

영업양도와 해고제한

李 興 在* · 李 承 昱**

I. 대상판결: 서울고법 1999.1.22 선고 97구53801 판결

1. 사건의 개요

삼미종합특수강주식회사(이하 '삼미특수강'이라 한다)는 봉강 및 강관, 강판을 생산하는 회사로서, 강봉 및 강관부문과 강판부문의 각 공장은 도로로 구획되어 있어 구분이 가능하였고, 각 사업부문에 근무하는 근로자들도 구분가능한 상태에 있었다. 1996년 사업년도 말 현재 삼미특수강의 전체 종업원수는 3,267명이고, 강봉 및 강관 부문에 종사하는 근로자는 2,342명으로서 전체 근로자의 72%에 달하고 있었고 전체 매출액 대비 강봉 및 강관 부문의 매출액 비율은 47%였다.

삼미특수강은 1992년부터 1996년까지 5년 연속 적자가 발생하여 1996년 사업년도 말 현재 누적결손금은 1,836억원에 이르렀고, 채무는 토지, 건물, 기계장치, 재고장치 등에 의해 담보되는 9,530억원을 포함하여 모두 1조 6천억원에 달하고 있었다.

삼미특수강은 누적되는 적자상태를 타개하기 위하여 봉강 및 강관사업부문을 매각하기로 하고 소외 포항종합제철주식회사(이하 '포항제철'이라 한다)와 봉강 및 강관부문의 자산을 매매하기로 하는 당사자간의 의향서를 1996.12.18. 교환하였다. 포항제철은 1997.2.14. 자회사로서 원고회사인 창원특수강주식회사(이하 '창원특수강'이라 한다)를 설립하였다. 창원특수강은 2.17.에 삼미특수강과 다음과 같은 자산매매계약을 체결하고 매매대금으로서 7,194억원을 지불하기로 하였다.

매매대상이 되는 자산에 대해서는 계약서 제1조 제1항 내지 제3항에서 규정하고 있는데, 이에 따르면, 부동산(봉강 및 강관 사업부문의 토지·건물·건축물), 유체재산(기계장치, 공기구·비품, 차량운반구, 재고자산, 리스자산), 산업재산권과 기술 및 노하우(특허권·실용신안권·의장권 등 산업재산권 및 제조에 관한 기술과 노하우가 포함된 이전기술), 각종 등록과 인허가(매매물건에 부대하는 등록에 관한 권리와

* 서울대학교 法科大學 副教授

** 韓國勞動研究員 研究委員

인허가), 기타 매매물건의 운영과 관련된 전산소프트웨어, 업무매뉴얼 및 제반 지침서 등을 포괄하고 있다. 이 계약에서는 수출창구, 원자재 구입망, 판매망 등은 매매의 대상에서 제외하고 있었고, 방위산업체의 지정도 창원특수강이 새로이 받았다.

삼미특수강의 부채인수와 관련하여서는, 계약서 제1조 제4항에서 창원특수강은, 삼미특수강의 부채를 인수하지는 않지만, 매매물건이 담보로 제공된 금융기관에 대한 부채 및 리스회사에 대한 리스료 지급의무는 금융기관 및 리스회사와 협의하여 본계약의 조건에 따라 매매대금의 일부로서 이를 인수할 수 있다고 정하고 있다.

이 계약의 이행과정에서 창원특수강은 삼미특수강으로 하여금, 이 사건 매매대금의 계약금과 중도금을 가지고 창원특수강이 인수한 부동산과 동산으로 담보되어 있는 금융기관에 대한 약 5,860억원의 채무를 지급하도록 하였고, 특히 삼미특수강이 법정관리를 신청하기 하루전인 97.3.18.에는 부가가치세를 포함한 잔금 641억원 전액을 삼미특수강이 포항제철에 대하여 지급하여야 할 물품대금채무를 지급하도록 하였다. 그러나 삼미특수강의 매출채권, 어음금 및 대여금채권 등 3,500억원의 채권은 인수하지 않았다.

근로관계에 대하여는 계약서 제11조에 의하면 다음과 같이 정하고 있다.

① 삼미특수강은 본 계약 체결 후 즉시 매매물건의 해당부서에 재직중인 근로자를 대상으로 창원특수강으로의 입사회망여부를 조사, 창원특수강에게 통보하기로 한다.

② 창원특수강은 직무조사 등을 통하여 매매물건의 운영에 필요한 기준·인원을 산정하고, 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용절차에 의거 기준 인원의 범위내에서 신규채용하며, 이 경우에 삼미특수강이 통보한 입사회망자를 가급적 제6조에 의한 매매물건의 인수전에 채용하도록 우선적으로 고려하기로 한다.

③ 삼미특수강은 창원특수강의 채용전형에 필요한 자료(근무경력, 자격, 근무성적 등 제반인사 자료)를 창원특수강에게 제공하여야 한다.

④ 삼미특수강의 근로자 중 창원특수강의 채용전형에 합격한 자에 대하여 삼미특수강은 자신의 비용부담 및 책임 하에 삼미특수강과의 근로관계를 종료시키며, 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산처리하여야 한다.

⑤ 위 조항에도 불구하고, 창원특수강은 본 매매물건의 매수와 관련하여 삼미특수강의 근로자를 인수할 의무를 부담하는 것은 아니다. 또한 본 계약상의 어떠한 조항도 삼미특수강의 근로자를 인수할 의무를 창원특수강에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없으며, 창원특수강이 본건 매매물건과 관련하여 종업원을 신규채용하는 과정에서 창원특수강으로의 입사를 원하는 삼미특수강의 종업원이 채용되지 않는

경우에도 삼미특수강과 삼미특수강의 종업원과의 근로관계가 단절되지 아니한다.

⑥ 삼미특수강은 삼미특수강의 근로자들에게 본조 및 특히 위 5항의 취지를 주지시키고, 창원특수강에 입사하지 못한 자들을 포함한 삼미특수강의 근로자들이 본계약 또는 어떠한 이유로든 창원특수강에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 창원특수강에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하여야 한다. 그럼에도 불구하고 창원특수강의 종업원으로 신규 채용된 자들을 제외한 삼미특수강의 근로자들이 소송 기타 법적 쟁송의 방법으로 창원특수강에게 근로관계의 승계 등을 요구할 경우, 삼미특수강은 삼미특수강의 근로자가 창원특수강을 상대로 제기한 소송 등을 방어하기 위하여 창원특수강이 지출하는 비용을 포함하여 창원특수강이 입은 손해를 배상하여야 한다.

창원특수강은 이상을 내용으로 한 자산매매계약을 97.2.17. 삼미특수강과 체결하고 2.26.에는 공장인수팀을 구성하여 자산인수활동을 개시하였으며, 삼미특수강은 3.2. 양도대상인 봉강 및 강관공장의 가동을 정지하였다. 창원특수강은 3.7.에 인수자산에 대한 소유권이전등기를 완료하고 3.10.에 경비요원을 인수한 공장에 배치하였다. 생산의 개시 시점은 4.1.부터였다.

한편 창원특수강은 공장인수팀이 구성된 2.26.에 포항제철의 다른 계열회사인 포철산기주식회사와 공동으로 사원모집공고를 하여 2.26.부터 3.4.까지 및 3.12.부터 3.22.까지 두차례에 걸쳐 근로자 2,016명으로부터 입사지원을 받아 그중 1,770명을 창원특수강(1,626명 지원하여 1,421명 채용) 및 포철산기(273명 지원, 242명 채용), 포항제철의 또다른 계열회사인 주식회사 동우사(77명 지원, 67명 채용), LG유통의 사원(40명 지원 40명 채용)으로 선발하였다.

이에 사원모집에 응하지 않았거나 창원특수강에서의 채용에서 탈락한 근로자들은 이 사건 자산매매계약은 그 명칭 여하와 관계없이 영업양도계약에 해당하고 영업양도에도 불구하고 일부근로관계가 승계의 대상에서 제외된 것은 창원특수강에 의한 해고와 다름이 없다고 하여 노동위원회에 부당해고구제신청을 제기하였다.

<노동위원회의 결정>

근로자들은 1997.6.13. 6.23. 6.30.에 걸쳐서 부당해고구제신청을 지방노동위원회에 제기하였는데, 지방노동위원회는, 이 사건과 관련된 자산매매계약이 영업양도계약이라는 점은 인정하면서도, 영업양도에서 근로관계의 승계가 배제된 날, 즉 해고가 이루어진 날은 창원특수강이 소유권 이전등기를 완료한 3.7.이기 때문에 부당해고 구제신청기간인 3월이 경과하였다는 이유로 신청을 각하하였다.

이에 중앙노동위원회(이하 '중노위'라 한다)에 재심신청을 하였는데, 중노위는 창

원특수강이 삼미특수강으로부터 기능자산 일체를 동일성을 유지하면서 포괄적으로 양수한 점, 채무의 일부를 인수할 수 있도록 계약을 체결한 점, 삼미특수강 근로자의 대부분을 채용한 점, 동일한 생산품을 생산한 점 등을 근거로 이 사건 자산매매는 영업양도에 해당한다고 하고, 영업양도에 해당함에도 불구하고 근로관계를 승계하지 않은 것은 정당한 이유에 의한 해고라고 볼 수 없다고 하여 부당해고를 인정하였다. 제척기간과 관련하여서는 부당해고구제신청기간의 기산일은 모집공고에 응하였다가 불합격한 근로자의 경우에는 근로관계승계의 배제를 알 수 있었던 날인 공장가동일의 익일인 4.2.이고, 모집공고에 응하지 않은 근로자의 경우에는 2차 입사지원서 접수 마감일인 3.22.로서, 구제신청기간의 만료일은 각각 7.1., 6.23.이라고 판단, 초심지노위의 결정을 취소하였다. 이에 창원특수강이 중노위 재심판정의 취소를 구하면서 이 사건 행정소송을 제기하였다.

2. 판결의 요지

서울고법은, 첫째 이 사건 자산매매계약이 사실상 영업양도계약에 해당하는지 여부를 판단하고 있다. 판결은 우선 영업양도인지 여부에 대한 일반적 판단기준으로서, “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” 안 된다고 판시하고 있다.

이러한 기준에 비추어 볼 때 ①창원특수강과 삼미특수강의 사업목적이 동일한 점, ②인적 자산만 결합하면 곧바로 인수 이전과 동일한 제품을 생산할 수 있을 정도의 부동산 및 동산, 산업재산권과 제품매뉴얼 등을 인수한 점, ③창원특수강으로 채용된 인원의 수가 삼미특수강 당해 부문의 전체 근로자 중 75.6%에 이르러 대부분이 근로관계가 계속된 점, ④승계된 근로관계의 내용의 측면에서 관리직은 471명 중 254명이 창원특수강으로 채용되었으나(54.9%) 기능직은 1,871명 중 1,516명(81%)이 채용되고, 특히 기술직 관리사원은 사실상 전원이 채용되어 공장운영에 필수적인 요원의 승계비율이 높다는 점, ⑤기존의 거래선의 유지와 관련하여 영업인원 48명 중 44명(91.7%)이 채용되었고 강봉부문에 대한 삼미특수강의 기존 34개 유통점에 신규 유통점 4개를 더하는 데 불과하여 기존의 거래선을 대체로 유지하고 있는 점, ⑥삼미특수강 출신 이외의 직원은 포항제철 등에서 재직경력이 있는 53명에 불과하고 직무도 임직원 또는 노무관리직에 한정된 점, ⑦삼미특수강 출신 직원에 대한 3개월의 수습기간을 시행하고 있으나 그 실질적인 내용은 정규직원과 동일한 점, ⑧창원특수강은 매매계약 체결 후 얼마 지나지 않은 1997.4.1.부터 삼미특수강과 동일한 생산방식으로 특수강을 생산하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, “비록 원고가 삼미로부터 이 사건 매매계약을 체결함에 있어서 재산만을 인수할 뿐

인적조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔으며, 직원을 채용함에 있어서 신규채용 및 퇴직의 절차를 밟았고, 채권의 일부 및 채무 전부를 인수하지 않았다든지 조직이나 제도가 일부 달라졌으며 일부 기술을 개선하였다고 하더라도, 원고는 실질적으로 삼미로부터 강봉 및 강관 부문에 관한 영업상의 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양도받았다 할 것이다”고 하여 이 사건 자산매매가 영업양도에 해당한다고 인정하고 있다.

