

대법원 통상임금 판결 해설 및 대응

20131220 금속노조법률원

1. 대법원 전원합의체 판결의 요지

- 2013. 12. 8. 대법원은 정기상여금의 통상임금성에 대한 사건(대법원 2012다89399)과 복리후생비로서 설추석상여금, 하기휴가비, 김장보너스, 개인연금지원금, 단체보험료, 선물비, 생일자지원금 등의 통상임금성에 대한 사건(대법원 2012다94643)에 대한 전원합의체 판결을 선고함.
- 대법원은 통상임금의 판단기준으로서 소정근로의 대가로서의 임금이 ①정기성, ②일률성, ③고정성을 모두 갖추고 있어야 통상임금에 해당한다고 함.
- 정기성에 대하여는, 어떤 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급이 되더라도, 일정한 기간마다 정기적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다고 하여, 그간 논란이 있어왔던 쟁점이지만, 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 이후 일관된 판시를 유지함.
- 일률성에 대하여는, 모든 근로자에게 지급되는 것은 아니더라도 일정한 조건이나 기준에 달한 근로자들에게는 모두 지급되는 것이면 일률성을 인정하고, 여기서 ‘일정한 조건’이란 시시때때로 변동되지 않는 고정적인 조건이어야 한다는 기존 법리를 유지함.
- 이번 전원합의체에서 주목해야 할 것은 고정성에 대한 판단인데, 대법원은 고정성의 의미에 대하여 ‘초과근로를 제공할 당시에’ 그 지급 여부가 업적, 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있을 것이라고 하고, 근로제공 이외에 추가적인 조건이 충족되어야 지급되는 임금이나, 그 충족 여부에 따라 지급액이 달라지는 임금 부분은 고정성이 없어 통상임금이 아니라고 함으로써 고정성을 협소하게 해석하여, 기존 대법원 판례에서 통상임금으로 인정되어 온 복리후생적 급여에 대하여 통상임금성을 부정함.
- 통상임금에 대한 노사합의에 대하여 근로기준법이 정한 기준보다 낮은 임금 등 불리한 근로조건 계약은 무효이므로, 법률상 통상임금을 통상임금 산정에서 제외하기로 한

노사합의는 근로기준법에 위반되어 무효라는 기존 법리를 유지함.

- 그러나 ①정기상여금의 경우에, ②이 판결로 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의가 무효임이 명백하게 선언되기 이전에 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 이를 통상임금에서 제외하는 합의를 하고 이를 토대로 임금 등을 정하였는데, 근로자가 그 합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구할 경우 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 떠안게 될 ③기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립 자체가 위태롭게 된다는 사정이 인정된다면(신의칙 적용의 요건), 추가임금의 청구는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 함으로서, 노동자의 권리구제보다 기업의 재정부담을 우선시하는 정치적인 판결을 함.
- 근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙을 이유로 사실상 강행규정성을 배척해버린 대법원 다수의견은 논리모순일 뿐만 아니라 강행규정에 의해 배제하려는 결과를 신의칙이라는 명분으로 실현시키는 것으로 전체 법질서에 역행하는 것임.

2. 대법원 전원합의체 판결의 구체적 내용

가. 통상임금의 개념

“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.....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.”

- 통상임금의 판단기준은 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것임 (기존 대법원 입장과 동일)

- 임금의 명칭이나 지급주기 등 형식적 기준에 따라 좌우되지 아니함.

나. 소정근로의 대가

“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.”

- 근로기준법 시행령 제6조 1항에서는 “법과 이 영에서 ‘통상임금’이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다”라고 규정하고 있음.
- 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결은 「소정 근로 또는 총 근로에 대하여」 근로자에게 지급되는 금품으로 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 모두 통상임금에 해당한다고 하면 충분하고, 소정 근로시간의 근로에 대응하여 직접 또는 비례하여 지급되는 것이 아니라는 이유로 통상임금에서 제외할 수 없다」고 판시함.
- 이번 전원합의체 판결은 통상임금의 개념요소에서 “총 근로에 대한 대가”를 제외하고, “소정근로의 대가”를 “소정근로시간의 근로에 대한 대가”로 축소해석함으로써, 소정 근로시간의 근로에 대응하여 직접 또는 비례하여 지급되지 않는 임금을 통상임금에서 배제함.

