

동태적 사업 개념

- 노동법상 사업 개념의 재검토 -

www.kli.re.kr

박 제 성

목 차

제1장 동태적 사업 개념의 기본 의의	1
제2장 외국법 사례	8
1. 프랑스: 경제사회단일체(unité économique et sociale)	8
2. 유럽연합: 계약관계망(web of contractual relations), 폭스바겐-Temco 사건	11
3. 유럽연합: 사업이전지침상 “사업”의 개념	13
4. 공동사용자(co-employeur): 프랑스	13
제3장 국내 법령 사례	17
1. 남녀고용평등법: 동일가치노동 동일임금	17
2. 산재보험법: 구상권 제한	18
3. 산업안전보건법	20
4. 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률: 연결재무제표	20
5. 상법: 업무집행지시자의 연대책임	22
제4장 국내 판례 사례	25
1. 태광산업-대한화섬 정리해고 사건: 2006년 대법원 판결	25
2. 마산지역 정화조 청소업체 부당휴직 사건: 2013년 서울고등법원 판결	27
3. 이른바 “공동사업주” 개념	28
4. 세진중공업 산재보험료율 산정 사건: 2016년 대법원 판결	30
5. 한국수자원공사 용역근로자 파업 사건: 2020년 대법원 판결	32

제5장 몇 가지 응용사례	35
1. 산업안전	35
2. 교섭창구단일화제도	39
3. 일용근로자의 사회보험 직장가입	43
4. 가짜 5인 미만 사업장	44
5. 원청회사에 의한 대체근로의 적법성 여부: CJ대한통운 택배기사 과업 사건	45
6. 사업이전	49
7. 플랫폼노동관계	50
제6장 결론에 갈음하여	54

제 1 장

동태적 사업 개념의 기본 의의

“사업”은 우리 노동관계법이 기본적인 적용단위로 삼고 있는 개념이다. 예를 들어, 근로기준법은 그 적용범위와 관련해서 “상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업”에 적용한다고 규정하고 있으며(제11조 제1항), 근로자의 정의와 관련해서는 “임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람”을 말한다고 규정하고 있고(제2조 제1항 제1호), 사용자의 정의와 관련해서는 “사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”를 말한다고 규정하고 있으며(제2조 제1항 제2호), 경영상 이유에 의한 해고의 제한과 관련해서는 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다”고 규정하고 있다(제24조 제1항). 그 밖에도 근로기준법에는 사업이라는 용어 혹은 개념을 사용하고 있는 조문이 넘쳐 난다.

노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)은 원칙적으로 사업만을 적용범위로 상정하는 법은 아니지만, 그럼에도 불구하고 사업이라는 개념 혹은 용어를 사용하고 있는 조문이 적지 않다. 노동조합 활동이나 단체교섭이 사업 수준에서 전개되는 경우가 많기 때문이다. 예를 들어, 2021년 1월 5일 개정 노동조합법은 이른바 “종사근로자”라는 개념을 새로 도입했는데, 이는 “사업 또는 사업장에 종사하는 근로자”를 말한다. 종사근로자가 아닌 “노동조합의 조합원은 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합 활동을 할 수 있

다”(제5조 제2항). 교섭창구 단일화 절차는 “하나의 사업 또는 사업장에서” 노동조합이 2개 이상인 경우에 적용되고(제29조의2 제1항), 이에 따른 교섭단위는 “하나의 사업 또는 사업장으로 한다”(제29조의3 제1항). 단체협약의 일반적 구속력도 “하나의 사업 또는 사업장” 단위에서 적용된다(제35조).

근로자참여 및 협력증진에 관한 법률(근로자참여법)도 마찬가지이다. “노사협의회는 근로조건에 대한 결정권이 있는 사업이나 사업장 단위로 설치하여야” 하고(제4조 제1항), “모든 사업 또는 사업장에는” 고충처리위원을 두어야 한다(제26조).

하지만 도대체 사업이란 무엇인가? 노동관계법 그 어디에서도 사업을 정의하지 않는다. 최근의 입법 기술적 관행과 관련하여, 마치 모든 법적 문제가 제2조에서 결판나기라도 할 것처럼, 본문에서 규정해야 할 실체법적 내용까지도 무분별하게 정의 조항에 포함하는 식으로 법이 만들어지는 경향이 있다는 점을 생각할 때, 유독 사업에 대해서만 정의 조항이 없다는 것은 다소 의아한 일이라고 하지 않을 수 없다. 사업은 따로 정의하지 않아도 그것이 무엇인지 이해하는 데 별 문제가 없고, 크게 해석상의 다툼도 없기 때문인가? 아니면, 혹시 사업은 뭐라고 정의하기 힘들기 때문에, 혹은 사전에 뭐라고 일의적으로 정의하는 것이 현실적으로 적절하지 않기 때문에, 현실의 변화와 실태를 반영하여 끊임없이 재해석될 수 있도록 개방해 두는 것이 법의 규범력과 실효성을 제고하는 데 더 낫다고 판단하였기 때문일까? 법적으로 명확한 개념은 법인 또는 회사 정도일 것이다. 이렇게 상대적으로 명확한 법적 개념이 존재하고 있음에도 불구하고 굳이 사업이라는 다소 모호한 용어를 사용하는 것은, 노동관계의 동태적 변화를 노동법이 흡수할 수 있도록 하기 위한 개념적 장치로 이해하는 것이 타당할 것이다.

사업의 개념을 이해하기 위해서는 우선 사업과 기업이 같은 것인지 다른 것인지를 검토할 필요가 있다. 노동관계법에서는 분명히 사업이라는 용어만 사용하고 기업이라는 용어는 거의 사용하지 않는데도 불구하고, 현실에서는 오히려 기업이라는 용어가 더 많이 사용되는 것 같기 때문이다. 사업은 기업과 같은 것인데 표현만 다를 뿐인가, 아니면 다른 것인가?

(사실 기업이라는 용어도 일의적으로 확정되기 어려운 용어라는 점에서는 사업과 마찬가지로 할 수 있다. 다만, 이 글에서는 기업을 회사 혹은 법인과 사실상 동일한 개념으로 사용하고 있는 관행을 따르기로 한다.)

대법원의 일부 판결례는 사업과 기업을 같은 개념으로 이해하고 있는 것 같다. 대법원에 따르면:

“(구) 근로기준법 제28조 제2항¹⁾의 입법취지는, 하나의 사업 내에서 직종(예컨대 사무직과 생산직), 직위(예컨대 고위직과 하위직), 업종(예컨대 제조업과 서비스업) 별로 서로 다른 퇴직금제도를 두어 차별하는 것을 금지하고 하나의 퇴직금제도를 적용하게 하고자 함에 있는 것이므로, 거기에서 말하는 ‘사업’은 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다 할 것이고, 따라서 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직은 하나의 사업으로 파악하여야 할 것[이다.]”²⁾

(그럼에도 불구하고, 대법원은 “특별한 사정이 없는 한”이라는 단서를 붙이고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이때 말하는 “특별한 사정”이란 무엇인가? 그것을 해명하는 것이 사업 개념론의 핵심이고, 이하의 글에서 반복해서 검토하겠지만 동태적 사업 개념론이 목적하는 바이기도 하다는 점을 미리 밝혀둔다.)

민법학자 또는 상법학자들은 위 판결례와 마찬가지로 사업을 기업과 동일한 개념으로 이해하고 있는 것 같다.³⁾ 노동법학자 중에도 사업을 “경영상의 일체를 이루는 기업체로서, 예컨대 법인체 또는 개인사업체를 말하는 것이라고 해석해야 한다”⁴⁾는 입장이 있다. 반면에 사업과 기업을 목

1) “제1항의 퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업 내에 차등제도를 두어서는 아니된다.” 이 규정은 현재 근로자퇴직급여보장법 제4조 제2항에 “제1항에 따라 퇴직금제도를 설정하는 경우에 하나의 사업에서 급여 및 부담금 산정방법의 적용 등에 관하여 차등을 두어서는 아니 된다”는 내용으로 재규정되어 있다.

2) 대법원, 1993. 2. 9, 91다21381. 같은 취지로 대법원, 1993. 10. 12., 93다18365; 1997. 11. 28., 97다24511; 1999. 8. 20., 98다765 판결 등.

3) 민·상법학자들의 입장에 대해서는 김지형, 「영업양도와 근로관계의 승계」, 『민사재판의 제문제』, 제8권, 민사실무연구회, 1994, 1030쪽 이하 참조.

4) 김형배, 『노동법』, 625쪽.

적의 영리성 여부에 따라서 구별하는 입장도 있다. 이에 따르면, 사업은 “사업주가 물질적, 비물질적 수단을 이용하여 재화와 용역의 생산이라는 기술적 목적을 상시적으로 수행하는 조직체이며, 기업은 이윤의 획득이라는 경제적 목적에 의하여 특징지워진다.”⁵⁾ 말하자면, 기업은 경제적 개념이고, 사업은 사회적 개념이라는 것이다. 그런데 사업과 기업을 같은 개념으로 보는 입장과 다른 개념으로 보는 입장 모두 사업을 하나의 조직체, 법인체로 이해하고 있다는 점에서는 마찬가지로이다. 즉 사업을 정태적 개념으로 파악하고 있는 것이다. 종래의 해석론은 사업을 (개인사업의 경우를 제외하면) 법인과 동일시한다. 이 법인으로서의 사업이 영리적 성격을 가질 때 흔히 기업이라고 부른다.

사실 사업을 법인과 동일시하는 것은 역사적 근거가 없지는 않다. 이른바 테일러-포드주의를 탄생시킨 것이 바로 위계형 법인사업(기업) 모델이기 때문이다. 경제학자 로널드 코즈가 분석의 대상으로 삼았던 기업 개념도 바로 이 법인사업 모델이다. 코즈는 1937년에 쓴 논문 「기업의 본질」에서 생산이 가격 메커니즘(시장)에 의해서 조정된다면 기업 같은 조직은 필요 없을 것인데 왜 기업이 존재하는가 묻는다. 그러고는 대답한다. “내가 생각하기에 기업의 특징은 가격 메커니즘의 대체인 것 같다.”⁶⁾ 가격 메커니즘을 이용하려면 비용이 드는데, 이 거래비용이 기업이라는 위계 조직을 통하여 생산을 조직하는 데 드는 비용과 같아지는 한계 지점에서 기업이 등장한다는 것이다. 근로자의 고용을 예로 들어보자. 각각의 근로자를 생산과정의 매 단계마다 가격 메커니즘을 통해서 고용하려면 근로자에게 지출되는 비용보다 적절한 가격을 찾는 데 드는 비용이 더 들지도 모른다. 극단적으로는 한 명의 근로자에게 일을 시키기 위해서도 매 순간 가격을 정해서 계약을 새로 체결해야 한다면 사실상 사업을 운영하는 것이 불가능해질 것이다. 하지만 기업에서는 그러한 식으로 계약더미를 양산할 필요가 없다.

5) 이승욱, 『사업양도와 근로자의 지위』, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 14쪽.

6) Ronald Coase, “The Nature of the Firm”, *Economica*, Vol. 4, No. 16, November 1937, p.389.

“왜냐하면 이 일련의 계약들은 하나의 계약으로 대체되기 때문이다. 이 단계에서, 기업에 고용되는 생산요소를 투입시키는 계약의 성격을 지적하는 것이 중요하다. 그 계약은 해당 생산요소가 일정한 보수를(고정급이든 변동급이든) 대가로 일정한 한계 내에서 사업주의 명령에 복종하기로 동의하는 계약이다. 이 계약의 핵심은 사업주의 권한에 가해지는 한계를 말함으로써만이라는 점에 있다. 이 한계 내에서 사업주는 그러므로 다른 생산요소들을 지휘할 수 있다.”⁷⁾

여기에서 코즈가 말하는 “하나의 계약”은 곧 근로계약을 의미한다. 즉 근로계약은 “일정한 한계 내에서 사업주의 명령에 복종하기로 동의하는 계약”이다. 이 계약은 사업주가 무엇을 할 수 있는가를 정하는 계약이 아니라, 반대로 사업주가 무엇을 할 수 없음을 정하는 계약이다. 그 한계 내에서 사업주는 자신의 처분에 맡겨진 근로자의 노동력을 자신의 목적에 따라 사용할 수 있다. 이 지점에서 사업주는 사용자, 즉 근로자의 노동력을 사용하는 자가 된다. 코즈의 말대로 근로계약은 두 가지 서로 상반된 기능을 수행한다. 하나는 사용자에게 근로자의 노동력을 처분할 수 있는 권한을 부여하는 것이고, 또 하나는 그러한 권한의 행사를 계약의 범위 안으로 제한하는 것이다. 이러한 개념에서 사용자가 근로자에게 행사하는 처분권은 계약에서 정한 시간과 장소의 제약을 받는다.

코즈의 논문 「기업의 본질(The Nature of Firm)」은 Firm의 본질에 관한 것이다. Firm은 명사로는 회사 또는 기업을 의미하지만, 형용사로는 단단한, 확실한 등의 의미가 있다. 코즈가 기업을 Firm으로 표현했을 때, 코즈는 확실히 기업에 대해서 뭔가 단단하고 경계가 확실한 이미지를 염두에 두었을 것이다.

전통적인 노동법도 이것을 모델로 삼았다. 법인사업 모델에서 법인은 사용자로서 사업에 필요한 노동력을 직접 고용한다. 근로자는 법인과 근로계약으로 맺어진다. 법인이 사용자이기 때문에 사용자성이 명확하다. 법인이 권한을 행사하고 책임을 진다. 법인사업 모델에서 사용자는 근로자에게 지시하고, 근로자를 감독하고, 근로자를 징계한다. 이것이 곧 사용

7) Ibid., p.391.

자의 지시권이요 근로자는 이 지시권에 종속된다. 이것이 종래의 종속성 개념이다. 인격적 종속성(독일)이라고 부르든, 법률적 종속성(프랑스)이라고 부르든, 사용종속성(일본)이라고 부르든, 그 표현만 다를 뿐 내용은 대동소이하다.

그러나 사업은 법인으로 환원되지 않는다. 사업과 법인을 동일시하는 것은 법이론적 근거도 약할 뿐만 아니라, 오늘날의 현실에도 더 이상 부합하지 않는다. 사업은 법인 혹은 그것의 영리적 표현인 기업과 다르다. 사업은 특정한 상품의 생산이나 특정한 서비스의 제공 등 특정한 목적을 수행하기 위하여 인적 요소와 물적 요소를 결합할 수 있는 자유를 의미한다. 그리고 이 자유를 실현하기 위하여 사업주는 자신의 필요에 따라 사업의 법적 형식을 자유롭게 선택할 수 있다. 근로자들을 근로계약을 통해 직접 고용하여 하나의 법인으로 하는 방식(즉 사업에 필요한 노동력을 내부화하는 방식), 혹은 근로자들을 근로계약이 아닌 다른 형식의 계약을 통해 법인에 결합하는 방식(즉 사업에 필요한 노동력을 외부화하는 방식), 혹은 다른 법인들을 지배법인에 결합하는 방식(즉 사업에 필요한 인적 요소와 물적 요소를 외부화하는 방식) 등 다양한 형식이 가능하다. 그리고 노동법은 법인이 아니라 사업을 적용단위로 삼는다. 보통의 경우에는 하나의 법인이 하나의 사업을 구성할 것이다. 그러나 언제나 그런 것은 아니다. 사업은 하나의 법인으로 환원되지 않는다. 개인과 개인의 결합, 혹은 개인과 법인의 결합, 혹은 법인과 법인의 결합이 하나의 사업을 구성할 수도 있다. 이처럼 사업의 다양한 표현 양식을 포착하는 것이 바로 “동태적 사업 개념”이다.

