

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021다245528 근로자지위확인등  
2021다245535(병합) 근로자지위확인 등

원고, 상고인 겸 피상고인

원고 1 외 90명(별지 원고 명단과 같음)

원고들 소송대리인 법무법인 오월

담당변호사 강상현

원고 77의 소송대리인 법무법인 정언

담당변호사 심찬섭 외 4인

피고, 피상고인 겸 상고인

한국도로공사

소송대리인 변호사 하홍영 외 3인

원 심 판 결 대구고등법원 2021. 5. 26. 선고 2017나21269, 2017나21276(병합)

판결

판 결 선 고 2025. 3. 27.

주 문

원심판결 중 금전청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대구고등법원에 환송한다.

원고 1, 원고 2, 원고 28, 원고 29, 원고 53, 원고 63, 원고 66, 원고 76을 제외한 나머지 원고들 및 피고의 각 나머지 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유(제출기간이 지난 상고이유보충서는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 원고들은 피고와 용역계약을 체결하여 고속도로 안전순찰 업무 등을 위탁받은 외주사업체(이하 '이 사건 외주사업체'라 한다)에 소속되어 위 안전순찰 업무를 수행한 근로자이다.

나. 원고들은 2007. 7. 1.부터 시행된 구 「파견근로자 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 따라 피고에게 원고들을 직접 고용할 의무가 발생하였음을 전제로, 피고를 상대로 고용의 의사표시 청구와 함께 직접 고용의무 불이행을 이유로 피고의 취업규칙 등에 따른 ① 기본급, 상여금(자체성과급, 기관성과급), 위험수당(특수환경근무), 업무수당(면허수당), 교통보조비, 건설수당, 직무수당, 정근보조비 가산금, 기술수당, ② 경로효친비, 가족수당, 복지포인트(건강검진비 포함), 출산장려금, 학자금, 기념품비, ③ 휴일·야간·연장근로수당 및 연차휴가미사용

수당(원심은 연차휴가수당이라 하였으나 이하에서는 보다 더 정확한 '연차휴가미사용수당'이라는 표현을 사용하기로 한다), ④ 퇴직금(다만, 일부 원고들은 제외) 상당의 금액에서 이 사건 외주사업체로부터 지급받은 금액을 공제한 차액 상당의 손해배상을 청구하였다. 아울러 원고 8 등 일부 원고들은 직접고용의무가 발생하기 전의 기간에 대하여 피고가 파견법 제21조 제1항에서 정한 차별적 처우의 금지 의무 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 원고들에 대한 고용의 의사표시 청구 부분은 이를 기각하고, 나머지 원고들에 대한 고용의 의사표시 청구 부분은 인용하였다.

라. 나아가 원심은 피고 소속 현장직 안전순찰원이 원고들과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하였다는 사실을 들어 피고의 '현장직 직원 관리 예규'(2014년 무렵 현장직을 실무직으로 명칭을 바꾸면서 예규명을 '실무직 직원 관리 예규'로 하고 직종과 관계없이 모든 실무직 직원에게 동일한 기본급표를 적용하는 것으로 내용을 변경하였는데, 변경 전후를 구분하지 않고 모두 '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 인용하였다.

2. 2019. 1. 1. 피고가 직접 고용한 원고들에 대한 고용의 의사표시 청구에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고가 2019. 1. 1. 이미 직접 고용한 원고들(뒤에서 다시 보겠지만, 피고는 이 사건 외주사업체에 계속 재직한 근로자들 중에서 직접 고용

하였으므로 이 사건 외주사업체와 고용관계가 단절된 원고 1, 원고 2, 원고 28, 원고 29, 원고 53, 원고 63, 원고 66, 원고 76을 제외한 나머지 원고들이 이에 해당한다)에 대한 고용의 의사표시 청구를 기각하였다. 위 원고들이 제출한 상고장과 상고이유서에는 이 부분에 대한 상고이유의 기재가 없다.

### 3. 근로자파견관계의 성립 여부(피고의 제1, 2 상고이유)

원심은 그 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 법리오해와 채증법칙 위반 및 심리미진 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 4. 원고들에게 이 사건 예규 등에 따른 현장직 안전순찰원 또는 실무직의 근로조건이 적용되는지 여부(피고의 제4-1 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 경우에는 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の内容 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 판결 참조).

나. 원심은 안전순찰 업무의 외주화가 완성되기 전 피고 소속 현장직 안전순찰원이 존재한 기간(2013년 3월 또는 같은 해 4월 무렵까지)에 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 상시·지속적인 현장직 업무를 담당하는 기간의 정함이 없는 피고의 근로자에 대하여 통일된 기준의 근로조건을 적용하기 위하여 마련된 취업규칙인 점, ② 현장직(실무직) 직군 근로자들의 고용형태, 근로의 내용, 근무환경, 임금 수준, 임금체계가 유사한 점, ③ 피고가 2014. 1. 1.부터는 실무직 직군 근로자들의 임금 수준과 체계를 직종 구별 없이 동일하게 변경한 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 상고 이유 주장과 같이 파견법에 따라 직접 고용할 때 적용되는 근로조건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미치거나 이유가 모순되는 등의 잘못이 없다.

