

# 법률상담의 사례 -임금 및 퇴직금(7)

〈편집자 주〉

대한법률구조공단에서 지난 30년 동안 축적한 법률상담사례를 주제별로 2023년 신년호부터 20건씩 게재하고 있다. 관심 있는 독자들에게 권해 드린다.

-저작권자/ 대한법률구조공단

## 제 목

노사간 단체협약으로 이미 발생한 퇴직금의 지급유예가 가능한지

## 질 문

저는 甲회사에서 일하다가 퇴직을 하였으나, 아직 퇴직금을 받지 못하였습니다. 그런데 현재 회사가 매우 어려워져, 사용자와 노동조합이 이미 발생한 퇴직금에 대하여 1년간의 지급유예를 인정한다는 내용의 단체협약을 체결하였습니다. 이에 대하여 개별 퇴직자의 개별적인 동의나 수권은 없는 상황입니다. 이러한 지급유예는 유효한 것인가요?

## 답 변

대법원 2007.06.28. 선고 2007도1539 판결은, “이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산 영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않은

이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다.”고 하였습니다. 따라서 사안에서 처럼, 퇴직자 개인의 개별적인 동의나 수권이 없이 사용자와 노동조합사이의 단체협약만으로 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 퇴직금의 지급을 유예하는 것은 효력이 없습니다.

## 제 목

근로자가 아닌 임원이 퇴직연금에 가입할 수 있는지

## 질 문

저는 甲회사의 임원입니다. 그런데 저도 안정적인 노후보장을 위하여 甲회사의 퇴직연금제도에 가입을 하고 싶습니다. 이것이 가능할까요?

## 답 변

사용자는 근로자퇴직급여보장법(이하 ‘법’)이

라 함) 제2조제1호의 규정에 의한 근로자에 대해서는 의무적으로 퇴직급여제도(퇴직금제 또는 퇴직연금제)를 설정하여야 하나, 그 이외의 자에 대해서는 설정할 의무는 없습니다. 그러므로 근로자가 아닌 임원에 대하여 퇴직연금 적용대상으로 할지 여부는 사업장별로 자유로이 정할 수 있을 것입니다. 근로자가 아닌 임원을 퇴직연금에 가입시키고자 할 경우 법 제12조 및 제13조의 규정에 의하여 작성하는 퇴직연금규약에 근로자가 아닌 임원을 당해 퇴직연금의 가입자로 한다는 것을 명시하여야 하며, 근로자가 아닌 임원에 대하여 별도의 퇴직연금규약을 작성하여 신고를 해야 하는 것은 아닙니다. 한편, 법 제12조 및 제13조의 규정에 의하여 퇴직연금규약의 작성시 근로자대표의 동의를 얻어야 하며, 이때 '근로자대표'는 당해사업에 '근로자의 과반수'로 조직된 노동조합이 있는 경우 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우 근로자의 과반수를 의미합니다. 따라서 퇴직연금규약에 근로자가 아닌 임원을 퇴직연금 적용대상으로 한다는 내용이 포함되어 있는 경우에도 별도로 당해 임원의 동의를 받아야 할 필요는 없을 것입니다(퇴직급여보장법-846. 2006. 3. 16). 따라서 사안의 경우, 甲회사의 임원도 퇴직연금규약에 근로자가 아닌 임원을 당해 퇴직연금의 가입자로 한다는 것을 명시하는 경우에는 퇴직연금에 가입할 수 있습니다.

## 제 목

확정기여형퇴직연금제도의 중도인출 사유

## 질 문

저는 甲회사에 일하고 있습니다. 甲회사에

서는 확정기여형퇴직연금제도를 실시하고 있는데요, 제 아내가 큰 수술을 앞두고 있어 목돈이 급히 필요합니다. 퇴직연금의 적립금을 제가 미리 수령할 방법은 없을까요?

## 답 변

근로자퇴직급여 보장법 제22조 및 그 시행령 제14조에서는, '무주택자인 가입자가 본인 명의로 주택을 구입하는 경우, 무주택자인 가입자가 주거를 목적으로 민법 제303조에 따른 전세금 또는 주택임대차보호법 제3조의2에 따른 보증금을 부담하는 경우(가입자가 1 사업에 근로하는 동안 1회 한정), 6개월 이상 요양을 필요로 하는 가입자 본인, 가입자의 배우자, 가입자 또는 그 배우자의 부양가족(소득세법상 부양가족)의 질병이나 부상에 대한 요양비용을 가입자가 부담하는 경우, 중도인출을 신청한 날부터 역산하여 5년 이내에 가입자가 채무자회생및파산에관한법률에 따라 파산선고 또는 개인회생절차개시 결정을 받은 경우, 그 밖에 천재지변 등으로 피해를 입는 등 고용노동부장관이 정하여 고시하는 사유와 요건에 해당하는 경우'에 중도 인출이 가능도록 규정하고 있습니다. 따라서 사안의 경우, 가입자의 배우자가 큰 수술을 하게 되어 6개월 이상 요양을 필요로 하게 되는 경우에 해당한다면, 근로자퇴직급여 보장법 제22조 및 그 시행령 제14조 제1호, 제2조 제1항 제2호가.목에 의하여 적립금을 중도 인출할 수 있습니다.

