

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2021다229588 근로에 관한 소송
원고, 피상고인	원고 1 외 1인 소송대리인 법무법인 중심 담당변호사 류재율
피고, 상고인	주식회사 삼표시멘트 소송대리인 법무법인(유한) 동헌 담당변호사 송영철 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2021. 4. 9. 선고 (춘천)2020나1078 판결
판 결 선 고	2023. 4. 27.

주 문

원심판결 중 원고 1의 근로자지위확인청구 부분을 파기하고, 이 부분 제1심판결을 취소하며, 이 부분 소를 각하한다.

피고의 원고 2에 대한 상고와 원고 1에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

원고 1과 피고 사이에 생긴 소송총비용 및 원고 2와 피고 사이에 생긴 상고비용은 모두 피고가 부담한다.

## 이 유

### 1. 사안의 개요

#### 가. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 피고는 시멘트 제조업 등을 영위하는 법인으로, 삼척시 소재 46, 49, 55광구로부터 채광된 석회석과 고령토를 45광구에서 분쇄한 뒤 피고의 삼척공장에서 시멘트로 제조하여 판매하는 사업을 하고 있다.

2) ○○ 주식회사(이하 '○○'이라고 한다)는 피고와의 도급계약에 따라 45, 46, 55광구에서 채광과 운반업무 등을 수행하였다.

3) 원고 1은 2000. 5. 26. ○○에 입사하여 피고의 사업장 중 45광구, 55광구, 49광구에서의 근무를 거쳐 46광구에서 석회석 공정의 소장으로 인원관리 및 피고와의 생산협의, 작업배치 업무를 담당하여 오다가, 2015. 3. 31. 퇴직하였다.

4) 원고 2는 2001. 3. 6. ○○에 입사하여 피고의 사업장 중 45광구 등에서 근무하다가 2015. 2. 28. 퇴직하였다.

5) 피고는 2013. 10. 17. 서울중앙지방법원 2013회합195호로 회생절차개시결정을 받았고, 2014. 3. 18. 회생계획인가결정을 받았으며, 이후 위 회생절차는 2015. 3. 6. 종결되었다.

#### 나. 원고들의 청구내용

원고들은 피고와 파견근로관계가 성립하였으므로 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라고 한다) 제6조 제3항 본문에 따라 원고들은 피고에 파견되고 2년이 경과한 다음날에(원고 1은

2002. 5. 26., 원고 2는 2003. 3. 6.) 각 피고에게 고용간주되었다고 주장하면서 아래와 같은 청구를 하였다.

1) 원고 1

근로자 지위의 확인 청구 및 피고가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 피고의 근로자에 비하여 적은 임금을 지급하는 등 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2019. 4. 30. 법률 제16413호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 파견법'이라고 한다) 제21조 제1항을 위반하는 불법행위를 하였음을 이유로 한 2013년 10월부터 2015년 3월까지의 임금 차액 상당의 손해배상청구

2) 원고 2

주위적으로, 피고가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 피고의 근로자에 비하여 적은 임금을 지급하는 등 개정 파견법 제21조 제1항을 위반하는 불법행위를 하였음을 이유로 한 2013년 10월부터 2015년 2월까지의 임금 및 퇴직금 차액 상당의 손해배상청구

예비적으로, 피고에게 고용간주된 근로자로서 원고 2와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 담당하는 피고의 근로자가 피고로부터 수령하는 퇴직금과 원고 2가 실제로 받은 퇴직금의 차액 청구

다. 원심의 판단

원심은 원고들의 손해배상청구권이 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 '채무자회생법'이라고 한다) 제118조 제3호의 회생채권에 해당하여 실권되었으므로 권리보호이익이 없다는 피고의 본안전항변을 배척하고, 위 손해배상청구권이 채무자회생법 제179조 제1항 제5호의 공익채권에 해당한다고 판단하였다.

