

# 노동판례리뷰

## 기간제 근로자에게는 인정되지 않는 장기근속기간

- 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결 -

### 【판결요지】

기간제법 제2조 제3호에서 말하는 ‘불리한 처우’는 원고들의 ‘기간제 근무기간’과 이 사건 비교대상 근로자들의 ‘정규직 근무기간’만을 비교대상으로 삼아 그 둘 사이에 차별이 있는지 여부를 검토하여야 한다. 이 사건 비교대상 근로자들의 경우 그 ‘정규직 근무기간’이 장기근속수당 산정에 필요한 근속기간에 포함되는 것에 비하여, 원고들의 경우 그 ‘기간제 근무기간’이 이에 포함되지 아니하므로, 원고들은 비교대상자에 비하여 불리한 처우를 받았다.

그러나 이 사건 장기근속수당은 장기근속에 대한 대가로 지급되는 외에 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것으로 볼 수 있는 점, 원고들의 기간제 근로 형태와 이 사건 비교대상 근로자들의 정규직 근로 형태가 채용 목적, 근로 범위나 권한 등의 측면에서 차이가 있는 것을 부정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 회사가 원고들의 기간제 근무기간을 장기근속수당 산정을 위한 근속기간에 포함하지 아니한 것에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

대상 사건은 기간제였던 근로자와 정규직 근로자 간의 장기근속수당의 산정에 필요한 근속기간에 차별적인 대우를 한 것으로서 직접차별을 구성하고, 또 기 적용된 규정의 결과로 차별의 대상이 된 기간제 근로자에게 장래에도 차별의 패턴을 형성하도록 하는 구조적 차별의 전형적인 사례이다.

이 사건에서 원고들은 1년을 근로계약기간으로 하는 기간제 근로자로 입사하여, 3년차부터 무기계약직으로 전환되어 근무하는 자들이다. 원고들은 자신들에게 군 복무 경력을 호봉승급 시 반영하지 아니하고, 장기근속수당을 지급하지 않은 것은 「기간제 및 단시간

근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)이 금지하는 차별적인 처우에 해당한다며, 회사를 상대로 서울지방노동위원회에 차별시정을 신청하였다. 그러나 서울지방노동위원회는 군 복무 경력을 기간제 근로기간 중 호봉승급에 반영하는 것은 차별로 인정하였으나, 장기근속수당의 미지급은 합리적인 이유가 있는 것으로서 차별이 아니라고 보았고(2010차별3), 중앙노동위원회도 초심판정과 같은 이유로 원고들의 재심신청을 기각하였다(2010차별16). 원고들은 이에 불복하여 서울행정법원에 이의를 제기하였다. 서울행정법원은 원고들에게 장기근속수당의 지급이 늦추어진다는 점에 대해 불리한 처우가 없다면, 기간제 근무기간을 근속기간에 산입하지 아니한 것은 당해 장기근속수당이 장기근무자들에 대한 공로보상적 성격을 가지는 것으로 보이고, 1년 단위로 계약을 체결하는 단기 고용 형태를 취하고 있는 기간제 근로에는 기간제법 제4조 제1항의 취지에 비추어 부합하지 않는다는 등의 이유를 들어 불합리한 차별로 보기 어렵다고 보았다(서울행법 2011. 5. 20. 선고 2011구합44146 판결). 서울고등법원에서도 원심의 판지를 그대로 받아들였다(서울고법 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결).

한편 대상판결은, 원심이 이 사건 기간제 근로자가 비교대상 근로자와 비교하여 장기근속수당의 산정기초가 되는 근속기간 산정 그 자체에 대해서는 ‘불리한 처우’를 받았다고 보았으나, 그러한 처우에 대한 합리적인 이유가 있는 것으로 보아 판결 결과에 아무런 영향을 미치지 않는다고 보았다. 그리고 장기근속수당은 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것이나, 원고들의 기간제 근로 형태와 이 사건 비교대상 근로자들의 정규직 근로 형태가 채용 목적, 근로 범위나 권한 등의 측면에서 차이가 있는 것을 부정할 수 없는 점 등을 종합하여 그 합리성을 판단하고 있다.

기간제법 제8조에서 금지하는 차별적 처우에는 비교대상자와 ‘임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항’이 포함된다(제2조 제3호). 따라서 기간제 근무기간이 장기근속수당 산정에 필요한 근속기간에 포함되지 아니한 것은 비교대상자 간의 차별적인 처우에 해당되고, 당연히 동법에서 보호하고자 하는 보호법익에 포함되는 것으로 볼 수 있어 ‘불리한 처우’에 해당된다. 또한 장기근속수당은 대상판결이 언급하고 있는 장기근속 대가 외에도 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것이라 할 수 있다. 그러나 문제된 장기근속수당을 두 비교집단에게 달리 적용하여야 할 당위성과 그 차별적 처우의 합리성 판단에 대해서는 선뜻 찬성하기 어렵다.

기간제법의 목적은 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고, 기간제 근로자 보호의 강화에 있다(제1조). 그런 점에서 기간제법은 기간제 근로자의 임금 등 근로조건 및 복리후생을 비교대상 근로자와 동일하게 적용하고, 동일 또는 유사한 노동에서의 균등대우를 실현하도록 하기 위해 도입된 것으로 이해하는 것이 옳을 것이다. 동법 제4조

제1항 기간제 2년 이상 사용금지 조항은 기간제 계약기간 만료에도 이들의 고용보장을 위해 채용을 영속하도록 하기 위한 것이지, 기간 내에서만 사용하고 계약이 끝나면 곧바로 계약을 해지하라는 의미는 아닌 것이다. 제4조 제2항에서 “2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용한 경우에는 기간이 없는 근로계약을 체결한 것으로 본다”는 간주규정을 두고 있다는 점에서는 적어도 그렇다.

그러나 대상판결의 논지를 거칠게 뒤집어 보면, ‘정규직의 장기근속은 장려할 가치가 있는 것이나, 기간제는 정규직과는 달리 그러한 장려정책의 대상이 아니다’는 의미로 읽힌다. 더욱이 그런 이해하에서 본다면 우리 기간제법은 기간제 근로자에 대한 차별을 시정하고 보호하는 법이 아니라, 기간제 근로자를 지속적으로 양산하고 이들에 대한 차별적인 처우를 방치하도록 하는 법제가 된다. 대상판결에서 기간제를 사회 구조적인 차별의 대상이 되게 하는 것은 아닌지, 정규직 근로자에 대해서만 장기근속을 보상하고 장려해야 할 이유는 무엇인지 그 당위성을 더욱 구체적으로 검토했어야 한다.