둘째, 영업양도에 해당함에도 불구하고 일부 근로자의 승계를 배제한 행위가 해고의 정당한 이유를 충족하고 있는가에 대하여, ①삼미특수강이 과도한 인력을 보유하고 있다고 하여도 창원특수강은 일부 근로자의 근로관계를 배제하여야 할 납득할 만한 이유를 제시하지 못하고 있는 점, ②인수한 시설에 대한 운영을 해 보지 않은 상태에서 과도한 인력구성만을 이유로 해고하는 것은 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있다고 할 수 없는 점, ③삼미특수강의 전원채용요구에 대하여 직무조사를 통해 1,978명을 채용하겠다고 삼미특수강측에 통보하였음에도 불구하고 형식적인 면접을 거쳐 이에 못 미치는 1,770명만 합격시켜 채용함으로써 창원특수강측의 자의적인 판단이 개재되어 있는 점 등을 고려하여 근로기준법(이하 ‘근기법’이라고 한다) 소정의 해고의 정당한 이유를 갖추지 못하였다고 판단하고 있다.

셋째, 부당해고구제신청의 제척기간의 도과 여부와 관련하여서는, 우선 영업양도에서 해고의 시점은 채용에서 배제되거나 근로관계의 승계가 이루어지지 않는다는 점을 알 수 있었던 때라고 전제하고, 따라서 부당해고구제신청은 이 시기로부터 기산하여 3월 내에 제기하면 된다고 판시하고 있다. 이 사건에서 근로자들이 승계에서 배제되었다는 것을 안 시점은, 창원특수강의 채용공고에 응하였으나 채용되지 않은 근로자의 경우에는 채용에서 명확히 배제된 사실을 알 수 있었던 때인 공장가동일 1997.4.1.이고, 창원특수강의 채용공고에 응하지 않았던 근로자의 경우에는 2차 입사지원서 접수마감일인 1997.3.22.로서, 부당해고구제신청의 제척기간 3월이 도과하지 않았다고 판단하고 있다.

이렇게 하여 서울고법은 원고인 창원특수강의 주장을 배척하고 창원특수강의 근로관계 승계 배제는 부당해고에 해당한다고 한 중노위의 재심판정을 유지하였다.

II. 판결의 검토

1. 사건의 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 크게 세가지이다. 첫째, 근로관계가 승계되기 위한 요건으로서 영업양도의¹⁾ 개념, 둘째, 일부 근로자를 배제한 영업양도에서 해고의 정당성

1) ‘영업양도’는 상법의 용어로서, 본고에서는 평석대상 판결의 용례에 따라 ‘영업양도’라

에 대한 판단기준, 셋째, 영업양도 상황에서의 해고의 효력발생시점이 그것이다.

영업양도가 있을 때에는 원칙적으로 근로관계가 승계된다는 점은 대법원에 의하여 여러 차례 확인되어 이미 판례법리로서 형성되었다고 할 수 있고, 이러한 판례에 대해서는 학설도 대체적으로 찬성하는 입장에 있다. 영업양도와 근로관계의 승계 문제에 대하여 이러한 입장을 전제로 하는 경우에는 영업양도와 근로관계 승계의 관계는 영업양도의 요건과 효과의 관계에 대응하게 된다. 즉 근로관계의 승계라는 법률효과가 발생하기 위해서는 우선 영업양도에 해당할 것이라는 요건을 충족하여야 하는 것이다.

여기에서 어떠한 경우에 영업양도로 인정될 수 있을 것인가가 문제된다. 이 사건에서의 첫 번째 쟁점을 이루는 것으로서, 만약 영업양도로서의 성격이 부정된다면 이하의 다른 점에 대하여는 판단할 필요가 없게 된다. 따라서 이 문제는 가장 핵심적인 쟁점으로 되었다.

당사자가 명시적으로 영업양도계약을 체결할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로관계가 포괄적으로 승계될 것이다. 근로관계의 승계와 관련하여 문제가 되는 것은, 당사자가 영업양도로서의 효과를 인정하지 않고 자산매매계약에 불과하다고 명시적으로 밝힌 경우에, 당해 계약의 실질에서 보아 객관적으로 영업양도에 해당한다면, 그러한 당사자의 의사에도 불구하고 영업양도로서의 효과를 인정하여야 하는지 여부이다. 당사자의 의사를 중시할 것인가 그렇지 않으면 영업양도라는 법제도의 본래의 취지와 기능에 충실할 것인가의 문제라고 할 수 있다. 이와 관련하여 영업양도계약을 양도계약당사자가 체결하면서 일부 근로자의 승계를 배제하는 명문의 특약을 두고 있는 경우에도 유사한 문제가 제기된다.

영업양도 해당성에 대하여는 종래 상당한 판례의 축적이 있었으나, 이 사건은 명시적으로 당사자가 영업양도로서의 성격을 부정하고 자산매매에 불과하다는 의사를 밝히고 있는 경우에도 근로관계가 승계되는지가 다투어진 최초의 사례라고 생각된다. 따라서 이 사건의 판지는 상당한 의의를 가진다고 할 것이다.

둘째, 영업양도에 해당하는 경우에 일부 근로자를 승계의 대상에서 배제한 것이 근기법상의 정당한 이유가 있는 해고에 해당하는지 여부에 대한 판단이다. 종래 판

는 표현을 사용하기는 하지만, 근기법의 개정으로 인해 법 제31조 제1항 후단에서 「이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다」고 규정함으로써 ‘사업의 양도’라는 개념이 노동법제에 도입된 이상, 근로관계와 관련하여 문제되는 경우에는 ‘영업양도’라는 상법의 용어를 차용하기보다는 ‘사업양도’ 또는 ‘사업의 양도’라는 근기법의 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 본다. ‘영업’ 내지 ‘기업’은 이윤창출이라는 경제적 목적을 달성하기 위한 조직적 통일체를 의미하는 반면, 근기법의 적용대상이 되는 ‘사업’은 제조나 판매와 같은 노동기술적 목적을 달성하기 위한 조직적 통일체로서 이해되기 때문에 양자가 개념적으로 구별될 필요가 있다는 점에서도 그러하다.

례에 의한 원칙적 판단에 따르면, 영업양도가 발생할 경우 승계의 대상에서 제외할 것은 사실상 해고와 다름이 없으므로 승계배제에 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 정당성이 인정된다는 것이다. 이 사건은 그 정당한 이유에 대하여 구체적인 판단기준을 실시하고 있다는 점에서 의의가 있다.

셋째, 일반적인 상황에서의 해고라면 해고의 효력발생일은 의사표시에 대한 민법의 원칙에 따라 사용자의 해고의 의사표시가 도달한 날로서 이해되는 데에는 특별히 의문이 있을 수 없다. 그런데, 영업양도는 근로자들이 영업양도의 진행상황을 알 수 없는 상태로 이루어지기 때문에 근로자들이 근로관계의 승계에서 종국적으로 배제되었다는 사실, 즉 해고된 시점을 정확히 알 수 없는 경우가 많다는 점, 따라서 사용자의 해고의 의사표시가 언제 도달하였는지를 객관적으로 확정하기가 어렵다는 점에서 특수성을 가진다. 이 사건에서는 부당해고를 노동위원회에서 다투었기 때문에 구제신청의 제척기간 3월(노동조합및노동관계조정법 제82조 제2항(구 노동조합법 제40조 제2항) 참조)을 초과하였는지 여부가 직접적인 쟁점이 되고 있다. 이 판결은 이에 대한 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

본고에서는 이상의 세가지 쟁점을 중심으로 대상판결에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 영업양도와 근로관계 승계의 법리

(1) 판례법리와 근거

판례에 따르면, “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다 할 것이고, 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, (구)근로기준법 제27조 제1항 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.”²⁾

판례법리에 의하면 영업양도와 근로관계의 승계에 대하여 다음과 같이 정리할 수가 있다. 첫째, 영업양도가 이루어질 경우에 근로관계를 승계한다는 명시적인 합의가 있는 경우 및 아무런 규정이 없는 경우에는 근로관계가 승계된다. 둘째, 일부 근로관계를 영업양도시에 배제하겠다는 당사자간의 합의는 원칙적으로는 유효하지만, 그 결과가 실질적으로 해고와 다름이 없기 때문에 해고의 정당한 이유에 의한 통제를 받는다는 것이다.³⁾

2) 大判 1994.6.28, 93다33173.

판례는 영업양도가 이루어질 때 근로관계가 승계되는 근거에 대하여는 아직 뚜렷이 설시한 적이 없지만, 영업양도의 개념을 ‘인적 조직과 물적 조직’이 ‘동일성’을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 파악하고 있는 점에 비추어 볼 때 다음과 같은 점을 논리적 근거로 하고 있는 것으로 보인다.

첫째, 물적 조직만이 아니라 인적 조직의 이전까지 요구하고 있는 점에서 볼 때, 기업은 유형·무형의 자본과 노동력의 결합에 의하여 성립되고 운영되는 조직이기 때문에 노동력을 떠나서는 존재할 수 없다는 것을 그 논리적 전제로 하고 있다. 만약 이렇게 보지 않는다면 판례가 인적 조직의 이전까지 영업양도의 개념에 포섭할 이유는 없을 것이다.

둘째, ‘동일성을 유지하면서 일체로서 이전’되어야 한다는 개념요소에서는 오늘날의 근로관계는 특정한 사업주 개인과 결합되어 있다기보다는 기업 그 자체와 결합되어 있다는 점을 확인하고 있음을 추측할 수 있다. 사업주의 교체에도 불구하고 영업양도에서 영업 내지 사업의 ‘동일성’을 유지할 수 있기 위해서는, 새로운 사업주가 사업을 승계하여 경영을 계속하는 경우에는 다만 기업의 소유자 내지 경영자가 교체된 것에 불과할 뿐 기업 그 자체는 변경되지 않고 존속한다는 점이 개념필연적으로 전제되어야 한다.

(2) 검토

이러한 근거는 오늘날의 노사관계의 현실에 비추어 볼 때 충분히 용인될 수 있고 수긍될 수 있는 것이라 하겠다. 그리고 판례가 이러한 논거에 입각하여 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 영업양도에서의 근로관계 승계법리를 확립한 것도 지극히 타당하다고 생각한다. 영업양도시 근로관계를 승계하는 것은 전세계적인 입법의 추

-
- 3) 영업양도에서 근로관계가 승계되는지 여부에 대하여 학설상으로는 당연승계설, 특약필요설, 원칙승계설 등이 주장되고 있으나, 대부분 당연승계설이나 원칙승계설의 입장을 취하여 영업양도가 이루어지면 근로관계가 승계된다는 결론에 있어서는 큰 차이가 없다고 할 수 있다. 그리고 이러한 논리에서는 당연한 결과이기는 하지만, 양 설 모두 영업양도 그 자체만으로는 해고의 정당한 이유가 되지 않는다는 점에서도 동일하다. 다만 영업양도계약시 일부 근로자를 제외하겠다는 특약의 효력에 대한 접근방식에서 차이가 있을 뿐이다. 당연승계설에서는 이러한 특약은 근기법상의 해고제한규정을 회피하는 것으로서 무효가 된다고 보는 반면, 원칙승계설에서는 그러한 특약도 원칙적으로는 유효하지만 그 결과가 사실상 해고와 다름이 없기 때문에 근기법상의 해고제한법리에 따라 규율된다고 한다.

영업양도에서 일부 근로자의 승계를 배제하였을 때는 영업의 전부 양도의 경우에는 그 결과가 해고와 다름이 없는 경우가 일반적이기 때문에 양 학설은 현실적인 결과에서는 그다지 큰 차이는 없다고 생각된다. 요컨대 우리나라에서 판례와 학설은 모두 영업양도가 발생할 경우에 근로관계가 승계되며, 일부 근로자를 영업양도를 계기로 하여 배제하는 것은 해고와 다름이 없기 때문에 해고의 정당한 이유에 의한 통제를 받아야 한다는 것으로 된다.

