연구논문

아웃소싱과 고용승계에 관한 유럽공동체의 법과 판례*

조 경 배**

차 례

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 아웃소싱과 영업양도 법리의 한계

Ⅲ. 유럽공동체의 법과 판례
1. 입법의 형성과정과 배경
2. 사업이전에 관한 지침의 연혁
3. 지침의 적용범위
4. 사업이전의 법적 효과
5. 지침의 적용 제외 및 일부 수정 적용

Ⅳ. 영국법상의 '서비스공급주체의 변경' 개념과 '사업이전' 개념의 범위 확대
1. 아웃소싱업체의 변경과 사업이전
2. 2006년 사업이전(고용보호)법

Ⅴ. 과제와 전망

* 이 논문은 2010년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2010-327-B00684)

** 순천향대학교 법학과 교수, 법학박사

접수일자 : 4월 21일 / 심사일자 : 5월 28일 / 게재확정일자 : 6월 1일

Ⅰ. 머리말

노무도급 또는 업무처리도급 형태의 아웃소싱(outsourcing)이란 기업이 기존에는 직접 근로자를 고용하여 처리하던 업무를 기업외부의 제3자에게 도급계약 또는 위임계약의 형식으로 그 처리를 맡기는 것을 말한다. 이는 노무관리의 효율성 및 경비절감의 차원에서 상당부분 확산되어 있다. 아웃소싱이 이러한 것들을 가능케 하는 중요한 요인 가운데 하나는 서비스공급업체가 기업의 내부노동시장에서 작동하는 취업규칙, 단체협약 등의 지배를 받지 않기 때문이다.

아웃소싱에 따라 서비스공급업체의 선정이나 그 변경이 있을 경우 기존 업무의 폐지와 정리해고 또는 종전 서비스공급업체의 폐업과 근로자의 전원 해고, 새로운 업체의 선정, 변경된 새로운 근로조건을 수락하지 않는 근로자 및 노조활동에 적극적인 근로자를 배제하는 선별적인 재고용 등이 뒤따르게 된다. 특히 청소, 경비, 시설관리, 사내하청 제조업 등 서비스공급업체의 고유한 물적 자산이 거의 없고 미숙련 또는 반숙련 노동력에만 의존하는 사업 분야에서는 인건비가 경영비용에서 차지하는 비중이 가장 높기 때문에 아웃소싱이나 서비스공급업체의 교체와 같은 기업조직 재편이 주로 인건비 삭감을 목적으로 행해지는 경우가 대부분이다. 이와 같이 노무도급형 아웃소싱은 기업 간 경쟁의 격화로 경영효율성을 높이기 위하여 행해지는 부득이한 측면도 있지만 근로조건의 저하 경쟁을 비롯하여 고용불안정, 탈법적인 형태의 부당노동행위로 이어지는 등 비정규직 근로자의 희생을 담보로 진행되는 경우도 적지 않다. 따라서 기업조직 재편의 불가피성과 노동기본권이 조화를 이룰 수 있도록 균형 잡힌 법질서의 정립이 필요하다.

그런데 현행법상으로는 아웃소싱에 따른 고용불안과 근로조건의 저하 등을 방지할 수 있는 아무런 법적 제도적 장치가 없다. 그나마 영업양도 법리를 근거로 이러한 공백을 메우고자 하는 판례나 학설이 있기는 하지만 그 한계가 너무나 뚜렷하다. 따라서 아웃소싱 사업체의 선정 및 변경 시에 근로관계의 승계 및 근로조건의 유지를 보장하는 적절한 법리가 구

축되지 않으면 입법 불비에 따른 해고남용 및 취업규칙불이익변경 법리를 침탈하는 탈법적인 길을 열어주는 것이 된다.

이 글은 아웃소싱과 고용승계에 관한 법리의 개발과 입법적인 보완을 위한 시사점을 얻기 위하여 보다 풍부한 경험을 가진 유럽공동체의 관련 지침(Directives)과 유럽법원(European Court of Justice)의 관련 판례를 연구·검토하는 것을 목적으로 한다. 아웃소싱과 고용승계에 관한 입법과 판례 법리는 유럽공동체와 그 구성 국가들에서 상당부분 축적되어 왔다. 또한 이와 관련된 여러 법적 쟁점들에 대하여 학문적으로나 실무적으로도 이미 상당한 성과가 축적되어 왔고 이는 기업재편에 따른 합리적인 법적규율의 중요한 토대가 되고 있다. 이 가운데서도 다른 EU 국가들과는 달리 최근 아웃소싱과 고용승계에 관하여 직접적으로 입법으로 규율하는 영국의 사례를 함께 검토해보고자 한다. 다른 국가들에 비하여 노동유연성을 상대적으로 더 강조해왔다고 알려져 있던 영국이 이처럼 근로자보호의 입장을 보다 강화하게 된 이유와 그 배경이 무엇인지를 살펴본다. 우선 현재 한국에서 판례에 의하여 형성된 영업양도 법리가 아웃소싱과 관련하여 어떠한 함의를 가지고 있는지 그 적용가능성 및 한계에 대하여 먼저 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 아웃소싱과 영업양도 법리의 한계

한국의 경우 기업조직의 변동 현상 가운데 영업양도와 고용승계 문제에 관하여는 2000년을 전후하여 이른바 '삼미특수강 사건'을 계기로 활발한 논쟁이 있었다. 이 사건은 아웃소싱과는 직접적인 관련이 없었지만 그 논의과정에서 아웃소싱의 경우를 포함하는 견해들이 제시되었다.[1] 그런데 영업양도 법리와 이에 관련된 다양한 견해들에 대한 검토는 보다 깊은 논의가 필요한 것이기 때문에 다음 기회로 미루고 여기서는 단지 두

1) 대표적으로 이승욱, "근로관계의 승계를 수반하는 사업양도의 요건",『조정과 심판』제5호, 중앙노동위원회, 2001; 하경효, "EU 노사관계의 최근 동향과 노동법의 발전 전망",『노동법학』제8호, 한국노동법학회, 1998

가지 점만 지적해두고자 한다.

우선, 보다 근원적인 비판에 해당하는 것인데 근로관계는 사용자와 근로자 간의 인적인 결합관계이기 때문에 처음부터 재산적 거래관계의 이전에 해당하는 영업양도라는 법률행위의 목적물이 될 수 없다는 점이다. 영업양도의 대상이 될 수 있는 영업은 재산적 거래의 객체가 될 수 있는 것을 말하기 때문에 이전되는 것은 추상적 의미에서의 근로관계를 말하는 것이지 특정한 근로자와의 인적결합관계가 아니다.[2] 영업에는 당연히 노동력이 필요하다는 의미에서 근로관계가 영업을 구성하는 요소가 될 뿐이다. 즉, 근로관계와 관련하여 양도의 목적물이 되는 것은 현실의 근로관계 자체가 아니라 임금, 퇴직금, 손해배상청구권 등 근로관계에서 발생한 재산권만이 대상이 될 것이다. 이런 점에서 근로관계의 특수성을 인정하지 않고 근로자를 다른 재산법상의 권리의무와 동일하게 거래의 대상으로 취급하는 논리는 헌법상 인간의 존엄성에 반하는 것이다.[3] 다수의 근로자가 포괄적으로 승계되면 영업양도이고 영업양도이면 포괄적 승계라는 순환논법에 빠지게 되는 이유도 바로 구체적인 근로관계 자체를 거래의 객체로 파악했기 때문에 나타나는 모순인 것이다. 이는 처음부터 영업양도 법리로부터는 근로관계의 자동승계라는 법적 효과를 도출할 수 없다는 것을 의미한다. 상법상의 영업양도 법리와 노동법상의 해고제한 법리는 필연적으로 관련되겠지만 그 연결고리는 영업양도 자체에서 찾을 수 있는 것은 아니라는 점에 주목할 필요가 있다.

다음으로는 아웃소싱의 법률관계는 영업양도 법리의 적용여부를 다투는 일반적인 사건과는 큰 차이가 있다는 점을 지적하고 싶다. 상법상의 영업양도는 통상적으로 양도목적물인 영업의 이전으로 양도인과 양수인 사이에 그 영업과 관련해서는 더 이상의 법률관계가 존재하지 않게 되는 반면 아웃소싱의 경우에는 기업의 업무 가운데 그 일부를 서비스공급업

2) 노동력은 매매의 대상인 물건과는 달리 근로자의 인격과 결합된 특수재화임에도 불구하고 근로관계를 물건의 매매대상으로 삼는 결과를 가져온다는 비판도 논리구성에는 차이가 있지만 같은 취지라고 할 수 있다(김형배 · 하경효 · 김영문, 「영업양도와 근로관계의 승계」, 신조사, 1999, 105쪽).

3) 이승욱, “근로관계 승계요건으로서의 영업양도의 의의”, 「노동판례비평 2001」, 민주사회를 위한 변호사모임, 2002, 155쪽.

체에게 처리를 맡기는 것이고 원기업과 서비스공급업체 간에는 지속적인 노무제공관계를 유지한다는 점에서 근본적인 차이가 있다. 또한 서비스공급업체의 변경이 있는 경우에도 신·구 공급업체 간에는 물적 자산의 이전이 거의 없는 것은 물론이고 직접적인 법률관계도 존재하지 않기 때문에 통상적인 영업양도와는 그 성격이 본질적으로 다름에도 이러한 차이점들은 별로 주목을 받지 못하였다. 이 때문에 아웃소싱 사업체 변경의 경우에는 근로자보호를 강조하는 학설조차도 영업양도 법리의 연장선상에서 판단하기 때문에 사실상 근로관계의 승계를 인정할 여지가 거의 없게 된다.

