

최저임금법

I. 최저임금의 이해

최저임금제란 국가가 노사간의 임금결정과정에 개입하여 임금의 최저수준을 정하고, 사용자에게 이 수준 이상의 임금을 지급하도록 법으로 강제함으로써 저임금 근로자를 보호하는 제도이다. 최저임금은 각 9인씩의 노·사·공익 대표로 구성(총 27인)된 최저임금위원회에서 매년 8월 5일 까지 결정하고, 다음 연도 1월 1일부터 12월 31일까지 적용된다. 최저임금은 주로 저임금 근로자를 사용하는 중소기업 사업장에 많은 영향을 가져오며, 저임금 근로자인 경비원, 청소원, 외국인 노동자 등의 임금결정에 직접적인 결과를 가져온다. 다음은 이러한 최저임금제와 관련된 사업주의 의무를 설명하고자 한다.

II. 최저임금 적용범위

근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용된다.

- (1) 감액적용대상은 수습사용 중에 있는 자로서 수습사용 한달부터 3월이내인 자는 10% 감액 적용이 가능하다
- (2) 적용제외 대상은 1) 정신 또는 신체의 장애로 근로능력이 현저히 낮은 자로서 사용자가 노동부장관 인가를 받은 자, 2) 동거의 친족만을 사용하는 사업의 종사자, 가사사용인, 선원법의 적용을 받는 선원 및 선원을 사용하는 선박의 소유자

III. 최저임금과 관련 사업주 의무

1. 사용자의 주지의무

사용자는 최저임금이 고시되면 1) 최저임금액, 2) 최저임금에 산입하지 않는 임금의 범위, 3) 효력발생일 등에 관하여 근로자들이 쉽게 볼 수 있는 장소에 게시하거나 그 외의 적당한 방법으로 근로자에게 주지시켜야 한다.

2. 최저임금의 지급의무

사용자는 최저임금의 적용을 받는 근로자에 대하여 최저임금액 이상을 지급하여야 한다. 최저임금액에 미달하는 임금을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 이를 무효로 하며, 무효로 된 부분은 최저임금액과 동일한 임금을 지급하기로 한 것으로 간주된다.

3. 도급사업자의 연대책임

도급으로 사업을 행하는 경우 수급인이 도급인의 책임 있는 사유로 근로자에게 최저임금액에 미달하는 임금을 지급한 때에는 도급인은 해당 수급인과 연대하여 책임을 진다. 그 책임 있는 사유의 범위는 1) 도급인이 도급계약의 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위, 2) 도급인이 도급계약 기간 중 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위

4. 최저임금법 위반의 벌칙

(1) 3년 이하의 징역 또는 2천만 이하의 벌금

- 근로자에 대하여 최저임금액 이상의 임금을 지급하지 아니한 경우
- ‘최저임금법’에 의한 최저임금을 이유로 종전의 임금수준을 저하시키는 경우
- 근로시간 단축에 따른 임금보전을 행하지 않는 경우

(2) 100만원 이하의 과태료

- 노동부장관이 결정 고시한 최저임금액 등을 근로자에게 주지시키지 않은 경우

최저임금과 사업주의 의무

I. 문제의 소재

2017년 7월 18일, 최저임금심의위원회는 2018년 적용되는 최저임금을 시간급 7,530 원으로 결정하였고, 이를 월급으로 환산하면 주 40시간 근무시 1,573,770 원이 된다. 이는 전년도에 비해 16.4%가 인상된 것이며 최저임금 평균인상율의 두배에 해당되는 것으로, 우리나라의 중소기업에 미치는 영향이 대단히 충격적일 것이라 예상된다. 이에 대해 최저임금 발표 다음날 정부는 최저임금의 충격을 완화하고 중소기업을 지원하기 위해 평균인상율을 초과하는 부분의 추가 인건비에 대해 세금으로 보전해준다고 발표하였다. 그러나 현실적으로 정부의 지원금이 최저임금 준수의 법적 책임을 이행해야 하는 기업체에 얼마나 도움이 될지 미지수이다. 최저임금의 인상은 정규직과 비정규직의 임금수준 차이를 줄일 수 있는 가장 바람직한 방법이지만, 최저임금을 지급하기 어려운 중소기업이나 소규모 서비스업의 경우에 굉장히 큰 변화가 예상되고 있다.

우리나라의 현행 최저임금제도에 의하면 모든 사업장에서 업종이나 지역의 구분 없이 하나의 최저임금만 적용되고, 사용자는 최저임금액 이상 지급해야 할 의무를 진다.

아래에서는 최저임금에 대한 최저임금의 적용에서 사업주의 의무, 최저임금의 위반여부 판단기준, 최저임금의 시간급 계산을 살펴보고, 구체적 최저임금 적용 사례를 살펴보고자 한다.

II. 최저임금의 적용

1. 사업주의 의무

최저임금은 근로자에 대하여 임금의 최저수준을 보장하는 제도이므로 사용자는 최저임금액 이상을 지급하여야 하고, 최저임금액에 미달하는 임금을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분에 있어 최저임금액과의 차액의 임금을 추가적으로 지급하여야 한다. 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(최임법 제 6조, 28조). 또한 사용자는 최저임금이 고시되면 최저임금액, 최저임금에 산입하지 않는 임금의 범위, 효력발생일 등에 관하여 근로자들이 쉽게 볼 수 있는 장소에 게시하거나 그 외의

적당한 방법으로 근로자에게 주지시켜야 한다. 이를 위반한 경우 100 만원 이하의 과태료를 부과된다(최임법 제 11 조, 31 조). 최저임금의 적용에 예외는 ① 수습기간 중에 있는 자로서 수습 사용한 날부터 3 개월 이내인 자(단, 1 년 미만 기간 근로계약은 제외)와 ② 고용노동부장관의 승인을 받은 감시 또는 단속적 근로에 종사 하는 자이다.¹

2. 최저임금의 위반여부 판단기준

사업장에서 지급하는 임금이 최저임금 위반인지 여부를 판단하기 위해서는 ①월 단위로 지급받는 임금에서 최저임금에 포함되는 임금 총액을, ②월 소정근로시간으로 나누어 시간당 임금으로 환산해, ③고시된 최저임금과 비교하여야 한다.²

최저임금 산정 시 포함되는 임금 범위는 ①단체협약·취업규칙 또는 근로계약에 임금항목으로서 지급근거가 명시되어 있거나 관례에 따라 지급하는 임금 또는 수당 ②미리 정해진 지급조건과 지급률에 따라 소정근로에 대하여 매월 1 회 이상 정기적·일률적으로 지급하는 임금 또는 수당이다(최임법 시행규칙 제 2 조 별표 2).

최저임금에 산입되지 않는 임금의 범위(최임법 시행규칙 제 2 조 별표 1)는 다음과 같다.

- (1) 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금:
 - ① 1월을 초과하는 기간의 출근성적에 의하여 지급하는 정근수당,
 - ② 1월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급하는 근속수당,
 - ③ 1월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 의하여 산정하는 장려수당, 능률수당 또는 상여금,
 - ④ 기타 결혼수당, 월동수당, 김장수당, 체력단련비 등 임시 또는 돌발적인 사유에 따라 지급하거나, 지급조건이 사전에 정하여진 경우에도 그 사유 발생일이 확정되지 아니하거나 불규칙적인 임금·수당이 이에 해당된다.
- (2) 소정의 근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금외의 임금:
 - ① 연·월차휴가 근로수당, 유급휴가 근로수당, 유급휴일 근로수당,
 - ② 연장시간 근로, 휴일근로에 대한 임금 및 가산임금,
 - ③ 야간근로에 대한 가산임금,
 - ④ 일·숙직수당,
 - ⑤ 기타 명칭여하에 관계없이 소정근로에 대하여 지급하는 임금이라고 인정할

¹ 고용노동부승인을 받지 않은 감시단속적 근로자에 대하여는 최저임금법 제5조제1항에 따른 최저임금액이 적용된다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다38695 판결)

² 대법원 2007. 6. 29. 선고 2004다48836판결 (최저임금 계산)

수 없는 임금이 이에 해당된다.

(3) 기타 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 아니한 임금: 가족수당, 급식수당, 주택수당, 통근수당 등 근로자의 생활을 보조하는 수당 또는 식사, 기숙사, 주택제공, 통근차 운행 등 현물이나 이와 유사한 형태로 지급되는 급여 등 근로자의 복리후생을 위한 성질의 것이 이에 해당된다.

3. 최저임금 시간급 계산

최저임금액은 시간·일(日)·주(週) 또는 월(月)을 단위로 하여 정한다. 이 경우 일·주 또는 월을 단위로 하여 최저임금액을 정할 때에는 시간급으로도 표시하여야 한다. 월(月) 단위로 정해진 임금은 그 금액을 1개월의 소정근로시간 수로 나눈 금액으로 한다. 월 임금의 최저임금을 계산하기 위해서는 월 단위의 최저임금에 포함되는 임금을 1개월의 소정근로시간 수로 나눈 금액이 시간급 최저임금이 된다(최임법 제5조, 시행령 제5조). 1개월의 소정근로시간은 유급주휴수당(근기법 제55조)과 단체협약 등에서 유급으로 처리된 유급수당도 포함한다. 관련한 판례와 행정해석은 다음과 같다.

(1) 판례

1개월의 소정근로시간 수에 대해 판례는 “최저임금법 시행령 제5조는 주 단위 또는 월 단위로 지급된 임금에 대하여 ‘1주 또는 월의 소정근로시간 수’로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 하도록 규정하고 있는바, 주급제 혹은 월급제에서 지급되는 유급휴일에 대한 임금인 이른바 주휴수당은 소정의 근로에 대해 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금이라 할 것이어서 비교대상 임금을 산정함에 있어 주휴수당을 가산하여야 한다”고 판시하고 있다.³ 이 경우 주40시간의 경우 주휴수당을 포함하여 월의 소정근로시간은 209시간이 된다.

(2) 행정해석

최저임금의 적용을 위한 임금의 환산방법에 대하여 「최저임금법」 제5조의2 및 같은 법 시행령 제5조의 규정에 의하면 월 단위로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1월의 소정근로시간수로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 환산하고 있다. 1주 40시간제를 실시하는 사업장에서 당초 근로제공 의무가 없는 ‘토요일의 8시간을 유급처리하는 경우’에 최저임금 적용을 위한 1월의 환산 근로시간수는 매주 유급처리되는 8시간을 합하여 월 243시간[40시간+8시간(토요일

³ 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다64245 판결 (최저임금 관련 사건)

유급처리분) + 8시간 (유급 주휴)} × 365/7 ÷ 12 ≒ 243시간]을 적용한다.⁴

III. 구체적 최저임금 적용 사례

1. 교통비/중식대/분기성과급/식대(식비) 및 차량관리비

(1) 근로자의 복리후생을 위한 성질의 금품은 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금에 해당되므로 근로자의 복리후생을 위한 교통비, 중식대 또는 분기성과급은 최저임금 산입을 위한 임금에 포함되지 않는다.⁵

(2) “식비(식대)”는 단체협약 및 취업규칙에 따라 전 근로자에게 매월 정기적·일률적으로 지급하면서 취업규칙에서 통상임금으로 포함하기로 정하였다 하더라도 이는 근로자의 생활을 간접적으로 보조하기 위한 복리후생적 성질의 임금으로 보아 최저임금의 적용을 위한 임금에 산입하지 아니하는 임금이다. 그러나 “차량관리비”는 운전근로자에 한하여 미리 정하여진 지급조건에 따라 일률적으로 매월 1회 이상 정기적으로 지급하고 있다면 이는 특정 업무 종사자에 대한 직무수당 또는 운행수당 등의 성격으로 이해되므로 최저임금 산입을 위한 임금에 포함된다.⁶

2. 상여금 및 판매수당(생산고)

(1) 1년 단위 산정 상여금, 정기상여금

상여금의 산정기간이 연간 단위로 계산하여 월로 분할하여 균등하게 지급되는 경우에는 최저임금에 포함되지 않지만, 산정기간이 월 단위인 경우에는 최저임금에 포함된다. 단체협약에 근거하여 1년을 단위로 산정되어 근로자 모두에게 매월 정기적·일률적으로 지급되는 상여금은 「최저임금법」 제6조에 따른 최저임금에 산입하지 아니하는 임금에 포함된다. “1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 상여금”을 최저임금에 산입하지 아니하는 임금으로 규정함으로써, 상여금의 “지급주기”가 아닌 상여금의 “산정기간”을 최저임금 산입 여부의 기준으로 하고 있다. 즉, 매월 일률적으로 지급되는 상여금이라 할지라도 상여금이 1년을 단위로 산정됨으로써 상여금 산정기간이 1개월을 초과하는 것인 경우에는 그 상여금은 같은 법 시행규칙 별표 1에서 규정하고 있는 최저임금에 산입하지

⁴ 행정해석 임금정책과-3074 (2004. 8. 21); 2009. 12. 28. 근로기준과-5970.

⁵ 행정해석 2003.10.16. 임금68200-828, 2003.9.27. 임금68200-764; 2004.9.22. 임금정책과-3545.

