대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2019다223303 임금

2019다223310(병합) 임금

원고(선정당사자), 피상고인 겸 상고인(별지1 명단 기재 선정자들을 위하여)

상고인(별지2 명단 기재 선정자들을 위하여)

피상고인(별지3 명단 기재 선정자들을 위하여)

원고(선정당사자) 1 외 1인

소송대리인 법무법인 오월

담당변호사 강상현

피고, 상고인 겸 피상고인

한국도로공사

소송대리인 법무법인(유한) 광장

담당변호사 이화성 외 4인

원 심 판 결 서울고등법원 2019. 1. 30. 선고 2018나2005582, 2018나2005599(병합) 판결

판 결 선 고 2024. 3. 12.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 선정당사자와 선정자를 구분하지 않고 '원고'라 한다)은 피고와 고속국도 통행료 수납업무 용역계약을 맺은 외주사업체(이하 '이 사건 외주사업체'라 한다)에 소속되어 피고의 통행료 수납업무를 수행한 근로자들이다.

나. 원고들은 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '제정 파견법'이라 한다) 제6조 제3항 본문(이하 '직접고용간주 규정'이라 한다)에 의하여 피고가 직접 고용한 것으로 간주되었거나, 2007. 7. 1.부터 시행된 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정되기 전의 것) 혹은 2012. 8. 2.부터 시행된 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정된 것, 2007. 7. 1. 시행 법률과 구별하지 않고 칭할 때에는 양자 모두 '개정 파견법'이라 하고, 제정 파견법과도 구별하지 않고 칭할 때에는 모두 '파견법'이라 한다) 제6조의2 제1항(이하 '직접고용의무 규정'이라 한다)에 의하여 피고가 직접 고용할 의무가 발생하였음을 전제로, 피고를 상대로 피고의 취업규칙 등에 의한 기준임금(기본급, 상여수당, 교통보조비)과 복리후생비(경로효친비, 가족수당, 출산장려금, 중·고생 학자금, 건강검진비, 기념품비, 복지포인트, 정근보조비, 직무수당) 또는

그에 상당하는 손해배상을 청구하였다.

다. 원심은 원고들이 피고에게 파견근로를 제공하였다고 인정한 후, 제정 파견법이 적용되는 원고들은 피고에게 직접 고용된 것으로 간주되었고, 개정 파견법이 적용되는 원고들에 대해서는 피고에게 직접 고용할 의무가 발생하였다고 판단하였다. 나아가 원심은 피고의 '현장직 직원 관리 예규'(2014. 6.경 '실무직 직원 관리 예규'로 명칭이 변경되었는데, 변경 전후를 통틀어 '이 사건 예규'라 하고, 변경 전의 현장직과 변경 후의 실무직을 통틀어 '현장직'이라 한다) 및 그 밖의 취업규칙 중 조무원의 근로조건을 원고들에게 적용하여 원고들의 청구를 일부 인용(다만, 일부 원고들은 전부 기각)하는 판결을 선고하였다.

라. 이에 대부분의 원고들과 피고가 불복하여 상고하였다.

2. 근로자파견관계의 성립 및 그에 따른 임금 등 청구권 또는 손해배상청구권의 발생 여부(피고의 제1 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로, 원심판결문 별지2-2 기재 원고들(이하 '고용간주 원고들'이라 한다)은 직접고용이 간주됨으로써 피고의 근로자의 지위에 있으므로, 피고는 고용간주 원고들에게 고용관계 성립이 간주된 날 이후로서 위 원고들이 구하는 각 기간 동안의 임금 등을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 또한 원심은 피고는 원심판결문 별지2-3 기재 원고들(이하 '고용의무발생 원고들'이라 한다)을 직접 고용할 의무가 있으며, 직접고용의무 불이행에 따른 손해배상으로 직접고용의무가 발생한 날 이후로서 위 원고들이 구하는 각 기간 동안 피고가 직접고용의무를 이행하였더라면 위 원고들이 받았을 임금 등 상당액을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 근로

자파견관계의 성립 요건과 제정 파견법에 따른 고용간주 내지 개정 파견법에 따른 고용의무 효과에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 원고들에게 이 사건 예규 등에 따른 피고의 조무원의 근로조건이 적용되는지 여부

(피고의 제2 상고이유)

가. 1) 개정 파견법 제6조의2는 제1항에서 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 등 일정한 경우에 사용사업주는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하면서, 직접 고용하는 파견근로자의 근로조건에 관하여 제3항에서 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사 업무를 수행하는 근로자(이하 '동종·유사 업무 근로자'라 한다)가 있는 경우에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고(제1호), 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건의 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2호). 개정 파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다. 그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원은 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. 다만 이와 같이 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 형

성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 신중을 기할 필요가 있다.

