

# 노동판례리뷰

## 장래의 임금 및 상여금 일부를 반납하기로 한 단체협약상 조항의 해석

- 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다107334 판결 -

### 【판결요지】

단체협약에서 표현된 ‘반납’은 장래 워크아웃 기간 동안 임금 및 상여금을 감액한다는 것으로 해석함이 타당하고, 이는 장래 발생할 임금에 대한 것으로서 이 사건 단체협약 체결 당시 이미 그 지급청구권이 구체적으로 발생된 것이라고 할 수 없으므로 그러한 내용의 노사간의 합의를 무효라고 할 수 없다.

사실의 개요를 살펴보면, 피고회사가 2007년 이후 경영악화로 적자를 보던 중 2010. 1. 6. 워크아웃 절차가 개시되었고, 채권금융기관협의회는 피고회사에게 (구)기업구조조정 촉진법에 따른 경영정상화계획 이행약정 체결의 전제조건으로 전국○○노조와 2010년도 단체협약을 체결할 것을 요구하였다. 이에 피고회사와 전국○○노조 간에 2010. 2. 1부터 단체협약의 체결을 위한 교섭을 시작하였고 수십 차례의 교섭 끝에 2010. 4. 22. ‘2010년 임금 및 단체협약(이 사건 단체협약)을 체결하였고, 그 내용 중 이 사건과 관련된 부분을 보면 아래와 같다.

#### 「1. 임금에 관한 사항

가. 기본급(기본일당) 10% 삭감 및 워크아웃 기간 동안 5% 반납

다. 워크아웃 기간 동안 상여금 200% 반납(설 100%, 추석 100% 반납으로 하되, 2010년도는 추석 100% 반납으로 한다.)」

이 사건의 근로자들은 단체협약으로 기본급 5%와 상여금 200%를 반납하기로 하는 부분은 개별 근로자들의 동의나 수권이 없어 무효라고 주장하며 이의 지급을 청구하면서, 예비적으로 취업규칙상 상여금 규정이 이 사건 단체협약상 상여금 규정에 비하여 유리하

므로 이의 우선 적용을 주장하며 그 차액을 구하는 사건이다. 원심(광주고등법원 2012. 10. 24. 선고 2012나777 판결)과 대상판결은 근로자의 청구를 위 [판결요지]의 내용으로 기각하였다. 여기서 법적 쟁점은 단체협약으로 인정될 수 있는 근로조건에 불이익 변경이 어디까지인지(협약자치의 한계)에 있으며, 구체적으로 ‘감액’과 ‘반납’의 차이가 무엇인지 그리고 이에 대한 단체협약의 체결이 허용될 수 있는지 여부에 있다. 그리고 취업규칙과 단체협약의 적용에 있어 유리성 원칙의 적용도 쟁점이 되었으나 이 글에서 별도로 다루지 않는다.

우선, 개별 근로자의 동의나 수권 없이 단체협약으로 근로조건에 불이익 변경이 가능한가이다. 이와 관련하여 우리 대법원은<sup>1)</sup> “이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다”고 협약자치의 한계를 밝히고 있다(①). 반면 “협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고, 노동조합으로서 그러한 합의를 위하여 사전에 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받을 필요가 없다 할 것이며, 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지 여부는 단체협약의 내용과 그 체결경위, 당시 사용자의 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단할 것”이라고 한다(②). 즉 개별 근로자가 이미 취득한 권리(기왕의 근로에 대하여 이미 발생한 임금·상여금 등의 임금채권 등, 기득권)는 사적 재산영역에 속하는 것으로 근로자의 개별적 동의 없이 단체협약으로 그 기득권을 처분할 수 없다는 것이다. 때문에 기왕의 근로에 대하여 이미 발생한 임금채권의 일부를 반납하는 것은 개별 근로자의 자유의사에 기초할 때만 유효하다(①표기 부분). 반면 이미 발생한 임금의 반납이 아니라 장래의 근로조건을 불이익하게 변경하는 것은 ‘현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한’ 개별 근로자의 동의나 수권 없이 단체협약의 체결도 가능하다는 것이다(②표기 부분). 요약·정리하면, 단체협약으로 임금채권 등의 반납·포기·삭감·감액 등에 있어서 구체적으로 지급청구권이 발생한 것(기득권)은 개별 근로자의 동의나 수권 없이 허용되지 않으나, 장래의 근로조건에 대하여는 현저한 불합리성 여부를 판단기준으로 단체협약 자치의 한계가 그어진다. 이러한 판례법리에 따르면, 개별 근로자의 동의나 수권을 요하는 근로조건에 불이익 변경인지를 판단

1) 대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결 등.

하는 것은 반납·포기·삭감·감액 등의 표현이 중요한 것이 아니라 근로조건의 불이익 변경의 내용이 구체적으로 지급청구권이 발생한 것인지가 관건이 된다.

대상판결의 사안으로 돌아와 보면, 사안의 핵심은 ‘반납’이나 ‘감액’ 내지 ‘삭감’이냐는 것에 있는 것이 아니라 실상은 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금·상여금이냐에 있었던 것이다. 이 사건 단체협약은 구체적인 지급청구권이 발생하기 이전에 체결되어 장래(워크아웃 기간 동안)의 임금과 상여금의 일부 미지급을 내용으로 하는 단체협약이다 (이를 이 사건 단체협약에 ‘반납’으로 표현한 것이다). 이러한 이유로 위 대상판결은 “(이 사건 단체협약에서 표현된 ‘반납’은…) 장래 발생할 임금에 대한 것으로서 이 사건 단체협약 체결 당시 이미 그 지급청구권이 구체적으로 발생된 것이라고 할 수 없으므로 그러한 내용의 노사간의 합의를 무효라고 할 수 없다”고 판단한 것이다. 이러한 측면에서 보면 종전 판례법리를 그대로 좇아 판단한 것이라 할 수 있다.

