대 법 원

판 결

사 건	2012다89399 퇴직금
원고, 피상고인	원고
	소송대리인 변호사 김상은 외 7인
피고, 상고인	갑을오토텍 주식회사
	소송대리인 변호사 이임수 외 9인
원 심 판 결	대전지방법원 2012. 8. 22. 선고 2012나4372 판결
판 결 선 고	2013. 12. 18.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 참고서면 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 통상임금에 관한 법리

가. 통상임금의 의의

1) 근로자가 사용자로부터 지급받는 임금은 근로자가 기본적 생활을 유지하는 재원으로서 가장 중요한 근로조건 중의 하나이다. 그리하여 헌법은 제32조 제1항에서 국가

에 대하여 적정 임금을 보장하도록 노력할 의무와 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행할 의무를 부과하고, 같은 조 제3항에서 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다고 규정하고 있다.

이러한 취지에 따라 최저임금법에는 최저임금의 기준에 관한 규정이 마련되어 있고, 나아가 근로기준법은 제2조 제1항 제5호에서 "임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다"고 규정함과 아울러, 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품 즉 임금에 관한 각종 근로조건을 정하고 이를 기준으로 근로자에 대한 임금 지급 등이 적정하게 이루어지도록 규율하고 있다.

2) 그런데 사용자가 근로자에게 지급하는 임금은 사용자와 근로자 사이의 근로계약에 의하여 정하여지지만, 근로자의 실제 근로시간이나 근무실적 등에 따라 증감·변동될 수 있고, 임금의 지급 여부나 지급액이 구체적인 근로의 질이나 양과 관계없는 조건에 좌우될 수 있다.

근로기준법은 위와 같은 임금의 증감·변동성 등을 고려하여 '평균임금'과 '통상임금'이라는 유형의 기준임금을 마련하고, 이를 통하여 근로조건의 기준을 정한 다음 근로계약에서 정한 근로조건이 그 기준에 미치지 못하는 때에는 그 미치지 못하는 부분을 무효로 하고, 무효로 된 부분은 그 기준에 따르도록 규정하여 근로자의 기본적 생활의 보장과 그 향상을 도모하고 있다.

이는 노사간의 합의에 의하여 임금을 정하도록 하되 일정한 사항에 대하여는 근로기준법이 근로조건의 기준을 정하여 이를 강제하는 방식을 취하는 것으로, 임금 결정에 관하여 노사자율을 존중하는 한편 거기에 일정한 한계를 긋는 규율방식을 취하고 있는

것이다.

3) 근로기준법 제2조 제1항 제6호 전문은 "평균임금이란 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다"고 규정하면서, 이를 근로기준법상의 퇴직금, 휴업수당, 산업재해보상보험법상의 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비 등을 산정하는 기준임금으로 삼고 있다.

이러한 평균임금은 개별 근로자의 실제 근로시간이나 근무실적 등에 따라 증감·변동되는 것으로서, 법정 기간 동안 근로자에게 실제 지급된 임금의 총액을 기초로 하여 산정되므로, 과거의 근로시간이나 근무실적 등을 토대로 사후적으로 산정되는 근로자의 통상적인 생활임금이라 할 수 있다.

4) 한편 근로기준법은 위와 같이 실제 근로시간이나 근무실적 등에 따라 증감·변동될 수 있는 평균임금의 최저한을 보장하고 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금, 해고예고수당 및 연차휴가수당 등을 산정하는 기준임금으로서 '통상임금'을 규정하고 있다. 근로기준법은 통상임금에 관하여는 직접 정의 규정을 두고 있지 않지만, 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 "법과 이 영에서 통상임금이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다"고 규정하고 있다.

근로자의 연장·야간·휴일 근로가 상시적으로 이루어지는 경우가 드물지 않은 우리나라의 현실에서 근로기준법이 위와 같이 통상임금에 부여하는 기능 중 가장 주목되는 것은 그것이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로 기능한다는 점이다.

근로기준법은 사용자로 하여금 연장·야간·휴일 근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 규정하고 있는데, 이는 사용자에게 금전적 부담을 가함으로써 연장·야간·휴일 근로를 억제하는 한편, 이러한 근로는 법정근로시간 내에서 행하여지는 근로보다 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하므로 이에 상응하는 금전적 보상을 해주려는 데에 그 취지가 있다(대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결 참조).

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 근로자가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 할 것이다. 그래야만 사용자와 근로자는 소정근로시간을 초과하여 제공되는 연장근로 등에 대한 비용 또는 보상의 정도를 예측하여 연장근로 등의 제공 여부에 관한 의사결정을 할 수 있고, 실제 연장근로 등이 제공된 때에는 사전에 확정된 통상임금을 기초로 하여 가산임금을 곧바로 산정할 수 있게 되기 때문이다.

그리고 근로기준법 제2조 제1항 제5호가 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 금품은 그 명칭과 관계없이 근로기준법의 규율을 받는 임금에 해당한다고 규정하고 있듯이, 그 임금 중에서 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 평가한 것으로서 사전에 미리 확정할 수 있는 것이라면 그 명칭과 관계없이 모두 통상임금에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

5) 대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결은 모든 임금은 근로의

대가로서 '근로자가 사용자의 지휘를 받으며 근로를 제공하는 것에 대한 보수'를 의미하므로 현실의 근로 제공을 전제로 하지 않고 단순히 근로자로서의 지위에 기하여 발생하는 이른바 '생활보장적 임금'이란 있을 수 없고, 임금을 근로의 제공 대가로 지급받는 교환적 부분과 근로자의 지위에서 받는 생활보장적 부분으로 구별할 아무런 법적 근거도 없다고 판시하여, 단체협약 등에 특별한 규정이 없는 한 근로자가 근로를 제공하지 아니한 쟁의행위 기간에는 근로 제공 의무와 대가관계에 있는 임금청구권이 발생하지 않는다는 '무노동무임금 원칙'을 정립하였다.

위 전원합의체 판결 전에 종래 판례가 취한 임금2분설은 임금을 근로의 대가로서의 성질을 갖는 교환적 부분과 단순히 근로자의 지위에 기하여 발생하는 생활보장적 부분으로 구분하고 있었으나, 실제로 임금 항목 모두를 양자로 준별하는 것이 불가능한 경우가 적지 않았고, 이러한 상황에서 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지를 가리기 위하여 '정기적, 일률적으로 1임금산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금'인지를 판단 기준으로 삼는 것은 부득이한 측면이 있었다.

그러나 위 전원합의체 판결에서 모든 임금을 근로의 대가로 파악하여 임금2분설을 폐기함으로써 임금을 근로 제공에 대한 교환적 부분과 근로 제공과 무관한 생활보장적 부분으로 구별할 법적 근거가 없어졌으므로, 임금의 형식적인 명칭에 따라 통상임금에 속하는지 여부를 달리 볼 아무런 이유가 없게 되었고, 통상임금을 '1임금산정기간'을 기준으로 가려왔던 판단 방식 또한 더 이상 설 자리를 잃게 되었다.

이에 따라 임금2분설을 폐기한 위 전원합의체 판결 선고 직후 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결은 근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적・일률적・고정적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있

다고 판시하였다. 그 이후 대법원은 일관되게 통상임금은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로인 소정근로(도급 근로자의 경우에는 총 근로)의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금이라고 판시하여 왔고, 여기서 그 임금이 '1임금산정기간' 내에 지급되는 것인지 여부는 더 이상 판단 기준으로 제시되지 아니하였다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결 등 참조).

이는 앞서 본 근로기준법의 입법 취지와 통상임금의 문언적 의미, 통상임금의 기능 및 필요성 등을 고려하여 통상임금의 본질에 합당한 정의를 내린 것일 뿐만 아니라, 일반 사회통념과 건전한 상식에도 부합한다.

결국 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다.

여기서 소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다.

위와 같이 소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의

금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 하고, 그 금품이 소정근로시간에 근무한 직후나 그로부터 가까운 시일 내에 지급되지 아니하였다고 하여 그러한 사정만으로 소정근로의 대가가 아니라고 할 수는 없다.

다만 실제 근로 현장에서는 다양한 종류의 수당과 상여금 등이 존재하고 그에 대한 지급조건 등도 복잡다기하여 어떤 임금이 통상임금에 포함되는지 판단이 곤란한 경우가 있을 수 있다. 아래에서는 통상임금의 개념적 징표인 정기성, 일률성, 고정성의 의미를 구체적으로 밝히고, 나아가 임금의 지급조건 등이 매우 다양한 실제 근로 현장에서 어떠한 유형의 임금이 통상임금에 속하는지 그 구체적 판단 기준을 제시하기로 한다.

나. 통상임금의 개념적 징표인 정기성, 일률성, 고정성의 의미

1) 정기성

어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서 정기성을 갖추어야 한다는 것은 그 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 함을 의미한다.

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, 그러한 사정 때문에 갑자기 그 임금이 소정근로의 대가로서의 성질을 상실하거나 정기성을 상실하게 되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.

나아가 근로기준법 제43조 제2항은 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지

급하도록 규정하고 있으나, 이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 임금을 근로자에게 어김없이 지급하도록 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 것이므로(대법원 1985. 10. 8. 선고 85도1262 판결 등 참조), 위 규정을 근거로 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 임금이 통상임금에서 제외된다고 해석할 수는 없다.

그리고 앞서 본 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금에 관하여 규정하면서 '시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액'이라는 표현을 사용하고 있는데, 위 표현을 근거로 위 규정이 통상임금의 범위를 1개월을 단위로 산정 또는 지급되는 임금으로 한정한 취지라고 해석할 수는 없다. 1982. 8. 13. 대통령령 제10898호로 개정되기 전의 구 근로기준법 시행령 제31조는 '시간, 일, 주, 월, 월·주 외의 일정한 기간' 등 다양한 단위기간으로 정하여지는 임금을 시간급 통상임금으로 산정하는 방법에 관하여 규정하다가, 위 개정으로 제31조 제1항에 통상임금의 정의 규정이 신설되고 1997. 3. 27. 대통령령 제15320호로 폐지·제정된 구 근로기준법 시행령 이후부터는 그 정의 규정이 제6조 제1항으로 위치가 옮겨졌다. 위와 같은 개정 및 폐지·제정 과정이나 그 이후에도 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정한 임금의 시간급 통상임금 산정방식이 제31조 제2항 또는 제6조 제2항으로 위치를 옮겨 종전과 동일한 내용으로 계속 규정되어 온 점에 비추어 보면, 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금의 범위를 1개월을 단위로 산정 또는 지급되는 임금으로 한정한 것이 아니라, 다양한 기간을 단위로 산정·지급되는 임금의 형태를 예시한 것에 불과하다고 보아야 할 것이다.

한편 최저임금법 제6조 제4항은 매월 사용자가 근로자에게 지급하는 임금 중 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부장관이 정하는 것을 최

저임금과 비교할 '비교대상 임금'에서 제외하고 있다. 그러나 최저임금제도의 목적은 임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활 안정과 노동력의 질적 향상을 기하고자 하는 데에 있어 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하기 위한 통상임금제도와 그 목적을 달리하므로, 위와 같은 최저임금법의 규정을 근거로 통상임금을 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금으로 한정하여야 한다고 보는 것은 타당하지 않다.

2) 일률성

어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 일률적으로 지급되는 성질을 갖추어야 한다. '일률적'으로 지급되는 것에는 '모든 근로자'에게 지급되는 것뿐만 아니라 '일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자'에게 지급되는 것도 포함된다. 여기서 '일정한 조건'이란 고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 한다(대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다6106 판결 등 참조).

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.

한편 일정 범위의 모든 근로자에게 지급된 임금이 일률성을 갖추고 있는지 판단하는 잣대인 '일정한 조건 또는 기준'은 통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때, 작업 내용이나 기술, 경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다. 따라서 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당과 같이 소

정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 임금은 그것이 그 조건에 해당하는 모든 근로자에게 지급되었다 하더라도 여기서 말하는 '일정한 조건 또는 기준'에 따른 것이라 할 수 없어 '일률성'을 인정할 수 없으므로, 통상임금에 속한다고 볼 수 없다(대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003다56588 판결 등 참조).

그러나 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 그 기본금액은 소정근로에 대한 대가에 다름아니므로 통상임금에 속한다(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다5501 판결 등 참조).

3) 고정성

어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서 앞서 본 바와 같이 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.

대법원은 근로자의 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 항목의 임금을 통상임금에서 제외하여 왔는데, 그러한 임금은 고정성을 갖추지 못하였기 때문이다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결, 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다106426 판결 등 참조).

