회사분할과 집단적 노사관계*

권 오 성**

--- 목 차

- I. 서론
- Ⅱ. 회사분할의 의의와 구조
- Ⅲ. 회사분할과 노사관계의 당사자
- Ⅳ. 회사분할과 단체협약
- V. 회사분할과 부당노동행위
- VI. 결론

[. 서론

우리나라의 경제는 1990년대 이전까지는 산업화의 진행으로 그 규모가 지속적으로 확대되기는 하였지만, 선발 산업국가와 비교할 때 경제구조가 비교적 단순하여 기업구조의 재편을 위한 기업변동의 필요성이 크게 대두되지는 않았다.1) 그러나 1980년대 산업구조의 조정을 거치면서 이러한 변화에 대응하지 못한 기업이 도산하거나 다른 기업에 흡수되는 사례가출현하기 시작하였고, 1980년대 말부터 본격화된 민주노동조합 운동이

투고일 2020. 8. 20, 심사일 2020. 9. 2, 게재확정일 2020. 9. 8.

^{*} 이 글은 필자의 학위논문 중 일부를 발췌하여 정리한 것입니다.

^{**} 성신여자대학교 법과대학 교수, 법학박사, 변호사.

¹⁾ 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 II」(제2판), 박영사, 2020, 812쪽. [민중기 집필부분]

활발해지면서 1990년대 초부터는 기업변동 과정에서의 근로관계의 승계 여부가 중요한 노동법상 쟁점으로 대두되었다. 이후 1997년 외환위기의 극복과정에서 기업의 도산이 빈발하였고, 동시에 자본시장의 개방으로 외 국 자본의 국내 진출이 증가하면서 기업구조조정의 방법으로 회사의 지 분 또는 회사가 영위하는 사업의 전부 또는 일부 사업부문이 거래되는 기업의 인수합병이 일반화되었다. 특히 이 무렵 정부는 외환위기 상 황을 극복하기 위하여 산업 전반에 걸쳐 구조조정을 독려하고, 특히 대규모 기업집단을 대상으로 빅딜이라는 이름의 사업교환을 압박하 는 등 기업구조의 재편성에 총력을 기울이게 되었다.

이러한 상황에서 당시 정부는 산업의 재편이라는 목적달성을 위하여 회사분할 제도의 도입을 추진하였고, 1998년 상법개정으로 주식회사에 한하여 회사분할 제도를 도입하였다. 이렇게 도입된 상법상 회사분할 제도는 종래 기업이 영업의 전부 또는 일부를 다른 회사에 현물출자하거나 또는 현물출자 방식으로 회사를 신설하는 등의 방식으로 사업의 일부를 분사하던 '사실상 회사분할'의 절차상 번잡함을 간소화하여 기업구조조정을 촉진하기 위한 것이었다.

회사분할에 관한 의사결정은 기업에 의해 일방적으로 이루어진다. 한편, 회사분할의 결과 분할회사는 두개 이상의 회사로 나누어지게 된다. 이러한 과정에서 분할회사에 재직하던 근로자들이 조직한 노동조합은 다양한 위험에 직면하게 된다. 기업의 일방적 의사결정에 의해 실시되는 회사분할로 인하여 노동조합의 법적 지위에 중대한 변화를 초래한다는 점에서 회사분할 과정에서의 노동조합의 보호는 노동법상 중요한 쟁점이된다.

먼저, 분할회사의 근로자로 조직된 기업별 노동조합의 경우 당해 노동조합의 조합원이 회사분할의 결과 근로관계가 신설회사로 승계될 경우그러한 조합원이 회사분할 이후에도 당해 기업별 노동조합의 조합원 자격을 그대로 유지할 수 있는지 문제된다. 분할회사의 법인격이 소멸하는 소멸분할의 경우나 기업별 노동조합의 조합원 전원의 근로관계가 신설회사로 승계되는 경우에는 당해 기업별 노동조합은 조합원이 한 명도 없게되어 노동조합의 해산사유에 해당하게 될 수도 있을 것이다. 물론, 노동

조합에서 미리 그 규약을 변경하여 신설회사의 근로자까지 그 조직대상 을 확장하는 경우에는 이러한 문제가 발생하지 않겠지만, 회사분할 절차 에 노동조합의 참여를 규정하고 있지 않은 우리나라의 경우 회사분할을 전적으로 기업의 일방적인 의사결정에 의하여 이루어진다는 점을 고려할 때, 회사의 일방적인 행위로 노동조합의 조직대상에 변경이 발생하는 결 과가 발생한다는 점은 문제라고 할 것이다.

다음으로, 분할회사에 복수의 노동조합이 설립되어 있는 경우 회사분 할로 인하여 분할회사에 대한 관계에서 이들 복수의 노동조합의 조합원 의 수의 비율이 역전되는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 조합원 수의 불균등한 변경으로 인하여 회사분할 이전에 교섭창구단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 결정된 노동조합의 조합원 수가 다른 노동조합의 조합원 수보다 현저하게 적어지는 경우에도 교섭대표노동조합의 지위를 계속 유지할 수 있는지 등 회사분할이 단체교섭에 어떠한 영향을 미치는 지에 대해서도 검토할 필요가 있다. 한편, 사용자의 측면에서도 물적분할 의 경우 신설회사의 근로자와의 관계에서 신설회사의 완전모회사의 지위 를 갖게 되는 분할회사를 노동조합법상 사용자로 볼 수 있는지 문제된다.

분할회사와 노동조합 간에 체결된 기존 단체협약의 관련하여서도, 그 러한 단체협약의 규범적 부분이 신설회사로 승계된 근로자와 신설회사 간에도 여전히 효력이 유지되는지, 신설회사와 노동조합 간에 그러한 단 체협약의 채무적 부분이 승계되거나 또는 단체협약이 체결된 것으로 볼 수 있는지 등이 문제된다.

마지막으로, 회사분할을 전후하여 발생한 부당노동행위와 관련하여 부 당노동행위라는 사실관계 자체가 승계될 수 있는지, 분할회사를 상대로 발령된 구제명령이 신설회사로 승계될 수 있는지, 분할기일 이후에 부당 노동행위 구제신청을 제기함에 있어 피신청인을 누구로 볼 것인지 등 곤 란한 해석상 문제가 있다. 나아가 회사분할의 경우 고용의 전속성에 관 한 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하는 취지의 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결(이하 "2013년 판결"이라고 함)에 의하면 분할회 사는 근로자의 반대에도 불구하고 특정한 근로자집단의 근로관계를 신설 회사로 승계할 수 있게 되는바, 분할회사는 이를 통하여 분할회사와 신

V VV o I \ C I o

설회사의 노동조합 조합원의 규모를 조정할 수 있다는 점에서 회사분할 이 노동조합에 대한 지배·개입으로 악용될 소지가 있다. 이처럼 부당노동 행위의 수단으로 실시된 회사분할의 효력을 어떻게 볼 것인지, 노동조합이나 근로자를 어떻게 구제할 것인지도 검토되어야 할 문제이다.

이에 본고에서는 회사분할의 개념을 간단히 살펴본 후, 노동조합 및 교섭대표노동조합의 지위의 유지, 단체협약의 승계 및 확장, 부당노동행 위 책임의 승계 등 회사분할과 관련하여 집단적 노사관계에 관련한 쟁점에 관한 법해석론을 차례로 검토하고자 한다.

Ⅱ. 회사분할의 의의와 구조

1. 회사분할의 의의와 법적 성질

(1) 회사분할의 의의

1998년 개정상법으로 회사분할 제도가 도입되기 전에도 회사분할이라는 용어가 사용되었는바, 이러한 광의의 회사분할은 회사가 그 영업재산의 일부를 단독으로 또는 다른 회사의 영업재산의 일부 또는 전부와 결합하여 분리·독립시키는 일체의 법현상이라는 의미로 사용되었다.

이러한 광의의 회사분할에는 1998년 개정상법으로 도입된 상법상 협의의 회사분할 이외에도 자회사의 설립, 영업양도, 현물출자, 재산인수, 사후설립 등의 방법을 사용하여 회사가 주체가 되어 그 영업재산의 양도 또는 출자의 대가로서 금전 또는 주식을 받는 방식으로 분사(分社)하는 일체의 거래(사실상의 회사분할)가 포함된다.2)

사실상 회사분할의 방법으로는 ① 분할회사가 자회사를 설립하면서 자신의 영업을 자회사에 현물출자(現物出資)³)하거나, ② 분할회사가 기존에

²⁾ 홍복기 외, 「회사법 사례와 이론」, 박영사, 2010, 615쪽.

³⁾ 현물출자는 회사설립 또는 신주발행 시 금전 이외의 재산으로 하는 출자이다. 출자의 목적이 될 수 있는 재산은 재무상태표상 자산으로 인정될 수 있는 양 도 가능한 자산으로 동산, 부동산, 무체재산권은 물론 고객관계, 영업상의 비

이미 설립되어 있는 다른 회사에 자신의 영업을 현물출자하거나, ③ 분 할회사가 자신의 영업을 양도하면서 양수도 대가로 양수인 회사가 보유 한 자사주를 교부받는 방법 등이 가능하다. 이외에 ④ 신설회사가 재산 인수(財産引受)4)의 형태로 영업을 양수하는 방법, ⑤ 신설회사가 사후설 립(事後設立)5)의 형태로 영업을 양수하는 방법도 가능할 것이다. 이러한 방법 중 사후설립의 방법 외에는 법원이 선임한 검사인의 조사를 받아야 하므로, 사후설립의 방법이 주로 이용된다.6)

위 ①, ②, ③의 방식은 상법상 물적분할과 유사하게 분할회사의 영업 을 신설회사나 기존의 다른 회사에 이전하는 대가로 분할회사 자신이 상 대방 회사의 주식을 취득하는 방식이다.7) 이러한 거래의 다음 단계로 분 할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 분할회사의 주주들에게 분배할 수 있다면 이를 통하여 상법상 인적분할과 유사한 결과에 이를 수 있을 것이다. 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 분할회사의 주주들에게 분배하는 방법으로는 분할회사를 청산한 다음 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 주주들에게 잔여재산으로 분배하는 방법, 분할회사의 주주 들의 주식을 유상으로 감자(減資)하고 소각의 대가로서 주주들에게 분할 회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 교부하는 방법, 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식과 주주들이 보유한 분할회사의 주식을 교환하는 방

결 등 금전적 가치가 있는 것이라면 모두 가능하다. 회사설립 시 현물출자를 하려면 정관에 현물출자를 하는 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가격 및 이에 대하여 할당되는 주식의 종류와 수를 기재하여야 한다(상법 제 290조), 반면, 신주발행 시 혀물출자는 회사설립 시의 절차와 동일하나 모든 것을 이사회에서 결정한다(상법 제416조).

⁴⁾ 재산인수란 발기인이 회사의 성립을 조건으로 제3자로부터 특정 재산의 취득 을 목적으로 하는 매매형식의 계약으로 변태설립사항의 일종을 의미한다(상법 제290조 제3호). 정관에 기재하지 않은 재산인수는 무효이다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94다323 판결).

⁵⁾ 사후설립은 회사설립 후에 회사대표가 회사를 위해 특정재산을 취득을 목적 으로 하는 계약이다(상법 제375조).

⁶⁾ 임재연, 「회사법 II」(개정판), 박영사, 2013, 622쪽.

⁷⁾ ①과 ②의 경우에는 신설회사나 기존의 다른 회사의 신주(新株)를 인수하는 반면、③의 경우에는 자기주식, 즉 기존의 다른 회사가 보유하는 구주(舊株)를 교부받는다는 점에서는 법형식에 있어서는 차이가 있다.

법, 분할회사가 이익배당으로서 분할회사가 취득한 상대방 회사의 주식을 주주들에게 현물배당하는 방법 등이 가능할 것이다.

한편, 영업의 현물출자와 자회사 주식의 현물배당을 이용하면 인적분할과 동일한 결과를 얻을 수 있는데, 그 법적 효과에서는 상법상 회사분할과 차이가 있다. 먼저, 상법상 회사분할의 경우 분할계획서에 기재된 재산이 신설회사로 포괄적으로 승계되나, 영업의 현물출자의 경우에는 영업을 구성하는 각각의 재산에 대하여 이전절차를 밟아야 하는 번거로움이 있다. 한편, 영업의 현물출자의 경우에는 상법 제530조의9가 정하는 신설회사의 연대책임이 적용되지 않는다. 자회사 주식의 현물배당의 국면에서는 현물배당의 대상인 자회사 주식의 가치가 배당가능이익의 범위내에 있기만 하면 상법상 회사분할에서 요구하는 채권자보호절차를 거치지 않아도 된다.

이러한 '사실상의 회사분할'과 달리 1998년 상법에 도입된 '상법상 회사분할'은 ① 하나의 회사(분할회사)의 영업재산이 분리되어 신설회사에 부분적으로 포괄승계 되는 동시에 ② 분할회사의 주주가 신설회사의 주식을 취득하여 신설회사의 주주가 되거나(인적분할) 분할회사가 신설회사의 주수가 되는(물적분할) 제도를 의미한다. 상법의 법문에는 분할 전의 회사를 "분할되는 회사" 또는 "분할하는 회사"로, 분할에 의하여 설립되는 회사를 "설립되는 회사", 분할 후 존속하는 회사를 "존속하는 회사"라고 표시한다. 이 글에서는 회사분할을 하는 회사를 분할회사로, 회사분할에 의하여 설립되는 회사를 신설회사로 표시한다.

이러한 상법상 회사분할의 본질은 ① 분할회사의 재산의 일부분이 신설회사에 포괄적으로 양도되며, ② 이러한 재산양도의 대가로 분할회사의 주주 또는 분할회사 자체가 신설회사의 주식을 부여받는다는 데에 있다. 정리하면, 상법상 회사분할은 주식회사가 독립된 사업부문의 자산과 부채를 포함한 모든 권리와 의무를 포괄적으로 이전하여 1개 이상의 회사를 설립함으로써 1개 회사가 2개 이상의 회사로 나뉘어지는 것을 말한다.

(2) 회사분할의 법적 성질

회사분할은 합병에 대칭되는 제도이지만 법적 형상화에서 합병과 유사 한 점이 많다. 예컨대 (↑) 분할회사의 적극·소극재산이 신설회사에 포괄승 계된다는 점, ② 경우에 따라 분할회사가 소멸하는 경우(소멸분할)에는 청산절차 없이 소멸한다는 점, ③ 주주총회의 결의가 그 절차상의 필수 요건이라는 점. ④ 분할회사 재산의 포괄승계의 대가로 원칙적으로 분할 회사의 주주들에게 신설회사의 주식이 배정된다는 점(인적분할) 등이 회 사분할과 합병의 유사한 점이다.

회사분할의 법적 성질에 관하여도 합병의 경우와 같이 학설의 대립이 있는바. 회사분할을 합병과 마찬가지로 법인격의 승계로 볼 것인지8) 또 는 영업재산의 승계로 볼 것인지에 대하여 견해가 나뉜다. 회사분할은 분할회사 재산의 부분적 포괄승계의 대가로 분할회사의 주주들에게 신설 회사의 주식, 즉 분할신주가 발행된다는 점에 주목하면, 회사분할은 합병 의 결과 소멸회사의 주주에게 존속회사 또는 신설회사의 주식, 즉 분할 신주가 발행되는 합병과 유사하다. 그러나 합병은 그 개념상 하나 이상 의 기존회사가 반드시 청산절차 없이 소멸하는 반면 회사분할은 대부분 의 경우 분할회사의 법인격이 그대로 존속하는 상태에서 분할회사의 일 부 사업부문이 분리된다는 점에서 합병과 회사분할은 본질적으로 차이가 있다. 따라서 회사분할은 합병과는 다른 회사법상의 독립된 제도라고 보 는 것이 타당하다.9)

(3) 상법상 회사분할의 유형

상법상 회사분할은 원래의 분할회사가 분할 이후에 소멸하는지 여부에 따라 존속분할과 소멸분할로 분류하기도 하고 10) 회사분할 시 기존의 회 사가 존재하여 분할회사의 일부 부문과 기존의 회사 간에 합병하는 방식

⁸⁾ 우리 상법상으로는 분할에 따른 사원의 수용, 즉 인적 측면에서도 규정하고 있으므로 현물출자로 보기는 어렵다. 분할은 합병의 반대현상이며, 상법상 분 할에 따라 사원이 수용되는 인적분할이 원칙이고 사원이 수용되지 않는 물적 분할은 예외로 규정되어 있다는 점에 비추어 분할은 인격의 분할로 보아야 한다는 견해로 최준선, '회사법」(제9판), 삼영사, 2014, 763쪽.

⁹⁾ 임홍근, 「회사법」(개정판), 법문사, 2001, 810쪽.

¹⁰⁾ 이철송, 앞의 책, 1095쪽.

