

대전지방법원 2021. 5. 13 선고 2019가단122568(본소), 2020가단131100(반소) 판결 [퇴직금
등 청구의 소 · 구상금]

전 문

원고(반소피고) 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 열린마음

담당변호사 오승민

피고(반소원고) C 주식회사

소송대리인 법무법인 대전제일

담당변호사 심재필

변론 종결 2021. 3. 18.

판결 선고 2021. 5. 13.

주 문

1. 원고 A의 소를 각하한다.
2. 피고(반소원고)는, 원고(반소피고) B에게 7,532,603원 및 이에 대하여 2019. 1. 10.부터 2021. 5. 13.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
3. 원고(반소피고) B의 나머지 본소 청구 및 피고(반소원고)의 반소 청구를 각 기각한다.
4. 소송비용 중 원고 A와 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 원고 A가 부담하고, 원고(반소피고) B와 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 통틀어 그 2/3는 원고(반소피고) B이, 나머지 1/3은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

5. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

■ 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는, 원고 A에게 21,676,003원 및 이에 대하여 2019. 1. 15.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을, 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다) B에게 28,088,901원 및 이에 대하여 2019. 1. 10.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

■ 반소

원고 B은 피고에게 2,875,235원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 피고는 1996. 6. 27. 전기통신공사업 등을 목적으로 설립된 주식회사이다. 원고 A는 2010. 3. 5.부터 2018. 12. 31.까지, 원고 B은 2015. 11. 26.부터 2018. 12. 20.까지 원고의 사원으로 근무하다가 퇴사한 사람들이다.

나. 원고 B은 2015. 11. 26.부터 근무하면서 피고로부터 2016.까지는 일당 14만 원, 2017. 1. 1.부터는 일당 15만 원, 2018. 1. 1.부터는 일당 16만 원을 지급받아 왔다. 한편 피고와 원고 B은 원고 B의 근로와 관련한 근로계약을 작성하지 않았다가 2018. 3.경 아래와 같은 내용의 근로계약을 작성하였다.

임금	1. 원고 B의 임금은 1일 8시간의 기본일당 96,970원, 시간급 12,121원으로 하고 법정수당은 다음과 같이 산정 지급한다.① 연장근로수당 : 시간급(= 기본일당/8시간) × 연장근로시간 × 150%② 휴일가산수당 : 시간급(= 기본일당/8시간) × 휴일근로시간 × 50%③ 야간근로수당 : 시간급(= 기본일당/8시간) × 야간근로시간 × 50%④ 유급주휴수당 : 전 주간(월-금) 만근한 경우 시간급 × 8시간
2. 임금은 익일 5일(전월 초일-전월 말일)에 지급하며, 급여지급시 근로소득세, 고용보험료, 건강보험료, 국민연금 등 제세공과금을 원천징수한 후 원고 B의 온라인 통장구좌로 직접 지급한다.3. 원고 B은 위 1항에도 불구하고 주 6일(월-토) 근로시 발생될 법정수당이 포함된 포괄일당 160,000원에 출역일수(9시간 1공수, 월-토 동일적용)를 곱하여 월급으로 산정 지급받는데 이의없이 동의한다.	
포괄역산 산정내역	임금구성내역포괄일당대비 비율포괄일당 160,000원
근로시간	1. 시업 및 종업시간 : 07:00-18:00(월-토), 다만 근무표에 따라 일주일에 2시간씩은 조기퇴근하는 것으로 한다.
2. 휴게시간은 근로시간 도중에 2시간(09:00-09:30, 12:00-13:00, 15:00-15:30)을 부여한다.4. 원고 B은 주 12시간의 연장근로에 동의하며, 현장의 근로시간을 준수한다.	
휴일	주휴일(일요일, 전주에 개근한 경우에 한함)
연차휴가	근로기준법령이 정하는 바에 따라 연차유급휴가를 부여한다.
기타근로조건	3. 입사 후 3개월간은 수습기간으로 하며, 동 계약서에 정함이 없는 사항은 취업규칙, 관행 및 근로기준법 등에 의한다.

다. 원고들을 포함한 피고의 직원 9명은 2018. 6. 26. 피고가 근무기간 동안 주휴수당, 연차수당을 지급받지 못하였다고 주장하며 대전지방고용노동청에 피고 대표자 D를 진정하였다가 2018. 10. 4. 그 중 주휴수당 부분에 관한 진정을 취하하였고, 2018. 11. 2. 나머지 연차수당 부분에 관한 진정도 취하하였다.

라. 피고는 원고 A에 대하여 2018. 12. 31. 해고통보를 하였고, 원고 A는 2019. 3. 25.

충남지방노동위원회 E, F(병합)로 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였다. 위 사건에서 원고 A와 피고는 2019. 4. 30. 아래와 같은 내용으로 화해(이하 '이 사건 화해'라 한다)하였다.

