

Case 노동법

방강수·이수진 노무사 편저

새흐름

제2판 머리말

초판 발간 이후 어느덧 2년이라는 시간이 흘러 두 번째 「Case 노동법」을 출간하게 되었다. 지난 2년의 기간 동안 총 28개의 기출 문제가 쌓였고, 근로기준법의 개정 및 중요한 대법원 판결들이 나오는 등 수험 노동법에 적지 않은 영향을 끼치게 되었다.

이러한 변화를 반영하여 제2판에서는 다음의 점을 중심으로 개정하였다.

[1] 기출문제의 수가 많은 점을 고려하여, 중복되거나 유사한 문제의 경우 해설을 생략하거나 참고 문제로 처리하는 방식으로, 그리고 수험용으로 중요도 내지는 판례의 시의성이 떨어진다고 판단되는 문제는 삭제하는 방식으로 전반적인 분량을 조정하였다.

[2] 과거에 출제된 문제이더라도 향후 수험 대비를 위하여 개정된 근로기준법 내용이나 이후 최신 판례의 내용을 적극 반영하여 답안을 구성하였다.

[3] 일반 법리는 좀 더 간결하게 구성하였고, 상세한 포섭이나 논증과정을 중심으로 사례 학습을 할 수 있도록 해설을 구성하였다.

가장 좋은 문제는 기출문제라는 점을 거듭 강조하고 싶다. 개정된 「Case 노동법」을 통해 ‘좋은 문제’를 충분히 반복하여 풀어보면서 독자들의 실력을 다져나가길 바란다.

본서의 출간을 위해 애써주신 도서출판 새흐름 관계자들과 본서를 찾아준 독자 여러분들께 감사의 인사를 전한다. 그리고 독자들이 합격의 기쁨을 꼭 누릴 수 있기를 진심으로 기원한다.

2020년 3월
방강수·이수진

머 리 말

가장 좋은 문제는 노동법 교수님들이 직접 출제한 ‘기출문제’라고 해도 과언이 아니다.

저자들 역시 수험 생활을 하면서 그리고 노동법 강의를 하면서, ‘기출문제를 통한 사례학습’의 필요성을 절감해 온 것을 계기로 이렇게 「Case 노동법」을 출간하게 되었다.

본서의 특징은 다음과 같다.

[1] 「통합노동법(방강수 편저)」의 목차와 구성에 따라 각 주제별로 기출문제를 재배치하고, 본문의 기본법리 부분을 서술하였다.

[2] 본서는 공인노무사시험·변호사시험·변호사모의시험에 출제된 노동법 기출문제의 해설을 모두 담은 책이다. 기출문제를 쫓 살펴보면, 간혹 지엽적인 쟁점도 출제되지만 전반적으로 각각의 사례에서 문제된 쟁점은 계속 ‘반복’하여 출제되는 경향을 볼 수 있다. 즉 각 사례에서 기출된 쟁점은 모두 「A급 쟁점」이라고 볼 수 있겠다.

따라서 비교적 다양하게 제시되는 사실관계에서 ‘문제’된 각 쟁점의 기본법리를 완전히 숙지하는 것을 목표로 충분히 학습할 수 있으면 한다.

[3] 사례형 답안작성 방법에 따라 본문을 구성하면서 수험적합성 측면에서 기본법리의 비중은 적절하게 조정하였다. 다만, 사례풀이의 꽃인 ‘사안에의 적용’ 부분은 충분한 법리 ‘적용’의 학습을 위해 자세하게 서술하였다.

아무쪼록 이 책을 통한 기출문제 풀이가 여러분의 노동법 학습에 있어 기본기를 튼튼히 하는 데에 많은 도움이 되었으면 하는 바람이다. 본인이 공부해 온 수험서(기본서)와 「Case 노동법」을 통해 중요 기출 쟁점을 모두 정리하고, 여기에 최신 판례를 추가하여 학습한다면 어떠한 종류의 노동법 시험 문제이든 완벽하게 대비할 수 있을 것이라 믿는다.

본서의 출간을 위해 애써주신 도서출판 새흐름 관계자분들과 본서를 찾아준 독자 여러분들께 감사의 인사를 전하는 바이다.

2018년 2월
방강수·이수진

Contents

차 례

제1강 근로관계의 성립 / 3

CASE 01 위약예정금지와 임금지급원칙 [10년 노무사 기출]	3
---	---

제2강 임 금 / 9

CASE 02 통상임금과 해고기간의 임금 [12년 노무사 기출]	9
CASE 03 임금과 평균임금 [18년 변호사 기출]	13
CASE 04 근로기준법상 근로자성과 통상임금 [18년 노무사 기출]	19
CASE 05 통상임금과 퇴직금분할약정 [17년 변호사 모의]	27
CASE 06 통상임금과 직접지급원칙 [15년 변호사 모의]	35

제3강 근로시간과 휴식 / 43

CASE 07 시용과 포괄임금 [15년 변호사 모의]	43
CASE 08 연차휴가와 평균임금 [14년 변호사 모의]	51

제4강 취업규칙 / 57

CASE 09 취업규칙 불이익 변경과 위약예정금지 [13년 변호사 모의]	57
CASE 10 취업규칙 변경과 전액지급원칙 [17년 변호사 모의]	65
CASE 11 인사규정 변경과 정년퇴직 통보 [13년 노무사 기출]	73
CASE 12 인사규정 변경과 휴직명령 [15년 노무사 기출]	81
CASE 13 정년조항 변경과 정년퇴직 통보 [12년 변호사 기출]	87
CASE 14 취업규칙 불이익 변경 [14년 변호사 모의]	95

제5강 인사 및 징계 / 103

CASE 15 전직과 전직 [12년 변호사 모의]	103
CASE 16 징계의 정당성 [11년 변호사 모의]	111

CASE 17 직위해제 [14년 노무사 기출]	117
CASE 18 위약예정금지와 대기발령 [16년 변호사 기출]	123

제6강 기업변동 / 131

CASE 19 영업양도 [12년 변호사 모의]	131
CASE 20 영업양도시 승계거부권 [13년 노무사 기출]	139
CASE 21 회사분할과 고용승계 [15년 노무사 기출]	145

제7강 근로관계의 종료 / 151

CASE 22 경영상 해고 [13년 변호사 모의]	151
CASE 23 경영상 해고와 사이닝보너스 [19년 노무사 기출]	159
CASE 24 영업양도와 경영상 해고 [16년 변호사 모의]	167
CASE 25 경영상 해고 [18년 변호사 모의]	173
CASE 26 연차휴가와 학력사칭 [16년 노무사 기출]	179
CASE 27 대기발령과 학력사칭 [14년 변호사 모의]	187
CASE 28 학력사칭과 임금채권우선변제 [18년 변호사 모의]	193
CASE 29 징계해고의 정당성 [17년 변호사 기출]	197
CASE 30 징계해고와 퇴직금 [17년 노무사 기출]	205
CASE 31 영업양도와 징계해고의 정당성 [15년 변호사 기출]	211
CASE 32 전직과 징계해고의 정당성 [13년 변호사 기출]	219
CASE 33 전직과 해고예고 [18년 변호사 모의]	227
CASE 34 연차휴가와 해고예고 [19년 변호사 모의]	233
CASE 35 시용과 근로계약 체결 거부 통보 [16년 노무사 기출]	239
CASE 36 인사절차조항과 본채용 거부 [19년 변호사 모의]	245
CASE 37 임원의 근로자성과 해고 통보 [16년 변호사 모의]	253
CASE 38 경력 사칭과 해고 통지 [20년 변호사 기출]	261
CASE 39 중간착취배제와 합의해지 [17년 변호사 모의]	269
CASE 40 부당해고와 중간수입 [16년 변호사 모의]	275
CASE 41 임금 및 부당해고와 위자료 [13년 변호사 모의]	281
CASE 42 합병시 근로관계와 위자료 [19년 변호사 모의]	287
CASE 43 부당해고 구제신청 [11년 노무사 기출]	293

