

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2018다239110 퇴직금등청구의소

원고, 피상고인 겸 상고인

[Redacted]

[Redacted]

피고, 상고인 겸 피상고인

[Redacted]

[Redacted]

원 심 판 결 서울고등법원 2018. 5. 11. 선고 2017나2032921 판결

판 결 선 고 2019. 10. 18.

주 문

1. 가. 원고 1에 대한 원심판결 중 연차휴가수당 청구 부분과 피고 패소 부분 중 퇴직금 청구에 대한 지연손해금 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나. 원고 1의 나머지 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

2. 가. 원고 3에 대한 원심판결의 피고 패소 부분 중 퇴직금 청구에 대한 지연손해금 부분과 연차휴가수당 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환

송한다.

나. 원고 3의 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

3. 가. 원고 4에 대한 원심판결의 피고 패소 부분 중 연차휴가수당 및 퇴직금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나. 원고 4의 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

4. 가. 원고 6에 대한 원심판결의 피고 패소 부분 중 연차휴가수당 및 퇴직금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나. 원고 6의 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

5. 가. 원고 7에 대한 원심판결 중 연차휴가수당 청구 부분과 피고 패소 부분 중 퇴직금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나. 원고 7의 나머지 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

6. 가. 원고 8에 대한 원심판결 중 연차휴가수당 청구 부분과 피고 패소 부분 중 퇴직금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나. 원고 8의 나머지 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

7. 가. 원고 2에 대한 원심판결의 지연손해금 부분 중 32,124,560원에 대하여 2014. 12. 15.부터 2018. 5. 11.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금액을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 파기하고, 그 부분에 해당하는 제1심판결을 취소하며, 그에 해당하는 위 원고의 청구를 기각한다.

나. 원고 2의 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

다. 원고 2와 피고 사이에 생긴 소송총비용 중 60%는 위 원고가, 나머지는 피고가

각 부담한다.

8. 가. 원고 5에 대한 원심판결의 지연손해금 부분 중 14,260,384원에 대하여 2015. 3. 16.부터 2018. 5. 11.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금액을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 파기하고, 그 부분에 해당하는 제1심판결을 취소하며, 그에 해당하는 위 원고의 청구를 기각한다.

나. 원고 5의 상고와 피고의 위 원고에 대한 나머지 상고를 모두 기각한다.

다. 원고 5와 피고 사이에 생긴 소송총비용 중 60%는 위 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 피고의 상고이유 제1점에 대하여

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. 여기에서 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 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창

출과 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 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 참조).

원심은 판시와 같은 이유로, 원고 5를 제외한 나머지 원고들도 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

## 2. 피고의 상고이유 제2점에 대하여

가. 근로기준법 제60조 제5항 본문은 "사용자는 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 휴가를 근로자가 청구한 시기에 주어야 하고, 그 기간에 대하여는 취업규칙 등에서 정하는 통상임금 또는 평균임금을 지급하여야 한다."라고 정하고 있다. 이와 같이 연차휴가기간에 근로자가 근로를 제공하지 않더라도 근로를 제공한 것으로 보아 지급되어야 하는 연차휴가수당은 취업규칙 등에서 산정 기준을 정하지 않았다면, 그 성질상 통상임금을 기초로 하여 산정하여야 한다. 그리고 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득

한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있는데(대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296, 232302 판결 등 참조), 이러한 연차휴가수당 역시 취업규칙 등에 다른 정함이 없다면 마찬가지로 통상임금을 기초로 하여 산정할 수당으로 보는 것이 타당하다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고 사업장에서는 취업규칙 등에서 원고들에게 지급할 연차휴가수당의 산정 기준을 정하지 않았음을 알 수 있다.

이러한 사실을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 원고들에게 지급할 연차휴가수당은 통상임금을 기초로 산정하여야 한다.

다. 그런데도 이와 달리 원심은, 피고 사업장에 원고들의 연차휴가수당 산정과 관련하여 특별한 정함이 없으므로 원고들은 평균임금 또는 통상임금 중 어느 하나를 선택하여 그에 따라 산정한 연차휴가수당을 구할 수 있다고 전제한 다음, ① 이 사건에서 원고들이 평균임금을 기초로 연차휴가수당을 청구하고 있다고 보아, 원고 2, 원고 5를 제외한 나머지 원고들의 퇴직시점 평균임금을 기초로 미지급 연차휴가수당을 산정하고, ② 원고 4, 원고 6, 원고 7, 원고 8의 퇴직금 청구와 관련하여서도, 위와 같이 산정한 연차휴가수당을 평균임금에 포함시켜 미지급 퇴직금을 산정하였다.

