

□ 지니 노동법 제3판 추록

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

- 본 자료는 지니 노동법 제2판(개정판) 소지자를 위한 추록입니다. 오기, 밑줄 수정 등 소소하게 수정된 부분은 생략하고 최신 판례 등 중요한 내용을 중심으로 구성하였습니다.
- 지니 노동법 제2판(개정판)의 페이지를 기준으로 참고, 활용하시면 됩니다.

(39p 추가)

(3) 플랫폼 종사자

1) 문제점 플랫폼 종사자란, 온라인 플랫폼을 통해 중개 또는 알선 받은 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, 근로기준법상 근로자성을 인정할 수 있는지 문제된다.

2) 판례 최근 판례는 이러한 플랫폼 종사자들이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부에 대해, 일반적인 사용종속관계 판단기준에 더하여 추가적인 참작사유를 제시하여 주목된다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

온라인 플랫폼(노무제공과 관련하여 둘 이상의 이용자 간 상호작용을 위한 전자적 정보처리시스템을 말한다)을 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 2024.7.25., 2024두32973).

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

(57p 추가)

IV. 균등대우원칙 관련 쟁점

1. '무기계약직'의 고용형태가 '사회적 신분'에 해당하는지 여부

(1) 문제점

이른바 무기계약직 근로자¹⁾의 경우 근로계약기간의 정함이 없는 점은 정규직 근로자와 동일하나, 정규직 근로자에 비해 불리한 근로조건을 적용받는 경우가 많다. 이렇게 불리한 처우가 위법한 것인지 여부와 관련하여, 기간제근로자와 달리 명문의 규정이 없어 근로기준법 제6조가 금지하는 차별로 볼 수 있는지 문제된다.²⁾ 특히, '무기계약직'이라는 고용형태가 동조의 '사회적 신분'에 해당하는지 여부가 문제된다.

(2) 견해의 대립

1) 긍정설 무기계약직의 지위는 자신의 의사나 능력 발휘로 쉽게 회피할 수 없고 한 번 취득하면 장기간 지속되는 성격을 지니며, 무기계약직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착된다는 점을 근거로 긍정하는 견해이다(대판[전합] 2023. 9. 21., 2016다255941 반대의견).

2) 부정설 사회적 신분이란 후천적으로 상당 기간 동안 차지하고 있고 개인의 의사로 쉽게 변경될 수 없는 '인격적 표지'로서 소수자의 차별로 연결되기 쉬운 사회적 지위에 해당하는 것으로 해석하여 부정하는 견해이다(서울고판 2017.11.24., 2016나2070186).

(3) 판례

최근 판례는 <국가가 공무원에게 지급하는 각종 수당을 국도관리원(공무직 근로자)에게 지급하지 않은 것이 차별적 처우에 해당하는지 문제된 사안>에서, ① 공무원의 경우 헌법이 정한 직업공무원 제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분관계를 형성하고 각종 법률상 의무를 부담하는 점, ② 공무원의 근무조건은 법령의 규율에 따라 정해지고 단체협약을 통해 근로조건 개선을 도모할 수 있는 대상이 아닌 점, ③ 전보인사에 따른 공무원 보직 및 업무의 변경가능성과 보수체계 등의 사정을 고려하면, 무기계약직 근로자로서의 고용상 지위는 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조에서 정한 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원을 본질적으로 동일한 비교집단으로 삼을 수

¹⁾ 일반적으로 기간제 근로계약을 체결하여 근로자를 고용한 후 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환하는 고용형태를 말한다.

²⁾ 판례는 무기계약직 근로자의 경우 기간제 근로자가 아니므로 기단법 제8조 제1항의 차별적 처우 금지 규정이 적용되지 않는다고 본다(대판 2015.10.29., 2013다1051).

없다고 본다(대판[전합] 2023.9.21., 2016다255941).³⁾⁴⁾⁵⁾

(4) 검 토

최근 판례는 공무직 근로자가 공무원을 비교대상자로 삼아 근로기준법 제6조 위반을 다툰 사안에서, 무기계약직의 사회적 신분 해당 여부에 관해 명시적으로 판단한 첫 대법원 판결이라는 점에서 의의가 있다. 최근 판례는 공무직 근로자의 고용상 지위가 ‘공무원에 대한 관계에서’ 사회적 신분이 아니라고 판단한바, 이는 반대의견이 지적인 바와 같이 사회적 신분 여부가 비교대상자에 따라 달라지는 상대적 개념으로 본 것은 아닌지에 대한 비판이 있다.

한편, 근로기준법 제6조의 차별금지사유는 예시적인 것으로 볼 수 있는 점, 무기계약직이라는 고용 형태는 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하며 근로자의 의사나 능력 발휘에 의하여 변경될 수 없는 계속적·고정적인 성격을 가지는 점 등을 고려하면, 고용형태에 따른 차별도 근로기준법 제6조의 적용대상이 된다고 보는 것이 타당하다. 다만, 사회적 신분이라는 차별금지 사유는 매우 유동적이고 불명료한 개념이므로, 변화하는 사회와 차별 양상에 대응할 수 있는 입법적 개선이 필요하다고 볼 것이다.

2. 성별 차등정년제의 효력

3. 근로내용과 무관한 사정을 이유로 한 차별

³⁾ 판례가 제시한 근거의 세부 내용은 다음과 같다.

1. 공무원 지위의 특수성 : 공무원은 헌법이 정한 직업공무원 제도에 따라 국가·지방자치단체와 공법상 신분관계를 형성하고, 청렴의무 등 각종 법률상 의무를 부담하며, 정치운동이나 집단행위도 금지되는 등 일반 근로자보다 무거운 책임과 윤리성을 요구받는 지위에 있다.

2. 근로조건 결정 방식 : 공무원의 근로조건은 ‘근무조건 법정주의’에 따라 법령의 규율을 받고 공무원의 노동3권 행사는 법률로 제한되므로 단체협약을 통해 근로조건 향상을 도모할 여지가 적으나, 공무원이 아닌 근로자들은 노동3권의 행사에 특별한 법적 제한을 받지 않는다.

