

## 2025년 대비 노동법 핵심쟁점정리 추록 (2024년판 소지자를 위한)

2025년 대비 노동법 핵심쟁점정리는, 이전 판들이 분량이 다소 많다는 의견에 따라 이전 판의 내용을 상당히 줄였습니다. 그리고 쟁점번호도 전면적으로 조정했기 때문에, 추가된 내용 정도만 추록으로 제공해 드립니다. 그 부분은 이해해 주시기 바랍니다.

### -43쪽(핵심쟁점 6번 뒤에 추가)-

#### I. 문제의 소재

- 온라인 플랫폼을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자가 근로기준법상 근로자인지를 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다.

#### II. 온라인 플랫폼 종사자의 근로기준법상 근로자성 판단

##### 1. 근로기준법상 근로자의 개념 : 쟁점 3 참조

##### 2. 근로자성 판단에 관한 판례 법리 : 쟁점 3 참조

##### 3. 온라인 플랫폼을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자의 근로자성 판단

- 판례에 따르면 “온라인 플랫폼(노무제공과 관련하여 둘 이상의 이용자 간 상호작용을 위한 전자적 정보 처리시스템을 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 요소들을(\*근로자인지 여부를 판단하기 위한 여러 요소들을) 적정하게 적용해야 한다”고 한다.<sup>1)</sup>

### -45쪽-

#### (1) 사업주 - 근로계약 당사자로서의 사용자

- ...
- [판례]에 따르면 “어떤 근로자에 대하여 누가퇴직금 등의 지급의무를 부담하는 근로계약상 사용자 인가를 판단함에 있어서는, 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 해야 하고, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때에 고려했던 여러 요소들을 종합적으로 고려해야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>2)</sup> 하여야 한다.”고 한다.

### -96쪽-

#### II. 시용계약의 의의 및 시용계약의 성립 및 법적 성질

##### 1. 시용의 의의 및 시용계약의 성립요건

1) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

2) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

- 시용이란 ...
- 그런데, 시용관계가 성립하려면 해당 근로자와 사용자 사이에 시용에 관한 명시적 합의, 즉 시용 근로계약이 있어야 한다. ~~따라서...(이후 내용 삭제)~~

### ① 취업규칙에서 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정한 경우

- “취업규칙에서 신규 채용하는 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우 시용관계가 성립하기 위해서는 근로계약체결에 있어 시용기간이 당사자 사이에 약정된 때, 즉 근로계약사항으로 명시된 경우에만 인정되며, 근로계약에 시용기간을 명시하지 않은 경우에는 정규 종업원으로 채용된 것이라고 보아야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>3)</sup>

### ② 정규 근로자의 근로내용과 차이가 있거나 교육훈련의 성격을 겸하고 있는 경우

- “업무적격성 평가와 해약권 유보라는 시용의 목적에 따라 시용기간에 제공된 근로 내용이 정규 근로자의 근로 내용과 차이가 있는 경우에도 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상 시용 근로계약은 성립”하며 “제공된 근로 내용이 업무 수행에 필요한 교육·훈련의 성격을 겸하고 있는 경우에도 마찬가지”라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>4)</sup>

### ③ 시용기간 중의 임금 등을 정하지 않은 경우

- “시용기간 중의 임금 등 근로조건은 경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 자신의 의사대로 정할 여지가 있으므로 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상, 시용기간 중의 임금 등을 정하지 않았다는 사정만으로 시용 근로계약의 성립을 쉽게 부정해서는 안 되고, 단순히 근로계약 체결 과정 중에 있다고 볼 수도 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>5)</sup>

-117쪽-

## 2. 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리

- 그런데 [판례]는 “근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 하므로” 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는...

-153-167쪽-

※ 해당 페이지의 내용은 아래 내용을 통으로 바꿔주세요

### <쟁점 : 통상임금의 범위>

#### I. 문제의 소재

- 통상임금은 해고예고수당, 휴업수당(평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우), 연장, 야간, 휴일근로수당, 연차휴가수당을 산정하기 위한 기준이 되는 임금이다.

3) 대법원 1999.11.12. 선고 99다30473 판결  
 4) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결  
 5) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결

- 따라서 어떠한 임금이 통상임금에 해당하는지가 문제된다. 이하에서는 법령과 판례의 태도를 통해서 이를 논하기로 한다.