세이기도 하지만 현행법질서에 비추어 볼 때에도 그 정당성이 인정되기 때문이다.

주지하는 바와 같이 입법례에서 볼 때 프랑스의 경우에는 이미 1928년법에서 영업양도시 근로관계의 승계를 규정하고 있으며, 독일에서는 1972년 독일민법 613a조에 의해, 유럽차원에서 1977년 「기업, 영업 또는 영업의 일부를 양도함에 있어서 근로자의 권리의 보장과 관련한 회원국의 법령의 접근에 관한 EC지침 77/187」에 의해, 영국의 경우에는 1981년 「기업의 이전(고용보장) 규칙」에 의해 영업양도시 근로관계의 승계를 규정하고 있다. EC회원국이 아닌 스위스의 경우 영업양도시 근로관계가 승계되기 위해서는 근로자, 양수인, 양도인의 3자간 합의를 요하던 것을 1993년 채무법의 개정으로 자동승계로 개정하였다. 따라서 영업양도시 근로관계의 승계법리는 최소한 유럽에 관한 한 보편적인 근로기준으로 되어 있다고 하여도 과언이 아니다.⁴⁾

명문의 입법이 없는 경우에 가장 문제로 되는 것은 영업양도에 있어서 근로관계의 승계를 인정할 경우에 양수인에게 근로계약의 체결을 강제하는 결과가 되어 양수인의 계약의 자유를 침해하는 것은 아닌가 하는 것이다. 그러나 영업양도로 인하여 勤勞關係의 事實的 基礎를 양수인이 취득하는 경우에 한하여 당해 사업과 결부되어 있는 근로관계를 동시에 승계한 것으로 본다고 하여도 반드시 양수인의 계약의 자유를 침해하였다고 할 수는 없다. 이 경우 근로관계의 승계법리는 양수인을 위한 이익조정을 전제로 한 개념이기 때문이다. 양수인은 근로관계의 승계라는 법효과를 의욕하지 않을 경우에 당연히 그러한 영업양도를 회피할 자유가 있으며, 영업양도 이후에도 자신의 의도에 따라 얼마든지 사업을 재편할 수 있고 특히 경영상 해고라는 수단에 의하여 합법적으로 잉여 근로관계를 배제할 수 있는 가능성을 가진다. 영업양도시 근로관계 승계법리가 목적으로 하는 바는 영업양도 이후에 양수인이 양도인이 하던 방식과 동일한 수단과 인원으로 사업운영을 그대로 유지하도록 강제하는 데 있는 것이 아니라 영업양도라는 계약형태가 강행법규인 근기법상 해고

4) 물론 해고제한에 대한 특별법이 없는 미국이나 일본의 경우에는 영업양도시 근로관계의 승계에 대한 명문의 입법을 두고 있지는 않다. 그러나 일본의 경우에도 영업양도시 근로관계의 당연승계설을 취하는 판례나 학설도 존재하고 있으며, 임의고용의 원칙이 확립된 미국에서조차 일련의 연방대법원 판결을 통하여 단체협약상 중재조항의 승계라든지 성실교섭의무, 부당노동행위책임의 승계 등 영업양도로 인한 근로자의 지위 변경에 대하여 양수인의 일정한 책임을 인정하고 있다(1964년의 *John Wiley & Sons v. Livingston* 판결(376 U.S. 543), 1972년 *NLRB v. Burns International Security Services* 판결(406 U.S. 272)[이상의 판결은 각각 *Cox · Bok · Gorman · Finkin, Cases and Materials on Labor Law*, 10th ed., The Foundation Press, 1986, 756-763면, 358-364면 참조], 1973년 *Golden State Bottling Co. v. NLRB* 판결(414 U.S. 168), 1974년 *Howard Johnson Co. v. Detroit Local Joint Executive Board* 판결(417 U.S. 249), 1987년 *Fall River Dyeing & Finishing Co. v. NLRB*(482 U.S. 27) [이상의 판결은 *Cox · Bok · Gorman · Finkin, Cases and Materials on Labor Law*, 11th ed., The Foundation Press, 1991, 891-919면] 등 참조).

제한법리를 潛脫하는 수단으로서 남용되는 것을 방지하고자 하는 데 있다.

영업양도가 이루어지게 되면 양도인은 더 이상 당해 사업을 계속운영할 수 없는 경우가 대부분이기 때문에 양도인에게서 근로자는 더 이상 근로를 제공할 수 없는 경우가 대부분이다. 이 경우 당해 근로자는 경영상 해고에 의하여 해고될 수 밖에 없을 것이다. 반면에 당해 사업 그 자체는 양수인에게 그대로 존재하여 양수인은 양수한 사업을 계속운영할 수 있다. 사업양도에 있어서 근로관계 승계법리를 인정하지 않는다면, 양수인은 인수한 사업을 종전대로 계속운영할 수 있음에도 불구하고 당해 사업에 결합되어 있는 근로자만이 사업에서 배제되는 불합리한 결과가 초래된다. 이러한 결과는 근로관계의 존속보호라는 근기법상 해고제한법리의 기본적인 목적을 형해화시킨다. 따라서 사업이 그 동일성을 유지하면서 양도되는 경우에 한하여 근로관계의 이전을 인정하는 것은 이와 같은 일반적인 해고보호제도의 흠결을 보완하여 근로관계의 존속보호를 기하는 기능을 가지는 것이다. 요컨대 영업양도시 근로관계 승계법리는 새로운 해고제한제도가 아니라 기존의 해고제한제도를 보완하는 제도인 것이다. 이는 마치 법 개정 이전의 경영상 해고에 대한 판례법리가 해고사유를 새로이 추가한 것이 아니라 해고법리의 구체화로서 이해될 수 있는 것과 마찬가지로의 논리이다.

근로관계의 屬人的 性格이 상당히 약화된 오늘날의 상황에서는, 영업양도시 근로관계가 승계될 것인지를 문제삼기보다는 근로관계의 승계를 전제로 하면서 그 요건을 구체화함으로써 당사자에게 영업양도와 관련한 상황에서 예측가능성을 충분히 부여하고 법적 안정성을 도모하는 방향으로 논의가 전개될 필요가 있다. 이런 측면에서 볼 때 이 사건 판결은 영업양도시 근로관계가 승계되는지 여부를 넘어서 근로관계가 승계되기 위한 요건으로서의 영업양도의 개념에 대하여 구체적인 기준을 제시하여 우리나라 노동법학에서 하나의 전환점을 이루는 커다란 의미를 지니고 있다고 생각한다.

3. 근로관계 승계의 전제가 되는 영업양도의 개념

(1) 개념확정의 필요성

근로관계가 승계되기 위해서는 우선 영업양도 그 자체가 인정되어야 한다. 어떠한 경우에 영업양도로 인정할 수 있는지에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않기 때문에 해석에 맡겨져 있다. 그러나 설령 명문의 규정을 둔다고 하여도 영업양도라는 개념 자체의 다의성 내지 현실의 복잡성으로 인하여 개념을 특정하기는 곤란할 수밖에 없다. 실제 입법례에서도 영업양도 개념 그 자체를 구체화하여 한정하는 경우는 찾아보기 어렵다.

영업양도의 개념을 분명히 할 필요는 비단 근로관계 승계의 차원에서만이 아니

라 다양한 법분야에서 제기된다. 예컨대 상법상 영업양도의 개념은 기본적으로 재산거래관계에서 양수인이나 양도인의 책임을 분명히 하기 위하여 필요하고(상법 제41조 이하),⁵⁾ 세법상 사업양도의 개념은 주로 납세의무가 있는 자의 범위를 확정하기 위하여 필요하고(국세기본법 제41조, 동법 시행령 제22조; 지방세법 제24조;⁶⁾ 부가가치세법 제6조 제6항, 동법 시행령 제17조 제2항;⁷⁾ 소득세법 제98조, 동법 시행령 제162조;⁸⁾ 조세감면규제법 제27조 제1항, 제124조 제2호, 동시행령 제24조 제1항, 제108조 제6항 등⁹⁾), 산업재해보상보험법상 사업승계인의 개념은 산재보험료를 납부할 의무를 부담하는 자를 확정하기 위하여 필요한 것이다.¹⁰⁾

여기에서 알 수 있는 것은, 모든 법영역에서 통용되는 영업양도 내지 사업양도의 개념은 전제되어 있지 않다는 것이다. 영업양도 내지 사업양도라는 동일한 단어를 사용한다고 하여도 법률의 목적 내지 취지나 제도의 목적에 따라 그 개념은 달리 사용되어야 하며¹¹⁾ 그것이 합목적적인 해석방법이라고 할 수 있다.

판례도 이러한 입장에 서서 판단하고 있음을 보여주는 예는 많다. 예컨대 부가가치세법상 양도부가가치세의 비과세대상인 사업의 양도를 판단함에 있어서 “사업의 양도는 사업용재산을 비롯한 물적, 인적시설 및 권리의무 등을 포괄적으로 양도하여 사업의 동일성을 유지하면서 경영주체만을 교체시키는 것”을 의미한다고 하면서, “사업용재산을 비롯한 물적, 인적시설 및 권리의무 등을 포괄적으로 양도하여 사업의 동일성을 유지하면서 경영주체가 교체된 것이라면……미수금이나 미지급금에 해당하는 외상매출금채권이나 외상매입금채무가 그 양도대상에서 제외되었다거나 종전의 종업원이 그대로 인수인계되지 아니하였다고 하여 사업의 양도로 인정하는 데에 장애가 될 수 없다”고 판시한 예¹²⁾나 조세감면법상 임시투자세액공제제도에 의하여 공제된 세액에 대한 추징제외사유인 ‘사업의 승계’의 의미에 대하여 조세감면법상의 임시투자세액공제제도의 제도적 목적을 고려하여¹³⁾ “영업양도 과정에

5) 大判 1989.12.26, 88다카10128; 1996.7.9, 96다13767.

6) 大判 1990.9.28, 90누127.

7) 大判 1986.1.21, 85누763; 1987.7.21, 87누139; 1988.1.19, 87누956; 1992.5.26, 91누13014; 1993.1.19, 92누15420; 1993.4.27, 93누524 등.

8) 大判 1993.1.15, 92누8422.

9) 大判 1997.12.9, 97누4494.

10) 大判 1991.9.10, 90누8848.

11) 같이 노동법의 영역에 속함에도 불구하고 동일한 개념이 달리 사용될 수도 있다. 예를 들어 근로자나 사용자의 개념에 대하여 근기법의 그것과 집단법인 노동조합및노동관계법의 그것은 차이가 있다.

12) 大判 1992.5.26, 91누13014.

13) “임시투자세액공제제도는 경기부양을 위하여 필요한 경우 기업의 설비투자에 대하여 투자세액을 공제하여 줌으로써 그 투자를 유인하는 제도로서, 세액공제의 대상인 투자자산을 단기간 내에 처분하여 버리는 경우에는 위 제도의 목적을 달성할 수 없으므로

서 일부 토지가 제외되어 제3자에게 매각되었다거나 일부 석회석 운반 시설물이 제3자에게 매각된 토지의 지하에 설치되어” 있는 경우에도 사업의 승계에 해당한다는 원심의 판단을 지지한 예가¹⁴⁾ 그것이다.

따라서 판례는 사업양도나 영업양도라는 개념이 사용되는 사건이라고 하여도 반드시 상법상 영업양도법리의 기준에 따라 이를 판단하고 있는 것은 아니고 입법취지나 제도의 목적에 따라 구체적 타당성을 고려하면서 영업양도의 개념에 탄력성을 가지고 판단하고 있다고 할 수 있다.

근로관계의 승계와 관련하여서는 상법상 영업양도법리와 노동법상의 영업양도법리는 상당한 긴장관계에 있다. 그 이유는 기업의 존속을 주된 입법목적으로 하는 상법의 취지와 근로관계의 존속을 주된 목적으로 하는 근기법상 해고제한규정의 취지는 서로 대립할 수밖에 없다는 점, 그리고 노동법상 영업양도와 근로관계에 관한 명문의 규정이 없기 때문에 근로관계의 승계에 대하여도 영업양도에 관한 일반법리로 사실상 취급받고 있는 상법상 영업양도 법리가 유추적용될 수밖에 없는 상황에서 기인한다.

