

대법원 2024. 12. 19. 선고 전원합의체 판결 요지

민 사

2019다255416 소유권이전등기 (사) 상고기각

[개정 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」 부칙 제2항의 해석 및 적용 범위가 문제된 사건]

◇구 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 친일재산귀속법’ 또는 ‘구법’)에 따른 국가귀속결정이 확정판결로 취소된 경우, 개정 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」(이하 ‘개정 친일재산귀속법’ 또는 ‘신법’) 부칙 제2항(이하 ‘이 사건 부칙조항’) 단서에 따라 종전 국가귀속결정의 대상재산에 대하여는 친일반민족행위자 및 친일재산의 인정 범위를 확장한 신법이 적용되지 않는지 여부(적극)◇

이 사건 부칙조항의 문언과 체계, 입법자의 의도, 헌법합치적 해석의 필요성 등에 비추어 보면, 이 사건 국가귀속결정이 확정판결로 취소된 이상 그 대상재산인 이 사건 토지에 대하여는 이 사건 부칙조항 단서에 따라 신법이 적용되지 않으므로, 신법이 적용됨을 전제로 한 원고의 소유권이전등기청구 등은 받아들일 수 없다. 상세한 이유는 다음과 같다.

가. 이 사건 부칙조항의 문언과 체계

이 사건 부칙조항 본문은 “위원회가 종전의 제2조 제1호에 따라 친일반민족행위자로 결정한 경우에는 제2조 제1호의 개정규정에 따라 결정한 것으로 본다.”라고 규정한다. 여기에서의 ‘위원회’는 친일반민족행위자재산조사위원회(이하 ‘친일재산조사위원회’라 한다)를 의미한다(구법 제4조). 친일재산조사위원회의 업무에는 친일반민족행위자의 조사 및 선정, 즉 친일반민족행위자의 결정 업무가 포함되어 있다(구법 제5조 제1항 제1호). 누가 친일반민족행위자인지는 법에 한정적으로 열거되어 있다. 구법 제2조 제1호 (가)목은 “한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위”를 한 자를 친일반민족행위자의 유형에 포함시켰다. 그런데 그 이후 ‘한일합병의 공으로’ 부분을 삭제하여 친일반민족행위자의 범위를 넓히는 내용의 신법이 시행되었다. 이와 관련하여 신법에 따라 어떤 재산을 국가에 귀속시키려면 새로운 국가귀속결정이 있어야 하는지가 문제될 수 있었다. 그런데 국가귀속결정을 하는 위원회의 활동기간은 원칙적으로 4년으로 규정되어 있었고(구법 제9조 제1항), 신법 시행 전인 2010년에 이미 그 활동기간이 만료된 상황이었다.

이 사건 부칙조항 본문은 이러한 상황에서 새롭게 위원회를 조직한 뒤 조사절차를 거쳐 신법에 따른 국가귀속결정을 다시 내리는 번잡함을 피할 목적으로 구법 제2조 제1호에 따른 국가귀속결정을 신법 제2조 제1호에 따른 국가귀속결정으로 의제하는 조항이다(헌법 재판소 2018. 4. 26. 선고 2016헌바454 결정 참조). 이 사건의 맥락에서 보면 이 사건 부칙조항 본문은 다음과 같은 의미를 가진다. 즉, 한일합병과 무관하게 작위를 받은 사람의 재산은 구법에 따르면 친일재산이 아니므로 국가에 귀속될 수 없다. 그런데 위원회가 구법 하에서 그 재산에 대한 국가귀속결정을 내리는 경우가 있을 수 있다. 한편 신법 시행으로 위 재산은 사후적으로 친일재산의 범주에 포함되게 되었다. 이때 이 사건 부칙조항 본문에 따르면 구법을 잘못 적용하여 내려진 국가귀속결정이라고 하더라도 별도의 절차 없이 신법이 적용되어 내려진 정당한 국가귀속결정으로 의제된다. 그러한 의미에서 이 사건 부칙조항 본문은 구법 하의 국가귀속결정에 대한 신법의 '적용'을 의제하는 것이기도 하다.

이 사건 부칙조항 단서는 "확정판결에 따라 이 법의 적용대상이 아닌 것으로 확정된 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정한다. 이는 친일반민족행위자의 특정한 재산에 대한 국가귀속결정 그 자체 또는 이로 인한 법률관계에 대한 구체적인 쟁송을 전제로 하여 판결이 확정된 경우에는 법적 안정성을 위하여 개정규정을 적용하지 않도록 한 조항이다(대법원 2016. 11. 9. 선고 2014두3228 판결 참조). 여기에서의 '확정판결'은 어떤 소송 유형에서 내려진 확정판결인지를 묻지 않는다. 중요한 것은 그 확정판결이 특정한 재산을 구법의 적용대상에서 제외하는 취지의 판결인가이다.

친일재산귀속법은 친일반민족행위자의 재산, 즉 친일재산의 국가귀속에 관한 법률로서 그 법률에서 정한 바에 따른 친일반민족행위자 및 친일재산을 그 적용대상으로 한다. 그런데 특정한 재산이 구법 제2조 제1호에 따른 친일반민족행위자의 재산에 속하지 않는다는 이유로 그 재산에 관한 국가귀속결정을 취소하는 판결이 확정되었다면, 그 확정판결은 그 재산이 구법의 적용대상에서 제외된다는 취지의 판결이나 다름없다. 이러한 확정판결이 존재하는 이상 그 이후 법이 개정되어 친일반민족행위자의 범위가 넓어졌다더라도 신법을 소급하여 적용해서는 안 된다는 것이 이 사건 부칙조항 단서의 취지이다. 이 사건 부칙조항 단서의 "그러하지 아니하다"는 바로 이러한 점을 나타내는 문언으로서 이 사건 부칙조항 본문에 따른 신법 적용의 의제에 대응하는 의미를 가지고 있다. 결론적으로, 이 사건 부칙조항 본문에 따르면 구법 하의 국가귀속결정도 신법을 적용하여 이루어진 것으로 의제되나, 이 사건 부칙조항 단서에 따르면 특정한 재산을 구법 적용대상에서 제외한다는 취지의 판결이 이미 확정된 경우에는 신법의 적용 의제도 하지 않겠다는 의미를 담고 있다. 이 사건 부칙조항 단서를 그렇게 해석하는 이상, 특정한 재산의 국가귀속결

정을 취소한 확정판결이 있는데도 신법의 적용에 따라 그 재산이 국가에 귀속되었음을 전제로 하는 민사소송은 허용될 수 없다.

나. 이 사건 부칙조항 단서에 관한 입법자의 의도

이 사건 부칙조항 단서의 입법 경위를 살펴보면, 특정 재산에 관한 국가귀속결정을 취소하는 판결이 확정되었다면 그 재산은 신법의 시행에도 불구하고 더 이상 국가에 귀속시키지 않는다는 것이 입법자의 의도로 보인다. 이러한 입법자의 의도는 이 사건 부칙조항 단서를 해석할 때 충분히 고려되어야 한다.

개정 친일재산귀속법은 이해승이 한일합병의 공으로 작위를 받은 것이 아니라는 이유로 구 친일재산귀속법의 적용대상이 아니라고 판단한 이 사건 확정판결에 대응하여 발의되었다. 발의 당시 개정법률안의 제안 이유에서는 이 사건 확정판결을 구체적으로 특정하면서 “문맥상 해석에 치우친 판결이라 많은 논란의 여지가 있음”이라고 평가하기도 하였다. 이러한 개정법률안의 제안 취지는 특히 이해승이라는 특정인을 염두에 두면서 이 사건 확정판결에서 문제되었던 ‘한일합병의 공으로’라는 제한을 삭제함으로써 친일반민족 행위자 및 친일재산의 범위를 확장하기 위한 것이었다.

그러나 법률안 심사 과정에서 이 사건 확정판결을 통해 국가에 귀속될 수 없음이 종국적으로 선언된 재산을 신법에 의해 다시 국가에 귀속시킬 수 있게 하면 소급입법을 통한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항 위반 논란이 발생할 수 있다는 지적이 있었다. 2011. 4. 19. 국회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회 회의 과정에서 법무부는 ‘이미 대법원의 이 사건 확정판결이 선고된 사안에 대해서 다시 법을 제정하는 것이 타당한지 검토할 필요가 있다’는 의견을 제시하였다. 법원행정처도 ‘이 사건 부칙조항에 관하여 이 사건 확정판결과 저촉되는 부분에 관해서는 검토할 필요가 있다’는 의견을 제시하였다. 이러한 의견을 반영하여 국회 법제사법위원회 전문위원은 ‘확정판결을 통하여 회복한 소유권에 대하여 새로운 조사로 다시 국가에 귀속시킬 수 있게 되는 등 소급입법을 통한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항 위반 논란의 우려’가 있다는 배경을 밝히면서 이 사건 부칙조항과 같은 내용의 수정안을 검토·보고하였다. 그 수정안은 법안 심사 과정에서 변경 없이 그대로 확정되었다.

요약하자면, 개정 친일재산귀속법이 애당초 이 사건 확정판결에 대한 비판적 입장에 기초하여 발의된 것은 사실이나, 심사 과정에서는 이 사건 확정판결로 국가귀속이 부정된 재산까지 신법을 적용하여 환수하는 것이 소급입법금지의 원칙이나 확정판결 존중의 필요성에 비추어 무리한 것임을 인식하면서 이 사건 부칙조항의 단서가 마련되었다. 입법자는 이 사건 부칙조항 단서를 둠으로써 확정판결로 법적 분쟁이 종료된 재산만큼은 신법의

적용대상에서 제외함으로써 신법 시행을 계기로 그 재산을 사후적으로 다시 국가에 귀속시키는 사태는 방지하려는 의도를 가졌던 것으로 보인다.