다. 다양한 유형의 임금이 통상임금에 속하는지에 관한 구체적 판단 기준

실제 근로 현장에서는 임금의 지급조건 등이 매우 다양하므로, 위에서 본 통상임금의 개념적 징표인 정기성, 일률성, 고정성의 의미를 바탕으로 어떠한 유형의 임금을 통상임금에 속한다고 볼 수 있는지 그 구체적 판단 기준에 관하여 살펴본다.

1) 근속기간에 연동하는 임금

어떠한 임금이 일정 근속기간 이상을 재직할 것을 지급조건으로 하거나, 또는 일정 근속기간을 기준으로 하여 임금의 계산방법을 달리하거나 근속기간별로 지급액을 달리하는 경우와 같이 지급 여부나 지급액이 근속기간에 연동하는 임금 유형이 있다.

근속기간은 근로자의 숙련도와 밀접한 관계가 있으므로 소정근로의 가치 평가와 관련이 있는 '일정한 조건 또는 기준'으로 볼 수 있고, 일정한 근속기간 이상을 재직한 모든 근로자에게 그에 대응하는 임금을 지급한다는 점에서 일률성을 갖추고 있다고 할 수 있다. 또한 근속기간은 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서는 그 성취 여부가 불확실한 조건이 아니라 그 근속기간이 얼마인지가 확정되

어 있는 기왕의 사실이므로, 일정 근속기간에 이른 근로자는 임의의 날에 근로를 제공하면 다른 추가적인 조건의 성취 여부와 관계없이 근속기간에 연동하는 임금을 확정적으로 지급받을 수 있어 고정성이 인정된다. 따라서 임금의 지급 여부나 지급액이 근속기간에 연동한다는 사정은 그 임금이 통상임금에 속한다고 보는 데 장애가 되지 않는다.

2) 근무일수에 연동하는 임금

매 근무일마다 일정액의 임금을 지급하기로 정함으로써 근무일수에 따라 일할계산하여 임금이 지급되는 경우에는 실제 근무일수에 따라 그 지급액이 달라지기는 하지만, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하기만 하면 그에 대하여 일정액을 지급받을 것이 확정되어 있으므로, 이러한 임금은 고정적 임금에 해당한다.

그러나 일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이고, 이러한 조건의 성취 여부는 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 확정할 수 없는 불확실한 조건이므로 고정성을 갖춘 것이라 할 수 없다.

한편 일정 근무일수를 기준으로 계산방법 또는 지급액이 달라지는 경우에도 소정근로를 제공하면 적어도 일정액 이상의 임금이 지급될 것이 확정되어 있다면 그와 같이 최소한도로 확정되어 있는 범위에서는 고정성을 인정할 수 있다. 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 확정적이므로, 그 한도에서 고정성이 인정된다. 다른 한편, 근무일수를 기준으로 계산방법을 달리 정하지 않고, 단순히 근무일수에 따라 일할계산하여

지급하는 경우도 앞서 본 매 근무일마다 지급하는 경우와 실질적인 차이가 없어 고정성을 인정할 수 있다.

3) 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금

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

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

4) 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는 임금

특수한 기술의 보유나 특정한 경력의 구비 등이 임금 지급의 조건으로 부가되어 있는 경우, 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 특수한 기술의 보유나 특정한 경력의 구비 여부는 그 성취 여부가 불확실한 조건이 아니라 기왕에 확정된 사실이므로, 그와 같은 지급조건은 고정성 인정에 장애가 되지 않는다.

5) 근무실적에 연동하는 임금

지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다고 볼 수 있다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적 임금이라고 할 수 있다.

근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그러나 보통 전년도에 지급할 것을 그 지급 시기만 늦춘 것에 불과하다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 고정성을 인정할 수 없다. 다만 이러한 경우에도 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 그 한도 내에서 고정적인 임금으로 볼 수 있다.

라. 통상임금에 관한 노사합의의 효력

근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로(근로기준법 제3조), 그 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 되며, 이에 따라 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다(근로기준법 제15조). 통상임금은 위 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로, 사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니다.

따라서 앞에서 밝힌 기준에 따라 성질상 근로기준법 상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사간에 합의하였다 하더라도 그 합의는 효력이 없다. 연

장·야간·휴일 근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법의 규정은 각 해당 근로에 대한 임금산정의 최저기준을 정한 것이므로, 통상임금의 성질을 가지는 임금을 일부 제외한 채 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하도록 노사간에 합의한 경우 그 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 위 기준에 미달할 때에는 그 미달하는 범위 내에서 노사합의는 무효라 할 것이고(대법원 1993. 5. 11. 선고 93다4816 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다45101 판결 등 참조), 그 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 할 것이다.

마. 변경하여야 할 대법원판결

근속수당의 지급조건에 일정 근무일수를 기준으로 그 미만은 일할계산하여 지급하고 그 이상은 전액 지급하기로 정해진 경우 그 일할계산하여 지급되는 최소한도의 임금은 고정적인 임금이라고 보아야 하는데도, 이와 달리 이를 지급 여부 및 그 지급액이 실제 근무성적에 의하여 달라진다는 이유로 비고정적인 임금으로 통상임금에 해당하지 아니한다고 판단한 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56767 판결과 문제가 된 복리후생적 명목의 급여가 지급일 당시 재직 중일 것을 지급조건으로 하는지 여부에 관하여 심리하지 아니한 채 해당 급여가 단체협약 등에 의하여 일률적·정기적으로 지급되는 것으로 정해져 있다는 사정만으로 통상임금에 해당한다고 판단한 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다13070 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

2. 이 사건에 대한 판단

가. 이 사건 상여금이 통상임금에 속하는지에 관하여

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고(피고의 전신인 모딘

코리아 유한회사는 2004. 6. 7. 설립된 후 2009. 12. 23. 갑을오토텍 유한회사로 상호가 변경되었고, 이후 2010. 8. 20. 피고로 조직변경되었다. 이하에서는 이들 회사를 구분하지 않고 '피고'라고 한다)는 상여금지급규칙에 따라 이 사건 상여금을 근속기간이 2개월을 초과한 근로자에게는 전액을, 근속기간이 2개월을 초과하지 않는 신규입사자나 2개월 이상 장기 휴직 후 복직한 자, 휴직자에 대하여는 상여금 지급 대상기간 중 해당 구간에 따라 미리 정해 놓은 비율을 적용하여 산정한 금액을 각 지급하였으며, 상여금 지급 대상기간 중에 퇴직한 근로자에 대해서는 근무일수에 따라 일할계산하여 지급한 사실을 알 수 있다.

앞에서 본 법리를 위 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 상여금은 근속기간에 따라 지급액이 달라지기는 하나 일정 근속기간에 이른 근로자에 대해서는 일정액의 상여금이 확정적으로 지급되는 것이므로, 이 사건 상여금은 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 상여금이 통상임금에 해당한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 통상임금의 개념, 요건 및 범위에 관한 대법원판례 위반 등의 위법이 없다.

나. 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수당을 청구하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는지에 관하여

1) 신의성실의 원칙(이하 '신의칙'이라고 한다)은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위

배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다3802 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다18401 판결 등 참조).

단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다(대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다15422, 15439 판결 참조). 위에서 본 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춤은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

2) 건전한 재정은 기업에 있어 생명줄과도 같다. 재정의 악화는 경영난으로 이어지고 그것이 심화되면 기업의 존립이 위태로워진다. 특히 임금은 기업의 재정에 가장 큰 영향을 미치는 요소 중의 하나이다. 노사는 임금협상을 하면서 근로자에게 근로의 대가로 얼마만큼의 금품을 어느 시기에 어떠한 형태와 조건으로 지급할 것인지를 정하게 된다. 이러한 임금협상은 기업의 경영실적, 근로자의 노동생산성, 물가상승률, 동종 업계의 일반적인 임금인상률 등 여러 요소를 고려하여 이루어지지만, 기업의 지속적인

존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표이므로 기업 재정에 심각한 타격을 주어 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립기반에 영향을 주면서까지 임금을 인상할 수는 없는 것이다. 따라서 임금의 인상은 기업이 생산·판매 활동 등을 함으로써 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용 부담능력 안에서 이루어져야 한다는 내적 한계가 있고, 이는 노사 상호 간에 양해된 사항이라 할 수 있다.

그리하여 노사가 자율적으로 임금협상을 할 때에는 기업의 한정된 수익을 기초로 하여 상호 적정하다고 합의가 이루어진 범위 안에서 임금을 정하게 되는데, 우리나라의 실태는 임금협상 시 임금 총액을 기준으로 임금 인상 폭을 정하되, 그 임금 총액 속에 기본급은 물론, 일정한 대상기간에 제공되는 근로에 대응하여 1개월을 초과하는 일정 기간마다 지급되는 상여금(이하 '정기상여금'이라고 한다), 각종 수당, 그리고 통상임금을 기초로 산정되는 연장·야간·휴일 근로 수당 등의 법정수당까지도 그 규모를 예측하여 포함시키는 것이 일반적이다. 이러한 방식의 임금협상에 따르면, 기본급, 정기상여금, 각종 수당 등과 통상임금에 기초하여 산정되는 각종 법정수당은 임금 총액과 무관하게 별개 독립적으로 결정되는 것이 아니라 노사 간에 합의된 임금 총액의 범위 안에서 그 취지에 맞도록 각 임금 항목에 금액이 할당되고, 각각의 지급형태 및 지급시기 등이 결정된다는 의미에서 상호 견련관계가 있는 것이다.

그런데 우리나라 대부분의 기업에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래에서, 임금협상 시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다. 이러한 관행이 정착하게 된 데에는, 상여금의 연원이 은혜적·포상적인 이윤배분이나 성과급에서 비롯된 점, 국내 경제가 성장기로 접어든 이후

상여금이 근로의 대가로서 정기적·일률적으로 지급되는 경우가 많다고는 하지만 여전히 성과급, 공로보상 또는 계속근로 장려 차원에서 지급되는 경우도 있고 그 지급형태나 지급조건 등이 다양하여 그 성질이 명확하지 아니한 경우도 있는 점, 근로현장에서 노사 양측에 지대한 영향력을 발휘하여 온 고용노동부의 '통상임금 산정지침'이 1988. 1. 14. 제정된 이래 일관되게 정기상여금을 통상임금에서 제외하여 온 점, 대법원 판례상으로도 2012. 3. 29. 이른바 '금아리무진 판결'이라고 불리는 대법원 2010다91046 판결이 선고되기 전에는 상여금의 통상임금 해당성을 부정한 대법원판결(대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카2292 판결, 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 등)만 있었고 정기상여금이 통상임금에 해당할 수 있음을 명시적으로 인정한 대법원판결은 없었던 점 등이 그 주요 원인이 되어 노사 양측 모두 정기상여금은 통상임금에서 제외되는 것이라고 의심 없이 받아들여 왔기 때문인 것으로 보인다.

위와 같은 임금협상의 구조와 한계, 근로현장에서의 임금협상 방법과 과정, 각 임금 항목의 결정 방법 및 그 내용, 관행 등을 고려하지 아니한 채, 종래 정기상여금을 통상임금에서 제외한 노사합의가 근로기준법의 강행규정에 위배되어 무효라는 이유로 새로이 정기상여금이 포함된 통상임금을 기초로 한 법정수당을 추가로 지급하게 되면, 근로자가 받을 임금 총액이 당초 노사 간에 합의한 임금 총액의 범위를 훨씬 초과하게 되어, 임금협상 당시 노사 양측이 의도한 것과 사뭇 다른 결과가 발생할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 임금에 관한 노사합의는 기업의 한정된 수익에 기초하여 합의한 임금 총액의 범위 안에서 각 임금 항목에 액수를 할당하고 그 개별적인 지급시기, 지급형태 및 조건 등을 정하는 실질을 갖고 있다. 따라서 기업의 수익 기초가 동일한 이상 노사 양측이 임금협상 당시 정기상여금이 통상임금에 해당할 수 있다는 점을 인식

하였다면, 해당 정기상여금이 통상임금에 산입됨을 전제로 기본급과 수당 등의 인상률을 조정하고 지급형태나 조건 등을 변경하는 등의 조치를 취함으로써 결과적으로 통상임금을 기초로 산정되는 각종 법정수당을 포함하여 근로자에게 지급되는 임금 총액은 정기상여금이 통상임금에 산입되는 경우와 그렇지 않은 경우 사이에 실질적인 차이가 없도록 하는 등 기업의 부담능력 범위 내에서 다른 대안을 마련하여 노사합의를 이루었을 것으로 봄이 타당하다.

