

## □ 노동법 쟁점정리노트(제7판) 최신판례

※ 본 자료에 수록된 내용을 무단 사용하거나 상업적으로 이용할 경우, 저작권법에 따른 형사 처벌의 대상이 될 수 있습니다.

- 본 자료는 노동법 쟁점정리노트 제7판 소지자를 위한 최신판례 자료입니다. 오기, 밑줄 수정 등 소소하게 수정된 부분은 생략하고 최신 판례 등 중요한 내용을 중심으로 구성하였습니다.
- 노동법 쟁점정리노트 제7판의 페이지를 기준으로 참고, 활용하시면 됩니다.

(참고자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 7p)

### Ⅲ. 관련 문제

#### 3. 플랫폼 종사자

##### (1) 문제점

플랫폼 종사자란, 온라인 플랫폼<sup>1)</sup>을 통해 중개 또는 알선받은 노무를 제공하기 위하여 다른 사람을 사용하지 아니하고 주로 자신이 노무를 제공하고 그 대가로 보수 등을 받는 사람을 말한다. 이들은 주로 독립사업자(자영업자)의 형태로 노무를 제공하지만 장시간 근로 및 안전 등의 문제에서 보호의 필요성이 크므로, 근기법상 근로자성을 인정할 수 있는지 문제된다.

##### (2) 판례

- 1) 최근 판례는 플랫폼 종사자들이 근기법상 근로자에 해당하는지 여부에 대해, 일반적인 사용종속관계 판단기준에 더하여 추가적인 참작사유를 제시하여 주목된다(대판 2024두32973).
- 2) 온라인 플랫폼을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자가 근로자인지를 판단하는 경우에는 노무제공자와 노무이용자 등이 온라인 플랫폼을 통해 연결됨에 따라 직접적으로 개별적인 근로계약을 맺을 필요성이 적은 사업구조, 일의 배분과 수행 방식 결정에 온라인 플랫폼의 알고리즘이나 복수의 사업참여자가 관여하는 노무관리의 특성을 고려하여 위 요소들(사용종속관계 판단기준)을 적정하게 적용하여야 한다(대판 2024두32973).

##### (3) 검토

최근 판례는 온라인 플랫폼을 매개로 이루어지는 플랫폼 종사자 노무제공의 특수성을 고려하여, 직접적인 계약관계가 없음에도 불구하고 근기법상 근로자성이 인정될 수 있는 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

<sup>1)</sup> 노무제공과 관련하여 둘 이상의 이용자 간 상호작용을 위한 전자적 정보처리시스템을 말한다.

(빈 페이지)

(참고자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 10p)

## I. 의 의

근기법상 사용자는 ‘사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’를 말하며(근기법 제2조 제1항 제2호), 이는 근기법을 준수할 의무를 부담하고 그 위반에 따른 책임을 부담하는 자의 범위를 정한 것이다.

## II. 사용자의 개념

### 1. 사업주

- (1) 근로계약의 당사자로, 근로자를 사용하여 사업을 하는 자를 말한다(산안법 제2조 등).
- (2) 한편, 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 등의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단할 때에는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 근기법상 근로자인지를 판단할 때에 고려하였던 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다(대판 97다56235 등).

### 2. 사업경영담당자

- (1) 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말한다(대판 2007도 1199).
- (2) 근기법이 사용자의 범위를 사업주 외에 사업경영담당자 등으로 확대한 이유가 노동현장에서 근기법의 실효성 확보를 위한 정책적 배려에 있는 만큼, 사업경영담당자는 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근기법을 이행할 권한과 책임이 부여되었다면 이에 해당한다고 할 것이고, 반드시 현실적으로 그러한 권한을 행사하여야만 하는 것은 아니다(대판 2007도1199).

### 3. 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자

근로자의 인사·급여·후생·노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 관하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말한다(대판 2008도 5984).

(빈 페이지)

(참고자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 27p)

## I. 근로조건의 명시

### 4. 명시 의무 위반

#### (1) 의 의

동조항을 위반한 경우 벌칙이 적용되지만(근기법 제114조) 이는 ‘단속규정’이므로 근로계약의 효력에는 영향을 미치지 않는다(즉, 근로계약은 효력이 있다).

#### (2) 기간제근로자에 대한 적용 여부

근기법 뿐만 아니라, 기단법도 근로조건 서면 명시(제17조) 및 위반 시 과태료(제24조 제2항 제2호)에 관한 규정을 두고 있다. 최근 판례에 따르면, 근기법 제17조 제1항과 그 벌칙 조항은 기간제 근로계약을 체결할 때에도 적용된다고 해석하여야 하고, 기단법이 이와 거의 동일한 위반행위에 관하여 과태료를 부과하고 있다고 하여 근기법 규정의 적용이 배제된다고 볼 것은 아니다(대판 2020도16541).<sup>2)</sup>

---

<sup>2)</sup> 판례가 제시한 근거는 다음과 같다.

- ① 기간제근로자는 근기법상 근로자(제2조 제1항 제1호)에 해당하며, 근기법 제17조도 적용 범위를 기간의 정함이 없는 근로자로 한정하고 있지 않고, 기단법도 근기법 제17조의 적용을 배제하고 있지 않다.
- ② 기간제근로자는 대부분 기간의 정함이 없는 근로자보다 열위에 있으므로 주요 근로조건의 사전 명시 필요성이 더 큰데도, 명문의 근거 없이 더 강한 제재수단을 둔 근기법의 규정을 배제하는 것은 근기법과 기단법의 취지에 부합하지 않는다.
- ③ 기단법의 근로조건 명시 의무는 제정 이후 사실상 변함이 없는 반면, 근기법은 기단법 제정 직후부터 여러 차례 개정을 통해 서면으로 명시 대상 근로조건의 범위를 넓히고 방법도 주요 근로조건의 경우 근로자의 요구가 없더라도 서면을 교부하도록 하는 등 기단법보다 사용자의 명시 의무를 강화하였다(제17조 제2항). 이는 근로조건 명시 의무에 관하여 그 내용을 강화하면서 기간제 또는 단시간 근로 계약인지 아닌지를 구분하지 않고 이를 근기법에 의하여 통일적으로 규율하도록 한 것이라고 보아야 한다(대판 2020도16541).

(빈 페이지)

(참고자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 61p)

## II. 평균임금에 산입되는 임금의 범위

### 1. 의 의

평균임금의 산정기초가 되는 임금은 산정사유 발생일 이전 3개월간에 지급된 ‘임금’총액이다. 여기서 ‘임금’이란 근기법 제2조 제1항 제5호의 임금을 의미하며, 산정기간에 근로의 대가로서 지급된 모든 것이 포함된다. 다만, 이때 고용노동부장관이 정하는 것을 제외하고는 임시로 지급된 임금 및 수당과 통화 외의 것으로 지급된 임금을 포함하지 아니한다(근기법 시행령 제2조 제2항).

### 2. 산정기간에 지급받지 못한 금품

평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에는 ① 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약 등에 따라 사용자에게 지급 의무가 있다면 명칭 여하를 불문하고 모두 포함되고, ② 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐 아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함되나, 지급 사유의 발생이 확정되지 아니한 금품은 포함되지 않는다. 따라서 단체협약이나 취업규칙 등으로 달리 정하지 않는 한 퇴직금 중간정산 당시를 기준으로 지급 사유의 발생이 확정되지 아니한 금품을 평균임금에 포함하여 중간정산 퇴직금을 산정할 수는 없다(대판 2022다215784).<sup>3)</sup>

---

<sup>3)</sup> <근로자가 퇴직금 중간정산을 받으면서 중간정산이 이루어진 연도에 대한 근로의 대가로 다음 해 주어지는 연차휴가수당이 평균임금을 산정할 때 포함되어야 한다고 주장한 사안>에서, 중간정산 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금 산정기간의 근로에 따라 취득한 연차유급 휴가를 사용하지 않아 발생하는 연차휴가미사용수당은 퇴직금 중간정산 당시에는 아직 발생 여부가 확정되지 않았으므로 단체협약이나 취업규칙 등으로 달리 정하지 않는 한 이를 평균임금에 산입하여 중간정산 퇴직금을 산정할 수 없다고 본 사례.

(빈 페이지)



(참고자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 65p~71p)

## □ 통상임금의 의미와 판단기준

### I. 의의 및 취지

1. 통상임금이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급·일급·주급·월급금액 또는 도급금액을 말한다(근기법 시행령 제6조 제1항).
2. ① 실제 근로시간이나 근무실적 등에 따라 변동될 수 있는 평균임금의 최저한을 보장하고, ② 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하는 기준임금(도구개념)으로서 기능한다.

### II. 통상임금의 의미와 판단기준

#### 1. 문제점

- (1) 통상임금의 성질과 범위에 대하여 그간 많은 논란이 있었고, 이에 대하여 대법원은 2013년 전합 판결을 통해 “통상임금에 속하는지 여부는 ① 소정근로의 대가가 ② 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 판단한다(대판[전합] 2012다89399)”고 하여, 통상임금의 의미와 판단기준을 명확히 제시한 바 있었다.
- (2) 그러나 그 이후에도 고정성과 통상임금 판단을 둘러싼 논란은 계속되었고, 최근 전합 판결은 종전 판례를 변경하여 통상임금의 개념적 징표에서 ‘고정성’을 제외하고 통상임금의 개념과 판단기준을 새롭게 제시하여 주목된다.