한편 이 사건에서 원고는 '이 사건 확정판결은 국가귀속결정의 취소를 구하는 행정소송에서 내려진 판결이므로 이러한 확정판결의 존재는 원고가 국가귀속결정과 무관하게 민사소송의 형태로 직접 피고에게 소유권이전을 구하는 것을 방해하지 않는다'는 입장을 취한 것으로 이해된다. 그러나 과연 입법자가 이 사건 부칙조항 단서를 만들면서 이처럼 행정소송과 민사소송을 구별하여 전자의 확정판결에도 불구하고 후자의 방법에 따른 국가귀속을 허용하거나 의도하였는지는 의문이다. 또한 위와 같은 입장에 따르면 구법 하에 내려진 확정판결을 존중하고자 했던 입법자의 의도는 실질적으로 좌절되고 만다. 오히려 입법자의 의도는 특정한 재산이 구법의 적용대상이 아니라는 취지의 판결이 확정되었다면 그 소송 형태를 불문하고 확정판결이 다툼의 대상으로 삼았던 법률관계에 대한 종국적 판단은 신법의 시행으로 소급하여 변경하지 않는다는 것으로 보아야 한다.

다. 헌법합치적 해석의 필요성

소급입법금지 원칙 및 법적 안정성의 요청을 고려한 헌법합치적 해석의 관점에서 이 사건 부칙조항 단서는 앞서 살펴본 바와 같이 해석하는 것이 타당하다.

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.”라고 규정하여 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하고 있다. 이러한 소급입법금지 원칙은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에서 파생하는 헌법상 원칙이다. 소급입법에는 이미 과거에 완성된 사실이나 법률관계를 규율 대상으로 하는 이른바 진정소급입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행 과정에 있는 사실이나 법률관계를 규율 대상으로 하는 이른바 부진정소급입법이 있다(헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 등 결정, 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 99헌마574 결정 등 참조). 진정소급입법은 헌법상 허용되지 아니하는 것이 원칙이나, 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2010두3169 판결, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정 등 참조).

친일재산귀속법에서 친일재산을 국가에 귀속시키는 조항은 이미 과거에 완성된 사실이나 법률관계를 규율 대상으로 하므로 진정소급입법에 해당한다. 진정소급입법이 허용되는 예외사유에 해당하는지는 엄격하게 판단하여야 하나(헌법재판소 2014. 7. 24. 선고

2012헌바105 결정 참조), 친일재산의 소급적 박탈은 예외적으로 소급입법의 가능성을 예상할 수 있었던 경우에 해당하여 그로 인해 발생하는 법적 안정성이나 신뢰에 대한 침해가 반드시 심각하다고 보기 어려운 반면, 이를 통하여 달성하고자 하는 입법목적에 대한 헌법적 요청이나 공익적 가치는 매우 크기 때문에 이러한 입법이 진정소급입법이라는 이유만으로 헌법 제13조 제2항에 위배된다고 할 수는 없다(위 대법원 2010두3169 판결, 위 헌법재판소 2008헌바141 등 결정 참조).

그러나 이 사건에서는 진정소급입법의 성격을 가지는 친일재산귀속법이 일단 제정·시행된 이후 내려진 국가귀속결정을 그 법이 정한 요건에 맞지 않는다고 하여 취소한 법원의 확정판결이 존재하는 상황이 문제되고 있다. 이처럼 확정판결이라는 요소가 고려 대상에 추가되어 있다는 점에서 이 사건은 친일재산귀속법 또는 그 법의 재산귀속조항 자체가 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에 해당하는가의 문제와는 다른 국면에 놓여 있다. 기판력 또는 실체적 확정력이 인정되는 확정판결의 규범적 무게에 비추어 볼 때 확정판결에 기초한 신뢰나 법적 안정성은 더욱 강하게 보호받아야 하고, 이는 이 사건 부칙조항 단서를 해석할 때 충분히 고려되어야 한다.

어떤 재산이 법에서 정한 친일재산에 해당하지 않는다는 이유로 그 재산에 관한 국가귀속결정을 취소하는 판결이 확정됨으로써 그 재산이 자신의 소유임을 중국적으로 확인 받은 사람은 장차 또 다른 소급입법을 통하여 그 확정판결에서 선언된 법률관계에 반하여 그 소유권을 국가에 박탈당하리라고 쉽게 예상하기 어렵다. 한편 친일재산의 환수를 포함한 일제 식민지 역사의 청산을 통하여 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우는 일이 가지는 공익적 가치는 매우 크다고 할 수 있다. 그러한 중대한 공익적 가치는 극히 예외적으로만 인정되는 진정소급입법을 허용하게 하는 핵심적인 요인이었다. 그러나 이 사건에서는 친일재산귀속법이 제정·시행되어 그 규율 체계에 따라 공익적 가치가 대부분 구현되고 있는 과정에서 법원이 그 법의 해석상 친일재산에 속하지 않는 특정한 재산에 관하여 내려진 국가귀속결정을 취소한 판결이 확정된 경우가 다루어지고 있다. 이때 바로 그 특정한 판결을 염두에 두고 친일재산의 범위를 사후적으로 확장한 신법 조항을 바로 그 특정한 재산에 소급하여 적용하여야 할 공익적 가치가 극히 예외적으로만 인정되어야 할 진정소급입법을 허용할 만큼 중대한가는 별도로 살펴보아야 할 문제이다. 이는 입법의 미비 또는 국가기관의 잘못된 결정을 진정소급입법의 형태를 빌려 국민의 부담으로 소급하여 전가하는 것이 과연 타당한가의 문제이기도 하다. 신법의 입법 과정에서 바로 이러한 문제가 제기되었고, 이를 둘러싼 헌법적 논란을 불식시키기 위하여 이 사건 부칙조항 단서를 두게 된 것이다.

법률의 해석은 헌법 규정과 그 취지를 반영해야 하므로, 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 그중 헌법에 부합하는 해석을 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 한다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결, 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다294791 판결 등 참조). 그런데 이 사건 확정판결이 행정행위로서의 국가귀속결정을 취소하는 판결에 불과하므로 원고는 이 사건 부칙조항 단서에도 불구하고 여전히 민사소송으로 해당 재산을 환수할 수 있다는 해석은 이 사건 부칙조항 단서가 추구하는 헌법상 소급입법금지 원칙 및 확정판결 존중 등 법적 안정성의 요청에 실질적으로 반하는 해석이다. 그러므로 헌법합치적 해석의 관점에서 이 사건 부칙조항 단서는 구법의 적용 대상이 아닌 것으로 확정판결이 내려진 재산에 대하여는 신법이 적용되지 않는다는 의미로 해석하여야 한다. 그와 같이 해석하더라도 확정판결의 대상이 아닌 다른 재산은 신법에 따라 한일합병의 공으로 받은 것인지와 무관하게 국가로 귀속시킬 수 있으므로 신법이 추구하는 입법 목적이 무력화되는 것이 아니다.

☞ 일제로부터 조선귀족 중 최고 지위인 후작의 작위를 받은 이해승에 대하여 ‘한일합병의 공으로 작위를 받은 자’라는 이유로 구 친일재산귀속법에 따라 그 소유 재산에 대한 국가 귀속결정이 내려졌고, 이에 대하여 이해승의 손자인 피고가 국가귀속결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 이해승이 ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받았다고 보기는 어렵다는 이유로 위 국가귀속결정을 취소하는 판결이 확정되었음. 그 확정판결 이후 구 친일재산귀속법은 재산이 국가에 귀속되는 친일반민족행위자의 요건에서 ‘한일합병의 공으로’ 부분을 삭제하여 친일반민족행위자 및 친일재산의 인정 범위를 확장하는 취지로 개정되었는데, 이 사건 부칙조항은 “위원회가 종전의 제2조 제1호에 따라 친일반민족행위자로 결정한 경우에는 제2조 제1호의 개정규정에 따라 결정한 것으로 본다. 다만, 확정판결에 따라 이 법의 적용대상이 아닌 것으로 확정된 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있음. 이에 따라 원고(대한민국)는 피고를 상대로 개정 친일재산귀속법이 적용되어 위 국가귀속결정의 대상재산이 국가의 소유로 귀속되었다고 주장하면서 그 대상 재산에 관하여 소유권이전등기절차 이행, 처분대금 상당의 부당이득반환 등을 청구함

☞ 원심은 확정판결로 국가귀속결정의 취소가 확정된 이상 이 사건 부칙조항 단서에 따라 국가귀속결정의 대상재산에는 개정 친일재산귀속법이 적용되지 않고, 그 결과 원고는 자신에게 이 사건 토지의 소유권이 귀속되었음을 전제로 하는 주장을 할 수 없다고 판단하는 한편, 확정판결로 취소된 국가귀속결정의 대상재산이 아니었던 토지에 대하여는 개정 친일재산귀속법이 적용되어 원고에게 소유권이 귀속된다고 판단하였음. 이에 대하여 원고는 이 사건 부칙조항의 적용대상은 확정판결로 취소된 종전 국가귀속결정의 ‘대상재

산'이 아니라 종전 '국가귀속결정' 자체이고, 원고는 개정 친일재산귀속법에 따라 위 대상 재산에 대한 소유권을 소급하여 취득하였으므로 민사소송으로 그 소유권이전등기 절차 이행 등을 청구할 수 있다는 취지로 주장하면서 상고하였음

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 부칙조항의 문언 및 체계와 입법자의 의도, 헌법합치적 해석의 필요성 등에 비추어 보면, 국가귀속결정이 확정판결로 취소된 이상 그 '대상재산'에 대하여는 이 사건 부칙조항 단서에 따라 개정 친일재산귀속법이 적용되지 않으므로, 개정 친일재산귀속법이 적용됨을 전제로 한 국가의 소유권이전등기청구 등은 받아들일 수 없다고 보아, 이 부분에 대한 원고의 청구를 기각한 원심을 수긍하여 원고의 상고를 기각함

☞ 이러한 다수의견에 대하여 ① 대법관 김상환, 대법관 노태약, 대법관 이흥구, 대법관 오경미, 대법관 박영재의 반대의견, ② 다수의견에 대한 대법관 권영준의 보충의견, ③ 반대의견에 대한 대법관 노태약의 보충의견이 있음

☞ 그중 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 다수의견과 같이 이 사건 부칙조항 단서를 들어 친일재산에 해당하는 대상재산의 소유권에 관하여 민사소송으로도 다룰 수 없다는 해석은 이 사건 부칙조항의 문언과 체계를 지나치게 형식적으로만 이해하여 잘못 해석한 것으로서, 입법자의 의도를 벗어나 헌법적 가치를 외면한 것임