5. 직접고용의무 발생 이후 사용사업주가 직접 고용을 하지 않고 있던 기간 중 외주 사업체와의 고용관계가 단절된 원고들에 관하여

가. 고용관계가 단절된 원고들에 대한 피고의 직접고용의무 및 고용단절 기간에 대한 손해배상 책임의 존부(피고의 제3 상고이유)

1) 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주의 직접고용의무에 영향을 미치지 않는다. 또한 파견근로자가 파견사업주와의 근로 관계를 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 등 판결 참조).

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

3) 원심은 그 판시와 같은 이유로 원고 1, 원고 2, 원고 28, 원고 29, 원고 53, 원고 63, 원고 66, 원고 76(이하 '고용단절 원고들'이라 한다)이 이 사건 외주사업체에서 해고되거나 사직한 이후에도 피고가 위 원고들을 직접 고용할 의무가 존재하며, 위 원고들 중 일부가 이 사건 외주사업체를 사직한 것이 피고에게 직접고용되는 것에 대하여 명시적인 반대의사를 표시한 경우라고 볼 수도 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 피고는 여전히 고용단절 원고들에 대하여 직접고용의무를 부담하므로 그 불이행에 따른 손해를 배상할 의무가 있고 제출된 증거만으로는 피고가 직접고용의무를 이행하였더라도 고용단절 원고들이 피고에게 근로를 제공하지 않았을 것이라고 인정하기 부족하다고 판단하여, 이 사건 외주사업체와의 고용관계가 단절된 기간에 대해서는 손해배상 의무가 없다는 피고의 주장을 배척하였다.

4) 피고는 앞서 본 법리에 따라 고용단절 원고들의 해고나 사직 이후에도 여전히 이들에 대한 직접고용의무를 부담한다. 그런데 그중 ① 원고 29, 원고 76은 이 사건 외주사업체에서 해고되는 등 본인의 의사와 무관하게 더 이상 근로를 제공하지 못한 것이고, 피고가 제때 이들을 직접 고용하였다면 위와 같은 사유로 근로제공이 중단되지 않았을 것으로 보이며, 피고가 직접고용을 했더라도 위 원고들이 피고에게 근로

를 제공하지 않았을 것이라고 볼 만한 사정을 찾을 수 없다. ② 원고 1, 원고 2, 원고 28, 원고 53, 원고 63, 원고 66은 비록 스스로의 의사로 이 사건 외주사업체로부터 사직하였지만, 사직하기 전에 이미 고용의 의사표시를 구하는 소송을 제기함으로써 피고에게 고용되어 근로를 제공하겠다는 의사를 명확히 표시하였는데도 피고가 이를 거부하였던 것이고, 달리 피고가 직접고용을 했더라도 위 원고들이 피고에게 근로를 제공하지 않았을 것이라고 볼 만한 사정이 없다. 따라서 고용단절 원고들의 해고 또는 사직 이후의 기간은 피고의 직접고용의무 불이행으로 인하여 근로제공을 못한 기간이라고 인정할 수 있으므로 피고는 이 기간에 대해서도 손해배상 책임을 부담한다고 보아야 한다.

5) 원심의 이유 설시에 다소 충분하지 못한 부분이 있으나, 고용단절 원고들에 대한 피고의 직접고용의무 및 고용단절 기간에 대한 피고의 손해배상 책임을 인정한 원심의 결론은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 직접고용의무의 존속 및 직접고용의무 불이행으로 인한 손해의 범위에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 나. 고용단절 기간에 대한 손해배상 책임의 제한 여부(원고들의 제2 상고이유)

1) 채무자가 채권자에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상 책임을 지는 경우, 채권자에게 과실이 있거나 손해부담의 공평을 기하기 위한 필요가 있는 때에는 채무자의 책임을 제한할 수 있고 그 책임제한에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 사실심의 전권사항이나, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하여서는 아니 된다는 것은 대법원의 확립된 입장이다.

2) 원심은 고용단절 원고들이 이 사건 외주사업체에서 해고되거나 사직함으로써 인하여 이 사건 외주사업체가 위 원고들을 대체할 근로자를 채용하여 피고에게 근로를



제공하게 하였고, 그 결과 피고는 위 원고들에 대해서 뿐만 아니라 이들을 대체하는 근로자들에 대해서도 직접고용의무 불이행으로 인한 손해배상 책임을 부담하게 되어 그 손해가 확대되었기 때문에 손해의 공평한 분담을 위하여 피고의 책임을 80%로 제한해야 한다고 판단하였다.

