 사업장의 취업규칙이 고용승계 이후에도 계속하여 효력을 가지는 지에 대하여 명백한 의사를 표명하고 있지 않다. 그러나 양수인의 사업장에 적용되는 취업규칙이 종전의 취업규칙과 비교하여 근로자에게 불리한 경우에 대하여 대법원은 “영업양도 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항(현행 근로기준법 제97조제1항) 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없”다고 하고 있다.<sup>234)</sup> 그러나 이 내용만으로는 대법원이 취업규칙의 자동적 효력을 인정하여 근로계약과 함께 포괄적으로 승계된 것으로 보고 있는 지, 아니면 취업규칙의 내용은 근로계약의 내용으로 화체(化體)되어 그 효력은 유지되지만 취업규칙 자체는 사업양도와 함께 소멸되어 원칙적으로 근로기준법 제97조제1항을 적용할 수 없으나 동 규정의 취지를 고려하여 동 규정을 사업양도의

---

다. 그러나 취업규칙의 강행적·직접적 효력이 인정된다고 하여 취업규칙의 자동적 효력이 인정되는 것은 아니다. 근로자의 보호를 위하여 취업규칙에 대하여 강행적·직접적 효력을 인정한다고 하여 그것이 취업규칙의 내용을 당사자의 합의를 전제로 하고 있는 근로계약의 내용이 된다고 보기는 어렵기 때문이다.

233) 취업규칙의 자동적 효력을 부정하는 견해에 의하면 취업규칙의 내용이 근로계약의 내용을 보완하는 것은 그 내용이 하나의 규범으로서 외부에서 근로계약을 규율하는 데 지나지 않으며 취업규칙의 내용이 근로계약의 내용으로 되는 것은 아니라고 한다.

234) 대판 1997. 12. 26, 97다17575. 同旨: 대판 1995. 12. 26, 95다41650.



경우에 유추적용한 것인지는 명확하지 않다. 하지만 “근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로”라는 표현으로 미루어 대법원은 양도인의 사업장에 적용되었던 취업규칙이 양수인에게 승계되는 것으로 보고 있는 듯하다.

## 2) 판례의 검토

사업양도로 근로계약이 승계된다고 하여 이것이 곧 취업규칙의 승계까지 의미하는 것은 아니다. 물론 사업양도와 관련하여 근로자의 근로조건이 현저히 악화된다면 사업양도에 있어서 고용승계의 의미가 크게 감소하게 되는 것은 자명한 사실이다. 그러나 취업규칙을 일방 당사자에 의하여 일방적으로 결정되는 법규범으로 보는 것은 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정하여야 한다”는 근로기준법 제3조의 정신에 반하는 해석이라고 생각한다. 또한 근로기준법 제100조는 취업규칙의 강행적·직접적 효력을 인정하고 있을 뿐 자동적 효력까지 인정하고 있는 것으로 보여지지 않는다. 이러한 점에서 볼 때 법규범설의 입장에서 취업규칙의 자동적 효력을 인정하고 있는 듯한 판례<sup>235)</sup>의 태도는 취업규칙의 법적 성질을 법규범설(수권설)의 입장에서 계약설로 변경한 대법원의 전원합의체 판결<sup>236)</sup>과 상충된다. 나아가 계약설의 입장을 취하여도 근로계약의 내용으로 화체(化體)된 취업규칙의 내용은 사업양도와 함께 승계되기 때문에 사업양도로 인한 근로조건 악화가 크게 문제되지 않을 수 있다.

## 4. 양수인의 취업규칙과의 관계

### (1) 의 의

양도인과 근로자 사이에 적용되던 취업규칙의 내용이 근로계약의 내용으로 화체(化體)되어 양수인에게 이전된 경우 이전된 취업규칙과 양수인의 사업장에 적용되던 기존의 취업규칙은 동일할 수도 있지만, 서로 다른 경우가 더 많을 것이다. 만약 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙이

235) 대판 1997. 12. 26, 97다17575. 同旨: 대판 1995. 12. 26, 95다41650.

236) 대판 1992. 12. 22, 92다45165.

이전된 취업규칙과 동일하다면 노동법적으로 전혀 문제가 되지 않는다. 또한 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙이 이전된 취업규칙과 비교하여 근로자에게 유리하다면 근로계약의 내용으로 화체(化體)되어 이전된 이전의 취업규칙의 내용은 근로기준법 제97조제1항에 의하여 무효가 되고, 무효가 된 부분은 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙의 내용에 따르게 될 것이다. 문제는 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙이 근로계약의 내용으로 화체(化體)되어 이전된 양도인의 사업장에 적용되던 취업규칙과 비교하여 근로자에게 불리한 경우이다. 이 경우 두 가지가 문제될 수 있다. 먼저 고용이 승계된 근로자들에게 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙을 적용하는 경우 즉, 양도인의 사업장에서 적용되던 취업규칙의 내용보다 근로자에게 불리한 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙을 고용이 승계된 근로자에게 적용하는 경우 근로기준법 제97조제1항을 적용할 수 있을 것인가가 문제된다. 다음으로 사업양도로 근로관계가 이전된 근로자들에게 근로계약의 내용으로 화체(化體)된 이전의 사업장에서 적용되던 취업규칙의 내용을 그대로 적용할 경우 균등처우규정(근로기준법 제5조)이나 차등퇴직금금지규정(근로기준법 제34조제2항)에 위반되게 되는지의 여부가 문제된다.

## (2) 근기법 제97조제1항의 유추적용 여부

먼저 사업양도로 인하여 근로조건이 악화된 경우에도 근로기준법 제97조제1항을 적용할 수 있을 것인지에 대하여 살펴보기로 한다. 사업양도로 인하여 취업규칙은 원칙적으로 소멸한다는 점에서는 취업규칙의 불이익변경에 관한 근로기준법 제97조제1항은 사업양도로 근로조건이 악화되는 경우에 적용될 수 없다. 그러나 일부에서는 근로기준법 제97조제1항의 제정 취지를 고려해 볼 때 동 규정은 사업양도로 인하여 근로조건이 근로자에게 불이익하게 변경된 경우에도 적용하여야 한다고 주장하고 있다.<sup>237)</sup> 판례<sup>238)</sup>도 기존의 취업규칙보다 근로자에게 불리한 새로운 취업규칙을 근로

237) 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 188면.

238) 대판 1997. 12. 26, 97다17575. 同旨: 대판 1995. 12. 26, 95다41659.

자에게 적용하려고 하는 경우에는 근로기준법 제97조제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의를 얻어야 한다고 보고있다. 이에 대하여 근로기준법 제97조제1항을 합리적으로 사업양도의 경우에 유추적용하기 위해서는 근로기준법 제97조제1항의 “근로자의 과반수”를 “승계 근로자의 과반수”로 해석하여야 할 것인데, 이런 해석방법은 입법자의 의사를 지나치게 왜곡하는 것으로 바람직하지 않다는 견해도 있다.<sup>239)</sup>

필자는 후자의 견해에 찬성한다. 그러나 사업양도와 관련하여 근로자들의 근로조건이 지나치게 악화되는 것을 그대로 방치할 수는 없기 때문에 이를 방지하기 위하여 사업양도시 근로조건 유지에 관한 입법론적 보완이 필요하다고 생각한다.

### (3) 균등처우 및 차등퇴직금금지 규정과의 관계

#### 1) 의 의

다음으로 고용이 승계된 근로자들에 대하여 기존의 취업규칙의 내용을 그대로 적용할 경우 균등처우나 차등퇴직금금지 규정을 위반한 것인지에 대하여 살펴보기로 한다. 고용이 승계된 근로자들에게 적용되던 취업규칙의 내용이 양수인의 사업장에 적용되는 취업규칙보다 유리한 경우 이전의 취업규칙의 내용은 사업양도로 근로관계의 내용이 되고 그 내용은 양수인의 사업장에 적용되고 있는 취업규칙보다 해당 근로자들에게 유리하기 때문에 근로기준법 제100조가 적용되지 않아 그 효력이 유지되게 된다. 그리고 양수인이 이러한 근로계약의 내용을 보장해 준다면 근로조건변경의 불이익은 문제되지 않을 것이다. 그러나 양수인이 고용이 승계된 근로자들에게 근로계약으로 화체(化體)된 종전의 취업규칙의 내용을 보장할 경우, 이는 자신의 사업장에서 근무하던 기존의 근로자들에게 보장하고 있던 근로조건보다 유리한 근로조건을 고용이 승계된 근로자들에게 보장하는 것이 되어 사용자가 균등처우의무규정(근로기준법 제5조) 또는 차등퇴직금제도 금지규정(근로기준법 제34조제2항)의 위반여부가 문제될 수 있다.

