

2014년 한국노동법학회 학술대회

---

# 통상임금, 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

일시 2014년 1월 10일(금) 14:00~18:00

장소 은행회관 2층 국제회의실

주최 (사)한국노동법학회



## 프로그래밍

13:40 ~ 14:00 등 록

14:00 ~ 14:10 개회식

개회사 • 학술대회의 취지

박수근 한국노동법학회장

진행사회: 이승길 교수(아주대)

14:10 ~ 15:10

**학술발표**

사회: 박수근 교수(한양대)

제1발표 : 통상임금 관련 대법원 전원합의체 판결의 의의와 평가

• 발표: 이철수 교수(서울대)

제2발표 : 임금제도 개선의 입법정책적 과제

• 발표: 박종희 교수(고려대)

15:10 ~ 15:30

Coffee Break

15:30 ~ 16:30

**지정토론**

- 권혁 교수(부산대)
- 도재형 교수(이화여자대)
- 이상희 교수(한국산업기술대)
- 조상균 교수(전남대)

16:30 ~ 17:30

**종합토론**

참석 회원 전원

# 목 차

## 【제1주제】

통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결\*의 의미와 평가 ..... 이 철 수 1

## 【제2주제】

통상임금제도 개선의 입법정책적 과제 ..... 박 중 희 19

## 【토론문】

..... 박 중 희 45

..... 도 재 형 49

..... 이 상 희 55

..... 조 상 균 61

【제1주제】

## 통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결\*의 의미와 평가

이 철 수 (서울대학교 법학전문대학원)

- I. 사실관계
- II. 판결 이유와 요지
  - 1. 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결의 이유와 요지
  - 2. 대법원 2013.12.18. 선고 2012다 94643 판결의 요지
- III. 대상판결의 주요내용
  - 1. 통상임금의 판단기준에 대한 구체적 기준 제시
  - 2. 신의성실의 원칙 도입과 추가수당 청구
- IV. 대상판결의 의의
  - 1. 고정성에 대한 진일보한 해석
  - 2. 임금이분설의 환생(?) - 재직요건을 이유로 한 복리후생비 제외
  - 3. 신의칙이 해법이 될 수 있는가? - 대형 로펌의 개가(?)

### I. 사실관계

(1) 원고 X는 피고(Y)회사의 퇴직한 근로자이다. Y회사는 상여금지급규칙에 따라, 이 사건 상여금을 짝수 달에 지급하되, 근속기간이 2개월을 초과한 근로자에게는 전액을, 근속기간이 2개월을 초과하지 않는 신규입사자나 2개월 이상 장기 휴직 후 복직한 자, 휴직자에 대하여는 상여금 지급대상기간 중 해당 구간에 따라 미리 정해 놓은 비율을 적용하여 산정한 금액을 각 지급하였으며, 상여금 지급대상기간 중에 퇴직한 근로자에 대해서는 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하였다.

---

\* 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 대법원 2013.12.18. 선고 2012다94643 판결

한편 Y회사는 2009. 1. 부터 2010. 2.까지 한시적으로 관리직 직원에 대하여 이 사건 상여금을 매월 지급하였던 것을 제외하고는 상여금지급규칙에 따라 관리직 직원과 생산직 직원 모두에 대하여 동일한 지급률과 지급기준을 적용하여 이 사건 상여금을 지급하였다. Y회사와 전국민주노동조합총연맹 전국금속노동조합은 2008. 10. 8. 체결한 단체협약에서 통상임금에 산입될 임금의 범위를 정하면서, 이 사건 상여금이 근로기준법 소정의 통상임금에 해당하지 않는다는 전제하에 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외하였다. Y회사는 노동조합의 조합원이 아닌 관리직 직원들에 대해서도 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외한 위 단체협약을 적용하여 이 사건 상여금이 제외된 통상임금을 기초로 법정수당을 산정·지급하여 왔다.

이에 원고 X는 위 합의의 무효를 주장하며 미사용 연월차 수당과 퇴직금 차액분의 지급을 청구하였다. 이에 대하여 원심 법원은 이 사건 상여금은 통상임금에 해당하고, 근로자가 이에 기초하여 추가임금을 청구하는 것이 신의칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

(2) 원고 X'는 피고(Y)회사의 근로자이다. Y와 노동조합이 체결한 단체협약에 의하면 “회사는 김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협약에 의하여 지급한다”고 정하고 있고, 이에 따라 이 사건 김장보너스는 지급 직전에 노사협의를 통해 정해졌는데, 2007년부터 2009년까지는 220,000원, 2010년에는 240,000원으로 정해진 사실을 알 수 있다.

한편 피고의 상여금지급규칙은 제5조에서 “상여금 지급시기는 2월, 4월, 6월, 8월, 10월, 12월 및 설날, 추석으로 하며, 지급일자는 별도로 정한다. 상여 지급 대상기간은 상여 지급일 전월에서 당월 2개월간으로 한다.”고 하여 상여금의 지급시기 및 지급 대상기간을 정하고 있고, 제6조에서는 신규입사자와 2개월 이상 장기휴직 후 복직한 자, 휴직자에 대한 상여 적용률과 퇴사자에 대한 처리 등 지급기준을 정하고 있다. 위 지급기준에 따르면, 신규입사자나 장기휴직 후 복직한 자의 경우 지급 대상기간 2개월을 근무하면 100%, 1개월 이상 근무하면 70%, 1개월 미만 근무하면 30%의 각 상여 적용률을 적용하고, 휴직자의 경우 지급 대상기간 중 15일 미만 휴직하면 100%, 1개월 미만 휴직하면 70%, 2개월 미만 휴직하면 50%의 각 상여 적용률을 적용하되 지급 대상기간 2개월을 휴직하면 상여금을 지급하지 않는 것으로 정하여져 있고, 퇴사자에 대해서는 근무한 일수만큼 일할계산하여 지급하도록 정하여져 있다.

그런데 Y회사는 설·추석상여금과 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금, 개인연금지원금, 단체보험료(이하 ‘이 사건 설·추석상여금 등’)의 지급에 있어서 상여금지급규칙 제6조 소정의 지급기준을 적용하지 아니하고, 지급일 현재 6개월 이상 휴직 중인 자를 제외하고는 재직 중인 근로자 전원에게 이 사건 설·추석상여금을 일률적으로 지급하는 한편 지급일 전에 퇴직한

근로자에게는 이를 지급하지 아니하였다. 이에 X'는 Y를 상대로 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일수당, 주휴수당, 연월차수당의 차액분의 지급을 청구하였다. 이에 대하여 원심 법원은 위 각 금품 모두 통상임금에 해당한다고 판단하였다.

## II. 판결 이유와 요지

### 1. 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결의 이유와 요지

위의 (1) 사건 관련 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결(이하 '정기상여금 판결'이라 칭한다)의 주요 요지는 다음과 같다.

1) 통상임금이 위와 같이 근로자가 사용자와 사이에 법정근로시간의 범위에서 정한 근로시간 (이하 '소정근로시간'이라고 한다)을 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.

2) 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 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 소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임

금에 속하지 아니한다.

3) 통상임금에 속하기 위한 성질을 갖춘 임금이 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 경우, 이는 노사간의 합의 등에 따라 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 대가가 1개월을 넘는 기간마다 분할지급되고 있는 것일 뿐, 그러한 사정 때문에 갑자기 그 임금이 소정근로의 대가로서의 성질을 상실하거나 정기성을 상실하게 되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.

4) 본 바와 같이 통상임금이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다.

‘고정성’이라 함은 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 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 것이라고 할 수 없다.

5) 근속수당의 지급조건에 일정 근무일수를 기준으로 그 미만은 일할계산하여 지급하고 그 이상은 전액 지급하기로 정해진 경우 그 일할계산하여 지급되는 최소한도의 임금은 고정적인 임금이라고 보아야 하는데도, 이와 달리 이를 지급 여부 및 그 지급액이 실제 근무성적에 의하여 달라진다는 이유로 비고정적인 임금으로 통상임금에 해당하지 아니한다고 판단한 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56767 판결과 문제가 된 복

리후생적 명목의 급여가 지급일 당시 재직 중일 것을 지급조건으로 하는지 여부에 관하여 심리하지 아니한 채 해당 급여가 단체협약 등에 의하여 일률적·정기적으로 지급되는 것으로 정해져 있다는 사정만으로 통상임금에 해당한다고 판단한 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다13070 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

6) 법률상 통상임금에 해당하는 정기상여금 등을 통상임금 산정에서 제외하기로 하는 노사 합의는 근로기준법에 위반되므로 무효이지만, ‘정기상여금’에 있어서, 노사가 그간의 사회적 인식과 근로관행에 따라 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰하여 이를 통상임금 산정에서 제외하기로 합의하고 이를 토대로 임금총액과 다른 근로조건을 정한 경우에, 임금에 관한 노사 합의시 기업의 한정된 수익 내에서 세부항목별이 아닌 임금총액을 기준으로 임금 등을 정하는 것이 일반적이고, 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당함을 알았다면 다른 조건 등을 변경하여 합의된 종전 총액과 실질적인 차이가 없도록 조정하였을 것이며, 만약 정기상여금이 통상임금 산정에서 제외된 부분만을 무효로 주장하면서 근로자가 추가임금을 청구할 수 있다면, 근로자는 임금협상 당시 노사가 서로 합의한 조건에 따른 임금을 모두 지급받으면서, 다른 한편으로는 그 합의된 조건이 무효임을 주장하며 기업의 한정된 수익을 넘는 추가임금을 지급받게 되는 결과가 되므로, 근로자의 추가청구로 인해 사용자 측이 예기치 못한 과도한 재정적 지출을 부담하게 됨으로써 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하게 되는 것은, 정의와 형평 관념에 비추어 용인될 수 없으므로, 이러한 경우에 한해서는 근로자의 추가임금 청구가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다.

## 2. 대법원 2013.12.18. 선고 2012다 94643 판결(이하‘복리후생비 판결’이라 칭한다)의 요지

위의 (2) 사건의 복리후생비 판결의 요지는 다음과 같다.

1) 고정적인 임금이라 함은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 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 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다. 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정시점에 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 특정시점이 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.

2) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고와 노동조합이 체결한 단체협약은 “회사는 김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의를하여 지급한다.”고 정하고 있고, 이에 따라 이 사건 김장보너스는 지급 직전에 노사협의를 통해 정해졌는데, 2007년부터 2009년까지는 220,000원, 2010년에는 240,000원으로 정해진 사실을 알 수 있다. 이처럼 지급액을 결정하기 위한 객관적인 기준 없이 단지 사후에 노사협의를 통해 그 지급액을 정하도록 한 경우라면 그 지급액이 사전에 확정되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 김장보너스는 고정적인 임금이라고 할 수 없어 통상임금에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 지급일 현재 6개월 이상 휴직 중인 자를 제외하고는 재직 중인 근로자 전원에게 이 사건 설·추석상여금을 일률적으로 지급하는 한편 지급일 전에 퇴직한 근로자에게는 이를 지급하지 아니한 사실을 알 수 있고, 위와 같이 피고가 지급일 전에 퇴직한 근로자에게 이 사건 설·추석상여금을 지급하지 않은 것에 대하여 노동조합이나 근로자들이 특별히 이의를 제기하였음을 인정할 자료는 없다. 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 관계없이 지급일 기타 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는

임금은 소정근로의 대가로서의 성질을 갖지 못할 뿐만 아니라 고정적 임금으로 볼 수 없다. 나아가 어떠한 임금이 이러한 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.

### III. 대상판결의 주요내용

#### 1. 통상임금의 판단기준에 대한 구체적 기준 제시

전합판결은 ‘어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적, 일률적, 고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다)’라는 기본 입장을 명확히 하고 있다. 통상임금의 개념적 징표로 ‘소정근로의 대가’라는 실체적 요건과 ‘정기성, 일률성, 고정성’이라는 형태적 요건을 요구하는 점에서는 기존의 입장을 재확인하면서도<sup>2)</sup> ‘지급주기의 장단’은 원칙적으로 영향을 미치지 못한다는 점을 강조하고 있다. 따라서 노동부의 예규에서 강조하는 ‘1일금 지급기’요건은 더 이상 설 자리를 잃게 되었다.

소정근로의 대가란 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급한 금품<sup>3)</sup>을 의미하는 바, 따라서 근로계약에서 정한 근로가 아닌 특별한 근로를 제공하고 추가로 지급받은 금품은 당연히 통상임금에서 제외된다. 또한 소정근로의 대가는 통상임금의 기능과 필요성에 비추어 실제로 초과근로를 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 한다.<sup>4)</sup> 그것은 당연히 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 금전적으로 평가한 것이어야 하고, 또한 근로자가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 할 것이다.<sup>5)</sup>

1) 정기상여금 판결문, 5-6 면

2) 이에 관한 자세한 내용은 줄고, 통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점- 고정성의 딜레마, 법학 제 54권 3호(통권 제 168호), 서울대학교 법학연구소, 2013.9 참조

3) 정기상여금 판결문, 7면

4) 대법원 보도자료, 보도자료, 6-7면(2013.12.18)

5) 정기상여금 판결문, 4면

‘정기성’이란 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되는 것<sup>6)</sup>을 의미한다. 따라서 어떤 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급이 되더라도 통상임금에 포함될 수 있음은 물론이고, 이는 대법원 1996.2.9. 선고 94다 19501 판결이후 일관<sup>7)</sup>된 판시 내용이다.

일률성이란 어떤 임금이 모든 근로자 또는 일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게 지급되는 것을 의미한다, 이는 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결이후 일관된 판시 내용이다. 여기서 일정한 조건이란 시시때때로 변동되지 않는 고정적 조건이어야 하고<sup>8)</sup> ‘소정 근로의 가치와 관련된 조건’<sup>9)</sup>이어야 한다. 따라서 ‘부양가족이 있는 근로자’에게만 지급되는 진정 가족수당은 당연히 통상임금에서 제외된다. 그러나 가족이 없는 경우에도 지급되는 부진정 가족수당<sup>10)</sup>은 통상임금에 포함된다. 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정한 임금의 지급이 제한되어 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려한 것일 뿐이므로 일률성에 영향을 미치지 못한다.<sup>11)</sup>

고정성이란 초과근로를 제공할 당시에 그 지급여부가 업적, 성과 기타 추가적인 조건<sup>12)</sup>과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것을 의미한다. ‘고정적인 임금’은 ‘임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히 받고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’을 의미한다.<sup>13)</sup> 본 요건과 관련하여 대상 판결문에서는 “이 요건은 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서 통상임금이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다”라고 설시하고 있다.<sup>14)</sup> 기존의 대법원 판결에서 고정성의 유무를 ‘실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는지의 여부’<sup>15)</sup>에 따라 판단한 것에 비하여 훨씬 진일보한 입장을 취하고 있고, 대상판결의 가장 큰 특징이라 할 수 있다.

이러한 해석론에 따라 근무일수나 근무실적에 따라 지급액의 변동이 있게 제도가 설계되어

6) 정기상여금 판결문, 8면

7) 통상임금에 관한 판례의 변화에 관해서는 줄고, “통상임금에 관한 판례법리의 변화”, 노동법연구, 제 17호(서울대학교노동법연구회 편), 관악사, 2004. 12. 참조

8) 대법원 보도자료, 7면

9) 정기상여금 판결문, 10면

10) 모든 근로자에게 가족수당 명목으로 기본금액을 지급하면서 실제로 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 ‘추가로’ 지급하는 경우에는 그 기본금액은 통상임금에 해당된다. 정기상여금 판결문 ??면

11) 정기상여금 판결문, 11면

12) 추가적인 조건이란 초과근무를 하는 시점에 그 성취 여부가 불분명한 조건을 의미한다.

13) 정기상여금 판결문, 11면

14) 정기상여금 판결문, 10면

15) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결, 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다106426 판결 등 참조

있더라도 고정성이 인정될 수 있는 길을 열어 놓았다고 할 수 있다.

“때 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.”<sup>16)</sup>

“지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다고 볼 수 있다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적 임금이라고 할 수 있다.”<sup>17)</sup>

이러한 해석론에 따르면 일반적인 정기상여금의 경우 이미 사전에 확정되어 있어 고정성이 인정됨은 당연하다고 본 것이다.

그런데 지급일이나 기타 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해진 임금과 관련하여 기존의 입장과 달리 색다른 해석론을 개진하고 있다. 이러한 재직요건은, 특정 시점에 그 성취 여부가 이미 확정되어 있는 근속연수요건 등과 달리, 그 성취 여부가 불분명하기 때문에 소정근로의 대가로 보기 힘들고 비고정적이라는 것이다. 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하고, 그 특정시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이라면, 이러한 조건은 임금청구권의 발생을 위한 일종의 ‘자격요건’으로 파악하여야 하고 자격의 발생이 장래의 불확실에 사실에 의존하기 때문에 비고정적이라는 논리를 펴고 있다.<sup>18)</sup> 복리후생비 판결에서 명절상여금을 고정상여금과 달리 비고정적인 임금으로 판단한 이유이다. 이렇게 해석하면 향후 복리후생비의 대부분이 통상임금에 포함되지 않을 수 있게 될 것이다. 왜냐하면 1임금 지급기를 초과해서 지급되는 복리후생비의 경우 중도에 퇴사하면 그 지급을 청구하지 않는 것이 일반적인 관행이기 때문이다.

통상임금의 개념적 징표와 요건을 종합하면 다음과 같이 정리된다.<sup>19)</sup>

16) 정기상여금 판결문, 12면

17) 정기상여금 판결문, 14면

18) 복리후생비 판결문, 2-3면 참조

“야간 휴일 연장근무 등 초과근로수당 산정 등의 기준이 되는 통상임금이 되기 위해서는 초과근무를 하는 시점에서 판단해 보았을 때 근로계약에서 정한 근로의 대가로 지급될 어떤 항목의 임금이 일정한 주기에 따라 정기적으로 지급이 되고 (정기성), ‘모든 근로자’나 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준에 해당하는 모든 근로자’에게 일률적으로 지급되며 (일률성), 그 지급 여부가 업적이나 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 ‘사전에 이미 확정’ 있는 것’(고정성)이어야 하는데, 이러한 요건을 갖추면 그 명칭과 관계없이 통상임금에 해당함.”

이러한 법리를 토대로 수당별로 구체적으로 판단하면 다음과 같이 정리할 수 있다<sup>20)</sup>.

<표 1> 통상임금인지 문제되는 임금유형별 정리

임금명목	임금의 특징	통상임금 해당여부
기술수당	기술이나 자격보유자에게 지급되는 수당(자격수당, 면허수당 등)	통상임금 ○
근속수당	근속기간에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 임금	통상임금 ○
가족수당	부양가족 수에 따라 달라지는 가족수당	통상임금 × (근로와 무관한 조건)
	부양가족 수와 관계없이 모든 근로자에게 지급되는 가족수당 분	통상임금 ○ (명목만 가족수당, 일률성 인정)
성과급	근무실적을 평가하여 지급여부나 지급액이 결정되는 임금	통상임금 × (조건에 좌우됨, 고정성 인정 ×)
	최소한도가 보장되는 성과급	그 최소한도만큼만 통상임금 ○ (그 만큼은 일률적, 고정적 지급)
상여금	정기적인 지급이 확정되어 있는 상여금(정기상여금)	통상임금 ○
	기업실적에 따라 일시적, 부정기적, 사용자 재량에 따른 상여금 (경영성과분배금, 격려금, 인센티브)	통상임금 × (사전 미확정, 고정성 인정 ×)
특정시점 재직 시에만	특정시점에 재직 중인 근로자만 지급받는 금품(명절귀향비나 휴가비의 경우 그러한 경우가 많음)	통상임금 × (근로의 대가 ×, 고정성 ×)

19) 대법원 보도자료, 9면

20) 보도자료 20면

지급되는 금품	특정시점 되기 전 퇴직 시에는 근무일수 비례하여 지급되는 금품	통상임금 ○ (근무일수 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성 ○)
------------	---------------------------------------	--

## 2. 신의성실의 원칙 도입과 추가수당 청구

정기상여금 판결에서 강행법규 위반의 노사합의가 무효라는 것을 확인하면서도, 예외적인 경우에 무효를 이유로 하는 추가수당청구권을 신의칙의 법리에 따라 제한을 가하고 있다.

대상판결은 “단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다”라고 하여 기존의 법리를 재확인하면서도 “신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.”라고 판시하면서 그 예외를 인정하고 있다.

판례가 실시하는 신의칙의 일반 요건은 ① 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고, ② 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다는 점을 들고 있다. 이번 전원합의체 판결이 제시한 ‘특별한 사정’은 크게 네 가지이다.

- 첫째, 정기상여금에 관한 청구일 것,
- 둘째, 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당되지 않는다고 신뢰한 상태가 존재할 것,
- 셋째, 정기상여금을 통상임금에서 제외한다는 노사간 합의가 존재할 것,
- 넷째, 합의의 무효를 주장하여 추가임금을 청구할 경우 기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 사정이 존재할 것.

