

# 노동판례리뷰

## 산업안전보건법 양벌규정 적용과 위반행위자의 특징

- 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결 -

### 【판결요지】

피고인 S전자 주식회사의 대표이사의 대리인 A는 피고인 S전자 사업장에서 발생한 불산누출사고에 대하여 구체적·직접적 주의의무를 부담한다고 보기 어려우므로 산업안전보건법 위반의 점에 대하여 행위자라고 인정할 수 없고, 피고인 A가 행위자에 해당함을 전제로 양벌규정을 적용한 피고인 S전자에 대한 산업안전보건법위반의 점도 인정할 수 없다.

대상판결은 2013년 S전자 반도체 공장에서 불산 가스가 누출되어 수급인 사업주 소속 근로자 1명이 사망하고 4명이 화학사고 화상을 입은 사건에 대한 대법원의 판단이다. 피고인들에게 적용되었던 죄명은 산업안전보건법위반 이외에도 유해화학물질관리법과 「형법」의 업무상과실치사상이 있으나 본 평석에서는 「산업안전보건법」(이하, 산업안전보건법) 부분만 다루고자 한다. 이해의 편의를 위하여 도급인 사업주 S전자 주식회사와 그 소속 관련자에 대한 확정된 판결의 결과를 표로 정리하면 다음과 같다.<sup>1)</sup> 수급인 사업주 및 소속 관련자들은 모두 산업안전보건법위반죄, 업무상과실치사상죄로 벌금 400만 원에서 1,000만 원의 유죄판결을 받았다.

	피고인	위반법령	선고결과
S전자주식회사	법인	산업안전보건법, 유해화학물질관리법	무죄
삼성전자 대표이사의 대리인	A	산업안전보건법, 유해화학물질관리법, 업무상과실치사상	무죄
케미컬 파트 부장	B	업무상과실치사상	벌금 500만 원
케미컬 파트 담당자	C	업무상과실치사상	벌금 700만 원
유독물관리자	D	업무상과실치사상	벌금 300만 원

1) 위 표는 노동건강연대 홈페이지([www.laborhealth.co.kr](http://www.laborhealth.co.kr))에 정리된 자료를 인용한 것이다(2018. 1. 9. 검색).

산업안전보건법뿐만 아니라 법인에 대하여 형사처벌을 규정하는 우리나라의 법률은 모두 양벌규정 형식을 이용한다. 이는 법인은 범죄능력이 없다는 가정을 입법화한 것이다. 산업안전보건법 제71조는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조의2, 제67조, 제67조의2 또는 제68조부터 제70조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다고 규정한다. 다만 단서에서 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정한다.

양벌규정을 적용하려면 먼저 위반행위자와 위반행위를 특정하여야 한다. 이것이 특정되어 위반행위자에 의한 위반행위가 인정되면 다음으로 단서에서 규정하고 있는 면책사유가 없는지를 검토하고 면책사유가 없다면 법인 등에 대하여 유죄판결을 선고할 수 있게 된다. 대상판결에서는 앞의 쟁점이 문제된다. 산업안전보건법령에서 위반행위는 법률의 수준에서도 규정하고 있지만 대부분의 위반행위는 시행령, 시행규칙, 그리고 산업안전보건기준에 관한 규칙에 규정되어 있다. 만일 사고가 발생하였다더라도 해당 사고의 발생 원인이 되는 작위나 부작위가 산업안전보건법령에 규정되어 있지 아니하다면 적어도 산업안전보건법으로는 처벌이 불가하다. 일반적인 형사범에서는 잘 발생하지 아니하는 경우이나 건설, 기계, 전기, 화학 등 다양하고 복잡한 안전기술을 규정하고 있고, 해당 기술이 지속적으로 개선되면서 변화하는 특성 때문에 산업안전보건법위반 사건에서는 가끔씩 생기는 경우가 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도 7030 판결 참조). 대상판결의 사건의 경위를 살펴보면 불산 누출 시 초기대응이 미흡했던 사실을 충분히 인정할 수 있어 관련 산업안전보건법령을 위반한 행위를 특정하는 것은 그리 어렵지는 않았다. 수급인 사업주에게 적용된 위반행위의 대상이 된 산업안전보건법령의 내용은 하급심 판결의 이유를 읽어보면 알 수 있다.

문제는 위반행위자를 특정하는 것이다. 사업장안전보건체계에서 산업안전보건법령을 이행할 책임을 부담하는 자는 안전보건총괄책임자, 안전보건관리책임자, 관리감독자, 그리고 직접작업을 하는 근로자이다. 도급사업에서 선임되는 안전보건총괄책임자는 도급인 사업주가 기존에 선임하고 있던 도급인 사업장의 안전보건관리책임자가 겸임하게 된다. 따라서 도급사업에서 사고가 발생하였을 때 행위자로 특정될 수 있는 사람은 결국 3종류의 사람으로 좁혀진다. 앞의 표에서 산업안전보건법령의 위반 행위자가 될 수 있는 사람은 대표이사의 대리인 A, 케미컬 파트 부장 B, 케미컬 파트 담당자 C이다. 유독물관리자 D는 유해화학물질관리법에 의하여 선임된 자이므로 여기서는 제외된다. 하급심 판결을 살펴보면, A는 S전자 주식회사의 안전관리책임자였으므로 도급사업에서는 안전관리총괄책임자가 되었을 것으로 보인다.

