

연구총서·2002 - 03

아파트 근로자의 법적 보호에 관한 연구

- 목동 10단지 아파트 노조 사례를 중심으로 -

김 상 호

한국노총 중앙연구원

• • •
발 간 사

현행 주택건설촉진법과 동법 시행령인 공동주택관리령에서는 아파트 관리에 종사하는 근로자에 대하여 아파트 입주자대표회의와 관리업체 중 누가 사용자가 되는지를 명확하게 규정하고 있지 않고 있습니다. 또한 일반 노동법에서도 형식적 사용자가 아닌 실질적 사용자를 포섭할 수 있는 새로운 사용자 정의규정이 없어 입주자대표회의가 아파트 근로자에 관련되는 각종 인사조치 혹은 경영조치에 중대한 영향을 미치는 경우에도 이를 규제하거나 그에 대한 책임을 물을 수 있는 근거가 없는 현실입니다. 또한 우리 근로기준법에서는 여러 나라에서 마련하고 있는 영업양도시 고용승계의무 규정을 두고 있지 않아 아파트 입주자대표회의가 관리업체를 교체하는 경우 근로자들의 고용승계가 부정되거나 근로자들이 새로이 신규 직원으로 재입사하여야 하는 어처구니 없는 일들이 일어나고 있습니다. 이와 같은 문제는 현행법 제도상의 흠결로서 시급하게 보완되어야 할 부분입니다.

현행법상 관리업체가 아파트단지의 관리비중에서 대체로 평당 30원 정도로 계산된 수수료 이외에 일체 관리비에 대해 처분할 권한이 없는, 그런 사정에 놓여 있다고 하면 그 관리업체는 아파트를 독자적으로 관리하는 위탁계약을 맺고 있다고 볼 수 없고, 단지 입주자대표회의가 직접 관리하는 것을 보조하는 위치에 있다고 보입니다. 또한 이와 같이 아파트 관리에 독자적인 결정권한이 확보되지 않은 상황에서 직원에 대해서도 사용자로서 인사권과 노무관리권을 제대로 행사할 수 없다면 그를 진정한 사용자로 인정해서는 아니되고 실제의 사용자를 찾아 그에게 책임을 물려야만 근로자 보호체계에 결함이 발생하지 않을 것입니다. 그러

나 주택건설촉진법이나 동법 시행령에서는 아무런 결정권한도 없는 관리업자를 아파트 근로자의 사용자로 예정하고 있는 것처럼 규율을 형성하고 있어 결국 아파트 근로자들만이 부당한 불이익을 감수하고 있습니다.

이와 같은 아파트 근로자에 대한 보호문제는 크게 보면 비정규 근로자의 보호문제와 연결된다고 판단됩니다. 비정규근로자의 보호에 있어서도 바로 사용자가 하나가 아니라 둘이 존재하고 계약상에 나타난 사용자는 실제로 근로자의 근로조건이나 일자리를 보장할 만한 권한이나 능력이 없고 실질적으로 근로자의 근로조건이나 일자리의 존속을 결정짓는 사람은 근로계약 밖에서 존재하는 경우가 많기 때문입니다. 즉, 아파트 근로자는 사내하청근로자, 파견근로자와 같이 법적 보호가 미진한 상태에 놓여 있으므로 아파트 근로자의 보호문제를 입법적으로 제대로 해결하는 것은 곧 오늘날 노동법에서 핵심과제가 되는 비정규근로자의 보호문제가 제대로 풀려가고 있음을 나타내는 징표가 될 것입니다.

“아파트 근로자의 법적 보호에 관한 연구”라는 주제 하에 연구 보고서를 근로자에 대한 애정을 가지고 열심히 작성해 주신 김상호 경상대학교 교수께 감사하며 아무쪼록 이와 같은 연구자료가 실제로 아파트 근로자 보호방안 마련에 큰 보탬이 되기를 바라마지 않습니다.

2002년 12월

한국노동조합총연맹
위원장 이남순

목 차

제 1 장 서 론	1
1. 연구의 목적	1
1) 문제의 소재	1
2) 연구의 목적	4
2. 연구의 내용	6
3. 연구의 방법	7
제 2 장 목동 10단지 아파트사업장 관련 판결의 소개와 평석 .. 8	
1. 부당해고 구제신청 사건	8
1) 사실관계	8
2) 법원의 판단	10
3) 비 판	14
2. 해고수당 지급청구 사건	25
1) 사실관계	26
2) 법원의 판단	27
3) 비 판	27
제 3 장 아파트 근로자의 사용자에 관한 고찰	33
1. 현행 제도하에서의 아파트근로자의 사용자	33
1) 관계 법령상의 아파트근로자의 사용자	33
2) 위·수탁관리계약상 아파트근로자의 사용자	40
(1) 위·수탁계약의 성질	40
(2) 근로자의 사용자	43
3) 아파트근로자의 근로계약상 사용자	48
(1) 주택관리업자인가	48

(2) 입주자대표회의인가	52
(3) 사실적 근로관계 내지 간접적 근로관계로의 접근	56
2. 입법론적 개선방안	65
1) 입법방향	65
2) 구체적 방안	68
(1) 공동주택관리를 자치관리로 일원화하는 방안	68
(2) 입주자대표회의에 의한 인사·노무관리에의 관여를 금지하는 방안	69
(3) 아파트 근로자의 고용승계를 영업양도시 고용승계의 일환으로 보장하는 방안	71

제 4 장 주택관리업자의 변경시 고용승계에 관한 입법론적 고찰 · 72

1. 영업양도시 고용승계 법리의 적용과 한계	72
1) 영업양도계약 혹은 사실상의 영업양도	72
(1) 노동부의 행정해석	72
(2) 대법원 판례에서 나타난 영업양도시 고용승계의 원칙 ···	75
(3) 아파트 사업장예의 적용	77
(4) 위탁관리계약의 체결과 인적·물적 조직의 이전	79
2) 영업양도(사업이전)의 판단기준	83
3) 대법원 판례의 한계	85
2. 입법론적 고찰	87
1) 프랑스의 입법례	88
(1) 양 당사자간의 직접적인 법률관계의 필요 여부	88
(2) 경제적 단일체 이전의 판단기준	92
2) 독일의 입법례	98
(1) 양 당사자간에 직접적인 법률관계의 필요 여부	101
(2) 사업의 임대·위탁	102
(3) 사업이전의 판단기준	106

3) 입법방안	117
(1) 입법시 반영하여야 할 사항	117
(2) 구체적인 법안	119
제 5 장 맺음말	121
참고문헌	124

제 1 장 서 론

1. 연구의 목적

1) 문제의 소재

아파트 근로자¹⁾의 근로관계는 그 임금이 입주민의 관리비에 의해 충당되는 특징이 있다. 또한 입주민들이 납부하는 관리비에서 근로자들의 임금이 나가기 때문에 만일 입주민들이 근로자의 인사나 노무에 관하여 공통된 의견을 형성하고 이를 사용자측에 제시를 하면 법률적으로는 이와 같은 의견에 따를 이유가 없다 하더라도 사실상으로는 구속을 받지 않을 수 없는 특징도 있다. 따라서 IMF에서와 같이 입주민들의 공통된 의사가 근로자의 인건비에 해당하는 일반관리비를 줄이자는 것일 때 바로 이것을 시행하는 것은 기존임금의 저하를 의미하므로 기존의 근로조건을 유지시켜주는 노동법과 충돌하는 문제가 발생한다. 또한 입주민들의 공통된 의사가 특정 근로자를 교체하거나 내보낼 것을 요구할 때 이것은 근로자의 근무장소 혹은 고용상실의 불이익을 의미하므로 이것 역시 노동법의 규율과 충돌하는 문제가 발생한다.

여기서, 입주민들의 공통된 의사가 관리비절감인 경우에 현행

1) 참고로 아파트 근로자의 규모를 보면 2000.1.10 기준으로 100,802명이고, 아파트 사업장은 5,997개소정도이다. 관리형태별로 보면 주택관리업자에 의한 위탁관리가 57%(3,417개소)로 64,253명이고 입주자대표회의 등 입주민들이 직접 관리하는 자치관리가 41.2% (2,473개소)로 35,256명이며 아파트건설사업 시행자 관리는 1.8%(107개소)로 1,293명에 불과하다(이상, 노동부, “전국아파트 중사근로자 근로조건 보호 강화 제목의 보도지침, 2000. 1. 10).

노동법을 준수해 가면서 그 의사를 관철하는 방법을 생각해 본다면, 기존 임금은 노사 쌍방이 합의한 것이므로, 특별한 사정이 없으면 사용자가 일방적으로 이와 같은 임금 기타 근로조건을 변경할 수 없고 근로자의 동의를 얻어야만 변경할 수 있다(만일에 취업규칙에서 임금수준을 정하고 있으면 집단적 동의를 얻어야 한다). 그런데 근로자는 반드시 이에 동의를 하여야 하는 것은 아니므로 이런 변경을 거부할 수 있고 이를 거부하였다 하여 징계 등 불이익을 받지 않는다. 따라서 근로자의 자발적 동의를 얻지 못하는 한, 임금수준을 일방적으로 낮출 수 없고 입주민들의 관리비 절감의 효과는 발생되지 않는다. 그러나 이 때에 다시 사용자는 경영상 이유로 인한 해고로써 인원을 줄이는 방법을 사용하려고 할 것인데, 근로조건을 그대로 유지할 수밖에 없다면 인원을 줄여서라도 전체 인건비를 줄여보겠다는 생각이 나올 수 있기 때문이다. 그러나 이에 대해서도 노동법은 긴박한 경영상의 필요성이 있을 것, 해고회피수단을 다할 것, 공정한 선발에 의할 것, 노사협의회를 거칠 것 등 사회적으로 정당한 이유를 갖출 것을 요구한다. 따라서 사용자가 이러한 요건을 충실하게 갖추지 못한다면 경영상의 해고는 금지되고 그럼에도 불구하고 해고를 했을 때에는 그 조치는 무효가 된다. 그러나 여기서 사용자가 근로자들이 받아들일 수 있는 적절한 정도에서 임금삭감을 요청하고 그 대신 경영상 해고를 하지 않기로 고용안정협정을 체결한다면 이 때에 근로자들은 임금저하에 동의할 여지가 커지고 고용안정보장을 선택할 여지가 커지는 것이다.

이와 같은 일련의 과정은 사용자가 객관적이고도 합리적인 안을 가지고 타협을 모색하는 한, 임금을 저하시키는 것도 노동법이 전적으로 봉쇄하지는 않는다는 것을 의미한다.

그러나 문제는 사용자가 이와 같은 합리적 조치가 아니라 자신

에게 유리하고 즉각적인 효과를 가져오되 무리한 방법을 찾는 경우이다. 대체로 강구되는 방법의 하나가 형식적인 사용자를 경영주로 내세면서도 실질적으로는 경영핵심적 사항에 깊게 관여하는 방법이고 다른 하나는 사업체를 타인에게 맡긴 후에 그를 자주 교체하여 점차적으로 일자리를 줄이고 근로조건을 하락시키는 방법으로 파악된다. 전자의 경우, 우리 노동법에서는 누가 사용자인지를 가려낼 수 있는 사용자 판별기준을 규정하고 있지 않기 때문에 이와 같은 방법을 얼마든지 가능하다. 그러나 그 만큼 형평의 이념에서 볼 때 부당한 방법이므로 근로자측에서는 불만이 생기게 되고 노사분규가 발생하게 되는 것이다. 실제로도 목동 10단지 아파트 사건이나 은마아파트 사건에서는 이와 같은 문제점이 제기되었다.

후자의 조치를 사용자가 취한 경우에도 노동법에는 관련 강행법규가 없고 오로지 대법원의 판례에 의해 형성된 “영업양도시 고용승계”법리가 있을 뿐이므로 양 당사자의 의사에 터잡은 법원의 해석이 커버하는 한도에서만 고용승계의 효과가 미치고 있다. 더구나 사업장을 매각한 것이 아니라 사업장을 특정인에게 위탁한 경우에는 고용승계가 인정된다는 판례가 아직까지 없고 반대로 수탁업자가 교체된 경우에는 양자간의 고용승계 합의가 없는 한 고용승계가 되지 않는다는 것이 하급심 판례²⁾나 노동부의 행정해석³⁾의 입장이어서 근로자들은 고용상실, 근로조건 저하 등의 불이익을 떠 안아야 하는 것이다.

결국, 사용자는 비합리적인 조치로도 위와 같은 강행법규의 함의로 인하여 종래 근로자들을 내보낼 수 있고 낮은 임금에 합의

2) 서울고법 1998.1.9.선고, 97구32774.

3) 아파트 종사 근로자의 근로조건 보호에 관한 지침(1999.11.9, 근기 68206-564).

해서 새로이 들어온 근로자에게서 노무를 제공받을 수 있다. 즉, 아파트 사용자는 근로자들에게 경제적인 부담을 전가하는 방식으로 원래의 의도를 관철할 수 있는 것이다. 그러나 이와 같은 방법은 근로자에게 일방적으로 불리한 조치이고 노동법상의 근로자 보호정신이나 사법상의 교환적 정의 관념에 배치되는 것으로 허용되어서는 안될 방법이다.

2) 연구의 목적

목동 10단지 아파트노조지부는 1998년부터 2002년까지 아파트 근로자들의 고용승계와 보상권을 요구하는 법적 투쟁을 전개하였다. 목동 10단지 아파트 입주자대표회의가 1998년 7월 10일 관리업자 A사와의 관리계약을 해지하고서 새로이 관리업자 B사와 관리계약을 체결하여 관리업자를 교체하였고, 이 과정에서 모든 근로자들은 A사의 직원들로서 A와 함께 근로계약이 종료됨을 통보받았다. 그들에게는 오로지 종전보다 저하된 근로조건에서 신규로 B 관리업자에게 입사할 수 있는 가능성만이 남아 있었을 뿐 종전의 근로조건에서 고용이 그대로 승계되는 법적 보장은 없었다. 이에 대해 목동 10단지 아파트 노조지부에서는 임금수준이 저하된 신규채용을 강요받을 수 없고 오히려 이익의 손실이 없는 고용승계의 효과를 확보하고자 “아파트 사업장의 사용자는 주택 관리업자가 될 수 없고 아파트 입주자대표회의가 실질적인 사용자에게 해당”함을 법적으로 확인받고자 하였다. 아파트 입주자대표회의에서는 종래부터 자치관리와 위탁관리를 혼합한 형태를 선호해왔으므로 인사, 노무에 많이 관여해왔기 때문이었다. 그러나 대법원에서는 “근로자들의 근로계약상 사용자는 관리업자이지 아파트 입주자대표회의가 아니다”라는 원심판결을 그대로 인용하여

목동 10단지 아파트 노조원들은 결국 종전의 근로조건도, 일자리도 잃고 말았다.

목동 10단지 아파트 노조원들은 크나큰 좌절에도 불구하고 다시 A사를 상대로 해서 과거 A사와 노조간에 체결된 단체협약상의 경영상 이유로 인한 해고 보상수당을 근거로 대략 평균임금 3개월 분의 해고수당의 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 그러나 서울지법과 서울고법에서는 A사가 조합원들로 하여금 B에 신규 채용되도록 알선하였으나 이에 응하지 않고 고용승계를 고집한 것은 결국 근로자들이 스스로 사직한 것에 해당한다고 판단하여 단체협약상의 “해고”수당을 지급할 의무가 없다고 판결하였다. 조합원들은 소송제기에 드는 제반비용 때문에 대법원의 상고를 포기하고 말았지만, 그들은 여전히 입주자대표회의를 공동의 사용자라고 확신하고 있으며, 특히 자신이 임금이 저하된 상태로 B사의 신규직원이 되는 것을 거부하고 고용승계를 주장하였을 뿐인데 어떻게 A 회사에서 자진 퇴사한 것으로 판단될 수 있는지 법원의 판결은 이해될 수 없다고 말하고 있다.

연구자는 이와 같이 목동 10단지 아파트 근로자의 안타까운 법정투쟁을 보면서 다시 한번 그들의 근로관계(특히 근로관계의 이전)와 그들의 근로관계가 종료된 배경과 이유를 살펴보면서 현행 법하에서 무엇이 문제인지를 연구해 보기로 하였다. 그리고 추후에 이와 유사한 사태가 발생할 것을 대비해서 그 대응책은 무엇이어야 하는지를 찾아보기로 하였다. 실질적 사용자의 판단기준을 밝힘으로써 근로자의 고용승계 효과를 얻는 방식도 있을 것이고 주택관리업자가 여전히 사용자라고 할 경우에는 영업양도시 고용승계의 법리의 확대적용 방안도 고려할 수 있을 것이다. 여기서는 특히 영업양도시 고용승계 이론에 대해서 주목하여 살펴보고 하는데 이것이 받아들여진다면 보다 현실성이 있는 근로

자보호책이 될 것이라고 판단되기 때문이다. 만일에 목동 10단지 노조지부나 은마아파트 노조지부에서 사용자문제로 접근하지 않고 막바로 영업양도시 고용승계의 법리의 적용 문제로 접근하였다면 어떠했을까 가정을 해 본다. 물론 당시 노동부에서는 이와 같은 경우에 양도인과 양수인간의 고용승계에 관한 약정이 있어야만 한다고 행정해석을 내보내고 있었으므로 역시 패소할 확률이 높게 보였겠으나 현재의 대법원의 입장과는 일정 정도 거리가 있는 행정해석이고 1998년 이후 학설에서는 영업의 임대·위탁시에도 고용승계를 인정하여야 한다는 입장도 제시되고 있고 특히 프랑스, 독일 등 유럽제국의 법원 입장은 반드시 양도인과 양수인간에 영업이전에 관한 직접적인 약정이 요구되는 것은 아니라고 보고 있기 때문에 고용승계가 인정될 수도 있기 때문이다. 여하튼, 이와 같은 고용승계의 문제는 법률의 흠결에서 비롯된 것으로 파악되므로 입법론적 차원에서 외국의 입법 및 판례의 경향을 살펴보고, 아파트 관리업자의 변경과 같이 영업의 수탁자가 교체된 경우에도 고용승계가 인정될 수 있는 방안을 모색하기로 한다.

2. 연구의 내용

- 아파트 근로자의 고용승계를 위한 법리 개발에 도움이 되기 위해 목동 10단지 고용승계 사건(노동위원회 구제신청 사건 및 행정법원 소송사건 및 항소 및 상고심 사건)을 비교적 자세하게 소개하고 주요 쟁점을 제시하여 평석한다. 여기서는 비판적인 입장에서 접근한다.
- 아파트 근로자의 사용자성 문제와 고용승계 문제에 대해 집중적으로 고찰하기로 한다.

- 비교법적 고찰로서, 프랑스 및 독일의 영업 위임 내지 위탁 시 고용승계를 인정하는 논리를 구체적으로 살펴보고 동 법리의 적용시 아파트 관리업자의 변경시 고용승계의 효과를 도출할 수 있는 가능성을 규명한다.

3. 연구의 방법

본 연구에서는 기본적으로 법학방법론을 사용한다. 특히 전반부의 해석론적 고찰에서는 법원의 판례를 평석하는 방법을 사용하며, 후반부에서는 입법론적 고찰로서 비교법학적 방법론을 사용한다.

프랑스, 독일 등 대륙법계에서의 영업양도시 고용승계 규율의 내용을 파악하고 특히 아파트 관리업자의 교체와 동일한 의미를 가지는 사례를 중심으로 고찰한다.

논리적 일관성을 중요한 기준으로 삼으며 구체적인 쟁점까지 타당하고 공정한 해답을 제공하도록 한다.

본 연구에서는 노동법의 규율내용을 파악하기 위해서는 실정법과 판례, 학설 등 모든 법질서의 내용을 참고하여야 하나 궁극적으로는 실정법의 개선을 목적으로 하는 입법론적 대안을 제시하는 데에 주력한다.

제 2 장 목동 10단지 아파트사업장 관련 판결의 소개와 평석

1. 부당해고 구제신청 사건

1) 사실관계

관련 판결로는 대법원 2001. 6. 1. 선고, 2001두2218 판결이 있으나 원심판결(서울고등법원 2001. 2. 14. 선고, 2000누2077판결)의 사실관계의 확정을 그대로 인정하고 있으며⁴⁾ 서울고등법원 판결은 다시 제1심 판결문(서울행정법원 2000.1.25.선고, 99구 16855 판결)을 그대로 인용하고 있으므로⁵⁾ 정확한 사실관계의

-
- 4) 대법원의 판결이유중 사실관계의 확정에 대한 부분을 그대로 소개한다: “원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고와 소외 A 회사 사이에 이 사건 아파트의 관리에 관한 위 수탁관리계약이 체결된 경위와 그 내용, 이 사건 아파트 관리규약의 관련규정, 피고 보조참가인(이하 참가인이라고 한다) 등이 A회사를 대리한 관리사무소장과 사이에 근로계약을 체결하고 이 사건 아파트의 경비 등 관리업무에 종사하게 된 경위, 원고가 관리사무소의 운영과 직원들의 인사에 관여한 경위와 정도, 원고가 A회사와 사이에 위·수탁관리계약을 합의해지하고 서일개발 주식회사와 사이에 위·수탁관리계약을 체결한 경위, 그 과정에서 참가인 등이 그 근로관계를 원고가 승계하여야 한다고 주장하며 새로운 관리업자와의 근로계약 체결을 거부한 경위 등에 관한 사실을 인정한 다음...(이하는 판단부분이므로 뒤에서 계속 인용).”
- 5) 서울고등법원의 판결이유를 보면 다음과 같다: “이 사건에 관하여 실시할 이유는 당심에서 추가된 증거들을 아래와 같이 추가하는 이외에는 제1심 판결문의 이유와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 390조에 의하여 그대로 인용한다.
·제1심판결은 제4면 제14행 뒤에 “갑 제54호증의 1 내지 11, 갑 제55, 56 호증, 갑 제57호증의 1 내지 10의 각 기재, 이 법원의 서일개발주식회사 대표이사에 대한 사실조회경과”를 추가한다.

과약을 위해 제1심 판결을 기초로 삼는다.

목동 10단지 아파트 입주자대표회의는 아파트의 관리업무를 1994. 11. 1.부터 1996. 10. 31.까지 관리업자 A회사에게 위탁하였고 다시 1996. 11. 1.에 같은 A회사에 2년기간의 위탁관리계약을 체결하였으나 1998. 3. 31. 쌍방 간에 위·수탁관리계약을 1998. 7. 10.자로 해지하기로 합의하였다. A회사는 동 아파트에서 경비 등의 업무를 수행하던 근로자들이 소속한 노동조합과의 노사협의회 및 업무협조 연락을 통하여 “A회사 소속으로 계속 근무를 희망하는 직원은 1998. 7. 10.까지 사표 및 이력서를 제출하면 다른 사업장 등에 근무할 수 있도록 하겠다”고 제안하고, 후임 관리업자로 선정된 B관리업자에게도 “가능한 한 직원들에 고용을 승계해달라”고 요청하여, B관리업자와 아파트의 경비용역계약을 체결한 X용역회사가 경비원 모집공고를 통하여 동 아파트 단지에 근무중인 경비직 근로자들에 대하여 재취업 신청을 받았다. 그러나 대부분의 경비직 근로자들은 “A회사의 위탁관리가 종료하더라도 입주자대표회의가 고용승계를 하여야 하므로 조합원들은 이 사건 아파트에서 계속 근무할 수 있다”고 주장하면서 A회사나 X용역회사에서 근무하기를 거부하였으며 이에 따라 A회사는 1998. 6. 9. 경비직 근로자들에게 “1998. 7. 10자로 고용계약을 해지한다”고 통보하였다.

이에 99명의 경비직 근로자들은 1998. 6. 18. 서울 지방노동위원회에 목동 10단지 아파트 입주자대표회의, 관리업자 A회사, B회사를 상대방으로 부당해고구제신청을 하였으나, 서울지방노동위원회는 같은 해 10. 16. 위 신청을 기각하였다. 이에 이들 중

·제1심판결은 제4면 제15행 뒤에 “을 제45, 46호중의 각 기재와 당심 증인 서애숙, 오경희의 각 증언을 추가한다.”

90명이 1998. 10. 26. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 1999. 4. 29. “원고가 참가인들의 사용자라고 인정되고, 원고의 참가인들에 대한 해고는 부당해고에 해당된다”라고 하면서 서울지방노동위원회의 판정을 취소하고 재심신청인들의 신청을 인용하는 재심 판정을 내렸다.

이에 목동 10단지 아파트입주자대표회의는 이에 불복하여 서울행정법원에 중노위의 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하면서 “아파트입주자대표회의는 위 경비직 근로자들의 사용자가 아니다”라고 주장하였다. 서울행정법원은 2000. 1. 25. 입주자대표회의의 청구를 인용하여 중노위의 재심판정을 취소하는 판결을 내렸다.

이에 중노위와 경비직 근로자 86명은 서울고등법원에 제1심 판결을 취소하는 항소를 제기하였으나 서울고등법원은 2001. 2. 14. 동 항소를 기각하는 판결을 내렸다.

이에 다시 중노위와 경비직 근로자들은 대법원에 상고하였으나 2001. 6. 1. 대법원은 “원심이 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 사용자개념과 판단기준에 관한 법리오해 내지 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다”고 하여 상고를 기각하였다.

2) 법원의 판단

판단부분에 있어서 대법원은 방금 본 바와 같이 원심판결을 그대로 유지시켰고 원심판결인 서울고등법원 판결은 다시 서울행정법원의 판결을 그대로 인용하고 있으므로 결국 쟁점이 되는 것은 제1심 법원인 서울행정법원의 판결이다. 제1심 판결은 비교적 상세하게 아파트 사업장의 사용자가 누구인가 하는 쟁점을 다루고

있으므로 본 연구보고서에서는 서울행정법원이 판단한 부분에 집중하기로 한다.⁶⁾

서울행정법원에서는 다음과 같은 3가지 점에서 목동 10단지 아파트 사업장의 사용자는 관리업자이지 입주자대표회의가 아니라고 보았다.

(1) 아파트 근로자들은 입사 당시의 관리사무소장과 근로계약을 체결하였는데, 관리사무소장이 위탁관리업자 소속의 직원으로 관리사무소의 업무를 총괄하는 권한을 부여받은 대리인이므로, 아파트 근로자들도 원칙적으로 위탁관리업자의 근로자라는 것이다.

다만, 이와 같은 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고 근로자들이 입주자대표회의와 종속적 관계에서 입주자대표

6) 대법원의 판결이유중 판단에 관한 부분을 그대로 소개한다: “원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고(입주자대표회의)와 A회사 사이의 위수탁관리계약에서 위수탁관리계약의 종료시 원고가 A회사와 참가인 등(경비직 근로자들)사이의 근로관계를 승계하기로 하였다고 볼 수는 없고, 원고가 위수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 행사로서 관리사무소의 운영과 인사에 관여하고 일부 사항에 대하여는 감독권의 범위를 넘어 관여하기도 하였다고 보이지만, 그렇다고 하여 A회사나 그 대리인인 관리사무소장이 근로계약의 당사자로서 갖는 참가인들에 대한 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 참가인들과 정한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수는 없고, 또 원고가 참가인들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 원고가 참가인들과 사용종속관계에 있는 사용자라고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사용자개념과 판단기준에 관한 법리오해 내지 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”

회의에게 근로를 제공하며 입주자대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여, 근로자와 입주자대표회의 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있는 경우에는 입주자대표회의가 아파트 근로자의 사용자로 인정될 수 있다는 것이다 (대법원 1999. 7. 12. 자 99마 628 결정 참조).

(2) 위·수탁관리계약의 내용상 입주자대표회의의 사용자로서의 지위가 인정될 수 있는지에 관하여 다음과 같이 판단하였다: “입주자대표회의와 장영기업간의 계약 제16조, 무림산업과의 계약 제6조, 제7조 신한영과의 계약 제9조의 각 규정을 종합하면 입주자대표회의와 위탁관리업자들 사이의 위·수탁관리계약이 해지되면, 입주자대표회의가 아파트의 관리권을 인수받고 근로자들에 대한 사용자로서의 지위를 취득한다는 취지로 이해할 수 있다. 그러나 애초의 근로계약이 위탁관리업자의 대리인인 관리사무소장과 근로자들 사이에 체결된 것인 이상, 근로자들의 신분이 원고의 직원으로 “환원”될 수는 없는 것이다. 따라서 근로자의 신분이 입주자대표회의의 직원으로 ‘환원’된다는 규정은 그 문언대로 해석할 수 없고, 위 규정은 입주자대표회의가 관리업자에 대하여 위·수탁관리계약이 해지되고 근로자들에 대한 고용을 승계할 다른 위탁관리업자가 선정되지 않았다면 입주자대표회의가 근로자들에 대한 고용을 승계한다는 의무를 부담하는 취지로 해석함이 상당하다. 한편 위와 같은 신분 환원 규정은 A회사와의 계약에서는 존재하지 않고, A회사와의 계약 제10조 제5항과 같은 규정만으로는 입주자대표회의가 근로자들의 사용자가거나 입주자대표회의가 A회사에 대하여 위수탁계약이 해지되면 근로자들의 고용을 승계하는 의무를 부담하였다고 인정하기에 부족하다. 오히려 위·수탁관리계약의 관련 규정들은 원고와 위탁관리

업자들 사이에 근로자들이 입주자대표회의가 아닌 위탁관리업자 소속 직원임을 확인하고 있는 내용이라고 할 것이므로 위·수탁 관리계약의 내용상 입주자대표회의가 근로자들에 대한 사용자의 지위에 있다는 근로자들의 주장은 이유 없다.”

(3) 입주자대표회의가 이 사건 아파트 관리업무에 실질적으로 관여함으로써 참가인들에 대한 인사권, 업무지휘권 등을 행사한 것인지에 대하여 다음과 같이 판단하였다:

먼저, “위탁관리업자가 매달 소요되는 비용을 산정하면 입주자대표회의가 이를 승인하고 관리사무소에서 입주자들에게 관리비를 부과하는 방식으로 하는 것은 이미 입주자대표회의와 위탁관리업자들 사이의 위·수탁관리계약에서 정하여져 있는 것이고, 공동주택관리령에 의하더라도 위탁관리업자는 입주자들로부터 관리업무에 필요한 비용으로 직원들의 급여, 상여금, 퇴직금 등 인건비와 제 보험료, 제반 사무비용 등을 포함하는 관리비를 징수할 수 있고(공동주택관리령 제15조), 그 관리비 예산의 확정은 입주자대표회의의 의결사항으로 되어 있으므로(공동주택관리령 제10조 제6항 제2호), 입주자대표회의가 매달 소요되는 관리비용에 대하여 지출을 승인하고 이를 입주자들이 부담하는 행위가 위탁관리업자와 근로자들 사이의 근로계약을 부인하고 입주자대표회의와 근로자들 사이의 묵시적 근로계약을 인정할 징표라고 할 수 없다는 것이다.”

다음으로, “입주자대표회의는 경비원들의 근무형태의 변경, 노조전임제의 폐지, 휴가 실시, 경비원에 대한 교체 및 해고 요구, 인원 감축, 노조에 대한 대응방안 등과 관련한 결의를 하고 이러한 내용 등을 A 회사에 통보를 하였는 바, 이러한 결의 및 통보행위는 입주자대표회의의 권한에 속하지 않는 사항에 대하여 결

의를 하고 통보를 한 것이라고 할 것이다. 그러나 입주자대표회의의 이와 같은 행위는 노동조합이나 참가인들에 대하여 어떠한 법적 효과를 가지는 것이 아닐 뿐만 아니라, 사실상으로도 입주자대표회의가 직접 노동조합이나 참가인들에 대하여 그 결의와 같은 조치를 취하는 것도 아니다. 즉 입주자대표회의의 위와 같은 행위는 아파트의 관리를 위탁하고 그 비용을 부담하는 입주자대표회의가 수탁자인 A회사에게 입주자대표회의에게 이익이 될 수 있는 내용의 근로관계를 유지 및 형성해 달라는 취지로 구체적·개별적인 내용에 관하여 결의하여 통보하는 것에 불과하다고 할 것이므로, 이러한 결의 및 통보를 근거로 입주자대표회의가 참가인들을 직접 지휘 감독하는 사용자의 지위에 있었다고 인정하기 부족하다”고 하였다.

3) 비 판

서울 행정법원 판결 및 이를 전적으로 인용한 서울고등판결과 대법원의 판결에 대해서는 다음과 같은 점에서 비판할 수 있다.

(1) 먼저, 사실관계의 인정 부분에서 서울 행정법원은 피고보조 참가인들(경비직 근로자들)이 신규 관리업자 B사나 B사가 하도급을 준 X용역회사에 재취업신청서를 제출하지 아니하였고 오직 “A사의 위탁관리가 종료하더라도 입주자대표회의가 고용승계를 하여야 하므로 조합원들은 이 사건 아파트에서 계속 근무할 수 있다”고 주장하였다고 보았다.

그러나 이와 같이 근로자들이 재취업신청서를 제출하지 않고 고용승계만을 주장한 이유나 배경에 대해서는 법원은 사실로써 파악하지 않았다. 즉, 당시 A사에서 받던 경비직 근로자들의 입

급수준이 월 110만원이었으나 입주자대표회의는 1998. 6. 19. 새로이 선정한 관리업자 B사에 대해 경비직 근로자의 인건비로 지급할 수 있는 수준을 월 95만원으로 정하였고 다시 B사의 하도급업체인 X용역회사에서는 이 95만원 중 일부를 자신의 이익으로 취하고 그 나머지만을 지급하는 사정이 있었다.⁷⁾ 또한 재취업은 이외에도 새로운 근로계약을 체결하는 것으로서 종전의 근속에 따른 기득권을 인정받지 못하는 불이익을 감수하는 것을 의미했다. 다시 말해 재취업신청은 임금하락과 같은 불이익을 근로자가 감수하겠다는 것을 의미하는 것이었는데⁸⁾ 서울행정법원이 이를 살펴보니 았아 단지 경비직 근로자들이 무리하게 고용승계만을 주장하여 일자리의 상실을 자초한 것으로 해석되게끔 사실을 곡해하였다고 할 것이다.

다만, 이 부분은 원고와 피고보조참가자간의 쟁점인 “누가 아파트 경비직 근로자의 사용자인가” 하는 문제와는 직접적 관련성이 없는 것이므로 위 판결의 결과에는 영향을 미치지 아니한다. 그러나 객관적 사실을 정확하게 밝혀야 할 법원이 일부 사실을 덮어 두므로써 오해의 소지를 불러 일으킨 점에서는 반드시 지적되어야 할 부분이다. 또한 사용자가 누구이든간에 사용자로서 근로자의 존속보호를 위한 책임을 다했는가 하는 문제⁹⁾나 뒤의 해

7) 서울지방노동위원회, 행정정보공개자료, 1998. 10. 26., 98부해566, 98부노104 심문회의록(1998. 10. 09)중 B사, A사 사장, 임양식 노조지부장의 답변을 보면 다음과 같다. 노조지부장은 경비직근로자에게 월 65만원만이 지급되고 나머지는 용역회사에게 주어진다고 주장하고, A사 사장은 용역회사가 가져가는 것은 95만원 중 2%(1만 9천원)에 불과하다고 답변하였다.