#### 2. 통상임금 개념의 재정립

① 통상임금은 법적 개념이므로 원칙적으로 법령상 정의에 충실하게 해석해야 하는 점(법령 부합성), ② 통상임금은 강행적 개념이어서 당사자가 그 범위를 임의로 변경할 수 없어야 하는 점(강행성), ③ 통상임금은 소정근로의 가치를 온전하게 담아낼 수 있는 개념이어야 하는 점(소정근로 가치 반영성), ④ 통상임금은 사전에 명확하게 산정될 수 있어야 하는 점(사전적 산정 가능성), ⑤ 통상임금 개념은 연장근로 등의 억제라는 근기법의 정책 목표에 부합하여야 하는 점(정책 부합성)을 종합적으로 고려할 때, 통상임금의 개념은 기준임금으로서 요청되는 통상임금의 본질과 기능에 부합하는 방향으로 새로이 정립되어야 하므로, 종전 판례가 제시한 ‘고정성’은 통상임금의 개념적 징표에서 ‘제외’하는 것이 타당하다(대판[전합] 2020다247190).<sup>4)5)</sup>

<sup>4)</sup> 2013년 전원합의체 판결 중 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 삼은 부분, 그에 따라 재직조건부 임금, 근무일수 조건부 임금, 성과급의 통상임금성을 고정성 인정 여부를 기준으로 판단한 부분, 재직조건부 임금이 조건의 부가로 인하여 소정근로 대가성을 갖추지 못하였다고 판단한 부분과 그와 같은 취지의 종전 판결들은 이 판결의 견해와 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다(대판[전합] 2020다247190).

<sup>5)</sup> 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 이러한 법리는 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용하는 것이 타당하다. 다만 당해 사건 및 병행사건(판결 선고 시점에 변경된 법리가 재판의 전제가 되어 통상임금 해당 여부가 다투어져 법원에 계속 중인 사건들)에는 구체적 사건의 권리구제를 목적으로 하는 사법의 본질상 새로운 법리가 소급하여 적용된다(대판[전합] 2020다247190).

### 3. 통상임금의 개념 및 판단기준

#### (1) 의 의

- 1) 통상임금은 '소정근로의 대가'로서 '정기적, 일률적'으로 지급하기로 정한 임금을 말한다. 통상임금의 본질은 근로자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 가치를 평가한 기준임금이라는 데에 있다. 정기성과 일률성은 그 임금이 소정근로의 대가인 임금임을 뒷받침하는 개념적 징표이다. 근로자가 소정근로를 온전하게 제공하면 그 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하도록 정해진 임금은 그에 부가된 조건의 존부나 성취 가능성과 관계없이 통상임금에 해당한다. 임금에 부가된 조건은 해당 임금의 객관적 성질을 실질적으로 판단하는 과정에서 소정근로대가성이나 정기성, 일률성을 부정하는 요소 중 하나로 고려될 수는 있지만, 단지 조건의 성취 여부가 불확실하다는 사정만으로 통상임금성이 부정된다고 볼 수는 없다(대판[전합] 2020다247190).
- 2) 고정성이란 잣대 없이도, '소정근로대가성' 및 '정기성'과 '일률성'의 개념을 통하여 통상임금에 해당하는지 여부를 판단할 수 있다. 이러한 통상임금을 이루는 개념에는 '임금 지급에 관한 일정한 사전적 규율'의 의미가 내포되어 있으므로, 소정근로의 제공과 관계없이 일시적이거나 변동적으로 지급되는 금품은 여전히 통상임금에서 제외된다. 고정성을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하더라도 성질상 통상임금을 기초로 산정되는 주휴수당(대판 2009다74144) 등과 같은 법정수당은 개념적으로 통상임금이 될 수 없다(대판[전합] 2020다247190).

#### (2) 소정근로의 대가

- 1) 「소정근로의 대가」라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 이에 ① 소정근로시간을 초과하거나 근로계약에서 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 추가로 지급받는 임금이나, ② 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없다(대판[전합] 2012다89399).<sup>6)</sup>
- 2) 소정근로의 대가성 여부는 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 하고, 그 금품이 소정근로시간에 근무한 직후나 가까운 시일 내에 지급되지 않았더라도 그러한 사정만으로 소정근로의 대가성을 부정할 수는 없다(대판[전합] 2012다89399).

#### (3) 통상임금의 개념적 징표인 '정기성·일률성'의 의미

##### 1) 정기성

- ① 「정기성」이란 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되는 것을 말한다.
- ② 정기상여금과 같이 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 임금의 경우, 이는 노사 간 합의 등에 따라 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공한 근로의 대가가 일정 기간

<sup>6)</sup> ① 실제 연장·야간근로시간을 산정함 없이 정액의 고정OT수당을 지급한 경우 이는 소정근로시간에 이루어진 근로의 대가가 아니므로 소정근로대가성을 인정하기 어려우나(대판 2020다224739), ② 회사가 교대제 근무자 중 '심야조 근무에 대한 대가'로 야간교대수당을 지급한 경우 심야조 근무는 소정근로시간의 일부 시간대에 제공되는 근로이고 소정근로시간을 초과하여 제공되는 것이 아니므로 소정근로대가성을 인정할 수 있다(대판 2019다288898).

마다 분할 지급되는 것일 뿐이므로 단지 그 지급 주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 소정근로의 대가로서 성질 또는 정기성을 상실한다고 할 수 없다(대판[전합] 2012다89399).

## 2) 일률성

### ① 의 의

「일률성」이란 모든 근로자 뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것을 말한다.

### ② ‘일정한 조건’의 의미

여기서 ‘일정한 조건’이란 i) 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 하며, ii) 통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때 작업 내용이나 기술·경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다(대판[전합] 2012다89399). 따라서 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당(진정가족수당)과 같이 소정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 임금은 여기서 말하는 ‘일정한 조건 또는 기준’에 따른 것이라 할 수 없어 ‘일률성’을 인정할 수 없으므로, 통상임금에 속한다고 볼 수 없다. 그러나 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급(부진정가족수당)하는 경우 그 기본금액은 소정근로의 대가로 볼 수 있으므로 통상임금에 속한다(대판[전합] 2012다89399).

### ③ 지급 제한사유를 규정하는 경우

단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정을 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여 그 임금 지급의 일률성을 부정할 것은 아니다(대판[전합] 2012다89399).

(빈 페이지)

## □ 통상임금성에 대한 구체적 판단

### I. 재직조건부 임금

통상임금은 실근로와 구별되는 소정근로의 가치를 반영하는 도구개념이므로, 계속적인 소정근로의 제공이 전제된 근로관계를 기초로 산정하여야 한다. 근로자가 재직하는 것은 근로계약에 따라 소정근로를 제공하기 위한 당연한 전제이다. ‘퇴직’은 근로관계를 종료시켜 실근로의 제공을 방해하는 장애사유일 뿐, 근로자와 사용자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 대가와는 개념상 아무런 관련이 없다. 따라서 특정 시점에 재직 중이어야 한다는 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 소정근로 대가성이나 통상임금성이 부정되지 않는다(대판[전합] 2020다247190).

### II. 근무일수 조건부 임금

1. 소정근로를 온전하게 제공하는 근로자라면 충족할 근무일수 조건, 즉 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건의 경우, 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않는다. 설령 근로자의 실제 근무일수가 소정근로일수에 미치지 못하여 근로자가 근무일수 조건부 임금을 지급받지 못하더라도, 그 임금이 소정근로 대가성, 정기성, 일률성을 갖추는 한 이를 통상임금에 포함하여 법정수당을 산정하여야 한다. 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 관계없이 소정근로의 가치를 반영하여 정한 기준임금이기 때문이다(대판[전합] 2020다247190).
2. 반면 소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 제공하였다고 하여 지급되는 것이 아니고 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니다(대판[전합] 2020다247190).

### III. 성과급

1. 근로자의 근무실적에 따라 지급되는 성과급은 단순히 소정근로를 제공하였다고 지급되는 것이 아니라 일정한 업무성과를 달성하거나 그에 대한 평가결과가 어떠한 기준에 이르러야 지급되므로, 일반적으로 ‘소정근로 대가성’을 갖추었다고 보기 어렵다. 따라서 고정성을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하더라도 위와 같은 순수한 의미의 성과급은 여전히 통상임금에 해당한다고 볼 수 없다(대판[전합] 2020다247190).
2. 다만 근무실적과 무관하게 최소한도의 일정액을 지급하기로 정한 경우 그 금액은 소정근로에 대한 대가에 해당한다(대판[전합] 2020다247190).

(빈 페이지)

(보충자료 : 8판에 반영된 최신판례, 7판 쟁노 93p)

## □ 대학 시간강사의 초단시간근로자 여부

### I. 의 의

#### 1. 소정근로시간

- (1) ① 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간이며 (대판 2006다41990), ② 소정근로시간이란 기준근로시간의 범위 내에서 근로자와 사용자간에 근로하기로 정한 시간을 말한다(근기법 제2조 제1항 제8호).
- (2) 근로자는 소정근로시간 동안 근로의무를 부담하고, 사용자는 그 근로의무 이행에 대하여 임금을 지급하게 되는데, 사용자와 근로자는 기준근로시간을 초과하지 않는 한 원칙적으로 자유로이 소정근로시간에 관하여 합의할 수 있다(대판[전합] 2016다2451).<sup>7)</sup>

#### 2. 초단시간근로자

- (1) 단시간근로자란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다(근기법 제2조 제1항 제9호, 기단법 제2조 제2호). 단시간근로자의 근로조건은 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다(근기법 제18조 제1항).
- (2) 그리고 초단시간근로자란 4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자를 말한다. 초단시간근로자에게는 주휴일과 공휴일 및 연차휴가, 퇴직급여제도가 적용되지 않는다(근기법 제18조 제3항, 퇴직급여법 제4조 제1항 단서).

