

합병과 퇴직금제도

오문완
법학과

<요 약>

최근 기업합리화 조치의 일환으로 합병에 대한 관심이 늘어나고 있다. 그런데 합병은 그 소속회사 근로자들의 근로관계에 커다란 영향을 미친다. 이 논문은 특히 합병이 퇴직금제도에 어떠한 영향을 미치는지를 살펴보았다. 현재 법원이나 행정부는 합병으로 인하여 근로자들의 근무기간은 이어지는 것이지만 합병회사에 대해서 피합병회사의 누진제 퇴직금제도를 요청할 수는 없다는 태도를 취하고 있다. 그러나 이러한 해석은 법의 취지를 잘못 이해하는 것이라고 하겠고, 근로자에게 퇴직금제도를 불리하게 변경할 때는 근로자의 집단적 동의를 받아야 한다고 해석된다.

Merger and Separation Allowance System

Oh, Moon-Wan
Department of Law

<Abstract>

Recently merger is focused for the purpose of reorganization of the company. And then merger has a great influence on the labor relations of the employee; the purpose of this article is to examine the influence of merger on the separation allowance system. The court and the labor ministry have an idea that the employment period continues after the merger but the separation allowance system of the disappearing company is not. But I don't agree with this idea; the surviving company cannot ammend the separation allowance system disadvantageously to the employees without the collective consent of them.

I. 들어가는 글

최근 기업합리화 조치의 일환으로 합병과 영업양도 등 기업조직의 변경이 눈에 띄이게 늘어나고 있다.¹⁾ 그리고 합병과 매수(M&A)가 사업의 확대와 강화를 위한 주요전략으로 구사되고 있을 뿐만 아니라 이를 중개하는 사업도 점차 늘어날 것으로 전망된다.²⁾

회사는 자본집중에 의한 이윤추구라는 본래의 목적을 달성하기 위하여 자체의 기술혁신이나 경영합리화를 도모하는 것에 만족하지 아니하고 생산비 절감, 규모의 경제 실현, 시장의 독점, 각종 조세의 감면 등 여러 가지 경제적 이득을 좇아 다른 회사와 결합하려고 한다.³⁾ 그리고 이러한 목적을 달성하기 위한 가장 완벽한 형태가 회사법상의 합병이다.⁴⁾

그러나 이러한 규모의 경제의 이론은 개발초기단계에서는 정당성을 가지지만 기업의 규모가 최적단위를 벗어나거나 하나의 공장이 아닌 다수의 공장으로서 분산되어 있을 때에는 규모의 경제는 이루기 어려운 것 또한 사실이다. 또한 합병을 통하여 득과점상태가 형성되면 이러한 업체는 기술개발에 노력하지 않게 되고 결국은 모든 국민, 국가경제 전체에 피해를 끼칠 우려도 있다.⁵⁾

여하튼(합병의 당·부당성에 대해서는 계속 논란이 일겠지만) 합병과 매수라는 현상은 시대의 추세인 것만은 분명하고 이에 대한 법적인 검토가 필요하다는 것도 시대적인 사명이다. 그런데 합병을 하려고 하는 당사자들이나 이를 중개하는 곳에서는 회사법이나 증권거래법, 공정거래법 등 사업주의 법적 지위가 어떻게 되는가 하는 문제를 다루는 법률들에만 관심을 기울이고 있을 뿐 그 소속 종업원(근로자)의 신분(지위)상의 변동에 대해서는 그다지 주의를 기울이지 않고 있는 것이 오늘날의 현실이다.

그런데 합병은 근로자의 신분에 중대한 변화를 초래한다. 종전에 소속하던 회사와는 다른 회사로 소속이 바뀌는 데 따른 정체성(identity) 혼란이라는 문제가 나타나기 쉽고 합병회사에서의 근로조건이 전과는 달라질 수도 있다. 따라서 합병을 하는 데는 관계회사 소속 근로자들을 어떻게 대우할 것인지 하는 인사·노무 문제가 중요한 현안으로 등장하게 된다. 관련 기업의 종업원들의 근로조건 기타 처우를 어떻게 통일시키고 어떻게 변경할 것인지, 취업규칙은 어떻게 정비할 것인지 하는 문제가 과제로 대두된다(특히 업종이 다른 기업간에 합병을 하는 경우에는 더욱 그러하다). 이들 문제는 한 마디로 관계 기업의 종업원들의 근로관계가 어떻게 되는가 하는 문제라고 할 수 있겠다.

이와 관련 학설과 판례는 합병은 근로관계를 포괄적으로 승계하는 효과가 있다고 하고 있다. 그러나 이러한 합병의 근로관계 포괄승계 효과만으로 문제가 다 해결되는 것은 아

- 1) 대표적인 예로 대우중공업과 대우조선의 합병을 들 수 있겠다. 또한 삼성그룹도 방만한 계열사조직을 5개 그룹으로 재편하는 방안을 발표한 바 있고, 이러한 현상은 여타 그룹에서도 줄지어 나타나고 있다.
- 2) 동아일보 1995년 3월 20일자 5면은 최근의 합병과 매수의 실태와 문제점에 대해 지면의 한면 전체를 제공하고 있다.
- 3) 시장이 성숙한 상태에서는 새로 기업을 세우기 보다 기존 업체를 인수하거나 합병을 통해 운영하는 것이 위험부담을 덜고 각종 비용 절감에 상당한 효과가 있다고 보는 것이다.
- 4) 권기범, 주식회사합병의 법리, 삼성사, 1990, 21~22쪽.
- 5) 황적인·권오승, 경제법, 법문사, 1994, 61~62쪽 참조. 때문에 공정거래법(독점규제 및 공정거래에 관한 법률) 제7조(및 동법 시행령 제11조, 제12조)에서는 납입자본금이 50억원 이상이거나 총자산이 200억원 이상인 기업(현재 우리나라 중견규모의 업체는 모두 이 정도의 규모에는 해당한다고 볼 수 있다)의 기업결합행위를 규제하고 있다. 그러나, 산업합리화나 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합은 예외로 하고 있어 이러한 목적을 가진(아니면 이를 빙자한) 회사합병은 적지 않게 나타날 것으로 예견된다.

니다. 합병과 근로관계에 관하여 가장 침예하게 문제가 되는 것은 합병계약에서 일부 근로자들에 대한 근로계약의 승계를 제외하는 특약을 맺는 경우(이는 정리해고와 같은 효과가 있다)를 들 수 있는데 이 문제는 '포괄승계론'으로만 해결할 수 있는 것은 아니다.⁶⁾

또한 합병 전 소멸회사에서 근무하다가 합병 후 존속(신설)회사에서 계속 근무하고 있던 근로자가 퇴직하였을 때 퇴직금은 어떻게 지급할 것인가 하는 것도 크게 논란이 예상되는 문제이다. 물론 피합병회사와 합병회사의 퇴직금규정이 꼭 같다면(둘 다 단수제로 되어 있거나 누진제라도 누진율이 같은 경우) 문제가 아니다. 그러나 퇴직금제도는 회사마다 천차만별이어서 동일한 퇴직금규정을 기대하기는 쉬운 일이 아니다.⁷⁾ 이러한 경우 이 근로자에 대한 퇴직금을 계산할 때 그 근로자가 원래 근무하고 있던 소멸회사에서 정해 놓은 취업규칙상의 퇴직금규정에 의한 퇴직금 산정방법을 따를 것인지, 아니면 그 근로자가 퇴직 당시 근무하던 존속회사의 취업규칙상의 퇴직금규정에 의할 것인지가 문제가 된다. 아니면, 근속기간별로 나누어 소멸회사 및 존속회사의 취업규칙상의 퇴직금규정에 따른 퇴직금 산정방법을 각각 적용하는 방법도 생각할 수 있다.

