

〈월간 노동법률 특별기획 학술심포지움〉

통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제 -고정성과 신의칙-

- 일시: 2019년 7월 22일(월), 14:00~17:00
- 장소: 삼성동 코엑스 컨퍼런스룸 318호
- 주최: 월간 노동법률
- 주관: (주)중앙경제



행사일정

14:00~14:10 등록 및 개회식	사 회 : 곽 용 희 편집장(월간 노동법률) 개회사 : 김 남 진 대표이사(중앙경제)
14:10~15:10 발 표	좌 장 : 하 갑 래 교수(단국대학교 법과대학) [제1주제] 통상임금 소송에서 신의칙 적용에 대한 대법원 판결의 태도와 평가 김 희 성 교수(강원대학교 법학전문대학원) [제2주제] 통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토 김 홍 영 교수(성균관대학교 법학전문대학원)
15:10~15:30	Coffee break
15:30~16:30 토 론	토론 좌장 : 하 갑 래 교수(단국대학교 법과대학) 박 지 순 교수(고려대학교 법학전문대학원) 권 오 성 교수(성신여자대학교 법과대학) 최 진 수 변호사(법무법인 율촌) 김 태 욱 변호사(민주노총 법률원)
16:30~17:00 종합토의	사 회 : 하 갑 래 교수(단국대학교 법과대학)



개회사

월간 노동법률 통상임금 심포지엄에 오신 귀빈여러분

진심으로 환영합니다.

월간 노동법률은 그간 국내 유일의 노동법 전문지로서 노사관계와 인사노무 영역 일선에서 최선을 다하시는 분들에게 도움이 되기 위해 노력해 왔습니다.

이번 심포지엄으로 현장에 계신 분들에게 한걸음 더 다가갈 수 있는 기회가 된 것 같아 기쁜 마음을 감출 수 없습니다.

다들 아시다시피 통상임금 해석에 큰 획을 그은 ‘2013년 통상임금 대법원 전원합의체 판결’이 나온 지 6년이 지났습니다.

그런데 최근 “신의칙”을 둘러싼 대법원의 엄격한 해석론 등장과 함께, 하급심 법원에서도 “재직자 요건”과 “고정성” 둘러싼 새로운 해석을 내놓으며 기존 전원합의체 해석론에 변화를 가져오고 있다는 평가가 나오고 있습니다.

이로 인해 통상임금 이슈가 다시 한번 부각되고 있음은 알려진 바와 같습니다.

국내외 실무 담당자들의 관심이 지대한 이번 이슈를 두고 노동법 전문 매체의 역할에 걸맞게 심도 있는 진단과 전망을 전달해 드리기 위해 국내 최고 노동법 전문가들을 모시고 고견을 듣는 자리를 마련했습니다.

무더운 여름 날씨를 헤치고 오신 발걸음 헛되지 않도록 성심성의껏 준비했습니다.

만족스러운 결과 얻어 가시길 기원하겠습니다.

다시 한번 감사드립니다.

중앙경제 대표 **김남진**

통상임금소송에서 신의칙적용판단에 관한 최근 판결의 태도와 평가

김 희 성*

Contents

- I. 문제제기
- II. '강행법규 위반 시에 신의칙 적용 가부'에 대한
대법원 전원합의체 판결의 견해
 - 1. 신의칙의 적용 요건
 - 2. 대법원 전원합의체 판결이 제시하는 신의칙
적용 요건에 대한 이해
- III. '신의칙' 및 '모순행위금지원칙'의 본질론에 따른
강행법규와 신의칙 간 적용상 우위성
 - 1. 신의성실의 원칙(Grundsatz von Treu und
Glauben)
 - 2. 신의칙의 의의에 대한 '비교법'적 이해
 - 3. 모순행위금지의 원칙(Grundsatz venire
contra factum proprium)- 노동법에 대한
모순행위금지원칙의 적용 사례
 - 4. 신의칙 적용에 대한 대법원 전원합의체 판결
의 올바른 이해
 - 5. 소 결
- IV. 신의칙 관련 대표적인 기존 판결들의 비판적 분석
 - 1. 기존 판결들
 - 2. 기존 판결에 대한 검토
- V. 신의칙 적용 제한법리를 제시하고 있는 대법원
판결들-시영운수사건 판결 이후 -
 - 1. 시영운수사건(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015
다217287 판결)
 - 2. 한진중공업사건
 - 3. 예산교통사건(대법원 2019. 4. 23. 선고 2014
다27807 판결)
- VI. 신의칙 적용 제한법리를 제시한 대법원 판결에
대한 검토와 평가
 - 1. 대법원 전원합의체 판결이 제시한 신의칙 적용
법리에 반하는 문제: 신의칙 적용의 배제인가?
 - 2. 통상임금 포함으로 인한 추가 법정수당 산정
에 변론종결 당시 시효소멸 부분을 제외한 판
단 법리의 부당성
 - 3. 당사자 간 신뢰 침해가 아니라 추가 부담으로
인한 사용자의 중대한 경영상의 어려움을 신
의칙의 본질적 조건으로 본 오류
 - 4. 재무제표의 이익잉여금 의미 해석에 있어서의
중대한 오류
 - 5. 판례의 변경 및 절차 위반의 문제
- VII. 결 론

* 강원대학교 법학전문대학원 교수.

I 문제제기

2013년 12월 18일 대법원은 전원합의체 판결¹⁾을 통해서 당시까지 모호했던 통상임금의 판단 기준을 보다 명확하게 제시하였고, 그에 따라 정기상여금이 통상임금에 포함됨을 확인하였다. 문제는 대법원 전원합의체 판결 이전에는 관행적으로 통상임금에서 배제되어 왔던 정기상여금이 대법원 전원합의체 판결 이후 통상임금으로 확인됨으로써, 그로 인해 발생하게 된 대법원 전원합의체 판결 이전의 「추가 법정수당에 대한 청구권」이 인정될 수 있을 것인가 하는 점이다. 이와 관련해서는 무엇보다 단체협약을 통해서 임금에 대한 노사 간의 합의가 이미 이루어졌으나, 이후에 그 합의가 강행법규에 위반되는 것으로 확인되었고, 이에 그 합의가 강행법규에 위반되는 것임을 합의의 일방당사자가 주장하여 그때서야 비로소 이전의 합의 당시에는 전혀 예측할 수 없었던 추가 법정수당을 청구하는 것이 신의성실의 원칙(=신의칙, Treu und Glauben)에 위배되어 인정될 수 없는 것은 아닌지 문제된다.

대법원 전원합의체 판결은 이 문제의 해법으로서 ‘강행법규’ 위반 시에 신의칙이 적용될 수 있는 ‘원칙적인 3가지 일반 요건’과 ‘예외적인 4가지 특별한 사정’을 제시하고 있다. 그런데 전원합의체 판결 이후의 하급심을 포함한 대부분의 판결들이 그와 같은 일반 요건 3가지와 특별한 사정 4가지를 신의칙 적용 가부의 판단 기준으로 삼고 있지만, 이들 판결들은 대체로 「경영적인 지표」에 의존하여 강행법규 위반 시에 신의칙의 적용 가부를 판단하고 있다.

주지하다시피 대법원 전원합의체 판결 이후 추가 법정수당 소송이 계속해서 이어지고 있다. 그런데 추가 법정수당 청구가 인정된 사건들에서는 오히려 근로자와 사용자 간 오랜 공생·협력의 신뢰관계가 파괴되고, 사용자 측은 도리어 추가 법정수당이 인정됨으로써 중대한 경영상의 어려움 내지 기업존립의 위태로움을 겪어야 하는 실정이다.

문제는 추가 법정수당 사건 판결들이 추가 법정수당을 인정함에 있어서 ‘중대한 경영상의 어려움’ 내지 ‘기업존립의 위태로움’을 마치 절대적 판단기준으로 여겨 청구권의 인정 가부를 판단하고 있었다는 점이었다. 주요 하급심 판결들에서 현실적으

1) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결.

로 나타나듯이, 동일한 경영상의 지표에 근거함에도 불구하고 당해 사건을 바라보는 법관의 자의적인 판단에 의해서 심급별로 극명하게 상충하는 판결을 내리고 있다.²⁾

그런데 더욱 심각한 문제는 최근 ‘시영운수사건’ 대법원판결(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결)³⁾에서 2013년 12월 18일 대법원 전원합의체 판결에서 실시하지 않았던 신의칙 적용 제한법리를 명시하여 신의칙적용이 아예 배제될 수 있는 여지가 생겼다는 점이다. 이 판결은 통상임금 소송에서 신의칙 법리에 대한 심리를 위해 전원합의체에 회부하였던 이른바 ‘시영운수 사건’에 대하여, 전원합의체 심리 4년 만에 다시 사건을 소부로 내려 보낸 후 원심을 파기한 것으로 다음과 같은 판결 요지에서 그 심각성이 드러난다.

즉 “통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다. 따라서 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다”는 판시를 통하여 사실상 중대한 경영상의 어려움이나 기업존립의 위태로움이라는 특별한 사정이 인정되더라도 신의칙적용이 배척 또는 부인되는 결과가 발생되고 있다는 점이다. 그리고 잇따르는 한진중공업사건 대법원판결, 예산교통 대법원판결, 서울고속사건 대법원판결에서도 이와 동일한 취지의 판시를 하고 있다.

요컨대 이러한 결과는 필연적으로 법질서의 근간인 법적 안정성과 신뢰보호를 심각하게 침해하게 되며, 이는 곧 법질서 전체를 파괴하는 결과를 낳을 수밖에 없다.

이러한 혼란의 주된 원인은 시영운수 대법원판결 등이 추가 법정수당 청구 사건에서 대법원 전원합의체 판결(다수의견)이 제시하는 ‘강행법규 위반 시에 신의칙이 적용되기 위한 판단기준’을 잘못 이해하거나 이에 반하는 법리를 적용하고 있기 때문이며, 나아가 구체적 사안에서 현실에 부합하지 않는 중대하고도 부당한 결과를 초래하는 문제를 가지고 있는 것으로 판단된다. 특히 시영운수 및 한진중공업사건 대법원

2) 이에 관해서는 김희성·성대규, 『통상임금 소송에서 신의칙 적용 판단기준』, (주)중앙경제, 2019.1. 참고.

3) 후속하여 이에 대한 보충적 이론을 제시하는 하급심판결(기아자동차사건 2심판결:서울고등법원 2019. 2. 22. 선고 2017나28858 등 판결, 2017나2058046 판결)

4 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

판결의 경우가 그러하다(이에 관해 상세한 설명은 뒤에 참고).

이하에서는 ‘강행법규 위반 시에 신의칙 적용 가부’에 대한 대법원 전원합의체 판결의 올바르게 이해 한 후, 특히 시영운수 대법원판결 등이 대법원 전원합의체 판결의 취지와 내용에 부합하고 있는지 아니면 이에 반하고 있는지를 검토한 후, 대법원 전원합의체가 제시한 신의칙 법리를 오해하고 있는 문제, 특히 신의칙 항변을 배척한 근거로 삼은 판시사항의 부당성과 그로 인하여 초래되는 구체적 현실에 초래하는 부당성을 제시한다.

Ⅱ '강행법규 위반 시에 신의칙 적용 가부'에 대한 대법원 전원합의체 판결의 견해

1. 신의칙의 적용 요건

대법원 전원합의체 판결은 우선 ‘외관상’ 신의칙을 적용하기 위한 원칙적인 ‘일반 요건’ 과 강행법규 위반에 따른 예외적인 ‘특별한 사정’ 을 구분하여 제시하고 있다.

1) 원칙적인 ‘일반 요건’

- ㉠ 상대방에게 신뢰를 제공하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 하는 데 정당한 상태에 있을 것
- ㉡ 상대방의 신뢰에 반하여 권리를 행사할 것
- ㉢ 상대방의 신뢰에 반하는 권리행사가 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이를 것

2) 강행법규 위반을 전제로 한 예외적인 ‘특별한 사정’

- ㉤ 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정했을 것
- ㉥ 근로자 측이 ‘이미 일반화되어 관행으로 정착된 것으로 보이는’ 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구할 것

- ⑦ 근로자 측이 노사가 ‘종래’ 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구할 것
- ⑧ ⑦의 요건으로 말미암아 사용자 측에 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 것

2. 대법원 전원합의체 판결이 제시하는 신의칙 적용 요건에 대한 이해

1) ‘우리법제’에서 신의칙의 위상과 구체적인 모습

(1) 신의칙의 위상

민법 제2조 신의성실의 원칙은 오늘날 사법영역뿐만 아니라 공법영역⁴⁾ 등 모든 법 영역에서 전체 법질서를 수호하는 최후의 보루로서 역할을 수행하고 있다고 인정된다.⁵⁾ 요컨대 전체 법질서 내에서 ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 하고, ② 권리는 남용되어서는 안 되며, ③ 이를 통해서 궁극적으로는 법질서의 대원칙인 법적 안정성(Rechtssicherheit)과 신뢰보호(Vertrauensschutz)가 실현될 수 있어야 한다.

(2) 신의칙의 구체적인 모습

신의성실의 원칙은 오늘날 ‘실효의 원칙’, ‘사정변경의 원칙’ 및 ‘모순행위금지의 원칙’이라는 구체적인 3가지의 유형으로 파악되고 있다..

‘모순행위금지의 원칙(Grundsatz “venire contra factum proprium”)'이란 「어떠한 자의 행위가 그의 선행하는 행위에 모순되는 것이어서 그러한 후행행위에 원래대로의 법적 효과를 부여하면 그 선행행위로 말미암아 야기된 타인의 신뢰를 부당하게 침해하게 되는 경우에 이를 금지하는 원칙」을 말한다. 이러한 모순행위금지원칙을 적용하기 위해서는 ① 객관적으로 모순되는 선행행위와 후행행위가 있고, ② 그에 대하여 책임을 물을 수 있어야 하며, ③ 선행행위로 인하여 야기된 상대방의 보호받을 가치가 있는 신뢰가 존재해야 한다.⁶⁾

4) 박지순, “통상임금 소송에서 신의성실 원칙의 적용에 관한 연구”, 『안암법학』(제56권), 안암법학회, 2018, 178쪽 이하.

5) 신의칙의 적용 가부와 관련하여, 예컨대 독일법제에서는 강행법규라는 점이 신의칙 적용을 위한 극복할 수 없는 한계를 설정하지 않는다.

6) 특허법원 2005.10.13. 선고 2005허5631 판결.

6 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

독일법상 모순행위금지(venire contra factum proprium)와 영미법상 금반언(estoppel)이 동일한 원칙임을 전제로, 용례(用例)상 편의를 위해 ‘모순행위금지’로 통일하여 인용한다.

2) 일반 요건 ㉔에 대한 이해

대법원 전원합의체 판결이 제시하는 일반 요건 가운데 ㉔와 ㉕ 요건은 신의칙의 본래적 의미를 고려할 때 충분히 인정될 수 있다. 그러나 일반 요건 ㉔ ‘상대방의 신뢰에 반하는 권리행사(㉕요건)가 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이를 것’을 어떻게 이해할 것인가가 문제된다.

㉔요건은 선행행위를 통해 상대방에게 ‘선행행위에 대한 신뢰(내용)’를 형성시켰던 일방이 이후에 그와 모순된 후행행위를 함으로써 상대방이 가졌던 「선행행위에 대한 신뢰」를 침해하는 경우에는, 그 자체가 모순행위금지원칙의 위반이 된다는 것으로 해석해야 한다. 무엇보다 ㉔요건의 이러한 해석이 전제되는 경우에 한하여 대법원 전원합의체 판결이 일반 요건과 함께 제시하고 있는 특별한 사정인 ‘㉔와 ㉕’를 보다 합리적이고 타당하게 이해할 수 있다.

3) ‘특별한 사정’에 대한 이해

(1) ‘㉔ 및 ㉕의 관행적인 임금협상과정’의 특별성

대법원 전원합의체 판결이 특별하게 제시하는 요건(사정)인 ‘㉔ 및 ㉕의 관행적인 임금협상과정’은 ‘일반 요건 ㉔’와 구별되는 특별한 사정이 아니라, 그것과 동가치적인 요건으로 판단된다. 왜냐하면 일반 요건인 ‘㉔ 상대방에게 신뢰를 제공하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 하는 데 정당한 상태에 있는지’ 여부는, ‘추가 법정수당 청구’라는 「구체적인 사례」에서는 ‘㉔ 및 ㉕의 관행적인 임금협상과정’에 근거하여 판단될 수 있기 때문이다.

(2) ‘㉕의 추가적인 법정수당 청구 부분’의 특별성

‘㉕의 추가적인 법정수당 청구 부분’도 특별한 사정이 아니라 ‘일반 요건 ㉕’와 동가치적인 요건으로 판단된다. 왜냐하면 이미 선행행위인 단체협약을 통해 정기상여금이 통상임금에서 배제되었음에도 불구하고, 이전에 전혀 예상치 못했던 정기상

여금의 통상임금성에 근거하여 후행행위로서 ‘추가적인 법정수당을 주장하는 것’은, 근로자가 사용자의 신뢰에 반하여 권리를 행사하는 것이기 때문이다.

(3) ‘㉠와 ㉡’ 사정의 특별성

추가 법정수당 청구권의 사례에서, ‘종래에는 전혀 예측조차 하지 못하다가 오늘날 우연히 그 존재를 알게 된 청구권’을 행사하려는 근로자 측이 그 청구권을 행사한 결과 노사가 ‘종래’ 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 「우연히」 추구하게 되었는지 여부가, 그리고 그로 인해 사용자 측에 「우연히」 중대한 경영상 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태롭게 되었는지 여부가, 왜 모순행위금지의 법원칙에 따른 청구권 인정 가부의 법률적 판단기준(요건)이 되어야 하는 것인지 이해가 되지 않는다.

따라서 대법원 전원합의체 판결이 제시하는 특별한 사정 ‘㉠와 ㉡’가 어떠한 의미를 가지는지 문제될 수 있다. 요컨대 특별한 사정 ‘㉠와 ㉡’는 강행법규 위반 시에 신의칙의 적용 가부를 판단하기 위한 「예외적인 법률적 판단기준」이 아니라, 근로자의 모순되는 후행행위로 인해 사용자 측에 야기될지도 모를 ‘사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 또는 사실관계’에 불과하다.

다만 근로자의 추가 법정수당 청구로 인해 결과적으로 우연히 야기된 ‘사용자 측의 중대한 경영상 어려움 또는 기업존립의 위태로움’은, 대상 사건을 판결해야 하는 법관으로 하여금 사용자 측의 침해된 신뢰가 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」라는 점을 단지 확인시켜 주는 역할을 수행할 수 있다.

무엇보다 유의해야 할 점은 이때에도 ‘추가 법정수당 청구’가 신의칙에 위반되었는지에 대한 법관의 법률적 판단은 사용자 측의 침해된 신뢰가 특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰인지 여부에 결정적으로 근거해야 한다는 점이다. 요컨대 대법원 전원합의체 판결이 제시하는 특별한 사정 ‘㉠와 ㉡’는 위와 같이 「사실상의 기능적 관점」에서만 이해되어야 한다.

Ⅲ '신의칙' 및 '모순행위금지원칙'의 본질론에 따른 강행법규와 신의칙 간 적용상 우위성

1. 신의성실의 원칙(Grundsatz von Treu und Glauben)

신의칙의 추상적·구체적 성질은 「전체 법질서의 법적 안정성과 신뢰보호」라는 관점에서 이해되어야 하고, 따라서 이하에서 확인되는 것처럼 강행법규가 신의칙 적용에 대해서 극복 불가능한 한계를 설정하는 것으로 이해해서는 안 될 것이다.

2. 신의칙의 의의에 대한 ‘비교법’적 이해

1) 신의칙의 의의

전통적으로 신의칙은 사법과 공법의 모든 영역에서 강조되어 왔으며, 노동법 영역에서는 노동관행 및 신뢰책임의 인정근거로서 자리매김하고 있다. 이때 노동법 영역에서는 계속적 법률관계에 기초한 특별한 인적 결합관계가 그 본질을 이루고 있기 때문에, 특히 당사자의 행태에 대한 신뢰구속(Treubindung)이 전면에서 보다 강하게 고려될 수 있음이 간과되어서는 될 것이다.⁷⁾

2) 강행법규와 신의칙의 관계

신의성실의 원칙은 법질서 전체를 지배하며, 신의칙이 배제되는 법영역은 존재하지 않는다. 특히 강행법규가 신의칙의 적용에 대해서 극복할 수 없는 절대적인 한계를 설정하는 것이 결코 아니다. 즉, 강행법규가 위반되었다 하더라도, 개별 사례에서 법질서의 대원칙인 법적 안정성과 신뢰보호를 유지하기 위해 「구체적 합리성과 타당성에 근거하여」 신의칙이 적용될 가능성은 여전히 존재한다.

우리 대법원 전원합의체 판결의 반대의견 및 문헌상 반대견해들과 달리, 독일법제하에서는 신의칙에 대한 강행법규의 절대적 우위성이 인정되지 않는다. 오히려 신의성실의 원칙이 법질서의 대원칙인 법적 안정성과 신뢰보호를 위해 개별 사례에 따른

7) 박지순, “통상임금 관련 노사합의에 대한 신의칙 적용상의 쟁점”, 「계약과 책임」(하경효 교수 정년기념논문집), 박영사, 2017, 582쪽.

「구체적인 합리성과 타당성」에 근거하여, 강행법규 위반에도 불구하고 여전히 적용될 수 있는 것으로 확립되어 있다.⁸⁾ 다만 주지하는 것처럼, 강행법규가 입법자의 높은 수준의 가치적 결정이기 때문에, 신의칙 적용을 위해서는 보다 높은 정도의 가치와 근거들이 요구된다.

요컨대 여기에서 요구되는, 말하자면 강행법규 위반에도 불구하고, 강행법규를 극복하여 신의칙이 적용될 수 있도록, 구체적 합리성과 타당성을 제시하고 신의칙 적용을 정당화시키는 ‘보다 높은 정도의 가치와 근거들’이 이른바 모순행위금지원칙이 적용되기 위한 「예외적인 법률적 판단기준」을 의미한다고 할 것이다. 이러한 개념정의(Begriffsbestimmung) 하에, 특히 노동법 영역에서 강행법규 위반 시에 일반적으로 신의칙 적용이 부정됨에도 불구하고, 개별 사례에 따른 구체적인 합리성과 타당성에 근거하여 모순행위금지원칙이 적용되기 위한 「예외적인 법률적 판단기준」을 독일법의 이론과 판례에 기초하여 검토해본다.

3. 모순행위금지의 원칙(Grundsatz venire contra factum proprium) - 노동법에 대한 모순행위금지원칙의 적용 사례 -

분명하게 염두에 두어야 할 점은, 신의칙의 구체적 모습인 모순행위금지원칙이 대체로 강행법규에 의해서 규율되는 노동법 영역에 있어서도 ‘구체적 합리성과 타당성’에 근거하여 법질서의 대원칙인 법적 안정성과 신뢰보호를 위해서 적용될 가능성이 있다는 것이다. 특히 사용자와 근로자의 관계에서 어느 일방의 선행행위를 통해 상대방이 정당하게 신뢰를 형성하게 된 경우에, 그 ‘정당한 신뢰’는 신뢰를 야기했던 자의 ‘모순된 이익’보다 더 높게 평가될 수 있다.

[사례]

같은 요식행위인 의원면직의 의사표시를 구두로 하였고, 후에 그 의원면직의 무효를 주장했다. 이 사례에서 연방노동법원은 구두에 의한 의원면직의 의사표시가 강행법규 위반으로서 무

8) RGZ 85, 108, 119; MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl., 2016, BGB §242 Rn. 24, 96-97; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2014, Rn. 333 f.; Jauernig/Mansel, 16. Aufl., 2015, BGB §242 Rn. 10-11; Soergel/Teichmann, Rn. 107 ff.

10 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

효임에도 불구하고, 의원면직이 무효라는 갑의 주장을 받아들이지 않았다. 당해 사례에서는 특별한 사정들에 근거하여 '권리행사가 신뢰에 반한다'고 판단했으며, 따라서 모순행위금지원칙이 적용되었다.⁹⁾ 모순행위금지의 원칙은 「모든 권리, 법상항과 법규범」에 내재하는 내용상 한계이고, 그러한 내용상 한계에 있어서는 독일민법 제242조에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로 인한 법상항의 악용은 허용되지 아니하는 것으로 간주되며, 그러한 권리남용 내지 법상항의 악용은 개별사례의 사정들을 고려하여 판단된다고 한다. 구두에 의한 의원면직의 의사표시를 여러 차례 반복했고, 심지어 진심이었으며, 한 차례도 우발적으로 말하지 않았던 자가 차후에 자신이 한 의사표시의 무효를 주장하는 것은 신뢰에 반하는 것으로서 허용되지 않는다고 한다. 또한 스스로 간과했던 법규정을 자신의 이익을 위해서 인용하는 때에도 모순행위로서 인정된다고 한다. 다만 이 경우에 당사자는 간과했던 법규정과 무관하게 자신의 의사를 표현함에 있어서 확신을 갖고, 여러 차례 반복적으로 행해야 하며, 자신과 법률적 관계에 놓여 있는 자에 대한 자신의 법적 지위의 주장 또한 상당히 일관성 있게 행해져야 한다.

독일법원이 강행법규 위반의 개별 사례에서 모순행위금지원칙의 적용 가부를 판단하게 되는 결정적인 기준은 ① '어느 일방의 선행행위에 근거하여 형성되었던 기존의 상대방의 신뢰내용(구성요건)을 그 일방이 모순되는 후행행위를 통해서 침해했는지' 여부와, ② '어느 일방의 선행행위에 근거하여 형성되었으나 그 일방의 모순된 후행행위에 의해서 침해된 상대방의 신뢰가 강행법규 위반에도 불구하고 구체적 합리성과 타당성에 근거하여 특별히 법적으로 보호할 보다 높은 가치가 있는지' 여부이다. 전자는 모순행위금지원칙의 적용을 위한 「원칙적인 법률적 판단기준」으로 이해해야 하며, 후자는 '강행법규 위반 시'에 모순행위금지원칙의 적용을 위한 「예외적인 법률적 판단기준」으로 이해해야 한다.

다시 말해서 ① 개별 사례에 따라 강행법규 위반에도 불구하고 '침해된 신뢰 내용'이 보다 높은 수준의 신뢰인 경우에, ② 구체적인 합리성과 타당성에 기초하여 강행법규의 우위성을 인정하는 것보다 그러한 보다 높은 수준의 신뢰 보호가 궁극적으로 전체 법질서의 수호에 이바지한다면, ③ 결국 신의칙이 적용되어야 하는 것이다.¹⁰⁾ 요컨대 강행법규 위반의 개별 사례에서 모순행위금지원칙의 적용 가부를 판단

9) NZA 1998, 420.

10) 강행법규 위반 시에 신의칙이 적용될 수 있다는 결론에 있어서 동일하게 박상언, "강행법규에 위배

하기 위한 「예외적인 법률적 판단기준」은, 각 사안에서 ‘구체적 합리성과 타당성’에 근거하여 신의칙을 통해 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」가 존재하는지 여부가 되어야 한다.

4. 신의칙 적용에 대한 대법원 전원합의체 판결의 올바른 이해

우선 대법원 전원합의체 판결이 신의칙 적용을 위해 제시하고 있는 일반 요건과 강행법규 위반을 전제로 하는 특별한 사정을 다시 한 번 나열하면 다음과 같다.

- ㉠ 상대방에게 신뢰를 제공하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 하는 데 정당한 상태에 있을 것(일반 요건)
- ㉡ 상대방의 신뢰에 반하여 권리를 행사할 것(일반 요건)
- ㉢ 상대방의 신뢰에 반하는 권리행사가 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이를 것(일반 요건)
- ㉣ 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정했을 것(특별한 사정)
- ㉤ 근로자 측이 ‘이미 일반화되어 관행으로 정착된 것으로 보이는’ 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구할 것(특별한 사정)
- ㉥ 근로자 측이 노사가 ‘종래’ 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구할 것(특별한 사정)
- ㉦ ㉣의 요건으로 말미암아 사용자 측에 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 것(특별한 사정)

위 「㉠~㉦」의 요건들을 체계적으로 이해하는 경우에, 최종적으로 ‘강행법규 위반을 전제로 하는 추가 법정수당 청구에 대하여 신의칙(모순행위금지원칙)을 적용하기 위한 요건’을 「제1요건」, 「제2요건」, 「제3요건」 및 「제4요건」이라는 이름하에 다음과 같이 확정할 수 있다.

된 합의의 무효 주장과 신의성실의 원칙”, 「민사판례연구」(제37권), 2015, 65쪽. 다만 이 견해는 강행법규 위반 시에 신의칙이 적용되기 위해서는 당사자에게 강행법규의 입법목적 등을 ‘악용’하려는 주관적 귀책사유가 요구된다고 한다. 이에는 동의할 수 없다. 모순행위금지원칙의 본질과 무관하기 때문이다.

12 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

(1) ‘일반 요건 ㉠’과 ‘특별한 사정 ㉡ 및 ㉢’의 관행적인 임금협상과정 부분은 동 가치적인 요건으로 이해되며, 이것을 모순행위금지원칙의 원칙적인 법률적 판단기준인 「제1요건」으로 인정할 수 있다. 즉, 무효의 근거가 되는 규정의 목적과 상관없이, 상대방에게 신뢰를 제공하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 하는 데 정당한 상태에 있다는 점이 모순행위금지원칙의 ‘첫 번째 원칙적인 법률적 판단기준’이 된다. 다만 강행법규가 위반된 예외적인 사례에서는 강행법규의 취지에 따라서 오히려 강행법규가 모순행위금지원칙에 앞서는 것이 일반적이다.

그러한 이유에서, 이때 무엇보다 중요하게 검토되고 증명되어야 하는 것은, 노사 양 당사자가 노사합의를 통해서 가지게 된 신뢰(Vertrauen)가 강행법규 위반에도 불구하고 법질서 내에서 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’ 인지 여부이다. 왜냐하면 그러한 신뢰에 한하여 구체적 합리성과 타당성에 근거해서 그 신뢰내용(구성요건)이 모순행위금지원칙의 적용을 위한 「예외적인 법률적 판단기준」으로 인정될 수 있기 때문이다.

대법원 전원합의체 판결이 인정하고 있는 이미 일반화되어 「관행」으로 정착된 것으로 보이는 임금협상과정을 보면, “노사가 자율적으로 임금협상을 할 때에는 기업의 한정된 수익을 기초로 하여 상호 적정하다고 합의가 이루어진 범위 안에서 임금을 정하게 되는데, 우리나라의 실태는 임금협상 시 임금 총액을 기준으로 임금 인상 폭을 정하되, 그 임금 총액 속에 기본급은 물론, 일정한 대상기간에 제공되는 근로에 대응하여 1개월을 초과하는 일정 기간마다 지급되는 상여금(이하 ‘정기상여금’이라고 한다), 각종 수당, 그리고 통상임금을 기초로 산정되는 연장·야간·휴일 근로 수당 등의 법정수당까지도 그 규모를 예측하여 포함시키는 것이 일반적”이라고 한다. 그리고 “이러한 방식의 임금협상에 따르면, 기본급, 정기상여금, 각종 수당 등과 통상임금에 기초하여 산정되는 각종 법정수당은 임금 총액과 무관하게 별개 독립적으로 결정되는 것이 아니라 노사 간에 합의된 임금 총액의 범위 안에서 그 취지에 맞도록 각 임금 항목에 금액이 할당되고, 각각의 지급형태 및 지급시기 등이 결정된다는 의미에서 상호 견련관계가 있다”고 한다. 무엇보다 대법원 전원합의체 판결은 “우리나라 대부분의 기업에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래에서, 임금협상 시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실

무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다”는 점을 인정하였다.

이처럼 노사가 합의를 통해 정기상여금을 통상임금에서 제외시킬 수 있었던 데에는 고용노동부예규 제47호 ‘통상임금지침’이 매우 중요한 의미를 가졌을 것으로 보인다. 이 통상임금지침서는 정기상여금이 통상임금이 아닌, 평균임금에 속한다고 분명히 명시하고 있다. 따라서 대법원 전원합의체 판결 이전에는 이 통상임금지침서에 근거하여 ‘지속적이고 반복적으로, 진실하고 성실하게’ 노사가 협의과정을 거쳐 합의에 이를 수 있었고, 그 결과 정기상여금을 통상임금에서 배제하는 합의가 (노동)관행으로 여겨질 만큼 실무적으로 장기간 계속되어 왔다면, 적어도 대법원 전원합의체 판결 이전에 노사 양 당사자가 ‘정기상여금이 통상임금에 포함되지 않는다’는 점에 대해서 「함께」 가졌던 신뢰는, 비록 대법원 전원합의체 판결 이후에 그러한 합의가 강행법규 위반으로 확인되었다 하더라도, 각 상대방의 모순되는 후행행위에 의해 침해되어서는 안 되는 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라고 판단된다.

또한 주지하는 것처럼 노동관행의 존재는 통상적으로 근로자가 사용자에 대해서 주장하고 다투게 된다. 사용자의 일정한 행태가 유형화되어 규칙적으로 반복되고, 근로자가 그러한 행태유형에 근거하여 일정한 급부 내지 이익이 계속적으로 보장될 것이라고 기대할 수 있다면, 그 일정한 행태유형의 규칙적인 반복은 노동관행으로서 인정될 수 있다. 이때 사용자의 규칙적이고 반복적인 행태, 즉 일정한 사실적 급부가 반복되는 경우에 근로자들은 앞으로도 그와 동일한 급부를 받게 될 것이라는 신뢰를 하게 되고, 이러한 신뢰는 보호되어야 하는 것이다. 따라서 근로자의 신뢰보호가 청구권의 근거로서 작용하게 된다.¹¹⁾ 요컨대 노동법 영역에서 노동관행이 가지는 이러한 의미를 고려할 때, 더욱이 노사가 함께 형성해온 ‘정기상여금을 통상임금에서 배제시켜 온 관행’에 대한 신뢰는, 대법원 전원합의체 판결을 통해서 비로소 강행법규 위반이었음이 확인되었다고 하더라도, 각 상대방의 모순되는 후행행위에 의하여 침해되어서는 안 될 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라고

11) 김형배, 「새로 쓴 노동법」, 박영사, 2017, 90쪽; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2008, S. 61 f.; Die LAG Hamm, Urteil vom 27.3.2015 - 13 Sa 1731/14 참고.

14 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

판단된다.

나아가 비록 결과적으로 정기상여금의 통상임금성이 인정되었지만, 그럼에도 불구하고 정기상여금이 통상임금인지의 여부가 대법원 전원합의체 판결 내에서도 첨예하게 대립했다는 사실 또한 명백하다. 사정이 이러한데, 과연 법관이 아닌 노사 양 당사자에게 정기상여금의 통상임금성을 인정하여 이를 기초로 임금협상을 하도록 기대하기는 불가능했을 것이다. 따라서 정기상여금이 통상임금에서 배제된 채로 단체협약이 이루어졌다고 해서, 그 단체협약에 대해 가졌던 신뢰를 과연 노사가 강행법규를 ‘위반’ 했다는 이유에서 배척해야 하는지 의구심이 들지 않을 수 없다. 요컨대 노사 양 당사자가 통상임금지침 및 노동관행에 근거하여 함께 지속적이고 반복적으로, 진실하고 성실하게, 무엇보다 양 당사자의 이익에 부합하도록 형성시켜온 ‘정기상여금이 통상임금에서 배제된다’는 점에 대한 신뢰는, 그 이후에 단체협약이 강행법규에 위반되었음을 전제로 배척되어서는 안 된다. 오히려 그러한 신뢰는 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라고 인정되며, 법질서의 대원칙인 법적 안정성과 신뢰보호를 위해서 보존되고 유지되어야 할 것이다.

더욱이, 만약 정기상여금을 통상임금에서 배제하는 노사합의의 강행법규 위반에 대한 근로자의 주장이 인정되어야 한다면, 이는 결국 근로자가 스스로 사용자와의 합의를 통해 정당하게 형성한, 단체협약으로부터 주어지는 확정적이고 기대 가능한 임금에 대한 「자기신뢰」를 모순행위에 의해서 스스로 파괴해 버리는 결과가 된다. 만약 법질서가 단지 강행법규 위반이라는 이유만으로 근로자의 추가 법정수당 청구권을 인정한다면, 이는 근로자가 자기신뢰를 파괴하면서까지, 그리고 그것을 통해 상대방에게 불측의 경제적 위험을 야기하면서까지, 나아가 양 당사자가 정당하게 형성하고 유지해온 그들 사이의 규범성까지 배척하면서, 근로자 스스로도 애초에 전혀 예상하지 못했던 초과이익을 법질서가 단지 강행법규 위반이라는 이유만으로 보장해 주게 되는 결과가 된다. 이는 법질서가 궁극적으로 수호해야 하는 법적 안정성과 신뢰보호에 반하는 것으로서 동의하기 어렵다.

따라서 적어도 대법원 전원합의체 판결 이전에 노사자치(Tarifautonomie)에 의하여 성립한 「정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의와 그에 대한 신뢰(Vertrauen)」는 ① 그동안 ‘통상임금산정지침’ 및 ‘협의에 따른 관행’에 근거하여 지

속적으로 형성되어 왔고, ② 이는 내용적으로나 시간적으로 노사 양 당사자 측에서 충분히 성숙하였으며, ③ 무엇보다 그러한 합의가 노사 양 당사자의 이익에 부합하여 왔다는 점에서, ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’ 라고 판단된다. 그러한 신뢰는, ‘단지’ 강행법규 위반인 점에 기초하여 근로자가 모순된 후행행위를 주장함으로써 야기되는 ‘노사관계 내의 법적 안정성과 신뢰 및 법질서의 파괴(破壞)’ 를 방지하기 위해서도 반드시 보호되어야 한다.

(2) ‘일반 요건 ㉞’ 와 ‘특별한 사정 ㉟’의 추가적인 법정수당 지급청구 부분’은 동가치적인 동일한 요건으로 이해된다. 따라서 이것을 모순행위금지원칙의 ‘두 번째 원칙적인 법률적 판단기준’인 「제2요건」으로 인정할 수 있다.

(3) ‘일반 요건 ㉟’는 양 당사자의 합의가 성립했던 그 당시를 염두에 둔 것으로 이해해야 한다. 그런 경우에 한하여 모순행위금지원칙의 ‘세 번째 원칙적인 법률적 판단기준’인 「제3요건」으로 인정될 수 있다.

(4) 대법원 전원합의체 판결이 제시했던 ‘㉠와 ㉡의 특별한 사정’은 「원칙적인 또는 예외적인 법률적 판단기준」이 아닌, ‘사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 또는 사실관계’에 불과한 것으로서, 신의칙 및 모순행위금지원칙의 적용 가부를 판단함에 있어서는 고려하지 않아야 하고 고려되어서도 안 되는 요소들이다. 다만 ‘㉠와 ㉡의 특별한 사정’은 법관으로 하여금 침해된 신뢰가 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라는 점을 명확히 확인시켜주는 사실상의 기능적 역할을 수행할 수 있다.

(5) 결론적으로 대법원 전원합의체 판결을 통해서 정기상여금의 통상임금성이 확인됨에 따라 주장되는, 강행법규 위반을 전제로 하는 ‘추가 법정수당 청구권’에 대하여 모순행위금지원칙이 적용되기 위한 「법률적 판단기준」은 다음과 같이 확정될 수 있다. 그리고 이때 반드시 염두에 두어야 하는 것은, 모순행위금지원칙의 적용 가부를 결정하기 위한 「원칙적인 법률적 판단기준」과, 강행법규 위반을 전제로 하는 ‘추가 법정수당 청구’라는 개별 사례에 있어서 「예외적인 법률적 판단기준」을 구분해야 한다는 점이다.

[모순행위금지원칙을 적용하기 위한 법률적 판단 기준]

■ 원칙적인 법률적 판단기준

- 제1요건: 상대방에게 신뢰를 제공하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 하는 데 정당한 상태에 있을 것
- 제2요건: 어느 일방이 후행행위를 통해 그의 선행행위에 근거하여 형성되어 있는 상대방의 신뢰에 반해서 권리를 행사할 것
- 제3요건: 그러한 일방 당사자의 '현재'의 권리행사가 당사자 간 특별결합관계 및 신뢰내용(구성요건)의 형성 과정을 고려할 때 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이를 것

■ '강행법규 위반을 전제로 한' 예외적인 법률적 판단기준

- 제4요건: 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」가 존재할 것
 - 예컨대, 「강행법규 위반」을 전제로 한 '추가 법정수당 청구'에 있어서는 노사 양 당사자가 각 상대방에게 또는 일방 당사자가 그 상대방에게 임금교섭과정을 통해서 형성된 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」가 존재할 것

5. 소 결

이상에서 대법원 전원합의체 판결을 통해 정기상여금이 통상임금에 포함된다는 점이 확인됨으로써 주장되고 있는 추가 법정수당 청구권과 관련하여, 강행법규 위반을 전제로 하는 신의칙의 적용 요건, 정확히는 모순행위금지원칙의 적용 요건을 살펴보았다. 확정되었듯이 우선 위에서 검토된 「제1요건」, 「제2요건」과 「제3요건」의 「원칙적인 법률적 판단기준」이 모두 충족되는 경우에는 모순행위금지원칙이 적용될 수 있다. 특히 강행법규 위반에 있어서는 「예외적인 법률적 판단기준」인 '특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰'가 존재하는 경우에 한하여 모순행위금지원칙의 위반이 인정된다. 결국 ① 통상적인 사례에서는 「제1요건」, 「제2요건」과 「제3요건」이 모두 충족되면 모순행위금지원칙이 적용되고, ② 다만 예외적인 사례, 즉 강행법규 위반 시에는 위 세 요건 외에 추가적인 「제4요건」이 충족되는 경우에 한하여 일방의 선행행위와 모순되는 후행행위는 법질서 내에서 보호받지 못하게 된다.

'추가 법정수당 청구'에 대한 모순행위금지원칙의 적용 가부를 검토함에 있어서 반드시 유의해야 할 점은, 대법원 전원합의체 판결이 제시하고 있는 ① 근로자가 모순된 후행행위를 통해서 결과적으로 「우연히」 예상외의 초과이익을 추구하게 되었는지 또는 ② 근로자의 모순되는 후행행위가 「우연히」 사용자에게 예상치 못한 새로운

재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 했는지 여부가 「모순행위금지(venire contra factum proprium)의 법원칙(Rechtsgrundsatz)」을 적용함에 있어서 「법률적 판단기준」이 될 수 없다는 점이다. 그러한 우연적 결과는 단지 ‘사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 또는 사실관계’이며, 단지 법관으로 하여금 침해된 신뢰가 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라는 점을 명확히 확인시켜주는 사실상의 기능적 역할을 수행할 뿐이다.

종국적으로 ‘통상임금 소송에서 강행법규 위반 시에 추가 법정수당 청구가 모순행위금지원칙에 반하는지 여부’는 사용자 측에 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰가 존재하는지 여부’에 의해서 결정된다. 결코 근로자의 추가 법정수당 청구로 인해 사용자 측에 우연히 야기될지도 모를 사정 내지 사실관계인 중대한 경영상의 어려움 또는 기업존립의 위태로움이 결정적이지는 안 된다.

이러한 결론에 더 잡아 이하에서는 신의칙 관련 기존 판결들을 비판적으로 분석해 보고자 한다.

Ⅳ 신의칙 관련 대표적인 기존 판결들의 비판적 분석

1. 기존 판결들

1) 현대중공업 사건

(1) 제1심 판결:울산지법 2015.2.12. 선고 2012가합10108 판결

신의칙 적용 부정

신의칙은 강행규정인 근로기준법에 의한 기본권리의 행사를 제한하는 것이므로 위법보다 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 적용되는 것이라고 보아야 한다. 그러므로 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하는 것을 한 실무나 관행이 장기간 계속되었다는 사정만으로는 그 적용을 바로 인정할 수 없고, 이에 추가하여 이로써 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을

18 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 등 중국적으로 근로자 측에까지 피해가 미치게 되는 결과를 초래할 수 있어 정의와 형평 관념에 비추어 용인될 수 없다는 정도의 사정까지 인정될 것을 요한다. 그리고 근로자들이 강행규정인 근로기준법에 의하여 인정되는 권리를 행사하는 것이라는 점, 당해 법정수당의 근거가 되는 과거의 연장근로, 휴일근로로 생산한 부분의 이득은 이미 피고가 향유하였다는 점을 고려하면, 일반적인 경우와 비교할 때 정의와 형평 관념에 위배되는 정도가 보다 명확하고 심각하다고 인정되는 정도에 이르러야 신의칙에 위반된다고 할 수 있다고 봄이 상당하다.

(중략)

피고가 2012년까지 상당한 당기순이익을 거둬왔으므로 2014년의 적자에도 재무상태가 매우 악화되어 있을 것으로 보이지 아니하는 점 등을 종합해 보면, 피고의 기업 규모, 과거로부터 지속되어 온 경영성과 등에 비추어 볼 때, 원고들이 청구하는 금액을 피고가 추가로 지급하게 되는 경우, 그 금액의 지급으로 피고에게 중대한 경영상의 위기가 초래된다거나 기업의 존립 자체가 위태롭게 된다고 인정하기는 어렵다.

(2) 항소심 판결: 부산고법 2016.1.13. 선고 2015나1888 판결

신의칙 적용 긍정

상여금을 통상임금에 포함하여 미지급 법정수당 등의 추가 지급을 구하는 것은 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 피고에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 피고의 존립을 위태롭게 하는 것으로서 정의와 형평의 관념에 비추어 도저히 용인될 수 없으므로, 원고들의 이 사건 청구는 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 봄이 상당하다.

2) 만도 사건

(1) 제1심 판결: 수원지법 평택지원 2016.1.13. 선고 2012가합5010, 2013가합135(병합), 2013가합845(병합) 판결

신의칙 적용 긍정

원고들이 이 사건 2상여금을 통상임금에 포함하여 법정수당의 추가 지급을 구하

는 것은 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 피고회사에게 예측하지 못한 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 피고회사의 존립을 위태롭게 하게 되어 형평의 관념에 비추어 도저히 용인될 수 없으므로, 원고들의 이 사건 청구는 신의성실의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다.

(2) 항소심 판결: 서울고법 2017.11.8. 선고 2016나3920, 2016나3937(병합), 2016나3944(병합) 판결

신의칙 적용 부정

피고의 추가 법정수당 예상 지급액과 피고의 매출액, 영업이익과 당기순이익 규모, 피고의 투자규모와 그 내역, 자금조달능력에 비추어 보면, 짝수 달 상여금을 통상임금에 포함하여 재산정한 추가 법정수당의 지급으로 인해 매출액 대비 영업이익률이 그리 높지 않은 피고가 단기적으로는 어느 정도 경영상의 어려움을 겪을 가능성이 있더라도, 그 경영상 어려움의 정도가 원고들의 추가 법정수당 지급 청구를 신의칙 위반이라고 볼 정도의 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 피고의 존립을 위태롭게 할 정도에 이른다고 단정하기 어렵다 할 것이다.

3) 한국지엠 사건:대법원 2014.5.29. 선고 2012다116871

- 신의칙 적용을 배척했던 원심 ‘서울고법 2012.11.23. 선고 2012나23773 판결’을 파기·환송하였음

신의칙 적용 긍정

피고와 노동조합은 이 사건 정기상여금이 통상임금에 해당하지 아니한다고 신뢰하여 이 사건 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하고 이를 기초로 임금협상을 하였으며, 이러한 노사합의에도 불구하고 피고로 하여금 이 사건 정기상여금이 산입된 통상임금을 토대로 법정수당을 재산정한 다음 이미 지급한 법정수당과의 차액을 추가로 지급하도록 할 경우 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 여지가 있다고 할 수 있다.