## 제 목

퇴직금 청구시 사용자가 건강보험료 등의 공제 주장을 할 수 있는지

**질 문**

甲은 乙 회사에서 3년간 재직 후 퇴사하였으나 퇴직금을 받지 못하였습니다. 이에 따라 甲은 乙 회사에 대해 퇴직금을 청구하였는데 乙 회사는 건강보험료 등 원천징수 세액을 공제하고 지급하겠다고 합니다. 이게 맞는건가요?

**답 변**

사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일 분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급해야 합니다(「근로자퇴직급여 보장법」 제8조 제1항).

그런데 사용자의 항변 중 세액 공제와 관련하여 판례는 “국세기본법 제21조 제2항 제1호에 의하여 원천징수하는 소득세 등에 대한 징수의무자의 납부의무는 원칙적으로 그 소득금액을 지급하는 때에 성립하고, 이에 대응하는 수급자의 수인의무의 성립시기도 이와 같으므로, 지급자가 소득금액의 지급시기 전에 미리 원천세액을 징수공제할 수는 없다(대법원 1988. 10. 24. 선고 86다카2872판결, 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다38075 판결 등 참조).

그러나 소득의 지급이 의제되는 등으로 원천징수의무자의 납부의무가 성립한 후 소득금액 지급 전에 원천징수해야 할 소득세 등을 지급자가 실제 납부하였다면, 그와 같이 실제로 납부한 정당한 세액은 지급할 소득금액에서 미리 공제할 수 있다.”라고 판시하고 있습니다.

따라서 원칙적으로 사용자는 퇴직금에서 원천세액을 공제할 수 없으나, 소득세법 제147조 제1항은 “퇴직소득을 지급하여야 할 원천

징수의무자가 1월부터 11월까지의 사이에 퇴직한 자의 퇴직급여액을 당해연도의 12월 31일까지 지급하지 아니한 때에는 그 퇴직급여액은 12월 31일에 지급한 것으로 본다.”고 규정하고 있으므로 사용자가 위와 같은 규정에 따라 원천징수의무자로서 소득세와 주민세 등을 납부하였다면 이 금액은 미리 공제할 수 있다고 할 것입니다.

**제 목**

퇴직금 분할약정 유효 여부

**질 문**

甲은 乙 회사에 취직하였는데, 근로계약서에는 매월 퇴직금이 분할되어 지급되는 형식으로 되어 있습니다. 이 경우 甲은 추후 퇴직금을 청구하지 못하나요?

**답 변**

사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매월 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정(이하 ‘퇴직금 분할약정’)하였다면, 그 약정은 근로자퇴직급여보장법 제8조 제2항 전문에서 정한 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서, 강행법규인 같은 법 제8조에 위배되어 무효입니다.

다만 우리 판례는 “사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 실질적으로 지급하였음에도 불구하고 정작 퇴직금 지급의 효력이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 임금 지급의 효력도 인정되지 않는다면, 근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게

반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다.”라고 하여 결국 근로자가 사용자에게 이 금액을 반환해야 한다고 하면서도, “다만 퇴직금 제도를 강행법규로 규정한 입법 취지를 고려할 때, 위와 같은 법리는 사용자와 근로자 사이에 실질적인 퇴직금 분할 약정이 존재함을 전제로 하여 비로소 적용할 수 있다. 따라서 사용자와 근로자가 체결한 해당 약정이 그 실질은 임금을 정한 것에 불과함에도 사용자가 퇴직금 지급을 면탈하기 위하여 퇴직금 분할 약정의 형식만을 취한 것인 경우에는 위와 같은 법리를 적용할 수 없다. 즉, 사용자와 근로자 사이에 월급이나 일당 등에 퇴직금을 포함하고 퇴직 시 별도의 퇴직금을 지급하지 않는다는 취지의 합의가 존재할 뿐만 아니라, 임금과 구별되는 퇴직금 명목 금원의 액수가 특정되고, 위 퇴직금 명목 금원을 제외한 임금 액수 등을 고려할 때 퇴직금 분할 약정을 포함하는 근로계약 내용이 종전 근로계약이나 근로기준법 등에 비추어 근로자에게 불이익하지 아니하여야 하는 등 사용자와 근로자가 임금과 구별하여 추가로 퇴직금 명목으로 일정한 금원을 실질적으로 지급할 것을 약정한 경우에 한하여 위와 같은 법리가 적용된다.”라고 관시하여 퇴직금분할약정의 존재 여부 자체를 엄격히 판단하고 있습니다(대법원 2012.12.13. 선고 2012다77006 판결).

따라서 甲의 경우 퇴직금 분할약정은 무효이나, 그 금원을 반환해야 하는지와 관련하여서는 법원의 판단기준에 비추어 당해 퇴직금 분할약정에 의해 지급된 금원의 성질에 따라 달라질 것으로 사료됩니다.

## 제 목

회사가 도산한 경우의 퇴직금 지급 여부

## 질 문

회사가 도산한 경우 지급받지 못한 퇴직금은 어떻게 받을 수 있나요?