한편, 복수의 독립된 사업장으로 구성된 사업의 경우에는, 그 각각의 사업장이 하나의 사업으로 간주될 수 있다는 점도 아울러 지적해 둘 필요가 있겠다. 동태적 사업 개념은 사업의 범위를 법인 바깥으로 확장하는 방향으로 적용될 수도 있지만, 반대로 사업의 범위를 법인 내부로 축소하는 방향으로 적용될 수도 있다. 하지만 사업 개념의 축소는 어느 선에서는 멈추어야 할 것이다. 그렇지 않으면 하나의 부서로까지 사업 개념이 축소되는 상황이 초래될 수도 있기 때문이다. 마찬가지로 사업 개념의 확장도 어느 선에서 멈추어야 할 것인데, 이것은 뒤에서 다시 언급하겠지만

“하나의 사업목적을 위하여 유기적으로 연결되어 있는 경제적 동일체”라는 기준을 적용함으로써 해소될 수 있다. 그렇다면 사업 개념의 축소는 어느 선에서 멈추는 것이 적절한가? 이에 대해서는, 근로자참여법에서 사용하고 있는 “근로조건의 결정권이 있는 사업장” 개념을 활용하여, 이를 마지노선으로 설정하는 것이 적절할 것이다.

다시 말하면, 동태적 개념으로 파악되는 사업은 근로조건의 결정권이 있는 독립된 사업장, 하나의 독립된 법인, 하나의 법인에 외부의 자연인 또는 법인을 결합시키는 사업관계망 등 다양한 형식으로 표현된다. 다만, 사업장은 사업의 하위 범주에 속하고, 또 대부분의 법령에서 “사업 또는 사업장”이라는 형식으로 양자를 병렬해서 규정하는 경우가 많기 때문에, 특별한 사정이 없는 한 동태적 사업 개념의 분석대상을 사업장은 제외하고 사업에 한정해도 무방할 것이다.

법의 정신은 권한과 책임을 조율시키는 데 있고, 그래서 사업주가 선택한 사업의 법적 형식을 존중하기도 하지만 경우에 따라서는 법의 목적에 따라 새로운 형식으로 재정의·재분류하기도 한다. 즉 사업은 사업주가 선택한 형식으로 정태적(靜態的)으로 고정되어 있는 것이 아니라, 언제나 법의 목적에 비추어 동태적(動態的)으로 새롭게 정의되는 개념이다. 다시 말하면, 사업은 사업관계망 속에서 어떤 자리에 배치되는지에 따라서 상대적으로 정의되는 개념이다. 이것을 “동태적 사업 개념”이라고 부른다.

제 2 장

외국법 사례

이하에서는 동태적 사업 개념과 반드시 동일하다고 할 수는 없지만 그 기본 취지는 유사하게, 노동법의 규범력과 실효성 제고를 위하여 사업 개념을 확장적으로 이해하는 외국법의 사례들을 소개한다.

1. 프랑스 : 경제사회단일체(*unité économique et sociale*)

프랑스는 1945년에 상시 근로자 수가 50명 이상인 사업에 근로자대표 제도의 일종인 사업위원회(*comité d'entreprise*)를 의무적으로 설치하도록 하는 법을 제정하였다. 그러자 프랑스의 일부 사용자들은 이 의무를 회피하기 위하여 법이 요구하는 상시 근로자 수를 넘지 않도록 사업을 분할하는 전략을 구사하였다. 프랑스 대법원은 이러한 시도에 맞서 근로자대표 제도의 원활한 기능을 보장하고자 하였고, 그런 목적으로 만들어 낸 개념이 바로 “경제사회단일체(*unité économique et sociale*)” 개념이다. 1970년대에 판례에서 처음 등장하였고, 1982년에 입법으로 도입되었다. 현행 프랑스 노동법전 L.2313-8조에 계승되고 있다. 내용은 다음과 같다.

프랑스 노동법전 L.2313-8조. (1) 법적으로 구별되는 복수의 사업들 사이에 노사의 합의 또는 법원의 결정에 의하여 근로자 50명 이상을 사용하는 하나의 경제사회단일체가 인정되는 경우에는 공동의 사회경제위원회(*comité social et économique*)⁸⁾를 설치한다.

- (2) 둘 이상의 사업장을 포함하는 경제사회단일체에는 사업장별 사회경제 위원회와 사업 차원의 중앙사회경제위원회를 설치한다.
- (3) 별도로 사회경제위원회를 설치하는 독립된 사업장의 수와 범위에 대해서는 L.2232-12조 제1항에서 정한 조건에 따라 경제사회단일체 수준에서 체결된 사업별 협약으로 정한다.
- (4) 위 사업별 협약이 존재하지 않고 경제사회단일체 수준에서 선임된 노동조합 대표자가 존재하지 않는 경우에는 경제사회단일체를 구성하는 사업들과 사회경제위원회 사이에 체결된 협약으로서 동 사회경제위원회의 선출직 근로자위원들의 과반수의 찬성으로 체결된 협약으로 독립된 사업장의 수와 범위를 정할 수 있다.
- (5) 위 사업별 협약이나 사회경제위원회와 체결한 협약이 존재하지 않는 경우에는 사용자들 중에 다른 사용자들의 위임을 받은 한 명의 사용자가 각 사업장의 경영상 자율성, 특히 인사관리상의 자율성을 고려하여 독립된 사업장의 수와 범위를 결정한다.
- (6) 위 결정에 대해 분쟁이 있는 경우에는 해당 결정을 한 사업의 소재지를 관할하는 행정관청이 시행령에서 정한 바에 따라 독립된 사업장의 수와 범위를 결정한다. 이때, 경제사회단일체 차원의 근로자대표 선거 절차가 진행되고 있는 경우에는 행정관청의 결정이 있을 때까지 선거 절차는 정지되고, 투표 결과가 공식적으로 확정될 때까지 현직의 근로자위원들의 임기는 연장된다.
- (7) 위 행정관청의 결정에 대한 제소는 민사법원의 관할로 하며, 다른 일체의 행정소송이나 행정분쟁절차의 관할에서 제외한다.

이것은 서로 다른 법인들을 하나로 묶어 근로자대표제도의 적용단위로 간주하는 것이다. 즉 서로 다른 법인들이라도 경제사회단일체로 인정되면 공동의 단일한 근로자대표제도를 설치해야 한다. 이때 경제사회단일체를 구성하는 각 사업에도 법상의 요건에 따라 근로자대표제도를 설치해야 한다. 즉 사업 단위의 근로자대표제도와 경제사회단일체 단위의 근로자대표제도는 선택적인 것이 아니라 병존적이다. 그 밖에 이 노동법전

8) 2017년에 기존의 사업위원회를 대체하는 새로운 근로자대표제도로 창설되었다 (ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017).

규정의 해석과 관련하여 몇 가지 고려사항을 지적해 둔다.

첫째, 노동법전의 규정은 사회경제위원회의 설치만 규정하고 있지만, 판례는 이를 확대해석하여 사업내 노동조합 대표자(délégué syndical)⁹⁾ 또는 고충처리위원(délégué du personnel)¹⁰⁾의 선거와 관련해서도 경제사회단일체 개념을 적용한다.¹¹⁾

둘째, 판례에 의하면 경제사회단일체로 간주되기 위해서는 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 우선, 경영상의 권한이 공유되거나 영업행위의 상호보충성이 있어야 한다. 다음으로, 각 법인으로 나뉘어 고용된 근로자들의 근로조건이나 사회적·경제적 지위에 비추어 볼 때 하나의 근로자집단으로 인정될 수 있어야 한다.¹²⁾

셋째, 위 법문은 한편으로는 “법적으로 구별되는 복수의 사업들(plusieurs entreprises juridiquement distinctes)”이라는 표현을 사용하면서, 다른 한편으로는 “사업(entreprise)”과 “사용자(employeur)”를 혼용하고 있다. 이러한 상황은 프랑스의 입법자가 사업과 법인을 은연중에 혼동하고 있다는 점을 드러낸다. 법인은 사용자이지만, 사업 그 자체는 사용자가 아니기 때문이다. 이 점은 이미 프랑스의 저명한 노동법학자에 의하여 지적된 바 있다. 이에 따르면, “노동법전의 표현은 결함이 있다. 경제사회단일체와 관련된 사안에서 법적으로 구별되는 것은 사업이 아니라 법인, 일반적으로 회사인 것이다.”¹³⁾

9) 산업별 노동조합을 대표하여 사업별 교섭을 수행하고 사업별 협약을 체결하는 담당자를 말한다.

10) 사업내에서 근로자들의 선거로 선출하는 근로자대표의 일종인데, 그 기능은 원칙적으로 근로자들의 고충처리에 집중된다.

11) Cour de cassation, Chambre sociale, 2004. 7. 13., Droit social, 2004, p.944 등.

12) Cour de cassation, Chambre social, 1992. 4. 8., Droit social, 1992, p.628 등.

13) G. Couturier, Traité de droit du travail, tome 2, Les relations collectives de travail, Paris, PUF, 2001, p.40.

2. 유럽연합 : 계약관계망(web of contractual relations), 폭스바겐-Temco 사건¹⁴⁾

폭스바겐벨기에(VW)는 청소업체인 BMV와 건물시설 청소용역계약을 체결하고 있었다. BMV는 재하청업체인 GMC를 통해 이 청소업무를 수행했다. 그러나 GMC는 한 번도 업무도급인인 VW와 직접 계약을 체결하는 등의 계약상 관계를 맺은 적이 없었다. VW는 BMV와 계약을 해지하고 Temco와 새로 청소용역계약을 체결하였다. GMC는 이 소송의 당사자인 4명의 근로자들을 제외한 나머지 근로자들을 모두 해고했다. 이 4명의 근로자들은 단체협약의 보호를 받는 근로자들이었다. 이후 Temco는 75%의 근로자들을 인수해야 한다는 벨기에 업종별 단체협약에 따라 GMC에서 해고된 근로자들 중 일부를 고용했다. 그러나 위 4명의 근로자들은 Temco에 고용되지 않았다. 이 근로자들은 GMC와 Temco 간에 사업의 이전이 이루어진 것이기 때문에 자신들의 고용관계도 Temco로 이전되어야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 유럽연합 사법재판소는 GMC와 Temco 간의 사업이전을 인정하고, 유럽연합의 사업이전지침¹⁵⁾이 적용된다고 판결하였다. 두 가지 질문이 제기되었다.

첫째, Temco는 GMC로부터 어떤 물적 자산도 인수하지 않았으며, GMC는 청소업무가 Temco로 이전된 다음에도 계속해서 존속하면서 회사 설립의 목적이 된 사업을 계속 영위하였는데, 이런 경우에도 사업이전으로 인정될 수 있는가?

둘째, 처음에 청소업무를 위탁받은 BMV나 재위탁받은 GMC와 나중에 위탁받은 Temco 사이에는 아무런 법률관계도 존재하지 않는데(즉 사업의 이전은 BMV 혹은 GMC와 Temco 사이에 체결된 계약에 의해서가 아니라, 원청인 폭스바겐이 기존의 계약을 해지하고 신규로 계약을 체결한 결과에 의한 것인데), 이런 경우에도 사업이전으로 인정될 수 있는가?

첫 번째 질문과 관련하여, 유럽연합 사법재판소는 이미 과거의 판결을

14) ECJ C-51/00 [2002] I-00969.

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

통해서, 사업이전 여부를 결정하는 사업의 동일성 유지는 원칙적으로 사업의 목적 추구를 위해 결합된 인적 요소와 물적 요소의 총체적 이전을 의미하지만, 어느 하나의 요소가 결여되었다고 해서 무조건 사업의 동일성이 부정되는 것은 아니고, 사업의 성격에 따라 각 요소에 부여되는 중요성이 다를 수밖에 없으므로, 어떤 사업이 물적 자산의 이전 없이도 목적 추구가 가능하다면 논리적으로 볼 때 사업의 동일성 유지도 자산의 이전 여부에 좌우되지 않는다는 법리를 확립했고, 이 법리를 이 사건에도 그대로 적용하였다.

두 번째 질문이 더욱 핵심적인 질문이라고 할 수 있다. 이 질문이야말로 원청이 하청의 사업을 지배하는 하청노동관계에서 사업이전 문제가 제기하는 핵심적인 질문이다. 또한 한국의 대법원이 유지하고 있는 영업양도 법리와 유럽연합 사법재판소가 확인하고 있는 사업이전 법리를 구분할 수 있는 핵심적인 지점이기도 하다. 이 질문에 대해서 유럽연합 사법재판소는 다음과 같이 판결하였다.

“인도인과 인수인 사이에 계약관계가 없다는 점은 지침이 의미하는 바의 사업이전을 방해할 수 없다. 사업이전은 인도인과 인수인이 동일한 법인 또는 자연인과 체결한 연속적인 두 개의 계약으로도 성립할 수 있다.”

또한 여기에서 실제로 청소용역업무를 맡은 인도인(GMC)이 청소용역 계약의 당사자가 아니라 재하청업체라는 사실도 문제되지 않는다. 유럽연합 사법재판소는 이 점과 관련하여, 사업이전의 당사자들이 계약 당사자가 아니라는 사실은 사업이전의 개념에 영향을 미치지 않으며, 비록 간접적일지라도 “계약관계망(the web of contractual relations)”의 일부를 구성하는 것으로 충분하다는 입장을 확립했다.

“사업의 인도인이 원도급인과 최초의 계약을 체결한 자가 아니라 단지 원수급인의 하수급인에 불과하다는 사실은 사업이전의 법적 개념에 아무런 영향을 미치지 않으며 해당 사업의 이전이 비록 간접적일지라도 계약관계망의 일부를 구성하는 것으로 충분하다.”

3. 유럽연합 : 사업이전지침상 “사업”의 개념

「사업 및 사업장의 이전, 또는 사업의 일부 및 사업장의 일부의 이전의 경우에 근로자의 권리를 유지하기 위한 회원국들의 입법을 접근시키는 것에 관한 유럽연합 각료이사회의 2001년 3월 12일 2001/23/EC 지침」(사업이전지침)은 사업의 개념을 둘러싼 흥미로운 사례를 제공한다. 왜냐하면 이 지침은 각 회원국의 언어로 번역되었고, 각 언어별 버전마다 “사업” 및 “사업장”을 표현하는 용어를 다르게 사용하고 있기 때문이다.

