

# 노동판례리뷰

김 가 람\*

## 계약직 영양사에 대한 임금차별

- 대법원 2011. 12. 22. 2010두3237 차별시정재심판정취소 -

### 【사건의 쟁점】

계속되는 근로 제공에 대한 임금의 차별적 지급이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서 소정의 “계속되는 차별적 처우”에 해당하는가?

### 【사실관계】

이 사건은 한국철도공사에 계약직 근로자로 근무하던 영양사들이 임금상 차별적 처우를 받았다고 차별시정을 신청한 것이다. 이 사건의 핵심은 임금상 차별적 처우를 받았다고 주장하는 영양사들에 대한 차별적 처우가 계속적인 것인지, 일회적인 것인지가 문제되었다. 계속적인 차별로 인정받는다면 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’)이 시행된 2007년 7월 1일부터 차별이 종료된 시점까지 비교대상인 정규직 영양사에 비해 적게 받은 임금을 모두 지급받을 수 있다. 그러나 일회적인 것으로 판단한다면 차별시정 신청을 한 시점으로부터 3개월 이내에 해당하는 기간만 임금차별이 인정된다.

계약직 영양사들은 서울지방법노동위원회와 충남지방법노동위원회에 각각 차별시정을 신청하였는데, 이 둘의 결론은 달리 나타났다. 서울지방법노동위원회는 차별시정 신청 전 3개월에 한하여 적게 지급한 임금을 지급하라는 것이었고, 충남지방법노동위원회는 기간제법이 시행된 2007년 7월 1일부터 임금차별이 종료한 시점(비교대상 정규직 영양사가 존재하지 않게 된 때)까지 적게 지급한 임금을 지급하라고 판정하였다. 이에 서울지방법노동위

\* 한국노동연구원 책임연구원(macci@kli.re.kr).

원회에 대해서는 영양사들이, 충남지방노동위원회에 대해서는 철도공사측이 재심을 청구하였다. 중앙노동위원회는 서울지방노동위원회와 동일한 결정을 내렸고, 이에 불복한 영양사들이 서울행정법원에 소송을 제기하였는데 대법원까지 모두 영양사들이 승소하였다.

### 【판결의 내용】

우선 대법원 판결에는 사실관계가 적시되어 있지 않아, 서울행정법원의 판결을 통해 사실관계를 파악해 보도록 하자.<sup>1)</sup> 우선 원고인 영양사들은 각각 서울지방노동위원회와 충남지방노동위원회에 기간제법의 시행일인 2007년 7월 1일부터 비교대상 근로자인 정규직 영양사가 존재한 2008년 4월 13일까지 임금 지급에 있어 차별적 처우를 받았다고 주장한다. 이와 같이 임금상 차별이 존재한 이유는 철도공사가 정규직 영양사에 대해서는 보수규정을, 계약직 영양사에 대해서는 「기간제 근로자 운영지침」을 적용했기 때문이었는데 여기서 기본급과 각종 수당의 차이가 발생한 것이다. 차별적 처우의 판단은 객관적으로 명정한 것이므로 다툴 여지는 없었다. 다만 “계속되는 차별”인지에 따라 임금상 차별이 되어왔던 기간이 문제된다. 일회적인 경우에는 3개월에 한정되는 것이지만, 계속되는 차별이라면 차별이 발생한 시점으로부터 차별이 종료된 시점까지 상당 기간의 임금 차별로 인한 차액이 발생하기 때문이다. 1심 행정법원의 판결은 다음과 같았다.

가. 철도공사가 기간제 영양사인 원고들에게 정규직 영양사에 비하여 적게 지급한 기본급, 정기상여금, 성과상여금, 조정수당, 호도휴가비, 장기근속수당은 모두 원고들이 행한 근로의 대가로서 임금에 해당한다.

나. 영양사들이 각 입사 이후 줄곧 정규직 영양사에 비하여 기본급, 정기상여금, 성과상여금, 조정수당, 호도휴가비, 장기근속수당 등 임금을 적게 지급받아 온 것은 철도공사가 원고들의 각 입사 당시부터 계속하여 합리적인 이유 없이 기간제 근로자라는 이유로 원고들에 대하여 정규직 영양사에게 적용되는 보수규정보다 불리한 기간제 근로자 운영지침을 적용하여 왔기 때문이다.

1심 행정법원은 계약직 영양사들에 대한 차별을 계속적 차별로 인정하였고, 기간제법 시행일 이후부터 차별적으로 처우한 임금의 차액분을 공사측이 지급하도록 판결하였다. 그러나 2심인 서울고등법원에서는 원심이 인정한 차별적 처우는 인정하되, ‘성과상여금’에 대해서만 계속적인 차별로 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>2)</sup> 또한 차별시정을 신청할 수 있

1) 서울행정법원 2009. 5. 22. 2008구합48794.

2) 서울고등법원 2010. 1. 13. 2009누17614. 판결문 일부를 인용하면 다음과 같다. “철도공사는 공사설

는 3개월의 제척기간이 지나버려 차별시정 대상에 해당하지 않는다고 보았다.

대법원 또한 1심과 2심에서 인정한 임금차별을 “계속되는 차별”로 보았다. 특히 쟁점이 되었던 계속되는 차별인지의 여부에 대해서는 기간제법 시행일부터 임금차별을 인정하였다. 결국 기간제법 시행일로부터 비교대상 정규직 영양사가 없어진 2008년 4월 13일까지의 차별적 처우에 대해 시정을 구할 수 있다고 판단한 것이다.

