

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2020다270947 근로자지위확인등

2020다270954(병합) 근로자지위확인등

원고, 피상고인 망 ○○○의 소송수계인 원고 1 외 11인

원고, 상고인 겸 피상고인

원고 13 외 38인

원고들 소송대리인 법무법인 오월

담당변호사 강상현

피고, 피상고인 겸 상고인

한국도로공사

소송대리인 법무법인(유한) 광장

담당변호사 노재인 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2020. 8. 25. 선고 2017나2055085, 2017나2055092

(병합) 판결

판 결 선 고 2025. 12. 11.

주 문

원심판결의 원고 13, 원고 14, 원고 15, 원고 16, 원고 17, 원고 18, 원고 19, 원고 20, 원고 21, 원고 22, 원고 23, 원고 24, 원고 25, 원고 26, 원고 27, 원고 28, 원고 29, 원고 30, 원고 31, 원고 32, 원고 33, 원고 34, 원고 35, 원고 36, 원고 37, 원고 38, 원고 39, 원고 40, 원고 41, 원고 42, 원고 43, 원고 44, 원고 45, 원고 46, 원고 47, 원고 48, 원고 49, 원고 50, 원고 51 패소 부분 중 퇴직금 상당의 손해배상 청구에 관한 부분과 피고 패소 부분 중 원고 18을 제외한 나머지 원고들의 금전청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고의 원고 18에 대한 상고와 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9에 대한 나머지 상고를 각 기각한다.

이 유

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

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 근로자인 원고들(원고 ○○○, △△△은 소송계속 중 사망하여 그 상속인들이 소송을 수계하였다. 이하 소송수계인들 대신 원고 ○○○, △△△을 포함하여 '원고들'이라 한다)은 피고와 용역계약을 체결하여 고속도로 안전순찰 업무 등을 위탁받은 외주사업체(이하 '이 사건 외주사업체'라 한다)에 소속되어 위 안전순찰 업무를 수행한 근로자들이다.

나. 원고들은 2007. 7. 1.부터 시행된 구 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」(2012.

2. 1. 법률 제11279호로 개정되기 전의 것) 또는 2012. 8. 2.부터 시행된 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정된 것, 이하 위 개정 전후의 법률을 모두 '파견법'이라고 한다) 제6조의2 제1항에 의하여 피고에게 원고들을 직접 고용할 의무가 발생하였음을 전제로 피고를 상대로 고용의 의사표시를 청구하였고(다만, 원고 ○○○, △△△의 각 고용의 의사표시 청구는 취하하였다), 이와 함께 직접고용의무 불이행을 이유로 피고의 취업규칙 등에 의한 ① 기본급, 상여수당(자체성과급, 기관성과급), 위험수당(특수환경근무), 교통보조비, 건설수당, 직무수당, 정근보조비 가산금(이하 통틀어 '기준임금'이라 한다), ② 경로효친비, 위험수당(면허수당), 가족수당, 복지포인트(건강검진비 포함), 출산장려금, 학자금, 기념품비(이하 통틀어 '복리후생비'라 한다), ③ 휴일·야간·연장근로수당 및 연차휴가미사용수당(이하 통틀어 '법정수당'이라 한다. 다만, 연차휴가미사용수당의 경우 원고 18은 제외), ④ 퇴직금(다만, 일부 원고들은 제외) 상당의 금액에서 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 금액을 공제한 차액 상당의 손해배상을 청구하였다. 아울러 원고 17 등 일부 원고들은 직접고용의무가 발생하기 전의 기간에 대하여 피고가 파견법 제21조 제1항에서 정한 차별적 처우 금지의무 위반을 이유로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였다.

다. 원심은 원고들이 피고에게 파견근로를 제공하였고 피고에게 원고들을 직접 고용할 의무가 발생하였다고 판단한 다음, 2019. 1. 1. 피고가 이미 직접 고용한 원고들의 고용의사표시 청구는 기각하고, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9(이하 '원고 3 등'이라 한다)의 고용의사표시 청구를 인용하였다.

