

# 대            법            원

## 제       2       부

### 판            결

사            건            2023두54914 부당해고구제재심판정취소

원고, 피상고인            ○○○협동조합

소송대리인 변호사 강신무

피고, 상고인            중앙노동위원회위원장

피고 보조참가인, 상고인

피고 보조참가인 1 외 1인

피고 보조참가인들 소송대리인 대전종합법무법인

담당변호사 안병진 외 2인

원심판결            대전고등법원 2023. 9. 7. 선고 2022누13655 판결

판결선고            2026. 1. 29.

### 주            문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

### 이            유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 준비서면의 기재는 상고이유를

보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 따르면, 다음 사실을 알 수 있다.

가. 소외 조합은 2017. 1. 10. 협동조합 기본법(이하 '협동조합법'이라 한다)에 따라 여객자동차 운수사업 등을 목적으로 설립된 협동조합으로 택시운송사업을 하였다.

나. 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다) 1은 2018. 6. 15., 참가인 2는 2018. 10. 1. 소외 조합에 각 출자금으로 25,100,000원, 25,300,000원을 납입하고 정조합원으로 가입하여 택시운전업무에 종사하였다.

다. 참가인들은 가입 당시 소외 조합과 '기준금규정확인서'라는 표제로 유행일, 유행 형태, 기준금, 영업시간 등에 관한 사용계약(이하 '이 사건 사용계약'이라 한다)을 체결하였고, 각종 준수사항 및 확인사항 등이 기재된 기준금규정자술서(이하 '이 사건 규정'이라 한다)에 서명하여 소외 조합에 제출하였다.

라. 소외 조합은 2020. 12. 28. 임시총회를 개최하여, 정조합원 25명 중 참가인들을 포함한 24명이 출석한 가운데 출석자 전원의 찬성으로 소외 조합의 사업을 원고에게 양도하고 소외 조합은 해산하기로 의결하였다.

마. 소외 조합은 2020. 12. 30. 원고 창립준비위원회와 양도대금을 14억 원으로 하여 원고에게 사업권 · 영업권 등 자산 전부 및 출자금을 포함한 부채 중 약 21억 원을 양도하기로 하는 자산양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다. 이후 원고는 2021. 1. 29. 협동조합 설립 신고를 하였다.

바. 원고는 2021. 2. 23. 소외 조합과 매매대금 정산서를 작성하면서 출자금 반환 채무 중 조합원 40명에 대한 900,140,000원만을 인수하기로 하였는데, 참가인들에 대한

부분은 이에 포함되지 않았다.

사. 원고는 2021. 2. 27. 참가인들에게 택시 운전을 중지하라고 구두로 통보(이하 '이 사건 통보'라 한다)하였고, 참가인들은 다음 날 원고에게 차량 열쇠를 반납하였다.

## 2. 참가인들의 근로기준법상 근로자성에 관하여(제1 상고이유)

### 가. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 참가인들이 소외 조합의 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

1) 참가인들은 배차시간 내에서 영업시간·휴식시간을 자유롭게 운영할 수 있었고, 출·퇴근시간이 고정되지 않았으며, 소외 조합은 참가인들의 택시운전업무에 대해 직접적인 지휘·감독을 하지 아니하였다.

2) 참가인들은 택시 운행 실적에 비례한 돈을 지급받았고, 정관에 따라 조합원으로서 잉여금을 배당받을 수 있는 권리가 있었다.

3) 참가인들은 총회 의결권을 가진 정조합원으로서 소외 조합의 해산 결의에도 참석하여 의결권을 행사하였다. 참가인들은 소외 조합으로부터 제공받은 택시를 운행했을 뿐 차량을 소유하고 있지 않지만, 이는 택시면허의 특성에 따른 것이므로 택시 소유 여부를 근로자성 판단 기준으로 삼기 어렵고, 대신 참가인들은 출자금을 반환받을 권리가 있다.

4) 참가인들은 자신의 지위가 근로자가 아니라는 내용의 문구가 명시되어 있는 이 사건 사용계약과 이 사건 규정의 내용을 인지하고 자필로 서명했다. 소외 조합은 협동 조합법상 협동조합으로 법인 택시운송사업자와 형태가 다른 점을 감안하면, 소외 조합이 근로기준법의 적용을 회피하려는 수단으로 위와 같은 문구를 기재했다고 보이지 않

는다.

