

종속기업의 해산에 따른 지배기업의 고용책임*

Employment Liability of the Dominant Company Which Led the Dissolution of the Subsidiary

조 경 배**
Cho, Kyung-Bae

목 차

- | | |
|----------------------------------|---------|
| I. 머리말 | III. 결론 |
| II. 지배기업의 고용책임에 관한 판례 법리
및 한계 | |

자본의 집중과 집적으로 인한 독점 대자본이 시장을 지배하고 있는 현대 자본주의 체제 하에서 기업네트워크 내의 합병, 사업이전 등 다양한 형태의 기업구조 재편이 초래한 고용 상실이나 근로조건 악화의 문제는 노동법의 이념과 법 원리에 따른 독자적인 접근방식이 필요하다. 특히 종속기업의 배후에서 그 기업의 경영 전반에 관하여 지배적인 영향력을 가진 자가 주도한 종속기업의 해산이 위법 또는 탈법적인 목적을 위한 것이거나, 혹은 비록 그 자체는 합법적이라고 할지라도 근로자에게 실질적으로 해고와 다름없는 결과가 발생하는 때에는 해고제한 법리를 적극적으로 적용해야 한다. 종속기업의 해산 결정을 주도한 지배기업에게 직접 고용책임을 묻는 것은 헌법의 근로권보장 이념에 바탕을 둔 해고제한 법리의 근본취지를 실질적으로 구현하기 위한 것이다.

현재 지배기업의 주도로 이루어진 종속기업의 해산에서 비롯된 노동법적인 쟁점은 입법의 불비로 말미암아 주로 묵시적 근로계약관계 법리, 위장해산 법리, 영업양도 법리 등의 판례 법리에 따라 처리되고 있다. 하지만 이러한 법리들 자체가 민법이나 상법 등 재산법적인 거래관계에서 형성된 법리를 유추한 것으로서 인격적인 특성을 가진 노동법적인 쟁점

DOI: 10.35148/ilsilr.2020..45.213

투고일: 2019. 12. 23. / 심사외일: 2020. 1. 28. / 게재확정일: 2020. 2. 6.

* 본 연구는 순천향대학교 학술연구비 지원으로 수행하였음.

** 순천향대학교 인문사회과학대학 법학과 교수

Professor, Department of Law, Soonchunghyang University

에 적용하기에는 그 한계가 뚜렷하다. 또한 이들 법리에 내재된 기본 관념이 기업조직의 동일성을 전제로 한 것이어서 지배기업 또는 다른 승계기업에 고용책임을 인정하기에는 그 적용범위가 너무 협소하다. 따라서 기업의 인적·물적 조직의 동일성이 아니라 사업 활동의 동일성을 기준으로 하는 사업이전 법리가 근로권을 실질적으로 구현하는 보다 충실한 규범적인 근거가 될 수 있다. 나아가 EU 지침이나 영국의 사업이전법과 같이 입법에 의한 보다 근본적인 해결책이 필요하다. 마찬가지로 법인격 형해화론의 요건을 완화하여 적용한 일본의 법인격 남용의 법리도 참조할 만한 가치가 있다. 복합적이고 중첩적인 기업지배 구조 하에서 형식적인 법인격에 집착해서는 노동규범의 존재의의를 끊임없이 훼손하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

[주제어] 법인격 부인의 법리, 묵시적 근로계약관계, 위장해산, 영업양도, 사업이전, 고용승계

I. 머리말

한국에서는 독과점적인 시장지배 체제하에서 대기업들이 생산 공정, 판매, 인사노무 관리, AS 관리 등 사업 활동 전반에 걸쳐서 중소기업들을 하청계열화 하거나 인수합병, 분할, 사업이전, 아웃소싱 등 기업구조를 끊임없이 재편하여 기업네트워크를 구축하고 통일적인 지배구조를 형성하고 있다. 이 과정에서 종속기업 근로자의 고용상실, 임금삭감이나 체불 등 근로조건 악화, 노조파괴와 같은 반노동법적 일탈 현상 또한 적지 않게 일어나고 있다. 이를 법 기술적인 측면에서 보면 법인격을 악용하는 방식이 자주 이용되고 있는데 종속기업의 배후에서 이를 실질적으로 지배하는 기업이나 개인 자본가가 경제적인 위험이나 법적인 부담은 종속기업에게 떠넘기고 이익만을 취하는 효과적인 수단으로서 종속기업의 법인격을 남용하는 것이다. 이러한 경향성에 대한 반작용으로서 법인격 부인의 법리, 묵시적 근로계약관계 법리, 영업양도 법리, 사용자개념의 확대 등 제한적이거나 구조조정 과정에서 희생되기 쉬운 근로자의 피해를 구제하기 위한 판례 법리들 또한 함께 발전해가고 있다.

이 글은 지배종속관계로 일련의 네트워크를 구성하고 있는 복수의 기업들 사이에서 다른 기업의 사업내용을 사실상 지배하는 자의 주도로 초래된 종속기업 근로자의 고용상실에 대한 법적 책임을 그 지배기업(또는 그 지배기업에 의해 사업을 승계한 새로운 종속기업)에게 물을 수 있는 판례법상의 여러 법리를 체계적으로 비교 분석해보고자 한다. 이는 복수의 기업들이 법인격을 달리한 채 서로 긴밀히 결합되어 궁극적으로는

하나의 경제적 동일체 또는 통일체로서 공동의 경영목적을 위하여 움직이는 경우 중속기업의 해산에 주도적인 영향력을 행사한 지배기업이 법인격이 다르다는 것만을 이유로 고용책임을 회피할 수 있는가하는 의문에서 비롯된 것이다. 최근 판례의 동향을 살펴보면 더라도 근로계약상 형식적인 당사자의 법인격에 구애되지 않고 실질적인 권한을 가진 자에게 법적 책임을 부담시키는 경향이 점점 증가하고 있다.¹⁾ 하지만 지배기업에게 직접 중속기업 근로자의 고용책임을 인정한 사례는 그리 많지 않다. 따라서 여기서는 지배기업의 고용책임과 관련하여, 법인격 부인의 법리를 비롯한 여러 판례 법리들의 법적 근거와 요건 및 그 유용성과 한계를 상호관련성에 맞추어 차례대로 살펴보고 이에 대응 가능한 새로운 법리를 모색해보고자 한다.

II. 지배기업의 고용책임에 관한 판례 법리 및 한계

1. 법인격 부인의 법리

법인격 부인의 법리는 법인격 제도의 남용을 막기 위하여 형식적인 법인격의 배후에 있는 실질적인 주체인 개인 또는 법인에게 직접 법적 책임을 물을 수 있도록 판례를 통하여 형성된 사법상의 원리이다. 하지만 한국의 경우 노동관계에서 이를 적극적으로 적용한 사례는 찾아보기 힘들다. 다만 전속적인 사내하도급 관계에서 하청근로자의 해고 등 근로관계의 종료와 관련하여 법인격 부인의 법리 가운데서도 ‘법인격 형해화론’에 가까운 ‘묵시적 근로계약관계 법리’가 극히 제한적으로 인용되고 있을 뿐이다. 그런데 노동법상 해고제한 법리의 기본취지인 고용의 유지존속이란 과제는 재산법상의 책임원리에서만 바라보는 거래관계의 주체로서의 ‘법적 인격자’의 문제로 환원될 수는 없다.

1) 전속적인 사내하도급 관계에서 원청과 하청근로자간에 직접적인 근로계약관계의 성립을 인정한 미포조선 용인기업 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005나75088 판결), 지배력설(또는 실질적 영향력설)을 기반으로 원청에게 부당노동행위 사건의 직접적인 당사자로서 사용자책임을 인정한 현대중공업사건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결), 업무상 재해를 당한 파견근로자에 대하여 사용사업주에게 ‘묵시적인 약정’에 따른 신의칙상 보호의무 및 안전배려의무를 인정한 손해배상사건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결), 사용사업주에게 파견근로자의 임금차별에 대한 연대책임을 인정한 사건(서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합704160 판결), 복수의 사용자에게 공동사업주로서의 임금의 연대책임을 인정한 사건(서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고 2013가합521826 판결; 인천지방법원 2015. 2. 17. 선고 2012가단100615 판결) 등.

근로권에 내재한 ‘일하는 사람으로서의 인격’이란 관점에서 바라보아야 한다는 점에서 해고제한 법리의 적용가능성과 그 한계에 대하여는 보다 더 근본적인 검토가 필요하다.²⁾ 여기서는 우선 법인격 형해화론과 그 법적 요건이 완화된 형태인 법인격 남용의 법리를 노동관계에 적용해온 일본의 판례 법리를 먼저 살펴보기로 한다. 특히 종속기업의 해산을 주도하여 근로자의 해고를 초래한 지배기업의 고용책임과 관련하여 법인격 부인의 법리의 적용가능성과 그 한계를 검토해보고자 한다.

1.1 일본의 법인격 부인의 법리

일본에서는 회사해산에 수반되는 노동관계상의 여러 법적 문제를 취급할 때 실무와 학계에서 이 법리를 적극적으로 활용해왔다. 법인격 부인의 법리는 건물명도청구와 관련된 상사관계에서 1969년 최고재판소 판결³⁾에 의하여 처음으로 형성된 후 노동사건에서도 자주 원용되어 왔다. 그 취지는 법인격 제도의 목적에 비추어 법인격의 형식적인 독립성을 관철하는 것이 공익·정의·형평의 이념에 반하는 것으로 인정되거나 법인격의 목적을 넘어서서 부당하게 이용되는 경우에는 그 법인격의 행위를 부인하여 그 효과를 배후의 법인 또는 자연인에게 귀속시킴으로써 법인 제도의 실질적인 잠탈을 방지하고자 하는 것이다.⁴⁾ 원고용주의 법인격을 배제하고 이를 배후에서 실질적으로 지배하는 법인이나 개인과 근로자 간에 직접적인 고용관계가 성립한다고 보는 이 법리는 통상 (1) 법인격 형해화론과 (2) 법인격 남용론의 두 범주로 나누어진다. 일본 판례의 일반적인 경향은 법인격 형해화에 대해서는 보다 엄격한 요건을 적용하여 제한적이며 예외적으로 인정하여 온 반면, 법인격 남용은 상대적으로 넓게 인정하고 있는 것이 추세이다.

