

# 용역업체 변경 시 고용승계 기대권 법리에 대한 고찰

장 현 진\*\*

## 목 차

- |   |                                    |
|---|------------------------------------|
| I. 문제의 제기                                 | III. 고용승계 기대권을 인정한 2021년<br>대법원 판결 |
| II. 고용승계를 인정한 기존 하급심<br>판결례의 해석론적 접근방법 검토 | V. 결론                              |

## I. 문제의 제기

건물의 청소나 경비, 아파트 위탁관리업체, 각종 설비의 설치 및 수리 등 사업 운영을 위하여 필요한 서비스 분야의 근로자들을 직접 고용하지 않고 외부 업체에 도급을 주는 사례는 매우 흔하다. 도급업체가 청소, 시설관리 등 사업장 내 업무 중 일부를 다른 업체(이하 ‘용역업체’)에 위탁하는데, 도급업체가 용역업체를 변경할 경우 용역업체에 고용되었던 기간제 근로자들의 지위가 문제된다.

근로계약이 종료된 용역업체 근로자들은 자신들이 근로를 제공하였던 사업장인 도급업체를 상대로 근로계약관계의 성립을 주장하거나, 도급업체와 새로 근로계약을 체결한 용역업체를 상대로 근로계약의 이전 또는 고용의 승계를 주장하는 방향으로 다룬다. 이하에서 다

DOI:<https://doi.org/10.46329/LLF.2022.07.36.177>

논문투고일자: 2022.06.22., 심사일자: 2022.07.04., 게재확정일자: 2022.07.05

\* 이 글은 필자의 개인적인 견해를 바탕으로 작성된 논문으로, 필자가 속한 법인의 입장과는 무관하다.

\*\* 법무법인(유) 지평 변호사, 고려대학교 사회법 박사과정 수료

를 판결들은 여기서 후자의 쟁점에 관한 문제이다. 용역업체 소속 근로자들이 고용승계를 다투는 사례에 대하여 하급심 판결례들은 여러 해석론적 접근방법을 통해 근로자들의 고용승계를 인정해왔으며 이에 대한 대법원 판결의 귀추가 주목되어 왔다.

대법원은 2021년 “고용승계에 대한 기대권”<sup>1)</sup> 법리를 명시한 최초의 판결인 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결(이하 ‘대법원 2016두57045 판결’)을 시작으로, 고용승계 기대권에 관한 판결들을 이어서 선고하였다. 이하에서는 대법원이 고용승계 기대권 법리를 제시하기 이전, 하급심에서 어떠한 법리적 다툼이 있었는지 고용승계 관련 법리 다툼들을 유형별로 정리함으로써 대법원 판결이 선고되기까지의 법리다툼 과정들을 살펴보고자 한다. 이어서 대법원 2016두57045 판결을 비롯하여 최근 선고된 고용승계 기대권에 관한 대법원 판결들의 의미를 살피고, 이에 대해 비판적으로 검토하겠다.

## II. 고용승계를 인정한 기존 하급심 판결례의 해석론적 접근방법 검토

### 1. 고용승계를 인정한 기존 하급심 판결례의 해석론적 접근방법

종래 하급심 판결례들은 여러 해석론적 접근방법들을 통해 근로계약의 이전 내지 고용승계를 인정해왔다. 구체적으로, ① 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 보고 근로관계의 승계를 인정한 판결, ② 제3자를 위한 계약 법리를 바탕으로 고용승계를 인정한 판결, ③ 사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권을 인정한 판결들이 있었다. 이하에서는

1) 대법원은 “고용이 승계되리라는 기대권”, “고용승계에 대한 기대권”이라고 설치하였으나 이하에서는 서술상의 편의를 위해 ‘고용승계 기대권’이라 하겠다.

각 유형에 해당하는 하급심 판결례들을 바탕으로 법원의 구체적인 해석론적 접근방법을 살펴보고 각 판결의 의미와 한계를 정리하겠다.

## 2. 목시적 영업양도 계약이 성립되었다고 본 판결 : 서울 고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결<sup>2)</sup>

### (1) 사실관계

대한석탄공사 G광업소(이하 'G광업소')는 매년 공개경쟁입찰을 통해서 선탄관리업무를 담당할 용역업체를 선정하여 왔다. 입찰을 거쳐 용역업체가 교체되는 경우에도 신규 용역업체는 자진퇴사자, 정년퇴직자 등을 제외한 근로자들은 계속해서 고용하여 왔다. G광업소는 선탄관리업무 이외에도 적재 작업, 파쇄작업 등을 용역업체에 하청을 주는 방식으로 운영해 왔다.

전국공공운수사회서비스노동조합 대한석탄공사 G광업소지부(이하 'G광업소지부')는 G광업소의 선탄관리업무를 담당하던 용역업체(이하 '중전 용역업체')를 포함한 7개 용역업체들과 집단교섭을 진행하였고, 2013. 7. 22. 체결일로부터 2년을 유효기간으로 하는 2013년도 단체협약을 체결하였다. 이 단체협약은 조합원의 정년에 관하여 '간접부의 정년은 만 63세로 하고 정년에 도달하는 연말에 퇴직한다'는 규정을 두고 있었다.

G광업소는 2015. 3. 11. 선탄관리업무에 대해 입찰공고를 하였고, 2015. 3. 26. 신규 용역업체(이하 '신규 용역업체')를 공동으로 운영하는 A와 B를 낙찰자로 선정하고 2015. 4. 1.부터 2015. 12. 31.까지를 계약기간으로 하는 도급계약을 체결하였다. 신규 용역업체에 채용된 32명 중 31명은 중전 용역업체에 근무하던 당시 G지부 소속 조합원이었다.

2) 대법원 2017. 12. 10.자 2017두51303 심리불속행 기각판결로 확정되었다.

신규 용역업체는 2015. 4. 1. 이전까지는 관련 사업을 수행하였던 실적이 없었다. 신규 용역업체는 별도로 취업규칙을 작성한 적도 없었다. 신규 용역업체는 종전 용역업체에 소속되어 있던 근로자들을 채용한 이후에 ‘위탁계약사원의 정년에 관하여 만 63세에 도달하는 날이 속하는 반기 말일에 퇴직한다’는 내용의 취업규칙을 작성하였다. 이후 이를 근로자들에게 개별적으로 열람하도록 한 후에 근로자 21명의 의견을 청취한 후 취업규칙 작성을 신고하였다.

신규 용역업체는 취업규칙에 따라 대상 근로자들에게 정년 도달로 인해 근로관계가 종료된다고 알렸고, 甲과 乙은 정년퇴직통보가 부당해고에 해당한다며 다투었다. 초심 지방노동위원회는 영업양수가 없어 단체협약의 승계가 이루어지지 않았으므로 단체협약이 존재하지 않는 것이고, 적법한 절차에 따라 마련된 취업규칙에 의거하여 정년 퇴직 처리를 한 것이므로 이를 해고로 볼 수 없다는 취지로 근로자들의 신청을 기각하였다.

그러나 중앙노동위원회는 사업양도에 따라 신규 용역업체에 고용이 승계된 것으로 보고 초심 지방노동위원회의 결정을 취소하고 부당해고라는 취지로 판단하였다. 그러자 신규 용역업체는 해당 근로자들과는 신규 고용계약을 체결한 것이지 해당 법률관계를 영업양수나 고용승계로 볼 수는 없다고 주장하며 서울행정법원에 소송을 제기하였다.

(2) 제1심판결의 판단 (서울행정법원 2016. 8. 12. 선고 2015구합83580 판결)

서울행정법원은 다음과 같은 사정들에 기초하여 종전 용역업체와 신규 용역업체들 사이에 영업양도계약이 성립되었음을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

① 신규 용역업체가 G광업소가 발주한 이 사건 용역을 수행할 수 있게 된 것은 신규 용역업체가 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 선정되

고 대한석탄공사와의 사이에 직접 용역에 관한 도급계약을 체결하였기 때문이지 종전 용역업체로부터 도급계약상의 당사자의 지위를 승계받았기 때문이 아니다.

② 용역에 관한 생산설비 등 물적 시설은 모두 대한석탄공사의 소유이고 신규 용역업체는 종전 용역업체로부터 아무런 유형 재산을 양수하지 아니하였으며 종전 용역업체의 영업조직의 기능이 그대로 유지된 채로 신규 용역업체로 이전되었다고 볼 근거가 없다.

③ 근로자들은 종전 사업장에서 퇴직하면서 퇴직금을 모두 수령하였다.

④ 종전 용역업체와 신규 용역업체 사이에 용역 업무의 이관과 관련하여 명시적 또는 묵시적 의사표시가 있다고 볼 근거가 없고, 용역 업무를 이관하는 것에 대하여 어떠한 대가도 지불되지 아니한 것으로 보인다.

⑤ 용역업체가 변경되는 경우에 신규 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자 대부분을 그대로 채용하는 관행은 종전 용역업체가 더 이상 G광업소의 용역 업무를 수행하지 못하게 되는 결과 소속 근로자들이 더 이상 종전 용역업체와 고용관계를 유지하지 못하게 되어 새로운 일자리를 필요로 하게 되고, 신규 용역업체도 종전 용역업체가 수행하던 것과 동일한 업무를 수행할 인력을 필요로 하게 되는 결과 양측의 이해관계가 일치되기 때문에 형성된 것으로 보일 뿐이다. 그것이 반드시 고용승계를 수반하는 영업양도의 결과라고 보아야 할 필연적인 이유는 없다.

⑥ 신규 용역업체들의 근로자 채용 현황을 보면 신규 용역업체에 따라 종전 용역업체 소속 근로자들을 모두 채용하지 아니하고 상당수 인력을 별도로 채용하기도 하였다. 이에 비추어 보면 근로관계가 새로이 선정된 용역업체로 포괄적으로 이전되는 확고한 관행이 있다고 보기는 어렵다.

이에 서울행정법원은, 신규 용역업체가 종전 사업장의 영업을 양수하였다거나 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없고, 신규 용역업체는 용역업무의 개시와 동시에 종전 사업장에서 퇴사한 근로자들과 새롭게 근로계약을 체결하였다고 판단하였다. 이어서 근로자 甲과 乙은 만 63세에 도달하므로 취업규칙의 정년 규정에 따라 근로관계는 당연히 종료하며, 정년퇴직통보는 이를 확인하는 의미로 이루어진 관념의 통지에 불과하므로 부당해고에 해당하지 아니한다고 결론내렸다.