2. 기존 판결에 대한 검토

1) 판결들의 분석

대법원 전원합의체 판결 이후 통상임금 소송에서 신의칙을 적용할 것인지 여부는 여전히 ‘명시적이고 확정적이며 통일적인 판단기준’에 의하지 않고 있다. 우선 관련 대상 하급심 판결들은 ‘대체로’ 경영상 지표에 근거하여 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상 어려움을 초래하는지 혹은 기업의 존립을 위태롭게 하는지 여부를 기준으로 신의칙 적용 가부를 판단하고 있다. 즉 사용자 측에 ‘중대한 경영상 어려움’ 또는 ‘기업 존립의 위태’라는 일정한 사실관계가 근로자의 추가 법정수당의 청구에 의해서 야기되는지 여부가 신의칙 적용 가부의 판단기준이 되고 있는 것이다. 현대중공업 사건, 만도 사건, 한국지엠 사건이 그러하다. 특히 만도 사건에 대한 하급심의 판결들은 불확정적이고 불안정한 기준, 즉 사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 내지 사실관계가 법률적 판단기준이 되는 경우에 어떠한 문제점들이 발생할 수 있는지를 여실히 보여주는 판결이라고 하겠다.

2) 2018년 12월 말까지의 대법원판결의 분석

대법원판결은 기존의 하급심판결의 혼란스러운 태도를 불식시키지 못하고 오히려 더 혼란을 키우는 법적 안정성을 해치는 판결을 하고 있다는 점에서 문제가 있었다. 이하 그 내용과 검토를 하여 본다.

(1) 최근 통상임금소송 관련 대법원 판결

가) 다스 사건 판결요지(대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다10131 판결)

원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고들의 이 사건 청구가 신의칙에 위반된다는 피고의 주장을 배척하였다.

관련 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 신의칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나) 보쉬전장 사건 : 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다39538; 2016다39545 판결

원심판결: 대전고등법원 2016.8.18. 선고 2015나791 임금, 2015나807(병합) 임

금(신의칙 부정)

제1심 판결: 대전지방법원 2015. 2. 11. 선고 2013가합1789, 3877(병합) 판결(신의칙 긍정)

3) 검토

다스사건 대법원 판결은 통상임금에 관한 소송으로서, 첫째, 강행법규 위반 시에 신의칙의 적용 가부 및 둘째, 이 사건 정기상여금의 통상임금성이 문제되었다. 여기에서 강행법규 위반 시에 신의칙의 적용 가부와 관련하여 동 대법원 판결은 ‘대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결’이 제시하는 일반요건 3가지와 특별한 사정 4가지를 결과적으로 면밀한 분석 내지 검토 없이 판시 문언(文言) 그대로 따르고 있다. 말하자면 동 대법원 판결도 다른 관련 판결들과 마찬가지로, 강행법규 위반 시에 신의칙이 적용될 것인지 여부를, 신의칙의 본질이 아닌, 추가 법정수당 청구로 인해 사용자 측에 중대한 경영상의 어려움 내지 기업 존립의 위태로움이 야기되는지를 결정적 기준으로 삼아 판단하고 있는 것이다. 따라서 동 대법원 판결에 대해서도 통상임금소송에서 신의칙의 적용 가부를 이른바 ‘경영상 지표’에 근거하여 판단하는 다른 판결들에 대한 비판이 그대로 가능하게 되었다.

우선 다스사건 대법원 판결은 강행법규 위반 시에 신의칙의 적용 가부를 판단함에 있어서 원심(대전고법 2016. 1. 14. 선고 2015나500)의 판단이 신의칙에 대한 법리를 오해한 잘못이 없다고 하면서 원심의 결정을 그대로 인용하였다. 그러나 이에선 수긍하기 어렵다.

원심의 판단을 살펴보면, 강행법규와 신의칙의 적용상 우위를 판단함에 있어서, (i) 원칙과 예외의 기본적인 법리를 적합하고 타당하게 설명을 하면서도, (ii) 막상 신의칙의 적용 가부를 결정해야 하는 시점에서는 신의칙의 본질이 아닌 ‘사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 내지 사실관계’인 경영상 지표, 즉 추가 법정수당 청구로 인한 중대한 경영상의 어려움 내지 기업 존립의 위태로움을 기준으로 하여 결정적으로 판단하고 있다. 앞서 강조되었듯이, 이러한 판단 기준은 법률적 판단 기준과 무관한 우연성(Zufälligkeit)이 그 본질을 이루고 있기 때문에, 이러한 우연성(Zufälligkeit)이 법적 정당성의 판단에 개입하게 되는 경우에는 오히려 동일한 권리행

22 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

사임에도 불구하고 결과적으로 야기되는 중대한 경영상의 어려움 내지 기업 존립의 위태로움과 이를 바라보는 법관의 자의적 시각에 의해서 당해 권리의 인정 여부가 상충하게 되는 부당한 결론을 낳게 된다.

따라서 다스 사건 대법원 판결은, 전체 법질서의 근간을 이루는 법적 안정성과 신뢰보호라는 관점에서, ‘통상임금소송에서 신의칙 적용 판단기준’, 즉 통상임금소송과 관련하여 강행법규 위반 시에 신의칙 적용기준으로서 제시하고 있는 ‘원칙적인 일반 요건 3가지’와 ‘예외적인 특별한 사정 4가지’의 의의 및 각 기준들 간의 관계성을 신중하고 세밀하게 분석적으로 이해하여 제시했어야 함에도 불구하고, 원심판단을 아무런 검토나 분석 없이 그대로 인용하고 있다는 데 한계가 있는 것이다.

더욱이 보쉬전장 대법원 판결에서는 “피고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 한다.”고 판시함으로써 통상임금소송에서 신의칙 적용 판단기준, 즉 강행법규와 신의칙의 적용상 우위와 관련하여 판단을 하지 않고 있다.

그러나 오늘날 우리 경제와 산업에서 통상임금소송이 가지는 엄중함을 고려하면 동 대법원 판결에서 신의칙의 적용 가부에 대해 전혀 심리하지 아니한 채 원심판결을 파기환송해버린 것은 대법원 판결이 사법질서 전체에서 차지하는 위상을 생각할 때 유감스러운 판단태도라고 할 것이다

Ⅴ 신의칙 적용 제한법리를 제시하고 있는 대법원 판결들 -시영운수사건 판결 이후 -

최근 시영운수사건 대법원판결(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결)과 후속하여 같은 취지의 판시를 제시하는 판결인 한진중공업사건 판결(2019.04.23. 선고 2016다37167 임금, 2016다37174(병합) 임금), 예산교통사건(대법원 2019. 4. 23. 선고 2014다27807 판결)과 서울도축사건판결(2019. 6. 13. 선고 2015다69846 임금) 에서 2013년 12월 18일 대법원 전원합의체 판결에서 실시하지 않았던 신의칙적용 제한법리를 밝히고 있다.

이에 대해 시영운수사건과 한진중공업사건 판결을 중심으로 검토해 본다.

1. 시영운수사건(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결)

1) 사안의 내용

피고(시영운수)는 인천광역시에서 버스운송업을 하는 버스 회사이고, 원고들은 피고 소속의 버스운전기사들이다. 근로자인 원고들이 피고를 상대로 ‘정기상여금’ 이 통상임금에 포함됨을 전제로 통상임금을 재산정하고, 이에 따른 추가법정수당을 청구한 사안이다.

2) 원심판결¹²⁾

① 피고는 2011년 단체협약 등에 따라 피고 회사에 재직하고 있는 운전직 근로자 중 1급직 근로자들에게 상여금을 지급하여 온 점, ② 인천광역시 버스운송사업조합과 전자노련 인천노조, 피고와 전자노련 시영지부는 2011년 단체협약 등을 체결하면서 ‘통상임금’ 을 ‘기본급[일: 기본시급 × 8시간, 월: 기본시급 × 208시간(= 8시간 × 주휴일 포함 26일)] 과 동일한 개념으로 정하여, 통상임금에 산입될 임금의 범위를 정함에 있어 상여금이 근로기준법 소정의 통상임금에 해당하지 않는다는 전제하에 상여금을 통상임금 산입에서 제외하였고, 그 이전과 이후에도 이처럼 단체협약 등으로 통상임금의 산입 범위를 정하였던 점, ③ 인천광역시 버스운송사업조합과 전자노련 인천노조, 피고와 전자노련 시영지부는 임금협상을 하면서 임금 총액을 기준으로 기본급 등의 인상률과 각종 수당의 증액, 통상임금을 기초로 산정되는 법정수당의 규모 등을 정하였던 점, ④ 피고는 근로자들에게, 상여금을 통상임금 산입에서 제외한 단체협약 등을 적용하여 상여금이 제외된 통상임금을 기초로 이 사건 법정수당을 산정·지급하여 왔고, 이에 대하여 이 사건 소송 제기 전까지는 원고 등을 비롯한 피고의 근로자들은 별다른 이의를 제기하지 않았던 점, ⑤ 상여금을 통상임금에 산입할 경우 2011. 8. 기준으로 시간급 통상임금은 6,772원에서 8,743원으로 약 29.1% 상승하게 되는데, 이는 노사가 합의한 2011. 8. 임금인상률인 3.5%의 약 8배가 넘는

12) 서울고등법원 제2민사부 2015. 4. 29. 선고 2014나2033671 판결. 제1심판결: 인천지방법원 2014. 8. 22. 선고 2013가합30789 판결.

24 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

수치인 점, ⑥ 피고는 자본금이 250,000,000원인 회사로서, 2011년 94,063,129원, 2012년 51,388,130원의 당기순이익을 기록하였는바, 현재 피고의 운전직 근로자 수가 약 197명이고, 버스운송사업의 특성상 대부분의 근로자들의 연장·야간·휴일 근로 등 초과근로가 상시적으로 이루어지며, 근로자 1인에게 매월 지급되는 상여금의 규모 (기본급의 600% ÷ 12월)를 고려하면, 2011년 단체협약 등에 따라 지급된 상여금을 통상임금에 산입할 경우 피고가 추가로 부담하게 될 법정수당액수는 약 782,650,053원 (= 별지 2 인정금액 목록의 ‘인정금액’의 ‘합계’란 기재 91,375,387원 × 197명/23명)에 이를 것으로 추정되는 점, ⑦ 2009. 7.경 준공영제의 목적달성을 위한 제반 사업과 부대 업무 수행을 위한 수입금공동관리위원회가 설립되어 준공영제의 수익금은 수입금공동관리위원회에서 관리하면서 각 사업자에게 배분·정산하여 왔는데, 사업자들이 수입금공동관리위원회에 시내버스 운송비용 청구서를 제출하면 수입금공동관리위원회는 사업자들에게 정해진 인건비 인정 한도 내에서 사업자가 실제 지출한 인건비를 지급하고 실제 지출한 인건비가 인정 한도를 초과하는 경우에는 사업자에게 인정한도액만을 인건비로 지급할 수 있을 뿐이며, 준공영제 정산을 통해 수입금공동관리위원회에서 각 사업자에 지원된 재원 이외에 추가적으로 지원할 수 있는 재원을 보유하고 있지는 아니한 점, ⑧ 이에 따라 2011년도 단체협약 등이 적용되는 기간에 지급 받은 상여금을 통상임금에 포함시킴으로써 원고 등에게 추가로 지급되어야 하는 이 사건 법정수당은 피고가 별도로 재원을 마련하여 지급하여야 할 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 노사 양측은 상여금이 통상임금에 해당한다는 점을 인식하지 못한 채 그동안의 사회적 인식과 근로 관행에 따라 상여금을 통상임금에서 제외하는 내용의 2011년 단체협약 등을 체결하였고, 이러한 단체협약 등에 따른 통상임금 기준을 모든 1급 직 근로자들에게 적용하는 것에 대하여 피고와 그 근로자들 사이에 명시적 또는 묵시적인 노사합의 또는 지급 관행이 있었으며, 위 상여금이 통상임금에 산입될 경우 근로자들은 당초 노사 간 임금협상 등을 통하여 받은 이익을 초과하는 예상 밖의 이익을 기대할 수 있게 되는 한편, 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 수 있다.

따라서 원고 등이 상여금을 통상임금에 포함하여 이 사건 법정수당의 추가 지급을 구하는 것은 노사 양측이 합의 당시 상호 공통적으로 이해하고 있었던 것과는 전

혀 다른 법리적 사유를 들어 사용자에게 상여금을 추가한 통상임금을 토대로 한 추가적인 법정수당 지급의무를 부과함으로써 피고의 중대한 경영상의 어려움을 초래하게 되어 정의와 형평의 관념에 비추어 도저히 용인될 수 없으므로, 원고 등의 이 부분 청구는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 봄이 타당하다

3) 대법원 판결

(1) 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제로, 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 사용자에게 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것은 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반할 수 있다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조).

다만 근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법 취지를 충분히 고려할 필요가 있다. 또한 기업을 경영하는 주체는 사용자이고, 기업의 경영 상황은 기업 내·외부의 여러 경제적·사회적 사정에 따라 수시로 변할 수 있으므로, 통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다. 따라서 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다.

(2) 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 추가 법정수당을 지급한다고 하여 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 그 기업의 존립을 위태롭게 한다고 단정할 수 없으므로, 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배된다고 볼 수는 없다.

가. 원심은 피고 소속 근로자들의 2011. 8. 1.부터 2012. 11. 11.까지 발생한 추가 법정수당 총액을 782,650,053원 상당으로 산정하였다. 그러나 원고(선정당

26 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

사자) 및 선정자들 외에 소송을 제기하지 아니한 근로자들의 추가 법정수당 중 원심 변론종결일 당시 이미 소멸시효가 완성된 부분을 공제하면, 피고 소속 근로자들이 피고에게 청구할 수 있는 추가 법정수당은 약 4억 원 상당으로 추산된다.

나. 위와 같은 추가 법정수당 규모는 피고 연간 매출액의 2~4%, 2013년 총 인건비의 5~10% 정도에 불과하다.

다. 피고의 2013년 기준 이익잉여금만 하더라도 3억 원을 초과하고 있어서 위 추가 법정수당 중 상당 부분을 변제할 수 있을 것으로 보인다.

라. 피고는 2009년 이후 5년 연속 영업이익 흑자를 기록하고 있고, 꾸준히 당기순이익이 발생하고 있으며, 매출액도 계속 증가하고 있다.

마. 피고는 버스준공영제의 적용을 받고 있어 특별한 사정이 없는 한 안정적으로 사업을 영위할 수 있을 것으로 보인다.

(3) 그런데도 원심은, 피고가 추가로 부담하게 될 법정수당 총액이 약 782,650,053 원 상당에 이른다는 등 그 판시와 같은 사정만을 들어, 원고의 청구가 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 신의칙에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(4) 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

2. 한진중공업사건

1) 대법원 2019.04.23. 선고 2016다37167 임금, 2016다37174(병합) 임금 판결

(1) 앞의 시영운수사건 판결요지와 동일

(2) 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 정기상여금을 통상임금에 포함시킴으로써 추가 법정수당을 지급한다고 하여 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 그 기업의 존립을 위태롭게 한다고 단정할 수 없으므로, 원고 서○○, 정○○를 제외한 나머지 별지 1, 2, 4

기재 원고들(이하 ‘원고 서○○ 등을 제외한 나머지 원고들’ 이라고 한다)의 미지급 법정수당 청구가 신의칙에 위배된다고 볼 수는 없다.

- ① 원고 서○○ 등을 제외한 나머지 원고들이 구하는 추가 법정수당이 2009.4.부터 2012.6. 사이에 발생한 것인 한편 사실심 변론종결일이 2016.6.17.임을 고려하면 통상임금 소송을 제기하지 아니한 피고 소속 근로자들의 추가 법정수당은 소멸시효가 완성되었을 가능성이 높아 보인다.
- ② 원고 서○○ 등을 제외한 나머지 원고들의 제소로 인하여 피고가 부담할 추가 법정수당은 약 5억 원 상당으로 보인다. 피고의 매출액이 매년 큰 등락 없이 5조 원 내지 6조 원 상당으로 안정적으로 유지되고 있는 한편, 위 추가 법정수당의 규모는 피고의 연 매출액의 약 0.1%에 불과하다. 또한 이는 피고가 매년 지출하는 인건비 약 1,500억 원의 0.3% 정도이다.
- ③ 피고가 매년 보유하는 현금성자산도 상당한데, 사실심 변론종결일에 가장 가까운 2015년 말을 기준으로 하더라도 800억 원 상당에 이르러 피고가 부담할 위 추가 법정수당의 약 160배에 이른다.
- ④ 피고의 현금흐름을 보더라도, 2015년 이후 영업활동으로 인한 현금 유입이 원활하여 피고가 추가 법정수당을 변제할 재원을 마련하는 데 현저한 어려움이 있다고 보기는 어렵다.
- ⑤ 원심 판시와 같이 정기상여금이 통상임금에 포함될 경우 피고 소속 근로자의 통상임금이 약정 통상임금보다 상당히 증가하고 그로 인하여 피고가 지급하여야 할 임금 총액도 상당히 증가하여 당초 예측하지 않았던 새로운 재정적 부담이 될 수 있다고 하더라도, 앞서 본 추가 법정수당 규모 등에 비추어 보면 이러한 사정이 추가 법정수당의 지급으로 인하여 직접적으로 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다고 볼 충분한 근거가 될 수 없다.

2) 대법원 2019.5.16. 선고 2016다37167 임금, 2016다37174(병합) 임금 판결경정결정

(1) 주 문

이 법원 2019.04.23. 선고 2016다37167, 2016다37174(병합) 임금 등 사건의 판

결 이유 중 제4면 마지막 행 및 제1행의 “5조원 내지 6조원 상당”을 “약 2조원 상당”으로, 제5면 제행의 “약 0.1%”를 “약 0.025%”로 경정한다.

(2) 이유

직권으로 보건대 판결에 명백한 오류가 있으므로 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

* 5월 16일 한진중공업 통상임금 소송에서 대법원은 판결문에 수치를 잘못 기재한 것이 드러나 판결문을 수정했는데, 그 내용은 ‘매출 5~6조원’을 ‘매출 2조원’으로, ‘법정수당의 규모는 피고의 연 매출액의 약 0.1%’를 ‘약 0.025%’로 바꾼 것이다. 임금청구 소송 상고심 판결문을 대법관들 직권으로 최종 경정했다. 경정이란 판결에 오류가 있는 것이 명백할 경우 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결문을 바로잡는 절차를 말한다. 대법원은 경정 주문에서 “직권으로 보건대 판결에 명백한 오류가 있으므로 관여 대법관의 일치된 의견으로 결정한다”고 밝혔다.

3. 예산교통사건(대법원 2019. 4. 23. 선고 2014다27807 판결)

원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 정기상여금을 통상임금에 포함시킴으로써 추가 퇴직금 등을 지급한다고 하여 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 그 기업의 존립을 위태롭게 한다고 단정할 수 없으므로, 원고의 추가 퇴직금 청구가 신의칙에 위배된다고 볼 수는 없다.

- ① 정기상여금을 통상임금에 포함시켜 추가 퇴직금 등을 지급함으로써 피고에게 중대한 경영상 어려움이 초래되는지를 판단하기 위해서는, 이미 소멸시효가 완성된 부분을 제외하고 피고가 부담할 추가 퇴직금 등의 규모가 특정되어야 한다. 그런데 피고는 자신이 부담할 추가 퇴직금 등의 전체 규모에 대하여 아무런 주장·증명을 하고 있지 아니하다.
- ② 또한 추가 퇴직금 등의 지급으로 인해 피고에게 중대한 경영상의 어려움이 초래되는지를 판단하기 위해서는 사실심 변론종결일을 기준으로 피고의 현금성

자산이 얼마나 되는지, 피고의 현금 흐름이 어떠한지 등이 중요한 자료가 된다. 피고는 이에 대하여도 아무런 주장·증명을 하고 있지 아니하다.

- ③ 한편 원고의 추가 퇴직금 청구액은 약 3,600만 원 상당에 불과하다. 이는 피고의 연 매출액 약 40억 원의 약 0.9%, 피고의 자본금 5억 3,000만 원의 약 6.7%에 불과하다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 원고가 이 사건에서 구하는 금액을 지급한다고 하여 피고에게 중대한 경영상 어려움이 초래된다고 보기는 어렵다.
- ④ 피고가 원심 변론종결일 이전에 수년간 계속하여 영업이익 및 당기순이익이 적자 상태에 있었던 것으로 보이기는 한다. 그러나 피고는 매년 비슷한 수준의 매출액을 유지해 오면서 위 영업손실액 상당의 보조금을 받아 온 한편, 위 보조금 지급이 중단될 것으로 볼 만한 특별한 사정이 없으므로, 결국 추가 퇴직금 등의 지급으로 인하여 직접적으로 피고에게 중대한 경영상의 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태롭게 된다고 단정할 수도 없다.
- ⑤ 그런데도 원심은 피고의 재정상황 등 그 판시와 같은 사정만을 들어, 원고의 추가 퇴직금 청구가 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 신의칙에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅵ 신의칙 적용 제한법리를 제시한 대법원 판결에 대한 검토와 평가¹³⁾

1. 대법원 전원합의체 판결이 제시한 신의칙 적용법리에 반하는 문제: 신의칙 적용의 배제인가?

시영운수사건 대법원판결 등은 2013년 12월 18일 대법원 전원합의체 판결에서 실시하지 않았던 신의칙적용 제한법리를 다음과 같이 밝히고 있다.

13) 이하 김희성·조영길, “통상임금소송에서 신의칙 적용 판단에 관한 최근 판결의 태도와 평가”, 『노동법논총』 제45집, 2019.4 참고.

1) 우선, 시영운수사건 대법원판결 등은 대법원 전원합의체 판결에는 실시된 바 없는 다음과 같은 추가적 판시를 하고 있다.

“근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법 취지를 충분히 고려할 필요가 있다” 및 “기업은 경영하는 주체는 사용자이고, 기업의 경영 상황은 기업 내·외부의 여러 경제적·사회적 사정에 따라 수시로 변할 수 있으므로, 통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다”는 논거를 가지고, 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다고 판시하고 있는 것이다.

이는 2013년 대법원 전원합의체판결의 다수의견의 취지에 반하는 것이다.

다수의견에서는 “이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다”고 판시하고 있다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결).

즉 시영운수사건 대법원판결 등은 “기업의 한정된 수익을 넘는 추가적인 법정수당을 지급받게 되고, 반면에 사용자 측은 노사합의를 신뢰하여 이를 기초로 수지 균형을 맞추며 기업을 경영하여 오다가 예측하지 못하였던 재정적 부담을 지게 되고, 그로 인하여 중대한 경영상의 어려움을 겪거나 기업의 존립 자체가 흔들리는 상황에 놓이게 될 수 있고, 이는 궁극적으로는 근로자의 근로환경이나 근로조건에도 부정적인 영향을 미치고, 기업의 재정적 파탄으로 이어져 일자리의 터전을 상실할 위험도 초래하는 등 노사 양쪽 모두에게 피해가 갈 수 있다”는 인식을 토대로 판시한 대법원 전원합의체판결의 다수의견의 취지와 내용에 반하는 것이다.

신의칙을 적용하여 근로자의 추가 법정수당 청구를 배척하는 이유는 “이러한 청구

가 사용자에게 예측하지 못하였던 재정적 부담을 지게 되고, 그로 인하여 중대한 경영상의 어려움을 겪거나 기업의 존립 자체가 흔들리는 상황에 놓이게 될 수 있으며 이는 궁극적으로 기업의 재정적 파탄으로 이어져 일자리의 터전을 상실할 위험도 초래하는 등 노사 양쪽 모두에게 피해가 갈 수 있기 때문인 것”이다.

그럼에도 불구하고 시영운수사건 등의 대법원판결은 “근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다”는 논리적으로 타당하지 않고 합리적이지 않은 이유를 들어 신의칙의 적용을 부정하고 있는 것이다. 앞의 전원합의체의 다수의견에서도 보듯이 중대한 경영상의 어려움이나 기업 존립의 위태로움이란 궁극적으로 기업의 재정적 파탄으로 이어져 일자리의 터전을 상실, 즉 기업이 폐지 내지 소멸될 위험을 초래하는 것으로 근로자와 사용자 모두의 위험인 것으로 기업경영에 따른 위험이 근로자에게만 전가되는 것이 아닌 것이다. 따라서 시영운수사건의 대법원판결은 이러한 점에서 논리적으로 타당하지 않고 합리적이지 않은 것이다.

이러한 판시는 대법원 전원합의체 판결의 다수의견에 정면으로 반하는 것이라고 볼 수 있다.

2) 더욱이 시영운수 대법원판결 등의 “근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법 취지를 충분히 고려할 필요가 있다”는 취지의 판시내용은 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

분명히 이미 대법원 전원합의체 판결의 다수의견에서 밝혔듯이 근로자보호라는 기본관념에서 나오는 근로기준법의 강행규정성을 고려하여 신의칙을 적용하기 위해서는 일반적인 요건을 갖춘은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정, 즉 중대한 경영상의 어려움이나 기업 존립의 위태로움이 있는 예외적인 경우에 한하고 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 또 다시 시영운수사건 대법원판결 등이 근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법

취지를 충분히 고려할 필요가 있다고 하는 것을 근거로 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다고 판시하고 있다.

신의칙 법리의 적용상 한계에 관한 시영운수 대법원의 판단을 후속하는 기아자동차 2심 판결¹⁴⁾이 보충적인 이론을 제시하고 있는데, 이 판결에서 “‘신의칙을 적용하여 법률상 강행규정으로 보장하는 근로자의 임금청구권을 제약하는 것’은 자칫 근로자의 권리에 관한 헌법과 근로기준법의 기본 정신을 거스를 수 있기 때문에, 열악한 근로환경에서 치열하게 살아가는 근로자에게 근로기준법의 강행규정성은 기본적인 생활을 유지하는 최소한의 버팀목인 점에서, 그 예외를 쉽게 인정할 수 없다”고 같은 취지로 판시하고 있다.

이러한 판시는 ‘중대한 경영상의 어려움 초래’나 ‘기업의 존립 위태’라는 특별한 사정보다 근로기준법의 강행규정성을 우선함으로써 신의칙 적용을 아예 배제하겠다는 취지라고밖에 이해가 되지 않는다. 더욱이 “중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다”는 표현에서 이미 이러한 특별한 사정이 인정되어도 신의칙 적용을 인정하지 않겠다는 취지를 내포한 것이라고밖에 해석되지 않는다.

3) 또한 이러한 판결들은 대법원 전원합의체 판결의 소수의견과 논거와 취지를 같이 한다.

소수의견은 “신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보

14) 기아자동차사건 2심판결(서울고등법원 2019. 2. 22. 선고 2017나28858 등 판결, 2017나2058046 판결. 대법원의 신의칙 적용 제한법리를 보충한 하급심판결)은 신의칙 법리의 적용상 한계에 관한 시영운수 대법원의 판단을 기아자동차 2심 판결(하급심)에서는 다음과 같은 이유를 들어 보충하고 있다. “위와 같은 ‘신의칙 법리’의 기능과 취지에도 불구하고, 기본적으로 근로자의 추가 법정수당 청구가 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결). ‘신의칙을 적용하여 법률상 강행규정으로 보장하는 근로자의 임금청구권을 제약하는 것’은 자칫 근로자의 권리에 관한 헌법과 근로기준법의 기본 정신을 거스를 수 있기 때문이다. 열악한 근로환경에서 치열하게 살아가는 근로자에게 근로기준법의 강행규정성은 기본적인 생활을 유지하는 최소한의 버팀목인 점에서, 그 예외를 쉽게 인정할 수 없다.(저자 밑줄) 노조의 보호를 받는다는 이유로, 평균적인 근로자보다 많은 임금을 받는다는 이유로 쉽게 예외를 인정할 수는 없는 것이다. 원고들의 요구가 과도하다는 지적이 있긴 하지만, 근로자의 개별적인 사정에 따라 예외를 인정하는 방법으로 근로기준법의 규범력을 떨어뜨릴 경우, 정작 보호받아야 하는 근로자가 제때 보호받지 못할 수 있다는 점에서 그렇다.”

장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 이와 같은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다. 근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 근로자나 사용자가 그 강행규정에 저촉되는 내용의 노사합의를 한 경우에, 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다.”고 판시하고 있다.

이러한 소수의견은 시영운수사건 대법원판결 등의 “근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법 취지를 충분히 고려할 필요가 있다”는 판시의 내용, 그리고 기아자동차 하급심판결의 “‘신의칙을 적용하여 법률상 강행규정으로 보장하는 근로자의 임금청구권을 제약하는 것’은 자칫 근로자의 권리에 관한 헌법과 근로기준법의 기본 정신을 거스를 수 있기 때문이다. 열악한 근로환경에서 치열하게 살아가는 근로자에게 근로기준법의 강행규정성은 기본적인 생활을 유지하는 최소한의 버팀목인 점에서, 그 예외를 쉽게 인정할 수 없다”는 판시의 내용과 ‘신의칙을 적용하여 법률상 강행규정으로 보장하는 근로자의 임금청구권을 제약하는 것’을 논거로 신의칙 적용을 배척한다는 점에서 다를 바 없는 것이다.

시영운수사건 대법원 판결 등이 대법원 전원합의체판결의 다수의견을 올바르게 이해하고 해석·적용해야 함에도 불구하고 이에 반하는 신의칙 적용 제한법리, 더 나아가 대법원 전원합의체판결 자체를 무시하고 신의칙 적용 배제를 분명하게 밝히고 있다는 점에서 매우 문제가 있는 것이다.

말할 것도 없이 분명하게 염두에 두어야 할 점은, 신의칙의 구체적 모습인 모순행위금지원칙이 대체로 강행법규에 의해서 규율되는 노동법 영역에 있어서도 ‘구체적 합리성과 타당성’에 근거하여 법질서의 대원칙인 법적 안정성과 신뢰보호를 위해서 적용될 가능성이 있다는 것에 대해 시영운수 판결 등은 전혀 동의하지 않는 태도를 보이고 있다는 데 가장 문제가 있는 것이다.

2. 통상임금 포함으로 인한 추가 법정수당 산정에 변론종결 당시 시효 소멸 부분을 제외한 판단 법리의 부당성

시영운수사건판결에서 대법원은 통상임금 포함으로 인한 원고들 외에 소송을 제기하지 않은 근로자들의 추가 법정수당을 산정함에 있어, 원심 변론종결일 당시 이미 소멸시효가 완성된 부분을 공제하는 기준을 제시하였다.

그 결과 원심에서는 계쟁기간 동안(2011. 8. 1. ~ 2012. 11. 11.)발생한 추가 법정수당 총액을 782,650,053원으로 산정하였는데, 대법원에서는 약 4억원 상당으로 추산했다.

그런데 상여금 등이 통상임금에 포함됨으로 인한 추가 법정수당 산정을 위한 기준 시점은 앞서 대법원 전원합의체 판결의 신의칙 법리에 비추어 노사간 합의 당시(위 사건에서는 2011년)를 기준으로 해야 마땅하지 소송의 변론종결 당시(위 사건에서는 2015. 4. 3.)를 기준으로 하여 사후적으로 판단하는 것은 정의관념에도 반하고 수많은 부작용을 초래할 수 있다는 점을 간과한 판단으로 보인다.

대법원 전원합의체 판결이 정기상여금을 통상임금에 포함하여 추가 법정수당을 청구하는 것이 신의칙에 위배된다고 판단한 핵심근거는 노사 당사자 사이의 상호 합의 존중 및 그러한 합의(정기상여금 통상임금 제외)에 대한 정당한 신뢰이다.

즉, 대법원 전원합의체 판결은 근로자 측의 추가법정수당 청구가 노사 간 합의한 임금수준을 훨씬 초과하고 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 경우, 이는 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정했던 노사합의 당시의 노사 간의 합의를 침해하는 것으로서, 신의칙에 위반되는 것이라고 판단했던 것이다.

따라서 변론종결 시를 기준으로 회사의 추가 법정수당을 산정하는 것은 당사자 간의 진정한 합의에 대한 신뢰에 저해되는지 여부를 주목하기 보다는 사후에 회사가 부담할 실질적 부담의 크기에 더 주목함으로써 위 대법원 전원합의체 판결의 본래 취지를 따르지 않은 것으로 판단된다.

시영운수 판결대로 추가 법정수당에 대한 소멸시효가 남아있는 근로자들만을 기준으로 새로운 재정적 부담을 산정해야 한다면, 소송을 제기한 근로자들의 규모와 소송

의 진행기간 동안 어느 시점에 추가부담액을 산출하였는지 여부에 따라 그 부담 규모가 다르게 되는 문제가 발생한다.

예컨대, 통상임금 소송에서 1심에서 아직 소송을 제기하지는 않았으나 시효가 남아있는 근로자 수를 고려하여 추가 법정수당이 산정되고, 이를 토대로 회사 측에 중대한 경영상의 어려움이 초래되는 것이 인정되어 신의칙 항변이 인정되었으나, 항소심 단계로 진행되면서 시효가 완성된 소송을 제기하지 않은 근로자들이 많아진 경우에는 추가 법정수당 규모가 감소하게 되어 신의칙 항변이 부인되는 기이한 결과를 초래할 수 있다.

이와 같이 소송 진행기간 수년간의 장기간 동안 변경될 수밖에 없는 근로자 개인 별 시효완성 여부를 고려하여 추가 법정수당 규모를 산정해야 한다면, 법원의 신의칙 항변 판단의 일관성이 무너져 법적 안정성을 중대하게 훼손시키게 되는 것이다. 결국, 신의칙 적용여부가 소송을 제기한 사람들의 규모가 클수록 부담이 커져 적용가능성이 높아지고 소제기자들의 규모가 작을수록 시효소멸한 부분이 많아 추가 부담이 작아져 적용가능성이 낮아지며, 추가 부담을 산정한 시기의 빠를수록 즉 선고가 빠를수록 시효소멸이 작아 추가 부담이 커져 신의칙 적용가능성이 높아지고, 선고가 늦을수록 시효소멸이 많아 부담이 작아져 신의칙 적용가능성이 낮아지게 된다는 것인데 이러한 판단 기준을 정당하고 타당하다고 이해하고 동의할 사람들이 얼마나 될 것인가를 고려하여 보면 이번 시영운수 판결이 추가부담을 산정할 때 사후인 변론종결 당시 시효소멸된 부분이 제외되어야 한다는 판단이 얼마나 불합리한 것인지 분명해진다.

나아가 기업이 현실적으로 소송을 제기한 일부 직원들에게만 정기상여금을 산입시켜 정산하고, 소송을 제기하지 않은 사람들에게는 소멸시효를 이유로 이를 거부하는 경우 한 사업장 내에서 임금에 대한 불통일로 인한 불만 발생으로 조직 안정을 저해하는 결과를 초래하므로 기업이 소멸시효만을 이유로 소송을 제기하지 않은 직원들에게 냉정하게 지급하지 않는 정책을 고수하는 것도 현실적으로 용이한 일이 아니다. 동일한 사업장 내에 다른 임금정책이 시행됨으로 인하여 유발될 조직 불안정성 측면에서도 타당한 기준이라고 보기 어렵다.

3. 당사자 간 신뢰 침해가 아니라 추가 부담으로 인한 사용자의 중대한 경영상의 어려움을 신의칙의 본질적 조건으로 본 오류

대법원이 신의칙 법리를 제시한 취지는 임금 산정 및 범위에 대한 노사합의를 최대한 존중함과 동시에 우발적 채무로 인한 기업의 경영상 부담과 충격을 조금이나마 완화하기 위함이었다. 과거 통상임금 기준에 대한 관계 법령이 불명확한 사실상의 공백 상태에서 오로지 고용노동부의 행정해석을 따를 수밖에 없는 노사현실 및 관행 등을 고려하여, 과거에는 강행규정에 위반하여 임금의 범위를 정한 노사합의를 최대한 존중하여 그 효력을 인정하는 법적 근거를 마련해 주는 한편, 미래에는 대법원 전원합의체 판결로써 정기상여금을 통상임금에서 배제하는 합의가 강행법규에 위반됨을 선언하는 의미를 갖는다고 할 것이다.¹⁵⁾

대법원 전원합의체 판결은 신의칙 판단의 본질적 요건으로 1) 당사자들이 서로 신뢰하고 있는 상태에서, 2) 일방이 그 신뢰에 반하여 권리를 행사함으로써 3) 결과적으로 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이르는 것으로 설명하였다. 그리고 이러한 본질적 요건을 적용함에 있어서, 대법원 전원합의체 판결이 제시했던 특별한 사정, 즉 ‘경영상 어려움’ 내지 ‘기업존립의 위태로움’ 여부는 사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 또는 사실관계에 불과하다. 신의칙 적용 가부를 판단함에 있어서는 ‘경영상 어려움’ 내지 ‘기업존립의 위태로움’은 본질적 요건으로 보아서는 아니 된다. 그렇기 때문에 대법원 전원합의체는 수년간 당기순이익이 흑자였던 갑을 오토텍에 대하여 신의칙 법리를 적용하여 근로자들의 추가 법정수당 청구를 배척하였던 것이다. 기업의 사업실적은 매년 크게 변동하여 어느 누구도 쉽게 예측하기 어렵다. 이와 같이 지극히 사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정을 신의칙 적용의 절대적인 판단기준으로 삼는 것은 부적절하다고 판단된다.¹⁶⁾

그런데 시영운수 판결 등은 신의칙 가부를 판단함에 있어 추가 법정 수당이 매출액이나 총 인건비에서 차지하는 비중이나 재무상태표상 당기순이익 내지 이익잉여금을 통해 변제할 수 있는 정도라는 신의칙 위반이 초래할 수 있는 사후적 우연적 요소들에만 주목하여 신의칙을 적용하지 않았다. 신의칙의 본질인 당사자간 진정한 합의에

15) 이에 관해서는 김희성·성대규, 앞의 책, 58-65면 참고.

16) 김희성·성대규, 앞의 책 참고.

대한 신뢰가 얼마나 훼손되는지 주목하였어야 함에도 그에 대한 심리는 거의 없이 사후에 발생한 중대한 경영상위기에 주목한 나머지 대법원 전원합의체가 제시한 신의칙 법리는 정작 전혀 심리하지 않는 것처럼 설시되었다. 신의칙이 주된 쟁점인 사건이 정당한 신뢰위반여부가 아니라 신뢰위반이 초래할 수 도 있는 사후적 우연적 사정인 중대한 경영상 어려움 여부 및 기업경영책임의 근로자전가 여부가 쟁점인 것처럼 변경된 것으로 보인다.

다시 한 번 강조하지만 근로자의 모순되는 후행행위가 「우연히」 사용자에게 예상치 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 했는지 여부가 「모순행위금지(venire contra factum proprium)의 법원칙(Rechtsgrundsatz)」을 적용함에 있어서 「법률적 판단기준」이 될 수 없다. 그러한 우연적 결과는 단지 ‘사후적이고 외부적이며 파생적인 우연한 사정 또는 사실관계’이며, 단지 법관으로 하여금 침해된 신뢰가 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰’라는 점을 명확히 확인시켜주는 사실상의 기능적 역할을 수행할 뿐이다.

종국적으로 ‘통상임금 소송에서 강행법규 위반 시에 추가 법정수당 청구가 모순행위금지원칙에 반하는지 여부’는 사용자 측에 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰가 존재하는지 여부’에 의해서 결정된다. 결코 우연히 야기될지도 모를 사정 내지 사실관계인 중대한 경영상의 어려움 또는 기업존립의 위태로움 및 기업경영책임의 근로자전가 여부가 결정적이지서는 안 된다.

4. 재무제표¹⁷⁾의 이익잉여금 의미 해석에 있어서의 중대한 오류

1) 시영운수사건과 관련하여

경영상 어려움은 재무제표 중 특정 계정과목만을 통해 판단할 수 없음에도, 특히 대차대조표 상의 자본 계정항목인 이익잉여금이라는 특정 계정과목에만 주목하여 회사에 중대한 경영상 어려움이 없고 추가임금 부담을 감당할 수 있다고 판단했다.

17) 이하의 재무제표에 대한 분석은 2019년 2월 19일 서인천세무서장이 발급한 표준재무제표증명에 따른 것이다, 여기에는 2013년 1월 1일부터 12월 31일까지의 사업연도의 표준대차대조표, 표준손익계산서, 부속명세서가 첨부되어 있다. 지면관계상 이 재무제표증명을 게재하진 못하였으나, 이 글에서 인용된 내용은 이 재무제표증명에 따른 것이다.

그러나 재무제표를 종합적으로 보면, 시영운수는 이미 경영상 어려움에 직면해 있는 상태였다.

시영운수 판결은 피고의 2013년 기준 이익잉여금만 하더라도 3억원을 초과하고 있어서 위 추가 법정수당 중 상당부분을 변제할 수 있을 것으로 보인다고 하여, 이익잉여금에 대하여 마치 ‘회사가 실제로 보유하고 있어 언제든지 사용 가능한 현금’으로 오해하고 있다.¹⁸⁾

그러나 이익잉여금이란 기업이 보유한 현금을 의미하는 것이 아니라, 당해 당기손익에서 실제 현금 유출이 발생한 배당금 지급을 차감한 금액을 누적하여 기록한 장부상 수치이므로 이는 기업의 가용현금유무와 관계없이 적자를 보아서 자본 잠식이 되지 않는 한 누적적으로 늘어나는 계정항목이다. 따라서 기업의 역사가 오래될수록 이익잉여금 항목은 늘어나게 되어 있다.

문제는 이익잉여금이 자산 중 어느 항목에 분산되어 지출되어 있는지를 살펴야 사용가능한 현금이 있는지를 파악할 수 있다. 그리고 자본 대비 회사가 부담하는 부채의 규모도 살펴야 한다. 자본대비 부채비율이 높으면 부채 변제하느라 가용현금이 없을 수 있기 때문이다.

기업이 실제로 가용할 수 있는 현금 규모는, 재무상태표상 현금성자산 계정과목을 보아야 하는데, 여기에도 자기자본뿐만 아니라, 외부로부터 차입한 부채도 포함된다. 즉 자기자본이 결손상태라 하더라도 외부로부터 자금을 차입했다면 그 부분만큼 현금으로 표시된다. 이와 같이 기업의 재무상태표는 ‘자산=부채+자본’이라는 공식에 따라 서로 연동되어 변동되기 때문에, 기업의 재무건전성 여부를 살펴보기 위해서는 자본과 부채 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 마땅하다.

시영운수는 2013년을 기준으로 부채비율은 자본총액 5.59억 대비 부채총액 68.9억원으로 무려 1,233%에 달하는 상태였다. 부채의 내용을 보더라도, 2013년 기준 부채계정의 단기차입금(1년 이내에 상환해야 하는 채무)이 23억원 이상으로 자기자본(5

18) 이익잉여금을 현금으로 오해하고 있는 것에 대하여 회계전문가들의 지적이 다수 제기되고 있다. “사내유보금(이익잉여금, 자본잉여금)이 많다는 근거로 돈을 풀라고 요구한다면 회사는 당장 은행에 가서 돈을 빌려오거나 장비를 팔아야 할 것이다. 사내유보금을 돈으로 간주해서 논리를 펴는 것은 회계상 바람직한 방법이 아니다. 사내유보금은 돈이 아님에도 불구하고 금(金)으로 끝나는 용어다 보니 자주 돈으로 오해를 받는다”(박동흠 회계사, “사내유보금에 대한 오해”, 경향신문 2017. 7. 9.자 칼럼).

억원)의 4배 이상에 달하고 있는 등 재정건전성이 매우 악화되어 있는 상태로 평가할 수 있다. 나아가 차량대금으로 상환해야 하는 미지급금 규모도 약 32억원에 이르렀다.¹⁹⁾

이에 반해 2013년 기준으로 즉시 가용할 수 있는 자산계정의 현금 등(현금, 예금, 적금 등)은 총 5천 4백여만원에 불과했다. 결국 회사는 높은 이자의 채무(대출, 마이너스통장 등)을 사용해 가면서 어렵게 운영해 가고 있었던 것으로 판단된다.

당기손익도 마찬가지로 실제 현금흐름과 차이가 있으며, 회사가 영위하는 사업 특성상 지속적인 투자가 이루어져야 하고, 자금의 투자가 이루어지지 않은 경우에는 차입금상환이라는 재무활동으로 인한 현금유출이 발생하게 된다.

그런데 시영운수 판결은, 회사가 가용할 수 있는 현금 자산은 얼마인지, 단기 및 장기적으로 상환해야 할 채무 등 부채상황은 어떠한지, 자본계정의 이익잉여금이 자산계정 중 어디에 계상되어 있는지, 회사의 시설투자 상황은 어떻게 진행되어 왔는지 등 재무상태표의 전반적인 사항을 종합적으로 살펴본 것이 아니라, 오로지 이익잉여금이라는 계정 하나에 주목하여, 부채비율이 무려 1,200%를 초과하고 가용현금이 5천여만원에 불과하며 최근 5개년 순이익을 합쳐도 미치지 못하는 금액인 4억이상의 초과 법정수당을 상당부분 변제할 수 있다고 판단하였다. 재무제표에 대한 기본적인 상식이 있는 사람이라면 이익잉여금만으로 가용현금 및 최근 이익 초과의 추가 부담을 감당할 수 있다는 대법원 판결이 얼마나 회계에서 문제가 있는 판단을 하고 있다는 것을 쉽게 확인할 수 있다.

시영운수 판결의 논리대로라면, 이익잉여금이 기업에 현금으로 유보된 자산이므로 재무상태표상 현금 내지 예금 등 '현금성 자산' 계정항목에, 부채에 해당하는 부분을 제외하고 적어도 이익잉여금 이상의 금액이 기재되어 있어야 한다. 그러나 회사의 2013년 재무상태표를 보면, 즉시 가용할 수 있는 현금 및 현금성 자산 9백여만원, 단기예금을 다 합해도 5천 4백여만원에 불과할 뿐이다. 시영운수 판결 논리대로라면, 상당한 이익잉여금을 가진 수많은 기업들이 이익잉여금을 사용하지 않고 막대한 금융비용을 부담하면서까지 외부로부터 재원을 차입하고 있는 이유도 설명할 수 없다. 시영운수의 경우 2013년 이익잉여금은 3억원이고 단기부채는 23억원이었다. 시

19) 시영운수 2013년 재무상태표 참고.

40 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

영운수 판결의 논리처럼 이익잉여금이 현금이라면, 마땅히 채무를 변제하여 막대한 규모의 이자비용을 줄일 수 있을 것이나, 실제로 그렇게 할 수 없는 것이 현실이다.

재무상태표의 기본적인 개념조차 이해하지 못한 판결이라고 비판 받을 수 있는 부분이다. 결국 시영운수 판결은 회사가 최근 5년간(2009년부터 2013년까지) 당기순이익 약 3억 5천만원으로 초과 법정수당을 변제할 수 없더라도, 자본계정의 이익잉여금 금액만으로 초과 법정수당을 상당부분 변제할 수 있다면 중대한 경영상 어려움이 없다고 보고 신의칙을 적용하지 않겠다고 판시한 것으로 판단된다.

이러한 시영운수 판결의 논리대로라고 하면 이미 신의칙을 인정받은 갑을오토텍 사안²⁰⁾이나 한국지엠 사안²¹⁾에서 재무제표상의 이익잉여금으로(갑을오토텍 2011년 176억, 한국지엠 2012년 1조4천억)²²⁾ 추가 수당액을 충분히 감당할 수 있었으므로 신의칙을 부정했어야 한다. 시영운수 판결이 종전 대법전원합의체의 신의칙 판결을 부정하였다고 평가 받을 수 있는 이유가 이것을 보면 분명해지는 것이다.

20) 대법원 전원합의체는 갑을오토텍 사건에서 신의칙 법리를 제시하면서, 근로자들의 청구금액을 훨씬 상회하는 당기순이익 및 이익잉여금을 보유하고 있던 갑을오토텍에 대하여 근로자들이 초과수당을 청구하는 것이 신의칙에 위반된다고 판결하였다. “임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자측이 앞서 본 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면 이는 중국적으로 근로자측에까지 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다. 그러므로 이와 같은 경우 근로자측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다”(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체판결).

21) 위 대법원 전원합의체판결에 후속하여 선고된 한국GM 사건에서 대법원은 앞서 대법원 전원합의체가 제시한 신의칙 법리를 인용하면서, 근로자들의 청구금액을 충분히 변제하고도 남은 만큼의 당기순이익 및 이익잉여금을 보유하고 있던 한국지엠에 대하여 근로자들이 초과수당을 청구한 것이 신의칙에 위반된다는 취지로 판단하면서 원심을 파기하였다. “피고와 노동조합은 이 사건 정기상여금이 통상임금에 해당하지 아니한다고 신뢰하여 이 사건 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하고 이를 기초로 임금협상을 하였으며, 이러한 노사합의에도 불구하고 피고로 하여금 이 사건 정기상여금이 산입된 통상임금을 토대로 법정수당을 재산정한 다음 이미 지급한 법정수당과의 차액을 추가 지급하도록 할 경우 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 여지가 있다고 할 수 있다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다116871 판결).