1.1.1 법인격 형해화의 법적 요건과 판단기준

지배기업에게 직접적인 고용책임을 지우는 법리적 근거로서 종속기업의 법인격 형해화론은 통상 종속기업이 이름뿐이고 지배기업의 일개 영업부서에 지나지 않는다고 볼 수 있는 경우에 적용된다. 즉 종속기업의 배후에 있는 개인이나 지배기업에 의한 지배의

2) 법원은 “사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상의 의무를 부담한다.”고 함으로써 근로제공이 가진 인격권적 측면을 강조한 바 있다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결).

3) 最一小判昭44227民集13卷2号511頁.

4) 山本圭子, “会社解散に伴う解雇と法人格否認の法理”, 「労働判例解説集」, 日本評論社, 2006, 160頁.

정도가 매우 강하여 배후의 개인이나 지배기업과 종속기업이 실질적으로 동일한 것으로 볼 수 있는 경우이다.

종속기업의 형해여부를 판단하는 기준과 관련하여 비교적 최근 사례인 第一交通産業 사건에서 오사가 고등법원은 주식의 소유관계, 임원파견, 영업재산의 소유관계, 전속적 거래관계 등을 통하여 모회사가 자회사를 지배하고 양자 간에 재산과 업무가 계속적으로 혼동되어 그 사업이 실질적으로 동일하다고 평가될 수 있는 경우에는 자회사의 해산을 이유로 해고의 의사표시를 받았다고 하더라도 이로 인하여 근로자로서의 지위를 상실하지 않는다고 보았다.⁵⁾ 법인격 형해화의 규범적 근거는 실질적 동일성에 있고, 실질적 동일성 여부의 판단에 있어 주된 고려요소는 자본관계 존재, 임원의 공통, 재산·계산·업무의 혼동 등이다. 이 사건에서는 자본·임원관계, 수입·지출의 관리, 근로조건의 방침 결정 등 모기업에 의한 상당한 지배가 인정되었지만 종속기업이 원래 별개의 회사였고 자산관리 등의 혼동이 없다는 이유로 형해화의 정도에 이른 것은 아니라고 보았다. 형해화의 요건을 극히 엄격하게 판단한 것이다.

법인격 형해화론은 명목상 근로계약의 당사자로 되어있는 원고용주인 종속기업의 사업주로서의 독자성(실체) 유무를 기준으로 한다는 점에서 필연적으로 그 적용범위가 매우 제한적일 수밖에 없다. 왜냐하면 근대 사법체계는 의사표시를 근간으로 하는 사적 자치의 원칙을 사상적 기반으로 하고 있기 때문이다. 이러한 개인주의적인 자유관에 기초한 원자론적 법률관의 입장에서 보면 지배의 강도에 관계없이 형식상의 당사자가 조금이라도 그 실체가 인정되면 그 독립성을 부정하기 어려운 것이다. 실제로도 형해화를 이유로 고용관계의 성립을 인정한 사례가 매우 드문 것도 이러한 사정에 연유한 탓이라고 생각된다.⁶⁾

그리하여 종속기업의 법인격이 형해화한 경우에는 근로계약관계가 지배기업과 종속기업의 근로자간에 직접 존재한다는 것을 의미하므로 굳이 형해여부를 따지지 않더라도 근로계약의 기본내용을 중심으로 한 대체 논리가 가능하다는 비판적인 견해가 있다. 즉 근로를 제공받고 임금을 지급하는 자가 결국 사용자이므로 굳이 법인격 부인의 법리

5) 大阪高判平17330労判896号64頁.

6) 黒川建設事件(東京地判平3-725労判813号15頁 퇴직금청구) 에서도 주식회사에 있어서 법인격이 완전히 형해에 불과하다고 말하기 위해서는 단지 해당 회사의 업무에 대해 다른 회사 또는 주주들이 주주로서의 권리를 행사하여 사용함으로써 해당 회사에 대해 지배를 미치고 있다는 것만으로는 부족하고(사적 독점의 금지 및 공정 거래의 확보에 관한 법률 제9조는 다른 회사의 사업 활동을 지배하는 것을 주된 사업으로 하는 지주 회사를 원칙적으로 적법하다는 점을 참조해야 한다.) 해당 회사의 업무 집행, 재산 관리, 회계 구분 등의 실태를 종합 고려하여 법인의 실체가 형해에 불과한지 여부를 판단해야 한다고 보았다.

에 의하지 않더라도 동일한 결론에 이를 수 있다는 것이다.⁷⁾ 이는 지휘감독에 따른 근로제공과 임금지급을 기본적인 내용으로 하는 근로계약의 맥락에 따라 그 실질적인 당사자를 객관적인 사실로부터 확정하는 방식이다. 그런데 이러한 견해는 원론적으로는 타당한 견해이지만 법인격 형해화가 근로계약의 실질적인 당사자가 누구인지를 가리는 유일한 또는 핵심적인 기준이 아니라 이를 보완하는 기준의 하나로 이해한다면 이 견해와 반드시 모순된다거나 양자택일적인 것은 아니라고 본다. 다만 단일한 기업과 그 배후의 자연인 간의 대외적인 재산법상의 책임배분의 문제가 형성의 기초가 된 법인격 형해화 법리를 가지고 기업네트워크의 복잡다단한 구조 속에서 지배기업의 고용책임을 다루는 데는 근본적인 한계가 있다는 점은 분명하다. 그것은 경영상 일체를 이루는 기업네트워크의 지배구조 속에서는 해고제한 법리의 적용여부가 종속기업이 형해화 요건을 충족하는지 또는 형해화의 정도에는 이르지 않을 정도의 종속관계에 있는지에 따라서 달리 보아야 할 특별한 이유가 없기 때문이다.

1.1.2 법인격 남용의 법적 요건과 판단기준

법인격 남용의 법리는 종속기업의 법인격이 형해화의 정도에 이르지 않는다고 배후에서 사업 활동을 지배하고 있는 기업이 그 지배력을 이용하여 근로조건의 저하, 노조파괴, 해고제한 법리의 잠탈 등의 목적으로 종속기업을 해산에 빠뜨림으로써 법인격을 위법 또는 부당한 목적으로 남용한 경우에 적용된다. 이 법리를 적용한 대표적인 사건인 徳島船井電氣 사건에서 법원은 자회사의 설립 그 자체는 위법하거나 부당한 목적을 위한 것이 아니더라도 자회사의 해산이 부당노동행위 의사에 의한 것이고 모회사도 직접 여기에 가담한 경우에는 해산을 이유로 한 근로자의 해고는 회사형태를 이용함에 있어서 위법 또는 부당한 목적이 있었기 때문에 자회사의 법인격은 부인되고 직접 모회사와 고용관계가 존재(또는 승계)한다고 보았다.⁸⁾ 법인격 형해화론이 사업주로서의 독자성 유무라는 종속기업의 실체 자체에 초점을 맞춘 것이라면 법인격 남용의 법리는 지배력 행사의 위법성(남용)여부를 기준으로 하고 있다. 이 경우에는 ① 종속기업의 법인격이 그 배후에 있는 개인이나 법인에 의해 현실적으로 지배되고 있을 것(지배 요건)과, ② 그 배후에 있는 개인이나 법인에 의해 위법·부당한 목적을 위해 이용되고 있을 것(목적 요건)이라는 두 요건이 필요하다.⁹⁾

7) 本久洋一, “企業間ネットワークと雇用責任”, 日本労働法学会誌 104号, 日本労働法学会編, 2004, 47-48頁.

8) 徳島船井電機事件, 徳島地判昭50-7-23 労民集26卷4号580頁.

법인격 남용의 첫 번째 요건인 지배관계의 존재유무를 판단하는 기준으로서 위 德島船井電氣 사건에서는 지배기업과 종속기업간의 경제적 단일성, 종속기업의 기업활동에 대한 지배기업의 현실적이고 통일적인 관리지배, 종속기업의 노무관계에 대한 적극적인 관여 등을 들었다.¹⁰⁾ 다른 사건의 경우에는 법인격의 실질적 동일성이 인정되지 않는 경우에도 ‘기업 활동 그 자체가 사회적으로 보아 단일체로 평가할 수 있는’ 경우를 지배 요건으로 본 사례도 있다.¹¹⁾ 지배기업에 의한 고용책임의 법적 근거와 관련해서는 지배기업이 종속기업에 대한 지배력을 이용하여 위법한 목적으로 종속기업을 해산시키고, 그 결과 근로자의 해고가 초래한 경우에는 법인격의 다름을 형식적으로 관철하여 지배기업의 고용계약상의 책임을 물을 수 없다고 하는 것은 정의, 형평의 관념에 반하여 극히 부당하다는 것이다.¹²⁾ 즉 부당노동행위금지 규범의 실질적인 보장을 염두에 둔 판단이라고 볼 수 있다.