- 친일재산귀속법에서 정한 친일재산은 친일재산귀속법 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가소유로 되고, 국가귀속결정이 있더라도 이는 확인적 결정에 불과하므로 그 결정이 있어야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아님

- 친일재산의 국가귀속 법리에 따라 해석하면 이 사건 부칙조항 단서의 적용대상은 그 문언 그대로 '국가귀속결정' 자체이고, 친일재산의 소유권은 당연히 국가에 소급적으로 귀속하므로 확정판결로 국가귀속결정이 취소되었더라도 국가가 친일반민족행위자 측을 상대로 친일재산의 소유권 반환 등을 구하는 민사소송을 제기하는 것은 허용된다고 보아야 함

☞ 한편, 피고도 친일재산을 국가의 소유로 귀속시키기 위해서는 반드시 국가귀속결정이 있어야 하고 국가가 직접 소유권이전등기청구 등을 할 수는 없으며, 친일재산귀속법이 시행되기 이전에 처분된 친일재산의 대금은 부당이득을 구성하지 않고, 그 부당이득반환 청구권은 소멸시효 완성으로 소멸하였거나 지체책임은 이행청구를 받은 때부터 발생하는 것이라는 취지로 주장하면서 상고하였으나, 대법원은 일치된 의견으로 피고의 주장을 받아들이지 않은 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 없다고 판단하여 피고의 상고를 기각하였음

2020다247190 임금 (나) 상고기각

[특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 조건이 부가된 정기상여금 등의 통상임금 해당 여부가 문제된 사건]

◇고정성을 통상임금의 개념적 징표로 유지할 것인지 여부(소극) 및 통상임금의 개념과 판단 기준◇

가. 종전 판례가 밝힌 통상임금 개념의 재정립 필요성

1) 통상임금은 근로기준법(이하 괄호에서는 ‘법’이라고만 한다)상 연장·야간·휴일근로(이하 ‘연장근로 등’이라 한다)에 대한 가산임금이나 해고예고수당을 산정하고 평균임금의 최저한이 되는 기준임금이다. 통상임금은 그 자체가 독자적 의미를 가지기보다 법정수당 산정 등의 기준으로서 의미를 가진다는 점에서 도구개념이다. 연장·야간·휴일근로수당은 통상임금에 50% 이상의 가산율을 적용하여 산정되므로(법 제56조), 통상임금의 범위는 임금 총액과 노사의 이해관계에 큰 영향을 미치고 이를 둘러싼 법적 분쟁도 빈번하게 발생한다.

2) 그런데 근로기준법은 통상임금의 범위에 대하여 명확한 기준을 제시하지 않는다. 근로기준법 시행령의 통상임금 정의규정도 구체적 사안에서 통상임금성을 판정할 수 있는 실천적 판단 기준으로 삼기에 부족하다. 이러한 상황에서 법원은 오랜 기간 판례를 축적하며 통상임금에 관한 해석론을 형성하여 왔다. 특히 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 및 같은 날 선고 2012다94643 전원합의체 판결(이하 통틀어 ‘2013년 전원합의체 판결’이라 한다)은 통상임금의 판단 기준과 개념적 징표의 의미를 구체적으로 밝혔다. 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지는 소정근로의 대가로 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급된 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다. 고정성에 관하여 ‘근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정성을 갖춘 것’이라는 일반적인 기준을 정립하고, 세부적인 판단 기준도 임금 유형별로 제시하였다. 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금(이하 ‘재직조건부 임금’이라 한다)과 일정 근무일수를 충족하여야만 지급하는 임금(이하 ‘근무일수 조건부 임금’이라 한다)은 조건 성취 여부가 불확실하므로 고정성이 부정된다는 기준 등이 그것이다.

3) 이는 통상임금의 범위를 명확하게 하려는 노력의 일환이었지만, 그 이후에도 고정성과 통상임금 판단을 둘러싼 논란은 계속되었다. 학계와 실무에서 2013년 전원합의체 판결이 정의한 고정성 개념을 비판하거나 이를 우회하여 통상임금성을 다른 각도에서 판단하려는 시도가 이어져 왔다. 이러한 문제의식과 축적된 논의를 바탕으로 통상임금에 관한

근본적 고찰을 통하여 이 사건 쟁점인 ‘채직조건부 임금’의 통상임금성 문제를 넘어 ‘근무일수 조건부 임금’ 등 고정성이 문제되는 다른 임금 유형까지 정합성 있게 규율할 수 있는 통상임금 개념을 제시할 필요가 있다.

나. 통상임금 개념의 재정립 방향

통상임금 개념은 무엇보다 아래와 같이 기준임금으로서 요청되는 통상임금의 본질과 기능에 부합하는 방향으로 새로이 정립되어야 한다.

첫째, 통상임금은 법적 개념이므로 원칙적으로 법령상 정의에 충실하게 해석해야 한다(법령 부합성). 둘째, 통상임금은 강행적 개념이므로 당사자가 법령상 통상임금의 범위를 임의로 변경할 수 없어야 한다(강행성). 셋째, 통상임금은 소정근로의 가치를 온전하게 담아낼 수 있는 개념이라야 한다(소정근로 가치 반영성). 넷째, 통상임금은 사전에 명확하게 산정될 수 있어야 한다(사전적 산정 가능성). 다섯째, 통상임금 개념은 연장근로 등의 억제라는 근로기준법의 정책 목표에 부합하여야 한다(정책 부합성).

위와 같은 요청을 종합적으로 고려할 때 종전 판례가 제시한 고정성 개념은 통상임금의 개념적 징표에서 제외하는 것이 옳다.

다. 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 볼 수 없는 이유

1) 고정성 개념은 법령상 근거가 없음

2013년 전원합의체 판결이 말하는 ‘임금의 지급 여부나 지급액이 사전에 확정’될 것을 의미하는 고정성 개념은 법령의 어디에도 근거가 없다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 “근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액”이라고 정의한다. 여기서 ‘지급하기로 정한’이라는 문언은 지급이 미리 정해진 상태, 즉 ‘소정성(所定性)’을 의미한다. 그러한 소정성은 모든 임금에 공통된 징표이지 통상임금에 특유한 개념적 징표라고 볼 수 없다. 이를 2013년 전원합의체 판결이 말하는 ‘고정성’으로 변형하여 해석하고 통상임금의 개념적 징표로 삼는 것은 문언상 근거가 부족하다. 그러한 해석이 입법자의 의사나 근로기준법의 목적에 부합하는 것도 아니다.

통상임금은 소정근로의 가치를 임금으로 전환한 개념으로, 법령상 정의된 통상임금의 본질적인 판단 기준은 ‘소정근로 대가성’이다. ‘정기성’과 ‘일률성’은 이러한 ‘소정근로 대가성’ 있는 임금의 전형적 속성으로서, 임금의 지급 시기와 지급 대상이 미리 일정하게 정해지도록 요구함으로써 통상임금의 범위를 사전에 합리적으로 결정하도록 하는 역할을 담당한다. 그런데 여기에 법령상 근거 없이 ‘지급 여부나 지급액의 예외 없는 사전 확정’이라는 의미를 가지는 ‘고정성’이라는 징표를 더하는 것은 소정근로를 중심으로 도출되어

야 하는 정당한 통상임금의 범위를 축소시키게 되어 부당하다.

2) 통상임금 개념의 강행성에 반함

고정성 개념은 통상임금의 강행적 성격과 맞지 않는다. 통상임금은 법정수당 산정의 도구로서 연장근로 등에 대하여 법이 정한 합당한 보상을 하도록 한 강행법규와 관련되어 있다. 따라서 통상임금은 당사자가 그 의미나 범위를 임의로 변경할 수 없는 강행적 개념이다. 사용자와 근로자는 임금 구조와 체계, 개별 임금 항목의 유형과 내용, 임금 총액 등을 자유롭게 정할 수 있고, 임금에 관한 조건도 자유롭게 부가할 수 있다. 그 조건은 강행규정에 위반되거나 탈법행위에 해당하는 등 별도의 무효 사유가 존재하지 않는 한 효력을 가진다. 그러나 조건의 효력 문제와 그 조건이 부가된 임금 항목의 통상임금성 문제는 구별하여야 한다. 전자는 '자율'의 영역에 속하고, 후자는 '후견'의 영역에 속한다. 가령 어떤 임금 항목에 재직조건이 부가되어 있어 그에 따를 때 기준 시점에 재직하지 않는 근로자에게는 해당 임금이 지급되지 않더라도, 그 임금 항목이 다른 법정수당의 산정 기초를 이루는 통상임금인지는 이와 별도로 판단할 문제이다.

이러한 측면에서 볼 때 2013년 전원합의체 판결은 자율의 영역에 속하는 '조건'을 후견의 영역에 속하는 '통상임금'과 부당하게 결부시킨 근본적인 문제점이 있다. 2013년 전원합의체 판결은 근로관계 당사자가 어떤 임금 항목에 조건을 부가하여 그 지급 여부와 지급액이 사전에 확정될 수 없는 경우 고정성이 결여되어 통상임금이 아니라는 법리를 제시하였다. 이로써 당사자가 강행적 성격을 가지는 통상임금의 범위를 쉽게 좌우할 수 있게 허용하는 결과가 발생하였다. 사용자가 우월적 지위에서 임금에 조건을 부가함으로써 통상임금의 범위를 부당하게 축소할 위험도 초래하였다.

물론 조건의 유형과 내용에 따라서는 조건이 부가된 그 임금 항목의 통상임금성이 부정될 수도 있다. 하지만 이는 해당 임금의 지급 여부와 지급액이 그 임금 항목에 부가된 조건에 좌우되기 때문이 아니라, 해당 임금의 객관적 성질에 따라 통상임금성을 실질적으로 판단하는 과정에서 그 조건이 소정근로 대가성이나 정기성, 일률성을 부정하는 요소 중 하나로 고려되었기 때문이다. 예를 들어 운수회사에서 일정 기간 동안 교통사고가 발생하지 않을 것을 조건으로 지급하는 무사고수당은, 무사고라는 조건의 성취 여부가 불확실하기 때문이 아니라 소정근로 제공 외에 무사고라는 추가적인 자격요건 달성에 대한 보상으로서 지급되는 것이어서 소정근로 대가성이 결여되어 통상임금성이 부정된다.