대법원 판례의 경우 직접 아웃소싱과 관련하여 영업양도로서의 성격을 부정하여 고용승계를 인정하지 않은 대표적인 사례는 아파트관리업체 교체 사건이다. 이 사건은 아파트 입주자대표회의가 아파트관리업무의 서비스공급업체를 교체하는 과정에서 해고된 관리인의 경비업무내용이 동일하다는 점만으로는 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다고 판단한 경우이다.[4] 하급심에서 다투어진 최근의 사례로는 현대자동차회사의 도장공정에 관한 사내하청 사건 및 강원랜드의 시설관리용역에 관한 사건이 있었는데 전자의 경우에는 영업양도에 따른 포괄적인 근로관계의 승계여부가 다투어졌지만 법원은 영업양도 법리에 따라 인적, 물적 조직이 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받았다고 볼 수 없다고 판결하였다.[5] 후자의 경우에는 영업양도 법리의 적용여부가 아예 논의조차 되지 않았다.[6] 이 사건은 둘 다 신·구 용역업체 간에 아무런 직접적인 법률관계가 없는 서비스공급업체의 변경에 관련된 전형적인 아웃소싱 사건이었다. 또

4) 대판 2000.3.10, 98두4146.

5) 이 사건은 서울행정법원(서울행판 2009.3.26, 2008구합24712)과 서울고등법원(서울고판 2009.10.6, 2009누4786 판결)에서 원고가 패소하여 기각되었고 대법원에서는 심리불속행으로 상고가 기각되었다(대결 2010.1.28, 2009두19434).

6) 이 사건은 지노위에서는 근로계약이 체결되지 않아 당사자적격이 없다는 이유로 각하되었으나 중노위에서는 묵시적 근로계약이 체결되었다는 것을 전제로 부당해고로 인정하였다. 하지만 서울행정법원에서는 중노위의 재심판정을 취소하였고(서울행판 2009.3.26, 2008구합38650) 서울고등법원에서도 기각되었으며(서울고판 2009.10.23, 2009누9910) 마찬가지로시 대법원에서 심리불속행으로 상고가 기각되었다(대결 2010.2.25, 2009두20656).

모두 물적 자산의 이전이 거의 없는 노동력 중심의 사업이었고 사건의 당사자들을 제외하고는 대부분 고용이 승계된 경우이다. 직장을 잃은 이 사건의 근로자들은 아웃소싱에 따른 용역업체의 변경에도 불구하고 같은 장소에서 동일한 업무를 수년 동안 계속해 왔지만 근기법상의 해고제한 법리에 따른 타당성 여부의 판단조차 받지 못했다. 이는 고용보장에 있어서 영업양도 법리가 노동력 중심의 아웃소싱의 경우에는 근본적으로 한계를 드러낼 수밖에 없다는 것을 의미한다.

반면에 유럽공동체의 경우에는 법령이나 판례에 의하여 영업양도라는 협소한 개념 대신 사업이전이란 보다 포괄적인 요건을 전제로 아웃소싱의 경우에도 고용 및 근로조건의 승계 및 유지를 널리 받아들이고 있다. 영업양도라는 용어 자체가 당사자들 간의 직접적인 법률관계의 존재를 전제로 하는 상법상의 개념이어서 여기에 집착해서는 타당성 있는 결론을 도출해내기 어렵다. 신·구 사업체 간에 아무런 직접적인 법률관계가 존재하지 않는 아웃소싱 사업체 변경의 경우에는 이와는 다른 차원에서의 법리를 구축할 필요가 있는 것이다.

Ⅲ. 유럽공동체의 법과 판례

1. 입법의 형성과정과 배경

사업이전과 고용승계에 관한 입법과 판례 법리는 유럽공동체와 그 구성 국가들에서 상당부분 축적되어 왔다. 유럽의 통합된 공동시장의 형성과 무역장벽의 제거로 인한 공동체시장 내 경쟁의 격화는 합병, 인수, 아웃소싱 등 기업조직의 재편을 촉진하는 계기가 되었다. 하지만 기업조직의 재편은 근로자들에게 고용불안과 근로조건의 저하라는 바람직하지 못한 부작용을 낳았다. 이에 따라 유럽공동체는 1970년대에 경제통합이 사회적인 얼굴(social face)을 가질 수 있도록 불공정한 경쟁의 방지와 공정한 룰의 제정을 위한 다각적인 노력을 해왔다. 그 결과 집단적 정리해고(75/129 지침), 사업이전 시 근로자의 보호(77/187 지침), 사용자의 파산

(80/987 지침)에 관한 중요한 3개의 지침이 제정되었다. 이 지침들이 제정된 배경에는 근로자가 유럽 공동시장의 형성으로 인하여 그 희생물이 되어서는 안 되며 기업재편의 사회적 결과로부터 보호를 받아야 한다는 공감대가 있었던 것이다.

2. 사업이전에 관한 지침의 연혁

기업조직의 변동 시에 구 기업의 근로관계를 신 기업으로의 승계를 의무화한 최초의 법령은 1977년 지침(Directive 77/187)이었다. 이 지침은 프랑스법의 영향을 많이 받았다. 프랑스는 1928년 이래로 상속, 매매, 합병 등의 결과로 사용자의 법적 지위에 변동이 생긴 경우 이전일 당시 존재하는 모든 근로계약은 신 사용자와 근로자 간에도 존속한다고 규정하여 신 사용자에게는 자산과 숙련된 노동인력의 확보를, 근로자에게는 고용안정을 보장하여 왔다.[7]

이 지침은 전문에서 “사업이전을 통한 기업구조의 변동이 경제적인 추세라는 점을 인식하고…… 사용자의 변경 시 근로자의 권리를 보장하기 위해서는 보호규정을 두는 것이 필요불가결하다”고 명시하였다. 이 문구는 지침을 해석할 때 사업이전의 결과로 근로자가 불리한 처지에 놓이지 않도록 법원에게 보다 적극적인 역할을 기대한 것으로 이해되었다.[8] 이후 이 지침을 수정하는 1998년 지침(Directive 98/50)이 제정되었다. 1998년 지침은 1977년 지침을 일부 개정한 것인데 법적 안정성과 투명성을 확보하기 위하여 그간의 유럽법원의 판례에 의하여 보다 명확하게 정리된 개념들을 법문에 반영한 것이다. 다시 이 둘을 통합하여 2001년 지침(Directive 2001/23, ‘the Acquired Rights Directive’라고도 불림)이 제정되었다.

3. 지침의 적용범위

지침은 적용범위와 관련하여 제1조 제1항 (a)에서 “법적 이전 또는 합병의 결과로서 발생한 다른 사용자에게 사업(undertaking)이나 영업

7) 현행 노동법전 제1224-1조

8) Catherine Barnard, EC *Employment Law*, Oxford, 2006, p.621

(business)의 전부 또는 그 일부의 이전에 적용된다.”고 규정하고 있다. 여기서 중요한 쟁점은 ‘법적 이전’(legal transfer)과 ‘사업이전’(transfer of an undertaking)의 의미에 관한 것이었다.

（1）법적 이전

우선 ‘법적 이전’이란 개념은 이전의 방식에 관련된 것이다. 처음에는 영업양도와 같은 계약관계를 전형적인 것으로 생각했으나 영업임차인 또는 외주용역업체의 교체와 같이 신·구 사업자 사이에는 직접적인 계약관계가 없는 경우도 고려하지 않으면 안 되었다. 또 회원 국가들의 법적 구조의 차이에 따른 해석상의 차이도 존재하였다. 이 때문에 유럽법원은 법적 이전이란 용어를 보다 넓게 목적론적으로 해석하는 방법을 선택하였다. 따라서 영업임차인의 변경을 포함하여 행정조치나 입법조치, 법원의 결정 등 이전방식이 무엇인지를 가리지 않고 사업이전이 있는 거의 모든 경우에 적용된다.[9] 자동차딜러사업의 이전에 관련된 Merckx 사건에서는 지침이 적용되기 위한 요건으로서 사업양도인과 사업양수인 사이에 반드시 직접적인 계약관계가 존재할 필요는 없다고 명백히 밝혔다.[10]

신·구 사업자 간에 직접적인 법률관계가 존재할 필요성이 없다는 유럽법원의 판단은 외주용역(contracting out), 즉 아웃소싱의 경우에도 사업이전 지침이 폭넓게 적용될 수 있는 가능성을 열어주었다. 유럽법원에서 주로 다투어진 업무의 외주는 청소, 급식과 같이 기업의 주된 활동이 아닌 부수적인 업무를 비용절감 차원에서 이를 전문적으로 수행하는 외부업체에 맡긴 경우이다. 현재 한국에서 주로 다투어지고 있는 사례들과 거의 동일한 것들이다. 유럽법원은 일관되게 외주용역의 경우에도 지침이 적용된다고 보고 있다.

---

9) 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 법적 변화가 있는 한 적용된다.

10) Joint Cases C-171/94 and C-172/94 *Merckx* [1996] ECR I-1253.

실례로 Philips와 ISS 간에 체결된 계약에서 ISS는 Philips의 모든 구내 식당의 운영, 특히 메뉴 작성, 식료품의 구입과 조리, 직원의 채용과 훈련을 모두 책임지고 그 대가로 Philips는 매달 고정된 보수와 함께 식당 공간을 비롯한 시설물이나 장비의 무료 사용을 허용하였다. 이 *Rask* 사건에서 법원은 사업의 양도인과 양수인 간에 계약에 의하여 기존에 직접 운영하던 직원의 편의시설에 대한 운영책임을 일정한 대가를 지급하고 위임하는 경우에도 적용된다고 판결하였다.[11] 또한 이전된 업무가 기업의 부수적인 업무이든 주된 업무이든 상관이 없다고 결정하였고 이러한 판결의 취지는 1998년 지침의 개정 시 제1조 (b)에 명시되었다. 그밖에 기업의 부수적인 업무의 외주와 관련된 *Sánchez Hidalgo* 사건,[12] 혼자서 수행하던 청소업무를 외주한 *Schmidt* 사건[13] 등에서도 법원은 외주용역에도 사업이전 지침이 적용된다는 점을 확인하였다.