8) 원고측(목동 10단지 아파트 입주자대표회의) 소송대리인의 준비서면(1999. 8. 12)에서는 일성산업안전예의 아파트경비담당 직원의 월급여는 95만원이라고 하며 이와 같은 급여수준이 다른 아파트의 경우와 비교해 볼 때 높은 수준임을 강조함. 이에 대해 피고보조참가인측에서는 95만원의 월급여는 사실이 아니라고 주장함.

고보상수당 청구 사건에서 재취업신청서의 제출을 거부한 근로자를 자진 퇴사로 볼 것인가 하는 문제에서는 이 부분은 판결의 결과에 영향을 미치는 중요한 부분이다.

(2) 다음으로, 서울행정법원은 A사가 들어오기전 종전 위탁관리계약서(장영, 무림, 신한영과의 동 계약서)에 따르면 입주자대표회의와 위탁관리업자들 사이의 위·수탁관리계약이 해지되는 경우에 입주자대표회의가 아파트의 관리권을 인수받고 근로자들에 대한 사용자로서의 지위를 취득한다는 취지로 이해할 수도 있으나 “애초의 근로계약이 위탁관리업자의 대리인인 관리사무소장과 근로자들 사이에 체결된 것인 이상, 근로자들의 신분이 원고의 직원으로 “환원”될 수는 없는 것이다. 따라서 근로자의 신분이 입주자대표회의의 직원으로 “환원”된다는 규정은 그 문언대로 해석할 수 없다.”고 판시하였다.

그러나 이 부분은 입주자대표회의가 관리계약에서 자발적으로 “갑의 직원으로 환원된다”고 명시한 것을 서울행정법원이 애써 입주자대표회의의 부담을 덜어주고자 중립성을 상실한 일면을 보이고 있다. 따라서 이런 해석은 도저히 수긍할 수 없다.

기본적으로, 공동주택관리령에 의하면 입주자대표회의는 “위탁관리”방식과 “자치관리”방식을 선택할 수 있으며 후자의 방식을 선택할 경우에는 입주자대표회의도 직접 근로자들의 사용자가 될 수 있고 근로자의 존속보호(Bestandschutz)에 대한 의무를 부담하게 된다. 또한 입주자대표회의가 법령에서 정한 “위탁관리”방

9) 이 문제는 중노위의 재심판정사건에서 애초에 신청인들인 경비직 근로자들이 해고의 부당성을 주장하며 제기했던 문제이나 신청인들은 심문회의 도중 아파트입대의가 사용자임을 일관성이 있게 주장하기 위해 이 부분에 대한 구제신청을 철회하였다.

식과 “자치관리”방식 중에서 어느 하나를 선택한 것이 아니라 실제로는 양자를 혼합한 중간 방식을 취하더라도 이를 무효라고 할 수는 없고 이 경우 입주자대표회의는 부분적으로 사용자의 지위를 부담할 수 있게 된다. 생각건대 이런 때에 많은 경우 입주자대표회의는 근로관계 자체에 대한 계약당사자로서의 지위를 부담하고 관리업자는 근로자에 대한 지시 및 감독권을 행사하는 지위를 갖게 되는 것으로 보인다.

바로 중앙노동위원회의 재심판정에서도 인정한 바와 같이, 목동 10단지 is 기본적으로 위탁관리방식과 자치관리방식의 혼합형태를 채택한 것으로 볼 수 있다. 그 근거는 입주자대표회의와 무림산업간의 관리계약(1991. 2 ~ 1992. 10) 제6조에서 명시적으로 “위탁관리방식과 자치관리방식의 혼합상태”로 채택하였다는 것이고 이런 방침 하에 제6조 하단에서는 “i) 모든 경비 지출 및 사업계획은 무림산업의 제안을 토대로 입주자대표회의가 심의결정하는 바에 따른다. ii) 무림산업은 그의 소속 직원을 관리사무소장으로 임명하여 모든 관리업무를 총괄토록 하고(직원 임면 포함) 그 업무 수행을 지원 및 감독하되, ‘입주자대표회의’ 또한 자치관리의 경우와 마찬가지로 소장의 업무를 지도 감독한다. iii) 소장의 업무 수행에 있어 준수하여야 할 제반 내부규정은 입주자대표회의가 의결을 거쳐 목동 10 단지 아파트 규정으로 제정한다”고 정하고, 제7조에서는 “i) 관리사무소의 모든 직원은 무림산업이 임명한다. ii) 모든 직원의 신분은 무림산업에 귀속된다. 다만 위수탁 기간만료 또는 해지와 동시에 그 신분은 아파트입주자대표회의로 환원된다”고 정한 것이다. 이와 같은 규정은 무림산업 이후의 후속 관리업자(신한영)와의 관계에 있어서도 특이하게 변화시킨 점이 없는 것을 보면¹⁰⁾ 입주자대표회의가 후속 관리업자와의 관계에 있어서도 무림산업의 경우와 동일하게 인사

노무관리를 하여 왔다고 보여지므로 이 때의 위·수탁관리와 자치관리 방식의 혼용되어 관리업자 A사의 위·수탁관리기간 동안 이어져 왔다고 보지 아니할 수 없다.¹¹⁾ 이와 같은 혼합된 관리방식 하에서 입주자대표회의는 즉 근로자의 신분 자체에 대해서는 직접 관여하였고 그 외의 인사, 노무사항에는 소장을 통하여 간접적으로 관여할 수 있게 한 것이다. 특히 관리계약서에서 사용된 “환원”이라는 용어의 의미를 되새겨 볼 때 근로자들은 원래 아파트 입대위의 근로자임을 스스로 인정한 것이라고 보아야 한다.

그러나 서울행정법원은 목동 10 단지의 경우를 오로지 전적으로 위탁관리인 경우로 단정하고, 위탁관리업자의 대리인인 관리사무소장이 근로계약을 체결한 사실에 과대한 의미를 부과하여 이들은 원래 관리업자의 직원이며 계약상의 조항은 “특별한 경우에 입주자대표회의가 근로자들에 대한 고용을 승계한다”는 내용으로 의미를 변질시킨 것이다.

10) 신한영과의 위·수탁관리계약(1992. 11. 1 ~ 1994. 10. 31)

제8조(위·수탁관리방법의 특성) 신한영의 책임하에 본 계약에 의한 위탁관리방법이 아래와 같이 이루어진다.

- i) 모든 경비 지출 및 사업계획은 신한영의 제안을 토대로 입대위가 심의 결정하는 바에 따른다.
- ii) 신한영은 입대위와의 합의하에 그의 소속 직원을 관리사무소장으로 임명하여 모든 관리업무를 총괄하게 하고(직원 임면 포함) 그 업무 수행을 지원 및 감독한다.
- iii) 소장의 업무 수행에 있어 준수하여야 할 제반 내부규정은 입대위가 대표회의의 의결을 거쳐 목동 10 단지 아파트 규정으로 제정한다.

제9조(직원의 임면 및 신분귀속)

- i) 관리사무소의 모든 직원은 신한영이 임면한다.
- ii) 모든 직원의 신분은 신한영에 귀속된다. 다만, 위수탁 기간만료 또는 해지와 동시에 그 신분은 ‘입대위’의 직원으로 환원된다.

11) 중노위 98부노 135 및 98부해 550.

(3) 또한, 서울 행정법원은 관리업자 A사와의 위·수탁관리계약¹²⁾에서, 이와 같은 신분환원 규정이 존재하지 않고 A사와의 계약 제10조 제5항과 같은 규정만으로는 “입주자대표회의가 근로자들의 사용자이거나 입주자대표회의가 A에 대하여 위수탁계약이 해지되면 근로자들의 고용을 승계하는 의무를 부담하였다고 인정하기에 부족하다”고 하였다.

그러나 제10조 제5항의 “이 조의 규정에 따라 임명되는 모든 직원의 신분은 계약이 종료될 때까지 관리업자 A사의 소속 직원

12) **관리회사 A와의 위·수탁관리계약(1994. 11. 1~1996. 10. 31)**

노조측에서는 자료를 입수하지 못하여 증거로 제출하지 못하였음. 사측에서도 관련 자료를 제시하지 않음.

관리회사 A와의 위·수탁관리계약(1996. 11. 1~1998. 7. 10)

제9조(사업계획 및 예산의 집행 등)

- i) 공동주택 관리에 필요한 사업계획 및 예산의 집행은 A의 제안을 토대로 입대의에서 심의 의결하는 바에 의한다. 다만, 일정한 범위를 정하여 입대의에서 위임한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ii) A는 단독으로 입대의에 재정적 부담이 되는 어떠한 행위도 할 수 없다.
- iii) 입대의는 A와 협의하여 관리사무소장의 임무수행에 필요한 내부 규정을 제정·개폐할 수 있으며 A는 제정된 제규정을 엄격히 준수하여야 한다.

제10조 (직원의 임면 및 신분귀속)

- i) 관리소의 모든 직원은 A가 임면하되, 입대의와 사전협의하여야 한다.
- ii) 임면의 기준 및 보수 등은 A가 규정을 제정하여 입대의의 승인을 득한 후 지체없이 시행하여야 한다.
- iii) A가 관리사무소장을 임명하고자 할 때에는 사전에 입대의와 협의하여야 하며 협의가 이루어지지 아니할 때에는 임명할 수 없다.
- iv) 입대의는 A가 임명한 관리사무소장이 업무수행이 현저히 불량하거나 업무추진 등이 원활하게 수행되지 않는다고 인정할 때에는 입주자대표회의의 의결을 거쳐 A에게 교체임명을 요청할 수 있으며 교체요구가 있는 때에는 A는 1개월 이내에 교체 임명하여야 한다.
- v) A는 이 계약 발효 당시 입대의의 공동주택 관리업무에 종사하는 직원을 인수, 임용하여 개별 근로계약 기타 필요한 조치를 하여야 하며, 업무의 효율을 높이기 위하여 쌍방의 합의하여 인원을 가감 조정 또는 타단지와 교류할 수 있다.

이 된다”는 규정은 위와 같은 종전부터 인정되어온 관행을 고려할 때 여전히 같은 의미로서 관리업자 A는 오로지 관리기간 동안만 그 사용자의 지위를 가지며 그 기간이 종료되면 다시 그 지위를 반납하고 근로자는 다시 임대인의 근로자로 환원되는 것으로 해석하여야 공정하다고 할 것이다. 특히 동 계약 제10조 제6항의 “A회사는 이 계약 발효 당시 입주자대표회의의 공동주택관리업무에 종사하는 직원을 인수, 임용하여 개별 근로계약 기타 필요한 조치를 하여야 하며 업무의 효율을 높이기 위하여 쌍방 합의하여 인원을 가감 조정 또는 타단지와 교류할 수 있다”는 부분을 서울행정법원에서는 주의깊게 보았어야 했는데, 중요하게 고려하지 않았다. 왜냐하면 이 부분은 제5항의 규정과 밀접한 관련이 있는 것으로, 한편으로 입주자대표회의의 근로자 신분에 대한 깊은 관여를 드러낼 뿐만 아니라, 다른 한편으로 많은 근로자들이 A회사가 수탁시 데리고 들어온 자들이 아니라 원래 목동 10단지 아파트에서 종사하던 직원을 A회사가 인수하여 임용한 자임을 드러내고 있는데 그렇다면 A회사는 수탁해지로 관리업무를 종료할 시에는 반환(返還)시켜 놓고 나가야 마땅한 것이다. 만일에 A회사가 목동 10 단지 임대인에 대하여 고용상의 책임을 부담할 사용자의 지위에 있지 않음을 주장하였다면¹³⁾, 위 관리계약으로 A에게 직원의 고용에 대한 책임을 전가하는 것은 부당한 것이 분명하게 밝혀질 수 있었을 것이다.

설혹, 아파트입주자대표회의와 A회사 간의 새로운 관리계약에 의하여 종래의 신분환원이 탈락된 것으로 본다 하더라도 이와 같

13) 관리회사 A는 1998. 5. 21. 노조측에 보낸 “위탁관리실태 확인서”에서 “당사는 1997년 11월 29일 목동 현대아파트 입주자대표회장과 사업장의 위수탁관리계약을 체결하였으나 우리 회사는 입주자대표회의의 결정 및 지시에 따라 업무를 수행할 뿐임을 확인합니다”라는 밝힌 바 있다.

은 계약상의 변경은 제3자인 근로자에게 불리한 내용으로서 유효하게 효력을 갖는지도 의문스럽다. 즉, 사적 자치에 의한 당사자간의 약정은 제3자에 대하여 유리한 내용을 정할 수 있더라도 제3자에게 불리한 내용은 포함할 수 없기 때문이다. 이러한 제3자에게 불이익한 내용의 약정은 법률에 근거한 경우이거나 제3자의 동의가 없는 한 반사회적 내지 양속 위반에 해당한다(민법 제103조 위반). 목동 10단지에서는 아파트관리 직원의 신분환원이 수차례의 약정과 반복하여 실시되어온 관행에 의하여 주어진 것이므로 이와 같은 존속보호를 소멸시키기 위해서는 적어도 그들에게 개별적으로 통지를 하여 궁극적으로 아파트 입대의와의 근로관계에서 관리업자 A와의 근로관계로 전환되는 데 동의를 얻어야 마땅하다. 그러하지 않은 이상에는 결국 종래의 관행대로 관리계약의 해지로 A 회사가 아파트에서 퇴거하는 경우, 근로자는 입주자대표회의에 환원된다고 해석해야 하는 것이다. 입대의는 다시 새로운 관리회사에게 위탁관리를 맡긴 경우에 그 기간에 한해 근로자에 대한 사용자의 지위를 인수하도록 요구할 수 있을 것이다.

입주자대표회의는 사용자의 지위를 자발적으로 받아들인 이상, 그에 따른 책임을 부담하여야 하지 이를 회피해서는 아니되는 것이다. 그 지위를 벗어나기 위해서는 근로자의 동의를 얻어 이를 인수하고자 하는 제3자에게 이전시킬 수 있으며 관리사업에서 완전히 손을 떼야 하는 것이다.¹⁴⁾

(4) 또한, 서울 행정법원은 관리사무소장을 위탁관리업자 소속

14) 이 경우에 아파트 입대의는 더 이상 사업을 운영하지 않으므로, 근로관계의 이전에 동의하지 않는 근로자에 대해서는 일자리가 없다는 이유, 즉 경영상 이유로 인한 해고를 할 수 있을 것이다.

의 직원으로 관리사무소의 업무를 총괄하는 권한을 부여받은 대리인이라고 보았고 따라서 대리인인 그가 근로계약의 체결 기타 모든 행위가 곧바로 위탁관리업자의 대리인 자격으로 행한 것으로 보았다.

그러나 이 부분에 있어서 서울 행정법원은 형식 논리에 지나치게 의존하고 사안을 극히 단순화하는 잘못이 있었다고 생각된다. 물론 관리사무소장은 관리업자가 채용모집하고 이에 응모한 주택관리사중에서 선택한 자이므로 관리업자의 직원으로 보는 것이나 통상적인 관리업무(그의 권한에 들어오는 노무관리와 아파트 관리업무)에 있어서는 그를 관리업자의 대리인으로 파악하는 것에 이견이 없다. 그러나 목동 10단지의 관리사무소장은 입주자대표회의와 관리업자 A 회사간에 체결한 관리계약서에 따르면 “A가 관리사무소장을 임명하고자 할 때에는 사전에 입대의와 협의하여야 하며 협의가 이루어지지 아니할 때에는 임명할 수 없”는 자이고 “입대의는 A가 임명한 관리사무소장이 업무수행이 현저히 불량하거나 업무추진 등이 원활하게 수행되지 않는다고 인정할 때에는 입주자대표회의 의결을 거쳐 A에게 교체임명을 요청할 수 있으며 교체요구가 있는 때에는 A는 1개월 이내에 교체 임명하여야” 하는 자이다. 즉, 입주자대표회의는 관리사무소장의 임면에 대해서는 직접 개입하고 있으므로 단순히 관리업자 A의 대리인일 뿐이라고 보는 것은 납득이 되지 않는다. 오히려 이와 같은 관리계약서 하에서 관리사무소장은 입주자대표회의에 실질적으로 종속을 받는 위치에 있다고 할 것이다. 특히 동 관리계약서 제9조 제3항에서 “입대의는 A와 협의하여 관리사무소장의 임무수행에 필요한 내부 규정을 제정·개폐할 수 있으며 A는 제정된 제규정을 엄격히 준수하여야 한다”고 규정하고 관리사무소장의 급여가 관리업자의 회계에서 지출되는 것이 아니라 입주민

들이 지급하는 관리비에서 충당되는 점을 고려할 때에도, 관리사무소장의 입주자대표회의에 대한 종속성은 얼마든지 추단될 수 있는 부분이고, 더구나 목동 10단지 아파트와 같이 종래부터 위탁관리와 자치관리의 혼합된 형태를 실시해온 경우에는 더군다나 관리사무소장과 아파트입대의의 관계는 밀접하다고 추단할 수 있다. 이와 같이 실질적인 종속하에서 관리사무소장은 관리업자의 대리인으로서가 아니라 입주자대표회의의 대리인으로서 기능하는 일이 있을 수 있는 것이다.

무엇보다도, 직원의 채용에 있어서는 인건비 등 직접적으로 아파트 입대에 재정적 부담을 가져오는 것으로서 이 부분에 있어서는 관리사무소장은 입주자대표회의의 입장을 우선적으로 고려할 것임이 명백하다. A와의 관리계약서 제9조에서 제2항에서도 “A는 단독으로 입대에 재정적 부담이 되는 어떠한 행위도 할 수 없다”고 하고 제10조 제1항에서는 “관리소의 모든 직원은 A가 임면하되, 입대의와 사전협의하여야 한다”고 하고 제2항에서는 “임면의 기준 및 보수 등은 A가 규정을 제정하여 입대의의 승인을 득한 후 지체없이 시행하여야 한다”고 정하였다. 즉, 관리사무소장은 관리업자 A를 대리하여 직원을 모집을 하고 근로계약을 체결했다 하더라도 이것은 목동 10단지 아파트입대의의 의사로부터 독립되어 A회사를 위해 계속적으로 근로할 직원을 채용한 것이 아니라, 목동 10단지 아파트 입대의의 이익을 고려하여 관리업무를 수행하는 근로자를 채용한 것이다. 그럼에도 불구하고, 서울 행정법원은 관리사무소장은 관리업자의 대리인으로서 그가 채용한 근로자는 당연히 관리업자의 근로자라고 본 것은 극히 형식적이며 실제에 부합하지 않는 판단이다. 더구나 이를 논리의 기본 줄거리로 잡아 십수년 전부터 근로해온 직원의 경우도 당시 관리업자(예를 들어 장영)의 직원이었지 아파트 입대의의

직원이 아니었다고 한 것은 사실관계를 곡해한 것이다.

적어도 장영-무림-신한영이 관리를 맡을 당시에 채용되어 A회사가 관리할 당시까지 근로관계가 유지되어 온 근로자의 경우에는¹⁵⁾, 바로 그 근로관계의 유지가 입주자대표회의와 각각의 관리업자 간의 관리계약에 의해 가능했던 것인 바 이와 같은 관리계약서 내용은 입주자대표회의가 적극적 내지 자발적으로 요구한 것이지 결코 당시의 관리업자가 요구한 것이 아님을 고려하고, 또한 아파트 입주자대표회의가 신규 관리업자에게 근로관계의 인수를 요구한 것도 결국 당시 직원은 입주자대표회의의 직원으로 인식한 전제에서 나온 것임을 추단할 수 있으므로 그 당시(A관리업자가 맡기 이전의) 관리사무소장은 목동 10단지 아파트 관리사무소에서 일할 직원을 아파트 입대의를 대리하여 채용한 것으로 보는 것이 정확하다.

요컨대, 서울 행정법원은 목동 10단지 아파트의 경우 “신분환원”의 관행과 관련 위·수탁관리계약에 기초하여 근로자들은 다시 목동 10 단지 아파트의 입대의의 직원으로 환원되어 있고 따라서 관리회사 A에 의한 1998년 7월 10일자 해고통보는 효력이 없다고 판결했어야 마땅하다. 또한 서울 행정법원의 판결을 동일한 상태로 전부 받아들인 서울고등법원의 판결에 대해서도 위와 동일한 비판을 가할 수 있다. 형식적 논리에만 급급한 원심 판결을 그대로 인정한 대법원 또한 형식적인 단순논리에서 벗어나지 못하였다고 비판할 수 있다.

15) 근로를 상실하여 중노위에 구제신청(재심신청)한 근로자 90명중에 94년 11월 이전에 입사한 자는 68명에 이른다. 관리회사 A가 수탁한 때부터 입사한 자는 22명에 불과하다.

2. 해고수당 지급청구 사건

목동 10단지 노동조합 지부는 서울지역아파트노동조합의 한 조직으로서 서울지역아파트 노동조합이 당사자가 된 단체협약의 적용을 받는다. 서울지역아파트노동조합은 1998년 5월 15일 관리업자 A회사와 단체협약을 체결하였고, 동 단체협약 제71조(인원정리 및 정리해고) 제5항에서는 “집단해고가 불가피한 경우 관리업자 A는 해고일로부터 3개월 이전에 조합과 합의하여야 하며 해고로 인한 위로금 보상기준은 퇴직금외 근속연수 2년 미만인 자는 1개월, 근속연수 3년 이상 5년 미만인 자는 3개월, 근속연수 5년 이상인 자는 6개월분 이상의 평균임금을 가산 지급한다”고 규정하고 있었다.

목동 10 단지에서 재취업신청서를 제출하지 않아 사실상 근로를 할 수 없게 된 조합원들은 위의 소송에서 패한 이후 A회사를 상대로 해고보상금의 지급을 구하는 소송을 제기한 것이다. 그러나 서울지법과 서울고법에서는 A회사가 조합원들로 하여금 B회사에 신규채용되도록 알선하였으나 이에 응하지 않고 고용승계를 고집한 것은 결국 근로자들이 스스로 사직한 것에 해당한다고 보아 해고가 아닌 사직에 해당하기 때문에 단체협약상의 해고수당을 지급할 의무가 없다고 판결하였다. 조합원들은 소송제기에 드는 제반비용을 고려해서 대법원에의 상고를 포기하여 결국 이와 같은 판단에 승복하고 말았다.

그러면 이하에서는 서울지법에서 판시한 내용을 좀 더 구체적으로 살펴보고 동 판결에는 어떤 문제점이 있었는지 살펴보기로 한다.

1) 사실관계

서울지방법원에서는 앞서 부당해고사건 판결에서 확정된 사실 관계에 기초하였고, 특히 근로자들의 사용자는 아파트 관리업무를 위탁받은 관리업자로 전제하여 사실관계를 확정하였다. 목동 10단지 아파트 경비직 근로자들은 각각의 위탁관리회사(장영부터 관리업자 A까지의 관리회사)에 입사하여 1998. 7. 10.까지 근무하였다고 보았다.

입주자대표회의와 피고회사인 A는 1998. 3. 31. 1998. 7. 10. 자로 위탁관리계약을 해지하기로 합의하였고, 입주자대표회의는 1998년 5월경 B회사에게 1998. 7. 11.부터 위 아파트를 관리하도록 위탁하였다고 보았다. 특히 서울지방법원에서는 “피고회사 A는 1998. 5. 22. 서울지역아파트노동조합의 위원장과 위 노동조합의 목동 10단지 아파트 지부장에게 피고회사의 위 아파트 수탁관리권이 1998. 7. 10. 자로 종료되므로 위 아파트에서 계속 근무하기를 희망하는 근로자는 그 희망 여부를 알려 달라는 내용의 통지를 하였다”고 보았고, “피고회사는 또한 1998. 5. 28. 입주자대표회의와 관리업자 B에게 근로자의 고용관계 승계에 관하여 협조해 달라는 공문을 발송하였다”고 보았다. 그리하여 “위 아파트에서 근무하던 근로자 117명 중 경비직 근로자들을 제외한 나머지 31명의 근로자들은 B회사에 재취업희망서를 제출하여 전원 B회사로 고용관계가 승계되었”으나, “입주자대표회의가 자신들의 사용자라고 주장하면서 피고회사에서의 계속 근무 또는 서일개발로의 고용관계 승계를 모두 거부한” 원고들에 대하여는 “피고회사는 1998. 7. 10. 자로 고용계약이 해지됨을 통보하였다”고 보았다.

한편, 서울지방법원은 “피고회사와 서울지역아파트노동조합 사이에 체결된 단체협약 제71조 제5항은 피고회사가 경영상의 이유

로 3인 이상의 근로자를 집단해고하는 경우 근속년수 10년 미만인 근로자에게는 2개월분 이상의 평균임금을, 근속년수 10년 이상인 근로자에게는 4개월분 이상의 평균임금을 각 해고보상금 명목으로 지급하여야 한다고 규정하고 있다”고 보았다.

2) 법원의 판단

서울지방법원에서 판단을 내린 부분은 비교적 간단하므로 그대로 인용하기로 한다.

“원고들은 피고회사가 1998. 7. 10. 경영상의 이유로 원고들을 집단해고하였으므로 피고회사는 원고들에게 단체협약상의 해고보상금을 지급하여야 한다고 주장한다. 살피건대, 피고회사가 경영상의 이유로 원고들을 집단해고하였음을 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 앞서 살펴본 바와 같이 원고들은 피고회사에서 계속 근무하는 것을 거부함으로써 스스로 피고회사에서 퇴직한 것으로 보아야 할 것이므로 더 나아가 살필 필요없이 위 주장은 이유없다. 그러므로, 원고들의 피고에 대한 이 사건 청구는 모두 이유없어 기각한다.”

3) 비 판

(1) 먼저, 서울지방법원에서는 사실의 인정에 있어서 일부 오류가 있지 않았는가 보여진다. 즉, 동 재판부는 “아파트에서 근무하던 근로자 117명 중 경비직 근로자들을 제외한 나머지 31명의 근로자들은 B회사에게 재취업희망서를 제출하여 전원 B 회사로 그 고용관계가 승계되었다”고 보고 원고들은 “피고회사(A회사)에서의 계속 근무 또는 B회사로의 고용관계 승계를 모두 거부한” 것

으로 보았다.

그러나 31명의 근로자들은 B회사에 재취업희망서를 제출하여 새로운 근로계약을 체결한 것이지 종전의 근로관계가 그대로 승계가 된 것이 아니다. 만일에 A회사나 B 회사측이 종전과 동일한 근로조건 하에서 고용관계를 승계시킨다고 밝혔더라면 이와 같은 고용관계에 응하지 않을 근로자는 없었을 것이다. 이 점은 서울지역아파트노동조합이 A 회사에게 발신한 1998. 5. 25.자 문서의 “당 노동조합 조합원은 상시 근로중에 있는 목동 10 단지 아파트 사업장에 계속 근로하고자 첨부와 같이 명단을 제출하오니 양지하기 바랍니다”와 같이 분명히 나타나 있다. 즉, 실제의 사실은 31명의 근로자들이 B회사에 신규 채용이 된 것이고 나머지 근로자들은 이와 같은 신규채용을 거부한 것이다.¹⁶⁾

또한 약 90명의 경비직 근로자들이 이와 같은 재취업희망서 제출을 거부한 것은 이들의 평균근속은 5년 11개월 21일로서 이들의 임금수준은 이미 신규 입사자의 급여와는 차이가 있었고, 전체적으로 당시 A사에서 받던 경비직 근로자들의 임금수준이 월 110만원이었으나 입주자대표회의가 1998. 6. 19. 선정한 B사에 대해서는 인건비로 지급할 수 있는 수준을 월 95만원으로 한정하였기 때문이었다. 특히 경비직 근로자에 대해서는 B사의 하도급업체인 X용역회사에 용역을 주기로 했기 때문에 용역업체로 채용이 되는 것이었는데 그곳에서는 95만원 이하의 낮은 임금으로 근무하는 것만이 가능했던 것이다.

다시 말하지만, A 회사가 보장한 것은 고용승계가 아니라 종전 회사를 그만두고 저하된 근로조건하에서의 신규입사인 것이

16) 앞의 부당해고여부를 다룬 사건에서도 대법원은 “새로운 관리업자와의 근로계약 체결을 거부한 경위 등에 관한 사실”을 인정하였지 “고용승계”를 거부한 것으로 보지 않았다.

다. 따라서 이를 거부한 것은 정당한 행위이지 신의칙에 어긋나게 부당한 거부를 행한 것이 아니다.

(2) 판단에 있어서는, 여러 측면에서 문제점을 지적할 수 있다.

① 먼저, 위와 같이 90여명의 경비직 근로자들이 B회사에의 신규 입사를 거부하였으므로 그들의 근로관계를 해석하여야 하는 바, 동 재판부는 “피고회사(A회사)에서 계속 근무하는 것을 거부함으로써 스스로 피고회사에서 퇴직한 것으로 보아야 할 것”이라고 판시하여 사직에 의한 근로관계의 종료로 보았다.

그러나 이 부분에는 논리적 비약이 있다. 왜냐하면 근로자들은 B회사에의 재취업희망서의 제출 내지 신규입사를 거부하였을 뿐인데 동 재판부에서는 A회사에서 계속 근무하는 것을 거부하였다고 보았기 때문이다. 설혹 피고회사가 다수의 경비직 근로자를 타단지에 파견시킬 능력이 있다고 가정하더라도, 결코 A회사는 근로자들에게 타단지의 새로운 일자리를 제시하면서 그 일자리에의 편입을 명령하거나 요구한 바도 없기 때문에, “피고회사에의 계속 근무를 거부하였다”고 판단할 근거는 더욱 없다. 오히려 원고들은 누가 사용자인지 명확하지 않은 상태(원고들은 입주자대표회의가 실질적으로 사용자라고 주장한 반면에 입주자대표회의는 자신이 사용자가 아니라고 강변하였고 피고회사는 자신이 사용자임을 주장한 바 있다)에서 오로지 근로관계를 계속 유지하고자 하는 의사를 표현하였으며 근로자들의 근로가 중단될 때까지 목동 10단지 관리사무소에서 계속 근로를 제공하였다. 자발적인 퇴직으로 볼 행위, 예컨대 무단으로 근로를 거부하거나 사업장을 떠난 바 없다.¹⁷⁾

17) 퇴직의사에 갈음할 수 있는 근로자의 행태로서 행방의 묘연, 일자리의 무단방치 등과 같은 행위도 없었기 때문에 근로자들에게 사실상의 퇴직,

② 반대로 피고회사에서 명시적으로 고용계약이 해지되었음을 통보하였는데도 동 재판부는 이것을 외면하고 근로자의 자발적 사직으로 판단하였다. 피고회사가 1998년 6월 9일자로 통보한 고용계약해지통보서를 보면, “폐사에서는 목동 10단지 아파트입주자대표회의와 위·탁관리계약이 1998.7.10.자로 종료(중도해지)됨에 따라 당사에서는 이와 관련하여 1998. 4. 10(4월 17일로 노조측에서 연기), 1998. 5. 8(5월 15일로 노조측에서 연기) 노사협의 회를 개최하였으며 1998. 5. 22.자로 서울지역아파트노동조합 및 목동 10단지 지부에 서면으로 통보한 바 있습니다. 또한 1998. 6. 3. 전체 직원의 조회석상에서 노00 사장이 설명고지한 바와 같이 부득이 귀하에 대하여 1998. 7. 10. 부로 고용계약이 종료됨을 알려 드립니다. 1998. 6. 9. 목동 10단지 아파트관리사무소장(인)”으로 되어 있다. 바로 해고사유를 위·수탁관리계약의 중도해지라고 명확하게 밝히고 있는데도 이를 자발적인 사직으로 사실을 확정하는 것은 채증법칙의 위반에 해당한다.

③ 다른 한편, 목동 10단지 아파트 근로자들이 B회사에의 취업을 종용받은 것은 기존의 근로관계가 완전히 새로운 근로관계로 바뀌는 점에서 전적(轉籍) 조치로 볼 수 있는 바(엄밀한 의미로 종래의 근로조건이 유지되는 고용승계에 해당하지 않기 때문이다)¹⁸⁾ 전적 조치를 거부하여 이에 동의하지 않은 경우에는 전적의 효과가 없으므로¹⁹⁾ 그대로 본래 회사(사안에서는 A회사)에

즉 자연퇴직을 단정할만한 근거가 없다고 사료된다.

18) 대판 1997. 7. 8.선고, 96다38438; 1997. 12. 26선고, 97다17575; 1996. 5. 10.선고, 95다42270.

19) 대판 1993. 1. 26.선고, 92누8200: “근로자가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른 바 전적은, 종래에 종사하던 기업간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업

잔존하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 자진하여 퇴사한 것으로 해석하는 것은 근로관계의 성립과 종결을 당사자의 의사표시에 근거시키는 계약원리와 맞지 않는 판단이다.

전적명령(轉籍命令)에 대하여 설혹 근로자가 부당하게 혹은 막무가내식으로 거부하였다고 가정하였을 때, 사용자는 이에 대해 해고를 결정하는 것 외에는 달리 근로관계를 종료시키는 방법이 없는 것인데(예컨대, 강제로 전적시킬 수 없다).²⁰⁾ 나아가 있지도 아니한 퇴직의사를 의제하여 법원이 자진퇴직으로 보는 것은 논리를 비약한 것이면서 동시에 사실관계를 왜곡하는 것에 해당한다. 따라서 관리회사 A의 고용계약해지통보에서도 나와 있는 바와 같이 부득이 고용계약이 해지된 것으로 보았어야 했다.

④ 한편, A회사가 사용자로서 원고들에게 B회사에의 취업으로 옮길 것을 종용한 것은, 그들이 종전의 근로조건에서 위탁을 받고 있는 “타단지의 일자리”를 마련해줄 경제적 능력이 없다고 전제할 경우에, A회사(피고회사)가 경영상 이유로 인한 해고 차원에서 나온 조치로 볼 수 있다. 이런 조치에 응하지 않는 자에 대해서는 A회사는 법률관계를 끊으므로써 사용자로서의 계속적 부담으로부터 해방되는 방법을 꾀한 것이다. 반면에, A회사가 이와

간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상 사용자 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다”; 1996. 5. 31 선고, 94나9436: “근로자들이 회사의 전적명령에 동의하지 아니하므로써 전적 명령 자체가 아무런 효력이 없음이 객관적으로 명확하게 되었을 뿐만 아니라...”

20) 참고 대판 1996. 10. 29. 선고, 96다22198: “동업체가 소멸하게 되어 동업체의 업무를 위하여 채용하게 된 근로자에게 다른 합작기업으로의 전적을 권유하였으나 이에 불응함으로써 이루어진 해고는 통상해고로서 정당한 이유가 있다”.

같은 경제적 능력이 있다고 전제할 경우에는 경영상 이유로 인한 해고의 요건을 모두 갖추어야만 해고의 정당성이 확보되므로 이런 요건의 불충족이 확인되는 경우에는 무효의 해고조치로서 그들에 대한 복직과 임금상당액의 지급의무가 발생할 것이다. 위 재판부는 이런 피고회사의 경제적 효과를 노린 해고조치에 대하여 제대로 파악하지 않고 가볍게 넘어간 것으로 보인다.

앞선 사건의 중노위의 재심신청 절차에서 A 회사측이 제출한 답변서(1998. 11. 30. 접수)에서는 “관리회사 A는 관리대상 사업장(목동 10단지를 말함)이 폐지되어 무려 117명에 달하는 잉여인력이 발생한 것이고, 이들의 한달 인건비가 약 1.5억원에 달하여 위탁관리수수료 월간 180만원을 지급받았던 현실에 비추어 볼 때, 정리해고할 수 밖에 없는 긴박한 경영상 필요성이 있었습니다”라고 답변하여 경영상 해고임을 자인한 바 있다.