2) 제정 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(대법원 2015. 2. 26. 자 2011카기535 결정, 대법원 2022. 7. 28. 자 2016카기309 결정 참조). 제정 파견법은 개정 파견법 제6조의2 제3항과 같이 직접고용 시 적용되는 근로조건에 관하여 규정한 조항을 두고 있지 않지만, 개정 파견법 제6조의2 제3항은 제정 파견법의 해석으로도 도출될 수 있는 내용을 명문으로 규정한 것이지, 근로조건의 기준을 새롭게 정한 것은 아니므로, 법원은 제정 파견법에 따라 직접고용이 간주되는 근로자의 근로조건을 앞서 본 개정 파견법에 따라 직접 고용하는 경우와 동일한 방법으로 정할 수 있다.

나. 원심은 ① 원고들이 피고 소속의 기간의 정함이 없는 근로자로 직접고용이 되어야 하는데 이 사건 예규는 피고가 현장에서 상시·지속적인 업무를 담당하는 기간의 정함이 없는 근로자의 근로조건을 정한 취업규칙인 점, ② 피고의 현장직군으로서 하위 직종 중 하나인 조무원은 피고 소속의 기간의 정함이 없는 근로자 중 가장 낮은 수준의 임금을 받는 근로자로서 특별한 기술이 필요 없는 단순·반복적인 잡무를 처리하는 직종 전부를 지칭하므로 원고들과 같은 통행료 수납원도 이에 포함될 수 있는 점, ③ 피고는 2014년 이후 현장직 직원에 대하여 직종과 관계없이 동일한 기본급표를 적용하는 등 현장직 직원들의 근로가치를 동등하게 평가하고 있는 것으로 보이고, 원고들이 수행한 업무가 현장직 직원의 업무보다 근로가치가 낮다고 볼 수 없는 점, ④ 외

주화 이전에 통행료 수납업무를 담당한 비정규직 직원의 임금이 그 당시 청소원, 경비원 업무를 담당하던 비정규직 직원의 임금보다 다소 높았던 점에 비추어, 피고는 원고들과 같은 통행료 수납업무를 담당할 직원을 직접 고용할 경우 적어도 피고의 조무원에 준하는 근로조건을 적용하였을 것으로 추정되는 점 등의 사정과 파견법의 차별금지 규정의 취지를 종합적으로 고려하여 직접고용 시 원고들에게 적용되는 임금 등 근로조건은 피고의 현장직 직원 중 조무원에 적용되는 근로조건이 되어야 한다고 판단하였다.

다. 피고는 원고들로부터 파견근로를 제공받지 않았음을 전제로 제정 파견법에 따른 고용간주 내지 개정 파견법에 따른 고용의무 발생 자체를 부정하고 있는데, 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 파견법에 따라 직접고용 시 적용되는 근로조건의 내용에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 이 사건 예규에 따른 기준임금 및 복리후생비 산정 방법

가. 복지포인트 상당액에 관하여

원심이 피고가 원고들에게 지급해야 할 금원에 복지포인트 상당액을 포함시킨 것에 대하여, 피고는 복지포인트는 임금이 아니기 때문에 지급의무가 없다고 다투나, 이는 피고가 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다.

나. 임금피크제 적용 여부(원고들의 제1 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로 피고의 사업장에서 실시되고 있는 임금피크제 적용 대상 연령에 해당하는 원고들에게 위 임금피크제가 적용되어야 함을 전제로 위 원고들에 대한 임금 혹은 손해배상금을 산정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 파견법에 따른 직접고용 시 적용되는 근로조건의 내용, 취업규칙의 불이익 변경, 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」상 차별 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 외주사업체가 지급한 금원의 공제 범위와 방식

가. 외주사업체가 지급한 금원 중 기준임금만 공제할 것인지 여부(원고들의 제6 상고이유)

1) 관련 법리

가) 제정 파견법에 의하여 직접고용간주의 효과가 발생하여 파견근로자와 사용사업주 사이에 근로관계가 새롭게 성립하더라도 사용사업주가 현실적으로 직접고용을 하지 않아 파견관계가 계속 유지되는 경우, 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로관계는 위 간주로써 자동 소멸하는 것은 아니고 파견근로자와 사용사업주 사이의 직접근로관계와 병존한다고 보아야 한다. 따라서 위 기간 동안 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. 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 부진정연대채무의 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.