라. 나아가 원심은 피고 소속 현장직 안전순찰원이 원고들과 같은 종류의 업무 또는 유사 업무를 수행하였다는 등의 이유로 피고의 '현장직 직원 관리 예규'(2014년경 현장

직을 실무직으로 명칭을 바꾸면서 예규명을 '실무직 직원 관리 예규'로 하고 직종과 관계없이 모든 실무직 직원에게 동일한 기본급표를 적용하는 것으로 내용을 변경하였는데, 변경 전후를 통틀어 '이 사건 예규'라 한다) 및 그 밖의 피고의 취업규칙 중 현장직 안전순찰원에게 적용되는 근로조건(위 변경 전) 또는 이 사건 예규 등에서 정한 실무직의 근로조건(위 변경 후)을 원고들에게 적용하여 원고들의 손해배상 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였다.

마. 이에 원고 3 등과 원고 ○○○, △△△(이하 통틀어 '고용단절 원고들'이라 한다)을 제외한 나머지 원고들 및 피고가 불복하여 상고하였다.

2. 근로자파견관계의 성립 여부(피고의 제1 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로 원고들은 피고로부터 상당한 지휘·명령을 받는 등 피고와 파견법에서 정한 파견근로관계에 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 근로자파견의 판단 기준 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 원고들에게 이 사건 예규 등에 따른 현장직 안전순찰원 또는 실무직의 근로조건이 적용되는지 여부(피고의 제3 상고이유)

가. 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 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자(이하 '같은 종류·유사 업무 근로자'라 한다)가 있는 경우

에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고(제1호), 같은 종류·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2호). 파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 같은 종류·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다. 그러나 사용사업주가 근로자파견 관계를 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 근로조건 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다. 다만 이와 같이 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[대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310(병합) 판결 참조].

나. 원심은 안전순찰 업무의 외주화가 완성되기 전 피고 소속 현장직 안전순찰원이 존재한 2013년 4월까지의 기간에 대하여는 현장직 안전순찰원이 원고들과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하였으므로 이 사건 예규 등에서 정한 현장직 안전순찰원의 근로조건을 적용하여 손해배상액을 산정하여야 한다고 판단하였다. 또한 원심은 외주화가 완성된 이후의 기간에 대하여도 ① 이 사건 예규는 피고가 안전순찰원을 포함한 여러 유사 직종을 현장직으로 분류하여 동일 또는 유사한 내용의 근로조건을

정한 취업규칙인 점, ② 피고는 '현장직'이라는 용어를 '실무직'으로 변경한 후 모든 실무직 근로자에 대한 임금 수준과 체계를 동일하게 변경한 점, ③ 피고는 외주화 진행 과정에서 안전순찰원 중 일부를 현장직 또는 실무직 직원으로 채용하였는데, 만일 피고가 2013년 4월 이전에 고용의무가 발생한 원고들을 직접 고용했다라면 안전순찰 업무의 외주화가 완성된 2013년 4월 후에도 이 사건 예규가 적용되는 피고 소속의 안전순찰원들이 존재하였을 것인 점 등을 근거로 피고가 원고들과 같은 외주사업체 소속 안전순찰원을 직접 고용할 경우 이 사건 예규 등에서 정한 현장직 안전순찰원 또는 실무직의 근로조건을 적용하였을 것이라고 보아 이를 기준으로 손해배상액을 산정해야 한다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 파견법에 따라 직접고용 시 적용되는 근로조건의 내용에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 고용관계가 단절된 원고들에 대한 피고의 직접고용의무 및 고용단절 기간에 대한 손해배상 책임의 존부(피고의 제2 상고이유)

가. 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주의 직접고용의무에 영향을 미치지 않는다. 또한 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 파견근로자가 직접고용되는 것에 대하여 파견법 제6조의2 제2항에서 정한 명시적인 반대의사를 표시하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없다[대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072, 219089(병합), 219096(병합), 219102(병합), 219119(병합), 219126(병

합), 219133(병합) 판결 참조].

나. 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 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다[대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310(병합) 판결 참조].