제 3 장 아파트 근로자의 사용자에 관한 고찰

주택건설촉진법 및 공동주택관리령에 따르면 아파트의 자치관리 방식의 경우에는 입주자대표회의가 근로자의 사용자가 되는 것으로 예정하고 있으나 주택관리업자에 의한 위탁관리방식의 경우에는 주택관리업자를 근로자의 사용자로 예정하고 있다.²¹⁾ 그러나 자세하게 검토하면 이와 상반되는 내용을 담고 있는 관계 법령상의 규정들도 발견되며, 또한 앞선 목동 아파트 사건과 같이 아파트 입주자대표회의에서 위탁관리와 자치관리의 중간 형식을 취하거나 은마아파트 사건과 같이 형식적으로는 위탁관리를 택했으면서도 실제로는 입주자대표회의가 자치관리의 경우와 같이 관리업무에 깊이 관여하는 경우도 있다. 이와 같이 법령에 모순이 있거나 관리형태가 혼란스러운 경우에는 누가 근로자의 사용자인지를 판단하기가 용이하지 않다.

이하에서는 먼저 관계 법령의 해석 차원에서 입법자는 위탁관리의 경우 근로자의 사용자를 누구로 보고 있는지를 보고, 다음으로는 당사자간에 체결되는 위·수탁관리계약의 해석상 사용자가 누구인지로 파악되는지를 보며, 마지막으로 근로계약의 체결 당시 관여하는 자들을 살펴보면서 진정한 사용자가 누구인지를 고찰하기로 한다.

1. 현행 제도 하에서의 아파트근로자의 사용자

1) 관계 법령상 아파트근로자의 사용자

주택건설촉진법 제38조 제1항에서는 “공동주택의 입주자대표회

21) 대판 1999.7.13.결정, 99마628 피용자지위가처분.

의 및 관리주체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 관리하여야 한다”고 규정하여 입주자대표회의 및 관리주체는 대통령령이 정하는 관리에 관한 규율을 준수하도록 명하고 있다. 대통령령인 “공동주택관리령”에서는 공동주택인 아파트의 관리에 대한 필요한 제반 사항을 정하고 있다. 여기서 관리주체(管理主體)란 주택건설촉진법 제3조 제4호에 따르면 “공동주택을 관리하기 위하여 입주자에 의하여 구성된 자치관리기구·주택관리업자 및 사업주체”를 말하며, 주택관리업자에 의한 관리가 행해지는 경우에는 관리주체는 주택관리업자와 동의어로 이해해도 무방하다. 그런데 주택건설촉진법 제38조 제4항에서는 아파트 관리방식을 “자치관리”방식과 “주택관리업자에 의한 관리” 방식으로 구별하고 있다.²²⁾ 따라서 관계 법령을 준수하여야 하는 입주자대표회의는 이와 같은 자치관리방식과 주택관리업자에 의한 관리방식 중 어느 하나를 선택하여 관리업무를 시행하여야 한다. 한편, 이와 같은 공법적 규율에 반해서 입주자대표회의가 자치관리방식과 주택관리업자에 의한 관리방식의 중간적 형태를 취하는 경우도 있는바(과거 목동 10단지 아파트의 경우), 행정법 위반 문제에 따른 제재와 별도로 이와 같은 중간적 형태의 위탁관리계약은 여전히 유효하다.²³⁾

관계 법령은 자치관리의 경우, 관리기구의 설치 및 관리기구의 운영에 대해서는 직접적으로 상세하게 규율하고 있다(주택건설촉진법 제38조 제8항, 공동주택관리령 제9조 제3항 제4호, 제10조

22) 제38조 제4항: 대통령령으로 정하는 공동주택(부대시설 및 복리시설을 포함하되 복리시설중 일반에게 분양되는 시설은 제외한다. 이와 같다)은 입주자가 자치적으로 관리(이하 “자치관리”라 한다)하는 경우 이외에는 제39조의 주택관리업자로 하여금 관리하게 한다.

23) 이에 대해서는 위·수탁관리계약상의 사용자 부분에서 고찰한다.

제6항 제4호, 제11조).²⁴⁾ 즉 자치관리시 근로자에 대한 사용자는 명백히 입주자대표회의가 된다.²⁵⁾

24) 주택건설촉진법 제38조(공동주택의 관리) ⑧ 입주자대표회의가 제4항의 규정에 해당하는 공동주택을 자치관리하고자 할 때에는 제6항에 의한 요구일로부터 6월 이내에 대통령령이 정하는 기술인력 및 장비를 갖춘 자치관리기구를 구성하여야 한다.

공동주택관리령 제9조(공동주택관리규약) ③ 관리규약에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. ... 4. 자치관리를 할 경우, 자치관리기구의 구성·운영 및 업무와 직원(관리사무소장을 포함한다)의 자격요건·인사·보수 및 책임

제10조(입주자대표회의) ⑥ 입주자대표회의는 그 구성원 과반수의 찬성으로 다음 각호의 사항을 결정한다.4. 자치관리를 하는 경우 자치관리기구의 직원의 임면

제11조(자치관리기구) ② 제1항의 자치관리기구는 입주자대표회의의 지휘·감독을 받는다. ③ 입주자대표회의는 자치관리기구의 대표자(이하 "관리사무소장"이라 한다)를 임명하여야 한다. ④ 입주자대표회의의 구성원은 자치관리기구의 직원을 겸임할 수 없다. ⑤ 관리사무소장은 자치관리기구의 직원을 지도·감독하여 제3조에 규정하는 업무를 성실히 수행하여야 한다. ⑥ 관리사무소장과 자치관리기구의 회계관계직원은 재정보증이 있어야 한다.

25) 입주자대표회의의 법인이 아닌 사단성을 긍정한 판결로는 대판 1991. 4.23 선고, 91다4478 : “입주자는 동별세대수에 비례한 대표자를 선출하여 그 선출된 동별대표자로 입주자대표회의를 구성하고, 당해 공동주택의 관리방법을 결정하여야 하며(법 제38조 제7항 및 령 제10조 제1항), 입주자대표회의가 위와 같은 공동주택을 자치적으로 관리하고자 할 경우에는 자치관리기구를 구성하고 관할 시장 또는 군수의 인가를 받아야 하는데(법 제38조 제8항 및 령 제11조 제1항), 입주자대표회의와 자치관리기구의 구성, 기능, 운영 및 인가 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정되어 있는(법 제38조 제11항) 한편, 동별대표자로 될 수 있는 자격, 입주자대표회의의 기관(회장, 이사, 감사) 및 그 업무범위와 의사결정방법 등이 대통령령에 규정되어 있을 뿐더러(령 제10조 제2항, 제3항, 제7항, 제8항), 입주자대표회의는 원심이 인정한 바와 같은 여러 가지 권한을 가지고 있는 외에도, 사업주체(법에 의하여 주택건설사업을 시행하는 자, 법 제3조 제5호)에 대하여 공동주택에 발생한 하자의 보수를 요구하고, 자신의 명의로 하자보수보증금을 예치·보관할 수 있는 등 스스로 권리의무의 주체가 될 수 있는(령 제16조 내지 제18조) 반면, 입

주택관리업자에 의한 관리의 경우에는, 먼저 주택건설촉진법 제3조 제4호에서 주택관리업자를 “관리주체”로 파악하고 있어서 주택관리업자는 독자적인 관리사업을 운영하는 것을 기본으로 하고 있음을 추단할 수 있다. 또한 주택건설촉진법 제39조 제4항에서 “주택관리업자의 지위에 관하여는...민법의 위임에 관한 규정을 준용한다”고 하여 역시 독자적인 사무처리를 수임받은 지위에 있는 것으로 파악되고, 공동주택관리령 제3조 제2항에서 “관리주체는 공동주택등을 관리함에 있어 선량한 관리자의 주의로 제1항의 업무를 수행하여야 한다”고 하는 점을 고려할 때에도 역시 독자적인 관리사업의 운영을 기본으로 하고 있음을 추론할 수 있다. 나아가 동법 제39조 제3항에서는 주택관리업자에 의한 관리 방법 및 업무내용에 관하여 공동주택관리령에서 정하도록 하므로 공동주택관리령 제3조 제4항을 보면, “주택관리업자가 공동주택등을 관리하는 때에는 별표 1 공동주택관리기구의 기술인력 및 장비기준에서 규정하는 기술인력 및 장비를 갖춘 관리기구를 당해 공동주택단지안에 두어야 한다”고 하고 있다. 이 규정 역시 주택관리업자가 독자적으로 공동주택관리기구를 갖추어야 하는 것을 전제로 하고 있다고 보여진다. 바로 공동주택관리령은 주택

주자대표회의가 구성한 자치관리기구는 령 제9조의 규정에 의한 공동주택관리규약으로 정한 사항 및 제10조 제6항의 규정에 의하여 입주자대표회의에서 결정한 사항의 집행등 령 제3조 제1항 각호 소정의 업무를, 법 제38조제1항의 규정에 의하여 행하면서(령 제3조 제1항), 입주자 대표회의의 지휘.감독을 받도록 규정되어 있다(령 제11조 제2항). 그렇다면 법 제38조 제4항 및 령 제7조 각호의 1에 해당하는 공동주택의 입주자가 법 제38조 제7항과 령 제10조 제1항에 따라서 구성한 입주자대표회의는, 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을뿐만 아니라, 또한실적으로도 자치관리기구를 지휘. 감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로, 특별한 다른 사정이 없는 한, 법인 아닌 사단으로서 당사자능력을 가지고 있는 것으로 보아야 할 것이다.”

관리업자가 자신의 직원을 채용해서 아파트 단지내의 관리사무소로 들어오는 것을 예정하고 있다고 보여진다. 또한 공동주택관리령 제25조에서는 “공동주택의 관리주체는 주택관리사 또는 주택관리사보를 관리책임자로 두어야 한다”고 규정하여 주택관리업자가 관리책임자(즉, 관리사무소장)를 아파트단지에 두도록 한다. 즉, 주택관리업자로 하여금 주택관리사를 관리사무소장에 위촉하도록 하고 있는 것이며 여기서는 공동주택관리령이 관리사무소장을 주택관리업자의 직원으로 전제하고 있음을 알 수 있다. 마지막으로, 공동주택관리령 제10조 제14항에서는 “입주자대표회의는 주택관리업자에 대하여 직원인사, 노무관리 등의 업무수행에 부당하게 간섭하여서는 아니된다”고 하여 입주자대표회의를 직원의 사용자로 보지 않음을 밝히고 있다.

그러나 공동주택관리령에서는 위의 규정들과 상반되게 주택관리업자의 독자적 관리업무를 제한하는 규정들도 두고 있다. 먼저 동 명령 제10조 제6항에서는 입주자대표회의가 “관리에 필요한 제규정을 제정 및 개정”하게 하고, “관리비 예산”을 확정하며, “기타 관리규약에서 정하는 사항”들을 의결할 수 있게 하는데, 이것은 주택관리업자가 행할 아파트 관리업무 뿐만이 아니라 관리업무를 수행하는 “관리직원”에 대한 관리 세칙까지도 입주자대표회의에서 결정할 수 있도록 하는 것이다. 말하자면 공동주택관리령 제9조에서는 입주자대표회의로 하여금 “관리규약”을 정하도록 하고 동 관리규약에서는 위탁관리의 경우에도 “직원의 자격요건, 담당업무, 보수, 임면, 책임”등은 입주자대표회의의 “인사규정(人事規程)”에 따르도록 하기 때문이다.²⁶⁾ 따라서 과연 이런 규

26) 서울특별시 공동주택 표준관리규약(1997.7.16 제정; 1999.11.11 개정) 제25조에 따라 목동 10 단지 아파트관리사무소 관리규약 제26조(본 단지에 설치하는 관리주체의 기구, 작업기구, 직원의 자격요건, 담당업무, 보수,

율속에서 주택관리업자가 독자적으로 직원들을 관리할 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 또한 입주자대표회의가 관리비 예산을 확정한다는 것은 관리업무에 필요한 예산 외에 인건비에 충당되는 “일반 관리비”의 예산도 결정한다는 것을 의미하므로 재정적 부담이 뒤따르는 “인사노무관리”에 과연 독자성이 확보될 수 있을지 의문이 든다. 또한 공동주택관리령 제15조 및 별표 3에서는 관리비의 내역을 “일반관리비에 인건비(급여·제수당·상여금·퇴직금 등을 포함)외에 제사무비·교통통신비·제세공과금 심지어 피복비, 교육훈련비, 차량유지비, 제부대비용”까지 상세하게 규정하는데 결국 입주자대표회의가 아파트 근로자의 인건비와 피복비·교육훈련비·제반 비용²⁷⁾도 결정한다는 것을 확인시키고 있다. 또한 주택관리업자는 관리규약에서 직원에 관하여 정할 경우 그것에도 구속을 받게 되어 있다(공동주택관리령 제3조 제5호).

생각건대, 주택건설촉진법과 공동주택관리령의 관련법규들을 종합적으로 판단하면, 동 법령은 주택관리업자에 의한 관리의 경우 주택관리업자를 근로자의 사용자로 전제하고 있으나, 동시에 입주자대표회의에 대해서도 근로자들에 대한 인사기준과 보수 등 근로조건기준에 대해 일정한 규율, 다시 말하면 “외부적 규율(外部的 規律)”을 형성할 수 있는 법적 근거를 제공하고 있다고 판단된다. 그런데 만일에 이와 같이 인사기준과 근로조건기준을 결정하는 자를 근로계약상의 사용자로 포섭할 수 있다면 곧바로 입

임면 및 책임등은 입주자대표회의에서 정하는 인사규정에 따른다)과 신안아파트 공동주택관리규약(제26조: 본 단지에 설치하는 관리주체의 기구, 직원의 자격요건, 담당업무, 보수, 임면 및 책임등은 입주자대표회의에서 정하는 인사규정에 따른다)에서는 입주자대표회의가 위탁관리시에도 직원들의 인사, 보수에 대하여 정할 수 있도록 해놓고 있다.

27) 여기에는 각종 사회보험에 관련되는 사용자측의 부담금도 포함된다.

주주대표회의도 근로계약상의 사용자에게 해당할 수 있을 것이다. 그러나 근로계약상의 사용자는 근기법 제15조의 “사업주”로서 근로를 수령하고 임금을 지급하는 의무 주체이므로, 인사기준이나 근로조건기준을 실질적으로 결정한다는 점만으로 도달하기 힘들고, 오로지 근로계약 당사자로서 의사표시를 통해 근로관계를 발생시킨 자이거나 근로자를 사실적으로 사용하여 사용종속관계에 도달한 자이어야만 근로계약상 사용자라고 할 수 있다.²⁸⁾ 따라서 주택건설촉진법과 공동주택관리령에서 입주자대표회의가 근로자의 인사기준이나 근로조건 기준을 결정할 수 있는 법적 근거를 제공하고 있다는 이유만으로는 입주자대표회의를 근로계약상의 사용자에게 해당한다고는 하기 힘들고, 단지 근로조건을 실질적으로 결정하는 제3자(예컨대, 사립학교 교원에 있어서 임금수준을 결정짓지만 근로계약 당사자라고 보기 힘든 “정부”와 같은 지위에 있는 자)로 파악될 뿐이다.²⁹⁾ 따라서 동 관계법령에서는 위탁관리시 관리 직원의 근로계약상대방은 주택관리업자로 예정하고 있다고 판단된다.

다만, 관계법령이 이와 같은 점에서 일관성을 유지하려면 상호 모순에 해당하는 규정들을 수정하여야 한다고 본다. 말하자면 공동주택관리령 제10조 제14항에서 “입주자대표회의는 주택관리업자의 직원인사, 노무관리등의 업무수행에 부당하게 간섭해서는

28) 근로계약상 사용자에게 대하여는 김형배, “근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념”, 『노동법연구』, 1991, 99면 이하.

29) 다만 이와 같은 제3자가 근로조건에 관하여 지배력과 영향력을 행사하는 경우 집단적 노사관계법상의 사용자에게 포함될 여지가 있다고 보인다. 냉동창고 회사에서 근로하는 향운노조 조합원의 경우에 냉동창고회사는 집단적 노사관계법상 사용자에게 해당된다는 의견은, 김형배, 『향운노조 조합원과 사용자와의 법적 관계』, 1996, 350면; 반면에 대법원은 냉동창고 회사의 집단적 노사관계법상 사용자 지위를 부인하였다(1993.11.23, 92주1301).

아니된다”고 명시한 것과 같이 입주자대표회의가 각종 “규정”의 제정이나 “예산”의 확정 및 “관리규약”에서 직원의 자격조건, 보수, 임면 등에 관하여는 의결하지 못하고 결정하지 못하도록 한 계를 설정해 주어야만 한다.

2) 위·수탁관리계약상 아파트근로자의 사용자

(1) 위·수탁계약의 성질

일반적으로 입주자대표회의와 주택관리업자간에는 아파트 단지에 대한 “위·수탁관리계약”을 체결한다. 주택관리업자는 위·수탁관리계약에 의하여, 아파트의 관리권을 부여받는 것이다. 여기서 위·수탁관리계약이란 관리업무 처리를 위한 위임계약으로 보여지고, 특히 주택건설촉진법 제39조 제4항에 의하여 “민법의 위임에 관한 규정을 준용한다”고 하므로 역시 관리업무처리를 위탁하는 계약으로 보아야 할 것이다. 그런데 위임계약에서는 자기의 재량에 의하여 독자적으로 위임사무를 처리하는 것이 급부의 내용이므로 수임인에게는 독자적 업무의 처리를 위한 다소간의 자유재량이 인정되어야 한다. 만일에 수임인이 위임인의 종속적 지위에 놓여 있으면 수임인이 아니라 노무자가 되며 그 위임계약은 고용계약으로 변질될 수 있는 것이다.

수임인의 독자성 혹은 자유재량의 정도와 관련하여, 위탁관리계약에서 수탁자로 하여금 사무처리 외에 재산권을 이전받고 이를 처분할 수 있을 정도의 폭넓은 자유재량을 부여하는 계약내용이 있다면 위탁관리계약은 신탁관리계약(信託管理契約)을 의미할 수 있으며 이와 같은 재산권의 이전 없더라도 독자적인 업무의 처리를 위한 자유재량을 부여한다면 위탁관리계약은 전형적인 위탁계약(委託契約)에 해당할 것이다. 그러나 이와 같은 독자적 업

무처리의 여지가 없고 위임인의 개별적인 지시를 받아 업무를 처리해야 하는 내용이라면 비독립적(非獨立的)으로 업무를 대행(代行)하는 계약(契約)으로 보여진다.³⁰⁾ 이러한 계약은 비전형계약이므로 분명하게 표현하기는 힘들지만 “비독립적 대행계약(非獨立的 代行契約)”이라고 명명할 수 있을 것이다.

아파트의 위·수탁관리계약이 전형적인 위탁계약³¹⁾인지 아니면 비독립적 대행계약인지는 아파트 단지마다 다르며 각 관리계약서의 내용에 따라 판단하여야 할 것이나, 많은 경우는 “주택관리업자가 단독으로 입주자대표회의에게 재정적 부담이 되는 어떠한 행위도 할 수 없으며” 오로지 입주자대표회의의 승인 하에 관리업자가 이뤄지는 것이 관행이므로³²⁾ 주택관리업자의 관리는

30) 참고로, 위탁관리업자를 직접 법률에서 규정하는 예가 있는데, 저작권법 제78조 제1항 및 제3항에서는 저작권자를 위하여 대리·중개 또는 신탁 관리하는 것을 업으로 하고자 하는 위탁관리업자라고 한다.

31) 이와 같은 경우에 근접하는 사례로는, **서초 무지개 아파트** 위수탁관리 계약서(2000.9.1 ~ 2002.8.31)의 경우라고 사료된다. 제6조에서는 “을은 상당한 관리자로서 성실하고 책임감있게 수탁업무를 수행한다”고 하고 제9조(자금집행)에서는 “입주자대표회의의 회장과 협의 조정한 예산 범위 내에서 매월 정기적으로 지출되는 비용은 회장, 관리소장에게 위임하고 수시 필요한 운영자금은 회장의 결제를 득한 후 관리소장이 집행토록 한다”정하여 일정부분 관리소장에게 독자적인 재량의 여지를 주고 있기 때문이다. 또한 제18조(입주자대표회의와 협의사항)에서도 “1. 기구 및 정원 조정에 관한 사항 2. 물가상승으로 인하여 전반적인 관리비의 재조정이 필요할 시 3. 회계연도말 결산보고서 4. 특별충당금 사용에 관한 사항 5. “갑” “을”이 수탁업무 수행상 필요하다고 인정되는 사항”을 승인이 아니라 협의사항으로 하고 있다. 마지막으로 제25조(준용사항)에서는 “본 계약에 약정하지 않은 사항은 공동주택관리령과 민법 중 위임에 관한 사항 및 일반 관례에 준하여 갑과 을은 성의를 가지고 합의하는 것으로 한다”고 하여 대등한 관계에서 업무의 처리를 위탁한 것으로 보인다.

32) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서(1996.11.1 ~ 1998.7.10) 제9조 제2항: “을은 단독으로 갑에게 재정적 부담이 되는 어떠한 행위도 할 수 없다.” 제15조 : “갑의 공동주택관리에 필요한 모든 자금은 법령 및 규약에 따라 갑과 을이 공동명의로 금융기관에 예치하여 운영관리한다.”; **은마아**

“관리주체로서”가 아니라 “비독립적인 대행관리”를 하고 있다고 보여진다.³³⁾ 이와 같은 비독립적 대행관리는 입주자대표회의가 진정한 위탁관리를 택한 것이 아니라 사실상 “자치 겸 위탁의 혼합 형태”를 취한 것과 같다고 판단된다. 이와 같은 추론은 앞서

파트 위수탁관리계약서(94.71.- 96.6.30) 제10조(자금의 집행과 관리)
 “① 모든 경비의 지출은 “갑”의 승인을 얻어 “을”의 책임하에 집행한다. 다만, 긴급을 요하는 5만원 이하의 경비를 미리 집행할 수 있으나 반드시 “갑” 사후 승인을 받아야 한다. ② 본 계약에서 따로 정하지 아니한 제 적립금 및 영업의 수입금 등은 “갑”과 “을”의 공동명의로 적립하고 “갑”의 승인을 얻어 이를 사용하여야 한다. ③ 관리업무로 인하여 발생하는 연체료, 곤로라 사용료 제 예금에 대한 이자 등 규칙 제19조의 규정에 따라 공동주택에 설치된 주요시설의 보수 등의 목적에 한하여 입주자대표회의의 승인을 얻어 사용할 수 있다. ④ “을”은 매월 경비의 집행과 자금의 관리에 관한 사항을 입주자대표회의에 보고하여야 한다.”; **평촌 은하수벽산아파트 위수탁관리계약서 (97.6.1.-1999.5.31)제 9조:** “관리소의 자금을 공정하게 관리하기 위하여 거래은행통장 명의를 입주자대표회의 회장과 관리소장 공동명의로 개설하여 관리토록 한다.”; **반포 경남아파트 위수탁관리계약서(99.5.15~2001.5.14) 제19조 (갑의 승인사항)** “다음 사항에 대하여는 갑의 승인을 받아야 한다.(1) 예산 및 결산에 관한 사항 (2) 관리소의 직제 및 인력조정에 관한 사항 (3) 직원의 인건비 및 복리후생비의 조정에 관한 사항 (4) 특별수선충당금의 부과, 징수, 사용에 관한 사항 (5) 잉여자금의 처리에 관한 사항 (6) 제규정의 제정과 개, 폐에 관한 사항 (7) 업무상 갑의 승인이 필요하다고 인정되는 사항”; **올림픽선수기자촌아파트 위수탁관리계약서(99.7.~2001.6.30)** “을은 모든 비용을 갑의 승인을 받아 가장 경제적으로 집행하여야 한다”; 제21조 제1항 “가. 예산 및 결산에 관한 사항 나. 관리소의 직제 및 인력조정에 관한 사항 다. 제규정의 제정과 개, 폐에 관한 사항 라. 관리비의 부과 및 징수에 관한 사항 마. 자금의 운용 및 지출에 관한 사항 바. 단지관리계획, 비품 및 소모품 구매계획과 이에 수반되는 예정가격 사. 기타 업무상 갑의 승인이 필요하다고 인정되는 사항”; **목동 현대아파트 위수탁관리계약서 제18조, 문정동 건영아파트 위수탁관리계약서, 제16조, 은하수 신성아파트 위수탁관리계약서 제16조도 위와 동일한 내용이다.**

33) 평촌 은하수벽산아파트 위수탁관리계약서 제4조(업무의 범위) “을은 갑을 대리하여 다음 각호의 업무를 수행 및 관리한다”.

말한 바와 같은 임대인의 철저한 개입하의 업무처리 방식 외에도 주택관리업자가 소규모 자산을 가지고도 영업을 할 수 있고 독자적으로 처분할 수 있는 금전은 평당 약 30원으로 계산되는 수수료(예를 들어 관리대상이 3천세대일 경우, 세대당 25평정도로 계산하면 7만 내지 8만평이 되는데 평당 30원의 수수료를 곱하여 계산하면 월 250만원 정도)에 한정되는 사실을 고려할 때 더욱 확고해진다. 결국 주택건설촉진법 및 공동주택관리령에서는 주택관리업자를 “관리주체”로서 예정하고 있지만, 많은 경우, 실제의 관리계약서에 의해서 주택관리업자는 단순히 “비독립적 관리대행업자”로 전락하고 만다.

(2) 근로자의 사용자

주택관리업자를 “비독립적 관리대행업자”로 볼 경우에, 아파트 입주자대표회의는 모든 관리업무에 대하여 승인 혹은 지시의 방식으로 관여한다고 추론이 가능한데, 관리사무소에 근무하는 근로자에 대해서는 어느 정도로 개입하는지를 살펴보기로 한다.

아파트 위·수탁관리계약서는 단지마다 내용이 약간씩 다르기 때문에 각 단지 별로 검토를 하여야 하나 일부의 경우³⁴⁾를 제외하고는 많은 경우, 다음과 같은 조항들이 발견된다.

① 입주자대표회의가 근로자의 인건비와 사회보험료를 부담하

34) 위·수탁관리계약상 근로자의 인사 등의 문제에서 입주자대표회의가 직접 관여하지 않도록 하는 예도 발견된다. **중계그린 1단지** 위·수탁관리계약서(2001.9.17 ~ 2003.9.16) 제8조에서는 “을은 중계그린1단지 아파트의 관리를 위한 관리기구 및 인원을 갑과 사전에 협의하여 적정하게 편성한다”고 하여 독자적인 결정권을 존중하고 있고 제20조(관리소 직원의 인건비) 제1호에서는 “직원급여의 조정은 을의 책임하에 조정하며 갑은 최대한 협조하여야 한다”고 하며 제28조(직원의 인사권)에서는 “입주자대표회의는 직원의 인사권에 대하여는 간섭할 수 없다”고 못박고 있다.

며,³⁵⁾ 모든 지출은 입주자대표회의의 승인을 얻도록 되어 있으므로³⁶⁾ 직원의 급여지급, 퇴직금지급, 보험료 납부 등 모든 지출에 있어서 입주자대표회의 회장의 결재를 받는다.³⁷⁾

- ② 입주자대표회의가 관리사무소장의 임무 수행에 필요한 내부 규정을 제정·개폐할 수 있고, 주택관리업자는 이와 같은 제규정을 엄격히 준수하여야 한다.³⁸⁾
- ③ 입주자대표회의는 직원의 인사규정을 직접 정한다.³⁹⁾
- ④ 입주자대표회의는 관리사무소의 직원에 대한 임면에 있어서 사전 협의권을 갖거나⁴⁰⁾ 근로자의 채용, 해임, 급여수준에 대해 승인권을 갖는다.⁴¹⁾

-
- 35) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제7조; **목동 7단지** 위·수탁관리계약서(1995.12.20~1997.12.31) 제11조 및 제16조 제3항; **평촌 은하수 아파트** 위·수탁관리계약서 제15조; **반포 경남아파트** 위·수탁관리계약서(1999. 5.15~ 2001. 5. 14) 제17조 및 제21조.
 - 36) **은마아파트** 위·수탁관리계약서, 제10조(자금의 집행과 관리) “① 모든 경비의 지출은 “갑”의 승인을 얻어 “을”의 책임하에 집행한다. 다만, 긴급을 요하는 5만원 이하의 경비를 미리 집행할 수 있으나 반드시 “갑” 사후 승인을 받아야 한다.”
 - 37) **목동 1단지** 급여(상여)지급대장 (기준년월 97년 08월); **안양 프라자아파트** 임금관련 지출 결의서(1998. 4.24); **목동 현대아파트** 임금관련 기안서(1998.2.25).
 - 38) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제9조.
 - 39) 서울특별시 공동주택표준관리규약(1997. 7.16 제정, 1999.11.11 제정) 제25조; **목동 7단지** 위·수탁관리계약서 제25조 (보칙) “관리사무소의 직제는 갑이 인사규정을 정할 때까지 잠정적으로 별표와 같이 운영한다”; **신안 아파트** 공동주택관리규약 제26조 “본단지에 설치하는 관리주체의 기구, 직원의 자격요건, 담당업무, 보수, 임면 및 책임은 입주자대표회의에서 정하는 인사규정에 따른다.”
 - 40) 목동 10단지 위·수탁관리계약서 제10조 제1항.
 - 41) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제10조 참조; **은마아파트** 위·수탁관리계약서, 제7조(관리기구 및 임원) ② “을(관리업자)”은 관리기구의 조

- ⑤ 입주자대표회의의 동의를 얻어야 직원의 가감·배치·전환·기존 직원의 타 단지로의 파견을 명할 수 있다.⁴²⁾
- ⑥ 관리사무소장의 임명에 있어서도 입주자대표회의와 사전에 협의하여야 하고 협의가 이뤄지지 아니할 때에는 임명할 수 없고, 입주자대표회의는 관리사무소장의 교체임명을 요구할 수 있고 이 경우 관리업자는 빠른 시일내에 교체임명 하도록 한다.⁴³⁾
- ⑦ 아파트입주자대표회의는 관리업자가 근로조건을 정한 “취업 규칙의 작성 및 변경하고자 할 때에는 변경하고자 하는 내용을 사전에 입대의에게 통보하여 동의를 받은 후 결정”하도록 하여 아파트입대의의 동의권(同意權)을 보장한다. 주택관리업자가 노동조합과 함께 “단체협약을 체결”하고자 할 때에도 사전에 입대의와 합의한 후 체결하도록 한다.⁴⁴⁾

직과 인원에 대하여 미리 입주자대표회의의 승인을 얻어야 하며 그 승인된 범위내에서 “을”의 책임하에 운영하여야 한다. ③ 각 인원을 임명하기 전에 각 인원에 대한 기술자격의 소지여부, 직무수행 능력의 유무 등에 관한 인사자료를 첨부하여 입주자대표회의의 동의를 얻어야 한다. ④ “을”은 “갑”이 직무수행의 능력 등을 고려 “을”의 인원에 대하여 그 해임을 요구한 때에는 즉시 이에 응하여야 한다. 제8조(관리사무소 직원의 급료) ① 관리사무소 직원의 급여(급료, 제수당과 상여금을 포함한다)와 퇴직급여는 입주자대표회의에서 승인을 얻어 지급하되 “령” 제15조 1항의 일반관리비에 포함시켜 입주자에게 부과징수한다. ② 퇴직급여는 본 계약기간의 만료시에 이를 지급할 수 있다; **평촌 은하수변산아파트** 위·수탁관리계약서, 제16조(입대의와 협의 및 승인사항) 1. 기구 및 정원조정에 관한 사항 2.3.4.5. 6. 관리요원은 “갑”의 위임을 받아 “을”이 임면한다. 7. 관리인원은 “갑”이 승인한 직책상의 인원수를 정원으로 하며, 업무량 과다여부를 참작하여 조정하는 것은 입대의의 의결로 한다.

42) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제10조 제6항.

43) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제10조.

44) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제23조.

이와 같은 위·수탁관리계약상의 조항들은 공통적으로 입주자 대표회의로 하여금 직원들에 대한 구체적인 인사조치 및 노무관리에 영향을 미칠 수 있는 권한을 확보하게 하는 것이다. 이것은 근로계약 당사자인 사용자만이 행할 수 있는 결정권을 보장하는 것으로, 입주자대표회의로 하여금 사실상 사용자로 기능할 수 있게 하고 있다. 따라서 이와 같은 위·수탁관리계약이 있다고 하면 동 계약서에서는 아파트입주자대표회의로 하여금 실질적인 사용자의 지위를 부여하는 것이라고 보인다.

이와 같은 경우 주택관리업자는 위의 정도로 직원의 인사(채용, 해임, 승진)에 있어서 독자적 권한을 제한받고 있는 것이다. 게다가 주택관리업자는 항상적으로 아파트 근로자들을 자신의 고유직원으로서 보유하고 있다가 필요한 단지에 그들을 편입시키는 것이 아니라 그 아파트에서 근로해 온 종전 근로자들을 그대로 사용하는 것이 관례이다.⁴⁵⁾ 또한 아파트 관리를 종료하여 단지에서 나가는 경우에도 주택관리업자는 근로자에게 타단지로 전보를 발령하지 못하고 임대인의 승인하에 신규 관리업자에 고용을 인계하거나 혹은 근로관계를 해지시키게 되는 바 역시 근로자들을 독자적으로 사용할 능력이 부족하기 때문이다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 주택관리업자가 소규모자본으로도 영업이 가능하고 위·수탁관리계약에서 평당 30원 정도의 수수료만을 독자적으로 처분할 수 있는 사정을 고려할 때, 다수의 아파트 직원들에 대한 임금지급 등 근로관계에서 비롯되는 독자적 지위를 감당할 능력이 없다고 판단된다.⁴⁶⁾ 또한 입주민들의 일반관리비에 의하여 인

45) **목동 10단지** 위·수탁관리계약서 제10조 제6항: “을은 이 계약 발효 당시 갑의 공동주택관리업무에 종사하는 직원을 인수, 임용하여 개별 근로계약 기타 필요한 조치를 하여야 하며...”.

46) 만일에 한 주택관리업자가 관리하는 모든 아파트단지들의 근로자들을 그의 직원으로 보게 되면(예컨대 자본금이 5억원인 관리업자가 3만세대 관

건비가 마련된다 하더라도 앞서 말한 바와 같이 일체 독자적으로 지출할 수 없다는 것을 아울러 고려한다면, 역시 각종 근로관계상의 사용자 의무를 부담할 당사자로 보기가 어렵다.⁴⁷⁾

결국, 주택관리업자는 많은 경우에 위·수탁관리계약에 기하여, 입주자대표회의가 지배하는 아파트단지에 편입된 자에 불과하며 독자적인 사용자가 아니라 입주자대표회의로부터 근로자에 대한 지시·감독권만을 부여받고 관리조직을 정상적으로 운영되게끔 유지시켜주는 역할을 하는 자에 불과하다. 그것도 인사권이나 근로조건 결정권한이 본질적으로 제한된 채, 입주자대표회의가 정한 인사규정과 결정대로 복무할 것을 지시하고 감독하는 권한만이 주어진 것이다. 실제로는 이런 권한도 주택관리업자의 본사 직원이 행사하는 것이 아니라 아파트 관리수탁시에 비로소 채용된 관리사무소장에 의하여 행사된다(다만, 관리사무소장을 실질적으로는 주택관리업자의 직원으로도 보기 힘들다는 의견이 있는 바,⁴⁸⁾ 그렇다고 하면 주택관리업자는 관리노하우를 제공하고 관

리할 경우), 관리직원만 해도 수 천명에 이르는데 과연 사용자로서 근로기준법상의 의무를 수행할 능력이 있다고는 볼 수 없다. A 관리업자의 경우, 1999년 당시 자본금이 7억 정도에 불과하나 154개 단지에서 관리를 맡은 바 있고, 그 단지에서 근로하는 아파트근로자들이 3000여명에 달하는데 과연 그들이 A 관리업자의 직원이라고 할 수 있는가 의문이 있다; C 주택관리업의 경우 1999년 당시 자본금이 5억 5천만원에 불과한데, 맡고 있는 4개 단지에는 252명이 근로한 바 있다.