1. 원고 A와 피고는 근로계약기간 만료로 2018. 12. 31.자 근로관계를 종료하기로 한다.

2. 본 합의로 피고는 원고 A에게 화해금 1,000만 원(실수령액)을 2019. 5. 10.까지 원고 A의 기존

급여계좌로 지급한다.

3. 본 합의로 원고 A와 피고는 이 사건 근로관계 및 근로관계 종료에 대해 상호 향후 일체의 민·형사상 및 행정상(노동법상 포함) 이의를 제기하지 아니하기로 한다.

마. 피고는 2018. 11. 12. 원고 B이 '2018. 9. 29. 충남 서산시 G 일원에서 광케이블 가공가설작업 중 광케이블 외피 및 코아를 절단하였고, 이러한 사실을 작업반장에 보고하지 않고 테이핑 처리하여 코아 절단 사실을 은닉하였다'는 사유로 원고 B에 대하여 정직 1월(2018. 11. 19.부터 2018. 12. 18.까지)의 징계를 하였다.

바. 피고는 원고 A의 퇴직 이후 2019. 1. 14. 원고 A에게 18,079,160원을, 원고 B의 퇴직 이후 2019. 1. 3. 원고 B에게 1,401,920원을 각 지급하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 8호증, 을 제3, 4, 6, 8호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장

가. 원고 A

원고 A는 2015. 3. 5.부터 2018. 3. 4.까지 기간에 대한 계속근로 및 1년간 80% 이상 출근으로 발생한 연차휴가 미사용에 따른 연차휴가수당 합계 5,948,325원(= 2,407,656원 + 2,549,282원 + 991,388원)을 지급받지 못하였다. 또한 원고 A는 피고로부터 퇴직금 33,806,838원 중 기 지급받은 18,079,160원을 제외한 15,727,678원을 지급받지 못하였다. 따라서 피고는 원고 A에게 21,676,003원(= 5,948,325원 + 15,727,678원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 원고 B

원고 B는 2016. 11. 26.부터 2018. 11. 25.까지 기간에 대한 계속근로 및 1년간 80% 이상 출근으로 발생한 연차휴가 미사용에 따른 연차휴가수당 합계 4,960,000원(= 2,400,000원 + 2,560,000원)에서 기 지급받은 연차휴가수당 2,000,000원을 공제한 2,960,000원을 지급받지 못하였다. 또한 원고 B는 2016. 8. 22.부터 퇴직시점까지 합계 10,050,000원의 주휴수당을 지급받지 못하였다. 한편 원고 B는 피고로부터 퇴직금 14,820,821원 중 기 지급받은 1,401,920원을 제외한 13,418,901원을 지급받지 못하였다.

다. 따라서 피고는 원고 B에게 26,428,901원1) (= 2,960,000원 + 10,050,000원 + 13,418,901원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 원고 A의 소의 적법 여부에 관한 직권판단

가. 원고 A와 피고가 2019. 4. 30., '원고 A와 피고는 2018. 12. 31.자로 원고 A의 근로관계를 종료하고, 피고가 원고 A에게 화해금 1,000만 원을 지급하며, 원고 A와 피고가 쌍방 근로관계 및 근로관계 종료에 대해 향후 일체의 민·형사상 및 행정상(노동법상 포함) 이의를 제기하지 않기'로 하는 내용의 이 사건 화해를 한 사실은 앞서 본 것과 같다.

나. 노동위원회법 제16조의3 제5항에 의하면, 노동위원회가 작성한 화해조서는 민사소송법에 따른 재판상 화해의 효력이 있으므로 확정판결과 같은 효력을 가진다. 위 인정사실에 의하면, 원고 A는 이 사건 화해조서를 작성함으로써 향후 피고에 대하여 추가적인 금품 청구 등 일체의 소를 제기하지 않기로 부제소합의를 하였다고 보아야 한다. 따라서 피고에게 미지급 연차휴가수당, 퇴직금 차액의 지급을 구하는 원고 A의 이 사건 소제기는 적법·유효하게 성립한 위 부제소합의에 위배되는 것으로 소의 이익이 없어 부적법하다.

