

〈논 문〉

## 대법원의 근로관계 인식에 대한 조명 — 민주헌정 이후 시민법적 인식으로의 ‘회귀’ 및 ‘지속’의 평가 —

李 興 在\*

### I. 머리말 : 주제의 범위 및 글의 구성체계

노동기본권의 실효성 보장을 위해서는 실질적인 민주헌정체제의 확립과 일 정단계 이상의 경제성장 그리고 노동단체의 자유로운 활동 등의 기초여건이 갖추어 져야 할 뿐만 아니라 또한 합리적인 법집행과 공정한 재판 등의 제도 적 장치가 확보되어야 함은 물론이다. 1987년 헌법 이후 우리 사회는 이러한 요건이 어느 정도 충족되었지만 그사이 급속한 경제환경의 변화로 말미암은 경제위기 상황이 급기야 IMF관리체제를 겪을 정도로 심각하게 되었던 것은 주지의 사실이다. 그러한 일련의 과정에서 경쟁력 강화를 위한 기업경영의 효율성 제고가 강조된 나머지 이른바 노동유연화의 소용돌이 속에서 구조조정 등으로 인한 대량의 실업자 양산과 임시직 등 비정규근로자의 엄청난 증가는 고용불안을 가중시켜 곧 가정과 사회의 불안정을 초래하였다.

법적으로는 이른바 ‘노동법의 위기’로 상징되는 이러한 현실에서 과연 노동 법리를 어떻게 해석함으로써 기업의 경쟁력강화와 가정 및 사회의 조화적 안정에 이바지 할 것이냐 하는 문제는 노동법학도가 해결해야 할 초미의 화두이 다. 이러한 의미에서 관련입법의 보완도 선행되어야 하겠지만 그보다도 실제 의 노사관계를 규율하는 기준을 판단해야 할 대법원의 기능이 대단히 중요하 고 또 그러한 만큼 그 고뇌도 크리라고 짐작된다. 따라서 이 글은 민주헌정이 후 대법원의 근로관계의 인식경향을 살펴 그 인식의 기본관점을 포착하여 나 름대로의 평가를 함으로써 우리 공동의 화두를 풀어가는 데 조금이라도 기여 하려는 것이 그 목적이다.

검토의 대상은 민주헌정 이후 최근까지의 중요쟁점에 관한 판례로 그 범위

---

\* 서울大學校 法科大學 教授

를 한정하며, 또한 고찰의 대상이 되는 판례의 경향분석은 먼저 전원합의체 판결의 변경을 주목하여 이를 시민법적 인식으로의 회귀라는 관점에서 체계화하고 그 다음으로 일관되게 유지하는 판례경향을 시민법적 인식의 지속이라는 관점에서 체계화하여 각각 쟁점별 요지에 대하여 아주 간략한 총평을 한 뒤 다시 이를 종합해서 전체 판례경향의 기본관점을 추출하여 그 문제점을 살펴보고 마지막으로 종합평가를 하는 순서로 논의하려고 한다.

## II. 시민법적 인식으로의 ‘회귀’

전원합의체 판결에 의한 변경은 다시 두 가지로 체계화 할 수 있는데 그 하나는 쟁점에 관한 새로운 사회법적 인식을 스스로 부정하고 또 다른 하나는 종래의 사회법적 인식을 경영의 효율성을 위하여 정책적으로 변경한 것이다.

### 1. 사회법적 인식의 자기부정

#### (1) 경영해고 요건의 ‘긴박한 경영상의 필요성’

경영해고에 대한 제한법리는 1996년 노동법개정에서 입법되기 전에 일반해고의 ‘정당한 이유’의 해석과 관련하여 판례법리에 의하여 형성되었다. 대법원은 경영해고의 핵심적 요건인 긴박한 경영상의 필요성에 대해 기업의 도산을 회피할 정도의 엄격한 요건(대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132)을 요구하였으나 그 후 판례변경을 통하여 경영합리화조치의 객관적 합리성이 있으면 족하다고 함으로써 그 요건을 완화하는 입장을 취하였다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다8647).<sup>1)</sup> 이러한 판례의 변화는 기술혁신이나 구조조정 등으로 기업의 존립을 강화해야 할 현실적 필요성을 강조하여 경영해고제한 법리를 완화하려는 인식에서 비롯된 것이라고 생각한다.<sup>2)</sup> 그러나 최근의 판결(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452; 2000두9373)에서 ‘장래의 경영위기’까지 긴박한 경영상

1) 요건을 완화한 변경된 판례의 비판에 대해서는, 김선수, “정리해고요건으로서의 긴박한 경영상의 필요성”, 서울대학교 노동법연구회, **노동법연구** 제3호(1993. 12), 59-84쪽 참조.

2) 김형배, **노동법** 13판, 박영사(2002. 2), 451-452쪽. 경영해고의 개선방향에 관한 논의에 대해서는, 김교숙, “정리해고제도의 개선방향”, 한국노동법학회, **노동법학** 제7호(1997. 12), 283-288쪽 참조.

의 필요성이 있는 것으로 완화된 것은 지나친 확대해석으로 경영하고 요건규정의 의의를 퇴색시킬 우려가 있다고 본다.

## (2) 쟁의행위 기간중의 임금지급 범위

파업참가자에 대한 임금지급에 관하여 대법원은 생활보장적 임금은 지급해야 한다는 종전의 판례(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다36307)를 변경하여 임금을 교환적 부분과 생활보장적 부분으로 이분할 법적근거가 없다는 것을 이유로 임금전체의 지급의무가 없음을 인정하였다(대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721).<sup>3)</sup> 대법원은 쟁의기간 중의 임금지급의 문제에 있어서 파업과 근로관계에 대하여는 판례의 변경 전후를 통하여 기본적으로 근로관계정지설을 채택하고 또한 이를 기초로 파업과 임금지급의 공제범위에 대하여는 계약(의사)해석설을 유지하면서도 처음에 취한 임금의 이분적 성격을 부정하고 임금을 근로의 총체적인 교환관계로 파악함으로써 전면공제(삭감)설로 변경한 것으로 보인다. 이러한 변경의 기저에는 근로계약을 채권계약으로 파악하는 인식이 깔려 있는 것으로 추측된다.

## (3) 조합원의 찬반투표 절차를 결여한 쟁의행위의 정당성 여부

조합원의 찬반투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위의 정당성 여부에 관하여 대법원은 그러한 절차를 거치지 아니하여도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 그 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는다는 종전의 판례(대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836)를 변경하여 조합원의 찬반투표 절차규정을 엄격하게 해석하지 않는다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인된다는 점을 이유로 법규정이 요구하는 민주적 의사결정 절차를 따를 수 없는 객관적 사정이 인정되지 않는 한 이 절차를 결여한 쟁의행위의 정당성은 인정되지 않는다고 판시하였다(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837). 변경된 판례처럼 조합원의 형식적인 민주적 의사결정 자체를 쟁의행위의 정당성 요건으로 엄격하게 요구하는 논거가 단체행동권 보장취지에 비추어 볼 때 과연 타당한지 극히 의문스러우며 또한 더욱 심각한 문

3) 판례에 대한 본격적인 평석으로는, 김홍준, “파업기간 중의 임금지급범위”, **노동법연구** 제6호(1997. 8) 473쪽 이하; 임종률, “파업기간중 임금지급에 대한 대법판결”, **노동법학** 제6호(1996. 12), 27쪽 이하 참조.

제는 판례의 변경이 이러한 형식적 절차를 결여한 정의행위의 단순 가담자에게도 형사처벌을 과하려는 의도에서 비롯된 것이 아닌가 하는 생각이 든다.<sup>4)</sup>

## 2. 사회법적 인식의 정책적 변화

### (1) 근로자의 동의없이 불이익하게 변경된 취업규칙의 효력범위

대법원은 근로자의 동의없이 불이익하게 변경된 취업규칙은 모든 근로자에게 무효(절대적 무효설)라는 종전의 판례(대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카7754) 입장을 바꾸어 그 변경은 기득권이 침해되는 기존근로자에 대해서만 무효이고 변경 후의 신규입사자에 대해서는 유효(상대적 무효설)하다는 입장을 취하고 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165).<sup>5)</sup> 이는 대법원이 취업규칙 기준을 하향조정하려는 기업의 현실을 고려한 정책적 판단을 함으로써 취업규칙의 법규성을 상대적으로 부인<sup>6)</sup>하는 한편 취업규칙의 근로조건 획일화 기능을 도외시 한 것으로 보인다.