47) 1998년 5월 서울지역아파트노동조합에 제출한 “위탁관리실태확인서”에 의하면 H회사, D회사, Y회사, S회사 등의 대표이사들은 “아파트 사업장의 관리소장과 제반 직원의 기구조정 및 임면에 대한 승인과 임금 인상 결정 및 지급 그리고 퇴직금적립 및 지급 등에 대한 최종 결재권을 갖고 있으며 직원의 의료보험, 국민연금, 고용보험, 산재보상의 비용 등 일체를 아파트 단지 자체에서 부담하고 있고, 당사는 입주자대표회의의 결정 및 지시에 따라 업무를 수행하고 있음을 확인합니다”라고 밝힌 바 있다.

48) 이런 입장은 고준기, “사용자의 개념- 입주자대표회의의 사용자성 검토

리상에 문제가 발생할 경우 그 해결을 돕는 정도의 관리자문역(管理諮問役) 정도로밖에 파악되지 않는다).⁴⁹⁾

따라서 위와 같은 위·수탁관리계약의 효과는, 주택관리업자로 하여금 근로자에 있어서 위수탁기간 동안만 사용자의 역할을 하게 하는 것이며 따라서 주택관리업자는 직원들의 “중간사용자(中間使用者)”라고 보는 것이 실체적 진실에 부합한다. 노동법의 관점에서 보면, 주택관리업자는 위·수탁관리계약에 따라 입주자대표회의로부터 노무지휘권을 부여받아 직원에 대해 근로를 명할 수 있고 근로를 감독할 수 있는, 근기법상 “근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”에 불과한 것이다. 근로관계의 성립과 소멸에 대해서는 오히려 입주자대표회의가 실질적인 영향을 미친 만큼 책임을 부담하여야 할 것으로 본다(아래에서 고찰한다).

3) 아파트근로자의 근로계약상 사용자

(1) 주택관리업자인가

위와 같은 관계법령과 위·수탁관리계약하에서 일반적으로 아파트 근로자들은 관리사무소장과 근로계약을 체결하고 관리사무소에 배속이 된다. 여기서 중요하게 고려될 것은 명시적인 계약 당사자는 주택관리업자가 아니라 관리사무소장이라는 점이다. 관리사무소장은 주택관리사로서 그 역시 개별적으로 아파트 관리사무소에 편입된 자이기 때문에 그 개인이 독자적으로 근로자들을 사용하고 그 댓가를 제공하려는 의사는 있다고 볼 수 없고, 오히려 아파트관리운영을 책임지는 아파트입주자대표회의 혹은 주택관리

를 중심으로-”, 『노동법학』(제14호, 2002.6), 75면.

49) 이렇게 볼 때 평당 20원 내지 50원의 수수료를 받는 것이 이해될 수 있다.

업자를 대리하여 근로계약을 체결할 뿐이다. 따라서 결국 그는 근로계약을, 양자중 누구의 대리인으로서 체결한 것인가 하는 문제가 나온다. 즉 근로계약의 효과로서 근로자들에 대한 임금지급 의무와 각종 배려의무를 부담하는 계약 상대방인 사용자는 누구인가 라는 문제가 있는 것이다.

판례는 여기서 관리사무소장이 주택관리업자의 대리인이므로 관리사무소장이 근로계약을 체결한 효과는 곧 본인에 해당하는 주택관리업자에게 귀속된다는 입장을 취하고 있다. 즉, 법원은 관리사무소장이 주택관리업자에 의하여 모집, 채용되기 때문에 관리사무소장은 관리업자의 직원이며, 관리사무소장이 주택관리업자의 대리인으로서 아파트 근로자들과 계약을 체결한 이상, 그 근로계약상 법률효과는 주택관리업자에게 귀속된다고 본다.⁵⁰⁾

그러나 이와 상반된 학설이 있는 바, 그에 따르면, “관리사무소장은 아파트관리규약이나 위·수탁관리계약에 따라 형식상 위탁관리업자의 직원으로 되어 있지만 실제 관리사무소장의 임면이나 업무, 임금지급등에 관하여 위탁관리업자가 관리사무소장의 사용주체로서의 지위에 있다고 보기에 어렵고, 위탁관리업자와 관리사무소장과의 실질적 관계가 이렇다면 관리사무소장과 근로계약을 체결한다는 이유 때문에 관리직원을 위탁관리업자의 직원으로 보는 것은 더욱 무리라 하지 않을 수 없다”는 견해도 있고,⁵¹⁾ “실제 관리사무소장은 아파트관리업무를 행하는 데 있어서 위탁관리업자로부터 어떠한 지휘명령도 받지 않고 독자적으로 수행한다고 할 것이며 이러한 점에서 근로계약의 임면은 통상 관리사무소소장명의로 이뤄지고 근로계약이 관리사무소소장간에 체결됨”이라고 근로자 채용에 있어 주택관리업자를 대리한 것으로 보지

50) 대판, 2001.6.1. 선고, 2001두2218; 1999. 7. 12.결정, 99마628.

51) 고준기, 전제논문, 75면.

않는 견해도 있다.⁵²⁾ 이외에도 이런 반대입장을 주장하는 아파트 종사자들의 의견이 있다.⁵³⁾

생각건대, 이러한 문제는 계약체결에 있어서 계약 당사자의 의사(意思)를 중요시하는 계약의 형식에 입각하여 판단할 것인가 아니면 계약의 형식은 어떻더라도 실질적인 사실관계(事實關係)에 비중을 두어 판단할 것인가의 선택의 문제라고 본다. 위 판례의 입장은 의사주의에 입각한 것이고 위의 학설은 실질적인 근로관계를 중요시 여긴 것으로 판단된다. 사건은 근로계약은 다른 계약과 마찬가지로 기본적으로 당사자간의 의사(意思)에 기초하고 있으므로 역시 이와 같은 입장에서 출발하여야 하고, 이런 점에서 법원이 관리사무소장의 직원채용행위를 주택관리업자의 대리인으로서 행한 행위로 본 것은 나름대로 법적 근거가 있다고 생각된다. 그러나 이와 같은 당사자 의사에 입각한 판단이 극히 형식적(形式的)이고 실제의 근로관계와 부합하지 않을 때에는 오히려 실제적인 진실에 맞는 판단을 내려야 할 것이다.⁵⁴⁾ 다시 말

52) 윤성천, “아파트관리업무 종사자의 고용승계 문제”, 한국노총주최 아파트 사업장의 고용갈등 해소를 위한 토론회 자료집(1998. 12. 16), 14-15면.

53) 아파트 노련을 대표하여, 이대형, “관리회사변경시 고용승계 여부에 관한 행정규칙 비판”, 1998, 고대노동대학원 고위지도자 과정 제출논문, 6면에서는 “관리사무소장은 아파트입대의의 사전 동의 내지 승인을 받아야 채용이 되고 입주자대표회의가 의결하는 일반관리비에서 그의 급여가 지출되며, 입주자대표회의 회장등 임원의 지시를 받지 않을 수 없기 때문에 관리사무소장은 순전히 형식상 관리업자의 직원일 뿐 아파트입대의의 사용자로서 하에 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 그가 근로계약을 체결한 관리직원 역시도 그 채용이 아파트입대의의 사전승인에 의해 결정되고, 그의 각종 임금 등 근로조건을 아파트입대의가 결정하기 때문에 아파트입대의의 직원으로 보아야 한다”고 주장한다; 김쾌식(권선한양아파트관리사무소장), 아파트관리소직원의 고용갈등해소를 위한 검토(미발표원고), 1999. 1. 5. 5면 “위탁관리업자는 관리주체가 아니라 입대의를 위한 중간 관리자에 불과하므로” 근로자의 사용자는 아파트 입대의라고 주장하였다.

54) 대판 1965. 9. 28, 65다1519: “계약의 해석은 그 계약서 문구에만 구애될

하면 관리사무소장이 주택관리업자의 대리인이기 때문에 관리사무소장이 체결한 근로자는 곧 주택관리업자의 직원이 된다는 논리적 판단이 있더라도 전체적인 정황이 이와 같은 판단과 부합하지 않는다면 이런 외형적 판단 부분은 과감히 포기하여야 한다고 사료된다.

따라서 사례마다 다를 수 있겠으나, 대체로 근로자의 채용에 있어 주택관리업자는 입주자대표회의의 의사로부터 독립하여 독자적 결정을 내릴 수 없고 근로자를 본사 직원과 동일하게 회사와 동고동락할 사람으로서 채용한 것이 아니라 특정 단지내의 관리사무소에서 관리업무를 수행할 사람으로 입대의 승인 하에 채용한 것이라면 주택관리업자는 자기 직원을 채용할 의사가 있다고 보기 힘들다. 더욱이 주택관리업자의 명의를 아니라 관리사무소장의 명의로 채용한 것이라면 굳이 주택관리업자의 직원으로까지 해석할 이유가 없다고 판단된다. 다만, 주택관리업자가 직접 계약당사자로 나서거나, 객관적으로 보아 자신의 이익을 위해 근로자를 채용한 사례에서는 주택관리업자의 근로자라고 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

것이 아니라 그 문언의 취지에 따름과 동시에 논리법칙과 경험률에 따라 당사자의 진의를 탐구하여 해석하여야 할 것”이라고 대법원은 해석방법을 오래 전부터 제시하였다. 1993. 5. 26, 91다35571에서도 “법률행위의 해석은 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이뤄진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 발생하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”고 판시한 바 있다.

55) 여기서는 취업규칙이 누구의 이름으로 작성되어 신고되었는지를 역시 살펴보아야 할 것이다. 취업규칙을 작성할 의무자는 바로, 취업규칙을 보통 거래약관과 같이 계약내용으로서 이해할 때, 근로계약 당사자로서의 사용자, 즉 “사업주”이기 때문이다. 만일에 주택관리업자가 사업주로서 아

(2) 아파트 입주자대표회의인가

입주자대표회의⁵⁶⁾는 앞서 본 바와 같이 위·수탁관리계약에 의하여 직원의 인사조치와 노무관리에 대한 결정권을 확보하는 경우가 적지 않다. 이런 상황에서 입주자대표회의가 구체적인 인사조치로써 근로계약의 체결에 있어서 직접적인 영향을 미치는지를 보아야 한다. 그런데 앞서 언급한 바와 같이 근로계약은 관리사무소장이 당사자로 전면에 나서고 있으므로 먼저 관리사무소장이 입주자대표회의와 관계에서 어떤 지위에 있는가가 규명되어야 한다. 위·수탁관리계약에서는 입주자대표회의에 대하여 i) 관리사무소장의 채용에 대한 사전승인권,⁵⁷⁾ ii) 관리사무소장의 교체임용 요구권⁵⁸⁾, iii) 관리사무소장의 임무수행에 관한 내부 규정 제정권⁵⁹⁾ 등을 확보하고, iv) 관리사무소장의 급여는 주택관리업자의 회계에서가 아니라 입주민들이 지급하는 관리비에서 충당되고 있으며 v) 관리사무소의 운영비도 입주민들의 관리비⁶⁰⁾

파트단지의 직원을 채용하였다면 주택관리업자가 자신의 이름으로 취업규칙을 작성하여야 마땅하고, 취업규칙의 통일적 규율의 성질을 상기할 때 그 취업규칙은 각 단지를 초월하여 전체 아파트 직원을 커버하는 하나의 취업규칙의 형태를 취해야 마땅하다. 그러나 실체에 있어서는 각 단지의 관리사무소 별로 취업규칙이 작성되고 있고 주택관리업자는 2년 기간으로 관리를 맡고 있는 바, 이 점도 바로 주택관리업자는 근로계약 당사자로서의 사용자가 아님을 나타내고 있다. 예컨대 목동 10 단지 취업규칙은 1987년에 작성된 것이 1998년 당시까지 효력을 갖고 있었으나 그 사이에 무림, 장영, 신한영 등의 관리업자의 교체가 있었다.

56) 입주자대표회의는 사단성과 소송당사자능력이 인정되므로(대판 1991. 4.23 선고, 91다4478), 권리·의무의 주체가 되고(공동주택관리령 제16조, 제18조), 그 기관인 대표회의, 회장 및 이사에 의하여 입주자대표회의의 법률행위가 이뤄진다.

57) 노동부(근로기준법), 아파트관리업무 종사자의 고용승계 관련 문제 검토, 98년 6월, 5면.

58) 목동 10단지 위·수탁관리계약서 제10조 제4항.

59) 목동 10단지 위·수탁관리계약서 제9조 제3항.

에서 나온다. 또한 관리사무소장은 주택관리업자의 본사 직원과 달리 주택관리업자가 아파트 단지의 관리수탁시에 개별적으로 위촉, 채용되어 관리사무소에 편입된 자이기 때문에 주택관리업자의 정식 직원과 같이 볼 여지도 없다. 따라서 관리사무소장은 오히려 입주자대표회의(동대표, 회장, 임원, 부녀회회장 등)에 대해 사실상 자유롭지 못하고 종속적 사실관계에 놓여 있다고 판단할 수 있다.⁶¹⁾ 반면에 형식적 사용자인 주택관리업자는 위·수탁관리계약에 의해 위탁자인 아파트입주자대표회의가 의결한 바와 동떨어진 명령을 내릴 수도 없고,⁶²⁾ 입주자대표회의가 관리사무소장을 사실상 지배하는 행위를 바로잡을 수도 없는 입장에 있으므로, 이와 같은 사실적 지배·종속관계(事實的 支配·從屬關係)는 지속될 수밖에 없다고 할 것이다. 이와 같은 입대의와의 관리사무소장간의 사실적 지배·종속관계는 주택관리업자의 동의 내지 묵인 하에 존속하는 것이므로 관리사무소장의 주택관리업자의 직원 내지 대리인의 지위와도 병존할 수 있다고 할 것이다.

60) 목동 7단지 위·수탁관리계약서(1995. 12. 12. 20~1997.12.31) 제9조 제2항: 입주자로부터 징수하는 관리비는 을의 회계와 별도로 관리사무소에서 운영한다. 제9조 제3항: 을은 관계법령 및 아파트관리규약(회계 처리 규정)에 따라 관리비를 사용한다; 반포 경남 아파트 위·수탁관리계약서, 제5조 “갑은 을에게 관리를 위한 위탁인으로서 을이 전 4조의 업무를 수행하는데 소요되는 모든 비용을 부담하기로 한다.”

61) 윤성천, 전계논문, 15면: “관리사무소소장은 아파트관리업무를 행함에 있어 위탁관리업자로부터가 아니라 입주자대표회의로부터 지도, 감독, 감사 및 통제를 받고 있고 신분상으로도 관리사무소소장의 임면에 대하여 입주자대표회의가 실질적 영향력을 행사한다 할 것임”.

62) 목동 7단지 위·수탁관리계약서 제4조(위·수탁관리업무의 범위) 제1항 제9호: “관리규약으로 정한 사항 및 입주자대표회의에서 결정한 사항의 집행” 제13호: “기타 아파트 관리와 관련하여 갑이 필요하다고 인정하는 사항”, 평촌은하수변산아파트 위·수탁관리계약서 제4조(업무의 범위) 제10호 “입주자대표회의에서 결정한 사항의 집행”

다음으로는 관리사무소장이 직원들의 채용, 해고 등 인사에 있어서 주택관리업자와는 별개로 입주자대표회의의 결정을 따르는가 여부가 중요하다. 먼저 입주자대표회의에서 채용, 해고 등의 인사에 대하여 지시하거나 결정한 바 있다고 가정을 하면, 앞서 말한 대로 입대의의 사실적 지배종속관계 하에 있는 관리사무소장으로서 이와 같은 결정에 구속을 받을 것이다. 한편, 주택관리업자는 자치·위탁 혼합형태의 관리를 맡은 비독립적 관리대행업자로서 직원의 인건비를 전적으로 부담하는 입주자대표회의가 내린 직원 사용에 대한 결정을 거부하거나 또는 다른 내용의 지시를 관리사무소장에게 내릴 이유가 없는 것이다.⁶³⁾ 따라서 관리사무소장은 주택관리업자의 묵인 하에 혹은 아예 주택관리업자에 개의치 않고 입주자대표회의의 결정에 따라 근로계약체결을 하는 것이다. 관리사무소장의 채용행위는 근로자를 진정으로 채용할 의사가 없는 주택관리업자를 대리한 것이 아니라 인건비를 전적으로 부담하고 근로자의 필요성 여부를 결정하는 입주자대표회의를 대리(代理)한 것으로 보아야 한다. 입주자대표회의가 직원 채용에 대하여 일정한 결정(의결 혹은 사전승인)을 내리고 관리사무소장이 이를 따라 계약을 체결했다면 입대의의 직원채용에 관한 수권행위(授權行爲)가 존재한 것으로 해석하여야 하고 이에 따라 관리사무소장이 근로자를 채용한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 물론, 객관적으로 보아 입주자대표회의가 직원의 채용에 관하

63) 한편 직원의 채용·해고는 입주민들의 관리비부담과 직결되는 부분이므로 이 점에 있어서 입주자대표회의는 채용·해고에 관여를 하지 않을 수 없는 상황에 있다. 물론, 관리형태가 진정한 의미의 委託管理로서 입주자대표회의는 단지 사후적으로 감독할 뿐이고 주택관리업자가 관리비의 예산 및 집행을 독자적으로 결정하는 독립사업체의 형태를 취한 경우라면, 입주자대표회의는 동 사업체의 내부운영과 특히, 직원의 인사에 관여할 리도 없고, 할 수도 없을 것이다.

여 지시나 의결 등 일체 관여한 바 없고 오히려 주택관리업자가 전면에서 나서서 근로자를 채용한 경우에는 관리사무소장은 입대를 대리한 것으로 보기 힘들다.

궁극적으로는, 개개 사안별로, 입주자대표회의에 직원의 채용에 관한 결정적인 의사(意思)가 있는지 여부가 중요한데 이런 의사가 있다면 관리사무소장에 직원채용에 관한 수권행위가 있다고 추단할 수 있기 때문이다. 예를 들어, 위·수탁관리계약에서 근로자의 채용여부에 대하여 입주자대표회의의 “동의(同意)”를 얻도록 하고 이를 받아서 관리사무소장이 채용하도록 한다면 이것은 관리사무소장은 입주자대표회의를 대리한 것으로 보아야 한다.⁶⁴⁾ 승진에 있어서도, 관리사무소장이 입주자대표회의에 승진과 그에 따른 급료조정 등의 품의를 올리면, 입주자대표회의가 결정을 내려 관리사무소장에게 통보를 하여 시행되는 경우에는 인사결정에 직접 관여(關與)하는 것으로 된다.⁶⁵⁾ 징계에 있어서 입주자대표회

64) 목동 7단지 위·수탁관리계약서 제16조 제1항 : 관리사무소의 직제는 (입주자)대표회의의 인사규정 및 “갑(입대의)”의 결정에 따라 운영하고, 관리사무소 직원은 청렴하고 성실한 사람을 엄선하여 임용하되 경비원을 제외한 관리사무소 직원은 사전에 주민대표 임원회의의 서면동의를 얻어 임용한다.

65) 기안지(과거 은마아파트의 경우)

기안자/ 관리과

결재/ 분과위원장 /부회장 /입주자대표회장 000

담당/ 000 /주임000 /계장 /과장 000 /소장 000

협조/ /기안년월일 1998년 3월 4일

제목/ 직원 승진 명령

1. 당 관리사무소에서는 현재 공석중인 경비 A 반장을 선임하기 위하여 다음과 같이 직원 1명에 대하여 승진명령코저 품의하오니 재가하여 주시기 바랍니다.

2. 명령내용

가. 대상자 : 경비B 반장 000

나. 승진일자 : 1998년 5월 12일 부

다. 승진내용 : 경비원(B반, 11-A)에서 경비반장 승진

의가 징계를 의결(議決)하고 그 형식적인 실행만 관리사무소장에게 위임(委任)하는 경우도 위와 동일하게 판단된다.⁶⁶⁾ 그러나 입주자대표회의의 협의(協議)를 거치도록 하는 경우에는 입주자대표회의가 사실상 크게 관리사무소장에 영향을 미칠 수 있는 지배·종속적 상태에 있다 손치더라도 입대의에 근로자를 채용하려는 의사(意思)가 있다고 보기 어렵기 때문에 관리사무소장이 입주자대표회의의 대리인으로서 근로계약을 체결하였다고는 생각되지 않는다.

(3) 사실적 근로관계 내지 간접적 근로관계로의 접근

① 사안마다 다를 수 있겠으나, 입주자대표회의가 형식적으로는 사용자가 아니더라도 실질적으로 사용자와 같이 근로계약의 형성과 근로조건의 결정에 영향을 미친 경우에는 사용자의 책임

라. 급료조정 : 직책수당 50,000원 지급

마. 담당업무 : 경비 A 반장 지휘 감독

※ 별첨 : 경비 A 반장 선입품의 ---- 1부

66) 기안지(과거 은마아파트의 경우)

기안자/ 관리과

결재/ 분과위원장 /부회장 /입주자대표회장 000

담당/ 000 /주임000 /계장 000 /과장 000 /소장 000

협조/ /기안년월일 1998년 3월 4일

제목/ 경비반장면직명령

1. 당 관리사무소에서는 경비A 반장 000에 대하여 다음과 같이 면직코저 품의하오니 재가하여 주시기 바랍니다.

2. 명령내용

가. 대상자 : 경비A 반장 000

나. 명령사항 : 면: 경비A 반장

령: 경비A 반장 대리 (후임 선출시까지)

다. 시행일자 : 1998년 2월 28일 부

라. 급료 : 승진전 급료로 환원 (900,000원 → 756,860원)

을 구성시켜야 한다. 바로 사실적 근로관계론에 입각해서 입주자 대표회의의 사용자성을 인정가능성을 보는 것이다. 그런데, 은마아파트사건⁶⁷⁾에서 대법원은 사실적인 근로자사용행위에 근거하는 근로관계의 형성의 가능성을 보여주었음에도 정작 입주자대표회의의 사용자성을 인정함에 있어서는 엄격하게 입대의의 근로자에 대한 구체적, 개별적인 지휘감독 행위가 대폭 존재할 것을 요구했고 결국 입대의의 사용자성을 부인하였다. 즉, “피신청인(입대의)은 위·수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여하거나 관리사무소의 업무의 수행상태를 감독하기도 하고, 또 신청인들(근로자들)의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급수준을 독자적으로 결정하여 온 점은 인정되지만, 신청외 보화 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 신청인들(근로자)에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘권이 모두 배제 내지 형해화되어 신청인들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 피신청인(입대의)이 신청인들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적, 개별적인 지휘감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 피신청인인 신청인들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 할 수 없다”고 판시한 것이다. 대법원은 입대의가 위탁자의 지위에 기한 “감독권의 범위”를 넘어 사용자로서 권한을 행사한 바 있음을 인정했음에도 불구하고, 입대의가 “업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어서 구체적, 개별적인 지휘 감독을 행하는” 직접적인 행위가 없기 때문에 사용자가 아니라고 결정한 것이다. 바로 대법원은 유독 입주자대표회의의 사용자성에 있어서는 엄격하게 입대의의 직접적인 노무지휘감독 행위를 대폭적으

67) 대판 1999. 7. 13. 결정, 99마628 피용자지위가처분.

로 요구했다고 볼 수 있다.

그러나 사실적 근로관계론에 입각해서 판결을 내린 동아건설 사건⁶⁸⁾에서 대법원은 “회사가 하도급업자에게 고용된 근로자에 대한 사업주로서 그 근로자를 산재보험에 가입시키고, 매월 2회씩 계속적으로 임금을 지급하여 왔으며, 공사에 필요한 제반장치 및 시설을 제공함은 물론, 위 하도급업자를 통하여 작업을 지휘·감독하여 온 경우 비록 회사와 그 근로자 사이에 도급업자가 개재되어 있다 하더라도 그 근로자는 실질적으로 그 회사와 고용계약을 맺은 것으로서 그들간에 종속적·계속적으로 근로자·사용자의 관계에 있는 것으로 보이므로 그 회사는 사용자로서 근로기준법상의 퇴직금지급채무를 부담한다”고 하여, 피고회사가 직접 작업을 지휘·감독하지 않고 “하도급업자를 통하여 작업을 지휘·감독”한 경우에도 다른 사실들을 가지고서 피고회사의 사용자성을 인정하였다.

바로 아파트입주자대표회의의 경우에도 관리사무소장이 있는 한, 관리사무소장을 제거두고 직접 작업을 지휘감독할 리 없는 것이고, 그렇기 때문에 입대의가 구체적, 개별적으로 업무를 지휘 감독하지 않더라도 사업체의 “사업주”와 같이 최종적 사용자로서 자신의 사실상 지배하에 있는 관리사무소장⁶⁹⁾을 거쳐서 업무과

68) 대판 1986. 8. 19. 83다카 657.

69) 은마아파트사건과 목동 10단지 사건에서 대법원은 주택관리업자를 독자적인 자유재량권을 가진 본래의 수탁업자로만 보아 넘겼고 관리사무소장을 주택관리업자의 대리인으로만 이해하여 관리사무소장의 모든 행위를 주택관리업자의 관리사무이행으로 간주해 버렸다. 그러나 주택관리업자의 관리는 사실상 자치·위탁의 혼합형태이고 이런 상황에서 관리사무소장은 아파트 바깥에 소재하고 다른 아파트의 관리도 수탁을 하고 있는 주택관리업자 보다는 같은 아파트에서 입주민으로서 생활하고 있고 모든 경제적 부담을 지고 있는 입주자대표들(회장, 임원, 동대있표, 부녀회장)에게 실질적으로 지배·종속되고 있음을 인정하여야 한다.

정에 있어서 지휘 감독이 이뤄지는 것이다. 따라서 입주자대표회의가 직원의 인사에 대한 결정, 직원에 대한 급여, 식대 등 임금 인상에 대한 의결을 하거나 입대의 회장이 직원에 대한 기본급료 외에 연월차 수당, 상여금, 체력단련비 등 임금 지급의 최종 결재권을 행사하거나,⁷⁰⁾ 퇴직금에 있어서 지급 여부도 최종 결정한다 면⁷¹⁾ 이것만으로도 입주자대표회가 사실상 사용자임을 긍정할 수 있다고 생각한다. 이러한 시각은 노동부와 법무부의 1998년 행정해석에서도 나타나고 있다.⁷²⁾

70) **목동 1단지** 급여(상여)지급대장 (기준년월 97년 08월); **안양 프라자아파트** 임금관련 지출 결의서(1998. 4.24); **목동 현대아파트** 임금관련 기안서(1998.2.25).

71) 기안지(과거 은마아파트의 경우)

기안자/ 관리과

결재/ 분과위원장 /부회장 000 /입주자대표회장 000

담당/ 000 /주임000 /계장 000 /과장 000 /소장 000

협조/ /기안년월일 1998년 9월 11일

제목/ 퇴직금지급품의

1. 당 관리사무소직원 중 의원면직된 아래 직원들에 대하여 다음과 같이 정산에 퇴직금을 지급코저 하오니 재가하여 주시기 바랍니다.

2. 퇴직금 지급내역

부서/ 직책 /성명 /입사일자 /퇴사일자 /퇴직금

기관과 기사 000 1995. 6. 5. 1998. 8. 31. 4,847,560

경비8반 경비원 000 1996. 1. 1. 1998. 8. 31. 2,857,400

별첨 1. 개인별 퇴직금 정산서 ---- 1매

72) 노동부의 질의회신(문서번호 근기 68207-1872 시행일자 1998. 8. 6.)와 법무부의 행정해석(문서번호 법심 61010- 477 시행일자 1998. 7. 29), 서울지방노동청(문서번호 감독 68213-17782, 시행일자 1998. 8. 21.)의 입장이다: “주택관리업자가 비록 외형상으로는 아파트 입주자대표회의로부터 아파트 관리업무를 수탁받아 관리하고 있을 지라도 입주자대표회의가 상당기간 동안 관리업무 종사자의 채용·해임·승진·배치·전환·징계 등 인사 조치에 대하여 이를 최종적으로 결재하거나 공식적으로 당해 아파트를 위탁관리하는 주택관리업자(또는 관리소장)에게 특정인을 채용·해임 등 인사조치토록 지시·요구하는 경우 또는 관리업무 종사자에게 정기적으로 지급되는 임금·각종수당·퇴직금 등 회계 처리에

② 한편, 은마아파트 사건에서 대법원은 임대인의 사용자성이 인정되기 위해서는 주택관리업자가 근로계약당사자로서 갖는 “근로자에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘권이 모두 배제 내지 형해화되어 신청인들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않아야”만 한다는 전제조건을 달고 있다. 그러나 근로계약 당사자로서의 사용자에 있어서도 형식적 사용자와 실질적 사용자가 공존할 수 있다고 보며 단일한 사용자성에 고정되어 하나의 실질적 사용자만을 가려내야 하는 것은 아니라고 본다. 하나의 근로관계에 다수의 사용자가 존재할 수 있는 점은 이미 “수차의 도급시 하수급인과 직상수급인”이 연대하여 임금지급의무를 부담하여야 할 경우를 정한 근기법 제43조 제1항에서도 그런 다수 당사자성을 발견할 수 있고 우리나라에서는 활발하게 논의되고 있지는 않지만 독일에서는 인정되고 있는 간접적 근로관계(間接的 勤勞關係)에서도 다수의 사용자가 인정될 수 있기 때문이다. 하급심 판례⁷³⁾에서도 “지입차주가 지입회사와 지입차량에 대한 위·수탁관리운영계약을 체결하고, 그 지입차량의 운전을 위하여 제3자를 고용한 경우, 지입차주는 지입회사로부터 그 지입차량에 관하여 지입회사를 위하여 운전기사를 고용할 포괄적 권한을 위임받았다 할 것이어서 지입차주에 의하여 고용된 제3자는 **지입회사의 근로자**이고, 따라서 사용자의 지위에 있는 지입회사는 특별한 사정이 없는 한 피용자인 제3자에게 지입차주가 미지

있어 최종 결재권을 행사하는 등 입주자대표회의가 사실상 근로자를 사용하며 지휘·감독을 하였다면 외형상 위탁관리 형태에도 불구하고 노사관계는 사실행위에 따라 판단되어야 하므로 그러한 범위 내에서는 입주자대표회의도 당해 아파트 관리업무에 종사하는 근로자와의 관계에 있어서 근로기준법상의 사용자로서의 지위를 갖는다고 할 수 있을 것입니다.”

73) 창원지법 1998. 7. 3. 선고 98나1502 판결.

급한 임금 등의 합계 금 4,144,112원을 지급할 의무가 있다고 할 것이다” 라고 하여 지입회사의 제3자에 대한 근로계약상 사용자성을 인정한 바 있다. 이 판례는 일종의 간접적 근로관계⁷⁴⁾를 인정한 사례로서 본래의 근로자가 사용자의 인식(Wissen)하에 제3자를 고용한 경우에 사용자에 대해서도 제3자에 대한 사용자로서의 임금지급 의무를 인정한 것이다. 바로 여기서 중요한 것은 지입회사가 근로자의 사실상 사용자인가 여부이며, 근로자를 채용한 지입자가 일체 사용자로서 행위를 하지 않아 형식적 사용자에게 해당해야 한다는 것은 중요한 부분이 아니다. 따라서 아파트 근로자의 경우에서도 입주자대표회의가 근로관계의 형성에 결정적인 영향을 미쳤는가 하는 부분만이 중요한 것이지 근로계약상 사용자는 한 사람이어야 한다는 전제에서 주택관리업자 혹은 관리사무소장의 사용자성이 먼저 부정되어야만 한다고 요구할 것은 아니라고 본다.⁷⁵⁾

③ 마지막으로 아파트 근로자의 근로관계가 간접적 근로관계에 해당될 수 있는가 하는 문제를 보기로 하는데, 간접적 근로관계는 기본적으로 사용자와 근로자간의 기본적인 근로관계가 전제되

74) 간접적 근로관계에 대해서는 Richardi/Wlotzke(Herausgeber), Münchener Handbuch, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht I, 2000, § 48 Rdnr. 18 참고.

75) 만일에 이와 같은 다수사용자의 출현으로 인해 근로자보호상 흠결 내지 공백이 발생하는 경우에는 근로관계에서의 다수사용자를 입법하여야 한다고 보며 구체적인 문안은 “근로계약의 체결 혹은 근로조건의 결정에 실질적 지배력 혹은 영향력을 미친 자는 그가 영향을 미친 부분에 한하여 근로자에 대하여 연대채무를 부담한다”는 형태로 입법안을 마련할 수 있을 것이다. 그 이유는 근로계약상의 사용자라는 형식적 사용자를 그대로 인정하되 실질적인 영향력을 미친 자는 근로계약상의 해당급부에 관한 이행채무만을 연대채무자로서 부담하도록 하는 것이 타당하다고 보이기 때문이다.

고 나서 근로자가 제3자를 근로자로 채용한 경우⁷⁶⁾이므로 아파트 근로자가 입대의의 간접적 근로자가 되기 위해서는 주택관리업자나 관리사무소장이 입주자대표회의의 근로자에 속하여야 한다. 주택관리업자는 입대의와 고용관계에 있지 않기 때문에 입주자대표회의의 근로자가 될 수 없고 따라서 아파트 근로자를 입주자대표회의의 간접적 근로자로 구성할 수 없게 된다. 그러나 사례에 따라서는 관리사무소장이 아파트 입대의의 사실상의 지배·종속 하에서 그의 지시에 복종하고, 그런 상태에서 입주자대표회장의 인식하에 관리사무소장이 아파트근로자를 채용한 경우에는 그를 입대의의 간접적 근로자로 구성할 가능성이 있다고 생각한다. 결국, 입주자대표회의가 관리사무소장을 실질적으로 지배하고 직원의 채용 등에 결정적인 영향력을 미치는 경우에는, 관리사무소장이 직원을 채용했다 하더라도 그의 행위는 실질적으로 입주자대표회의의 수권을 받아 대리한 것으로 볼 여지가 있으며⁷⁷⁾, 혹은 관리사무소장이 입대의의 사실상 종속 노무자로서 입주자대표회의의 인식 하에 그리고 주택관리업자의 묵인하에 아파트 근로자를 채용한 것으로서 입주자대표회의는 간접적 사용자로 볼 여지도 있다고 생각한다.

지금까지의 아파트 근로자의 사용자가 누구인가 하는 논의의 소결로서 개인적인 사건을 정리하면 다음과 같다.