**【결 론】**

정규직과 다른 규정에 따라 임금을 지급받았고, 임금상 차별이 존재하는 경우 계속적 차별로 인정되면 그 효과는 차별된 전 기간에 대해 미치게 된다.

**이 사건 관련 참조판례**

- 가족수당, 정액급식비, 교통보조비 등은 업무량 등과 무관하게 재직 중인 공무원 전원에게 지급하는 것이고, 교통보조비의 경우 직급에 따라 지급금액에 다소 차이가 있다고는 하나 기본적으로 출퇴근 비용에 관한 실비변상 내지 복리후생적 목적하에 이루어지는 급부로서 조 아무개 공무원들과 민 아무개 씨 사이에 차등 지급될 성질의 것이 아닌 점, 위 각 수당에 복리후생적 목적이 일부 있다고 하더라도 이를 장기근속유도와 직접 연관시키기는 어려운 것으로 보이는 점을 종합적으로 고려하면, 위 각 수당에 관한 차이는 합리적 이유가 있다고 할 수 없어 차별적 처우에 해당된다(서울행법 2010. 6. 18. 2009구합55553).
- ○○대학교에서 기본적으로 강의 활동을 주된 임무로 수행하는 기간제 근로자이자 통상 근로자인 강의 초빙 교수는 기간제 근로자이자 단시간 근로자인 시간 강사와 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 할 것이어서 비교대상 근로자로 봄이 상당하다. 그런 가운데 시간 강사가 강의 초빙 교수와 유사한 업무에 종사한다 해도 자격 요건이 서로 다르므로, 다른 기준에 의한 임금 등의 결정에 있어 이를 합리적 이유 없이 차별적 처우를 받고 있다고 볼 수 없다(서울행법 2009. 2. 6. 2008구합22747).
- 원고가 지급하는 중식비 등은 회사가 제정한 취업규칙 등에 의하여 지급되는 것으로 취업규칙 등이 개정되지 아니하는 이상 그 차별이 시정될 수 없는 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 중식비 등의 지급에 있어 원고들과 비교대상 근로자들 사이의 차별은 계속되는 차별적 처우에 해당된다고 봄이 상당하다(서울행법 2011. 11. 17. 2010구합32822).

립 이래 처음으로 2007년도에 흑자를 내게 되었음을 기념한다는 명목(흑자경영전환 원년 기념)으로 2007년 12월 31일 정규직과 기간제 근로자 모두에게 기본급을 기준으로 50% 성과상여금을 지급하였고 그 결과 원고들은 김○○에 비하여 위 성과상여금을 적게 지급받았다. 이후 이러한 취지의 성과상여금이 지급된 바는 없다.”

## 평균임금 산정사유의 발생일

- 대법원 2011. 12. 8. 2010두10655 평균임금정정불승인 및 보험급여차액  
부지급처분취소 -

### 【사건의 쟁점】

산재 근로자가 치유 후 상당한 시간이 경과해서 새로이 요양이 개시되는 경우, 휴업급여의 산정 기준이 되는 평균임금 산정사유 발생일은 언제인가?

### 【사실관계】

분진사업장에서 근무하던 한 근로자가 1987년에 진폐증의 진단을 받은 후, 1988년에 장애등급 제11급에 해당하는 장애보상 일시금을 지급받은 바 있다. 그 이후 10여 년이 지나 진폐증이 재발(악화)되었고 2008년 7월에 요양승인을 받게 되었다. 이 사건에서 진폐 근로자는 2008년 7월부터 진행 중인 요양이 재요양이 아니라 최초 요양이라고 주장하였고, 근로복지공단은 재요양으로 판단하였다.<sup>3)</sup> 이 둘의 차이는 평균임금의 산정시점에 있다. 즉 진폐 근로자가 요양 중인 동안 지급받게 되는 휴업급여의 산정에 있어 기준금액이 되는 평균임금의 액수가 문제된 것이다. 진폐 근로자는 1987년 진폐증 진단 이후 별도의 요양을 거치지 않고 장애판정을 받았으므로 2008년의 요양승인은 최초 요양이라고 주장하였다. 그러나 근로복지공단은 진폐 근로자가 지난 1987, 1997, 1999년 정밀진단 당시 5~7일 정도의 요양급여 및 휴업급여를 받았으므로 2008년 요양은 재요양에 해당한다고 보았다. 그러한 이유로 공단은 재요양 시점의 평균임금을 산정하여 휴업급여를 지급하였고, 진폐 근로자는 장애판정을 받은 시점의 평균임금을 적용하여 보험급여의 차액을 지급해 달라고 소송을 제기하였다. 이 사건에서는 1심 행정법원부터 대법원까지 진폐 근로자가 모두 패소하였다.

### 【판결의 내용】

우선 행정법원은 진폐 근로자가 진폐증 진단을 위하여 1987, 1997, 1999년에 5~7일 정도의 정밀진단을 받았다고 한다면 산재법상의 요양급여의 범위에 포함된다고 보았다.<sup>4)</sup>

3) 「산업재해상보험법」 제51조 제1항에서 “제40조에 따른 요양급여를 받은 자가 치유 후 요양의 대상이 되었던 업무상의 부상 또는 질병이 재발하거나 치유 당시보다 상태가 악화되어 이를 치유하기 위한 적극적인 치료가 필요하다는 의학적 소견이 있으면 다시 제40조에 따른 요양급여(이하 “재요양”이라 한다)를 받을 수 있다”고 규정하고 있다.

