

## □ 제33회 공인노무사 2차 노동법 시험 해설[1교시]

### <제1문>

A회사는 상시 500명의 근로자를 사용하여 골프장 운영 사업과 부동산 임대업을 영위하는 회사이다.

甲을 포함한 10명의 근로자(이하 '기간제 근로자들'이라 한다)는 1년을 계약기간으로 하는 근로계약을 체결하여 2022. 1. 1. 부터 골프장 운영 사업부문에서 일하였다. 기간제 근로자들의 근로계약서에는 “계약기간 동안 근로자의 근무실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 계약기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동 갱신된다.”는 규정을 두고 있다. A회사는 특별한 사정이 없는 한 근로계약이 갱신될 것이라고 기간제 근로자들에게 지속적으로 말해왔다. A회사는 기간제 근로자들에게 계약갱신의 기회를 제공하기 위하여 2022. 11. 이들에 대해 근무평가를 실시하였다. 근무평가를 실시한 후 A회사는 근무평가등급이 낮은 것을 이유로 甲에 대해서 인사위원회의 심의 없이 2022. 11. 30. 근로계약이 2022. 12. 31.자로 종료된다는 통보를 하였다. A회사는 甲을 제외한 9명의 기간제 근로자들에 대해서는 인사위원회의 심의를 거쳐 2022. 12. 15. 계약기간을 1년으로 하는 근로계약을 다시 체결하였다. A회사는 2020년과 2021년에도 계약기간의 정함이 있는 근로자들의 근무평가를 실시하여 근무평가 등급이 낮은 소수의 근로자를 제외하고, 근로계약을 갱신한 바 있다. 기간제 근로자들에 대한 근무평가에서 1차 평가는 과장이 담당하고 2차 평가는 부장이 담당하는데 그 비중은 각각 50%이다. 기간제 근로자들의 직근 상급자인 과장은 甲에 대해 대부분의 항목에서 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였으나 부장은 모든 평가 항목에 대하여 하위 등급인 C 내지 D등급을 부여하였다. 과장의 근무평가와는 달리 부장의 근무평가에서 낮은 등급을 부여한 이유가 명확하지 않거나 이유 자체가 기재되어 있지 않다. 특히 근태평가기준에 따르면 A등급이 부여되었어야 하나, 부장은 평가기준과 달리 甲에 대한 근태평가에서 D등급을 부여하였다. 한편 2022년 상반기 근무평가에서 甲은 상위등급인 A등급을 받은 바 있다. 그리고 A회사는 2022. 9. 기간제 근로자들을 대상으로 하여 동료근로자들에 대한 익명평가를 실시하였는데, 甲은 이 평가에서 담당 업무를 가장 성실하게 수행하는 근로자로 선정된 바 있다. 한편 2023년 부동산 경기 침체 등으로 A회사는 경영사정이 상당히 악화되었다. 그래서 A회사는 2023년 10월 중순경 자신의 사업 중 부동산 임대업을 B회사에 영업양도하기로 결정하였다. 乙은 2017년 A회사에 입사하여 부동산 임대업 분야에서 계속 근무하였다. 乙은 B회사의 향후 사업 전망이 불확실하다고 생각하여 자신은 A회사에 남아 골프장 운영 부문에서 일하기를 원한다고 2023. 11. 1. A회사에 통보하였다. A회사는 골프장 사업 부문에서 乙이 충분히 담당할 수 있는 업무가 공석임에도 불구하고, B회사로의 근로관계 승계를 거부하였다는 이유만으로 2023. 11. 15. 해고예고를 하여 2023. 12. 15.자로 해고하였다. 한편 2023. 12. 1.자로 A회사는 B회사에 부동산 임대업을 양도하였다. 이에 따라 乙을 제외하고 2023. 12. 1. A회사에서 부동산 임대업에 종사하고 있었던 근로자 195명은 모두 B회사로 고용이 승계되었다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

**물음 1)** 甲은 자신에 대한 A회사의 갱신거절과 계약만료 통보가 부당하여 효력이 없다고 주장한다. 甲의 주장은 정당한가? (30점)

**물음 2)** 乙은 근로관계 승계 거부만을 이유로 자신을 해고한 것이 부당하다고 주장한다. 乙의 주장은 정당한가? (해고의 절차적 정당성에 대한 논의는 제외함) (20점)

✓ 제1문 – 물음 (1) : 갱신기대권과 합리적 이유

※ 배점이 '30점' 이므로, 법리와 포섭을 모두 풍부하게 다루어주어야 하는 문제입니다. 특히, 갱신기대권 법리 뿐만 아니라 기간의 형식화 법리(+포섭)도 간략히 검토해주는 것이 좋겠습니다.

I. 사안의 논점

甲의 주장의 당부와 관련하여, A회사의 갱신거절과 계약만료 통보가 '부당해고와 마찬가지로 효력이 없는 것인지' 문제된다.

구체적으로, ① 甲에게 기간제 근로계약의 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는지, ② (인정된다면) 갱신 거절에 '합리적 이유'가 인정되는지 문제된다.

II. 기간만료의 효과

1. 의 의

- (1) 기간제 근로계약이란 기간의 정함이 있는 근로계약을 의미하며, 이러한 기간제 근로계약을 체결한 근로자를 기간제 근로자라 한다(기단법 제2조 제1호).
- (2) 기단법상 기간제 근로자의 총 사용 기간은 2년이 원칙이며(기단법 제4조 제1항 본문), 사용자가 기단법 제4조 제1항 단서의 예외사유가 없거나 소멸되었음에도 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주된다(기단법 제4조 제2항). 이는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있다(대판 2014두45765 등).

2. 근로관계 자동종료

- (1) 기간제 근로계약을 체결한 경우 그 기간이 만료되면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 근로관계는 당연히 종료하는 것이 원칙이다. 다만 기간제 근로자에게 정당한 갱신기대권이 인정되는 경우, 사용자가 합리적 이유 없이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 효력이 없고, 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 인정하는 것이다(대판 2021두45114).
- (2) 그러므로 기간제 근로계약의 갱신 거절은 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다(대판 2021두45114). 이에, 기간제 근로자에 대한 갱신거절 시 근기법 제27조가 적용되지 않는다(대판 2021두45114).

III. 기간의 형식화 법리

기간제 근로계약을 체결한 근로자라 하더라도, 그 기간이 반복·갱신되는 등으로 기간의 정함이 형식에 불과한 경우에는, 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 다를 바 없으므로 이러한 경우 사용자의 갱신 거절은 근로관계의 자동종료가 아니라 '해고'에 해당한다. 이에 사용자가 갱신 거부를 하려면 근기법 제23조 제1항의 정당한 이유가 있어야 한다(대판 98두625). 이는 계약서의 내용과 계약체결의 동기, 기간을 정한 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(대판 98두625).

## IV. 갱신기대권 법리

### 1. 의 의

- (1) 기간제 근로계약을 체결한 경우라 하더라도 정당한 갱신기대권이 인정되는 경우, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다(대판 2007두1729).
- (2) 그리고 부당한 갱신 거절이 무효라면, 기간만료 후 근로관계는 종전 계약이 갱신된 것과 동일하다(대판 2007두1729).

### 2. 갱신기대권이 인정되는 경우

근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우는 ① 근로계약·취업규칙·단체협약 등에 기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 경우 뿐만 아니라, ② 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 ‘실효관계’가 형성되어 있는 경우 인정된다(대판 2007두1729).

### 3. 갱신거절의 합리적 이유

합리적 이유 여부는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 관한 증명책임은 사용자가 부담한다(대판 2015두44493).

### 4. 기간법 시행 이후에도 적용되는지 여부

기간법 제4조의 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다. 나아가 위 규정들에 의하여 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다(대판 2014두45765).

