

통상임금판단, 핵심은 무엇인가?

통상임금의 '고정성' 기준에 관한 학술토론회

2019년 9월 24일(화) 오후5시

한국노동조합총연맹

전국금융산업노동조합 기업은행지부

(붙임)

「통상임금의 ‘고정성’ 기준에 관한 토론회」 프로그램

좌장_ 박수근(한양대 법학전문대학원 교수)

16:30-17:00 등록

17:00-17:20 개회사_ 김주영(한국노총 위원장)

인사말씀_ 문성현(경사노위 위원장)

설훈(국회 환노위 위원)

김형선(기업은행지부 위원장)

17:20-17:50 발표_통상임금 판단기준의 재구성-고정성을 중심으로
: 권오성(성신여대 법과대학 교수)

17:50-18:30 지정토론

도재형(이화여대 법학전문대학원 교수)

김도형(법무법인 원 변호사)

김준영(금속연맹 사무처장)

18:30-19:00 자유토론 및 질의응답

19:00 폐회

통상임금 판단기준의 재검토 - '고정성'을 중심으로

권오성

성신여자대학교 법과대학 교수, 변호사

I. 들어가며

1953년 제정 근로기준법은 시간외근로에 대한 할증임금의 계산을 위한 기준으로 '통상임금'이라는 용어를 사용하면서도 '통상임금'이 무엇인지에 대해서는 아무런 규정을 하고 있지 않았다. 1954년 제정 근로기준법시행령은 일급·주급·월급 등이 통상임금에 해당함을 전제로 그러한 금액을 해당 기간의 '소정근로시간수'로 나누어 시급(時給)으로 환산할 수 있다고 규정하고 있었다.

이후 1982년 개정 근로기준법시행령에서 "근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액"이라는 통상임금의 일반적인 '정의'가 신설되었는바, '정기성·일률성'이 없는 '시간급, 일급, 주급, 월급'은 상상하기 어렵다는 점에서 '정기성·일률성'이라는 말이 어떠한 취지에서 도입된 것인지 고민해 볼 필요가 있다.

필자는 위 정의에서 말하는 '일률성'은 '하나의 비율(one rate)'의 의미로 사용된 것이라고 생각한다. 이러한 관점에서 이를 '모든 근로자' 또는 '일정한 조건을 충족한 근로자' 등의 의미로 파악해 온 판례는 '일률성'이라는 말을 '하나도 빠짐없이'라는 의미로 오독한 것은 아닌 가하는 의심을 갖고 있다.

한편, '정기성'과 관련하여서는 이러한 '정기성'과 '임금의 매월(每月) 정기지급의 원칙'의 관계를 고민할 필요가 있다. 근로기준법은 정기일지급의 원칙을 규정하고 있으며, 시행령에서 이러한 원칙에 대한 몇 가지 예외를 규정하고 있다. 따라서 사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 먼저 그러한 금품지급이 정기일지급의 원칙의 '예외'로 허용되는 방식인가를 판단해야 할 것이지, 이를 생략한 채 위법할 수도 있는 지급방식을 전제로 통상임금에 해당하는지에 여부를 평가하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

필자의 이러한 해석은 기존의 판례법리나 학계의 주류적인 해석과는 매우 다른 관점의 접근인바, 아래에서는 먼저 필자가 주류적인 견해와 입장을 달리하는 해석론을 주장하는 이유를 조금 상세히 부연하고(II), 이러한 논의를 기초로 정기상여금의 통상임금성(III)과 재직자 조건의 위법성(IV)을 차례로 검토해 보고자 한다.

II. 통상임금 판단기준에 대한 재검토

1. 관련규정의 연혁 및 기존의 해석론

(1) 관련규정의 연혁

가. 1953년 제정 근로기준법 및 관련 시행령

1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정된 근로기준법(시행일: 1953. 8. 9.) 제46조는 ‘시간외휴일근로’라는 제목으로 다음과 같은 규정을 두고 있었다.

제46조 (시간외휴일근로) 사용자는 연장시간근로(第42條, 第43條의 規定에 依하여 延長된 時間의 勤勞)와 야간근로(下午10時부터 上午6時까지의 사이의 勤勞)에 대하여는 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 하며 휴일근로(本法에서 定한 賃金支給休日の 勤勞)에 대하여는 사용자는 당해일에 소당임금을 지급하는 것을 이유로 본법에서 정한 휴일에 지급할 임금의 지급을 거절할 수 없다.

한편, 1954. 4. 7. 대통령령 제889호로 제정된 근로기준법시행령(시행일: 1954. 4. 7.) 제24조는 ‘법 제46조의 규정에 의한 통상임금’의 구체적인 산정방식에 관하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

제24조 법 제46조의 규정에 의한 통상임금이라 함은 다음 각호에 의하여 산정한 것을 말한다.

1. 시급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수로써 제한 금액
3. 주급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정 근로시간수로써 제한 금액
4. 월급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정 근로시간수로써 제한 금액
5. 월, 주 이외의 일정한 기간으로써 정하여진 임금에 대하여는 전각호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간. 이하 같다)의 총근로시간수로써 제한 금액
7. 근로자가 받는 임금이 전각호의 2이상의 임금으로써 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 전각호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액

이후 1981년에 이르기까지 근로기준법과 동법시행령이 수차례 개정되는 동안 통상임금에 관한 규정은 1969. 11. 10. 개정 근로기준법시행령(대통령령 제4220호)에서 조문의 위치가 제31조로 변경된 것 이외에 실질적인 내용의 변화는 없었다.

나. 1982년 개정 근로기준법시행령

1982. 8. 13. 대통령령 제10898호 일부개정되어 같은 날 시행된 근로기준법시행령은 제31조 제1항을 신설하여 통상임금을 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라고 정의하였는바, 이를 통하여 ‘정기성’과 ‘일률성’이 통상임금의 징표 내지 개념요소로 처음 명시되었다. 한편, 동조 제2항은 시간급금액 이외의 방식으로 정하여진 임금을 시간급금액으로 산정하는 식을 규정하였는바, 이는 개정 전의 근로기준법시행령 제31조와 동일한 내용이다.

제31조 (통상임금의 정의) ① 법과 이 영에서 "통상임금"이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다.

② 제1항의 규정에 의한 통상임금을 시간급금액으로 산정할 때에는 다음 각호에 의한다. 이 경우 일급금액으로 통상임금을 산정할 때에는 시간급금액에 1일의 소정근로시간수를 곱하여 계산한다.

1. 시간급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정근로시간수로 나눈 금액
3. 주급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정근로시간수로 나눈 금액
4. 월급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정근로시간수로 나눈 금액
5. 월·주외의 일정한 기간으로 정하여진 임금에 대하여는 제1호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간 이하같다)의 총근로시간수로 나눈 금액
7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 2이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액

이러한 입법연혁에서 나타나듯, 근로기준법은 1953년 제정 당시부터 시간외근로에 대한 할증임금의 산정을 위한 기준으로 '통상임금'이라는 용어를 사용하면서도 통상임금이 무엇인지에 관하여는 법률에 아무런 규정을 두고 있지 않았고, 이러한 태도는 지금까지 이어지고 있다. 한편, 1954년 제정 근로기준법시행령은 일급, 주급, 월급 등이 통상임금에 해당함을 전제로 그러한 금액을 해당 기간의 소정근로시간수로 나누어 시급으로 환산할 수 있다고 규정하고 있었다. 이후 1982년 개정 근로기준법시행령에서 "근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액"이라는 통상임금의 '일반적인 정의'가 도입되었다.

다. 1997년 제정 근로기준법시행령

1997. 3. 27. 대통령령 제15320호로 제정된 근로기준법시행령 제6조는 통상임금의 정의는 종전의 내용을 그대로 유지하면서 시간급금액 이외의 방식으로 정하여진 임금을 시간급금액으로 산정하는 식의 분모(分母)를 종전의 '소정근로시간수'에서 '통상임금 산정기준시간수'로 변경하였다.

제6조 (통상임금) ① 법과 이 영에서 "통상임금"이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다.

② 제1항의 규정에 의한 통상임금을 시간급금액으로 산정할 경우에는 다음 각호의 방법에 의하여 산정된 금액으로 한다.

1. 시간급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정근로시간수로 나눈 금액

3. 지급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 통상임금 산정기준시간수(법 제 20조의 규정에 의한 주의 소정근로시간과 소정근로시간외의 유급처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액
 4. 월급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 통상임금 산정기준시간수(주의 통상임금산정 기준시간에 1년간의 평균주수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈금액
 5. 일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금에 대하여는 제2호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액
 6. 도급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간을 말한다)의 총근로 시간수로 나눈 금액
 7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 2이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 각 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액을 합산한 금액
- ③ 제1항의 규정에 의한 통상임금을 일급금액으로 산정할 때에는 제2항의 규정에 의한 시간급 금액에 1일의 소정근로시간수를 곱하여 계산한다.

이러한 입법은 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대하여 지급되는 급여가 통상임금에 포함됨을 전제한 것이다. 그런데, 통상임금은 기본적으로 소정근로시간을 넘는 근로(편의상 “소정외 근로”라고 한다)에 대한 수당의 산정의 기준금액이다. 따라서 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대한 급여(예컨대, 주휴수당)는 통상임금에 포함되는 임금이 아니라 통상임금을 ‘적용’하여 지급하여야 하는 수당이다. (이러한 개정의 문제점은 후술함)

(2) 2013년 전원합의체 판결

대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결은 “어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것은 아니다.”라고 판단하였다.

대법원은 위 판결에서 ‘정기적’이란 말의 의미를 “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, …… 정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.”고 보았고, ‘일률적’이란 말의 의미를 “‘일률적’으로 지급되는 것에는 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다.”고 보면서, 여기서 ‘일정한 조건’이란 “고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 한다.”고 보았다.

한편, 대법원은 “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 근로자

가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 할 것이다.”라고 판시하고, 나아가 “... ‘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 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다.”고 판시하여 소위 ‘사전확정성’ 내지 ‘고정성’을 통상임금의 요건으로 요구하였다.

2. 기존 해석론의 문제점

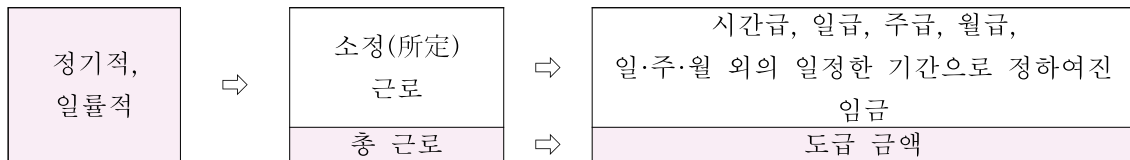
(1) 근로기준법시행령 제6조 제1항의 의미

‘시간급, 일급, 주급, 월급’이라는 용어는 그 자체에 정기성(定期性)과 일률성(一律性)이라는 개념정표가 당연히 내재되어 있다는 점을 고려할 때,¹⁾ 근로기준법시행령 제6조 제1항의 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라는 통상임금의 정의에서 ‘정기적·일률적’라는 문구가 어떠한 의미로 사용된 것인지 의문이다.

‘정기성·일률성’이 인정되지 않은 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’은 상상하기 어렵다. ‘일·주·월 외의 일정한 기간으로 정하여진 임금’의 경우에도 사정은 다르지 않다. 따라서 시간급, 일급, 주급, 월급, 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정하여진 임금은 본질적으로(per se) 통상임금이다. ‘정기성·일률성’과 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’은 동어반복(tautology)에 불과하다. 즉, 근로기준법시행령 제6조 제1항에서 말하는 ‘정기성·일률성’은 종래 통상임금으로 규정되어 있었던 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’의 공통적인 개념정표를 귀납추론하여 통상임금의 일반적인 개념정표를 규정한 것으로 이해하여야 할 것이다.

이와 같이 시간급, 일급, 주급, 월급, 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정하여진 임금은 ‘당연히’ 통상임금에 해당한다면, 통상임금의 개념요소로 ‘정기성’과 ‘일률성’을 규정한 근로기준법시행령 제6조 제1항은 규범적으로 어떤 의미를 갖는 것일까? 이해의 편의상 근로기준법시행령 제6조 제1항의 문구를 아래 그림과 같이 재구성해 본다.

<그림 1> 근로기준법시행령 제6조 제1항의 재구성



‘시간급, 일급, 주급, 월급’이라는 용어 자체에 ‘정기성·일률성’이라는 의미가 당연히 포함되어 있다고 본다면, ‘정기적·일률적’이라는 말은 ‘총 근로에 대하여 지급되는 도급 금액’에 관해서나 의미를 갖는다고 할 것이다. 그렇다면, 총 근로에 대한 도급금액도 ‘정기적·일률적’인

1) 예컨대, 월급금액의 경우 ‘월급(月給)’이라는 말 자체가 이미 월의 소정근로에 대하여 매월(定期的) 일정한 지급률(一律的)로 지급하기로 정하여진 금액을 의미한다.

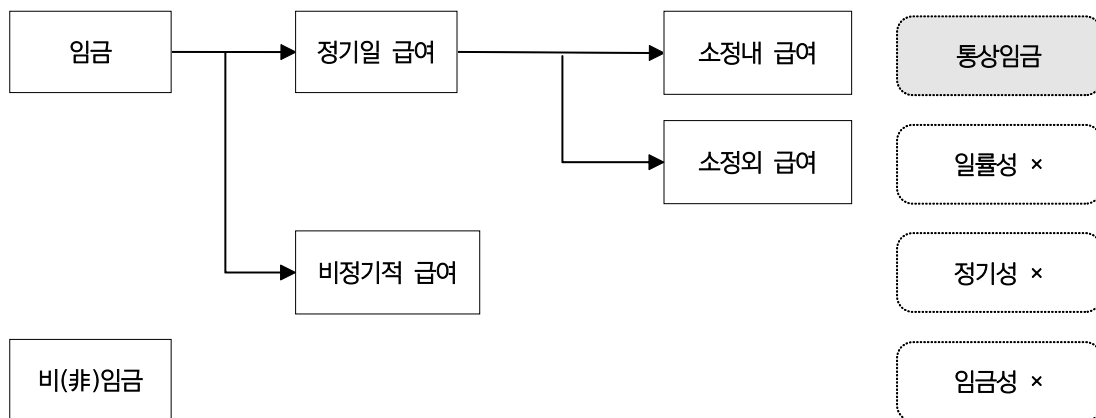
경우에만 통상임금에 해당하는가? 근로기준법시행령 제6조 제2항 제6호는 시간급 통상임금액의 산정방법을 “도급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간을 말한다)의 총근로시간수로 나눈 금액”이라고 규정하고 있다. 과연 ‘도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자’(이하 “도급근로자”라 한다)²⁾가 제공한 총근로에 대하여 도급금액으로 정해진 임금이 ‘정기적·일률적’일 수 있는가?

총 근로에 대하여 도급금액으로 정해진 임금은 근로시간과의 관계에서 어떠한 함수관계에 있지 않으며, 따라서 근로시간과 임금 사이에 일률성을 갖기 어렵다. 따라서 도급근로자의 시간급 통상임금은 사후적으로 평가될 수밖에 없다.