한편 법에서 보호하고자 하는 평등권 침해행위의 정당성은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리라는 목적을 위하여 필요한 경우에 한하여 인정되는 것이어야 하고, 그 방법과 정도에서도 과잉금지 원칙이 적용된다고 보는 것이 일반적이다. 그리고 과잉금지의 원칙은 목적의 정당성, 방법의 정당성 외에도 피해의 최소성과 법익의 균형성 등을 요구한다. 즉 그 판단에서 차별적인 결과가 발생되지 않도록 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 침해가 최소화될 수 있도록 한 것인지, 행위자와 침해자 간 법익의 균형 관계가 유지되는 것인지 여부를 살펴보아야 하는 것이다. 이러한 원칙은 사인 간의 관계에서 발생하는 것이라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

그런데 대상판결은 문제된 차별적인 규정의 합리적인 이유는 기간제에 대한 차별적 규정을 둘 필요성이 인정되어야 하고, 방법·정도의 적정성이 인정되어야 한다는 기존의 대법원 판지를 그대로 인용하면서(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결), 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등으로 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 실시한다. 그러면서 이 사건에서 문제된 장기근속수당은 “장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것으로 볼 수 있다”고 하면서도, “기간제 근로형태와 비교대상자들의 근로형태는 채용 목적, 근로범위나 권한 등의 측면에서 차이가 있는 것을 부정할 수 없다는 점 등”을 들어 비교대상자에게 장기근속수당을 달리 적용하여야 할 합리성이 있는 것으로 본다. 그러나 어디에서도 기간제 근로자에 대한 차별행위, 즉 평등권 침해의 최소성과 법익의 균형성 등에 대한 논의는 찾아볼 수 없으며, 그 합리성 요소로 들고 있는 비교대상자 간의 채용 목적의 상이성, 근로의 범위나 권한 등의 측면에서 사실상 어떠한 차이가 있는지, 그로써 비교대상자 간에 장기근속수당의 산정근거가 되는

근속기간에 차등을 두어야 할 합리적인 이유 등에 대해 구체적인 판단을 하지 않는다.

그러나 앞서 본 바와 같이 차별 여부는 일반적으로, 장기근속수당의 산정근거가 되는 근속기간의 산정을 비교대상자 간에 달리 적용하여야 할 목적과 필요성 및 차별의 의도성 여부를 따져야 하고, 그러한 차별적인 처우를 함으로써 차별의 대상이 되는 자에게 차별적인 결과가 발생되지 않도록 하는 어떠한 조치 내지 방법을 취했는지, 그러한 조치 내지 방법을 취하는 것 또는 비교대상자 간에 동일한 규정을 적용하는 것이 사용자에게 과도한 부담을 주게 되는 것인지 여부 등을 검토함으로써 판단하는 것이 옳다. 특히 캐나다 등에서는 평등권을 침해하는 차별의 판단을 목적의 정당성, 직무관련 목적을 달성하기 위한 불가피한 것이라는 선의의 믿음, 차별의 필요성을 요건으로 판단하며, 필요성의 판단에서는 차별을 하지 않으면 행위자에게 과도한 부담이 발생함으로써 사업을 운영하기 어려운 정도의 부담이 된다는 점을 입증하도록 하여 차별적인 결과가 발생하지 않도록 하고 있다는 점은 우리에게도 시사하는 바가 크다.

비정규직은 근로자 개인의 선택이 아니라, 세계적인 자본시장의 흐름과 노동시장 수요의 결과로서 받아들일 수밖에 없는 사회 구조적 현상의 결과물이다. 근로자는 할 수만 있다면 비정규직을 버리고 정규직을 선택할 것이다. 우리 기간제법을 포함한 소위 비정규직법은 그러한 사회 구조적으로 발생하는 차별현상을 치유하기 위한 최소한의 제도적 장치로 생각된다. 따라서 이들의 차별시정은 사회 구조적 원인과 법제도적 취지를 명확하게 함으로써 이들의 권리를 소홀히 다루어서는 안 되고, 그 판단은 기본권 법리에 보다 충실한 방식일 것이 요구된다. **KL**

이수연(노사신문사 편집장, 법학박사)

## 최저임금법 제6조 제5항이 시행된 이후 퇴직한 택시운전기사의 퇴직금 산정을 위한 최저임금액의 감액여부

- 대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다70388 판결 -

### 【판결요지】

일반택시운송사업을 영위하는 사용자로서는 최저임금법 제6조 제5항 시행일 이후 퇴직한 근로자가 위 조항에서 정한 최저임금에 미달하는 임금을 받아 왔던 경우에는 퇴직일 이전 3개월 동안 위 근로자에게 실제로 지급된 임금뿐만 아니라 위 조항에 따라 당연히 지급되어야 할 임금 중 지급되지 아니한 금액이 포함된 평균임금을 기초로 산정한 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 할 것이다.

일반택시운송사업의 운전업무에 종사하는 근로자에 대하여 최저임금이 시행되었다면 이들 근로자에게 최저임금 이상을 지급해야 하는 것이 당연한 이치일 것인데, 왜 위 대법원은 이렇게 당연한 판결을 하였을까? 이와 같이 대법원이 당연한 판결을 한 것은 원심(대구지방법원 2012. 7. 11. 선고 2012나2710 판결)이 이례적인 판단을 했기 때문이다(대상판결의 표현에 따르면 ‘함부로’).

택시근로자의 임금체계는 일반 근로자와는 다른 특수성을 가지고 있다. 하나는, 정액 사납금제를 운영하고 있는 경우인데, 운전자가 수입액 중 일정액만 사납금(기준운송수입금)으로 사업주에게 납부하고 일정수준의 임금을 지급하고 초과운송수입금은 근로자 개인 수입으로 하는 경우이다(운송수입금전액관리제에 따라 사업주가 사납금은 물론 초과 사납금까지 일단 근로자로부터 받아 보관하고 있다가 임금 지급일에 초과사납금을 근로자에게 되돌려주는 형태). 다른 하나는, 운송수입금 전액을 사업주에게 납부하고 1일 사납금(기준운송수입금)을 정하고 소정근로시간에 대한 정액급과 초과운송수입금을 노사가 배분하여 이를 성과급으로 지급하거나, 1일 사납금을 정하지 않고 고정급과 총운송수입금에 따라 차등으로 성과급을 지급하는 것이다. 최저임금법(이하 ‘최임법’) 제6조 제5항이 제정·시행되기 이전에, 최임법에서 임금이 통상적으로 도급제나 그 밖에 이와 비슷한 형태로 정해진 경우 최저임금액을 노동부장관(현 고용노동부장관)이 별도로 결정·고시하도록 되어 있으나 이에 대해 별도로 결정·고시한 바 없으므로, 노동부에서 택시근로자의 최저임금미달 여부 등을 판단하는 데 있어 적용할 최저임금액은 통상의 근로자의 최저임금액을 준용하되, 산정방식에 대해서는 임금산정기간의 임금총액을 기간의 총근로시간수로 나누어 시간급으로 환산하여 적용하여 왔다. 그리고 초과운송수입금에 대

하여 사업주의 지배가능성 및 관리가능성이 있다고 보아 최저임금의 적용을 위한 임금범위에 포함하여 산정한 결과 실제 택시근로자의 기본급여액이 최저임금에 현저하게 미달하여도 구(舊) 최임법에 저촉되지 않음으로 인하여 택시근로자의 저임금구조를 고착화시키는 결과를 초래하였다. 이에 2004. 5. 이후 출근 노동계에서 초과운송수입금을 최저임금 산입범위에서 제외할 것을 요구하였고, 이에 대한 개선의 필요성을 공감하여 현행 최임법 제6조 제5항이 2007. 12. 27. 신설되었다.