239) 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 269면 이하.

## 2) 판례

판례<sup>240)</sup>는 근로기준법 제34조제2항이 “하나의 사업 내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이므로, 위와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우”까지 위 근로기준법 제34조제2항이 금지하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수는 없다고 보고 있다. 판례는 또한 취업규칙의 불이익변경과 관련하여 유사한 견해를 표명하고 있다. 대법원<sup>241)</sup>은 취업규칙의 퇴직금지급규정의 불이익변경과 근로기준법 제97조제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 못하여 기존의 근로자들에게는 종전의 유리한 퇴직금제도가 적용되고 신규입사자들에 대하여는 새로운 퇴직금제도가 하나의 사업장에 적용된 사안에서 “변경된 취업규칙의 퇴직금제도가 기존근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 이들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전 제도의 적용을 받게 됨으로써 이러한 기득이익이 없는 취업규칙변경 후의 취업근로자에게 적용되는 퇴직금제도와 별개의 퇴직금제도를 적용하는 결과가 되었다고 하여도, 이러한 경우까지 위 법조에서 금하는 차등있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다”고 하여 하나의 사업장에 두 개의 취업규칙이 존재한다고 하여 이를 곧 균등처우위반이나 차등퇴직금제도로 볼 수는 없다는 입장을 취하고 있다.

240) 대판 1997. 12. 26, 97다17575. 同旨: 대판 1995. 12. 26, 95다41659.

241) 대판 1992. 12. 22, 92다45165. 同旨: 대판 1993. 6. 11, 93다11876·11883; 대판 1996. 9. 10, 95다15414; 대판 1996. 12. 23, 95다32631.

## 3) 사 건

필자는 하나의 사업장에 서로 다른 취업규칙 또는 퇴직금제도가 존재한다고 하여 이것이 바로 사용자가 균등처우의무를 위반하거나 차등퇴직금제 금지규정을 위반한 것으로 볼 수는 없다고 생각한다. 하나의 사업장에도 수 개의 취업규칙 또는 퇴직금제도가 존재하는 경우에도 서로 다른 취업규칙이나 퇴직금제도가 적용될 정당한 사유가 있는 경우에는 균등처우규정이나 차등퇴직금제도금지규정에 위반한 것이 아니라고 본다. 이러한 정당성의 근거에는 해당 퇴직금제도를 설정할 당시의 상황이 고려되어야 할 것이다. 따라서 기존의 근로자들과 고용승계로 새로 편입된 근로자들 사이에 서로 다른 근로조건이나 퇴직금제도가 적용된다고 하여도 그것이 사업양도로 인하여 발생한 불가피한 상황이라면 그 정당성이 인정된다고 보아야 할 것이다.<sup>242)</sup>

## 5. 소 결

## (1) 법개정의 방향

앞에서 살펴본 바와 같이 현행법의 해석론으로는 사업양도와 관련하여 발생하는 취업규칙의 효력에 관한 문제를 일관성 있게 해결하기가 어렵다. 따라서 이 문제에 대한 입법적 보완조치가 필요하다고 본다.<sup>243)</sup> 그리고 그 구체적 방법으로는 “권리와 의무가 단체협약 또는 경영협약으로 규정된 경우, 이러한 권리와 의무는 양수인과 근로자 사이의 고용관계의 내용이 되며, 단체협약은 사업양도 후 1년 이내에 근로자에게 불이익하게 변경될 수 없다. 양수인과 근로자사이의 권리와 의무가 다른 단체협약이나 경영협약에 의하여 규정된 경우에는 제2문이 적용되지 않는다”고 규정한 독일 민법 제613a조가 모델이 될 수 있을 것으로 생각한다.<sup>244)</sup>

242) 同旨: 김형배, 노동법, 2000, 300면.

243) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 270면; 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 1999, 44면.

244) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 270면 참조. 이 책은 입법자의

## (2) 개정시안

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의5 【고용승계와 취업규칙의 효력】 양도인의 사업장에 적용되던 취업규칙은 사업양도로 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 1년간 계속 유효하다. 사업양도 후 1년 이내에 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 고용이 승계된 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 한다.

## 제 5 절 고용승계와 노사협의회 의결사항의 효력

### 1. 법개정의 필요성

노사간의 집단적 계약의 한 유형으로 노사협의회 의결사항을 들 수 있다. 노사협의회 의결사항은 근로자참여및협력증진에관한법률 제14조에 의하여 근로자위원과 사용자위원의 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 의결된다. 이는 노사협의회 의결사항이 당사자 사이의 합의에 의하여 효력이 발생하는 계약이 아니라는 의미를 지닌다. 따라서 이러한 노사협의회 의결사항은 근로계약의 이전과 함께 양수인에게 승계된다고 볼 수 없다. 한편 이러한 노사협의회 의결사항은 단체협약이나 취업규칙과 같이 강행적·보충적 효력을 가지고 있지 못하다. 따라서 노사협의회 의결사항은 근로계약에 화체(化體)되어 이전된다고 볼 수 없는 문제점이 있을 뿐만 아니라 언제든지 근로자에게 불이익하게 변경될 수도 있다. 결국 노사협의회 의결사항 역시 단체협약이나 취업규칙과 같이 사업양도 후에도 그 효력이 인정되어야 할 것이나 현행법상 이를 인정하기 힘들다. 따라서 사업양도의 경우에도 계속하여 노사협의회 의결사항이 효력을 가지기 위해서는 입법적 보완조치가 필요하다.<sup>245)</sup>

개입방향으로 일정기간 동안 불이익변경을 금지하든지, 승계 근로자 과반수의 동의를 얻어 불이익변경을 할 수 있도록 제한할 것을 제안하고 있다.

245) 同旨: 김형배·하경호·김영문, 앞의 책(註 21), 270면 이하. 사업양도와 경영협정의 효력에 대하여는 하경호, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 159면 이하 참조.

## 2. 개정방향

노사협의회 의결사항은 사업양도의 경우에도 계속적으로 효력을 유지하여야 할 것이다. 이러한 규정은 사용자의 경영권에 대한 근로자의 참여라는 관점에서 노사협의회 의결사항 뿐만 아니라 임의적 노사협정에 대하여도 동일하게 적용될 수 있도록 하는 것이 법정정책적 관점에서 바람직하다고 생각한다. 이러한 개정법의 내용은 법체계를 고려해 볼 때 근로자참여및협력증진에관한법률에 위치하는 것이 바람직하다고 본다.

## 3. 개정시안

근로자참여및협력증진에관한법률 제20조 다음에 다음을 신설한다.

제20조의2 **【고용승계와 노사협의회 의결사항의 효력】** 양도인의 사업장에서 체결된 노사협정 및 노사협의회 의결사항은 사업양도로 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 사업양도로부터 1년간 계속 유효하다. 다만, 1년이 경과하기 전에 이를 대체하는 새로운 협정이 체결된 경우에는 그러하지 아니하다.

제 5 장 고용승계 후의 근로조건



## 제 6 장 결 론

### 제 1 절 법개정의 필요성과 위치

#### 1. 법개정의 필요성

사업양도시 근로관계의 승계에 대한 명문의 규정의 가지고 있지 않는 현행법 체계에서 해석론에 의하여 사업양도시 근로관계의 승계를 인정하기는 어렵다고 본다. 이를 인정하고 있는 판례의 입장은 결과적 측면에서는 그 타당성이 인정되어 진다. 그러나 법학방법론적 측면에서 볼 때 이러한 판례의 입장은 법관에 의한 법형성의 한계를 초월한 것으로 보여진다.<sup>246)</sup> 왜냐하면 법관에 의한 법형성은 법의 흠결이 있는 경우에도 무제한적으로 인정되는 것은 아니기 때문이다.<sup>247)</sup> 사업양도에 있어서 고용승계에 관한 문제의 경우 현행법은 이에 대한 명문규정을 가지고 있지 않고, 해고제한규정의 취지를 고려해 볼 때 해당 법문제에 대한 법의 흠결(Lücke)이 인정된다. 그러나 이러한 법의 흠결이 확인되었다고 하여 이에 대한 해결이 전적으로 사법부의 재량에 맡겨지는 것은 아니다. 사법부는 법의 흠결을 통하여 법형성을 위한 자격을 인정받았을 뿐이고, 법관에 의한 법형성은 다시 법전체의 체계와 헌법에 의하여 통제되어지지 않으면 안되기 때문이다.

