

한국노동법학회·노동법이론실무학회  
2012년 추계 학술대회

---

## 통상임금의 쟁점과 과제

---

- 일 시 : 2012년 9월 22일(토) 오후 2:00 ~ 5:30
- 장 소 : 한국외국어대학교 법학관 101호(국제회의실)

- 주최 : 한국노동법학회 · 노동법이론실무학회
- 주관 : 한국외대 법학연구소 · 고려대 노동문제연구소

한국노동법학회·노동법이론실무학회  
2012년 추계 학술대회

행 사 일 정

13:40~14:00 ■ 등 록

14:00~14:10 ■ 개회사

사회 : 최 흥 업 교수(조선대)

- 한국노동법학회 박 종 희 회장(고려대)
- 노동법이론실무학회 이 정 회장(한국외대)

14:10~15:30 ■ 주제 발표

사회 : 박 수 근 교수(한양대)

○ 제1주제 “통상임금의 본질과 통상임금의 개념·산정범위”

- 상여금 등에 관한 최근 판례 법리를 중심으로 -

발 표 : 김 기 덕 변호사(법무법인 새날)

○ 제2주제 “통상임금제도의 변화와 과제”

발 표 : 하 갑 래 교수(단국대)

15:30~15:50 ■ 휴 식 시 간

15:50~17:30 ■ 패널토론 및 종합토론

토 론 : 최 은 배 부장관사(서울 동부지법)

토 론 : 박 종 길 근로개선정책관(고용노동부)

토 론 : 조 영 길 변호사(법무법인 I&S)

토 론 : 김 영 문 교수(전북대)

토 론 : 김 흥 영 교수(성균관대)

# 목 차

## 【 주제발표 I 】

- "통상임금의 본질과 통상임금의 개념·산정범위" - 상여금 등에 관한  
최근 판례 법리를 중심으로 ..... 김 기 덕 / 1  
(법무법인 새날 변호사)

## 【 주제발표 II 】

- "통상임금제도의 변화와 과제" ..... 하 갑 래 / 21  
(단국대학교 법과대학 교수)

## 【 패널토론 】

- 토론문 1\_통상임금의 본질 ..... 최 은 배 / 57  
(서울 동부지법 부장판사)
- 토론문 ..... 박 종 길  
(고용노동부 근로개선정책관)
- 토론문 2\_통상임금 해석에 대한 대법원 판단의 문제점과 개선 방향 ..... 조 영 길 / 65  
(법무법인 I&S 변호사)
- 토론문 3 ..... 김 영 문 / 73  
(전북대 법학전문대학원 교수)
- 토론문 4 ..... 김 홍 영 / 83  
(성균관대 법학전문대학원 교수)



## 【 주제발표 I 】

# 통상임금의 본질과 통상임금의 개념·산정범위 - 상여금 등에 관한 최근 판례 법리를 중심으로 -

김 기 덕  
(법무법인 새날 변호사)

## 목 차

I. 들어가며 .....	3
II. 통상임금의 본질론과 통상임금의 개념 .....	3
1. 근로기준법규정과 통상임금 .....	3
2. 근로기준법과 통상임금의 본질 .....	5
3. 본질론에서 본 통상임금의 개념 .....	6
III. 통상임금 개념요소로서 고정성의 재정립 .....	9
1. 통상임금 개념요소로서 고정성 .....	9
2. 고정성의 재정립 .....	10
(1) 통상임금 개념요소로서 고정성의 타당성 .....	10
(2) 본질론에서 본 고정성 .....	13
(3) 고정성의 재정립 .....	13
IV. 통상임금 산정범위와 상여금 .....	14
1. 상여금의 통상임금 해당성에 관한 판례의 태도 .....	14
(1) 상여금의 통상임금 해당성을 부정한 사례 .....	14
(2) 상여금의 통상임금 해당성을 긍정한 사례 .....	14
2. 상여금 판례와 통상임금의 개념요소 고정성의 변화 .....	15
3. 통상임금 본질에서 본 상여금의 통상임금 해당성 .....	17
V. 마치며 .....	18



## I. 들어가며

통상임금이 뜨겁다. 올 해 근로시간과 관련해서 주간연속2교대제 도입이 노동현장에서 주된 관심사였다면 임금과 관련해서는 통상임금이 그랬다. 수십년 동안 주야맞교대로 지속돼온 상시적인 철야노동제는 현대자동차에서 노사가 주간연속2교대제 도입에 합의함으로써 이제 사라질 수 있게 됐다. 통상임금문제도 많은 사업장에서 노조의 요구로 단체교섭이 진행됐다. 그러나 대부분 사업장에서는 합의에 이르지 못했다. 현대자동차에서도 대표소송을 진행하기로 해서 결국 법원의 판결에 맡겨졌다. 사실 교대제와 통상임금은 근로시간과 임금의 관계로서 서로 긴밀하게 연결되어 있다. 교대제에 따른 연장, 야간, 휴일의 근로에 대한 임금은 통상임금을 기준으로 가산된 법정수당이 지급 된다. 교대제 사업장이 아니라도 법정근로시간, 주 40시간의 초과근로가 일반화되어 있는 우리의 노동현실에서 통상임금은 근로자에게 근로의 대가로서 임금의 문제로서 그 법리의 변화는 큰 관심의 대상일 수밖에 없다.