### II. 대학 시간강사의 초단시간근로자 여부

#### 1. 문제점

대학 시간강사의 임용계약에서 정한 강의시간 수를 소정근로시간을 정한 것으로 볼 수 있는지 문제된다. 이는 시간강사가 근기법상 주휴일(제55조)과 연차휴가(제60조)에 관한 규정이 적용되지 않는 ‘초단시간근로자(근기법 제18조 제3항)’인지 여부와 관련하여 논의의 실익이 있다.

#### 2. 판례

- (1) 대학의 시간강사는 학교가 개설한 교과목의 강의를 담당하면서 그에 수반되는 학사관리업무 등을 수행하고, 업무수행의 대가로 통상 시간당 일정액에 강의시간 수를 곱한 강사료를 보수로 지급받는다. 대학의 시간강사가 초단시간근로자에 해당하는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 강의시간 수가 아니라 강의와 그에 수반되는 업무, 그 밖에 임용계약 등에서 정한 업무를 수행하는 데 통상적으로 필요한 근로시간 수를 기준으로 판단하여야 한다. 대학 강의의 특성상 강의 외 업무에 상당한 시간이 필요하기 때문에 강의시간의 정함이 곧 소정근로시간을 정한 것이라고 볼 수 없다(대판 2023다217312).

<sup>7)</sup> 다만 소정근로시간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 평가할 수 있는 정도에 이르거나, 노동관계법령 등 강행법규를 잠탈할 의도로 소정근로시간을 정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 소정근로시간에 관한 합의로서의 효력을 부정하여야 한다(대판[전합] 2016다2451).

- (2) 만약 시간강사가 대학에 근로를 제공할 의무를 부담하는 전체 시간이 강의시간을 초과하는 것이 분명한데도 강의시간만을 기준으로 초단시간근로자 여부를 판단하게 되면, 근로자에게 주휴와 연차휴가를 보장하되 ‘근로시간이 매우 짧아 사업장에 대한 전속성이나 기여도가 낮고 임시적이고 일시적인 근로를 제공하는 일부 근로자’에 대해서만 예외적으로 주휴와 연차휴가에 관한 규정의 적용을 배제하려는 근기법의 취지가 몰각되기 때문이다(대판 2023다217312).



(보충자료 : 8판에 반영된 최신판례, 7판 쟁노 93p)

## □ 연장근로의 제한

### I. 의 의

1. 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말한다(대판 2006다41990).
2. 근기법은 기준근로시간(법정근로시간)을 ‘1주’와 ‘1일’ 단위로 제한하는데, 여기서 ‘1주’란 휴일을 포함한 7일을 의미한다(근기법 제2조 제1항 제7호). 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을, 1일의 근로시간은 8시간을 초과할 수 없다(근기법 제50조 제1항·제2항).

### II. 연장근로의 제한

#### 1. 연장근로의 제한

- (1) 연장근로란 기준근로시간을 초과하여 제공된 근로를 의미한다. 이러한 연장근로는 당사자 간에 합의가 있는 경우, 1주 간에 12시간을 한도로 실시할 수 있다(근기법 제53조 제1항).
- (2) ① 연장근로시간의 한도를 초과하여 연장근로를 하는 등으로 근로시간 제한을 위반하는 경우, 근기법 제110조 제1호의 벌칙이 적용될 수 있다. ② 또한 연장근로를 실시하게 되면, 그 적법 여부를 불문하고 특별한 사정이 없는 한 연장근로수당을 산정하여 지급해야 한다(근기법 제56조 제1항).

#### 2. 연장근로제한 위반 여부 판단

##### (1) 문제점

연장근로제한에 관한 근기법(제53조 제1항, 제50조)을 위반한 것인지 여부와 관련하여, ‘1주간 연장근로의 12시간 초과 여부를 판단하는 방법’이 문제된다.

##### (2) 판례

- 1) 최근 판례는 다음과 같은 이유로, 근기법 제53조 제1항은 연장근로시간의 한도를 1주년을 기준으로 설정하고 있을 뿐이고 1일을 기준으로 삼고 있지 아니하므로, 1주간의 연장근로가 12시간을 초과하였는지는 근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주간의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 한다고 보았다(대판 2020도 15393).
- 2) ① 근기법 제53조 제1항은 ‘1주 단위’로 12시간의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로, 이러한 연장근로는 근기법 제50조 제1항의 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하여야 한다. 근기법 제53조 제1항이 ‘제50조의 근로시간’을 연장할 수 있다고 규정한 것은 당사자 간에 합의하면 1일 8시간을 초과하는 연장근로가 가능하다는 의미이지, 1일 연장근로의 한도까지 별도로 규제한다는 의미가 아니다.  
② ‘1주간 12시간’을 1주간의 연장근로시간을 제한하는 기준으로 삼는 규정을 탄력적 근로시간제나 선택적 근로시간제 등에서 두고 있으나(제53조 제2항, 제51조, 제52조), 1일 8시간을 초과하는 연장근로시간의 1주간 합계에 관하여 정하고 있는 규정은 없다.

③ i) 연장근로에 대한 가산임금을 규정하는 근기법 제56조는 사용자에게 금전적 부담을 가함으로써 연장근로를 억제하는 한편, 연장근로는 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하므로 이에 상응하는 금전적 보상을 해 주려는 데에 그 취지가 있는 것으로서(대판[전합] 2012다89399), 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다. iii) 이와 달리 근기법 제53조 제1항은 1주간 12시간을 초과하는 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 것이다. 따라서 가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니다(대판 2020도 15393).

### (3) 검 토

최근 판례는 근기법 제53조 제1항 위반의 벌칙(근기법 제110조 제1호) 적용과 관련하여, 1주간 연장근로의 12시간 초과 여부 판단기준을 엄격히 해석한 점에서 의의가 있다.

(보충자료 : 목차 및 내용을 수정함, 8판 158p~160p, 7판 쟁노 156p~158p)

## □ 용역업체 변경과 고용승계기대권

### I. 문제점

제3자(도급인)를 매개로 하는 용역업체의 교체가 이루어진 경우, 신규 용역업체의 종전 용역업체의 근로자에 대한 ‘고용승계 의무’를 인정할 수 있는지, 인정할 수 있다면 그 ‘근거’가 무엇인지 문제된다.

### II. 견해의 대립

1. 「제3자를 위한 근로계약」 : 도급인과 신규 용역업체 사이에 고용승계 규정을 두는 경우, 이는 종전 용역업체 근로자에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 ‘제3자를 위한 계약(민법 제539조)’으로 보아 이를 근거로 신규 용역업체의 고용승계의무를 인정하는 견해이다(대전고판 2016누11696).
2. 「묵시적 영업양도」 : 종전 용역업체와 신규 용역업체 사이에 명시적이진 않지만 묵시적인 영업양도가 성립된 것으로 보아, 이를 근거로 신규 용역업체의 고용승계의무를 인정하는 견해이다(서울고판 2016누62223).
3. 「고용승계기대권」 : 종전 용역업체 근로자들에게 신규 용역업체에 대한 고용승계기대권이 인정된다면, 이를 근거로 신규 용역업체의 고용승계의무를 인정하는 견해이다(중노위 2014부해1342).

### III. 판례

#### 1. 고용승계기대권 인정여부

##### (1) 원칙

도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 용역업체에 위탁하고, 용역업체가 위탁 받은 용역업무의 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제 근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우라면, 종전 용역업체 근로자의 근로관계는 새로운 용역업체에 승계되지 않고 종료하는 것이 원칙이다(대판 2016두57045).

##### (2) 고용승계기대권 법리

- 1) 도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 용역업체에 위탁하고, 용역업체가 위탁 받은 용역업무의 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 ‘실효관계’가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 새로운 용역업체에 대한 ‘고용승계기대권’이 인정된다(대판 2016두57045).

- 2) 이때 근로자에게 고용승계기대권이 인정되는지 여부는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2016두57045).

## 2. 고용승계 거부의 효과

종전 용역업체 근로자들에게 ‘고용승계기대권’이 인정된다면, 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 ‘합리적 이유’ 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다(대판 2016두57045).

## IV. 검토

통상적으로 종전 용역업체의 근로자에 대한 고용승계가 문제되는 경우는 용역업체만 변경될 뿐 대상 근로자들은 같은 업무를 계속적으로 수행해온 경우가 많다. 이 경우, 용역업체의 변경만으로 일자리를 상실한다고 보는 것은 부당하므로, ‘고용승계기대권’을 근거로 신규용역업체의 고용승계 의무를 인정하는 최근 판례의 태도가 타당하다.

## □ 사회사의 설립과 정규직 전환 채용 기대권

### I. 문제점

- (1) 도급업체가 업무의 일부를 외부 용역업체에 위탁하여 운영하다가, 정부의 방침(공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인)에 따라 사회사를 설립한 후 해당 업무를 위탁하여 수행하게 하는 경우가 있다. 이 과정에서 종전 용역업체 소속 근로자들을 사회사의 정규직 근로자로 전환 채용하기로 정하였음에도 정규직 전환 채용을 거절한 경우라면, 그 효력을 인정할 수 있는지 문제된다.
- (2) 최근 대법원은 종전 용역업체 근로자들의 ‘정규직 전환 채용 기대권’을 근거로 사회사의 고용승계 의무를 인정하는 법리를 제시하여 주목된다(대판 2021두39034).

### II. 판례

#### 1. 정규직 전환 채용 기대권 인정 여부

##### (1) 원칙

도급업체가 업무 일부를 용역업체에 위탁하여 용역업체가 위탁받은 업무의 수행을 위해 기간을 정하여 근로자를 사용해 왔는데, 용역업체와의 위탁계약이 종료되고 도급업체가 사회사를 설립하여 사회사에 해당 업무를 위탁하는 경우라면, 해당 근로자의 근로관계는 도급인의 사회사에 승계되지 않고 종료하는 것이 원칙이다(대판 2021두39034).

