

# 통상임금 판결의 쟁점과 정책과제

박지순\*

## I. 대법원 전원합의체 판결의 의의

2013년 12월 18일 선고된 대법원 전원합의체 판결의 대상은 정기상여금의 통상임금성(2012다89399)과 김장보너스, 명절상여금, 하기휴가비 등 각종 복리후생비의 통상임금성(2012다94643) 두 개다. 위의 판결은 통상임금의 범위와 관련하여 정기상여금이나 복리후생급여가 1임금지급기를 초과하여 지급되더라도 정기적(규칙적)·일률적·고정적으로 지급되는 한 통상임금에 포함된다는 종전의 대법원 판결을 확인하였으나, 다만 고정성의 요건에 대해서는 종전 판결과 달리 판단하고 있다.

통상임금의 성질을 갖춘 정기상여금에 대하여 노사가 합의로 통상임금에서 배제하기로 정하였다면 이 노사합의는 원칙적으로 무효이나, 임금협상의 전체 과정과 내용 그리고 기업의 추가부담 능력 및 경제적 파급효과 등을 고려하여 추후 제기된 근로자의 추가법정수당 청구는 신의성실의 원칙(신의칙)에 반할 소지가 있다고 보았다.

이번 대법원 판결의 의의는 그동안 논란이 되어 왔던 통상임금의 판단기준, 특히 고정성의 기준을 비교적 구체적으로 제시하는 한편, 고정적 정기상여금을 통상임금에 포함하여 계산·청구된 추가법정수당에 대해서는 신의칙 위반임을 이유로 배척될 수 있음을 제시하였다는 점에서 노사의 상반된 입장을 조정·조화하려는데 있다고 평가된다.

그렇지만 고정성(업적이나 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것)의 일부기준과 ‘신의칙의 적용기간’ 등 일부 쟁점을 놓고 기업현장에서 계속 논란이 되고 있다.

이 과정에서 지난 1월 23일 고용노동부는 통상임금에 관한 법령 정비가 이뤄질 때까지 대법원 판결의 해석을 둘러싼 혼란과 갈등을 예방하기 위해 잠정적으로 “통상임금 노사지도 지침”(이하 “지도지침”이라 한다)을 제시했다.<sup>1)</sup> 그런데 이 지도지침을 둘러싸고 다

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수(jis-park@hanmail.net).

시 한번 노사간 갈등이 증폭될 조짐이다. 민주노총은 고용노동부의 지도지침이 대법원 판결보다 기업에 더 유리한 해석을 내놓았다고 주장하며 지침 자체를 인정하지 않겠다는 태도이다. 심지어 자신들의 주장대로 관철되지 않을 경우 집단투쟁까지 하겠다고 예고했다.<sup>2)</sup>

이번 판결이 향후 하급심 판결이나 다른 유사한 사건에 대한 대법원 판결에서 중요한 법리적 기준 또는 법적 가이드라인을 제시하는 것이긴 하지만, 어디까지나 개별 사례에 대한 판결이며, 그 내용의 일부는 명확하지 아니한 점도 있어 다른 사건들에 대해서도 일관되게 적용되기 어려운 측면이 있으며, 새로운 쟁점이 부각될 가능성도 배제할 수 없다는 점에서 본질적 한계가 있다. 고용노동부의 노사지도 지침도 그러한 의미에서 잠정적일 수밖에 없다.

이번 판결은 우리 사회를 뒤흔들었던 통상임금 전쟁을 일단락짓기 위한 휴전협정의 성격이 강하며, 이 판결 하나로 모든 문제가 해결될 것으로 처음부터 기대하기 어려웠다. 따라서 통상임금을 둘러싸고 끊임없이 제기되는 논란을 해결하기 위해서는 이번 대법원 판결로는 미흡하며 근본적 차원에서 통상임금의 범위를 법률에 명문화하는 것이 불가피해졌다. 이를 위해서는 이번 대법원 판결의 내용을 면밀하게 검토하고, 그 문제점과 쟁점 그리고 제도적 개선방안을 제시할 필요가 있다.

## II. 판결의 쟁점과 문제점

이번 전원합의체 판결의 다수의견 및 보충의견에 대해서는 다음과 같은 쟁점 및 문제점이 제기된다.

### 1. 통상임금의 개념징표에 관하여

#### 가. 정기성의 판단

대법원은 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근

- 
- 1) 고용노동부, 『통상임금 노사지도 지침』, 2014. 1. 23. 참조. 그에 따르면 정부는 올해 상반기 중에 노사정 논의 등을 통해 통상임금제도에 관한 근로기준법령 개정 및 관련 예규 정비를 추진할 것이며, 본격적인 입단협 교섭을 앞두고 통상임금 산정과 관련하여 노사간 불필요한 혼란과 갈등을 방지하기 위해 우선 전원합의체 판결을 기초로 한 노사지도 지침을 제시하는 것이라고 명확히 밝히고 있다.
  - 2) 2014. 1. 24.자 오마이뉴스 참조.

로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단해야 하며, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니라고 한다.

그렇지만 임금의 일반적 성질을 가지고 있다고 해서 그것이 바로 통상임금으로 인정될 수는 없다. 즉, 정기성·일률성·고정성의 징표는 임금 중에서도 특별히 근로기준법상 통상임금으로 인정되기 위한 기준이므로 이는 처음부터 일반적인 임금에서 통상임금을 구분해 내기 위한 한정적 의미로 사용된 것으로 봄이 상당하다.