나) 한편 개정 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(대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결 참조), 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.

2) 원심은 원고들이 이 사건 외주사업체로부터 받은 연장·야간·휴일근로수당을 포함한 임금 등은 그 항목이 무엇이든 관계없이 피고가 파견법을 따르지 않음으로 인하여 원고들이 얻은 이익이고, 원고들에게 적용되어야 할 피고의 개별 임금 항목이 이 사건 외주사업체에게서 받은 금원의 개별 항목에 대응하는 개념이라고 볼 수 없다는 이유로 원고들이 이 사건 외주사업체에서 받은 임금 등의 전액을 공제하여야 한다고 판단하였다.

3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 직접고용간주 후 파견사업주가 지급하는 금원의 성질, 손익상계의 대상 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 외주사업체가 지급한 금원의 공제 단위기간(피고의 제7 상고이유)

1) 원심은 원고들이 피고로부터 받아야 할 금액에서 이 사건 외주사업체로부터 받은 금액을 월 단위로 공제하여 인용액을 산정하였다.

2) 그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들에게 적용되어야 하는 피고 소속 조무원의 임금에는 1개월 단위로 산정되지 않는 임금 항목이 일부 포함되어 있고, 공제되어야 하는 금액, 즉 이 사건 외주사업체가 지급한 임금 항목에도 1개월 단위로 산정되지 않는 임금 항목이 포함되어 있는 것으로 보인다. 이러한 경우 원심과 같은 방법으로 인용액을 산정하게 되면, 피고와 이 사건 외주사업체 사이의 임금 산정 단위기간의 불일치로 인하여 특정 월의 경우 이 사건 외주사업체로부터 받은 금액이 피고로부터 받아야 할 금액을 초과하여, 공제되어야 할 금액의 일부가 공제되지 아니하는 결과가 발생하게 된다. 따라서 원심으로서는 그러한 결과가 발생하지 않도록 임금 산정 단위기간의 차이를 고려하여 적절한 단위기간을 정하여 공제액을 산정하였어야 한다.

3) 결국 위와 같은 원심의 판단에는 파견사업주가 지급한 임금을 공제하는 방법 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 외주사업체가 고용간주 원고들에게 지급한 급여는 휴업수당 초과분을 한도로 공제할 수 있는지 여부(원고들의 제5 상고이유)

원심은 고용간주 원고들이 피고를 상대로 선행 근로자 지위 확인의 소를 제기한 전후를 불문하고 이 사건 외주사업체 소속으로 계속 피고에게 근로를 제공하였기 때문에 피고가 현실적으로 직접고용을 하지 않은 기간 동안 위 원고들이 휴업을 한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 근로기준법 제46조의 휴업급여를 초과하는 금액에 대해서만 중간수입 공제를 할 수 있다는 위 원고들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 휴업과 중간수입 공제 한도에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

6. 고용간주 혹은 고용의무 발생 이후 사용사업주가 직접고용을 하지 않고 있던 중에 파업, 결근 등을 한 기간 및 급여명세서 등이 제출되지 않은 기간에 관하여

가. 관련 법리

1) 제정 파견법에 따른 직접고용간주의 효과가 발생하였음에도 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견근로자가 파견사업주 소속으로 계속 사용사업주에게 근로를 제공하였다면 파견근로자는 직접고용관계에 따른 근로제공 의무를 이행한 것으로 보아야 하므로 사용사업주를 상대로 근로제공 사실을 증명하여 그 반대급부로 임금 등을 청구할 수 있다.

2) 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 민법 제538조 제1항에 따라 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것임을 증명하여 사용사업주를 상대로 근로제공 중단 기간 동안 근로

제공을 계속하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당액을 청구할 수 있다. 이때 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다.

3) 개정 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. 이때 파견근로자가 근로를 제공하지 않은 것이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것인지는 앞서 본 직접고용간주의 경우에 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것인지를 판단할 때와 동일한 기준으로 판단하여야 한다(이하 고용간주 원고들에서의 '피고의 책임 있는 사유'와 고용의무발생 원고들에서의 '피고의 직접고용의무의 불이행'을 통틀어 칭하는 경우에는 '피고의 책임 있는 사유 등'이라 한다).

나. ○○영업소에서 근무한 원고들의 파업기간에 대한 청구에 관하여(원고들의 제4 상고이유)

1) 원심은 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 사용자가 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다고 규정한 「노동조합 및 노동관계조정법」 제44조 제1항을 근거로 ○○영업소에서 근무한 원고(선정자) 193 외 15명의 손해배

상청구 중 위 원고들이 파업에 참가한 기간에 대한 청구 부분을 기각하였다.