나아가 위 *Rask* 사건이나 *Schmidt* 사건처럼 기존의 사업주가 그 업무의 일부를 최초로 외주를 주는 경우 외에 영업임대차의 경우와 같이 외주업체를 변경하거나 외주업무를 다시 직접 운영하는 경우(contracting back in)에도 적용될 수 있는가 하는 것이 문제되었다. 즉 A와 도급계약을 체결한 최초의 외주업체 B 사이에는 계약관계가 존재하지만 B와 새로 변경된 외주업체 C와는 아무런 계약이 존재하지 않는 경우이다. 외주업체의 변경에 관련된 *Süzen* 사건[14]과 아웃소싱한 업무를 다시 직접 운영한 *Hernández Vidal* 사건[15]에서 법원은 역시 이들 경우에도 직접적인 계약관계가 존재할 필요가 없다고 확인하였다.

Sophie Redmond 사건에서 유럽법원은 영업임대차와 아웃소싱에 적용된 원칙을 공공분야에도 적용하였다. 지방자치단체의 보조금을 받아 운영하던 민간단체가 해산되고 전 직원이 해고된 후 같은 목적을 가진 다른 단체에 이 교부금을 지급하였으나 이 단체가 이전 단체에서 해고된 직원을

11) Case C-209/91 *Rask* [1992] ECR I-5755.

12) Joint Cases C-173/96 and C-247/96 *Sánchez Hidalgo and others* [1998] ECR I-8237.

13) Case C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

14) Case C-13/95 *Süzen* [1997]ICR 662(ECJ).

15) Joint Cases C-127/96, C-229/96 and C-74/97 *Hernández Vidal and others* [1998] ECR I-8179.

전혀 받아들이지 않은 사건에서 합의가 아니라 지방자치단체가 일방적으로 취한 결정이라 할지라도 지침이 적용된다고 보았다.[16] 또한 NHS 소속 건축견적사의 민간단체로의 이전에 관련된 *Beckmann* 사건,[17] NHS에서 민간대학으로 이전된 간호학강의에 관련된 *Martin* 사건,[18] 정부기관인 고용부의 직업훈련업무의 민간 외주에 관련된 *Celtec* 사건[19] 등 공공업무의 민영화로 인한 이전의 경우에도 적용된다고 보았다.

이와 같이 사업이전의 원인에 관련된 '법적 이전'이란 개념은 매우 넓게 해석되고 있기 때문에 이제는 지침의 적용에 있어서 거의 문제가 되지 않는다. 지침은 영업양도와 같이 신·구 사업자 간의 직접적인 계약체결에 따른 이전을 포함하여 외주, 하도급, 행정처분, 민영화 등 모든 형태의 사용자의 법적 지위의 변경에 적용된다.

(2) 사업이전의 요건인 경제적 실체의 동일성

'법적 이전'이란 개념 보다 훨씬 논란이 많은 것은 지침의 적용요건인 '사업이전'이 있었는지 여부이다. EU 지침은 사업이전의 정의를 "동일성(identity)을 유지한 경제적 실체(economic entity)의 이전"으로 정의하고, '경제적 실체'란 "핵심적이든 부수적이든 관계없이 경제적 활동(economic activity)의 수행을 목적으로 하는 조직된 자원의 집합(organised grouping of resources)을 의미한다."[제1조 제1항 (b)]고 규정하고 있다.

EU 지침은 1977년 제정 당시에는 노무도급 형태의 아웃소싱이나 위탁용역업체의 변경과 같은 상황을 염두에 두지 않았고 주로 기업합병이나 좁은 의미에서의 영업양도를 적용대상으로 예상했었다. 이 때문에 사업 또는 사업 일부의 이전이 특별히 문제되는 아웃소싱과 관련하여 지침이 적용되는지 여부는 오로지 유럽법원의 판단에 맡겨지게 되었다. 유럽법원

16) Case C-29/91 *Sophie Redmond* [1992] ECR I-3189. 약물중독자를 지원하던 소피 레드몬드 재단이 보조금 지급의 중단으로 해산되고 다른 약물의존 관련 사업을 하던 시그마에게 보조금을 지급했던 사건이다.

17) Case C-164/00 *Beckmann* [2002] ECR I-4893.

18) Case C-4/01 *Martin* [2003] ECR I-12859.

19) Case C-478/03 *Celtec* [2005] ECR I-000.

의 주된 임무는 이전 전후의 '실체'의 '동일성'을 확인하는 것이었고 이를 위하여 두 작업이 순차적으로 진행되었다. 우선은 경제적인 활동 또는 특정한 영업목적을 수행하기 위하여 필요한 인적 또는 유·무형의 물적 자산의 조직된 집합체인 '실체'가 존속하는지를 확인하는 것이다. 그러한 실체가 존속한다고 인정되면 그 다음은 사용자의 변경에도 불구하고 그 실체가 '동일성'을 유지하고 있는지 여부를 가리는 것이다.

1) 종합적인 판단지표로서 Spijkers 기준

Spijkers 사건은 직접적으로 아웃소싱에 관련된 것은 아니었지만 고용승계의 전제가 되는 사업이전에 해당하는지 여부를 판단하는 일반적인 기준을 정립함으로써 유럽법원의 선례가 된 중요한 사건이다.[20] Spijkers 기준은 사업이전 관련 사건에서 거의 공식처럼 되어 있다. 이 사건에서 도축업자 A는 영업을 중단하고 고객도 남아있지 않은 상태에서 1982년 12월 작업장, 사무실, 토지, 동산 등 유형의 자산(무형자산은 없었음)을 모두 B에게 매각하였고 B는 다음 해인 1983년 3월에 A의 종업원이었던 Spijkers와 다른 1명을 제외하고 나머지 근로자들만 고용을 승계하여 영업을 재개하였다.

유럽법원은 사업이전의 존재유무를 입증하는 결정적인 기준은 "당해 사업이 이전에 해당한다고 할 만큼 그 동일성을 유지하는지, 즉 당해 사업이 같거나 유사한 활동을 하는 새로운 사용자가 그 업무를 실질적으로 계속하거나 재개하고 있다는 사실에 의하여 알 수 있는지" 여부라고 보았다. 이어서 사업이전 유무를 판단하기 위해서는 다음과 같은 요인들을 포함하여 거래를 특징짓는 모든 사실들을 고려해야 한다고 판결하였다. 이 판례가 들고 있는 사업이전 유무를 판단하는 요인들로는, 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 이전여부, ⑥ 이전 전후의 활동의 유사성 여부, ⑦ 이전으로 활동이 중단된 기간이라는 7가지 징표이다. 그

20) Case 24/85 *Spijkers* [1986] ECR 1199.

런데 이 7가지 징표들은 각각 종합적인 판단을 위한 하나의 요소에 지나지 않기 때문에 이러한 요소들 가운데 특정한 요소를 분리하여 독립적으로 판단하거나 필수적인 것으로 해석되어서는 안 된다고 보았고, 이는 이후 유럽법원의 일관된 태도로 이어지고 있다.

유럽법원은 사업이전 전후의 활동의 동일성의 정도는 여러 징표 가운데 하나에 지나지 않는다는 이유로 이 사안이 사업이전에 해당하지 않는다고 보았는데 이러한 결론에 대하여는 상당히 논란이 많았으며 그 의의에 대한 해석도 매우 다양하다. 어쨌든 Spijkers 기준은 여전히 구체적인 판단에 있어서는 어떠한 징표에 무게를 둘 것인가에 따라 다양하게 판단될 여지를 남겨주었다. 이후의 유럽법원의 판결들을 단순화의 위험을 무릅쓰고 분류해보면 기업의 활동(activity)에 초점을 둔 노동법적 접근방식과 기업의 조직(organization)을 중시하는 상법적 접근방식으로 대별해 볼 수 있다.[21] 유럽법원은 *Süzen* 사건(1997년) 이전에는 거의 이전대상인 사업활동의 유사성에 초점을 둔 노동법적 접근방식을 선호하는 경향을 보였다. 하지만 S*üzen* 사건 이후에는 유형·무형의 자산의 이전여부를 중시하는 상법적 접근방식을 선호하는 경향을 보이기 시작하였다. 국가별로도 약간씩 차이가 있는데 영국은 적극적으로 전자의 입장을 취하고 있는 반면 후자는 독일과 이탈리아 법원의 주된 입장이다.

2) 노동법적 접근방식: 사업활동의 유사성

초기의 영업리스의 이전과 관련하여 유럽법원은 주로 사용자가 다른 사용자의 후임으로 들어갔는지 여부에 초점을 맞추었다. *Ny Mølle Kro* 사건에서 법원은 사업의 소유권이전 여부와는 관계없이 그 사업에 대한 책임을 가진 자의 변경과 그로 인하여 근로자에 대한 사용자의 교체가 있었는지를 중심적으로 고려하였다.[22] 따라서 이전 전후의 사업활동의 유사성이 중요한 결정변수가 되었고 이는 매우 논쟁적인 사건이었던 *Schmidt* 사건[23]에서 정점에 다다랐다.