이는 사업양도시 근로관계의 승계에 관한 명문의 규정을 두고 있는 국가들이 이러한 규정이 입법화되기 전까지는 사업양도시 고용승계를 인정하지 않고 있었다는 점에서도 확인된다. 그러나 이것이 사업양도시 고용을 승계할 필요가 없다는 것을 뜻하는 것은 아니다. 우리 법원의 판례는 해석론적으로 문제가 있지만 결과에 있어서는 타당성이 인정된다 할 것이다. 이러한 문제점은 입법론적으로 해결되어야 할 것이다.<sup>248)</sup> 따라서 사업양도시

246) 同旨: 김형배·하경효·김영문, 앞의 책(註 21), 116면 이하 참조.

247) 이에 대하여는 Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978 참조.

248) 同旨: 김영문, 사업양도시 근로관계의 승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노동중앙연구원, 1999; 서광민, “영업양도에 있어서 근로자의 지위”, 『강원대 연구논문집』 제 9집, 1975, 31면 이하; 임종률, “사업의 양도와 근로관계”, 숭전대학교 법학논총 제1집(1985), 58면.

고용승계에 관한 우리 법원의 판결은 현실적 요청에는 부합하는 결정일 수는 있어도, 현행법 체계에는 부합하지 않는다. 따라서 이러한 문제점을 현실과 이론에 모두 만족할 수 있도록 해결하기 위해서는 입법적 보완조치가 불가피하다고 보여진다.

## 2. 개정법의 위치

사업양도시 고용승계에 관한 문제뿐만 아니라 이와 유사한 문제들을 근본적으로 해결하기 위해서는 통일·독립된 근로계약법을 제정하여야 할 것이다. 그러나 이러한 작업이 단기간에 이루어 질 수 없다는 점을 감안하여 노사관계 당사자들에게 심각한 영향을 줄 수 있는 규정들에 대한 우선적 개선 및 보완이 필요하다고 생각한다. 이러한 이유에서 사업양도시 고용승계에 관한 규정은 근로기준법에 두는 것이 바람직 하다고 본다. 구체적으로는 근로기준법 제30조 뒤에 두는 것이 법체계상 바람직 할 것으로 본다. 왜냐하면, 사업양도에 있어서 근로관계의 이전에 관한 규정은 해고제한법의 흠결을 보완하는 규정이기 때문이다. 물론 사업양도시 노동조합의 지위에 관한 사항과 단체협약의 효력에 관한 사항은 노동조합법에, 노사협의회 의 의결사항에 대한 효력에 대하여는 근로자참여및협력증진에관한법률에 두는 것이 바람직하다고 본다.

## 제 2 절 개정시안

## 1. 근로기준법을 다음과 같이 개정한다.

근로기준법 제30조 다음에 다음을 신설한다.

제30조의2 **【사업양도의 정의】** 이 법에서 “사업양도”라 함은 사용자가 사업 또는 사업의 일부를 제3자에게 이전하는 것으로 양수인이 이전된 부분을 중대한 변경을 가함이 없이 계속하여 사용할 수 있는 경우를 말한다.

제30조의3 **【사업양도와 근로관계의 이전 등】** ①제30조의2의 사업양도가 있으면 사업양도시 존재하는 근로관계와 근로관계로 인한 권리·의무는 양수인에게 승계된다. 고용관계가 이전되기 전에 성립하고, 고용관계가 이전된 후 1년이 경과하기 전에 이행기에 도달한 채무에 대하여 양도인과 양수인은 연대책임을 진다. 그러나 사업양도가 해당 사업에 대한 법원의 파산선고나 정리절차개시의 결정 후에 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.

②근로자는 정당한 사유가 있는 경우 전항의 규정에 의한 근로관계의 이전에 대하여 거부권을 행사할 수 있다. 근로자는 거부권을 고용관계의 이전으로부터 3월 이내에 행사하여야 한다. 사업양도 전에 양도인 또는 양수인이 거부권의 행사여부에 대한 통보를 요구하면 근로자는 그로부터 3월 이내에 거부권을 행사하여야 한다.

제30조의4 **【사업양도와 양도인의 통지의무 등】** ①사업을 양도하는 사용자는 사업이 양도되기 3월 전까지 해당 사업장에 노동조합이 구성되어 있는 경우에는 노동조합에, 노동조합이 구성되어 있지 않는 경우에는 노사협의회에, 노사협의회가 구성되어 있지 않는 경우에는 개별 근로자에게 사업양도에 관한 정보를 제공하여야 한다. 다만, 기간을 준수할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 사용자가 근로자에게 제공하여야 할 정보에는 양도의 사유, 사업양도로 발생할 수 있는 근로조건 변화에 대한 정보가 포함되어야 한다.

②사업을 양도하는 자는 제30조의3에 의하여 이전되는 권리·의무의 내용과 범위에 대하여 양수인에게 고지하여야 한다. 양수인은 양도인의 고지의 무해태를 이유로 근로자에게 항변할 수 없다.

제30조의5 **【고용승계와 취업규칙의 효력】** 양도인의 사업장에 적용되던 취업규칙은 사업양도로 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 1년간 계속 유효하다. 사업양도 후 1년 이내에 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 고용이 승계된 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 한다.

2. 노동조합및노동관계조정법을 다음과 같이 개정한다.

노동조합및노동관계조정법 제29조 다음에 다음을 신설한다.

제28조의2 **【고용승계와 노동조합의 지위】** 노동조합은 조합원의 이의가 없는 한 사업양도에 의하여 양수인의 사업장에 포괄적으로 승계된다.

노동조합및노동관계조정법 제32조 다음에 다음을 신설한다.

제32조의2 **【고용승계와 단체협약의 효력】** 이전된 근로관계에 적용되던 단체협약은 사업양도에 의하여 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 사업양도로부터 1년간 계속 유효하다. 다만, 단체협약이 기간의 만료나 해지로 효력을 상실하거나 새로운 단체협약이 체결된 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 근로자참여및협력증진에관한법률을 다음과 같이 개정한다.

근로자참여및협력증진에관한법률 제20조 다음에 다음을 신설한다.

제20조의2 **【고용승계와 노사협의회 의결사항의 효력】** 양도인의 사업장에서 체결된 노사협정 및 노사협의회 의결사항은 사업양도로 근로관계가 이전된 후에도 양수인에 대하여 사업양도로부터 1년간 계속 유효하다. 다만, 1년이 경과하기 전에 이를 대체하는 새로운 협정이 체결된 경우에는 그러하지 아니하다.

## 부 록 : 각국의 입법례 및 입법안

### I. 유럽연합<sup>249)</sup>

#### 기업, 사업, 사업의 일부 양도시 근로자의 청구권보장을 위한 입법지침(77/187/EWG)

##### 제 1 장 적용범위 및 용어의 정의

###### 제 1 조

- (1) a) 이 지침은 기업, 사업 또는 사업의 일부를 양도하거나 합병으로 사용자가 변경되는 경우에 적용된다.
- b) a)목에서 말한 이전과 본 지침에서 말하는 이전이란 경제활동의 실현을 위하여 조직된 본질적 또는 부수적 재원의 집합이 이전된 경우를 말한다.
- c) 본 지침은 영리추구여부와 관계없이 모든 공적·사적 경제활동에 적용된다. 공공기관의 행정개편 또는 공공기관의 행정부서의 이동에는 본 지침이 적용되지 않는다.
- (2) 본 지침은 이전의 대상이 되는 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전이 유럽협약의 지역적 적용범위 내에서 일어나는 경우에 적용한다.
- (3) 본 지침은 선박에는 적용하지 않는다.

###### 제 2 조

- (1) 본 지침에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
  - a) “양도인”이라 함은 제1조제1항에 의하여 이전된 기업, 사업 또는 사업의 일부에 대한 사용자적 지위에 있었던 법인 또는 자연인을 말한다.

249) Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen. 1998년 Richtlinie 98/50/EG에 의하여 개정됨.