다만, 대상판결이 위와 같이 판단하여도 결론에서 다를 바 없음에도 불구하고 구태여 “이 사건 단체협약에서 표현된 ‘반납’은 장래 워크아웃 기간 동안 임금 및 상여금을 감액 한다는 것으로 해석함이 타당”하다고 설시한 점은 쉽게 수긍할 수 없다. 판결문을 접하는 일반인에게, 반납이라고 표현된 것은 감액으로 해석해도 무방하다는 잘못된 메시지를 줄 수 있다. 대상판결이 원심의 판단은 정당하고 ‘법률행위의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없’다고 밝히고 있듯이 단체협약을 ‘법률’의 해석기준이 아니라 ‘법률행위’의 해석기준을 채택하였다면, 협약당사자의 의사해석이 문제되는 경우로서 문언의 내용, 이와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 했다.<sup>2)</sup> 이와 같은 법률행위의 해석방법에 따라 해석하였다면 명시적으로 표현된 ‘반납’을 무리하게 ‘감액’으로 해석할 필요는 없었을 것이다. 대법원이 이렇게까지 무리하게 해석하는 데에는 ‘반납’이라는 문구에 너무 집착한 결과가 아닌가 싶다. ‘반납’이라는 문구는 지급청구권이 구체적으로 발생한 임금 등을 일단 그 전액을 지급받되 그 중 일부를 되돌려주는 것이며, 이는 앞서 언급한 바와 같이 개별 근로자의 동의나 수권 없이 단체협약만으로 허용되지 않는다. ‘감액’이나 ‘삭감’은 처음부터 종전 임금 등을 줄여서 지급한다는 취지의 약정이므로 장래를 향해 임금 등의 근로조건을 저하시키는 것으로 현저히 합리성을 결하지 않은 한 협약차지의 범위 내에서 있는 것이다. 그러나 이 사건 단체협약의 ‘반납’은 기왕의 근로에 대하여 이미 발생한 임금·상여금의 반납이 아니라 장래 발생할 임금에 대한 반납으로 문언 그대로 해석하여도 결론에서 차이가 없었을 것이다.

이 사건 단체협약이 기본급 10% 삭감이라는 것과 구별하여 장래 워크아웃 기간 동안

2) 단체협약의 해석에 대하여 유성재(2015), 『단체협약의 해석 원칙-대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다 102452 판결』, 『노동판례백선』, 한국노동법학회, pp.302-305 참조.

임금 5%와 상여금 200% 반납이라고 약정한 것은 워크아웃 기간이 종료되면 종전 임금 및 상여금 기준으로 복귀할 것을 예정하는 약정이며, 퇴직금 등을 산정할 시 반납된 부분을 고려하지 않고 종전 임금 및 상여금 기준으로 산정한다는 취지로 해석될 수 있을 것이다. **KL**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 연구교수)

## 연기자노조에게 교섭단위분리의 신청 자격을 인정

- 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50946 판결 -

### 【판결요지】

한국방송연기자노동조합은 노조법상 근로자인 방송연기자들이 조직·가입한 노조법상의 노동조합이라고 보아야 할 것이고, 한국방송공사와 방송출연계약을 체결하여 연기 등 방송에 출연하고 있는 기간 중에는 한국방송연기자노동조합 소속 조합원들은 한국방송공사의 지휘 감독을 받는 사용종속관계에 놓여 있다고 볼 것이므로 한국방송연기자노동조합에게 한국방송공사 사업장 내에서의 교섭단위분리를 신청할 적격이 없다고 본 중앙노동위원회의 재심결정은 위법하다.

방송연기자들은 근로자가 아니어서 그들이 조직한 노동조합은 이익단체일 뿐 노동조합이 아니라는 판단이 옳을까? 대상판결은 그렇지 않고 방송연기자들도 근로자이므로 그들이 조직한 노동조합은 노동조합으로 인정된다고 판단하였다.

한국방송연기자노동조합(이하 ‘연기자노조’라 칭함)은 텔런트, 성우, 코미디언(개그맨), 무술연기자 등 방송연기자를 조직대상으로 설립된 노동조합이다. 연기자노조는 한국방송공사(이하 ‘KBS’라 칭함)와 출연료 등에 관한 단체협약을 체결해 오고 있다가 2012년 갱신체결을 위한 교섭이 타결되지 않던 중 복수노조 교섭창구 단일화 제도가 시행되자 KBS의 다른 근로자들과 교섭단위를 분리해 줄 것을 노동위원회에 신청하였다. 서울지방노동위원회는 2013. 2. 8. 연기자노조가 노동조합으로서의 실체를 갖고 있는 점, KBS가 지속적·상시적으로 방송프로그램을 직접 제작하고 있고, 연기자노조 소속 조합원들인 방송연기자들이 일정기간 동안 위 방송프로그램에 출연하는 점, 연기자노조와 KBS 사이에 방송연기자들에 관하여 약 25년간 다른 근로자들과는 별도로 출연료 합의서 및 단체협약을 체결하여 왔다는 점, KBS의 방송프로그램에 출연하는 방송연기자들이 위 출연료

합의서에 따라 등급별로 출연료를 결정·지급받았던 점 등에 비추어 연기자노조의 신청과 같이 교섭단위를 분리할 필요성을 인정하여 KBS의 교섭단위를 방송연기자와 다른 근로자를 각각의 교섭단위로 분리하는 결정을 하였다(서울2013단위1 결정).

그러나 재심에서 중앙노동위원회는 2013. 3. 26. 연기자노조 소속 조합원 중 KBS 소속 근로자가 없고, 촬영을 하는 동안 KBS와 연기자노조 소속 조합원들인 방송연기자들이 사용종속 관계에 있다고 보기 어려워 연기자노조가 KBS에게 교섭단위 분리신청을 할 자격이 없다는 이유로 위 서울지방노동위원회의 교섭단위 분리결정을 취소하고, 연기자노조의 분리신청을 각하하는 결정을 하였다(중앙2013단위3 결정). 이에 연기자노조가 중노위 재심결정을 취소하려는 행정소송을 제기하였는데, 서울행정법원은 방송연기자들이 노조법(노동조합 및 노동관계조정법) 내지 근기법(근로기준법)상의 근로자에 해당하지 않으므로 그들이 조직·가입한 연기자노조는 노조법상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 결국 노동위원회에 교섭단위분리를 신청할 자격이 없다고 판단하여 재심결정을 지지하였다(서울행정법원 2013. 11. 8. 선고 2013구합11031 판결).