⁶ 행정해석 2010. 12. 15. 임금복지과-2356

아니하는 임금에 해당한다.⁷

연간 단위로 정하는 등(연 800%) 1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정하여 매월 분할 지급하는 것이라면 최저임금 산입범위에 포함되지 않는다.⁸

(2) 판매수당(실적에 의한 수당)

영업사원의 판매실적에 따라 매월 금액이 달라지는 판매수당은 「최저임금법 시행령」 제5조제2항에서 정하고 있는 생산고에 따른 임금에 해당된다 할 것이므로 「최저임금법」 제5조의2 및 「최저임금법 시행령」 제5조제3항에 의거 당해 월 총근로시간수로 나눈 금액과 월 기본급을 월 소정근로시간수로 나눈 금액을 합산한 후 당해 연도 최저임금과 비교하여 위반 여부를 판단해야 한다.⁹

헬스 트레이너가 회원별 개인수업(PT) 업무를 맡아 수행할 경우 미리 정하여진 지급조건과 지급률에 따라 추가적으로 수업료를 지급받고 있다면 이는 최저임금에 산입되는 생산고 임금에 해당된다고 볼 수 있으므로, 수업료는 총 근로시간으로 나눠 시간당 임금으로 환산한 뒤, 기본급 등 월단위로 정하여진 임금을 소정근로시간(유급으로 지급되는 주휴수당 등 포함)으로 나누어 환산한 시간당 임금과 합산하여 시간급 최저임금 미달 여부를 판단하여 한다.¹⁰

3. 복리후생 수당

(1) 근로자의 생활을 보조하는 수당 등 복리후생을 위한 금품에 해당하는 처우개선비는 최저임금에 산입하지 않는 임금으로 봄이 타당하다.¹¹

(2) "복지수당"이 비록 통상임금에 포함되어 지급되고 있다 하더라도 단체협약 등에 명백하게 생계비보조 또는 복리후생적인 성격의 수당임을 명시하고 있다고 한다면 이는 최저임금법시행규칙 제2조 별표 1에서 규정하고 있는 복리후생적인 수당으로 보아 최저임금의 적용을 위한 임금에 산입하지 아니하는 임금으로 보아야 한다.¹²

⁷ 행정해석 2015. 9. 30. 법제처 15-0501

⁸ 행정해석 2015. 12. 14. 근로기준정책과-6817; 2012. 6. 4. 근로개선정책과 - 2901;

⁹ 행정해석 2004.2.14. 임금정책과-501; 1990.4.3. 임금32240-4770; 2005. 10. 2. 임금정책과-801; 2003. 6. 20, 임금 68200-471

¹⁰ 행정해석 2015.10.2.). 근로기준정책과-4782)

¹¹ 행정해석, 2014. 2. 7. 근로개선정책과-659

¹² 행정해석 1989. 5. 17. 임금 32240-7146

4. 통상임금과의 차이¹³

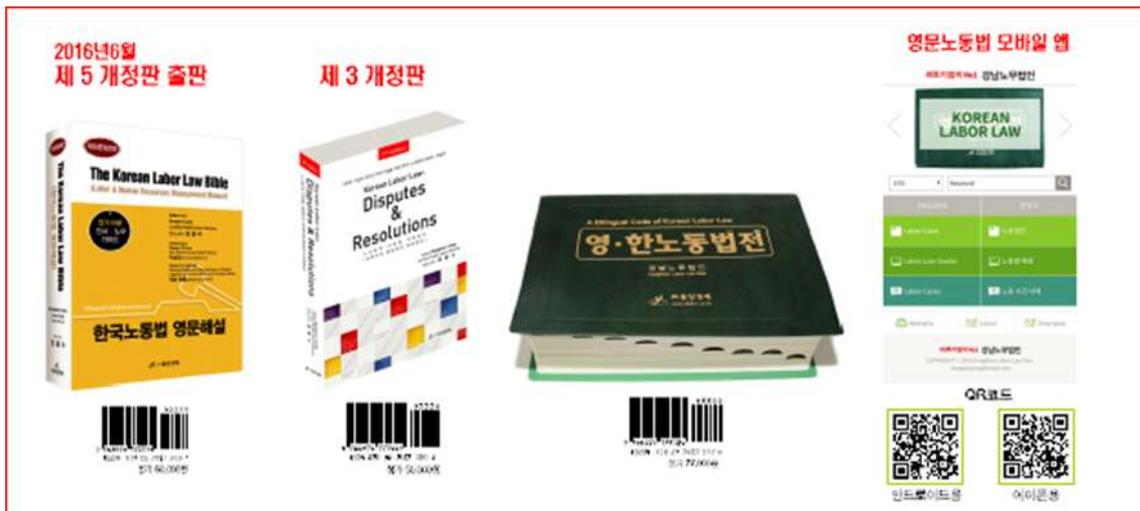
구분	통상임금	최저임금
목적	근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다(근기법 시행령 제6조).	근로자에 대하여 임금의 최저 수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상을 꾀함을 목적으로 한다(최임법 제1조).
계산방법	시간급으로 계산 (월 통상임금 ÷ 월 소정근로시간)	시간급으로 계산 (월 최저임금 ÷ 월 소정근로시간)
법적강제 여부	법적강제 없음	법적 강제 및 위반시 무효
사용용도	사전적 임금으로 유급수당 계산근거	사후적 임금으로 근로자의 생활보장
(i) 정기식대	통상임금 포함	최저임금 미포함
(ii) 성과급	1)고정상여금은 통상임금에 포함 2)성과상여금은 최저한도로 보장되는 한도 내에서 통상임금 인정 3)판매수당 미포함	1)연단위 산정하여 매월 지급하는 상여금 제외됨. 2)매월 산정단위 상여금 최저임금 포함, 3)매월 단위 성과상여금 최저임금 포함 4) 생산고(판매수당)에 따른 임금 포함
(iii)복지수당	정기적 일률적 고정적 복지수당 포함	복지수당 미포함

¹³ 대법원 2007.01.11. 선고 2006다64245 판결; 행정해석 2006. 6. 29, 임금근로시간정책팀-1539; 2006. 12. 20. 임금근로시간정책팀-3848

VI. 결론

이번 2018년 최저임금 인상이 2013년 12월에 있었던 통상임금 확대 판례¹⁴와 아울러 기업체의 임금구조상 상당한 영향을 끼치고 있다. 특히 자동차 산업의 생산직 근로자의 경우 월 소정근로시간을 243시간으로 하고 있고, 상여금 제도를 통해 기본급을 낮추어 연장, 야간, 휴일근로수당을 낮게 하여 오랜 동안 장시간 근로를 유지하고 있었지만, 통상임금 확대 판례와 이번 최저임금 인상으로 인해 상당한 타격을 입게 되었다.

이번 최저임금 인상을 통해 세가지가 기대된다. 첫째, 현행 임금구조를 단순화시키는 계기가 될 것이다. 최저임금 범위에 산입되는 기본급, 성과상여금, 법정수당으로 임금구조가 재편될 가능성이 크다. 둘째, 급격한 임금상승으로 장시간근로가 줄고, 새로운 고용창출로 이어질 수 있다. 셋째, 정규직과 비정규직의 근로조건에 있어 양극화를 극복할 수 있는 계기가 될 것이다. 이번 최저임금의 인상을 통해 중소기업에 있어 경영상 부담감을 주는 것에 못지 않게 긍정적 효과도 있기를 기대해 본다.



¹⁴ 대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012다89399 판결

외국인근로자의 활용과 인권보호

I. 문제의 소재

2016년 12월 현재, 우리나라에 체류하는 외국인은 204만 명이고, 그 중 국내에서 고용관계를 맺는 외국인은 132만 명이다. 전문외국인력 4.8만 명(3.7%), 단순기능근로자(선원포함) 29.4만 명(22.2%), 동포근로자 77.5만 명(58.5%), 불법체류자 20.8만 명(15.8%)이다.¹⁵

전문외국인력(E-1~E-7)은 출입국관리법에 따라 고용허가제 형태로 관리되고 있지만 고용상 구직비자(D-10) 등을 통해 장기 체류가 가능하다. 단순기능 외국인근로자(E-9)는 고용허가제의 단기순환제와 정주금지원칙에 따라 엄격히 관리되면서 인권적 침해가 많이 발생하고 있다. 동포근로자의 경우에는 방문취업비자를 가진 중국과 구 소련지역 동포근로자(H-2)와 선진국 출신의 재외동포(F-4)로 구분된다. 방문취업 동포(H-2)는 5년 체류기간 한도로 노동허가제로 관리되어 자유로운 취업활동이 가능하고, 재외동포(F-4)는 체류기간에 제한 없이 계속 체류하며 취업할 수 있다.

현재 단순기능 외국인근로자와 전문외국인력은 고용허가제를 사용하고, 동포근로자는 노동허가제를 사용하고 있다. 고용허가제는 사용자와 고용계약을 전제로 체류할 수 있기 때문에 체류상 신분이 불안하고, 인권 침해가 많이 발생한다. 이에 반해 노동허가제는 노동허가기간 동안 해당업종에 자유롭게 취업하고 직장을 이동할 수 있다. 2004년 8월부터 단순기능 외국인근로자(이하 “외국인근로자”)를 고용허가제로 공급함으로써 우리나라의 중소제조업의 3D 업종, 농축산 및 어업, 건설업 등의 인력부족을 외국인근로자로 대체하면서 상당한 긍정적 효과를 가져온 것이 사실이다. 하지만, 사용자의 편의 위주로 고용허가제를 활용하고 발전시키면서, 외국인근로자의 인권에 대한 보호가 극히 미흡한 상태이다. 특히 미등록 외국인근로자가 대부분 단순기능 외국인근로자이기 때문에 현재의 고용허가제에 대한 보완이 절실히 요구되고 있다.

¹⁵ 법무부, “출입국 외국인정책 통계월보”, 2016년 12월호, 3면.

인원(비율)	(i)단순기능근로자		(ii)동포근로자				(iii)전문인력	(iv)불법체류자
	비전문(E-9)	선원취업(E-10)	방문취업(H-2)	재외동포(F-4)	영주(F-5)	방문동거(F-1,2)	교수등(E-1~E-7)	
279,187	15,312	254,950	372,533	86,549	61,683			
1,327,519	294,499 (22%)		775,715 (59%)				48,334(4%)	208,971(16%)

II. 고용허가제

우리나라가 외국인근로자를 도입하게 된 것은 1993년 11월 산업연수생제도를 도입하면서부터다. 산업연수생제도하에서 정부는 외국인근로자를 근로자가 아닌 연수생 신분으로 파악하여 근로기준법의 일부 조항만 적용하였고, 외국인근로자의 관리를 노동관청이 아닌 민간업체에 맡김으로써 송출비리가 끊임없이 발생하였다. 특히 연수생의 80%가 체류기간 만료 후 본국으로 돌아가지 않고 불법체류함으로써 심각한 사회문제가 되었고, 강제근로와 인권침해가 많이 발생하였다. 이러한 심각한 문제를 해결하는 대안으로 고용허가제가 도입되었다.

고용허가제는 2003. 8. 16. 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 “외국인고용법”)이 제정되어, 2004. 8. 17. 시행되었고, 산업연수생제도는 고용허가제와 병행하여 실시되다가 2007. 1. 1. 폐지되었다. 고용허가제를 도입하면서 상당수의 불법체류 외국인근로자를 양성화하여 제도권 내로 끌어들이고, 외국인의 송출과정을 국가가 직접 관리함으로써 송출비리를 차단하였으며, 불법체류를 상당히 줄이는데 성공하였다. 무엇보다 외국인근로자를 노동법으로 관리함으로써 외국인근로자의 처우를 많이 개선하였다. 그럼에도 불구하고 외국인고용법의 입법목적은 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하는 것이기 때문에 외국인근로자들의 인권은 구체적 보호 대상이 되지 못하고 있다. 우리나라에 장기간 거주하는 외국인근로자는 거주자이자 인간으로서 가지는 존엄과 가치가 보장되어야 한다. 그러나 고용허가제는 사용자의 편의와 이익을 위해 외국인근로자의 종속성만 강화되었지, 실질적으로 장기 거주자 임에도 불구하고 직업선택의 자유, 가족결합의 자유, 균등처우, 노동법적 권리구제, 사회보험 등에 있어 제한을 받고 있어 인권 침해가 심각하다.

III. 사업주를 위한 제도개선 내용

1. 근로계약 구속기간이 연장되었다.

제정 당시 외국인고용법 제 9 조 제 3 항에 “근로계약기간은 1년을 초과하지 못한다”라고 규정되어 있었으나, 2009. 10. 9. 법률을 개정하면서 근로계약 기간이 3년으로 확대되었다. 즉 사업주가 3년의 계약기간을 설정하면서 외국인근로자가 3년간 특정 사업장에 구속되게 되었다.

2. 사업장 이동의 자유가 없다.

외국인고용법은 외국인근로자가 근로계약 종결이나 사용자의 귀책사유가 아닌 경우 타 사업장으로 이전할 수 없다. 직접적인 구속으로 ① 사업장 변경 사유, ② 횡수, ③ 업종과 ④ 근무처 변경허가 기간을 제한하고 있다. 간접적인 구속으로는 사업장 변경을 하지 않은 경우 장기체류 혜택을 부여하는 것이다. 외국인근로자가 5년 동안 타 사업장으로 이동 없이 계속 근무하는 경우에는 외국인근로자가 최대 4년 10개월을 추가적으로 근로할 수 있도록 성실근로자 재입국제도를 도입한 것이다.

- ① 사업장 변경 사유제한: 외국인고용법 제25조 제1항에서 첫째, 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우; 둘째, 휴업, 폐업, 고용허가의 취소, 고용의 제한, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정된 경우에 한하여 사업장 변경이 가능하다.
- ② 횡수제한: 외국인고용법 제25조 제4항에 의하면 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 3년간 3회를 초과할 수 없으며, 연장된 2년 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다.
- ③ 업종제한: 현행 외국인 고용허가제에 의하여 입국한 일반 외국인근로자는 원칙적으로 업종간 이동은 제한되고 있다. 다만, 예외적으로 외국인구직자가 부족한 농축산 및 어업, 건설업의 원활한 인력수급을 위하여 당초 제조업에 취업한 외국인근로자가 농축산 및 어업, 건설업 등으로 업종을 변경하고자 하는 경우에는 이동이 가능하다.
- ④ 근무처 변경허가 기간 제한: 외국인고용법 제25조 제3항에서는 “사업장으로의 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업장으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다”고 규정하고 있다.

3. 사업장 선택을 제한한다.

외국인고용법 제정 당시에는 외국인근로자가 사업장을 변경할 경우 고용센터에서 구인 사업주 명단을 제공하여 외국인근로자가 원하는 사업장을 선택하였으나, 2012. 8. 「외국인근로자 사업장변경 개선 지침」으로 인해 고용센터에서 제공된 복수의 지정 사업장 중에서만 선택을 할 수 있게 되면서 외국인근로자의 사업장 선택권이 제한 받게 되었다. 구직신청을 하고 고용센터에서 제공한 사업장을 선택하지 않을

경우 체류가 가능한 3 개월의 구직기간을 초과해서 출국해야 하기 때문에 사업장에 대해 자세히 알지 못하고 선택하게 된다(외국인고용법 제 25 조 제 3 항).

4. 퇴직금을 출국만기 보험으로 대체한다.

단순기능 외국인근로자의 불법체류를 예방하고자 사업주는 퇴직금에 갈음하여 매월 통상임금의 8.3%를 외부의 금융기관에 예치하여야 하고, 근로자는 해당 사업장을 이동하더라도 퇴직금을 수령하지 못하고, 출국할 경우에 한해 공항의 출국장에서 퇴직금을 수령할 수 있다(외국인고용법 제 13 조). 이는 근로기준법 제 36 조(금품청산)에 의해 퇴직일로부터 14 일 이내에 지급하여야 함에도 불구하고 그 예외를 둔 것으로 외국인고용법의 특례라고 할 수 있고, 이에 대해 헌법재판소는 불법체류를 방지하기 위한 조치로 인정하여 합헌으로 결정하였다.¹⁶

III. 인권보호에 대한 개선 요구

1. 사업장 이동의 자유 보장

고용허가제는 중소기업의 부족한 노동력을 외국인근로자로 대체하기 위해 마련된 외국인근로자 고용제도이다. 철저히 외국인근로자를 활용하기 위해 만들어졌기 때문에 외국인근로자들의 권리는 제한된다. 그러나 외국인근로자가 장기간 체류하였음에도 불구하고 사업장 선택권이 박탈되는 것은 인권 침해라고 할 수 있다. 외국인근로자가 외국인고용법 제 25 조 제 4 항은 사업장이동을 원칙적으로 3 회 이내로 제한하고 있어 외국인의 근로권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등을 침해하였다고 제기한 헌법소원에서 헌법재판소는, “외국인도 헌법상 기본권인 직업선택의 자유를 가지고, 현행 규정은 입법 취지를 고려할 때 전면 제한하는 것이 아니기 때문에 위헌이 아니다”라는 결정을 하였다.¹⁷ 이에 대한 반대의견은 “외국인이라 하더라도, 대한민국이 정한 절차에 따라 고용허가를 받고 적법하게 입국하여 상당한 기간 동안 대한민국 내에서 거주하며 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 중이라면, 적어도 그가 대한민국에 적법하게 체류하는 기간 동안에는 인간의 존엄과 가치를 인정받으며 그 생계를 유지하고 생활관계를 계속할 수 있는 수단을 선택할 자유를 보장해 줄 필요가 있으므로, 청구인들에게 직장 선택의 자유가 인정되며, 이 사건 시행령조항은 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구들의 직장 선택의 자유를 침해한다”고 보았다. 한편,

¹⁶ 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정 (출국만기보험 위헌여부)

¹⁷ 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230, 352(병합) 결정(직업선택의 자유)

사업장변경과 관련하여 UN 의 “외국인근로자 권리협약” 제 52 조 제 3 항에서는 취업 후 2 년이 경과하면 직장선택의 자유를 주어야 한다고 명시하고 있다.