따라서 재요양이라고 판단하여 휴업급여 산정에 기초가 되는 평균임금 산정시점은 재요양 당시가 된다고 본 것이다.

진폐 근로자는 최초 요양이라고 주장하는 근거로 산재법 시행령 제48조 제1항, 같은 법 시행규칙 제33조 제2항이 위헌이라고 하였으나,<sup>5)</sup> 1심 행정법원부터 대법원까지는 진폐 근로자의 주장을 받아들이지 않았다. 진폐 근로자가 주장하는 핵심은 다음과 같다.

진폐증으로 정밀진단을 거쳐 장애등급 판정을 받아 장애급여를 받은 사람은 요양급여를 받지 않았음에도 차후 요양신청을 하는 경우 재요양으로 보도록 함으로써 최초 요양으로 보았을 경우보다 낮은 재요양 당시의 평균임금을 기초로 보험급여를 산정하도록 하여 합리적 이유 없이 진폐증으로 장애급여를 받은 자를 차별하고 있다.

그러나 1심 행정법원은 진폐 근로자의 주장에 대해 다음과 같이 판시하였다.

원고가 주장하는 바와 같이 재요양 당시의 평균임금을 기준으로 하였을 경우 보험급여의 액수가 줄어든다는 점은 업무상 부상 또는 질병을 입은 근로자가 재요양 당시 취업한 사업장의 임금이 최초 재해 당시 근로한 사업장의 임금에 평균임금 증감을 거친 경우보다 작다는 우연한 사정에 기한 것이다.

이 사건이 이렇게 공방이 이어진 이유는 진폐 근로자의 임금수준이 1988년 당시와 2008년 당시에 차이가 있었기 때문이며, 2008년 지급받은 임금수준이 1998년보다 적었음을 추정케 한다. 따라서 진폐 근로자에게는 2008년 시점의 임금이 아니라 1988년 시점의 임금을 평균임금으로 산정하는 것이 더욱 유리했을 것이다. 이에 2심 서울고등법원은 재요양 당시 취업한 사업장의 임금이 재해발생 시의 평균임금에 증감을 거쳐 산정된 금액보다 큰 경우도 예상될 수 있다고 하면서, 반드시 재요양 당시의 임금을 평균임금 산정 기준으로 하는 경우가 불이익하다고 볼 수 없다고 보았다.<sup>6)</sup>

재요양 당시의 임금을 기준으로 산정하는 것이 재해를 입은 근로자에게 반드시 불리하다고

4) 서울행정법원 2009. 8. 18. 2009구단4039.

5) 종전에 진폐증으로 장애급여를 받은 사람은 재요양을 신청하도록 규정하고 있으므로, 이미 진폐증으로 장애급여를 받은 원고의 신청에 따라 2008. 7. 11.부터 개시된 위 요양은 재요양에 해당한다고 주장하나, 상위 법령인 「산업재해보상보험법」 제51조 제1항에 의하면 요양급여를 받은 자가 치유 후 재발 혹은 악화되는 경우에 재요양을 받을 수 있고, 같은 조 제2항에서 재요양의 요건과 절차 등에 관하여 대통령령에 위임을 하도록 하고 있어서 요양을 받지 않고 장애급여를 받은 자의 경우에는 위 법상 재요양 신청 대상의 범위에 포함되지 않는다고 주장한 것이다.

6) 서울고등법원 2010. 5. 4. 2009누26076

할 수 없을 뿐 아니라, 설령 재요양 당시의 임금이 더 적은 경우라고 하더라도 재요양에 앞서 이미 요양급여나 장애급여 등을 지급받아 부상이나 질병에 대한 치료와 장애 정도에 따른 보상을 받았으므로, 재해발생 시 요양의 경우와는 달리 재요양 당시의 임금을 기준으로 재요양 기간의 휴업급여를 산정하더라도 이를 합리적 이유가 없는 차별이라고 볼 수 없다.

이에 대법원은 2008년 요양을 최초 요양으로 본다고 하더라도 이 사건의 휴업급여의 산정 기준이 되는 평균임금 산정사유 발생일은 재발(악화)된 진폐증에 대한 요양승인을 한 날로 보았다. 따라서 진폐 근로자의 산재법 시행령과 시행규칙에 대한 위헌주장에 대해서는 다음과 같이 판단하였다.

이 사건 요양을 최초 요양으로 보더라도 이 사건 요양급여 개시 당시의 원고의 임금을 기준으로 이 사건 요양으로 취업하지 못한 기간에 대하여 지급하는 휴업급여에 관한 평균임금을 산정할 것이므로 원고의 위 상고이유 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

### 【결 론】

치유 후 상당한 시간이 경과해서 새로이 요양이 개시되는 경우, 휴업급여의 산정 기준이 되는 평균임금 산정은 그 요양이 개시된 시점으로 한다.