### (2) 1년 초과 기간을 정한 근로계약의 효력

1년을 초과한 기간을 정한 근로계약의 사법상 효력에 관하여 대법원은 이 경우 근로계약 자체가 무효로 되는 것이 아니고 근로기준법의 강행적·보충적 효력에 의하여 1년의 기간을 정한 근로계약으로 단축되며 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로계약이 되어 사용자는 정당한 이유가 있어야 해고할 수 있다는 종전판례(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카21296)를 변경하여, 근로계약기간은 근로계약의 존속기간일 뿐 근로조건이 아니라는 점을 논거로

4) 김기덕, “쟁의행위에 대한 형사면책법리의 재구성과 업무방해죄”, 금속산업연맹 법률원, **노동과 법** 제3호(2002.9), 195쪽 이하.

5) 대법원의 변경된 판례의 비판적 평석으로는, 최영호, “취업규칙의 불이익변경”, **노동법연구** 제3호(1993. 12), 161-174쪽 참조.

6) 변경된 판례에 대하여 김형배 교수는, “대법원이 종래의 법규범설을 고수하면서 하나의 사업장에서 신규로 채용한 근로자에게 변경된 취업규칙의 유효한 성립을 인정하는 것은 논리의 일관성을 유지할 수 없을 것이다. 따라서 이와 같은 판결은 결과적으로 계약설을 수용하는 태도라고 할 수밖에 없다”라는 견해를 제시하고 있다. 김형배, **노동법**(2002. 2), 214쪽. 그러나 이 쟁점에 관하여 임종률 교수는, “상대적 무효설이 취업규칙의 법적 성질에 관한 법규범설(수권설)과 모순되고 계약설(사실관습설)의 입장에서만 도달할 수 있는 귀결은 아니라고 생각한다”라고 하여 김형배 교수와 견해를 달리하고 있다. 임종률, **노동법** 제2판, 박영사(2000. 8), 324쪽.

삼아 당사자가 계약기간을 임의로 정할 수 있으므로 1년을 초과하는 근로계약도 유효하며 따라서 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치가 없이도 당연히 종료된다는 입장을 취하였다(대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783).<sup>7)</sup> 그러나 근로계약기간이 근로조건이 아니라는 대법원의 견해는 근로기준법이 계약기간을 제한하고 있는 점에 비추어 볼 때 그 논거가 미약하며 또한 변경된 대법원의 견해는 기간을 정한 근로계약을 거의 제한없이 허용하여 해고제한 법리를 회피하게 됨으로써 기간을 정하여 고용된 비정규직 근로자의 고용불안정을 더욱 심화하는 결과를 초래할 수밖에 없다.<sup>8)</sup>

### Ⅲ. 시민법적 인식경향의 ‘지속’

그동안 판례가 유지해온 시민법적 인식경향은 개별적 근로관계에 대하여는 노동보호를 완화하려는 입장이고 집단적 근로관계에 대하여는 이를 엄격히 규제하려는 입장으로 대별하여 체계화 할 수 있다.

#### 1. 근로관계 보장에 대한 완화적 인식

##### (1) 근로자성 인정기준

대법원은 근로자성 인정기준으로 사용종속관계의 존재를 요구하고 이의 존재여부는 제반요소를 종합적으로 고려하여 실질적 판단을 하는 입장을 일관되게 취하고 있다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859).<sup>9)</sup> 따라서 대법원은 이른바 특수고용관계 종사자인 보험회사의 외무원(대법원 1990. 5. 22. 선고 88다카28112), 학습지회사의 교육상담교사(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348), 입시학원장사(대법원 1996. 7. 30. 96도732), 골프장의 경기보조원인 캐디(대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587),<sup>10)</sup> 레미콘차량 운전자(대법원 1997. 2. 14. 선

7) 이 판례에 대한 평석으로는, 강성태, “기간의 정함이 있는 근로계약의 규율”, **노동법학** 제7호(1997. 12), 161쪽 이하; 김선수, “1년을 초과하는 근로계약기간을 정한 근로계약의 효력”, **노동법연구** 제6호(1997. 8), 537쪽 이하 참조.

8) 조경배, “비정규근로자의 보호”, 이홍재·남효순 편저, **노동법강의: 기업구조조정과 노동법의 중요과제**, 법문사(2002. 3), 568-569쪽.

9) 대법원 판례의 입장에 대한 이른바 ‘개방적 비판론’과 ‘계약적 비판론’에 관하여는, 강성태, “근로자개념의 재인식”, 이홍재·남효순 편저, **노동법강의**(2002. 3), 551- 555쪽 참조.

고 96누1795)<sup>11)</sup> 등에 대하여 사용종속관계가 존재하지 않음을 이유로 근로자의 지위를 부인하였다. 또한 대법원은 이른바 간접고용근로자의 경우 즉 어느 사업장에서 다른 사업의 근로자를 파견 또는 공급받아 근무시킬 때 당해 피고 용인과 사용사업자 사이에 묵시적 근로계약관계가 존재하지 않으므로 이를 사용사업주의 근로자로 볼 수 없다고 판시하였다(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946). 이른바 특수고용관계 종사자가 그동안 확대되고 특히 노동보호법의 규제를 회피하기 위한 이른바 간접고용 비정규직이 증가하고 있는 현실을 고려한다면 대법원은 포괄적 지휘명령성, 노무의 타인 업무제공성, 그리고 근무조건의 실질적 영향력 내지 지배력을 기준으로 한 근로자성 판단의 전향적 인식이 필요하다고 생각한다.<sup>12)</sup>

## (2) 경영해고 요건의 충족기준

경영해고 요건의 충족 여부에 대한 그 정당성 판단기준에 대하여 대법원은

10) 그러나 대법원은 골프장의 경기보조원인 캐디를 노동조합법상의 근로자로 인정하였다(대법원 1993. 5. 25, 선고 90누1731).

11) 중앙노동위원회는 근로자성 인정기준에 관하여 대법원과 기본적으로는 그 견해를 같이 하지만 레미콘 운전자에 대하여는 “신청인과 피신청인들 사이에는 대등한 의사표시에 의한 계약자유의 영역에 있는 민법상의 도급계약이 성립되었다고 보기 어렵고 오히려 종속적인 요소가 실질적으로 존재하는 근로관계로 판단되어지는 것”이라고 하여 근로자로 인정하였으며(중앙노동위원회 2001부노113, 부해385), 또한 이들이 결성한 노동조합에 대한 단체교섭 거부에 대해 사용자의 부당노동행위도 인정하였다(중앙노동위원회 2001부노113, 부해385; 중앙노동위원회 2001부해908, 부노274,276).

방송구성작가에 대하여 중앙노동위원회는 “일반작가와는 달리 구성작가는 PD를 포함한 제작진들과 팀을 이루면서 업무의 특성상 프로그램에 대한 조사, 취재, 창작, 구성 등이 필수적으로 수반되고 출연자 섭외, 촬영구성, 편집구성 등 프로그램 제작의 전반적인 과정에 참여하고 있으며 근무시간 근무장소도 실질적으로 담당PD에 의해 결정되는 점을 고려할 때 신청인회사와 구성작가 사이에 노조법상 요구되는 종속성이 전혀 없다고 할 수는 없다 … 구성작가가 피신청인회사와 정식으로 고용계약을 체결하지 않았고 별도의 출퇴근 시간이나 근무장소 등을 정하지 않았으므로 ‘근로제공의 계속성과 사용자에의 전속성’이 약함을 들어 노조법상 근로자임을 부인하는 것은 납득하기 어렵다”고 하여 노조법상 근로자로 인정하고 사용자의 단체교섭거부를 부당노동행위로 인정하였다(중앙노동위원회 2001부노201).

12) 채호일, “노동법상 실업자와 비정규근로자의 법적 지위”, **노동법학** 제12호(2001. 6), 69쪽 이하; 입법론적 논의로는, 유성재, “기간의 정함이 있는 근로계약에 대한 입법론적 고찰”, **노동법학** 제12호(2001. 6), 119쪽 이하; 이상희, “불안정 노동관계의 법적 규율에 관한 연구: 그 입법론적 원칙에 관한 검토”, **노동법학** 제11호(2000. 12), 227쪽 이하 참조.

긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다고 하면서 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452; 2000두9373).<sup>13)</sup> 과거 판례법리에 의하여 규율되던 때와는 다르게 입법화된 경영해고규정의 취지가 경영해고의 ‘객관적 합리성과 사회적 상당성’을 확보하기 위하여 일반해고와는 달리 오히려 그러한 불확정 개념을 구체화하여 네 가지 요건으로 명문화한 것이라고 본다면,<sup>14)</sup> 그 요건 중에서 하나라도 흠결이 있는 그러한 해고는 전체요건을 종합적으로 고려할 필요도 없이 당연히 ‘객관적 합리성과 사회적 상당성’이 결여된 위법해고로 판단하는 것이 타당하리라고 생각한다.<sup>15)</sup>

### (3) 해고의 절차적 제한

경영해고의 근로자대표와의 사전성실협의의무, 일반해고의 경우 진술 해명의 기회부여, 해고예고 위반의 해고의 사법상 효력 등이 문제된다.

#### 1) 경영해고의 사전협의의무

대법원은 과거에 경영해고의 절차적 요건인 근로자대표와의 사전협의의무에 대하여 협의의 의미<sup>16)</sup>를 ‘설명’정도로 축소해석하고 또한 이 절차를 흠결한 경영해고는 무효가 되지 않는 것으로 판시(대판 1992. 11. 20, 91다19463)하였다.

13) 종전의 판례법리에 대한 논의로는, 조경신, “정리해고제한의 법리”, **노동법학** 제9호(1999. 12), 339쪽 이하 참조.

14) 법개정이 경영해고의 요건론에 미치는 영향에 대한 논의로는, 박종희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’ 제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, **노동법학** 제8호(1998. 12), 97쪽 이하 참조.

15) 이흥재, “경영해고의 판례경향”, **노동법연구** 제10호(2001. 5), 140쪽.

16) 임종률 교수는 협의의 의미를 “자기의견을 상대방에게 설명한 다음 상대방의 의견을 듣거나 질문에 답하면서 수용할 것은 최대한 수용하고 그렇지 못한 것은 그 이유를 설명하는 일련의 의견교환 내지 논의과정을 말하고 합의와 다르다”고 파악한다. 임종률, **노동법**(2000. 8), 496쪽.

그러나 근로자대표와의 사전 ‘성실협의’의무<sup>17)</sup>가 경영해고의 유효요건으로 명문화된 지금에는 이를 엄격히 해석하여 그 요건을 결여한 경영해고는 무효로 판단되어야 한다. 하지만 대법원은 최근의 판결(대법원 2002. 7. 9. 선고2001다 29452)에서 경영해고의 대상자인 특정 직종 또는 직급이 당초 노동조합에 가입할 수 없는 경우에 그들의 의사를 대변할 수 없는 노동조합과의 협의만으로도 그 절차적 요건을 충족시킨 것으로 보고 있는데, 이는 경영해고의 절차적 요건이 “실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시”하기 위한 것이라고 대법원이 스스로 제시한 논거와도 모순되는 판단이라고 보여진다. 이러한 판례의 입장은 절차적 정의의 중요성에 대한 인식부족에서 기인된 것이라고 생각된다.<sup>18)</sup>

## 2) 해고사유에 대한 진술 해명의 기회부여

대법원은 ‘진술 해명의 기회부여 등 해고의 절차가 취업규칙에 규정되어 있으면 그것은 정당한 해고의 유효요건이 되지만, 그러한 절차가 현실적으로 규정되어 있지 않으면 비록 절차적 제한에 위반한 해고라도 정당한 해고가 된다’(대법원 1979. 1. 30. 선고 78다304)라는 견해를 지금까지 일관되게 지속하고 있다. 취업규칙의 작성권은 사용자에게 있으므로 판례의 입장을 따르면 사용자가 해고의 절차적 제한을 취업규칙에 규정하지 않는 이상에는 해고의 절차적 위반을 유효로 판단하게 되어 종국적으로 그 유효·무효가 사용자의 자의에 의해 좌우되는 결과가 된다.<sup>19)</sup>

## 3) 해고예고 위반의 해고의 효력

해고예고의무를 위반한 해고의 사법상 효력에 대하여 대법원은 해고예고의

17) 김형배 교수는 “사전협의는 ‘동의’를 의미하는 것은 아니다”라고 하면서, 사전협의의 법적 성질에 관하여 “특히 노동조합이 이에 관하여 협의를 하는 것을 마치 근로조건에 관한 단체교섭을 하는 것과 같이 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 동조 제3항이 ‘해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 … 노동조합에 대하여 … 통보하고 성실하게 협의해야 한다’고 규정하고 있는 것은 사용자의 협의의무를 정하고 있는 것뿐이고, 정리해고에 관한 노동조합의 단체교섭권을 인정한 것이라고는 볼 수 없다”라고 주장한다. 김형배, **노동법**(2002. 2), 458쪽.

18) 경영해고의 절차적 제한에 관한 판례입장의 비판에 대해서는, 김성환, “경영상 이유에 의한 해고(정리해고)와 협의의무”, **노동법학** 제8호(1998. 12), 581쪽 이하.

19) 이흥재, “정리해고의 절차적 제한”, 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 **법학** 제34권 제3·4호(1993. 12), 182-205쪽 참조.

무 규정을 강행규정이 아닌 단속규정으로 파악하여 그 단속규정 위반에 대하여는 벌칙이 적용되며 또한 회사가 해고예고수당을 지급하여야 하는 것은 별론으로 하고 그 사법상 효력은 유효하다고 판단하였다(대법원 1994. 3. 22. 선고 92누2418; 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다7464).<sup>20)</sup> 해고예고제도의 취지를 해고사유를 사전에 통보받아 부당해고를 다투려는 방어준비기간으로 이해한다면 이를 근로자 보호를 위한 강행규정으로 보아야 할 것이다.<sup>21)</sup>

#### (4) 근로관계의 승계 문제

##### 1) 영업양도의 해석기준

영업양도에 관해 대법원은 영업상 물적·인적 조직의 동일성 유지를 중핵적 해석기준으로 파악하여 영업양도의 합의는 근로관계의 포괄적 승계의 합의로 추정되고 그 승계의 배제특약이 있는 경우에는 근로기준법 제30조 1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다는 입장(대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644; 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54245)을 견지하면서, 특히 자산양도와 영업양도의 구별기준을 영업의 조직적 동일성 유지 여부로 판단하여 그 동일성유지가 흠결된 자산양도의 경우에는 근로관계가 포괄적으로 승계되지 않는다는 입장을 취하였다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680).<sup>22)</sup> 이러한 판례의 입장은 실질적으로는 영업양도의 성격을 가지지만 고용승계를 회피하기 위하여 자산

20) 헌법재판소는 해고예고제도에 관하여, 근로자가 “다른 직장을 구할 기회를 가질 수 있도록 최소한의 시간적 여유를 부여하거나 그렇지 않으면 그 기간동안의 생계비를 보장하여 근로자의 경제적 어려움을 완화시켜주고자 하는 취지”라고 이해하여 “대법원 판례 또한 일관하여 해고예고의무를 위반한 해고도 유효하다고 보므로 해고예고제도는 해고의 효력 자체와 무관한 제도라고 볼 수 있다”라고 하여 대법원과 그 견해를 같이 하고 있다(헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌마663: 근로기준법 제35조 제3호 위헌확인).

21) 하경효 교수는, “예고의무위반의 해고의 통지는 즉시해고로서는 무효이지만 사용자가 즉시해고를 고집하는 취지가 아닌 이상 통지 후 30일의 기간을 경과하든가 통지 후에 예고수당을 지급한 때에는 그때부터 효력을 발생한다”고 하여 상대적 무효설(절충설)의 입장을 취한다. 하경효, “해고예고규정위반과 단체협약에 따른 ‘노조와의 합의’없이 행한 징계면직의 효력”, **경영계**(1994. 7), 56쪽. 임종률 교수는 절충설을 지지한다. 임종률, **노동법**(2000. 8), 502쪽. 그러나 김형배 교수는 무효설의 입장이다. 김형배, **노동법**(2002. 2), 476쪽.

22) 영업양도의 일반적인 법리와 노동법 법리의 특수성에 관한 본격적인 논의로는, 이승욱, “노동법상 사업양도의 의의와 한계”, **노동법학** 제10호(2000. 8), 39쪽 이하 참조.; 이상덕, “영업양도와 고용승계”, **노동법학** 제7호(1997. 2), 235쪽 이하 참조.