## V. 사안에의 적용

### 1. 기간만료에 따른 원칙적인 효과

- (1) 甲은 A회사와 1년의 계약기간을 정한 근로계약을 체결하였으므로 기간제 근로계약을 체결한 것으로 볼 수 있다. 이에 원칙적으로 A회사가 甲에게 기간 만료를 통보하는 것은 해고가 아니어서 근로법 제23조 제1항 등에 의한 제한을 받지 않는다.
- (2) 한편, 甲이 기간제 근로계약을 체결하였더라도, 기간의 정함이 형식에 불과한 경우인지 문제될 수 있으나, ① 근로계약서에 1년의 근로계약기간이 명시되어 있고, 근무실적 등을 감안하여 계약기간을 연장하거나 상호 이의가 없을 때 자동 갱신된다는 규정을 두고 있는 점, ③ 실제 이를 토대로 A회사가 계약갱신의 기회를 제공하기 위한 근무평가를 실시한 점 등을 고려할 때, 근로계약에서 정한 기간이 형식에 불과한 경우로 보기 어렵다.

## 2. 갱신기대권 인정 여부

기단법 제4조의 취지가 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 甲이 기단법 시행 이후인 2022. 1. 1. 근로계약을 체결하였더라도 기간제 근로계약에 대한 정당한 기대권의 형성이 제한되는 것은 아니므로, 이에 대한 검토가 필요하다.

### (1) 근거규정 존부

① 甲의 <근로계약>은 단순히 계약기간을 1년으로 정하면서 일정한 경우 계약기간의 연장이나 갱신 가능성을 규정할 뿐, ‘근무평가’ 결과에 따라 근로계약을 갱신할 수 있다는 명문의 근거규정을 두고 있지 않다. ② 또한 A회사의 <취업규칙>에서 이러한 내용을 명문의 규정으로 마련한 사정도 존재하지 않는다. 즉, A회사는 근로계약 혹은 취업규칙 등에서 ‘근무평가’ 결과에 따라 근로계약을 갱신할 수 있다는 명문의 근거규정을 두고 있는 경우로 평가할 수 없다.

### (2) 신뢰관계 존부

그러나 ① 비록 근로계약 자체에서 근로계약 갱신에 관한 명문의 근거규정을 두고 있는 것은 아니나 甲을 포함한 기간제 근로자들의 근로계약서에는 기간 만료 이후에도 계약 연장 혹은 갱신에 관한 가능성(“계약기간 동안 근로자의 근무실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 계약기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동 갱신된다.”는 규정)를 기대할 수 있는 규정이 존재하는 점, ② A회사는 특별한 사정이 없는 한 근로계약이 갱신될 것이라고 기간제 근로자들에게 지속적으로 말해온 점, ③ 사안에서 분명히 제시된 것은 아니나, 계약 갱신을 위한 기준은 ‘근무평가 결과 낮은 등급(C 또는 D등급)을 받지 않는 것’으로 설정되어 있어 근로계약 갱신의 요건은 부적격자 교체의 취지에 가까운 것으로 볼 수 있는 점, ④ A회사는 계약갱신의 기회를 제공하기 위하여 이전부터 기간제 근로자들에 대한 근무평가를 실시해왔는데, 2020년과 2021년에는 근무평가 등급이 낮은 소수의 근로자를 제외하고 기간제 근로계약을 갱신한 바 있으며, 2022년에도 甲을 제외한 9명의 기간제 근로자들에 대해서 기간제 근로계약을 갱신한 점 등을 고려하면, 근로계약 기간만료에도 불구하고 근무평가 등급이 낮지 않다면 근로계약이 갱신된다는 ‘신뢰관계’가 형성되어 있는 경우에 해당한다.

(3) 甲에게는 근로계약의 기간 만료에도 불구하고 근로계약의 정당한 갱신기대권이 인정되는 경우이므로, A회사의 甲에 대한 근로계약의 갱신 거부 시 ‘합리적 이유’가 요구된다.

## 3. 갱신 거부의 합리적 이유 여부

### (1) 사유에 대한 검토

- 1) ① 甲을 포함한 기간제 근로자들의 직근 상급자인 과장은 甲에 대해 대부분의 항목에서 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였고, ② 甲은 2022년 상반기 근무평가에서 상위등급인 A등급을 받았으며, ③ A회사가 2022. 9. 실시한 동료근로자들에 대한 익명평가에서 甲은 이 평가에서 담당 업무를 가장 성실하게 수행하는 근로자로 선정된 바 있으므로, ‘부적격자와의 갱신 거절’이라는 갱신 기준의 설정 목적을 고려할 때 甲의 근무성적이나 근무태도가 불량하다고 평할 수 없어 1차 평가 결과에서는 甲과의 근로계약 갱신을 거부할만한 이유를 찾을 수 없다.
- 2) ① 부장은 모든 평가 항목에 대하여 하위 등급인 C 내지 D등급을 부여하였는데, 과장의 근무평가와는 달리 부장의 근무평가에서 낮은 등급을 부여한 이유가 명확하지 않거나 이유 자체가 기재되어 있지 않고, ② 특히 근태평가기준에 따르면 甲에게는 A등급이 부여되었어야 하나, 부장은 평가 기준과 달리 甲에 대한 근태평가에서 D등급을 부여하였기에 평가기준을 위반한 것으로 볼 수 있어 과장과 달리 부장의 2차 평가는 주관적이고 자의적 기준과 방법에 따라 이루어진 것이라 볼 수 있다.

- 3) i) 근무평가는 1, 2차 각 비중이 50%이어서 부장의 근무평가 결과를 그대로 반영하여 최종 등급을 내더라도 적어도 중간 등급(B등급)이상에 해당하는 평가 결과가 예상되므로 甲의 근무평가 결과가 낮다고 평가하기는 어려우며, ii) 가사 근무평가 결과가 낮은 것으로 보더라도 비록 甲의 직근 상급자인 과장의 1차 평가 결과가 좋더라도 2차 평가자인 부장의 평가 결과에 따라 결국 甲의 갱신 거절이 결정된 것으로 볼 수 있어 이는 2차 고과의 취지에 부합하지 않는 결과라 볼 수 있다. 결국 甲의 낮은 근무평가 등급이라는 갱신 거절 사유는 부당하다.

**(2) 절차에 대한 검토**

- 1) A회사는 근무평가 결과를 토대로 甲을 제외한 9명의 기간제 근로자들에 대해서는 인사위원회의 심의를 거쳐 근로계약을 다시 체결하였으나, 甲은 근무평가등급이 낮다는 점을 이유로 인사위원회의 심의 없이 갱신을 거절하였다. 갱신 여부를 결정하는 과정에서 사유 뿐만 아니라 절차의 공정성과 형평성도 담보되어야 한다는 점에서 甲에 대한 갱신 거절 시 인사위원회의 심의를 거치지 않은 것은 절차의 면에서 합리적이며 공정한 것으로 평가할 수 없다.
- 2) 한편, 판례에 따르면, 기간 만료 통보는 해고와 구별되는 것이므로 근로법 제27조가 적용되지 않으므로, 갱신 거절을 서면으로 통보하지 않았더라도 근로법 위반의 문제는 없다.

**(3) 소 결**

결국 A회사의 甲에 대한 갱신 거부의 사유와 절차는 객관적이고 합리적이며 공정하다고 평가할 수 없어 ‘합리적 이유’가 부정된다.

**VI. 사안의 해결**

A회사의 甲에 대한 갱신 거절과 계약만료 통보는 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다. 따라서 甲의 주장은 정당하다.

✓ 제1문 – 물음 (2) : 영업양도와 해고

※ 배점이 '20점' 이지만, 설시해야 할 내용이 많은 문제입니다. 특히, 영업양도와 고용승계 뿐만 아니라 해고의 정당성 법리까지 균형있게 다루어주시는 것이 중요합니다.

I. 사안의 논점

- (1) 乙의 주장의 당부와 관련하여, 우선 영업양도에도 불구하고 A회사와 乙의 근로관계가 여전히 존속하는 것인지 문제된다. 구체적으로 ① 영업양도 시 乙의 근로관계가 B회사에 승계되는지, ② (승계된다면) 乙이 승계거부권(민법 제657조 제1항)을 적법하게 행사한 것으로 볼 수 있는지 문제된다.
- (2) A회사와 乙 사이의 근로관계가 존속한다면 A회사의 乙에 대한 해고에 '정당한 이유(근기법 제23조 제1항)'가 인정되는지 문제된다.