따라서 기존에 노사합의가 없었거나 노사합의가 있었다고 하더라도 정기상여금이 아닌 기타 수당에 관한 합의일 경우에는 신의칙을 적용할 수 없고 추가수당청구소송을 제기할 수 있

다. 이 경우 노사합의가 단체협약을 통해 형성된 질서에 국한되는지, 아니면 취업규칙이나 근로계약이나 관행 등을 통해서 형성된 합의에까지 넓게 인정할 것인지에 논란의 여지가 있다.<sup>21)</sup> 현 시점 이후에 진행되는 노사합의 시에는 위의 둘째의 사정이 존재하지 않기 때문에 신의칙이 적용되지 않는다.<sup>22)</sup>

## IV. 대상판결의 의의

### 1. 고정성에 대한 진일보한 해석

대상판결은 ‘사전확정성’을 고정성 판단에 있어 핵심적 요소로 삼고 있어 지급액의 절대고정성에 함몰되어 있던 기존의 논의를 극복할 수 있는 길을 열어 준 점에서 보다 진일보한 해석론을 개진한 것이라 평가할 수 있다. 지급액의 변동 여부에 따라 기계적으로 고정성 유무를 판단하던 다수의 하급심 판결<sup>23)</sup>들은 더 이상 지지될 수 없게 되었다. 대상판결이 발표되기 전 금아리무진 판결을 평석하면서 필자가 지적한 논지와 동일한 맥락이다<sup>24)</sup>:

“통상임금은 법정수당을 산출하기 위한 도구개념이기 때문에 그 기능을 제대로 수행하기 위해서는 사전에 미리 확정될 것이 요구된다. 그리고 통상임금개념을 도입한 입법취지에 비추어 근로의 가치를 적정하게 반영하여야 한다. 통상임금의 개념 요소 중의 하나인 ‘고정성’도 이러한 통상임금의 사전확정성<sup>25)</sup>과 적정반영 필요성이라는 요청에 부합하는 방향으로 해석되어야 한다. 이와 관련 정인섭 교수는 고정성을 사전확정성으로 이해하면 족하고, “앞으로

21) 보도자료에서는 단체협약 등 명시적인 합의 이외에도 묵시적 합의나 근로관행도 포함된다고 풀이하고 있다. 대법원 보도자료 17면

22) 대법원 2013.12.18. 자 보도자료 17면 참조

23) 이에 관한 자세한 소개는 줄고, 통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점-고정성의 딜레마, 법학 제 54권 3호(통권 제 168호), 서울대학교 법학연구소, 2013.9, 893면 이하 참조

24) 줄고, 위의 논문, 899-900면

25) 최근 2013년 7월 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2010나20053 판결에서(이른바 한국GM 사건) 차등지급되는 업적연봉을 통상임금에 해당한다고 판단하여 기존의 서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2009나6914 판결을 뒤집었는 바, 사전확정성을 중시한 판결이라 평가된다. 참고로 미국에서도 전년도 성과를 반영하여 다음 연도 연봉에 반영하면 가산임금의 산정기초 임금(regular rate of pay)에 산입된다는 견해가 있다. 이에 관해서는 권순원, “미국 기업의 임금구조 관련제도”, 임금제도개선위원회 발표문(2013. 8) 참조.

소정근로를 제공하면 받게 될 ‘현재의 시점에서 확정할 수 있는 임금’<sup>26)</sup>이면 고정성의 요건이 충족된 것으로 보아야 한다고 주장하는 바, 통상임금의 취지를 잘 살린 타견이라 할 수 있다. 따라서 사전확정성을 저해할 소지가 있는 제 조건을 규정하였다 하더라도, 이를 임금 또는 통상임금의 본질에 영향을 미치지 않는 방향으로 해석해야 할 것이다. 당사자의 주관적 의지로 인해 객관적 법질서가 형해화될 위험이 있고 그로 인해 법적안정성을 심각하게 훼손되기 때문이다.”

그 결과 일정 근무일수를 기준으로 계산방법 또는 지급액이 달라지는 경우에도 소정근로를 제공하면 적어도 일정액 이상의 임금이 지급될 것이 확정되어 있다면 그와 같이 ‘최소한도로 확정되어 있는 범위’에서는 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 확정적임으로, 그 한도에서 고정성이 인정된다. 다른 한편, 근무일수를 기준으로 계산방법을 달리 정하지 않고, 단순히 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하는 경우도 앞서 본 때 근무일마다 지급하는 경우와 실질적인 차이가 없어 고정성을 인정할 수 있다.<sup>27)</sup>

나아가 앞서 설명한 바대로, 근무실적에 따라 지급액의 변동이 초래된다 하더라도 최저한도로 보장하고 있는 임금부분은 통상임금에 포함된다.

## 2. 임금이분설의 환생(?) - 재직요건을 이유로 한 복리후생비 제외

1) 대상판결은 재직요건을 이유로 들어 복리후생비가 통상임금에 포함되지 않을 수 있음을 분명히 하여 기존의 판례법리를 변경하고 있다.

“복리후생적 명목의 급여가 지급일 당시 재직 중일 것을 지급조건으로 하는지 여부에 관하여 심리하지 아니한 채 해당 급여가 단체협약 등에 의하여 일률적·정기적으로 지급되는 것으로 정해져 있다는 사정만으로 통상임금에 해당한다고 판단한 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다13070 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.”<sup>28)</sup>

26) 정인섭, 임금법상 비교대상임금과 통상임금, **노동법연구**, 제21호, 서울대학교 노동법연구회(2007), 138면 참조.

27) 정기상여금 판결문, 13면

28) 정기상여금 판결문, 16면



앞서 언급한 바대로 이러한 재직요건은 임금청구권의 발생을 위한 자격요건이고 그 성취 여부가 불분명하기 때문에 소정근로의 대가로 보기 힘들고 비고정적이라는 것이다.

“근로자가 소정근로를 했는지 여부와 관계없이 지급일 기타 특정시점에 재직 중인 근로자에 게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 소정근로의 대가로서의 성질을 갖지 못할 뿐만 아니라 고정적 임금으로 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같다.”<sup>29)</sup>

그 결과 복리후생비의 일반적 관행을 고려하면 대부분의 복리후생비가 통상임금에 해당되지 않게 되고 이는 임금이분설을 취하고 있던 시절과 유사한 결과를 초래할 가능성이 높다.

이 점과 관련하여 정기상여금 판결에서 ‘일정한 근무일수를 충족하여야만 하는 임금’<sup>30)</sup>의 개념을 도입하고 있는 점이 눈에 띈다. ‘일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금’은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이라는 것이다. 나아가 이러한 임금군은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어렵다는 것이다.

그러면서도 재직요건이 부가되어 있다 하더라도 재직기간까지의 기간에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 고정성이 부정되지 않는다고 한다.<sup>31)</sup>

## 2) 필자는 재직 요건이 고정성과 관련이 없다는 주장을 다음과 같이 피력한 바 있다.<sup>32)</sup>

“고정성의 해석과 관련하여 자주 거론되는 재직요건은 근무성적과 아무런 관련이 없다고 보아야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 재직요건은 상여금이나 수당을 지급하기 전에 미리 퇴사한 자를 대상으로 적용되는 것으로 현재 재직 중인 근로자에게는 아무런 상관이 없다. 소정근로에 대하여 그 지급내용이 사전적으로 확정되어 있으면 그것으로 고정성의 요건은 충족된 것으로 보아야 한다. 상여금의 1임금지급기는 예컨대 400%인 경우 3개월로 해석되고 3개월 간 소정근로를 제공한 자에게 임금액의 변동이 있는지를 살피는 것으로 족하지 제3자의 사정을 고려하여 그 고정성 여부를 판단해서는 안된다. 재직 중인 자에게 지급하는지의 여부는 일률성의 요건과 연관성이 있다고 보아야 한다. 일률성의 요건은 누구에게(to whom) 지급할 것인지에 대한 물음이고 고정성의 요건은 무엇을 어느 정도(what and how) 지급할 것인가의 물음이다. 일률성 심사를 통해 적용범위가 정해지면 그 인적범위 내의 근로자 개

29) 복리후생비 판결문, 5-6면

30) 정기상여금판결문, 12면

31) 정기상여금 판결문, 13면

32) 줄고, 앞의 논문, 898면

개인의 임금 변동성 여부를 묻는 것이 고정성의 문제라고 해석하는 것이 통상임금의 기능과 필요성에 부합하는 해석이라 할 것이다.”

중도퇴직자에게 수당을 지급하는 경우 재직기간에 비례하여 지급하는 경우와 아예 지급하지 않는 경우로 대별할 수 있다. 전자의 경우 대상판결이나 금아리무진 판결<sup>33)</sup>처럼 고정성을 강화하는 요인으로 적극적으로 해석한 것은 타당하다. 왜냐하면 근로제공기간이 짧았는데도 비례적으로 지급하지 않고 아예 지급하지 않거나 전액을 지급하는 것은 오히려 비고정성을 강화하는 요인이 될 수 있기 때문이다(시간당으로 분할해서 계산해 보면 비례적 지급의 경우가 그 액수가 일정하다<sup>34)</sup>). 문제는 중도퇴직자에게 근무기간을 묻지 않고 상여금이나 수당 등을 아예 지급하지 않는 약정이 현행법상 효력이 있는가라는 점인데 필자는 다음과 같은 견해를 피력하였다<sup>35)</sup>:

“상여금이나 수당을 예컨대 3월, 6월, 9월, 12월 지급하였다 하더라도 이는 당해 달에 제공한 근로의 대가가 아니고 3달치 근로의 대가가 쌓인 것이고 다만 그 지급방식을 3달에 한 번꼴로 한다는 것이다. 상여금이나 수당의 임금성이 인정된다면, 중도퇴직자에게는 최소한 재직기간 또는 근무기간에 상응하여 비례적으로 수당이 지급되어야 하는 바, 이를 무시하고 수당청구권을 전면적으로 부정하는 약정은 강행법규 위반으로 무효로 될 가능성을 배제할 수 없다. 이 점을 별론으로 하더라도 이러한 약정을 계기로 고정성이 결여된다는 이유를 들어 통상임금에의 해당성을 부정하는 것은 본말이 전도된 것이다. 이러한 접근방식은 임금제도의 취지, 통상임금의 기능과 필요성, 통상임금의 기본원리에 반한다고 하지 않을 수 없다.”

3) 대상판결을 접하면서도 필자의 종전의 견해와 문제의식에는 변함이 없다. 대상판결에서 일컫는 ‘일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금’의 개념을 도입한 것을 필자는 이해하기 힘들다. 이러한 임금은 소정근로의 대가가 아니라 설시는 더더욱 이해하기 힘들다. 소정근로의 대가가 아니라면 임금성이 부정된다는 의미인가? 전체의 맥락을 보면 그렇게 읽히지는 않는다. 통상임금성을 부정하기 위해 고정성의 결여라는 이유와 함께 방론으로 실시한 것으로 보인다. 임금성을 인정하는 전제 하에서 살펴보면, 다시 말해 근로의 대가라면 것을 전

<sup>33)</sup> 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결.

<sup>34)</sup> 김성수는 상여금 지급기간 중의 재직기간을 비례적으로 적용하여 상여금을 월할 계산한 사실이 오히려 고정성을 확인하는 근거로 판시한 것으로 평가하는 바, 같은 맥락으로 이해된다. 김성수, “통상임금에 관한 최근 판결례분석”, 현행임금법제도의 문제점과 해결책은 무엇인가?(법무법인지평지성 주최 세미나자료집). 2013. 7. 9. 16면.

<sup>35)</sup> 줄고, 위의 글, 899면

제한다면, 소정근로의 대가가 아니라는 것은 무슨 의미인가? 과거 임금이분설을 취하고 있을 당시의 보장적 부분과 관련한 관념이 되살아 난 것은 아닌지. 재직요건을 들어 일정한 filtering을 하고 있지만 대부분의 복리후생비가 중도퇴직자에게 지급되지 않고 당사자가 아무런 이의를 제기하지 않는 관행이 일반화 된 사정을 감안하면, 재직요건이라는 개념적 매개는 현실에서는 별 영향이 없어 보인다.

필자는 대상판결이 왜 중전의 견해를 바꾸었는지도 이해하기 힘들다. 기존의 대법원 판결 등을 통해 복리후생비의 문제는 일단락되었고 이 점과 관련하여 노사 공히 별 이의를 제기하지 않아 분쟁의 여지가 사라진 사안에서, 대상판결과 같이 재직요건의 구체적 내용과 당사자의 명시적, 묵시적 합의나 관행의 존재 등을 들어 달리 해석할 여지를 남기는 것은 통상임금의 서전화정성이나 법적안정성의 견지에서 바람직하지 않기 때문이다. 중도퇴직자의 평균임금 계산 시 복리후생비를 포함시켜야 할지? 월할 계산으로 해야 할지? 정기상여금의 경우에도 이 법리를 적용해야 할지? 등에 관해 해석상의 논란을 부추길 수도 있다.

### 3. 신의칙이 해법이 될 수 있는가? - 대형로펌의 개가(?)

1) 대상판결이 내려지기 전까지 신의칙을 적용하리란 예상은 거의 찾아보기 힘들었을 정도로 소수의견의 주장처럼 ‘너무 낮은 것이어서 당혹감마저 든다.’<sup>36)</sup> 법률의 부지나 법인식상의 착오가 있다고 해서 강행규범성이 부정될 수 없음은 다언을 요치 않는다. 대상판결이 드는 특수한 상황이란 결국 기업재정의 어려움인데, 이러한 사정을 고려하지 않았다는 이유로 정의 관념에 비추어 도저히 용인될 수 없는 것인가? 대상판결의 실시 내용을 보면 결국 근로자에게 예상 밖의 이익을 주는 결과가 초래되기 때문에 이는 형평의 관념에서 타당하지 않다는 것인데, 이 점은 수궁이 가지만 ‘참을 수 없는 정의’를 운위할 정도의 사정인지 의문스럽다. 거꾸로 어떻게 해야 신의에 따라 성실히 청구권을 행사한 것으로 평가받을 수 있다는 것인가? 대상판결의 문법에 따르면 3년 치가 아니라 1년 치만 청구하거나 또는 다수가 아니라 소수가 청구한 경우라면 성실한 권리행사가 될 가능성이 있다는 논리인데, 이러한 법해석이 가능한지도 의문이다. GM과 같이 상여금 소송에 대비해 거액의 자금을 비축한 사업장의 경우에는 그렇지 않는 사업장과 달리 평가하여야 하는가? 복리후생비의 경우도 기존의 법리를 변경하였는데, 그로 인해 사용자는 ‘예상 외의 이익’을 얻을 수 있는 여지가 생기는데 여기에는 왜 신의칙을 적용할 수 없는가?. 위낙 어려운 담론이라 필자의 능력 밖의 일이고 향후 민법 학계나 법이론상의 논의를 기대해 봐야 하지만, 생소한 감을 떨치기가 힘들다. 파기사유로‘통

<sup>36)</sup> 정기상여금 판결 중 이인복, 이상훈, 김신 대법관의 반대의견, 25면

상임금에 산입될 경우 피고가 부담하게 될 추가 법정수당액과 전년도 대비 실질임금 인상을 및 그에 관한 과거 수년간의 평균치, 피고의 재정 및 경영상태 등'에 관한 심리를 다하지 못한 점을 지적하는데, 법관들의 해석상의 재량영역을 어느 정도로 허용할 것인지가 불분명하고 정의의 최소한 요청인 '법적안정성'이 훼손됨은 명약관화하다. 이로 인해 소송비용과 법적 리스크가 증대하게 되고 소송수행 능력에 따라 결론이 달라질 수 있을 개연성이 높다

2) 법해석상 논란의 여지가 있는 부분도 존재한다. 우선 신의칙이 단체협약을 통한 질서나 합의 형성의 경우 이 외에도 적용될 것인가가 문제된다. 본 사안과 같이 단체협약을 통한 합의와 그에 터잡은 관행<sup>37)</sup>이 존재한다고 평가받는 경우 이 외에, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 작성하고 근로자가 아무런 이의를 제기하지 않은 경우에도 신의칙을 적용할 수 있는가의 문제이다. 대상판결은 임금협상 과정을 거쳐 합의된 임금총액의 범위 내에서, 정기상여금을 통상임금 제외 인식 아래 법정수당의 규모 등을 정한 경우를 상정하고 있는데, 임금협상의 과정을 통해 사용자에게 신의를 제공하거나 신의를 갖게 하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 취업규칙이 규범력을 가지는 것은 입법정책의 문제이고(법수권설이건 계약설이건 관계없이), 사용자에게 신의를 제공할 어떠한 구체적 행위가 매개되지 않았기 때문에 이런 경우까지 보충적으로 엄격히 적용되어야 하는 신의칙이 관여하는 것이 바람직하지 않다고 생각된다.

다음으로 2013. 12. 18. 이후 신규 발생하는 채권에도 신의칙이 적용될 것인가? 대상판결의 논지나 보도자료에 비추어 보면 판결일 이후 새로운 합의가 있을 경우 신의칙이 적용되지 않는다는 점은 명확하다. 그러나 노사가 판결의 취지에 맞게 새로운 합의를 시도하지 않은 채 기존의 단체협약이나 취업규칙이 유지되는 경우에 제기될 수 있는 문제 상황이다. 종전 임금협약의 유효기간까지는 신의칙이 적용될 수 있다는 주장도 제시되나, 필자는 이를 부정적으로 해석하고자 한다. 우선 노동부는 단체협약이나 취업규칙 시정명령을 발할 공법상의 의무를 부담하여야 하는데 이를 게을리 한 법 상태를 보호해서는 안 될 것이고, 노조가 재교섭을 요구하는 것은 현행법상 얼마든지 가능한 바, 합의에 이르지 못하더라도 교섭을 요구한 것 자체가 기존의 신의 제공을 철회할 의사가 표현된 것으로 보아야 할 것이다.

37) 본 사안에서 단협이 적용되지 않는 관리직에게도 신의칙이 적용되는 이유는, 단체협약에서 형성한 제도를 관리직들의 명시적 또는 묵시적으로 합의하였거나 이에 따른다는 관행이 존재하기 때문인 것으로 필자는 이해하고자 한다. 이는 일반적 구속력의 적용결과 단협의 질서가 확대되는 상황과 유사하다.

## IV. 나가며

이번 전원합의체 판결은 그 동안 논란이 되어왔던 통상임금의 판단기준을 구체적으로 제시하고 근로자의 추가수당청구가 신의칙에 위배되어 제한되는 요건을 실시하였다는 점에 큰 특징이 있다. 판결문 곳곳에 법리와 현실, 미래와 과거의 조화를 모색하기 위한 고민이 여실히 드러난다. 사법적극주의의(?) 정신을 살리기 위한 살리기 위한 일종의 교육지책이 아닌가 싶다.

향후 대상판결의 판단기준에 따라 노동부의 예규는 물론 산업현장에서 단체협약이나 취업규칙 등이 개정되어야 할 것이다. 대상판결은 앞으로 미래질서 형성을 위한 나침반적 기능을 수행할 것으로 보인다. 고정성과 정기성에 관한 단호한 입장은 당분간 변함이 없을 것이기 때문에 이 부분에 관한 한 논란의 여지를 없앤 점에서 진일보한 판결이라 평가할 수 있을 것이다. 그러나 기왕의 추가수당청구에 관련한 과거사 정리를 신의칙에 문의한 점은 오히려 논란을 증폭시킬 가능성을 잉태하고 있다. 현재 160여개의 사업장에서 제기하고 있는 쟁송의 범위가 확대될 지는 노사관계 등의 요인에 따라 좌우될 것으로 보인다.

앞에서 살펴본 대로 재직 요건과 복리후생비의 성격 등과 관련하여 여전히 해석론상 논란이 있을 수 수 있고 당장 내년 입단협 과정에도 영향을 미칠 것으로 보인다. 통상임금의 문제는 기본적으로 우리의 임금체계가 복잡하고 기형화되어 있는 현실 때문에 제기된 문제이고, 근로시간 단축과 내적 연관성을 지니는 문제이니 만큼, 법원의 판결과 상관없이 임금제도개선 논의는 여전히 필요하다 할 것이다. 이는 정부와 국회의 몫이다.

【제2주제】

## 통상임금제도 개선의 입법정책적 과제

박 중 희 (고려대학교 법학전문대학원)

- I. 들어가는 말
- II. 임금제도 개선 관련정책과제에서 반드시 고려해야 할 기본  
관점과 정책과제
- III. 임금제도 개선 관련 기존의 논의와 그에 대한 평가
- IV. 통상임금 관련 법적 쟁점에 대한 검토
- V. 통상임금 제도 개선 관련 입법정책 방안
- VI. 나가는 말

### I. 들어가는 말

2012년부터 2013년 연말에 이르기까지 학계와 실무계 전체에 걸쳐 비상한 관심과 논쟁의 대상 가운데 하나는 통상임금 관련 문제였다. 대법원이 지난 12월 18일 전원합의체 판결을 통하여 통상임금에 관한 그 간의 해석론을 정리한 입장을 내 놓았다. 그러나 이로써 논쟁이 종결되었다기보다는 새로운 논쟁의 불씨를 지폈다는 평가도 가능하며, 그에 따라 통상임금제도에 관한 개선논의를 촉발시킬 것으로 예상된다.

이와는 별개로 정부 차원에서도 여러 차례 연구 등을 통하여 통상임금을 위시한 임금제도 개선과 관련한 입법정책적 방향에 관하여 논의하였고, 최근에는 『임금제도개선위원회』를 통하여 개선방안을 논의하고 있다. 『임금제도개선위원회』의 논의 결과를 토대로 고용노동부는 올 상반기에 통상임금과 관련한 입법개정을 추진할 계획을 갖고 있는 것으로 알려져 있다. 하지만 통상임금의 문제는 단지 통상임금에 해당하는 임금의 종류를 입법적으로 어떻게 잘 정리하느냐의 문제에 국한되는 것은 아니다. 통상임금은 노사간의 임금조정의 대상일 뿐만 아니라, 근로기준의 형성에서도 핵심 축을 이루고 있다는 점을 고려하면 현실적합성을 가지면서도

미래지향적으로 적절한 근로조건 형성 기능을 수행할 수 있도록 근원적인 검토가 함께 이루어질 필요가 있다. 전국민적 관심을 불러일으킨 현재의 상황은 어쩌면 임금제도에 대한 입법적 개선을 추진할 수 있는 호기일 수 있다.