의 차이에 따라 존속분할합병과 신설분할합병으로 분류하기도 하는 등 아래 <표 1>과 같이 다양한 기준에 의한 유형화가 가능하다.11) 아래에서 는 실무상 많이 문제되는 단순분할과 분할합병 및 인적분할과 물적분할 의 유형에 대하여 살펴본다.

<표 1> 회사분할의 유형

분류	내 용			
단순분할	신설회사가 다른 회사와 합병하지 않고 독립법인으로 존속하			
	는 유형			
분할합병	분할회사의 독립된 사업부문이 분할되면서 다른 회사와 합병			
	하는 유형			
혼합분할	분할회사의 독립된 사업부문이 3개 이상으로 분할되는 것으로			
	단순분할과 분할합병이 혼재하는 유형			
인적분할	분할회사의 주주가 신설회사의 주식을 소유하는 형태로서 신			
	설회사의 주식을 분할회사 주주의 지분율에 비례하여 교수하			
	는 비례적 인적분할과 분할회사 주주의 지분율과 상이하게 교			
	부하는 불비례적 인적분할로 구분			
물적분할	분할회사가 존속하면서 신설회사의 주식 100%를 소유하는 형태			
존속분할	분할회사가 분할 후에도 존속하는 형태			
소멸분할	분할회사가 그 자산과 부채를 이전하여 2개 이상의 신설회사			
	를 설립하고 자신은 소멸하는 형태			

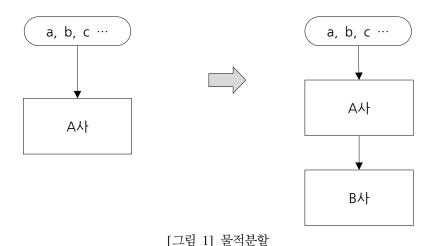
가. 단순분할과 분할합병

일반적으로 상법상 회사분할은 분할회사에서 분리되는 부문을 신설회 사가 승계하는지 아니면 기존회사가 승계하는지에 따라 단순분할과 분할 합병으로 분류된다.12) 즉, 회사분할 시 기존의 회사가 존재하여 분할회사 의 일부 부문과 기존의 회사 간에 합병이 발생하면 분할합병이고 이러 한 기존의 회사 없이 분할회사가 자체적으로 새로운 회사를 설립하면 단 순분할이다

¹¹⁾ 김건식 외, 「회사법」(제3판), 박영사, 2012, 514쪽. 12) 이철송, 「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017, 1099쪽.

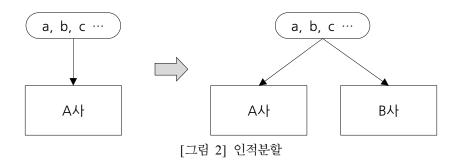
나. 인적분할과 물적분할

상법상 회사분할은 분할회사에서 분리되는 부문을 신설회사가 승계하 는 대가로 발행되는 신주를 분할회사 자체에 배정하는지 아니면 분할회 사의 주주들에게 배정하는지에 따라 물적분할과 인적분할로 분류된다.13) 먼저, 아래 [그림 1]과 같이 회사분할의 결과로 발행되는 분할신주가 분 할회사에게 배정되는 방식이 물적분할이다. 따라서 이러한 물적분할의 경 우에는 회사분할 이후 분할회사가 신설회사의 완전모회사의 지위에 있게 되고, 신설회사는 분할회사의 완전자회사의 지위에 있게 된다.



한편, 인적분할은 아래 [그림 2]와 같이 회사분할의 결과로 발행되는 분할신주가 분할회사의 주주들에게 직접 배정되는 방식이다. 따라서 인적 분할의 경우 분할회사와 신설회사는 주주의 구성이 동일한 별도의 회사 가 된다.

¹³⁾ 이철송, 앞의 책, 1094쪽.



2. 회사분할의 대상과 절차

(1) 회사분할의 주체와 대상

가. 회사분할의 주체

현행 상법상 회사분할 규정은 회사에 관한 제3편 중 주식회사에 관한 제4장에 규정되어 있으므로 주식회사만이 상법상 회사분할을 할 수 있다. 한편, 분할계획서에 관한 상법 제530조의5나 분할합병계약서에 관한 상법 제530조의6의 법문에 비추어 보면 단순분할의 경우에서의 신설회사나분할합병의 경우에서의 분할합병의 상대방 회사도 주식회사로 한정된다고 볼 것이다.14)

나. 회사분할의 대상

상법은 분할계획서의 필수적 기재사항으로서 신설회사에 이전될 재산과 그 가액을 기재하도록 규정하고 있다(상법 제530조의5 제1항 제7호, 제2항 제3호). 여기서 상법이 회사분할의 대상으로 명시하는 재산이 영업만을 의미하는 것인지 문제된다.

비교법적으로 보면 2000년 상법 개정으로 회사분할 제도를 도입한 일본의 경우에는 처음에는 상법에 '영업의 전부 또는 일부를 다른 회사에 포괄승계하는 조직법상의 행위'라고 규정하여 개별재산이 아니라 영업이회사분할의 대상이라는 점을 명시하고 있었다(동법 제373조, 374조의16).

_______ ¹⁴⁾ 임재연, 앞의 책, 613쪽.

그런데 2005년 제정된 회사법15)은 '사업에 관하여 가지는 권리의무의 전 부 또는 일부'라고 법문을 변경하였고, 이에 2005년 제정 회사법에 따라 영업 이외에 개별재산의 분할도 가능하게 되었다. 독일 조직재편법 (Umwandlungsgesetz)은 초안 단계에서는 개별재산만의 회사분할을 금지 하는 규정을 두고 있었으나, 입법과정에서 이를 삭제함으로써 영업이 아 니라 개별재산만의 회사분할도 허용하고 있다.16)

우리나라의 경우 상법은 소멸분할에 관한 분할계획서에는 '분할에 의 하여 이전된 재산과 그 가액'을 기재하도록 규정하고 있고 17) 존속분할의 분할계획서에는 '분할로 인하여 이전할 재산과 그 가액'을 기재하도록 하 고 있으며 18) 흡수분할합병의 분할합병계약서에는 '분할회사가 분할합병 의 상대방 회사에 이전할 재산과 그 가액'을 기재하도록 규정하고 있 고 19) 신설분할합병의 분할합병계약서에는 '각 회사가 신설회사에 이전할 재산과 그 가액'을 기재하도록 규정하고 있다.20) 이와 같이 상법은 회사 분할의 대상이 재산임을 전제로 규정하고 있는바, 이들 규정의 해석에 관하여는 ① 현행 상법의 규정상 개별재산의 회사분할을 금지하는 규정 이 없다는 점 및 상법이 영업과 재산이라는 용어를 구별하여 사용하고 있다는 점을 고려할 때 상법의 해석상으로는 개별재산을 대상으로 하는 회사분할도 허용된다는 견해21)와 ② 회사분할은 특정재산의 분리가 아니 라 영업의 분리를 목적으로 하는 것이므로 이들 조항에서 규정하고 있는 '재산'은 특정재산이 아니라 특정 영업과 그 영업에 필요한 재산을 의미 하는 것으로 해석해야 한다는 견해가 대립한다.22) 회사분할이 부분적 포 괄승계를 본질적 요소로 하는 조직법상 행위이므로 개별재산이 아닌 사 업부문을 단위를 분할의 대상이라고 보는 것이 이론적으로는 타당하다고

¹⁵⁾ 会社法(平成17年法律第86号).

¹⁶⁾ 이기수, "독일의 회사분할에 관한 연구", 「상장협」제36호, 한국상장회사협의 회, 1997. 1, 32쪽.

¹⁷⁾ 상법 제530조의5 제1항 제7호.

¹⁸⁾ 상법 제530조의5 제2항 제4호.

¹⁹⁾ 상법 제530조의6 제1항 제6호.

²⁰⁾ 상법 제530조의6 제2항 제4호.

²¹⁾ 권기범, 앞의 책, 131쪽.

²¹⁾ 권기범, 앞의 책, 131쪽. 22) 이철송, 앞의 책, 921쪽.

생각한다.23) 다만, 현행 상법은 분할의 대상이 '재산'임을 전제로 규정하고 있으므로 현행 상법의 해석론으로는 개별재산을 분할대상으로 하는 회사분할이 금지된다고 보기는 어렵다고 생각한다. 다만 법인세법상 과세특례 적용을 위한 '적격분할'의 요건 충족을 위하여 법인세법 제46조 제2항에 의하여 '분리하여 사업이 가능한 독립된 사업부문'의 자산 및 부채가 포괄적으로 승계되어야 하므로,24) 실무상 회사분할 과정에서 영업단위로 재산이 분배되지 않는 경우는 찾아보기 어렵다.25)

(2) 회사분할의 절차

가. 인적분할의 절차

인적분할은 분할회사의 재산이 자본감소 절차를 거쳐 신설회사로 이전되나 기본적으로 분할회사와 신설회사가 분할 전 회사채권자에 대하여 연대책임을 부담하므로 채권자 보호절차가 필요하지 않다. 다만, 분할계획서에 신설회사가 분할회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담하기로 정하는 경우에는 채권자 보호절차를 거쳐야 한다.

²³⁾ 同旨 임재연, 앞의 책, 616쪽.

²⁴⁾ 법인세법 제46조(분할 시 분할법인등에 대한 과세) ② 제1항을 적용할 때 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 분할(이하 "적격분할"이라 한다)의 경우에는 제 1항 제1호의 가액을 분할법인등의 분할등기일 현재의 순자산 장부가액으로 보아 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다.(중략)

^{1.} 분할등기일 현재 5년 이상 사업을 계속하던 내국법인이 다음 각 목의 요 건을 모두 갖추어 분할하는 경우일 것(분할합병의 경우에는 소멸한 분할합병 의 상대방법인 및 분할합병의 상대방법인이 분할등기일 현재 1년 이상 사업 을 계속하던 내국법인일 것)

가. 분리하여 사업이 가능한 독립된 사업부문을 분할하는 것일 것

나. 분할하는 사업부문의 자산 및 부채가 포괄적으로 승계될 것. 다만, 공 동으로 사용하던 자산, 채무자의 변경이 불가능한 부채 등 분할하기 어 려운 자산과 부채 등으로서 대통령령으로 정하는 것은 제외한다.

²⁵⁾ 노혁준 편, 『회사분할의 제 문제』, 소화, 2013, 101쪽.

<표 2> 인적분할의 일정표

절차	일정	내용	관련규정
이사회결의	D-32	분할계획서 승인, 주주총회소집	상법 제362조
주주명부 폐쇄 및 기준일 공고	D-31	주주명부확정 기준일 공고	상법 제354조
주주명부확정 기준일	D-16	주주총회를 위한 권리주주 확정일	상법 제354조
주주총회 소집 공고 및 통지	D-15	분할계획의 요령 기재	상법 제530조의3 제4항
분할재무상태표 등 공시	상동	주주총회 2주 전부터 분할등기 후 6개월	상법 제530조의7
분할승인 주주총회 개최	D	주주총회 특별결의 및 종류주주총회	상법 제530조의3
채권자 이의제출 공고 및 최고	D+1	주주총회일로부터 2주 이내공고	상법 제530조의11
주식 병합 및 구주권 제출 공고	상동	상동	상법 제530조의11
채권자 이의제출기간 종료	D+32	공고기간 1개월 이상	상법 제530조의11
주식 병합 및 구주권 제출기간 종료	상동	상동	상법 제530조의11
분할기일	D+33	분할의 기준일	
분할보고주주총회 갈음 이사회 결의	D+34	이사회 결의로 분할보고 주주총 회 대체	상법 제530조의11
이사회결의 공고	D+35	분할보고총회 및 창립총회는 이사회결의에 의한 공고로 대체	상법 제530조의11
분할등기	D+36		상법 제530조의11

나. 물적분할의 절차

물적분할은 분할회사의 자산과 부채과 신설법인으로 이전되는 대신 그 에 상응하는 신설회사의 주식이 분할회사에 발행되므로 분할회사의 실질 자본총액은 변화가 없다. 따라서 물적분할의 경우 인적분할과는 달리 자

본감소 절차가 이루어지지 않으므로 구주권 제출절차가 필요하지 않다.

<표 3> 물적분할의 일정표

절차	일정	내용	관련규정
이사회결의	D-32	분할계획서 승인, 주 주총 회소집	상법 제362조
주주명부 폐쇄 및 기준일 공고	D-31	주주명부확정 기준일 공고	상법 제354조
주주명부확정 기준일	D-16	주주총회를 위한 권리주주 확정일	상법 제354조
주주총회 소집 공고 및 통지	D-15	분할계획의 요령 기재	상법 제530조의3 제4항
분할재무상태표 등 공시	상동	주주총회 2주 전부터 분할등기 후 6개월	상법 제530조의7
분할승인 주주총회 개최	D	주주총회 특별결의 및 종류주주총회	상법 제530조의3
채권자 이의제출 공고 및 최고	D+1	주주총회일로부터 2주 이내공고	상법 제530조의11
채권자 이의제출기간 종료	D+32	공고기간 1개월 이상	상법 제530조의11
분할기일	D+33	분할의 기준일	
분할보고주주총회 갈음 이사회 결의	D+34	이사회 결의로 분할보고 주주총 회 대체	상법 제530조의11
이사회결의 공고	D+35	분할보고총회 및 창립총회는 이사회결의에 의한 공고로 대체	상법 제530조의11
분할등기	D+36		상법 제530조의11

다. 문제점

위에서 살펴본 바와 같이 현행 상법은 회사분할의 절차와 관련하여 근로자나 노동조합의 참여에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다. 우리나라보다 2년 늦게 회사분할 제도를 도입하면서 회사분할에 관한 근로자및 노동조합의 참여권을 두텁게 보호하는 일본과 비교할 때, 우리 상법

W W W. NCI. go. ni

이 회사분할에 관한 근로자 등의 참여권을 전혀 고려하지 않는 것은 명 백한 입법의 흠결이라 할 것이다.

일본의 경우 회사분할은 근로자의 중대한 이해와 관련된 것이므로 회 사분할에 따른 근로계약승계법과 상법 부칙26에서 근로자의 보호에 관한 절차를 별도로 정하고 있다. 한편, 노동성령(労働省令)인 「회사분할에 따 른 노동계약의 승계 등에 관한 법률 시행규칙 (이하 "근로관계승계규칙" 이라고 함)27)과 노동성 고시(労働省告示)인 「분할회사 및 신설회사 등이 취해야 하는 해당 분할회사가 체결한 근로계약 및 단체협약 승계에 관한 조치의 적절한 실시를 도모하기 위한 지침 (이하 "근로계약승계지침"이라 고 함)28)에서 이러한 절차의 상세한 내용을 규율하고 있다.

먼저, 분할회사는 근로계약승계법 제7조에 따라 분할을 함에 있어 근 로자의 이해와 협력을 얻도록 '노력할 의무'가 있으며, 절차는 늦어도 개 별 근로자와의 협의를 시작하기 전에 시작되어야 한다.2% 나아가, 일본의 상법 등의 일부 개정에 관한 법률 부칙 제5조는 분할회사는 승계사업에 종사하는 근로자와 협의를 하여야 한다고 규정한다.30) 여기서 분할회사 가 근로자와 협의해야 할 내용은 ① 분할 후 당해 근로자가 일하게 되는 회사의 개요. ② 당해 근로자에게 적용되는 근로계약의 승계 여부. ③ 당 해 근로자가 종사할 예정 업무의 내용, ④ 취업 장소 기타 취업형태 등 이다.31) 분할회사는 해당 근로자가 승계되는 근로자에 해당하는지 등에 관한 회사의 생각을 해당 근로자에게 충분하게 설명하고 근로자 본인의

²⁶⁾ 商法等の一部を改正する法律(平成12年法律第90号).

²⁷⁾ 会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律施行規則(平成十二年労働省令第 48号)

分割会社及び承継会社等が講ずべき当該分割会社が締結している労働契約及び 労働協約の承継に関する措置の適切な実施を図るための指針(平成12年労働省告 示第127号).

²⁹⁾ 근로계약승계지침 제2의4의(2).

³⁰⁾ 상법 등의 일부 개정에 관한 법률(商法等の一部を改正する法律)(平成12年法律 第90号) 부칙 제5조(근로계약의 취급에 관한 조치) 회사법(平成17年法律第86 목) 규정에 따른 회사분할에서 근로계약의 승계에 관해서는 회사분할을 하는 회사는 회사분할에 따른 근로계약승계법 제2조 제1항의 규정에 따른 통지를 하여야 하는 날까지 근로자와 협의하여야 한다.

³¹⁾ 근로계약승계지침 제2의4.의(1).