#### 나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

##### 1) 관련 법리

가) 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조). 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다 고 인정되는 이상, 근로자에 대한 위 여러 징표 중 일부 사정이 결여되었거나 다른 지위를 아울러 가지고 있다고 하여도 그러한 사유만으로 근로기준법상 근로자가 아니라 고 할 수는 없다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11087 판결 등 참조).

나) 이와 같은 법리는 협동조합법에 따라 설립된 협동조합의 조합원의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 협동조합법에 따른 협동조합이란 재화 또는 용역의 구매·생산·판매·제공 등을 협동으로 영위함으로써 조합원의 권익을 향상하고 지역 사회에 공헌하고자 하는 사업조직으로(제2조 제1호), 협동조합의 설립 목적에 동의하고 그에 따른 의무를 다하고자 하는 조합원들로 구성된다(제20조). 협동조합의 조합원은 협동조합법과 정관 등에 따라 의결권·선거권과 사업의 이용, 임여금의 배당 등에 관한 권리를 행사할 수 있다. 그런데 이는 조합원과 협동조합 사이의 조합관계에 관련된 것일 뿐이므로, 그러한 조합관계가 존재한다는 사정만으로 근로관계의 존재 가능성이 당연히 부정되는 것은 아니다.

(2) 오히려 협동조합은 사업 수행 과정에서 조합원과 조합관계 외에도 다양한 법률 관계를 맺을 수 있고 여기에는 근로관계도 포함된다. 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 근로제공관계의 실질에 따라 판단되어야 하므로, 조합원이 협동조합에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다면 조합원의 지위와 별도로 근로자의 지위도 인정될 수 있다. 이는 출자를 통해 회사의 지분을 소유하고 있는 주주나, 회사로부터 일정한 사무처리를 위임받은 임원이라 하더라도, 그러한 다른 지위를 아울러 가지고 있다는 사유만으로 근로자성이 부정되지 않는 것과 본질적으로 다르지 않다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도7794 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결 등 참조).

다) 택시운송사업자인 협동조합의 조합원으로서 택시운수종사자의 지위에 있는 사람이 근로기준법상 근로자인지를 판단하는 경우에는, 앞서 본 근로자성 판단 요소들을

적용함에 있어 협동조합이 아닌 택시운송사업자 소속의 근로자성이 인정되는 일반적인 택시운수종사자와 비교할 때 업무 내용, 보수의 책정 및 지급 방식, 노무관리 등에 있어 어떠한 차이가 있는지를 살펴봄과 아울러, 사업장 밖에서 근로함에 따라 업무수행 과정에서 실시간으로 지휘·감독이 어려운 택시운전업무의 특성 등도 고려하여야 한다.

2) 앞서 본 사실관계 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 따르면, 다음과 같은 사실 또는 사정을 알 수 있다.

가) 이 사건 사용계약과 이 사건 규정에는 참가인들이 근로자가 아니라고 기재되어 있으나, 근로자에 해당하는지는 그와 같은 기재나 형식이 아니라 근로제공관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

나) 이 사건 사용계약은 ① 운행일(5일 영업, 1일 휴무), ② 배차시간 및 영업시간(1일 10시간 및 그중 6시간), ③ 만근일(26일) 및 휴가 일수(연 12일), ④ 운행형태의 종류와 각 형태별로 납입해야 할 기준금(교대제 1일 110,000원, 1인 1차제 1일 134,000원), ⑤ 월 지급금 중 고정금의 액수(801,800원) 및 그 지급일, ⑥ 기준금을 초과한 운송수입금의 배분 비율(소외 조합 80%, 조합원 20%) 등에 관하여 정하고 있다. 또한 이 사건 규정은 '결근 시 48시간 전 서면으로 조합의 허락을 받아야 하고, 조합의 불허에도 불구하고 결근할 경우 무단휴무, 업무지시 위반으로 징계한다'고 정하고, 그 외에도 장시간 영업행위의 제한, 운행시간 외 차량 입고 의무, 운행시간 외 영업 금지 의무 등에 관하여 정하고 있다.