다. 이에 대하여 원고 A는, 피고가 2018. 12. 31. 원고 A를 정당한 사유 없이 해고하였고, 이와 같은 피고의 해고가 원고 A의 노조활동에 대한 불이익한 조치의 일환이라고 판단하여 충남지방법노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제심판을 한 상황이었으므로, 그 심판 단계에서 이루어진 이 사건 화해는 해당 분쟁 자체에 한정된 것일 뿐 원고 A에 대한 미지급 수당 및 퇴직금과는 무관하다고 주장하나, 이 사건 화해조서의 문언상 원고 A와 피고는 '이 사건 근로관계 및 근로관계 종료에 대한 일체의 이의'를 제기하지 않기로 하였는바, 그 이의 부제기 대상은 원고 A와 피고 사이의 고용관계와 관련하여 발생한 모든 법률상 쟁점을 포괄하는 것으로 판단되고, 이를 근로관계 종료의 정당성, 즉 해고의 적법 여부에 대하여만 이의를 제기하지 않는다는 것으로 한정하여 해석할 수는 없다. 게다가 원고 A는 이 사건 화해를 통하여 화해금으로 1,000만 원을 수령하였는바, 위 화해금에는 원고 A와 피고 사이의 고용관계와 관련하여 예상되는 분쟁의 종결에 대한 대가로서의 성격도 포함되어 있는 것으로 보인다. 원고 A의 위 주장은 이유 없다.

4. 원고 B의 본소 청구에 관한 판단

가. 주휴수당 청구 부분

1) 이 부분의 쟁점 원고 B은 당초 2016. 및 2017.경에는 근로계약서조차 작성하지 않았고, 2018. 3.경 포괄임금 형태의 근로계약서를 작성하기는 하였으나 그와 같은 포괄임금약정은 무효라고 주장하면서 피고가 원고 B에게 주휴수당을 미지급하였다고 주장하고, 이에 대하여 피고는 2015. 11. 26. 원고 B과 근로계약을 체결할 당시부터 구두로 주휴수당, 연장근로수당이 포함된 일당을 지급하는 내용의 포괄임금약정을 체결하였고, 2018. 3. 근로계약서를 작성하면서 이를 명시하였는데, 위 포괄임금약정이 원고 B에게 불이익하지 않아 유효하므로, 피고가 원고 B에게 추가로 지급해야 할 주휴수당은 존재하지 않는다고 주장하고 있는바, 이 부분의 쟁점은 원고 B과 피고 사이에 포괄임금약정이 성립하였는지 및 그와 같은 포괄임금약정이 유효한지 여부가 된다.

2) 포괄임금약정의 성립 여부 가) 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금 산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다. 이때 단체협약이나 취업규칙 및 근로계약서에 포괄임금이라는 취지를 명시하지 않았음에도 묵시적 합의에 의한 포괄임금약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 한다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결 참조).

나) 앞서 본 증거, 갑 제4호증, 을 제5, 11 내지 9, 11 내지 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고 B이 수행하던 통신선 가설 및 포설 등 작업은 그 업무의 속성상 일정한 연장근무가 예상될 뿐만 아니라 대부분 현장근무이어서 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 어려워, 원고 B과 피고는 2015. 11.경 묵시적으로나마 일정한 기본임금에다 주휴수당, 연장근로수당 등의 법정수당을 포함한 일정한 금액의 일급을 지급하는

것으로써 근로기준법에 따른 법정수당의 지급에 갈음하기로 하는 포괄임금약정을 하였다고 봄이 상당하다.

- ① 원고 B를 비롯한 피고의 근로자들은 H의 발주 여부에 따라 H의 통신선이 설치될 현장에서 통신선의 가설, 포설 등 작업을 하였기 때문에 작업량과 작업현장의 상황에 따라 근로시간 및 근로일수가 일정하지 않았고, 또한 날씨나 전(前) 공정 진행 여부 등의 사정에 따라 출근 여부 또한 불규칙하였던 것으로 보이며, 이로 인하여 피고 소속 근로자들의 근무시간을 정확하게 산정하거나 증명하는 것이 곤란한 측면이 있다.
- ② 피고의 통신선 가설 현장에서는 작업 진행 상황 등에 따라 근로기준법이 정한 기준 근로시간인 1일 8시간, 주 40시간을 초과하는 근무 및 휴일근무가 어느 정도 예상되어 법정수당을 합한 금액을 일당으로 정하여 지급하는 내용의 임금계약을 체결할 필요가 있었을 것으로 보인다.
- ③ 원고 B이 피고와 사이에 2018. 3. 체결한 근로계약서에는 '포괄일당'이라는 문구가 기재되어 있고 포괄일당에는 주휴수당, 연장근로수당이 포함되어 있다는 내용이 명시되어 있다.
- ④ 원고 B의 일급이 2015.부터 2016.까지는 14만 원, 2017. 1. 1.부터는 15만 원, 2018. 1. 1.부터는 16만 원으로 인상되었는데, 2018. 3.경 작성된 근로계약서에 동일한 액수의 일급이 기재되어 있는 것을 보면, 2018. 3.경 작성된 근로계약서는 그 이전에 원고 B과 피고 사이에 합의된 근로계약의 내용을 재확인한 내용으로 봄이 합리적이고, 이는 포괄일급제 합의가 2018. 3.경 근로계약서가 작성되기 전부터 있었음을 추단할 수 있는 정황에 해당한다.
- ⑤ 원고 B은 상당한 기간 동안 통신외선공으로 근무하며 현장근무의 특성을 잘 알고 있었던 것으로 보임에도 법정수당을 별도로 명시한 계약서를 작성하거나 수당 별 지급약정을 체결하지 않은 채 피고와 근로계약서를 체결하기 전까지 2년이 넘는 기간 동안 약정한 일당을 기준으로 산정한 급여액을 수령하여 왔고, 원고 B이 피고와 근로계약서를 작성할 당시까지 주휴수당 등의 미지급에 대하여 별다른 이의를 제기하지 않았다.
- ⑥ 피고와 마찬가지로 통신공사업을 영위하는 다른 사업장에서도 소속 근로자들에게 제 수당을 포함한 포괄임금 약정에 따라 일당임금을 지급하여 왔다. 또한 원고 B과 같이 근무하였던 피고 소속 다른 근로자들 또한 피고와 포괄임금제 형태의 근로계약을 체결하였다는 내용의 사실확인서를