희망을 청취한 뒤 협의를 해야 한다. 이외에 분할회사는 분할계획서를 승인하는 주주총회일의 2주 전의 날 전날까지 분할회사가 고용하는 근로 자로서 승계사업에 종사하는 근로자에게 서면통지를 하여야 한다.32) 분 할회사가 노동조합과 단체협약을 체결한 경우에는 노동조합에 대해서도 이날까지 서면통지를 하여야 한다.33) 한편, 근로계약의 승계 등에 대해서 이의가 있는 근로자는 서면으로 이의를 제기할 수 있다.34)

이러한 의무위반의 효력에 관해서는, 노력의무인 근로계약승계법 제7 조 조치와는 달리 '협의의무'인 일본의 상법 등의 일부 개정에 관한 법 률 부칙 제5조 위반의 효력에 대하여 근로계약승계지침에서 '협의를 전 혀 하지 않을 경우 또는 실질적으로 이와 같다고 볼 수 있는 경우'에는 '분할무효의 원인이 된다'고 규정하고 있기까지 하다.35)

3. 회사분할의 법률효과

(1) 부분적 포괄승계

가. 부분적 포괄승계의 의의 및 법적 성질

회사분할로 인한 신설회사는 분할회사의 권리와 의무를 '분할계획서가 정하는 바'에 따라서 승계한다.36) 회사분할에 의한 권리의무의 승계는 모 든 재산이 이전되는 원래의 의미의 포괄승계와 달리 분할회사의 의사에 의하여 승계의 대상이 정해진다. 이처럼 분할회사의 영업재산의 일부만이 이전되고(부분적), 권리이전에 개별적 권리이전 절차가 요구되지 아니하 므로(포괄승계) 회사분할에서의 권리의무의 승계를 '부분적 포괄승계'라 고 부른다. 일본에서는 회사법상 분할의 경우에 관한 제764조 제1항과 분할합병에 관한 제759조 제1항의 "권리의무를 승계한다"라는 규정을 포 괄승계의 근거로 해석한다.37)

³²⁾ 근로계약승계법 제2조 제1항

³³⁾ 근로계약승계법 제2조 제2항.

³⁴⁾ 근로계약승계법 제4조 제1항, 제5조 제1항.

³⁵⁾ 근로계약승계지침 제2조 제4항 (1) へ. 36) 상법 제530조의10.

이러한 부분적 포괄승계에 의한 권리이전은 법률의 규정에 의한 승계 이므로 부할계획서에 개별적인 재산이 어느 법인에 귀속되는지 특정할 수 있도록 기재된 경우에는 별도로 개별적인 권리이전 절차가 요구되지 않는다.38) 그러나, 회사분할 시 부분적 포괄승계는 상속이나 합병과 같이 기존의 권리주체의 법인격의 소멸로 그 권리관계가 상속인이나 존속회사 등에 이전하는 경우와 달리 분할회사의 법인격이 존재하는 상태에서(존 속분할) 분할회사의 의사에 따라 권리의무의 일부가 신설회사로 승계된 다는 점에서 양상이 다르다. 따라서 이러한 부분적 포괄승계는 상법상 회사분할 제도의 도입 이전에 사실상 회사를 분할하는 법적 수단으로 활 용되어 오던 영업양도나 영업의 현물출자의 경우 영업 자체를 공시할 방 법이 없어 양도 또는 현물출자의 대상이 되는 개별재산에 관하여 각각 법률이 요구하는 공시방법(동산의 인도, 부동산의 등기, 지명채권 양도에 관한 통지 내지 승낙, 유가증권 양도의 배서 등)을 개별적으로 실행하여 야 하는 불편함을 해결하기 위하여 분할계획서에 기재된 사항을 포괄적 으로 승계하는 것을 허용한다는 의미로 이해하여야 할 것이다.39)

나. 공법상 법률관계의 승계

1) 상법 규정의 적용 가능성

회사분할의 현행법상의 법적 근거는 상법이다. 따라서 국가와 국민의 공법적인 법률관계에 이러한 상법규정이 당연히 적용된다고 말할 수는 없다. 따라서 회사분할 시 공법상 법률관계의 승계에 관해서는 별도의 규정이 필요하며,40) 실제로 국세기본법 제25조는 회사분할의 경우에 있 어서의 연대납세의무를 규정하고 있으며, 고용보험 및 산업재해보상보험

³⁷⁾ 일본 회사법은 "신설분할설립주식회사는 그 성립일에 신설분할계획서에 정한 바에 따라 신설분할회사의 권리의무를 승계한다"고 명문으로 규정한다(일본 회사법 제764조 제1항). 분할합병의 경우에도 마찬가지이다(동법 제759조 제1 항).

³⁸⁾ 임재연, 앞의 책, 649쪽,

³⁹⁾ 권오성, "회사분할과 단체협약의 승계 - 현대중공업 사건을 소재로", 「노동법 연구, 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018, 135쪽,

⁴⁰⁾ 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두5940 판결.

의 보험료징수 등에 관한 법률 제28조의4도 유사한 취지의 규정을 두고 있다.

2) 인·허가의 승계의 문제

회사분할에 의하여 포괄승계되는 재산의 범위에 인·허가가 포함되는지에 관하여는 논란의 여지가 있다. 합병의 경우에는 일반적으로 대물적인·허가의 경우에는 인·허가의 당연승계가 인정되지만, 대인적 인·허가나혼합적인·허가의 경우에는 법령상 허용되는 경우가 아닌 한 당연승계가인정되지 않는다고 설명되나, 분할계획서에 기재된 재산 등에 관한 '부분적 포괄승계'가 원칙인 회사분할의 경우 당사자의 의사로 인·허가를 승계하는 것은 원칙적으로 부정되어야 할 것으로 생각한다.

3) 과징금납부책임의 승계

신설회사가 승계하는 것은 분할회사의 권리의무이지 사실관계가 아니다.41) 이와 관련하여 분할회사가 법령위반으로 행정제재를 받은 경우 회사분할을 하거나 분할회사가 법령위반은 하였으나 아직 행정제재가 있기전에 회사분할을 한 경우, 종래의 판례는 대물적 행정행위에 대하여는 제재의 승계를 인정하여 왔다.42) 따라서 분할계획서의 내용 자체도 이를전제로 하여 작성하는 것이 일반적이었다. 그러나 회사분할 이전에 이루어진 위법한 공동행위를 이유로 분할에 의하여 신설된 회사에 과징금이부과된 사건에서, 대법원은 "회사 분할시 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없으므로, 특별한 규정이 없는 한신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다"고 판시하였다.43) 이 판결은 종전

⁴¹⁾ 임재연, 앞의 책, 651쪽.

⁴²⁾ 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결. 이 판결은 석유판매업자의 유사 석유제품판매의 경우, 제재의 승계를 인정한 판결이다.

의 대인적 행정행위와 대물적 행정행위를 구별기준으로 삼지 않고, 승계 의 대상이 되는 의무의 구체화 정도를 기준으로 삼은 것이다.

판례의 취지에 따르면, 단순히 채무발생의 가능성이 있는 사실관계만 존재하는 경우에는 아직 성립 또는 발생한 채무가 아닌 것으로 보아 승 계의 대상인 분할전 회사의 채무에 해당하지 않는다. 권리의무가 아닌 사실관계로서 승계대상이 아니라는 위 판결의 취지상, 분할계획서에 이러 한 사실관계의 승계를 기재하더라도 효력이 없다고 해석하여야 할 것이 다.

(2) 신설회사의 연대책임

가 연대책임의 원칙과 법적 성격

민법상 채무자와 인수인 간의 채무인수는 채권자의 승낙이 있어야 효 력을 생기지만(민법 제454조 제1항), 회사분할에 의한 채무인수의 경우에 는 채무자의 승낙이 요구되지 않는다. 분할합병의 경우에는 채권자보호절 차를 거치므로 이의하지 않는 채권자는 채무자의 변경을 승낙한 것으로 볼 수 있고.44) 채권자보호절차를 거치지 않는 단순분할의 경우에도 분할 회사와 신설회사가 연대책임을 지기 때문에 채권자의 승낙을 요구할 필 요가 없기 때문이다.

분할회사와 신설회사 간의 연대책임의 법적 성격에 관하여는 이를 민 법 제413조 이하의 연대책임으로 보는 견해. 민법상 부진정연대책임으로 보는 견해, 민법 제437조 제2문의 연대보증으로 보는 견해 등이 있다. 상법의 법문에 별도의 언급이 없는 이상 이를 연대보증으로 보기는 어려 울 것이고, 통상 면책적 이전을 하였음에도 법 규정에 따라 연대책임을 부담하게 되는 것으로서 채무자들 사이에 공동 목적에 의한 주관적인 관 련성이 없는 것이므로, 부진정연대책임이라고 해석함이 상당할 것이다.45)

⁴³⁾ 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결.

⁴⁴⁾ 상법 제530조의9 제2항에 의하여 연대책임을 배제하는 경우에는 채권자보호 절차에 관한 제527조의5가 준용된다(상법 제530조의9 제4항).

⁴⁵⁾ 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결.

나. 비대체적 권리의 분할가능성

이론적으로 비대체적 권리도 부분적 포괄승계를 본질로 하는 분할의 경우 분할계획서나 분할합병계약서에 정한 바에 따라 신설회사로 이전될 수 있다고 보는 견해가 있다.46) 이 견해는 분할의 대상은 재산이고 그 재산이 적극 및 소극재산이기만 하면, 재무상태표의 부(部)에 계상될 수 있는가를 불문하고 분할의 대상으로 보아야 한다는 점에서 전환사채의 전환권이나 스톡옵션에 대한 회사의 의무도 회사분할의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 합리적이라고 한다.

한편, 비대체적 권리는 그 권리의 성질상 연대책임으로 구제될 성질의 권리는 아니라고 보는 견해가 있으나,47) 회사분할의 등기 이전에 분할회 사가 부담한 채무가 금전채무가 아닌 비대체적 의무, 예를 들어 경업금 지의무 등도 해당 의무가 불이행되면 손해배상채무로 전환될 수 있으므로 이러한 손해배상채무에 대하여 분할회사와 신설회사가 연대책임을 부 담한다고 해석하는 것이 타당하다.48) 따라서 전환사채권자는 사채권에 대하여 연대책임을 주장하거나, 전환권을 행사하였으나 원래 사채의 인수 목적대로 이행되지 않거나 전환된 가치가 동등하지 않은 경우 발생하는 손해배상에 대하여 연대책임을 물을 수 있다고 본다. 이러한 연대책임은 단순한 채권자 보호를 넘어 분할회사의 자의적인 재산 배분 나아가 분할 제도의 남용을 사전에 억제하는 역할도 하는 것이다.49)

Ⅲ. 회사분할과 노사관계의 당사자

1. 문제의 소재

⁴⁶⁾ 권기범, 「기업구조조정법」(제4판), 삼영사, 2011, 354-355쪽.

⁴⁷⁾ 김성호, "주식회사의 분할에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 1999, 161-162쪽.

⁴⁸⁾ 김동민, "회사분할에서 채권자보호를 위한 연대책임규정의 한계", 「상사법연구」제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007. 2, 216쪽.

⁴⁹⁾ 독일 조직재편법 정부초안 이유서 제133조(권기범, 앞의 책, 394쪽에서 재인용).

회사분할은 노동조합의 조직과 운영에 많은 영향을 미치며, 특히 분할 회사의 근로자를 조직범위로 하는 기업별 노동조합의 존립과 관련하 문 제가 발생할 수 있다.

기업별 노동조합의 경우 회사분할로 조합원의 소속이 분할회사와 신설 회사로 변경되면 신설회사로 승계된 조합원과 분할회사 간의 근로관계는 종료되므로 신설회사로 승계된 조합원이 기존 기업별 노동조합의 조합원 자격을 계속 유지할 수 있는지 문제된다. 한편, 분할회사에 복수의 노동 조합이 존재할 경우 분할회사와의 관계에서 회사분할 이후 이들 노동조 합의 조합원 수가 역전되는 경우가 발생할 수 있다. 회사분할로 인한 근 로관계의 승계과정에서 발생하는 조합원 수의 불균등한 변경으로 회사분 할 이전에 교섭창구단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 결정된 노 동조합의 조합원 수가 다른 노동조합보다 적어지는 경우도 발생할 것이 다. 이러한 경우 조합원의 수가 다른 노동조합보다 적어진 노동조합에게 교섭대표노동조합의 지위를 계속 인정해야 하는지 및 기존의 교섭대표노 동조합에 의해 진행되던 기존의 단체교섭에 어떠한 영향을 미치는지 검 토할 필요가 있다. 나아가 기존의 교섭대표노동조합이 신설회사에 대해서 도 교섭대표노동조합의 지위를 갖는지도 문제된다.

한편. 회사분할 시 분할신주를 분할회사의 주주들에게 배정하는 인적 분할의 경우에는 회사분할의 결과 분할회사와 신설회사는 주주의 구성이 동일한 계열회사의 관계에 있게 된다. 따라서 인적분할의 경우 신설회사 의 근로자에 대하여 분할회사의 사용자성을 논할 실익은 크지 않다. 반 면, 분할신주를 분할회사 자체에 배정하는 물적분할의 경우에는 분할회사 가 신설회사의 완전모회사가 된다는 점에서 종래 모자회사에 관한 집단 법상 사용자 개념의 확장론이 문제된다.50)

2. 회사분할과 조합원 자격의 유지

회사분할로 근로관계가 신설회사로 승계된 근로자가 근로관계의 승계

⁵⁰⁾ 박은정, "회사분할과 개별적 근로관계의 승계", 「노동법학」제71호, 한국노동 법학회, 2019. 9, 168쪽.

와 동시에 기존 기업별 노동조합의 조합원 자격을 상실한다면 분할회사의 법인격이 소멸하는 소멸분할의 경우는 물론 회사분할로 기업별 노동조합의 조합원 전원이 신설회사로 승계되는 경우 당해 노동조합은 조합원이 한 명도 없게 되어 노동조합의 해산사유에 해당하게 될 것이다. 물론, 노동조합이 미리 그 규약을 변경하여 조직범위를 신설회사의 근로자로 확장한 경우에는 이러한 문제가 발생하지 않겠지만, 당해 노동조합의조합원 간에 내부 갈등이 있어 신설회사로 승계되는 조합원들을 축출하기 위하여 규약변경을 하지 않는 경우 등 노동조합 내부의 분쟁이 발생할 가능성도 있다. 이러한 점을 고려할 때, 회사분할로 기업별 노동조합의 조합원이 신설회사로 승계되더라도 기존의 노동조합이나 조합원의 법적 지위는 회사분할의 전후에 계속성을 유지하는 방향의 법형성이 필요하다.

기업변동 시 노동조합의 계속성에 관해서는 영업양도에 의해 양도된 영업에 종사하는 근로자들로 구성된 노동조합이 있는 경우 영업양도 후 그 노동조합의 지위와 관련하여 양도된 영업에 종사하는 근로자에 의해 조직된 노동조합은 영업양도 이후에도 그대로 유지되고 오직 단체교섭이나 단체협약의 권리·의무만이 종래 양도인과 노동조합과의 관계에서 양수인과 노동조합의 관계로 변경된다는 견해가 있다.51) 다만 이러한 해석은 영업의 전부가 양도되어 조합원의 전원이 양수회사로 승계되는 경우를 전제로 한 것으로 이해된다. 또한 이 견해도 영업양도 후 노동조합은 그 명칭이나 조직대상을 달리하므로 이에 따른 규약의 변경이 필요하다고 한다.

조합자치의 원칙상 노동조합의 조직대상은 노동조합 스스로 결정하는 것이 원칙이다. 따라서 특정 기업에 재직하는 근로자만을 조직대상으로 설립된 기업별 노동조합의 조합원 자격은 규약변경이 없는 한 당해 기업 에 재직하는 근로자로 보아야 할 것이다. 이러한 원칙을 일관되게 적용 할 경우, 회사분할 시 신설회사로 승계된 근로자는 회사분할의 효력발생 이후에는 분할회사의 근로자를 조직대상으로 하는 기존의 기업별 노동조 합의 조합원 자격을 상실한다고 해석할 수밖에 없을 것이다. 따라서 신

⁵¹⁾ 이병태, 「최신 노동법」(제9전정판), ㈜중앙경제, 2008, 618쪽.

설회사로 승계되는 근로자의 조합원 지위를 계속 유지하기 위해서는 기 존 노동조합이 그러한 취지로 노동조합의 규약을 변경해야만 할 것이며, 이러한 규약변경은 노동조합의 조직변경에 해당할 것이다.

그런데, 회사분할의 효력발생 이전에 규약변경을 위한 조합원 총회가 개최되는 경우에는 기존 노동조합의 전체 조합원에게 의결권이 인정되므 로 총회에서 규약변경 여부에 관하여 어떠한 의결을 하더라도 특별한 문 제가 없을 것이다. 반면, 이러한 총회가 회사분할의 효력발생일 이후에 개최되는 경우에는 신설회사로 승계된 조합원들에게 이러한 총회에 관한 의결권을 긍정할 것인지 문제될 것이다. 노동조합의 내부 갈등이 있어 회사분할을 기회로 신설회사로 승계되는 조합워을 축출하기 위하여 총회 소집을 지연하는 경우가 발생할 수 있음을 고려할 때, 신설회사로 근로 관계가 승계되는 조합원에게도 분할기일 이후에 최초로 소집되는 총회까 지는 기존 기업별 노동조합의 조합원 지위를 잠정적으로 인정할 필요가 있다고 생각한다.