양도의 형식을 취하는 경영 측의 현실을 정책적으로 배려한 것이 아니냐 하는 의문이 든다.<sup>23)</sup>

## 2) 위탁관리아파트의 관리업체가 변경된 경우

위탁관리아파트의 관리업체가 변경된 경우 근로관계가 승계 되는지의 여부와 입주자대표회의의 사용자 적격성 문제에 관하여 대법원은 관리업체 변경 전후의 아파트관리업무 내용이 동일하다는 이유만으로 변경된 관리업체가 영업양도에 준하여 종전의 근로관계를 승계한 것으로 볼 수 없다고 하고 또한 근로계약의 당사자로서의 사용자는 수탁관리업체이지 입주자대표회의는 아니라고 판시하였다(대법원 2000. 3. 10. 선고 98두4146).<sup>24)</sup> 이러한 대법원의 견해는 근로관계의 당사자를 근로계약 등을 근거로 극히 형식적으로 인식한 논리적 귀결이라고 보여지는데 입주자대표회의가 근로관계에 미치는 실질적 지배력을 종합적으로 검토하여 그 직접 관여하는 영향력의 정도에 따라 실질적 판단을 해야 할 것으로 생각한다.<sup>25)</sup>

## (5) 취업규칙의 불이익변경에 관한 판단기준

취업규칙 불이익변경의 해석기준에 대하여<sup>26)</sup> 대법원은 이른바 ‘사회통념상 합리성’론을 논거로 삼아 취업규칙 변경의 필요성 및 내용의 양면에서 보아

23) 자산매매계약의 형식을 취하여 영업자산을 인수한 양수인이 양도인의 근로자를 상당수 채용하지 아니한 이른바 삼미특수강사건에서, 원심은 이는 영업상의 인적·물적 조직이 동일성을 유지하면서 포괄적으로 이전되었으므로 자산매매계약의 형식을 취하였음에도 불구하고 실질적인 영업양도에 해당한다고 판시하여 대법원과는 그 사실인정에 대하여 반대의 견해를 주장하였다(서울고등법원 1999. 1. 22. 선고 97구53801). 같은 사안에 대하여 중앙노동위원회도 이 사건 자산매매는 영업양도에 해당한다고 인정하여 원심과 동일한 결론으로 판정하였다(중앙노동위원회 1997. 12. 8. 97부해207, 97부해212). 위 원심의 판례평석에 대하여는, 이흥재·이승욱, “영업양도와 해고제한”, 서울대학교 법학 제40권 제3호(1999. 12), 254-282쪽; 김영문, “영업양도시 근로관계의 승계에 관한 쟁점별 검토 — 삼미특수강 사건을 중심으로 —”, 노동법학 제10호(2000. 8), 1쪽 이하 참조.

24) 이와 동일한 사안에 대하여 중앙노동위원회는 수탁관리업체는 근로계약상의 형식적인 사용자의 지위만 누릴 뿐이고 실질적으로는 입주자대표회의가 인사 및 노무관리에 직접 관여한 것으로 파악하여 종전 근로관계의 승계를 인정하였다(중앙노동위원회 1999. 3. 10. 98부노160, 98부해623).

25) 임종률, 노동법(2000. 8), 481-482쪽.

26) 취업규칙에 관한 1970년대의 판례법리에 관해서는, 박종희, “취업규칙 본질에 관한 논쟁의 소재와 앞으로의 논의방향성”, 노동법학 제12호(2001. 6), 141쪽 이하 참조.

근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도의 사회통념상 합리성이 인정되면 불이익변경으로 보지 않게 되어 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의가 없어도 그 변경의 효력은 유효하다는 입장을 취하고 있다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다 16722; 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4277).<sup>27)</sup> 이러한 판례의 견해는 취업규칙의 법규성을 전제로 그 적용을 받는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의하여 그 불이익변경 여부를 판단하도록 한 입법취지를 희석시킴으로써 취업규칙의 법규범적 기능을 완화하려는 것이라고 판단된다.<sup>28)</sup>

## 2. 근로3권 향유에 대한 규제적 인식

### (1) 단결권(조합활동권)의 보장: 노조전임자에 대한 임금지급 문제

노조전임자에 대한 사용자의 임금지급이 경비원조로서 부당노동행위가 성립되는지에 관해 대법원은 임금지급이 노조의 투쟁의 산물로서 그 지급으로 인하여 노조가 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없을 것을 조건으로 하여 부당노동행위의 성립을 부정하였다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392).<sup>29)</sup> 이는 노조전임자에 대한 임금지급이 노조어용화의 대가로 부여되어온 왜곡된 관행임을 인정하지 않으려는 태도이다.<sup>30)</sup>

### (2) 단체교섭권의 주체 및 대상

#### 1) 노조대표자의 단체협약 체결권한

대법원은 노조대표자의 단체교섭권한에는 단체협약체결권한까지 포함되는

27) 이때의 사회통념상 합리성 유무의 판단기준에 관하여 대법원은 “취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙내용의 상당성, 대상조치 등 관련된 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하여 ‘사회통념상 합리성’설은 결국 ‘제반사정 종합고려’설로 귀착된다고 볼 수 있다.

28) 특히 퇴직금 규정의 불이익변경에 관한 논의로는, 김지형, “취업규칙에 의한 퇴직금규정의 불이익 변경”, 이흥재·남효순 편저, **노동법강의**(2002. 3), 47쪽 이하 참조.

29) 손창희, “노조전임자 문제에 대한 대법 판결”, **노동법학** 제6호(1996. 12), 45쪽 이하; 김기중, “노동조합 전임자의 근로관계”, **노동법연구** 제5호(1996. 6), 271쪽 이하 참조.

30) 입법론적 검토 및 개정법의 의의에 관한 논의로는, 윤성천, “노조전임자 급여지급문제에 대한 입법론적 검토”, **노동법학** 제11호(2000. 12), 183쪽 이하; 오문완, “노조전임자 제도의 입법론적 검토”, **노동법학** 제9호(1999. 12), 245쪽 이하; 최홍엽, “개정 노동법상 노조전임자의 지위”, **노동법연구** 제7호(1998. 5), 231쪽 이하 참조.

것으로 파악함으로써 단체교섭 결과에 대한 조합규약상의 총회인준권조항은 노조대표자의 권한을 형해화한다고 보아 이를 무효로 판단하였다(대법원 1993. 5. 11. 선고 91누10787).<sup>31)</sup> 대법원의 견해는 노조대표자 선출의 민주성 확보와 협약자치 실현의 제도적 보장이 전제되는 조건이라면 일응 긍정적 측면도 있으나 기본적으로는 조합자치의 원리와 저촉된다고 생각한다.<sup>32)</sup>

## 2) 단체교섭 상대방으로서의 사용자 개념의 확장문제

향운노동조합이 공급하는 하역근로자를 사용하는 업체들이 단체교섭 상대방으로서의 사용자로 인정될 수 있는지의 여부에 관하여 대법원은 이들 사용업체와 향운노조조합원과의 사이에 명시적 또는 묵시적 근로계약관계가 없음을 논거로 하여 이들 사용업체가 향운노동조합 또는 그 조합원들의 사용자의 지위에 있지 않다고 판시하였다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565; 대법원 1993. 11. 23. 선고 92누13011).<sup>33)</sup> 대법원은 단체교섭의 당사자를 근로계약에 따른 형식적 판단으로 확정함으로써 간접고용 형식의 근로자가 실질적인 사용자에 대하여 단체교섭권 행사를 할 수 없도록 하고 있다.<sup>34)</sup>

## (3) 경영해고의 단체교섭대상 여부

경영해고가 단체교섭의 대상이 되느냐의 문제에 관하여 대법원은 경영해고의 실시는 사용자의 경영상의 조치라고 전제하면서 경영해고에 관한 노동조합

31) 이 판례에 대한 평석으로는, 김인재, “단체협약 인준투표조항”, **노동법연구** 제3호(1993. 12), 224쪽 이하 참조.

32) 특히 이러한 판례법리가 미치는 영향에 관한 논의로는, 정진경, “노동조합 대표자의 단체교섭권과 단체협약체결권”, 이흥재·남효순 편저, **노동법강의**(2002. 3), 510쪽 이하 참조.

