

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

|          |                                                  |
|----------|--------------------------------------------------|
| 사 건      | 2022다270989 손해배상(기)                              |
| 원고, 피상고인 | 원고 1 외 3인<br>원고들 소송대리인 법무법인 여는<br>담당변호사 조세화 외 1인 |
| 피고, 상고인  | 울산광역시<br>소송대리인 법무법인(유한) 바른<br>담당변호사 문기주 외 1인     |
| 원 심 판 결  | 울산지방법원 2022. 8. 23. 선고 2020나13373 판결             |
| 판 결 선 고  | 2024. 9. 12.                                     |

## 주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 울산지방법원에 환송한다.

## 이 유

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

## 1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 맞벌이 가정 자녀들의 보육을 위하여 울산광역시 소재 초등학교 및 유치원에서 돌봄교실을 운영하였는데, 이를 위하여 돌봄교사를 직접 고용하기도 하였으나, 2014. 3.경부터 일부 돌봄교실을 위탁업체에 위탁하여 운영하였다.

나. ① 원고 1은 2014. 3.경부터 2018. 9. 30.까지, ② 원고 2는 2016. 3.부터 2018. 9. 30.까지, ③ 원고 3은 2016. 3.부터 2018. 9. 30.까지, ④ 원고 4는 2014. 3.부터 2018. 2.까지 각 위탁업체에 고용되어 초등학교 또는 유치원에서 각 돌봄교실 교사로 근무하였다(이하 원고들과 직접 고용계약을 체결한 업체들을 '이 사건 위탁업체들'이라 한다). 원고 4는 2018. 3.경부터 2018. 9.경까지 근무하던 학교의 돌봄교실이 줄어들었다는 이유로 소속 위탁업체로부터 계약해지가 되었으며 위 기간 동안 지급받은 임금이 없다.

다. 이 사건 위탁업체들은 근로자파견사업에 관하여 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법'이라 한다) 제7조에 근거한 고용노동부장관의 허가를 받지 않았다.

라. 원고들이 이 사건 위탁업체들에 고용되어 초등학교 및 유치원의 돌봄교사로 근무할 당시 근무시간은 특별한 경우 외에는 학기 중에는 5시간, 방학 중에는 8시간이었다.

마. 부산지방고용노동청 울산지청은 2018. 8. 13.경 원고들의 돌봄교실 강사 업무는 위탁계약의 형식을 취하고 있으나 실질은 근로자파견에 해당하므로 이 사건 위탁업체들이 근로자파견 허가를 받지 않고 파견근로자의 역무를 제공하는 것은 위법하다고 판단하며, 피고를 상대로 2018. 9. 4.까지 원고들을 직접 고용할 것을 지시하였다.

바. 그 후 피고는 2018. 10. 1.부터 원고들과 원고들을 직접 무기계약직 돌봄교사로 채용하는 고용계약을 체결하였으나, 1일 근로시간은 5시간으로 정하였다(이하 '이 사건 직접고용계약'이라 한다).

사. 울산광역시교육청 교육공무직 관리 지침(이하 '이 사건 지침'이라 한다)에 따르면, 교육공무직의 근무시간은 휴게시간을 제외하고 1일 8시간, 1주 40시간이다(제7조 제1항). 다만 단시간 교육공무직의 경우, 근무시간 및 휴게시간은 개별 근로계약서에 따르고, 유급휴가와 보수 등은 근로기준법 제18조 제1항(근무시간 비례)을 적용한다(부칙 제2조 제2항).

## 2. 근로자파견관계의 성립 여부(피고의 제1 상고이유)

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 그 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 그 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 그 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436

판결 등 참조).

원심은, 판시와 같은 이유로 원고들이 이 사건 위탁업체들에 고용된 후 그 고용관계를 유지하면서 피고의 사업장에 파견되어 피고의 지휘·명령에 따라 피고를 위한 근로를 제공하였으므로, 원고들과 피고는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로자파견관계에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간 적용 여부(피고의 제2 상고이유)

가. 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 등 참조). 한편, 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 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2호). 따라서 직접고용의무 위반에 따른 손해배상금을 산정하거나 직접고용계약의 내용이 근로조건에 미달하는지 여부를 판단함에 있어서 동종·유사 업무 근로자가 있다면, 위 근로자에게 적용되는 근로조건을 기준으로 삼아야 한다.

나. 원심은, 판시와 같은 이유로 피고의 직접고용의무 불이행으로 인한 임금 상당 손해배상금을 산정함에 있어 피고가 직접 고용한 무기계약직 돌봄교사에게 적용되는 취업규칙에서 정하는 근로조건과 동일한 근로조건(1일 8시간, 1주 40시간)을 적용하여야 하고, 위 근로조건에 미달하는 이 사건 직접고용계약은 위법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유와 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 이 사건 지침은 동종·유사 업무 근로자인 '피고가 직접 고용한 무기계약직 돌봄교사'에게 적용되는 취업규칙이므로, 이 사건 지침에서 정한 근로기준이 원고들에게도 적용되어야 한다. 그런데 이 사건 지침 부칙에서 '단시간 교육공무직'에 대하여는 근무시간을 개별 근로계약서에 따라 달리 정할 수 있다고 규정하고 있으므로, 원고들에게 당연히 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간이 적용된다고 단정하기보다는 원고들을 직접 고용할 경우 '단시간 교육공무직'으로 계약을 체결하였을 가능성도 염두에 두어야 한다.

2) 정부의 돌봄교실 확대정책에 따라 2014년경부터 초등학교 돌봄교실의 경우 오후 돌봄교실, 저녁 돌봄교실, 방과후 학교 연계, 지역사회 돌봄기관 간 연계 등 그 운영방법이 다양화되었고, 그 운영방법에 따라 돌봄교사의 근무시간을 탄력적으로 정할 필요가 있으므로, 돌봄교사의 근무시간을 반드시 1일 8시간, 1주 40시간으로 고정할 필요가 있다고 보기 어렵다.

3) 울산광역시를 포함한 전국의 무기계약직 초등 돌봄교사의 경우, 2018. 4. 30. 기준 1주 40시간 미만의 돌봄교사는 전체 무기계약직 중 약 82%에 이르고, 1주 40시간 이상의 돌봄교사 없이 돌봄교실을 운영하는 시·도도 6개에 이른다. 실제로 원고들의

근로시간도 학기 중 5시간, 방학 중 8시간으로 탄력적으로 정해졌고, 2018. 10. 1. 피고와 직접고용계약을 체결하면서도 1일 근로시간이 5시간으로 정해졌을 뿐이다.

4) 위와 같이 돌봄교사의 근로시간은 돌봄교실의 운영형태와 수요 등에 따라 탄력적으로 정해질 필요가 크다고 보이고, 이에 따라 피고가 재량으로 근로시간을 달리하여 돌봄교사를 채용하는 것도 가능하다고 판단된다. 따라서 설령 원고들에 대한 직접고용 의무를 부담할 당시 피고가 원고들을 직접 고용하였다고 하더라도 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간을 적용하여 근로계약을 체결하였을 것이라고 쉽게 추단하기는 어렵다.

라. 그런데도 원심은, 그 판시와 같은 이유만으로 원고들에게 적용해야 할 근로시간을 1일 8시간, 1주 40시간으로 보아 이를 전제로 손해배상액수를 산정하고 이에 미달하는 이 사건 직접고용계약이 위법하다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 손해배상액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

#### 4. 결론

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            노경필

                  대법관            노태악

주 심 대법관 서경환

대법관 신숙희