3) 그러나 원심판결 이유 및 기록에 따르더라도, 피고가 대체 근로자에 대한 손해배상 책임을 추가로 부담하게 된 것은 고용단절 원고들이 해고되거나 사직한 자리를 적법한 방법으로 충원하지 않고 계속하여 파견법을 위반하여 파견근로자를 사용하였기 때문이고, 위 원고들이 해고되거나 사직하였다는 사정만으로는 피고가 위와 같은 위법한 충원 방법을 선택하는 데에 위 원고들이 기여하였다고 볼 수 없다. 따라서 대체 근로자에 대하여 피고가 손해배상 책임을 부담하게 된다는 사실이 피고가 고용단절 원고들에 대하여 부담하는 손해배상 책임을 제한할 사유가 된다고 보기 어렵고, 이를 사유로 책임을 제한한 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다.

4) 그럼에도 그 판시와 같은 이유로 피고의 책임을 제한한 원심의 판단에는 손해배상 책임의 제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

## 6. 이 사건 예규 등에 따른 손해배상금의 산정에 관하여

### 가. 복지포인트 상당의 손해배상금(피고의 제4-4 상고이유)

원심은 그 판시와 같은 이유로 원고들이 복지포인트 상당의 손해배상금을 청구할 수 있다고 판단한 다음, 원고들이 청구하는 금액에서 원고들이 이 사건 외주사업체로부터 건강검진비용으로 지급받은 연 50,000원을 공제한 나머지 금액을 인용하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 복지포인트의 성격, 차별적 처우 금지의무 위반 및 직접고용의무 불

이행으로 인한 손해배상의 범위 등에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해배상금(피고의 제4-2 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 해고되거나 사직한 원고들(이하 '제7유형 원고들'이라 한다)에 대하여, 4조 3교대로 근로하였을 경우 발생하는 연장·야간·휴일근로시간 수를 적용하여 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해배상금을 산정하였다.

3) 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 제7유형 원고들에 대한 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 청구 기간 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 손해배상청구를 인용할 것인지를 판단하였어야 한다.

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

#### 다. 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상금(피고의 제4-3 상고이유)

1) 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결 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 사용촉

진을 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, 피고의 '직원보수 및 복리후생규정 시행세칙' 제17조 제2항은 연차휴가미사용수당을 일단 발생한 연차휴가일수대로 전액 지급한다는 전제 하에 피고가 소속 직원의 연차휴가 사용일수를 증명하여 그 사용일수에 해당하는 금액을 공제한다는 취지로 해석되는데 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 손해 산정 시 미사용 연차휴가일수는 원칙적으로 원고들이 증명하여야 하지만, 원심이 '직원보수 및 복리후생규정 시행세칙'에 별도 규정이 있음을 이유로 피고가 사용일수를 증명하지 못하는 한 발생일수에 해당하는 연차휴가미사용수당을 손해로 인정해야 한다고 판단한 것은 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 원심으

로서는, 피고의 사업장에서 위 현장직 안전순찰원 또는 실무직에게 연차휴가사용 촉진 제도가 실제로 시행되었는지 여부, 시행 기간 및 위 근로자들이 연차휴가 사용촉진을 받았는지, 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. 그런데도 그 판시와 같은 이유만으로 원고들의 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정한 원심의 판단에는, 직접고용의무 불이행으로 인한 손해의 산정 및 연차휴가사용촉진의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 퇴직금 상당의 손해배상금(원고들의 제3 상고이유)

1) 원심은 피고가 2019. 1. 1. 직접 고용한 원고들(고용단절 원고들 외에 나머지 원고들이 이에 해당한다. 이하 '나머지 원고들'이라 한다)의 퇴직금 상당의 손해배상 청구에 대하여, 나머지 원고들과 피고 사이의 근로관계가 종료하지 않아 퇴직금 청구권의 발생 요건이 충족되지 않은 이상 나머지 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 나머지 원고들을 포함하여 위 요건을 충족한 안전순찰원을 직접 고용하였다(이하 '이 사건 채용'이라 한다).

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

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

나) 이와 같은 사실관계에 비추어 보면, 피고는 2019. 1. 1. 이 사건 채용으로 나머지 원고들을 신규로 채용하고, 나머지 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 나머지 원고들이 장래에 피고로부터 퇴직하여 퇴직금을 산정할 경우 계속근로기간에 포함될 수 없으므로, 위 기간에 대한 퇴직금 상당액은 나머지 원고들의 직접고용청구권의 포기 및 이 사건 채용에 의하여 손해로 확정된다고 보아야 한다.

다) 따라서 원심으로서는 이 사건 채용 시 나머지 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 나머지 원고들의 손해로 인정하였어야 한다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 나머지 원고들의 퇴

직금 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.