판례가 언급하는 ‘고정성’은 일률성의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐이지, 통상임금 여부를 판단하는 요건으로 보아서는 아니 된다고 생각한다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건의 하나로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자가 예상보다 부당하게 좁히는 것으로 해석의 범위를 넘는 부당한 범형성이라고 생각된다. 한편 ‘사전확정성’이라는 개념을 ‘내일 퇴사하는 경우에도 무조건 지급되는 금품’ 따위로 마치 논리학적 인과성 차원으로 해석하는 것 또한 당연히 법령에 근거가 없다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 소정근로 또는 총근로에 대하여 ‘지급하기로 정하여진’ 임금이라고 정의한다. 따라서 통상임금은 근로자가 당초 약정한 소정근로가 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 부정될 수는 없는 것이다.

이러한 이유로 토론자는 통상임금은 “①임금성 → ②정기성 → ③일률성”의 3단계의 판단구조를 따라야 한다고 생각하며, 법문에서 규정하지 않는 ‘고정성’은 별도로 고려되어서는 아니 된다고 생각한다.

<그림 2> 통상임금의 판단구조



2) 근로기준법 제2조 제2항 제7호는 “소정근로시간이란 …… 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다.”고 규정하고 있다. 따라서 소정근로시간을 정한 경우 이러한 소정근로시간에 제공할 근로에 대한 대가는 그 시간에 비례하는 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’으로 정해야 할 것이다. 반면, 근로계약에서 소정근로시간을 정하지 않는 경우(대부분 도급근로자에 해당할 것이다)에는 당사자 간에 약속한 총 근로에 대한 대가를 총액으로 정할 수밖에 없을 것이다. 근로기준법 제47조는 이러한 도급근로자의 임금의 보호를 위하여 “사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(2) '정기성' 비판

근로기준법시행령 제6조 제1항에서 말하는 '정기적(定期的)'의 의미는 과연 무엇인가?

우리 민법 제656조 제2항은 고용계약의 보수의 지급시기에 관하여 “보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고 관습이 없으면 약정한 노무를 종료한 후 지체없이 지급하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 현행 근로기준법 제43조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다”고 규정한다. 따라서 민법상 고용계약의 보수의 지급시기가 사적자치의 영역에 속하는 데 반하여, 근로기준법상 임금의 지급에 있어서는 근로의 제공과 그러한 근로에 대한 임금의 지급시기의 간격은 원칙적으로 1개월을 넘어서는 아니 될 것이며,³⁾ 이러한 범위에서 임금의 지급방법에 관한 사적자치는 제한을 받는다.

이와 같이 근로기준법은 정기일지급의 원칙을 규정하고 있다. 소정근로에 대한 임금은 당연히 1개월을 넘지 않는 기간을 주기로 '정기적'으로 지급되어야 한다. 소정근로에 대한 임금이 이러한 1개월 이내의 기간을 주기로 정기적으로 지급되지 않는 경우 이는 근로기준법에 위반한 임금지급방식으로 위법하다고 평가되어야 한다. 이러한 형태로 지급되는 임금을 정기성을 결하였다고 보아 통상임금에 해당하지 않는다고 판단하는 것은 선후가 바뀐 판단 방식이다.

임금의 지급방법에 관한 '매월 1회 이상 정기지급의 원칙'은 그 연원을 일본의 1916년 공장법시행령 제22조에서 찾아볼 수 있을 것이다.⁴⁾ 이후 1947년 제정된 일본 노동기준법 제24조 제2항 본문은 위 공장법시행령 규정을 받아 매월 1회 이상 정기지급의 원칙을 규정하되, 그 단서에서 '임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금'은 예외로 허용하였다.

제24조(임금의 지급)

임금은 매월 1회 이상, 일정한 날을 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금(제89조에서 “임시 임금 등”이라 한다)에 대해서는 그러하지 아니하다.⁵⁾

같은 해 일본의 노동성은 위 노동기준법 제24조의 시행에 관하여 다음과 같은 행정해석을 제시하였다.⁶⁾

3) 구약성격 레위기 19장 13절은 “너는 네 이웃을 억압하지 말며 착취하지 말며 품꾼의 삯을 아침까지 밤새도록 네게 두지 말며”라고 쓰고 있고, 신명기 24장 15절은 “그 품삯을 당일에 주고 해 진 후까지 미루지 말라”고 쓰고 있습니다.

4) 工場法施行令(1916(大5). 8. 3. 勅令第193号) 第二十二條 職工ニ給与スル賃金ハ通貨ヲ以テ毎月一回以上之ヲ支給スヘシ.

5) 第二十四條 (賃金の支拂)

2 賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支拂わなければならない。ただし、臨時に支拂われる賃金、賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金(第八十九條において「臨時の賃金等」という。)については、この限りでない。

6) 勞働基準法の施行に關する件(1947(昭22).9.13, 發基17号)

【法第二四條關係】賞与とは、定期又は臨時に、原則として労働者の勤務成績に応じて支給されるもの

노동기준법의 시행에 관한 건

[법 제24조 관계] 상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.

이와 같이 일본은 노동기준법이 제정되던 1947년부터 “상여란 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.”는 취지가 행정해석으로 명확하게 제시되었고, 이러한 해석은 현재까지 그대로 유지되고 있다.⁷⁾

우리나라의 경우, 1953년 제정 근로기준법 제36조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 단 임시로 지급하는 임금, 수당 기타 이에 준하는 것 또는 대통령령으로써 정하는 임금에 대하여는 예외로 한다.”이라고 규정하고 있었는데, 위 조항은 단서 부분에서 일본의 노동기준법이 명시하고 있는 ‘상여’라는 말이 우리 근로기준법에는 기재되지 않은 정도의 차이가 있을 뿐, 위 일본 노동기준법 제24조 제2항과 동일하다.⁸⁾ 한편, 1954년 제정 근로기준법시행령 제15조는 “법 제36조제2항 단서의 규정에 의한 임금수당”을 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조 법 제36조제2항 단서의 규정에 의한 임금수당이라 함은 다음에 계기하는 것을 말한다.

1. 1월을 초과하는 기간의 출근성적에 의하여 지급되는 정근수당
2. 1월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급되는 근속수당
3. 1월을 초과하는 기간에 공한 사유에 의하여 산정되는 장려가급·능률수당 또는 상여금
4. 기타 부정기적으로 지급되는 제수당

이러한 연혁을 살펴 볼 때, 우리 근로기준법의 ‘매월 1회 이상 정기지급의 원칙’은 일본의 공장법시행령 및 노동기준법의 영향을 받아 입법된 것임을 부인하기는 어렵다. 이러한 배경에서 보자면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 중 ‘상여금’의 개념에 관한 판사가 일본의 행정해석과 거의 동일한 표현으로 이루어진 이유가 설명이 될 것이다.

勞働基準法の施行に關する件(1947.9.13, 發基17号)	대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결
---------------------------------	---------------------------------

であつて、その支給額が予め確定されてゐないものを云ふこと。定期的に支給され、且その支給額が確定してゐるものは、名称の如何にかゝらず、これを賞与とはみなさないこと。従つて、かゝるもので施行規則第八條に該当しないものは、法第二四條第二項の規定により毎月支拂われなければならないこと。

7) 厚生労働省労働基準局 編, 労働基準法解釋總覽(改訂15版), 労働調査會, 2014, 258면.

8) 위 조항은 현행 근로기준법 제43조 제2항에 그대로 유지되고 있습니다.

<p>상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.</p>	<p>상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로기준법 제36조 제2항 단서 및 동법시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금지급기간 만료전에 퇴직한 근로자라도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다.</p>
---	---

이렇게 이해한다면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결의 취지는 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정된 금품은 그 명칭에 관계없이 ‘정기일지급 임금’에 해당한다는 것을 명확히 하여 근로기준법 제43조 제2항의 적용 기준을 판단한 것이라고 생각된다.

만일, 소정근로의 대가로 지급되는 임금을 지급함에 있어 이러한 원칙을 준수하지 않을 경우 그러한 임금지급방식은 근로기준법 제43조 제2항에 반하는 위법한 임금지급방식으로 보고, 근로기준법 제43조 제2항을 적용하여 매월의 임금지급일에 해당 월의 근로에 대한 대가를 지급하도록 하여야 할 것이다.

즉, 사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 그러한 금품지급이 정기일지급의 원칙의 예외에 해당하는지를 먼저 판단해야 하는 것이지, 그러한 판단을 생략한 채 위법한 임금지급방법을 전제로 통상임금에 해당하는지에 여부를 평가하는 것은 탈법을 감행한 사용자를 유리하게 취급하는 불공정(unfair)한 결과를 야기할 것이다. 이러한 상황을 방지하는 것은 다른 사용자들로 하여금 정기일 지급의 원칙을 회피하는 것이 유리하다는 인식을 갖게 할 것이고, 결국은 근로기준법 제43조 제2항은 실효성을 상실하게 될 것이다.

요컨대, 판례가 1개월을 초과하는 기간으로 정기적으로 지급되는 금품도 정기성이 인정된다고 본 결과에는 찬성한다. 그러나 1개월을 초과하는 기간으로 정기적으로 지급되는 금품이 있다면, 먼저 그러한 금품이 근로기준법 제43조 제2항의 배제사유에 해당하는지 판단하고, 배제사유에 해당하지 않는다면 매월 임금지급일에 지급되어야 하는 임금으로 보고 정기성을 긍정하는 것이 근로기준법 제43조 제2항의 취지에 맞는 해석이라고 생각한다. 통상임금 판단에서의 정기성과 정기일 지급원칙에서의 정기성의 개념의 이동을 두고 실제로 논란이 있었는바, 이러한 논란은 종래 행정부는 물론 법원에서도 근로기준법 제43조 제2항을 적극적으로 적용하지 않았던 데 그 원인이 있다고 생각된다.

최근 서울고등법원 2018. 12 18. 선고 2017나2025282 판결은 “고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과” 및 “정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다”고 판단하였는바, 이는 ‘상여금’이라는 명목으로 지급되는 금품이 실질에 있어서는 ‘정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정’되어 있는 경우에는 근로기준법 제43조 제2항의 적용대상이 되므로 그러한 금액은 원래는 매월 1회 이상 지급되어야 하는 금품이라고 보고, 이에 근거하여 “정기상여금은 그 실질에서 기본급과 다를 바 없다”고 판단한 것으로 생각된다. 이렇게 본다면, 고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금 지급관행은 소정근로의 대가로서 ‘정기일지급 임금’의 실질

을 갖는 임금을 통상임금을 낮추거나, 금융이익을 향유하거나, 재직일 지급 조건을 붙여 장기근속을 강제하려는 목적으로(물론, 이러한 목적이 없을 수도 있지만) 강행법규인 근로기준법 제43조 제2항의 적용을 회피한 것(우리나라의 민법학에서는 주로 “탈법행위”라는 용어로 설명되는 법률회피현상)이라고 평가될 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 필자는 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결은 2013년 이전에 탈법적으로 통상임금을 낮게 산정하는 방편으로 기능하였던 정기상여금 지급관행의 문제점을 정확하게 파악하고, 그러한 ‘탈법행위’ 내지 ‘법률회피행위’를 교정(矯正)하는 단초를 제시한 용감하고도 시의적절한 판결이라고 생각한다.

요컨대, 사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 그러한 금품지급이 정기일지급의 원칙의 예외에 해당하는지를 먼저 판단해야 하는 것이지, 그러한 판단을 생략한 채 위법한 사실을 전제로 통상임금에 해당하는지에 여부를 평가하는 것은 탈법 내지 불법을 자행한 사용자를 오히려 더 보호하는 부당한 결과를 가져온다.

(3) ‘일률성’ 비판

근로기준법시행령 제6조 제1항에서 말하는 ‘일률적’의 의미는 과연 무엇인가? 국립국어원의 표준국어대사전에 따르면 ‘일률적’이라는 말은 ‘태도나 방식 따위가 한결같은’이라는 의미를 갖는다. 그렇다면 ‘일률적’으로 지급되는 임금이라는 말은 결국 ‘하나의 비율’에 따라 근로시간의 증가에 비례적으로 지급하기로 정한 임금을 의미하는 것으로 이해해야 하는 것이 아닐까?

1982년 개정 근로기준법시행령 제6조 제1항의 ‘정기성·일률성’이라는 개념이 종래 통상임금으로 열거되어 있던 ‘시간급, 일급, 주급, 월급’의 공통적인 개념징표를 귀납추론하여 이들의 공통적인 표지를 추출한 것으로 이해할 경우, ‘일률적’으로 지급되는 임금이라는 말은 실 근로시간의 증가에 ‘하나의 비율’로 비례적으로 계산되어 지급되는 금품이라고 이해하는 것이 옳다고 생각한다. 이러한 관점에 서면 ‘일률성’의 의미를 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 이해했던 종래의 판례는 일률적이라는 말을 ‘하나도 빠짐없이’라는 의미로 잘못 이해한 것으로 볼 수 있다.

통상임금은 사용자와 개별 근로자 간에 연장근로 등에 관한 수당을 계산함에 필요한 도구개념이라고 할 것인데, 개별 근로자의 연장근로수당을 계산함과 ‘다른 근로자가 어떠한 조건에서 얼마의 임금을 받기로 하였는지는 아무런 관계가 없을 것이다.’⁹⁾

통상임금은 사용자와 개별 근로자 사이에서 발생하는 연장근로 등에 관한 수당의 계산을 위한 도구개념이다. 개별 근로자의 연장근로수당을 계산함에 있어 다른 근로자가 어떠한 조건에서 얼마의 임금을 받기로 하였는가는 아무런 관계가 없다. 일률적이란 말은 글자 그대로 ‘하나의 비율(one rate)’을 의미하는 것으로 글자 그대로 새겨야 한다.

(4) ‘고정성’ 비판

9) 최근 다수 기업의 연봉계약서에 연봉액을 제3자에게 누설하지 않겠다는 조항이 기재되고 있는바, 다른 근로자의 연봉을 알 방법이 없는 근로자의 입장에서 ‘모든 근로자’에게 일률적으로 지급되는 금품이라는 기준으로 통상임금 여부를 판단한다는 것은 불가능한 일일 것이다.

이와 같이 일률성이라는 말을 ‘하나의 비율(one rate)’이라는 의미로 이해할 경우, 일률성의 개념 안에는 고정성이라는 성격이 내재되어 있다. 따라서 판례에서 언급하는 ‘고정성’은 일률성(一率性)이라는 표지를 구성하는 하나의 속성일 뿐, 통상임금 여부를 판단하는데 요구되는 별도의 독자적인 ‘요건’으로 볼 수는 없을 것이다. 법령이 예정하지 않은 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건으로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자의 의도보다 좁히는 것으로 해석의 범위를 넘는 부당한 범형성이라고 생각한다.