2. 미등록 외국인근로자 합법화

현재 우리나라에서는 미등록 외국인근로자가 20 만명 이상 체류하고 있으며, 이는 대부분 단순기능 외국인근로자가 체류기간이 만료되었음에도 출국하지 않아서 발생한 경우이다. 미등록 외국인근로자는 임금체불, 산업재해, 사회보험 비적용 등의 인권 침해를 당하고 있다. 사실상 시장 수요가 있기 때문에 계속해서 체류가 가능하고, 취약한 중소기업 사업장이나 건설공사, 농어촌 지역에서 근로를 제공하면서 적게는 5 년, 많게는 20 년 이상을 불법체류자로 살아오면서 각종 인권 침해를 당하고 있다. 이들의 양성화 조치를 통한 인권 차원의 보호조치가 필요하다.

3. 노동관계법, 사회보장법 적용

단순기능 외국인근로자가 해고된 경우 구직신청을 하고 타 사업장으로 이전할 수 있는 경우도 있지만, 사용자가 일방적으로 고용해지 신고를 고용센터에 한 경우, 구직신청 없이 고용 해지 후 1 개월을 초과하여 출국해야 하는 경우가 발생한다. 이 경우 외국인근로자가 부당해고 구제신청을 하여도 사업주가 고용센터에 고용해지를 신고하는 것을 행정상의 의무로 보고 해고로 인정하지 않는 경우가 많아 구제를 받기가 어렵다.¹⁸

외국인근로자에 대한 고용보험 가입여부는 의무사항이 아니므로 사실상 가입이 배제된다. 따라서 새로운 사업장으로 이직을 위한 구직기간 중에 실업급여의 혜택을 받을 수 없기 때문에 생계에 취약한 부분이 있다. 산재보험의 경우에도 농어촌 5 인 미만의 사업장의 경우에는 산재보험 가입대상이 되지 않으며, 사업주의 재해보상 능력이 부족하기 때문에 업무상 재해에 대한 제한이 따른다.

4. 실질적인 차별금지 실효성 보장

근로기준법 제 6 조의 균등처우 규정, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제 9 조의 차별대우의 금지, 외국인고용법 제 22 조의 차별금지 규정에 따라 국적과 인종에 따른 차별이 금지된다. 그러나 현실적으로는 외국인에 대한 출입국관리법의 체류자격에 의한 차별, 기간제근로자의 계약기간에 따른 차별, 한국어 활용정도에

¹⁸ 최홍엽, “외국인근로자 고용변동신고에 대한 쟁송 사례의 분석”, 「노동법논총」, 제35집, 한국비교노동법학회, 2015, 172면.

의한 차별 등이 정당한 차별로 인정되기 때문에¹⁹ 외국인근로자들이 차별로부터 구제받는 것이 쉽지 않다. 차별대우를 시정하기 위해 외국인과 내국인을 구별하지 않고, 단지 동일노동에 대한 동일임금의 원칙을 적용하여야 할 것이다.

5. 가족 동반 허용

외국인근로자가 5년간 체류한 후 추가적으로 ‘성실근로자 재입국제도’를 이용하여 추가적으로 더 근무하는 경우에도 가족 동반이 허용되지 않는다. 외국인도 헌법상 보장되는 인간으로서의 권리가 있으므로 5년 이상 장기 체류하는 경우에는 예외적으로 가족결합의 자유가 보장되어야 할 것이다.

IV. 결론

외국인근로자를 지속적으로 활용하기 위해서는 외국인근로자를 국내 근로자와 동일하게 대우하여야 한다. 이것이 노동법의 기본원칙임에도 불구하고 우리나라는 외국인근로자를 임금이나 근로조건에 있어 균등한 대우를 하지 않고 있다. 이에 대해 최의팔의 글을 인용하면서 외국인의 근로자에 대한 인권적 대우의 필요성을 인식하고자 한다.

“우리나라가 1970 년대에 독일에 광부와 간호원을 파견할 때의 경험을 잊어서는 안 될 것이다. 당시 한국과 독일은 엄청난 임금격차가 있었다. 그런데도 독일에서는 국가 대 국가 간의 쌍무협정으로 우리나라 노동자와 독일 노동자 간의 근로조건이 차이가 없게 정식 노동자로 도입하였다. 물론 생산성에 의한 차이가 있을 것인데, 이를 극복하기 위해서 이들은 독일 정부의 예산으로 2 개월간 어학연수를 한 후 현장에 우리나라 노동자를 투입하였다.”²⁰

¹⁹ 김형배, 「노동법」 24판, 박영사, 2015, 239면.

²⁰ 최의팔(서울외국인노동자 센터장), “현실을 직시하지 못한 고용허가제 도입 논란”, 「월간 복지동향」(56), 2003.6. 22면.

외국인근로자의 노동법적 권리 확대와 한계

I. 서론(문제제기)

우리나라는 1980 년 후반부터 급격한 인건비 상승과 중소기업 3D 업종의 인력난을 겪게 되었고, 이를 해결하기 위해 1993 년부터 산업연수생제도를 통해서 외국인근로자를 도입하게 되었다. 산업연수생은 노동법상 근로자로서의 법적 지위를 인정받기 어려웠고, 연수생 신분이기 때문에 노동법 중 일부 규정의 보호만 받았다. 또한, ‘산업연수생제도’를 정부가 아닌 민간기관이 맡아 관리하면서, 인권침해, 송출비리, 불법체류 등의 사회적 문제가 많이 발생하였고 정부에서는 이를 해결하고자 2003 년 8 월 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 ‘외국인고용법’)을 제정하여 고용허가제를 도입하였다. 고용허가제는 단순기능 외국인근로자(E-9 비자)와 방문취업 동포근로자(H-2 비자)를 대상으로 한다.

외국인고용법은 외국인근로자를 체계적으로 도입하고 관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다(제 1 조). 즉, 법의 취지는 열악한 중소기업의 3D 업종에 부족한 인력을 외국인으로 공급하기 위한 것이지, 외국인근로자를 노동법적으로 보호하려는 것은 아니다. 그러나 외국인이 국내에 들어와서 거주하며 근로를 통해 생활하는 이상 외국인은 우리나라의 거주민이 되는 것이고, 거주민은 헌법에 보장된 인간으로서의 권리를 보호 받아야 한다. 헌법상 보장된 인간의 권리는 헌법 제 32 조에 따른 근로권, 근로기준보호, 차별 금지, 제 33 조의 노동 3 권, 제 34 조의 사회보장을 포함한다. 아래에서는 외국인근로자의 도입 목적과 근로자로서의 외국인의 권리 보호 사이에 갈등과 제도개선 방안을 살펴보고자 한다.

II. 산업연수생의 근로자성 인정 (1991 - 2003)

2004 년 외국인고용법을 도입하기 전까지 외국인근로자는 근로자가 아닌 연수생 신분으로서 노동법의 적용을 제대로 받지 못하였다. 산업연수 체류자격으로 입국한 태국인 근로자가 불법취업 상태에서 근로를 제공하던 중 1992 년 12 월 10 일 사고를 당하여 산재요양을 신청한 사건에서, 대법원은 불법체류자도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자인 이상은 업무상 사고가 발생한 경우에 산재보험의 대상이 된다고 판결하였다.²¹ 이 사례는 불법체류자에 대한 산업재해를 인정한 최초 판결로, 이후 유사한 불법체류자의 산재사건에 있어 법원의

²¹ 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결(불법체류자에 대한 산업재해 인정)

판단기준을 제시하였다. 이 판결은 두 가지의 의미 있는 사실을 확인시켜 주었다. 첫째, “출입국관리법은 국내근로자의 고용을 보호하기 위하여 외국인의 불법체류를 단속하고 외국인의 취업자격을 규율하여 취업자격이 없는 외국인의 취업을 금지시키는 입법목적을 가지고 있다”고 판시하였다. 따라서 출입국관리법은 불법체류 외국인근로자가 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로자로서의 신분상 권리 등의 법률효과까지 금지시키지 못하는 단속법규라는 것이다. 둘째, 외국인근로자의 근로자성을 판단할 때, 형식적인 내용보다는 실질적인 기준을 가지고 불법체류 근로자에 대한 근로자성을 인정하였다.

이 대법원 판결 이후, 다른 대법원 판례에서도 불법체류자나 산업연수생의 산재처리나 퇴직금 등을 인정해주게 되었다.²²

III. 외국인근로자의 기본권 인정과 한계 (2004 – 2014)

이 시기에는 두 건의 중요한 헌법재판소 결정이 있었다. 바로 2007년 “노동부 예규 ‘외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’은 평등권을 침해한다”는 결정과 2011년 “외국인근로자도 직장선택의 자유를 가진다”는 결정이다.

1. 산업기술연수생제도의 위헌결정

1993년 11월 법무부는 외국인근로자 도입을 위해 산업연수생제도를 도입하였으나, 외국인근로자에 대한 노동법적 보호 부족으로 인권적 침해가 많았다. 이를 해결하고자, 1995년 2월 14일에 노동부는 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」인 노동부예규를 통해 산업연수생에 대하여 노동법의 일부 조항만을 적용하였다.²³ 외국인근로자는 이에 대해 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소는 산업연수생제도가 헌법 제 11조의 평등권을 위반하였다고 위헌결정을 내렸다.²⁴

이 결정에서 헌법재판소는 “외국인근로자는 모든 기본권을 무한정 가지는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 기본권을 가진다. … 근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있으며, 외국인근로자는 ‘일할 환경에 관한 권리’를 가지는

²² 대법원 1997. 8. 26. 선고 97다18875 판결(불법체류 외국인근로자도 퇴직금 적용)

대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결(산업기술연수생도 근로자인 이상 산재보험 인정)

²³ 구체적인 노동법 적용내용은 노동부예규 제8조(연수생의 보호)에서 연수생에게 ① 폭행 및 강제근로금지, ② 연수수당의 정기, 직접, 통화불 지급 및 금품청산, ③ 연수기간, 휴게 및 휴일, 시간외, 야간 및 휴일연수, ④ 최저임금 수준의 보장, ⑤ 산업안전보건의 확보, ⑥ 산업재해보상보험 혜택을 받는다고 명시하고 있다.

²⁴ 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정(산업연수생제도의 제도 위헌성 인정)

바, 이는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다”고 판시하고 있다.

또한, 헌법재판소는 “산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시 감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다고 하면서 이는 자의적인 차별”이라 판시하고 있다.

2. 직업선택의 자유

외국인근로자 5 명이 현 외국인고용법 제 25 조 제 4 항은 사업장이동을 원칙적으로 3 회 이내로 제한하고 있어 외국인의 근로권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등을 침해하였다고 헌법소원을 제기하였다. 이에 대해 헌법재판소는 외국인도 헌법상 기본권인 직업선택의 자유를 가지고, 현행 규정은 입법 취지를 고려할 때 전면 제한하는 것이 아니기 때문에 위헌이 아니라는 결정을 하였다.²⁵

우선, 헌법재판소는 외국인근로자도 인간으로서의 권리로서 기본권인 직업선택의 자유를 가진다고 명시하였다. 즉, 직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리라고 판시하였다.

헌법재판소는 “이 사건 법률조항(제 25 조 제 4 항)은 외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것이다. 이 사건 법률조항은 일정한 사유가 있는 경우에 외국인근로자에게 3 년의 체류기간 동안 3 회까지 사업장을 변경할 수 있도록 하고 대통령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 추가로 사업장변경이 가능하도록 하였기 때문에 직장선택의 자유를 침해하지 않았다”고 결정하였다. 이에 대하여 반대의견은 “외국인이라 하더라도, 대한민국이 정한 절차에 따라 고용허가를 받고 적법하게 입국하여 상당한 기간 동안 대한민국 내에서 거주하며 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 중이라면, 적어도 그가 대한민국에 적법하게 체류하는 기간 동안에는 인간의 존엄과 가치를 인정받으며 그 생계를 유지하고 생활관계를 계속할 수 있는 수단을 선택할 자유를 보장해 줄 필요가 있으므로, 청구인들에게 직장 선택의 자유가 인정되며, 이 사건 시행령 조항은 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해한다”고 하였다. 외국인근로자가 최초 3 년 동안 본인의 자유의사로

²⁵ 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230, 352(병합) 결정(직업선택의 자유)

직장변경을 할 수 없다는 점이 있고, 3년 근로계약 만료 후 구직활동을 하는 경우에도 외국인근로자에게는 자신이 근무할 사업장을 선택할 권한이 없다. 또한 사업주가 일방적으로 외국인근로자를 선택할 수 있도록 한 점을 고려하면 외국인근로자들에게는 실질적인 직장변경의 자유가 없다고 볼 수 있다. 사업장변경과 관련하여 UN 외국인근로자 권리협약 제 52 조 제 3 항에서는 취업 후 2년이 경과하면 직장선택의 자유를 주어야 한다고 권고하고 있다.

VI. 외국인근로자의 노동법 적용확대와 한계 (2015 - 2016)

이 시기에는 외국인근로자의 권리와 관련하여 중요한 대법원 전원합의체 판결과 헌법재판소의 결정이 있었다. 2015년에 대법원은 합의체판결에서 불법체류자의 단결권을 인정하였고, 2016년에 헌법재판소는 외국인근로자가 퇴직금에 갈음하여 출국만기보험을 강제하는 것에 대해 합헌이라고 결정하였다.