3. 회사분할과 교섭대표노동조합의 지위

(1) 분할회사에서의 교섭대표노동조합 지위

분할회사와의 관계에서 회사분할이 기존의 단체교섭에 어떠한 영향을 미치는가와 관련하여 회사분할 이전에 분할회사에 존재하던 복수의 노동 조합이 회사분할 과정에서 조합원 수에 불균등한 변동이 발생하여 기존 의 교섭대표노동조합의 조합원 수가 다른 노동조합 보다 적어지는 경우 교섭대표노동조합의 지위를 계속 인정하는 것이 타당한지의 문제된다.

이러한 문제에 대하여는 먼저 분할기일 이후 상대적으로 소수의 조합 원을 가진 노동조합으로 하여금 다른 노동조합을 대표하여 분할회사와 단체교섭을 하도록 하는 것은 그 노동조합에 속하지 않은 근로자의 단체 교섭권을 제한한다는 점에서 바람직하지 않다는 입장이 가능할 것이다. 회사분할이라는 외부적 사정으로 노동조합들 사이의 조합원 수의 비율이 변경되었다는 사정을 고려할 때 이러한 입장도 설득력이 있다. 그러나 우리나라의 경우 회사분할이 사용자에 의해 일방적으로 이루어진다는 점 을 고려해보면, 회사분할의 결과 교섭대표노동조합이 교체될 수 있다는 해석은 사용자가 회사분할을 부당노동행위의 수단으로 악용하는 유인이될 수 있다는 점에서 이러한 입장은 위험성이 있다고 생각된다. 따라서, 회사분할로 인하여 노동조합의 조합원 수에 불비례적 변동이 있더라고 기존의 교섭대표노동조합의 지위는 유지된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

예를 들어, A사에 재직하는 1,000명의 근로자 중 510명은 甲노동조합 의, 490명은 乙노동조합의 조합원인 경우를 가정해 보자. 만일 A사가 甲 노동조합의 조합활동을 혐오하여 물적분할의 방식으로 B사를 신설하고 작업공정의 일부를 B사로 승계하면서 甲노동조합의 조합원 30명만 B사 로 승계시킨다면 분힐기일 이후 A사에 잔류하는 970명의 근로자 중 480 명은 甲노동조합의 조합원이고 490명은 乙노동조합의 조합원이므로 과반 수노동조합이 甲노동조합에서 乙노동조합으로 변경된다. 만일 회사분할 당시 교섭창구단일화 절차가 진행 중이라면 회사분할의 분할기일과 창구 단일화를 위한 조합원 수 계산의 기산일을 비교하여 (1) 분할기일이 조합 원 수 계산의 기산일보다 앞선다면 회사분할로 변경된 조합원 수를 기준 으로 乙노동조합을 교섭대표노동조합으로 결정해야 할 것이고 ② 반대로 분할기일이 조합워 수 계산의 기산일보다 나중이라면 甲노동조합을 교섭 대표노동조합을 결정하여야 할 것이다. 그런데, 후자의 경우처럼 분할기 일 이전에 교섭창구단일화 절차를 거쳐 甲노동조합이 교섭대표노동조합 으로 결정되었다면 이후 회사분할로 甲노동조합의 조합원 수가 乙노동조 합의 조합원 수보다 적어진다고 하더라고 甲노동조합의 교섭대표노동조 합으로서의 지위는 변동이 없다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 신설회사에서의 교섭대표노동조합 지위

신설회사와의 관계에서 회사분할 이전의 교섭대표노동조합이 분할기일 이후에도 교섭대표노동조합의 지위를 갖게 되는지 문제된다. 물론, 기존 의 교섭대표노동조합이 기업별 노동조합인 경우에는 당해 노동조합은 개 념상 신설회사의 근로자가 가입한 노동조합이 아니므로 이러한 문제가 발생하지 않을 것이다. 그러나, 기존의 교섭대표노동조합이 초기업별 노 동조합이라면 신설회사와의 관계에서도 당해 노동조합이 여전히 노동조 합의 지위를 갖는다. 물론 기존의 노동조합이 기업별 노동조합인 경우에 도 규약변경을 통해 신설회사의 근로자로 조직대상을 확장한다면 신설회 사와의 관계에서 노동조합의 지위를 갖게 될 것이다.

기존의 노동조합이 회사분할 이전에 분할회사와의 관계에서 교섭대표 노동조합의 지위를 획득한 경우 신설회사에 대한 관계에서도 교섭대표노 동조합으로 인정될 수 있는지 문제된다. 그런데, 신설회사는 회사분할로 새로이 설립된 회사라는 점을 고려할 때 신설회사에서의 단체교섭은 분 할회사에서 진행되던 기존의 단체교섭과는 별개라고 이해하는 것이 합리 적이다. 따라서 기존의 노동조합이 분할회사와의 관계에서 교섭대표노동 조합의 지위에 있다고 하더라도 이를 이유로 신설회사에 대해서도 당연 히 교섭대표노동조합의 지위를 갖는다고 볼 수는 없다고 생각한다. 따라 서 기존의 노동조합은 분할기일 이후에 신설회사를 상대로 새로이 단체 교섭을 요구하고, 이에 대하여 신설회사는 노동조합법상 교섭창구단일화 절차를 새로이 진행하여 독자적으로 교섭대표노동조합을 결정해야 할 것 이다

4. 신설회사 근로자에 대한 분할회사의 사용자성

(1) 논의의 범위: 물적분할

회사분할 시 분할신주를 분할회사의 주주들에게 배정하는 인적분할의 경우에는 회사분할의 결과 분할회사와 신설회사는 주주의 구성이 동일한 계열회사의 관계에 있게 될 뿐이므로 신설회사의 근로자에 대한 분할회 사의 사용자성을 논할 실익은 크지 않다. 그러나 분할신주를 분할회사 자체에 배정하는 물적분할의 경우에는 회사분할로 분할회사가 신설회사 의 주식을 100% 보유하는 완전모회사가 된다는 점에서 종래 모자회사에 관한 집단법상 사용자 개념의 확장론이 문제된다.

(2) 노동조합법상 사용자

노동조합법 제2조 제2호는 "'사용자'라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다'고 규정하여 사용자의 종류를 열거할 뿐 노동조합법상 사용자 개념의 내포를 제시하고 있지 않다. 따라서 노동조합법상 사용자의 개념은 해석에 맡겨져 있다. 그런데, 노동조합법상 사용자 개념에 관하여 학계의 주류적인 입장은 노동조합상 사용자의 개념의 외연이 근로계약의 일방당사자로서의 사용자 내지 근로기준법상 사용자 보다는 넓다고 파악하고 있다. 다만, 노동조합법상 사용자 개념의 외연을 어느 범위까지 넓힐 것인가에 관해서는 지배력설과 대향관계설의 두 가지 견해가제시되고 있다.52)

지배력설은 노동관계에 대하여 지배력을 가지는지 여부를 기준으로 노동조합법상 사용자성을 판단하는 견해이다. 이러한 견해에는 부당노동행 위는 근로계약상의 위법행위가 아니라 집단적 노사관계법에 특유한 위법 행위이기 때문에 현실적인 근로계약의 당사자인가 여부로서 사용자 개념의 기준을 정할 수 없으므로 근로관계 상의 제 이익에 대해 실질적 영향력 내지 지배력을 가질 수 있는 지위에 있는 자도 사용자로 보아야 한다거나,53) 근로계약을 중심으로 하는 근로기준법상의 사용자와 집단적 노사관계를 중심으로 하는 사용자는 그 기능과 법률관계를 달리하며 단체교섭의 당사자가 되는 사용자는 그 기능과 법률관계를 달리하며 단체교섭의 당사자가 되는 사용자는 근로계약에 의하여 근로자들을 채용한계약상의 당사자는 물론이고 근로계약의 사실적 존부와는 관계없이 계속적으로 취업관계에 있는 근로자들에 대하여 지배적 지위에 있으면서 그들의 근로조건을 결정하는 자도 단체교섭상의 사용자라 할 수 있다거나,54) 근로계약상 사용자가 아니라도 이와 근접·유사한 지위에 있는 자도 근로조건에 대하여 현실적·구체적인 지배력을 행사는 경우에는 부당노동행위 금지규정상 사용자에 해당한다고 한다.55)

한편, 일본에서 지배력설을 비판하며 제기된 대향관계설(對向關係說)은

⁵²⁾ 학설의 상세는 도재형, 「노동법의 회생」, 이화여자대학교출판문화원, 2018, 120쪽 이하 참조.

⁵³⁾ 김유성, 『노동법Ⅱ』(전정증보판), 법문사, 1999, 320쪽.

⁵⁴⁾ 김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018, 1275쪽.

⁵⁵⁾ 임종률, 『노동법』(제18판), 박영사, 2020, 283쪽.

근로자의 자주적인 단결에 관련하여 '대향관계'에 있는 자를 부당노동행 위의 사용자로 본다. 이 입장은 지배력설이 중심적으로 검토하는 사용자 의 지배력 내지 영향력이 미치는 근로관계상의 제 이익이란 것이 결국 인사와 근로조건에 중점이 있다는 점을 문제로 지적하면서, 집단적 노사 관계의 측면에서의 권리와 이익도 포함하는 지배력의 개념이 요청된다고 하다.56)

이 견해는 부당노동행위 제도가 주로 보호하려는 것이 일반적인 근로 자의 단결활동임에도 위의 지배력설은 주로 근로조건과 같은 개별적 권 리의 문제로 협소화시키고 있다고 비판하고, 근로자의 단결에 대향하는 사용자 측에 속하고 가접적으로라도 당해 노동관계에서의 노동조합이나 조합원의 이익에 지배력 내지 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자를 노동조합법상 사용자로 인정하여야 한다고 주장한다.57) 이 견해에 의하 면 근로조건뿐 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자도 노동조합법상 사용자에 해당한다.

(3) 법인격부인론의 노동법에의 적용

법인격부인론(piercing the corporate veil)이란 법인이 법인격이 부여한 목적의 범위를 넘어서 불법적으로 법인격을 이용하고 있다고 인정되는 경우 특정 법률관계에 대하여 그 법인격을 부정하고 법인격이 있는 법인 에게 법인격이 없는 것처럼 취급하는 법리이다. 그런데, 법인격부인은 실 제로는 법인격이 부인되는 것이 아니라 주주의 유한책임이 부정되는 것 이다. 주식회사 제도는 역사적으로 주주의 책임을 주금 납입의 간접책임 으로 제한하는 동시에 주식의 양도를 자유롭게 함으로써 불특정 다수인 으로부터 자본의 축적을 용이하게 하는 기능을 담당하고, 이러한 주주의 유한책임의 전제로 소유와 경영이 '필연적으로 분리'된 것으로 이해되며, 이와 같이 제3자와의 관계에서 주주가 익명이라는 점이야말로 주주의 유

⁵⁶⁾ 윤애림, "'노동조합 및 노동관계조정법'의 '근로자'와 '사용자'", 『민주법학」 제56호, 2014. 11, 237쪽.

⁵⁷⁾ 김선수, "단체교섭 상대방으로서의 사용자 개념의 확대", 『노동법의 쟁점과 과제』(김유성 교수 화갑기념논문집), 법문사, 2000, 350쪽.

한책임의 근거라고 할 것이다.

주식회사 법제에 있어 주주의 유한책임은 기본적으로 '소유와 경영의 분리'를 전제로 한 것이다. 따라서 주주가 회사의 법인격 뒤로 숨기 위해 서는 '소유와 경영의 분리', 즉 주주가 경영을 하지 않을 것이 전제되어 야 할 것이다. 만일 주식회사의 지배주주가 직접 경영을 하면서 주식회 사의 법인격 뒤에 숨는 것은 유한책임제도의 남용으로 평가될 여지가 있 다. 따라서 주주의 유한책임을 배제하기 위하여 엄격하게 회사의 법인격 의 형해화를 요구할 이유는 없다고 생각한다.

일본의 하급심 판결 중에는 집단적 노사관계에서 법인격부인론을 원용 하여 모회사의 단체교섭 응낙 의무를 긍정한 사례가 있다. 오사카 고등 재판소는 칸사이 오노다 레미콘 사건58)에서 형식적으로는 별개의 회사이 지만 사실상 동일기업의 일부분으로 볼 수 있는 관계, 즉 자회사의 법인 격이 형해화된 경우에는 자회사의 근로자에 대하여 모회사가 단체교섭응 낙의무가 있다고 판시하였다. 이 사건은 자회사의 법인격부인 법리의 적 용을 긍정한 사례이다. 한편, 후나이 전기 사건59)에서 도쿠시마 지방재판 소는 모회사가 자회사 근로자를 직접적으로 지배하고 있지는 않더라도 모회사와 자회사와의 밀접한 관계에 주목하여 모회사에게 단체교섭 응낙 의무를 인정하기도 하였다. 이 사건은 자회사 A는 모회사인 후나이 전기 가 100% 출자하여 설립한 자회사 A가 별도의 법인 B로 분리독립 하였 는데, 후나이 전기는 B회사의 주식을 제3자에게 양도하였고(이후 다시 30%를 사들였다), B회사는 이후 도쿠시마 지방재판소에 회사경정절차의 개시를 신청하였다. 이에 대하여 B회사의 노동조합은 원래의 모회사인 후나이 전기에 대하여 단체교섭을 요구하였던바. 후나이 전기는 이 단체 교섭 요구에 대하여 근로계약의 당사자가 아니라는 이유로 이를 거부하 였다. 이에 대하여 법원은 ① B회사는 기술과 자재의 제공을 후나이 전 기의 자회사에게 의뢰하고 있었다는 것, ② 제조공정도 상세하게 후나이 전기의 지시를 받았다는 것, ③ 근로자들이 예전에는 A사에 고용되었다 는 것, ④ 회사경정절차에서의 경정채권자는 후나이 전기뿐이라는 것, ⑤

⁵⁸⁾ 関西小野田レミコン事件: 大阪高判 1983. 5. 10. 59) 船井電機事件: 徳島地決 1987. 7. 14.

후나이 전기는 B회사와 함께 근로자의 고용확보를 보증한다는 취지의 협 정을 체결하였다는 것 등을 인정하면서, "이상과 같은 사실관계에 비추어 보면, B회사는 그 경영 전부를 후나이 전기에게 의존하고 있고, 후나이 전기와는 별개의 회사이기는 하지만 양자 사이에는 모자회사 이상의 밀 접한 관계가 존재하며, B회사의 존속 나아가 근로자의 고용확보는 후나 이 전기의 의향에 달려 있다고 해도 과언은 아니다. 그렇다고 한다면 후 나이 전기와 B회사의 근로자 간에 직접적인 고용관계가 있는지 여부가 문제되기는 하지만, 후나이 전기는 B회사의 근로자로 조직된 노동조합과 의 사이에는 적어도 B회사 근로자의 고용확보에 관한 단체교섭의 상대방 인 사용자에 해당하는 지위에 있다"라고 판시하였다.60)

(4) 자회사 근로자에 대한 모회사의 사용자성

모자회사 관계에서 노동관계법상 사용자개념의 확장은 자회사의 노동 조합이 모회사를 상대로 단체교섭을 요구한 경우 모회사가 이에 응할 의 무를 지는가와 관련하여 주로 논의되어 왔다.

모회사는 본질적으로 자회사들에 대한 경영간섭 및 통제를 예정하고 있다. 모회사가 자회사의 주식을 상당 부분 보유하고 임원의 임명 등을 통하여 동일한 이사 또는 경영자에 의한 일상적인 지배(common control) 가 이루어지는 상황이라면, 모회사를 자회사 근로자에 대한 사용자로 궁 정할 필요가 있다. 특히, 모회사가 자회사의 근로관계에 관하여 실질적 결정권을 보유하고 있고 실제로 그 산하의 자회사는 모회사의 결정을 집 행하는 역할을 수행하는 경우에는 모회사와 자회사 근로자 사이에 직접 적인 근로계약이 존재하지 않는다는 이유만으로 자회사 근로자들이 모회 사에 대하여 아무런 노동법상의 권리를 행사할 수 없다고 보아서는 아니 될 것이다.

판례는 소사장제와 관련한 경기화학공업 사건61)이나 인사이트코리아 사건62)에서 기존 기업이 경영합리화라는 명목으로 소사장 법인을 설립한

⁶⁰⁾ 이 결정의 상세한 내용은 박제성·박지순·박은정, 「기업집단과 노동법」, 한국 노동연구원, 2007, 148쪽 참조.