33) 이러한 쟁점에 관하여 중앙노동위원회는 “어느 한 회사에 전속되어 있지 않은 근로자들의 집단적 노동력제공을 통해 기업을 유지하고 있는 자는 그 근로자들과 개별적인 근로계약을 체결하지 않았을지라도 집단적인 노동력을 제공하는 근로자단체와 단체교섭에 응해야 할 사용자의 지위에 있는 것으로 보아야 한다”는 취지의 판정을 함으로써 대법원과 반대되는 견해를 표명하였다(중앙노동위원회 1995. 7. 7. 95부노64; 중앙노동위원회 1994. 2. 23. 93부노161).

34) 이른바 간접고용의 문제는 개별적 근로관계법 뿐만 아니라 집단적 근로관계법에서도 중요한 쟁점을 야기하고 있다. 특히 사용자의 책임의 소재를 명확히 해야 할 필요성이라는 견지에서 집단적 근로관계법과 개별적 근로관계법의 상호관련성을 적절히 해명해야 하는 것이 앞으로 중요한 이론과제라고 할 수 있다. 조경배, “부당노동행위의 주체로서 사용자 개념: 간접고용을 중심으로”, **노동법연구** 제11호(2001. 12), 47쪽 이하 참조; 강성태, “다면적 근로관계와 사업주책임”, **노동법연구** 제7호(1998. 5), 87쪽 이하 참조.

의 요구내용이 사용자는 경영해고를 하여서는 아니된다는 취지라면 이는 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것이라는 점을 논거로 경영해고가 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 판정하였다(대법원 2001. 4. 24. 선고 99도4893). 경영해고의 요건 즉 정당한 경영해고의 기준에 대하여는 일반해고처럼 단체협약을 체결할 수 있다고 본다. 그러나 정당한 경영해고를 인정하고 있는 현행 법제에서 경영해고 그 자체를 부인하는 단체교섭의 요구는 전체적인 법체계와는 어긋나는 것이라고 생각된다.<sup>35)</sup>

### (3) 단체행동권의 제한

#### 1) 주요 방위산업체 근로자의 쟁의행위 제한

방위산업에관한특별조치법에 의해 지정된 방위산업체의 근로자에 대하여 쟁의행위를 금지한 구 노동쟁의조정법 제12조 2항에 관해 대법원은 그 규정이 헌법상의 개별적 유보조항에 근거하는 점을 이유로 합헌성을 긍정하였다(대법원 1993. 4. 23. 선고 93도493). 그러나 대법원은 개별적 헌법유보에 근거한 법률도 일반적 법률유보조항이 적용되어야 한다는 점을 간과함으로써 기본권 최소제한원칙 및 본질적 내용 침해금지의 원칙에 따라 합헌성 여부를 판단하지 않은 결함이 있다.<sup>36)</sup>

#### 2) 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용

대법원은 파업 등의 쟁의행위는 본질적·필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있어 폭행·협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄(구 형법 제314조)로 형사처벌할 수 있다는 입장을 취하고 있다(대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2970; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도419).<sup>37)</sup> 대법원의 이러한 견해는 단순한 근로제공 거부행위인 단

35) 경영해고에 관한 사항이 당연히 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 된다는 견해는, 김인재, “구조조정을 둘러싼 노동법적 문제”, **노동법학** 제12호(2001. 6), 1쪽 이하; 이광택, “구조조정은 쟁의행위 대상이다”, **노동법률**(1999. 11), 25쪽.

경영해고의 ‘실시여부 결정’과 경영상해고의 ‘실시’라는 두 측면을 분리하여 후자만의 무적 교섭사항으로 보는 견해는, 이상윤, **노동법**, 법문사(2000.), 632쪽 참조.

36) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 43쪽.

37) 김성진, “파업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점”, **노동과 법** 제3호(2002. 9), 319쪽 이하; 정인섭, “파업과 업무방해”, **노동법연구** 제8호

순파업이나 태업 그리고 나아가 이른바 준법투쟁까지도 업무방해죄로 형사처벌을 할 수 있도록 하여 단체행동권 행사를 사실상 위축시키고 있는 셈이다.<sup>38)</sup>

### 3) 직권중재제도의 합헌성 인정

공익사업에 대한 직권중재제도의 위헌여부에 관하여 대법원은 단체교섭권을 근로3권의 중핵적 권리로 보면서 이를 보장하기 위한 단체행동권이 제한된다 하더라도 사회관념상 상당한 대상조치가 마련되어 있으면 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다는 점을 논거로 삼아 구 노동쟁의조정법 제30조 제3호 및 제31조의 규정을 합헌으로 인정하였다(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357).<sup>39)</sup> 직권중재제도는 긴급조정제도로 그 기능을 대체할 수 있을 뿐만 아니라 공익사업 근로자들의 단체행동권을 필요이상으로 제한하여 과잉금지 원칙에 위배된다고 본다.<sup>40)</sup>

## IV. 판례경향에 대한 평가

대법원의 근로관계에 대한 시민법적 인식으로의 회귀 및 그 지속의 기본관점은 근로관계의 사회법적 성격의 간과와 근로3권 실현구조의 엄격한 규제라는 점을 추출하여 이를 좀더 구체적으로 살펴보고 나서 다음으로 그 판례법리가 입법과 관련 법규정에 어떠한 영향을 미치고 있는지를 검토하여 보기로 한다.

### 1. 근로관계 인식의 기본관점

#### (1) 근로관계의 사회법적 성격의 간과

(1999. 6), 343쪽 이하; 김영문, “쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성”, **노동법학** 제8호(1998. 12), 463쪽 이하 참조.

38) 정인섭, “쟁의행위의 개념”, **노동법학** 제9호(1999. 12), 73쪽 이하 참조. 특히 준법투쟁의 정당성과 관련된 문제제기로는, 박훈, “준법투쟁과 업무방해죄”, **노동과 법** 제3호(2002. 9), 259쪽 이하; 정인섭, “준법투쟁 판례법리의 특징”, 이홍재·남효순 편저, **노동법강의**(2002. 3), 309쪽 이하; 오문완, “준법투쟁의 법리”, **노동법연구** 제6호(1997. 8), 248쪽 이하; 이원희, “서울시 지하철노조 파업의 노동법상 문제: 준법투쟁을 중심으로”, **노동법학** 제9호(1999. 12), 35쪽 이하 참조.

39) 김유성, **노동법** II(2000), 264-265쪽.

40) 신인령, “공익사업의 강제중재제도의 합헌성 여부”, **노동법률**(1997. 2), 13쪽; 입법론적 논의로는, 김상호, “필수공익사업 직권중재에 관한 입법론적 고찰”, **노동법학** 제13호(2001. 12), 113쪽 이하 참조.

### 1) 근로계약을 채권계약으로 인식하려는 경향

대법원은 전원합의체 판결에 의한 변경을 통하여 의식적이든 무의식이든 기간에 근로계약을 채권계약으로 파악함으로써 근로계약의 사회법적 규제를 완화하려는 경향이 그 인식의 기저에 깔려 있는 것 같다. 쟁의행위 기간중의 임금지급의 범위에 관한 종전의 판례가 계약해석의 전제로 임금의 이분적 성격을 상정한 것은 근로계약을 이중적인 복합계약으로 인식한 관점인데 반하여 변경된 판례는 임금을 근로의 총체적인 교환관계로 파악하였는데 이는 근로계약을 채권계약으로 인식할 때 비롯되는 논리적 귀결이라고 볼 수 있다.<sup>41)</sup> 그리고 근로자의 집단적 동의 없이 불이익하게 변경된 취업규칙의 효력범위에 관하여 대법원이 종전의 절대적 무효설에서 상대적 무효설로 변경한 인식의 기층에는 취업규칙의 근로계약 체결의 획일적 기능 및 노동보호 정책적 기능을 고려할 때 신규로 채용된 근로자에게는 채권계약에 의하여 그 유효성을 인정하려는 논리가 깔려 있지 않나 추측된다.<sup>42)</sup> 또한 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 사법상 효력을 유효한 것으로 변경한 대법원의 입장은 계약기간이 근로조건에 포함되지 않는다고 의식적으로 판단하여 이에 대한 근로기준법의

41) 변경된 판례(대법원 1995. 12. 21, 선고 94다26721)의 일부 판시사항에 관한 대법관 정귀호, 대법관 이돈희, 대법관 이용훈의 반대의견은 “다수의견은 임금의 본질에 관하여 근로계약을 민법상 고용계약과 같이 근로와 임금의 교환계약으로 보고 근로제공의 대가로 임금이 지급된다고 보아 현실적인 근로와 대가관계에 있지 아니한 임금이란 있을 수 없다고 하나 이는 근로계약의 본질적 특수성을 간과한 것이라고 하지 않을 수 없다”라고 지적하였다.