##### (2) 정규직 전환 채용 기대권 법리

- 1) 도급업체가 업무 일부를 용역업체에 위탁하여 용역업체가 위탁받은 업무의 수행을 위해 기간을 정하여 근로자를 사용해 왔는데, 용역업체와의 위탁계약이 종료되고 도급업체가 사회사를 설립하여 사회사에 해당 업무를 위탁하는 경우, 사회사가 용역업체 소속 근로자를 정규직으로 채용하여 새롭게 근로관계가 성립될 것이라는 ‘신뢰관계’가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 사회사의 ‘정규직 전환 채용 기대권’이 인정된다(대판 2021두39034).
- 2) 이때 근로자에게 정규직 전환 채용 기대권이 인정되는지 여부는 사회사의 설립 경위 및 목적, 정규직 전환 채용에 관한 협의의 진행경과 및 내용, 정규직 전환 채용 요건이나 절차의 설정 여부 및 실태, 기존의 고용승계 관련 관행, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 사회사와 근로자의 인식 등 해당 근로관계 및 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대판 2021두39034).

#### 2. 정규직 전환 채용 거부의 효과

근로자에게 정규직 전환 채용 기대권이 인정되는 경우, 도급인의 사회사가 ‘합리적 이유’ 없이 채용을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다(대판 2021두39034).

### III. 검 토

이 사건의 진행 경과를 살펴보면, 노동위원회는 고용승계기대권을, 1심 판결은 정규직 전환 기대권을 근거로 채용 거절의 합리성 여부를 판단했다(서울행판 2019구합64587).<sup>8)</sup> 그러나 대법원은 이러한 기대권 법리들을 토대로 ‘정규직 전환 채용 기대권’이라는 새로운 법리를 제시했다는 점에서 의의가 있다.

---

<sup>8)</sup> 이 사건에서 판례는 고용승계기대권 법리(대판 2016두57045)와 정규직 전환 기대권 법리(대판 2014두45765)를 직접 원용하고 있다.

(보충자료 : 8판에서 목차 및 내용을 수정함, 7판 쟁노 196p)

## □ 정년 후 재고용기대권

### I. 정년제의 의의

1. 정년제는 근로자가 일정한 연령에 도달한 경우 근로의 의사나 능력을 묻지 않고 근로계약을 종료시키는 것을 의미한다. 이는 근로계약관계의 자동종료사유에 해당하며, 사용자의 일방적 의사 표시에 의하여 이루어지는 해고와 구별된다.
2. 정년연령에 도달한 자에 대한 정년퇴직의 통지는 근로자의 신분을 상실시키는 ‘해고처분’과 같은 형성적 행위가 아니라 관념의 통지에 불과하므로(대판 2007다85997), 원칙적으로 근로법 제23조 제1항 등 해고 제한에 관한 규정이 적용되지 않는다.<sup>9)</sup>

### II. 정년 후 재고용기대권

#### 1. 문제점

- (1) 사용자가 정년연령에 도달한 근로자를 축탁직<sup>10)</sup> 등으로 계속하여 재고용하는 경우도 있다. 이 경우, 사용자가 정년퇴직한 근로자를 계속하여 재고용하는 것은 종전의 근로관계를 종료하고 새로운 근로계약을 체결하는 것이다.
- (2) 사용자가 정년퇴직한 근로자를 재고용하지 않을 경우, 그 근로자가 기간제근로자로서의 재고용을 요구할 수 있는지, 사용자의 재고용 의무를 인정할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 판례

##### (1) 정년 후 재고용기대권 인정 여부

- 1) 근로자의 정년을 정한 단체협약이나 취업규칙 등이 법령에 위반되지 않는 한 그에 따라 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자와의 근로관계를 정년을 연장하는 등으로 계속 유지할 것인지는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년 연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다(대판 2018다275925).
- 2) 그러나 i) 단체협약이나 취업규칙 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 ‘규정’을 두고 있거나, ii) 그러한 규정이 없더라도 재고용을 실시하게 된 경위 및 실시기간, 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등 근로계약 당사자 사이에 근로자가 정년에 도달하더라도 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용될 수 있다는 ‘실회관계’가 형성되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로자는 그에 따라 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가진다(대판 2018다275925).<sup>11)</sup>

<sup>9)</sup> 정년은 ‘실제의 생년월일’을 기준으로 산정하며(대판 2016다249236), 정년 도달에 따라 근로관계가 당연종료되었는지 여부는 ‘당연종료’ 여부가 다투어지는 시점에 유효한 정년’을 기준으로 판단해야 하고 소급하여 적용되는 정년을 기준으로 판단할 수 없다(대판 2024두 41038).

<sup>10)</sup> ‘축탁직 근로계약’이란 법률용어는 아니지만, 실무적으로 통상 정년연령에 도달한 근로자를 사용자가 재고용할 때, 1년 또는 그 미만의 기간제 근로계약을 체결하며 근로관계 유지되는 경우를 의미한다.

<sup>11)</sup> 판례는 <징계해고가 부당해고라는 내용의 판결이 선고·확정되었는데, 징계해고 무렵 회사는 정년퇴직한 근로자를 기간제근로자로 재고

## (2) 재고용 거부 효과

정년퇴직 근로자에게 기간제근로자로의 재고용 기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간제근로자로의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다(대판 2018두62492). 그리고 이러한 법리는, 특별한 사정이 없는 한 기간제근로자가 정년을 이유로 퇴직하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2023두41727).

## 3. 검토

- (1) 위 판례는 정년에 도달한 근로자가 정년 연장을 요구할 수 없다는 기존의 법리(대판 2007다85997)를 확인하면서, 이와 별개로 정년 후 기간제근로자로 재고용되라는 기대권을 가질 수 있다는 점과 그 요건에 대해서 최초로 실시한 점에서 의의가 있다.
- (2) 이에 따라 정년 후 기간제근로자로의 재고용 기대권이 인정됨으로써 정년이 지난 근로자의 경우에도 제한적으로나마 근로관계 존속에 관한 신뢰를 보호받을 수 있을 것으로 기대된다.

---

용하여 만 60세까지 근무할 수 있도록 하는 재고용 제도를 시행하고 있었고, 이에 근로자가 징계해고가 아니었다면 재고용 제도에 따라 정년 후에도 계속 고용될 수 있었을 것이라고 주장하며 만 60세가 되는 날까지의 임금 상당액 등의 지급을 구한 사안>에서, 단체협약이나 취업규칙 등에 정년퇴직자를 기간제근로자로 재고용하는 것에 관한 규정은 없었지만, 회사의 재고용 제도는 다른 회사의 정년이 연장되자 이보다 긴 정년을 적용받는다는 전제하에 전직하였던 근로자들의 신뢰를 보호할 목적으로 도입되었고, 상당한 기간 동안 정년퇴직자가 재고용을 원하는 경우에는 예외 없이 기간제근로자로 재고용된 사정을 종합하면, 회사와 근로자들 사이에는 정년에 이르더라도 기간제근로자로 재고용될 수 있다는 '신뢰관계'가 형성되어 있었으므로, 근로자는 정년 후 기간제근로자로 재고용되리라는 기대권을 가진다고 보는 것이 타당하다고 보았다(대판 2018다275925).



(보충자료 : 8판에서 목차 및 내용을 수정함, 7판 쟁노 205p~208p)

## □ 부당해고등 구제절차

### I. 의의 및 취지

1. 해고의 정당성이 부정되는 경우, 근로자는 법원을 통한 사법적 구제 뿐만 아니라 노동위원회를 통한 행정적 구제(근기법 제28조 제1항)도 가능하다. 그리고 근로자는 행정 및 사법적 구제를 동시에 신청할 수도 있고, 둘 중 하나를 선택할 수도 있다.
2. 사법관계인 근로관계에서 발생하는 권리분쟁은 원칙적으로 법원의 관할 대상이다. 그러나 법원에 의한 구제는 그 절차가 복잡하고, 소송기간이 길며, 비용부담이 큰 반면 노동위원회를 통한 구제방법은 '간단·신속하게 또한 저렴한 비용으로 탄력적인 권리구제'를 받을 수 있도록 하는데 그 취지가 있다(대판 96누5926).

### II. 부당해고등 구제절차

#### 1. 구제신청

##### (1) 당사자

##### 1) 의 의

- ① 부당해고등을 당한 '근로자(신청인)'는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다(근기법 제28조 제1항·제2조 제1항 제1호). 근로자에 대한 해고 등 불이익처분이 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는 경우라도 '부당해고등 구제신청'은 노동조합이 할 수 없고 근로자 개인만이 할 수 있다(대판 92누11114).
- ② 부당해고등 구제신청의 상대방인 피신청인은 '사용자'인데, 협의의 사용자인 사업주에 한정된다(제2조 제1항 제2호).