이런 상황에서 수사검사는 산업안전보건법령의 위반행위자를 안전보건총괄책임자인 A로

특정을 하였다. 대형 사업장에서 안전보건총괄책임자는 공장장 정도의 지위에 있는 사람이 선임되므로 S전자의 사업장에서도 A는 상당히 높은 지위에 있는 관련자일 가능성이 높다. 하급심 판결문에서는 A를 ‘인프라기술 센터장’이라고도 지칭하고 있다. 안전보건총괄책임자는 그 지위의 성격을 고려하여 사업장의 전체적인 안전보건조치 이행상황을 점검하는 역할을 하는 것으로 이해한다. 산업안전보건법 시행령 제24조 제1항은 안전보건총괄책임자의 직무 중 하나로 산업안전보건법 제29조 제2항에 따른 도급사업 시의 안전보건조치를 규정하고 있다. 제29조 제2항은 안전보건협의체 구성, 순회점검, 수급인 근로자에 대한 안전보건교육에 대한 지도와 지원 등으로 규정하여 산업안전보건법령의 구체적인 사항을 이행할 의무보다는 도급사업에서 요구하는 안전보건시스템을 전체적으로 총괄하는 내용을 규정하고 있다. 그런데 문제는 대법원이 양벌규정의 행위자는 발생사고에 대하여 ‘구체적·직접적 주의의무’를 부담하여야 한다고 보고 있다는 점이다. 구체적·직접적 주의의무가 어느 정도의 주의의무인지는 명확하지 않지만 일반적인 언어의 용례를 고려하면 시행령, 시행규칙 및 산업안전보건기준에 관한 규칙을 직접 실행하여야 하는 자 또는 적어도 그 의무이행을 직접 관리·감독하는 자로 이해할 수 있다. 따라서 도급사업에서 발생한 사고를 수사하면서 관련 규정을 이행하지 아니한 위반행위자로 도급인 사업주가 선임한 안전보건총괄책임자를 특정하면 그가 발생한 사고에 대하여 구체적·직접적 주의의무를 부담하는지에 관하여 논란이 생길 수 있다. 이런 수사실무 혹은 재판실무는 이미 다른 사건에서도 알려진 바 있다. H 중공업 주식회사가 운영하는 조선소에서 선박 건조를 하면서 선박의 족장(작업발판) 설치 공사 및 선박블록의 취부작업(선박블록이나 블록에 부착되는 자재의 위치 조정 및 용접, 용단 등 작업)을 각 도급 주었는데 수급인 사업주의 근로자가 각 업무 수행 중 족장붕괴, LPG선박 화재, 안벽신호수 추락 등으로 각 근로자가 사망하거나 상해를 입었다. 이에 검사는 회사의 대표이사를 위반행위자로 판단하여 기소하였는데 제1심 법원부터 제3심 대법원까지 대표이사는 산업안전보건법의 위반행위자가 될 수 없다는 취지의 무죄판결을 선고한 바 있다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016도16409 판결). 이러한 재판실무를 고려하면 S전자 대표이사의 대리인을 위반행위자로 고집하면서 끝까지 공소를 유지한 것은 문제가 있는 공판절차 진행이라는 비판을 할 수 있다. 다시 앞의 표를 살펴보면 불산 누출 사고에서 관련 규정을 이행하고 확인하여야 하는 구체적·직접적 주의의무를 부담하는 행위자는 케미컬 파트 부장 B 또는 케미컬 파트 담당자 C일 가능성이 상당히 높다. 그럼에도 재판과정에서 끝까지 위반행위자로서 A만을 주장하고 B나 C를 예비적으로라도 고려하지 아니한 것은 공판진행상 미흡한 점이라고 볼 수 있다.

그렇다면 이 사건은 이렇게 검사의 공소유지 실패로 인하여 도급인 사업주가 면책을 받은 것으로 정리할 수 있을까? 나는 그렇게 생각하지 않는다. 「형사소송법」 제298조 제2항은 “법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변

경을 요구하여야 한다.”고 규정하여 적절한 형사처벌이 이루어질 수 있도록 법원이 공소장의 변경을 고려하도록 하고 있다. 그런데 대상판결의 사건진행 과정을 살펴보면 법원이 행위자 특정을 위하여 공소장변경을 고민한 흔적은 찾을 수 없다. 실제 재판과정이 대법원의 ‘나의 사건 검색’ 메뉴에 모두 게시가 되는 것이 아니어서 재판과정 전부를 세세하게 알 수는 없으나 법원의 판결서만 살펴보면 법원은 검사가 대표이사의 대리인을 행위자로 특정하여 공소유지 활동을 할 때 이에 대하여 의문을 제기하면서 다른 행위자를 찾도록 요구한 흔적을 찾을 수 없다. 기소한 범위 내에서, 기소된 내용에 대해서만 소극적으로 재판을 할 뿐 도급인 사업주의 잘못된 행동을 명확히 지적하고 같은 사고가 재발되지 않도록 엄격하게 경계하려는 태도를 읽을 수가 없다. 적어도 제1심 법원이 위반행위자 특정을 문제 삼으며 무죄판결을 하였다면 항소심 법원으로서도 관련 법령을 직접 이행하여야 할 도급인 사업주 소속 담당자가 누구인지를 밝히려는 석명을 하였어야 할 것이다. 그런 의미에서 수급인 사업주 소속의 근로자 4명이 죽거나 다친 화학사고를 대하는 수사기관과 법원의 태도는 유감스럽다고 평가하고 싶은데 이렇게 말하는 것은 너무 일방적이고 감성적인 접근일까? **KLI**

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 제조업체의 조업중단으로 인한 손해에서의 고정비 산정

- 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다11226 판결 -
- 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다12748 판결 -

### 【판결요지】

제조업체가 위법한 쟁의행위로 인한 조업중단으로 입는 손해로는, 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익을 얻지 못한 손해와 조업중단 여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 회수하지 못한 손해가 있을 수 있다. 이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점을 증명하여야 한다. 다만, 판매가격이 생산원가에 미달하는 이른바 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 제품이 판매될 가능성이 없거나, 제품에 결함이나 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용도 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다(대법원 1993. 12. 10. 선고 93다24735 판결 등 참조).

2018년 11월 29일 대법원에서는 현대차 비정규직 근로자들의 생산라인 중단 행위에 대한 손해배상과 관련하여 ‘고정비’ 손해배상 인정 여부에 대하여 두 개의 사건에서 다른 결론을 내렸다. 이를 두고 「‘현대차 비정규직 파업 손해’ 대법원, 같은 날 엇갈린 판단!」과 같은 기사가 나오기도 했고, 이 기사에서는 과거의 판례에 따라 “공장 점거=고정비 손해 발생”이라는 공식에서 벗어나 불법 파업과 고정비 손해의 인과관계를 엄격하게 판단할 수 있는 법리적 전개에 기대 가능성도 내비쳤다.