최근 통상임금에 관한 판결들이 있었다. 휴가비, 귀성여비, 김장비 등을 통상임금 산정범위에 포함되는 임금으로 판결하고, 특히 대법원은 상여금도 포함될 수 있다고 판결했다. 이러한 판결들은 이들 명목의 임금들을 지급해온 사업장에서 기존 통상임금 산정의 방식이 문제일 수 있다고 말하고 있는 것이었다. 근로자와 사용자, 노동조합 등 노동관계 당사자는 이 법원의 판결문을 읽으면서 자신의 사업장에서 지급해온 것들이 통상임금 산정범위에 포함될 수 있을지를 살펴보고 나름대로 이해해서 주장해서 다투고 있다.

이에 따라 과연 최근 법원의 판결들이 그 동안 임금 중 일부로서 파악했던 통상임금, 그 경계지점에서 일정 임금항목들이 포함되는 것으로 판단함으로써 통상임금의 범위를 확대한 것인가, 그래서 기존 통상임금의 개념과 산정범위에 관한 판례 법리가 변경되고 있는 것인가 하는 문제를 시급하게 살펴볼 필요가 있다. 나아가 이를 통해서 통상임금의 개념에 관한 기존의 법리를 재검토해서 그 타당성을 살펴보고 재정립할 필요가 있다. 여기서는 이러한 검토를 함에 있어서 근로기준법의 통상임금의 본질이 무엇인지를 파악하고서 이를 통해 살펴보도록 하겠다. 이를 통해서 상여금의 통상임금 해당성에 관한 최근 판례를 중심으로 통상임금의 개념과 그 산정범위에 관한 법리를 살펴보도록 한다.

## II. 통상임금의 본질론과 통상임금의 개념

### 1. 근로기준법규정과 통상임금

통상임금은 무엇일까. 근로기준법은 여러 곳에서 통상임금에 관하여 규정하고 있다. 근로기준법 제2조 제1항 제6호에 의하여 산정된 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우 그 통상임금액을 평균임금으로 하도록 하여 통상임금을 평균임금의 최저한도로 규정하고 있고(제2조

제2항), 사용자 귀책사유로 인한 휴업기간에 대하여 지급하는 휴업수당을 평균임금의 100분의 70이상 지급하도록 하면서 이 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금으로 지급할 수 있도록 하여 사용자가 휴업수당의 최고한도로서 통상임금을 지급할 수 있도록 하고 있다(제46조 제1항). 사용자가 30일전 해고 예고하지 않았을 경우 30일분 이상의 통상임금을 지급하도록 하여 통상임금을 해고예고수당의 산정기초로 하고 있다(제26조). 연장·야간 및 휴일근로에 있어서 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하도록 하여 통상임금이 연장·야간 및 휴일근로의 가산임금<sup>1)</sup> 산정기초가 된다(제56조).<sup>2)</sup> 그리고 연차유급휴가기간에 있어서 취업규칙이나 그 밖의 정하는 바에 의한 통상임금 또는 평균임금으로 지급하도록 하여 통상임금이 연차유급휴가수당의 산정기초로 될 수 있도록 하고 있다(제60조 제5항). 또한 주 40시간 법정근로시간 단축에 관한 개정된 근로기준법의 시행으로 인하여 기존 임금의 보전을 위해 사용자는 기존의 시간당 통상임금이 저하되지 아니하도록 하여야 한다고 규정하여 개정된 근로기준법시행에 따른 기존 임금 저하 방지를 위한 도구로 통상임금이 사용되고 있다(2007.4.11. 개정 근로기준법 부칙 제7조 제1항).<sup>3)</sup> 한편, 근로기준법시행령은 평균임금의 증감을 위한 조정에 있어서 산정의 기준으로 사용하고 있다(제5조 제1항).

한편 근로기준법은 통상임금에 관한 규정을 두고 있음에도 임금, 평균임금과는 달리 통상임금이 무엇인지에 관하여는 정의하지 않았다(제2조 참조). 이에 대하여 근로기준법시행령은 통상임금을 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”을 말한다고 규정하고 있다(제6조 제1항). 그리고 근로기준법시행령은 시간급, 일급, 주급, 월급 등 각 급여형태별 시간급 통상임금의 산정방법에 대하여도 규정하고 있다.<sup>4)</sup>

이상과 같이 통상임금은 각종 수당을 산정의 기초가 되는 도구개념<sup>5)</sup>으로서 뿐만 아니라, 평균임금의 보전을 위한 대체개념으로, 임금 보전을 위한 기준개념으로, 평균임금의 증감을 위한 조정에 있어서 산정의 기준개념으로 근로기준법에서 사용되고 있다.