1. 불법체류자의 단결권 보장

2005년 4월 24일 서울, 경기, 인천 지역에 거주하는 외국인 근로자 91명은 ‘서울경기인천 이주노동자 노동조합’을 설립하고 서울지방노동청에 설립신고서를 제출하였다. 노동청은 조합원들의 명단에 불법체류자들이 주된 구성원으로 되어있어 이에 대해 보완을 요구하였고, 노동조합이 보완된 서류를 제출하지 않자 설립신고서를 반려하였다. 이주 노동조합은 설립신고서 거부처분이 위법하다고 소송을 제기하였다. 이에 서울행정법원은 이주노동조합의 설립신고서를 거부한 것은 합당한 것으로 판결하였다. 1심은 “불법체류 외국인은 출입국관리법상 취업이 엄격하게 금지되어 있으므로 이들이 근로조건의 유지, 개선과 지위향상을 도모할 법률상 지위에 있지 않아 노동법상의 근로자가 아니다”라고 보았다.²⁶ 그러나 서울고등법원은 이주노동조합의 설립신고서 반려는 위법하다는 판결을 하며 제 1심의 판결을 취소하였다. 2심은 “우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하면서 임금, 급여, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당된다”고 보았다.²⁷

대법원 전원합의체는 2심 판결을 유지하면서, “노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동 3권을

²⁶ 서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005 구합 18266 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 불인정)

²⁷ 서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006 누 6774 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 인정)

보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다. 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 상관없이 노동조합법상 근로자의 범위에 포함된다”고 판시하였다.²⁸

이에 대한 반대의견은 “노동조합법과는 달리 출입국관리 법령에서는 고용제한 규정을 두어 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고, 취업자격 없이 취업한 외국인을 강제퇴거 및 처벌의 대상으로 삼고 있다. 그 결과 외국인의 취업활동은 취업자격을 취득함으로써 비로소 취업활동이 법률적으로 가능하게 되고 취업자격 없는 외국인과의 근로관계는 정지되며 사용자는 언제든지 취업자격이 없음을 이유로 기왕의 근로계약을 해지할 수 있다. 취업자격 없는 외국인은 애당초 ‘정상적으로 취업하려는 근로자’에 해당할 수 없고 이미 취업한 사람조차도 근로계약의 존속을 보장받지 못할 뿐만 아니라, 노동조합법상의 근로자 개념에 포함된다 하여 취업자격을 자동으로 취득하거나 그의 국내 체류가 합법화되는 것도 아니다. 이런 상황에서 장차 근로관계가 성립 혹은 계속될 것을 전제로 사용자와의 단체교섭이나 단체협약의 체결을 통하여 근로조건을 유지·개선하려 하는 것 자체가 과연 가능한 일인지 의문이 아닐 수 없다”라고 판단하고 있다.²⁹

2. 출국만기보험

출국만기보험은 외국인근로자를 고용한 사용자가 퇴직금에 갈음하여 지정된 금융기관에 매달 8.3%의 임금을 적립하는 것으로 이들이 한국을 출국할 때 14 일 이내에 지급받는다. 국회는 2014 년 1 월 28 일 외국인근로자들이 근로계약기간이 만료되어 출국만기보험금을 수령하고도 본국으로 귀국하지 않아 불법체류자가 급증하고 있다는 이유로, 외국인고용법을 개정하여 출국만기보험금의 지급시기를 ‘피보험자등이 출국한 때로부터 14 일 이내’로 제한하는 내용을 추가하였다. 이에 대해 청구인들(외국인근로자)은 출국만기보험금의 지급시기를 출국 후 14 일 이내로 제한하고 있는 외국인고용법 제 13 조 제 3 항이 청구인들의 기본권을 침해한다고 헌법소원심판을 제기하였다.

헌법재판소는 “불법체류자는 임금체불이나 폭행 등 각종 범죄에 노출될 위험이 있고, 그 신분의 취약성으로 인해 강제 근로와 같은 인권침해의 우려가 높으며, 행정관청의 관리 감독의 사각지대에 놓이게 됨으로써 안전사고 등 각종 사회적 문제를 일으킬 가능성이 있다. 또한 단순기능직 외국인근로자의 불법체류를 통한

²⁸ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007 두 4995 합의체 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 인정)

²⁹ 박종희 교수도 불법체류자의 대한 같은 견해 표명: “이주노동자(불법체류자)들의 노동조합 설립신고서 반려처분에 관한 판례 연구”, 「노동연구」제 20 권, 고려대학교 노동문제연구소, 2010, 23 면.

국내 정주는 일반적으로 사회통합 비용을 증가시키고 국내 고용 상황에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이 사건 출국만기보험금이 근로자의 퇴직 후 생계 보호를 위한 퇴직금의 성격을 가진다고 하더라도 불법체류가 초래하는 여러 가지 문제를 고려할 때 불법체류 방지를 위해 그 지급시기를 출국과 연계시키는 것은 불가피하므로 심판대상조항이 청구인들의 근로의 권리를 침해하였다고 볼 수 없다”고 판시하였다.³⁰

이에 대해 반대의견은 “심판대상조항은 외국인근로자의 불법체류를 방지한다는 목적으로 퇴직금의 성질을 가진 출국만기보험금의 지급시기를 출국한 때부터 14 일 이내로 정하고 있는데, 이러한 입법목적은 기본적으로 출국만기보험금이 가진 퇴직금의 성질을 전혀 고려하지 않은 것으로서 그 정당성을 인정하기 어렵다. 근로관계가 종료된 후 퇴직금이 신속하게 지급되지 않는다면 퇴직근로자 및 그 가족의 생활은 곤경에 빠질 수밖에 없는데, 이러한 퇴직금의 성질을 가진 출국만기보험금의 지급시기를 무조건 출국과 연계하는 것은 퇴직금의 본질적 성격에 반하므로 심판대상조항은 청구인들의 근로의 권리를 침해한다”고 판단하였다.

V. 결론

우리나라에서 상시적으로 근로를 제공하는 외국인근로자는 내국인근로자와 동일한 대우를 받아야 한다. 그러나 현실에서 우리나라는 외국인고용법의 입법목적에 충실하다고 보나 외국인근로자에 대해 고용상 차별을 주고 있다. 앞서 본 헌법재판소의 결정과 대법원 판례의 경향을 보면 외국인근로자의 노동법적 권리가 많이 개선되고 있지만, 아직도 제도상 차별이 많이 남아 있다. 앞으로 외국인근로자를 우리나라의 상시적인 노동력으로 수용하기 위해서는 외국인을 내국인과 동일한 근로자이자 거주민으로서의 지위를 인정해주어야 할 것이다.

³⁰ 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정 (출국만기보험 위헌여부)

통상임금 관련 대법원 전원합의체 판결의 내용

I. 대법원 합의체 판결(2 개 통상임금 관련 사건)

1. 제 1 판결 임금사건 (대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012 다 89399 판결)

(1) 주요 사실관계:

피고회사는 상여금지급규칙에 따라, 이 사건 상여금을 짝수 달에 지급하되, 근속기간이 2 개월을 초과한 근로자에게는 전액을, 근속기간이 2 개월을 초과하지 않는 신규 입사자나 2 개월 이상 장기 휴직 후 복직한 자, 휴직자에 대하여는 상여금 지급대상기간 중 해당 구간에 따라 미리 정해 놓은 비율을 적용하여 산정한 금액을 각 지급하였다. 상여금 지급대상기간 중에 퇴직한 근로자에 대해서는 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하였다. 피고와 노동조합은 2008. 10. 8. 체결한 단체협약에서 통상임금에 산입될 임금의 범위를 정하면서, 이 사건 상여금이 근로기준법 소정의 통상임금에 해당하지 않는다는 전제하에 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외하였다.

(2) 이 사건의 쟁점:

- 1) 피고회사의 이 사건 상여금이 통상임금에 해당하는지 여부;
- 2) 노사가 이 사건 상여금을 통상임금 산정에서 제외하기로 합의하였음에도, 근로자인 원고가 그 합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구하는 것이 신의칙에 반하는지 여부

(3) 판결:

1) 이 사건 회사의 1 임금산정기간인 1 개월을 초과한 2 개월마다 지급되더라도 정기적으로 지급되었기 때문에 정기성 요건 충족한다. 또한 그 지급여부 및 지급액이 이미 모든 근로자에게 일률적으로 확정되어 있기 때문에 일률성과 고정성 인정된다. 근속기간에 따라 달리 지급되므로(2 개월 기준) 일률성이 없거나 사전에 확정되어 있지 않은 임금으로 오인할 수 있으나, 초과근로를 하는 시점(통상임금 산정이 필요한 시점)에서 볼 때, 해당 근로자가 2 개월의 근속기간을 채우고 있는지 여부는 이미 확정되어 있는 사실이고, 중간퇴직자에게도 근무일수에 비례하여 상여금을 지급하므로, 일률성과 고정성이 인정된다. 위에서 설명한 바와 같이, 휴직자에 대한 특별한 취급도 해당 개인의 특수한 사정을 고려한 것에 불과하므로, 통상임금성 인정에 장애사유가 되지 않는다. 따라서 이 사건 정기상여금은

통상임금에 해당한다.

2) 근로기준법이 정한 기준보다 낮은 임금 등 불리한 근로조건 계약은 무효(근로기준법 제 15 조 참조)이다. 따라서 법률상 통상임금에 해당하는 정기상여금 등의 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사가 합의하였다 하더라도 위 합의는 근로기준법에 위반되어 무효이다. 위와 같은 합의가 무효이므로, 법률상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금 산정에 포함시켜 다시 초과근로수당을 계산한 다음, 소급하여 이미 지급받은 것과의 차액을 추가임금으로 청구할 수 있는 것이 원칙이나, 정기상여금에 기초한 추가임금 청구는 신의칙에 의해 제한되는 경우가 있다. 통상임금 제외 합의가 아예 없었던 사업장의 경우에는 당연히 통상임금으로 산정되지 아니한 정기상여금 등을 포함시켜 계산한 차액을 추가임금으로 청구할 수 있다. 다만, 사용자가 소멸시효 항변을 할 경우 최종 3년분만 인정 가능하다.

2. 제 2 판결 임금사건 (대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012 다 94643 판결)

(1) 주요 사실관계 및 쟁점: 액수를 지급 직전 노사협의를 통해 정하기로 한 김장보너스의 통상임금 해당 여부. 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 한 것으로 볼 여지가 있는 설·추석 상여금, 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금, 개인연금지원금, 단체보험료 등의 통상임금 해당 여부

(2) 판결: 이 사건 회사의 설·추석 상여금, 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금, 개인연금지원금, 단체보험료 등은 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 한 것으로 볼 여지가 있음에도 불구하고, 이에 대한 추가심리 없이 이를 통상임금으로 인정한 원심은 심리가 미진하므로 파기한다.

II. 통상임금의 판단 기준

1. 통상임금의 개념 통상임금이란 근로계약에서 정한 근로를 제공하면 확정적으로 지급되는 임금이다. 명칭과 관계없이 통상임금의 법적인 요건을 갖추면 모두 통상임금에 해당한다. 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금, 해고예고수당 및 연차휴가수당 등을 산정하는 기준임금이 된다. 근로기준법상 초과근로수당은 통상임금에 50%를 가산한 150%이다.

2. 통상임금의 요건

(1) **통상임금의 개념적 징표와 요건:** 통상임금은 초과근로수당 산정 등을 위한 기초임금이므로, 근로자가 근로계약에 따른 정상적인 근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 금전적으로 평가한 것이어야 한다(소정근로의 대가). 따라서 근로계약에서 정한 근로가 아닌 특별한 근로를 제공하고 추가로 지급받은 임금은 통상임금이 아니다. 또한 근로자가 실제로 초과근로를 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 한다. 그래야만 실제 초과근로가 제공될 때 사전에 확정된 통상임금을 기초로 하여 가산임금을 곧바로 산정할 수 있기 때문이다. 통상임금의 요건 → 근로의 대가로서의 임금이 ①정기성, ②일률성, ③고정성을 모두 갖추고 있어야 통상임금에 해당한다.

(2) **정기성 요건:** 미리 정해진 일정한 기간마다 정기적으로 지급되는 임금이어야 한다. 어떤 임금이 1 개월을 초과하는 기간마다 지급이 되더라도, 일정한 기간마다 정기적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다.

[정기상여금의 경우] 보통 근로의 대가를 1 개월에 한 번씩 월급으로 받지만, 정기상여금은 월급과 달리 2 개월마다 지급하는 회사도 있고, 분기마다 지급하는 회사도 있고, 1 년마다 지급하는 회사도 있을 수 있다. 이처럼 상여금이 월급과는 달리 2 개월마다, 3 개월마다, 6 개월마다, 1 년마다 등으로 지급이 되더라도 정기적으로만 지급이 되면 정기성을 갖춘 것이다. 따라서 1 개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이 일반적인 정기상여금도 통상임금이 될 수 있다.

(3) **일률성 요건:** ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건이나 기준에 달한 모든 근로자’에게 일률적으로 지급되어야 통상임금이 될 수 있다. 모든 근로자에게 지급되는 것은 아니더라도 일정한 조건이나 기준에 달한 근로자들에게는 모두 지급되는 것이면 일률성이 인정된다. 따라서 여기서 ‘일정한 조건’이란 시시때때로 변동되지 않는 고정적인 조건이어야 한다. 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정한 임금의 지급이 제한되어 있더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려한 것일 뿐이므로, 정상적인 근로관계를 유지하고 있는 근로자에 대하여 그 해당 임금의 일률성이 부정되지는 아니한다. 즉 그 해당 임금이 통상임금이다.

통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이므로 ‘일정한 조건 또는 기준’은 ‘근로’와 관련된 조건이어야 한다. 따라서 ‘부양가족이 있는 근로자’에게만 지급되는 가족수당은 그 조건이 근로와 무관하므로 통상임금이 아니다. 다만, 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서, 실제로 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 ‘추가로’ 지급하는 경우, 그 기본금액은 모든 근로자에게

일률적으로 지급되는 근로의 대가와 같으므로 통상임금에 해당한다. 그러나 추가 지급되는 가족수당은 통상임금 아니다.

(4) **고정성 요건:** 초과근로를 제공할 당시에, 그 지급 여부가 업적, 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것이어야 고정성이 인정된다. 따라서 고정적인 임금이란, 명칭을 묻지 않고, 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음날 퇴직한다 하더라도 근로의 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금을 의미한다. 일반적인 정기상여금의 경우 이미 정기적인 지급이 확정되어 있기 때문에 고정성이 인정된다. 근로제공 이외에 추가적인 조건이 충족되어야 지급되는 임금이나, 그 충족 여부에 따라 지급액이 달라지는 임금 부분은 고정성이 없어 통상임금이 아니다. 여기서 ‘추가적인 조건’이란 ‘초과근무를 하는 시점에 성취 여부가 불분명한 조건’을 의미한다. 다만, 그 조건에 따라 달라지지 않는 부분만큼은 고정성이 있어 통상임금이 될 수 있음을 유의해야 한다. 실제 근무성적에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 성과급과 같은 임금이 고정성이 없어 통상임금이 될 수 없는 대표적인 경우이다. 다만, 이 경우에도 최소한도로 보장되는 부분만큼은 근무성적과 무관하게 누구나 받을 수 있는 고정적인 것이므로, 통상임금이다.