이 글은 바로 이 합병과 퇴직금관계를 어떻게 조화롭게 해석할 것인가 하는 데 논의의 초점을 맞추고자 한다. 그런데 이 문제를 해결하는 데는 우선 합병으로 인하여 근로자의 근로관계가 어떠한 영향을 받게 되는지를 먼저 확정해 두어야 할 것인 바, 합병 일반론과 합병의 법률효과인 권리의무의 포괄승계에 대해 먼저 살펴본다. 이어서 합병으로 인한 권리의무의 포괄승계와 퇴직금 차등제도를 금지하는 근로기준법 제28조 2항의 취지 및 동 조항을 어떻게 조화롭게 해석할 것인지 생각해 보기로 한다.

II. 합병과 근로관계

1. 합병 일반론

합병이란 2개 이상의 회사가 계약에 의하여 신회사를 설립하거나(이 경우에는 종전의 회사가 모두 소멸한다), 또는 그 중의 한 회사가 다른 회사를 흡수하고(이 경우에는 흡수되는 회사만 소멸한다), 소멸회사의 재산과 사원이 신설회사 또는 존속회사로 법률상 당연히 포괄적으로 이전·수용되는 효과를 가져오는 현상을 가리킨다⁸⁾. 이렇듯 합병에 의하여 소멸회사의 재산(권리의무)과 사원이 신설회사 또는 존속회사로 포괄승계되는데, 이러한 현상을 법률적으로 어떻게 설명할 것인지 하는 게 문제가 되었다. 이 문제에 관한 논쟁이 합병본질론인데, 이에 관해서는 人格合一說, 現物出資說, 社員現物出資說, 財産合一說 등이 주장된 바 있다. 그러나 합병에 따르는 구체적인 문제를 해결하는 과정에서는 어느 설을 취하든 결론에 거의 차이가 나지 않아 합병본질론은 실익이 없는 논쟁이라고 지적된다⁹⁾.

6) 이 문제에 대해서는 野田 進, "合併, 營業讓渡等と解雇", 季刊労働法 165호, 1992 참조.

7) 노동연구원이 조사한 바에 따르면, 법정퇴직금제도를 규정하고 있는 곳이 81.3%로 압도적이기는 하지만, 퇴직금누진제를 도입하고 있는 곳이 3.1%, 별도규정에 일임하고 있는 곳이 7.9%, 지급제도가 불확실한 곳도 1.3%에 달해(김성환 외, 취업규칙분석, 한국노동연구원, 1993, 121~122쪽) 우리나라 기업의 퇴직금제도가 어떠한 것이라고 한 마디로 정의하기는 쉬운 일이 아니다.

8) 정동윤, 회사법, 법문사, 1988, 799쪽. 이렇듯 합병은 ① 둘 이상의 법인격 있는 회사, ② 해산회사 재산의 포괄승계, ③ 사원의 원칙적인 수용을 기본적인 개념요소로 하고 있다(권기범, 앞의 책, 23쪽).

9) 정동윤, 앞의 책, 802~804쪽.

합병은 관계 회사의 사원의 지위에 여러 가지 영향을 미칠 뿐만 아니라 회사 채권자에게도 영향을 미치기 마련이어서 이들에 대한 보호를 강구할 필요가 있고 상법에서는 이들의 보호를 위한 조항들을 두고 있다. 우선 사원의 이익을 보호하기 위한 대내적절차로서 합병결의가 필요하다. 합병결의는 합병회사와 합자회사에서는 총사원의 동의에 의하고(상법 제230조, 제269조), 주식회사와 유한회사에서는 합병계약서를 승인하는 주주총회 또는 사원총회(합병승인총회)에서의 특별결의에 의한다(상법 제522조 1항, 2항, 제598조). 합병으로 인하여 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 되는 경우에는 그 종류의 주주의 총회의 승인결의를 추가로 얻어야 한다(상법 제436조). 합병에 반대하는 上場會社의 주주에게는 일정 요건 아래 주식매수청구권이 인정된다(증권거래법 제191조).¹⁰⁾

한편 회사채권자를 보호하기 위한 대외적절차가 구비되어 있는데, 회사가 합병의 결의를 한 때에는 그 결의가 있는 날로부터 2주간내에 회사채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 (2월 이상의)일정한 기간내에 이의를 제출할 것을 공고하고, 또 알고 있는 채권자에 대하여는 개별로 이를 최고하여야 한다(상법 제232조 1항, 제269조, 제530조 2항, 603조). 채권자가 이의신청기간내에 이의를 제출하지 아니한 때에는 합병을 승인한 것으로 보고, 이의를 제출한 채권자가 있는 때에는 회사는 그 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(상법 제232조 2항, 3항, 제269조, 제530조 2항, 제603조).

이렇듯 상법에서는 합병은 회사에 이해관계가 있는 사원의 보호와 채권자보호를 위한 대내외적절차를 거치기만 하면 당사자간의 자유로운 의사에 기한 합병계약을 통해 자유롭게 행할 수 있다는 원칙을 정하고 있다. 다만, 국가의 경제질서를 정비한다는 차원에서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 통해 어느 정도의 규제를 가하고 있다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.¹¹⁾

2. 근로관계의 포괄승계

1) 합병으로 근로관계가 포괄승계된다는 데는 異論이 없다.

이러한 합병은 어떠한 효과를 나타내는가? 상법은 합병의 결과로 존속회사 또는 신설회사는 소멸회사의 모든 권리의무를 포괄적으로 승계한다고 규정하고 있다(상법 제235조, 제269조, 제530조 2항, 제603조).¹²⁾ 의무를 승계시키는 규정은 소멸회사의 채권자를 보호하기 위한 공익규정이므로 합병결의에서 채무불승계의 이의를 제기하여도 효력이 없다. 합병의 경우에 승계되는 권리의무에는 사법상의 것뿐만 아니라 공법상의 것도 포함되지만, 소멸회사의 전속적 성격의 것(예컨대 특정인의 자력·신용을 주요한 조건으로 하는 것)은 승계되지 않는다고 해석된다. 이 경우의 권리의무의 승계는 법률상 당연히 이루어지는 것이

10) 원칙적으로 모든 주주에게 주식매수청구권을 인정하여야 하는데 우리나라는 상장회사의 주주에게만 이를 인정하고 있어 이는 입법의 불비라고 하는 지적으로는 앞의 책, 811쪽 참조.

11) 앞의 주 5) 참조.

12) 합병회사의 해산에 관한 상법 제235조에서 “합병 후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사는 합병으로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계한다.”고 규정하고 있고, 이 규정을 합자회사(상법 제269조), 주식회사(상법 제530조 2항), 유한회사(상법 제603조)의 해산에 관한 관계규정에서 준용하고 있다.

므로 각개의 권리의무에 관하여 개별적 이전행위를 요구하지는 않는다.¹³⁾

이렇듯 회사 합병으로 인한 사업주변경 때에는 신사업주(신설회사 또는 존속회사)가 구사업주(소멸회사)의 모든 재산상의 권리의무를 '법률상 포괄적으로 승계'하는 것이므로 신사업주는 기존의 근로관계도 당연히 - 구사업주와 근로관계의 인수에 관한 특별한 합의를 하지 않은 경우라 하더라도 - 인수한다고 해석된다. 따라서 회사의 합병에 의하여 사업주가 변경되는 경우에는 신사업주가 기존의 근로관계(로부터 발생하는 권리의무)를 자동적으로 승계한다는 점에 대하여 異論이 없다.¹⁴⁾

나만, 권리의무의 포괄승계에 관한 이론구성을 재산관계상의 권리의무에 관한 상법의 규정을 그대로 적용시켜 근로계약의 승계의 근거로 삼는 것은 의문이다. 합병에 관한 상법의 규정은 기본적으로 기업 변동의 경우 기업의 존속보호라는 기업법의 법리에 따라 재산법적인 측면에 중점을 두고 있는 것이시 회사의 합병과 관련하여 근로자의 법적 이익을 보호하려는 규정이라고 생각되지는 않기 때문이다.¹⁵⁾ 따라서 합병으로 인한 근로관계의 '포괄적 이전'은 합병 전후를 통해 기업이 폐지되지 않고 그 실질적 동일성을 유지하고 있다고 인정되는 한, 법형식적인 경영주체와의 관계가 아니라 기업과의 결합관계인 근로계약도 당연히 동일성을 유지하는 데서 나타나는 현상이라고 이해하는 데에서 그 이론적 근거를 찾아야 할 것이다.¹⁶⁾

여하튼 그 이론구성의 차이는 논외로 하고, 회사합병과 관련 근로관계의 존속보호를 목적으로 하는 노동법학에서의 논의를 통해 합병으로 근로관계도 포괄승계된다는 이론이 정립되어 있는 것은 분명하다.¹⁷⁾

2) 판례 역시 합병으로 근로관계가 포괄승계된다고 보고 있다.