##### 2) 피신청인 추가·변경

- ① 근로자가 부당해고등 구제절차에서 피신청인을 잘못 지정한 경우 피신청인의 추가·변경이 허용되는지, 그에 따라 구제신청이 이루어진 시점을 언제로 보아야 하는지 노동위원회법령에 명문의 규정이 없어 문제된다.
- ② 최근 판례는 다음과 같은 이유로, 부당해고등 구제절차에서 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위에서 '피신청인의 추가·변경'이 허용되고, 이때 근기법 제28조 제2항의 제척기간 준수 여부는 최초 구제신청이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다고 보았다(대판 2024두32973).
  - i) 노동위원회의 행정적 구제절차는 민사소송절차를 통한 구제방법에 따른 피해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하기 위한 것이다(대판 95누11238). 이를 위해 노동위원회의 직권조사와 심문, 구제신청서 기재 사항에 대한 보정 요구, 동일 절차 내에서의 신청취지 추가·변경 승인 등의 여러 제도를 두고 있다(대판 2024두32973).
  - ii) 현대의 고용형태는 점차 다변화되고 있어, 근로자로서는 사용자가 누구인지를 처음부터 정확하게 특정하기 어려운 경우가 많고 그럴수록 경제적으로 열악한 지위에 놓여 있을 가능성이 크므로 노동위원회의 구제절차를 이용할 필요성이 더욱 크다(대판 2024두32973).

iii) 구제신청 이후 직권조사나 심문과정 등에서 실질적인 사용자가 밝혀진 경우 등과 같이 피신청인을 추가·변경할 사정이 발생하였는데도 제척기간이 이미 도과하였다는 이유로 구제를 거부한다면 노동위원회 구제절차를 둔 취지와 목적을 달성하지 못하게 된다(대판 2024두32973).

iv) 다만, 피신청인의 추가·변경은 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위로 한정되어야 하고, 노동위원회는 새로운 피신청인에게 주장의 기회를 충분히 부여하여야 한다(대판 2024두32973).

## (2) 대 상

구제신청의 대상은 ‘부당해고등’이므로(근기법 제23조 제1항), 해고 뿐만 아니라 휴직, 정직, 전직, 감봉 등도 포함된다.

## (3) 제척기간

- 1) 구제신청은 부당해고등이 있었던 날로부터 3개월 이내에 해야 한다(근기법 제28조 제2항).
- 2) ‘부당해고등이 있었던 날’은 해고 등의 처분의 효력발생일을 의미하므로, 해고를 함에 있어 해고예고를 한 경우 해고를 예고한 날이 아니라 ‘해고를 하려는 날’을 기산일로 한다(대판 2001두11076).
- 3) ‘3개월’은 성질상 제척기간이어서 그 기간이 경과하면, 구제를 신청할 수 없다(대판 96누5926). 한편, 부당해고 등 구제절차에서 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위에서 피신청인의 추가·변경이 있는 경우, 제척기간 준수 여부는 최초 구제신청이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2024두32973).

## (4) 구제이익(다음 주제 참고)

근로자가 부당해고등의 성립을 주장하며 그 구제를 신청한 경우라도, 구제를 신청할 이익(구제 이익)이 없는 경우에는 노동위원회가 실체적 판단을 하지 않고 그 신청을 각하하게 된다.

## 2. 조사와 심문(근기법 제29조)

## 3. 판정(근기법 제30조, 노위규칙 제60조)

## □ 부당해고와 구제이익

### I. 의의 및 취지

1. 해고가 정당성이 부정되는 경우, 근로자는 법원을 통한 사법적 구제 뿐만 아니라 노동위원회를 통한 행정적 구제(근기법 제28조 제1항)도 가능하다. 그리고 근로자는 행정 및 사법적 구제를 동시에 신청할 수도 있고, 둘 중 하나를 선택할 수도 있다.
2. 사법관계인 근로관계에서 발생하는 권리분쟁은 원칙적으로 법원의 관할 대상이다. 그러나 법원에 의한 구제는 그 절차가 복잡하고, 소송기간이 길며, 비용부담이 큰 반면 노동위원회를 통한 구제방법은 ‘간단·신속하게 또한 저렴한 비용으로 탄력적인 권리구제’를 받을 수 있도록 하는데 그 취지가 있다(대판 96누5926).

### II. 노동위원회의 구제명령

노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다(근기법 제30조 제1항). 그리고 구제명령의 내용에 대해서는 근기법이 특별한 규정을 두고 있지 않으므로, 노동위원회의 합리적인 재량에 맡겨진다. 노동위원회는 ‘원상회복주의’에 따라 일반적으로 「원직복직 및 부당해고 기간에 대한 임금상당액을 지급」 하는 내용의 구제명령을 한다.

### III. 부당해고 구제이익

#### 1. 의 의

부당해고 구제신청 당시에, 혹은 부당해고 구제신청 당시에는 신청의 이유가 있었다라도 판정 시점에 구제이익이 인정되지 않는다면 당해 구제신청은 각하된다(노위규칙 제60조 제1항).

#### 2. 구제절차 진행 ‘중’ 복직이 불가능한 사정이 생긴 경우

- (1) 부당해고 구제절차 진행 중에 근로관계가 종료되는 등 부당해고 판정에도 불구하고 원직복직이 불가능한 사정이 발생한 경우 부당해고 구제이익을 인정할지 문제된다.
- (2) ① 이에 대하여, 종전 판례는 해고기간 중의 임금청구는 민사소송으로 해결할 수 있다는 점 등을 근거로 구제이익을 부정하였으나, ② 최근 판례는 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년도달·근로계약기간 만료 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중 임금상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지된다고 보았다(대판[전합]2019두52386).
- (3) 21년 개정 근기법은 전합 판결의 입장에 따라 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직이 불가능한 경우에도 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다”고 규정(제30조 제4항)함으로써 입법적으로 해결되었다.

### 3. 구제 '신청 당시' 근로관계가 종료된 경우

#### (1) 문제점

한편, 근로자가 부당해고등 구제신청을 하는 '당시' 이미 근로관계가 종료된 경우, 부당해고 구제이익을 인정할 수 있는지 문제된다.

#### (2) 판례

- 1) 판례는 근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 구제이익이 소멸하였다고 본다(대판 2020두54852).
- 2) ① 구제신청 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우 과거의 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차를 이용하는 것이 되어 이는 구제명령제도 본래의 보호범위를 벗어나는 점, ② 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에는 더 이상 구제신청권자(근기법 제28조 제1항·제2조 제1항 제1호)인 '근로자'의 범위에 포함된다고 해석할 수 없는 점, ③ 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에도 구제이익을 인정하여 사용자에게 공법상 의무의 부과 또는 형사처벌의 범위를 확대하는 것은 행정법규 해석 원칙 등에 반할 우려가 있는 점, ④ 근로자가 부당해고 등 구제신청을 하기 '전'에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우까지 전합 판결(대판[전합] 2019두52386)의 법리가 그대로 적용된다고 할 수는 없는 점, ⑤ 근로자의 보호나 절차경제적 측면에서 보더라도, 근로계약관계 종료 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 판단을 달리 하는 것은 충분히 합리적인 점, ⑥ 근기법 제30조 제4항은 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우까지만 구제이익을 인정해야 한다는 의미로는 해석되지 않는 점을 그 근거로 한다(대판 2020두54852).

(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 210p)

## I. 부당해고 기간에 대한 임금

## II. 원직복직 시 임금

### 1. 원직복직의 의미

- (1) ‘원직복직’은 해고된 근로자를 원래의 직장에 복귀시키는 것, 즉 고용관계 자체의 회복을 의미한다. 즉, 사용자는 원칙적으로 부당해고한 근로자를 원직에 복귀시켜야 하나, 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업 환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다(대판 2010다52041 등).
- (2) 이에, 해고된 근로자가 원래 종사하던 직무가 아닌 다른 직무에 복귀시키더라도, 원직복직 명령은 이행한 것으로 볼 수 있지만, 이 경우 근로자가 부당전직을 다룰 수 있다(대판 90다카 27389).

### 2. 원직복직과 임금

- (1) 사용자가 부당하게 해고한 근로자를 ‘원직(종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것으로 볼 수 있는 경우를 포함한다)이 아닌 업무’에 복직시켜 근로를 제공하게 하였다면, 근로자는 사용자에게 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있다(대판 2023다300559).
- (2) 그런데 이 경우 근로자가 복직하여 실제 근로를 제공한 이상 휴업하였다고 볼 수는 없으므로, 근로자가 원직이 아닌 업무를 수행하여 지급받은 임금은 그 전액을 청구액에서 공제하여야 하지, 근기법 제46조를 적용하여 휴업수당을 초과하는 금액의 범위 내에서만 이른바 중간수입을 공제할 것은 아니다(대판 2023다300559).

(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 214p 각주 추가)

※ 최근 판례는 구 파견법상 직접고용간주 규정이 적용됨을 전제로 파견근로자가 원청을 상대로 근로자지위확인 소를 제기한 사안에서, 원청과의 근로관계가 완전히 단절된 이후부터 약 11년 4개월, 원청의 울산공장 내 협력업체 직원들에 대한 근로자파견관계를 인정한 대법원판결이 선고된 날부터도 약 10년 6개월이 경과한 상태에서 소송을 제기한 것은 실효의 원칙에 반하여 적법하지 않다고 판단한 바 있다(대판 2024다269143).

(빈 페이지)

(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 236p~239p)

## □ 직접고용의무

### I. 의 의

1. 사용사업주는 대상업무·파견기간·파견사업주의 허가에 관한 파견법상의 제한을 위반한 경우, 해당 파견근로자를 직접 고용해야 한다(파견법 제6조의2 제1항).
2. 이는 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데 그 입법 취지가 있다(대판 2013다14965).

### II. 내 용

#### 1. 원 칙

사용사업주는 ① 파견대상업무를 위반하여 파견근로자를 사용한 경우(파견법 제6조의2 제1항 제1호·제2호), ② 상시허용업무에서 2년을 초과하거나 일시허용업무에서 그 허용기간을 초과하여 파견근로자를 사용하는 경우(동조 제3호·제4호), ③ 허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우(동조 제5호)에는 해당 파견근로자를 직접 고용해야 한다.

#### 2. 예 외

##### (1) 의 의

다만, 해당 파견근로자가 명시적으로 반대의사를 표시하거나 대통령령으로 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다(파견법 제6조의2 제2항).