(5) **판단기준:** 야간, 휴일, 연장근무 등 초과근로수당 산정 등의 기준이 되는 통상임금이 되기 위해서는, 초과근무를 하는 시점에서 판단해 보았을 때, 근로계약에서 정한 근로의 대가로 지급될 어떤 항목의 임금이, 일정한 주기에 따라 정기적으로 지급이 되고(정기성), ‘모든 근로자’나 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준에 해당하는 모든 근로자’에게 일률적으로 지급이 되며(일률성), 그 지급 여부가 업적이거나 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 ‘사전에 이미 확정되어 있는 것’(고정성)이어야 하는데, 이러한 요건을 갖추면 그 명칭과 관계없이 통상임금에 해당한다.

III. 구체적인 적용

1. 근속기간에 따라 달라지는 임금(근속수당 등)

근속기간은 근로자의 숙련도와 밀접하게 관련되므로 일률성에 있어서 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준’에 해당하고 그 조건 또는 기준을 충족한 모든 근로자에게 지급되는 임금이므로 일률성이 인정된다. 초과근로를 하는 시점에서 보았을 때, 그 근로자의 근속기간이 얼마나 되는지는 이미 확정되어 있는 사실이지, 성취 여부가 불확실한 조건이 아니다. 따라서 고정성이 인정되므로 **통상임금이다.**

2. 근무일수에 따라 달라지는 임금

근로제공 이외에 일정 근무일수를 채워야 한다는 추가적인 조건 달성이 필요하므로, 초과근로를 제공하는 시점에서 확정할 수 없는 불확실한 조건에 해당하여 고정성이 없어 **통상임금이 아니다**. 즉 근로자가 그 근무일수를 다 채워서 지급되기 때문에 그에 해당하는 임금을 받을 수 있을지 여부가 불확실하다.

3. 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급되는 임금

근로와 무관하게 재직만이 지급 조건이므로 소정근로의 대가로 보기 어렵다. 초과근로를 제공하는 시점에서 보았을 때, 그 근로자가 그 특정시점에 재직하고 있을지 여부는 불확실하기 때문에 고정성이 없다. 그 특정시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하기 때문이다. 다만, 근로자가 특정시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금을 받을 수 있다면, ‘근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는’ 당연히 **통상임금이다**.

예컨대, 짝수 달마다 상여금을 지급하고, 이와 별도로 추석과 설날에 명절 상여금을 지급하기로 하였는데, 2 달마다 지급되는 상여금은 퇴직시에 일할계산하여 지급하기로 하였지만, 명절 상여금은 명절이 되기 전 퇴직한 사람에게는 지급하지 않기로 한 경우: 2 달마다 지급되는 상여금은 지급여부가 확정되어 있고 상여금 지급시점에 퇴직하더라도 근무일수에 비례하여 근무일수만큼을 지급하기 때문에 **통상임금이다**. 그러나 명절상여금은 명절 지급일 이전에 퇴직하면 전혀 지급받지 못하기 때문에 **통상임금이 아니다**.

4. 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는 임금 (기술수당, 자격수당, 면허수당 등)

특수한 기술이나 경력이라는 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준에 해당하는 모든 근로자’에게 일률적으로 지급이 되므로 일률성 요건이 충족된다. 근로자가 초과근로를 제공하는 시점에서 보았을 때, 해당 기술의 보유나 특정한 경력의 구비 여부가 이미 확정되어 있기 때문에 고정성이 인정된다. 따라서 **통상임금에 해당한다**.

5. 근무실적에 좌우되는 임금

성과급은 특정기간 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급여부나 지급액이 결정되는 임금이다. 초과근로를 제공하는 시점에서 근무실적에 대한 평가와 그에 따른 성과급 지급여부 및 지급액이 확정되어 있지 아니하다. 따라서 사전에 확정될 수 없는 사실을 조건으로 하기 때문에 고정성이 인정되지 않아 **통상임금이 아니다**. 다만, 근무실적에서 최하등급을 받더라도 최소한의 일정액은 보장되는 경우라면, 그 최소한도의 금액만큼은 받는 것이 확정되어 있기 때문에 고정적인 임금으로서 **통상임금에 해당한다**. 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 성과급의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우에는, 초과 근무를 제공하는 시점인 당해 연도에는 그 성과급의 지급 여부나 지급액수가 확정되어 있으므로 고정성이 있어 통상임금에 해당한다. 단, 전년도에 지급해야 할 것을 그 지급시기만 늦춘 것에 불과한 것일 경우에는 일반적인 성과급과 마찬가지로, 고정성이 없어 **통상임금이 아니다**.

[구체적인 사례]

- 근무실적을 A, B, C 로 평가하여 최하 C 등급은 100 만원, B 등급은 200 만원, A 등급은 300 만원의 성과급을 지급하기로 하였다면 최소 100 만원은 보장되므로 100 만원만큼만 통상임금, 나머지는 통상임금 아님
- 근무실적을 A, B, C 로 평가하여 최하 C 등급은 0 원, B 등급은 200 만원, A 등급은 300 만원의 성과급을 지급하기로 하였다면, C 등급을 받을 경우 성과급이 없기 때문에 위 회사의 성과급은 전부 통상임금이 아님

6. 지급액수가 확정되어 있지 않은 김장보너스

단체협약상 ‘김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의 하여 지급한다.’ 라고 되어 있고, 매년 김장보너스 지급 직전에 노사협의를 통해 그 금액이 정해졌는데, 금액이 일정하지 않았던 경우. 초과근로를 제공하는 시점에서, 노사협의를 따른 그 지급액수를 확정할 수 없으므로, 사전에 이미 확정되어 있는 임금이 아니다. 따라서 고정성이 없으므로, 통상임금이 아니다.

임금명목	임금의 특징	통상임금 해당여부
기술수당	기술이나 자격보유자에게 지급되는 수당(자격수당, 면허수당 등)	통상임금○
근속수당	근속기간에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 임금	통상임금○
가족수당	부양가족 수에 따라 달라지는 가족수당	통상임금× (근로와 무관한 조건)
	부양가족 수와 관계없이 모든 근로자에게 지급되는 가족수당 분	통상임금 ○ (명목만 가족수당, 일률성 인정)
성과급	근무실적을 평가하여 지급여부나 지급액이 결정되는 임금	통상임금× (조건에 좌우됨, 고정성 인정×)
	최소한도가 보장되는 성과급	그 최소한도만큼만 통상임금○ (그 만큼은 일률적, 고정적 지급)
상여금	정기적인 지급이 확정되어 있는 상여금(정기상여금)	통상임금○
	기업실적에 따라 일시적, 부정기적, 사용자 재량에 따른 상여금(경영성과분배금, 격려금, 인센티브)	통상임금× (사전 미확정, 고정성 인정×)
특정시점 재직 시에만 지급되는 금품	특정시점에 재직 중인 근로자만 지급받는 금품(명절귀향비나 휴가비의 경우 그러한 경우가 많음)	통상임금× (근로의 대가×, 고정성×)
	특정시점 되기 전 퇴직 시에는 근무일수 비례하여 지급되는 금품	통상임금○ (근무일수 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성○)

IV. 정기상여금의 통상임금 포함에 따른 추가임금 청구와 신의칙 적용

법률상 통상임금에 해당하는 정기상여금 등을 통상임금 산정에서 제외하기로 하는 노사합의는 근로기준법에 위반되므로 무효이다. 그러나 ‘정기상여금’에 있어서, 노사가 그간의 사회적 인식과 근로관행에 따라 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰하여 이를 통상임금 산정에서 제외하기로 합의하고 이를 토대로 임금총액과 다른 근로조건을 정하였다.

①임금에 관한 노사 합의시 기업의 한정된 수익 내에서 세부항목별이 아닌 임금총액을 기준으로 임금 등을 정하는 것이 일반적이고, ②노사가 정기상여금이 통상임금에 해당함을 알았다면 다른 조건 등을 변경하여 합의된 종전 총액과 실질적인 차이가 없도록 조정하였을 것이며, ③만약 정기상여금이 통상임금 산정에서 제외된 부분만을 무효로 주장하면서 근로자가 추가임금을 청구할 수 있다면, 근로자는 임금협상 당시 노사가 서로 합의한 조건에 따른 임금을 모두 지급받으면서, 다른 한편으로는 그 합의된 조건이 무효임을 주장하며 기업의 한정된 수익을 넘는 추가임금을 지급받게 되는 결과가 된다.

이는 근로자의 추가청구로 인해 사용자 측이 예기치 못한 과도한 재정적 지출을 부담하게 됨으로써 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하게 되기 때문에 정의와 형평 관념에 비추어 용인될 수 없다. 이러한 경우에 한해서는 근로자의 추가임금 청구가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다. 즉 이러한 경우에는 정기상여금을 통상임금 산정에 포함시켜 다시 계산한 통상임금을 기초로, 소급하여 초과근로수당 차액을 청구할 수가 없다.

통상임금

I. 주요논점

최근 판례가 통상임금의 산정 및 범위와 관련하여 고용노동부의 기존 행정해석과 차이가 있어 기업운영에 많은 혼란을 주어 왔으나, 2013. 12. 18. 대법원 합의체 판결에서 명확한 내용을 제시하였다. 통상임금은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정해진 금액을 말한다. 이 통상임금은 근로기준법상 사용자에게 부여된 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금, 연차유급휴가 수당, 해고예고수당, 기타 법령에 유급으로 명시된 기준금액으로 사용된다. 이 통상임금이 잘못 계산되었다면 앞으로 가산수당 등 임금산정을 제대로 하면 되는 것으로만 끝나는 것이 아니라 지난 3 년간에 지급된 연장·야간·휴일근로수당, 기타 각종 유급으로 지급된 수당에 대해 재정산되어야 하고, 심지어 퇴직자에 대한 퇴직금 계산도 다시 정산하여 지급해야 한다.

II. 통상임금에 대한 법원의 판단법리

(1) 소정 근로 또는 총 근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 통상임금에 속하는 임금이다. 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 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것과 같이 고정적인 임금이 아닌 것은 통상임금에 해당하지 않는다. 여기서 ‘일률적’으로 지급되는 것이라 함은 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함되고, 여기서 말하는 ‘일정한 조건’이란 ‘고정적이고 평균적인 임금’을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 ‘고정적인 조건’이어야 한다.³¹;

(2) 근로자에 대한 임금이 1 개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다.³²;

(3) 성질상 근로기준법에 정한 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사간 합의는 같은 법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 계약으로서 원칙적으로 무효이다.³³

³¹ 대법원 2010.1.28. 선고 2009다74144판결

³² 대법원 1996.2.9. 선고 94 다 19501 판결; 대법원 2003.6.13. 선고 2002 다 74282 판결

III. 통상임금의 적용

1. 상여금

상여금을 매월 정기적으로 지급하는 방식을 취하고 있다 하더라도 통상임금의 범위에 포함된다. 「통상임금 산정지침에 따른 상여금」은 다음과 같다³⁴. (2013년 대법원 판례 반영)

근로자에게 지급되는 금품의 명칭	통상 임금	평균 임금	기타 금품
상여금 가. 취업규칙 등에 지급조건, 금액, 지급시기가 정해져 있거나 전 근로자에게 관례적으로 지급하여 사회통념상 근로자가 당연히 지급 받을 수 있다는 기대를 갖게 되는 경우 : 정기상여금, 체력단련비 등 나. 관례적으로 지급한 사례가 없고, 기업이윤에 따라 일시적, 불확정적으로 사용자의 재량이나 호의에 의해 지급하는 경우 경영성과배분금, 격려금, 생산장려금, 포상금, 인센티브 등	○	○	○

(1) 정기상여금 (매월 짝수달 100%지급)은 근로의 대가로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적 임금이라고 봄이 타당하므로 근로기준법상 통상임금에 해당된다.³⁵

(2) 이 사건 상여금은 6 개월을 초과하여 계속 근무한 근로자에게 근속연수의 증가에 따라 미리 정해놓은 각 비율을 적용하여 산정한 금액을 분기별로 지급하는 것으로서, 매월 월급형태로 지급되는 근속수당과 달리 분기별로 지급되기는 하지만 그러한 사정만으로 통상임금이 아니라고 단정할 수 없다. 이 사건 상여금은 그 금액이 확정된 것이어서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다.³⁶

³³ 대법원 2007.11.29. 선고 2006 다 81523 판결 등 참조

³⁴ 노동부예규 제476호, 2002.1.22 에 대법원 판결 반영한 내용

³⁵ 인천지법 2011 가합 6096, 2012.02.23; 서울고법 2010 나 34618 2010.10.01

³⁶ 대법원2010다91046, 2012.03.29

2. 근로시간과 관계없이 근로자의 생활보조적, 복리후생적으로 지급되는 금품

근로자에게 지급되는 금품의 명칭	통상 임금	평균 임금	기타 금품
① 통근수당, 차량유지비 가. 전 근로자에게 정기적, 일률적으로 지급하는 경우 나. 출근일수에 따라 변동적으로 지급하거나 일부 근로자에게 지급하는 경우	○ ○	○ ○	○ ○
② 사택수당, 월동연료수당, 김장수당 가. 전 근로자에게 정기적·일률적으로 지급하는 경우 나. 일시적으로 지급하거나 일부 근로자에게 지급하는 경우	○ ○	○ ○	○ ○
③ 가족수당, 교육수당 가. 독신자를 포함하여 전 근로자에게 일률적으로 지급하는 경우 나. 가족 수에 따라 차등 지급되거나 일부 근로자에게만 지급하는 경우(학자보조금, 근로자 교육비 지원 등의 명칭으로 지급)	○ ○	○ ○	○ ○
④ 급식 및 급식비 가. 근로계약, 취업규칙 등에 규정된 급식비로써 근무일수에 관계없이 근로자에게 일률적으로 지급하는 경우 나. 출근일수에 따라 차등 지급하는 경우	○ ○	○ ○	○ ○

(1) 복지수당이 임금협약에 따라 동일직종 근로자 모두에게 일률적, 정기적, 고정적으로 지급되는 것이라면, 이는 복지후생을 위한 임의적, 은혜적 금품이 아니라 사용종속관계에서 행하는 근로의 대상으로서 지급되는 금품, 즉 임금에 해당되고, 또 개인적, 비고정적 임금이 아니라 통상의 근로일, 근로시간에 대한 고정적 임금이어서 통상임금에 속한다고 본다.³⁷

(2) 모든 근로자에게 지급하되 예외적으로 출근비율이 낮은 근로자에게는 다른 방식으로 지급하겠다는 취지의 교통비 및 중식대도 통상임금에 포함된다.³⁸

(3) 전근로자에게 일정액으로 지급하는 식대보조비는 통상임금산정시 포함시키지 않기로 노사합의했어도 이는 위법한 근로계약이다.³⁹

(4) 1년을 초과하여 계속 근무한 환경미화원들에게 근속연수가 증가함에 따라 일정 금액을 가산하여 1년 근속당 일정금액을 지급한 근속가산금과 모든 환경미화원에게 매월 정액으로 지급한 급량비, 교통보조비, 위생수당, 위험수당 및 모든 환경미화원들에게 일정한 기준에 따라 정기적·고정적으로 지급한 기말수당, 정근수당, 체력단련비, 명절휴가비는 모두 근로의 대가로 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이므로 통상임금에 포함된다.⁴⁰

³⁷ 1996.09.25, 부산고법 96구2583

³⁸ 2006.05.18. 서울지법 2005가합57290

³⁹ 대법93다9620, 1994.02.22

⁴⁰ 2011.09.08, 대법 2011다22061

주휴수당미지급 진정사건

1. 사건 개요

주한미군 식당에서 근무한 한국인 요리사(이하 '근로자'라 함)는 2009.09.21 회사를 상대로 주휴수당을 받지 못하였다고 주장하면서 서울지방노동청에 진정을 제기하였다. 근로자는 자신이 받는 월급이 실제로 일한 시간에 시간급 임금을 곱한 후 보너스 등 수당을 지급받았으며, 주휴수당 명목으로 받은 것이 없기 때문에 미지급된 주휴수당에 대해 청구 가능한 3년치 수당을 소급하여 추가적으로 지급해야 한다고 주장하였다. 관할 노동사무소에서는 사건을 조사한 후 2010.1.12 회사가 법 위반사항이 없다는 결론을 내리면서 사건을 종결하였다.