하지만, 이처럼 결론에서 차이가 있음에도 불구하고 두 대상판결 모두 판단 근거로서 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다24735 판결을 인용하면서 그 논리적 판단 구조를 따르고 있다. 즉 “제조업체가 위법한 쟁의행위로 인한 조업중단으로 입는 손해로는, 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익을 얻지 못한 손해와 조업중단 여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 회수하지 못한 손해가 있을 수 있다. 이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로

1) [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/875091.html#csidx507b61daf539abe99717107d2f81590](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/875091.html#csidx507b61daf539abe99717107d2f81590)



인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점을 증명하여야 한다. 다만, 판매가격이 생산원가에 미달하는 이른바 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 제품이 판매될 가능성이 없거나, 제품에 결함이나 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정의 간접 반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용도 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다.”고 판단한 것이다.

사실 관계를 살펴보면, 2016다11226 판결에서는 라인의 가동 중단이 16분간 이루어졌지만 당초 일일 생산 예정량(1,023대)을 모두 생산한 반면, 2016다12748 판결에서의 쟁의행위로 인한 가동 중단은 55분간 이루어졌으며, 그 이외에도 사건 당일 설비오작동과 장비고장 등으로 145분의 추가적 가동 중단이 이루어져 당일 생산량보다 203대가 생산되지 못했다는 점이다. 이를 바탕으로 할 때, 2016다11226 판결은 1993년 대법원 법리에서 특별한 사정의 간접반증으로 라인 중단이 단시간에 그쳐서 당일의 생산량에 지장을 미치지 않는 경우를 인정받은 것으로 볼 수 있다.

이처럼 제조업체의 조업중단으로 인한 손해에서의 고정비 산정은 1993년 대법원 법리가 그 판단 기준으로 이어져 오고 있다. 하지만 1993년 대법원 판결이 이처럼 일반 원칙으로 인용될 정도의 기준으로 작용하는 것이 타당한지 의문이다. 필자는 1993년 대법원 판결 법리가 원심판결의 법리에 대한 대법원의 구체적 판단으로 이해될 뿐, 제조업체의 조업중단으로 인한 손해에서의 고정비 산정 원칙을 정한 것으로 보이지 않기 때문이다. 1993년 대법원 판결을 다시 한번 읽어보면, “제조업체가 조업중단으로 인하여 입는 일반적인 손해는 소극적손해로서 조업중단으로 생긴 생산 및 매출감소에 따른 손해 즉 그 조업중단으로 인하여 감소된 제품의 판매가격에서 그 총원가를 공제한 금액과, 적극적손해로서 조업중단에도 불구하고 무용하게 고정적으로 지출되는 비용(차임, 조세공과금, 감가상각비, 보험료 등) 상당액의 손해라고 할 것이나, 구체적인 경우 위 각 손해액을 산정함에 있어서는 당해 조업중단으로 인하여 감소된 생산량 및 그 감소된 생산량과 당해 업체의 전체생산량 또는 적정재고량과의 관계, 그 감소된 생산량의 보충가능성, 당해 제품의 평소 판매상태 및 당시의 판매량 등을 종합하여 구체적으로 발생된 손해액을 산정하여야 할 것이므로, 조업중단에 따른 생산량의 감소로 인하여 당해 업체의 매출량이 감소되어 이로 인한 구체적인 손해가 발생하여야 하고, 비록 생산량의 감소가 있다고 하더라도 매출량의 감소가 이루어지지 아니하였다면 매출이익의 손해가 있었다고 할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 매출이익의 감소로 인한 손해발생의 가능성이 없는 경우라면 결과적으로 고정비지출로 인한 손해도 발생하지 아니하였다고 봄이 상당하다.”는 원심의 판단에 대하여,<sup>2)</sup>

2) 서울고등법원 1993. 4. 14. 선고 92나52285 판결.

대법원에서는 해당 사건에서 “조업중단일 당시 불황 등의 사정으로 인하여 위 각 제품이 장기간 판매될 가능성이 없었다 보이지 않을 뿐만 아니라, 위 각 제품에 결함 내지는 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어질 수 없다는 사정도 보이지 않는다는 점”을 설명하기 위한 것이라고 이해하는 것이 합리적이다.

실태적 측면에서 보더라도, 약 25년 전 동절기 상품인 팬히터의 생산라인에서 동절기 대비 생산량의 99%를 판매하던 성수기인 11월에 이루어진 대우전자의 조업중단에 대한 대법원의 판단이, 재고량 보유·관리는 물론, 돌발 상황에 대비하기 위한 생산관리 시스템을 구축한 첨단 자동차 산업의 고정비 판단에까지 기준으로 작용하고 있는 것이 과연 현실부합성이 있는지도 의문이다. 자동차 업체는 생산차량을 구입하려는 수요층이 상시적으로 존재한다거나 그 수요층의 규모가 언제나 고정되어 있다고 보기 어려운 측면이 있고, 그 수요를 정확하게 예측하는 것도 한계가 있어서 생산차량이 언젠가 100% 판매되어 수입을 올릴 수 있다고 단정할 수 없다. 따라서 이러한 경우에는 제품 생산 차질과 영업 손실의 상관관계 및 회복 가능성 등을 고려한 증명을, 손해를 주장하는 자가 부담하는 것이 손해배상의 일반 법리에 부합되는 ‘원칙’이 되어야 할 것이다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 부연구위원)

## 공기업 경영평가성과급의 임금성

- 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결 -

### 【판결요지】

평균임금 산정의 기초가 되는 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등으로 사용자에게 지급의무가 있는 것을 말한다. **공공기관 경영평가성과급이 계속적·정기적으로 지급되고 지급대상, 지급조건 등이 확정되어 있어 사용자에게 지급의무가 있다면, 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지므로 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함된다고 보아야 한다**(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결 등 참조).