## 답 변

회사가 도산하여 회사재산이 경락(매각)된 경우 해당 회사에서 퇴직한 근로자는 배당요구 종기일까지 법원에 배당요구를 해야만 경락대금(매각대금)에서 사용자로부터 지급받지 못한 퇴직금을 우선변제 받을 수 있습니다. 참고로 이때의 경락대금(매각대금)의 배당순위는 ① 최종 3개월분의 임금, 재해보상금, 최종 3년간의 퇴직금 ② 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금 ③ 사용자의 총재산에 대해 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권 ④ 최종 3개월분이 아닌 임금, 재해보상금, 최종 3년간이 아닌 기간에 퇴직금 그 밖에 근로관계로 인한 채권 ⑤ 조세·공과금 및 다른 채권입니다(「근로자퇴직급여 보장법」 제 12조 제1항·제2항).

또는 관할 지방고용노동관서에 체당금 지급 신청을 하여 최종 3년간에 대한 퇴직금을 체당금으로 지급받을 수 있는데, ‘체당금’이란 사업주가 파산 선고, 회생절차 개시 결정, 고용노동부장관의 도산등사실인정을 받은 경우에 퇴직한 근로자가 지급받지 못한 임금·퇴직금·휴업수당의 지급을 청구하면 고용노동부장관이 사업주를 대신하여 그 근로자에게 지급하는 임금·퇴직금·휴업수당을 말합니다. 사업주에 대한 파산 선고, 회생절차 개시 결정, 도산등사실인정이 있는 날부터 2년 이

내에 퇴직 당시의 사업장을 관할하는 지방노동청장 또는 지청장에게 해당금 지급 신청을 하여 최종 3년간의 퇴직금 등을 해당금으로 지급받을 수 있습니다(「임금채권보장법」 제7조 제1항).

**제 목**

퇴직금의 계산방법

**질 문**

저는 2009년 1월 1일부터 2010년 12월 31일까지 기본급·상여금 등으로 월 250만원을 받은 근로자입니다. 퇴직금은 어떻게 계산하나요?

**답 변**

근로자가 퇴직하는 경우 근로자는 사용자로부터 계속근로기간 1년에 대해 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급받을 수 있는데, 퇴직금 산정 공식은 [(1일 평균임금 × 30일) × 총 계속근로기간 ÷ 365]입니다(「근로자 퇴직급여 보장법」 제8조 제1항).

이때 ‘평균임금’이란 임금을 산정해야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총 일수로 나눈 금액을 말합니다.

따라서 귀하의 경우 평균임금은 750만원(3개월간의 임금총액)을 92일(3개월간의 총 일수)로 나눈 평균임금 81,521원이고, 퇴직금은 (81,521원 X 30 X 365) ÷ 365 = 2,445,630입니다.

**제 목**

휴직과 퇴직금 계산

**질 문**

회사의 경영상태가 안좋아 불가피하게 퇴직을 하였습니다. 그런데 퇴직전 3개월 안에 제가 질병으로 휴직한 기간이 1개월이 됩니다. 퇴직금 정산을 위한 평균임금 산정은 퇴직전 3개월 동안의 기간을 그 산정기간으로 정하고 있는 것으로 알고 있는데, 이럴 경우는 어떻게 하나요?

**답 변**

이를 대비하여 근로기준법 시행령 제2조가 규정되어 있습니다. 즉, 근로기준법 시행령 제2조에서는 사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간 등이 있는 경우 평균임금 산정방법은 ‘그 기간과 그 기간동안 지급받은 임금은 제외’토록 하고 있습니다. 예컨대 퇴직 전 3개월의 날수가 91일이었고, 귀하가 휴업한 기간이 한 달(30일)이었다면 휴업기간을 제외한 나머지 61일 동안 받은 임금을 61일로 나눈 것이 1일 평균임금이 됩니다. 따라서 휴업기간 때문에 평균임금 산정에서 불이익하게 되는 일은 없을 것입니다.

나아가 만약, 휴업 등 해당기간이 3개월 이상 이라면 근로기준법 시행령 제4조에 근거하여 제정된 노동부고시(평균임금 산정 특례 고시-제2004-22호)에 따라 처리됩니다. 즉 퇴직일이 아닌 해당사유가 발생한 날(휴업의 경우 휴업개시일)을 기준으로 이전 3개월간의 평균임금을 산정하여 퇴직금을 계산합니다.

**제 목**

휴직과 퇴직금 계산

## 질 문

회사의 경영상태가 안좋아 불가피하게 퇴직을 하였습니다. 그런데 퇴직전 3개월 안에 제가 질병으로 휴직한 기간이 1개월이 됩니다. 퇴직금 정산을 위한 평균임금 산정은 퇴직전 3개월 동안의 기간을 그 산정기간으로 정하고 있는 것으로 알고 있는데, 이럴 경우는 어떻게 하나요?

## 답 변

이를 대비하여 근로기준법 시행령 제2조가 규정되어 있습니다. 즉, 근로기준법 시행령 제2조에서는 사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간 등이 있는 경우 평균임금 산정방법은 '그 기간과 그 기간동안 지급받은 임금은 제외'로 기록하고 있습니다. 예컨대 퇴직 전 3개월의 날수가 91일이었고, 귀하가 휴업한 기간이 한 달(30일)이었다면 휴업기간을 제외한 나머지 61일 동안 받은 임금을 61일로 나눈 것이 1일 평균임금이 됩니다. 따라서 휴업기간 때문에 평균임금 산정에서 불이익하게 되는 일은 없을 것입니다.

