

# 법률상담의 사례 -임금 및 퇴직금(8)

〈편집자 주〉

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

-저작권자/ 대한법률구조공단

## 제 목

평균임금에 특별상여금의 포함될 수 있는지의 여부

## 질 문

저희 회사에서는 매년 특별상여금을 지급하고 있습니다. 이는 특히 공로가 있다고 인정하는 직원에 대하여 대표이사가 특별상여금을 지급할 수 있다고 규정하고 있는 취업규칙에 의한 것인데, 그 금액은 대표이사에 의하여 임의적으로 결정되고 있습니다. 이를 평균임금에 포함시켜 퇴직금을 계산할 수 있을까요?

## 답 변

귀하가 근무하고 있는 회사에서의 특별상여금은 계속적·정기적으로 지급되지 않고 있고, 지급기준과 시기 등에 관하여 단체협약이나 취업규칙 또는 관례상으로도 확정된 금품이 아니므로 평균임금에 포함되지 않는다고 볼 수 있습니다.

평균임금에 포함되기 위해서는 먼저 회사에

서 지급한 금품이 근로기준법상의 임금에 해당해야 합니다. 현행법의 규정에 의한 임금이란 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품이라고 규정하고 있습니다(근로기준법 제2조).

또한 대법원은 임금에 대하여 “평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에는 사용자가 근로의 대상(對償)으로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여부를 불문하고 모두 포함된다.”라고 판시한 바 있습니다(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001다53950 판결).

이를 좀 더 자세히 살펴보면 임금은 구체적으로 사용자인 회사가 노동력을 제공한 노동자에게 근로의 대가로 지급하는 일체의 금품으로 노동자에게 계속적·정기적으로 지급되고, 그 지급에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에 의하여 회사에 지급의무가 부여되어 있

는 것을 말합니다.

그런데 귀하의 질문에 의하면, 귀하가 근무하고 있는 회사의 취업규칙의 특별상여금은 대표이사가 특히 공로가 있다고 인정하는 직원에 대하여 지급할 수 있다고만 규정되어 있을 뿐이고 구체적으로 지급기준, 지급액수, 지급시기 등에 관하여 아무런 규정이 없다고 볼 수 있습니다. 또한 지급액도 일정하지 않으므로 금액이 확정된 것 또한 아닙니다.

만약 귀하의 회사에서 특별상여금 지급을 비록 1회에 한하여 약정하기로 하였더라도 이후 근로자들에게 정기적·계속적·일률적으로 이것이 지급되어 왔다면 이는 근로계약이나 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것으로서 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 해당한다고 볼 수 있지만, 귀하의 회사에는 위의 사항들이 특정되어 있지 않으므로, 특별상여금을 평균임금에 포함할 수 없습니다.

### 제 목

사용자의 총재산에 대표이사인 사장의 개인 재산도 포함되는지 여부

### 질 문

회사가 부도가 나서 근로자가 자신의 임금채권을 다른 채권자의 채권보다 우선하여 변제받으려 하는 경우에 회사의 재산에는 대표이사인 사장의 개인재산도 포함되는 것입니까?

### 답 변

회사의 대표이사인 사장의 개인재산은 포함

되지 않습니다.

판례는 근로자의 임금채권의 우선변제에 관하여 이는 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 예외적으로 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것이기 때문에 임금에 관한 우선변제권의 적용 대상이 되는 사용자의 총재산은 근로계약의 당사자로서 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주인 사용자의 총재산을 의미한다고 보고 있습니다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다719 판결).

따라서 근로자가 임금에 관해 다른 사람의 채권보다 우선하여 변제 받으려고 하는 경우, 사용자가 법인인 경우에는 법인 자체의 재산에 대하여만 근로기준법상의 임금채권의 우선변제 규정이 적용되며 법인의 대표자 등 사업경영 담당자의 개인 재산은 이에 포함되지 않습니다.

### 제 목

사업주부담의 의료보험료가 임금에 해당하는지의 여부

### 질 문

회사에서 사업주가 근로자에 대해 부담하는 의료보험료가 임금에 해당합니까?

### 답 변

사업주부담의 의료보험료는 임금이라고 볼 수 없습니다.