이번 판결은 1995년 전원합의체 판결<sup>3)</sup>을 계기로 통상임금의 판단 기준으로서 ‘1임금 산정기간’ 또는 1임금지급기의 유의성이 상실되었다고 보았다.<sup>4)</sup> 그러나 당시 임금이분설을 따르더라도 1임금지급기 내에도 생활보장적 임금이 있을 수 있고, 이를 넘는 기간에 지급되는 임금도 교환적 임금으로 인정될 수 있었다. 당시 양자의 구별 기준은 오히려 각 임금항목의 명칭과 목적 그리고 당사자의 의사에서 찾았다. 결국 임금의 성격이 소정근로시간에 대한 대가, 즉 통상임금으로 볼 수 있는지 여부를 판단하는 기준과 그것이 교환적 임금인지 여부를 판단하는 기준이 반드시 일치하는 것은 아니라는 점에서 대법원의 판시는 수긍하기 어렵다.

근로기준법은 모든 임금은 직접·전액·통화로 매월 1회 이상 정기적으로 지급되어야 한다는 임금지급의 원칙을 강행규정으로 두고 있다. 1개월을 초과하여 지급될 수 있는 예외적 금품은 임시로 지급되는 임금·수당이거나 **1개월을 초과하는 기간에 결친 사유**에 따라 산정되는 임금이라고 명시하고 있다. 또한 근로기준법 시행령 제6조 제1항이 통상임금을 소정근로에 대하여 지급하기로 정해진 시간급, 일급, 주급, 월급 금액이라고 명시적으로 규정하고 있는 것도 이와 같은 임금지급 원칙과 체계적 관련성을 갖는다고 할 수 있다. 그렇다면 근로기준법 제43조와 근로기준법 시행령 제6조는 통상임금의 개념징표인 정기성 판단과 관련하여 쉽게 배제하기 어려운 법적 근거라고 볼 수 있다.<sup>5)</sup> 고용노동부가 1988년 작성한 예규나 당시 대법원은 그러한 의미에서 정기성의 의미를 1임금산정기간 또는 1임금지급기로 이해하였다고 할 수 있다.

최저임금법 제6조 제4항도 최저임금과 비교대상 임금에서 매월 1회 이상 정기적으로

3) 대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결.

4) 그에 따르면 1995년 대법원 판결 이전에 취했던 임금이분설은 임금을 근로의 대가로서의 성질을 갖는 교환적 부분과 단순히 종업원의 지위에 기하여 발생하는 생활보장적 부분으로 구분하고 있었으나, 실제로 임금 항목을 양자로 준별하는 것이 불가능한 경우가 많아 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지를 가리기 위해 1임금산정기간=1임금지급기라는 판단기준이 불가피하게 필요했다고 보았다. 그러나 이와 같은 임금이분설이 파기된 이상 교환적 부분과 보장적 부분을 구별할 필요가 없어졌으며, 1임금산정기간이라는 기준도 더 이상 유지될 수 없다고 설명하고 있다.

5) 자세한 내용은 박지순(2013), 『통상임금의 개념 및 범위에 관한 판례법리의 평가』, 『안암법학』 제42호, p.698 이하 참조.

지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부 장관이 정하는 것을 제외하고 있는데, 종전에는 최저임금법상 비교대상 임금의 범위와 고용노동부의 통상임금 산정지침의 기준이 1개월 이내의 1임금지급기를 기준으로 한다는 점에서 같았으나, 양 제도의 목적이 다르므로 최저임금법의 규정이 정기성의 근거가 될 수 없다고 판시하였다. 물론 최저임금제도의 목적과 통상임금제도의 목적은 다를 수 있지만 그 출발점은 비교대상이든 가산임금 산정이든 미리 예측이 가능한 통상적이고 기본적인 임금으로 한정되며, 이는 통상임금을 염두에 두었던 것이다.<sup>6)</sup> 당시 통상임금 산정지침 제1조도 근로기준법, 산재보험법, 최저임금법 등 노동관계법령의 통상임금을 일관성있게 산정하여 적용함을 목적으로 한다고 규정한 바 있다. 이와 같이 최저임금제도와 통상임금제도의 목적이 다르다는 이유로 쉽게 그 관련성이 배제되어서는 안 된다.

#### 나. 고정성 여부와 지급일 재직조건 등

이번 판결의 가장 큰 특징 중의 하나는 고정성의 요건을 상당히 구체적으로 분석하고 그 기준을 제시하였다는 점이다. 이로써 종전에 논란이 되었던 근무일수에 따른 지급방식은 고정성을 판단하는데 더 이상 의미를 갖지 않게 되었다.

반면에 상여금이나 수당 등 특정 금품의 지급일 당시에 재직중인 근로자에게만 지급하는 임금은 소정근로를 했는지 여부와는 관계없는 추가적인 요건에 의하여 그 지급 여부가 결정되는 것이기 때문에 ‘소정근로’의 대가로 볼 수 없으며, 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정 시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부가 불확실하므로 고정성도 결여된 것으로 보아야 한다고 판단하였다.<sup>7)</sup>

상여금이든 수당이든 순수하게 근로의 대가로 볼 여지가 있다면 지급일 당시 재직중인 지 여부와 관계없이 이미 제공된 근로에 대해서는 당연히 그 부분만큼을 계산하여 지급하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 지급일 재직요건의 합리성이 인정될 수 있는 것은 다음과 같은 사정이 전제되어 있기 때문이라고 생각된다.

먼저, 임금지급은 노사의 합의에 기초하여 성립되는 급부관계이므로 노사간에 그에 대한 명시적·묵시적 합의가 있거나 관행이 존재하는 경우에는 그와 같은 합의를 무효로

6) 박지순, 위의 글, p.700 이하 참조.

7) 대법원 전원합의체 판결은 일반론으로서 고정성의 기준을 설명하고 이 기준을 갑을오토텍의 사건에서 정기상여금과 각종 복리후생수당에 적용한 다음 통상임금 해당 여부를 판단한 바 있다. 고용노동부의 노사지도 지침도 이점을 고려하여 지급일 재직조건이 정기상여금에 대해서도 적용된다고 밝히고 있고, 대법원 전원합의체 판결 이후 최초로 내려진 하급심 판결(부산고법 2014. 1. 8. 선고 2012나7816)도 이를 확인하고 있다.