22) 각 회사 해당연도 감사보고서 참조.

시영운수의 경영자들은 대법원 판결을 따르기 위해서는 현재 현금이 없으므로 부채비율이 1200% 이상인 상황에서 더 부채를 일으키든지, 생산수단(버스 등)에 투입된 자산을 매각해서 확보하는 길밖에 없다고 호소하고 있다.

이것이 법원이 정의롭다고 본 당사자의 진정한 의사라고 할 수 있을까? 즉 최근 5년치 순이익을 전부 합친 금액으로도 모자란 상황에서, 부채비율이 무려 1200%를 넘을 정도로 막대한데 부채를 더 일으키거나 현재 이익잉여금 등으로 구매하여 사용되고 있는 생산수단인 버스를 매각해서라도 추가로 임금을 인상해 지급하고자 하였던 것이 정의로운 노사 당사자의 진정한 의사인지를 물어보면 답은 자명해진다.

이러한 법리를 적용할 경우 신의칙을 인정받을 수 있는 회사는 수년간 적자로 인해 과연 자본잠식되어 이익잉여금이 얼마 남지 않은 극단적인 회사들 이외에는 있을 수 없게 된다. 시영운수 판결은 신의칙 적용 가능성을 지극히 좁혀 놓아 사실상 수년간의 대규모 적자로 이익잉여금이 숫자로도 충분히 남아있지 않는 회사를 제외하고는 신의칙 주장이 불가능하다는 결론으로 이끌고 있다고 평가할 수 있다.

2) 한진중공업사건과 관련하여

위에서 본 바와 같이 2019년 5월 3일 한진중공업 통상임금 소송에서 대법원은 판결문에 수치를 잘못 기재한 것이 드러나 판결문을 수정했는데, 그 내용은 ‘매출 5~6조원’을 ‘매출 2조원’으로, ‘법정수당의 규모는 피고의 연 매출액의 약 0.1%’를 ‘약 0.025%’로 바꾼 것이다.

즉 대법원은 당초 “추가법정수당 청구는 신의성실의 원칙(신의칙)에 반한다”는 원심판결을 파기하는 판시사항의 중요내용에서 「한진중공업의 매출액을 ‘5조원 내지 6조원 상당’으로 안정적으로 유지되고 있고, 또 5억원 상당의 법정추가 수당 비중을 매출 5조원의 0.1%라며」 잘못 계산한 채 판결했다. 그러나 한진중공업은 소송의 쟁점사항과 관련하여 지난 2008년부터 2018년도까지 4조원의 매출도 거둔 적이 없었다. 대법원은 이에 매출액은 ‘약 2조원 상당’으로, 추가 수당의 비중은 ‘약 0.025%’로 수정한 것이다.

대법원이 뒤늦게 판결문 숫자만 수정했지만, 신의칙적용가능성을 아예 배제하겠다는 취지의 결론을 정해 놓은 것으로 보인다. 매출액은 ‘약 2조원 상당’으로 수정하면

서, “중대한 경영상의 어려움 초래”나 “기업의 존립 위태”라는 신의칙 적용 판단의 특별한 사정 인정여부의 핵심 논거인 ‘피고의 매출액이 매년 큰 등락 없이 약 2조원 상당으로 안정적으로 유지되고 있다’는 부분을 그대로 남겨놓은 부분에서 그러한 판단이 가능하다. 실제 한진중공업 매출은 2008년 3조 8,480억원을 기록한 뒤 단 한 번의 반등도 없이 2014년 1조 7,990억원까지 떨어졌다. 현재는 아예 완전자본잠식 상태다. 6년 만에 매출이 반토막 아래로 곤두박질친 상황에서 ‘피고의 매출액은 매년 큰 등락 없이 약 2조원 상당으로 안정적으로 유지되고 있다’는 논거가 과연 합당한지 다시 살펴볼 필요가 있는 것이다.²³⁾ 이러한 논리를 적용할 경우 신의칙을 인정 받을 수 있는 회사는 수년간 적자로 인해 과연 자본잠식되어 이익잉여금이 얼마 남지 않은 극단적인 회사들 이외에는 있을 수 없게 된다. 시영운수 판결과 마찬가지로 한진중공업판결 또한 신의칙 적용 가능성을 지극히 좁혀 놓아 사실상 수년간의 대규모 적자로 이익잉여금이 숫자로도 충분히 남아있지 않는 회사를 제외하고는 신의칙 주장이 불가능하다는 결론으로 이끌고 있다고 평가할 수 있다.

5. 판례의 변경 및 절차 위반의 문제

시영운수사건 대법원 판결은 종전의 대법원 전원합의체의 신의칙 적용법리를 제한 내지 배척하는 추가적인 반대 법리를 채택하고 있다고 보여 진다. 그리고 왜 이런 법리를 채택해야 했는지 앞에서 살펴본 바와 같이 타당하고 합리적 근거를 찾아보기 어렵다. 더욱이 위 판결은 전원합의체 판결이 아니라 1개 소부(제2부)의 판결이었음에도 전원합의체의 법리를 따르지 않았다는 점에서 중대한 절차적 하자를 가지고 있다.

법원조직법 제7조 제1항 제3호에서는 “종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우”에 반

23) 이에 관해서는 윤경환 기자, [단독] 대법, 한진 重 영터리 판결문 ‘결국 수정, 2019년 5월 16일 서울경제신문 기사 참고. 이 기사에 따르면 한진중공업의 2008~2010년 순이익이 무려 10배나 뺄된 2심 판결문은 따로 결정되지 않았으며, 2008~2010년 한진중공업의 실제 당기순이익은 각각 630억원, 519억원, -517억원이었으나, 판결문에 삽입된 표에는 6,300억원, 5,190억원, -5,175억원으로 기재되었다고 한다. 아무튼 해당 사건은 2016년 상고심에 올라가 무려 3년 동안 심리된 사건이지만 판결문에는 기초 수치조차 곳곳에 잘못 기재되어, 신의칙과 관련한 첫 상장사 판단에서 대법원 스스로 권위를 잃는 판결문을 작성한 것이라는 비판을 받고 있다.

드시 대법관전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 이를 심판하도록 규정하고 있다. 재판부가 기존의 일관된 대법원 판례 법리를 변경할 필요가 있다고 인정하였다면 마땅히 그 사건을 전원합의체에 회부하여 심판하도록 했어야 한다.

더욱이 법질서 전체에 심대한 영향을 미칠 수밖에 없는 ‘신의칙 적용 판단기준’에 관한 해석을 종전과 달리하는 것이므로 이는 법원조직법 제7조 제1항 제5호의 “부에서 재판함이 적당하지 아니함을 인정하는 경우”에도 해당하므로 전원합의체 판결을 거쳐야 마땅한 것이라 할 것이다.

그럼에도 불구하고 시영운수 판결의 재판부는 전원합의체의 판단을 거치지 않았고 소부에서 판단해 버렸다. 정당한 절차를 거치지 않고 따르지 않는 위법을 범했다고 할 수 있다.

특히 시영운수사건은 본래 대법원 전원합의체에 회부되어 2013년 대법원 전원합의체 판결의 올바르고 정당한 이해를 전제로 강행법규 위반에 있어서 신의칙의 적용 가부를 판단하기 위한 정치한 법률적 판단규준을 제시할 것을 기대하고 있었다.

그러나 불명의 사유로 다시 대법원 소부(2부)에 회부되어 신의칙 적용 제한 내지 배제라는 종래의 대법원 전원합의체판결과는 모순되는 법리가 제시되었다.

따라서 통상임금소송에서 신의칙 적용 판단기준에 대한 대법원 판례 법리는 2013년 대법원 전원합의체 판결법리와 2019년 시영운수 사건 대법원 판결의 모순되는 법리가 동일하게 유효하게 살아 있는 것이 된다.

적법한 절차를 거치지 않은 채 제기된 신의칙적용 제한법리로 인해 통상임금소송에 대한 혼란은 더욱 가중될 것으로 보인다.

Ⅶ 결론

최근 시영운수사건 대법원판결 등에서 2013년 12월 18일 대법원 전원합의체 판결에서 실시하지 않았던 신의칙 적용제한법리를 명백히 밝혔다.

이 판결은 “중대한 경영상의 어려움 초래”나 “기업의 존립 위태”라는 특별한 사정보다 근로기준법의 강행규정성을 우선함으로써 신의칙적용을 아예 배제하겠다는 취

44 통상임금, 전원합의체 판결 후 6년의 변화와 과제

지라고 밖에 설명이 되지 않는다. 즉 우리 대법원 전원합의체 판결의 소수의견과 같이, 위에서 검토한 것처럼 전원합의체의 다수의견과 달리 신의칙에 대한 강행법규의 절대적 우위성을 인정하고 있다는 데 문제가 있는 것이다.

특히 시영운수 판결 등의 신의칙 제한 법리는 재무상태표의 기본적인 개념에 대한 이해가 부족 내지 결여되었다는 점에서 나왔다는 점이다.²⁴⁾ 대법원 전원합의체 판결을 따르지 않았을 뿐만 아니라, 재무상태표에 대한 기본적인 이해 없이 판시한 것처럼 보이는 시영운수 판결 등은, 현재 법원에 계류 중인 수많은 통상임금 소송에 더욱 혼란을 야기할 것으로 보여 대단히 우려된다.

대법원은 조속히 대법원전원합의체를 열어 시영운수 판결의 법리가 타당한지 전원합의체 이름으로 판단해주어야 한다. 그렇지 않으면 종전 전원합의체 법리에 따라 인정받을 수 있었던 신의칙은 시영운수 판결법리에 따라 대부분 부정될 것이 분명하다. 대법원은 대법원 전원합의체 판결이 제시하는 ‘강행법규 위반 시에 신의칙이 적용되기 위한 3가지 일반 요건과 4가지 특별한 사정’을 올바르게 정당하게 이해하고, 이에 따라 명시적이고 확정적이며 통일적인 법률적 판단기준을 정립하여 통상임금 소송에서 벌어지고 있는 대 혼란을 종식시켜 법적 안정성을 제고하여 주기를 기대한다.

24) 시영운수 판결 등이 굳어지게 된다면, 수년간 순이익 전부 쏟아부어도 모자라면 시영운수의 경우 추가 법정수당 지급을 위하여 유일한 사업자산인 버스를 매각하거나, 부채비율이 1,233%에 달하는 악화된 재정상황에서 외부로부터 막대한 금융비용을 지급하면서 추가 차입을 해야 하는 결과를 초래한다. 향후 지속 가능한 사업활동을 위해 몇 년치 순이익을 모두 모아도 모자라 부채비율이 막대한 상황에서 더 빚을 내거나 투자는 고사하고 현재 가동되는 유일무이한 사업자산을 처분하면서까지 추가 법정수당을 지급하는 것이 과연 정의에 부합하는 것인지 의문이 아닐 수 없다 이러한 시영운수 판결의 신의칙 제한 법리가 현재 통상임금 소송이 진행 중인 수많은 사건에 이어지게 된다면, 산업 전체적으로 투자감소에 따른 경쟁력 저하를 가져올 것이고, 차입금의 증가는 기업의 재무건전성을 악화시키게 될 것으로 전망된다.

통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토

김 홍 영*

Contents

I. 논의의 배경

II. 판례의 경향

1. 고정성 기준에 관한 전원합의체 판결의 법리
2. 재직자 조건 관련, 판례의 경향
3. 일정 근무일수 조건 관련, 판례의 경향
4. 판례 경향의 요약

III. 재직자 조건, 일정 근무일수 조건의 유효성 검토

1. 문제의 소재
2. 임금의 일부분을 지급하지 않는 부지급 조건의 유효성 판단 기준
3. 정기상여금의 경우 판단
4. 보론: 다른 방법론에 대한 평가

IV. 통상임금성 검토

1. 문제의 소재
2. 재직자 조건이 있는 경우 통상임금성 판단
3. 일정 근무일수 조건이 있는 경우 통상임금성 판단
4. 정기상여금의 통상임금성 재검토
5. 보론: 다른 방법론에 대한 평가

V. 조건성립 검토

1. 재직자 조건의 성립 인정
2. 일정 근무일수 조건의 성립 인정

VI. 마치며

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

I 논의의 배경

1) 통상임금에 관한 법리는 대법원 전원합의체 판결¹⁾(이하 ‘전원합의체 판결’) 및 그 이후의 여러 후속 판결들을 통해 정리되어가고 있다. 그 과정에서 전합의체 판결이 제시한 고정성에 관한 판례 법리 중, 이른바 재직자 조건 또는 일정근무 일수 조건에 대해 논란이 있다. 정기상여금에 그러한 지급 조건이 있는 경우 통상임금으로 인정되는지 여부이다. 대법원 및 하급심 판결에서 정기상여금의 통상임금성을 부정한 판례도 다수가 나오고 있으나, 최근 서울고등법원 판결에서는 정기상여금에 붙은 재직자 조건은 무효이므로 통상임금성을 인정한 판결도 나왔다. 대법원에서 향후 명확하게 판례의 입장을 밝혀야 할 필요가 있다.

2) 통상임금 소송 사례에서 필자가 느끼는 소회(所懷)는 당해 당사자의 연장근로제 공에 대해 정당한 대가가 지불되고 있는가라는 ‘임금의 측면’ 특히 ‘정당한 보상의 측면’이 너무 부각되어 있지 않는가이다. 연장근로 가산수당은 ‘임금의 측면’ 보다는 오히려 ‘근로시간의 측면’이 중요하다. 연장근로에 대해 통상임금의 1.5배 이상 부담하도록 하여 연장근로를 억제하려는 근로기준법(이하 ‘근기법’)의 취지대로 통상임금의 해석과 적용이 이루어지는지가 중요하다.²⁾

그런데 재직자 조건, 일정 근무일수 조건은 장시간 노동 관행을 종전대로 계속할 수 있는 방법을 시사하고 있다. 정기상여금에 그러한 지급 조건을 붙인다면 통상임금에서 제외된다는 해석은, 노사당사자가 임의로 정하는 바에 따라 법이 파악하는 통상임금에 해당되는지 여부가 달라진다는 의미이다. 그러한 해석은 법적안정성에도 도움이 되지 않고, 자칫 법 회피의 방법을 인정하게 된다.³⁾ 정기상여금은 통상적인 급

1) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(갑을오토텍 정기상여금 판결) 및 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결(갑을오토텍 복리후생수당 판결).

2) 전원합의체 판결 이후 A전자회사는 정기상여금을 통상임금에 포함시키면서, 사무직 근로자에게 포괄임금제로 커버될 수 있는 연장근로시간 수를 종전보다 단축했다. 각 부서에서 종전보다 단축된 기준 내의 연장근로만 허용할 것을 관리자에게 주문하고, 그렇게 노무지휘를 하지 못하는 관리자에게 인사평가의 불이익을 예고하였다. 연구개발직에게는 재량근로시간제, 연구보조직에게는 선택적 근로시간제 등 유연근로시간제를 활용하여 연장근로수당 발생을 회피한다. B제조회사는 교대제를 개편하여 연장근로와 야간근로의 시간 수를 줄이는 변화를 꾀했다. 이러한 변화들은 장시간 노동 관행을 개선하는데 도움이 된다. 전원합의체 판결의 성과이다.

3) 기업에서는 종전에 통상임금에 포함시키지 않아왔던 정기상여금이나 각종 수당 등이 전원합의체 판

여 중에 차지하는 비중이 커서, 정기상여금을 통상임금에서 제외한다면, 가산임금으로 연장근로 등을 제한하려는 근기법의 근본 취지가 무너질 수 있다.

개정 근기법인 주52시간제법은 절대적 근로시간 상한선을 가져 장시간 노동 관행의 개선에 직접적인 도움이 될 수 있다. 문제는 주40시간부터 주52시간까지의 법상 연장 가능한 근로시간이다. 가산수당을 통해 연장근로를 간접적으로 제한하려는 취지대로 작용하려면, ‘A의 연장근로의 시간당 비용’ (①)이 ‘A의 법내 소정근로의 시간당 비용’ (②)보다 실제로 높아야 하고(①<②), ‘A대신 그 일을 시키는 B의 법내 소정근로의 시간당 비용’ (③)보다 실제로 높아야 한다(①>③). 그런데 정기상여금의 비중이 높은 임금구조에서, 정기상여금의 특수한 지급조건 때문에 통상임금에서 제외된다면, ‘A의 연장근로의 시간당 비용’ 이 오히려 실제로 낮아지게 된다(①<②, ①<③). 사용자로서는 연장근로를 줄일 경제적 이유가 없게 된다. 연장근로를 하는 것이 경제적으로 이득이 될 수 있다.

3) 이러한 점에서 필자는 통상임금의 고정성 기준에 관해 재검토가 필요하다고 본다. 구체적으로는 ① 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대해 그 조건 그 자체가 적법하여 유효하다고 평가받아야 하며(조건의 유효성 검토), ② 그러한 조건이 있어 통상임금성이 부정되는 경우는 통상임금 법리의 취지에 비추어 제한적으로 해석되어야 하며(통상임금성 검토), ③ 그러한 조건이 실제로 존재하는지를 엄격히 판단하여야 한다(조건성립 검토).

이 글에서는 지금까지의 판례의 경향을 먼저 살펴본 후, 해석론상의 이론적인 검토를 진행하도록 하겠다.⁴⁾

결 이후 통상임금에 포함되어 연장근로수당 등 법정수당의 부담이 증가되자, 종전처럼 통상임금에서 제외하기 위해, 일할 지급 기준은 삭제하고, 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 추가하는 경향도 나타나고 있다.

- 4) 이 글은 필자의 종전의 글인, 김홍영, “통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토”, 「노동법연구」 제37호, 서울대학교 노동법연구회, 2014. 9, 31-82쪽의 글을 기초로 하여, 판례의 경향을 보충하고, 필자의 주장을 보완하여 수정하였음을 밝혀둔다. 아울러 이 글의 논지는 다음의 여러 글들로부터 많은 시사점을 받았다. 권오성, “정기상여금에 붙은 ‘지급일 재직 조건’의 문제점”, 「노동법논총」 제41집, 한국비교노동법학회, 2017. 12, 221-252쪽; 권오성, “‘재직 조건’ 정기상여금의 통상임금성”, 「중앙법학」 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018. 6, 311-345쪽; 김도형, 「통상임금의 고정성 징표에 대한 검토」, 해밀 이슈페이퍼 제2호, 2016; 도재형, “통상임금 전원합의체 판결의 검토”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014. 3, 179-206쪽; 이철수, “통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가”, 「노동법학」 제49호, 한국

II 판례의 경향

1. 고정성 기준에 관한 전원합의체 판결의 법리

(1) 전원합의체 판결의 사전확정성 논리

전원합의체 판결은 통상임금을 소정근로의 대가로 ‘지급하기로 약정’ 되어 있는 ‘고정적’인 임금이라는데, 이는 실제 연장근로를 하기 전에 지급 여부 및 지급액이 ‘사전에 확정’되어 있다는 의미로 해석한다.

전원합의체 판결의 내용에 대해 이후의 판결들이 간략히 요약하는 바는 다음과 같다.

어떠한 임금이 통상임금에 속하는지는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다.

여기서 말하는 ‘정기적’이란 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 함을 의미하고, ‘일률적’으로 지급되는 것에는 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다. 여기서 ‘일정한 조건’이란 고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 한다.

또한 ‘고정성’이란 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정된 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히고도 확정적으로 받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다. 고정성을 갖춘 임금은 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금이므로, 그 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 것이라 할 수 있다. 이와 달리 근로자가 소정근로를 제공하더라도 추가적인 조건을 충족하여야 지급되는 임금이나 그 조건 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금 부분은 고정성을 갖춘 것이라 할 수 없다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조).

(2) 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 관한 전원합의체 판결의 법리

한편 ‘사전확정성’은 연장근로 등을 제공할 시점에서 추가조건의 성취 여부가 불

노동법학회, 2014. 3, 1-31쪽; 이철수, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점”, 「서울대학교 법학」 제54권 제3호, 2013. 9, 877-907쪽 등이다. 그 밖에 여러 학자들의 논문들도 있다. 이 글에서는 이러한 여러 선행 연구들로부터 많은 도움을 받았음에 감사드리며, 이 글의 해당 부분들에서 일일이 밝히지 못하였음을 양해 부탁드립니다.

확실하면 고정성을 부정하게 된다. 재직을 지급 조건으로 하거나 일정 근무일수를 지급 조건으로 하는 경우 통상임금을 부정한다. 그런데 여러 임금항목에 일반적으로 적용되는 기준인지가 해석상 다시 문제되고 있다.

전원합의체 판결의 후속 판결들에서 다음과 같이 정리되어 언급된다.

① 재직자 조건 관련 정리

고정적인 임금이라 함은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히 지급받게 되는 최소한의 임금’을 말하므로, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정성을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 여기서 말하는 조건은 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에 그 성취 여부가 아직 확정되어 있지 않은 조건을 말하므로, 특정 경력을 구비하거나 일정 근속기간에 이를 것 등과 같이 위 시점에 그 성취 여부가 이미 확정되어 있는 기왕의 사실관계를 조건으로 부가하고 있는 경우에는 고정성 인정에 장애가 되지 않지만, 근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다. 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다. 그와 같은 조건으로 지급되는 임금이라면, 그 임금은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정 시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결 등 참조).

② 일정 근무일수 조건 관련 정리

어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히 지급받게 되는 최소한의 임금’을 말한다. 따라서 일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이고, 이러한 조건의 성취 여부는 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 확인할 수 없는 불확실한 조건이므로 고정성을 갖춘 것이라 할 수 없다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조).

2. 재직자 조건 관련, 판례의 경향

판례는 재직자 조건을 이유로 설·추석상여금 등 복리후생수당의 경우에는 통상임금을 부정하는 쪽으로 정리되고 있다. 전원합의체 판결 등 대법원 판결에서 다수가 나오고 있다.

그러나 정기상여금의 경우 판례의 입장은 명확하지 못하다. 전원합의체 판결에서는 일반적인 이론을 제시했고, 이후 대법원에서 정기상여금에 적용해 통상임금을 부정한 판결도 있다. 반면 다른 사건들에서는 서울고등법원 등 2심 법원에서 통상임금을 인정하는 판결도 나와 있다. 대법원에서 향후 명확하게 판례의 입장을 밝혀야 할 필요가 있다.

(1) 복리후생수당에 재직자 조건이 부가된 경우 통상임금을 부정하는 판례(대법원)

① 전원합의체 판결⁵⁾

대법원 전원합의체 판결은 설·추석상여금(통상임금의 50%), 하계휴가비(50만원), 개인연금지원금(월3만원), 단체보험료(월1만원), 선물비(설·추석10만원한도), 생일자지원금(3만원) 등에 재직자 조건이 있어 통상임금성을 부정했다.

② 케이이씨 판결(대법원)⁶⁾

대법원은 지급기준일 현재 재직 중인 근로자에게만 하기휴가비 및 설·추석상여금을 지급하여, 하기휴가비, 설·추석상여금에 대해 통상임금을 부정했다.

③ 한국지엠 판결(대법원)⁷⁾

대법원은 이 판결들에서도 개인연금보험료, 하기휴가비 등에 대해 재직자 조건이 있어 통상임금을 부정했다.

5) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결.

6) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결(케이이씨 판결).

7) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다116871 판결(한국지엠 판결) 및 환송 후 판결인 서울고등법원 2015. 10. 30. 선고 2014나28208 판결(한국지엠 판결); 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다69705 판결(한국지엠 판결); 대법원 2015. 11. 27. 선고 2012다10980 판결(한국지엠 판결) 등.

(2) 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우 통상임금을 부정하는 판례(대법원)

① 티센크루프엘리베이터코리아 판결(대법원)⁸⁾

대법원은 상여금(2, 4, 6, 8, 10, 12월, 설, 추석에 100%씩, 연 800% 지급)에 대해 재직자 조건이 있어 통상임금을 부정했다.

그러나 원심이 인정한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 상여금은 지급 기준일에 재직 중인 근로자에게 지급하는 임금으로서 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부도 불확실하므로, 통상임금에서 요구되는 고정성이 결여되었다고 볼 수 있고, 따라서 통상임금에 포함된다고 할 수 없다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이와 달리 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 통상임금에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

② 엠코테크놀로지코리아 판결(대법원)⁹⁾

대법원은 이 사건에서도 상여금에 대해 재직자 조건이 있어 통상임금을 부정했다.

(3) 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우 통상임금을 인정하는 판례(2심)

① 세아베스틸 판결(서울고등법원)¹⁰⁾

서울고등법원은 정기상여금(작수월에 각 100%씩, 4월에 200%, 7월에 100%, 연 800% 지급)에 대해 재직자 조건이 있어도 통상임금을 인정했다.

이 판결에서는 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은, 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한, 무효라고 봄이 타당하다고 설시한다.

이 판결에서 서울고등법원은 정기상여금에 부가된 재직자 조건이 무효인 이유에 대해 자세한 논증을 하고 있으므로 판결문을 상세히 인용하도록 하겠다.

8) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결(티센크루프엘리베이터코리아 판결).

9) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결(엠코테크놀로지코리아 판결).

10) 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결(세아베스틸 판결).

나. 정기상여금에 부가된 재직자 조건의 유효성 여부

아래에서 보는 바와 같은 이유로, 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 지급 일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한 무효라고 봄이 타당하다.

1) 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다.

그러므로 정기상여금의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 참조).

2) 임금에 대하여 조건이 부가될 수 있으나, 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 예컨대 성과급에서의 성과조건과는 다르다. 성과급에서의 성과조건은 성과급이라는 급여를 ‘발생’시키는 조건이지만, 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 정기상여금의 ‘지급’에 관한 조건에 불과하기 때문이다.

즉 성과급은 일정한 성과라는 조건의 성취 여부에 따라 급여를 청구할 수 있는 권리가 발생할 수도 발생하지 아니할 수도 있는 것으로서, 성과급에서의 성과조건은 성과급 약정의 본래 내용의 일부를 이루는 것이다. 그에 비하여 ‘지급일 당시 재직하는 근로자에 한하여 지급한다’거나 ‘지급일 이전 퇴직자에게는 지급하지 아니 한다’는 조건은 정기상여금 약정의 기본적인 내용을 구성하는 것이 아니고 정기상여금 그 자체와는 구분되는 외부적인 조건일 뿐이다.

실제로 고정급 형태의 정기상여금의 경우 지급액이 사전에 확정되어 정기적으로 지급되는 것이고, 그 발생을 위하여 별도의 조건이 요구되지 않는다. 피고의 급여규정에도 ‘상여금은 연간 800%를 지급하고, 짝수월 25일에 각 100%씩 지급하며, 4월에는 200%, 7월에는 100%를 지급한다’라고 하여 상여금이 확정적·정기적으로 발생하는 것으로 규정되어 있을 뿐 정기상여금의 발생을 위한 어떠한 조건도 부가되어 있지 않다. 따라서 성과조건을 성취할 때까지는 임금채권이 발생하지 아니하는 성과급과 달리 고정급 형태의 정기상여금의 경우 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로서 그날 몫의 정기상여금에 대한 임금채권이 발생하고, 다만 실제 지급일만 약정된 지급기간에 따라 수일 또는 수개월 뒤로 늦추어지는 것이다.

결국 정기상여금에 부가된 재직자 조건은, 위와 같이 그날그날의 근로제공에 의하여 이미 발생한 임금을, 그 이후의 실제 지급일에 이르러 재직이라는 사실에 따라 지급여부만을 정하는 조건으로서, ‘지급’에 관한 조건에 해당한다.

이러한 관점에서 보면, 성과급은 성과조건의 성취에 따라 비로소 발생하는 급여로 처음부터 약정된 것이지만, 재직자 조건이 부가된 정기상여금은 그 발생에 대한 약정이 있고 그날그날의 근로제공으로 인하여 그 몫의 임금인 정기상여금이 이미 발생하였음에도 지급일 전에 퇴직한 근로자의 경우 재직자 조건으로 인하여 결과적으로 이를 지급 받지 못하게 되는 것이다.

따라서 사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자 조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로서 그 유효성을 인정할 수 없다. 나아가 유효한 취업규칙이나 개별적 근로계약 등에 재직자 조건이 규정된 경우에도 이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효이다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다209039 판결 참조). 설령 임금채권의 사전포기와 관련하여 이를 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 등의 일정한 요건 하에 예외적으로 그 유효성을 인정할 수 있다는 견해를 취한다고 하더라도, 아래 4)항에서 보는 바와 같이 정기상여금에 부가된 재직자 조건에 대하여는 합리적인 이유를 인정하기 어려우므로, 예외적으로 포기가 허용되는 경우라고 할 수도 없다.

3) 근로자와 사용자는 원칙적으로 자유롭게 임금의 지급조건을 정할 수 있음에도, 기본급에 재직자 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 기본급 부분도 지급하지 아니하는 것을 유효하다고 보는 견해는 상정하기 어렵다.

이것은 단순히 최저임금법 위반의 가능성이 있기 때문만이 아니라, 사용자가 근로자에게 지급하는 임금은 사용자와 근로자 사이의 계약관계에서 지급되는 반대급부인 금품에 불과한 것이 아니고, 근로자의 기본적인 생활을 유지하기 위한 수단이며, 근로자가 근로를 제공하는 근본 목적인다는 점과 관련이 있다고 할 수 있다.

그런데 고정급 형태의 정기상여금도 일정한 금액이 계속적·정기적으로 지급되어 근로자의 생활유지를 위한 안정적인 수단이 된다는 점에서 기본급과 다를 바가 없다. 특히 이 사건의 경우 정기상여금의 액수가 ‘통상임금 및 25시간의 시간 외 수당’을 합한 금액의 800%에 이르러 전체 임금에서 정기상여금이 차지하는 비중이 매우 높고, 월 단위로 계산한 정기상여금과 기본급을 비교하면 월할 정기상여금이 월 기본급의 80% 내외에 이르는바, 근로자의 생활유지를 위한 주된 원천이 된다는 측면에서 정기상여금이 근로자에 대하여 가지는 의미는 기본급과 다를 수가 없다. 또한 정기상여금에 ‘상여’라는 명칭이 사용되고, 상여금의 연원이 은혜적·포상적 성격의 이윤배분에서 비롯되었다고 하더라도, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 더 이상 본래 의미의 ‘상여’로서의 성질을 가지고 있지 아니하며, 오히려 근로자의 입장에서는 기본급과 마찬가지로 근로를 제공하기만 하면 그에 대한 기본적이고 확정적인 대가로서 당연히 수령을 기대하는 임금에 해당한다고 볼 수 있다.

이와 같이 정기상여금이 기본급에 준하는 임금으로서의 실질을 가진다고 보는 이상, 재직자 조건의 유효성을 판단함에 있어서도 기본급과 정기상여금을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없다. 따라서 기본급에 재직자 조건을 부가하는 것을 허용할 수 없는 것과 마찬가지로, 적어도 고정급 형태의 정기상여금에 재직자 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 그 유효성을 인정할 수 없다.

4) 정기상여금에 재직자 조건을 부가하는 목적 내지 필요성으로 일반적으로 주장되는 것은 근로자의 계속근로를 장려한다는 것이다. 그러나 정기상여금에 재직자 조건을 부가하여 이미 근로를 제공한 부분에 대하여도 정기상여금을 지급하지 아니하는 것은, 예컨대 장기근속자에게 추가적인 수당을 지급함으로써 계속근로를 장려하는 것과는 본질적인 차이가 있다.

즉 장기근속자에게 추가적인 수당을 지급하는 경우 장기근속자가 아닌 근로자는 장기근속자와의 관계에서 상대적으로 이를 지급받지 못하는 결과로 되는 것임에 비하여, 정기상여금에 부가한 재직자 조건을 이유로 이미 근로를 제공한 부분에 대한 정기상여금도 지급하지 아니하는 경우 그 근로자는 위 2)항에서 살핀 바와 같이 그날그날의 근로제공에 의하여 그 몫에 해당하는 정기상여금이 이미 발생하였음에도 이를 지급 받지 못하는 직접적인 불이익을 입게 되는 것이다.

이것은 결국 근로의 대가로 이미 발생하여 후불되어야 하는 임금을 지급하지 아니하는 일종의 제재적인 수단을 사용하여 근로자의 계속근로를 확보하려고 하는 것이며, 근로자의 입장에서는 이미 제공한 근로에 대하여 발생한 임금의 상실이라는 금전적 불이익을 피하기 위하여는 원하지 아니하더라도 정기상여금의 지급일까지 계속하여 근로를 제공할 수밖에 없음을 의미한다.

그런데 앞에서 살핀 바와 같이 임금은 근로계약의 단순한 반대급부에 불과한 것이 아니고 근로자의 기본적인 생활을 유지하기 위한 수단이며, 특히 정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다는 점을 고려하면, 위와 같이 이미 발생한 후불임금인 정기상여금의 부지급이라는 경제적 구속을 통하여 근로자의 계속근로를 확보하는 것은, 계속근로의 확보라는 목적을 달성하기 위한 정당하고 합리적인 수단이 될 수 없을 뿐만 아니라, 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못하도록 한 근로기준법 제7조 및 임금보호를 위한 각종 관계 법령의 취지에도 반하는 것이다.

나아가 이 사건의 경우 월 단위로 계산한 정기상여금 액수가 기본급의 80% 내외에 이르는 바, 정기상여금의 산정기간 내내 근로를 제공하였음에도 지급일에 재직하지 아니하였다는 이유로 이와 같이 큰 금액의 급여를 지급받지 못하게 되는 근로자 측의 불이익을 합리화할 수 있는 사용자 측의 그 밖의 이익이나 필요성으로 무엇이 있는지 상정하기 어렵다.

다. 이 사건의 해결

1) 피고의 정기상여금이 고정급 형태의 정기상여금이라는 사실, 피고는 급여규정에 있는 재직자 조건에 따라 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여는 이미 제공한 근로에 상응하는 부분도 지급하지 아니하여 온 사실 등은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1호증의 기재에 의하여 인정할 수 있다.

이러한 인정사실을 앞에서 살핀 바에 비추어 보면 피고의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효이고, 재직자 조건이 무효인 이상 피고의 정기상여금은 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것으로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이 되어 통상임금에 해당한다.

② 기술보증기금 판결(서울고등법원)¹¹⁾

서울고등법원은 기본성과연봉과 내부평가성과연봉의 최소보장 부분은 평가결과와 상관없이 지급되는데, 이에 대해 재직자 조건이 있어도 통상임금을 인정했다.

이 판결에서는 평가결과와 무관하게 차등 없이 지급되는 고정급 내지 최소보장 부분이 있는 정기적 임금 내지 급여에 부가된 지급일 기준 재직자 조건은, 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한, 무효라고 봄이 타당하다고 설시한다.

이 판결에서도 서울고등법원은 고정급인 성과연봉 부분에 부가된 재직자 조건이 무효인 이유에 대해 자세한 논증을 하고 있으므로 판결문을 상세히 인용하도록 하겠다.

가. 기본성과연봉, 내부평가성과연봉 중 최소보장 부분 : 각 통상임금 긍정

비록 ‘성과연봉’이라는 명칭을 사용하나, 기본성과연봉은 평가결과나 업무성과와 무관하게 차등 없이 지급되는 사실, 내부평가성과연봉 중 최소보장 부분도 평가결과와 상관없이 지급되는 사실은 앞서 보았다. 다만 위 각 임금에는 지급일 기준 재직자 조건이 부가되어 있으나, 아래와 같은 이유로 평가결과와 무관하게 차등 없이 지급되는 고정급 내지 최소보장 부분이 있는 정기적 임금 내지 급여(이하 ‘정기 고정급’이라 한다)에 부가된 지급일 기준 재직자 조건은 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한 무효라고 봄이 타당하다. 나아가 재직자 조건이 무효인 이상, 피고의 기본성과연봉과 내부평가성과연봉 중 최소보장 부분은 소정근로를 제공하기만 하면 확정적으로 지급되므로, 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금으로 통상임금에 해당한다.

1) 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기 고정급은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다.

그러므로 정기 고정급의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기 고정급에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 등 참조).

2) 임금에 대하여 조건이 부가될 수 있으나, 정기 고정급에 부가된 재직자 조건은 예컨대 성과급에서의 일정한 성과를 요구하는 성과조건과는 다르다. 성과급에서의 성과조건은 성과급이라는 급여를 ‘발생’시키는 조건이지만, 정기 고정급에 부가된 재직자 조건은 정기 고정급의 ‘지급’에 관한 조건에 불과하기 때문이다.

11) 서울고등법원 2019. 5. 14. 선고 2016나2087702 판결(기술보증기금 판결).

즉 성과급은 일정한 성과라는 조건의 성취 여부에 따라 급여를 청구할 수 있는 권리가 발생할 수도 발생하지 아니할 수도 있는 것으로, 성과급에서의 성과조건은 성과급 약정의 본래 내용의 일부를 이루는 것이다. 그에 비하여 ‘지급일 당시 재직하는 근로자에 한하여 지급한다.’거나 ‘지급일 이전 퇴직자에게는 지급하지 아니한다.’는 조건은 정기 고정급 약정의 기본적인 내용을 구성하는 것이 아니고 정기 고정급 그 자체와는 구분되는 외부적 조건일 뿐이다.

실제로 정기 고정급의 경우 지급액이 사전에 확정되어 정기적으로 지급되고, 그 발생을 위하여 별도의 조건이 요구되지 않는다. 피고의 보수규정운영요령에도 ‘비간부직의 기본성과연봉은 연 600%를 2월, 8월을 제외한 모든 월의 보수지급일에 각각 60%씩을 지급한다.’라고 하여 기본성과연봉이 확정적·정기적으로 발생하는 것으로 규정되어 있을 뿐 그 발생을 위한 어떠한 조건도 부가되어 있지 않으며, 내부평가성과연봉 중 최소보장 부분도 그 발생을 위하여 별도의 성과조건을 달성할 것을 요구하지 않는다. 따라서 정기 고정급의 경우 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로서 그날 몫의 정기 고정급에 대한 임금채권이 발생하고, 다만 실제 지급일만 약정된 지급기간에 따라 수일 또는 수개월 뒤로 늦추어지는 것이다.

결국 정기 고정급에 부가된 재직자 조건은, 위와 같이 그날그날의 근로제공에 의하여 이미 발생한 임금을 그 이후의 실제 지급일에 이르러 재직이라는 사실에 따라 지급 여부만을 정하는 조건으로서, ‘지급’에 관한 조건에 해당한다.

이러한 관점에서 보면, 성과급 중 평가결과 내지 업무성적에 따라 차등지급되는 부분은 성과조건에 따라 비로소 발생하는 급여로 처음부터 약정된 것이지만, 재직자 조건이 부가된 정기 고정급은 그 발생에 대한 약정이 있고 그날그날의 근로제공으로 인하여 그 몫의 임금인 정기 고정급이 이미 발생하였음에도 지급일 전에 퇴직한 근로자의 경우 재직자 조건으로 인하여 결과적으로 이를 지급받지 못하게 되는 것이다.

따라서 사용자가 정기 고정급에 일방적으로 재직자 조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로 그 유효성을 인정할 수 없다. 나아가 유효한 취업규칙이나 개별적 근로계약 등에 재직자 조건이 규정된 경우에도 이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효이다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다209039 판결 등 참조). 임금채권의 사전포기와 관련하여 이를 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 등의 일정한 요건 하에 예외적으로 그 유효성을 인정할 수 있다는 견해를 취한다고 하더라도, 아래 4)항에서 보는 바와 같이 정기 고정급에 부가된 지급일 기준 재직자 조건에 대하여는 합리적인 이유를 인정하기 어려우므로, 예외적으로 포기가 허용되는 경우라고 할 수도 없다.

3) 근로자와 사용자는 원칙적으로 자유롭게 임금의 지급조건을 정할 수 있음에도, 기본급에 재직자 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 기본급 부분도 지급하지 아니하는 것을 유효하다고 보는 견해는 상정하기 어렵다.

이것은 단순히 최저임금법 위반의 가능성이 있기 때문만이 아니라, 사용자가 근로자에게 지급하는 임금은 사용자와 근로자 사이의 계약관계에서 지급되는 반대급부인 금품에 불과한 것이 아니고, 근로자의 기본적인 생활을 유지하기 위한 수단이며, 근로자가 근로를 제공하는 근본 목적이라는 점과 관련이 있다고 할 수 있다.

그런데 정기 고정급도 일정한 금액이 계속적·정기적으로 지급되어 근로자의 생활유지를 위한 안정적인 수단이 된다는 점에서 기본급과 다를 바가 없다. 특히 이 사건의 경우 정기 고정급의 액수가 2012.12.28. 기준으로 기본급과 직무급을 합한 금액(이하 ‘기본연봉월액’이라 한다)의 600% 이상[기본성과연봉 : 410%(간부직) - 600%(비간부직) + 내부평가성과연봉 중 최소보장 부분 : 130%(전문직 별정직원) 260%(간부직)]에 이르러 전체 임금에서 정기 고정급이 차지하는 비중이 매우 높고, 월할 정기 고정급이 기본연봉월액의 50% 이상에 이를 뿐만 아니라, 기본성과연봉이 지급되지 않는 월에 내부평가성과연봉이 지급되는 식으로 위 각 임금이 교차하여 지급됨에 따라 정기 고정급이 매월 지급된다. 이러한 사정을 고려하면, 근로자의 생활유지를 위한 주된 원천이 된다는 측면에서 기본성과연봉과 내부평가성과연봉이 근로자에 대하여 가지는 의미는 기본급과 다를 수가 없다. 또한 비록 기본성과연봉과 내부평가성과연봉의 최소 보장 부분에 ‘성과연봉’이라는 명칭이 사용되고, 그 연원이 포상적 성격의 이윤 배분에서 비롯되었다고 하더라도, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기 고정급은 더 이상 본래 의미의 ‘성과연봉’으로서의 성질을 가지고 있지 아니하며, 오히려 근로자의 입장에서는 기본급과 마찬가지로 근로를 제공하기만 하면 그에 대한 기본적인 고 확정적인 대가로서 당연히 수령을 기대하는 임금에 해당한다고 볼 수 있다.

이와 같이 정기 고정급이 기본급에 준하는 임금으로서의 실질을 가진다고 보는 이상, 재직자 조건의 유효성을 판단함에 있어서도 기본급과 정기 고정급을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없다. 따라서 기본급에 재직자 조건을 부가하는 것을 허용할 수 없는 것과 마찬가지로, 적어도 정기 고정급에 지급일 기준 재직자 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 그 유효성을 쉽게 인정할 수 없다.

4) 정기 고정급에 재직자 조건을 부가하는 목적 내지 필요성으로 일반적으로 주장되는 것은 근로자의 계속근로를 장려한다는 것이다. 그러나 정기 고정급에 지급일 기준 재직자 조건을 부가하여 이미 근로를 제공한 부분에 대하여도 정기 고정급을 지급하지 아니하는 것은, 예컨대 장기근속자에게 추가적인 수당을 지급함으로써 계속근로를 장려하는 것과는 본질적인 차이가 있다.

즉 장기근속자에게 추가적인 수당을 지급하는 경우 장기근속자가 아닌 근로자는 장기근속자와의 관계에서 상대적으로 이를 지급받지 못하는 결과에 이르는 것에 불과함에 비하여, 정기 고정급에 부가한 재직자 조건을 이유로 이미 근로를 제공한 부분에 대한 정기 고정급도 지급하지 아니하는 경우 그 근로자는 위 2)항에서 살핀 바와 같이 그날그날의 근로제공에 의하여 그 몫에 해당하는 정기 고정급이 이미 발생하였음에도 이를 박탈당하는 직접적인 불이익을 입게 되는 것이다.

이것은 결국 근로의 대가로 이미 발생하여 후불되어야 하는 임금을 지급하지 아니하는 일종의 제재적인 수단을 사용하여 근로자의 계속근로를 확보하려고 하는 것이며, 근로자의 입장에서는 이미 제공한 근로에 대하여 발생한 임금의 상실이라는 금전적 불이익을 피하기 위하여 원하지 아니하더라도 정기 고정급의 지급일까지 계속하여 근로를 제공할 수밖에 없음을 의미한다.

그런데 앞서 살핀 바와 같이 임금은 근로계약의 단순한 반대급부에 불과한 것이 아니고 근로자의 기본적인 생활을 유지하기 위한 수단이며, 특히 정기 고정급은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다는 점을 고려하면, 위와 같이 이미 발생한 후불임금인 정기 고정급의 부지급이라는 경제적 구속을 통하여 근로자의 계속근로를 확보하는 것은, 계속근로의 확보라는 목적을 달성하기 위한 정당하고 합리적인 수단이 될 수 없을 뿐만 아니라, 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못하도록 한 근로기준법 제7조 및 임금보호를 위한 각종 관계 법령의 취지에도 반하는 것이다.

나아가 이 사건의 경우 월 단위로 계산한 정기 고정급 액수가 기본연봉월액의 50% 이상에 이르는바, 정기 고정급의 산정기간 내내 근로를 제공하였음에도 지급일에 재직하지 아니하였다는 이유로 이와 같이 큰 금액의 급여를 지급받지 못하게 되는 근로자 측의 불이익을 합리화할 수 있는 사용자 측의 그 밖의 이익이나 필요성으로 무엇이 있는지 상정하기 어렵다.

3. 일정 근무일수 조건 관련, 판례의 경향

일정 근무일수를 충족하여야 지급하는 임금은 고정성 부정한다는 전원합의체 판결의 이론을 각종 수당과 정기상여금에 대해 적용하여, 통상임금을 부정하는 대법원 및 하급심 판례가 나오고 있다.

다만 단순히 일정 근무일수 조건에 관한 전원합의체 판결의 법리를 그대로 정기상여금에 적용하고 있을 뿐이라고 이해된다.

① 성남시내버스 판결(대법원)¹²⁾

대법원은 상여금(매월 330,000원), 근속수당(1년당 10,000원씩을 가산) 등은 월 13일 이상을 승무(만근)한 근로자만을 대상으로 하므로 통상임금을 부정했다.

② 강원랜드 판결(대법원)¹³⁾

대법원은 정기상여금이 2개월 기준기간 중 15일 미만 근무자에게 지급하지 않으므로 통상임금을 부정했다.

12) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결(성남시내버스 판결).

13) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다212166 판결(강원랜드 판결).

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어, 피고의 상여금 지급지침 및 연봉제 급여규정 시행세칙상 2개월의 기준기간 중 15일 미만 근무한 일반 직원들 및 연봉제 직원들에게는 정기상여금을 지급하지 않는다는 내용의 정기상여금 지급 제외 규정은 단체협약을 보충한 것일 뿐 그와 어긋난다고 볼 수 없고, 계약직 직원들에 대해서는 정기상여금 지급 제외 규정을 두지 않았지만 계약직 직원들도 기준기간 중 15일 이상 근무하여야만 정기상여금을 지급한다는 점에 관하여 노사 간에 묵시적 합의 또는 노동관행이 성립하였으며, 특별상여금도 명문의 규정은 없지만 지급일에 재직 중인 직원에게만 지급된다는 점에 관하여 노사 간에 명시적·묵시적 합의 또는 노동관행이 성립하였다고 판단하였다. 또한 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어, 정기상여금과 특별상여금은 고정성이 결여되어 통상임금에 산입될 수 없다고 보아, 정기상여금과 특별상여금이 통상임금에 해당함을 전제로 피고에게 추가 법정수당, 퇴직금 및 중간 퇴직금의 지급을 구하는 원고들의 청구를 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 단체협약과 취업규칙의 효력관계, 취업규칙의 불이익변경 여부, 통상임금의 고정성, 노동관행에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하는 등의 잘못이 없다.

③ 현대자동차 판결(서울고등법원)¹⁴⁾

서울고등법원은 2개월간의 실 근무일수가 15일 미만 근무한 자에게는 정기상여금 지급을 제외하므로 통상임금을 부정했다.¹⁵⁾

상여금은 기준기간 중 15일 이상 근무하여야 한다는 추가적인 조건이 성취되어야 지급되는 것이므로 고정성을 갖추지 못하였다고 판단된다. 따라서 원고에 대한 상여금은 통상임금에 해당하지 않으므로 이와 다른 전제에 선 위 원고들의 위 주장은 이유 없다.