통상임금제도에 관한 개선논의는 법적인 안정성과 더불어 노동현실에 대한 규율적합성을 제고하는 관점으로 접근할 필요가 있다. 이런 견지에서 이하에서는 임금제도 개선을 추진함에 있어 반드시 고려하여야 할 입법정책적 과제들을 짚어보고(Ⅱ), 이어서 그 간의 임금제도 개선 관련 주요 논의들을 검토·평가한 다음(Ⅲ), 통상임금에 관한 논쟁의 근본적인 원인이 해석론의 오류에 있는 것은 아닌지를 검토한 뒤(Ⅳ), 이러한 논의의 연장선상에서 통상임금제도에 관한 구체적인 개선 방안을 제안해 보고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 임금제도 개선 관련정책과제에서 반드시 고려해야 할 기본관점과 정책과제

### 1. 임금제도 개선에서 고려하여야 할 기본 관점

임금제도 개선이라는 입법정책을 추진함에 있어서는 전체 법체계와의 적합성을 유지하면서 시장이 원활하게 작동할 수 있도록 현실적합성을 갖추고, 아울러 이해관계 당사자들도 자신의 권리관계를 명확하게 알 수 있도록 하는 관점에서 추진되어야 할 것이다. 이를 구현하기 위하여 임금제도 관련 입법개선에서 다음과 같은 점들을 반드시 고려할 필요가 있다.

#### 1) 변화하는 경제·노동환경을 적절히 규율하는 현실적합성 있는 제도 구축

현행 근로기준법(이하 근기법으로 약함)에서 규율하고 있는 임금제도는 - 비록 부분적인 개정은 있었지만 - 1953년에 제정될 당시의 토대를 기초로 하고 있는데, 그것은 임금을 근로시간과 일체의 관계에서 규율하고 있다는 점이다. 즉 임금의 산정은 근로시간에 따라 이루어지도록 하고 있는 것이다.<sup>1)</sup> 이러한 임금과 근로시간의 일체성을 유지하는 데에 가장 큰 기여를 하는 것이 바로 통상임금이다. 모든 임금을 통상임금으로 환산하여 가산임금을 산정하도록 함으로써, 어떤 임금체계를 취하더라도 반드시 시간당 임금으로 환산이 가능해야 하는 구조이

1) 물론 도급방식을 통한 임금산정도 인정하고는 있지만(근기법 제47조), 거의 규율력을 발휘하지 못하고 있다.

다.2)

그러나 우리의 경제도 후기 산업사회로 이행되면서 전체적인 노동과정의 모습도 종래와는 다른 양상을 보여주고 있다. 즉 근로관계가 근로의 양을 중심을 이루어지던 것으로부터 노동의 질을 중시하는 단계를 거쳐, 이제는 노동의 결과까지 중요시하는 단계로 변화하고 있는 것이다. 즉 근로자의 능력향상과 생산성 향상을 유도하여 기업의 경쟁력을 높이고 기업의 성과에 따른 유연한 임금관리를 추구하는 경향이 강조되고 있다.<sup>3)</sup> 이에 따라 실무에서의 보상체계도 성과주의 임금체계 도입 등으로 변화하고 있다. 임금과 근로시간을 규제하는 관련 제도도 이러한 변화를 반영한 현실 적합한 규율체계로의 변화할 필요가 있다. 물론 이러한 변화를 적극 수용하더라도 근로시간 자체는 근로자의 근로제공의무의 내용을 결정한다는 점에서 여전히 중요한 의미를 가지게 되겠지만, 임금의 결정방식이 반드시 근로시간(근로의 양)에 따라 이루어져야 하는 당위성으로 연결되지는 않는다는 것이다. 근로의 결과를 가지고 임금을 결정하는 새로운 방식이 도입되고 있는 현실에 비해 현행 근기법은 여전히 시간당 임금기초라는 토대에서 벗어나지 못하고 있다. 이는 자칫 몸을 옷에다 맞추어야 하는 문제를 발생시킬 수도 있을 것이다.

그러므로 임금제도를 개선할 때에는 임금을 근로시간에 일치시켜야 하는 경직된 구조에서 벗어나, 양자의 상호관련성은 유지하되, 양자를 별개로 형성할 수 있는 여지를 제도적으로 뒷받침해 줄 필요가 있다. 이와 더불어 임금결정을 근로시간으로부터 분리시킬 경우 초래될 수 있는 남용의 여지를 방지하기 위해서는, 최장근로시간의 적정한 설계를 통해 제한을 가하는 것과, 시장위험을 근로자에게 전가할 가능성에 대한 예방조치들이 함께 고려되어야만 할 것이다.

## 2) 시장경제질서 존중이라는 기본명제에 부합하는 제도

임금제도를 위시한 개별적 근로관계법의 규율은 시장경제질서를 배척하려는 측면이 아니라, 이와 조화를 이루면서 근로자들에 대한 최소한의 보장을 도모하려는 것이다. 그러므로 노동관련법령에서의 임금 관련 제도도 ‘시장경제질서의 존중’이라는 기본명제에 부합해야 한다. 그러므로 임금 관련 제도를 규정함에 있어서는 임금에 직접적으로 관련되는 경우에도 생존권보장을 위한 최저임금의 설정이나 퇴직금의 하한선 설정, 그리고 임금채권에 대한 보호 등과 같이 임금채권에 대한 최소한의 보장에는 직접 개입할 수 있지만, 임금 수준의 결정이나 임금체계 혹은 구조의 형성 등은 전적으로 시장의 몫이다. 예컨대 호봉제 중심의 연공급체계가 지니

2) 이런 관점은 최저임금을 시간급으로 결정토록 하는 데에도 일조하고 있다.

3) 유규창·박우성, 「21세기형 성과주의 임금제도」, 2001, 3면 이하.



고 있는 많은 문제점을 극복하기 위하여 직무급제로의 전환이 필요하다하더라도, 이를 법령에서 직접적으로 규정하여 강제할 수는 없다. 직무급으로의 전환은 어디까지나 기업(당사자)들이 자발적으로 수용하는 경우에만 가능할 뿐이다. 마찬가지로 임금체계를 단순화 하는 문제도 기업들이 자발적으로 이를 이행할 경우에만 가능할 뿐이다. 임금 관련 정책은 이런 점을 직시한 가운데 논의되어야 할 필요가 있다. 동일한 맥락에서 60세 정년 의무 시행을 앞두고 현장에서 무리 없이 수용될 수 있도록 임금체계의 개편이 필요<sup>4)</sup>하더라도 이 역시 노사당사자들의 자발적인 합의를 통해서만 가능하며, 법적으로는 이를 유도하기 위한 간접적인 지원방안만이 강구될 수 있을 뿐이다.

따라서 임금체계 개편 등과 같이 임금 형성을 내용으로는 하는 여러 지원정책이나 간접적인 방식을 통해 유도하는 방안이 고려될 수 있지만, 효과는 전적으로 시장의 몫이라는 점을 전제해야 한다.

### 3) 최저근로조건 보호라는 근로기준법의 본질적 기능과의 조화

근기법은 본연의 기능은 최저기준을 설정하여 이를 노동시장에 참여하는 사용자들에게 그 이행을 강제함으로써 근로자를 보호하는 것이다. 즉 최저근로조건을 법정화 하는 것이다. 그런데 90년을 전후하여 최저기준의 설정이라는 근기법 본연의 기능을 간과한 채, 적정한 근로조건을 직접 규율하려는 의도로 입법개정 내지 관련 논의가 이루어지는 경우가 종종 발생하고 있다. 그 대표적인 예로 기준근로시간 단축을 들 수 있다. 1주 48시간이 44시간을 거쳐 40시간으로 단축되었으나, 지금의 노동시장 현실을 감안하면 1주 40시간을 모든 사용자가 반드시 지켜야 할 최저기준이 될 수 없음에는 의문의 여지가 없다. 그러므로 1주 40시간이란 기준근로시간을 준수할 수 없는 현실을 고려하여 예외규정들을 만들 수밖에 없는 것이다.

이러한 예외규정을 통해 야기되는 관련된 제반 문제점은 최저 법정기준근로시간을 오히려 재정립한다면 쉽게 해결될 가능성이 크다. 제정 근기법이 1주 48시간을 기준근로시간으로 하고 최장근로시간을 60시간으로 한 것과 비교하여, 현재는 한편에서는 40시간 기준근로시간과 다른 한편에서는 당사자 합의에 기한 52시간마저 초과할 수 있는 여지(근로시간 휴게시간 특례업종)가 있어, 결과적으로는 노동시장의 양극화를 더욱 심화시키고 있는 것이다. 가산임금의 문제 또한 실제에서는 기준근로시간 문제와도 맞물려 있는 것으로 볼 수 있다. 현실적으로 준수할 수 없는 기준근로시간으로 인하여 발생하게 되는 연장근로 수행에 대한 부담에 대하여 기업들이 이를 최소화하는 방안을 모색하는 것은 지극히 당연하다. 그러므로 근로기준에 관한

4) 이와 관련하여서는 안주엽, “합리적 정년연장과 정책과제”, 『한국고용노사관계학회 2013년 추계정책 토론회 자료집』 2013.11, 참조.

제도 개선은 최저근로조건을 설정하는 본래의 기능적 측면을 중심으로 접근할 필요가 있다. 최저근로조건을 정하는 근기법을 가지고 적정한 시장의 모습을 만들어내려는 것은 본래 할 수 있는 역량을 초과하게 만듦으로써 과부하의 문제에 직면할 수밖에 없게 될 것이다.

임금제도 개선에 관한 입법정책을 고려하는 경우에도 이와 같은 근기법의 본질적 기능을 항상 고려해야 할 것이다. 적정한 임금관련 내용의 형성은 당사자 자치에 맡기거나 이를 기대하기 어려운 경우에는 이에 준하는 다른 제도적 장치를 통해 해소토록 하는 것이 적절하다. 근기법에서 담을 수 있는 기본적인 내용과 다른 법체계를 통해 구현되는 방안들에 대한 법체계적인 관점을 살려 종합적인 견지에서 접근하는 것이 필요하다.

#### 4) 노동시장 양극화를 완화시키는 노동관계제도의 개선

노동정책만큼은 노동시장의 양극화를 줄이는 방향으로 이루어져야 하며, 어쩔 수 없는 경우에도 양극화를 최소화 할 수 있도록 해야 한다. 근로시간 단축에서의 일례에서와 같이 많은 노동정책은 의도하지 않았지만 결과적으로는 노동시장 양극화를 더욱 조장하기도 한다.<sup>5)</sup> 임금 관련 제도개선 방안을 강구함에 있어서도 그 효과가 대기업 정규직 근로자에게만 귀속되고 중소기업사업장의 근로자나 비정규직근로자에게는 아무런 효과를 미치지 못하게 된다면 의도하지 않은 노동시장 양극화를 심화시키는 결과로 이어질 수 있다. 이 점을 항상 면밀하게 검토하면서 정책방안을 모색하여야 할 것이다.

#### 5) 실질적 노사자치의 촉진 혹은 강화

임금제도 개선방안을 강구함에 있어 근기법 등 개별적 근로관계법이 가지는 최저근로조건의 설정이라는 본연의 기능을 해하지 않는 범위 내에서는, 변화하는 노사관계 실태에 비추어 노사합의를 통한 개별적·구체적 타당성을 확보하는 방안도 적극 고려할 필요가 있다. 개별 사업장마다 임금을 위시한 근로조건의 결정과 형성의 다양성을 감안한다면 굳이 획일적인 방식보다는 근로자의 자율적 판단과 결정이 담보될 수 있음을 전제로 하여, 노사당사자의 합의에 따라 유연하게 형성할 수 있는 여지를 만들어 줌이 타당하다. 대법원 판결이 통상임금에 관한 당사자 합의가 있더라도 그 내용이 법규정 위반일 경우에는 무효로 보는 것도 이와 같은 노사자치에 실질내용을 형성할 수 있는 법적 근거규정이 없기 때문이다. 그러므로 입법정책적으로 근기법의 임금제도 개선부분에 대해서는 다양성과 유연성을 감안하여 노사자치를

5) 이런 점을 중시하며 근로시간제도 개선의 정책방향을 다룬 것으로 박종희, “근로시간 단축논의의 입법정책적 방향과 과제”, 『안암법학』 제11호, 2000/상반기, 345면 이하, 특히 365면 이하 참조.

우선적으로 배려하는 방식도 향후 적극 고려할 필요가 있을 것이다.

노사(집단적)자치에 대해 강행규정에 우선하는 지위를 부여할 수 있는 논거는 대립과 대등성이 담보되는 노사자치(집단적 자치)에 대해서는 국가의 보호가 특별히 필요하지 않다는 점에서 찾아 볼 수 있다. 즉 이 한도에서 입법자에 의해 보호되는 최저기준이 집단적 자치의 영역에서는 더 이상 통용되지 않을 수 있음을 의미한다. 이 경우에도 국가의 법규범 제정독점권을 전제로 국가의 수권이 있어야만 가능하다는 입장과<sup>6)</sup> 집단적 자치가 이미 헌법에 의해 수권되는 관계에 놓여 있기 때문에 입법권보다 우위에 놓일 수 있다는 입장<sup>7)</sup>이 있는데, 우리의 법체계 및 연혁적·실제적 토대를 감안할 경우 전자의 입장에서 파악하는 것이 합리적인 것으로 보인다<sup>8)</sup>. 그러므로 적어도 입법자가 노사자치에 강행규정에 대한 우선권을 부여하는 경우 당해 강행규정은 노사자치에 대해 임의규정으로서의 역할만을 수행하게 된다. 이러한 일례로 임금지불은 전액불 및 통화불로 지급하여야 함에도 근기법 제43조 제1항 단서 규정에 따라 단체협약에 다른 정함이 있는 경우에 예외로 보는 규정을 들 수 있다. 이는 그간 통상 임금에 관하여 노사당사자의 합의가 있더라도, 근기법에서 당사자 합의를 우선시하겠다는 규정이 없는 관계로 근기법의 강행규정을 위반하는 것으로 보아 무효로 판단해 왔던 판례의 입장과도 일맥상통한다.<sup>9)</sup> 다만 이러한 노사자치를 어떤 방식으로 구현할 것인가에 대해서는 우리의 상황을 감안하여 정하는 것이 필요하다. 우선적으로는 노동조합을 중심으로 하는 전통적인 협약자치에 이러한 지위를 - 이 경우도 과반수 조직 노동조합에 한정하여 - 부여하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 나아가 현재 우리나라의 노동조합 조직률이 10%대에 머물고 있으며, 미조직사업장이 절대적으로 많은 실태를 고려한다면, 이를 계기로 삼아 노동조합이 아닌 다른 집단적 자치의 형태로 접근하는 방안도 검토해 볼 수 있을 것이다. 만약 현행 근

6) 이종복, “협약자율의 우위성”, 『사법관계와 자율』(이종복교수논문집), 1993, 506면 이하.

7) 김영문, “단체협약에 대한 사법적 통제와 그 한계에 관한 고찰”, 『노동법률』 2013/9, 68면 이하. 이러한 입장에 대한 체계적 고찰에 관하여는 Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 103ff. 참고.

8) “기본적 근로생활관계를 규율하는 법규, 특히 개별적 근로자보호법규는 헌법에서 선언한 기본가치 내지 기본질서로서의 ‘인간의 존엄’ 또는 ‘사회복지국가원칙’을 구체화한 강행적 보호규정으로서, 근로자의 최저근로조건을 하한선을 정한 것이므로 이를 변경 또는 이탈할 수 없다. 헌법상 노사자치의 우위가 도출된다고 하여도 헌법의 기본가치이며 원리인 ‘인간의 존엄’과 ‘사회복지국가원칙’을 변경할 수 있는 노사자치의 우위는 있을 수 없다”(이종복, “협약자율의 우위성”, 509면)

9) 평균임금에 관한 당사자의 별도 합의가 있고 그 합의에 따라 산정된 퇴직금이 법에서 규정하고 있는 최저 퇴직금액을 상회하는 경우에는 그러한 합의의 효력을 인정된다(대법원 2003.12.11. 선고 2003다40538 판결; 대법원 2007.9.20. 선고 2007다32993 판결). 왜냐하면 최저기준으로 보호하고자 하는 바는 산정된 퇴직금액이지, 산정하는 방식에 대한 강행성을 규정하는 것은 아니므로 결과적으로는 근거조항이 없더라도 최저퇴직금액을 보장하는 한 노사당사자의 별도 합의는 유효할 수 있는 것이다.

기법상 근로자대표제도가 갖는 지위와 권한을 포함하여 사업장 전체 종업원 대표에게 통합적인 - 그러나 노동조합에 대해서는 보충적인 지위에서 행할 수 있는 - 자격을 부여하는, 실질적 대등성을 확보할 수 있는 종업원대표제가 도입된다면 이러한 종업원대표제에게 통상임금의 예외를 합의할 수 있는 권한과 지위를 부여하는 방안도 적극 고려될 수 있을 것이다.<sup>10)</sup>

## 2. 임금제도 개선 관련에 있어서의 정책과제

이상에서 살펴 본 기본관점을 토대로 향후 통상임금제도 개선의 입법정책적 과제와 관련하여 다음과 같은 세부적인 방향성들을 검토해 볼 수 있을 것이다.

### 1) 법률규정의 명확성 및 체계성 제고와 법적 안정성 확보

임금 관련 제도 개선에 있어서는 법률규정의 명확성 제고와 이를 통한 안정성 확보가 무엇보다도 중요하다. 통상임금의 문제는 규정의 불명확성에 기인하는 바도 크지만, 다른 측면에서는 개별 법률규정 상호간의 일관성을 유지하지 못한 점에도 그 원인이 있다. 이는 관련법령의 규정 형식측면에서도 찾아 볼 수 있으며, 법의 해석이나 운용의 측면에서도 확인될 수 있다. 예컨대 전자의 규정형식 측면의 경우로는 현행 근기법 시행령은 평균임금 산정과 관련하여 임시로 지급되는 임금 및 수당과 통화 이외로 지급된 임금을 포함하지 않는 규정을 두고 있는데(제2조 제2항), 이는 근로의 대가로 지급된 임금성을 인정하면서도 총임금에 해당하지 않는다는 구조로 되어 있다. 이는 명백한 입법적 오류이다.<sup>11)</sup> 그리고 집단법 제2조 제3호 및 파견법 제2조 제7호가 근기법상 임금과는 별도로 정기상여금 등을 규정하여 정기상여금 등은 마치 임금이 아닌 것처럼 규정하고 있는 것도 같은 맥락에서 비교해 볼 수 있는 문제점이다. 후자의 법의 해석과 운용의 측면과 관련하여, 집단법 영역에서는 소위 임금일체설을 취하면서 개별법 영역에서는 여전히 임금이 아닌 복리후생적 급여를 부분적으로 인정하고 있는 것은 마치 양 법영역에서의 임금이 달리 취급되어야 함을 전제하는 것과 같은데, 이럴 경우에는 그에 합당한 논거를 제시함이 옳다. 그렇지 않다면 양자간에 일체성을 유지하도록 해석을 통일

10) 김훈·박종희·김정우, 「종업원대표제도 개선방안 연구」, 2011, 한국노동연구원; 이철수, “통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고”, 「산업관계연구」 제21권 제1호, 2011/3, 1면 이하; 근로기준연구회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 노동부학술용역보고서, 2007, 201면; 임무송, “집단적 근로조건 결정시스템의 새로운 패러다임의 모색 - 노사위원회제도 도입방안을 중심으로 -”, 「법과 기업 연구」 제2권 제2호, 2012/12, 서강대학교 법학연구소, 231면 이하 참조.

11) 물론 동 조항은 근기법 시행령 제정시부터 규정되었던 바이다(제3조). 동 규정의 의미에 대해 판례는 별다른 문제 삼음 없이 “일시적·우발적 사유로 인하여 지급되는 따위의 그 지급사유 발생이 불확정적인 것을 말하는 것”으로 해석한 바 있다(대법원 1981.10.13. 선고 81다697 판결).

시키는 것이 타당하다. 뿐만 아니라 비정규근로자에 대한 차별 관련 판단에서, 근기법상 임금으로 취급될 수 있는 급여가 임금이 아닌 복리후생적 급여로 다루는 경우도 있는데,<sup>12)</sup> 이 또한 법규정의 통일적인 해석이나 운용이 제대로 이루어지지 못하고 있는 실례이다.

이러한 양태는 법규정성의 모호성을 떠나 법률의 해석과 적용의 관점에서 일관성을 떨어뜨려 법적 안정성을 해치는데 일조하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그러므로 임금 관련 제도를 개선함에 있어서 노동관계법령 전반에 걸친 관련규정들에 대한 입체적 검토를 통해 보다 명료하고 일관성 있는 체계로 정비할 필요가 있다.