II. 영업양도와 고용승계

1. 의 의

일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 의미하며, 영업의 일부만을 양도하는 것도 가능하다(대판 93다33173).

2. 근로관계 승계 여부

(1) 문제점

합병의 경우에는 상법 제235조에 따른 효과로서 근로관계의 승계를 인정하나, 영업양도의 경우에는 이러한 규정이 없어 근로관계 승계 여부가 문제된다.

(2) 학설 및 판례

- 1) 이에 대하여, 양도인과 양수인 사이에 특약이 없는 한 고용관계 승계를 부정하는 <특약필요설>도 있으나,
- 2) 판례는 「영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 이는 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근기법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당성이 인정되지 않는다」 고 하여 <원칙승계설>의 입장이다.

3. 근로관계 승계의 효과 및 승계거부권

(1) 의 의

영업양도 시 원칙적으로 근로관계가 승계되므로(대판 2002다23826 등), 근로자에 대한 관계에서 근로 제공의 상대방이 변경되는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 경우 근로자는 민법 제657조 제1항에 따라 근로관계 승계를 '거부'할 수 있다.

(2) 승계거부의 유형

영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되지만, ① 근로자가 반대 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 '양도기업에 잔류'하거나 ② 양도기업과 양수기업 '모두에서 퇴직'할 수도 있다. ③ 또한 근로자가 자의에 의하여 '계속근로관계를 단절'할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다(대판

2011다45217).

### (3) 반대의사표시의 기한

① 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 ‘상당한 기간’ 내 양도기업 또는 양수기업에 표시하여야 한다. ② 상당한 기간 내에 표시했는지 여부는 영업양도가 근로자에게 미치는 영향, 영업양도를 알 수 있었던 시점, 근로자가 자신의 의사를 결정하는데 필요한 시간 등 제반사정을 고려하여 판단한다(대판 2011다45217).

## III. 해고와 정당한 이유

### 1. 의 의

해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭 등에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의해 이루어지는 일체의 근로계약관계 종료를 의미한다(대판 92다54210).

### 2. 정당한 이유

- (1) 사용자는 정당한 이유 없이 근로자를 해고하지 못한다(근기법 제23조 제1항, 제24조). 여기서 ‘정당한 이유’란 사회통념상 고용계약을 계속 시킬 수 없을 정도로 근로자에게 귀책사유가 있다든가 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말한다(대판 90다카21589).
- (2) 그리고 사회통념상 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(대판 2013두13198).

## IV. 사안에의 적용

### 1. 근로관계 존속 여부

- (1) A회사와 B회사 사이에 A회사의 영업의 일부인 ‘부동산 임대업’에 대한 영업양도(영업의 일부양도)가 존재하므로, 원칙적으로 乙을 포함한 A회사의 부동산 임대업 영업부문 소속 근로자들의 근로관계는 B회사에 승계된다.
- (2) 다만, 이러한 영업양도에 따라 A회사와 乙의 근로관계는 원칙적으로 B회사에 승계되는 것이나 乙은 민법 제657조 제1항에 따라 승계거부권을 행사하여 A회사에 잔류할 수 있다. 한편, A회사는 2023년 10월 중순경 영업양도 결정을 하였고 乙은 이러한 사실을 안 날로부터 상당한 기간인 약 2주가 지난 시점(2023. 11. 1.)에 양도인인 A회사에 잔류 희망 의사표시를 하였으므로, 승계거부권을 적법하게 행사한 것으로 볼 수 있다.
- (3) 결국 영업양도로 乙의 근로관계는 B회사에 승계되는 것이 원칙이나, 乙은 민법 제657조 제1항에 따라 승계거부권을 적법하게 행사한 것으로 볼 수 있다. 이에 A회사와 乙 사이의 근로관계는 영업양도에도 불구하고 여전히 존속한다.

### 2. 해고의 정당성 여부

- (1) A회사는 乙을 해고할 때 근기법 제23조 제1항 등에 따른 정당성 제한을 받으므로, 이에 대한 검토가 필요하다. 앞서 검토한 바, ① 乙은 민법 제657조 제1항에 따른 승계거부권을 적법하게 행사한 것이므로 적법한 권리행사를 해고사유로 삼는 것은 부당한 점, ② A회사의 골프장 운영 부문에서 乙이 충분히 담당할 수 있는 업무가 공적으로 남아있으므로 乙이 A회사에서 근무하는 것이 불가능하거나 근로관계 존속을 기대하기 어려울만한 특별한 사정이 존재한다고 볼 수 없는 점, ③ 그 외 乙이 직장질서를 문란하게 하거나 A회사에 손해를 발생케 한 사정 등이 존재하지 않는 점 등을 고려하면, 사회통념상 고용계약을 계속할 수 없을 정도로 乙에게 귀책사유가 존재한다고 평가하기가

어렵다.

- (2) 한편, 2023년 부동산 경기 침체 등으로 A회사의 경영사정이 악화된 사정을 고려하면, 영업양도로 근로관계가 승계되지 않고 잔류한 인원이 많을 경우 경영상 해고의 필요성이 인정될 수도 있다. 그러나 ① 영업양도 당시(2023. 12. 1.) 乙을 제외한 A회사의 부동산 임대업에 종사하고 있었던 근로자 195명 전부가 B회사로 고용이 승계되었으므로, 잉여 인력의 규모가 크다고 보이지 않으며, ② 가사 A회사에 감원의 필요성이 있다고 하더라도 A회사가 乙을 해고할 때 근로법 제24조 소정의 요건을 갖추어 乙을 경영상 해고한 것으로 평가할 수도 없다.
- (3) 결국 A회사의 乙에 대한 해고는 ‘정당한 이유’가 부정된다.

## V. 사안의 해결

A회사의 乙에 대한 해고는 ‘정당한 이유’가 부정된다. 따라서 乙의 주장은 정당하다.



<제2문>

상시 100명의 근로자를 사용하여 반도체 웨이퍼를 제조하는 A회사에는 A노동조합이 설립되어 있다. 甲은 A회사 생산직 근로자인데 A노동조합 조직부장으로 활동하던 중 업무지시 위반을 이유로 해고되었다. 이에 甲은 관할 지방노동위원회에 부당해고구제신청을 하였다. 지방노동위원회는 부당해고를 인정하면서 원직복직 및 해고기간 동안 발생한 임금상당액의 지급을 내용으로 하는 구제명령을 하였고, 구제명령은 그대로 확정되었다. 甲은 해고기간 동안 A회사와 같은 업종을 경영하는 B회사에 생산직으로 취업하여 600만 원의 임금을 지급받았고, 아울러 A노동조합으로부터 구제기금 명목으로 100만 원을 지급받았다. 甲이 해고기간 동안 정상적으로 근로를 제공했다더라면 받을 수 있었던 임금상당액이자 평균임금의 총액은 1,800만 원인데, A회사는 위 1,800만 원에서 해고기간 동안 발생한 수입 700만 원 전액의 공제를 주장한다. A회사가 중간수입으로 공제하고 甲에게 지급하여야 할 최종 임금상당액은 얼마인지 판례 법리에 근거하여 설명하시오. (25점)

✓ 제2문 – 중간수입공제

※ '논거와 결론' 모두 중요한 문제입니다. 단순히 답이 맞았는지 여부보다 논거를 분명히 제시해주었는지 여부로 고득점 여부가 달라질 것이라 예상합니다. 특히, 해고기간 B회사와 노동조합으로부터 지급받은 금원의 '중간수입 여부'에 따라 결론이 달라질 수 있어 이 점을 풍부하게 검토하는 것이 중요합니다.

I. 사안의 논점

A회사가 甲에 대해 지급해야 할 최종 임금상당액과 관련하여, ① 甲에게 해고기간 동안 발생한 수입 700만 원이 이른바 중간수입에 해당하는지, ② (해당한다면) A회사가 甲에 대해 부당해고 기간에 대한 임금을 지급하는 경우 중간수입을 공제할 수 있는지(민법 제538조 제2항), (할 수 있다면) 근로법 제46조 제1항을 고려할 때 공제의 범위가 문제된다.