판례는 의료보험료 중 구 의료보험법(1994.1.7. 법률 제4728호로 전문개정되기 전의 것)제51조의 규정 등에 의한 사용

자의 부담부분은 근로자가 근로의 대상으로서 사용자로부터 지급받는 임금에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하고 있습니다(대법원 1994. 7. 29. 선고 92다30801 판결).

### 제 목

근복무기간이 퇴직금지급을 위한 근속기간에 포함되는지 여부

### 질 문

근복무를 위하여 휴직하게 된 기간이 퇴직금지급을 위한 근속기간에 포함되나요?

### 답 변

근복무기간은 퇴직금지급을 위한 근속기간에 포함되지 않습니다.

판례는 현행병역법 제74조 제1항 및 제2항의 규정은 입영한 근로자가 근복무기간을 마친 경우에 해당직장으로서의 복직을 보장하고 승진에 있어서 근복무기간을 실제 근무기간으로 보아야 한다는 것이고, 위 근복무기간을 승진 이외의 퇴직금지급기간에까지 가산하라는 취지로 보기 어렵다고 판시하고 있습니다(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다41986 판결). 따라서 근복무기간은 퇴직금지급을 위한 근속기간에 포함되지 않습니다. 참고로, 공무원과 사립학교교원의 경우에는 공무원연금법(제23조 제5항제2호호) 및 사립학교교원연금법(제31조 제3항)의 해석상 근복무기간이 모두 재직기간으로 산입됩니다.

### 제 목

해외근무수당의 평균임금산입여부

### 질 문

근로자가 회사에서 10년간 국내근무를 한 후 해외지사에서 높은 수준의 해외 근무수당을 받으면서 3년간 근무를 하다가 퇴직한 경우, 이와 같이 임금의 초과되는 부분도 퇴직금을 계산할 때의 임금총액에 포함되나요?

### 답 변

이러한 경우 초과되는 부분은 평균임금의 기초가 되는 임금총액에 포함되지 않습니다.

판례에 의하면, 임금의 의의나 평균임금제도의 근본취지에 비추어 볼 때, 근로자가 국외주재직원으로 근무하는 동안 지급받은 급여 가운데 동등한 직급호봉의 국내직원에게 지급되는 급여를 초과하는 부분은, 근로의 대상으로 지급 받은 것이 아니라 실비변상적인 것이거나 해외근무라는 특수한 근무조건에 따라 국외주재직원으로 근무하는 동안 임시로 지급받은 임금이라고 보아야 할 것이므로, 이는 평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 총액에 산입하지 아니하여도 된다고 보고 있습니다(대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카4683 판결).

### 제 목

근로자의 동의를 얻지 못한 퇴직금규정의 불이익변경의 효력

### 질 문

회사가 퇴직금지급규정을 기존의 규정보다

불리하게 변경시키고 그 변경이 근로자의 동의를 얻지 못한 경우, 이러한 변경된 퇴직금규정은 변경이 일어난 후에 입사한 신입사원에게 적용될 수 있습니까?

**답 변**

예, 변경 후 새로 입사한 신규근로자에게는 변경된 퇴직금규정이 적용됩니다.

판례는 퇴직금지급규정의 불이익변경에 관하여, 그 변경이 근로자의 동의를 얻지 못하여 효력이 발생하지 않는다 하더라도 그 효과는 종전의 퇴직금 지급규정이 적용되던 기존의 근로자에게만 해당되고 변경 후 새로 입사한 신규근로자에게는 변경된 퇴직금규정이 적용된다고 하고 있습니다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 판결).

따라서 이러한 경우에는 근로기준법에서 금지하고 있는 퇴직금지급률차등제도(하나의 사업체내에서 직종별 또는 직위별로 퇴직금의 지급을 달리하는 제도)에 위반하는 것이 아닙니다.

**제 목**

임시직 근로자가 정규사원으로 직무가 변경된 경우에 근로기간의 계산

**질 문**

일용직이나 임시직으로 근무하던 근로자가 정식직원으로 임명되어 계속 근무하게 되었을 때 퇴직금산정의 기초가 되는 근로기간은 어떻게 계산하게 되나요?

**답 변**

질문과 같이 근무형태를 달리하게 되었다라도 계속근로는 인정됩니다. 따라서 퇴직금계산의 기초가 되는 평균임금도 직무가 변경된 후 퇴직시의 임금을 기준으로 하게됩니다.