한편 2012년부터는 공공기관 경영평가성과급의 최저지급률과 최저지급액이 정해져 있지 않아 소속 기관의 경영실적 평가결과에 따라서는 경영평가성과급을 지급받지 못할 수도 있다. **이처럼 경영평가성과급을 지급받지 못하는 경우가 있다고 하더라도 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중, 그 지급 실태와 평균임금 제도의 취지 등에 비추어 볼 때 근로의 대가로 지급된 임금으로 보아야 한다.**

이 사건은 한국공항공사에서 일하다 퇴직한 근로자들의 퇴직금에 대한 것이다. 근로자들은 경영평가성과급이 임금에 해당하는데도 한국공항공사가 이를 제외하고 평균임금을 계산하여 퇴직금을 적게 지급했다고 주장하였다. 한국공항공사는 직원연봉규정에서는 경영평가성과급을 평균임금에서 제외하고 있지는 않으나 정부가 2012년도 공기업·준정부기관 예산편성지침에서 경영평가성과급을 평균임금에서 제외하기로 정하자 이에 따라 평균임금에서 경영평가성과급을 제외하고 퇴직금을 계산하여 지급해 왔다.

공기업 등의 공공기관<sup>1)</sup>은 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 근거하여 기획재정부의 경영평가를 받는다(법 제48조). 이 경영평가의 결과에 따라 후속조치를 할 수 있고, 성과급지급률의 결정도 그 후속조치에 포함되어 있다(법 시행령 제27조 제4항). 기획재정부는 매년 공기업·준정부기관 예산편성지침으로 공공기관이 경영평가성과급을 각 기관의 예산으로 편성하도록 하고, 또한 매년 공기업·준정부기관 예산집행지침을 통해 위 후속조치에 따른 성과급의 지급기준 등을 제시한다. 이 지침들에서 정한 지급기준에 어긋나지 않는 범위에서 공기업 등의 공공

1) 공공기관의 운영에 관한 법률에 따르면 기획재정부장관은 공공기관을 공기업·준정부기관과 기타공공기관으로 구분하여 지정하도록 되어 있다(제5조).



기관은 기관의 규정 등을 통해 지급의 기준과 방법 그리고 시기 등을 구체적으로 정하고 있다.

기획재정부는 공공기관에 대한 경영평가의 후속조치로 경영평가성과급을 지급할 때, 2011년까지는 경영평가 결과가 D등급 이하인 공공기관에 대해서 상위등급의 공공기관보다 성과급 지급률을 낮게 정하여 지급하도록 하였으나 2012년에는 원칙적으로 D등급 이하의 공공기관에 대해서는 성과급을 지급하지 않는 것으로 변경하였다. 다시 2014년부터는 예외 없이 D등급 이하의 공공기관에 대해서는 경영평가성과급을 지급하지 않는 것으로 하고 있다. 한편 2012년 15개(13.8%), 2013년 19개(17.1%), 2014년 30개(25.6%), 2015년 15개(12.9%), 2016년 13개(11.2%), 2017년 17개(14.3%), 2018년 7개(5.7%)의 공공기관이 D등급 이하의 평가등급을 받았다(괄호 안은 전체 공공기관수 대비 비율).<sup>2)</sup>

서두에서 인용한 대법원의 판례법리와 공기업 경영평가성과급에 대한 앞의 내용을 함께 보았을 때 가장 중요하게 제기되는 의문은 이 사건에서의 대법원 판례법리는 이전의 판례법리가 변경된 것인가 하는 점일 것이다. 위 판례법리도 이전의 판례법리로부터 출발하기 때문에 적어도 대법원은 이전 판례법리의 연속선상에 있는 것으로 보는 듯하다. 그런데 대법원이 이전 판례법리 중 인용하고 있지 않는 부분이 있다. 그것은 서두의 판례법리 첫 문장에 이어서 제시되었던 ‘지급사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없’다는 것이다.<sup>3)</sup> 예를 들어 인용되지 않은 이 부분까지를 포함하여 법리를 실시한 후 대법원은 제조업체의 목표달성 성과급에 대하여 매년 노사 간 합의로 그 구체적 지급조건이 정해지고 그 해의 생산실적에 따라 지급여부나 지급률이 달라질 수 있기 때문에 회사에 지급의무가 있는 것이 아니라는 이유로 임금에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>4)</sup> 대법원은 유사한 이유로 실제로는 10여년이 넘는 기간 동안 예외 없이 지급을 하였어도 경영성과급 등의 임금성을 부정하였었다.<sup>5)</sup>

사실관계로 보면 이 사건과 위 제조업체 사건에서 공통적인 것은 매년 지급액이 달라지고, 지급사유의 발생이 확정적이지는 않았다는 점이다. 매년 지급액이 달라지는 것은 양자 모두 성과가 매년 달라지고 지급기준과 방식을 다르게 하였기 때문이다. 그리고 지급사유의 발생이 확정적이지 않은 것은 정확히 말하면 공공기관 경영평가성과급에서는 2012년부터이다.<sup>6)</sup> 위에서 본 바와 같이 이때부터 하위등급의 공공기관에는 경영평가성과급 자체가 지급되지 않았기 때문이다. 이 사건 한국공항공사가 경영평가성과급이 지급되지 않은 하위등급을 받은 적이 없

2) 기획재정부, ‘2017년도 공공기관 경영실적 평가 결과 발표’, 보도자료, 2018년 6월 19일.

3) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결 등 다수.

4) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결.

5) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 54399 판결.

6) 이 사건과 동일한 취지의 법리가 최초로 실시된 한국감정원사건(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결)은 임금성이 문제되는 시점이 2008년으로 이 시점에서는 하위등급의 공공기관도 낮은 지급률이라고 하더라도 경영평가성과급을 지급받아 왔었다.

다고 하더라도(실제로도 그러한 것으로 보인다.), 지급사유의 발생이 불확정적이라고 말할 수 있다. 왜냐하면 여기에서의 확정과 불확정은 사실에 대한 판단이라기보다 그 가능성에 대한 판단이기 때문이다. 경영평가성과급을 지급받지 못하는 D등급 이하를 받을 가능성은 어느 공공기관이나 갖고 있으며 실제로도 2012년 이후 통계적으로 의미가 없다고 말할 수 없는 정도의 공공기관들이 D등급 이하의 평가결과를 받았다. 위 제조업체 사건에서도 예외 없이 지급하였어도 불확정적이라고 보았다.