II. 부당해고 기간에 대한 임금

1. 의 의

- (1) 사용자의 부당해고가 무효인 경우, 부당해고 기간 동안 근로자로서 지위는 계속되고 있었던 것이 되고, 그 기간 근로를 제공하지 못한 것은 '사용자의 귀책사유'로 인한 것이므로 근로자는 민법 제538조 제1항에 의하여 계속 근로하였을 경우 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있다(대판 2011다20034).
- (2) 근로자가 부당해고 기간에 지급을 청구할 수 있는 임금은 근로법 제2조 제1항 제5호에서 정하는 임금을 의미하므로, 통상임금에 국한되지 않고 평균임금의 산정기초가 되는 모든 임금이 포함된다(대판 2011다20034).

2. 임금을 청구할 수 없는 경우

다만, 부당해고 기간 중이라 하더라도 ① 근로자가 구속 등으로 취업이 사실상 불가능한 경우 또는 ② 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로 임금을 청구할 수 없다(대판 94다40987).

3. 중간수입공제 시 휴업수당액의 보장

(1) 문제점

중간수입이란, 근로자가 해고 기간 중에 다른 직장에 취업하여 얻은 수입 등 부당해고 기간에 근로 제공의무를 면함으로써 얻은 이익을 의미한다. 사용자가 근로자에게 부당해고 기간의 임금을 지급할 때 이러한 중간수입을 공제할 수 있는지 문제된다.

(2) 판 례

1) 중간수입공제의 근거

- ① 판례는 중간수입은 '채무를 면함으로써 얻은 이익'에 해당하여 민법 제538조 제2항에 따라 근로자는 이를 사용자에게 상환할 의무가 있으므로, 사용자는 부당해고 기간 중의 임금을 지급할 때 중간수입을 공제할 수 있다고 본다(대판 90다카25277).
- ② 여기서 공제의 대상이 되는 중간수입은 근로제공의무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 것에 한한다(대판 91다2656).

## 2) 공제의 한도

- ① 근기법 제46조 제1항은 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 휴업수당제도를 정하고 있는데, 여기서 ‘사용자의 귀책사유’에는 민법상의 귀책사유도 포함되고, 동조의 ‘휴업’에는 근로자가 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함된다(대판 90다18999). 따라서 근로자는 부당해고 기간에도 민법 제538조 제1항의 임금청구권은 물론 근기법 제46조 제1항의 휴업수당청구권을 갖게 된다(청구권 정합).
- ② 그러나 근기법 제46조 제1항은 강행규정이므로, 근로자의 중간수입을 공제하더라도 휴업수당에 해당하는 금액은 반드시 지급되어야 한다. 그러므로 사용자는 부당해고 기간 중의 임금 중 휴업수당을 초과하는 금액의 한도(즉, 평균임금의 30%)에서만 중간수입을 공제할 수 있다(대판 90다18999).

## 3) 공제의 방법

또한 부당해고 기간과 시기적으로 대응하는 기간 동안의 중간수입 공제가 가능하며, 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제해서는 아니 된다(대판 90다카25277).

# III. 사안에의 적용

## 1. 원 칙

A회사의 甲에 대한 해고는 부당해고이므로, A회사는 원칙적으로 민법 제538조 제1항에 근거하여 甲이 해고기간 동안 정상적으로 근로를 제공했다라면 받을 수 있었던 임금상당액이자 평균임금의 총액 1,800만 원 전액을 지급하여야 한다(한편, 부당해고 기간 중 부당해고가 없었더라도 甲이 구속 등으로 취업이 불가능하거나 정당한 사유로 A회사가 사업을 폐지하는 등의 특별한 사정은 존재하지 않는다).

## 2. B회사로부터 지급받은 600만 원에 대한 검토

### (1) 중간수입 해당 여부

① 사실관계가 분명히 제시된 것은 아니나 A회사와 B회사는 반도체 웨이퍼 제조업을 영위한다는 점에서 업종이 같고, ② 甲은 A회사와 B회사에서 생산직 근로자로 근무를 하였으므로, 甲이 A회사의 해고기간 중 B회사에 취업하여 지급받은 600만 원의 임금은 甲이 A회사로부터 근로제공의무를 면한 것과 상당인과관계가 인정된다고 볼 수 있다. 즉, 甲이 B회사에서 지급받은 600만 원은 중간수입에 해당한다.

### (2) 공제 가능성 및 범위

- 1) 앞서 검토한 바, 甲이 해고기간 B회사로부터 지급받은 600만 원은 A회사에 대한 근로제공의무를 면함으로써 얻은 이익(채무를 면함으로써 얻은 이익, 민법 제538조 제2항)인 ‘중간수입’에 해당하므로, A회사는 甲에게 부당해고 기간 동안의 소급 임금을 지급할 때 중간수입을 공제하고 지급할 수 있다.
- 2) 그러나 A회사의 부당해고는 근기법 제46조 제1항에 따른 ‘A법인의 귀책사유에 의한 휴업’에 해당할 수 있어 甲은 부당 해고기간 동안 휴업수당청구권도 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 A회사는 甲에게 지급하여야 할 임금 중 중간수입을 공제하더라도 평균임금의 30% 한도 내에서만 공제할 수 있다.

### 3. A노동조합으로부터 지급받은 100만 원에 대한 검토

(구제기금의 구체적인 내용이나 지급조건 등이 제시된 것은 아니나) 일반적으로 구제기금은 부당해고 등으로 발생한 신분적·경제적 피해에 대한 ‘생계보장의 성격’으로 지급되는 것이므로, 이러한 구제기금이 甲이 A회사로부터 근로제공의무를 면한 것과 직접적인 상당인과관계가 인정된다고 볼 수 없다. 즉, 甲이 A노동조합으로부터 지급받은 구제기금 100만 원은 중간수입에 해당하지 않는다. 따라서 A회사는 甲에게 부당해고 기간에 대한 임금을 지급할 때 이를 공제할 수 없다.

### 4. 소 결

결국 A회사는 甲이 해고기간 동안 정상적으로 근로를 제공했다라면 받을 수 있었던 임금상당액이자 평균임금의 총액인 1,800만 원에서 중간수입에 해당하는 600만 원(甲이 B회사에서 근무하며 지급받은 임금을 공제할 수 있으나, 30% 범위 내(즉, 540만원 한도 공제)에서만 허용된다 할 것이다. 따라서 A회사는 甲에게 1,260만 원을 지급해야 한다.

## IV. 사안의 해결

A회사는 甲이 해고기간 동안 정상적으로 근로를 제공했다라면 받을 수 있었던 임금상당액이자 평균임금의 총액인 1,800만 원의 30%% 한도 내에서 중간수입인 600만 원을 공제할 수 있다. 따라서 A회사가 중간수입으로 공제하고 甲에게 지급하여야 할 최종 임금상당액은 1,260만 원이다.