부 록 : 각국의 입법례 및 입법안

- b) “양수인”이라 함은 제1조제1항에 의하여 이전된 기업, 사업, 사업의 일부에 대한 사용자적 지위를 취득한 법인 및 자연인을 말한다.
  - c) “근로자 대표” 및 이와 유사한 표현은 회원국의 국내법 또는 그 회원국의 관행이 인정하는 근로자의 대표를 말한다.
  - d) “근로자”라 함은 회원국의 개별적 근로관계법의 보호를 받는 자를 말한다.
- (2) 본 지침은 회원국의 국내법상의 근로계약 및 근로관계의 정의를 변경하지 않는다. 그러나 회원국은 다음에 열거된 사항을 이유로 근로계약과 근로관계에 대하여 본 지침의 적용을 배제할 수 없다.
- a) 실 근로시간 또는 소정 근로시간의 길이
  - b) 해당 근로계약 또는 근로관계가 기간의 정함이 있는 근로계약 또는 임시적 근로관계에 있는 근로자의 안전위생의 개선을 촉진하기 위하여 제정된 1991년 6월 25일의 입법지침(91/383/EWG) 제1조제1항의 기간의 정함이 있는 근로계약인 것
  - c) 해당 근로계약 또는 근로관계가 위 입법지침(91/383/EWG) 제1조제1항의 의미에서의 파견근로관계이고, 해당 기업, 사업, 사업의 일부가 파견사업체의 사용자에게 해당하는 것

## 제 2 장 근로자의 청구권의 보장

### 제 3 조

- (1) 사업양도 시점에 존재하는 근로계약 또는 근로관계에서 발생하는 양도인의 권리와 의무는 양도를 근거로 양수인에게 이전된다. 회원국은 사업양도 이전에 성립되거나 사업양도시 성립한 근로관계로 인한 채권에 대하여 양도인과 양수인이 사업양도 후 연대책임을 지도록 할 수 있다.
- (2) 회원국은 본 조에 의하여 이전되는 모든 권리·의무에 대해 양도인이 양수인에 대해 고지하는 것을 확보하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있다. 양도인이 위의 권리·의무에 대한 고지를 해태 하여도 당해 권리·의무의 이전 및 당해 권리·의무에 기초해 근로자가 양수인과

양도인에 대한 권리는 영향을 받지 않는다

- (3) 사업양도 후 양수인은 집단적 협정에 의한 근로조건을 당해 협정이 만료되거나 새로운 협정이 적용될 때까지 보장하여야 한다. 회원국은 근로조건 유지기간에 대한 제한을 둘 수 있다. 단, 그 기간은 1년을 넘어야 한다.
- (4) a) 회원국의 내국법이 별도의 규정을 두지 않는 한 제1항 및 제3항은 회원국 법률에 의한 사회보장제도를 제외한 기업단위의 또는 초기업적 노령, 장애 및 유족급여의 수급권에 대하여는 적용하지 아니한다.  
b) a)목에서 규정한 바와 같이 회원국이 제1항 및 제3항을 위의 수급권에 대하여 적용한다는 별도의 규정을 두고 있지 않은 경우 회원국은 양도인의 사업장에서 근무하던 근로자 및 사업양도 시점에 근로관계가 존재하지 않는 근로자가 가지는 a)목상의 수급권을 보호하기 위한 조치를 하여야 한다.

#### 제 4 조

- (1) 양도인과 양수인은 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전을 이유로 근로자를 해고할 수 없다. 그러나 본 규정은 사업구조의 변경에 따른 경제적, 기술적, 조직적 이유에 의한 해고를 방해하지 않는다. 회원국은 회원국의 국내법 또는 관행에 의하여 해고제한규정의 적용을 받지 않는 자에 대하여 제1문의 규정을 적용하지 않을 수 있다.
- (2) 사업양도로 인한 근로조건 불이익 변경으로 인하여 근로계약 또는 근로관계가 종료된 경우 사용자는 근로계약 또는 근로관계의 종료에 대하여 책임이 있는 것으로 본다.

#### 제4a조

- (1) 회원국이 별도의 규정을 하지 않는 한 제3조 및 제4조는 양도인의 청산을 목적으로 설치된 관할 공적기관(관할기관의 수권에 의한 관계인을 포함한다)의 감독 하에 이루어지는 파산절차 또는 이와 유사한 파산절차의 적용을 양도인이 받고 있는 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전에 대하여 적용하지 아니한다.
- (2) 제3조 및 제4조가 도산절차(이 절차가 자산청산을 목적으로 실시되

부 록 : 각국의 입법례 및 입법안

는가의 여부에 관계없이)가 개시된 다음에 발생한 사업양도에 대하여 적용되고 이 도산절차가 공적기관(공적기관에 의해 수권된 기관에 의한 경우도 포함한다)의 감독하에 이루어지는 경우 회원국은 다음과 같이 정할 수 있다.

a) 제3조제1항의 규정에 불구하고 근로계약 또는 근로관계로 인하여 발생하고 사업양도 이전 또는 도산절차가 개시되기 전에 지불 가능하였던 채권은 회원국이 1980년 10월 20일 제정된 『사용자 도산 시 근로자보호에 관한 입법지침(80/987/EWG)』에 의하여 보호받을 수 있거나 회원국의 국내법에 의하여 이와 유사한 보호를 받을 수 있는 경우에는 양수인에게 이전되지 아니한다.

b) 양도인, 양수인 또는 양수인의 직무를 대표하는 자를 한편의 당사자로 하고 근로자를 대표하는 자를 다른 한편의 당사자로 하여 현행법과 관행이 허용하는 한도 내에서 기업, 사업 또는 사업의 일부의 존속을 확보함으로써 고용기회를 보호하는 것을 목적으로 근로조건을 변경할 수 있다.

(3) 사업양도가 회원국의 국내법이 정한 심각한 경제적 위기상황에서 이루어지고 당해 경제적 위기상황이 관할 행정관청에 의해 선언되고 이러한 사항을 사법심사할 수 있는 국내법이 1998년 7월 17일까지 제정된 경우에는 전항 b)목의 규정을 당해 사업양도에 대하여 적용할 수 있다. 위원회는 2003년 7월 17일까지 본 규정의 효과에 대하여 보고하여야 하며, 필요한 제안을 준비를 하여야 한다.

(4) 회원국은 본 지침에서 정한 근로자의 권리를 박탈하기 위하여 이루어지는 도산절차의 남용을 방지하기 위하여 적절한 조치를 하여야 한다.

제 5 조

(1) 기업, 사업 또는 사업의 일부가 동일성을 유지하고 있어, 근로자대표기구의 설치요건을 충족하고 있는 경우에는 사업양도로 인하여 영향을 받는 근로자의 대표자, 근로자대표제의 지위 및 직무는 법률, 명령, 행정규칙, 합의에 기초해 이전일 이전에 존재한 것과 동일한 조건에서 유지되도록 하여야 한다. 제1문은 회원국의 법률, 명령, 행



정규칙, 관행에서 또는 근로자대표와의 협의에 의해 근로자대표의 재임명 또는 근로자대표의 재설치에 관한 규정이 정하여 있는 경우에는 적용하지 아니한다. 사업양도가 양도인의 자산청산을 목적으로설치된 관할 공적기관(관할 공적기관에 의하여 수권된 기관을 포함한다)의 감독 하에 이루어진 파산절차 또는 이와 유사한 도산절차의 대상이 된 경우에는 회원국은 근로자대표의 새로운 선거 또는 지명이 이루어질 때까지 이전된 근로자가 적절히 대표되는 것을 확보하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 기업, 사업 또는 사업의 일부의 이전이 동일성을 유지하고 있지 못한 경우 회원국은 국내법 및 관행에 따라 근로자대표기구가 재설치 또는 재임명되는 데 필요한 기간 및 사업양도 전에 근로자대표기구의 대표성이 일정기간 유지하도록 하는 것 등에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.

- (2) 사업양도로 인하여 근로조건에 영향을 받는 근로자들의 대표가 대표권을 상실한 경우에도 회원국의 법률, 행정규칙, 관행이 정한 근로자대표에 대한 보호규정은 계속하여 적용된다.

### 제 3장 정보제공과 협의

#### 제 6 조

- (1) 양도인 및 양수인은 사업양도로 인하여 영향을 받는 근로자의 대표자에 대해 아래의 사항에 대한 정보를 제공하여야 한다.

- 이전일 또는 예정일
- 이전사유
- 사업양도로 인하여 근로자에게 발생할 법적, 경제적, 사회적 효과
- 근로자에 대하여 계획되고 있는 조치의 내용

양도인은 사업양도 전 적당한 때에 근로자대표에게 위 정보를 제공하여야 한다. 사업양도가 양수인의 사업장에 종사하는 근로자의 근로조건에 영향을 미치는 경우 양수인은 이를 자신의 사업장의 근로자대표에게 즉시 통보하여야 한다.

- (2) 양도인 또는 양수인이 근로자에 관한 조치를 취할 경우에는 양도인

과 양수인은 그 조치를 취하기 전 적당한 때에 근로자대표와 협의하여야 한다.