할 만한 사정이 없는 한 존중해야 한다. 즉, 특별히 강행규정을 위반한 것이 없는 한 노사가 그에 관한 지급조건을 정하여 법적 규범성이 인정되기에 이르렀다면 그 적용을 부인할 수 없을 것이다.

둘째, 매월 지급되는 고정적인 급여와 달리 상여금이나 수당은 실적이나 성적 또는 지급일 당시 재직 여부 등과 같이 지급시의 구체적인 조건이 적용되어 그 청구권의 유무가 확정되는 경우도 있다. 즉, 노무의 제공이 있다면 당연히 그 대가로서 지급되어야 할 고용계약상의 본래적 채무와는 그 성질을 달리하여 당사자 간의 계약이나 노사간 협약에서 그 지급조건을 달리 정하고 그 조건의 성취 여부에 의하여 지급 여부가 결정되는 상여금이나 수당이 강행법규에 반한다고 단정할 수는 없을 것이다.

셋째, 상여금 등의 금품이 이미 제공된 근로의 대가로서만 제한적으로 이해하지 아니하고 향후 계속근무에 대한 기대도 포함하고 있으며, 근로자의 사기를 앙양(昂揚)하려는 목적도 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 보기도 어려울 것이다. 이와 관련하여 일본에서는 “상여는 노동의 대가로서의 성격을 가진다고 하지만 그 지급조건을 취업규칙 등에서 정하는 것 자체는 위법이라고 할 수 없고, 또한 종업원의 근무계속의 확보라는 견지에 보면 재적자(在籍者) 요건을 설정하는 것도 불합리하다고 할 수 없다는 점을 함께 고려하면 회사의 취업규칙에 상여의 지급에 대해서 재적자 요건을 둔 것이 노동기준법 제24조에 위반한 것이라고 할 수 없다”는 하급심 판결,<sup>8)</sup> 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,<sup>9)</sup> 상여금의 성격에 비추어 “그 수급자격자를 명확한 기준으로 확정할 필요에서 정해진 것으로 인정되는 합리성이 있다”고 한 하급심 판결<sup>10)</sup> 등 상여금에 대한 지급일 재직요건의 합리성을 인정한 다수의 판결이 있다. 즉, 지급일 재직요건의 합리성 근거로 장기근속의 기대, 계속근무의 확보 또는 상여금 수급자격자의 명확화 내지 노동능력의 향상·근로의욕의 확보 등이 열거되고 있다.

일부 견해는 상여금이나 수당의 지급주기가 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 있더라도 그 임금성이 인정된다면 중도에 퇴직한 근로자에게는 그 근무기간 만큼은 비례적으로 지급되어야 한다는 점을 들어 지급일 재직요건의 유효성을 인정하지 않는다.<sup>11)</sup> 즉, 모든 임

8) 神戸地判 平成 元年 3.27 勞判 553号 89頁.

9) 札幌高判 昭和 58.3.29 勞判 418号 112頁.

10) 東京地判 平成 14.9.9 勞判 838号 ダイジェスト 98頁.

11) 대표적으로 이철수, 『통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결』, 한국노동법학회 학술대회 발제문, p.15 참조.

금은 근로의 대가이고 그 지급주기가 1개월을 넘어 규정되더라도 퇴직시점까지 근로의 대가는 비례적으로 지급되어야 한다는 것이 그 요지이다.

그러나 대법원이 밝혔듯이 상여금의 연원이 은혜적·포상적 이윤배분이나 성과급에서 비롯된 점, 정기적·일률적으로 지급되는 경우가 많다고 하지만 여전히 성과급, 공로보상 또는 계속근로의 장려 차원에서 지급되는 경우도 있고, 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. 그러므로 근로의 대가라는 추상적 이유로 모든 임금에 대해서 지급일 재직요건과 같이 일정한 지급조건을 요구하는 것을 무효라고 볼 수는 없다.

다만, 어떤 금품이 후불되는 임금으로 지급되는 것이 명백하거나 성과에 따른 이익배분적 성격이 강한 경우에는 지급일 재직요건이 합리성을 결하여 근무일수에 비례하여 상여금 지급청구권이 인정될 수도 있을 것이다. 다만, 그 합리성은 단순히 지급방법이나 지급주기만으로 판단되기 어렵다. 예컨대 정기상여금을 연봉제 방식으로 매월 분할 지급하는 경우이거나 연봉제로 매월 분할 지급하더라도 명절에 추가로 지급되는 부분에 대해서 지급일 재직요건을 설정한 경우는 어떻게 평가되어야 하는지가 문제된다. 생각건대 지급일 당시 재직중인 자에게만 지급하는 상여금이나 수당은 그 지급되는 금품의 구체적 성격에 따라 개별적으로 그 유효성이 판단되어야 할 것이다. 연봉제 이전에 정기상여금의 성격과 지급방법이 연봉제에서 어떻게 변용되었는지도 고려대상이 될 수 있을 것이다. 단순히 지급형태와 주기만이 바뀐 것이라면 그 성격을 종전과 달리 볼 것은 아니다. 반면에 매달 지급되는 고정적 급여의 성격이 강함에도 형식적으로 상여나 수당이라는 명목으로 지급되는 것이라면 지급일 재직요건은 합리성을 인정받기 어려울 것이다.