직류에 따라 퇴직금지급률에 차이가 있는 경우에는 우선 그 퇴직금산정방법에 관하여 취업규칙이나 단체협약에 규정이 있고, 그 규정이 근로기준법에 위반하지 않는 한 그 규정에 따라야 합니다. 그러나 이와 같은 별도의 취업규칙이나 단체협약에 별도의 규정을 두고 있지 않은 경우에는 근로자퇴직급여보장법 제8조 제1항이 퇴직금지급률의 기준이 된다고 할 것 입니다.

또한 판례는 퇴직자의 근무기간중의 직류변경에도 불구하고 계속 근무하여 온 전 기간을 계속근로기간으로 보고 퇴직금의 기초가 되는 평균임금도 직류변경 후 퇴직시의 임금을 기준으로 하고 있습니다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결). 따라서 근무형태를 달리하게 되었다라도 계속근로는 인정되며 그 지급률도 퇴직 당시 직종이나 직류의 지급률로 하게 됩니다.

**제 목**

제3자에게 처분한 재산이 임금채권의 우선변제청구권의 대상이 될 수 있는지의 여부

**질 문**

근로자는 자신의 임금채권에 관하여 다른 채권자보다 우선변제를 받을 수 있다고 들었습니다. 이때 근로자가 우선변제를 받을 수 있는 사용자의 재산에는 사용자가 제3자에게 처

분한 재산도 포함되는 것입니까?

**답 변**

아닙니다. 사용자가 제3자에게 처분한 재산은 우선변제되는 총재산에 포함되지 않습니다.

근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 목적에서 일반담보물권의 효력을 일부 제한하는데 그 취지가 있습니다. 따라서 근로기준법 제38조의 우선특권은 사용자의 재산에 대하여 강제집행을 하거나 임의경매절차가 개시된 경우에 그 배당절차에서 질권 또는 저당권의 채권보다 우선하여 변제 받을 수 있게 하는데 그칠 뿐입니다.

따라서 이러한 우선변제권은 사용자가 제3자에게 처분한 재산에까지 미칠 수 없습니다. 또한 판례는 같은 취지에서 사용자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여도 임금채권의 우선변제권이 인정되지는 않는다고 보고 있습니다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다719 판결; 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결).

**제 목**

사납금을 공제한 금원의 임금 해당여부

**질 문**

운송회사의 운전사들이 운송수입금 중 사납금을 공제한 잔액을 운전사 개인의 수입으로 하여 온 경우, 그 사납금 초과 수입금이 임금에 해당하는지 여부

**답 변**

초과 수입금의 경우 사납금을 제외한 금액은 운전사의 개인수입으로 자유로운 처분이 가능하다면 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 해당하게됩니다.

운송회사가 그 소속 운전사들에게 매월 실제 근로일수에 따른 일정액을 지급하는 이외에 그 근로형태의 특수성과 계산의 편의 등을 고려하여 하루의 운송수입금 중 회사에 납입하는 일정액의 사납금을 공제한 잔액을 그 운전사 개인의 수입으로 하여 자유로운 처분에 맡겨 왔다면 위와 같은 운전사 개인의 수입으로 되는 부분 또한 그 성격으로 보아 근로의 대가인 임금에 해당한다 할 것이므로, 사납금 초과 수입금은 특별한 사정이 없는 한 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 포함된다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다25113 판결).

**제 목**

급여중 평균임금 비포함 합의의 유효성

**질 문**

평균임금에 포함될 수 있는 급여를 퇴직금 산정의 기초로 하지 아니하기로 하는 노사간 합의에 따라 산정한 퇴직금액이 근로기준법이 보장한 하한에 미달하는 경우, 위 합의의 효력은 어떻게 되는지요?

**답 변**

퇴직금의 기초가 되는 평균임금에 포함되는 급여를 퇴직금 산정의 기초로 하지 아니하는 별도 합의를 적용하더라도 근로기준법이 정한 하한에 미달하지 않는 이상 유효하나, 합

의에 의해 산정된 퇴직금이 근로기준법이 정한 하한에 미달하는 금액은 강행규정위반으로 무효에 해당하게 됩니다.