3) 소정근로의 가치를 온전하게 반영하지 못함

통상임금은 소정근로의 가치를 평가한 개념이므로, 실근로와 무관하게 소정근로 그 자체의 가치를 온전하게 반영하는 것이라야 한다. 이 점에서 통상임금은 법정 기간 동안 근

로자에게 실제 지급된 임금의 총액을 기초로 하여 사후적으로 산정되는 평균임금과 구별된다. 통상임금은 가상의 도구개념이고 그 개념이 전제하는 근로자는 '소정근로를 온전하게 제공하는 근로자'이다. '소정근로의 온전한 제공'이라는 요건이 충족되면 이를 이유로 지급되는 가상의 임금이 통상임금이다. 바꾸어 말하면 소정근로가 온전하게 제공되었다는 이유만으로 지급되는 것이 아닌 임금 항목(예컨대 순수한 의미의 성과급)은 통상임금이 아니다. 이처럼 통상임금을 실근로 또는 실제 임금과 분리하는 것은 법문에 부합할 뿐만 아니라 소정근로의 가치를 온전하게 반영하는 방식이다. 그렇게 해석함으로써 실제 임금의 변동 가능성이 통상임금에 투영되는 것을 막아 기준임금으로서의 통상임금의 본질을 지켜낼 수 있다.

대법원도 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애되지 않고 산정하여야 한다고 판시하여 왔다(대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결, 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카6948 판결 등 참조). 그런데 2013년 전원합의체 판결이 고정성을 갖춘 임금을 '근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 업적, 성과 기타 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금'이라고 정의하여 조건 충족 여부에 임금 지급 여부가 연계되면 고정성이 결여된다고 본 것은 위 법리에 부합하지 않는다. 만약 그 조건이 '실제 근무일수'처럼 소정근로가 아닌 실근로와 관련된 것이라면, 이러한 조건을 통로 삼아 실근로에 관한 요소가 통상임금 개념에 영향을 미치게 되기 때문이다.

4) 통상임금의 사전적 산정 가능성을 약화시킴

통상임금은 연장근로 등을 제공하기 전에 산정될 수 있어야 한다. 그래야 사용자와 근로자는 연장근로 등에 대한 비용 또는 보상의 정도를 예측하여 연장근로 등의 제공 여부에 관한 의사결정을 할 수 있고, 연장근로 등이 실제 제공된 때에 가산임금을 곧바로 산정할 수 있다. 조건을 통하여 사후적 변동가능성이 있는 '실근로'를 '통상임금'과 연계하게 되면 통상임금의 사전적 산정 가능성이 약화된다. 통상임금의 사전적 산정 가능성은 실근로가 아니라 미리 정해진 소정근로와 연계될 때 제대로 확보될 수 있다. 그런데 2013년 전원합의체 판결은 사전적으로 정해져야 할 통상임금 여부를 임금의 지급 여부나 지급액의 확정 여부에 따라 결정하려고 하였다는 문제가 있다. 임금이 지급될지, 그 지급액이 얼마가 될지는 장래에 속한 일이므로 이를 사전에 완벽하게 확정하는 것은 불가능하다. 이 사건에서 문제되는 '근로자의 재직 여부'나 근무일수 조건부 임금에서 '근무일수의 충족 여부'도 마찬가지이다.

통상임금에서 고려할 것은 소정근로를 온전하게 제공한 경우에 지급되는 임금이 얼마로 정해졌는가이다. '실제로 조건을 충족하여 그 임금을 지급받을 가능성'은 통상임금에

서 고려할 필요가 없다. 가령 1개월의 소정근로일수가 22일인데 그중 20일 이상을 근무하면 지급하도록 정해진 임금의 경우 실제 20일 이상 근무할 가능성은 통상임금에서 고려할 필요가 없다. 조건으로 부여된 근무일수가 소정근로일수 이내라면 근로자가 소정근로일수를 모두 근무한다는 전제에서 통상임금을 산정하면 충분하다.

5) 연장근로 등 억제라는 정책 목표에 부합하지 않음

통상임금 개념은 연장근로 등의 억제라는 근로기준법의 정책 목표에 부합하여야 한다. 근로기준법에 따르면 사용자는 근로계약을 체결할 때 '소정근로시간'을 명시하여야 하고(법 제17조 제1항 제2호), 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다(법 제50조 제1항). 연장근로 등은 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하므로, 근로기준법은 연장근로를 제한하는 규정을 두면서(법 제53조) 연장근로 등에 대해 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금을 지급하도록 하는 한편(법 제56조), 연장근로 등 관련 규정 위반에 관한 처벌 조항도 두고 있다(법 제109조, 제110조). 이는 근로자의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 연장근로 등을 억제하고 연장근로 등의 가치에 상응하는 금전적 보상을 해 주려는 데에 그 취지가 있다(대법원 2023. 12. 7. 선고 2020도15393 판결 등 참조). 그런데 고정성 개념은 통상임금의 범위를 법령상 근거 없이 축소시켜 통상임금이 소정근로의 가치를 합당하게 평가한 단위 임금 기능을 수행하지 못하게 한다. 이로써 연장근로 등을 억제하고 그에 상응하는 보상을 하고자 하는 근로기준법의 정책 목표에 부합하지 않는 결과가 발생한다.

라. 통상임금 개념의 재정립 및 판단 기준

위에서 살펴본 바와 같은 이유로 종전 판례가 제시한 고정성은 통상임금의 개념적 징표에서 제외하는 것이 타당하므로, 통상임금 개념과 판단 기준을 새롭게 정립하여야 한다.

1) 통상임금 개념 및 판단 기준

근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 “근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액”이라고 규정한다. 법령의 정의와 취지에 충실하게 통상임금 개념을 해석하면, 통상임금은 소정근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정한 임금을 말한다. 통상임금은 근로기준법이 규정한 여러 임금을 산정하는 기준이 되므로, 그 본질은 근로자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 가치를 평가한 기준임금이라는 데에 있다. 정기성과 일률성은 그 임금이 소정근로의 대가인 임금임을 뒷받침하는 개념적 징표이다. 근로자가 소정근로를 온전하게 제공하면 그 대가로서 정기적, 일률적으로 지급

하도록 정해진 임금은 그에 부가된 조건의 존부나 성취 가능성과 관계없이 통상임금에 해당한다. 임금에 부가된 조건은 해당 임금의 객관적 성질을 실질적으로 판단하는 과정에서 소정근로 대가성이나 정기성, 일률성을 부정하는 요소 중 하나로 고려될 수는 있지만, 단지 조건의 성취 여부가 불확실하다는 사정만으로 통상임금성이 부정된다고 볼 수는 없다.

고정성이란 잦대 없이도, 근로자와 사용자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 대가라는 '소정근로 대가성', 임금의 지급 시기와 지급 대상이 미리 일정하게 정해졌을 것을 요구하는 '정기성'과 '일률성'의 개념을 통하여 통상임금에 해당하는지 여부를 올바르게 판단할 수 있다. 이러한 통상임금을 이루는 개념에는 '임금 지급에 관한 일정한 사전적 규율'의 의미가 내포되어 있으므로, 소정근로의 제공과 관계없이 일시적이거나 변동적으로 지급되는 금품은 여전히 통상임금에서 제외된다. 고정성을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하더라도 성질상 통상임금을 기초로 산정되는 주휴수당(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다74144 판결 등 참조) 등과 같은 법정수당은 개념적으로 통상임금이 될 수 없으므로, 통상임금에 속하지 않는다.

2) 재직조건부 임금

통상임금은 실근로와 구별되는 소정근로의 가치를 반영하는 도구개념이므로, 계속적인 소정근로의 제공이 전제된 근로관계를 기초로 산정하여야 한다. 근로자가 재직하는 것은 근로계약에 따라 소정근로를 제공하기 위한 당연한 전제이다. '퇴직'은 정년의 도래, 사망, 해고 등과 함께 근로관계를 종료시켜 실근로의 제공을 방해하는 장애사유일 뿐, 근로자와 사용자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 대가와 개념상 아무런 관련이 없다. 따라서 어떠한 임금을 지급받기 위하여 특정 시점에 재직 중이어야 한다는 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 소정근로 대가성이나 통상임금성이 부정되지 않는다.

3) 근무일수 조건부 임금

가) 소정근로를 온전하게 제공하는 근로자라면 충족할 근무일수 조건, 즉 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건의 경우, 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않는다. 설령 근로자의 실제 근무일수가 소정근로일수에 미치지 못하여 근로자가 근무일수 조건부 임금을 지급받지 못하더라도, 그 임금이 소정근로 대가성, 정기성, 일률성을 갖추고 있는 한 이를 통상임금에 산입하여 연장근로 등에 대한 법정수당을 산정하여야 한다. 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 관계없이 소정근로의 가치를 반영하여 정한 기준임금이기 때문이다. 반면 소정근로일수를 초과하

는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 제공하였다고 하여 지급되는 것이 아니고 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니다.

나) 근무일수 조건부 임금을 지급하는 사업장 중에서는 휴가를 사용한 날을 근무일수에 포함시켜 조건 충족 여부를 판단하는 곳이 있고, 실제 근무한 날만을 근무일수에 산입하는 이른바 '실근무일수 조건부 임금'을 둔 곳도 있다. 후자의 경우 예를 들면 소정근로일수 전부를 실제 근무할 것을 조건으로 지급하는 임금은 휴가를 사용하지 않은 채 소정근로일수를 개근할 것을 요구한다는 점에서 소정근로를 초과하는 추가적인 조건이 부가되어 있다고 볼 여지가 전혀 없지는 않다. 그러나 근로자마다 계속근로기간이 달라 근로기준법이 부여하는 연차유급휴가일수가 다르고, 사업장마다 정해진 약정휴가가 다르다. 같은 근로자도 연도별 발생하는 연차유급휴가일수가 다르고, 월별로 실제 사용하는 휴가일수도 다르다. 이와 같이 휴가의 발생과 사용이 사업장이나 근로자별로 개별적, 유동적인 상황에서 근로자가 며칠의 휴가를 사용하고 나머지 소정근로일을 개근하는 것이 '소정근로의 온전한 제공'에 해당하는지를 명확히 제시하기 어렵다. 이를 해당 근로자나 사업장의 다른 근로자들의 근무실태 현황을 참고하는 등의 방법으로 산출해 낼 수 있다고 하더라도 그 순간 통상임금 판단이 '실근로'와 연계됨으로써 통상임금의 사전적 산정 가능성을 현저히 떨어뜨린다. 따라서 통상임금이 법정수당 산정을 위한 기준임금이자 소정근로의 가치를 반영한 가상의 도구개념이라는 점에서, 실근무일수 조건부 임금도 휴가의 발생이나 실제 사용 여부를 고려하지 않고 조건으로 부여된 근무일수가 소정근로일수를 초과하는지에 따라 통상임금성을 일괄적으로 판단함이 타당하다.