다. 정기성

“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.”

- 1개월 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 경우에도 정기성 요건을 충족(기존 대법원 판례와 동일)
- 2개월에 1회 혹은 분기별, 반기별, 년 1회 정기적으로 지급되는 경우 정기성에 대한 다툼이 있어 왔는바, 전원합의체 판결은 이 경우에도 정기성을 충족하는 것으로 명확히 판시함.

라. 일률성

“‘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.....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.....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.”

- 통상임금에서의 일률성이 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다는 기존 대법원 입장을 재확인함.
- 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도 그러한 지급제한사유는 ‘일정한 조건 또는 기준’을 모든 근로자에게 일률

적으로 적용하는 것이므로 일률성이 인정됨.

ex) 단체협약00조(상여금 지급기준)

① 2개월 이상 장기 휴직한 후 복직한 자에 대한 상여적용율은 다음 각호와 같다.

1. 지급대상기간 2개월 만근 : 100%
2. 지급대상기간 중 1개월 이상 근무 : 70%
3. 지급대상기간 중 1개월 미만 근무 : 30%

② 휴직자에 대한 상여적용율은 다음 각호와 같다.

1. 지급대상기간 중 15일 미만 휴직 : 100%
2. 지급대상기간 중 1개월 미만 휴직 : 70%
3. 지급대상기간 중 2개월 이상 휴직 : 지급제외

단체협약 제00조(상여금 지급방법)

① 조합원의 근속년수가 1개월 이상 3개월 미만일 때는 지급액의 50%, 3개월 이상 6개월 미만일 경우에는 지급액의 75%, 6개월 이상일 경우에는 지급액의 100%를 지급한다.

② 본인 귀책사유로 휴직 후 복직하는 조합원에 한하여 복직하는 날이 상여금 지급 하루 전인 경우에는 지급액의 100%를 지급한다.

- 일률성의 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 한다고 하여 기준을 구체화함.

ex) 1. 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당 : 소정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 것이므로 그 조건에 해당하는 모든 근로자에게 지급되었다 하더라도 ‘일정한 조건 또는 기준’에 따른 것이라 할 수 없어 ‘일률성’이 인정되지 않음.

2. 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 : 기본금액은 소정근로에 대한 대가로 ‘일률적’으로 지급되므로 통상임금에 해당.

3. 기술수당, 자격수당, 격오지수당, 직책수당, 품위유지비와 같이 작업 내용이나 기술 등과 관련된 내용의 임금 : 통상임금에 해당될 수 있음.

마. 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 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다.

- 기존 대법원 판례는 “(통상임금이란) 소정 근로 또는 총 근로의 대상(대상)으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 통상임금에 속하는 임금이라 할 것이나, 근로기준법의 입법 취지와 통상임금의 기능 및 필요성에 비추어 볼 때 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야 하므로, 정기적·일률적으로 지급되는 것이 아니거나 실제의 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것과 같이 고정적인 임금이 아닌 것은 통상임금에 해당하지 아니한다”(대법원 2007.06.15. 2006다13070 판결 등)라고 하여, 고정성을 통상임금 판단의 소극적 판단기준으로 삼았음.

- 이번 전원합의체 판결은 ‘고정성’을 통상임금과 다른 일반적인 임금 및 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소라고 하고, 고정성에 대한 새로운 판단표지를 제시함.

- 전원합의체 판결은 ‘임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이 고정성을 갖춘 임금이고, 근로자가 소정근로를 제공하더라도 ‘추가적인 조건’을 충족하여야 지급되는 임금이나, 그 조건 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금 부분은 고정성이 없다고 하였음.

- “당연히 지급될 것이 확정된 임금인지 “지급여부 및 지급액이 변동”되는 임금인지에 대한 판단시점은 “가산임금 산정시점(연장·야간·휴일 근로를 한 날)”임.

- 따라서 가산임금 산정시점을 기준으로 장차 지급받을 것이 “확정”된 임금은 통상임금이지만, 가산임금 산정시점 이후에 발생한 사정에 따라 지급여부 및 지급액이 변동되어 가산임금 산정시점을 기준으로 지급이 확정되지 않은 임금은 통상임금에 포함되지 않는다는 것임.