이상으로 보면 대법원은 지급사유 발생의 불확정성(정확히는 목표나 등급을 충족하지 못하면 받지 못하게 되는 점)에 대해서는 임금성 판단에서 더 이상 필요하지 않는 것으로 보는 것은 분명해 보인다. 이런 점에서 대법원은 이 사건에 대한 판례법리를 통해 지급사유 발생의 불확정성을 그 자체로 임금성 판단에서 더 이상 고려하지 않는 것으로 판례법리를 변경한 것으로 보인다. 대법원은 이미 개인의 성과를 평가하여 성과가 없거나 낮을 경우 지급되지 않을 수 있는 성과급 형태의 급여에 대하여 지급사유의 발생이 불확정적임에도 불구하고 임금성을 인정한 바 있다.<sup>7)</sup> 이렇게 보면 집단적으로 지급되는 목표달성 혹은 평가등급 충족 성과급에 대해서도 지급사유 발생의 불확정성을 더 이상 고려할 필요 없는 것으로 대법원이 확장 적용했다고 말할 수 있다.

그러나 지급사유 발생의 불확정이 더 이상 임금성 여부 판단에서 문제가 되지 않는다고 하더라도 위 제조업체 사건이 이 사건 대법원 판례법리에 의해 현재 시점에 다르게 판단될 수 있다고 말할 수는 없다는 의견이 제기될 수 있다. 그것은 제조업체 사건과 이 사건의 차이에서 비롯된다. 우선 이 사건과 위 제조업체 사건의 다른 점은 성과급지급에 대한 것이 전자에서는 회사규정 등에 명시되어 있으나 후자에서는 그렇지 않았다는 점이다. 후자에서는 매년 임금협약 혹은 노사합의로 정하였다. 이러한 차이는 분명히 존재한다. 그리고 이러한 차이가 있기 때문에 제조업체들에 대한 것과 공공기관에 대한 것을 구별하여 보는 것이 형식적으로는 가능하다. 그러나 이러한 차이가 판례법리상의 요건으로 제시된 지급의무성에서의 차이로 이어진다고 보기는 어려울 것 같다. 이 사건에서 한국공항공사의 직원연봉규정 등에서 정한 것은 지급하게 될 경우의 지급기준, 지급방법 및 지급시기일 뿐이다. 지급의무성 판단에서 핵심적인 내용인 지급할지 여부와 지급액은 직원연봉규정에서 정할 수가 없다. 앞서 본 바와 같이 매년 경영평가에 따른 후속조치로 지급여부가 달라질 수 있고, 지급률 또한 매년 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 이 사건 원심에서 연봉규정에서 지급기준, 지급방법 및 지급시기가 규정된 것이 지급의무가 있음을 전제로 한 것이라는 판단은 타당하지 않은 것으로 보인다. 기획재정부의 예산집행지침에서는 경영평가에 따른 후속조치로 지급되는 경영평가성과급이 개인별 혹은 부서별로 차등지급되도록 지침으로 정하고 있다. 이 지침에 따라 각 공공기관은 차등지급이

7) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다77514 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결.

이루어질 수 있는 구체적인 기준과 방식을 회사규정에서 정할 수밖에 없다. 반면에 제조업회사에서는 차등지급 없이 동일한 비율로 지급되기 때문에 이를 구체적으로 정할 필요가 없고 생산목표 달성여부를 확인하여 지급하는 것으로 지급시기는 연말이나 그 다음 해 연초가 될 수밖에 없어 그것을 명시하는 것이 큰 의미가 없었을 것이다. 임금협약이나 노사합의가 법적으로는 단체협약인 점을 감안하면, 특정한 목표를 달성하거나 특정한 평가등급을 얻을 경우 지급의 무가 발생한다는 점을 규정하였다는 점에서 이 사건의 규정과 제조업체의 임금협약 혹은 노사합의 모두 조건부로 지급의무를 설정하였다고 볼 수 있다. 향후 제조업체와 유사한 사건에서 대법원이 어떠한 입장을 취할지는 단정적으로 말할 수는 없으나, 회사규정에서 지급기준과 지급방법 그리고 지급시기가 정해지지 않았다는 것을 이유로 공공기관의 경영평가성과급과 다르게 보는 것은 그 논리가 대단히 취약할 것이다.

이 사건과 제조업체 사건의 차이로 전자는 ‘계속적·정기적’으로 지급되는 것이나 후자는 그렇지 않은 점을 들고 이러한 차이로 이 사건의 대법원 판례법리에 의하더라도 위 제조업체 사건이 달리 판단될 수 없었을 것이라고 의견을 제기할 수 있을 것이다. 그러나 지급여부가 불확정적인 것과 ‘계속적·정기적’은 양립하기가 쉽지 않다. 지급여부가 불확정적이지만 사실상 계속적·정기적으로 지급되는 경우는 계속하여 경영평가에서 C 이상의 등급을 받는 경우 뿐이다. 지급여부 자체는 불확실함에도 불구하고 이러한 경우에 임금성을 인정하게 되면, 동일하게 경영평가를 받는 공공기관들 사이에서 경영평가성과급의 임금성 여부가 각각 다르게 된다. 경영평가를 통해 D등급 이하의 등급을 한번이라도 받은 기관에서는 계속성이 인정되지 않아 임금성이 부정되는 반면에 그렇지 않은 기관에서는 임금성이 인정되기 때문이다. 동일한 취지, 동일한 기준과 방식에 따라 지급되는 경영평가성과급의 임금성이 공공기관별로 다르게 되는 것은 타당하지 못하다. 계속적·정기적 지급을 문제가 되는 시점에서 실태에 근거하여 판단하게 되면 동일기관 내의 근로자라고 할지라도 문제가 되는 시점에 따라 임금성이 달라질 수 있다는 점에서도 타당하지 못하다.