이 사건 근로자는 1998. 10. 피고회사에 택시운전기사로 입사하여 격일제로 근무하던 중 2010. 11. 24. 퇴직한 근로자이다. 피고회사는 퇴사 직전 3개월 동안 실제 지급된 임금을 기초로 계산한 퇴직금 2,146,041원을 이 근로자에게 지급하였다(무려 12년 넘는 기간 동안의 퇴직금이 고작 2,146,041원이라니!?). 이에 이 사건 근로자는 개정된 최임법이 시행된 이후에 퇴직하였고, 실제 산정된 임금이 최저임금에 미달하므로 2010년 최저임금액 시급 4,110원을 기준으로 산정된 퇴직금 14,942,417원을 받아야 한다고 주장하여 그 차액을 구하는 소를 제기하였다(소송 계속 중 이 사건 근로자가 사망하여 상속인이 소송수계인이 되었다).

먼저, 이와 관련 법규정을 살펴본다. 최임법 제6조 제1항은 “사용자는 최저임금의 적용을 받는 근로자에게 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 한다”고(이를 위반하여 최저임금액보다 적은 임금을 지급하는 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금: 제28조 제1항), 제6조 제3항은 “최저임금의 적용을 받은 근로자와 사용자 사이의 근로계약 중 최저임금액에 미치지 못하는 금액을 임금으로 정한 부분은 무효로 하며, 이 경우 무효로 된 부분은 이 법으로 정한 최저임금과 동일한 임금을 지급하기로 한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 또한 앞서 본 바와 같이 택시운전기사의 최저임금을 산정하기 위하여 그 산입범위를 정한 제6조 제5항이 2007. 12. 27. 신설되었으며, 그 내용은 “일반택시운송사업에서 운전업무에 종사하는 근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위는 생산고에 따른 임금을 제외한 대통령령으로 정하는 임금으로 한다”이다. 이에 따른 시행령 제5조의2는 “제6조 제5항에서 대통령령으로 정하는 임금이란 단체협약, 취업규칙, 근로계약에 정해진 지급 조건과 지급률에 따라 매월 1회 이상 지급하는 임금을 말한다. 다만, 소정근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금, 근로자의 생활 보조와 복리후생을 위하여 지급하는 임금은 산입하지 아니한다”고 규정하고 있다. 위 최임법 제6조 제5항은 부칙(법률 제8964호) 제1항에 따라 특별시·광역시·광역시의 경우 2009. 7. 1.부터, 제주특별자치도 및 시 지역의 경우 2010. 7. 1.부터, 그 외의 지역은 2012. 7. 1.부터 적용되었다.

피고회사의 사업장은 구미시에 소재하고 있으므로 위 최임법 제6조 제5항은 2010. 7. 1.부터 시행되었고, 이 근로자는 법시행 이후인 11. 24. 퇴직하였으므로 이 조항에 따라 산정된 임금(비교임금)이 최저임금에 미달하는 경우에는 당연히 최저임금을 평균임금으

로 하여 산정한 퇴직금을 지급하여야 한다. 원심인 대구지방법원은 이와 같은 사실을 인정하여 개정된 최저임금법을 적용한 퇴직금과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하고도, 피고회사에 대한 최저임금법 위반의 형사사건에서 대구지방법검찰청 김천지청 검사가 ‘죄가 안 됨’ 처분을 하였던 점<sup>1)</sup>, 위 조항 시행 전후에 퇴직한 근로자들 사이의 퇴직금 액수의 형평성과 근로자가 피고회사에 납입한 운송수입금의 액수 등을 고려하여 최저임금액을 기준으로 산정된 퇴직금의 65%로 정함이 상당하다고 판단하였다. 반면 대상판결은 위 조항에 따른 최저임금을 평균임금으로 하여 산정한 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 할 것이고, 원심이 판시한 바와 같은 사정을 모두 감안하더라도 이를 “함부로 감액할 수 없다”고 할 것이라고 하여 원심을 파기·환송하였다.

대상판결은 원심에 대해 ‘함부로’라는 표현만을 사용하였으나 이러한 비판만으로 부족하다. 법원은 법을 해석하는 자이지 새로운 법제도를 창설하는 법형성자로서의 입법자가 아니다. 또한 법원이 법형성을 하고 싶다면 법규정이 존재하지 않은 이른바 ‘법의 흠결’이 있어야 하며, 이러한 법의 흠결을 보충하기 위한 법형성이어야 한다는 한계가 주어진다. 특히 최저임금액의 감액에 대해서는 명시적인 규정(최임법 제5조 제2항)이 있으며, 이 규정에 따라 수습 사용 중에 있는 근로자(10% 감액)와 고용노동부장관의 승인을 받은 감시 또는 단속적 근로자(2014. 12. 31.까지 10% 감액)에 한정하여 감액적용된다. 또한 퇴직금제도 역시 강행규정이다(근로자퇴직급여보장법 제8조). 대상판결의 원심이 강행규정(그것도 형사처벌이 예정되어 있는 강행규정)에 반하여 최저임금액을 감액하거나 퇴직금을 감액한 것은 명시적 규정에 반하는 법률초월적 법형성을 한 것이다. 필자의 눈에는 원심을 파기·환송한 대상판결의 판단은 지극히 당연한 것으로 보이며, 대상판결은 명시적 규정에 반하여 새로운 법제도를 창설하는 입법자의 역할을 자처한 원심에 경종을 울리는 판결이라 생각한다. **㉮**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 연구교수)

1) 대구지방법검찰청 김천지청 검사는 개정된 최저임금법의 시행에 따른 새로운 임금협정이 체결되지 않은 상태에서 피고회사가 개정된 최저임금법 시행 후 최저임금을 적용하여 산정된 평균임금에 기한 퇴직금을 정산하도록 함은 ‘사회통념상 기대할 수 없다’는 이유로 피고회사 대표이사에게 ‘죄가 안 됨’ 처분을 하였다. 필자는 이러한 결과에 대해 의구심을 가지고 있다. 형사사건인 경우 단순히 최저임금에 못 미치는 임금을 지급하였다고 최임법 위반의 죄가 성립하는 것은 아니며, 여기에는 가벌성(加罰性)이 요구된다. 그러나 이 사건의 경우 최임법 제6조 제5항은 2007. 12. 27. 신설되었으며 그 시행에 있어서도 2009년부터 2012년까지 단계적으로 적용되었기 때문에 ‘사회통념상 기대할 수 없다’는 경우에 해당되지 않는 것으로 보인다.