제출하였다.

2) 포괄임금약정의 유효 여부 가) 사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 기본임금을 결정하고 이를 기초로 하여 근로자가 실제로 근무한 근로시간에 따라 시간외근로·야간근로·휴일근로 등이 있으면 그에 상응하는 시간외근로수당·야간근로수당·휴일근로수당 등의 법정수당을 산정하여 지급함이 원칙이라 할 것이다. 이러한 원칙적인 임금지급방법은 근로시간 수의 산정을 전제로 한 것인데, 예외적으로 감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 것으로 인정되는 경우가 있을 수 있고, 이러한 경우에는 사용자와 근로자 사이에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 기본임금을 미리 산정하면서도 법정 제 수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제 수당으로 정하여 이를 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 약정하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금 지급계약을 체결하더라도 그것이 달리 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다 할 것이다. 그러나 위와 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 앞서 본 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다.

한편 근로기준법 제15조에서는 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하면서 그 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따르도록 정하고 있으므로, 근로시간의 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식으로 약정된 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라 할 것이고, 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의해 근로자에게 그 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있고(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 참조), 특히 근로자들에게 포괄임금제를 적용함으로써 최저임금법에서 정한 최저임금에도 못 미치는 임금을

지급할 경우에는 근로자들에게 불이익이 있으므로 포괄임금제 약정 중 최저임금에 미달하는 금액에 해당하는 부분은 무효로 보아야 한다(대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결 참조).

나) 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고 B과 피고 사이의 포괄임금약정은 그 필요성과 합리성이 인정되고 피고가 원고 B에게 지급한 수당이 근로기준법상 법정수당에 미달한다고 볼 수 없어 원고 B에게 불이익하다고 볼 수도 없으므로, 이를 무효로 볼 수 없다.

① 앞서 본 바와 같이 원고 B를 비롯한 피고 근로자들은 H 통신선이 설치될 장소로 가서 가설 등의 작업을 하였고, 기상 상태 및 다른 전 공정 진행 여부에 따라 근로 여부가 달라졌으며, 업무의 속성상 일정한 연장근무가 예상되므로 근무시간의 정확한 산정과 증명이 곤란한 측면이 있다.

② 피고는 원고 B를 비롯한 소속 근로자들의 업무특성을 고려하여 장기간 위와 같은 포괄임금제 방식의 임금지급 방식을 유지하여 왔고, 그 과정에서 원고 B도 상당 기간 동안 주휴수당 등에 대하여 이의를 제기하지 않고 임금을 수령하였다.

③ 원고 B과 피고 사이에 작성된 근로계약서상, 피고는 2018. 3.경부터는 최저임금액을 상회하는 액수의 확정지급을 정하고, 약정근로시간(1일 9시간, 주 6일)에 따를 때 예상되는 연장근로수당, 즉 평일 기준근로시간 8시간을 초과하는 부분 및 토요일 근로 부분에 대한 연장근로시간 합계 12시간에 대한 부분을 계산하여 반영하였으며, 여기에 주휴수당을 포함하여 1일 임금을 산정하였다. 이와 같이 원고 B의 일당 16만 원에는 최저임금을 상회하는 지급을 기초로 산정된 고정연장근로수당 및 주휴수당이 반영되어 있는바, 위와 같은 포괄임금약정이 근로기준법에서 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 것으로 평가하기 어렵다.

④ 고용노동부가 고시한 2017년도 최저임금은 6,470원, 2018년도 최저임금은 7,530원, 2018년도 최저임금은 8,350원이고, 위와 같은 최저임금과 근로계약상 근로시간을 기초로 산정한 휴일근로수당 등을 합한 원고 B의 임금이 원고 B에게 실제 지급된 임금보다 많다고 보기 어렵다.