42) 이 점에 대해 변경된 판결(대법원 1992. 12. 22, 선고 91다45165)의 대법관 박우동, 대법관 배만운의 별개의견은 “다수의견은 새로 입사한 근로자에게는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하는 근거로 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 되었음을 드는 것 같으나 새로 입사한 근로자가 과연 기존 근로자에게 변경의 효력이 없는 취업규칙이라도 그에 따른 근로조건을 수용하는 의사를 가지고 근로관계를 맺었다고 볼 수 있을 것인지 의문이고 또 이는 취업규칙의 법규성을 외면한 것으로서 찬성할 수가 없다”라고 하여 변경된 판결은 취업규칙의 법규성을 부인한 것이라고 주장한다. 또한 단체교섭 결과에 대한 조합규약상의 총회인준권조항을 무효로 한 판결(대법원 1993. 4. 27, 선고 91누12257)의 대법관 윤관의 반대의견은 “당원은 일찍이 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정방법에 의한 동의를 요한다고 하면서 그 근거의 하나로 집단에 적용되는 법규범의 변경에는 집단적 의사에 의한 동의를 얻게 함으로써 집단자체에 그 효력을 미치게 함은 법규범의 변경절차로서도 타당하다는 견해를 밝힌 바 있거니와(당원 1977. 7. 26, 선고 77다355판결 참조) 비록 그것이 취업규칙에 관한 것이기는 하지만 규범적 요소를 지닌 단체협약의 체결에 관한 이 사건에도 원용될 수 있음을 덧붙여 둔다”라고 하여 집단적 동의를 결여한 취업규칙의 법규범적 효력을 부인하고 있다.

강행적 보충적 효력을 배제시킴으로써 기간의 만료로 곧 근로관계가 단절되도록 하는 결과 근로계약의 종료를 규제한 해고제한 법리를 퇴색하게 만들었다.

### 2) 근로관계 존속 및 변경기준의 완화 일변도 경향

대법원은 경영해고의 법규상 요건을 대폭적으로 완화하여 해석하고 또한 취업규칙의 불이익변경 판단기준을 사회통념상 합리성으로 설정하여 제반사정을 고려한 극히 유동적인 해석을 함으로써 근로관계의 존속 및 그 변경에 관하여 근로자 보호 측면보다는 경영의 효율성 측면을 더욱 뒷받침하려는 경향을 드러내고 있다. 경영해고의 선결요건인 긴박한 경영상의 필요에 관하여 대법원은 변경된 종전의 완화된 입장에서 한 걸음 더 나아가 “장래에 올 수도 있는 위기에 대처하기”위한 경우까지 그 인정 범위를 확대하고 있다. 뿐만 아니라 경영해고의 4개요건이 판례법리에 의하여 규율되던 과거와는 달리 지금은 엄연히 법규정에 명시되어 있으므로 그 요건충족을 각각 개별적으로 판단하여야 함에도 불구하고 대법원은 “각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단”하여야 한다는 입장을 취함으로써 구조조정에 의한 경영해고를 한층 쉽게 할 수 있는 법적 안전판을 마련해 준 셈이 되었다. 그리고 취업규칙 불이익변경의 판단기준으로 대법원이 제시한 ‘사회통념상 합리성설’도 결국은 경영해고 요건 판단의 기준처럼 ‘제반사정 종합고려설’로 귀착되어 사업경영의 현실적 필요에 따른 객관적 사정이 인정되면 사용자가 근로조건 불이익 변경을 쉽게 할 수 있는 탄력적 여지가 마련된 셈이다.

### 3) 근로관계 이전에 대한 형식적 판단

대법원은 근로관계 이전에 관하여 계약상의 형식적 판단을 함으로써 실질적으로 근로관계를 지배하는 영향력 있는 당사자에게 고용승계를 인정하지 않으려는 태도를 보이고 있다. 위탁관리아파트의 관리업체가 변경된 경우 대법원은 근로관계 당사자를 근로계약상의 당사자로 한정하여 형식적으로 파악함으로써 실질적으로 근로관계에 지배력을 행사하는 사용자에게 의한 고용승계를 인정하지 않는 입장이다. 또한 자산양도와 영업양도의 구별기준인 영업의 조직적 동일성 유지를 확정함에 있어서도 대법원은 근로관계 이전의 실질적 판단보다는 자산매매계약의 형식적 판단에 치중하여 자산매매 형식에 의한 실질적 영업양도에 관해 근로관계의 승계를 역시 인정하지 않는 경향이다.

## (2) 근로3권 실현구조에 대한 엄격한 해석

## 1) 근로3권의 법적 성격을 사회권으로 인식

근로3권의 법적 성격 및 근로3권 상호관계를 어떻게 파악하느냐 하는 것이 문제되는 이유는 근로3권의 제한, 특히 단체행동권의 제한근거와 직결되는 과제이기 때문이다. 대법원은 근로3권의 법적 성격에 대하여 “이른바 노동3권은 사용자와 근로자간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로서 등장한 생존권적 기본권들(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357)”이라고 하여 사회권으로 인식하였다. 또한 대법원은 근로3권의 상호관계에 관하여 “노동3권은 다 같이 존중 보호되어야 하고 그 사이에 비중의 차등을 둘 수 없는 권리들에는 틀림없지만 근로조건의 향상을 위한다는 생존권의 존재목적에 비추어 볼 때 위 노동3권 가운데에서도 단체교섭권이 가장 중핵적 권리임은 부정할 수 없다(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357)”고 하여 단체교섭권 중심설을 취하였다.<sup>43)</sup> 이처럼 대법원이 근로3권의 법적 성격을 사회권으로 파악한 점은 국가의 적극적 개입에 의한 권리의 보장을 전제로 하여 오히려 이를 근로3권 제한의 합리적 논거로 삼기 위한 것이고 또한 근로3권 상호관계에 대하여 단체교섭권 중심설을 취한 이유는 대상조치론을 근거로 단체행동권이 제한되는 것을 적법한 것으로 인정하려는 의도에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다.

## 2) 단체교섭권 실현에 대한 경직된 해석

대법원은 노조대표자의 단체협약체결권한에 대한 조합규약의 총회인준권조항을 무효로 판단<sup>44)</sup>하고 또한 단체교섭권의 당사자인 사용자의 개념을 극히

43) 쟁의행위 기간중의 임금지급 문제에 관한 판결(대법원 1995. 12. 21. 선고 94다 26721)의 대법관 정귀호, 대법관 이돈희, 대법관 이용훈의 반대의견은 “노사의 실질적인 힘의 대등을 이루고자 법은 근로자들에게 노동삼권을 보장하였는데 그 중에서도 근로자들의 힘을 증대시켜 주는 실질적인 장치는 단체행동권으로서 ... 근로자들이 파업으로 근로를 제공하지 못한다고 하여 임금을 전혀 지급받지 못하게 될 경우 이로 인한 생계 곤란은 정당한 쟁의권 행사를 포기하도록 압박할 것임은 자명하고 결과적으로 근로자들의 사용자에 대한 교섭력을 약화시켜 근로자와 사용자간의 대등한 협상을 사실상 불가능하게 만들 것이다”라는 주장을 펴고 있는데, 근로3권 상호관계에 대하여 이들 반대의견은 단체행동권 중심설을 취한 것으로 보여진다.