나아가 만약, 휴업 등 해당기간이 3개월이상 이라면 근로기준법 시행령 제4조에 근거하여 제정된 노동부고시(평균임금 산정 특례 고시-제2004-22호)에 따라 처리됩니다. 즉 퇴직일이 아닌 해당사유가 발생한 날(휴업의 경우 휴업개시일)을 기준으로 이전 3개월간의 평균임금을 산정하여 퇴직금을 계산합니다.

## 제 목

개인사업자에서 법인으로 변경된 경우 퇴직금

## 질 문

5년간 개인사업자의 영업장에서 근무하다가 그 개인사업자가 법인으로 전환하였다면 퇴직금은 언제 받을 수 있는 것이지요? 법인으로 바뀌면서 퇴직금을 요구하였으나 나중에 해준다는데 맞는 것이지요?

## 답 변

근로기준법 제34조에서는 1년 이상 '계속근로'하였을 때 퇴직금이 발생한다고 정하고 있습니다. 여기서 계속근로는 근로계약의 형태 변경(임시직→정규직, 일급제→월급제, 월급제→연봉제) 회사의 조직형태의 변경(개인회사→법인회사), 사업주의 변경(홍길동→김길동)과는 무관하게 근로자와 사용자간의 근로계약이 형성된 최초의 날(최초입사일)부터 최종퇴직일까지의 전체기간을 의미합니다. 따라서 회사가 기존의 개인회사에서 법인으로 조직형태를 변경한 문제는 근로자의 계속근로연수에 아무런 영향을 미치지 않습니다.

다만, 개인회사에서 법인으로 조직형태가 변경되면서 종전의 사업내용과의 동질성이 현저히 다르고 그 과정에서 근로자가 자발적으로 사직서를 제출하고 재입사를 한 경우라면 개인회사에서의 계속근로연수와 법인회사에서의 계속근로연수는 각각 단절되어 계산되어야 합니다.

## 제 목

영업양도시의 퇴직금

## 질 문

A회사에서 1년 2개월을 일한 상태인데, 대표가 이 회사를 B회사에 영업양도를 하였다

면 저는 추후 퇴직금을 누구에게 청구해야 하나요?

**답 변**

영업의 양도에 해당한다면 근로관계도 포괄 승계되므로, 퇴직금의 지급은 퇴직시에 새로운 사용자가 전체기간에 대하여 지급하여야 할 것입니다.

‘영업의 양도’라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 양도인과 양수인간의 영업 양도에 관한 명시적·묵시적 합의가 있거나 계약에 따라 성립되며 이때 해당 근로자들의 근로관계는 원칙적으로 영업을 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다고 할 것입니다. 따라서 A회사와 B회사간에 영업의 양도·양수 등에 대한 명시적·묵시적 합의가 있었는지의 여부, A기업의 부채, 채권과 채무 등 인수여부 등 사실관계를 판단하여 영업의 양도·양수에 해당된다면 A회사 근무기간은 B회사의 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간에 포함되고(임금복지과-590, 2010.02.03), 결국 귀하는 B회사에 대해 전체 재직 기간에 대한 퇴직금을 청구하셔야 합니다.

**제 목**

퇴직금의 소멸시효

**질 문**

회사에서 퇴직한 지 5년이 지났는데, 지금이라도 퇴직금을 청구하면 받을 수 있나요?

**답 변**

퇴직금은 퇴직한 날의 다음 날부터 3년 이내에 청구해야 하며, 이 기간 내에 청구하지 않으면 사용자로부터 퇴직금을 지급받을 수 없습니다(「근로자퇴직급여 보장법」 제10조).

다만 일반적으로 퇴직금은 퇴직한 날의 다음날부터 소멸시효가 기산되나(「민법」 제166조 제1항), 중간정산이 합의가 있는 경우에는 중간정산 시점에 중간정산 퇴직금 채권이 발생하고 소멸시효도 그때부터 기산되고, 중간정산 합의가 없었던 나머지 근로기간에 대해서는 최종 퇴직 시에 퇴직금 채권이 발생하고, 소멸시효도 최종 퇴직 시점으로부터 진행됩니다.

이러한 퇴직금 채권의 소멸시효를 중단시키는 방법으로 ① 재판상청구 ② 파산절차참가 ③ 지급명령의 신청 ④ 화해를 위한 소환 ⑤ 임의출석 ⑥ 압류·가압류·가처분 ⑦ 채무자의 채무승인이 있고, 퇴직금 중단사유가 있은 후 그 사유가 없어진 경우에는 그 때부터 다시 3년간 소멸시효가 진행합니다(「민법」 제168조 및 제177조).

따라서 귀하의 경우 소멸시효 중단사유가 없다면 퇴직금을 받기 어려울 것으로 사료됩니다.