## 구조조정을 위한 전직과 근로조건 변경의 합리성

- 서울고등법원 2014. 6. 11. 선고 2013나31528 판결 -

### 【판결요지】

2008. 10. K통신에서 자회사 콜법인으로 진출 시 3년간 신분보장 및 그 이후 자회사의 보수규정에 따라 계속근무가 가능하다고 약정한 사실은 인정되나, 자회사 입사 후 고용보장기간이 지난 원고들에 대한 직급을 폐지하고, 보수를 피고회사의 보수규정에 따라 감액한 것으로 근로기준법 제95조를 위반하였다고 볼 수 없다.

사건의 개요는 이렇다. 2002년 완전 민영화한 K통신은 2008. 10. 2.부터 2009. 7. 2.까지 20년 이상 근속한 직원들을 대상으로 명예퇴직 및 K통신이 출자하고 100번 콜센터 업무를 위탁한 A, B, C회사(이하 ‘콜법인’)로의 입사 지원을 받기 위하여 다음과 같은 내용의 공모(이하 ‘이 사건 공모’)를 하였다. ① 콜법인에서 받게 될 연봉수준은 2007년 K통신 연봉을 기준으로, 정년 잔여기간이 4년 이상인 경우에는 70%(정년 잔여기간이 4년 미만인 경우에는 65%)를 받고, ② 고용을 3년간 보장(단, 1953년 출생자는 2년간)하며, ③ 고용보장기간 이후의 급여는 해당 콜법인의 보수규정에 따라 지급하고, 콜법인에서의 직위 및 업무 등은 콜법인의 사장이 결정한다는 내용이다. K통신의 근로자였던 원고들을 포함한 500여 명은 이 사건 공모에 지원하여 K통신에 명예퇴직(이하 ‘이 사건 명예퇴직’) 신청을 함으로써 명예퇴직을 하고, 그 무렵 콜법인에 입사하였다. 2009. 11. 2. K1회사는 A, B회사를 흡수합병하였고, K2회사는 2009. 11. 2. C회사를 흡수합병하였다. 원고들은 이 사건 공모 내용대로 콜법인 입사 후 3년 동안 콜법인 및 이들을 흡수합병한 K1, K2회사(이하 ‘피고들’)로부터 종전 K통신에서 지급받았던 급여의 70% 상당의 급여를 지급받았다. K통신이 약정한 3년의 고용보장 기간이 만료하는 2011. 6. 17. K통신과 피고들 사이에 체결한 VOC<sup>2)</sup> 업무 위탁계약이 종료되고, 2011. 10. 1. 원고들이 수행하던 플라자업무<sup>3)</sup>(1.5선<sup>4)</sup>)가 폐지됨에 따라 피고들은 원고들에게 인사명령(이하 ‘이 사건 인사명령’)을 하고, 그 무렵의 피고들은 각 보수규정에 따라 원고들에게 기존 급여보다 절반 이상 감액된 임금을 지급하고 있다. 이에 원고 근로자들은 K통신의 근로자지위 확인과 더불어 피고들

- 2) Voice of Customer의 약자로, 유선으로 100번 콜센터에 접수되는 민원을 상담사로부터 전달받아 처리하는 업무를 말한다.
- 3) 전화국 창구에 방문하는 고객의 민원을 처리하는 업무를 말한다.
- 4) 고객센터인 플라자에서 가장 먼저 고객을 상대하는 상담직원인 1선과 창구 뒤에서 제반 업무를 처리하는 직원인 2선 사이에 자리하여 업무를 처리하는 것을 말한다.

의 이 사건 인사명령 및 임금 감액의 무효를 구하는 소를 제기한 것이다.

대상판결에서는 근로자지위 확인 및 K통신의 고용의무 등도 다루어졌지만, 이 글은 이 사건 인사명령과 임금 감액에 중점을 두고 근로조건 불이익변경의 법리의 관점에서 검토하고자 한다.

이 사건 인사명령과 임금 감액은 근로기준법 제95조 단서조항에 따라 원고들의 집단적 동의가 필요함에도 동의절차를 거치지 않아 무효라는 주장에 대해, 대상판결은 “피고들의 현행 보수규정의 적용을 받는 해당 직군 전체 근로자들의 과반수 동의를 받아 2011. 1. 1.부터 위 피고들의 현행 보수 규정을 시행한 사실을 인정할 수 있는바, 위 피고들의 현행 보수규정의 적용대상은 해당 직군 전체 근로자들이지 원고들에 한정되는 것이 아니므로, 해당 직군 전체 근로자들의 과반수 동의를 받은 이상 원고들에 한하여 별도의 동의절차를 거칠 필요 없이 위 피고들의 현행 보수규정은 취업규칙으로서 효력이 있다”고 판시하였다.

정립된 판례법리에 따르면, 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 되고, 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의주체가 된다(대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결). 대상판결에서도 확인한 바와 같이 흡수합병으로 근로조건이 이원화되어 취업규칙 변경에 따른 불이익의 대상은 원고들이었다. 따라서 취업규칙 불이익변경에서 원고들만이 집단적 동의주체가 되어야 한다. 이 점에 관한 면밀한 검토 없이 대상판결이 단순 과반수로 취업규칙의 불이익변경의 절차적 정당성을 인정한 것은 동의주체의 범위를 오해한 것이라 하지 않을 수 없다.