3. 공무원 보수의 성격 : 공무원의 보수는 근로의 대가 성격 외에도 안정적인 직업공무원 제도의 유지를 위한 정책적 목적을 가지고 공무원 조직의 특수성을 반영하고 있다.

4. 업무의 변경가능성과 보수체계 : ① 공무원에 대한 전보인사는 인사권자에게 상당한 재량이 있고 공무원의 담당 업무는 변경 가능성이 열려 있으나, 공무직 근로자는 근로계약에서 정한 근무장소 등에서 업무를 수행하는 것이 원칙이어서 채용권자가 가지는 인사권의 폭이 좁다.

② 공무원의 봉급은 기본적으로 공무원의 종류·계급·직급·호봉 등에 따라 결정되고, 담당 업무를 기초로 설정된 것이 아니므로, 업무 내용에 유사한 부분이 있다는 사정만으로는 지위 및 근로조건 결정방법 등의 차이에도 불구하고 공무원과 같은 처우가 보장돼야 할 근거가 될 수 없다. 한편 공무직 근로자들은 근로계약 기간 중 언제든지 채용 절차를 거쳐 공무원으로 임용되어 같은 처우를 받을 수 있고, 거기에 어떠한 법률적·제도적 장애가 존재하지 않는다.

⁴⁾ 이러한 판례에 따르면, 사회적 신분 및 비교대상자성이 부정되므로 불리한 처우에 대한 합리적 이유가 인정되는지에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 국가가 공무직 근로자에게 근로조건에 관한 차별적 처우를 했다고 볼 수 없다.

⁵⁾ 한편, 전합 판결의 반대의견은 ① 공무직 근로자의 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘에 의하여 쉽게 회피할 수 없고 한번 취득하면 장기간 점하게 되는 성격을 지니는 점, ② 공무직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실 등을 고려하면, 사회적 신분에 해당한다고 본다.

(111p 추가)

IV. 본채용 거부의 제한

2. 본채용 거부의 제한

(1) 실체적 정당성

1) 기본법리

2) 사업주의 일·가정 양립 지원을 위한 배려의무 ① 부모의 자녀 양육권은 헌법상 기본권에 해당하는 점, 남녀고용평등법이 육아기 근로자의 육아를 지원하기 위해 사업주가 필요한 조치를 하도록 노력할 의무를 규정하는 점(제19조의5)⁶⁾ 등에 비추어보면, 사업주는 그 소속 육아기 근로자의 ‘일·가정 양립을 지원하기 위한 배려의무’를 부담한다고 봄이 타당하다. 사업주가 그 소속 육아기 근로자에 대하여 근로시간 등에서 배려하는 것은 남녀고용평등과 일·가정 양립의 필수적인 전제가 되는 바, 이때 사업주가 부담하는 배려의무의 구체적인 내용은 근로자가 처한 환경, 사업장의 규모 및 인력 운영의 여건, 사업 운영상의 필요성 등 제반 사정을 종합하여 개별 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대판 2023.11.16., 2019두59349).

② 한편, <용역업체의 변경으로 고용이 승계된 육아기 근로자와 시용계약을 체결>한 경우, i) 사업주(신규 용역업체)가 시용기간동안 육아기 근로자에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하였는지를 고려할 필요가 있는 점, ii) 특히 사업주는 고용승계조항이 담긴 근로조건이행확약서를 제출하여 도급계약을 체결하였고, 육아기 근로자는 용역업체 변경에도 불구하고 장기간 동일한 업무를 수행하여 온 숙련된 근로자로서 고용승계에 대한 기대를 가지므로 본채용 거부 통보는 실질적으로 수년간의 고용이 종료되는 것과 마찬가지로의 효과를 갖는 점 등을 종합하면, 본채용 거부 통보의 합리적 이유와 사회통념상 상당성은 신규 근로자에 대한 본채용 거부보다 다소 엄격하게 판단함이 타당하다(대판 2023.11.16., 2019두59349).

⁶⁾ 남녀고용평등법 제19조의5(육아지원을 위한 그 밖의 조치) ① 사업주는 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하는 근로자의 육아를 지원하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 하도록 노력하여야 한다.

1. 업무를 시작하고 마치는 시간 조정
2. 연장근로의 제한
3. 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 근로시간 조정
4. 그 밖에 소속 근로자의 육아를 지원하기 위하여 필요한 조치

② 고용노동부장관은 사업주가 제1항에 따른 조치를 할 경우 고용 효과 등을 고려하여 필요한 지원을 할 수 있다.

(137p 수정)

IV. 구체적 판단

4. 승진발령에 따른 급여상승분

(1) 문제점

부당이득제도(민법 제741조)는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평의 관념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것을 말한다(대판 2015.6.25., 2014다5531[전합]).

근로자에 대한 승진발령이 무효임에도 그 승진발령이 유효함을 전제로 계속 근무하며 임금을 지급받아온 경우, 이러한 임금 상승분이 부당이득에 해당하는지 그 법적 성질이 문제된다.

(2) 판례

1) 급여상승분의 법적성격 승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무하여 온 경우, 승진 전후 수행 업무에 차이가 있어 승진된 직급에 따른 업무를 수행한 대가로 임금이 지급되었다면, 근로자가 지급받은 임금은 제공된 근로의 대가이므로 근로자에게 실질적인 이득이 있다고 볼 수 없어 사용자가 이에 대해 부당이득으로 반환을 청구할 수 없다(대판 2022.8.19., 2017다292718).

그러나 승진 전후 수행 업무에 실질적 차이가 없어 승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없음에도 단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다(대판 2022.8.19., 2017다292718).

2) 판단기준 여기서 승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지는 제공된 근로의 형태와 수행하는 업무의 내용, 보직의 차이 유무, 직급에 따른 권한과 책임의 정도 등 여러 사정을 종합적이고 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다(대판 2022.8.19., 2017다292718).