- 
- 1) 법규정상으로는 가산임금이나, 일반적으로 할증임금이라고 하고 있어 양자를 혼용하기로 한다.
  - 2) 주40시간 근로시간단축에 관한 2003.9.15. 개정된 근로기준법 부칙 제3조는 3년간 단축분 4시간에 대한 시간외근로수당에 대하여 100분의 50이 아닌 100분의 25로 규정하고 있었다.
  - 3) 2003.9.15. 개정 근로기준법에서는 부칙 제4조 제1항에 규정되어 있었다.
  - 4) 근로기준법시행령은 “1. 시간급금액으로 정하여진 임금이 대하여는 그 금액, 2. 일급금액으로 정하여진 임금이 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수로 나눈 금액, 3. 주급금액으로 정하여진 임금이 대하여는 그 금액을 주의 통상임금 산정기준시간수(법 제20조의 규정에 의한 주의 소정근로시간과 소정근로시간외의 유급처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액, 4. 월급금액으로 정하여진 임금이 대하여는 그 금액을 월의 통상임금 산정기준시간수(주의 통상임금산정 기준시간에 1년간의 평균주수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액, 5. 일·주·월외의 일정한 기간으로 정하여진 임금이 대하여는 제2호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액, 6. 도급금액으로 정하여진 임금이 대하여는 그 임금산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금산정기간(임금마감일이 있는 경우에는 임금마감기간을 말한다)의 총근로 시간수로 나눈 금액, 7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 2이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 각 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액을 합산한 금액”으로 시간급 통상임금액을 산정하고 있고(제6조 제2항), 일급 통상임금은 앞서의 시간급 통상임금에 소정근로시간수를 곱하여 계산하도록 하고 있다(제6조 제3항)
  - 5) 김유성, 노동법 I, 법문사, 2005, 86면



## 2. 근로기준법과 통상임금의 본질

이처럼 근로기준법은 통상임금을 다양하게 사용하고 있는데 모두 근로자에 대한 임금 지급에 관한 것이다. 근로자에 대한 근로의 대가로서 임금을 산정해서 지급하기 위해서 통상임금이 사용되는 것이다. 따라서 통상임금에 관한 문제는 근로기준법에서는 어디까지나 근로의 대가로서 근로자가 정당하게 임금을 산정해서 지급받을 수 있느냐, 달리 말하면 사용자가 근로자에게 근로의 대가로서 임금을 지급하는 것이냐 하는 문제라고 할 수 있다. 그런데 근로기준법에서 통상임금이 사용되는 경우 중 퇴직, 휴업, 해고, 업무상 재해 등의 경우는 그 지급당시의 근로제공과 직접 관련이 없다. 이러한 경우 사용하게 되는 통상임금은 통상임금제도에서 주된 것이라고 보기 어렵다. 실제로 이때의 통상임금은 어디까지나 평균임금제도를 보완하는 대용품으로 사용되고 있다. 따라서 이를 통해서는 근로기준법상 통상임금의 본질을 파악할 수는 없다. 그렇다면 결국 연장, 야간, 휴일 등의 근로에 관한 임금의 지급기준이 되는 통상임금이야 말로 근로기준법에서 통상임금이 무엇이나 하는 통상임금의 개념과 그 산정범위에 관한 논의의 중심이 된다고 보아야 하고 근로기준법상 통상임금의 본질은 여기에서 찾아야 할 것이다. 즉 근로기준법은 연장·야간 및 휴일근로에 있어서 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하도록 하여 통상임금이 연장·야간 및 휴일근로의 가산임금 산정의 기초가 된다고 정하고 있는데(제56조), 근로의 대가인 임금으로서 통상임금은 바로 이 규정의 이해를 통해서 정립되어야 하는 것이다.

근로기준법은 1주간의 근로시간을 40시간을 초과할 수 없도록 주 40시간의 법정근로시간을 정해놓았다(제50조 제1항). 이 법정근로시간을 초과해서 근로하는 경우에 사용자가 근로자에게 지급하는 임금 중 법정수당을 가산해서 지급하는 근로 부분을 제외하면 이 법정근로시간<sup>6)</sup>에 대한 근로의 대가일 수밖에 없다. 사용자가 법정근로시간, 주 40시간 근로하는데 대하여 지급하는 임금은 법정외 근로시간의 근로의 대가로서 임금의 기준이 될 수밖에 없다. 적어도 법정근로시간 근로에 대한 임금수준이 법정외 근로시간의 근로에 대한 임금으로 지급되어야 하는 것이다. 여기서 법정근로시간 근로에 대한 임금은 시급, 일급, 주급, 월급 등으로 정해진 기본급만을 의미하지 않는다. 다양한 명목의 각종 수당, 금품까지도 그것이 법정근로시간 근로한 근로자에게 그 근로의 대가로 지급하는 것이라면 모두 포함된다. 이는 임금의 본질, 즉 근로의 대가로서 임금을 어떻게 파악할 것이냐 하는 임금의 법적 성격에 관한 논의로 연결된다.<sup>7)</sup> 이상에서 살펴본 것처럼 법정근로시간의 근로의 대가로서 임금이 법정외 근로시간의 근로의 대가로서 임금액의 산정기준이 되어야 한다면 법정근로시간의 근로에 대해 지급되는 임금액을 법정근로시간으로 나눈 임금이 해당 근로자의 시간당 근로의 대가로서 임금

6) 이하에서 사용하는 법정근로시간은 법정근로시간 내에서 정한 소정근로시간이 있는 경우 소정근로시간을 말한다. 다만 소정근로시간 외 법정근로시간내 근로는 법상 법정수당의 지급대상이 되지 못하므로 논의의 편의를 위해, 그리고 법정근로와 법정수당이 발생하는 법정외 근로를 대비를 명확히 하기 위해 이 글에서는 소정근로시간이 아닌 법정근로시간으로 통일해서 표현한다. 이와 같이 단축된 소정근로시간이 있다면 그에 대한 임금을 이 글에서 법정근로의 대가로 파악해서 읽으면 될 것이다.