한편 판례도 합병으로 근로관계는 포괄승계된다고 이해하고 있다.

우선 대법원 1980.3.25, 선고 77누265 판결에서 "합병의 경우에는 피합병회사의 권리의무는 사업상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속할 회사에게 승계되는 것으로 보아야 한다"고 판시하고 있고, 인천제철(주)사건(대판 1991.12.10, 91나12035)에서도 합병으로 인하여 근로자의 근로관계가 포괄적으로 합병회사에 승계됨을 밝히고 있다.¹⁸⁾ 그리고 (주)한진해운 사건에

13) 정동윤, 앞의 책, 817쪽. 이 점이 합병이 영업양도와 구별되는 요점인데, 합병의 경우에는 소멸회사의 모든 권리의무가 당연히 존속회사 또는 신설회사에 포괄적으로 승계되므로 재산의 일부를 제외할 수 없고, 각개 재산의 개별적이전행위를 요하지 않음에 반하여, 영업양도의 경우에는 계약에서 정한 범위 내의 양도회사의 재산만이 이전되므로 재산의 일부를 양도대상에서 제외할 수 있고 개별적이전행위를 요하며 채무는 별도의 합의가 없는 한 승계되지 아니한다(앞의 책, 801쪽).

14) 임종률, "사업주변경과 근로자의 법적 지위", 민법학논총(후암 박윤직교수 화갑기념논문집), 박영사, 1985, 537~538쪽; 夏本信行, "企業變動・倒産と労働契約", 日本労働法學會編, 労働契約・就業規則(現代労働法講座10), 総合労働研究所, 1986, 42쪽.

15) 합병에 관한 상법학에서의 논의는 근로자의 법적 이익을 보호하려는 측면에 대한 고려가 불충분한 게 사실이라는 지적이 있다(김지형, "회사의 합병에 따른 근로관계의 승계와 취업규칙상 퇴직금규정의 적용", 인권과 정의 214호, 1994, 88쪽).

16) 同旨: 沼田稻次郎(外) 編集, 労働法事典, 労働旬報社, 1979, 286쪽.

17) 때문에 합병을 하고자 할 때 피합병회사 소속 근로자 신부 또는 일부를 승계대상에서 제외한다는 합병당사회사간의 특약은 합병의 성질상 무효라고 해석된다. 김영훈, "근로관계의 이전", 근로관계소송상의 제문제(하), 사법연수원, 1987, 1729쪽.

18) 김홍준, "기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고", 서울대학교 노동법연구회 편, 노동법연

서 대법원은 “회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 할 것”이라고 판시하고 있다(대판 1994.3.8, 93다1589). 또한 아남정공 사건에서 대법원은 “신원보증계약은 사용자인 회사가 다른 회사에 합병된 후라도 피용자가 다른 회사에 계속 고용되고 있는 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 그 신원보증계약은 그대로 존속된다고 해석함이 타당하다”¹⁹⁾고 함으로써 똑같은 이치를 밝히고 있다고 하겠다.

그리고 영업양도시에도 근로관계의 승계를 인정하고 있다. 즉, 경안기업 사건에서 “영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고, 영업을 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다”²⁰⁾고 판시한 이래 일련의 판결을 통해 이 법리가 확인되고 있다.²¹⁾ 최근의 사건으로는 롯데칠성음료 사건을 들 수 있는데 법원은 “영업의 일부만의 양도도 가능하고 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 승계된다.”고 밝히고 있다.²²⁾

아울러 기업의 일부가 분리독립한 경우에도 근로관계의 포괄승계를 밝히고 있다. 즉, 대법원은 “기업의 일부가 분리독립하여 새로운 회사가 설립된 경우 신설 회사와 구 회사 사이에 기업의 동일성이 있고 구 회사에 속했던 근로자가 그 회사에서의 퇴직이나 신설 회사에의 신규입사절차를 거침이 없이 신설 회사에서 계속 근무하고 있다면, 신설 회사가 구 회사의 권리의무를 포괄승계하지 않은 경우라 할지라도 근로관계는 신설 회사에 포괄승계되어 근로의 계속성이 유지된다 할 것”이라고 판시한 바 있다.²³⁾

이렇듯 판례는 기업변동 전반에 걸쳐 ‘기업의 동일성’이 인정되는 한 근로관계의 포괄승계를 인정하고 있음을 알 수 있다.

3) 행정해석도 마찬가지이다.

행정해석도 마찬가지여서 “회사가 합병하는 경우 흡수합병이든 신설합병이든 소멸회사의 권리의무는 일괄해서 합병회사(또는 신설회사)에 포괄승계되므로 근로관계는 당연히 이전된다”²⁴⁾고 하고 있다.

합병만이 아니라 영업양도의 경우에도 마찬가지로 해석되는데, 기업 그 자체가 폐지됨이 없이 실질적인 동질성이 인정되는 한 영업양도, 회사의 조직변경 등에 관계없이 근로관계가 당연 승계된다고 한다.²⁵⁾ 그러나, ① 부동산 등을 경락받아서 동일사업을 계속할 때(법무 810-47980, 1977.12.22), ② 폐업회사의 건물, 대지 등만 매입한 경우(법무

구 4호, 1994, 28쪽 주 7) 참조.

19) 대판 1994.11.11, 94다30669. 판결내용은 경제단체협의회, 최신훈판례 95-1호, 20~22쪽 참조.

20) 대판 1991.8.9, 91다15225. 판결내용은 경제단체협의회, 최신훈판례 91-6호, 74~76쪽 참조.

21) 대우전자 사건(대판 1991.5.28, 90다16801) ; 한국전력보수공사 사건(대판 1991.11.12, 91다12806) ; 한국항공 사건(대판 1992.7.14, 91다40276) 등.

22) 대판 1994.11.18, 93다18938. 판결내용은 경제단체협의회, 최신훈판례 95-1호, 94~100쪽 참조.

23) 대판 1987.2.24, 84다카1409. 판결요지는 한국노동연구원, 노동판례요지집, 1994, 352~353쪽 참조.

24) 기준 1455.6-9102, 1969.8.26 ; 근거 1455-9480, 1970.10.7 등.

25) 법무법 810-334, 1963.5.20 ; 법무 811-24314, 1978.11.6 등.

811-21760, 1979.9.12), ③ 기업이 채권자의 채무를 청산 못하고 부동산의 소유권만 이전하는 경우(법무 811-10189, 1980.4.28) 등과 같이 영업양도를 받은 것이 아니고 개별적인 권리만 취득한 경우에는 승계가 인정되지 않는다.

행정해석 역시 기업의 조직변경 전후를 통하여 그 '동일성'이 유지되는 한 근로관계는 당연히 승계되는 것으로 보고 있는 것이다.

- 4) 따라서 합병으로 근로관계는 포괄승계되어 근로자는 원칙적으로 합병전과 동일한 근로조건으로 일할 수 있다고 보아야 한다.