반면 대상판결에서 서울고등법원은 위 판결요지처럼 방송연기자들을 노조법상의 근로자로 인정하여 연기자노조를 노조법상 노동조합에 해당한다고 보아 교섭단위분리를 신청할 자격이 있다고 판단하여 재심결정을 취소하였다.

노조법 제29조, 제29조의2, 제29조의3의 각 규정에 의하면, 하나의 사업 또는 사업장 내에 복수의 노동조합이 존재하는 경우 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 정해진 노동조합만이 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결하도록 하면서도 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭관행 등을 고려하여 교섭단위의 분리가 필요한 경우 노동관계 당사자의 신청에 따라 노동위원회의 결정으로 교섭단위를 분리할 수 있도록 하고 있다. 따라서 하나의 사업 또는 사업장 내의 근로자가 조직하거나 가입한 노동조합은 위 규정에 따른 노동관계 당사자로서 교섭단위의 분리가 필요하다고 판단할 경우 노동위원회에 교섭단위 분리를 신청할 수 있다.

여기에서 하나의 사업 또는 사업장 내의 근로자는 반드시 사용자에 전속된 근로자뿐만 아니라 일시적, 간헐적으로 채용된 근로자도 포함된다. KBS는 일부 방송프로그램을 외부 제작업체로 하여금 제작하도록 하고 있으나, 일정 비율의 방송프로그램을 직접 제작하여 방송하고 있고, 그 방송프로그램에는 연기자노조의 조합원들인 방송연기자들이 KBS와 출연계약을 맺고 출연을 하고 있다. 따라서 중노위 재심결정에서 KBS에 전속된 연기자노조의 조합원이 없다는 이유만으로 연기자노조에게 KBS 사업장 내에서의 교섭단위분리를 신청할 자격이 없다고 판단한 점은 잘못이다.

다만 방송연기자들이 KBS와 출연계약을 맺고 출연료를 대가로 방송프로그램에 출연하는 것과 관련하여 그 기간만큼은 방송연기자들이 KBS와의 사용종속관계하에서 노무

에 종사하고 그 대가로 임금을 받는 근로자라고 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 관해 원심인 서울행정법원 판결과 대상판결인 서울고등법원 판결은 법리와 사실관계의 파악에서 서로 차이가 난다.

원심은 ‘노조법 내지 근기법’상의 근로자성을 판단하면서 참고판결로 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(종합학원 강사의 근기법상 근로자성 인정)과 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결(레미콘 지입차주의 노조법 또는 근기법상 근로자성 부정)을 인용하였다. 반면 대상판결은 ‘노조법’상 근로자성을 판단하면서 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결(골프장 캐디의 노조법상 근로자성 인정)과 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결(골프장 캐디의 근기법상 근로자성 부정 및 노조법상 근로자성 인정)을 인용하였다.

과거에는 노조법상의 근로자성의 판단 기준은 근기법상의 근로자성 판단기준과 마찬가지로 해석이 있었다. 그러나 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결에서 노조법상의 근로자성 판단은 근기법상의 근로자성 판단과 별개라는 점을 분명히 하였다. 근기법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조). 노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의

실질관계에 의하여 결정되는 것이다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결 등 참조).<sup>3)</sup>

대상판결의 원심판결의 선고는 2014년 대법원 판결 전이었기에 노조법의 근로자성을 근기법상의 근로자성과 마찬가지로 판단하는 잘못이 있었다. 그러나 대상판결은 2014년 대법원 판결을 인용하면서 노조법상의 근로자성은 근기법상의 근로자성과 무관하게 판단한다는 점에서 타당하다. 만약 이 사건이 KBS 내에서 방송연기자들을 별도의 교섭단위로 분리하려는 것이므로 그 전제로서 KBS와 관련하여 근기법상 근로자성이 인정되어야 한다고 해석한다면, 노조법 제2조 제1호가 그 법에서 말하는 근로자의 정의를 별도로 규정하고 있다는 점에서 노조법의 체계적인 해석에도 어긋나며, 단체교섭의 주체에서 근기법상의 근로자성이 요구되지 않음에도 교섭단위 분리에서 근기법상의 근로자성이 필요하다는 논리는 교섭창구 단일화 제도가 단체교섭을 부당하게 억압하는 제도라는 비판을 오히려 초래한다는 점에서도 타당하지 못하다.

한편 노조법상의 근로자성 판단에서도 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계가 있어야 근로자성이 인정된다. 원심인 행정법원 판결에서는 사실관계의 판단에서 방송연기자가 제공하는 연기에는 넓은 재량이 인정된다고 보아 상당한 지휘·감독관계가 없다고 보았다. 반면 대상판결인 서울고등법원 판결은 KBS는 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 보았다. 연기자의 전문성 때문에 연기 과정에서 방송연기자에게 일정한 재량이 인정되지만 그와 같은 재량은 연출감독 등이 의도하여 연출하고자 하는 역할 범위 내에 있음을 전제로 제한적으로 인정되므로, 방송연기자의 연기는 연출감독이나 현장진행자의 개별적이고 직접적인 지시를 받으며 진행된다. 연출감독은 대본연습 단계부터 연기자의 연기에 관여하고, 최종적으로 연기의 적합성이나 완성도 등을 판단하여 이에 적합하지 않을 경우 연기의 수정을 요구할 수도 있으며, 연출감독이 만족스럽다고 판단하여야 방송연기자의 연기는 비로소 방송프로그램의 일부를 구성하게 된다.