44) 이 사안에 관한 판결(대법원 1993. 4. 27. 선고 91누12257)의 대법관 윤관의 반대의견은 “단체협약이 조합원의 관여 하에 형성된 조합의사에 기하여 체결되는 것이 집단적 자치를 뒷받침하는 기본적 요청이며 또 조합의 대표자 등에게 단체협약체결권한까

형식적으로 확정하는 한편 경영해고가 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 판정함으로써 근로자 측의 자주적이고 실질적인 단체교섭권의 향유보다는 사용자 측의 단체교섭에 대한 효율적인 기능에 더욱 비중을 두려는 경향이다. 특히 단체교섭권의 상대방인 사용자 지위를 확정할 때 대법원은 “명시적이거나 묵시적인 근로계약관계”를 그 판단기준으로 삼아 오로지 근로계약의 당사자로 한정하여 형식적으로 파악함으로써, 간접고용 형식을 취하면서 근로조건의 결정에 지배적인 영향력을 행사하는 실질적인 사용자를 단체교섭의 당사자로 인정하지 않게 되어 날로 점증하는 이들 간접고용근로자의 단체교섭권 실현을 사실상 무력화시키고 있는 것이다. 또한 일반해고의 경우 해고의 정당화사유 및 해고의 절차에 관하여 단체협약을 체결할 수 있듯이 경영해고의 경우에도 해고의 정당성을 담보하기 위한 경영해고의 요건에 관하여 단체협약을 체결할 수 있음은 물론이다. 그러나 정당한 해고를 인정하고 있는 우리 법제에서 그러한 해고 자체를 부인하는 것을 내용으로 한 단체교섭의 요구는 해고제한법제와 모순된다고 생각한다.

### 3) 단체행동권 행사의 억제 경향

대법원이 조합원의 찬반투표절차를 거치지 않은 쟁의행위의 정당성을 부정하고 또한 소극적인 근로제공거부행위인 단순파업이나 태업에까지 업무방해죄를 확대 적용<sup>45)</sup>하는 한편 나아가 직권중재제도의 합헌성을 인정하고 쟁의행위 기간중의 임금지급을 금지시킴으로써 사실상 정당한 쟁의행위를 할 수 있는 여지가 극도로 협소해진 결과를 초래했다. 특히 근로자의 권리행사인 이른바

---

지 부여하게 되면 집행부의 어용이나 배임행위를 견제할 수 없고 그 결과 노동조합의 자주성과 민주성을 해하게 된다”는 점을 강조하고, 또한 대법관 배만운의 반대의견은 “그 대표자 등이 사용자와 단체교섭을 함에 있어 거기에서 타결된 사항을 총회(또는 대의원 총회)의 의사를 물어 그 결과에 따라 단체협약을 체결하기로 합의하거나 총회의 승인을 효력발생요건으로 하여 단체협약을 체결하는 경우 이러한 합의나 이러한 방식에 의한 단체협약의 체결이 유효한 것임은 의문이 없다고 할 것이다”라고 주장한다.

45) 조합원의 찬반투표절차를 결여한 쟁의행위의 정당성을 부인한 판결(2001. 10. 25. 선고, 99도4837)의 대법관 송진훈, 대법관 손지열, 대법관 박재윤의 반대의견은 “쟁의행위를 업무방해죄 등 형사범죄로 처벌함에 있어서는 민사상 또는 노동법상 쟁의행위를 평가하는 경우에 적용되는 위법성의 기준보다는 일층 강한 정도의 위법성을 요한다고 할 것이고(이른바 위법의 상대성론) ... 적극적인 위력이나 위계와 같은 언동이 없이 소극적으로 근로제공을 거부하였을 뿐인 쟁의행위 즉 단순파업이나 태업에 대하여 형법상 일반 처벌법규인 업무방해죄로 처벌하는 것은 극히 신중을 기할 필요가 있다”고 하여 단순 가담한 근로자의 단순파업행위를 위법한 것으로 볼 수 없다고 주장한다.

준법투쟁과 단순 가담한 근로자의 단순파업행위를 모두 형사상 업무방해죄로 처벌하는 대법원의 판단기준 하에서는 근로자가 형사처벌을 미리 각오하지 않고서는 쟁의행위에 참가할 수 없게 되는 실정인데 이는 헌법상 보장된 기본권인 단체행동권의 지나친 제한으로서 위헌의 문제가 있다고 생각한다.<sup>46)</sup> 이러한 단체행동권 행사의 제약구조 속에서는 근로자가 실제로 쟁의행위에 참가하려면 형사처벌 및 손해배상의 법적 제재와 쟁의행위 기간 중 임금을 지급받을 수 없는 경제적 제재 그리고 징계해고로 인한 직장상실의 사회적 제재라는 3중의 위험부담을 안아야 되는데, 과연 이러한 상황에서 정당한 쟁의행위를 할 수 있는 적법한 여지가 얼마나 되는 것인지 극히 의문스럽다.

### (3) 해고의 절차적 정의에 관한 인식의 미흡

대법원은 해고의 절차적 제한 특히 피해고자의 진술 해명기회의 부여에 관하여 그것은 “정의가 요구하는 유효요건”이라고 전제하면서도 결과적으로 취업규칙에 그에 관한 규정이 없으면 이에 위반한 해고도 유효하다는 입장을 계속 유지하고 있는데 어떠한 논리로 이같은 결론에 이를 수 있는지 도저히 납득이 가질 않는다. 또한 경영해고의 절차적 제한인 근로자대표와의 사전성실협의의 무에 대해 대법원은 그러한 절차적 요건은 경영해고의 “실질적 요건의 충족을 담보”하기 위한 것이라고 그 성격의 중요성을 강조하면서도 ‘근로자대표’ 및 ‘성실협의’에 관하여는 사회통념상 언어개념을 일탈할 정도로 지나치게 완화된 해석을 하고 있다. 해고의 절차적 제한이 해고의 정당한 이유에 대한 근로자와 사용자의 실질적인 증거수집능력의 차이 그리고 경영정보접근의 현실적 차이를 직시하여 가능한 한 부당해고를 사전에 방지하려는 절차적 안전판이라고 본다면 대법원이 이에 대한 깊은 인식을 하고 있지 않는 것인지 아니면 그리

46) 이러한 대법원의 해석기준에 관하여 헌법재판소는 이른바 ‘준법투쟁’의 경우까지 “위력업무방해죄로 처벌하는 것은 헌법상의 노동3권을 침해하여 적용상 위헌의 문제가 있을 수도 있다”는 입장을 취하면서, “다만 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌 할 수 있다는 대법원 판례(대법원 1991. 11. 8. 선고, 91도326; 1996. 2. 27. 선고, 95도2970; 1996. 5. 10. 선고, 96도419 판결 등)의 태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협 하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하여 두고자 한다”(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23; 헌재 1997. 3. 27. 94헌바24 참조)고 판시하여 대법원과 그 견해를 분명히 달리 하고 있다.

한 인식을 하면서도 그 적용을 회피하고 있는 것인지 가능하기 어렵다.

## 2. 판례법리의 입법 및 규범적 기능에 관한 영향

민주헌정이후 형성된 주요 판례법리는 이른바 문민정부 출범의 정치적 영향, 경제환경의 변화와 IMF관리체제의 경제위기 상황, 노동운동 등의 요인으로 1996년-1998년에 개정된 노동법에 일부 수용 또는 거부되기도 하였으며 또한편으로는 판례법리가 노동의 유연화 현실을 반영함으로써 노동보호법규의 규범적 기능을 약화시키는 영향을 미치고 있다.

### (1) 판례법리를 수용 또는 부정한 입법

경영해고에 관한 판례법리는 구조조정이 불가피한 경제현실에서 기업존립을 위하여 정당한 경영해고를 인정하되 그로 인한 근로자의 고용불안을 최소화하기 위한 현실적 요청으로 그 해고의 정당성을 담보하기 위해 4개의 유효요건으로 명문화되었다. 노조대표자의 단체협약체결권한을 인정하고 쟁의행위 기간 중의 임금을 전액삭감한 판례법리는 입법에서 그대로 수용되었다. 그러나 노조전임자에 대한 임금지급이 부당노동행위가 되지 않는다는 판례법리는 입법에서 거부되어 이는 부당노동행위가 성립된다고 규정하였으나 법에서 그 시행을 2006년 12월 31일까지 유보하고 있으므로 실제로는 판례법리가 유지되고 있는 셈이다. 이렇듯이 중요쟁점에 관한 판례법리가 입법에 그대로 반영된 것은 노사현실의 규율기준에 관하여 대법원이 실질적으로 중요한 기능을 수행하고 있는 것으로 평가할 수 있지만 그 기준에 관한 문제점은 위에서 지적하였으므로 다시 되풀이하지 않겠다.