다) 한편 소정근로일수는 근로기준법이 정한 범위 내에서 근로자와 사용자가 근로의무 있는 날로 정한 일수를 말하므로 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 사항이기는 하다. 그러나 소정근로일수의 정함이 기본적으로 '자율'의 영역에 속하더라도 그것이 탈법행위에 해당하는 경우에는 '후견'이 작동할 수 있다. 오로지 어떤 근무일수 조건부 임금을 통상임금에서 제외할 의도로 근무실태와 동떨어진 소정근로일수를 정하는 경우와 같이 통상임금의 강행성을 잠탈하고자 하는 경우에는 그러한 합의의 효력이 부정될 수 있다.

4) 성과급

근로자의 근무실적에 따라 지급되는 성과급은 단순히 소정근로를 제공하였다고 지급되는 것이 아니라 일정한 업무성과를 달성하거나 그에 대한 평가결과가 어떠한 기준에 이르러야 지급되므로, 일반적으로 '소정근로 대가성'을 갖추었다고 보기 어렵다. 따라서 고정성을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하더라도 위와 같은 순수한 의미의 성과급은 여전히 통상임금에 해당한다고 볼 수 없다. 다만 근무실적과 무관하게 최소한도의 일정액을

지급하기로 정한 경우 그 금액은 소정근로에 대한 대가에 해당한다.

마. 변경하여야 할 판결

2013년 전원합의체 판결 중 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 삼은 부분, 그에 따라 재직조건부 임금, 근무일수 조건부 임금, 성과급의 통상임금성을 고정성 인정 여부를 기준으로 판단한 부분, 재직조건부 임금이 조건의 부가로 인하여 소정근로 대가성을 갖추지 못하였다고 판단한 부분과 그와 같은 취지의 종전 판결들은 이 판결의 견해와 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

바. 새로운 법리의 효력 범위

위와 같은 판례변경은 임금체계의 근간이 되는 통상임금 개념을 재정립하는 것이어서 집단적 법률관계인 임금 지급에 관한 근로관계에 중대한 영향을 미친다. 새로운 법리를 전면적으로 소급 적용하면 종전 판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력에 바로 영향을 미침으로써 법적 안정성을 해치고 신뢰보호에 반하게 된다. 따라서 새로운 법리는 이 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용하는 것이 타당하다. 다만 이 사건 및 이 판결 선고 시점에 이 판결이 변경하는 법리가 재판의 전제가 되어 통상임금 해당 여부가 다투어져 법원에 계속 중인 사건들(이하 '병행사건'이라 한다)에는 구체적 사건의 권리구제를 목적으로 하는 사법의 본질상 새로운 법리를 소급 적용하여야 한다. 따라서 이 판결 선고일인 2024. 12. 19. 이후 제공한 연장근로 등에 대한 법정수당은 새로운 법리에 따른 통상임금의 범위를 기초로 그 지급액을 산정하여야 하고, 2024. 12. 18.까지 제공한 연장근로 등에 대한 법정수당은 이 사건 및 병행사건을 제외하고는 종래 법리에 따른 통상임금을 기초로 산정하여야 한다. 그 구체적 이유는 아래와 같다.

1) 판례변경의 소급효를 제한할 필요성

법원이 선언하는 법리는 그 이전의 사실관계에도 적용됨이 원칙이다. 이는 판례를 변경하는 경우도 마찬가지여서 새로운 법리가 애당초 정당한 법의 내용으로서 과거의 사실관계까지 규율하게 된다. 판례변경으로 인한 법적 불안정성은 우리 사법체도가 예정한 것이므로 원칙적으로 감수할 수밖에 없다. 그러나 이러한 원칙에도 불구하고 헌법의 기본원리인 법치주의로부터 파생된 신뢰보호의 원칙에 기초하여 새로운 판례의 적용 시점을 제한하여야 하는 극히 예외적인 경우가 있을 수 있다. 판례변경의 원인과 모습, 판례변경으로 침해되는 신뢰의 정도 등은 다양한 양상으로 존재하기 때문이다. 현실 세계에서 법을 구체화한 판례는 엄연히 법질서의 일부를 구성하면서 삶의 현장에서 때로는 추상적인 법 못지않게 강력하고 현실적인 규범력을 발휘하기도 한다. 이러한 경우 변경되는 판례에 대한 신뢰보호의 필요성이 새로운 판례의 소급적 관철 필요성보다 압도적으로 강한 상황도 있

을 수 있다. 다만 새로운 법리의 효력 범위를 제한하는 것은 극히 예외적인 경우에 한하여야 한다. 어떤 사건이 여기에 해당하는지는 종전 판례의 배경과 내용, 그 명확성과 구체성, 종전 판례에 대한 신뢰의 강도와 보호가치, 그러한 신뢰 아래 형성된 다른 법률관계의 내용과 중요성, 판례변경의 영향을 받는 당사자들 및 이해관계의 범위와 규모, 판례변경으로 발생하는 파급효과나 사회적 비용 등을 종합적으로 고려하면서 새로운 판례의 관철 필요성과 신뢰보호의 필요성을 세밀하게 형량(衡量)하여 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다. 다음과 같은 사정들을 고려하면, 이 사건은 새로운 법리의 효력 범위를 제한할 필요가 있는 예외적인 경우에 해당한다.

대법원은 '소정근로에 대하여 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금'이 통상임금이라는 취지로 일관되게 판시하여 오다가(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 등 참조) 2013년 전원합의체 판결에서 통상임금의 징표인 고정성 개념의 정의를 명확히 선언함으로써 통상임금에 관한 구체적이고 명확한 지침을 제공하였다. 위 판결은 재직조건부 임금 및 근무일수 조건부 임금은 고정성이 결여되어 통상임금이 아니라는 점도 분명히 하였다. 근로기준법 등 관계법령에서 통상임금의 범위에 관한 구체적이고 명확한 기준을 제시하지 않는 상황에서 이러한 판례 법리는 노동현장에서 장기간에 걸쳐 사실상 통상임금에 관한 강행적 법질서와 마찬가지로 받아들여져 왔다. 행정지도(정부의 통상임금 노사지도 지침 및 설명자료 등)를 통하여 노사 간 협상과 합의의 토대를 이루었고, 연장근로 등에 관한 법정수당, 평균임금의 산정, 임금 총액의 결정 등 수많은 파생적 법률관계의 기초가 되었다. 임금 근로자와 이들을 고용한 사용자까지 고려하면 통상임금의 범위가 변경됨에 따라 영향을 받는 당사자나 이해관계인이 매우 많고 그 이해변동의 규모도 상당하다. 통상임금의 범위 확대로 법정수당의 추가 지급을 구하는 법적 분쟁이나 소송으로 인한 사회적 비용도 상당히 클 수 있다. 사업장에 따라서는 임금 협상 과정에서 종전 판례 법리에 기초한 통상임금의 범위를 토대로 다른 임금의 내용, 액수 등을 적절히 합의함에 따라 개별 임금 항목이 통상임금에 해당하는지에 관한 법적 분쟁 없이 장기간 안정적인 노사관계를 이어온 곳들도 있다. 이러한 사업장의 과거 법률관계에 대해서까지 예외 없이 새로운 판례의 소급 적용을 관철하는 것이 반드시 실질적 정의 관념에 부합하는 결과가 된다고 단정하기 어렵다.

2) 판례변경의 소급효 제한 범위

대법원이 새로운 법리를 선언하는 것은 그 사건의 재판규범으로 삼기 위함이므로 기본적으로 당해사건은 새로운 법리가 소급하여 적용된다. 그런데 소급효의 범위 설정은 결국 형량의 문제이므로, 해당 사건의 고유한 특성을 바탕으로 신뢰보호의 필요성과 평등원칙

의 요청 등을 고려한 세밀한 형량을 통해 이를 정할 수 있다. 통상임금에 관한 종전 판례와 이번 판례변경이 갖는 앞서 본 여러 특수성과 함께 재직조건부 임금 및 근무일수 조건부 임금 등의 통상임금성이 쟁점인 다수의 사건들이 현재 대법원 및 하급심법원에 계속 중인 점을 고려하여 보면, 이번 판례변경에서는 이 판결 선고 시점에 대법원 및 하급심법원에 계속 중인 병행사건까지 소급효가 미치는 범위에 포함하는 것이 타당하다. 동일한 쟁점을 두고 현재 소송 계속 중인 다수의 사건들 중에 우연히 판례변경 대상 사건이 된 당해사건의 당사자들만 권리구제를 받고 나머지 병행사건의 당사자들은 권리구제를 받지 못하는 결론은 수긍하기 어렵다. 병행사건 당사자들도 스스로의 비용과 노력으로 소를 제기하여 통상임금의 범위를 다투며 권리구제를 적극적으로 도모함으로써 판례변경에 함께 기여한 주체이므로, 그 보호가치가 당해사건 당사자들과 동등하고 소를 제기하지 않은 집단과는 다르다. 그동안 다수의 병행사건에서 제기되어 온 문제의식에 부합하게 판례를 변경하면서 병행사건 당사자들이 소를 제기하여 적극적으로 다툰 법률관계를 종전 판례 법리에 따라 규율하는 것은 타당하지 않다.