※ 고정성의 구체적인 적용례

구 분	예 시	판 단
▪ 근속기간에 연동하는 임금 <u>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 유형</u>	단체협약 제00조(상여금 지급기준) 근속 1년 미만인 자의 상여금 지급은 다음 각호와 같다. 1. 6개월 미만 : 기준금액의 100% 2. 3개월이상 6개월 미만 : 기준금액의 75% 3. 1개월이상 3개월 미만 : 기준금액의 50% 4. 1개월 미만 : 미지급	일률성○ 고정성○
▪ 근무일수에 연동하는 임금 1 <u>매 근무일마다 일정액의 임금을 지급하기로 정함으로써 근무일수에 따라 일할계산하여 임금이 지급되는 경우(근무일수를 기준으로 계산방법을 달리 정하지 않고, 단순히 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하는 경우도 동일)</u>	단체협약 제00조(식대) 근로자가 출근한 날을 기준으로 금 6,000원을 식대로 지급한다.	고정성○
▪ 근무일수에 연동하는 임금 2 <u>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 없음</u>	단체협약 제00조(정근수당) 근로자가 월 20일 이상 만근하는 경우에는 금 100,000원을 지급한다.	고정성×

▪ 근무일수에 연동하는 임금 3 <u>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 인정</u>	단체협약 제00조(근무수당) 월간 근무일수가 15일 이상이면 200,000원을 지급하고, 15일 미만이면 근무일수에 따라 위 금액을 일할계산하여 지급한다.	고정성○
▪ 특정시점에 재직중인 근로자에게만 지급하는 임금 근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 <u>지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다.</u> 그 임금은 이른바 <u>‘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.</u>	- <u>설·추석상여금, 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금 등 1년에 1회 지급되는 복리후생적 급여¹⁾</u> - ‘지급일 현재 재직 중’이라는 지급조건이 반드시 취업규칙이나 단체협약에 명시될 필요는 없음. 대법원은 노사간 지급일에 재직 중일 것이라는 조건을 임금을 지급받을 수 있는 자격요건으로 부가하는 ‘명시적 또는 묵시적 합의가 이루어졌거나 그러한 관행이 확립’되어 있다면 고정성이 부정될 수 있다고 봄. - 또한 ‘지급일 현재 재직 중’인 근로자에게만 지급되는 성격의 급여라고 하더라도, 노사 관행 등에 의해 실질적으로 퇴직시점까지의 근무일수에 비례하여 그 급여를 정산해 왔다면 고정성이 인정될 수 있음.	소정근로의 대가× 고정성×
▪ 퇴직시 근무일수에 비례하여 임금지급 근로자가 <u>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 인정됨.</u>	단체협약 제00조(정기상여금 지급기준) 퇴사자의 경우 근무한 일수 만큼 일할계산 지급한다.	고정성○
▪ 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는	단체협약 제00조(자격수당) 대형운전면	고정성○

임금	허소지자에게 자격수당 월 50,000원을 지급한다.	
▪ 근무실적의 최하등급시에도 지급되는 최소한도의 지급액 지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 <u>최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적임금.</u>	단체협약 제00조(성과급) 반기별로 6월과 12월에 근로자의 실적을 A, B, C, D 등급으로 나누어 다음 각호와 같이 성과급을 지급한다. 1. A등급 : 기본급의 400% 2. B등급 : 기본급의 300% 3. C등급 : 기본급의 200% 4. D등급 : 기본급의 100%	기본급의 100%는 고정성○
▪ 전년도 근무실적에 따라 당해연도 지급액이 정해진 경우 근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금	단체협약 제00조(업적연봉) ①전년도의 인사평가를 한 다음 당해연도의 업적연봉을 결정하고 이를 12개월로 나누어 지급한다. ②월 기본급의 700%는 전년도의 인사평가와 상관없이 모든 근로자에게 업적연봉으로 지급한다. ③평가에 따른 업적연봉의 차등 인상은 “A : 100%, B : 75%, C : 50%, D : 25%, E : 0%”이다.	고정성○
▪ 지급금액이 노사협의로 결정되는 경우 지급액을 결정하기 위한 객관적인 기준 없이 단지 사후에 노사협의를 통해 그 지급액을 정하도록 한 경우라면 그 지급액이 사전에 확정되어 있다고 볼 수 없음	단체협약 제00조(김장보너스) 회사는 김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의하여 지급한다. - 이에 따라 김장보너스는 지급 직전에 노사협의를 통해 정해졌는데, 2007년부터 2009년까지는 220,000원, 2010년에는 240,000원으로 정해짐.	고정성×