영업양도에서의 근로관계승계법리는 상법상 영업양도법리와 전혀 무관한 것이라 하기는 어려울 것이다. 그러나 직접적인 연관성을 가진다고 하기도 곤란하다. 한편에서 노동법상의 영업양도에 관한 규정의 미비로 인하여 상법상 영업양도법리를 유추할 수밖에 없다는 점에서 상법상 영업양도법리와 일정한 관련성을 가지면서도 다른 한편에서는 앞에서 보았듯이 영업양도에서의 근로관계 승계법리는 근기법상 해고제한법리를 보완하는 노동법상의 제도이기도 하기 때문이다. 그렇다면 영업양도의 개념은 상법상 제도로서의 영업양도제도와 노동법상 해고제한제도를 조화시키는 가운데 전체 법질서 속에서 파악되어야 할 필요가 있다. 영업양도의 고유한 논리를 존중하면서도 노동보호법의 이념을 무시하지 않아야 한다. 어차피 양자는 긴장관계에 있는 만큼 관련 이해관계인의 이익만이 아니라, 전체 국민경제의 이익, 헌법의 이념 등을 종합적으로 감안하여 경우에 적합하고 타당한 법리를 우선시킬 필요가 있다.¹⁵⁾

공제세액을 추징하여야 할 것이나, 투자자산의 처분이 사업의 승계과정에서 이루어져 사업승계인이 그 투자자산으로 사업을 계속하는 경우에는 위 제도의 목적 달성에 아무런 지장이 없으므로 예외적으로 추징대상에서 제외하는 것이라 할 것이다”(大判 1997.12.9, 97누4494).

14) 大判 1997.12.9, 97누4494.

15) 이런 관점에서, 인적 조직 및 물적 시설이 해체되지 않고 모기업의 일부 사업 부문이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관되는 경우에 그 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효라고 본 사례에서 대법원이 “강원산업이 위 골재사업 부문을 피고 회사에게 이관함에 있어 **상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도**, 삼표골재사업소의 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 그 동일성을 유

따라서 노동보호를 명분으로 기존 제도를 무시하여도 안되지만 재산거래를 목적으로 한 상법법리만을 강요하여서도 안될 것이다. 그러나 어떠한 경우에도 노동법리의 적용을 회피 내지 배제하기 위하여 계약자유의 원칙이나 상법 논리가 남용되는 것을 용인할 수는 없다. 그 현실적인 결과는 근기법상 해고제한법리의 잠탈로 이어지고 종국적으로는 노동법질서의 붕괴를 초래할 수밖에 없기 때문이다. 그리고 그 대표적인 사례가 영업양도로서의 실질을 가지고 있음에도 불구하고 당사자가 형식상 자산매매계약을 체결함으로써 근로관계의 승계를 회피하려는 경우이다.

(2) 영업양도의 개념

1) 판례의 입장과 영업의 동일성

판례는 영업양도의 개념에 대하여 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적, 인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것”이라고 일관하여 판시하고 있다.¹⁶⁾ 이러한 일반적 기준에 따라 판례는 지금까지 여러 차례에 걸쳐 근로관계 승계의 전제가 되는 영업양도의 개념에 대하여 판시하여 왔다. 그러나 어떠한 경우에 인적 조직 및 물적 조직의 동일성이 유지될 수 있는지에 대해서는 다소 모호한, 경우에 따라서는 모순된 판단을 보여왔던 것도 사실이다.¹⁷⁾ 그리고 이러한 판례의 불분명한 판단기준은 영업양도의 판단에 대하여 당사자에게 예측가능성을 부여하는 데에는 실패하였다고 할 수밖에 없다. 물론 영업양도인지 여부는 사안에 따라 구체적·개별적으로 판단하는 수밖에 없고 계약의 형식이 아니라 실질적인 사실관계에 따라 판단될 수밖에 없다는 부득이한 면은 존재한다. 그러나 그렇다고 하여도 영업양도의 개념에 대한 최소한의 일반적 기준을 제시하여야 하고 제시할 수 있다고 본다.

상법상 물품대금청구에 관한 소송이기는 하지만, 대법원은 다음과 같이 판시하여 영업양도에 있어서 영업의 동일성 판단에 시사점을 주고 있다.¹⁸⁾

지하면서 존속하고 있고 다만 그 경영주체의 교체가 있었음에 불과하므로, 원고가 강원산업에서 퇴직하고 피고 회사에 입사하는 형식을 취하였다고 하더라도 이는 통정허위표시로서 무효라 할 것이고, 따라서 원고의 강원산업과 피고 회사에서의 각 근무는 위 중간퇴직에 의하여 단절됨이 없이 근로의 계속성이 유지된다”고 한 원심판결을 그대로 유지하고 있는 판결(大判 1997.6.27, 96다49674)은 상법상 영업양도제도와 노동법상 제도의 차별성을 전제로 한 타당한 접근이라고 생각한다.

16) 대법원 1991.8.9.선고, 91다15225 판결; 1994.6.28.선고, 93다33173 판결; 1994.11.18.선고, 93다18938 판결 등 참조.

17) 이에 대하여 자세한 것은, 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 개념”, 기업의 구조조정과 노동법적 과제, 한국노동연구원, 1998, 24-29면 참조.

18) 大判 1989.12.26, 88다카10128

“영업의 동일성이 인정되는가 안되는가는 일반사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하나 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되는냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로 예컨대, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 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.

그런 뜻에서 영업의 양도는 그营业을 구성하는 모든 재산물건을 양도하지 않으면 안되는 것이 아니고 당해 영업의 요소로 인정되는 재산물건이 양도되면 영업의 양도로 보는데 아무런 지장도 없는 것이다“

따라서 이 판결에 의하면, 첫째 영업양도에서 영업의 동일성 판단은 사회통념에 따라 결정되어야 하는 사실인정의 문제이다. 둘째, 그 판단에 있어서는 종래의 영업조직이 유지되어 기능할 수 있는지 여부가 핵심이 된다. 셋째, 전부를 양도하더라도 그 조직을 해체하여 양도하였다면 영업의 동일성은 인정되지 않는다. 넷째, 영업의 동일성이 인정되기 위하여 반드시 전체 영업재산을 모두 양도할 필요는 없다.

이 판결은 상법상 물품대금청구에 관한 사건이기 때문에 이러한 기준은 영업의 동일성 판단에 있어서 주로 물적 조직의 동일성의 판단과 관련하여 유용한 것이다. 따라서 인적 조직의 동일성은 무엇을 기준으로 판단하여야 하는지에 대하여는 아무런 언급이 없기 때문에 노동법 사건에서 이 판지를 그대로 적용하기에는 한계가 존재한다. 또한 물적 동일성과 관련하여서도 종래 조직이 기능을 유지하기 위해서는 어떠한 부분이 어느 정도 양도되어야 하는지에 대한 판단기준은 구체적으로 제시하지 않는 점도 한계로 작용한다. 다시 말하면 양도에서 제외되어도 영업의 동일성을 인정받을 수 있는 재산물건은 무엇인지, 즉 영업의 동일성을 유지하기 위하여 본질적으로 요구되는 재산은 무엇인지에 대하여 아무런 언급이 없다는 점에서 아쉬움이 남는다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 이 판결의 판지는 물적 동일성에 관한 일반적 기준을 제시함으로써 인적 동일성을 판단할 때의 기준적 역할을 할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 따라서 근로관계가 승계되는 영업양도의 개념은 이 판결 판지의 기준을 유추하고 보충하여 구체적 기준을 정립할 수 있을 것이다.

그 경우에 다음과 같은 사항이 고려될 필요가 있다.

첫째, 영업의 동일성 판단에 있어서 모든 영업양도사건에 적용될 수 있는 단일한 기준은 있을 수 없다는 점이다. 영업양도에서 사업의 동일성은 계약의 형식이 아니라 계약의 실질에 의해 case by case로 판단할 수밖에 없을 뿐만 아니라 양도되는

사업의 종류 내지 성격 또는 규모에 따라 달리 판단되어야 하기 때문이다. 예컨대 기계제조사업이 양도된 경우와 청소용역사업이 양도된 경우 영업의 동일성 판단기준은 차이가 있을 수밖에 없다.

둘째, 기본적으로 영업양도에서 영업의 동일성이 인정되기 위해서는 판례도 인정하고 있듯이 종전의 기능을 계속 유지할 수 있는지 여부, 즉 계속운영가능성(Fortführungsmöglichkeit)이 핵심적인 관건이 된다.

셋째, 계속운영가능성을 판단하기 위해서는 물적 동일성만이 아니라 인적 동일성도 동시에 고려되어야 한다. 종업원을 실제로 일체 인계하지 않고 사업의 재산만을 양도하는 경우로서 전형적인 예는 폐업을 들 수 있는데, 폐업 이후의 재산을 모두 양도하는 경우에는 영업양도로서의 동일성이 인정된다고 하기는 곤란하다. 마찬가지로, 사업수단을 전혀 인수하지 않고 대부분의 종업원만을 인수한 경우에도 영업의 동일성이 인정된다고 하기는 어렵다.¹⁹⁾

넷째, 계속운영가능성 판단에 있어서 물적 동일성이 인정되기 위해서는 계속운영가능성에 본질적인 사업의 수단이 양도되어야 한다. 물적 동일성은 사업의 모든 재산을 양도함으로써만 달성될 수 있는 것은 물론 아니기 때문이다. 예컨대 양수인이 양도인의 채무를 인수하였는지 여부는 영업의 동일성 판단에 있어서 고려되는 요소이기는 하지만 그러한 사실이 없는 경우에도 반드시 물적 동일성이 부정되는 것은 아니다. 따라서 사업의 계속운영가능성과 무관하거나 본질적인 관련성을 가질 수 없는 수단만을 양도하는 경우(예컨대 기계제조사업에서 사무비품이나 통근버스의 양도)에는 사업의 물적 동일성은 부정된다. 사업의 계속운영가능성에 본질적 사업수단은 양도되는 사업의 성격, 규모, 조직에 따라 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없다.²⁰⁾ 통상적으로 볼 때에는 제조업에서는 기계설비, 부동산 등 물적 사업수단이 본질적 사업수단으로 될 가능성이 많고, 서비스업의 경우에는 상호, 노하우, 산업재산권, 고객관계, 시장에서의 명성 등 비물질적 사업수단이 본질적 사업수단으로 인정받을 가능성이 많을 것이다. 그 경우에도 각 요소들은 물적 동일성 판단에 동일한 중요성을 가지고 작용하는 것은 아니고, 구체적인 사실관계에 따라서 그 비중이 달리 평가되어야 한다.

다섯째, 인적 동일성이 인정되기 위해서는 당해 사업의 계속운영이 가능한 정도의 인원이 승계되어야 한다. 어느 정도의 인원이 승계되어야 당해 사업의 계속운영이 가능한지에 대해서는 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.²¹⁾

19) 따라서 이때 인수에서 배제된 근로자가 영업양도를 이유로 근로관계의 승계를 주장할 수는 없을 것이다.

20) 따라서 모든 사업에서 특정 요소가 이전되지 않으면 물적 동일성이 인정되지 않는, 그러한 보편적 본질성을 가진 사업수단은 존재하지 않는다.

21) 참고로 미국에서는 해고제한법리가 연방법상 존재하지 않기 때문에 임의고용의 원칙

그런데, 노하우를 지니고 있는 근로자들의 근로관계는 인적 동일성을 판단함에 있어서 중요하게 고려되는 요소이다. 노하우는 경쟁사업자에 대하여 우위를 차지할 수 있도록 하지만 특허권 등에 의해서는 보호되지 않는, 사업운영에 있어서 기술적 요소에 대한 경험적 지식을 말한다. 따라서 노하우는 당해 사업의 운영을 위하여 필수적인 요소라고 할 수 있다. 사업상 노하우와 특수한 전문지식이 특정한 근로자와 결부되어 있는 경우에는 당해 근로자를 인수하지 않는다면 물적 시설의 인수가 있다고 하여도 사업양도를 인정할 수는 없을 것이다.²²⁾ 노하우가 제외된 채 사업이 양도된다면 '사업양도'의 외관은 가지고 있으나, 실질에 있어서는 '죽어있는' 기계의 양도에 불과하기 때문이다 반대로 노하우를 지닌 근로자의 근로관계를 모두 인수한다면 당해 사업의 운영에 필수적인 인적 요소를 인수한 것으로서 영업의 동일성의 판단에 적극적으로 작용할 것이다.