④ 기타 하급심 판결¹⁶⁾

14) 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033 판결(현대자동차 판결).

15) 아울러 이 판결에서는 근기법상의 감급제한이 적용되지 않는다는 점도 판단하고 있다. “3) 지급제외자 규정의 근로기준법 제95조 위반 여부: 근로기준법 제95조는 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급의 제재를 정하여 이미 발생한 임금청구권을 제한할 경우에 그 감액의 한도를 정한 규정이다. 이와 달리 지급제외자 규정은 상여금청구권 발생에 15일 이상 근무일수의 충족이라는 지급조건을 부가한 것이므로 15일 이상의 근무일수를 충족하지 않으면 상여금청구권 자체가 발생하였다고 볼 수 없다. 따라서 지급제외자 규정에 관하여 감급의 제한규정이 적용될 수는 없다. 위와 같은 이유로 지급제외자 규정이 지급제한사유에 불과하여 고정성 판단에 영향을 미칠 수 없다고 볼 수도 없다.”

16) 그 밖에 통상임금을 부정한 하급심 판결로, 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2015나25909 판결(서울특별시도시철도공사 판결 - 매월 지급되는 상여수당에 월 15일 이상의 근무일수 충족 조건) 등.

4. 판례 경향의 요약

정기상여금에 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 있는 경우, 전원합의체 판결이 설시한 법리를 그대로 적용하여, 통상임금성을 부정하는 판결이 많다.

그러나 서울고등법원 판결 중에서는 재직자 조건이 정기상여금 같은 고정적인 임금에 붙는 것이 무효라고 판단하고, 정기상여금의 통상임금성을 긍정하였다. 그러한 지급 조건의 유효성 여부에 대해 장대한 논증을 하고 있는 바, 이러한 점에 대해 향후 대법원에서 어떻게 판단할지가 중요하다.

또한 일정 근무일수 조건과 관련하여서도 그 조건의 유효성 문제에 대해 전면적으로 다루어지는 상황이 될 수도 있다.

통상임금에 관한 해석론에서, 법원은 재직자 조건과 일정 근무일수 조건이 그 자체가 유효할 수 있는 경우를 제한하는 법리에 관해 고민하여야 한다. 전원합의체 판결은 그러한 조건이 있는 경우 통상임금이 아니라고 판단하였을 뿐이다. 그러한 조건이 유효한지 여부를 판단한 것은 아니었다. 그러한 조건이 무효라면 그러한 조건을 이유로 통상임금에 포함시키지 않는 해석은 불가능해진다. 따라서 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 부가된 정기상여금에 대해서, 그러한 조건이 유효한지를 먼저 판단하여야 한다.

Ⅲ 재직자 조건, 일정 근무일수 조건의 유효성 검토

1. 문제의 소재

임금지급조건은 근로조건으로서 근로자와 사용자간에 자주적으로 정하지만, 적법하여야 유효하다. 근로기준법에 임금의 지급조건으로 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대해 직접 규율하는 규정이 없지만, 그러한 조건을 두는 것은 전적으로 노사간의 자치에 맡겨져 있다고 해석하여서는 안된다.

근로자의 근로 제공에 대해 사용자는 임금을 지급할 의무가 있다. 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이라는 ‘지급’ 조건은 결국 퇴직자 부지급, 근무일수 미달자 부지

급을 정하는 ‘부지급’ 조건을 의미한다. 이미 근로를 제공하였음에도 퇴직, 근무일수 미달이라는 이유로 임금을 지급하지 않는다.

근로를 제공하였음에도 적정한 임금을 지급하지 않는 것은 노동착취이며 강제근로와 다름없다. 임금의 일부를 계속 지급하지 않는 것도 노동착취이다. 정기상여금에 부지급 조건에 따라 임금상실이 초래되므로, 임금이 안정적으로 지급되지 못하고 있다. 임금상실을 모면하기 위해서는 계속 재직하여야 하고, 일정 근무일수를 채워야 한다. 이는 퇴직의 자유를 제한하는 등 강제적으로 근로하는 경우가 될 수 있다. 한편으로는 기간제 근로자에게는 기간 만료로 지급 조건을 성취하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 근로제공에 따른 정당한 대가가 제대로 지급되지 않은 것이 된다.

재직자와 퇴직자, 만근자와 결근자 등을 합리적인 이유 없이 차별하는 것은 ‘유(有)노동 유(有)임금’, ‘무(無)노동 무(無)임금’이라는 임금지급의 원칙 내지 임금의 본질에 어긋나지 않는다.

따라서 그러한 부지급 조건에 대해 노사가 합의하더라도, 그러한 부지급 조건이 적법한지를 평가하여야 한다.

2. 임금의 일부분을 지급하지 않는 부지급 조건의 유효성 판단 기준

(1) 판단 기준에 관한 법리

1) 사용자는 근로자로부터 근로를 제공한 대가로 임금을 지급하여야 하므로(근로기준법 제2조 제1항 제5호 및 제43조 참조), 이미 근로를 제공하였음에도 다른 추가적인 조건이 충족되지 않아 임금의 일부분을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있다.

근로기준법은 제17조(근로조건에 명시) 규정에서 근로계약을 체결할 때 임금의 계산방법에 관해 명확히 정하도록 하고 있으며, 제43조(임금 지급) 제2항 규정에서 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다고 규정하여 임금지급의 안정성을 보호하고 있다. 같은 법 제7조(강제 근로의 금지) 규정에서 어떠한 모습이든지 강제근로를 금지하고 있다. 민법 제103조(반사회질서 법률행위) 규정에서 사회질서에 위반하는 행위는 무효로 하고 있다. 이러한 근로기준법상의 임금 보호와 강제근로

금지의 근본취지 및 반사회질서 행위의 무효 등을 고려하면, 임금의 지급과 관련한 조건에 있어서도 임금을 상실하게 하는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 확보되어야 한다. 즉 사회통념상 상당성을 갖추지 못한 부지급 조건은 근로기준법상의 임금 보호(제17조 및 제43조 참조)와 강제근로 금지(제7조 참조)의 근본취지에 어긋나며 반사회질서 행위(민법 제103조 참조)에 해당되므로 적법하지 않아 무효이다.

그리고 부지급 조건이 사회통념상의 상당성이 있는지를 판단함에 있어서는, 해당 임금 항목의 성질과 지급하려는 목적, 지급하는 방식 및 형태, 지급 조건의 구체적 내용 등을 고려하여 해당 임금 항목에 그러한 조건을 설정함에 합리적인 필요가 인정되는지 여부,¹⁷⁾ 지급 조건을 충족하지 못하여 상실되는 금액의 정도가 지나치게 과도하지 않고 적절한지 여부¹⁸⁾ 등을 종합하여 판단하여야 한다.

2) 한편 통상임금에 포함되는 임금항목에 대하여 일정한 지급 조건을 붙이는 이유가 오로지 통상임금에 포함되는 것을 방지하기 위함이라면 근로기준법상의 근로시간 규율과 통상임금 법리에 따른 규율을 모면하려는 탈법행위에 해당되므로 당해 지급 조건은 무효가 된다.

일정한 지급 조건이 부가되어 있지만 지급되지 않는 상황이 거의 발생하지 않음에도 불구하고 당해 지급 조건을 명복상 부가한 경우라면, 통상임금에 포함되지 않도록 하려는 탈법적인 의도가 인정될 수 있다. 그러한 지급 조건이 부가된 임금항목의 금액의 정도가 과도할수록 단지 통상임금에서 제외하려는 탈법적인 의도로 그러한 지급 조건을 설정했을 가능성도 높아진다. 따라서 당해 임금항목이 통상적으로 지급되

17) 근로제공의 성과가 완성에 이르는 경우 지급하는 도급제 임금처럼 일이 완성되지 못하였다는 이유로 임금을 지급하지 않는 것은 사회통념상 인정할 수 있는 예외가 된다. 이와 달리 일반적인 근로제공의 모습에서는 매 근로일을 기준으로 보면 하루하루의 근로제공은 완성된 것이다. (매월 1회 이상 임금 지급 원칙은 노동의 대가인 임금이 계속 지급되지 않고 미뤄지는 상황을 1개월까지만 원칙적으로 허용하겠다는 취지로도 이해될 수 있다.) 그럼에도 불구하고 이미 근로를 제공하였는데도 일정 임금항목을 지급하지 않는 부지급 조건은 원칙적으로 노동착취이며 강제근로이다. 일정 임금항목을 지급하지 않는다면 대상기간 동안의 실제의 근로제공에 대한 가치를 다르게 평가할만한 합리적인 이유가 있어야 한다. 퇴직, 일정 근무일수 미달이 그러한 합리적인 이유가 될 수 있는가 검토되어야 한다(‘합리적 필요성’ 검토).

18) 퇴직, 일정 근무일수 미달이라는 부지급 조건에 따라 임금이 상실되는 정도가 과하다면 근로자는 그러한 임금상실을 피하기 위하여 재직, 근무일수 충족을 강제 받는다. 결국 강제근로로서 위법하다고 평가받지 않으려면 그 부지급 조건을 붙이는 이유에 비추어보더라도 그 부지급 조건이 붙은 임금항목의 비중이 과다하지 않고 적정하여야 한다(‘금액비중의 적정성’ 검토).

고 있는지 그 지급 실태뿐만 아니라, 당해 임금항목의 임금을 지급하려는 진정한 이유와 그 임금항목에 지급 조건을 부가하려는 진정한 이유가 무엇인지, 그 임금항목의 지급액의 정도가 지나치게 다액인지 등 여러 사정을 면밀히 살펴, 통상임금에 포함시키지 않으려는 탈법적인 의도가 있는지 여부를 판단하여야 한다.

또한 종전에 각종 수당, 상여금 등을 통상임금에 포함시키지 않도록 정하고 있다가 전원합의체 판결이 내려진 후 통상임금에 포함됨이 분명해진 사업장에서 오로지 통상임금에 포함시키지 않도록 할 의도에서 일정한 지급 조건을 추가하여 부가하는 경우에는, 그 수당, 상여금 등의 실질적인 성질이 종전과 다르게 변화됨이 없이 단지 통상임금의 법리를 모면하기 위하여 형식적으로 그러한 조건을 추가하는 행위에 불과하므로, 근로기준법상의 근로시간 규율과 통상임금의 법리에 따른 규율을 모면하려는 탈법행위로서 무효이다.

(2) 일정 근무일수 조건, 재직자 조건에 위 법리의 적용상의 유의점

1) 근로자의 근로 제공에 대해 사용자는 임금을 지급할 의무가 있다. 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이라는 ‘지급’ 조건은 결국 퇴직자 부지급, 근무일수 미달자 부지급을 정하는 ‘부지급’ 조건을 의미한다. 이미 근로를 제공하였음에도 퇴직, 근무일수 미달이라는 이유로 임금을 지급하지 않는다.

2) 퇴직, 일정 근무일수 미달이라는 부지급 조건에 따라 임금이 상실되는 금액의 정도가 크면 클수록 근로자는 그러한 임금상실을 피하기 위하여 재직, 근무일수를 충족하도록 더욱 강제 받는다. 따라서 근기법이 강제근로를 금지하는 취지에 어긋나지 않으려면 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 따라 지급받지 못하더라도 지나치게 과도한 임금상실이 되지 않아야 한다. 당해 임금항목의 임금을 지급하려는 실질적인 이유에 비추어, 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 충족하지 못하여 상실되는 임금액의 정도가 ① 지급주기 전체에 걸쳐 통상적으로 지급되는 다른 기본임금액과 비교하여 지나치게 과도하거나 ② 매월 통상적으로 지급되는 다른 기본임금액과 비교하여 지나치게 과도하다면, 지나치게 과도한 임금상실에 해당된다.

3) 특정 임금항목의 지급주기가 길면 길수록 부지급 조건이 강제근로로 평가될 소지가 높아진다. 재직자 조건은 지급일(또는 지급기준일)까지 재직하지 않는 경우 지급

받지 못하기 때문에, 지급일의 도래에 장기간이 걸리면 그 때까지 퇴직의 자유가 지나치게 억제된다. 따라서 당해 임금항목의 실질을 보아 재직자 조건을 부가하는 합리적인 이유가 있어야 하며, 또한 그러한 이유에 비추어 상실되는 금액의 정도가 지나치게 과도하지 않아야 한다.

한편 일정 근무일수 조건이 최소한의 적은 근무일수를 제시하는 경우라면 강제근로로 평가될 소지는 낮다. 반면 일정 근무일수 조건이 만근의 근무일수를 제시하는 경우처럼 많은 근무일수를 제시하는 경우라면 강제근로로 평가될 소지는 높다. 다만 이러한 경우에도 상실되는 임금액의 정도에 비추어 강제근로인지 여부가 판단되어야 한다.

4) 재직자 조건에도 불구하고 실제 퇴직이 빈번하지 않아 퇴직자로 지급되지 않는 경우가 거의 발생하지 않는다면, 전술하였듯이 오로지 통상임금에 포함되는 것을 방지하기 위한 탈법행위일 가능성이 높아진다.

마찬가지로 일정 근무일수 조건 중 최소한의 적은 근무일수를 제시하여 실제 그 지급조건을 충족하지 못하여 지급되지 않는 경우가 거의 발생하지 않는다면, 오로지 통상임금에 포함되는 것을 방지하기 위한 탈법행위일 가능성이 높아진다. 일정 근무일수 조건이 만근의 근무일수를 제시하는 경우처럼 많은 근무일수를 제시하는 경우라도, 실제로 대부분이 그 지급조건을 충족하고 있다면, 오로지 통상임금에 포함되는 것을 방지하기 위한 탈법행위일 가능성이 있다.

(3) 재직자 조건이 유효할 수 있는 경우의 예

1) 재직 그 자체가 임금 지급의 이유가 되지 않는다. 전원합의체 판결에서도 종전의 판례¹⁹⁾의 태도와 마찬가지로, 임금은 근로제공의 대가이며 이른바 ‘종업원으로서의 지위’의 대가가 아니라는 임금일체설을 유지하고 있다. ‘종업원으로서의 지위’가 다른 아닌 ‘재직’이다. 어떠한 임금 항목이 재직자 지급 조건을 달고 있더라도, 그 임금 항목의 법적 성격이 임금이라면, 특정 시점에서의 재직에 대한 대가가 아니라 그간의 근로제공의 대가로 지급하는 것이며, 단지 특정 시점에서의 재직을 지급 ‘조건’으로 하고 있을 뿐이다.

19) 대법원 1995. 12. 20. 선고 94다26721 전원합의체 판결 등.

임금일체설에서 보면, 특정 시점에 재직하였다는 것, 달리 말해 퇴직하지 않았다는 것 자체는 임금을 지급하는 대가가 되지 않는다. 임금은 근로제공의 대가이다. 법적 성질이 임금인데도 단지 특정 시점에서 재직하지 않고 중간에 퇴직하였다는 이유만으로 이미 근로를 제공한 것에 대한 대가를 지급하지 않는 것은 부당하다. 즉 퇴직은 근로제공의 대가의 지급을 부정할만한 사유가 되지 않는다. 이러한 점에서 임금에 대해 특정 시점에서의 재직을 지급 기준으로 하는 재직자 조건은 원칙적으로 사회통념상 상당성을 가질 수 없다.

2) 다만, 재직자 조건이 부가된 임금항목의 실질에 비추어 보아 예외적으로 재직자 조건이 사회통념상 상당성을 가질 수 있는데, 그러한 경우 재직자 조건은 ‘예외적으로 유효’하다고 판단된다.

다시 돌아가 전원합의체 판결을 살펴보면, 재직자 조건이 문제된 임금항목은 명절상여금, 하계휴가비, 생일자지원금, 연금보험료지원금 등이다. 특정한 날에 돈이 쓰이는 일이 있고 그 돈을 지원해주는 것이 복리후생에 해당한다는 사회통념과, 그 특정한 날이 되기 전에 퇴직하였다면 퇴직 이후 돈이 쓰이는 것까지 기업이 당겨서 지원하지는 않거나 또는 그 특정한 날 이후에 입사하였다면 입사 이전에 돈을 쓴 것까지 기업이 소급하여 지원하지 않더라도 섭섭하지 않다는 사회통념이 그 근거에 있다. 즉 명절상여금 등에 붙어있는 재직자 조건은 ‘사회통념에 비추어’ 적법하고 유효할 수 있다.

이처럼 임금항목은 대부분 재직자 조건에 친(親)하지 않으나, 예외적으로 친한 것도 있을 수 있다. 근로의 제공과 직접 관련이 없는 특정한 시점을 중시하여 그 시점에 대응하여 지급하는 복리후생적인 성격이 높은 임금항목은 재직자 조건에 친(親)하므로, 그러한 임금항목에 부가된 재직자 조건은 사회통념상 상당성을 가진 유효한 지급조건으로 평가될 수 있겠다.

과거에는 복리후생의 목적을 가졌던 각종의 복리후생수당들이 진정한 복리후생의 목적을 상실하면서 형식적 명목만을 남긴 채 소정근로의 대가인 임금으로 변화한 경우가 많다. 매월 일률적으로 일정액이 지급되는 교통비, 식대 등이 그러하다. 단지 복리후생수당의 명목을 가졌다고 하여 재직자 조건에 친하다고 볼 수 없다.

3) 과거에는 김장수당, 월동수당 등도 있었는데, 이제는 김장을 담지 않고 월동을

위해 연탄을 대량구매하지 않는다. 그렇지만 지금도 설·추석 명절에 많은 돈이 필요하다. 광복절에 가슴이 뛰고 기뻐했던 일은 과거의 추억으로 되었을 뿐이다. 국경일에도 ‘경사’를 느끼지 못한다. 미래 어느 시기에 대다수 사람들이 명절을 쇠지 않는다면 그때의 명절상여금은 명목에 불과하고, 재직자 조건은 사회통념에 반하고, 명절상여금도 통상임금에 해당될 것이다. 재직자 조건의 유효성, 통상임금에 포함시키지 않아도 무방함은 사회통념이 지지하여야 가능하다.

4) 명절상여금에 부가된 재직자 조건이 유효하려면, 아울러 그 지급액의 정도가 지나치게 과도하지 않아야 한다. 지급받지 못하는 경우에 지나치게 과도한 정도의 임금상실이 초래된다면, 그 지급 조건은 사회통념상의 상당성이 안정될 수 없기 때문이다.

전원합의체 판결에서는 설·추석상여금은 기준임금(법상의 통상임금이 아니라 노사합의로 정한 소정의 통상임금)의 50%로 정한 경우이다. 아무리 명절상여금 명목의 임금항목이더라도 통상의 월 급여의 50%를 초과하는 금액을 정하면서 재직자 기준을 두었다면 중도 퇴직자에게 임금 상실의 정도가 과도하다고 평가될 수 있겠다.

(4) 일정 근무일수 조건이 유효할 수 있는 예

1) 근로가 제공되면 그에 상응하는 임금이 지급되어야 한다. 근로자는 하루의 근로를 제공하면 그날의 몫의 임금을 지급받아야 한다. 매일 지급하지 않고 월급제처럼 지급 시기를 미루는 경우에도, 매일 지급하여야 할 고정적인 임금을 지급 기간 동안 누적하여 후불하는 것일 뿐이다. 지급 기간이 수개월 단위인 경우에도 마찬가지이다.

그런데 일정 근무일수 조건은 그 조건의 충족 여부에 따라 지급 여부 또는 지급액이 달라진다. 매일 고정된 임금을 단순히 누적한 것이 아니라, 일정 근무일수를 기준으로 계단 구조를 갖는다. 따라서 일정 근무일수 조건이 적법하기 위해서는, 일정 근무일수의 충족 여부에 따라 이미 제공된 근로의 가치가 다르게 평가될 수 있는 이유, 즉 합리적 필요성을 갖추어야 한다.

또한 합리적인 필요성이 인정되더라도 과도한 비중이 되지 않아야 한다. 일정 근무일수 미충족자에게 지급하지 않는데, 이미 근로를 제공한 날들이 있음에도 임금액이 상실되는 정도가 과도하다면, 근로에 대한 대가를 정하는 기준으로 사회통념상 상당성을 상실한다.

2) 이러한 점에서 볼 때 과도하지 않은 금액을 정한 만근수당은 유효한 지급 조건으로 인정될 수 있다. 만근을 독려한다는 취지인데, 이는 대상 기간 동안의 근로 제공에 대해 만근인 근로의 가치를 추가적으로 인정하여 기본 임금에 추가하여 지급한다는 의미를 갖기 때문이다. 특히 당해 업무 및 근무형태의 특성을 고려하여 안정적으로 근로제공을 확보할 필요가 높은 경우(예: 노선버스운행업무), 만근을 독려하는 만근수당은 합리적 필요성이 쉽게 인정될 수 있다.

다만 만근수당인 경우에도 그 금액이 과도한 정도에 이르지 않아야 한다. 그 조건을 충족하지 못하는 경우 임금상실이 과도하다면, 만근 독려의 의도에도 불구하고 결근자에 대한 제재로서의 실질이 강하며, 그 제재가 과도하다는 점에서 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵기 때문이다. 근로법 제95조(제재 규정의 제한) 규정에서 감급(減給)의 제재가 총액이 1임금지급기의 임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다고 규정한다. 만근수당은 만근을 하지 않은 자에 대해서는 실질적으로 감급의 제재에 해당하므로, 만근 여부에 따라 월 급여의 10%를 초과하여 임금을 상실하게 하는 제도는 위 규정을 위반하고 사회통념상 상당성을 상실한다.

또한 만근수당이 합법적으로 유효하다 하더라도 통상임금성을 부정하는 요소로 해석되어서는 안된다. 만근은 소정근로가 제공되는 통상적인 모습이므로, 만근을 조건으로 하더라도 통상임금이 부정되지 않는다. 하루에 8시간을 근무시간으로 정하듯이, 한 달의 날(토, 일요일을 제외한 날)을 근무일로 정한 것이므로, 만근수당(또는 만근 조건이 있는 임금항목)은 ‘월의’ 소정근로의 대가로서 지급하는 임금이므로 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다.

3) 근로계약상 근로의무가 있는 소정근로 일수보다 적은 일수를 기준으로 지급 여부를 달리하는 임금항목은, 충족하여야 할 근무일수가 만근에 가까울수록 만근수당과 유사하게 법적 평가가 내려질 수 있다.

당해 사업장의 특성상 지나치게 결근자가 많아 출근을 장려하기 위한 목적으로 일정 근무일수를 지급 조건으로 하는 수당(출근장려수당)은 적법할 수 있다. 다만 금액 비중이 높은 임금항목을 출근 장려라는 명목으로 부지급하는 것은 사회통념상 상당성을 상실한다.

4) 근로계약상 근로의무가 있는 소정근로 일수와 비교하여 지나치게 적은 근무일

수를 요구하는 경우(예를 들어 주5일을 근무하여 월의 소정 근로일이 대략 20일 정도인 사업장에서 1개월 기간 동안 5일 이상 근무할 것을 지급 조건으로 부가하는 경우)에는 일반적으로 합리성을 가질 수 없다. 소정근로 일수 전체가 근로의무가 있기에 사용자가 출근·결근에 대해 감독하기 때문이다. 아울러 이러한 지급 조건은 통상임금성을 부정하기 위한 탈법행위 의도에서 둔 것일 가능성이 높다.

5) 일정 근무일수의 충족이 변형된 성과급으로 유효한 경우도 있을 수 있다. 당해 업무 및 근무형태의 특성을 고려하여, 근로계약상 출근 의무가 있는 근로일을 미리 정하지 않는 대신, 특정일의 출근 여부를 근로자가 재량적으로 정하거나 노사간에 수시로 협의하여 정하게 되는 경우에는, 대상 기간 중의 일정 근무일수를 기준으로 추가 수당을 지급함으로써 충분한 근로 제공을 확보하려는 임금지급방식도 나름대로 합리성을 가진다. 이러한 수당은 변형된 성과급에 해당되므로 지급 조건에 적법성이 인정될 수 있다. 예를 들어 업무가 주기적으로 발생하나 근무 요일을 굳이 특정할 필요 없이 1주일에 2, 3일 정도 근로자가 재량적으로 판단하여 출근하여 일을 처리하면 되는 경우, 매주 2일 이상 출근하면 지급하는 수당을 둬으로써 간접적으로 출근을 확보하려 한다면, 매주 2일 근무일수 기준도 합리적 필요성이 인정되어 적법하다.

이러한 수당은 일정 근무일수를 조건으로 하면서도, 아울러 출근의무가 없어 소정 근로의 일수를 확정하지 않았기에 변형된 성과급에 해당되므로, 소정근로의 대가인 통상임금으로도 인정되지 않는다.

3. 정기상여금의 경우 판단

(1) 판단 법리

① 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우

정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있으므로 고정급 형태의 임금에 해당한다.

따라서 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은, 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지

로 해석되는 한, 무효이다. 고정급 형태의 정기상여금은 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하며, 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것이므로 그 유효성을 인정할 수 없다.

한편 근로를 제공하였음에도 다른 추가적인 조건이 충족되지 않아 임금의 일부분을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있는데, 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 사회통념상 상당성을 상실하여 무효이다. 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 재직자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, 퇴직하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하기 때문이다.

정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효이므로, 퇴직자에게도 이미 근무한 기간에 해당하는 정기상여금을 지급하여야 한다. 또한 정기상여금에 부가된 재직자 조건이 무효이므로, 정기상여금은 고정성이 인정되어 통상임금 포함되는 임금에 해당한다.

② 정기상여금에 일정 근무일수 조건이 부가된 경우

정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있으므로 고정급 형태의 임금에 해당한다.

고정급 형태의 정기상여금에 부가된 만근 조건은, 만근하지 않은 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한, 무효이다. 고정급 형태의 정기상여금은 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하며, 정기상여금에 부가된 만근 조건은 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것이므로 그 유효성을 인정할 수 없다.

한편 근로를 제공하였음에도 다른 추가적인 조건이 충족되지 않아 임금의 일부분을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있는데, 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 사회통념상 상당성을 상실하여 무효이다. 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 일정 근무일수를 충족한 자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, 당해 근무일수를 충족하지 못하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하기 때문이다.

또한 고정급 형태인 임금인 정기상여금 대해 매우 적은 근무일수를 정한 지급 조건을 부가할 뿐인 경우는, 단지 통상임금성을 부정하기 위한 탈법행위 의도에서 그러한 조건이 부가된 것으로서 탈법행위에 해당하여 무효이다.

정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 무효이므로, 일정 근무일수를 충족하지 못한 자에게도 근무일수에 상응하는 정기상여금 부분을 지급하여야 한다. 또한 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건이 무효이므로, 정기상여금은 고정성이 인정되어 통상임금 포함되는 임금에 해당한다.

(2) 정기상여금은 고정급인 임금이다.

1) 현재 우리 사회에서 널리 통용되고 있는 정기상여금은 고정급 형태의 임금이다. 정기상여금은 기준이 되는 임금의 몇 %를 지급주기에 따라 일률적으로 지급하는 형태로 일반화되어 있다. 이러한 정기상여금은 고정적으로 지급되는 고정급인 임금이다.

2) 본래의 언어적 의미의 상여금(賞與金) 또는 보너스(bonus)는 지급 여부와 관련하여, 지급 시기, 지급액 및 지급대상자를 사용자가 ‘자의적’으로 결정하여 ‘호의적’으로 주는 것이었다. 따라서 근로를 제공하는 대가로 미리 지급을 약속한 임금이 아니다.

그런데 일본에서는 종업원 전체에게 상여금의 지급을 확대하면서 제공된 근로의 ‘결과’에 대해 일정한 ‘평가’(評價)를 토대로 상여금을 지급하는 관행이 형성되기 시작하였다. 예를 들면, 1년에 두 번의 지급주기를 정하고, 그간에 제공된 근로의 결과에 대하여 수량적인 평가(출근율·결근율, 연장근로 일수의 정도 등)와 질적인 평가(개인별 또는 부서별로 업적, 기여도, 성취도 등)를 거쳐 지급 대상자와 지급액을 개별적으로 결정한 후 지급하는 상여금이다. 즉 종업원의 근무성적에 대해 고과(考課)를 하여 개인별로 상여금을 배분하는 상여금이다. 지금도 일본에서는 이러한 형태의 상여금이 보편화되어 있다. 근로를 제공한 이후 그 결과에 대한 평가에 따라 사후적으로 지급액이 개별적으로 결정된다는 점에서, 사후에 상(賞)으로 지급된다는, 상여금의 속성을 여전히 지니고 있다. 제공된 근로의 결과에 대한 수량적 내지 정량적(定量的)인 평가이어도, 근로시간수나 근로일수에 따라 비율적이거나 객관적으로 반영함에 그치는 것이 아니라, 나름대로 주관적인 중요도에 따른 평가 기준(예를 들어 출근율·결근율을

반영하는 계수)을 설정하여 평가한다는 점에서, 사후적인 평가라는 속성이 유지된다. 제공된 근로의 결과에 대한 질적인 내지 정성적(定性的)인 평가에서는 평점자의 주관성이 강조되는 경우도 있는데(예를 들면 기여도·능력도를 고과에 반영), 그 경우에는 평가에서의 자의적인 속성도 아울러 지니게 된다. 결국 이러한 상여금은 평가에 따라 지급되는 성과급이다. 지급받는 근로자의 입장에서는 사전적으로 정해놓은 고정급 임금이 아니라 성과급처럼 사후적으로 정해지는 변동급 임금이 된다.²⁰⁾

3) 그러나 우리나라에서 일반화되어 있는 정기상여금은 기준이 되는 임금의 몇 %를 지급주기에 따라 일률적으로 지급하는 단순한 계산 방식을 가질 뿐이다. 근로가 제공된 결과에 대한 평가라는 요소가 전혀 없다. 대상 기간 중의 실제의 근무 정도를 고려하는 방식으로 휴직자, 복직자, 신규 입사자, 퇴직자, 일정 근무일수의 미달자 등에 대해 감액 지급, 부지급 또는 일할 지급 등의 기준을 두고 있는 경우가 있다. 그 경우도 미리 정해 놓은 기준에 따라 기계적인 반영을 할 뿐이어서, 제공된 근로의 결과를 다시 평가하였다고는 볼 수 없다. 그래서 일본과 달리 우리나라의 정기상여금은 미리 정해놓은 계산 방식에 따라 지급될 뿐이라는 점에서 고정급인 임금이다.

이러한 점에서 서울고등법원의 세아베스틸 판결²¹⁾이 “고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다.” 및 “실제로 고정급 형태의 정기상여금의 경우 지급액이 사전에 확정되어 정기적으로 지급되는 것이고, 그 발생을 위하여 별도의 조건이 요구되지 않는다. 피고의 급여규정에도 ‘상여금은 연간 800%를 지급하고, 짝수월 25일에 각 100%씩 지급하며, 4월에는 200%, 7월에는 100%를 지급한다’ 라고 하여 상여금이 확정적·정기적으로 발생하는 것으로 규정되어 있을 뿐 정기상여금의 발생을 위한 어떠한 조건

20) 일본의 경우, 지급기간이 1개월을 초과하여 지급하는 상여금은 연장근로의 가산에 기준이 되는 임금에 포함시키지 않고 있다. 이때의 상여금에는 고정적으로 지급되는 상여금이 제외된다. 즉 “① 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라 지급되어, 그 지급액이 확정되어 있지 않은 것만을 상여로 보고, ② 정기적으로 지급되고 또한 지급액이 확정되어 있는 것은 상여로 보지 않는다.”는 행정해석을 따르고 있다. 권오성, “정기상여금에 붙은 ‘지급일 재직 조건’의 문제점”, 「노동법논총」 제41집, 한국비교노동법학회, 2017. 12, 234쪽; 권오성, “‘재직 조건’ 정기상여금의 통상임금성”, 「중앙법학」 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018. 6, 329쪽 등 참고.

21) 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결(세아베스틸 판결).

도 부가되어 있지 않다. 따라서 성과조건을 성취할 때까지는 임금채권이 발생하지 아니하는 성과급과 달리 고정급 형태의 정기상여금의 경우 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로서 그날 몫의 정기상여금에 대한 임금채권이 발생하고, 다만 실제 지급일만 약정된 지급기간에 따라 수일 또는 수개월 뒤로 늦추어지는 것이다.”라고 언급한 부분을 이해할 수 있다.

4) 일본에서도 상여금의 지급에 재직자 조건이 있거나 최소 근무일수 조건이 있는 경우도 있다. 그러나 그러한 조건만이 지급 여부를 결정하는 유일한 조건이 아니라, 전술하였듯이 개개인의 근로 제공의 결과에 대해 사후적으로 일정한 평가를 하여 개별적으로 지급액이 결정된다. 이처럼 사후적인 평가를 거쳐 지급하는 성과급으로서의 상여금의 경우, 재직자 조건이나 최소 근무일수 조건은 일종의 컷오프(cutoff) 조건으로 추가되었다는 의미를 가질 뿐이며, 사후적 평가에 따라 상(賞)으로 지급된다는 상여금의 속성에는 변화가 없다.

우리나라의 정기상여금 중에는 일본의 지급 조건 중 재직자 조건이나 최소 근무일수 조건을 따라한 경우가 있지만, 일본의 상여금의 사후 평가적인 요소는 전혀 받아들이지 않았다. 그래서 상여금의 본래적 속성이 유지되지 못하고 있다. 그 대신 우리나라에서는 정기상여금을 기준임금의 몇 %라는 고정적인 기준으로 정하였다. 본래의 의미에서의 상여금이 아닌 ‘고정급 형태의 정기상여금’으로 변했다.²²⁾ 그러므로 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 존재한다는 점만으로 ‘고정급 형태’가 다시 성과급과 유사한 변동급 형태로 달라지지 않는다.

(3) 정기상여금의 부가된 재직자 조건은 무효이다.

1) 우리나라에서 정기상여금의 일반적인 모습은, 예를 들면 ‘연간 기본급(또는 기준임금)의 400%를 3, 6, 9, 12월의 임금지급일에 지급’ 처럼, 일정 주기로 반복되어 고정적으로 지급되는 고정급 형태의 임금이다. 즉 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협

22) 이러한 점에서, 우리나라의 정기상여금은 근로 제공의 결과에 대해 사후적으로 평가하여 주는 상(賞)이 아니라, 근로에 대한 대가(對價)로서의 보상(報償)이다. ‘상(賞)’이 아니라 ‘상(償)’이라는 점에서, 본래의 의미에서의 상여금(賞與金)이 아니다. 한편, 지급 여부와 지급액이 미리 결정되어 있지 않고 경영성과에 따라 연말에 지급되는 ‘경영성과급인 상여금’은 상여금으로서의 속성이 어느 정도는 유지되고 있다고 보인다.

약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있으므로 고정급 형태의 임금에 해당한다.

따라서 서울고등법원 세아베스텔 판결²³⁾에서 지적하듯이, “고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은, 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한, 무효”이다.

- ① “고정급 형태의 정기상여금은 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과”하므로, “정기상여금의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 참조).”
- ② 정기상여금에 재직자 조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에게 정기상여금을 지급하지 않는 것은, 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것이므로 그 유효성을 인정할 수 없다. 또한 정기상여금에 단체협약·취업규칙·근로계약 등으로 재직자 조건을 부가하는 경우에도 “이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효이다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다209039 판결 참조).”
- ③ “기본급에 재직자 조건을 부가하는 것을 허용할 수 없는 것과 마찬가지로, 적어도 고정급 형태의 정기상여금에 재직자 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 그 유효성을 인정할 수 없다.”

2) 전술하였듯이, 근로를 제공하였음에도 다른 추가적인 조건이 충족되지 않아 임금의 일부분을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있는데, 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 사회통념상 상당성을 상실하여 무효이다. 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 재직자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, 퇴직하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하기 때문이다.

- ① 명절상여금은 근로의 제공과 직접 관련이 없는 특정한 시점(명절의 도래)을 중

23) 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결(세아베스텔 판결).

시하여 그 시점에 대응하여(명절을 쇠는 비용을 충당) 지급하는 복리후생적인 성격이 높은 임금항목이므로, 재직자 조건에 친(親)할 수 있다. 그러나 정기상여금은 단순히 지급주기에 따라 지급일의 도래할 뿐이어서 재직자 조건에 친하지 않으며, 지급주기 동안의 근로 제공이라는 이유 이외에 다액의 정기상여금을 지급하는 특별한 이유가 없다.

- ② 지급주기 동안의 근로 제공에 대하여 그 결과를 사후적으로 평가한 후 상여금을 지급하는 경우도 있을 수 있겠다. 것처럼 사후적인 평가를 거쳐 지급하는 성과급으로서의 상여금인 경우, 개개인에게는 평가 이전에 지급 여부나 지급액이 확정되지 않았기에, 이미 퇴직한 자에게는 성과에 대한 평가를 하지 않아 상여금을 추가로 지급하지 않는다는 재직자 지급 조건도 나름대로 합리적인 이유가 있다. 그러나 정기상여금은, 지급주기 동안의 근로 제공의 결과에 대해 사후적으로 평가하는 과정을 거치지 않고, 단지 사전에 정해놓은 계산 방법에 따라 지급액이 결정될 뿐이다. 따라서 정기상여금은 성과급으로서의 상여금에도 해당되지 않으므로, 재직자 조건을 부가할 수 없다.

- ③ 장기근속자에게 추가적인 수당을 지급함으로써 계속근로를 장려하는 수당은 나름대로 합리적인 이유가 인정될 수 있다. 그러나 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 당연히 지급되어야 할 임금을 퇴직의 경우 지급하지 않는 제재수단으로서, 추가적으로 지급되는 수당으로 볼 수 없다. 또한 정기상여금은 퇴직하는 경우 상실되는 금액이 지나치게 다액이어서, 계속근로를 장려한다는 이유는 사회통념상 상당성을 가질 수 없다. 따라서 정기상여금에 대해 계속근로를 장려한다는 명목으로 재직자 조건을 부가할 수 없다.

3) 특정 급여가 재직자 조건이 부가된 경우, 재직을 이유로 지급하는 급여이므로, ‘근로의 대가인 임금’이 아니라는 주장도 제기된다. 이러한 입장에서는 재직자 조건은 ‘임금이 아닌 급여’에 정한 지급조건으로서 유효하다고 본다. 다만 그 급여를 제외하고 남은 임금인 급여만으로 최저임금과 비교하여 임금의 지급이 최저임금법 위반인가가 문제될 뿐이라고 한다. 결국 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우 임금이 아니므로 통상임금에도 포함되지 않는다고 해석한다.²⁴⁾

24) 유성재, “정기상여금에 붙인 ‘지급일 재직요건’의 효력”, 『노동법률』 2019년 7월호, 34-40쪽.

그러나 이러한 해석은 타당하지 않다. 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우라도, 정기상여금은 특정 시점까지의 재직의 대가가 아니라 지급 주기 동안에 제공된 근로의 대가라고 보는 것이 사회통념상 상당하기 때문이다.

판례가 임금성의 판단기준에 정기성, 계속성, 일률성, 지급의무성 등의 지급형태 요소를 강조해온 이유는 ‘근로의 대가’라는 추상적인 접근만으로는 각종 복지수당들이 임금에 해당되는지를 판단하기 어려워서였다. 결과론적으로 말하면, 판례는 지급형태 요소를 강조함으로써 여러 급여항목들을 임금으로 포함시키는 발전을 해왔다. 다만 이렇게 지급형태를 중시하는 해석 방법은 ‘지급형태를 노사가 스스로 정한다는 점’에서 자칫 법의 규율을 회피할 수 있다는 한계가 존재한다. 이를 해결하기 위해 판례는 그 실질에 따라 판단하려 한다. 임금성을 판단하면서 근로제공과 직접적으로 관련되거나 또는 근로제공과 밀접하게 관련되는 경우 임금성을 인정하는 것이 그 예이다.²⁵⁾

노동법의 규율은 그 실질에 따라 판단하여 규율되어야 함이 대원칙이다. 그래서 임금성 판단의 한계선에서 극심한 논쟁이 되고 있는 급여항목은 오히려 그 실질을 규명하여²⁶⁾ 법적인 판단을 내리는 것이 중요하다.

근로자는 노동을 제공하기에 그 대가인 수익을 정당하게 보유한다. 근기법은 임금을 사용자가 근로자에게 근로의 대가로 지급하는 금품이라 정의한다(제2조 제1항 제5호). 근로의 대가로 지급하는 금품은 모두 임금에 해당한다. 근로자가 노동을 제공하면서 그 대가로 임금을 지급받는 것이 계약의 내용이다(근기법 제2조 제1항 제4호 근로계약의 정의규정 참조). 이러한 점들을 고려하면 근로자는 사용자로부터 받는 수익은

25) 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것인지를 판단함에 있어서는 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결 등). 그러므로 의사에게 진료수익이나 실적에 따라 지급되는 진료포상비(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다77514 판결), 영업사원에게 차량판매나 영업 프로모션에 따라 지급되는 인센티브 성과급(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결) 등은 임금에 해당되나, 일정 직급 이상의 직원이 자기차량을 보유하여 운전하는 경우 지급되는 자가운전보조비(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다55934 판결)는 임금에 해당되지 않는다.

26) 실질의 규명에 있어서는 “무엇이 아니다.”라는 소극적인 언사로써는 부족하다. “무엇이 아니다.” 대신 “무엇이다.”라는 적극적인 언사가 아울러 있어야 한다.

원칙적으로 임금으로 포섭되고, 임금으로서 근기법의 여러 규정들의 규율을 받는 것이 예정되어 있다고 이해할 수 있다.

근기법의 규범력을 존중한다면, 근로자가 받은 어떠한 수익이 임금이 아니기 위해서는, 그것이 임금이 아닌 이유 내지 변명을 적극적으로 밝혀야 한다. 즉 근로자가 사용자로부터 받는 수익이면서도 임금이 아니려면 다른 무엇이라는 합리적인 변명이 적극적으로 있어야 한다. ‘임금이 아닌 것’ 이기 위해서는 ‘다른 무엇’이라는 그 실질을 밝혀야 한다.

예를 들면 ‘사용자의 호의인 것’ 일 수 있다. 어떤 급여항목의 실질이 ‘사용자의 호의’라고 할 때, ‘사용자의 호의’의 핵심은 ‘평소에 예측하지 못한 횡재’에 있다. 결혼축하금의 경우 취업규칙에 지급기준이 명시되어 있더라도 결혼이라는 지급사실의 발생은 예측할 수 없는 일이다. 그러기에 결혼축하금은 여전히 ‘사용자의 호의’라는 실질을 유지한다. 반면 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있어, ‘보너스’로서의 ‘사용자의 호의’라는 실질을 잃고, 근로의 대가인 임금으로 변화하였다.

특정 시점의 재직은 단순히 종업원으로서의 지위를 유지하고 있는 것일 뿐이다. 재직이 곧바로 제공된 근로를 의미하지 않는다. 정기상여금처럼 미리 다액의 금액의 지급을 정하여 놓은 것을 재직의 대가로 보는 것은 사회통념상 상당하지 않다. 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해놓기 때문이다. 그래서 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우라도, 정기상여금은 특정 시점까지의 재직의 대가가 아니라 지급 주기 동안에 제공된 근로의 대가라고 보는 것이 사회통념상 상당하다.

4) 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효이므로, 퇴직자에게도 이미 근무한 기간에 해당하는 정기상여금을 지급하여야 한다. 즉 퇴직자에게도 근무일수에 따라 일할하여 지급하여야 한다.

또한 정기상여금에 부가된 재직자 조건이 무효이므로, 정기상여금은 고정성이 인정되어 통상임금 포함되는 임금에 해당한다.

(4) 정기상여금의 부가된 일정근무일수 조건은 무효이다.

1) 전술하였듯이 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급 의무를 미리 정해져 있으므로 고정급 형태의 임금에 해당한다.

2) 따라서 정기상여금에 만근 조건이 부가된 경우는 재직자 조건이 부가된 경우와 마찬가지로의 이유에서 만근 조건은 무효가 된다. 즉 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 만근 조건은, 만근하지 않은 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분 까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한, 무효이다.

① 고정급 형태의 정기상여금은 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하므로, 만근하지 않은 근로자도 만근 이전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 참조).

② 정기상여금에 만근 조건을 부가하여 만근하지 않은 근로자에게 정기상여금을 지급하지 않는 것은, 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것이므로 그 유효성을 인정할 수 없다. 또한 정기상여금에 단체협약·취업규칙·근로계약 등으로 만근 조건을 부가하는 경우에도 이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효이다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다209039 판결 참조).

③ 기본급에 만근 조건을 부가하는 것을 허용할 수 없는 것과 마찬가지로, 적어도 고정급 형태의 정기상여금에 만근 조건을 부가하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 그 유효성을 인정할 수 없다.

3) 전술하였듯이, 근로를 제공하였음에도 다른 추가적인 조건이 충족되지 않아 임금의 일부분을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있는데, 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 사회통념상 상당성을 상실하여 무효이다. 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 일정 근무일수를 충족한 자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, 당해 근무일수를 충족하지 못하는 경우 상실되는 임금액의 정도

가 지나치게 과도하기 때문이다.

- ① 만근수당은 만근을 독려한다는 취지로 지급되므로, 그 취지에 비추어 과도하지 않은 금액을 정하는 경우 사회통념상 상당성이 인정되어 유효하다. 그러나 정기상여금은 다액의 금액이어서, 만근하지 않는 경우 임금 상실의 정도가 매우 크다. 만근을 하지 않은 제재가 지나치게 크므로, 만근을 독려한다는 명목에도 불구하고 만근 조건은 사회통념상 상당성이 인정되지 않는다.
- ② 당해 사업장의 특성상 지나치게 결근자가 많아 출근을 장려하기 위한 목적으로 일정 근무일수를 지급 조건으로 하는 수당(출근장려수당)은 적법할 수 있겠지만, 정기상여금처럼 금액 비중이 높은 임금항목을 출근 장려라는 명목으로 부지급하는 것은 사회통념상 상당성을 상실한다.
- ③ 근로계약상 근로의무가 있는 소정근로 일수와 비교하여 지나치게 적은 근무일수를 제시하고 그 일수의 충족을 지급 조건으로 하는 경우(예를 들어 주5일을 근무하여 월의 소정 근로일이 대략 20일 정도인 사업장에서 1개월 기간 동안 5일 이상 근무할 것을 지급 조건으로 부가하는 경우)에는, 소정근로 일수 전체가 근로의무가 있고 사용자가 출근·결근에 대해 감독하기 때문에, 그러한 근무일수 지급 조건에 대해 합리성을 인정할 수 없다. 특히 정기상여금은 기본 임금과 비교하여 다액의 임금에 해당하므로, 정기상여금의 지급에 것처럼 매우 적은 일수를 제시하는 일정 근무일수 조건은 합리성이 더욱 부정된다. 고정급 형태인 임금인 정기상여금 대해 매우 적은 근무일수를 정한 지급 조건을 부가할 뿐인 경우는, 단지 통상임금성을 부정하기 위한 탈법행위 의도에서 그러한 조건이 부가된 것으로서 탈법행위에 해당하여 무효이다.
- ④ 지급주기 동안의 근로 제공에 대하여 그 결과를 사후적으로 평가한 후 상여금을 지급하는 경우도 있을 수 있겠다. 이처럼 사후적인 평가를 거쳐 지급하는 성과급으로서의 상여금의 경우 개개인에게는 평가 이전에 지급 여부나 지급액이 확정되지 않았기에, 매우 적은 일수를 최소한의 근무일수로 제시하고 그러한 일수를 충족하지 못한 자에게는 성과에 대한 평가를 하지 않아 상여금을 추가로 지급하지 않는다는 일정 근무일수 조건도 나름대로 합리적인 이유가 있다. 그러한 최소 근무일수 조건은 성과에 대한 평가에 앞서 일종의 컷오프(cutoff) 조

건으로 추가되었다는 의미를 가질 수 있기 때문이다. 그러나 고정급 형태인 정기상여금은, 지급주기 동안의 근로 제공의 결과에 대해 사후적으로 평가하는 과정을 거치지 않고, 단지 사전에 정해놓은 계산 방법에 따라 지급액이 결정될 뿐이다. 따라서 정기상여금은 성과급으로서의 상여금에도 해당되지 않으므로, 컷오프 조건으로 일정 근무일수 조건을 부가할 수 없다.