제8강 비정규 근로자 / 299

CASE 44 갱신기대권과 시용 [19년 변호사 기출]	299
CASE 45 노동법상 차별적 처우 금지 [17년 노무사 기출]	305

제9강 노동조합 / 309

CASE 46 노동조합의 통제권 [13년 노무사 기출]	309
CASE 47 노동조합의 가입과 조직형태변경 [17년 변호사 모의]	313

제10강 단체교섭 / 319

CASE 48 단체교섭의 주체와 조합활동 [17년 변호사 모의]	319
CASE 49 단체교섭권 위임과 노조법상 근로자 [19년 변호사 모의]	325
CASE 50 단체교섭의 주체와 대상 [11년 노무사 기출]	331
CASE 51 단체교섭의 대상과 조합활동 [16년 변호사 모의]	337

제11강 쟁의행위 / 345

CASE 52 준법투쟁과 쟁의행위 목적과 절차 [15년 변호사 기출]	345
CASE 53 쟁의행위의 주체와 목적 [13년 노무사 기출]	353
CASE 54 단체교섭의 대상과 쟁의행위의 절차 [13년 변호사 모의]	359
CASE 55 쟁의행위의 정당성(1) [12년 변호사 모의]	365
CASE 56 쟁의행위의 정당성(2) [11년 변호사 모의]	373
CASE 57 노조대표자의 협약체결권과 평화의무 [17년 변호사 모의]	381
CASE 58 단체교섭 거부와 직장폐쇄 [12년 변호사 기출]	389
CASE 59 연장근로거부와 직장폐쇄 [17년 노무사 기출]	397
CASE 60 직장폐쇄의 효과 [18년 노무사 기출]	405
CASE 61 직장폐쇄와 조직형태변경 [19년 노무사 기출]	411
CASE 62 대체근로금지와 쟁의행위의 수단 [14년 변호사 모의]	419
CASE 63 노조전임자와 쟁의행위의 책임 [15년 변호사 모의]	425

제12강 단체협약 / 431

CASE 64 협약자치의 한계 [12년 노무사 기출]	431
CASE 65 단체협약의 효력 [12년 변호사 모의]	437
CASE 66 고용안정협약 [14년 노무사 기출]	443
CASE 67 근로조건 불이익 변경과 고용안정협약 [18년 변호사 모의]	451
CASE 68 단체협약의 효력 확장과 쟁의행위의 수단 [16년 변호사 기출]	457
CASE 69 단체협약의 효력 확장 [16년 노무사 기출]	463
CASE 70 단체협약의 효력 확장과 노조가입 자격 [13년 변호사 모의]	469
CASE 71 단체협약의 효력 확장과 쟁의행위의 책임 [18년 변호사 기출]	477
CASE 72 협약의 유효기간 만료와 해고 절차 [10년 노무사 기출]	485
CASE 73 단체협약의 성립과 효력 및 실효 [13년 변호사 기출]	491
CASE 74 대체근로의 제한과 단체협약 실효 [19년 변호사 기출]	497

제13강 부당노동행위 / 505

CASE 75 법외노조의 법적 지위 [14년 변호사 모의]	505
CASE 76 법외노조와 불이익취급 [17년 변호사 기출]	511
CASE 77 조합활동과 불이익취급 [15년 노무사 기출]	519
CASE 78 노조대표자의 협약체결권한 제한과 교섭 거부 [18년 노무사 기출]	525
CASE 79 부당노동행위 주체 [19년 노무사 기출]	531
CASE 80 노조법 제2조 제4호와 부당노동행위 [14년 변호사 기출]	535
CASE 81 쟁의행위 정당성과 지배개입 [18년 변호사 모의]	543
CASE 82 연장근로거부와 지배개입 [20년 변호사 기출]	551
CASE 83 불이익취급과 지배개입 [14년 변호사 모의]	557
CASE 84 운영비원조와 직장폐쇄 [18년 변호사 모의]	565
CASE 85 운영비원조와 불이익취급 [16년 노무사 기출]	571
CASE 86 노동조합의 운영과 운영비원조 [16년 변호사 모의]	575
CASE 87 근로시간면제한도 초과 [17년 노무사 기출]	579
CASE 88 노조전임자 급여와 통제권 [19년 변호사 모의]	585

Case 노동법

CASE

01

위약예정금지와 임금지급원칙

10년 노무사 기출

甲은 A회사에서 10년째 근로하던 중 회사의 해외연수프로그램에 응모, 선정되어 2년간 외국 대학에서 학위를 취득하고 귀국하였다. 유학중 甲은 A회사로부터 업무상 지휘·명령은 받지 아니하였으며, 다만 ‘해외연수직원관리규정’에 따라 6개월에 한 번씩 회사에 연수상황을 보고하였다. 甲은 귀국 후 A회사에 1년간 근로한 후 사직원을 제출하고 퇴직하였다. A회사의 ‘해외연수직원관리규정’은 해외연수기간 중 정상급여 및 유학중 소요되는 학교등록금, 생활비, 자녀교육비, 주택비, 왕복항공료 등의 유학비용은 A회사가 부담하고, 해외연수직원은 해외연수 후 국내 귀임시 회사 또는 관계 회사에 해외연수기간에 해당하는 2년 이상을 근무하여야 하며, 이를 위반한 때에는 정상급여를 제외한 유학비용 일체를 반환해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따라 A회사는 甲의 사직원을 수리하면서 甲에게 지급해야 할 퇴직금을 유학비용과 상계하고 지급하였다.

이상의 사례를 읽고 노동법상 쟁점이 되는 문제에 관하여 논하시오. (50점)

사안의 논점

- 해외연수직원관리규정에 따라 유학비용반환 약정이 성립했는지
- A사와 甲 간의 유학비용반환 약정이 유효한지
- A사의 유학비용반환채권과 甲의 퇴직금채권의 상계 가능 여부

답안의 목차

I. 논점의 정리

II. 유학비용반환 약정의 성립 여부

1. 취업규칙의 주지와 규범적 효력
2. 사안에의 적용

III. 유학비용반환 약정의 유효성

1. 위약예정의 금지
2. 의무재직기간과 일정 금액 반환약정의 효력
 - (1) 무효인 반환약정
 - (2) 연수비반환약정의 유효성 판단기준
 - (3) 연수·훈련의 실질이 근무인 경우
3. 사안에의 적용

IV. 유학비용반환채권과 퇴직금채권의 상계 여부

1. 퇴직금의 법적 성질
2. 임금전액지급 원칙
 - (1) 의 의
 - (2) 임금채권과의 상계 금지
3. 예외적인 상계 허용
 - (1) 근로자의 자유의사에 의한 동의
 - (2) 초과지급 임금의 '조정적 상계'
 - (3) 퇴직금 명목 금원 상당의 부당이득반환채권
4. 사안에의 적용

V. 결 론

I. 논점의 정리

(1) A회사의 ‘해외연수직원관리규정’에 따르면 해외연수 후 2년 이상 근무하지 않는 경우에는 유학비용 일체를 반환해야 한다. 이 규정에 따라 A회사와 근로자 甲 사이에 유학비용반환 약정이 성립했는지가 첫 번째 쟁점이다.