2. 근로자 주장

식당 근무자의 근로계약은 개인별로 시급이 있기 때문에 실제로 근로한 시간에 시급을 곱한 금액에, 복지수당과 현물수당(PIK)을 더한 후에 상여금 700%를 12분의 1로 나눈 금액을 매월 지급받았다. 급여구성항목에 어디에도 주휴수당의 명칭을 가지고 지급된 사실이 없다는 것이다. 임금체계가 월급제가 아니라 시급제로 운영되었기 때문에 월급은 매월 일한 시간에 따라 변동되는 임금을 지급받았다. 따라서 회사가 매월 일정한 월급제로 급여를 지급한 것이 아니라 시급제를 기준으로 매월 변동되는 급여를 지급하면서 주휴일수당을 지급하지 않았기 때문에 회사는 추가적으로 지급해야 한다.

3. 사용자 주장

회사는 근로자에게 시급으로 지급할 때, 일한 시간 × 시급으로 계산하면서 일주일 만근 한 것에 대한 주휴유급수당이 별도로 계산되어야 하지만, 회사는 월 단위 일정액의 복지수당과 현물수당(PIK)을 고정적으로 지급하여 왔고 이 금액이 주휴수당에 해당되는 금액을 초과하고 있다. 어떤 회사가 법정주휴수당도 지급하지 않으면서 기본급에 대하여 상여금을 연간 700% 지급하고 있으며, 중 고등학교 자녀에 대하여 학자금까지 지급하겠는가? 회사는 비록 명칭은 주휴수당으로 지급하지 않았지만, 월 단위 주휴수당에 상당하는 금액만큼을 지급하였으므로 이는 주휴수당으로

같음할 수 있다고 할 수 있다.

4. 관련 행정해석 자료

(1) 유급 주휴일 수당 산정 여부 (2008.07.08, 근로조건지도과-2455)

근로자에 대한 임금을 월급 금액으로 지급할 경우 특별한 사정이 없는 한 월급 금액에는 유급 휴일에 대한 임금도 포함된 것으로 볼 수 있으며(대법 93 다 32514), 시급제 사원이 기본 시급과 함께 매월 고정 수당을 월급의 형태로 지급받는 경우, 그 고정 수당 중에는 유급 휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분도 포함되어 있는 것으로 보는 것(대법 97 다 28421)이 판례의 입장입니다.

(2) 일용근로자의 경우 주휴일이 적용되지 않지만, 계속해서 1주일에 6일을 근무한 경우 일용근로자에게는 임금과 별도로 주휴일을 유급으로 부여하여야 한다.

(1997.04.02, 근기 68207-424)

근로기준법상의 주휴일은 1 주간의 소정근로일수를 개근한 자에게 주도록 되어 있으므로 근로계약이 1 일 단위로 체결되어 1 주간의 소정근로일수를 산정할 수가 없는 일용근로자에게는 원칙적으로 주휴일을 부여할 수 없다.

그러나 주휴일의 부여 목적이 1 주간의 근로로 인하여 축적된 근로자의 피로를 풀어주고 건강을 확보하게 하며, 여가의 이용을 가능케 하여 사회적·문화적 생활을 할 수 있도록 하는데 있으므로 일용근로자가 계속해서 근로를 한다면 이 때에는 소정근로일수 대신 실근로일수를 기준으로 하여 1 주일에 6 일을 개근하였으면 주휴일을 부여하여야 한다. 한편, 일용근로자의 경우 주휴수당을 포함하여 임금을 지급받기로 사전에 약정하지 않은 한 주휴수당은 임금과는 별도로 지급되는 것이므로 주휴일이 부여된 일용근로자에게는 임금과는 별도로 주휴수당을 지급하여야 한다.

5. 관련 사례 판단

이번 진정사건에 있어 근로감독관은 시급제로 계산된 월급여가 지급되면서, 월 단위의 일정한 수당을 지급하였고, 이것이 주휴일수당에 상당하는 금액을 지급하였기 때문에 이번 사건의 경우 주휴수당이 지급되었다고 판단하였다. 만약, 이번 사건에서 회사가 월 일정한 수당지급 없이 일한시간만큼 시급금액을 계산한 후, 연 700%의 보너스를 월 단위로 분배하여 지급하였다면 회사에서는 충분한 급여를 지급하였음에도 불구하고 주휴수당을 미지급한 것이 되고, 이 근로자뿐만 아니라 다른 전 근로자에 대해서도 3년 동안의 임금에 대해 미지급된 주휴수당을 추가적으로 지급하여야만 한다.

포괄임금제의 제한사항

I. 들어가며

매월 고정적인 임금을 지급하는 포괄임금제는 관리의 편리성이 있지만, 근로기준법에 저촉될 수 있기 때문에 예외적인 경우에만 허용된다. 포괄임금제는 업무의 특수성 또는 계산의 편의를 고려하여 연장·야간·휴일근로 수당 등 법정수당을 포함하여 임금총액을 결정하고 이에 따라 매월 고정적 급여를 지급하는 제도를 말한다. 이 제도는 업무의 성격 또는 근로형태의 특수성으로 인하여 근로시간 산정이 어려운 경우나 근로시간 산정이 가능하더라도 실무상 계산의 편의를 위해 사용되고 있다. 그런데 근로기준법상 발생하는 각종 법정수당을 지급하지 않기 위해 포괄임금제를 악용하는 경우도 많이 있다. 근로기준법상 법정수당은 원래 실제근로제공을 통해서 발생하는 수당인데, 포괄임금제는 미리 법정수당을 모두 포함하고 지급하는 것이어서 근로기준법 위반의 소지가 크므로 이에 대해 판례나 행정해석에서는 엄격한 제한을 두고 허용하고 있다.

포괄임금제를 인정하는 경우는 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 업무가 근로시간 산정이 어려운 특수한 형태의 근로이고, 둘째는 근로시간 계산이 가능하지만 계산의 편의를 위해 고정연장근로수당을 신설하여 포괄임금제로 하고 있는 경우이다. 아래에서는 포괄임금제와 그 제한사항에 대해 살펴보려고 한다.

II. 포괄임금제와 관련된 판례의 법리⁴¹

근로기준법 제 17 조는 “사용자는 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건을 명시하여야 한다. 이 경우 임금의 구성 항목, 계산 방법 및 지불방법에 관한 사항에 대하여는 서면으로 명시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 동법 제 56 조는 “기준 근로시간을 초과하여 근로한 연장근로와 야간근로 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100 분의 50 이상을 가산한 임금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정들과 통상임금에 관하여 정하고 있는 규정에 의하면, 사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 기본임금을 결정하고 이를 기초로 하여 근로자가 실제로 근무한 근로시간에 따라 연장근로, 야간근로, 휴일근로 등이 있으면 그에 상응하는 연장, 야간, 휴일근로수당 등의 법정수당을 산정하여야 한다.

이러한 원칙적인 임금 지급 방법은 근로시간 수의 산정을 전제로 한 것인데, 예외적으로 감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을

⁴¹ 대법원 2005.8.19, 2003다66523 정리요약

고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 사용자와 근로자 사이에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월 급여액이나 일당임금으로 정하거나, 기본임금을 미리 산정하면서도 법정제수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제수당으로 정하여 이를 근로시간수에 상관없이 지급하기로 약정하는 내용의 포괄임금제에 의한 임금 지급 계약을 체결할 수 있다. 이러한 포괄임금은 그 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다.

그러나 위와 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면, 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 상기한 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금 지급의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 따라서 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제방식의 임금지급계약을 체결하는 것은 근로기준법에 명백히 위반되므로 허용될 수 없다고 하겠다.

III. 업무의 특수성에 따른 포괄임금제

1. 적용대상

판례는 근로시간 파악이 어려운 화물운송운전자, 감시 단속적 근로자에 해당하는 경비원, 근로계약이 하루 단위로 이루어지는 일용직 근로자, 소정근로시간이 현저히 적은 단시간 근로자, 격일제근로자 등에 대해서 근로형태의 특수성에 따른 포괄임금제를 인정하고 있다. 이들 업무는 현실적으로 근로시간 측정이 곤란하여 노사간 근로계약에 의하여 실제 연장·휴일근로 시간에 관계없이 월별로 일정 시간분 또는 일정액의 연장·휴일 근로수당 등을 지급받기로 하고 당해 근로자가 일정기간 동안 아무런 이의 없이 동 수당을 수령해 온 경우, 제반 사정에 비추어 근로자에게 불이익이 없다고 인정될 때에는 포괄임금제를 인정하고 있다.⁴²

2. 관련사례

(1) 포괄임금제에 의한 임금지급계약이 체결된 경우, 근로자가 포괄임금으로 지급받은 연장근로수당 또는 이에 갈음한 연장수당, 야간수당, 휴일수당 등에는 근로기준법의 규정에 의한 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당이 모두

⁴² 임금근로시간정책팀-2534, 2006.9.1.

포함되어 있다. 사업장에 포괄임금제에 의한 임금지급계약이 체결된 경우에는 연장근로에 대한 수당과의 차액을 지급할 필요가 없다.⁴³

(2) 원고들이 피고 S 건설에게 제공한 근로는 신체 또는 정신적 긴장이 적은 감시적 업무로서 1 일 24 시간 경비·순찰이라는 근로형태의 특수성으로 인하여 근로기준법상의 기준 근로시간을 초과한 연장근로, 야간근로, 휴일근로가 당연히 예상된다 할 것이어서, 원고들과 피고 S 건설 사이에 체결된 근로계약은 기본임금을 정하고 이를 기초로 각종 수당을 가산하여 지급하는 통상적인 임금지급방식이 아니라, 근로시간, 근로형태와 업무의 특성상 시간 외, 야간, 휴일에 근로자가 실제로 근무한 시간을 확정하기 어려운 점 등을 참작하여 각종 수당을 모두 포함한 일정액을 매월 지급하기로 하는 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급방식을 취하고 있었던 것으로 봄이 상당하고, 원고들이 피고 S 건설에 입사할 당시 위와 같은 근로형태의 특수성을 고려하여 포괄임금제 약정을 하였고, 각 입사 후부터 G 아파트 경비업무를 종료한 때까지 단체협약을 내세워 위 포괄임금제 약정의 효력을 다투지 아니한 점에 비추어 보면, 위 포괄임금제 약정이 무효라고 볼 수는 없다.⁴⁴

(3) 한국방송공사가 방송제작비지급규정에 따라 원고들에게 지급한 보수 중 기본사역료는 09:00 부터 21:00 까지의 근무에 대한 대가로 보아야 하고, 한편 피고 공사는 원고들의 근로 내용이나 근로형태의 특수성을 고려하여 원고들이 09:00 부터 21:00 까지 사이에 근무한 경우에는 그 근무시간의 양과 질을 불문하고 방송제작비 지급규정의 임시보조요원 사역료 지급기준에 따른 일당 전액을 지급하여 왔고, 원고들을 포함한 피고 공사의 근로자들이 이에 동의하여 아무런 이의 없이 이를 수령하여 왔을 뿐만 아니라 그것이 원고들에게 적용되는 취업규칙에 비추어 원고들에게 불이익하다고 볼 수도 없다는 점에서 피고 공사와 원고들 사이에는 09:00 부터 21:00 까지의 근로에 대하여 시간외수당을 포함한 포괄임금계약이 체결되었다고 봄이 상당하므로 원고들은 이와는 별도로 피고 공사에 대하여 18:00 부터 21:00 까지 해당하는 시간외수당의 지급을 구할 수는 없다.⁴⁵

⁴³ 대법원 2002.06.14, 2002다16958

⁴⁴ 서울고법 2004.7.23, 2004 나 2740

⁴⁵ 대법원 2006.04.28, 2004다66995

IV. 계산의 편의에 따른 포괄임금제

1. 적용대상

근로시간 측정이 가능하면서 연장, 야간근로가 근로의 내용에 당연히 내재되어 있지는 않아, 근로형태나 업무의 성격이 포괄임금제에 해당되지 않는다 하더라도 계산의 편의와 근무의욕 고취를 목적으로 취업규칙이나 근로계약으로 일정액의 가산수당을 제수당으로 하여 지급하는 포괄임금제를 도입할 수 있다. 그 대표적인 것이 고정연장근로수당이라 할 수 있다. 이 경우, 실제로 정해진 고정연장근로보다 더 연장근로를 한 경우에는 별도의 법정수당을 지급해야 하며, 고정연장근로시간을 채우지 못한 경우에도 고정연장근로수당을 공제할 수 없다. 예를 들어 주 10 시간의 연장고정수당을 포함한 포괄임금인 경우에는 근로계약서에 기본급과 연장근로수당을 명확하게 기재하여야 하고, 또한 급여지급대장에서도 별도의 임금구성 항목인 고정연장수당을 구분되어 있어야 한다.