경영평가성과급의 임금성 판단에서 지급의무성과 계속성·정기성이 그 지표로서 위와 같이 타당하지 않게 되는 것은 경영평가성과급 판단에 있어서 적용되어야 할 지표 자체가 아니기 때문이다. 근로의 대가 이외에 추가로 이와 같은 두 가지의 지표가 만들어지게 된 것은 과거 대법원이 은혜적 혹은 복리후생적 명칭의 급부(혹은 금품)가 임금인지를 판단할 때 계속성·정기성을 갖추고 단체협약 등에서의 지급의무성이 있으면, 그 명칭에도 불구하고 근로의 대가인 임금으로 간주하는 취지를 담았기 때문이다. 임금성 판단에서 본질적이고 중핵적이며 궁극적인 판단기준은 ‘근로의 대가성’이며, 두 가지의 지표는 ‘근로의 대가성’과 병렬적으로 대등한 지표가 될 수 없으며, 은혜적 혹은 복리후생적 명칭의 급여(혹은 금품)가 지표를 만족시킬 경우 근로의 대가성을 부정하는 특별한 사정이 없는 한 임금으로 보기 위한 하위의 세부표지에 불

과하다. 예를 들어 연장·휴일근로 수당은 계속적·정기적이지 않더라도(성질상 계속적·정기적일 수가 없다), 회사규정이나 단체협약에 지급의무로서 명시되지 않더라도 누구도 이 수당이 근로의 대가인 임금임을 부정하지 않는다. 마찬가지로 연장·휴일근로 수당이 아니더라도 특정의 급여(혹은 금품)가 근로의 대가임이 분명하거나 근로의 질과 양에 밀접하게 관련되어 지급하는 것임이 명백하다면, 추가로 위 두 가지 지표의 충족여부를 판단할 필요가 전혀 없다.

앞서 언급한 바와 같이 이미 대법원에서 인정된 대로 근로자 개인의 능력이나 실적을 평가하여 지급하는 개인 성과급의 임금성은 부정될 수 없다. 사용자는 근로의 질을 향상시켜 생산성을 높이기 위해 연공서열형 임금형태에서 성과급적 임금형태로 전환하거나 임금체계의 일부분으로 도입해 왔다. 사용자가 근로자 집단 전체에 대해서도 회사의 목표나 성과 달성 그리고 이를 위한 근로동기와 의욕을 고취하고 장려하기 위하여 집단적인 성과급을 지급하는 것이라면 이 성과급은 협업의 질까지를 포함하여 회사가 요구하는 근로의 질을 높인 것에 대한 대가이다.<sup>8)</sup> 이러한 현실에서 이미 대법원이 인정한 바와 같이 지급사유 발생의 불확실성은 더 이상 의미가 없을 뿐만 아니라 더 나아가 지급의무성(판례법리에서 제시된 의미로서)과 계속성·정기성은 경영평가성과급의 임금성 판단에서 그 미충족 자체만으로 임금성 부정으로 나아가갈 정도의 위상과 의미를 갖지 않는다. 결국 위와 같은 취지로의 임금성 판단 법리 자체의 정정 및 보완이 필요하다.

관련하여 첨언하면 대법원은 지급사유의 발생이 불확정인 경우에는 “① 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중, ② 그 지급 실태와 ③ 평균임금 제도의 취지”를 고려하여 근로의 대가로 지급된 임금으로 보아야 한다고 실시하였다. 이는 근로의 대가성을 중심에 두어야 한다는 이 글의 취지와 어긋난다. 더구나 ①, ②, ③ 각각은 원심에서도 구체적으로 검토된 것이 아니어서 이것들이 고려하는 방식이나 방향 자체를 전혀 가늠할 수도 없다. 그리고 공기업경영평가에 대해 서술한 법리(서두의 인용법리의 첫 번째 단락 두 번째 문장)와의 관계에서 어떻게 이해해야 하는지도 불분명하다. 관련된 법리에 대한 이해를 더욱 혼란스럽게 하는 실시이다. **KKL**

심재진(서강대학교 법학전문대학원)

8) 유사한 취지로 김홍영(2006), 「상여금의 임금성 여부」, 『노동법연구』 21호와 김홍영(2009), 「지난 20년간 임금법제의 해석과 입법의 동향」, 『노동법연구』 26호 참조.

## 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성(2)

- 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결 -

### 【판결요지】

[1] 정기상여금에 ‘상여’라는 명칭이 사용되고, 상여금의 연원이 은혜적·포상적 성격의 이윤 배분에서 비롯되었다고 하더라도, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 더 이상 본래 의미의 ‘상여’로서의 성질을 가지고 있지 아니하며, 오히려 근로자의 입장에서는 기본급과 마찬가지로 근로를 제공하기만 하면 그에 대한 기본적인 대가로써 당연히 수령을 기대하는 임금에 해당한다고 볼 수 있다.

[2] 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다. 그러므로 정기상여금의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 참조).

[3] 사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로서 그 유효성을 인정할 수 없다. 나아가 유효한 취업규칙이나 개별적 근로계약 등에 재직자조건이 규정된 경우에도 이미 제공한 근로에 상응하는 부분을 지급하지 아니하는 범위에서는 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기하게 하는 것으로서 무효이다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다209039 판결 참조).