- 1) “근로기준법 제3조(근로조건의 기준) 이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로 관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.” 따라서 단체협약 등을 통해 복리후생비 등을 통상임금에 포함하기로 한 기존의 노사합의는 여전히 유효함.

3. 통상임금에 관한 노사합의의 효력

성실상 근로기준법 상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사간에 합의하였다 하더라도 그 합의는 효력이 없다.....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, 그 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 할 것이다.

- 근로기준법상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 한 노사간의 합의는 근로기준법에 위반되므로 무효임(기존 대법원 입장과 동일)

4. 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수당을 청구하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는지

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.....

앞서 본 바와 같은 방식의 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 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 중국적으로 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.

－ 전원합의체 판결은 근로기준법상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 한 노사간의 합의는 근로기준법에 위반되므로 무효라고 하면서도, 근로자측의 노사합의 무효 주장이 “신의칙을 적용하기 위한 일반 요건”을 갖추었고, “근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우”에는 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판단하였음.

－ 신의칙의 일반요건 : ①상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 상당한 상태일 것, ②상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이를 것.

－ 특별한 사정 : ①정기상여금의 경우에, ②이 판결로 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의가 무효임이 명백하게 선언되기 이전에 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 이를 통상임금에서 제외하는 합의를 하고 이를 토대로 임금 등을 정하였는데, 근로자가 그 합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구할 경우 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 떠안게 될 ③기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립 자체가 위태롭게 된다는 사정이 인정된다면(신의칙 적용의 요건), 추가임금의 청구는 신의칙에 반하여 허용되지 아니함.

[신의칙의 적용요건]

- ① “정기상여금”에 관한 청구일 것(그 밖의 임금은 신의칙 적용 여지 없음).
- ② 전원합의체 판결 이전²⁾에 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하였을 것(단체협약 등 명시적인 합의 이외에도 묵시적 합의나 근로관행도 포함된다는 것에 주의!)
- ③ 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, 각종 수당, 그리고 통상임금을 기초로 산정되는 연장·야간·휴일 근로 수당 등의 법정수당까지도 그 규모를 예측하여 포함시키는 방식으로 협상을 하였을 것.
- ④ 노사가 그 합의의 무효를 주장하며 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상 외의 이익을 청구할 것.³⁾
- ⑤ 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지우게 될 것.
- ⑥ 새로운 재정적 부담으로 기업에게 중대한 경영상 어려움⁴⁾을 초래하거나 기업의 존립 자체가 위태롭게 된다는 사정이 인정될 것.

- 2) 전원합의체 판결로 그와 같은 노사합의가 무효임이 선언된 이후에는 그와 같은 신뢰가 있을 수 없음이 명백하므로, 신의칙 법리는 이 판결 이후의 합의에는 적용될 수 없음.
- 3) 대법원은 다수의견은 “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 임금인상률을 훨씬 초과하게 될 것으로 보인다.”라고 판시함.
- 4) 대법원 다수의견의 보충의견(대법관 김용덕, 고영한, 김소영)으로 “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 개별작구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.....이 사건으로 돌아와 ‘중대한 경영상의 어려움’을 인정할 수 있는지에 관하여 살펴본다. 피고는 2010. 1. 1. 현재 근무기간이 약 20년 8개월로서 피고 생산직 직원의 평균 근무기간에 근접한 근로자 1인을 기준으로 짚수달마다 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

※신의칙 판단자료

- ①회사와 노동조합의 임금협상 실태
- ②회사와 근로자들 사이에 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 명시적 또는 묵시적 노사합의 내지 관행이 이루어졌는지 여부
- ③상여금이 통상임금에 산입될 경우 회사가 부담하게 될 추가 법정수당액
- ④전년도 대비 실질임금 인상률
- ⑤그에 관한 과거 수년간의 평균치
- ⑥회사의 재정 및 경영상태
- ⑦회사의 근로자들에 대한 상여금의 구체적인 지급방식 등

<대법관 이인복, 이상훈, 김신의 반대의견>

(다수의견이) 근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낮은 것이어서 당혹감마저 든다.