따라서 이러한 원심 판단에는 연차휴가수당의 산정방법에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 피고의 상고이유 제3점에 대하여

근로기준법 제37조 제1항, 제2항, 근로기준법 시행령 제17조, 제18조 제3호의 각 규

정에 의하면, 사용자는 임금 및 퇴직금의 전부 또는 일부를 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 지급하지 아니한 경우 그 다음 날부터 지급하는 날까지의 지연일수에 대하여 연 100분의 20의 이율에 따른 지연이자를 지급하여야 하는 것이 원칙이지만, 그 지급이 지연되고 있는 임금 및 퇴직금의 전부 또는 일부의 존부를 법원이나 노동위원회에서 다투는 것이 적절하다고 인정되는 경우에는 그 사유가 존속하는 기간에 대하여는 위와 같은 이율에 따른 지연이자를 지급할 필요가 없다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다105741 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015다54219 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 원고들은 미지급 임금 등 합계 287,308,804원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였는데, ② 제1심은 원고 5의 청구만 일부 인용하고 나머지 원고들의 청구를 모두 기각하였으나, ③ 원심은 원고들의 청구를 일부 인용하여 피고에게 합계 124,135,673원 및 이에 대하여 원고들의 퇴직일부터 14일이 지난 다음날 등 원고들이 구하는 날부터 다 갚는 날까지 근로기준법에서 정한 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심에서 피고의 주장이 일부 받아들여져 원고들의 청구금액 중 일부만이 인용된 이상, 피고로서는 원고들의 퇴직일부터 14일이 경과한 다음 날 이후로서 원고들이 구하는 날부터 원심판결 선고일인 2018. 5. 11.까지는 미지급 임금 등의 존부를 다투는 것이 적절하였다고 봄이 타당하다. 따라서 위 기간에 대하여는 근로기준법에서 정한 연 20%의 이율을 적용하는 것은 부당하고, 피고가 원고들과 체결한 근로계약은 보조적 상행위에 해당하므로 상법에서 정한 연 6%의 이율을 적용하여야 할 것이다(대법원 1977. 4. 12. 선고 76다497 판결, 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결 등 참조).

그럼에도 이와 달리 위 기간에 대하여도 근로기준법에서 정한 이율에 따른 지연이자를 지급할 의무가 있다고 판단한 원심판결에는 근로기준법상 지연이자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 피고의 상고이유 제4점에 대하여

원심은, 원고 5와 피고 사이의 고용계약에 따른 급여가 연 49,800,000원이고 원고 5와 피고 사이의 고용계약이 갱신되어 계약기간이 2015. 3. 1.까지 연장되었다고 인정한다. 이를 전제로 피고가 원고 5에게 지급할 의무가 있는 미지급 임금 등을 산정하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

#### 5. 원고들의 상고이유 제1점에 대하여

원심은 원고들이 받은 월급에는 유급휴일에 대한 임금 즉 주휴수당이 포함되어 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 주휴수당에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 6. 원고들의 상고이유 제2점에 대하여

가. 근로기준법상 휴일은 근로의무가 없는 날이므로 소정 근로일이 아니다. 근로기준법 제62조는 "사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 제60조에 따른 연차 유급휴가일을 갈음하여 특정한 근로일에 근로자를 휴무시킬 수 있다."라고 규정하고 있다. 대체휴가일을 근로일로 한정하는 이러한 규정 내용과 취지 및 휴일의 의의 등을 고려하면, 휴

일을 대체휴가일로 정할 수는 없다.

나. 근로자대표와의 서면 합의 관련 상고이유 주장에 대하여

근로자대표 소외인의 선정 절차에 하자가 있어 휴가대체와 관련하여 그가 근로자대표로서 한 서면 합의가 무효라는 주장은, 상고심에서 비로소 주장하는 것이어서 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 되지 못한다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다63575 판결 등 참조).