☞ 피고 소속 근로자로 재직 중이거나 퇴직한 원고들은 재직조건(지급일 현재 재직 중인 자에 한하여 지급하고 그 전에 퇴직한 경우 지급하지 않는다는 조건)이 있는 정기상여금이 통상임금에 해당한다는 등의 주장을 하면서, 피고를 상대로 법정 통상임금을 기초로 재산정한 시간외 근무수당 차액을 청구함

☞ 원심은 재직조건부 정기상여금과 기관장 성과급 중 매월 지급이 보장된 최소 지급분에 대하여, ‘고정성’이 인정되어 통상임금에 해당한다고 판단하였음

☞ 대법원은 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 실시하면서, ‘고정성’을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하고 근로자가 소정근로를 온전하게 제공하면 그 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하도록 정해진 임금은 조건의 존부나 성취 가능성과 관계없이 통상임금에 해당한다는 새로운 통상임금 판단 기준을 정립함. 이와 달리 ‘고정성’을 통상임금의 개념적 징표로 삼아 재직조건 및 근무일수 조건부 임금 등의 통상임금성을 부정하고 재직조건부 임금이 조건의 부가로 인하여 소정근로 대가성을 갖추지 못하였다고 판단한 종전 판례를 변경함. 다만 새로운 법리는 이 사건 및 병행사건이 아닌 한 이 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용됨. 대법원은 새로운 법리를 적용하여 재직조건부 정기상여금과 성과급 중 최소 지급분의 통상임금성을 긍정한 원심의 결론이 정당하다고 보아 상고를 기각함

2022다289051 차별구제청구등 (카) 파기자판(일부)

[위법한 부진정 행정입법 부작위로 인해 장애인 접근권이 침해되었다고 주장하면서 국가배상으로 위자료를 청구한 사건]

◇1. 장애인 접근권이 헌법이 보장하는 기본권인지 여부(적극) 2. 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」(이하 ‘장애인등편의증진법’)의 위임에 따라 행정청이 장애인 편의시설 설치의무를 부담하는 시설의 범위를 행정입법으로 정함에 있어 부담하는 의무의 내용 3. 위법한 행정입법 부작위로 인한 국가배상책임 성립의 요건 4. 위법한 행정입법 부작위로 인해 개인의 권리가 침해된 경우의 위자료 인정 요건 및 범위 5. 피고가 1998. 4. 11. 시행된 구 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률 시행령」(2022. 4. 27. 대통령령 제32607호로 개정되기 전의 것) 제3조 [별표 1] 제2호 가목의 (1)(이하 ‘이 사건 쟁점규정’)을 그 시행일로부터 24년 넘게 개정하지 않은 행정입법 부작위로 인해 장애인인 원고들에게 위자료를 지급할 책임이 있는지 여부(적극) ◇

1. 장애인의 접근권 보장을 위한 행정입법의무의 불이행

가. 장애인의 접근권 보장을 위해 행정청이 부담하는 행정입법의무의 내용

1) 장애인의 접근권을 규정한 헌법과 법률 및 조약 내용

가) 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 가지고, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 진다(헌법 제10조). 인간의 존엄과 가치는 인간의 본질로 간주되는 존귀한 인격 주체성을 의미하고, 이를 바탕으로 인간은 자기책임 능력이 있는 인격체로서 스스로 결단하여 그 결단에 따라 자유롭게 행동할 자유와 행복을 추구할 권리를 지닌다. 헌법은 모든 국민이 법 앞에 평등하다고 규정하고 있으므로(헌법 제11조), 장애인도 비장애인과 동등하게 헌법이 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 지니고, 국가가 이를 보장할 의무가 있음은 당연하다.

그런데 우리가 일상생활에서 이용하는 각종 시설과 설비는 대부분 비장애인을 기준으로 마련되어 있어서 장애인은 타인의 도움 없이 스스로의 결단에 따라 이를 자유롭게 이용하기 어려운 실정이다. 스스로 결단하고 그에 따라 자유롭게 행동할 자유는 우리 헌법이 최고의 가치로 삼는 인간의 존엄성의 핵심을 구성한다. 장애인이 비장애인과 동등하게 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위해서는 장애인이 일상생활에서 이용하는 시설과 설비에 스스로의 힘으로 접근할 수 있는 권리, 즉 접근권이 보장되어야 한다.

나아가, 헌법 제34조 제1항은 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있고, 같은 조 제5항은 신체장애자는 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 규정하여 국가가 사회적 약자를 특별히 배려하고 지원하도록 하고 있다(대법원 2019. 10.

31. 선고 2016두50907 판결 참조).

이처럼 장애인의 접근권은 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리로서, 비록 헌법에 명시되지는 않았으나 앞서 살펴본 헌법 규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다.

나) 다만, 장애인의 접근권이 접근에 대한 방해의 금지를 구하는 소극적·방어적인 수준을 넘어 비장애인과 동등한 수준의 접근을 보장할 수 있는 특정 시설과 설비를 설치할 것을 국가나 사인(私人)에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 구체화되기 위해서는 이를 위한 법률이 필요하다 할 것이고, 국가는 제한된 재정 능력과 사회·경제적 발전 수준 등을 고려하여 장애인에 대한 접근권이 적절히 보장되도록 필요한 조치를 취할 의무가 있다.

다) 장애인에 대한 국가의 헌법상 보호 의무를 이행하기 위해 국회는 1997. 4. 10. 장애인등편의증진법을 제정하여 이를 1998. 4. 11. 시행하였다. 장애인등편의증진법은 장애인이 일상생활에서 안전하고 편리하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 보장하는 것을 목적으로 하고(같은 법 제1조), 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인도 비장애인이 이용하는 시설과 설비를 동등하게 이용할 권리, 즉 접근권을 가진다고 명시하였으며(같은 법 제4조), 국가와 지방자치단체가 장애인 등이 일상생활에서 안전하고 편리하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 각종 시책을 마련할 의무를 규정하였다(같은 법 제6조).

라) 국회는 더 나아가 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 '장애인차별금지법'이라 한다)을 2007. 4. 10. 제정하였고, 2008. 4. 11.부터 시행하였다. 장애인차별금지법은 장애인의 완전한 사회참여와 평등권의 실현을 통하여 장애인의 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 하는데(같은 법 제1조), 장애인차별금지법에 따라 금지되는 차별의 범위에는 장애인이 비장애인과 "동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반 수단과 조치"(이하 '정당한 편의제공'이라 한다)를 정당한 사유 없이 거부하는 행위도 포함된다(같은 법 제4조 제1항 제3호, 제2항, 이와 같이 정당한 편의제공을 정당한 사유 없이 거부할 수 없는 의무를 이하 '정당한 편의제공 의무'라고 한다). 장애인차별금지법은 장애인에 대한 모든 차별을 방지하고 이를 시정하기 위한 적극적 조치를 할 의무를 국가에 부과하고 있다(같은 법 제8조).

마) 이와 더불어 장애인이 모든 인권과 기본적인 자유를 안전하고 동등하게 향유하도록

록 증진·보호 및 보장하기 위한 국제 사회의 공통된 노력과 합의를 반영한 「장애인의 권리에 관한 협약」(이하 '장애인권리협약'이라 한다)이 2009. 1. 10. 국내에 발효되었다. 장애인권리협약 제4조 제1항은 당사국에 대하여 장애를 이유로 한 어떠한 형태의 차별 없이 장애인의 모든 인권과 기본적인 자유의 완전한 실현을 보장하고 촉진할 의무를 부과하고 있다. 그리고 같은 협약 제9조 제1항은 대중에게 개방 또는 제공된 시설에 대하여 장애인이 다른 사람과 동등하게 접근할 수 있도록 당사국이 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.

2) 편의시설 설치의무 대상시설의 범위 설정에 관한 행정청의 재량 및 그 한계

가) 국회가 법률로 행정청에 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정청이 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 또는 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 되고(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결 참조), 이는 행정청이 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임받은 사항을 전혀 입법하지 않은 경우는 물론 그 법률이 위임한 사항을 불충분하게 규정함으로써 법률이 위임한 행정입법의무를 제대로 이행하지 않은 경우도 마찬가지이다.

나) 장애인등편의증진법 제7조는 장애인 편의시설을 설치해야 하는 대상을 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 한편, 장애인차별금지법 제18조 제4항 또한 장애인에 대한 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 단계적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데, 그 위임에 따라 제정된 같은 법 시행령 제11조는 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 대상을 장애인등편의증진법 제7조에 해당하는 대상시설 중 2009. 4. 11. 이후에 신축·증축·개축된 시설물로 규정하고 있다. 그 결과 장애인차별금지법에 따라 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 범위 또한 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 제정되는 대통령령에 규정된 범위로 한정되었다.

다) 장애인의 접근권은 장애인이 헌법의 최고가치인 인간의 존엄을 실질적으로 보장받기 위한 초석이 되는 헌법상 기본권의 일종이고, 장애인등편의증진법, 장애인차별금지법 및 장애인권리협약은 피고에게 장애인의 접근권을 실질적으로 보장할 의무를 거듭하여 부과하였다. 따라서 행정청이 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 행정입법을 통해 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 정할 재량이 있다고 하더라도, 그 재량은 장애인등편의증진법 제4조 등에서 요구하고 있는 것과 같이 장애인이 비장애인과 동등하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등권을 보장받을 수 있도록 장애인의 접근권을 단계적으로 확대하여 실현하는 방향으로 행사되어야 한다는 내재적 한계가 있다.

라) 따라서 이 사건 쟁점규정이 정한 편의시설 설치의무 대상시설의 범위가 지나치게 좁아 사회·경제적 발전 정도 및 장애인 편의시설 설치에 관한 사회적 공감대를 따라가지 못한다면, 그러한 규정은 법률이 보장하고자 한 장애인의 접근권을 침해하거나, 장애인의 접근권을 점진적으로 확대해 나아가고자 한 모법의 위임 취지를 도외시한 것으로 평가될 수 있을 것이다. 이러한 경우 행정청에는 장애인을 위한 편의시설 설치가 강제되는 대상시설을 확대하여 장애인의 접근권을 실질적으로 개선하는 형태로 해당 행정입법을 개정할 구체적인 의무가 발생한다고 할 것이고, 행정청이 정당한 이유 없이 그 개선입법의무를 이행하지 않는다면 그 행정입법 부작위는 위법하다고 할 것이다.