그런데도 이러한 사정들은 전혀 고려하지 아니한 채 노사 양측이 합의 당시 상호 공통적으로 이해하고 있었던 것과는 전혀 다른 법리적 사유를 들어 사용자에게 정기상여금이 포함된 통상임금을 토대로 한 추가적인 법정수당 지급의무를 부과한다면, 근로자 측은 한편으로는 임금협상 당시 노사가 서로 양해한 전제나 기초 아래 기업의 한정된 수익을 감안하여 결정된 임금을 모두 지급받으면서, 다른 한편으로는 그 전제나 기초가 무효임을 주장하며 기업의 한정된 수익을 넘는 추가적인 법정수당을 지급받게 되고, 반면에 사용자 측은 노사합의를 신뢰하여 이를 기초로 수지 균형을 맞추며 기업을 경영하여 오다가 예측하지 못하였던 재정적 부담을 지게 되고, 그로 인하여 중대한 경영상의 어려움을 겪거나 기업의 존립 자체가 흔들리는 상황에 놓이게 될 수 있다. 이는 상호 신뢰를 기초로 하여 노사합의를 이루어 자율적이고 조화로운 관계를 유지하며 공동의 이익을 추구해 온 노사관계에 있어 예기치 않은 사유로 서로 간의 신뢰기반을 깨뜨리고 노사가 지향해 온 상생관계를 해치는 행위로서 궁극적으로는 근로자의 근로환경이나 근로조건에도 부정적인 영향을 미치고, 기업의 재정적 파탄으로 이어져 일자리의 터전을 상실할 위험도 초래하는 등 노사 양쪽 모두에게 피해가 갈 수 있다.

따라서 앞서 본 바와 같은 방식의 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정

기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 앞서 본 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상 외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다. 그러므로 이와 같은 경우 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.

3) 원심이 채택한 증거들과 기록을 종합하여 보면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가) 피고는 2009. 1.부터 2010. 2.까지 한시적으로 관리직 직원에 대하여 이 사건 상여금을 매월 지급하였던 것을 제외하고는 상여금지급규칙에 따라 관리직 직원과 생산직 직원 모두에 대하여 동일한 지급률과 지급기준을 적용하여 이 사건 상여금을 지급하였다.

나) 피고와 전국민주노동조합총연맹 전국금속노동조합(이하 '노동조합'이라고 한다)은 2008. 10. 8. 체결한 단체협약에서 통상임금에 산입될 임금의 범위를 정하면서, 이 사건 상여금이 근로기준법 소정의 통상임금에 해당하지 않는다는 전제하에 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외하였는데, 피고와 노동조합은 이전에도 이와 같이 단체협약으로 통상임금의 산입 범위를 정하였던 것으로 보인다. 그리고 피고와 노동조합

은 임금협상을 하면서 임금 총액을 기준으로 기본급 등의 인상률과 각종 수당의 증액, 단체협약 상의 통상임금을 전제로 한 법정수당의 규모 등을 정하였던 것으로 보인다.

다) 피고는 노동조합의 조합원이 아닌 관리직 직원들에 대해서도 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외한 단체협약을 적용하여 이 사건 상여금이 제외된 통상임금을 기초로 법정수당을 산정·지급하여 왔고, 이에 대하여 이 사건 소송 제기 전까지는 원고를 비롯한 관리직 직원들이 별다른 이의를 제기하지 않았던 것으로 보인다.

라) 한편 위 단체협약에 따르면 생산직 직원의 경우 통상임금은 기본급에 직책수당, 생산수당, 위해수당 등 제 수당을 합산한 금액으로 산정되고, 짝수달에 지급되는 상여금은 위와 같은 통상임금의 산정 기초 임금에 20,000원과 연장근로 35시간분을 합산한 금액의 연 600%로 산정된다. 이러한 통상임금 및 상여금의 산정방식과 그 규모 등에 비추어 보면, 단체협약에서 당초 통상임금 산정시 기초로 삼은 임금에 더하여 이 사건 상여금을 산입할 경우 통상임금의 액수는 단체협약에서 예정한 통상임금의 액수를 훨씬 초과할 것으로 보인다.

특히 피고의 직원 수는 관리직을 제외한 생산직 직원만 400여 명에 달하는데, 생산직 직원의 경우 연장·야간·휴일 근로 등 초과근로가 상시적으로 이루어지고, 짝수달에 지급되는 이 사건 상여금이 단체협약에서 정한 통상임금 산정 기초 임금의 연 600%를 넘는 규모인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 상여금을 통상임금에 산입할 경우 피고가 추가로 부담하게 될 초과근로에 대한 가산임금은 임금협상 당시 노사가 협상의 자료로 삼은 가산임금의 범위를 현저히 초과하고, 근로자들이 추가 법정수당을 지급받게 될 경우 그들의 실질임금 인상률은 임금협상 당시 노사가 상호 양해한 임금 인상률을 훨씬 초과하게 될 것으로 보인다. 한편 관리직 직원의 경우 생산직 직원처럼

상시적으로 초과근로를 하지는 않지만, 이 사건 상여금을 통상임금에 산입할 경우에는 간헐적인 초과근로에 대한 가산임금, 미사용 연차휴가수당 등의 증가를 가져오므로, 이 역시 전체적으로 피고에게 새로운 재정적 부담으로 작용할 것으로 보인다.

4) 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고는 이 사건 상여금이 통상임금에 해당한다는 점을 인식하지 못한 채 노동조합과 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하는 내용의 단체협약을 체결하였고, 이러한 단체협약에 따른 통상임금 기준을 조합원이 아닌 관리직 직원들에게도 적용하는 것에 대하여 피고와 관리직 직원들 사이에 명시적 또는 묵시적인 노사합의 내지 관행이 있었으며, 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 근로자들은 당초 노사간 임금협상 등을 통하여 받은 이익을 초과하는 예상 밖의 이익을 기대할 수 있게 되는 한편, 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 수 있는 사정이 상당히 드러나 있다.

다만 앞서 본 바와 같이 피고는 짝수달에 1회씩 상여금을 지급하기로 하는 상여금지급규칙이 존재하는 상태에서 2009. 1.부터 2010. 2.까지 한시적으로 관리직 직원에 한하여 이 사건 상여금을 매월 지급하였는데, 이것이 위 기간에 한하여 아무런 조건 없이 관리직 직원 전체에 대하여 생산직 직원과 달리 이 사건 상여금을 통상임금에 포함하여 실질임금을 보장해 주려는 의도로 이루어진 것이라면, 이 부분에 관하여는 이 사건 상여금을 통상임금에 포함하여 이를 기초로 법정수당을 산정한다고 하여 피고가 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되는 것은 아니라고 볼 여지가 있다.

그렇다면 원심으로서는 앞서 본 법리에 기초하여 피고와 노동조합의 임금협상 실태와 피고와 관리직 직원들 사이에 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 명

시적 또는 묵시적 노사합의 내지 관행이 이루어졌는지 여부, 그리고 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 피고가 부담하게 될 추가 법정수당액과 전년도 대비 실질임금 인상률 및 그에 관한 과거 수년간의 평균치, 피고의 재정 및 경영상태, 피고의 관리직 직원들에 대한 이 사건 상여금의 구체적인 지급방식 및 그 변경 내용, 동기 및 경위, 그 변경된 지급방식의 원고에 대한 적용 여부 등을 심리하여 2007년부터 2010년까지의 미사용 연차휴가수당 등의 지급을 구하는 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배되는지를 살펴보았어야 할 것이다.

그런데도 이와 달리 원심은 위와 같은 사정들에 대하여 제대로 심리하지 아니한 채 그 판시와 같은 사정만으로 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배되지 않는다고 단정하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 신의칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 신의칙의 적용에 관하여 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견과 통상임금 판단 기준에 관하여 대법관 김창석의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관들의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김소영의 보충의견이 있다.

4. 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견

가. 이 사건은 근로자가 자신이 제공한 근로에 대한 정당한 임금을 받지 못하였음을 이유로 사용자에게 근로기준법이 정한 바에 따른 임금의 지급을 구하는 사건이다. 이에 대한 다수의견의 요지는 다음과 같다. 즉 정기상여금은 통상임금에 해당하고, 이것

을 통상임금에서 제외하기로 근로자와 사용자가 합의하였더라도 그러한 합의는 근로기준법에 위배되어 무효인 것은 맞으나, 근로자가 그 합의의 무효를 주장하면서 정기상여금을 통상임금에 포함하여 산정한 수당과 퇴직금을 추가로 청구하는 것은 신의칙에 위배된다는 것이다.

그러나 근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낯선 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴보아도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.

나. 다수의견의 논리 전개와 결론이 부당하다고 보는 이유는 다음과 같다.

1) 근로기준법상 강행규정에 위반된 노사합의를 무효라고 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용되지 않는다는 점에 대하여

가) 다수의견이 설시하는 것처럼, 신의칙이란, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적인 규범이다. 그런데 이러한 추상적인 신의칙에 의하여 구체적인 문제를 해결하려고 하면 법률에 의한 재판의 원칙을 침해할 수 있고 법률관계가 불안해질 수 있으므로, 대법원은 신의칙은 엄격하게 해석·적용하지 않으면 안 된다고 선언해 왔다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결 등 참조).

특히 실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부

당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.

나) 공익을 추구하는 강행규정은 그 입법목적을 달성하기 위하여 그에 위배된 행위의 효력을 부정함으로써 계약자유의 원칙을 제한한다. 그리고 강행규정은 해당 규정에 대한 행위자의 인식 여부를 불문하고 적용된다.

신의칙을 이용하여 강행규정을 위반한 법률행위의 효력을 유지하는 것은 전체 법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행하는 결과를 초래한다. 강행규정에 위배되는 약정의 당사자가 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 강행규정에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법취지를 완전히 몰각하게 되므로 그러한 주장은 신의칙에 반하는 것이 아니라는 것이 판례의 확립된 견해이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등 참조). 이처럼 신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다.

다) 대부분의 근로조건, 그 중에서도 특히 임금은 근로자에게는 생존에 관한 문제이다. 그렇기 때문에 헌법은 국가에게 근로자의 적정임금 보장에 노력할 의무를 지우고(헌법 제32조 제1항), 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하게 하고 있으며(헌법 제32조 제3항), 근로기준법은 이를 이어받아 근로조건에 관한 각종 강행규정을 두고 있는 것이다. 근로기준법 제15조는 그 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효임을 선언하여 그 강행규정성을 분명히 하고 있다. 그럼에도 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 이와 같은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다.

근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 근로자나 사용자가 그 강행규정에 저촉되는 내용의 노사합의를 한 경우에, 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다.

사용자의 경제적 어려움도 근로자의 권리를 희생시킬 수 있는 근거가 될 수 없다. 사용자의 경제적 어려움은 근로조건의 설정과정에서 근로자의 이해와 양보를 구할 수 있는 근거가 될 수 있을지언정 이미 정해진 근로조건에 따라 사용자가 이행하여야 할 법적 의무를 면하는 이유가 될 수는 없다. 사용자는 자신이 제공받는 근로에 합당한 대가를 지급하는 것이지 무슨 '손해'를 입는 것이 아니다.

이처럼 어느 모로 보나 근로기준법상 강행규정을 위반한 노사합의가 무효라고 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다는 다수의견은 부당하다. 헌법에 기초하여 국민의 대표자가 법률을 통하여 강행법규로써 보장한 권리를 근로자가 제대로 알지 못하다가 법에 따라 되찾겠다고 주장하는 것이, 어떻게 '정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하는 것'이 될 수 있고, 또 그것이 왜 '도저히 용인될 수 없음이 분명한 것'인지 이해할 수 없다.

2) 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 무효라는 주장이 신의칙 위반에 해당하는 경우라고 하면서 다수의견이 드는 요건에 대하여

가) 다수의견은, 근로자가 강행법규인 근로기준법에 위반된 노사합의의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용되지 아니한다고 보기 위해서는 '신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건'을 갖추어야 함은 물론이고, 더 나아가 '근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정'이 있어야 한다고 전제한 다음, 근로자가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의를

무효라고 주장하는 것이 이러한 요건을 모두 갖추어서 신의칙에 위배된다고 한다.

나) 우선 근로자가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의를 무효라고 주장하는 것에 대하여 '신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건'이 갖추어졌다고 볼 수 없다.

신의칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당하여야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 도저히 참을 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 여기서 신의칙의 적용을 통하여 보호되어야 할 상대방의 신뢰는 정당한 신뢰이어야 하므로, 신뢰할 만하지 아니한 것을 과실로 신뢰한 경우나 신뢰할 만하지 아니하다는 것을 알고 있었던 경우에는 그 신뢰의 보호를 주장할 수 없다. 또한 신뢰보호는 상대방이 어떠한 사태를 신뢰하고 있고 또 그러한 신뢰를 가질 만하다고 하여서 곧바로 인정되는 것이 아니고, 그 신뢰의 보호로 말미암아 불이익을 입는 자에게 그 불이익을 받을 만한 귀책근거가 있어야 한다.