(164p 추가)

Ⅲ. 건설업에서의 특례

1. 임금지급 연대책임

(1) 의 의

건설업에서 사업이 2차례 이상 공사도급이 이루어진 경우에 건설사업자가 아닌 하수급인이 그 근로자에게 해당 건설공사에서 발생한 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다(근기법 제44조의2 제1항). 직상수급인이 건설사업자가 아닌 때에는 그 상위수급인 중에서 최하위의 건설사업자를 직상수급인으로 본다(동조 제2항).

근로기준법 제44조의2(위반시 벌칙, 제109조)는 직상수급인이 건설업 등록이 되지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금 지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여, 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지이다(대판 2021.6.10., 2021다217370).

(2) 직상수급인의 귀책사유가 필요한지 여부

근로기준법 제44조의2의 적용을 받는 직상수급인은 근로기준법 제44조의 경우와 달리 자신에게 직접적인 귀책사유가 없더라도 하수급인의 임금 미지급으로 말미암아 이러한 책임을 부담하고, 하수급인이 임금지급의무를 이행하는 경우에는 함께 책임을 면하게 된다. 따라서 건설업에서 2차례 이상 도급이 이루어지고 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못하였다면, 하수급인의 직상수급인은 자신의 귀책사유 여부 또는 하수급인에게 대금을 지급하였는지 여부와 관계없이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 부담한다고 봄이 타당하다(대판 2019.10.31., 2018도9012).

(3) 직상수급인이 하수급인에게 임금을 지급한 경우

근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 적용을 배제할 수 없는 ‘강행규정’이어서 이를 배제하거나 잠탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다. 따라서 근로자가 임금 수령권한을 하수급인에게 위임하였다는 이유로 직상 수급인이 임금 상당액을 하수급인에게 지급했는데 나중에 하수급인은 근로자에게 임금을 지급하지 않았을 때, 직상 수급인이 근로자에게 임금을 지급하였다고 보아 근로기준법 제44조의2에 따른 책임을 면하는 것은 근로자가 현실적으로 임금을 지급받도록 확실히 담보하고자 하는 동 조항의 취지에 반한다(대판 2021.6.10., 2021다217370).

그러므로 직상 수급인이 근로자로부터 임금 수령권한을 위임받은 하수급인에게 임금 상당액을 지급하였다는 사정만으로는 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다고 할 수 없다. 또한 직접 근로자에게 임금을 지급하지 않은 이상, 위 임금 상당액이 근로자에게 임금으로 전달되도록 담보하는 확실한 조치를 취하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 사정만으로 임금 미지급으로 인한 근로기준법 위반의 고의가 부정되는 것은 아니다(대판 2019.10.31., 2018도9012).

(186p 추가)

I. 근로시간의 판단

4. 구체적 검토

(5) 대학 시간강사의 강의준비시간

1) 문제점 대학 시간강사의 강의시간 외에 ‘강의준비시간’도 근로시간에 해당하는지 문제된다. 이는 시간강사가 근로기준법상 주휴일(제55조)과 연차휴가(제60조)에 관한 규정이 적용되지 않는 ‘초단시간 근로자(근기법 제18조 제3항)’인지 여부와 관련하여 논의의 실익이 있다.

2) 판례 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 수행하는데 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. 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 근로기준법의 취지가 몰각되기 때문이다(대판 2024.7.11., 2023다217312).

(194p 추가)

II. 통상적 연장근로

3. 연장근로의 한도

(3) 연장근로제한 위반 여부 판단

1) 문제점 연장근로시간의 한도에 관한 근로기준법 제53조 제1항을 위반(근기법 제110조 제1호)한 것인지 여부와 관련하여, ‘1주간 연장근로의 12시간 초과 여부를 판단하는 방법’이 문제된다.⁷⁾

2) 판례 최근 판례는 다음과 같은 이유로, 근로기준법 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 2023.12.7., 2020도15393).

① 근로기준법 제53조 제1항은 ‘1주 단위’로 12시간의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로, 이러한 연장근로는 근로기준법 제50조 제1항의 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하여야 한다. 근로기준법 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(대판 2023. 12. 7., 2020도15393).

② ‘1주간 12시간’을 1주간의 연장근로시간을 제한하는 기준으로 삼는 규정을 탄력적 근로시간제나 선택적 근로시간제 등에서 두고 있으나(근기법 제53조 제2항, 제51조, 제52조), 1일 8시간을 초과하는 연장근로시간의 1주간 합계에 관하여 정하고 있는 규정은 없다(대판 2023.12.7., 2020도15393).

③ i) 연장근로에 대한 가산임금을 규정하는 근로기준법 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] 2013.12.18., 2012다89399), 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다. ii) 이와 달리 근로기준법 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 2023.12.7., 2020도15393).⁸⁾

3) 검토 최근 판례는 근로기준법 제53조 제1항 위반의 별칙(근기법 제110조 제1호) 적용과 관련하여, ‘1주간 연장근로의 12시간 초과 여부 판단기준’을 엄격히 해석한 점에서 의의가 있다. 한편, 근로기준법 제56조 제1항의 연장근로수당의 지급은 1주간 40시간을 초과하거나 1일 8시간을 초과하는 경우 모두가 해당된다는 점에서 상이하다.

⁷⁾ 이에 대해 기존의 행정해석은 1일 8시간을 초과한 근로시간을 합산하는 방법으로 1주간 연장근로제한 위반 여부를 판단하는 입장이었다(고용노동부, 개정 근로기준법 설명자료(근로시간 단축, 특례업종 축소, 공휴일 민간 적용 관련), 2018.5., 31면).

⁸⁾ 이후, 이러한 판례의 취지에 따라 연장근로 한도 위반에 대한 기존의 행정해석이 변경되었다. 즉, 1주간 총근로시간 중 주 40시간을 초과하는 시간이 연장근로이며 이러한 연장근로가 1주 12시간을 초과하면 근로기준법 위반에 해당한다고 변경한 것이다.