예를 들어, 불어본은 사업 및 사업장을 차례대로 “entreprise” 및 “établissement”으로 표현한다.

영어본은 “undertaking” 및 “business”로 표현한다.

독어본은 “Unternehmen” 및 “Betrieb”으로 표현한다.

우리의 주목을 끄는 것은 영어본이다. 기업이나 회사를 의미하는 영어 단어 company가 있음에도 불구하고 undertaking이라는 동명사형의 단어를 선택한 이유는 무엇일까? 그것은 첫째, 사업은 기업이나 회사 등 하나의 법인격으로 환원되지 않는다는 것을 나타내기 위함이라고 해석된다. 그리고 둘째, 사업은 명사적으로 이해하기보다는 동사적으로, 즉 동태적으로 이해하는 것이 좀 더 적절하다는 점을 드러내기 위함이라고 해석된다. 이러한 관점은 독어본에서도 역시 관찰된다. 독어 단어 Unternehmen은 사업을 의미하는 명사로도 쓰이지만, 수행하다를 의미하는 동사로도 쓰인다. 영어의 undertaking이 바로 수행하다를 의미하는 동사 undertake의 동명사형인 것과 일맥상통한다. 독어와 영어에서 각각 unter와 under, 그리고 nehmen과 take는 거의 일대일로 대응한다.

4. 공동사용자(co-employer) : 프랑스

두 개 이상의 사업을 하나의 사업으로 재분류하고자 하는 동태적 사업 개념과는 약간 결이 다르게, 각각의 사업은 그대로 둔 채 각각의 사용자를 공동책임관계 혹은 연대책임관계로 재구성하려는 법리도 있다. 프랑스의 공동사용자(co-employeur) 개념이나 미국의 공동사용자(joint-employer)

개념이 대표적이다.¹⁶⁾

미국의 공동사용자 개념은 하청근로자와의 관계에서 원청사업주 혹은 사용자사업주의 단체교섭의무를 인정하기 위하여 미국 연방노동관계위원회(NLRB)가 발전시킨 개념이다. 연방정부의 정치적 성향에 따라서 직접적·구체적 통제권설(공동사용자의 범위를 좁게 본다)과 간접적·유보적 통제권설(공동사용자의 범위를 넓게 본다) 사이에서 왔다 갔다 하는데, 최근에 이른바 브라우닝-페리스 사건을 통해서 우리에게 많이 알려졌다. 반면에 프랑스의 공동사용자 개념은 잘 소개되지 않았다. 그러므로 미국의 공동사용자 개념은 기존의 논문을 참조하는 것으로 대신하고,¹⁷⁾ 이하에서는 프랑스의 공동사용자 개념만 간략히 소개하기로 한다.

프랑스의 공동사용자 개념은 어떤 근로자가 형식상으로는 한 명의 사용자하고만 근로계약을 체결하고 있지만, 사실상 복수의 사용자하고 종속관계를 맺고 있을 때, 노동법상 사용자의 의무를 확장하기 위하여 프랑스 판례가 도입한 개념이다. 이 개념이 처음으로 제시된 것은 2010년 플로도르(Flodor) 사건에 대한 프랑스 대법원의 판결이다.¹⁸⁾ 공동사용자 개념은 특히 모회사와 자회사로 구성된 기업집단에서 자회사 소속 근로자에 대하여 모회사의 연대책임을 인정하기 위하여 적용되는 경우가 많다.

기존의 판례 법리를 대변하고 있던 것은 2014년의 몰렉스(Molex) 판결인데, 그 내용은 다음과 같다.

“종속관계가 존재하지 않는 한, 하나의 기업집단을 구성하는 하나의 회사가 다른 회사에 고용된 근로자에 대해서 공동사용자로 인정될 수 있기 위

16) 우리나라의 대법원이 2010년 현대중공업 사건에서 채택했던 이른바 실질적 영향력설도 같은 범주에 속하는 법리로 이해할 수 있다(대법원, 2010. 3. 25., 2007두8881). 이에 대해서는 뒤에서 다시 검토할 기회를 갖게 될 것이다.

17) 이에 대해서는 강성태, 「사내하청에 관한 세 가지 판단: Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX」, 『노동법연구』, 제40호, 서울대학교 노동법연구회, 2016, 39~85쪽; 신은중, 「미국 공동사용자 원리의 변화와 간접고용관계에 대한 합의: 브라우닝-페리스 사건 결정(2015)을 중심으로」, 『노동정책연구』, 제16권 제1호, 한국노동연구원, 2016, 87~131쪽 등 참조.

18) Cour de cassation, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 08-15766, Cabinet d'avocat d'affaires Brochard, <https://brochard-avocat.com/la-theorie-du-co-emploi/> (2021. 11. 17).

하여는, 하나의 기업집단에 속해 있는 회사들 사이에 요구되는 경제활동의 조정 필요성과 그것에 따라 발생할 수 있는 경제적 지배상태를 넘어, 다른 회사의 경제적·사회적 관리에 개입함으로써 드러나는 바와 같이 두 회사 사이에 이해관계와 경제활동 및 경영의 동일성이 존재해야 한다.”¹⁹⁾

정리하자면, 두 개의 회사가 공동사용자로 인정되기 위해서는 다음의 세 가지 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 이해관계의 동일성. 즉 두 개의 회사는 하나의 동일한 사업목적을 수행해야 한다.

둘째, 경제활동의 동일성. 즉 두 개의 회사가 수행하는 사업은 각각 별개의 사업이 아니어야 한다.

셋째, 경영의 동일성. 즉 형식상 사용자인 회사의 경영상 자율성이 존재하지 않아야 한다.

이 세 가지 요건은 하나의 회사가 다른 회사의 경제적·사회적 관리에 개입하는 경우에 충족되는 것으로 인정된다. 그러나 단순한 재정지원만으로는 공동사용자로 인정되지 않는다.²⁰⁾

프랑스 대법원은 2020년에 공동사용자 법리를 아래와 같이 좀 더 엄격하게 수정했다.

“공동사용자관계는, 종속관계가 존재하지 않는 한, 하나의 기업집단에 속해 있는 회사들 사이에 요구되는 경제활동의 조정 필요성과 그것에 따라 발생할 수 있는 경제적 지배상태를 넘어, 사용자인 회사의 경제적·사회적 관리에 지속적으로 개입함으로써 다른 회사의 사업상 자율성이 완전히 상실되는 경우에만 인정된다.”²¹⁾

2014년의 몰렉스 판결과 비교하면, “지속적 개입”이라는 요건과 “자율

19) Cour de cassation, Chambre sociale, 2 juillet 2014, 13-15208, Cabinet d'avocat d'affaires Brochard, op. cit.

20) Cour de cassation, Chambre sociale, 7 mars 2017, 15-16865, Cabinet d'avocat d'affaires Brochard, op. cit.

21) Cour de cassation, Chambre sociale, 25 novembre 2020, 18-13769, La Lettre du Restructuring. <https://www.lettredurestructuring.com/P-2496-489-A1-la-nouvelle-definition-du-co-emploi.html> (2021. 11. 17).

16 동태적 사업 개념 : 노동법상 사업 개념의 재검토

성의 완전한 상실”이라는 요건이 추가되었음을 알 수 있다.(우리나라에서도 프랑스의 공동사용자 법리와 유사한 법리가 이른바 “공동사업주”의 개념으로 하급심을 통해서 발전하고 있다. 이에 대해서는 아래에서 다시 후술한다.)

제 3 장

국내 법령 사례

국내의 노동관계법에도 동태적 사업 개념의 취지를 반영한 것으로 해석할 수 있는 규정이 존재한다(남녀고용평등법, 산재보험법 등). 그리고 비록 동태적 사업 개념과 직접 관련되는 규정은 아니라도, 해당 법의 영역에서 동태적 사업 개념의 취지와 동일한 취지를 실현하기 위하여 고안된 개념이나 제도가 존재한다(외부감사법, 상법 등). 우리 실정법 전체에서 이러한 취지를 구현하고 있는 규정들은 적지 않을 것이지만, 이하에서는 가장 대표적이고 전형적인 사례 몇 가지만 살펴보기로 한다.

1. 남녀고용평등법 : 동일가치노동 동일임금

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(남녀고용평등법)에는 아래와 같이 동일가치노동 동일임금 원칙의 실현을 위하여 사업의 개념을 동태적으로 파악하는 규정이 존재한다.

제8조 (임금) ① 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.

② 동일 가치 노동의 기준은 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업 조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정할 때에는 제25조에 따른 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원의 의견을 들어야 한다.

③ 사업주가 임금차별을 목적으로 설립한 별개의 사업은 동일한 사업으로

본다.

남녀고용평등법 제8조는 그 제1항에서 규정하는 원칙, 동일가치노동 동일임금의 원칙으로 유명하다. 반면에 제3항은 별로 주목을 받지 못하고 있다. 실제 사건도 거의 없는 것 같다. 사실 남녀 간에 임금을 차별하기 위하여 별개의 사업을 설립하는 경우를 상정하기도 힘들 뿐만 아니라, 설령 별개의 사업을 설립한 경우가 발견된다 하더라도 그것이 임금차별을 “목적으로” 설립한 것이라는 점을 증명하기란 또 지난한 일일 것이다.

그럼에도 불구하고 이 제8조 제3항은 노동법의 정신, 즉 사업주는 하나의 사업을 별개의 법인격으로 나누어 놓았지만, 그것이 법의 목적(여기에서는 남녀 간 동일가치노동 동일임금)을 위반하거나 회피하려는 의도에서 그런 것이라면, 각각의 법인격 전체를 하나의 사업으로 간주하여 법을 적용하겠다는 정신을 잘 보여준다고 평가하기에 부족함이 없다고 할 것이다. 법의 정신은 권한과 책임을 조율시키는 데 있고, 그래서 사업주가 선택한 사업의 법적 형식을 존중하기도 하지만 경우에 따라서는, 특히 사업주의 선택으로 인해 그 권한과 책임이 어긋나는 결과가 발생하는 경우에는 법의 목적에 따라 새로운 형식으로 재분류하기도 한다. 즉 사업은 언제나 법의 목적에 비추어 동태적으로 분류·재분류되는 개념이다. 동태적 사업 개념은 바로 이러한 법의 정신을 표현하는 개념이다.

2. 산재보험법 : 구상권 제한

사례를 하나 보자. 공장 신축 공사를 하는 甲은 자재와 기계류의 운반 및 하역 작업은 乙에게 도급하고, 신축 공장의 보일러 제작 및 설치 작업은 丙에게 도급하였다. 丙이 제작하여 설치하기 위하여 가져온 보일러를 乙의 근로자가 지게차로 내리다가 丙의 근로자를 치어 사망케 하였다. 공단은 사망 근로자의 유족에게 보험급여를 지급한 다음, 산재보험법 제87조 제1항 본문의 규정에 근거하여 乙에게 구상권을 행사하였다. 산재보험법 제87조 제1항 본문의 규정은 다음과 같다.

산재보험법 제87조 제1항. “공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여

를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.”

공단은 乙을 위 조항에서 말하는 “제3자”로 본 것이다. 그래서 사망한 근로자의 유족이 乙에 대해서 갖는 손해배상청구권을 대위하고자 한 것이다. 그러나 대법원은 위 같은 규정의 단서에 근거하여 이를 기각하였다. 우선, 산재보험법 제87조 제1항 단서의 내용은 다음과 같다.

“다만, 보험가입자인 둘 이상의 사업주가 같은 장소에서 하나의 사업을 분할하여 각각 행하다가 그 중 사업주를 달리하는 근로자의 행위로 재해가 발생하면 그러하지 아니하다.”

대법원은 위 규정에 근거하여 다음과 같이 판시하였다.

“乙과 丙의 각기 그 작업내용이 다르고 丙이 버너를 다른 곳에서 제작하였다 하더라도, 그 제작은 위 신축공장에 설치하기 위한 준비작업일 뿐이어서 결국 작업장소가 동일하고, 위 각 작업들은 공장신축이라는 하나의 사업을 같이 완성하여 가는 관계에 있다 할 것이어서 산업재해보상보험법 제15조 제1항[현행 제87조 제1항] 단서에 따라 원고는 피고들에게 구상을 할 수 없다.”²²⁾

대법원은 이 사건 재해가 위 단서에서 말하는 경우에 해당한다고 본 것이다. 乙과 丙은 각각 산재보험에 가입한 사업주이지만, “공장신축이라는 하나의 사업을 같이 완성하여 가는 관계”, 즉 단서의 표현대로 하면 “하나의 사업을 분할하여 각각 행하”는 관계에 있다. 바꾸어 말하면, 乙과 丙은 각각 자기사업의 사업주이면서 동시에 甲이 지배하는 사업관계망을 구성하는 매듭의 일부이다. 그리고 이 사업관계망 자체가 또 하나의 사업, 즉 “공장신축이라는 하나의 사업”을 구성한다. 하나의 사업과 하나의 사업이 결합하여 또 하나의 사업을 구성한다는 것, 이것이 곧 동태적 사업 개념이다. 이 사건에서는 甲의 책임이 거론되지 않았지만, 다른 국면에서는 甲이 이 사업관계망을 지배하는 사업주로서 그에 합당한 책임을 부담할 수 있다.

22) 대법원, 1994. 10. 11., 94다29225.

3. 산업안전보건법

2019년 1월 15일에 전부개정된 산업안전보건법은 특히 사내하청 노동 관계를 포함하여 사업관계망에서의 산업재해를 예방하기 위하여 사업관계망을 지배하는 사업주의 안전의무를 강화하는 규정들을 도입하였다. 가장 대표적인 규정이 제63조라고 할 수 있는데, 그 본문에 의하면, “도급인은 관계수급인 근로자가 도급인의 사업장에서 작업을 하는 경우에 자신의 근로자와 관계수급인 근로자의 산업재해를 예방하기 위하여 안전 및 보건 시설의 설치 등 필요한 안전조치 및 보건조치를 하여야 한다.” 이에 따라 제64조 이하는 도급인의 안전의무 이행에 관한 구체적인 사항들을 정하고 있다.

그뿐만 아니라, 제77조는 이른바 “특수형태근로종사자”의 노무를 제공받는 사업주의 안전의무를 규정하고 있고, 제78조는 이른바 배달플랫폼사업을 운영하는 사업주로 하여금 플랫폼배달근로자의 산업재해 예방을 위하여 필요한 안전·보건상의 조치를 하도록 규정하고 있으며, 제79조는 가맹점사업자(가맹점주)와 그 소속 근로자의 산업재해 예방을 위하여 필요한 조치를 취할 의무를 가맹본부에 부과하고 있는데, 이러한 규정들은 모두 산업안전보건법의 적용에 있어서 도급인 등의 사업과 수급인 등의 사업을 사실상 하나의 사업 혹은 사업관계망으로 간주하여 그 지배사업주에게 포괄적인 안전의무를 부과하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

4. 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 : 연결재무제표

주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 제2조 제3호, “연결재무제표”란 회사와 다른 회사(조합 등 법인격이 없는 기업을 포함한다)가 대통령령²³⁾으로

23) 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 시행령 제3조(연결재무제표 등) ① 법 제2조 제3호 각 목 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 지배·종속의 관계”란 회사가 경제 활동에서 효용과 이익을 얻기 위하여 다른 회사(조합 등 법인격이 없는 기업을 포함한다)의 재무정책과 영업정책을 결정할 수 있는 능력을 가지는 경우로서 법 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 회계처리기준(이하 “회계처리

정하는 지배·종속의 관계에 있는 경우 지배하는 회사(이하 “지배회사”라 한다)가 작성하는 다음 각 목의 모든 서류를 말한다.