이와 관련하여 다수의견은 상여금의 연원, 그 성질의 불명확성, 고용노동부의 지침 등으로 인하여 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 관행으로 정착되어 왔다는 사정을 근거로 들고 있다.

그러나 이 사건에서 이러한 노사합의가 관행으로 정착되어 왔다는 사정을 인정할 근거자료를 찾아볼 수 없다. 단지 그러한 관행이 있는 것으로 보인다고 다수의견이 사용자의 관점에서 일방적으로 추정하고 있을 뿐이다.

나아가 이러한 노사합의의 관행이 있다고 하더라도 이를 근로자의 신뢰 공여로 평가할 수 없다. 근로기준법의 강행규정은 그 규정의 존재를 알지 못하거나 이를 제대로

이해하지 못한 자에게도 일률적으로 적용되고, 법률의 부지(不知)나 법적 평가에 관한 착오가 있다고 하여 그 적용을 피할 수 없다. 강행규정에 위반되어 무효인 노사합의의 관행이 있더라도 그러한 관행이 근로자에 의하여 유발되거나 그 주된 원인이 근로자에게 있지 아니한 이상, 그와 같은 무효인 노사합의의 관행이 강행규정에 반하여 무효라고 주장하지 않으리라고 사용자가 신뢰하는 것이 정당화될 수 없다. 그와 같은 사용자의 신뢰는 보호할 만한 가치가 있는 것이 아닐 뿐만 아니라, 이를 먼저 보호하게 되면 법에 위반된 관행을 강행규정에 우선시키는 결과를 초래하기 때문이다.

정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의의 관행이 있다고 볼 근거가 없음은 물론이고, 만에 하나 그런 관행이 있다고 한들 그것이 근로자에 의하여 유발되었거나 그 주된 원인이 근로자에게 있다고 볼 근거는 어디에도 없다. 다수의견은 이런 점에 관하여 아무런 설명 없이 그저 그런 관행이 있다고만 하고 있다. 근로자가 이를 무효라고 주장하지 않을 것이라고 사용자가 신뢰하였다는 전제 자체가 증명된 바 없지만, 그 '신뢰'가 존재한다고 하더라도 이를 정당한 것이라고 말할 수 없다.

결국 신의칙의 일반적 요건이 갖추어졌음을 전제로 근로기준법의 강행규정에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 수 있는 특별한 사정까지 갖추어졌다는 취지의 다수의견은 그 전제부터 타당하지 않다.

다) 다수의견이 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의에 대한 근로자의 무효 주장이 신의칙에 위반된다고 하면서 내세우는 근거나 기준도 합리성이 없다.

⑴ 다수의견은, 노사가 임금협상 당시 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의가 근로기준법의 강행규정에 위배되어 무효라는 점을 알았더라면 기본급의 인상률을 낮추거나 상여금·수당의 지급형태나 조건을 변경하는 조치를 취함으로써 통상임

금을 기초로 산정되는 각종 법정수당을 포함하여 근로자에게 지급되는 임금 총액이 당초 노사합의에서 정한 통상임금을 기초로 산정되는 각종 법정수당을 포함한 임금 총액과 실질적인 차이가 없도록 하였을 것이라고 한다.

그러나 그러한 노사협의가 이루어졌을 것이라는 전제는 오로지 사용자의 관점에서만 바라본 주관적·가정적(假定的) 의사를 밝힌 것에 불과하다. 근로자의 관점에서 보면 임금 수준은 유지하면서 연장·야간·휴일근로 등 초과근로를 축소하는 방향으로 노사협의를 진행하였을 가능성도 충분하다. 이러한 근로자의 관점이 오히려 초과근로를 되도록 제한함으로써 근로자의 인간다운 생활을 보장하려는 근로기준법의 기본정신에 더 부합한다. 다수의견과 같은 가정적 의사를 당연한 전제로 받아들여 이를 신의칙 적용의 출발점으로 삼는 것은 논리의 비약이다.

⑵ 다수의견은, 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 한 노사합의의 무효를 주장함으로써 근로자가 얻는 것이 '예상 외의 이익'이라고 하면서 이를 신의칙 위반의 중요한 근거로 들고 있다.

그러나 근로자가 초과근로를 함으로써 얻는 초과근로수당청구권은 근로기준법이 명시적으로 인정하는 근로자의 권리이다. 예상 외의 이익, 즉 뜻밖의 횡재가 아니다. 근로자가 과거에 마땅히 받았어야 할 것을 이제 와서 받으려는 것일 뿐이다. 이것은 근로기준법이 당사자의 합의에 의하여서도 박탈하지 못하도록 굳이 강행규정을 두어 보장한 근로자의 정당한 권리이다.

노사합의 당시 정기상여금이 통상임금에 포함된다는 사정을 알았더라면 사용자로서는 초과근로시간을 줄이고 근로자로서도 초과근로를 적게 하였을 것이므로, 사용자가 정당한 대가를 치르지 않고 근로자의 초과근로를 제공받은 것이 오히려 다수의견의 표

현마따나 '예상 외의 이익'인 셈이다.

근로자가 받았어야 할 임금을 예상 외의 이익으로 취급하여 이를 되찾는 것을 정의와 형평관념에 반한다고 하는 것 자체가 정의관념에 반한다.

⑶ 다수의견은 '법정수당의 추가 지급으로 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 함으로써 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다'는 것을 신의칙 위반의 또 다른 요건으로 들고 있다.

그러나 이러한 '중대한 경영상의 어려움'이나 '기업 존립의 위태'는 모두 모호하고 불확정적인 내용으로서, 도대체 추가 부담액이 어느 정도가 되어야 그러한 요건을 충족한다는 것인지 알 수 없다.

이처럼 모호하고 불명확한 기준을 신의칙의 적용 요건으로 보게 되면 근로기준법상 보장되는 권리가 사업장이나 개개 소송마다 달라질 가능성이 커지게 되고, 이는 곧 근로기준법상 근로자들에게 고루 보장되어야 하는 권리가 형평에 맞지 않게 인정되거나 부정되는 결과를 초래할 수 있다.

어느 범위의 근로자에게 법정수당을 추가 지급하는 경우를 기준으로 이러한 요건의 충족 여부를 가릴 수 있는지도 문제이다. 다수의견은 실제로 추가 지급을 청구하는 근로자 외에 단체협약의 적용을 받는 조합원 전체, 나아가 단체협약의 직접 적용 대상이 아닌 비조합원도 '묵시적 합의'를 매개로 그 기준에 포함시키고 있는 것으로 보이지만, 이러한 태도는 결국 '중대한 경영상의 어려움' 내지 '기업 존립의 위태'가 초래되는 결론을 도출해내기 위하여 편법을 동원한 것에 불과하다.

⑷ 사용자가 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 것이 근로기준법에 위배된다는 것을 알지 못한 채 단체협약을 체결한 것이라는 취지의 다수의견의 판단 역시 그대

로 받아들일 수 없다. 사용자가 이를 몰랐다면 적어도 그 모른 것에 과실은 있다.

대법원은 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결로 임금2분설을 폐기한 이래 임금의 명목이나 지급주기를 불문하고 객관적 성격에 따라 통상임금성 여부를 가려야 한다고 일관되게 판단하여 왔다. 반면 고용노동부는 이러한 판례를 무시하고 1개월 초과 임금, 상여금을 통상임금에서 제외하는 행정해석을 고수하였다. 이처럼 판례와 행정해석의 불일치로 생기는 산업현장의 혼란에 대하여는 그동안 꾸준히 문제 제기가 있어 왔고, 기업을 운영하는 사용자라면 이러한 사정을 당연히 알았거나 알았어야 할 상황이었다.

상여금의 통상임금성이 문제된 사안에서 대법원이 통상임금이 아니라고 한 과거의 사례들은, 그 임금이 '상여금'이기 때문이 아니라 '고정성을 결여'하였기 때문에 통상임금성을 부정하였던 것이고(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결, 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다81974 판결 등 참조), 이는 상여금도 정기성・일률성・고정성을 갖추면 통상임금에 해당할 수 있음을 전제로 한 것이다. 이 사건 변론과정에서 드러난 바에 따르면 산업현장에서도 상여금 중 고정적 정기상여금은 통상임금에 해당한다는 점을 어느 정도 인식하고 있었다고 보인다. 거듭되는 판례에도 불구하고 일부 기업은 여전히 근속수당처럼 통상임금의 성격이 명백한 임금조차 통상임금에서 제외하는 처사를 계속하고 있고, 이 사건에서 문제되는 정기상여금에 관하여도 이러한 법 무시 내지 경시 태도를 보이고 있는 기업이 드물지 않다.

사용자는 상여금도 그 성격에 따라 통상임금에 해당할 수 있음을 알았다고 보이고, 사용자가 상여금의 통상임금 해당 가능성을 알지 못하였더라도 이를 법적으로 보호할 가치가 있는 선의(善意)라고 볼 수는 없다.

3) 다수의견이 이 사건에 신의칙을 적용한 구체적인 논리나 판단에 대하여

가) 다수의견은, 이 사건에서 사용자인 피고가 단체협약에서 정한 통상임금 기준을 조합원이 아닌 관리직 직원들에게 적용하여 이 사건 정기상여금이 제외된 통상임금을 기초로 법정수당을 산정·지급해 왔고 이에 대하여 원고를 비롯한 관리직 직원들이 별다른 이의를 제기하지 않았던 것으로 보인다는 이유로, 단체협약상의 통상임금 기준을 조합원이 아닌 관리직 직원들에게도 적용하는 것에 대하여 피고와 관리직 직원들 사이에 명시적이거나 묵시적인 노사합의 또는 관행이 있었다고 하면서, 원고가 이 사건 정기상여금을 통상임금에 포함하여 이를 기초로 미사용 연·월차수당과 퇴직금의 지급을 구하는 것이 신의칙에 위배될 수 있다고 한다.

나) 그러나 이 사건 소송은 개별 근로자의 임금청구 소송이다. 단체교섭이나 단체협상의 주체인 노동조합이 금전지급청구를 하는 것이 아니다.

노동법의 기본원리 중 하나는 '협상은 집단적으로 하되, 권리행사는 개별적으로 한다'는 것이다. 이 때문에 장래에 적용될 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치가 아니라, 이미 정해진 근로조건에 따른 권리행사는 노동쟁의의 범위에서 벗어나게 된다. 노사간 이익 조정을 위한 집단적 교섭과 그 교섭의 결과물인 근로조건에 기초한 개별 근로자의 권리행사는 뚜렷이 구별되고, 따라서 단체협약 체결 과정에서 사용자에게 어떤 신뢰를 준 행위가 있었더라도 그 주체는 노동조합이지 개별 근로자가 아니다. 다시 말하면 노동조합이 사용자와 합의하여 단체협약을 체결하였다는 사실에는 개별 근로자가 무효인 단체협약 대신 근로기준법에 따른 임금을 지급해 달라고 요구하는 데 방해가 되는 '신뢰의 제공'은 존재하지 않는 것이다. 더구나 원고는 노동조합의 조합원도 아니고 단체협약의 체결과정에 참여한 바도 없다.

다) 다수의견처럼 사용자가 단체협약상의 근로조건을 비조합원인 관리직 직원들에게 적용하고 이에 대하여 비조합원들이 이의를 하지 아니하였다는 이유만으로 그에 관한 노사합의의 존재를 인정하면서, 더 나아가 이를 신의칙 위반의 근거로 삼는 것은 일반 민사법 영역에서도 유례를 찾아볼 수 없을 정도로 부당하게 신의칙의 적용범위를 확장하는 것이다.

우선 위와 같이 비조합원인 근로자들이 별다른 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로 명시적 노사합의의 존재를 인정할 수는 없다. 그리고 비조합원인 근로자가 이의를 제기하지 않은 데서 묵시적인 합의의 존재를 추인할 수 있다고 보더라도, 이를 근거로 신의칙을 적용하는 것은 부당하다. 사용자가 근로기준법에 위배되는 단체협약상 근로조건을 일방적으로 적용하더라도 비조합원들이 단지 이의를 하지 않았다는 이유만으로, 그 단체협약상 근로조건의 유효성에 관하여 사용자가 가지는 신뢰는 정당한 신뢰가 되고, 비조합원들은 근로기준법상 강행규정으로 보장되는 권리를 부정당하는 결과가 되기 때문이다.

사용자의 근로기준법 위반행위에 대하여 적극적으로 저항하거나 이의를 제기하지 않는 근로자는 사용자에게 정당한 신뢰를 준 것이어서 그 위법행위의 무효를 주장하는 것이 정의에 반한다는 논리는 근로기준법의 규범력을 무시하는 발상이다.