앞서 기술한 第一交通産業 사건에서도 근로자 측의 형해화 주장은 인정하지 않았지만 법인격 남용의 법리를 적용하여 자회사의 해산을 주도한 모회사의 고용책임과 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하였다. 자회사의 법인격이 완전히 형해화하고 있다고까지는 말할 수 없는 경우에도 모회사가 자회사의 법인격을 뜻대로 도구로서 실질적·현실적으로 지배하고(지배 요건), 그 지배력을 이용함으로써 자회사의 노동조합을 괴멸시키려는 등의 위법, 부당한 목적을 달성하기 위하여(목적 요건) 그 수단으로서 자회사를 해산하는 등 법인격을 위법하게 남용하여 그 남용의 정도가 현저히 명백하다고 인정되는 경우에는 직접 모회사에 대하여 고용계약상의 권리를 주장할 수 있다고 본 것이다. 나아가 노조를 배제하고 근로자에게 불리한 임금체계를 도입하려한 부당한 목적의(취업규칙 불이익 변경 법리의 잠탈) 위장해산의 법리(근로자지위 확인)가 추가적으로 적용되었고 모회사에게는 이러한 부당한 목적과 위법한 수단(법인격의 남용)에 의한 근로자의 고용기회의 상실을 초래한 불법행위 책임을 물어 고용책임과 함께 얻을 수 있었던 임금상당액을 상당인과관계가 있는 손해로 보고 이를 배상하도록 명하였다.

법인격 남용의 법리를 적용한 위 두 사건을 비교할 때 주목할 점은 고용책임의 주체이다. 초기에는 주로 전자와 같이 자회사의 법인격이 완전히 형해화 하여 모자기업 간에 실질적인 동일성이 인정되고 나아가 노동조합을 괴멸시킬 목적으로 해산한 경우처럼

9) 西谷敏, 労働法, 日本評論社, 2013, 569頁.

10) 德島船井電機事件, 앞의 책, 580頁.

11) 中本商事事件, 神戸地判昭49921. 判例時報第955号118頁

12) 德島船井電機事件, 앞의 책, 580頁.

법인격의 남용성이 명백한 경우에만 배후의 모기업에게 고용책임이 인정되는 경향이 있었다. 학설의 경우에도 임금이나 퇴직금청구와 같이 일회적인 성격의 금전청구권의 경우에는 이 법리의 적용을 대체로 긍정하는 반면 모기업과의 직접적인 고용관계의 성립에 대해서는 소극적이었다. 다만 승계기업에 의하여 사업이 존속되고 있는 경우에는 별도로 위장해산의 법리에 따라 고용승계의 책임을 인정하였다. 하지만 점차적으로 후자의 경우와 같이 지배 요건의 판단에 있어서 모회사와 소멸 자회사간의 실질적인 동일성 여부를 따지지 않고 ‘실질적·현실적인 지배’가 있는 경우에는 모회사의 고용책임을 인정하는 방향으로 바뀌어가고 있다. 이와 같은 판례의 경향과 관련하여 모회사의 고용책임을 규범적 근거를 법원이 ‘정의·형평의 관념에 반하여 극히 부당하다’는 이른바 일반조항에 의존하고 있다는 점에서는 다소 의문이 제기되기도 하였지만 그 결론에 대하여는 대체로 수긍하는 편이었다. 그런데 ‘실질적·현실적인 지배’여부를 판단하는 평가요소로서 모든 주식의 소유, 임원·관리직의 파견, 근로조건·자산운용 등의 방침 결정, 매출·급여 등 경리 및 세무 결산업무의 수행을 거시하였는데 이러한 판단기준이 과연 형해화의 기준인 기업의 실질적 동일성 요건과 비교하여 얼마나 완화된 것인지는 그리 명확하지는 않았다. 이 때문에 부당노동행위금지 등의 위반이 중대한 경우에는 기업의 실질적 동일성의 기준을 일정 정도 완화해야 한다는 주장도 있다.¹³⁾ 즉 목적요건(지배력 행사의 위법성)과 지배요건(기업의 실질적 동일성)을 상호보완적인 것으로 이해해야 하다는 것이다. 이러한 견해는 법인격 부인의 법리의 틀을 벗어나지 않으면서 해석론적인 가능성을 시도한 점에서 긍정적인 평가를 받을 만하다. 특히 주식 등 자본소유나 임원파견 등으로 그 지배관계가 객관적으로 보아 뚜렷한 기업집단 내의 모자회사 또는 계열회사 관계에서는 상당히 유용하게 적용될 수 있는 법리임에 틀림없다. 그런데 다른 측면에 보면 법인격 부인의 법리의 틀을 벗어나지 않는 범위 내에서의 지배요건은 기업의 실질적 동일성과 같은 수준의 지배력을 요구하는 경향이 될 수밖에 없고 이는 사실상의 지배력의 행사와는 차원이 전혀 다를 수 있다. 따라서 법인격 남용의 법리가 전속적인 사내하도급과 같이 독립적인 법인격을 가진 별개의 기업이지만 거래관계상의 절대적인 지배종속관계에 있는 경우에도 적용될 수 있는지는 여전히 의문을 제기한다.

13) 西谷敏, “会社解散・解雇と法人格否認の法理”, 法學雜誌 32卷1号, 大阪市立大学, 1985, 154頁.

2. 묵시적 근로계약관계 법리

1.1 일본의 묵시적 근로계약관계 법리와 판단기준

묵시적 근로계약관계 법리 또한 일본의 판례에 의하여 형성된 이론이다. 이 법리는 지배기업과 종속기업이 원·하청관계나 근로자파견관계에 있고 종속기업이 사업폐지 등을 이유로 해산한 경우에 종속기업의 근로자가 지배기업을 상대로 직접적인 근로관계의 성립을 주장할 때 주로 원용되어 왔다. 즉 형식상의 고용주와 실질적인 사용자가 다른 간접고용 사건을 다루는 데 적용된 법리이다. 이는 지배기업이 모회사 또는 계열 회사와 같이 자본소유 또는 임원점임 등에 기초한 경영상의 지배력을 행사하는 것이 아니라 전속적인 거래관계를 단절함으로써 자신에게 절대적으로 종속된 전혀 별개의 기업을 해산에 빠뜨리는 경우에 지배기업과 근로자간에 직접적인 근로관계의 성립을 인정하는 방식으로 고용책임을 묻는 것이다.

묵시적 근로계약관계가 성립하기 위한 법적 요건을 일반론으로서 최초로 제시한 것은 오사가 고등법원의 야스다 병원(安田病院) 판결로¹⁴⁾ 알려져 있다. 묵시적 근로계약관계는 근로계약의 본질이 사용자가 근로자를 지휘명령하고 감독하여 사용하는 데 있다는 점에서 출발하여 노무제공의 실태에서 사실상 사용종속관계에 있고 양자 간에 객관적으로 추인되는 묵시의 의사표시의 합치가 있다고 볼 수 있는 경우에 인정된다.¹⁵⁾ 여기서는 사실상 사용종속관계의 유무가 판단기준이 되고 당사자가 표현한 외형적 의사보다는 객관적으로 추인되는 묵시적 의사를 중시한다.

묵시적 근로계약관계의 존재여부를 판단하는 사실상 사용종속관계 유무의 평가요소와 관련하여 하급심들이 고려하고 있는 주요 판단기준은 지배기업에 의한 ① 채용관여와 ② 임금결정의 관여, 종속기업에 의한 ③ 근로태양 결정에 관한 관여 정도 등이다.¹⁶⁾ 그런데 보통은 종속기업이 독립한 법인격이 있고 근무관리, 급여계산, 사회보험료 부담을 행하고 있는 정도의 사실만으로도 종속기업이 사용자로서 관여하고 있다고 인정한 사례가 많다. 반대의 경우에는 ①과 ②의 점에서 지배기업의 관여가 상당 정도 인정되면

14) 大阪高判平10228勞判744号63頁. 야스다 병원의 환자가 직업소개소의 소개를 받아 간병인을 고용하는 형식을 취한 이 사건에서 법원은 병원과 간병인 간에 묵시적 근로계약관계가 존재한다고 판단하였고 최고재판소도 별다른 설시 없이 이 판결을 지지하였다(最一小判1098勞判745号7頁).

15) 和田肇/脇田滋/矢野昌浩 編著, 労働者派遣と法, 日本評論社, 2013, 156頁.

16) 和田肇/脇田滋/矢野昌浩 編著, 위의 책, 199-221頁.

③은 종속기업의 관여가 부분적으로 인정되더라도 단순히 노무대행기관의 행위로서 판단하고 있다.

목시적 근로계약관계의 성립요건에 관하여 최고재판소는 아직까지 일반론의 제시나 직접적인 판단은 유보하는 태도를 취하고 있다. 최근 위법파견과 관련된 마쓰시다(松下) PDP 사건에서도 파견법의 규제조항을 단속규정으로 보고 위법성이 강하지 않다는 점과 파견사업주와의 근로관계를 인정하는 것이 오히려 근로자를 보호할 수 있다는 이유로 파견사업주와의 근로계약이 무효가 아니라는 취지의 판결을 하였다.¹⁷⁾

이렇듯 전체적으로 보면 일본의 목시적 근로계약관계 법리는 통일적인 일반론으로 정립되어 있다고 보기는 어렵다. 다만 사내하도급, 파견근로 등 간접고용 관계에서 일부 하급심이 보여주고 있는 지배기업과 근로자 간에 사실상 사용종속관계의 존재여부를 법적 요건으로 보고자하는 기본방향은 어느 정도 설득력이 있어 보인다. 반면에 앞의 마쓰시다 PDP 사건의 최고재판소 판결에서 볼 수 있듯이 노무지시권에 따른 근로제공과 임금지급이라는 근로계약의 본질적인 내용이 결여된 파견사업주와 파견근로자 간의 법률관계 역시 근로계약관계로 보는 것은 지나치게 허구적인 법적 의제라고 말하지 않을 수 없다. 이는 후술하는 근로계약의 당사자로서 사용자가 복수일 수 있다는 것, 즉 공동으로 근로제공을 수령한다는 것과는 논리적으로 다른 차원의 문제이다.