- (3) 근로자대표가 중재위원회에 근로자에 대한 사항에 대한 결정을 요구할 수 있는 제도를 가진 회원국은 제1항 및 제2항의 적용을 사업양도로 인하여 사업의 본질적인 부분에 변화가 있고 근로자에게 중대한 불이익이 발생할 가능성이 있는 경우로 제한할 수 있다. 정보제공 및 협의의무는 근로자와 관련된 모든 조치에 적용된다. 정보제공과 협의는 제1문의 사업변화가 있기 전에 실시하여야 한다.
- (4) 본 조에서 정한 의무는 사업양도에 관한 결정이 사용자에 의하여 내려진 경우뿐만 아니라 사용자를 통제하는 기업에 의해 이루어진 경우에도 적용된다. 본 지침에 정한 정보제공 및 협의의무 위반이 사용자를 통제하고 있는 기업으로부터 정보가 제공되지 않아서 발생하였다는 사용자의 주장은 면책사유로 인정될 수 없다.
- (5) 회원국은 제1항, 제2항 및 제3항에 정한 의무의 적용대상을 근로자를 대표하는 단체의 선거 또는 지명에 대해 근로자의 수를 충족시킨 기업이나 사업으로 제한할 수 있다.
- (6) 회원국은 당사자의 의사와 관계없이 기업 또는 사업에 근로자의 대표자가 존재하지 않는 경우에도 관련 근로자가 다음 사항에 대한 정보를 제공받을 수 있도록 하여야 할 것이다.
  - 이전일 또는 예정일
  - 이전사유
  - 사업양도로 인하여 근로자에게 발생할 법적, 경제적, 사회적 효과
  - 근로자에 대하여 계획되고 있는 조치의 내용

#### 제 4 장 종결규정

##### 제 7 조

본 지침은 회원국이 근로자에게 유리한 법률이나 행정규칙을 제정하거나 적용하는 것 또는 근로자에게 유리하게 체결된 단체협약 또는 사회협정을 체결하거나 촉구하는 것을 방해하지 않는다.

제7a조

회원국은 근로자 또는 근로자대표가 입법지침에 규정된 내용들이 준수되지 않은 것과 관련된 자신들의 의견을 개진할 수 있는 소송절차 또는 이에 상응하는 제도에 필요한 국내법적 제도의 설치를 위한 조치를 취하여야 한다.

제7b조

위원회는 2003년 7월 17일까지 본 규정의 효과에 대하여 보고하여야 한다. 위원회는 필요한 경우 개정에 필요한 제안을 하여야 한다.

## II. 독일

### (1) 독일민법 제613a조<sup>250)</sup>

**§613a.[사업양도와 권리·의무의 승계]** (1) 사업 또는 사업의 일부가 법률행위에 의하여 다른 소유자에게 이전된 경우, 양수인은 이전시에 해당 사업장에 성립된 고용관계로부터 발생하는 권리와 의무를 승계한다. 권리와 의무가 단체협약 또는 경영협약으로 규정된 경우, 이러한 권리와 의무는 양수인과 근로자 사이의 고용관계의 내용이 되며, 단체협약은 사업양도 후 1년 이내에 근로자에게 불이익하게 변경될 수 없다(1980. 8. 13 신설 = BGBI. I, 1980, S. 1308). 양수인과 근로자사이의 권리와 의무가 다른 단체협약이나 경영협약에 의하여 규정된 경우에는 제2문이 적용되지 않는다(1980. 8. 13 신설 = BGBI. I, 1980, S. 1308). 제2문의 기간이 경과하기 전이라도 단체협약이나 경영협약의 효력이 상실되었거나 쌍방의 단체협약 구속력의 결여로 양수인과 근로자간에 다른 단체협약의 적용범위 안에서 그 단체협약을 적용하기로 합의한 경우에는 위의 권리와 의무는 변경될 수 있다(1980. 8. 13 신설 = BGBI. I, 1980, S. 1308).

(2) 사업양도 전에 성립되고 사업양도 후 1년 이내에 이행기가 도래하는 제1문의 규정에 의한 채무에 대하여 양도인은 양수인과 함께 연대채무자로서 책임을 진다. 위의 채무가 사업양도 이후에 이행기에 도래한 경우, 양도인은 산정기간 가운데 사업양도 당시 이미 완성된 채무에 해당하는 범위에서만 책임이 있다.

(3) 제2항은 법인과 인적회사가 조직변경으로 소멸하는 경우에 적용하지 아니한다.

(4) 사업양도 또는 사업의 일부양도를 이유로 하는 양도인 또는 양수인에 의한 해고는 무효이다. 다른 사유에 의한 해고에 대한 효력은 본 규정에 의하여 변경되지 않는다(1980. 8. 13 신설 = BGBI. I, 1980, S. 1308).

---

250) BGBI. I 1972, S. 13.

(2) 教授案(E-ArbVG 1992)<sup>251)</sup>

**§133 [근로관계의 이전]** (1) 법률에 의한 사업의 양도로 사업주가 변경된 경우 근로관계는 포괄적으로 승계 된다.

(2) 사업 또는 사업의 일부가 양수인과의 직접적인 또는 제3자를 통한 법률행위에 의하여 다른 소유자에게 이전된 경우, 양수인은 이전시에 해당 상업장에 성립된 고용관계로부터 발생하는 권리와 의무를 승계한다. 근로자는 정당한 사유가 있는 경우 근로관계의 이전을 거부할 수 있다. 양도인 또는 양수인이 근로자의 거부권행사 여부에 대하여 근로자에게 질의한 경우, 근로자는 1주 이내에 이를 통보하여야 한다. 사업양도 또는 사업의 일부양도를 이유로 하는 양도인 또는 양수인에 의한 해고는 무효이다. 다른 사유에 의한 해고는 본 규정에 의하여 변경되지 않는다.

(3) 단체협약의 효력이 양수인에게 구속력을 가지는 경우, 단체협약은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 단체협약이 양수인에 대하여 구속력을 가지지 못하는 경우 단체협약은 사업양도 후 1년 이내에는 근로자에게 불이익하게 변경될 수 없다. 양수인의 권리와 의무가 근로자들에게 구속력을 가진 다른 단체협약에 의하여 규율되거나, 쌍방의 단체협약 구속력의 결여로 양수인과 근로자간에 다른 단체협약의 적용범위 안에서 그 단체협약을 적용하기로 합의한 경우에는 새로운 단체협약의 적용을 받는다.

(4) 경영협정은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 하나의 사업이 다른 사업에 편입되거나 합병된 경우 경영협정은 새로운 경영협정에 의하여 대체될 때까지 계속 유효하다. 경영협정은 사업양도 후 1년 이내에 근로자에게 불이익하게 변경될 수 없다.

**§134 [양도인의 책임]** (1) 사업양도 전에 성립되고 사업양도 후 1년 이내에 이행기가 도래하는 제133조 규정에 의한 채무에 대하여 양도

---

251) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992; Verhandlungen des 59. DJT, Band I, Teil D.

인은 양수인과 함께 연대채무자로서 책임을 진다. 위의 채무가 사업양도 이후에 이행기에 도래한 경우, 양도인은 산정기간 가운데 사업양도 당시 이미 완성된 채무에 해당하는 범위에서만 책임이 있다.

(2) 전항은 법인이 합병이나 전환에 의하여 해산된 경우에 적용하지 아니한다. 전환법 제8조는 본 규정에 의하여 그 효력이 변경되지 아니한다.

(3) 社民黨案(E-Brandenburg 1996)<sup>252)</sup>

**§133[근로관계의 이전]** (1) 사업양도라 함은 사업 또는 사업의 일부가 법률이나 법률행위에 의하여 새로운 사업주에게 이전되는 것을 말한다. 제3자를 통하여 이전된 경우에도 그러한 것으로 본다.

(2) 전항의 사업이라 함은 양도인의 지금까지의 작업목적(조직의 변경없이) 계속하여 사용할 수 있는 본질적인 부분을 말한다. 본질적인 부분이라 함은 사업에 필요한 유형·무형의 생산요소, 즉 장소, 기술적 시설, 사업상의 권리(저작권·특허권·상표권)나 사업상의 특별한 지위나 지식 등을 말한다. 제1항의 사업의 본질적 부분이라 함은 양수인에 의하여 일체로서 승계된 작업단위 또는 조직의 변경없이도 계속하여 사용되거나 사용될 수 있는 조직상 구별이 가능한 독립된 작업단위를 말한다.

(3) 근로자는 근로관계의 이전에 대하여 거부권을 행사할 수 있다. 근로자의 거부권행사 여부에 대하여 사업양도의 당사자의 질의가 있으면 근로자는 3주 이내에 거부권을 행사하여야 한다.