라) 더욱이 이 사건에서 원심이 확정한 사실관계에 의하면 사용자인 피고측은 2009. 1.부터 2010. 2.까지 정기상여금을 매월 기본급에 통합하여 지급하는 것으로 정기상여금 지급방식을 변경하였을 뿐만 아니라, 이 기간 동안 퇴직한 근로자들에게 정기상여금을 통상임금에 포함하여 계산한 연·월차수당과 퇴직금을 지급하였고, 나아가 정기상여금을 통상임금에 포함하여 계산한 고용유지지원금을 관계기관에 신청하기도

하였다.

사용자인 피고는 정기상여금을 통상임금에 포함하여 고용유지지원금을 신청하여도 무방하고, 똑같은 상황에서 근로자인 원고가 그 정기상여금을 통상임금에 포함하여 산정한 초과수당을 청구하면 신의칙 위반이 될 수 있다는, 이 모순된 이중 잣대를 도무지 이해할 수 없다. 다수의견은, 적어도 이 사건에서는 정기상여금이 통상임금에 포함되어야 한다는 원고의 주장은 신의칙에 반한다고 볼 수 없고, 오히려 피고가 원고의 주장이 신의칙에 반한다고 항변하는 것이야말로 신의칙에 반한다고 말해야 옳다.

다. 다수의견처럼 노사가 임금협상시 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고 이러한 노사합의가 일반화되어 관행으로 정착되었다고 한다면, 대법원은 이를 이유로 근로자들의 정당한 권리 행사를 배척할 것이 아니라 이러한 관행은 근로기준법의 강행규정에 위반되므로 고쳐야 한다고 선언하는 것이 옳다. 그렇지 않으면 대법원이 위법한 관행을 승인하여 주는 것이고, 본연의 역할인 법의 올바른 해석·적용이 아니라 거꾸로 위법한 해석·적용을 하는 결과가 된다.

다수의견이 '강행법규보다 신의칙을 앞세울 만한 특별한 사정을 인정하는 기준'으로 내세운 것들은 단체협약의 체결을 위한 노사협의의 장(場)에서나 논의될 만한 사정에 불과함에도, 다수의견은 이를 '정의와 형평의 관념'으로 포장하여 권리실현의 장이 되어야 할 법정에 무리하게 끌어들여 권리 배제의 사유로 삼고 있다. 이러한 다수의견의 태도는 강행규정에 반하여 무효인 법률행위를 무효라고 주장할 수 있는 당연한 권리를 법관이 신의칙을 동원하여 마음대로 박탈할 수 있다는 것과 다를 바 없다. 결국 다수의견은 타당성 있는 논리적 뒷받침 없이 단순히 '원고가 피고로부터 연·월차수당과 퇴직금을 더 받아가는 것을 용인할 수 없다'고 선언하는 것에 지나지 아니한다.

대법원은 최고의 법해석 기관으로서 통상임금에 관한 법리를 법에 따라 선언해야 한다. 그에 따른 경제적 우려를 최소화하는 것은 정부와 기업의 역할이다. 대법원은 통상임금의 법원칙을 바로 세우고, 정부는 대법원판결의 결론이 연착륙할 수 있도록 다양한 노동정책을 펼치면 되는 것이다. 그렇지 않고 대법원이 앞으로 시행될 노동정책까지 고려하여 현행 법률의 해석을 거기에 맞추려 한다면, 이는 법해석의 왜곡이다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

5. 대법관 김창석의 별개의견

원심판결이 파기되어야 한다는 점에서는 다수의견과 결론을 같이 한다.

그러나 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금이라면 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당도 통상임금에 포함된다는 다수의견 및 반대의견은 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다.

가. 헌법 제32조는 제1항에서 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다."고 규정하고 있고, 제2항에서 "국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다."고 규정하고 있으며, 제3항에서 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."고 규정하고 있다. 이러한 헌법 제32조의 규정에 따라 "근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로"(근로기준법 제1조) 근로기준법이 제정되었고, 근로조건의 기준을 정하는 구체적 내용으로 근로기준법 제56조에서 "사용자는 연장근로와 야간근로 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다."고 규정하는 한편, 그 실효성을 담보하기 위하여 근로기준법

제15조에서 "① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다. ② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다."고 규정하고 있다. 이에 따라 사용자는 연장근로, 야간근로 또는 휴일근로(이하 "연장근로 등"이라고 한다)에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 하는 법적 의무를 부담하며, 만약 연장근로 등에 대하여 통상임금의 100분의 50 미만을 가산하여 지급하기로 하였다면 이러한 내용은 무효가 되고, 연장근로 등에 대하여 통상임금의 100분의 50을 가산하여 지급할 법적 의무를 부담한다.

이와 같이 헌법과 근로기준법이 정한 기준에 의하여 사용자에 대하여 부과된 법적 의무는 연장근로 등에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 하는 것인데, 가산의 기준이 되는 통상임금이 무엇인가 하는 점에 관하여는 근로기준법이나 다른 법률이 명시적인 규정을 두지 않고 있을 뿐만 아니라 그 기준을 구체적으로 정할 수 있도록 하는 위임규정 또한 두지 않고 있다. 이러한 상황은 법의 흠결에 해당하고 따라서 법원의 해석에 의한 법의 형성이 필요한지에 관한 의문을 낳는다.

그런데 헌법 제119조 제1항은 "대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다."고 규정하여 사적자치를 기반으로 하는 시장경제의 원리를 선언함으로써 근로조건을 정하는 노사 간의 근로계약도 근본적으로 사적자치 원칙의 지배 아래에 있다고 할 것이다. 나아가 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."고 규정하여 임금을 비롯한 근로조건과 관련된 문제에 관하여 단체교섭에 의하여 정할 수 있도록 함으로써 단체교섭에 의하여 근로조건을 정할 권리를 헌법적 권리로서, 즉 기본권으로서 규정하고 있다. 이러한 헌법 규정에 근거하여 근로기준법 제4조는 "근로조

건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다."고 규정하고 노동조합 및 노동관계조정법은 단체교섭 및 단체협약에 관한 상세한 규정을 두는 한편 그 제33조에서 "① 단체협약에서 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다. ② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다."고 규정함으로써 근로조건에 관한 노사합의의 법적 효력에 관하여 구체화하고 있다. 그렇다면 통상임금에 어떤 것을 포함시키고 어떤 것을 제외한다는 명시적인 노사합의가 존재한다면, 법률에 통상임금에 관한 내용을 정하는 명시적인 규정이나 위임규정이 없는 사정 아래에서는, 이와 같은 노사합의는 헌법과 그 위임에 의하여 제정된 "근로기준법", "노동조합 및 노동관계조정법"의 위와 같은 규정에 의하여 그 법적 효력이 강고하게 인정된다. 설사 위와 같은 규정이 없다 하더라도 통상임금에 관한 노사합의는 근로조건에 관한 사적자치가 인정되는 이상 그 합의의 효력을 부정할 적법한 근거가 없는 한 그 법적 효력이 인정되어야 한다. 또한 통상임금에 관한 명시적인 노사합의가 없는 경우라 하더라도 그동안 연장근로 등에 대한 수당을 지급하기 위하여 통상임금을 산정하여 온 노사관행이나 묵시적인 노사합의가 존재하는 것으로 볼 수 있고, 그러한 노사관행이나 묵시적인 노사합의에 대하여도 마찬가지로 그 법적 효력이 인정된다. 따라서 통상임금에 관한 노사합의나 노사관행은 어떤 임금이 통상임금에 포함되느냐의 여부를 판단하는 기준이 된다. 이는 다음에서 보는 바와 같이 통상임금의 본질과도 정합성을 갖는다.

연장근로 등에 대하여 지급되는 임금을 제외한 나머지 임금은 그 실질에 따라 통상근로(소정근로)에 대한 임금과 총 근로(통상근로와 연장근로 등을 포함하는 전체 근로

를 의미한다)에 대한 임금의 두 종류로 구분된다. 근로자가 지급받는 임금이 통상근로만 하는 경우를 예정하여 정한 것이고 연장근로 등을 하는 경우에는 그 추가적인 근로시간에 상응하여 추가적인 임금을 지급받기로 한 것으로 인정되는 경우 그 임금은 오직 통상근로에 대한 대가로 지급되는 것이므로 당연히 통상임금에 포함된다. 반면에 근로자가 통상근로 이외에 연장근로 등을 전혀 하지 않거나 연장근로 등을 하더라도 그 시간이 얼마나 되느냐에 관계없이 똑같은 임금을 지급받기로 한 것으로 인정되는 경우 그 임금은 통상근로뿐만 아니라 연장근로 등을 포함하는 총 근로에 대한 대가로 지급되는 것이어서 연장근로 등을 하더라도 그 추가적인 근로시간에 상응하여 추가적인 임금을 지급할 필요가 없으므로 당연히 통상임금에 포함되지 아니한다. 그런데 이러한 구분에 따라 어떤 임금이 통상근로(소정근로)에 대한 대가이냐 총 근로에 대한 대가이냐 하는 임금의 실질을 판단하는 근거는 객관적으로 확인되는 노사의 의사 이외에 다른 것이 생각되어질 수 없다. 요약하면 통상임금에 포함될 수 있는 임금은 총 근로가 아닌 통상근로에 대한 대가인 임금일 수밖에 없고 어떤 임금이 총 근로가 아닌 통상근로에 대한 대가인지의 여부는 객관적으로 확인되는 노사의 의사에 의하여 판단될 수밖에 없다는 것이다. 이 같은 통상임금 개념의 자명성 때문에 법률에 통상임금을 정의하는 규정이 반드시 있어야 한다고 할 수 없으며, 그에 관한 규정이 없다는 점이 결코 법의 흠결을 의미할 수 없다.

근로기준법 시행령 제6조 제1항이 "법과 이 영에서 '통상임금'이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(所定)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다"고 정한 통상임금에 관한 정의규정은 일반적으로 존재하는 노사합의의 실제와 노사관행을 반영하여 규정된 것으로 말하

여진다. 위 시행령이 최초로 규정될 당시나 현재에도 일반적으로 노사합의나 노사관행은 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만을 통상임금에 포함시키고 있다는 점에 별다른 의문이 없는 것으로 보인다. 따라서 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 법률에 그 위임규정을 갖고 있지 않아 법규로서의 효력을 갖는지의 여부에 관계없이 노사합의나 노사관행을 일반적으로 확인하는 의미를 갖는다는 점에서 존중되어야 하고 그러한 의미에서 해석되어야 한다.

그러므로 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당을 통상임금에 포함되는 것으로 해석하는 것은 노사합의나 노사관행에 어긋나는 한 위법하다. 법원이 해석의 권한을 행사하여 법을 형성할 수 있는 경우는 법의 흠결이 있는 때에 허용되는 것인데, 통상임금에 관한 노사합의나 노사관행이 존재함에도 그 법적 효력을 부정하고 해석으로써 노사합의나 노사관행을 대체하는 것이 되기 때문이다. 물론 예외적으로 노사합의에 의하여 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당 중 일부나 전부를 통상임금에 포함시키거나 그러한 노사관행이 성립된 것으로 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우라면 그 유효성 또한 인정되어야 하고 그에 따라 해석하여야 할 것이다.

결국 특별한 사정이 없는 한 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당을 통상임금에 포함시키는 해석은 노사합의나 노사관행의 법적 효력을 부정하는 위법한 해석이라 할 것이고, 원칙적으로 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만이 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다. 이러한 점에서 임금이 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이라면 통상임금에 포함된다고 판시한 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 등은 폐기되어야 한다.

나. 다음으로 1개월 이내의 기간마다 지급되는 임금은 그 전부가 통상임금에 포함된

다고 해석하여야 하느냐 하는 문제가 제기된다.

통상임금이라는 용어가 말하여 주는 것처럼 통상임금에 모든 임금이 포함된다고 할 수는 없다. 대법원은 과거에 기본급이 당연히 통상임금에 포함되는 이외에 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 수당 또한 통상임금에 포함된다고 해석하여 왔다. 아울러 대법원 1993. 5. 11. 선고 93다4816 판결 등에서 성질상 통상임금에 산입되어야 할 수당을 노사 간의 합의에 따라 통상임금에서 제외하기로 한 경우 그 합의의 효력을 인정한다면 근로기준법이 통상임금을 규정한 입법취지가 몰각될 것이므로 그러한 노사합의는 근로기준법 제15조 제1항 소정의 근로기준법이 정하는 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 합의로서 무효라고 보아야 한다고 판시하여 왔다. 이러한 해석은 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 수당에 관한 한 근로자를 보호하는 기능을 수행하는 해석으로서 그 타당성이 긍정되어야 한다. 이는 근로기준법 시행령 제6조 제1항에 부합하는 해석이기도 하다.