---

21) Catherine Barnard, *op. cit*, p.637 참조

22) Case C-287/86 *Ny Mølle Kro* [1987] ECR 5465

23) Case C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

이 사건은 청소업무의 외주용역에 관한 것으로 Schmidt는 혼자서 은행의 청소업무를 도맡아왔는데 은행건물의 증개축으로 청소업무가 늘어나자 이를 청소회사에 위탁하면서 은행 측은 Schmidt를 해고하였다. 청소회사는 종전보다 높은 급여를 제시하였지만 Schmidt는 청소면적의 증가로 근로시간이 늘어나서 오히려 시간당 임금이 낮아진다는 이유로 그 제안을 거절하고 은행의 해고가 부당하다고 다투었다. 이 사안의 쟁점은 청소업무를 혼자서 하는 경우에도 그 업무의 아웃소싱이 사업이전에 해당하는지 여부였다. 유럽법원은 사업의 이전 또는 일부 이전에 해당하는지 여부를 판단하는 결정적인 기준은 경제적 실체의 동일성의 유지라고 하면서 그 구체적인 판단기준은 동일 또는 유사한 활동을 새 사용자가 실제로 계속 또는 재개하는지 여부라고 보았다. 따라서 청소업무가 계속되고 그 활동이 동일하기 때문에 사업이전에 해당하고 그 업무가 사업에 부수적인 것이거나 또는 기업의 목적에 반드시 필요한 것은 아니라고 하더라도 이에 관계없이 적용된다고 판단한 것이다. 여기서 은행 측은 유형 자산의 이전이 없으면 사업이전이 없는 것이라고 주장했지만 받아들여지지 않았다. 결국 이전대상인 근로자가 단 1명이라도 다른 요건들을 갖추면 경제적 실체의 이전이 될 수 있다는 것이다. Spijkers 기준 가운데 이전 전후의 활동의 유사성 여부를 주된 기준으로 본 이 판결에 대하여는 이후에 많은 논란이 잇달았다.

그리하여 유럽법원의 태도는 변화를 보이기 시작했는데 그 조짐은 *Rygaard* 사건에서 처음으로 나타났다. Rygaard는 SAS의 구내매점을 건설중인 목공회사 Pedersen의 직원이었다. Pedersen은 회사가 폐업할 것이라는 사실, SAS 공사가 공사자재들과 함께 SAS와 Strø Mølle회사 간의 합의로 Strø Mølle에게 넘어간다는 사실, Pedersen 소속 근로자의 일부가 Strø Mølle 회사로 고용승계 될 것이라는 사실 및 Rygaard도 해고되어 Strø Mølle에게로 이전될 것이라는 사실을 통보하였다. 이 사건에서 Rygaard가 수행한 업무는 동일한 것이었지만 법원은 그것만으로는 충분하지 않으며 '사업이전'이란 하나의 특정한 업무를 수행하는 것에 한정되지 않는 안정적인 경제적 실체(stable economic entity)에 관련된 것이라고

보았다.[24] 따라서 하나의 특정한 건설공사(이에 관련된 특정한 근로자와 자재)의 이전이 전부인 이 사건은 그에 해당하지 않는다는 것이다. 법원은 사업양도인의 활동이나 특정한 활동을 '안정적인 방식'으로 수행하도록 하는 일체의 자산의 이전이 있는 경우에만 지침에서 말하는 사업이전에 해당한다고 덧붙였다.

Rygaard 사건은 사업이전에는 일정한 자산의 존재가 필요하다는 점과 한정된 기간의 특정한 프로젝트와 영속성을 갖는 기능의 외주는 구별된다는 점에서 '안정적인' 경제적 실체라는 요건을 강조한 것이다. 하지만 그렇다고 하여 이전 전후의 활동의 유사성이란 기준이 완전히 묻혀버린 것은 아니다. 이후 자동차딜러사업의 이전에 관련된 *Merckx* 사건에서는 종전 딜러업체의 세일즈 직원 64명 가운데 14명만이 같은 고용조건으로 새 딜러업체에 고용승계 되었는데 법원은 어떠한 유형 자산의 이전도 없고 대다수가 해고되었지만 사업활동 지역이 같고 동일한 활동을 하는 기업에게 자동차판매권이 부여되었다는 점에서 사업이전으로 보았다.[25] 이 판결의 의의에 대하여는 어떠한 물적 사업수단의 이전도 없었지만 종업원 일부를 인수하고 고객관계를 그대로 확보할 수 있었다는 점에서 단지 판매업무의 이전만을 판단의 근거로 삼은 것은 아니라는 견해도 있다.[26] 판매업에서는 고객관계가 중요한 요소로서 결정적인 의미를 가지기 때문에 고객관계의 이전과 일부 종업원을 넘겨받은 것이 사업이전으로 인정한 근거라는 것이다.

3) 상법적 접근방식: 기업조직의 이전

유럽법원이 새로운 접근방식을 구체적으로 선보인 것은 1997년의 *Süzen* 사건이다. 이 사안은 아웃소싱한 청소용역업체의 변경에 관련된 것인데 한국에서 벌어지고 있는 청소·경비 용역의 아웃소싱 실태와 유사한 점이 많다. 이 사건에서 유럽법원은 사업이전의 판단기준으로서 '경제적 실체 기준'(economic entity test)을 종전보다 좁게 해석하였다. *Süzen* 사건은

24) Case C-48/94 *Rygaard* [1995] ECR I-2745.
25) Joint Cases C-171/94 and C-172/94 *Merckx* [1996] ECR I-1253.
26) 하경효, 앞의 글, 354쪽.

독일의 어느 사립학교가 외주한 청소업무의 수탁업체를 변경하는 과정에서 기존의 청소업체가 위탁계약의 해지를 이유로 Süzen을 비롯하여 8명의 청소근로자를 해고하였는데 다른 7명은 다시 새 수탁업체에 재고용되었으나 Süzen만 제외되었다. 이 사안에서는 어떠한 유·무형의 물적 자산의 이전도 없었고 독일법원은 사업이전에 해당하는지 여부를 유럽법원에 문의하였다.

유럽법원은 사업이전은 반드시 안정된 경제적 실체의 이전과 관련되어야 하고 여기서 '실체'라는 용어는 특정한 목적을 추구하는 경제적 활동의 실행을 용이하게 하는 사람 및 자산의 조직적인 집합을 말한다고 보았다. 즉, "신·구 업체가 제공하는 서비스가 유사하다는 사실만으로는 경제적 실체가 이전되었다는 결론을 도출하기는 어렵다. 실체는 맡겨진 활동만으로 축소할 수 없다. 실체의 동일성은 다른 요인들, 즉 노동인력, 관리직원, 작업의 조직방식, 작업수단 또는 일정한 경우에는 작업에 사용되는 자원으로부터도 나타난다."[27]는 것이다.

유럽법원은 이 사건의 경우 경쟁자로 인하여 용역계약 수주를 상실한 것 그 자체는 이전의 징표가 될 수 없다고 하면서 그러한 경우에는 고객의 상실로 인하여 기존 청소업체의 사업이 완전히 중단되지 않았기 때문에 자신의 사업 또는 그 일부가 새로운 수급업자에게 이전된 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다. EU 지침이 그 입법모델로 삼았던 프랑스의 경우에도 초기에는 거래(marché)의 상실도 사업이전에 해당한다고 본 사례가 많았다. 즉 사용자의 법적 지위의 변경만 있으면 그러한 변경이 단지 거래의 상실에 따른 것이라는 점을 확인할 필요도 없이 사업이전에 해당한다고 보았던 것이다. 하지만 이러한 해석은 곧 파기되었다.[28] 물론 그렇다고 하여 거래의 상실이 어떠한 경우에도 적용대상에서 제외된다는 의미는 아니다. 거래의 상실이 특별한 성격을 나타내는 경우, 즉 경제적 실체의 이전과 동일시할 수 있는 때에는 경제적 실체를 승계한 회사는 이전 거래자에게 속했던 근로자들의 사용자가 된다.[29] 결국 사업이전의

27) R. Blanpain, *European Labour Law*, Kluer, 2010, p.702에서 재인용.
28) Ass. plén. 15 novembre 1985, (Nova Services), *Dr. soc.* 1986, p.1
29) Jean Pélissier et., *Droit du travail*, 2004, pp.427-428.

해당여부는 경제적 실체의 존재가 실질적인 기준이 되고 아웃소싱 업체가 변경된 경우에는 종전 서비스공급업체가 관련 거래처의 상실에도 불구하고 계속하여 같은 사업을 영위하는지가 관건이 된다고 본 것이다.

이와 함께 *Süzen* 사건에서는 경제적 실체의 이전여부를 판단하는 기준과 관련하여 또 다른 중요한 내용을 제시하였는데 사업유형을 자산에 기반을 둔 사업과 그렇지 않은 사업의 두 가지 형태로 구분하여 판단기준을 달리해야 한다고 본 점이다. 자산 중심의 사업에서는 중요한 유형・무형의 자산의 이전이 있는 경우에만 사업이전이 있는 것으로 보아야 하는 반면 본질적으로 노동인력에 기초한 사업에서는 거래에 따른 동일성의 유지는 자산의 이전과는 관련이 없다고 보았다. 따라서 청소업과 같은 노동집약적인 산업에서는 영속적인 기반을 가지고 공동활동에 종사하는 근로자 집단 그 자체가 경제적 실체를 이루며 새 사용자가 종전에 그 업무를 담당했던 근로자들을 '수나 기술'(number or skill)의 측면에서 주요 부분을 인수하여 같은 업무를 수행했다면 충분하다고 보았다.[30] 결국 물적 자산이 사업의 본질적인 부분을 이루고 있지 않는 노동력 중심의 사업에서는 수나 기술에 있어서 주요 핵심 노동력의 이전여부가 지침의 적용여부를 가리는 판단기준이 된다는 것이다.