4) 소결 앞서 본 바와 같이 원고 B이 피고와 사이에 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 체결하였고, 위 포괄임금계약의 효력이 인정되므로, 원고 B이 피고로부터 지급받은 포괄일당에는 근로기준법의 규정에 의한 주휴수당이 포함되어 있다고 보아야 한다. 따라서 원고 B이 피고에 대하여 별도로

주휴수당의 지급을 구할 수는 없으므로, 원고 B의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 미지급 연차휴가수당 청구 부분

1) 원고 B의 주장 원고 B은 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지 및 2017. 11. 26.부터 2018. 11. 25.까지의 소정근로일 중 각 80% 이상을 출근하여 2017. 11. 26. 및 2018. 11. 26. 각 15, 16일의 연차휴가가 발생하였다고 주장하고, 그 출근율 산정과 관련하여 전 공정의 진행 지연 등 현장의 업무 진행 상황에 따라서 또는 우천 등 기상상태로 인하여 원고 B이 근로를 제공할 수 없었던 날 및 적법한 쟁의행위 기간은 소정근로일에서 제외하여야 한다고 주장한다.

원고 B은 구체적으로 원고 B의 소정근로일수는 주 5일(월요일에서 금요일까지)인데, 아래 표에 기재된 날들은 현장의 업무 진행 상황에 따라서 또는 우천 등 기상상태로 인하여 피고가 근로의무를 면제한 날이거나, 적법한 쟁의행위 기간에 해당하여 소정근로일수에서 제외되는 날이라고 주장하고, 이를 제외하여 소정근로일수를 산정하면 원고 B의 출근율이 80% 이상이라고 주장한다.

2016. 12. 22. / 2016. 12. 28. / 2016. 12. 29. / 2016. 12. 30. / 2017. 1. 2. / 2017. 1. 20. / 2017. 1. 31. / 2017. 2. 1. / 2017. 2. 2. / 2017. 2. 10. / 2017. 4. 11. / 2017. 4. 17. / 2017. 5. 4. / 2017. 6. 7. / 2017. 7. 20. / 2017. 8. 14. / 2017. 10. 11. / 2018. 1. 10. / 2018. 1. 11. / 2018. 1. 12. / 2018. 1. 24. / 2018. 2. 1. / 2018. 2. 2. / 2018. 3. 8. / 2018. 3. 15. / 2018. 3. 19. / 2018. 3. 21. / 2018. 4. 5. / 2018. 4. 23. / 2018. 5. 2. / 2018. 6. 26. / 2018. 7. 9. / 2018. 5. 14. / 2018. 8. 24. / 2018. 8. 27. / 2018. 8. 28. / 2018. 9. 3. / 2018. 9. 4. / 2018. 9. 5. / 2018. 9. 6. / 2018. 9. 7.

2) 연차유급휴가의 발생 기준 가) 근로기준법 제60조 제1항은 연차휴가에 관하여 "사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다"고 정하고 있고, 같은 조 제4항은 "사용자는 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 제1항에 따른 휴가에 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함한 총 휴가 일수는 25일을 한도로 한다"고 정하고 있다. 여기서 근로자가 1년간 8할 이상 출근하였는지는 1년간의 총 역일(曆日)에서 법령, 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 근로의무가 없는 날로 정하여진 날을 제외한 나머지 일수, 즉 연간 소정근로일수를 기준으로 그 중 출근일수가 얼마인지를 비율적으로

따져 판단하여야 한다.

나) 이 사건에서 원고 B은, 원고 B의 소정근로일을 주 5일(월요일-금요일)로 주장하고 있다. 앞서 본 원고 B의 근로계약서에서 토요일 근로시간을 연장근로시간으로, 일요일을 주휴일로 정하고 있는 점에 비추어 토·일요일은 원고 B과 피고 사이에 근로의무가 없는 것으로 합의된 것이라고 할 수 있으므로 이는 연간 소정근로일수에서 제외된다. 한편 을 제14호증의 1의 기재에 의하면, 피고 취업규칙 제35조에서는 근로자의 날을 유급휴일로 정하고 있으므로, 근로자의 날 또한 연간 소정근로일수에서 제외된다.