이와 같은 해석의 범위 내에서는 노사합의나 노사관행의 법적 효력이 해석에 의하여 제한된다고 할 수 있다. 이러한 해석에 의한 법적 효력의 제한이 정당성을 갖기 위하여서는 적법한 근거가 있어야 한다. 이 같은 해석의 실질적 근거는 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 수당은 기본급에 준하는 실질을 갖는다는 점이다. 기본급에 준하는 실질을 갖고 있음에도 기본급과 달리 통상임금에 포함되지 아니한다면 결과적으로 탈법행위를 용인하는 것이 될 수 있기 때문이다. 사용자는 기본급으로 지급할 임금을 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 수당의 형식으로 지급함으로써 근로자에게 지급하여야 할 연장근로수당 등의 액수를 쉽사리 감소시킬 수 있기 때문이다. 따라서 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·

고정적으로 지급됨으로써 기본급에 준하는 실질을 갖는 수당은 특별한 사정이 없는 한 연장근로 등을 전혀 하지 않고 통상근로(소정근로)만 하는 경우를 예정하여 정한 것으로 볼 수밖에 없고, 그 결과 연장근로 등을 하는 경우에는 그 추가적인 근로시간에 상응하는 수당 금액을 추가적으로 지급하여야 한다. 그러므로 기본급과 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급됨으로써 기본급에 준하는 실질을 갖는 수당은 통상임금에 포함되어야 한다.

그러나 비록 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 수당이라 하더라도 그 수당이 통상임금에 포함되지 아니함으로써 근로자에게 지급하여야 할 연장근로수당 등의 액수를 부당하게 감소시키는 것으로 평가되지 않는 예외적인 경우에는 그 수당은 통상임금에 포함되지 아니한다. 예컨대, 사용자가 근로자의 개인연금보험이나 직장단체보험의 보험료를 매월 지급함으로써 그 보험료가 정기적·일률적·고정적으로 지급된 임금으로 평가될 수 있다 하더라도, 이는 근로자가 연장근로 등을 전혀 하지 않거나 연장근로 등을 하더라도 그 시간이 얼마나 되느냐에 관계없이 똑같은 보험료를 지급하기로 한 것으로 해석할 수 있을 뿐이고 이와 달리 통상근로만 하는 경우를 예정하여 정한 것으로 보아 연장근로 등을 하는 경우에는 그 추가적인 근로시간에 상응하는 개인연금보험이나 직장단체보험의 보험료 해당 액수를 추가적으로 지급하여야 한다고 해석할 수는 없다. 이는 사용자가 매월 지급하는 근로자의 개인연금보험이나 직장단체보험의 보험료는 근로자가 제공한 통상근로 뿐만 아니라 연장근로 등을 모두 포함하는 1개월 동안의 총 근로에 대한 대가이고 통상근로(소정근로)에 대한 대가가 아니라는 것을 의미한다. 그리고 1개월 이내의 기간마다 지급되는 것이기는 하나 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것으로 볼 수 없는 수당 또한 1개월 동안의 총

근로에 대한 대가로서의 임금이다.

이상에서 살펴본 것처럼 본질적으로 어떤 임금이 통상임금에 포함될 수 있느냐의 여부는 그 임금이 통상근로(소정근로)에 대한 대가이냐 아니면 총 근로에 대한 대가이냐에 의하여 결정되는 것이다. 어떤 임금이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이냐 아니냐의 여부는 기본급에 준하는 형식적 속성도 갖고 있는지의 여부를 판단하는 2차적 기준일 뿐이다. 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금으로 판단되면 곧바로 그 임금이 통상임금에 포함된다고 해석하는 것은 논리의 비약이다.

다. 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 아래에서 살펴보는 것처럼, 기본급에 준하는 실질을 갖는다고 볼 수 없고 오히려 전혀 다른 실질을 갖고 있으며, 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이냐에 관계없이 통상근로(소정근로)에 대한 대가로서의 실질을 갖는 것이 아니라 총 근로에 대한 대가로서의 실질을 갖는다. 결국 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 통상임금에 포함될 수 없는 것이다.

1) 다수의견 및 반대의견의 논리는 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당이라 하더라도 이는 근로의 대가로서 지급되는 임금이라 할 것이고, 이러한 상여금이나 수당이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이라면 이는 연장근로 등을 제외한 통상근로에 대한 대가로서 지급되는 것이므로, 만약 연장근로수당 등의 산정기준이 되는 통상임금에서 이 같은 상여금이나 수당이 제외된다면 연장근로 등에 대하여는 그에 상응하는 상여금이나 수당이 지급되지 아니함으로써 통상근로에 대한 대가와 연장근로 등에 대한 대가가 차별적 취급을 받는 것이며, 따라서 형평의 관념에 비추어 허용될 수 없다는 점을 실질적 근거로 삼고 있는 것으로 이해된다.

그런데 이와 같은 논리는 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당의 성격

에 관한 오해에서 비롯된 것으로 생각된다. 근로의 대가로서 지급되는 임금의 성격을 갖고 있으며 동시에 그것이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 이상 이는 총 근로가 아닌 통상근로에 대한 대가로서 지급되는 것이므로 그 종류에 관계없이 반드시 근로시간에 비례하여 등가적으로 지급되어야 하고 그 이외의 방식으로 지급되어서는 아니 된다는 점이 긍정되어야만 이러한 논리는 정당성을 가질 수 있다.

2) 노사가 상여금으로 1년에 기본급의 600%를 지급하기로 합의한 경우 두 가지 해석이 생각될 수 있다. 우선 근로자가 연장근로 등을 전혀 하지 않거나 연장근로 등을 하더라도 그 시간이 얼마나 되느냐에 관계없이 상여금으로 1년에 기본급의 600%를 똑같이 지급하기로 합의한 것이라고 해석할 수 있다. 이 때 상여금은 총 근로에 대한 대가로서 지급되는 임금의 실질을 갖는다. 이와 달리 이러한 합의는 통상근로만 하는 경우를 예정하여 정한 것이고 연장근로 등을 하는 경우에는 그 추가적인 근로시간에 상응하여 상여금을 추가적으로 지급하기로 합의한 것이라고 해석할 수도 있다. 이 때 상여금은 통상근로(소정근로)에 대한 대가로서 지급되는 임금의 실질을 갖는다. 다수의견 및 반대의견은 상여금 지급의 방식에 따라 상여금이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것으로 평가되는 경우에는 후자와 같이 해석하여 통상임금에 포함시키고 그렇게 평가되지 아니하는 경우에는 전자와 같이 해석하여 통상임금에 포함시키지 아니한다.

문제는 이와 같은 상여금지급의 형식적 속성에 따른 해석이 상여금의 임금으로서의 실질에 전혀 합치되지 않는다는 점이다. 예컨대, 경영성과에 따라 상여금을 지급한다는 취지의 합의를 한 후 기본급의 600%의 상여금을 지급한 경우와 1년에 기본급의 600%의 상여금을 정기적·일률적·고정적으로 지급하기로 사전에 확정적으로 합의를 한 후 그 상여금을 지급한 경우 두 상여금의 임금으로서의 실질이 다르다고 할 수 있느냐이

다. 전자의 경우에는 근로자가 연장근로 등을 전혀 하지 않거나 연장근로 등을 하더라도 그 시간이 얼마나 되느냐에 관계없이 총 근로에 대한 대가로서 똑같은 상여금만을 지급하여야 하고 후자의 경우에는 통상근로에 대한 대가로서 통상근로만 하는 경우를 예정하여 정한 것이므로 연장근로 등을 하는 경우에는 그 추가적인 근로시간에 상응하여 추가적으로 상여금을 지급하여야 한다는 논리가 어떠한 실질적 근거 위에서 정당화될 수 있느냐이다. 그러나 법률의 규정에서도, 노사의 의사나 관행 가운데에서도, 그리고 합목적성의 관점에서도 도무지 그 근거가 찾아지지 않는다.

기본급은 사전에 확정되어 정기적·일률적·고정적으로 지급될 수밖에 없는 속성을 갖는 반면, 상여금은 사전에 확정되어 정기적·일률적·고정적으로 지급될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는 특성을 갖는다. 이러한 상여금의 특성을 고려하지 않고 상여금 중 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 경우에는 기본급과 그 지급의 방식이 비슷하다 하여 그 상여금이 다른 방식으로 지급되는 상여금과 임금으로서의 실질이 달라진다고 할 수는 없는 것이다. 단적으로 말하면 다수의견 및 반대의견에 의한 해석은 상여금의 액수가 사전에 확정될 수 있으면 통상임금의 산정대상에 고려될 수 있기 때문에 포함되어야 하고 사전에 확정될 수 없으면 통상임금의 산정대상에 고려될 수 없기 때문에 포함되어서는 아니 된다는 형식논리에 근거하고 있다고 할 수 있다. 다수의견 및 반대의견이 이러한 비판을 받지 않고 "근로가치의 등가성"이라는 실질을 관철하고자 한다면 상여금지급의 기준이 사후에 확정되는 경우에도 그 기준이 확정되면 연장근로수당 등을 다시 계산하여 추가적으로 지급하여야 하는 것으로 해석하여야 할 것이다.

결국 다수의견 및 반대의견에 의한 해석은 동일한 실질을 갖고 있는 상여금을 완전히 상이한 실질을 갖는 상여금으로 차별화함으로써 그 실질을 왜곡하는 결과를 가져온

다. 이로써 해석에 의하여 오히려 실질적 불평등을 야기하며 정의를 훼손한다고 할 수도 있다. 이러한 결과가 실질에 맞게 근로자보호를 실현하는 것이라고 평가할 수는 없을 것이다.

3) 상여금 지급의 방식이 정기적·일률적·고정적인 것이든 그렇지 아니하든 상여금 지급에 관한 합의에 내재되어 있는 노사의 진정한 의사는 연장근로 등의 제공 여부나 정도에 관계없이 정하여진 상여금을 똑같이 지급하기로 한 것이라는 점을 부정할 수 없을 것이다. 다시 말하여 상여금은 통상근로(소정근로)에 대한 대가가 아니라 총 근로에 대한 대가라는 것이다. 이 점에서 다수의견 및 반대의견은 노사의 자율에 의하여 형성된 합법적인 의사를 해석에 의하여 노사의 의사와는 무관하게 왜곡한다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

노사가 상여금이나 수당으로 지급되는 임금을 기본급에 포함시키지 않고 이 같은 방식으로 별도로 지급하는 이유가 무엇인지를 주목하여야 한다. 기본급에 포함시키지 않고 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 수당으로 지급함으로써 통상임금의 액수를 줄이고자 의도하였다면 이러한 노사합의가 탈법적인 것으로 반드시 그 효력이 부정되어야 하느냐이다. 그러나 이러한 노사합의가 실질적이고도 합리적인 근거를 갖고 있음을 수긍하여야 할 것이다. 사용자의 현재 지급능력을 고려하는 한편 장래 지급능력까지를 예상하여 노사는 임금 중 일부는 연장근로 등에 대한 임금에 영향을 미치는 기본급이나 수당(통상근로에 대한 임금)으로 지급하고 나머지 일부는 이에 영향을 미치지 않는 상여금이나 수당(총 근로에 대한 임금)으로 지급하는 것으로 합의할 현실적 필요가 분명하게 존재한다. 그리고 이러한 필요성을 충족하기 위하여 노사가 그와 같은 임금형성의 재량을 행사하는 것은 당연히 합법적인 노사자치의 영역에 속한다. 이는 임금의

실질과 이에 따른 임금지급의 형식을 결정할 권리와 책임이 노사 쌍방에게 있음을 의미한다.

이처럼 형성된 임금은 그 실질에 따라 기본급과 상여금으로 크게 구분된다고 할 수 있으며, 대체로 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당은 기본급에 준하는 실질을 갖고 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 상여금에 준하는 실질을 갖는다고 할 수 있다. 이에 따라 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당은 통상근로, 즉 소정근로에 대한 임금의 실질을 갖게 되고, 상여금과 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 총 근로에 대한 임금의 실질을 갖게 된다. 그러므로 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당은 통상임금에 해당하고, 상여금과 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 통상임금에 해당하지 아니한다.