무엇보다 근로기준법시행령 제6조 제1항에는 법관의 범형성의 전제가 되는 법률의 흠결 자체가 존재하지 않는다. 통상임금의 개념에 고정성이라는 측면이 요구되는 것은 사실이나, 이는 통상임금이 「Y(법정수당)=1.5*r(통상임금률)*X(연장,야간,휴일근로기간)」이라는 계산식에서 계수의 기능을 담당하므로 상수(常數)이어야 한다는 점에서 요구되는 것으로 생각할 수 있으며, 따라서 ‘일률성’을 ‘하나의 비율’이라고 해석한다면 ‘일률성’ 이외에 별도의 ‘고정성’이라는 요건은 필요하지 않을 것이다.

연혁적으로도 통상임금의 개념표지의 하나로 ‘고정성’이라는 용어가 최초로 사용된 것으로 생각되는 대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결은 “근로기준법 제19조 2항에 동조 1항에 의하여 산출된 소위 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금을 평균임금으로 한다고 규정한 취지는 …… 평균임금의 하한선을 통상임금에다 두었다고 할 것이므로 근로기준법 19조 2항이 말하는 ‘통상임금’이란 평균임금의 산정과는 달라서 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금 즉, 기본적인 임금과 이에 준하는 고정적으로 지급되는 수당의 1일 평균치라고 보아야 할 것이다.”라는 문맥에서 나온 판결인바, 위 판결은 연장근로수당의 산정에 필요한 통상임금의 개념에 대한 판시라기보다 평균임금의 하한으로 기능하는 통상임금 개념을 판시하면서 평균임금과 통상임금의 차이를 부각하기 위하여 ‘고정적’이라는 용어를 사용한 것으로 생각된다.

근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 소정근로 또는 총근로에 대하여 ‘지급하기로 정하여진’ 임금이라고 정의한다. 따라서 통상임금은 근로자가 당초 약정한 소정근로가 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 부정될 수는 없다. 통상임금을 판단함에 있어 ‘내일 퇴사하는 경우에도 무조건 지급되는 금품’이라는 마치 논리학적 인과성과 동일한 수준의 고정성을 요구하는 것은 법령에 근거가 없는 부당한 범형성이다.

참고로, 미국 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA) 제7조(a)(1)은 사용자는 1주에 40시간을 초과한 근로에 대해서는 그의 통상임금률(regular rate)의 1.5배 이상의 비율로 보상(compensation)을 지급해야 한다는 취지의 규정을 두고 있으며, 여기서 통상임금률(regular rate)은 1시간당으로 계산하되, 주급제 및 월급제인 경우에는 주당 임금액을 주의 소정근로시간수(소정근로시간수가 정해져 있지 않은 경우에는 실근로시간수)로 나누어 산정합니다. 다만 제7조(e)(3)(a)는 일정한 요건에 해당하는 상여금(bonus)은 통상임금률 산정에 포함되지 않는다고 규정하고 있다.¹⁰⁾ 제7조(e)(3)에 해당하여 통상임금률(regular rate)에 포

10) 29 U.S. Code § 207 - Maximum hours

“Regular rate” defined as used in this section the “regular rate” at which an employee is employed shall be deemed to include all remuneration for employment paid to, or on behalf of, the employee, but shall not be deemed to include—

(3) Sums paid in recognition of services performed during a given period if either,

(a) both the fact that payment is to be made and the amount of the payment are determined at

함되지 않는 상여금을 ‘재량상여금’이라고 하고, 반대로 제7조(e)(3)에 해당되지 않아 통상임금률(regular rate)에 포함되는 상여금을 ‘비재량상여금’이라고 한다.

제7조 (e) 본조에 있어서 근로자의 통상임금률은 근로에 대한 대가로 근로자에게 지급되는 모든 보수를 포함한다. 다만 다음의 것은 포함되지 않는다.

(3) 일정한 기간의 근무에 대한 포상으로서 지급되는 금전으로, 다음 중의 어느 하나에 해당하는 것.

(a) 지급의 여부와 지급금액이 지급기간의 종일(終日) 또는 종일에 근접하여(at or near the end of the period) 전적으로 사용자의 재량(sole discretion of the employer)에 의해 결정되고, 근로자에게 정기적인 지급에 대한 기대를 갖게 하는(causing the employee to expect such payments regularly) 사전의 계약, 합의, 약속에 근거하고 있지 않은 경우¹¹⁾

한편, 미국 노동부는 29C.F.R. §778.208에서 통상임금률에 포함되지 않는 상여금(Discretionary bonus)과 포함되지 않는 상여금(Non-discretionary bonus)의 구별 기준을 구체적으로 제시하고 있는바,¹²⁾ ① 상여금의 지급에 관하여 근로자의 기대권이 있거나(an expectation of payment), ② 상여금의 금액과 지급시기에 관한 재량권이 없거나, ③ 상여금의 지급이 근로자의 성과 기타 다른 구체적인 지급조건(employee performance or other specific standards or goals)에 연동된 경우에는 그러한 상여금은 통상임금률에 포함된다는 해석을 제시하고 있다. 미국 FLSA §7(e)(3)(a)이 시사하듯, 통상임금의 산정에 포함되는 상여금인가 여부를 판단함에 있어 ‘상여금 지급에 기대(an expectation of payment)’만 있으면 충분한 것이지, 논리학적 인과성에 가까운 ‘고정성’이 논리필연적으로 요구되는 것은 아니라고 생각한다.

요컨대, 통상임금은 “①임금성 → ②정기성 → ③일률성”의 3단계의 판단구조를 따라야 한다고 생각하며, 법문에서 규정하지 않는 ‘고정성’을 통상임금의 요건 내지 표지로 요구하는 것은 근거가 없다고 생각한다.

(5) ‘통상임금 산정기준시간수’ 비판

1997년 제정 근로기준법시행령은 통상임금의 시간급 환산식의 분모(分母)를 종전의 ‘소정근로시간수’에서 해당 임금산정 기간의 소정근로시간과 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’을 더한 ‘통상임금 산정기준시간수’로 변경하였다.

이러한 입법은 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대하여 지급되는 급여가 통상임금에 포함됨을 전제한 것이다. 그런데, 통상임금은 기본적으로 소정근로시간을 넘는 근로(편의상 “소정의 근로”라고 한다)에 대한 수당의 산정의 기준금액이다. 따라서 ‘소정근로시간외의 유급처리되는 시간’에 대한 급여(예컨대, 주휴수당)는 통상임금에 포함되는 임금이 아니라 통상임금을 ‘적용’하여 지급하여야 하는 수당의 본질을 갖는다.

the sole discretion of the employer at or near the end of the period and not pursuant to any prior contract, agreement, or promise causing the employee to expect such payments regularly;

11) 번역은 이승길, 미국의 노동법제, 한국경영자총협회, 2005, 330쪽 이하를 저본으로 하여 약간의 수정을 가하였다.

12) 29 C.F.R. §778.208 Inclusion and exclusion of bonuses in computing the “regular rate.”

따라서 통상임금의 시간급 환산식의 분모(分母)를 종전의 '소정근로시간수'에서 해당 임금 산정 기간의 소정근로시간과 '소정근로시간외의 유급처리되는 시간'을 더한 '통상임금 산정 기준시간수'로 변경한 1997년 제정 근로기준법 시행령 규정은 통상임금의 본질에 부합하지 않는 것으로 위법하다고 생각된다. 특히, 종래 통상임금과 최저임금의 판단방식에 차이를 가져온 근본적인 원인이 이러한 '통상임금 산정기준시간수' 규정에 있었다는 점을 고려할 때, 위 규정은 실무상으로도 문제가 크다.

요컨대, 종래 시급으로 환산한 통상임금과 최저임금 관련 비교대상임금액의 시급 환산에 있어 그 분모에 차이가 발생함으로써 인하여 주휴수당의 취급과 관련한 법집행의 혼란이 발생하였던 직접적인 원인은 통상임금의 시간급 환산식의 분모(分母)를 종전의 '소정근로시간수'에서 해당 임금산정 기간의 소정근로시간과 '소정근로시간외의 유급처리되는 시간'을 더한 '통상임금 산정기준시간수'로 변경함에 기인한 것이다.

III. 고정급의 정기상여금의 통상임금성

1. 상여금의 개념

우리나라에서 상여금은 일반적인 언어관용으로는 정기적인 임금 이외에 분기별 또는 특정 기간에 일반적으로 기본급 또는 기본급에 일정한 수당을 포함한 금액에 일정 비율을 곱하여 금액을 1년에 몇 차례 나누어 사용자가 근로자에게 지급하는 금품이라는 의미로 사용되고 있다.

연장, 야간, 휴일 근로 등 초과근로가 임금에서 차지하는 비중이 높은 우리나라에서는 통상임금 비중을 낮추기 위하여 사용자가 통상임금 산정기초에 포함되지 아니하는 임금항목(예컨대 정기상여금)을 신설하는 방식으로 임금인상에 반영되도록 하여 왔다.¹³⁾ 물론 이러한 의미로 사용되는 상여금이라는 용어는 법률용어가 아니다. 근로기준법은 상여금에 대한 정의규정을 두고 있지 않고, 다만 근로기준법시행령 제23조 제3호에서 임시로 지급하는 임금 등의 하나로 “1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금”을 규정하고 있을 뿐이다.

‘상여금(賞與金)’을 글자 그대로 풀어보자면 상여금에서 상여(賞與)란 ‘상으로 준다’는 의미이므로, 상여금은 근로에 대한 보상(報償)이 아니라 근로자의 공로나 업적에 대한 포상(褒賞)으로 지급하는 금품을 의미한다.¹⁴⁾ 그러므로 문자 그대로의 상여금은 본질적으로 그 지급 여부나 금액이 가변적일 수밖에 없다. 참고로 일본의 경우에는 노동기준법의 제정 직후인 1947년에 이미 ‘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,¹⁵⁾ 이러한 행정해석은 현재까지 유효하게 견지되고 있다. 이처럼 일본의 경우에는 지급액이 확정되어 있지 않은 본래의

13) 김형배, 「노동법」(제24판), 박영사, 2015, 395면.

14) 김홍영, “상여금의 임금성 여부”, 「노동법연구」 제21호, 서울대학교 노동법연구회, 2006. 12, 70면.

15) 1947(昭22). 9. 13, 發基 17号: 「【法第二四條關係】賞與とは、定期又は臨時に、原則として労働者の勤務成績に応じて支給されるものであつて、その支給額が予め確定されてゐないものを云ふこと。定期的に支給され、且その支給額が確定してゐるものは、名称の如何にかゝらず、これを賞與とはみなさないこと。従つて、かゝるもので施行規則第八條に該当しないものは、法第二四條第二項の規定により毎月支拂われなければならないこと。」

의미의 상여에 대해서는 임금 정기일지급 원칙의 적용이 배제되나,¹⁶⁾ 지급액이 확정되어 있는 금품의 경우에는 그 명칭의 여하에 관계없이 이를 상여로 보지 않으며, 따라서 이러한 금품은 일본 노동기준법 제24조 제2항에 따라 매월 지불되어야 한다.

우리나라의 경우에도 상여금의 지급일 전에 퇴직한 근로자가 퇴직일 이전에 근무한 기간에 상응하는 상여금을 청구할 수 있는지 여부가 다투어진 사안에 관하여 대법원은 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결에서 상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 당시의 근로기준법 제36조 제2항 단서¹⁷⁾ 및 동법시행령 제18조¹⁸⁾ 소정의 ‘임시지급의 임금’으로 볼 수 없고 ‘정기일지급 임금’의 성질을 띤 것으로 보아야 하며, 따라서 상여금의 지급일 이전에 퇴직한 근로자도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 ‘근로의 대가’로서 청구할 수 있다고 판단하였다.¹⁹⁾

이러한 사정을 종합하여 보면, 엄격한 의미의 상여금, 근로기준법시행령 제23조 제3호에 따라 임금정기일지급 원칙의 적용이 배제되는 상여금은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등을 기준으로 산정되는, 따라서 본질적으로 그 지급여부나 지급액이 변동적일 수밖에 없는 금품만을 의미한다고 해석하여야 할 것이다. 상여금의 의미를 이렇게 해석하는 경우에만 근로기준법 시행령 제23조 제3호에서 ‘상여금’을 임금정기일지급의 원칙의 예외로 규정함이 정당화될 수 있기 때문이다.

따라서 근로의 대가로 정기적으로 지급되는, 그리고 그 지급액이 고정된 금품은 그 명칭의 여하에 관계없이 근로기준법 시행령 제23조 제3호 소정의 ‘상여금’의 개념에 포섭될 수 없다.

2. 비교법적 고찰

(1) 일본

가. 상여금 지급 관행의 형성²⁰⁾

16) 片岡昇(송강직 역), 『노동법』, 삼지원, 1995, 485면.

17) 1974. 12. 24. 법률 제2708호로 일부개정된 근로기준법 제36조 제2항은 “임금은 매월 1회이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 다만 임시로 지급하는 임금, 수당 기타 이에 준하는 것 또는 대통령령으로써 정하는 임금에 대하여는 예외로 한다.”고 규정하고 있었다.

18) 1975. 4. 28. 대통령령 제7613호로 일부개정된 근로기준법시행령 제18조는 근로기준법 제36조 제2항 단서의 규정에 의한 임금·수당으로 ① 1월을 초과하는 기간의 출근성적에 의하여 지급되는 정근수당(제1호), ② 1월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급되는 근속수당(제2호), ③ 1월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 의하여 산정되는 장려가급·능력수당 또는 상여금(제3호), ④ 기타 부정기적으로 지급되는 제수당(제4호)을 열거하고 있었다.

19) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결: “근로기준법 제36조 제2항의 규정에 의하면, 임금에는 매월 1회 이상 일정기일에 지급하는, 이른바 정기일지급원칙의 적용을 받는 임금 외에도 예외적으로 임시로 지급하는 임금이 있고, 같은 법 시행령 제18조에 보면 이러한 예외적인 임시지급의 임금으로서, 1) 1월을 초과하는 기간의 출근성적에 의하여 지급되는 정근수당, 2) 1월을 초과하는 일정기간의 계속 근무에 대하여 지급되는 근속수당, 3) 1월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 의하여 산정되는 장려가급·능력수당 또는 상여금, 4) 기타 부정기적으로 지급되는 제수당 등을 열거하여 규정하고 있는바, 이러한 임시지급의 임금은 그 지급사유의 발생이나 성격이 임시적이거나 불확정적인 것에 한하는 것이며, 상여라는 명칭으로 지급되는 금원이라도 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있는 것은 여기에 해당하지 않는 것이다.”

20) 公益財団法人 連合総合生活開発研究所, 『日本の賃金－歴史と展望－』, 2012. 5, 46-50면 참조.

에도 시대의 상가(商家)에서는 설과 백중을 전후하여 고용인이 휴가를 얻어 귀향하는 때 오시키세(お仕着せ)라고 불리는 의복과 함께 용돈을 주는 관습이 있었고, 이러한 관습이 상여의 기원이 되었다는 견해도 있다(사회관습설).