방송연기자 중에는 배용준처럼 월드스타도 있고 김준호처럼 연예사업체를 운영하는 이도 있다. 그들도 연기라는 노무의 제공에서는 방송사의 지휘·감독을 받는 근로자이다. 연기자노조처럼 직종별 노동조합은 원래 그 직종의 전문가들이 조직하는 노동조합이다. 전문가이기 때문에 노무제공에 재량이 있고 근로자가 아니고 노동조합이 아니라는 논리는, 근대 사회에 직종별 노조의 생성이라는 연혁을 무시하는 해석이며, 현대 사회가 여러 업무에서 점점 더 전문성이 강조되고 있다는 점에서도 바람직하지 못한 해석이다. 연기자노조는 25년 넘게 KBS와 단체협약을 체결하고 그에 따라 연기로 등을 정해 왔으며,

3) 이 2014년 대법원 판결에 대한 판례리뷰로서, 박제성(2014), 『캐디는 근로자이지만 근로자가 아니다』, 『노동리뷰』 4월호, p.77 이하 참조.

임금체불이 발생하면 노조로서 해결하고자 노력해 왔다. 유인촌처럼 연기자노조 위원장 출신으로 지난 정부에서 장관을 지낸 이도 있다. 이렇게 노조로서 전통이 있는 연기자노조인데도, 복수노조 창구단일화 제도가 시행되자 노사관계의 실질이 달라져 이제는 ‘집단적 노사관계’가 부인되어야 하는 변화가 있을 리 없다. 변화는 창구단일화 제도의 시행을 빌미로 ‘집단적 노사관계’를 부인하고 싶은 욕구가 더욱 강화되는 사용자의 의식에서 있다. 우리가 창구단일화 제도에 대해 집단적 노사관계를 어렵게 할 것이라는 여러 우려를 표명하는 이유도 이 때문이다. 대상판결을 통해 방송연기자들의 집단적 노사관계가 안정적인 노사관계로 회복되기를 기대한다. **KLI**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 단체협약은 차별적 처우의 합리적 이유인가?

- 서울고등법원 2015. 1. 28. 선고 2014누51779 판결 -

### 【판결요지】

임단협이 참가인에게 적용되지 않는다는 사정이 참가인에 대한 불리한 처우를 정당화하는 합리적 이유에 해당한다고 볼 수는 없다.

이 사건 근로자는 마산종합운동장 주차요금징수원으로 근무하는 자로서, 2011. 1. 3. 창원시에 기간제 근로자로 입사하여 근무하던 중 2011. 2. 8. 창원시 내 공공시설 관리 등 25개 사업을 수행하는 창원시시설관리공단에 고용 승계되어 2013. 1. 3. 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환된 자이다.

한편 창원시시설관리공단이 승계한, 2010. 12. 28. 창원시와 민주노총 일반노조 사이에 체결된 단체협약에서는 단체협약의 적용범위와 관련하여 “이 단협의 효력은 시에 소속된 조합원(창원시 문화체육시설사업소 체육시설과 소속 무기계약직)을 대상으로 한다.”고 규정하는 한편(단체협약서 제2조), 임금협약에서 기본급의 400%의 상여금(분기별 임금지급일), 기본급 120%의 명절휴가비(설 60%, 추석 60%), 월 120,000원의 교통보조비, 월 130,000원의 현장급식비, 월 80,000원의 가계보조비 지급을 규정하였다.

이에 따라 창원시시설관리공단은 일반노조에 가입되어 있던, 이 사건 근로자와 같이 주차요금징수업무를 수행하는 무기계약근로자 4인에게 2011. 2. 8~2011. 12. 31.까지는 이 사건 임금협약에 따라 상여금, 명절휴가비, 교통비, 현장급식비, 가계비를 지급하고, 2012.

1. 1.~ 2012. 12. 31.까지는 전년도에 준하여 이를 지급한 반면, 이 사건 근로자에게는 이를 지급하지 않았다.

이에 이 사건 근로자는 2011. 1. 3.~2012. 12. 31.의 기간 동안 자신과 같이 주차요금징수 업무를 수행하는 무기계약근로자에게 지급되었던 상여금, 명절휴가비, 교통보조비, 현장급식비, 가계보조비 등을 자신에게는 지급하지 않은 것이 차별적 처우임을 주장하면서 2013. 6. 7. 경남지방노동위원회에 차별시정을 신청하였다.

위 사실관계에서 보는 바와 같이, 이 사건은 단체협약에 의해 무기계약근로자에게 지급된 상여금 등을 기간제 근로자에게 지급하지 않은 것이 차별적 처우에 해당하는지가 문제된 사건이다.

이 사건 근로자에 대한 차별적 처우를 판단하기 위한 전제로서 비교대상 근로자가 존재한다는 점에는 큰 의문이 없다. 대법원에 따르면, 비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 동종 또는 유사 업무에 해당하는지 여부는 “취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들이 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야” 한다.<sup>4)</sup> 이에 의하면, 이 사건 근로자와 비교대상 근로자로 선정된 자들은 마산종합운동장에서 주차요금징수업무라는 동일한 업무를 수행하였을 뿐만 아니라, 업무수행방법, 작업조건, 업무난이도 등에 있어서도 별다른 차이가 없으므로 비교대상 근로자가 된다.

또한 이 사건 근로자가 기간제 근로자로 근무하던 기간 중 임금 등 근로조건에 대하여 불리한 처우가 있었다는 점도 명확하다. 창원시시설공단은 2011~2012년에 걸쳐 상여금, 명절휴가비, 교통비, 현장급식비, 가계보조비를 비교대상 근로자에게는 지급하면서, 이 사건 근로자에게는 지급하지 않았다.

결국 이 사건의 핵심쟁점은 이 사건 근로자에게 상여금 등을 미지급한 것에 대한 합리적 이유를 인정할 수 있는가에 있다. 이와 관련하여 사용자는 이 사건 근로자에게 상여금 등을 지급하지 않은 것은 단체협약, 보다 구체적으로는 단체협약이 적용되는 노조 조합원인지 아닌지에 따른 것으로 합리적 이유가 있다고 주장하였다.<sup>5)</sup> 그렇다면 단체협약이

4) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결; 2012. 11. 15. 선고 2011두11792 판결 등.