이런 절차적 정당성에 대한 미진한 점을 고려하여 대상판결은 ‘사회통념상 합리성론’을 근거로 취업규칙의 불이익변경의 효력을 인정하고 있다. 즉 “설령 원고들의 주장과 같이 원고들에 대한 별도의 집단적 의사결정이 필요한 것으로 보더라도 다음의 사정을 고려하여 볼 때 피고들의 현행 보수규정을 무효로 볼 수 없다”고 판단하였다. ① “사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법

적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다고 할 것”이다(대법원 2010.1.28. 선고 2009다32362 판결 참조). 그런데 ② “위 피고들의 현행 보수규정은 이 사건 공모조건, 원고들이 콜법인에 제출한 이 사건 각서, 콜법인 보수규정의 취지를 보수, 직위 및 업무면에서 구체화한 것일 뿐 흡수합병 사실 자체에 기인하여 원고들의 보수, 직위 및 업무내용을 새로 규율한 것으로 볼 수 없고, 원고들은 업무내용 및 업무량 등에서 위 피고들의 다른 직원과 별다른 차이가 없음에도 이 사건 공모에 응하여 전직하게 되면서 콜법인 입사 후 3년 동안 일시적으로 콜법인 또는 위 피고들의 다른 직원에 비하여 보수, 직위 및 업무내용에서 우대를 받아 왔으므로 위 피고들의 정상적인 경영 및 노무관리를 위해 이를 시정할 필요성도 있어 보인다는 점 등에 비추어 볼 때, 원고들에 대한 별도의 집단적 의사결정이 없이 원고들에 대하여 위 피고들의 현행 보수규정을 적용하였다고 하더라도 이를 무효라고 할 수 없다”고 실시하였다.

그러나 대상판결은 “사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다”는 정립된 판단법리를 간과하고 있다.

대상판결이 언급한 원고들에 대한 직급과 직무내용의 변경 및 임금 감액의 필요성은 ‘필요조건’이지 근로조건 불이익변경 법리의 ‘충분조건’은 아니다. 비록 원고들의 명예퇴직과 전적으로 직급과 직무내용의 변경 및 임금 감액이 예정되어 있다 하더라도, 신의칙에 반하여 합리적 예상 범위를 벗어난 업무로의 전출과 기존 생활을 유지할 수 없을 정도로 임금을 삭감하였다면(평균적으로 피고 K1의 경우 54.7%, 피고 K2의 경우 51.7% 감액함), 근로조건의 변경이 예정되어 있었다는 사실만으로 ‘근로조건 불이익변경’의 요건을 충족하였다고 볼 수 없다. K통신에서 명예퇴직하고 콜법인으로 전직한 원고들에 대해 기존의 업무 및 임금수준을 유지할 수 없다는 점은 수긍할 수 있다. 하지만, 직제를 폐지하고 직급을 강등시켜 노동 강도가 높은 업무로 전환시킨 다음 기존의 생활이 불가능할 정도로 임금을 절반 이상 삭감한 것은 피고들에게 근로자들을 회사에서 퇴출시키겠다는 의사가 있었다고 추론하는 것을 어렵지 않게 한다. 대상판결은 불이익하게 변경된 근로조건 내용의 합리적·실질적 심사 없이 변경의 필요성만으로 이 사건 인사명령과 임금 감액의 정당성을 인정함으로써 절차적 정당성뿐만 아니라 내용의 합리성 심사마저 미진하

다는 비판을 면할 수 없다.

정리하면, 명예퇴직과 자회사로의 전적을 받아들이더라도 마지막에는 직급체계를 없애고 최저임금 정도로 임금을 삭감하여 근로자의 자존감을 일거에 무너뜨려 근로자가 사직할 것을 강요하는 회사를 용인할 것인가라는 고용사회<sup>5)</sup>의 신뢰에 관한 문제이다. **KLI**

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

## 경영상 이유로 해고된 자의 우선 재고용의무

- 인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17168 판결 -

### 【판결요지】

근로자의 우선 재고용에 관한 권리를 실질적으로 보호하기 위하여 사용자는 근로기준법 제25조 제1항의 적용을 받는 신규 채용 절차에 앞서 재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 봄이 타당한바, 사용자가 정리해고 이후 1년여가 지나 유사업무 담당자를 채용하면서 정리해고 근로자에 대해 우선 재고용 절차를 이행하지 않은 채 신규 채용 절차를 진행한 것은 위법이다. 따라서 사용자는 정리해고 근로자에 대하여 고용의 의사를 표시할 의무가 있고, 더불어 다른 근로자를 신규 채용한 날부터의 임금상당액을 지급할 의무가 있다.

경영상 이유로 해고된 자(이하 ‘경영상 해고자’)에 대한 사용자의 우선 재고용의무가 2007. 7. 1. 시행된 이래 이를 근거로 소를 제기한 것은, 대상판결이 처음은 아니나 최초로 인정된 사례에 해당한다. 대상판결의 사안을 보면, 이 사건 근로자는 사회복지재단에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하던 중 2010. 6. 1. 경영상 이유로 B와 함께 해고되었고, 피고 사회복지재단은 2010. 12. 1.부터 2011. 9. 1.까지 4차례에 걸쳐 생활재활교사 4명을 순차로 신규채용을 하였다. 이 사건 근로자는 근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자가 경영상 필요에 의하여 근로자를 해고한 이후 그때로부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 사용자는 재고용을 원하는 경영상 해고자를 우선적으로 고용할 의무를 부담함에도 불구하고

5) 고용사회에 대한 법적 정의가 있는 것은 아니지만, 고용사회란 기본적으로 근로의 제공과 임금의 지급이라는 고용계약관계로 이루어진 사회를 말하고, 나아가 보다 적극적으로 고용과 근로를 통해 가치 있는 사회적 존재로서 인정하고 이를 제도적으로 보장하는 사회를 의미한다(菅野和夫(2004), 『新·雇用社会の法』, 有斐閣, 서문 참조).

이를 이행하지 않았으므로 고용의 의사표시를 할 의무가 있고, 이를 위반한 불법행위의 손해배상책임을 부담한다고 주장하였다. 대상판결에서 법적 쟁점은 우선 재고용 조항의 법적 성격, 재고용의무의 내용 및 위반의 효력 등이다. 이를 순차적으로 살펴보자.

첫째, 우선 재고용 조항(근로기준법 제25조 제1항)의 법적 성격이다. 피고는, 이 조항은 사용자의 사회적 책임을 강조한 의미일 뿐 사용자에게 법적인 의무를 부과한 조항이 아니며, 또한 이 조항을 근거로 근로자의 사용자에 대한 구체적인 권리가 발생하는 것은 아니라고 주장하였다. 대상판결은, 노력규정에 불과하였던 것을 근로자 보호 및 고용안정성의 도모를 위해 의무규정으로<sup>6)</sup> 개정된 입법자의 의도는 “정리해고를 한 사용자에게 재고용 노력의무를 넘어 법적인 재고용 의무를 부과한 것으로 볼 수 있는 점, 정리해고된 근로자는 자신에게 귀책사유가 없음에도 사용자의 경영상 판단에 따라 고용상실의 불이익을 감수하였고 이러한 근로자의 과거의 희생에 대한 사후적 보상의 필요성이 인정되는 점, 정리해고의 대상이 되는 근로자에 대한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 경영상의 이유에 의한 해고만을 강화한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 헌법 원리에 부합하지 않는다 할 것인 점” 등에 비추어 이 조항은 경영상 해고자가 이를 근거로 사용자에 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상의 청구권으로서의 성격을 가진다고 보았다.<sup>7)</sup> 대상판결은 언급하지 않았지만, 근로기준법 제15조에서는 이 법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다고 규정하고 있으므로 근로자는 이를 근거로 사업주에게 청구권을 행사할 수 있다.