4) 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 무효이므로, 일정 근무일수를 충족하지 못한 자에게도 근무일수에 상응하는 정기상여금 부분을 지급하여야 한다. 즉 일정 근무일수를 충족하지 못한 자에게도 근무일수에 따라 일할하여 지급하여야 한다.²⁷⁾

또한 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건이 무효이므로, 정기상여금은 고정성이 인정되어 통상임금 포함되는 임금에 해당한다.

4. 보론: 다른 방법론에 대한 평가

‘매월 1회 이상 정기지급의 원칙’ (근기법 제43조 제2항)의 예외가 되는 ‘상여금’ (근기법시행령 제23조 제3호)은 입법 연혁상 ‘정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말하고, 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다’는 점을 고려하여, 1개월을 초과하여 지급하는 정기상여금은 월로 균분하여 지급되어야 한다는 견해가 있다. 이 견해에서는 “정기상여금에 ‘지급일 재직 조건’을 붙이는 방법으로 ‘임금을 비임금화’하는 것은 임금 정기일지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로금지의 원칙의 각 측면에서 근로기준법의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반한다. 따라서 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘지급일 재직 조건’은 무효로 보아야 할 것이다.”고 본다.²⁸⁾

다만 이 견해는 매월 지급되는 상여수당처럼 ‘매월 1회 이상 정기지급의 원칙’을 충족하면서, 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 두는 경우를 설명하지 못하는 한계가 있다.

27) 한편 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건이 무효이므로(근기법 제15조), 일정 근무일수를 충족한 경우에는 정기상여금을 전액 지급하여야 한다.

28) 권오성, “정기상여금에 붙은 ‘지급일 재직 조건’의 문제점”, 「노동법논총」 제41집, 한국비교노동법학회, 2017. 12, 221-252쪽.

Ⅳ 통상임금성 검토

1. 문제의 소재

(1) 전원합의체 판결의 내용

전원합의체 판결은 “어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 한다.”고 판시했다.

“‘고정성’이란 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정된 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다. 고정성을 갖춘 임금은 근로자가 임의의 날에 소정 근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금이므로, 그 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 것이라 할 수 있다.”고 판례 법리는 정리된다.

결국 전원합의체 판결은 고정성 기준으로 ‘지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 것’이라는 ‘사전확정성’을 중시한다. 사전확정성 기준을 기계적으로 적용함으로써 통상임금의 범위를 ‘명확히’ 구분하여 판단할 수 있다고 생각한 듯하다.

(2) 우려점

전원합의체 판결의 판단 방식은 다음과 같은 우려가 있다.

첫째, 통상임금의 범위에 관해 법적인 평가를 하여 판단하여야 함에도 불구하고, ‘임의의 날에 소정근로를 제공하면 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금’ 인지만을 기준으로 단순 계산적 내지 기계적으로 이해함으로써, 고정성 기준이 인정되는 범위나 통상임금성이 인정되는 범위를 부당히 축소하게 된다.

일정한 지급주기를 두고 정기적으로 지급되는 임금을 미리 정해 놓았다면, 그 기간의 소정근로의 대가로 정해 놓은 임금에 해당한다. 그런데 그 임금의 지급주기 동안

매일 발생하는 것이 아니라 어느 시점만 발생하거나 또는 발생할지 모를 어느 사정을 이유로 그 임금의 지급 여부나 지급액이 달라진다는 추가적인 조건을 설정해 놓으면, 판례 법리를 기계적으로 적용하는 방법을 통해, 소정근로의 대가로 정해 놓은 임금이 아니게 된다.

이미 지급 주기 기간을 단위로 설정되어 지급 여부 및 지급액에 대해 ‘사전확정성’이 인정되는 임금을, 왜 ‘일 단위’로 나누어 사전확정성을 재평가하여야 하는가? 기계적인 논리라면, 왜 ‘시간 단위’로 나누어 사전확정성을 재평가하지는 않는가?

‘임의의 날에 소정근로를 제공하면 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금’이라는 말은 ‘고정적으로 지급되는 통상임금’을 일 단위로 표현한 것일 뿐이다. 마찬가지로 ‘임의의 시간에 소정근로를 제공하면 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금’이라는 말은 ‘고정적으로 지급되는 통상임금’을 시간 단위로 표현한 것일 뿐이다.

지급 단위 기간을 두고 미리 고정적으로 정해 놓은 임금을, 다시 일 단위로, 시간 단위로 나누어 균일할 때에야 고정적으로 지급되는 임금으로 평가하는 단순 계산적 내지 기계적인 이해는 바람직하지 않다. 통상임금이 연장·휴일·야간근로수당 계산하기 위한 도구개념이지만 그러한 이해 방식은 시간·일 단위의 계산에 지나치게 매몰되어, 통상임금의 범위에 대해 법적인 평가를 하여 판단할 여지를 제거하기 때문이다.

둘째, 통상임금의 범위에 해당하는지 여부는 법적으로 판단하여야 함에도 불구하고, 노사 당사자들이 그 범위에 해당하지 않게 하는 간단한 회피 방법을 인정함으로써, 통상임금의 법리의 강행성의 측면을 훼손하기 때문이다.

일정한 지급주기를 두고 정기적으로 지급되는 임금을 미리 정해 놓았다면, 그 기간의 소정근로의 대가로 정해 놓은 임금에 해당한다. 그대로면 고정성이 인정되고 통상임금성이 인정되는 임금임에도, 그 지급주기 동안 무조건 발생한다고 확답할 수 없는 간단한 조건을 추가함으로써 고정성이 부정되고 통상임금성이 부정되도록 만들 수 있다. 바로 재직자에게만 지급한다는 조건을 추가하거나, 일정 근무일수를 충족하여야 지급한다는 조건을 추가하는 방법이다. 미래의 일은 그 때 가보아야 발생 여부를 알 수 있다. 지급일까지 실제 재직할지 누구도 알 수 없으며, 비록 최소한의 근무일수를 제시하더라도 여러 날이 지나 그것이 충족되기 전까지는 실제 충족될지 누구도 알 수 없다. 미래의 일은 불확실하다는 자연과학적 접근에 매몰되면, 통상임금의 범위에 관한 법적 평가를 하여야 한다는 법리적 접근이 차단된다.

(3) 재검토의 방법론 제시

1) 통상임금성을 검토할 때 「① 임의의 날을 기준으로 판단한 사전확정성 부인 → ② 고정성 부인 → ③ 통상임금성 부인」이라는 형식적인 접근을 함에 그친다면, 위와 같은 문제점들은 해결할 수 없다.

2) 다음에 관해 재검토가 필요하다.

첫째, ‘임의의 날을 기준으로 판단한 사전확정성 부인’ 이더라도 다른 사정들을 아울러 고려하여 ‘고정성 인정’ 이 가능한지를 검토할 필요가 있다.

‘고정성’은 지급형태에 대한 사실적 개념이 아니라 법적으로 평가하는 평가적 개념으로 이해하여야 한다. ‘임의의 날을 기준으로 판단한 사전확정성 부인’이라는 점에서는 고정성이 부인될 요소가 있더라도, 지급 주기마다 계속 일정액이 지급되도록 하는 기본적인 정함이 있다면, 후자의 점을 중시하여 고정성을 인정할 수 있다.

둘째, ‘고정성 부인’ 이더라도 다른 사정들을 아울러 고려하여 ‘통상임금성 인정’ 이 가능한지를 검토할 필요가 있다.

통상임금은 소정근로 외의 근로에 대해 가산수당을 계산하기 위한 것이므로, 통상임금에 해당하는지 여부는 소정근로의 대가인지 여부를 중심으로 파악하여야 한다.

전원합의체 판결은 정기성·일률성·고정성을 통상임금의 ‘개념적 징표’라고 말하면서 통상임금의 판단 ‘기준’으로 삼고 있다. 나아가 전원합의체 판결이 정기성·일률성·고정성 각각이 반드시 있어야 하는, 통상임금의 ‘필수불가결한’ ‘요건’이라고 까지 말하지 않았다.²⁹⁾

판례는 통상임금의 판단기준으로 ‘정기성’이나 ‘일률성’을 제시한다. 그러나 그 기준도 통상임금의 절대적인 요건이 될 수 없다. 그날 하루만은 소정근로의 대가로 추가적으로 지급되기로 미리 정한 임금항목은 정기성을 가지지 않지만, 그날의 연장근로에 대한 가산임금을 정하는 기준이 되는 통상임금에 포함되어야 한다. 전체 근로자 중 특정인 혼자만 지급되는 임금항목이어서 일률성을 가지지 않지만, 그의 소정근로의 대가로 지급된다면 그의 연장근로에 대한 가산임금을 정하는 기준이 되는 통상임금에 포함되어야 한다.

29) 이러한 분석은, 도재형, “통상임금 전원합의체 판결의 검토”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014. 3, 197쪽으로부터 시사점을 얻었다.

마찬가지로 고정성 기준도 통상임금의 절대적인 요건이 될 수 없다. 궁극적으로는 소정근로 대가로 인정되는지 여부에 따라 통상임금성을 판단하여야 한다.

3) 재검토에서 아울러 고려되어야 할 사정들은 다음과 같다.

① 계속성, 정기성, 일률성 등 지급형태에 관한 다른 측면으로부터 인정되는 사정들이다. 일정한 지급 주기를 두고 계속하여 일률적으로 지급하고 아울러 그 지급 주기에 해당하는 지급액을 미리 설정해 두었다면, 고정성을 인정할 수 있거나, 또는 소정근로의 대가성을 인정할 수 있다.

② 재직자 조건, 일정 근무일수 조건 등 문제가 되는 조건을 검토함에 있어, 그러한 조건 이외에 다른 추가적인 조건들이 설정되어 있는지 여부로부터 인정되는 사정들이다. 지급 주기의 중간의 입사자, 복직자, 휴직자 등에 관한 지급 조건, 문제가 되는 조건을 충족하지 못하거나 또는 충족한 자에게 다시 지급 방식을 일할하여 지급하는지의 추가적 조건 등이 고려의 대상이 될 수 있다. 그러한 추가적인 조건들을 아울러 고려하면, 고정성을 인정할 수 있거나, 또는 소정근로의 대가성을 인정할 수 있는 여지가 발생한다.

2. 재직자 조건이 있는 경우 통상임금성 판단

(1) 전원합의체 판결의 내용

전원합의체 판결에서 재직자 조건이 있는 경우 통상임금에 해당하지 않는다고 설명한 부분 전체를 인용한다.³⁰⁾

3) 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금

근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다. 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다. 그와 같은 조건으로 지급되는 임금이라면, 그 임금은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정 시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다.

30) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(판결문 13-14쪽).

그러나 근로자가 특정 시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 앞서 본 때 근무일마다 지급되는 임금과 실질적인 차이가 없으므로, 근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성이 부정되지 않는다.

(2) 실질적인 해석 방법

1) 전원합의체 판결이 상정했던 재직자 조건은 소정근로를 했는지 여부와는 관계 없이 해당 임금이 지급되는 자격요건이다. 그래서 “그 특정 시점에 재직하는 사람에게서는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다.”라고 설명했다. 그 임금은 소정근로의 제공과 관계없이 지급되는 임금이어서, 소정근로의 대가가 아니며, 통상임금이 아니다.

그런데 재직자 조건이 있다하더라도, 다른 지급 제한 조건도 아울러 있어, “재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것”이 아닌 경우라면, 그러한 경우 해당 임금항목이 소정근로의 제공과 관계없이 지급하는 것이 아니라, 오히려 소정근로의 제공의 대가로 지급하는 임금일 가능성이 있다. 따라서 재직자 조건 및 다른 지급 제한 조건을 종합하여, 해당 임금항목이 소정근로의 제공과 관계없이 지급되는지, 소정근로의 대가라는 관계가 있어 지급되는지를 다시 검토하여야 한다.

재직자 조건이 부가되어 퇴직자는 지급되지 않으면서, 아울러 재직자이더라도 지급 주기의 중간에 입사한 ‘입사자’, 중간에 복직한 ‘복직자’ 등에 대해서도 지급하지 않는다는 조건이 부가되어 있다면, 해당 임금항목이 소정근로의 제공과 관계없이 지급되는 임금으로 볼 수 없다. 입사자, 복직자의 경우 지급 주기 동안의 소정근로의 제공이 부족하다는 점을 반영하여 지급하지 않는 것이기 때문이다. 오히려 그러한 임금의 실질은 소정근로의 대가로 지급하는 임금에 해당한다. 따라서 재직자 조건이 있음에도 불구하고 해당 임금항목은 통상임금에 해당한다. 결국 재직을 지급조건으로 하는 경우에는, 아울러 지급 주기 동안의 중간 입사자, 중간 복직자 등에 대해서도 지급하여야, 전원합의체 판결의 법리대로 통상임금성이 부정될 수 있겠다.

2) 전합원합의체 판결은 퇴직자에게도 근무일수에 비례해 지급하는 임금항목은 고정성을 인정한다. 만약 재직자 조건이 있으면서, 아울러 퇴직자 일할 계산을 하는 경우는, 해당 임금항목은 고정성이 인정되어, 결국 통상임금에 해당된다. 재직자 조건

에도 불구하고, 퇴직자에게 지급하지 않는 것이 아니라, 퇴직자에게 일할 계산을 하여 지급하므로, 재직자 조건은 실질적으로 그 의미를 상실하기 때문이다. 이러한 경우는 매 근무일마다 지급되는 임금과 같이, 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정되었다고 볼 수 있다.

또한 재직자 조건이 있으면서도, 중간 입사자, 복직자 등은 입사 또는 복직 이후 지급주기 동안의 실제의 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급한다는 조건도 아울러 가지고 있다면, 소정근로의 제공에 따라 지급하는 임금이므로, 소정근로의 대가인 통상임금에 해당한다.

(3) 정기상여금의 경우

전술하였듯이 필자는 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효이므로, 정기상여금은 통상임금에 해당한다고 주장하였다. 필자의 주장과 달리, 만약 정기상여금에 부가된 재직자 조건이 유효하다고 판단된다 하더라도, 전술한 바와 같이 소정근로의 대가인지 여부에 따라 통상임금성에 대해 재검토가 이루어져야 한다.

즉 정기상여금에 재직자 조건이 있더라도, ① 지급 주기 동안의 중간 입사자, 복직자 등에게 지급되지 않거나, ② 퇴직자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급되거나, ③ 중간 입사자, 복직자 등에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급한다면, 그러한 정기상여금은 소정근로의 대가로서 지급하는 것이므로 통상임금에 해당한다.

3. 일정 근무일수 조건이 있는 경우 통상임금성 판단

(1) 전원합의체 판결의 내용

전합판결문에서 일정 근무일수 조건이 있는 경우 통상임금에 해당하지 않는다고 설명한 부분 전체를 인용한다.³¹⁾

31) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(판결문 12-13쪽).

2) 근무일수에 연동하는 임금

매 근무일마다 일정액의 임금을 지급하기로 정함으로써 근무일수에 따라 일할계산하여 임금이 지급되는 경우에는 실제 근무일수에 따라 그 지급액이 달라지기는 하지만, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하기만 하면 그에 대하여 일정액을 지급받을 것이 확정되어 있으므로, 이러한 임금은 고정적 임금에 해당한다.

그러나 일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이고, 이러한 조건의 성취 여부는 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 확정할 수 없는 불확실한 조건이므로 고정성을 갖춘 것이라 할 수 없다.

한편 일정 근무일수를 기준으로 계산방법 또는 지급액이 달라지는 경우에도 소정근로를 제공하면 적어도 일정액 이상의 임금이 지급될 것이 확정되어 있다면 그와 같이 최소한도로 확정되어 있는 범위에서는 고정성을 인정할 수 있다. 예를 들어 근무일수가 15일 이상이면 특정 명목의 급여를 전액 지급하고, 15일 미만이면 근무일수에 따라 그 급여를 일할계산하여 지급하는 경우, 소정근로를 제공하기만 하면 최소한 일할계산되는 금액의 지급은 확정적이므로, 그 한도에서 고정성이 인정된다. 다른 한편, 근무일수를 기준으로 계산방법을 달리 정하지 않고, 단순히 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하는 경우도 앞서 본 매 근무일마다 지급하는 경우와 실질적인 차이가 없어 고정성을 인정할 수 있다.

(2) 실질적인 해석 방법

1) 만근은 소정근무일수의 충족을 요구한다. 그러므로 만근 조건은 일정 근무일수 조건의 하나이다. 그렇지만 여타의 일정 근무일수 조건과 달리, 만근 조건이 부가된 임금은 통상임금성이 부정되지 않는다고 해석하여야 한다. 즉 만근 조건은 통상임금성을 부정하는 일정 근무일수 조건에 해당되지 않는다는 실질적인 해석이 필요하다.

만근은 소정근로가 제공되는 통상적인 모습이다. 하루에 8시간을 근무시간으로 정하듯이, 한 달의 날(토, 일요일을 제외한 날)을 근무일로 정한 것이다. 통상임금에서 고정성이 부정되는 이유는, 통상의 근로제공 양(시간수, 일수, 개월수 등)과는 다른 사정이 개입하여, 연장근로를 제공할 당시에는 그 다른 사정의 충족 여부가 불분명하기 때문이다. 그러므로 만근수당(또는 만근 조건이 있는 임금항목)은 ‘월의’ 소정근로의 대가로서 지급하는 임금이므로 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다.

월의 소정근로 일수보다 적은 일수를 기준으로 이를 충족하면 지급하는 출근장려수당도 마찬가지이다. 출근장려수당에서 제시한 출근 일수부터 만근까지의 출근을 정상적인 출근으로 보고 그러한 근로의 제공에 대해 지급하기로 정한 수당으로 볼 수

있기 때문이다. 출근장려수당도 만근 조건과 마찬가지로 월의 소정근로의 대가로서 지급하는 임금이므로 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다.

2) 일정 근무일수 조건이 부가되어 그 근무일수를 충족하지 못한 자는 지급되지 않으면서, 아울러 그 근무일수를 충족한 자이더라도 지급 주기의 중간에 입사한 ‘입사자’, 중간에 복직한 ‘복직자’ 등에 대해서도 지급하지 않는다는 조건이 부가되어 있다면, 해당 임금항목은 지급 주기 동안의 소정근로의 제공이 부족하다는 점을 반영하여 지급하지 않는 것이 된다. 따라서 그러한 임금의 실질은 소정근로의 대가로 지급하는 임금이며, 통상임금에 해당한다.

또한 일정 근무일수 조건이 있으면서도, 중간 입사자, 복직자 등은 입사 또는 복직 이후 지급주기 동안의 실제의 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급한다는 조건도 아울러 가지고 있다면, 소정근로의 제공에 따라 지급하는 임금이므로, 소정근로의 대가인 통상임금에 해당한다.

3) 전합원합의체 판결은 일정 근무일수 조건이 부가되어 그 근무일수를 충족한 자에게는 해당 임금항목의 급여를 전액 지급하고, 그 근무일수를 충족하지 못한 자에게는 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우에는 고정성을 인정한다. 반대로 일정 근무일수 조건이 부가되어 그 근무일수를 충족하지 못한 자에게는 지급하지 않고, 그 근무일수를 충족한 자에게는 아울러 실제의 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우에도 통상임금성이 인정된다. 그러한 임금은 소정근로의 제공과 관계가 없이 지급되는 것이 아니라, 소정근로의 대가로서 지급되는 것이기 때문이다.

(3) 정기상여금의 경우

전술하였듯이 필자는 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 무효이므로, 정기상여금은 통상임금에 해당한다고 주장하였다. 필자의 주장과 달리, 만약 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건이 유효하다고 판단된다 하더라도, 전술한 바와 같이 소정근로의 대가인지 여부에 따라 통상임금성에 대해 재검토가 이루어져야 한다.

즉 정기상여금에 일정 근무일수 조건이 있더라도, ① 만근 조건으로 있거나, ② 지급 주기 동안의 중간 입사자, 복직자 등에게 지급하지 않거나, ③ 중간 입사자, 복직자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하거나, ④ 일정 근무일수를 충족하지

못한 자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하거나, ⑤ 일정 근무일수를 충족한 자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급한다면, 그러한 정기상여금은 소정근로의 대가로서 지급하는 것이므로 통상임금에 해당한다.

4. 정기상여금의 통상임금성 재검토

(1) 추가적인 지급 조건의 유무에 따라 재검토하는 방법론의 한계

1) 필자가 주장하는 통상임금성의 재검토 방법론을 요약하면 다음과 같다.

전원합의체 판결이 실시하는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이 있는 경우의 통상임금성 판단 법리에 대해, ① 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이 있기만 하면 곧바로 통상임금성이 부정된다고 판단하여서는 안되며, ② 사전확정성에 따라 고정성이 있는지를 기계적으로 판단하지 말고, ③ 실질적으로 소정근로의 대가인지를 기준으로 판단하여야 한다.

그래서 재직자 조건, 일정 근무일수 조건 외에 다른 지급 조건도 있다면 이를 종합하여 근로의 대가로 지급하는 임금인지를 판단하여야 한다. ① 지급 주기 중간에 입사한 입사자, 복직자 등에게 지급하지 않는 경우, 일할 계산하여 지급하는 경우, ② 재직자 조건을 충족하지 못한 퇴직자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우, ③ 일정 근무일수 조건을 충족하지 못한 자 또는 일정 근무일수 조건을 충족한 자에게 다시 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우 등은, 그러한 임금항목의 지급은 소정근로의 제공과 관계가 있으므로, 그러한 임금항목은 소정근로의 대가로 지급되는 통상임금에 해당된다.

2) 그러나 이와 같이 추가적인 지급 조건의 유무에 따라 통상임금성을 재검토하는 방법론은 근본적인 한계가 있다. 다른 지급 조건을 추가하는지 여부가 노사 당사자에게 맡겨져 있고, 따라서 고정성 내지 통상임금성이 부정되도록 다른 지급 조건을 추가하거나 삭제할 수 있다는 점 때문이다.

예를 들어, 단순히 재직자 조건만 두고 있는 경우에는 결국 통상임금성을 부정하게 되는지의 문제를 해결할 수 없게 된다. 마찬가지로 단순히 일정 근무일수 조건만 두고 있는 경우에는 결국 통상임금성을 부정하게 되는지의 문제를 해결할 수 없게 된다.

(2) 정기상여금의 실질에 따른 판단

1) 판례가 통상임금의 판단기준에 정기성, 일률성, 고정성 등의 지급형태 요소를 강조해온 이유는 ‘소정근로의 대가’라는 추상적인 접근만으로는 각종 수당들이 통상임금에 해당되는지를 판단하기 어려워서였다. 결과론적으로 말하면, 판례는 지급형태 요소를 강조함으로써 여러 급여항목들을 통상임금으로 포함시키는 발전을 해왔다. 다만 이렇게 지급형태를 중시하는 해석 방법은 ‘지급형태를 노사가 스스로 정한다는 점’에서 자칫 법의 규율을 회피할 수 있다는 한계가 존재한다. 이를 해결하기 위해 판례는 그 실질에 따라 판단하려 한다.³²⁾

노동법의 규율은 그 실질에 따라 판단하여 규율되어야 함이 대원칙이다. 그래서, 전술하였듯이, 임금성 판단의 한계선에서 극심한 논쟁이 되고 있는 급여항목은 오히려 그 실질을 규명하여 법적인 판단을 내리는 것이 중요하다고 필자는 생각한다. 마찬가지로 통상임금성 판단의 한계선에서 극심한 논쟁이 되고 있는 급여항목도 오히려 그 실질을 규명하여 법적인 판단을 내리는 것이 중요하다.

2) 임금이면서도 ‘통상임금이 아닌 임금’은 소정근로의 대가가 아닌 임금이다. ‘통상임금이 아닌 임금’이기 위해서는 ‘근로의 대가’이면서도 ‘소정근로의 대가’가 아닌 이유를 밝혀야 한다. ‘통상임금이 아닌 임금’은 연장근로를 하는지 여부와 상관없이 별도의 지급기준에 따라 지급되는 임금이다. 근로기준법은 연장근로를 원칙적으로 금지한다. 연장근로가 없는 소정근로만 근로를 제공하였는데도 지급이 인정되지 않는다면, 그 별도의 지급기준이 무엇인지 또한 합당한지 의문이 제기된다. 그래서 임금이면서도 통상임금이 아니려면, 사회통념상 인정될 수 있는 합리적인 변명이 적극적으로 있어야 한다. ① 근로의 제공 수와 상관없이 그 질을 사후에 평가하여 지급하는 성과급 임금,³³⁾ ② 근로의 제공 수와 상관없이 고정적으로 주어지고 비록

32) 통상임금성을 판단하면서 전원합의체 판결은 “정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다.”라고 설시한다. 이는 그 실질에 따른 판단을 중시하는 태도라 평가된다.

33) 판매수당의 경우도 판매하려는 행위라는 근로의 제공을 양적으로 평가한 것이 아니라, 판매행위라는 근로의 제공을 통해 판매가 성공하였다는 판매 성과의 결과를 사후에 판단하는 간단한 평가가 존재한다. 판매가 이루어질지 여부라는 미래의 불확실한 상황 때문에, 고정성이 부정되고, 통상임금성이 부정되는 것이 아니다. 근로를 제공하여 이루어진 판매 성과라는 결과를 평가하여 사후에 추가적으로 지급하는 성과급이라는 실질 때문에 고정성이 부정되고, 통상임금성이 부정되는 것이다.

연장근로가 있다하여도 그 시간 수만큼을 반영하여 더 지급하지 않는 것이 합당한 임금³⁴⁾ 등은 통상임금에서 제외될 수 있다.

그 중 후자가 논란의 본질이다. “근로의 제공 수와 상관없이 고정적으로 주어지고 비록 연장근로가 있다하여도 그 시간 수만큼을 반영하여 더 지급하지 않는 것이 합당한 임금”이라는 말은 결국 ‘통상임금이 아니다’라는 말의 설명에 불과하기 때문이다. 그 합당한 이유를 다시 적극적으로 제시하여야 한다. ‘재직자 지급 조건’, ‘일정 근무일수 지급 조건’은 지급형태에 불과하다. 그러한 조건과 해당 임금항목의 실질이 어떤 관계인지가 적극적으로 규명되어야 통상임금에서 제외될 수 있다.

전술하였듯이, 재직자 조건이 있는 경우의 명절상여금은 그 시점에 재직하는 종업원들에게 명절을 쇠면서 사용하는 비용을 보전한다는 사회통념이 합당한 이유로 제시될 수 있다. 그러한 이유에 비추어 보면, 명절상여금은 소정근로 외의 추가적인 연장근로가 있더라도 다시 계산하여 더 지급하지 않을 임금으로 이해될 수 있다. 반면 재직자 조건이 없는 명절상여금은, 단지 정기상여금의 지급시기에 명절의 시기를 추가했을 뿐이며, 다른 정기상여금과 마찬가지로 정기상여금으로 지급되는 것에 불과하다. 1년 동안에 제공되는 전체 소정근로의 대가로 미리 정해놓은 임금의 일부분으로 파악될 수 있다. 그래서 통상임금에 해당한다.

3) 전술하였듯이, 우리나라에서 통용되는 정기상여금은, 일본에서 통용되는 변동급 형태의 성과급 상여금이 아니라, 고정급 형태의 임금이다. 즉 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있으므로 고정급 형태의 임금에 해당한다. 정기상여금에 재직자 조건이 있거나 일정 근무일수 조건이 부가되었다 하여, 고정급 형태의 임금인 그 실질이 변화하지 않는다.

정기상여금은 고정급 형태의 임금이다. 정기상여금은, 일정한 지급 주기를 두고, 계속하여, 일률적으로 지급하고, 아울러 그 지급 주기에 따라 지급할 지급액을 미리 설정해 두었다. 그러한 정기상여금의 실질적인 속성으로부터 곧바로 통상임금 판단

34) 이러한 임금은 ‘해당 지급주기의 총근로의 대가로서 불변 값(상수)인 임금’이다. ‘불변 값(상수)’라는 비유는, 연장근로가 없는 통상의 상황에서 지급되는 액수가 추가적으로 연장근로를 하여도 전혀 늘어나지 않는다는 의미이다. 어떤 임금항목이 통상임금 범위에 포함된다면 결국 연장근로를 하면 그 임금항목이 연장근로수당으로 인해 비율적으로 늘어나는 효과를 발생한다.

기준에서의 고정성을 인정할 수 있고, 소정근로의 대가로 정한 통상임금성을 인정할 수 있다. 지급 주기마다의 근로 제공의 대가로서 또는 전체 주기의 근로 제공의 대가로서 미리 정해 놓은 임금에 해당하기 때문이다. 정기상여금인 경우 고정성 판단 또는 통상임금성 판단은 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 있는지 여부와 무관하게 판단하여야 한다.

5. 토론: 다른 방법론에 대한 평가

1) 전원합의체 판결은 지급액이 확정되지 않고 추가적인 조건의 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금의 예로, ① 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금, ② 일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금 등을 제시한다.

2) 재직자 조건은, 휴직자, 복직자의 경우처럼 일률성 판단에서 고찰하여, 퇴직이라는 예외적인 개인적인 사정에 불과하므로 일률성이 인정된다고 판단했어야 타당하였다. 마찬가지로 매우 적은 근무일수를 제시하는 근무일수 조건도, 일률성 판단에서 고찰하여, 그 조건을 충족하지 않은 자에게 지급되지 않는다는 사정은 극히 예외적인 사정에 불과하므로 일률성이 인정된다고 판단했어야 타당하였다. 그러한 조건들이 추가되었다 하여도 고정성 판단을 좌우하지 않는다는 법리를 내세웠어야 타당하였다.

그러나 대법원의 전원합의체 판결로 정리되는 판례 법리는 쉽사리 반복될 수 없다는 속성이 있다. 그러므로 전원합의체 판결의 판례 법리를 훼손하지 않으면서도, 전원합의체 판결이 의도한 취지를 고려하여, ‘전원합의체 판결에 대한 재해석’을 시도하는 것이 최선의 해결 방법이 될 수도 있다.

3) ‘고정성’을 통상임금성 판단의 별도 요건으로 보지 않는 주장도 제기된다. “통상임금의 판단은 법문에 따라 ①임금성 → ②정기성 → ③ 일률성의 3단계의 판단구조를 따라야 하며, 그것으로 족하다. 판례가 언급하는 ‘고정성’은 일률성(一律性)의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐, 통상임금 여부를 판단하는 추가적인 ‘요건’으로 보아서는 아니 된다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건의 하나로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자가 예상보다 부당하게 좁히는 결과를 초래한다.”³⁵⁾고 한다.

35) 권오성, “‘재직 조건’ 정기상여금의 통상임금성”, 『중앙법학』 제20집 제2호, 중앙법학회, 2018.

판례 법리가 제시해온 ‘고정성’ 판단 기준을 제거하고 해석론을 전개하는 것은 쉽게 받아들여지지 않는다는 한계가 있다. 전술하였듯이, ‘전원합의체 판결에 대한 재해석’을 시도하는 것이 최선의 해결 방법이 될 수도 있다. 고정성 판단 기준을 제거한다는 위 주장의 논지는 입법론에서 오히려 많은 시사점이 있다.

V 조건성립 검토

1. 재직자 조건의 성립 인정

(1) 판단 기준

① 기본 원칙

전원합의체 판결은 어떠한 임금이 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 성격을 갖고 있는지는 “그 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등에서 정한 내용에 따라 판단하여야 하고, 근로계약 등에 명시적인 규정이 없거나 그 내용이 불분명한 경우에는 그 임금의 성격이나 지급 실태, 관행 등 객관적 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”³⁶⁾라고 설명한다.

② 명시적인 규정이 있는 경우

재직자만 지급한다는 조건이 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 명시적으로 규정되어 있다면 그러한 조건이 존재한다고 인정할 수 있다. 근로계약 등에 명시적인 규정이 있고, 아울러 지급실태를 보아도 그 규정대로 재직자만 지급한 실태가 있다면, 근로계약 등의 그 규정은 진정한 효력을 갖는 규정으로서의 성립이 인정된다.³⁷⁾

6, 311-345쪽.

36) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결(판결문 6쪽).

37) 케이이씨 판결(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결)에서는 단체협약에서 지급기준일 현재 재직 중인 근로자에게만 하기휴가비 및 설·추석상여금을 지급하도록 규정하고 있다는 점 이외에도 그 규정이 진정한 효력이 있는지를 판단하기 위해 퇴직자에게 “하기휴가비 또는 설·추석상여금을 전혀 지급하지 아니하였음을 알 수 있고, 기록상 이러한 피고의 조치에 대하여 노동조합이나 근로자들이 특별히 이의를 제기하였다고 인정할 자료는 없다.”고 실시하면서, “하기휴가비 및 설·추

③ 명시적인 규정이 없는 경우

재직자 조건은 퇴직자에게 지급하지 않는다는 조건이다. 당해 임금의 지급 여부를 결정짓는 중요한 근로조건이기 때문에, 당해 임금에 재직자 조건이 존재하는지는 엄격히 판단하여야 한다.

근로계약 등에 재직자만 지급한다는 명시적인 규정이 없음에도, 당해 사업장에서 퇴직자에게 지급하지 않았던 사실이 있다하여, 재직자에게만 지급한다는 지급 조건이 있다고 선불리 단정할 수 없다. 묵시적인 노사합의로 인정되거나, 관행이 성립되었다고 인정되어야, 재직자 조건의 존재(성립)를 인정할 수 있다.³⁸⁾

반면, 지급실태를 고찰한 결과 사용자가 퇴직자에게도 지급한 사실이 있다면, 재직자 조건에 대한 묵시적 합의도 관행도 존재하지 않는다.

④ 묵시적인 합의의 인정

노동조합이나 근로자들이 특별히 이의를 제기하였다는 사정이 없다는 점만으로 묵시적인 노사합의가 인정되는 것이 아니다. 단체협약에 명문 규정이 없어도 사용자가 퇴직자에게는 지급하지 않고 있으며, 그러한 상황에 대해 노동조합이 특별히 이의를 제기하지 않고서 단체협약을 갱신 체결하였다는 사정이 인정되어야, 묵시적인 노사합의의 존재를 인정할 수 있겠다.

⑤ 관행의 인정

전원합의체 판결의 판시 내용을 이해할 때, 관행이 있으면 곧 근로계약의 내용이 된다고 오해되어서는 안된다. 관행이 존재함과 근로계약의 내용으로 인정됨은 서로 같은 의미가 아니다.³⁹⁾

석상여금은 단체협약에 의하여 근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 그 지급기준일에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금”이라고 판시하였다.

38) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결(판결문 8쪽)은 “이들 임금의 지급에 있어 지급일에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건으로 부가되어 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 지급일에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 않는 반면, 지급일에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 이를 모두 지급하기로 하는 명시적 또는 묵시적 노사합의가 이루어졌는지 또는 그러한 관행이 확립되어 있는지를 살펴보았어야 할 것이다.”라고 판시하면서 파기환송 하였다.

39) 판례는 “기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여

퇴직자에게 지급하지 않은 사실이 상당기간 지속되어 관행으로 인정되는 경우에도, 나아가 그러한 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 사실상의 제도로서 확립되었다 할 정도로 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 ‘근로계약의 내용으로서 인정’ 된다. 이 경우에도 퇴직자에게 지급하지 않는다는 조건이 존재한다고 인정할 수 있겠다.

(2) 정기상여금의 경우 판단

정기상여금인 경우, 퇴직자에게 지급하지 않는다는 재직자 조건을 명문으로 규정한 바가 없다면, 재직자 조건이 존재한다고 인정되지 않는다. ① 정기상여금은 그 금액이 다액이고, 일정한 지급 주기에 따라 계속적·정기적·일률적으로 지급되고 있어, ② 재직자 조건이 묵시적으로 동의되었다거나 관행이 확립되어 있어 근로계약의 내용으로 되었다고 인정하기가 매우 어렵기 때문이다.

갑을오토텍 판결(대법원)에서 설·추석 상여금에 관련하여, 재직자 지급 조건에 대한 명문의 규정이 없고, 퇴직자에게 지급되지 않은 적이 매우 드문 사정만으로 설·추석 상여금에 대하여 지급일에 재직 중일 것을 지급요건으로 부가하는 노사합의 내지 관행이 확립되었다고 볼 수 없다고 판단했다.⁴⁰⁾ 설·추석 상여금도, 그 금액이 다액이고, 매년 계속적·정기적·일률적으로 지급되고 있어, 정기상여금처럼 재직자 조

져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다.”는 확립된 견해를 가져왔다. 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결 및 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다13747 판결, 2001. 4. 10. 선고 98다13716 판결 등 참고.

- 40) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2015다56383 판결(갑을오토텍 사건). 전술하였듯이, 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결은 설·추석 상여금에 재직자 조건에 관한 명시적 또는 묵적 노사합의가 이루어졌는지 또는 그러한 관행이 확립되어 있는지 살펴보라고 파기환송 하였는데, 결국 이 사건의 설·추석 상여금은 재직자 조건이 존재하지 않아 통상임금에 해당하는 것으로 결말 지워졌다. 대법원 2019. 5. 10. 선고 2015다56383 판결은 “가. 단체협약 및 상여금지급규칙에는 설·추석 상여금 지급요건으로 재직조건 등이 규정되어 있지 않고, 피고는 실제 근무성적과는 상관 없이 원칙적으로 근로자 전원에게 설·추석 상여금을 지급하였다. 나. 피고가 설립된 2004년 이래 10여 년에 걸쳐 단체협약의 적용을 받는 생산직 근로자 중 단 2명의 지급일 전 퇴직자에게 설·추석 상여금을 지급하지 않았고, 이에 대하여 근로자 등이 이의를 제기하지 않았다. 그러나 그러한 사정만으로 설·추석 상여금에 대하여 지급일에 재직 중일 것을 지급요건으로 부가하는 노사합의 내지 관행이 확립되었다고 볼 수 없다.”는 이유를 들어, 단체협약 및 상여금지급규칙에서 정한 설·추석 상여금이 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금으로서 통상임금에 해당한다고 판단하였다고 판단한 원심 판결(대전고등법원 2015. 8. 12. 선고 2014나169 판결)을 그대로 받아들였다.

건이 묵시적으로 동의되었다거나 관행이 확립되어 있어 근로계약의 내용으로 되었다고 인정하기가 매우 어렵다는 점을 시사한다.

2. 일정 근무일수 조건의 성립 인정

(1) 판단 기준

일정 근무일수 조건은 근무일수를 채우지 못한 자에게는 지급하지 않는다는 부지급 조건이다.

일정 근무일수 조건은 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 명시적으로 규정화되어 있어야 그러한 조건의 존재를 인정할 수 있다. 기준이 되는 근무일수가 특정되어야 하므로, 명시적인 규정이 없음에도 그 조건에 대한 묵시적 합의나 관행이 있다고 인정될 여지가 없다.

운송사업에서는 시간급을 기준으로 기본급을 정하면서 임금협상의 과정에서 만근을 기준으로 임금인상의 정도를 교섭하여 합의하는 경우가 종종 있다. 임금인상의 정도에 대해 만근을 기준으로 노사합의하여 단체협약을 체결한 경우에도 그로부터 만근이 임금지급의 조건이라고 당연히 인정되는 것은 아니다.⁴¹⁾ 만근조건이 적용되는 임금항목을 특정하여 규정하고 있어야 만근조건이 지급 조건으로서 존재함을 인정할

41) 포괄임금약정의 '성립(존재)을 부정' 하는 판례법리로부터 해석방법을 원용할 수도 있겠다. 판례는 포괄임금약정이 명확히 합의되지 않은 경우, 묵시적으로 포괄임금약정이 있다고 쉽게 인정하지 않고, 포괄임금약정은 없다고 판단한다. “기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지 여부는 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 그 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 할 것이다.”고 본다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다57852 판결 등). 김홍영, “포괄임금약정의 성립 판단”, 『노동리뷰』 2017년 2월호, 한국노동연구원, 95-98쪽 참고.

수 있겠다.⁴²⁾

(2) 정기상여금의 경우 판단

정기상여금인 경우, 일정 근무일수를 충족하지 못하면 지급하지 않는다는 일정 근무일수 조건을 명문으로 규정한 바가 없다면, 일정 근무일수 조건이 존재한다고 인정되지 않는다. ① 정기상여금은 그 금액이 다액이고, 일정한 지급 주기에 따라 계속적·정기적·일률적으로 지급되고 있고, ② 일정 근무일수 조건이 존재하려면 기준이 되는 근무일수가 특정되어야 하므로, ③ 일정 근무일수 조건이 묵시적으로 동의되었다거나 관행이 확립되어 있어 근로계약의 내용으로 되었다고 인정할 여지가 없기 때문이다.

VI 마치며

이 글에서 전원합의체 판결이 제시한 통상임금의 고정성 판단에 대해 재검토하는 계기는, 정기상여금에 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이 있는 경우 통상임금성을 인정하는지에 관한 논란을 해결하고자 이었다. 고정성 판단을 재검토하는 방향으로 ① 조건의 유효성 검토, ② 통상임금성 검토, ③ 조건성립 검토 등을 제시하였다.

각각의 영역에서 다양한 논지를 제시하여 검토한 결과, ① 정기상여금에 부가한 재직자 조건, 일정 근무일수 조건은 무효이며, ② 정기상여금에 그러한 조건이 있어도 정기상여금은 통상임금으로 인정되고, ③ 정기상여금에 그러한 조건을 명시적으로 규정하지 않은 경우는 조건의 존재를 인정할 수 없다는 결론에 이르렀다. 이러한 주장의 기본적인 토대로, 우리나라에서 통용되는 정기상여금은 계속적·정기적·일률적으로 지급되고, 구체적인 계산방법을 정하여 다액의 금액이 지급되며, 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 지급의무를 미리 정해져 있으므로, 고정급 형태의 임금이라는, 그 실질에 주목하였다.

42) 성남시내버스 판결(대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결)은 단체협약에서 월 상여금과 근속수당에 만근을 지급조건으로 명시한 경우이다.

고정성과 신의칙에 관한 토론문

박 지 순*

Contents

〈토론 1〉 고정성에 대한 논의

1. 정기상여금에 대한 재직자 조건의 유효성에 관한 판례의 전개
2. 정기상여금에 대한 지급일 재직 조건의 유효성
3. 맺 음

〈토론 2〉 통상임금과 신의칙

1. 노사합의와 신의칙: 단체협약의 성격과 기능에 대한 오해
2. 신의칙 적용을 위한 특별한 사정
3. 맺음말

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

통상임금에 관한 법적 분쟁이 좀처럼 수그러들 기미가 보이지 않는다. 오히려 쟁점이 더 확대되어 가는 양상이다. 애초 통상임금 소송의 쟁점은 1개월을 초과하는 산정 및 지급주기를 가진 정기상여금이 통상임금에 해당되는지 여부였다. 오랜 기간 논란되어 온 이 문제에 대하여 2013년 대법원은 전원합의체 판결을 통해 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 산정되고 지급되는 정기상여금이나 각종 수당도 통상임금에 해당될 수 있다고 인정하였다. 그와 함께 통상임금의 요건으로서 ‘고정성’의 의미도 명확히 하였다.

두 번째 통상임금 소송의 쟁점은 정기상여금이 사후적으로 통상임금에 해당된다고 인정하더라도 이를 토대로 재산정된 통상임금에 따라 과거 미지급된 차액분을 소급해서 지급하는 것이 신의칙 위반으로 허용될 수 없는 것인지 여부였다.

새로 전개되는 세 번째 통상임금 소송의 쟁점은 대법원이 확립한 통상임금의 고정성 요건에 대한 근본적 문제제기이다. 다시 첫 번째 쟁점으로 돌아간 것이다. 특히 정기상여금에 대한 지급일 재직 조건의 유효성이 쟁점이다.

〈토론 1〉 고정성에 대한 논의

1. 정기상여금에 대한 재직자 조건의 유효성에 관한 판례의 전개

(1) 정기상여금에 대한 지급일 재직 조건의 유효성에 관한 대법원 판례

2017.9.21. 정기상여금의 고정성 여부에 관한 대법원 판결(2016다15150)이 처음으로 등장하였다. 그에 따르면 “상여금은 그 지급에 관한 사항을 근로계약이나 단체협약, 취업규칙 등으로 정할 때에 사용자가 그 지급의무를 부담하는 임금이므로, 당사자가 합의에 의해 상여금의 지급조건을 정한 경우 그 지급조건이 강행법규나 공서양속에 반하지 않는 이상 유효하다고 볼 것인데, 지급일 당시 재직 중인 근로자만을 지급대상으로 하는 것은 ‘지급 대상기간 동안의 계속 근무’를 지급조건으로 한 것으로서 이러한 지급조건이 강행법규나 공서양속에 반한다고 보기 어려우므로, 위와 같은 지급조건을 무효라고 볼 수 없다”고 한 원심(부산고법 2016.2.17. 2015나3044)을 인용하였다.

대법원은 다른 사건에서, “연 800%의 이 사건 상여금은 지급기준일에 재직 중인 근로자에게 지급하는 임금으로서 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부도 불확실하므로, 통상임금에서 요구되는 고정성이 결여되었다고 볼 수 있고, 따라서 통상임금에 포함된다고 할 수 없다”고 판시하였다(2017.9.26. 2017다232020).

다른 사건에서 대법원은 회사의 “보수규정에서 보수는 기본급과 제 수당으로 구분된다고 명시하는 한편 상여금에 대해서는 보수와 별도로 규정하고 있고, 이 사건 단체협약에서 급여지급 기준일 이전에 퇴직한 근로자에 대하여 상여금을 지급하지 않는다고 규정하고 있으며, 실제로 근로자들이 급여지급 기준일 이전에 퇴직 또는 정직하는 경우 피고가 이 사건 상여금을 일할 계산하여 지급하였다고 인정할 증거가 없으므로 이 사건 상여금은 ... 통상임금에 해당하지 않는다고 판단한 다음, 이 사건 단체협약 중 급여지급 기준일 이전에 퇴직한 근로자에 대하여 상여금을 지급하지 않기로 한 부분이 무효라는 원고들의 주장을 배척”한 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다(대판 2017.9.26. 2016다38306).

대법원(2018.10.25. 2016다237653)이 인용한 원심(서울중앙지법 2016.6.30. 2015나67078)에 따르면 “이 사건 단체협약의 재직요건 규정으로 인하여 지급기준일 이전에 퇴직한 근로자가 이미 제공한 근로의 대가로, 지급받아야 할 임금인 기본연봉의 6/18과 성과급 중 최소한의 금액을 지급받지 못하게 되는 결과가 되므로 유노동 유임금, 무노동 무임금의 원칙에 위반된다는 원고의 주장에 대하여, 위 기본연봉의 6/18과 성과급 중 최소한의 금액이 모두 근로자가 이미 제공한 근로의 대가만으로 구성되었다고 볼 근거가 없으므로, 이 사건 지급일 재직요건 규정이 유노동 유임금, 무노동 무임금의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.”

(2) 지급일 재직 조건을 인정한 하급심판결

하급심판결도 정기상여금에 대한 지급일 재직 조건의 유효성을 긍정한 사례가 압도적 다수이다.

대구고법은 “급여지급 기준일 이전에 퇴사한 근로자에 대하여 상여금을 지급하지

않기로 하는 단체협약 제42조제3항은 임금의 사전포기에 해당할 뿐만 아니라 근로기준법에 정해진 강제근로 금지의 원칙(제7조) 및 위약금약정 금지의 원칙(제20조), 감급의 한도(제95조)를 각 위반한 것이므로 무효라는 원고의 주장에 대하여, 단체협약 제42조제3항이 상여금의 지급조건으로 지급기준일에 재직 중일 것을 규정하고 있으므로 원고들의 상여금지급청구권은 정지조건부(지급기준일에 재직중일 것) 권리인 점, 위 정지조건을 충족하지 않을 경우 상여금지급청구권은 처음부터 발생하지 아니하는 점, 권리의 포기는 권리가 발생할 것을 전제로 하므로 발생하지 아니할 권리는 포기할 수도 없는 점 등을 종합하면, 단체협약 제42조제3항은 상여금지급청구권을 포기하기로 약정한 것으로 볼 수 없으며, 단체협약 제42조제3항에 의하면 원고들의 상여금지급청구권은 정지조건부(재직요건을 충족) 권리라고 할 것인데, 피고가 일방적으로 위 정지조건의 성취를 좌우하는 것은 아니므로, 위 조항이 강제근로금지의 원칙, 위약금약정 금지의 원칙, 감급의 한도를 위반하였다고 볼 수도 없다”(2016.7.27. 2015나2769; 대법 2017.9.26. 2016다38306 확정)

서울고법은 “기본임금 외에는 재직에 연동될 수 있으며, 정기상여금은 기본임금의 성격을 가진다고 볼 수 없어 정기상여금에 붙은 재직자 조건은 유효하다”고 판시하였다(2016.9.9. 2014나2035363, 상고포기 확정).