## □ 제33회 공인노무사 2차 노동법시험 해설[2교시]

### <제1문>

甲은 A자동차 주식회사(이하 'A회사'라 한다) B대리점을 설립하여 자동차 판매업을 영위하고 있다. B대리점에서 카마스터(car master)로 근무하는 10명 중 乙, 丙, 丁, 戊(이하 이들 4명을 '이 사건 카마스터들'이라 한다)는 甲이 미리 마련한 정형화된 형식의 계약서를 통해 여러 해에 걸쳐서 매년 자동차 판매용역계약을 체결하고 A회사 자동차 판매, 수금, 채권관리 등의 업무를 수행하는 자동차 판매원이다. 甲과 이 사건 카마스터들 사이의 판매용역계약서에는 계약 해지사유로 ① 카마스터의 영업실적이 극히 부진하여 계약을 존속시키기 부적합한 경우, ② 카마스터의 고의 또는 중대한 과실로 甲의 명예를 훼손하거나 영업상 손실을 가져온 경우, ③ 甲이 정한 판매조건 및 판매지침을 위반하는 경우, ④ 카마스터에 대한 파산선고, 압류, 가압류, 가처분 등이 있는 경우 4가지를 규정하고 있다. 이 사건 카마스터들은 A회사가 甲에게 판매수수료를 지급하면, 甲과 이 사건 카마스터들의 자동차 판매용역계약에 따라 판매수수료 중 일정 금액을 판매수당으로 지급받는다. 이 사건 카마스터들은 기본급이 없고, 판매수당에서 세율 3.3%의 사업소득세를 내고 있다. A회사와 甲 사이에 작성된 판매대리점계약서는 다른 회사 자동차 판매행위, A회사의 영업과 동종营业을 목적으로 하는 업체에 이중 등록하는 행위 등을 금지행위로 정하고 있다. 이 사건 카마스터들은 甲이 소집하는 오전 조회, 긴급회의에 참석하여 표준업무지침, 판매목표, 영업 관련 지시나 교육 등을 받고, 甲이 작성한 당직표에 따라 당직 근무를 서면서 B대리점을 찾아오는 손님을 대상으로 자동차 판매행위를 하며, 그 외에는 외근을 통해 자동차 판매행위를 한다. 한편, 자동차 판매를 위해 이 사건 카마스터들에게 부여된 사번은 甲의 요청에 의해서 A회사가 등록·삭제를 할 수 있게 되어 있다. 이 사건 카마스터들은 전국의 자동차 판매대리점에 근무하는 카마스터들을 조직대상으로 하는 전국 단위의 C노동조합에 가입하였다. 그 후 얼마 지나지 않아 甲은 '영업실적 극히 부진', '소속 팀의 판매 부진, 과음', '신원보증 지연, 지각 출근', '시장 점유율과 고객 만족에 대한 인식 부족' 등을 이유로 들어 이 사건 카마스터들과 체결하였던 자동차 판매용역계약을 해지하였다(이하 '이 사건 계약 해지'라 한다). 이 사건 계약 해지 이전 이 사건 카마스터들의 전년도 월 평균 판매대수는 각각 2대 이상으로 B대리점 전체 카마스터들의 월 평균 판매대수와 유사하다. 甲은 이 사건 카마스터들에게 이 사건 계약 해지에 앞서, 위와 같은 해지사유에 대해서는 전혀 언급하지 않고 오로지 C노동조합 탈퇴만을 종용하다가 이 사건 카마스터들이 C노동조합을 탈퇴하지 아니하자 위와 같은 해지사유를 들어 자동차 판매용역계약을 해지하였다. 그리고 甲은 일방적으로 이 사건 카마스터들의 사번이 삭제되도록 하여 더 이상 이 사건 카마스터들이 근무할 수 없도록 조치하였다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

**물음 1)** 甲은 이 사건 카마스터들이 개인사업자들이므로 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자라고 볼 수 없다고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지에 대하여 논하시오. (25점)

**물음 2)** 甲은 이 사건 카마스터들이 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 보더라도 이 사건 계약 해지는 그 사유가 모두 정당하므로 부당노동행위로 볼 수 없다고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지에 대하여 논하시오. (단, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1항 제4호상의 부당노동행위 여부에 대하여는 논하지 않는다) (25점)

✓ 제1문 – 물음 (1) : 카마스터의 노조법상 근로자성

※ 6문제 중 가장 상향평준화 된 답안이 예상됩니다. 당연히 포섭에서 갈릴 것입니다.

I. 사안의 논점

甲의 주장의 당부와 관련하여, 이 사건 카마스터들이 노조법 제2조 제1호의 근로자에 해당하는지 문제된다. 특히, 이 사건 카마스터들이 甲에 대한 관계에서 사용종속관계가 있는지, '노동3권을 보장할 필요성이 있는 노조법상 근로자'에 해당하는지 문제된다.

II. 노조법상 근로자

노조법상 근로자란 '직업의 종류를 불문하고, 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'를 말하며(노조법 제2조 제1호), 헌법 제33조 제1항에 의한 노동3권을 「향유」할 수 있는 주체(보장받는 주체)로서의 의미를 가진다.

III. 노무제공자의 노조법상 근로자성

1. 종전 판례 및 문제점

- (1) 노조법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 판단한다(대판 90누1731 등).
- (2) 즉, 종전 판례는 노조법상 근로자성을 근기법상 근로자성과 동일한 '사용종속관계'를 중심으로 판단하는 경향이면서도, 구체적으로 어떠한 점에서 차이가 있는지 그 기준을 명확히 제시하지 않았기에 이에 대한 비판이 제기되었다.

2. 최근 판례

최근 판례는 근기법상 근로자성과는 다른 노조법상 근로자성 판단기준을 구체적으로 제시하여 주목된다.

(1) 기본법리

노조법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과의 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다(대판 2014두12598·2014두12604).

(2) 구체적인 판단기준

구체적으로 노조법상 근로자에 해당하는지는, ① 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ② 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약내용을 일방적으로 결정하는지, ③ 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ④ 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, ⑤ 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ⑥ 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2014두12598·2014두12604).

### (3) 노동3권 보장의 필요성

노조법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근기법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노조법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의규정 등을 고려하면, 노조법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근기법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다(대판 2014두12598·2014두12604).

### 3. 카마스터의 노조법상 근로자성 ※가점사항, 생략可

위와 같은 법리에 따라 판례는 학습지교사, 방송연기자, 매점운영자, 카마스터의 노조법상 근로자성을 인정한 바 있다. 특히, 최근 판례는 카마스터들의 노무제공관계의 실질에 근거하여, 「카마스터들이 다른 회사 자동차도 판매하는 등 독립사업자의 성격을 가지고 있더라도, 사업주와 경제적·조직적 종속관계가 있는 이상, 카마스터들에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있다」고 보아 ‘카마스터의 노조법상 근로자성을 긍정’하였다(대판 2019두33712).

### 4. 검토

노조법상 근로자성은 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가의 관점에서 판단되어야 하므로 근기법에서의 그것과는 다른 기준에 의해 검토되어야 한다. 따라서 최근 판례의 태도는 타당하다.

## IV. 사안에의 적용

이 사건 카마스터들은 ‘자동차 판매용역계약’이라는 계약의 형식에도 불구하고 노무제공관계의 실질에 비추어, 甲에 대한 관계에서 사용종속관계 하에서 노무를 제공하여 ‘노동3권을 보장할 필요성’이 인정된다면 노조법상 근로자에 해당할 수 있다(한편, 카마스터들의 기본급이 정해지지 않고 자동차 판매대수에 따라 계산된 판매수당을 지급받으며, 3.3%의 사업소득세를 낸다는 이유만으로 노조법상 근로자성을 부정할 수는 없다).

### 1. 사용종속관계 판단

#### (1) 주된 소득의존성

① <자동차 판매용역계약서>에 의하면, 이 사건 카마스터들로 하여금 계약 해지 사유로 甲이 정한 판매조건 및 판매지침을 위반하는 경우를 명시하고 있는 점, <A회사와 甲 사이에 작성된 판매대리점계약서>에 의하면, 다른 회사 자동차 판매행위, A회사의 영업과 동종 영업을 목적으로 하는 업체에 이중 등록하는 행위 등을 금지행위로 정하고 있어 이 사건 카마스터들은 B대리점에 소속되어 A회사의 자동차를 판매하는 행위를 주로 수행한 것으로 볼 수 있는 점, ② 이 사건 카마스터들은 주로 B대리점에서 찾아오는 손님을 대상으로 혹은 외근을 통해 A회사의 자동차 판매업무를 수행하여 판매수당을 지급받아 온 점 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 카마스터들의 ‘주된 소득원’은 자동차 판매에 따라 甲으로부터 지급받은 판매수당이라 볼 수 있다.

#### (2) 계약내용의 일방적 결정

甲은 미리 마련한 정형화된 형식의 ‘자동차 판매용역계약서’를 이용하여 이 사건 카마스터들과 자동차 판매용역계약을 체결하여 왔고, 이러한 계약서에 이 사건 카마스터들의 주된 소득원인 판매수당이 판매수수료에서 차지하는 비율, 인센티브 금액과 그 지급 조건 등이 명시되어 있었으므로, 甲이 이 사건 카마스터들에 대한 관계에서 ‘자동차 판매용역계약의 내용을 일방적으로 결정’한 것으로 볼 수 있다.