(2) 유학비용반환 약정이 성립했다면, 甲은 그 약정을 위반하여 해외연수 후 1년만 근로한 후 퇴직하여 유학비용의 반환의무를 부담하게 될 것이다. 따라서 근로기준법 제20조의 위약 예정의 금지 규정과 관련하여 유학비용반환 약정의 유효성이 두 번째 쟁점이다.

(3) 유학비용반환 약정이 유효하다면 A회사는 유학비용반환채권을 갖게 될 것이다. 사안에서 A회사는 甲에게 지급할 퇴직금을 유학비용과 상계하고 지급하였는데, 그렇다면 A회사가 유학비용반환채권을 가지고 甲의 퇴직금채권과 상계를 할 수 있는지 여부가 세 번째 쟁점이다.

II. 유학비용반환 약정의 성립 여부

1. 취업규칙의 주지와 규범적 효력

취업규칙은 사용자가 일방적으로 정하는 준칙으로서 그 작성 권한은 사용자에게 있다. 하지만 사용자가 작성한 취업규칙을 근로자에게 전혀 주지하지 않는 경우에는 효력이 없다. 판례도 취업규칙의 효력이 생기기 위하여는 적어도 법령의 공포에 준하는 절차로서 그것이 새로운 기업 내 규범인 것을 널리 종업원 일반으로 하여금 알게 하는 절차(즉, 어떠한 방법이든지 적당한 방법에 의한 주지)가 필요하다고 하여(대판 2004.2.12. 2001다63599), 취업규칙의 주지를 신설된 취업규칙의 효력 요건으로 보고 있다.

근로기준법 제97조는 취업규칙의 규범적 효력을 인정하고 있다. 따라서 취업규칙은 근로자와 사용자의 근로관계를 규율하는 효력이 있고, 취업규칙의 기준은 근로자와 사용자의 근로계약의 내용이 된다.

2. 사안에의 적용

A회사의 ‘해외연수직원관리규정’은 해외연수를 가게 되는 근로자들에게 획일적으로 적용되는 것으로 취업규칙에 해당한다. 甲은 A회사의 해외연수프로그램에 응모하여 연수자로 선정되었다. 이 사실에서 알 수 있듯이 A회사는 해외연수프로그램 응모를 통하여 해외연수 대상자들에게 ‘해외연수직원관리규정’의 내용을 충분히 주지시킨 것으로 볼 수 있다. 따라서 ‘해외연수직원관리규정’은 취업규칙으로서의 효력이 인정되고, 이 규정의 내용에 따라 A회사와 甲 사이에 유학비용반환 약정은 성립되었다.

III. 유학비용반환 약정의 유효성

1. 위약예정의 금지

근로기준법 제20조는 위약예정을 금지하고 있다. 이는 ‘근로자의 근로계약 불이행을 이유로 사

용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 바로 일정 금액을 배상하도록 하는 약정을 함으로써, 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 강제하는 것'을 방지하기 위한 것이다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

2. 의무재직기간과 일정 금액 반환약정의 효력

(1) 무효인 반환약정

근로자가 일정 기간 동안 근무하기로 하면서 이를 위반(즉, 근로계약불이행)할 경우, 다음과 같은 내용으로 일정한 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 약정은 근로기준법 제20조 위반으로 무효가 된다.

1) 소정 금액 지급 약정 근로자가 약정한 근무기간 이전에 퇴직한 경우 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생했는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 약정은 효력이 없다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

2) 임금 반환 약정 근로자가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 근로자에게 마땅히 지급되어야 할 임금을 반환하기로 하는 약정도 효력이 없다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

(2) 연수비반환약정의 유효성 판단기준

판례는 아래의 세 가지 요건을 갖춘 연수비반환약정은 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것이 아니므로, 근로기준법 제20조에 위반되지 않는 것으로서 그 유효성을 인정한다.

1) 연수비 상환의무 면제 취지의 약정일 것 사용자가 근로자의 교육훈련 또는 연수를 위한 비용을 우선 지출하고 근로자는 실제 지출된 비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 장차 일정 기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제해 주기로 하는 취지의 약정이어야 한다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

2) 근로자가 부담할 성질의 비용일 것 주로 사용자의 업무상 필요와 이익을 위하여 원래 사용자가 부담하여야 할 성질의 비용을 지출한 것에 불과한 정도가 아니라 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되어야 한다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

3) 약정근무기간 및 상환비용이 적정할 것 근로자의 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져야 한다(대판 2008.10.23. 2006다37274).

(3) 연수·훈련의 실질이 근무인 경우

연수나 훈련의 명목이라 하더라도 사용자의 업무상 명령에 따라 실질적으로 근무(근로제공)를 한 경우에는, 그 기간에 소요된 비용의 반환을 약정하는 것은 근로기준법 제20조의 위약 예정에 해당하므로 무효이다(대판 2004.4.28. 2001다53875).

3. 사안에의 적용

(1) 甲은 유학 중 6개월에 한 번씩 회사에 연수상황을 보고하였으나 A회사로부터 업무상 지휘·명령은 받지 않았으므로, 실질적으로 근무가 아닌 해외연수에 해당한다.

(2) A회사와 甲 사이의 유학비용반환 약정은 (i) 甲이 약정을 위반한 경우에 일정액의 금원을

지급하라는 내용이 아니고, A회사가 유학비용을 먼저 지출하고 해외연수 후 복귀하여 2년 이상 근무한 경우에 그 비용의 반환의무를 면제해 주기로 하는 취지이고, (ii) 甲은 유학 기간 중 외국대학의 학위를 취득하였는 바, 甲의 유학은 오로지 회사의 업무상 필요에 의해서만 이루어졌다고 보다는 甲의 자발적 희망과 이익도 고려된 것으로, 유학비용은 甲이 부담할 성질의 비용이라 할 것이고, (iii) 2년간의 연수 후 2년 동안의 의무재직기간과 약정 위반시 정상급여를 제외한 유학비용의 반환은 합리적이고 타당한 범위 내에 해당한다고 본다.

따라서 A회사와 甲의 유학비용반환 약정은 유효하고, 이러한 약정을 甲이 위반하였으므로 A회사는 甲에 대하여 유학비용반환채권을 갖는다.

IV. 유학비용반환채권과 퇴직금채권의 상계 여부

1. 퇴직금의 법적 성질

퇴직금은 재직기간 동안의 근로의 대가로 퇴직시에 지급하는 것으로 원칙적으로 ‘후불임금’에 해당한다. 판례도 일찍부터 임금후불설의 입장을 취하고 있다(대판 1969.1.21. 68다2130). 그러므로 퇴직금은 임금의 성질을 가지므로, 퇴직금에 대해서도 근로기준법 제43조 등 임금의 보호 규정이 적용된다(대판 1990.5.8. 88다카26413).¹⁾

2. 임금전액지급 원칙

(1) 의 의

근로기준법 제43조 제1항 본문은 "임금은 통화(通貨)로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다."라고 하여 임금전액지급의 원칙을 규정하고 있다. 이는 사용자가 일방적으로 임금을 공제하는 것을 금지하여, 근로자에게 임금 전액을 확실하게 지급 받게 함으로써 근로자의 경제생활의 안정을 도모하기 위한 것이다(대판 2001.10.23. 2001다25184).