## 2. 노사합의 및 신의칙 적용요건과 관련하여

### 가. 노사합의의 유효성

이번 판결의 다수의견에 따르면 근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 그 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효가 되며 그에 따라 무효가 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다(제3조, 제15조 참조). 통상임금은 위 근로조건을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로 사용자와 근로

자가 통상임금의 의미나 범위에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니라고 전제한 다음, 노사가 성질상 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 합의하였다 하더라도 그 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에 정한 통상임금 산정 기준에 미달할 때에는 그 미달하는 범위 내에서 노사합의는 무효라고 한다. 원래는 합의대상이 될 수 없으나, 설령 합의하였다 하더라도 근로기준법상의 기준에 미달하면 무효가 된다는 것이다.

그러나 근로기준법의 최저기준의 의미는 노사간 합의를 무효로 하는 효력뿐만 아니라 무효가 된 부분에 대해서는 근로기준법에서 정한 기준이 직접 적용되도록 하는데 있는바, 그 직접 적용되는 내용이 구체적이거나 명확하지 않은 경우에도 별칙의 적용이 예정된 최저기준으로서 강행적 효력이 인정되기는 어려울 것이다.

또한 현행 노동관계법은 근로기준법의 최저기준과 함께 단체협약 등 노사합의에 의한 근로조건의 형성적 기능도 인정하고 있다. 예컨대 근로기준법상 최저기준에 반하는 (개별적) 근로계약의 부분은 무효이지만 협약자치에 기초한 단체협약은 위법한 사항에 대하여 시정명령의 대상일 뿐 당연무효가 되는 것은 아니다. 물론 단체협약상의 특정 합의도 민법 제103조에 따라 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효가 될 수는 있지만 근로기준법 제15조에 따라 최저기준에 반한다는 이유로 근로계약과 마찬가지로 무효로 할 수 있는지는 의문이다.

이와 관련하여 이번 판결에 제시된 별개의견은 법률에 통상임금에 관한 내용을 정하는 명시적인 규정이나 위임규정이 없는 사정 아래서는 현행법상 노사합의의 법적효력이 인정된다고 하고, 통상임금에 관한 노사합의(관행이나 묵시적 합의 포함)는 근로조건에 사적자치가 인정되는 이상 그 합의의 효력을 부정할 적법한 근거가 없는 한 그 법적 효력이 인정되어야 한다는 견해를 피력하였다.<sup>12)</sup>

#### 나. 신의칙 적용의 의의와 한계

일부에서는 대법원이 신의칙을 적용하여 무효인 노사합의를 이유로 법정 수당을 추가로 요구하는 근로자측의 청구를 배제하고자 하는데 대하여 적극적으로 비판하고 있지만,

12) 이번 판결의 보충의견은 비록 노사합의의 유효성을 직접 인정하지는 않았지만, 노사합의의 가능성을 인정하고 있는 것으로 보인다. 즉, 근로자에게 지급되는 임금 중 어느 임금을 통상임금에 포함시킬 것인지 정하는 노사합의는 근로기준법이 정한 기준에 미치지 못하는 범위에서 허용될 수 없지만, 근로자와 사용자는 동등한 지위에서 자유의사에 따라 임금의 내용과 지급조건을 정할 수 있고, 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 없다고 하고 있다.

이번 판결의 본질은 통상임금의 강행적 기준이 불분명하였던 과거 법적 환경에서 이뤄진 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의에 대해서는 사실상 (물론 일정한 요건하에서) 그 유효성을 인정하는데 있다. 즉, 국가의 권력작용(Hoheitsakt)에 일정한 흠결이 있음을 인정하고 이를 신뢰한 노사가 스스로 기준을 마련하여 적용해 왔다면 이를 일률적으로 무효로 볼 것은 아니고, 통상임금에 관한 그동안의 혼란과 갈등을 해소하고 새로운 기준을 마련할 수 있도록 종래의 기준에 대해서는 일응 그 효력을 인정하기 위한 법적 근거를 마련해 준 것이다.

물론 다수의견이 아무리 상세하게 신의칙 적용의 요건을 설명하고 있다 하더라도 그 기준을 일반화·계량화하기는 어려우므로 각각의 구체적 사건마다 개별적으로 판단할 수밖에 없고 판단자에 따라 결론이 다를 수밖에 없다는 점을 고려하면 신의칙을 통해 과거 추가수당분의 청구를 배척하는 것은 상당한 법적 혼란을 수반할 수밖에 없을 것으로 예상된다. 따라서 신의칙 법리는 통상임금 문제를 해결하는데 기본적으로 한계를 가질 수밖에 없다.

이번 판결에서 가장 큰 쟁점으로 떠오른 것은 기존 노사합의를 대체하는 새로운 합의가 이뤄질 때까지 신의칙이 적용될 수 있는지 여부이다. 대법원의 다수의견은 신의칙의 적용이 인정되는 요건을 정하고 있을 뿐이므로 신의칙의 적용이 인정되는 특별한 사정이 해소되지 아니하였다면 신의칙의 적용을 배제해야 할 이유가 없을 것이다. 즉, 신의칙의 적용이 인정되기 위한 요건으로 제시된 관련 노사합의의 존재, 추가임금 지급 시 기업측의 중대한 경영상의 곤란 초래 등의 사정이 계속해서 존재한다면 추가임금 지급요구는 신의칙 위반으로 인정될 가능성이 있다. 이와 관련하여 이 판결의 보도자료에 따르면, 이 판결로 그와 같은 노사합의가 무효임이 선언된 이후에는 그와 같은 신뢰가 있을 수 없음이 명백하므로, 신의칙 법리는 이 판결 이후의 합의에는 적용될 수 없다고 하고 있는데, 이 판결 이후의 합의는 기존 합의를 대체하는 새로운 합의라고 해석하는 것이 현재까지는 일반적인 견해로 보인다.