또한 서울고법은 다른 판결에서도 사용자는 기업의 재정상태, 근로자의 생산기여도 등 다양한 요소를 고려하여 해당 근로자 또는 노동조합과 협의 하에 임금의 액수 뿐만 아니라 지급조건이나 지급형태를 자유롭게 정할 수 있고, 정기상여금에 붙은 재직자 조건도 최저임금법상 기준에 미달하는 등의 사정이 없는 한 유효하다고 판단하였다(서울고법2016.11.16. 2016나2062444, 대법원 심리불속행 확정). 그리고 성과급의 액수가 크다는 사정만으로 소정근로의 대가의 성질을 가진다거나 고정성을 가진다고 볼 수 없고, 재직조건을 둔 것이 헌법 제11조나 근로기준법 제6조에서 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 보기 어렵다(서울고법 2017나2001224판결, 대법 2019.1.11. 심리불속행 확정).

서울고법은 기본성과급의 지급일 재직조건이 사회통념상 수긍할 수 없을 정도로 근로자의 자유를 부당하게 구속하여 근로자에게 자유의사에 어긋나는 계속근로를 강제한다고 볼 수 없고, 근로기준법 제43조는 발생요건을 모두 갖추어 이미 발생한 임

금은 전액 지급되어야 한다는 취지인데 재직조건은 임금채권의 발생요건이므로 위 조항이 적용되지 않는다(2018.3.28. 2017나2033597, 대법원 심리불속행 확정).

서울고법은 모든 수당이 반드시 근무일수에 비례하여 지급되어야 하는 것이 아니고 재직자 요건을 부가한 것이 헌법이나 근로기준법에 위반한다고 보기 어렵다(2017.9.29. 2016나208893, 상고취하 확정; 또한 서울고법, 2017.11.1. 2016나2052201도 같은 취지).

(3) 재직 조건이 무효라는 하급심 판결

광주지법은 ① 임금 지급기준일 이전에 퇴직한다는 것이 매우 이례적인 경우라는 점, ② 지급기준일 현재 재직하지 않는 경우 상여금이 지급되지 않는 것은 해당 근로자의 개인적 특수성을 고려해 그 임금지급을 제한하고 있는 것에 불과한 점, ③ 특별한 사정이 없는 한 근로자들은 이 사건 상여금 전액을 받을 것을 기대하고 회사 역시 이를 예상하고 그 지급을 준비하게 될 것이라는 점, ④ 피고가 실제로는 지급기준일 이전에 퇴직하더라도 재직자 조건을 그대로 적용하지 않고 일할지급한 점 등을 종합하여, 재직자 조건이 붙어 있다는 이유만으로는 이 사건 상여금의 고정성이 부인되지 않는다(2016.7.7. 2014가합55590, 항소포기 확정).

이 판결은 재직 조건 자체를 부인한 것은 아니라, 당사자가 재직자조건을 합의하였다 하더라도 ④의 이유로 실제적 사실에 기초하여 고정성을 인정(즉, 통상임금에 해당하는 것으로 인정)한 것으로 보아야 한다. 반면에 ①~③의 사실은 재직자조건을 부인할 근거로 보기는 어렵다.

이에 비하여 서울고법의 최근 판결 중에는 ① 고정 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 더 이상 본래 의미의 '상여' (은혜적·포상적 성격의 이익 배분)로서의 성질을 가지고 있지 아니하며, 오히려 근로자의 입장에서 기본급과 마찬가지로 근로를 제공하기만 하면 그에 대한 기본적이고 확정적인 대가로서 당연히 수령을 기대하는 임금에 해당하고, ② 고정 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것이어서 정기상여금 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가

로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 하며(대법원 1981.11.24. 선고 81다카174 판결 참조, 이 판결의 의미에 대해서는 뒤에 설명), ③ 사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자 조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로서 그 유효성을 인정할 수 없고, 나아가 유효한 취업규칙이나 개별적 근로계약 등에 재직자 조건이 규정된 경우에도 이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효(대법원 2015.12.23. 선고 2013다209039 판결 참조)이고, ④ 임금은 근로계약의 단순한 반대급부에 불과한 것이 아니고 근로자의 기본적인 생활을 유지하기 위한 수단이며, 특히 정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다는 점을 고려하면, 위와 같이 이미 발생한 후불임금인 정기상여금의 부지급이라는 경제적 구속을 통하여 근로자의 계속근로를 확보하는 것은, 계속근로의 확보라는 목적을 달성하기 위한 정당하고 합리적인 수단이 될 수 없을 뿐만 아니라, 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못하도록 한 근로기준법 제7조 및 임금보호를 위한 각종 관계 법령의 취지에도 반하는 것이다(2018.12.18. 2017나2025282).¹⁾

2. 정기상여금에 대한 지급일 재직 조건의 유효성

(1) 상여금의 의의와 성격

상여금은 역사적으로나 현실적으로 임금으로서 성격 외에도 공로보상적 성격, 장래의 계속적 근무를 진작하는 근로장려적 성격, 생활보조적 성격, 성과 또는 이익배분적 성격 등 다양한 성격을 가질 수 있으며, 그 성격의 복합성에 따라 그 지급방법이나 금액이 달라질 수 있다. 다만, 그 법적 성격이 문제되는 것은 정기적으로 지급되고, 그 금액이 확정되어 있는 정기상여금에 관한 것이다.

일본 판례에서는 취업규칙 등에서 상여금의 지급조건 및 산정기준 등이 정해져 있고, 상여금의 지급을 근로계약상의 의무로 인정할 수 있는 경우에는 임금성을 인정하지만(東京地判 2012.4.10. 勞働判例 1055号8頁), 지급 유무와 그 액수가 사용자의 재

1) 최근 같은 취지로 서울고법 2019.5.14. 선고 2016나2087702 판결.

량에 맡겨진 것은 임의적, 은혜적 급부에 지나지 않으므로 임금성이 부인된다고 판시한 바 있다(東京高判 2009.3.26. 勞働判例 994号52頁). 한편, 상여금액의 결정이 사용자의 재량에 맡겨지더라도 **재량에 의한 임금액의 변동이 적고 근로자의 연간 총수입에서 차지하는 비중이 크다는 점을 고려하여 임금성을 인정**한 사례도 보인다(東京高判 2001.4.17.).

독일에서는 상여(Bonus=Belohnung)라는 의미로 통상 Gratifikation(Gefälligkeit, gratificatio, aus gratis)이라는 용어가 일반화되어 있다. 이는 기본임금에 추가하여 지급하는 ‘**특별급여**’ (Sondervergütung)라는 의미로 사용된다.

특별급여에는 세 가지 유형이 있는바, ① 순수한 임금의 성격을 가진 것, ② 기업에 대한 공헌·성실성을 보상하는 성격을 가진 것, ③ 양자의 성격이 합쳐진 것 등으로 구별되며, 이 중에서 혼합형이 가장 일반적인 형태이다. 다시 말하면 사업조직에 대한 성실성, 높은 출근율, 특별한 성과 등의 다양한 사례에 대하여 부가적 급여를 통해 재정적으로 보상할 수 있다. 상여금의 지급은 개별 계약으로 약정될 수 있고 단체협약이나 사업장협정의 대상이 될 수도 있다.

우리나라에서는 전통적으로 1970년대까지 공공부문과 대기업을 중심으로 연간 기본급의 300-400%에 해당하는 상여금이 분기별 및 명절에 지급되어 왔고, 전체 기업의 70% 이상에서 300% 이하의 상여금이 지급되었으며, 통상임금은 기본급과 월 고정수당을 기초로 산정되는 것이 일반적이었다. 상여금은 1980년대 이후 인건비 증가를 우려하여 기본급의 인상을 억제한 정부 방침에 따라 장시간 근로(연장, 야간 및 휴일근로)에 따른 가산임금의 비중에 영향을 주지 않는다는 이유로 그 비중이 점차 늘어났다. 상여금 지급율이 600% 이상인 사업체의 비중은 1980년대 1.9%에서 1996년에는 35%로 크게 증가하였다. 이와 같이 우리 임금체계에서 상여금은 기본급 인상의 억제에 따른 임금조정 수단으로서의 측면도 포함하고 있음을 부인하기는 어렵다.²⁾

특히 대기업을 중심으로 노사의 교섭을 통해 상여금의 지급기준과 지급액이 결정되며, 여기에는 기본급 인상 및 그로 인한 통상임금 인상의 효과를 우회하려는 노사

2) 상여금제도의 역사적 전개과정에 대해서는 김동배, 통상임금과 임금구성체계의 합리화 방향 □ 상여금을 중심으로 -, 월간 노동리뷰, 2013.8, 63-65면, 한국노동연구원 참고.

의 합의가 전제되어 있다. 우리나라의 임금교섭 양태를 보면 사실상 전체 매출액에서 임금총액의 비중을 고려하여 이를 기본급, 상여금, 제수당 그리고 통상임금을 기초로 산정된 법정수당 등의 규모를 예측하여 배분하는 방식을 취하는 것이 대다수이기 때문이다.

(2) 재직 조건의 유효성

임금의 지급 또는 임금청구권의 발생을 재직에 연동하는 것이 가능한지가 쟁점이다. 기본임금은 근로계약의 본질상 근로를 제공하면 당연히 지급하여야 한다. 따라서 기본임금 또는 이에 준하는 수당을 재직에 연동하여 지급일 당시 재직 중인 근로자에게만 지급하고 중도퇴직자에게는 전혀 지급하지 않기로 하는 약정은 그 효력을 인정할 수 없을 것이다.

그러나 상여금 및 그밖의 복리후생적 성격의 수당은 근로계약이나 단체협약 등에서 그 지급에 관한 조건을 정한 때에는 그 조건이 충족된 때 지급청구권이 발생한다고 볼 수 있으므로 이러한 금원에 대해서는 기본임금과 달리 노사가 그 지급을 재직에 연동하는 것으로 정할 수 있다.

앞에서 서울고법이 재직조건의 무효 논거의 하나로 든 대법원 1981.11.24. 81다카174 판결은 회사의 대표이사가 연 2회(6월과 12월) 지급되는 상여금의 지급대상자를 각 지급기간의 말일 현재 재직 중인 자로 규정한 지급기준을 정하여 시달한 사안에서, 해당 상여금은 6개월을 지급기간으로 하는 정기일 지급 임금의 성질을 띤 것으로, 근로자가 상여금지급기간인 6개월의 만료 전에 퇴직한 경우에도 **특단의 정함이 없는 한** 이미 근무한 월수에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다고 보아야 한다고 하면서, 대표이사가 시달한 지급기준은 당기 상여금 전액을 당기 말일 현재 재직 중인 자에게 지급한다는 의미에 불과하고 이와 달리 당기 지급 기간인 6개월을 계속 근무한 자에 한하여 지급하며 중도퇴직자에게는 이미 근무한 기간에 해당하는 것도 지급하지 않는다는 취지까지 규정한 것으로 보기 어렵다고 하였다.

위 판결은 정기적으로 지급되는 상여금의 경우 특별한 사정이 없는 이상 지급일 전에 중도 퇴직하더라도 그 근무한 기간에 해당하는 상여금을 지급하여야 한다고 하여, ‘특별한 사정이 있는 경우’에는 중도퇴직자에게 상여금을 지급하지 않을 수 있는 것

으로 해석할 여지를 남겼는데, ‘특별한 사정이 있는 경우’로는 대체로 단체협약이나 취업규칙 등에서 재직을 지급조건으로 정한 경우 등을 상정할 수 있다. 위 사안에서는 대표이사가 상여금지급 대상자를 각 지급기간의 말일 현재 재직 중인 자로 규정한 지급기준을 정하여 시행하였으나, 대법원은 위 지급기준을 당기 상여금 전액은 당기 말일 현재 재직 중인 자에게 지급한다는 의미로 축소해석하였다.

생각전대 상여금이든 수당이든 순수하게 근로의 대가로 볼 여지가 있다면 지급일 당시 재직 중인지 여부와 관계없이 이미 제공된 근로에 대해서는 당연히 그 부분만큼을 계산하여 지급하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 지급일 재직 요건의 합리성이 인정될 수 있는 것은 다음과 같은 사정이 전제되어 있기 때문이다.³⁾

첫째, 매월 지급되는 기본급여와 달리 상여금이나 복리후생적 수당은 실적이나 성적 또는 지급일 당시 재직 여부 등과 같이 지급에 관한 구체적 조건이 적용되어 그 청구권의 유무가 확정되는 경우가 적지 않다. 즉, 상여금 등의 경우 노무의 제공이 있다면 당연히 그 대가로서 지급되어야 할 고용계약상의 본래적 채무와는 그 성질을 달리하여 당사자 간의 계약이나 노사 간 협약에서 그 지급조건을 정하고 그 조건의 성취 여부에 의하여 지급 여부가 결정된다고 하여 그것이 곧바로 강행법규에 반한다고 단정할 수는 없다.

둘째, 상여금 등의 금품이 이미 제공된 근로의 대가로서만 제한하지 아니하고 향후 계속근무에 대한 기대를 반영한 인센티브의 성격을 포함하고 있으며, 근로자의 사기 진작도 그 지급취지에 포함할 수 있으므로 기업으로서는 상여금이라는 금품을 설정하고 그 지급목적에 이러한 기대나 희망을 포함하는 것이 불합리하다고 볼 수 없으므로 이를 선량한 풍속이나 사회질서에 반한다고 보기 어려울 것이다.

이와 관련하여 일본에서도 “상여는 노동의 대가로서의 성격을 가진다고 하지만 그 지급조건을 취업규칙 등에서 정하는 것 자체는 위법이라고 할 수 없고, 또한 종업원의 근무계속의 확보라는 견지에 보면 ”在籍者 要件“을 설정하는 것도 불합리하다고 할 수 없다는 점을 함께 고려하면 회사의 취업규칙에 상여의 지급에 대해서 재직자 요건을 둔 것이 노동기준법 제24조에 위반한 것이라고 할 수 없다”는 하급심판결,⁴⁾

3) 박지순, 통상임금 판결의 쟁점과 정책과제, 월간 노동리뷰, 2014.2, 5면 이하 참고.

4) 神戸地判 平成 元年 3.27 勞判 553号 89頁.

또한 상여금을 “지급일에 재직하고 있는 자에게 한정하는 것도 노동능력의 향상 내지 그 의욕의 확보라는 견지에서 보면 타당한 면을 가지고 있고 합리성을 가진 것”이라고 한 하급심 판결,⁵⁾ 상여금의 성격에 비추어 “그 수급자격자를 명확한 기준으로 확정할 필요에서 정해진 것으로 인정되는 합리성이 있다”고 한 하급심판결⁶⁾ 등 상여금에 대한 지급일 재직 요건의 합리성을 인정한 다수의 판결이 있다.

우리 대법원이 밝혔듯이 ① 상여금의 연원이 은혜적·포상적 이익배분이나 성과급에서 비롯된 점, ② 정기적·일률적으로 지급되더라도 그 성격상 성과급, 공로보상 또는 계속근로의 장려 차원에서 지급되는 경우도 있고, ③ 그 지급형태나 지급조건이 다양하여 그 성질이 명확하지 아니한 경우가 적지 않다. 따라서 근로자와 사용자는 근로계약이나 노사간 협약의 방법으로 상여금의 다양한 성격에 맞게 내용과 지급조건을 정할 수 있다고 보아야 한다. 나아가 이를 통하여 통상임금에 해당하는 내용과 지급조건을 갖춘 임금과 그렇지 아니한 임금으로 나누어 정할 수 있으므로 실질적으로 통상임금에 해당하는 임금의 구체적인 범위는 노사합의나 근로계약을 통하여 정하여지거나 변경된다는 점을 부정할 수 없다.

대법원에 따르면 상여금 지급 조건이 공서양속에 반하거나(민법 제103조),⁷⁾ 사실상 사용자가 일방적으로 불공정한 내용의 상여금규정을 강제한 경우 이를 위법하다고 볼 가능성이 있다(민법 제104조).⁸⁾ 그러나 위법성의 근거가 되는 공서양속 위반 또는 불공정성의 기준을 정하는 것은 매우 엄격할 수밖에 없다.

상여금의 지급액수가 고정인가 변동인가는 상여금의 법적 성격을 다르게 판단해야 할 근거라고 보기 어렵다. 즉, 고정적인 정기상여금도 상여금으로서의 성격을 가진다고 보아야 하며, 고정상여금에 대해서도 지급조건을 정할 수 있다. 이때 지급조건은 상여금의 지급 청구권의 성립 요건으로 보아야 한다. 대법원이 정기상여금에 대하여

5) 札幌高判 昭和 58.3.29 勞判 418号 112頁.

6) 東京地判 平成 14.9.9 勞判 838号 ダイジェスト 98頁.

7) 예컨대 근로자의 퇴직이 자발적 의사에 의하지 아니한 경우, 즉 정년 또는 해고에 의하여 퇴직한 경우에도 일률적으로 재직 조건 미충족으로 상여금지급청구권을 부인하는 것이 타당한지 의문이다. 그렇지만 이와 같이 퇴직사유에 따라 달리 판단하더라도 통상임금의 요건인 고정성이 당연히 인정되는 것은 아니다.

8) 독일에서는 이를 “Lohnwucher”라고 하여 위법성을 인정하고 있다. 민사상으로는 무효인 것은 물론이고(§ 138 BGB), 형사상으로도(§ 291 StGB) 처벌 대상이 된다.

지급일 재직 조건의 유효성을 긍정한 것은 기본급여와 구별되는 상여금의 성격이나 목적을 적극적으로 인정하였기 때문이다. 만일 이를 부정한다면 정기상여금은 더 이상 상여금이라는 명칭이 의미를 가질 수 없으며, 모두 기본급으로 전환되어야 할 것이다.

3. 맺 음

정기상여금에 대한 지급일 재직 조건에 대하여 일부 하급심 판결과 일부 견해처럼 이를 무효로 볼 이유는 없다. 고정급과 정기성을 갖는다는 이유로 상여금의 취지나 상여금에 대한 통상적인 지급조건의 설정이 달리 평가되는 것은 아니기 때문이다. 대법원과 다수 하급심은 일관되게 상여금의 임금성을 인정하더라도 공서양속에 반하지 않는 한 상여금에 대한 재직 조건의 설정은 유효하다고 보았다. 정기상여금에 대한 재직조건의 합의를 무효로 보거나 정기상여금을 모두 통상임금화하자는 주장은 대법원 전원합의체 판결과도 배치된다.

물론 전체 임금 중에서 상여금의 비중이 지나치게 높은 것을 정상적이라고 볼 수 없다. 그 비중이 높을 경우 상여금 지급일 전에 퇴직한 근로자에게 상여금 전액에 대한 청구권의 발생을 부인하는 것은 근로자에게 필요한 임금의 안정성 및 확정성을 위태롭게 할 수도 있다. 그렇지만 대법원은 연 800%의 상여금에 대한 재직 조건을 유효하다고 판단한 바 있고, 성과급의 액수가 크다는 사정만으로 소정근로의 대가의 성질을 가진다거나 고정성을 가진다고 볼 수 없다는 원심판결을 심리불속행으로 확정한 바 있다. 대법원은 상여금 지급조건에 관한 노사 간 합의를 무효화하기 위해서는 그 합의가 명백히 공서양속에 위반하는 경우로 한정하고 있다.

통상임금과 정기상여금 논쟁의 근본적 원인은 이른바 한국 기업의 임금체계와 구조의 모순에 있다. 임금체계 및 임금구조의 개편이 따르지 않으면 앞으로도 유사한 분쟁과 혼란이 되풀이될 가능성을 배제할 수 없다. 상여금제도의 현실화, 정상화를 위해서는 고정급으로서 매월 기본급에 포함해야 할 부분, 경영성과나 개인역량평가를 반영한 성과상여로 구분되는 것이 바람직하다. 즉, 상여금 중에 처음부터 소정근로의 대가 부분과 장래 계속 근무에 대한 장려부분이 객관적으로 분별될 수 있도록 하는 것이 가장 바람직한 해법이라는 점은 부인하기 어렵다. 다만, 이는 기업의 노력

만으로는 현실화되기 어렵다. 노사의 합의가 전제되어야 하기 때문이다. 이러한 상황에서 법원이 상여금에 대한 재직 조건을 무효로 선언하고 정부의 정책수단에 의한 해결과 당사자의 자율적 문제해결의 가능성을 차단하는 것은 옳은 태도가 아니다.

〈토론 2〉 통상임금과 신의칙

1. 노사합의와 신의칙: 단체협약의 성격과 기능에 대한 오해

단체협약은 일반 사인 간의 계약과는 그 성격을 달리 한다. 단체협약은 법률이 추상적으로 규율하고 있거나 규율하지 아니한 사항에 대하여 단체협약의 당사자 및 그 구성원(조합원)들을 구속하는 준법률적 성격을 가지고 있기 때문이다(규범적 효력). 단체교섭에 참여하는 당사자는 더 이상 강자와 약자의 관계에 있는 것이 아니라 대등관계를 전제로 하며, 그렇기 때문에 단체협약의 내용에 대하여 규범적 효력을 부여하는 것이다. 노동법정책도 이점을 고려하여 교섭 당사자 간의 대등성 확보에 관심을 가지고 있으며, 단체협약의 내용에 대한 통제는 상당히 엄격한 기준(위법한 내용이 있는 경우, 노조법 제31조 제3항 참고)에 의해서만 가능하다.

노동법은 강행적 기준에 대해서 단체협약이나 노사간 합의를 통한 예외 가능성을 인정하고 있다(근로자대표와 서면합의에 의한 근로기준 적용의 예외). 독일에서는 단체협약을 통해 최저기준을 하회하는 노사의 합의결과도 승인하는 입법례를 다양하게 보유하고 있다.⁹⁾ 독일과 우리나라에서도 향후 근로기준의 유연성 문제와 관련하여 근로자대표 또는 노동조합에 의한 교섭제도를 폭넓게 활용해야 한다는 주장도 점점 힘을 얻고 있다.¹⁰⁾

그럼에도 불구하고 대법원 다수의견은 고정성을 가진 정기상여금을 통상임금에서

9) 개별 근로계약에 대해서는 강행규정이지만, 단체협약에 대해서는 임의규정으로 본다는 의미에서 “단체협약에 대한 임의법률”(tarifdispositives Gesetz)이라고 표현한다. Schaub/Treber, ArbR-Hdb, 17.Aufl., 2017, § 199 Rn. 11 ff.

10) Hanau, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weissbuch des BMAS, RdA 2017, 213, 215. 또한 이와 관련된 우리나라의 노동법제도 개혁 방향에 대해서는 박지순, 노동법 규제개혁의 관점과 방법, 경영법률 제20집 1호, 2009, 90-99면 참고.

배제하는 노사합의는 무효라고 선언하였다. 즉, 강행규정과 노사합의의 딜레마를 해소하기 위하여 정기상여금을 제외한 통상임금 산정에 대한 노사합의는 그 효력을 인정하지 않겠다고 천명한 것이다. 그러한 이유에서 근로자들은 고정성을 가진 정기상여금이 포함된 결과 통상임금이 인상되는 효과를 얻었고 이를 토대로 임금인상률 및 임금체계 개선 문제가 본격적으로 논의될 것이다. 뿐만 아니라 인상된 통상임금의 부담을 고려하여 연장근로, 휴일근로의 조정도 이뤄질 것이다.¹¹⁾ 문제는 과거로 이를 소급해서 추가임금 지급 청구권을 인정할 것인지 하는 점이다. 즉, 신의칙 적용 문제는 과거를 어떻게 해결할 것인지에 대한 해법을 구하는 것이다.

명백한 강행규정을 위반한 노사합의는 법에 대한 무지 또는 의도적인 법의 무력화 시도가 혼재되어 있는 측면이 없지 않지만, 수십년 간 기업실무를 지배해왔던 강행규정의 모호성과 그에 기반한 노사합의의 정신을 무조건 부정하는 것은 오히려 법적 안정성을 해치는 것이다. 특히 그와 같은 합의가 대등성의 기초가 되는 집단적 교섭 및 협상을 통해 이뤄진 것이라면 일응 그에 대한 신뢰공여 및 합리적 신뢰기반을 갖추고 있는 것이라고 평가하지 않을 수 없다. 대법원도 적절히 지적하고 있듯이¹²⁾ 특히 임금협상에서는 기업이 생산, 판매활동 등을 통해 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용 부담능력(이른바 임금 인상의 내적 한계)에 대한 노사의 상호 양해가 전제되고 이를 기초로 노사가 서로 적정하다고 합의한 범위 안에서 임금협상이 이뤄지는 관행을 부정하기 어렵다.

노동조합의 입장에서는 임금협상 당시에 정기상여금은 통상임금 산정에서 배제되는 것이라는 관행을 당연한 것으로 받아들이고, 그를 기반으로 임금 인상률과 임금 구성 및 항목에 관해 협상 대상으로 삼으려는 의사를 갖고 있었다고 보는 전원합의체 다수견해의 입장이 현실에 좀더 부합한다고 판단된다.

11) 일부에서는 대법원의 신의칙 인정이 통상임금에 관한 노동조합과 사용자의 담합구조를 법률적으로 용인함으로써 우리나라의 장시간 근로 실태를 타개하는데 부정적 영향을 미칠 것이라고 우려한다. 그러나 그 견해에 따라 신의칙 적용을 배제할 경우에는 장시간근로에 대한 노사의 담합구조임에도 일방 당사자에게는 추가적인 이익을 제공해주는 부당한 결과가 발생하게 된다는 점을 어떻게 이해해야 할지 의문이다.

12) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

2. 신의칙 적용을 위한 특별한 사정

(1) 특별한 사정으로서 ‘예상외 이익’의 의의

신의칙 항변을 통해 근로자측의 추가임금 지급 청구권을 배제하기 위해서는 단순히 정기상여금을 통상임금 산정 기준임금에서 제외하는 노사합의가 있었다는 사실만으로는 부족하다. 통상임금에 관한 기존의 노사합의가 강행규정에 위반하여 무효라 하더라도 신의칙을 적용하여 통상임금의 재산정에 따른 추가 법정수당의 소급지급을 저지(소급효의 부정)할 수밖에 없는 특별한 사정이 인정되어야 한다.¹³⁾ 대법원은 근로자측의 추가 법정수당 소급지급 청구가 당사자의 이익교량에 따라 노사가 종래 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하는 것이라면 적어도 정의관념에 비추어 용인하기 어려운 특별한 사정에 해당된다는 점을 지적하였다.

이와 같이 신의칙 적용이 정당화되기 위한 특별한 사정이란 근로자는 금반언 원칙을 위배하여 예상외의 추가이익을 얻고 사용자는 반대로 추가부담으로 인하여 기업경영상의 어려움을 겪게 될 것이 우려되는 상황이 존재해야 한다. 그러한 상황이 아니라면 여러 문헌에서 지적하는 것처럼 근로자는 법률에 기한 정당한 권리 행사 자체가 부정되고 근로의 정상적인 대가를 받지 못하는 불의(不義)한 상황이 발생하기 때문이다. 이점을 고려하여 대법원 다수의견도 임금항목 중에서 상대적으로 금액 비중이 큰 정기상여금에 대해서만 신의칙 적용 가능성을 인정하고 있다.

다수의견이 특별한 사정으로 제시한 근로자측의 ‘예상외 이익’에 대한 판단기준이 특히 문제된다. 일반적으로 신의칙의 적용은 한편으로 계약당사자의 신뢰보호 및 법적 안정성의 확보를, 다른 한편으로는 계약의 공정성을 실현하는데 목적이 있다. 통상임금 소송에서 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 대신 임금인상률 및 임금구성의 조정(상여금의 비중 확대 및 각종 수당의 신설 및 금액의 인상)에 관한 노사 간 합의가 있었음에도, 추가 법정수당의 요구로 통상적인 임금인상 범위를 훨씬 뛰어 넘는 예상외의 초과이익을 추구하는 것은 신뢰보호의 관점뿐만 아니라 계약의 공정성 관점에서 용납하기 어렵다. 대법원도 임금협상의 구조와 한계, 임금협상의 방법과 과정,

13) 특별한 사정이 있는 경우에는 강행규정에 우선하여 신의칙을 적용할 수 있다고 한 사례: 대법원 1993.12.24. 선고 93다44319, 44326 판결; 대법원 2000.6.9. 선고 99다70860 판결 등 참고.

각 임금항목의 결정 방법 및 그 내용, 관행 등을 고려하지 아니한 채 종래 정기상여금을 통상임금에서 제외한 노사합의가 근기법의 강행규정에 위배되어 무효라는 이유로 정기상여금이 포함된 통상임금을 기초로 한 법정수당을 추가로 지급하게 되면, 근로자가 받을 임금 총액이 당초 노사 간에 합의한 임금 총액의 범위를 훨씬 초과하게 되어 임금협상 당시 노사 양측이 의도한 것과 상당히 다른 결과가 발생할 수 있다고 보았다.¹⁴⁾ 따라서 예상외의 초과이익 문제는 신의칙 인정을 위한 핵심 요건이라고 볼 수 있다.¹⁵⁾

(2) 예상외 이익의 판단기준

노사 임금협상 당시 정기상여금이 통상임금에 포함되지 않는다는 노사 관행 또는 묵시적 합의가 존재하였다는 것은 추가 법정수당 청구로 근로자측이 예상외의 이익을 추구하였음을 인정하기 위한 논리적인 전제이다. ‘예상외의 이익’이라는 표현 자체가 과거 근로자측의 신뢰유도행위 및 그에 대한 사용자의 합리적 신뢰 형성, 이후 추가 법정수당청구로 신뢰에 반하는(또는 예상 밖의) 이익 추구를 인정하는 논리 선상에 있기 때문이다.

사용자의 합리적인 신뢰 역시 근로자측의 예상외 이익을 판단하는 기준이다. 정기상여금이 통상임금의 산입범위에 포함되는지 여부는 오랫동안 법실무에서 불명확한 쟁점으로 남아 있었다. 하지만 노조와 사용자가 단체협약을 체결하면서 대략적인 명목임금액수를 산정해보지도 않는다는 것은 비현실적이다. 또한 경우에 따라서는 기존 통상임금의 50%에 달하기도 하는 인상요인이 되는 정기상여금에 대해 사용자측이 어렴풋이 통상임금 산정 기초에 해당할지도 모른다는 막연한 예상만을 갖고 단체협약을 체결하였다는 것도 실제 교섭실무와는 거리가 멀다. 사용자와 근로자측은 임금 항목으로 지출될 비용에 대해 큰 틀에서 비교적 명확한 인식을 갖고 단체협약을 체결하였을 것이라고 보는 것이 현실적이다. 대법원도 인정하고 있듯이 **노사 상호간에는 기업이 생산·판매활동 등을 함으로써 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용**

14) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

15) 예상외 이익의 판단은 소송을 제기한 개별 근로자의 수입을 토대로 판단하는 것이 아니라 해당 기업의 전체 근로자가 받게 될 임금 총액을 기준으로 판단해야 한다. 왜냐하면 신의칙 적용을 위해서는 예상외 이익 이전에 임금교섭에 의한 집단적 노사합의의 존재가 선행 요건이기 때문에 개별 근로자를 판단 대상으로 삼는 것은 이러한 취지와 어긋난다.

부담능력 안에서 임금인상이 이뤄져야 한다는 내적 한계에 대하여 어느 정도 양해가 되어 있고, 이와 같이 기업의 한정된 수익을 기초로 노사가 상호 적정하다고 판단하는 범위 안에서 임금협상이 진행되기 때문이다.

‘예상외 이익’을 인정한 대법원 전원합의체 판결에서 나타난 판단기준을 보면, 전원합의체 판결은 단체협약에서 노동조합이 통상임금에 산입될 임금 범위를 정하면서 동 사건의 상여금을 통상임금 산입에서 제외한 점, 동 사건의 상여금이 통상임금의 산정기초 임금의 약 600%를 넘는 규모라는 점, 사용자 직원 수가 관리직을 제외하고 400여명에 달하는데, 생산직 직원의 경우 연장·야간·휴일 근로 등 법정수당의 지급을 초래하는 근로가 상시적으로 이뤄지는 점, 사용자와 노조의 임금협상 실태, 상여금이 통상임금에 산입될 경우에 회사가 추가로 부담하게 될 가산 법정수당액과 전년도 대비 실질임금 인상률 및 그에 관한 과거 수년간의 평균치 등이 판단기준이 된다고 보았다.

생각건대 임금비용이 기업의 매출원가와 영업이익에 미치는 영향은 절대적이다. 기업은 전체 시장상황과, 같은 업종에 속한 기업의 임금수준을 고려하여 급여범위와 지급율을 조정함으로써 임금인상 수준을 정하게 된다. 따라서 정기상여금을 포함하여 재산정된 통상임금으로 추가지급할 경우 기존 임금인상률 및 전체 시장상황과 동종업계의 임금수준과 비교하여 실질 임금인상률의 수준 등이 결정되고 이를 토대로 근로자측이 얻게 되는 예상외의 이익을 판단할 수 있다.¹⁶⁾ 노사가 스스로 교섭한 결과와 관계없이 추가 법정수당 지급으로 상당한 수준의 실질 임금인상을 안겨주는 것은 타당한 결과로 보기 어렵다.

(3) 특별사정으로서 중대한 경영상의 어려움?

이에 비하여 중대한 경제적 어려움이란 추가로 지급해야 할 법정수당 총액이 막대할 경우 뒤따르게 될 기업의 재정적 압박이 신의칙 적용을 위한 부수적 조건으로 기능한다는 점을 표현한 것일 뿐, 신의칙 적용을 위한 독자적인 요건으로 인정되기는 어렵다.

16) 신의칙 적용이 어려운 점은 ‘예상외 이익’의 구체적 기준을 어디에 둘지 이를 금액으로 확정하기 쉽지 않다는 점이다. 이 점은 결국 각 회사의 인건비 규모와 평균 임금인상률, 추가지급되어야 할 법정수당액의 규모를 종합 비교할 수밖에 없다.

대법원의 다수의견은 정기상여금을 통상임금 산정에 포함하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래한다면 이는 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오기 때문에 정의와 형평 관념에 비춰 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없으므로 이 경우 추가 법정 수당의 청구는 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다고 판시하였다. 이는 회사가 채무를 변제할 수 없고 경제활동을 유지하는 것이 불가능하게 된 경제적 파탄 상태에 이른 경우이거나, 기업의 도산이나 이에 준하는 재정적 어려움이 급박하고 명백히 예상되는 경우가 아닌 한 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익 추구를 허용해야 한다는 취지로 해석할 수는 없다. 오히려 노사의 임금협상 당시에 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 추가적인 법정수당의 지급을 요구하는 것이 정의와 형평 관념에 비춰 신의에 현저히 반하여 도저히 용납할 수 없는 이유를 설명하는 취지로 이해되어야 한다. 추가 법정수당 청구 행위의 본질이 사용자와 상호 신뢰에 기반하여 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 합의를 해놓고도 근로자측이 이를 배신하여 권리를 행사하는 것이고 그로 인해 예상외의 초과이익을 획득한다는 점에서 동일함에도 배신행위의 상대방인 사용자의 경제적 지위나 재정상태에 미치는 효과에 따라 당해 행위의 법적 평가가 달라지는 것은 타당하다고 보기 어렵다.

신의칙법리의 핵심 취지는 일방 당사자의 권리행사가 당사자의 신뢰보호 및 법정안정성의 유지 그리고 계약의 공정성 실현에 반하는 것인지 여부에 있으므로, 기업의 중대한 경영상 어려움은 예상외의 초과이익 발생에 따른 부수적 요소 내지 파생적 효과로 볼 수 있다. 따라서 노사합의의 취지와 내용, 추가 법정수당의 지급에 의한 예상외의 초과이익의 범위를 토대로 정의와 형평의 관점에서 신의칙 적용 여부를 판단하는 것이 핵심적인 요건임에도, 이를 제대로 판단하지 아니한 채 오로지 추가지급에 의하여 기업이 도산에 이를 정도의 재정적 파탄상태를 기준으로 ‘중대한 경영상 어려움’을 이해하고 그에 따라 신의칙의 인정 여부를 판단하는 것은 타당하지 않다. 신의칙 적용을 위한 특별한 사정을 기업의 중대한 경영상 어려움에 국한하여 이해할 경우 오히려 기업의 유지·존속에 대한 근로자측의 책임에 초점을 맞추게 되며, 이는

일부 전해가 주장하듯이 기업의 경영상 책임을 근로자에게 전가하는 결과가 될 수 있기 때문이다.

3. 맺음말

대법원의 법형성 기능은 특히 노동법과 같이 정치·경제·사회적 변화에 따라 법적 용의 변동성이 높은 법분야에서 대단히 중요한 역할을 담당한다. 노동법은 대단히 역동적인 분야이기 때문이다. 판례법은 노동법의 흠결을 보충하고 가능한 범위 내에서 시대에 뒤떨어진 해석론을 현실에 맞게 수정·보완하는 역할을 담당한다.

통상임금과 정기상여금의 관계에서도 통상임금의 개념이나 요건이 모호한 상태에서, 강행규정이라는 이유로 재판부가 개별 임금항목마다 건건이 통상임금 해당성을 사후적으로 판단하다는 것은 과거의 후견주의적 노동법구조에 갇혀 노사의 자율적 결정 가능성을 부인하게 되고 그로인한 부작용을 해소하기 위해서 신의칙이라는 불편한 법리에 의지하지 않을 수 없게 한다.

대법원은 좀더 미래지향적으로 판례법을 형성해 가야 할 책무가 있다. 근로기준법이 만들어진지 65년 이상 흘러가고 있는 시점에서 산업구조와 근로관계의 내용은 애초 근로기준법이 전제한 사실적 기초와는 전혀 다르게 전개되고 있다. 변화하는 경제현실을 가장 합리적으로 판단하고 근로자의 현실적 보호필요성을 반영하여 균형적인 이익조정을 꾀할 수 있는 주체는 법원이 아니라 결국 노사라고 할 수 있다. 동시에 오랜 기간 형성된 근로조건의 내용에 대하여 법적 안정성을 유지할 수 있도록 노사의 대등한 결정을 존중하는 법형성이 요청된다.

통상임금의 고정성 및 신의칙에 관한 토론문

권 오 성*

Contents

1. 들어가며
2. 신의칙에 관한 소감
3. 통상임금의 판단기준에 관한 조금 다른 생각
4. 구체적인 검토
5. 나오며

* 성신여자대학교 법과대학 교수.

1. 들어가며

먼저, 통상임금의 고정성과 관련하여 발표해 주신 김홍영 교수의 “① 정기상여금에 부가한 재직자 조건, 일정 근무일수 조건은 무효이며, ② 정기상여금에 그러한 조건이 있어도 정기상여금은 통상임금으로 인정되고, ③ 정기상여금에 그러한 조건을 명시적으로 규정하지 않은 경우는 조건의 존재를 인정할 수 없다”는 결론에 토론자도 아무 이의없이 동의한다.

김홍영 교수께서 감사하게도 “통상임금의 판단은 법문에 따라 ①임금성 → ②정기성 → ③ 일률성의 3단계의 판단구조를 따라야 하며, 그것으로 족하다. 판례가 언급하는 ‘고정성’은 일률성(一律性)의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐, 통상임금 여부를 판단하는 추가적인 ‘요건’으로 보아서는 아니 된다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건의 하나로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자가 예상보다 부당하게 좁히는 결과를 초래한다.”는 토론자의 주장을 소개하시면서, 이러한 주장의 논지는 입법론에서 오히려 많은 시사점이 있다고 평가해 주셨다. 이와 같은 토론자의 주장은 기존의 판례법리나 학계의 주류적인 해석과는 전혀 다른 관점의 접근이라 생경하게 들릴 것으로 추측된다.

아래에서는 먼저 통상임금 소송에서의 신의칙의 문제에 관한 토론자의 생각을 간단히 밝히고, 통상임금의 고정성 기타 판단기준에 관하여 토론자가 주류적인 견해와는 상이한 해석론을 개진하는 이유를 조금 상세히 부연하고자 한다.

2. 신의칙에 관한 소감

범죄영화를 보다보면 공범자들 중 한명이 자기만 살겠다고 다른 공범을 배신하는 이야기가 빈번하게 등장한다. 대부분 매력적인 악인(惡人)인 주인공이 배신을 당한다. 신의칙이 문제된 통상임금소송을 보면 이런 범죄영화와 닮았다는 생각이 든다. 기업의 입장에서는 회사의 경영상황도 좋지 않는데 당초의 약속을 뒤집고 수당을 다시 계산하여 지급하라고 소를 제기하는 근로자가 배신자로 보일 수 있다고도 생각된다. 이러한 점에서 신의칙을 근거로 기업의 책임을 제한한 대법원 전원합의체 판결은 그 논증의 타당성은 별론으로 하고, 감정적으로는 수궁이 되는 측면이 있다.

그런데 조금 더 생각해 보면 근로자 개인은 배신을 한 당사자가 아닌 경우가 대부분이다. 소송의 원인이 된 ‘강행법규에 위반된 통상임금 산정방식’이 단체협약에 규정된 경우라면 사용자에게 신뢰를 부여한 주체는 협약당사자인 노동조합이지 개별 근로자가 아니고, 취업규칙에 규정된 경우라면 그러한 취업규칙은 사용자가 스스로 작성한 것이기 때문이다.

개별 기업 단위에서 임금제도의 설계 과정에서 노동조합과의 단체교섭이나 개별 근로자와의 협상에 의해 영향을 받을 수는 있겠지만, 임금제도 설계의 종국적인 책임은 결국 기업에 귀속되어야 한다.

흔히 말하는 ‘경영권’이 실재하는 것이라면, 아마도 임금제도를 어떻게 설계할 것인가는 경영권에 영역에 속할 것이다. 기업은 그 경영과정에서 다양한 국면에서 의사결정을 하여야 하고, 이러한 의사결정 과정에서 제반 법령을 준수하여야 한다. 고의든 과실이든 기업이 법령을 준수하지 못한 경우에는 당해 법령이 예정하는 제재를 받을 수밖에 없다. 요즘 말로 ‘법률 risk’라고 불리는 것이 이러한 위험일 것이다. 강행법규에 위반하는 내용으로 통상임금의 산정방식을 정한 것은 결국 기업이 이러한 ‘법률 risk’의 관리에 실패한 것이다. 노동조합이 ‘강행법규에 위반하는 통상임금의 산정방식’에 동의하였다고 해서 기업이 법령위반의 책임을 면할 수 있다는 법리는 제가 알기로는 없다. ‘법률의 부지(不知)는 용서받지 못한다’는 오랜 법언에 비추어 보면, 정기상여금은 통상임금에 해당하지 않는다는 취지의 노동부 행정해석을 신뢰하였음을 이유로 기업의 책임을 면할 수 있는 것도 아니다.

기업의 경영과정에서 발생하는 위험은 기본적으로 기업이 부담해야 한다. 근로자는 기업에 자신의 시간을 제공하고, 그러한 시간 동안 자신을 사용한 사용료를 지급받기로 한 것일 뿐, 기업의 이윤을 분배받지 못한다. 이윤이 있는 곳에 책임이 돌아가는 것이 형평에 맞습니다. 기업이 법률을 위반한 책임을 ‘신의칙’의 이름으로 근로자에게 돌리는 것은 신의에 맞지 않는다.

어찌되었든, 신의칙을 근거로 기업의 책임을 제한한 대법원 전원합의체 판결이 선고된 지도 벌써 5년이 훌쩍 넘었다. 이 기간은 개별 기업이 ‘강행법규에 위반하는 통상임금의 산정방식’을 법률에 적합한 방식으로 교정하기에 충분한 기간이었다고 생각된다. 임금채권의 소멸시효가 3년이라는 점을 고려해 보면, 향후 통상임금 관련 소송에서 신의칙을 근거로 기업의 책임을 제한하는 판결이 내려지는 경우는 거의 없을 것이라 생각된다.

3. 통상임금의 판단기준에 관한 조금 다른 생각

근로기준법은 1953년 제정 당시부터 시간외근로에 대한 할증임금의 산정을 위한 기준으로 ‘통상임금’이라는 용어를 사용하면서도 통상임금이 무엇인지에 관하여는 법률에 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 1954년 제정 근로기준법시행령은 일급, 주급, 월급 등이 통상임금에 해당함을 전제로 그러한 금액을 해당 기간의 소정근로시간 수로 나누어 시급으로 환산할 수 있다고 규정하고 있었다. 이후 1982년 개정 근로기준법시행령에서 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라는 통상임금의 ‘일반적인 정의’가 도입되었다.

‘시간급, 일급, 주급, 월급’이라는 용어는 그 자체에 정기성과 일률성이라는 표지가 당연히 내재되어 있다고 볼 수 있다는 점을 고려할 때,¹⁾ 근로기준법시행령 제6조 제1항의 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라는 통상임금의 정의에서 ‘정기적·일률적’라는 문구가 어떠한 의미로 사용된 것인지 의문이다.

‘정기성·일률성’이 인정되지 않은 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’은 상상하기 어렵다. ‘일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금’의 경우에도 사정은 다르지 않다. 따라서 시간급, 일급, 주급, 월급, 일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금은 본질적으로(per se) 통상임금이다. ‘정기성·일률성’과 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’은 동어반복(tautology)에 불과하다고 생각한다.

그렇다면 근로기준법시행령 제6조 제1항에서 말하는 ‘일률적’의 의미는 과연 무엇인가? ‘일률적’으로 지급되는 임금이라는 말은 결국 ‘하나의 비율’에 따라 근로시간의 증가에 비례적으로 지급하기로 정한 임금을 의미하는 것으로 이해해야 하는 것은 아닐까? 이러한 관점에서 보면 ‘일률성’이라는 문구를 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 이해해온 판례는 일률적이라는 말을 ‘하나도 빠짐없이’라는 의미로 오독한 것이다.

통상임금은 사용자와 개별 근로자 사이에서 발생하는 연장근로 등에 관한 수당의

1) 예컨대, 월급금액의 경우 ‘월급(月給)’이라는 말 자체가 이미 월의 소정근로에 대하여 매월(定期的) 일정한 지급률(一率的)로 지급하기로 정하여진 금액을 의미한다.

계산을 위한 도구개념이다. 개별 근로자의 연장근로수당을 계산함에 있어 다른 근로자가 어떠한 조건에서 얼마의 임금을 받기로 하였는가는 아무런 관계가 없다. 일률적이란 말은 글자 그대로 ‘하나의 비율’을 의미하는 것으로 글자 그대로 새기는 것이 옳다고 생각한다.

근로기준법시행령 제6조 제1항에서 말하는 ‘정기적’의 의미는 과연 무엇인가? 근로기준법은 정기일지급의 원칙을 규정하고 있다. 소정근로에 대한 임금은 당연히 1개월을 넘지 않는 기간을 주기로 ‘정기적’으로 지급되어야 한다. 소정근로에 대한 임금이 이러한 1개월 이내의 기간을 주기로 정기적으로 지급되지 않는 경우 이는 근로기준법에 위반한 임금지급방식으로 위법하다고 평가되어야 한다. 이러한 형태로 지급되는 임금을 정기성을 결하였다고 보아 통상임금에 해당하지 않는다고 판단하는 것은 선후가 바뀐 판단방식이다.

사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 그러한 금품지급이 정기일지급의 원칙의 예외에 해당하는지를 먼저 판단해야 하는 것이지, 그러한 판단을 생략한 채 위법한 사실을 전제로 통상임금에 해당하는지에 여부를 평가하는 것은 탈법 내지 불법을 자행한 사용자를 오히려 더 보호하는 부당한 결과를 가져온다.

시간급, 일급, 주급, 월급, 일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금은 ‘당연히’ 통상임금에 해당한다면, 통상임금의 개념요소로 ‘정기성’과 ‘일률성’을 규정한 근로기준법시행령 제6조 제1항은 규범적으로 어떤 의미를 갖는 것일까? 이해의 편의상 근로기준법 시행령 제6조 제1항의 문구를 아래 그림과 같이 재구성해 본다.