(2) 임금채권과의 상계 금지

사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권(대출금채권이나 손해배상채권)을 가지고 일방적으로 근로자의 임금·퇴직금채권을 상계하는 것은 금지된다(대판 1990.5.8. 88다카26413; 대판 1976.9.28. 75다1768).

3. 예외적인 상계 허용

(1) 근로자의 자유의사에 의한 동의

사용자가 근로자의 자유로운 의사에 의한 동의를 얻어 임금채권에 대하여 상계하는 것은 임금전액지급 원칙에 위반되지 않는다. 다만 임금전액지급의 원칙의 취지에 비추어 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다(대판 2001.10.23. 2001다25184).

(2) 초과지급 임금의 ‘조정적 상계’

계산의 착오 등으로 임금을 초과 지급한 경우에, 근로자가 퇴직 후 그 재직 중 받지 못한 임금

1) 한편 누진제 퇴직금의 경우에는 ‘공로보상’의 성격과 ‘사회보장’적 급여로서의 성격도 아울러 가진다고 할 수 있다(대판 1995.10.12. 94다36186).

이나 퇴직금을 청구하거나, 근로자가 비록 재직 중에 임금을 청구하더라도 위 초과 지급한 시기와 상계권 행사의 시기가 임금의 정산·조정 실질을 잃지 않을 만큼 근접하여 있고 나아가 사용자가 상계의 금액과 방법을 미리 예고하는 등으로 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 때에는, 사용자는 위 초과 지급한 임금의 반환청구권을 자동채권으로 하여 근로자의 임금채권이나 퇴직금채권과 상계할 수 있다(대판 1993.12.28. 93다38529 ; 대판 1998.6.26. 97다14200).

(3) 퇴직금 명목 금원 상당의 부당이득반환채권

대법원 전원합의체 판결은, 초과지급 임금에 대한 ‘조정적 상계’의 법리는, 사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 그것이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우에 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계하는 때에도 적용된다고 한다(대판[전합] 2010.5.20. 2007다90760).

왜냐하면 이러한 사용자의 부당이득반환채권과 근로자의 퇴직금채권은 모두 퇴직금과 직접 관련된 것으로 서로 밀접 불가분의 관계에 있어, 사용자가 근로자에게 이미 지급한 퇴직금 명목 금원의 반환채권으로 근로자의 퇴직금채권과 상계하는 것은, 사용자가 지급할 퇴직금액의 정산·조정 방법의 하나에 지나지 아니하므로 이를 허용하지 않을 이유가 없기 때문이라고 한다(대판[전합] 2010.5.20. 2007다90760).²⁾

다만, 민사집행법 제246조 제1항 제5호 및 민법 제497조에 따라 퇴직금채권의 1/2을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 대해서만 상계가 허용된다(대판[전합] 2010.5.20. 2007다90760).

4. 사안에의 적용

(1) A회사가 甲의 동의를 얻어 유학비용과 퇴직금을 상계했다는 사정은 보이지 않고, (2) A회사가 갖는 유학비용반환채권은 계산의 착오 등으로 초과지급된 임금에도 해당되지 않는다. (3) 그리고 A회사의 유학비용반환채권은 甲의 퇴직금과 직접적으로 관련되는 것은 아니므로, A회사가 지급할 퇴직금액의 정산·조정 방법에 해당하지 않는다.

따라서 임금전액지급의 원칙상 A회사가 甲에게 지급해야 할 퇴직금을 유학비용과 상계하고 지급하는 것은 허용되지 않는다.

V. 결 론

A회사와 甲 사이의 유학비용반환 약정은 유효하고, 甲이 이 약정을 위반하였으므로 A회사는 甲에 대하여 유학비용반환채권을 갖는다.

그러나 임금전액지급의 원칙상 A회사가 甲에게 지급해야 할 퇴직금을 유학비용과 상계하고 지급하는 것은 허용되지 않는다.

2) 반면 전원합의체 판결의 「반대의견」은 퇴직금 명목의 금원 지급으로 인한 부당이득반환채권은 계산의 착오 등으로 임금이 초과 지급된 경우와는 그 법률적 성격을 확연히 달리하고, 퇴직금은 퇴직 후 근로자의 노후생활 보장 등 근로자의 경제생활의 기반을 이루고 있고 부당이득액이 퇴직금액에 근접할 정도로 다액인 경우 근로자의 경제생활의 안정이 위협받을 가능성이 높다는 이유로, 사용자의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계하는 것은 허용되지 않는다고 한다(대판[전합] 2010.5.20. 2007다90760의 반대의견).

상시 근로자 100명을 사용하는 A회사의 취업규칙 제33조 제1항에는 2009년 1월 1일부터 명절휴가비로 설날과 추석에 월 기본급의 50%를 각각 지급하도록 규정되어 있고, 제33조 제2항에는 명절휴가비가 통상임금의 범위에 포함되지 아니한다고 규정되어 있다. 또한 제34조에는 근로자가 1년간 개근할 경우 연말에 100만원을 지급하여 표창하도록 규정되어 있다. 이와 관련하여 다음 물음에 답하시오. (50점)

- (1) 통상임금의 범위를 규정한 A회사 취업규칙 제33조 제2항의 효력을 논하시오. (30점)
- (2) A회사의 근로자 甲은 부당해고로 인하여 2011년 1월 1일부터 1년간 근로를 제공할 수 없었다. 甲이 부당해고기간 중 지급 받지 못한 취업규칙 제34조에 따른 표창의 지급을 구할 수 있는지 논하시오. (20점)

사안의 논점

〈제1-1문〉

- 2013년 전합 판결 이전 출제된 문제이어서 해설 생략

〈제1-2문〉

- 취업규칙상 개근표창금 100만원이 부당해고기간의 임금에 해당하는지

답안의 목차

〈제1-1문〉

생략

〈제1-2문〉

I. 논점의 정리

II. 부당해고 기간 중의 임금

1. 의의
2. 임금을 청구할 수 없는 경우
3. 임금의 범위

III. 임금의 판단기준

1. 사용자의 지급의무
2. 계속적·정기적 지급
3. 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품

IV. 사안에의 적용

V. 결론

제1-2문

A회사의 근로자 甲은 부당해고로 인하여 2011년 1월 1일부터 1년간 근로를 제공할 수 없었다. 甲이 부당해고기간 중 지급 받지 못한 취업규칙 제34조에 따른 표창의 지급을 구할 수 있는지 논하시오. (20점)

I. 논점의 정리

A회사의 취업규칙 제34조에는 1년간 개근한 근로자에게 표창금 100만원을 지급한다는 규정이 있다. 그런데 근로자 甲은 A회사의 부당해고로 2011년 1월 1일부터 1년간 근로를 제공하지 못했다. 실제로 1년간 근로를 제공하지 못한 甲이 개근표창금의 지급을 청구할 수 있는지가 문제되는데, 이와 관련하여 부당해고 기간 중에 근로자가 청구할 수 있는 임금의 범위와 개근표창금이 이러한 임금에 해당하는지 여부가 쟁점이 된다.