#### 이 사건 관련 참조판례

- 재요양 중에 지급되는 휴업급여 등 각종 보험급여의 기초인 평균임금 산정의 기준시점은 ‘진단에 의하여 재요양의 대상이 되는 상병이 발생되었다고 확정된 날’이다 …중략… 근로자의 퇴직일 이후 평균임금 산정사유 발생일, 즉 진단 확정일까지의 기간은 평균임금 산정 기간에서 제외하여야 한다(대판 2008. 12. 24. 2007두10945).
- 평균임금은 이를 산정할 사유가 발생한 날을 기준시점으로 하여 그 금액을 산출하는 것이고(근로기준법 제19조 제1항) …중략… 휴업급여 등 보험급여의 기초인 평균임금 산정의 기준시점은 ‘사상의 원인이 되는 사고가 발생한 날 또는 진단에 의하여 질병이 발생되었다고 확정된 날’이 되는 한편, 재요양은 일단 요양이 종결된 후에 당해 상병이 재발하거나 또는 당해 상병에 기인한 합병증에 대하여 실시하는 요양이라는 점 외에는 최초의 요양과 그 성질이 다를 바 없으므로 …중략… 평균임금 산정의 기준시점은 ‘진단에 의하여 재요양의 대상이 되는 상병이 발생되었다고 확정된 날’이라고 할 것이다(대판 1998. 10. 23. 97누19755).

## 임금채권의 우선변제 순위

- 대법원 2011. 9. 8. 2008두13873 부당노동행위구제재심판정취소 -

### 【사건의 쟁점】

회사를 설립하기 전에 사용자가 본인 소유 주택에 근저당을 설정하여 금융기관에서 대출을 받은 바 있고, 회사 설립 후 근로복지공단이 그 회사의 근로자들에게 체당금을 지급한 경우, 사용자 본인 소유 주택에 대한 강제집행 절차가 개시되면 배당순위는 어떻게 되는가?

### 【사실관계】

근로기준법 제38조 제1항은 “임금, 재해보상금, 그 밖에 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권(質權)·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 따라 담보된 채권 외에는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다”고 규정하고 있다. 제2항에 따르면 질권·저당권 또는 담보권보다 최종 3개월분의 임금, 재해보상금을 우선 변제해야 하며, 「근로자퇴직급여 보장법」 제12조 제2항에 따라 최종 3년간의 퇴직급여도 우선 변제하여야 한다. 한편 「임금채권 보장법」 제8조에서는 근로복지공단이 근로자에게 체당금을 지급한 경우, 해당 사업주에게 그 체당금 등을 청구할 수 있는 권리를 대위할 수 있도록 규정하고 있다.

이 사건 사실관계는 다음과 같다. 2008년 10월 김 아무개 씨는 회사를 설립하였으나 영위하던 사업이 경영상 어려움에 직면하게 되자, 김 아무개 씨 회사의 소속 근로자들 208명이 체당금을 신청하게 된다. 한편 김 아무개 씨는 회사를 설립하기 전인 2007년 2월 진해동부신협에서 당시 본인 소유 주택에 근저당을 설정하여 대출한 바 있었다. 김 아무개 씨가 대출금을 연체하게 되자 진해동부신협은 2009년 그 소유 주택에 대한 저당권을 실행하기 위해 임의경매를 신청해 둔 터였다. 김 아무개 씨의 소유 주택에 대해 경매가 부쳐지자 근로복지공단은 배당신청을 하였고, 1순위로 2억 3천3백만 원의 배당을 받게 되었다. 한편 진해동부신협은 2억여 원의 배당금을 신청하였으나 배당순위가 4순위가 되는 바람에 800만 원밖에 배당을 받지 못하게 되었고, 이에 배당금을 조정해달라는 취지의 소송을 제기하였다. 7) 1심에서는 신협이 패소하였으나, 2심에서는 근로복지공단이 패소하

7) 배당이의의 소(訴)는 경매 등 강제집행의 배당절차에 있어서 이의가 완결되지 아니한 때, 이의를 신청한 채권자가 이의에 관하여 이해관계를 가지고 또 이의를 정당하다고 인정하지 않는 다른 채권자를 상대로 이의를 주장하기 위해 제기하는 소송을 말한다(민사집행법 제154조).

였다. 2심 판결은 근로복지공단의 우선변제권을 인정한다면 근저당권자인 진해동부신협에게 근저당권 설정 당시 전혀 예측할 수 없었던 손해를 강요한다는 것이 요지였다.

### 【판결의 내용】

이 사건의 발단은 근로기준법 제38조 제2항에 있다. 이 조항에 따르면 최종 3개월분의 임금, 재해보상금을 “사용자”의 총재산에 대해 설정된 질권 또는 저당권보다 우선변제하도록 규정되어 있다. 그런데 김 아무개 씨가 “사용자”가 되기 전에 설정한 질권 또는 저당권도 사용자의 총재산에 해당되는가가 문제이다. 앞서 신협은 김 아무개 씨가 회사를 설립하기 전에 빌린 대출금에 대한 근저당권을 설정하였기 때문에, 김 아무개 씨 소유의 주택이 경매에 부쳐질 경우에는 자신들이 우선 배당을 받게 될 것으로 판단한 것이다. 이에 대법원은 다음과 같이 판단하였다.

- 가. 근로기준법 제38조 제2항은 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 최종 3개월분의 임금과 재해보상금에 해당하는 채권의 우선변제권을 규정한 것이므로, 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한하는 것은 허용되지 아니한다.
- 나. 근로기준법 제38조 제2항은 최종 3개월분의 임금 채권은 같은 조 제1항에도 불구하고 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에 우선하여 변제되어야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.
- 다. 사용자가 그 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에는 우선하여 변제받을 수 없는 것으로 규정하고 있지 아니하므로, 최종 3개월분의 임금 채권은 사용자의 총재산에 대하여 사용자가 그 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에도 우선하여 변제되어야 한다.