고용노동부의 노사지도 지침도 같은 취지에서 전원합의체 판결일(2013. 12. 18) 이후에 노사가 새로이 합의한 때부터 신의칙이 적용되지 않는 것으로 볼 수 있다고 제시하였다. 다만, 대법원 판결이 통상임금 판단기준을 명확히 제시하였고, 신의칙을 인정한 취지에 비추어 볼 때 당초 합의기간 만료 전에 노사가 성실히 협의하여 가급적 2014년 상반기 중 원만하게 해결하도록 지도하겠다는 방침도 함께 제시하였다.<sup>13)</sup>

13) 신의칙은 개별 사안마다 그 적용 여부가 달리 판단될 수 있으며, 당사자 일방이 자신에게 유리한 대법원 판결내용만을 근거로 새로운 합의의 체결을 회피하는 것은 허용되기 어려울 것이다. 따라서 노사합의의 유효기간 만료 전후 노사의 협상태도나 방법, 목적 등도 신의칙 적용 여부에 영향을 미칠 수 있다고 생각된다.

### Ⅲ. 통상임금 정책과제

#### 1. 판결의 한계와 입법의 필요성

##### 가. 판결의 한계

이번 대법원 전원합의체 판결은 우리 기업의 임금체계에서 아킬레스건으로 지적되어 온 정기상여금에 대하여 포상, 공로보상, 계속근로의 장려금의 성격도 있고, 그 지급형태나 지급조건이 다양하여 그 성질이 명확하지 않다는 점을 인정하면서도 기본적으로는 소정근로의 대가로서의 기본적 성격을 인정하는 정책적 판단을 하였다. 이를 위해서 1임금 지급기를 넘는 기간에 걸쳐 지급되는 임금에 대해서도 정기성을 인정하는 법리와 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의를 근로기준법의 강행규정에 반하여 무효라고 하는 법리를 채택하였다. 그러나 그로 인해 기업에 심각한 타격이 가해지는 것을 막기 위해 신의칙의 법리를 원용하여 노사합의 무효 주장에 따른 법정가산수당의 추가적 청구를 차단하는 정책적 판단을 추가하였다.<sup>14)</sup>

그와 함께 정기상여금의 소정근로 대가성을 인정하기 위해서는 고정성의 요건을 검토하여야 하고, 정기상여금의 지급조건은 그 성질의 다양성을 반영하여 마련된 것이므로 지급조건에 따라서 고정성이 부인되는 경우를 구체적으로 검토함으로써 소정근로의 대가라는 통상임금의 개념에 충실하게 판단하고자 하였다.

이와 같은 판결이유에 대해서는 전원합의체 내에서도 반대의견과 별개의견이 있어 찬반견해가 대립하고 있으며, 정책적 판단 방향이나 이를 정당화하는 법리에 있어서 다양한 논란이 제기될 것으로 예상된다.

뿐만 아니라 이 판결이 채택하고 있는 신의칙을 통한 이익조정은 과거지향적인 것으로서 불안정한 타협에 지나지 않으며, 향후 노사의 이익균형을 유지하는 데 신의칙은 더 이상 기능할 수 없다. 포괄적 임금협상의 결과로 탄생된 통상임금의 범위에 관한 합의는 근로자측뿐만 아니라 사용자측 모두 공동으로 그에 관한 사실 또는 법률에 관하여 동일한 착오의 결과이므로 양자의 이익조정 및 균형이 불가피하게 요구된다. 그러나 법원은 앞으로 더 이상 과거 잘못된 합의의 효력을 유지할 수 없다고 함에 따라 부당한 이익불균

14) 김형배 교수는 2014년 1월 23일 법률신문에 기고한 이 판결에 대한 평석을 통해 이 판결이 행한 정책적 판단과 이를 떠받치는 법리가 순리적 조화를 이루고 있지 않다고 비판하면서 궁극적으로는 입법을 통해 해결할 수밖에 없음을 강조하고 있다.

형을 시정할 수 있는 유일한 수단은 이제 법률밖에 없다.

이해당사자의 일방인 사용자측은 정기상여금의 통상임금 포함과 기존 노사합의의 유효성이 명백히 인정되지 않은 것을 비판하고 이를 입법으로 수정하고자 하는데 반해, 노동계는 복리후생수당이나 정기상여금 등에서 고정성 요건으로 제시된 지급일 재직 요건에 대한 문제점과 이를 임금이분설의 부활로 해석하는 등 우려를 제기함으로써 이와 관련하여 입법 필요성을 인식하고 있다는 점도 결국 입법을 통한 이익조정 필요성이 긴급하다는 점을 방증하고 있다.

#### 나. 입법 필요성과 긴급성

통상임금의 법적 정의와 그 범위에 관하여 입법을 통해 명확히 할 필요가 있는지 논란이 될 수 있다. 즉, 대법원 판결로서 대부분의 사례에 대한 판단기준이 명확히 정립되었으며, 문제가 된 정기상여금에 대해서도 고정성의 기준이 어느 정도는 분명해졌으므로 법률개정은 불요하다는 입장이 있을 수 있고, 그 경우 시행령이나 통상임금 산정지침을 대법원 판결에 따라 현실화하고 통상임금 논쟁을 마무리하는 것이 사회적 비용을 줄이는 방법이라는 견해가 제시될 수 있을 것이다.

그러나 통상임금의 정의와 범위를 법률로 명문화함으로써 근원적 해결방안을 도모해야 한다는 견해가 다수라고 판단된다. 대법원 전원합의체 판결에 의해서도 해결되지 않는 새로운 쟁점의 발생과 소제기를 통해 자신의 권리를 확인받고자 하는 경향이 줄어들지 않을 것이므로 시행령이나 예규 개정만으로는 그에 대응하기 어렵다는 것이다. 뿐만 아니라 통상임금의 입법론은 근로자와 기업 양측의 이해를 합리적·균형적으로 조정할 수 있는 수단으로서 의미를 갖는다. 시행령이나 행정지침은 현행 판결을 충실히 반영해야 하므로 사실상 당사자 간의 이해조정 가능성이 전무하다.