(209p 추가)

IV. 효 과

2. 포괄임금제가 성립한 경우

(2) 무효인 경우

- 1) 근로시간의 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 약정을 체결한 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 근로기준법 제15조에 따라 그에 해당하는 포괄임금제의 약정 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라 할 것이고, 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의해 근로자에게 그 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있다(대판 2010.5.13., 2008다6052).
- 2) ① 한편 연차수당이 근기법에서 정한 기간을 근로하였을 때 비로소 발생하는 것이라 할지라도 당사자 사이에 미리 그러한 소정기간의 근로를 전제로 하여 연차수당을 일당 임금이나 매월 일정액에 포함하여 지급하는 것이 불가능한 것이 아니며, 포괄임금제란 각종 수당의 지급방법에 관한 것으로서 근로자의 연차휴가권 행사 여부와는 관계가 없으므로 포괄임금제가 근로자의 연차휴가권을 박탈하는 것이라고 할 수 없다(대판 1998.3.24., 96다24699 등).
② 따라서 근로시간 산정이 어렵다는 등의 특별한 사정이 없음에도 연차수당을 임금에 포함하여 지급하기로 하는 포괄임금제 약정이 성립하였다면, 포괄임금제 약정에서 연차수당을 포함한 부분 전부를 무효로 보아서는 아니되고 임금에 포함되어 지급된 연차수당액이 근기법이 정한 기준에 따라 산정된 정당한 연차수당액에 미달한 부분에 한하여 포괄임금 약정이 근로자에게 불이익하여 무효라고 보아야 한다(대판 2023.11.30., 2019다29778).

(222p 추가)

II. 대상 근로자

2. 감시·단속적 근로 종사자

감시 또는 단속적으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 자에 대해서도 적용이 제외된다(근기법 제63조 제3호).

① ‘감시적 근로’란 감시업무를 주된 업무로 하며 상태적으로 근로제공에 따르는 정신적·육체적 피로가 적은 업무를 말하며(근기법 시행규칙 제10조 제2항), 수위·경비·화재감시원 등이 이에 해당할 수 있다. ‘단속적 근로’란 근로가 간헐적·단속적으로 이루어져 휴게시간 또는 대기시간이 많은 업무를 말하며(동조 제3항), 평소의 업무는 한가하지만 기계의 고장·수리 등 돌발적인 사고발생에 대비하여 대기하는 자나 실근로시간이 대기시간의 반 정도 이하인 업무로서 8시간 이내인 경우, 대기시간에 이용할 수 있는 수면·휴게시설이 확보되어 있는 경우로 유해·위험작업에 종사하지 않는 자가 이에 해당할 수 있다. 이러한 업무에 속하는 자는 근로를 제공하면서 휴식을 충분히 취할 수 있어, 근로시간을 엄격히 규제할 필요가 크지 않으므로 적용 제외 대상으로 규정한 것이다. ② 감시·단속적 근로에 종사하는 자라 하더라도 반드시 ‘고용노동부장관의 승인’이 있어야 근로시간에 관한 규정의 적용이 제외된다.

한편, 최근 판례에 따르면, 고용노동부장관으로부터 감시적 근로자에 대한 적용제외 승인을 받았더라도 그 업무가 실질적으로 감시적 근로에 해당하지 않는다면 연장근로수당 지급의무가 면제되지 않는다(대판 2024.2.8., 2018다206899·2018다206912·2018다206905).

(246p 추가)

Ⅲ. 직위해제의 제한

2. 실체적 정당성

(1) 판단기준

1) 기본법리 사용자의 근로자에 대한 직위해제는 근로기준법 제23조 제1항에 따라 ‘정당한 이유’가 있어야 한다. 직위해제가 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 직위해제의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 직위해제를 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 직위해제가 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대판 2002.12.26., 2000두8011).

2) 원직복직 시 대기발령 ① 사용자는 원칙적으로 부당해고한 근로자를 원직에 복귀시켜야 하나, 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다(대판 2013. 2. 28., 2010다52041 등).

② 사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우 그 대기발령이 아무런 보직을 부여하지 않는 인사명령으로서 원직복직에 해당하지 않는다는 이유만으로 위법하다고 볼 것은 아니고, 그 대기발령이 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 원직복직에 해당하는 합당한 업무를 부여하기 위한 임시적인 조치로서 필요성과 상당성이 인정되는 경우에는 근로자의 생활상의 불이익과 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 대기발령의 정당성을 인정할 수 있다(대판 2024.1.4., 2019두34807).

(2) 대기발령의 기간

3. 절차적 정당성

(274p 추가)

II. 용역업체 변경과 고용승계기대권

3. 판례

(1) 고용승계기대권 인정 여부

1) 원칙 도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 용역업체에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 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.

2) 고용승계기대권 법리 도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 용역업체에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 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 ‘신뢰관계’가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 새로운 용역업체에 대한 ‘고용승계기대권’이 인정된다(대판 2021.4.29., 2016두57045).

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 2021.4.29., 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 2021.4.29., 2016두57045).

Ⅲ. 자회사의 설립과 정규직 전환 채용 기대권

2. 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 자회사를 설립하여 자회사에 해당 업무를 위탁하는 경우라면, 해당 근로자의 근로관계는 도급인의 자회사에 승계되지 않고 종료하는 것이 원칙이다.

2) 정규직 전환 채용 기대권 법리 도급업체가 업무 일부를 용역업체에 위탁하여 용역업체가 위탁받은 업무의 수행을 위해 기간을 정하여 근로자를 사용해 왔는데, 용역업체와의 위탁계약이 종료되고 도급업체가 자회사를 설립하여 자회사에 해당 업무를 위탁하는 경우, 자회사가 용역업체 소속 근로자를 정규직으로 채용하여 새롭게 근로관계가 성립될 것이라는 ‘실효관계’가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 자회사의 ‘정규직 전환 채용 기대권’이 인정된다(대판 2023.6.15., 2021두39034).

이때 근로자에게 정규직 전환 채용 기대권이 인정되는지 여부는 자회사의 설립 경위 및 목적, 정규직 전환 채용에 관한 협의의 진행경과 및 내용, 정규직 전환 채용 요건이나 절차의 설정 여부 및 실행, 기존의 고용승계 관련 관행, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 자회사와 근로자의 인식 등 해당 근로관계 및 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대판 2023.6.15., 2021두39034).