진해동부신협은 대법원 판례(1994. 1. 11. 93다30938)를 인용하여 최종 3개월분의 임금 채권 우선변제를 인정할 수 없다고 주장하였다. 판결의 요지는 “최종 3월분의 임금 등에 관한 채권은 다른 채권과 동시에 사용자의 동일재산으로부터 경합하여 변제받을 경우에 그 성립의 선후나 질권이나 저당권의 설정 여부에 관계없이 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 있음을 밝힌 것일 뿐, 나아가 사용자의 특정재산에 대한 배타적 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정한 것은 아니므로, 사용자의 재산이 제3자에게 양도된 경우에 있어서는 양도인인 사용자에게 대한 임금 등 채권의 우선권은 이 재산에 대하여는 더 이상 추구될 수 없고, 양수인의 양수재산에 대해서까지 우선권을 인정할 수는 없다”는 것이다. 그러나 대법원은 이 사건에 이 판결을 인정하지 않았다. 대법원은 이 판결이 양도·양수 시와 같이 담보권이 설정된 담보목적물에 대한 양수인의 담보권이 임금채권 우선변제에



의해 침해될 수 없다는 것을 확인하는 것일 뿐, 단지 사용자 지위의 취득시기가 담보권 설정 후인 이 사건에는 적합한 판례가 아니라고 본 것이다. 결국 이 판결로 인해 진해동 부신탁은 사실상 김 아무개 씨의 대출금 중 800만 원밖에 돌려받지 못하였다.

**【결 론】**

사용자가 사용자의 지위를 취득하기 이전에 빌린 대출금에 근저당이 설정되어 있더라도 강제집행시 배당순위는 저당권자보다 체당금의 대위권자가 우선한다.

**이 사건 관련 참조판례**

- 개인병원 형태로 운영되던 사업을 의료법인 형태로 전환하면서 근저당권의 목적물인 부동산 등 물적 시설을 의료법인에 출자하고 그에 따라 근로자들의 근로관계도 법인에 단절 없이 승계된 경우와 같이 사업의 인적 조직·물적 시설이 그의 동일성을 유지하면서 일체로서 이전되어 형식적으로 경영주체의 변경이 있을 뿐 개인병원과 의료법인 사이에 실질적인 동일성이 인정되는 경우에는 담보된 재산만이 특정 승계된 경우와는 달라서, 고용이 승계된 근로자는 물론 법인 전환 후에 신규로 채용된 근로자들도 사용자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여 임금 등의 우선변제권을 가진다고 하여야 할 것이다(대판 2004. 5. 27. 2002다65905)
- 근로기준법 제30조의2(신법 제37조) 제2항은 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 일반 담보물건의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것으로서 그 규정의 취지는 최종 3월분의 임금 등에 관한 채권은 다른 채권과 동시에 사용자의 동일재산으로부터 경합하여 변제받을 경우에 그 성립의 선후나 질권이나 저당권의 설정 여부에 관계없이 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 있음을 밝힌 것일 뿐, 나아가 사용자의 특정재산에 대한 배타적 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정한 것은 아니므로, 사용자의 재산이 제3자에게 양도된 경우에 있어서는 양도인인 사용자에 대한 임금 등 채권의 우선권은 이 재산에 대하여는 더 이상 추구될 수 없고, 양수인의 양수재산에 대해서까지 우선권을 인정할 수는 없다(대판 1994. 1. 11. 93다30938).
- 사용자의 총재산이라 함은 근로계약의 당사자로서 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주인 사용자의 총재산을 의미한다(대판 1997. 12. 12. 95다56798).

## 점심시간 중 업무상 재해 인정 여부

- 전주지방법원 2011. 4. 19. 2010구합2934 유족급여및장의비부지급처분취소 -

### 【사건의 쟁점】

평소와 같이 자택에서 점심식사를 한 뒤 회사로 돌아오다가 교통사고로 숨졌다면 업무상 재해에 해당하는가?

### 【사실관계】

김 아무개 씨는 2007년 7월 전주의 한 회사에 경비원으로 채용되어 2009년 6월부터 전주 소재의 병원에서 모 은행이 병원에 대하여 압류한 의료장비의 반출 등을 감사하는 업무를 담당하였다.

김 아무개 씨는 점심시간이 되면 병원에서 나와 오토바이를 타고 자택으로 가서 점심식사를 하고, 다시 병원으로 돌아왔다고 한다. 그러던 중 2009년 10월, 어느 때와 다름없이 점심시간에 오토바이를 타고 자택에서 식사를 마친 후 다시 병원으로 돌아오는 중에 노상에서 오토바이 우측바퀴가 인도 턱에 부딪혀 전복되는 사고가 났다. 다발성 늑골골절 및 폐손상의 진단을 받고 치료를 받던 중 그해 11월에 심폐기능 부전으로 사망하기에 이른다.

사망한 김 아무개 씨의 유족들은 이 사건이 업무상 재해에 해당한다고 주장하였고, 근로복지공단은 김 아무개 씨가 사업주의 지휘감독을 벗어나 자유롭게 이용할 수 있는 휴게시간에 생긴 사고이므로 업무상 재해에 해당하지 않는다고 판단하였다. 한편 「산업재해보상보험법」 제37조 제1항 제1호 마목에서는 “휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고”에 대해서는 업무상 재해를 인정할 수 있다고 규정하고 있다.