**(3) 조직적 편입에 따른 시장의존성**

① 이 사건 카마스터들이 甲에게 제공하는 ‘자동차 판매 등’의 노무는 甲이 B대리점을 운영하는 데 필수적인 것이며, ② 앞서 살펴본 바, 카마스터들은 다른 회사 자동차 판매행위와 A회사의 영업과 동종 영업을 목적으로 하는 업체에 이중 등록하는 행위 등을 할 수 없으므로, 원칙적으로 甲이 운영하는 B대리점 등을 통해서만 자동차판매시장에 접근할 수 있다고 판단된다.

**(4) 법률관계의 지속성·전속성**

① 이 사건 카마스터들은 甲과 매년 자동차 판매용역계약을 체결해온 바, 이 사건 카마스터들과 甲의 자동차 판매용역계약에 따른 법률관계가 ‘지속적’인 것으로 볼 수 있고, ② 이렇게 법률관계가 지속적인 점과 카마스터들이 B대리점에서 A회사의 자동차를 판매해 온 점을 고려할 때 이 사건 카마스터들과 甲과의 법률관계가 ‘전속적’인 것으로도 볼 수 있다.

**(5) 지휘·감독의 정도**

① 甲은 일정한 출퇴근 관리, 조회, 당직 등을 통해 이 사건 카마스터들에 대한 근태관리를 해온 점, ② 甲이 이 사건 카마스터들에게 표준업무지침 하달, 판매목표 설정, 영업 관련 지시나 교육 등을 해온 점 등을 종합해볼 때, 甲은 카마스터들을 어느 정도 지휘·감독해 왔다고 볼 수 있다.

**(6) 판매수당 등의 노무제공대가성**

이 사건 카마스터들이 甲으로부터 지급받은 판매수당은 판매한 자동차 대수를 기초로 산정되므로, 이 사건 카마스터들이 甲에게 제공한 (A회사의 자동차 판매 등) 노무인 ‘자동차 판매행위의 대가’라고 볼 수 있다.

**2. 노동3권 보장의 필요성**

노조법의 입법목적 및 근로자의 정의규정을 고려하면, 설령 이 사건 카마스터들의 근기법상 근로자성이 부정되더라도 甲의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 甲과 경제적·조직적 종속관계를 이루고있는 이 사건 카마스터들에게 일정한 경우 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 甲과 대등한 지위에서 노무제공조건 등을 교섭할 권리를 보장하는 등 ‘노동3권을 보장할 필요’가 있다.

**3. 소 결**

甲에 대한 관계에서 사용종속관계에 있고 노동3권을 보장할 필요가 있는 이 사건 카마스터들은 노조법 제2조 제1호의 근로자에 해당한다.

**V. 사안의 해결**

카마스터들은 노조법 제2조 제1호의 근로자에 해당하므로, 따라서 甲의 주장은 부당하다.



✓ 제1문 – 물음 (2) : 불이익 취급 부당노동행위

※ ‘논리 구성’에 따라서 특점이 많이 갈릴 것이라 예상되는 문제입니다. 노조법 제81조 제1항 제1호의 부당노동행위 성립요건 검토와 관련하여 ‘인과관계’가 인정되는지 여부에 대한 검토에서 특점 범위가 달라질 것입니다. 특히 표면상 사유 법리를 적용하기 위해서 (사례에서 자세히 제시되어 있는) 이 사건 계약 해지의 정당한 사유가 존재하는지 간략히라도 포섭이 선행되어야 합니다.

I. 사안의 논점

甲의 주장의 당부와 관련하여, 이 사건 계약 해지가 ‘불이익 취급 부당노동행위(노조법 제81조 제1항 제1호)’에 해당하는지 문제된다.

구체적으로, 甲이 이 사건 카마스터들이 C노동조합에 가입과 이 사건 계약 해지 사이에 ‘인과관계’가 인정되는지, 특히 甲이 이 사건 계약 해지를 함에 있어 C회사의 반조합적 의사가 인정되는지 문제된다.

II. 불이익 취급 부당노동행위

1. 의 의

노조법은 정당한 조합활동 등을 이유로 한 불이익 처분을 부당노동행위로 금지하고 있다(노조법 제81조 제1항 제1호·제5호). 불이익 취급은 근로자 개인에게 현저한 경제적·심리적 압박을 가할 뿐만 아니라 노동조합 활동까지 위축시켜 노동3권 자체에 중대한 위협이 되므로 부당노동행위로서 규정되고 있는 것이다.

2. 성립요건

(1) 의 의

사용자가 ① 근로자의 정당한 단결활동 등을 ② 이유로(인과관계) ③ 불이익처분을 하여야 하며, 입증책임은 근로자측에 있다(노조법 제81조 제1항 제1호·제5호).

(2) 인과관계

1) 부당노동행위 의사

불이익취급의 부당노동행위가 성립하려면, 사용자의 불이익처분과 근로자의 정당한 조합활동 등 사이에 ‘인과관계’가 요구되는데, 이러한 인과관계의 성립에 사용자의 반조합적 의사가 필요한지 문제된다. 이에 대하여 판례는 「근로자에 대한 징계나 해고가 부당하다는 사정만으로 곧바로 부당노동행위가 성립하는 것은 아니고, 인과관계의 성립에 사용자의 부당노동행위 의사가 필요하다」고 본다. 그리고 이는 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 종합적으로 비교·검토하여 판단한다(주관적 인과관계설, 대판 96누4220 등).

2) 부당노동행위 의사의 판단

- ① 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고(대판 99두4273),

- ② 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고이유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다(대판 90누7685).

### 3) 처분사유의 경합 ※ 가점사항이므로, 생략 可

불이익처분의 정당한 이유가 존재하는 한편, 사용자의 부당노동행위 의사를 추정할 만한 사유가 동시에 존재하는 경우 부당노동행위가 성립하는지 여부와 관련하여, 판례는 사용자가 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다가나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하더라도, 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다고 보아 「부정설」의 입장이다(대판 95누6151).

## 3. 효 과

부당노동행위가 성립하면 벌칙(노조법 제90조)이 적용될 수 있으며, 부당노동행위 구제신청(노동위원회, 노조법 제82조), 또는 불법행위로 인한 손해배상·처분무효확인소송 등을 제기할 수 있다. 특히, 근로자 또는 노동조합이 부당노동행위구제신청을 한 경우, 노동위원회는 부당노동행위가 성립된다고 판단한다면 구제명령을 하여야 한다(노조법 제84조).

## III. 사안에의 적용

### 1. 계약 해지사유가 존재하는지 여부

- (1) 甲이 이 사건 계약 해지를 하면서 내세운 사유가 정당한지 여부와 관련하여, ‘영업실적 극히 부진’, ‘소속 팀의 판매 부진, 과음’ 등의 사실이 존재하는지, 그에 따라 이 사건 카마스터들에게 실질적인 계약 해지 사유가 존재하는지 검토하여야 한다.
- (2) 사안의 경우, 이 사건 계약 해지 이전 이 사건 카마스터들의 전년도 월 평균 판매대수는 각각 2대 이상으로 B대리점 전체 카마스터들의 월 평균 판매대수와 유사하였으므로 “카마스터의 영업실적 극히 부진하여 계약을 존속시킴이 부적합한 경우(첫번째 해지사유)”에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 이 사건 카마스터들은 甲이 소집하는 오전 조회, 긴급회의에 참석하여 표준업무지침, 판매목표, 영업 관련 지시나 교육 등을 받고, 甲이 작성한 당직표에 따라 당직 근무를 서면서 B대리점 혹은 외근을 통해 성실히 자동차 판매행위를 하였으므로, “고의 또는 중대한 과실로 甲의 명예를 훼손하거나 영업상 손실을 가져온 경우” 또는 “甲이 정한 판매조건 및 판매지침을 위반하는 경우”에 해당한다고 볼 수도 없다(그 외 카마스터에 대한 파산선고, 압류, 가압류, 가처분 등이 있는 경우로 볼 수도 없다). 결국 이 사건 카마스터들에게는 자동차 판매용역계약서에서 정하는 계약 해지 사유가 존재한다고 볼 수 없다.