##### (2) 파견근로자의 명시적 반대의사 표시

여기서 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란 근로자가 사용사업주에게 직접 고용되는 것을 명시적으로 반대한 경우를 의미한다. 따라서 파견근로자가 파견사업주의 근로관계를 종료하고자하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다(대판 2017다219072 등).

##### (3) 사용사업주의 회생절차개시결정

- 1) 직접고용의무의 예외사유를 정한 파견법 시행령 제2조의2 제1호의 취지는 재정적 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다(대판 2021다229601).
- 2) 따라서 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다(대판 2021다229601).

### III. 직접고용 시 법률관계

#### 1. 근로계약기간

- (1) ① 사용자는 직접고용의무에 따른 근로계약 체결 시 특별한 사정이 없는 한 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙이다. ② 다만 i) 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망하였다거나, ii) 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하여 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우 등과 같이 기간제 근로계약을 체결한 것이 직접고용의무 규정의 입법 취지를 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있다. 그리고 이러한 특별한 사정의 존재는 사용사업주가 증명책임을 부담한다(대판 2018다207847).
- (2) 따라서 사용사업주가 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결하는 경우 이는 직접고용의무를 완전하게 이행한 것이라고 보기 어렵고, 이러한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다(대판 2018다207847).

#### 2. 근로조건

##### (1) 의 의

사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우의 파견근로자의 근로조건은, ① 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고, ② 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건에 수준보다 낮아져서는 안 된다(파견법 제6조의2 제3항).

##### (2) 동종·유사 업무 근로자가 있는 경우

파견법 제6조의3 제3항 제1호의 취지에 따르면, 직접고용의무 위반에 따른 손해배상금을 산정하거나 직접고용계약의 내용이 근로조건에 미달하는지 여부를 판단함에 있어서 동종·유사 업무 근로자가 있다면, 이 근로자에게 적용되는 근로조건을 기준으로 삼아야 한다.

##### (3) 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우

- 1) 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 내에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다(대판 2019다222829·2019다222836).
- 2) 그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 ‘법원’은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계 등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자의 근로조건에 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다. 이렇게 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 형성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 ‘신중’을 기할 필요가 있다(대판 2019다



222829·2019다222836).

- 3) 다만 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다(대판 2019다222829·2019다222836).

### 3. 파견근로자 우선 고용 노력(파견법 제6조의2 제4항)

## IV. 직접고용의무 위반에 따른 법률관계

### 1. 기본법리

- (1) 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접 고용관계가 성립한다(대판 2013다14965). 이러한 직접고용의무 규정에 따른 고용 의사표시 청구권에는 10년의 소멸시효가 적용된다(대판 2024다211908·2024다211915·2024다211922).
- (2) 이와 아울러 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대판 2013다14965).

### 2. 손해배상 청구의 요건 및 증명책임

#### (1) 의 의

직접고용의무는 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 그 법적 효과를 설정하는 것으로서 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고, 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로관계가 유지되고 있을 것을 효력의 존속요건으로 요구하고 있지도 않다. 따라서 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였더라도, 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다(대판 2021다226558).

#### (2) 파견근로자가 근로제공을 계속한 경우

직접고용의무 발생 후 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 유지하며 사용사업주에 대한 근로제공을 계속한 경우, 파견근로자는 근로제공 사실을 증명하여 해당 기간 동안 계속 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있다(대판 2019다223303·2019다223310).

#### (3) 파견근로자가 근로제공을 중단한 경우

- 1) ① 직접고용의무 발생 후 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우에도 파견근로자는 근로의 미제공이 사용사업주의 직접고용의무 불이행(사용사업주의 귀책사유)으로 인한 것임을 증명하여 해당 기간 동안 계속 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있다(대판 2019다223303·2019다223310).
- ② 이때 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다(대판 2019다223303·2019다223310).

- 2) 파견법상 직접고용의무가 발생하였음에도 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견근로자가 파견사업주의 해고, 파견사업주 변경 과정에서의 고용관계 미승계, 파견사업주의 정년 도과 등 파견사업주나 사용사업주에 의하여 사용사업주에게 근로를 제공할 수 없게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 근로제공 중단은 사용사업주의 직접고용의무 불이행 등으로 인한 것으로 볼 수 있고, 다만 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 직접 고용하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다(대판 2019다223303·2019다223310).

### 3. 사용사업주의 정년 도래 이후 근로제공을 계속한 경우

- (1) ① 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 직접고용의무는 소멸한다. ② 왜냐하면 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용 시 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙인데(대판 2018다207847), 이때 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 파견법에 따라 정년 전에 발생한 직접고용의무의 내용을 이루게 되기 때문이다(대판 2017다9732 등).
- (2) 나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 위와 같이 발생한 직접 고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상책임도 인정될 수 없다(대판 2017다9732 등).

### 4. 손익상계

#### (1) 의 의

사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니한 상태에서 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 유지하면서 사용사업주에게 근로를 제공한 경우, 사용사업주가 직접고용의무 불이행을 이유로 파견근로자에게 지급해야 할 손해배상금을 산정할 때에는 손익상계로 파견근로자가 파견사업주로부터 지급받은 임금 등을 공제하여야 한다(대판 2015다232859). 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 파견근로자가 새로운 이득을 얻었을 뿐만 아니라 그 이득은 사용사업주가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 한다(대판 2009다98652 등).

#### (2) 파견근로자가 얻은 이익

직접고용의무 불이행이 원인이 되어 파견근로자가 얻은 이익은 파견사업주로부터 받은 임금 등의 전액이므로 그 전부를 공제하여야 하는 것이지, 파견근로자가 사용사업주에 대하여 일부 임금 항목에 한하여 손해배상을 구하였다고 하여 그와 동일하거나 동종인 파견사업주의 임금 항목만을 손익상계의 대상으로 삼을 것은 아니다(대판 2019다223303·2019다223310).

#### (3) 손해 범위에 대응하는 이익

- 1) 파견근로자들이 파견사업주에 대한 선행 통상임금 청구소송에서 인용되어 지급된 ‘법정수당(임금)’도 손익상계의 대상이 되므로 판결금이 실제 지급되었다면 그 원금은 사용사업주가 파견근로자들에게 지급하여야 하는 손해배상금에서 공제되어야 하지 그 지연손해금에서 공제되어서는 아니된다(대판 2019다28966·2019다28973·28980·28997·29006).

- 2) 퇴직금은 후불 임금의 성격 이외에도 사회보장적 급여의 성격과 공로보상의 성격을 아울러 가지고, 발생 시점과 산정 방법도 임금과 다르므로, 파견사업주로부터 지급받은 '퇴직금'은 그 손해의 범위에 대응하는 이익에 해당한다고 볼 수 없어 손익상계의 대상으로 삼을 수 없고, 향후 사용사업주에게 퇴직금 또는 그 상당의 손해배상을 구할 때 비로소 공제할 수 있을 뿐이다(대판 2024다211908·2024다211915·2024다211922).

(빈 페이지)

(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 241p~245p)

## □ 기간제·단시간근로자 차별적 처우 금지

### I. 의 의

1. 사용자는 기간제·단시간근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 다른 기간의 정함이 없는 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다(기단법 제8조).
2. 이는 헌법 제11조 제1항에서 정하는 평등원칙을 근로관계에서 구체화하여 실현하고자 하는 취지에서 마련된 규정이다. 헌법상 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적인 근거가 없는 차별을 금지하는 상대적 평등을 의미하는 것으로(헌재 98헌가7), 동조항도 ‘고용형태에 따른 불합리한 차별’을 금지하는 것이다.

### II. 내 용

#### 1. 비교대상 근로자

##### (1) 의 의

- 1) 차별적 처우를 판단하려면 먼저 비교대상 근로자가 확정되어야 한다. ① 기간제근로자의 경우, 해당 사업 또는 사업장에서 동종·유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자가, ② 단시간근로자의 경우, 해당 사업 또는 사업장의 동종·유사한 업무에 종사하는 통상근로자가 비교대상 근로자가 된다.
- 2) 한편, 이러한 비교대상 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다(대판 2016두47857).

##### (2) ‘동종·유사 업무’의 판단기준

- 1) 취업규칙이나 근로계약 등에서 정한 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 수행하는 업무가 완전히 일치하지 않고 업무의 범위나 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 한 동종·유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대판 2011두2132).
- 2) 그리고 업무 범위·책임·권한 등의 차이가 현저하지 않다면 이는 동종·유사 업무 여부를 방해하는 사정이 아니라, 합리적인 이유가 있음을 뒷받침하는 사정이 될 수 있을 뿐이다(서울행판 2009구합28155).

##### (3) 국가·지자체의 기간제근로자에 대한 비교대상자

국가나 지자체에서 근무하는 비공무원인 기간제근로자의 비교대상자에는 ① 무기계약직 근로자(대판 2019두55262) 뿐만 아니라, ② 공무원도 포함된다(대판 2011두5391).

#### (4) 비교대상자 선정방법

- 1) ① 기단법은 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 신속하게 시정하고자 노동위원회에 의한 차별시정제도를 마련하였다(제8조, 제9조). ② 노동위원회는 관련자의 진술이나 서류제출 요구 등과 같은 직권 조사권한이 있고, 심문기일에 직권으로 증인을 출석시켜 질문할 수도 있다(기단법 제10조, 노위법 제23조). ③ 비교대상 근로자의 선정은 차별적 처우가 합리적인지를 판단하기 위한 전제가 되는데, 이 단계를 실제적으로나 절차적으로나 지나치게 엄격하게 보면 차별 여부에 대한 실제 판단에 나아갈 수 없게 되어 차별시정제도를 통한 근로자 구제가 미흡하게 될 우려가 있다(대판 2019두53952).
- 2) 따라서 노동위원회는 신청인이 주장한 비교대상 근로자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 조사, 심리를 거쳐 적합한 근로자를 비교대상 근로자로 선정할 수 있다(대판 2019두53952).