다. 원심은 판시와 같은 이유로 원고 3 등이 이 사건 외주사업체에서 퇴사한 이후에도 피고가 위 원고들을 직접 고용할 의무가 존재하며, 위 원고들이 이 사건 외주사업체를 퇴사한 것이 피고에게 직접고용되는 것에 대하여 명시적인 반대의사를 표시한 경우라고 볼 수도 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 위 원고들 중 운전면허취소 처분이 예상되어 사직한 원고 5는 퇴사 이후 피고에게 근로를 제공하지 못하였을 사정이 인정되므로 그 기간에 대하여 손해배상을 구할 수 없으나, 나머지 원고들의 경우 피고가 직접고용의무를 이행하였더라도 피고에게 근로를 제공하지 않았을 것이라고 인정하기 부족하다고 보아, 그 나머지 원고들이 이 사건 외주사업체와의 고용관계가 단절된 기간에 대해서는 손해배상의무가 없다는 피고의 주장을 배척하였다.

라. 피고는 앞서 본 법리에 따라 원고 3 등의 퇴사 이후에도 여전히 이들에 대한 직

접고용의무를 부담한다. 그런데 원고 3 등은 이 사건 외주사업체로부터 퇴사하였지만, 퇴사하기 전에 이미 고용의 의사표시를 구하는 소송을 제기함으로써 피고에게 고용되어 근로를 제공하겠다는 의사를 명확히 표시하였는데도 피고가 이를 거부하였던 것이고, 그 중 원고 5를 제외한 나머지 원고들은 피고가 직접고용을 했더라도 위 원고들이 피고에게 근로를 제공하지 않았을 것이라고 볼 만한 사정이 없다. 따라서 위 원고들의 퇴사 이후의 기간은 피고의 직접고용의무 불이행으로 인하여 근로제공을 못한 기간이라고 인정할 수 있으므로 피고는 이 기간에 대해서도 손해배상 책임을 부담한다고 보아야 한다.

마. 원심의 이유 설시에 다소 부적절한 부분이 있으나 피고의 원고 3 등에 대한 직접고용의무 및 고용단절 기간에 대한 손해배상 책임과 관련한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 직접고용의무의 존속 및 직접고용의무 불이행으로 인한 손해의 범위 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 이 사건 예규 등에 따른 손해배상금의 산정 방법에 관하여

가. 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해배상금(피고의 제4 상고이유)

1) 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니한 기간에 대하여 파견근로자가 임금 등 상당의 손해배상을 청구하려면 사용사업주에 대하여 근로를 제공하였음을 증명하거나 근로를 제공하지 못한 것이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것임을 증명하여야 함은 앞서 본 바와 같다.

2) 원심은 그 판시와 같이 임금대장이 없거나(이하 '제6유형 원고들'이라 한다) 이 사건 외주사업체에서 퇴사한 원고들(이하 '제7유형 원고들'이라 한다)에 대하여 4조 3교

대로 근로하였을 경우 발생하는 연장·야간·휴일근로시간 수를 적용하고, 또한 임금대장, 근무실적표에 야간근로시간과 통상임금이 기재되어 있지 않은 원고들(이하 '제8-2유형 원고들'이라 한다)에 대하여는 전·후월의 통상임금을 기준으로 근로시간 수를 추산하여, 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해배상금을 산정하였다.

3) 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 제7유형 원고들과 제8-2유형 원고들에 대한 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 직접고용의무 불이행으로 인한 손해액 산정 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4) 그러나 원심판결 이유 및 기록에 따르더라도, 제6유형 원고들은 손해배상 청구기간 중 일부 기간에 대하여는 이 사건 외주사업체 소속으로 근로를 제공하였음을 증명하는 자료(임금대장, 급여이체 내역 등)를 제출하지 않았고, 제출되지 않은 기간이 수개월에 달하는 원고들도 있다. 이러한 자료를 제출하지 않은 기간은 해당 원고들이 근로를 제공하였다고 인정할 수 없으므로 원심으로서도 그 기간에 대하여 해당 원고들의 근로제공 사실이 인정되는지, 그렇지 않다면 원고들이 근로를 제공하지 못한 것이 피고의 직접고용의무 불이행으로 인한 것인지를 살펴 위 기간에 대한 원고들의 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해배상 청구를 인용할 것인지를 판단하였어야 한다.

5) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 제6유형 원고들의 이 부분 손해배상 청구를 인용하였다. 이러한 원심의 판단에는 직접고용의무 불이행으로 인한 손해액 산정 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상금(피고의 제5 상고이유)

1) 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일

부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다[대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031(병합), 239048(병합), 239055(병합), 239062(병합) 판결 등 참조]. 위 기간 중 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구하는 파견근로자는 손해배상의 일반원칙에 따라 손해를 증명할 책임을 부담하므로 발생한 연차휴가일수에서 사용한 연차휴가일수를 공제한 보상 대상이 되는 연차휴가일수를 증명하여야 한다. 이때 사용한 연차휴가일수는 청구기간 중 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하며 실제 사용한 연차휴가일수가 있다면 이에 따르고, 이를 확인할 수 없거나 청구기간 중 사용사업주에게 근로제공이 이루어지지 않은 경우에는 청구기간 전에 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하여 사용한 연차휴가일수, 해당 파견근로자와 같은 종류·유사 업무를 수행하는 사용사업주의 근로자들이 청구기간 중 사용한 연차휴가일수 또는 그 밖의 적당한 간접사실로 증명하면 충분하다. 다만 사용사업주의 사업장에서 근로기준법 제61조에 따른 연차휴가사용 촉진제도가 실시되고 있고, 관련 근거규정의 내용, 대상이 되는 근로자의 범위, 시행 실태 등을 비롯한 여러 사정을 고려할 때, 파견근로자가 직접고용되었을 경우 위 제도에 따라 사용사업주로부터 사용촉진을 받았을 것과 그럼에도 자발적으로 휴가를 사용하지 않았을 것임이 분명히 인정되는 경우에는 파견근로자는 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구할 수 없다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결 참조).

2) 원심은, 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구하는 원고들(원고 18을 제외한 나머지 원고들이 이에 해당한다. 이하 나.항에서 '원고들'이라 한다)이 이 사건 외주사업체에서 연차휴가를 실제 사용하였다는 점에 대한 증명책임이 피고에게 있다는 전

제하에 피고가 원고들의 사용일수를 증명하지 못한 점, 피고가 그 소속 현장직(실무직) 직원들에 대하여 근로기준법 제61조에서 정한 연차휴가 사용촉진 조치를 취한 사실은 인정되나 원고들에 대하여 그러한 조치를 취하지 않아 원고들이 자발적인 의사로 휴가를 사용할지 여부를 결정할 수 없었으므로 연차휴가 사용촉진에 따른 보상의무 면제가 원고들에 대하여는 적용될 수 없는 점 등을 근거로 들어 연차휴가 발생일수에 해당하는 연차휴가미사용수당 상당액을 그대로 손해로 인정하였다.

3) 앞서 본 법리에 따르면 연차휴가미사용수당 상당 손해액 산정 시 미사용 연차휴가일수는 원칙적으로 원고들이 증명하여야 하지만, 원심판결 이유와 기록에 따르면, 피고의 '직원보수 및 복리후생규정 시행세칙' 제17조 제2항은 연차휴가미사용수당을 일단 발생한 연차휴가일수대로 전액 지급한다는 전제하에 피고가 소속 직원의 연차휴가 사용일수를 증명하여 그 사용일수에 해당하는 금액을 공제한다는 취지로 정하고 있음을 알 수 있으므로, 원심이 피고가 연차휴가 사용일수를 증명하지 못하는 한 발생일수에 해당하는 연차휴가미사용수당을 손해로 인정해야 한다고 판단한 것은 결과적으로 정당하다.