### (2) 판례법리로 인한 법규정의 규범적 기능의 약화

1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 효력에 관한 판례법리가 계약기간을 근로조건으로 규정하여 근로자를 보호하려는 법규정의 규범적 기능을 무력화시키고 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 이 판례법리로 인해 한편으로는 계속 증가하고 있는 단기기간의 계약(축탁)직 등 임시직비정규근로자와 고용직접성이 없는 이른바 간접고용비정규근로자의 고용불안은 더욱 심화되고 다른 한편으로는 이들의 근로3권 행사가 형해화되고 있는 심각한 실정이다. 또한 근로자의 집단적 동의를 취업규칙 불이익변경의 효력발생요건으로 요구하고 있는 법규정도 판례법리에 의하여 실제적으로 그 규범적 기능을 거의 상실하고

있는 데도 불구하고 대법원이 취업규칙의 법규성을 인정하는 현실적 타당성을 어떠한 논거로 규명할지 자못 궁금하다. 특히 경영해고에 관한 판례법리는 긴박한 경영상의 필요성을 “인원삭감의 객관적 합리성”기준으로 판단하는데 이 역시 앞에서 지적한 것처럼 인원삭감의 객관적 합리성을 확보하기 위한 네 가지 요건 중의 하나인 긴박한 경영상의 필요성 판단기준을 구체적으로 제시하지 않고 또 다시 일반적 불확정 개념으로 개별적 확정개념의 해석기준으로 삼는 논리의 오류를 범하여 기업존립과 고용안정의 조화를 보장하려는 법규정의 취지를 약화시키는 것으로 보여진다.

## V. 맺음말 : 종합평가와 과제

민주헌정이후 대법원의 근로관계 인식을 관통하는 일관된 흐름은 한마디로 ‘노동보호 규제의 완화와 쟁의행위 규제의 강화’ 경향이라고 평가할 수 있다.

대법원은 근로기준법에서 규정하고 있는 근로자 보호의 규제에 대해서는 이를 완화하려는 유연한 인식기준을 가지면서 동시에 반대로 노동조합법에서 규정하고 있는 근로3권 특히 단체행동권의 보장에 대해서는 이를 오히려 규제하려는 엄격한 인식기준을 유지함으로써 노동현실을 규율하는 데 이종의 기준을 적용한 것으로 드러난다. 그러나 사실은 그 인식의 기층에는 급속히 변화하는 경제환경에서 경쟁원리를 강조하는 자본의 효율성을 위해 공생원리에 입각한 노동보호의 사회적 형평성을 평가절하 함으로써 법리적으로 ‘노동법의 시민법으로의 회귀’를 지향하는 하나의 기준만이 자리잡고 있을 뿐이라고 여겨진다.

물론 이러한 대법원의 태도는 우리 사회의 현실과 주류의식을 법적으로 반영한 것이라고 생각한다. 먼저 노동보호 규제의 완화측면을 살펴보면, 첫째 경영의 효율성과 경쟁성을 제고하기 위하여 근로조건을 쉽게 저하할 수 있도록 뒷받침해 준 것이 취업규칙의 불이익변경에 관한 판례법리이며, 둘째 기업의 존립을 위하여 고용안정 보다는 구조조정을 용이하게 할 수 있도록 배려한 것이 경영해고 및 해고의 절차적 제한에 관한 판례법리이고, 셋째 핵심적인 소수의 정규근로자로 기업을 슬림화 하기 위해 비정규근로자를 대량 고용할 수 있도록 법적 계기를 마련해 준 것이 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 효력에 관한 판례법리이며, 넷째 고용승계의 부담없이 효율적인 기업변경을 할 수 있도록 편의를 보아 준 것이 자산매매 형식에 의한 실질적 영업양도에

관한 판례법리이다. 다음으로 쟁의행위 규제의 강화측면을 살펴보면 기업이 근로조건을 저하하거나 또는 기업의 슬림화나 그 변경 등 구조조정을 시행할 때 근로자의 집단적인 실행행사에 봉착하지 않고 순조로이 이를 진행할 수 있도록 쟁의행위를 엄격하게 통제할 효율적 필요성에서 비롯된 것이 쟁의행위 제한에 관한 일련의 경직된 판례법리이다.

위와 같은 판례법리가 적용되는 현실에서 고용안정이 가장 절실한 근로자로서는 생존권과 직결되는 직장만 보장된다면 어떠한 근로조건의 저하나 기타의 불이익을 감수할 수밖에 없고 따라서 형사처벌과 징계해고가 뒤따르는 쟁의행위를 사실상 행할 수 없으며 또 부득이한 경우에는 임시직이나 간접고용 등의 비정규근로자로 전락하여 고용불안 속에서 허덕일 수밖에 없는 실정이다. 그렇다면 앞으로의 과제는 자명하게 드러나지 않았는가. 향후의 중요과제는 경제환경의 변화를 직시하면서 경쟁력강화를 통한 기업의 존립과 생산력향상을 담보하는 고용안정의 조화를 실현하기 위하여 판례법리를 어떻게 전개할 것인가의 문제라고 생각한다. 물론 기업존립과 고용안정의 조화는 사법부의 기능으로서 한계가 있기 때문에 입법의 보완도 필요하겠지만 핵심문제는 자본의 효율성 보호에 너무 경사되어 있는 현재의 판례법리를 어떻게 변화시킬 것인가 하는 점이다. 어려운 일이지만 전원합의체판결로 변경되기 전의 새로운 판례가 형성되던 민주헌정 직후의 당시 사회환경을 주목할 필요가 있고 또한 소수의견에 힘을 실어 주어 지지기반을 넓힐 수 있도록 하는 외부환경의 조성이 필요할 것이다. 사회적 인식으로 내부에서 불타고 있는 소수의견의 심지가 점화되어 그 불꽃이 노동현실을 밝은 빛으로 인도할 수 있는 역사적 계기를 인쇄심을 가지고 합리적으로 창출하는 것이 우리 모두의 과제라고 생각한다.

1987년의 이른바 6월의 시민항쟁이후 폭발한 노동세력의 저항으로 그때까지 규율하던 노동법리가 휴지화된 근본적 원인이 경제성장 결실의 부당한 분배에서 비롯되었다고 인식한다면 경제위기 부담의 부당한 분배가 계속하여 심화되면 어떠한 상황이 전개되는지를 우리는 역사의 교훈을 통하여 분명히 깨달아야 할 것이다. 흔히들 인식의 대전환을 입버릇처럼 얘기하지만 문제는 그 전환에 앞서 어떠한 세계관이나 사회관으로 인식을 제대로 바로 하느냐에 있다고 본다. 그렇다면 우리는 노동법 인식의 관점을 갈등대립의 분열구조인 불안한 사회 구성에 두어야 할 것인가, 아니면 상의상생의 회통(會通)구조인 안정된 사회 형성에 두어야 할 것인가?

〈Abstract〉

## Review on the Precedents of the Supreme Court about Labor Relations

— with References to Critical Decisions after  
the Constitutional Law of 1987 year —

Heung-Jae Lee\*

This Article attempts to overview the critical precedents of the Supreme Court about labor relations after the Constitutional Law of 1987 year, and to evaluate the Supreme Court's basic legal point of view on them.

The author argues that tendency of the precedents might be, in a short term, 'deregulation of labor protection and restriction on the right to strike'. He analyzes that this trend of the Supreme Court could reflect rapid change of economic circumstances for competition and efficiency of management rather than social equity for labor protection under so called 'crisis of labor law' era.

The author points out the basic reasoning of the Supreme Court as following; 1) The precedents of amending the rules of employment unfavorably to workers can legally help for employer to easily deteriorate working conditions for promoting competition and efficiency of management. 2) In order to conveniently take restructuring rather than employment stability, legal reasoning of management dismissal and procedural restrictions on dismissal could give employer flexible alternatives. 3) The precedent on validity of labor contract fixed term exceeding one year might back up for employer to hire massive temporary workers. 4) The precedent of rigid restrictions on the right to strike would restrain workers' collective action against restructuring or deteriorating working conditions by employer.

The author contends that this kind of orientations of the Supreme Court would legally reflect consciousness of ruling class and competitive social circumstances in Korea nowadays. He further argues that approaches of the Supreme Court on labor relations might be considered as returning from legal principle of social law

---

\* Professor of Law, Seoul National University

to it of civil law.

Lastly, the author suggests that the Supreme Court should play a key role in harmonizing social equity with managerial efficiency through reasonable interpretation of statutes of labor law.