다) 원고 B은, 현장의 업무 진행 상황에 따라서 또는 우천 등 기상상태로 인하여 피고가 근로의무를 면제한 날(위 표 중 2018. 9. 3.부터 2018. 9. 7.까지를 제외한 나머지 날이 이에 해당한다)이 소정근로일수에서 제외되어야 한다고 주장한다. 그러나 앞서 본 증거, 을 제12, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정, 즉 ① 원고 B과 피고 사이에 작성된 근로계약서에는 원고 B의 주장과 같이 '현장의 업무 진행이 지체된 경우나 우천 등 기상상황이 좋지 않은 경우 이를 소정근로일수에서 제외한다'는 내용이 없고, 피고의 취업규칙에도 그와 같은 규정은 두고 있지 않은 점, ② 원고 B이 소정근로일수에서 제외하여야 한다고 주장하는 날 중 2017. 7. 20., 2018. 1. 11., 2018. 5. 14.를 제외한 나머지 날에 관하여는 피고의 출근부가 존재하고, 피고 직원 중 일부가 출근하여 근무한 것으로 기재되어 있으며, 이는 그 출근부 한켠에 '우천휴무'라고 기재되어 있는 날의 경우에도 마찬가지이므로, 원고 B이 주장하는 각 날이 우천이나 현장 업무 진행에 따라 근로의 제공이 불가능한 날이라거나, 피고가 근로의무의 제공을 면제한 날로 보기도 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 원고 B의 주장하는 각 날이 피고가 근로의무를 면제한 날로서 소정근로일수에서 제외된다고 할 수 없다.

라) 한편 원고 B은 2018. 9. 3.부터 2018. 9. 7.까지의 기간은 적법한 쟁의행위 기간으로서 위 기간이 소정근로일수에서 제외되어야 한다고 주장하고, 피고도 이를 다투지 아니한다. 위 기간은 원고 B의 출근을 산정을 위한 소정근로일수에서 제외되어야 한다.

마) 원고 B의 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지 및 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지의 출근율은 위 기간 중 소정근로일에서 제외되어 근로의무가 없는 날인 토·일요일, 근로자의 날, 원고

B이 적법한 쟁의행위로 인하여 근로를 제공하지 않은 날을 제외한 나머지 날 중 원고 B이 출근한 날의 비율로 산정하여야 한다.

3) 원고 B의 출근율 위와 같은 산정 방식에 따라 원고 B의 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지 및 2017. 11. 26.부터 2018. 11. 25.까지의 출근율을 산정하면 아래와 같다.

① 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지

소정근로일수	3	22	22	20	23	20	22	22	21	23	21	22	18	259
출근일수	3	16	14	12	20	17	18	19	15	19	20	15	17	205
출근율		79.15%												

② 2017. 11. 26.부터 2018. 11. 25.까지

소정근로일수	4	21	23	20	22	21	22	21	22	23	15	23	17	254
출근일수	4	19	17	13	18	18	18	19	9	10	11	22	10	188
출근율		74.01%												

4) 소결 원고 B이 2016. 11. 26.부터 2017. 11. 25.까지 및 2017. 11. 26.부터 2018. 11. 25.까지 각 1년간의 소정근로일 중 80% 이상을 출근하여 원고 B에게 근로기준법 제60조 제1항에서 정한 연차유급휴가가 발생하였다고 볼 수 없다. 이를 전제로 한 원고 B의 이 부분 주장 또한 더 나아가 볼 것 없이 이유 없다.

다. 퇴직금 청구 부분

1) 원고 B의 퇴직금 산정 가) 퇴직금은 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금으로 산정되고(근로자퇴직급여 보장법 제8조 제1항), 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총 일수로 나눈 금액을 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제6호).

한편 근로기준법 제2조 제2항에서는 같은 조 제1항 제6호에 의해 산출된 금액이 그 근로자의

통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 평균임금으로 한다고 규정하고 있다. 위 제2항의 취지는 예컨대 평균임금 산정사유가 발생하기 전 3개월 동안 특별한 사정으로 인해 통상의 경우보다 임금이 현저히 낮게 되는 예외적인 경우에 대비하여 평균임금의 최저한을 보장하려는 데에 있는 것으로 보인다.

나) 원고 B의 퇴직일이 2018. 12. 20.임은 앞서 본 것과 같으므로, 원칙적으로 원고 B의 평균임금은 퇴직일 이전 3개월인 2018. 9. 20.부터 2018. 12. 19.까지 원고 B에게 지급된 임금의 총액으로 산정하여야 한다. 이 사건에서 원고 B과 피고는 원고 B이 위 기간 동안 피고로부터 지급받은 임금액에 관하여 명확하게 밝히고 있지 않으나, 앞서 본 증거에 의하면 원고 B은 위 기간 동안 40일간 출근한 사실이 인정되는바, 원고 B의 1일 일당이 16만 원임을 감안하면 원고 B은 위 기간 동안 640만 원($= 40일 \times 16만 원$)의 임금을 지급받았을 것으로 보이고, 위 640만 원을 위 기간 동안의 총 일수인 91일로 나누면 원고의 평균임금은 70,329원($= 6,400,000원 \div 91일$, 원 미만 버림, 이하 같다)이 된다.