- 가. 연결재무상태표
- 나. 연결손익계산서 또는 연결포괄손익계산서
- 다. 그 밖에 대통령령으로 정하는 서류

이 규정은 믿을 수 있는 회계 정보를 시장에 제공하도록 함으로써 시장과 투자자를 보호하기 위한 목적으로, 지배회사와 종속회사 사이에 일정한 지배·종속관계가 존재하는 경우에는 두 회사를 사실상 하나의 회사로 간주하여 연결재무제표를 작성하도록 규정하고 있다. 두 회사 사이에 지배·종속관계가 존재하는 경우란, “회사가 경제 활동에서 효용과 이익을 얻기 위하여 다른 회사의 재무정책과 영업정책을 결정할 수 있는 능력을 가지는 경우”를 말한다(시행령 제3조 제1항).

예를 들어 보자.²⁴⁾ A회사가 B회사의 주식을 100% 보유하고 있다면 두 회사는 지배·종속관계에 있다고 할 수 있다. 이때 A회사는 지배회사가 되고, B회사는 종속회사가 된다. A회사는 B회사에 대한 자신의 경영권을 행사하여 A회사의 재고상품을 B회사에 밀어낼 수 있다. 그러면 그 상품이 시장에서 팔리지 않더라도 A회사의 영업실적은 올라갈 것이다. 이것은 지배회사가 종속회사의 영업정책을 결정하는 경우에 해당한다.

혹은 A회사는 B회사에 대하여 대규모의 배당을 실시하도록 영향력을 행사할 수 있다. 이 경우에도 A회사는 실제의 영업실적과 상관없이 재무구조가 개선될 것이다. 이것은 지배회사가 종속회사의 재무정책을 결정하는 경우에 해당한다.

이 두 경우에서 지배회사가 개별재무제표를 작성하도록 내버려두면, A회사의 실제 경영상태를 모른 채 회계장부만 보고는 꽤 좋은 회사라고 생각해서 투자한 사람들이 피해를 볼 수 있다. 그래서 지배회사와 종

기준”이라 한다)에서 정하는 그 회사(이하 “지배회사”라 한다)와 그 다른 회사(이하 “종속회사”라 한다)의 관계를 말한다. ②법 제2조 제3호 다목에서 “대통령령으로 정하는 서류”란 다음 각 호의 서류를 말한다. 1. 연결자본변동표 2. 연결현금흐름표 3. 주식.

24) 이종태, 「삼성의 운명 가를 ‘회계 사기’ 의혹 총정리」, 『시사IN』, 제618호, 2019. 7. 23., 23쪽 참조.

속회사에 대해서는 두 회사의 자산과 부채와 손익 등을 모두 합친 뒤 양자 간에 오간 돈을 빼는 방식으로 연결재무제표를 작성하도록 하는 것이다. 말하자면, 서로 다른 두 개의 회사를 마치 하나의 회사로 간주하는 것이다.

회사법에서 연결재무제표 제도가 추구하는 취지는 노동법에서 동태적 사업 개념이 추구하는 취지와 완전히 동일하다. 예를 들어, 위 시행령 제3조 제1항의 규정에 “고용정책”을 추가하고, 지배사업이 종속사업의 고용정책을 결정할 수 있는 능력을 가지는 경우에는 이 두 사업을 하나의 사업으로 간주하여 노동법을 적용한다는 것으로 변안하면, 연결재무제표 제도의 취지와 동태적 사업 개념의 취지가 서로 다르지 않음을 알 수 있을 것이다.

5. 상법 : 업무집행지시자의 연대책임

상법 제401조의2 (업무집행지시자 등의 책임) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조²⁵⁾, 제401조²⁶⁾, 제403조²⁷⁾ 및 제406조의2²⁸⁾를 적용하는 경우에는 그 자를 “이사”

25) 제399조(회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. ② 전항의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 전항의 책임이 있다. ③ 전항의 결의에 참가한 이사로서 이익을 한 기체가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

26) 제401조(제삼자에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. ② 제399조 제2항, 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

27) 제403조(주주의 대표소송) ① 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구는 그 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. ③ 회사가 전항의 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제1항의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다. ④ 제3항의 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 전항의 규정에 불구하고 제1항의 주주는 즉시 소를 제기할 수 있다. ⑤ 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 채소 후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 채소의 효력에는 영향이

로 본다.

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
 2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
 3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자
- ② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

이 상법 규정은 원래 1997~98년 외환위기를 겪은 후에 이른바 재벌총수의 책임을 강화하기 위하여 1998년 개정 상법에 새로 도입된 것이다. 하지만 상법 제401조의2 제1항 제1호에서 말하는 “회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자”에는 자연인뿐만 아니라 법인인 지배회사도 포함된다는 것이 대법원 판례의 입장이다.²⁸⁾

물론 이 규정은 업무집행지시자에 해당하는 지배회사와 그 지시를 받아 업무를 집행한 이사가 대표하는 종속회사를 하나의 회사로 간주하는 규정은 아니다. 단지 업무집행지시자와 종속회사 이사의 연대책임을 규정하고 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 이 규정은, 종속사업에 대한 자

없다. ⑥ 회사가 제1항의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다. ⑦ 제176조 제3항, 제4항과 제186조의 규정은 본조의 소에 준용한다.

- 28) 제406조의2(다중대표소송) ① 모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제1항의 주주는 자회사가 제1항의 청구를 받은 날부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 즉시 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 소에 관하여는 제176조 제3항·제4항, 제403조 제2항, 같은 조 제4항부터 제6항까지 및 제404조부터 제406조까지의 규정을 준용한다. ④ 제1항의 청구를 한 후 모회사가 보유한 자회사의 주식의 자회사 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제1항 및 제2항에 따른 제소의 효력에는 영향이 없다. ⑤ 제1항 및 제2항의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.

- 29) 대법원, 2006. 8. 25., 2004다26119.

24 동태적 사업 개념 : 노동법상 사업 개념의 재검토

신의 영향력을 이용하여 그 사업의 근로자와의 관계에서 자신의 경영상 이익을 실현하고자 하는 지배사업주에게 그에 상응하는 노동법상 사업주 책임을 묻고자 하는, 동태적 사업 개념의 취지와 동일한 취지에 기반하고 있다고 할 것이다.

제 4 장

국내 판례 사례

국내 판례의 주류적 경향은 사업을 개별 법인체와 동일시하는 입장이지만, 드물게 사업 개념을 동태적으로 파악하는 판결례들이 없지는 않다. 물론 이러한 판결례들이 동태적 사업 개념을 염두에 두고 나온 것이라고 하기는 좀 어렵고, 대개는 사실관계에 조응하여 구체적 타당성을 확보하는 차원에서 사업 개념을 동태적으로 파악하게 된 것이라고 할 수 있지만, 바로 그러한 점이, 즉 법의 정신과 구체적 사실관계를 조응시켜 법의 목적을 실현하고자 하는 태도가 바로 동태적 사업 개념의 취지와 부합한다는 점에서, 이하에서 소개하는 판결 사례들은 깊이 음미될 필요가 있다고 할 것이다.

1. 태광산업-대한화섬 정리해고 사건 : 2006년 대법원 판결

원심에 의하여 인정된 사실은 다음과 같다. 태광산업 주식회사 화섬 부문과 대한화섬 주식회사는 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하지만, 인사 교류, 자재 공동 구입, 단일 노조, 대표이사 겸직, 자금 지원 등의 면에서 사실상 1개 단위의 회사로 운영되어 왔다. 태광산업 화섬 부문뿐만 아니라 대한화섬도 경영 실적이 악화되어 장래 경영 전망이 어두웠다. 태광산업 화섬 부문과 대한화섬의 경영 실적 악화는 화섬업계의 전반적 사양산업화에 기인한 것인 점에 비추어 보면 태광산업 화섬 부문과 대한화섬

의 경영 상황은 상호 밀접한 관련이 있는 것으로 보인다. 두 회사가 이를 종합적으로 판단하여 공동 시행한 이 사건 정리해고는 경영상 필요에 의한 것이다.

이 사건에서 우리가 주목하는 부분은 정리해고의 정당성 자체가 아니라, 정리해고의 정당성을 판단하는 사업의 범위에 관한 것이다. 이와 관련하여 대법원은 다음과 같이 실시하였다.

“동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 할 것이나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고, 경영여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 할 것이다.”³⁰⁾

대법원이 실시한 내용을 요약하면 다음과 같다. 정리해고 정당성 판단은 원칙적으로 법인별로 해야 하지만, 상황에 따라서는 법인의 일부 사업부문에 한정하여 판단할 수도 있고, 또는 복수의 법인을 하나로 묶어 판단할 수도 있다. 즉 사업은 하나의 법인일 수도 있고, 혹은 법인의 일부

30) 대법원, 2006. 9. 22., 2005다30580. 흥미로운 점은 이 두 회사가 단일노조와의 교섭에 있어서 두 회사가 법인격을 달리하므로 공동교섭을 할 수 없다는 이유로 교섭을 회피한 일이 있었다는 것이다. 만약 이 교섭 회피를 부당노동행위로 문제 삼았다면 대법원이 어떤 판단을 내렸을지 궁금하지 않을 수 없다. 단체교섭 거부 문제는 소송으로 다루어지지 않은 것으로 보인다.

사업부문일 수도 있고, 혹은 복수의 법인일 수도 있다는 것이다. 이것은 동태적 사업 개념의 내용과 전혀 다르지 않다.

2. 마산지역 정화조 청소업체 부당휴직 사건 : 2013년 서울고등법원 판결

법원의 판결문을 토대로 재구성한 사실관계는 이렇다. 창원시 옛 마산 지역 정화조 청소업체인 A, B, C는 각각 사업자 등록을 한 별도의 법인이다. 甲은 2003년에 3개사를 인수하였으며, 공동운영협약을 통해 A사의 대표이사인 甲이 3개사 전체의 대표이사로서 업무집행을 하고 자금은 A사의 통장으로 관리한다는 내용의 공동사규를 제정하였다. 3개사 사업장에는 3개사 소속 근로자들을 조합원으로 하는 노동조합이 조직되어 있었다. 乙과 丙은(이하 “乙 등”이라고 한다) 이 노동조합의 지회장과 사무장이다. 甲은 이 사건 3개사의 대표로서 노동조합과 수차례 단체협약을 체결하였다. 시의 하수관거 작업에 따라 매출이 줄어들자 3개사가 구조조정에 들어갔고, A사는 2011년 10월 임시주주총회를 열어 공동경영을 중단하고 경영을 분리하기로 의결하였다. 그 직후인 2011년 12월 B사가 휴업하면서 乙 등에 대하여 휴직 처분을 하였다. 2012년 4월 B사는 乙 등을 해고하고 그 다음 날 폐업하였다.

이에 乙 등은 A사와 B사를 상대로 경남지방노동위원회에 부당휴직 구제신청을 하였다(부당노동행위 구제신청도 함께 제기했지만 이 글의 쟁점은 아니므로 제외한다).

경남지방노동위원회(2012부해12)는 구제신청을 각하하였다. 이유는 다음과 같다. 첫째, A사와 B사는 별도의 법인이고 乙 등은 B사와 근로계약을 체결하였으므로 A사는 乙 등의 사용자가 아니다. 둘째, 乙 등의 사용자는 B사인데 B사의 상시 근로자 수는 2명(乙 등이 B사의 유일한 근로자들)이므로 근로기준법 적용대상이 아니다.

중앙노동위원회(2012부해366)는 경남지노위와 상반되는 판정을 하였다. 즉 3개사가 별도의 법인이라는 하지만 공동운영되고 있어 실질적으로 하나의 사업으로 보아야 한다는 이유로 A사의 사용자성을 인정하면서,

각하 판정을 한 초심을 취소하고 부당휴직 구제신청을 인용하면서 원직 복직을 명령하였다.

2013년 서울행정법원은 중노위의 결론을 지지하였다. 이유는 다음과 같다.

“원고 회사와 AH환경을 포함한 이 사건 3개사 전체가 단일한 사업장(상시 근로자 수 : 11명)으로 참가인들의 사용자라고 볼 것이다. 한편, 참가인들로서는 이 사건 3개사 자체를 단일한 사용자로 보아 구제신청을 제기하는 것이 그 실질에는 부합하겠지만, 이러한 3개 통합회사는 별도의 형식적 법인격이 없어 구제신청이나 소송 등의 상대방으로 하기에 적당하지 않은 점을 고려한다면 원고를 포함한 구성회사 각각을 구제명령을 이행할 사용자로 보아도 무방하다.”³¹⁾

이에 A회사는 항소를 제기하였고, 2013년 서울고등법원은 항소를 기각하였다(상고 미제기로 확정).³²⁾

이 사건도 동태적 사업 개념의 필요성과 적절성을 유감없이 보여준다. 형식적인 법인격 분리에도 불구하고 사실상 한 명의 사업주에 의하여 하나의 사업으로 운영되고 있는 경우에, 그 형식만을 보고 법의 적용을 외면한다면 결과적으로 탈법을 조장하는 셈이 될 것이다. 특히 현행 근로기준법이 원칙적으로 “상시 5명 이상의 근로자를 사용하는”(제11조) 사업(장)에만 적용되는 한계가 있다는 점을 고려한다면, 법의 적용을 회피하는 목적이나 효과를 갖는 사업 쪼개기를 막고, 쪼개진 사업들을 다시 하나의 사업으로 재분류하여 법을 적용할 수 있도록 하는 동태적 사업 개념의 필요성은 더욱 크다고 할 것이다.

3. 이른바 “공동사업주” 개념

2013년 이후 일련의 하급심 판결에서 복수의 사업주를 공동사업주로 인정하여 노동법상 사용자 책임을 긍정하기 시작했다(여기에서 말하는

31) 서울행정법원, 2013. 3. 22., 2012구합27404.

32) 서울고등법원, 2013. 10. 17., 2013누10863.

공동사업주는 동업자를 의미하는 것이 아님에 주의할 것).³³⁾ 최초의 맹아적 사례는 2013년 기독교대한감리회 사건에 대한 서울고등법원의 판결인 것으로 보인다. 이 사건에서 서울고등법원은 다음과 같은 법리를 제시하였다.