1.2 한국의 목시적 근로계약관계 법리

1.2.1 법적 요건

한국의 경우에는 노동관계에서 법인격 부인의 법리가 명시적으로 적용된 사례는 찾기 힘들다. 그 대신 1999년 경기향운노동조합 사건의 대법원 판결을 계기로 원고용주인 종속기업(하청)과 근로계약을 체결한 근로자와 지배기업(원청) 간에 근로계약관계의 성립여부를 판단하기 위한 기준으로서 목시적 근로계약관계 법리를 적용했고 이후 몇몇 사례에서도 이 법리가 일반론으로서 원용되어왔다.

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여

17) 最二小判平11·12·18勞判993号5頁. 한국과는 달리 일본의 근로자파견법은 위법한 파견사업의 운영에 대하여 파견사업주만을 처벌하고 사용자사업주에게는 아무런 제재규정을 두고 있지 않아 이러한 해석이 가능한 것으로 보인다.

제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.¹⁸⁾

묵시적 근로계약관계 법리는 근로제공과 임금지급의 실질적인 당사자가 누구인가를 기준으로 하여 근로계약관계의 존재여부를 계약의 형식이 아니라 실태를 중심으로 확정한다는 논리로 구성된 것이 특징이다. 그런데 대법원이 제시한 묵시적 근로계약관계의 성립요건은 겉으로 보기에는 일본의 판례 법리와 유사해보이지만 뚜렷한 차이가 있다. 즉 구체적인 사건에 따라 다양하게 사례판단의 방식을 취한 일본의 경우와는 달리 일반론을 제시하고 있다는 점과 근로제공과 임금지급이라는 근로계약관계의 기본적인 내용 외에도 추가적으로 원고용주가 형식적, 명목적 존재에 지나지 않을 만큼 사업주로서의 독자성이나 독립성이 없을 것을 일차적인 요건으로 제시하고 있다는 점이다. 이러한 점에서는 일본의 법인격 부인의 법리 가운데 지배기업과 종속기업간의 실질적인 동일성을 기준으로 한 법인격 형해화론에 오히려 가깝다고 말할 수 있다.

법인격 형해화론은 자산이나 영업의 혼동, 지배종속관계 등 지배기업과 종속기업의 경영 실태를 중심으로 판단하는 방식인 반면 묵시적 근로계약관계론은 실질적인 사용종속관계라는 근로계약관계의 기본적인 내용을 요건으로 한다는 점에서 어느 정도 구별이 가능하다.¹⁹⁾ 하지만 한국의 묵시적 근로계약관계론은 지배기업과의 실질적인 사용종속관계의 존재라는 요건에 더하여 종속기업의 법인격 형해라는 요건을 추가적으로 요구함으로써 일본의 법인격 부인론과 묵시적 근로계약관계론을 중합하여 보다 엄격한 기준을 채택하고 있다고 볼 수 있다. 결국 법인격 형해화론에 가깝게 되어 종속기업의 실체가 조금이라도 보이는 한 법인격을 부인할 수 없고 실체 자체가 완전히 부정될 정도에 이르러야 비로소 적용하게 되는 것이다. 이후 실제로 다수의 사례에서 지배기업과 근로자간에 지휘명령이라는 근로계약관계의 실질이 존재하더라도 종속기업이 형식적·명목적 존재에 지나지 않는 것으로 볼 수 없다는 이유로 묵시적 근로계약관계의 성립이 부정되었다.²⁰⁾ 이는 기업네트워크 구조 내에서는 근로관계가 중첩적으로 존재할 수 있

18) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결

19) 이러한 변화를 두고 사실관계 인정의 측면에서 볼 때 ‘사업주로서의 실체성’보다는 ‘근로관계의 존재’에 상대적으로 보다 중점을 두었다는 점에서 종전의 판례에 비하여 진일보하였다고 평가하는 견해도 있다(강성태, “사내하도급근로자와 도급인의 근로관계성립”, 노동판례백선, 한국노동법학회편, 2015, 212쪽).

다는 사실을 이론적으로 배제함과 동시에 고용에 대한 구체적이고 현실적인 지배력을 가진 기업이 그 법적 책임을 쉽게 벗어날 수 있는 길을 열어주는 결과가 되고 만다.

1.2.2 판단기준

한국에서 묵시적 근로계약관계 법리에 근거하여 지배기업에게 직접 고용책임을 인정한 개별 사례로서는 모자회사,²¹⁾ 사내하도급,²²⁾ 소사장 법인²³⁾ 등의 경우가 있다. 이들 사례에서 묵시적 근로계약관계의 성립여부를 판단하는 주된 평가요소가 된 것은 ① 자본소유, 임원교류, 경영에 관한 사실상의 결정권 행사여부, ② 채용, 승진, 징계에 관한 권한의 행사여부, ③ 근로시간, 장소, 방법, 내용 등 지휘감독권의 행사여부, ④ 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력의 행사여부이다. 여기서 ①은 기업 간의 실질적인 동일성을 짐작케 하는 사실적인 요소이고 ③, ④는 근로계약의 기본적인 내용을 나타내는 사실적인 요소이다. 그리고 ②는 중립적인 평가요소이다. 그런데 고려비중이나 우선순위의 측면에서 보면 ①, ②의 평가요소를 중심으로 하여 원고용주인 종속기업의 사업주로서의 독자성, 즉 사업경영상의 독립성 유무가 핵심적인 판단기준이 되고 있다.

한편 현대자동차 불법파견 사건²⁴⁾과 KTX 여승무원 사건²⁵⁾에서는 묵시적인 근로관계의 성립을 모두 인정하지 않았다. 그런데 이 두 사건의 대법원 판결은 근로자파견과 도급의 구별기준이 중심이 되었고 별도의 논거 없이 묵시적 근로관계의 성립을 부정한 하급심의 판단을 수긍하는 데 그쳤다. 따라서 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정하고 근로자파견으로 인정한 현대자동차 사건의 하급심을 중심으로 살펴보면, 그 판단의 근거로서 사내하청 기업 명의의 법인세 납부·사회보험 업무의 처리와 회계 결산, 별도의 취업규칙의 작성과 이에 따른 채용·근태관리 등 인사장제권의 행사, 임금·상여금의 직접 지급과 관련 세금 처리 등을 들어 단지 형식적·명목적 존재로만 볼 수 없다고

20) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 12다93707 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등.

21) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

22) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005나75088 판결.

23) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결

24) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결

25) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결. 이 사건은 두 개의 사건이 순차적으로 진행되었고 1심은 모두 위장도급으로 보아 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하였지만 2심에서는 견해가 갈리었고 이후 대법원에서는 묵시적 근로계약관계와 근로자파견관계의 성립을 모두 부정하고 도급으로 보았다.

판단하였다.²⁶⁾ 하지만 이러한 사정은 원청이 전속적인 거래관계라는 절대적인 거래상의 지위를 이용하여 직접 또는 간접적으로 임의로 결정할 수 있는 요소들이다. 반면에 사무실 등 최소한의 독립적인 물적 시설의 구비여부나 기업운영의 핵심요소인 인력운영에 관한 경영상의 결정권과 같이 사업주로서의 독자성(실체) 유무를 판단하는 징표가 될 수 있는 보다 실질적인 평가요소는 중요하게 고려되지 않았다. 다만 직접적인 근로관계의 성립으로 볼 여지가 있음을 인정하면서도 근로자파견관계의 필요에 따른 것으로 치부하였다. 따라서 얼마든지 지배기업의 일개 사업부서 또는 노무대행기관의 역할과 기능에 불과하다고도 평가할 수 있는 사실들을 오히려 중속기업의 독립성을 인정하는 평가요소로 본 것이다. 하지만 법인격이 남용되기 쉬운 복잡한 기업네트워크의 다면적인 근로관계에서 원고용주가 사업주로서의 독자성을 갖고 있다고 평가받기 위해서는 다른 요소들보다도 사업경영의 독자성, 즉 대외적인 독립성과 대내적인 자율성이 최소한은 보장되어야 한다. 그렇지만 전속적인 사내하청은 통상적인 기업과는 달리 이러한 요소를 전적으로 결여하고 있다.²⁷⁾

결국 사내하도급 관계를 근로자파견법상의 근로자파견으로 볼 수 있으려면 원청과 하청근로자 간에 지휘명령관계(사용종속관계)가 존재해야 하는데 이는 동시에 양자 간에 직접적인 근로계약관계의 성립을 인정하는 법적 요건이기도 하다. 따라서 실질적인 사용종속관계가 인정됨에도 불구하고 근로계약관계의 성립을 부정하기 위해서는, 즉 근로자파견법상 파견근로관계로 보기 위해서는 원고용주가 최소한이라도 형식적인 요건을 갖추기만 하면 된다는 논리가 될 수밖에 없다. 만약 그렇지 않고 실질적인 사용종속관계의 존재라는 요건을 중심으로 근로계약관계의 성립을 인정하게 되면 사업주로서의 독자성이 거의 없는 전속적인 사내하도급 관계는 근로자파견으로 인정받기도 어렵다. 따라서 법인격 형해화론의 평가요소라고 할 수 있는 형식적·명목적 존재인지여부를 일차적인 법적요건으로 하고 있는 한국의 묵시적 근로계약관계 법리는 결과적으로 사내하도급의 불법파견을 정당화하는 건강부회의 형식논리라는 평가를 면하기 어렵다. 하지만 보다 근원적인 문제는 노동기본권의 역사적인 진전에 대응한 자본의 법률적 기획, 즉 고용과 사용의 분리라는 근로자파견의 법률관계 자체가 근로자의 노동력을 실질적으로 지배하여 사용하면서도 법적 책임은 회피할 수 있다는 법률적 가상현실에 바탕을

26) 서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합28055 판결; 서울고등법원 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결(1심 판결 인용). KTX 여승무원 위장도급 사건의 하급심 판결에 대한 비판은 박제성의 노동판례리뷰 2012-2013, 한국노동연구원, 2014, 557쪽 이하 참조.