### 2. 불이익취급 부당노동행위 성립 여부

① 이 사건 카마스터들이 C노동조합에 ‘가입’한 것을 그 원인으로, ② 이 사건 계약해지라는 ‘현실적인 불이익’이 존재한다. 이에 이 사건 계약해지가 노조법 제81조 제1항 제1호의 불이익취급의 부당노동행위가 되려면, 「이 사건 카마스터들의 C노동조합 가입」과 「이 사건 계약해지」 사이에 「인과관계」가 인정되는지 검토가 필요하다.

- (1) 앞서 검토한 바, 이 사건 카마스터들에게는 계약 해지 사유가 존재하지 않아 이 사건 계약 해지는 부당하다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 사정만으로 곧바로 부당노동행위가 성립하는 것은 아니고, 인과관계의 성립에 「甲의 부당노동행위 의사」가 필요하다.

- (2) 사안의 경우, ① 이 사건 카마스터들에게 계약 해지 사유가 존재하지 않음에도 이 사건 카마스터들이 전국의 자동차 판매대리점에 근무하는 카마스터들을 조직대상으로 하는 전국 단위의 C노동조합에 가입한지 얼마 지나지 않아 곧바로 이 사건 계약 해지가 있는 점, ② 甲은 이 사건 카마스터들에게 이 사건 계약 해지에 앞서, 위와 같은 해지사유에 대해서는 전혀 언급하지 않고 오로지 C노동조합 탈퇴만을 종용하다가 이 사건 카마스터들이 C노동조합을 탈퇴하지 아니하자 여러 해지사유를 들어 자동차 판매용역계약을 해지한 점, ③ 그리고 甲은 이 사건 계약 해지 이후 일방적으로 이 사건 카마스터들의 사변이 삭제되도록 하여 더 이상 이 사건 카마스터들이 근무할 수 없도록 조치한 점 등을 고려하면, 여러 해에 걸쳐 B대리점 소속으로 甲과 자동차 판매용역계약을 체결하고 성실하게 카마스터로 활동해왔음에도 불구하고 별도의 면담 절차 등을 거치지도 않고 갑작스럽게 이 사건 계약 해지를 한 실질적 사유는 “이 사건 카마스터들이 C노동조합에 가입한 것”이라 볼 수 있다.
- (3) 결국 甲이 이 사건 계약 해지를 함에 있어 표면적으로 내세우는 계약 해지 사유와는 달리 실질적으로 이 사건 카마스터들의 C노동조합 가입을 이유로 이 사건 계약 해지에 이르게 된 경우이므로, 甲에게는 부당노동행위 의사가 충분히 인정되어 인과관계도 인정된다. 이 사건 계약 해지는 노조법 제81조 제1항 제1호의 부당노동행위로 평가할 수 있다.

#### IV. 사안의 해결

이 사건 계약 해지는 그 사유가 정당하지 않아, 노조법 제81조 제1항 제1호의 부당노동행위에 해당한다. 따라서 甲의 주장은 부당하다.

<제2문>

상시 1,000명의 근로자를 사용하여 자동차부품을 제조하는 A회사에는 2024년 현재 조합원 600명으로 조직된 기업별 노동조합인 A노동조합과 조합원 115명으로 조직된 전국단위 산업별 노동조합의 B지회가 존재하고 있다. A노동조합은 A회사에 2024년 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였고, B지회도 참여한 노동조합 및 노동관계 조정법상 교섭창구 단일화 절차를 통해 2024. 2. 15. A노동조합은 교섭대표노동조합으로 결정되었다. A노동조합은 2024. 3. 6. B지회에 “2024년 단체협약에 관한 단체교섭을 위하여 B지회 조합원 115명에게도 설문조사를 시행할 수 있도록 협조해 달라. B지회의 2024년 단체협약 요구안을 설명해 달라.”고 요구하였다. A노동조합은 2024. 3. 20. 2024년 단체협약과 관련하여 대표자회의를 열었고, 당시 B지회는 A노동조합에 B지회 요구안을 설명하였다. A노동조합은 2024 5. 28. B지회에 ‘A노동조합 요구안을 설명하겠다.’고 하면서 ‘대표자회의를 열자.’고 요구하였고, 2024. 5. 30. 열린 대표자회의에서, A노동조합은 B지회에 A노동조합 요구안을 설명하였다. A노동조합은 2024. 7. 2.3 A회사와 2024년 단체협약 잠정합의안(이하 ‘잠정합의안’이라 한다)을 마련한 다음, 같은 날 B지회에 잠정합의안이 마련된 사실과 해당 내용을 통보하였다. 단체교섭이 진행되는 동안, A노동조합은 수시로 단체교섭의 경과를 설명하는 소식지를 만들어 누구든지 열람할 수 있도록 각 팀 회의실과 식당 앞에 비치하였다. 소식지에는 ‘단체교섭이 열린 일시와 장소, 참가자, 향후 일정, 노사 양측의 주장 내용, 향후 예상’ 등이 자세히 기재되었다. 잠정합의안이 마련되자, A노동조합은 소식지에 잠정합의안의 구체적인 내용을 설명하면서 알기 쉽게 표로 정리하였다. A노동조합은 A노동조합의 규약에 따라 잠정합의안에 대한 A노동조합 조합원들만의 찬반투표를 거쳐 2024. 8. 21. A회사와 2024년 단체협약을 체결하였다. B지회는 A노동조합이 2024년 단체협약 체결을 위한 단체교섭과정에서 공정대표의무를 위반하였다고 주장한다. 이러한 주장의 타당성에 대하여 판례의 법리에 근거하여 설명하시오. (25점)

## ✓ 제2문 – 절차적 공정대표의무

※ 작년 8월 변모 문제에 살(?)만 붙여 나온 문제네요. 이 문제는 포섭이 매우 중요합니다. 특히 '정보제공 및 의견수렴의무'와 '잠정안 투표 배제'를 나누고, (전자의 경우) 단체교섭 각 단계별로 차근차근 검토하는 것이 핵심입니다.

### I. 사안의 논점

B지회 주장의 당부와 관련하여, 교섭대표노동조합인 A노동조합이 '노조법 제29조의4 제1항의 공정대표의무를 위반'한 것인지 문제된다.

특히, ① A노동조합이 '단체교섭 과정(단체교섭의 절차적 측면)'에서도 공정대표의무를 부담하는지, ② (부담한다면) A노동조합의 각 행위가 이러한 「절차적 공정대표의무」를 위반한 것인지 문제된다.

### II. 공정대표의무의 의의

#### 1. 의 의

교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니된다(노조법 제29조의4 제1항).

#### 2. 범 위

- (1) 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구단일화절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.
- (2) 이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 ① 단체교섭의 과정이나 ② 그 결과물인 단체협약의 내용 뿐만 아니라 ③ 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다(대판 2017다218642).

### III. 절차적 공정대표의무

#### 1. 의 의

교섭대표노동조합으로서는 단체협약 체결에 이르기까지 '단체교섭 과정'에서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합(이하 '소수노조')을 합리적인 이유 없이 '절차적'으로 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다고 봄이 타당하다(대판 2019다262582).

#### 2. 내 용

- (1) 교섭대표노동조합은 단체교섭 과정에서 절차적 공정대표의무를 적정하게 이행하기 위하여 소수노조를 동등하게 취급함으로써 단체교섭 및 단체협약 체결에 관련하여 「필요한 정보를 적절히 제공하고 그 의견을 수렴할 의무」 등을 부담한다. 다만 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 보유하는 일정한 '재량권' 등을 고려할 때 교섭대표노동조합의 소수노조에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 '한계'가 있을 수밖에 없다(대판 2019다262582).
- (2) 교섭대표노동조합이 단체교섭 과정의 모든 단계에서 소수노조에 대하여 일체의 정보제공 및 의견수렴 절차를 거치지 아니하였다고 하여 절차적 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 것은 아니고, 단체교섭의 전 과정을 전체적·종합적으로 살필 때 소수노조에게 기본적이고 중요한 사항에 대한 정보제공 및 의견수렴 절차를 충분히 거치지 않았다고 인정되는 경우와 같이 교섭대표노동조합이 가

지는 ‘재량권의 범위를 일탈·남용’하여 소수노조를 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 있는 때에 절차적 공정대표의무 위반을 인정할 수 있다(대판 2019다262582).