**§134 [사업양도의 법률상 효과]** (1) 양수인은 사업양도시에 존재하는 양도인과의 근로관계로 인한 권리·의무에 대하여 책임이 있다. 제1문은 사업양도시 이미 이행기에 도래한 과산 및 화해절차(또한 지불불능)의 대상이 된 권리와 의무에 대하여는 적용하지 아니한다.

(2) 근로관계의 이전 전에 성립하고 이전 후 1년 경과하기 전에 이행기에 도달한 채무에 대하여 양도인과 양수인은 연대하여 채무를 부

252) Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts = BT-Drucks. 671/96.

담한다. 위의 채무가 사업양도 이후에 이행기에 도래한 경우, 양도인은 산정기간 가운데 사업양도 당시 이미 완성된 채무에 해당하는 범위에서만 책임이 있다. 전환법의 규정들은 계속 유효하다.

- (3) 단체협약이 양수인에게도 구속력이 있다면, 단체협약은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 단체협약이 양수인에게 구속력이 없는 경우 양수인은 사업양도 후 1년이 경과할 때까지 단체협약을 근로자에게 불리하게 변경할 수 없다. 양수인의 권리와 의무가 근로자들에 구속력을 가진 다른 단체협약에 의하여 규율되거나, 쌍방의 단체협약 구속력의 결여로 양수인과 근로자간에 다른 단체협약의 적용범위 안에서 그 단체협약을 적용하기로 합의한 경우에는 새로운 단체협약의 적용을 받는다.
- (4) 경영협정은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 하나의 사업이 다른 사업에 흡수되거나 합병된 경우 경영협정은 새로운 경영협정이 맺어질 때까지 계속 유효하다. 경영협정은 근로관계가 이전되고 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불리하게 변경될 수 없다.
- (5) 사업양도의 당사자는 사업양도를 이유로 근로자를 해고할 수 없다. 그러나 타법률의 해고의 정당한 사유가 있는 경우에는 해고할 수 있다. 다른 사유에 의한 해고에 대한 효력은 본 규정에 의하여 변경되지 않는다.

(4) 基民黨案(E-Sachsen 1995)<sup>253)</sup>

**§133 [근로관계의 이전]** (1) 법률에 의하여 사업이 양도되는 경우 양수인은 기존의 근로관계를 포괄적으로 승계한다. 공법상의 기구에 종사하는 근로자에 대하여는 공무원대강법 제128조의 규정에 따른다.

- (2) 법률행위에 의하여 사업 또는 사업의 일부가 새로운 사업주에게 이전하거나 제3자를 통하여 이전하는 경우에는 이전시에 존재하는 근로관계로 인한 권리·의무도 함께 이전된다. 근로자는 정당한 사유가 있는 경우 근로관계의 이전을 거부할 수 있다. 근로자의 거부

253) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes = BT-Drucks. 293/95.

권행사 여부에 대하여 사업양도의 당사자의 질의가 있으면 근로자는 1주 이내에 거부권의 행사 여부에 대하여 통보하여야 한다. 사업양도를 이유로 사업양도의 당사자는 근로자를 해고할 수 없다. 그러나 다른 사유에 의한 해고의 효력은 본 규정에 의하여 변경되지 않는다.

- (3) 단체협약이 양수인에게 구속력이 있다면, 단체협약은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 단체협약이 양수인에게 구속력이 없는 경우 양수인은 근로관계가 이전되고 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불리하게 단체협약을 변경할 수 없다. 양수인의 권리와 의무가 근로자들에 구속력을 가진 다른 단체협약에 의하여 규율되거나, 쌍방의 단체협약 구속력의 결여로 양수인과 근로자간에 다른 단체협약의 적용범위 안에서 그 단체협약을 적용하기로 합의한 경우에는 새로운 단체협약의 적용을 받는다.
- (4) 경영협정은 근로관계가 이전된 후에도 계속 유효하다. 하나의 사업이 다른 사업에 흡수되거나 합병된 경우 경영협정은 새로운 경영협정이 맺어질 때까지 계속 유효하다. 경영협정은 근로관계가 이전되고 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불리하게 변경될 수 없다.

**§134 [사업양도인의 책임]** (1) 근로관계의 이전 전에 성립하고 이전 후 1년 경과하기 전에 이행기에 도달한 채무에 대하여 양도인과 양수인은 연대하여 채무를 부담한다. 위의 채무가 사업양도 이후에 이행기에 도래한 경우, 양도인은 산정기간 가운데 사업양도 당시 이미 완성된 채무에 해당하는 범위에서만 책임이 있다.

- (2) 제1항은 법인이 합병이나 전환에 의하여 해산하는 경우에는 적용되지 아니한다. 전환법 제8조는 계속 유효하다.



### Ⅲ. 스위스

#### 스위스 채무법<sup>254)</sup>

- 제333조 (1) 사용자가 제3자에게 사업을 양도하고 제3자가 고용관계의 인수에 동의한 경우 노무자가 고용관계의 이전을 거절하지 않으면 고용관계는 모든 권리·의무와 함께 사업양도일에 양수인에게 이전된다.
- (1bis) 근로관계가 승계되면 양수인은 단체협약이 기간의 만료나 해지로 효력을 상실하지 않는 한 1년간 양도인의 사업장에 적용되던 단체협약을 준수하여야 한다.
- (2) 근로자가 거부권을 행사하면 해고예고기간의 경과로 근로관계가 소멸한다. 양수인과 근로자는 이 기간동안 근로계약상의 의무를 이행할 책임이 있다.
- (3) 사업양도 전에 성립되고 사업양도 후 근로자의 거부권행사 또는 기타 원인에 의하여 근로관계가 소멸된 때에 이행기에 도래하는 채무에 대하여 양도인과 양수인은 연대하여 책임을 진다.
- (4) 당사자 사이의 합의가 있거나 부득이한 경우를 제외하고 사용자는 근로관계로 인한 자신의 권리를 제3자에게 양도할 수 없다.

---

254) Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. Dez. 1993, in Kraft seit 1. Mai. 1994(AS 1994, 804; BBl 1993 I 805).

#### IV. 일 본<sup>255)</sup>

### 회사의 분할에 따른 근로계약의 승계 등에 관한 법률

제 1 조 【목적】 동 법은 회사의 분할이 이루어지는 경우에 근로계약의 승계에 관한 상법 및 유한회사법의 특례를 정함으로써 근로자의 보호를 도모하는 것을 목적으로 한다.

제 2 조 【근로자 등에의 통지】 (1) 회사(주식회사 및 유한회사를 말한다. 이하 동일함)는 상법 제2편제4장제6절의2 및 유한회사법 제6장의 규정에 의한 신설분할 또는 흡수분할(이하 “분할”이라 한다)을 할 때에는 다음에 언급된 근로자에 대하여, 상법 제374조제1항(유한회사법 제63조의6 제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 분할계획서 또는 상법 제374조의17제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 분할계약서(이하 “분할계획서 등”이라 한다)를 승인하는 주주총회 또는 사원총회(이하 “주주총회 등”이라 한다)의 회의일 2주전에 당해 분할에 관하여 당해 회사와 당해 근로자 사이에 체결하고 있는 근로계약을 당해 분할에 의하여 설립하거나 혹은 사업을 승계하는 회사(이하 “설립회사 등”이라 한다)가 승계하는 취지의 당해 분할계획서 등의 기재유무, 제4조제1항에 규정하고 있는 기한일과 기타 노동성령이 정하는 사항을 서면으로 통지하여야 한다.

제1호 : 당해 회사가 고용하고 있는 근로자이며, 설립회사 등에 승계되는 사업에 주로 종사하는 자로서 노동성령이 정하고 있는 자,

제2호 : 당해 회사가 고용하고 있는 근로자(제1호에서 언급된 근로자를 제외함)이며, 당해 분할계획서 등에 그 자가 당해 회사와의 사이에 체결하고 있는 근로계약을 설립회사 등이 승계하는 취지를 기재하고 있는 자.

255) 會社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律(平成 一二年五月三十一日 法律第一〇三号) = 労働法律旬報, 2000年 7月 下旬号(No. 1484). 64면 이하.

- (2) 전항의 분할을 하는 회사(이하 “분할회사”라 한다)는 노동조합법 제2조의 노동조합과의 사이에 단체협약을 체결하고 있는 때에는 당해 노동조합에 대하여 분할 계획서 등을 승인하는 주주총회 등의 회의일 2주전에 당해 분할에 관하여 당해 단체협약을 설립회사 등이 승계한다는 취지를 당해 분할 계획서 등에의 기재유무와 기타 노동성령이 정하고 있는 사항을 서면으로 통지하여야 한다.
- (3) 상법 제374조의6제1항 및 제374조의22제1항의 경우에 있어서 전2항의 규정의 적용에 대해서는 제1항 중 『……을 승인하는 주주총회 및 사원총회의 회의일 2주전』으로 하고 있으며, 그리고 전항에 『……을 승인하는 주주총회 등의 회의일 2주전』으로 하고 있는 것은 『……이 작성되어진 일로부터 기산하여 2주 이내』로 한다.