마. 소멸시효 완성 여부(피고의 제4-6 상고이유)

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

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 원고들의 위 손해배상 청구를 근로기준법 제19조에 따른 손해배상 청구로 판단한 것은 옳지 않으나, 소멸시효가 완성되지 않았다는 원심의 결론은 받아들일 수 있고, 상고이유 주장과 같이 소멸시효 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

7. 통상임금 소송을 통해 외주사업체로부터 받은 돈의 공제에 관하여(피고의 제4-5 상고이유)

원심은 원고 16 등이 이 사건 외주사업체를 상대로 통상임금 소송을 제기하여 지급 받은 임금과 합의금을 위 원고들의 청구액에서 공제하였다. 그런데 피고는 그에 더하여 원심이 위 임금과 합의금 중 일부를 실제로 공제하지 않았다고 주장하나, 그 부분을 특정하지 못하고 있고, 원심판결 이유와 기록을 살펴봐도 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하는 등의 잘못을 찾아볼 수 없다.

8. 「소송촉진 등에 관한 특례법」의 법정이율 적용에 관하여(원고들의 제1 상고이유)

가. 2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되어 2019. 6. 1.부터 시행되는 「소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정」은 "「소송촉진 등에

관한 특례법」(이하 '소송촉진법'이라 한다) 제3조 제1항 본문에서 대통령령으로 정하는 이율이란 연 100분의 12를 말한다."라고 규정(이하 '이 사건 개정규정'이라 한다)함으로써 종전의 법정이율이었던 연 15%를 연 12%로 개정하였다. 부칙 제2조 제1항에서는 "이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결된 사건에 대한 법정이율은 이 영의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다."라고 규정하고, 제2항에서는 "이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결되지 아니한 사건에 대한 법정이율은 2019년 5월 31일까지 발생한 분에 대해서는 종전의 규정에 따르고, 2019년 6월 1일 이후 발생하는 분에 대해서는 이 영의 개정규정에 따른다."라고 규정한다. 이러한 규정에 비추어 볼 때, 해당 사건에서 제1심의 변론이 종결된 후 이 사건 개정규정이 시행되었을 경우, 항소심에서 인용되는 청구 부분 중 제1심에서 이미 심리하여 판단된 바 있는 청구 부분은 '제1심의 변론이 종결된 사건'에 해당하므로 소송촉진법상 법정이율에 관하여 종전의 규정을 적용해야 하지만, 항소심에서 비로소 청구취지가 확장됨에 따라 새롭게 인용된 청구 부분은 '제1심의 변론이 종결된 사건'이라고 볼 수 없으므로 소송촉진법상 법정이율에 관하여 이 사건 개정규정을 적용하여야 한다(대법원 2025. 2. 13. 선고 2021다245542 판결 참조).

나. 이 사건 제1심 변론은 이 사건 개정규정이 2019. 6. 1. 시행되기 전인 2016. 12. 16.에 종결되었다. 원고들은 항소심 계속 중인 2021. 1. 6. 최종적으로 청구취지를 확장하였다. 그렇다면 제1심에서 심리·판단하여 인용된 청구 부분은 종전 규정에서 정한 소송촉진법상 법정이율인 연 15%가, 항소심에서 확장됨에 따라 새롭게 심리·판단된 부분은 이 사건 개정규정에서 정한 소송촉진법상 법정이율인 연 12%가 적용되어야 한다. 그럼에도 원심은 원고들의 청구를 인용하는 금액에 대하여 제1심에서 변론이



종결된 청구 부분인지 여부와 관계없이 원심판결 선고일 다음 날부터 이 사건 개정규정에서 정한 연 12%의 법정이율을 적용하였다. 이러한 원심의 판단에는 소송촉진법상 법정이율 적용에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 9. 파기의 범위

원심판결 중 ① 고용단절 원고들에 대한 피고의 책임을 제한한 부분, ② 나머지 원고들의 퇴직금 상당의 손해배상 청구를 배척한 부분, ③ 제6유형 원고들의 일부 기간에 대한 연장·야간·휴일근로수당 상당의 손해를 인정한 부분, ④ 원고들의 연차휴가 미사용수당 상당의 손해를 인정한 부분과 ⑤ 지연손해금 부분에는 앞서 본 바와 같은 파기사유가 있다. 따라서 원고들에 대한 인용액을 전체적으로 다시 산정할 필요가 있으므로, 원심판결 중 금전청구에 관한 부분을 모두 파기하기로 한다.

### 10. 결론

원심판결 중 금전청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송한다. 고용단절 원고들을 제외한 나머지 원고들 및 피고의 각 나머지 상고는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            신숙희

주    심            대법관            노태악

대법관 서경환

대법관 노경필

(별지 원고 명단 생략)