한편, 메이지 시대 초기에는 직원(職員)과 공원(工員)은 신분적으로 뚜렷이 구분되었는데, 임금지급에 있어서도 상급직원(上級職員)은 연봉제, 일반직원(一般職員)은 월급제, 공원(工員)은 시간급, 일급 또는 청부급(請負給)으로 관리되었다. 상급직원과 일반직원의 경우에는 실적이 오르면 상여(賞与)가 대폭 지급되었으나, 공원(工員)에게는 상여가 지급되지 않았다.

메이지 시대 후기에 이르러 근대 공업이 방직공업 등을 중심으로 발전하고 성과급(出來高給)이 보급되자 장기근무를 장려하기 위하여 근속장려금(勤續獎勵金) 명목으로 근속에 따라 공원(工員)에게도 상여가 지급되기 시작했다.

다이쇼 시대가 되면서 직원 및 일부 역부공원(役付工員)에게 지급되던 상여를 평공원(平工員)이 요구하기 시작하면서 일부 대기업의 경우 공원(工員)에게도 오늘날과 같은 상여가 지급되었다.

쇼와 시대에는 직원(職員)의 경우 상여는 매월급여의 연간 총액의 80%로 크지만, 공원(工員)에게는 3~5%의 수준이었다.

공원(工員)에게 정기적인 상여지급이 명기된 것은 2차대전 중 이었다. 2차대전의 종전을 앞둔 1945년 4월 후생성(厚生省)이 작성한 「勤勞者(工員)給与制度の指導に關する件(근로자(공원)급여제도의 지도에 관한 건)」에서 상여를 정기상여(定期賞与), 특별상여(特別賞与), 임시상여(臨時賞与)로 구분하고 정기상여에 대해서는 연 2회 직계(職階) 및 근무성적에 따라 지급하는 것으로 명기되어 있다.

한편, 종전 후인 1951년에는 「國家公務員の期末・勤勉手当及び獎勵手当(국가공무원의 기말·근면수당 및 장려수당)」에 관한 권고에 따라 매년 6월과 12월, 연 2회의 일시금 지급이 일반화되었다.

나. 공장법 시대의 법안

1880년(메이지 13년)의 工場法案(공장법안) 제17조는 職工規則(직공규칙)에 규정할 사항으로 “賞与，懲戒ニ關スル規程(상여, 징계에 관한 규정)”이라고 규정하여 상여(賞与)와 징계(懲戒)를 하나의 호에서 규정하고 있었고,²¹⁾ 동 법안의 제25조도 徒弟規則(도제규칙)에 규정할 사항으로 “賞与，懲戒ニ關スル規程(상여, 징계에 관한 규정)”이라고 동일하게 규정하고 있었다.

한편, 1923년(다이쇼 12년)의 工場法施行令同施行規則改正案要項(공장법시행령동시행규칙개정안요항)에서는 就業規則(취업규칙)에 규정할 사항으로 “賞与又ハ制裁ニ關スル定アルトキハ其ノ事項(상여 또는 제재에 관한 정함이 있는 경우에는 그 사항)”이라고 규정하고 있었다.²²⁾ 이와 같이 상여(賞与)라는 말은 본래 징계(懲戒) 내지 제재(制裁)와 병치되어 사용되는데, 지금으로 치면 표창(表彰)에 해당하는 용어였다.

21) 「第三回農商工高等會議議事速記録」(農商工高等會議, 明治32年) 5-14頁(野原香織, “日本工場法における就業規則法制の成立”, 「法學研究論集」第44号, 2016. 2, 206면에서 재인용).

22) 國立公文書館所藏「工場法施行令改正參考資料·大正14年」, “工場法施行令同施行規則改正案要項”(野原香織, 앞의 글, 212면에서 재인용).

다. 노동기준법 제정 이후

노동기준법이 제정된 직후인 1947년에 이미 “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 제시되었다.²³⁾

이처럼 일본에서는 지급액이 가변적인 본래의 의미의 상여의 경우에는 임금 정기일지급의 원칙의 적용이 배제되지만, 정기적으로 지급되고 또한 그 지급액이 확정된 금품은 그 명칭에도 불구하고 상여로 보지 않는다. 따라서 지급액이 확정되어 있지 않은 상여의 경우에는 ‘임금 정기일지급의 원칙’이 배제되나, 정기적으로 지급액이 확정되어 지급되는 금품은 그 명칭의 여하에 관계없이 일본 노동기준법 제24조 제2항에 따라 매월 지불되어야 하는 것으로 해석된다.²⁴⁾

한편, 노동기준법시행규칙 제21조는 가족수당, 통근수당, 별거수당, 자녀교육수당, 주택수당, 임시로 지불된 임금, 1개월을 넘는 기간마다 지불되는 임금은 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에 포함되지 않는다고 규정하고 있으므로, 1개월을 넘는 기간마다 지불되는 상여금은 원칙적으로 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에 포함되지 않지만, 정기적으로 지급액이 확정되어 지급되는 상여금은 노동기준법 제24조 제2항에 따라 매월 지불되어야 하므로 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에 포함될 것이다. 일본의 하급심 판결 중에는 원래 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에 산입하여야 할 수당을 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에서 제외하기 위하여 종래 1개월 마다 지급한 무사고수당, 출근수당에 관하여 그 액수를 2배로 하여 2개월 마다 지급하기로 정한 단체협약은 무효이고, 이러한 임금은 ‘할증임금의 기초가 되는 임금’에 산입된다고 판시한 것이 있다.²⁵⁾

(2) 미국

공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA) 제7조(a)(1)은 사용자는 1주에 40시간을 초과한 근로에 대해서는 그의 통상임금률(regular rate)의 1.5배 이상의 비율로 보상(compensation)을 지급해야 한다는 취지의 규정을 두고 있다. 여기서 통상임금률(regular rate)은 1시간당으로 계산한다. 주급제 및 월급제인 경우에는 주당의 임금액을 주의 소정근로시간수(소정근로시간수가 정해져 있지 않은 경우에는 실근로시간수)로 나누어서 계산한다. 위험수당이나 교대(shift)수당 등이 추가될 경우 그 추가된 수당부분도 포함하여 주의 임금총액을 주의 실근로시간수로 나눈다. 한편, 근로자의 통상임금률은 근로에 대한 모든 보수를 포함하되, 제7조(e)(3)(a)는 일정한 요건에 해당하는 상여금(bonus)은 통상임금률의 산정에 포함되지 않는다고 규정하고 있다.²⁶⁾

23) 労働基準法の施行に關する件(노동기준법의 시행에 관한 건), 1947(昭22). 9. 13, 發基 17号: 【法第二四條關係】 賞与とは、定期又は臨時に、原則として労働者の勤務成績に応じて支給されるものであつて、その支給額が予め確定されてゐないものを云ふこと。定期的に支給され、且その支給額が確定してゐるものは、名称の如何にかゝらず、これを賞与とはみなさないこと。従つて、かゝるもので施行規則第八條に該当しないものは、法第二四條第二項の規定により毎月支拂われなければならないこと。(厚生労働省労働基準局 編, 労働基準法解釋總覽(改訂15版), 労働調査會, 2014, 258면).

24) 片岡昇(송강직 역), 노동법, 삼지원, 1995, 485면.

25) 日本液体運輸事件: 東京地判 1981(昭56). 1. 23, 勞民集 32卷 6号.

26) 29 U.S. Code § 207 - Maximum hours

제7조(e)(3)에 해당하여 통상임금률(regular rate)에 포함되지 않는 상여금을 ‘재량상여금’이라고 하고, 반대로 제7조(e)(3)에 해당되지 않아 통상임금률(regular rate)에 포함되는 상여금을 ‘비재량상여금’이라고 한다. 한편, 미국 노동부는 29 C.F.R. §§778.208 - 778.215에서 통상임금률에 포함되는 상여금의 범위와 통상임금률의 계산방법에 관하여 상세한 행정해석을 제시하고 있는바, 이중 29C.F.R. §778.208은 “Inclusion and exclusion of bonuses in computing the “regular rate.”이라는 상여금이 통상임금률에 포함되지 않는 상여금(Discretionary bonus, 재량적 상여금)과 포함되지 않는 상여금(Noniscretionary bonus)의 구별 기준을 구체적으로 제시하고 있는바,²⁷⁾ 원칙적으로 상여금의 지급에 관하여 ①근로자가 상여금의 지급에 대하여 어떠한 기대권을 갖지 못하고(no expectation of payment), ②사용자가 상여금의 금액과 지급시기에 관한 재량권(discretion regarding the amount and timing of payment)을 보유하고, ③상여금의 지급이 특정한 기준이나 목표의 달성과 관계되지 않으며(not tied to meeting specific standards or goals), ④상여금의 지급이 연장근로수당의 계산에 영향을 주지 않는 경우(no effect on overtime rate calculations)에 그러한 상여금이 통상임금률에 포함되지 않는다. 반면, ①상여금의 지급에 관하여 근로자의 기대권이 있거나(an expectation of payment), ②상여금의 금액과 지급시기에 관한 재량권이 없거나, ③상여금의 지급이 근로자의 성과 기타 다른 구체적인 지급조건(employee performance or other specific standards or goals)에 연동된 경우에는 그러한 상여금은 통상임금률에 포함된다.

3. 정기상여금의 임금성

상여금의 임금성은 종래 주로 상여금의 명목으로 지급된 금원이 퇴직금의 산정을 위한 평균임금의 산정에 포함되는지 여부를 중심으로 다루어졌다. 종래 개별 사업장에서 상여금의 명목으로 지급되는 금품의 임금성이 다루어진 사례들을 ① 지급대상자의 개별성과 ② 지급시기·지급액의 고정성의 두 가지 기준으로 유형화해 보면 아래 표와 같다.

<표 1.> 판례에서 문제된 상여금의 유형²⁸⁾

지급시기·지급액의 고정성 지급대상자의 개별성	고정적	변동적
개별적	N/A	업무실적에 따른 포상금
집단적	고정급인 상여금	경영성과금, 무분규 격려금

“Regular rate” defined as used in this section the “regular rate” at which an employee is employed shall be deemed to include all remuneration for employment paid to, or on behalf of, the employee, but shall not be deemed to include—

(3) Sums paid in recognition of services performed during a given period if either,

(a) both the fact that payment is to be made and the amount of the payment are determined at the sole discretion of the employer at or near the end of the period and not pursuant to any prior contract, agreement, or promise causing the employee to expect such payments regularly;

27) 29 C.F.R. §778.208 Inclusion and exclusion of bonuses in computing the “regular rate.”

28) 김홍영(2006), 70면의 표를 다소 변형하여 전재하였다.

근로기준법 제2조 제1항 제5호는 임금을 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”이라고 정의하고 있는바, 사용자가 ‘상여금’이라는 명칭으로 근로자에게 지급하는 금품이 이러한 임금의 개념에 포섭되는지에 관하여 상여금의 명칭이라도 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있는 경우는 임금이지만, 경영의 성과 등 불확실한 사유에 따라 일시적으로 지급되는 경우는 임금으로 인정되지 않는다고 설명하는 견해가 있다.²⁹⁾

대법원도 “이른바 상여금이 임금후불적 성질의 것인지 또는 은혜적, 포상적 성질의 것인지는 확실히 분류할 수 없는 것이기는 하나 그 지급사유의 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것을 제외하고는 일반적으로 근무자에 대한 근무의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지는 것이라고 해석하여야 할 것”이라는 견해를 밝힌바 있다.³⁰⁾ 지급사유의 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 상여금의 임금성의 인정여부에 관해서는 이견이 있을 수 있겠지만, 적어도 고정급 형태로 정기적·계속적으로 지급되는 상여금이 임금, 즉 ‘근로의 대가’에 해당한다는 점에 대해서는 오늘날에는 유의미한 이견(異見)은 찾아보기 어렵다.³¹⁾

참고로 일본의 경우에는 노동기준법 제11조에서 임금, 급여, 수당, ‘상여’ 그밖에 명칭 여하를 묻지 아니하고 근로의 대상으로서 사용자가 노동자에 지급하는 모든 것을 임금으로 규정하여 명문으로 ‘상여’의 임금성을 긍정하고 있어, 상여의 임금성에 대해서는 특별한 해석상 다툼은 찾아보기 어렵다. 일본의 경우 상여는 기본적으로 지급대상기간의 근로에 대응하는 임금이지만, 거기에는 공로보상적 의미뿐만 아니라 생활보전적 의미 및 향후 노동에 대한 의욕향상책으로서의 의미도 포함되어 있는 것으로 이해함이 주류적인 해석이다.³²⁾ 다만 앞서 본바와 같이 일본은 노동기준법 시행 직후부터 ‘정기적으로 지급되고 또한 지급액이 확정되어 있는 것’은 상여에 해당하지 않는다고 보았기 때문에 상여의 임금성 내지 법적 성격에 관한 일본의 논의는 그 지급여부 및 지급액이 가변적인 본래 의미의 상여만을 대상으로 하는 것이다.³³⁾

따라서, 정기상여금의 임금성이나 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 붙이는 것이 허용되는지에 관한 일본의 판례는 성과급으로 지급되는 가변적인 상여금(예컨대, 국내의 다수의 기업에서 ‘Profit bonus’나 ‘Profit sharing’의 명목으로 지급하고 있는 연말상여금 등)에 관해서나 참고할 수 있을 뿐이지, 한국과 일본은 고정급으로 지급되는 정기상여금의 법적 취급에 대해서는 국면을 전혀 달리하고 있음을 유의해야 할 것이다.³⁴⁾

29) 임종률, 「노동법」(제14판), 박영사, 2016, 397~398면. 김유성 교수도 “구체적인 지급기준을 정함이 없이 그 지급이 사용자의 재량에 맡겨져 있거나 경영의 성과에 따라 일시적·불확정적으로 지급되는 경우에는 임금으로 인정되지 않는다.”고 한다(김유성, 「노동법I」, 법문사, 2005, 80면).

30) 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다카1275 판결. 같은 취지의 판결로 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다 27429 판결 등.

31) 물론, 상여금이 분기 또는 1년의 소정근로에 대하여 지급하기로 한 분기급 또는 연금(연봉)으로서의 성질을 가지는 것은 아니라는 견해도 있다(하경효, 「임금법제론」, 신조사, 2013, 87면).

32) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 법문사, 2007, 212면.

33) 일본의 경우 상여는 통상 「기본급×지급률×출근율」의 식으로 계산되며, 여기에 인사고과에 의한 ‘성적계수’를 곱하는 기업도 많다는 설명으로 菅野和夫(이정 편역), 「고용사회와 노동법」, 박영사, 2001, 159면 참조.