여기서 중요한 문제는 아파트근로자의 진정한 사용자가 누구인지 분명하지 않은 경우가 있다는 것이다. 이 경우에는 외형적으

76) Richardi/Wlotzke(Herausgeber), Marschall(Bearbeiter), a.a.O., § 172 Rdnr. 16 참고.

77) 이에 대해서는 앞 항목에서 자세히 다뤘다.

로 주택관리업자가 사용자로 되어 있으나 파견사업주보다도 더 못하게 근로관계의 형성과 소멸에 있어서 독자적 결정권이 없으며 인건비를 부담하는 입주자측에 의존하기만 하므로 실질적으로는 사용자 역할을 하지 못한다. 반면에 이런 경우 입주자대표회의는 아파트 관리업무 뿐만 아니라 주택관리업자의 직원의 인사 및 근로조건에도 깊은 관여를 하고 있지만 법률적으로는 위탁계약의 수탁자일 뿐이므로 이와 같은 관여행위가 수탁자의 감독권의 행사로서 정당화된다. 결국 아파트근로자는 전혀 실권이 없는 형식적 사용자인 주택관리업자의 직원으로 되어 있어 근로조건의 향상문제나 고용보장의 문제에 있어서 독자적 결정권이 없고 입주자대표회의의 결정만을 기다리는 것이다. 따라서 관리계약의 만료로 아파트관리가 종료될 경우에 주택관리업자는 입주자대표회의의 승계결정이 없는 한 근로자의 존속을 보장하지 못하여 결국 여기서 발생하는 불이익은 고스란히 근로자에게 전가된다.

이와 같이 계약을 통한 형식적 규율과 논리적 해석만으로는 도저히 근로자와 사용자간의 법률관계에 있어서 사회정의와 형평의 이념을 실현할 수 없는 경우에는 실제적인 진실을 규명하고 실질적 관계에 기초한 판단을 내려 정의의 실현을 도모하여야 한다. 그것은 바로 근로를 제공받고 그 대가로 임금을 부담하는 자가 누구인가 하는 경제적 관계를 중요시하고 당사자들의 진정한 의사를 규명하는 태도에서 출발하여야 한다고 보여진다. 즉, 아파트와 같은 공동주택은 기본적으로 아파트 입주자들이 자치단체를 결성하여 공동주택 관리의 문제와 공동거주에 따른 생활상 문제(청소, 주차, 방역, 도난방지 등)를 해결하여야 할 객관적 사정에 놓여 있고, 입주자들은 이와 같은 관리문제를 해결하기 위해 직접 자치기구를 설치할 수도 있고 혹은 주택관리업자에게 이러한 관리사업을 위탁할 수도 있다(주택건설촉진법 제38조 제4항). 여

기서 입주자들은 자치방식을 취하든 위탁방식을 취하든 입주자들이 선택할 수 있지만 제3자에게 부당한 피해를 입혀서는 안되며(공동주택관리령 제12조) 특히 관리직원들도 제3자로서 불이익이 전가되는 일이 없어야 한다. 다시 말하면 이것은 노동법상 요구되는 모든 보호가 주택관리업자 혹은 입주자대표회의에 의해서도 존중되어야 함을 의미한다. 그런데 입주자대표회의가 형식적인 위탁형태나 애매모호한 자치겸위탁의 혼합형태를 선택할 경우에는 입주자대표회의가 관리사업에 관여한 만큼 그에 상응하게 책임도 부담하여야 할 것이다. 특히 관리사업의 내부조직이나 운영에 대해서 입주자대표회의가 관하여는 경우, 예컨대, 직원의 임금 수준을 결정하고 있다면 바로 임금에 관한 사용자 책임도 부담하여야 하고, 입주자대표회의가 직원의 인원수를 결정하고 채용여부도 결정하는 경우에는 고용존속에 대한 책임을 부담하여야 한다고 본다. 이와 같이 된다고 하면 입주자대표회의가 자치관리를 하든 위탁관리를 하든 직원들이 문제삼을 것이 아니다.

정부의 주택관리정책은 입주자들의 선택과 자율을 폭넓게 보장하는 것이지만 그것이 제3자, 특히 사회적 약자라고 할 수 있는 근로자에게 피해를 전가하는 결과를 가져올 수는 없다. 그러나 주택건설촉진법과 공동주택관리령에서는 입주자대표회의가 외형적으로만 위탁관리를 실시하고 실제로는 모든 관리에 있어 개입할 수 있는 허점을 남기고 있고 입주자대표회의가 자기에게 유리하게만 계약을 정하고 상응한 책임은 회피하는 행위도 그대로 방치하고 있다. 결국, 이와 같은 법제하에서는 법원이 사회정의 실현 차원에서 입주자대표회의가 직원의 근로관계에 관여하지 말아야 함에도 관여를 했을 경우에는 노동법상의 사용자책임을 물려 근로자보호원칙에 충실히 해줄 것을 기대할 뿐이다.

2. 입법론적 개선방안

1) 입법방향

모든 문제의 발단은 주택건설촉진법, 공동주택관리령에서 「자치관리」와 「주택관리업자에 의한 관리」로 구분하고 주택관리업자에 의한 관리는, 독자적인 위탁관리로 예정하고 있으나, 실제에 있어서는 각 아파트의 입주자대표회의에서 자신에게 유리하게 계약서를 체결하고 심지어 관리사무소의 운영과 직원 관리에 있어서도 입대의의 관여권한을 폭넓게 보장하여 결국 위탁관리업자가 “비독립적 관리대행업자”로 전락한 데에 있다.⁷⁸⁾ 다시 말하면 입주자대표회의가 법령에서 예정하고 있는 위탁관리방식에서 벗어나 자치관리에 가까운 방식을 시행하는데 문제의 발단이 있는 것이다.

다른 한편, 주택관리업자가 독자적으로 아파트 사업장을 운영할 능력이 없거나 적어도 관리사무소의 내부조직을 독자적으로 형성할 능력이 없는 상태에서 위탁을 받을 수 있는 데에 문제가 있다. 즉, 주택관리업자는 항상적으로 본래의 직원을 보유하고 있어서 관리위탁을 받은 단지에 본사 직원을 파견하는 것이 아니라 입주자대표회의의 결정에 따라 종전에 종사하던 근로자를 인수하거나 입주자대표회의의 요구에 따라 신규로 모집·채용하는 것이다. 또 관리종료로 아파트단지에서 철수하는 경우에도 주택관리

78) 부연하면, 입주자대표회의는 관리업자에게 아파트 관리업무를 위탁하더라도 현실적으로 관리업무의 규칙이나 운영방향을 결정(공동주택관리령 제10조)하고, 회계처리에 있어 최종 결재권을 행사하며, 관리직원의 인사 및 근로조건에 대해 직접 결정하거나 사전승인을 얻도록 하는 등 직접 관여하고 있고, 반면에 주택관리업자는 이런 관여속에서 입대의의 결정과 지시를 따르면서 관리업무를 대행하고 있다.

업자는 사용한 근로자를 독자적으로 타단지에 전보발령할 수 없는데 그 근로자의 인건비를 자신이 부담하지 않고 해당 단지의 입주민들이 부담하므로 그 단지의 입대의의 승인이 있어야 하기 때문이다. 따라서 입주자대표회의의 고용승계 보장이 있을 경우에 주택관리업자는 신규 관리업자에게 근로자들을 인계하거나 입주자대표회의의 고용승계 보장이 없으면 기껏해야 신규 관리업자와 새로운 근로계약을 체결하도록 고용을 알선해 주는 것이 전부이다. 바로 이것은 아파트 근로자가 기득권을 보호받지 못한다는 것을 의미하며 입주자대표회의의 고용승계 의사 여부가 절대적으로 중요한 반면에 주택관리업자는 거의 근로자의 고용에 관한 한 사용자로서의 결정권도 없음을 의미한다. 이와 같은 주택관리업자는 파견법상 파견사업주의 지위와 유사한 점이 있다. 파견사업주도 평소에 자신의 근로자를 계속적으로 고용하지 않고 파견업무가 발생할 때 비로소 모집·채용을 하며, 또한 파견업무가 종료되었을 때에 파견사업주는 그 근로자의 근로관계를 종료시킬 수 있기 때문이다. 파견법에서는 이와 같은 파견사업주에 대해서는 근로자의 진정한 사용자라기보다 사실상 직업을 알선하는 중개업자와 다를 바 없는 점에서 모집형 파견업을 상용형 파견업으로 전환하여야 한다는 노동계의 주장이 있다. 바로 아파트의 주택관리업자에 있어서도 이와 같이 아파트 근로자의 근로관계를 전적으로 부담할 능력이 없는 상태에서 아파트 근로자들의 사용자의 지위를 형식적으로 인수하므로 아파트 근로자의 진정한 사용자가 누구인가 하는 문제가 발생하는 것이다.

따라서 아파트 근로자의 보호방안은 이와 같은 잘못된 부분을 해결하는 것에 있으며 관계법령의 규율과 실제간의 괴리를 해소시키는 데에서 찾아야 한다고 본다. 연구자는 한 방법으로, 주택관리의 실체에 맞게 관계법령을 개정하는 방안, 즉, 자치관리와

위탁관리중에서 자치관리(自治管理)만을 허용하는 방안이 있다고 생각한다. 왜냐하면 위탁관리를 시행하는 경우에도 입주자대표회의는 여전히 주택관리에 대한 주요 결정권을 확보하려고 하고 결국 자치관리의 경우와 마찬가지로 관리업무에 개입할 것이기 때문에 주택관리업자도 “관리주체”가 아니라 “관리대행업자”가 되는 만큼 관계법령에서 자치관리를 기본전제로 하되 주택관리업자의 관리대행 서비스를 선택할 수 있도록 하는 것이다.

한편, 다른 방안으로는 주택관리업자로 하여금 독자적인 관리사업을 시행하고 입주자대표회의가 주택관리업자의 인적 조직 운영에 직접 관여할 수 없도록 관련 법규를 보완하는 방안이 있다. 이것은 아파트 입주자대표회의로 하여금 주택관리업자의 사업장이라고 말할 수 있는 관리사무소의 내부조직이나 직원의 운영에 대해서는 일체 개입하지 못하도록 하는 강력한 규제 방법을 사용하는 것이다. 입주자대표회의가 주택관리업자의 인사, 노무관리에 관여하는 경우에는 “사용자로 의제”하는 규정을 마련하는 방안이다. 그러나 이와 같은 방안은 종전 관리방식을 그대로 유지시키므로써 변경의 범위를 최소화하는 장점이 있으나, 현행 공동주택관리령으로는 효과를 거둘 수 없고 “강행법률”에 의하여 비로소 가능하다는 근본적인 한계가 있다. 과연 현재의 공동주택관리령을 근로자의 보호를 이유로 폐지하고 “주택관리법”으로 제정할 것인지는 거의 기대되지 않기 때문이다.

마지막으로, 관계 법령에서 개선방안을 찾지 않고 노동법에서 아파트 근로자의 보호방법을 찾는 방안이 있다고 보여지는 바, 이것은 아파트 근로자의 사용자 문제가 결국은 근로자의 고용승계(雇傭承繼)가 부인되는 데에서 시발되었고 또 입주자들이 근로자의 고용승계를 거부하는 이유는 인건비 상승에 따른 관리비용 부담을 피하려는 데 있는 만큼 이 부분에 대해 노동법에서 법의 흠

결을 방지하지 않고 완벽하게 보안을 한다면 이와 같은 근로자보호문제는 해결될 것이기 때문이다.

2) 구체적 방안

(1) 공동주택관리를 자치관리로 일원화하는 방안

공동주택 관리주체에 ① 입주자 자치관리기구 및 ② 사업주체만을 포함시키고, 주택관리업자는 주택관리대행업자로 변경시키면서 관리주체에서 배제시킨다. 결국 관리방식은 언제나 입주자 대표회의에 의한 자치관리(自治管理)를 원칙으로 하되, 필요에 따라 주택관리업자의 기술적인 관리대행, 혹은 관리자문을 받을 수 있도록 한다. 즉, 완전(完全) 자치관리와 대행형(代行型) 자치관리로 구분될 수 있으며 근로자부분에 있어서는, 어느 경우에도, 입주자자치관리기구에 배속된 자들로서 입주자대표회의가 그들에 대한 임면을 결정하고 근로조건을 결정하는 사용자가 된다.

이와 같은 방안은 현재 공동주택 입주자대표회의가 자치관리기구를 구성하여 자치관리만을 하도록 하고 위장위탁관리(僞裝委託管理)를 관리대행, 관리보조로 교정하는 것이므로 권한과 책임관계가 분명해지도록 하는 점에서 장점이 있다. 또한 입주자대표회의의 책임하에서 관리가 이뤄지고 주택관리업자에 대해서는 실제에 맞게 관리 보조와 자문기능을 하도록 하는 것이 입대의에 둘러싼 각종 분류나 각종 비리를 근본적으로 예방하는 방안이 된다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

79) 건설교통부 주택관리과, 아파트관리제도 개선을 위한 간담회(1999.3) 회의자료에서는 “경찰청에 따르면 99.3.29 현재 1,038건의 제보에 의하여 658명을 검거(40명 구속, 618명 불구속); 비리유형별로는 공사입찰관련 금품수수 107건, 오물수거비 횡령 96건, 전기등 시설보수비 횡령 88건,

(2) 입주자대표회의에 의한 인사·노무관리에의 관여를 금지하는 방안

관계 법령은 기본적으로 입대의를 의결기구로서 주택관리업자를 “관리주체”로서 규정하고 있지만 이런 규율에 상반되는 규정들이 있는 바, 이런 모순에 해당하는 규정들을 수정하여야 한다고 본다. 말하자면 주택건설촉진법 제3조 제4호에서 주택관리업자를 관리주체로 명시하고 공동주택관리령 제10조 제14항에서 “입주자대표회의는 주택관리업자의 직원인사, 노무관리등의 업무수행에 부당하게 간섭해서는 아니된다”고 명시하고 있는 것과 모순되게, 공동주택관리령 제15조 및 별표 3에서는 관리비의 내역을 “일반관리비에 인건비(급여·제수당·상여금·퇴직금 등을 포함)외에 제사무비·교통통신비·제세공과금 심지어 피복비, 교육훈련비, 차량유지비, 제부대비용”까지 상세하게 규정하고 동령 제10조 제6항 제2호에서는 이와 같은 관리비예산을 확정하도록 하여 결국 입주자대표회의가 아파트 근로자의 인건비와 피복비·교육훈련비·제반 비용⁸¹⁾도 결정한다는 것을 확인시키고 있다. 또한 동령 제3조 제5호에서는 주택관리업자는 관리규약에서 직원에 관하여 정할 경우 그것에도 구속을 받게 하고 있고, 서울특별시에서 제정한 “공동주택 관리규약” 제25조에서는 직원들이 입주자대표회의에서 정하는 인사규정에 적용을 받도록 하고 있다.

청소소독용역비 횡령 66건, 보험가입관련 금품수수 39건, 승강기보수비 횡령 30건, 기타 110건 등. 이러한 비리발생의 근본적인 원인은 입주민의 참여의식 결여와 감시소홀에 따른 입주자대표와 관리소장의 결탁 등에 있음”이라고 나와 있다.

80) 관련 규정의 구체적 개정안에 대해서는, 김상호·유정엽 “아파트관리직원의 고용승계를 위한 입법방향”, 『아파트근로자의 고용승계에 관한 연구』(한국노총중앙연구원 연구자료), 1999, 82면 이하를 참고.

81) 여기에는 각종 사회보험에 관련되는 사용자측의 부담금도 포함된다.

따라서 개선방법으로는 공동주택관리령 제15조 및 별표 3에서 일반관리비의 상세한 내역을 직접 정하지 않고 입대의와 주택관리업자간에 합의된 총인건비만으로 규정하여 입대의가 구체적인 직원들의 근로조건의 결정에 개입하지 않도록 하고 다만 정기적 감사를 통해 비용의 집행이 제대로 되었는지를 감독하는 것으로 전환하여야 할 것이다. 또한 위탁관리시 직원들의 임면 등에 대하여 입대의가 제정한 인사규정은 공동주택관리령 제10조 제14항에 반하는 것으로서 삭제하는 변경조치가 있어야 한다. 나아가 “입주자대표회의가 주택관리업자의 직원(관리사무소장을 포함한다)의 급여수준 및 임면 등 인사·노무관리에 직접 관여한 경우에는 입주자대표회의가 직접 직원을 임면한 것으로 본다”와 같은 규정이 시급하게 공동주택관리령에 신설되고,⁸²⁾ 장기적으로는 이와 같은 공동주택관리령 규정은 주택관리법으로 전환되어야 할 것이다.

82) 노동부에서는 아파트 근로자의 고용승계방안을 1999년 가을 건교부와 협의하는 과정에서 건교부에 다음과 같은 개정안을 제시한 바 있다: 즉, 공동주택관리령 제10조 제14항에 “입주자대표회의가 관리직원의 급여를 제15조의 규정에 의한 관리비에서 직접 지급하거나 제10조 제6항의 규정에 의하여 관리직원의 수준을 직접 결정한 경우 또는 관리직원의 임면 등 인사·노무관리에 직접 관여한 경우에는 관리직원에 관한 한 입주자대표회의가 자치관리한 것으로 본다”는 신설안을 제시한 것이다. 이에 대하여 건교부는 “공동주택관리령에서 노사문제까지 규정하는 것은 동령의 목적을 벗어나는 것이고 “입주자대표회의가 자치관리한 것으로 본다”는 표현이 애매 모호하다는 이유에서 특단의 대안이 없다면 원안은 삭제되어야 할 것이라”는 입장을 취하였고 그 결과 현재와 같이 “입주자대표회의는 주택관리업자의 직원인사, 노무관리등의 업무수행에 부당하게 간섭해서는 아니된다”는 형태의 규정이 제10조 제14항에 들어오게 되었다. 그러나 동 규정은 선언적인 것에 불과하고 어떤 법적 효력도 갖지 못하는 것이어서 강행질서로서의 기능을 하지 못한다. 따라서 원안과 같이 명확한 책임을 부여하는 형태를 취하여야 한다고 보는 바, 만일에 본문에서와 같이 “..경우에는 입주자대표회의가 직접 임면한 것으로 본다”의 형태를 취한다면 자치관리의 경우에 입주자대표회의가 직원의 임면권을 갖는 규정도 있으므로(제10조 제6항 제4호), 문제가 없다고 본다.

(3) 아파트 근로자의 고용승계를 영업양도시 고용승계의 일환으로 보장하는 방안

아파트 단지의 관리사업은 일반적으로 사업 내지 사업장으로 인정되므로⁸³⁾ 사업을 위탁받은 수탁자가 변경되는 경우에 그 업무가 계속되고 사업의 동일성이 유지되는 이전이 있는 경우에 영업양도시 고용승계의 법리가 적용될 수 있다면, 동 법리에 의하여 아파트 근로자의 고용승계가 보장될 가능성이 있다. 아파트 근로자의 사용자 문제도 근본적으로는 종전 근로자의 고용승계(雇傭承繼)를 부인하고 신규 직원을 채용해서 근로조건 수준을 낮추려는 데 목적이 있는 것이므로 바로 노동법상의 고용승계 법리를 확대적용할 수 있다면 입주자대표회의가 자신의 이익만을 지키려고 행하는 사용자성을 부인하거나 고용승계를 거부하는 행위는 제동이 걸릴 것이다. 그러나 소위 영업양도시 고용승계의 법리는 기껏해야 판례에 의하여 인정되어오는 법리로서 관련 법률에서 강행규정화하지 않았기 때문에 판례에서 인정하는 요건이나 범위를 벗어나면 영업양도시 고용승계의 법리가 인정되지 않는다. 따라서 영업을 둘러싼 이해관계인들, 말하자면 영업의 위탁인, 종전 수탁인, 신규 수탁인 사이에 고용승계를 회피하기로 약정을 한 경우에는 현재 노동부의 행정해석⁸⁴⁾처럼 주택관리업자간에 고용승계에 관한 약정이 없는 한 고용승계는 인정되지 않는다. 따라서 기본적으로 판례에 의한 고용승계법은 실정법에 의해 새롭게 규율됨으로써 각종 부당회피약정이 차단되는 효과를 발휘하여야 한다. 이에 대해서는 다음 장에서 자세하게 고찰하기로 한다.

83) 서울고법 1998.1.9 선고, 97구32774에서도 아파트 주택관리업자의 관리사업을 영업 내지 사업으로 긍정하는 전제하에서 영업양도에 해당하지 않는다는 판결을 내렸다.

84) 아파트 종사 근로자의 근로조건 보호에 관한 지침(근기 68206-564)

제 4 장 주택관리업자의 변경시 고용승계에 관한 입법론적 고찰

1. 영업양도시 고용승계 법리의 적용과 한계

본 장에서는 주택건설촉진법과 공동주택관리령에서 예정하고 있는 바와 같이 위탁관리의 경우 주택관리업자가 아파트단지를 독자적으로 관리할 수 있는 권리를 갖고 근로자에 있어서도 독자적으로 인사와 근로조건을 결정할 수 있는 사용자로 볼 경우에 주택관리업자의 변경시 영업양도시 고용승계의 법리가 인정될 수 있는가에 대해서 고찰하고자 한다.

1) 영업양도계약 혹은 사실상의 영업양도

(1) 노동부의 행정해석

1999년 11월 9일에 발표된 노동부의 아파트 종사 근로자의 근로조건 보호에 관한 지침(근기 68206-564)에서는 아래와 같이 영업양도시 고용승계이론을 아파트 사업장의 변동에 적용하고 있다.

- 관리형태 자체를 변경하는 경우(예 : 자치관리→위탁관리, 위탁관리→자치관리)에는 업무의 동질성이 유지되고 근로자의 인수를 배제하는 특약이 없는 한 영업의 양도·수로 보아 고용이 승계된다고 한다.
- 그러나 주택관리업자를 변경하는 경우에는 두 업자간에 고용승계에 관한 별도의 약정이 없는 한, 원칙적으로 고용승계의 의무가 없고 다만, 주택관리업자가 형식적 사용자의 지위를 가질 뿐 입주자대표회의가 실질적인 사용자인 경우에는 특

별한 사유가 없는 한 고용은 유지되어야 할 것이라고 보고 있다.

여기서 중요한 쟁점은 입주자대표회의가 주택관리업자를 변경하는 경우에 있어서 원칙적으로 고용승계의 의무가 없다는 부분이다. 물론 주택관리업자가 형식적인 사용자의 지위를 가지고 입주자대표회의(이하 “입대의”라 한다)가 실질적으로 사용자인 경우에는 사용자성에 변동이 없는 것이므로 고용이 유지된다는 단서를 붙이고 있다. 그러나 주택관리업자가 실질적 사용자인 경우에는 주택관리업자의 변경시 새로운 주택관리업자는 고용승계의무를 부담하지 않는 것이다.

노동부는 기본적으로 아파트 사업장에서 관리형태의 변경이 있는 경우에 대해서는 업무의 동질성이 유지되는 한 영업의 양도·양수로 보아 고용은 승계되는 것으로 보고, 근로관계 일부를 고용승계의 대상에서 제외하기로 한 특약이 있는 경우에는 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항의 정당한 이유가 있어야 유효하다고 한다.⁸⁵⁾ 따라서 관리형태의 변경에 대해서 노동부는 대법원의 판례에 의하여 형성된 영업 양도시 고용승계의 법리를 그대로 적용시켜 근로자의 존속 보호(存續保護)를 유지시키고 있다. 그러나 주택관리업자의 변경에 대해서는 “위·수탁계약이 해지되어 종전 관리업자가 관리업무를 행하지 않게 되고 새로운 관리업자가 다시 입대의로부터 아파트 관리업무를 수탁받아 관리하게 되면 두 업체간에 고용승계에 관한 별도의 약정이 없는 한 원칙적으로 새로운 업체가, 종래 업체와 근로자간에 맺어진 근로관계를 승계하여야 할 법적의무는

85) 다만, 노동부에 의하면 영업의 양도, 양수시 당해 기업의 소속 근로자가 자유의사에 의해 사직서를 제출하고 퇴직금을 수령한 후 양수기업에 새로이 입사하는 것은 가능하다고 한다(근기68206-564).

없다”는 이유로⁸⁶⁾ **“두 업체간의 고용승계에 관한 별도의 약정”이 있어야만 고용승계의 효과가 발생한다는 입장을 취하고 있다.** 이것은 학설상으로 볼 때 고용승계에 관한 특약필요설(特約必要說)의 입장에 서 있는 것인데 과연 이런 해석이 타당한가에 대해 의문이 있다.⁸⁷⁾

따라서 먼저, 최근 대법원에 의하여 유지되고 있는 영업양도시 고용승계 법리에 비춰 볼 때 노동부의 영업양도시 고용승계에 대한 태도가 대법원 판례와 차이를 보이는 것은 아닌지 살펴보기로 한다. 다음으로, 외국의 신규 수탁업자의 변경시 고용승계 사례를 살펴봄으로써 노동부와 같이 양 수탁관리업자간에 고용승계에 관한 별도의 약정을 요구하는 것이 타당한 것인지를 살펴보고자 한다.

86) 노동부의 위 지침상의 이유 부분.

87) 이와 같은 노동부의 입장은 1997. 5. 3에 회신한 근거 68207-576호에 유래한다. 그 내용은 다음과 같다.

1. 감독 68207-568(1997. 3.29)관련 질의에 대한 회신
2. 아파트관리주체가 변경되는 경우에 있어, 소속근로자의 고용승계여부는 다음과 같이 판단할 수 있음.
 - 가. 입주자대표회의가 자치관리하다가 위탁업체에 용역을 주는 경우 또는 위탁업체가 위탁관리하다 입주자대표회의가 자치관리하게 되는 경우: 아파트 관리업무의 동질성이 변경되지 않는 한 사업주의 변경에 불과하므로 근로자의 인수를 배제하는 특약이 없는 한 소속 근로자의 고용관계는 승계되는 것이 원칙임.
 - 나. 위탁업체를 통해 위탁관리를 하다 계약종료 등으로 위탁업체를 변경하는 경우:
 - 1) 입주자대표회의가 기존의 위탁업체와 계약을 종료하고 새로운 위탁업체와 계약을 체결하는 것이므로 위탁업체간에는 양도·양수관계가 성립되지 않음.
 - 2) 따라서 새로운 위탁업체가 기존의 위탁업체와 근로자간의 근로관계를 의무적으로 승계하여야 하는 것은 아님.이에 따라 “2의 나”의 경우와 같이 위탁업체를 통해 아파트를 위탁관리를 하다 위탁업체를 변경하는 때에는 근로자의 고용관계를 승계하도록 한 93.12.17 근거 68207-2556 관련 행정해석과 이와같은 취지의 행정해석은 폐지함.

(2) 대법원 판례에서 나타난 영업양도시 고용승계의 원칙

대법원의 일부 판례에 따르면 “영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적(明示的) 또는 묵시적(默示的) 계약(契約)이 있어야 한다”고 하였다.⁸⁸⁾ 즉, 이 판례에서 대법원은 양도인과 양수인간의 영업에 관한 양도의 합의(合意) 속에 그 영업의 인적 요소인 근로자의 근로관계도 함께 양도할 의사가 있는 것으로 추정(推定)하였기 때문에 양자간에 영업양도에 대한 합의의 유무는 매우 중요하게 평가되었다.

그러나 최근 삼미특수강 사건(대법원 2001.7.27. 선고, 99두2680 판결)과 관련하여 대법원은 이와 다른 입장을 취하고 있다.

“영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 바(대법원 1991. 8. 9 선고 91다 15225 판결, 1994. 11. 18. 선고 93다 18938 판결 등 참조)”라고 한 것이다. 동 판례에서 참조한 1991년도 판결은 “명시적인 영업양도의 합의는 없었으나 피고들이 공동하여 영업을 포괄적으로 양수한 것으로 보아 양도인의 피용인에 대하여 연대하여 임금지급채무가 있다”고 판시하여 명백하게 영업양도에 대한

88) 대표적으로 대판 1997. 6. 24선고, 96다 2644판결(한국수자원공사 사건). 동 판결은 영업양도를 영업양도계약으로 해석한 점 외에 기중기선단보관 사업을 맡았던 종전수탁자(한국수자원공사)가 위탁자인 국가에 의하여 새로이 수탁받은 신규수탁자(해운산업연구원)로 교체되어 보관사업이 이전되었음에도 영업양도에 해당하지 않는다고 본 점에서 특징이 있는 판결이다.

합의 자체가 절대적인 것이 아님을 보여주고 있고, 1994년도 판결에서도 “동방음료와 칠성음료 사이에 양업양도에 관한 합의가 있었다고 보기 어렵고, ...그밖에 칠성음료가 동방음료에 관련한 다른 자산이나 부채, 채권과 채무 등에 관련하여 이를 모두 인수한 것으로 인정할 만한 아무런 증거도 없어 칠성음료가 실질적으로 동방음료의 영업 전부나 일부를 포괄적으로 양수한 것으로 보기도 어렵다”고 하여 영업양도에 관한 합의가 없더라도 실질적인 영업양도의 사실만으로 영업양도가 성립할 수 있음을 보여주고 있다.

또한 대법원은 삼미특수강사건 후 한국오르본전장 사건에서는 “양수회사가 양도회사로부터 이 사건 계약을 체결하면서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔다...하더라도 그러한 점만으로는 이와 달리 보기에 부족하다고 하여 양업양도로 본 원심을 그대로 인정하였다.⁸⁹⁾ 즉 명백하게 종래의 입장과는 달리 반드시 영업양도 당사자 사이에 영업양도에 관한 명시적 또는 묵시적 계약이 요구되는 것은 아니라고 본 것이다.

따라서 “영업양도가 있었다고 인정되려면 당사자 사이에 영업양도에 관한 명시적·묵시적 합의가 있거나, 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 영업상 물적·인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로서 포괄적으로 이전되어야 하고 영업의 동일성이 유지되는지 여부는 계약의 형식적인 명칭, 내용만으로 판단하여서는 안되고, 인적·물적 조직이 이전된 전후의 사정과 경위, 당사자의 의사, 사실적으로 이전된 인적·물적 조직의 범위와 내용 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야”⁹⁰⁾ 할 것이다.

89) 대판 2002.3.29, 2000두8455.

90) 서울행법 2000, 10, 20, 99구33270.

(3) 아파트 사업장에의 적용

영업양도를 이해할 때 아파트 사업장에 있어서도 영업양도의 요건으로서 반드시 명시적인 영업양도의 합의가 있어야 하는 것은 아니며 실질적인 영업의 양도가 동일성을 유지하는 가운데 있는 것으로 족하다고 보아야 한다. 그런데 노동부(勞動部)는 다행히도 위 지침에서 **관리형태의 변경**(자치관리에서 위탁관리로, 혹은 위탁관리에서 자치관리로의 변경)에서는 입주자대표회의와 주택관리업자간의 위수탁관리계약을 영업에 관한 이전 계약으로 해석하여 영업양도시 고용승계 이론이 그대로 적용된다고 본 것으로 파악된다. 이런 점은 영업에 대한 소유권의 이전이 아니라 영업에 대한 관리권(管理權)의 이전의 경우에도 영업양도로 본 것이어서 노동부가 종래의 대법원의 입장 보다 넓게 근로자의 존속보호를 인정한 것으로 판단된다.⁹¹⁾

그러나 노동부는 **주택관리업자의 변경**에 있어서 “두 업체간의 고용승계에 관한 별도의 약정”이 있어야만 한다고 하는 바, 이 점은 대법원의 판례에 의한 영업양도이론과 합치한다고 할 수 없다. 물론 노동부의 이와 같은 입장은 하급심 법원에서 주택관리업자의 변경시 고용승계(엄밀히 말하면 의무관리기간의 종료로 인해 종전 관리업자에게서 신규 관리업자로의 변경시 고용승계)를 위해서는 종전 수탁자와 신규 수탁자간에 근로관계 승계에 대한 합의가 있어야 한다고 판시한 입장(서울고법 1998.1.9 선고, 97구32774)과 같은 맥락에 있고 과거 한국수자원공사사건(대판 1997.6.24, 96다2644)에서 기중기선단보관사업을 맡았던 종전수탁자(한국수자원공사)가 위탁자인 국가에 의하여 새로이 수탁받은 신규수탁자(해운산업연구원)로 교체된 경우 보관사업이 이전되었

91) 근기 68207-2115, '99.8.30; 근기 68207-147, '99.9.28; 근기 68207-343, '99.10.16.

지만 영업양도에 해당하지 않는 해석한 입장과는 맥락을 같이 한다고 말할 수 있다. 그러나 이와 같은 판결은 영업양도계약을 영업양도의 요건으로 요구하는 판결로서 일종의 특약필요설에 입각하고 있는 것으로 사실상의 영업양도의 경우에도 일정한 요건하에서는 영업양도가 될 수 있도록 하는 최근 대법원의 입장과는 합치하지 않는다고 말할 수 있다.⁹²⁾

생각건대, 영업양도시 고용승계 법리의 요건에 해당하는 “영업양도”가 오로지 양자간의 영업에 관한 직접적인 법률관계만을 의미하는 것이 아니라 제3자의 개입에 의한 간접적 법률관계도 포함할 수 있는 개념으로 이해한다면 근로자의 존속보호효과가 더욱 충실하게 나타날 것으로 본다. 그러나 노동부의 입장이나 서울고법의 판결은 영업양도의 개념을 협소하게 이해하는 입장이고 그 만큼 근로자의 존속보호원칙에 충실하지 못하고 사용자에게는 고용유지의 부담을 회피할 수 있는 여지를 준다고 보여진다.⁹³⁾

92) 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 판례월보(336호), 21면.