(3) 제2심판결의 판단 (서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결)

반면에 서울고등법원은 종전 용역업체와 신규 용역업체 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 보았다. 서울고등법원의 판단 근거는 다음과 같다.

① 용역업체는 특별한 물적 시설 없이 G 광업소의 물적 시설을 수행하면서 인력을 공급하는 역할을 하였으므로 인적 조직이 가장 중요한 요소이다.

② 용역업체가 변경되는 경우 새로운 용역업체가 종전 용역업체에 고용되었던 근로자들 중 자진퇴사자, 정년 퇴직자 등을 제외하고 그대로 고용하는 관행이 있었다.

③ 종전 사업체를 운영하던 H가 원고들에게 이 사건 근로자들의 명부를 교부하였고, 종전 사업체에 고용되어 업무를 수행하던 이 사건 근로자들 역시 새로이 선정된 원고들을 위하여 용역 업무를 그대로 수행하였다.

④ 원고들이 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 선정되고 도급계약을 체결하였기는 하나, 앞선 관행에 비추어 볼 때 입찰자들은 종전 사업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전 받는 것을 전제로 입찰에 참여한 것으로 보인다.

⑤ 고용승계 현황은 아래와 같다. 용역업체에 따라서 종전 용역업체 소속 근로자들을 모두 채용하지 아니한 것으로 보이나 근로자들은 언제든지 스스로 퇴직할 수 있으므로 근로자들이 스스로 퇴직하고 다른 업체에 취직한 것은 이 사건 근로관계가 포괄적으로 이전되는 관행을 인정하는 데 방해가 되지 아니하고, 업무의 증가 등에 따라 신규 인원을 별도로 채용하는 것 역시 이와 같은 관행의 인정에 방해가 되지 아니한다.

구분	R회사	S회사	T회사	U회사
고용승계 인원	10명 중 8명	27명 중 20명	15명 중 7명 (7명 별도 채용)	14명 중 12명 (7명 별도 채용)
불승계 이유	T회사 근무(1명) 적정인원 채용 완료	자진퇴사 (7명)	U회사 근무(7명) 정년퇴직(1명)	자진퇴사(1명) 정년퇴직(1명)

서울고등법원은, 따라서 신규 용역업체는 종전 사업체의 영업을 양수하였고 근로관계를 승계하였다고 할 것이므로 종전 사업체와 이 사건 지부 사이에 체결된 단체협약은 원고들과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계에도 적용된다고 판단하였다. 그렇다면 취업규칙 중 정년 규정은 단체협약의 정년 규정에 위반하여 무효이고(노동조합법 제 33조), 근로자 甲과 乙에 대하여 정년이 도래하여 근로관계가 종료한다고 통지한 것은 해고에 해당하며, 이는 정당한 이유 없는 부당 해고라고 결론내렸다.

(4) 대상판결의 의미 및 평가

1) 노동법 영역에서 영업양도의 문제

현행 노동관계법은 기업의 합병, 양도 등 기업변동에 따른 고용관계의 문제에 대해 명문화된 규정을 두고 있지 않다. 즉, 고용관계가 승계되는지에 관한 내용, 승계 이후의 근로조건에 대해서는 규정이

없다. 상법에는 영업양도에 관하여 총칙에서 영업양도의 원칙에 대해 규정하고 있고(제41조~제45조), 상법의 주식회사 및 유한회사 부분에서도 영업양도에 대하여 일부 규정하고 있다(제374조 제1항 제1호, 제576조 제1항). 그러나 이 규정들은 영업양도 후의 법률관계에 관한 규정이거나, 출자자의 이익 보호를 위한 규정으로 근로관계와는 관련이 없다.

한편, 판례는 영업양도에 대하여 상법이 적용되는 경우와 노동법이 적용되는 경우를 구별하여 접근하는 듯한 방법을 취하고 있다.<sup>3)</sup> 상법이 문제가 된 경우에는 “상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형, 무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것”(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결 등)이라고 하고 있다. 즉, 영업양도를 본질적으로 기능적 재산(영업재산)을 이전하는 것으로 판단하는 경향이다.

한편, 노동법상 고용승계가 문제가 된 경우에 대법원은 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 일체, 즉 인적·물적조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 고용관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다.” “영업의 양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고, 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를

3) 박제성, 「사업이전과 고용보장」, 한국노동연구원, 2014, 13면.

양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분 만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것”이라고 하였다.<sup>4)</sup>

또한 판례는 “영업양도 당사자 사이에 고용관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 고용관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조(현 제23조 제1항) 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다.”는 법리를 제시하고 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결, 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 등).

## 2) 영업양도 법리의 한계

첫째, 영업양도 법리는 기본적으로 물적 조직과 인적 조직의 결합을 영업으로 보기 때문에 영업양도 과정에서 근로자 일부만 배제될 때 유의미한 논리이다. 물적 조직과 인적 조직이 결합한 일체로서 양도되었다고 볼 수 있을 정도로 인적 조직이 양도되지 않은 경우에는 영업의 일체성 자체가 파괴되기 때문에 영업양도 자체가 인정되기가 어렵다. 이러한 법리는 비숙련 단순 노동을 사용하는 사업처럼 신규 채용을 통해서 근로자 전체를 교체하더라도 기존 사업의 유지에 문제가 없는 경우에는 영업양도가 인정되기가 쉽지 않다.

둘째, 대법원 판례에 의하면 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적, 인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”(대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결)고

4) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다70822 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다8200 판결; 대법원 2005. 2. 25. 선고 2004다347900 판결 등 참조.

하므로 영업양도에 관하여 양도인과 양수인 사이의 의사의 합치가 있어야 한다.<sup>5)</sup> 비숙련 단순 노동 사례에 비추어 보면 용역업체는 도급업체와 계약을 체결할 뿐, 종전 용역업체와 신규 용역업체 사이에 영업양도 계약이 존재한다고 보기 힘들기 때문에 영업양도를 인정하기가 쉽지 않다. 이후의 판결례들도 유사한 경향을 보여 왔다.

구체적으로, 대법원 2000. 3. 10. 선고 98두4146 판결에서 아파트 입주자대표회의는 아파트 경비업무를 맡고 있던 종전 하청업체와의 계약이 종료되자 신규 하청업체에 경비업무를 위탁하였다. 신규 하청업체는 기존의 12명의 경비원 중 1명만을 채용하고, 나머지 11명의 직원은 새로 고용하였다. 이에 종전 하청업체 직원 11명은 신규 하청업체를 상대로 부당해고 구제신청을 하였다. 법원은 신규 하청업체는 새롭게 용역계약을 체결하여 아파트 경비업무를 수행하게 되었을 뿐, 종전 용역업체로부터 영업을 양수하기로 계약하거나 합의하지 않았으므로 영업양도를 부정하고 고용이 승계되지 않는다고 판단하였다.

또 다른 사례로, 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결<sup>6)</sup>에서는 광주광역시 일부 관내 재활용품 수거사업을 하는 하청업체가 공개입찰을 통해 변경된 사례가 문제되었다. 광주광역시 서구청은 공개입찰을 하면서 기존 하청업체 근로자의 고용승계를 조건으로 하였다. 미래환경은 용역계약을 체결하면서 고용승계에 관한 입찰조건을 수락하였다. 미래환경은 기존 근로자들에게 고용보장을 약속하는 내용의 공고까지 하였는데 이전 업체 근로자 32명 중 3명을 제외하고 나머지 29명하고만 근로계약을 체결하였다. 법원은 새로운 용역업체는 서구청과의 사이에 새롭게 용역계약을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁받았을 뿐이므로 이는 영업양도에 해당하지 않

5) 이러한 대법원의 입장에 대해서는 법률행위에 의한 영업양도의 경우에만 고용승계를 인정하려는 것으로서 형식주의를 지나치게 강조한 것이라는 비판이 있었다; 김형배·하경호·김영문, 「영업양도와 근로관계의 승계」, 신조사, 1999, 250면.

6) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 상고기각판결로 확정되었다.

는다고 판단하였다. 따라서 고용관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없다고 결론내렸다.<sup>7)</sup>

### 3) 대상판결의 의미 및 평가

대상판결은 고용승계 그 자체보다는 신규 용역업체와 근로자 간의 근로조건을 어떻게 규율할 것인지가 주된 쟁점이 된 사건이라는 점에서 일부 차이가 있다. 그러나 대상판결은 기존 용역업체와 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되는지에 관하여 기존의 영업양도 법리에서 한 발짝 더 나아가 ‘묵시적 영업양도계약’이라는 법리를 인정하여 근로관계의 포괄승계를 인정하였다는 점에서 특징적이다.

앞서 본 대법원 판결은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시하였다(대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결). 이러한 대법원 판결의 취지에 의하면 용역업체의 변경을 영업양도 법리를 통해 해석하기 위해서는 영업 양도인과 영업 양수인인 용역업체 사이에 명시적·묵시적 계약으로 볼 수 있는 법률행위가 있어야 한다. 그런데 위 서울고등법원 2016누62223 판결은 신규 용역업체가 공고를 통한 경쟁입찰 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결한 사례에서, ‘중진 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것’을 전제로 입찰에 참가한 사정에 주목하였다. 그리고 이를 바탕으로 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 보았다.

그러나 통상의 영업양도계약을 보면 대부분의 도급계약이 기존 도급업체와의 기간만료나 해지·해제 등으로 종료되고, 신규 용역업체

7) 유사한 법리를 바탕으로 한 판결로, 서울행정법원 2009. 1. 20. 선고 2008구합 24712 판결, 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2009구합36453 판결 등 참조.