공익을 추구하는 강행규정은 그 입법목적 달성을 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

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 산입됨으로써 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.”라고 함.

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.

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.

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.

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 않

으면 대법원이 위법한 관행을 승인하여 주는 것이고, 본연의 역할인 법의 올바른 해석적용이 아니라 거꾸로 위법한 해석적용을 하는 결과가 된다.

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 펼쳐면 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. 이후 대응방안

가. 신의칙에 대한 대응

- 신의칙을 인정한 대법원 다수의견도, “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.”, “신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여” 엄격한 요건하에서의 적용을 전제하고 있음.
- 정기상여금에 한하여 적용되는 것이므로, 정기상여금이 아닌 다른 수당에 관하여 통상임금에서 제외하기로 합의한 경우에는 신의칙이 적용되지 않음.
- 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 있는 경우에 한하여 신의칙이 문제됨. 다만 단체협약 등 명시적인 합의 이외에도 묵시적 합의나 근로관행도 포함된다는 것에 주의해야 함.
- 전원합의체 판결 이후에 진행된 노사합의에서는 정기상여금이 통상임금에 포함된다는 것을 노사가 알고 있을 것이므로 위 노사합의 이후에 임금청구를 하더라도 신의칙이 적

용되지 않음.

- 전원합의체 판결 이전의 노사합의가 있더라도 그 합의는 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 한 경우에 한하여 적용되므로, 정기상여금의 통상임금 포함문제에 대한 검토 및 요구자료 확보(노조 내부회의자료, 임단협 요구안 및 설명자료, 교섭회의록, 노사협의회 회의록 등).
- 임금협상시 기본급, 상여금, 각종수당의 인상규모를 포함한 총액 기준으로 논의하였는지에 대한 자료 확보(임금인상 요구안 확정 근거자료, 요구안, 임금협상 회의록, 회사 제출자료 등)
- 기업에게 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립 자체가 위태롭게 된다는 사정이 어느 정도에 이르러야 인정될 수 있는지에 대하여 아직 구체적인 기준이 없음. 다만, 위와같은 요건은 사용자에게 입증책임이 있음.
- 재무제표 등을 통한 회사의 재정상태, 각 시기별 임원 및 주주의 배당액 규모, 기타 기업의 시기별 투자규모 등을 통해 기업이익의 규모를 확인해야 함.

※전원합의체 판결 이전에 정기상여금 포함에 대한 최고, 소제기를 한 경우

- 대법원은 “노사 양측 모두 정기상여금은 통상임금에서 제외되는 것이라고 의심 없이 받아들여 왔”다거나, “노사 양측이 임금협상 당시 정기상여금이 통상임금에 해당할 수 있다는 점을 인식하였다면,.....기업의 부담능력 범위 내에서 다른 대안을 마련하여 노사합의를 이루었을 것”이라고 하는 등 노사 모두 정기상여금이 통상임금에서 제외된다는 인식하에 근로조건을 형성해왔다는 점을 신의칙 적용의 주요한 근거로 들고 있음.
- 근로자들이 정기상여금을 통상임금에 포함되어야 한다는 의사를 회사에 전달하였거나 최소한 미지급 법정수당에 대한 최고 내지 소제기를 한 경우 그 시점부터는 노사 양측은 정기상여금이 통상임금에서 제외된다는 것에 대한 의심없는 인식이 없다고 볼 수도 있음.
- 따라서 그 시점 이후부터의 임금청구권에 대하여는 신의칙이 적용되지 않는다는 주장을 검토할 여지가 있음.