**제 목**

정년퇴직자의 연차유급휴가미사용수당 지급여부

**질 문**

A사업장의 정년퇴직은 만 55세를 정년으로 하되 12월 31일에 퇴사하는 것으로 되어 있습니다. A사업장이 회계연도 단위(1.1~12.31)

로 연차휴가를 부여하는 가운데 당해연도 12월 31일 정년퇴직한 근로자에 대한 연차유급휴가가 부여되고, 나아가 그 미사용수당이 지급되는지요?

### 답변

사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 합니다(「근로기준법」 제60조 제1항).

따라서 귀하의 경우 12월 말일에 근로를 제공하지 않는다면 정년퇴직일인 12월 말일은 근로일로 볼 수 없으므로 정년퇴직하는 당해연도 근무기간이 1년 미만에 해당되어 연차유급휴가는 발생하지 않을 것이나, 만약 귀하가 정년퇴직일인 12월 31일에 실제 근로를 제공한다면 다음해 1월 1일이 퇴직일로 되므로 1년간의 근로를 마친 것으로서 연차유급휴가가 발생요건을 충족하고, 따라서 연차유급휴가 미사용수당이 지급되어야 할 것입니다(행정해석 근로개선정책과-1115, 2013.02.12.).

### 제 목

퇴직금 중간정산 후 1년 미만 기간에 대한 퇴직금 지급여부

### 질 문

A회사에 2013. 10. 1. 입사해서 2014. 11. 1.에 퇴직금 중간정산을 받았습니다. 그 후 2015. 6.1.에 퇴사하였는데, 이때는 1년 미만이 되어 퇴직금을 받을 수 없나요?

### 답변

사용자는 계속근로년수 1년에 대하여 30일 분이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는

근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 하며, 이때 계속근로년수라 함은 근로계약을 체결하여 고용된 날부터 해지될 때까지의 기간을 말합니다(「근로자퇴직급여보장법」 제8조 제1항).

따라서 동법 시행령 제3조에 따라 퇴직금 중간정산을 실시하여 중간정산 이후의 계속근로 기간이 1년미만이라 하더라도 중간정산 당시 실제로 고용이 해지된 것은 아니었으므로, 사용자는 동기간에 대한 퇴직금을 산정하여 근로자의 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하여야 합니다.

### 제 목

텔레마케터도 근로자이므로 퇴직금을 지급해야하는지 여부

### 질 문

저는 A은행로부터 고객 데이터베이스를 받아 전화로 은행 대출상품을 판매하는 텔레마케터로 5년간 일하다가 퇴직을 하였습니다. 그런데 A은행에서는 위촉계약을 근거로 제가 근로자가 아니어서 퇴직금을 지급할 수 없다고 합니다. 저는 퇴직금을 받을 수 없는 건가요?

### 답변

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 합니다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결).



판례는 “정규직 직원인 매니저들이 원고들과 같이 시간, 같은 장소에서 근무하면서 출근 여부와 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, (회사가) 통화횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스를 제공하는 등 원고들의 업무수행이나 실적을 관리했다.”는 점, “실적에 따라 수수료를 받는 원고들은 회사에서 받는 고객 데이터베이스가 중요한데 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 데이터베이스를 분배하므로 지각이나 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 실질적으로 불이익을 받는 결과가 된다.”는 점을 근거로 “업무의 성격과 내용, 근무장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 얻게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면 원고들이 종속적인 관계에서 근로를 제공했다고 볼 여지가 충분하다.”고 판시한 바 있으므로(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결), 귀하의 경우 근로형태가 A은행에 대해 실질적인 종속관계가 있었는지 여부에 따라 근로자성의 인정여부, 나아가 퇴직금의 인정여부가 결정될 것으로 사료됩니다.

## 제 목

퇴직금을 매월 임금에 포함시켜 지급하기로 한 약정의 효력

## 질 문

저는 근로자로서 사용자와 입사초기부터 매월 지급하는 월급과 함께 퇴직금을 미리 받기로 하는 약정을 하였는데 위 약정이 무효인지 여부가 궁금합니다.

## 답 변

이러한 약정에 대하여 우리 대법원은 다음

과 같이 판시하였습니다.

“사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매일 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정(이하 ‘퇴직금 분할 약정’이라 한다)하였다면, 그 약정은 구근로기준법(2005.1.27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것)제34조 제3항 전문 소정의 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서 강행법규인 같은 법 제34조에 위배되어 무효이고, 그 결과 퇴직금 분할 약정에 따라 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급하였다 하더라도 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다(대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결).”

따라서 월급과 함께 퇴직금을 미리 지급받기로 하는 약정은 근로기준법 소정의 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 무효라고 보아야 할 것입니다.

## 제 목

퇴직금을 매월 임금에 포함시켜 지급한 경우의 근로자의 부당이득반환의무 성립 여부

## 질 문

저는 입사한 때에 사용자와 매월 지급하는 월급과 함께 퇴직금을 미리 받기로 하는 약정을 하고 이를 수령하였습니다. 그런데 이러한 약정이 무효라고 합니다. 그렇다면 제가 미리 지급받은 퇴직금을 사용자에게 반환하여야 하는지 알고 싶습니다.

## 답변

사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매월 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 하는 퇴직금 분할 약정을 하였다면, 그 약정은 근로기준법 소정의 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서 무효입니다(대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결).