5) 한편 2011. 2. 8.~2011. 7. 31.까지 이 사건 근로자는 주간근무만을 한 반면, 비교대상 근로자들은 새벽근무나 야간근무를 하는 등 근로형태가 달랐기 때문에 이 기간 동안 비교대상 근로자에게 상여금, 명절휴가비, 교통보조비, 현장급식비, 가계보조비를 지급한 것은 합리적 이유가 있다는 사용자의 주장에 대해, 원심판결은 이와 같은 주장을 받아들여 이 기간 동안에는 차별적 처우가 존재하지 않는다고 판단한 반면, 대법판결은 이 사건 상여금 등은 근로자의 근무형태, 직위, 업무 난이도, 업무량 등과 무관하게 근로의 대가로서 일률적·정기적으로 지급되는 것으로서, 근무형태가 달랐다는

적용되지 않는다는 사정은 기간제 근로자에 대한 차별적 처우를 정당화할 수 있는 합리적 이유가 될 수 있는가? 이에 대한 지노위와 대상판결의 결론은 엇갈렸다. 지노위는 합리적인 이유가 될 수 있다고 본 반면(경남2013차별4), 대상판결은 합리적 이유가 될 수 없다고 보았다.<sup>6)</sup>

단체협약의 적용 여부, 즉 조합원인지 여부가 비정규직 근로자에 대한 차별의 합리적 이유가 될 수 있는가는 ‘차등조항(Differenzierungsklauseln)’이 허용될 수 있는가와 밀접한 관련성을 가지고 있다. ‘차등조항’에 대해 우리나라에서는 논의가 활발하지 않지만, 독일에서는 오래 전부터 이 조항의 유효성 여부가 논의되어 왔다. 일반적으로 ‘차등조항’이란 비조합원에게는 부여되지 않는 근로조건을 조합원에게는 보장토록 하는 단체협약상의 규정을 일컫는다. 그리고 차등조항은 노동조합이 비조합원 또는 다른 노조에 소속된 조합원으로 하여금 해당 노동조합에 가입토록 할 유인을 높이기 위한 방편으로 흔히 활용된다.

차등조항은 그 내용에 따라 크게 두 가지의 형태로 나뉜다. 그 하나는 소위 ‘단순 차등조항(einfache Differenzierungsklauseln)’으로 불리는 것으로, 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원에게 일정한 근로조건을 보장토록 하는 내용이다. 예컨대, 단체협약에서 사용자로 하여금 해당 노동조합의 조합원에게 일정 금액의 휴가비를 지급하도록 규정하는 경우를 들 수 있다. 한편 차등조항의 또 다른 형태로는 소위 ‘특별 차등조항(besondere oder qualifizierte Differenzierungsklauseln)’이라 부를 수 있는 형태가 있는데, 사용자로 하여금 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게 부여되는 근로조건을 비조합원 등에게 부여하지 못하도록 하는 이른바 ‘협약배제조항(Tarifausschlussklauseln)’, 사용자로 하여금 비조합원 등에게도 협약상의 근로조건을 보장할 수 있도록 하기는 하지만, 조합원과 일정 격차를 유지토록 하는 이른바 ‘격차조항(Abstandsklauseln oder Spannenklauseln)’이 여기에 해당한다.

‘차등조항’의 유효성과 관련하여, 독일 연방노동법원은 ‘단순 차등조항’은 사용자가 이 조항에도 불구하고 단체협약의 적용을 받지 않는 자에게도 동일한 근로조건을 부여할 가능성을 박탈하지 않는다는 점에서 원칙적으로 유효한 것으로 판단하는 반면, ‘특별 차등조항’은 단체협약상의 근로조건을 보장받길 원하는 근로자로 하여금 조합원이 되는 것을 강제하는 것이 되어 근로자의 소극적 단결권을 침해하는 것으로서 유효하지 않은 것으로 본다.<sup>7)</sup>

사정은 불리한 처우를 정당화하는 합리적 이유에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

6) 중노위 재심판정(중앙2013차별12)과 원심판결(서울행정법원 2014. 5. 8. 선고 2013구합62183 판결)도 합리적 이유가 없다고 보았다.

7) BAG v. 18. 3. 2009, NZA 2009, 1028.

이러한 논의에 기초하여 본다면, 이 사건 단체협약상의 규정은 사용자로 하여금 노동조합 소속 조합원에게 상여금 등 일정 급여를 지급할 의무를 지도록 하기는 하지만 비조합원에게 이와 같은 급여를 지급하지 않을 의무까지 부담도록 하는 것은 아니기 때문에, 단체협약의 적용 여부는 비정규직 근로자에 대한 차별의 합리적 이유가 될 수 없게 된다. 그렇지 않고 이 사건 단체협약상의 규정이 사용자로 하여금 조합원 여부에 따라 근로조건을 일정한 격차를 유지토록 하는 것이라면 이와 같은 단체협약상의 규정은 유효한 것일 수 없다. 또한 노사자치의 산물이라 할 수 있는 단체협약도 헌법 또는 노동법상의 기본원칙의 테두리를 벗어날 수 없다는 점에서도, 협약자치의 이름으로 비정규직 근로자에 대한 차별을 합리화하는 것은 헌법상의 평등원칙이나 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률에서 설정한 차별시정제도의 근본취지를 허무는 것이 될 것이다.

이러한 점에서 결론적으로 단체협약의 적용 여부에 따른 근로조건상의 차이가 차별적 처우의 합리적 이유가 될 수 없다고 본 대상판결은 온당하다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

## 업무도급과 근로자파견의 구분

- 서울동부지방법원 2015. 1. 6. 선고 2013가합2298 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 용역계약(한국도로공사와 외주운영자 사이에 작성된 통행료 수납업무 용역계약)은 피고(도로공사)의 필수적이고 상시적인 업무를 그 목적 또는 대상으로 정하고 있다고 볼 수 있고, 그 목적 또는 대상이 도급인으로서 수급인에 대하여 행하는 지시권 행사로서 계약목적 달성에 충분한 정도로 특정되었다거나, 전문성, 기술성이 있는 업무라고 볼 수 없는 측면이 있고, 이 사건 용역계약의 업무대가 산정방식, 사후 기성검사 방식 등에 비추어 그 기성금은 일의 완성보다는 노동력의 제공 자체에 대한 대가에 해당한다 할 것이므로, 이 사건 용역계약은 그 계약의 목적이 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있었다.