그럼에도 다수의견 및 반대의견과 같이 그 종류에 관계없이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금인 이상 언제나 통상임금에 포함될 수밖에 없게 된다면 사용자가 근로자에게 연장근로 등에 대한 수당에 영향을 미치지 않으면서 정기적·일률적·고정적으로 상여금이나 수당을 지급하는 방식이 원천적으로 금지되는 결과가 된다. 이러한 금지를 회피하기 위하여서는 지급되는 상여금이나 수당이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이라는 평가를 받지 않는 방식을 선택함으로써 우회하는 수밖에 없을 것이다. 이러한 상황이 어떤 논리로 정당화될 수 있는지 알 수 없다. 결국 임금에 관한 내용을 형성할 수 있는 노사의 헌법상 권리가 법률의 규정이나 정당화할 수 있는 실질적 근거 없이 근본적으로 침해된다고 하지 않을 수 없다.

4) 이상에서 살펴본 것처럼, 통상임금의 범위는 본질적으로 임금지급의 형식에 의하여 정하여지는 것이 아니라 임금의 실질에 의하여 정하여지며, 임금의 실질을 결정

하고 이에 따라 통상임금의 범위를 결정하는 근본적 책임과 권리는 1차적으로 노사 당사자에게 귀속된다는 것이다. 그럼에도 법원이 노사합의나 노사관행의 효력을 부정하고 스스로 새로운 틀에 의한 임금을 형성하려고 하는 것은 해석의 한계를 벗어나는 것으로서 찬성하기 어렵다. 근로자보호는 근로조건에 관한 노사의 자율권을 규정한 헌법적 요구를 수용하는 전제 위에서 부작용을 가져오지 않는 범위 내에서 조화롭게 실현되어야 하는 한계를 갖는다. 이러한 한계 내에서의 해석이 기본급과 1개월 이내의 기간마다 정기적·일률적·고정적으로 총 근로가 아닌 통상근로(소정근로)에 대한 대가로서 지급되는 수당만이 통상임금에 포함된다는 해석이다.

라. 다수의견 및 반대의견에 따르든지 별개의견에 따르든지 사용자는 그 지급능력의 범위 내에서 근로자와의 교섭을 통하여 임금을 형성하여 지급할 것이므로 장기적으로 보면 어떤 견해를 따르는지에 의하여 근로자에게 유리하거나 불리하게 된다고 볼 수는 없다. 임금의 지급액은 사용자의 지급능력에 좌우되는 것이지 임금의 지급방식에 좌우되는 것은 아니기 때문이다.

반대의견에 따른다면 시효가 완성되지 않은 지나간 3년간의 연장근로수당, 야간근로수당 또는 휴일근로수당을 다시 계산하여 추가지급을 하여야 하고 퇴직자에 대하여는 퇴직금을 다시 계산하여 추가지급을 하여야 한다. 또한 다수의견 및 반대의견에 따른다면 통상임금 산정대상의 변화에 따라 장래 증가되는 사용자의 임금지급액의 부담을 해소하는 합의가 이루어질 때까지 추가적인 임금지급의무를 부담하게 된다. 근로자로서는 종래 기대하지 않았던 임금을 지급받는 이익을 얻게 되나 사용자로서는 예상하지 않았던 부담을 지게 된다. 이러한 상황은 사용자의 경영에 돌발적인 변수가 됨으로써 국민경제에 충격을 줄 것이다.

반면에 별개의견에 따른다면 현재 존재하는 임금지급의 상황에 별다른 영향을 주지 않게 된다. 종래 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당임에도 통상임금 산정대상에 포함시켜 온 경우 노사합의의 효력에 의하여, 또는 노사관행에 의하여 지급되어 온 것으로서 여전히 구속력을 유지하며, 사용자가 이를 파기하거나 근로자에게 불이익하게 변경하기 위하여서는 단체협약의 변경이나 취업규칙 불이익변경의 절차를 밟아야 할 것이므로 근로자의 불이익은 거의 없을 것으로 보인다.

결국 통상임금 개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 국민경제에 돌발적인 충격을 야기하느냐 아니냐가 결정된다고 할 것이다. 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 이후에 형성된 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당 등에 관한 통상임금에 관한 법리가 장기간 지속되었다 하더라도 이에 의하여 생긴 영향력의 크기는 다수의 상여금이 통상임금의 산정대상에 포함될 수 있다는 법리에 의하여 생겨나는 영향력의 크기에 비추어 보면 훨씬 작다고 할 수 있다. 이러한 이유로 법적 안정성의 측면에서도 다수의견 및 반대의견은 받아들이기 어렵다는 점을 강조하지 않을 수 없다.

마. 연장근로 등에 대하여 지급되는 임금을 제외한 나머지 모든 임금이 통상근로에 대한 대가로서 지급되는 것이라는 주장은 그 자체로서 잘못된 것이라고 할 수 없다. 오히려 타당하다고 할 수 있다. 이 점 때문에 다수의견 및 반대의견은 더 이상 임금의 실질에 관하여 살펴보지 않는 것으로 보인다. 그런데 어떤 임금이 통상임금에 해당하느냐를 판단하는 문제의 열쇠는, 그 임금이 통상근로에 대한 대가로서 지급되는 것이냐 하는 데에 있는 것이 아니라, 그 임금이 오직 통상근로에 대한 대가로서 지급되는 것이냐 아니면 통상근로뿐만 아니라 연장근로 등을 포함하는 총 근로에 대한 대가로서 지급되는 것이냐 하는 데에 있다. 다수의견 및 반대의견은 이 같은 임금실질의 차이를

인식하지 못함으로써 통상임금 개념에서 본질적 중요성을 갖는 "소정근로(통상근로)"의 요건을 사실상 포기하게 되고, 그 결과 2차적 의미를 갖는 임금지급의 정기성·일률성·고정성이라는 형식적 속성만을 기준으로 통상임금 여부를 판단하는 잘못된 길에 들어선 것으로 이해된다.

도구개념은 현실을 규범과 조화롭게 해석할 수 있는 기능을 잘 수행할 수 있을 때 그 개념의 정당성이 비로소 증명된다고 할 수 있다. 그런데 다수의견 및 반대의견의 논리는 규범의 적용대상인 현실과 사이에 심대한 괴리를 발생시키며, 이는 해석을 위한 도구개념으로서 받아들여질 수 없다는 점을 반증하고 있다고 할 수 있다. 이처럼 다수의견 및 반대의견의 논리가 규범의 적용대상인 현실을 이해하는 데 실패한 근본적 원인은, 통상임금 개념을 정립함에 있어 통상근로(소정근로)에 대한 대가와 총 근로에 대한 대가를 분명하게 구분하지 않은 채, 헌법과 법률에 근거를 갖고 있을 뿐만 아니라 현실적으로 존재하고 있는 통상임금에 관한 노사합의나 노사관행의 법적 효력을 수긍할 수 있는 분명한 근거 없이 지나치게 부정한 반면에, "근로가치의 등가성"이라는 목적지향적인 해석을 타당한 범위를 넘어 지나치게 추구한 데에 있다.

그리고 이러한 다수의견 및 반대의견에 의한 해석은 노사에 의한 임금의 형성에 과도하게 개입함으로써 헌법이 근본 질서로 규정한 사적자치를 기반으로 하는 시장경제의 원리를 훼손한 것이라는 비판에서 자유롭지 않을 것으로 생각한다.

바. 이상과 같은 이유로 원심판결을 파기한 다수의견의 결론에는 찬성하나 그 논거에 관하여는 견해를 달리하므로 별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

6. 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김소영의 보충의견

이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수

당을 청구하는 것에 대해 신의칙을 적용할 수 있는지에 관하여 앞서 본 다수의견의 내용을 보충한다.

가. 신의칙은 실정법이나 계약 등을 형식적이고 엄격하게 적용함으로써 야기될 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하여야 할 필요가 있는 경우 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용한다. 그리하여 신의칙은 실정법의 규정취지, 법률행위를 한 당사자의 의도 등을 그 의미에 적합하게 구체화하고, 불성실하거나 부당한 권리행사를 제한하며, 실정법 또는 법률행위의 내용을 보정(補正)하는 기능 등을 수행한다.

나. 구체적 타당성을 실현한다는 명목하에 편의적으로 신의칙을 적용하는 것은 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 법질서의 혼란을 초래할 수 있고, 특히 실정법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 실정법의 적용을 배제하는 것은 강행규정의 취지를 몰각할 수 있으므로, 신의칙은 제한적인 범위 내에서 예외적으로 적용되어야 한다는 점에 대하여는 이론(異論)이 있을 수 없다.

그러나 다수의견에서 이미 상세히 밝힌 바와 같은 임금과 통상임금 상호 간의 밀접한 관련성, 우리나라의 노사간 임금협상 관행, 정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의에 이르게 된 경위, 그로 인하여 근로자가 받는 실질적인 불이익의 정도, 위 노사합의의 무효 주장을 받아들일 경우 노사 쌍방에 미치는 영향 등 여러 사정과 함께 당사자들이 상호 전제하거나 기초가 되는 사항에 관하여 착오가 있었을 경우 일정한 요건하에 가정적 의사를 밝혀내어 정당한 이익조정을 하는 것도 신의칙의 영역에 속한다는 점 등을 아울러 고려하면, 근로자 측이 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수당을 구하는 것에 대하여는 예외적으로 신의칙이 적용될 수 있다고 본다.

다. 임금은 최저임금법에 저촉된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 노사간의 합의 및 이에 기초한 근로계약에 의하여 결정되며, 통상임금은 그와 같이 결정된 임금 중에서 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 금품을 말하므로, 노사합의에서 정한 구체적인 임금의 내용 및 지급 조건에 따라 통상임금인지 여부가 정해진다. 근로자에게 지급되는 임금 중에서 어느 임금을 통상임금으로 포함시킬 것인지를 정하는 노사합의는 근로기준법이 정한 기준에 미치지 못하는 범위 내에서 허용될 수 없다. 그렇지만 근로자와 사용자는 동등한 지위에서 자유의사에 따라 임금의 내용과 지급조건을 정할 수 있고 이를 통하여 통상임금에 해당하는 내용과 지급조건을 갖춘 임금과 그렇지 아니한 임금으로 나누어 정할 수 있으므로, 실질적으로 통상임금에 해당하는 임금의 구체적인 범위는 노사합의나 근로계약을 통하여 정하여지거나 변경된다는 점을 부정할 수 없다.

개별 근로계약에서의 임금은 개별 근로자가 제공하는 근로에 대한 대가이지만, 다른 한편으로는 전체 근로자의 임금 총액은 생산을 위하여 지출되어야 하는 비용이 되므로, 다수의견이 상세하게 밝힌 바와 같이 임금협상은 기업의 한정된 수익을 기초로 하여 이루어질 수밖에 없는 한계가 있다. 이에 따라 우리나라의 노사간 임금협상은 임금 총액을 기준으로 기본급, 상여금, 각종 수당과 함께 통상임금을 기초로 산정되는 법정수당 등의 규모 등도 미리 책정하여 임금인상률과 각종 수당의 신설·폐지 또는 증액 여부, 임금 항목별 액수와 지급형태 및 지급시기 등을 결정하여 왔고, 그 과정에서 앞서 본 것과 같이 여러 사정들로 인하여 정기상여금은 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래 이를 통상임금에 포함시키지 아니하는 노사관행이 형성되었다.

이러한 임금협상의 경위와 그 한계 등에 비추어 보면, 노사가 종전의 임금협상 당시

위 노사관행과 달리 정기상여금도 통상임금에 속할 수 있어 그만큼 통상임금액수가 늘어난다는 사정을 알았더라면, 그 통상임금을 기초로 산정되는 각종 법정수당을 포함하여 근로자에게 지급되는 임금 총액이 노사합의에서 예정한 통상임금을 기초로 산정되는 각종 법정 수당을 포함한 임금 총액과 실질적인 차이가 없도록 하기 위하여 임금의 액수, 내용 및 지급조건을 변경하는 등의 상당히 다른 내용의 임금협상을 하였을 것으로 보는 것이 합리적이다.

결국 노사가 임금 총액을 기준으로 하여 임금 조정에 협상하고 그 임금협상 결과에 따라 새로운 근로계약을 체결하였다면, 이는 노사의 자유의사에 따른 선택의 결과로서 노사가 그 근로계약을 체결한 직접적인 목적은 그 조정된 임금 총액이라 할 것이며, 그 근로계약에 대한 노사의 신뢰는 세부적인 항목별 임금의 지급조건 내지 산정방법이 아니라 그 조정된 임금 총액 수준에 있다고 할 것이다. 따라서 노사가 임금협상과정에서 통상임금에 속하는 임금 범위에 대한 착오 등으로 인하여 항목별 임금의 내용과 지급조건을 제대로 정하지 못함으로써 임금 총액에 의한 협상결과에 영향을 미칠 경우에, 위와 같은 자유의사에 따른 선택에 대한 신뢰를 존중하여 착오 등에 의하여 발생한 부당한 결과를 시정하거나 회피할 수 있도록 하는 것은 타당하며, 이것이 통상임금과 관련하여 근로조건의 최저기준을 정한 근로기준법의 취지에 반한다고 할 수 없다.