7) 이와 관련하여 판례는 임금기본설을 인정하지 않고 사용자가 지급하는 일체의 임금을 근로의 대가로 파악하였다(대법원 1995.12.21. 선고 94다26721 전원합의체판결).

이 되는 것이고 바로 이 임금을 기준으로 해서 그 근로자가 법정외 근로시간 근로한 경우 사용자는 근로자에게 지급하여야 하는 것이다.<sup>8)</sup> 근로기준법에서 통상임금은 바로 이러한 임금을 말하는 것이라고 파악될 수밖에 없다.<sup>9)</sup> 그렇지 않고 그에 미달하는 것으로 통상임금을 파악한다면 헌법에서 근로의 권리를 근로자의 기본권으로 선언하고서 국가가 적정임금을 보장하고 인간의 존엄성이 보장되도록 근로조건을 법률로 정하도록 해서(헌법 제32조) 제정된 근로기준법이 정한 근로의 대가로서 임금이 법정근로시간의 근로의 대가보다 못한 임금 수준을 법정외 근로의 대가의 기준으로 해서 지급하는 것이고, 이는 근로자의 근로의 대가로 평가된 임금을 법정외 근로에서는 인정하지 않게 되는 심각한 문제까지 이를 수 있다. 이상을 통해서 본다면 통상임금의 문제는 근로자의 근로의 대가로서 임금지급의 문제로 연결될 수밖에 없고 결국 통상임금의 본질은 근로의 대가로서 임금을 사용자로부터 근로자가 지급받는 문제로 파악될 수밖에 없다. 이는 법정근로시간의 대가인 임금을 기준으로 해서 법정외 근로의 대가인 임금지급의 산정의 기초로서 통상임금을 파악해야 한다는 것을 의미한다.

근로기준법은 연장, 야간 및 휴일의 근로 등 법정외 근로에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하도록 정하고 있다(제56조). 이는 법정근로시간의 대가로서 지급되는 통상임금에 더하여 이러한 근로에 대하여는 가산된 임금을 지급하도록 법정수당을 정한 것이다. 이것은 근로자의 보호를 위하여 국가가 주 40시간의 법정근로시간의 근로, 주간의 근로, 평일의 근로에 대하여 이들 근로의 대가로서 임금은 적어도 100분의 50을 가산하여 사용자가 지급하도록 규정한 것이다. 한편 주 40시간 노동제를 도입하면서 예외적으로 주40시간 근로시간단축에 관한 2003.9.15. 개정된 근로기준법 부칙 제3조는 3년간 단축분 4시간에 대한 법정수당에 대하여 위 제56조의 “100분의 50”이 아닌 100분의 25로 규정하고 있다.<sup>10)</sup>

이상을 통해서 보면 근로기준법에서 정한 가산임금으로서 법정수당은 법정근로시간의 근로에 대한 대가로서 임금이 통상임금으로 파악되어 이를 기준으로 해서 산정 지급해야 하는 것이고, 이와 같이 근로기준법의 통상임금은 법정근로시간의 근로에 대한 대가로 사용자가 근로자에게 지급하는 일체의 금품인 것이며, 법정수당의 산정기초로서 통상임금은 그 법정수당의 산정이 시간단위로 평가되어 산정하므로 법정근로에 대하여 지급하는 임금을 시간당으로 환산한 금액, 즉 시간급 통상임금으로 파악되는 것이다.

### 3. 본질론에서 본 통상임금의 개념

근로기준법시행령은 통상임금을 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에

8) 이를 소정근로시간으로 표현해보면 소정근로시간의 근로에 대해 지급되는 임금액을 소정근로시간으로 나눈 임금이 해당 근로자의 시간당 근로의 대가로서 임금이므로 이를 기준으로 법정외 근로시간의 근로시 근로의 대가로서 임금을 지급하여야 한다는 것이라고 말할 수 있다.

9) 이렇게 파악하는 것이 근로기준법의 통상임금을 법문언 그대로, 통상의 근로에 대하여 지급하는 임금이라고 읽어낼 수 있는 것이다.

10) 2007.4.11. 개정 근로기준법에서는 부칙 제6조에서 규정하고 있다.