소외 조합이 이 사건 사용계약과 이 사건 규정을 통하여 위와 같은 내용을 정한 것은, 협동조합이 아닌 택시운송사업자가 취업규칙 또는 복무(인사)규정을 통하여 소속

택시운전근로자들의 소정근로시간, 소정근로일수 등 업무의 내용과 임금의 책정·지급 방법 등 기본적인 근로조건과 복무규율에 관하여 사전에 정한 것과 실질적으로 별다른 차이가 없다.

다) 소외 조합이 참가인들의 택시 운행 과정에 대하여 실시간으로 지휘·감독을 하지는 않은 것으로 보이나, 이는 택시운전업무의 특성에 따른 것으로 근로자성을 부정할 만한 결정적인 사정이라고 보기 어렵다. 참가인들은 택시 운행에 있어 이 사건 규정에 정해진 구체적인 준수사항과 복무규율의 적용을 받았다. 구체적으로, 참가인들은 장시간 영업행위의 제한, 운행시간 외 차량 입고 의무, 운행시간 외 영업 금지 의무 등을 준수하여야 했고, 위반 시 징계 대상이 되는 등 제재를 받을 수 있었다.

라) 참가인들은 택시운행의 노선과 배차시간 내에서 휴식시간의 사용 등을 자율적으로 정할 수 있었던 것으로 보인다. 그러나 참가인들에 대하여는 배차시간 내에서 영업 시간이 정해져 있었고, 연간 휴가 일수에도 상한이 정해져 있었으며, 결근하고자 할 때에는 사전에 소외 조합의 허락을 받아야 했다. 또한 참가인들은 사전에 정해진 일정 액수의 기준금을 소외 조합에 납입해야 했는데, 기준금의 액수에 비추어, 그 금액 상당의 운송수입금 매출을 올리기 위하여 일정 시간 이상 택시를 운행함이 불가피하였을 것으로 보인다. 이러한 점을 고려하면, 참가인들이 택시의 운행 여부나 운행 시간, 휴가 사용 여부를 자유롭게 선택할 수 있었다고 보기 어렵고, 소외 조합이 지정한 운행 시간 등에 구속받았다고 볼 수 있다.

마) 참가인들은 기준금 전액을 소외 조합에 납입하는 경우, 매월 801,800원의 고정급에 기준금 초과 운송수입금의 일정 비율을 더한 금액을 보수로 지급받았던 것으로 보인다. 또한 기준금 전액을 납입하지 못할 경우 보수에서 미달 금액이 공제되었으며, 만

근한 경우에는 만근장려금 50,000원을 지급받았다. 이러한 금품은 참가인들이 이 사건 사용계약에 따라 제공한 택시 운행이라는 근로 자체에 대한 대가로서의 성격을 갖는다.

바) 참가인들은 조합원으로서 의결권·선거권 및 출자금을 반환받을 권리가 있다. 그러나 앞서 본 영업시간, 기준금, 보수의 산정 방식 등에 비추어 볼 때, 조합원으로서 위와 같은 권리가 있다는 사정만을 들어, 참가인들이 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였다거나, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있었다고 보기 어렵다.

3) 위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 소외 조합과 참가인들이 이 사건 사용계약에 따라 택시운전업무와 관련된 근로제공에 관하여 맺은 위와 같은 법률관계는, 협동조합이 아닌 택시운송사업자와 그 소속의 근로자성이 인정되는 일반적인 택시운수종사자 사이의 관계와 본질적으로 다르지 않고, 이는 조합원으로서의 지위에서 맺은 법률관계와 별도로 성립한 것으로 볼 수 있다. 그러므로 참가인들은 소외 조합의 조합원 지위와 아울러 근로자 지위에도 있었다고 볼 소지가 크다.

4) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 참가인들이 소외 조합의 근로자 지위에 있지 않다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 근로기준법상 근로자 지위의 판단기준 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 참가인들의 근로관계가 원고에게 승계되었는지 및 이 사건 통보가 정당한지에 관하여(제2 상고이유)

가. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로, 설령 참가인들이 소외 조합의 근로자라고 하더라도, 소외 조합과 참가인들 사이의 근로관계가 원고에게 승계되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 통보는 위법하지 않다고 판단하였다.