피고가 각종 업무처리지침 및 업무 관련 매뉴얼 등 원고들(외주업체에 소속돼 고속도로 요금소에서 근무한 근로자들)의 근무방법을 상당히 구체적으로 정하였고, 피고 지역본부는 업무처리에 관한 다양한 기준과 요령을 숙지하도록 근로자들을 교육·훈련시켰으며 원고들을 직접 포상하기도 하였는바, 원고들은 이 사건 외주운영자들에게 고용된 후 그 고용관계를 유지하면서 피고의 사업장인 해당 피고 영업소에서 피고의 지휘·명령을 받아 피고를 위한 근로에 종사하였다고 판단되므로, 피고와 원고들이 소속된 이 사건 외주운영자들 사이에 체결된 이 사건 용역계약은 실질적으로 근로자파견계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 외주업체에 소속되어 고속도로 요금소에서 2년 이상 근무한 근로자들은 피고가 직접 고용할 의무가 있다.

노무비용의 절감과 경영 합리화라는 명목으로 외부노동력을 이용하는 간접고용이 확대일로에 있다. 그러나 우리나라는 ‘노동의 민주’와 ‘중간착취’를 배제하기 위하여 노동법상 직접고용을 원칙으로 하며(근로기준법 제9조 참조), 간접고용은 법률이 허용하는 범위 내에서 예외적으로 인정하고 있다. 따라서 사용자가 직접 고용하지 않는 근로자의 노동력을 이용하기 위해서는 직업안정법에 따른 ‘근로자공급’과 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 파견법)에 의한 ‘근로자파견’으로 한정된다. 그런데 사용자 측은 간접고용의 일종인 업무도급 또는 사내하도급은 ‘일의 완성’이나 ‘독립된 업무수행’을 목적으로 사용사업주(원청회사)와 수급사업주(하청회사)가 체결하는 민(상)법상 계약으로 파견법의 적용대상이 아니라고 주장한다. 하지만 실제로 근로를 제공하는 수급사업주(하청회사)의 근로자 입장에서 보면 파견관계로 볼 수밖에 없다는 점이 문제이다. 대상판결도 그러한 다툼 중의 하나이다.

업무도급이 파견법상 ‘파견’에 해당하는 경우, 파견허가를 받지 않았거나 파견대상 업무, 파견기간 등을 위반하였다면 불법파견이 되며, 2년을 초과하여 파견근로자를 계속 사용하였다면 사용사업주가 그 파견근로자를 직접 고용하여야 한다(금지업무는 즉시 직접 고용, 파견법 제6조의2). 따라서 노무이용관계가 ‘도급’인지 ‘파견’인지를 판단하는 것은 중요한 법리적용이다. 파견법상 근로자파견이란 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”을 말하며, 근로자파견계약은 “파견사업주와 사용사업주 간에 근로자파견을 약정하는 계약”을 뜻한다(파견법 제2조). 따라서 근로자파견관계를 구성하는 요소는, ① 파견사업주와 근로자 사이의 고용관계, ② 근로자파견계약의 체결, ③ 사용사업주와 근로자 사이의 지휘·명령 관계 등 세 가지이다.

대법원은 파견법을 전제로 실질적인 근로관계를 통해서 도급과 파견을 구분한다. 즉 ‘근로자를 고용하여 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 경우 그 법률관계가 현행 파견법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자들이 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애받을 것이 아니라, 계약의 목적 또는 대상에 특정성, 전문성, 기술성이 있는지 여부, 계약당사자가 기업으로서 실체가 있는지와 사업경영상 독립성을 가지고 있는지 여부, 계약 이행에서 사용사업주가 지휘·명령권을 보유하고 있는지 여부 등 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다’는 원칙을 제시한다(대법원 2012.2.23. 선고 2011두7076 판결 등 참조).

대상판결은 도급과 파견의 구분에 관한 대법원의 법리를 따르고 있지만, 두 가지 점에서 의미를 부여할 수 있다. 우선, 수급사업주가 독자적인 조직체제와 근로조건에 대한 결정권 등 실체가 있다는 점을 들어 근로자파견관계를 부정한 것에 대하여 대상판결은 ‘현행 파견법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 실질적인 고용관계의 당사자가 누구인가를 판단하는 것과 구분되어야 하는 것으로서, 근로자파견관계는 파견사업주가 독립된 실체로서 근로자들과 고용계약을 맺는 것을 당연한 전제로 하므로, 이 사건 외주운영자들이 위와 같은 정도의 독립성을 갖추고 있다 하더라도, 이 사건 용역계약이 파견근로계약에 해당하는지를 판단함에 장애가 되지 아니한다’고 하였다. 파견법의 적용대상은 근로제공 형태가 ‘파견’인지 여부에 있는 것이지 실질적인 사용자를 특정하는 것이 아니라는 점을 설시한 것으로 이론의 여지가 없다.

그 다음은 도급의 대상이 되는 ‘업무의 독립성’ 여부를 구체적으로 검토한 점이다. ① 이 사건 용역계약은 그 목적 또는 대상이 도급인으로서 수급인에 대하여 행하는 지시권 행사로서 계약목적 달성에 충분한 정도로 특정되었다거나, 전문성, 기술성이 있는 업무라고 볼 수 없는 측면이 있으며, ② 업무수행의 과정에서 마치 원고들이 피고의 사업조직에 편입되어 종속적인 지위에 있는 것처럼 원고들에게 직접 지휘·명령권을 행사하였다고

봄이 상당하다고 판단하였다. 또한 ③ 이 사건 외주운영자들 대부분은 통행료 수납업무를 비롯한 피고 영업소 전반의 운영에 관하여 어떠한 지식이나 능력이 있는 것으로 보이지 않고, 더욱이 이 사건 용역계약에서 정한 일정한 이윤을 보장받아 사업경영상의 위험을 부담한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

결론적으로 대상판결은 계약의 목적 또는 대상이 수납업무뿐만 아니라, 원고들이 각종 단속 업무를 비롯한 영업 일반 업무, 영업 심사 업무, 피고 영업소 운영 업무, 전자지불(IT) 영업운영 업무, 고객센터 및 민원처리 업무, 이와 관련하여 피고가 지시하는 업무를 수행하여야 한다는 점을 인정하였다. 그리고 이 사건 용역계약은 피고의 필수적이고 상시적인 업무를 그 목적 또는 대상으로 정하고 있으며, 결국 그 계약의 목적이 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있었다고 판단하였다.