다. 공휴일의 대체휴가 사용 관련 상고이유 주장에 대하여

1) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가) 피고의 취업규칙(을 제4호증)은 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조 제2호 내지 제11호에 따른 공휴일(이하 '공휴일'이라 한다)을 휴일로 정하고 있지 않지만, 이러한 취업규칙은 원고들과 같은 강사를 적용 범위에서 제외하고 있다.

나) 원고들에게 적용되는 취업규칙인 ILE Rules(갑 제4호증) 제8항은 "근무(Holidays) - 근무 제외 날짜는 국가공휴일과 일요일 및 학원 개원기념일이다. Workdays are Mondays through Saturdays. All Sundays, National Holidays and the academy's foundation day are holidays."라고 정하고 있다. 따라서 원고들의 경우에 주휴일로서 법정유급휴일인 일요일 이외의 공휴일과 학원개원기념일은 약정휴일에 해당한다.

다) 한편 피고가 2013. 3. 8. 근로자대표 소외인과 사이에 작성한 '근로자대표 서면 합의서'(을 제12호증)는 근로기준법 제62조가 정한 휴가대체에 관한 사항을 정한 것일 뿐, 원고들에 대한 관계에서 ILE Rules 제8항과 달리 공휴일을 소정 근로일로 정하는 합의라고 할 수 없다.

2) 이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 경우 공휴일은 약정휴



일에 해당하므로, 공휴일을 대체휴가일로 정할 수 없고, 그 결과 원고들이 공휴일에 휴무하였다고 하여 이를 연차휴가 사용으로 평가할 수 없다.

그런데도 이와 달리 원심은, 근로기준법 제62조에 따라 공휴일로 적법하게 휴가대체가 이루어졌다는 이유를 들어 원고 1, 원고 2, 원고 5, 원고 7, 원고 8이 약정휴일인 공휴일에 휴무한 날까지 위 원고들의 연차휴가 사용일수에 포함시켜 미지급 연차휴가수당을 산정하였다. 이러한 원심판결에는 근로기준법 제62조의 휴가대체, 연차휴가수당의 산정 방법에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다.

다만 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 원고 2, 원고 5의 경우에는 공휴일을 연차휴가 사용일수에서 제외하더라도 여전히 취득한 연차휴가일수를 초과하여 연차휴가를 사용한 사실을 알 수 있다. 결국 원고 2, 원고 5의 미지급 연차휴가수당 청구를 기각한 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 이 부분 관련 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향이 없다.

따라서 원심의 위와 같은 잘못은 원고 1, 원고 7, 원고 8의 미지급 연차휴가수당 청구 부분에 한하여 판결 결과에 영향을 미친 것이므로, 이 부분 상고이유 주장은 위 범위 내에서 이유 있다.

라. 나머지 상고이유 주장에 대하여

1) 원심은, 판시 증거들을 종합하여 원고들의 미사용 연차휴가일수를 특정하였고, 공휴일과 학원개원기념일 이외에 휴원일, 중간고사와 기말고사 기간, 7월 말과 12월 말의 휴가철, 학원 방학 기간도 약정휴일이어서 연차휴가 사용일수에서 제외되어야 한다는 원고 4를 제외한 나머지 원고들의 주장을 받아들이지 아니하였다.

2) 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과

같이 근로기준법 제62조의 휴가대체, 연차휴가수당의 산정 방법에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

## 7. 결론

그러므로 원고 1, 원고 3, 원고 4, 원고 6, 원고 7, 원고 8에 대하여는 주문 제1 내지 6항의 각 해당 부분 기재와 같이 원심판결을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고 3, 원고 4, 원고 6의 상고와 원고 1, 원고 7, 원고 8의 나머지 상고 및 피고의 위 원고들에 대한 나머지 상고는 이유 없어 모두 기각한다.

원고 2, 원고 5에 대하여는 주문 제7, 8항의 각 해당 부분 기재와 같이 원심판결을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 자판하기로 하여, 위 파기 부분에 해당하는 제1심판결을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 위 원고들의 청구를 각 기각하며, 위 원고들의 상고와 피고의 위 원고들에 대한 나머지 상고는 이유 없어 모두 기각하고, 원고 2, 원고 5와 피고 사이에 생긴 소송총비용 중 60%는 위 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담하기로 한다.

이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김선수
	대법관	권순일

주 심      대법관      이기택

            대법관      박정화