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

이 사건 원고들은 정기상여금이 통상임금에 해당함에도 피고회사가 이를 제외하고 산정한 통상임금에 기초하여 각종 법정수당 및 퇴직금을 지급하였음을 이유로 피고회사에 정기상여금을 통상임금에 포함시키는 경우 추가되는 각종 법정수당 및 퇴직금 차액의 지급을 구하였고, 이에 피고회사는 피고회사의 정기상여금에는 ‘지급일 당시의 재직자에게만 지급하고 지급일 이전의 퇴직자에게는 지급하지 아니한다’는 취지의 조건이 부가되어 있어 ‘고정성’을 결여하



여 통상임금에 해당하지 아니한다는 취지로 항변하였다. 대법원은 2017. 9. 26. ‘지급일 현재 재직하고 있는 근로자에게만 지급되는 정기상여금은 근로자가 근로를 제공하더라도 지급일 전에 퇴직하면 당해 정기상여금을 전혀 지급받지 못하므로 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 고정성도 인정되지 않아 통상임금에 해당하지 않는다’는 취지의 판결을 선고하였는바,<sup>1)</sup> 이 사건 피고회사의 항변은 이러한 대법원 판결에 근거한 것이다. 위 대법원 판결은 통상임금의 판단기준에 관한 2013년 전원합의체 판결<sup>2)</sup>에서 제시한 ‘고정성’ 기준을 정기상여금에 ‘그대로’ 적용한 것인바,<sup>3)</sup> 소정근로의 제공 여부와 관계없이 설·추석상여금, 하기휴가비, 귀성여비, 김장보너스, 선물비 등 근로자에게 재정적 수요가 필요한 특정한 시기에서의 재직여부를 기준으로 지급여부가 결정되는 수당과 정기상여금을 동일하게 취급하는 것은 정당하지 않다는 비판이 제기되어 왔다.<sup>4)</sup> 대상판결은 위 2017년 대법원 판결과 견해를 달리하여 “고정급 형태의 정기상여금에 부가된 재직자조건은 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석되는 한 무효”라고 보아 원고들의 청구를 일부 인용하였다.<sup>5)</sup> 대상판결은 위 2017년 대법원 판결 선고 이후 동 판결에 대하여 제기된 다양한 비판을 충분히 고려하여 상여금의 개념, 정기상여금의 본질, 정기상여금에 붙은 재직자조건인 법적 성격 및 그 적법성 등을 상세하게 판단하였음은 물론, 그 내용 또한 매우 타당하여 특별히 논평이 필요한 부분을 찾기 어려우나, 리뷰를 위하여 필자의 견해를 간략히 더해 보고자 한다.

(1) 우리나라에서 ‘정기상여금’이란 말은 보통 ‘정기적인 임금 외에 분기별 또는 1년에 수회의 특정한 시기에 기본급 또는 기본급에 일정한 수당을 포함한 금액에 일정 비율을 곱하여 산정한 금액을 지급하는 금품’이라는 의미로 사용되고 있다. 물론 이러한 의미에서의 ‘정기상여

1) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결, 대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결. 이들 판결에 대한 비판적 입장에서 리뷰로는 권오성(2018), 「정기상여금에 관한 ‘재직자조건’의 위법성」, 『노동판례리뷰 2017』, 한국노동연구원, pp.54~58.

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

3) 필자는 기본적으로 판례가 통상임금의 판단기준으로 언급하는 ‘고정성’은 ‘일률성’의 내용으로 고려될 수 있을 뿐 별도의 독립된 판단기준이 되어서는 아니 된다고 생각한다. 따라서 통상임금은 「① 임금성 → ② 정기성 → ③ 일률성」의 3단계의 시험(test)을 거쳐 판단하면 족한 것이고, 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 판단기준으로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자의 예상보다 부당하게 좁히는 것으로 해석의 범위를 넘는 법형성이다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 소정근로 또는 총근로에 대하여 ‘지급하기로 정하여진’ 임금이라고 규정하고 있으므로, 통상임금은 근로자가 당초 약정한 소정근로를 제공하는 ‘통상적인’ 경우에 지급하기로 미리 정하여진 ‘통상적인’ 임금일 뿐이지, 소정근로가 실제로 제공되지 않은 ‘이례적인’ 경우 당초 지급하기로 약속된 임금이 ‘사후적’으로 감액하여 지급되었다는 이유로 그러한 임금의 통상임금성이 부정되어서는 아니 된다(권오성(2018), 「‘재직 조건’ 정기상여금의 통상임금성」, 『중앙법학』 20(2), 중앙법학회, pp.322~326 참조).

4) 권오성(2017), 「정기상여금에 붙은 ‘재직자조건’의 문제점」, 『노동법논총』 41, 한국비교노동법학회, pp.222~223.

5) 대상판결에 대하여 원고와 피고 모두 상고하여 현재 사건이 대법원에 계속되어 있다(2019다204876).



금'은 법률용어가 아니다. 「근로기준법」(이하 “근기법”이라 함)은 상여금에 대한 정의규정을 두고 있지 않고, 다만 동법 시행령 제23조 제3호에서 ‘임시로 지급하는 임금 등’의 하나로 “1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금”을 규정하고 있을 뿐이다. 그런데 ‘상여(賞與)’란 말은 문자 그대로 풀어보면 ‘상으로 준다’는 의미이므로,<sup>6)</sup> 상여금은 본래 근로의 대가가 아니라 근로자의 공로나 업적에 대한 포상으로 지급하는 금품을 의미한다.<sup>7)</sup> 따라서 ‘상여금’은 본질적으로 지급여부 또는 지급액이 가변적일 수밖에 없으므로,<sup>8)</sup> 근기법 시행령 제23조 제3호의 ‘상여금’은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등의 사유에 따라 그 지급여부 및 지급액이 달라지는 금품이라는 의미로 제한적으로 해석되어야 한다. 따라서 기본급에 일정한 비율을 곱한 금액을 정기적으로 지급하는 형태의 고정급의 정기상여금은 ‘매월 정기일지급의 원칙’의 예외들 중 하나로 근기법 시행령 제23조 제3호에서 정하고 있는 상여금에는 해당되지 않는다. 상여금의 지급일 전에 퇴직한 근로자가 퇴직일 이전에 근무한 기간에 상응하는 상여금을 청구할 수 있는지가 다투어진 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결에서 대법원도 상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 ‘임시지급의 임금’으로 볼 수 없고 ‘정기일지급 임금’에 해당한다고 판단한 바 있다. 이러한 점에서 “정기상여금에 ‘상여’라는 명칭이 사용되고, 상여금의 연원이 은혜적·포상적 성격의 이윤배분에서 비롯되었다고 하더라도, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 더 이상 본래 의미의 ‘상여’로서의 성질을 가지고 있지 아니하며, 오히려 근로자의 입장에서 기본급과 마찬가지로 근로를 제공하기만 하면 그에 대한 기본적인 확정적인 대가로서 당연히 수령을 기대하는 임금에 해당한다”는 대상판결의 판단은 근로기준법의 제반 규정에 정확하게 부합한다.