2) 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 위 원고들은 파업 참가를 위해 스스로 근로제공을 거부하였던 것이고, 달리 피고의 직접고용의무 불이행으로 인하여 위 원고들이 근로를 제공하지 못한 것이라고 볼 만한 사정을 찾을 수 없으므로 파업 참가 기간에 대하여 임금(직무수당 포함) 상당의 손해배상청구를 배척한 원심의 판단에 직접고용의무 위반으로 인한 손해의 증명 등에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다. 급여명세서나 임금대장 등이 제출되지 않은 기간에 대한 청구에 관하여(피고의 제6 상고이유 원고들의 제7 상고이유)

1) 원심은 청구기간 동안 이 사건 외주사업체 소속으로 피고에게 근로를 제공하였음을 증명할 수 있는 급여명세서나 임금대장 등이 일부 제출되지 않은 원심판결문 별지4 기재 원고들(이하 다.항에서는 '원고들'이라 한다)에 관하여, 원고들의 청구는 피고가 파견법에 따른 직접고용을 하였다면 원고들이 피고로부터 지급받았을 임금 등 또는 그 상당의 손해배상을 구하는 것으로 해당 기간에 원고들이 이 사건 외주사업체에게 근로를 계속하여 제공하였을 것을 전제로 하지 않는다고 보아, 원고들이 이 사건 외주사업체 소속으로 근로를 제공한 사실을 급여명세서 등으로 증명하지 못한 기간에 대하여도 원고들의 청구를 인용하였다.

2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

가) 앞서 본 법리에 따르면, 고용간주 원고들의 경우, 이 사건 외주사업체 소속으로 계속 피고에게 근로를 제공한 기간에 대한 청구는 급부청구권의 행사이므로 원고들은 자신이 파견근로를 하였다는 사실을 증명하여야 하고, 피고에게 근로를 제공하지

않은 기간에 대한 청구는 민법 제538조 제1항을 근거로 한 것이므로 원고들이 피고의 책임 있는 사유로 인하여 근로를 제공하지 못하였음을 증명하여야 한다. 고용의무발생 원고들의 경우도 피고에게 근로를 제공하였거나 피고의 직접고용의무 불이행으로 인하여 근로제공을 하지 못하였음을 증명하여야 한다.

나) 기록에 의하면, 원고들은 자신들이 소속된 외주사업체로부터 받은 급여명세서나 근로제공 사실을 확인할 수 있는 임금대장, 급여이체 내역 등의 자료를 제출하지 않았고, 제출되지 않은 기간이 수개월에 달하는 원고들도 있다. 따라서 원심으로서는 원고들이 피고에게 근로를 제공한 사실이 인정되는지, 그렇지 않다면 피고의 책임 있는 사유 등으로 인하여 원고들이 피고에게 근로를 제공하지 못한 것이라고 인정되는지를 원고별로 살펴 급여명세서 등이 제출되지 않은 기간에 대한 원고들의 청구를 인용할 것인지를 판단하였어야 한다.

3) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유에서 원고들이 피고에게 근로를 제공하였다는 점이나 피고의 책임 있는 사유 등으로 근로를 제공하지 못하게 되었다는 점에 관하여 원고들이 증명할 필요가 없다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 직접고용간주에 따른 임금 등 청구권의 성질 및 그에 관한 증명, 직접고용의무 위반으로 인한 손해의 증명 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4) 한편, 원고들은 원심이 급여명세서 등이 제출되지 않은 기간에 대하여 다른 파견근로자들의 급여명세서 등을 통해 원고들이 지급받았을 법정수당 등의 액수를 산정하여 원고들의 청구액에서 공제한 것이 위법하다고 주장하나(원고들의 제7 상고이유), 위에서 본 바와 같이 피고의 제6 상고이유를 받아들여 위 기간에 대한 원고들의 청구

를 인용한 부분을 파기하는 이상 원고들의 위 주장에 대해서 나아가 판단할 필요가 없다.