마찬가지로 평균임금 산정에 관한 시행령 규정에서와 같이 모법의 위임근거도 없이 시행령에서 모법에 반하는 규정을 두고 있는 경우와, 통상임금처럼 모법의 위임근거도 없이 시행령에서 정의규정을 두고 있는 것과 같은 비체계성도 제거되어야 한다. 제정 근기법 당시 통상임금 관련 시행령 규정은 단지 통상임금을 계산하는 방식에 관한 것이어서 위임입법 한계에 벗어나지 않은 것으로 볼 수 있다. 문제는 1982년에 현재의 시행령 제6조 제1항 규정을 제정하면서 발생하였다. 정의규정은 근로자의 권리관계를 직접적으로 규율하는 것이어서 모법에 규율하는 것이 타당하다.<sup>13)</sup>

## 2) 기존 노동시장에의 큰 변화 초래 없이 노사당사자의 수용 가능한 한도 내에서의 개선

임금 관련 제도는 이미 60년 동안 동일한 기본 틀을 이어오고 있다. 즉 법률제정 당시의 임금의 정의규정을 그대로 유지하는 한편, 통상임금·평균임금의 이원적 수단 유지, 임금채권 보호 방안{임금지급방식(제36조), 임금채권 소멸시효(제41조), 임금대장(제40조)}, 근로자의 최소한의 생활보장을 위한 방안{최저임금(제34조), 비상시 지급(제37조), 휴업수당(제38조), 도급 근로자(제39조)}, 그리고 그 이후 다른 관련법령에서의 지급수단의 기준(산재보험법 제5조 제2호) 등의 틀에서 규정하고 있다.

이런 상황에서 임금 관련 제도의 개선은 그것이 시장에 미치는 효과 등을 심분 감안할 필요가 있다. 이는 주로 평균임금 및 통상임금에 관한 부분이 될 것이다. 뿐만 아니라 오랜 기간 동안 노동시장을 규율해 온 임금제도를 다룰 때에는 기존의 틀 내에서 노사가 형성해 온 결과에 대해서도 가능한 시장에 큰 충격을 가함이 없이 존중해 주는 것도 필요하다. 그러므로 통상임금제도를 개선함에 있어서 그 결과를 당사자들이 수용할 수 있도록 가능한 직접적·간

<sup>12)</sup> 대법원 2012.11.15. 선고 2011두11792 판결; 대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결; 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결.

<sup>13)</sup> 김영문·이상윤·이 정, 「임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위」, 2004, 133면 이하.

접적 방안들이 함께 강구될 필요도 있다. 시장에 무리하고도 감당할 수 없는 충격을 주면서까지 관련제도를 개정하는 것은 법적 안정성 측면에서도 바람직하지 않기 때문이다.

다만, 종래 시장을 형성하던 결과와 균형을 이루는 문제와 판례 입장의 수용과는 달리 판단·평가되어야 한다. 법률규정에 대한 해석이 판례로 나타나기 때문에 기존 관행의 존중은 곧 판례의 존중으로 이어질 수도 있다. 그러나 이번의 통상임금 판결과 같이 기존의 관행을 뒤바꾸는 변경을 초래할 경우 굳이 판례가 아니라, 종래 시장의 결과와 균형을 맞추는 개선방안이 합리적일 수 있다.

### 3) 임금제도 개선에 따른 기대효과의 내재적 한계

임금제도, 특히 통상임금에 관한 제도개선이 이루어질 경우 그에 따라 시장에서도 많은 파급효과들이 발생하게 될 것이다. 이러한 파급효과로 가장 많이 언급되는 것 중의 하나가 통상임금의 범위에 정기상여금이 포함되면 가산임금이 늘어나 기업으로 하여금 연장근로를 줄여 장시간 노동을 단축시키는 효과를 발생시킬 수 있다는 것이다. 아울러 임금구조의 단순화 효과도 초치할 수 있으며, 일자리 창출을 위한 노사의 예측 가능성을 확대시켜 고용증진 효과도 가져올 수 있을 것이라는 점이다. 그러나 이와 같은 기대효과는 부수적이며 가정적인 기대효과일 뿐, 실제로 그러할지는 미지수이다. 그렇기 때문에 임금제도 개선방안을 강구함에 있어 이러한 부수적 기대효과는 ‘발생하면 좋을 덩’ 정도로 고려하는 것이 바람직하다. 이러한 기대효과를 목표로 임금제도 개선을 추진하는 것은 오류를 발생시킬 가능성이 있다. 무릇 개별 제도는 그것이 갖는 고유한 정책목표가 있다. 비록 통상임금이 초과근로시간을 제한하기 위한 비용 압박방식인 가산임금의 산정수단이므로 그 범위의 확대가 초과근로시간을 줄이는 효과로 연계될 수 있기는 하지만, 초과근로를 억제하는 직접적인 정책도구는 가산임금의 할증료이지 통상임금 그 자체는 아니다.

오히려 통상임금 관련 문제의 본질은 어떻게 하면 법적인 명확성과 안정성 그리고 향후의 현실 적합성을 더욱 제고할 것인가에 있다. 통상임금 범위의 확대로 인하여 비용증가가 발생하게 된다면, 아마도 기업은 추가 발생하는 비용증가분을 근로시간 단축을 통해서가 아니라 다른 방법으로 해소하거나 줄이려고 할 수도 있을 것이다, 마찬가지로 통상임금의 증대가 임금구조의 단순화를 초래할 것이라는 예상도 노사 모두가 그와 같은 조치를 취하는 것이 현실적으로 다른 방안보다 유리하다고 판단할 경우에 비로소 현실화될 수 있을 것이다. 이런 점에서 입법정책적 개선방안을 강구함에는 그 제도가 갖는 고유한 본질론에 기초하여 접근하는 것이 필요하다. 임금제도 특히 통상임금의 불명확성을 제거하는 데에 주된 목표를 둔다면 이러한 목표에 주된 초점을 맞추어 접근·판단하는 것이 상당할 것이다.

### Ⅲ. 임금제도 개선 관련 기존의 논의와 그에 대한 평가

임금제도 개선과 관련해서는 오랫동안 논의가 진행되었다, 개별 연구자의 입장에서 제안된 방안도 있는가 하면 정부의 공식적·비공식적 자문기구가 구성되어 논의한 경우도 있다. 이를 개별 연구주체별로 접근하여 살펴보는 것도 한 방법<sup>14)</sup>이 될 수 있지만, 논의 결과를 유형적으로 분류하여 평가하는 것이 좀 더 유의미할 것으로 보인다. 유형적으로 분류하여 보면, ① 기존의 평균임금 통상임금 이원적 체계를 유지하면서 합리적 개선안을 모색하는 방안, ②이들 임금을 기준임금 혹은 표준임금이라는 단일임금 형태로 일원화하여 불명확성을 제거하고자 하는 방안, ③기존체계와는 달리 통상임금의 적용대상을 가산임금 산정에만 국한시키고 명확성을 도모하자는 안(이는 사실상 통상임금제도를 폐기하는 방안이 될 것임) 등으로 나누어 살펴 볼 수 있다. 이하에서는 이들 각각의 입장을 간략히 살펴보고 평가해 보기로 한다. 한 가지 유의할 점은 이들 각 입장이 비록 유형상으로는 달리 분류되더라도 실제 결과에서는 유사하게 나타나는 경우도 있다는 점이다.

#### 1. 종래의 이원적 구조를 유지하면서 통상임금 관련 규정정비를 통한 불명확성 제거 방안

이는 현재의 이원적 구도를 유지하면서 문제가 되고 있는 통상임금 등의 규정정비를 통하여 명확성을 제고하려는 입장이라 할 수 있다. 이러한 입장 내에서도 제안되고 있는 내용은 매우 다양한데, 크게는 통상임금에 산입되는 범위를 사용자가 근로자에게 지급하는 대부분의 금품으로 확대하여 사실상 임금총액 내지 평균임금 산정범주와 가깝게 설정하자는 입장<sup>15)</sup>, 통상임금 산정범위를 종래의 행정해석의 입장을 존중하여 1임금지급주기 내에 지급되는 임금으로 한정하여 산정토록 하자는 입장<sup>16)</sup>이 있다.

통상임금 산정범위를 확대하자는 입장은 대법원의 변화한 입장<sup>17)</sup>을 적극 수용하는 것일 뿐만 아니라 임금을 노동법 전체 체계에서 일체적으로 파악하여 법적 명료성을 제고하자는 입

14) 예컨대 『노동관계법연구위원회』, 『노사관계개혁위원회』, 『노사관계선진화연구위원회』, 『근로기준연구회』 등을 들 수 있다. 통상임금과 관련한 이들의 활동결과에 대해서는 하갑래, 「통상임금의 관점에서 본 법정기준임금제도의 개선방안」, 중앙경제사, 2013, 69-72면 참조.

15) 노사관계선진화연구위원회, 「노사관계 법·제도 선진화 방안」, 2003, 178면 이하; 근로기준연구회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 2007, 47면 이하 참조.

16) 박지순·이상익, 「통상임금의 이해」, 2013, 218면 이하, 299면.

17) 대법원 1996.2.9. 선고 94다19501 판결; 대법원 2012.3.29. 선고 2010다91046 판결. 그리고 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89339 전원합의체 판결.

장이다. 이에 반해 통상임금 산정범위를 1임금지급주기 이내의 것으로 한정하자는 입장은 1임금지급기간을 초과하여 지급되던 정기상여금 등을 통상임금 산정에서 배제하더라도 노사 당사자의 기대이익에 반하지 않을 뿐만 아니라 실제 현장에서도 이에 준하는 노사합의를 통해 산정범위가 이루어져왔다는 점을 충분히 감안하려는 입장이다. 그럼에도 이 입장은 1996년 의료보험조합 사건과 2012년 금아리무진 사건에서의 상이한 법적 판단을 행함으로써 실무에서 야기된 혼란을 제거하고 보다 명료하고 통일적인 기준을 제시해 주는 효과가 있게 된다. 전자와 후자를 비교하면 이론적 당위성을 보다 강조하는 입장과 기존의 관행 및 현실적 수용가능성을 강조하는 입장 사이의 배경차이로 표현할 수 있다.

이 밖에도 통상임금에 포함되는 임금을 적극적 혹은 소극적으로 예시하는 방안들도 제기되고 있으며, 판례에 따라 행정해석만 개정하면 되고 별도의 입법정책적 개선은 필요하지 않다는 소극적인 입장도 있다.<sup>18)</sup>

## 2. 이원적 구도를 일원화함으로써 명확성을 제고하고자 하는 방안

이 입장은 비교적 오래 전부터 제기되어 온 개선방안으로 현행 통상임금과 평균임금을 소위 ‘표준임금’으로 단일화하고자 하는 입장이다.<sup>19)</sup> 제안배경으로는 대개 불명확한 임금개념으로 해석상 논란이 끊이지 않는다는 점, 이원적 체계로 인하여 임금관리가 복잡하고 임금구조의 왜곡현상을 유발하고 있다는 점, 법규정의 경직성으로 인하여 직종의 특성에 맞는 차별화된 임금정책 도입을 곤란하게 하는 등 새로운 환경에 탄력적으로 적용하기 어렵게 만든다는 점, 그리고 임금협상 등에서 불필요한 갈등과 소모전이 발생하게 하는 등 불필요한 노사갈등을 야기한다는 점 등을 들고 있다.<sup>20)</sup>

여기서 ‘표준임금’은 - 당시 일반적으로 인식되던 - 평균임금 보다는 범위가 좁고 통상임금 보다는 넓은 범위로 설정되는데, 이를 기본급+고정수당+고정상여금으로 구성하면서 고정적으로 지급되는 급여만 ‘표준임금’에 포함시키고 기업의 수익이나 연장근로와 같이 변동적으로

18) 여러 입장들이 대한 소개로는 하갑래, 「통상임금의 관점에서 본 법정기준임금제도의 개편방안」, 2013, 53면 이하; 김홍영, “통상임금의 입법적 과제”, 「노동법학」 제47호, 2면 참조.

19) 대표적으로 노동관계법연구위원회의 내부 논의안(오문완, “임금체계 개편 방향” - 기준임금 단일화를 중심으로 -, 「임금연구」, 2000/겨울호, 145면 이하); 박래영, “법정기준임금의 단일화에 관한 연구”, 「경제연구」 제9집, 1993, 홍익대 경제연구소; 김수곤, “연봉제 실시를 위한 임금체계 합리화 방안”, 1999 한국인사관리학회 정책토론회(유규창, “평균임금과 통상임금을 표준임금으로 단일화하였을 경우 예상되는 효과에 관한 연구”, 「임금연구」, 2000/봄호, 96면에서 재인용)를 들 수 있다.

20) 이철수·유규창, “현행 임금체계의 합리성 검토와 표준임금제도의 논의”, 「산업관계연구」 제11권 제1호, 2001/6, 2면.



급여가 결정되는 변동급여는 제외시키자는 것이다. 이로써 기업의 임금관리를 개선할 수 있으며, ‘표준임금’과 고정급여가 일치하게 됨으로써 “직무가치 혹은 사람가치”에 대한 대가와 “기업의 경영활동에 따른 결과”에 대한 대가를 구분하여 운영할 수 있게 된다고 한다. 또한 각종 수당 산정 기준으로 명확하고 투명한 관리가 가능하고 근로자 또한 보상 수준에 대한 예측을 가능하게 함으로써 임금의 안정성이 확보될 수 있다는 점을 개선효과로 제시하고 있다. 그리고 이와 같은 ‘표준임금’을 도입하였을 때 임금구성을 고정급여와 변동급여로 단순화 시킴으로써 직무에 대한 시장가치산정에 긍정적으로 작용할 것으로 예상하는 등의 기대효과를 갖는다고 한다.<sup>21)</sup>

### 3. 사실상 통상임금제도를 폐기하는 방안

이는 현행 통상임금으로 산정하는 가장 중요한 대상인 가산임금 산정범위를 개별규정화<sup>22)</sup> 하고 나머지는 평균임금으로 대체하여 산정토록 하자는 방안이다. 이러한 내용은 위에서 제시된 방안들과 부분적으로는 결과에서는 동일하게 나타날 수 있지만, 가장 중요한 차이점은 근기법 내에서 통상임금이란 용어 자체를 없애는 데에 있다고 할 것이다. 이 안은 결과적으로 일본의 입법방식과 유사하게 되는데, 통상임금으로 산정하여야 할 여타 규정들을 분석한 결과 이를 평균임금으로 변경하는 것이 제도의 본질에 더 부합하고, 또 그렇게 하더라도 제도운영상 혼란이나 노사 당사자의 이해관계에 특별히 영향을 미치지 않기 때문에, 문제가 되는 가산임금과 관련해서는 개별규정화를 통하여 명확성을 제고하게 하는 방안이다. 물론 이렇게 하더라도 가산임금 산정범위를 어디까지로 정하느냐의 문제는 여전히 원점으로 돌아갈 수 있는 여지는 있으나 기존의 이원적 체계를 하나로 단순화시키고, 논쟁의 여지를 가산임금 산정으로 제한시키는 데에 의미가 있다.

### 4. 비교 검토 및 평가

이상에서 언급한 각 방안들은 그 나름대로의 장단점을 가지고 있는 것으로 평가된다. 예컨대 제1안 중 통상임금을 평균임금 수준으로 상향조정하는 방안은 이원적 구조가 가지는 불확실성을 최소화 하는 장점이 있는 반면, 통상임금의 범위가 급격하게 확대됨에 따라 시장에 미

21) 유규창, “평균임금과 통상임금을 표준임금으로 단일화하였을 경우 예상되는 효과에 관한 연구”, 「임금연구」, 2000/봄호, 111면.

22) 근로기준연구회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 50면(보충적 2안); 문무기·윤문희·이철수·박은정, 「임금제도 개편을 위한 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 2006, 208면.

치는 파급효과가 매우 크게 나타날 수 있다는 단점이 있다. 물론 경제에 미칠 파급효과는 다른 제도적 보완장치(할증임금의 조정, 통상임금 확대를 통해 확대된 수당에 부가되는 소득에 과세되는 세원을 별도의 재원으로 마련하여 노동시장에서의 균형성을 도모하자는 연대기금 활용 방안)를 통해 최소화 하자는 방안이 부가되기도 한다. 통상임금을 종래의 행정지침에 맞추어 개정하는 경우 - 이는 1임금지급주기 이내에 지급된 임금으로 한정하는 입장이 될 것이다 - 에는 이번 전원합의체 판결과는 배치되게 된다. 그에 따라 사용자는 기존의 1임금지급주기에 지급하던 임금 등을 1월을 초과하여 지급하는 임금으로 변경하여 가산임금의 저하를 초래하거나 또는 사용자에게 기존의 임금체계를 더욱 복잡하게 하는 유인으로 작용할 수도 있을 것이다. 이와 같이 이미 확보된 권리를 축소시키는 방향으로의 개정은 근로자측의 만만찮은 저항을 불러일으키게 되어 노사관계의 불안정성이 증폭될 우려가 있다.

표준임금으로의 단일화하는 방안은 전체적으로 볼 때는 현행법 규정을 근거로 한 것에 비해 임금체계와 시기에 따라 차이가 상이하게 발생할 뿐만 아니라 이익을 보는 당사자도 달리 나타나는 관계로, 비록 거시적으로 노사가 합의하더라도 당장에 퇴직금 등으로 불이익을 안게 되는 개별근로자로부터는 많은 반발에 부딪히게 될 공산이 크다.<sup>23)</sup> 따라서 이 방안의 실제 결과가 비록 합리적이라 하더라도 입법적 수용가능성을 고려할 경우 손실이 더 클 수 있는 단점이 있다.

통상임금 개념을 완전히 삭제하는 방안은 개념 혼란으로 인한 논란을 불식시키는 데에는 가장 큰 효과가 있을 것이다. 그렇지만 이 방안도 가산임금 산정과 관련해서는 산정임금범주를 개별규정으로 정해 두자는 입장이고, 이때 어떤 범주로 할 것인가에 대해서는 현재와 같은 동일한 선상에서의 논쟁이 제기될 수 있다.<sup>24)</sup> 이때의 이론적 다툼은 임금제도 본질론에 관한 해석상의 다툼에서 비켜나, 가산임금제도가 갖는 현실적·기능적 관점으로 다툼의 성격이 전환될 수 있다는 특징을 안게 된다.

이처럼 각 안들이 갖는 장단점을 토대로 어떤 방식으로 개선방안을 모색할 것인가에 대해서는 위에서 언급한 법률의 명확성 제고, 노동시장과의 균형성의 고려 및 제도의 본질론을 심분 감안하여 이루어질 필요가 있다. 이를 위해 통상임금과 관련하여 해석상의 논쟁이 왜 어디에서 제기되는 것인지에 대해 근원적으로 분석해 보고, 이를 토대로 개인적으로 생각하는 적정한 제도개선 방안을 제안해 보고자 한다.

23) 유규창, “평균임금과 통상임금을 표준임금으로 단일화하였을 경우 예상되는 효과에 관한 연구”, 「임금연구」, 2000/봄호, 111면.

24) 예컨대 일본의 입법례를 참조하여 우리의 실재에 부합하도록 규율하자는 입장으로는, 노상현, “일본의 평균·통상임금 법리”, 「노동법포럼」 제3호, 2009, 64면; 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계 법·제도 선진화방안」, 178면 참조.

#### IV. 통상임금 관련 법적 쟁점에 대한 검토

통상임금과 관련한 논란의 중심에는 시행령 제6조 제1항에서 규정하고 있는 정의규정의 해석론과 더불어 임금의 개념에 대한 법적 판단도 함께 작용하고 있다.

##### 1. ‘임금’에 대한 해석론적 쟁점과 평가

근기법 제2조 제5호는 ‘임금’에 대한 정의를 규정하고 있다. 즉 사용자가 근로자에게 근로의 대가로 지급하는 일체의 금품으로 의미한다고 규정하고 있는데, 이를 반대로 해석할 경우 사용자가 근로자에게 지급하는 것 중 근로의 대가가 아닌 것은 임금이 아니라는 것이 된다. 사용자가 근로자에게 지급하는 금품 중 근로의 대가가 아닌 것이 있는가에 대해 학계와 판례 모두, 순전히 은혜적·호의적으로 지급하는 금품과 실비변상적으로 지급하는 금품은 임금이 아닌 것으로 보는 데에는 일치하고 있다. 문제는 사용자가 근로자에게 지급하는 복리후생비, 즉 이를 임금으로 볼 것인지 아니면 임금이 아닌 제3의 금품으로 분류할 것인지가 문제이다. 이는 1996년 대법원이 전원합의체로 이른바 임금이분설을 파기하고 임금일체설의 입장을 취한 다음에 더욱 애매하게 되었다. 왜냐하면 근기법 영역에서는 복리후생적 급여에 대해 임금성을 소극적으로 판단해 왔기 때문이다. 1996년의 전원합의체 판결 이후 복리후생비도 임금성을 갖는 것으로 보려는 경향이 늘어나고는 있지만, 이른바 임금일체설과는 여전히 차이를 보여주고 있다.<sup>25)</sup> 그렇다면 사용자가 근로자에게 지급하는 소위 복리후생적 급여가 임금이 아닌가? 아니라면 어떤 근거에서 그렇게 판단되는가? 이에 대해 복리후생적 급여는 근로자의 개인적 사정 및 우연한 사정에 기인하여 지급된다는 점에서 근로의 대가가 아닌 것으로 보는 듯하다. 그런데 사용자가 근로자에게 복리후생적 급여를 지급하는 것이 명목적·미시적 관점에서는 제공하는 근로와는 연관성이 없는 것처럼 보이지만, 근로자로 하여금 동기유발과 몰입도를 높여 생산성 향상을 꾀하기 위함이라는 것은 자명한 사실이다. 근로의 대가라는 것이 유형으로 드러난 경우에는 임금이고 그렇지 않은 경우에는 임금이 아니라는 것은 너무 단선적인 판단이라 할 수 있다. 특히 개별근로계약으로 합의한 것 이외에 집단적 노사합의로 노동의 몫으로 배분한 것도 (총)노동의 대가로써 견련성 관계를 충분히 인정할 수 있다.<sup>26)</sup> 이를 다시

25) 물론 근기법 영역에서 임금일체설의 입장을 명시적으로 밝히고 있는 판례도 있다(대법원 2007.6.15. 선고 2006다13070 판결).