### 【판결의 내용】

우선 1심 판결의 내용을 살펴보면 다음과 같다. 우선 김 아무개 씨는 앞서 사실관계에서 소개한 바와 같이 경비업무를 담당하는 자이고, 병원의 1층 로비에서 근무하였다. 김 아무개 씨의 근무시간은 평일에는 오전 9시부터 오후 6시까지였으며, 토요일에는 오전에만 근무하였다. 평일 점심시간은 오전 11시 30분부터 오후 1시 30분 사이에 자율적으로 1시간 정도를 사용할 수 있었다.

김 아무개 씨를 고용하고 있는 회사는 별도로 중식비를 지급하지 않고 점심식사를 할 수 있는 외부 식당을 지정한 바도 없어 김 아무개 씨 스스로 점심식사를 해결해야 했다.

김 아무개 씨가 근무하고 있던 병원에는 구내식당이 있기는 했으나 근무장소인 병원이 사실상 김 아무개 씨의 업무에 대해 호의적일 수는 없었을 것으로 추정된다. 판결문에서도 병원측이 김 아무개 씨가 병원 구내식당을 이용하지 못하도록 하였다고 인정하고 있고, 이러한 이유로 인해 회사는 김 아무개 씨가 본인의 집에서 식사를 하고 돌아와도 좋다는 허락을 한 바 있었다. 그러나 근로복지공단은 김 아무개 씨가 사업주의 지휘감독하에서 벗어난 상태에 있는 가운데 발생한 사고는 업무상 재해로 인정할 수 없다고 판단하였다.

그러나 법원의 입장은 달랐다. 우선 재판부는 “일반적으로 휴게시간 중에는 근로자에게 자유행동이 허용되고 있으므로 통상 근로자는 사업주의 지배관리하에 있다고 할 수 없으나, 휴게시간 중의 근로자의 행위는 휴게시간 종료 후의 노무제공과 관련되어 있으므로, 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지는 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 행위 또는 합리적, 필요적 행위라는 등 그 행위과정이 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인정할 수 있다고 할 것”이라는 일반론을 전개한 다음,<sup>8)</sup> 아래와 같은 사실에 주목했다.

가. 소외 회사는 망인에게 별도의 중식대를 지불하거나 점심식사를 할 수 있는 외부 식당을 지정하지 아니하고 망인으로 하여금 점심식사를 알아서 해결하도록 하였는데, 당시 소외 병원은 망인이 병원의 구내식당을 이용하지 못하도록 하였고 망인이 도시락을 싸 오더라도 이를 먹을 만한 장소가 마땅치 않아, 망인은 평소 부득이 자택에서 점심식사를 한 뒤 근무장소인 소외 병원으로 다시 복귀하는 형태로 근무하여 왔으며, 소외 회사도 이러한 사정을 잘 알고 용인하여 왔으므로 망인이 자택에 가서 점심식사를 하는 것이 이례적이었거나 소외 회사의 예상 밖에 있었던 것으로 보이지 않는다.

나. 망인은 이 사건 사고 당일에도 평소와 같이 자택에 가서 점심식사를 하고 다시 오후 근무를 하기 위해 정상적인 순로의 이탈 없이 바로 병원으로 복귀하던 중이었다.

1심 법원은 점심시간에 자택에서 점심식사를 하고 병원으로 복귀하는 행위가 “근로자의 본래의 업무행위” 또는 “그 업무의 준비행위 내지는 정리행위”라고 보았다. 즉 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 또는 합리적 행위로서 사업주의 지배를 벗어나지 아니한 행위라고 판단한 것이다. 참고로 김 아무개 씨와 달리 일회적으로 자택에서 식사를 하고 돌아오던 중 사고를 입은 경우 업무상 재해로 인정되지 않았던 판례가 있음을 유의하여야 한다.<sup>9)</sup>

8) 대판 2004. 12. 24. 2004두6549.

9) 대판 2003. 10. 10. 2003두7385. 이 사건 재해의 경우 김○○이 평소 점심시간 때 사무실 내에서 식사를 해결하던 통상적·정형적·관계적 이용방법에서 벗어나 그날따라 특별히 개인적 용무를 겸하

**【결론】**

사업주의 허락하에 자택에서 점심식사를 마치고 돌아오는 중 입은 사고에 대해서는 업무상 재해가 인정된다.