## II. 통상임금의 의의와 판단 기준

### 1. 통상임금의 의의

- 근로기준법 시행령에 따르면 통상임금이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다(근로기준법 시행령 6조1항)
- [이전 판례]에 따르면 “고정성”이라는 개념적 징표를 기준으로 통상임금 해당여부를 판단해 왔지만<sup>6)</sup>, 최근 [전원합의체 판결]은 i) 법령 부합성, ii) 강행성, iii) 소정근로 가치 반영성, iv) 사전적 산정 가능성, v) 정책 부합성 등을 통상임금 개념의 재정립 방향으로 제시하면서 “고정성 개념을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하는 것이 옳다”고 판시하였다.<sup>7)</sup>
- 이렇듯 “법령의 정의와 취지에 충실하게 통상임금 개념을 해석하면, 통상임금은 소정근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정한 임금을 말한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>8)</sup>

### 2. 통상임금의 판단 기준

- [판례]에 따르면 “통상임금의 본질은 근로자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 가치를 평가한 기준임금이라는 데에 있으며, 정기성과 일률성은 그 임금이 소정근로의 대가인 임금임을 뒷받침하는 개념적 징표”라고 판시하고 있다.<sup>9)</sup>

#### (1) 실질적 요소 : 소정근로(도급근로자의 경우는 총 근로, 이하 총근로는 생략)의 대가

##### ① ‘소정근로의 대가’의 의미

- 통상임금에 해당하기 위해서는 소정 근로의 대가로 지급되어야 한다.
- [판례]에 따르면 “소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다.”<sup>10)</sup>
- 즉 “근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다.” 것이 [판례]의 태도이다.<sup>11)12)</sup>

##### ② ‘소정근로의 대가’의 판단 기준

- [판례]에 따르면 “소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급

6) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결

7) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결 ( [판례]는 그 이유로 ① 통상임금은 법적 개념이므로 원칙적으로 법령상 정의에 충실하게 해석해야 한다는 점(법령 부합성), ② 통상임금은 강행적 개념이므로 당사자가 법령상 통상임금의 범위를 임의로 변경할 수 없어야 한다는 점(강행성), ③ 통상임금은 소정근로의 가치를 온전하게 담아낼 수 있는 개념이라야 한다는 점(소정근로 가치 반영성), ④ 통상임금은 사전에 명확하게 산정될 수 있어야 한다는 점(사전적 산정 가능성), 통상임금 개념은 연장근로 등의 억제라는 근로기준법의 정책 목표에 부합하여야 한다는 점(정책 부합성) 등을 제시하였다.)

8) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

9) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

10) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

11) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

12) 이런 점에서 평균임금이 사후적, 산술적 의미의 임금개념인데 반하여 통상임금은 사전적, 평가적 의미의 임금개념이라 할 수 있다.

하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 하고, 그 금액이 소정근로시간에 근무한 직후나 그로부터 가까운 시일 내에 지급되지 아니하였다고 하여 그러한 사정만으로 소정근로의 대가가 아니라고 할 수는 없다.”고 판시하고 있다.<sup>13)</sup>

③ **쟁점 사례** : 단체협약을 통한 임금인상 소급분

• [판례]는 임금인상 소급분에 대하여

- i) 근로자와 사용자가 소정근로의 가치를 평가하여 그에 대한 대가로 정한 이상 단체협상의 지연이라는 우연한 사정으로 인해 소급적용되었다하여 통상임금이 아니라고 할 수는 없는 점,
- ii) 임금인상 소급분이라고 하더라도 단체협약 등에서 이를 기본급, 정기상여금과 같이 법정 통상임금에 해당하는 임금으로 정하였다면 그 성질은 원래의 임금과 동일한 점,
- iii) 임금인상 소급분을 통상임금에 포함하지 않는다면 연장·야간·휴일근로에 대한 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로서 통상임금의 기능적 목적에 반하는 점,
- iv) 근로자들은 매년 반복된 합의에 따라 임금이 인상되면 소급기준일 이후의 임금인상 소급분이 지급되리라고 기대할 수 있었고, 임금인상 소급분은 소정근로의 제공에 대한 보상으로 당연히 지급될 성질의 것으로 보아야 하는 점,
- v) 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 임금인상 소급분을 지급하지 않았다고 하더라도, 이는 단체협약의 효력이 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게 미치지 않기 때문에 발생하는 결과에 불과한 점 등을 이유로, 임금인상 소급분은 근로기준법 시행령 제6조에서 정한 통상임금에 해당한다고 보아야 한다고 판시하고 있다.<sup>14)</sup>