※통상임금 소제기를 전후하여 노사합의(대표소송 결과에 따른다는 내용)를 한 경우

- 정기상여금을 통상임금으로 인정해야한다는 소제기 이후 임협이 체결되었거나, 혹은 대표소송 결과에 따른다는 내용의 노사합의 이후 임협이 체결된 경우, 사용자측에 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 것에 대한 신뢰가 형성되지 않았다는 주장이 가능함.
- 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의가 있는 상태에서 대표소송을 제기하면서 대표소송 결과에 따르기로 하는 노사합의를 체결한 경우에도, 위 대표소송에 대한 합의로 인해 사용자로서는 정기상여금이 통상임금에 포함되더라도 이를 수인하겠다는 의사를 표시한 것이므로 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 것에 대한 신뢰가 형성되지 않았다는 주장이 가능할 것으로 보임.

나. 통상임금에 해당하는 임금항목을 포함하여 시간급 통상임금 재산정/법정수당 요구

- 전원합의체 판결에 따라 1개월을 넘는 기간을 단위로 정기적으로 지급되는 정기상여금, 근속년수에 따라 지급여부 및 지급액이 달라지는 근속수당, 부양가족과 상관없이 일률적인 기본금액으로 지급되는 가족수당, 출근일수에 대해서만 지급되는 식대 및 출퇴근수당, 기술수당 및 자격수당, 근무실적 및 경영성과에 따른 성과급 중 최소한도의 금액, 전년도의 근무실적에 따라 지급을 및 지급액이 정해져 당해연도에 지급되는 임금, 복리후생비로 규정 내지 노사관행으로 중도퇴직자에게 근무일수에 비례하여 지급되는 임금 등을 포함하여 시간급 통상임금을 재산정하고 이전 3년분 및 향후의 각종 법정수당을 요구함.
- 변동성과급에 대하여는 대부분의 사업장에서 전체를 통상임금에서 제외하고 있으므로, 그 중 최소한도로 지급되는 금액에 대하여 통상임금에 포함시킬 것으로 요구해야 함.

다. 복리후생비에 대한 기존 법리 후퇴에 대한 대응

■ 문제점

- 대법원 전원합의체는 1년에 1회 지급되는 복리후생비에 대하여 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 경우 그 특정 시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이므로, '소정근로'에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정 시

점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것이라고 하였음.

- 판결은 '소정근로의 대가'를 '소정근로시간에 비례하는 대가'의 의미로 부당하게 축소하였음. 종전 임금 2분설에 따른 대법원 판결에서는 임금을 교환적 성격을 가진 부분과 생활보장적 성격을 가진 부분으로 구분하고, 그 중 전자의 교환적 성격을 가진 임금이 통상임에 해당한다는 것을 의미하였는데, 대법원 94다26721 전원합의체 판결(임금) 이후 임금일체설의 입장에서는 이러한 구분에 따라 통상임금을 정하는 것은 아무런 의미가 없게 되었음. 그리하여 대법원은 근로기준법 시행령 제6조 제1항의 문언에 충실하게, '소정 근로 또는 총 근로에 대하여' 근로자에게 지급되는 금품으로 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 모두 통상임금에 해당한다고 하면 충분하고, 소정 근로시간의 근로에 대하여 직접 또는 비례하여 지급되는 것이 아니라는 이유로 통상임금에서 제외할 수 없다는 것이 판례임(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결). 이번 전원합의체 판결은 위 대법원 판결을 폐기한 바 없음에도 불구하고 소정근로 대가성을 부당하게 축소해석하였음.

- 복리후생비 항목의 임금에 대하여 고정성이 없다고 판단한 것도 납득할 수 없음. 대법원은 통상임금의 기준임금으로서의 기능에서 고정성 요건을 도출하고 있으나, 판례에서의 고정성의 의미는 어디까지나 근로기준법상 통상임금의 기능과 필요성에 터 잡아 그 본뜻이 이해되어야 함.

- 통상임금은 통상적이지 않은 근로(시간외·연장·야간근로)에 대한 대가를 산정하는 기준으로 근로기준법상의 통상적인 근로(법내, 주간, 평일근로)에 대하여 지급받기로 미리 정해 놓은 임금이므로, 통상임금에서의 '고정성'은 통상근로에 대하여 지급받기로 미리 정해져 있다고 볼 수 있는지, 아니면 통상근로를 하더라도 지급여부 및 지급액이 미리 정해져 있지 않고 사용자의 재량 등에 의해 유동적인지 여부를 기준으로 보아야 함.