는 기존 용역업체와 무관하게 새롭게 도급계약을 체결하는 형태이다. 즉, 기존 용역업체와 신규 용역업체 사이에는 법률관계가 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 판결로써 신규 용역업체 간에 묵시적으로 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 있다고 판단하는 것은 다소 무리한 인정이라는 비판이 있다. ‘묵시적 영업양도 계약’이라는 표현은 사업의 이전에 관하여 신규 용역업체 간에 어떠한 의사교환이 있었음을 전제로 하는 것인데, 신규 용역업체 간에 의사교환이 있었다고 인정하기에 적절치 않다는 것이다.<sup>8)</sup> 만일 의사합치가 없었더라도 실질적인 사업의 이전이 있으므로 영업양도와 동일하게 취급하고자 하는 것이 법원의 의도였다면 차라리 ‘사실상 영업양도’라는 표현을 사용하는 것이 적절하다는 의견이 있다.<sup>9)</sup>

생각건대, 일반적인 도급업체의 용역업체 선정 과정을 살펴보았을 때 특별한 사정이 없는 한 기존 용역업체와 신규 용역업체 사이에는 아무런 법률관계가 없다는 점에서 영업양도 법리를 통해 고용승계를 인정하기에는 상당한 무리가 있다고 판단된다. 대상판결은 ‘종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것’을 전제로 입찰에 참여한 사정을 인정하였으나, 구체적인 사정이 증명되지 않는다면 그와 같은 전제를 인정하기가 쉽지 않다. 나아가 당사자 간 어떠한 의사합치가 없었음에도 판결로써 ‘묵시적 계약’을 인정하여 신규 용역업체에 계약 이행을 요구하는 것은 당사자에게 도급업체와 도급계약 체결 당시 계약의 범위도 아니었고 예측가능성도 없었던 의무를 부담하도록 한다는 점에서도 문제가 있다. 또한, 판결로써 ‘묵시적 영업양도계약’을 인정한다면 신규 용역업체가 부담하는 의무의 범위는 어디까지인지도 불분명하다. 이러한 점에서 묵시적 영업양도 법리는 여러 문제점을 내포하고 있었다.

8) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계”, 『노동법학』, 제63호, 2017, 17~18면.

9) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계”, 『노동법학』, 제63호, 2017, 17~18면.

## 3. 제3자를 위한 계약을 인정한 판결 : 대전지방법원 2018.

12. 5. 선고 2017나115536 판결<sup>10)</sup>

## (1) 사실관계

한국수자원공사(이하 ‘수자원공사’)는 청소업무 등을 외부 용역업체에 위탁하여 수행하도록 해왔다. 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십 수 개의 용역 업체에 고용된 근로자들의 대부분은 용역업체가 바뀌는 구체적인 사정에도 불구하고 변경된 용역업체와 새롭게 근로계약을 체결하였으며 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 근무를 계속했다. 대상판결의 원고인 근로자들도 각각 6년(원고 B, C), 10년(원고 A), 11년(원고 D) 이상 수차례의 용역업체의 교체에도 불구하고 매번 그 소속을 바꾸어가며 수자원공사의 본사 사옥 청소업무를 수행하였다. 피고(대한민국특수임무유공자회)는 2013. 12. 11.경 이 사건 공사와 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 이 사건 공사의 청소 및 조경업무를 위탁 받아 수행하는 위탁계약(이하 ‘이 사건 위탁계약’)을 체결하였다.

한편, 정부는 2012. 1. 16. 청소·경비 등 단순노무 용역근로자의 근로조건을 개선하고 발주기관의 관리·감독 등을 강화함으로써 용역근로자의 근로조건을 보호하려는 목적에서 「상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침」을 마련하여 공공기관·공기업들로 하여금 이를 준수하도록 하였다. 위 지침은 구체적으로, ① 용역업체 선정 시 일반용역 적격심사기준에 외주근로자 근로조건 보호 관련 항목을 포함하고, ② 용역계약체결 시 ‘특별한 사정이 없는 한 고용을 승계한다’ 등의 내용을 계약서에 명시하도록 하고, ③ 발주기관은 용역업체가 제출한 외주근로자 근로

10) 당사자가 상고하지 아니하여 확정되었다. 이하 구체적인 내용은 제1심판결인 대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결의 내용을 함께 참고하였다.

조건 보호 관련 협약 내용의 이행 여부를 수시로 확인하고 불이행 시 계약해지 및 향후 입찰참가자격을 제한하도록 하는 내용을 담고 있었다.

한편 피고는 이 사건 위탁계약 체결을 위해 실시된 입찰과정에서 이 사건 공사에 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 취지의 아래와 같은 「근로조건 이행확약서」(이하 ‘이행확약서’)를 제출하였다.

**근로조건 이행확약서(청소용역)**

3. 정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.

피고는 본 용역을 수행함에 있어 위에 언급한 내용대로 계약을 성실히 이행할 것이며, 만약 이를 이행하지 않을 경우 부정당업자로 입찰참가자격제한조치 등 불이익 처분을 받더라도 하등의 이의를 제기하지 아니할 것을 확약하고 근로조건 이행확약서를 제출합니다.

피고는 위탁계약의 체결 이후 용역업체에 근무하였던 원고들을 포함한 총 46명(기존 근로자 34명, 신규 지원자 12명)의 지원을 받아 신규채용을 위한 면접을 실시하고, 그중 원고들을 제외한 34명(기존 근로자 28명, 신규 지원자 6명)과 각 근로계약을 체결하였다. 이에 원고들은 피고가 위탁계약을 체결하면서 명시적으로 고용승계 약정을 하였음에도 원고들의 고용승계를 거절한 것은 부당해고에 해당하므로 그 해고기간 중 임금상당액 등의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 피고는 입찰관련 첨부서류로 위 협약서를 작성하여 이 사건 공사에 제출한 사실을 인정하면서도, 위 협약서는 피고가 근로조건을 불이행할 경우 향후 입찰참가자격제한 조치 등 불이익 처분을

만더라도 이의를 제기하지 아니하기로 확약한 것에 불과하다는 취지로 항변하였다.

(2) 대상판결의 판단(대전지방법원 2018. 12. 5. 선고 2017나 115536 판결)

제1심판결과 대상판결(제2심판결) 모두 이 사건 위탁계약이 제3자를 위한 계약에 해당하고 피고 회사가 원고들의 고용을 승계할 의무가 있다고 판단하였다.<sup>11)</sup>

대상판결은 ① 피고 회사와 수자원공사는 이 사건 위탁계약을 체결하면서 지침 및 적격심사 세부기준에 따라 이행확약서를 수수하였고, ② 이행확약서에는 피고 회사가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 확약한 점, ③ 원고들을 비롯하여 용역업체들에 고용된 근로자들은 수차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, ④ 원고 근로자들은 채용에서 탈락되자 농성에 돌입하고 소속 노동조합을 통해 피고 회사와 계속적인 교섭을 함으로써 수익의 의사표시를 한 점 등을 종합하여 보면 이 사건 위탁계약은 원고 근로자들이 피고 회사에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약으로 볼 수 있고, 원고 근로자들이 피고 회사에 대해 수익의 의사표시를 하였으므로 피고 회사는 원고들의 고용을 승계할 의무가 있다고 판단하였다.

이에 대하여 피고 회사는 근로관계는 인격적, 일신 전속적 성질을 가지고 있고, 계약당사자 일방에 대하여 직접 채권을 취득하게 하는

---

11) 이 사건의 쟁점으로 ① 이행확약서가 이 사건 위탁계약의 내용에 포함되는지, ② 위탁계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지, ③ 확약서상 ‘특별한 사정’이 있는지, 위탁계약에 의하여 피고가 원고들을 고용할 계약상 의무를 부담하는지도 문제되었다.

제3자를 위한 계약과 달리 근로관계는 근로제공이라는 의무를 수반하기 때문에 제3자를 위한 계약의 대상이 될 수 없다고 항변하였다.

그러나 대상판결은 일반적으로 고용승계란 그 대상이 되는 근로자들에게 이익이 되는 것이고 수익자인 근로자가 고용승계를 원하지 아니하는 경우 이의를 제기함으로써 고용승계를 거부할 수 있고, 제3자가 권리를 취득함과 동시에 그와 반대급부의 관계에 있는 의무를 부담할 수 있는 것이므로 근로관계도 제3자를 위한 계약의 대상이 될 수 있다고 하여 피고의 항변은 이유 없다고 보았다.

나아가 법원은 피고가 신규채용 형식을 빌려 원고들에 대한 고용승계를 거절한 이상 원고들은 피고를 상대로 고용기간 동안 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 판단하였다.

### (3) 대상 판결의 의미 및 평가

#### 1) 법리적 측면

민법상 제3자를 위한 계약이란 계약으로부터 생긴 권리를 계약당사자가 아닌 제3자에게 직접 귀속시키는 내용의 계약을 말한다(민법 제539조). 대법원은 “어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서 이는 계약 체결의 목적, 계약에 있어 당사자의 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 제반 사정을 종합하여 계약 당사자의 의사를 합리적으로 해석함으로써 판별할 수 있다”는 입장이다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결 등 참조).

이 사건에서 가장 특징적인 부분은 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠

습니다.”라는 내용이 위탁계약의 내용에 포함되었다는 점이다. 대상판결은 위 문구를 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하였는데, 이러한 판단이 최초는 아니다. 종래 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11696 판결<sup>12)</sup>은 “이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정에 따라 참가인들에 대한 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다.”라고 판시하여 위탁업체와 새로운 용역업체 간에 체결된 고용승계의 약정의 법적 성질을 제3자를 위한 계약으로 해석할 수 있는 가능성을 제시한 바 있었다.<sup>13)</sup>

대상판결인 수자원공사 판결도 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니까.”라는 내용의 근로조건 이행확약서를 바탕으로 제3자를 위한 계약이 성립되었다고 판단했다. 도급사와 신규 용역업체가 기존 용역업체의 근로자들을 제3자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것이고, 근로자들이 고용승계를 주장하며 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 하였으므로 이 계약을 통해 근로자들은 신규 용역업체를 상대로 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득한다는 것이다.

대상판결은 용역업체 변경 시 고용승계에 관한 별도의 입법이 없는 현 상황에서 법률행위의 해석 내지 보충을 통해 고용승계를 인정하는 계약해석의 방법을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 다만 제3

12) 이 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11696 판결의 상고심 판결이 고용승계 기대권 법리를 최초로 제시한 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결이다.

13) 권오성, “용역업체의 교체와 제3자를 위한 계약”, 「월간 노동리뷰」, 2018년 1월호, 한국노동연구원, 137면.

자를 위한 계약의 성격과 그 성립요건을 구체적으로 검토해 보았을 때, 이 사건 위탁계약 내지 이행확약서를 제3자를 위한 계약으로 보아 근로자들에게 고용할 권리를 부여한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 다툼의 여지가 있다고 생각된다.