II. 부당해고 기간 중의 임금

1. 의 의

부당해고 기간은 사용자의 귀책사유로 근로자가 근로제공을 이행할 수 없었던 기간에 해당하므로, 근로자는 해고되지 않고 정상적으로 근로를 제공했다라면 받을 수 있었던 임금 전액을 청구할 수 있다(민법 제538조 제1항; 대판 1992.12.8. 92다39860).

2. 임금을 청구할 수 없는 경우

해고 기간 중 근로자가 구속 등으로 '취업이 사실상 불가능한 경우' 또는 '정당한 사유에 의하여 사업을 폐지'한 경우에는, 사용자의 귀책사유로 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로 임금을 청구할 수 없다(대판 1995.1.24. 94다40987).

3. 임금의 범위

부당해고 기간 중 정상적으로 근로를 제공했다라면 받을 수 있는 임금을 의미하므로, 통상임금에 국한되지 않고, 평균임금의 산정기초가 되는 모든 임금을 의미한다. 그러므로 시간외근로수당이나 상여금 등도 모두 포함된다(대판 1993.12.21. 93다11463).

III. 임금의 판단기준

1. 사용자의 지급의무

사용자에게 지급의무가 있다는 것은 그 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것을 의미한다. 지급의무의 발생근거는 단체협약·취업규칙·근로계약에 의한 것이든 또는 그 지급이 사용자의 방침이나 관행에 따라 계속적으로 이루어져 노사 간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨

질 정도의 관례가 형성된 경우처럼 노동관행에 의한 것이든 불문한다(대판 1997.5.28. 96누15084).

2. 계속적·정기적 지급

근로의 대가로 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되어야 한다(대판 1997.5.28. 96누15084). 일시적으로 지급되거나 지급사유의 발생이 불확실한 경우를 제외하고는 사용자가 계속적·정기적으로 지급하는 금품은 원칙적으로 임금으로 보아야 할 것이다.

3. 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품

근로의 대가로 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면, 명칭 여하를 불문하고 모두 임금에 포함된다. 또한 현물로 지급되었다 하더라도 근로의 대가로 지급하여 금품이라면 이도 임금에 포함된다(대판 1990.12.7. 90다카19647).

IV. 사안에의 적용

A회사의 연말 개근표창금 100만원은 1년간의 근로의 대가로 계속적·정기적으로 지급되어 온 금품이고, 취업규칙에 따라 지급요건을 갖춘 근로자에게 사용자는 개근표창금의 지급의무가 있다. A회사의 취업규칙 제34조의 개근표창금은 임금에 해당한다.

甲은 해고를 당하지 않았더라면 (구속등의 사정이 없으므로) 정상적으로 근로를 제공하여 2011년 1월 1일부터 12월 31일까지 개근을 하였을 것이다. 따라서 甲이 부당해고 기간에 대하여 청구할 수 있는 임금의 범위에는 연말 개근표창금도 포함된다.

V. 결 론

甲은 부당해고 기간에 대하여 지급받지 못한 취업규칙 제34조의 개근표창금 100만원의 지급을 A회사에 청구할 수 있다.

A회사는 외제승용차를 수입·판매하는 회사이고, 아래와 같은 ‘보수규정’에 따라 영업직 근로자들에게 보수를 지급하여 왔다. A회사에는 영업직 근로자를 조합원으로 하는 A노동조합(기업별 노동조합)이 조직되어 있다. A노동조합의 조합원인 근로자 甲은 A회사의 영업직 사원으로 입사하여 약 10년간 근무하여 오다가 개인적 사정을 이유로 2017. 11. 30.자로 사직하였다.

【보수규정】

제33조(영업직 사원의 급여) ① 영업직 사원의 월 급여는 정액의 기본급과 영업실적에 따라 지급되는 성과급으로 구성한다.

② 기본급은 사원의 근속연수에 따라 차등 지급하며 지급액은 <별표1>의 내용에 따른다.

③ 성과급은 매월 급여산정기간 동안 사원이 판매한 자동차의 수에 비례하여 지급한다.

④ 전항의 성과급 액수는 차량 1대를 판매할 경우 발생하는 순이익의 10%로 한다.

제34조(중식) ① 회사는 영업직 사원에게 근무일 1일에 대하여 5,000원 상당의 중식을 제공할 수 있다.

② 전항의 중식은 구내식당에서 제공하며, 중식을 먹지 않는 사원에게 별도의 중식비를 지급하지 아니한다.

1. A회사는 甲의 퇴직금을 산정·지급하면서 ‘보수규정’ 제33조의 성과급과 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)을 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에서 제외하였다. 이러한 A회사의 행위는 적법한가? (50점)

2. 甲은 A노동조합이 2017. 10. 1.부터 같은 해 10. 31.까지 실시한 정당한 파업에 참여하였고, A회사는 甲의 퇴직금을 계산할 때 위 파업기간과 그 기간 중의 임금을 포함하여 평균임금을 산정하였다. 이러한 A회사의 평균임금 산정 방식은 적법한가? (30점)

사안의 논점

〈제1-1문〉

- 성과급과 중식에 상응하는 금액(5,000원)이 근로의 대가로서 지급되는 ‘임금’에 해당하는지

〈제1-2문〉

- 정당한 파업기간 및 그 기간에 지급받은 임금을 평균임금 산정시 제외하여야 하는지

답안의 목차

〈제1-1문〉

- I. 논점의 정리
- II. 임금의 판단기준
 1. 의 의
 2. 임금성 판단기준
 - (1) 사용자의 지급의무
 - (2) 계속적·정기적 지급
 - (3) 근로의 대가로 지급되는 ‘일체의 금품’
 3. 근로의 대가성
 - (1) 판단기준
 - (2) 구체적 사례
- III. 사안에의 적용
 1. 보수규정 제33조의 성과급의 임금성
 2. 보수규정 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)의 임금성
- IV. 결 론

〈제1-2문〉

- I. 논점의 정리
- II. 평균임금의 산정방법
 1. 의 의
 2. 평균임금의 산정방법
 - (1) 의 의
 - (2) 제외되는 기간 및 임금
 - (3) 평균임금의 최저한도 보장
- III. 사안에의 적용
- IV. 결 론

제1-1문

A회사는 甲의 퇴직금을 산정·지급하면서 ‘보수규정’ 제33조의 성과급과 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)을 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에서 제외하였다. 이러한 A회사의 행위는 적법한가? (50점)

I. 논점의 정리

평균임금(근기법 제2조 제1항 제6호)을 산정할 때에는 그 산정기간에 사용자가 근로자에게 근로의 대가로서 지급하는 ‘임금(근기법 제2조 제1항 제5호)’이 모두 포함되어야 한다. 따라서 사안의 경우 A회사의 행위가 적법한지 여부와 관련하여 보수규정 제33조의 성과급과 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)이 이러한 ‘임금’에 해당하는지 여부가 문제된다.

II. 임금의 판단기준

1. 의 의

임금이란 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”을 의미하며(근기법 제2조 제1항 제5호), 임금의 법적성격과 관련하여 판례는 “모든 임금은 근로의 대가”라고 임금일체설의 입장이다(대판[전합] 1995.12.21. 94다26721).