34) 일본의 경우에도 일본루세루(ルセル) 사건에서 동경고등재판소가 상여금은 근로자의 근로의 대가로 사용자가 그 지급을 의무화한 임금의 일부이고 지급일 당시 재직하지 않는 근로자에게도 사용자는 지급의무를 진다고 판단하는 등(東京高裁 1974(昭49). 8. 27.) 처음에는 정기상여금에 재직자 조건을 부가하는 것이 위법하다고 보았으나, 근래의 주류적인 판례(대표적으로 大和銀行事件: 最高裁第一小 1982(昭57). 10. 7. 등)는 이러한 재직자 조건의 유효성을 인정하고 있다. 그러나 이는 일본의 정기상여금 지급관행이 사용자가 정기상여금의 금액을 정하기 전까지 근로자에게 구체적인

우리나라에서 고정급 형태로 지급되는 정기상여금은 해당 정기상여금의 지급기간에 근로자가 제공한 소정근로에 대한 대가로 보아야 할 것이다. 이러한 금품이 해당 기간의 소정근로는 물론 연장근로나 휴일근로 등 ‘모든’ 근로에 대한 가치를 반영한 것이라는 일부의 주장은, 김성진 교수가 적절히 지적한 바와 같이 연장근로가 통상적인 근로가 아님은 물론 정기상여금이 정해지는 시기에는 연장근로가 예정되어 있지 않다는 점에서 수긍하기 어렵다.³⁵⁾ 한편 고정급 형태의 정기상여금이 근로의 대가 이외에 공로보상 내지 생활보전의 성질을 갖는다는 이해는 정기상여금에 관한 한국과 일본의 차이를 간과한 것이라고 생각한다.

요컨대, 우리나라에서 고정급 형태로 지급되는 정기상여금은 해당 정기상여금의 지급기간의 소정근로에 대한 대가이며, 따라서 당연히 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금에 해당한다.

한편, 그 지급사유의 발생이나 지급액이 불확정적이고 가변적인 정기상여금의 경우에도 그러한 금품의 지급이 ‘근로의 대가’로서의 성격을 조금이라도 갖는다면 이는 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금의 개념에 포섭될 수 있다고 생각한다. 다만 이러한 정기상여금의 경우에는 근로기준법시행령 제23조 제3호에 따라 임금정기일지급 원칙의 적용이 배제될 수 있을 것이다.

4. 정기상여금과 임금정기일 지급의 원칙

(1) 임금정기일지급의 원칙

근로기준법 제43조 제2항은 ‘임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다.’고 규정한다. 위 조항은 임금지급의 간격이 지나치게 넓어지거나 부정기적으로 행해짐으로써 초래되는 근로자의 생활상의 불안을 제거함을 목적으로 한다.³⁶⁾

따라서 사용자가 근로자에게 지급하는 금품이 ‘근로의 대가’의 성격을 갖는다면 이러한 금품은 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금에 해당하고, 따라서 이러한 금품은 동법 제43조 제2항에 따라 매월 1회 이상 정기일을 정하여 이를 지급하여야 한다. 다만, 동조 단서는 ‘임시로 지급하는 임금, 수당, 그밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금’에 대해서는 위 원칙을 적용하지 않는다고 규정하고 있는바, 근로기준법시행령 제23조는 위 단서에서 말하는 임시로 지급되는 임금 등은 ① 1개월을 초과하는 기간의 출근 성적에 따라 지급하는 정근수당, ② 1개월을 초과하는 일정 기간을 계속하여 근무한 경우에 지급되는 근속수당, ③ 1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금

임금청구권이 발생하지 않는 방식으로 우리나라와 상이한 데 기인한 것이므로 우리나라의 고정급 형태의 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 붙이는 것이 적법한가의 문제에 대해서는 일본의 판례를 원용할 바는 못 된다고 생각한다. 오히려 일본에서도 사용자가 재직자 조건을 남용한 경우에는 지급일 이전에 퇴직한 근로자도 상여금의 지급을 청구할 수 있다는 견해도 있다(대표적으로 西谷敏, 「勞働法」(第2版), 日本評論社, 2013, 271면).

35) 김성진, “통상임금의 본질개념으로서의 통상성”, 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013. 10, 287면.

36) 정현수, “임금채권의 보호”, 「재판자료 제39집: 근로관계 소송상의 제문제(상)」, 법원도서관, 1987, 533면. 하경호, 앞의 책, 168면. 한편, 고용노동부는 「임금의 매월 1회 이상 정기지급 원칙에 관한 해석기준」에서 “임금의 ‘매월 1회 이상 정기지급’ 원칙을 규정하고 있는 법의 취지는 사용자 하여금 적어도 매월 한 번은 일정한 날짜를 미리 정하여 근로의 대가를 지급하게 함으로써 근로자의 생활안정을 도모”하는 데 있다고 밝힌바 있다.

및 ④ 그밖에 부정기적으로 지급되는 모든 수당을 의미한다(근로기준법시행령 제23조).

(2) 정기상여금과 임금정기일지급의 원칙

앞서 본 바와 같이 변동급의 정기상여금도 그러한 금품의 지급이 '근로의 대가'로서의 성질을 갖는다면 이는 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금에 해당할 것이나, 다만 이러한 변동급의 정기상여금은 근로기준법시행령 제23조 제3호에 따라 임금정기일지급 원칙의 적용이 배제될 수 있을 것이다.

그러나 정기상여금이라는 명목으로 지급되는 금품 중 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있는 금품은 그 명칭에도 불구하고 소정근로의 대가로 지급되는 임금에 해당하고, 따라서 이러한 정기상여금에 근로기준법 제43조 제2항이 적용됨은 물론이다. 다만, 이러한 고정급의 정기상여금이 근로기준법 시행령 제23조 각호가 정하는 '임시로 지급하는 임금 등'에 해당하는 경우에는 임금 정기일지급의 원칙의 적용이 배제될 수 있는지 문제될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 근로기준법 시행령 제23조 제3호는 "1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금"이라고 규정하고 있어, 일견 고정급의 정기상여금도 이에 해당하는 것처럼 보일 여지도 있으나, 앞서 본 바와 같이 근로기준법 시행령 제23조 제3호의 상여금은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등의 사유에 따라 산정하여 지급하는, 따라서 본질적으로 그 지급여부 및 지급금액이 가변적인 금품만을 의미하는 것이므로 기본급 등에 일정한 비율을 곱하여 산정한 금액을 정기적으로 지급하는 형태의 정기상여금은 위 조항이 당초 예정한 상여금에는 해당하지 않는다. 한편, 근로기준법시행령 제23조 제4호는 '그밖에 부정기적으로 지급되는 모든 수당'이라고 규정하고 있는바, 고정급의 정기상여금도 이러한 '부정기적으로 지급되는 모든 수당'에 해당하는 것으로 보일 여지도 있다. 그러나 위 법문 자체가 '수당'이라는 문언을 쓰고 있다는 점에서 정기상여금을 '부정기적으로 지급되는 모든 수당'으로 보는 것은 문언의 의미를 넘는 것으로 생각된다. 강행법규의 법문의 범위 내에서 법률행위가 이루어져야 하는 것이지, 강행법규에 반하는 법률행위의 효력을 긍정하기 위해 그 법문을 본래의 취지와 다르게 해석하는 것은 허용되어서는 아니 된다. 나아가 고정급의 정기상여금이 근로기준법시행령 제23조 제4호의 '부정기적으로 지급되는 모든 수당'에 포함된다고 본다면 이는 결국 대통령령으로 근로기준법 제43조 제2항의 적용범위를 임의로 정할 수 있다는 것인바, 이러한 결과는 사용자로 하여금 적어도 매월 한 번은 일정한 날짜를 미리 정하여 근로의 대가를 지급하게 함으로써 근로자의 생활안정을 도모한다는 근로기준법 제42조 제2항의 취지를 몰각하는 것으로 전혀 동의할 수 없다.

요컨대, 고정급의 정기상여금은 소정근로의 대가로 '정기일지급 임금'에 해당하며,³⁷⁾ 따라서 수개월의 간격으로 고정급의 정기상여금을 지급하기로 하는 약정은 근로기준법 제42조 제2항에 위반하여 무효이고, 다만 무효행위의 전환의 법리³⁸⁾에 따라 정기상여금 명목의 금품을 매월의 임금지급일에 분할하여 지급하는 취지의 약정으로 전환될 수 있을 뿐이다. (다만, 상여금 지급기간에 속하는 첫 번째 달에 해당 지급기간 전체에 해당하는 상여금을 먼저

37) 도재형, "통상임금의 범위-상여금을 중심으로-", 「노동법연구」 제7호, 서울대학교 노동법연구회, 1998. 5, 342면.

38) 민법 제138조(무효행위의 전환) 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.

지급하는 방식의 경우에는 사용자가 자신의 기간의 이익을 포기하고 임금을 선급하기로 하는 약정으로 볼 수 있다는 점에서 무효로 보기는 어려울 것이다.)

IV. 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’의 문제점

1. ‘재직자 조건’의 법적 성질

정기상여금의 지급약정에 붙은 ‘재직자 조건’의 법적 성질과 관련하여서는, ‘재직자 조건’을 본래 근로자에게 지급하도록 정해져 있는 임금채권을 소멸시키는 조건으로 보는 견해와 ‘재직자 조건’을 임금의 구성항목, 지급방법 등을 정해 둔 것이거나 개별 수당의 지급조건을 정함으로써 임금채권의 내용을 구체화한 것일 뿐, 이미 발생한 임금청구권의 효력을 상실하게 하는 조건이 아니라, 이러한 조건이 성취되어야 청구권이 발생하는 것으로 이해하는 견해가 있을 수 있다.³⁹⁾

전자는 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’을 이미 발생한 임금채권을 사후적으로 상실시키는 해제조건으로 이해하는 방식이고, 후자는 (조건이라는 말을 쓰고는 있지만) ‘재직자 조건’을 임금채권을 발생시키기 위한 요건(要件)으로 이해하거나, 또는 임금채권의 발생을 위한 정지조건으로 이해하는 방식이다.

이들 두 견해의 기본적인 차이는 ‘재직자 조건’이 무효로 되는 경우, 전자에 의하면 무효인 해제조건이 붙은 기본계약은 조건이 없는 계약이 될 것이나, 후자(특히 ‘재직자 조건’을 임금채권을 발생시키기 위한 요건(要件)으로 이해하는 경우)에 의하면 ‘재직자 조건’이 무효로 되는 경우 이는 기본계약의 구성부분의 일부가 무효로 되는 것이므로 무효행위의 전환의 법리에 따라 무조건적인 지급약정으로 전환될 수 있는가는 별론, 기본계약 자체에 하자가 있는 것으로 해석될 수 있기 때문이다.

이와 관련하여, 설·추석상여금이나 하계휴가비, 선물비, 생일자지원금 등 근로자에게 재정적 수요가 필요한 ‘특정한 시기’에 소정근로의 제공 여부와 관계없이 특정한 시점에 재직하고 있었는가라는 우연한 상황에 따라 지급여부가 결정되는 수당에 붙은 ‘재직자 조건’의 경우라면 이러한 조건을 후자와 같이 이해하는 것도 가능할 수 있겠으나, 고정급의 정기상여금과 같이 ‘근로의 대가’의 성격이 뚜렷한 임금채권의 성립에 관하여 근로의 제공 이외에 근로자의 퇴직이라는 우연한 사정을 그러한 임금채권의 성립요건으로 보는 것은 찬성하기 어렵다. 민법 제656조 제1항은 “보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고 관습이 없으면 약정한 노무를 종료한 후 지체없이 지급하여야 한다.”고 규정하여 고용계약의 보수의 지급기일을 후불로 정하고 있을 뿐이지, 보수에 관한 채권의 성립 자체를 노무의 종료 이후로 미루고 있는 것은 아니다.

근로계약 또한 낙성계약이지 요물계약(要物契約)이 아니며, 따라서 임금채권은 사용자와 근로자의 약정만으로 성립하는 것이고, 다만 근로자가 당초 약속한 근로를 제공하지 못한 경우에 쌍무계약의 이행상의 견련성에 따라 근로를 제공하지 못한 부분에 상응하는 임금이 공제(控除)될 수 있을 뿐이다.

이러한 점들을 고려해 볼 때, 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 정기상여금 채권의 성립에 관한 약정의 기본적 내용을 구성하는 것이 아니라 그러한 기본약정에 부가된 부관(附款)

39) 권영환, “통상임금 범위 중 고정성 판단과 관련한 추가적인 조건의 문제(토론문)”, 해밀 2017. 11. 1.자 관례공부모임(미공간자료), 5~7면 참조.

으로 이해함이 옳다. 따라서 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’이 무효로 되는 경우에는 정기상여금의 지급에 관한 약정은 당연히 조건이 없는 계약으로 존속하며, 따라서 그 지급일 이전에 퇴사한 자도 정기상여금 청구권을 유효하게 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2. 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’의 문제점

고정급의 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 부가하는 것이 허용되는지와 관련하여서는 임금정기일지급 원칙, 금품청산의 원칙, 강제근로금지의 원칙 등의 측면에서 검토가 필요하다. 차례로 살펴보기로 한다.

(1) 임금 정기일지급 원칙과의 관계

앞서 검토한 바와 같이, 고정급의 정기상여금은 소정근로의 대가로 ‘정기일지급 임금’에 해당하며, 따라서 수개월의 간격으로 고정급의 정기상여금을 지급하기로 하는 약정은 근로기준법 제42조 제2항에 위반하여 무효이고, 다만 무효행위의 전환의 법리에 따라 정기상여금 명목의 금품을 매월의 임금지급일에 분할하여 지급하는 취지의 약정으로 전환될 수 있을 뿐이다. 참고로 일본의 하급심 판결 중에는 원래 통상임금에 산입하여야 할 수당을 통상임금에서 제외하기 위하여 종래 1개월 마다 지급한 ‘무사고수당’, ‘출근수당’에 관하여 그 액수를 2배로 하여 2개월 마다 지급하기로 정한 단체협약은 무효이고, 이러한 임금은 통상임금에 산입된다는 취지로 판단한 것이 있다.⁴⁰⁾

한편, 고정급의 정기상여금을 이와 같이 소정근로의 대가로 이해한다면, 정기상여금의 지급일 이전에 퇴직한 근로자도 당연히 퇴직 전에 제공한 근로에 상응하는 정기상여금의 지급을 청구할 수 있다.⁴¹⁾ 임종률 교수도 임금 정기일지급 원칙과 관련하여 “수개월에 1회씩 지급되는 상여금의 지급 기일 전에 근로자가 퇴직한 경우 그 상여금을 지급해야 하는지가 문제될 수 있다. 그러나 상여금이 근로의 대가로서의 성격을 가지고 있는 이상 지급기일 전에 퇴직하더라도 그 산정기간에 실제 근무한 일수나 그 밖의 산정기준에 따라 상여금을 지급해야 한다. 따라서 상여금 지급기일에 재직할 것을 그 지급조건으로 정하는 것은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.”라고 하고 있다.⁴²⁾

(2) 금품청산의 원칙 및 임금의 사전포기에 대한 제한 관련

근로기준법 제36조는 “사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 근로자가 퇴직하는 경우 사용자는 근로자의 재직기간 중의 근로에 관하여 발생한 임금을 지급하여야 한다. 따라서 고정급의 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 부가하는 것은 위 근로기준법 제36조의 취지를 몰각하는 것이다.