퇴직금 급여에 관한 근로기준법의 규정은 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하여야 할 퇴직금액의 하한을 규정한 것이므로, 노사간에 급여의 성질상 근로기준법이 정하는 평균임금에 포함될 수 있는 급여를 퇴직금 산정의 기초로 하지 아니하기로 하는 별도의 합의가 있는 경우에 그 합의에 따라 산정한 퇴직금액이 근로기준법이 보장한 하한을 상회하는 금액이라면 그 합의가 구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제34조에 위반되어 무효라고 할 수는 없다. 그러나 만약 그 합의에 따라 산정한 퇴직금액이 근로기준법이 보장한 하한에 미달하는 금액이라면, 그 합의는 구 근로기준법 제34조에 위반되어 무효이다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다25113 판결).

## 제 목

전직시 근로기간의 계속성

## 질 문

근로자가 회사의 일방적 결정에 따라 회사의 일부 부서를 물적 기반으로하여 설립되고 그 회사가 인사권과 경영권을 실질적으로 행사하는 다른 회사로 진출된 경우, 진출시 퇴직금을 받았다 하더라도 근로관계의 계속성이 유지되는지요?

## 답 변

예, 회사의 경영방침에 의한 일방적인 결정

에 따라 이뤄지고 물적기반이 동일하다면 귀하의 사례의 경우 퇴직금 산정에 있어 계속근로기간에 해당된다고 보여집니다.

근로자가 현재 근무하는 회사와 직전에 근무하였던 회사가 별개의 법인이고, 근로자가 직전 회사에 입사하여 근무하다가 퇴사하고 퇴직금을 수령한 후 현재 회사에 입사하였다 고 하더라도, 이는 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 직전 회사의 경영 방침에 의한 일방적인 결정에 따라 앞으로 직전 회사로 복귀할 것을 조건으로 하여 형식적으로 거친 것에 불과하고, 현재 회사는 직전 회사의 일부 부서를 물적 기반으로 하여 설립된 회사로서 그 인사권과 경영권을 직전 회사가 행사하고 있는 경우, 근로자의 직전 회사와 현재 회사에서의 근로관계는 실질적으로 계속되었으므로 현재 회사에서 퇴사한 근로자의 퇴직금을 산정함에 있어서 그 근속기간은 근로자가 직전 회사에 입사한 날부터 기산하여야 한다(대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결)

## 제 목

일용근로자의 퇴직금인정여부

## 질 문

일용근로자이나 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우 상용근로자로 보아 일용관계가 계속된 기간을 계속 근로년수로 계산하여 퇴직금을 지급하여야 하는지요?

## 답 변

판례는 “형식적으로 일용근로자라 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경

우에는 상용근로자로 보아야 하고 사용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용관계가 계속된 기간을 계속 근로년수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 하고, 반드시 월 평균 25일 이상 근무하여야만 근로자의 상근성, 계속성, 종속성을 인정할 수 있는 것은 아니라 할 것이다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결).”라고 보고 있습니다.

따라서 일용관계가 중단되지 않은 경우 상용근로자로 보아 근무기간에 의하여 퇴직금을 지급하여야 할 것입니다.

## 제 목

근로계속성 여부

## 질 문

근로자의 근로계속성을 인정하기 위하여는 반드시 월 평균 25일 이상 근무하여야 하는지요

## 답 변

반드시 월평균 25일 이상 근무하여야만 근로자의 계속성을 인정할수 있는 것은 아니라 고 보고있습니다.

판례는 “일용근로자라 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 하고 사용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용관계가 계속된 기간을 계속 근로년수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 하고, 반드시 월 평균 25일 이상 근무하여야만 근로자의 상근성, 계속성, 종속성을 인정할 수 있는

것은 아니라 할 것이다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결).”라고 판시한 바 있습니다.

또한 방학기간으로 실질적인 근로제공이 이뤄지지 않았다고 하더라도 계속성을 인정한 사례도 있었습니다.

판례는 “시 교육장의 지시에 따라 ○○국민학교의 교장이 시의 예산지원을 받아 고용기간 1년으로 하는 일용잡급의 형태로 과학실험 조교를 채용하여 근무하게 하고 고용기간이 만료되면 다시 채용하는 형식으로 계속 근무하게 하였으며 공휴일과 방학기간을 제외한 해당학교의 수업일에 근로를 제공하고 보수는 일당제로 지급받아 오면서 본인이 희망하는 경우 교원의료보험에도 가입하였다면 그 고용주는 교육법에 따라 위 학교를 설치 운영하는 시가 된다고 보아야 할 것이고, 또 그들의 채용형식이 일용잡급의 형태이고 방학기간 중에는 근로를 제공하지 아니하였으며 보수 또한 일당제로 지급받았다 하더라도 이들이 제공한 근로의 계속성과 종속성 및 근무형태 등에 비추어 근로기준법상의 근로자에 해당한다(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45653 판결).”라고 판시한 바 있습니다.