4) 그러나 피고가 그 소속 직원들에 대하여 연차휴가사용 촉진제도를 시행한 기간의 경우에는 만일 원고들이 직접 고용되었을 경우 위 제도에 따라 피고로부터 사용촉진을 받았을 것이라고 분명히 인정된다면 미사용 연차휴가가 있더라도 원고들은 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서 이 사건 예규 등에서 정한 현장직 안전순찰원 또는 실무직의 근로조건을 적용하는 것이 타당하다고 본 원심으로서, 피고의 사업장에서 위 현장직 안전순찰원 또는 실무직에게 연차휴가사용 촉진제도가 실제로 시행되었는지 여부, 시행 기간 및 위 근로자들이 연차휴가 사용촉진을 받았는

지, 위 근로자들이 자발적으로 휴가를 사용하지 않았는지를 비롯한 그 시행 실태 등을 살펴봄으로써 원고들이 피고에 직접 고용되었다면 피고로부터 사용촉진을 받았을 것과 그럼에도 자발적으로 휴가를 사용하지 않았을 것임이 분명한지를 심리하여 그에 따라 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정하였어야 한다.

5) 그런데도 그 판시와 같은 이유만으로 원고들의 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정한 원심의 판단에는, 직접고용의무 불이행으로 인한 손해액의 산정 및 연차휴가사용촉진의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 퇴직금 상당의 손해배상금(원고들의 상고이유)

1) 원심은 피고가 2019. 1. 1. 직접 고용한 원고들(고용단절 원고들을 제외한 나머지 원고들이 이에 해당한다. 이하 다.항에서 '원고들'이라 한다)의 퇴직금 상당의 손해배상 청구에 대하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계가 종료하지 않아 퇴직금 청구권의 발생 요건이 충족되지 않은 이상 원고들이 퇴직금 상당의 손해를 입었다고 볼 수 없다고 판단하여 이 부분 청구를 기각하였다.

2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 받아들이기 어렵다.

가) 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

(1) 피고의 사측 위원, 노측 위원, 전문가 위원은 2018. 11. 27. '안전순찰 용역부분 정규직 전환 합의'(이하 '이 사건 합의'라 한다)를 하였는데, 그 내용은 2017. 7. 20. 당시 재직자로서 2019. 1. 1.에 재직 중인 외주사업체 소속 안전순찰원을 2019. 1. 1.자로 피고의 정규직으로 전환하되, 전환 이전 외주사업체 근무경력은 기본적으로 매 2년에 1호봉씩을 인정하고, 2019. 1. 1. 이후의 기간에 대한 임금 등 근로조건에 관하여

일체의 소송 등 이의제기를 하지 않는다는 것이다.

(2) 피고는 이 사건 합의에 따라 2019. 1. 1. 자로 원고들을 포함하여 위 요건을 충족한 안전순찰원을 직접 고용하였다(이하 '이 사건 채용'이라 한다).

(3) 이후 피고는 위 채용자들에게 부여할 연차유급휴가 일수를 산정할 때 직접고용 의무 발생일부터 2018. 12. 31.까지의 기간은 계속근로연수에 포함시키지 않았다.

(4) 이 사건 채용에 대하여 피고는 직접고용의무의 이행이 아닌 신규채용이라고 주장하고 원고들도 이를 부정하지 않고 있으며, 신규채용임을 전제로 한 근로조건에 관해서 원고들이 이의를 하였다는 사정은 기록상 발견되지 않는다.

나) 이와 같은 사실관계에 따르면, 피고는 2019. 1. 1. 이 사건 채용으로 원고들을 신규로 채용하고, 원고들은 파견법에 따른 직접고용청구권을 장래를 향해 포기하며 이 사건 채용에 응한 것으로 볼 여지가 있다. 만일 사정이 그렇다면 '파견법상 직접고용의무 발생일부터 이 사건 채용이 있기 전까지의 기간'은 특별한 사정이 없는 한 원고들이 장래에 피고로부터 퇴직하여 퇴직금을 산정할 경우 계속근로기간에 포함될 수 없으므로, 위 기간에 대한 퇴직금 상당액은 원고들의 직접고용청구권의 포기 및 이 사건 채용에 의하여 손해로 확정된다고 보아야 한다.