- 통상적인 근로에 대한 노동가치의 반영이라는 통상임금의 기능과 사전적·평가적 개념으로서의 통상임금의 특성을 고려하면, 통상임금은 통상적인 모습으로 예정된 소정근로가 앞으로 제공될 것을 조건으로 미리 그 지급이 정해져 있는 임금이라면 그것은 통상임금에 해당한다고 보아야 함.

- 따라서 퇴직이라는 이례적인 상황에서 사용자가 퇴직전 근무시간에 비례하여 일할계

산하여 지급하는지 여부를 기준으로 통상임금의 고정성을 구분짓는 것은 통상임금의 기능과 필요성에 위반됨. 근로자가 퇴직이라고 하는 예외적인 사정없이 통상의 근무를 행하면 응당 지급될 것이라고 기대될 정도로 단체협약, 취업규칙 등으로 사전에 그 지급여부 및 지급액이 미리 예정되어 있다면, 그 명목의 임금은 고정적인 임금으로서 통상임금에 해당한다고 보아야 함.

■ 대응방안

- 통상임금에 대한 입법화 방안
- 지급일 전 퇴직시 일할계산 지급토록 요구하거나 기본급화하는 방안.
- 단체협약 등을 통해 이미 복리후생비 등을 통상임금에 포함하기로 합의한 경우, 사용자가 이번 판례를 이유로 그 적용을 거부하는 것은 근로기준법 위반임.

라. 퇴직시 정기상여금을 일할계산하지 않는 경우 통상임금 해당성 여부

- 1년에 1회 지급되는 복리후생비와 달리 격월 또는 분기별로 지급되는 정기상여금은 기본급과 유사할 정도의 기본임금의 성격을 가지고 있음. 격월로 기본급의 100%를 지급하는 것과 매월 기본급의 50%를 지급하는 것에 본질적인 차이가 없음.
- 전원합의체 판결은 “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.”라고 하였음.
- 정기상여금은 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나,

소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금이라고 볼 근거가 없음.

- 근로자가 사용자와 근로계약을 체결할 때 소정근로시간에 대한 근로와 더불어 그에 대한 대가로서 월 기본급 및 수당 포함해서 얼마의 금액과 정기상여금 년 몇 백%의 금액으로 하여 근로시간과 임금에 대한 근로계약을 체결하는 것이 노동현장에서의 관행임.
- 이번 대법원 판결의 취지를 일관한다면 일할지급 규정이나 관행이 없는 정기상여금의 경우에도 통상임금성이 부정될 가능성이 상당하나, 대법원은 전원합의체 판결에 대한 보도자료를 통해 ‘일반적인 정기상여금, 정기적인 지급이 확정되어 있는 정기상여금’의 경우 통상임금에 해당한다고 명확히 밝혔고, 또한 법리상으로도 논쟁의 여지가 있으므로 현재로서는 단언하기 어려운 측면이 있음.
- 한편, 규정자체에서 제직 중간자에게만 지급한다고 하여 퇴직자에 대한 일할지급을 하지 않다는 취지의 규정이 있는 경우와, 단순히 지급대상 요건으로 ‘제직중인자’라고만 기재되어 있고 달리 지급하지 않는다는 규정은 없지만 관행상 지급이 안 되었던 경우를 달리 볼 여지도 있음.

마. 수당의 지급률 내지 지급액을 특정해야 함

- 전원합의체 판결은 김장보너스에 대하여 “회사는 김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의하여 지급한다.”라고 규정하고, 지급 직전 노사협의를 통해 지급액을 정한 것에 대하여, 지급액을 결정하기 위한 객관적인 기준 없이 단지 사후에 노사협의를 통해 그 지급액을 정하도록 한 경우라면 그 지급액이 사전에 확정되어 있다고 볼 수 없다고 보아 고정성을 부정하였음.
- 따라서 특정한 복리후생비에 대하여 노사협의를 할 경우에는 단순히 지급한다는 것을 넘어 지급률 내지 지급액을 특정해야 함.

바. 기타 논의사항