이렇듯 현재의 학설·판례·행정해석은 합병 전후를 통하여 '기업의 동일성'이 인정되는 한 근로관계의 포괄승계를 인정하고 있다. 근로관계가 승계되었을 때의 근로조건은 종전의 내용과 마찬가지로 원칙이다. 따라서 원칙적으로 근로자의 임금, 근로시간, 직무의 내용, 퇴직금 등 근로조건이 합병 전후에 동일하게 된다.²⁶⁾ 다만 합병으로 인하여 부서변경이나 전직의 문제가 대두되는 예는 많을 것이다.²⁷⁾

합병으로 인하여 근로관계가 신설(존속)회사에 포괄승계된다고 할 때 퇴직금에 관한 권리의무도 신설(존속)회사에 그대로 승계되는 것이 논리적인 것은 물론이다. 그리고 피합병회사와 합병회사의 퇴직금규정이 꼭 같다면(물 다 단수제로 되어 있거나 누진제라도 누진율이 같은 경우) 문제가 생길 여지도 없다. 그러나 퇴직금제도가 합병 전후를 통하여 달라질 때는 문제가 야기된다. 이러한 경우 해당 근로자에 대한 퇴직금을 계산할 때 그 근로자가 원래 근무하고 있던 소멸회사에서 정해 놓은 취업규칙상의 퇴직금규정에 의한 퇴직금 산정방법을 따를 것인지, 아니면 그 근로자가 퇴직 당시 근무하던 존속회사의 취업규칙상의 퇴직금규정에 의할 것인가가 문제가 된다. 아니면, 근속기간별로 나누어 소멸회사 및 존속회사의 취업규칙상의 퇴직금규정에 따른 퇴직금 산정방법을 각각 적용하는 것이 합당한지 논란이 일고 있다.

특히 하나의 사업내에 퇴직금제도를 달리 둘 수 없도록 하는 근로기준법 제28조 2항과 저촉되는 문제는 어떻게 해결할 것인가가 과제로 대두된다.²⁸⁾

이 문제를 검토하기에 앞서 관련되는 판결 하나를 먼저 소개하고자 한다. 이 사건은 1심과 2심, 3심에서 모두 결론을 달리하여 특히 주목을 끌었던 사건인데 문제가 된 판결은 (주)한진해운 사건(대판 1994.3.8, 93다1589)이다. 이 사건의 개요와 판결요지를 소개한 다음에 퇴직금차등 금지제도와 관련해서 논의를 전개키로 한다.

26) 김홍준, 앞의 글, 31쪽.

27) 夏本信行, 앞의 글, 45쪽 참조.

28) 퇴직금차등금지 문제를 논하기에 앞서 이 사례에서 회사합병의 경우 합병전의 근로연수가 퇴직금 계산시 당연히 계속근로연수에 통산되는지가 확정되어야 하는 데 이 문제에 대해서는 학설·판례·행정해석 모두 기업 그 자체가 폐지됨이 없이 동일성을 유지하는 한 근로연수의 통산을 인정하고 있다. 즉, '동일한 사업장에서의 계속근무'로 인정하는 것이다. 김형배, 근로기준법, 박영사, 1993, 297쪽; 김인만, "근로기준법 제28조 제1항의 '계속근로'의 의미", 서울대학교노동법연구회 편, 노동법연구 제1권 제1호, 1991, 368쪽 이하 참조.

Ⅲ. (주)한진해운 사건(대판 1994.3.8, 93다1589)

1. 사건개요

원고는 1980. 7. 25. 소위 진양해운(주)[후에 (주)선주상선으로 상호 변경]에 입사하여 근무하던 중 위 진양해운(주)이 1984. 9. 1. 피고회사 진신인 대한선주(주)에 흡수합병됨에 따라 그 때부터 피고회사[위 대한선주(주)는 1988. 3. 7. (주)대한상선으로 상호가 변경되었는데, 위 회사는 같은 해 12. 2. (주)한진해운을 흡수합병하였으며, 그 후 상호를 (주)한진해운으로 변경하였다]의 육원(陸員)으로 근무하다가 1991. 6. 26. 퇴직하였다.

그런데 예당초 원고가 입사하여 근무하던 위 진양해운(주)에서는 퇴직하는 사원에 대하여 근속년수 1년에 대하여 퇴직 당시의 평균임금 1개월분에 해당하는 퇴직금을 지급하는 단수제의 퇴직금을 시행하고 있었던 데 반하여, 원고가 입사하기 전부터 유효하게 존재하여 온 피고회사의 취업규칙에 의하면 피고회사에서는 누진제의 퇴직금제도를 시행하고 있었다.

원고는 피고회사를 퇴직하면서 그 퇴직 당시의 평균임금을 기준으로 위 진양해운(주) 입사일인 1980. 7. 25. 부터 피고회사 퇴직일인 1991. 6. 26. 까지 전체의 근속기간에 대하여 단수제의 퇴직금제도에 따라 계산한 퇴직금을 지급받았다. 이에 원고는 원고가 정당하게 지급받아야 할 퇴직금은 위 근속기간 전체를 기초로 하여 위 누진제 지급방식에 따라 산출한 액수여야 한다고 주장하면서 이 방식으로 계산한 퇴직금에서 이미 수령한 퇴직금을 공제한 금액을 미지급 퇴직금으로 청구하였다(실제로는 원고가 퇴직하기 전인 1987. 3. 31. 피고회사의 퇴직금제도가 단수제로 유효하게 변경되었는데, 원고가 이 부분에 대해서 단수제 퇴직금을 수령한 것과 관련해서는 논란의 여지가 없을 것이므로 논외로 한다).

2. 판결요지

1) 대법원의 견해

이 사건에 대하여 대법원은 합병으로 인하여 근로관계가 승계되는 경우 퇴직금제도도 종전과 같은 내용으로 승계되는 것이라고 보아 단수제를 적용한 회사의 조치가 정당하다고 판시하였다. 판결요지는 다음과 같다.

회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서 피고회사가 진양해운(주)을 합병할 당시 그 취업규칙 등에 소멸회사에 근무하던 근로자들의 퇴직금제도를 존속회사의 퇴직금 계산방법인 누진제 지급방식으로 통일하는 조치가 없었다면 원고의 퇴직금은 위 진양해운(주)에서의 근무기간은 물론 피고회사의 근무기간에 대하여도 원고가 위 진양해운(주)의 사원으로 보유하고 있었던 근로계약상의 지위, 즉 단수제의 내용에 따라 계산하여야 할 것이다.²⁹⁾

29) 대판 1994.3.8, 93다1589. 판결내용은 경제단체협의회, 최신훈동판례 94-2호, 56~60쪽 참조.

그런데 이 사건에서 원심은 물론이고 제1심판결도 모두 결론을 달리하고 있어 이들 판결의 요지도 소개하는 것이 앞으로의 논의를 전개하는 데 도움이 될 것으로 생각된다. 그 판결요지는 다음과 같다.

2) 제1심판결의 요지

제1심판결은 피고회사의 주장을 수용할 경우 하나의 사업장에 그 내용을 달리하는 두 개의 취업규칙이 허용되는 것과 같은 결과에 이르게 되어 부당하다는 이유로 원고의 퇴직금 계산은 합병 전 신양해운(주)에서 근무한 기간까지 통산한 전체근속기간에 대하여 피고회사의 누진제퇴직금규정을 적용하여 퇴직금액수를 산정하여야 한다고 판시하여 원고의 청구를 모두 받아들였다.³⁰⁾

3) 원심(제2심)판결의 요지

원심판결은 퇴직금 지급방식이 단수제였던 회사가 퇴직금 지급방식이 누진제인 회사에 흡수합병된 경우 소멸회사에 근무하던 사원이 위 합병으로 인하여 존속회사의 사원이 되어 퇴사하였을 때 당해 사원의 퇴직금 지급은, 이를 합병전과 합병후로 나누어 산정하여야 한다는 견해를 취하고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