2. 임금성 판단기준

(1) 사용자의 지급의무

사용자에게 지급의무가 있다는 것은 그 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것을 의미한다. 지급의무의 발생근거는 단체협약·취업규칙·근로계약에 의한 것이든 또는 그 지급이 사용자의 방침이나 관행에 따라 계속적으로 이루어져 노사 간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨질 정도의 관례가 형성된 경우처럼 노동관행에 의한 것이든 불문한다(대판 1997.5.28. 96누15084).

(2) 계속적·정기적 지급

근로의 대가로 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되어야 한다(대판 1997.5.28. 96누15084). 일시적으로 지급되거나 지급사유의 발생이 불확실한 경우를 제외하고는 사용자가 계속적·정기적으로 지급하는 금품은 원칙적으로 임금으로 보아야 할 것이다.

(3) 근로의 대가로 지급되는 ‘일체의 금품’

근로의 대가로 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면, 명칭 여하를 불문하고 모두 임금에 포함된다. 또한 현물로 지급되었다 하더라도 근로의 대가로 지급하여 금품이라면 이도 임금에 포함된다(대판 1990.12.7. 90다카19647).

3. 근로의 대가성

(1) 판단기준

근로의 대가성 판단에 있어서는, 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대가로 지급된 것으로 볼 수 없다(대판 2011.3.10. 2010다77514 등).

(2) 구체적 사례

판례는 ① 자동차 판매수량에 따라 영업사원들에게 지급되는 ‘인센티브’의 경우 근로의 대가로서 임금에 해당하나(대판 2011.7.14. 2011다23149), ② 실제 소요된 비용을 변상하는 실비 변상적 금품의 경우 임금에 해당하지 않는다(대판 2019.4.23. 2014다27807)고 판시한 바 있다.

III. 사안에의 적용

1. 보수규정 제33조의 성과급의 임금성

(1) 성과급의 경우 보수규정 제33조 제3항·제4항에 따라 구체적인 지급기준(지급 조건·금액·시기)이 마련되어 있으므로 A회사는 甲이 동 조의 요건을 충족하는 경우 성과급 지급 여부를 임의로 결정할 수 없어 ‘지급의무가 있다’고 할 것이다. 그리고 지급의무의 발생이 외제차를 판매하는 영업직 사원 甲의 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있다.

(2) ① 보수규정에 구체적인 지급기준이 마련되어 있고 성과급은 영업직 사원인 甲의 월 임금의 일부분을 이루는 점, ② 외제승용차를 수입·판매하는 A회사의 영업직 근로자인 甲은 매월 급여 산정기간 동안 판매한 자동차의 수에 비례하여 계속적·정기적으로 성과급을 지급받아 왔을 것으로 보이는 점 등을 고려하면 성과급이 일시적으로 지급된 것이라거나 지급사유의 발생이 불확실한 경우라고 볼 수 없는바, 甲이 A회사로부터 ‘계속적·정기적으로 지급’받은 것으로 볼 것이다.

따라서 보수규정 제33조의 성과급은 A회사가 甲에게 근로의 대가로서 지급한 임금이라고 볼 수 있으므로 퇴직금의 산정 기초가 되는 평균임금에 포함된다고 볼 수 있다.

2. 보수규정 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)의 임금성

중식에 상응하는 금액(5,000원)의 경우 구내식당에서 ‘현물’로 지급이 되었다는 이유만으로 임금성을 부정할 수는 없다. 그러나 (甲에게 계속적·정기적으로 지급이 된 사정이 있더라도) 보수규정 제34조 제1항·제2항에 따르면 중식에 상응하는 금액(5,000원)은 구내식당에서 중식을 먹지 않는 사원에게는 별도의 중식비를 지급하지 않는 실비변상적인 성격을 가지는 금품에 해당하는바, A회사에게 ‘지급의무가 없다’고 할 것이다.

따라서 보수규정 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)은 A회사가 甲에게 근로의 대가로서

지급한 임금이라고 볼 수 없으므로 퇴직금의 산정 기초가 되는 평균임금에 포함되지 않는다고 볼 수 있다.

IV. 결 론

① 보수규정 제33조의 성과급은 임금에 해당하나, ② 제34조의 중식에 상응하는 금액(5,000원)은 임금에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 보수규정 제33조의 성과급 부분에 한하여 이를 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에서 제외한 A회사의 행위는 적법하지 않다.

제1~2문

甲은 A노동조합이 2017. 10. 1.부터 같은 해 10. 31.까지 실시한 정당한 파업에 참여하였고, A회사는 甲의 퇴직금을 계산할 때 위 파업기간과 그 기간 중의 임금을 포함하여 평균임금을 산정하였다. 이러한 A회사의 평균임금 산정 방식은 적법한가? (30점)

I. 논점의 정리

사안에서 甲이 참여한 정당한 파업기간과 그 기간에 받은 임금을 그대로 포함하여 근로기준법 제2조 제1항 제6호에 따른 평균임금 산정시 甲의 평균임금이 부당하게 낮아지는 결과가 발생할 수 있다.

이에 A회사의 평균임금 산정 방식의 적법성과 관련하여, 甲이 참여한 적법한 파업 기간이 근로기준법 시행령 제2조 제1항 제6호에 해당하여, 파업 기간과 그 기간에 받은 임금을 평균임금 산정시 각각 제외할 수 있는지 여부가 문제된다.

II. 평균임금의 산정방법

1. 의 의

평균임금은 근로자의 통상적인 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 기본원리로 하여, 근로자의 통상적인 생활을 종전과 같이 보장하려는 데 그 취지가 있다(대판 1995.5.12. 97다5015). 평균임금은 근로자가 실제로 지급받는 임금의 명칭이 아니라 퇴직금 등의 산정을 위한 도구개념이다.

2. 평균임금의 산정방법

(1) 의 의

평균임금의 산정은 「산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3월 간에 그 근로자에 대하여 지급

된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액」으로 한다. 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준한다(근기법 제2조 제1항 제6호).

(2) 제외되는 기간 및 임금

1) 의 의 근로기준법 시행령 제2조 제1항은 수습, 휴업기간 등 대체로 근로자의 정당한 권리 행사 또는 근로자의 귀책사유 없이 근로를 제대로 제공하지 못한 경우를 평균임금 산정시 제외되는 기간으로 열거하고 있다. 이를 포함시키면 평균임금이 부당하게 낮아짐으로써 통상의 생활임금을 보장하려는 평균임금의 취지에 어긋나는 것을 방지하기 위한 것이다.

2) 쟁의행위 기간 근로기준법 시행령 제2조 제1항 제6호는 노조법 제2조 제6호에 따른 쟁의행위기간이 평균임금 산정기간 중에 있는 경우 그 기간과 그 기간 중에 지급된 임금을 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에서 각각 빼도록 규정하고 있다.

판례에 의하면 여기서 ‘쟁의행위기간’이란, “헌법과 노조법에 의하여 보장되는 적법한 쟁의행위로서의 주체, 목적, 절차, 수단과 방법에 관한 요건을 충족한 쟁의행위기간만을 의미(대판 2009.5.28. 2006다17287)”하므로, 위법한 쟁의행위기간은 평균임금 산정시 제외될 수 없다.

(3) 평균임금의 최저한도 보장

근로자의 귀책사유에 의한 기간 등의 임금을 평균임금 산정기간에 포함시킴으로써 그 액수가 낮아져 통상임금보다 적은 경우, 그 통상임금액을 평균임금으로 한다(근기법 제2조 제2항).