26) 이와 비교되는 입장으로 하경효, 「임금법제론」, 2013, 46면 이하; 김영문·이상윤·이 정, 「임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위」, 2004, 76면 이하 참조.

개별 근로자의 근로계약상의 근로제공과의 관계로 제한하여 따지는 것은 불필요하다.<sup>27)</sup> 그러므로 개별근로자에 한정·주목하여 근로의 양이나 질과 유관한 경우에는 근로의 대가인 임금으로 보고, 그와 무관한 경우에는 근로의 대가로 보지 않는 것은 타당하지 않다. 이러한 관점은 생활보장적 급여도 근로의 대가인 임금으로 보는 임금일체설의 입장과도 일맥상통한다. 그리고 이렇게 파악할 경우 집단법과 개별법 영역에서 통일적인 임금의 의미가 정립될 수 있을 것이다.

90년대 중반 이후 판례가 근로의 대가인지를 판단하기 애매한 복리후생적 급여에 대해, 그것이 계속적·일률적으로 지급되고 그러한 지급의무가 단체협약 등에 근거 지워져 있다면 임금으로 보겠다고 한 것도 이러한 관점에서 타당한 것으로 볼 수 있다. 즉 계속적, 정기적으로 지급되는 것인가의 여부는 일회적인 급여가 아니라 계속적 채권관계인 근로관계를 구성한다는 것으로 볼 수 있다는 점에서, 지급의무가 근거지워져 있느냐의 여부는 사용자가 순전히 호의적으로 지급하는 것으로 지급 여부를 사용자가 임의로 결정할 수 있는 것이 아니라 지급의무를 부담하고 있다는 점에서 착안한 것<sup>28)</sup>으로 이해할 수 있다. 이 양자의 요소를 구비한다면 근로의 대가로 지급된 임금으로 볼 수 있다는 것이며, 이는 타당한 접근 방식으로 평가할 수 있다. 이렇게 파악한다면 통상임금에서 논의기초를 이루는 임금에 관한 부분은 정리될 수 있을 것이다.

이에 덧붙여 기업의 복리후생제도 중에서 복리후생시설과 복리후생급여와의 관계에 관한 다음의 구분도 임금 판단에 있어서 중요하게 고려할 수 있을 것이다. 예컨대 기업이 종업원 혹은 종업원 가족에 대해 복리후생시설을 운영하는 경우가 많다. 그런데 이와 같은 복리후생시설을 복리후생비와 동일한 선상에서 취급하는 것은 - 비록 기업의 입장에서는 복리후생비로 포괄되겠지만 - 본질을 잘못 이해하는 것이라 할 수 있다. 복리후생시설에 대한 것은 일종의 공동 시설을 이용할 수 있는 지위를 부여하는 것이며, 복리후생시설 이용에 대한 권리는 개별근로자에게 처분 가능한 상태로 양도되는 금전채무가 아니다. 이에 반해 복리후생적 지원이 급여의 형태로 - 비록 발생요건은 개별적 사정에 기인하더라도 - 개별근로자의 몫으로 환가·처분가능한 형태로 지급된다면, 이는 집단의 이용관계를 보장하는 복리후생제도와는 성격이 다른 근로의 대가로 지급되는 것으로 봄이 상당하다.<sup>29)</sup>

27) 비교법적으로 미국의 경우에도 근로자가 지급청구권을 가지며 그 강행을 위하여 소송을 제기할 수 있는 경우라면 은혜적인 것이 아니라 임금으로 보는 것도 참조할 수 있을 것이다(박지순, 「통상임금의 국제비교 및 시사점 연구」, 경제연구총서 417, 대한상공회의소, 2013, 112면 이하). 그리고 독일의 경우도 사용자가 지급하는 특별급여(크리스마스특별수당, 창립기념수당 등)도 사용자의 은혜적인 것이 아니라 임금의 구성부분으로 보고 있다(Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2003, S.336(§29 I)).

28) 대법원 1997.5.28. 선고 96누15084 판결 참조.

29) 따라서 구내식당에서 점심을 제공하는 경우를 놓고 보면, 출근하여 근무하는 자에게는 식사가 제공

## 2. 통상임금 판단의 기준에 대한 검토

### 1) 정기성 · 일률성 · 고정성의 의미에 관한 검토

현행 근기법 시행령 제6조 제1항이 갖는 입법체계성의 논란은 별론으로 하고, 동 규정이 설정하고 있는 통상임금 기준에 관한 검토대상으로, 먼저 정기성 · 일률성 · 고정성의 의미에 대해 살펴보면 다음과 같다.

정기성 · 일률성 · 고정성의 의미에 대한 논란은, 이를 파악함에 있어 통상임금이 갖는 기능론에서 접근 · 파악할 것인지, 아니면 이들 규정의 문언에서 출발하여(문언적 해석론) 의미를 구성할 것인지에 따른 그 접근방식의 차이에서 기인하는 것으로 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

되지만 그러한 식사를 이용하지 않은 경우 별도의 비용이 지급되거나 나중에도 사용할 수 있는 식사 이용권 등이 제공되는 경우가 아니라면 이는 복리후생시설의 일환으로 취급되어 임금이 아닌 것으로 판단되지만, 구내식사의 이용이나 그에 상응하는 비용의 제공 또는 환가 가능한 쿠폰이 제공되어 개별근로자가 자신에게 할당된 몫을 환가 처분할 수 있다면 이는 임금의 성질을 갖는 것으로 평가된다.

- 30) 통상임금에 관한 정의조항은 1982년 시행령 개정 당시에 도입된 것으로 당시 입법취지는 “통상임금의 정의를 정함으로써 각종 임금 및 재해보상의 산출기준을 명확히”하고자 함에 두었다. 정의규정이 도입될 당시 통상임금에 관한 학설이나 판례의 입장은 다음과 같다. ①통상의 근로일이나 근로시간에 대한 임금액을 말하는 것으로 이해하는 입장(김치선, 「노동법총설」, 1978, 192-193면) ②통상임금은 “기본급료만이 아니라 단체협약이나 근로계약에 의하여 근로의 대가로 사용자가 근로자에게 지불하여야 할 임금”의 전부를 포함시킨 개념으로서 가족수당(독신자에게 1인분을 지급할 경우에는 가족수당 1인분금액한도 내에서 통상임금에 포함될 것임)이나 물가수당 등 전근로자에게 예외 없이 지급되는 것을 전부 포함하여야 할 것이나, 축의금, 상여금 등 임시로 지급되는 것은 포함시키지 않으며, 사택수당 같은 것도 회사사택에 입주하지 아니한 전직원에게 일률적으로 지급되는 경우에는 통상임금에 포함되어야 하는 것으로 보는 입장(심태식, 「근로기준법해설」, 1979, 180면; 「노동법개론」, 1981, 369면에서는 “기본임금이 기준이 되어 계산되어야 할 성질의 것이지만 현재 우리나라에 있어서의 기본임금은 부당하게 얇은 경우가 허다하기 때문에 가급적 보통 실수와 근사하게 하기 위해서는 임금이라고 간주되는 것은 전부 통상임금에 포함시켜야 한다”고 기술하기도 한다), ③통상임금의 산정의 기초가 되는 임금은 근기법 제19조(현행 제2조 제6호)의 임금에 포함되는 것을 말하며, 연장근로수당 야간수당 휴일근로수당 등과 부조적 · 은혜적으로 지급된 것은 제외한다는 입장(박상필, 「한국노동법」, 1981, 414면) ④통상임금의 산정의 경우에 있어서도 근로의 양 및 질에 관계되는 근로의 대상은 모두 임금 속에 포함되어야 하며, 따라서 작업수당, 기술수당, 위험작업수당 등과 같이 일률적으로 지급되는 것은 통상임금의 산정기초가 되지만, 가족수당, 통근수당, 주택수당 및 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당 등과 은혜적인 것은 제외되는 것으로 보는 입장(김형배, 「노동법」, 1978, 187-188면) 등이 있다. 그리고 시행령에 정의규정을 도입하기 이전의 판례로는 대법원 1978.10.10.선고 78다1372 판결이 찾아 볼 수 있는 것으로 유일한데, 이 판례는 평균임금을 보완하기 위한 대체개념으로 사용되는 통상임금에 관한 것으로 근로기준법 제19조 제2항 이 말하는 “통상임금”이란 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금 즉, 기본적 임금과 이에 준하는 고정적으로 지급되는 수당의 1일 평균치를 의미한다고 판단하였다. 이를 토대로 보면 시행령상의 정의규정은 당시의 전반적인 논의, 즉 통상임금의 범주는 가급적 넓게 그러나 전체근로자에게 일률적으로 지급되는 기준을 원용하고 당시의 행정해석(“통상임금은 통상의 근로

기능론적 접근방식은, 통상임금이 적용되는 핵심대상영역이 가산임금 산정과 관련되기에<sup>31)</sup> 이때 수행하는 기능적인 측면에서 통상임금의 의미를 파악하는 입장이다. 예컨대 당사자가 근로계약 체결시 합의하지 않았던 연장근로를 추가로 실시하는 경우, 사용자는 근로자에게 그에 상응하는 임금을 할증임금까지 부가하여 지급하여야 한다. 이때 그 금액을 산정하는 기준 설정은 근로계약 체결시 당사자가 사전에 합의한 임금을 가지고 하는 것이 당사자 의사에 맞는 것이다. 이 점에서 본다면 통상임금이란 노동시장에서의 당해 근로자가 갖는 노동가치에 대한 사전적 평가의 의미를 갖는다. 즉 근로자가 사용자에게 근로를 제공할 경우 그에 대한 대가인 임금이 시간당 얼마인가로 환산되는 것이다. 그러므로 통상임금이란 당사자가 근로계약을 체결할 때(추후에 근로계약내용을 변경하는 경우도 마찬가지임) 약정한 근로시간 동안 근로를 제공하는 경우 지급하기로 정한 임금인 것이다. 여기서 사전 합의한 임금에는 근기법 제2조 제5호에 해당하는 임금이면 모두 포함되는 것으로 봄이 타당하다. 그것이 1개월마다 지급되든 2개월마다 지급되든 차이가 없다.<sup>32)</sup> 이러한 기능성에 기초하여 통상임금 정의규정을 해석하면 ‘정기적·일률적’이란 일회적인 것으로서 호의성이 아닌 임금의 범주를 가리키는 것으로, 고정성이란 그러한 임금이 실제 근무의 여부와 관계없이 ‘사전에 정해져 있는 것’으로 이해할 수 있다.

이에 반해 정의규정의 문언에서 정기성·일률성·고정성을 그 문언적 의미에 기초하여 판단할 경우에는, 이를 실제 근로자와 사용자 사이에 이루어지는 제반급부관계에 대입하여 포섭 관계 여부를 결정하는 방식으로 이루어지게 될 것이다. 즉 사용자가 정기적으로 일률적으로 지급하는지의 여부, 그리고 그러한 임금이 고정되어 있는지 여부를 가지고 판단하여 통상임금의 범주를 결정하게 될 것이다. 이 경우 정기성을 1임금지급주기 이내의 것으로 한정할 것인지의 여부, 일률성을 모든 근로자에게 적용되는 경우로 볼 것인지 아니면 일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게 지급되는 경우도 해당되는 것으로 볼 것인지, 그리고 고정이란 의미가 실제근무 성과와 관계없이 지급될 것인지의 여부 등에 대하여 해석상의 다툼이 발생하게 된다.

일이나 근로시간에 대한 임금으로써 일률적으로 지급되는 것은 산정기초가 되지만, 연장근로시간 야간근로시간 등의 할증임금과 기타 은혜적인 것은 산정기초에서 제외된다” 1972.2.2. 근지 1455. 9-1077)을 참고하여 입법화한 것으로 추측해 볼 수 있겠다. 그리고 입법이 된 이후 판례는 시행령의 정의규정을 전제로 그 범위를 논의하기 시작한 것으로 보인다. 이런 점에서 시행령 규정에 대한 해석에 대해서는 위와 같은 입장을 상정해 볼 수 있을 것이다.

31) 여타의 경우는 본질적으로 통상임금으로 산정되지 않아도 무방할 수 있는 경우들이다. 이에 대해서는 후술하는 V. 1. 참조.

32) 그렇다고 1년을 초과하여 지급되는 금품이 있다면 이는 임금성 자체를 인정하기 어려울 것이다. 계속적 채권관계에서의 정기성은 적어도 반복·가능한 연단위로 제한됨이 상당하기 때문이다.

특히 고정성은 임금이분설을 유지하던 시기에 주로 근로의 양과 질에 관련하여 지급되는 임금을 판단하기 위한 도구로 판례가 사용하였고, 이에 따라 근로의 양과 질에 무관하게 지급되는 임금은 소정근로에 대한 고정급으로 보지 않았다. 그러나 임금이분설을 폐기한 이후에는 이와 같은 의미에서의 고정성은 더 이상 유지될 수 없고, 따라서 근로시간에 직접적으로 비례하지 않아 근로 제공과의 밀접도가 약한 임금이라도 ‘근로의 대상’으로 보아야 한다. 그러므로 고정성은 임금으로 사전에 약정되어 있는 것이라면 모두 해당하는 것으로 봄이 타당하다.

## 2) ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’의 의미의 검토

근기법 시행령은 정기성·일률성 이외에 ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’에 대해 지급한다는 요소를 부가하고 있다. 이 중 ‘소정근로’는 기준근로시간 이내에 당사자가 합의한 근로시간을 의미하는 것으로 이해된다(근기법 제2조 제7호). 그리고 ‘총근로’의 의미는 뒤에 열거되는 도급금액에 상응하는 것으로 이해하고 있다.<sup>33)</sup> 그런데 이런 전제 하에서 ‘소정근로’ 내지 ‘총근로’의 문언적 의미에 치중하여 제한해석을 한다면 여러 가지 문제점이 제기될 수 있다. 즉 통상임금이 반드시 ‘소정근로’(또는 ‘총근로’)의 범위에 따라 확정되어야만 한다면, 정기성·일률성의 요건과 그것이 다시 ‘소정근로’에 한정되어야 한다는 이중적 요건의 제한을 안게 된다. 즉 ‘소정근로’에 대해 그 독자적인 의미성을 강조하면 ‘소정근로’에 대해서만 지급되는 정기적·일률적 임금만을 통상임금에 산입하는 것으로 해석할 여지를 만들게 된다는 것이다. 통상임금을 의도적으로 좁게 제한하고자 하는 취지에서 정기성·일률성과 더불어 ‘소정근로’를 이중적 요건으로 설정할 의도를 가졌다면 그와 같은 해석도 가능할 수 있겠지만, 통상임금이 근로관계형성을 통해 근로자의 근로제공에 대한 대가로서 사용자가 지급하기로 약정한 사전적·평가적 의미라면 ‘소정근로시간’이란 통상의 근로계약 체결의 전형을 예정하여 규정한 것에 불과한 것으로 보는 것이 상당하다. 다시 말하면 사전에 약정한 모든 임금이 근로제공의 대가이며 사전에 그 금액이 정해진 것이면 통상임금에 포함되는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 이런 점에서 대법원 전원합의체 판결이 ‘소정근로의 대가로 지급되는 임금’과 ‘소정근로의 대가로 지급되지 않은 임금’으로 구분하는 것은 타당하지 않다. 이와 같은 대법원의 견해는 임금이 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품이라는 임금의 정의와도 모순되며, 약정한 근로시간(이를 통상 소정근로로 체결)의 대가로 지급되지 않는 임금이 있다는 판단은 임금이분설의 종전 입장으로 회귀하는 결과를 낳는 것과 다를 바가 아니다.

‘총근로’의 의미도 반드시 뒤에 열거하고 있는 ‘도급금액’과 대응관계를 이루는 것으로 한

<sup>33)</sup> 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

정 해석할 필요는 없을 것이다. 도급금액으로 임금을 산정하는 경우는 물론, 근로계약 체결 당시 연장근로를 예정하고 이를 포함해 임금을 정한 경우도 여기에 포함하여 이해하는 것으로 해석함이 상당할 것이다. 그렇기 때문에 ‘소정근로 또는 총근로’가 근로계약 체결 당사자의 모든 합의를 대상으로 한다는 의미로 새긴다면 ‘소정근로’의 의미에 별도의 독자성이나 제한의 의미를 부여할 여지가 없는 것이다.

### 3) 입법개선의 현실적 필요성

위의 관점에 비추어 본다면 현행 통상임금을 둘러싼 문제는 현행 규정의 합리적인 해석을 통해서도 충분히 해결 가능할 수 있었다고 생각한다. 그러나 이미 판례를 통해 임금의 의미가 본래보다 좁게 설정되는 경향이 실무에 널리 인식되어 있고, 여기에 덧붙여 통상임금도 정기성·일률성·고정성 그리고 소정근로의 제한적 의미를 부가하여 판단하는 것이 널리 퍼져 있는 관계로, 이 문제를 다시 해석의 정상적 회복을 통해 바로잡는 것은 쉽지 않을 것으로 본다. 지금의 상황을 계기로 입법적인 손질을 하여 보다 명료한 기준을 만들어 주는 것이 현실적으로 바람직한 해법이 될 수 있다. 이런 점에서 통상임금에 관한 입법개정을 행한다면 어떻게 하는 것이 바람직 할 것인지에 대한 제안은 장을 바꾸어 설명하고자 한다.

## V. 통상임금 제도 개선 관련 입법정책 방안

대법원 전원합의체 판결을 통해서도 논쟁의 불씨가 가라앉지 않은 통상임금제도에 관하여 법개정의 현실적 필요성이 강하게 요청되고 있는바, 이상의 내용을 토대로 다음과 같은 법개정 방안을 제안하고자 한다.

### 1. 통상임금 개념(용어)의 삭제

현행법상 통상임금은 가산임금 산정의 도구로서, 여타 다른 수당(해고예고수당 등)의 산정 기초로서, 그리고 평균임금의 보완을 위한 대체수단으로서 사용되고 있다. 이러한 기능을 수행하는 현행 근기법상 통상임금에 관한 개념을 삭제하고 핵심기능으로 작용하는 가산임금 산정과 관련해서는 해당 조문에 개별적으로 관련내용을 규율하는 방안을 제안하고자 한다.<sup>34)</sup>

<sup>34)</sup> 이때 가산임금 산정시 고려되는 임금의 종류에 대해서는 적극적으로 규정하는 방식과 소극적으로 규



이러한 입법제안 이유는 무엇보다 불필요한 오해나 불명확성을 제거하기 위함에서이다. 통상임금으로 산정하는 다른 여러 규정들에 대해서는 별도의 조치를 강구하고, 가산임금의 경우에는 산정범위를 해당규정에 명확하게 규정함으로써 임금의 이원적 구조로 인한 오해나 혼동을 방지하는 것이 필요하기 때문이다.

현행 통상임금이 적용되는 경우로는 가산임금뿐만 아니라 해고예고수당, 연차유급휴가수당, 유급 주휴일, 출산전후휴가, 육아휴직수당 등이 있는데, 이들 제도가 갖는 취지나 목적을 고려할 때 굳이 통상임금을 적용해야 하는 당위성은 없다. 오히려 이러한 제반 사유가 발생할 당시의 생활보장적 취지가 더 강하므로 평균임금으로 대체하더라도 무방할 것으로 본다.<sup>35)</sup> 다만 평균임금이 근로자 개인사정으로 인하여 저액일 경우를 대비하여 통상임금으로 그 하한선을 상정하고 있는 경우는 그러한 사정이 없었던 직전 시기의 평균임금의 일정부분(예컨대 80%)으로 하한선을 설정하는 방식과 근기법 시행령 제4조<sup>36)</sup>를 보충적으로 활용하는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다.

## 2. 가산임금 규정 개정시 새로운 임금형태 활용 가능성에 대한 고려

가산임금 산정 범위와 관련하여 별도의 개별 규정을 두는 경우에도 새로운 변화를 수용할 수 있는 전환된 형태로의 개정이 필요하다고 본다. 후기 산업사회로 들어오면서 예전의 제조업을 중심대상으로 하여 규율하던 근기법 체계가 더 이상 규율적합성을 갖지 못하는 현상이 발생하고 있다. 가산임금의 적용이 가능한 대상에 대해서는 종전과 동일하게 적용하여야겠지만, 성과주의 임금제도와 같은 새로운 보수체계를 활용하는 경우에는 종래와 같이 시간당 임금으로 환산토록 해야 하는 구조에서 벗어날 수 있는 가능성을 부여하는 것이 필요하다고 본다. 이와 같은 가산임금 산정범위에서 제외되는 경우를 규정함으로써 새로운 보수체계를 운영하고자 하는 흐름을 방해하지 않고 또 그러한 방향에 대한 법적 기준의 명료성을 제공함으로써 실무에서의 유연하고 탄력적인 임금체계를 형성할 수 있게 될 것이다. 그렇지만 성과위주의 임금구조로 변경하더라도 이는 자칫하면 시장위험을 사실상 근로자에게 전가시킬 수 있으므로, 이와 같은 임금형태가 도입되고 가산임금이 적용되지 않는 예외로 남기 위해서는 적어도 과반수 노동조합과의 합의 또는 그에 준하는 당사자의 합의<sup>37)</sup>를 기초로 할 경우에만 도입

정하는 방식들이 고려될 수 있을 것이다.

35) 같은 입장으로 김홍영, “통상임금의 입법적 과제”, 『노동법학』 제47호, 5면 이하.

36) 동 규정에 의하면 고용노동부장관이 고시하도록 되어 있으나 아직 시행된 바가 없다. 이런 점에서는 산업재해보상보험법 제36조 제5항 및 동법 시행령 제23조를 비교·참고할 수 있을 것이다.