(2) **지급형태상의 요소**

① **정기성**

- 어떤 임금이 통상임금에 해당하기 위해서는 정기적으로 지급되어야 한다.
- [판례]에 따르면, 정기적으로 지급된다는 것은 “그 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 함을 의미한다.”<sup>15)</sup>
- 즉, 통상임금은 1개월 이내의 주기마다 지급되는 임금으로 한정되는 것은 아니다.<sup>16)</sup>

② **일률성**

- 어떤 임금이 통상임금에 해당하기 위해서는 일률적으로 지급되어야 한다.
- [판례]에 따르면 일률적으로 지급되는 것에는 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다. 일정 범위의 모든 근로자에게 지급된 임금이 일률성을 갖추고 있는지 판단하는 잣대인 ‘일정한 조건 또는 기준’은

13) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

14) 대법원 2021.8.19. 선고 2017다56226 판결(즉 판례는 노사합의는 소정근로에 대한 추가적인 가치 평가 시점만을 부득이 근로의 제공 이후로 미룬 것으로, 그에 의한 임금인상 소급분은 근로자가 업적이나 성과의 달성 등 추가 조건을 충족해야만 지급되는 것이 아니라 소정근로의 제공에 대한 보상으로 당연히 지급될 성질의 것이므로 고정성을 갖추고 있다고 판시하고 있다.)

15) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

16) 2013년의 대법원 전원합의체 판결에서도 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급하는 것은 단지 분할 지급하는 지급주기의 문제일 뿐이므로 “정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.”고 판시하여, 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되지만 하면, 지급주기가 1개월을 넘더라도 정기적 지급으로 인정하고 있는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결); 1995년 전원합의체 판결에서 모든 임금을 근로의 대가로 파악하여 임금2분설을 폐기한 이후에는 임금을 근로 제공에 대한 교환적 부분과 근로 제공과 무관한 생활보장적 부분으로 구별할 법적 근거가 없어졌으므로, 임금의 형식적인 명칭에 따라 통상임금에 속하는지 여부를 달리 볼 아무런 이유가 없게 되었고, 통상임금을 ‘1임금산정기간’을 기준으로 가려왔던 판단 방식 또한 더 이상 설 자리를 잃게 되었다. 2013년 대법원 전원합의체 판결에서도 정기성의 의미를 1995년 전원합의체 판결 이후의 판례와 동일하게 판단한 것이라 할 수 있을 것이다.

통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때 작업 내용이나 기술, 경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다.<sup>17)18)</sup>

- “또한 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 아니”라고 [판례]는 판시하고 있다.<sup>19)</sup>

## <쟁점 : 통상임금의 구체적 사례>

### I. 근속기간에 연동하는 임금

- 근속기간은 근로자의 숙련도와 밀접한 관계가 있으므로 소정근로의 가치 평가와 관련이 있는 ‘일정한 조건 또는 기준’으로 볼 수 있고, 일정한 근속기간 이상을 재직한 모든 근로자에게 그에 대응하는 임금을 지급한다는 점에서 일률성을 갖추고 있다고 할 수 있다.(2년 이상 근무 시 근속수당 10만원, 3년 이상 근무 시 근속수당 20만원 지급)

### II. 근무일수 조건부 임금

#### 1. 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건부 임금

- “소정근로를 온전하게 제공하는 근로자라면 충족할 근무일수 조건, 즉 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건의 경우, 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않는다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>20)</sup>
- [판례]에 따르면 “통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 관계없이 소정근로의 가치를 반영하여 정한 기준임금이기 때문”에, “근로자의 실제 근무일수가 소정근로일수에 미치지 못하여 근로자가 근무일수 조건부 임금을 지급받지 못하더라도, 그 임금이 소정근로 대가성, 정기성, 일률성을 갖추고 있는 한 이를 통상임금에 산입하여 연장근로 등에 대한 법정수당을 산정하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>21)</sup>

#### 2. 소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금

- 반면 “소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 제공하였다고 하여 지급되는 것이 아니고 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>22)</sup>

17) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

18) 이러한 일률성의 의미에 따라 [판례]는 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당에 대해서 “소정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 임금이므로 ‘일률성’을 인정할 수 없어, 통상임금에 속하지 않는다.”고 판단하고 있다. 그러나 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 그 기본금액은 소정근로에 대한 대가에 다름 아니므로 통상임금에 속한다 (대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결) / 그런데, [판례]에서는 일률성의 요건인 ‘일정한 조건 또는 기준’은 소정근로의 가치평가와 관련된 조건이라야 한다고 함으로써, 임금이분설로 사실상 회귀한 것 아니냐는 평가를 받기도 한다.(이철수, “통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가”, 2014년 한국노동법학회 학술대회 자료집(2014.1.10.) 내용 참조)

19) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

20) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

21) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

### 3. 실 근무일수 조건부 임금

- “통상임금이 법정수당 산정을 위한 기준임금이자 소정근로의 가치를 반영한 가상의 도구개념이라는 점에서, 실근무일수 조건부 임금도 휴가의 발생이나 실제 사용 여부를 고려하지 않고 조건으로 부여된 근무일수가 소정근로일수를 초과하는지에 따라 통상임금성을 일괄적으로 판단함이 타당하다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>23)</sup>

### 4. 소정근로일수에 대한 합의의 효력

- 한편 소정근로일수는 근로기준법이 정한 범위 내에서 근로자와 사용자가 근로의무 있는 날로 정한 일수를 말하므로 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 사항이기는 하다.
- 그러나 소정근로일수의 정함이 기본적으로 ‘자율’의 영역에 속하더라도 그것이 탈법행위에 해당하는 경우에는 ‘후견’이 작동할 수 있다. 오로지 어떤 근무일수 조건부 임금을 통상임금에서 제외할 의도로 근무실태와 동떨어진 소정근로일수를 정하는 경우와 같이 통상임금의 강행성을 잠탈하고자 하는 경우에는 그러한 합의의 효력이 부정될 수 있다는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>24)</sup>

## III. 근무실적에 연동하는 성과급

- [판례]에 따르면 “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”고 한다. <sup>25)</sup> 따라서 “고정성을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하더라도 위와 같은 순수한 의미의 성과급은 여전히 통상임금에 해당한다고 볼 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>26)</sup>
- [판례]에 따르면 “다만 근무실적과 무관하게 최소한도의 일정액을 지급하기로 정한 경우 그 금액은 소정근로에 대한 대가에 해당한다.”<sup>27)</sup>

## IV. 재직조건부 임금

- [판례]에 따르면 “통상임금은 실근로와 구별되는 소정근로의 가치를 반영하는 도구개념이므로, 계속적인 소정근로의 제공이 전제된 근로관계를 기초로 산정하여야 한다”고 한다.
- 따라서 “근로자가 재직하는 것은 근로계약에 따라 소정근로를 제공하기 위한 당연한 전제이고, ‘퇴직’은 정년의 도래, 사망, 해고 등과 함께 근로관계를 종료시켜 실근로의 제공을 방해하는 장애사유일 뿐, 근로자와 사용자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 대가와는 개념상 아무런 관련이 없다”는 것이 [판례]의 태도이다. [판례]에 따르면 “따라서 어떠한 임금을 지급받기 위하여 특정 시점에 재직 중 이어야 한다는 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 소정근로 대가성이나 통상임금성이 부정되지 않는다”고 판시하고 있다.<sup>28)</sup>

## IV. 결론

22) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

23) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

24) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

25) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

26) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

27) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

28) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

## 1. 판례변경의 소급효 제한(고정성 개념 폐기)

- 통상임금의 판단정표에서 고정성 개념을 폐기한 것은 “임금체계의 근간이 되는 통상임금 개념을 재정립하는 것으로, 임금 지급에 관한 수많은 집단적 법률관계에 중대한 영향을 미치므로”, 새로운 법리는 “법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 이 판결 선고일(2024.12.19.)이후의 통상임금 산정부터 적용하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>29)</sup>

## 2. 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 한 노사합의의 효력

- 근로기준법 제15조는 제1항에서 “이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.”라고 규정하고, 제2항에서 “제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.”라고 규정하고 있다.
- 이러한 근로기준법 제15조의 규정은 근로기준법의 목적을 달성하기 위하여 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 저지함으로써 근로자에게 실질적으로 최소한의 근로조건을 유지시켜 주기 위한 것이다. 따라서 이러한 규정의 문언과 취지에 비추어 보면, 근로기준법에서 정한 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사 간의 합의는 무효라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>30)</sup>
- 다만 이러한 “노사 간의 합의는 그 전부가 무효가 되는 것이 아니라, 근로기준법에서 정한 기준과 전체적으로 비교하여 그에 미치지 못하는 근로조건이 포함된 부분에 한하여 무효로 된다.”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>31)</sup>

## -200쪽 (맨 밑의 여백)-

### <보론 : 1주 12시간 연장근로 한도 위반 여부의 판단>

#### I. 문제의 소재

- ‘1주간의 연장근로가 12시간을 초과하였는지’를 근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주간의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 하는지 여부가 문제된다.