그런데 근로관계의 계속 중에 퇴직금 분할 약정에 의하여 월급이나 일당과는 별도로 실질적으로 퇴직금을 미리 지급한 경우 이는 어디까지나 위 약정이 유효함을 전제로 한 것이라고 보아야 합니다. 그런데 그러한 약정에 따른 퇴직금의 지급이 위와 같은 이유로 효력이 없다면, 사용자는 본래 퇴직금 명목에 해당하는 금원을 지급할 의무가 있었다고 볼 수 없습니다.

따라서 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원은 근로기준법 소정의 ‘근로의 대가로 지급하는 임금’에 해당한다고 할 수 없습니다. 그렇다면 근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 2010.05.20 선고 2007다90760 전원합의체 판결).

## 제 목

퇴직금 분할약정이 무효인 경우 근로자가 반환할 부당이득채권과 지급받을 퇴직금을 상계할 수 있는지 여부

## 질 문

저는 입사한 때에 사용자와 매월 지급하는 월급과 함께 퇴직금을 미리 받기로 하는 약정을 하고 이를 수령하였습니다. 그런데 사용자는 이러한 약정이 무효라고 주장하며 이미 지급한 금원을 반환하라고 합니다. 그렇다면 이 금원과 제가 추후에 받을 실제 퇴직금을 상계할 수 있는지 궁금합니다.

## 답 변

근로기준법 제43조에 의하면 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙입니다. 이는 경제적·사회적 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것인바, 근로자가 받을 퇴직금도 임금의 성질을 가지므로 역시 마찬가지로 보아야 할 것입니다. 그런데 대법원은 계산의 착오 등으로 임금을 초과 지급한 경우에, 근로자가 퇴직 후 그 재직중 받지 못한 임금이나 퇴직금을 청구하거나, 근로자가 비록 재직 중에 임금을 청구하더라도 위 초과 지급한 시기와 상계권 행사의 시기가 임금의 정산, 조정의 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 반환 청구권을 자동채권으로 하여 근로자의 임금채권이나 퇴직금채권과 상계할 수 있다고 판시하였습니다. 그리고 이러한 법리는 사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 그것이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이

득반환채권을 갖게 된 경우에 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계하는 때에도 적용된다고 판시하였습니다(대법원 2010.05.20 선고 2007다90760 전원합의체 판결).

다만, 민사집행법 제246조 제1항 제7호에서는 근로자인 채무자의 생활보장이라는 공익적, 사회 정책적 이유에서 '퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을 압류금지채권으로 규정하고 있고, 민법 제497조는 압류금지채권의 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있으므로, 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목으로 지급한 금원 상당의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용될 것입니다(대법원 2010.05.20 선고 2007다90760 전원합의체 판결).

## 제 목

퇴직 후 회사가 파산한 경우 퇴직금 및 지연 손해금의 지급 여부

## 질 문

저는 회사를 퇴직한 후 퇴직금을 받지 못하였는데 최근에 회사가 파산절차를 밟게 되었습니다. 이러한 경우 파산절차를 통하여서 금원을 수령하여야 하는지 아니면 재단채권으로서 수시로 변제 받을 수 있는지 알고 싶습니다.

## 답 변

재단채권의 범위에 대하여 채무자 회생 및

파산에 관한 법률 제473조는 다음과 같이 규정하고 있습니다.

제473조 (재단채권의 범위)

다음 각호의 어느 하나에 해당하는 청구권은 재단채권으로 한다. [개정 2010.3.31. 제 1021 9호(지방세기본법), 2014.5.20] [[시행일 2014.11.21]]

1. 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권
2. 「국세징수법」또는 「지방세기본법」에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수 우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 제446조의 규정에 의한 후순위 파산채권을 제외한다). 다만, 파산선고 후의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것에 한한다.
3. 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용
4. 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권
5. 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 파산선고 후 파산재단에 대하여 생긴 청구권
6. 위임의 종료 또는 대리권의 소멸 후에 긴급한 필요에 의하여 한 행위로 인하여 파산재단에 대하여 생긴 청구권
7. 제335조제1항의 규정에 의하여 파산관재인이 채무를 이행하는 경우에 상대방이 가지는 청구권
8. 파산선고로 인하여 쌍무계약이 해지된 경우 그 때까지 생긴 청구권
9. 채무자 및 그 부양을 받는 자의 부양료
10. 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금
11. 파산선고 전의 원인으로 생긴 채무자의

근로자의 임치금 및 신원보증금의 반환청구권  
위 조항 제10호에 따라 퇴직금은 재단채권에 포함됩니다. 그리고 동법 제475조에서 “재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제한다.”고 규정되어 있으므로 파산관재인에게 청구하여 변제받을 수 있습니다.

## 제 목

퇴직 후 회사가 파산한 경우 퇴직금 및 지연손해금의 지급 여부

## 질 문

저는 회사를 퇴직한 후 퇴직금을 받지 못하였는데 최근에 회사가 파산절차를 밟게 되었습니다. 이러한 경우 퇴직금에 대한 지연손해금은 지급받을 수 없는 것인지 알고 싶습니다

## 답 변

우리 대법원은 이에 대하여 다음과 같이 판시하였습니다.