37) 후술하는 3.에서 당사자 지위를 상정하는 종업원대표에게 이러한 지위를 부여할 수 있음은 당연하다.

이 가능하도록 제한 할 필요가 있다. 왜냐하면 이는 어디까지나 가산임금으로 적용될 경우 대비 근로조건의 불이익한 변경에 해당하기 때문이다. 나아가 근로시간의 상한설정, 그리고 성과급제를 운용하더라도 최소한의 기본급이 확보되도록 하는 조치 - 이는 현행 근기법 제47조를 통하여 근로시간에 상응하는 최저임금액을 보장하도록 하는 조치 - 등도 함께 부가적으로 시행되어야 할 것이다.

### 3. 별도의 노사협의 유효성 인정을 통한 실제적 타당성 제고

가산임금을 산정함에 있어서 그 산정범위를 개별규정화 하는 것과 동시에 노사간의 합의가 있는 경우 그러한 합의에 대한 유효성을 인정해 주는 방안도 포함될 필요가 있다. 가산임금 산정기준은 강행규정으로 보아야 하므로 우리의 법체계에서 이를 위반하는 노사당사자의 합의는 무효로 봄이 타당함은 이미 언급한 바와 같다. 그렇지만 이와 같은 무효는 근기법 내에서 이를 허용하는 명문규정이 없기 때문이며, 따라서 노사당사자의 합의가 있는 경우 그러한 합의에 대해서는 가산임금 산정관련 근기법 규정의 효력을 임의화 하는 규정이 있는 경우에는 가능하다. 이런 방안을 적극 원용하여 사업장 단위에서 노사가 구체적으로 타당한 범위를 자율적으로 결정하는 경우 그것이 남용되거나 왜곡되지 않는 한 유효성을 적극 인정해 주는 방안이 바람직하다. 이는 현재까지 우리의 실무에서 많이 통용되어 왔던 관행을 적극 고려하는 측면이 있다. 아울러 이러한 방식을 수용함으로써 기업의 필요에 따라 새로운 임금체계 도입을 가능하게 하는 계기를 만들어 줌으로써 변화하는 환경을 적극적으로 반영하는 효과도 가져올 수 있을 것이다. 이때 유효요건으로서의 노사당사자를 누구로 할 것인가에 대해서는 위에서 언급한 바와 같이 현재로서는 과반수 이상을 조직하고 있는 노동조합<sup>38)</sup>으로 하고 추후 노사협의회제도의 확충을 통해 명실상부한 종업원대표제로 나아갈 경우에는 종업원대표에게 그러한 권한을 부여하는 것이 바람직하다고 본다.

나아가 이 부분에 한해서는 현행법상 취업규칙 불이익 변경의 근로자 과반수 동의도 추가적으로 고려할 수 있을 것으로 본다. 왜냐하면 통상임금 산정범위를 노사가 합의하여 정하는 경우에는 그것의 불이익 여부가 다시 관건이 되고 경우에 따라서는 개별근로자가 충분히 판단하기 어려운 경우도 있겠지만, 성과급 항목의 수당 하나를 제외하기로 하는 경우는 그 자체로써 이미 불이익에 해당하므로 판단이 비교적 용이하기 때문이다. 그러나 종업원대표제가 구축된다면 이 문제도 더 이상 고려될 필요가 없을 것이다.

38) 교섭창구단일화에 참여한 총조합원 수가 전체 종업원의 과반수를 초과할 경우 교섭대표노동조합에게 이러한 지위 인정할 수 있을 것이다. 이처럼 과반수를 조직하고 있음을 전제조건으로 설정하는 것은 실질적 대등성을 요구함과 더불어 전체 종업원에게 작용될 수 있는 법적 기초(일반적 구속력 확장의 요건)를 확보하려는 의도도 있다.

#### 4. 가산임금 산정범위 법정화의 내용 및 입법개정시 현실의 관행과의 균형성 고려

가산임금 산정범위를 직접적으로 입법규정 함에는 논란이 되었던 정기상여금이나 여타 1개월을 초과하여 지급하는 여타 급여에 대해서도 명료하게 정리할 필요가 있다. 이와 관련해서는 법체계성과 법적 안정성이 함께 고려되어야 한다. 임금과 관련한 혼란의 상태를 극복하기 위한 입법개정이므로 지금까지 판례 등에서 일관되지 못했던 부분에 대해 명확한 기준을 제시함과 동시에 노동관계법 전체의 체계성을 갖출 필요가 있다. 따라서 논란이 되었던 정기상여금의 경우 대법원 전원합의체에서 통상임금 범주에 해당함을 확인한 이상 당연히 포함시켜 규정하도록 하고, 아울러 복리후생급여에 대해서도 가산임금 산정범위 내에 포함시켜 이를 근로의 대가임을 확인시켜 줌으로써 향후 임금관련(입법개정 후에는 평균임금 관련) 판단에서 혼란의 여지를 없애는 역할을 부여하는 것이 바람직하다<sup>39)</sup>.

나아가 기존의 관행에 대한 균형과도 조화를 갖출 필요가 있는데, 정기상여금과 복리후생비가 포함됨으로써 기업측으로서는 비용상승의 압박을 많이 받을 수 있다. 이를 위한 보완적 조치로 위에서 언급한 노사합의의 유효성을 인정해 주는 방안 외에 할증료의 차등 부과에 대해서도 적극 고민할 필요가 있다고 본다. 위에서 언급한 바와 같이 현행 기준근로시간은 사실상 현장의 모든 사업들이 최저기준으로 수용하기 어려운 기준이다. 그렇다고 하여 지금 기준근로시간을 예전으로 다시 환원하는 것도 현실적으로 가능하지 않다. 이 점에서 정확한 실태조사를 바탕으로 우리나라 사업체의 1주당 평균근로시간까지는 - 사실상 현장에서 현실적으로 수용가능한 기준근로시간으로 볼 수 있으므로 - 가산임금의 상승을 통해 발생하는 비용부담을 완화시켜 주도록 현행 할증료를 하향 조정하고, 평균 근로시간을 초과하여 이루어지는 부분에 대해서는 구간을 나눠 평균 근로시간을 초과하여 당사자 합의로 허용하는 연장근로시간까지는 현행의 할증료를 부과하는 것으로 하며, 이를 더 초과하는 연장근로 - 아마도 근로시간 적용 특례규정을 축소한다 하더라도 현장의 필요성으로 일정부분을 허용하지 않을 수 없는 경우가 발생하므로 - 에 대해서는 지금보다 더 할증된 가산임금(누적적 할증료)을 지급토록 하여 본래의 근로시간 단축의 압박을 가하도록 하는 것이 상당하다고 본다.

<sup>39)</sup> 모든 임금은 그 명칭과 형태를 불문하고 모두 1개월 내에 지급하도록 함을 전제로 통상임금을 1월의 임금지급주기 내에 지급하는 금품으로 한정하자는 의견도 있다(김홍영, “통상임금의 입법적 과제”, 『노동법학』 제47호, 25면 이하 참조). 그렇지만 특정 수당의 산정기간을 1개월을 초과하여 이루어지더라도 그것을 1개월로 분할하여 지급하는 것도 이러한 주장에 부합하는 것이 되어 1개월을 초과하여 지급하는 것을 가산임금 산정범위에 포함하는 것과 결과에서는 다를 바가 없다고 본다.

## 5. 부수적인 기대효과와의 관계에 대한 평가

이와 같은 입법개정 방안을 통해 통상임금 산정범위에 관한 입법개선안을 논의할 때 늘 언급되는 부수적인 효과 - 장시간 근로 억제, 임금구조의 단순화 유발, 일자리 창출을 위한 노사의 예측 가능성의 확대 및 고용증진의 효과 조치 - 를 가져 올 수 있을 것인지에 대해서는, 이미 위에서도 언급한 바와 같이 그러한 효과는 ‘발생하면 좋을 덤’ 정도의 부수적인 효과로 참고할 수 있을 뿐이라고 본다. 기존에는 정기상여금 등을 통상임금 산정범위에서 제외 시킴으로써 실제 초과근로시간의 임금이 소정근로시간 임금보다도 적은 경우들이 있었다는 것이고 이것이 장시간 노동 유발과 밀접하게 연관성이 있다고 보았다<sup>40)</sup>. 그런데 위와 같이 가산임금 산정범위에 대해 기존보다는 넓은 범위를 인정하면서도 일정한 요건 하에서는 이를 벗어날 수 있는 가능성을 제한적이거나 인정할 경우, 발생한 결과가 어떤 작용력을 미칠 것인지에 대해 사전에 예단하는 것은 힘들 것으로 본다. 오히려 연장근로의 축소 내지 장시간근로의 방지는 이와 관련된 본래의 제도개선 방안을 통해 추구하는 것이 더욱 효과적일 것이다. 예컨대 해석상으로 당연한 것임에도 불구하고 고용노동부 지침에 따라 배제되고 있는 휴일근로의 연장근로 포함, 근로시간 특례 축소, 연장근로에 대한 적정하고도 엄격한 상한제 설정, 근로시간 적용제외 대상에 대한 합리적 조정, 그리고 할증료에 대한 적절한 조정 등을 통해 이러한 목적을 추구할 수 있을 것이다. 나아가 장시간 근로 개선은 실근로시간이 평균근로시간을 초과하는 장시간근로자를 우선 대상으로 하여 추진되는 것이 바람직할 것이다. 적어도 이와 같은 제도효과는 노동시장 양극화를 줄이는 방향으로 이루어져야 하기 때문이다.

마찬가지로 임금구조의 단순화, 일자리 창출에 대한 효과 등을 통상임금 제도개선을 통해 확보하려는 것도 장시간근로의 경우와 같은 선상에서 판단할 수 있다. 결국 시장이 움직여야만 이와 같은 효과들이 나타나는 것이며 근기법을 위시한 개별적 근로관계법은 어디까지나 최저기준을 강제할 뿐이다. 이러한 효과측면은 너무 중시할 필요는 없으며, 이를 중시할 경우 입법개선방안에 과부하가 걸릴 수 있을 것으로 본다.

이 밖에 다른 임금제도 부분 - 평균임금, 최저임금 등 - 은 본고에서 주장하는 통상임금 개편 입법정책 방안과 직접적인 연관성이 없으므로 다루지 않기로 한다.

40) 김홍영, “통상임금의 입법적 과제”, 『노동법학』 제47호, 15면 이하 참조.

## VI. 나가는 말

이상에서 현행 통상임금제도의 입법정책 방향과 세부적인 개선 방향을 살펴보았다. 현재의 상황으로는 대법원 판결 이후 실무에서 겪게 될 혼란 등을 감안한다면 법적 안정성, 명확성을 제고할 필요성이 그 어느 때보다 커졌다고 보인다. 따라서 통상임금 관련 입법개선이 추진될 가능성이 매우 크다고 생각한다. 이런 배경에서 입법 개선방향 및 세부적인 방향성을 살펴 본 것이 본고의 목적이다. 통상임금제도에 관한 개선논의는 오랫동안 이루어져 왔고, 그만큼 제안된 내용들도 다양하다. 본고도 그 가운데의 하나이다. 본고에서는 우선 구체적 개선방향에 대한 나름대로의 이론적 토대를 구축하고 그 위에서 구체적인 타당성을 검토하였다. 이 후 노동관계 당사자에게 혼란을 최소화시킴과 더불어 노동시장에 미치는 영향관계에 대해서도 적절하게 고려하면서, 새로운 변화도 수용할 수 있는 현실에 대한 규율적합성을 제고하는 관점에서 적절한 방안을 모색해 보았다. 본고에서 제안된 내용이 향후 입법적 개선 논의과정에서 아무런 영향을 미치지 않을 수도 있다. 그렇다 하더라도 향후 입법정책적 논의에서 우리가 항상 고민해야 할 전체 법체계 관점에서의 합체계성, 현실과의 균형성 그리고 현실변화의 수용가능성이란 기본 테제들이 늘 논의의 밑바탕을 이루도록 하는 계기를 만들어 줄 수 있기를 기대한다.

## 참고문헌

### [단행본]

- 김영문·이상윤·이 정, 「임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위」, 2004, 133면 이하.
- 김형배, 「노동법」, 1978.
- 김치선, 「노동법총설」, 1978.
- 김훈·박종희·김정우, 「종업원대표제도 개선방안 연구」 2011, 한국노동연구원.
- 근로기준연구회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 노동부학술용역보고서, 2007.
- 노사관계선진화연구위원회, 「노사관계 법·제도 선진화 방안」, 2003.
- 문무기·윤문희·이철수·박은정, 「임금제도 개편을 위한 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 2006.
- 박상필, 「한국노동법」, 1981.
- 박지순, 「통상임금의 국제비교 및 시사점 연구」, 경제연구총서 417, 대한상공회의소, 2013.
- 박지순·이상익, 「통상임금의 이해」, 2013.
- 심태식, 「근로기준법해설」, 1979.
- 심태식, 「노동법개론」, 1981.
- 유규창·박우성, 「21세기형 성과주의 임금제도」, 2001.
- 하갑래, 「통상임금의 관점에서 본 법정기준임금제도의 개선방안」, 중앙경제사, 2013.
- 하경효, 「임금법제론」, 2013.

### [논문]

- 김영문, “단체협약에 대한 사법적 통제와 그 한계에 관한 고찰”, 「노동법률」, 2013.11.
- 김홍영, “통상임금의 입법적 과제”, 「노동법학」 제47호, 2013.
- 노상현, “일본의 평균·통상임금 법리”, 「노동법포럼」 제3호, 2009.
- 박종희, “근로시간 단축논의의 입법정책적 방향과 과제”, 「안암법학」 제11호, 2000/상반기.
- 안주엽, “합리적 정년연장과 정책과제”, 「한국고용노사관계학회 2013년 추계정책토론회 자료집」, 2013.11.
- 오문완, “임금체계 개편 방향” - 기준임금 단일화를 중심으로 -, 「임금연구」, 2000/겨울호.
- 유규창, “평균임금과 통상임금을 표준임금으로 단일화하였을 경우 예상되는 효과에 관한 연구”, 「임금연구」, 2000/봄호.
- 이종복, “협약자율의 우위성”, 「사법관계와 자율」(이종복교수논문집), 1993.

이철수·유규창, “현행 임금체계의 합리성 검토와 표준임금제도의 논의”, 『산업관계연구』 제 11권 제1호 임무송, “집단적 근로조건 결정시스템의 새로운 패러다임의 모색 - 노사 위원회제도 도입방안을 중심으로 -”, 『법과 기업 연구』 제2권 제2호, 2012/12, 서강대학교 법학연구소

이철수, “통일적인 중업원대표시스템 정립을 위한 소고”, 『산업관계연구』 제21권 제1호, 2011.3.

[외국 문헌]

Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964.

Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2003.

## 【토론문】

권 혁(부산대학교 법학전문대학원)

먼저 이철수, 박종희 두 분 교수님의 발제문 잘 읽었고, 더불어 많은 부분에서 공감하고, 또 많은 부분 배울 수 있는 기회가 되었습니다. 이점 먼저 감사합니다. 발제문의 내용을 포함하여 이번 통상임금에 관한 대법원전원합의제 판결의 의미와 향후 임금관련 입법 체계에 관한 제 의견과 소회를 말씀드리는 것으로 제 토론에 갈음하고자 합니다.

### I. 통상임금관련 대법원 판결에 관련하여

#### 1. 통상임금의 개념요소

이번 대법원 판결은, 종래 통상임금의 개념 요소로서 (i) 소정근로의 대가성과 (ii) 정기성, (iii) 일률성, (iv) 고정성을 재확인하고, 대체로 법원의 종래 입장을 보다 분명히 한 것이라 생각됩니다. 다만 고정성의 해석에서 상당한 변화가 감지됩니다. 이점에 대하여 이철수 교수님 발제문에서 자세히 논급되고 있습니다. 판단컨대 저는 고정성에 관하여 대법원이 매우 논리적 일관성과 명확성을 제시하였다고 봅니다. 특히 월할계산과 일할계산의 실질을 동일하게 보는 점이나, 사전 ‘확정성’이라는 개념을 통해 고정성을 보다 분명히 하였다는 데에 큰 의미가 있다고 봅니다.

특정시점에서 재직자에게만 지급되는 금품에 대하여만 고정성을 긍정한 것에 대하여 이를 논박하는 견해가 있는 것으로 생각합니다만, 저는 적어도 논리적으로는 일관된 것이라 생각합니다. 다만 아쉬운 점은 지나치게 논리적 일관성과 명확성을 기한 나머지, 그러한 점이 노동현실에서 어떻게 작동할 것인지에 대하여는 충분한 고려를 하지 못한 것 같다는 데 있습니다. 요컨대 이번 판결의 판단표지는 ‘결과적으로’ 기준에 지급하여 오던 정기상여금에 대하여 ‘재직자에게만’ 지급하도록 변경하거나 성과상여금의 베이스를 50만원에서 0원으로 바꾸는 등의 변경을 독려한 셈이 되지 않을까 걱정됩니다. 이는 임금체계에 대한 전반적인 손질 대신 기존의 복잡한 임금체계를 더욱 왜곡하고 변질시킬 위험도 내포하고 있다고 봅니다.



## 2. 통상임금에 관한 노사합의의 무효와 신의칙을 통한 추가수당지급의 배척

대법원은 근로기준법의 강행규정성에 근거하여 통상임금에 관한 노사합의가 무효임을 재확인하였습니다. 다만 노사합의의 무효에 기초한 과거 추가지급 요구에 대하여는 ‘정기상여금 부분에 한하여’ 신의칙에 의거하여 이를 배제하였습니다. 이러한 사법적 판단은 다음과 같은 점에서 논란의 여지를 남기고 있습니다.

### (1) 신의칙을 통해 배척할 수 있는가?

우선 (i) 법이론적 관점에서 과연 강행법률로써 무효가 된 상황에도 신의칙 적용이 가능한 것인지는 의문이 아닐 수 없습니다. 강행법률로써 당초 합의(계약)가 무효라고 한다면, 이러한 무효에 기초하여 발생한 청구권은 유효하게 인정되어야 합의 강행법규를 둔 취지에 부합하기 때문입니다. 그런데 만약 신의칙을 인용하여 그러한 청구권 행사를 배척한다면, 사실상 신의칙이 강행법률을 무의미하게 만드는 결과가 되고 맙니다. 이점 때문에 대법원 내부에서의 이견과 논쟁의 흔적이 소수의견에 고스란히 남아 있음을 볼 수 있습니다.

다만 결론적으로 보면, ‘모든 경우에 예외 없이’ 강행법률 위반을 이유로 무효인 노사합의가 ‘예외 없이 신의칙적용이 배제되는 것은 아니라’는 종래 대법원 판례 입장을 재확인하면서, 좀처럼 찾기 어려울 것 같은 그러한 경우를 바로 이번 통상임금 사례에서 구체적으로 제시하고 적용하였다고 볼 수 있습니다. 즉, (i) 정기상여금에 관한 합의에 국한하여 (ii) 당초 노사 간에 통상임금에의 산입여부에 대한 오해가 있었고, (iii) 그러한 오해를 전제로 하여 노사 간에 합리적인 임금의 협상이 이루어졌고 이에 따라 임금이 결정된 경우라면, 비록 노사합의가 무효더라도, 그에 따른 사후적인 추가임금지급요구가 예상외의 이익과 예상외의 지출로서 형평에 반한다고 보아 신의칙 상 배척되어야 한다고 본 것입니다. 납득은 되지만 여전히 논란의 여지가 남아 있음을 부인하기는 어려울 듯합니다.

### (2) 신의칙 판단의 ‘로또재판위험’과 그 부작용

(ii) 두 번째로는 신의칙을 근거로 한 사법 판단 그 자체의 문제점을 지적하지 않을 수 없습니다. 신의칙은 그 개념 내용이 매우 모호하고 포괄적이어서, 그에 근거한 판단은 사실상 법관의 개인적 성향이나 가치관에 따라 그 판단이 달라 질 가능성이 매우 높다는 것입니다.

더욱이 신의칙 적용의 전제요건으로 제시한 기업경영상의 어려움 또는 존립자체의 위험은 사실상 실질적인 사법적 판단의 대상으로 삼기에 곤란한 면이 있습니다.

그 결과 사법적 결과에 대한 예측가능성은 매우 낮아지게 됩니다. 즉, 통상임금 소송이 자칫 로또소송 혹은 사포식 재판으로 변질될 우려가 크게 됩니다. 이렇게 되면 누구나가 소송을 한번쯤 해보려는 의사가 생기게 되고(소송의 남발), 소송결과에 불복하는 경향을 낳게 됩니다(소송의 반복과 지연).

### (3) 대법원의 노사 합의 유도?

이 때문에 저는 대법원이 노사 당사자 간 소송전 화해나 조정을 통해 분쟁 해소를 의도한 측면도 없지 않았다고 봅니다. 노사 양측 모두에게 승산을 확신할 수 없고 나아가 소송결과가 나오더라도 오랫동안 지속되어야 한다면 노사 양측이 그 분쟁을 자율적으로 해소하는 것은 오히려 합리적이라고 판단할 개연성도 높기 때문입니다.