다) 한편 원고 B이 2018. 11. 19.부터 2018. 12. 18.까지 1월간 정직 처분을 받은 사실은 앞서 본 것과 같다. 정직 기간 동안에는 출근이 금지되고 급여가 지급되지 않는데, 이 사건에서 원고 B과 피고는, 원고 B이 위와 같이 평균임금 산정기간 중 정직 처분을 받음으로 인하여 평균임금이 통상임금보다 적어졌음을 들어, 원고 B의 통상임금액을 평균임금으로 보아 퇴직금을 산정하여야 한다고 주장하고 있다. 아래에서 보는 바와 같이 위와 같이 산정한 원고 B의 평균임금액이 원고 B의 통상임금액보다 적으므로, 근로기준법 제2조 제2항에 따라 원고 B의 통상임금액을 평균임금으로 보아 원고 B의 퇴직금을 산정하기로 한다.

라) 원고 B의 1일 통상임금액에 대하여 본다. 원고 B은 1일 일당인 16만 원을, 피고는 위 일당 중 기본일당에 해당하는 96,970원을 각 원고 B의 통상임금액으로 주장하고 있다.

어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다. 여기서 소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여

사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라고 할 수 없다.

원고 B와 피고가 2018. 3.경 일정한 기본임금에다 주휴수당, 연장근로수당 등의 법정수당을 포함한 16만 원의 일급을 지급하는 것으로서 근로기준법에 따른 법정수당의 지급에 갈음하기로 하는 포괄임금약정을 체결하였고, 위 포괄임금약정을 무효로 볼 수 없음은 앞서 본 것과 같다. 위 원고 B와 피고 사이의 근로계약에 의하면, 원고 B의 1일 일당 16만 원은 기본일당 96,970원(≒ 시간급 12,121원 × 8시간), 주휴수당 19,394원, 연장근로수당 43,636원으로 구성되어 있는데, 연장근로수당은 소정근로가 아닌 연장근로의 대가로 지급된 것이고, 주휴수당은 근로자가 주휴일에 실제로 근무를 하지 않더라도 근무한 것으로 간주하여 지급되는 임금으로 소정근로의 대가라고 볼 수 없는 것이다. 또한 위 연장근로수당 및 주휴수당은 모두 통상임금을 산정한 다음 이를 기초로 산정하는 것이어서 그 개념에 비추어 보더라도 원고 B의 일당 중 연장근로수당 및 주휴수당 부분은 통상임금 산정의 기초가 될 수 없다. 따라서 원고 B의 1일 통상임금액은 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 기본일당 부분인 96,970원으로 보아야 한다.

마) 이에 따라 원고 B의 퇴직금액을 산정하면 아래와 같이 8,934,523원이 된다.

- 1일 평균임금(통상임금): 96,970원
- 근무기간 : 1,121일(2015. 11. 26.부터 2018. 12. 20.까지)
- $8,934,523\text{원} = 96,970\text{원} \times 30\text{일} \times (1,121\text{일}/365\text{일})$

바) 원고 B는 피고로부터 퇴직금 중 1,401,920원을 지급받은 사실을 자인하고 있는바, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고 B에게 퇴직금으로 7,532,603원(= 8,934,523원 - 1,401,920원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 주장에 관한 판단 가) 피고의 주장

피고는 원고 B를 비롯한 일당제 근로자들과 사이에 매년 퇴직금 중간정산 합의를 하였고, 이에 따라 원고 B에게 2015년분 퇴직금 중간정산금으로 413,000원, 2016년분 퇴직금 중간정산금으로

3,217,000원, 2017년분 퇴직금 중간정산금으로 3,712,500원 합계 7,342,500원을

지급하였으므로, 위 금원은 피고가 원고 B에게 지급할 퇴직금에서 공제되어야 한다.

만약 피고가 원고 B에게 위 금원을 지급한 것이 퇴직금 지급으로서 효력이 없다면, 원고 B은 법률상 원인 없이 피고로부터 위 금원을 지급받은 것이고, 피고는 원고 B에 대하여 위 금원에 해당하는 부당이득반환 채권을 가지는 것이 된다. 피고는 원고 B에 대하여 가지는 위 부당이득반환 채권으로 원고 B의 퇴직금 채권의 1/2 범위에서 상계한다.

나) 퇴직금 중간정산의 인정 여부

근로자퇴직급여 보장법 제8조 제2항에 의한 퇴직금의 중간정산은 근로자가 기왕의 계속근로기간 전부 또는 일부에 대하여 퇴직금의 중간정산을 요구하고 사용자가 그 요구기간에 대한 중간정산을 승낙함으로써 성립하는 것인바(대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다20542 판결), 반드시 근로자가 먼저 중간정산을 적극적으로 요구하는 경우에만 퇴직금 중간정산 합의가 유효한 것은 아니지만, 퇴직금 중간정산 합의가 유효하려면 개별 근로자의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것이어야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다41045 판결 참조).