“채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)이 ‘파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권’을 재단채권으로 규정하고 있는 취지는 파산관재인이 파산재단의 관리처분권에 기초하여 직무를 행하면서 생긴 상대방의 청구권을 수시로 변제하도록 하여 이해관계인을 보호함으로써 공정하고 원활하게 파산절차를 진행하기 위한 것이므로, ‘파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위’에는 파산관재인이 직무를 행하는 과정에서 한 법률행위뿐만 아니라 직무와 관련하여 행한 불법행위가 포함되고, 나아가 파산관재인이 직무와 관련하여 부담하는 채무의 불이행도 포함된다.

그렇다면 파산관재인은 직무상 재단채권인 근로자의 임금 퇴직금 및 재해보상금(이하 ‘임금 등’이라 한다)을 수시로 변제할 의무가 있다고 할 것이므로, 파산관재인이 파산선고 후에 위와 같은 의무의 이행을 지체하여 생긴 근로자의 손해배상청구권은 채무자회생법 제473조 제4호 소정의 ‘파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권’에 해당하여 재단채권이다(대법원 2014. 11. 20. 선고 2013다64908 판결).”

또한, 동법 제475조에서 “재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제한다.”고 규정되어 있으므로 퇴직금은 물론이고 이에 대한 지연손해금 역시 파산관재인에게 청구하여 변제받을 수 있습니다.

## 제 목

최저임금에 미달한 임금을 받은 근로자의 퇴직금 산정 기준

## 질 문

저는 택시운전사로 근무하다가 최근에 퇴직했습니다. 그런데 제가 최저임금보다 적은 임금을 받아왔음을 알게 되었습니다. 이때 퇴직금은 어떤 기준으로 산정하여야 하는지 궁금합니다.

## 답 변

이에 대하여 우리 대법원은 근로자가 최저임금법에서 정한 최저임금에 미달하는 임금을 받아왔던 경우에는 퇴직일 이전 3개월 동안 위 근로자에게 실제로 지급된 임금뿐만 아니라 위 조항에 따라 당연히 지급되어야 할 임금 중 지급되지 아니한 금액이 포함된 평균임

금을 기초로 산정한 퇴직금을 지급할 의무가 있다는 취지로 판시하였습니다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다70388 판결).

따라서 퇴직일 이전 3개월 동안 지급된 실 제임금이 아닌 최저임금법에 따른 최저임금을 기초로 산정된 평균임금을 기초로 산정한 퇴직금을 지급받을 수 있다고 보아야 할 것입니다.

### 제 목

영업이 양도된 경우 영업을 양수한 자의 퇴직금 지급 의무 존부

### 질 문

저는 甲학원에서 강사로 근무하다가 퇴직하였습니다. 그런데 甲학원은 제가 퇴직한 이후 乙회사를 거쳐 丙회사로 그 영업 일체를 양도하였습니다. 현재 丙회사는 甲학원의 상호를 동일하게 사용하고 있는데 제가 丙회사로부터 퇴직금을 지급받을 수 있는지 궁금합니다.

### 답 변

상법 제42조는 다음과 같이 동일한 상호를 계속하여 사용하는 영업 양수인의 책임을 규정하고 있습니다.

제42조 (상호를 속용하는 양수인의 책임)

① 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다.

② 전항의 규정은 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 때에는 적용하지 아니한다. 양

도인과 양수인이 지체없이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 경우에 그 통지를 받은 제3자에 대하여도 같다.

따라서 학원 강사의 퇴직금은 학원의 영업으로 인하여 발생한 제3자의 채권이므로 양도인의 상호를 계속 사용하는 영업양수인에게 대하여 변제할 책임을 집니다. 그러므로 丙회사에게 퇴직금 지급을 청구할 수 있을 것입니다.

이와 유사한 사례에서 법원 역시 상호를 속용한 영업양수인의 책임을 인정하여 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판시하였습니다(서울고등법원 2014. 6. 27. 선고 2013나59373 판결).

### 제 목

영업양도에서 근로자가 영업양도 사실을 고지 받지 못하였을 경우 영업양도인에게 퇴직금을 청구할 수 있는지 여부

### 질 문

甲 병원을 운영하던 乙학교법인이 丙의료법인을 새로 설립하여 甲병원 영업을 양도하였으나 甲 병원 근로자들에게 이러한 사실을 고지하지 않았습니다. 그렇다면 저를 포함한 甲병원 근로자들이 乙법인을 상대로 퇴직금 지급을 구할 수 있을지 궁금합니다.

### 답 변

대법원은 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되지만 근로자가 반대 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기

업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있으며, 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다고 판시하였습니다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결).

그런데 근로자가 자신이 근로하던 사업장의 영업이 양도되었음에도 이러한 사실을 고지받지 못하였다면 양수인과 양도인 사이에 근로관계 승계가 이루어졌다고 볼 수 없으므로 양도인에게 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 보아야 할 것입니다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결).

따라서 甲병원 근로자들은 乙법인을 상대로 퇴직금 지급을 구할 수 있을 것입니다.

## 제 목

퇴직 이전에 퇴직금에 대한 배당요구를 할 수 있는지 여부

## 질 문

저는 현재 다니고 있는 회사가 계속 임금을 체불하여 퇴직을 하려고 합니다. 그러던 와중에 회사에 대한 채권자가 회사 부동산에 대한 강제집행을 하려고 한다는 사실을 알게 되었습니다. 만약, 제가 퇴직하기 이전에 배당요구 종기가 도래한다면 저는 해당 강제집행 절차에서 퇴직금을 받을 수 없나요?