“구체적인 근로관계의 내용에 따라서는 근로자가 제공한 특정 근로가 일정한 관계에 있는 복수의 사업주 모두에 대하여 제공된 것으로 평가될 수 있는 경우 이는 이른바 공동고용으로서 복수의 사업주 모두가 (개별적으로 또는 연대하여) 당해 근로자에 대하여 근로기준법상의 임금 등 지급의무를 부담하는 것이 배제되지 않는다고 할 것이다.”³⁴⁾

이후 2014년 서울중앙지방법원은 이 법리를 좀 더 발전시켰다. “공동사업주”라는 용어를 명시적으로 사용하기 시작하였다는 점, 특히 “단일한 사업단위”라는 표현을 사용하였다는 점이 의미심장하다.

“근로계약의 개념 및 관련 법리에 비추어 볼 때, 근로계약의 일방 당사자로서 해당 근로자로부터 노무를 제공받아 그에 따른 보수를 지급하게 되는 사용자가 반드시 1인으로 한정되어야 하는 것은 아니고, 사업 또는 사업장 내에서의 구체적인 인력운용·관리의 실태, 해당 사업의 수행에 있어 사용자들간 업무분담의 내용과 방식 등에 따라서는, 복수의 사용자가 공동사업주로서 실질적으로 단일한 사업단위를 구성함으로써 특정 근로자들의 노무를 일체로서 수령하고 그에 따른 보수를 공동의 책임 하에 부담하게 될 경우도 얼마든지 상정할 수 있다.”³⁵⁾

이 사례들을 최초로 소개한 필자가 지적하고 있듯이,³⁶⁾ 이 공동사업주 개념은 아직까지는 임금 및 퇴직금 등 금전지급의무와 관련해서만 인정되고 있을 뿐이고, 나아가 부당해고에서의 고용책임 또는 집단적 노동관계에서의 교섭책임으로까지 확장될 수 있는 것인지는 아직 불확실하다.

33) 이하의 판결례들의 사실관계에 대해서는 최용근, 「공동사업주의 법리」, 『노동법연구』, 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017, 265쪽 이하 참조.

34) 서울고등법원, 2013. 5. 10., 2011나87954.

35) 서울중앙지방법원, 2014. 5. 23., 2013가합521826. 같은 취지로 인천지방법원, 2015. 2. 17., 2012가단100615 및 대전지방법원, 2015. 11. 11., 2014가단219054.

36) 최용근, 앞의 글, 293쪽 이하.

그리고 아직 대법원에서는 이 개념을 채택한 사례가 없는 것 같다. 그럼에도 불구하고 “복수의 사용자가 공동사업주로서 실질적으로 단일한 사업단위를 구성”할 수 있다고 보는 관점은 매우 타당하다고 하지 않을 수 없다.

4. 세진중공업 산재보험료율 산정 사건 : 2016년 대법원 판결

이 사건에서 원고인 세진중공업은 조선기자재 부품 제조판매업 등을 목적으로 설립된 주식회사이다. 원고의 산재보험료율을 정하기 위한 사업종류는 사업개시 이후 줄곧 “강선건조 및 수리업”으로 지정되어 있었다. 2010년에 원고는 이 사업종류 지정이 부당하다며 근로복지공단에 사업종류를 “임대 및 사업서비스업”으로 변경해 달라는 신청을 하였다. 근로복지공단은 이 신청을 반려하였고, 서울행정법원³⁷⁾과 서울고등법원³⁸⁾은 이 반려 처분이 적법하다고 판결하였다. 원고는 다시 대법원에 상고하였고, 대법원은 원심의 판단을 유지하였다.

이상이 간략한 사건 경과이다. 요약하면, 배를 만드는 회사가 “우리는 조선업이 아니라 임대업이다.”라고 주장했는데, 공단과 법원이 일관되게 “당신은 조선업이다.”라고 판단한 사건이다. 법원의 판단은 지극히 상식적이고, 원고의 주장은 다소 엉뚱해 보인다. 그런데 원고는 왜 이렇게 엉뚱한 주장을 대법원까지 끌고 갔을까?

원고는 이렇게 주장했다. “원고는 선박제조업체로부터 수주한 선박부품인 선박블록의 제작을 사내협력업체들에게 도급을 주어 제작하게 하였고 직접 선박부품을 제작한 바 없으며, 사내협력업체들이 제작한 선박부품을 납품받아 이를 발주업체인 선박제조업체에게 납품하는 방식으로 영업을 하였기 때문에 사업종류가 ‘강선건조 및 수리업(22601)’에 해당하지 아니함에도 제조업 중 위험도가 제일 높은 강선건조 및 수리업으로 사업종류를 분류한 것은 잘못이며, 원고의 사업종류는 제조업이 아닌 ‘기타 각종 사업(905)’ 중에서 ‘임대 및 사업서비스업(90502)’에 해당한다.”

37) 서울행정법원, 2012. 12. 13., 2011구합30052.

38) 서울고등법원, 2013. 9. 25., 2013누3599.

이 사건이 제기된 2010년도 「사업종류별 산재보험료율 고시」(제2009-79호)³⁹⁾에 의하면, 강선건조 또는 수리업(22601)의 산재보험료율은 42/1000이다.⁴⁰⁾ 반면에 임대 및 사업서비스업(90502)의 산재보험료율은 10/1000이다.⁴¹⁾ 임금총액을 50억 원이라고 가정하면, 강선건조업은 산재보험료가 2억 1,000만 원인 데 비하여, 임대업은 5,000만 원에 불과하다.

그렇다면 원고의 주장이 정말 터무니없는 것일까? 2010년도 「사업종류예시표」에 의하면, 임대 및 사업서비스업에는 기계장치 및 소비용품 임대업과 기타 사업서비스업이 해당되는데, 기계장치 및 소비용품 임대업에는 “용접장비 임대”나 “각종 장비의 종합 임대” 같은 것이 포함되고, 기타 사업서비스업에는 “사업 및 경영상담업”이나 “사무관련대리서비스업” 같은 것이 포함된다. 사실 원고는 사내협력업체에 용접장비와 기타 시설 및 장비를 임대하여 선박블록을 제작하도록 하도급하고 이를 관리했을 뿐이다. 그러니 원고의 입장에서 보면, 판례의 기준에 따라 “실제의 사업내용과 근로자의 작업형태”에 비추어 볼 때, 선박건조업이 아니라 기계장치 임대업이라고 볼 여지가 아주 없는 것은 아닐 수 있다. 어쨌든 원고가 직접 선박부품을 제작한 바는 없으니 말이다.

그러나 대법원은 원고의 주장을 기각하였다. 대법원은 원고의 사업종류를 강선건조 및 수리업으로 인정한 원심의 판단에 잘못이 없다고 판결하였다.

“원심은, ① 원고가 선박블록 제작을 수주하여 사내협력업체에 하도급한 후 자신의 사업장 내에서 주로 진행되는 제작공정을 관리·감독하였고, 원고 소속 사무관리 직원들의 업무도 선박블록 제조라는 사업목적에 위하여 유기적으로 결합되어 있으며, 원고의 사업을 사내협력업체와 비교해 보았

39) 산재보험료율은 가입자의 사업종류에 따라 다르다. 이 사업종류를 정하고 있는 것이 「사업종류별 산재보험료율 고시」인데, 이것은 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률 제14조 제3항, 같은 법 시행규칙 제12조에 따라 고용노동부장관이 고시한다.

40) 2021년도 고시(제2020-145호)에서는 24/1000이다.

41) 2021년도 고시에서는 기계장치 및 소비용품 임대업이 부동산 및 임대업(911)의 하위범주인 임대업(91102)으로 분류되고 있으며, 산재보험료율은 7/1000이다. 그리고 사업서비스업(90104)은 시설관리 및 사업지원 서비스업(901)의 하위범주로 분류되고 있으며, 산재보험료율은 8/1000이다.

을 때 재해발생의 위험성이나 경제활동의 동질성 및 사업에서의 주된 최종제품, 작업공정 등이 다르다고 볼 수 없는 점, ② 원고가 선박블록 도면 제작에 관여하고 제작공정별로 설계도면을 정리, 배분하여 사내협력업체에 제공함으로써 생산할 선박블록을 기획하고, 사내협력업체에 자재와 시설을 제공하였으며, 자기 명의로 선박제조업체와 계약을 체결하고 납품하였으므로, 원고의 사업은 한국표준산업분류상 제조업에 해당하는 점, ③ 원고의 사업장 인근 지역에서 유사한 형태로 선박블록 등을 제조하는 사업체의 사업종류도 ‘강선건조 및 수리업’으로 지정되어 있는 점 등을 종합하여, 원고의 사업이 고용노동부장관이 고시한 산업재해보상보험료율의 사업종류예시표 중 ‘강선건조 또는 수리업’에 해당한다고 판단하였다.”⁴²⁾

대법원에 의하여 인용된 원심은 원고의 사업종류를 조선업으로 규정해야 하는 이유를 설시하는 과정에서 사업의 개념을 더할 나위 없이 명료하게 표현하였다. 대법원(원심)은 원고가 선박블록의 생산과정을 기획하고, 사내협력업체의 제작공정을 관리·감독하는 등, 원고의 사업과 사내협력업체의 사업은 선박블록의 제조라는 사업목적에 유기적으로 결합되어 있어 경제활동의 동질성을 갖는다고 하였다. 이러한 논리는 동태적 사업 개념에 그대로 부합한다. 그러므로 우리는 대법원(에 의하여 인용된 원심)의 논리를 가지고 다음과 같이 동태적 사업 개념을 다시 정의할 수 있겠다: 어떤 하나의 사업과 다른 하나의 사업이 하나의 동일한 사업목적에 유기적으로 결합되어 있으며, 특정한 사업주가 이 사업 목적을 기획, 관리, 감독하는 등으로 이 사업들이 하나의 경제적 동일체를 구성한다고 인정되는 경우에는, 이 사업들은 하나의 사업으로 간주된다.

5. 한국수자원공사 용역근로자 파업 사건 : 2020년 대법원 판결

사내하청·용역·위탁 등 다면적 노동관계에서는 하청·용역근로자들이 원청회사의 사업장 안에서 근로를 제공하는 경우가 많다. 그에 따라 쟁의가 발생하는 경우에도 자연스럽게 원청회사의 사업장 안에서 하청근

42) 대법원, 2016. 7. 29., 2013두22703.

로자들의 단체행동이 벌어지는 경우가 많다. 형식상으로는 보면 원청회사는 하청근로자들의 사용자가 아니기 때문에, 하청근로자들이 원청회사의 사업장에서 단체행동을 전개하는 것은 원청회사의 업무를 방해하는 행위가 될 수도 있으며, 원청회사가 퇴거명령을 한 이후에도 하청근로자들이 계속해서 원청회사의 사업장 일부를 점거하고 있다면 퇴거불응죄가 성립할 수도 있다. 그런데 또 하청근로자들의 입장에서 보면, 자신들의 임금과 근로조건을 결정하거나 아니면 적어도 결정적인 영향력을 행사하는 자가 원청회사이기 때문에, 원청회사의 사업장에서 단체행동을 전개하는 것이 효과적이기도 하고 또 필요할 수도 있다.

한국수자원공사 사건에서는, 원청회사인 한국수자원공사의 시설관리 및 청소 용역업체 소속 근로자들이 용역업체와 단체교섭이 결렬되자 파업에 돌입하였고, 한국수자원공사의 사업장 안에서 집회와 시위도 하였다. 파업 도중에 용역업체가 대체근로자들을 투입하였고, 파업근로자들은 대체근로자들의 조업을 막았다. 검찰은 이 사건 파업근로자들을 두 가지 점에서 유죄 취지로 기소하였다. 첫째, 용역업체 근로자들이 원청회사의 사업장 안에서 집회와 시위를 한 것은 원청회사의 업무를 방해한 죄에 해당하고, 퇴거의 요구를 받고도 퇴거하지 아니한 것은 퇴거불응죄에 해당한다. 둘째, 용역업체가 투입한 대체근로자들의 조업을 방해한 것은 용역업체의 업무를 방해한 죄에 해당한다. 대법원은 두 가지 혐의 모두에 대해서 무죄를 선고하였다.⁴³⁾

두 번째 쟁점, 즉 용역업체의 대체근로를 저지한 행위가 업무방해죄에 해당하는가 여부는 이 글의 검토 대상이 아니므로 제외하고,⁴⁴⁾ 첫 번째 쟁점, 즉 하청근로자들이 원청회사의 사업장 안에서 파업과 집회 등 단체행동을 전개하는 것이 허용되는가 여부에 대한 대법원의 판결 요지만 살

43) 사건의 개요와 대법원 판결 요지는 노호창, 「대체근로 저지에 관한 법적 쟁점과 최근 주요 사례의 검토」, 『노동법연구』, 제50호, 서울대학교 노동법연구회, 2021, 99쪽 이하 참조.

44) 대법원에 의하면, 대체근로는 법률에 의하여 금지되어 있기 때문에, “쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정 [대체근로 금지규정]의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다.”(대법원, 2020. 9. 3., 2015도1927).

피보기로 하자. 대법원은 이렇게 판단했다.

“수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로, 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다. 따라서 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다.”⁴⁵⁾

하청회사의 근로자들이 원청회사의 사업장 안에서 파업을 하고, 집회를 하고, 시위를 하는 것은, 설령 그것이 지리적으로는 타인의 사업장 안에서 하는 것이라도, 정신적으로 그리고 사회적으로 그것은 자신들의 사업장에서 하는 것이나 마찬가지이다. 적어도 쟁의 국면에서는 원청회사의 사업장이 하청근로자들의 사업장으로 전유되는 것이다. 위 대법원 판결은 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 동태적 사업 개념의 취지를 잘 살린 판결이라고 할 수 있겠다.

45) 대법원, 2020. 9. 3., 2015도1927.

제 5 장 몇 가지 응용사례

동태적 사업 개념은 이른바 간접고용관계(사내하청, 위탁, 용역 등), 원하청관계, 모자회사관계 등에서 노동법상 사용자(사업주) 책임을 부담하는 주체를 확인해야 할 필요성이 제기될 때, 두루 응용될 수 있다. 앞에서 예로 든 법령의 사례와 판례의 사례 들이 모두 동태적 사업 개념의 응용 사례에 해당된다. 이상의 사례들을 제외하고, 아직 동태적 사업 개념을 응용한 실례가 나타나지는 않았지만, 앞으로 충분히 이 개념을 적용하여 문제를 해결할 수 있는 몇 가지 사례들을 검토하기로 하자.

1. 산업안전

2021년 1월 26일 제정된 중대재해 처벌 등에 관한 법률(중대재해처벌법)은 확장적으로 이해된 사업 개념을 사용하고 있다. 동법 제2조의 “사업주”의 정의가 그것인데, 그 내용은 다음과 같다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

(1호-6호 생략)

7. “종사자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 「근로기준법」상의 근로자

나. 도급, 용역, 위탁 등 계약의 형식에 관계없이 그 사업의 수행을 위하여 대가를 목적으로 노무를 제공하는 자

- 다. 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에는 각 단계의 수급인 및 수급인과 가목 또는 나목의 관계가 있는 자
- 8. “사업주”란 자신의 사업을 영위하는 자, 타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자를 말한다.
- 9. “경영책임자등”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
 - 가. 사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 또는 이에 준하여 안전보전에 관한 업무를 담당하는 사람
 - 나. 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업의 장, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조부터 제6조까지의 규정에 따라 지정된 공공기관의 장

분설한다.