〈그림 1〉 근로기준법시행령 제6조 제1항의 재구성



‘시간급, 일급, 주급, 월급’이라는 용어 자체에 ‘정기성·일률성’이라는 의미가 당연히 포함되어 있다고 본다면, ‘정기적·일률적’이라는 말은 ‘총 근로에 대하여 지급되는 도급 금액’에 관해서나 의미를 갖는다고 할 것이다.

그렇다면, 총 근로에 대한 도급금액도 ‘정기적·일률적’인 경우에만 통상임금에 해당하는가? 근로기준법시행령 제6조 제2항 제6호는 시간급 통상임금액의 산정방법을 “도급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간을 말한다)의 총근로시간수로 나눈 금액”이라고 규정하고 있다. 과연 ‘도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자’(이하 “도급근로자”라 한다)²⁾가 제공한 총근로에 대하여 도급금액으로 정해진 임금이 ‘정기적·일률적’일 수 있는가?

총 근로에 대하여 도급금액으로 정해진 임금은 근로시간과의 관계에서 어떠한 함수관계에 있지 않으며, 따라서 근로시간과 임금 사이에 일률성을 갖기 어렵다. 따라서 도급근로자의 시간급 통상임금은 사후적으로 평가될 수밖에 없다.

이러한 이유로 토론자는 통상임금은 “①임금성 → ②정기성 → ③일률성”의 3단계의 판단구조를 따라야 한다고 생각하며, 법문에서 규정하지 않는 ‘고정성’은 별도로 고려되어서는 아니 된다고 생각한다.

판례가 언급하는 ‘고정성’은 일률성의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐이지, 통상임금 여부를 판단하는 요건으로 보아서는 아니 된다고 생각한다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건의 하나로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자가 예상보다 부당하게 좁히는 것으로 해석의 범위를 넘는 부당한 법형성이라고 생각된다.

한편 ‘사전확정성’이라는 개념을 ‘내일 퇴사하는 경우에도 무조건 지급되는 금품’ 따위로 마치 논리학적 인과성 차원으로 해석하는 것 또한 당연히 법령에 근거가 없다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 소정근로 또는 총근로에 대하여 ‘지급하기로 정하여진’ 임금이라고 정의한다. 따라서 통상임금은 근로자가 당초 약정한 소정근로가 제공하는 ‘통상적인’ 경우에 지급하기로 미리 정하여진 ‘통상적인’

2) 근로기준법 제2조 제2항 제7호는 “소정근로시간이란 …… 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다.”고 규정하고 있다. 따라서 소정근로시간을 정한 경우 이러한 소정근로시간에 제공할 근로에 대한 대가는 그 시간에 비례하는 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’으로 정해야 할 것이다. 반면, 근로계약에서 소정근로시간을 정하지 않는 경우(대부분 도급근로자에 해당할 것이다)에는 당사자 간에 약속한 총 근로에 대한 대가를 총액으로 정할 수밖에 없을 것이다. 근로기준법 제47조는 이러한 도급근로자의 임금의 보호를 위하여 “사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다.

임금일 뿐이지, 소정근로가 실제로 제공되지 않은 ‘이례적인’ 경우 당초 지급하기로 약속된 임금이 ‘사후적’으로 감액하여 지급되었다는 이유로 그러한 임금의 통상임금성이 부정될 수는 없는 것이다.

4. 구체적인 검토³⁾

가. 관련규정의 연혁

1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정된 근로기준법(시행일: 1953. 8. 9.) 제46조는 ‘시간외휴일근로’라는 제목으로 다음과 같은 규정을 두고 있었다.

제46조 【시간외휴일근로】 사용자는 연장시간근로(第42條, 第43條의 規定에 依하여 延長된 時間의 勤勞)와 야간근로(下午10時부터 上午6時까지의 사이의 勤勞)에 대하여는 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 하며 휴일근로(本法에서 定한 賃金支給休日の 勤勞)에 대하여는 사용자는 당해일에 소당임금을 지급하는 것을 이유로 본법에서 정한 휴일에 지급할 임금의 지급을 거절할 수 없다.

한편, 1954. 4. 7. 대통령령 제889호로 제정된 근로기준법시행령(시행일: 1954. 4. 7.) 제24조는 ‘법 제46조의 규정에 의한 통상임금’의 구체적인 산정방식에 관하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

제24조 법 제46조의 규정에 의한 통상임금이라 함은 다음 각호에 의하여 산정한 것을 말한다.

1. 시급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수으로써 제한 금액
3. 주급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정 근로시간수으로써 제한 금액
4. 월급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정 근로시간수으로써 제한 금액
5. 월, 주이외의 일정한 기간으로써 정하여진 임금에 대하여는 전각호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간. 이하 같다)의 총근로시간수으로써 제한 금액
7. 근로자가 받는 임금이 전각호의 2이상의 임금으로써 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 전각호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액

3) 이 부분은 토론자가 발표한 몇몇 글들을 발췌하여 정리한 것이다.

이후 1981년에 이르기까지 근로기준법과 동법시행령이 수차례 개정되는 동안 통상임금에 관한 규정은 1969. 11. 10. 개정 근로기준법시행령(대통령령 제4220호)에서 조문의 위치가 제31조로 변경된 것 이외에 실질적인 내용의 변화는 없었다.

1982. 8. 13. 대통령령 제10898호 일부개정되어 같은 날 시행된 근로기준법시행령은 제31조 제1항을 신설하여 통상임금을 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라고 정의하였는바, 이를 통하여 ‘정기성’과 ‘일률성’이 통상임금의 징표 내지 개념요소로 처음 명시되었다. 그런데, ‘시간급, 일급, 주급, 월급’이라는 용어에는 정기성(定期性)과 일률성(一律性)⁴⁾이라는 개념징표가 당연히 내재되어 있다는 점을 고려할 때,⁵⁾ 1982년 개정 근로기준법시행령 제6조 제1항의 ‘정기성·일률성’은 종래 통상임금으로 열거되어 있던 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’의 공통적인 개념징표를 귀납추론하여 이들의 공통적인 표지를 추출한 것으로 이해하는 것이 적절하다고 생각된다.

한편, 동조 제2항은 시간급금액 이외의 방식으로 정하여진 임금을 시간급금액으로 산정하는 식을 규정하였는바, 이는 개정 전의 근로기준법시행령 제31조와 동일한 내용이다.

제31조 【통상임금의 정의】 ①법과 이 영에서 “통상임금”이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다.

② 제1항의 규정에 의한 통상임금을 시간급금액으로 산정할 때에는 다음 각호에 의한다. 이 경우 일급금액으로 통상임금을 산정할 때에는 시간급금액에 1일의 소정근로시간수를 곱하여 계산한다.

1. 시간급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정근로시간수로 나눈 금액
3. 주급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정근로시간수로 나눈 금액
4. 월급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정근로시간수로 나눈 금액

4) 근로기준법 시행령은 ‘일률적’이라는 말에 한자를 병기하고 있지 않다. 일반적으로 ‘일률’이라는 말은 ‘一律’이거나 ‘一率’이라는 한자어에서 유래한 것인바, 사전으로는 하나의 비율을 말하는 일률성(一律性)으로 읽는 것이 올바른 독법이라고 생각한다.

5) 예컨대, 월급금액의 경우 ‘월급(月給)’이라는 말 자체가 이미 월의 소정근로에 대하여 매월(定期的) 일정한 지급물로 지급하기로 정하여진 금액을 의미한다.

5. 월·주외의 일정한 기간으로 정하여진 임금에 대하여는 제1호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간 이하 같다)의 총근로시간수로 나눈 금액
7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 2이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액

1997. 3. 27. 대통령령 제15320호로 제정된 근로기준법시행령 제6조는 통상임금의 정의는 종전의 내용을 그대로 유지하면서 시간급금액 이외의 방식으로 정하여진 임금을 시간급금액으로 산정하는 식의 분모(分母)를 종전의 ‘소정근로시간수’에서 ‘통상임금 산정기준시간수’로 변경하였다. 이러한 입법은 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대하여 지급되는 급여가 통상임금에 포함됨을 전제한 것이다. 그런데, 통상임금은 기본적으로 소정근로시간을 넘는 근로(편의상 “소정외 근로”라고 한다)에 대한 수당의 산정의 기준금액이다. 따라서 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대한 급여(예컨대, 주휴수당)는 통상임금에 포함되는 임금이 아니라 통상임금을 ‘적용’하여 지급하여야 하는 수당이다.

제6조 【통상임금】 ① 법과 이 영에서 “통상임금”이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다.

② 제1항의 규정에 의한 통상임금을 시간급금액으로 산정할 경우에는 다음 각호의 방법에 의하여 산정된 금액으로 한다.

1. 시간급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수로 나눈 금액
3. 주급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 통상임금 산정기준시간수(법 제20조의 규정에 의한 주의 소정근로시간과 소정근로시간외의 유급처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액
4. 월급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 통상임금 산정기준시간수(주의 통상임금산정 기준시간에 1년간의 평균주수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈금액
5. 일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금에 대하여는 제2호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액

6. 도급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간을 말한다)의 총근로 시간수로 나눈 금액
7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 2이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 각 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액을 합산한 금액
- ③ 제1항의 규정에 의한 통상임금을 일급금액으로 산정할 때에는 제2항의 규정에 의한 시간급 금액에 1일의 소정근로시간수를 곱하여 계산한다.

나. 정기성 관련

우리 민법 제656조 제2항은 고용계약의 보수의 지급시기에 관하여 “보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고 관습이 없으면 약정한 노무를 종료한 후 지체없이 지급하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 현행 근로기준법 제43조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다.”고 규정한다. 따라서 민법상 고용계약의 보수의 지급시기가 사적자치의 영역에 속하는 데 반하여, 근로기준법상 임금의 지급에 있어서는 근로의 제공과 그러한 근로에 대한 임금의 지급시기의 간격은 원칙적으로 1개월을 넘어서는 아니 될 것이며,⁶⁾ 이러한 범위에서 임금의 지급방법에 관한 사적자치는 제한을 받는다.

임금의 지급방법에 관한 ‘매월 1회 이상 정기지급의 원칙’은 그 연원을 일본의 1916년 공장법시행령 제22조에서 찾아볼 수 있을 것이다.⁷⁾ 이후 1947년 제정된 일본 노동기준법 제24조 제2항 본문은 위 공장법시행령 규정을 받아 매월 1회 이상 정기지급의 원칙을 규정하되, 그 단서에서 ‘임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금’은 예외로 허용하였다.

6) 구약성격 레위기 19장 13절은 “너는 네 이웃을 억압하지 말며 착취하지 말며 품꾼의 삯을 아침까지 밤새도록 네게 두지 말며”라고 쓰고 있고, 신명기 24장 15절은 “그 품삯을 당일에 주고 해 진 후까지 미루지 말라”고 쓰고 있습니다.

7) 工場法施行令(1916(大5). 8. 3. 勅令第193号) 第二十二條 職工ニ給与スル賃金ハ通貨ヲ以テ毎月一回以上之ヲ支給スヘシ.

8) 第二十四條(賃金の支払)

2 賃金は「毎月一回以上」一定の期日を定めて支払わなければならない。ただし「臨時に支払われる賃金」賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金(第八十九条において「臨時の賃金

제24조 【임금의 지급】

임금은 매월 1회 이상, 일정한 날을 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금(제89조에서 “임시 임금 등”이라 한다)에 대해서는 그러하지 아니하다.⁸⁾

같은 해 일본의 노동성은 위 노동기준법 제24조의 시행에 관하여 다음과 같은 행정해석을 제시하였다.⁹⁾

노동기준법의 시행에 관한 건

[법 제24조 관계] 상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.

이와 같이 일본은 노동기준법이 제정되던 1947년부터 “상여란 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.”는 취지가 행정해석으로 명확하게 제시되었고, 이러한 해석은 현재까지 그대로 유지되고 있다.¹⁰⁾

우리나라의 경우, 1953년 제정 근로기준법 제36조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 단 임시로 지급하는 임금, 수당 기타 이에 준하는 것 또는 대통령령으로써 정하는 임금에 대하여는 예외로 한다.”이라고 규정하고 있었는바, 위 조항은 단서 부분에서 일본의 노동기준법이 명시하고 있는 ‘상

等」という°)についてはこの限りでない°

9) 労働基準法の施行に関する件(1947(昭22).9.13, 發基17号)

【法第二四条関係】賞与とは‘定期又は臨時に’原則として労働者の勤務成績に応じて支給されるものであつて‘その支給額が予め確定されてゐないものを云ふこと°定期的に支給され‘且その支給額が確定してゐるものは‘名称の如何にかゝらずこれを賞与とはみなさないこと°従つて‘かゝるもので施行規則第八条に該当しないものは‘法第二四条第二項の規定により毎月支払われなければならないこと°

10) 厚生労働省労働基準局 編, 労働基準法解釈総覧(改訂15版), 労働調査会, 2014, 258면.

여’라는 말이 우리 근로기준법에는 기재되지 않은 정도의 차이가 있을 뿐, 위 일본 노동기준법 제24조 제2항과 동일하다.¹¹⁾ 한편, 1954년 제정 근로기준법시행령 제15조는 “법 제36조제2항 단서의 규정에 의한 임금수당”을 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조 법 제36조제2항 단서의 규정에 의한 임금수당이라 함은 다음에 계기하는 것을 말한다.

1. 1월을 초과하는 기간의 출근성적에 의하여 지급되는 정근수당
2. 1월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급되는 근속수당
3. 1월을 초과하는 기간에 공한 사유에 의하여 산정되는 장려가급·능률수당 또는 상여금
4. 기타 부정기적으로 지급되는 제수당

이러한 연혁을 살펴 볼 때, 우리 근로기준법의 ‘매월 1회 이상 정기지급의 원칙’은 일본의 공장법시행령 및 노동기준법의 영향을 받아 입법된 것임을 부인하기는 어렵다. 이러한 배경에서 보자면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 중 ‘상여금’의 개념에 관한 판시가 일본의 행정해석과 거의 동일한 표현으로 이루어진 이유가 설명이 될 것이다.

労働基準法の施行に関する件(1947. 9. 13, 發基17号)	대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결
상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.	상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로기준법 제36조 제2항 단서 및 동법시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금지급기간 만료전에 퇴직한 근로자라도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다.

이렇게 이해한다면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결의 취지는 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정된 금품은 그 명칭에 관계없이 ‘정기일지급 임금’에 해당한다는 것을 명확히 하여 근로기준법 제43조 제2항의 적용 기준을 판단한 것이라고 생각된다.

11) 위 조항은 현행 근로기준법 제43조 제2항에 그대로 유지되고 있습니다.

만일, 소정근로의 대가로 지급되는 임금을 지급함에 있어 이러한 원칙을 준수하지 않을 경우 그러한 임금지급방식은 근로기준법 제43조 제2항에 반하는 위법한 임금지급방식으로 보고, 근로기준법 제43조 제2항을 적용하여 매월의 임금지급일에 해당 월의 근로에 대한 대가를 지급하도록 하여야 할 것이다.

즉, 사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 그러한 금품지급이 정기일지급의 원칙의 예외에 해당하는지를 먼저 판단해야 하는 것이지, 그러한 판단을 생략한 채 위법한 임금지급방법을 전제로 통상임금에 해당하는지에 여부를 평가하는 것은 탈법을 감행한 사용자를 유리하게 취급하는 불공정(unfair)한 결과를 야기할 것이다. 이러한 상황을 방지하는 것은 다른 사용자들로 하여금 정기일 지급의 원칙을 회피하는 것이 유리하다는 인식을 갖게 할 것이고, 결국은 근로기준법 제43조 제2항은 실효성을 상실하게 될 것이다.

판례가 1개월을 초과하는 기간으로 정기적으로 지급되는 금품도 정기성이 인정된다고 본 결과에는 찬성한다. 그러나 1개월을 초과하는 기간으로 정기적으로 지급되는 금품이 있다면, 먼저 그러한 금품이 근로기준법 제43조 제2항의 배제사유에 해당하는지 판단하고, 배제사유에 해당하지 않는다면 매월 임금지급일에 지급되어야 하는 임금으로 보고 정기성을 긍정하는 것이 근로기준법 제43조 제2항의 취지에 맞는 해석이라고 생각한다. 통상임금 판단에서의 정기성과 정기일 지급원칙에서의 정기성의 개념의 이동을 두고 실제로 논란이 있었는바, 이러한 논란은 종래 행정부는 물론 법원에서도 근로기준법 제43조 제2항을 적극적으로 적용하지 않았던 데 그 원인이 있다고 생각된다.

서울고등법원 2018. 12 18. 선고 2017나2025282 판결 중 “고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과” 및 “정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다”는 판단은 ‘상여금’이라는 명목으로 지급되는 금품이 실질에 있어서는 ‘정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정’되어 있는 경우에는 근로기준법 제43조 제2항의 적용대상이 되므로 그러한 금액은 원래는 매월 1회 이상 지급되어야 하는 금품이라고 보고, 이에 근거하여 “정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다”고 판단한 것으로 생각된다.

이렇게 본다면, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금 지

급관행은 소정근로의 대가로서 ‘정기일지급 임금’의 실질을 갖는 임금을 통상임금을 낮추거나, 금융이익을 향유하거나, 재직일 지급 조건을 붙여 장기근속을 강제하려는 목적으로(물론, 이러한 목적이 없을 수도 있지만) 강행법규인 근로기준법 제43조 제2항의 적용을 회피한 것(우리나라의 민법학에서는 주로 “탈법행위”라는 용어로 설명되는 법률회피현상)이라고 평가될 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 토론자는 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결은 2013년 이전에 탈법적으로 통상임금을 낮게 산정하는 방편으로 기능하였던 정기상여금 지급관행의 문제점을 정확하게 파악하고, 그러한 ‘탈법행위’ 내지 ‘법률회피행위’를 교정(矯正)하는 단초를 제시한 용감하고도 시의적절한 판결이라고 생각한다.

다. 일률성 관련

1982년 개정 근로기준법시행령 제6조 제1항의 ‘정기성·일률성’이라는 개념이 종래 통상임금으로 열거되어 있던 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’의 공통적인 개념징표를 귀납추론하여 이들의 공통적인 표지를 추출한 것으로 이해할 경우, ‘일률적’으로 지급되는 임금이라는 말은 실근로시간의 증가에 ‘하나의 비율(one rate)’로 비례적으로 계산되어 지급되는 금품이라고 이해하는 것이 옳다고 생각한다.

이러한 관점에 서면 ‘일률성’의 의미를 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 이해했던 종래의 판례는 일률적이라는 말을 ‘하나도 빠짐없이’라는 의미로 잘못 이해한 것으로 볼 수 있다. 통상임금은 사용자와 개별 근로자 간에 연장근로 등에 관한 수당을 계산함에 필요한 도구개념이라고 할 것인데, 개별 근로자의 연장근로수당을 계산함과 ‘다른 근로자가 어떠한 조건에서 얼마의 임금을 받기로 하였는지는 아무런 관계가 없을 것이다.’¹²⁾

라. 고정성 관련

이와 같이 일률성이라는 말을 ‘하나의 비율(one rate)’이라는 의미로 이해할 경우, 일률성의 개념 안에는 고정성이라는 성격이 내재되어 있다. 따라서 판례에서 언급하

12) 최근 다수 기업의 연봉계약서에 연봉액을 제3자에게 누설하지 않겠다는 조항이 기재되고 있는바, 다른 근로자의 연봉을 알 방법이 없는 근로자의 입장에서 ‘모든 근로자’에게 일률적으로 지급되는 금품이라는 기준으로 통상임금 여부를 판단한다는 것은 불가능한 일일 것이다.

는 ‘고정성’은 일률성(一率性)이라는 표지를 구성하는 하나의 속성일 뿐, 통상임금 여부를 판단하는데 요구되는 별도의 독자적인 ‘요건’으로 볼 수는 없을 것이다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건으로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자의 의도보다 좁히는 것으로 해석의 범위를 넘는 부당한 법형성이라고 생각한다.

무엇보다 근로기준법시행령 제6조 제1항에는 법관의 법형성의 전제가 되는 법률의 흠결 자체가 존재하지 않는다고 생각한다. 통상임금의 개념에 고정성이라는 측면이 요구되는 것은 사실이나, 이는 통상임금이 「 $Y(\text{법정수당}) = 1.5 * r(\text{통상임금률}) * X(\text{연장, 야간, 휴일근로기간})$ 」이라는 계산식에서 계수의 기능을 담당하므로 상수(常數)이어야 한다는 점에서 요구되는 것으로 생각할 수 있으며, 따라서 ‘일률성’을 ‘하나의 비율’이라고 해석한다면 ‘일률성’ 이외에 별도의 ‘고정성’이라는 요건은 필요하지 않을 것이다.

통상임금의 ‘고정성’을 법관의 정당한 법형성이라고 보는 일부 견해는 종래 판례처럼 ‘일률성’을 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 잘못 해석한 전제에서 근로기준법시행령 제6조 제1항에 법률의 흠결이 있다고 판단한 후, ‘고정성’이라는 요건의 추가를 정당한 법형성으로 받아들인 것으로 이해된다.

연혁적으로도 통상임금의 개념표지의 하나로 ‘고정성’이라는 용어가 최초로 사용된 것으로 생각되는 대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결은 “근로기준법 제19조 2항에 동조 1항에 의하여 산출된 소위 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금을 평균임금으로 한다고 규정한 취지는 …… 평균임금의 하한선을 통상임금에다 두었다고 할 것이므로 근로기준법 19조 2항이 말하는 ‘통상임금’이란 평균임금의 산정과는 달라서 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금 즉, 기본적인 임금과 이에 준하는 고정적으로 지급되는 수당의 1일 평균치라고 보아야 할 것이다.”라는 문맥에서 나온 판결인바, 위 판결은 연장근로수당의 산정에 필요한 통상임금의 개념에 대한 판시라기보다 평균임금의 하한으로 기능하는 통상임금 개념을 판시하면서 평균임금과 통상임금의 차이를 부각하기 위하여 ‘고정적’이라는 용어를 사용한 것으로 생각된다.

근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 소정근로 또는 총근로에 대하여 ‘지

급하기로 정하여진’ 임금이라고 정의합니다. 따라서 통상임금은 근로자가 당초 약정한 소정근로가 제공하는 ‘통상적인’ 경우에 지급하기로 미리 정하여진 ‘통상적인’ 임금일 뿐이지, 소정근로가 실제로 제공되지 않은 ‘이례적인’ 경우 당초 지급하기로 약속된 임금이 ‘사후적’으로 감액하여 지급되었다는 이유로 그러한 임금의 통상임금성이 부정될 수는 없다고 생각된다. 통상임금을 판단함에 있어 ‘내일 퇴사하는 경우에도 무조건 지급되는 금품’이라는 마치 논리학적 인과성과 동일한 수준의 고정성을 요구하는 것은 법령에 근거가 없는 부당한 법형성이다.

참고로, 미국 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA) 제7조(a)(1)은 사용자는 1주에 40시간을 초과한 근로에 대해서는 그의 통상임금률(regular rate)의 1.5배 이상의 비율로 보상(compensation)을 지급해야 한다는 취지의 규정을 두고 있으며, 여기서 통상임금률(regular rate)은 1시간당으로 계산하되, 주급제 및 월급제인 경우에는 주당 임금액을 주의 소정근로시간수(소정근로시간수가 정해져 있지 않은 경우에는 실근로시간수)로 나누어 산정합니다. 다만 제7조(e)(3)(a)는 일정한 요건에 해당하는 상여금(bonus)은 통상임금률 산정에 포함되지 않는다고 규정하고 있다.¹³⁾ 제7조(e)(3)에 해당하여 통상임금률(regular rate)에 포함되지 않는 상여금을 ‘재량상여금’이라고 하고, 반대로 제7조(e)(3)에 해당되지 않아 통상임금률(regular rate)에 포함되는 상여금을 ‘비재량상여금’이라고 한다.

제7조 (e) 본조에 있어서 근로자의 통상임금률은 근로에 대한 대가로 근로자에게 지급되는 모든 보수를 포함한다. 다만 다음의 것은 포함되지 않는다.

(3) 일정한 기간의 근무에 대한 포상으로서 지급되는 금전으로, 다음 중의 어느 하나에 해당하는 것.

13) 29 U.S. Code § 207 - Maximum hours

“Regular rate” defined as used in this section the “regular rate” at which an employee is employed shall be deemed to include all remuneration for employment paid to, or on behalf of, the employee, but shall not be deemed to include—

(3) Sums paid in recognition of services performed during a given period if either,

(a) both the fact that payment is to be made and the amount of the payment are determined at the sole discretion of the employer at or near the end of the period and not pursuant to any prior contract, agreement, or promise causing the employee to expect such payments regularly;

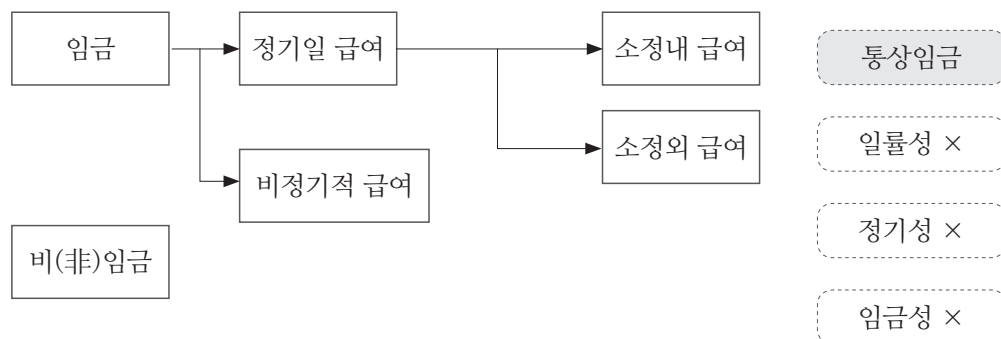
(a) 지급의 여부와 지급금액이 지급기간의 종일(終日) 또는 종일에 근접하여(at or near the end of the period) 전적으로 사용자의 재량(sole discretion of the employer)에 의해 결정되고, 근로자에게 정기적인 지급에 대한 기대를 갖게 하는(causing the employee to expect such payments regularly) 사전의 계약, 합의, 약속에 근거하고 있지 않은 경우¹⁴⁾

한편, 미국 노동부는 29C.F.R. §778.208에서 통상임금률에 포함되지 않는 상여금(Discretionary bonus)과 포함되지 않는 상여금(Noniscretionary bonus)의 구별 기준을 구체적으로 제시하고 있는바,¹⁵⁾ ① 상여금의 지급에 관하여 근로자의 기대권이 있거나(an expectation of payment), ② 상여금의 금액과 지급시기에 관한 재량권이 없거나, ③ 상여금의 지급이 근로자의 성과 기타 다른 구체적인 지급조건(employee performance or other specific standards or goals)에 연동된 경우에는 그러한 상여금은 통상임금률에 포함된다는 해석을 제시하고 있다. 미국 FLSA §7(e)(3)(a)이 시사하듯, 통상임금의 산정에 포함되는 상여금인가 여부를 판단함에는 ‘상여금 지급에 기대(an expectation of payment)’ 만 있으면 충분한 것이지, 논리학적 인과성에 가까운 ‘고정성’ 이 논리필연적으로 요구되는 것은 아니라고 생각된다.

마. 정 리

이러한 입장에서 토론자는 통상임금은 “①임금성 → ②정기성 → ③일률성”의 3단계의 판단구조를 따라야 한다고 생각하며, 법문에 규정되어 있지 않은 ‘고정성’은 독자적인 요건으로 고려되어서는 아니 된다고 생각한다.

〈그림 1〉 통상임금의 판단구조



14) 번역은 이승길, 미국의 노동법제, 한국경영자총협회, 2005, 330쪽 이하를 저본으로 하여 약간의 수정을 가하였다.

15) 29 C.F.R. §778.208 Inclusion and exclusion of bonuses in computing the “regular rate.”

〈표 1〉 임금성의 판단 기준

지급의무 없이 지급된 금품	· 임금성 부정(장기간 반복하여 지급될 경우 구속력 있는 노사관행이 성립되어 임금성 긍정될 여지가 있음)		
지급의무가 있는 금품	근로의 대가성 부정	· 임금성 부정 · 약정금의 성격을 가지므로 근로자는 민사소송을 통하여 소구할 수 있으나, 임금채불 등 임금채권에 대하여 인정되는 특별한 보호의 대상에서 제외됨	
	근로의 대가성 긍정	소정근로 외 근로의 대가 및 총근로의 보상	· 임금성 긍정 · 근로기준법 시행령 제23조에 해당하는 경우 정기일 지급 원칙의 배제 가능
		소정근로의 대가	· 임금성 긍정 · 정기일지급 원칙의 대상이므로, 정기성과 일률성이 긍정되어 통상임금에 해당

5. 나오며

모든 근로자가 직관적으로 알 수 있어야 할 통상임금의 판단기준을 아무도 이해할 수 없게 만든 1차적 책임은 통상임금을 낮추기 위해 임금체계를 복잡하게 한 자본과 이에 영합하여 기본급 인상 대신 정기상여금이나 수당 인상 등을 내용으로 단체협약을 체결한 조직노동 측에 있다고 생각하나, 이를 교정하지 못하고 법령의 해석을 그르친 행정해석을 고집하여 오히려 임금체계를 난마(亂麻)처럼 얽히게 한 노동부나 언발에 오줌을 누는 식의 판결로 통상임금의 판단기준에 관한 해석상의 논란을 조기에 진화하지 못한 법원의 책임도 가볍다고 보기는 어렵다고 생각한다.

통상임금의 본질은 소정근로에 대해 주기로 정한 임금을 소정근로시간으로 나눈 비율이라고 생각한다. 따라서 통상임금은 근로자라면 누구나 직관적으로 알 수 있는 간단한 산식(算式)이어야 한다. 통상임금의 판단기준을 그 본질에 맞게 단순화하는 것이 임금체계의 단순화·투명화의 출발점이 될 것이다.

“통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토”에 관한 토론문

최진수*

Contents

1. 들어가며
2. 정기상여금에 부가된 재직자 조건의 효력 및 통상임금성(고정성) 관련
3. 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건의 효력 및 통상임금성(고정성) 관련
4. 정기상여금의 통상임금성 재검토 방법론 관련
5. 마치며: 법적 안정성 및 예측가능성, 죄형법정주의 관련

* 법무법인 유한 옐촌 변호사.

1. 들어가며

발제자가 언급한 대로 2013. 12. 18. 선고된 대법원 전원합의체 판결(이하 ‘전원합의체 판결’)로 통상임금의 법리가 정리되어 가고 있지만 여전히 고정성 요건, 신의칙 적용 범위 등에 관하여 논란이 해소되지 않고 있습니다.

이러한 상황에서 발제자가 정리하고 제시한 통상임금 고정성 기준에 관한 판례의 경향 및 정지한 해석론은 많은 공부가 되었고, 통상임금에 관한 법리 발전에도 큰 기여를 할 것이라 생각합니다. 아래에서는 발제문의 몇가지 쟁점에 관해 토론자가 가진 의문점과 줄거리를 말씀드리면서 발제자의 의견을 구하고자 합니다.

2. 정기상여금에 부가된 재직자 조건의 효력 및 통상임금성(고정성) 관련

가. 재직자 조건에 관한 전원합의체 판결 및 이후 정기상여금 재직자 조건에 관한 대법원 판결의 태도

발제자는, 재직자 조건이 부가된 정기상여금의 통상임금성에 관해 대법원 및 하급심 판결에서 통상임금성을 부정한 판결도 다수 나오고 있으나 최근 서울고등법원 판결에서는 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효이므로 통상임금성을 인정한 판결도 나왔으므로 향후 대법원에서 명확하게 판례의 입장을 밝힐 필요가 있다는 문제의식을 제기한 후, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금(이하 ‘고정급 형태의 정기상여금’)에 부가된 재직자 조건은 무효이고(따라서 퇴직자에게도 이미 근무한 기간에 상응하는 정기상여금을 지급하여야 함), 재직자 조건이 무효이므로 고정급 형태의 정기상여금은 고정성이 인정되어 통상임금이라는 견해를 제시하였습니다.

전원합의체 판결은, “어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 (i) 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 (ii) 정기적·(iii) 일률적·(iv) 고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 한다”는 기준을 제시하면서, “특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금은 ‘소정근로의 대가성’이 부정될 뿐 아니라 ‘고정성’도 결여하였으므로 통상임금이 아니”라고 판단하면서, 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 임금을 지급하는 재직자 조건 자체

의 유효성을 인정하는 전제하에 이러한 조건이 부가된 임금의 통상임금성을 부정하였습니다.

위 전원합의체 판결 이후 학계에서 임금에 붙인 재직자 조건은 무효라거나 복리후생적 금품이 아닌 정기상여금은 재직자 조건에도 불구하고 소정근로 대가성 및 고정성이 인정되어야 한다(통상임금이다)는 비판적 견해가 제기되었고, 이에 부합하는 일부 하급심 판결도 있었습니다(서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결, 광주지방법원 2016. 7. 7. 선고 2014가합55590 판결, 서울남부지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016나60674 판결).¹⁾

그러나 대다수의 하급심 판결은 정기상여금 또는 이와 유사한 임금에 부가된 재직자 조건의 유효성을 인정하고 소정근로 대가성 또는 고정성 결여로 통상임금이 아니라고 판단하였고, 대법원 역시 명시적 판시 또는 심리불속행 기각 판결로 하급심 판결의 결론을 수긍하는 방법으로 재직자 조건의 유효성을 인정한 후 통상임금성을 부정하였습니다[대법원 2017. 9. 21. 선고 2016다15150 판결,²⁾ 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결(발표문에서 소개한 티엔크루프엘리베이터코리아 판결),³⁾ 대

1) 재직자 조건이 부가된 정기상여금의 통상임금성을 인정한 위 하급심 판결의 다수는 항소심 또는 상고심에서 시정되었고, 재직자 조건의 유효성을 부정하거나 재직자 조건이 부가된 임금의 통상임금성을 인정한 대법원 판결은 발견되지 않습니다(위 서울북부지방법원 2014가합20572 판결은 서울고등법원 2016. 4. 8. 선고 2015나45114 판결로 취소되었고, 서울남부지방법원 2016나60674 판결은 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232030 판결로 파기되었습니다. 다만, 광주지방법원 2014가합55590 판결은 사용자가 항소하지 않아 확정되었습니다).

2) “원심은… 상여금을 지급일 당시 재직 중인 근로자만을 지급대상으로 하는 것은 ‘지급 대상기간 동안의 계속 근무’를 지급조건으로 한 것으로서 이러한 지급조건을 무효라고 볼 수 없다고 보아, 상여금과 관련한 원고들의 청구를 모두 배척하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같은… 위법이 없다.”

3) “원심은 제1심판결을 인용하여, 피고 회사가 단체협약에 따라 근로자들에게 2, 4, 6, 8, 10, 12월, 설, 추석에 기본급과 수당(다만 직책수당, 통근수당, 식비, 통신비, 목욕비를 제외)의 100%씩 합계 연 800%의 이 사건 상여금을 지급하여 왔으나, 통상임금의 산정에서는 이 사건 상여금을 제외한 사실, 피고 회사는 2008년부터 2015년까지의 기능직 근로자 퇴사자 124명 중 지급일에 재직하지 않은 직원들에게는 이 사건 상여금을 지급하지 아니하는 등 이 사건 상여금은 지급일에 근로자가 재직할 것을 요건으로 두고 있는 사실 등을 인정하면서도 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 상여금에 대하여 소정근로에 대한 대가성과 고정성이 인정된다는 이유로 통상임금에 포함된다고 판단하였다. 그러나 원심이 인정한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 상여금은 지급기준일에 재직 중인 근로자에게 지급하는 임금으로서 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부도 불확실하므로, 통상 임금에서 요구되는 고정성이 결여되었다고 볼 수 있고, 따라서 통

법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결(발표문에서 소개한 엠코테크놀로지코리아 판결),⁴⁾ 대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다38306 판결,⁵⁾ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다237653 판결,⁶⁾ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다213520 판결,⁷⁾ 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다274119 판결,⁸⁾ 대법원 2018. 1. 11. 선고 2017다266092 판결,⁹⁾ 대법원 2018. 7. 25. 선고 2018다226749 판결¹⁰⁾], 고용노동부도 전원합의체 판결을 근거로 지급일 재직조건이 정기상여금에도 적용된다고 밝혔습니다(고용노동부, 통상임금 노사지도지침, 2014. 1. 23.).

따라서 발제자의 견해 및 이와 같은 취지의 서울고등법원 판결(세아베스틸 및 기술

상임금에 포함된다고 할 수 없다.”

- 4) “이 사건 상여금은 지급일 현재 재직하고 있는 근로자에게만 지급되고 근로자가 근로를 제공하더라도 지급일 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하므로 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 고정성도 인정되지 않으므로 통상임금에 해당하지 않는다.”
- 5) “원심은 … 이 사건 단체협약에서 급여지급 기준일 이전에 퇴직한 근로자에 대하여 상여금을 지급하지 않는다고 규정하고 있으며, 실제로 근로자들이 급여지급 기준일 이전에 퇴직 또는 정직하는 경우 피고가 이 사건 상여금을 일할 계산하여 지급하였다고 인정할 증거가 없으므로 이 사건 상여금은 고정성을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라, 그중 성과상여금은 최소한도의 지급이 확정되어 있다고 인정할 증거도 없으므로 이 사건 상여금은 통상임금에 해당하지 않는다고 판단한 다음, 이 사건 단체협약 중 급여지급 기준일 이전에 퇴직한 근로자에 대하여 상여금을 지급하지 않기로 한 부분이 무효라는 원고들의 주장을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고…위법이 없다.”
- 6) “원심은 지급일 현재 재직중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 이는 기본연봉의 6/18은 고정성을 갖추지 못하여 통상임금에 해당하지 않고, 이와 같이 기본연봉의 6/18 등을 지급일 현재 재직 중인 근로자에게만 지급하도록 정한 재직요건 규정은 유효하다는 취지로 판단하여 원고들 청구를 모두 배척하였다. 이러한 원심의 판단은 법리에 따른 것으로 정당하고 … 위법이 없다.”
- 7) 대구고등법원은 정기상여금 지급시기에 근무하는 자에게만 정기상여금을 지급한 경우 소정근로의 대가성 및 고정성이 없으므로 통상임금이 아니라고 판단하였고(대구고등법원 2015. 4. 1. 선고 2014나21503 판결), 대법원 심리불속행 기각판결로 확정되었습니다.
- 8) 서울고등법원은 1심 판결을 원용하며 정기상여금에 대해 재직자 조건을 부가한 것이 헌법이나 근로기준법에 반하여 무효라고 보기 어렵고, 정기상여금은 소정근로의 제공 외에 지급일 재직 당시 재직이라는 추가적인 조건이 충족되어야 지급하는 것으로 원고들이 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 지급조건이 성취될지 여부가 불확실하므로 고정성이 없으므로 통상임금이 아니라고 판단하였고(서울고등법원 2016. 11. 16. 선고 2016나2062444 판결), 대법원 심리불속행 기각판결로 확정되었습니다.
- 9) 서울고등법원은 정기상여금의 성질을 갖는 기본성과급 및 고정성과급의 지급일 재직요건의 효력을 인정한 후 소정근로의 대가성 및 고정성을 부정하며 통상임금성을 부정하였고(서울고등법원 2017. 8. 23. 선고 2017나2001224 판결), 대법원 심리불속행 기각판결로 확정되었습니다.
- 10) 서울고등법원은 기본성과급의 지급일 재직요건의 효력을 인정한 후 고정성 결여를 이유로 기본성과급의 통상임금성을 부정하였고(서울고등법원 2018. 3. 28. 선고 2017나2033597 판결), 대법원 심리불속행 기각판결로 확정되었습니다.

보증기금 판결)은 전원합의체 판결 및 이후 선고된 대법원 판결과 배치되어 보입니다. 위 서울고등법원 판결 및 발제자의 견해에 의한다면 (고정적 형태의 정기상여금의) 재직자 조건의 효력 및 고정성 요건에 관해 또 다시 전원합의체 판결을 통한 판례 변경이 필요한데, 전원합의체 판결이 2013년 12월 선고되었고 그 이후 작년 말까지 대법원이 같은 입장을 계속 유지하는 상황에서 판례 변경이 필요한 특별한 사정이 있는지 의문입니다.

나. 정기상여금의 재직자 조건이 강행법규 등을 위반하여 무효인지

(1) 발제자는, 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 지급일 전 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 기발생 임금에 대한 부지급 조건이므로 사회통념상 상당성이 있어야 예외적으로 적법·유효한데, 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 재직자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, 퇴직하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하므로 정기상여금에 부가된 재직자 조건은 무효라고 합니다. 그리고 정기상여금에 부가된 재직자 조건이 무효이므로 퇴직자에게도 이미 근무한 기간에 해당하는 정기상여금을 지급하여야 하고, 고정성이 인정되므로 통상임금이라는 견해를 제시하였습니다(서울고등법원 세아베스틸 및 기술보증기금 판결도 같은 취지).

즉, 발제자의 견해는 ① 고정급 형태의 정기상여금도 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로서 그날 몫의 정기상여금에 대한 채권이 발생하는 임금(다만, 실제 지급일만 약정된 지급기간에 따라 수개월 뒤로 늦추는 것 또는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 임금)임을 전제로(발표문 20, 22, 24쪽),¹¹⁾ ② 이러한 기발생 임금에 대한

11) 서울고등법원 세아베스틸 및 기술보증기금 판결도 고정급 형태의 정기상여금(정기 고정급)의 경우 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로 그날 몫의 정기상여금(정기 고정급)에 대해 임금채권이 발생하고 다만 실제 지급일만 약정된 지급기간에 따라 수일 또는 수개월 뒤로 늦춰지는 것이라고 설시하여 발제자와 같은 입장입니다.

위 서울고등법원 판결은 대법원 81다카174 판결을 위와 같은 판단 근거로 들었습니다. 그러나 위 대법원 81다카174 판결은 일정비율의 금액이 상여금으로서 정기적으로 지급되어 왔다면 ‘특별히 다른 정함이 없는 한’ 상여금 지급기간 만료 전에 퇴직한 근로자에 대하여도 이미 근무한 월수에 해당하는 상여금을 지급하여야 한다는 취지의 판결로서, 단체협약, 취업규칙 등에 재직조건이 두면서 중도퇴사자는 그 지급대상에서 제외한다고 특별히 규정하고 있는 사안(단체협약 등에 지급일 재직조건이 명시적으로 규정된 경우)에 그대로 적용하기 어려워 보입니다. 서울고등법원 2017. 8. 23. 선고 2017나2001224 판결(대법원 심리불속행 기각판결로 확정) 및 서울고등법원 2016. 11. 6. 선고

부지급 조건은 사회통념상 상당성이 있어야 예외적으로 적법·유효한데, 재직자 조건은 사회통념상 상당성(합리적 필요성 및 금액비중의 적정성)이 없으므로 무효라는 취지로 이해됩니다.

(2) 위 ① 전제 관련하여, 일급의 경우 매일의 근로제공에 대해 매일 임금채권이 발생할 수 있겠지만, 그외의 단위기간 또는 조건을 기준으로 한 임금 모두에 대해 매일 임금채권이 발생한다고 해석하기 어렵다는 생각입니다. 근로기준법 제43조 제2항 단서 및 동법 시행령 제23조(매월 1회 이상 지급하여야 할 임금의 예외)에서 열거한 (1개월을 초과하는 기간의 성적, 근무, 사유에 따라 지급, 산정되는) 정근수당, 근속수당, 장려금, 능률수당, 상여금, 그 밖의 부정기적으로 지급되는 수당이 그 예로, 이들 수당의 경우 매일 채권이 발생하는 것이 아니라 일정한 조건이 충족되면 임금채권(청구권)이 발생하는 것으로 보입니다. 대법원도 근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과급에 대하여는 단체협약 등에 지급일이 규정되어 있는 경우, 그 지급일에 구체적인 청구권을 취득하는 것이라고 판시하였습니다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001다76328 판결).

그런데 재직자 조건은 특정시점에 재직한 근로자에 대하여만 임금을 지급하는 조건이므로 법률행위 효력(임금청구권 또는 임금채권)의 ‘발생’을 장래의 불확실한 사실(특정시점 재직)에 의존하는 ‘정지조건’으로 해석되는바, 재직자 조건은 정기상여금 지급청구권(임금채권)의 발생조건(요건)으로 보아야지 매일 근로제공에 대해 이미 임금채권(청구권)이 발생하였는데, 지급기간만 뒤로 늦추는 것 또는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것(기한의 개념)으로 보기 어렵다는 생각입니다.¹²⁾ 발제자의 견해에 의하면 고정급 형태의 정기상여금과 본질적인 차이가 없는 명절상여금(설/추석의 재직자에게만 고정적 금액을 계속적·정기적으로 지급)도 매일 근로 제공에 대한 임금채권이 발생하였고 실제 지급일만 뒤로 늦추었다고 해석하여야 할 것인데, 이러한 해석은 자연스럽지 않습니다.¹³⁾

2016나2062444 판결(근로자 상고포기로 확정, 1심은 서울남부지방법원 2016. 8. 25. 선고 2014가합8395 판결)도 재직조건이 명확히 규정된 경우 위 판례가 적용될 수 없다고 판단하였습니다.

12) 같은 취지로 서울고등법원 2018. 3. 28. 선고 2017나2033597 판결(대법원 심리불속행 기각판결로 확정되었습니다); 대구고등법원 2016. 7. 27. 선고 2015나2769 판결(대법원 2017. 9. 26 선고 2016다38306 판결이 원심 판단을 그대로 수긍하였습니다).

13) 발표문은 서울고등법원 세아베스탈 판결 이유를 인용하며 ‘기본급’에 재직자 조건을 부가하는 것을 허용할 수 없는 것과 마찬가지로 적어도 고정급 형태의 정기상여금에 재직자 조건을 부가하여 이미

따라서 정기상여금에 재직자 조건이 부가된 경우 조건 성취시 정기상여금 지급청구권(임금채권)이 발생하는 것이므로, 이미 제공한 근로에 상한 근로에 상응하는 부분까지 지급하지 아니하는 조건으로 해석하기 어렵다는 생각입니다.

(3) 다음으로 위 ② 주장 관련하여, 정기상여금에 부가된 지급일 재직조건(부지급조건)은 (i) 재직자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며, (ii) 퇴직하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하므로 사회통념상 상당성을 상실하여 무효라는 논지에 대하여도 다음과 같은 반론이 가능하고, 대법원 및 다수 하급심 판결도 같은 취지로 판단하고 있습니다.

임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 의미하는데, 최저임금법은 일정 단위의 근로시간에 대해 최소한으로 보장되어야 할 임금의 수준을 정하고 있고, 근로기준법은 ‘통화불’, ‘직접불’ 등 임금지급의 방법과 법정수당의 산정 기준 등을 정하고 있을 뿐 임금 지급과 관련한 기타의 사항에 대해서 규율하고 있는 바가 없으므로, 사용자가 근로자에게 지급하는 수당 모두가 반드시 근무일수에 비례하여 지급하여야 하는 것은 아닙니다(근로를 제공하지 않은 자발적 휴직자 또는 정직자 등에 대해서도 사용자가 일정액의 임금을 지급하는 경우가 많은 것을 상정하면 임금이 반드시 근로제공의 대가로 근무일수에 비례하여 지급되어야 하는 것이 아님을 알 수 있

제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 그 유효성을 인정할 수 없다고 합니다. 발제자의 견해는 기본급은 그날의 근로를 제공하면 그에 대한 대가로 매일 발생한 임금이고 고정급 형태의 정기상여금은 기본급에 준하는 임금의 실질을 갖고 있으므로 기본급과 마찬가지로 매일 발생하는 임금이라는 것으로 이해됩니다. 그러나 앞서 말씀드린 대로 정기상여금의 재직자 조건은 정기상여금 지급청구권(임금채권) 발생조건(요건)이지 기한으로 보기 어렵고, 고정급 형태의 정기상여금을 기본급과 실질적으로 동일하다고 보기도 어렵다는 생각입니다. 즉, 기업들이 노사간의 집단적 또는 개별적 합의로 계속적·정기적으로 지급되는 정기상여금에 대하여도 재직요건을 두는 이유는 이미 제공된 근로의 대가로서의 의미 외에 향후 계속 근무에 대한 기대 또는 재직 중인 근로자에 대한 사기 양양목적, (정기상여금의 일환으로 지급되는) 명절 상여금의 경우와 같이 특정시점 재직이 의미가 있는 경우가 있다는 점에서 정기상여금이 기본급과 본질적으로 동일하다고 보기 어렵습니다(서울고등법원 2017. 9. 29. 선고 2016나208893 판결 참조). 즉, 정기상여금의 지급 목적과 취지가 다양한 이상, 그것이 고정급 형태로 지급되어 있다는 형태상 이유만으로 기본급과 본질적으로 동일하다고 보기 어렵다는 생각입니다. 전원합의체 판결도 상여금의 연원이 은혜적·포상적 이윤배분이나 성과급에서 비롯된 점, 정기적·일률적으로 지급되는 경우가 많다고 하지만 여전히 성과급, 공로보상 또는 계속근로 장려 차원에서 지급되는 경우도 있고, 그 지급형태나 지급조건이 다양하여 그 성질이 명확하지 아니한 경우가 많다고 하며 상여금을 기본급(또는 기본임금)과 다른 성질의 임금으로 보고 있습니다.