제 3 조 【사업에 주로 종사하는 근로자에 관계되는 근로계약의 승계】 전조 제1항제1호에 언급된 근로자가 분할회사와 체결하고 있는 근로계약이 있고, 분할계획서 등에 설립회사가 승계한다는 취지를 기재하고 있는 자는 당해 분할계획서 등에 관계되는 분할의 효력이 발생한 때에 당해 설립회사 등에 승계된다.

제 4 조 (1) 제2조제1항 제1호에 언급된 근로자이며, 분할계획서 등에 그자가 분할회사와의 사이에 체결하고 있는 근로계약을 설립회사 등이 승계한다는 취지의 기재가 없는 자는 동항의 통지가 되어진 날로부터 분할회사가 정하는 날(당해 분할회사가 작성한 분할계획서 등을 승인하는 주주총회 등의 회의일 2주전부터 당해 회의일 전일까지에 한한다. 다음 제2항 및 다음 제5조제1항에 있어서는 “기한일”이라 한다)까지 당해 분할회사에 대하여 당해 근로계약이 당해 설립회사 등에 승계되지 않는 것에 대하여 서면으로 이의를 제기할 수 있다.

- (2) 기한일을 정하는 경우 분할회사는 전항의 통지가 있는 날과 기한일과의 사이는 적어도 13일이 되도록 하여야 한다.
- (3) 상법 제374조의6제1항 및 제374조의22제1항의 경우에 있어서 제1항의 규정의 적용에 대해서는 동항 중 『당해 분할회사가 작성한 분할

부 록 : 각국의 입법례 및 입법안

계획서 등을 승인하는 주주총회 등의 회의일 2주전부터 당해 회의일 전일까지의 일자,로 하는 것은 『신설분할』에 있어서는 상법 제374조 제2항제8호에 해당하는 날의 전일까지의 일자, 흡수분할에 대해서는 동법 제374조의17제2항제9호에 해당하는 날의 전일까지로 한다.

- (4) 제1항에서 규정하고 있는 근로자가 동항의 이의를 제출한 경우에는 상법 제374조의10제1항(유한회사법 제63조의6제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 또는 상법 제374조의26제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에도 불구하고 당해 근로자가 분할회사와의 사이에 체결하고 있는 근로계약은 분할계획서 등에 관계되는 분할의 효력이 발생한 때에 설립회사 등에 승계된다.

제 5 조 【기타 근로자에 관계되는 근로계약의 승계】 (1) 제2조제1항제2호에 언급된 근로자는 동항의 통지가 된 날로부터 기한일 사이에 분할회사에 대하여 당해 근로자가 당해 분할회사와의 사이에 체결되어 있는 근로계약이 설립회사 등에 승계되는 것에 대하여 서면으로 이의를 제기할 수 있다.

- (2) 전조제2항 및 제3항의 규정은 전항의 경우에 대하여 준용한다.  
(3) 제1항에서 규정하고 있는 근로자가 동항의 이의를 제기한 때에는 상법 제374조의10제1항(유한회사법 제63조의6제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 또는 상법 제374조의26제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에도 불구하고 당해 근로자가 분할회사와의 사이에 체결하고 있는 근로계약은 설립회사 등에 승계되지 않는다.

제 6 조 【단체협약의 승계 등】 (1) 분할회사는 분할계획서 등에 당해 분할회사와 노동조합과의 사이에 체결된 단체협약 중 설립회사 등이 승계하는 부분을 기재할 수 있다.

- (2) 분할회사와 노동조합 사이에 체결되어 있는 단체협약에 노동조합법 제16조의 기준 이외의 부분이 정하여져 있는 경우에는 당해 부분의

전부 또는 일부에 대하여 당해 분할회사와 노동조합 사이에 분할계산서 등의 기재에 따라 당해 설립회사 등에 승계된다는 취지의 합의가 있는 경우에는 당해 합의에 관련되는 부분은 상법 제374조의10제1항(유한회사법 제63조의6제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 또는 상법 제374조의26제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 분할계산서 등의 기재에 따라 당해 분할의 효력이 발생한 때에 당해 설립회사 등에 승계된다.

- (3) 전항에 정하고 있는 것 이외에 분할회사와의 사이에 체결되어 있는 단체협약에 대해서는 당해 노동조합의 조합원인 근로자와 당해 분할회사와의 사이에 체결된 근로계약이 설립회사 등에 승계되는 때에는 상법 제374조의10제1항(유한회사법 제63조의6제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 또는 상법 제374조의26제1항(유한회사법 제63조의9제1항에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 불구하고 당해 분할의 효력이 발생한 때 당해 설립회사 등과 당해 노동조합과의 사이의 당해 단체협약(전항에 규정하는 합의에 관계되는 부분을 제외한다)과 동일한 내용의 단체협약이 체결되어진 것으로 본다.

제 7 조 【근로자의 이해와 협력】 분할회사는 당해 분할에 있어 노동대신이 정하는 바에 따라 그 고용하는 근로자의 이해와 협력을 얻도록 노력하여야 한다.

제 8 조 【지침】 노동대신은 이 법률이 정한 것 이외에 분할회사 및 설립회사 등이 강구해야 할당해 분할회사가 체결하고 있는 근로계약 및 단체협약의 승계에 관한 조치에 관하여 그의 적절한 실시를 도모하기 위하여 필요한 지침을 정할 수 있다.

### <부 칙>

제 1 조 【시행기일】 동법은 상법 등의 일부를 개정한 법률(2000년 법률 제 90호)의 시행일로부터 시행한다 다만, 다음의 조항은 공포일로부터 시행한다.

부 록 : 각국의 입법례 및 입법안

제 2 조 【중앙성청등개혁관계법시행법의 일부개정】 『중앙성청등개혁관계시행법(1999년 법률 제160호)』의 일부를 다음과 같이 개정한다.

제613조의 다음에 다음의 한 조항을 추가한다.

(회사분할에 따른 근로계약의 승계 등에 관한 법률의 일부개정)

제613조의2 『회사분할에따른근로계약의승계등에관한법률(2000년 법률 제103호)』의 일부를 다음과 같이 개정한다.

본칙 중 『노동성령』을 『후행노동성령』으로, 『노동대신』을 『후생대신』으로 바꾼다.

## <참 고 문 헌>

### 1. 국내문헌

- 강대섭, “기업의 구조조정과 노동법적 과제”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 117면 이하
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1996.
- 김건익, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『사법행정』 1994년 상반기(통권 제 21호), 520면 이하.
- 김기중, “영업양도의 요건에 관한 판례법리의 비판적 검토”, 『노동법연구』, 제6호 서울대 노동법연구회, 1997, 77면 이하 참조.
- 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978.
- 김영문, 사업양도시 고용승계에 관한 입법론적 고찰, 한국노총 중앙연구원, 1999.
- 김영문, “영업양도시 근로관계의 승계에 관한 쟁점별 검토”, 『노동법 현안의 쟁점』, 노동법학회 2000년도 춘계학술발표대회 자료, 1면 이하.
- 김영훈, “근로관계의 이전”, 『근로관계소송상의 제문제(하권)』(재판자료 제 40집), 법원행정처, 1987, 681면 이하.
- 김유성, 노동법 II - 집단적 노사관계 -, 법문사, 1998.
- 김증한, 채권각론, 박영사, 1988.
- 김지형, “영업양도와 근로관계의 승계”, 『민사재판의 제문제』(오당 박우동 선생화갑기념) 제8집, 민사실무연구회 편, 1994, 1030면 이하.
- 김치선, 개정 노동법총설, 서울대출판부, 1982.
- 김형배, 채권각론(상), 박영사, 1995.
- 김형배, 근로기준법, 박영사, 1998.