#### II. 1주 12시간 연장근로 한도 위반여부의 판단

##### 1. 연장근로 제한의 법규정

- 근로기준법에 따르면 당사자 사이에 합의하면 1주간의 12시간을 한도로 1주 40시간, 1일 8시간의 법정 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있으며, (53조1항) 그리고 이를 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. (110조)

##### 2. 판례의 태도<sup>32)</sup>

- [판례]에 따르면 “근로기준법 제53조 제1항은 연장근로시간의 한도를 1주간을 기준으로 설정하고 있을 뿐이고 1일을 기준으로 삼고 있지 아니하므로, 1주간의 연장근로가 12시간을 초과하였는지는

29) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

30) 대법원 2019.11.28. 선고 2019다261084 판결

31) 대법원 2019.11.28. 선고 2019다261084 판결

32) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020도15393 판결

근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주간의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 한다”고 한다.<sup>33)</sup>

• [판례]는 그 이유로

- i) 근로기준법 제53조 제1항은 1주 단위로 12시간의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로, 여기서 말하는 연장근로란 같은 법 제50조 제1항의 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하는 것이 자연스럽다는 점,
- ii) 근로기준법은 ‘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 규정이 없다는 점,
- iii) 근로기준법 제56조에 따라 연장근로에 대하여 가산임금을 지급하도록 한 규정은 이에 상응하는 금전적 보상을 해 주려는 데에 그 취지가 있는 것으로서, 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아닌 반면, 근로기준법 제53조 제1항은 당사자가 합의하더라도 원칙적으로 1주간 12시간을 초과하는 연장근로를 하게 할 수 없고, 이를 위반한 자를 형사처벌(제110조 제1호)하는 등 1주간 12시간을 초과하는 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 것이라는 점을 들어서 가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

-211쪽-

## II. 근기법상 출근을 계산의 특례

### 1. 의의

- 근기법에 따르면 i) 근로자가 업무상 부상·질병으로 휴업한 기간과 ii) 임신 중의 여성이 출산전후휴가 또는 유·사산휴가로 휴업한 기간, iii) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조 제1항에 따른 육아휴직으로 휴업한 기간(2018.5.29.시행) iv) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조의2제1항에 따른 육아기 근로시간 단축을 사용하여 단축된 근로시간 v) 제74조제7항에 따른 임신기 근로시간 단축을 사용하여 단축된 근로시간은 연차휴가의 출근을 산정에 관하여는 출근한 것으로 본다.(60조6항)

33) 판례는 그 이유로 i) 근로기준법 제53조 제1항은 1주 단위로 12시간의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로, 여기서 말하는 연장근로란 같은 법 제50조 제1항의 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하는 것이 자연스럽다는 점(근로기준법 제53조 제1항이 ‘제50조의 근로시간’을 연장할 수 있다고 규정하여 제50조 제2항의 근로시간을 규율 대상에 포함한 것은 당사자 간에 합의하면 1일 8시간을 초과하는 연장근로가 가능하다는 의미이지, 1일 연장근로의 한도까지 별도로 규제한다는 의미가 아니다) ii). 근로기준법은 ‘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 없다는 점, iii) 1일 8시간을 초과하거나 1주간 40시간을 초과하는 연장근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금을 지급하도록 정하고 있는데(근로기준법 제56조), 연장근로에 대하여 가산임금을 지급하도록 한 규정은 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, 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다. 이와 달리 근로기준법 제53조 제1항은 당사자가 합의하더라도 원칙적으로 1주간 12시간을 초과하는 연장근로를 하게 할 수 없고, 이를 위반한 자를 형사처벌(제110조 제1호)하는 등 1주간 12시간을 초과하는 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 것이라는 점 등을 들고 있다. 따라서 가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니라는 것이 판례의 태도이다.