습니다). 앞서 말씀드린 대로 근로기준법 제43조 제2항 단서 및 동법 시행령 제23조도 일정한 조건이 충족되면 지급청구권이 발생하는 임금을 상정하고 있습니다.

따라서 노사는 위와 같은 최저임금법과 근로기준법의 원칙에 반하지 않는 한 회사의 재정상태와 생산성, 근로자의 생산 기여도 등 다양한 요소를 고려하여 집단적 또는 개별적인 합의로 임금의 액수는 물론, 지급조건, 지급형태를 자유롭게 정할 수 있습니다. 그리고 지급일 재직조건이 최저임금법상의 기준, 근로기준법의 원칙에 위반하는 사정이 없는 한 쉽게 효력을 부정할 수 없다고 보아야 합니다.¹⁴⁾ 그리고 발표문에서 재직자 조건의 예외적 허용 요건으로 제시한 사회통념상 상당성이라는 개념(합리적 필요성 및 금액비중의 적정성)은 위와 같은 근로기준법 및 최저임금법에서 정한 요건이 아니므로(민법 제103조의 반사회적 법률행위의 판단요건으로도 보기 어렵습니다), 이를 재직자 조건의 유효성 판단 기준으로 삼는 것은 법령 해석의 한계를 넘어 법적 안정성에도 반할 소지가 있어 보입니다.

또한 재직자 조건을 두는 것이 사회통념상 상당성을 잃어 무효라고 보기도 어렵다는 생각입니다. 앞서 말씀드린 대로 상여금은 이미 제공된 근로의 대가로서의 의미 외에 향후 계속 근무에 대한 기대 또는 재직 중인 근로자에 대한 사기 양양목적 등이 그 지급취지에 포함되어 있으므로, 상여금의 지급을 재직자 조건과 결부시키는 것 자체가 불합리하거나 위법하다고 볼 수 없고,¹⁵⁾ 헌법 제11조나 근로기준법 제6조에서 금지하고 있는 차별적 처우의 사유에 해당한다고 보기 어려우며,¹⁶⁾ 사회통념상 수긍할 수 없을 정도로 근로자의 자유를 부당하게 구속하여 근로자에게 자유의사에 어긋나는 계속근로를 강제한다고 보기도 어렵다는 생각입니다(지급일까지 근로를 제공한 후 퇴직을 하여 해당 임금을 지급받을지, 아니면 해당 임금을 지급받을 수 없는 것을 감수하고 그 전에 퇴직을 할지는 근로자가 자유롭게 결정할 수 있는 것일 뿐만 아니라, 지급일 재직요건이 노사합의로 인정된 것이라면 이는 근로자가 명시적으로 동의한 것으로도 볼 수 있습니다).¹⁷⁾

14) 서울고등법원 2016. 11. 16. 선고 2016나2062444 판결(대법원 2018. 1. 11. 선고 2017다266092 심리불속행 기각판결로 확정); 서울고등법원 2017. 8. 23. 선고 2017다2001224 판결(대법원 2018. 1. 1. 선고 2017다266092 심리불속행 기각판결로 확정).

15) 서울고등법원 2017. 9. 29. 선고 2016나208893 판결(원고 상고 포기로 확정).

16) 서울고등법원 2017. 8. 23. 선고 2017나2001224 판결(대법원 2018. 1. 1. 선고 2017다266092 심리불속행 기각판결로 확정).

17) 서울고등법원 2018. 3. 28. 선고 2017나2033597 판결(대법원 2017다266092 심리불속행 기각

3. 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건의 효력 및 통상임금성(고정성) 관련

(1) 발제자는 위 재직자 조건에 관한 견해와 같은 논지로, 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건은 근무일수를 충족하지 못한 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 기발생 임금에 대한 부지급 조건이므로 사회통념상 상당성이 있어야 예외적으로 적법·유효한데, 고정급 형태로 지급되는 정기상여금을 일정 근무일수를 충족한 자로 제한하여 지급하도록 정할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며 당해 근무일수를 충족하지 못하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하므로 무효라고 합니다. 그리고 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건이 무효이므로 일정 근무일수를 충족하지 못한 자에게도 근무일수에 상응하는 부분을 지급하여야 하고, 고정성이 인정되므로 통상임금이라는 견해를 제시하였습니다.

그런데 발표문에서도 소개하고 있는 것처럼, 대법원 및 하급심 판결은 일정 근무일수를 충족하여야 지급하는 임금은 고정성이 없다는 전원합의체 판결의 법리를 고정급 형태의 정기상여금에 대하여도 그대로 적용하고 있고,¹⁸⁾ 이와 다른 취지의 판결은 발견되지 않습니다. 따라서 발제자의 견해는 전원합의체 판결 및 이후 선고된 대법원의 판결과 괴리가 있고, 재직자 조건과 마찬가지로 판례 변경이 필요한 특별한 사정이 있는지 의문입니다.

(2) 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건이 무효라는 발제자의 견해는 위 재직자 조건과 마찬가지로 근로자는 하루의 근로를 제공하면 그날 몫의 임금 청구권(임금채권)이 발생하는 것(단지 실제 지급시기만 뒤로 미루는 것으로 근로의 대가를 누적하여 후불하는 것)을 전제로 합니다.

그러나 모든 임금이 매일 근로제공에 대한 대가로 청구권이 발생(임금채권이 매일 발생)한다고 보기 어렵고, 일정 근무일수 조건은 법률행위 효력(임금청구권 또는 임금채권)의 ‘발생’을 장래의 불확실한 사실(일정 근무일수 충족)에 의존하는 ‘정지조건’

판결로 확정).

18) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결(성남시내버스 판결), 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다2121666 판결(강원랜드 판결), 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033 판결(현대자동차 판결), 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2015나25909 판결(서울특별시도시철도공사 판결).

이므로, 정기상여금 지급청구권(임금채권)의 발생조건(요건)으로 보아야지 매일 근로 제공에 대해 이미 임금채권(청구권)이 발생하였는데, 지급기간만 뒤로 늦추는 것 또는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것(기한의 개념)으로 보기 어렵습니다. 전원합의체 판결도 “‘고정적인 임금’은 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음날에 퇴직한다고 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히 고정적으로 지급받는 최소한의 임금인데 일정 근무일수를 충족하여야 지급되는 임금은 소정근로를 제공하는 것 외에 일정 근무일수 충족이라는 추가적 조건을 성취하여야 비로서 지급되는 것이므로 고정성이 없다”고 판시하며, 매일 채권(청구권)이 발생하는 임금과 그렇지 않은 임금(일정 근무일수를 충족하여야 지급되는 임금, 재직 조건을 충족하여야 지급되는 임금 등)을 구별하고 있습니다.

결국 정기상여금에 일정 근무일수 조건이 부가된 경우도 조건 성취시에 정기상여금 지급청구권(임금채권)이 발생하는 것이므로, 이미 제공한 근로에 상한 근로에 상응하는 부분까지 지급하지 아니하는 조건으로 해석하기 어렵다는 생각입니다.

(3) 정기상여금에 부가된 일정 근무일수 조건(부지급조건)은 (i) 정기상여금을 일정 근무일수를 충족한 자로 제한하여 지급할 특별한 합리적인 이유가 인정되지 않으며 (ii) 근무일수를 충족하지 못하는 경우 상실되는 임금액의 정도가 지나치게 과도하므로 사회통념상 상당성을 상실하여 무효라는 논지에 대하여도 재직자 조건과 마찬가지로 반론이 가능합니다.

즉, 노사는 최저임금법과 근로기준법의 원칙에 반하지 않는 한 회사의 재정상태와 생산성, 근로자의 생산 기여도 등 다양한 요소를 고려하여 집단적 또는 개별적 합의로 근로의 대가로 지급될 임금의 액수는 물론, 지급조건, 지급형태를 자유롭게 정할 수 있습니다. 따라서 일정 근무일수 조건이 최저임금법상의 기준, 근로기준법의 원칙에 위반되는 사정이 없는 한 효력을 부정할 수 없다고 보아야 합니다. 그리고 발표문에서 근무일수 조건의 예외적 허용 요건으로 제시한 사회통념상 상당성이라는 개념(합리적 필요성 및 금액비중의 적정성)은 위와 같은 근로기준법 및 최저임금법에서 정한 요건이 아니므로(민법 제103조의 반사회적 법률행위의 판단요건으로 보기도 어려움), 이를 일정 근무일수 조건의 유효성 판단 요건으로 하는 것은 법령 해석의 한계를 넘어 법적 안정성에도 반할 소지가 있어 보입니다.

(4) 마찬가지로 일정 근무일수 조건이 사회통념상 상당성을 잃어 무효라고 보기도 어렵습니다. 앞서 말씀드린 대로 상여금은 이미 제공된 근로의 대가로서의 의미 외에 향후 계속 근무에 대한 기대 또는 재직 중인 근로자에 대한 사기 양양목적 등이 그 지급취지에 포함되어 있으므로(특히 일정 근무일수 조건은 만근 독려 또는 공로보상의 성격이 있음), 상여금의 지급을 일정 근무일수 조건과 결부시키는 것 자체가 불합리하거나 위법하다고 볼 수 없고, 사회통념상 수긍할 수 없을 정도로 근로자의 자유를 부당하게 구속하여 근로자에게 자유의사에 어긋나는 계속 근로를 강제한다고 보기 어렵습니다.

4. 정기상여금의 통상임금성 재검토 방법론 관련

발제자는 발제자의 주장과 달리, 만약 정기상여금에 부가된 재직자 조건 또는 일정 근무일수 조건이 유효하다고 판단되더라도, 전원합의체 판결이 실시한 고정성(임의의 날을 기준으로 판단한 사전확정성) 기준은 재검토가 필요하고, 통상임금에 해당하는지는 소정근로의 대가인지 여부를 중심으로 파악하여야 한다고 하며, 재직자 조건, 일정 근무일수 조건 외에 ① 지급 주기 동안 중간 입사자, 복직자 등에 지급하지 않는 경우, ② 재직자 조건을 충족하지 못한 퇴직자에게 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우, ③ 일정 근무일수 조건을 충족하지 못한 자 또는 일정 근무일수 조건을 충족한 자에게 다시 근무 일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우 등의 지급조건이 있다면 소정근로 제공과 관계가 있으므로 통상임금에 해당한다고 주장합니다.

다만 위와 같은 추가적인 지급 조건의 유무에 따라 통상임금을 재검토하는 방법론은 노사당사자가 통상임금성이 부정되도록 추가적인 지급조건을 결정하여 법의 규율을 회피할 수 있는 한계가 있으므로, 정기상여금의 실질을 중심으로 판단하여야 하고 고정급 형태의 정기상여금의 실질을 갖고 있다면 소정근로 대가성 및 고정성을 인정할 수 있으므로 재직자 요건이나 일정 근무일수 조건과 무관하게 통상임금으로 보아야 한다는 방법론까지 제시하였습니다.

그런데 발제자의 위 견해는 통상임금에 관한 전원합의체 판결 뿐 아니라 그 이전의 판례 법리, 즉 통상임금은 연장근로 등에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금(도구개

념)이므로 미리 확정되어 있어야 한다는 고정성(사전확정성)의 요건(통상임금의 본질)¹⁹⁾과 배치되는 것이고, 통상임금과 (평균)임금의 구별을 모호하게 한다는 점에서 현행 판례 법리의 해석론으로 쉽게 수긍하기 어려워 보입니다.

5. 마치며: 법적 안정성 및 예측가능성, 죄형법정주의 관련

아래는 전원합의체 판결 이후 노동조합과 합의로 통상임금의 범위를 조정한 회사의 임금협약 내용입니다.

[정기상여금의 기본급화]

1. 기존의 연간 정기상여금(기본급+직급수당+직책수당) 600% 중에서 400%를 []부터 소급하여 기본급으로 전환한다.
2. 기존의 연간 정기상여금 600% 중 200%에 해당하는 상여금 정액을 매월 균등분할 지급한다. 다만 상여금 지급대상은 매월 말일 기준으로 재직자에 한하여 지급하고, 월 단위 기준으로 정상근무일의 85% 이상 근무자에 한하여 지급한다.
3. 조합은 상기 제2조의 나머지 상여금 200%가 통상임금이 아님을 확인하며, 통상임금에 관하여 회사를 상대로 민, 형사 행정상 소제기 또는 이의를 제기하지 아니하도록 한다.

발제자의 견해에 의하면 위 노사합의는, 전원합의체 판결이 내려진 후 통상임금임이 분명해진 1임금지급기를 초과하는 정기상여금을 그 실질에 변함에 없음에도 통상임금에 포함시키지 않도록 할 의도에서 재직자 조건과 일정 근무일수 조건을 추가한 것으로 근로기준법상의 근로시간 규율과 통상임금 법리에 따른 규율을 모면하려는 탈법행위로 무효일 것입니다.

19) “통상임금이 소정근로시간을 초과하는 근로를 제공할 때 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로 기능한다는 점을 고려하면, 그것은 당연히 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 금전적으로 평가한 것이어야 하고, 또한 근로자가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 할 것이다. 그래야만 사용자와 근로자는 소정근로시간을 초과하여 제공되는 연장근로 등에 대한 비용 또는 보상의 정도를 예측하여 연장근로 등의 제공 여부에 관한 의사결정을 할 수 있고, 실제 연장근로 등이 제공된 때에는 사전에 확정된 통상임금을 기초로 하여 가산임금을 곧바로 산정할 수 있게 되기 때문이다. … 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서 앞서 본 바와 같이 통상임금이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다(대법원 2013. 12. 18 선고 2012다89399 전원합의체 판결).”

그러나 근로자와 사용자는 근로기준법, 최저임금법의 원칙에 위배되지 않는 범위에서 근로계약이나 노사간 협약의 방법으로 상여금의 다양한 성격에 맞게 내용과 지급조건을 정할 수 있습니다. 나아가 이를 통하여 통상임금에 해당하는 내용과 지급조건을 갖춘 임금과 그렇지 아니한 임금으로 나누어 정할 수 있으므로 실질적으로 통상임금에 해당하는 임금의 구체적인 범위는 노사합의나 근로계약을 통하여 정하여지거나 변경된다는 현실을 부정할 수 없으며 근로의 대가라는 추상적 이유로 모든 임금에 대해 지급일 재직요건과 같이 일정한 지급조건을 요구하는 것을 무효로 볼 수 없습니다.²⁰⁾ 특히 노사간의 합의로 그러한 지급조건을 정한 것이 전원합의체 판결이 밝힌 통상임금의 법리에 따른 것이라면(바로 위 임금협약이 그러합니다), 이를 탈법행위로 무효로 보는 것은 법적 안정성 및 예측가능성을 침해하는 것입니다.

만일 정기상여금에 부가된 재직자 조건 또는 일정근무 일수 조건이 무효라면 통상임금 확대에 따른 미지급 연장근로수당 뿐 아니라 이미 근무한 기간에 상응하는 정기상여금을 지급하지 않은 셈이 되어 임금미지급죄라는 형사처벌 대상도 될 수 있으므로, 죄형법정주의 원칙상 이러한 조건을 효력을 판단함에 있어서 엄격하고도 신중한 해석이 필요합니다. 이처럼 법적 안정성 및 예측가능성, 죄형법정주의 원칙에 비추어 보더라도 재직자 조건, 일정 근무일수 조건을 무효로 해석하는 것은 신중할 필요가 있고, 전원합의체 판결 법리는 입법적 개선 이전까지는 존중되어야 할 것이라는 생각입니다.

20) 박지순, “통상임금 판결의 쟁점과 정책과제, 월간 노동리뷰 2014년 2월호, 한국노동연구원, 10쪽

① 통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토 및
 ② 신의칙 적용 판단에 관한 최근 판결의
 태도와 평가에 관한 토론문

김 태 욱*

Contents

[통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토]에 대한 토론

[신의칙 적용 판단에 관한 최근 판결의 태도와 평가]에 대한 토론

* 민주노총-사무금융노조 법률원, 법무법인 여는 변호사.

[통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토]에 대한 토론

발제문은 정기상여금의 고정성 요건과 관련하여 실무에서 많은 논란이 되었고, 현재도 계속되고 있는 ① 재직자 조건과 ② 일정 근무일수 조건에 대하여 세밀한 논리적 논증을 하고 있습니다. 발제문의 내용에 대부분 공감하며, 이하에서는 “재직자 조건”에 관하여 중복되지 않는 범위에서 의견을 보충(補充)하고 질문(質問)을 드립니다.

1. 정기상여금 채권의 “지급(支給)”에 붙은 재직자 조건의 효력

가. 개괄적인 보충 의견

주지하시다시피 대법원 전원합의체 판결 선고 직후부터 정기상여금의 지급에 소위 재직자 조건을 유효하게 붙일 수 있는지에 관한 여러 논쟁이 있었습니다. 근로기준법 제20조(위약 예정의 금지), 제43조 제1항(임금 전액 지급)에 위반된다는 비판, 임금채권 포기 의사를 엄격하게 해석하는 대법원 판례,¹⁾ 임금채권은 매일 계속적으로 발생하는 것이라고 본 대법원 판례²⁾ 등에 반한다는 비판 등이 끊이지 않았습니다. 당시 재판연구관의 평석도 이를 명시적으로 밝히고 있습니다.³⁾

한편 보다 근본적으로 임금의 지급을 재직에 연동하는 것이 가능한지가 문제 될 수 있다. 기본임금은 근로계약 등에서 그 지급에 관한 사항을 정하지 않더라도 근로계약의 본질상 근로를 제공하면 당연히 지급하여야 한다. 따라서 기본임금 또는 이에 준하는 수당을 재직에 연동하여 지급일 당시 재직 중인 근로자에게만 지급하고 중도퇴직자에게는 전혀 지급하지 않기로 하는 약정은 그 효력을 인정할 수 없을 것이다.

1) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다38995판결 등

2) 대법원 2010두3237판결은 기간제법에서 정한 차별시정 신청의 제척기간 도과와 관련하여 “임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로관계가 유지되는 이상 매일 계속적으로 발생하는 것이고, 임금지급일에 이르러 비로소 발생하는 것이 아닌 점(임금지급일은 사용자와 근로자가 위와 같이 계속적으로 발생하는 임금을 정기적으로 정산하는 날에 불과하다)”고 한 1심 판결을 그대로 확정하였습니다.

3) 대법원 81다카174판결; 대법원 81다카137판결; 임종률, 노동법 8판, 박영사, 2010년, 401면; 김형배, 노동법 19판, 2010년, 366면.

그러나 그 외 수당은 근로계약이나 단체협약 등에서 그 지급에 관한 사항을 정한 때에 지급 청구권이 발생한다고 볼 수 있는데, 이러한 수당에 대해서는 기본임금과 달리 노사가 그 지급을 재직에 연동하는 것으로 정할 수 있다고 볼 여지가 있다.
(이미선, “통상임금”, 「사법」 제27호, 2014년 3월, 사법발전재단)

나. 고정급 형태의 정기상여금의 “지급(支給)”에 재직자 조건을 붙일 수 있는 “특별한 합리적인 이유”에 대한 질문 및 의견

1) 질문: 고정급 형태의 정기상여금의 지급에 붙은 재직자 조건이 정당화될 수 있는 “특별한 합리적인 이유”는 구체적으로 어떤 경우를 상정할 수 있는지요?

발제문은 고정급 형태의 정기상여금의 지급에 붙은 재직자 조건이 유효할 수 있는 특별히 합리적인 이유가 있다고 하면서도(발제문 25면), ① 명절상여금, ② 지급 주기 동안의 근로제공 결과를 사후적으로 평가하여 지급하는 상여금, ③ 계속 근려 장려 목적의 수당 등에 붙은 지급일 재직 조건은 정기상여금에는 붙을 수 없다고 하고 있습니다.(발제문 26면) 그렇다면, 고정급 형태의 정기상여금의 지급에 붙은 재직자 조건이 정당화될 수 있는 “특별한 합리적인 이유”는 구체적으로 어떤 경우를 상정할 수 있는지요?

2) 보충 의견: 이미 발생한 고정급 형태의 정기상여금의 지급에 붙은 조건은 무효라고 생각합니다.

위 질문에 대한 질문자의 의견은 이렇습니다. 위 가항에서 말씀드린 근거 외에도 정기상여금의 지급에 붙은 재직자 조건은 무효라고 생각합니다. 즉, 민법 제151조 제1항은 “조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다.”고 정하고 있고, 민법 학계에서는 “조건에 친한 법률행위”와 “조건에 친하지 않은 법률행위”를 나누고 있습니다. 조건에 친하지 않은 법률행위로는 대체로 “그 효과가 확정적으로 발생할 것이 요구되는 경우”, “조건을 붙이면 상대방의 지위를 현저하게 불리하게 하는 경우” 등이 제시되고 있습니다.⁴⁾ 그런데, 고정급 형태의 정기상여금 채권이 이미 발생하였음을 전제로 하는 “지급(변제)”은 (애당초 그 임금 채권의 발생에 동일한 조건이 붙어있지 않은 한) 조건에 친하지 않은 행위로서 허용되지 않는다고 보아야 한다고 생각합니다.

4) 지원림, 민법 강의(제13판), 홍문사, 2015년, 384면

다. 부지급 조건의 유효성 판단시 상여금 금액과 비중을 고려할지 여부 및 그 기준

발제문은 “부지급 조건이 사회통념상 상당성이 있는지”를 판단함에 있어 지급조건을 충족하지 못하여 상실되는 금액의 정도가 지나치게 과도하지 않고 적절한지 여부 등도 고려하여야 한다고 합니다.(발제문 16면) 그 결론에 동의하면서도 아래와 같은 보충 의견과 질문을 드립니다.

1) 보충 의견: 정기상여금 액수와 비중은 통상임금성 판단시 고려 대상이 되어야 합니다.

대법원 2018.12.1.3 선고 2018다231536 판결은 “한편 2012년부터는 공공기관 경영평가성과급의 최저지급률과 최저지급액이 정해져 있지 않아 소속 기관의 경영실적 평가결과에 따라서는 경영평가성과급을 지급받지 못할 수도 있다. 이처럼 경영평가성과급을 지급받지 못하는 경우가 있다고 하더라도 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중, 그 지급 실태와 평균임금 제도의 취지 등에 비추어 볼 때 근로의 대가로 지급된 임금으로 보아야 한다.”고 하여 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중을 임금성 판단의 한 요소로 삼았습니다. 위 대법원 판결은 통상임금이 아닌 평균임금 여부에 관한 판결이지만, 임금의 성격을 판단할 때 그 임금이 전체 급여에서 차지하는 비중도 중요하게 고려하여야 함을 지적한 것으로 충분히 볼 수 있습니다.

2) 질문: 근로기준법 제46조(휴업수당)⁵⁾의 취지가 고려되어야 한다고 보는데, 어떤 의견이신지요?

가) 근로기준법 제46조(휴업수당) 규정은 통상임금이 (법정수당을 배제한) 평균임금의 70% 이상이 되는 것을 전제로 하고 있다고 보이고, 그렇다면 대상 판결의 상여금이 평균임금에 해당한다면 통상임금에도 해당해야할 것으로 보입니다.

제46조 【휴업수당】 ① 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다. 다만, 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있다.

5) 이 부분 주장은 발제자이신 김홍영 교수님께서 과거 발표하신 글에 있는 내용인데, 발제문에 포함되어 있지 않아서 보충 의견 취지의 질문을 드립니다.

나) 근로기준법상 휴업수당은 ① 평균임금의 70% 이상이어야 하되, ② 평균임금의 70%가 통상임금보다 다액(多額)인 경우에는 통상임금으로 지급할 수 있도록 정하였습니다. 단서(즉, ②)는 연장 근로 등이 많아서 평균임금이 다액이 되어 평균임금의 70%가 통상임금을 초과하는 경우를 가정한 것입니다.

다) 원칙적인 규정인 본문(즉, ①)은 통상임금이 평균임금의 70% 이상이 되어야 한다는 것을 의미하는 바,⁶⁾ (휴업수당을 지급해야하는 사안이라면 연장근로 등이 거의 없을 것이므로) 근로기준법은 연장근로 등이 전혀 없어서 법정수당이 거의 없는 경우에도 통상임금이 평균임금의 70% 이상은 되는 것을 전제하고 있다고 볼 수 있습니다.

휴업수당	내 용	비 고
제46조 제1항 본문	평균임금의 70% 이상 지급 (원칙적인 경우)	① 휴업수당을 지급할 정도라면 그 3개월 전에 연장근로가 있을 가능성은 거의 없으므로 각종 법정수당도 거의 없을 것으로 보임.
제46조 제1항 단서	연장근로 등이 많아서 평균임금의 70% > 통상임금인 경우 통상임금으로 대체 가능	② 제46조 제1항 본문은 <u>통상임금은 최소 평균임금 70%이상(以上)</u> 이어야 함을 전제하고 있음.

라) (1년간의 정기상여금이 1달 약정 통상임금의 600%인 경우를 가정할 때) 그런데 만일 정기상여금이 통상임금에서 제외된다면 정기상여금이 포함된⁷⁾ 평균임금⁸⁾이 통상임금의 1.5배 이상(以上⁹⁾)에 달하게 되어, 결국 통상임금은 거의 항상 평균임금의 70% 이하(以下)가 되는 결과에 이릅니다.¹⁰⁾ 따라서 만일 상여금이 통상임금에서 배제된다면 피고 회사에서는 근로기준법 제46조 제1항 본문이 아니라 단서가 원칙적인 조항이 되어버리는 모순이 발생합니다. 따라서 상여금은 통상임금으로 인정됨이 타당하다고 생각됩니다. 참고로 위와 같은 현상은 상여금의 지급율이 커질수록(ex. 800%) 더 극명하게 드러납니다.

6) 만약, 평상시의 경우 통상임금이 평균임금의 70%보다 낮으면 (평균임금의 70%가 통상임금보다 높으므로) 본문은 항상 의미가 없어지고 바로 단서 조항이 적용되는 모순이 발생합니다.

7) 상여금이 평균임금에 포함되는 점은 거의 대부분의 사용자들이 인정하고 있습니다.

8) 연장근로 수당 등이 거의 없는 제46조 본문을 전제로 계산하였으므로 『약정 통상임금 + 상여금(=약정 통상임금의 50%) = 평균임금(약정 통상임금의 1.5배)』로 추산이 가능합니다.

9) 연장근로수당은 없어도 야간근무수당 등은 있을 수 있으므로 “이상”이라고 하였습니다.

10) 평균임금(A)이 약정 통상임금(B)의 1.5배(이상) 이므로, 약정 통상임금(B)은 평균임금(A)의 2/3 이하가 됩니다.

2. 질문: 정기상여금이 평균임금 산정시 산입되고 있으므로, 중도 퇴직자에게 정기상여금을 일할 지급하지 않는 것은 단지 임금채불일 뿐이라고 볼수 있는지요?

중도퇴직자에게 정기상여금을 일할 지급하지 않아 통상임금성에 다툼이 있는 거의 모든 사업장에서 “퇴직금” 산정을 위한 “평균임금” 산정시에는 정기상여금을 산입하고 있습니다.¹¹⁾ “평균임금”에 산입한다는 것은 사용자가 임금으로서의 지급 의무는 인정된 것입니다. 그렇다면 정기상여금의 지급 주기가 3개월 이내(以內)¹²⁾인 경우라면 중도퇴직자가 지급받은 정기상여금 지급일과 중도퇴직일 사이의 기간은 항상 평균임금 산정을 위한 기간(퇴직 전 3개월)에 포함될 수 밖에 없으므로¹³⁾ 결국 회사가 “현실적”으로 일할 지급하지 않은 임금채불이 있을 뿐, 그 지급 의무는 회사도 인정하고 있는 것으로 보아야 하는 것 아닌지요?

3. 질문: 정기상여금 채권의 “발생(發生)에 “특정일까지의 재직” 조건(條件)을 붙이는 것도 그 조건에 합리적 이유가 없다면 부당한 차별로서 무효라고 보아야 하는 것 아닌지요?

가. 발제문 및 최근 선고된 2건의 서울고등법원 판결은 모두 재직자 조건이 이미 발생한 정기상여금 채권의 “지급”에 붙은 경우를 전제로 하고 있습니다. 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282판결 및 서울고등법원 2019. 5. 14. 선고 2016나2087702판결은 그간 고정성에 관하여 논쟁이 되던 사항들을 명쾌(明快)하게 정리한 판결로서 그 결론에 대해서는 전적으로 공감합니다. 그런데 그 이유를 보면 임금채

11) 보통 1년 전체 지급액을 평균임금 산정 기간인 퇴직전 3개월의 일수(혹은 편의상 월수)로 나누어 산입합니다.

12) 예를 들어, 짝수달 지급

13) 예를 들어 짝수달 25일마다 기존 통상임금의 100%를 지급(1년에 총 600%)한다고 가정하면 5월 25일 퇴직하는 근로자 갑(甲)이 이미 지급받은 정기상여금의 지급일(4월 25일)과 5월 24일까지의 기간에 대하여 정기상여금을 일할 지급받았는지가 문제가 됩니다. 그런데 정기상여금의 1년치(600%)의 3개월분(정확히는 일할 계산해야)이 평균임금에 산입되고, 문제가 되는 위 기간(4월 26일~5월 24일)은 퇴직일(5월 24일) 전 3개월의 기간에 그 전부가 포함되므로 결과적으로 사용자가 그 지급의무를 인정하고 있는 것이고, 다만 현실적으로 지급하지 않았을 뿐인 상태(즉, 임금채불 상태)라고 보아야한다는 주장입니다.

권의 “발생”에 어떤 조건을 붙이는 것은 특별한 제한이 없지만, 이미 발생한 임금채권의 “지급”에 조건을 붙이는 것(이 사건에서는 고정급 형태로 지급되는 정기상여금의 지급에 붙은 재직자 조건)은 원칙적으로 유효하다는 전제에 서 있는 것으로 보입니다.¹⁴⁾

나. 그런데 토론자가 보기에는 임금채권의 “발생”에 붙을 수 있는 조건(條件)도 무제한적으로 허용되는 것은 아니고, 근로제공과의 합리적 상관관계(비례적 상관관계 포함)가 있어야 한다고 생각합니다. 최근 대법원은 아래와 같이 판시하였고, 이는 근로기준법 제6조에서 정한 “사회적 신분”에 따른 차별적 처우 뿐 아니라 “근로내용과는 무관한 다른 사정을 이유로” 차별 대우를 해서는 안된다고 판시한 것으로 이해됩니다.

■ 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321판결

“사용자는 근로자에 대하여 성별·국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(근로기준법 제6조). 여기에서 ‘차별적 처우’란 사용자가 근로자를 임금 및 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’라 함은 당해 근로자가 제공하는 근로의 내용을 종합적으로 고려하여 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다. 또한 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다(남녀고용평등법 제8조제1항). 여기에서 ‘동일 가치의 노동’이라 함은 당해 사업장 내의 서로 비교되는 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일 가치의 노동인지 여부는 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이나 남녀고용평등법 제8조에서 정하고 있는 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다. 그러므로 국립대학의 장으로서 행정청의 지위에 있는 피고로서는 근로계약을 체결할 때에 사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다.”

다. 1) 임금채권의 “발생”을 근로제공 및 그에 따른 성과 등과 무관하게 특정일(ex. 작수달 25일)까지의 재직 여부로 좌우(all or nothing)하는 경우 과연 그 “특정일 재직 조건”이 불합리한 차별로서 무효가 아닌지 의문입니다.

14) 그간 “지급”에 붙은 조건임을 전제로 재직자 조건이 근기법상의 위약예정 금지, 감금 제한 위반, 강제근로, 임금채권 사전포기 강요 등이라는 주장이 전개되어 왔습니다.

2) 예를 들어 정기상여금의 발생(지급)일이 1년에 약정 통상임금의 600%라고 가정하고, 매 발생일(지급일, 짝수달 25일)마다 100%씩 발생(지급)하는 사안을 가정할 경우, 2019년 6월 24일(월)까지 재직하고 25일(화)에 퇴직한 근로자(A)는 위 상여금을 전혀 지급받지 못하는 반면, 2019년 6월 25일(화)까지 재직하고 26일(수)에 퇴직한 근로자(B)는 위 상여금을 전부 지급받게 됩니다. 논의의 편의상 A와 B는 완전히 동일한 업무를 수행한다고 가정하는데, 실제로 정기상여금의 재직자 조건이 문제되는 대다수의 사안들에서 “동일 업무”를 수행하는 경우가 많으므로 이러한 가정은 충분히 근거가 있다고 봅니다. 위와 같은 경우 근로자A는 “특정일 하루 전”까지 재직하여 정기상여금을 0원 지급받은 반면, 근로자B는 “특정일”까지 재직하여 정기상여금을 전액(약정 통상임금 100%)받았는데, 이러한 차이는 기술, 노력, 책임, 작업조건¹⁵⁾과도 무관하고(최소한의 비례적인 연관성도 없음), 학력, 경력, 근속 연수¹⁶⁾와도 무관하며(최소한의 비례적인 연관성도 없음), 그밖에 합리성도 없다고 생각합니다. 굳이 찾는다면 “계속 근로”를 독려한다는 정도의 주장이 있을 것으로 보입니다. 그러나 “계속 근로”를 독려하는 것과 “특정일 재직”은 다릅니다. “계속 근로”를 독려하는 것이 목적(目的)이라면 그 목적에 부합하는 수단(手段)을 갖추어야 할 것이고 이는 최소한 “계속 근로일수”에 비례(比例)하여 지급하는 것이어야 할 것입니다. 그러나 “특정일 재직” 조건은 비례하여 임금을 지급하지도 않고, “특정일”까지 근무(勤務)를 요하지도 않습니다. 단지 “특정일”까지의 재직(在職)을 요할 뿐입니다. 따라서 “특정일” 하루 전까지 근무한 근무자에게 정기상여금 임금채권이 전액 “발생”하지 않는다고 한다면 이는 “계속 근로”를 독려하기 위한 것이 아니라 “특정일”까지의 재직(근로X) 그 자체를 목적으로 하는 것으로 보아야 합니다.

3) 그런데 “특정일까지의 근로”도 아닌 “특정일까지의 재직(在職)” 여부에 따른 차별은 특별한 사정이 없는 한 합리적 이유가 있다고 보기 어려울 것입니다¹⁷⁾

15) 남녀고용평등법 제8조 제2항

16) 남녀고용평등법 업무처리 규정 제4조

17) 이에 반하여 “특정일까지의 근로(勤務)”가 합리적인 이유가 있다고 볼 여지가 있는 경우에는 ① 회계 담당하는 근로자가 결산일까지 근무할 경우 정기상여금을 지급하도록 하는 경우 ② 특정 프로젝트에서 중요한 업무를 담당하는 근로자에게 특정 프로젝트 종료일까지 근무할 경우 정기상여금을 지급하도록 하는 경우 ③ 회사의 업무량이 폭증하는 특정일까지 근무할 경우 정기상여금을 지급하도록 하는 경우 등이 있을 것으로 보입니다.

라. 위와 같이 “특정일까지의 재직”을 임금채권 “발생”의 조건으로 부여한 경우, 특별한 사정이 없는 한 “특정일까지의 재직” 조건은 무효라고 생각되고, 근로기준법 제15조 제1항에 따라 “그 부분에 한하여 무효”가 되므로 “특정일까지의 재직” 조건이 붙지 않은 통상적인 정기상여금 채권과 달리 볼 이유는 없다고 생각합니다. 위와 같은 주장이 있다면 발제자께서는 어떤 의견이신지요?

[신의칙 적용 판단에 관한 최근 판결의 태도와 평가]에 대한 토론

1. 신의칙 법리는 여전히 당혹감이 들지만, 최근의 대법원 판결로 일부나마 개선되었다는 의견입니다.

가. 정기상여금을 통상임금에 산입하여 법정수당을 청구하는 것을 신의칙으로 제한하는 법리(?)를 대법원이 실시(2013.12.18.선고)한 지도 6년이 다 되어가고 있으나, 아직까지 위 법리(?)에 대한 저의 의견은 아래와 같습니다.

“근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낮선 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴보아도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.”(대법원 2012다89399 전원합의체 판결의 반대 의견)

나. 애당초 법리(法理)가 아닌 것을 법리(法理)인 것처럼 포장하려다보니 당연히 여러 가지 모순이 발생할 수 밖에 없었습니다. 그래서 전원합의체 판결 선고 이후에도 하급심이 일정한 경향성을 형성하기 보다는, 중구난방식으로 선고되었다고 생각합니다.

대법원이 제시한 신의칙 법리에 논리(論理)가 없으니 일정한 기준이 형성되기도 어려웠는데, 논리적이지 않은 것이 시간이 경과한다고 자동으로 논리적으로 바뀌는 것이 아니기 때문에 혼란스러운 상황은 개선되지 않고 있었습니다. 그래서 다수의 하급심 판결이 대법원이 좀 더 구체적인 기준을 제시해줄 것을(혹은 태생적으로 논리적이기 어려운 신의칙 법리를 폐기할 것을) 기대하며 재판 절차를 추정시킨 바도 있습니다. 그에 부응하여 최근에 대법원이 일련의 판결을 선고하고 있는데, 기존의 불확실성을 그나마 개선(改善)하였다고 생각합니다.

다. 다만, 대법원 전원합의체가 제시했던 신의칙 법리가 적용되는 사건이 추가로 제기되기는 어려운 상황에서, 신의칙 법리 자체의 문제점을 처음부터 장황하게 재론할 이유는 없다고 생각되므로, 발제문에 대하여 간략한 질문을 드리는 것으로 갈음하겠습니다.

2. 질 문

가. 강행 규정에 위반된 사용자의 신뢰의 근거가, 근로자들의 적극적인 행위(ex. 단체교섭)가 아니라, 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙 혹은 근로자들의 부작위(이의 미제기)에 기반한 경우에는, 보호할 신뢰의 수준이 낮으므로, 신의칙 항변의 적용 범위가 제한된다고 볼 수 있는지요? (구체적인 질문은 4), 5)입니다.)

1) 발제문은 “종국적으로 ‘통상임금 소송에서 강행법규 위반 시에 추가 법정수당 청구가 모순행위금지원칙에 반하는지 여부’ 는 사용자 측에 ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰가 존재하는지 여부’에 의해서 결정된다. 결코 근로자의 추가 법정수당 청구로 인해 사용자 측에 우연히 야기될지도 모를 사정 내지 사실관계인 중대한 경영상의 어려움 또는 기업존립의 위태로움이 결정적이어서는 안 된다.”(발제문 15면)고 하고 있고, ‘특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰가 존재하는지 여부’에 대하여 아래와 같이 설명하고 있습니다.

‘강행법규 위반을 전제로 한’ 예외적인 법률적 판단기준

- 제4 요건: 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」가 존재할 것
 - 예컨대, 「강행법규 위반」을 전제로 한 ‘추가 법정수당 청구’에 있어서는 노사 양 당사자가 각 상대방에게 또는 일방 당사자가 그 상대방에게 임금교섭과정을 통해서 형성된 「특별히 법적으로 보호할 가치 있는 보다 높은 수준의 신뢰」가 존재할 것

2) 즉, 발제문은 중대한 경영상 어려움 등과 같은 우연한 사정은 신의칙 항변 판단의 근거가 될 수 없고, 사용자에게 보호가치가 있는 특별히 높은 수준의 신뢰가 존재하는지 여부가 기준이라고 하면서 그 대표적인 사례로 임금교섭 과정을 제시하고 있습니다.

3) 그러나, 사용자가 일방적으로 정하는 취업규칙(급여규정) 혹은 묵시적 관행에 의

하여 통상임금 범위와 임금인상 수준이 결정된 사업장도 많이 있습니다. 소송 제기 당시에는 노동조합이 설립되었지만, 그 이전의 대부분의 기간에는 노동조합이 없어서 취업규칙이나 관행에 의하여 규율되는 경우도 많음은 물론입니다. 이러한 경우 근로자들의 행위는 적극적인 작위가 아니라 부작위(不作爲)입니다. 이러한 경우에도 과연 신의칙 항변이 적용되는 것이 법리적으로 타당한지 매우 의문이지만, 대법원 전원합의체는 신의칙 항변 적용의 요건으로 상대방에게 신의를 공여한 경우 뿐 아니라 “객관적으로 보아 상대방의 신의를 가지는 것이 정당한 상태”도 해당한다고 하므로, 취업규칙에 의하여 규율되거나 묵시적 합의 내지 관행에 의한 경우에도 신의칙 법리가 적용된다고 판시하고 있는 것으로 보입니다.¹⁸⁾

4) 그런데 발제문은 대법원 전원합의체와 달리 근로자측의 “예상 외의 초과 이익”이나 사용자측의 “중대한 경영상의 어려움” 등은 판단의 근거가 될 수 없는 것이 원칙이고, 사용자측에 “특별히 법적으로 보호할 가치가 있는 보다 높은 수준의 신뢰”가 존재하는지 여부가 중요하다고 합니다. 그렇다면, 사용자의 일방적 결정에 대하여 근로자들이 “이의하지 않은 부작위” 외에는 별도의 신뢰를 공여한 바가 없는 경우에는 신의칙 법리가 대폭 완화하여(즉, 거의 적용되지 않음) 적용된다고 보는 것이 타당할 것으로 보이는데, 의견을 여쭙고 싶습니다.

5) 그리고 하나의 사업장에서 단체협약이 적용되는 조합원과 급여규정이 적용되는 비조합원은 근로자들의 신뢰 공여 정도 및 그에 대하여 사용자가 가지는 신뢰 정도에 차이가 날 수밖에 없는 바, 하나의 사업장에서도 위와 같은 경위에 따라 신의칙의 적용 강도(즉, 엄격하게 적용되는지 완화하여 적용되는지)가 달라진다는 결론에 이를 수도 있다고 보이는데, 의견을 여쭙고 싶습니다.

나. 대법원 전원합의체는 결국, “신뢰의 내용 혹은 신뢰의 생선 경위”등을 기준으로 하여 법리적으로 판단한 것이 아니라 정기상여금의 통상임금 산입으로 인한 “액수(근로자들의 청구액, 사용자의 경영상 어려움)” 때문에 신의칙 법리를 도입한 것으로 보이고, 그에 따른 당연한 결과로 논리적 일관성을 갖출 수 없었다

18) 보충의견의 경우도 노동조합의 기능을 길게 실시한 후 “비조합원의 경우에도 그러한 단체협약을 자신에게도 적용하기로 한 사용자와의 사이에 명시적, 묵시적 합의를 하였다면, 단체협약의 주체가 노동조합이라는 사정은 신의칙 적용에 장애가 되지 아니한다.”고 하고 있음.

고 보입니다. 이에 대해서는 어떤 의견이신지요?

1) 임금 교섭 과정 혹은 사용자의 일방적인 임금인상 과정에서 개별 임금 항목의 성질을 구별하여 교섭 및 임금인상이 이루어지는 것이 아니라 총액 범위에서 이루어진다는 것이 대법원 전원합의체의 판단인 것으로 보입니다. 그런데 최저임금, 통상임금, 평균임금 등 임금 개념을 구성하는 법리 중 어느 하나라도 혹은 최저임금, 통상임금 산정의 기준시간수 등의 어느 하나에 관한 법리라도 변경이 된다면, 이는 기존의 “임금 교섭”과 “임금 총액”에 대한 신뢰는 무너뜨리게 됩니다. 노동조합과 사용자간의 임금교섭이든, 사용자의 일방적인 임금인상이든 항상 임금을 이루는 개별 항목이 아니라 “총액”단위로 결정이 된다는 것인데, 위 여러 법리 중 어느 하나의 변경은 그 “총액” 합의를 이루는 하나 이상의 요소를 변경시키게 되기 때문입니다.

2) 그런데 사실 지금까지, ① 최저임금 산입 범위, ② 통상임금의 범위, ③ 평균임금의 범위에 관한 판례 변경이 여러 차례 있어왔고 또 변경이 있을 수 있습니다. 그리고 그 중 일부는 기존의 판례를 명시적으로 변경하는 것이기도 했습니다. (반면, 정기상여금의 통상임금 여부는 2013. 12. 18. 이전에도 금아리무진 대법원 판결이 있었고, 금아리무진 대법원 판결 이전에도 “정기상여금이 통상임금이 아니라는” 대법원 판결은 없었습니다.)

3) 그럼에도 불구하고 대법원이 신의칙 항변을 적용한 것은 기존의 신뢰의 근거가 가장 낮은 “정기상여금의 통상임금”에 관한 사건인 바, 이는 대법원이 사용자가 가지는 “신뢰의 근거 및 정도”가 아니라 근로자들의 청구액과 그로 인한 경제적 파급력을 사실상의 유일한 기준으로 삼아서 신의칙 법리를 만든 것이고, 그렇게 만들어진 법리가 논리적일 수 없는 바, 신의칙 법리는 법리라고 보기에 내재적인 한계를 가지고 있다고 생각되는데, 이에 대해서는 어떤 의견이신지요?

쟁점	기존의 신뢰의 근거와 정도	기존 신뢰를 변경한 근거	비고
정기상여금의 통상임금 여부	① 고용노동부 예규 ② 대법원이 정기상여금이 통상임금 아니라고 판단한 적은 없음. ③ 하급심에서 통상임금 인정 판결들이 나오다가 2012. 3. 29. 대법원 2010다91046 판결(금아리무진)에서 명시적으로 인정 ☞ 기존 신뢰의 근거는 약(弱) 혹은 중(中)	대법원이 2013. 12. 18. 전원합의체 판결로 기준을 제시함.	① 대법원 전원합의체의 법리를 전제하더라도 ② 대법원이 정기상여금이 통상임금이 아니라고 한 적도 없는 상황에서 2012. 3. 29. (하급심도 아닌) 대법원 판결을 선고했다면, 2012. 3. 29. ~ 2013. 12. 18.의 기간에 강행법규를 위반되는 신뢰를 보호해주어야 하는 이유는?
1개월 초과단위로 지급되는 임금	대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결 등에서 명시적으로 부정 ☞ 기존 신뢰의 근거는 강(強)	대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결에서 명시적으로 인정	기존의 신뢰는 대법원 판결에 의하여 부여된 신뢰
평균임금	집단적 경영실적 평가 결과에 따른 성과급의 평균임금성 부정 판결 ☞ 기존 신뢰의 근거는 중(中) 내지 강(強)	집단적 경영실적 평가 결과에 따른 성과급의 평균임금성 인정 판결 (판례 변경 인지 여부 논란-대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157판결 등 총 2건)	기존의 신뢰는 대법원 판결에 의하여 부여된 신뢰

- ① 기존의 신뢰가 가장 약한 쟁점이 정기상여금의 통상임금 여부에 관한 쟁점임
- ② 근로자들의 청구액(총 인원)과 사용자의 부담이 제일 큰 사건 유형이 정기상여금의 통상임금 여부에 관한 쟁점으로 보임.
- ③ 대법원이 신의칙 항변을 적용한 것은 정기상여금의 통상임금 산입에 따른 추가 청구 여부가 유일함.
- ④ 결국, 대법원은 사용자가 가지고 있는 기존 신뢰의 근거(根據)나 정도(程度)가 아니라 청구(請求)액과 그것이 경영에 미치는 영향을 사실상의 핵심 기준으로 삼고 신의칙 법리(?)를 만든 것으로 추정됨.