나아가 원고들과 피고 사이의 파견근로관계 성립을 인정한 다음 원고 1의 고용간주로 인한 근로자 지위 확인 청구를 인용하고, 피고는 ○○ 소속 파견근로자의 임금 결정에 직접적인 영향력을 행사하여 원고들이 피고의 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 함으로써 개정 파견법 제21조 제1항 위반의 차별행위를 하였다고 보아 원고 1의 손해배상청구 및 원고 2의 주위적 손해배상청구를 인용하였다.

## 2. 원고 1의 근로자지위확인청구 부분에 관한 직권판단

확인의 소에서 '확인의 이익'이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 이를 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정된다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다1264 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2016다40439 판결 등 참조).

기록에 의하면, 2016년 이후 피고의 취업규칙 등에서 정한 정년은 만 60세가 되는 해의 말일인 사실을 알 수 있다. 이에 의하면 이 사건 상고심 계속 중 2022. 12. 31. 원고 1의 정년이 도래하였음이 명백하다. 그렇다면 원고 1의 주장에 따르면 위 원고가 더 이상 피고에 대하여 근로자지위에 있다는 확인을 구하는 것이 위 원고의 현존하는 권리 또는 법률상 지위에 대한 불안·위험을 제거하기 위한 가장 유효적절한 수단이라고 볼 수 없다.

따라서 원고 1의 근로자지위확인청구 부분의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하게 되었고, 이 점에서 본안에 관하여 심리·판단한 원심판결을 그대로 유지할 수 없다. 이 부분 원심판결은 파기되어야 한다.

## 3. 상고이유에 관한 판단

가. 차별금지의무 위반으로 인한 손해배상청구권의 회생절차상 취급(제1, 2, 6 상고

이유)

1) 관련 법리

가) 사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 개정 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결 참조). 구 파견법에 따라 고용간주된 파견근로자들의 경우에도 현실적으로 파견근로자의 지위에서 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 한 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 보아야 하므로 위와 같은 법리가 적용된다.

이때 합리적인 이유가 없는 경우라 함은, 파견근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 정도, 불리한 처우가 발생한 이유를 기준으로 파견근로자의 업무의 내용과 범위·권한·책임 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

나) 파견근로자에 대한 차별적 처우를 하여 온 사용사업주에 대하여 회생절차가 개시된 경우 관리인은 사용사업주의 차별적 처우를 해소함으로써 위법행위를 시정할 의무

를 부담하고, 이러한 의무를 이행하지 않은 채 차별적 처우를 계속하는 것은 새로운 불법행위가 되며 그 손해는 날마다 발생하는 것이다. 관리인의 이러한 불법행위로 인한 파견근로자의 손해배상청구권은 채무자회생법 제179조 제1항 제5호의 '채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위로 인하여 생긴 청구권'에 해당하므로 공익채권이 된다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다66066 판결 등 참조).

## 2) 판단

원심은, 그 판시와 같은 이유로 피고에 대한 회생절차가 개시된 이후의 차별적 처우로 인한 원고들의 손해배상청구권이 회생채권에 해당하거나 개시후기타채권에 해당함을 전제로 원고들의 손해배상청구가 권리보호의 이익이 없다는 피고의 본안전항변 등을 배척하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같은 회생채권이나 개시후기타채권에 관한 법리오해, 채증법칙 위반, 심리미진, 이유모순 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 나. 원고 1과 피고 사이의 파견근로관계 성립 여부(제3 상고이유)

1) 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).

2) 원심은, 그 판시와 같은 이유로 생산직 관리 업무를 담당하였던 원고 1 역시 그 업무수행 형태나 피고의 지휘, 명령의 방식 등에 비추어 피고로부터 직접 지휘, 감독을 받아 피고를 위한 근로에 종사한 것으로서 원고 1과 피고 사이에 근로자파견관계가 인정된다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로자파견관계의 성립에 관한 법리를 오해하거나, 심리미진, 이유모순, 채증법칙 위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다. 원고 2의 손해배상청구권의 성립 및 범위(제6 상고이유)

1) 정년이 경과한 파견근로자에 대한 차별적 처우로 인한 손해배상책임

가) 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 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 촉

탁직 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.