또한 김기선 박사가 적절하게 지적한 바와 같이 모든 임금은 근로의 대가로 지급되는 것이고, 상여금 또는 수당의 임금성이 긍정되는 이상 지급기준일 이전에 퇴직한 근로자에게도

40) 日本液体運輸事件: 東京地判 1981(昭56). 1. 23, 勞民集 32卷 6号.

41) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결.

42) 임종률, 앞의 책, 418면.

퇴직시점까지의 근로의 대가는 해당 기간의 근로제공일수 비율에 따라 지급되어야 한다. 이러한 점에서 ‘재직자 조건’은 근로자가 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기토록 하는 약정으로 무효라고 할 것이다.⁴³⁾

(3) 강제근로금지의 원칙과의 관계

정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’을 유효하다고 인정할 경우, 이러한 ‘재직자 조건’은 퇴직을 하려는 근로자로 하여금 정기상여금의 지급일까지는 근로를 하도록 사실상 강제함으로써 퇴직의 자유를 제한하는 결과를 초래하게 된다. 격월 내지 매분기별로 지급되는 정기상여금의 경우 그 지급일까지의 계속 근로를 유도해야 할 회사 측의 합리적인 경영상 필요성이라는 것은 인정될 수 없다는 점에서 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 붙이는 것은 강제근로 금지(근로기준법 제7조)의 근본 취지에 위배되며 사회질서에 반하는 행위(민법 제103조)로서 무효이다.⁴⁴⁾

3. 소결

정기상여금에 ‘재직자 조건’을 붙이는 방법으로 ‘임금을 비임금화’하는 것은 임금 정기일지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로금지의 원칙의 각 측면에서 근로기준법의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반한다고 생각한다. 따라서 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 무효로 보아야 한다고 생각한다.

이러한 ‘재직자 조건’의 유효성에 관하여, 재직자 조건을 일률적으로 위법무효 또는 적법 유효하다고 볼 수는 없고 재직자 조건을 두어야 할 ‘합리적인 필요성’과 그로 인하여 ‘근로자가 입게 되는 손실’의 정도를 비교형량해야 한다는 견해도 있으나,⁴⁵⁾ 기왕에 제공된 근로의 대가로 이미 발생한 임금채권을 사후적으로 상실시키는 것을 정당화할 수 있을 만큼 중대한 ‘합리적인 필요성’에는 어떤 것이 있는지 필자로서는 가늠하기 어렵다. 적어도 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 무효라고 보는 것이 옳다고 생각되며, 다만 ‘재직자 조건’을 퇴직일의 익일부터 지급일 내지 정기상여금의 산정기간의 종일까지의 기간, 즉 퇴직으로 인하여 근로를 제공하지 않는 기간에 상응하는 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 취지로 제한적으로 해석될 수는 있을 것이다. 따라서 소정근로의 대가의 성질을 갖는 고정급의 정기상여금의 지급기일 전에 퇴직한 근로자도 최소한 실제로 근로를 제공한 기간에 상응하는 정기상여금에 관한 권리는 당연히 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁾

그러므로 일부 사업장의 취업규칙이나 단체협약에서 ‘재직자 조건’과 함께 일할지급에 관한 규정을 두는 경우, 이는 ‘재직자 조건’이 정기상여금의 지급일 이전의 퇴직으로 인하여 근로를 제공하지 않는 기간에 상응하는 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 취지임을 확인하는 의미를 갖는다고 할 것이다. 이러한 일할지급에 관한 규정이 없는 경우에도 정기상여

43) 김기선, “재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다”, 「노동판례리뷰 2014」, 한국노동연구원, 2015, 64면.

44) 김도형, “통상임금의 고정성 징표로서의 재직자 조건에 대한 검토”, 「2014 노동판례비평」, 민주사회를 위한 변호사모임, 2015, 56면.

45) 최파라, “재직자 조건 또는 일정근무일수 조건이 있는 상여금의 통상임금성”, 「법조」 제64권 제7호, 법조협회, 2015. 7, 177면.

46) 김도형, “통상임금의 고정성 징표에 대한 검토”, 해밀 이슈페이퍼 제2호, 2016. 1, 7면.

금의 지급일 이전에 퇴직한 근로자는 자신이 제공한 근로기간에 상응하는 정기상여금은 당연히 청구할 수 있다고 보아야 한다.

한편 앞서 검토한 바와 같이 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 정기상여금의 성립에 관한 기본계약을 구성하는 것이 아니라 이에 붙은 부관(附款)에 불과하다. 그러므로 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’이 무효로 되더라도 정기상여금의 지급에 관한 기본약정은 조건이 없는 약정으로 여전히 존속하고, 따라서 정기상여금의 지급일 이전에 퇴직한 근로자는 유효하게 정기상여금에 관한 임금채권을 행사할 수 있어야 한다.

정기상여금 지급약정에 붙은 ‘재직자 조건’의 적법성에 관하여 일본의 판결들로부터 시사점을 구하려는 입장이 있는바, 일본의 경우 일본루세루(ルセル) 사건에서 동경고등재판소가 상여금은 근로자의 근로의 대가로 사용자가 그 지급을 의무화한 임금의 일부이고 지급일 당시 재직하지 않는 근로자에게도 사용자는 지급의무를 진다고 판단하는 등 정기상여금에 재직자 조건을 부가하는 것이 위법하다고 보았으나,⁴⁷⁾ 근래에는 재직자 조건의 유효성을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ 그러나 이는 일본의 정기상여금 지급관행이 사용자가 정기상여금의 금액을 정하기 전까지 근로자에게 구체적인 임금청구권이 발생하지 않는 방식으로 우리나라와 상이한 데 기인한 것이므로 우리나라의 고정급 형태의 정기상여금에 ‘재직자 조건’을 붙이는 것이 적법한가의 문제에 대해서는 일본의 판례를 원용할 바는 못 된다.⁴⁹⁾

V. 맺으며

통상임금의 본질은 소정근로에 대해 주기로 정한 임금을 소정근로시간으로 나눈 비율이라고 생각한다. 따라서 통상임금은 근로자라면 누구나 직관적으로 알 수 있는 간단한 산식(算式)이어야 한다. 통상임금의 판단기준을 그 본질에 맞게 단순화하는 것이 임금체계의 단순화·투명화의 출발점이 될 것이다.

모든 근로자가 직관적으로 알 수 있어야 할 통상임금의 판단기준을 아무도 이해할 수 없게 만든 1차적 책임은 통상임금을 낮추기 위해 임금체계를 복잡하게 한 자본과 이에 영합하여 기본급 인상 대신 정기상여금이나 수당 인상 등을 내용으로 단체협약을 체결한 조직노동층에 있다고 생각하나, 이를 교정하지 못하고 법령의 해석을 그르친 행정해석을 고집하여 오히려 임금체계를 난마(亂麻)처럼 얽히게 한 노동부나 언 발에 오줌을 누는 식의 판결로 통상임금의 판단기준에 관한 해석상의 논란을 조기에 진화하지 못한 법원의 책임도 가볍다고 보기는 어렵다고 생각한다.

이러한 입장에서 필자는 통상임금은 “①임금성 → ②정기성 → ③일률성”의 3단계의 판단 구조를 따라야 한다고 생각하며, 법문에 규정되어 있지 않은 ‘고정성’은 독자적인 요건으로 고려되어서는 아니 된다고 생각한다.

<표 2.> 임금성 판단방법 요약

지급의무	• 임금성 부정
------	----------

47) 東京高裁 1974(昭49). 8. 27.

48) 대표적으로 大和銀行事件: 最高裁第一小 1982(昭57). 10. 7. 등.

49) 일본에서도 사용자가 재직자 조건을 남용한 경우에는 지급일 이전에 퇴직한 근로자도 상여금의 지급을 청구할 수 있다는 견해도 있다(대표적으로 西谷 敏, 労働法(第2版), 日本評論社, 2013, 271면).

없이 지급된 금품	<ul style="list-style-type: none"> • 다만, 이러한 금품이 장기간 반복하여 지급되는 경우 구속력 있는 노사관행으로 평가되어 임금성이 긍정될 수 있을 것임. 		
지급의무가 있는 금품	근로의 대가성 부정	<ul style="list-style-type: none"> • 임금성 부정 • 약정금의 성격을 가지므로 근로자는 민사소송을 통하여 소구할 수 있으나, 임금체불에 대한 형사처벌 등 임금채권에 특별히 인정되는 보호의 대상에서 제외됨 	
	근로의 대가성 긍정	소정근로 외 근로의 대가 및 총근로의 보상	<ul style="list-style-type: none"> • 임금성 긍정 • 근로기준법 시행령 제23조에 해당하는 경우 정기일 지급 원칙의 배제 가능
		<u>소정근로의 대가</u>	<ul style="list-style-type: none"> • 임금성 긍정 • 정기일지급 원칙의 대상이므로, 정기성과 일률성이 긍정되어 통상임금에 해당

한편, 재직자 조건이 붙은 정기상여금의 통상임금성에 관한 필자의 견해를 정리하면 다음과 같다.

(1) ‘재직자 조건’이 붙은 정기상여금의 통상임금성을 판단하기 위해서는 논리적으로 그러한 ‘재직자 조건’의 적법성에 관한 판단이 선행되어야 한다. 그러나 위 2017년 대법원 판결(대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결; 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결)은 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’의 적법성 및 유효성을 소여(所與)로 전제한 후, 그 통상임금성(나아가 임금성)을 부정하였다.

특히 위 판결들은 임금의 지급일 이전에 퇴직한 경우 이미 제공된 근로에 상응하는 임금은 당연히 지급되어야 한다는 일반적인 이해(금품청산의 원칙을 떠올려 보라)와는 정반대로 지급일 이전에 퇴직한 자에게는 지급하지 않는다는 조건이 붙은 금원은 소정근로의 대가가 아니라도 판단하였다.

이러한 판단은 사용자가 근로자에게 지급하기로 약속한 금품의 성격이 무엇인가를 정면으로 살피지 않고 그러한 금품의 지급에 ‘재직자 조건’이 붙어 있다는 이유로 그러한 금품의 통상임금성(나아가 임금성)을 부정하였다는 점에서 논리의 역전(逆轉)을 보여준다.

(2) 필자는 우리나라의 다수의 사업장에서 고정급의 방식으로 지급하는 정기상여금의 실질은 매월의 소정근로에 대응하는 정기일지급 임금을 수개월 동안 누적하여 후불하는 것에 다름 아니라고 생각한다. 그러므로 고정급의 정기상여금은 당연히 소정근로의 대가이므로, 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’이 지급일 전에 퇴직한 자에게 정기상여금을 ‘전부’ 지급하지 않는다는 취지라면 이러한 조건은 임금 전액지급의 원칙, 금품청산의 원칙, 강제근로금지의 원칙의 각각의 국면에서 근로기준법을 위반하는 것일 뿐 아니라, 공서(公序)에도 반하다. 따라서 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 정기상여금 중 퇴직으로 인하여 근로를 제공하지 않는 기간에 상응하는 금액을 공제한다는 취지(즉, 일할계산)의 약정으로 해석하거나, 그러한 조건 전부를 무효로 보아야 할 것이다.

(3) 위 2017년의 대법원 판결은 공히 ‘근로자가 근로를 제공하더라도 지급일 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못함’을 이유로 ‘재직자 조건’이 붙은 정기상여금의 소정근로

대가성을 부정하면서도, '재직자 조건'이 붙은 정기상여금이 '왜' 소정근로에 대한 대가가 아닌지에 대하여는 침묵하고 있다는 점에서 판결이 갖춰야 할 최소한의 논증을 결한 '결단'에 가깝다. 또한 근로기준법은 물론 동법시행령의 법문상 근거도 없는 '고정성'이라는 모호한 기준을 들어 정기상여금의 통상임금성을 부정하는 판단도 수긍하기 어렵다. 이러한 점들을 고려할 때 위 판결이 확고한 판례로 안착되었다고 평가하기에는 이르다고 생각한다.

(4) 통상임금의 판단은 법문에 따라 ①임금성 ⇨ ②정기성 ⇨ ③일률성의 3단계의 판단구조를 따라야 하며, 그것으로 충분하다.

판례가 언급하는 '고정성'은 일률성(一律性)의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐, 통상임금 여부를 판단하는 추가적인 '요건'으로 보아서는 아니 된다. 법령이 예정하지 않은 '고정성'이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건의 하나로 추가하는 것은 통상임금의 범위를 당초 입법자가 예상보다 부당하게 좁히는 결과를 초래한다는 점에서 동의하기 어렵다.

미국 FLSA §7(e)(3)(a)이 시사하듯, 통상임금의 산정에 포함되는 상여금인가 여부를 판단 함에는 '상여금 지급에 기대(an expectation of payment)'만 있으면 충분한 것이지, '고정성'이 논리필연적으로 요구되는 것은 아니다. '재직자 조건'이 붙은 정기상여금의 경우 근로자는 그러한 정기상여금의 지급에 대한 정당한 기대를 갖는다는 점을 고려할 때, '재직자 조건'이 붙은 정기상여금의 통상임금성을 부정한 위 2017년의 대법원 판결은 통상임금의 인정 범위를 지나치게 협소하게 보았다는 점에서 동의하기 어렵다.

(5) 정기상여금에 '재직자 조건'을 붙이는 방법으로 '임금을 비임금화'하는 것은 임금 정기 지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로금지의 원칙의 각 측면에서 근로기준법의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반하므로 고정금의 정기상여금에 붙은 '재직자 조건'은 무효로 보아야 한다고 생각한다. 다만 '재직자 조건'을 퇴직일의 익일부터 지급일 내지 정기상여금의 산정기간의 종일까지의 기간, 즉 퇴직으로 인하여 근로를 제공하지 않는 기간에 상응하는 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 취지로 제한적으로 해석될 수는 있을 것이다.

한편, 정기상여금의 지급약정에 붙은 '재직자 조건'의 법적 성질과 관련하여서는 정기상여금에 붙은 '재직자 조건'은 정기상여금 채권의 성립에 관한 약정의 기본적 내용을 구성하는 것이 아니라 그러한 기본약정에 부가된 부관(附款)에 불과하므로, 정기상여금에 붙은 '재직자 조건'이 무효로 되는 경우 정기상여금의 지급에 관한 약정은 당연히 조건이 없는 계약으로 존속하며, 따라서 그 지급일 이전에 퇴사한 자도 정기상여금 청구권을 유효하게 행사할 수 있다. 따라서 "사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자 조건을 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 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결은 '지극히 타당하다'고 생각한다.

토론문

도재형(이화여자대학교)

권오성 교수님께서선 통상임금의 기존 논의에 대해 근본적인 질문을 던지고, 우리나라와 일본의 입법 연혁을 소개하며 전원합의체 판결이 내세운 ‘고정성’과 재직자 조건의 무용(無用)함을 지적해 주셨습니다. 그리고 정기성과 관련하여, 근로에 대한 임금의 지급시기의 간격은 원칙적으로 1개월을 넘어서는 안 되고 이 범위에서 임금의 지급 방법에 대한 사적 자치는 제한되고, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결과 근로기준법 제43조 제2항을 연결하여 그 배제사유에 해당하지 않는다면 매월 임금지급일에 지급되어야 하는 임금이라고 봐야 한다고 주장하셨습니다. 이번 발제에 소개된 이런 견해들은 임금 관련 논의에 좋은 시사점을 제공한다고 생각합니다.