후 그 소속 근로자들에게 직접임금을 지급하고, 인사 및 노무관리에도 구체적이고 직접적인 관리·감독을 하여 온 경우 기존 기업이 소사장 법인 소속 근로자들에 대한 관계에서도 사용자의 지위에 있다고 판시하거나, 모회사인 사업주가 업무도급의 형식으로 자회사의 근로자들을 사용하였으나 실질적으로는 위장도급으로서 사업주와 근로자들 사이에 직접 근로계약관계가 존재한다고 판단하였다. 이러한 논리를 모자회사 관계에 적용하면 모회사의 자회사에 대한 지배·개입의 정도가 모회사가 자회사의 근로관계에 관하여 실질적 결정권을 보유하고 있고 실제로 그 산하의 자회사는 모회사의 결정을 집행하는 역할을 수행하는 정도에 이를 경우에는 동일한 결론에 이를 수 있을 것이다. 다만, 판례에 의하면 법인격부인 법리에 근거하여 모회사의 사용자성을 인정하기 위해서는 자회사의 법인격이 형해화될 것이 요구되는바, 현실적으로 독자적인 사업을 영위하는 자회사의 법인격이 형해화 되었다고 인정되는 경우는 드물 것이다.

그런데, 법인격부인은 실제로는 법인격이 부인되는 것이 아니라 주주의 유한책임이 부정되는 것이다. 주식회사 법제에 있어 주주의 유한책임은 기본적으로 '소유와 경영의 분리'를 전제로 한 것이다. 따라서 주주가회사의 법인격 뒤로 숨기 위해서는 '소유와 경영의 분리', 즉 주주가 경영을 하지 않을 것이 전제되어야 할 것이다. 만일 주식회사의 지배주주가 직접 경영을 하면서 주식회사의 법인격 뒤에 숨는 것은 유한책임제도의 남용으로 평가될 여지가 있다. 따라서 주주의 유한책임을 배제하기위하여 엄격하게 자회사의 법인격이 형해화 될 것을 요구할 이유는 없다고 생각한다.

Ⅳ. 회사분할과 단체협약

1. 문제의 소재

_______ ⁶²⁾ 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

분할회사와 노동조합 간에 체결된 기존 단체협약의 관련하여서는 ① 회사분할 시 그러한 단체협약의 '규범적 부분'이 신설회사로 승계된 근로 자와 신설회사 간에도 효력을 갖는지 및 ② 그러한 단체협약의 '채무적 부분'이 신설회사로 승계되거나 또는 신설회사와 노동조합 간에 단체협 약이 체결된 것으로 볼 수 있는지 등이 문제되고 있다. 그런데, 헌법 제 33조 제1항은 단체교섭권을 기본권으로 보장하고 있고, 따라서 단체협약 은 단순한 계약이 아니라 단체교섭권 행사의 결과물이라는 점을 고려할 때, 회사가 일방적으로 회사분할을 실시하였음을 근거로 기존 단체협약의 적용대상을 사실상 축소시키는 것은 단체교섭권을 기본권으로 보장하는 헌법질서에 부합하지 않는다. 따라서 회사분할 시 단체협약을 어떻게 취 급할 것인가의 문제는 기본적으로 단체교섭권의 '최대보장'이라는 관점에 서 접근하는 것이 타당할 것이다.

2. 단체협약의 규범적 부분의 취급

(1) 학설과 판례

회사분할 시 단체협약의 규범적 부분의 취급에 대해서는 학설은 대체 로 영업양도시 단체협약의 규범적 부분의 승계와 유사하게 접근하는 경 향을 보인다. 영업양도시 단체협약의 규범적 부분의 승계에 관하여는 ① 노동조합과 양도인 간에 체결한 단체협약은 양수인에게 그대로 승계되어 효력이 인정된다는 승계긍정설과 ② 영업양도 이후에는 노동조합과 기존 사용자 사이의 관계가 소멸되므로 소멸된 사업장에서 존재하고 있던 단 체협약이 별개의 당사자인 양수인에게 승계된다는 것은 타당하지 아니하 다거나,63) 영업양도로 협약당사자 중 일방의 변화가 발생하는 경우에는 단체협약의 승계가 발생할 여지가 없다는 승계부정설이 주장된다.64) 이 외에 영업양도시 단체협약의 내용 가운데 채무적 부분은 소멸되지만 근

⁶³⁾ 유성재, 「사업양도시 고용승계에 관한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2000, 86쪽.

⁶⁴⁾ 박종희·김소영, 「기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제」, 한국노동연구원, 2000, 36쪽.

로조건에 관한 규범적 부분은 단체협약의 효력발생과 함께 근로관계의 내용으로 화체되어 영업양도 후에도 그대로 존속한다고 보는 화체설이 주장되고 있는바,65) 이에 의하면 양수인은 양도 이전의 단체협약에 의해 그 효력이 보장된 근로조건의 유지를 근로관계의 승계와 함께 집단적으로 인수한 것이라고 한다.

한편, 판례는 "일반적으로 근로자를 그대로 승계하는 영업양도의 경우에 있어서도 특별한 사정이 없는 한 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것이라고 보아야 할 것"이라 판시하여 기본적으로 영업양도시 단체협약의 승계를 인정하고 있으며,660 영업의 일부양도에 관해서도 개별적 근로관계뿐만 아니라 집단적 근로관계 역시 원칙적으로 승계되므로 단체협약상의 권리의무는 당연승계된다고 판시한 하급심 판결이었다.670 고용노동부도 회사분할에 따른 단체협약의 승계 여부에 관하여분할회사와 신설회사의 사용자 간에 별도의 약정이 없는 한 분할회사와노동조합 간에 체결한 단체협약이 신설회사의 사용자에게 자동승계된다고 보기는 어려울 것이나, 단체협약의 내용 중 규범적 부분은 노사 간별도의 합의 등 달리 볼 사정이 없는 한 개별 근로자의 근로조건으로 그효력이 유지된다는 해석을 제시한 바 있다.680

(2) 검토

비교법적으로 독일 민법 제613a조 제1항 제2문은 단체협약의 법규범 또는 사업장협정에 의하여 규율되는 권리의무는 새로운 경영주와 근로자 사이의 근로관계의 내용이 되며, 양도 후 1년이 경과하기 전에는 근로자 에게 불리하게 변경될 수 없다고 규정하고 있다. 이에 따르면 단체협약 에서 규정하고 있는 권리와 의무는 새로운 사업주와 근로자 사이에서 개 별법상 효력을 갖는다. 일본의 근로계약승계법 제6조는 분할회사가 분할 계획서 등에 단체협약 중 승계되는 부분을 기재할 수 있다고 규정하면서,

⁶⁵⁾ 이병태, 앞의 책, 622쪽.

⁶⁶⁾ 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누4508 판결.

⁶⁷⁾ 서울지방법원 남부지원 1998. 11. 24. 선고 98가단28156 판결.

^{68) 2007. 3. 27} 노사관계법제팀-1042.

단체협약의 규범적 부분에 대해서는 해당 노동조합 조합원인 근로자와 분할회사 간의 근로계약이 신설회사로 승계될 경우 신설회사와 해당 노 동조합 사이에 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 간주하는 것으 로 규정하고 있다.

일본 근로계약승계법 제6조와 같이 법률로 신설회사와 신설회사로 승 계된 근로자 간에 단체협약이 체결된 것으로 간주한다는 취지의 규정이 없는 우리나라에서는 기존 단체협약의 규범적 부분은 근로관계에 화체되 어 회사분할로 신설회사에 승계된 근로자와 신설회사 사이의 근로조건으 로 계속 적용된다고 해석하는 것이 무리가 없는 해석이라고 생각한다. 다만, 화체설에 의하면 기본 단체협약의 규범적 부분은 근로관계의 내용 으로 화체되어 회사분할 이후 근로계약의 내용으로 존속할 뿐이므로 신 설회사는 개별 근로자의 동의만으로 이러한 근로조건을 변경할 수 있게 될 것이다. 이러한 결론은 신설회사로 승계된 근로자의 입장에서는 근로 조건 저하의 위험으로 기능할 것인다. 따라서 근로자의 기득의 이익의 보호의 관점에서 기존의 단체협약이 예정한 존속기간 중에는 단체협약의 개정 없이 근로자의 개별 동의만으로 이러한 근로조건을 근로자에게 불 리하게 변경할 수 없다는 방향의 법형성을 모색할 필요가 있을 것이다. 종국적으로는 독일 민법 제613a조 제1항 제2문이나 일본 근로계약승계법 제6조와 같이 입법으로 보완할 필요가 있다.

3. 단체협약의 채무적 부분의 취급

(1) 논의의 범위

단체협약의 채무적 부분은 단체협약의 내용 중 사용자와 노동조합 사 이의 권리·의무를 규정한 부분이다. 회사분할을 전후하여 분할회사와 노 동조합 간에 채무적 부분의 승계 등에 관하여 합의가 있는 경우에는 그 러한 합의에 따르면 될 것이나. 우리나라 상법은 회사분할 절차에 관하 여 노동조합의 참여권 등을 규정하고 있지 않으므로 회사분할 과정에서 단체협약의 채무적 부분의 처리에 관한 합의가 강제되지는 않는다. 따라 서 이러한 합의가 없는 경우 회사분할 시 기존 단체협약상 채무적 부분 의 취급은 해석에 맡겨져 있다고 할 것이다. 그런데, 기존의 노동조합이 기업별 노동조합인 경우에는 당해 노동조합은 개념상 신설회사의 근로자 가 가입한 노동조합이 아니므로 채무적 부분의 신설회사로의 승계는 문 제되지 않을 것이다. 그러나, 기존의 노동조합이 초기업별 노동조합이라 면 신설회사와의 관계에서도 당해 노동조합이 여전히 노동조합의 지위를 갖게 되므로 채무적 부분의 신설회사로의 승계를 검토할 실익이 있다.

먼저, 회사분할로 기존의 분할회사가 두 개 이상의 회사로 분리된다고 하더라도 회사분할 이전의 기존회사와 존속회사(분할회사)는 그 법인격자체가 그대로 유지되므로 기존 단체협약은 분할회사와 기존 노동조합사이에 그대로 유지될 것이다. 한편, 단체협약의 '승계'라는 말을 이전적승계라는 의미로 이해할 경우 기존의 단체협약이 신설회사로 승계한다는 것은 분할회사와 노동조합 사이의 관계에서는 기존의 단체협약이 상대적으로 소멸함을 의미하게 되므로 노동조합과의 합의 없이 회사분할 시 단체협약의 채무적 부분이 신설회사로 승계된다는 해석은 취하기 어렵다. 다만, 승계라는 말을 '설정적 승계'의 의미로 사용한다면, 즉 분할회사와노동조합 사이에 기존 단체협약 관계는 그대로 유지하되, 신설회사가 기존 단체협약의 채무적 부분의 이행에 대하여 분할회사와 연대하여 책임을 지도록 하거나 노동조합 간에 새로운 단체협약이 체결된 것으로 간주하는 방식의 법형성의 가능성 내지 입법의 필요성을 검토할 필요가 있다.

(2) 하급심 결정례의 검토

가. 하급심 결정례

최근 회사분할 시 단체협약의 채무적 부분의 승계를 부정하는 취지의하급심 결정이 있었는바, 먼저 전국금속노동조합이 현대중공업의 회사분할을 통하여 신설된 3개 회사를 상대로 단체협약상 지위의 보전을 구한가처분 신청사건에서 서울중앙지방법원은 상법 제530조의9 제1항에 따라연대책임이 인정되는 채무는 변제가 가능한 금전채무일 것을 전제로 하나 현대중공업이 단체협약에 따라 노동조합에게 부담하는 의무는 성질상금전채무로 보기 어려운 것이고, 단체협약은 회사의 규모, 조직, 영업형태와 근로자들의 요구사항 등 다양한 변수에 따라 세부적인 내용은 크게

달라질 수 있어 사용자와 노동조합에 일신전속적인 성격이 강하므로 분 할회사가 노동조합과 단체협약의 승계 여부에 대하여 합의를 거쳐 분할 계획서에 단체협약이 승계됨을 명시하지 않는 이상 단체협약상의 지위는 신설회사에 승계되지 않는다고 보아 사건을 전부 기각하였다(서울중앙지 방법원 2017. 9. 11.자 2017카합80551 결정, 이하 "현대중공업 사건"이 라고 함).

다음으로, 전국금속노동조합과 전국금속노동조합 한국지엠지부가 한국 지엠의 회사분할로 신설된 회사를 상대로 제기한 단체협약상 지위 보전 의 가처분 신청에 대하여 인천지방법원은 ① 분할회사의 채무가 금전채 무이거나 금전채무로 전환될 수 있는 성질의 것이라면 상법 제530조의9 제1항이 적용되지만 여기에 해당하지 않는 채무라면 상법 제530조의10의 일반규정에 따라 승계되는 채무의 범위를 판단하여야 하고, ② 단체협약 의 채무적 부분이 그 계약을 체결한 당사자 사이에서만 유효함이 원칙인 이상 신설회사가 분할회사와 구분되어 새로운 법인격을 갖는 법적 주체 로 설립된 상황에서 기존 단체협약이 그 당사자가 아닌 전적된 근로자들 이나 신설회사에게 효력을 갖기 위해서는 별도의 규정이나 합의가 필요 하며, ③ 단체협약의 채무적 부분은 다수의 법적 주체가 '연대하여' 변제 책임을 부담할 수 있는 유형의 채무로 보이지 않고, ④ 노동조합법에 채 무적 부분의 승계를 인정하는 명문 규정이 없어 그와 같이 해석할 만한 근거를 찾기 어려운 반면 노동조합이 분할되어 종전의 조직적 동일성이 그대로 유지된다고 보기 어려운 경우에는 기존의 노동조합과 사용자 사 이에 체결한 단체협약의 효력도 상실된다고 보는 것이 일반적이라는 이 유로 사건을 기각하였다(인천지방법원 2019. 4. 11.자 2019카합10014 결 정, 이하 "한국지엠 사건"이라고 함).

나 검토 및 비판

1) 상법 제530조의9 제1항 관련

상법 제530조의9 제1항은 회사가 분할되고 분할회사가 분할 후에도 존속하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 회사의 책임재산은 분할회사와 신설회사의 소유로 분리되는 것이 일반적이므로 회사채권자를 보호하기

VVVV

위하여 분할회사와 신설회사가 회사 채무에 관하여 연대책임을 지는 것을 원칙으로 정하고 있다. 이 규정은 회사분할로 인하여 분할회사의 책임재산의 일부가 신설회사로 이전되어 분할회사의 회사채권자에게 피해를 줄 수 있기 때문에 신설회사에게 법정의 연대책임을 부과한 것이다. 그런데, 상법 제530조의9 제1항의 적용범위와 관련하여 위 결정들은 상법 제530조의9 제1항에 따라 연대책임이 인정되는 채무는 변제가 가능한 금전채무일 것을 전제로 단체협약의 채무적 부분에 해당하는 각종 의무는 금전채무로 보기 어려우므로 위 조항의 적용을 받지 않는다고 판단하였다. 이러한 판단을 긍정하는 견해도 있지만,60) 상법 제530조의9 제1항에 의하여 신설회사가 연대책임을 부담하는 채무가 '금전채무'이어야만한다는 해석은 다툼의 여지가 있다.

상법 제530조의9 제1항의 적용범위에 관한 종래의 판례를 살펴보면, 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결은 "분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사가 상법 제530조의9 제1항에 의하여 각자 분할계획서나 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지는 경우, 이는 회사분할로 인하여 채무자의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권 회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 부과된 법정책임으로서 특별한 사정이 없는 한 그 법정 연대책임의 부담에 관하여 분할회사와 신설회사 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 분할회사와 신설회사는 각자 분할계획서나 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무 에 대하여 부진정연대관계에 있다고 봄이 상당하다."고 판시하여 회사분 할의 경우 상법 제530조의9 제1항에 의하여 분할회사는 계약책임을 신설 회사는 책임재산 감소에 따라 피해가 우려되는 채권자보호 차원에서 법 정연대책임을 '각자' 부담하게 된다는 점을 밝히고 있으며, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다71660 판결은 "상법 제530조의9 제1항에 따라 주식 회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사와 존속하는 회사

⁶⁹⁾ 방준식, "회사분할과 단체협약의 승계 -대상판례: 현대중공업 가처분 사건, 서울중앙지판 2017. 9. 11, 2017카합80551-", 「노동법이론실무학회 제40회 정기학술대회 자료집」, 2018. 1, 60쪽.

가 회사채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 분할 또는 분할합병 전 의 회사 채무에는 회사분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 발생하였으 나 분할 또는 분할합병 당시에는 아직 그 변제기가 도래하지 아니한 채 무도 포함된다고 할 것이고, 나아가 회사분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 아직 발생하지는 아니하였으나 이미 그 성립의 기초가 되는 법률관 계가 발생하여 있는 채무도 포함된다고 할 것이다."라고 판시하여 회사분 할의 효력발생 이전에 체결된 계속적 계약에 근거한 개별채무도 연대책 임의 대상이 된다는 점을 밝히고 있다.