존속회사인 피고회사가 그 직원의 근속기간을 계산함에 있어 피합병회사인 소외 진양해운(주)에서의 근무기간도 포함시켜야 함은 당연한 법리이나 그와 같은 법리만으로 그 퇴직금 계산까지 반드시 단일한 방식(누진제 지급방식)으로 산정하여야 한다고 볼 수는 없고, 흡수합병의 경우 존속회사는 소멸회사의 기존의 권리의무 즉 이 사건에 있어서는 그 직원에게 단수제 지급방식에 따라 퇴직금을 계산하여 지급하여야 할 의무만을 승계하는 것이고 또한 합병의 효력은 과거에 소급하는 것이 아니므로 피고회사가 위 합병 당시 경과적 조치로서 그 취업규칙 등에 위 진양해운(주)에서의 근무기간에 해당하는 퇴직금의 계산에 있어서도 피고회사의 퇴직금 계산방법인 누진제 지급방식에 의하기로 특별히 정하였다고 볼 아무런 증거가 없는 이 사건에 있어서는 피고회사의 누진제 지급방식에 의한 퇴직금의 지급을 규정한 위 취업규칙은 원고에 대하여는 위 합병시부터 장래에 향하여 적용되는 것이라고 보아야 할 것이므로 이와 견해를 달리한 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없고, 따라서 원고의 퇴직금을 산정함에 있어서 원고가 위 합병전 소외 진양해운(주)에 입사한 때인 1980. 7. 25. 부터 위 흡수합병으로 인하여 피고회사의 육원으로 근무하게 되는 때 이전인 1984. 8. 31. 까지의 위 합병전 근무기간에 해당하는 부분에 대하여는 합병전 소외 진양해운(주)에서 정한 단수제 지급방식에 따라 계산하여야 할 것이다.³¹⁾

기실 이 원심 판결 내용이 기존의 판례법리였다고 볼 수 있다. 즉, (주)한진해운이 문제가 된 다른 사건에서 서울고법은 이 사건 원심 판결과 같은 내용의 결론을 도출한 바 있고, 피고회사에서 상고를 취하함으로써 그대로 확정되었던 것이다.³²⁾

30) 서울민사지방법원 1991.12.26, 91가62533 판결. 판결내용은 경제단체협의회, 최신노동판례 94-3호, 96~99쪽 참조.

31) 서울민사지방법원 제6부 판결 1992.11.26, 92나3846. 판결내용은 경제단체협의회, 최신노동판례 94-3호, 100~108쪽 참조.

32) 서울고등법원 1992.1.21, 91나42335 판결. 판결내용은 경제단체협의회, 최신노동판례 92-2호, 70~74쪽 참조.

IV. 퇴직금 차등금지제도

1. 퇴직금 차등금지제도의 입법취지

근로기준법 제28조 2항은 「제1항의 퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업내에 차등제도를 두어서는 아니된다.」고 규정, 하나의 사업에는 하나의 퇴직금제도를 두도록 하고 있다. 예컨대 근속년수가 동일함에도 불구하고 직종과 직위가 다르다는 이유로 근로자 일부에게는 누진제 퇴직금제도를 적용하고 다른 근로자들에게는 단수제를 적용하는 경우, 또는 누진율을 달리 적용하거나 일정 직급 이상의 자에 대해서는 근속년함에 일정년한을 더 가산하여 퇴직금을 산정하는 경우와 같이 근로자간에 퇴직금 지급조건에 차등을 두지 못하도록 한 것이다.

1980. 12. 31. 근로기준법 개정 때 동 조항을 신설한 것은 당시 동일 사업내에서도 사무직에게는 누진제를, 생산직에게는 단수제를 적용하는 퇴직금 차등제도를 설정하는 경우가 많았고 이로 인하여 생산직근로자들의 불만이 컸기 때문에 동일 사업내의 퇴직금제도에 관해 차등을 둘 수 없게 하여 생산직근로자들의 불만을 줄이려고 한 것이라고 설명된다.³³⁾ 그리고 동일노동에 대하여 동일한 근로조건을 제공토록 함으로써 근로자들에 대한 차별취급을 시정하는 한편, 근로자들에 대한 퇴직금관리에 일관성을 유지할 수 있도록 해 줌으로써 사용자의 경영상의 편의도 도모토록 하는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

이렇듯 퇴직금 차등제도는 퇴직금제도의 본래의 정신에 반하며 상대적으로 불리한 처지에 있는 생산직근로자나 하위직 근로자들의 불만 요인이 되어 근로자 상호간의 위화감과 불신관계를 조성할 뿐만 아니라 근로기준법 제5조의 균등대우원칙의 취지³⁴⁾에도 위배되기 때문에 근로기준법 제28조 2항을 신설해서 이를 금지한 것이라고 이해할 수 있다.³⁵⁾

따라서 일부 근로자가 퇴직금지급과 관련하여 다른 근로자보다 불리한 조건을 적용받게 되는 경우, 그 범위 내에서 그 퇴직금제도는 일부무효이고 그러한 근로자는 유리한 조건의 적용을 받는 근로자와 동일한 내용의 퇴직금제도가 설정된 것으로 보아 유리한 조건의 산정기준에 의한 퇴직금을 지급받을 수 있다고 해석된다.³⁶⁾

한편 퇴직금의 차등지급을 금지한 근로기준법 제28조 2항에 대한 위헌 시비가 있었는데, 법원은 이를 합헌이라고 보고, “근로기준법 제28조 제2항 및 같은 법 부칙(1980. 12. 31) 제2항은 그 시행일 이후부터 동일사업 내에 사무직과 생산직 등 직종이 다른 근로자들간의 퇴직금지급에 관하여 차별을 두지 않고 균등하게 처우하게 하려는 것이므로, 이것이 헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 관한 규정이나 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈 금지조항 또는 헌법 제119조 제1항의 대한민국의 경제질서는 개인과 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다는 조항 등에 위배된 위헌규정이라고 할 수 없다”³⁷⁾고 판시하고 있다.

33) 현경대, “퇴직금제도에 관한 고찰”, 법조 405호, 1990, 24~25쪽.

34) 근로기준법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”고 규정하여 사용자가 근로자의 근로조건과 관련하여 자의적으로 차별대우를 하는 것을 금하고 있다.

35) 이태운, “퇴직금제도”, 사법연수원, 근로관계 소송상의 제문제(상), 1987, 482~483쪽. 대표적인 판결로 대법원 1993.2.9. 91다1381 판결을 들 수 있는데, 이 판결에서 법원은 KBS의 계약직 시청료 징수원의 퇴직금제도가 정식직원의 퇴직금제도에 비하여 불리하게 규정되어 있는 것은 퇴직금 차등금지의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

36) 김지형, 노동법해설, 청림출판, 1993, 197쪽.

그런데 이 퇴직금 차등금지제도는 동일 사업 내의 근로자들 사이에서만 문제가 되는 것으로 해당 사업 이외의 근로자와의 차등은 동조의 금지대상이 아니다. 여기서 '사업'이라 함은 경영상의 일체를 이루는 기업체를 말하는 것으로 해석된다. 그러므로 경영상의 일체를 이루면서 조직상 유기적으로 운영되는 지점, 출장소, 공장 등은 모두 하나의 사업으로 총괄되어 파악되어야 할 것이다. 따라서 하나의 사업이나 아니냐 하는 문제는 장소적 관념에 따라 결정되는 것은 아니다.³⁷⁾

다만, 퇴직금에 차별을 두는 것이 사용자의 恣意的인 基準에 의한 것이 아니고 合理的인 理由가 있는 경우에는 퇴직금의 차등제도 설정금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 그러나 과연 어떠한 기준에 의한 차별이 합리적인 차별이고 어떠한 차별이 불합리한 차별인지는 쉽사리 판별할 수 없는 것이고³⁸⁾ 일단 차별이 있으면 불합리한 것으로 추정되어야 할 것으로 생각된다(즉 사용자가 합리적인 차별임을 입증하여야 한다). 법의 취지에서 볼 때 예컨대 단체협약의 적용을 받는 조합원과 비조합원간에 차등대우가 생기는 경우는 불가피하다 하겠다.⁴⁰⁾ 그리고 적법한 절차에 따라, 예컨대 근로자의 동의를 받아 경과규정을 두고 기존의 퇴직금제도를 변경시행할 경우 시행일 이전 기간에 대해서는 기득권을 인정하고, 동 시행일 이후부터는 전근로자에게 일률적으로 통일된 퇴직금제도를 적용하는 것은 차등제도로 볼 수 없을 것이다.⁴¹⁾

2. 판례와 행정해석의 변천

법원은 하나의 사업내에는 하나의 퇴직금제도만이 존재하여야 한다는 태도를 줄곧 지켜와 "사용자인 회사가 누진지급제에 의한 퇴직금을 단수지급제로 변경하는, 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경을 함에 있어서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 등 근로자집단의 의사결정방법에 의한 동의가 없었다면 이와 같은 취업규칙의 변경은 무효이므로 위 취업규칙변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자 뿐만 아니라 그 변경 이후에 입사한 근로자에 대하여도 종전의 취업규칙이 적용된다"고 판시하고 있었다.⁴²⁾

그러다가 대법원은 1992년말 강원산업 사건에서 전원합의체 판결로 종전의 해석을 정면으로 뒤집은 판결을 내렸다.⁴³⁾ 이 판결은 "근로기준법 제28조 2항은 하나의 사업내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있으나, 변경된 취업규칙의 퇴직금제도가 기존근로

37) 대법원 1990.7.10, 90카57 결정.