기업현장에서도 대법원 판결에 따라 통상임금의 범위를 새로 정립하기 위하여 임금체계 개편 등 임금교섭이 진행되었지만 노사협상의 난항을 거듭하면서 다시 추가임금 소송이 발생할 가능성이 높고 그에 따라 통상임금에 관한 불확실성이 지속될 전망이다. 결국 법적 혼란 및 비용부담의 위험을 최소화하기 위해서는 명확한 기준을 정립하여 신속하게 입법화하는 것이 유일한 방안이라는 결론에 이른다. 통상임금에 관한 입법이 더디게 진행될 경우 그로 인한 비용부담의 위험이 지나치게 커져 다시 대법원 판결 이전의 상황으로 돌아갈 가능성이 있다. 따라서 통상임금의 입법은 최우선적으로 다루어져야 한다.

나아가 통상임금의 원인과 배경을 고려할 때 이번 논쟁의 궁극적 과제는 합리적이고 투명하며 기업의 생산성 및 경영성과와 임금이 서로 연계되는 ‘**임금체계 개편**’에 있다고 할 수 있다. 그렇지만 임금체계 개편을 법률로 강제하기는 어려우므로 통상임금제도의

개선을 통해 임금체계 개편을 촉진할 수 있는 모멘텀을 확보해야 한다는 점도 입법론의 당위성을 설명하는 근거라고 할 수 있다.

## 2. 입법론의 방향과 내용

### 가. 입법의 기본관점

지난 2013년 6월 통상임금을 둘러싼 갈등을 해소하고 향후의 관련 분쟁을 예방하기 위해서는 임금제도의 개선과 임금체계의 합리적 개편이 불가피하다는 점을 인식하고 입법적 대안을 검토·마련하기 위하여 고용노동부 장관은 각계의 전문가들로 구성된 임금제도개선위원회(이하 “임개위”라 한다)를 발족시켰다.<sup>15)</sup> 임개위는 약 6개월에 걸친 밀도있는 토론을 통해 통상임금제도는 근로자와 기업의 이해관계를 합리적으로 조정하고 갈등 예방을 위한 기준을 제시하는 방향으로 입법적 개선이 이뤄져야 한다는데 공감대를 갖고 다양한 관점에서 견해들을 제시하고 조율하였다. 그러나 결국은 단일한 입법적 개선방안을 도출하는 데는 이르지 못하고 가능한 가장 대표적인 입장을 중심으로 두 개의 방안을 마련하여 향후 국회뿐만 아니라 노사정위원회 등 이해관계 당사자들의 논의과정에서 절충점을 찾을 수 있도록 하였다.

두 개의 방안이란 통상임금을 정기성과 일률성을 갖춘 모든 임금으로 확대하되, 기업의 부담을 고려하여 일정한 조정수단을 갖추는 방안(이를 임개위의 권고안에서는 “1안”이라고 하였다)과 통상임금의 범위를 1임금지급기를 기준으로 해당기간 중 지급되는 모든 임금으로 하되 1임금지급기를 초과하는 기간마다 지급되는 임금도 일정한 요건하에 통상임금에 포함하는 방안(이를 “2안”이라고 하였다)을 의미한다.

임개위 위원들 간에 합의된 통상임금제도의 개선을 위한 기본원칙은 다음과 같다. ① 통상임금의 개념을 법률로 명시함으로써 법적 규범성과 안정성을 확보할 것, ② 통상임금의 산입범위에 관한 예측 가능성을 제고하고 해석상 논란을 최소화할 것, ③ 미래지향적 관점에서 임금체계의 합리화 및 장시간 근로의 개선을 유인할 수 있도록 할 것, ④ 업종별·기업별 다양성과 특수성을 감안해 노사의 대등성 확보를 전제로 자율적 합의를 존중할 것, ⑤ 통상임금제도 변화에 따른 부담을 최소화하고 노사가 협력하여 연착륙시킬 수 있는 보완대책을 강구할 것 등이다.

또한 통상임금의 범위를 확정하기 위한 전제조건으로서 통상임금의 역할을 가능한 가산임금 산정을 위한 기준임금으로 한정하고, 그와 관계없이 근로자의 생활보장 등을 목

15) 임개위는 노동법 전문가 6명, 경제학 전문가 3명 그리고 노사관계 및 인력관리 전문가 3명 등 모두 12명으로 구성되었다.

적으로 하는 다른 사유에 대해서는 평균임금이나 그와 유사한 실질임금을 기준으로 지급액을 결정하는 것이 타당하다는 점을 제시하였다.<sup>16)</sup> 다만, 통상임금의 적용대상을 이처럼 제한하는 것은 당장 실현가능한 것은 아니므로 단계적으로 추진해 갈 수밖에 없다는 현실적 측면도 고려하지 않을 수 없다.

그밖에도 대법원 판결을 존중하되 사회양극화 등 사회적 갈등요인이 완화되거나 경감할 수 있는 방안이 강구되어야 한다는 점도 고려대상으로 제시하였다. 물론 대법원의 판결은 어디까지나 현행법의 해석과 적용에 관한 것이지, 그 자체가 법률은 아니므로 그와 다른 입법론은 얼마든지 제시될 수 있으며, 대법원 판결의 취지를 존중하되 그 문제점과 한계를 입법론에 반영할 수 있고 또한 마땅히 그러해야 한다.