이러한 판결들을 종합해 보면, 회사분할의 효력발생 이전에 체결된 계 속적 계약에 근거한 개별채무도 연대책임의 대상이 되고, 이러한 연대책 임의 성격은 분할회사가 본래 부담하는 계약책임과 채권자보호 차원에서 신설회사가 부담하는 법정책임의 부진정연대의 관계에 있다. 따라서 이러 한 부진정연대의 대상이 되는 채무를 금전채무로 제한해야 할 논리필연 적인 이유는 찾기 어렵다. 굳이 '연대하여 변제할 책임이 있는 채무'의 범위를 해석으로 제한한다면 변제의 가능성이 아니라 타인에 대하여 행 사하는 것이 허용될 수 있는가의 관점에서 접근하는 것이 옳다고 생각한 다. 그런데, 상법 제530조의9 제1항이 처음부터 노동관계에 적용됨을 예 정하고 입법된 것이 아니라고 생각한다. 따라서, 단체협약의 채무적 부분 의 승계에 관하여 상법 제530조의9 제1항의 적용을 부정한 결론 자체가 잘못되었다고 생각하지는 않는다. 다만, 상법 제530조의9 제1항의 취지 가 회사분할로 인하여 분할회사의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권 회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 법정책임을 부 과하는 데 있다는 점을 고려할 때 위 조항을 회사분할 시 단체협약의 채 무적 부분에 유추적용하는 것은 충분히 허용되는 법형성이라고 생각한다.

2) 상법 제530조의10 관련

법원은 상법 제530조의10의 해석과 관련하여 단체협약의 채무적 부분 은 사용자와 노동조합에 일신전속적인 성격이 강하므로 분할계획서에 "일체의 권리·의무가 이전된다."라는 추상적인 기재가 있다고 하더라도 단체협약의 당연승계를 인정하기 어렵다고 판단하면서 분할회사와 노동

VVVV

조합이 단체협약의 승계 여부에 대하여 합의를 거쳐 분할계획서에 단체 협약이 승계됨을 명시하지 않는 이상 단체협약상의 지위는 신설회사에 승계되지 않는다고 판단하였다. 그런데, 이러한 판단에 대해서는 회사분 할에 따른 근로관계의 승계에 관하여 상법 규정의 적용을 전제로 포괄승 계의 원칙을 제시한 2013년 판결과 모순된다. 개별 근로관계도 일신전속 적인 성격이 강하기는 마찬가지이기 때문이다. 물론, 상법 제530조의10 또한 노동관계에 적용될 것을 예정하여 입법된 규정은 아니라는 점에서 단체협약의 채무적 부분의 승계와 관련하여 상법 제530조의10의 적용을 부정한 법원 판단의 결론을 탓하기는 어려우며, 오히려 상법 제530조의 10을 근로관계의 승계에 직접 '적용'한 2013년 판결이 법해석을 가장한 법형성으로 법학방법론적으로 심각한 문제가 있다고 할 것이다(이에 관 해서는 후술한다).

(3) 회사분할 시 단체협약의 채무적 부분의 처리방안

가. 분할회사와 노동조합 간에 합의가 있는 경우

단체협약의 채무적 부분은 사용자와 노동조합 간의 권리·의무를 규정한 부분인바, 회사분할의 과정에서 분할회사와 노동조합 간에 이러한 채무적 부분의 승계 등에 관하여 합의가 이루어진 경우에는 단체협약의 채무적 부분은 그러한 합의에 따라 처리하면 충분할 것이다.

나. 분할회사와 노동조합 간에 합의가 없는 경우

분할회사나 노동조합의 거부로 단체협약의 채무적 부분의 승계에 대한 합의가 이루어지지 않을 경우에는 단체협약의 채무적 부분이 신설회사로 그대로 승계된다고 보기 어렵다. 한편, 현행 상법 규정은 분할계획서에 단체협약의 승계에 관한 사항을 기재할 것을 예정하고 있지 않기 때문에 분할계획서에 단체협약의 승계에 관한 기재 여부는 법적으로 의미가 없다. 만일 분할회사가 분할계획서에 일방적으로 기재한 단체협약의 채무적 부분의 승계에 관한 기재가 효력이 있다고 한다면, 이는 분할회사가 일 방적으로 단체협약의 내용을 변경할 수 있음을 허용하는 것과 다를 바 없게 될 것이다. 특히, 금지되지 않은 것은 허용되는 계약법의 영역과 달

리 회사분할은 다수의 이해관계자에게 영향을 미치는 조직법(단체법)의 영역에 속하는 사항이므로 강행법규성이 강하다. 따라서 회사분할에 관한 규정은 '법률로 금지되지 않는 사항은 허용된다'고 해석할 영역이 아니라 '법률이 명시적으로 허용한 것이 아니면 할 수 없다'는 방식으로 해석되 어야 하는 영역이다. 따라서 분할회사가 작성한 분할계획서에 분할회사가 일방적으로 단체협약의 채무적 부분의 승계 여부를 기재하였다고 하여 이러한 기재에 어떠한 법률효과가 발생한다고 보기는 어렵다.

다. 상법 제530조의9 제1항의 유추적용의 필요성

아주 단순하게 보면 단체협약의 채무적 부분은 사용자와 노동조합 사 이의 약속에 관한 부분이다. 약속은 지켜져야 하므로 회사분할을 이유로 회사가 부담하던 채무가 소멸할 수는 없다. 제530조의9 제1항은 회사채 권자의 이해를 보호하기 위하여 회사분할 이전에 존재하던 채무는 분할 회사와 신설회사가 연대하여, 즉 공동의 책임으로 변제할 것을 원칙으로 규정한다. 따라서 단체협약의 채무적 부분에 관하여는 상법 제530조의9 제1항의 유추적용의 방법으로 고려할 필요가 있다.

상법 제530조의9 제1항의 취지가 회사분할로 인하여 분할회사의 책임 재산에 변동이 생기게 되어 채권 회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 신설회사에 법정의 연대책임을 부과하는데 있음을 고려 하면, 위 조항을 근거로 단체협약의 채무적 부분에 관하여 회사분할 시 분할회사와 노동조합 간에 합의가 있으면 이에 따르되. 그러한 합의가 없는 경우에는 분할회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약이 적용됨은 물론 이에 중첩하여 신설회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약과 동일 한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 의제하는 법형성도 가능할 것으로 생각한다.

일본의 근로계약승계법 제6조 제3항은 이러한 접근을 실정법으로 입법 한 것으로 평가할 수 있을 것이다. 일본은 근로계약승계법 제6조에서 회 사분할 시 단체협약의 승계 문제를 규정하고 있다. 먼저, 분할회사는 분 할계약 등에 해당 분할회사와 노동조합 간에 체결된 단체협약 중 신설회 사가 승계하는 부분을 정할 수 있고(동법 제6조 제1항), 단체협약의 채무

VVOIL

적 부분에 관해서는 분할회사와 노동조합 간에 채무적 부분의 전부 또는 일부를 분할계약 등의 규정에 따라 신설회사로 승계하는 취지의 합의가 있는 경우에는 신설회사에 승계된다(동법 제6조 제2항).

여기서 신설회사가 단체협약의 채무적 부분의 '전부'를 승계한다는 것은 단체협약의 원래의 협약당사자인 분할회사와 노동조합의 사이에서 '채무적 부분'에 관한 법률관계를 전부 소멸시키는 한편 그러한 법률관계를 신설회사에게 전부 이전적으로 승계함을 의미하는 것이다. 한편, 단체협약의 채무적 부분의 '일부'를 승계한다는 것은 채무적 부분의 일부를 신설회사에게 승계시키는 동시에 신설회사에 승계되지 않은 나머지 부분은 원래의 협약당사자인 분할회사와 노동조합 사이에 계속 유지되는 것을 의미한다.70)

이처럼 근로계약승계법 제6조 제2항은 단체협약의 채무적 부분 중 어느 것을 승계하는가는 협약당사자인 분할회사와 노동조합의 합의에 따라야 한다는 점을 명확히 한 취지의 규정이다.

한편, 채무적 부분의 승계에 관하여 별도의 합의가 없더라도 '당해 노동조합의 조합원인 근로자와 당해 분할회사 사이에 체결되어 있는 근로계약이 신설회사 등으로 승계'되는 경우에는 해당 신설회사와 해당 노동조합 간에 해당 단체협약과 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 본다.71)

요약하면, 회사분할로 조합원의 근로계약이 신설회사에 승계되는 경우 단체협약의 규범적 부분은 신설회사와 조합원 사이에서 동일한 내용의 협약이 체결된 것으로 간주되며, 단체협약의 채무적 부분은 분할회사와 승계에서 어떻게 분담할지 등 노동조합과 분할회사의 합의가 있으면 이 에 따르지만,72) 합의가 없으면 신설회사와 소속 조합원 사이에서 동일한 내용의 협약이 체결된 것으로 간주된다.73)

단체협약의 채무적 부분은 분할회사와 승계에서 어떻게 분담할지 등

⁷⁰⁾ 角田邦重·毛塚勝利 編, 「労働法の争点」(第3版), 有斐閣, 2004, p.190.

⁷¹⁾ 근로관계승계법 제6조 제3항.

⁷²⁾ 근로관계승계법 제6조 제2항.

⁷³⁾ 근로관계승계법 제6조 제3항. 西谷敏 外 編 「新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法」、日本評論社、2012、p.470(小西康之 집필부분).

노동조합과 분할회사의 합의가 없는 경우에도 근로계약승계법 제6조 제3 항에 따라 노동조합의 조합원인 근로자와 분할회사 사이의 근로계약이 신설회사로 승계되는 경우에는 단체협약의 채무적 부분의 승계에 관하여 분할계획서에 기재 여부에 관계없이 신설회사와 노동조합 사이에 기존의 단체협약과 동일한 내용의 단체협약(물론, 근로계약승계법 제6조 제2항에 따라 단체협약의 채무적 부분의 분담에 관한 합의가 있는 경우에는 합의 된 부분은 제외함)이 체결된 것으로 간주된다. 이처럼 분할회사와 노동조 합 간에 단체협약의 승계에 관한 명시적인 '합의'가 없는 경우 신설회사 와 노동조합 간에 법률관계를 직접 규율하기 위하여 이들 간에 단체협약 이 체결되었다고 간주하는 취지의 조항이 근로계약승계법 제6조 제3항인 것이다.

예를 들어, A사와 甲노동조합 간에 'A사가 甲노동조합에 1,000m' 규 모의 조합사무실을 제공한다.'는 취지의 단체협약이 체결되어있는 상황에 서 A사가 존속법인인 A1사와 신설법인인 A2사로 회사분할 되는 경우, 조합사무실의 제공에 관한 기존의 채무적 부분은 다음의 3가지 유형으로 처리되다

<표 4> 회사분할 시 채무적 부분의 처리 유형

유형	A1사가 甲노동조합에게				
,, ,	부담하는 채무	부담하는 채무			
① 전부 승계의 합의가	의무 부담 없음(승계합	*			
있는 경우	의로 전부 소멸함)	무실을 제공할 의무를			
双亡 78十		부담함			
② 일부 승계의 합의가	600m' 규모의 조합사무	400m² 규모의 조합사			
있는 경우 (예컨대 60:40	실을 제공할 의무를 부	무실을 제공할 의무를			
의 비율로 일부 승계하	담함	부담함			
기로 합의한 경우)					
	1,000m² 규모의 조합사	의무 부담 없음. 다만,			
	무실을 제공할 의무를	근로계약승계법 제6조			
③ 승계합의가 없는 경우	부담함(A1사는 분할회	제3항의 요건에 해당하			
	사인 A사와 법인격이	는 경우에는 1,000 m²			
VV VV V	동일하므로 본래의 협	규모의 조합사무실을			

약당사자의 지위에서 제공할 의무를 부담하 협약상 채무를 그대로 며, 이러한 의무는 A1 부담함) 사의 의무와 '부진정연 대'의 관계에 있음.

근로계약승계법 제6조 제2항은 위 표의 ①, ②의 유형(즉, 채무적 부분의 승계에 관하여 합의가 있는 경우)에 있어서의 법률관계를 규율하기위한 취지에서 마련된 조항이다. 한편, 위 표의 ③의 유형의 경우(즉, 채무적 부분의 승계에 관하여 합의가 없는 경우)에는 단체협약의 채무적부분은 승계되지 않지만, 근로계약승계법 제6조 제3항에 따라 '당해 노동조합의 조합원인 근로자와 당해 분할회사 사이에 체결되어 있는 근로계약이 신설회사 등으로 승계'되는 경우에는 신설회사 등과 노동조합 사이에 기존의 단체협약과 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 간주된다.74)

이처럼 근로계약승계법 제6조 제3항에 따라 신설회사 등과 노동조합 사이에 단체협약이 체결된 것으로 간주된다는 점에서 '간주 단체협약'이 라고 불리기도 한다. 한편, 이렇게 간주된 단체협약에 따라 신설회사 등 이 노동조합에게 부담하는 채무와 분할회사가 본래의 단체협약의 협약당 사자의 지위에서 노동조합에게 부담하는 채무는 부진정연대의 관계에 있 다.

우리나라의 경우 일본과 같은 명문의 입법은 없지만, 상법 제530조의9 제1항의 취지가 회사분할로 인하여 분할회사의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권 회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 법정책임을 부과하는데 있다는 점을 고려할 때, 위 조항을 근거로 회사분할시 기존 단체협약의 채무적 부분에 관하여 분할회사와 노동조합 간에 합의가 있으면 이에 따르되 이러한 합의가 없는 경우에는 분할회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약이 적용됨은 물론 이에 중첩하여 신설회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약과 동일한 내용의 단체협약이 체결된 것으로 의제하는 내용의 법형성이 가능하다고 생각한다.

⁷⁴⁾ 菅野和夫, 「労働法」(第11版補正版), 弘文堂, 2017, p.725.

라. 정리

회사분할 시 사용자와 노동조합 사이의 권리·의무에 관한 사항에 대해 규율하는 단체협약의 채무적 부분을 어떻게 취급해야 하는가에 관해서는 ① 회사분할 시 분할회사와 노동조합 간에 합의가 있으면 이에 따르되, ② 그러한 합의가 없는 경우에는 상법 제530조의9 제1항을 유추하여 분 할회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약이 적용됨은 물론 이에 중첩하 여 신설회사와 노동조합 간에 기존의 단체협약과 동일한 내용의 단체협 약이 체결된 것으로 의제하는 방향의 법형성이 필요하다고 생각한다.

V. 회사분할과 부당노동행위

1. 문제의 소재

회사분할 이전에 발생한 부당노동행위로 인하여 발생한 위법한 결과 (예컨대 차별적 인사고과)가 회사분할의 결과 신설회사로 그대로 승계되 는 경우 등 회사분할을 전후하여 부당노동행위가 발생한 경우에는 ① 회 사분할의 효력발생 이전에 분할회사에 발령된 구제명령이 신설회사에게 도 효력을 갖는지(구제명령의 승계 문제), ② 회사분할의 효력발생 이전 에 분할회사에서 발생한 부당노동행위 사실에 대하여 신설회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는지(부당노동행위 사실의 승계 문제). ③ 회사분할이 부당노동행위에 관한 형사책임에 어떠한 영향을 주는지 등이 문제될 것이다.

한편, 회사분할의 경우 고용의 전속성에 관한 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하여 근로자의 반대에도 불구하고 근로관계를 신설회사로 승 계할 수 있다는 취지의 2013년 판결과 회사분할 시 단체협약의 채무적 부분은 신설회사로 승계되지 않는다는 하급심 결정에 따르면, 분할회사가 기존의 근로자 중 노동조합에 가입한 근로자만을 신설회사로 승계시키는 등의 방법으로 노동조합의 활동을 위축을 도모할 여지가 생긴다. 이와 같이 기업이 회사분할이라는 기업재편방법을 부당노동행위의 도구로 사 용한 경우, 그러한 회사분할의 법적 효력을 인정할 수 있는지 문제된다.

2. 부당노동행위 책임의 승계

(1) 부당노동행위 구제명령의 승계

회사분할의 효력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령한 부당노동행위 구제명령의 효력이 신설회사로 승계되는가의 문제는 회사 분할 시 행정처분의 승계의 문제와 관련된다.

회사분할 시 행정처분의 승계와 관련하여 최근 대법원은 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다244389 판결75)에서 "만약 분할회사의 법 위반행위가 분할신설회사에 승계되지 않는다고 한다면 법 위반행위를 한 회사가 법 인분할을 통하여 제재처분을 무력화할 여지가 있어 입찰참가자격 제한 제도의 실효성을 확보할 수 없는 점 등을 종합하여 이 사건 처분의 효과는 원고에게 승계된다고 판단"한 원심판결76의 판단을 지지하였다. 위판결의 1심 판결77)은 부정당업자 제재처분의 경우 설비·인허가 등 사업자산에 대해 내려지는 대물적 처분이 아니라 공법상 의무를 위반한 당사자에게 일신전속적으로 부과되는 대인적 처분으로서 그 효과가 분할신설회사에는 승계되지 않는다고 판단하였으나, 항소심에서는 입찰참가자격제한처분이 성질상 이전을 허용하지 않는 일신전속적인 것이라고 볼 수 없다고 판단하였고, 대법원도 항소심의 판단을 유지한 것이다.