2) 물적 조직의 동일성

이 사건에 대한 서울고법의 판결은 물적 동일성에 대하여, ①사업목적이 동일하고 ②사업운영에 필요한 부동산, 유체동산, 산업재산권, 제조에 관한 기술과 노하우 등을 포괄적으로 인수하였으며, ③인수한 자산에 인적 자산만 결합하면 곧바로 삼미특수강과 동일한 제품을 생산할 수 있고, 실제로도 인수한 설비를 종전 방식으로 가동하여 생산하여 생산품목도 대부분 동일하며, ④창원특수강의 생산기술은 기존 삼미특수강의 기술을 개선하거나 보완한 것에 불과하다는 점 ⑤기존의 거래선을 그대로 유지한 점 ⑥채무의 일부를 인수한 점 등을 고려하여 물적 동일성이 있다고 인정하였다.

(employment-at-will)에 따라 영업양도가 이루어진다고 하여도 고용은 승계되지는 않지만, 관례법리상 단체협약의 교섭의무, 부당노동행위책임 등은 양수인에게 승계된다. 이때 승계가 인정되기 위하여 가장 중요한 기준은 계약의 형식이 아니라 당해 기업의 연속성이다. 그러한 연속성이 인정되기 위해서는 '운영의 연속성'과 '노동력의 연속성'이 존재하여야 한다. '운영의 연속성'에 대한 판단은, 생산품목, 업무, 근로조건, 감독체계, 작업절차, 고객 등에서 연속성이 인정되어야 하고, '노동력의 연속성'은 양수인에 의해 고용된 근로자의 비율에 의해 결정된다(Leslie Braginsky, How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity, 16 COMP. LAB. L.J. 261 (1995)). 미국 연방대법원의 판결에 의하면, Burns사건에서는 양도인 사업의 42명의 근로자 중 27명이 양수인에 의해 계속고용된 경우에 고용의 연속성이 인정되고 있으며, Fall River Dyeing 사건에서는, 21명 중 18명이 승계된 경우에 고용의 연속성이 인정되고 있다. 연방대법원의 판결은 고용의 연속성이 인정되기 위해서는 '전체 종업원(the full complement)'이 승계될 필요는 없고, '실질적으로 대표가능할 정도(substantial and representative complement)'의 인원이 승계되면 족하다고 하고 있다(Fall River Dyeing, 482 U.S. at 49).

22) Willemsen, Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu §613a BGB, ZIP 1986, S.481; Lortz, Aktuelle Rechtsprobleme des Betriebsübergangs nach §613a BGB, RdA 1987, S.69.

앞에서 본 바와 같이 물적 동일성의 판단에 있어서 가장 핵심으로 되는 요소는 당해 사업의 계속운영가능성을 담보할 수 있는 본질적 사업수단이 양도되었는지 여부이다. 이 사건에서 양도의 대상이 된 봉강 및 강관사업에서 본질적인 사업수단이 무엇이 될 수 있는가. 역시 각종 기계, 설비장치, 노하우가 봉강 및 강관사업을 영위하는 데 있어서 본질적인 자산이라고 할 수 있을 것이다. 특히 노하우가 양도되었다는 점은 상당한 의미를 가진다. 원고인 창원특수강측 주장과 같이 “특수강의 제조기술은 기술개발비용(R&D)을 들여 개발하고 알아낸 설비의 가동조건, 공정순서, 작업환경 설정 등”에 있는 것이기 때문에 노하우와 제조기술은 봉강 및 강관이라는 특수강제조에 있어서 필수적인 사업수단이라고 할 수 있다. 이 사건에서는 노하우와 제조에 관한 기술, 특허권 등 산업재산권 등 봉강 및 강관의 생산에 필요한 모든 요소가 양도되고 있다. 이러한 요소가 모두 양도된 이상 봉강 및 강관사업의 계속운영가능성은 기본적으로 긍정할 수 있다고 생각한다.

판결에서는 고려되고 있지 않으나, 이 사건의 물적 동일성을 판단함에 있어서는 다음과 같은 사항도 함께 고려될 필요가 있다.

첫째, 이 사건에서는 매매가액과 관련하여 물적 시설을 이루는 각종 요소의 매매가액이 개별적으로 평가되지 않고 실질적으로 전체적으로 평가되었다는 점을 고려할 필요가 있다. 일반적으로 영업양도의 대상이 되는 사업은 그것을 구성하는 개개의 사업재산 가치의 단순한 합계를 넘는 특별한 가치를 가지는 경우가 많다. 따라서 영업양도의 價額이 그 구성재산의 總和 이상의 가격이 매겨지는 경우가 대부분이다.²³⁾ 즉 양수인이 사업의 총체를 인수할 경우의 引受價額은 사업에서 분리된 개별 사업재산 價額의 단순합계보다는 많은 것이 통상적이다.²⁴⁾

원고인 창원특수강측의 주장에 의하면 “원고가 총주식인수대금의 3.5배에 달하는 금 7,194억원이라는 대금을 지급한 것은, 영업을 인수한 것이 아니라, 공장 및 설비 등 생산시설만을 따로 개별평가하여 그 합계액으로 매수”하였다고 주장한다. 실제 계약서 등 관련문서에 의하면 그러한 주장이 성립될 여지는 있다. 그러나 그 실질을 보면 매각대금에는 부동산이나 설비 등 물적 자산에 대한 개별적인 가액을 단순합산한 액수만이 아니라 그러한 자산의 운용에 필수적인 노하우, 매뉴얼 등에 대한 평가액이 포함되어 있다. 기계설비를 조직하고 운용하는 데 필요한 관련기술이나 노하우가 뒷받침이 되지 않은 채 단순한 기계설비만으로 특수강이라는 영업을

23) 양승규, “주식회사의 중요재산의 처분과 영업양도”, **기업법의 현대적 과제**, 조세통람사, 1992, 102면.

24) 물론 그렇지 않은 경우도 있다. 재정파탄상태에 있는 기업을 무상으로 또는 다른 지원을 받으면서 양도받는 경우도 현실적으로 종종 발생하는데, 이 경우에는 매매가액이 개별 사업재산 가액의 총계보다 많다는 것으로는 설명되지 않는다(이승욱, 「사업양도와 근로자의 지위」, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 87면).

운영할 수 없다는 것은 말할 나위도 없다. 특수강의 생산이라는 영업목적은 이러한 관련기술이나 노하우가 설비와 결합될 때에만 달성될 수 있는 것이다. 이 사건 매매계약에서는 물적 설비에 대한 가격만이 아니라 노하우나 매뉴얼 등 생산기술과 관련된 가격을 포함하여 책정한 것은 포괄적으로 특수강영업을 양수하였다는 반증이 될 수 있다고 본다.²⁵⁾

이와 관련하여 원고측 주장에 의하면 삼미특수강은 5년 연속 적자를 기록하고 자본잠식상태에 있는 존재할 가치가 없는 회사이기 때문에 독자적으로 기능하는 유기적 조직체인 영업을 양수받은 것이라고 할 수 없다고 한다. 그러나 “독자적으로 기능하는 유기적 조직체”인지 여부는 당해 사업의 재정상태에 의하여 판단되는 것이 아니라 사업의 목적에 따른 생산을 할 수 있는지 여부에 따라 판단되는 것이다. 만약 원고측 주장을 받아들인다면 적자상태에 있는 기업은 일반적으로 영업체로서의 가치가 없다는 의미가 되는데, 사회통념상 이런 주장을 받아들이기는 어렵다. 적자상태에 있다고 하더라도 특수강의 제조 등 사업의 노동기술적 목적을 유지·달성하기에 족한 기능능력을 영위할 수 없는 것은 아니기 때문이다. ‘기업’으로서의 삼미특수강과 특수강을 제조하는 목적을 가진 ‘영업’(내지는 사업)으로서 삼미특수강은 현실적으로는 혼동될 수 있지만, 법적으로는 엄격하게 구별되어야 한다. 기업의 적자가 영업으로서의 기능능력의 상실을 의미하는 것은 아니다.

요컨대 이 사건에서는 양도받은 상태로 특별한 기술이나 설비의 투입이 없이 바로 동일한 생산이 가능하도록 하는 대가로서 매매대금이 지불되었다고 할 수 있다. 그렇다면 이 사건에서 물적 조직의 동일성은 부정하기가 어렵고 그런 측면에서 이 사건 판결은 타당하다 할 것이다.

둘째, 이 사건의 매매가 이루어지기 전의 상황을 보면 원고인 창원특수강은 아무런 실체가 없는 조직이었음을 알 수 있다. 이 사건 매매계약이 체결된 이후에 비로소 설립되었다는 점, 창원특수강은 특수강생산경험이 없었다는 점, 자체적인 생산직 근로자나 기술관리요원이 전혀 없었다는 점, 삼미특수강으로부터 일체의 물적 시설을 인수하여 비로소 특수강의 제조가 가능하였다는 점 등을 고려하면 창원특수강 그 자체만으로는 어떠한 생산도 불가능한 체제이고 오로지 삼미특수강으로부터 인수받은 모든 물적 설비로써 운영되고 있음을 알 수 있다. 이러한 점도 물적 조직의 동일성을 판단할 때에 고려될 필요가 있다고 본다.

25) 그렇다면 창원특수강측이 상대적으로 비용이 적게 드는 주식의 취득이라는 방법을 채택하지 않고 오히려 비용이 더 많이 드는 자산인수의 방식을 취한 이유는 무엇인가. 기본적인 이유는 계약체결당시 삼미특수강측의 과도한 채무상태를 제거하여 이른바 clean company로서 인수하려는 경영상의 목적을 달성하기 위한 것이라고 생각할 수밖에 없다. 이러한 기업주로서의 결정(unternehmerische Entscheidung)은 그 자체로서는 아무런 문제가 없지만, 그것이 근로자의 권리를 침해하는 형태로 이루어지면 제한이 있을 수밖에 없다.

그밖에 원고는 “사실상 폐업된 업체로부터 생산시설만을 제 값을 쳐주고 매수”하였을 뿐이고 해체된 사업설비만을 양수한 것이라고 주장한다. 폐업이 된 회사로부터 생산시설만을 매수하였을 경우에는 당연히 근로관계가 승계될 여지는 없다. 기능능력을 가지는 사업 자체가 존재하지 않기 때문이다. 여기에서 폐업상태라고 인정되기 위해서는 객관적으로는 사업활동의 종국적인 폐지 또는 정지가 있어야 하고, 주관적으로는 불특정한 기간 동안 사업상 목적을 포기하려는 진지한 의사가 인정되어야 한다.²⁶⁾ 그러나, 이 사건에서 봉강 및 강관사업활동은 중국적으로 폐지되지 않았을 뿐만 아니라 삼미특수강 사용자도 이를 폐업할 의사가 있었던 것으로 보이지 않는다.

뿐만 아니라 사건의 경과에서 보더라도 원고의 주장은 타당성이 없다고 생각된다. 창원특수강은 97.2.14. 설립되었으며, 2.17. 이 사건 매매계약이 체결되었다. 2.26. 창원특수강측이 공장인수활동을 개시하였으며, 3.2. 삼미특수강 공장가동이 정지되었다. 그리고 창원특수강이 생산을 개시한 시점은 그로부터 불과 1달이 경과한 4.1.부터였다. 이러한 경과를 볼 때 창원특수강은 삼미특수강으로부터 물적·인적 조직을 승계한다는 것을 전제로 하여 설립된 회사라는 점을 알 수 있다. 원고의 주장대로 이 사건의 실질이 폐업상태의 회사로부터 생산시설을 해체하고 인수한 자산매매에 불과하여 양수인은 새로이 조직체계나 생산과정 등을 재구성하여야 하는 것이었다면, 창원특수강이 불과 1달 사이에 그 모든 것을 완료하고 특수강 생산을 개시하는 것이 가능할 수 있을지는 의문이다.