III. 사안에의 적용

(1) 근로기준법 제2조 제1항 제6호에 따르면 甲의 평균임금은 산정 사유가 발생한 날(2017. 12. 1.) 이전 3월 간에 甲에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수(91일)로 나눈 금액으로 한다.

(2) 그러나 평균임금 산정기간인 91일 중 2017. 10. 1.부터 10. 31.까지 31일간의 정당한 파업기간이 포함되어 있으므로 근로기준법 시행령 제2조 제1항 제6호에 따라 동 기간과 그 기간 중의 임금을 각각 제외하여야 한다. 즉, 2017. 9월과 11월 중 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수인 60일로 나눈 금액으로 평균임금을 산정하여야 할 것이다.

따라서 A회사가 甲의 퇴직금을 계산할 때 위 파업기간과 그 기간 중의 임금을 포함하여 평균임금을 산정한 방식은 적법하지 않다.

IV. 결 론

근로기준법 시행령 제2조 제1항 제6호에 따라 정당한 파업기간과 그 기간 중의 임금은 제외하여야 하는바, 따라서 A회사의 평균임금 산정 방식은 적법하지 않다.

A사는 가방을 제조·판매하는 회사로서, 백화점을 운영하는 여러 회사들과 거래계약을 체결하여 백화점 내에 A사의 제품을 판매하는 매장을 개설·운영하고 있다. 80개에 달하는 각 매장에는 A사와 체결한 판매용역계약에 따라 A사의 제품을 판매하고 그 대가로 매월 수수료를 지급받는 판매원들이 있고, 이들의 근무기간은 4년 내지 10년이다. 판매용역계약에 따르면, 수수료는 ‘매장의 월매출액×매장 수수료율×개인 수수료율’ 산식으로 산출하되, 판매원 직급별 월기준금액(매니저 300만원, 시니어 250만원, 주니어 200만원)의 85%에 미달하거나 130%를 초과하여 지급할 수 없도록 되어 있다.

2013년 3월 위와 같은 판매용역계약을 체결한 甲(주니어 판매원)을 포함한 A사의 모든 판매원들은 백화점 영업시간(10:30~20:00)에 맞추어 해당 매장에 출·퇴근하면서 A사가 정한 가격으로 A사 제품을 판매했다. A사는 각 매장과 연결된 전산망을 통해 매장의 판매실적과 근무상황 등을 실시간으로 파악했고, 수시로 업무 관련 지시를 전달했다. 또한 A사 본사 영업부 직원들이 매주 담당 매장을 방문하여 판매원들의 근무실태를 점검했다.

그 과정에서 A사는 매출부진을 이유로 매니저급 판매원과 판매용역계약을 해지하기도 했다. 판매원들은 출산, 질병 등 특별한 사유가 있거나 할인 행사로 일손이 부족할 때, A사의 사전승낙을 받아 아르바이트 직원을 채용해 판매보조 인력으로 활용했다. A사는 비품, 아르바이트 급여 등 매장 운영에 필요한 모든 비용을 부담했다. A사는 본사 직원과 달리 판매원들에게 취업규칙 등을 적용하지 않았고, 사업소득세를 원천징수했으며, 판매원들을 4대 보험에 가입시키지 않았다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

(1) 甲은 A회사에게 ‘근로기준법’ 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있는 근로자에 해당하는지에 대하여 논하시오. (30점)

(2) 甲을 근로자로 가정하면 甲이 A회사로부터 지급받은 수수료가 통상임금에 해당하는지에 대하여 논하시오. (20점)

사안의 논점

〈제1-1문〉

- A사와 판매용역계약을 체결한 甲이 근로기준법상 근로자에 해당하는지

〈제1-2문〉

- 근무실적(매출액)에 따라 매월 달리 지급받는 수수료의 통상임금성 판단기준

답안의 목차

〈제1-1문〉

- I. 논점의 정리
- II. 근로법상 근로자의 의의
- III. 근로법상 근로자 판단기준
 1. 판례
 - (1) 실질주의 판단
 - (2) 여러 징표의 종합 판단
 - (3) 부차적 판단징표
 2. 검토
- IV. 사안의 적용
- V. 결론

〈제1-2문〉

- I. 논점의 정리
- II. 통상임금의 판단기준
 1. 통상임금의 의미 : 소정근로의 대가
 2. 통상임금의 개념적 징표인 정기성·일률성·고정성
 - (1) 정기성
 - (2) 일률성
 - (3) 고정성
- III. 근무실적에 연동하는 임금
 1. 성과급
 2. 전년도 실적에 따른 업적연봉제(성과연봉제)
- IV. 사안의 적용
- V. 결론

제1-1문

甲은 A회사에게 ‘근로기준법’ 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있는 근로자에 해당 하는지에 대하여 논하시오. (30점)

I. 논점의 정리

근로기준법(이하 ‘근기법’) 제56조 제1항의 가산임금은 근기법상 근로자만이 청구할 수 있다. 甲은 A사와 근로계약이 아닌 판매용역계약을 체결하고 백화점에서 제품판매 업무를 하고 있다. A사와 판매용역계약을 체결한 판매원 甲이 근기법상 근로자에 해당하는지가 문제된다.

II. 근기법상 근로자의 의의

근기법 제2조 제1항 제1호는 근로자에 대해 규정하고 있다. 이 규정은 근로기준법의 보호를 받을 자의 범위를 정한 것이다.

III. 근기법상 근로자 판단기준

1. 판 례

(1) 실질주의 판단

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대판 2006.12.7. 2004다29736).

(2) 여러 징표의 종합 판단

종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업 도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대판 2006.12.7. 2004다29736).

(3) 부차적 판단징표

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관

하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대판 2006.12.7. 2004다29736).

2. 검토

근로자성 판단기준을 처음 제시한 것은 1994년 판례(대판 1994.12.9. 94다22859)이다. 위의 2006년 판례는 세 가지 측면에서 1994년 판례의 법리를 수정·보완하였다.

(1) 2006년 판례는 종전의 “구체적·개별적인 지휘·감독”을 “상당한 지휘·감독”으로 수정하여, 지휘·감독 여부를 넓게 판단하였다. (2) 2006년 판례는 “노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”를 새로운 판단징표로 추가하였다. (3) 2006년 판례는 ‘단서’를 추가하여, 이른바 ‘형식적 징표’는 근로자성 판단에서 부차적인 요소로 삼아야 한다는 점을 명확히 했다.

IV. 사안의 적용

甲이 근기법상 근로자에 해당하는지는 판매용역계약이라는 계약이 형식이 아니라, 甲이 실질적으로 종속적인 관계에서 A사에 근로를 제공하는지에 따라 판단해야 한다.

① 甲은 A사가 개설·운영하는 백화점의 매장에서 A사의 제품판매 업무를 하고 있는 바, 甲의 업무내용은 A사가 정한 것이다. ② 甲은 비록 취업규칙의 적용을 받지 않고 있으나, A사는 전산망을 통해 판매원들의 판매실적과 근무상황을 실시간으로 파악했고, 수시로 업무 관련 지시를 했다. 또한 A사 본사 영업부 직원들이 매장을 방문하여 근무실태를 점검하면서, 매출부진을 이유로 매니저급 판매원들과의 판매용역계약을 해지하였다. 이런 사정을 보았을 때, A사는 판매원들의 업무수행에 대하여 상당한 지휘·감독을 행사하였다. ③ 甲은 백화점 영업시간(10:30~20:00)에 맞추어 해당 매장에 출퇴근을 하였던 바, A사가 근무시간과 장소를 지정하였고 甲은 이에 구속을 받고 있다.