첫째, 제8호에서 말하는 “자신의 사업을 영위하는 자”란 기존의 관례에 따라 좁은 의미의 사업 개념에 의거한 사업, 즉 개인사업 또는 법인사업을 영위하는 자를 의미한다. 즉 개인사업에서는 그 개인, 법인사업에서는 그 법인이 사업주가 된다. 이 협의의 정의는 제2조 제7호 “종사자”에 관한 정의 중 가목 “근로기준법상의 근로자” 항목과 조응한다. 즉, 제2조 제8호 앞부분과 제7호 가목은 기존의 전통적인 근로계약관계를 상정하는 규정이다.

둘째, 제8호의 규정 중 “타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자”는 여기에서 말하는 타인이 자연인인가 법인인가에 따라 다시 두 가지 경우로 구별할 수 있다.

먼저, 노무를 제공하는 타인이 자연인인 경우를 보자. 이것은 제2조 제7호 나목 “도급, 용역, 위탁 등 계약의 형식에 관계없이 그 사업의 수행을 위하여 대가를 목적으로 노무를 제공하는 자” 항목과 조응한다. 나목에서 상정하고 있는 자는 근로계약관계를 맺고 있는 자가 아니다(그것은 가목에서 따로 정의하고 있다). 나목에서 정의하고 있는 자는 특정 사업주(개인사업주와 법인사업주를 불문한다)에게 경제적으로 종속되어 있는 비임금근로자, 흔히 이른바 특수고용종사자로 부르는 자이다. 다시 말하면, 이 경우에 사업주란 특수고용종사자로부터 노무를 제공받아 사업을 하는 자를 의미한다.

다음으로, 노무를 제공하는 타인이 법인인 경우를 보자(좀 더 정확하게 말하자면, 여기에서 말하는 법인은 엄격한 의미의 법인이 아니라 또 다른 사업주를 의미하는 것이다. 그 사업주는 개인사업주일 수도 있고 법인사업주일 수도 있다. 사업주라는 말이 반복되는 것을 피하기 위하여 법인사업주를 대표격으로 내세우는 것일 뿐이다). 이 경우는 제2조 제7호 다목 “사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에는 각 단계의 수급인 및 수급인과 가목 또는 나목의 관계가 있는 자” 항목과 조응한다. 다목에서 말하는 수급인에는 개인사업주 또는 법인사업주가 모두 포함된다. 흔히 말하는 하청사업주가 이들이다. 다시 말하면, 이 경우에 사업주란 하청사업주로부터 노무를 제공받아 사업을 하는 자, 즉 원청사업주를 의미한다.

이상을 종합하면 다음과 같이 말할 수 있다. 중대재해처벌법 제2조 제8호에서 정의하는 사업주는 근로계약관계의 일방 당사자인 사업주만을 의미하는 것이 아니라, 비임금근로자로부터 노무를 제공받아 사업을 하는 사업주 및 하청업체로부터 노무를 제공받아 사업을 하는 사업주를 모두 포괄하는 개념이다. 바꾸어 말하면, 사업주란 사업을 하는 자를 말하는 것이므로, 중대재해처벌법이 상정하고 있는 사업 개념은 근로계약관계에 근거한 사업구조(법인사업)에 국한되는 것이 아니라, 비임금근로관계 및 하청관계에 근거한 사업구조(네트워크 사업구조 또는 사업관계망)까지 모두 포괄하는 개념인 것이다.

이때 유의할 점이 하나 있다. 위 두 번째의 경우와 같이 사업주가 “타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자”로 정의되는 경우에, 이 사업주는 두 가지 차원에서 이중의 사업주성을 갖는다는 점이다. 하나는 “자신의 사업을 영위하는 자”로서의 사업주성이고, 또 하나는 “타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자”로서의 사업주성이다. 마찬가지로, 이 두 번째의 경우에서 그 노무를 제공하는 타인(자연인이 아닌 타인)은 (원청)사업주에게 노무를 제공하는 자이면서 동시에 “자신의 사업을 영위하는 자”로서 그 자신도 하나의 사업주에 해당한다.

편의상 이하의 논의에서는 “자신의 사업을 영위하는 자”를 “자기사업주”로, “타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자”를 “지배사업주”로 부르

기로 하자. 그리고 지배사업주의 사업(관계망)을 구성하는 사업들을 사업 관계망의 맥락에서 지칭할 때에는 “구성사업”으로 부르기로 하자.⁴⁶⁾

중대재해처벌법이 상정하고 있는 사업 개념, 이것을 우리는 기꺼이 동태적 사업 개념이라고 부를 수 있을 것인데, 이 개념은 중대재해처벌법 각 규정의 해석 및 적용에 있어서 항상 고려되어야 한다. 그러한 관점에서 법 제3조를 해석해 보자. 법 제3조는 다음과 같다.

제3조 (적용범위) 상시 근로자가 5명 미만인 사업 또는 사업장의 사업주(개인사업주에 한정한다. 이하 같다) 또는 경영책임자등에게는 이 장의 규정을 적용하지 아니한다.

사업 또는 사업주의 의미를 단선적으로만, 즉 자기사업주로만 이해하는 입장에서는 중대재해처벌법의 적용범위가 너무 좁다고 비판할 수 있을 것이다. 그러나 위에서 분설한 사업주의 이중적 의미 혹은 동태적 사업 개념을 고려하면 다른 해석이 가능하다. 제3조에서 말하는 “상시 근로자가 5명 미만인 사업”은 자기사업인 경우와 사업관계망인 경우에 각각 그 의미가 다를 수 있다. 분설하자.

첫째, 자기사업의 상시 근로자 수가 5명 미만인 경우에는 중대재해처벌법 제2장은 적용되지 않는다. 이때 자기사업은 개인사업과 법인사업을 구분하지 않는다. 이하에서도 동일하다. 제3조는 사업주를 “개인사업주에 한정한다”고 정하고 있기 때문에, 법인사업주는 제외되는 것처럼(즉 법인사업은 상시 근로자 수와 무관하게 제2장이 적용되는 것처럼) 읽히기 쉽지만, 뒤에서 말하고 있는 “경영책임자등”에는 사업을 대표하는 자가 포함되는데(제2조 제9호 가목), 대표라는 용어에서도 알 수 있듯이 이때 말하는 사업은 법인사업을 의미한다. 즉 제3조는 개인사업에 대해서는 “사업주”로 지칭하고, 법인사업에 대해서는 “경영책임자등”으로 지칭하는 것이다. 이것은 법인이라는 조직이 아니라 법인을 대표하는 자연인을 수급자로 삼기 위함이다.

46) 중대재해처벌법 제4조와 제9조에서는 이것을 “사업주나 법인 또는 기관이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장”이라고 부르고 있는데, 사실상 같은 말이다.

둘째, 사업관계망 전체의 상시 근로자 수가 5명 미만인 경우에는 지배 사업주에 대해서 제2장은 적용되지 않는다. 이 경우에는 구성사업도 모두 5인 미만일 것이기 때문에 제2장의 적용은 없다.

셋째, 사업관계망을 구성하는 구성사업 각각의 상시 근로자 수가 5명 미만이라도 그 사업관계망 전체의 상시 근로자 수가 5명 이상인 경우에는, 사업관계망을 하나의 사업으로 영위하는 지배사업주에게 중대재해 처벌법 제2장이 적용된다. 이때 지배사업주 자신의 자기사업에서는 상시 근로자 수가 5명 미만일 수 있다. 그렇다고 하더라도 지배사업주는 자기 사업주가 아니라 사업관계망의 사업주로서 법의 적용대상이 된다.

사실, 사업주의 안전의무, 즉 근로자의 건강과 안전을 유지해야 할 사업주의 의무를 적용함에 있어서는, 중대재해처벌법뿐만이 아니라 산업안전보건법을 포함하여 일체의 산업안전관계법에서 사업의 개념을 동태적·확장적으로 해석할 필요가 있다. 근로자의 건강과 안전에 관한 문제는 노동법의 존재이유 그 자체와 직결되는 문제이기 때문이다. 앞에서 우리는 2019년에 개정된 산업안전보건법이 좁은 의미의 근로계약관계를 넘어 사업주의 안전의무를 사내하청관계, 특수고용관계, 가맹사업관계, 플랫폼 노동관계 등으로 확장시키고 있다는 점을 살펴 본 바 있다. 하지만 좀 더 근원적인 차원에서 산업안전보건법의 적용범위를 재정의할 필요가 있다. 왜냐하면 산업안전에 관한 기본법은 중대재해처벌법이 아니라 어디까지나 산업안전보건법이기 때문이다. 역설적으로 중대재해처벌법은 존재의 이유를 발견하지 못하는 것이 가장 좋은 그런 법이다. 산업안전보건법의 기본적인 적용범위는 “모든 사업”이다(제3조). 이 사업은 동태적 개념으로 해석되어야 한다. 그리고 가능한 한 가장 확장적인 방향에서 동태적으로 해석되어야 한다. “노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진함”(제1조)이라는 법의 목적을 진지하게 생각한다면 말이다.

2. 교섭창구단일화제도

노동조합법 제29조의2 제1항에 따르면, “하나의 사업 또는 사업장에서

조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다.” 그리고 제29조의3 제1항에 따르면, “교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다.” 이미 앞에서 “하나의 사업 또는 사업장”이라고 규정하고 있으면서 다시 반복하고 있다. 기준을 확실히 세우는 것으로 이해하면 되겠다.

그럼에도 불구하고 “현격한 근로조건 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여” 필요한 경우에는 교섭단위를 분리하거나 통합할 수 있다(제29조의3 제2항). 원래는 교섭단위의 분리만 있었는데, 2021년 1월 5일 노동조합법 개정을 통해서 교섭단위 통합제도가 도입되었다. 그러나 일각의 견해에 의하면 현행의 교섭단위 통합제도는 여전히 하나의 사업 또는 사업장 단위에서만 가능하다고 한다. 제29조의3 제2항 자체가 이미 “하나의 사업 또는 사업장에서 (...) 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합할 필요가 있다고 인정되는 경우에” 분리 또는 통합에 관한 결정을 할 수 있다고 규정하고 있기 때문일 것이다. 그러므로 예컨대 자회사와 모회사 또는 원청업체와 하청업체를 하나의 교섭단위로 통합하여 단체교섭을 할 수 있는 가능성이 이 규정에 의하여 실현될 수 있는지는 의문이 남을 수 있다.

여기에서 동태적 사업 개념의 적용을 생각해 볼 수 있다. 즉 “하나의 사업”이라는 법문을 건드리지 않은 채, 모회사와 자회사 또는 원청업체와 하청업체를 “하나의 사업”으로 재분류함으로써, 단체교섭의 단위를 확장하는 방법이다. 즉 “하나의 사업”으로서의 사업관계망을 지배하는 사업주는 사업관계망에 소속된 근로자들이 제기하는 교섭에 응할 책임이 있다. 여러 구성사업들 중 특정 구성사업을 대상으로 하는 교섭뿐만 아니라, 사업관계망 전체를 대상으로 하는 교섭에도 응할 책임이 있다. 이미 우리는 앞에서 복수의 법인에 걸쳐 있는 하나의 노동조합이 복수의 법인을 상대로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 경우가 존재한다는 사실을 확인한 바 있다(마산시 정화조 청소업체 사건).

그런데 이 경우에 사업관계망을 지배하는 지배사업주만 단체교섭의무를 부담하는 것인지, 아니면 각각의 사업주도 함께 단체교섭의무를 부담

하는 것인지 의문이 들 수 있다. 원칙적으로 모든 사업주는 자기사업과 관련하여서는 자기책임을 부담한다. 그러므로 동태적 사업 개념의 적용에 따라 복수의 사업이 하나의 사업으로서 사업관계망을 구성하는 것으로 간주되는 경우에도, 각 구성사업주의 단체교섭의무는 그대로 존속한다. 그리고 지배사업주의 단체교섭의무는 구성사업주의 단체교섭의무와 중첩적으로 존재한다고 할 것이다.

2021년 6월 2일의 중앙노동위원회 판정이 좋은 사례이다. CJ대한통운의 대리점에 소속된 택배기사들이 원청업체인 CJ대한통운을 상대로 단체교섭을 요구하고, CJ대한통운이 이것을 거부해서 부당노동행위 구제신청이 들어온 사건에서, 중앙노동위원회는 이른바 실질적 영향력설을 적용하여 원청업체의 단체교섭거부가 부당노동행위에 해당한다고 인정하였다. 중앙노동위원회에 따르면:

“공통의 경제적 이해를 가지는 복수의 기업 간 기능적 분업과 다층적 계약관계망을 통해 재화나 서비스의 생산·유통·판매가 이루어지고, 원사업주에 비해 거래상 우월한 지위를 가지는 원사업주 이외의 사업주(근로자 파견관계에서 사용자사업주, 도급사업주, 모회사, 플랫폼사업자 등)가 스스로의 사업상 필요에 의하여 원사업주 소속 근로자의 노무를 자신의 지배 내지 영향 아래에서 이용하는 다면적 노무제공관계가 확산되고 있다. 전형적인 근로계약관계에서 다면적인 노무제공관계로 고용구조가 재편되면서 단일했던 노무사용자로서의 권한 또한 복수의 사업주 간 분화되고 있는 현실을 보태어 보면, 원사업주 이외의 사업주가 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 형성, 사업장의 유해·위험요소 관리, 작업배치나 업무방법의 기준 설정 등에 대해 일정한 지배력·결정권 등을 보유·행사하는 경우 그 범위 내에서 노동조합법상 부분적인 사용자 책임을 원사업주와 중첩적으로 부담하는 것이 우리 헌법에서 보장한 노동3권의 실질적 구현을 위해서도 요청된다.”⁴⁷⁾

이러한 법리에 기초해서 중앙노동위원회는 다음과 같이 명령할 수 있었다. “이 사건 사용자는 노사의 자율적 선택에 따라 단독 내지 대리점주

47) 중앙노동위원회, 2021. 6. 2., 중앙2021부노14.

와 공동으로 이 사건 노동조합과의 단체교섭에 성실히 응하라.”