라. 결근 등을 한 기간에 대한 청구에 관하여(피고의 제6 상고이유)

1) 원심은 이 부분 원고들이 직접고용간주의 효과 또는 직접고용의무가 발생한 상태에서 파견사업주 소속으로 계속 피고에게 근로를 제공하다가 결근 등을 하여 이 사건 외주사업체로부터 급여를 감액 당하였다고 하더라도 위 원고들의 청구가 이 사건 외주사업체에게 근로를 계속하여 제공하였을 것을 전제로 하지 않고, 이 사건 예규에 의하더라도 현장직 직원의 보수는 월급제를 원칙으로 하는데 결근 등의 사유로 기본급이 감액된다고 볼 만한 자료가 없다는 이유로, 이 사건 외주사업체가 감액한 비율만큼 기준임금을 감액해야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가) 기록에 의하면, 현장직 직원 관리 예규는 현장직 직원의 보수를 월급으로 지급한다고 규정하면서도 일할 또는 시간당 지급할 필요가 있는 경우 일 또는 시간에 비례하여 보수를 지급할 수 있다는 규정(제56조 제2항 단서)을 두고 있고, 피고의 '직원 보수 및 복리후생규정 시행세칙'은 결근자에 대해서는 결근일수에 해당하는 보수를 지급하지 아니한다(제5조)고 규정하고 있음을 알 수 있다.

나) 원심이 이 부분 원고들이 결근 등을 한 기간에 대한 임금을 결근일 등에 비례하여 감액하지 않고 그 전액을 인용하려면, ① 앞서 본 법리에 따라 위 결근 등이 피고의 책임 있는 사유 등으로 인한 것으로 인정되거나, ② 그러한 사정이 인정되지 않는다면 현장직 직원들이 개인적인 사정으로 결근 등을 하여도 피고가 급여를 비례 감액하지 않는다는 사실이 인정되어야 한다. 그러나 원고들이 결근 등을 한 것이 피고

의 책임 있는 사유 등으로 인한 것이라는 점이 증명되었다고 보기 어렵고, 앞서 본 피고의 규정들에 비추어 피고의 현장직 직원의 보수 체계가 월급제라는 사정만으로는 이들이 개인적인 사정으로 결근 등을 하더라도 보수가 비례 감액되지 않는다고 단정하기도 어려워 보인다. 따라서 원심으로서는 원고들이 결근 등을 하게 된 경위와 이유, 피고의 현장직 직원들이 결근 등을 한 경우 임금이 비례 감액되는지 여부 등을 구체적으로 심리하여 위 결근 등이 피고의 책임 있는 사유 등으로 인한 것임이 증명되거나 피고의 현장직 직원들이 개인적인 사정으로 결근 등을 하더라도 보수를 비례 감액하지 않는다는 사실이 인정되는 경우에 한하여 감액되지 않은 금액을 인용하여야 한다.

3) 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 결근 등을 한 원고들의 청구액을 감액하지 아니하였다. 이러한 원심의 판단에는 직접고용간주에 따른 임금 등 청구권의 성질 및 그에 관한 증명, 직접고용의무 위반으로 인한 손해의 증명 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

7. 외주사업체와의 고용관계가 단절된 원고들에 관하여

가. 일부 원고들의 청구가 실효의 원칙에 반하는지 여부(피고의 제4 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 외주사업체와의 근로관계가 종료된 지 상당한 기간이 지난 후에 직접고용간주에 따른 근로자 지위 확인 또는 직접고용의무 발생에 따른 고용의 의사표시를 구하는 소송(이하 '선행 소송'이라 한다)을 제기하였던 원고(선정자) 80 등의 이 사건 청구가 실효의 원칙에 반한다는 피고의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 실효의 원칙에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 외주사업체와 고용관계가 단절된 기간에 대한 청구의 가부(피고의 제3 상고이유)

1) 원심의 판단

원심은 사직, 외주사업체의 정년 도과, 외주사업체의 해고 등에 의하여 이 사건 외주사업체와의 고용관계가 단절된 원고들의 경우, 그 단절을 직접고용에 대한 명시적인 반대의사를 표시한 것으로 볼 수 없다는 이유만으로, 고용관계단절 기간에 대한 위 원고들의 청구를 인용하였다.

2) 외주사업체의 해고 등에 의하여 고용관계가 단절된 원고들의 경우

가) 파견법상 직접고용간주의 효과나 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 앞서 본 법리에서 말하는 사용사업주의 책임 있는 사유 등으로 인한 것으로 볼 수 있고, 다만 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 직접 고용하였거나 직접고용의무를 이행하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581, 14598, 14604, 14611, 14628, 14635, 14642, 14659 판결, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15065, 15072, 15089, 15096, 15102, 15119, 15126, 15133 판결 참조).