④ A사는 판매할 제품뿐만 아니라 매장의 비품이나 아르바이트 급여 등의 비용을 모두 부담하였다. 甲이 소유한 비품이나 작업도구 등은 전혀 없다. 甲은 A사의 사전 승낙을 받은 경우에만 제3자(아르바이트 직원)를 채용해 보조인력으로 활용했다. 甲이 독자적으로 제3자를 고용하여 업무를 대행케 할 수는 없다. 또한 甲은 A사가 정한 가격으로 제품을 판매하였다(甲의 가격결정권은 없다). 이런 사정을 보았을 때, 甲이 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위한다고 할 수 없다. ⑤ 甲은 매출액에 따른 수수료를 받았으나, 월기준금액에 따른 하한액과 상한액이 정해져 있다. 甲이 노무제공을 통한 이윤 창출과 손실 초래 등의 위험을 스스로 안고 있다고 보기 어렵다. ⑥ 甲이 받는 수수료는 甲의 근로(제품판매)의 대가라는 성격을 갖는다. ⑦ 판매원들의 근무기간은 4년 내지 10년으로, 근로제공관계의 계속성이 인정된다. 甲은 백화점 영업시간에 맞추어 근무를 하기 때문에, 다른 백화점에서 근무한다는 것은 거의 불가능하다. 甲은 A사에 전속되어 있다.

⑧ 甲은 기본급이나 고정급이 없고, 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수했고, 4대보험에 가입되어 있지 않기 때문에 사회보장제도상 근로자로 인정되지 않는다. 하지만 이런 사정들은 경

제적으로 우월한 지위에 있는 A사가 임의로 정한 것으로 보이는 바, 이 때문에 甲의 근로자성을 쉽게 부정해서는 아니 된다.

위의 사정들을 종합적으로 고려했을 때, 甲은 A사에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자에 해당한다.

V. 결 론

계약의 형식에도 불구하고 甲은 A사에서 종속적인 관계에서 근로를 제공하고 있다. 甲은 A사에게 가산임금을 청구할 수 있는 근로기준법상 근로자에 해당한다.

제1~2문

甲을 근로자로 가정하면 甲이 A회사로부터 지급받은 수수료가 통상임금에 해당하는지에 대하여 논하시오. (20점)

I. 논점의 정리

甲은 기본급 없이 월매출액에 일정 수수료율을 곱해서 산정한 수수료를 임금으로 지급받고 있다. 이와 같이 근무실적에 따라 그 금액이 달라지는 수수료가 통상임금에 해당하는지가 문제된다.

II. 통상임금의 판단기준

1. 통상임금의 의미 : 소정근로의 대가

임금 중에 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 평가한 것으로 사전에 확정할 수 있는 것이라면 그 명칭과 관계없이 모두 통상임금에 해당한다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

2. 통상임금의 개념적 징표인 정기성·일률성·고정성

(1) 정기성

정기성이란 어떤 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되는 것을 의미한다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

(2) 일률성

판례는 ‘일률적’으로 지급되는 것이란 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것 뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다고 판시하고 있다(대판 1993.5.27. 92다 20316 ; 대판 2012.7.26. 2011다6106).

여기서 ‘일정한 조건 또는 기준’이란 ① ‘고정적인 조건’일 뿐만 아니라, ② 통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때, 작업 내용이나 기술·경력 등과 같이 ‘소정근로의 가치 평가와 관련된 조건’이어야 한다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

(3) 고정성

1) 의의 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서, 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위해 ‘사전에 확정’되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

2) 판단기준 최근 전합 판결에 의하면 고정적인 임금이란 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 ‘추가적인 조건의 충족 여부와 관계 없이’ 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금이다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399 ; 대판[전합] 2013.12.18. 2012다94643). 여기서 ‘추가적인 조건’이란 ‘재직자 조건’이나 ‘일정 근무일수 조건’을 의미한다.

그러므로 전합 판결에 따르면 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직하더라도 그 하루의 대가로 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금이 고정적인 임금이 된다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

Ⅲ. 근무실적에 연동하는 임금

1. 성과급

근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금(실적급, 성과급 등)은 일반적으로 고정성이 부정된다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금(기본베이스)은 고정적 임금이라고 할 수 있다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

2. 전년도 실적에 따른 업적연봉제(성과연봉제)

근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당한다(대판[전합] 2013.12.18. 2012다89399).

Ⅳ. 사안의 적용

(1) 甲은 ‘매월’ 매장의 월매출액의 일정 비율로 산출한 수수료를 지급받았다. 甲이 지급받은 수수료는 정기성이 인정된다.

(2) 甲을 비롯한 판매원들은 일정한 조건 또는 기준(월매출액의수수료율)을 충족하는 경우에 수수료를 받았다. 그 조건 또는 기준은 판매실적이라는 소정근로의 가치와 관련되는 것으로, 甲이 지급받은 수수료는 일률성이 인정된다.

(3) 甲이 받는 수수료는 제품판매라는 근무실적에 연동하는 임금이다. 이러한 수수료는 판매실적에 따라 지급 여부나 지급액이 매월 달라지므로 일반적으로 고정성이 부정된다. 하지만 판매용역계약에 따르면, 주니어 판매원 甲의 월기준금액(200만원)의 85%에 미달하여 지급할 수 없도록 규정되어 있다. 따라서 甲의 경우 판매실적이 없거나 매우 적더라도, 200만원의 85%인 ‘170만원’은 지급되어야 하는 바, 170만원이 최소한도의 지급액으로 확정되어 있다. 甲이 매월 얼마의 수수료를 받는지와 관계없이, 최소한도의 임금인 170만에 한해 고정성이 인정된다.

또한 최소한도의 임금인 170만원은 甲이 소정근로를 제공하면 추가적인 조건(재직 또는 근무일수 등)의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금이므로, 그 지급 여부나 지급액은 사전에 확정된 것이다.

V. 결 론

甲이 지급받는 수수료는 정기성과 일률성이 인정되며, 주니어 판매원의 월기준금액(200만원)의 85%에 해당하는 금액인 170만원에 한해 고정성도 인정된다. 따라서 甲의 수수료 중 170만원에 한해 통상임금으로 인정된다.



MEMO

방강수 노무사

제14회 노무사 생동차 합격(차석)

한양대 대학원 노동법 박사(졸업)

이수진 노무사

제22회 노무사 생동차 합격

아주대학교 법학전문대학원(졸업)

[제2판]

Case 노동법

2018년 3월 10일 초 판 제1쇄발행
2020년 3월 31일 제2판 제1쇄인쇄
2020년 4월 10일 제2판 제1쇄발행

편저자 방 강 수 · 이 수 진

발행인 이 중 은

발행처 새 흐 름

서울특별시 마포구 독막로 295 삼부골든타워 212호

전 화 (02) 713-3069 FAX (02) 713-0403

등 록 2014. 1. 21, 제2014-000041호(윤)

홈페이지 www.sehr.co.kr

편저자와
협의하여
인지침부를
생략함

파본은 바뀔드립니다.

본서의 무단복제행위를 금합니다.

정 가 33,000원

ISBN 979-11-6293-134-9