라. 이에 대하여 반대의견은 이는 사용자의 관점에서 본 주관적·가정적 의사에 불과하고 근로자의 관점에서 보면 임금 수준을 유지하면서 초과근로를 축소하는 방향으로 노사협의를 진행하였을 가능성이 있으므로 이러한 주관적·가정적 의사를 당연한 전제로 받아들이며 신의칙 적용의 출발점으로 삼는 것은 부당하다고 지적한다.

그러나 이러한 반대의견의 지적은 임금 총액을 기준으로 실질임금 인상률을 중시하

여 기본급, 상여금, 각종 수당과 함께 통상임금에 기초하여 산정되는 법정수당의 규모 등도 미리 책정하여 임금 수준을 결정하여 온 임금협상의 실제와는 거리가 먼 것일 뿐만 아니라, 임금협상 당시 결정된 임금 수준은 근로자들이 일정 시간의 초과근로를 계속 제공하여 기업이 그동안 얻어 왔거나 향후 얻을 수 있는 수익의 규모를 전제로 정해진 것이라는 점을 간과하고 있다. 만일 근로자들이 초과근로를 제공하지 아니하거나 이를 축소한다면 기업의 생산·판매량은 감소하고 그 수익 역시 감소할 것이며, 기업이 이에 대응하여 새로운 대체 인력을 투입하여 종전의 생산·판매량을 유지하려 하더라도 그에 따른 초기 시설비용의 투입, 교육·훈련비용의 증가, 신규 고용인력의 노동생산성 감소 등으로 인하여 역시 임금협상 당시와 같은 수준의 수익을 그대로 유지하기는 어려울 것이다. 따라서 근로자들이 초과근로를 축소하면서 동일한 임금 수준을 유지하였을 것이라는 전제는 오히려 비합리적이다.

위와 같은 임금과 통상임금 상호 간의 밀접한 관련성, 임금협상의 과정과 그 실질 등에 비추어 보면, 결국 노사는 기업의 한정된 수익을 기초로 하여 임금 총액을 기준으로 실질임금 인상률을 중시하여 임금 수준을 결정하여 온 것이고, 그에 따라 정기상여금을 통상임금에 포함하지 아니한 채 초과근로에 따른 법정수당을 지급하였다 하더라도, 그로 인하여 근로자가 입은 실질적인 불이익은 임금 총액의 측면에서 볼 때 그리 크다고 볼 수 없다. 반면 근로자 측이 뒤늦게 정기상여금을 통상임금에 포함하지 아니한 노사합의가 무효임을 주장하며 정기상여금을 통상임금에 포함하여 산정한 법정수당의 추가 지급을 구하게 되면, 이는 당사자들이 임금협상 당시 양해한 전제나 기초를 뒤흔드는 것으로, 한편으로는 그 전제나 기초가 달라졌다면 기업의 한정된 수익 하에서 지급조건이나 지급액수 등이 달라졌을 기본급, 상여금, 각종 수당 등은 모두 지급

받은 후, 다른 한편으로는 그 전제나 기초가 무효라고 주장하면서 그 지급조건이나 지급액수 등이 여전히 동일할 것이라는 그릇된 가정하에 기업의 한정된 수익을 넘어서는 추가적인 법정수당의 지급을 청구하는 것이므로, 그로 인하여 쌍방이 예정하지도 않은 추가적인 이익을 얻게 됨이 분명하다.

이러한 추가적인 이득이 기업의 경영상태나 재정상태상 감당할 수 있는 정도의 수준이라면 모르지만, 그 정도를 넘어서서 그로 인하여 기업에 중대한 경영상의 어려움을 초래한다면, 이는 상호 신뢰를 기초로 하여 노사합의를 이루어 자율적이고 조화로운 관계를 유지하며 공동의 이익을 추구해 온 노사관계에 있어 예기치 않은 사유로 서로 간의 신뢰기반을 깨뜨리는 것이다.

마. 나아가 통상임금의 판단 기준에 관한 근로기준법 관계 법령의 미비나 불명확성, 근로현장에서 상당한 영향력을 미치고 있는 고용노동부의 행정해석, 우리나라의 노사관행 등을 고려할 때, 평균적인 지식을 가진 대부분의 사용자가 정기상여금이 통상임금에 속하지 아니한다고 믿고 그 전제 아래 근로자와 사이에 대등하게 임금협상을 하고 단체협약 등을 체결하면서 형성하게 된 신뢰가 신의칙상 보호할 수 없는 신뢰라고 할 수는 없다.

그리고 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체로서(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 본문), 단체협약에 관한 사항은 노동조합 총회의 의결을 거쳐야 하고(같은 법 제16조 제1항 제3호), 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가지므로(같은 법 제29조 제1항), 단체협약을 체결하는 형식적인

주체가 노동조합이라는 사정만으로 개별 근로자에 대한 관계에서 신의칙의 적용을 부정하는 것 역시 적절하지 아니하다. 비조합원의 경우에도 그러한 단체협약을 자신에게도 적용하기로 사용자와 사이에 명시적·묵시적 합의를 하였다면, 단체협약의 체결 주체가 노동조합이라는 사정은 신의칙 적용에 장애가 되지 아니한다.

무엇보다도 다수의견이 사용자의 이와 같은 신뢰를 보호하기 위하여 일정한 요건하에 신의칙을 적용하려는 것은, 노사 쌍방이 정기상여금이 통상임금에 속하지 아니한다고 믿고 이를 전제로 임금협상을 하였는데 그 전제가 잘못된 것임이 밝혀져 노사 쌍방이 의도한 것과 현저히 다른 결과가 발생하게 되었으므로, 그에 따른 이익조정이 불가피하다는 데 있고, 이러한 예측하지 못한 현저한 이익 불균형의 조정은 바로 신의칙이 수행하는 기능 중의 하나이다.

대법원은 "계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있고, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다"고 판시한 바 있다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다13288 판결 등 참조). 비교법적으로 보더라도 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 동일한 내용으로 착오를 일으킨 경우 이러한 방식의 이익조정은 널리 행해지고 있다. 유럽연합(EU)의 법 통일작업과의 관련 아래 마련된 유럽계약법원칙(The Principles of European Contract Law)은 쌍방이 사실 또는 법률에 관하여 동일한 착오를 일으킨 경우에는 각자의 청구에 의하여 법원이 합리적으

로 합의하였을 내용대로 계약을 조정할 수 있도록 규정하고 있고(제4장 105조 제3항), 독일에서도 당사자 쌍방이 동일한 착오를 일으킨 경우 2002년 민법 개정 전에는 신의성실에 좇은 급부에 관하여 규정한 독일 민법 제242조를 근거로 법원이 직권으로 당사자들의 이익을 형량하여 계약 내용을 조정할 수 있음이 인정되다가 위 개정을 통하여 이에 관한 명문 규정(제313조)이 신설되었다.

단체협약 등의 해석이나 그 내용을 조정할 수 있는지 여부가 쟁점이 아닌 이 사건에서 앞서 본 대법원의 판례이론을 그대로 적용하는 것은 적절하지 아니하지만, 위와 같이 당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 동일한 내용으로 착오를 일으킨 경우 신의칙 등을 적용하여 객관적으로 추인되는 정당한 이익을 조정하려는 법의 정신과 이치는 그와 상황이 동일·유사한 이 사건에도 마찬가지로 적용될 수 있는 것이다.

이와 달리 임금협상의 경위와 그 목표 및 결과 등은 도외시한 채 상여금·수당의 지급형태와 조건은 그대로 유지되어야 한다는 전제에서, 정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의 부분만을 분리하여 그 부분이 형식적으로 근로기준법의 강행규정에 위배되어 무효이므로 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 한 추가법정수당을 지급받을 수 있어야만 한다는 견해야말로, 사건의 전체적인 실질과 형평은 외면한 채 근로기준법의 강행규정성을 고수하여야 한다는 일면만을 중시하여 실정법의 형식적인 적용을 획일적으로 관철하려는 것이다.

바. 그리고 다수의견이 '기업의 중대한 경영상의 어려움'을 신의칙 적용 요건 중의 하나로 제시한 것은, 근로자의 추가적인 법정수당 청구가 기업의 재정상태나 경영상태 등에 비추어 감당할 수 있는 정도인지를 기준으로 하여 현저히 형평에 반하는 결과가

발생하는 경우에만 신의칙을 적용하도록 함으로써 신의칙이 무한정 확대 적용되는 것을 방지하기 위함이다. 따라서 어떠한 경우가 '중대한 경영상의 어려움'을 초래하는지는 결국 개별 기업의 재정상태, 경영상태 등과 정기상여금을 통상임금에 포함시켜 법정수당을 산정할 경우 추가로 지급하여야 하는 법정수당의 규모 등 개별적·구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.

다만 이 사건으로 돌아와 '중대한 경영상의 어려움'을 인정할 수 있는지에 관하여 살펴본다. 피고는 2010. 1. 1. 현재 근속기간이 약 20년 8개월로서 피고 생산직 직원의 평균 근속기간에 근접한 근로자 1인을 기준으로 짝수달마다 지급되는 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 2010년 한해 추가되는 피고의 재정적 부담을 계산하면, 시간급 통상임금은 2010년 임금협상에 따른 8,970원에서 15,246원으로 증액되어 69.9% 정도 상승하고 이에 따라 근로자 1인의 추가 연장근로수당을 비롯한 각종 법정수당도 11,048,393원 정도 증액되어, 2009년도 대비 근로자 1인의 실질임금 인상률은 2010년 임금협상에 따른 19.9%[(2010년 임금지급 총액 63,865,898원 - 2009년 임금지급 총액 53,254,158원) ÷ 53,254,158원]에서 40.6%[(2010년 임금지급 총액 63,865,898원 + 추가 법정수당액 11,048,393원 - 2009년 임금지급 총액 53,254,158원) ÷ 53,254,158원]로 2배 넘게 상승하고, 이러한 근로자 1인의 실질임금 증가액을 평균치로 보아 생산직 근로자 401명에 적용하면, 2010년 당기순이익 4,435,313,273원의 99.8% 상당을 생산직 근로자들에게 추가 지급하여야 하는 상황에 처하게 된다고 주장하고 있다.

이 판결을 통하여 신의칙 위반의 법리가 처음 판시된 것이어서 이 점에 관한 원심의 심리가 충분하지 못한 탓에 위 주장의 당부에 관하여는 환송심에서 다시 심리하여야 할 것이지만, 만일 피고의 위 주장이 사실이라면, 이 사건 상여금이 통상임금에 산입됨

으로써 피고에게 추가되는 재정적 부담은 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 보기에 충분하므로, 다수의견이 제시한 법리에 비추어 볼 때 원고가 이 사건 상여금을 통상임금에 산입하여 이를 기초로 미지급 연차수당 등의 지급을 구하는 것은 신의칙에 위배된다고 볼 여지가 있다.

한편 반대의견은 피고가 2009. 1.부터 2010. 2.까지 한시적으로 관리직 직원에 한하여 이 사건 상여금을 매월 지급한 사정 등을 들어 위 기간 동안에는 신의칙 적용이 배제되어야 한다고 지적한다. 다수의견도 피고가 위 기간에 한하여 아무런 조건 없이 관리직 직원 전체에 대하여 생산직 직원과 달리 이 사건 상여금을 통상임금에 포함하여 실질임금을 보장해 주려는 의도로 이루어진 것이라면, 이 부분은 신의칙의 적용이 배제될 수 있음을 인정하고 있으므로, 이 점에서는 다수의견의 견해와 다르지 아니한 것으로 보인다. 다만 다수의견은 피고는 짝수달에 1회씩 상여금을 지급하기로 하는 상여금지급규칙이 존재하는 상태에서 한시적으로 위와 같은 방식의 상여금을 지급한 동기 및 경위, 그것이 원고에 대하여도 적용될 수 있는 것인지 등이 제대로 심리되어 있지 아니하므로 이를 명확히 심리한 후 종국적인 판단을 내릴 필요가 있다고 보는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

사. 결국 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외한 노사합의의 무효를 주장하여 추가법정수당을 청구하는 것에 관하여 신의칙을 적용한 다수의견은 충분한 근거가 있고, 또한 합리적인 견해라고 생각한다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장 대법원장 양승태

대법관 양창수

대법관 신영철

대법관 민일영

대법관 이인복

대법관 이상훈

대법관 박병대

대법관 김용덕

대법관 박보영

주 심 대법관 고영한

대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영