다) 따라서 원심으로서는 이 사건 채용 시 원고들이 파견법에 따른 직접고용청구권을 장래를 향해 포기하고 2019. 1. 1.부터는 피고와 근로관계를 새롭게 설정한 것인지 등을 심리하여 만일 그러한 사정이 인정된다면 직접고용의무 발생일부터 2018. 12. 31.까지를 계속근로기간으로 하는 퇴직금 상당액을 원고들의 손해로 인정하였어야 한다. 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 원고들의 퇴직금 상당 손해배상 청구를 모두 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 직접고용청구권의 포기, 직접고용의무 불이행으로

인한 퇴직금 상당의 손해배상 청구권의 발생 요건 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 소멸시효 완성 여부(피고 제6 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로 원고들이 2019. 6. 7. 확장한 청구취지 부분의 소멸시효가 완성되지 않았다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 소멸시효가 완성되지 않았다는 원심의 결론을 받아들일 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 소멸시효 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

6. 외주사업체로부터 지급받은 법정수당 상당액의 공제 방법에 관하여(피고의 제7 상고이유)

가. 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[대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 2019다223310(병합) 판결 참조].

나. 원심은, 원고 ○○○, 원고 3, 원고 6, 원고 7, 원고 9를 제외한 나머지 원고들(이

하 제6항에서 '원고들'이라 한다)이 법정수당 상당의 손해배상을 청구하지 아니한 2014년 6월부터 2015년 12월까지의 기간에 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 법정수당도 피고의 직접고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정되는 이익이므로 원고들의 손해액에서 원칙적으로 공제되어야 한다고 판단하였다. 그런 다음 원심은, 원고들이 일부 청구하는 위 기간의 기준임금 등 상당의 손해액에서 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 법정수당 상당액을 이익으로 공제함에 있어서는 같은 기간에 피고로부터 지급받아야 할 법정수당 상당액까지 더한 원고들의 전체 손해를 기준으로 손익공제를 한 결과 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용하고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것이 당사자의 통상적인 의사에 부합하고 공평의 관념에 비추어 타당하다고 보았다. 이에 따라 원심은, 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 법정수당의 액수가 피고로부터 지급받아야 할 법정수당 관련 손해배상액을 초과하는 원고 33 등 일부 원고들의 2014년 6월부터 2014년 12월까지의 기간에 대해서는 그 법정수당 차액을 공제하여 손해액을 산정하고, 위 원고들의 2015년 1월부터 12월까지의 기간 및 원고 33 등을 제외한 나머지 원고들에 대해서는 피고로부터 지급받아야 할 법정수당 관련 손해배상액이 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 법정수당의 액수를 초과한다는 이유로 그 법정수당 상당액에 관한 피고의 손익공제 주장을 배척하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 손익상계의 대상과 일부 청구에 있어 공제 범위 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

7. 파기의 범위

원심판결 중 ① 고용단절 원고들을 제외한 나머지 원고들의 퇴직금 상당의 손해배상 청구를 배척한 부분, ② 제6유형 원고들의 일부 기간에 대한 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해를 인정한 부분, ③ 원고 18을 제외한 나머지 원고들의 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정한 부분에는 앞서 본 파기사유가 있다. 그런데 원심판결의 피고 패소 부분 중 원고 18을 제외한 나머지 원고들의 금전청구에 대해서는 그 인용액을 전체적으로 다시 산정할 필요가 있다.

따라서 원심판결의 원고 13, 원고 14, 원고 15, 원고 16, 원고 17, 원고 18, 원고 19, 원고 20, 원고 21, 원고 22, 원고 23, 원고 24, 원고 25, 원고 26, 원고 27, 원고 28, 원고 29, 원고 30, 원고 31, 원고 32, 원고 33, 원고 34, 원고 35, 원고 36, 원고 37, 원고 38, 원고 39, 원고 40, 원고 41, 원고 42, 원고 43, 원고 44, 원고 45, 원고 46, 원고 47, 원고 48, 원고 49, 원고 50, 원고 51 패소 부분 중 퇴직금 상당의 손해배상 청구에 관한 부분과 피고 패소 부분 중 원고 18을 제외한 나머지 원고들의 금전청구에 관한 부분을 파기하기로 한다.

8. 결론

원심판결 중 위 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고의 원고 18에 대한 상고와 원고 3 등에 대한 나머지 상고는 각 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 신숙희

주 심 대법관 서경환

대법관 마용주