38) 대판 1993. 2. 12, 91다22308. 그리고 하나의 법인체라고 하여도 유화사업부와 건설사업부의 경우 업종 및 지역이 다르고 인사·경리·노무 등의 경영이 독립적으로 운영되고 있으며 각각 독립된 대표가 경영상 최종결정권을 갖는다면 양자는 '하나의 사업'으로 보기 어려우므로 서로 다른 퇴직금제도를 두어도 무방하다고 해석된다(임금 32240-16689, 1989.11.23).

39) 예컨대 징계해고를 당하여 퇴직하는 근로자에게 대하여 그밖의 사유로 퇴직하는 근로자와 구별하여 퇴직금의 산정기준을 불리하게 차등을 둔 경우가 문제가 될 수 있는데, 이 경우 징계해고에 정당한 이유가 있고 그에 대한 퇴직금산정기준이 근로기준법상의 법정 최저기준에 미달하지 않는 범위 내의 것이라면 이러한 차별은 합리적인 사유에 따른 것이라고 볼 수 있다는 견해가 있는데(김지형, 앞의 책, 196쪽) 의문이다. 기실 필자는 1994년 11월 서울대노동법연구회에서(주)한진해운사건에 대해서 판례평석을 발표한 바 있는데, 이 자리에서 징계해고자와 여타 해고(퇴직)자의 퇴직금에 차등을 두는 것이야말로 근로기준법 제28조 2항 위반이라는 의견이 지배적이었고 필자도 같은 생각이다.

40) 대판 1987.4.28, 86다카2507.

41) 근기 01354-8642, 1987. 5. 29.

42) 대판 1991.4.27, 89다카7754 ; 대판 1991.12.10, 91다8777 ; 대판 1977.7.26, 77다355 등이 그러하다.

43) 대법원 1992.12.22, 91다45165 전원합의체 판결.

자의 기득이익을 침해하는 것이어서 이들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전제도의 적용을 받게 됨으로써 이러한 기득이익이 없는 취업규칙 변경 후의 취업근로자에게 적용되는 퇴직금제도와 별개의 퇴직금제도를 적용하는 결과가 되었다고 하여도, 이러한 경우까지 위 법조에서 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”⁴⁴⁾고 하여 근로자의 동의를 얻지 않은 취업규칙 변경이라 하여도 신규입사자에게는 효력이 있다는 견해를 피력하였다.⁴⁵⁾

노동부의 유권해석도 대법원과 같은 추이를 보이고 있다.⁴⁶⁾ 종전에는 “일정시점을 기준하여 기존근로자에게는 취업규칙에 규정된 누진제 퇴직금제도를 적용하고 신규입사자에게는 취업규칙을 변경하여 법정(단수제)퇴직금제도를 적용하는 것은 하나의 사업내에 차등제도를 두는 것으로 근로기준법 제28조 2항에 위반된다”⁴⁷⁾는 견해를 보였는데, 법원 판결이 바뀜에 따라 “근로기준법 제28조 2항은 하나의 사업내에 차등 있는 변경된 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 이들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전제도의 적용을 받게 됨으로써 이러한 기득이익이 없는 취업규칙 변경후의 취업근로자에게 적용되는 퇴직금제도와 별개의 퇴직금제도를 적용하는 결과가 되었다고 하여도 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금지한 근로기준법 제28조 2항에 위반된다고 볼 수 없다”⁴⁸⁾고 해석을 바꾸었다.

이렇듯 최근 법원 판결이나 행정해석은 사실상 하나의 사업 내에 둘 이상의 퇴직금규정이 병존하는 경우를 용인하는 태도를 보이고 있는데 이는 근로기준법 제28조 2항의 간간을 혼드는 해석으로 문제가 아닐 수 없다.

3. 私見

퇴직금 차등금지제도(근로기준법 제28조 2항)는 사용자가 恣意로 일부 근로자들을 차별 대우하는 것을 금지하는 데 본래의 입법취지가 있다. 그렇다면, 앞의 강원산업 사건의 예가 대표적인 자의적인 차별의 예라고 생각된다. 왜냐하면 이 사건 판결에서 소수의견이 적절히 지적하고 있는 바와 같이 “퇴직금제도를 설정함에 있어 하나의 사업내에서 입사한 날짜에 따라 차등을 두는 것은 원칙적으로 합리성이 없어 근로기준법 제28조 2항에 위배된다”고 할 것이기 때문이다. 다수의견이 주장하는 “근로기준법 제28조 2항은 하나의 사업내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있으나, 변경된 취업규칙의 퇴직금제도가 기존근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 이들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전제도의 적용을 받게 됨으로써 이러한 기득이익이 없는 취업규칙 변경 후의 취업근로자에게 적용되는 퇴직금제도와 별개의 퇴직금제도를 적용하는 결과가 되었다고 하여도, 이러한 경우까지 위 법조에서 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”는 해석은 근로기준법 제28조 2항을 근본적으로 부정하는 해석 태도라고 볼 수밖에 없다.⁴⁹⁾

44) 同旨 : 대판 1993.6.11, 93다11876.

45) 물론 이 판결은 비판의 표적이 되었는데 최영호, “취업규칙의 불이익변경”, 서울대학교 노동법연구회 편, 노동법연구 제3호, 1993 및 고태관, 「취업규칙의 불이익변경」, 서울대학교 석사학위논문, 1994, 78~85쪽 참조.

46) 노동부, 노동관계 주요쟁점사항에 관한 대법원판례 및 노동부해석, 1994, 84쪽 참조.

47) 근기 10254-16532, 1987.10.17.

48) 근기 10254-1099, 1993.5.31.

49) 한편 소수의견은 “퇴직금제도를 근로자에게 불리하게 변경하면서 경과규정으로서 기존의 근로자

1. 그런데, 하나의 사업내에 실제로 퇴직금규정이 차등적용되는 경우라도 사용자가 근로자들을 차별대우하려는 의도를 가지고 있지 않은 한 근로기준법 제28조 2항 위배라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 농 규정은 사용자가 자의적으로 근로시간에 퇴직금지급에 차등을 두는 것을 금지하여 근로자들을 보호하기 위한 것, 즉 사용자에게 일정한 규제를 가하기 위한 것으로 보아야 하기 때문이다. 회사합병의 경우가 대표적인 경우로 생각된다. 합병을 통하여 종전의 근로관계를 당연히 승계하는 경우에는 소멸회사와 존속회사의 퇴직금제도가 다르고 그 때문에 불가피하게 존속회사의 근로자들에게 적용되는 퇴직금제도가 달라지는 것이므로 사용자의 자의가 개입될 여지가 없기 때문이다. 따라서 합병 등으로 인하여 취업규칙의 병존상태가 생기는 경우와 같이 사용자에게 귀책사유를 인정할 수 없는 경우에까지 동 조항을 적용하기는 어렵다고 一應 暫定的인 結論을 도출할 수 있겠다.⁵⁰⁾

그러나 과연 (주)한진해운 사건에서와 같이 하나의 사업장에 복수의 퇴직금규정을 병존케 한 데 대해 사용자에게 아무런 책임이 없다고 볼 수 있을지는 의문이다. 앞에서 살펴본 바 있듯이 법의 취지에서 볼 때 ① 단체협약의 적용을 받는 조합원과 비조합원간에 차등대우가 생기는 경우라든가 ② 적법한 절차에 따라, 예컨대 근로자의 동의를 받아 경과규정을 두고 기존의 퇴직금제도를 변경시행할 경우 시행일 이전 기간에 대해서는 기득권을 인정하고, 동 시행일 이후 부터는 전근로자에게 인괄적으로 통일된 퇴직금제도를 적용하는 경우를 제외하고는 퇴직금 차등제도를 인정할 수 있는 예를 상정하기 어려울 것이다. 이 사건에서도 사용자는 퇴직금의 차등적용이라는 결과를 충분히 막을 수 있었는데도 이를 게을리한 것이 분명하고(합병 당시에는 합병회사 스스로 피합병회사 소속이었던 근로자들에 대해서도 동 회사의 퇴직금규정을 적용하려고 생각하고 있었는지도 모른다), 따라서 그로 인한 책임은 사용자가 지는 것이 합당하다.