(2) 전환 채용 거부의 효과

근로자에게 정규직 전환 채용 기대권이 인정되는 경우, 도급인의 자회사가 ‘합리적 이유’ 없이 채용을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다(대판 2023.6.15., 2021두39034).

(313p 추가)

II. 근로관계 자동종료

3. 정년의 도달

(4) 관련문제 2 : 정년 후 재고용

1) 문제점 사용자가 정년연령에 도달한 근로자를 축탁직 등으로 계속하여 재고용하는 경우도 있다. 이 경우, 사용자가 정년퇴직한 근로자를 계속하여 재고용하는 것은 종전의 근로관계를 종료하고 새로운 근로계약을 체결하는 것이다.

사용자가 정년퇴직한 근로자를 재고용하지 않을 경우, 그 근로자가 기간제 근로자로서의 재고용을 요구할 수 있는지, 사용자의 재고용 의무를 인정할 수 있는지 문제된다.

2) 판례

① 정년 후 재고용 기대권 인정 여부 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 2023.6.1., 2018다275925).

그러나 i) 단체협약이나 취업규칙 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 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 기간제 근로자로 재고용될 수 있다는 '신뢰관계'가 형성되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로자는 그에 따라 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가진다(대판 2023.6.1., 2018다275925).

② 재고용 거부의 효과 정년퇴직 근로자에게 기간제 근로자로서의 재고용 기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간제 근로자로서의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다(대판 2023.6.29., 2018두62492). 그리고 이러한 법리는, 특별한 사정이 없는 한 기간제 근로자가 정년을 이유로 퇴직하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2023.11.2., 2023두41727).

3) 검토 위 판례는 정년에 도달한 근로자가 정년 연장을 요구할 수 없다는 기존의 법리(대판 2008.2.29., 2007다85997)를 확인하면서, 이와 별개로 정년 후 기간제 근로자로 재고용되리라는 기대권을 가질 수 있다는 점과 그 요건에 대해서 최초로 실시한 점에서 의의가 있다.

이에 따라 정년 후 기간제 근로자로서의 재고용 기대권이 인정됨으로써 정년이 지난 근로자의 경우에도 제한적으로나마 근로관계 존속에 관한 신뢰를 보호받을 수 있을 것으로 기대된다.

(321p 추가)

II. 행정적 구제

2. 부당해고 등 구제절차

(2) 구제신청

1) 당사자

① **의 의** 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 1992.11.13., 92누11114).

부당해고등 구제신청의 상대방인 피신청인은 ‘사용자’인데, 협의의 사용자인 사업주에 한정된다(제2조 제1항 제2호).

② **피신청인의 추가·변경** 근로자가 부당해고 등 구제절차에서 피신청인을 잘못 지정한 경우 피신청인의 추가·변경이 허용되는지, 그에 따라 구제신청이 이루어진 시점을 언제로 보아야 하는지 노동위원회법령에 명문의 규정이 없어 문제된다.

최근 판례는 다음과 같은 이유로, 부당해고 등 구제절차에서 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위에서 ‘피신청인의 추가·변경’이 허용되고, 이때 근로기준법 제28조 제2항의 제척기간 준수 여부는 최초 구제신청이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다고 보았다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

i) 노동위원회의 행정적 구제절차는 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과다한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하기 위한 것이다(대판 1996.8.23., 95누11238). 이를 위해 노동위원회의 직권 사실조사와 관계당사자 및 증인에 대한 심문(근기법 제29조, 노위법 제23조, 노위규칙 제43조·제46조 등), 사업주 표시를 포함하여 구제신청서 기재 사항의 일부 누락이나 불명확한 내용에 대한 보정 요구(노위규칙 제41조), 동일 절차 내에서의 신청취지 추가·변경 승인(노위규칙 제42조) 등의 여러 제도를 두고 있다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

ii) 현대의 고용형태는 점차 다변화되고 있다. 근로자로서는 자신의 사용자가 누구인지를 처음부터 정확하게 특정하기 어려운 경우가 많고 그러한 경우일수록 경제적으로 열악한 지위에 놓여 있을 가능성이 크므로 노동위원회의 구제절차를 이용할 필요성이 더욱 크다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

iii) 근로자의 구제신청 이후 노동위원회의 직권조사나 심문과정 등에서 실질적인 사용자가 밝혀진 경우 등과 같이 피신청인을 추가하거나 변경할 사정이 발생하였는데도 제척기간이 이미 도과하였다는 이유로 구제를 거부한다면 노동위원회 구제절차를 둔 취지와 목적을 달성하지 못하게 된다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

iv) 다만, 피신청인의 추가·변경은 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위로 한정되어야 하고, 노동위원회는 새로운 피신청인에게 주장의 기회를 충분히 부여하여야 한다(대판 2024.7.25., 2024두32973).

2) 대 상 구제신청의 대상은 ‘부당해고등’이므로(근기법 제23조 제1항). 해고 뿐만 아니라 휴직, 정직, 전직, 감봉 등도 포함된다. 그리고 근로기준법에 명시된 것은 예시에 불과하므로 전출, 전직, 휴직자의 복직 거부 등의 인사처분 등도 그 정당성을 다투는 취지라면 이에 포함될 수 있다.

그러나 단순한 임금의 체불, 임금 산정의 과오, 근로조건에 대한 차별, 휴가 사용의 거부, 근로계약이나 취업규칙의 위반 등은 노동위원회에 대한 부당해고등 구제신청의 대상이 아니다.

3) 제척기간 구제신청은 부당해고등이 있었던 날로부터 3개월 이내에 해야 한다(근기법 제28조 제2항).

‘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 2002.6.14., 2001두11076).

‘3개월’은 성질상 제척기간이어서 그 기간이 경과하면, 구제를 신청할 수 없다(대판 1997.2.14., 96누5926). 앞서 살펴본 바, 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 2024.7.25., 2024두32973).