3) 인적 조직의 동일성

인적 조직의 동일성을 영업의 동일성 판단에 포함시킨다고 하여도 그것이 인적 조직의 전부를 일괄적으로 승계하여야 할 것까지를 요구하는 것은 아니다. 인적 조직이 빠짐없이 이전되는 경우에는 따로 근로관계의 승계여부를 논의할 필요가 없기 때문이다. 따라서 일부 근로자가 승계의 대상에서 제외되어 있더라도 인적 동일성을 인정할 수 있다. 이때 인적 동일성의 판단은 원칙적으로 물적 동일성에 대하여와 동일한 기준으로 이루어지면 될 것이다. 즉 사업의 기능능력을 유지할 수 있을 정도의 다수의 근로관계가 승계될 필요가 있다.²⁷⁾ 문제는 어느 정도의 근로관계가 이전되면 기능능력을 유지할 수 있을 정도의 인적 동일성이 유지되는가이다.

26) 독일 연방노동재판소의 입장이다(BAG ZIP 1987, 1073면; BAG NZA 1987, 458면; BAG ZIP 1986, 1598면). 이렇게 폐업의 개념을 확정하는 이유는, 단기간의 폐업기간을 두어 폐업인 것처럼 가장하여 사실상 영업양도의 효과를 거두면서도 일부 근로자의 승계를 배제함으로써 영업양도에서의 근로관계승계법리를 일탈할 가능성이 있기 때문이다.

27) 이승욱, “사업양도와 근로자의 지위”, 97-98면 참조.

이 사건 판결에서는, 인원수로 보았을 때 삼미특수강의 전체 근로자 2,342명 중 1,770명을 채용하여 75.6%의 종업원을 승계한 점, 창원특수강의 전체 종업원 중 삼미특수강 출신이 아닌 자는 소수에 불과한 점 등을 고려하고 있고, 승계한 근로관계의 내용 측면에서는 첫째, 기능직 근로자의 승계비율이 사무직 근로자의 승계비율보다 높은 점, 승계된 근로자의 근로조건이 명목상은 수습중인 자로 되어 있으나 실질적으로는 정규직과 동일한 수준으로 되어 있는 점, 셋째, 기술직 관리사원은 부득이한 사유가 있는 자를 제외하고는 전원 승계되었다는 점 등을 고려하여 인적 조직의 동일성을 긍정하고 있다.

먼저 승계규모의 측면에서 볼 때 판결은 전체 근로자 2,342명 중 1,770명이 채용되어 전체 종업원 중 75.6%가 승계되고 있다고 판시하고 있는데, 실제로 창원특수강측이 승계한 인원은 1,421명으로서 전체 종업원 중 60.7%에 해당한다. 그럼에도 불구하고 판결이 1,770명이 채용되었다고 본 것은, 창원특수강측에 채용된 1,421명과 함께 창원특수강과 같은 포항제철의 계열회사로서 공동으로 입사신청을 받았던 정비전문회사인 포철산기로 채용된 242명, 역시 포항제철의 계열회사로서 경비, 차량운전을 업으로 하는 동우사로 채용된 67명, 기타 포항제철계열회사의 사원식당 운영회사인 LG유통으로 채용된 40명 등 총 349명을 포함하여 산정한 결과이다. 이렇게 볼 때에는 전체 종업원 중 75.6%가 승계된 결과가 된다.

엄밀하게 따질 경우에는 창원특수강측이 승계한 인원은 전체 종업원 중 60.7%라고 할 수 있는데, 이 정도 규모의 인원을 승계하였다는 사실은 인적 조직의 동일성을 판단함에 있어 결코 적은 수라고 하기는 어렵다. 뿐만 아니라 삼미특수강측이 과도한 부채와 적자상태의 누적으로 인해 인원과잉상태에 있었다는 점을 감안한다면 오히려 그 정도의 인원이 봉강 및 강관사업에 적절한 인원규모일 가능성도 있고 그렇다면 창원특수강은 당해 사업의 운영에 적절한 인원을 모두 인수하였다고 보아도 무리는 없을 것이라고 생각한다. 그렇다면 나머지 근로자들은 창원특수강측의 자의적인 판단에 따라 근로관계의 승계에서 제외되었다고 할 수 있을 것이다. 또한 다른 회사로 채용된 349명이 모두 특수강의 제조와 관련되는 포항제철의 계열회사나 영향력하에 있는 회사로 고용되었다는 점, 즉 종래 삼미특수강이 자체적으로 수행하던 업무와 관련된 업무에 종사하고 있다는 점도 인적 동일성 판단에 관해 추가적으로 고려될 필요가 있다.

인적 동일성 판단에서는 승계의 규모만이 아니라 승계된 근로관계의 내용도 고려되어야 한다. 창원특수강측 기존 근로자 중 직접 특수강의 생산업무를 담당하는 근로자는 사실상 전혀 없는 상황에서 삼미특수강측에서 승계한 근로자를 투입하여 종전의 업무에 의해 생산을 계속하였다는 점, 형식상 수습기간을 거치도록 하면서도 실질적으로는 정규 근로자와 동일한 근로조건을 제공하였다는 점, 제품 품질의 유

지·관리에 필수적인 요원인 기술관리직 사원이 사실상 전원 승계되었다는 점 등은 기존의 인적 조직이 기능능력을 유지하면서 그대로 승계되었다고 보기에 부족함이 없다.

한편 인적 동일성의 판단과 관련하여 일부 견해에서는 핵심인력과 부수인력으로 구분하여 인적 동일성을 판단하는 대상이 되는 인적 요소는 “핵심종업원과 같이 인력의 양적·질적 측면에서의 본질적 부분(핵심인력)을 의미한다”고 하면서 본질적 구성부분을 이루지 못하는 인력의 이전은 영업의 동일성 판단에 고려되어서는 안 된다고 주장한다.²⁸⁾

그러나 핵심인력과 부수인력으로 구별하는 기준이 명확하지 않으며, 설령 그러한 기준을 설정할 수 있다고 하여도 일반제조업에서 부수인력을 인적 동일성 판단에서 배제하는 태도가 인간의 존엄성이라는 관점에 비추어 보아 과연 타당한 것인지는 의문이 있다. 다만, 물적 사업수단이 거의 존재하지 않는 서비스사업이 양도된 때에 물적 동일성을 판단함에 어려움이 있기 때문에 인적 동일성 판단만으로 영업의 동일성을 판단할 수밖에 없다. 따라서 물적 사업수단이 거의 없거나 본질적인 물적 사업수단이 존재하지 않는 서비스사업의 경우에 한하여 사업운영에 필수적인 노하우를 가지고 있는 근로자를 중심으로 인적 동일성을 판단하는 것은 가능하다.²⁹⁾

일반 제조업체의 경우에도 부수인력의 승계에 비하여 노하우나 제조기술에 숙련된 핵심인력이 승계되었다는 점은 인적 동일성 판단에 적극적으로 고려되는 요소로서 작용하는 것은 분명하다. 그렇다고 하여도 부수인력의 승계가 인적 동일성 판단 기준에서 전적으로 배제될 이유는 없다. 핵심인력만으로 사업의 운영이 과연 가능할지는 의문이기 때문이다. 특히 이 사건에서는 제품 품질의 유지·관리에 필수적인 핵심인력이라고 할 수 있는 기술관리직 사원이 전원 승계되었기 때문에 위의 견해에 의하더라도 인적 동일성이 인정될 수 있을 것이다.

4) 결어

이 사건 판결은, “영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는……거기에 종래의 영업 조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것”³⁰⁾이라는 대법원의 영업의 동일성 판단기준에 따르면서,

28) 김형배, 김영문, “영업양도와 근로관계의 승계(이른바 ‘삼미특수강’사건)”, 판례월보, 345호, 1999.6, 11면.

29) 유럽에서 핵심인력과 부수인력으로 구별하여 영업의 동일성을 판단하는 사건들은 모두 청소용역업체와 같은 서비스사업의 양도와 관련된 것으로서 특별히 물적 사업수단이 존재하지 않는 경우이다. 이에 대해서는 하경효, “고용승계의 요건으로서 영업양도의 판단기준”, 고려대학교 판례연구 제9집, 1998, 223면 이하 참고.

30) 大判 1989.12.26, 88다카10128

“계약의 내용과 당사자의 의사, 계약체결 전후의 사정과 경위, 이전된 물적·인적 조직의 범위와 내용 등을 종합적으로 고찰하여” 이 사건 자산매매계약은 계약의 명칭에도 불구하고 영업양도에 해당한다고 판시하고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 거래의 실질은 물적 동일성과 인적 동일성을 모두 갖춘 영업의 동일성이 인정되는 것으로서 근로관계가 승계되어야 하는 영업양도에 해당한다고 본 이 사건 판결의 판지는 정당하다고 본다.

4. 해고의 정당성

(1) 영업양도에서 근로관계배제 특약의 효력

이상과 같이 이 사건에서 계약의 형태에도 불구하고 영업양도가 인정된다면, 창원특수강축이 일부 근로자를 승계하지 않은 행위는 사실상 해고에 해당하게 된다. 판례에 따르면, “영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다 할 것이고, 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, (구)근로기준법 제27조 제1항 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”³¹⁾고 하고 있다. 앞에서 본 바와 같이 이 사건 자산매매계약은 영업양도로 볼 수 있기 때문에 일부 근로자를 승계하지 않은 행위에 대하여 해고의 정당성 법리에 의한 통제가 이루어지게 된다.³²⁾

형식적으로 본다면 이 사건은 삼미특수강축 영업의 일부를 양도한 것이고 따라서 잔존 영업부분에 대한 배치전환이 가능하기 때문에 근로관계의 승계를 일부 제

31) 大判 1994.6.28, 93다33173; 1995.9.29, 94다54245.

32) 현행법하에서는 이러한 종류의 해고에 대한 정당성은 근기법 제30조 제1항과 사업양도 시 긴박한 경영상 필요에 관한 특칙을 두고 있는 제31조에 의하여 판단될 것이지만, 이 사건은 구법하의 사건으로서, 적용법규가 애매한 점이 있다. 앞에서 본 바와 같이 이 사건 자산매매계약의 체결일은 97.2.17.이고 삼미특수강의 봉강 및 강관공장 가동 중지일은 97.3.2.이며 소유권이전등기가 완료된 날은 97.3.7.이고 경비요원을 배치한 날은 97.3.10.이며 생산개시시점은 4.1.이다. 해고시점을 언제로 보느냐에 따라 이 사건에 대한 적용법규가 달라지게 된다. 1996.12.31.에 법률 제5245호로 공포된 근로기준법은 그 시행일이 1997.3.1.부터이다. 그리고 1997.3.13.에는 근로기준법이 제정의 형식으로 공포·시행되었다(법률 제5309호). 따라서 해고가 1997.3.1.부터 1997.3.12. 사이에 이루어졌으면 법률 제5245호 근로기준법이 적용될 것이고, 1997.3.13. 이후에 이루어졌으면 법률 제5309호 근로기준법이 적용될 것이다. 양 법률은 경영상 해고에 관한 규율에 있어서 상당한 차이가 있기 때문에 적용법규를 결정하는 것은 중요한 의미가 있다. 해고시점에 대해서는 뒤에서 살펴보기로 한다.

외한 것이 반드시 해고를 의미하는 것은 아니라는 입장도 있을 수 있다. 그러나 이 사건의 실질을 보면 거래의 대상이 되었던 봉강 및 강관사업부문은 삼미특수강의 다른 사업과 여러 가지 측면에서 뚜렷하게 구분되어 있기 때문에 영업의 일부 양도라기보다는 봉강 및 강관사업의 전부 양도에 해당한다고 보아야 한다.³³⁾ 설령 영업의 일부 양도라고 본다고 하더라도 잔존 영업부문에 대한 배치전환은 사용자가 일방적으로 행할 수 있는 것은 아니고 근기법 제30조 제1항에 따른 정당성의 통제를 받아야 할 필요가 있고, 특히 배치전환이 경영상 해고에 있어서 사용자의 해고 회피노력의 일환으로서 이루어진 경우에는 경영상해고법리에 따라 정당성통제가 이루어져야 한다.