권 교수님께서선 전원합의체 판결의 전제 자체에 대한 의문을 제기하고 계시지만, 저는 전원합의체 판결의 법리에 기반해서 재직자 조건 및 고정성에 대해 조금 얘기를 해 보겠습니다.

개인적인 의견이지만, 재직자 조건은 전원합의체 판결 자체 내에서의 법리와 충돌합니다. 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 판시하였습니다. 그런데 재직자 요건에서 통상임금성을 부정하는 ‘퇴직’이 휴직, 복직, 징계와 다르다고 보기는 어렵습니다. 정상적인 근로자를 생각했을 때 퇴직이란 것은 매우 예외적인 상황이기 때문입니다. 오히려

재직 근로자들 모두에게 지급한다는 것은 급여의 지급 요건 중 가장 고정적이고 확정적이라고 볼 수도 있습니다. 재직자 요건의 문제점은 그 임금 항목이 단체협약에 규정되어 있을 때 더 심각하게 느껴집니다. 왜냐하면, 재직자 요건은 단체협약 효력의 일반적 모습이기 때문입니다. 단체협약상 급여를 퇴직자에게 지급하는 것은 그 효력이 재직자에게만 미친다는 점을 고려할 때, 오히려 이례적이라고 말할 수 있습니다.¹⁾

발제에서 인용하신 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결에 대해선 재직자 조건과 관련하여 찬반양론이 엇갈리는 것으로 알고 있습니다. 그런데 위 판결 내용 중에서 개인적으로 흥미로운 부분은 다음 판시 사항입니다. “특히 이 사건의 경우 정기상여금의 액수가 ‘통상임금 및 25시간의 시간 외 수당’을 합한 금액의 800%에 이르러 전체 임금에서 정기상여금이 차지하는 비중이 높고, 월 단위로 계산한 정기상여금과 기본급을 비교하면 월할 정기상여금이 월 기본급의 80% 내외에 이르는바, 근로자의 생활유지를 위한 주된 원천이 된다는 측면에서 정기상여금이 근로자에 대하여 가지는 의미는 기본급과 다를 수가 없다. [...] 이와 같이 정기상여금이 기본급에 준하는 임금으로서의 실질을 가진다고 보는 이상, 재직자조건의 유효성을 판단함에 있어서도 기본급과 정기상여금을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없다.”

권 교수님께서 지적하신 것처럼 사전확정성이라고 하는 것은 하늘에서 떨어진 어떤 신성한 것이 아닙니다. 권 교수님께서도 그 개념이 무용(無用)하다고 보시는데, 설령 이를 통상임금의 범위를 정하는 기준 중 하나로 본다 하더라도, 그것은 단지 한 기업의 임금 체계에 있는 다양한 항목 중 기본적 급여의 지급 방법을 가지고서 판단할 수밖에 없는 상대적인 것입니다. 그렇게 보지 않고 전원합의체 판결에 적힌 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가

1) 이 문단은 도재형, “통상임금 전원합의체 판결의 검토”, 노동법연구 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 195-196면을 인용하였다.

그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금'을 글자 그대로 독해하는 것은 임금과 관련하여 사적 자치의 원칙을 완전히 배제하는 것이 됩니다.

그리고 위 서울고등법원 판결에서 해당 기업의 정기상여금이 '기본급과 다를 수 없고, 기본급과 정기상여금을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없다'고 본 것은 전원합의체 판결의 위 전원합의체 판결의 판시 사항 중 '임금의 명칭을 불문하고'란 말에 주목한 것으로 짐작됩니다. 즉, 전형적인 상여라고 볼 수 있는 계절에 따라 지급되는 약간의 수당이나 성과급 등이 아니라 기본급에 거의 맞먹는 정기상여금은 기본급과 함께 '기본적 급여'로 취급되어야 하는 것이 아니냐는 당연한 질문인 것입니다. 그런 경우에도 재직자 조건을 들어 임금 채권의 발생 여부가 좌우될 수 있다는 것은 꼬리가 몸통을 흔드는 격(통상임금성의 인정 여부 때문에 채권의 존재 자체를 부인하는 결론에 이르기 때문입니다)으로서 근로기준법의 입법 취지에 반한다는 것은 누구라도 수긍할 수 있을 것 같습니다. 그럼에도 위 서울고등법원 판결을 비판하는 사람들은 하급심이 대법원 전원합의체 판결이 제시한 재직자 조건을 거부했다는 말만 하는데, 이는 그 판결이 지목하는 달을 보지 않은 채 손가락만 보며 떠드는 것에 불과합니다.

그 밖에 권 교수님의 발제와 관련한 질문은 토론회에서 발표 내용을 청취한 후 필요하다면, 말씀드리도록 하겠습니다.

“통상임금 판단기준의 재검토 - ‘고정성’을 중심으로” 토론문

김도형 변호사[법무법인(유) 원]

1. 들어가며

먼저 한국노총에서 주최하는 「통상임금의 고정성 기준에 관한 학술토론회」에 토론자로 참여할 수 있는 기회를 주셔서 감사합니다.

대법원 판례에서 통상임금 판단기준의 하나로 삼고 있는 ‘고정성’ 징표에 관하여는 학계와 실무에서 다양한 의견들이 제시되고 비판적으로 검토되고 있는 노동법에서 매우 어려운 쟁점 중의 하나입니다.

권오성 교수님의 발제문 요지는 통상임금을 정의한 법문에 규정되어 있지 않은 고정성은 통상임금 여부를 판단하는 독자적인 요건으로 볼 수 없고, 정기상여금에 붙은 ‘재직자 조건’은 근로기준법을 위반하고 공서에도 반하여 무효라고 보아야 한다는 것입니다.

이러한 견해에 저도 기본적으로 동의하면서, 이 자리에서는 통상임금 판단기준과 관련하여 발제자와는 조금 다르게 생각하거나 약간 보충하고 싶은 부분에 대하여 몇 가지 말씀을 드리도록 하겠습니다.

2. 고정성 징표의 실체에 대한 의견

권오성 교수님은 통상임금의 개념적 징표의 하나인 ‘일률적’으로 지급되는 임금이란 실근로시간의 증가에 ‘하나의 비율’로 비례적으로 계산되어 지급되는 금품이라고 이해하는 것이 옳고, 이와 같이 일률성이라는 말을 ‘하나의 비율’이라는 의미로 이해할 경우 일률성의 개념 안에서는 고정성이라는 성격이 내재되어 있고, 따라서 판례서 언급하는 ‘고정성’은 일률성이라는 표지를 구성하는 하나의 속성일 뿐 통상임금 여

부를 판단하는 데 요구되는 별도의 독자인인 ‘요건’으로 볼 수는 없다는 의견을 펴고 있습니다.

일률성을 ‘하나의 비율’이라는 의미로 이해하고 고정성은 일률성의 내용을 구성하는 요소로 고려될 수 있을 뿐이라는 견해에 대해서는 앞으로 숙고해 보아야 하겠지만 아직은 낯설게 느껴집니다. 통상임금의 정의를 규정한 법문에는 들어 있지 않음에도 대법원 판례에서 통상임금의 개념적 징표의 하나로 추가하고 있는 ‘고정성’ 요소에 대하여 저는 다음과 같이 파악하고 있습니다.

통상임금은 연장·야간·휴일근로에 대한 가산수당 등을 산정하기 위한 도구적 개념으로서, 실제의 지급 여부는 고려하지 않는다는 점에서 사전적·평가적 성격을 갖는 임금 개념이라고 할 수 있습니다. 따라서 통상임금은 근로자가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 정해져 있어야 합니다. 그래야만 사용자와 근로자는 소정근로시간을 초과하여 제공되는 연장근로 등에 대한 비용 또는 보상의 정도를 예측하여 연장근로 등의 제공 여부에 관한 의사 결정을 할 수 있고, 실제 연장근로 등이 제공된 때에는 사전에 정해진 통상임금을 기초로 하여 가산임금을 곧바로 산정할 수 있게 되기 때문입니다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 “통상임금이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.”고 규정하여, 통상임금의 ‘사전결정성’이라는 속성을 통상임금 개념의 정의 안에 넣어 놓고 있습니다.

그런데 대법원 판례는 통상임금의 정의 규정에는 들어 있지 않은 ‘고정성’이라는 요소를 통상임금의 개념적 징표의 하나로 추가하고 있는

바, 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결은 고정성에 관한 법리를 다음과 같이 정립하고 있습니다.

어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 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.

‘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 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 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.

이와 같이 대법원 판례에서 통상임금의 개념적 징표로 내세우고 있는 ‘고정성’이란 근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과, 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질을 말하는바, 이러한 고정성은 위 대법원 전원합의체 판결에서도 명시하고 있듯이 통상임금은 미리 결정(확정)되어 있어야 한다는 요청에서

도출되는 본질적 성질입니다. 결국 고정성이라는 것은 통상임금은 근로자에게 임금을 지급하기 전에 미리 정해져 있어야 한다는 통상임금의 본질적 속성인 사전결정성의 의미를 좀 더 강조하는 표현일 뿐, 그 이상으로나 그와 별개로 특별한 내용을 품고 있는 다른 개념은 아니라고 할 것입니다. 즉 대법원은 통상임금의 본질적 성질인 사전‘결정’성을 사전‘확정’성이라는 보다 강한 어감을 주는 단어로 바꾼 다음, 이로부터 통상임금 판단기준의 독자적 징표의 하나로 고정성이라는 개념을 이끌어 낸 것으로 보입니다.

그러나 위 대법원 전원합의체 판결에서도 분명하게 밝히고 있듯이 임금 중에서 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 평가한 것으로서 사전에 미리 정해져¹⁾ 있는 것이라면 그 명칭과 관계없이 모두 통상임금에 해당하는바, 이러한 판단기준에서 더 나아가 사전결정성과 별개로 고정성이라는 징표를 통상임금의 판단요소로 추가해야 할 필요는 없다고 봅니다. 따라서 저는 대법원 판례에서 들고 있는 고정성 징표는 통상임금성을 인정하기 위해 꼭 필요한 독자적 요소로서의 실체는 없고, 통상임금이라면 본디 갖추어야 하는 속성인 사전결정성의 뜻을 대법원이 어떤 의도 속에서 달리 표현하고 있는 것에 지나지 않을 뿐이라고 생각합니다. 문제는 대법원의 숨은 의도가 고정성 부각을 통해 통상임금의 인정 범위를 본래보다 좁히려는 데에 있다고 보기 때문에 ‘사전결정성 → 사전확정성 → 고정성’ 치환의 불순함을 지적하지 않고 넘어갈 수는 없다고 생각합니다.

3. 정기상여금의 임금성에 관한 의견

정기상여금의 지급사유 발생이나 지급액이 불확정적이고 가변적인 경

1) 대법원은 ‘미리 정해져 있는 것’이라는 표현 대신 ‘미리 확정할 수 있는 것’이라는 표현을 쓰고 있습니다.

우에도 그러한 금품의 지급이 근로의 대가로서의 성격을 갖는다면 근로기준법의 임금 개념에 포섭될 수 있다고 보는 권오성 교수님의 견해를 적극 지지합니다.

덧붙이고 싶은 것은 최근 대법원은 공공기간의 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 하고, 이때 경영실적 평가 결과에 따라 그 지급 여부나 지급률이 달라질 수 있다고 하더라도 그러한 이유만으로 경영평가성과급이 근로의 대가로 지급된 것이 아니라고 볼 수 없다는 판례를 잇달아 내놓았는데,²⁾ 이러한 대법원 판례의 태도는 지급사유 및 지급액이 불확정적이고 가변적이더라도 근로의 대가로서의 성격을 지니는 것은 임금에 해당할 수 있다는 발제자의 견해와 궤를 같이한다고 보아야 할 것입니다.³⁾

4. 재직자 조건의 실체에 대한 의견

2013. 12. 18. 대법원 전원합의체 판결 선고 이전까지는 대법원 판례 중에서 고정성을 통상임금의 판단 기준으로 삼으면서도 재직자 조건이 붙은 임금이라고 하여 통상임금의 고정성을 부정하는 사례는 찾을 수 없었습니다. 그런데 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결에서 대법원은 기존에는 밝히지 않았던 재직자 조건 법리를 제

2) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결, 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결, 대법원 2018. 12. 28. 선고 2016다239680 판결, 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219123 판결.

3) 심재진, “공기업 경영평가성과급의 임금성”, 『월간 노동리뷰 - 2019년 2월호』, 한국노동연구원, 80쪽은 대법원은 위 판례들을 통하여 지급사유 발생의 불확정성을 그 자체로는 임금성 판단에서 더 이상 고려하지 않는 것으로 판례 법리를 변경한 것으로 보인다는 견해를 피력하고 있습니다.

시하면서 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금은 고정성을 결여하여 통상임금에 해당하지 않는다는 판단을 내렸습니다. 통상임금의 고정성 징표가 부정되는 재직자 조건이 무엇인지에 대하여 대법원은 다음과 같이 설명하고 있습니다.

근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중일 것이 해당 임금을 지급받을 수 있는 자격요건으로 되는데, 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 않는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 않고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이고, 그와 같은 조건으로 지급되는 임금은 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날짜에 근로를 제공하더라도 그 특정 시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다.

그러나 특정 시점에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 앞서 본 때 근무일마다 지급되는 임금과 실질적인 차이가 없으므로, 근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성이 부정되지 않는다.

즉 재직자 조건이란 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 무관하게 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정한 것을 말하는데, 이러한 재직자 조건이 붙은 임금이라는 것은 자세히 따져 보면 현실의 구체적인 근로 제공을 전제로 하지 않고 특정 시점에서

근로자의 지위를 취득하고 있음에 따라 지급받는 임금이라는 것과 다르지 않습니다. 임금2분설은 임금은 근로자가 구체적인 근로를 제공한 데에 대하여 지급받는 교환적 부분과 현실의 근로 제공과 무관하게 사용자가 근로관계를 맺음에 따라 형성된 근로자의 지위에 기하여 지급받는 생활보장적 부분의 2가지로 나뉜다고 보는 견해인데, 그렇다면 대법원이 고정성을 결여하여 통상임금에 해당하지 않는다고 보고 있는 재직자 조건이 붙은 임금은 임금2분설에서 말하는 생활보장적 임금을 가리킨다고 할 것입니다.

그런즉 대법원은 통상임금 범위의 확대를 막기 위해 무노동무임금 원칙을 버리고 임금일체설에서 다시 임금2분설로 돌아갈 수는 없는 처지에서, 재직자 조건이 붙은 임금의 경우에는 통상임금에서 제외해야 할 필요가 있기는 하지만 이를 소정근로의 대가로 지급되지 않는 임금이라는 이유만으로 통상임금성을 부정하는 것은 곤란하다고 여겼기 때문에, 고정성 징표를 여기에 끌어들여서 임금의 지급조건으로서 소정근로를 했는지 여부와 관계없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정한 임금은 고정성을 결여한 것으로 보아야 한다는 논리를 다소 무리하게 만들어 낸 것으로 보입니다. 결국 재직자 조건 법리는 임금일체설을 고수하면서 생활보장적 임금(복리후생적 임금)의 통상임금성을 부정하기 위해 대법원이 궁여지책으로 고안해 낸 것으로서, 그 실체는 사실상 임금2분설로의 회귀에 다름 아니라고 생각합니다.