### 3. 잠정합의안 찬반투표 절차의 경우

- (1) 교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약 잠정합의안에 대해 자신의 조합원 총회 등의 찬반투표 절차를 거치면서도 소수노조의 조합원들에게 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여하지 않거나 그들의 찬반의사까지 고려하여 잠정합의안에 대한 가결 여부를 결정하지 않았더라도, 그러한 사정만으로 이를 가리켜 교섭대표노동조합의 절차적 공정대표의무 위반이라고 단정할 수는 없다. 이러한 경우 특별한 사정이 없는 한 교섭대표노동조합이 소수노조를 차별한 것으로 보기 어렵기 때문이다(대판 2019다262582).
- (2) 이는 ① 교섭대표노조의 대표자는 독자적인 단체협약체결권한을 가지므로(노조법 제29조 제2항), 단체협약 체결 여부에 대하여 원칙적으로 소수노조나 그 조합원의 의사에 기속된다고 볼 수 없는 점, ② 교섭대표노조의 규약에서 잠정합의안에 대하여 조합원의 찬반투표를 거치도록 규정하는 것은 교섭대표노조의 내부적인 절차일 뿐이지, 법률상 요구되는 절차는 아니라는 점, ③ 잠정합의안에 대한 찬반투표와 관련해서는 실시 여부·단위·기관·의결방법 등에 관하여 노조법에서 아무런 규정을 두고 있지 않는 점을 근거로 한다(대판 2019다262582).

## IV. 위반의 효과

### 1. 차별시정신청(제29조의4 제2항 내지 제4항)

노동조합은 교섭대표노동조합과 사용자가 제1항을 위반하여 차별한 경우에는 그 행위가 있는 날부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있다.

### 2. 차별의 증명 책임

① 사용자나 교섭대표노동조합이 교섭창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합을 교섭대표노동조합과 다르게 대우하는 경우, 차별의 존재 여부에 관한 입증책임은 이를 주장하는 소수노조가 부담하고, ② 차별이 입증된 경우 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있는지 여부는 이를 주장하는 교섭대표노동조합과 사용자가 부담한다고 해석하는 것이 타당하다(대판 2017다218642).

### 3. 손해배상책임 ※ 가점사항이므로 더 간략히 서술 可

#### (1) 선관주의의무 위반 여부

교섭대표노동조합이 소수노조에 대하여 ‘개별적인 위임관계’에 있지는 않으므로, 선관주의의무 위반 책임은 부정된다(대판 2017다263192).

#### (2) 불법행위 여부

교섭대표노동조합이 절차적 공정대표의무에 위반하여 합리적 이유 없이 소수노조를 차별하였다면, 이러한 행위는 원칙적으로 「교섭창구 단일화 절차에 따른 단체교섭과 관련한 소수노조의 절차적 권리를 침해하는 불법행위」에 해당하고, 이로 인한 소수노조의 재산적 손해가 인정되지 않더라도 특별한 사정이 없는 한 비재산적 손해에 대하여 교섭대표노동조합은 위자료 배상책임을 부담한다(대판 2019다262582).

## V. 사안에의 적용

### 1. 절차적 공정대표의무 부담 여부

- (1) 교섭대표노동조합인 A노동조합은 단체협약 체결에 이르기까지 ‘단체교섭 과정’에서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 B지회를 합리적인 이유 없이 ‘절차적’으로 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다.
- (2) 교섭대표노동조합인 A노동조합은 일련의 단체교섭 과정에서 절차적 공정대표의무를 적정하게 이행하기 위하여 교섭창구 단일화 절차에 참여하였으나 교섭대표노동조합이 되지 못한 B지회를 동등하게 취급함으로써 2024년 단체교섭 및 단체협약과 관련하여 「필요한 정보를 적절히 제공하고 그 의견을 수렴할 의무」 등을 부담한다. 다만, 교섭대표노동조합인 A노동조합의 대표자가 단체교섭 과정에서 보유하는 일정한 ‘재량권’ 등을 고려할 때 A노동조합의 B지회에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 ‘한계’가 있을 수밖에 없으므로, A노동조합의 행위가 재량권 범위를 일탈·남용한 것인지 여부에 대한 검토가 필요하다.

### 2. 절차적 공정대표의무 위반 여부

#### (1) 단체교섭 과정에서의 정보 제공 및 의견 수렴을 충분히 한 것인지 여부

- 1) ① A노동조합은 2024. 3. 6. B지회에 대하여 B지회 조합원의 설문조사 시행에 대한 협조를 요구하고 2024년 단체협약 요구안을 설명해달라고 요구한 점, ② 이후 B지회의 요구에 따라 개최된 노동조합 대표자회의에서 A노동조합은 B지회에 A노동조합의 요구안을 설명한 점 등에 비추어 볼 때, 단체교섭을 진행하기 위하여 A노동조합 뿐만 아니라 B지회의 요구안을 수렴하여 A회사와 2024년 단체교섭을 진행하기 위해 노력한 것으로 볼 수 있다.
- 2) A노동조합은 단체교섭이 진행되는 동안 수시로 그 경과를 설명하는 소식지를 만들어 누구든지 열람할 수 있도록 팀 회의실과 식당 앞에 비치하였고, 이 소식지에는 ‘단체교섭의 일시와 장소, 참가자, 향후 일정, 노사 주장의 내용, 향후 예상’ 등에 관한 사항이 상세히 포함되어 있었던 점을 고려하면, 단체교섭이 진행되는 과정 중에도 단체교섭에 직접 참여하지 못하는 B지회를 위하여 교섭 경과나 세부 내용 등을 충분히 설명한 것으로 볼 수 있다.
- 3) 이후 A노동조합은 잠정합의안이 마련되자 A노동조합은 소식지에 잠정합의안의 구체적인 내용을 설명하면서 알기 쉽게 표로 정리하여 공유하는 한편, 잠정합의안이 마련된 당일 B지회에 그 사실과 내용을 통보한 점 등을 종합하면, A노동조합은 단체교섭 결과에 따라 마련된 잠정합의안 내용에 대해서도 충분히 설명한 것으로 평가된다.
- 4) 결국 A노동조합은 단체교섭의 모든 단계에서 B지회에 대하여 2024년 단체협약과 관련하여 「필요한 정보를 적절히 제공하고 그 의견을 수렴할 의무」를 충분히 이행한 것으로 볼 수 있다. 즉, A노동조합이 단체교섭 과정에서 가지는 재량권 범위를 일탈·남용하여 B지회를 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 없다.

#### (2) A노동조합의 잠정합의안 결의 절차에서 B지회의 참여를 배제한 행위가 정당한지 여부

- 1) ① A노동조합은 단체협약 체결 여부에 대하여 원칙적으로 A노동조합나 그 조합원의 의사에 기속된다고 볼 수 없고, ② A노동조합의 규약 등에 근거한 A노동조합의 이 사건 잠정합의안 결의 절차는 A노동조합 조합원들의 의사결정을 위하여 마련된 내부적인 절차일 뿐이지, 법률상 요구되는 절차는 아니며, ③ 이 사건 잠정합의안에 대한 찬반투표와 관련해서는 노조법에서 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, A노동조합이 A회사와 단체교섭 과정에서 마련한 이 사건 잠정합의안에 대해 A노동조합의 조합원들을 대상으로 찬반투표 절차를 거치면서도 B지회의 대의원이나 조합원들에게 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여하지 않거나 그들의 찬반의사까지 고려하여 이

사건 잠정합의안을 가결하지 않았더라도, 특별한 사정이 없는 한 A노동조합이 B지회를 차별한 것으로 볼 수 없으므로, 그러한 사정만으로 B지회가 절차적 공정대표의무를 위반한 것이라고 단정할 수는 없다.

- 2) 즉, 「A노동조합의 이 사건 잠정합의안 결의와 관련하여 A노동조합 조합원들의 찬반투표 절차에 B지회의 참여를 배제한 행위」는 절차적 공정대표의무를 위반한 것으로 볼 수 없다.

## VI. 사안의 해결

결국 A노동조합이 2024년 단체협약 체결을 위한 단체교섭과정에서 공정대표의무를 위반하였다고 볼 수 없다. 따라서 B지회의 주장은 부당하다.