그런데 이러한 자산/노동력 중심이라는 이분적인 접근방식은 처음에는 어느 정도 설득력이 있는 것으로 받아들여졌지만 구체적인 사정에 따라서는 문제해결에 전혀 도움이 되지 않을 수도 있었다. 특히 사용자가 핵심 노동력의 대부분을 인수하지 않고 일부만 받아들이거나 완전히 새로운 근로자로 교체할 때에 두드러지게 나타난다. 왜냐하면 논리적으로 볼 때 사업의 양수인이 종전 사업자에게 소속된 근로자의 고용을 승계해야 하는지 여부를 판단하기 위해서는 사업이전의 유무가 선결문제가 되는데 다시 그 사업이전의 유무를 판단하기 위해서는 근로자의 대다수가 실제로 승계되어 있어야 한다는 순환논리의 모순에 빠지기 때문이다. 이는 자산 중심의 사업에서도 마찬가지이다. *Oy Liikenne* 사건에서 헬싱키의 버스운송회사인 A가 계약갱신을 하지 못하고 45명의 운전자를 해고하였는

30) Case C-13/95 *Süzen* [1997]ICR 662(ECJ).

데 그 다음 계약자인 B가 그 가운데 33명을 받아들이고 A 소유의 버스는 전혀 인수하지 않고 새 버스를 사들였다. 이는 근로자의 상당수는 인수하였지만 주요 자산을 전혀 인수하지 않은 경우이다. 유럽법원은 버스 운송사업은 시설이나 장비가 필요하기 때문에 본질적으로 인력에 기초한 사업으로 볼 수 없고, 신·구 사업자 간에 사업운영에 필요한 유형 자산의 이전이 없었으므로 그 실체가 동일성을 유지하지 않는다고 보았다.[31] 결국 자산 중심의 사업을 인수할 때는 주요한 사업 자산의 인수를 거부함으로써 지침을 비껴갈 수 있고, 노동력 중심의 사업을 인수할 때는 노동력의 주요 부분의 인수를 거부함으로써 지침을 회피할 수 있는 결과를 초래할 수 있는 것이다.

한편 사업유형을 어떻게 볼 것인가에 대한 관점의 차이에 따라 사업이전의 존재유무가 달라진 경우도 있다. *Abler* 사건[32]은 병원 급식업무의 외주에 관련된 것인데 *Süzen* 사건의 모순을 해결하기 위하여 법원이 자산의 의미를 다르게 해석한 사례이다. 병원 급식업무를 맡고 있던 용역업체가 변경되면서 새 용역업체는 종전 용역업체 소속 근로자 모두에 대하여 고용승계를 거부하였다. 급식업무의 수행에 필요한 일체의 자산이 병원의 소유에 속했기 때문에 물적 자산에 기반을 둔 사업이 아니라 노동력에 기반을 둔 사업으로 보기 쉬웠지만 유럽법원은 급식업무를 본질적으로 노동력에 기반을 둔 활동으로 보지 않았다. 그 근거로서 조리시설 및 조리기구의 이전을 중요한 유형 자산의 이전으로 본 것이다. 여기서 급식장소, 물과 에너지, 식기세척기 등 조리시설이나 조리기구는 양도인이나 양수인의 소유가 아니라 병원의 소유에 속했지만 양수인이 급식업무를 제공하기 위하여 필요한 유형의 자산으로 본 것이다. 따라서 이 사건은 자산에 기초한 사업에 관한 것이기 때문에 노동력의 수나 기술이라는 측면에서 보아 노동력의 본질적인 부분을 인수하지 않은 것만으로는 경제적 실체의 이전을 부정하기에는 충분하지 않다고 결론지었다.

결국 자산/노동력 중심의 접근방식도 그리 타당성 있는 기준이 되지 못

31) Case C-172/99 *Oy Liikenne AB* [2001]IRLR 171.

32) Case C-340/01 *Abler* [2003] ECR I-14023.

하는 것이다. 특히 이러한 접근방식은 유형 자산의 이전이 거의 없는 노무도급 형태의 아웃소싱의 경우에는 고용승계 가능성을 거의 부인하게 되는 결과를 초래하기 쉽다. 또한 무엇을 유형 자산으로 볼 것인가 하는 문제도 여전히 불명확한 상태로 남게 된다.

4) 소결

Süzen 사건의 '경제적 실체' 테스트는 '활동'의 유사성만으로 사업이전 유무를 판단해서는 안 된다고 함으로써 한때 사업이전의 범위를 좁게 해석한 것으로 간주되었다. 한국에서도 *Süzen* 사건 이후에 업무나 사업활동이 동일하거나 유사하다는 점만으로 경제적 통일체의 이전이라 할 수 없고 기초가 되는 조직의 이전이 따라야 된다고 판단하는 것이 유럽법원의 일반적인 경향으로 이해하는 견해[33]가 있었다. 이 사건에서 유럽법원이 기업활동이란 측면보다 기업조직이라는 측면을 더 중시하는 경향을 보인 것은 *Schmidt* 사건 이후 1994년에 유럽위원회(European Commission)가 '활동의 이전만으로는 사업이전을 구성하지 못한다.'는 내용을 신설한 개정안을 제출한 것에 영향을 받은 것으로 보인다. 이 개정안은 비록 유럽의회에서 거부당했지만 유럽법원은 이러한 취지를 감안하여 보완하는 해석을 내놓은 것이다. 그런데 *Süzen* 사건의 판결취지는 1998년 지침개정 시에도 전혀 반영되지 못했다. 따라서 Süzen 기준은 단지 유럽법원의 기존 판례에서 나타났던 하나의 경향을 보인 것에 지나지 않았고 그 이후의 판결들도 일부 사람들이 생각했던 것처럼 *Süzen* 사건의 판결이 어떤 중요한 전환점이 된 것은 아니라는 사실을 보여주었다.[34]

유럽법원은 경제적 실체가 동일성을 유지한 채 이전되는지 여부를 다양한 요인을 고려하여 판단한다. 근로자 일부를 인수하고 동일한 작업이 같은 장소에서 종전과 마찬가지로 계속되고 있으면서 시설의 매도나 임대가 있으면 보다 쉽게 사업이전이 있는 것으로 판단하지만 이러한 사실들은 그 어느 것도 그 하나만으로 결정적인 기준이 될 수 없으며 그러한

33) 하경효, 앞의 글, 355쪽.

34) Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labour Law*, Hart Publishing, 2009, p.199.

사실들의 어느 하나가 결여되었다고 하여 사업이전이 아니라고 볼 수 있는 것도 아니다.[35] 또한 *Schmidt* 사건에서 본 것처럼 노동력의 전부 또는 일부의 인수합의가 반드시 있어야 하는 것도 아니다. 반면에 *Süzen* 사건에서는 노동력/자산 중심의 이분법을 사용하여 주된 판단요소로 삼았다. 이와 같이 유럽법원의 판단 기준은 여전히 불안정한 상태에 놓여 있음을 보여준다. 뒤에서 살펴보겠지만 이 같은 상황에서 영국의 경우에는 근로자보호와 서비스공급사업자 간의 공정경쟁에 무게를 두고 해석의 불확실성을 제거하기 위하여 EU 지침의 보호범위를 초월하여 노동력 중심의 서비스공급사업에서는 어떠한 재산의 이전이 없다고 하더라도 사업이전이 일어날 수 있다는 점을 법령으로 명시하였다.[36]

4. 사업이전의 법적 효과

사업이전에 있어서 경제적 실체의 동일성이 인정되면 근로자는 여러 가지 보호를 받게 되는데 그 가운데 핵심적인 것이 해고로부터의 보호와 근로조건 등의 보장이다.

(1) 해고로부터 보호

지침 제4조 제1항은 사업이전은 그 자체로서 사업의 양도인이나 양수인에 의한 해고의 사유가 되지 못한다고 규정하고 있다. 같은 조 제2항은 의제해고에 관한 것인데 만약 사업이전으로 인하여 근로자의 근로조건이 실질적으로 불리하게 변경되기 때문에 근로계약이 종료된 경우에는 사용자에게 근로계약 종료의 책임이 있는 것으로 본다. 실례로서 사업이전 전의 구 사용자와의 근속기간을 고려하지 않아 임금이 감소된 사건[37] 또는 성과급으로 임금체계가 변경된 사건[38]에서 이러한 의제해고가 인정된 바 있다. 그런데 사용자가 해고보호 조항에 위반하였을 경우에 발생하는 법

35) Simon Deakin & Gillian S Morris, *ibid*.
36) TUPE 2006, 제3조 제6항 (b).
37) Case C-425/02 *Delahaye* [2004] ECR I-10823.
38) Joint Cases C-171/94 and C-172/94 *Merckx* [1996] ECR I-1253.

적 효과가 구체적으로 무엇인지에 대하여는 지침에서는 규정한 바가 없다. 이는 부당해고에 대한 법적 효과가 국가에 따라 상이하기 때문에 보호의 구체적인 내용도 달라질 수밖에 없다는 사정을 반영한 것이다. 어쨌든 지침이 보호하는 내용은 사업이전을 이유로 한 해고는 사업양도인이든 양수인이든 모두 금지된다는 것이다.