**이 사건 관련 참조판례**

- 망인이 10분간의 휴게시간을 이용하여 소외 회사 정문 옆 구내매점에 간식을 사러 가다가 사고를 당하였고 그 장소가 소외 회사의 사업장 시설인 제품하치장인바, 망인이 10분간의 휴게시간 동안에 근로자를 위한 복리후생시설인 구내매점을 이용하여 간식을 사먹는 행위는 근로자의 본래 업무행위에 수반된 생리적, 합리적 행위라고 할 수 있으므로 이 사건은 업무상 재해에 해당한다(대판 2000. 4. 25. 2000다2023).
- 망인이 근무하던 회사는 사업장 내에 구내식당이 없어 ...중략... 남자 직원들은 대부분 타 지역에서 거주할 뿐만 아니라 자택에 가서 점심식사를 하는 것을 싫어하여 회사가 외부 식당을 통하여 제공하여 주는 점심을 사업장 내에서 먹고, 여자 직원들 중 자택이 회사 근처에 있지 않은 일부 여직원들은 집에서 도시락을 싸 가지고 와 사업장 내에서 먹었으며, 망인과 같이 자택이 회사 근처에 있는 여직원들은 사업주의 승낙하에 자택에 가서 점심식사를 하였고, 사업주는 도시락을 싸와서 점심식사를 하든지 자택에 가서 점심식사를 하고 오든지 직원들로 하여금 알아서 해결하도록 하고 있는 사실, 망인은 사업주의 허락하에 평소 점심식사시간(12:00~13:00)에 자기 집에 가서 점심식사를 하고 사업장에 복귀하였고 ...중략... 자택에 가서 점심식사를 한 후, 바로 사업장으로 복귀하던 중 사업장 밖에서 이 사건 사고가 발생 ...중략... 망인이 1시간의 휴게시간 동안에 자택에서 점심식사를 하는 행위는 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지는 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 또는 합리적 행위로서 사업주의 지배를 벗어나지 아니한 행위라고 할 것이므로 그 과정에서 발생한 이 사건 사고는 업무상 재해에 해당한다고 보아야 할 것이다(대판 2004. 12. 24. 2004두6549).

여 집에서 점심식사를 하기 위하여 외출하였다가 귀사하던 도중에 발생한 것으로서, 이와 같이 점심시간을 이용한 근로자의 임의적 개인적인 외출행위 도중에 발생한 재해는 사업주의 지배·관리하에서 벗어나 업무상 재해로 인정하기가 어렵다.

## 귀성여비·휴가비·개인연금보험료·직장단체보험료의 통상임금 여부

- 서울고등법원 2011. 12. 23. 2009나6914 임금 -

### 【사건의 쟁점】

노사합의에 따라 회사가 대신 내주는 개인연금보험료나 직장단체보험료도 통상임금에 포함되는가?

### 【사실관계】

원고 근로자들은 한국GM에 근무하다 퇴직한 바 있다. 원고 근로자들은 단체협약의 규정에 따라 지급되는 시간외 근로수당, 연월차 수당을 산정함에 있어 ①업적연봉, ②조사연구수당/조직관리수당, ③가족수당 중 본인분, ④귀성여비 및 휴가비, ⑤개인연금보험료, ⑥직장단체보험료(차장직급에 해당하는 근로자들만 해당)를 통상임금에 포함하지 않았다고 주장하였다.<sup>10)</sup> 이들은 통상임금에 포함되지 않은 제 수당 및 보험료 등을 포함해 통상임금을 재산정한 시간외 근로수당과 연월차 수당 및 기존에 지급받았던 시간외 근로수당과 연월차 수당의 차액을 회사에 청구하였다. 또한 퇴직 전 3개월 동안의 평균임금 또한 적게 계산되었으며, 퇴직금 지급 당시 개인연금보험, 직장단체보험을 평균임금에 포함하지 않아 퇴직금 일부를 지급받지 못하였다는 이유로 소송을 제기하였다. 그러나 회사측은 업적연봉은 통상임금에 해당하지 아니하고 나머지 수당 등은 실비변상적 성격 또는 복리후생 차원에서 도입된 것으로서 임금이 아니라고 주장하였다.

### 【판결의 내용】

법원은 원고들이 통상임금에 포함되어야 한다고 주장한 각 수당들과 보험료 등이 통상임금에 해당되는지를 판단하였다.<sup>11)</sup> 우선 법원이 판단한 결과를 살펴보자.

- 10) 이 회사의 시간급 통상임금에 관한 계산방식은 ‘(기본급+직급수당+근속수당)÷240’이고, 피고 회사는 원고들에게 일괄하여 월 30시간을 시간외 근로로 인정하여 ‘시간급통상임금×30시간×1.5’의 계산방식으로 시간외 근로수당을 지급하였고, 매년 4월에 근로자별로 사용하지 아니한 연월차휴가 일수를 산정하여 연월차수당을 지급하였다.
- 11) 근로기준법 소정의 통상임금은 “근로자에게 정기적, 일률적으로 소정 근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액을 말한다.”고 근로기준법 시행령 제6조 제1항에서 규정하고 있다. 원칙적으로 근로자에게 소정 근로 또는 총근로의 대상으로 지급되는 금품으로서 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 것은 통상임금에 속하는 임금이다. 따라서 근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적,