## 제 목

복리후생비용이 임금에 해당하는지 여부

## 질 문

저는 버스회사의 운전기사로 일하다가 최근에 임금을 받지 못하고 퇴직한 사람입니다. 저처럼 임금을 받지 못하고 퇴직한 동료들과 같이 버스회사를 상대로 임금청구소송을 제기

하려고 하는데 버스회사가 저희한테 지급해줬던 식비와 대납해주었던 운전자공제회 공제료도 임금에 해당하여 이를 청구할 수 있는지가 궁금합니다.

**답 변**

식비와 운전자공제회 공제료는 근로자의 복지를 위하여 지급되는 복리후생적 급여인 경우 근로의 대가로 지급되는 것이 아니기 때문에 임금에 해당한다고 보기 어렵습니다. 판례도 “버스회사인 사용자가 운전자들에게 지급한 1일 1,500원의 식권 3장은 단체협약에서 정한 복리후생비용의 명목으로 지급된 것으로 실비 변상적 성격을 가져 소정근로의 대가로 볼 수 없다. 또한 회사가 재직운전자 전원을 운전자공제회에 가입시키고 대납한 운전자공제회 공제료는 복리후생을 위하여 은혜적으로 지급하거나 실비변상적 명목으로 지출한 것이어서 소정근로의 대가로 볼 수 없다.”라고 판시한바 있습니다(대법원 2015. 6. 24. 선고 2012다118655 판결). 이러한 판례의 태도에 의할때 식비와 공제료를 청구하기는 어려울 것입니다. 다만, 최근 법원은 “피고가 구내식당이 없는 곳에서 일하는 영업직 근로자들에게 월 11만 원의 중 식대를 지급한 사실이 인정된다. 위 인정 사실에 의하면, 중 식대는 소정근로의 대가인 고정적인 임금이 라고 할 것이고, 구내식당에서 현물로 식사를 제공받지 못하는 근로자들에게 그에 상응하는 중식대가 지급된다는 이유만으로 중식대가 실비변상적 급여이라거나 중식대의 지급 의무가 근로자들의 소정근로의 제공 이외에 추가적인 조건의 충족을 요구한다거나 그 충족 여부에 따라 지급액이 달라지는 것이라고

볼 수 없다. 따라서 중식대는 근로의 대가로서 실제 근무성과 관련 없이 정기적, 일률적으로 지급된 것으로 통상임금에 해당한다(서울중앙지방법원 2017. 8. 31. 선고 2011가합 105381, 105398, 105404, 105411 판결).”고 판시하기도 한바, 구체적인 사안의 내용에 따라 임금에 해당하는지 여부를 구체적으로 판단하여야 할 것입니다.

**제 목**

스톡옵션의 임금성

**질 문**

처음 회사에서 저를 스카우탈 때 회사는 저에게 주식매수선택권, 소위 스톡옵션을 부여해줬습니다. 그런데 회사를 퇴직하려는 지금에 와서 회사측은 저의 스톡옵션 행사를 거부하고 있습니다. 스톡옵션 이외에 임금도 일부 주지 않은 것이 있는데 체불임금과 스톡옵션을 함께 임금청구소송으로 청구할 수 있을까요?

**답 변**

임금은 근로의 대가로 지급되는 보수이며 임금성이 인정되기 위해서는 (1) 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되어야 하고, (2) 근로제공과 관련하여 사용자에게 지급의무가 있어야 하고, (3) 그 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 또는 그것과 밀접하게 관련된 것이어야 합니다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다50828 판결). 그런데 스톡옵션은 회사가 직원에게 자사의 주식을 액면가 또는 시세보다 훨씬 낮은 가격으로 매입할 수 있는



권리를 부여한 뒤 일정기간이 지나면 임의로 처분할 수 있는 권한을 부여하는 제도인바, 그 주식을 매각함으로써 얻는 이익은 그 이익을 취득한 시기나 얻게 될 이익이 모두 근로자의 판단에 맡겨져 있습니다. 따라서 스톡옵션은 대법원 판례에서 요구하는 임금의 요건을 충족하지 않으므로 임금에 해당하지 않습니다.