#### 2. 차별금지사유

- (1) 기단법 제8조에 따라 차별이 금지되는 사유는 ‘고용형태’이다. 즉, ‘기간제근로자’ 혹은 ‘단시간근로자’임을 이유로 한 차별이 금지되는 것이다. 따라서 정규직 근로자 혹은 기단법 제4조 제2항에 따라 무기계약 근로자로 간주된 경우에는 기간제근로자가 아니므로 기단법 제8조 제1항의 차별을 주장할 수 없다(대판 2013다1051).
- (2) 한편, 불리한 처우가 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’와 비교하여 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우 ‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’에 해당하고, 모든 기간제근로자가 아닌 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받는다고 하더라도 달리 볼 수 없다(대판 2019두55262).

#### 3. 차별금지영역

차별이 금지되는 영역은 ① 근기법 제2조 제1항 제5호에 따른 임금, ② 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③ 경영성과에 따른 성과금, ④ 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항이다(기단법 제2조 제3호 각 목).

#### 4. 차별적 처우

##### (1) 의 의

차별적 처우란, 임금 등 근로조건 및 복리후생 등에 대하여 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(기단법 제2조 제3호).

##### (2) 불리한 처우의 존재

‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다(대판 2011두7045).

##### 1) 항목별 판단

기간제근로자가 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대판 2016두47857).

## 2) 범주별 판단

- ① 다만 기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, 기간제근로자가 특정 항목은 비교대상 근로자보다 불리한 대우를 받은 대신 다른 특정 항목은 유리한 대우를 받은 경우 등과 같이 항목별로 비교하는 것이 곤란하거나 적정하지 않은 특별한 사정이 있는 경우라면, 상호 관련된 항목들을 범주별로 구분하고 각각의 범주별로 기간제근로자가 받은 임금 액수와 비교대상 근로자가 받은 임금 액수를 비교하여 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대판 2016두47857).
- ② 이러한 경우 임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다(대판 2016두47857).
- ③ 한편, 위와 같은 법리는 단시간근로자가 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별시정신청을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2020두49355).

## (3) 합리적 이유 판단

### 1) 의 의

불리한 처우에 ‘합리적 이유’가 없는 경우란, i) 기간제근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나, ii) 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다(대판 2016두47857).

### 2) 합리적 이유 판단 방법

- ① 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하며, ‘입증책임은 사용자’가 부담한다(기단법 제9조 제4항).
- ② 한편, 임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 차별적 처우로 정의하고 있는 기단법 제2조 제3호의 규정 내용을 고려하면, 임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다(대판 2016두47857).

## III. 위반의 효과(차별적 처우의 시정 절차, 다음 주제 참고)

(빈 페이지)



(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 249p)

## □ 차별적 처우 시정 절차

### I. 의 의

1. 차별적 처우를 받은 기간제·단시간근로자는 차별적 처우가 있는 날로부터 6개월 이내에 노동위원회에 차별시정 신청을 해야 한다(기단법 제9조 제1항). 이러한 차별시정제도는 기간제·단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 신속하게 시정하여 근로조건 보호를 강화하기 위한 취지이다(대판 2014두43288).
2. ① 6개월의 시정신청기간은 제척기간이므로 그 기간이 경과하면 노동위원회에 시정을 신청할 권리는 소멸하며(대판 2010두3237), ② 입증책임은 사용자가 부담한다(기단법 제9조 제4항).

### II. 계속되는 차별적 처우

#### 1. 의 의

‘계속되는 차별적 처우’는 그 종료일로부터 6개월 이내에 시정신청을 하면, 계속되는 차별적 처우 ‘전체’에 대해 제척기간을 준수한 것이 된다(대판 2010두3237).

#### 2. 임금

‘매월 지급되는 임금의 차별’이 계속되는 차별적 처우에 해당하는지 문제될 수 있으나, 판례는 임금지급의무의 이행기는 임금지급일이지만, 임금은 근로를 제공한 때에 계속적으로 발생하는 권리이므로 임금의 차별적 지급은 계속되는 차별적 처우에 해당한다고 본다(대판 2010두3237).

#### 3. 복지포인트

- (1) 사용자가 선택적 복지제도로써 ‘연간 단위로 복지포인트를 부여’하는 맞춤형복지제도를 시행하는 경우 복지포인트의 배정행위 자체로 금품의 지급이 이루어졌다고 볼 수 없고(대판[전합] 2016다48785), 근로자는 복지포인트를 배정받은 후에 해당 연도 안에서는 어느 때라도 그 사용처에 맞는 지출을 하고 사용자로부터 이를 정산받음으로써 복지포인트 상당의 맞춤형복지비를 지급받는 이익을 얻게 된다(대판 2020두49355).
- (2) 따라서 복지포인트를 배정받지 못함으로 인하여 발생하는 차별 상태는 해당 연도 동안 계속되므로, 복지포인트의 배정일에 차별적 처우가 종료된다고 볼 수 없고, 맞춤형복지비에 관한 차별적 처우는 해당 연도의 말일을 종료일로 하는 계속되는 차별적 처우에 해당한다고 봄이 타당하다(대판 2020두49355).

### III. 차별시정의 이익

1. 차별 시정절차는 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 주된 목적이 있으므로 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접 관련이 없는 사정이라 할 수 있고, 시정명령 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다(대판 2014두43288).
2. 따라서 시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다(대판 2014두43288).

(빈 페이지)

(보충자료 : 8판에서 수정된 내용, 7판 쟁노 276p)

## V. 의결방법

### 1. 정족수

#### (2) 연합단체에 관한 사항

- 1) 노조법 제16조 제1항은 ‘연합단체의 설립·가입·탈퇴에 관한 사항’을 총회 의결사항으로 규정하면서(제6호), 제2항 본문에서 특별의결정족수가 아닌 일반의결정족수를 요구하고 있다. 따라서 연합단체의 가입에 관한 의결에 특별의결정족수가 요구되는 것은 아니다(대판 2019다 289310).
- 2) 노조법 제11조에서 규약의 필수적 기재사항으로 정한 항목에 대해서는 규약의 개정을 필연적으로 수반하게 됨에도 그 중 일부만을 총회의 특별결의 사항으로 명시하고 있는 점에 비춰 연합단체의 설립·가입·탈퇴에 관한 사항은 원칙적으로 일반결의 사항으로 규정했다고 보는 것이 법률의 문언적·체계적 해석에 부합한다(부산고판 2019나52853).<sup>12)</sup>

(보충자료 : 8판에서 추가된 내용, 7판 쟁노 301p 각주 추가)

※ ‘교섭요구 사실 공고 절차(노조법 시행령 제14조의3)’는 하나의 사업 또는 사업장에 하나의 노동조합만이 존재하는 경우에도 적용되므로, 이러한 절차를 생략한 채 교섭요구 노동조합 확정 공고를 명할 수 없다(대판 2023두49387).

---

<sup>12)</sup> 판례는 <단위 노동조합의 설립 당시 소속된 연합단체가 없었고, 규약에서 연합단체의 가입 또는 탈퇴에 관하여 조합원의 총투표를 거쳐야 한다고 규정하면서 의결정족수에 대하여 특별한 규정을 두지 않았는데, 노동조합이 조합원 총투표를 실시하여 총조합원 77.08% 참여, 투표한 조합원 55.98%의 찬성으로 연합단체에 가입하는 의결을 한 사안>에서, 연합단체 가입에 관한 사항은 노조법 제16조 제2항 단서의 특별의결정족수를 충족해야 하는 사항이 아니므로 이러한 의결이 일반의결정족수를 충족하여 유효하다고 보았다(대판 2019다 289310).

(빈 페이지)

(보충자료 : 8판에서 목차 및 내용 수정, 7판 쟁노 352p)

## IV. 손해배상의 범위와 과실상계

### 1. 손해배상의 범위

#### (1) 의 의

쟁의행위가 불법행위를 구성하는 경우에 노동조합, 노동조합 간부가 배상해야 할 손해의 범위는 그 위법한 쟁의행위와 '상당인과관계에 있는 모든 손해'이다(대판 93다32828·32835).

#### (2) 내 용

- 1) 제조업체가 불법쟁의행위로 인해 조업이 중단되어 입는 손해로는, ① 조업중단으로 제품을 생산하지 못하여 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익(일설이익)을 얻지 못한 손해(대판 93다24735)와 ② 파업으로 인한 조업중단 중에도 계속하여 지출된 고정비용을 회수하지 못한 손해(대판 93다24735)가 있을 수 있다. 이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로 인하여 제품을 생산하지 못한 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점 및 생산감소로 인하여 매출이 감소하였다는 점까지도 증명함이 원칙이다(대판 2016다12748 등).
- 2) 다만 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어 장기간 제품이 판매될 가능성이 없다거나, 제품에 결함 등이 있어서 판매가 어려웠을 것이라는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용도 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다(대판 2016다12748 등).<sup>13)14)</sup>
- 3) 그런데 이러한 추정 법리가 매출과 무관하게 일시적인 생산 차질이 있기만 하면 고정비용 상당 손해가 발생한다는 취지는 아니므로, 불법쟁의행위로 조업이 중단되어 생산이 감소하였더라도 그로 인하여 매출 감소의 결과에 이르지 아니할 것으로 볼 수 있는 사정이 증명되면, 고정비용 상당 손해의 발생이라는 요건사실의 추정은 더 이상 유지될 수 없다. 따라서 불법쟁의행위가 종료된 후 제품의 특성, 생산 및 판매방식 등에 비추어 매출 감소를 초래하지 않을 정도의 상당한 기간 안에 추가 생산을 통하여 부족 생산량의 전부 또는 일부가 만회되었다면, 특별한 사정이 없는 한 그 범위에서는 조업중단으로 인한 매출 감소 및 그에 따른 고정비용 상당 손해의 발생을 인정하기 어렵다(대판 2018다41986).<sup>15)</sup>

<sup>13)</sup> 판례는 실제 조업중단으로 인한 매출 감소를 증명하는 것이 쉽지 않으므로, 손해 발생을 추인케 할 간접사실의 증명을 통해 손해의 발생이라는 요건사실을 인정할 현실적인 필요성이 있어, 정상조업이 이루어지는 제조업체에서 제품을 생산하였다면 적어도 지출한 고정비용 이상의 매출액을 얻었을 것이라는 경험칙에 터 잡아, 이러한 추정법리를 통해 손해배상청구권자의 증명부담을 완화하여 왔다.