27) 조경배, “KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준”, 노동법학 제56호, 한국노동법학회, 329쪽.

두고 있다는 사실일 것이다.

3. 위장해산 법리

위장해산(또는 위장폐업)이란 사용자가 진실한 기업폐지의 의사가 없이 부당노동행위 금지, 취업규칙의 불이익변경 법리, 부당해고의 금지 등 노동법상의 여러 규범을 잠탈할 목적으로 기존의 기업을 해산시키고 새로운 기업을 신설하여 사업을 계속하는 행위를 말한다.²⁸⁾ 판례 법리에 따르면 위장해산에 의한 부당해고는 사법상 무효가 되고 근로자는 구회사 또는 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였더라면 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구하거나, 아울러 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 어느 쪽이든 선택적으로 손해배상을 구할 수 있다.²⁹⁾ 따라서 판례의 취지대로라면 구회사든 신설회사든 선택적으로 고용책임 또한 물을 수 있게 된다. 그런데 이 경우 위장해산인지 여부를 가리는 판단기준은 소멸기업과 신설기업간의 실질적 동일성여부이다. 즉 사업을 재개한 기업이 종전의 기업과 실질적으로 동일한 것으로 인정되는 경우에 종전 기업의 해고는 무효가 되고 새로운 기업이 근로계약을 승계하는 것이다. 이러한 위장해산 법리의 추론방식은 법적 요건이란 면에서 뒤에서 살펴볼 영업양도 법리와 거의 동일한 구조를 취하고 있다. 또한 기업의 실질적 동일성여부를 판단기준으로 하는 법인격 형해화 법리와의 유사하게 되고 만다.³⁰⁾ 하지만 기업네트워크 구조 하에서 지배기업에 의한 종속기업의 해산이 위장해산에 해당하는지 여부를 판단할 때는 법인격 부인의 법리 또는 영업양도의 법리가 아니라 사업이전 법리에 따르는 것이 고용승계의 법적책임을 추궁하는 법리로서 보다 타당하다. 왜냐하면 이런 구조 하에서는 지배기업이 종속기업을 해산하고 물적·인적 구성요소를 달리하여 동일한 사업을 얼마든지 계속할 수 있기 때문이다. 뒤에서 다시 살펴볼겠지만 법인격 부인의 법리나 영업양도 법리가 기본적으로 ‘기업’의 동일성을 판단기준으로 하는 것이라면 사업이전 법리는 ‘사업’의 동일성이 핵심적인 기준으로 한다는 점에서

28) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결.

29) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결.

30) 동일한 사람이 별도의 회사를 설립하여 종전 회사가 영위하고 있던 것과 동종의 전자제품 제조 사업을 하고 있다고 하더라도 종전 회사와 실질적으로 동일한 사업체라고 할 수 없어 부당노동행위인 위장폐업에 해당하지 않는다고 본 사례가 있다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결; 서울행정법원 2006. 4. 20. 선고 2005구합 3707 판결 등).

뚜렷하게 구별된다.

한편 진실해산은 기업을 해산한 후에 해산기업의 사업주가 종전의 사업을 재개하지 않는다는 점에서 위장해산과는 구분된다. 이러한 진실해산의 경우에는 그 목적이나 사유가 아무리 위법 또는 부당하더라도 근로계약의 당사자인 사업주가 더 이상 존재하지 않기 때문에 해산으로 인하여 고용을 상실한 근로자에게는 이를 회복시킬 수 있는 마땅한 법률적 구제수단이 없다.³¹⁾ 그런데 근로자와 직접 근로계약관계를 맺고 있는 사용자가 모자기업 관계나 사내하청 관계와 같이 복합적이고 중층적인 기업네트워크 구조 속에 편입되어 있는 경우에는 이를 일반적인 진실해산과는 달리 보아야 할 경우가 많다. 즉 자회사나 사내하청 기업이 해산이나 사업폐지로 존속하지 않더라도 모회사나 원청기업 또는 신규 사내하청 기업에게 고용책임을 물을 수 있어야 한다는 것이다. 즉 외형적으로는 진실해산이라 할지라도 그것이 부당노동행위 등 위법한 목적을 위한 것이거나 해산기업이 수행하던 사업과 실질적으로 동일한 사업 활동이 외주업체를 통하여 계속되고 있는 경우에는 더욱 그러하다. 이 경우에는 앞서 본 법인격 남용에 의한 법인격 부인의 법리나 후술할 사업이전의 법리가 적용될 수 있는 여지가 여전히 남아있는 것이다.

4. 묵시적 영업양도 법리

최근 노무용역 관련 아웃소싱(outsourcing)의 법률관계에서 하급심이나 노동위원회에서 새롭게 등장하고 있는 묵시적 영업양도 법리가 지배기업(위탁업체)의 주도로 이루어진 중속기업(수탁업체)의 변경에 따른 고용책임을 법리로서의 가능성이 주목되고 있다. 통상적으로 외주 용역업체의 변경은 도급인(또는 위임인)이 기존의 용역업체와 계약을 해지하고 새로운 용역업체와 계약을 체결하는 방식으로 이루어지고 이때 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에는 영업양도의 법률행위가 존재하지 않는다. 하지만 실제로는 영업양도의 경우와 마찬가지로 신규 용역업체가 종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받아 동일한 영업을 수행하는 경우가 많다. 이런 점에서는 영업양도의 경우와 사실상 다를 바가 없지만 대법원은 고용승계의무가 발생하는 영업양도가 존재한다고 보기 위해서는 영업양도 당사자 사이의 법률행위, 즉 명시적

31) 판례는 사용자가 사업을 폐지하면서 근로자 전원을 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로 보고 정리해고로 인정하지 않는다(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결; 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결).

이든 묵시적이든 계약이 있어야 한다고 판시하였고,³²⁾ 대체로 외주 용역업체의 변경의 경우에는 영업양도 법리를 적용하지 않고 고용승계를 부정해왔다.³³⁾ 그런데 최근 일부 하급심에서는 신규 용역업체 간에 명시적인 합의가 없는 경우에도 노무도급계약에서 인적조직의 중요성, 고용승계의 관행, 영업양도가 입찰참여의 전제 조건이라는 사실 등을 근거로 신규 용역업체 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립한다고 본 사례가 있다.³⁴⁾ 이 판결은 고용승계의 관행과 이에 대한 근로자의 상당한 기대권을 근거로 신규 용역업체에게 재채용의무를 인정한 기존의 몇몇 하급심 판결들³⁵⁾에 비하여 한 걸음 더 나아가서 보다 정치한 논리구성을 시도한 것으로 볼 수 있다.

묵시적 영업양도 법리는 사업이 다른 기업으로 이전되는 객관적인 실태로부터 영업양도의 의사를 추단하는 방식으로 논리를 전개한다. 이는 사업이전에 따른 고용승계의무를 명시한 강행법규가 없는 현행법의 구조 하에서 계약 법리를 크게 벗어나지 않는 범위 내에서 구체적으로 타당성 있는 고용보호 법리를 모색하고자 하는 노력의 일환이라고 평가할 수 있다. 특히 법인격 부인의 법리가 가진 한계, 즉 종속기업의 형해화나 승계 전후 기업의 실질적 동일성이라는 매우 엄격한 요건에 구애되지 않고 보다 넓게 고용보호의 기준을 마련하고 있다는 점에서도 그러하다. 하지만 그럼에도 불구하고 이 법리는 새로운 업체가 고용승계를 거절하는 명확한 의사표시를 하는 한에서는 한계를 가질 수밖에 없다. 보다 근본적으로는 영업양도 법리 자체 가진 태생적인 한계 때문에 고용보호의 노동법적 원리와 조화를 이루기 어렵다.

영업양도 법리의 규범적 근거와 관련하여 대법원은 기존의 특약필요설과 당연승계설을 절충한 이른바 원칙승계설을 취하고 있는데³⁶⁾ 이는 논리적으로 문제가 많다. 무엇보다

32) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결.

33) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두13991 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결.

34) 서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결(대법원의 심리불속행 결정으로 확정). 이 사건에서는 신규 용역업체 간에 고용승계는 이루어졌지만 종전 업체와의 단체협약의 승계가 문제가 되었는데 법원은 신규 용역업체가 경쟁입찰의 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결하였지만 경쟁입찰에 참여함에 있어 '종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것'을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 있다고 인정하고, 이러한 사실을 근거로 신규 용역업체 사이에 '묵시적 영업양도계약'이 성립되었다고 판단하였다.

35) 서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결; 대전지방법원 2016. 6. 22. 선고 2015구합101077 판결. 신규 외주용역업체 사이에 고용승계의 관행이 존재하는 경우에는 근로자가 재채용에 대한 상당한 기대를 갖게 되고 새로운 용역업체 또한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다는 점을 이유로 특별한 사유가 없는 한 고용승계 의무를 부담한다는 것이다.