### 제 목

사납금을 초과하는 수입금이 평균임금에 포함되는지 여부

### 질 문

운송회사에서 일하는 甲은 누구보다 성실히 일하여 매달 회사측에서 요구하는 사납금을 훨씬 초과하는 수입을 올렸습니다. 甲은 나이가 들어 더 이상 장시간 운전을 하기 어려움을 느끼고 운송회사를 퇴직하면서 퇴직금을 신청하였습니다. 그런데 운송회사측은 사납금 초과수입금은 운전사의 개인적인 수입이지 평균임금이 아니므로 퇴직금 산정에서 고려해 줄 수 없다고 이야기합니다. 운송회사측의 이야기대로 사납금을 초과하는 수입금은 퇴직금 산정에서 고려될 수 없는 건가요?

### 답 변

판례는 운송회사의 사납금 초과 수입금에 대하여 “운송회사가 그 소속 운전사들에게 매월 실제 근로일수에 따른 일정액을 지급하는 이외에 그 근로형태의 특수성과 계산의 편의 등을 고려하여 하루의 운송수입금 중 회사에 납입하는 일정액의 사납금을 공제한 잔액을 그 운전사 개인의 수입으로 하여 자유로운 처

분에 맡겨 왔다면 위와 같은 운전사 개인의 수입으로 되는 부분 또한 그 성격으로 보아 근로의 대가인 임금에 해당한다 할 것이므로, 사납금초과 수입금은 특별한 사정이 없는 한 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 포함된다.”라고 관시한바 있습니다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다25113 판결). 이러한 판례의 태도에 의한다면 사납금을 초과하는 수입금 역시 甲의 퇴직금 산정에 고려되어야 할 것입니다.

### 제 목

위법한 쟁의행위기간이 평균임금계산에 있어서 산정되는 기간인지 여부

### 질 문

甲은 A회사에 10년을 근무한 근로자로 최근 회사를 퇴직하면서 퇴직금을 신청하려고 합니다. 다만 甲은 작년에 직장 동료들과 함께 회사 사무실을 불법점거하고 기물을 파손하는 방법으로 임금을 올려달라는 시위를 하였습니다. 제가 볼 때 甲의 이러한 시위는 불법적인 결로 보이는데 이러한 불법시위기간도 퇴직금 지급을 위한 평균임금계산에 있어서 고려해 주어야 하는 것인가요?

### 답 변

근로자의 정당한 권리행사 또는 근로자에게 책임을 돌리기에 적절하지 않은 사유로 근로자가 평균임금 산정에서 불이익을 입지 않도록 특별히 배려한 구 근로기준법 시행령 제2조 제1항의 취지 및 성격을 고려할 때, 그 제6호 ‘노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제6호

의 규정에 의한 쟁의행위 기간'이란 헌법과 노동조합 및 노동관계조정법에 의하여 보장되는 적정한 쟁의행위로서의 주체, 목적, 절차, 수단과 방법에 관한 요건을 충족한 쟁의행위 기간만을 의미합니다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다17287 판결). 따라서 사안과 같이 甲이 위법한 쟁의행위를 하였다면 그 기간은 평균임금계산에 있어서 산정되는 기간이 아닙니다.

### 제 목

근로자가 구속되어 3개월 이상 휴직하였다가 퇴직한 경우 평균임금 산정방법

### 질 문

저는 작은 회사를 하나 운영하는 사람입니다. 그런데 최근 저희 회사에서 퇴직한 근로자가 한명 있어 퇴직금을 지급하려고 하는데 문제가 발생했습니다. 사실 이 근로자는 퇴직하기 전에 상해죄를 저질러 징역 6개월을 선고받고 최근야 형기를 마친 사람입니다. 형기 중에는 휴직으로 처리하였습니다. 그런데 퇴직금을 지급하기 위해서는 퇴직 전 3개월 간 지급된 임금을 기초로 평균임금을 산정하여야 할 것인데 이 근로자의 경우 퇴직 전 3개월 임금과 구속 전 3개월 임금이 현저하게 차이가 납니다. 이 경우 어떻게 산정하여야 하나요?