갑 제7호증, 을 제9호증의 각 기재에 의하면, 피고가 원고 B의 계좌로 2016. 2. 6. 413,000원, 2017. 1. 26. 3,217,000원, 2018. 2. 19. 3,712,000원을 각 송금한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 위 인정사실 및 을 제10, 11, 13호증의 각 기재만으로는 원고 B과 피고 사이에 유효한 퇴직금 중간정산 합의가 있었다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 퇴직금 중간정산금 합계 7,342,500원이 원고 B의 퇴직금에서 공제되어야 한다는 취지의 피고 주장은 이유 없다.

① 원고 B이 피고에 대하여 퇴직금 중산정산을 신청하였다거나 원고 B과 피고 사이에 퇴직금 중간정산에 대한 합의가 성립되었다고 인정할 만한 객관적인 자료가 없다.

② 피고는 2016년부터 2018년까지 원고 B의 급여계좌에 퇴직금 중간정산 명목의 금원을 입금하는 방식으로 위 돈을 지급한 것으로 보이는데, 퇴직금 중간정산은 재직기간 및 평균임금의 감소에 따라 근로자에게 불이익을 가져올 수 있으므로 그 유효성은 엄격하게 해석하여야 하고, 그 지급에 대하여 단순히 원고 B이 이의를 제기하지 아니하였다는 사정만으로 퇴직금 중간정산에 대한 요구나 신청이

있었다고 볼 수는 없다.

③ 피고는 원고 B의 중간정산 퇴직금액을 산정한 근거를 제시하고 있지 않은바, 원고 B에게 지급된 위 7,342,500원의 산정 근거를 알 수 없다.

④ 원고 B에게 지급된 위 7,342,500원과 관련하여 근로자퇴직급여 보장법 제8조 제2항 및 같은 법 시행령 제3조 제1항에서 정한 퇴직금 중간정산 사유가 있었음을 인정할 근거 또한 없다.

다) 피고의 부당이득반환 채권 발생 여부

사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 실질적으로 지급하였음에도 불구하고 정작 퇴직금 지급의 효력이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 임금 지급의 효력도 인정되지 아니한다면, 근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다. 다만 퇴직금 제도를 강행법규로 규정한 입법 취지를 고려할 때, 사용자와 근로자가 임금과 구별하여 추가로 퇴직금 명목으로 일정한 금원을 실질적으로 지급할 것을 약정한 경우에 한하여 위와 같은 법리가 적용된다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결 참조). 앞서 본 바와 같이 원고 B과 피고 사이에 퇴직금 중간정산에 대한 합의가 성립되었다고 볼 만한 객관적인 자료가 없는데다가, 피고가 원고 B에게 중간정산 퇴직금으로 지급하였다는 합계 7,342,500원의 산정 근거를 알 수 없다. 게다가 피고는 이 사건에서 원고 B에게 지급한 급여대장 등 원고 B의 급여 산정 내역을 제출하지 않았는바, 피고가 원고 B에게 지급될 임금에서 일부 금원을 공제하여 위 금원을 적립한 것인지, 아니면 원고 B에게 지급될 임금과 별도로 퇴직금 명목의 위 금원을 적립한 것인지 여부를 확인할 수도 없다. 이에 비추어 을 제9 내지 11, 13호증의 각 기재만으로 피고가 원고 B에 대하여 지급한 7,342,500원이 임금이 아닌 퇴직금 명목으로 지급된 금원임을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는바, 피고가 원고 B에 대하여 7,342,500원 상당의 부당이득반환 채권을 갖는다고 볼 수 없고, 이를 전제로 한 피고의 상계 항변은 더 나아가 불필요 없이 이유 없다.

라. 소결

피고는 원고 B에게 퇴직금 7,532,603원 및 이에 대하여 원고 B의 퇴직일인 2018. 12. 20.부터 14일이 경과한 날 이후로서 원고 B이 구하는 2019. 1. 10.부터 피고가 그 이행의무의 범위에 관하여

다투는 것이 적절하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 5. 13.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 근로기준법에서 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 피고의 원고 B에 대한 반소 청구에 관한 판단

피고는 원고 B에 대하여 퇴직금 중간정산 명목으로 지급한 7,342,500원 상당의 부당이득반환 채권을 가지고 있으므로, 피고가 위 부당이득반환 채권으로 원고 B에게 지급하여야 할 퇴직금 채권의 1/2 상당을 상계하고 남은 2,875,235원 및 이에 대한 지연손해금을 원고 B이 피고에게 지급할 의무가 있다고 주장한다.

앞서 본 것과 같이 피고가 원고 B에 대하여 7,342,500원 상당의 부당이득반환채권을 가진다고 할 수 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

6. 결론

원고 A의 소는 부적법하여 각하하고, 원고 B의 본소 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하며, 피고의 반소 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사차호성

1) 원고 B은 2021. 3. 11.자 준비서면에서 미지급 주휴수당액을 당초 11,710,000원에서 10,050,000원으로 감축하여 주장하였으나 이를 청구취지에 반영하지는 않았다.