이 사건 판결은 해고의 정당성에 대해 ①삼미특수강이 과다한 인력을 보유하고 있다고 하여도 창원특수강은 일부 근로자의 근로관계를 배제하여야 할 납득할 만한 이유를 제시하지 못하고 있는 점, ②인수한 시설에 대한 운영을 해 보지 않은 상태에서 과다한 인력구성만을 이유로 해고하는 것은 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있다고 할 수 없는 점, ③삼미특수강의 전원채용요구에 대하여 직무조사를 통해 1,978명을 채용하겠다고 삼미특수강측에 통보하였음에도 불구하고 형식적인 면접을 거쳐 이에 못 미치는 1,770명만 합격시켜 채용함으로써 창원특수강측의 자의적인 판단이 개재되어 있는 점 등을 고려하여 일부 근로자를 승계에서 제외된 것은 해고의 정당성이 없다고 판단하고 있다.

결론에 있어서는 타당하다고 생각되지만 그 기준을 좀더 구체화시켰으면 하는 아쉬움이 있다. 영업양도와 관련한 상황에서 발생한 해고는 일반적으로 개별적 해고가 아니라 집단적 해고로서 통상적으로 경영상 해고의 형태로 이루어지는 경우가 대부분이고, 이 점은 이 사건에서도 마찬가지이다. 따라서 이 사건 해고의 정당성은 경영상 해고의 정당성이라는 관점에서 요건을 살펴볼 필요가 있다.

(2) 영업양도와 해고권자

이때 먼저 고려하여야 할 사항은, 이 사건에서 해고권자가 누구인가이다. 해고권

33) 판례는 지금까지 영업의 일부를 양도하면 근로관계가 승계된다고만 밝힐 뿐(大判 1994.11.18, 93다18938; 1991.5.28, 90다16801; 1991.11.12, 91다12806; 1992.7.14, 91다40276 등), 영업양도법리가 적용되는 영업의 일부에 대한 개념에 대하여 실시한 바 없다. 근로관계의 승계가 인정되는 ‘영업의 일부’의 양도는 사업수단의 단순한 투입에 의해서는 실현될 수 없는 노동기술적 목적의 달성을 가능케 하는 부분의 양도를 말한다. 즉 ‘사업의 일부’는 개별적인 사업수단의 內在的인 使用目的을 넘어서서 최소한 직장을 제공하면서 사업의 노동기술적 목적의 도달을 가능하게 하는 다수의 다양한 사업수단의 종합으로서 정의할 수 있다(자세한 것은, 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 개념”, 51면 이하 참조). 판매부서의 양도라든지 발송부서의 양도 등이 여기에 해당할 것이다. 따라서 봉강 및 강관사업이 양도된 이 사건은 당해 영업의 전부가 양도된 사건이라고 보아야 하고 영업의 일부라고 하기는 어렵다.

자가 결정이 되고 난 이후에야 비로소 해고의 정당한 이유를 판단할 수 있기 때문이다. 영업양도의 상황에서는 양수인과 양도인이 중첩적으로 사용자로서의 성격을 공유하고 있는 경우가 있을 수 있고,³⁴⁾ 양수인의 이익과 양도인의 이익이 대립하거나 양자가 협조하는 경우도 있기 때문에 해고권자를 확정하기가 곤란한 면이 있다. 이 사건 판결은 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 양수인인 창원특수강이 해고권자라는 것을 전제로 하고 해고의 정당한 이유를 판단하고 있다.

영업양도에서는 근로관계가 포괄적으로 승계되기 때문에 근로자는 당연히 영업양도가 완료된 이후에도 양수인에 대하여 양도인에서와 마찬가지로의 근로를 계속 제공할 수 있다. 따라서 영업양도의 과정에서 근로관계 승계에서 제외된 근로자는, 양도인에 의해 영업양도 이전에 정당하게 해고된 경우가 아닌 한, 양수인과의 근로관계는 계속된다고 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 양수인에 대하여 근로제공을 하지 못하고 있다면 양수인에 의하여 해고된 것으로 볼 수밖에 없다. 그렇다면 이 사건에서 해고권자는 양수인인 창원특수강이 된다. 양수인이 해고권자가 되는 시기는, 특별한 사정이 없는 한, 양수인이 양수한 사업을 사실상 운영할 수 있는 때부터라고 할 것이다.³⁵⁾ 이 사건에서 삼미특수강측은 창원특수강측에 대하여 종업원 전원의 채용을 요청하였음에도 불구하고 창원특수강측은 직무조사를 하여 매매물건의 운영에 필요한 기준인원 1,978명을 산정하고 그중 일부를 실제로 고용하였다는 사실은 근로관계의 배제가 창원특수강측에 의해 주도되었음을 보여주고 있다.

따라서 이 사건 영업양도에서 근로관계의 배제는 창원특수강측에 의한 경영상 이유에 의한 해고로 보아야 하고, 이 해고가 경영상 해고의 요건을 구비하였는지 여부가 판단되어야 한다.

(3) 영업양도와 경영상 해고의 요건

우선 긴박한 경영상의 필요성은 해고권자인 창원특수강측 사정을 기초로 판단되어야 한다. 창원특수강은 삼미특수강의 봉강 및 강관사업을 인수하기 위하여 새로이 설립된 회사로서 적자상태에 있었던 것도 아니고 부동산이나 기계설비 등에 대한 기존의 담보를 해소한 상태에서 사업을 인수하였기 때문에 인원정리를 하지 않으면 안될 정도의 긴박한 경영상의 필요성은 인정되지 않는다. 또한 판결에서 실시하고 있는 바와 같이 창원특수강은 봉강 및 강관사업을 전혀 운영해보지도 않은 상태에서 삼미특수강측의 과도한 인력보유를 이유로 일부 근로자를 승계하지 않았는

34) 합병이나 영업양도가 임박하게 된 상황에서는 합병하려는 회사 또는 양수하려는 회사는 피합병회사 또는 양도되는 회사의 근로자와 직접 근로관계가 없음에도 불구하고 이들에 대해 단체교섭의무가 있다(김유성, *노동법 II*, 全訂版增補, 법문사, 1999, 132면).

35) 이에 대해 자세한 것은, 이승욱, “기업변동에 따른 경영상 해고의 정당성”, *노동법학* 제 8호, 1998, 417-419면.

데, 이러한 사실관계하에서는 인위적성에 있어서 객관적 합리성이 있다고 인정하기 어렵다.

현행 근기법은 이 사건의 매매가 이루어지고 난 다음에 시행되었기 때문에 이 사건에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 설령 이 사건이 현행 근기법의 시행 이후에 발생하였다고 하여도 결과는 마찬가지이다. 법 제31조 제1항 제2문에서는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 간주되는 상황은 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 讓渡”라고 규정하고 있다. 이 규정이 의미하는 바는, 경영악화를 방지하기 위한 수단으로서 이루어진 사업양도는 그 자체로서 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 간주된다는 것이다. 따라서 현행법하의 사건이었다고 하더라도, 만약 삼미특수강축이 경영상해고를 한 후에 양도하였다면 삼미특수강축의 긴박한 경영상 필요는 동 조항에 의해 당연히 인정될 것이지만, 일단 양수가 이루어진 이후의 경영상 해고에서 영업양도라는 사정은 긴박한 경영상의 필요 여부를 달리 판단할 수 있는 고려요소가 되지 않을 것이다.³⁶⁾

다음으로, 창원특수강이 해고회피노력을 다하였는지 여부에 대해서 살펴보면, 승계대상이 되는 전체 근로자 2,342명 중 창원특수강으로 고용을 승계한 1,421명 이외에도 포항제철의 계열회사로서 정비전문회사인 포철산기로 242명, 경비회사인 동우사로 67명, 포항제철 계열회사의 사원식당을 운영하는 LG유통으로 40명 등 총 349명에 대해서는 轉籍의 알선을 통한 해고회피노력을 하였다고 인정할 수 있다. 그러나 승계에서 배제된 572명에 대해서는 특별한 해고회피노력을 하였다고 볼 만한 사유가 없는 것으로 보인다. 따라서 창원특수강은 승계에서 배제된 이 사건의 신청인들에 대해서 해고회피노력을 다하였다고 할 수 없다.

해고기준 및 해고대상자선정의 합리성, 공정성에 대해서도, 97.2.17. 삼미특수강과

36) 한편 법 제31조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 “사업의 引受”의 의미는 불명확하다. 만약 그 의미를 ‘사업의 양수’로서 이해할 수 있다면 양수인이 경영악화를 방지하기 위한 수단으로서 사업을 양수하는 경우에도 긴박한 경영상의 필요성은 인정된다는 의미가 될 것이다. 그러나 경영악화를 방지하기 위한 수단, 다시 말하면 이미 경영악화상태에 직면한 기업이 사업을 인수하여 그 위기상태를 탈출하는 경우는 현실적으로는 거의 있을 수 없는 일이다. 뿐만 아니라 이미 인수 내지 양수가 이루어진 이후에 행해진 경영상 해고에 있어서는 양수인이 경영상 해고를 행하는 주체가 되고 따라서 긴박한 경영상의 필요성도 양수인을 기준으로 판단된다. 이때에는 양수인의 기존의 사업과 인수한 사업을 전체적으로 고려하여 긴박한 경영상의 필요성이 판단되어야 할 것이고 이는 일반적인 경영상 해고의 경우와 다름이 없다. 그렇다면 ‘사업의 인수’를 긴박한 경영상의 필요성에 대한 간주사실로 규정한 것은 입법상 착오라고 생각한다. 결론적으로 법 제31조 제1항 제2문은, 첫째 사업의 양도나 합병을 하지 않으면 경영악화가 예상되어 이를 타개하기 위한 수단으로서 사업양도나 합병이 시도되고, 둘째 이를 원활하게 진행하기 위하여 사업양도나 합병이 이루어지기 전에 경영상 해고를 한 경우에는 다른 사정을 고려하지 않고 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 간주된다는 의미로 해석되어야 한다. 同旨 이승욱, “기업법동에 따른 경영상 해고의 정당성”, 413-415면.

자산매매계약을 체결하고 2.26.에는 공장인수팀을 구성하여 직무조사를 한 결과 기준인원을 1,978명으로 산정하고 이를 삼미특수강측에 통고하였던 점에서 볼 때 고용승계 여부의 판단은 창원특수강이 일방적으로 하였기 때문에 승계배제, 즉 해고 기준 및 대상자 선정이 자의적으로 이루어졌고 합리성·공정성은 인정할 수 없다.

마지막으로 노동조합등 근로자대표와의 협의에 대해서도 창원특수강측이 삼미특수강 노동조합과 협의한 사실은 없는 것으로 보인다.

이상에서 볼 때 창원특수강측의 일부 근로자에 대한 승계거부는 사실상 해고에 해당하고 이러한 해고는 경영상 해고의 요건을 갖추지 못한 것으로서 해고의 정당성이 없다고 판단되며, 이런 견지에서 이 사건 판결의 입장은 정당하다고 본다.

5. 제척기간의 문제

이 사건은 노동위원회에 대한 부당해고구제신청으로 해고의 효력이 다투어졌다. 노동조합및노동관계조정법(구 노동조합법도 동일)은 부당해고구제신청은 부당해고가 있는 날로부터 3월 이내에 제기하도록 하여 신청기간에 제한을 두고 있다. 이 기간을 경과한 후에 제기한 부당해고구제신청은 신청각하사유가 된다(노동위원회규칙 제29조 제1항 제3호).