(322p 추가)

3. 구제명령의 내용과 효력

(1) 구제명령의 내용

1) 원 칙

① **의 의** 노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 한다(근기법 제30조 제1항). 구제명령의 내용에 대해서는 근로기준법이 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(임금상당액의 지급에 대해서는 좀 더 검토할 문제가 있는데, 자세한 내용은 후술한다).

② **원직복직의 의미** ‘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, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다(대판 2013.2.28., 2010다52041 등). 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 1991.2.22., 90다카27389).

③ **원직복직과 임금** 사용자가 부당하게 해고한 근로자를 원직(종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것으로 볼 수 있는 경우를 포함한다)이 아닌 업무에 복직시켜 근로를 제공하게 하였다면, 근로자는 사용자에게 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있다. 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, 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당을 초과하는 금액의 범위 내에서만 이른바 중간수입을 공제할 것은 아니다(대판 2024.4.12., 2023다300559).

2) 예외 - 금전보상명령

(356p 추가)

IV. 직접고용간주

3. 고용간주 시 근로관계

(2) 고용간주 시 근로조건

1) 문제점 파견법(2007.7.1. 이후 시행된 것)은 제6조의2 제3항에서 직접고용의무 규정에 따라 직접 고용된 근로자의 근로조건에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 그러나 구 파견법은 직접고용간주 규정에 따라 직접 고용된 근로자의 근로조건에 관한 명문의 규정을 두지 않아, 그 해석이 문제되었다.

2) 개정 파견법의 적용 여부 구 파견법은 개정 파견법 제6조의2 제3항과 같이 직접고용 시 적용되는 근로조건에 관하여 규정한 조항을 두고 있지 않지만, 개정 파견법 제6조의2 제3항은 구 파견법의 해석으로도 도출될 수 있는 내용을 명문으로 규정한 것이지, 근로조건의 기준을 새롭게 정한 것은 아니므로, 법원은 구 파견법에 따라 직접고용이 간주되는 근로자의 근로조건을 개정 파견법에 따라 직접 고용하는 경우와 동일한 방법으로 정할 수 있다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

3) 근로조건 판단방법

① 동종·유사 업무 근로자가 있는 경우 구 파견법상 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로 조건과 동일하다(대판 2016.1.14., 2013다7459).

② 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우 파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생 하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 내에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다(대 판 2024.3.12. 2019다222829·2019다222836).

그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 ‘법원’은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태 나 직군에 따른 임금체계 등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건의 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합 리적으로 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 신중을 기할 필요가 있다. 다만 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다(대판 2024.3.12. 2019다222829·2019다222836).⁹⁾

⁹⁾ 구 파견법 제6조 제3항 본문은 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다고 규정하고 있고, 이때의 근로조건의 내용은 구체적인 사안에서 법원이 합리적으로 정할 수 있다(대결 2015.2.26., 2011카기535, 대결 2022.7.28., 2016카기309). 구 파견법은 개정 파견법 제6조의2 제3항과 같이 직접고용 시 적용되는 근로조건에 관하여 규정한 조항을 두고 있지 않지만, 개정 파견법 제6조의2 제3항은 구 파견법의 해석으로도 도출될 수 있는 내용

(358p 추가)

4. 파견근로자가 근로제공을 계속한 경우

(1) 사용사업주에 대한 임금 상당액 청구

구 파견법에 따른 직접고용간주의 효과가 발생하였음에도 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견근로자가 파견사업주 소속으로 계속 사용사업주에게 근로를 제공하였다면 파견근로자는 직접고용관계에 따른 근로제공의무를 이행한 것으로 보아야 하므로 사용사업주를 상대로 근로제공 사실을 증명하여 그 반대급부로 임금(민법 제538조 제1항) 등을 청구할 수 있다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

그리고 파견근로자가 파견사업주와 근로관계를 유지하면서 사용사업주에게 근로를 제공한 경우라면, 파견사업주로부터 지급받은 임금 상당액을 공제한 금액을 사용사업주에 대하여 청구할 수 있다. 이 경우, 사용사업주가 현실적으로 직접고용을 하지 않은 기간 동안 파견근로자들이 휴업을 한 것으로 볼 수 없으므로, 근로기준법 제46조는 적용되지 않는다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

(2) 사용사업주의 정년 도래 이후 근로제공을 계속한 경우

사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 사용사업주의 사업장에서 근무하던 파견근로자가 구 파견법의 요건을 충족함으로써 사용사업주에게 직접 고용된 것으로 간주되었다고 주장하는 경우, 구 파견법에 따른 고용간주 효과가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 그 효과는 소멸한다. 왜냐하면 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 구 파견법에 따라 정년 전에 형성된 사용사업주와 파견근로자 사이의 법정근로관계에도 적용된다고 봄이 타당하기 때문이다(대판 2022.10.27., 2017다9732 등).

나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 사용사업주의 근로자임을 전제로 미지급 임금 등을 구할 수 없다(대판 2022.10.27., 2017다9732 등).

(3) 파견사업주와의 직접고용관계 소멸 여부

1) 의 의

구 파견법에 의하여 직접고용간주의 효과가 발생하여 파견근로자와 사용사업주 사이에 근로관계가 새롭게 성립하더라도 사용사업주가 현실적으로 직접고용을 하지 않아 파견관계가 계속 유지되는 경우, 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로관계는 직접고용간주로써 자동 소멸하는 것은 아니고 파견근로자와 사용사업주 사이의 직접근로관계와 병존한다고 보아야 한다. 따라서 동기간 파견근로자가 파견사업주 소속으로 계속 사용사업주에게 근로를 제공하였고 이에 대해 파견사업주가 임금 등을 지급하였다면, 파견사업주는 파견근로자와 체결한 근로계약에 따라 이를 지급한 것이지, 사용사업주의 지급을 대행한 것이거나 제3자로서 변제한 것이라고 볼 수는 없다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

을 명문으로 규정한 것이지, 근로조건의 기준을 새롭게 정한 것은 아니므로, 법원은 구 파견법에 따라 직접고용이 간주되는 근로자의 근로조건을 앞서 본 개정 파견법에 따라 직접 고용하는 경우와 동일한 방법으로 정할 수 있다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