제3자를 위한 계약이 성립하려면 ① 요약자와 낙약자 사이에 유효한 계약이 성립하여야 하고, ② 제3자에게 직접 권리를 취득하도록 하는 약정(제3자약관<sup>14</sup>) 내지 제3자조항), 즉 제3자로 하여금 직접 권리를 취득하게 하는 의사표시<sup>15</sup>)가 있어야 한다. 제3자를 위한 계약의 특질은, 제3자를 위한 계약이 제3자로 하여금 직접 권리를 취득하게 하는 점에 있고 이 점을 제외한 나머지 점에 있어서는 보통의 계약과 다를 바가 없으므로 제3자에게 직접 권리를 취득하도록 하는 의사표시가 있어야 한다는 것이다.<sup>16</sup>)

그러나 대상판결의 사안에서 제3자(근로자들)에게 직접 권리를 취득하도록 하는 약정(의사표시)가 있었는지는 불분명하다. 이행확약서의 내용을 보면 ‘인건비를 수자원공사가 설계금액 산정 시 적용한 노임에 낙찰율을 곱한 수준 이상의 임금을 지급하겠다’, ‘근로기준법, 최저임금법 등 관계법령을 준수하겠다’, ‘포괄적인 재하도급을 하지 않겠다’는 등의 내용이다. 이는 정부가 공공기관 용역근로자의 근로조건을 개선하기 위해 비정규직 고용개선 추진지침을 마련하여 용역업체에 확약서를 요구함으로써 간접적으로 용역근로자의 근로조건을 개선하기 위한 것이었다. 그리고 이행확약서를 준수하지 아니할 경우 도급인(수자원공사)이 용역업체인 피고 회사와의 관계에서 계약해지를 하거나 향후 입찰참가자격을 제한하게 된다. 그렇다면 이는 용역업체가 수자원공사와의 관계에서 이행확약서에 기재된 내용을 준수하기로

14) 한국사법행정학회, 「채권 각칙」, 주석 민법, 제4판, 2016, 480-481면.

15) Fremdklausel, 제3자 수익약정, 제3자조항 또는 제3자를 위한 부관이라고 부른다.; 광운직 편집대표, 「민법주해 XIII - 채권(6)」, 박영사, 2007, 140쪽.

16) 한국사법행정학회, 「채권 각칙」, 주석 민법, 제4판, 2016, 481면.

하고, 미이행시 수자원공사는 용역업체와의 용역계약을 해지하고 추후 입찰참가자격을 제한하기로 한 약정이지, 이행확약서를 통해 제3자(근로자들)에게 직접 권리를 취득하도록 하는 약정이 있다고 볼 수 있는지는 의문이다.

실제 수자원공사와 피고 회사 간 체결한 계약서 중 일부인 「계약 특수조건」을 보면, 수자원공사와 신규계약상대자는 정부권고에 따라 상호협의를 통하여 당해 용역 근로자들의 고용 및 근로조건 유지를 위해 노력할 수 있고, 다만, 채용에 대한 구체적 사항은 계약상대자의 취업규칙 등에 의한다고 규정되어 있기도 하다(제20조).<sup>17)</sup> 이러한 점을 보았을 때에도 위 이행확약서는 선언적 의미를 가지거나, 도급인인 수자원공사와의 관계에서 정부 지침 준수를 서약한 내용이지 이로써 제3자(근로자들)에게 직접 권리를 취득하도록 합의한 것으로 해석하기에는 무리가 있다고 생각된다.<sup>18)</sup>

## 2) 현실적 측면

한편, 제3자를 위한 계약이 인정되기 위해서는 대상판결과 같이 도급사와 신규 용역업체 사이의 계약에 고용승계에 관한 내용이 포함되어야 한다. 하지만 정부 지침에 따라 해당 내용을 포함한 공공기관과 달리, 민간 부문에서는 해당 고용승계 관련 내용들이 계약의 요소로 편입될 것을 기대하기 어렵다. 따라서 이 판례 법리와 해석론을 일반적인 고용승계 쟁점에 적용하기에는 현실적인 한계가 있다.

17) 제1심판결의 사실인정 내용 참고.

18) 유사한 견해로, 이광선, 「노동법이론실무학회 월례노동포럼 2019. 2. 발표자료」, 2019. 2., 3~5면. 위 글이 인용한 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다9092 판결을 참고하면, 대법원은 노동조합이 공사측과의 사이에 전직근로자들을 위하여 재고용계약을 미리 체결한 것을 제3자를 위한 새로운 근로계약이라고 판단하였는데 해당 사건과 대상판결의 이행확약서를 비교해보면 그 차이점이 두드러진다.

4. 사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권을 인정한 판결 :  
서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결<sup>19)</sup>

(1) 사실관계 및 대상판결의 판단

대한석탄공사는 E, I광업소, J광업소를 운영하고 있고 E는 K생산부, L생산부, M생산부, F, N생산부로 구분된다. E는 각 생산부 내 굴진, 보수, 채탄, 철취, 선탄, 적재, 탄차관리, 전차충전 업무에 관하여 조달청을 통한 공개입찰을 통해 외주용역업체와 1년 단위로 도급계약을 체결해 왔다. 용역업체는 E광업소의 외주용역계약 공개입찰에 참여하여 갱도보수작업을 낙찰받고, 갱도보수작업 용역계약을 체결하였다. 한편, 용역계약서상 계약의 일부로 포함된 보수작업 시방서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있었다.

9. 인원확보 및 노무관리  
가. 외주용역 특수조건 제6조(노무관리 및 노사책임)를 성실히 준수하여야 한다.  
나. 위험이 수반되는 작업장에 종사하는 근로자를 채용할 때에는 충분한 기술과 기능이 있는 자를 채용하여야 한다.  
다. “을”은 계약 전일까지 시행하던 업체의 종업원 중 당해 사업장에서 직접 종사하고 있던 종업원은 채용상 결격사유가 없으면 가급적 채용하도록 하여야 한다.

참가인 근로자는 2008. 1.부터 2018. 12.31.까지 R에, 2009. 1. 1.부터 2010. 12. 31.까지 S에, 2011. 1. 1.부터 2012. 2. 29.까지 G 구역에

19) 당사자가 상고하지 아니하여 확정되었다. 서울고등법원 2013누27298 판결은 제1심판결과 결론을 같이 하며, 민사소송법 제420조 본문에 따라 제1심판결의 이유를 해당 판결의 이유로 인용한바 구체적인 내용은 제1심판결의 내용을 참고하였다(서울고등법원 2013누27298 판결에 실질적인 판결 이유 없음).

각 소속되어 이 사건 작업구역에서 계속해서 근무해왔다. 신규 용역업체는 2012. 2. 28. 사무실 게시판에 ‘2012. 2. 29.까지 E F의 보강작업 기능인력을 모집한다’는 내용의 채용공고문을 게시하였다. G에서 2012. 2. 29.부로 퇴직하는 근로자 10명 중 8명의 근로자들이 같은 날 기능인력 모집에 응하자 신규 용역업체는 이들을 채용하기로 확정된 후 당일 저녁 채용을 마감하였다. 참가인 근로자는 2012. 2. 29. 오후 채용공고문에 따른 근무의사를 원고들에게 표시하였으나, 신규 용역업체는 참가인에 대한 채용을 거부하여 참가인 근로자가 부당해고를 다투었던 사안이다.

서울고등법원 2013누27298 판결이 민사소송법 제420조에 따라 인용한 서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결은 용역업체 교체 시 고용승계에 관한 사업장 관행에 착안하여 ① 이 사건 용역계약의 보수작업 지방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고되고 있는 점, ② 갱도보수 채탄 등의 업무를 낙찰 받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 근로자 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면, 광업소 내 갱도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다고 판단하였다. 위와 같은 고용승계관행이 존재한다면, 근로자가 이 사건 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 용역업체가 자신과 근로계약을 체결할 것이라는 상당한 기대를 갖게 된다는 것이다. 그리고 새로운 용역업체는 특별한 사정이 없는 한 기존 용역업체의 근로자를 다시 채용할 의무를 부담하게 된다는 점을 알게 된다고 봄이 타당하다는 것이다.<sup>20)</sup>

20) 다만 대상근로자에 대하여는 고용승계 관행이 있다 하더라도 팀별로 할당 작업량이 정해진 상황에서 무단결근이 많은 등 근무태도가 불성실하여 채용을 거부한 것

## (2) 대상판결의 의미 및 평가

대상판결은 종전 용역업체 소속 근로자에게 근로관계의 승계에 관한 ‘기대권’을 인정하고, 이러한 기대권에 상응하여 신규 용역업체는 이들을 승계할 의무를 부담한다는 취지의 판시이다. 위 판결은 ① 해당 사업장의 용역업체들은 종래 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계하였고 해당 판결의 근로자 또한 용역업체가 바뀔 때마다 각 신규 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점에 비추어 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 보았다. ② 이러한 관행을 전제로 업무를 수행하여 온 근로자는 신규 용역업체가 자신을 재채용하리라는 ‘상당한 기대’를 갖게 되며, ③ 또한 신규 용역업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다는 논리전개이다. 이러한 노사관행에 근거하여 신규 용역업체는 원칙적으로 고용승계 의무를 부담한다는 것이다. 종래 하급심 판결례의 세 가지 해석론적 접근방법 중 이 ‘사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권’ 논리가 대법원 2016두57045 판결의 고용승계 기대권 법리와 가장 유사하다.

그러나 어떠한 경우에 ‘노사관행’이 현실적으로 인정될 수 있는지는 의문이다. 판례는 “기업의 내부에 존재하는 특정한 관행이 있다고 하기 위해서는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다”고 판시하고 있다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결 참조). 즉, 노사관행이

---

은 위법하지 않다고 보아 종국적으로 대상근로자에 대한 계약 거절은 적법하다는 판결을 하였다.

‘사실인 관습’으로 인정될 경우라야 당사자 간에 구속력이 인정된다는 입장이다.

현실적 측면에서 보면, 아웃소싱이 오래 되지 않은 사업장의 경우 현실적으로 노사관행이 인정되기 더 어려운 문제가 있다. 업무의 아웃소싱 범위가 변경되거나, 아웃소싱의 담당 영역들이 변경되는 등 업무의 구체적인 내용에 변화가 있다면 노사관행이 사실인 관습으로 인정받기는 더욱 어려울 것이다. 노사관행으로 근로관계 승계를 인정하게 될 경우 무엇이 노사관행인지, 실제 노사관행으로 형성되어 있다고 볼 수 있는지에 대한 수많은 비판을 마주할 수밖에 없다.