나) 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금, 즉 파견근로자가 차별적 처우가 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금은, 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자가 받은 임금이 아니라 사용사업주가 정년이 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미한다. 이러한 임금은 정년이 경과한 파견근로자가 구체적으로 수행한 업무의 내용과 범위·권한·책임, 동종 사업장의 관행, 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무가 아니더라도 다른 종류의 업무 영역에서 사용사업주가 정년퇴직한 근로자를 일시적으로 고용한 적이 있다면 그 근로자에게 지급한 임금과 퇴직 전 지급한 임금의 차이와 비율 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다.

## 2) 판단

원심은, 피고가 사용사업주로서 ○○ 소속 파견근로자의 임금 결정에 직접적인 영향력을 행사하여 원고 2가 피고 소속의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하였으므로, 이는 개정 파견법 제21



조 제1항이 금지하는 합리적 이유 없는 차별행위에 해당하고, 피고는 원고 2에게 불법행위로 인한 손해배상으로 임금 차액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다. 나아가 원심은, 원고 2가 피고의 단체협약 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공하였다는 사정만으로 달리 볼 수 없다고 판단하고, 원고 2가 손해의 발생 또는 확대에 기여하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고의 과실상계 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같은 개정 파견법 제21조 제1항에 기한 불법행위책임의 성립 및 손해의 범위, 과실상계에 관한 법리오해, 채증법칙 위반, 심리미진, 판단유탈, 이유모순 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

라. 원고 1의 손해배상청구권의 성립 및 범위(제6 상고이유)

원심은, 피고가 사용사업주로서 ○○ 소속 파견근로자의 임금 결정에 직접적인 영향력을 행사하여 원고 1이 피고 소속의 같은 종류 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하였으므로, 이는 개정 파견법 제21조 제1항이 금지하는 합리적 이유 없는 차별행위에 해당하고, 피고는 원고 1에게 불법행위로 인한 손해배상으로 임금 차액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하고, 원고 1이 손해의 발생 또는 확대에 기여하였다고 보기 어렵다고 보아 피고의 과실상계 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 개정 파견법 제21조 제1항에 기한 불법행위책임, 손해배상의 범위와 과실상계에 관한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

마. 원고들의 손해배상청구권의 시효소멸 여부(제7 상고이유)

1) 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점이 되는 민법 제766조 제1항 소정의 '손해 및 가해자를 안 날'이라 함은 손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미한다고 할 것이고, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별적 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 한다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다22249 판결 등 참조).

2) 원심은, 그 판시와 같은 이유로 개정 파견법 제21조 제1항 위반을 이유로 한 원고들의 손해배상청구권에는 민법 제766조의 소멸시효가 적용되는데, 민주노총 강원 영동지역노동조합 △△시멘트 지부장의 진정서 제출일인 2014. 6. 14. 또는 이 사건 소 제기일로부터 역산하여 3년이 되는 2015. 2. 26. 당시 원고들이 피고가 사용사업주로서 원고들에게 차별적 처우의 불법행위를 하고 있다는 사실을 현실적, 구체적으로 인식하였다고 인정하기 어렵다고 보아 피고의 소멸시효 완성 항변을 배척하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 소멸시효기간에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

바. 신의칙 내지 실효의 원칙 적용 여부(제5 상고이유)

원심은, 그 판시와 같은 이유로 원고들의 청구가 신의칙 내지 실효의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 다소 부적절한 부분이 있으나, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 신의칙 내지

실효의 원칙에 대한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 채 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원고 1의 근로자 지위확인청구 부분을 파기하되, 이 부분은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 재판하기로 하여, 이 부분 제1심판결을 취소하고, 이 부분 소를 각하하며, 피고의 원고 2에 대한 상고와 원고 1에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다. 원고 1과 피고 사이에 생긴 소송총비용과 원고 2와 피고 사이에 생긴 상고비용은 모두 피고가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이흥구

주    심            대법관            안철상

                      대법관            노정희

                      대법관            오석준