## -270쪽 (맨 밑 여백)-

<추가쟁점 :부당해고한 근로자의 원직복직과정에서 이루어진 대기발령의 정당성>

- 사용자가 부당해고한 근로자에 대하여 노동위원회의 원직복직명령을 이행하는 과정에서 대기 발령 등의 인사조치를 한 경우, 해당 대기발령의 정당성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

### 1. 부당해고한 근로자에 대한 원직복귀의무

- [판례]에 따르면 “사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우 원칙적으로 원직에 복귀시켜야 한다.”<sup>34)</sup>
- 다만, “해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>35)</sup>

### 2. 부당해고한 근로자를 원직복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우, 그 대기발령의 정당성

- [판례]에 따르면 “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 앞서 본 바와 같이 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 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”고 한다.<sup>36)</sup>

## -281쪽 (맨 밑 여백)-

<추가쟁점 :비위행위와 징계사유의 확정>

### I. 문제의 소재

- i) 근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있는지의 여부를 어떻게 결정해야 하는지 ii) 또한 그러한 비위행위가 정당한 징계사유에 해당하는지를 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다.

### II. 징계사유의 확정

#### 1. 징계위원회 등에 의한 징계사유의 확정

34) 대법원 2024.1.4. 선고 2021다169 판결

35) 대법원 2024.1.4. 선고 2021다169 판결

36) 대법원 2024.1.4. 선고 2021다169 판결

- [판례]에 따르면, “근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지, 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정에서 정한 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니다.”<sup>37)</sup>
- 또한 “그 비위행위가 정당한 징계사유에 해당하는지는 취업규칙상 징계사유를 정한 규정의 객관적인 의미를 합리적으로 해석하여 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.

-324쪽-

### 3. 징계양정의 참작자료

- [판례]에 따르면, ...

### 4. 보충쟁점 : 수 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않는 경우 징계처분의 정당성

#### ① 의의

- [판례]에 따르면 “수 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않으나 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 아니하다”고 한다.<sup>38)</sup>

#### ② 판단기준

- 다만 “여러 개의 징계사유 중 일부 징계사유만으로 근로자에 대한 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한지는 해당 기업의 구체적인 상황에 따라 다를 수 있으므로, 사용자가 징계처분에 이르게 된 경위와 주된 징계사유, 전체 징계사유 중 인정된 징계사유의 내용과 비중, 징계사유 중 일부가 인정되지 않은 이유, 해당 징계처분의 종류, 해당 기업이 정하고 있는 징계처분 결정 절차, 해당 기업의 규모·사업 성격 및 징계에 관한 기준과 관행 등에 비추어 인정된 징계사유만으로 동일한 징계처분을 할 가능성이 있는지를 고려하여 해당 징계처분을 유지하는 것이 근로자에게 예측하지 못한 불이익이 되지 않도록 신중하게 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>39)</sup>

#### ③ 증명책임

- “근로기준법 제31조에 의하여 부당해고구제제심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 사용자가 부담하므로, 인정되는 일부 징계사유만으로도 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한지에 대한 증명책임도 사용자가 부담한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>40)</sup>

-338쪽(맨밑 여백)-

<추가쟁점 : 묵시적 의사표시에 의한 해고>

### I. 문제의 소재

37) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두22211 판결

38) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두57318 판결

39) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두57318 판결

40) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두57318 판결

- 해고가 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있는지, 그리고 그 판단기준이 문제된다.

## II. 해고의 의의 및 묵시적 의사표시에 의한 해고

### 1. 해고의 의의

- 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.<sup>41)</sup>

### 2. 묵시적 의사표시에 의한 해고

#### (1) 묵시적 의사표시에 의한 해고 인정여부

- 판례에 따르면 해고는 명시적 의사표시에 의해서만 이루어지는 것이 아니라, 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있다고 판시하고 있다.<sup>42)</sup>

#### (2) 묵시적 의사표시에 의한 해고의 판단 기준

- 묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지는 i) 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, ii) 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단해야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>43)</sup>

-359쪽-

### 2. 협의기간 위반의 효과

- 현행 근로기준법에서는...
- [판례]는 근로기준법 제24조 제3항이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 50일 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지에 대해서, “소속근로자의 소재와 숫자에 따라 그 통보를 전달하는 데 소요되는 시간, 그 통보를 받은 각 근로자들이 통보 내용에 따른 대처를 하는 데 소요되는 시간, 근로자대표가 성실한 협의를 할 수 있는 기간을 최대한으로 상정·허여하자는 데 있다”고 판시하고 있다.
- 이에 따라 다만 [판례]는 협의기간을 위반한 경우에 대하여 ...