#### 나. 구체적 입법방안

먼저 통상임금에 대해서는 지금까지 법률에 정의규정이 없었기 때문에 그 규율방식을 정하는 것이 선행되어야 한다. 우리 근로기준법의 규율방식을 보면 근로기준법의 기본적인 개념 및 제도의 내용은 제2조 제1항에서 정의하고 있으므로 이 조항에 통상임금의 정의규정을 신설하는데 별다른 이견이 없다. 다만, 기본적인 정의를 어떻게 할 것인지는 1안과 2안이 구별될 수 있는데, 2안에서는 현행 시행령의 정의규정을 법률상의 정의규정으로 승격하되, 통상임금에서 제외되는 임금에 관한 이른바 네거티브 기준을 법률이나 시행령에서 명시적으로 규정하는 방안을 제시한다. 대법원의 이번 판결도 근로기준법 시행령을 통상임금 개념에 관한 준거점으로 인정하였다는 점도 고려할 수 있다.

2안에 따르면 통상임금의 핵심기준의 하나로 먼저 1임금지급기 내에 지급되는 임금인지 여부가 제시되었다. 즉, 1개월 이내에 지급되는 고정적 임금이라면 그 성격이나 추가적인 조건에 관계없이 소정근로시간의 근로에 대한 대가로 인정하되, 1개월을 초과하는 임금은 상대적으로 소정근로의 대가로서의 의미가 약화되고 다른 추가적 사유가 포함될 가능성이 높다고 본 것이다. 실제로 상당수의 정기상여금이나 특정 수당은 전통적으로 근로자의 생활보전을 위해서라든가 공로나 노고에 대한 보상 및 계속근로의 장려라는 추가적인 목적을 가지고 있다.

다만, 명칭은 상여금이라고 하지만 지급조건과 방법 그리고 임금협상의 내용 등 그동안의 관행을 고려할 때 1개월 이내의 기간 동안 소정근로시간에 대하여 지급하기로 한

16) 이와 같은 견해는 이미 박지순(2013. 5), 『통상임금의 입법적 개선방향』, 『통상임금과 임금체계 개편』, 한국고용노사관계학회 학술세미나에서 제안한 바 있으며, 그 뒤에도 김홍영(2013. 12), 『통상임금의 입법적 과제』, 『노동법학』 제48호와 박종희(2014. 1), 『통상임금제도 개선의 입법정책적 과제』, 한국노동법학회 학술대회 발제문에서 같은 취지의 견해를 제시하고 있다. 임개위 위원들 간에도 대체로 공감대를 이루고 있는 전제조건이라고 할 수 있다.

금품과 다르게 취급하기 어렵다면 기본급과 마찬가지로 가산수당 산정을 위한 기준임금으로 인정되어야 한다. 특히 근로기준법 시행령 제23조는 1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유로 지급되는 임금에 한하여 매월 1회 이상의 정기지급의 원칙에 대한 예외로 인정하고 있으므로, 해당 상여금이 '1개월 초과기간에 걸쳐 지급되어야 할 사유'를 사용자가 소명하지 못할 경우에는 소정근로의 대가로서 인정하는 방안을 제시하였다.

그런데 이번 대법원 판결에서 별개의견을 제외한 다수의견 등은 통상임금의 판단기준으로서 1임금지급기를 인정하지 않았다는 점을 고려할 때 이를 그대로 유지하는 것은 쉽지 않을 것으로 생각된다. 그렇지만 대법원의 다수의견이 통상임금제도와 최저기준법의 관련성을 부인하고 있는데 이에 대해서는 다수의 전문가와 실무에서는 의구심을 보이고 있는 것도 사실이다.<sup>17)</sup>

한편 이번 대법원 판결에서는 반대의견을 제외하고 노사합의의 필요성이나 가능성을 인정하고 있다는 점을 고려하면 이를 법률에 명시하는 방안이 필요하다.<sup>18)</sup> 해석상 다툼은 있으나 법률에 근거가 없는 한 근로기준법의 강행규정에 반하는 노사합의를 인정하기 어렵다는 것이 이번 대법원 판결에서 확인된 바 있기 때문이다. 특히 기업마다 임금체계와 구성 및 지급조건이 천차만별이고, 통상임금도 일반적으로 기업내부의 임금협상의 범위에서 그 범위가 결정될 수밖에 없다는 현실을 고려할 뿐만 아니라 그를 통해서 노사의 실질적 이해관계의 합리적 조정이 가능하다는 점을 인식하면 법률로 강행적인 기준과 범위를 확립적으로 정할 경우 오히려 시대착오적인 결과가 나올 가능성도 배제할 수 없다. 뿐만 아니라 법률로 통상임금의 기준을 정한다면 공통적으로 적용될 수 있는 최소한의 것만을 정해야 기업간, 직무간 그리고 고용형태 간에 발생할 수도 있는 불합리한 차별을 방지하고 개별기업이나 직무의 근로특성을 반영할 수 있을 것이다. 그렇다면 법률에서는 통상임금에 관하여 최소한의 기준만을 제시하고 현실적으로는 노사자치에 의하여 통상임금의 범위가 결정될 수 있도록 개방형 요건을 포함하도록 하는 것이 타당할 것이다.<sup>19)</sup>

이와 같이 제외금품의 기준을 어떻게 구성하느냐와 노사자치가 기능할 수 있는 영역을 어떻게 설정할 것인지가 입법론에서 가장 중요하게 다뤄질 과제일 것이다. 구체적으로는 대법원이 사실상 소정근로의 핵심적 개념징표로 제시한 일률성 및 고정성과 관련하여 성

17) 임개위의 권고안에서도 임금제도의 일관성을 위해서는 양 제도의 체계정합성을 요구하고 있다. 그렇다면 최저임금법을 개정하여 일관성을 유지하는 것이 바람직한지 아니면 통상임금제도를 개선하여 체계정합성을 유지하는 것이 바람직한지 고민하지 않을 수 없다.

18) 박중희, 앞의 발제문, p.40도 같은 취지로 보인다. 다만, 노사합의의 주체를 과반수노조로 한정할 필요는 없을 것이다.