위 판결의 이유 중 '만약 분할회사의 법 위반행위가 분할신설회사에 승계되지 않는다고 한다면 법 위반행위를 한 회사가 법인분할을 통하여 제재처분을 무력화할 여지'가 있다는 부분에 주목해 보면, 회사분할의 효

⁷⁵⁾ 이 판결은 입찰담합을 했다는 이유로 공정거래위원회로부터 제재를 받은 후 발주자로부터도 부정당업자 제재처분(6개월)을 받았은 회사가 6개월간 공공입찰에 참여하지 못하게 되자, 공공입찰 사업부문을 분할하여 신설회사를 설립하고, 그 후 신설회사는 조달청이 발주하는 공공입찰에서 낙찰 받았으나 조달청은 제재처분의 효과가 신설회사에 승계된다는 이유로 위 각 입찰을 무효처리 한 사안에 관한 것이다.

⁷⁶⁾ 서울고등법원 2018, 5, 31.선고 2018나2010683 판결.

⁷⁷⁾ 서울중앙지방법원 2018. 1. 26. 선고 2017가합562078 판결.

력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령된 부당노동행위 구 제명령의 효력이 신설회사로 승계된다는 해석될 여지도 있다고 생각된다. 그러나 부당노동행위 구제명령은 구제명령의 대상이 되는 부당노동행위 를 한 사용자를 상대로 부당노동행위의 결과를 제거할 것을 명령하는 취 지의 제도라는 점에서 대인적 처분의 성격이 강하다는 점을 고려할 때, 회사분할의 효력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령된 부 당노동행위 구제명령의 효력은 신설회사로 승계되지 않는다고 해석함이 타당하다고 생각된다.

(2) 부당노동행위 사실의 승계와 구제명령의 피신청인 적격

가. 부당노동행위 사실의 승계

분할기일 이전에 발생한 부당노동행위에 대하여 신설회사를 상대로 부 당노동행위 구제신청을 제기할 수 있는지와 관련하여서는 먼저 회사분할 로 부당노동행위라는 사실 자체가 신설회사로 승계될 수 있는지 검토되 어야 할 것이다.

이와 관련하여 회사분할 이전에 이루어진 위법한 공동행위를 이유로 회사분할로 신설된 신설회사에 과징금을 부과한 사건에서 대법원은 "회 사분할시 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권 리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없으므로, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회 사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다."고 판시한 바 있다.78) 권리 의무가 아닌 사실관계는 회사분할로 신설회사에 승계되지 않는다는 점을 명확하게 밝힌 위 판결의 취지상 분 할계획서에 사실관계가 신설회사에 승계된다는 취지를 기재하더라도 승 계의 효력이 없다고 해석하여야 할 것이다.

⁷⁸⁾ 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결 [시정조치등취소] [공2007하, 2055].

다만, 위 판결은 '분할 전 법 위반행위'에 대하여 신설회사에게 과징금을 부과한 사안에 관한 것이므로, 회사분할 이전에 발생한 부당노동행위 사실이 회사분할의 효력이 발생한 이후 신설회사에서 계속되는 경우 그러한 위법상태의 시정을 목적으로 하는 행정처분도 허용되지 않는다는 의미는 아니라고 생각한다. 따라서 분할기일 이전에 부당노동행위가 발생하였다는 사실 그 자체가 회사분할로 신설회사로 승계되지 않지만, 분할기일 이전에 발생한 부당노동행위의 결과가 분할의 효력이 발생한 이후에도 계속되는 경우(예컨대 차별적 인사고과에 근거하여 산정된 임금결정이 신설회사에서도 계속되는 경우) 분할기일 이후 기간에 발생한 결과에 대해서는 신설회사가 부당노동행위에 대한 책임을 부담한다고 보아야할 것이다. 이러한 책임은 분할회사가 행한 부당노동행위 사실이 신설회사로 승계되었음에 근거한 것이 아니라 신설회사 스스로가 부당노동행위라는 위법한 상태를 교정하지 아니하였다는 사실에 근거한 것이기 때문이다.

요컨대, 분할기일 이전에 분할회사에서 발생한 부당노동행위로 발생한 부당한 결과가 회사분할의 효력이 발생한 이후에도 계속되는 경우에는 신설회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다고 보아야 할 것 이다.

나. 분할기일 이전에 발생한 부당노동행위 사실에 대한 구제신청의 상대방

전항에서 검토한 바와 같이 부당노동행위 사실 자체는 승계되지 않으므로 회사분할의 법률효과가 발생하기 전에 발생한 부당노동행위에 대한 구제신청의 피신청인은 분할회사가 되어야 할 것이다.

만일, 이러한 부당노동행위 사실이 분할회사에 잔존하는 사업부문만에 귀속되는 것이라면 기존 노동조합이나 분할회사에 잔류하는 근로자가 분할회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 하면 될 것이므로 특별한 법적 문제는 없다.

그런데, 그러한 부당노동행위 사실의 전부 또는 일부가 신설회사로 승계된 사업부문과 관련이 있는 경우 신설회사로 승계된 근로자가 분할회

사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는지 문제될 것이다. 이 는 부당노동행위 사실 자체는 신설회사로 승계되지 않으므로 회사분할 이후 신설회사로 승계된 근로자와의 관계에서 분할회사의 사용자성을 궁 정할 수 있는지와 관계된다.

일본 도쿄지방재판소는 2008년 모리타 모리타에코노스 사건에서 "노동 조합법에서 말하는 사용자성을 기초 짓는 노동계약관계는 반드시 현실의 노동계약관계만을 말하는 것이 아니라, 이에 근접하는 과거 시점에서의 노동계약관계의 존재도 노조법상 사용자성을 근거짓는 요소가 된다고 해 석함이 상당하고, 본건 회사분할 후 법률관계의 변동을 이유로 분할회사 가 신설회사에 승계된 조합원으로 구성된 노동조합의 조합원과의 관계에 서 사용자의 지위를 잃지 않는다"는 취지로 판시하였으며,79) 2016. 8. 17. 개정된 근로계약승계지침은 "고용주 이외의 사업주도 그 근로자의 기본적인 근로조건 등에 대해 고용주와 부분적으로 하지만 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 범위 내에서 사용자에 해당한다는 등의 판례가 축적되어 있 음을 유의하라"고 명시하였다.

일본에서의 논의를 고려해 보면, 회사분할 이전에 있었던 부당노동행 위에 대해서는 가까운 과거에서의 근로계약관계에 기초한 노동조합법상 사용자성을 긍정하는 해석이 가능할 것으로 생각된다. 물론, 분할기일 이 후 신설회사에서 발생한 부당노동행위에 대하여는 당연히 신설회사를 피 신청인으로 하여 부당노동행위 구제신청을 해야 할 것이다.

(3) 부당노동행위 관련 형사책임의 승계

형법의 기본원칙인 책임원칙에 비추어 분할회사와 신설회사는 각자 자 신이 행한 부당노동행위에 대한 형사책임을 부담함이 원칙일 것이다. 따 라서 회사분할을 전후하여 부당노동행위가 발생한 경우 부당노동행위로 인한 형사책임은 형사책임의 성질상 회사분할을 이유로 신설회사에 승계 될 수 없다.80)

48 노동법학 제75호(2020.9.)

대법원도 회사의 합병에 관한 사안이기는 하나 "피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 모두 합병으로 인하여존속하는 회사에 승계되는 것이 원칙이지만, 그 성질상 이전을 허용하지않는 것은 승계의 대상에서 제외되어야 할 것인바, 양벌규정에 의한 법인의 처벌은 어디까지나 형벌의 일종으로서 행정적 제재처분이나 민사상불법행위책임과는 성격을 달리하는 점, …… 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다."고 판시한 바 있다. 물론, 분할기일 이후 신설회사에서 발생한 부당노동행위에 대하여는 당연히 신설회사가 부당노동행위에 대한 형사책임을 지게 될 것이다.

3. 부당노동행위의 수단으로 실시된 회사분할

회사분할의 경우 고용의 전속성에 관한 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하고 근로자의 반대에도 불구하고 근로관계를 신설회사로 승계할 수 있다는 취지의 2013년 판결 및 회사분할의 경우 단체협약의 채무적 부분은 신설회사로 승계되지 않는다는 하급심 판결에 따르면, 분할회사는 자신이 고용하고 있던 근로자 중에서 노동조합에 가입한 근로자들을 신설회사로 승계시키는 방법으로 노동조합의 활동을 위축을 도모할 여지가생기다.

예컨대 A사에 재직하는 1,000명의 근로자 전원이 甲노동조합에 가입해 있고, A사와 甲노동조합 간에 조합사무실의 제공, 근로시간면제 등의 내용이 담긴 단체협약이 체결되었다고 가정해 보자. A사는 물적분할을 통하여 분할회사인 A사에는 유가증권 등 자산만을 남겨두고 신설회사인 B회사에게 기존의 사업 전부를 이전하면서 기존의 근로자 전원의 근로관계를 B회사로 승계할 수 있다. 회사분할과 영업양도의 차이점 등을 이유로 단체협약의 채무적 부분의 승계를 부정하는 하급심 판결의 견해를 고수할 경우, 이러한 회사분할로 甲노동조합은 신설회사인 B회사는 물론

⁸⁰⁾ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도4471 판결.

분할회사인 A사에게도 기존의 단체협약에 규정된 조합사무실의 제공, 근 로시간면제 등을 주장할 수 없게 된다. 만일, A사가 甲노동조합의 조합 활동에 대한 혐오에서 이러한 회사분할을 한 것이라면, 이러한 회사분할 은 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배 개입의 부당노동행위를 구 성한다고 평가하여야 할 것이다.

다른 사례로 A사에 소속된 1,000명의 근로자 중 510명은 甲노동조합 에, 490명은 乙노동조합에 각 가입한 경우를 가정해 보자. 만일 교섭창 구단일화 절차를 거쳐 甲노동조합 교섭대표노동조합으로 결정되어 A사와 단체교섭을 진행하는 도중에 A사가 물적분할을 통하여 기존 공정의 극 히 일부만을 신설회사인 B회사로 이전하면서 甲노동조합에 가입한 근로 자 30명과의 근로관계를 B회사로 승계한다면, 이러한 회사분할의 효력이 발생한 이후 분할회사인 A사에 잔류하는 970명의 근로자 중 480명은 甲 노동조합의 조합원이고, 490명은 乙노동조합의 조합원이므로 甲노동조합 과 乙노동조합의 조합원의 수가 역전되어 장래의 교섭창구단일화 절차에 서 甲노동조합에서 乙노동조합으로 교섭대표노동조합이 교체될 가능성이 있다. 만일, A사가 甲노동조합의 조합 활동에 대한 혐오에서 이러한 회 사분할을 한 것이라면 이러한 회사분할 또한 노동조합법 제81조 제4호에 서 규정한 지배·개입의 부당노동행위를 구성한다고 평가되어야 할 것이 다.

위에서 가정한 두 가지 사례의 경우에는 A사가 회사분할을 한 동기가 甲노동조합의 조합활동을 위축시키려는 부당노동행위 의사에 있음은 비 교적 명백하게 인정될 수 있을 것으로 생각한다. 이와 같이 부당노동행 위의 수단으로 실시된 회사분할과 관련하여 그러한 회사분할로 인 하여 손해를 입은 노동조합이 손해배상을 청구할 수 있는지 및 그 러한 회사분할 자체의 사법상 효력을 부정할 수 있는지가 문제될 것이다. 아래에서는 2013년 판결의 문제점을 간단히 살펴본 후, 부 당노동행위의 수단으로 행해진 회사분할에 대한 구제방법을 검토한 다

(1) 2013년 판결의 문제점

전술한 바와 같이 우리나라는 회사분할 시 근로관계의 승계에 관한 입법이 없어 회사분할 시 근로관계가 포괄적으로 승계되는지에 관하여 종래 다양한 견해가 제시되어 오던 중, 2013년 대법원에서 회사분할 시 근로관계의 승계 문제에 상법 제530조의10을 직접 적용하는 판결을 하였다. 이러한 판결은 상법의 적용범위 및 회사분할 관련 규정의 문언 등에비추어 법학방법론적으로 문제가 크다.

상법 제1조는 "상사(商事)에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다."고 규정하고 있다. 여기서 상사란 말 그대로 '상(商)'에 관한 일, 즉 물건을 사고 팔아 이득을 남기는 일을 말한다. 따라서 회사분할 시 근로관계 승계의 문제에 상법을 직접 '적용'한다는 이해는 근로관계의 승계가 물건을 사고파는 일과 규범적으로 등가하다는 평가를 전제로 하는 것이다. 나아가 회사법의 경우, 회사법이 관심을 갖는 이해관계가 주주 대 회사채권자, 지배주주 대소수주주, 주주 대 기관이라는 점에서 회사법의 제반 규정들은 원칙적으로 노동관계와 어떠한 접점을 갖기 어렵다.81)

한편, 회사분할의 경우에는 합병과는 달리 회사의 재산이 둘 이상의 회사에게 분리되어 이전되므로, 상법은 이러한 특성을 반영하여 분할시 이전될 재산에 관한 내용 등을 '분할계획서'의 필수적 기재사항을 정하고 있다.82) 분할계획서는 일반적인 의사표시와 달리 사적자치의 원칙이 제한 없이 적용되기는 어려운 특성을 갖는다.83) 단순분할의 경우에 있어분할계획서는 계약이 아니라 단독행위의 성격을 갖는바, 자유로운 계약과 달리 단독행위는 법정주의가 원칙이다. 상법 제530조의5 제1항 제7호는분할계획서의 기재사항으로 단순분할신설회사에 '이전될 재산과 그 가액'을 구성하고 있으므로,84) 이미 발생한 임금채권 등의 개별 채권은 별론으로하고 근로계약이나 단체협약 자체를 재무상태표에 기재할 수 없다. 따라

⁸¹⁾ 권오성, "회사분할과 단체협약의 승계", 131-133쪽.

⁸²⁾ 상법 제530조의5.

⁸³⁾ 노혁준 편, 앞의 책, 97쪽.

⁸⁴⁾ 일본 회사법이 분할계획서에 기재할 수 있는 사항을 '승계하는 자산, 부채, 고 용계약 기타의 권리·의무'라고 규정하고 있는 것과 비교해보라.

서 분할계획서에 근로계약이나 단체협약의 승계를 기재한다고 하더라도 이는 부할계획서의 '무익적 기재사항'에 불과하다. 이처럼 상법 제530조 의10은 노동관계에 적용될 것을 예정하고 입법된 것이 아니다. 따라서 회사분할 시 근로관계의 이전에 상법 제530조의10이 직접 '적용'된다는 2013년 판결은 상법의 적용범위를 부당하게 확장한 것이다. 따라서 우리 나라에서 회사분할 시 근로관계의 문제에 관해서는 '법률의 흠결'의 상태 라고 보아야 할 것이며, 회사분할 시 근로관계가 승계 문제는 상법 제 530조의10의 법해석의 문제가 아니라 '법률의 흠결'의 보충의 문제하고 할 것이다.

이러한 법률의 흠결시에는 '유추'라는 추론방법에 의한 법형성으로 법 을 발견하는바. 근로관계의 원칙적 승계 및 근로자의 거부권이 인정되는 '영업의 일부양도'의 주된 구성표지를 ① 종래의 사업주의 관점에서 근로 자가 소속되어 있던 '사업의 폐지'와 ② 새로운 사업주의 관점에서의 근 로자가 소속되어 있던 '사업의 이전'으로 구성한다면, 이러한 사업의 폐 지와 사업의 이전의 원인이 양도인과 양수인의 계약에 의한 것인지(영업 양도), 아니면 회사분할이라고 하는 회사법상 행위로 인한 것인지는 여부 는 '영업의 일부양도'라는 유형에 편속 될 수 있는지 여부를 판단함에 있어 결정적인 영향을 줄 수 없다. 따라서 회사분할에 의한 일부 사업부 문의 신설회사로의 승계는 영업의 일부양도와 사안구조적 유사성을 긍정 할 수 있을 것이며, 따라서 회사분할에 대하여 영업의 일부양도시 근로 관계의 승계 및 근로자의 거부권에 관한 판례법리가 유추될 수 있을 것 이다.85)

이렇게 이해할 경우 회사분할 시 근로관계가 '원칙적'으로 승계되는 근거는 상법 제530조의10이 아니라 회사분할로 인하여 일정한 영업부문 이 신설회사로 승계된다는 사실 그 자체에서 찾아야 할 것이다. 한편, 영 업의 일부양도와 마찬가지로 근로관계의 승계를 원하지 않는 근로자에게 는 '일률적으로 거부권이 인정되어야 할 것'이다.86)

⁸⁵⁾ 권오성, "회사분할과 단체협약의 승계", 140쪽.