대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”으로 정의하고 있다(제6조 제1항).<sup>11)12)</sup>

판례는 “실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금”,<sup>13)</sup> 근로기준법시행령의 통상임금의 정의에 따르면서도, “실제 근무일수나 실제 수령임금에 구애됨이 없이 정기적, 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대한 대가로서 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액”,<sup>14)</sup> “소정의 근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일수나 수령액에 구애됨이 없이 정기적, 일률적으로 1임금 산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금”,<sup>15)</sup> “소정근로의 양 또는 질에 대하여 정기적, 일률적으로 지급하기로 된 임금으로서 실제근무일이나 실제수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금”,<sup>16)</sup> 소정근로 또는 총근로의 대상(對償)으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금<sup>17)</sup> 등으로 통상임금을 정의하여 왔다. 이상 판례의 통상임금 정의 중 “실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금”이라고 파악했었던 대법원 판례는 1983.8.13. 근로기준법시행령 개정으로 현행과 같은 통상임금 정의규정을 두기 이전의 것이고 나머지는 그 뒤의 것이다.

최근 상여금의 통상임금 해당성에 관한 금아리무진사건에서 대법원 판결은 이상의 정의 중 마지막의 것을 쫓아 통상임금을 소정근로 또는 총근로의 대상으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라고 판시한 바 있다.<sup>18)</sup>

11) 이 통상임금 정의에 관한 비판적 검토는 김기덕, 통상임금 범리의 관한 재검토, 노동과 법 제6호(통상임금), 금속 법률원, 2006, 85면 이하 참조. 근로기준법의 위임이 없는 시행령의 통상임금 정의규정은 위법하다고 살펴보았다.

12) 학자들의 논의는 이 시행령의 통상임금의 정의를 전제로 통상임금의 범위를 어떻게 확정시킬 것인가에 관해서 판례를 중심으로 살펴왔다(김유성, 노동법 I, 법문사, 2005, 86-90면; 김형배, 근로기준법, 박영사, 1998, 247-261면; 임종률, 노동법, 박영사, 2008, 382-384면; 이상윤, 노동법, 법문사, 1999, 193-195면; 이철수, 통상임금의 범리, 노동법연구 제3호, 서울대노동법연구회, 1993, 289면 이하; 이철수, 통상임금에 관한 판례법리의 변화, 노동법연구 제17호, 서울대노동법연구회, 관악사, 2004, 27면 이하 등 )

13) 대법원 1978.10.10. 선고 78다1372 판결

14) 대법원 1990.11.27. 선고 89다카15939 판결

15) 대법원 1990.12.26. 선고 90다카12493 판결; 대법원 1991.6.28. 선고, 90다카14758 판결; 대법원 1992.5.22. 선고 92다7306 판결; 대법원 1994.10.28. 선고 94다26615 판결

16) 대법원 1990.11.9. 선고 90다카6948 판결; 대법원 1993.5.11. 선고 93다4816 판결; 대법원 1993.5.27. 선고 92다20316 판결; 대법원 1993.11.9. 선고 93다8658 판결; 대법원 1994.5.24. 선고 93다5697 판결; 대법원 1994.5.24. 선고 93다31979 판결; 대법원 2005.9.9. 선고 2004다41217 판결

17) 대법원 1996.2.9. 선고 94다19501 판결; 대법원 1996.5.10. 선고 95다2227 판결; 대법원 1996.5.14. 선고 95다19256 판결; 대법원 1996.5.28. 선고 95다36817 판결; 대법원 1996.6.28. 선고 95다24074 판결; 대법원 1998.4.24. 선고 97다28421 판결; 대법원 2003.4.22. 선고 2003다10650 판결; 대법원 2007.4.12. 선고 2006다81974 판결; 대법원 2007.6.15. 선고 2006다13070 판결; 대법원 2011.8.25. 선고 2010다63393 판결; 대법원 2011.9.8. 선고 2011다22061 판결

18) 대법원 2012.3.29. 선고 2010다90146 판결

앞에서 근로기준법상 통상임금의 본질에 관하여 살펴보면서 법정근로시간의 근로의 대가로서 지급되는 임금에 더하여 50%를 가산하여 지급하는 것이 법정수당이고 이때 그 가산의 기준이 되는 임금이 통상임금이라고 하였다. 만약 시행령이 이 근로기준법에 의해서 파악되는 통상임금을 제한하는 것이라면 이는 적어도 근로기준법상 구체적인 위임규정에 의한 것이어야 할 뿐만 아니라, 설사 위임규정에 의해서 대통령령인 근로기준법시행령에서 통상임금의 개념과 그 산정범위에 관하여 정하고 있는 것이라 해도 그것은 근로의 대가로서 임금을 정하는 것이므로 적어도 법정근로시간의 근로의 대가로서 지급되는 임금보다 낮은 수준으로 통상임금을 정해서는 안된다. 낮은 수준으로 정해진다면 당장 통상임금에 의해 지급되는 연차휴가수당의 경우를 예를 들어 보면 유급휴가로서 근로일의 법정근로의 대가가 지급되어야 마땅함에도 그에 미달하는 수당이 지급되고 이는 유급휴가로서의 ‘유급’의 본질에 반하는 결과를 가져온다. 앞의 본질론에서 살펴본 것처럼 무엇보다도 법정근로의 대가로서 임금에 못 미치는 수준의 임금은 근로의 대가로서 임금을 본질을 부정하는 결과를 가져온다. 따라서 위에서 살펴본 근로기준법시행령에서 정의한 통상임금, 즉 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”으로 파악되는 통상임금은 이상과 같은 통상임금의 본질에 의할 때 법정근로시간의 대가로서 지급되는 임금수준보다 낮은 수준으로 파악해서는 안되는 것이다. 또한 판례가 정의해온 통상임금에서도 마찬가지다. 그러므로 시행령과 판례가 통상임금의 개념에서 그 요소로 하고 있는 정기성, 일률성, 그리고 고정성은 이와 같은 통상임금의 본질론에 의해서 파악될 필요가 있다.