<sup>14)</sup> 판례는 〈완성차 제조·판매회사가 노동조합 조합원을 상대로 쟁의행위로 회사의 공장 가동이 중단된 시간 동안의 고정비 지출로 인한 손해의 배상을 구한 사안〉에서, 쟁의행위 당일 공장에서의 자동차생산량은 특별한 사정이 없는 한 가동시간에 비례하여 결정된다고 볼 여지가 있으므로, 쟁의행위로 발생한 가동중단시간 동안 회사가 지출한 비용이 쟁의행위에 의한 고정비 지출로 인한 손해에 해당할 수 있다고 보았다(대판 2016다12748).

<sup>15)</sup> 판례는 「완성차를 제조·판매하는 제조업체에서 쟁의행위로 인하여 일시적인 생산 차질이 발생하였을 수는 있으나, 자동차와 같이 예약판매방식으로 판매되거나 제조업체가 시장지배적 사업자의 지위에 있는 경우 생산이 다소 지연되어도 매출감소로 직결되지 아니할 개연성이 있고, 현대화된 기업환경에서 제조업체는 생산 차질에 대응해 생산량을 탄력적으로 회복하기 위한 생산관리체계를 구축하고 있으므로, 예정된 판매에 지장을 주지 않는 범위 내에서 추가 생산을 통해 부족 생산량이 만회되었을 여지가 있다」고 보아, 근로자에게 그러한 간접반증 사유에 대한 증명의 기회를 부여해야 한다고 보았다(대판 2018다41986).

### (3) 의료업에서의 일실이익

불법쟁의행위로 인하여 의료업무를 수행하는 사용자가 그 영업상의 손실에 해당하는 진료수입의 감소로 입은 손해는 일실이익으로서 불법쟁의행위와 상당인과관계가 있는 손해이고, 그 일실이익의 산정방법은 구체적 사정에 따라 다를 것이나 일응 불법쟁의행위가 없었던 전년도의 같은 기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분이나 불법쟁의행위가 없었던 전월의 같은 기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분을 산출한 다음 그 수입을 얻기 위하여 소요되는 제비용을 공제하는 방법으로도 산정할 수 있다(대판 93다32828·32835).

## 2. 과실상계

불법행위로 인한 손해배상액을 정하는 데 있어서는 공평 내지 신의칙의 관점에서 피해자인 사용자 측의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있다. 가령, 사용자가 성실교섭의무를 다하지 않거나 노동조합과의 기존합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 사용자의 과실을 손해배상액을 산정함에 있어 참작하여야 할 것이다(대판 2005다30610).

(보충자료 : 8판에서 목차 및 내용 수정, 7판 쟁노 425p)

## □ 차별적 처우 시정 절차

### I. 의 의

1. 노조법은 근로자 또는 노동조합이 노동3권 실현활동에 대한 사용자의 침해 내지 간섭행위를 부당노동행위로 금지하며(노조법 제81조), 나아가 부당노동행위로 인하여 피해를 입은 근로자 또는 노동조합이 노동위원회를 통하여 구제를 받을 수 있는 부당노동행위 구제절차를 두고 있다(노조법 제82조 내지 제86조).
2. 부당노동행위 행정적 구제절차는 노동위원회의 부당노동행위에 대한 구제명령을 통해 사용자의 노동3권 침해행위를 제거하여 신속하게 원상회복하는 것을 기본원리로 한다(원상회복주의).

### II. 구제신청(노조법 제82조)

#### 1. 당사자

##### (1) 신청인

1) **의의**(부당노동행위로 권리를 침해당한 근로자나 노동조합)

##### 2) **법외노조의 신청인적격**

한편, 설립신고증을 교부받지 못한 법외노조는 노동위원회에 부당노동행위에 대한 구제를 신청할 수 없다(노조법 제7조 제1항). 그러나 법외노조의 조합원은 불이익취급이나 반조합계약에 대한 구제신청을 할 수 있다(동조 제2항).

##### 3) **부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 특정 노동조합의 신청인적격**

노동조합으로서의 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만 아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다. 이러한 법리는 다른 노동조합에 가입하려고 하거나 다른 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 적용된다. 따라서 특정 노동조합에 가입하려고 하거나 특정 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대한 부당노동행위로 인하여 특정 노동조합의 권리가 침해당할 수 있는 경우에는 그 특정 노동조합이 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우에도 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다(대판 2017두54005).

## (2) 피신청인

### 1) 노조법상 사용자

- ① 부당노동행위 구제절차에서 피신청인은 ‘사용자’이며(노조법 제82조 제1항), 이는 노조법 제2조 제2호의 사용자를 의미한다. 즉, 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 노조법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업경영담당자 또는 행동하는 자가 모두 포함된다(대판 2017두54005).
- ② i) 노조법 제82조 및 제84조의 사용자는 노조법 제81조에서 정한 ‘사용자’의 범위와 같다고 해석하는 것이 논리적으로 일관되는 점, ii) 노조법이 노조법 준수의무자로서의 사용자 개념을 확대한 이유는 노동현장에서 노조법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있으므로(대판 2007도10873), 부당노동행위 구제신청에서 피신청인격의 존부를 판단할 때도 이러한 취지를 충분히 고려할 필요가 있는 점, iii) 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요가 있으므로, 구제명령의 상대방도 이를 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 하고, 그 상대방이 사업주에 한정된다고 볼 수 없는 점이 그 근거이다(대판 2017두54005).

### 2) 사용자 개념의 확장(부당노동행위 주체 파트 참고)

## 2. 제척기간(노조법 제82조 제2항, 부당노동행위가 있는 날로부터 3개월)

## 3. 구제이익

부당노동행위 구제를 신청할 이익이 없는 경우에는 노동위원회가 부당노동행위 성립 여부에 대한 실체적 판단을 하지 않고 그 신청을 각하하게 된다(노위규칙 제60조 제1항). 따라서 부당노동행위 구제를 신청할 이익이 인정되어야 한다.<sup>16)</sup>

## III. 조사와 심문(노조법 제83조)

## IV. 판 정

### 1. 의 의(노조법 제84조·노위규칙 제60조)

### 2. 구제명령의 내용

#### (1) 의 의

- 1) 노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 한다(노조법 제84조 제1항). 구제명령의 내용에 대해서는 노조법이 특별한 규정을 두고있지 않으므로, 노동위원회의 합리적인 재량에 맡겨진다. 노동위원회는 ‘원상회복주의’에 따라 일반적으로 「침해된 권리의 회복 또는 정상적인 노사관계의 회복」 조치를 내용으로 하는 다양한 구제

<sup>16)</sup> 예컨대, 근로자가 노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효 확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다(대판 2010두15964).



명령을 한다(대판 2007두8881).

- 2) 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있다. 노조법 제84조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 않기 때문이다(대판 2007두8881).

## (2) 구체적 검토

- 1) 최근 판례는 특정노조 조합원에게 인사고과(성과평가)에 따라 성과상여금을 차별적으로 지급으로 지급한 사안에서 노동위원회가 부당노동행위 성립을 인정하면서 「회사는 성과상여금을 취소한 후 정당하게 재실시한 성과평가 결과에 따라 근로자들에게 성과상여금 차액분을 지급하라」는 구제명령을 한 것에 대해, 이는 특정노조 조합원에 대한 반조합적 의사를 배제한 상태에서 성과평가를 재실시한 후 그 평가결과에 따라 재산정한 성과 상여금과 기존에 지급한 성과상여금과의 차액을 지급할 것을 명하는 것으로 해석되므로 구제명령이 불명확하고 사실상 실현이 불가능한 것으로 볼 수 없고 적법하다고 본 바 있다(대판 2017두47311).
- 2) 또한, 원청업체의 사내하청근로자에 대한 지배·개입 부당노동행위 성립이 문제된 사안에서, 노동위원회가 「원청업체는 사내 협력업체들에 대한 실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합 활동을 위축 또는 침해시키는 행위를 하여서는 안 된다」는 내용의 구제명령을 한 것에 대해, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있으므로 적법하다고 본 바 있다(대판 2007두8881).

## V. 구제명령의 확정과 효력

### 1. 구제명령의 확정(노조법 제85조 제1항 내지 제4항)

### 2. 구제명령의 효력

#### (1) 의 의

노동위원회의 구제명령 등은 재심신청이나 행정소송에 의해 효력이 정지되지 않는다(노조법 제86조).

#### (2) 확정된 구제명령 불이행시 처벌(노조법 제89조 제2호)

#### (3) 긴급이행명령(노조법 제85조 제5항·제95조)