사실, 원청사업주가 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 결정할 수 있는 권한을 유보하고 있는 상황에서는, 원청사업주가 교섭에 응한다는 조건만 확보된다면, 하청사업주가 교섭석상에 나오는지 여부는 크게 중요한 문제가 아닐 수 있을 것이다. 반면에, 예를 들어 가맹사업관계에 있어서와 같이, 가맹점근로자(하청근로자)의 근로조건에 대한 결정권이 가맹점주(하청사업주)에게도 일정 정도 보존되어 있는 상황이고, 따라서 가맹본부(원청사업주)와 가맹점근로자들만의 단체교섭으로 인해 가맹점주의 권한이 부당하게 침해·제약될 수 있는 상황이라면, 가맹본부와 가맹점주 그리고 가맹점근로자들이 함께 삼자교섭을 하는 방식이 필요할 수 있을 것이다. 중앙노동위원회의 판정은 이렇게 다양한 교섭조건에 유연하게 대응할 수 있는 논리적 기반을 제공하고 있다는 점에서, “국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다”⁴⁸⁾고 규정한 법의 정신에 잘 부합한다고 할 것이다.

그런데 이 지점에서 이런 의문이 들 수 있을 것 같다. 이것은 실질적 영향력설에 따른 것인가, 동태적 사업 개념론에 따른 것인가? 주지하다시피 대법원은 2010년 현대중공업 사건에서 이른바 실질적 영향력설을 적용하여 원청회사의 부당노동행위를 인정한 바 있다.⁴⁹⁾ 다만, 이때 문제된 것은 지배개입의 부당노동행위였을 뿐이었고, 단체교섭거부의 경우에도 실질적 영향력설이 적용될 수 있는지는 확실하지 않았다. 그러다가 이 CJ 대한통운 사건에서 중앙노동위원회가 단체교섭거부에 대해서 실질적 영향력설을 적용하여 원청회사의 부당노동행위를 인정한 것이다. 하지만 아직 대법원의 판단은 나오지 않은 상태이다. 학설은 대립한다. 크게 보면, 지배개입은 몰라도 단체교섭거부에 대해서는 근로계약관계 혹은 근로계약관계와 유사한 관계에 있는 자만을 부당노동행위제도상의 사용자

48) 노동조합법 제30조 제3항.

49) 대법원, 2010. 3. 25., 2007두8881.

로 보아야 한다는 입장⁵⁰⁾과 실질적 영향력설이 단체교섭거부에 대해서도 그대로 적용될 수 있다는 입장⁵¹⁾이 있다. 그런데 실질적 영향력을 좁게 보면 거의 근로계약관계와 유사한 관계 정도가 되어야 실질적 영향력을 인정할 수 있다는 입장으로 귀결될 수 있기 때문에, 실질적 영향력설이 독자적 판단기준으로서 의미가 있으려면 근로계약관계유사설과 일정한 선을 긋지 않으면 안 될 것이다. 즉 근로계약관계와 유사한 관계가 존재하지 않더라도 사실상 근로조건의 결정을 좌우할 수 있는 위치에 있는 자는 부당노동행위제도상의 사용자로 볼 수 있다는 내용 정도는 되어야 한다는 것이다. 그리고 이때 중요한 것은 지배사업주의 영향력은 언제나 구체적으로 직접 행사될 필요는 없다는 점, 다시 말하면 지배사업주는 간접적 방식으로든 자신의 영향력을 충분히 행사할 수 있으며, 나아가 필요한 경우에는 언제든지 행사할 수 있는 방식으로 영향력을 유보해 두는 것만으로도 지배의 목적을 달성할 수 있다는 점을 인식하는 것이다. 영향력의 행사 방법을 스스로 결정·선택할 수 있다는 점이야말로 지배의 요체가기 때문이다. 그리고 이러한 내용으로 이해되는 실질적 영향력이 인정되는 경우라면 그 지배사업과 종속사업을 하나의 사업으로 간주하는 것이 가능할 것이다. 즉 다시 말하면, 광의로 이해되는 실질적 영향력설은 동태적 사업 개념의 적용 가능성 여부를 판단할 수 있는 하나의 징표로 기능할 수 있다는 것이다. 요컨대, 실질적 영향력설이 그 본래의 의의를 계속 유지하는 가운데 근로계약관계유사설로부터 멀어지면 멀어질수록 동태적 사업 개념의 의의에 점점 더 가까워진다고 할 수 있다.

3. 일용근로자의 사회보험 직장가입

국민연금법 제3조 제1항 제1호에서 정의하는 “근로자”, 즉 “직업의 종류가 무엇이든지 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생

50) 예를 들어 박지순, 「단체교섭의 당사자로서 사용자개념」, 『노동법논총』, 제51집, 한국비교노동법학회, 2021, 111쪽 이하 참조.

51) 예를 들어 김홍영·강주리, 「택배회사를 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미」, 『노동법연구』, 제51호, 서울대학교노동법연구회, 2021, 383쪽 이하 참조.

활하는 자”는 국민연금 사업장가입자가 된다. 다만, 일용근로자나 1개월 미만의 기간을 정하여 사용되는 근로자는 제외된다(시행령 제2조 제1호 본문). 다만, 일용근로자인 경우에도 1개월 이상 계속 사용되면서 1개월 동안의 근로일수가 8일 이상인 사람은 사업장가입자에 포함된다(시행령 제2조 제1호 단서). 이것은 일용근로자의 사회보험 가입 확대를 위해서 종전의 월 20일 기준을 완화한 것이다. 건강보험도 마찬가지로 일용근로자의 직장가입 기준을 월 8일 이상 근로로 복지부 지침을 개정하였다.⁵²⁾

그런데 언론 보도를 보면, 일용근로자의 사회보험 가입을 회피하기 위하여 일부 사업주들이 근로계약을 월 7일 단위로 쪼개어 체결하는 사례들이 있는 것 같다. 보도에 따르면, “사업주들은 사업자등록증을 여러 개를 가지고 한 노동자의 소속 업체를 월 7일 이하 단위로 바꾸는 방식을 주로 활용하고 있다”⁵³⁾고 한다.

여기에 동태적 사업 개념을 적용하면 이러한 편법을 방지할 수 있을 것이다. 즉 형식상 별개의 사업장으로 구별되어 있지만 사실상 동일한 사업주에 속하는 사업장들을 하나의 사업으로 묶어, 월 7일 이하의 쪼개기 근로계약을 월 8일 이상의 하나의 근로계약으로 재분류함으로써 일용근로자의 사회보험 직장가입을 적용할 수 있다.

4. 가짜 5인 미만 사업장

2021년 4월 1일 권리찾기유니온은 이른바 “가짜 5인 미만 사업장”을 고발하는 언론발표회를 개최했다.⁵⁴⁾ 현행 근로기준법이 원칙적으로 5인 이상 사업에만 적용되는 점을 이용해서, 근로기준법의 적용을 회피하기 위하여 사업을 5인 미만으로 쪼개는 사례가 많다는 것이다.

이런 사례가 알려지면 근로기준법의 적용범위를 근로자 수 요건 없이

52) 국민건강보험, 「건설일용근로자 직장가입 기준 개선 안내」, 2018. 8. 6., <https://www.nhis.or.kr/> (2021. 11. 24).

53) 최나영, 「건설업계 사회보험 가입 회피하려 월 7일짜리 계약」, 『매일노동뉴스』, 2020. 5. 19., 2쪽.

54) 박준용, 「코로나로 해고돼 항의했더니... 1천 명 일하던 공장 “우린 5인 미만 사업장”」, 『한겨레』, 2021. 4. 1.

모든 사업(장)으로 확대하는 입법이 필요하다는 주장이 제기되곤 한다. 물론 그런 입법은 필요하지만, 그 전이라도 해석론을 통해서 해결하려는 노력도 병행하는 것이 좋을 것이다.

앞에서 언급한 남녀고용평등법 사례, 마산시 청소업체 사례, 그리고 위 일용근로자의 사회보험 직장가입 사례 등에서 확인한 바와 같이, 근로기준법의 적용을 회피하기 위하여 사업을 5인 미만으로 쪼개는 경우에는 그러한 법적 형식을 존중해 주어야 할 이유가 없으므로, 쪼개진 사업들을 모두 묶어 하나의 사업으로 재분류하여 근로기준법을 적용하면 될 것이다.

5. 원청회사에 의한 대체근로의 적법성 여부 : CJ대한통운 택배기사 파업 사건

원청회사와 위수탁계약을 체결한 하청회사의 근로자들이 파업을 하고 있을 때, 하청회사가 대체근로를 하면 위법인 것을 금방 알겠는데, 원청회사가 직접 자신의 근로자들을 투입하여 대체근로를 하는 경우에는 어떻게 되는가? 최근에 그러한 사건들이 있었다. 이른바 CJ대한통운 택배기사 파업 사건이다. 살펴보자.⁵⁵⁾

사실관계는 간단하다. CJ대한통운의 일부 지역 위수탁 집배점과 위수탁계약을 체결한 택배기사들이 파업을 했다. 그러자 원청회사인 CJ대한통운이 다른 지역의 직영택배기사들을 투입하여 조업을 재개하려고 했다. 그러자 파업 중인 택배기사들이 직영기사들의 조업을 저지했다.

그러나 사실관계는 간단하지만 법적 쟁점은 좀 복잡하다. 관련 규정은 노동조합법 제43조 제1항이다. 이에 의하면, “사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”

첫째, CJ대한통운은 대체근로 금지의무를 부담하는 사용자에게 해당하는가? 노동조합법은 대체근로 금지의무를 사용자에게 부과하고 있다. 따라서 사용자에게 해당하지 않는다면, 대체근로 금지의무가 부과되지 않고, 따

55) 이하에서 소개하는 사건들의 개요는 노호창, 앞의 글, 105쪽 이하를 참조할 것.

라서 원청회사의 직영택배기사에 의한 대체근로는 적법한 행위가 된다. 반대로, 원청회사가 사용자에 해당하는 경우에는 다시 대체근로의 적법성 여부가 문제된다.

둘째, 원청회사의 직영택배기사에 의한 대체근로는 적법한가? 원청회사가 사용자에 해당한다고 하더라도, 직영택배기사가 “당해 사업과 관계없는 자”에 해당되는지 여부에 따라서 대체근로의 적법성 여부가 판가름날 것이다. “당해 사업”의 범위를 예컨대 원청회사의 사업 전체가 포괄하는 범위의 전국으로 넓게 잡으면, 타 지역의 직영택배기사도 “당해 사업과 관계없는 자”가 아닌 자가 될 것이고(즉 적법한 대체근로가 될 것이고), 반대로 “당해 사업”의 범위를 예컨대 쟁의발생지역으로 좁게 잡으면, 타 지역의 직영택배기사는 “당해 사업과 관계없는 자”가 될 것이다(즉 위법한 대체근로가 될 것이다).

셋째, 대체근로를 저지하는 행위는 위법한가? 대체근로가 적법한가, 위법한가에 따라서 그것을 저지하는 행위의 위법성 판단이 조금 달라질 수는 있겠지만, 저지행위의 위법성 여부는 그 자체의 위법성 판단기준에 따라서 판단되어야 한다. 다시 말하면, 대체근로가 위법하다고 해서 그것을 저지하는 행위가 언제나 적법한 것은 아니며,⁵⁶⁾ 반대로 대체근로가 적법하다고 해서 저지행위가 곧바로 위법한 행위가 되는 것도 아니다. 그것은 직장점거나 피케팅 등 파업에 수반된 단체행동의 적법성 기준, 예컨대 평화적·병존적 행위의 범위에 들어가는가 여부에 따라서 판단될 문제이다.

넷째, 대체근로를 저지하는 행위가 위법하다고 해서, 형법상 유죄는 별론으로 하더라도, 곧바로 파업근로자들의 민사상 손해배상책임이 인정되는 것은 아니다. 손해배상책임이 인정되기 위해서는 파업근로자들의 불법행위(즉 대체근로 저지행위)와 회사 측 손해의 발생 사이에 인과관계가 인정되어야 한다.

이상의 쟁점들을 서로 연결해서 논리를 조합하면 적어도 3개의 논리구

56) 대법원은 이렇게 말한다. “위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력 행사가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다.”(대법원, 2020. 9. 3., 2015도1927).

조가 도출되는데, 사실 이 3개는 모두 하급심 법원의 판결에서 등장한 것이기도 하다.

- (1) 사용자성 인정 → 대체근로 위법 → 저지행위 적법⁵⁷⁾
- (2) 사용자성 인정 → 대체근로 적법 → 저지행위 위법⁵⁸⁾
- (3) 사용자성 부정 → 대체근로 적법 → 저지행위 위법⁵⁹⁾

위 1번과 2번의 판결은 이른바 실질적 영향력설⁶⁰⁾에 입각하여 CJ대한통운의 사용자성을 인정하였다는 점에서 공통적이다. 다만 1번 판결은 “당해 사업”의 범위를 해당 쟁의발생지역의 사업으로 좁게 보았고, 2번 판결은 전국 단위로 넓게 보았다는 점에서 다르다. 여기에서 이미 우리는, 그 결론의 당·부당을 떠나서, 사업 개념이 일의적으로 확정되지 않는다는 사실을 확인할 수 있다. 동태적 사업 개념을 좀 더 적극적으로 이 사건에 적용한다면, 우리는 다음과 같은 새로운 논리를 획득할 수도 있을 것이다.

원청회사인 CJ대한통운의 사업과 위수탁 집배점들의 사업 그리고 위수탁 택배기사들의 사업은 하나의 사업목적을 위하여 유기적으로 연결되어 있는 경제적 동일체로서 하나의 사업을 구성한다(동태적 사업 개념). 그리고 CJ대한통운은 이 하나의 사업을 지배·관리하는 사업주로서 대체근로를 금지하는 노동조합법 제43조 제1항의 사용자에게 해당한다. 다만, 이것은 CJ대한통운이 기본적으로 해당 조항의 수급자 범위에 속한다는 것을 의미할 뿐, 그렇다고 해서 곧바로 모든 대체근로가 위법하게 된다는 것을 의미하지는 않는다. 노동조합법 제43조 제1항은 대체근로를 금지함으로써 근로자들의 쟁의권을 보호하는 것을 목적으로 하는 규정인바, 여기에서 말하는 “당해 사업”은 쟁의가 발생한 규모 또는 범위에 비추어 과

57) 2020. 2. 12. 대구지법 김천지원 판결, 2020. 9. 9. 부산지법 서부지원 판결.

58) 2020. 12. 16. 울산지법 판결.

59) 2020. 10. 15. 대구지법 경주지원 판결, 2021. 1. 21. 서울중앙지법 판결(이 사건은 회사 측에서 저지행위의 위법성을 이유로 손해배상을 청구한 사건인데, 법원은 저지행위의 위법성과 손해의 발생 사이에 인과관계의 성립이 증명되지 않았다고 판단하였다).

60) 대법원, 2010. 3. 25., 2007두8881, 현대중공업 사건.

약되어야 하기 때문이다. 이 문제는 교섭과 쟁의가 맞물려 돌아가는 노사 관계의 구조 속에서 생각해야 한다. 전국 또는 특정 지역 전체에 걸쳐 여러 사업장을 아우르면서 교섭이 진행되는 경우에는, 관련 사업장 전체에서 쟁의가 발생하는 경우는 물론이고, 비록 특정 사업장에서만 거점과업의 형태로 쟁의가 발생하였다고 하더라도, “당해 사업”의 범위는 관련 사업장 전체를 포괄한다고 해석해야 할 것이다. 반대로, 특정 지역 혹은 특정 사업장 수준에서만 교섭과 쟁의가 전개된다면, “당해 사업”의 범위도 해당 지역 혹은 해당 사업장으로만 해석하는 것이 맞을 것이다.