근로기준법은 임금을 “사용자가 근로의 대가로서 근로자에게 임금, 봉급, 그밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”이라고 정의하고 있다(제2조 제1항 제5호). 여기서 임금은 법정외 근로의 대가로서 임금도 당연히 포함된다. 그런데 법정외 근로의 대가, 즉 연장, 야간 및 휴일 근로의 임금은 통상임금에 기초해서 산정하여 지급하도록 근로기준법은 정하고 있다(제56조). 이와 같이 법정수당의 산정의 기초가 되는 임금이어야 한다는 통상임금의 본질상 법정외 근로의 대가로서 법정수당은 당연히 통상임금의 개념에 포섭될 수가 없다. 그렇다면 어떻게 법정수당의 산정의 기초가 되는 임금인 통상임금을 파악할 것인가. 법정수당을 산정하기 위해서는 사전에 그 금액이 정하여져 있어야 하므로 그것은 법정근로시간의 근로의 대가로서 사용자가 지급하는 것 중 지급하기로 정하여져 있는 임금이라고 보면 된다. 이것이 근로기준법에서 통상임금이라고 표현해서 규정한 바에 부합하는 개념의 이해다. 이렇게 보는 것이 근로기준법상 통상임금을 통상의 근로에 대하여 지급되는 임금으로 읽어서는 용법과 일치시킬 수 있는 것이다. 여기서 통상의 근로는 본래 근로자와 사용자 사이에 근로자가 근로하기로 정하여진 근로이고, 이 근로는 보다 단축된 소정근로시간을 두고 있지 않다면 법정근로시간의 근로인 것이며, 따라서 통상임금은 이 통상의 근로인 법정근로시간의 근로에 대하여 근로자에게 지급되는 일체의 금품을 말한다고 보아야 한다는 것이다.

그렇다면 근로기준법시행령과 판례가 통상임금의 개념에서 언급하고 있는 정기성, 일률성,

고정성은 이렇게 근로기준법상 통상임금의 본질에 입각해서 파악한 통상임금을 제한하는 개념요소여서는 안되고, 단지 이러한 통상임금을 보다 유용하게 파악하기 위한 개념요소여야 한다. 그렇지 않고 이 개념요소들이 근로기준법상 법정수당의 산정기초인 통상임금을 제한하는 것으로 파악하는 한 근로기준법에 반하는 것이라고 보아야 한다.

### Ⅲ. 통상임금 개념요소로서 고정성의 재정립

#### 1. 통상임금 개념요소로서 고정성

근로기준법시행령에서 정의한 통상임금은 명시적으로 고정성을 그 개념요소로 규정하고 있지 않다(제6조 제1항). 그와 달리 판례는 이 근로기준법시행령에서 통상임금의 정의를 규정하기 전부터 앞에서 살펴본 바와 같이 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악해왔다.<sup>19)20)</sup> 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하더라도 그것이 통상임금 산정범위에 속하게 되는 임금을 제한하지 않는다면 근로자의 권리를 침해하는 것이 아니므로 법적으로 문제될 것은 아니다. 그러나 고정성을 개념요소로 함으로써 임금 중 일정한 부분을 통상임금 산정범위에서 배제하게 되는 경우 근로자의 권리를 제한하게 된다. 그리고 근로기준법상 통상임금규정을 해석함에 있어서 고정성이 요청되는 것이라면 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하는 판례의 태도는 적법한 것일 수 있다. 그렇지 않다면 통상임금의 개념요소로 고정성을 파악하는 판례의 태도는 문제가 아닐 수 없다.

판례는 “실제의 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것과 같이 고정적인 임금이 아닌 것은 통상임금에 해당하지 아니한다”고 하여 고정성을 통상임금의 개념요소로 함으로써 분명히 임금 중 일부를 통상임금 산정범위에서 제외된다고 판시해왔다.<sup>21)</sup> 근로기준법상 통상임금규정을 해석함에 있어서 고정성이 요청되는 것이라면 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하는 판례의 태도는 적법한 것일 수 있다. 그렇지 않은데도 판례가 고정성을 개념요소로 함으로써 임금 중 일정한 부분을 통상임금 산정범위에서 배제하게 된다면 이는 근로자의 권리를 제한하게 되는 것이고, 이때는 근로기준법의 위임에 의한 명령에 의해 고정성을 통상임금의 개념요소로 규정하고 있어야 적어도 형식적인 적법성 논란에서는 벗어날 수

19) 대법원 1978.10.10. 선고 78다1372 판결

20) 여기서 고정성은 통상임금 개념요소로서 판례가 통상임금의 또 다른 개념요소로 파악하는 일률성에서의 고정적인 조건과는 다른 차원의 개념이다. 일률성은 지급대상의 비차별성에, 고정성은 비변동성에 초점을 둔 것으로 엄밀히 구별된다. 이에 관한 자세한 논의는 김기덕, 통상임금 개념요소로서의 고정성, 노동과 법 제6호, 금속법률원, 2006, 192면 이하 참조.