나) 이 부분 원고들은 이 사건 외주사업체에 의하여 해고되는 등 이 사건 외주사업체나 피고에 의하여 더 이상 근로를 제공하지 못하게 되었고, 기록상 피고가 직접고용하였더라도 위 원고들이 근로를 제공하지 않았을 것이라고 볼 만한 사정이 발견되

지 않으므로 위 원고들의 고용관계단절 기간에 대한 청구를 인용한 원심의 판단에는 직접고용간주에 따른 임금 등 청구권의 성질 및 그에 관한 증명, 직접고용의무 위반으로 인한 손해의 증명 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3) 사직한 원고들의 경우

가) 원심판결 이유 및 기록에 의하면 원심판결문 별지3의 '단절원인(시기)'란에 사직으로 기재된 원고들은 모두 직접고용이 간주되거나 직접고용의무가 발생한 후 이 사건 외주사업체에서 사직하였고 사직 전후로 근로자 지위 확인 혹은 고용의 의사표시를 구하는 선행 소송을 제기하였다. 사직 후 선행 소송을 제기한 원고(선정자) 154 등 일부 고용의무발생 원고들은 선행 소송의 제기 등으로 근로제공의 의사를 명확히 표시하기 전의 기간(이하 '선행 소송 제기 전의 기간'이라 한다)에 대해서도 임금 등 상당의 손해배상을 청구하고 있고(이하 이 기간에 대한 손해배상을 청구하는 원고들을 '원고(선정자) 154 등'이라고 한다), 나머지 원고들은 선행 소송의 제기 등으로 근로제공의 의사를 명확히 표시한 이후의 기간(이하 '선행 소송 제기 이후 기간'이라 한다)에 대해서만 임금 등 또는 그 상당의 손해배상을 청구하고 있다.

나) 앞서 본 바와 같이 파견근로자가 사용사업주에게 근로를 제공하지 않은 기간에 대하여 사용사업주의 임금 등 지급의무 또는 손해배상의무를 인정하기 위해서는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 대한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 종합하여 사용사업주의 책임 있는 사유 등으로 근로제공이 이루어지지 않았다는 점이 인정되어야 한다.

다) 그러나 이 부분 원고들은 외주사업체에서 스스로 사직하였고, 기록상 사직의 경위 등을 알 수 없는데, 위 원고들 중 원고(선정자) 154 등의 선행 소송 제기 전의 기

간에 대해서는 피고가 직접고용의무를 이행하지 않음으로 인하여 이들이 근로를 제공하지 못하였다고 단정하기 어렵다. 이와 달리 원고(선정자) 154 등을 포함한 이 부분 원고들의 선행 소송 제기 이후 기간에 대해서는 선행 소송의 제기로써 피고에게 직접고용되어 근로를 제공하겠다는 의사를 분명하게 표시하였는데도 피고가 이를 거부하였다는 점에서 피고의 책임 있는 사유 등으로 인하여 근로제공이 이루어지지 않았다고 볼 수 있고, 제출된 증거만으로는 피고가 직접고용을 했더라도 위 원고들이 근로를 제공하지 않았을 것이라고 보기 어려우므로 피고는 선행 소송 제기 이후의 기간에 대해서는 임금 등 또는 그 상당의 손해배상금의 지급 책임을 면할 수 없다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결 참조).

라) 따라서 원심이 사직한 원고들의 청구기간 중 선행 소송 제기 이후의 기간에 대한 청구를 인용한 것은 정당하지만, 원고(선정자) 154 등의 선행 소송 제기 전의 기간에 대한 청구까지 인용한 것에는 직접고용의무 위반으로 인한 손해의 증명 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 외주사업체와 고용관계가 단절된 기간 동안 직무수당 또는 그 상당의 손해배상 청구의 가부(원고들의 제3 상고이유)

1) 원심은 피고의 현장직 직원에게 지급되는 직무수당은 3교대 근무를 실제로 한 경우에만 지급되는 것인데, 원심판결문 별지3 기재 원고들이 이 사건 외주사업체와의 고용관계가 단절된 기간 동안은 3교대 근무를 실제로 하였다고 볼 수 없으므로 해당 원고들은 직무수당 또는 그 상당의 손해배상을 청구할 수 없다고 판단하였다.