학설 중에는, 하나의 법인이 여러 개의 사업장을 운영하고 있고 그중 하나의 사업장에서 과업이 일어난 경우에 다른 사업장의 근로자를 투입하여 조업을 계속하는 것은, 법인 전체가 하나의 사업으로서 노동조합법 제43조 제1항에서 말하는 “당해 사업”에 해당하므로 위법한 대체근로가 아니라고 보는 입장이 있다.⁶¹⁾ 하지만 이 입장은 사업의 개념을 독립된 법인격과 동일시하는 기존 판례의 입장에 근거해서 나온 것으로서, 동태적 사업 개념을 지지하는 입장에서는 찬성하기 어렵다. 참고로, 판례에 의하면, 여러 사업장에 지부와 분회를 조직하고 있는 초기업별 노동조합의 경우에 노동조합법 제41조 제1항이 규정하고 있는 쟁의행위 찬반투표는 “총과업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회 소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니”⁶²⁾라고 판단한 바 있다. 복수의 지부·지회를 두고 있는 초기업별 노동조합의 경우이든, 복수의 사업장을 두고 있는 기업의 경우이든, 근로자들의 쟁의와 그에 대항하는 사용자의 행위의 적법성은 쟁의의 규모와 범위를 고려하여 그것에

61) 박귀천·박은정·권오성, 『노동법의 쟁점과 사례』, 박영사, 2021, 484쪽 이하. 다만, 이 책은 수험서라는 한계가 있다는 점, 즉 필자들이 자신의 개인적 견해를 제시한 것이라기보다는 시험에서 좋은 점수를 받을 수 있는 모범답안을 제시한 것일 수도 있다는 점을 감안해야 할 것이다.

62) 대법원, 2004.9.24., 2004도4641; 2009.6.23., 2007두12859. 이러한 판례의 입장에 대해서는 타당하다는 의견이 있다(이승욱, 「비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위의 법적 성격」, 『노동리뷰』, 2020년 11월호, 89쪽).

상응하게 판단되어야 한다.

다만, 이 경우에 동태적 사업 개념을 무한정 작게 쪼개어 간다면, 하나의 사업장 안에 있는 여러 개의 부서 중에서 하나의 부서에서 쟁의가 발생한 경우에, 그럼 이 부서를 “당해 사업”으로 보아야 하는가, 그래서 같은 사업장 다른 부서의 근로자를 투입하는 것도 위법한 대체근로에 해당 하는가 하는 문제가 제기될 수도 있을 것 같다. 물론 교섭은 최소한 사업장 수준에서 진행되지 부서 수준에서 진행되는 않을 것이므로, 교섭과 쟁의의 전체 맥락에서 고찰한다는 우리의 접근법에 따르면, 이런 문제는 제기될 여지가 사실 없지만, 그럼에도 불구하고 이 문제를 명확히 해 두는 것은 동태적 사업 개념의 구체성 확보를 위해서 도움이 될 듯하다. 요컨대 사업 개념의 축소는 어느 선에서는 멈추어야 한다(마찬가지로 사업 개념의 확대도 어느 선에서는 멈추어야 할 것인데, 이것은 앞에서 제시한 “하나의 사업목적을 위하여 유기적으로 연결되어 있는 경제적 동일체”라는 기준을 적용함으로써 해소될 수 있을 것이다). 이에 대해서는, 근로자 참여법에서 사용하고 있는 “근로조건의 결정권이 있는 사업장” 개념을 활용하여, 이를 마지노선으로 설정하는 것이 적절할 것이다. 사실 사업장 수준에서 교섭과 쟁의가 독자적으로 전개된다는 것은 그 사업장이 “근로조건의 결정권이 있는 사업장”임을 의미한다고 할 것이다. 이 경우에는 이 사업장을 하나의 사업으로 간주할 수 있다.

6. 사업이전

2020년 12월 31일 엘지(LG) 그룹의 여의도 본사 건물을 청소하는 근로자들이 집단으로 해고되는 사건이 발생하였다. 사건의 경과는 이렇다. 엘지는 그룹 소유 건물의 청소와 관리를 엘지의 건물 관리 계열사인 에스앤아이(S&I) 코퍼레이션에 위탁하였고, 에스앤아이는 여의도 본사 건물의 청소를 지수아이앤씨에 재위탁하였다. 2020년 11월 말에 에스앤아이는 지수아이앤씨와 위탁계약을 종료하였고, 지수아이앤씨는 같은 해 12월 31일 자로 청소근로자들을 해고한다는 통지를 하였다. 에스앤아이는 (주)엘지가 100% 지분을 보유한 자회사이고, 지수아이앤씨는 그룹 총수의 일가

가 소유한 회사이다. 근로자들은 고용승계를 요구하면서 농성을 시작하였다. 농성 4개월여 만에 에스앤아이와 지수아이앤씨 및 근로자들을 대표하는 노동조합 사이에 합의가 이루어졌는데, 이에 따르면 해고된 근로자 전원이 그룹 소속의 다른 빌딩에서 계속 근무하기로 하였다고 한다.⁶³⁾

이 사건은 앞에서 소개한 유럽연합의 폭스바겐-Temco 사건과 거의 동일하다. 물론 유럽연합에는 사업이전지침이라는 명문의 법규가 있다는 점이 우리와 다르지만, 유럽연합 사법재판소도 해석론적 확장을 통해서 사업이전지침을 “계약관계망”에 적용하였듯이, 우리도 이미 대법원 판례를 통해서 영업양도시 고용승계의 법리가 존재하는 상황에서 이를 해석론적 확장을 통해서 사업이전시 고용승계의 법리로 발전시킬 수 있는 여지는 얼마든지 있다고 할 것이다.

즉 (주)엘지와 에스앤아이 그리고 지수아이앤씨는 이 사건의 해결에 있어서는 하나의 사업관계망으로 간주될 수 있으며, 사업이전에 따른 고용승계에 관한 책임은 이 사업관계망 전체 차원에서 담보될 수 있다. 만약 고용승계가 이루어지지 않고 해고가 발생하는 경우에는 지수아이앤씨를 시작으로 에스앤아이를 거쳐 (주)엘지까지 부당해고에 대한 배상책임을 연대하여 부담하게 될 것이다.

7. 플랫폼노동관계

아마도 플랫폼노동관계는 동태적 사업 개념을 적용하기에 가장 적절한 사례일 것이다. “타다”를 예로 해서 플랫폼노동관계에 동태적 사업 개념을 어떻게 적용할 수 있는지 검토해 보기로 하자.

일단 여기에는 3명의 사업주가 등장한다. 쏘카는 타다 서비스를 운영하는 자이다. VCNC는 쏘카의 100% 자회사로서 타다 앱을 개발한 자이며, 플랫폼에서 쏘카로부터 타다 관련 예약중개업무를 위탁받아 수행하였다. 헤럴드HR은 쏘카와 운전용역제공계약을 체결하고, 쏘카의 요구에 따라

63) 사건의 경과에 대해서는 『한겨레』, 2021년 1월 1일자 기사 「청소노동자 고용승계 끝내 외면한 LG」 및 2021년 4월 30일자 기사 「LG트윈타워 청소노동자들 136일 만에 농성 마무리」 참조.

승객에게 운전기사(타다드라이버)를 제공하는 자이다.

홍길동은 헤럴드HR과 프리랜서 계약을 체결하여 운전서비스를 제공하는 타다드라이버이다. 2019년 7월에 헤럴드HR은 홍길동에게 프리랜서계약해지를 통지하였다. 홍길동은 이것이 부당해고에 해당한다고 주장하면서, 쏘카와 VCNC 그리고 헤럴드HR을 모두 피신청인으로 하여 서울지방노동위원회에 구제신청을 제기하였다.

서울지방노동위원회는 근로시간, 요일, 차고지 등을 홍길동 스스로가 선택할 수 있었던 점 등에 비추어 볼 때 업무수행에 있어서 피신청인으로 부터 업무지휘 및 감독을 받았다고 볼 수 없으므로, 근로기준법에서 정한 근로자로 볼 수 없다고 판정하였다.⁶⁴⁾

반면에 중앙노동위원회는 홍길동을 쏘카로부터 실질적 지휘·감독을 받는 근로자로 인정하고, 이 사건 계약해지를 부당해고로 인정한 다음, 쏘카로 하여금 임금상당액을 지급하도록 명령하였다.⁶⁵⁾ 중앙노동위원회는 쏘카만을 홍길동의 사용자로 인정하는 한편, VCNC에 대해서는 쏘카의 결정에 따라 타다 서비스 운영 업무를 위탁받아 대행하는 등 쏘카의 한 부서와 같은 역할을 수행한 것에 불과하다고 판단하였고, 헤럴드HR에 대해서는 쏘카에 타다드라이버를 공급하는 역할을 하였을 뿐 실제로 타다드라이버의 임금이나 근로조건을 결정한 권한 없이 쏘카의 지시에 의해 VCNC가 만든 지시사항을 거의 그대로 사용하는 등 노무관리의 독립성이 없다고 판단하였다. 이러한 점에 근거하여 중앙노동위원회는 VCNC와 헤럴드HR에 대해서는 재심신청을 기각하였다.

이 사례는 다단계 사내하청관계와 특수고용관계가 중첩된 근로관계로서, 겉보기에는 매우 복잡해 보이지만, 사실 우선의 원칙, 즉 계약의 형식이나 당사자들의 의사에 상관없이 실질적인 종속관계가 누구와 누구 사이에 성립하는지 여부에 따라서 근로계약관계의 존재 여부를 판단해야 한다는 원칙에 따라 해결하면 된다. 다만, 판단을 어렵게 하는 것은 홍길동이 근로시간과 근로장소 등을 스스로 선택할 수 있는 자율성을 가지고 있었다는 점인데, 이 정도의 제한적인 자율성을 가지고 근로자성을 부정

64) 서울지방노동위원회, 2019. 12. 24., 서울2019부해2668.

65) 중앙노동위원회, 2020. 5. 28., 중앙2020부해170.

하는 것은 지나치게 고루하다는 비판을 면하기 어려우며, 설령 그 부분에 일정 정도 의미를 부여할 수 있다고 치더라도 일단 근로자가 앱에 접속한 다음부터는 쏘카의 타다 사업에 편입됨으로써 그나마 제한적인 자율성마저도 상실한다는 점을 고려할 때, 기존의 근로자성 판단법리에서도 충분히 근로자성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

동태적 사업 개념은 여기에 새로운 해법을 추가적으로 제시한다. 즉 쏘카와 VCNC와 헤럴드HR을 전체 하나의 사업으로 간주하는 것이다. 그리고 쏘카를 이 하나의 사업의 사업주로 간주하는 것이다. 이러한 접근법에서는 누구 하나를 사용자로 특정할 필요가 없다. 각각의 사업주가 자신의 권한 범위 안에서 사용자책임을 부담하는 한편, 쏘카는 지배사업주로서 중첩적인 사용자책임을 부담한다고 해석하면 된다. 분설해 보자.

첫째, 헤럴드HR이 홍길동의 계약을 부당하게 해지하는 경우, 홍길동은 헤럴드HR과 쏘카를 상대로 부당해고를 이유로 하는 원직복직을 주장할 수 있다. 홍길동의 주장이 타당하다면, 홍길동은 헤럴드HR로 다시 복귀하든지, 헤럴드HR의 사업이 폐지되었다면 쏘카로 직접 소속되어 종전과 동일한 조건으로 타다드라이버 업무를 수행하면 된다. 만약 타다 사업 자체가 폐지되었다면 금전배상으로 종결될 것인데, 이 경우에는 헤럴드HR과 쏘카가 연대책임을 부담하는 것으로 새기면 된다.

둘째, VCNC가 홍길동의 앱 접속을 부당하게 차단하는 경우, 홍길동은 VCNC와 쏘카를 상대로 앱 접속 차단이 부당해고에 해당한다고 주장하면서 원직복직을 신청할 수 있다. 홍길동의 주장이 타당하다면 VCNC는 다시 앱 접속을 열어주어야 할 것이다. 만약 타다 사업이 폐지되었다면 VCNC와 쏘카가 금전배상에 대한 연대책임을 부담하게 될 것이다.

셋째, 단체교섭에 있어서는, 우선 홍길동을 포함하여 헤럴드HR 소속의 타다드라이버들이 세 명의 사업주 모두를 상대로 단체교섭을 요구할 수 있고, 이때 지배사업자인 쏘카는 당연히 교섭에 참여할 의무를 지고, 헤럴드HR이나 VCNC도 필요한 경우 함께 교섭에 참여하면 된다. 나아가, 세 사업에 소속된 근로자들이 공동으로 단체교섭을 요구하는 것도 가능한데, 이 경우에도 쏘카는 지배사업주로서 당연히 교섭에 참여할 의무를 지고, 나머지 두 사업주들도 필요한 경우 공동으로 교섭에 참여하면 된다.

넷째, 홍길동이 업무상 재해를 당한 경우에는 헤럴드HR과 쏘카가 안전 의무위반의 책임을 연대하여 부담하게 될 것이고, 산재보험료 등의 정산도 두 사업주가 연대하여 책임을 지는 것으로 처리하면 될 것이다.

이상의 해법은 플랫폼노동관계에서만 가능한 것이 아니라, 동태적 사업 개념론의 적용에 따라 하나의 사업으로 재분류되는 사업관계망에서 대부분 적용할 수 있는 것이다.

제 6 장

결론에 갈음하여

철학자 비트겐슈타인은 이렇게 말했다. “우리를 혼란시키는 것은 낱말들이 우리에게 말해지거나 원고 또는 인쇄물에서 우리가 그것들과 마주칠 때 그것들이 지니는 겉모습의 획일성이다. 왜냐하면 그것들의 사용은 우리 앞에 그렇게 똑똑히 있지 않기 때문이다.”⁶⁶⁾ “사업”이라는 개념이 여러 법조문에 동일한 글자로 적혀 있다고 해서 그 “겉모습의 획일성”에 사로잡히면 안 된다. 사업의 개념은 그렇게 획일적이지 않기 때문이다.

66) 비트겐슈타인, 『철학적 탐구』, 이영철 역, 책세상, 2006, 28쪽.

◆ 執筆者

- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

동태적 사업 개념 : 노동법상 사업 개념의 재검토

- | | |
|---------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2022년 3월 15일 인쇄
2022년 3월 21일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 황 덕 순 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
☎ 30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089 |
| ▪ 조판·인쇄 | 거목정보산업(주) (044) 863-6566 |
| ▪ 등록 일자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등록 번호 | 제2015-000013호 |

© 한국노동연구원 2022 정가 5,000원

ISBN 979-11-260-0519-2