21) 대법원 1990.11.9. 선고 90다카6948 판결; 대법원 1996.2.9. 선고 94다19501 판결; 대법원 1996.5.10. 선고 95다2227 판결; 대법원 1996.5.14. 선고 95다19256 판결; 대법원 1996.5.28. 선고 95다36817 판결; 대법원 1996.6.28. 선고 95다24074 판결; 대법원 1998.4.24. 선고 97다28421 판결; 대법원 2003.4.22. 선고 2003다10650 판결; 대법원 2005.9.9. 선고 2004다41217 판결; 대법원 2007.6.15. 선고 2006다13070 판결; 대법원 2011.8.25. 선고 2010다63393 판결; 대법원 2011.9.8. 선고 2011다22061 판결 등

있을 것인데 현행 근로기준법은 이러한 위임규정이 존재하지 않는다.

판례가 통상임금의 개념요소로 파악하는 고정성은 무엇인가. 과연 근로기준법상 개념요소로 파악될 수 있는 것일까. 어떤 이유로 고정성을 통상임금의 개념요소로 법원은 파악해온 것일까. 판례가 말하는 고정성은 비변동적인 임금이어야 함을 말한다. 판례는 근무일수 등 근무실적에 따라 달라지는 임금은 변동적인 임금이어서 통상임금에 포함될 수 없는 임금이고, 근무일수 등 근무실적에 따라 달라지지 않는 임금은 고정적인 임금이어서 통상임금에 포함되는 임금이라고 판시하여 왔다. 이처럼 판례가 고정성을 개념요소로 파악하고 있는 것은 첫째, 근로기준법이 할증임금의 산정기초가 되는 임금으로서 통상임금을 규정을 두고 있는 것에서 시간외, 야간, 휴일 근로의 수당을 산정하기 위해서는 미리 정하여진 통상임금이 있어야 하기 때문이라는 것이고,<sup>22)</sup> 둘째, 실제 근로한데 따른 임금 총액을 근로일수로 나누어 산정하게 되는 평균임금에 의하는 경우에 현저하게 부당하게 될 경우 근로기준법이 평균임금을 대체하기 위한 임금으로 통상임금을 규정하고 있기 때문이라고 한다.<sup>23)</sup>

## 2. 고정성의 재정립

### (1) 통상임금 개념요소로서 고정성의 타당성

판례가 통상임금의 개념요소로서 고정성을 들고 있는 두번째의 이유, 즉 평균임금에 의하는 경우 현저하게 부당하게 될 경우 근로기준법상 평균임금을 대체하기 위한 임금제도로 통상임금을 규정하고 있기 때문이라는 이유는 평균임금이 그 산정사유 발생한 날 이전 3개월의 임금총액을 그 일수로 나눠서 산정하는 임금이라는 점에서 그렇게 산정된 금액이 통상임금보다 적은 경우 그 평균임금이 아니라 그 근로자의 통상임금에 의하도록 하고 있는 근로기준법의 취지상 반드시 고정성을 그 개념요소로 해야 한다고 볼 수 없다. 평균임금의 산정사유 발생한 날 그 시점에서 해당 근로자의 통상임금이 얼마인지 산정하는 것이 가능하고 그것이 현저히 부당하게 산정되는 평균임금보다 합리적이고 타당한 다른 방법으로 산정된 금액이면 되는 것이다. 어차피 본래 지급기준이었던 평균임금은 그 산정사유 발생한 날 이전 기 지급된 임금의 총액을 기준으로 한 것이어서 그 지급 이후에 파악되는 임금이었던 것이고 이렇게 본다면 고정적인 임금이 아니라도 지급하기로 정해진 임금이라서 산정이 가능한 경우라면 이를 이때의 통상임금으로 하여 지급하더라도 문제될 것이 없으며 오히려 평균임금을 보완하는 점에서 볼 때 고정적인 임금만으로 통상임금을 제한적으로 파악하는 것보다는 그 취지에 부합하는 것이라 볼 수 있다. 평균임금제도의 기본취지가 평균임금을 지급하여야 할 기간 중에 근로자의 통상의 생활임금을 기준으로 종전과 같이 보장하려는데 있는 것인데 평균임금이 근로일수 등 기타의 원인으로 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많이 산정된 것으로 인정되는 예외적인 경우라면 이 제도의 취지를 실현할 수 없게 돼서 그 보다 다른 방법으로 산정된 통

22) 대법원 1990.11.27. 선고 89다카15939 판결 참조

23) 대법원 1978.10.10. 선고 78다1372 판결 참조

상임금에 의하도록 정하고 있는 것이기 때문이다.<sup>24)</sup> 따라서 이 두 번째의 이유는 반드시 통상임금의 개념요소로 고정성을 파악해야 할 이유가 되지 못한다 할 것이다.