### 3. 신의칙 적용시점

신의칙 적용시점에 대하여는 당초 저도 발제해 주신 이철수 교수님의 입장과 동일하게 생각하였습니다. 이러한 점에서 보면 사용자 측에서 서둘러서 임금체계 정비에 나서야 하고, 정부의 지침변경 등 매뉴얼제공이 시급해졌다고 평가가 가능할 것입니다. 그런데 저는 판결문상의 실시 내용을 꼼꼼히 다시 검토하면서, 현재의 협약유효기간까지는 신의칙을 통해 그 추가지급 청구권을 배제할 수도 있다는 견해로 오히려 기울고 있습니다. 그 이유는 이미 결정된 현재 시점에서의 임금 때문입니다. 임금협약 체결 당시의 제반 사정을 고려한 임금결정액이 있었던 것이라면, 사후적으로 추가지급을 요구하는 경우에 형평에 반한다고 보는 것이 판례의 지적임을 되새겨볼 필요가 있습니다.

## II. 입법개선과제와 관련

1. 발제문에서 지적된 바와 같이 통상임금개념을 도구개념으로서 단순화할 필요에는 전적으로 공감하고 있습니다. 그렇다고 하여 통상임금 개념의 고유성을 부인할 수는 없다고 본다. 실제로 통상임금이 얼마이어야 한다는 당위성은 없지만, 통상임금이 근로의 가치로서 고유한 의미를 가지는 것은 분명하다고 봅니다. 따라서 통상임금개념을 유지하면서 대신 통상임금개념을 추상적 개념요소(고정성, 정기성, 일률성 등)로 정의내리는 것은 바람직하지 않다고 봅니다.

다. 한 달에도 수차례 근로자들에 대한 연장근로수당을 지급해야 하는 현장의 회계담당자로 하여금 이에 대한 해석을 하라고 요구하는 것은 무모하다고 보며, 불필요하고 소모적인 분쟁만을 낳을 것으로 봅니다. 해서, 현행 근로기준법 상의 평균임금개념정의와 마찬가지로 생활임금보장적 성격이라는 본질이 아닌, 단순한 ‘계산식’으로 입법하는 방안을 고려할 필요가 있다고 봅니다.

2. 통상임금 제도를 넘어 임금제도 체계의 미래를 이야기할 때 먼저 염두에 두어야 할 것은, 통상임금의 개념 카테고리가 넓혀지고, 그래서 가산임금의 지급이 많아지는 것, 그것이 근로자에게 반드시 유리한 것은 아니라는 사실입니다. 가산임금이 지급되어야 하는 경우는 말 그대로 ‘비통상적’ 근로를 제공하는 경우입니다. ‘통상적(예:주간근로)’ 근로가 중심이 되어야지 ‘비통상적(예:야간근로)’ 근로가 중심이 될 수는 없습니다. 그럼에도 불구하고 가산임금이 지나치게 높이 책정되면, 근로수입에 대한 욕심으로 근로가 과하게 됩니다. 이는 일과 가정의 양립과 인간다운 근로자의 삶을 지향할 미래정책과 부합하지 않습니다.

결국 비통상적 근로에 대한 합리적 대가는 가족과 휴식이라는 가치와 금전수입이라는 가치가 근로자의 자율적 판단에 맡겨질 수 있는 선에서 정해지는 것이 옳습니다. 독일의 경우 이를 노사합의에 맡깁니다. 노사 스스로 가장 잘 알 수 있기 때문입니다.

3. 이제 우리는 임금체계와 관련하여 두 가지 과제를 떠안았다고 봅니다. 첫 번째는 임금체계의 단순화입니다. 그러니까 임금과 비용, 그리고 상여금으로 체계가 단순화되어야 합니다. 그래서 명칭만 들어도 그 금품의 실질이 무엇인지 가늠할 수 있어야 합니다. 이것이 임금체계의 선진화며 가장 시급한 개선과제라고 봅니다. 두 번째는 통상근로를 전제로 한 기본임금중심체계의 구축입니다. 비통상근로가 중심이 되는 노동현장은 더 이상 선진적인 근로현장으로 평가할 수 없기 때문입니다.

【토론문】

도 재 형(이화여자대학교 법학전문대학원)

1

통상임금과 관련된 대법원 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결, 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결)은 다음과 같이 요약할 수 있습니다. i) 기존 판례와 동일하게 통상임금의 개념 징표로서 정기성, 일률성 및 고정성을 유지하였다. 하지만 고정성의 내용을 기존 판례 법리와 다르게 봐 그 지급 당시 재직자에게만 주는 임금 항목을 통상임금에서 제외하였다. ii) 근로기준법상 통상임금 규정에 어긋나는 노사 합의의 효력을 부정하였다. 그러나 근로자가 기존 노사 합의에도 불구하고 할증임금의 차액을 구하는 청구는 신의칙에 반하는 것으로서 금지될 수 있다.

위 전원합의체 판결은 금아리무진 판결 이후 진행된 통상임금 법리 논쟁을 일단락 하였다는 평가도 받지만, 다른 한편으로는 새로운 논쟁거리를 만들었다는 평가를 받고 있습니다. 위 전원합의체 판결에서 법원은 통상임금에 관한 쟁점들에 대한 자신의 입장을 분명하게 밝힘으로써 더 이상 통상임금 판례 법리가 불명확하다는 비판이 제기되기는 어렵게 되었습니다. 통상임금이 1차적으로는 할증임금 산정의 도구라는 점을 고려할 때, 일정 정도의 예측 가능성을 확보했다는 점은 위 전원합의체 판결의 긍정적 효과라 볼 수 있습니다. 그리고 통상임금에 대한 향후 입법 과정에서 위 전원합의체 판결의 내용을 무시하기도 어려울 것입니다. 그러나 다른 한편, 위 전원합의체 판결은 할증임금 소송에서 신의칙 적용 가능성을 열어 둠으로써, 즉 신의칙이라는 예외적 법리를 한시적으로 일반적인 것으로 바꾸는 마술(?)을<sup>1)</sup> 통해 변호사와 하급심 법관에게 할증임금 소송의 해결책임을 넘겼다는 비판도 함께 받고 있습니다.

이렇게 어느 정도의 예측 가능성을 확보했음에도 불구하고, 위 전원합의체 판결이 내려진 이후에도 통상임금에 대해서는 여러 논란이 일어나고 있습니다. 이는 기업과 근로자 쪽 모두에 해당하는 현상인 듯합니다. 이 점에서 우리 학회가 이번 학술대회를 개최한 것은 위 전원

---

1) 신데렐라 이야기를 떠올리면 쉽게 알 수 있듯이, 마술은 불가능한 걸 실현하지만 한시적입니다.

합의체 판결에 대한 평가와 향후 통상임금 법제의 개선 방향을 논의하는 것은 매우 시의성과 사회적 책무 두 가지 측면에서 매우 적절합니다. 그리고 이 자리에 토론자로 참석하여 두 분 교수님의 발제에 대한 토론 기회를 갖게 된 것을 영광스럽게 생각합니다.

전체적인 관점에서 저 역시 두 분 교수님의 발표 내용에 동의하나, 부분적으로 의견을 달리 하는 점이 있습니다. 오늘 토론에선 그에 대해 제 의견을 개진하고, 그 밖의 개인적 의견을 말씀드리고자 합니다.

## 2

위 전원합의체 판결은 통상임금의 개념 징표인 정기성, 일률성, 고정성 가운데 고정성에 관한 기존 판례 법리를 변경하였습니다. 그 변화된 판례 법리에 대해서 이철수 교수님께서 자세히 설명하셨고, 위 전원합의체 판결이 사전확정성을 고정성 판단에서 핵심적 요소를 삼은 것에 대해 긍정적으로 평가하셨습니다.

그런데 저는 위 전원합의체 판결에서 설명한 사전확정성에 대해 긍정적으로 평가하지 않습니다. 위 전원합의체 판결에서 사전확정성이란, 거칠게 얘기한다면, 결국 일할 계산이 되어야 한다는 것이고, 이른바 재직자 요건이 있는 수당은 일할 계산되는 것이 아니므로 통상임금 범위에서 제외된다는 것입니다. 즉, 위 전원합의체 판결은 '일할 계산'이라는 징표를 통해 통상임금 산입 여부에 대한 노사 당사자의 예측 가능성은 높였을지 모르지만, 그와 함께 통상임금에서 배제될 수 있는 수단 역시 확대하는 결과를 초래했다고 볼 여지가 있습니다. 개인적으로는 종전 판례와 같이 기본적 급여 조건을 기준으로 삼아 고정성 여부를 판단하고, 다만 휴직, 징계 등 예외적 사유를 들어 기본적 급여와 다르게 지급할 경우까지 통상임금에서 배제되지 않는다고 했더라도 예측 가능성을 충분히 확보할 수 있지 않았을까 라는 생각이 듭니다.

위 전원합의체 판결이 복리후생적 급여에 대해 재직자 요건을 들어 통상임금에서 배제하는 것에 대한 이철수 교수님의 견해에는 동의합니다. 일단 재직자 요건이라는 것이 위 전원합의체 판결의 법리와 모순되는 점이 있습니다.

위 전원합의체 판결은 일률성과 관련하여 "단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정을 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여 그 임금 지급의 일률성을 부정할 것은 아니다."라고 판시한 바 있습니다.<sup>2)</sup> 저는 재직자 요건에서의 '퇴직'이 휴직,

복직, 징계와 다르다는 생각이 들지 않습니다. 정상적인 근로자를 생각했을 때 퇴직이란 것은 매우 예외적인 상황이기 때문입니다. 오히려 재직 근로자에게 모두 지급한다는 것은 급여의 지급 요건 중 가장 고정적이고 확정적이라고 볼 수도 있습니다. 이런 문제점은 그 임금이 단체협약에 규정되어 있을 때 더 심각하게 느껴집니다. 왜냐하면 재직자 요건은 단체협약의 일반적 효력의 내용이기 때문입니다. 단체협약상 급여를 퇴직자에게 지급하는 것은 단체협약의 효력이 재직자에게만 미친다는 점을 고려할 때 오히려 이례적이라고 말할 수도 있습니다.

이철수 교수님께서서는 이러한 전원합의체 판결의 의미를 임금이분설로의 사실상 복귀라고 표현하셨는데, 적절하다고 생각합니다. 위 전원합의체 판결에 따르면, 재직자 요건이란 것은 소정근로의 대가가 아니고 직원이라는 지위에 기초하여 임금을 지급한다는 뜻입니다. 그렇기 때문에 재직자 요건이 붙은 급여는 통상임금에서 제외된다고 합니다. 그런데 직원이라는 지위에서 받는 임금이란 것은 결국 임금이분설에서 생활보장적 급여를 지칭하던 것과 별반 차이가 없게 됩니다. 다만, 위 전원합의체 판결이 판시한 것처럼 종래 임금이분설에서 대표적인 생활보장적 급여였던 가족수당이 통상임금에 포함될 수 있는 이상 법원이 임금이분설을 채택했다는 결론을 내릴 수는 없을 것입니다(이런 결론은 대법원도 원하지 않는 것 같습니다). 그럼에도 그 결과에 비추어 볼 때 이철수 교수님의 '사실상 임금이분설로의 복귀'라는 표현은 지나치지 않다고 느껴집니다.

### 3

박종희 교수님께서서는 통상임금 개념을 삭제하는 방안에 대해 말씀하셨고, 저 역시 현재의 통상임금 제도를 개선하는 방안으로서 "통상임금"이란 개념 자체에 집착할 필요가 없다고 생각합니다. 통상임금 개념의 1차적 목적은 근로기준법 등에서 정한 할증임금을 계산하는 도구로서 만들어진 것이기 때문에 그 명칭에 구애될 논리적 근거는 없기 때문입니다.

박종희 교수님께서서는 할증임금 규정 시 그 적용을 배제하는 것으로서 '과반수 노동조합과의 합의 또는 그에 준하는 당사자의 합의'를 들고 있습니다. 그런데 저는 여기에 대해 두 가지 점이 염려됩니다.

첫째, 저는 할증임금 제도의 중요한 목적이 장시간 근로의 방지라는 점에 비추어 볼 때,<sup>3)</sup> '

2) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

3) 지난 통상임금 논쟁에서 이를 임금의 문제로 접근하곤 했는데, 사실 통상임금은 장시간 근로를 방지하기 위하여 설정된 할증임금 제도에서 계산의 도구로 사용되고 있다는 점을 잊어서는 안 됩니다.

과반수 노동조합이 강행법규인 근로기준법의 적용을 배제하는 근거로 합당한지에 대해서는 의문이 있습니다. 이는 과반수 노동조합이 비정규 근로자나 그 조직 범위에서 배제된 근로자를 제대로 대표하기 어렵다는 점이 염려되기 때문입니다. 그리고 과반수 노동조합이 근로시간의 축소를 통한 할증임금의 포기보다는 장시간 근로를 선택할 가능성도 여전합니다. 이것은 결국 우리 근로기준법이 지향하는 바가 아닐 것입니다. 법률이 지향하는 바가 당사자의 이익에 부합하는 점을 쫓는 것이 아니라, 공동체 전체의 합의와 사회적 목적에 부합해야 한다는 점을 고려할 때 위 방안은 득(得)보다는 실(失)이 많을 것 같습니다. 만약 우리나라의 단체협약의 체결 실태가 전국적 단위의 산별 협약이 주류이고, 그 적용률 역시 광범위하다면, 이 경우 단체협약은 입법과 비슷한 모습을 띠기 때문에 좀 더 유연하게 접근할 수 있을 듯합니다. 그런데 현재 우리나라의 단체협약은 기업별 협약이 대부분이고 지역적 단위의 것은 매우 드문 형편입니다. 이런 상황에서 위 방안은 현재의 장시간 근로 실태가 (특히 좋은 일자리를 제공해야 하는 대규모 사업장에서) 그대로 유지될 가능성이 높습니다.

둘째, '그에 준하는 당사자의 합의'로서 '노사협의회'의 확충을 통해 명실상부한 종업원대표제로 나아갈 경우'를 예시하고 있는데, 저는 노사협의회는 그 이름(名)에서 일단 '종업원' 대표가 아니라는 생각이 듭니다. 만약 노사협의회의 확충이 사용자위원을 완전히 배제하고 근로자 위원만으로 구성한다는 것을 뜻한다면, 저는 박 교수님의 뜻에 동의할 수 있을 것 같습니다. 그리고 현재 노사협의회 구성에서 과반수 노조가 누리는 과잉대표성을 완화하고, 비정규 근로자 등을 대표할 수 있는 사람들이 그 종업원대표에 들어가야만 명실상부한 종업원대표제로 기능할 수 있을 것 같습니다. 다만, 이것은 단기적으로 결정한 문제는 아니라고 생각합니다. 종업원대표제에 관한 문제는 좀 더 넓게 바라봐야 하기 때문입니다. 종업원대표제를 할증임금과 관련해서 논의하는 것보다는, 현재 기형적으로 운용되는 서면 합의 제도에서의 근로자대표제를 개선하는 방향에서 살펴보는 것이 좀 더 바람직하다고 생각합니다.

#### 4

신의칙과 관련하여 제 개인적 의견을 말씀드리자면, 위 전원합의체 판결이 그 동안의 기업

---

계산의 편의성을 도모하는 것을 허용하는 것과 장시간 근로를 허용하는 것은 전혀 다른 차원의 문제입니다. 근로기준법상 통상임금이 최저 기준이고, 근로기준법이 기업에 요구하는 바는 그것보다 많은 임금을 기준 삼아 할증임금을 계산하고 그걸 통해서 장시간 근로를 막으려고 했다는 점을 잊어서는 안 될 것입니다.

경영사항과 근로자와의 관계에 대한 판례 법리에 어긋난다는 것이 가장 눈에 띕니다. 그 동안 법원은 기업의 경영권이나 경영사항은 노동조합이나 근로자가 개입할 수 없는 영역으로 간주 하였습니다. 예컨대 구조조정과 관련하여 “사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상 이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 ‘합의’하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조 항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부 포기나 중대한 제 한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협 약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대 한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 한다”고 판시한 바 있습니다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판 결). 그런데 근로자 개인의 통상임금 청구권의 행사와 관련해서는, 갑자기 근로자는 사용자와 함께 기업을 운영하는 주체로 변화되었습니다. 판례에 따르면, 근로자는 구조조정과 관련해서 는 사용자의 판단에 종속되는 사람입니다. 원칙적으로 그에 대항하는 쟁의행위도 할 수 없는 객체입니다. 그런데 통상임금에선 경영책임을 사용자와 함께 부담하는 주체가 됩니다. 이 모 순되는 상황을 어떻게 설명할 수 있을까요?

## 5

통상임금에 관한 해석과 입법 논쟁을 보면서 저는 우리가 노동법을 해석하고 입법할 때 어떤 기업을 상정해야 하는지에 대해 고민하곤 했습니다. 일간신문을 읽다 보면, 어떤 분들은 경제적으로 합리적으로 활동하는 기업만을 상정하고 논의하고 있다고 느껴지곤 합니다. 그런데 이런 생각으로만 해석론 또는 입법론을 구성하다 보면, 반대로 자신의 이기심을 적절히 조 절하는 기업이나 헌법과 노동법제를 존중하는 기업에게 불이익을 주게 된다는 점을 고려할 필요가 있습니다.

자본주의 경제질서로부터 기업을 바라볼 때는 경제적인 합리성을 갖추었다는 걸 당연한 전 제로 할 수 있지만, 사업과 입법의 영역에서 바라볼 때 그 기업은 우리의 헌법적 가치와 노 동법에 투영된 입법자의 뜻을 존중하는 존재여야 합니다. 노동법이 탈상품화를 목적하고 사회 권을 구현하는 수단으로서 자본주의 경제질서와 본질적으로 갈등 관계를 유지한다는 점에 비 추어 볼 때, 기업의 헌법적 책임을 인식할 필요성은 더욱 커진다고 생각합니다. 만약 우리가 경제적으로 합리적인 기업만을 상정하고 그들에 맞춰 법률을 해석하고 입법한다면, 그렇지 않 은 좀 더 윤리적이고 헌법적 가치에 부합하는 경제 활동을 하는 기업들은 우리의 시장에서



도태될 수밖에 없습니다. 요컨대 한 기업의 흥망과 한 국가의 흥망 사이에 본질적인 혹은 단선적인 인과관계는 없습니다. 국가는 그 밖에도 민주주의, 복지국가 등의 요소에 의해 지탱되고 발전하는 존재입니다.

## 6

전체적인 관점에서 볼 때, 그 내용에 대한 호·불호(好·不好)와 무관하게, 위 전원합의체 판결은 통상임금 범위에 관한 예측 가능성을 높임으로써 향후 통상임금 논쟁을 풀어 나가는 기초가 될 것이라고 예상됩니다.

그리고 위 전원합의체 판결이 그 동안 많은 문제점을 누적해 온 한국의 임금 체계를 합리적으로 변화하고, 장시간 근로 체계로부터 한국 기업이 탈출할 기회로 작용하기를 희망합니다. 모든 임금(근로시간) 체계의 변화는 사용자가 주도할 때만 가능한 것인데, 위 전원합의체 판결은 기업에게 그런 변화가 필요한 시점이란 신호를 준 것이라고 볼 수 있기 때문입니다. 이는 위 전원합의체 판결이 선고된 직후 노사 전문가 대부분이 긍정적으로 평가한 부분이기도 합니다. 같은 관점에서 한국경영자총협회의 위 전원합의체 판결에 대한 2013. 12. 18.자 논평에서 "노동계는 소모적 소송 제기를 지금부터라도 멈추고, 성과·직무 중심 임금체계로의 전환과 임금교섭의 선진화에 상생의 자세로 적극 참여해주기를 기대한다. 우리 경영계도 기업들이 경제 활성화와 일자리 창출에 기여할 수 있도록 산업현장의 노사관계 선진화에 최선을 다할 것이다. 또한 임금 등 노동법제 전반의 합리적 개선을 위해서도 총력을 경주할 것이다."라는 결론은 통상임금 문제의 해결 방안을 정확하게 표현하고 있다고 생각합니다.

【토론문】

이 상 회(한국산업기술대학교 지식융합학부)

## 1. 전원합의체 판결로 모두 해결되는가?

- 이번 통상임금 관련 대법원 전원합의체 판결은 시종이 전국민적 관심사를 가지고 진행되었음. 노사 주체는 물론 전문가와 국민들도 판결에 대한 기대가 굉장하였음.
  - 그런데 과연 이번 전원합의체 판결로 해석적 논란과 갈등의 고조를 조정할 수 있도록 깔끔하게 정리되었는가?
- 오늘 발표문을 보면 반드시 그렇지 않은 것 같음.
  - 대법원은 판결은 새로운 해석적 쟁점을 놓고 있고, 적지 않은 분쟁도 제기될 여지를 충분히 남기고 있음.
- 우선, 이번 대법원 전원합의체 판결은 그간 다양한 각축을 벌여 왔던 몇 가지 쟁점에 대해서는 명확히 하는 의의를 충분히 가지고 있음.
  - 1임금지급기를 초과하여 지급되는 일률성과 고정성이 충족되는 정기상여금 등도 통상임금에 포함된다는 종전의 대법원 판결을 재차 확인하고 있음.
  - 노사합의로 정기상여금을 통상임금에서 배제기로 정한 것은 원칙적으로 무효이나, 다만 임금협상 전체 과정을 고려하여 근로자의 추가적 청구는 신의칙에 반할 소지가 있는 것으로 판단했음.
- 이로써 이번 대법원 전원합의체 판결은 그간 치열하게 대립되어 왔던 1임금지급기 문제

와 노사합의 문제를 깨끗하게 정리하였음.