-380쪽 (맨 밑의 여백) -

<추가쟁점 : 부당해고 구제절차 시 피신청인의 추가변경 및 제척기간>

### I. 문제의 소재

- i) 부당해고 등 구제절차에서 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위에서 피신청인의 추가변경이 허용되는지 여부가 문제된다.

41) 대법원 2023.2.2. 선고 2022두57695 판결

42) 대법원 2023.2.2. 선고 2022두57695 판결

43) 대법원 2023.2.2. 선고 2022두57695 판결

- ii) 피신청인의 추가변경이 허용되는 경우, 근로기준법 제28조 제2항의 제척기간 준수 여부를 최초 구제 신청이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 하는지가 문제된다.

## II. 부당해고 구제절차 시 피신청인의 추가변경 및 제척기간

### 1. 부당해고에 대한 구제신청 기간의 의의

- 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며(28조1항) 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.(28조2항
- [판례]에 따르면, “권리구제신청기간은 제척기간<sup>44)</sup>이므로 그 기간이 경과하면 그로써 행정적 권리 구제를 신청할 권리는 소멸하고, 신청인이 책임질 수 없는 사유로 그 기간을 준수하지 못하였다는 등 그 기간을 해태함에 정당한 사유가 있다고 하여 그 결론을 달리할 수 없다”고 한다.<sup>45)</sup>

### 2 피신청인의 추가변경과 제척기간 준수 여부의 판단

- [판례]에 따르면 “부당해고 등 구제절차에서 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위에서 피신청인의 추가·변경이 허용되고, 이때 근로기준법 제28조 제2항의 제척기간 준수 여부는 최초 구제신청이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다”고 한다.<sup>46)</sup>
- [판례]는 그 이유에 대하여 “① 부당해고 등의 불이익처분에 대한 노동위원회의 행정적 구제절차는 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하기 위한 것이라는 점, ② 현대의 고용형태는 점차 다변화되고 있으므로 근로자로서는 자신의 사용자가 누구인지를 처음부터 정확하게 특정하기 어려운 경우가 많고 그러한 경우일수록 경제적으로 열악한 지위에 놓여 있을 가능성이 크므로 노동위원회의 구제절차를 이용할 필요성이 더욱 크다는 점, ③ 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 된다는 점”등을 제시하고 있다.<sup>47)</sup>
- [판례]는 “다만 피신청인의 추가·변경은 최초 구제신청의 대상이 된 불이익처분을 다투는 범위로 한정되어야 하고, 노동위원회는 새로운 피신청인에게 주장의 기회를 충분히 부여하여야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>48)</sup>

-386쪽 -

### 3. 판례의 검토

- 부당하게 ...

## IV. 부당해고된 근로자를 원직이 아닌 업무에 복귀시킨 경우의 임금청구권

### 1. 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있는지 여부

44) 제척기간이란 어떤 권리에 대하여 법률이 예정하는 존속기간이다. 법정기간의 경과로써 당연히 권리의 소멸을 가져오는 것이다. 즉 권리의 존속기간인 제척기간이 만료하게 되면 그 권리는 당연히 소멸하는 것이 된다. 소멸시효와 비슷하지만 다음의 점이 다르다. (1) 제척기간에는 시효와 같은 포기·중단·정지라는 문제가 있을 수 없다. (2) 시효의 이익은 당사자가 원용함으로써 재판에서 고려되는 것이지만, 제척기간은 당연히 효력을 발생하기 때문에 법원은 이를 기초로 재판하지 않으면 안 된다.(법률용어사전, 2011. 1. 15, 법문북스)

45) 대법원 1997.2.14. 선고 96누5926 판결

46) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

47) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

48) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

- [판례]에 따르면 “사용자가 부당하게 해고한 근로자를 원직(중전의 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”고 한다.<sup>49)</sup>

## 2. 원직이 아닌 업무수행으로 지급받은 임금 전액을 중간수입으로 공제할 수 있는지 여부

- 그런데, [판례]는 “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”고 판시하고 있다.<sup>50)</sup>

## -582쪽 (맨 밑에) -

<추가쟁점 : 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성>

### I. 문제의 소재

- 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 정당한지 여부를 어떻게 판단하는지가 문제된다.