## 답 변

대법원은 이와 유사한 사안에 대하여 다음과 같이 판시하였습니다.

“근로기준법 등에 따라 우선변제청구권을 갖는 임금채권자라고 하더라도 강제집행절

차나 임의경매절차에서 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하여야만 우선배당을 받을 수 있는 것이 원칙이다. 여기서 최종 3개월분의 임금은 배당요구 이전에 이미 근로관계가 종료된 근로자의 경우에는 근로관계 종료일부터 소급하여 3개월 사이에 지급사유가 발생한 임금 중 미지급분, 배당요구 당시에 근로관계가 종료되지 않은 근로자의 경우에는 배당요구 시점부터 소급하여 3개월 사이에 지급사유가 발생한 임금 중 미지급분을 말한다. 그리고 최종 3년간의 퇴직금도 이와 같이 보아야 하므로, 배당요구 종기일 이전에 퇴직금 지급사유가 발생하여야 한다(대법원 2015. 8. 19. 선고 2015다204762 판결).”

따라서 배당요구 종기일 이전에 퇴직금 지급 사유인 퇴직이 이루어져야 퇴직금에 대하여 배당요구를 할 수 있다는 것입니다. 그러므로 배당요구 종기일 이전에 퇴직하여야 해당 절차에서 퇴직금에 대한 배당요구를 하실 수 있을 것입니다.

## 제 목

사업주가 원천세액을 납부한 경우 퇴직금 산정 기준

## 질 문

저는 퇴직 후 사업주에게 퇴직금을 지급할 것을 요청하였습니다. 그런데 사업주는 제가 받아야할 퇴직금 중에 자신이 납부한 원천세액을 공제하고 지급하겠다고 주장하고 있습니다. 이러한 주장이 타당한 주장인지 궁금합니다.

**답 변**

대법원은 이와 유사한 사안에 대하여 다음과 같이 판시하였습니다.

“국세기본법 제21조 제2항 제1호 에 의하여 원천징수하는 소득세 등에 대한 징수의무자의 납부의무는 원칙적으로 소득금액을 지급하는 때에 성립하고, 이에 대응하는 지급자의 수인의무의 성립시기도 이와 같으므로, 지급자가 소득금액의 지급시기 전에 미리 원천세액을 징수·공제할 수는 없다. 그러나 소득의 지급이 의제되는 등으로 원천징수의무자의 납부의무가 성립한 후 소득금액 지급 전에 원천징수해야 할 소득세등을 지급자가 실제 납부하였다면, 그와 같이 실제로 납부한 정당한 세액은 지급할 소득금액에서 미리 공제할 수 있다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다 36347 판결).”

따라서 지급자인 사업주가 실제로 퇴직소득 금액만큼을 원천 공제하여 납부하였다면, 이러한 금원은 퇴직금으로부터 공제하고 나머지 액수만을 지급하는 것이 타당합니다.

**제 목**

체불임금의 지연손해금에 대한 최우선변제가부

**질 문**

저는 작년에 甲회사에서 퇴직을 하였으나 체불된 임금과 퇴직금 약 3,000여만원을 지급 받지 못하던 중 최근 甲회사의 소유인 A부동산이 경매개시가 결정되어 배당요구를 하기에 이르렀습니다. 그런데 저는 원금은 물론이

고 지연손해금까지 배당요구를 하였습니다. 체불임금 및 퇴직금에 대한 지연손해금에 대해서도 선순위 근저당권자 및 타 채권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는지요?

**답 변**

선순위 채권자보다우선하여 변제를 받을 수 있는 채권으로는 원본채권에 한정됩니다. 즉, 임금이나 퇴직금에 대한 지연손해금까지 최우선변제를 받을 수는 없습니다.

이러한 임금 등의 채권의 지연손해금도 최우선변제의 대상에 포함되는지에 관하여 판례를 보면, “임금 등 채권의 최우선변제권은 근로자의 생활안정을 위한 사회정책적 고려에서 담보물권자 등의 희생 아래 인정되고 있는 점, 민법 제334조, 제360조 등에 의하면 공시방법이 있는 민법상의 담보물권의 경우에도 우선변제권이 있는 피담보채권에 포함되는 이자 등 부대채권 및 그 범위에 관하여 별도로 규정하고 있음에 반하여, 근로기준법의 규정에는 최우선변제권이 있는 채권으로 원본채권만을 열거하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 임금 등에 대한 지연손해금채권에 대하여는 최우선변제권이 인정되지 않는다고 봄이 상당하다 할 것이다.”라고 하였습니다(대법원 2000. 1.28. 선고 99마5143 판결).

따라서 귀하의 경우, 위 법률규정 및 판례에 비추어 근로관계로 인한 채권 중 최종 3월분의 임금, 최종 3년간의 퇴직금 원금에 한하여 선순위 근저당채권보다 최우선변제를 받을 수 있을 뿐이고, 그에 대한 지연손해금은 최우선변제 받지 못할 것으로 보입니다.