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

다도 영업양도에 수반되는 근로자의 직장상실에 대하여는 근기법상의 해고제한 법리가 적용된다는 점을 분명히 밝히고 있으면서도 고용이 승계되는 법리적인 근거는 상법상의 영업양도의 포괄적 승계론에 기반을 두고 있기 때문이다.³⁷⁾ 인격적인 결합관계인 근로관계가 재산권과 동일하게 포괄적으로 양도의 대상이 될 수 있다는 논리 자체가 인간의 존엄성에 바탕을 둔 노동법 원리에 반한다. 또한 동일한 사업이 새로운 사업자에 의하여 계속하여 영위되더라도 종전 사업자의 영업을 구성하던 인적 또는 물적 조직을 인수하지 않고 새로이 교체하여 사업을 조직하면 영업양도에 해당하지 않게 되어 근로관계의 이전효과가 발생하지 않는다는 추론방식도 문제이다. 실제로도 이런 이유로 영업양도로 보지 않음으로써 고용승계를 부정한 사례가 적지 않다.³⁸⁾

상법상의 영업양도 법리의 한계는 뒤에서 다시 언급하겠지만 전속적 사내하도급관계에서 종속적인 지위에 있는 노무용역 공급업체의 변경 시 두드러지게 나타난다. 노무용역 공급관계에서는 인적·물적 조직의 이전이라는 영업양도의 개념에 충실할 때 노무용역을 수행하는 근로자의 이전만이 영업양도를 나타내는 징표가 되고 그것이 없으면 사실상 영업양도를 인정할 여지가 거의 없게 된다. 따라서 근로관계의 승계와 이전 전후의 영업을 동일성 여부는 서로가 서로의 조건이 되는 순환논리에 빠지게 되는 것이다.

결론적으로 묵시적 영업양도 법리는 묵시적 의사표시에 방점을 찍음으로써 기존의 영업양도 법리가 가진 한계를 부분적으로나마 극복할 수 있는 장점을 가지고 있는 점은 분명하다. 하지만 신규 용역업체가 기존 용역업체와는 무관하게 도급인과 독자적인 도급계약을 체결하였다는 점에 비추어보면 신규 용역업체 사이에 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 존재한다고 보는 것은 다소 무리한 사실인정이라는 비판도 설득력이 없지 않다.³⁹⁾ 따라서 그 적용범위가 상당히 제한적일 수밖에 없고 묵시적 의사표시라는 개념 자체가 지나치게 의제적이라는 비판 또한 면하기 어렵다.

5. 사업의 외주화와 정리해고 법리

사업을 위탁받은 외주업체가 다른 업체로 변경되는 경우와는 달리 최초의 외주화의

37) 조경배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계”, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011, 166쪽.

38) 운수업자가 운수업 폐지자로부터 운수업 면허 및 물적 시설을 양수하면서도 그 종업원들 중 일부만을 신규채용 형식으로 고용한 경우 영업양도가 아니라고 보고 고용승계를 부정한 사례(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다 7987 판결) 등 다수가 있다.

39) 권오성, “용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약”, 월간 노동리뷰 제151호, 한국노동연구원, 2017, 64쪽.

경우에는 영업양도 법리가 아니라 정리해고 법리를 기반으로 고용책임 문제를 취급하는 것이 판례의 일반적인 태도이다.⁴⁰⁾ 주로 아파트시설관리 업무의 외주화와 관련되어 다 투어진 사건들이 많은데 이 경우에는 해고된 근로자가 고용승계를 거부한 외주업체를 상대로 고용승계 책임을 제기하지 않고 원고용주를 상대로 다투는 데서 비롯된 것으로 보인다. 이는 아마도 대법원이 영업양도 법리에 따라 아파트입주자대표회의가 아파트관리업무의 외주업체를 교체하는 과정에서 해고된 관리인의 경비업무내용이 동일하다는 점만으로는 영업양도로 인정할 수 없다고 판단한 선례⁴¹⁾가 있었기 때문이 아닌가 짐작된다. 따라서 이러한 종류의 사건에서 법원은 근기법상 경영상 해고의 요건을 충족했는지 여부에 따라 해고의 정당성여부를 판단한다. 이러한 판례의 태도는 외주화로 초래된 고용상실의 문제를 근로계약관계의 당연 종료사유인 사업의 폐지가 아니라 경영상 필요에 따른 해고로 취급하여 해고제한 법리내로 포섭함으로써 고용보호의 노력을 기울인 것이라는 긍정적인 평가를 받을 수도 있다. 하지만 실제 사례에서 보면 반드시 그렇게 볼 것만은 아닌 것 같다. 경영상 해고의 정당화 4요건 가운데 회고회피노력의무나 근로자 대표와 성실한 협의 절차의 미준수가 이유가 되어 부당한 정리해고로 인정된 것일 뿐 경영상의 긴박한 필요성 요건은 특별히 논란의 여지가 없었고 또한 외주업체로 고용승계를 해주기 위한 노력을 어느 정도 했다면 회고회피노력의무를 다했다고 판단하고 있다.⁴²⁾ 따라서 최초의 외주화에 대해 적용되는 경영상 해고 법리는 대단히 명목적이고 형식적일 수밖에 없다는 평가⁴³⁾도 그리 무리한 것은 아닌 것 같다. 결과적으로는 영업양도 법리와 마찬가지로 외주업체의 임의적인 결정에 따라 고용승계 여부가 결정된다는 점에서 실질적인 고용보호의 효과를 기대하기는 어렵다. 오히려 영업양도법리의 한계를 다시금 보여준 사례로서 이를 대체할 수 있는 사업이전 법리의 필요성을 더욱 부각시킨 것이 아닌가 생각된다.

40) 판례는 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택법에 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경하는 것은 사업의 폐지라고 볼 수 없고, 그로 인한 관리직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다고 보았다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결).

41) 대법원 2000. 3. 10. 선고 98두4146 판결.

42) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결.

43) 심재진, “외주화에 따른 고용관계의 문제”, 노동법학 제43호, 한국노동법학회, 2012, 339쪽.

6. 사업이전 법리

외주화를 비롯하여 사업의 전부 또는 일부의 이전으로 인하여 원고용주인 사업주가 변경되거나 소멸될 경우 고용승계의 법적 책임을 노동법 원리에 기초하여 도출할 가능성을 보여준 것은 유럽연합(EU)의 사업이전(transfer of undertakings) 법리이다.⁴⁴⁾ 이 법리에서는 원고용주의 근로계약 당사자로서의 법인격은 무시되고 근로자의 일방적인 선택에 따라 사용자가 정해진다는 점에서 법인격 부인 법리와 유사한 맥락을 가지고 있다. 따라서 근로자는 자신이 원하는 바에 따라 종전의 근로조건과 동일한 조건으로 새로운 기업에서 계속하여 일할 수도 있지만 이전을 거부하고 종전 기업에 머무를 수도 있다.⁴⁵⁾ 다만 경제적, 기술적, 조직적 이유에 의한 정리해고의 경우에는 예외사유가 인정된다.⁴⁶⁾ 이 법리의 기본적인 취지는 사업 자체가 기능적인 의미에서의 동일성을 유지한 채 계속되고 있음에도 불구하고 그 사업의 주체가 변경되었다는 것을 이유로 근로자를 기업으로부터 배제하거나 근로조건을 저하시키는 것은 허용되지 않는다는 것이다.

EU의 사업이전 법리가 한국의 영업양도 법리와 한편으로는 유사한 것처럼 보이면서도 뚜렷하게 구별되는 점은 고용 및 근로조건 승계의 법적 효과가 발생하는 사업이전의 법적 원인과 사업이전이란 개념의 차이이다. 사업이전 법리는 당사자 간의 '계약의 의사 표시'와 이전 전후의 기업·조직의 동일성을 중시하는 영업양도 법리에 비하여 훨씬 넓은 의미를 가진 '법적 이전'(legal transfer)에 의한 '사업(undertakings)이나 영업(business)의 전부 또는 그 일부의 이전'⁴⁷⁾을 법적 요건으로 한다. 이는 사업이 이전되는 법적 원인이 법률행위에 의한 것이든 아니든 관계없이 경제적 실체(economic entity)로서 동일하거나 유사한 형태로 계속되고 있는 경우에는 근로자의 고용 및 근로조건이 자동적으로 승계된다는 것을 의미한다.⁴⁸⁾ 따라서 영업임차인의 변경을 포함하여 행정조치나 입법조

44) 사업이전 법리는 1977년 유럽연합의 지침(Directive 77/187)에서 처음 법제화된 이후로 부분적인 수정을 거치면서 회원국들의 국내법령이나 판례에 의하여 고용 및 근로조건 보장의 일반적인 준칙으로서 정립되었다(조정배, “아웃소싱과 고용승계에 관한 유럽공동체의 법과 판례”, 법제연구 제40호, 한국법제연구원, 2011, 308쪽 이하 참조).

45) Case C-399/96 Europièces SA [1998] ECR I-6965.

46) 2001년 지침(Directive 2001/23), 제4조 제1항 전문 후단.

47) 앞의 지침, 제1조 제1항 (a).

48) EU 지침은 사업이전의 정의를 “동일성을 유지한 경제적 실체의 이전”으로 정의하고 있고, 유럽법원은 통상 Spijkers 기준이라고 부르는 7가지 징표(① 사업·영업의 종류(생산방식이나 작업방식), ② 건물·동산 등 유형 자산의 이전 여부, ③ 이전 시점의 무형 자산의 가치, ④ 종업원 다수(또는 필수적인 인력)가 승계되는지 여부, ⑤ 고객의 이전 여부, ⑥ 이전 전후의 업무의 유사성 여부, ⑦ 이전으로 활동이 중단된 기간을 기준으로

치, 법원의 결정 등 사업이전의 사유가 무엇인지를 가리지 않는다.⁴⁹⁾ 이런 점에서 명시적이든 묵시적이든 양도당사자들 간의 의사표시에 기초한 법률행위를 필수적인 요건으로 하는 영업양도 법리가 가진 지나치게 의제적인 성격과 계약 및 재산 법리로서의 한계를 넘어서고 있다.