19) 노사가 임금협상을 타결하면서 법정수당 등의 산정을 위한 시간당 기준임금도 함께 규율하는 방식을 고려할 수도 있을 것이다. 그 모델은 독일 금속노조의 임금협약에서 제시하고 있다. 자세한 것은 박지순 외(2013), 『통상임금의 국제비교 및 시사점 연구』, 대한상공회의소, p.43 이하 참조.

격상 소정근로의 가치평가와 관련되지 않은 조건으로 지급되는 금품(예: 가족수당), 성과급·변동급 등 지급 여부와 지급액이 확정되어 있지 아니한 금품, 지급일 재직 요건이나 최소 근무일수 충족요건을 갖추지 못하여 고정성이 인정되기 어려운 금품에 대해서는 통상임금으로서의 성질을 인정하지 않는다. 그리고 근로현장에서 논란이 되고 있는 1개월을 초과하는 기간마다 지급하는 금품(대표적으로 정기상여금)에 대해서는 그 포함 여부를 노사합의에 맡기는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.<sup>20)</sup>

그밖에도 할증률의 개선도 고려될 수 있을 것이다. 다만, 할증률의 현실화는 통상임금이 비대화될 경우 과도하게 형성될 법정수당비용을 조정하기 위해서 대안으로 제시될 수 있다. 통상임금제도의 개선 원칙으로 제시된 통상임금제도 변화에 따른 부담의 최소화를 실현하기 위한 방안이 될 수 있기 때문이다. 그러나 상여금이나 수당의 비중이 높지 않은 중소기업의 저소득근로자, 비정규직 근로자의 경우에는 결과적으로 낮은 할증률로 인하여 그렇지 않은 근로자와 현격한 소득격차가 발생하게 되어 사회양극화를 오히려 강화시키는 부작용이 우려된다. 따라서 할증률의 인하보다는 제2안이 제시한 것처럼 통상임금의 산입범위 자체에서 현실적인 노사간 이익조정 방법을 강구하는 것이 노사간, 노노간의 이익불균형을 시정할 수 있는 방안이 될 수 있다

#### IV. 결 론

통상임금을 둘러싼 소송전이 노사간 이진투구의 모습으로 흘러가는 것은 아닌지 걱정이다. 처음부터 이런 소송이 가능한 것인지 의문을 제기하는 견해가 적지 않았을 것이다. 법정수당 산정기준에 관한 문제이므로 기준에 의문이 있다면 신속하게 그 기준을 재정립하면 될 것이기 때문이다. 따라서 천문학적인 금품의 지급을 요구하는 소송으로 이를 다루는 것은 그만큼 이례적인 일이다. 통상임금의 범위에 대해서는 원래 두 가지 모델이 가능했다. 처음부터 법령에서 산입범위에 해당하거나 산입범위에서 제외되는 임금의 기준을 구체적으로 명시하든가, 아니면 노사합의의 대상으로 인정하는 것이다. 이도저도 아닌 어정쩡한 법령의 태도와 노사관계의 규칙에 지나치게 개입하는 법원의 의욕이 이와 같은 혼란을 낳은 것은 아닌지 반문하고 싶다. 불합리한 혼란을 하루빨리 끝내고 노사의 합리적 대결과 경쟁이 촉진되어야 할 것이다.

20) 노사의 교섭을 통해 합리적인 임금체제 개편으로 이어지기 위해서는 새로운 합의가 있을 때까지 기존의 노사합의나 관행의 효력을 유지할 수 있도록 경과규정을 두는 것도 고려할 수 있다. 이점은 대법원 전원합의체 판결이 취하고 있는 정신과 맞닿아 있다고 생각된다.

그런데 이와 같은 논쟁은 이른바 한국형 임금체계의 문제를 그 배경으로 한다. 즉, 임금체계의 문제를 해소하지 않으면 앞으로도 유사한 분쟁과 혼란이 되풀이될 가능성을 배제할 수 없다. 이런 의미에서 통상임금제도의 개선은 궁극적으로 임금체계 개편을 추동하는 계기가 되어야 한다. 또한 임금체계 개편을 통해 고정급의 현실화, 상여금의 실질화, 성과 및 변동급의 도입, 직무급제의 반영 등을 실현함으로써 통상임금의 기준과 명목을 실질적으로 일치시켜 나갈 필요가 있다. 이것이 통상임금 논쟁으로 대표되는 대한민국의 비정상상을 극복할 수 있는 방법이다.

특히 정기상여금은 한국적 상황이 상당히 반영된 독특한 임금항목으로서 비정상상의 정도가 가장 심한 부분으로, 이번 통상임금 문제에서 기업의 아킬레스건으로 작용해 왔다. 우리 사회가 안고 있는 임금체계의 문제점, 특히 정기상여금의 비현실적 비중이나 비정상적 성격을 해체하고 정상화하기 위해서는 고정급으로서 매월 기본급에 포함해야 할 부분, 명절상여나 그밖에 특수한 사정에 의하여 지급이 인정된 전통적 의미의 보너스 그리고 경영성과나 개인성과를 반영한 성과상여로 3분화되는 것이 바람직하다. 그러나 이는 기업의 노력만으로는 실현되기 어려운 구조를 가지고 있다. 노사의 합의가 선행되어야 하기 때문이다. 임금체계는 그 자체가 하루아침에 바뀌질 수 없는 한계를 안고 있다. 임금체계의 변화에 따라 노사 및 근로자 간에 이해관계가 극도로 엇갈리기 때문이다. 따라서 점진적으로 발전하고 개선해 갈 수 있도록 노사자치의 방향이 명확히 제시되어야 한다. 이제 과거의 혼돈에서 벗어나 상생의 동반자로서 합리적 경쟁과 긴장을 통해 정상적인 이익조정과 분배가 이뤄질 수 있도록 통상임금의 개선방안이 마련되어야 할 것이다. **KLI**