5. 정기상여금에 붙은 재직자 조건의 효력에 대한 의견

복리후생적 임금 중에는 근로자들의 실제 근로 제공 여부와는 무관하게 명절(설, 추석), 하계휴가, 창립기념일, 김장철, 생일, 보험료 납부일 등 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급이 이루어지는

성격이 강한 것들이 상당히 있는바, 이러한 성격을 지닌 복리후생적 임금에 대하여는 사용자로서는 그 지급조건으로 재직자 조건을 붙일 필요가 있고, 이러한 경우의 재직자 조건에 대해서는 사회통념상 합리성을 결여한 것으로까지 보기는 다소 어려울 것으로 생각합니다.

하지만 정기상여금은 복리후생적 임금과는 달리 그 성질상 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되어야 할 필요성이라는 것은 전혀 존재하지 않습니다. 그러므로 정기상여금에 재직자 조건을 붙이는 것은 복리후생적 임금의 경우와는 달리 마땅한 합리성을 찾아낼 수는 없습니다.

따라서 정기상여금에 재직자 조건을 붙이는 것은 임금 정기일 지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금 사전포기에 대한 제한, 강제근로 금지 원칙의 각각의 측면에서 근로기준법의 명문 규정에 위배되고 공서에도 반하므로, 정기상여금에 붙은 재직자 조건은 무효라고 보아야 한다는 권오성 교수님의 견해에 전적으로 동의합니다. 최근에 나온 몇몇 하급심 판례에서는 정기적으로 지급되는 임금에 부가된 지급일 기준 재직자 조건은 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니한다는 취지로 해석하는 한 무효라고 봄이 타당하다고 판단하면서, 그렇게 해석해야 하는 여러 가지 이유들을 정치한 논증으로 명쾌하게 설명하고 있습니다.⁴⁾ 사람의 노동(력)은 상품이 결코 아니며, 따라서 근로관계를 상품 거래에 관한 계약관계와 동일한 차원에 놓고 민법상 계약 법리를 근로관계에 무비판적으로 침투시키려는 태세를 경계하면서, 종속적 관계에서 일하는 사람의 인격 보호를 기본 정신으로 하고 있는 노동법의 관할권을 지키려는 사고를 견지하고 있다면, 정기상여금에 붙은 재직자 조건을 적

4) 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결, 서울고등법원 2019. 5. 14. 선고 2016나2087702 판결.

법·유효한 것으로 볼 수 있는 합당한 논거를 찾아내기는 불가능할 것으로 생각합니다.

다만 한 가지 보충하고 싶은 것은 정기상여금은 그 성격상 지급대상기간에 근로자가 제공하는 근로의 양과 질에 대응하여 지급하는 임금으로서 이를 소정근로와 무관하게 지급되는 임금이라고 할 수 없고, 따라서 이러한 성격을 지닌 정기상여금에 대하여는 대법원이 통상임금의 고정성 징표를 결여한 것으로 보고 있는 재직자 조건이라는 것은 애당초 붙일 수 없다는 것입니다. 대법원은 단지 재직자 조건이 붙어 있다는 점만으로 해당 임금 항목의 고정성을 부정하는 것이 아니라, 재직자 조건 중에서도 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 관계없이 지급일 기타 특정 시점에 재직 중일 것이 해당 임금을 지급받을 수 있는 자격 요건으로 정한 것, 다시 말하면 ① 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 않고, ② 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 지급한다는 두 가지 요소를 모두 갖춘 경우만을 통상임금의 고정성 징표를 결여한 것으로 보고 있음이 분명하기 때문입니다.⁵⁾

6. 통상임금 산정 기준시간 수에 대한 의견

권오성 교수님은 1997. 3. 27. 폐지·제정된 근로기준법 시행령 제6조 제2항에서 통상임금의 시간급 환산식의 분모를 종전의 ‘소정근로시간 수’에서 소정근로시간과 소정로시간 외의 유급 처리되는 시간을 더한

5) 예를 들어 정기상여금을 연 4회로 나누어 매 분기별로 지급하는 경우 근로자의 사정으로 어느 한 달을 근무하지 않았다면 해당 월의 기본급은 전액 지급되지 않을 터인데, 해당 분기의 정기상여금도 통상 한 달분인 1/3을 감액하여 지급할 터이지 정기상여금 지급일에 재직하고 있다는 이유로 정기상여금 전액을 지급하는 사용자는 없을 것입니다. 하지만 이 경우 대법원 판례에 따르면 해당 분기의 중간에 한 달을 결근한 근로자에 대해서도 분기 마지막 달의 정기상여금 지급일에 재직하고 있다면 해당 분기의 정기상여금 전액을 지급해야만 통상임금의 고정성 징표를 결여하는 재직자 조건을 갖춘 것으로 볼 수 있게 됩니다.

‘통상임금 산정 기준시간 수’로 변경한 것에 대하여, 이러한 입법은 소정근로시간 외에 유급 처리되는 시간에 지급되는 급여가 통상임금에 포함됨을 전제로 한 것인데, 이는 통상임금의 본질에 부합하지 않는 것으로서 위법하다고 보고 있습니다.

이 문제에 대하여 저는 다르게 파악하고 있는바, 근로기준법 시행령 제6조 제2항에서 정한 시간급 통상임금 산정 방식은 소정근로시간 외에 유급 처리되는 시간에 지급되는 급여인 주휴수당 등 유급휴일수당 (이하 ‘주휴수당 등’이라 함)이 통상임금에 포함됨을 전제로 하는 것이 아니라, 반대로 주휴수당 등이 통상임금에 포함되지 않음을 전제로 하는 것이라는 점을 설명하겠습니다.

1997. 3. 27. 근로기준법 시행령 폐지·제정 전에 대법원은 근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 그 월급 안에는 구 근로기준법 제 45조(현행 법 제55조) 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함되어 있고, 따라서 월급 통상임금을 월 소정근로시간 수로 나누는 방법에 의하여 시간급 통상임금을 산정함에 있어서는 월 유급휴일 해당 근로시간 수도 월 소정근로시간 수에 포함시켜야 한다는 판례들을 여럿 내놓았습니다.⁶⁾

즉 근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 그 월급에는 근로기준법 소정의 유급휴일에 대한 임금이 포함되어 있는데, 그와 같은 유급휴일에 대한 임금은 원래 소정 근로일수를 개근한 근로자에 대하여만 지급되는 것으로서 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라고 할 수 없어 통상임금에는 해당되지 않으므로, 통상임금을 산정함에 있어서는 매월 지급받는 월 기본급과 고정수당을 합산한 월급에서 유급

6) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결, 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다카25734 판결, 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다32514 판결 등.

휴일에 대한 임금을 공제해야 하며, 월급제 사원이 지급받는 월급에 통상임금으로 볼 수 없는 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란한 경우에는 근로자들이 유급휴일을 근무한 것으로 의제하여 그 총 근로시간수를 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분이 포함된 월급을 그 총 근로시간 수로 나누는 방식에 의하여 시간급 통상임금을 산정해도 무방하다고 대법원은 해석하였습니다.⁷⁾

이를 알기 쉽게 계산식으로 풀어쓰면 아래와 같은바, <1>식과 <2>식의 계산 결과는 똑같습니다.

$$\frac{\text{시간급 통상임금}}{\text{통상임금}} = \frac{\text{월급 금액} - \text{주휴수당 등}}{\text{월 소정근로시간 수}} = \frac{\text{월급 금액}}{\text{월 소정근로시간 수} + \text{월 유급 처리 시간 수}}$$

1997. 3. 27. 폐지·제정된 근로기준법 시행령 제6조 제2항은 위와 같은 그동안의 대법원 판례의 견해를 반영하여 시간급 통상임금 산정 방식을 변경한 것인바, 주휴수당 등이 통상임금에 포함됨을 전제로 한 것이 아니라 그 반대로 주휴수당 등이 통상임금에 포함되지 않음을 전제로 하여 만들어진 것임을 알 수 있습니다. 그런즉 주휴수당 등을 통상임금에 포함시키지 않는 것이 법리적으로 타당한지 여부에 대해서는 별론으로 하고, 일단 주휴수당 등은 통상임금에서 제외되는 것으로 전제를 한다면 근로기준법 시행령 제6조 제2항에서 정한 시간급 통상임금 산정 방식 자체는 수학적으로 문제되지 않는다고 할 것입니다.

다만 시간급 통상임금 산정 방식은 원칙적으로 <1>식이고, <2>식은 계산의 편의를 위해 변형된 산식임에도 불구하고, 근로기준법 시행령

7) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결.

제6조 제2항에서 마치 <2>식이 원칙적인 공식인 것처럼 규정함으로써, 이후 산식의 분모인 통상임금 산정 기준시간 수를 놓고 여러 가지로 혼동을 불러일으키는 원인을 제공한 것에는 문제가 있다고 봅니다.

통상임금 관련 법적 분쟁을 해소를 위하여

김준영(전국금속노동조합연맹 사무처장)

발제자의 통상임금 판단에서 고정성에 대한 의견에 대하여 적극 공감하고, 후불적 정기임금인 상여금의 “재직자 요건”과 관련해서도 그 위법성을 지적한 최근 고법 판례와 발제자의 의견에 동의하며, 2013년 통상임금 대법판례와 2014년 노동부의 지침 이후에도 통상임금 관련 분쟁의 확대와 현장에서 또 다른 풍선효과가 발생하고 있고, 최근 최저임금법 개정 이후 통상임금과 관련하여 발생하고 있는 현장의 편법, 불법적 사례와 그 해결 방법에 대한 의견을 개진하고자 합니다.

1. 대법 판례, 최저임금법 개정 이후 현장 임금의 변화

가. 상여금의 “재직자 요건” 삽입

대법 판례와 노동부 지침 발표 이후 현장의 취업규칙 변경 신청이 급증하였고, 상당수가 상여금의 지급 요건에 “재직자”를 삽입함.

나. 상여금 -> 명절, 휴가비로 전환

재직자 요건만을 삽입하는 것이 아니라 명칭과 지급시기를 변경 상당 사례 중 600%의 정기상여금을 설, 하기휴가, 추석에 각 200%를 재직자에게만 지급하는 변경도 있었음

다. 상여금 -> 성과급

상여금의 일부를 성과급으로 돌리고 그 지급 비율을 명시하지 않음.

라. 800% 정기상여 -> 50% 매월 지급, 설, 추석에 각 100% 지급이 역시 재직자 요건을 삽입 함.

마. 출근일수에 따라 지급되던 식대, 교통비의 명칭을 변경함

년말 소득 공제 관련 분쟁 발생

바. 만근수당-> 월 10일 이상 근무, 재직자만 지급

통상임금에 포함되지 않는 수당을 만들기 위해 10일 이하 근무하는 노동자가 발생할 가능성이 0%임에도 불구하고, 10일이라는 근무조건과 재직자만 지급한다는 규정을 두어 통상임금 미포함 수당

만근수당을 2개월에 1회 지급, 재직자 요건 포함

사. 최저임금 > 통상임금

ex) 최저임금 1만원 / 매월 지급 상여 모두 최저임금 포함

기본급 1,045,00원 + 상여 1,045,000원(재직자 요건)

2. 통상임금의 분쟁해소의 방향

가. 통상임금 관련 분쟁의 시작은 연장근로에 대해서는 평소 받던 임금보다 1.5배를 지급해야 한다는 입법 취지와 달리 우리나라 노동자들은 평소 일한 것 보다 1.5배의 임금을 지급받지 못하거나 심지어 평소 노동보다 연장노동 시 받은 임금이 더 작아서 발생한 것이다.

나. 그로 인해 사용자들은 초과근로를 시키는데 주저하지 않아 장시간 노동이 조장되었다.

다. 임금 구조로는 적은 기본급에 이름도 생소하고 지급요건도 까다로운 각종 수당과 상여금, 명절여비, 휴가비, 성과급이 임금에서 더 많은 비중을 차지하고 있다.

예) 300명 정도 사업장 수당만 47개 A4용지에 깨알 같은 설명

라. 정기성, 일률성, 고정성 논리와 판례에 매몰되지 말고, 사용자가 시간당 인건비를 산정하는 방식처럼 생각을 전환해야 통상임금 분쟁을 해소할 수 있다.

사용자가 특정 노동자의 노동력을 구입하기 위해서는 1시간에 얼마의 비용이 드는가? 라는 관점에서 바라보면 통상임금의 원칙에 쉽게 접근할 수 있다.

1시간당 비용은 모두 통상임금이 되어야 하고, 극단적으로는 산정주기(지급주기)가 1개월을 초과하는 임금지급을 법으로 금지하는 것도 고민해 볼 수 있다.

마. 근로기준법에서 초과근로(휴일,연장,야간)수당의 할증률을 명시한 이유는 “근로자에게 초과근로에 대한 보상을, 사용자에게는 경제적 부담을 주어 초과근로를 억제하는 것”이다. 통상임금 정상화는 노동시간 단축과 일자리 나누기를 위한 방향으로 가야한다.

바. 임금체계 단순화를 유도하고 안정성이 강화되는 방향으로 가야한다.

사. 판례와 고용노동부가 분쟁을 확대 재생산하고 있어, 분쟁을 잠재울 수 있도록 근로기준법 개정을 통해 통상임금의 정의를 명확히 해야 한다.

3. 통상임금 정의 규정 입법화(안)

통상임금의 범위를 법률로 규정한다. (근로기준법 제2조 제1항 제7호 신설)

“통상임금”이란 그 명칭 여하를 불문하고 소정근로 또는 총 근로에 대하여 사용자가 근로자에게 지급하기로 정한 일체의 금품을 말한다.

가. 시행령으로 제외 금품 정의
일시적·일회적으로 지급되는 금품

기업의 경영성과나 근로자의 업무성과에 따라 변동적으로 지급되는 금품

가족 수에 따른 가족수당 등 근로의 양이나 질에 관계없이 근로자의 개인적인 사정에 따라 달리 지급하는 금품

나. 도급 근로처럼 약정 임금을 산정하기 어려운 경우와 시행령으로 정한 제외 금품의 풍선 효과를 방지하기 위해 기 지급임금으로 통상임금 산정

평균임금 산정과 동일한 방식에서 초과근로, 야간근로, 연차를 제외한 임금으로 평균통상임금을 산정하고, 통상임금이 평균통상임금에 미달할 경우 평균통상임금을 적용토록 함

다. 최저임금과 통상임금의 통일

최저임금법 개정 이후 매월 지급하는 수당과 상여에 재직자 요건을 두어 수당과 상여가 최저임금에는 포함되고 통상임금에는 포함되지 않는 문제도 함께 해결