한편 사업이전의 개념과 관련해서는 한때 영업양도 법리와 거의 유사하게 업무나 사업 활동의 유사성만을 가지고 사업이전 유무를 판단해서는 안 된다고 함으로써 사업이전의 범위를 좁게 해석한 사례도 없지 않았다.⁵⁰⁾ 하지만 유럽법원의 전반적인 경향을 보면 기업조직의 이전에 중점을 둔 상법적 접근방식과 이전 전후의 업무의 유사성에 중점을 둔 노동법적 접근방식이 혼재되어 있다고 말할 수 있다.⁵¹⁾ 그런데 이 글에서 고용보장의 법 원리로서 사업이전 법리의 가능성에 크게 주목하는 이유는 한국과 일본에 고유한 전속적인 사내하도급 관계 때문이다. 전속적인 사내하도급에서는 원청(지배기업)과 하청(종속기업) 간에 절대적인 지배종속관계가 형성되어 있고 하청업체의 역할은 단순히 노동인력을 공급하는데 한정되어 있다. 따라서 지배기업이 계약을 해지하는 순간 종속기업은 폐업하고 다른 하청업체로 교체되는 것이 보통이다. 이 과정에서 종속기업 근로자는 사업폐지를 이유로 쉽게 해고된다. 이와 같이 노무용역공급이 중심이 되는 사업에서는 전통적인 영업양도 법리가 곧바로 한계에 부딪칠 수밖에 없다. 그것은 앞서 보았듯이 영업양도 법리가 사업을 구성하는 인적·물적 조직의 중요부분의 이전이라는 실질적 동일성을 기본요건으로 하고 있기 때문이다.

본래 상법에서 유래된 영업양도 법리는 경영자의 권한남용으로부터 주주의 재산을 보호하기 위한 것이기 때문에 이전 전후의 기업의 조직적인 측면에서의 동일성 여부가 중요한 관건이 된다.⁵²⁾ 하지만 고용 및 근로조건의 보호를 목적으로 하는 노동법적인

하여 종합적인 판단방식에 따라 경제적 실체의 이전 여부를 판단하고 있다(Case 24/85 Spijkers [1986] ECR 1199).

49) 레스토랑 영업임대차 계약의 종료 후 임대인이 직접 운영하거나(Case C-287/86 Ny Mølle Kro [1987] ECR 5465) 다시 제3자에게 임대한 경우(Case C-324/86 Daddy's Dance Hall [1988] ECR I-739), 동일한 기업집단 내의 자회사 간(Case C-234/98 Allen [1999] ECR I-8643), 수급인과 그 자회사인 하수급인 간의 순차도급에 의한 이전(Case C-51/00 Temco [2002] ECR I-969)에도 사용자의 법인격에 변화가 있는 한 적용된다(조경배, “아웃소싱과 고용승계에 관한 유럽공동체의 법과 판례”, 310쪽 각주 9).

50) 대표적인 사례로 Sützen 사건(Case 13/95 Sützen [1997] ICR 662)이 있고 국내에서도 이 사건이 갖는 의미를 매우 중요하게 본 견해들이 있다(이승욱, “사업양도와 근로자의 지위”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1997, 248쪽 이하; 하경효, “EU 노사관계의 최근 동향과 노동법의 발전 전망”, 노동법학 제8호, 한국노동법학회, 1998, 354쪽).

51) Catherine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006, 637쪽

관점에서 본다면 인적·물적 구성요소의 이전을 반드시 고용승계의 전제조건으로 삼아야 할 당위성은 없다. 노동법적인 측면에서는 기업재편에 따라 실직의 위험에 처한 근로자에 대하여 고용보호의 필요성이 있는지 여부가 중시되어야 하고, 사업이전 유무의 판단기준도 사업의 구성요소가 아니라 사업 자체의 동일성 여부에 두어야 한다. 따라서 노무용역의 제공을 주된 내용으로 하는 사업의 이전에 있어서는 사업의 동일성 여부가 문제될 여지는 처음부터 거의 발생하지 않으며, 오히려 다수이든 소수이든 또는 핵심인력이든 그렇지 않든지 간에 고용승계의 거부에 정당한 사유가 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다.⁵³⁾

결론적으로 사업이전 법리는 그 법적 원인이 무엇이든지간에 기업의 동일성이 아니라 사업의 동일성을 고용승계의 근거로 삼을 수 있는 이론적인 틀을 제공함으로써 영업양도 법리를 포함한 앞서 본 여러 법리들이 가진 문제점과 한계를 극복하고 근로권을 보다 실효성 있게 보장할 수 있는 가능성을 갖고 있다고 평가라고 할 수 있다.

7. 공동사용자 등 사용자개념의 확대론

집단적 노동관계에서는 노동기본권을 실질적으로 보장하기 위하여 사용자 개념을 확대하는 법리가 학계나 실무에서 이미 상당한 정도로 설득력을 얻고 있다. 특히 부당노동행위제도와 관련해서 형식적인 근로계약의 당사자인 원고용주가 아닐지라도 노동관계상의 제 이익에 실질적인 영향력 내지 지배력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자도 노동법상의 책임을 지는 사용자에 널리 포함된다. 이는 원고용주의 배후에서 고용, 근로조건, 단결활동 등 근로자의 모든 노동법상의 지위에 실질적인 결정권 또는 영향력을 가진 법인이나 개인에게 단순히 근로계약의 형식적인 당사자가 아니라는 이유로 본래 부담해야 할 책임을 회피할 수 있도록 보장해주어서는 안 된다는 것이다. 그러한 법해석은 헌법의 노동기본권 보장의 취지를 훼손하는 지극히 형식논리적인 것이기 때문이다. 부당노동행위구제 제도가 정착되어 있는 한국과 일본의 최고법원이 인정한 지배력설(또는 실질적 영향력설)⁵⁴⁾이나 최근 미국 전국노동관계국(NLRB)의 브라우닝-페리스 결정에

52) 조경배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계”, 186쪽.

53) 최근 영국의 경우에는 근로자를 보호하고 해석의 불확실성을 제거하기 위하여 ‘서비스 공급주체의 변경’(service provision change)이라는 개념을 새로이 신설하여 노무도급 공급관계에서 공급업체의 변경 자체를 독립적인 고용승계의 요건으로 명확하게 한 것은 주목할 만한 새로운 현상이라고 할 수 있다(TUPE 2006, 제3조 제6항 b).

서⁵⁵⁾ 나타난 공동사용자 개념도 바로 이러한 경향성을 대변하고 있다. 이는 부당노동행위구제 제도의 목적이 사용자에게 고용계약의 당사자로서의 사법상의 책임을 추궁하는 것이 아니라 단결권 침해행위를 시정하고 그 침해행위가 없었던 본래의 상태를 회복하거나 장래에 그러한 침해행위가 일어나는 것을 방지하기 위하여 작위 또는 부작위의 일정한 공법상의 의무를 부과하는 것이기 때문이다. 따라서 집단적인 노동관계에서의 사용자의 범위는 고용책임을 부담하는 근로계약의 당사자인 사용자보다 넓게 이해되고 있다. 그런데 지배개입의 금지 및 단체교섭의 실효성 보장이라는 집단법적인 효과를 넘어 고용책임까지 배후에 있는 지배기업에게 물을 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 실제로도 법원은 사내하도급관계에서 종속기업의 해산으로 인한 고용책임에 관해서는 앞서 본 묵시적 근로계약관계론과 파견법상의 직접고용의무 조항의 적용 외에 지배기업인 원청의 고용책임을 인정하는 데는 매우 소극적이다.⁵⁶⁾

그런데 최근 하급심의 경우 임금관련 소송에서 복수의 사용자에게 공동사업주로서의 연대책임을 인정한 사례들이 증가하고 있다.⁵⁷⁾ 근로계약의 일방 당사자로서 해당 근로자로부터 노무를 제공받아 그에 따른 보수를 지급하게 되는 사용자는 반드시 1인으로 한정되어야 하는 것은 아니고 사업 또는 사업장 내에서의 구체적인 인력운용, 관리의 실태, 해당 사업의 수행에 있어 사용자들 간 업무분담의 내용과 방식 등에 따라서는 공동사업주로서 연대책임을 부담할 수 있다는 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 판단의 법리적 근거는

54) 현대중공업사건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결); 朝日放送事件(最高裁三小判 1995.2.28. 労判668号 11頁).

55) 미국 연방노동관계위원회 브라우닝페리스 캘리포니아 사건 판정(Case 32-RC-109684, 2015.8.27.). 이 사건은 폐기물 처리업체인 브라우닝-페리스(BFI)와 근로자공급계약을 체결한 사내하청 회사 리드포인트(LP)에 소속된 근로자들이 가입된 노동조합이 BFI를 상대로 단체교섭 대표 승인 및 대표선거의 실시를 NLRB에 신청한 사건이다. NLRB의 관할 지역감독관은 LP가 해당 근로자들의 단독 사용자(sole employer)이며 이에 따른 대표선거를 실시한다고 결정하였다. 이에 노동조합은 심판위원회에 재심을 신청하였고 심판위원회는 BFI(원청)와 LP(사내하청)가 노동조합이 신청한 근로자들의 공동사용자(joint employer)임을 인정하였다. 상세한 것은 박제성/강성태/김진/신권철/조경배, 사내하청 노동관계의 법해석론, 한국노동연구원, 2015, 부록 참조.

56) 앞의 현대중공업사건에서도 하급심에서 부분적인 사용자성을 들어 지배개입의 부당노동행위는 인정하였지만 직접적인 고용관계의 성립 및 불이익처분의 부당노동행위는 인정하지 않았다(서울행정법원 2006. 5. 18. 선고 2005구합11951 판결; 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13499 판결).

57) 이를 체계적으로 소개한 글로서 최용근, “공동 사용자 법리”, 노동법연구 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017, 265쪽 이하.