지침이 제공하는 보호는 공공정책에 의한 것이기 때문에 원칙적으로 당사자의 의사와는 상관이 없다. 따라서 근로자는 지침이 부여한 권리를 사전에 포기할 수도 없으며 자신의 동의로 이러한 권리를 제한할 수도 없다. 유럽법원은 계약법적인 접근을 부정하고 지침이 이러한 원리보다 우선하는 것임을 강조하고 있으며 근로자에게 불리한 결과가 초래되는 것을 일체 허용하지 않는다. 그런데 자동적인 고용승계가 언제나 근로자에게 유리한 것은 아니다. 즉, 공공부문의 민영화의 경우나 보다 재정상황이 나쁜 소기업으로의 이전과 같이 근로자에게 불리하게 작용할 수도 있다. 따라서 법원은 근로자가 승계를 거부할 수 있는 가능성도 열어두었다. 유럽법원은 지침이 강행규정이기는 하지만 근로자에게 고용관계의 이전을 강제하지는 않는다는 점을 여러 사례에서 밝혀왔다. 이는 그러한 강제가 고용선택의 자유를 침해할 수 있기 때문이다. 근로자는 자신이 원하는 바에 따라 종전의 근로조건과 동일한 조건으로 새로운 기업에서 계속하여 일할 수도 있지만 이전을 거부할 수도 있다.[39]

지침에 의한 해고의 보호는 두 가지 예외사유가 인정된다. 그 하나는 국내법이나 관행에 따라 해고제한의 보호를 받지 못하는 특정범주의 근로자를 배제할 수 있다는 것이다(제4조 제1항 후문). 두 번째는 고용 인력에 변경을 초래하는 경제적・기술적・조직적 이유에 의하여 행하는 해고를 방해하지 않는다는 것이다(제4조 제1항 전문 후단). 어떠한 사유가 여기에 해당하는지에 대하여는 유럽법원의 차원에서도 별다른 설시가 없다.

(2) 근로조건 등의 승계

지침 제3조 제1항은 사업이전일 당시 존재하고 있던 근로자에 대한 사업

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

양도인의 권리와 의무가 사업양수인에게 승계된다고 규정하고 있는데 이 조항은 매우 엄격하게 해석되고 있다. 예를 들어 *Rask* 사건에서는 보수액에는 차이가 없었으나 보수의 구성에 변화가 생긴 때에도(총액은 같지만 세탁수당이나 신발수당이 없어진 경우) 위반으로 보았다.[40] 또 *Collino* 사건에서는 퇴직수당이나 임금인상과 같이 금전적 성격을 가진 권리의 산정에 있어서는 이전 사용자와의 근속기간을 고려해야 한다고 보았다.[41]

한편 사업양도인의 근로자에 대한 모든 권리의무는 사업양도일부터 면하게 된다. 이는 관련 근로자의 동의여부와는 아무 상관이 없다. 따라서 관련 근로자가 특정한 계약상의 권리의 이전을 거부하더라도 양도인은 사업이전을 이유로 그 책임으로부터 면제된다. 그런데 이 원칙으로 인하여 고용승계 된 근로자와 기존의 사업양수인의 근로자 사이에 근로조건의 차이가 발생할 수 있다. 하지만 유럽법원은 이 원칙은 공공정책의 문제로서 근로계약 당사자의 의사에 의하여 좌우되어서는 안 된다는 점을 강조하고 그 변경이 사소하고 또 당해 근로자의 동의가 있다고 하더라도 근로자에게 불리하게 변경되는 것은 허용되지 않는다고 명확히 밝혔다.[42] 다만 개별 국가의 법령에 의하여 사업이전 그 자체를 이유로 한 근로조건의 변경은 허용되지 않지만 사업이전과 관계없는 사유로 인한 불이익 변경은 가능하다.

그 밖에 단체협약상의 권리의무도 자동적으로 승계되지만 사업양수인의 단체협약 준수의무는 그 단체협약의 만료일 또는 새로운 단체협약의 체결 시까지만 존속한다(제3조 제3항). 사업의 양수인은 양도인과 동일한 조건으로 단체협약상의 조항을 준수해야 하지만 스페인을 비롯한 몇몇 국가의 경우에는 국내법으로 사업양수인의 근로자가 누리는 단체협약상의 근로조건이 양도인의 근로자가 받는 것보다 나은 경우에는 유리한 것을 적용하도록 하고 있다. 또한 법정 사회보장급여에 속하지 않는 기업복지 성격의 직업연금, 장해 또는 유족 급여에 대한 근로자의 권리는 지침의 적용에서 배제된다[제3조 제1항 (a)].

---

40) Case C-209/91 *Rask* [1992] ECR I-5755.

41) Case C-343/98 *Collino* [2000] ECR I-6659.

42) Case C-324/86 *Daddy's Dance Hall* [1988] ECR I-739.

5. 지침의 적용 제외 및 일부 수정 적용

(1) 공공부문 행정기구의 재편과 민영화

공공부문의 구조조정, 특히 행정기관 간의 업무이전이나 민영화와 관련하여 사업이전에 관한 지침이 적용되는지 여부가 상당히 논란이 되었다. 그리하여 유럽위원회(European Commission)는 유럽법원의 해석을 받아들여 1998년 지침의 개정에서 행정기관의 행정적인 구조조정 또는 행정기관 간의 행정권한의 이전은 지침의 적용대상인 사업이전이 아니라는 명시적인 규정을 두었다[제1조 제1항 (c) 단서조항]. 따라서 공공부문에서 지침이 적용되는 경우는 영리 또는 비영리를 목적으로 하는지 여부에 관계없이 경제적 활동에 종사하는 공공사업(public undertaking)의 이전에 한정된다[제1조 제1항 (c) 본문]. 반면에 민영화나 국영화와 같이 사업이전으로 인하여 당사자의 법적 신분에 변동이 초래된다는 사정은 지침의 적용에 아무런 장애가 되지 않는다.

공공부문에서 지침의 적용유무를 판단하는 구체적인 기준은 지침이 상세하게 명시하고 있지 않지만 유럽법원의 판례에 의하여 어느 정도 분명해졌다. 그 기준은 이전된 사업의 내용이 '공권력의 행사'인지 아니면 '경제적 작용'인지 여부이다. *Henke* 사건의 경우처럼 단일한 행정기관 내에서의 조직재편이나 행정기구 간의 행정권한의 이전은 그 행정기관이 경제적 활동을 하는 영업이 아니라 공권력을 행사하는 기구이기 때문에 지침이 적용되지 않는다고 보았다.[43] 반면에 공공기관이 장애인에 대한 가사도우미 서비스를 민간기업에게 아웃소싱한 *Sánchez Hidalgo* 사건이나[44] 이탈리아 전화서비스사업의 구조조정으로 국영기업에서 민간기업으로 사업을 이전한 *Collino* 사건[45]에서는 그러한 사업이전은 그 성질상 경제적인 것으로서 공권력의 행사에는 해당하지 않는다고 보았다. 이렇듯 유럽법원은 공권력의 행사라는 개념을 매우 엄격하게 해석하고 있으며 공공

43) Case C-298/94 *Henke* [1996] ECR I-4989. Schierke시청의 직원이었던 Henke가 다른 시와의 행정통합으로 행정권한이 이전됨으로써 해고된 사건이다.

44) Joint Cases C-173/96 and C-247/96 *Sánchez Hidalgo and others* [1998] ECR I-8237.

45) Case C-343/98 *Collino* [2000] ECR I-6659.

기관의 활동이 비영리적이거나 공익을 위한 것이라고 하더라고 지침을 적용해야 한다는 점을 강조하여 왔고 그것이 현재 지침에 명시되었던 것이다.

(2) 파산절차에 따른 사업이전

사업이전에 관한 지침은 사업양도인에 대한 파산절차 등이 개시된 경우에는 지침의 적용여부에 대하여 회원 국가에게 입법재량을 부여하고 있다. 지침 제5조 제1항에서 회원 국가가 달리 정한 바가 없는 때에는 사업이나 영업의 전부 또는 일부의 이전이 있더라도 사업양도인에 대하여 파산관재인의 선임 등 권한 있는 공공당국의 감독 하에서 사업양도인의 자산의 청산을 목적으로 하는 파산절차 또는 이에 준하는 절차가 개시된 경우에는 지침이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 회원 국가는 별도로 법령으로 지침을 적용할 수는 있지만 아무런 규정을 두지 않는 경우에는 지침의 적용이 배제된다.

한편 국내법에서 지침을 적용하기로 결정한 경우에도 근로자의 권리보호에 관한 지침의 일부 내용을 수정하여 적용할 수 있도록 허용하고 있다. 즉, 자산의 청산을 목적으로 하는지 여부에 관계없이 파산관재인의 선임 등 권한 있는 공공당국의 감독 하에서 일단 파산절차 등이 개시되면 회원 국가는 사업이전일 또는 파산절차의 개시 전에 근로계약이나 근로관계로부터 이미 발생한 사업양도인의 채무에 대하여는 사업양수인에게 이전하지 않도록 정할 수 있다. 하지만 이 경우에는 사용자의 지불불능 시 근로자의 보호에 관한 1980년 지침(80/987)에 상응하는 국내법상의 보호조치가 마련되어 있다는 전제가 필요하다[제5조 제2항 (a)].

또한 지침의 강제적용에 따른 사업이전의 기피현상을 줄이고 근로자의 안정적인 고용의 지속을 보장할 목적으로 일정한 경우에는 근로조건의 변경을 허용하고 있다. 즉, 사업양도인의 채무지급정지절차가 개시된 경우에는 사업의 존속을 통하여 고용기회를 보장할 목적으로 근로자대표와 사업양도인(또는 그 권한대행자)이나 사업양수인 간의 합의에 의하여 근로자의 근로조건을 변경할 수 있도록 하고 있다[제5조 제2항 (b)]. 이러한

적용 제외 또는 수정 적용은 오용될 위험성이 언제나 있기 때문에 근로자의 권리를 박탈하는 형태로 파산절차 또는 지불정지절차가 남용되지 않도록 적절할 조치를 취한 의무를 회원 국가에게 부담시키고 있다[제5조 제4항].