나아가 이러한 노사관행에 근거한 기대권은 기본적으로 개별 근로자에 관한 것이다. 즉, 근로자 개인에 대하여 고용관계 승계에 대한 기대권이 인정된다고 하더라도, 취업규칙이나 단체협약 등이 신규 용역업체로 그대로 승계된다고 해석할 근거는 부족하다.<sup>21)</sup> 따라서 묵시적 영업양도계약 법리로 판결한 위 서울고등법원 2016누62223 판결과 같이 단체협약의 승계가 문제가 된 사안이라면 단체협약이 승계되었다고 해석하기가 어렵다.

한편, 고용승계 기대권 법리를 최초로 제시한 대법원 2016두57045 판결의 원심판결인 대전고등법원 2016누11696 판결은 ‘대상 근로자들은 각각 약 17년 동안, 약 12년 동안 청소용역을 도급받은 외주 용역업체에 순차적으로 고용승계되어 근무하였던바, 근로자들로서는 이러한 종전 관행에 따라 당연히 원고에게 고용승계되는 것으로 기대하고 있었을 것으로 보인다’는 점, ‘이러한 상황에서 신규 용역업체가 근로자들에 대한 고용승계 의무 존재 자체를 부인하는 것은 이 사건 청소용역계약의 상대방인 I본부를 기만하는 것일 뿐만 아니라, 종전 관행 및 이 사건 청소용역계약의 내용에 따라 참가인들이 갖게 된 정당한

21) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계”, 『노동법학』, 제63호, 한국노동법학회, 2017, 16~17면.

신뢰를 저버리는 것으로서 신의칙상 허용되어서는 아니된다'는 점을 지적하였는데 이는 대상판결과 유사한 취지인 것으로 이해된다.

## 5. 소결

고용승계를 인정한 기존 하급심 판결례의 위 세 가지 해석론적 접근방법은 모두 각각의 한계가 있다. 묵시적 영업양도계약은 신규 용역업체 사이에는 일련의 법률관계가 없는데도 신규 용역업체 간에 묵시적으로 사업의 이전에 관한 의사의 합치를 인정하는 것이 무리라는 비판이 있다. 제3자를 위한 계약 법리는 요약자와 낙약자 사이에 제3자로 하여금 직접 권리를 취득하게 하는 의사표시가 없다는 점, 도급사와 신규 용역업체 사이의 계약에 고용승계에 관한 내용이 포함되어야 한다는 점에서 적용에 한계가 있다. 사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권은 무엇이 사업장 관행인지, 일련의 경향성을 '노사관행'으로까지 인정할 수 있을지 불분명하다.

이러한 한계 하에서 대법원은 기간제 근로자의 갱신기대권 법리를 차용하여 고용승계 기대권 법리를 제시하였다. 고용승계 기대권 법리는 기존의 하급심 판결례의 해석론적 접근방법 중에서는 '사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권' 내용을 일부 참고하고, 기간제 근로자의 갱신기대권 법리를 차용하여 판단 기준을 제시한 것으로 보인다. 이하에서 이어서 구체적으로 검토하겠다.

## Ⅲ. 고용승계 기대권을 인정한 2021년 대법원 판결

### 1. 고용승계 기대권에 관한 2021년 대법원 판결들 검토

대법원은 용역업체 변경 시 고용승계 기대권을 최초로 인정한 대

법원 2016두57045 판결을 시작으로, 고용승계 기대권이 핵심 쟁점이 된 후속 판결들을 이어서 선고하였다. 이 장에서는 2021년에 선고된 고용승계 기대권에 대한 대법원 판결들을 법리 위주로 검토함으로써 고용승계 기대권에 관한 대법원 판례의 입장을 종합적으로 살펴보고, 나아가 대법원 판결의 의의 및 한계를 정리하겠다.

## 2. 용역업체 변경 시 고용승계 기대권을 최초로 인정한 판결 : 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결

### (1) 대상판결의 요지

한국수력원자력 주식회사 울진원자력본부(이하 ‘울진원자력본부’)는 원자력발전소의 청소업무를 담당하는 외주 용역업체였던 乙(을) 회사와의 용역계약기간이 만료되자 새로이 甲(갑) 회사와 같은 업무에 대한 용역계약을 체결하였다. 그 과정에서 乙 회사 소속으로 용역계약기간 만료일까지 울진원자력본부 발전소에서 청소업무를 수행하였던 피고보조참가인들(이하 ‘근로자들’)은 甲회사로부터 고용승계를 거부하였다. 피고보조참가인들은 노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기하였다. 경북지방노동위원회는 근로자들의 구제신청을 각하하였으나 중앙노동위원회가 초심판정을 취소하고 근로자들의 구제신청을 인용하자 甲회사가 부당해고 구제 재심판정 취소소송을 제기한 사례이다. 제1심판결 및 원심판결 모두 고용승계를 해야 한다는 취지로 甲회사의 청구를 기각하였고, 이에 甲회사가 대법원에 상고하였다.<sup>22)</sup>

대법원은, “도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 ‘용역업체’라 고 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무의 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근

22) 대법원 홈페이지의 주요 판결 소개란 참고.

로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 사이에 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다.”고 판시하여 용역업체 변경 시 근로자에게 고용승계 기대권을 인정할 수 있다는 법리를 제시하였다.

이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다는 것이다.

이어서 대법원은 용역업체 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부는 “① 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용, ② 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, ③ 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, ④ 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, ⑤ 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”는 구체적인 판단 기준도 제시하였다.<sup>23)</sup>

## (2) 대상판결의 의미 및 평가

종래 대법원 판례는 위·수탁계약에 따라 수탁업체가 변경된 경우, 새로운 수탁업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 수탁업체 소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없다는 취지로 이해되

---

23) 번호는 필자 부기.

어 왔다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결<sup>24</sup>).<sup>25</sup>)

대법원 2016두57045 판결은 용역업체 변경 시 고용승계 기대권이 라고 하는 새로운 기대권 법리를 제시한 최초의 판결이다.<sup>26</sup> 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’) 시행 이후 갱신기대권 법리(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결), 정규직 전환기대권 법리(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결)에 이어 고용승계 기대권이 인정됨으로써 소위 “기대권 법리의 3탄”이 완성되었다는 평가를 받기도 한다.<sup>27</sup>)

한편, 주목할만한 부분은 대법원 2016두57045 판결의 원심판결은 앞서 언급한 대전고등법원 2016누11696 판결인데, 대전고등법원 2016누11696 판결은 甲회사가 고용승계의무를 부담한다고 판결하면서 그 근거로 ① 근로자들로서는 종전 관행에 따라 당연히 새로운 용역업체에 고용승계되는 것으로 기대하고 있었을 것으로 보이는 점, ② 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하다는 점<sup>28</sup>)을 제시하였다. 그

24) 구체적인 판시 내용은 다음과 같다. “원심은…(중략)…참가인이 게시한 공고문의 내용은 ○○환경 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기 어려워 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하므로 참가인이 원고들에 대한 신규채용절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니하였다고 보아, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니라고 본 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면…(중략)…고용승계, 청약과 계약성립 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”

25) 중앙노동위원회, 「주제별 판례 분석집 - 개별적 근로관계」, 2016. 10., 중앙노동위원회, 93면; 위 판결에서 새로운 수탁업체는 종전 직원들에 대하여 재고용 관련 공고를 하였지만 이는 고용승계의무 여부 판단에서 고려되지 않았고, 다만 위 공고를 종전 근로자에 대한 근로계약 체결 청약의 의사표시로 볼 수 있는지 여부만이 문제되었다.

26) 김교숙·변성영, “‘고용승계 기대권’에 관한 소고 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결의 평석”, 「경희법학」, Vol.56 No 3., 경희대학교 법학연구소, 2021, 237면.

27) 강선희, “용역업체 변경 시 고용승계 기대권 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결”, 「월간 노동리뷰」, 2021년 7월호(통권 제196호), 한국노동연구원, 102~103면.

러나 대법원은 원심판결과 달리, 제3자를 위한 계약 법리에 대해서는 전혀 언급하지 아니하고 위 고용승계 기대권 법리를 제시하면서 새로운 용역업체가 고용승계의무를 부담한다고 판결한 것이다. 이러한 판결 연혁을 참고하여 볼 때, 용역업체 변경 시 고용승계 문제에 대하여 제3자를 위한 계약 법리로 해석하는 방향은 대법원에서 채택되지 않음으로써 관련 쟁점이 비교적 정리되었다고 생각된다.

3. 계약서 등에 고용을 승계하기로 하는 명시적인 약정이 없음에도 관행이 있었고, 신규 용역업체가 이를 알았음을 근거로 고용승계 기대권을 인정한 판결 : 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결<sup>29)</sup>

(1) 대상판결의 요지

근로자 P는 소속 용역업체를 바뀌가며 대한석탄공사 광업소에서 7년 넘게 일해왔다. 원고 Q는 대한석탄공사 광업소와 선탄관리작업 용역계약을 체결한 R 회사의 대표로서, 그 무렵 기존의 용역업체에서 근무하던 총 18명의 근로자들 중 근로자 P를 제외하고 17명의 근로자들과 새롭게 근로계약을 체결하여 위 근로자들이 기존과 동일한 내용의 근무를 계속할 수 있도록 하였다. 이에 근로자 P는 자신에 대한

28) 구체적인 판시 내용은 다음과 같다.

“한편 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정에 따라 참가인들에 대하여 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다”

29) 제1심판결 서울행정법원 2019. 9. 26. 선고 2019구합57367 판결, 원심판결 서울고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019누59402 판결. 제1심판결의 판단 내용이 항소심에서 대부분 받아들여졌고, 대법원도 위 대법원 2016두57045 판결이 제시한 고용승계 기대권 법리에 더하여 원심판결에 법리오해나 심리미진의 위법은 없다고 판단하였다. 구체적인 내용은 제1심판결의 내용을 참고하였다.