둘째, 재고용의무의 대상 업무(‘해고된 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우’)이다. 피고는 이 사건 근로자가 경영상 해고 시 담당했던 업무는 ‘생활부업무 담당 생활재활교사’이나 신규 채용은 ‘사무행정업무 담당 생활재활교사’이므로 이 양자가 동일한 업무가 아니라고 주장하였다. 대상판결은 “채용 대상 업무와 해고 당시 근로자의 업무가 그 주된 내용에는 차이가 있다고 하더라도 동일한 수준의 직업능력·자격을 요하는 경우 동일한 업무”라고 해석하여 생활부업무 담당

6) 법률 제8293호 2007. 1. 26. 개정. 2007. 7. 1. 시행.

7) 입법이유를 보면, 다음과 같다.

“다. 경영상 이유로 해고된 근로자의 우선 재고용 의무화(구법 제31조의2 제1항)

(1) 현행은 사업주에게 경영상 이유로 해고한 근로자를 우선 고용하도록 노력할 의무만을 부과하고 있어 해고된 근로자를 그 기업에 재고용하도록 하는 수단으로서의 실효성이 낮다는 문제점이 있음.

(2) 경영상 이유로 근로자를 해고한 사용자가 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 담당하던 업무와 동일 업무에 근로자를 채용하는 경우에는 해고된 근로자를 우선적으로 고용하도록 의무를 부과함.

(3) 우선고용의무에 관한 규정을 둬으로써 경영상 이유로 해고된 근로자가 해고 전 기업에 재고용될 수 있는 기회가 넓어질 것으로 기대됨.”

생활재활교사와 사무행정업무 담당 생활재활교사에 요구되는 직업능력·자격에 차이가 없다고 판단하였다. 그리고 경영상 해고 이후 생활부업무 담당 생활재활교사가 퇴직한 공석에 기존 사무행정업무 담당 생활교사를 전보시키고 이 자리에 신규 채용한 것으로 비추어 재고용의무의 대상 업무에 해당한다고 본 것이다.

셋째, 우선 재고용의무의 이행방법(경영상 ‘해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다’)이다. 재고용의무의 이행절차를 도식화하면, ① 경영상 해고자에 대해 신규채용 통지 등으로 재고용될 의사가 있는지 여부를 확인하여야 한다(‘재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 신규 채용 절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인’). → ② 경영상 해고자는 위 통지 등에 고지된 절차에 따라 재고용우선권(‘원하면’)을 행사한다(해고된 날부터 3년 이내). 경영상 해고자가 이를 행사하지 않거나 사용자에게 아무런 의사표시를 하지 않는다면 거부권을 행사한 것이며, 사용자는 해당 근로자에 대해 재고용의무를 이행한 것이 된다. → ③ 사용자는 근로자의 재고용우선권 행사에 고용의 의사표시(승낙의 의사표시)를 하여야 한다. 경영상 해고자가 다수이고 재고용우선권을 행사하는 자가 다수이나 채용대상 업무가 소수일 경우, 사용자가 객관적 채용 기준에 따라 재고용우선권을 행사한 근로자들 중 일부를 고용하였다면 재고용의무를 이행한 것으로 볼 수 있다. 이 사건으로 돌아와 보면, 대상판결은 피고가 채용절차 진행 이전에 이 사건 근로자에게 개별적으로 통지하여 재고용 의사를 확인한 사실이 없다는 점을 들어 사용자의 재고용의무를 이행하지 않은 것으로 판단하였다. 타당한 판단이다.

넷째, 우선 재고용의무의 위반 효과이다. 사용자가 재고용의무를 이행하지 않을 경우 경영상 해고자는 재고용의무 이행의 소를 제기할 수 있으며, 재고용의무 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 재고용의무는 고용의제 내지 고용간주와 달리 사용자의 고용행위가 있어야 한다. 즉 재고용의무는 법규정에 따라 고용된 것으로 간주되는 것이 아니라 사용자가 근로자에 대해 고용하겠다는 의사표시(근로계약을 체결)를 하여야 효과가 발생하는 것이다. 따라서 재고용의무 이행을 구하는 소송은 구체적으로는 사용자에게 근로계약 체결에 있어서 승낙의 의사표시를 구하는 소가 될 것이다. 대상판결의 사안에서도 고용할 의무가 발생한 시점부터 이 사건 근로자에게 ‘고용의 의사를 표시할 의무’가 있다고 보았다. 이와 같은 고용의 의사표시가 있을 때 비로소 고용의무를 이행(근로계약의 체결)한 것이 된다.

〈재고용의무를 불이행할 경우〉



한편 재고용의무 불이행에 따른 불법행위의 손해배상의 범위 등이다. 대상판결은 2명의 생활재활교사 신규채용이 이루어진 2011. 7. 1. 우선적으로 고용할 의무가 발생하므로 이 시점부터 ‘고용의 의사표시’를 할 때까지 고용의무를 이행하였다더라면 근로자가 받았을 임금 상당액(이 사건에서는 경영상 해고되기 전 지급받았던 3개월 동안의 급여 평균액을 기준으로 함)을 지급할 의무가 있다고 판단하였고, 반면 정신적 손해에 대한 위자료는 기각하였다. 이 손해배상은 고용의무의 이행을 강제하는 간접강제적 성격을 가진다고 볼 수 있다. 다만, 대상판결에서 의구심이 드는 것은 고용의무 발생시점을 최초의 신규채용이 이루어진 2010. 12. 1.로 보지 않았고 두 번째 신규채용이 이루어진 2011. 7. 1.로 보았던 점이다. 물론 이 사건 근로자와 B가 같이 경영상 해고되었고, B도 재고용우선권을 가진다는 점에 미루어 2명이 신규채용이 이루어진 때가 이 사건 근로자에 대해 확실한 고용의무가 발생한 시점이겠지만, 그래도 사용자는 2010. 12. 1.부터 고용의무를 이행하지 않은 것이며, 이 시점에서 어느 1명은 재고용되었어야 한다. 또한 고용의무 발생시점에 대해서는 사용자가 입증하여야 하며, 이를 입증하지 못한 경우에는 최초의 고용의무 발생시점부터 손해배상액을 산정하여야 한다고 본다.