2. 포괄임금제를 악용한 사례

(1) 포괄임금제 근로계약이 근로기준법에서 정한 월차휴가 수당보다 적은 금액으로 합의되어 있고, 연차휴가 수당에 관하여 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않아 근로자들에게 불이익하다고 판단되므로, 근로자들이 체결한 포괄임금제 근로계약은 연차 및 월차휴가 수당의 포함 여부에 관하여 무효라고 할 것이다.⁴⁶

(2) 연·월차유급휴가에 대하여는 미사용 연·월차유급휴가보상금을 월급여액 속에 포함하여 미리 지급하는 근로계약을 체결하는 것은 그 수당을 지급한 이후에도 해당 근로자가 연·월차휴가를 사용할 수 있도록 허용하는 경우에만 인정될 수 있을 것이며, 휴가 사용을 허용하지 아니하는 경우에는 근로기준법상 근로자에게 인정된 연·월차휴가를 청구·사용할 권리를 제한하는 것이 되어 인정될 수 없다고 사료된다.⁴⁷

(3) 근로시간의 산정이 어려워 연장근무를 하는 것으로 보아 임금을 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결하였을 경우 연장 근무를 한 사실이 없는 경우에도 연장 근무수당을 지급하여야 한다.⁴⁸

⁴⁶ 수원지법 2008.01.11, 2007나17199

⁴⁷ 근로기준과-7485, 2004.10.19

⁴⁸ 광주지법 2010.06.30, 2009나4816

(4) 포괄임금약정을 체결하였다더라도 근로기준법에 의하여 계산한 연장근로수당에 현저히 모자란 경우에는 해당 약정은 무효이다. 근로형태와 내용 등에 비추어 이 사건은 근로시간의 산정이 어려운 경우 등이 아님을 전제로 하여, 임금 체계가 일정금액의 연장근로수당을 지급하기로 하는 포괄임금제인데, ‘봉사료’ 지급이 중단된 날 (2004. 5. 1.경) 이후에는 원고들이 지급 받은 연장근로수당이 근로기준법의 기준에 의하여 계산한 연장근로수당에 현저하게 미치지 못하였고, 그 미달되는 부분의 포괄임금약정은 무효라고 보아 피고가 원고들에게 그 부분 임금을 지급할 의무가 있다.⁴⁹

V. 맺은 말

포괄임금제는 업무의 특성에 따라 근로시간 산정이 어려운 화물운송기사, 경비원, 격일제근로자, 일용직 근로자 등에 적용되고 있다. 이러한 분야의 업무에 포괄임금제를 적용함으로써 합리적이고 타당성 있는 임금을 적용할 수 있으며, 이에 따른 근로의욕 고취와 임금계산의 편의를 가져올 수 있다. 그러나 근로시간 계산이 명확한 업무의 경우에도 포괄임금제를 도입하여 법정 가산임금 일체를 포함하여 지급하거나 심지어 연월차수당, 퇴직금까지 포함하여 지급하는 경우를 볼 수 있다. 이는 명백한 근로기준법의 위반의 여지가 있으며, 근로자와의 분쟁으로 응당 이어질 수 있다. 따라서 포괄임금제에 대한 정확한 이해를 통해 포괄임금제를 남용하는 일이 없어야 할 것이며, 해당 분야의 근로자에 대해서는 법정수당을 고려한 임금을 책정함으로써 근로의욕을 저하시키지 않도록 하여야 할 것이다.

⁴⁹ 대법원 2010.05.13, 2008다6052

임금 전액지급의 원칙과 예외

I. 문제의 소재

A 회사는 자사제품에 대해 직원에게 연간 200만원 한도 내에서 20%을 할인해주고 있다. 그 수혜대상은 직원본인과 동거 직계가족에 한한다. 한 직원이 이 규정을 위반하여 회사의 물품을 구입한 것이 확인되어 회사는 해당 근로자에게 서면경고를 하면서, 본인의 동의를 얻어 급여에서 부당이익금 50만원을 공제하였다. 이와 같은 사례는 일반적으로 많이 발생하는 사례로서 임금채권과 손해배상 채권을 상계할 수 있는 지 여부에 대한 문제와 밀접한 관련이 있다.

근로의 대가로 받는 임금은 근로자의 생존권 보장에 직결되기 때문에 임금에서 채권의 공제를 엄격히 제한하고 있다. 근로기준법 제43조 제1항에서 “임금은 전액을 지급하여야 하며, 임금의 일부 공제는 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에 한한다”고 명시하고 있다. 그 밖에도 ‘위약 예정의 금지’,⁵⁰ ‘전차금 상계의 금지’,⁵¹ ‘강제저축의 금지’,⁵² ‘제재 규정(감급)의 제한’⁵³ 등의 명시적 규정이 있다. 또한 임금 전액지급을 원칙으로 하면서 최소한의 예외를 두고 있다. 임금 공제가 합법적으로 가능한 것으로는 ①법령(법원의 판결문), ②단체협약, ③임금착오 지급에 의한 공제가 있다.⁵⁴ 다만, 임금채권에 대해 근로자의 동의를 전제로 전액지급의 예외, 즉 상계에 대한 예외를 인정하지만 엄격히 규제하고 있다. 이러한 전액지급의 예외에 대해 살펴보고자 한다.

II. 전액지급의 원칙과 예외

1. 전액지급의 원칙

임금 전액지급의 취지는 사용자가 일방적으로 임금을 공제하는 것을 금지하여 근로자에게 임금 전액을 확실하게 지급받게 함으로써 근로자의 경제생활을 위협하는 일이 없도록 그 보호를 도모하려는 데 있다. 임금의 전액지불에 대한 예외는 법령이나 단체협약으로 가능하다고 명시하여 엄격하게 제한하고 있다.⁵⁵

⁵⁰ 제20조 (위약 예정의 금지) 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.

⁵¹ 제21조 (전차금 상계의 금지) 사용자는 전차금이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대(前貸)채권과 임금을 상계하지 못한다.

⁵² 제22조 (강제 저축의 금지) ① 사용자는 근로계약에 덧붙여 강제 저축 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못한다.

⁵³ 제95조 (제재 규정의 제한) 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급(減給)의 제재를 정할 경우에 그 감액은 1회의 금액이 평균임금의 1일분의 2분의 1을 총액이 1임금지급기의 임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다.

⁵⁴ 김형배, 『노동법』, 제 24 판, 박영사, 2015 년, 364 면; 임종률, 『노동법』, 제 14 판, 박영사, 2016, 417 면.

⁵⁵ 제109조 (벌칙) (1) 43조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

법원은 “경영위기로 인하여 인원을 감축하면서 상여금을 일방적으로 삭감하고 이에 대해 근로자들이 별다른 이의 없이 근무하고 있는 경우에도 이는 사용자의 일방적인 임금삭감으로 근로자가 상여금 청구권을 포기하였다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.⁵⁶

2. 전액지급원칙의 예외

(1) 법령에 의한 예외

법령에 의해 공제가 인정되는 경우는 소득세법, 4대보험징수법 등으로 명시된 경우에 한해서 가능하다. 또한 채권자가 법원에서 임금채권에 대한 압류 판결을 받은 경우에는 월 지급되는 임금에 한해서 최저생계비 150만원을 초과하는 임금의 2분의 1 상당액을 압류할 수 있다.⁵⁷

특히 주목해야 할 최근 판례는 임금채권 압류는 월임금에서는 가능하지만, 퇴직금이나 퇴직연금에 대해서는 압류할 수 없다고 명확히 판결하고 있다. “근로자퇴직급여보장법 제7조에서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지하고 있으므로 위 양도금지 규정은 강행법규에 해당한다고 볼 것이다. 따라서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대한 압류명령은 실체법상 무효이고, 제3채무자는 그 압류채권의 추심금 청구에 대하여 위 무효를 들어 지급을 거절할 수 있다. 한편 민사집행법은 제246조 제1항 제4호에서 퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권은 그 1/2에 해당하는 금액만 압류하지 못하는 것으로 규정하고 있으나, 이는 위 퇴직급여법상의 양도금지 규정과의 사이에서 일반법과 특별법의 관계에 있으므로, 퇴직급여법상의 퇴직연금채권은 그 전액에 관하여 압류가 금지된다고 보아야 한다.”⁵⁸

(2) 단체협약에 의한 공제

단체협약에 의한 공제는 조합비 공제(check-off)가 대표적인 내용이다. 이와 관련하여 노동조합에서 매월 공제되는 조합원 조합비의 10배에 상당하는 조합원 1인당 50만원의 쟁의기금의 공제를 요구하는 경우에 회사는 이에 대해 협조해야 하는 문제가 있다. 이에 대해 고용노동부는 개인의 동의가 없더라도 노동조합의 적법한 결의 절차[조합원의 총회(대의원)의 의결이나 노조 규약상 관련이 있는

⁵⁶ 대법원 1999. 06. 11. 선고 98다 22185 판결

⁵⁷ 대법원 1994. 3. 16. 선고 94마1822판결; 민사집행법 제246조(압류금지채권) 제1항 제4호에서 급여·연금·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액. 다만 단서에서 근로자의 급여 중 최저생계비(4인 가족 기준 150만원)에 해당하는 금액의 압류금지

⁵⁸ 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결

경우]를 통해 결정한 쟁의기금에 대해서도 조합비 공제로서 공제해주어야 하며, 이 경우에 조합원 개별 동의가 필요하지 않다는 입장이다.⁵⁹ 즉, 사용자가 노동조합이 회사를 상대로 투쟁하기 위한 조합비 특별공제를 거부하는 경우에는 부당노동행위에 해당된다고 볼 수 있다.

(3) 임금계산 착오지급에 의한 공제

사용자가 임금계산의 착오 등으로 인하여 임금이 초과로 지급된 경우에는 급여계산상의 문제이므로 임금전액지급 원칙과 상관없이 급여나 퇴직금에서 정산이 가능하다. 다만, 이 경우에도 법원은 사용자가 근로자에게 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용된다고 보고 있다.⁶⁰

III. 기타 공제(상계)의 가능 여부에 대한 판단기준 및 관련 사례

1. 판단기준

근로자의 임금이 사용자가 가지는 근로자의 불법행위를 원인으로 하는 채권과 상계(공제)가 가능한지에 대해 근로기준법 제43조 제1항의 임금의 전액지급 원칙과 판례와 행정해석에서도 이를 금지하고 있다.⁶¹ 이것은 상계(공제)라는 것이 사용자의 일방적인 의사표시에 의해서 행해지기 때문이다.

이에 대해 상계의 가능여부에 대한 판단기준을 판례⁶²는 다음과 같이 판시하고 있다. “사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권을 가지고 일방적으로 근로자의 임금채권을 상계(공제)하는 것은 금지된다고 할 것이지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 공제(상계)하는 경우에 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제43조 제1항 본문에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이다. 다만 임금 전액지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”라고 판시하고 있다.

⁵⁹ 고용노동부 행정해석: 2004. 6. 5. 노동조합과-1501

⁶⁰ 대법원 2010.5.20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결

⁶¹ 대법원 1976. 9. 28. 선고 75다1768 판결

⁶² 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001 다 25184 판결

2. 관련사례

(1) 연수비 상환의 경우

기업체에서 비용을 부담 지출하여 직원을 해외에 파견하여 위탁교육을 시키고 이를 이수한 직원이 교육 수료일자로부터 일정한 의무재직기간 이상 근무하지 아니할 때에는 「기업체가 부담한 해당 교육비용의 전부 또는 일부를 상환하도록 할 수 있다. 따라서 해외 위탁교육을 받은 후 의무재직기간 동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 한 기업체의 교육훈련규정」은 근로기준법 제20조에서 금지된 위약금 또는 손해배상예정의 약정은 아니다. 근로기준법 제7조가 금지하는 사용자가 정신 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 반하는 근로를 강요하는 것이거나 같은 법 제21조가 금지하는 전차금 기타 근로할 것을 조건으로 하는 전대채권과 임금을 상계하기로 하는 내용의 것이 아니라고 볼 수 있다.⁶³

(2) 상여금의 삭감

기업의 경영상 어려움을 타개하기 위해서 노동조합과 합의를 통해서 상여금을 삭감하거나 반납하는 경우가 있다. 이에 대해 고용노동부는 이미 발생한 근로에 대한 상여금과 앞으로 발생할 상여금을 구분하여 판단하고 있다. 이미 발생한 근로의 대가로서의 상여금을 삭감(반납)하는 경우에는 노동조합과의 합의 또는 회사규정의 개정만으로는 무효이고, 개별 근로자들의 동의가 있어야 한다. 그러나 앞으로의 근로조건으로서의 상여금을 삭감(하향조정)하는 경우에는 노동조합과의 합의를 거쳐 단체협약을 개정하거나 회사규정을 노조 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 변경하는 것으로 가능하며, 개별 근로자들의 동의는 필요하지 않다.⁶⁴

법원에서조차 동일하게 판단하고 있다. 이미 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이어서, 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의를 받지 않는 이상 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 없으므로, 단체협약으로 근로자에게 이미 지급한 임금을 반환하도록 하는 것은 그에 관하여 근로자들의 개별적인 동의가 없는 한 효력이 없다.⁶⁵

⁶³ 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다26232 판결(대한항공)

⁶⁴ 고용노동부 행정해석: 1999. 4. 15. 근기 68207-587

⁶⁵ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다76317 판결

(3) 주택자금 등 대출금의 경우

회사가 주택자금을 근로자에게 대여해주고, 일정액을 급여에서 상환하다가 중도에 퇴직하는 경우에는 사용자가 퇴직금에서 주택자금 미상환된 전체금액에 대해 공제하는 경우에 전액지급의 원칙에 위배되는지에 대한 문제가 있을 수 있다. 이에 대해 관례는 “단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자 단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서 체결과정에 있어서도 그 진정성과 명확성이 담보되어 있다는 점과, 개별 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 동의가 있는 경우 사용자는 근로자에 대한 자동채권과 근로자의 임금채권을 상계할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 적법하게 체결된 단체협약이 사용자의 근로자에 대한 대출원리금 등 채권 등을 공제할 수 있도록 규정하고 있도록 한 단체협약이 임금전액지급 원칙에 위배되어 무효라고 볼 수 없다.”라고 판시하면서 퇴직금에서 주택자금 대출금 공제를 인정하고 있다.⁶⁶

IV. 결론

앞에서 인용한 사례와 같이 일상적으로 근로자의 불법행위에 대한 배상채권이나 기타 손해배상 채권 등에 대한 공제(변제)가 빈번하게 일어나고 있다. 하지만 이는 임금의 전액지급 원칙을 위반하는 것이다. 임금 전액지급 원칙은 사용자가 근로자에게 가지는 일반채권을 일방적으로 임금채권에서 공제(상계)하는 것을 방지하기 위한 강행규정이기 때문이다. 따라서 사용자의 편의를 위해 사용자가 근로자에게 가지는 채권을 일방적으로 급여에서 공제하는 경우에 그 행위는 무효이고 근로기준법 위반으로 처벌의 대상이 될 수 있다는 것을 명심하여야 할 것이다.

⁶⁶ 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다7623 판결

경영성과금의 임금성 여부

산재보험료 및 고용보험료는 임금총액으로 보험료를 산정한다. 많은 기업에서는 아직도 경영성과금을 임금으로 판단하여 임금총액에 삽입하여 하고 있는바, 여기에 대하여 행정지침, 판례, 행정해석을 살펴보고자 한다.