근로계약 거절이 부당해고에 해당한다고 다투었고, 제1심판결과 원심판결, 대법원 모두 근로자 P에 대한 근로계약 체결 거절은 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

대상판결과 위 대법원 2016두57045 판결의 가장 큰 차이점은, 대상판결의 원고 Q는 용역계약을 체결하면서 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 계약내용에 포함하고 있지는 않았다는 점이다. 그러나 원고 Q가 대표인 R 회사는 2015. 4.부터 2017. 3.까지 대한석탄공사 광업소에서 선탄작업에 대한 용역계약을 체결하여 용역업무를 한 사실이 있고, 당시 근로자 P도 R회사 소속으로 선탄작업을 한 사실이 있다. 즉, 2015. 4.부터 2017. 3.까지 원고 Q가 대표인 R회사가 용역업무를 하였고, 이후 2017. 4.부터 2018. 3.까지 다른 회사가 용역업무를 하다가 다시 R회사가 해당 업무에 대한 용역계약을 체결하게 된 것이다.

대법원과 원심판결이 범리오해 등의 위법이 없다고 판단한 제1심판결은 다음과 같은 점을 들어 R회사의 대표인 원고 Q가 근로자 P에 대한 고용관계를 승계해야 한다고 판단하였다.

① 근로자 P는 2009. 10. 1. 이 사건 광업소와 선탄관리작업 용역계약을 체결한 용역회사에 입사한 후 여러 차례 회사가 바뀌는 과정에서 근로기간의 단절 없이 고용관계의 승계를 인정받아 계속 근무하였다. 특히 근로자 P는 2015년 R회사에 고용승계 되어 근무한 적도 있으므로 원고 Q가 근로자 P와 종전 용역업체 사이의 고용관계를 승계하리라는 정당한 기대를 가지고 있었다고 판단된다.

② 원고 Q는 2018. 3. 22.경 이 사건 광업소의 선탄관리작업 용역을 낙찰 받은 후 2018. 4. 1.경 기존 용역업체의 선탄작업 근로자 11명 가운데 10명에 대한 고용을 모두 승계하였다는 점에 비추어, 기존 용역업체의 근로자에 대한 고용승계 의무가 있다는 점을 인식하고 있었다고 볼 수 있다.

③ 2009년부터 이 사건 광업소의 용역업체에서 근로하면서 본인의 의사에 반하여 고용승계가 되지 않은 근로자는 없었던 것으로 보인다. 원고 Q는 중앙노동위원회에서 참가인에 대한 고용승계 의무가 있다는 점을 인정한다고 진술하기도 하였다.

이에 대법원은 근로자 P는 새로운 용역업체인 원고에게로 고용이 승계되리라는 정당한 기대를 가지고 있었으므로, 근로자 P가 고용승계를 요구하였음에도 원고가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절한 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자 P에게 효력이 없다는 취지로 판단하였다.

## (2) 대상판결의 의미 및 평가

위 대법원 2016두57045 판결은 용역업체 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부에 관한 다섯 가지 판단기준을 제시하였는데, 그 중 ‘새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용’을 제시하고 있는 점에 비추어 고용승계 기대권이 인정되려면 용역업체의 계약내용 중 고용승계 관련 조항이 반드시 있어야 하는지에 대한 귀추가 주목되었다.

그러나 대상판결은 용역업체의 계약내용 중 고용승계 관련 조항이 없음에도 불구하고 대법원이 고용승계 기대권을 인정하였다. 다시 말해, 용역업체의 계약내용 중 고용승계 관련 조항이 고용승계 기대권을 인정하는 데에 필수적인 조건은 아니며, 계약내용 중 고용승계 관련 조항이 있는지 여부도 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하는 데에 있어서 한 요소일 뿐이라는 해석이 가능할 것으로 생각된다.

다만 대상판결은 신규 용역업체인 원고 Q가 기존에 해당 사업장에서 같은 용역업무를 수행했고, 이전에도 고용승계를 한 사정이 있

었다는 점에서 특수성이 있으므로 유의할 필요가 있다. 대상판결은 고용승계 관련 조항이 없음에도 이러한 사정을 바탕으로 ‘원고 Q는 기존 용역업체의 근로자에 대한 고용승계 의무가 있었다는 점을 인식하고 있었다고 볼 수 있다’고 판단하였다. 이는 대상판결이 새로운 용역업체가 고용승계의 관행이 있는 것을 알았거나 알 수 있었다는 구체적인 사정을 근거로 판단을 한 것으로 이해된다.<sup>30)</sup> 그러나 만약 새로운 용역업체가 이러한 관행이 있는 것을 모르거나, 알 수 없었던 경우라면 대상판결과 마찬가지로의 결론이 나올 수 있을지는 의문이다. 따라서 대상판결을 일반론으로 확대해석하여 적용하는 것은 경계할 필요가 있다.

#### 4. 고용승계의 범위가 쟁점이 된 판결 : 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020두40945 판결

##### (1) 대상판결의 요지

대상판결의 근로자는 2013. 10. 1.부터 해당 시설에서 근무하여 왔는데, 용역업체가 바뀔 때마다 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하였다. 한편, 용역기간을 2017. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 하고 용역계약을 체결한 S회사는 '근로성실의무 위반(태업), 비품 및 자재반출'을 이유로 해당 근로자에 대해 2017. 11. 16.부터 2017. 12. 31.까지 정직의 징계처분을 하였다.

한편, 원고 회사는 2017. 12. 28. 해당 시설과 계약기간을 2018. 1. 1.부터 2018. 12. 31.까지로 하는 시설관리 용역도급계약을 체결하였다. 용역계약에 포함된 특수조건 제3조(이하 '이 사건 특수조건 제3조')는 종업원의 신분보장에 관하여 '용역업체의 변경 등이 발생할 경우 기

30) 강선희, “용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계 기대권 및 두 가지 의문”, 「월간 노동리뷰」, 2021년 9월호, 한국노동연구원, 122~123면.

존 근무하고 있는 용역업체 인원에 대한 고용승계 및 직위, 직급의 변동은 발주처와 협의하여야 한다(제1항), '수급인은 현재 근무하고 있는 종업원에 대하여 특별한 사정이 없는 한 고용을 승계하도록 하여야 한다(제2항)', '수급인은 특별한 사정이 없는 한 용역계약기간 중 현재 근무하고 있는 종업원의 고용을 유지한다(제3항)'고 정하고 있었다. 원고 회사는 이 사건 특수조건 제3조 제2항에 따라 이 사건 시설에서 근무하던 근로자들의 고용을 승계하기로 하고 해당 근로자를 제외한 27명의 근로자들과 근로계약을 체결하였으나, 해당 근로자에 대하여는 시설관리직원으로 채용하지 않기로 결정하였다. 이에 해당 근로자가 부당해고를 다룬 사건이다.

우선 대법원은 다음과 같은 이유에서 해당 근로자에 대해서는 고용승계 기대권이 인정된다고 보았다.

① 특수조건 제3조 제2항, 제3항은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 시설에서 근무하는 직원의 고용을 승계하고 계약기간 중에도 그 고용을 유지하기로 약정하는 내용으로서, 해당 시설은 이 사건 시설의 관리용역업체가 매년 변경됨에 따라 발생할 수 있는 근로자들의 고용불안을 해소하기 위한 공익적 목적에서 이 사건 특수조건 제3조 제2항, 제3항을 이 사건 용역계약에 명시하였고, 원고 회사는 이를 수용하는 전제에서 이 사건 용역계약을 체결하였다. 이에 원고 회사는 이 사건 용역계약에 따라 특별한 사정이 없는 한 종전 용역업체인 S에서 근무하던 근로자들에 대한 고용을 승계하여 이 사건 용역계약의 종료시까지 그들에 대한 고용을 유지할 의무를 부담한다.

② 이 사건 시설에 관한 관리업무는 상시·지속적으로 이루어져야 하는 업무에 해당하고, 이러한 업무를 수행하는 용역업체가 변경되는 경우 새로운 용역업체가 종전 용역업체에서 근무한 근로자들에 대한 고용을 승계하는 관행이 형성되어 있었다.

③ 원고 회사는 이러한 고용승계의 관행을 잘 알면서 이 사건 용

역계약을 체결하였고, 용역업체의 변경에도 불구하고 계속 이 사건 시설에서 근무하여 온 근로자들도 특별한 사정이 없는 한 새로운 용역업체인 원고 회사로 고용이 승계될 것임을 신뢰한 것으로 보인다.

한편, 대상판결에서는 고용승계 대상인 '현재 근무하고 있는 종업원'의 범위가 문제되었다. 대법원이 범리오해 등의 위법이 없다고 판단한 원심판결(서울고등법원 2020. 5. 29. 선고 2019누53992 판결)은 다음과 같은 사정을 고려하였다.

① 해당 근로자는 약 4년간 이 사건 시설 관리업체의 변경과 무관하게 이 사건 시설의 시설관리직원으로 근무하여 실질적으로 S회사가 아닌 이 사건 시설에 근로를 제공하는 관계에 있었고, 해당 근로자가 정직 징계를 받아 일시적으로 이 사건 시설에서 근무하지 않고 있었다는 사정만으로 이 사건 시설에 관한 근로제공 관계가 종국적으로 종료되었다고 볼 수 없는 점

② 이 사건 특수조건 제3조 제2항은 근로자들의 고용 안정을 도모하기 위한 것이므로, 설령 이 사건 용역계약 체결 당시 해당 근로자가 정직 기간 중에 있었다고 하더라도 그 상태 그대로 고용승계가 이루어진다고 봄이 상당하고, 위와 같은 사정만으로 참가인이 이 사건 특수조건 제3조 제2항의 고용승계 대상에서 제외된다면 이는 이 사건 특수조건 제3조 제2항의 목적을 잠탈하는 결과가 되는 점

③ 더욱이 이 사건 용역계약 체결일 전날인 2017. 12. 27.자로 이 사건 대기발령의 후속조치인 이 사건 J의 정직 징계를 취소하는 이 사건 관련 지방노동위원회 초심판정이 이루어지기도 한 점

이러한 사정을 종합하여 원심판결은 정직 중인 근로자도 고용승계 대상에 해당한다고 판단하였다.

## (2) 대상판결의 의미 및 평가

대상판결은 근로자의 고용승계 기대권이 인정되는지 여부와 더불어

어, 새로운 용역업체가 용역계약 체결 당시 정직 중에 있는 근로자도 고용승계 대상이 되는 '현재 근무하고 있는 종업원'에 해당하는지에 대하여 판단하였다는 점에서 특징적이다.