대상판결은 대법원(2011.7.1. 선고 2011두6097 판결)이 정립한 도급계약과 근로자파견 계약의 구분에 관한 법리를 따르면서, ‘필수적이고 상시적인 업무를 그 목적 또는 대상’으로 하는 계약은 ‘일의 완성’이 아닌 ‘노동력 제공’에 있는 것이고 이는 파견법상 근로자 파견에 해당한다고 보았다. 이러한 대상판결의 판단은 컨베이어벨트 시스템을 이용한 자동차 조립 공정에서 사내하도급은 적법한 도급으로 인정될 수 없다는 점을 명시한 서울중앙지방법원(2014.9.18. 선고 2010가합112481) 판결과 동일한 구조이다. 도급과 파견을 구분하는 판례법리를 따르면, 예컨대 대형할인매장 등의 판매와 계산 업무의 도급은 ‘필수적이고 상시적인 업무’로서 그 일의 시작과 끝을 특정할 수가 없어 독립된 업무라 할 수 없고, 따라서 도급의 대상이 될 수 없다는 결론에 도달한다. **KL**

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

## 일정 근무일수 조건 및 퇴직자 일할계산조건, 그리고 정기상여금의 고정성

- 서울중앙지법 2015. 1. 16. 선고 2013가합508519 판결 -

### 【판결요지】

1. 단체협약 등에서 상여금의 지급에 대한 세부적 기준을 별도로 정하고 있지 않다면, 단체협약 등에 저촉되지 않는 범위 내에서 상여금 세칙 등 세부규정을 별도로 마련하여 상여금 제도를 탄력적으로 운용할 수 있다.
2. 회사가 상여금에 대하여 ‘일정 근무일수 충족 요건’은 부가하면서도, 이른바 ‘채직자 요건’은 부가하지 않기로 하는 특수한 상여금 제도를 설정한 것이 그 자체로 강행규정에 위배된다고 보기는 어렵다.
3. 정기성과 일률성을 갖추었다더라도 근무일수에 따른 지급제외자규정을 둔 상여금은 소정 근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적이고 불확실한 조건을 성취하여야 비로소 지급되므로, 고정성이 인정될 수 없다.
4. A회사가 B회사, C회사의 사업 일부를 흡수합병하면서 근로조건을 통일하는 가운데 B회사의 기존 상여금지급규정이 여전히 유지됨에 따라 A회사의 상여금 지급제외자규정이 적용되지 않는 노동관행이 형성되고 있다 하더라도, 이것은 ‘유리한 조건 우선의 원칙’에 따라 근로관계 당사자들에게 현실적 규범력을 갖기 때문에 피합병된 B회사의 근로자들에게 적용되는 상여금지급규정은 기존 B회사의 상여금지급규정이다.
5. 노사간의 합의에 의하여 통상임금의 산정기준에서 제외된 상여금 등 특정 항목의 급여가 통상임금에 해당한다면, 그 합의의 무효를 주장하는 근로자들의 임금청구에 응함으로써 기업 측이 추가적인 재정적 부담을 지게 되는 것은 근로기준법의 강행규정성에 따른 당연한 결과이므로, 근로기준법에 반하여 통상임금 범위를 축소한 결과 부담하게 된 재정적 지출이라는 현상 자체를, 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 이에 우선할 만한 예외적인 특별한 사정이 있을 것을 요구하는 신의칙 위배 주장의 충분 요건으로 삼기는 어렵다.

정기상여금의 통상임금성을 판단하는 문제에서, 개인적으로 예전부터 잘 해결되지 않는 문제가 있었다. 일정 근무일수 조건 및 퇴직자 일할계산조건이 지급조건으로 부가되어 있는 정기상여금의 고정성을 판단하고 있는 서울중앙지법 2015. 1. 16. 선고 2013가합508519 판결(이하, 검토대상판결)을 통해 필자가 갖고 있던 고민을 공유해 볼 수 있을 듯하다. 따라서 위에서 정리한 검토대상판결의 요지 각각은 각각의 논의를 끌어내기에 충분한 쟁점들이지만, 이하에서는 주로 일정 근무일수 조건 및 퇴직자 일할계산조건이 지

급조건으로 부가되어 있는 정기상여금의 고정성에 국한하여 검토한다.

다음과 같은 두 조건이 있다.

조건1) 모든 근로자들에게 정기상여금을 주는 것을 원칙으로 하지만, 결근 등으로 개인별 실근무일수가 15일 미만인 자에게는 지급하지 않음.

조건2) 모든 근로자들에게 정기상여금을 주는 것을 원칙으로 하는 한편, 퇴직한 자에 대해서는 실근무일수에 해당하는 지급률로 산정하여 지급함.

주지하는 바와 같이 위 두 가지 조건은 정기상여금의 통상임금성을 판단하는 기준으로서 ‘고정성’과 관련되어 있다. 우선 멀리 돌아 ‘고정성’이란, 이제는 하나의 노표(路標)가 된 대법원 2013. 12. 17. 선고 전원합의체 판결이 말하는바, “근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질”을 의미하고, 이 고정성을 갖춘 고정적 임금이란 “임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금”을 의미한다. 특히 이 전원합의체 판결문에서는 근무일수에 연동하는 임금과 관련해 “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 확정적으므로, 그 한도에서 고정성이 인정된다.”고 하였다. 이러한 해석에 따르면, 위 조건1)과 같이 모든 근로자들에게 정기상여금을 주는 것을 원칙으로 하지만 결근 등으로 개인별 실근무일수가 15일 미만인 자에게는 지급하지 않는 경우, 해당 정기상여금은 통상임금의 고정성을 충족시키지 못하는 것으로 판단할 수 있고, 검토대상 판결도 그와 같이 판단하였다.