판례에 의하면 “해고라 함은 사업장에서 실제로 불리우는 명칭이나 절차에 관계 없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 말하는 것이다.”³⁷⁾ 그리고 해고의 효력발생일은 근로자에게 근로관계 종료의 의사표시가 도달한 날이다. 영업양도나 합병과 같은 기업변동이 이루어진 때에는 근로자가 상황을 정확하게 파악할 수 없는 경우가 통상적이고 따라서 자신이 종국적으로 근로관계의 승계 대상에서 배제되었다는 사실을 알 수 없는 경우가 대부분이라는 점, 영업양도에서의 해고는 근로자를 승계에서 배제하는 형식으로 이루어지고 달리 특별한 해고의 의사표시를 하지 않는 점 등을 고려하면 해고된 날은 근로자가 근로관계의 승계에서 배제되었다는 사실을 알 수 있었던 때 내지는 그러한 사실을 알았던 때라고 보는 것이 타당하다. 부당해고구제신청의 제척기간은 이때로부터 개시된다.

사건의 경과를 다시 정리하면, 창원특수강은 97.2.17. 삼미특수강과 자산매매계약을 체결하고 2.26.에는 공장인수팀을 구성하여 자산인수활동을 개시하였으며, 삼미특수강은 3.2. 양도대상인 봉강 및 강관공장의 가동을 정지하였다. 창원특수강은 3.7.에 인수자산에 대한 소유권이전등기를 완료하고 3.10.에 경비요원을 인수한 공장에 배치하였다. 그리고 창원특수강의 생산 개시 시점은 삼미특수강출신 근로자를 신규채용한 뒤인 4.1.부터였다. 창원특수강의 1차 사원모집은 1997.2.26.부터 3.4.까지

37) 大判 1996.5.31, 95다33238; 1993.10.26, 92다54210

이고, 2차 모집은 1997.3.12.부터 3.22.까지였다. 불합격자에 대해서는 따로 불합격통지를 하지 않았다. 이 중 언제 근로자가 “채용에서 배제되거나 근로관계의 승계가 이루어지지 않는다는 점을 알 수 있었던 때”라고 볼 수 있는가.

이 사건 판결에서는 근로자들이 승계에서 배제되었다는 것을 안 시점은, 창원특수강의 채용공고에 응하였으나 채용되지 않은 근로자의 경우에는 불합격통지가 행해지지 않았기 때문에 채용에서 명확히 배제된 사실을 알 수 있었던 때인 공장가동일 1997.4.1.이고, 창원특수강의 채용공고에 응하지 않았던 근로자의 경우에는 2차 입사지원서 접수마감일인 1997.3.22.이라고 판단하고 결국 부당해고구제신청의 제척기간 3월이 도과하지 않았다고 보고 있다.

그러나 판결이 채용공고에 응하였는지 여부에 따라 부당해고의 기산점을 달리 판단하고 있는 점에는 의문이 있다. 첫째, 이 사건 자산매매계약을 영업양도로서 파악하고 근로관계가 포괄승계되는 것으로 판단하였다면 채용공고는 요식행위에 불과한 것으로서 특별한 법적 의미를 부여하지 않는 것이 논리적으로 일관성이 있다. 둘째, 영업양도라는 동일한 법률행위에 의해 고용승계거부, 즉 해고가 이루어진 근로자에 대하여 해고의 기산점을 달리 파악하는 것은 타당하지 않다. 셋째, 채용공고에 응하지 않았던 근로자라 하더라도 창원특수강으로의 고용승계 그 자체에 반대하는 것이 아니라 전체 과정을 통하여 일관적으로 고용승계를 주장하고 있었던 점을 고려하면 채용공고에 응하였는지 여부에 따라 부당해고의 기산점을 달리 파악할 이유가 없다.

따라서 채용공고에 응하였는지 여부와 관계없이 근로자들이 고용승계에서 배제되었다는 사실을 최종적으로 알 수 있었던 때인 공장가동일 97.4.1.에 해고가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다고 본다.³⁸⁾ 그렇다면 이 사건에서 부당해고구제신청의 제척기간은 도과하지 않은 것이 된다.

6. 결론

이 사건에 대한 서울고등법원의 판결은 일부 판지에는 찬성하기 어려운 점도 없지 않지만 전체적으로는 타당하다고 생각한다.

이 판결에 대해 일부에서는 퇴직금이나 세금 등 양수인측의 과도한 경제적 부담을 이유로 타당성에 의문을 제기하기도 한다.³⁹⁾ 그러나 해고제한제도와 마찬가지로

38) 따라서 이 사건에 대해서 적용되는 법조는 1997.3.13. 공포·시행된 법률 제5309호 근로기준법 제31조이고, 해고의 정당성도 이에 의해 판단되어야 한다. 그런데, 동법 부칙 제1조에 의하여 제31조의 시행은 2년간 유예되고 있었기 때문에 결과적으로 이 사건에서 경영상 해고의 정당성은 당시 이를 규율하고 있던 판례법리에 의하여 판단하여야 할 것이다.

39) 창원특수강측의 상고이유서에 의하면 “독일에서는 고용승계를 영업인수인에게 부담지

퇴직금제도 역시 근기법상 강행규정에 의하여 설정된 것이기 때문에, 영업양도를 구실로 퇴직금제도를 유명무실하게 만들거나⁴⁰⁾ 반대로 퇴직금제도를 이유로 해고제한제도를 형해화시킬 수는 없다. 영업양도에서 근로관계를 승계한다는 것은 기존의 근로관계를 그대로 승계한다는 의미이고 따라서 계속근로년수나 퇴직금 문제는 영업양도에 당연히 부수하는 효과에 불과하다. 즉 영업양도가 인정된다면 계속근로년수는 특별한 사정이 없는 한 통산될 것이고 퇴직금지급의 주체도 양수인이 될 것이다. 반면 영업양도가 부정된다면 계속근로년수는 당연히 단절되고 퇴직금지급의 주체는 양도인이 될 것이다. 영업양도가 인정되는 한, 양수인이 퇴직금지급의 주체가 되는 것은 당연하다. 퇴직금의 지급이 부담이 된다면 양도계약당사자는 영업양도계약 체결단계에서 이 점을 충분히 고려하여야 할 필요가 있고, 이를 게을리 하였을 때의 책임은 계약당사자가 질 수밖에 없다.⁴¹⁾

그리고 일부에서는 영업양도시 근로관계의 포괄승계를 인정할 경우 과도한 고용승계의 부담이 기업의 구조조정을 방해할 수 있다는 우려도 있지만, 근기법의 개정

우더라도, 영업인수인은 직원을 신규로 임용할 자유를 제한당하는 것에 불과하지만, 우리의 경우에는 고용승계의무는 원하는 직원을 새로 뽑을 수 없다는 것 뿐 아니라 양수인에게 승계되는 직원의 종전 근속년수에 상응하는 퇴직금지급의무를 추가로 떠안기는 것”(33면)이라고 주장하면서 근로관계 승계의 부당성을 주장하고 있으나, 독일에서도 우리나라의 퇴직금에 해당하는 사업내 노령연금(betriebliche Altersversorgung)에 대한 근로자의 연금기대권(Versorgungsanwartschaft)은 당연히 양수인에게 승계되고 있기 때문에(BAG v.8.2.1983 AP Nr.35 zu §613a BGB) 문제상황은 우리와 그다지 다르지 않다.

- 40) 이 사건 매매계약서 11조 4항에서는 「삼미특수강의 근로자 중 창원특수강의 채용전형에 합격한 자에 대하여 삼미특수강은 자신의 비용부담 및 책임 하에 삼미특수강과의 근로관계를 종료시키며, 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산처리하여야 한다」고 정하고 있는데, 이러한 합의는 양도계약당사자간에 대하여 내부적 효력을 가질 뿐 근로자에 대한 관계에서는 효력이 인정되지 않는다고 보아야 한다. 판례도 근로관계를 포괄승계하면서 이전 회사의 근무기간을 퇴직금산정을 위한 근속년수의 계산에서 제외하기로 한 사용자간의 합의는, “종전의 근로계약관계를 포괄적으로 승계하면서 근속기간에 관한 근로자의 기득권을 제한하는 예외조항을 설정한 것이므로 근로자의 동의가 없는 한 근로자에게 구속력이 미치지 않는다”고 판시하여(大判 1991.11.12, 91다 12806) 근로자의 동의가 없는 한 근로관계를 단절시키는 양도계약당사자의 합의는 무효라고 보고 있다. 이 사건에서는 근로자의 동의 여부의 판단에 대하여, 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 회사측에서 근로자에게 “퇴직금을 지급하기 위한 방편으로 내부적으로 퇴사와 재입사의 형식을 취한 것에 불과하다면 이러한 형식을 거쳐 퇴직금을 지급받았다고 하여 계속근로의 단절에 동의하였다고 볼 수 없다”고 판시하고 있다. 이런 관점에서 볼 때 이 사건 매매계약서 11조 4항은 양도계약당사자들간의 권리의무를 규정한 것에 지나지 않고 근로자에 대한 효력은 없다고 할 것이다.
- 41) 그리고 영업양도로 인정될 경우 추가적으로 양수인이 부담하여야 하는 세금의 증가분이 과도하게 양수인의 부담이 된다는 주장도 있으나, 앞에서 본 바와 같이 조세관계에서의 사업양도의 동일성은 당해 세금을 규정하고 있는 법의 취지에 따라서 달리 판단될 수 있기 때문에 이 사안과는 직접적인 관계가 없다.

에 의해 요건을 충족하는 한 기업구조조정과 관련한 경영상 해고가 가능할 뿐만 아니라⁴²⁾ 당사자의 이해관계를 조정할 수 있는 다양한 조정조치가 이루어지고 있으므로⁴³⁾ 이러한 주장은 타당하지 않다.⁴⁴⁾

오늘날 노사관계의 실태에서 볼 때 근로자가 기업주 개인에 대해서가 아니라 기업 그 자체에 조직화되어 근로를 제공하고 있다고 보는 것이 현실에 적합한 인식이라고 할 수 있다. 고용형태의 다양화 등 노동환경의 변화로 말미암아 근로의 비인격적 성향은 점차 증가하고 있다. 근로의 이른바 인적 종속성은 점차 약화되고 그에 반비례하여 조직적 종속성은 점차 강화되고 있다. 근로자가 자신의 직장에서 향유하고 있는 노동의 권리는 기업주의 인격적 속성과는 무관한 경우가 대부분이다. 이런 상황을 전제로 한다면 기업주가 교체된다고 하여도 근로자가 지금까지 제공하던 업무내용에 본질적인 변경이 초래되지 않는 이상 근로의 연속성에는 아무런 장애가 발생하지 않는다는 점에 대해서는 특별한 뜻이 있을 수 없다고 본다.

영업양도가 이루어질 경우에 양수인은 근로관계를 포괄승계하여야 한다는 법리 그 자체에 대한 시비는 이제 더 이상 생산적인 논의는 아니라고 생각한다. 영업양도시 근로관계의 포괄승계를 전제로 하면서 그 요건을 정치화·구체화시켜 관련 당사자의 이해관계를 합목적적으로 조정하고 당사자에게 예측가능성을 부여하는 방향으로 논의가 모아지는 것이 바람직하다. 이런 관점에서 이 사건 판결은 그러한 논의를 촉발시키는 계기가 되는 중요한 의의를 가지고 있다고 생각한다. 특히 최근 경제환경의 변화로 인하여 영업양도, 합병, 분할합병 등 기업변동이 급속하게 증가하고 있다. 명문의 규정이 없는 우리 현실에서 이 사건 판결은 유사한 사례에 대한 바로미터로서 작용할 것으로 예상되는 바, 대법원의 전향적인 판결을 기대해 본다.

42) 이때에는 해고대상자의 선정과 관련하여 승계된 근로자만을 대상으로 해고대상자를 선정할 것인가 그렇지 않으면 양수인의 기존의 종업원을 포함한 전체 근로자를 대상으로 해고대상자를 선정할 것인가의 문제가 발생할 것이다.

43) 이승욱, “기업변동에 따른 경영상 해고의 정당성”, 419면 이하.

44) 엄격한 고용승계법리를 명문화하고 있는 유럽 각국에서도 M&A 등 기업변동이 활발하게 이루어지고 있다는 점을 생각하면 이 점은 명확하다.