93) 다른 한편, 노동부가 관리방식의 변경시에는 고용승계가 인정되지만 관리업자의 변경시에는 고용승계가 되지 못한다는 해석은 양 개념을 형식적으로 구별하고 다른 법적 효과를 인정한 것으로 구체적 타당성이 없는 해석이라고 보여진다. 다음과 같은 예를 생각한다면 실제 관계를 보지 않고 지나친 형식논리에 빠진 것임을 알 수 있다. 먼저, 위탁관리방식에서 자치관리방식으로 다시 자치관리방식에서 위탁관리방식으로 연속적으로 변경되는 사례를 가정해보면 종전 관리업자 → 입주자대표회의 → 신규 관리업자로 관리형태가 연이어서 변경되는 것으로 노동부의 해석에 따르면 종전 근로관계는 포괄적으로 승계된다. 그런데 여기서 입주자대표회의의 자치관리기간을 1, 2년이 아니라 단 1개월만 하는 경우이거나 혹은 이런 중간의 자치관리기간이 극도로 적은 경우 예를 들어 2, 3일 정도, 아니면 최극도로 1시간 가량만이라도 자치관리를 거친 경우를 가정하면 역시 신규관리업자는 고용관계승계의무를 부담하지만, 사실상 이것은 종전 관리업자 → 신규 관리업자로 이전한 것과 다를 바 없지 않는가 하는 의문이 발생할 것이다. 다음으로 입주자대표회의의 결정에 따라 종전 관리업자 → 신규관리업자로 변경되는 사례는 노동부의 행정

따라서 입주자대표회의의 결정에 따라 종전 수탁자에게서 신규 수탁자에게로 영업이 동일성을 유지하는 가운데 이전되는 경우에는 두 개의 위·수탁관리계약에 의해 양 수탁자간에는 법률관계가 존재하게 되므로, 직접적인 영업양도 혹은 고용승계에 관한 합의가 없다해서 고용승계 효과를 부인할 이유가 없다고 본다.⁹⁴⁾

다만, 대법원의 최근 판례 경향과 같이 영업양도의 요건으로서 영업양도(사업이전)의 사실이 요구된다고 하면, 여기서는 ‘아파트 관리업자의 변경이 단순히 업무의 이전이 아니라 조직체로서 사업이 이전이 되는 경우에 해당하는가’가 중요하게 된다.⁹⁵⁾

(4) 위탁관리계약의 체결과 인적·물적 조직의 이전

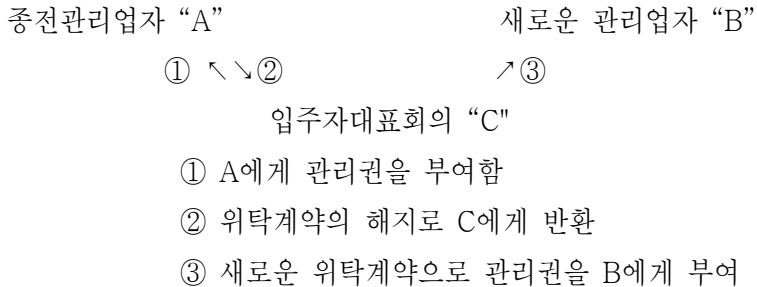
원칙적으로 아파트 위탁관리관계는 입주자대표회의와 주택관리업자간에 위탁관리계약을 통해 형성되며 주택관리업자는 선한 관리자로서 아파트를 관리하여야 할 의무를 부담하지만 동시에

해석에 따르면 고용승계가 되지 못하지만, 입주자대표회의가 종전 관리업자의 관리종료 시점에 즉시 신규 관리업자를 선정하지 못하여 종전 관리업자로부터 관리권과 장비를 일체 반환받고 1주일 내지 보름 정도의 관리공백을 거치고서 신규 관리업자에게 관리권한과 장비를 부여하였다고 가정할 때에는, 사실상 자치관리를 거친 것과 같게 보아야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 비로소 들게 된다. 즉 관리업자의 변경시에도 고용이 승계되어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 드는 것이다. 노동부가 양 개념을 구분하고 법적 효과를 달리 보는 것은 실체와는 부합하지 않는 잘못된 구별이며, 사실상 모두 다 입주자대표회의의 의결에 의해 이루어지는 사업변동으로서 본질적으로 동일한 것을 관리방식의 변경과 관리주체의 변경이라는 형식적 개념 설정을 통해 달리 취급한 것임을 알 수 있다.

94) 하경효, 전계논문, 31면에서는 “임차인 변경의 사업양도 여부는 임차인들 간 법률관계가 있느냐 여부로 판단되는 것이 아니라 제2 임차인이 임대인과의 법률행위를 근거로 기존의 사업체를 사실상 인수했느냐 여부로 판단하는 것이다”라고 기술한다.

95) 하경효, 전계논문, 27면.

아파트에 대한 관리권(管理權)을 부여받는다.⁹⁶⁾ 이러한 관리권은 위탁관리계약상의 관리업무(管理業務)의 범위내로 제한되는 것으로 그 범위내에서 공동재산의 보존, 이용, 처분을 할 수 있는 권능임에 틀림이 없다. 또한 이러한 관리권은 아파트위탁관리계약의 해지에 의하여 입주자대표회의에 환수된다고 보여진다. 그런데 입주자대표회의는 종전 관리업자를 변경하기 위해 새로운 관리업자를 선정한 경우 위탁관리계약을 통하여 그 관리권은 다시 새로운 관리업자에게 주어지는 것이다. 관리권의 이전을 그림으로 표시하면 다음과 같다.



결국, 아파트 관리권은 입주자대표회의에 의해서 주택관리업자

96) 사실상 자치·위탁의 혼합 형태를 취한 것으로 해석되는 목동 10단지 아파트의 위·수탁관리계약서 (1996.11.1 ~ 1998.10.31)에서도 제2조에서는 “갑(목동 10단지 아파트 입주자대표회의 회장)은 을(A 회사 대표이사 김OO)에게 목동 10단지 아파트의 관리를 위탁한다”고 정하였다. 관리권의 부여에 대해서는 명시한 바 없으나 관리의 위탁 개념으로부터 관리권의 부여는 당연히 도출된다. 이를 뒷받침하는 것은 동 계약서 제13조에서 “을은 이 계약에 따른 위·수탁 관리에 관한 업무 및 권리 의무를 제3자에게 재위탁하거나 양도할 수 없다”는 부분으로, 여기서 말하는 권리는 곧 관리권을 의미한다; 서울행정법원 2000.1.25 99구16855(목동 10단지 사건 1심 판결)에서도 위·수탁관리계약에 의하여 아파트의 관리권이 부여되는 것으로 보았다.

에게 부여되었다가 다시 환수되는 것이며, 입주자대표회의를 제겨두고 주택관리업자 간에서 임의로 이전할 수 없는 것이다. 따라서 주택관리업자간에 임의로 업무처리권을 이전할 수 있다고 예정하는 것이나 주택관리업자간에 영업양도에 관한 약정이 있을 것을 요구하는 것은 전혀 실제에 부합하지 않는다. 오히려 실제에 부합하는 것은 입주자대표회의라는 제3자를 매개로 하여 관리권의 이전이 이뤄진다는 것이다. 따라서 주택관리업자의 변경시에도 영업양도를 위한 약정이 없는 것이 아니며 입주자대표회의를 매개로 하는 두 개의 법률관계에 기하여 이전이 이뤄지는 것이라고 보아야 한다.

한편, 주택관리업자의 변경시 단지 관리권만이 부여되는 것이 아니라 관리를 위한 공동주택의 공용부분 및 각종 시설에 대한 이용권(공동주택관리령 제3조 제5항)⁹⁷⁾, 장비, 회계 관계서류, 심지어 관리비통장도 주택관리업자와 아파트입주자대표회장 공동명의로 전환되고⁹⁸⁾, 일반적으로 직원도 위탁관리계약에 따라서

97) 제3조 제5항: “관리주체는 제1항에 규정된 업무를 수행하기 위하여 필요한 범위안에서 공동주택의 공용부분, 공동주택의 입주자의 소유인 부대 시설 및 복리시설을 이용할 수 있다.”

98) 서초 무지개 아파트 위.수탁관리계약서 제7조(수탁업무 인계인수) “1. 수탁업무의 인계인수는 인수일자 현재로 대차대조표, 손익계산서 및 합계잔액시산표를 작성하고 이를 확인할 수 있는 증빙서류를 첨부하여 갑(입대의)가 을(관리업자)에게 인계하여야 하며 기타 을이 관리운영상 필요한 서류는 갑과 협의토록 한다. 2. 을은 수탁업무를 행함에 있어 관리소(사무실)의 업무용 집기비품 및 시설물관리에 필요한 공기구비품 일절을 무상으로 사용할 수 있으며 인계인수 일자를 기준일로 각 목록을 작성 점검한 후 을에게 인계한다. 3. 을은 모든 회계처리 및 장비현황의 이상여부를 확인하여 이상없이 인수할 책임을 진다”. 제11조(제예금 관리) “관리소의 자금을 공정하게 관리하기 위하여 거래은행통장은 입주자대표회장과 관리소장 공동인감으로 예금구좌를 개설하여 관리토록 하며 거래 금융기관의 지정은 갑이 결정한다.”

신규 관리업자의 소속 직원으로 전환한다.⁹⁹⁾ 말하자면 관리사업의 실체를 이루는 물적·인적 조직이 조직체를 해체함이 없이 그대로 이전된다는 것이다. 만일에 이와 같은 이전이 없는 경우, 예컨대 경비부문의 외주화에 있어서 경비를 위한 인력, 장비 기타 제반 조건들을 전적으로 신규 용역업체에서 마련한 경우에는 단지 “업무의 이전”만이 있는 것으로 “사업의 이전”으로 보기 힘들 것이다.

따라서 주택관리업자 A, B 간에는 직접적 법률관계가 없지만 A와 C간의 법률관계 및 C와 B간의 법률관계에 기초하여 B에게는 관리권과 그 관리를 위한 시설이용권 및 관리비, 직원까지 이전되는 것이다. 이와 같은 관리사업 실체의 이전은 바로 영업양도시 고용승계법리에서의 사실로서의 영업양도(사업이전)에 해당한다고 보여진다. 다만, 문제는 주택관리업자의 변경과 같이 관리주체가 바뀌는 경우와 경비부문의 외주화와 같은 사업일부 이전의 경우, 영업양도(사업이전)의 판단기준이 다를 수 있다는 것이다. 따라서 이하에서는 영업양도(사업이전)의 판단기준에 대하여

99) 목동 10단지 제19조 제1항에서는 “을은 이 계약 체결후 갑과 협의하여 지체없이 합동 근무조를 편성하여 업무인계 인수 준비를 하고 이 계약 발효일 현재로 전수탁 관리회사와 인수인계서를 작성하여 갑에게 보고하여야 한다”고 하고, 제2항에서는 “제1항의 규정에 의한 인계 인수시에는 인원, 부책(각종 설계도서 포함), 각종 재산, 현안 문제 기타 필요한 사항이 포함되어야 하며...”라고 정하였다. 참고로 목동 7단지 아파트 관리계약서(95.12.20~ 97.12.31) 제23조 제1항에서는 “을은 본 계약의 유효기간이 만료되거나 계약의 해지 등 해약으로 인하여 관리업무를 인계하는 때에는 그 관리업무를 인수할 상대 주체에게 아파트관리에 필요한 제반사항을 알려주어 차기 관리업자가 당해 아파트를 원활히 관리할 수 있도록 협조한다”고 규정한다. 제2항에서는 “을은 관리업무를 인계하는 때에는 시설(설계도서 포함), 장비(공구, 사무용품, 비품, 물품 등 포함), 회계 관계서류, 안전관리 관계서류 등 관리업무와 관련된 사항 일체를 인계하여야 하며, 인계하여야 할 사항이 인계되지 아니한 때에는 갑에게 이를 변상한다”라고 한다.

살펴본다.

2) 영업양도(사업이전)의 판단기준

우리나라의 유력설¹⁰⁰⁾에 의하면 아파트 관리사업의 이전시 고용승계에 있어서는 관리형태의 변경의 경우이던 관리업자의 변경의 경우이던 간에 일체 관리업무를 중심으로 하는 사업 자체의 이전이 있었느냐가 판단의 관건을 이룬다고 한다. 아파트 관리사업과 같이 전형적인 서비스사업에서는 인력집중사업의 성격을 갖기 때문에 사업이전 판단의 중요한 요소는 “인력의 인수여부”가 된다고 한다. 특히 아파트 경비(警備) 업무는 그 성격상 전문인력이 중요하지 않고 단순인력이 주로 활동하므로 사업의 이전여부는 기존 조직의 근로자를 “수에 비추어” 이전되었는가 여부로 판단하는 것이 타당하다고 한다. 따라서 종전 종업원중 대부분이신 사업주에게 이전했으나 몇 명의 근로자만이 배제되는 경우 이미 대부분 인력의 이전에 의하여 사업이 이전된 것이므로 고용승계가 주어진다는 것이다. 여기서 이전형식이 승계형식인가 신규 채용형식인가 아니면 전적 형식인가 하는 것이 사업양도 여부에 영향을 미치지 않고 오로지 대부분 인력이 이전하므로써 실질적으로 사업이 이전되었는가가 중요한 것이라 한다.¹⁰¹⁾

100) 하경효, 전계논문, 29면.

101) 同旨 유성재, 사업양도시 고용승계에 관한 법제개선방안(연구보고서), 2000, 32면: “사업양도의 성립여부는 당사자의 의사와 관계없이 사업의 본질적인 부분이 이전됨으로써 업무의 동질성이 인정되면, 즉 조직의 커다란 변경 없이도 계속 사업을 운영할 수 있는지의 여부에 따라 판단될 따름이다. 따라서 물적 자산의 비중이 크지 않은 용역업체의 경우 사업과 동질성이 인정되기 위해서는 해당사업의 계속운영에 필수적인 인력이 이전되어야 한다.”

생각건대, 입주자대표회의 혹은 주택관리업자에 의하여 오로지 경비부문만을 외부 용역업체에 위탁하였을 경우¹⁰²⁾와 같이 관리주체의 변경이 아닌 경비부문만의 이전에 있어서는 역시 위의 유력설과 같이 인력을 중심으로 판단하고 “수에 비추어” 기존의 근로자들 대부분이 이전되었는가가 결정적인 판단요소가 된다고 사료된다.

그런데 주택관리업자의 변경에 있어서는 공동주택관리령과 위수탁관리계약상 관리주체의 변경으로서 경비부문의 이전과는 판단기준이 다르지 않은가 생각된다. 즉, 공동주택관리령상 주택관리업자는 관리사업 전반에 대한 주체이고 관리사업은 아파트의 경비 분야 외에 각종 공동소유 시설의 유지·보수와 안전관리, 청소·소독 및 쓰레기 수거 등의 다양한 업무를 포함하고 있고 이외에도 세대별로 관리비 및 사용료를 징수하여 관리하고 공과금의 납부를 대행하며 특별수선충당금의 징수 및 적립, 기타 아파트입대의에서 정한 사항의 집행과 건설교통부령으로 정한 사항 등 다양한 업무를 포함하고 있으므로(공동주택관리령 제3조 참조), 이러한 관리주체의 변경시에는 일반적으로 물적·인적 조직의 이전이 수반되어진다고 본다. 이 경우 인적·물적 조직의 본질적 내지 핵심적인 부분은 각종 기금(관리비·특별수선충당금)과 각종 공동소유의 시설에 대한 이용권과 같은 물적 자산 부분이라고 판단되며 따라서 이런 핵심적 부분의 이전이 반드시 필요하다고 생각된다. 입주자대표회의와 새로운 관리업자간의 위탁관리계약의 주된 내용도 바로 이런 관리비의 이전을 내용으로 하고

102) 신반포4차 아파트관리사무소와 L 경비업체 간의 경비용역계약서(2002. 1.1 ~ 2002. 12.31) 동 제12조(경비원의 채용) 단서에서는 “갑이 채용하여 현재 근무하고 있는 직원에 대하여는 을은 갑과 협의하여 채용한다”고 하여 일용 고용승계의 약정을 두고 있다.

있다. 따라서 만일에 관리비통장이 새로운 관리업자의 명의로 전환되지 않거나 관리사무소와 같은 부대시설, 복지시설 등 각종 시설의 이용권이 새로운 관리업자에게 주어지지 않는 경우에는 실질적 사업의 이전으로 보기 힘들다고 사료된다. 따라서 위수탁 관리계약의 근거하에 새로운 주택관리업자에게 업무의 승계 및 물적 자산 부분이 이전된다고 보면 영업양도(사업이전)의 요건이 충족된 것이 아닌가 생각한다.¹⁰³⁾

3) 대법원 판례의 한계

우리나라의 영업양도시 고용승계 법리는 강행법규인 실정법에 의하여 근거지워져 있지 않고 대법원의 판례에 의하여 형성된 특징이 있다. 그러나 영업양도시 고용승계의 법리가 사용자에게는 강행적인 의무를 부과하는 효과를 가져오는 점에서 과연 이러한 판례법에 의하여 강행적인 규율을 어디까지 형성할 수 있는가 하는 문제가 있다. 따라서 판례에 의한 영업양도시 고용승계의 강제적 부과는 법관이 양 당사자에게서 영업양도(사업이전) 의사(意思)를 추출할 수 없는 경우에서는 인정될 수 없다는 중요한 지적이 있다.¹⁰⁴⁾

103) 이론(異論)이 있을 수 있지만 명료하게 설명하는 勤勞關係物化說(근로 관계물화설) 입장에서 물적 부분의 이전이 있을 경우에는 그와 결합되어 있는 근로관계도 함께 이전되어야 하는 것이 타당하다고 판단한다. 근로관계물화설에 대하여는 이용구, “영업양도와 근로관계”, 『노동법연구』 제6호, 1997년, 111면, 117면, 이하.

104) 김형배·하경효·김영문, 전거서, 116면 이하 : “양수인이 고용승계를 거부하거나 고용승계에 관해 아무런 의사표시도 하지 않았음에도 불구하고 고용이 강제적으로 승계되어야 한다면 그 근거는 무엇이며 그러한 결과는 어떻게 정당화하여야 하는가 하는 문제가 제기된다고” 하면서 “사회국가원리만을 일방적으로 강조하고 양수인의 계약자유의 의사를 고려하

생각건대, 이런 지적은 판례에 의한 고용승계법리의 한계를 정확하게 지적한 것이라고 보며 바로 이런 한계로 인하여 결국 우리나라의 고용승계의 규율도 여전히 양 당사자간의 영업양도의 의사가 있는 경우로 한정될 수밖에 없다고 본다. 따라서 연구자의 의견으로는 당사자간에 영업양도의 의사가 없는 사례에도 여전히 근로자의 고용승계의무를 부과하려면 별도의 강행법규가 필요하다 고 생각된다. 근기법 제30조 이하의 해고제한조항이 있으나 이것은 신 사용자에게 기존 고용을 승계하도록 강제하는 법적 효과는 갖고 있지 않으므로 그 조항은 제대로 기능하지 못한다. 따라서 영업양도시 고용승계의 법리는 별도의 실정법에 의하여 근거지워져야 한다고 본다.

주택관리업자의 변경시 고용승계문제도 이와 같이 실정법이 마련된 경우에 그 적용의 확대로서 양도인과 양수인간의 직접적 법률관계가 있는 경우만이 아니라 간접적 법률관계가 있는 경우에도 고용승계가 인정되어야 한다든지 혹은 영업의 매각이 아닌 영업임대차, 영업위탁의 경우에도 동일하게 동 법리가 적용되어야 한다든지 하는 확대적용론이 실효성을 거둘 수 있다고 본다. 물론 대법원의 판례의 논리 하에서는 주택관리업자의 변경시에도 입주자대표회의(위탁자)를 매개로 간접적인 영업위탁(사업이전)의 의사가 형성되어 있으므로 고용승계가 인정될 가능성이 있으나 노동부나 서울고법판례와 같은 이견(異見)이 쉽사리 교정되지는 않을 것으로 예상된다. 따라서 판례법이 아닌 형식적인 의미의 법률에 의해서 제대로 영업양도시 고용승계법리의 근거가 마련되는 것이 필요하다. 다만, 이와 같은 문제는 영업양도시 고용승계

지 않은 판결은 기본권의 조화로운 해석이 아니며 법관의 범형성은 "불가피한 정도"에 그쳐야지 원칙적 고용승계설과 같은 새로운 제도를 창설하는 것은 그 한계를 벗어난 것이라고 한다.

법리의 본질적 문제라기보다는 입법 형식에 관한 문제에 관한 것이므로 영업양도시 고용승계의 법리를 영업임대차나 영업위탁에 확대 적용하는 것을 문제삼는 것이 아니다.

따라서 이하에서는 입법론적 고찰로서 다른 나라의 입법례도 비교고찰하면서 영업위탁을 위주로 해결방안을 모색하기로 한다.

2. 입법론적 고찰

영업양도시 고용승계 원칙에 관한 입법론에 있어서 여러 가지 쟁점사항이 있으나¹⁰⁵⁾ 아파트 종사 근로자들의 고용승계와 관련하여 문제가 되고 있는 주택관리업자의 변경시 당사자(주택관리업자)간의 직접적 법률행위가 요구되는지의 문제와 이 경우에 실질적인 영업양도(사업이전)가 있는지의 문제와 관련하여 판단기준에 대해서만 살펴보기로 한다. 먼저 프랑스, 독일의 입법례를 보면서 그 입법안을 모색해 보기로 한다.

105) 말하자면, 법률요건에 관한 문제로서 사업의 개념, 사업의 본질적 부분에 대한 이해, 사업이전의 약정 혹은 사실로서의 사업이전, 사업일부에서의 이전 인정여부, 법률효과에 관한 문제로서 근로자의 거부권의 존중 여부, 근로조건 특히 퇴직금채권의 승계 여부, 사업 양도인의 연대채무, 사업이전 자체를 이유로 하는 해고의 제한 등의 문제가 있고 도산기업에의 적용여부, 취업규칙·단체협약의 승계 인정 여부 등의 문제가 있다. 이와 관련하여 하경효·박종희, “기업구조조정 등에 따른 근로관계 이전 관련 법제 국제비교 및 입법론 검토(연구보고서)”, 2001.10.; 김형배·하경효·김영문, 『영업양도와 근로관계의 승계』, 1999; 유성재, “사업양도시 고용승계에 관한 법제개선방안(연구보고서)”, 2000; 이승욱, “사업변동에 있어서 근로관계의 법적 규율에 관한 정책적 과제(연구보고서)”, 2000 등을 참고.

1) 프랑스의 입법례

(1) 양 당사자간의 직접적인 법률관계의 필요 여부

프랑스에서 영업양도시 고용승계의 원칙은 독일과 같은 제반 국가들의 경향과 같이 법률에 기초하여 적용되고 있다. 프랑스에서는 1928년 7월 18일 법률 이래 비교적 일찍 “기업이전시 근로관계의 유지”라는 원칙이 인정되었다.¹⁰⁶⁾ 동 법은 “사용자의 법적 지위가 변경된 경우, 특히 상속·매각·합병·회사의 전환(轉換),¹⁰⁷⁾ 출자(mis en société)¹⁰⁸⁾가 발생하는 경우, 변경일에 존속중인 모든 근로계약은 새로운 사용자와 종업원간에 존속(存續)한다”는 내용을 담고 있었던 바, 이는 현재 노동법전 L.¹⁰⁹⁾(법률) 122-12조 제2항의 원형이 되며 그 내용이 변경되지 않았다. 그런데 제122-12조 제2항에서는 사용자의 법적 지위가 변경된 경우를 상속, 매각, 합병, 회사의 전환, 출자 등의 제한적 열거 방식이 아니라 예시적(例示的) 방식으로 규율함으로써 판례에 의한 해석기능이 폭넓게 자리잡게 되었다.

프랑스의 파기원(破棄院)¹¹⁰⁾ 판례는 대체로 위 법률에서 정한

106) Couturier, *Droit du travail, 1/les relations individuelles de travail*, 1994, n° 228: “Cette règle remonte en effet à une loi du 18 juillet 1928”.

107) Carles, transferts d'entreprises et maintien des contrats de travail, RPDS, n° 656, déc. 1999, p. 386에 따르면, 기업의 법적 형태의 변경을 목적으로 하는 경우라고 하는데 예컨대, 유한회사를 주식회사로 전환하는 경우, 법인형태의 회사를 개인회사화하는 것이라고 한다.

108) Carles, précité, p. 386에 따르면, mis en société는 출자의 형태로서 기존 회사의 자본금에 참가하는 것이며 출자자는 이 경우 회사의 지분을 갖거나 동 회사가 발행하는 주식을 갖는다(Elle se définit comme un apport au capital social d'une société en contrepartie duquel l'associé reçoit des parts sociales ou actions émises par la société bénéficiaire de cet apport).

109) loi의 줄임말이다.

요건을 완화하여 고용승계효과를 광범위하게 허용하는 경향을 나타내왔다. 1934년 2월 27일의 파기원의 판례에서부터 1928년 7월 18일 법의 적용을 확대하는 경향이 나타났는데,¹¹¹⁾ 동 사건에서는 Sétif라는 지방도시가 도로야간조명사업을 민간회사에게 위탁하였으나 동 위탁계약의 만료로 새로운 회사에게 다시 위탁하였다. 그런데 구·신 수탁회사간에 하등의 법률관계가 존재하지 않았으나 파기원은 1928년 7월 18일 법률에서 요건으로 하고 있는 기업이전(transfert d'entreprise)은 구·신 회사간에 하등의 법률관계의 존재를 전제로 한 것이 아니라고 해석하면서 구·신 수탁회사간에 법률관계가 존재하지 않는 경우도 기업이전에 해당한다고 보았다.¹¹²⁾ 좀 더 상세하게 살펴보면 다음과 같다.

동 사건에서 피고인 새로운 수탁자(Société Union hydro-électrique de l'Ouest constantinois)는 종전 수탁자(Viette)와 자신 사이에 일체 법률관계가 없고 종전 수탁자가 체결한 근로계약이나 그로부터 발생하는 채무를 부담할 의사가 전혀 없기 때문에 동 근로계약을 준수하지 않겠다고 주장하였고 항소심은 이를 인정하였지만, 파기원은, 노동법전 제1권 제23조 제8항(1928년도 법률이 당시 노동법전에 편입된 규정)에서 정한 상속·매각·합병·회사의 전환, 출자 등 예시된 것들은 물론 구사업주·신사업주간의 법률관계를 전제로 한 것이지만, 이런 법률관계의 존재가 동 조항에 따라 종전 근로계약을 신사업주에게 연계시키는데 있어 필요조건

110) 우리의 대법원에 해당한다.

111) 파기원의 판례에서는 “근로자들에게 보다 안정적인 고용을 보장하는 법 원칙을 동일한 기업이 새로운 지휘하에서 계속적으로 기능하는 한, 어느 경우에도 적용하여야 한다(cass. civ. 27 fév. 1934, D.H. 1934. 252)”는 표현을 자주 반복 사용한 바 있다(Couturier, précité, n° 228).

112) 지금까지 Lyon-Caen/Pélissier, Grands arrêts de droit du travail, 2^e édition, p. 284, 285, 288.

(必要條件)이 아니라고 하였다. 파기원은 신사업주에게 구사업주의 승계인이 되려는 의사(意思)가 일체 없다 하더라도 그런 것에 의하여 입법자가 종전 근로계약을 신사업주에게 승계시키려는 의도는 전혀 지장을 받지 않는다고 보아 항소심을 파기하였다.

파기원은 이와 같은 1934년 2월 27일 판결¹¹³⁾의 입장을 계속해서 유지해 왔고, 1928년 7월 19일 법률(현재 노동법전 L. 122-12 조 제2항의 기원)은 근로자들에게 보다 안정적인 고용을 보장(stabilité d'emploi)하려는 취지를 갖는다고 판단한 것이다. 이와 같은 해석은 50년이 넘게 유지되어 왔다.¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾

그런데 파기원의 전원합의부는 1985년 11월 15일 판결을 통해

113) cass. civ. 27 févr. 1934, D.H. 1934, 252.

114) Lyon-Caen/Pélessier/Supiot, *Droit du travail*, 18^e édition, 1996, n° 332.

115) Lyon-Caen/Pélessier, *Les Grands arrêts de droit du travail*, 2^e éd. 1980, p. 288에 따르면, 이 판결은 오랜 동안 파기원의 입장이 되어왔다고 한다(cass. soc. 22 déc. 1950, *D(Recueil Dalloz)*, 1951, 110; cass. soc. 19 jan. 1966, *Bull. IV*, n° 67, p. 56; cass. soc. 29 juin. 1972, *Bull. V*, n° 479, p. 438; cass. soc. 15 fév. 1978, *Bull. V*, n° 105, p. 77). 또한 위 문헌에 따르면 양 당사자간에 법률관계가 없어도 무방하다고 보는 원칙은 공공기관을 민간사업주가 연속해서 위탁을 받는 경우에도 적용되었다고 한다(cass. soc. 29 oct. 1957, *D. 1958* p. 30; cass. soc. 19 juill. 1960, *Bull. IV*, n° 753, p. 611; cass. soc. 1^{er} mars 1961, *Bull. IV*, p. 211; cass. soc. 21 avr. 1971, *D. 1971*, Somm. 171, *Bull. V*, n° 239; cass. soc. 15 nov. 1972, *Bull. V*, n° 614, p. 558). 또한 위 문헌에 따르면, 과거에는 국유화조치에 따라 국가에서 인수하는 경우에도 이 원칙이 적용되었다고 한다(cass. soc. 22 déc. 1950, *D. 1951*, p. 110; cass. soc. 26 nov. 1959, *Bull. IV*, p. 941). 또한 법정관리 내지 파산결정에 의하여 회사가 특정 관재인에 의해 관리되어지는 경우에도 이런 사업주의 변경으로서 인정되었다고 하고(cass. soc. 7 juill. 1961, *D. 1961*, Somm. 112; cass. soc. 3 fév. 1965, *Bull. IV*, n° 95 p. 78; cass. soc. 23 juin, 1976, *Bull. V*, n° 384, p. 317), 심지어는 청소업이나 경비업의 사업주의 변경시에도 동 규정이 적용되었다고 한다(cass. soc. 15 juin 1978, *Bull. IV*, n° 478 p. 360; cass. soc. 8 nov. 1978, *D. 1979*, 277; cass. soc. 15 févr. 1978, *Bull. civ.*, V, n° 105, p. 77).

기업의 조직적 이전이 없는 단지 거래의 폐지(*la perte d'un marché*)만은 사용자의 법적 지위의 변경을 가져오지 못한다고 판단하였고¹¹⁶⁾ 이어 과기원은 1934년 2월 27일 판결 이래 형성된, 양도·양수 당사자간에 법률관계가 없어도 근로계약의 승계가 가능하다는 원칙을 폐기하고 양 당사자간에는 법률관계가 있어야 한다는 해석을 내렸다.¹¹⁷⁾ 그러나 이런 신 해석은 다시 급속히 폐기되었는 바, 유럽사법재판소의 1988년 2월 10일 판결에서¹¹⁸⁾ 77/187 지침이 양도·양수인 사이에 하등의 권리관계가 존재하지 않는 때에도 적용될 수 있다고 판단한 것에 영향을 받았기 때문이었다.¹¹⁹⁾ 유럽사법재판소에서는 1996년 3월 7일 판결¹²⁰⁾에서도 이와 같은 입장을 확인되었고 최근까지도 지속적으로 동 지침이 적용되기 위해서는 양도인과 양수인간에 직접적인 계약관계가 필요한 것이 아니라는 입장을 취하고 있다.¹²¹⁾ 프랑

116) *Dr. soc.* 1986, p.1, concl. G. Picca.

117) *cass. soc.* 12 juin 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 605 concl. G. Picca.

118) 소위 Tellerup 사건이다(*Dr. Soc.* 1988. 455), 요지를 소개하면 다음과 같다. “위탁계약상 사업주의 자격을 가지고 있는 수탁자가 그 자격을 상실하여 새로운 수탁자가 위탁계약의 체결을 위한 자격을 취득하여 소유자와 동 계약을 체결한 경우는, 경제적 단일체의 동일성이 유지되면, 즉 본 사안처럼 기업운영이 중단없이 새로운 양수인에 의하여 유지되면, 동 지침의 적용범위에 들어온다(이상 *code du travail* annoté, 2000, p. 150)”

119) 동 지침 자체는 근로계약의 승계를 양도인·양수인간의 법률관계(*lien de droit*)가 있는 경우만으로 한정지워서 인정하는 형태를 취하였다. 즉, 근로계약 승계의 요건으로서 약정에 기한 양도(*cession conventionnelle*) 경우와 합병(*fusion*)의 경우를 인정한 것이다. 그러나 사법재판소는 이를 확대하여 해석하였다.

120) 소위 Merckx 사건이다. C.J.C.E., 7 mars 1996, *code du travail* annoté, p. 150.

121) C.J.C.E. 11 mars 1997, *Aff. C-13/95, Ayse Süzen, Dr. Soc.* 1997, p. 730. 동 사건에서는 직접적인 법률관계의 부재가 동 지침상의 사업이전을 배척시키지 않으며 제3자의 개입에 의하여 두 단계로 계약에 기초

스의 파기원은 1990년 3월 16일 판결에서 경제적 단일체가 동일성을 유지하고 영업을 지속하거나 (일정 정도 단절된 후) 재개하면서 이전되는 경우, 승계되는 양 사용자간에 법률관계가 존재하지 않더라도 1977년 2월 14일 유럽공동체 지침 제1조 및 제3조와 프랑스 노동법전 L. 122-12조 제2항이 적용된다고 하였다.¹²²⁾ 이런 입장은 지금까지도 유지되고 있다.

이와 같이 위탁자가 수탁자를 변경하여 구 수탁자와 신 수탁자간에 직접적 법률관계 없이 사실상으로 경제적 단일체의 이전이 있을 경우에 프랑스 노동법전 L. 122-12조 제1항이 적용되어 근로자의 고용이 승계되는 효과가 발생한다. 바로 이와 같은 프랑스 입법례의 고찰속에서 다시 아파트의 관리업자 변경시 고용승계 문제를 생각해 보면, 서울고법 판례나 노동부가 양 관리업자간에 고용승계에 관한 약정이 없는 한 고용승계가 인정되지 아니한다고 판단한 것은 보편적인 영업양도시 고용승계법리에서 벗어난 입장에 있음을 확인할 수 있다.

(2) 경제적 단일체 이전의 판단기준

프랑스 L. 122-12조 제2항의 규정 내용은 유럽공동체의 1977년 2월 14일의 지침(77/187/CEE)인, “회원국은 기업, 사업장, 사업

하여 사업이전이 이뤄지는 것도 가능하다고 보았다.

122) cass. ass. plén. 16 mars 1990 n° 312 P, proc. gén. prés la cour de cassation, rejet, *Bull. Civ.*, V, n° 4, *Jurisprudence sociale*, 2000, p. 675-676: 파기원은 캠핑용토지의 개발(exploitation)을 위한 위탁사건에서 원심이 경영요소로서 토지와 시설을 포함하고 있는 독자적 경제적 단일체가 이전되었음을 확인하고서 신·구 수탁자간의 법률관계가 L. 122-12조 제2항의 적용을 위한 필수조건(必須條件)은 아니라고 보고 제2 수탁자(신사용자)는 제1 수탁자(구사용자)가 사용한 근로자의 근로계약관계를 유지하여야 할 의무를 부담한다고 판단한 것은 적법하다고 하였다.

장의 일부의 이전시 근로자의 권리를 존속시키는 것과 관련하여 입법을 둘 것”이라는 지침에 합치하는 것이고, 동시에 동 지침에 관한 유럽 사법재판소의 해석은 프랑스 법원의 동 규정의 해석에 관한 입장에도 영향을 미쳤다고 한다.¹²³⁾ 대표적인 사항으로, 프랑스에서는 기업의 이전에 대하여 종래에는 同一한 經濟的 業務(달리 말하면, 업무의 동일성)만이 있으면 신, 구 조직간의 동일성이 없더라도 기업이전에 해당한다고 보았으나,¹²⁴⁾ 유럽사법재판소에서 적어도 경제적 단일체(entité économique)의 동일성이 있어야 한다는 입장이 있었고¹²⁵⁾ 이에 따라 프랑스의 파기원에서 동 일한 경제적 업무의 지속만으로는 부족하고 경제적 단일체의 동일성이 유지되는 이전이 있어야만 근로계약이 유지되는 효과가 발생한다고 보고 있다.¹²⁶⁾

그런데 문제는 경제적 단일체의 개념에 대한 이해이며 이중에

123) Couturier, Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, in *Jurisprudense sociale de la Cour de Justice des Communautés Européenne*, Dr. soc. 1989, 557(Couturier, précité, n° 228에서 재인용).

124) 1934년 2월 27일 판결 이후 1985년 11월 15일 판결이 있기 전까지 파기원의 입장.