대상판결의 근로자는 해고된 근로자가 아닌 정직 중인 근로자였고, 용역계약 체결일 전날 노동위원회에서 정직 징계를 취소하는 판정을 받기도 하였다는 점에서 '현재 근무하고 있는 종업원'에 해당한다고 해석하기에 큰 무리가 없어 보인다. 그러나 종전 용역업체에서 해고된 근로자이거나, 정직 징계를 취소하는 노동위원회 판정 등이 없는 경우에도 마찬가지로 고용승계 범위에 포함된다고 볼 수 있을지에 대해서는 추후 법리적 다툼의 여지가 남아 있다.

5. 고용승계를 하지 않을 특별한 사정 또는 합리적인 이유가 문제된 판결 : 대법원 2021. 4. 29. 선고 2019두40444 판결<sup>31)</sup>

(1) 대상판결의 요지

대상판결은 해당 근로자에 대한 고용승계 기대권을 인정하면서도, 해당 근로자가 신규 용역업체에 계약체결 의사가 없음을 밝혀 고용승계를 하지 않은 것이므로 이에 대해 고용승계를 하지 않을만한 특별한 사정 또는 합리적 이유를 인정한 사례이다.

대상판결에서 신규 용역업체는 '정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠다'는 내용이 포함된 근로조건 이행확약서를 작성하여 제출하였다. 도급인의 용역업체는 2014년 말경 G단체에서 H주식회사로, 2015년 말경 H주식회사에서 주식회사 I로 변경되면서 고용승계가 이루어졌는데 이

---

31) 구체적인 내용은 원심판결인 서울고등법원 2019. 4. 4. 선고 2018누60900 판결 참고.

에 대해 원심판결은 도급인의 청소용역을 담당해 온 용역업체 사이에 근로관계를 승계하는 관행이 존재하였다고 볼 수 있다고 판단하였다.

그리고 비록 해당 근로자는 도급인 기관에서 청소용역 업무를 하는 동안 한 차례만 고용승계가 되었으나, 이러한 사정에도 불구하고 해당 근로자에 대해서 고용승계 기대권이 인정된다는 결론에는 변함이 없었다.

대상판결에서 특히 문제가 되었던 지점은 신규 용역업체가 해당 근로자의 고용승계를 하지 않을 만한 특별한 사정 또는 합리적 이유의 존부였다. 대법원이 범리오해 등의 위법이 없다고 판단한 원심판결(서울고등법원 2019. 4. 4. 선고 2018누60900 판결)은 다음과 같은 사정을 고려하였다.

① 제1심 증인 J과 P는, 해당 근로자가 2016. 12. 28. 10:10경부터 10:40경 사이에 J에게 다른 곳에 취업할 자리를 구해 놓았다는 이유로 신규 용역업체와 근로계약을 체결할 의사가 없음을 밝혔다는 취지로 증언하였다.

② 고용승계 여부가 통보되기 전인 2016. 12. 28. 개최된 신규 용역업체의 임시이사회에서 이미 K이 대표이사에게 해당 근로자는 타사취업을 이유로 근로계약 체결을 거부하였다는 내용을 보고한 바 있다. 신규 용역업체는 2017. 2. 9. 이 사건 F기관에 고용승계 대상자와 신규 채용자를 보고하면서도 해당 근로자에 대하여 '타사취업 사유로 근로계약 거부'라는 이유를 기재하였다. 신규 용역업체가 원칙적으로 고용승계를 보고하여야 할 상황에서 해당 근로자의 의사를 확인하지도 아니하고 '개인사정', '계약체결 불희망'이라는 구체적 거부사유를 기재하여 이 사건 F기관에 보고하였다고 보기 어렵다.

③ 해당 근로자는 실제로 2017. 1. 2.부터 곧바로 Q에서 미화업무를 수행하였는데, 해당 근로자가 J과 면담할 당시 다른 곳에 취업이 되지 않았다면 시기적으로 2017. 1. 2.부터 바로 근무하기는 어려웠을

것으로 보인다. 해당 근로자는 2016. 12. 30. 신규 용역업체로부터 고용승계가 되지 않는다는 말을 듣고 당일에 바로 Q에 면접을 보고 채용되었다고 주장하나, 을나 제32호증의 기재에 의하여 Q 센터팀장이 사전에 참가인을 만난 적이 없고 2016. 12. 30. 해당 근로자를 면접한 후 그 자리에서 채용을 확정된 것이 사실이라고 하더라도, 그 이전에 해당 근로자가 Q에 대한 취업 의사가 없었다고 보기 어렵다.

④ 고용승계 거부가 통보된 직후 D, L, C은 신규 용역업체 측에게 항의의 의사를 표시하였다. 해당 근로자가 신규 용역업체로의 고용승계를 희망하고 있었다면, 2016. 12. 30. 고용불승계 통보 후 위 D 등과 함께 이 사건 F기관에서 항의하였을 것으로 보이나 당시 해당 근로자는 별다른 의사를 표명한 바 없다.

이러한 사정을 종합하여 원심판결은 해당 근로자가 신규 용역업체에 계약체결 의사가 없음을 밝힌 것이라고 판단하였고, 해당 근로자가 계약체결 의사가 없음을 밝힌 이상 신규 용역업체가 해당 근로자에 대한 고용승계를 하지 않을 특별한 사정 또는 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

## (2) 대상판결의 의미 및 평가

대법원 2016두57045 판결은 고용승계 기대권 법리를 제시하면서, “이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다”고 판시하여 ① 고용승계 기대권이 인정되는지에 이어, ② 고용승계 거절에 합리적 이유가 있는지라는 판단 기준을 제시하고 있다. 다만 대법원은 무엇이 합리적 이유에 해당하는지에 관한 구체적인 판단 기준은 제시하지 아니하였다.

대상판결은 ‘합리적 이유’를 판단하는 데에 하나의 참고 자료가 될

수 있을 것이다. 영업양도 시 근로자가 새로운 회사와의 근로계약 체결을 거절하면 고용승계가 되지 않는 것과 마찬가지로, 근로자가 신규 용역업체와 계약체결의 의사가 없음을 밝힌 경우라면 고용승계가 되지 않는다고 보는 것이 일견 당연하기도 하다. 한편, 어떤 사례들이 고용승계 거절의 ‘합리적 이유’가 될 수 있는지는 여전히 공백으로 남아 있다.

일부 하급심 판결례를 추가로 참고해볼 수 있다. 위 서울고등법원 2013누27298 판결이 민사소송법 제420조에 따라 인용한 서울행정법원 2012구합41905 판결은 ① 해당 근로자가 종전 용역업체 소속 근로자로 근무하던 14개월 동안 40일을 무단결근하는 등 근무태도가 불량했던 점, ② 할당된 작업량이 정해진 상황에서 무단결근을 하게 되면 결근자가 속한 팀의 나머지 팀원이 작업을 더 많이 해야 하거나 2인 1조로 이루어진 팀의 경우 작업을 전혀 할 수 없게 되어 사용자나 다른 근로자들에게 피해가 큰 점, ③ 신규 용역업체로서는 애초에 2인 1조 1팀, 3인 1조 2팀 총 8명의 근로자만을 채용하고자 했던 것으로 보이는 점 등을 고려하여 신규 용역업체에게 해당 근로자의 고용승계를 거부할만한 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

한편, 대전지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017구합105936 판결<sup>32)</sup>은 신규 용역업체에 근로자들의 고용을 승계할 의무가 있다는 점을 인정할 수 있고, 이러한 상황에서 고용승계의 거부는 법률적으로 해고와 동일한 의미를 가진다고 판시하였다. 따라서 고용승계를 거부할 만한 특별한 사정은 근로기준법 제23조 소정의 해고의 정당한 이유와 동일하게 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 존재하는 경우라고 해석된다고 설명하기도 하였다.<sup>33)</sup>

32) 당사자가 항소하지 아니하여 확정되었다.

33) 김교숙·변성영, “‘고용승계 기대권’에 관한 소고 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결의 평석”, 『경희법학』, Vol.56 No 3., 경희대학교 법학연구소, 2021, 246면 참고.

고용승계 기대권 법리 인정에 이어서, 구체적인 사안에 따라 고용승계를 거부할 만한 특별한 사정이 있는지 여부도 향후 소송에서 적극적으로 다투어질 것으로 예상되며 대법원 판결의 향방이 주목된다.

### 6. 대법원 고용승계 기대권 판결에 대한 검토

용역업체 변경 시 고용승계 기대권을 최초로 인정한 대법원 2016두57045 판결은 고용승계 기대권 법리를 실시하면서 “(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 등 취지 참조)”라고 명시하였는데, 해당 판결들은 기간제 근로자의 갱신기대권에 관한 판결이다. 그리고 고용승계 기대권과 갱신기대권 법리의 판시 내용은 다음 표와 같이 구조적으로 유사하다.

	기간제 근로자 갱신기대권 판결 대법원 2014두45765 판결	고용승계 기대권 판결 대법원 2016두57045 판결
기 대 권 인 정 요 건	근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나	새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용
	근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위	해당 용역계약의 체결 동기와 경위
	기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태	도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기준 관행
	근로자가 수행하는 업무의 내용	위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용
효 과		새로운 용역업체와 근로자들의 인식
	- 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 - 근로자에게 기간의 정함이 없는	- 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면 - (특별한 사정이 없는 한) 근로자에게

<p>근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우 에는</p>	<p>는 그에 따라 새로운 용역업체로 고 용이 승계되리라는 기대권이 인정된 다. 이와 같이 근로자에게 고용승계 에 대한 기대권이 인정되는 경우</p>
<p>- 사용자가 이를 위반하여 부당하 게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효 력이 없다.</p>	<p>- 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없 이 고용승계를 거절하는 것은 부당 해고와 마찬가지로 근로자에게 효 력이 없다.</p>

그러나 대법원 2014두45765 판결은 기간제 근로자의 갱신기대권에 관한 판결일 뿐 용역업체 변경 시 별개의 사용자 사이에서 고용승계에 관한 기대권을 다룬 판결이 아니다. 기간제 근로자의 갱신기대권과 고용승계 기대권은 본질적으로 다른 지점이 있는데, 대법원은 관련하여 산재한 법리적 쟁점들은 구체적으로 검토하지 아니하고 갱신기대권 법리를 ‘참조’하여 고용승계 기대권 법리를 창설한 것으로 이해된다.