현행 노동법체계 내에서 고용의무를 부과하는 것은 위의 경영상 해고 시 우선 재고용의무(근로기준법 제25조 제1항)와 불법파견 등에 있어서 사용사업주의 직접 고용의무(파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2)이다. 이들 고용의무는 고용의무의 발생시점 등에서 차이가 날 뿐 본질적으로 차이가 없다는 점에서 대상판결은 불법파견 등의 직접 고용의무에 대해서도 시사점을 준다. **KL**

강선희(고려대 노동문제연구소 연구교수)

## 재직자 조건이 부가된 정기상여금과 통상임금

- 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2011가합27496 판결 -

### 【판결요지】

재직요건이 임금의 지급 조건이 되어 소정근로의 대가성과 임금의 고정성이 결여되었다고 평가하기 위해서는 그러한 임금이 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 형태여야 하는바, 여기에는 주로 명절수당, 휴가수당과 같이 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되는 복리후생적 성격이 강한 수당들이 해당된다고 봄이 상당하다. 회사는 소속 근로자들이 특정 시점에 재직한다는 사실만으로 정기상여금 전액을 지급한 것이 아니라 근로자들의 결근 등의 사유가 발생한 경우 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하였는바, 이 점에 비추어 보더라도 정기상여금이 재직요건이 부가된 임금으로서 소정근로의 대가성 및 고정성이 결여된 것이라고 보기는 어렵다.

통상임금에 관한 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결<정기상여금 판결> 및 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결<복리후생수당 판결>. 이하 ‘전합판결’이라 함)이 내려지자, 기업에서는 종전에 통상임금에 포함시키지 않았던 임금항목들을 통상임금에 포함시켜야 하는 부담이 생겼다. 종전처럼 통상임금에 포함시키지 않도록 하는 방법이 무엇일까 고민하자, 지급조건으로 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 설정해 놓으면 당연히 그 임금항목은 통상임금에 포함되지 않는다는 컨설팅이 횡행한다. 그러한 조건을 달면 통상임금의 범위를 확대하지 않고서도 종전처럼 연장근로를 계속할 수 있어 기업의 부담을 덜게 된다고 말한다.

전합판결은 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 있으면 통상임금이 아니라고 설명한다. 그런데 이 말을 곧이곧대로 믿고 그러한 조건을 붙이고서 통상임금의 논란이 해결되었다고 안심해서는 안 된다. 부산지방법원의 대상판결은 재직자 조건이 있어도 통상임금이라고 판단하였는데, 전합판결의 내용을 다르게 읽는 방식을 보인다.

왜 그렇게 해석되는가를 설명하기에 앞서, 왜 그렇게 해석되어야 하는가’를 설명하고 싶다. 위 컨설팅이 옳다면, 기본급을 제외한 모든 수당과 상여금에 그러한 조건을 다는 경우 기본급만이 통상임금이 된다. 기본급이 통상적으로 수령하는 임금의 1/3도 못 미치는 사업장에서도 그 기본급을 기준으로 연장근로수당을 계산하게 된다. 나아가 기본급에도 그러한 조건을 다는 경우 전혀 통상임금은 없게 된다. 노사가 통상임금의 규율을 회피

할 수 있는 통로를 열어 통상임금 법리가 근본적으로 훼손될 수 있다. 전합판결이 그러한 결과를 예측하고 의도하였으리라 생각되지 않는다. 사법부(법원)는 전합판결의 내용을 보완 내지 재해석하여 통상임금 법리의 규율력을 유지하여야 할 과제를 다시 떠안게 되었다. 전합판결의 내용을 기계적으로 적용하는 판결들이 내려지고 있기에, 그러한 자충수를 모면하는 방법이 필요했다. 대상판결은 그 새로운 시도로서 의미를 가진다. 이미 필자들이 『노동리뷰』의 지면을 통해 그러한 해석방법의 가능성을 제안했었는데,<sup>8)</sup> 대상판결은 그에 대한 화답이어서 더욱 반갑다.

필자는 새로운 해석방법으로,<sup>9)</sup> 조건 그 자체가 적법하여 유효하다고 평가받아야 하며 (① 조건의 유효성 검토), 그러한 조건이 있어 통상임금성이 부정되는 경우는 통상임금 법리의 취지에 비추어 제한적으로 해석되어야 하며(② 통상임금성 검토), 그러한 조건이 실제로 존재하는지를 엄격히 판단하여야 한다(③ 조건성립 검토)는 점을 제시한다. 즉 ① 임금항목에 재직자 조건, 일정 근무일수 조건이 있는 경우 퇴직자, 근무일수 미달자에게 지급하지 않는 부지급 조건을 의미하므로, 그러한 부지급 조건은 합리적 필요성 및 금액 비중의 적정성을 갖추어 사회통념상 상당성이 인정되어 적법하고 유효하다. 이는 전합판결에서 미처 다루지 못한 논점이다. 재직자 조건은 근로제공과 무관한 시점이 있는 복지수당의 경우에 예외적으로 적법하여 유효하다. ② 재직자 조건, 일정 근무일수 조건을 이유로 고정성 기준을 부인하여 통상임금성을 부정하는 해석은 소정근로의 대가인지를 궁극적인 기준으로 하여 통상임금성을 판단하는 방식으로 재해석되어야 한다. ③ 부지급 조건의 존재 내지 성립을 인정함에 신중하여야 한다. 명시적인 규정이 없다면, 묵시적인 노사합의로 인정되거나 관행이 성립되었다고 인정되어야 재직자 조건의 존재(성립)를 인정할 수 있다. 퇴직자에게 지급하지 않은 사실이 상당기간 지속되어 관행으로 인정되는 경우에도, 나아가 그러한 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 사실상의 제도로서 확립되었다 할 정도로 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 근로계약의 내용으로서 인정된다. 일정 근무일수 조건은 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 명시적으로 규정화되어 있어야 그러한 조건의 존재를 인정할 수 있다.

대상판결의 내용으로 돌아와 보자. 이 사건 정기상여금은 “매년 짝수월에 정기적·일률적으로 지급하여 왔으며, 그 액수도 만일 정기상여금이 2개월 간격이 아닌 1개월 간격

8) 김홍영(2014), 「통상임금 전원합의체 판결의 의의」, 『노동리뷰』 2월호, 한국노동연구원, pp.20~34; 김홍영(2014), 「월 24일 이상 근무 조건이 있는 상여금 등에 대해 통상임금을 부정」, 『노동리뷰』 7월호, 한국노동연구원, pp.62~65; 김기선(2014), 「재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다」, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원, pp.79~82.