⁸⁶⁾ 영업양도의 경우에 있어 승계거부권의 입법 필요성에 관하여는 이승욱, "사업 양도와 근로관계 승계의 방법, 「법학연구」 제49호, 부산대학교 법과대학 법학

52 노동법학 제75호(2020.9.)

회사분할 시 근로관계의 승계에 관한 거부권을 일률적으로 긍정할 경우, 이러한 거부권은 노동조합의 조합원을 신설회사로 승계시키는 방법으로 단체협약상 의무를 면탈하기 위한 부당노동행위 시도에 대한 효과적인 사전적 구제방법이 될 것이다.

(2) 부당노동행위의 수단으로 실시된 회사분할에 대한 구제수단 가. 손배해상청구

기업이 노동조합 활동을 위축시키기 위하여 또는 교섭대표노동조합의 교체 등 노동조합의 활동에 개입하기 위하여 회사분할을 한 경우 이러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입의 부당노동행위를 구성하고, 따라서 위법하다. 이러한 위법한 회사분할로 인하여 노동조합에게 손해가 발생하는 경우, 노동조합은 민법 제750조에 근거하여 분할회사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

한편, 스스로 회사분할에 관한 의사를 결정하고 관련 사무를 집행한 분할회사와는 달리 신설회사는 그러한 회사분할의 결과로 설립된 회사라는 점에서 신설회사 자신의 행위에 근거하여 신설회사에 불법행위에 기한 손해배상책임을 묻는 것은 어려울 것으로 생각된다. 다만, 불법행위에 기한 손해배상청구권은 불법행위의 성립과 동시에 발생하므로,87) 회사분할의 효력이 발생과 동시에 위법한 회사분할로 인한 분할회사에 대한 손해배상청구권이 성립하고 신설회사는 상법 530조의9 제1항에 따라 이러한 손해배상책임에 대하여 연대하여 변제할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

나. 분할무효의 소

기업이 노동조합 활동을 위축시키기 위하여 회사분할이라는 기업재편 수단을 이용한 경우 이러한 행위가 노동조합법 제81조 제4호 소정의 지 배·개입의 부당노동행위에 해당한다면 그러한 회사분할의 사법상 효력은

연구소, 2000. 12, 419쪽 참조. 87) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다6680 판결 등 참조.

부정되어야 할 것이다. 현행 상법의 해석상 분할계획의 내용이 사법상의 일반워칙인 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하거나 그 내용이 강행규 정에 위반되거나 현저히 불공정한 경우도회사분할의 무효원인이 된다.88)

상법 제530조의11 제1항은 회사분할에 관하여 상법 제529조의 합병무 효의 소의 규정89)을 준용하도록 규정하고 있는바. 이는 합병무효의 소에 관한 법리를 분할에도 원용하도록 하는 취지로 해석될 수 있다. 따라서 노동조합은 '분할을 승인하지 아니한 채권자'의 지위에서 분할등기가 있 은 날로부터 6월내에 분할무효의 소를 제기할 수 있다고 생각된다.

문제는 회사분할이 부당노동행위의 목적으로 실시되었다는 사정이 분 할무효의 원인으로 인정될 수 있는가이다. 만일 이러한 부당노동행위 의 사에 근거한 회사분할의 사법상 효력을 무조건 긍정할 경우 사용자는 회 사분할이라는 수단을 남용하여 기존의 사업부문을 완전자회사에게 승계 시키는 방식으로 단체협약상의 의무에서 벗어날 수 있음은 물론 작업공 정의 일부를 완전자회사에게 승계시키면서 특정 노동조합에 가입한 근로 자만을 완전자회사로 승계시키는 방식으로 교섭대표노동조합의 교체를 도모할 수도 있게 될 것이다.

부당노동행위의 수단으로 회사분할을 이용한 경우 그러한 회사분할의 사법상 효력이 문제가 정면으로 다투어진 국내의 사례나 학설은 찾아보 기 어렵다. 다만, 부당노동행위 의사로 회사를 해산한 경우 그러한 해산 결의의 유효성에 관한 논의를 참고해 보면,90 ① 노동조합의 건전한 발 전을 보호하는 것은 현재의 사회적 경제적 질서의 요청이고 노동조합의 합법적 조직 활동을 탄압하고 이것을 붕괴시키는 것을 결정적 원인으로 회사를 분할하는 것은 영업의 자유의 남용으로서 허용되기 어려우며, ②

⁸⁸⁾ 이철송, 「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017, 1137쪽.

⁸⁹⁾ 상법 제529조(합병무효의 소) ① 합병무효는 각 회사의 주주·이사·감사·청산 인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소만으로 이를 주장할 수 있다. <개정 1984.4.10.>

② 제1항의 소는 제528조의 등기가 있은 날로부터 6월내에 제기하여야 한다. <개정 1984.4.10>

⁹⁰⁾ 권오성, "위장폐업의 노동법상 문제점에 관한 소고", '판례연구, 제22집 제1 권, 서울지방변호사회, 2008, 19쪽.

이러한 회사분할 결의는 단결권의 보장에 관한 헌법의 취지에 위반하는 것으로 공서양속에 위반하고 ③ 회사분할 결의의 동기도 법률행위의 내 용으로 평가될 수 있으며 회사분할 결의의 내용・동기・목적을 종합적으로 파악하여 이것들이 일체로서 회사분할결의의 무효의 원인을 형성할 수 있다는 점을 고려할 때 회사분할이 기업 경영상의 이유가 아니라 노동조 합활동에 대한 혐오라는 부당노동행위 의사에 기인한 것이 명백한 경우 에는 그러한 회사분할결의는 무효로 평가되어야 할 것이다. 요컨대 노동 조합의 파괴를 결정적 원인으로 하는 회사분할은 영업의 자유의 남용임 은 물론 공서양속에 위반하는 것으로 무효라는 평가되어야 할 것이다.

한편, 분할무효의 소에서 원고 승소 판결(무효판결)이 확정된 때에는 그 판결은 제3자에 대해서도 그 효력이 있다(대세적 효력).91) 다만, 그 판결은 판결확정 전에 생긴 주주 및 제3자 간의 권리의무에는 영향을 미 치지 아니한다(소급효의 배제).92)

다. 행정상 구제

기업이 노동조합 활동을 위축시키기 위하여 또는 교섭대표노동조합의 교체 등 노동조합의 활동에 개입하기 위하여 회사분할을 실시한 경우 이 러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입의 부당노동 행위에 해당할 것이다. 따라서 노동조합은 노동위원회에 분할회사를 상대 로 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있을 것인바, 이러한 신청에 대하 여 노동위원회가 어떠한 내용의 구제명령을 발령할 수 있는지 문제될 것 이다.

상법 제530조의11 제1항은 회사분할에 관하여 상법 제529조의 합병무 효의 소의 규정을 준용하도록 규정하고 있으며, 이러한 분할무효의 소는 형성의 소로써 이러한 분할무효의 소 이외에 방법으로 회사분할 자체의 사법상 효력을 부정하는 것은 해석상 허용되기 어렵다고 생각한다. 따라 서 회사분할이 부당노동행위를 구성하는 것으로 평가되는 경우에도 노동 위원회가 회사분할의 무효를 선언하는 취지의 구제명령을 발령하기는 어

⁹¹⁾ 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제190조 본문.

⁹²⁾ 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제190조 단서.

렵다고 생각된다. 다만, 노동위원회가 구제명령으로 그러한 회사분할이 노동조합법 제81조 제4호에 위반한 부당노동행위에 해당함을 확인하고, 만일 아직 분할기일이 도래하지 아니하여 회사분할이 효력이 발생하지 않은 경우에는 분할절차의 중지(中止)를 명령하는 것은 가능하다고 생각 하다

한편, 노동위원회가 분할회사에게 회사분할 이후 조합사무실이나 근로 시간면제 등 기존의 단체협약의 채무적 부분에 관한 사항의 처리에 관한 사항 등에 관하여 노동조합과 협의를 하라는 취지의 구제명령을 발령하 는 것도 가능할 것으로 생각한다.

라. 형사적 구제

노동조합 활동에 관한 개입 등 부당노동행위 의사로 회사분할을 실시 한 경우 이러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입 의 부당노동행위를 구성하고, 따라서 사용자인 분할회사는 부당노동행위 에 관한 형사책임을 부담한다. 다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 부당노동 행위로 인한 형사책임은 형사책임의 성질상 신설회사에 승계될 수 없으 므로 신설회사에게 형사책임을 물을 수는 없다.

따라서 회사분할로 수 개의 신설회사를 설립하고 분할회사는 소멸하는 소멸분할의 경우에는 분할회사에게 부당노동행위에 대한 형사책임을 물 을 수는 없게 된다. 다만, 사업주인 분할회사의 법인격이 소멸한다고 하 더라도 부당노동행위 발생 당시의 분할회사의 대표이사 등 사업의 경영 담당자나 공장장 등 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자도 노동조합법상 사용자에 해당한다. 따라서, 이들은 부당노동행위에 대하여 분할회사의 공범(共犯)이 아니라 자신의 사용자 신분에 근거한 정범(正犯)에 해당하므로, 소멸분할로 분할회사가 청산절 차 없이 소멸하였다고 하더라도 이들의 형사책임은 그대로 남는다고 할 것이다.

www.kci.go.kr

Ⅵ. 결론

1998년 도입된 상법상 회사분할 제도는 기업구조조정의 활성화라는 본 래의 입법목적을 적절하게 수행하였다고 평가된다. 회사분할은 주주, 회 사의 채권자 등 이해관계자들의 법률관계에 중대한 영향을 미친다. 이에 현행 상법은 회사분할의 국면에서의 주주와 회사채권자의 이해조정에 관 한 상세한 규정을 마련하고 있다. 그러나 회사분할이 분할회사의 근로자 나 이들이 가입한 노동조합의 법적 지위에 중대한 영향을 미침에도 불구 하고, 현행 상법은 물론 노동관계법령에서 회사분할 시 근로자 및 노동 조합의 보호에 관해서는 아무런 규정도 하고 있지 않다.

이에 본고에서는 회사분할 시 빈번하게 문제되는 조합원이나 교섭대표 노동조합의 계속성, 단체협약의 승계 및 확장, 부당노동행위 책임의 승계 기타 회사분할 시 집단적 노사관계에 관련한 쟁점에 관한 해석론과 법형 성을 위한 방안을 검토하였는바, 그 내용은 아래와 같이 요약된다.

첫째로, 회사분할과 집단적 노사관계의 당사자 지위에 관해서는, 먼저 분할회사의 노동조합이 그 조직대상을 신설회사의 근로자로 확장하는 규 약변경을 하지 않더라도 적어도 분할기일 이후 최초로 소집되는 총회까 지는 신설회사로 승계된 근로자의 조합원 지위를 인정해야 한다. 다음으 로, 회사분할로 조합원 수가 불균등하게 변경되더라도 기존의 교섭대표노 동조합은 분할회사와의 관계에서는 교섭대표노동조합의 지위를 유지하는 것으로 해석해야 한다. 사용자 측면에서는 신설회사의 근로자와의 관계에 서 물적분할로 신설회사의 완전모회사가 된 분할회사의 노동조합법상 사 용자성을 폭넓게 긍정하여야 한다.

둘째로, 회사분할 시 단체협약의 규범적 부분의 효력은 별도 입법이 있기 전까지는 화체설의 입장에 따르되. '기득의 이익'을 보장한다는 관 점에서 기존 단체협약의 유효기간 만료 전까지는 근로자의 개별 동의만 으로 불리하게 변경할 수 없다는 법형성이 필요하다. 단체협약의 채무적 부분에 관해서는 분할회사와 노동조합 간에 합의가 있으면 그에 따르되 합의가 없으면 상법 제530조의9 제1항을 유추하여 분할회사와 신설회사 가 연대책임을 진다는 법형성이 필요하다.

셋째로, 회사분할을 전후한 부당노동행위와 관련해서는 형사책임과 부 당노동행위 구제신청 관련 책임의 승계 가능성을 검토하였고 부당노동행 위 구제신청의 피신청인 적격을 살펴보았다. 또한, 부당노동행위의 수단 으로 회사분할을 실시한 경우의 구제방법을 검토하였다. 회사분할이 기업 경영상의 이유가 아니라 노동조합활동의 혐오 등 부당노동행위 의사에 기인한 경우에는 분할무효의 소를 제기하는 방법으로 회사분할의 사법상 효력을 다툴 수 있어야 할 것이다. 또한, 회사분할 시 근로관계의 이전에 상법 제530조의10이 직접 '적용'된다고 보아 근로자의 승계거부권을 실 질적으로 몰각시킨 2013년 판결의 변경 또는 입법에 의한 승계거부권 등 의 명문화가 시급하다.

주제어: 회사분할, 분할계획서, 근로관계의 승계, 단체협약의 승계, 노동조합의 지위

www.kci.go.kr

참고문헌

1. 단행본

권기범, 「기업구조조정법」(제4판), 삼영사, 2011.

김건식 외, 「회사법」(제3판), 박영사, 2012.

김유성, 「노동법Ⅱ」(전정증보판), 법문사, 1999.

김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018.

노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 II」(제2판), 박영사, 2020.

노혁준 편, 「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013.

도재형、「노동법의 회생」、이화여자대학교출판문화원、2018.

이병태, 「최신 노동법」(제9전정판), ㈜중앙경제, 2008.

이 정, 「노동법의 세계」, 한국외국어대학교 출판부, 2009.

이철송、「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017.

임종률, 「노동법」(제18판), 박영사, 2020.

임재연, 「회사법 II」(개정판), 박영사, 2013.

최준선, '회사법」(제9판), 삼영사, 2014.

홍복기 외, 「회사법 사례와 이론」, 박영사, 2010.

角田邦重 毛塚勝利 編 「労働法の争点」(第3版)、有斐閣、2004、

菅野和夫、「労働法」(第11版補正版)、弘文堂、2017.

西谷敏 外 編、「新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法」、日本評論社、 2012.

2. 논문

권오성,	"위장폐업의	노동법상	문제점에	관한 :	소고", 「	판례연구	제22집	제1권,
	서울지방변호	사회, 2008						
	"해이그유계	자 시고이드	교에 과하	기미근	브고스에	대하 스	고" 『 세고	그이 히

, "ŏ	해외금융계죄	- 신고의무어	관한 과태료	- 부과에	대한 소고	", 「세무와 회
계약	연구』제3권	제2호, 한국	¦조세연구소, 2	2014.		

,	"회사분할과	단체협약의	승계 -	현대중공업	사건을	소재로",	「노동법연
	구, 제44호,	서울대학교 및	ェ동법연·	구회, 2018.			

김동민, "회사분할에서 채권자보호를 위한 연대책임규정의 한계", 「상사법연구」 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007, 2.

김선수, "단체교섭 상대방으로서의 사용자 개념의 확대", 『노동법의 쟁점과 과제』

- (김유성교수 화갑기념논문집), 법문사, 2000.
- 박은정, "회사분할과 개별적 근로관계의 승계", 「노동법학」 제71호, 한국노동법학 회, 2019. 9.
- 방준식, "회사분할과 단체협약의 승계 -대상판례: 현대중공업 가처분 사건, 서울 중앙지판 2017. 9. 11. 2017 카합80551-", 「노동법이론실무학회 제40회 정 기학술대회 자료집1, 2018, 1.
- 윤애림 "'노동조합 및 노동관계조정법'의 '근로자'와 '사용자'" 「민주법학」제56 호 2014. 11.
- 이기수, "독일의 회사분할에 관한 연구", 「상장협」 제36호, 한국상장회사협의회,
- 이승욱, "사업양도와 근로관계 승계의 방법, 「법학연구」 제49호, 부산대학교 법과 대학 법학연구소, 2000, 12.

3. 연구보고서

- 박종희·김소영 「기업변동시 노동법적 쟁점과 정책과제 (노동부 연구용역보고서). 한국노동연구원, 2000.
- 박제성·박지순·박은정, 「기업집단과 노동법」, 한국노동연구원, 2007.
- 유성재, 「사업양도시 고용승계에 관한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2000.

www.kci.go.kr

<Abstract>

Corporate Division and Labor Relations

Kwon, Oh-Seong*

The company division has a significant impact on the legal status of employees and trade unions of which conducts division of the company. However, the Commercial Code has no provisions concerning the protection of employees and trade unions in connection with the division of the company.

This paper deals with the problems concerning industrial relations, such as legal status of members of trade union and the representative trade unions, succession of collective agreements and unfair labor practices in relation to company division.

Key Words: division of company, division plan, succession of employment relationship, succession of collective agreement, legal status of trade union

* Sungshin Women's University, College of Law, Professor, Ph.D, Attorney