- 가. **업적연봉**: 연봉제 실시 이후 기존의 상여금 지급에 대체하여 전년도의 근무실적에 따라 업적연봉을 지급받았다. 그 금액은 인사평가 등급에 따라 상당한 차이가 발생하였으며, 회사는 실제 근로를 제공하지 아니한 휴직자들에 대하여는 업적연봉을 전혀 지급하지 아니하였다. 따라서 고정적 임금이라 할 수 없으므로 **통상임금에 속하지 않는다.**
- 나. **조사연구수당/조직관리수당**: 회사는 1995년 임금협상시 생산직은 기본급을 기준으로 임금을 인상하고, 사무직은 기본급을 적게 인상하되 추가로 직급별로 조사연구수당, 조직관리수당을 신설하는 방식으로 임금인상을 대체한 사실, 조직관리수당은 부장 160,000원, 차장 140,000원, 과장 120,000원으로 정하고 조사연구수당은 대리 이하 사원에게 일정한 직급별로 90,000원 내지 50,000원으로 정하여 매월 지급하여 온 사실 등에 비추어 볼 때, 일정한 직급의 근로자에게 정기적·일률적으로 지급되어 왔으므로 **통상임금에 해당한다.**
- 다. **가족수당 중 본인분**: 가족수당은 회사에게 그 지급의무가 있는 것이고 일정한 요건에 해당하는 근로자에게 대리급 이하 전 사원에게 가족수당 중 본인분으로 매월 10,000원을 지급하여 온 사실에 비추어 **통상임금에 해당한다.**
- 라. **귀성여비 및 휴가비**: 회사는 단체협약에 근거하여 전 사원들에게 매년 설날, 추석 귀성여비로 각 350,000원(2006년 추석부터 400,000원으로 증액되었다), 하계휴가비로 기본급, 직급수당, 근속수당, 가족수당 본인분의 합계금액의 50%에 해당하는 금액을 매년 7월에 지급하여 온 점, 각 금품은 단체협약에 의하여 피고회사에 지급의무가 지워져 있는 점에 비추어 **통상임금에 해당한다.**
- 마. **개인연금보험료**: 회사는 1996년 7월 22일 노동조합과 근로자들의 개인 연금보험료 중 40,000원을 회사가 지급하기로 합의한 후, 매월 전체 사원들에게 개인 연금보험료 명목으로 40,000원을 지급하여 온 사실을 인정할 수 있는바, 이는 **통상임금에 해당한다.**
- 바. **직장단체보험료**: 회사는 사무직 근로자들 중 차장직급 이상의 근로자들에게 직장단체보험료 명목으로 매달 100,000원을 지급하여 온 사실을 인정할 수 있는바, 직장단체보험료는 차장 직급 이상이라는 일정한 요건에 해당하는 원고들을 대상으로 매달 100,000원씩 지급되어 온 것이어서 **통상임금에 해당한다.**

따라서 위와 같은 통상임금 판단기준에 따라 시간외 근로수당의 경우에는 통상임금을 재산정하여 그 차액을 원고 근로자들에게 지급하여야 한다고 판단하였다. 다만 미지급된 연차수당에 있어서는 위의 통상임금이 포함된 재산정된 시간급 통상임금을 기초로 150%

일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있는 것이고, 소정 근로시간의 근로에 직접적으로 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금이 아니라 하더라도 그것이 소정 근로 또는 총 근로에 대하여 지급되는 임금이 아니라고 할 수 없으므로 그런 사유만으로 그 임금을 통상임금에서 제외할 수는 없다(대판 1996. 2. 9. 94다19501).

의 연차수당을 다시 산정하여 그 차액을 지급하여야 한다는 원고 근로자들의 주장은 받아들여지지 않았다. 그 이유로는 원고들에게 지급한 연차수당 산정방식(통상임금 $\times$ 30 $\times$ 근속 연차휴가일수 $\times$ 150%)에 의한 금액이 근로기준법에서 정한 것보다 더 많다는 점, 통상임금 기준은 근로기준법에서 정하는 바에 따르고 그 가산율은 단체협약상 기준에 따르는 것은 하나의 근로조건에 포함된 여러 가지 요소의 개별적인 비교를 허용하는 것이 되기에 허용할 수 없다는 점을 들었다.

퇴직금에 있어서도 원고 근로자들은 평균임금 산정시 퇴직일 이전 1년간 지급받은 연차수당을 모두 합산하고 이를 3/12하여 평균임금에 산입하여야 한다고 주장하였으나, 이는 받아들여지지 않았다. 법원은 다음과 같은 이유로 원고 근로자들의 주장을 배척하였다.

- 가. 퇴직하는 해의 전 해에 개근하거나 9할 이상 출근함으로써 근로기준법 제48조에 의하여 연차유급휴가를 받을 수 있었는데도 이를 사용하지 아니하여 그 기간에 대한 연차휴가수당청구권이 발생하였다고 하더라도 그 연차휴가수당은 퇴직하는 해의 전해 1년간의 근로에 대한 대가이지 퇴직하는 그해의 근로에 대한 대가가 아니다.
- 나. 연차휴가권의 기초가 된 개근 또는 9할 이상 근로한 1년간의 일부가 퇴직할 날 이전 3개월간 내에 포함되는 경우에 그 포함된 부분에 해당하는 연차휴가수당만이 평균임금 산정의 기준이 되는 임금 총액에 산입된다.
- 다. 따라서 퇴직일 이전 1년간 지급받은 연차수당 전부가 퇴직금 산정의 기준이 되는 평균임금에 포함된다고 볼 수 없다.

또한 회사가 “퇴직 전년도 1년에 걸쳐서 미사용하고 대신 근로한 일수에 대한 미사용 연차유급휴가 수당액의 3/12”와 “퇴직으로 인해 비로소 지급사유가 발생한 연차유급휴가 수당” 중 더 큰 금액을 기준으로 평균임금을 산정하고 있었기 때문에, 회사의 계산방법이 원고들에게 더 유리하다는 이유를 들어, 법원은 원고들의 주장을 인정하지 않았다.

### 【결론】

정기적·일률적으로 지급되는 각종 임금의 경우, 그 정기성의 기간이 매월 단위가 아니더라도 통상임금에 해당된다. 또한 일률적으로 지급되는 개인연금보험료는 당연히 통상임금에 포함되며, 전체 근로자가 아니더라도 일부 근로자에게 일률적으로 지급된 직장 단체보험료의 경우도 마찬가지다. **㉮**