한편, 고정급의 정기상여금은 해당 정기상여금의 지급기간의 소정근로는 물론 연장근로나 휴일근로 등 ‘모든’ 근로에 대한 가치를 반영한 것이라는 주장도 있으나,<sup>9)</sup> 적어도 ‘고정급의 정기상여금’은 기본적으로 그 산정기간에 근로자가 제공하기로 약속한 소정근로의 대가로 보는 것이 실질에 부합하는 것으로 생각되며, “정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없

6) 참고로 일본의 1880년 공장법안(工場法案) 제17조는 직공규칙(職工規則)으로 정해야 하는 사항으로 “상여·징계에 관한 규정”이라고 규정하여 같은 호에서 상여와 징계를 규정하고 있었으나, 이처럼 상여라는 말은 본래 징계(懲戒)와 병치되어 사용되는, 지금으로 치면 표창(表彰)의 의미로 사용되던 용어였다(종고, 각주 3)의 글, pp.331~334).

7) 김홍영(2006), 「상여금의 임금성 여부」, 『노동법연구』 제21호, 서울대학교 노동법연구회, p.70.

8) 일본의 경우 1947년에 “정기적으로 지급되고 또한 지급액이 확정되어 있는 것은 상여로 보지 않고, 정기 또는 임시로 근로자의 근무성적에 상응하여 지급되어 그 지급액이 확정되어 있지 않은 것만을 상여로 본다”는 행정해석이 명확하게 제시되었고(1947. 9. 13, 發基 17号), 이러한 해석은 현재까지 그대로 유지되고 있다(厚生労働省労働基準局 編(2014), 『労働基準法解釈総覧(改訂15版)』, 労働調査会, p.258).

9) 예컨대 하경호 교수는 상여금이 분기 또는 1년의 소정근로에 대하여 지급하기로 한 분기급 또는 연급(연봉)으로서의 성질을 갖는 것은 아니라고 한다(하경호(2013), 『임금법제론』, 신조사, p.87).

다”는 대상판결의 판시도 이러한 인식에 기초한 것으로 생각된다. 나아가 “고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다”는 대상판결의 판단을 확장해 보면, 고정급의 정기상여금은 ‘매월 정기일지급의 원칙’을 잠탈하는 탈법적인 임금지급방식이라는 결론에 이르게 된다. 필자의 사건으로는 고정급의 정기상여금은 소정근로의 대가로 ‘정기일지급 임금’에 해당하며, 따라서 수개월 간격으로 고정급의 정기상여금을 지급하는 약정은 근로기준법 제42조 제2항에 위반하여 무효이고,<sup>10)</sup> 다만 무효행위의 전환의 법리에 따라 정기상여금을 매월의 임금지급일에 분할하여 지급하는 취지의 약정으로 전환되는 것으로 보아야 한다고 생각한다.<sup>11)</sup>

한편, 정기상여금에 ‘재직자조건’을 붙이는 방법으로 ‘임금을 비임금화’하는 것은 임금 정기일지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로금지 원칙의 각 측면에서 근로기준법의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반하므로 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자조건’은 무효로 보아야 한다고 생각한다.<sup>12)</sup> 이러한 ‘재직자조건’의 유효성에 대해 재직조건을 일률적으로 위법무효 또는 적법유효하다고 볼 수는 없고 재직조건을 두어야 할 ‘합리적인 필요성’과 그로 인하여 ‘근로자가 입게 되는 손실’의 정도를 비교형량해야 한다는 견해도 있으나,<sup>13)</sup> 기왕에 제공된 근로의 대가로 이미 발생한 임금채권을 사후적으로 상실시키는 것을 정당화할 수 있을 만큼 중대한 ‘합리적인 필요성’이 무엇인지 알기 어렵다. 따라서 정기상여금에 붙은 ‘재직자조건’은 무효이며, 다만 ‘재직자조건’을 퇴직일의 익일부터 지급일 내지 정기상여금의 산정기간의 종일까지의 기간, 즉 퇴직으로 인하여 근로를 제공하지 않은 기간에 상응하는 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 취지로 제한적으로 해석될 수는 있을 것이다.<sup>14)</sup> 한편, 정기상여금의 지급약정에 붙은 ‘재직자조건’의 법적 성질과 관련하여서는 정기상여금에 붙은 ‘재직자조건’은 정기상여금 채권의 성립에 관한 약정의 기본적 내용을 구성하는 것이 아니라 그러한 기본약정에 부가된 부관(附款)에 불과하므로, 정기상여금에 붙은 ‘재직자조건’이 무효로 되는 경우에는 정기상여금의 지급에 관한 약정은 당연히 조건이 없는 계약으로 존속하며, 따라서 그 지급일 이전에 퇴사한 자도 정기상여금 청구권을 유효하게 행사할 수

10) 권오성(2018), 「임금체불의 형사법적 쟁점」, 『노동법포럼』 제24호, 노동법이론실무학회, p.13.

11) 다만 대법원은 매 짝수 달에 지급하기로 한 정기상여금을 그 지급일보다 늦게 지급한 사안에서 “..... 이 사건 정기상여금은 매 2개월마다 정기적·고정적으로 지급되는 임금으로서 매월 1회 이상 일정 기일 지급 의무가 있음을 전제로 한 법 제43조 제2항이 곧바로 적용될 수는 없다”는 입장이다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도1959 판결).

12) 줄고, 앞의 각주 4의 글, pp.242~247.

13) 최파라(2015), 「재직조건 또는 일정근무일수 조건이 있는 상여금의 통상임금성」, 『법조』 64(7), 법조협회, p.177.

14) 김도형(2016), 「통상임금의 고정성 징표에 대한 검토」, 『해밀 이슈페이퍼』 제2호, p.7.

있다.<sup>15)</sup> 따라서 동일한 논지의 “사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로서 그 유효성을 인정할 수 없다”는 대상판결의 판단은 타당하다. **KLI**

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

15) 참고, 앞의 각주 4)의 글, p.247.