이때 사용사업주가 파견근로자에 대하여 부담하는 임금 등 지급의무와 파견사업주가 파견근로자에 대하여 부담하는 임금 등 지급의무는 발생 근거는 다르지만 동일한 경제적 목적을 가지고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정 연대채무의 관계에 있다. 이러한 위 각 채무의 성질과 관계, 파견사업주의 의사 등에 비추어 보면, 파견사업주가 직접고용간주의 효과 발생 후 파견근로자에게 지급한 임금 등의 세부 항목이 사용사업주가 지급하여야 하는 세부 항목 각각에 대응하여 지급된 것이라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 부진정연대채무자인 파견사업주가 파견근로자에게 변제한 임금 등은 그 세부 항목을 가리지 않고 그 전부가 사용사업주가 지급해야 할 금액에서 공제되어야 하고, 동일한 세부 항목이나 동종의 항목별로 대응하여 변제가 된 것이라고 볼 수는 없다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

2) 퇴직금의 경우

퇴직금은 후불 임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지고 발생 시점과 산정 방법도 임금과 다르므로 사용사업주의 임금 등 지급의무와 파견사업주의 퇴직금 지급의무가 부진정연대채무의 관계가 있다고 볼 수 없고, 형평의 원칙을 근거로도 사용사업주가 지급할 임금 등에서 파견사업주가 지급한 퇴직금을 공제해야 한다고 볼 수 없다. 다만, 파견사업주가 지급한 퇴직금은 향후 파견근로자가 사용사업주를 상대로 퇴직금을 구하는 경우에 공제할 수 있을 뿐이다(대판 2024.7.25., 2020다287921).

5. 파견근로자가 근로제공을 중단한 경우

직접고용간주 효과 발생 후 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견사업주와 파견근로자 사이의 고용관계가 단절되거나 그 밖의 사유로 사용사업주에 대한 근로제공이 종료되거나 일시적으로 중단된 경우, 파견근로자는 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 귀책사유로 인한 것임을 증명하여 사용사업주를 상대로 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였다면 받을 수 있었던 임금(민법 제538조 제1항) 등 상당액을 청구할 수 있다. 이때 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 귀책사유로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다(대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

파견법상 직접고용간주의 효과가 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 귀책사유 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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

(361p 추가)

V. 직접고용의무

3. 직접고용 시 법률관계

(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 근로조건의 수준보다 낮아져서는 안 된다(파견법 제6조의2 제3항).

2) 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우 파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 내에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다.

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 근로자에게 적용한 근로조건의 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 신중을 기할 필요가 있다. 다만 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다(대판 2024.3.12. 2019다222829·2019다222836).

(3) 파견근로자 우선 고용 노력

사용사업주는 파견근로자를 사용하고 있는 업무에 근로자를 직접 고용하려는 경우에는 해당 파견근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다(파견법 제6조의2 제4항).

4. 직접고용의무 위반에 따른 법률관계

(1) 기본법리

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 2015.11.26., 2013다14965). 이러한 직접고용의무 규정에 따른 고용 의사표시 청구권에는 10년의 소멸시효가 적용된다(대판 2024.7.25., 2024다211908·2024다211915·2024다211922).

이와 아울러 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대판 2015.11.26., 2013다14965).

(2) 손해배상 청구의 요건 및 증명책임

1) 의 의 직접고용의무는 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서 그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고(대판 2015.11.26., 2013다14965), 법률관계의 성립이나 법적 효과 발생 후 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로관계가 유지되고 있을 것을 그 효력 존속요건으로 요구하고 있다고 할 수도 없다. 따라서 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다(대판 2024.6.17., 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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

3) 파견근로자가 근로제공을 중단한 경우 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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

(3) 사용사업주의 정년 도래 이후 근로제공을 계속한 경우

① 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 파견근로자가 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였다고 주장하는 경우, 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 이러한 직접고용의무는 소멸한다. ② 왜냐하면 개정 파견법 제6조의2 제1항의 입법 취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙인데(대판 2022.1.27., 2018다207847), 이때 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 파견법에 따라 정년 전에 발생한 직접고용의무의 내용을 이루게 되기 때 문이다(대판 2022.10.27., 2017다9732 등).

나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 위와 같이 발생한 직접 고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상책임도 인정될 수 없다(대판 2022.10.27., 2017다9732 등).

(4) 손익상계

1) 의 의 파견법에 따라 직접고용의무가 발생하였으나 사용사업주가 이를 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 2017.3.22., 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 2007.11.16., 2005다3229 ; 대판 2011.4.28., 2009다98652).

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 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310).

3) 손해의 범위에 대응하는 이익 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 2024.3.12., 2019다28966·2019다28973·28980·28997·29006).

퇴직금은 후불 임금의 성격 이외에도 사회보장적 급여의 성격과 공로보상의 성격을 아울러 가지고, 발생 시점과 산정 방법도 임금과 다르므로, 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무 불이행으로 인한 임금 상당의 손해배상을 구하는 경우, 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 2024.7.25., 2024다211908·2024다211915·2024다211922).

(365p 추가)

II. 차별적 처우의 금지

1. 기간제·단시간 근로자에 대한 차별적 처우 금지

(1) 비교대상 근로자

3) 국가·지자체의 기간제 근로자에 대한 비교대상자 국가나 지자체에서 근무하는 비공무원인 기간제근로자의 비교대상자에는 ① 무기계약직 근로자(대판 2023.6.29., 2019두55262) 뿐만 아니라, ② 공무원도 포함된다(대판 2014.11.27., 2011두5391).