### 답 변

퇴직금 산정의 기초인 평균임금이 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많을 경우에는 구 근로기준법 시행령 제

5조에 의하여 고용노동부장관이 정하는 바에 따라 평균임금을 산정하여야 할 것인데, 아직 까지 그 기준이나 방법 등을 정한 바가 없으므로, 평균임금의 기본원리와 퇴직금 제도의 취지에 비추어 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영하는 방법으로 그 평균임금을 산정하여야 한다는 것이 판례의 태도입니다(대법원 1999. 11. 12. 선고 98다49357 판결). 위 판례는 근로자가 구속되어 3개월 이상 휴직하였다가 퇴직한 경우에 관하여 퇴직 전 3개월 간 지급된 임금을 기초로 산정한 평균임금이 통상의 경우보다 현저하게 적은 경우에는 휴직 전 3개월 간의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하여야 한다는 입장을 취하였습니다. 따라서 판례에 의할 때 퇴직 전 3개월 간의 임금이 구속 전 3개월 간의 임금보다 현저하게 적다면 구속 전 3개월 간의 임금을 기초로 평균임금을 산정하여야 할 것입니다.

### 제 목

가족수당이 통상임금에 포함되는지 여부

### 질 문

제가 다니는 회사는 부양가족이 있는 경우에는 가족수당을 지급해주고 있습니다. 저 역시 부양가족이 있어 가족수당을 받고 있는 상황입니다. 그런데 최근 회사로부터 받은 연차유급휴가수당에는 가족수당이 전혀 고려되어 있지 않은 것 같습니다. 원래부터 가족수당은 연차유급휴가수당 계산에 고려되지 않는 건가요?

## 답 변

일반적으로 연차유급휴가수당은 근로기준법 제60조 제5항에 따라 통상임금을 기초로 계산됩니다. 따라서 연차유급휴가수당에 가족수당이 고려되려면 가족수당이 통상임금에 해당하여야 합니다. 그런데 법원은 “근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금의 정의에 관하여 [근로자에게 정기적, 일률적으로 소정 근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액]이라고 규정하고 있습니다. 따라서 근로자 전원에게 일률적으로 지급되는 것이 아니라 부양가족이 있는 경우에만 지급되는 가족수당은 통상임금에 포함되지 않는 수당이라 보아야 하고 관례 역시 이를 통상임금에 포함시키지 않고 있습니다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다10650 판결).”라고 판시한 바 있습니다. 다만, 가족수당의 경우에도 법원은 “가족수당은 회사에게 그 지급의 무가 있는 것이고 일정한 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급되어 왔다면, 이는 임의적·은혜적인 급여가 아니라 근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것으로서 임금에 해당한다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결).”라고 하기도 하였는바, 가족수당의 경우에도 근로의 대한 대가의 성질을 갖는다면 임금으로 볼 수도 있을 것이므로 사안에 따라 위 기준에 따른 구체적인 검토가 필요할 것입니다.

## 제 목

지급기준일 현재 재직 중인 근로자에게만 지급 되는 하기휴가비가 통상임금에 해당하는지 여부

## 질 문

A회사는 노동조합과의 단체협약을 통해 하기휴가비를 지급하기로 약정하였습니다. 그런데 위 단체협약에는 설사 지급기준일 전에 근로를 제공하였다고 하더라도 지급기준일 전에 퇴사한 근로자에 대하여는 하기휴가비를 전혀 지급하지 않도록 규정하고 있습니다. 이러한 경우 하기휴가비를 통상임금으로 볼 수 있을까요?

## 답 변

“주식회사가 노동조합과 체결한 단체협약에서 지급기준일 현재 재직 중인 근로자에게만 하기휴가비 및 설, 추석상여금을 지급하도록 규정하고 있는 사안에서, 회사가 지급기준일 전에 퇴사한 근로자에 대하여는 지급기준일 전에 근로를 제공하였다고 하더라도 하기휴가비 등을 전혀 지급하지 않은 점 등에 비추어 위 하기휴가비 등은 단체협약에 의하여 근로자가 소정근로를 했는지와 관계없이 지급기준일에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금으로서, 위와 같은 불확실한 조건이 지급의 자격요건이 되는 것이므로 통상임금의 징표로서 고정성이 결여되었다.”고 보는 것이 관례의 태도입니다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결). 따라서 A회사의 하기휴가비는 통상임금에 해당하지 않습니다.