2. 행정청에 의한 작위 또는 부작위가 사후적으로 위법하다고 판단되더라도 그것만으로 공무원의 고의나 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2017다249219 판결 등 참조). 보통 일반의 공무원을 표준으로 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 말미암아 그 직무행위가 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 때 국가배상법 제2조가 정한 국가배상책임이 성립할 수 있다. 공무원의 직무행위가 객관적 정당성을 잃었는지는 행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보책임을 국가가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지도 살펴보아야 한다(대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결 등 참조).

한편, 법률이 행정청에 대하여 행정입법을 할 재량을 부여하였다 하더라도, 그 재량을 부여한 취지와 목적에 비추어 행정청이 행정입법의 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 그 부작위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있고, 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없으면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 공무원의 과실도 인정된다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결 참조).

3. 국가배상법 제3조 제5항이 생명, 신체의 침해에 따른 위자료의 지급을 규정하고 있을 뿐이라 하더라도, 이는 생명, 신체 외의 다른 권리의 침해에 따른 위자료의 지급의무를 배제하는 것이라고 볼 수 없다[대법원 1990. 12. 21. 선고 90다6033, 6040(병합), 6057(병합) 판결 등 참조]. 장애인의 접근권이 침해된 경우에도 그로 인하여 장애인이 입게 되는 정신적 손해에 대한 국가의 위자료 지급의무가 배제되지 않는다.

입법부가 행정청에 행정입법의무를 부과하였음에도 행정청이 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니하거나 그 이행을 장기간 지연함으로써 개인의 권리가 침해된 경우 그로 인해 개인에게 위자료로 배상할 만한 정신적 손해가 발생하였는지는 법률이 행정입법을

위임한 목적과 취지, 위법한 행정입법 부작위로 침해된 권리의 헌법상 지위 또는 중요성, 그 침해의 정도와 지속 기간, 행정입법의무가 이행되지 않은 경우, 행정입법의무가 사후적으로나마 이행되었다면 그 행정입법의무의 뒤늦은 이행으로도 회복되지 않은 정신적 손해가 여전히 남았다고 평가할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 행정입법의무의 불이행에 대한 손쉬운 사법적 권리구제 수단이 마련되어 있지 않은 우리 법제에서 국가배상청구가 가장 유효한 규범통제 수단이자 실질적으로 유일한 구제 수단으로서의 의의가 있다는 점도 아울러 참작하여야 한다.

☞ 장애인등편의증진법은 1998. 4. 11. 시행되었는데, 장애인 등이 일상생활에서 이동하거나 시설을 이용할 때 편리하게 하기 위한 시설과 설비, 즉 편의시설 설치의무 대상시설을 대통령령에 위임하였음. 이 사건 쟁점규정은 그 위임에 따라 제정된 시행령 규정인데, 바닥면적 300㎡ 이상의 소규모 소매점에 대하여만 편의시설 설치의무를 부과함에 따라 95%가 넘는 비율의 소규모 소매점이 장애인 등을 위한 편의시설 설치의무를 면제받게 되었음. 원고 1, 2는 지체장애인으로 휠체어를 사용하고, 원고 3은 유아의 어머니로서 유아차를 빈번하게 사용하는데, 피고(대한민국)가 대부분의 소규모 소매점에 대하여 편의시설 설치의무를 면제한 결과 자신들의 접근권이 침해되었다는 이유로 국가배상을 청구함

☞ 제1심은 2022. 2. 10. 이 사건 쟁점규정이 모법의 위임범위를 벗어나고, 장애인의 행복추구권 등을 침해하였다는 이유로 무효라고 판단하였고, 그 후 2022. 4. 27. 이 사건 쟁점규정이 개정되어 장애인 편의시설 설치의무를 부담하는 소규모 소매점의 범위가 바닥면적 300제곱미터 이상인 시설에서 바닥면적 50제곱미터 이상인 시설로 확대되었음

☞ 그러나 제1심과 원심은 모두 이 사건 쟁점규정이 위법하다고 하더라도 이를 개정하지 않은 피고의 부작위에 국가배상법 제2조 제1항이 정한 ‘공무원의 고의 또는 과실’이 있다고 보기 어렵다는 이유로 원고들의 국가배상청구를 모두 기각하였음

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고가 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」이 시행된 2008. 4. 11.부터 이 사건 쟁점규정을 개정할 행정입법의무를 부담하는데 이를 14년 넘게 불이행한 것은 위법하고, 그 불이행은 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없으므로 객관적 정당성을 상실한 행위로서 국가배상법 제2조 제1항이 정한 공무원의 ‘고의 또는 과실로 법령에 위반’한 행위에 해당하며, 그 결과 피고에게는 장애인인 원고 1, 2가 입은 정신적 고통을 배상할 의무가 있다고 보아 원고 1, 2에 대하여 각 10만 원의 위자료를 인정하여, 원심판결 중 원고 1, 2의 국가배상청구 부분을 파기·자판함

☞ 이러한 다수의견에 대하여, ① 대법관 김상환, 대법관 노태악, 대법관 권영준, 대법관

노경필의 별개의견, ② 다수의견에 대한 대법관 오경미, 대법관 신숙희의 보충의견이 있음

☞ 그중 별개의견의 요지는 다음과 같음

- 별개의견도 다수의견과 같이 피고가 장애인인 원고 1, 2에 대하여 위자료를 지급해야 한다는 견해이나, 그 근거를 달리함

- 다수의견은 국가배상책임이 공무원 개인의 주관적 불법행위책임을 국가가 대위해서 부담하는 것(대위책임)임을 전제로 하여, 국가배상책임의 성립 요건으로 국가의 행위가 공법상 위법하다는 것뿐만 아니라 공무원의 주관적 책임요소인 고의·과실, 즉 객관적 주의의무의 소홀과 객관적 정당성 상실이라는 별도의 위법성 판단기준을 요구하고 있음

- 그러나 헌법 제29조 제1항이 정한 국가배상책임은 국가의 불법행위로 인해 국민이 손해를 입었을 때 그 위법의 결과를 국가가 스스로 제거하도록 함으로써 헌법의 기본원리인 법치국가원리를 구현하고, 국가의 위법한 행위로 인하여 국민이 입은 손해를 사후적으로나마 회복하도록 함으로써 헌법 제10조 제2문이 정한 기본권 보장 의무를 다하도록 하기 위한 것임. 따라서 국가배상책임은 단순히 공무원 개인의 민사적 불법행위책임을 국가가 대위하여 부담하는 것을 넘어 국가가 위법한 행위로 국민에게 손해를 입힌 경우 스스로 책임을 지는 ‘자기책임’으로 이해하여야 함

- 그렇다면, 국가배상법 제2조 제1항이 정한 ‘고의 또는 과실’이란 공무원 개인의 주관적 책임의 전제가 되는 요건이 아니라, 행정 조직이나 운영상의 결함에 따른 공무원의 공적 직무수행상 과실로 해석되어야 함. 이 사건 쟁점규정에 대한 행정입법 부작위가 공법상 위법하다고 판단되는 이상, 특별한 사정이 없는 한 국가배상법 제2조 제1항이 정한 ‘고의 또는 과실로 법령을 위반’한 행위가 있었다고 보아야 함

- 또한, 국가의 행위가 공법상 위법하다는 결론에 이르렀음에도 그 행위가 국가배상법상 위법성 요건을 충족하는지를 판단하기 위해 ‘객관적 정당성 상실’이라는 별도의 요건을 요구하는 것은 ‘공법상 자기책임’이라는 국가배상책임의 법적 성격에 맞지 않을 뿐만 아니라 체계상 혼란을 초래하는 것으로 부당함. 해당 요건을 적용한 다수의견은 국가배상책임의 공법상 자기책임으로서의 성질을 간과한 것으로서 국가배상책임의 성립요건에 관한 혼란을 유지·가중시키는 한계가 있음

- 국가배상책임을 위법한 국가의 행위에 대한 국가의 공법상 자기책임으로 이해하는 이상 국가배상책임의 위자료의 주된 기능이 국가의 위법행위 확인 및 그에 대한 제재를 통한 법치국가의 원리 실현에 있다는 볼 수 있으므로, 위자료의 액수 또한 이와 같은 규범적인 요소를 반영하여 다소 상징적인 액수로 정할 수 있음. 결국, 국가배상책임의 성질을 자기책임으로 이해할 경우 이 사건에서 대법원이 원고 1, 2에 대한 위자료를 각 10만 원으로 직접 정한 근거가 보다 설득력을 갖게 됨

2023다302838 임금 (나) 파기환송

[일정 근무일수를 충족하여야만 지급하는 조건이 부가된 정기상여금의 통상임금 해당 여부가 문제된 사건]

◇고정성을 통상임금의 개념적 징표로 유지할 것인지 여부(소극) 및 일정 근무일수를 충

족하여야만 지급하는 조건이 부가된 임금의 통상임금 판단 기준◇

가. 통상임금에 관한 법리

근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 “근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액”이라고 규정한다. 법령의 정의와 취지에 충실하게 통상임금 개념을 해석하면, 통상임금은 소정근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정한 임금을 말한다. 근로자가 소정근로를 온전하게 제공하면 그 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하도록 정해진 임금은 그에 부가된 조건의 존부나 성취 가능성과 관계없이 통상임금에 해당한다. 어떤 임금에 일정 근무일수를 충족하여야만 지급한다는 조건(이하 ‘근무일수 조건’이라 한다)이 부가되어 있더라도, 그와 같은 조건이 소정근로를 온전하게 제공하는 근로자라면 충족할 조건, 즉 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건인 경우에는 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않는다. 설령 근로자의 실제 근무일수가 소정근로일수에 미치지 못하여 근로자가 근무일수 조건부 임금을 지급받지 못하더라도, 그 임금이 소정근로 대가성, 정기성, 일률성을 갖추고 있는 한 이를 통상임금에 산입하여 연장·야간·휴일근로(이하 ‘연장근로 등’이라 한다)에 대한 법정수당을 산정하여야 한다. 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 관계없이 소정근로의 가치를 반영하여 정한 기준임금이기 때문이다. 반면 소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 제공하였다고 하여 지급되는 것이 아니고 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니다. 구체적인 논거는 다음과 같다.

1) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(이하 ‘2013년 전원합의체 판결’이라 한다)은 ‘조건의 충족 여부와 관계없이 임금의 지급 여부나 지급액이 사전에 확정될 것’을 의미하는 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 제시하고, 그에 따라 근무일수 조건부 임금은 ‘일정 근무일수의 충족’이라는 조건의 성취 여부가 불확실하므로 고정성이 부정된다고 판단하였다. 그러나 이러한 의미의 고정성 개념은 통상임금에 관한 정의규정인 근로기준법 시행령 제6조 제1항을 비롯한 근로관계법령 어디에도 근거가 없다. 고정성 개념은 통상임금의 범위를 법령상 근거 없이 축소시킨다. 이로써 연장근로 등에 대한 정당한 보상이 이루어지지 못하게 되어 연장근로 등을 억제하려는 근로기준법의 취지에 부합하지 않게 된다. 또한 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 삼으면 근로관계 당사자가 어떤 임금에 근무일수 조건과 같은 지급조건을 부가하여 쉽게 그 임금을 통상임금에서 제외할 수 있도록 허용함으로써 통상임금의 강행성을 잠탈할 위험도 초래된다. 통상임금은 법적 개념이자 강행적 개념이므로, 원칙적으로 법령의 정의와 취지에 충실하면서도 당

사자가 이를 임의로 변경할 수 없도록 해석하여야 한다.

2) 통상임금의 본질은 근로자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 가치를 평가한 기준임금이라는 데에 있으므로, 실근로와 무관하게 소정근로 그 자체의 가치를 온전하게 반영하여야 한다. 통상임금은 가상의 도구개념이고 그 개념이 전제하는 근로자는 '소정근로를 온전하게 제공하는 근로자'이다. 근로자와 사용자가 '1주일에 40시간의 소정근로를 제공하면 그 대가로 100만 원을 지급하겠다'고 미리 정하였다면 당사자가 40시간의 소정근로 가치를 반영하여 미리 정한 금액은 '100만 원'이다. 이 금액은 정기성과 일률성을 갖추는 한 통상임금으로 평가된다. 이처럼 통상임금에는 '근로자가 미리 정해진 소정근로를 온전하게 제공할 것'이라는 전제가 당연히 깔려있다. 물론 '소정근로의 온전한 제공'이라는 전제가 현실에서 늘 성취되는 것은 아니다. 근로자가 개인 사정상 1주일에 30시간의 실근로만 제공할 수도 있다. 비위행위로 징계를 받아 감봉될 수도 있다. 하지만 이 경우에도 통상임금은 근로자와 사용자가 미리 정한 '40시간의 소정근로 제공'이 온전하게 이루어지는 상황을 전제로 산정하여야 하고, 또 그렇게 하면 충분하다. 사후적으로 30시간의 실근로만 제공하였다는 사정은 통상임금이 아니라 실제 임금에 영향을 미칠 수 있을 뿐이다.

3) 통상임금이 연장근로수당과 같은 법정수당 산정을 위한 도구개념인 점을 고려하면 '사전적 산정 가능성'이 확보되어야 한다는 요청도 중요하게 고려하여야 한다. 즉, 통상임금 판단 기준은 명확하고 예측가능성이 있는 것이어야 한다. 종전 판례가 '조건의 성취 여부가 불확실하면 고정성이 결여되어 통상임금이 아니라는 법리'를 선언한 것도 외견상 명확하고 적용하기 쉬운 기준을 제시하려는 방향성에서 비롯된 것일 수 있다. 그러나 이러한 고정성 개념은 앞서 보았듯이 법령 부합성, 강행성, 소정근로 가치 반영성 등과 같은 요청을 충족하지 못하여 통상임금의 개념적 징표로 삼을 수 없다.

기존 고정성 개념의 핵심을 이루는 '사전 확정성'은 애당초 완벽하게 달성할 수 없는 지표이기도 하다. 장차 무노동, 징계, 퇴직 등의 사유가 발생하여 임금 전부 또는 일부의 지급을 좌절시키는 상황이 발생할지는 그 누구도 미리 완벽하게 확정할 수 없기 때문이다. 결국 통상임금의 사전적 산정 가능성은 사전에 확정될 수 없는 장래의 요소를 배제하고 '소정근로의 온전한 제공'이라는 전제적 개념에 충실함으로써 달성될 수 있다. 따라서 조건으로 부여된 근무일수가 소정근로일수 이내인 경우에는, 조건의 성취 가능성과 통상임금성을 결부시키지 않고 근로자가 소정근로일수를 모두 근무한다는 전제에서 통상임금 해당 여부를 판단하면 된다.

4) '소정근로를 온전하게 제공하는 근로자'가 해당 사업장의 통상적인 모습의 근로자와

반드시 일치하지는 않을 수 있다. 업종, 근로자의 근무실태, 시기 등에 따라서는 소정근로를 제공하지 못하는 근로자가 상당수 발생하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 지급조건이 붙은 임금의 통상임금성을 근로자들의 구체적인 근무실태를 고려하여 '해당 사업장의 근로자가 통상적으로 충족할 수 있는 조건인지'를 기준으로 판단할 수는 없다. 통상임금 판단 기준은 다종다양한 임금 유형에 정합적으로 적용될 수 있는 것이어야 한다. '조건의 통상적인 성취 가능성'을 판단 기준으로 삼으면, 가령 재직조건부 임금과 같은 경우에는 '근로자가 사업장에 재직하는 것이 통상적이고 퇴직은 예외적인 사건에 불과하다'는 논리로 통상임금성을 판단하는 것이 가능할 수 있다. 하지만 근무일수 조건부 임금의 경우에는 어느 정도가 '조건의 통상적인 성취 가능성'이 인정되는 근무일수인지를 밝히는 것이 쉽지 않다. 이는 통상성에 대한 관점, 사업장의 특성과 관행, 근로자들의 근로 행태 등 다양한 변수의 영향 아래 판단할 수밖에 없다. '소정근로일수 중 며칠을 실근로하는 것이 통상적인지'의 판단이 불명확하기 때문에 결국 개별 사안마다 해당 사업장의 근무일수 조건 충족률 통계를 따져 사후적으로 통상성을 가늠할 수밖에 없게 되어 통상임금의 사전적 산정 가능성이 심각하게 훼손된다. 이러한 점을 고려하면 통상임금 판단의 명확성과 예측가능성을 확보하기 위해서는 '소정근로의 온전한 제공'을 전제로 통상임금 여부를 판단함이 타당하다.

5) 근무일수 조건부 임금을 지급하는 사업장 중에서는 휴가를 사용한 날을 근무일수에 포함시켜 조건 충족 여부를 판단하는 곳이 있고, 실제 근무한 날만을 근무일수에 산입하는 이른바 '실근무일수 조건부 임금'을 둔 곳도 있다. 후자의 경우 예를 들면 소정근로일수 전부를 실제 근무할 것을 조건으로 지급하는 임금은 휴가를 사용하지 않은 채 소정근로일수를 개근할 것을 요구한다는 점에서 소정근로를 초과하는 추가적인 조건이 부가되어 있다고 볼 여지가 전혀 없지는 않다. 그러나 휴가의 발생과 사용이 사업장이나 근로자 별로 개별적, 유동적인 상황에서 근로자가 며칠의 휴가를 사용하고 나머지 소정근로일을 개근하는 것이 '소정근로의 온전한 제공'에 해당하는지를 명확히 제시하기 어렵다. 이를 근로자들의 근무실태 현황을 참고하는 등의 방법으로 산출해 낼 수 있다고 하더라도 그 순간 통상임금 판단이 '실근로'와 연계됨으로써 통상임금의 사전적 산정 가능성을 현저히 떨어뜨린다. 이러한 점을 고려하면 실근무일수 조건부 임금도 휴가의 발생이나 실제 사용 여부를 고려하지 않고 조건으로 부여된 근무일수가 소정근로일수를 초과하는지에 따라 통상임금성을 일괄적으로 판단함이 타당하다.

6) 한편 소정근로일수는 근로기준법이 정한 범위 내에서 기본적으로 근로관계 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 것이지만, 오로지 어떤 근무일수 조건부 임금을 통상임금에서

제외할 의도로 근무실태와 동떨어진 소정근로일수를 정하는 경우와 같이 통상임금의 강행성을 잠탈하고자 하는 경우에는 그러한 합의의 효력이 부정될 수 있다.

나. 판례의 변경 및 새로운 법리의 효력 범위

2013년 전원합의체 판결 중 고정성을 통상임금의 개념적 징표로 삼아 근무일수 조건부 임금의 통상임금 해당 여부를 판단한 부분과 그와 같은 취지의 종전 판결들은 이 판결의 견해와 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다. 위와 같이 변경된 새로운 법리는 법적 안정성과 신뢰보호를 고려하여 이 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용하되, 다만 이 사건 및 이 판결 선고 시점에 이 판결이 변경하는 법리가 재판의 전제가 되어 통상임금 해당 여부가 다투어져 법원에 계속 중인 병행사건에는 구체적 사건의 권리구제를 목적으로 하는 사법의 본질상 새로운 법리를 소급 적용하여야 한다.

☞ 피고 소속 근로자인 원고들은 기준기간 내 15일 미만 근무한 경우 지급대상에서 제외하는 조건이 부가된 정기상여금(근무일수 조건부 정기상여금)이 통상임금에 포함된다고 주장하면서, 피고를 상대로 이를 통상임금에 넣어 재산정한 연장근로수당 등 차액을 청구함

☞ 원심은 근무일수 조건이 부가되어 있어 고정성이 부정된다는 등의 이유로 정기상여금의 통상임금성을 부정하였음

☞ 대법원은 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 실시하면서, ‘고정성’을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하고 근무일수 조건부 임금에 관하여 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건인 경우에는 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않고, 반면 소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니라는 새로운 판단 기준을 제시함. 이와 달리 ‘고정성’을 통상임금의 개념적 징표로 삼아 근무일수 조건부 임금의 통상임금 해당 여부를 판단한 종전 판례를 변경함. 다만 새로운 법리는 이 사건 및 병행사건이 아닌 한 이 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용됨. 대법원은 새로운 법리에 따라 근무일수 조건부 정기상여금의 통상임금성을 부정한 원심을 파기·환송함