- 1) 원고가 2021. 2. 23. 인수하기로 한 소외 조합의 출자금 반환 채무 내역에서 참가인들에 관한 부분은 제외되어 있다.
- 2) 이에 따라 참가인들에 대한 출자금 반환 채무가 원고에게 승계되지 아니하였고, 참가인들이 원고에게 출자금을 별도로 납부하지도 않았기 때문에, 원고는 참가인들의 조합원 지위를 인정하지 않고 이 사건 통보를 한 것이다.
- 3) 만약 참가인들의 근로관계가 원고에게 승계되었다고 본다면, 참가인들은 출자금을 지급하지 않은 상태에서 택시 운행을 하여 수입을 거둘 수 있는 지위를 부여받게 되나, 이는 협동조합인 원고의 운영방식에 부합하지 않는다.

#### 나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

##### 1) 관련 법리

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다. 영업양도가 이루어졌는지는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다. 따라서 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의

조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 보아야 하고, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로 볼 수 없다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결 등 참조).

영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있다. 그러나 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다(위 2000두8455 판결 등 참조).

협동조합법상 협동조합은 그 설립 목적인 사업의 수행을 위한 활동을 협동으로 영위하는 조직이다(협동조합법 제2조 제1호, 제45조 제1항 참조). 따라서 협동조합이 그 인적·물적 조직을 동일성을 유지하면서 다른 협동조합에 일체로서 이전하는 경우에도 위와 같은 근로관계 승계에 관한 법리가 적용될 수 있다.

2) 앞서 본 사실관계와 기록에 따라 알 수 있는 다음 사정을 위와 같은 법리에 비추어 살펴본다.

가) 원고는 이 사건 양수도계약을 통하여 소외 조합의 여객자동차운송사업면허를 비롯한 사업권, 택시 35대를 포함한 차량, 사무비품, 차고지 등 자산 일체를 양수하고, 이를 이용하여 택시운송사업을 행하고 있다. 또한 소외 조합의 정조합원들은 원고에 대해 가입 의사를 밝히지 않은 경우 및 참가인들을 제외하고는 모두 원고로 승계되어 소외 조합에서와 동일하게 택시운전업무를 수행하고 있다. 이러한 사정들을 종합해 보

면, 소외 조합의 인적·물적 조직은 동일성을 유지한 채 원고로 이전되어 원고가 영위하는 택시운송사업의 전부 또는 중요한 일부로서 기능하고 있으므로, 이는 영업양도에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 소외 조합과 참가인들 사이의 근로관계도 원칙적으로 양수인인 원고에게 포괄승계되었다.

나) 원고가 2021. 2. 23. 인수하기로 한 소외 조합의 출자금 반환 채무 900,140,000 원에 참가인들에 대한 부분은 제외되어 있다. 원고가 참가인들에 대한 출자금 반환 채무를 인수하지 않은 것을 참가인들과의 근로관계 승계 제외 특약으로 보게 되면, 그 특약의 실행은 실질적으로 해고에 해당한다. 그런데 참가인들의 조합원으로서의 지위와 근로자로서의 지위는 별개의 법률관계에 따라 인정되는 것이다. 그러므로 원고가 참가인들에 대한 출자금 반환 채무를 인수하지 아니하였다거나 참가인들이 원고에게 출자금을 추가로 납입하지 않았다 하더라도, 조합관계에 관한 그러한 사정이 소외 조합과 참가인들 사이의 근로관계가 원고에게 포괄적으로 승계되는 것을 부정하는 사유가 된다거나 해고의 정당한 이유가 된다고 볼 수 없다.

다) 결국 이 사건 통보는 원고가 근로관계의 승계에 따라 원고의 근로자 지위에 있는 참가인들에게 그 의사에 반하여 일방적으로 근로관계의 종료를 통보한 것으로 해고에 해당한다. 그런데 원고는 참가인들을 해고함에 있어 근로기준법 제27조를 위반하여 해고사유 등을 서면으로 통지하지 않았고, 해고의 정당한 이유도 발견할 수 없다. 따라서 이 사건 통보는 위법한 해고로서 무효라고 볼 소지가 크다.

3) 그런데도 원심은 앞서 본 바와 같은 사정만으로 이 사건 통보가 위법하지 않다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 영업양도와 근로관계 승계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 재판장 대법관 엄상필

## 대법관 오경미

주 심 대법관 권영준