한편 조건2)와 같이 퇴직자에게도 정기상여금을 일할계산 후 지급하는 경우, 정기상여금은 “소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금”이라고 보는 것이 판례의 입장이다(대법원 2013. 12. 17. 선고 전원합의체 판결; 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결).

고민은 여기에 있다. 조건1)의 경우에는 통상임금이 아니라고 판단되는 정기상여금이, 조건2)의 경우에는 통상임금으로 판단되는 정기상여금이라면, 이 정기상여금은 통상임금인가 아닌가? 검토대상판결은 이 점에 대해서는 따로 판단하지 않고, 다만 판결요지2)에서 보는 바와 같이 이러한 조건을 함께 두는 것이 ‘특수한 상여금 제도’로서 “강행규정에 위배된다고 보기는 어렵다.”고 말한다. 이것은 학계의 조건1)에 대한 무효 주장을<sup>8)</sup> 염두

에 둔 것이 아닌가 생각되는데, 위와 같은 조건들이 성립한다 할지라도 각각의 조건에 따른 정기상여금의 통상임금성이 논란되는 가운데 위와 같은 조건들이 동일 금품에 대하여 병존하고 있을 경우 통상임금성 판단의 문제가 해결되는 것은 아니다.

검토대상판결은 조건1)이 유효한 이유에서 특히 이 사건 회사의 취업규칙에서 “회사는 직원들에게 연간 업적을 참작하여 상여금을 지급할 수 있다.”고 규정하고 있음을 근거로 이 사건의 정기상여금은 ‘포상적 성격’을 갖는다고도 보고 있다. 정기상여금이 포상적 성격을 갖는다는 것은 정기상여금의 지급 여부와 지급액이 근로자의 실제 근무성적에 따라서 좌우된다는 의미이고, 그렇다면 논점은 이 정기상여금이 통상임금에 해당하는지 여부가 아니라 임금에 해당하는지 여부가 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 검토대상판결은 이 사건 정기상여금의 통상임금성을 판단하면서 정기성과 일률성은 갖추고 있지만 고정성이 없어 통상임금이 아니라고 판단하고 있다. 즉 조건1)이 있기 때문에 이 사건의 정기상여금이 임금이 아니다라고 판단한 것이 아니라, 통상임금이 아니다라고 판단한 것이다.

그렇다면 이 사건의 법원은, 명시적으로 조건2) 자체를 문제 삼는 원고 또는 피고의 주장이 없기 때문에 별도로 판단하고 있지는 않지만, 조건2)에 대하여 통상임금성을 인정하고 있는 2013년 전원합의체 판결 등에 기초해 그 통상임금성을 인정하는 전제에서 있을 수밖에 없을 것인데, 동일한 금품이 어떤 경우에는 통상임금이 아니었다가 어떤 경우에는 통상임금이 되는 불합리한 결과가 나온다. 이 문제를 어떻게 해결할 것인가?

생각건대 검토대상판결이 논리적이기 위해서는 다음과 같은 방향 중 하나를 선택해야 한다. 첫째 방향은, 정기적이고 일률적이었지만 조건1)이 부가되었기 때문에 고정성을 갖추지 못해 통상임금이 아니라고 보는 현재의 논리를 유지하는 한편, 조건2)의 경우에는 퇴직근로자에게 ‘은혜적’으로 지급한 임금에 불과하다고 보는 것이다. 이것은 임금2분설로의 회귀를 의미하는 것이고, 비록 많은 비판을 받기는 하겠지만 논리적 일관성은 갖출 수 있다. 둘째 방향은, 정기상여금의 성격을 ‘포상적’이라고 본 것에 기초하여 이것의 임금성을 부정하는 것이다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다81974 판결 등을 참조할 수 있다). 이 경우 조건2)에 대해서도 임금성을 부정할 수밖에 없을 것이므로 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결, 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결 등과 배치된다는 비판을 받기는 할 것이다. 마지막으로 셋째 방향은, 상여금 지급세칙에 조건2)가 있으므로 그에 따라 정기상여금의 통상임금성이 인정될 여지가 있는 가운데 조건1)은 그 무효성 논란의 여지가 있으므로 정기적이고 일률적으로

8) 김기선(2014), 「재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다」, 『노동판례리뷰』 4월호, 한국노동연구원, p.79 이하; 김성진(2014), 「통상임금 판단에 있어서 임금지급기준의 효력」, 『노동법학』 제 51호, 한국노동법학회, p.113 이하; 김홍영(2014), 「통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토」, 『노동법연구』 제37호, 서울대 노동법연구회, p.31 이하 등 참조.

지급된 정기상여금은 고정성에 약간의 의문이 제기되더라도 통상임금이라고 판단하는 것이다. 특히 검토대상판결의 사건에서 조건1)에 추가된 ‘15일 미만 출근’은 정기상여금의 통상임금성을 다투는 근로자들에게 적용되기에는 거의 무의미한 조건이다. 조건1)을 완전히 무효인 것으로 판결하기에 부담스럽다면, “이러한 사정을 감안하여” 조건1)의 고정성을 인정할 수도 있다.

검토대상판결이 아직 1심 법원의 판결이므로 항소심 판결의 내용은 달라질 수 있지 않을까 생각되는데, 검토대상판결을 통해 공유하고자 했던 필자의 고민이 다소나마 정리될 수 있을지 기대된다.

한편 검토대상판결에서 긍정적 의미로 주목했던 부분은 사용자의 신의성실원칙 위배 주장에 대한 법원의 판단(판결요지5 참조)이었는데, 지면관계상 이에 대한 의견은 접어두기로 한다. 다만 검토대상판결의 전문 가운데 사용자의 신의성실원칙 위배 주장에 대한 법원의 판단을 먼저 본 후 정기상여금의 고정성 판단을 검토했던 필자의 마음이 미장이의 비비송곳 같았다고만 말해 둔다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)