<참고문헌>

- 김형배, 노동법, 박영사, 2000.
- 김형배·김영문, “영업양도와 근로관계의 승계”, 판례월보, 1999년 345호, 7면 이하.
- 김형배·하경효·김영문, 영업양도와 근로관계의 승계, 신조사, 1999.
- 김홍준, “기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고”, 『노동법연구』 제 4호, 서울대학교 노동법연구회, 1994, 25면 이하.
- 남효순, 民法注解 第XV卷 債權(8) 第598條~第702條, 한국사법행정학회, 1997.
- 민중기, 영업양도와 근로관계의 승계에 관한 판례의 법리, 서울대학교 석사학위논문, 2000년.
- 박종희, “기업의 구조조정과 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자 판단문제”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 197면 이하.
- 박종희, “영업양도와 집단적 노사관계”, 노동법률 1999년 2월호, 13면 이하.
- 박종희, “영업양도와 근로관계의 승계”, 경영계 1999년 4월호, 56면 이하.
- 박홍규, 노동법론, 삼영사, 1998.
- 박종희·김소영, 기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제, 한국노동연구원, 2000년.
- 서광민, “영업양도에 있어서 근로자의 지위”, 『강원대학 연구논문집』 제9집, 1975년, 31면 이하.
- 서민, “계약인수”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985년, 393면 이하 참조.
- 서민, 註解 民法總則(上), 한국사법행정학회, 1994.
- 심태식, 노동법개론, 법문사, 1989.



- 오문완, “기업조직의 변경과 경영상 이유에 의한 해고”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 105면
- 유성재, “해고의 효력을 다투는 자의 계속근로청구권”, 법학논문집 제22집 (1997), 중앙대학교 법학연구소, 411면 이하.
- 유성재, “고용계약 규정의 개정”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 51면 이하.
- 유성재, “법에 있어서 개념의 형성”, 『경제기술법연구』 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999, 175면 이하.
- 이광택, “기업의 양도·인수에 따른 고용승계 여부”, 산업사회연구소 2000년 연두정책토론회 자료, 1면 이하.
- 이대형·김상호·유정엽·류경석, 아파트 근로자의 고용승계에 관한 연구, 한국노총 중앙연구원, 1999
- 이병태, 최신노동법, 현암사, 1999.
- 이상덕, “영업의 양도와 노동관계”, 전북대 법학연구 제12집, 1985, 253면 이하.
- 이상덕, 사업주교체에 따른 근로관계 변화에 관한 연구, 박사학위논문(서울대), 1991.
- 이상덕, “영업양도와 고용승계”, 노동법학 제7호(1997), 235면 이하.
- 이상훈, 노동법, 법문사, 1997.
- 이승욱, “영업양도와 전적의 효력”, 『노동관계비평』, 1996, 259면 이하.
- 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 박사학위논문(서울대), 1997.
- 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 『노동법연구』 제6호, 서울대 노동법연구회, 1997, 19면 이하.
- 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 개념”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 7면 이하.

<참고문헌>

- 이승욱, “기업변동에 따른 경영상 해고의 정당성”, 노동법학 제8호(1998), 403면 이하
- 이용구, “영업양도와 근로관계”, 『노동법연구』 제6호, 서울대학교 노동법연구회, 1997, 98면 이하.
- 이원재, “영업양도와 고용승계”, 노동법률 1999년 3월호, 13면 이하.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 1999.
- 이한구, 註釋 民法總則(上), 한국사법행정학회, 1987.
- 이홍재·이승욱, “영업양도와 해고제한”, 서울대학교 법학 제40권 3호 (1999), 254면 이하 참조.
- 임종률, 해고의 법리, 서울대학교 법학, 12-2, 1971, 70면 이하.
- 임종률, “사업주의 변경과 근로자의 법적 지위”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985, 536면 이하.
- 임종률, “사업의 양도와 노동관계”, 『법학논총』 승전대학교 제1집 1985, 59면 이하.
- 임종률, 노동법, 법문사, 1998.
- 조화식, M&A와 근로관계 승계의 문제, 중앙경제, 1999.
- 채이식, 상법강의(상), 박영사, 1990.
- 최성근, 독일의 도산법, 한국법제연구원, 1998.
- 하경효, 영업양도와 고용승계, 한국경영자총협회 정책토론회(1997년 10월 1일) 자료 『기업의 인수합병과 고용조정』, 40면 참조.
- 하경효, “기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력”, 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 1998, 159면 이하.
- 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 판례월보 1998, 336호, 19면 이하 참조.

- 하경효, “고용승계의 요건으로서 영업양도(Betriebsübergang)의 판단기준”, 판례연구, 고려대학교법학연구소, 1998년(9집), 223면 이하 참조.
- 하경효, “기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호”, 저스티스 제32권제2호, 1999, 49면 이하.
- 하경효, “기업구조조정과 근로자해고의 문제”, 비교사법 제6권2호(통권 11호), 1999, 217면 이하.
- 하경효, “영업양도에 따른 노조의 존속과 협약승계 문제”, 경영계, 1999년 3월호, 64면 이하 참조.
- 한국노총 중앙연구원, 『노동자 보호법 제정을 둘러싼 논의와 일본노동조합(렌고)의 방침』, 2000.
- 황적인, “기업양도와 근로관계”, 법학 제20권2호(서울대학교 법학연구소), 1980, 419면 이하.

## 2. 외국문헌

### (1) 영미문헌

- Bauer, Unternehmensveräußerung und Arbeitsrecht, 1983.
- Baeck/Lingemann, “Auftragsübergang als Betriebsübergang?— Neues vom EuGH”, NJW 1997, S. 2492 ff.
- Birk, Anm. zu BAG, AP Nr. 10 § 613a BGB.
- Birk, Anm. zu BAG EzA § 613a BGB Nr. 1.
- Böttcher, “Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsnachfolger”, in: FS Nikisch, S. 3 ff.
- Borngräber, Arbeitsverhältnis bei Betriebsübergang, Diss. Köln, 1977.

<참고문헌>

Brecher, “Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis”, in: FS für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 227 ff.

Camerlynck, Droit du travail: Le contrat de travail, 1982.

Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Bd. 2, 1982, § 111.

Fenn/Klose, “Voraussetzungen und Folgen des Widerspruchs gegen den Arbeitgeberwechsel bei § 613a BGB – BAGE 88, 196”, JuS 2000, S. 531 ff.

Gaul, “Der Betriebsinhaberwechsel und seine einzelvertraglichen Auswirkungen”, BB 1979, S. 1669 ff.

Galperin-Siebert, BetrVG, 3. Aufl., § 1.

Hasford, “Die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Übergangs von Betriebsteilen auf bestehende Arbeitsverhältnisse”, BB 1973, S. 526 ff.

Heinze, “Die Arbeitgebarnachfolge bei Betriebsübergang”, DB 1980, S. 205 ff.

Herschel, Anm. zu BAG AP Nr. 42 zu § 613a BGB.

Herschel, “Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis”, ZfA 1977, S. 219 ff.

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, S. 516 ff.

Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 1.

Ingelfinger, “Widerspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang und Sozialauswahl bei anschließender betriebsbedingter Kündigung”, ZfA 1996, S. 597 ff.

- Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988.
- Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996.
- Kracht, Das Kündigungsverbot gemäß § 613a BGB - Anwendungsbereich und Umgehung -, Diss. Bonn 1988.
- Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I(Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht), 3. Aufl., 1961.
- Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, 1988.
- Posth, Arbeitsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1977.
- Ramm, Entwürfe zu einem Deutschen Arbeitsvertragsgesetz, 1992.
- Resonberg/Schwab/Gottwald, zivilproeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 18.
- Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., § 59.
- Schwanda, Der Betriebsübergang in 613a BGB, 1992.
- Schwerdtner, "Individualarbeitsrechtliche Probleme des Betriebsübergangs", in: Arbeitsleben und Rechtspflege, FS für Gerhard Müller, 1981, S. 552 ff.
- Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980.
- Staudinger/Richardi, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Bcch, 13. Bearbeitung, 1999, § 613a.
- Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985
- Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978 참조.

<참고문헌>

Wank, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, § 120, 1993.

Willemsen/Annuß, “Neue Betriebsübergangsrichtlinie – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?”, NJW 1999, S. 2073 ff. 참조.

Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1983.

## (2) 일본문헌

榎本信行, “企業變動・倒産と労働契約”, 『現代労働法講座 10』, 日本労働法學會, 1982, 46面 以下.

宇田一明, 營業讓渡法の研究, 中央經濟社, 1993.

野田進, “合併・營業讓渡等と解雇”, 『季刊労働法』 165号, 日本労働法學會, 1992, 22面 以下.

有泉亨, 労働基準法(法律學會集 47), 1963.

有泉亨/山口浩一郎, “労働協約の終了”, 『노동법대계2』, 185면 以下.

伊藤博義, “企業變動と労働契約”, 『雇用形態の多様化と労働法』, 1996, 134面 以下

清正寛, “企業合併・營業讓渡と労働契約”, 『増刊ジコリスト(労働法の争点)』, 1990, 114面 以下.