Ⅳ. 영국법상의 '서비스공급주체의 변경' 개념과 '사업이전' 개념의 범위 확대

앞서 보았듯이 사업이전의 개념에 대한 해석은 법원에게 지침의 적용범위와 관련하여 많은 부담을 지우고 있다. 따라서 사업이전의 적용범위를 법령으로 보다 명확히 함과 동시에 이를 확대한 영국의 입법례는 아웃소싱과 관련하여 여러모로 시사하는 바가 적지 않다.

1. 아웃소싱업체의 변경과 사업이전

영국은 다른 유럽공동체 회원국과 마찬가지로 사업이전에 관한 1977년 지침의 이행을 위하여 1981년에 사업이전(고용보호)법[the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981]을 제정하였다. 이후 2006년에 이 법을 개정하였는데 부분적으로는 1998년에 개정된 EU 지침의 이행을 위한 것이기도 하였지만 외주업무의 용역계약 입찰자들에게 공정한 경쟁의 장을 마련하기 위하여 EU 지침의 적용범위를 아웃소싱의 경우까지 확대하고 해석상의 다툼을 없앤다는 동기도 작용하였다. 즉, 아웃소싱 수주자의 결정이 근로자의 고용상의 권리에 영향을 주는 거래상의 위험이나 비용을 줄이는 식이 아니라 순수한 상업상의 이익에 따라 정해지도록 하기 위한 것이었다.[46]

영국 법원은 업무의 외주에 따른 고용승계의 문제에서 업무가 최초로 외주된 경우에는 별로 의문의 여지없이 이를 인정해왔다. 하지만 외주업체가 계약기간의 만료 등으로 변경될 경우에도 고용승계를 인정해야 하

46) Simon Deakin & Gillian S Morris, *op. cit*, p.197.

는지에 대해서는 명확한 결론을 내리지 못했다. 이는 앞서 보았듯이 1997년의 *Süzen* 사건에서 유럽법원이 이런 경우에 지침이 적용되는 사업이전을 부정하는 듯한 판단을 내린 바가 있었기 때문이다. 하지만 *Süzen* 사건 이후에도 영국 법원은 근로자의 인수가 없다는 사실만으로 반드시 사업이전을 배제해서는 안 된다고 하면서 *Süzen* 사건 판결의 의미를 종종 다르게 해석하였다. 그 주된 이유로서 Spijkers 기준에서 예시된 다양한 징표들을 종합적으로 고려해야 한다는 점을 들었다. 영국 법원은 서비스공급업체의 변경에 관한 여러 사례에서 기존 근로자들을 전혀 인수하지 않아도 사업이전에 해당할 수 있다고 판결하였다.[47] 심지어는 장비나 직원의 인수가 전혀 없는 경우에도 사업이전으로 본 사례들도 있었다.[48] 이러한 사안들에서 판결의 핵심적인 요지는 어떤 단일한 특징적인 징표의 존재가 사업이전의 해당 유무를 부정하는 결정적인 조건이 될 수는 없다는 것이다. 인적·물적 자산의 인수가 전혀 없음에도 영국 법원이 실체의 동일성 판단에서 중시한 것은 사직과 동시에 새로운 근로조건에 의한 재입사를 인수의 조건으로 제시했다는 점이었다. 여기서 새로운 위탁업체가 사업을 운영하기 위해서는 노동력을 필요로 했고 또 자신이 제시한 조건을 수락하면 재고용할 의사가 있었다는 점 등의 관련 요소들을 종합적으로 판단하여 동일성을 인정한 것이다. 따라서 근로자 인수를 거부한 사정을 포함하여 *Spijkers* 사건에서 예시된 모든 사실에 대한 종합적인 고려와 평가가 중요한 판단요소가 된 셈이다. 그리하여 근로자를 전혀 인수하지 않은 동기가 무엇인지, EU 지침과 영국 법령을 회피하기 위하여 고의로 이를 인수하지 않았는지 주의 깊게 심사해야 한다는 점을 강조하였던 것이다.[49] 결국 2006년에 영국 정부는 법원의 이러한 독자적인 해석을 명문으로 입법화하여 다툼의 여지를 없앴다.

---

47) ECM*(Vehicle Delivery Service*) *Ltd v Cox* [1999]ICR 1162(CA); *ADI(UK) Ltd v Willer* [2001]IRLR 542(CA) 등.

48) *RCO Support Services Ltd v UNISON* [2002] EWCA Civ 464, [2002]ICR 751(CA). 한 병원의 환자들의 개호업무를 맡고 있던 종전의 용역업체 근로자들에 대하여 그 병원이 폐쇄되면서 새로 개설된 병원의 같은 업무를 위탁받은 용역업체가 종전의 사용자로부터 사직하고 새로운 근로조건으로 신규고용을 받아들일 것을 거부한 근로자들을 인수하지 않은 사건이다.

49) *Lightways(contractors) Ltd v Associated Holdings Ltd* [2000] ILRL 247.

2. 2006년 사업이전(고용보호)법

근로자보호의 측면에서 사업이전 개념을 입법적으로 보다 확대하고 명확하게 규정한 대표적인 사례가 2006년 사업이전(고용보호)법(이하 '2006년 법'이라 한다)이다. 2006년 법은 1981년 법을 개정 보완한 것인데 그 뚜렷한 특징 가운데 하나가 바로 '서비스 공급주체의 변경'(service provision change)이라는 사업이전의 방식을 새로이 도입했다는 것이다.[50] 신설된 서비스 공급주체의 변경에는 외부위탁[outsourcing, 제3조 제1항 (b)(i)], 위탁업체의 변경[reassign, (b)(ii)], 외부위탁 한 업무를 다시 기업내부로 되돌리는 내부화[insourcing, (b)(iii)]의 세 가지 형태가 모두 포함되었다. EU 지침에서는 사업이전이란 개념의 확대해석에 의하여 이 문제의 해결을 시도한 반면 영국은 입법으로 이를 명확히 하고 그 적용범위를 EU 지침보다 확대한 것이다. 비록 법원의 탄력적인 법해석을 통해서 EU 지침을 확대 적용하는 것도 불가능한 것은 아니었지만 영국 정부는 지침의 적용가부에 대한 다툼의 여지를 없애고 적절한 필요가 있는 경우에는 근로자 보호를 확고히 하여 법적 안정성을 꾀하고 하였던 것이다. 서비스 공급주체의 변경이란 범주의 도입은 사업이전여부의 판단에 있어서 해석상 다툼이 많은 불명확한 개념인 경제적 실체(economic entity) 및 동일성(identity)이란 용어를 사용하지 않고 의뢰인(client) 또는 위탁업체(contractor)가 종전에 해오던 활동(activities)을 다른 주체로 변경하는 것으로 단순화 하여 해석상의 다툼의 여지를 없앴다. 또 "어떠한 재산의 이전이 없다고 하더라도 사업이전이 일어날 수 있다"고 명시하였다[제3조 제6항 (b)]. 달리 말하자면 Spijkers 기준 가운데 '이전전후의 활동의 유사성 여부'를 결정적인 판단기준으로 도입한 것이다.

2006년 법은 제3조 제3항(a)에서 '서비스공급주체의 변경'의 의미를 "변경이 있기 직전에 고객을 위하여 관련 활동(concerned activities)의 수행을

50) 2006년 법의 특징으로는 그 외에도 사업이전에 따른 해고 및 근로조건의 변경에 관한 규제내용의 명확화, 근로자의 정보 및 양도시 이전되는 권리·책임의 정보를 양수인에게 제공할 의무, 파산절차에 들어간 사업의 이전 시 규제의 완화 등이 있다(長谷川 聰, "企業譲渡におけるイギリスの勞働者保護制度", 季刊 勞動法 第222号, 2008, 68頁).

주된 목적으로 하여 조직된 근로자의 집단이 있고” 또 “하나의 특정한 이벤트나 단기적인 임무가 아니라 그 고객이 서비스 공급자 변경이후에도 인수인에 의하여 계속 수행될 수 있기를 원하는 경우”라고 규정하였다. 이 개념은 *Rygaard* 사건에서 유럽법원이 취한 ‘안정적인 경제적 실체’라는 요건을 반영한 것이라고 볼 수 있다. 다만 계약의 목적이 고객이 사용하기 위한 물품의 공급인 경우에는 적용되지 않는다[제3조 (3)(b)].

2006년 법 제정이후 서비스 공급주체의 변경과 관련하여 최초로 해석상의 다툼이 있었던 *Kimberley* 사건에서 노동항소재판소는 아무런 물적 자산의 이전이 없어서 EU 지침에서 말하는 사업이전이 아니라 하더라도 망명신청자에 대한 숙박시설임대서비스의 공급은 2006년 법이 적용되는 관련 활동이라고 판결하였다.[51] 어떠한 물적・인적 조직도 승계하지 않는 단순한 업무의 이전도 고용승계의 기초가 될 수 있도록 한 이 개념은 경제적 실체의 동일성을 요건으로 하였던 이제까지의 사업이전 개념과는 확실히 달라진 것이다. 이러한 서비스 공급주체의 변경이 있는 경우에도 원칙적으로 고용승계를 의무화하고 승계대상인 근로자가 승계를 원하지 않는 경우에는 이를 거부할 수 있는 권리를 부여함으로써 고용선택의 자유 원칙과 조화를 꾀하였다(제4조). 따라서 사업이전 그 자체를 이유로 행하는 해고는 불공정한 해고에 해당하고, 다만 경제적, 기술적, 조직적 이유로 근로자를 집단적으로 해고하는 경우에는 정당한 사유가 있는 것이면 허용된다는 예외조항을 두었다(제7조).