이러한 이치는 애당초 민법 제657조 1항에서 “사용자는 노무자의 동의 없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다.”고 규정하여 고용계약에 따르는 권리의무의 一身專屬性을 규정하고 있음에도 불구하고, 합병으로 ‘기업의 동일성’이 유지될 때는 근로관계를 포괄승계토록 하여 이 원칙을 수정하고 있는 그 근본적 이유를 생각하면 쉽사리 도출될 것으로 생각된다. 둘 이상의 회사가 합병하는 경우에도 기업의 동일성은 유지되기 때문에 그 근로관계가 포괄승계된다는 것은 사용자로 하여금 최소한 종전의 근로조건은 합병회사에서도 유지되도록 하여야 한다는 片面的 義務를 가한 것으로 해석해야 할 것이다.

이와 관련 독일에서의 논의를 참조할 필요가 있다. 영업양도의 효과와 관련하여 독일에서는 1972년 민법 제613조 a⁵¹⁾가 신설되었는데 이 조항의 해석은 근로자보호를 목적으로 한다는 취지에서 사용자측의 계약자유만을 제한하고 있다는 점, 서독기본법 제12조의 직장선택의 자유와 인간의 존엄의 존중이라는 측면에서 근로자의 매매가 행해져서는 안된다는 이유 등으로 법적으로는 영업양도계약의 체결에 근로자의 동의권을 전제로 한다고 보았다는 점⁵²⁾을 주의깊게 생각해볼 필요가 있을 것이다.⁵³⁾ 즉, 합병의 법리는 사용자에게

“예게는 유리한 종전의 규정을 계속 적용하도록 하는 것은 반드시 이에 위반된다고는 생각하지 않는다”고 하나 이 또한 의문이다.

50) 따라서 (주)한진해운사건에 대해서 대법원 판결이 올바른 결론을 도출한 것으로 파악하는 견해(김지형, 앞의 글, 91쪽, 95쪽)도 상당히 설득력이 있어 보인다.

51) 동조 제1항 제1문에서는 “사업(사업상)이 다른 사업주에게 이전될 때에는 그 사업주가 이전 당시에 존재하는 근로관계로부터 발생하는 권리의무를 인수한다”고 규정하고 있다.

52) 1974.10.2. 연방노동법원(BAG) 제5법정판결(BAG E 26 S.301). 根本 到, “營業讓渡における労働契約の自動的承継と労働者の異議申立權”, 労働法律旬報 1351-52호, 1995, 67쪽 참조.

53) 독일에서는 영업양도에 관해 이러한 판례이론이 정립되어 있다. 상세한 것은 Wolfgang Gitter(황

피합병회사의 근로자를 보호해야 한다는 편면적인 의무를 가지고 있을 뿐 피합병회사의 근로자들이 이행해야 할 의무까지도 정하고 있는 것은 아니다.

그렇다면, 피합병회사의 근로자들은 종전의 근로조건을 최소한의 기준으로 하여 사용자와의 교섭을 통하여 새로운 근로조건을 정할 수 있다고 보아야 한다. 보통의 경우 합병회사의 근로조건이 피합병회사의 근로조건보다 우월할 때는 피합병회사 소속의 근로자들은 합병회사의 근로조건으로 일하고자 원할 것이고 사용자가 종전의 조건을 고수하기 위해서는 근로자들과의 합의가 불가피한 것으로 생각된다. 만약 이러한 노력을 기울이지 않고 종전의 조건을 고집한 때에는 새로운, 보다 좋은 조건으로 일할 것으로 기대한 근로자들의 期待權을 보장하여야 할 것으로 생각된다. 이러한 법리는 근로조건은 양 당사자가 대등한 지위에서 결정하여야 한다는 원칙에서도 도출될 것으로 생각된다.⁵⁴⁾

또한 합병 등으로 인하여 하나의 사업내에 둘 이상의 퇴직금제도가 병존하는 것은 사회 일반인의 '正義의 觀念'에 반하는 것도 분명하다. 동일노동을 하면서 출신성분이 다르다는 이유만으로 달리 대우를 받는 게 합리화되기 때문이다. 이러한 현상은 근로기준법 제5조가 정하는 균등대우의 원칙에도 위배된다.⁵⁵⁾ 따라서 합병 당시 퇴직금제도를 단일화할 수 있도록 노무관리상의 배려가 필요하다고 생각된다. 합병회사는 합병 당시 또는 합병 후 취업규칙을 개정하거나 노동조합과 새로운 단체협약을 체결함으로써 근로조건을 단일화하여야 할 것이다. (주)대우 사건에서 대법원은 “흡수합병전의 회사가 서울본사와 부산공장에 있어 사무직과 생산직 사원으로 나뉘어져 구성돼 본사와 공장이 조직상 유기적으로 운영되어 왔다는 점 등에 비추어 보면 합병전 회사는 법조 소정의 ‘하나의 사업’에 해당되어 흡수합병 이후 회사측이 본사 직원들에게 적용되던 누진율에 의한 퇴직금지급률을 소외 회사의 근로자 중 최다수 근로자가 속한 부산공장의 근로자들과 동일하게 단수지급률로 개정하면서 다만 개정 전에 근무한 기간에 대해서는 종전의 누진율을 적용토록 퇴직금 지급규정을 개정한 것은 유효하다”⁵⁶⁾고 판시한 바 있다.⁵⁷⁾

합병이 근로자의 의사와는 무관하게 이루어진다는 점을 고려한다면 근로조건을 단일화하려는 노력을 게을리한 데 따른 손해는 합병회사가 부담하는 게 불가피하다. 따라서 아무런 설명 없이 피합병회사의 근로자를 합병회사의 근로자들과 같이 일하도록 한 경우에는 두 회사의 취업규칙 중 근로자들에게 유리한 규정을 적용하는 게 합당하다고 생각된다.

이러한 견지에 설 때 앞의 (주)한진해운사건에서는 원심판결이 내린 결론이 타당한 것으로 생각된다. 그 결론을 도출한 논리는 필자의 견해와는 차이가 나지만 어쨌든 합병 후에는 합병회사의 퇴직금규정만이 유효한 것으로 해석하여야 할 것이고, 그렇다면 합병전

적인 역), “기업양도와 근로관계”, 서울대학교 법학 20권 2호, 1980 참조.

54) 근로기준법 제3조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다.”고 규정하고 있다.

55) 근로기준법 제5조는 선천적 신분에 기한 차별을 금지할 뿐이고 후천적 신분에 기한 차별을 포함시키지 않는다는(노동법학계의) 통설적인 입장에 의하면 근로기준법 제5조 위반에 해당하지 않는다고 해석할 수도 있다. 그러나 필자는 후천적 신분에 기한 차별도 동조 위반이라는 입장을 취하고 있고(줄고, “시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 126~138쪽 참조) 합병회사 소속 근로자나 피합병회사 소속 근로자나에 따라 퇴직금에 차등을 두는 것은 불합리하다고 생각한다.