### II. 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성

#### 1. 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 의의

- 쟁의행위가 시작된 이후 간담회나 총회 등에서 쟁의행위의 목적을 알리거나 구체적인 쟁의행위의 방법에 대해서 노동조합원들에게 공지해야 할 경우가 있다.
- 이렇듯 쟁의행위에 대한 목적 및 구체적 방법 등의 공지행위를 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위라고 할 수 있을 것이다.<sup>51)</sup>

#### 2. 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성

- 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하려면, ① 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 목적이 근로조건 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다.
- [판례]는 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하기 위한 판단기준은 “쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다”고 판시하고 있다.<sup>52)</sup>

49) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다300559 판결

50) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다300559 판결

51) 하지만, 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위의 구체적인 의미에 대해서는 판례가 정확하게 판시하고 있지 아니하다.

52) 대법원 2022.10.27. 선고 2019도10516 판결

• 판례의 태도를 요약하면 ...

• 그런데, 이 경우 몇 가지의 쟁점이 있다.

① 직접고용의무 불이행 기간 중 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우  
: 임금상당의 손해배상을 청구하기 위한 증명사항

- “파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였으나 사용사업주가 이를 이행하지 아니하였다면 사용사업주에 대하여 근로를 제공한 파견근로자는 사용사업주를 상대로 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있고, 직접고용의무 발생 후 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우에도 파견근로자는 근로의 미제공이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것임을 증명하여 해당 기간 동안 계속 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>53)</sup>
- [판례]에 따르면 “이때 파견근로자가 근로를 제공하지 않은 것이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.<sup>54)</sup>

② 근로제공 중단이 사용사업주의 책임있는 사유인지에 대한 판단기준

- “파견법에 따른 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 책임 있는 사유 등으로 인한 것으로 볼 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>55)</sup>
- “다만 사용사업주가 직접고용의무를 이행하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 사용사업주의 채무불이행으로 인하여 파견근로자에게 손해가 발생했다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 파견근로자가 손해배상을 청구할 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>56)</sup>

③ 직접고용의무 불이행 기간 중 사용사업주에게 근로를 제공한 경우 : 파견사업주로부터 받은 임금의 공제여부

- “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 하고, 이때 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”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>57)58)</sup>

53) 대법원 2024.3.12. 선고 2019다223303, 223310 판결

54) 대법원 2024.3.12. 선고 2019다223303, 223310 판결

55) 대법원 2024.3.12. 선고 2019다223303, 223310 판결

56) 대법원 2020.5.14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결

- 다만 전술한 것처럼...

## -702쪽 -

- 따라서 [판례]에 따르면...무효가 될 수 있다.”고 한다.

### 5. 사용사업주의 정년 경과 시 직접고용의무의 소멸여부

- [판례]에 따르면 “과건법에 따라 사용사업주에게 과건근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였다라고 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 정년이 경과함으로써 위와 같은 직접고용의무는 소멸한다”고 한다.<sup>59)</sup>
- “왜냐하면 개정 과건법 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, 이때 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 개정 과건법에 따라 정년 전에 발생한 직접고용의무의 내용을 이루게 되기 때문”이라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>60)</sup>
- “나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 위와 같이 발생한 직접고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상책임도 인정될 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>61)</sup>

## -703쪽 -

- [판례]에 따르면 이 조항의 취지는.... 판시하고 있다.

### 2. 과건근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우의 근로조건 적용

#### (1) 자치적 근로조건 형성의 원칙

- “과건법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 과건근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙”이라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>62)</sup>

#### (2) 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우 근로조건 적용방법

- “그러나 사용사업주가 근로자과건관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계 등), 과건법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 과건근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건 내용 등을 종합하여 사용사업주와 과건근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>63)</sup>

57) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결

58) 다만, 과건사업주로부터 지급받은 퇴직금은 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.(2024다211908, 211915, 211922)

59) 대법원 2024.3.12. 선고 2019다223303, 223310 판결

60) 대법원 2022.10.27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결

61) 대법원 2022.10.27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결

62) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결

63) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결

- 그런데, [판례]에 따르면 “다만 이와 같이 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용자와 파견근로자가 자치적으로 형성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 신중을 기할 필요가 있다”고 한다.<sup>64)</sup>

(3) 파견근로자에게 적용할 적정한 근로조건을 찾지 못한 경우 근로조건 적용방법

- “그런데, 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적정한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호(※ 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우 : 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 아니 될 것)에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>65)</sup>

## ~~2. 근로조건에 관한 노사합의 (해당 목차 및 내용 삭제)~~

---

64) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결

65) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결