125) 유럽사법재판소는 경제적 단일체의 이전이 있을 경우, 당시 존속하는 근로계약의 유지 원칙을 인정한다. Tellerup사건에서 사법재판소는 경제적 단일체가 그 동일성을 유지하고 있는 경우 근로관계의 유지를 인정하였다(C.J.C.E. 10, févr., 1988, Dr. soc. 1988, 455, concl. Darmon, note Couturier); 참고, Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, précité, n° 330; C.J.C.E. 18, mars, 1986, Rec., p.1119에서는 “지침상 사업이전의 존재 여부를 확정할 수 있는 결정적인 기준은 문제의 단일체가 그 동일성을 유지하는가 하는 것을 확인하는 것이다(le critère ...est de savoir si l'entité en question conserve son identité)”고 판시하였다.

126) 파기원에서는 1985년 11월 15일 전원합의체 판결을 다시금 1990년 3월 16일 전원합의체 판결에서 확고하게 인정하면서 이런 입장을 확립하였다(Couturier, précité n° 232).

서 무엇이 이전되었을 때 비로소 경제적 단일체의 이전으로 보는가 하는 점이다.

프랑스의 파기원은 현재 경제적 단일체의 개념을 “일정한 목적을 추구하는 경제적 업무를 가능하게하는 유·무형의 요소들과 직원으로 조직된 전체”로 정의하고 있다. 이와 같은 입장의 판결¹²⁷⁾의 요지를 소개하면 다음과 같다:

77/187/CEE 1977년 2월 14일 지침에 따라 해석되어야 하는, 노동법전 L. 122-12조 제2항에 따르면, 당시 근로계약은 경제적 단일체의 이전시 그 동일성이 유지되면서 그 업무가 지속되거나 재개되는 경우, 새로운 사용자와 종전 근로자간에서 존속한다. 일정한 목적을 추구하는 경제적 업무의 행사를 가능하게 하는 유·무형의 요소들과 직원으로 조직된 전체는 경제적 단일체를 구성한다.

원심은 의료시험시행업무가 국립교육일반상조회(MGEN)에서 의료보험기초기금으로 이전되는 데 대해 노동법전 L. 122-12조 제2항의 규정이 적용되지 아니한다고 판단하고 그 이유로는 사용자의 법적 지위에 변경이 없었고 국립교육일반상조회는 동 용역계약을 일방적으로 해지시켰을 뿐 새로운 명의자에 의한 동 시행업무의 운영은 그 자체만으로는 동일성이 유지되고 활동이 존속되는 경제적 단일체의 이전을 이끌지 못하였음을 들고 있으나, 정작 동 의료시험업무가 경제적 단일체를 구성하는지 여부에 대하여는 탐문하지 않은 위법이 있다.

다음으로, 이와 같은 경제적 단일체를 구성하는 고유재산에 해

127) cass. soc. 7 juillet 1998 n° 4069 PB, Mutuelle générale de l'Éducation nationale «MGEN» c/CPAM de Paris et a., cassation partielle, *Bull. Civ.*, V n° 363, Jurisprudence sociale, 2000, p. 680.

당하는 유형의 재산(biens corporels)으로는 장소(locaux), 주식, 혹은 물적 시설과 같은 것이 있으며 무형의 재산(biens incorporels)으로는 고객관계, 상표권도 해당된다고 본다.¹²⁸⁾ 구체적인 과기원 판결의 요지를 소개하면 다음과 같다:

원심에 따르면 당해 회사에 의해 인수된 경제적인 업무 (activité économique)는 고객, 공공도로의 이용, 장소권의 취득을 포함하고 있었다. 물품조달 거래관계의 개발은 독자적인 경제적 단일체를 구성하는 바 그 경제적 단일체는 유형·무형 재산의 소유들과 경제적 활동의 행사를 가능하게 하는 것이다. 따라서 원심은 당시의 근로계약들은 신사용자와 신규근로자들간에 유지된다고 보았고, 공공기관의 관리형태의 변경은 이 점에 있어서 중요하지 않다고 보았다.¹²⁹⁾

이런 내용은 유럽 사법재판소의 판례 경향과 같은 해석의 경향을 보이는 것인 바, 1986년 3월 18일의 유럽사법재판소의 판결¹³⁰⁾에 따르면, 경제적 단일체의 판단은 경제적 활동상의 동일성, 유형적 요소(부동산·동산)의 이전 사실, 인적 요소의 가치 등을

128) Couturier, précité, p. 382.

129) cass. soc. 16 novembre 1999, n° 4203P, Samrep c/ Bakhti et a., rejet, *Bull. Civ.*, V n° 439.

130) aff. 24/85, Spijkers c/ Gbroeders Benedik Abattoir, Rec. 1989, 1119. 세 가지 중요한 기준을 제시하였다. 하나는 문제의 단일체가 동일성을 유지하고 있는가이고 다른 하나는 업무의 동일성이 유지되는 경우에 바로 단일체의 동일성이 인정되는가 이며 마지막 하나는 이와 관련되는 사실들, 말하자면 기업이나 사업장의 종류, 건물과 같은 유체 재산의 이전여부, 무체 재산의 가치 여부, 직원들의 대다수의 이전 여부, 고객의 이전 여부, 종전 업무와 신규 업무간의 동일한 정도, 업무의 중단 기간 등의 사실이 종합적으로 검토되어야 한다는 것이다. 이런 각 사정들은 전체적인 평가의 일부에 불과하므로 종합적으로 평가하여야 한다는 것이다.

종합하여 평가한다고 판시하였다. 또한 유럽연합의 1998년 6월 29일의 새로운 지침에서는 경제적 단일체는 단순한 경제적 업무 (activité économique) 외에 그런 경제적 업무를 지속시키기 위한 고유재산(moyen propres)들이 - 그것이 본질적인 것이든 부수적인 것이든 간에 - 결합된 전체라고 규정하였다.¹³¹⁾ 또한 경제적 단일체 이전의 판단기준과 관련하여, 유럽사법재판소는 1994년 4월 14일 Christel Schmidt 사건에서는 동일한 업무가 새로운 사업주에 의하여 지속되거나 재개되는 것이 바로 경제적 단일체의 동일성의 유지에 결정적 관건이라고 하면서 은행지점의 청소작업 부분은 1인의 근로자에 의해서 수행되었던 작업부분이었지만 유럽공동체 지침의 적용대상이라고 보았고 하등의 재산적 요소의 이전이 없었는데도 업무의 동일성이 있는 한 경제적 단일체의 이전에 해당한다고 보았다.¹³²⁾ 그러나 유럽사법재판소는 1997년 3월 11일 Ayse Süzen 사건¹³³⁾에서 경제적 단일체란 단지 업무를 의미하는 것이 아니므로 경제적 단일체의 이전은 단순한 업무의 이전으로 이뤄지는 것이 아니고 유형·무형의 재산적 요소(éléments d'actifs corporels ou incorporels) 혹은 인적 조직의 본질적 부분 등의 이전이 있는 경우에 비로소 인정된다고 하였다. 또한 동 사건에서는 대상 기업이나 사업의 성질과 종류에 따라 사업이전의 판단기준도 달라진다고 보았다. 즉, 청소용역회사와 같은 경우에는 동일한 업무가 지속되는 것 외에 신규 용역회사가 전체 직원

131) 제1항 1 b.

132) C.J.C.E. 14 avr. 1994, R.J.S., n° 630; D. 1994, 533, note B, Chauvet; *Dr. soc.* 1994, chr. P. Pochet, p. 931; *Dr. soc.* 1995, 1007, chr. ph. Waquet.

133) 학교청소를 맡은 청소용역회사에 고용되어 있던 Süzen씨가 용역도급계약종료후 경쟁입찰에 의해 그 학교청소를 맡게 된 다른 청소용역회사에 자신이 고용되지 못한 사실에 불복하여 소송을 제기한 사건.

중 대부분을 인수하였는가가 중요한 판단기준이 된다고 보았다. 최근 유럽 사법재판소도 이런 입장이 유지되고 있다. 고유재산의 이전이 없는 경우에도 새로운 사용자가 동일한 활동을 이행하는 직원들의 “상당부분”을 자발적으로 사용하는 경우 바로 사업의 양도로 본 것이다.¹³⁴⁾

이와 같은 유럽사법재판소의 해석 경향에 프랑스의 파기원도 맞추고 있으며, 위탁관계(委託關係/location-gérance)와 같이 수탁자에게 전적으로 경영을 맡기고 다만 모든 수익을 위탁자에게 반환하는 경우에도 경제적 단일체의 동일성이 유지된다고 본다.¹³⁵⁾ 또한 위탁자(委託者)가 수탁자(受託者)를 변경(變更)하는 경우에도 그 경제적 단일체의 이전이 동일성을 유지하면서 이뤄지고 동 단일체의 활동(activité)이 지속되는 경우, 제122-12조 제 2항의 고용보호의 효과가 인정되고 있다. 파기원의 구체적인 판례를 들면 다음과 같다.

파기원은 음식점의 신수탁자가 구수탁자의 근로자에게 일자리(poste de travail)를 주기를 거부한 사건에서 원심이 수탁된 음식점의 경제적 단일체는 신수탁자에게 이전된 경영요소와 시설을 포함함을 확인하고서 음식점의 활동(activité)이 유지되므로 근로계약은 신수탁자에게 이전된다고 본 부분을 인정하였다.¹³⁶⁾

또한 아파트의 관리위임을 받은 부동산사무소는 독자적인 경제적 단일체를 구성한다는 파기원의 판결도 있다.¹³⁷⁾

134) C.J.C.E. 10 déc. 1998, aff., C-74/97, Hernandez Vidal, *R.J.S.*, 2/99, n° 315.

135) cass. soc. 7 mars 1989, *D.* 1989, IR 97.

136) cass. soc. 10 décembre 1996, n° 4776 *D.*, Sté Horet/Cognet nouveau concessionnaire et rejet. *Jurisprudence sociale*, 2000, p. 676:

이와 같이 프랑스의 기업 이진시 근로계약의 유지원칙을 비교적 넓게 인정하는 판례의 경향을 고려할 때 우리나라의 아파트 사업장에서 입주자대표회의에 의한 주택관리업자의 변경시에 입주자대표회의의 요구에 따라 종전 관리업자에게서 신규 관리업자에게로 관리업무를 위한 제반 시설 이용권과 관리비 등의 자금이 일체로 이전되는 경우에는 역시 경제적 단일체의 이전에 해당한다고 볼 수 있다고 생각된다.

따라서 영업양도(사업이전)시 고용승계에 관한 실정법 규정을 마련할 경우에는 이와 같이 프랑스와 유럽연합에서 널리 인정되는 영업위탁(사업위탁)시 고용승계도 아울러 고려되어야 한다.

2) 독일의 입법례

독일 민법 제613조 a에서도 영업양도시 고용승계의 원칙을 다음과 같이 보장하고 있다.

(1) 사업¹³⁸⁾(Betrieb) 또는 사업의 일부가 다른 취득자

137) cass. soc. 23 sept. 1992, *R.J.S.*, 1992, n° 1228, code du travail annoté, p. 150.

138) Betrieb은 일반적으로 사업으로 번역되고 있으므로 그대로 따른다. 그러나 우리나라 노동법상의 사업과는 차이가 있다고 사료된다. 우리 노동법상의 사업은 근기법 제34조 제2항의 “하나의 사업내에 (퇴직금)차등 제도를 두어서는 아니된다”에서는 “법인체 또는 개인사업체”(대판 1993.2.9, 91다21381) 혹은 “기업체 그자체”를 의미하기 때문이다(대판 1999. 8. 25 선고, 98다765). 그러나 여기서의 Betrieb의 의미는 “사용자가 인원 및 물질적 수단을 가지고 자신의 본래적 욕구를 해소하기 위해서가 아니라 노동기술적 목적을 추구하는 조직적 단일체”(BAG, Urteil vom 18. August 1976 - AZR 95/75)이므로 기업체와 같은 법적 주체 개념은 아니고 오로지 “경제적 단일체(Wirtschaftliche Einheit)”에 해당하기 때문이다. 한편, Betrieb은 오히려 우리 노동법상의 “사업장”에 가

(Inhaber)¹³⁹⁾에게 이전되는 경우에는 동 취득자는 이전 당시에 존재하는 근로관계로부터 발생하는 권리·의무를 승계한다. 이 권리·의무가 단체협약의 법규범이나 경영협정에 의해 규율되는 경우, 이 권리·의무는 새로운 사업취득자와 근로자 사이의 근로관계의 내용이 되며 이전 후 1년이 경과할 때까지 근로자에게 불리하게 변경되어서는 아니된다. 새로운 사업취득자와 근로자 사이의 권리·의무가 새로운 단체협약 규범 또는 경영협정에 의해 규율되게 되면, 2문은 적용되지 아니한다. 단체협약이나 경영협정이 더 이상 적용되지 아니하거나, 신 사업취득자와 근로자사이에 다른 단체협약의 적용이 합의되었지만 동 단체협약의 적용범위에 양 당사자가 구속되지 않는 경우에는 2문의 기간이 경과하기 전이라도 권리·의무가 변경될 수 있다.

- (2) 종래의 사용자는 제1항에 의한 의무로서, 사업이전 전에 성립하고 이전 후 1년간 발효하는 동 의무에 대하여는 새로운 사업취득자와 함께 연대책무자로서 책임을 부담한다. 그러나 동 의무가 사업의 이전 후에 만기가 된 경우에는 사업이전 당시 경과된 할당기간대(Bemessungszeitraums)에 상응하는 범위 안에서 종래의 사용자가 책임을 진다.
- (3) 법인이나 인적합명회사가 합병 또는 조직변경에 의하여 소멸된 경우에는 제2항은 적용되지 않는다.

깝다고 파악된다. 왜냐하면 예컨대 근참법 제4조 제2항에서는 “하나의 사업에 지역을 달리하는 사업장이 있을 경우에는 그 사업장에 대하여도 설치할 수 있다”고 하는바 사업의 일부로서 사업장은 근로조건 결정권이 있는 최소 단위로 보여지기 때문이다(동법 제4조 제1항 참고).

139) Inhaber는 보유자(保有者) 혹은 점유자라고 번역하여야 하나 이 표현은 법률적으로 고유한 의미가 없고 실제로는 취득자(Erwerber)와 같이 해석되므로 취득자로 번역하였다. 의미상 사업주라고도 번역할 수 있으나 이것은 노동법상의 사용자로서의 사업주와 혼동될 여지가 있어서 원어에 가깝게 취득자로 번역한다.

- (4) 종래의 사용자 또는 새로운 사업취득자가 사업 또는 사업 일부의 이전을 이유로 근로자를 해고한 때에는 이는 무효이다. 다른 사유에 근거한 해고의 권리는 영향을 받지 아니한다.
- (5) 종래의 사용자 또는 새로운 취득자는 사업이전과 관계 있는 근로자들에게 그 이전에 앞서서 다음에 대하여 문서로 써 보고하여야 한다.
1. 이전시점 혹은 계획된 이전시점
 2. 이전의 이유
 3. 이전이 근로자에게 가져오는 법적, 경제적, 사회적 결과
 4. 근로자들에 관하여 예상된 조치
- (6) 근로자는 제5항의 보고가 있는 후 1개월 이내에 근로관계의 이전에 대하여 문서로 이의(異議)를 제기할 수 있다. 이의는 종래의 사용자 혹은 새로운 취득자에게 제기될 수 있다.

동법은 단지 영업의 양도만이 아니라 합병, 분할도 포섭할 수 있는 일반 조항의 형태로 규정하고 있으며 강학상으로는 동법은 포괄적 권리의 승계(Gesamtrechtsnachfolge)와 개별적 권리의 승계(Einzelrechtsnachfolge) 양 경우에 적용되는 것으로 설명되고 있다.¹⁴⁰⁾ 포괄적 권리의 승계는 법률에 의하여 채권·채무 일체가 새로운 권리자에게 이전되는 것으로 상속(Erbfall), 합병(Verschmelzung), 분할(Spaltung), 형태의 변경(Formwechsel) 등을 말하며, 다만 여기서 형태의 변경은 단지 회사형태를 바꾸는 것과 같이 그 사업조직과 권리자(Rechtsträger) 자체에는 변동이 없는 경우에는 제613조 a가 적용되지 않고 그 나머지의 경우

140) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2000, § 117 Rdnr. 12 ff. und § 118 Rdnr. 1 ff.

에 적용이 된다.¹⁴¹⁾ 개별적 권리의 승계는 사업장 혹은 사업장의 일부가 법률행위에 기초하여 종전 권리자에게서 새로운 권리자에게로 이전되는 것을 말하며 바로 제613조 a가 본래 적용대상으로 하고 있는 것이다.

(1) 양 당사자간에 직접적인 법률관계의 필요 여부

본 논문에서 쟁점이 되고 있는 사업의 이전을 근거지우는 법률행위가 반드시 매매계약과 같이 양도인과 양수인간의 직접적 법률관계를 형성하는 것이어야 하는가 아니면 간접적 법률관계를 형성하는 것이어도 무방한가 하는 부분에서 독일의 학설과 판례는 프랑스와 같이 완화된 입장을 보이고 있다.

통설에 따르면 독일 민법 제613조 a에서 요건으로 법률행위(Rechtsgeschäft)를 요구하는 것은 고용승계의 효과가 발생하는 사례를 제한하는 데 목적이 있는 것이 아니라 모든 개별적 권리 승계의 사례에서 새로운 영업 취득자에게 근로관계를 이전되도록 하기 위함이며, 따라서 근로관계의 존속은 흠결없이 이뤄져야 한다고 한다.¹⁴²⁾ 또한 독일 민법 제613조 a는 사업 또는 사업일부의 취득에 대한 하나의 통일적 법률행위가 있지 않고 사업의 이전에 대하여 여러 법률행위가 중간에 개입된 경우에도 그 효과를 발생시킨다는 것이다.¹⁴³⁾ 여기서 중요한 것은, 행해진 여러 법률행위는 전체적으로 사업을 이전하는 데 기여한다는 점이다.

연방노동법원에서도 새로운 취득자가 영업의 운영권한을 얻기 위한 가능성을 성취하려는 법률행위의 수는 여기서 결정적인 요

141) Schaub, a.a.O., § 117 Rdnr. 11.

142) Niebler/Förschner, Betriebsveräußerung und Arbeitsrecht, 1995, Rdnr. 91.

143) Niebler/Förschner, a.a.O., Rdnr. 95.

소가 아니라는 것이다.¹⁴⁴⁾ 동 판례에 따르면 입법자는 독일 민법 제613조 a에서 사업취득자에게 사회적 조건(soziale Bedingungen)을 부과하고 있다는 것인데, 말하자면 사업취득자는 기존의 사업장의 혜택을 누리려는 경우에 경제적인 부담(Belastungen)도 안아야 한다는 것이다.

(2) 사업의 임대·위탁

독일 민법 제613조 a에서는 법률행위의 종류가 제한되어 있는 것이 아니라 개방되어 있으므로¹⁴⁵⁾ 오로지 양도인과 양수인간의 매매계약이어야 할 필요가 없고, 사업을 대상으로 하는 임대(Verpachtung), 위임(Auftrag), 위탁(Übereignung)의 경우에도 사업의 이전(Übergang)을 가져오는 법률행위로 인정된다.¹⁴⁶⁾ 말하자면, 사업의 소유자인 임대인이 그 사업장을 대상으로 하는 임대차관계의 종료 후에 새로운 임차인에게 사업을 임대하는 경우에도 독일 민법 제613조 a가 적용된다는 것이다.¹⁴⁷⁾

독일 민법 제613조 a의 “사업(Betrieb)”에는 건물·기계, 도구 혹은 비품들도 물질적 경영수단(Betriebsmittel)¹⁴⁸⁾으로서 포함되지만, 이와 같은 건물등의 경영수단이 반드시 사업주의 소유권이 아니라 사업목적을 위해 제3자와 체결한 용익계약(Nutzungsvertrag)에 의하여도 사업주의 경영권 하에 놓여도 무방하다는 것이다.

144) BAG, Urteil vom 22. Mai 1985 - 5 AZR 173/84, NJW 1986, 448.

145) Niebler/Föschner, a.a.O., Rdnr. 91.

146) Schaub, a.a.O., § 118 Rdnr. 38 : “移轉의 법적인 기초는 매매, 증여, 회사에의 출연이나 유증, 임대차, 용익권의 설정, 혹은 다수 법률행위의 결합일 수도 있다”.

147) BAG, Urteil vom 25. Februar 1981 - AZR 991/78.

148) Betrieb을 사업으로 번역하였으므로 Betriebsmittel은 사업수단으로 번역되어야 하나 경영수단이라는 표현이 보다 원어의 의미를 잘 전달한다고 보이기 때문에 경영수단이라고 번역한다.

이와 같은 용의계약은 임대차, 사용대차, 기타 비전형적 계약이 될 수 있고 본질적인 부분은, 권리자에게 경영수단이 고유한 경제적 이용을 위해 이전된다는 부분이다. 다만, 만일 수탁자가 타인의 사무소, 타인의 도구와 기계에 인적 급부만을 제공하고 이와 같은 경영수단의 이용에 대한 방법과 종류에 대한 결정권이 부여되지 않는다면, 이와 같은 경영수단은 그 수탁자에게 자신의 것으로 주어져 있다고 볼 수 없다고 한다.¹⁴⁹⁾

신탁적 이전(treuhänderische Übertragung)의 경우도 독일 민법 제613조 a에서 말하는 법률행위에 해당하며, 내부적 관계에서 수탁자는 일정한 조건하에 놓여 있지만 외부적 관계에서 그는 완전히 전적인 권리자(Vollrechtsinhaber)로 나서므로, 이것은 사업의 매각시의 사정과 일치한다는 것이다.¹⁵⁰⁾ 근로자들은 사업장 취득자를 새로운 사용자로 보아도 무방한 바, 왜냐하면 근로자들은 동 취득자의 이와 같은 내적 제한에 대해 알 수 없기 때문이라는 것이다. 만일에 신탁적 이전을 배제하게 되면 제613조 a의 보호목적은 쉽게 회피할 수 있게 된다고 한다.¹⁵¹⁾

또한 민법 제613조 a에서 말하는 법률행위는 종래 사업취득자가 법률행위에 의한 이전에 직접 참여하지 않은 방식으로도 이뤄질 수 있다고 한다. 예를 들어 사업취득자가 사업 시설의 소유자가 아니라 리스나 타인으로부터 안전을 위해 수탁한(sicherheitsübereignet) 경우에, 종래 사업취득자와 신규 사업장취득자간에 직접적인 법률행위적 관계를 고집할 수 없다는 것이다. 여기서의 관건은 새로운

149) BAG, Urteil vom 11. Dezember 1997- 8 AZR 426/94, BAGE 87, S. 296 ff.

150) Niebler/Föschner, a.a.O., Rdnr. 97.

151) BAG, Urteil vom 20. November 1984-3 AZR 584/93, NJW 1985, 1574, 1575.

사업취득자가 어떠한 법률행위에서든지 사업장운영(Betriebsführung)에 관한 권한을 얻게 되었는가 하는 점이다.¹⁵²⁾

말하자면, 새로운 사업장 취득자가 사업장 소유자로부터 수탁(受託)을 받는 법률행위로도 독일 민법 제613조 a의 요건은 충족될 수 있다는 것이다. 이 점은 바로 아파트 사업장에 있어서 신규 관리업자가 변경되는 경우에 종래 관리업자로부터가 아니라 아파트 입대의로부터 새로운 관리수탁을 받는 위탁관리계약서에 의해서도 사업의 이전이 될 수 있다는 논지와 일치하는 것이다.

사업의 임차인의 변경시 고용승계에 관련된 독일 연방노동법원의 대표적인 판례(BAG, Urteil vom 25. Februar 1981, 5 AZR 991/78, BAGE 35, S. 104 ff.)를 소개하기로 하는데 이것은 사업의 임차 혹은 위탁의 경우에도 고용승계가 될 수 있음을 보여주기 위함이다.

사실관계는 다음과 같다: 원고는 1977년 5월 31일부터 L씨의 구내매점(Kantine)에서 점원으로 근로한 자이고 L씨는 베를린 주의 건축·주택부에 설치된 구내매점의 임차인이었다. 베를린 주와 L씨간의 구내매점에 대한 임대차계약은 1977년 12월 31일로 종료되었고 1978년 1월 1일부터는 피고가 주정부에게서 구내매점을 임차한 것이다. 베를린주는 새로운 임대차계약에서 피고에게 공간과 설비, 조리기구 및 특별한 영업시설을 그 이용을 위해서 1977년 12월 1일부터 1978년 1월 11일까지 양도하기로 정하였다. 피고는 임차인의 변경을 계기로 종전 L씨 밑에서 근로한 10명의 근로자들과 새로운 근로계약의 체결을 위해 교섭을 하였고, 원고는 이에 앞서 1977년 12월 9일 본인이 임선 5개월 중임을 피고에게 고지하였다. 그러자 피고는 3명의 근로자와

152) Niebler/Föschner, a.a.O., Rdnr. 100.

만 근로계약을 체결하고 원고에 대해서는 1977년 12월 20일 계속적인 고용을 거부한다고 문서로 통보하였다. 원고는 피고가 민법 제613조 a 제1항에 의하여 기존의 근로관계 속에 들어오며, 한 임차인이 종전 임차인의 임차가 종료된 후 연이어 동일한 임대인과 사업을 임차하고 동일한 경영목적을 가지고 동 사업을 계속하여 운영하는 경우 동 규정의 적용을 받는다고 주장한다. 즉, 원고는 원고와 피고간에 근로계약의 존재를 확인을 구하는 소송을 제기한 것이고 피고는 원고의 소를 기각해 줄 것을 구하고 있다. 노동법원 및 주노동법원은 원고의 주장을 그대로 인용하였는데 피고는 이에 불복하여 상고를 제기하였다. 그러나 연방노동법원은 피고의 상고는 이유없다고 보았다.

판결요지는 다음과 같다:

1. 독일 민법 제613조 a의 사업에는 오직 물질적이고 무체적인 경영수단(sachlichen und immateriellen Betriebsmittel)만이 속하지 근로자가 속하는 것은 아니므로 근로관계의 이전은 동법의 효과일 뿐 그 요건에는 해당하지 않는다고 하고, 따라서 새로운 취득자가 물질적 및 무체적 영업수단과 근로자를 가지고 종래의 특징된 노동기술적 목적을 계속 실현할 수 있으면 동 물질적 및 무체적 영업수단은 사업의 본질을 형성한다는 것이다.¹⁵³⁾
2. 독일 민법 제613조 a 제1항에 의하면 한 임차인이 종래 임차인의 임차가 종료되어 연이어 사업을 임차한 경우 그는 종전 임차인과 체결된 근로관계를 승계한다는 것이다;
3. 독일 민법 제613조 a는 종전의 임차인과 새로운 임차인간의 직접적인 법률행위가 있을 것을 요구하지 않으며, 만일에 이와 같은 직접적인 법률관계를 요구하면 동 조항은 본 사건과 같은 사안에는 적용되지 못한다고 하며, 새로운 임

153) 다만 이 부분에 대해 연방노동법원은 입장을 바꾼다. 아래의 또 하나의 판결을 참조할 것.

차인이 하나의 법률행위-여기서는 임대인과의 임대차계약-로부터 영업의 운영에 대한 권능(Befugnis zur Betriebsführung)을 갖는 것만으로 충분하다고 한다.

이와 같은 관점에서 볼 경우 우리의 문제대상인 아파트에서의 주택관리업자의 교체 의 경우도 위와 다르지 않다. 아파트 사업장에서의 아파트입주자대표회의와 신규 관리업자간의 위·수탁관리계약도 위의 사업에 대한 위수탁관계와 다를 바 없고, 이러한 위·수탁관리계약에 기초하여 종전 관리업자에서 신규 관리업자에게로 업무의 이전 외에 각종 이용권, 자금 등이 이전되는 것은 간접적 법률관계에 기초한 사업이전으로서 독일 민법 제613조 a의 적용이 충분히 이뤄질 수 있다.

다만 독일에서 민법 제613 a의 적용을 위한 요건으로서 사업이전의 판단기준이 어떻게 파악되고 있는지 보아야 한다.

(3) 사업이전의 판단기준

현재 독일 민법 제613조 a의 사업(Betrieb)은 “상시적으로 존재하는 경제적 단일체”를 의미하며 그 의미는 “고유한 목적을 가진 경제적 업무를 위해 필요한 직원(Personal)과 물적 요소의 조직적 총체(organisierte Gesamtheit)”로 본다.¹⁵⁴⁾ 이와 같은 사업은 연방노동법원이 과거에 “사용자가 직원 및 물질적 수단을 가지고 자신의 본래적 욕구를 해소하기 위해서가 아니라 노동기술적 목적을 추구하는 조직적 단일체”로 본 것과 같다.¹⁵⁵⁾

사업이전의 판단기준과 관련하여, 먼저 중요한 점은 업무의 이전(Funktionsnachfolge)¹⁵⁶⁾, 즉 업무가 종전과 똑같이 동일성을

154) BAG Urteil vom 11 Dezember 1997-8 AZR 729/96, BAGE 87, S. 305.

155) BAG, Urteil vom 18. August 1976 - AZR 95/75.

유지하는 것만으로는 부족하고 사업 자체의 본질적 부분의 이전이 있어야 한다는 점이다. 바로 이것은 유럽사법재판소 특히 Ayse Süzen 판결의 영향을 받은 것이고, 현재에도 이 부분은 유지되고 있다.¹⁵⁷⁾ 또한 유럽사법재판소의 영향에 따라 사업이전의 동일성은 실제의 활동, 직원, 간부인력, 노동조직, 경영방법(methoden), 처분이 가능한 물질적·비물질적 경영수단 등과 같은 다양한 것에서 파악되며 이와 같은 판단 기준(Kriterien)들은 관련된 사업의 종류에 따라 서로 다르게 나타난다고 본다.¹⁵⁸⁾ 말하자면 경영수단이 본질적인 것으로서 물질적 혹은 비물질적 경영수단이 이전되지 않고서는 사업이전이 부정되는 그러한 제조업(Produktionsbetrieben)이 있는가 하면 이와 같은 경영수단 없이도 업무가 진행되는 인력중심사업도 있다는 것이다.¹⁵⁹⁾ 그런 사업이 바로 인력중심사업인데 유럽사법재판소에 의하면 신규사업자가 직원의 본질적 부분을 그 수에 따라서 혹은 전문성에 따라 인수한 경우에 비로소 사업이전이 인정된다고 본다.¹⁶⁰⁾ 독일 연방노동법원에서도 (물적) 경영수단이 보잘 것이 없는 인력중심사업에 있어서는 인간의 노동력이 중요하므로 공동의 작업에 결합되어 있는 근로자들의 총합(Gesamtheit)만으로도 여기서 말하는

156) 독일에서 “기능의 이전”을 사업이전의 중요한 요건으로 보고 있고 우리나라에서도 기능관련성의 유지 여부가 중요하게 다뤄져야 한다는 견해는 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 『노동법연구』, 1997, 제6호, 37면 이하.

157) BAG, Urteil vom 13. November 1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB; BAG, Urteil vom 19. Mars, 1998(Picot/Schniker, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001, S. 33).

158) BAG Urteil vom 11 Dezember 1997-8 AZR 729/96, BAGE 87, S. 306; Baeck/ Lingemann, Auftragsübergang als Betriebsübergang? - Neues vom EuGH, NJW, 1997, 2494.

159) Baeck/Lingemann, a.a.O., S. 2494.

160) Baeck/Lingemann, a.a.O., S. 2494.

경제적 단일체를 형성한다고 보고 청소나 경비와 같이 시장에 제공된 노무급부가 근로자의 낮은 능력으로도 수행할 수 있고 쉽게 교체될 수도 있는 경우에는 “노하우”는 경제적 단일체의 동일성 유지에 결정적인 의미를 갖지 않고, 오히려 노동조직(Arbeitsorganisation)과 여기서 비롯된 개개 근로자에 대한 과제의 부과(Aufgabenzuweisungen) 및 조직적 구조에서 유형화된 경험적 지식(Erfahrungswissen)이 핵심이 된다고 보고 있다.¹⁶¹⁾ 즉, 이 경우 노동조직이 동일성을 유지하면서 이전되기 위해서는 “종전 근로자중의 대다수(eine hohe Anzahl)가 계속하여 고용되어야 한다. 한편, 사업이 특별한 지식(Spezialwissen)과 근로자의 직업 능력에 의하여 특징지워지는 경우에는 다른 기준보다도 그 전문성에 비추어 인력의 본질적 부분이 이전되는 것으로 충분하다고 한다.¹⁶²⁾

아래에서는 청소용역업체의 변경에 있어서 사업이전의 판단기준을 제시한 독일의 연방노동법원 1997년 12월 11일 판결을 전체 논의내용의 정리에 도움이 되도록 소개하고자 한다.

동 사건의 **사실관계**:

원고는 1989년부터 종전 사업주인 피고 2의 청소인부로서 근로하였고 오직 “종합대학교 P” 구역에만 편입되었다. 원고는 주당 20시간의 근로를 하면서 시간당 임금 13,46 마르크를 받았다. 피고 2는 위 구역에서 수탁받은 청소업무의 수행을 위해 70명의 근로자들을 채용하였는데, 그들에게는 개별적인 특정 청소영역 혹은 소그룹화된 청소영역이 지정되었고 한 사람의 반장(Vorarbeiterin)이 이들을 지휘하였다. 1995년 6월 30일 이와

161) BAG Urteil vom 11 Dezember 1997-8 AZR 729/96, BAGE 87, S. 307.

162) BAG Urteil vom 11 Dezember 1997-8 AZR 729/96, BAGE 87, S. 308.

같은 청소위탁계약이 종료되었다. P 종합대학교에서는 공개입찰(Neuausschreibung)을 한 후 피고 1에게 1995년 7월 1일부터 전체 구역(다만 한 건물이 더 포함됨)에 대한 청소업무를 위탁하였고 다만 시험적으로 위탁해 보는 의미로서 1995년 12월 31일까지로 위탁기간을 정하였다. 피고 1은 위 구역에서 일했던 70명(반장 포함)중에서 60명만을 채용하였다. 피고 1은 월요일인 1995년 7월 3일부터 동 대학교의 청소업무를 이들 근로자들을 가지고 시작하였다. 피고 1은 피고 2(중전 용역회사)의 청소기구나 소비용품을 일체 인수하지 아니하였다.

원고는 피고 2로부터 해고통지도 받지 아니하였고 피고 1로부터는 계약 체결을 위한 제의도 받지 못하였다. 피고 2는 1995년 7월 1일부터 더 이상 원고를 사용하지 아니하였고 더 이상 그에게 임금도 지불하지 아니하였다.

원고는 1995년 7월 6일에 노동법원에 소송을 제기하고 1995년 7월 10일에 관련서류를 제출하여 자신의 근로관계는 피고 1과 1995년 7월 3일 이후 계속 존재한다는 주장을 하였다. 또한 그의 주장에 따르면 피고 1은 업무의 수탁 후에 근로자들에게 청소영역을 배정하였다는 것이다. 만일에 사업의 이전이 아닌 경우에는, 피고 2가 자신을 계속해서 고용하여야 할 의무를 부담한다는 것이다.