56) 대판 1993.10.12, 93다18365.

57) 다만, 이 경우는 소수근로자의 입장에서는 근로조건이 불이익한 변경에 해당하므로 취업규칙의 불이익변경을 위한 절차요건(근로기준법 제95조 1항에서 정하는 근로자과반수의 동의를 얻는 절차)을 지켜야 할 것이다.

에는 피합병회사의 취업규칙에 따라 단수제의 퇴직금을, 합병후에는 합병회사의 퇴직금규정에 따라 누진제를 적용하여야 하기 때문이다. 제1심판결도 근로기준법 제28조 2항의文理를 충실하게 해석하였다는 점에서 높이 평가할만하다. 그러나 이 판결은 법조문에 지나치게 얽매어 합리적인·목적론적인 해석을 도출하지 못했다는 비판을 면하기 어려울 것으로 보인다.

V. 마무리하는 글

합병으로 근로관계는 포괄적으로 이전된다. 그러나 이 의미는 신사업주가 피합병회사 소속 근로자를 계속 고용하여야 한다는 편면적인 의무를 의미한다고 보아야 할 것이다. 따라서 새로운 사업주 밑에서 일하기를 거부하는 근로자들은 퇴직의 자유를 가지는 게 마땅하다. 민법 657조 1항은 이러한 취지로 이해할 수 있겠다.

이들 근로자의 근로조건도 원칙적으로 전과 마찬가지로 적용되어야 한다. 그러나 이들 근로자의 근로조건과 기존의 근로자(합병회사에서 일하고 있는 근로자들)의 근로조건간에 차이가 나는 경우에는 이를 조정하여야 한다. 공동체에 참여하고 있는 모든 구성원들은 정의의 중요한 근거에 의해서 상이한 취급 내지 불평등한 분배가 정당화되지 않는 한 평등하게 취급받아야 하고 또 권리와 의무, 이익과 부담은 그들에게 평등하게 분배되어야 하기 때문이다.⁵⁸⁾ 따라서 이러한 조정을 피하지 않고 만연히 차별을 온존시키는 계약은 헌법 제11조의 평등권, [경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약] 제7조⁵⁹⁾, 근로기준법 제5조의 정신에 반하는 것이고 사회질서 위반의 법률행위를 규제하는 민법 제103조에 의거 무효라고 해석하여야 할 것이다. 이 경우 이러한 결과를 초래한 사용자가 그에 따른 책임을 져야 할 것이고 따라서 피합병회사와 합병회사의 근로조건을 비교해서 보다 좋은 조건으로 새로운 근로계약이 체결된 것으로 보는 게 합당하다고 생각된다.

따라서 근로조건에 차이를 시정하는 조치가 있어야 한다. 이 때에는 근로기준법 제3조가 정하는 근로조건 대등결정의 원칙을 중시하여야 할 것이다. 즉, 형식적인 의미를 넘어서 실질적으로 노사가 대등하게 근로조건을 대등하게 결정하도록 하여야 한다. 사용자의 일방적인 의사가 아니라 근로자의 자유로운 의사가 적극 반영되어 근로조건이 결정될 수 있도록 하여야 한다. 다만, 이러한 노사의 실질적인 대등성이 개별적인 근로자와 사용자 관계에서는 실현되기 어렵다는 차원에서 이 원칙은 실질적인 의미에서는 대등성을 지향하는 이념으로서 단체교섭에 의한 근로조건 결정의 의미를 의미하는 것으로 해석된다.⁶⁰⁾ 따라서 최소한 근로기준법 제95조 1항에 따라 “근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견”을 듣고 새로운 근로조건을 정해야 한다. 그리고 근로조건이 불이익하게 변경되는 근로자들에 대해서는 그 과반수의 동의를 받아야 한다고 생각된다.⁶¹⁾

58) 심헌섭, “정의에 관한 연구”, 법학 29권 2호, 1988, 97쪽.

59) 이 규약은 우리나라도 비준하여 국내법과 같은 효력을 가지고 있으므로(1990.6.13. 조약 제1006호, 1990.7.10. 발효) 장차 동일가치노동에 대한 동일임금 뿐만 아니라 동일가치노동에 대한 동일 근로조건으로의 확대를 시사하는 중요한 법규범으로 작용할 것으로 보인다. 규약 제7조(a)(i)은 “공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수”를 모든 근로자에게 제공할 것을 정하고 있다.

60) 安屋和人, “勞働條件の原則と對等決定の原則”, 日本勞働法學會編, 勞働保護法論(現代勞働法講座 9), 總合勞働研究所, 1982, 162~164쪽 참조.

특히 퇴직금제도와 관련해서는 더욱 그러하다. 설령 여타 근로조건 영역에서 ‘동일노동 동일근로조건’의 원칙이 조금 흔들리는 경우를 상정할 수 있다고 해도, 퇴직금의 영역에서는 이 원칙은 꼭 지켜져야 한다. 이것이 근로기준법 제28조 2항의 입법취지이기 때문이다. 따라서 합병 진후를 통해서 근로조건이 달라지는 경우에는 이를 통합하는 조치가 필요하고 노동조합(또는 근로자집단)의 의견(또는 동의)이 반영되는 기회가 주어져야 한다고 생각된다. 이러한 절차를 게을리한 경우의 불이익은 사용자가 감수하여야 할 것이다.

이상에서의 논의를 결론지으며 예상되는 경우를 종합하자면 다음과 같이 된다.

첫째로, 흡수합병의 경우(A사가 B사에 합병되는 경우)를 생각해 보자. 이 경우 A사의 퇴직금규정이 단수제(또는 누진제)여도 B사보다 누진율이 낮은 경우이고 B사는 누진제(또는 누진율이 A보다 높은 경우)의 퇴직금규정을 가지고 있다면, 합병회사는 합병 당시나 합병 직후 A사 소속이던 근로자들과 B사 소속 근로자와의 합의를 통해 누진제나 단수제 어느 하나의 퇴직금으로 통일하는 조치를 취하여야 한다(이 때 단수제로 통일시키려면 B사 소속 근로자 과반수의 동의가 필요하다고 보아야 한다). 그리고 그 역의 경우 즉 A사는 누진제이고 B사는 단수제인 경우는 단수제로의 통일을 위해서는 A사 소속 근로자들의 과반수 동의가 필요하다. 이러한 절차를 거치지 않은 경우에는 합병회사 B의 퇴직금제도는 누진제로 확정된 것이라고 보아야 할 것이다.

둘째로, 신설합병의 경우(A사와 B사를 합병해서 C사를 만드는 경우)를 보자. 이 경우에도 C사는 단일한 퇴직금제도를 가져야 하는데 그 방법은 A사나 B사의 퇴직금제도 중 어느 하나로 결정을 하든지 아니면 C사 독자의 퇴직금제도를 설정하면 된다. 그런데 이 때 확정된 퇴직금제도가 A사나 B사 어느 일방, 또는 양쪽 근로자들에게 불이익을 주게 될 때는 해당 근로자들의 과반수 동의로 제도가 결정되어야 할 것이다(근로자 과반수를 대표하는 노조가 있을 때는 노조의 동의를 요함은 당연한 이치이다). 그리고 이러한 조치 없이 만연히 퇴직금제도를 정하였을 때는 A사나 B사의 퇴직금규정 중 근로자들에게 가장 유리한 규정이 적용된다고 보면 된다.

61) 이 경우 근로조건이 불이익하게 변경되는 근로자측이 전체 근로자의 반수에 달하지 않을 때에는 굳이 그 동의를 받을 필요가 없지 않은가 하는 의문이 제기되기도 하나, 그렇게 볼 것은 아니다. 이들 역시 기업내에서 하나의 부분사회를 구성하는 존재이고 (다수근로자와 대립하는 이해를 가질 수도 있다는 의미에서) 부분사회를 규율하는 법규범의 작성·변경에는 부분사회의 구성원 자체가 직접 참가하는 길이 보장되어야 한다고 생각되기 때문이다(줄고, 앞의 논문, 155쪽 참조).