2) 그러나 고용관계가 단절된 기간 동안 실제 3교대 근무를 하지 않았더라도 해당 원고들이 이 사건 외주사업체 소속으로 피고에게 근로를 제공할 때에 3교대 근무를 하

였고, 피고가 직접고용을 하였을 경우에도 3교대 근무를 계속 유지하였을 것이라고 인정할 수 있다면, 앞서 본 바와 같이 이 사건 외주사업체와의 고용관계가 단절되어 피고에게 근로를 제공하지 못하게 된 것이 피고의 책임 있는 사유 등으로 인한 것이라고 볼 수 있는 기간(위 나.항에서 원고들의 청구를 인용해야 하는 기간)에 대해서는 3교대 근무를 실제 하지 않았다는 이유만으로는 위 원고들의 직무수당에 관한 청구를 배척해서는 아니 된다. 그런데도 원심은 해당 원고들이 고용관계 단절 전에 3교대로 근무하였는지, 3교대 근무가 직접고용 후에도 유지되었을 것인지 등을 심리하지 아니한 채, 그 판시와 같은 이유만으로 위 원고들의 직무수당 또는 그 상당의 손해배상청구를 일률적으로 배척하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 직접고용 시 적용되는 근로조건의 내용 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3) 반면 피고의 책임 있는 사유 등으로 인하여 근로를 제공하지 못하였다고 인정되지 아니하는 기간에 대해서는 기준임금 등은 물론 직무수당 또는 그 상당의 손해배상도 청구할 수 없으므로 그 범위 안에서는 원심의 판단은 옳고, 거기에 직접고용 시 적용되는 근로조건의 내용 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

라. 외주사업체에서 자발적으로 사직한 고용간주 원고들의 중간수입은 전액 공제되어야 하는지 여부(피고의 제5 상고이유)

원심은 이 사건 외주사업체에서 자발적으로 사직한 고용간주 원고들의 중간수입도 휴업수당 초과분에 한하여 공제할 수 있다고 판단하여, 그 전액을 공제해야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

이 부분 원고들은 선행 소송 제기 이후의 기간에 대해서만 임금 등 청구를 하고 있는데, 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 휴업의 귀책사유 및 중간수입 공제 한도 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

8. 정년 이후의 기간에 대하여 금원을 청구하는 원고들에 관하여(원고들의 제2 상고이유)

가. 관련 법리

1) 제정 파견법에 따라 고용간주 효과가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 그 효과는 소멸한다. 또한 개정 파견법에 따라 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 정년이 경과함으로써 위와 같은 직접고용의무는 소멸한다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결 참조).

2) 한편, 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 개정 파견법 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때 비교대상 근로자는 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다. 만일 그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 촉탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다. 사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는

근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이나, 이러한 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결 등 참조).

나. 원심은 판시와 같이 ① 원고(선정자) 234 외 고용의무발생 원고 9명은 고용의무발생일 당시 이미 피고 정년인 만 55세를 도과하였고, ② 원고(선정자) 37, 망 원고(선정자) 592 외 고용간주 원고 11명과 원고(선정자) 297 외 고용의무발생 원고 10명은 정년 도과 전에 직접고용이 간주되었거나 피고에게 직접고용의무가 발생하였으나 피고의 정년이 만 59세로 연장되기 전에 종전 정년인 만 55세를 도과하였으므로 정년 도과 후의 기간에 대한 임금 등 또는 그 상당의 손해배상을 청구할 수 없다고 판단하였다(이하 제8항에서는 위 ①, ②의 원고들을 통틀어 '원고들'이라 한다). 또한 원심은, 원고들이 피고의 정년 후에도 종전과 같이 피고에게 계속 근로를 제공하였다는 사정만으로 직접근로관계를 형성하겠다는 묵시적 합의가 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 피고의 정년 후의 기간에 대한 파견법상 차별을 이유로 한 원고들의 손해배상청구에 대하여, 정년 후에도 근무하는 피고의 직원이 존재하지 않아서 원고들과 비교할 수 있는 동종·유사 업무 근로자가 없다는 이유로 위 청구를 배척하였다.

다. 1) 원심판결 이유를 앞서 본 법리 및 관련 법리에 비추어 보면, 원심이, 원고들이 피고의 만 55세 정년을 도과함으로써 직접고용의무가 발생하지 않게 되었다거나 이미 발생한 직접고용간주의 효과나 직접고용의무가 소멸하였다고 본 것과 원고들과 피고 사이에 직접근로관계 형성에 관한 묵시적 합의를 인정하지 않은 것은 정당하다. 그리고 정년 후 계속근로에 관한 피고의 취업규칙이나 관행 등에 비추어 보면, 원고들이 정년 도과 후에도 계속 피고에게 파견근로를 제공하였다고 하더라도 피고의 정년이 도

과된 상태에서는 피고에게 직접고용의무가 다시 발생한다고 볼 수 없다. 또한 기록에 의하면, 비교대상 근로자의 존재에 관한 원고들의 주장·증명이 부족하므로 파견법상 차별이 성립하지 않는다고 원심이 판단한 것도 정당하다.