I. 상여금의 임금성 여부

임금산정지침(노동부예규 제 476 호, 2002.1.22)에 따라 상여금의 임금 여부

<상여금이 임금인 경우>

취업규칙 등에 지급조건, 금액, 지급시기가 정해져 있거나 전 근로자에게 관례적으로 지급하여 사회통념상 근로자가 당연히 지급 받을 수 있다는 기대를 갖게 되는 경우 : 정기상여금, 체력단련비 등

<상여금이 임금이 아닌 경우>

관례적으로 지급한 사례가 없고, 기업이윤에 따라 일시적, 불확정적으로 사용자의 재량이나 호의에 의해 지급하는 경우 경영성과배분금, 격려금, 생산장려금, 포상금, 인센티브 등

일시적으로 지급되거나 불확정적인 금품은 임금총액에서 제외된다

(1994.06.09, 징수 68607-285)

경영성과에 따른 성과금 중 관례적으로 지급한 예가 없고 기업이윤에 따라 일시적으로 지급되거나 그 지급사유의 발생이 불확정적인 금품은 산재보험료 산정의 기초가 되는 임금총액에서 제외된다.

II. 경영성과금이 임금인 경우

경영성과금과 생산장려격려금이 지급액과 지급시기가 일정하고 협약에 의해 전근로자에게 일률적으로 지급하도록 돼 있다면 임금의 성질을 갖는다

(2003.09.18, 서울고법 2002 나 18697)

피고회사는 경영성과금 및 생산장려격려금이 노동쟁의를 방지하거나 임금협상을 신속하게 마무리하기 위한 목적으로 무쟁의 내지 임금협상의 조기타결을 조건을

삼아 근로자들에게 은혜적으로 지급하는 불확정적인 금원이어서 임금에 포함되지 않는다고 주장하나, 위 금품은 1996 년 이후에는 그 명칭만 조금만 달리할 뿐 그 지급액, 지급시기 등이 일정한 점에 비추어 보면, 경영성과금 및 생산장려격려금은 임금협약에 의하여 피고회사가 전근로자에게 일률적으로 지급하도록 의무지워진 것으로서 그 지급규정이나 명목 등 형식적인 사항만을 고려하여 그 지급사유의 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것이라거나 의례적, 은혜적 급부라고 볼 수 없고, 위 성과금 및 격려금을 전체적, 실질적으로 파악할 때 근로의 대가로서 지급되는 임금의 성질을 갖는다고 할 것이다.

III. 경영성과금이 임금이 아닌 경우

경영성과를 기초로 지급하는 이익분배금이 임금에 해당하는지

(2002.02.28, 임금 68207-134)

구 근로기준법 제 18 조의 규정에 의거 임금이라 함은 사용자가 [근로의 대상]으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말하는 것으로서, 성과금이 취업규칙 등에 지급조건·금액·지급시기가 정해져 있거나, 전 근로자에게 관례적으로 지급하여 사회통념상 근로자가 당연히 지급받을 수 있다는 기대를 갖게 되는 경우라면 임금성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나, 취업규칙 등에 이와 같이 근로조건 등으로 미리 명시함이 없이 노사합의 등을 통해 경영목표를 정해놓고, 이 목표에 도달할 경우 일정액 또는 일정비율의 성과금 또는 일시금 등을 지급하기로 정한 경우라면, 이는 그 지급조건에 충족여부가 경영실적 평가결과에 따라 비로소 결정되어지고, 그 평가결과에 따라서는 지급조건과 금액을 달리하게 되거나 또는 지급하지 않을 수도 있게 되는 등 그 지급사유의 발생이 불확정적이고 일시적이므로 이를 기왕의 근로로 그 지급이 확정되어 사용자에게 지급의무가 부과되어지는 근로기준법에 의한 임금으로 볼 수는 없을 것이다.

취업규칙의 규정에 의거 「년간 기업업무실적을 참작하여 상여금을 지급할 수 있다」고 명시하고, 연간 경영실적, 즉 경영이익이 발생하는 경우에는 내부품의 절차를 거쳐 이를 각 사업부서별로 평가하여 동 금품의 지급기준, 지급금액 등을 확정, 지급하고 있는 것으로 보임. 따라서 이와 같은 이익분배금은 경영이익의 발생이라는 요건의 충족여부에 따라 비로소 지급기준이나 금액이 확정되는 것이므로 이는 그 지급조건이나 목적 등에 비추어 볼 때 기왕의 근로에 대상으로 지급이 확정되는 구 근로기준법 제 18 조의 규정에 의한 임금성격을 가진다고 보기는 어려울 것이다.

근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과금은 단체협약 등에 지급조건과 지급시기가 정해져 있더라도 임금이 아니다 (대법원 2001 다 76328, 2004.5.14)

피고회사가 영업직원에게 지급하는 성과금은 근로자 개인의 실적에 따라 그 지급여부와 지급액수가 결정되는 것인바, 근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과금은 지급조건과 지급시기가 단체협약 등에 정하여져 있다고 하더라도 지급조건 충족 여부는 근로자 개인의 실적에 따라 달라지는 것으로서 근로자의 근로제공 자체의 대상이라고 볼 수 없으므로 임금에 해당 된다 볼 수 없다.

특별상여금의 임금성 여부 (서울행정법원 2002 구합 29678, 2003.3.13)

- 원고 회사가 근로자에게 지급한 금품의 성격은 「노동조합이 회사에게 특별상여금의 지급을 요구하거나 회사가 노동조합의 의견을 청취한 적은 있었으나, 회사와 노동조합 사이의 합의에 의하여 특별상여금의 지급여부나 그 방법이 정해진 것은 아니었으며, 회사의 경영성과에 따라 그 경영진의 판단에 의하여 지급여부 및 방법이 결정되어, 특별상여금이란 명목으로 '99.3.4, '99.12.23, '00.12.29 재직중인 근로자들을 대상으로 지급기준, 지급률을 달리하여 지급」 하였다.

- 판결 내용은 『원고 회사가 급여규정에 특별상여금의 일반적인 지급기준이 규정되어 있을 뿐, 그 밖에 취업규칙, 단체협약 등에 특별상여금의 지급여부, 지급시기 및 구체적인 지급률 등에 관하여 아무런 규정이 없는 점, 지급시기가 부정기적이고 지급률도 일정하지 아니하였으며, 근로자별로 그 액수를 달리 정해 지급된 점, 노동조합과의 합의 없이 회사의 경영성과에 따라 그 경영진의 판단에 의하여 그 지급여부 및 방법이 결정된 점 등의 제반 사정을 고려하여 보면, 회사와 그 소속 근로자들 사이에 특별상여금이 근로의 대상으로서 계속적, 정기적으로 지급되고 있다거나 그러한 관례가 성립되었다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 특별상여금의 지급에 관항 취업규칙, 단체협약, 급여규정 등에 의하여 지급의무가 지워져있다고 할 수도 없으므로 임금으로 볼 수 없다』

성과배분상여금의 임금성 여부 (창원지방법원 2000 구 3242, 2001.5.17)

- 원고에게 지급된 금품의 성격은 「성과배분상여금에 대해 단체협약에 별도로 그 지급근거가 명시되어 있지 않고, '96~'00년까지 매년 12월에 생산목표 달성율이 100%를 초과하여 성과배분상여금으로 그 지급기준금액의 100%를 지급」 받았다.

- 판결 내용은 『원고 회사의 단체협약 규정상 근로자의 임금은 기본급, 상여금 및 수당으로 구성되어 있고, 특별상여금에 관하여는 아무런 규정이 없는 점, 또한 매년 체결되는 임금협약서의 규정에 의하더라도 성과배분상여금은 당해연도 초에 계획한 생산목표의 달성여부에 따라 지급여부가 결정되므로 그 지급이 확정되어 있다고 보기 어렵고, 그 지급방법과 금액이 매년 동일하며 위 성과배분상여금이 계획적, 정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약 등에 의하여 회사에게 지급의무가

지워져 있다거나 그러한 관계가 성립되었다고 보기 어렵다 할 것이므로 위 성과배분상여금은 임금이 아니다』라고 하였다.

사업부별 업적급의 임금성 여부 (국행심 02-03886, 2002.12.14)

- 원고 회사가 근로자에게 지급된 금품의 성격은 「회사의 취업규칙에 “회사는 각 사업부별 업적을 참작하여 연 1 회 이상 성과급을 지급할 수 있다. 단, 성과급의 지급여부, 지급방법, 지급기준 및 지급액에 대해서는 당해연도의 경영실적에 따라 정하다”라고 되어 있으며, ‘95 년 성과급 제도가 생긴 이래 ‘95 년 하반기, ‘96 년 상·하반기, ‘99 년 상·하반기 및 2000 년 상·하반기에 지급시기별로 지급률, 지급대상 등을 조금씩 달리하여 지급하고 ‘97 년과 ‘98 년에는 미지급하였다.

- 재결 내용은 『성과급의 지급액이나 지급대상이 매회 일정하지 아니한 점, 회사의 취업규칙에 의하더라도 “회사는 각 사업부별 업적을 참작하여 연 1 회 이상 성과급을 지급할 수 있다. 단, 성과급의 지급여부, 지급방법, 지급기준 및 지급액에 대해서는 당해연도의 경영실적에 따라 정한다”라고 되어 있어, 지급사유의 발생 여부, 구체적인 지급기준, 금액, 시기 등이 불확정적으므로 성과급의 지급이 확정되어 있다고 보기 어렵다 할 것이고 이는 ‘97 년과 ‘98 년에는 성과급이 지급되지 않은 것에 의해서도 확인되는 점 등에 비추어볼 때 회사가 근로자들에게 지급한 성과급은 회사의 경영실적에 따라 일시적, 불확정적으로 지급한 시혜적 성격의 금품』이라고 하였다.

변동성과급의 임금성 여부 (행정심판 02-03729, 2002.11.18)

- 핵심사업의 순조로운 진행에 대해 근로자들의 노고를 치하하고자 변동성과급이라는 명목을 지급되었고, 취업규칙 등에 그 지급이 명시되어 있지 않았으며, ‘99 년과 ‘00 년에 한시적으로 몇차례 지급되었을 뿐 지급액도 일률적이지 않고 액수의 차이도 상당하며, 개인 근로자별 지급액에도 차이가 있다.

- 재결 내용은 『변동성과급 또는 그 밖의 다른 명목으로 성과급 지급에 관한 사항이 취업규칙 등에 구체적으로 명시되어 있지 아니하며, 단체협약을 통하여서도 변동성과급의 지급에 관한 합의를 한 사실을 확인 할 수 없고, 지급횟수도 ‘99 년과 ‘00 년에 각 1 회에 그치고 있어 위 변동성과급이 전직원에게 일률적, 정기적으로 지급되는 관행이 성립되었다고 보기도 어렵다는 점을 고려하며, 위 변동성과급은 임금이라기보다는 사업주가 경영실태 등을 감안하여 그 직원에게 호의적, 은혜적으로 지급한 것에 불과』하다고 하였다.

평균임금에 관한 행정해석

I. 평균임금

1. 개념

평균임금은 실제로 제공된 근로에 대해 실제로 지급받은 임금을 의미하며 일급 개념으로 산출된다. 평균임금 산정은 이를 산정해야 할 사유가 발생한 날 이전 3 월간에 그 근로자에게 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총 일수로 나눈 금액을 말한다.

2. 관련 행정해석

• 경영성과급, 특별상여금 및 생산장려금 등의 지급여부·지급률·지급시기 등이 대표이사에 의해 임의적으로 결정되어 왔다면 평균임금에 해당되지 않는다 (2005.03.25, 근로기준과-1758)

성과급적 특별상여금의 경우에도 요건이 충족될 때에 임금성이 인정될 수 있으며, 평균임금 산정시에도 포함되어야 할 것이나, 그렇지 못한 경우에는 이는 사업주의 포상적·은혜적 급부로 보아야 할 것으로 임금성이 부인되므로 평균임금산정시 제외될 수 있을 것이다.

귀사의 경우 경영성과급, 특별상여금 및 생산장려금 등의 지급에 대하여 단체협약이나 취업규칙 등에 전혀 정한바가 없고, 지급여부·지급률·지급시기 등이 경영성과에 따라 대표이사에 의해 임의적으로 결정되어 왔으며, 지급관행이 생겼다고 보기도 어려운 경우에는 임금성이 부인될 수 있을 것이다.

그러나 귀사의 단체협약 및 취업규칙 등에 퇴직금 및 연차휴가수당 지급을 위한 평균임금 산정시 이러한 경영성과급 등을 포함하여 산정한다고 규정되어 있거나, 명시적인 규정은 없더라도 경영성과급 등을 포함하여 산정한 퇴직금 등의 지급이 장기간 반복됨으로써 노사당사자간에 관행으로 형성되어 사용자에게 지급의무가 있다고 여겨질 수 있을 경우에는 이러한 관행은 근로조건화 되었다고 할 수 있을 것이며, 관행화된 근로조건을 불이익하게 변경하고자 할 경우에는 취업규칙 불이익 변경절차를 거쳐야 할 것으로 사료됩니다..

• 대기발령이 정당하다면 대기발령기간은 평균임금 산정대상기간에 포함된다 (2003.07.16, 임금 68207-562)

귀 질의의 경우, 평균임금 산정기준은 대기발령의 정당성 여부에 따라 달리 보아야 할 것인 바, 대기발령이 정당한 처분이라면 그 기간과 그 기간 중에 지불된 임금은 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에 각각 포함하여 평균임금을 산정하고, 다만, 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 보아야 합니다.

부당한 처분이라면 이를 근로기준법 시행령 제 2 조 제 1 항 제 8 호에 준하는 것으로 보아 그 기간과 그 기간 동안에 지급 받은 임금을 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에서 각각 공제하는 것이 타당하다고 사료됩니다.

• 휴직기간이 근로자 귀책사유에 해당되는 경우 평균임금산정 기준기간에 포함하여 평균임금을 산정하여야 한다 (2003.02.27, 임금 68207-132)

만일 평균임금 산정기준이 되는 기간에 근로를 제공하지 못한 사유가 결근 등 근로자 귀책사유에 해당되는 경우에는 동기간도 평균임금산정 기준기간에 포함하여 평균임금을 산정하여야 합니다.

반면에 휴직기간이 같은 법 시행령 제 2 조 제 1 항 제 8 호의 규정에 의한 업무외 부상·질병 기타의 사유로 인하여 사용자의 승인을 얻어 휴업한 기간으로 볼 수 있는 경우에는 동기간을 제외한 나머지 일수 및 임금을 대상으로 평균임금을 산정하여야 하며, 휴직한 기간이 3 개월을 초과하여 평균임금 산정기준기간이 없게 되는 경우에는 휴직한 첫 날을 평균임금산정 사유발생일로 보아 이전 3 월간을 대상으로 평균임금을 산정하여야 함.

아울러 위와 같은 방법으로 산출된 평균임금액이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 하여야 합니다.

• 노조전임자의 평균임금 산정 (2001.05.03, 임금 68207-317)

- 먼저 사업장에 근로를 제공하지 않고 노동조합업무만을 수행한 노동조합 전임자가 전임기간 만료와 동시에 퇴직하는 경우에 있어서 평균임금은 이에 대한 노사간의 정함이 없는 한 노동조합 전임을 개시한 날(최종 임금지급일)을 "평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 날"로 봅니다.(임금 68207-545, '94.9.7)