영국이 아웃소싱에 따른 노무도급관계에서 사용자의 변경을 고용승계의 범위에 포함시킨 까닭은 용역업체간의 공정한 경쟁조건을 정비하여 근로조건의 저하 경쟁을 막고 서비스 및 경영의 질적인 경쟁을 통한 기업경쟁력의 강화를 중시했기 때문이다.[52] 즉 서비스공급계약 입찰자들 간의 수주 경쟁이 근로자에 대한 노동법상의 책임 회피나 비용절감의 차원에서 이루어지지 않도록 하기 위한 것이다. 이는 대처정부의 보수당정권하에서 비롯된 공공부분의 민영화가 초래한 행정서비스 등의 질의 저하

51) *Kimberley Group Housing Ltd. v Hambley* [2008] IRLR 682.

52) 長谷川 聰, “業務の外部委託・委託先の變更・社內化におけるイギリスの勞働者保護の構造”, 季刊 勞働法 第219号, 2007, 254頁.

에 대한 반성과 EU 지침의 해석상의 불명확성으로 인하여 야기될 수 있는 탈법적 형태의 해고남용을 방지하기 위하여 행한 영국 법원의 유연하고 목적론적인 법해석에 따른 판례 법리의 형성에 힘입은 바가 컸다. 또한 기업조직의 재편에 따른 위험을 근로자에게만 전가하지 않고 사용자에게도 부담시킴으로써 공정한 노사관계질서의 형성을 도모한 점도 주목할 만한 대목이다.

Ⅴ. 과제와 전망

EU 지침의 제정을 계기로 아웃소싱에서 사업이전에 따른 근로자의 고용승계 및 근로조건 보호의 문제는 이제 어느 정도 법적인 통제 하에 놓이게 되었다. 하지만 기업의 구조조정 자체가 매우 다양한 형태로 일어나기 때문에 지침의 적용범위를 둘러싼 논란은 여전히 거듭되고 있다. 이 때문에 영국에서는 법적용의 불확실성을 제거하고 근로자보호에 보다 무게를 실은 법 개정이 있었다. 이에 비하여 한국의 경우에는 아웃소싱에 따른 노동법상의 갈등들이 점차 표면으로 드러나기 시작하고 있지만 아직 입법이나 명확한 법리가 없다. 다만 상법에서 유래한 영업양도 법리에 따라 고용승계의 문제를 다루는 수준에 지나지 않는다. 하지만 영업양도라는 법리 자체도 그 성격상 노동관계에 적용하기에는 무리가 있다. 또 영업양도의 경우에는 양도당사자간에 양도행위라는 일정한 법률관계가 존재하는 반면 아웃소싱의 경우에는 아웃소싱 업체의 변경과 같이 신·구 사업체 간에 아무런 법률관계를 전제로 하지 않기 때문에 그 법리를 적용하는 데는 근본적인 한계가 있다. 따라서 영업양도 법리의 성격을 보다 명확히 밝히고 이와는 전혀 별개의 고용보장법적 관점에서 새로이 접근할 필요성이 있다. 이런 의미에서 유럽공동체의 지침이나 판례 및 영국의 입법사례는 시사하는 바가 적지 않다고 말할 수 있다. 특히 유럽법원의 판단기준을 자국의 실태에 맞추어 보다 구체적이고 명확한 판단기준을 정립하고 입법적으로 해결해 나간 영국의 사례는 그런 의미에서 참고할 점이 많다. 아웃소싱과 관련하여 다른 나라의 선도적인 입법이나 판례

의 소개가 매우 부족한 상황에서 이 글은 그 논의를 풍부히 하기 위한 시작에 불과하다. 또 여기서는 주로 아웃소싱에 초점을 맞추었지만 합병이나 분사, 파산 등 다른 형태의 기업조직의 변동에도 동일한 법적 문제가 발생할 수 있다는 점에서 다각적인 연구가 필요하다는 점을 마지막으로 덧붙이고 싶다.

참 고 문 헌

김형배 · 하경효 · 김영문, 영업양도와 근로관계의 승계, 신조사, 1999.

이승욱, “사업양도와 근로자의 지위”, 서울대학교 박사학위논문, 1977.

_____, “노동법상 사업양도의 의의와 한계”,「노동법학」제10호, 한국노동법학회, 2000.

_____, “근로관계의 승계를 수반하는 사업양도의 요건”,「조정과 심판」제5호, 중앙노동위원회, 2001.

_____, “근로관계 승계요건으로서의 영업양도의 의의”,「노동판례비평 2001」, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2002.

임종률, “사업주변경과 근로자의 법적 지위”,「민법학논총」(곽윤직교수화갑기념), 1985.

하경효, “EU 노사관계의 최근 동향과 노동법의 발전 전망”,「노동법학」제8호, 한국노동법학회, 1998.

_____, “아파트 관리업체 변경 시 고용승계 여부”,「판례월보」제336호, 1998.

長谷川 聰, “業務の外部委託・委託先の變更・社內化におけるイギリスの勞働者保護の構造”,季刊 勞働法 第219号, 2007.

_____, “企業讓渡におけるイギリスの勞働者保護制度”, 季刊 勞働法 第222号, 2008.

高橋賢司, ドイツ法における事業承繼と企業再編法, 季刊 勞働法 第222号, 2008.

水野圭子, “フランス · EU 法における企業組織變動と勞働契約の承繼, 日本勞働法學會誌 108号, 2006.

_____, “EUにおける企業組織變動”, 季刊 勞働法 第222号, 2008.

荒木常志, “合併・營業讓渡・會社分割と勞動關係 : 勞働契約承繼法の成立經緯と內容”, ジュリスト 第1182号, 有斐閣, 2000.

鎌田耕一, “事業讓渡と勞動關係:東京日新學園事件”, 勞働判例百選(ジュリスト 別冊 NO.197), 有斐閣, 2009.

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

Charles Wynn-Evans, The New Transfer of Undertakings Legislation, Oxford University Press, 2006.

Code du travail, Dalloz, 2010.

EUR-Lex Access to European Union Law, http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm

Gérard Lyon-Caen ed., Droit du travail, Dalloz, 2008.

Hugh Collins ed., Labour Law, Hart, 2005.

Jean Pélissier et., Droit du travail, Dalloz, 2004.

R. Blanpain, European Labour Law, Kluer, 2010.

Simon Deakin & Gillian S. Morris, Labour Law, Hart Publishing, 2009.

<국문초록>

유럽공동체에서는 사업이전과 고용승계에 관한 지침의 제정을 통하여 아웃소싱에 따른 근로자의 고용승계 및 근로조건 보호의 문제를 해결하는 계기를 마련하였다. 하지만 기업의 구조조정 자체가 매우 다양한 형태로 일어나기 때문에 지침의 적용범위를 둘러싼 논란은 여전히 거듭되고 있다. 이 때문에 영국에서는 법적용의 불확실성을 제거하고 노동자보호에 보다 무게를 실은 법 개정이 있었다. 이에 비하여 한국의 경우에는 아웃소싱에 따른 노동법상의 갈등들이 점차 표면으로 드러나기 시작하고 있지만 아직 입법이나 명확한 법리가 없다. 다만 상법에서 유래한 영업양도 법리에 따라 고용승계의 문제를 다루는 정도에 지나지 않는다. 하지만 영업양도 법리는 그 성격상 노동관계에 적용하기에는 무리가 있다. 또 영업양도의 경우에는 양도당사자간에 양도행위라는 일정한 법률관계가 존재하는 반면 아웃소싱의 경우에는 아웃소싱 업체의 변경과 같이 신·구 사업체 간에 아무런 법률관계를 전제로 하지 않기 때문에 그 법리를 적용하는 데는 근본적인 한계가 있다. 따라서 영업양도 법리의 성격을 보다 명확히 밝히고 이와는 다른 고용보장법적 관점에서 새로이 접근할 필요성이 있다. 이런 의미에서 유럽공동체의 지침이나 판례 및 영국의 입법사례는 시사하는 바가 적지 않다. 특히 유럽법원의 판단기준을 자국의 실태에 맞추어 보다 구체적이고 명확한 판단기준을 정립하고 입법적으로 해결해 나간 영국의 사례는 그런 의미에서 참고할 만한 가치가 있다.

주제어 : 아웃소싱, 영업양도, 사업이전, 경제적 실체, 고용승계

Abstract

Law and Jurisprudence in European Community on Outsourcing and Transfer of the Employment Relationship

Cho, Kyung-Bae*

It is a difficult issue whether or not employment relationships are automatically transferred in a case where a transaction between both subcontractors doesn't involve any transfer of tangible or intangible assets like in a transfer of undertaking from one subcontractor to another.

In Korea, this issue has been usually dealt with based on the commercial law approach. This approach is more likely to produce a conclusion that there is not a transfer of a business in the change of employers where a contract performed by a subcontractor is terminated and entered into with new one, which is contrary to the employment protection objectives of the Labor Standard Law.

In the case of a undertaking based essentially on manpower such as cleaning or security, the labor law approach focused on the 'same or similar activities' should be taken for the employees to be protected where the undertaking in which they have worked is transferred. Therefore, the court has to inquire into the motive of the transferee in declining to take on the employees, and to scrutinize with particular care a transaction deliberately structured with a view to avoiding the principle of unjustifiable dismissal prohibition altogether.

In this context, EU directive, case law and regulations of UK have many implications. In especial, additional category of a 'service provision change' in TUPE extends the scope of the directive and introduces greater certainty into the law ensuring employment protection.

Key Words : Outsourcing, Legal Transfer, Transfer of Undertaking, Economic Entity, Transfer of Employment Relationship

* Professor, Department of Law, Soonchunghyang University