2) 그러나 원심이 피고의 정년이 연장된 이후부터 그 연장된 정년이 도래하기 전까지 파견근로를 제공한 기간에 대해서까지 일률적으로 원고들의 청구를 배척한 것은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

가) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 피고의 현장직 직원의 정년은 처음 이 사건 예규가 제정된 때부터 2012. 12. 31.까지는 만 55세에 도달한 해의 그 반기의 말일이었다가(이하 '최초 정년'이라 한다), 2013. 1. 1.부터 2015. 12. 31.까지는 만 59세에 도달한 해의 그 반기의 말일로 연장되었고, 2016. 1. 1.부터 원심 변론종결일인 2018. 11. 23.까지는 만 60세에 도달한 해의 그 반기의 말일로 다시 연장되었다.

② 피고가 위와 같이 정년을 연장하는 과정에서, 원고들은 최초 정년이 도과한 상태에서 고용의무가 발생하였거나 고용간주·고용의무 발생 후에 최초 정년이 도래하였다.

③ 한편, 원고들은 최초 정년을 도과한 후에도 종전과 같이 피고에게 파견근로를 제공하였고, 그중에는 위와 같이 피고의 정년이 연장된 이후에도 계속 파견근로를 제공한 사람이 있는 것으로 보인다.

나) 이러한 사실관계에 따르면, 최초 정년의 도과로 인하여 직접고용간주 효과나 직접고용의무가 발생하지 않게 되었거나 발생 후 소멸되었다고 하더라도, 원고들 중에 피고의 정년이 연장된 이후에도 파견근로를 제공한 사람이 있고 그의 나이가 그 연장

된 정년에 이르지 않았다면, 2012. 8. 2. 시행 파견법에 따라 피고는 그 원고에 대하여 직접고용의무를 새롭게 부담하게 되고, 그 원고가 연장된 정년을 도과할 때 위 직접고용의무가 소멸한다. 이와 달리 피고의 정년이 연장된 기간 중 파견근로를 제공하지 않은 원고들의 대해서는 직접고용의무가 다시 발생하지 아니한다. 따라서 원심으로서는 원고들 중 피고의 정년이 연장된 이후에 파견근로를 제공한 사람이 있는지, 그 사람이 언제 연장된 피고의 정년을 도과하였는지 등을 심리하여, 피고의 정년이 연장된 이후 그 연장된 정년을 도과하지 않은 상태에서 파견근로를 제공한 원고들에 한하여 그 근로기간에 대하여는 피고가 직접고용의무 불이행으로 인한 손해배상의무를 부담한다고 판단하였어야 한다. 그런데도 원심은 최초 정년이 도과되었다는 이유만으로 최초 정년 도과 후 기간에 대한 청구를 모두 배척하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 직접고용의무의 발생에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

9. 파기의 범위

원심판결 중 ① 원고들이 피고로부터 받아야 할 금액에서 이 사건 외주사업체가 지급한 돈을 월 단위로 공제한 부분, ② 급여명세서 등이 제출되지 않은 기간에 대해서도 원고들의 청구를 인용한 부분, ③ 결근 등을 한 기간에 대하여 이 사건 외주사업체가 감액한 비율만큼 기준임금을 감액하지 않은 부분, ④ 사직으로 인하여 피고에 대한 근로제공이 중단된 기간 중 선행 소송 제기 전의 기간에 대한 청구를 인용한 부분, ⑤ 이 사건 외주사업체와 고용관계가 단절된 기간 중 원고들이 임금 등 또는 그 상당의 손해배상청구가 가능한 기간에 대해서도 직무수당 또는 그 상당의 손해배상청구를 기각한 부분, ⑥ 피고의 정년이 연장된 이후부터 그 연장된 정년이 도래하기 전까지 파

견근로를 제공한 기간에 대해서도 일률적으로 원고들의 청구를 기각한 부분에는 앞서 본 바와 같은 파기 사유가 있다.

그런데 원심판결 이유 및 기록만으로는, 파기사유가 있는 원고들의 범위 및 원고별 파기범위를 명확히 특정할 수 없으므로 원고들 패소 부분과 피고 패소 부분을 모두 파기하기로 한다.

10. 결론

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

재판장 대법관 오경미

주 심 대법관 김선수

대법관 노태악

대법관 서경환

별지 선정자 명단 생략

별지 1 선정자 명단 생략

별지 2 선정자 명단 생략

별지 3 선정자 명단 생략