58) 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고 2013가합521826 판결(항소심에서 조정으로 종결); 인천지방법원 2015. 2. 17. 선고 2012가단100615 판결(항소심에서 조정으로 종결); 대전지방법원 2015. 11. 11. 선고 2014가단219054 판결(1심에서는 소멸시효를 이유로 원고 청구를 기각하였으나 상고심 계류 중).

근로계약의 본질적인 내용, 즉 노무를 제공받아 사용한 자가 복수의 사용자이므로 이들과 근로자 간에 업무상의 지휘감독관계가 존재하고 따라서 임금지급의무도 연대하여 부담한다는 것이다. 최용근은 이 법리를 형식적 사용자를 면책시키지 않으면서 진정한 사용자를 근거법상 사용자로 포섭할 수 있는 유력한 수단이자 간접고용과 관련한 기존 법리들의 공백을 일정 부분 채울 수 있는 장점이 있다고 주장한다.⁵⁹⁾ 나아가 임금지급 뿐만 아니라 고용책임이 문제되는 경우에 있어서도 적용될 수 있다고 한다.⁶⁰⁾

그런데 임금과 같은 금전채무의 연대책임에 있어서는 채무자 1인의 채무이행에 따라 다른 채무자 모두 채무를 면하게 되고 이로써 복수의 당사자 간의 법률관계가 종료되는 반면 고용책임의 경우에는 복수의 사용자 중에 누가 근로관계의 당사자로서 계속하여 고용책임을 부담하는지가 여전히 문제로 남게 된다. 이 점과 관련해서는 참고할 만한 유사한 사례가 있다. 3개사를 별도의 법인으로 사업자등록을 하고 하나의 사업(정화조 청소업)을 공동으로 운영하다가 그 가운데 한 회사를 폐업하고 소속된 근로자를 해고한 사건에서 중노위는 3개사 모두가 사용자로서 공동의 책임을 진다고 보았다.⁶¹⁾ 나아가 이 사건의 행정소송에서도 3개사 자체를 단일한 사용자로 보면서도 이러한 3개 통합회사가 별도의 형식적 법인격이 없어 구제신청이나 소송 등의 상대방으로 삼기에는 적당하지 않은 점을 고려하여 구성회사 각각을 구제명령을 이행할 사용자로 보았다.⁶²⁾ 중노위와 법원은 논리구성에서 약간의 차이는 있지만 법인격이 서로 다르더라도 경영의 독립성 없이 동일한 사업을 공동으로 운영할 경우에는 모두가 공동으로 고용책임을 부담한다는 점에서는 같은 결론을 내린 것이다. 이러한 판단의 바탕에는 앞서 본 바와 같이 기업의 ‘혼동’을 요건으로 실질적 동일성을 인정한 법인격 형해화 법리와 상당히 유사한 인식이 자리하고 있다고도 볼 수 있다. 하지만 형식적인 법인격에 구애되지 않고 근로계약관계의 실질적인 내용에 초점을 둬으로써 단일한 사용자와 근로자 관계라는 고정적인 관념을 넘어서고 있다는 점에서 새로운 가능성을 열어주고 있다고 평가할 수 있다.

59) 최용근, 앞의 논문, 297쪽.

60) 최용근, 위의 논문, 296쪽.

61) 중앙노동위원회 2012. 7. 2. 자, 2012부해366 판정

62) 서울행정법원 2013. 3. 22. 선고 2012구합27404 판결

III. 결론

독점 대자본이 시장을 지배하고 있는 현대 자본주의의 복합적인 기업네트워크 구조 하에서 합병, 분할, 영업양도, 휴폐업, 아웃소싱, 사업이전 등 다양한 형태의 기업구조 재편이 야기하는 고용상실이나 근로조건 악화의 문제에 대해서는 노동법의 이념과 법 원리에 따른 독자적인 접근방식이 필요하다. 특히 종속기업의 배후에서 그 기업의 경영 전반에 관하여 지배적인 영향력을 가진 자가 주도한 종속기업의 해산이 위법 또는 탈법 적인 목적을 위한 것이거나, 혹은 해산 그 자체는 합법적이라고 할지라도 근로자에게 실질적으로 해고와 다름없는 결과가 발생하는 때에는 해고제한 법리를 적극적으로 적용 해야 한다. 종속기업의 해산 결정을 주도한 지배기업에게 직접 고용책임을 묻는 것은 헌법의 근로권보장 이념에 따라 해고제한 법리의 근본취지를 실질적으로 구현하기 위한 것이다.

현재 지배기업의 주도로 이루어진 종속기업의 해산에 따른 노동법적인 쟁점은 입법의 불비로 말미암아 주로 묵시적 근로계약관계 법리, 위장해산 법리, 영업양도 법리 등의 판례 법리에 따라 처리되고 있다. 하지만 이러한 법리들 자체가 민법이나 상법 등 재산법 적인 거래관계에서 형성된 법리를 유추한 것으로서 인격적인 특성을 가진 노동관계에 적용하기에는 그 한계가 뚜렷하다. 또한 이들 법리에 내재된 기본 관념이 기업조직의 동일성을 전제로 한 것이어서 지배기업 또는 다른 승계기업에 고용책임을 인정하기에는 그 적용범위가 너무 협소하다. 따라서 기업의 인적·물적 조직의 동일성이 아니라 사업 내용이나 활동의 유사성을 기준으로 하는 사업이전 법리가 근로권을 실질적으로 구현하 는 보다 충실한 법리적 근거가 될 수 있을 것이다. 나아가 유럽연합의 관련 지침이나 영국의 사업이전법과 같이 입법에 의한 보다 근본적인 해결책을 고민할 필요가 있다.

마지막으로 상법상 모자회사 관계나 독점규제법상 기업집단 내에서의 위법·부당한 목적의 법인격 남용으로 인한 고용상실과 관련해서는 형해화론의 요건을 완화하여 적용 한 일본의 법인격 남용의 법리도 참조할 만한 가치가 있다. 복합적이고 중첩적으로 네트 워크를 이루고 있는 기업의 지배구조 하에서 형식적인 법인격에 집착해서는 노동규범의 존재의의를 끊임없이 훼손하는 결과를 초래할 수밖에 없는 것이다.

참고문헌

1. 단행본

박제성/강성태/김진/신권철/조경배, 사내하청 노동관계의 법해석론, 한국노동연구원, 2015.

西谷敏, 労働法, 日本評論社, 2013.

和田肇/脇田滋/矢野昌浩, 労働者派遣と法, 日本評論社, 2013.

Catherine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006.

2. 학술지

심재진, “외주화에 따른 고용관계의 문제”, 노동법학 제43호, 한국노동법학회, 2012, 336-345쪽.

조경배, “아웃소싱과 고용승계에 관한 유럽공동체의 법과 판례”, 법제연구 제40호, 한국법제연구원, 2011, 303-335쪽.

_____, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계”, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011, 159-190쪽.

_____, “KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준”, 노동법학 제56호, 한국노동법학회, 2015, 311-343쪽.

최용근, “공동 사용자 법리”, 노동법연구 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017, 265-302쪽.

하경호, “EU 노사관계의 최근 동향과 노동법의 발전 전망”, 노동법학 제8호, 한국노동법학회, 1998, 321-358쪽.

本久洋一, “企業間ネットワークと雇用責任”, 日本労働法学会誌 104号, 日本労働法学会編, 2004, 45-54頁.

3. 기타자료

강성태, “사내하도급근로자와 도급인의 근로관계성립”, 노동판례백선, 한국노동법학회,

2015, 210-213쪽.

권오성, “용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약”, 월간 노동리뷰 제151호, 한국노동연구원, 2017, 63-65쪽.

박제성, 노동판례리뷰 2012-2013, 한국노동연구원, 2014, 557-561쪽.

이승욱, “사업양도와 근로자의 지위”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1997.

山本圭子, “会社解散に伴う解雇と法人格否認の法理”, 労働判例解説集, 日本評論社, 2006, 159-163頁.

[Abstract]

Employment Liability of the Dominant Company Which Led the Dissolution of the Subsidiary

Cho, Kyung-Bae^{*}

Under the modern capitalist system, where the market is dominated by monopoly capital due to the concentration and concentration of capital, the problem of unemployment or worse working conditions caused by various forms of corporate restructuring, such as merger, split, transfer of undertakings, etc., requires a unique approach based on the principles of labor law. In particular, when dismissal results by the dissolution of a subsidiary, led by a person who has a dominant influence on the overall management of the corporation behind the subsidiary, for the purpose of illegal or unlawful purposes or even if it is legal in itself, it is necessary to actively apply dismissal laws. The direct employment responsibility of the dominant company, which led to the decision of dissolution of the subsidiary, is to embody the fundamental purpose of the dismissal law in accordance with the Constitution's idea of the right to work.

At present, the labor law issues caused by the dissolution of subsidiaries, led by the dominant company, are mainly dealt with by the precedents of the principles of implicit labor contract relation, disguised dissolution or transfer of business due to lack of legislation. However, these legal principles themselves are analogous to what have been formed in property-related business relations such as civil law and commercial law. Thus, these have distinct limitations when applied to labor law issues with personality characteristics. In addition, the basic concepts inherent in these legal principles presuppose the sameness of the corporate organization, so the scope of application is too narrow to recognize employment responsibility for the dominant or other successor. Therefore, the legal principle of transfer of undertakings based on the identity of business activities, rather than the identity of the company's human and physical

^{*} Professor, Department of Law, Soonchunghyang University

organization, is much more flexible in pursuing the legal responsibility for succession of employment. It is also necessary to refer to the legal principle of corporate abuse in Japan. Furthermore, more fundamental solutions by legislation are required, such as the transfer of undertakings law enacted in European Union and United Kingdom.

[Key Words] Denial of Legal Person, Implied Labor Contract Relation, Disguised Dissolution, Transfer of undertakings or Business, Succession of Employment