9) 이후 필자의 생각을 체계적으로 정리하고 종합한 글로, 「통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토」, 『노동법연구』 제37호, 서울대학교 노동법연구회, 2014. 9, pp.31~82가 참조 가능하다. 이 글로부터 관련 내용을 차용하는 방식으로 이 리뷰 글이 쓰여졌음을 밝힌다.

으로 지급되었음을 가정할 때, 근로자 개인의 1월 기본급의 약 50%에 이르러 근로자 개인의 전체 급여에서 큰 비중을 차지하고 있다는 점 등에 비추어 그것이 근로의 대가성이 없는 금품이라거나 근로자의 특수하고 우연한 사정에 좌우되는 우발적·일시적 급여라고 보기 어렵다.” “정기상여금은 지급기준일을 기준으로 하여 결근 등의 사유로 근로를 제공하지 않은 근로자에게 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하였는바, 이 같은 정기상여금의 지급 형태에 비추어 보더라도 피고(회사)는 소속 근로자의 근로의 가치를 평가하고 그에 대한 대가로서 정기상여금을 지급하였다고 봄이 상당하다.” “정기상여금의 지급기준일 이전에 퇴직한 퇴직자에게 정기상여금이 지급되지 않았다는 사정은 정기상여금이 통상임금에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 부차적인 사정에 불과하고, 오히려 피고와 사원대표위원회 사이에 소정근로의 대가에 해당하는 정기상여금을 퇴직자에게 지급하지 않기로 하는 내용의 이 사건 단체협약이 체결되었거나 그와 같은 관행이 존재하였다고 하더라도 이는 앞서 본 바와 같이 소정근로의 대가로서의 성격이 뚜렷한 정기상여금을 퇴직자들에게 지급하지 않는 것을 그 내용으로 하는 것이므로, 근로자들의 지위, 임금채권을 보호함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장하려는 근로기준법의 취지에 반한다고 볼 여지가 있다.” “재직요건이 임금의 지급 조건이 되어 소정근로의 대가성과 임금의 고정성이 결여되었다고 평가하기 위해서는 그러한 임금이 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 형태여야 하는바, 여기에는 주로 명절수당, 휴가수당과 같이 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되는 복리후생적 성격이 강한 수당들이 해당된다고 봄이 상당하다. 그런데 피고는 소속 근로자들이 특정 시점에 재직한다는 사실만으로 정기상여금 전액을 지급한 것이 아니라 근로자들의 결근 등의 사유가 발생한 경우 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하였는바, 이 점에 비추어 보더라도 정기상여금이 재직요건이 부가된 임금으로서 소정근로의 대가성 및 고정성이 결여된 것이라고 보기는 어렵다.” 따라서 이 사건에서 회사가 소속 근로자들에게 지급해 온 정기상여금은 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적 임금인 근로기준법상 통상임금에 해당한다.

전합판결은 정기성·일률성·고정성을 통상임금의 ‘개념적 징표’라고 말하면서 통상임금의 판단 ‘기준’으로 삼고 있다. 전합판결은 정기성·일률성·고정성 각각이 통상임금의 ‘필수불가결한’ ‘요건’이라고까지는 말하지 않았다.<sup>10)</sup> 그날 하루만은 소정근로의 대

10) 이러한 분석은 도재형 교수의 논문(도재형(2014), 『통상임금 전원합의체 판결의 검토』, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, p.197)으로부터 시사점을 얻었다. 도재형 교수도 이러한 점에서 재직자 조건만으로 통상임금 해당 여부를 판단할 수 있다고 보는 견해는 타당하지 않다고 본다.

가로 추가적으로 지급되기로 미리 정한 임금항목은 정기성을 가지지 않지만, 그날의 연장근로에 대한 가산임금을 정하는 기준이 되는 통상임금에 포함되어야 한다. 전체 근로자 중 특정인 혼자만 지급되는 임금항목이어서 일률성을 가지지 않지만, 그의 소정근로의 대가로 지급된다면 그의 연장근로에 대한 가산임금을 정하는 기준이 되는 통상임금에 포함되어야 한다. 이처럼 정기성·일률성 기준의 해석이 소정근로의 대가인지를 기준으로 재해석되어야 하듯이, 고정성 기준의 해석도 소정근로의 대가인지를 궁극적인 기준으로 하여 재해석되어야 한다. 즉 재직자 조건, 일정 근무일수 조건을 이유로 고정성 기준을 부인하여 통상임금성을 부정하는 해석은 소정근로의 대가인지를 궁극적인 기준으로 하여 통상임금성을 판단하는 방식으로 재해석되어야 한다.

전합판결이 상정했던 재직자 조건은 소정근로의 제공과 무관하게 재직이라는 자격요건을 둔 경우였다. 그래서 전합판결은 “그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다”라고 설명했다. 대상판결의 사건에서는, 회사가 소속 근로자들이 특정 시점에 재직한다는 사실만으로 정기상여금 전액을 지급한 것이 아니라 근로자들의 결근 등의 사유가 발생한 경우 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하였기에, 정기상여금이 소정근로의 대가라고 판단한 것이다.

한편 대상판결은 재직자 조건이 있는, 연차상여금과 PI(Productivity Incentives) 중 고정성과급 등은 통상임금이 아니라고 판단했다. 그 이유는 재직자 조건이 있기 때문만이 아니다. 아울러 연차상여금은 소정근로의 대가라기보다는 주 40시간제의 시행으로 인하여 발생한 임금하락분을 일부 보전하기 위하여 지급한 임금이라는 성격도 고려했다. PI는 생산목표달성을 격려하기 위하여 마련된 수당으로서 실적 달성률에 따라 차등 지급하기로 되어 있고, PI의 지급 기준은 불확실한 조건인 판매량, 손익, 시장점유율 등의 평가항목을 고려하도록 되어 있고, 최소 목표를 달성하지 못한 경우에도 PI 명목의 돈이 지급된 것은 사원들의 노고를 격려하고, 임금 교섭 타결을 축하하기 위한 피고의 경영상 결단으로 볼 여지도 있다는 점 등도 아울러 고려하여 PI 고정성과급도 소정근로에 대한 대가라고 보기 어렵다고 판단했다.

앞으로 법원의 판단은 대상판결의 판단 방식처럼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 통상임금인지 여부를 판단하는 방식으로 전환될 수 있다. 기업에서 여러 임금항목을 통상임금에서 제외할 의도로 재직자 조건을 ‘전가의 보도’로 활용하는 것은 위험하다. 통상임금의 혼란을 해결하는 방법은 기형적으로 복잡한 임금구성체계를 단순화하고 합리화하는 것이다. 아울러 장시간 근로 관행을 개선하는 것이 필요하다. **KL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)