원고는 자신의 근로관계는 피고 2로부터 피고 1에게로 이전되었다는 것을 확인하는 판결을 구하고 예비적으로 피고 2에 대해서는 자신을 1990년 10월 1일 계약조건에서 계속하여 사용하도록 판결을 내려 줄 것을 구하였다.

피고 1은 청소업무를 위탁은 수탁업자의 교체로 본질적으로 변경되었으며 특히 건물의 신설에 따라 청소를 하여야 할 면적이 확장되어서 위탁이 변경되었다는 주장을 한다. 또한 청소작업은 단지 기간을 정한 것이지 지속적으로 이전이 된 것이 아니므로 사업이전에 해당하지 않는다고 주장한다.

원심(Vorinstanzen)은 원고의 피고에 대한 주장을 기각하였다.

원고의 상고는 부분적으로 인정된다. 원고의 근로관계는 1995년 7월 3일부터 피고 1에 대하여 존속한다. 피고 2에 대한 예비적 청구는 허용되지 아니한다.

판결이유:

A. 주노동법원은 피고 1이 물질적 혹은 비물질적 영업수단을 일체 인수하지 아니하였기 때문에 원고와 피고 2간의 근로관계는 제613조 a 제1항에 따라 피고 1에게 이전되지 않는다는 판결을 내렸다. 주노동법원에 따르면 유럽 사법재판소의 판례를 고려하는 경우에도 단지 주된 직원들의 인수에서부터 경제적 단일체의 이전이 되는 결과에 이르지 못한다고 하였다.

B. 재판부는 원고의 조건적 제소(bedingte Klagerheung)에 관한 진술에 대해서만 다룬다.

I. 피고 1에 대한 원고의 소송은 이유있다.

1. 확인을 신청하는 부분에 대해서는 해석을 필요로 한다.(이 부분은 논지와 직접적 관련성이 없으므로 생략한다)
2. 확인을 신청하는 부분은 이유있다.

a) 민법 제613조 a에서 정한 사업은 상시적으로 주어진 경제적 단일체를 의미한다. 사업에서는 고유한 목적을 가진 경제적 활동을 위해 필요한 인원과 물적 요소의 조직적 종합이 주요한 것이다. 그 사업의 동일성은 실제의 활동, 인원, 간부인력, 노동조직, 경영방법(methoden), 처분이 가능한 물질적, 비물질적 경영수단들로부터 도출된다. 이와 같은 기준(Kriterien)들은 관련된 사업의 종류에 따라 서로 다른 비중을 갖는다(유럽사법재판소 판결 1997. 3. 11. Ayse Sützen; BAGE 86, 20; BAGE 86, 148; BAGE 86, 271). 따라서 경영수단이 보잘 것이 없고 노무 급부중심의 분야에 있어서나 노동이 목적이 되는 경우에 있어서는 인간의 노동력이 중요하므로 공동의 작업에 결합되어 있는 근로자들의 종합(Gesamtheit)은 여기서 말하는 경제적 단일체를 형성한다.

사업의 일부는 물적 및 조직적으로 구별이 가능한 노동기술적 부분목적이 충족된다면 비록 그것이 단순히 보조적 기능을 하는 경우에도 부분적 조직체이다. 또한 사업의 일부도 유럽 사법재판소에 의하여 정립된 상시적으로 설치된 경제적 단일체의 개념표지를 충족한다.

외부의 회사에서 위탁업무를 맡는 것은 사업의 일부 혹은 사업으로 조직될 수 있다. 건물청소회사와 경비회사에서의 특정 노무급부와 같이 특정한 노무급부는 목적관련적으로 (objektbezogen) 제공되어질 수 있는 것이다. 여기에 여타 조직적 단일체와 구별되는 직원·물품의 조직적 종합이 결부되어 있고, 노무제공의 이유가 되는 노동과제(勞勤課題)가 성질별로 지속적으로 이행되면, 사업의 요건은 충족되는 것이다.

1995년 6월 30일까지 피고 2에 의해 투입된 근로자들은 사업의 일부 혹은 사업을 형성한다. 피고 2는 전체적으로 70명의 근로자를 투입시키고 반장에 의하여 지휘되도록 하였고, 그들에게는 개별적인 특정 청소영역 혹은 소그룹화된 청소영역이 지정되었다. 따라서 피고 2는 대상에 따른 노동조직을 형성하였고 이것은 타 조직과 구별될 수 있었다. 이와 같은 조직적 단일체는 본질적으로 전체 직원(Belegschaft)과 개별 근로자들에게 주어진 부분적 과제(部分的 課題)에 의하여 특징지워진다. 그 노동과제는 본래 성질에 따라 지속적으로 주어져 왔다. 그 과제는 위탁인에 의하여 처음에 수행되었던 것이나 위탁인에게는 항상적으로 반복하여 요청되는 청소의 문제가 있었다. 청소기계나 소비물품과 같은 물적 경영수단은 이와 같은 청소업무에 비해 미미한 것이 불과하고 피고 2가 대학과 체결한 계약의 관계도 부수적인 의미가 있을 뿐이다.

b) 한 경쟁업자에게 노무급부의 업무의 위탁에 있어서 기능의 승계만으로는 민법 제613조 a의 사업이전을 형성하지 못한다. 경제적 단일체는 단순한 업무(Tätigkeit)로 이해되어서는 아니된다(EuGH und Senaturteil, a.a.O.) 청소수탁자의 교체 사

례에서 유럽사법재판소는 명시적으로, 한 경쟁업자에게 위탁을 이전하는 것 그 자체로는 일체 사업의 이전을 형성하지 못한다고 밝혔다.

그러나 사업이전의 기준에 있어서 직원전체(Belegschaft)가 계속 사용되는 것은 다른 적용될 수 있는 기준과 동일한 기준으로서 인정받는다. 신 수탁자가 종래 직원전체 중에서 수와 전문성 측면으로 볼 때 본질적인 부분을, 본래 기능을 유지하면서, 사용하고 있는 경우에는 그 신수탁자는 근로자의 조직적인 종합을 인수한 것이다. 이런 것은 대상에 따른 인적 투입에 의하여 특징지워지고 경영수단은 오직 부수적 의미만을 갖는 분야에서는 사업 이전으로 인정되는 데 충분하다. 위탁자와의 거래 관계에 진입하는 것은 사업 내지 사업의 일부의 이전에 있어서 절대적으로 필요한 것은 아니다. 민법 제613조 a의 요건은 경쟁 상태에서 수급자의 변경이 있는 경우에도 충족될 수 있는 것이다.

주노동법원에서 판단한 것과는 달리, 어떤 특별한 전문성이 인수된 근로자들에 의하여 담보될 것이 요구되지 않는다. 시장에 제공된 노무급부가 근로자의 낮은 능력으로도 수행할 수 있고 쉽게 교체될 수도 있는 경우에는 그들의 “노하우”는 경제적 단일체의 동일성에 결정적인 의미를 갖지 않는다. 이와 같은 작업분야는 오히려 노동조직(Arbeit-organisation)과 여기서 비롯된 개개 근로자에 대한 과제의 부과(Aufgabenzuweisungen)와 조직적 구조에서 유형화된 경험적 지식(Erfahrungswissen)에 의해서 특징이 지워진다. 이러한 경제적 단일체에서의 동일성은 새로운 수탁자가 종래의 일자리에 근로자들을 계속 채용하고 종래의 과제를 부과함으로써 유지된다. 그때에 새로운 수탁자는 기존의 노동조직을 인수한 것이며 전혀 새로운 조직을 만든 것이 아니다. 여기서 사업의 구조 혹은 사업 일부의 구조는 결정적인 것인데, 민법 제613조 a의 법률효과를 얻기 위해서 누가 직원 전체 중의 그 일부에 대한 근로자수와 전문성에 따라 인수되어 주어야 하는가 하는 문제에서 결정적인 요소이기 때

문이다. 근로자들이 낮은 정도의 직업능력을 갖고 있으면, (후속의) 경쟁사에 의해 형성되는 노동조직의 존속에 결합할 수 있기 위해서는 그들 중의 대다수(eine hohe Anzahl)가 계속하여 고용되어야 한다. 만일에 사업이 특별한 지식(Spezialwissen)과 근로자의 직업능력에 의하여 특징지워지는 경우이면, 다른 기준보다도 그 전문성에 비추어 직원 전체의 본질적 부분이 이전되는 것으로 충분하다.

c) 이와 같은 관점에서 보면 “대학교의 청소”라는 경제적 단일체는 피고 1에게 이전된 것이다. 경제적 단일체의 동일성은 피고 1이 청소수탁업무의 이행을 인수한 경우에 본질적으로 확보된 것이다.

피고 1은 피고 2가 종합대학교 P를 위해 종래에 채용했던 청소인력 70명 중 60명(반장 포함)을 인수하였다. 피고 1은 청소구역을 위한 근로자와 근로자그룹의 일부를 유지시킨 것에 대하여 전적으로 다투지는 않는다. 피고 1은 전체적으로 보아 청소용역업자의 교체를 기화로 청소위탁은 자체가 변경되었다고 주장하나 이는 충분하지 않다. 종합적인 위탁 내에서 청소 영역이 늘어나는 것 및 줄어드는 것 혹은 청소간격을 변경한 것은, 오로지 백분율로 해서 현저한 정도로 이에 영향을 받는 경우에만, 노동조직상의 변경을 가져오는 것이다. 이에 대해서 피고 1은 아무런 것도 의견을 진술한 바 없다. 피고 1은 자신의 본래 기능수행을 위해 결과적으로 종전 근로자의 85%를 채용하였다. 근로자의 능력이 낮지만 여전히 노동조직내의 직원(Personal)에 의해 특징지워지는 경제적 단일체는 이와 같은 방법에 의해 그 동일성이 유지되었다. 게다가 종래의 반장을 인수하여 피고 2가 형성한 구조를 15%의 인원감축의 방향으로 계속 발전시키고자 한 부분도 이와 같은 동일성의 유지에 기여하였다.

직원 전체의 일부만을 인수하는 것은 종래의 노동과제의 일부만을 속행하는 것과 결합하여 사업 일부의 이전의 성립을 이끌 수 있다. 그러나 이번 사례는 이런 경우에 해당하지 않는다.

오히려 사업의 단일체가 전체적으로 새로운 것으로 파악이 되거나 혹은 종래의 단일체가 변경된 노동과제에도 불구하고 본질적으로는 변경되지 않은 채 존속하고 있는 것이다. 분쟁 사례에서는 앞서 언급한 바와 마찬가지로 새로운 경제적 단일체를 인정하기에 충분한 단서가 마련되어 있지 않다.

원심 판결에서 판시한 바와 같이, 대학에서 채용된 바 없는 근로자들을 가지고서도 청소의 위탁업무를 해결해 낼 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 상황에서 위탁업무의 수행은 반드시 새로운 노동조직의 형성이 요구된다. 피고 1은 이와 같은 문제에 대해서 이런 공동의 작업에 결합이 되어 있고, 과거와 마찬가지로의 업무를 수행할 수 있는 근로자를 인수할 것을 결정하였다. 피고 1이 자신의 분야가 상당히 직원들의 이동이 심한 분야라는 것을 주장하고 있으나 이것은 별 의미가 없다. 또한 청소작업은 먼저 기간을 정한 형태로 이전된 것이라는 주장도 별 의미가 없는 것이다. 이 보다는 그 청소라는 것이 본질적으로 항상적이라는 것만으로도 의미가 큰 것이다.

d) 피고 1은 경제적 단일체를 법률행위를 통해 인수하였다.

연방노동법원의 일관된 입장은 민법 제613조 a의 적용을 위해서는 한 다발의 법률행위가 있더라도 이런 법률행위들이 종합적으로 기능을 발휘할 수 있는 사업의 이전을 목적으로 하는 한 문제가 되지 않는다는 것이다(BAG, 1985년 5월 22일 판결 - 5 AZR 173/84- BAGE 48, 376, 383 ff. = AP Nr. 43 zu § 613 a BGB; BAG 1988년 1월 21일 판결 - 2 AZR 480/87 - AP Nr. 72 zu § 613 BGB; BAG 1994년 7월 27일 결정 - ABR 37/93 - AP Nr. 118 zu § 613 a BGB). 타기업에의 새로운 위탁에서는 여태까지 법률행위적 이전은 부인되고 있는 바 근로자의 지속적인 사용은 민법 제613조 a의 요건으로서 인정되지 않았고 따라서 근로자와의 법률행위는 의미가 없었기 때문이다(BAG 1988년 9월 29일 판결 - 2 AZR 107/88 - AP Nr. 76 zu § 613 BGB, zu A II 5 der Gründe; BAG 1990년 10월 18일 판

결- 2 AZR 170/90 - AP Nr. 88 zu § 613 a BGB, zu B II 2 b der Gründe).

(그러나) 민법 제613조 a를 유럽공동체지침에 부합하는 방향으로 해석하고자 할 때 이와 같은 결정은 유지되지 못한다. 사업 혹은 사업의 일부의 동일성이 그 직원에 의하여 주로 확보되고 물질적 비물질적 경영수단에 의해서는 확보되지 못하는 경우에는 기업가는, 통상 종래의 수탁자와 교섭을 할 필요도 없이, 근로자들을 인수하므로써 종래의 노동조직을 계속하여 사용할 수 있다. 물론 신 수탁자가 본질적으로 변경되지 않은 노동과제를 계약적 토대위에서 인수하고 이러한 목적을 위한 근로자들을 계속해서 사용할 경우에는 이와 같은 법률행위에 기초하는 사업이전에서부터 출발해도 무방하다. 사업의 계속적 운영의 가능성은 법률행위 다발에 의해서도 취득될 수 있다. 사업에 대한 운영권(Befugnis zur Fortführung)이 그 취득자에게 이전되는 것이 요구될 수는 없다.

피고 1은 자발적으로 피고 2가 P 종합대학교에서 사용했던 직원들 거의 모두와 그들의 계속적인 사용을 약속하였다. 그 법적 기초는 청소업무의 위탁이었으므로 그 법률행위적 사업이전의 요건은 충족된 것이다. 피고 1이 민법 제613조 a에 따라 법률관계를 승계하거나 혹은 근로자의 승계의무를 (약정으로) 부담하는 경우에는 이와 같은 법률행위적 이전의 요건은 중요한 것이 아니다.

II. 피고 2에 대한 소송은 허용되지 아니한다(이 부분 역시 본 연구보고서의 쟁점과 무관하므로 생략한다).

결국, 우리나라에도 독일 민법 제613조 a의 규정과 같은 강행 법규가 마련되는 경우 사업이전의 요건으로는 업무의 이전(업무의 동일성, 혹은 기능적 이전)외에 사업의 본질적 부분의 이전이 있어야 하며, 그런 본질적 부분의 판단기준은 사업의 종류에 따

라서 달리 파악되어야 할 것이며, 물질적 경영수단이 본질적 부분이 아니라 인적 조직이 핵심이 되는 사업에서는 바로 인적 조직의 이전이 있어야만 사업의 이전이 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 특히 경비, 청소업체와 같이 전문성이 필요없는 인력집중 사업에서는 대부분의 인원이 이전되었는가가 사업이전의 관건이 되어야 할 것이다.¹⁶³⁾

아파트의 경비업무를 경비용역업체에게 외주화하는 경우를 생각한다면, 아파트 경비업무는 아파트 관리에 있어서 항상 수반되는 업무이므로 업무가 폐지될 위험은 없어서 “업무의 이전”은 항상 충족될 것이고, 경비사업 자체의 이전은 계약을 통해서든 계약에 근거하지 않은 종전 경비직 근로자 대다수의 이전으로 판단되므로 종전 경비직 근로자들이 경비용역업체 직원으로 대다수 이전되는 일이 중요하다.¹⁶⁴⁾ 한편, 경비인력이 점차 기계로 대체되는 경향이 있는 바, 경비업체가 그 기계를 관리할 권한을 부여받는 경우에는 물적 시설의 이전으로서 사업의 이전이 인정될 수 있으나 오로지 경비직 근로자만을 관리할 뿐이라면 종전 근로자의 대다수가 이전되지 못하는 이유에서 고용승계의 효과는 나타나지 않을 수 있다.

다음으로, 아파트 단지의 관리를 수탁하는 주택관리업자의 변경을 생각해 본다면, 관계 법령과 위수탁관리계약에서 정해지는

163) 하경효, 전계논문, 29면.

164) 신반포4차 아파트관리사무소와 L 경비업체 간의 경비용역계약서(2002.1.1~2002.12.31) 동 제12조(경비원의 채용) 단서에서는 “갑(관리사무소장)이 채용하여 현재 근무하고 있는 직원에 대하여는 을(경비업체)은 갑과 협의하여 채용한다”고 하여 계약에 근거하여 상당한 정도의 종전 근로자가 경입업체에게 고용이 승계되도록 하고 있다. 이에 따라 상당한 정도의 근로자가 이전된 경우에는 사업의 이전이 있다고 볼 여지가 생기는 것이다.

관리업무는 단순한 사무처리가 아니라 각종 법률행위(청소, 소독, 보수 용역계약)를 비롯하여 관리비의 징수, 지출, 보관 등 포괄적인 관리업무가 있으므로 각종 시설의 이용권, 관리비의 명의이전 등은 사업이전의 핵심적 판단기준으로 작용한다고 보며 이외에 전문 인력의 이전, 단순 인원 대다수의 이전 여부 등도 검토되어 종합적으로 판단되어야 한다고 보여진다. 다만, 주택관리업자와 입주자대표회의간의 직접적 법률관계가 기초되는 경우(관리형태의 변경의 경우)든 입주자대표회의를 매개로 양 주택관리업자간의 간접적 법률관계가 기초되는 경우든(관리업자의 변경의 경우)든, 위와 같은 사업이전이 인정되는 한, 고용승계의 효과는 보장되어야 한다.

3) 입법방안

(1) 입법시 반영하여야 할 사항

아파트 관리기구에서의 변동은 아파트 관리방식의 변경이나 주택관리업자의 변경 외에도 경비용역업체로의 외주화나 그런 경비용역업체의 교체의 경우 등 매우 다양하게 나타난다. 이런 각종의 사업변동시 아파트 근로자들의 고용승계를 보장하는 방안으로는 아파트관리문제를 포괄적으로 규율하는 공동주택관리령에서의 조문신설 방법을 고려해 볼 수 있으나,¹⁶⁵⁾ 대통령령인 공동주택관리령으로는 규율의 강행성(강행법규)을 발휘하기가 부족하고

165) 김상호·유정엽, 전계논문, 91면에서는 다음과 같은 문안을 작성해 보았다: 공동주택관리령 제24조의 2 (관리주체의 고용관계의 인수) 신설 : 『입주자대표회의가 공동주택관리령 제10조 제4항의 규정에 따라 관리주체를 변경하므로써, 새로운 관리주체가 관리계약에 의거하여 당해 아파트단지의 관리업무를 동일성을 유지하면서 조직적 일체로써 승계하는 경우, 기존 근로자의 고용관계도 승계한 것으로 본다.』

또 규율의 내용이 근로자의 고용승계보장에 관한 문제로서 공동주택을 규율하는 법령에 들어갈 성격의 것이 아닌 점에서, 그와 같은 방법은 적절하지 못하다고 본다. 따라서 일반 근로자들의 영업양도시 고용승계 법률의 입법차원에서 함께 다루는 것이 적절하다고 본다.

영업양도시 고용승계 법리의 입법화에서는 아파트 근로자의 고용승계보장과 관련하여 다음과 같은 부분이 반드시 반영되어야 한다.

① 영업양도시 고용승계 법리는 프랑스의 노동법전 L. 122-12 조 제2항, 독일 민법 제613조 a, 그리고 양국의 입법상의 공통분모로서 의미를 갖고 있는 유럽공동체 77/187 지침과 유럽연합 98/50 지침의 내용에 맞게 입법화가 되어야 한다. 특히 사업이전의 요건으로서 “업무의 이전(동일성)”외에 “사업 자체의 이전”이 필요하다는 유럽사법재판소의 입장을 존중하여야 한다고 본다.

② 영업양도시 고용승계 법률규정에서의 영업양도(사업이전)은 법률행위에 의한 경우만이 아니라 법률행위에 의하지 않은 사실상의 영업양도 포함하여야 하며, 영업(사업)매각의 사례만이 아니라 영업위탁, 영업임대차의 사례도 포섭될 수 있어야 한다. 입법 방법으로는 가능한한 구체적 예시를 통하여 명문화하는 것이 바람직하지만 일반조항의 해석을 통해서 충분히 그런 유형사례를 포섭할 수 있다면 무방하다.

③ 영업양도시 고용승계 법률규정은 아파트 관리형태의 변경의 사례만이 아니라 주택관리업자의 변경 사례, 나아가 경비용역업체로의 외주화나 동 업체의 변경 사례도 포섭할 수 있어야 한다.

④ 영업양도시 고용승계의 효과로는 근로자의 근로계약상 근로 조건이 그대로 유지되는 것이므로 근로자의 종전 임금수준이나 퇴직금채권, 근속기간에 따른 권리(예컨대, 연차휴가권)들도 그대로 유지되어야 한다.

(2) 구체적인 법안

근기법 제29조의 2(사업이전시 근로관계의 승계) ① 사업의 전부 또는 일부(이하 “사업등”이라고 한다)의 이전으로 사업주가 변경된 경우 근로관계는 포괄적으로 승계된다. 이 규정은 사업등의 위탁, 임대차 등에 의한 사업이전이나 기타 법률행위에 의하여 사실상 사업등이 이전된 경우에도 적용된다.

② 이하는 생략(사업이전시 근로관계의 승계에 관한 기존의 입법방안을 따름)¹⁶⁶⁾

위 법안은 이미 2000. 8. 한국노총에서 국회에 청원한 “사업양도시 고용승계 보장에 관한 청원”과 거의 동일한 형태를 취한 것이다.¹⁶⁷⁾ 사업이전의 유형은 법률행위에 기초하지 않는 경우(상속, 합병, 분할 등), 법률행위에 기초하더라도 양도인과 양수인간의 직접적인 법률행위에 기초하는 경우(매매, 증여) 및 제3자와 양수인간의 법률행위에 기초하는 경우(위탁, 임대차) 등 매우 다양하므로, 이런 모든 유형사례를 포괄하기 위하여 제29조의2 제1항 제1문외에 제2문을 추가하였다. 동 규정에서는 아파트 사업장에서의 입주자대표회의가 위탁인으로서 위탁관리계약을 통하여 종전 수탁인에게서 신규 수탁인에게 사업이 이전되는 고용승계를

166) 이에 대해서는 김형배·하경효·김영문, 전게서, 250면 이하; 하경효·박중희, 전게논문, 345면 이하; 유성재, 전게논문, 65면 이하 참조.

167) 연구자는 2000년 8월 당시 한국노총중앙연구원 소속으로서 동 문안 작성에 참여하였기 때문이다.

보장하고자 명시적으로 “사업등의 위탁”을 추가하였다. 또한 경비부문의 전문용역업체로의 외주화의 경우는 “기타 법률행위에 의하여 사실상 사업등이 이전된 경우”에 포섭되어 고용승계의 효과가 발생할 것으로 보인다.

이와 같이 사업등의 위탁, 임대차를 명시하고 있는 입법안으로는 이주영의원 입법안¹⁶⁸⁾이 있고, 학자들의 입법안¹⁶⁹⁾과 민주노총안¹⁷⁰⁾은 “제3자를 통하여 사업등이 이전된 경우”를 추가하여 이 부분을 포섭하고 있다. 따라서 이와 같이 공통적으로 인식하고 있는 사업이전의 개념을 기초로 근로관계의 승계를 강행규정으로 서 입법한다면 아파트 사업장에 있어서 입주대표회의의 관리업자의 변경이나 용역업체의 변경시에도 아파트 근로자들의 고용은 대부분 유지될 수 있을 것이다.

168) 이주영의원안 제29조의2 제1항.

169) 하경효·박중희, 전제논문, 377면.

170) 민주노총/김기덕, 기업변동에 따른 근로관계승계를 위한 입법공청회자료집(2001.4.12) “기업변동에 따른 근로관계 승계를 위한 제법률개정안” 1면, 제30조의 2 제1항 참조.

제 5 장 맺음말

근로기준법 제15조에서는 사용자를 “사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”라고 정의하고 있다. 이와 같은 근로기준법상의 사용자중에서 사업주만이 근로계약상의 사용자이고 그 외의 사업경영담당자 등은 사업주를 위하여 위촉 내지 채용된 자들로서 오로지 근기법상의 사용자가 될 뿐이다. 그런데 문제는 근로계약상 사용자에 있어서 계약당사자인 사용자는 순전히 형식적인 사용자로 남고 노무급부를 직접 처분하는 실질적 사용자는 제3자로서 별도로 존재하는 경우가 있다는 것이다. 이와 같은 현상은 사용자개념의 분화 내지 확대 현상으로 설명되고 있으나, 노동법은 파견근로관계에서 사용사업주를 부분적 사용자로서 규정하는 것(파견근로자보호등에관한법률 제34조 및 제35조) 외에는 실질적 사용자에 대한 책임을 묻는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 실질적 사용자에게는 근로자의 인사조치 혹은 근로조건의 결정에 지배적 내지 실질적 영향력을 미치는 경우에도 계약관계의 당사자가 아닌 점을 이유로 들어 사용자로서의 책임을 피할 수 있는 가능성이 열려 있다. 바로 아파트 사업장에 있어서도 입주자대표회의가 주택관리업자를 선정하여 관리업무를 위탁한 경우에 위탁자로서 단지 관리서비스를 제공받는 것이 아니라 더 나아가 주택관리업자의 직원의 개별적 인사나 그들의 급여수준에 영향을 미치는 경우에도 계약상 사용자는 주택관리업자가 있기 때문에 실질적 사용자로서의 책임을 회피할 수 있다는 문제가 발생하는 것이다.

이와 같은 문제들은 궁극적으로 근기법이 사용자개념의 변화에 제대로 대응하는 규율을 두지 않은 데 원인이 있는 것이므로 파

견법에서 파견근로자를 위하여 사용사업주에게 근로자에 대하여 개입하는 정도로 일정 정도의 사용자책임을 규정한 것처럼(근로시간의 편성, 산업안전상의 사용자 지위), 입주자대표회의가 실질적인 사용자로서 파악되는 한도에서는 그 관여정도에 따른 사용자책임을 묻는 것이 형평의 이념에 합치한다고 보인다.

따라서 연구보고서에서는 입주자대표회의가 아파트 관리 직원들의 인사조치 혹은 근로조건의 결정에 영향을 미친 경우에 그에 상응한 책임을 묻기 위한 규율형성 방안을 모색하였으며 특히 직원들의 고용의 존속여부를 실질적으로 입주자대표회의가 관여한 부분이 사회적으로 문제가 된 바 많기 때문에 이 부분을 위주로 하여 입법안을 마련하였다. 즉, 공동주택관리령 제10조 제14항에 “입주자대표회의가 주택관리업자의 직원(관리사무소장을 포함한다)의 급여수준 및 임면 등 인사 및 노무관리에 직접 관여한 경우에는 입주자대표회의가 직접 직원을 임면한 것으로 본다”와 같은 문안을 마련해 보았다. 이 안은 입주자대표회의가 근로관계의 형성 자체에 개입한 경우에는 그에 상응한 고용상의 책임을 부담하여야 한다는 형평의 이념에서 나온 것이다.

한편, 오늘날에는 고용의 유연화 현상으로서 근로계약이 순수한 채무법적 채권계약으로써 체결되는 경향이 뚜렷해지고 있다. 따라서 지속적인 고용보장이 근로자의 중요한 이익으로 부각되고 노동법을 통해서 고용을 보호받는 것(예컨대, 해고보호)이 가장 중요한 부분으로 인식되고 있다. 이와 같은 고용유연화 현상에, 앞서 말한 형식적 사용자의 활용방법이 결합되면, 고용의 상실은 더욱 쉽게 이뤄질 수 있는데, 바로 실질적 사용자는 배후에서 형식적 사용자를 조정하고 그를 통해 근로자들의 근로관계를 종료시키거나 아예 형식적 사용자와 함께 근로자 일체를 사업장에서 물러나게 할 경우에는 근로자는 법적으로 자신의 고용을 방어할

방법이 없다. 앞서 말한 바와 같이 이런 경우 실질적 사용자가 근로관계 유지의 실질적 책임자이며 바로 그의 결정에 의하여 근로관계가 해소되었음을 근거지울 수 있을 때 근로자는 근기법의 해고보호조항에 의하여 보호받을 수 있다.

근기법상 근로자보호규율에 있어서 또 하나의 흠결은 영업양도(사업이전)시 근로관계의 유지를 강제하는 규정이 없는 것이다. 비록 대법원 판례에서 영업양도시 근로자의 고용을 일정 부분 보호해 주고 있으나 그 보호사례의 범위가 여전히 협소하기 때문에 사용자는 이런 공백을 이용해서 근로자들을 사업장에서부터 축출해 낼 수 있다. 특히 영업(사업)의 위탁자는 수탁자를 변경함으로써 사업의 종래 근로자수를 대폭 감소시킬 수 있는 길이 열려 있다. 바로 아파트사업장에서 입주자대표회의는 수탁업자를 변경하는 경우 영업양도시 고용승계 법리가 적용되지 못한다는 점을 이용하여 근로자수를 대폭 줄이거나 근로자의 임금수준을 초임수준으로 대폭 낮추는 효과를 거둔 바 있다. 만일에 우리나라에도 유럽의 여러 나라들과 같은 영업양도시(사업이전시) 고용승계법이 있었다면 아파트근로자들이 주택관리업자의 변경으로 인해 집단적으로 일자리를 상실하는 일은 발생하지 않았을 것이다. 따라서 영업양도시 고용승계법조항의 신설은 아파트 근로자를 포함한 모든 근로자의 고용보호 차원에서 시급한 과제라고 보인다. 연구자는 관련 법안에서 “사업등의 위탁, 임대차 등에 의한 이전이나 기타 법률행위에 의하여 사실상 사업등이 이전된 경우”를 명시하여 아파트 근로자, 경비직 근로자, 청소용역근로자 등의 고용보호에 충실한 방안을 모색하였다.

참 고 문 헌

논문 및 도서

- 고준기, “사용자의 개념-입주자대표회의의 사용자성 검토를 중심으로-”, 『노동법학』(제14호, 2002.6), 53면 이하.
- 김상호, “아파트근로자의 사용자와 고용승계의 문제”, 『아파트근로자의 고용승계에 관한 연구』(한국노총중앙연구원 연구자료), 1999, 25면 이하.
- 김상호·유정엽 “아파트관리직원의 고용승계를 위한 입법방향”, 『아파트근로자의 고용승계에 관한 연구』(한국노총중앙연구원 연구자료), 1999, 69면 이하.
- 김쾌식(권선한양아파트관리사무소장), 아파트관리소직원의 고용갈등해소를 위한 검토(미발표원고), 1999. 1. 5.
- 김형배, 『항운노조 조합원과 사용자와의 법적 관계』, 1996.
- 김형배, “근로기준법상의 근로자와 사용자의 개념”, 『노동법연구』, 1991, 86면 이하.
- 김형배·하경효·김영문, 『영업양도와 근로관계의 승계』, 1999.
- 유성재, “사업양도시 고용승계에 관한 법제개선방안(연구보고서)”, 2000.
- 이대형, “관리회사변경시 고용승계 여부에 관한 행정규칙 비판”, 1998, 고대노동대학원 고위지도자 과정 제출논문.
- 이용구, “영업양도와 근로관계”, 『노동법연구』 제6호, 1997년, 98면 이하.
- 이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 『노동법연구』, 제6호, 1997, 19면 이하.

- 하경효, “아파트 관리업체 변경시 고용승계 여부”, 『판례월보』
(336호), 1998년 9월호, 19면 이하.
- 하경효·박종희, “기업구조조정 등에 따른 근로관계 이전 관련
법제 국제비교 및 입법론 검토(연구보고서)”, 2001.

관련 자료

- 노동부, 아파트 종사 근로자의 근로조건 보호에 관한 지침(1999.
11.9, 근기 68206-564).
- 노동부, 아파트관리업무 종사자의 고용승계 관련 문제 검토, 1998.
서울지방노동위원회, 행정정보공개자료, 1998. 10. 26., 98부해566,
98부노104 심문회의록(1998. 10. 09)
- 서울특별시 공동주택 표준관리규약(1997.7.16 제정; 1999.11.11 개정)
- 아파트 위·수탁관리계약서 :
- 목동 7단지 위·수탁관리계약서(1995.12.20 ~ 1997.12.31)
- 목동 10단지 위·수탁관리계약서(1996.11.1 ~ 1998.7.10)
- 반포 강남아파트 위·수탁관리계약서(99.5.15 ~ 2001.5.14)
- 서초 무지개 아파트 위·수탁관리계약서(2000.9.1 ~ 2002.8.31)
- 올림픽선수기자촌아파트 위·수탁관리계약서(99.7. ~ 2001.6.30)
- 은마아파트 위·수탁관리계약서(94.7.1. - 96.6.30)
- 중계그린 1단지 위·수탁관리계약서(2001.9.17 ~ 2003.9.16)
- 평촌 은하수백산아파트 위·수탁관리계약서 (97.6.1.-1999.5.31)

프랑스 문헌

- M. Carles, Transferts d'entreprises et maintien des contrats de
travail, RPDS, n° 656, déc. 1999, p. 385 et s.

- G. Couturier, *Droit du travail, 1/les relations individuelles de travail*, 2^{ème} édition, PUF, 1994.
- R. Gallet/E. Phippon, *Le comité d'entreprise*, Dalloz, 1991.
- G. Lyon-Caen/J. Pélissier, *Les Grands arrêts de droit du travail*, 2^{ème} éd. 1980.
- G. Lyon-Caen/J. Pélissier/A. Supiot, *Droit du travail*, 18^{ème} édition, Dalloz, 1996.
- B. Lardy-Pelissier/J. Pélissier/A. Roset/L. Tholy, *Le code du travail annoté*, 20^{ème} édition, RF, 2000.
- J. Rivero/J. Savatier, *Droit du travail*, 13^{ème} édition, PUF, 1993.
- F. Signoretto/C.Desset/D. Dedreux/P. Gallaire, *Dictionnaire Social*, 19^{ème} édition, RF, 2000.
- M. Ducass/A. Roset/L. Tholy, *Jurisprudence sociale*, 4^{ème} édition, 2001.

독일 문헌

- Baeck/Lingemann, Auftragsübergang als Betriebsübergang? – Neues vom EuGH, NJW, 1997, S. 2492 ff.
- Niebler/Förschner, Betriebsveräußerung und Arbeitsrecht, 1995.
- Picot/Schniker, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001.
- Richardi/Wlotzke(Herausgeber), Münchener Handbuch, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht I, 2000.
- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2000.

[저자약력]

• 김 상 호

- 저작권심의조정위원회 연구원(89~95)
- 한국노총 중앙연구원 연구위원(95~2001)
- 국립경상대학교 법과대학 교수(2001~현재)

연구총서·2002 - 03

아파트 근로자의 법적 보호에 관한 연구

- 목동 10단지 아파트 노조 사례를 중심으로 -

2002년 12월 21일 인쇄

2002년 12월 31일 발행

발행인 이 남 순

발행처 한국노동조합총연맹
주소 서울시 용산구 청암동 168-24
(代) 02-715-0898

등록 81. 8. 21 (13-31호)

인쇄 (주)성문티디피
(代) 02-2268-0520

가격 : 7,000원