- 그 결과 산업계에서 우려하던 이른바 소급적 청구분에 대한 엄청난 사태는 면하면서도 향후 노사 간의 통상임금 질서를 바로 잡아야만 하는 과제도 남기는 절묘한 결과를 오도록 하였음.
- 한편, 그럼에도 불구하고 이번 대법원 전원합의체 판결에서는 그 부산물로서 꽤 시끄러워 질 수 있는 숙제도 추가적으로 재생산 하였다고 볼 수 있음.
- 가장 많이 거론되고 있는 것은 신의칙의 적용 요건과 관련한 해석의 문제일 것임.
- 다만 신의칙은 다분히 정책적 판단에 의존될 가능성이 높음. 가령 정기상여금과 같이 규모가 큰 통상임금 분쟁의 경우 기존의 신뢰가 존중되지 못하여 발생하는 문제가 강조되면 적용요건은 물론 적용시점도 넓게 유연하게 해석될 수 있을 것이고, 그렇지 않고 법적안정성을 강조하게 되면 지극히 예외적으로 좁게 해석될 수 있을 것임.
- 그러나 이에 대해서는 대법원의 차후 판단이 기대됨.
- 그러나 차제에 신의칙보다 더 큰 문제로 될 가능성이 높은 것은 바로 종전 대법원 판결의 변경까지 초래한 지급일 재직 요건과 관련한 해석이라 할 수 있음.
- 지급일 재직 요건이 고정성과 무관한 것이라는 해석에서부터, 정기상여금 케이스에서도 지급일 재직 요건이나 최소근무일수 충족 요건이 적용되는지, 극단적으로 정기상여금을 매월 분할 지급하되 명절에 추가로 지급되는 것에 대하여 지급일 재직 요건을 설정한 경우는 어떤가 등 다양하게 잠복되어 있는 쟁점들이 다투어질 가능성.
- 아마도 향후 대단한 해석적 논의가 일 것으로 예상됨.
- 결과적으로 이번 대법원 전원 합의체 판결은 몇 가지 쟁점을 명확히 하는 성과에도 불구하고 또 다른 커다란 숙제를 남기고 있는 것임. 이 때문에 통상임금 문제는 입법으로 해결하지 않으면 도저히 해결 안 되는 것으로 판단될 수 있음.

## 2. 입법 방향을 어떻게 하면 좋은가?

- 아마도 이번 대법원 전원합의체 판결의 결과에 대해서는 노사 모두에게 불만으로 평가되고 있음.
- 어느 일방만이 아니라 노사 모두에게 불만이 있는 경우에는 입법적 처리 재량의 여지가 더 많을 가능성 때문에 입법에 유리할 것으로 판단되므로 과감한 입법 노력 경주 필요.
- 통상임금 입법시 고려되어야 할 원칙으로는 입법의 형식과 입법의 방향성을 명확히 하여야 함.
- 입법의 형식은 현행 시행령과 같은 통상임금의 정의 규정을 법률상의 정의규정으로 만들어 하위법령에 위임 논란 등을 종식시켜야 함.
- 입법의 방향은 첫째, 통상 입법시 필요로 되는 것으로서, 갈등과 분쟁 해결을 고려하는 명확성 원칙이 필요함.
- 따라서 가급적 명백한 규정으로 입법이 처리될 필요가 있고, 이러한 방식으로 적합한 것은 정의규정을 두고, 정의에서 제외되는 네거티브 열거 방식이 적절할 것으로 보임.
- 둘째, 우리나라의 통상임금 성질이나 우리나라에 고유한 특성을 고려해야 하는 원칙의 반영이 필요함. 구체적으로,
  - ① 무엇보다도 산업현장에서 통상임금의 수단적 기능이 잘 작동될 수 있도록(통상임금을 계산하기 쉽게) 고려하는 것이 반영될 필요(특히 중소기업)
  - 통상임금의 정의를 이번 대법원 전원합의체 판결과 같이 입법하는 것도 문제로 될 수 있음. 이번 대법원 전원합의체 판결 자체도 차후 꽤 커다란 해석적 논쟁을 불러올 가능성과 무엇보다도 갈수록 점입가경식의 해석 때문에 통상임금 산정이 너무 어려움. 특히 중소기업에서는 판례의 취지에 맞추어 가산임금을 계산해내는 것이 어려움.

- 따라서 통상임금의 정의규정을 명확히 한 다음, 가령, 성질상 소정근로의 대가가 아닌 것, 지급여부와 지급액이 변동적인 것, 지급일 재직조건이나 최소 근무일수 충족 요건을 갖추지 못한 임금, 노사합의로 통상임금에 포함하지 않기로 한 금품 등을 통상임금에서 제외하는 방식이 필요.

② 또한 이번 기회를 통해 우리나라의 통상임금 문제가 합리적 임금제도와 노동시장의 건전성을 제고하는 중요한 축으로서 역할을 할 수 있다는 점도 고려하여 반영할 필요

- 이번 대법원 전원합의체 판결대로 하면 미래의 통상임금은 상승하게 될 것임. 이밖에 우리나라는 최근 60세 정년연장 도입, 조만간 휴일근로 연장근로 포함 등이 완성되면 추가적 임금부담이 예정되어 있음.
- 그런데, 우리나라 제조업의 시간당 임금은 1인당 국민소득을 감안할 경우 OECD 국가 및 일부 경쟁국의 평균보다 높은 수준이며 상승 속도도 빠른 편으로 파악되고 있음.

\* 2011년 기준 우리나라 제조업 시간당 임금은 518.91로 1인당 GNI(미국 기준 시간당 임금을 미국 기준 1인당 GNI 지수로 나누어 계산)를 감안할 경우 비교 가능한 주요 OECD 국가 및 경쟁국 34개국 중 12위로 일본(19위)의 113% 수준으로 분석되고 있음. 미국을 100.0으로 할 경우 벨기에(1위, 163.2), 독일(3위, 146.6), 한국(12위, 124.0), 일본(19위, 108.8), 싱가포르(31위, 72.0) 등으로 나타남. 1인당 GNI가 우리와 유사한 소득군(13개국) 중에서는 브라질(1위, 148.7), 한국(3위, 124.0), 이스라엘(5위, 101.3), 대만(12위, 72.2), 싱가포르(13위, 72.0) 등으로 나타남.

- 우리나라는 가산임금 할증률도 경쟁국가에 비하여 낮지 않은 높은 편으로 통상임금 등의 임금상승 효과가 생각보다 클 가능성.

\* 프랑스는 법정근로시간 초과 최초 8시간은 25%, 그 후는 50%, 대만은 최초 2시간은 기본시급의 1/3가산, 2~4시간미만은 2/3가산, 영국은 주중 연장근로는 당사자 자율로 정하고 일요근로는 50%~100%, 일본은 월 60시간 이내 25%, 60시간 초과시 50%, 휴일근로는 35%. 핀란드, 스웨덴, 벨기에 등은 50%.

- 지나친 임금상승은 수출주도 성장형 국가의 무역수지를 악화시키고 고용에 부정적으로 작용할 가능성이 높을 것이 추정되므로, 우리나라의 통상임금 입법의 방향에서 고려해야 될 중요한 요소 중 하나는 우리나라의 임금경쟁력이라 하지 않을 수 없음.
- 특히 이번 통상임금 문제에서 드러난 것은 정기상여금 분포 사업장이 기업규모 간 즉, 대기업과 중소기업 간 적지 않은 격차를 보이고 있기 때문에 통상임금 범위 결정이 대 중소기업간 근로조건(근로소득) 양극화를 가속화하는 방향으로 갈 가능성도 적지 않아 이 역시 고려하지 않을 수 없음.

&lt; 임금내역별 구성비, 2012년 &gt;

	임금 총액	정액 급여				초과급여	특별급여		
			기본급	통상 임금	기타 수당			고정상여	변동상여
민간전체	100.0	82.1	<b>70.5</b>	78.1	40	5.6	12.3	<b>7.6</b>	4.7
1-4인	100.0	95.4	<b>90.5</b>	98.7	1.7	0.9	3.6	<b>2.1</b>	1.5
5-9인	100.0	90.6	<b>81.6</b>	87.9	2.7	2.1	7.2	<b>4.2</b>	3.0
10-29인	100.0	86.1	<b>74.7</b>	82.4	3.7	4.6	9.3	<b>5.9</b>	3.4
30-99인	100.0	82.3	<b>69.0</b>	78.4	3.9	7.8	9.9	<b>6.3</b>	3.6
100-299인	100.0	77.3	<b>62.4</b>	72.8	4.5	8.5	14.2	<b>10.2</b>	4.0
300人以上	100.0	69.6	<b>55.8</b>	63.4	6.2	7.3	23.1	<b>13.4</b>	9.7

정진호(2013), 통상임금 확대에 따른 경제적 영향 분-임금/노동비용 변화

- 다만, 우리나라에 현존하는 노사 간 이해를 고려하면 임금경쟁력이나 임금소득 양극화 등을 고려하는 입법의 성사 가능성이 낮아지는 등이 충분히 예상될 수 있음.
- 그러나 솔직히 얘기하자면 오늘날 노동법이 경제와 고용을 고려하지 않을 수 없고, 통상임금 입법의 방향도 그러한 측면이 고려되지 않을 수 없음.
- 통상임금 문제가 미래 세대의 일터를 좌우할 수도 있다는 점을 고려하여, 금번 ①통상임금 입법에서는 노사합의로 통상임금에서 배제키로 한 임금이나 계산의 번거로움을 해결해 줄 수 있는 1임금산정기간을 넘는 임금을 통상임금에서 제외할지 여부 등을 할 증임금의 적정한 인하 조정 여부 등과 함께 저울질 해 보는 것도 적극 검토하는 방안과 당장 금번 ②임단협에서는 총액임금 인상을 결정하고 세부 내역을 조정하는 방안과 같은 노사 대타협 방안 등 다양한 접근을 시도할 필요가 있다고 보임.

## 【토론문】

조 상 균(전남대학교 법학전문대학원)

학술대회가 기획되고 준비하는데 그리 길지 않은 시간이었음에도 불구하고, 중요한 주제에 대해서 발제를 맡아 수고해주신 박종희 교수님과 이철수 교수님의 노고에 감사드리며, 두 분의 발제문을 읽으면서 의문이 들었던 부분에 대해서 몇 가지의 질문을 함으로써 토론에 대신하고자 합니다.

### 1. 통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가에 대해서(이철수 교수님)

이철수 교수님께서서는 2013년 전원합의체 판결에 대하여 대상판결의 주요내용을 설명하시면서 대상판결에 대해서 첫째 고정성에 대한 진일보한 해석, 둘째 임금이분설과의 관계, 셋째 신의칙 법리를 둘러싼 논쟁 등으로 나누어 설명하고 계십니다. 이 가운데, 신의칙의 도입과 추가수당 청구와 관련된 부분을 중심으로 이 판결이 미칠 파장 등을 고려하여 판결문을 해석하신 부분에 대하여 몇 가지 질문을 드리고 싶습니다.

#### 1) 과연 정기상여금의 청구에 한정되는가?

- 2013년 전원합의체 판결에서는 근로자가 강행법규인 근로기준법에 위반된 노사합의의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용되지 아니한다고 보기 위해서는 ‘신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건’을 갖추어야 함은 물론이고, ‘근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정’이 있어야 하다고 판단하고 있다.
- 특히 교수님께서서는 전원합의체 판결이 제시한 ‘특별한 사정’을 첫째 정기상여금에 관한 청구일 것, 둘째 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당되지 않는다고 신뢰한 상태가 존재할 것, 셋째 정기상여금을 통상임금에서 제외한다는 노사간 합의가 존재할 것, 넷째 합의의

무효를 주장하여 추가임금을 청구할 경우 기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 사정이 존재할 것 등 4가지로 구분하시고 계십니다.

- 교수님께서도 특별한 사정으로 우선 정기상여금에 청구에 한정되고, 기존에 노사합의가 없었거나 노사합의가 있었다고 하더라도 정기상여금이 아닌 기타 수당에 관한 합의일 경우에는 신의칙을 적용할 수 없다고 판단하시고 계십니다.
- 여기서 드는 의문은 대상판결이 과연 정기상여금의 청구에 한정해서 ‘특별한 사정’을 판단하고 있는가에 있습니다. 왜냐하면, 대상판결은 ‘노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대해서 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다.’라고 일반론을 제시하고 있을 뿐만 아니라, 신의칙으로 근로기준법의 강행규정성을 배척할 수 있는 근거를 제시했던 종전의 대법원 판결<sup>1)</sup>의 사안은 서면으로 작성되지 않는 단체협약의 효력의 문제를 판단한 사건이었기 때문입니다.
- 또한 대상판결은 ‘특별한 사정’을 판단하기 위한 일반적인 판단법리를 제시하고 있지 않습니다.
- 이러한 점들을 감안하면 정기상여금 이외에 것을 통상임금에서 제외하기로 합의한 경우에도 얼마든지 적용할 수 있다는 생각이 드는데, 이 점에 대한 교수님의 의견을 구합니다.

## 2) 강행법규에 우선하는 신의칙 적용의 확대 가능성(‘특별한 경우’의 판단의 일반론)

- 대상판결에서는 상여금 청구와 관련된 부분에 한정해서 판단하고 있으나, 강행법규에 우선하여 신의칙이 적용될 수 있는 ‘특별한 사정’의 일반론을 제시하고 있지는 않습니다. 구체적으로 판단하고 있는 위 부분을 일반론으로 환언하여 생각해 보면, 첫째 고용노동부의 행정해석 등으로 인하여 노사가 서로 신뢰할만한 사정이 있다고 인정되고, 둘째 이에 대한 노사의 합의가 존재하고, 셋째 이를 바로잡기 위해 근로자가 청구권을 행사하여 기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 사정이 존재하는 경우에 ‘특별한 사정’이 인정될 수 있다고 유추해서 생각해 볼 수 있습니다.

1) 대법원 2001.5.29. 선고 2001다15422, 15439 판결.



- 이 대상판결이 단순히 당혹스럽다는 감정을 넘어 위험하다고 생각되는 이유가 여기에 있습니다. 즉 무한정 확대가능성이 열려있다는 것입니다. 교수님께서서는 이러한 견해에 대해서 어떻게 생각하시는지 여쭙고 싶습니다.

## 2. 통상임금제도 개선의 입법정책적 과제에 대해서(박중희 교수님)

박중희 교수님께서서는 2013년 대법원 전원합의체 판결이 통상임금제도에 관한 개선논의를 촉발시킬 것으로 예상하시면서, 임금정책과제에서 반드시 고려해야할 기본 관점과 통상임금제도 개선 관련 입법정책 방안 등에서 몇 가지 내용을 주장하시고 계십니다. 이 가운데 발제문에서 제시된 입법정책 방안을 중심으로 제가 가지고 있는 문제의식과 관련지어 질문을 드리고 싶습니다.

### 1) 성과주의 임금제도 측면에서

- 박중희 교수님께서서는 발제문에서 임금제도를 개선할 때 임금을 근로시간에 일치시켜야 하는 경직된 구조에서 벗어나, 양자(근로시간 vs 근로의 결과)의 상호관련성은 유지하되, 양자를 별개로 형성할 수 있는 여지를 제도적으로 뒷받침해 줄 필요가 있다고 주장하시면서, 입법정책 방안으로 가산임금 선정범위에서 제외되는 경우(ex: 성과주의 임금제도)를 과반수 노동조합과의 합의 또는 그에 준하는 당사자의 합의를 기초로 예외적으로 도입하자고 주장하고 계십니다.
- 이 견해에 대해서 저는 현행 근로기준법상 임금제도를 근로시간에 따라 이루어지도록 하는 것과 근로의 결과에 따라 이루어지는 것을 별개로 형성시키는 것이 가능한지 의문입니다. 왜냐하면 이러한 견해는 도급근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하도록 하는 근로기준법 제47조(도급 근로자) 등 현행 근로기준법의 통일적 적용에 반할 수 있기 때문입니다.
- 또한 분리 필요성의 측면에서 보더라도 이를 보완할 수 있는 현행 제도가 존재하고 있습니다. 대표적인 예로, 현행 근기법 제58조 제3항(근로시간 계산의 특례)의 “업무의 성질에 비추어 업무 수행 방법을 근로자의 재량에 위임할 필요가 있는 일정한 범위의 업무는 사용자가 근로자대표와 서면 합의로 정한 시간을 근로시간으로 본다”는 규정 즉, 재량근로의

근로시간 간주제도를 들 수 있습니다. 재량근로를 도입하는 취지는 근로의 양보다는 근로의 질 내지 성과에 의하여 결정하는 것이 적절한 경우에, 양자의 상호관련성을 유지하고자 하는 방안으로 법으로 근로시간을 간주 계산하여 능력제 성과급제 임금제도의 확대에 기여하는데 있다고 생각합니다. 제가 생각하기에 교수님의 근로의 결과에 따라 임금을 결정하는 제도가 필요하다는 주장은 재량근로의 근로시간 간주제도로 부분적으로 해결할 수 있다는 생각이 듭니다. 따라서 이러한 필요성 때문에 결과적으로 가산임금의 산정범위에서 제외시켜야 한다는 것은 ‘빈대 잡으려고 초가삼간 다 태운다’와 같이 오히려 교수님께서 염려하시는 시장위험을 사실상 근로자에게 전가시킬 위험성을 가중시킬 우려가 있다고 생각이 드는데 교수님의 견해는 어떠한가요?

## 2) 기준근로시간에 대한 견해에 대해서

- 교수님께서서는 근로기준법상 기준근로시간인 주 40시간이라는 현실적으로 기업이 준수할 수 없는 기준근로시간으로 인하여 발생하게 되는 연장근로 수행에 대한 부담에 대하여 기업들이 이를 최소화하는 방안을 모색하는 것이 바람직하다고 주장하시면서, 정확한 실태조사를 통하여 우리나라 사업체의 1주당 평균근로시간까지는 현행 할증료를 하향 조정하고(사실상 현장에서 현실적으로 수용가능한 기준근로시간으로 볼 수 있으므로), 평균 근로시간을 초과하여 이루어지는 부분에 대해서는 구간을 나눠 현행 할증료를 부과하며, 더 초과하는 연장근로에 대해서는 더 할증된 가산임금을 지급토록 하자고 주장하고 계십니다.
- 우리나라의 현행 가산임금의 기준이 되는 주 40시간은 1996년 근로기준법 개정에 의해 도입된 것으로 1935년에 체결된 ILO 제47호 협약을 따르고 있다고 할 수 있습니다.

경제협력개발기구(OECD) 세계 연평균 근로시간 자료에 따르면, 우리나라 사람들은 지난 2010년 2,193시간을 일했습니다. 자료가 있는 29개 나라 가운데 단연 최고로 이들의 평균 근로시간 1,749시간보다 400시간 이상 많은 수치입니다. 미국(1,778시간), 일본(1,733시간), 영국(1,647시간) 등 주요 선진국과 큰 격차를 보였으며 가장 적게 일하는 네덜란드(1,377시간)보다는 800시간 더 일터에 있었습니다. 우리나라 사람은 네덜란드와 비교해 1주일에 16시간(1년 52주 환산시), 즉 이틀(하루 8시간기준)을 더 일한 셈입니다.

- 또한 위에서 보는 기사에서 알 수 있듯이 2010년 기준으로 2,193시간을 52주로 나누었을 때 주 42.17시간 근로한 것으로 나타납니다.

- 이러한 교수님의 견해에 대해서 저는 ILO 제47호 협약위반이나 OECD국가 중 최장 근로 시간을 보여주고 있다는 점은 별론으로 하더라도, 적어도 기준근로시간제도의 도입취지를 왜곡할 수 있다는 생각이 듭니다. 기준근로시간은 주지하는 바와 같이 가산임금제도를 결정하는 기준이 되는 시간으로 그 취지는 연장근로를 억제하는 한편, 이에 상응하는 금전적 보장을 하는 것에 있습니다. 따라서 할증률을 정책적으로 이러한 도입취지를 살리기 위해서 어느 정도가 되어야 하는가는 입법자에 재량으로 가능하다고 볼 수 있지만, 기준근로시간을 전체 근로자의 평균근로시간으로 하는 것은 기준근로시간제도를 왜곡할 수밖에 없다고 생각합니다.
- 참고로 일본의 경우에 주 40시간을 기준근로시간으로 하고, 시간외근로는 25%, 휴일근로는 35%로 정하고 있으며, 1개월의 시간외근로가 60시간을 초과하는 경우에는 50%로 하는 규정을 두고 있습니다.

### 3) 가산임금 산정범위의 개별규정화와 노사합의 유효성

- 교수님께서서는 가산임금을 산정함에 있어서 그 산정범위를 개별규정화하는 것과 동시에 노사간의 합의가 남용되거나 왜곡되지 않는 한 그 합의의 유효성을 인정하자고 주장하고 계십니다.
- 이 견해에 대해서 생각해 보면 결국 개별규정은 임의규정으로 하자는 것으로 이해할 수 있는데, 그렇다면 굳이 왜 그 범위를 규정화해야 하는지 의문입니다. 일본의 경우에도 가산임금의 산정기준이 되는 통상적인 임금의 범위에 포함되는 내용을 법률에 규정하고 있습니다.(노동기준법 제37조 제5항, 노동기준법 규칙 제21조) 일본의 경우에 이들 산정기준이 포함되는 임금 규정은 한정열거로 해석되고, 그 이외의 수당을 제외하는 것은 허용되지 않는 것으로 하고 있습니다. 또한 이들 수당 등에 해당하는지 여부는 형식적으로 판단하지 않고, 실질적으로 판단해야 하는 것으로 하고 있습니다.
- 제 생각으로는 통상임금해석과 관련하여 법적안정성을 개선하자는 의미에서 개별규정화하는 데에는 찬성할 수 있지만, 이를 임의규정화하는 것은 규정화하는 의미를 퇴색하게 할 수 있다는 의미에서 찬성하기 어려운 부분이 있습니다. 이 점에 대한 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.