4) 비교대상자 선정방법 기단법은 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 신속하게 시정하고 자 노동위원회에 의한 차별시정제도를 마련하였다(제8조, 제9조). 노동위원회는 조사관을 통한 사업장의 업무상황 조사, 관련자에 대한 진술이나 서류제출 요구 등과 같은 직권 조사권한이 있고, 심문기일에 직권으로 증인을 출석시켜 질문할 수도 있다(기단법 제10조, 노위법 제23조). 비교대상 근로자의 선정은 차별적 처우가 합리적인지를 판단하기 위한 전제가 되는데, 이 단계를 실제로나 절차적으로나 지나치게 엄격하게 보면 차별 여부에 대한 실체 판단에 나아갈 수 없게 되어 차별시정제도를 통한 근로자 구제가 미흡하게 될 우려가 있다. 이러한 노동위원회 차별시정제도의 취지와 직권주의적 특성, 비교대상성 판단의 성격 등을 고려하면, 노동위원회는 신청인이 주장한 비교대상 근로자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 조사, 심리를 거쳐 적합한 근로자를 비교대상 근로자로 선정할 수 있다(대판 2023.11.30., 2019두53952).

(366p 추가)

(3) 차별적 처우

2) 불리한 처우의 존재

③ **범주별 판단** 다만 i) 기간제 근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, ii) 기간제 근로자가 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 기간제 근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대판 2019.9.26., 2016두47857).

이러한 경우 임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제 근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제 근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다(대판 2019.9.26., 2016두47857). 이러한 법리는 단시간근로자가 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별시정신청을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2024.2.29., 2020두49355).

(369p 추가)

Ⅲ. 차별적 처우의 시정절차

2. 절 차

(1) 차별시정 신청

2) 신청기간

② **계속되는 차별적 처우** ‘계속되는 차별적 처우’는 그 종료일로부터 6개월 이내에 시정신청을 하면, 계속되는 차별적 처우 ‘전체’에 대해 제척기간을 준수한 것이 된다(대판 2011.12.22., 2010두3237).

‘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 2011.12.22., 2010두3237).

한편 사용자가 선택적 복지제도로써 ‘연간 단위로 복지포인트를 부여’하는 맞춤형복지제도를 시행하는 경우 근로자들에게 복지포인트를 배정한 행위 자체로 금품의 지급이 이루어졌다고 볼 수 없고(대판[전합] 2019.8.22., 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. 이러한 복지포인트 배정행위의 성격 및 그 사용절차 등에 비추어 보면, 복지포인트를 배정받지 못함으로 인하여 발생하는 차별 상태는 해당 연도 동안 계속된다고 보아야 하므로, 복지포인트의 배정일에 차별적 처우가 종료된다고 볼 수 없고, 맞춤형복지비에 관한 차별적 처우는 해당 연도의 말일을 종료일로 하는 계속되는 차별적 처우에 해당한다고 봄이 타당하다(대판 2024.2.29., 2020두49355).

(426p 추가)

Ⅲ. 기 관

1. 의결기관

(4) 의결방법

1) 정족수

② **연합단체에 관한 사항** 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 2023.11.16., 2019다289310).¹⁰⁾

노조법 제11조에서 규약의 필수적 기재사항으로 정한 항목에 대해서는 규약의 개정을 필연적으로 수반하게 되에도 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 2019.10.24., 2019나52853).

¹⁰⁾ 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 2023.11.16., 2019다289310).

(524p 수정)

I. 손해배상책임

4. 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 1994.3.25., 93다32828·32835).

2) 내 용 제조업체가 불법쟁의행위로 인해 조업이 중단되어 입는 손해로는, ① 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익(일실이익)을 얻지 못한 손해(대판 1993.12.10., 93다24735)와 ② 파업으로 인한 조업중단 중에도 계속하여 지출된 고정비용을 회수하지 못한 손해(대판 1993.12.10., 93다24735)¹¹⁾가 있을 수 있다. 이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점 및 생산감소로 인하여 매출이 감소하였다는 점까지도 증명함이 원칙이다.

다만 판매가격이 생산원가에 미달하는 이른바 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 제품이 판매될 가능성이 없다거나, 제품에 결함이나 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 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 2018.11.29., 2016다12748 등).¹²⁾¹³⁾

그런데 이러한 추정 법리가 매출과 무관하게 일시적인 생산 차질이 있거나 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 2023.6.15., 2018다41986).¹⁴⁾

¹¹⁾ 고정비용은 생산된 제품의 판매액에서 회수할 것을 기대하고 지출하는 비용 중 조업중단 여부와 관계없이 대체로 일정하게 지출하는 차임, 제세공과금, 보험료 등을 말한다. 이러한 고정비용 상당의 손해는 생산 감소에 따라 매출이 감소하여 매출액에서 매출원가의 일부로 회수할 수 있었을 비용을 회수하지 못함으로써 발생한다.

¹²⁾ 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 더 잡아, 이러한 추정법리를 통해 손해배상청구권자의 증명부담을 완화하여 왔다.

¹³⁾ 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 2018.11.19., 2016다12748).

¹⁴⁾ 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 있으며

3) 의료업에서의 일실이익 노동조합이나 근로자의 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 전년도와 같은 기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분이나 불법쟁의행위가 없었던 전월의 같은 기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분을 산출한 다음 그 수입을 얻기 위하여 소요되는 제 비용을 공제하는 방법으로도 산정할 수 있다(대판 1994.3.25., 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 2006.9.22., 2005다30610).

로, 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 2023.6.15., 2018다41986).

(627p 추가)

II. 초심절차

1. 구제신청

(1) 당사자

1) 신청인

① **의 의** 부당노동행위로 권리를 침해당한 근로자나 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다(노조법 제82조 제1항).

불이익취급이나 반조합계약의 경우 기본적으로 근로자(노조법 제2조 제1호)가 구제신청을 할 수 있으며, 그 근로자가 속한 노동조합(노조법 제2조 제4호)도 신청인이 될 수 있다. 단체교섭 거부·해태와 지배·개입의 경우 노동조합만이 신청인이 될 수 있고, 근로자 개인은 그 구제를 신청할 수 없다. 그리고 노동조합을 조직하려고 하였다는 이유로 근로자에 대한 부당노동행위를 한 경우, 이후 설립된 노동조합도 이에 대한 구제신청을 할 수 있다(대판 1991.1.25., 90누4952).

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** 노동조합으로서는 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 2022.5.12., 2017두54005).