첫째, 갱신기대권은 2자 간 문제(회사-기간제 근로자)인 반면, 고용승계 기대권은 3자 혹은 4자 간 문제이다(도급인, 기존 용역업체, 신규 용역업체, 근로자). 갱신기대권은 회사와 기간제 근로자 사이에 양자 간 계약관계에 대한 다툼이다. 그러나 고용승계 기대권은 기존 용역업체와 근로자 간 근로계약<sup>34)</sup>이 적법·유효하게 종료된 상태에서, 도급인과 신규 용역업체 간 계약이나 근로자가 용역을 제공하는 도급인 사업장의 관행 등을 들어 신규 용역업체와 근로자 간 근로계약을 창설하는 문제이다.

둘째, 갱신기대권은 계약이 1개이고 근로자가 당사자인 반면, 고용승계 기대권 쟁점에서는 별개의 주체를 당사자로 하는 2개의 계약이 문제되며 근로자는 신규 용역업체와는 아무런 계약관계가 없다. 갱신

34) 통상 용역계약기간을 근로계약기간으로 하는 기간제 근로계약

기대권은 회사와 기간제 근로자 사이에 근로계약을 바탕으로, 이 근로계약을 추후 어떻게 보아야 할지의 문제이다. 반면, 고용승계 기대권에서는 도급인과 신규 용역업체 간 용역계약, 기존 용역업체와 근로자 간 (기간제) 근로계약 두 개의 계약이 존재한다. 그리고 근로자는 신규 용역업체를 상대로 다루는데, 사실 양자간에는 아무런 계약 관계가 없다. 이와 같이 계약구조에 본질적인 차이가 있는데 갱신기대권 법리로 이를 설명하는 것인 무리라고 생각된다.

셋째, 갱신기대권은 기존의 계약을 연장하는 문제에 더 가까운 반면, 고용승계 기대권은 새로운 계약을 창설하는 문제이다. 갱신기대권은 같은 사용자를 대상으로, 기존의 기간제 근로계약을 바탕으로 이를 연장하거나 또는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환하는 것이다. 반면, 고용승계 기대권은 기존의 사용자와 무관하게 새로운 사용자를 대상으로 새로운 근로계약을 창설하게 되는 것이다.

이러한 사정을 종합하면 갱신기대권과 고용승계 기대권에서 문제되는 법률관계는 근본적으로 상이한 법적 성격을 지니는데, 어떠한 법적 근거에서 갱신기대권 법리를 참조하여 고용승계 기대권 법리로 나아갈 수 있다는 것인지 의문이다. 또한, 대법원 2016두57045 판결 이전의 하급심 판결례들은 각각의 한계는 있었지만 ① 묵시적 영업양도법리, ② 제3자를 위한 계약 법리, ③ 사업장 관행(노동관행)에 근거한 고용승계 기대권 법리 등을 제시하면서 법률의 규정, 기존 법리들을 바탕으로 그 근거를 찾으려고 노력했던 반면 고용승계 기대권은 구체적으로 어떠한 법률적 근거에서 이러한 기대권이 도출된다는 것인지 이해하기 어렵다.<sup>35)</sup>

물론 아웃소싱 및 용역·도급이 일상적으로 이루어지고 있는 상황에서 고용승계 기대권 법리를 제시함으로써 고용불안정성에 놓여 있

35) 같은 논조로 김장식, “대법원 ‘고용승계 기대권’에 관한 고찰”, 「월간 노동법률」, 2021년 8월호.

는 근로자들의 보호에 기여할 수 있다는 점에서 대법원 판결은 큰 의미를 지닌다. 그러나 고용승계 기대권이라는 새로운 법리를 통해 판결로써 제3자인 신규 용역업체에 대해 새로운 근로계약 체결의무를 창설한 것인데, 이는 당사자의 예측가능성을 침해하고 현장의 혼란을 불러일으킨다는 점에서 아쉬움이 남는다.

#### IV. 결론

근로관계의 승계가 문제가 되는 용역업무 중 대다수가 청소, 경비 등과 같은 비숙련 아웃소싱 업무이다. 업무를 수행하기 위하여 별다른 설비가 필요하지도 않고, 특별히 이윤을 창출할만한 다른 수단이 없는 용역업체들은 경쟁입찰에서 우위를 확보하기 위하여 인건비를 낮추는 방식으로 계약을 체결한다. 기간을 정하여 용역계약을 체결하다 보니 도급업체와 용역업체 간 계약이 종료되면 용역업체의 근로자들도 근로계약이 종료될 수밖에 없다. 근로조건에서도, 고용 안정성 측면에서도 용역업체의 근로자들은 사각지대에 놓여 있는 부분이 있다.

이러한 근로자들의 사정을 고려하였을 때 고용승계 기대권 법리를 통해 고용안정성을 추구하고자 한 대법원 판결은 큰 의미가 있다. 그러나 하급심 판결례들이 법률과 기존 법리를 바탕으로 해석론적 접근 방법을 통해 고용승계 법리를 만들어나가려고 노력했던 반면, 대법원 판결은 구체적인 설명 없이 갱신기대권에 관한 판결을 참조하여 고용승계 기대권 법리를 새롭게 선언하였는데 그 법리적 근거에 대한 설명이 충분하지 않았다는 점에서 아쉬움이 남는다.

보다 근본적으로, 판례 법리를 통해 용역업체 변경 시 고용안정성의 문제를 해결하기에는 한계가 있다고 생각된다. 해당 사건의 구체적 타당성은 인정되지만, 고용승계 기대권에 관한 대법원 판결은 재

차 일반적인 기준들을 제시하고 ‘해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다’고 하고 있기 때문에, 사실 관계에 대한 법관의 시각과 해석에 따라 결론이 달라질 가능성이 크다. 사안에 따라 판결이 확정되기 전까지 결론을 알 수 없다는 점에서 수범자의 예측가능성을 확보하기 어렵다. 근로자나 사용자 모두 마찬가지다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 해석론을 통한 개별적 구제보다는 입법을 통해 용역업체 변경 시 고용안정성의 문제를 논의하는 것이 보다 근본적인 해결방안이라 생각한다.

본고는 고용승계 기대권에 관한 대법원 판결이 선고되기까지 하급심 판결례들에서의 법리다툼들을 종합적으로 검토함으로써 어떤 논의를 거쳐 고용승계 기대권 법리가 탄생하였는지를 정리해보고자 하였다. 이어서 2021년에 선고된 고용승계 기대권에 대한 여러 대법원 판결들을 구체적으로 살펴봄으로써 고용승계 기대권 법리의 의미와 적용례들을 살펴보았다. 갱신기대권 법리가 처음 제시된 이래 후속 소송들을 통해 법리가 점차 세밀하게 발전해나갔듯, 고용승계 기대권에 관해서도 앞으로 치열한 법리다툼이 이어질 것으로 예상된다. 추후 고용승계 기대권에 대한 보다 적극적인 논의가 이어지길 기대한다.

**주제어** : 용역업체의 변경, 근로관계의 승계, 고용승계기대권, 고용승계 관행, 제3자를 위한 계약, 갱신기대권, 기간제근로자

**[참고문헌]**

- 곽윤직 편집대표, 민법주해 제13권 채권(6), 박영사, 2007.
- 김형배·하경효·김영문, 영업양도와 근로관계의 승계, 신조사, 1999.
- 박제성, 사업이전과 고용보장, 한국노동연구원, 2014.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집: 개별적 근로관계, 중앙노동위원회, 2016.
- 하경효·박종희, 기업구조조정 등에 따른 고용관계 이전관련 법제 국제비교 및 입법론 검토, 노동부, 2001.
- 한국사법행정학회, 주석 민법 채권 각칙, 제4판, 2016.
- 강선희, 용역업체 변경 시 고용승계 기대권 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결, 월간 노동리뷰, 2021년 7월호, 한국노동연구원, 2021.
- 강선희, 용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계 기대권 및 두가지 의문, 월간 노동리뷰, 2021년 9월호, 한국노동연구원, 2021.
- 권오성, 용역업체의 교체와 근로관계 승계, 노동법학, 제63호, 한국노동법학회, 2017.
- 권오성, 용역업체의 교체와 제3자를 위한 계약, 월간 노동리뷰, 2018년 1월호, 한국노동연구원, 2018.
- 김교숙·변성영, ‘고용승계 기대권’에 관한 소고 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결의 평석, 경희법학, Vol.56 No 3., 경희대학교 법학연구소, 2021.
- 심재진, 외주화에 따른 고용관계의 문제, 노동법학, 제43호, 한국노동법학회, 2012.

**220** 용역업체 변경 시 고용승계 기대권 법리에 대한 고찰

전형배, 외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계: 영국의 입법론과 시사점, 노동법학, 제41호, 한국노동법학회, 2012.

조경배, 노무용역 공급업체의 변경과 고용승계, 민주법학, 제46호, 민주주의 법학연구회, 2011.

하경효, 아파트 관리주체 변경에 따른 노동법적 쟁점과 입법과제, 노동법포럼, 제14호, 노동법이론실무학회, 2015.

김장식, 대법원 ‘고용승계 기대권’에 관한 고찰, 월간 노동법률, 2021년 8월호, 2021.

이광선, 노동법이론실무학회 월례노동포럼 2019. 2. 발표자료, 2019. 2., 2019.

**[Abstract]**

**A Study on the Right to Expect Employment Succession**

*Jang, Hyunjin*

When changing a service company, the employment stability of workers working at the workplace has continued to be a problem. Before the Supreme Court's ruling, the court tried to explain a succession of employment contract through the implied business transfer legal principle, contract for third parties principle, and the legal principle of the right to expect a succession of employment based on labor practices.

The Supreme Court sentenced the Supreme Court's 2016Du57045 ruling, the first ruling to specify the law of expected employment succession in 2021. Through this, it was ruled that under certain conditions, workers were granted the right to expect a succession of employment to new service companies.

This article summarizes the legal disputes related to employment succession by type of legal disputes at the lower court until the Supreme Court's 2016Du57045 ruling was sentenced. Through this, this article would examine the legal dispute process until the Supreme Court ruling is sentenced. Subsequently, the meaning of the recent Supreme Court rulings on the right to expect employment succession, including the Supreme Court 2016Du57045 ruling, is examined and critically reviewed.

222 용역업체 변경 시 고용승계 기대권 법리에 대한 고찰

**Key-word** : Replacement of service company, Succession of employment contract, the Right to expect employment succession, Contract for third parties, Reemployment expectation rights, Fixed-term workers