그렇다면 첫번째의 이유, 즉 할증임금, 즉 법정수당의 산정기초가 되는 임금이므로 이를 산정하기 위해서는 미리 정하여진 통상임금이 있어야 하고 그 때문에 통상임금은 고정성을 개념요소로 하여야 한다는 것만 남는다. 그런데 이는 앞에서 필자가 통상임금의 본질로서 살펴보았던 것이다. 통상임금의 본질에서 통상임금의 개념요소 고정성에 관한 검토는 뒤에서 자세히 살펴보기로 하고 여기서는 판례가 고정성을 개념요소로 파악하여야 한다는 이유의 타당성에 관해서 살펴보자. 결론부터 말한다면 통상임금이 법정수당의 산정기초가 되는 임금제 도라는 점이 판례가 고정성을 개념요소로 해야 하는 이유로 되지 못한다는 것이다. 법정수당을 계산하는 기준이 되는 시점에서 해당 근로자의 통상임금액을 정할 수 있으면 얼마든지 법정외근로의 수당을 산정할 수 있기 때문이다. 그 시점에서 통상임금이 정해져 있어야 하는 것은 분명하나 그것이 판례가 파악하는 것처럼 반드시 고정적인 임금이어야만 하는 것은 아니다. 단순히 그 시점에 혹은 사전에 통상임금이 얼마인지를 산정할 수 있으면 법정수당액이 산정할 수 있기 때문이다. 여기서 할증임금, 즉 법정수당 자체는 개념상 통상임금에서 제외됨은 물론 그것은 그 계산의 시점에서조차 구체적으로 정해져 있는 임금이 아니므로 당연히 제외된다고 보게 된다. 그러므로 반드시 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악해야 법정수당을 통상임금에서 제외할 수 있는 것이 아니다.

문제는 월의 일정 근로일 또는 일의 일정 근로시간 이상을 근로하였을 경우에 지급하는 수당 등이다.

여기서 근로일 또는 근로시간이 소정 근로일 또는 근로시간을 초과하는 근로일 또는 근로시간을 말하는 것이라면 이는 초과근로에 대한 대가이고 초과근로 여부는 사전에 하는 것으로 정해진 것이 아니므로 그 대가로서의 임금은 원칙적으로 사전에 지급하기로 정하여진 임금에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 이것은 통상임금 산정범위에 포함되는 임금으로 보기 어려워 이를 제외하여야 하기 때문에 이 때문에 반드시 고정성을 통상임금의 개념요소로 할 필요가 없다.

그런데 그 월의 일정 근로일 또는 일의 일정 근로시간 이상의 근로시 지급하는 수당 등이 소정 근로일 또는 근로시간 내지 그 범위 내의 근로에 대한 것으로 지급되는 경우라면 이와 다르다. 판례는 이러한 경우 고정성을 통상임금의 개념요소로 하기 때문에 이러한 수당 등은 해당 근로자가 그 근로일 또는 근로시간을 근로할지 여부는 사전에 알 수 없는 것이므로 변동적인 임금이라서 통상임금 산정범위에 포함될 수 없다고 한다.<sup>25)</sup> 이에 대하여 고정성을 개념요소로 파악하고 있지 않는 필자의 견해에 따르면 소정 근로일 또는 근로시간은 근로자가 근로하기로 정하여진 근로일 또는 근로시간이고 그에 대하여 지급하기로 정하여진 수당 등은 사용자가 당연히 지급하는 것으로 정해진 임금으로 보아 통상임금 산정범위에 포함된다

24) 대법원 2009.5.28. 선고 2006다17287 판결 참조

25) 대법원 1996.5.10. 선고 95다2227 판결 등

고 보게 된다. 판례와 같이 고정성을 통상임금의 개념요소로 하면서 실제 근로여부에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 임금은 통상임금이 아니라는 논리로 일관한다면 기본급 임금 조차도 결근시 감급하는 경우 통상임금이 아니라는 부당한 결론에 이를 수 있다. 월 15일 이상 출근할 때 월급여를 지급한다고 하고 그렇지 않은 경우 이를 대폭 삭감한 금액을 임금으로 지급한다고 정하고 있는 경우 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하고 있는 판례에 따르면 실제 근로여부에 따라 그 지급여부나 지급액이 달라지는 임금이라서 변동적인 임금이므로 통상임금 개념요소 중 고정성이 인정되지 않아 이때 임금은 월급여조차도 통상임금에 포함되지 않는다는 것으로 귀결되고 만다. 극단적인 예로 월의 소정 근로일 20일 내지 23일에서 결근시 결근일수에 따라 일할 공제하여 월급여를 지급하는 경우에도 고정성이 인정되지 않아 통상임금에 포함되지 않는다는 결론에 이르고 만다. 그러나 근로기준법은 임금을 기본급과 기타 수당으로 별도로 구분해서 정하고 있지 않고 모두 임금으로 파악하고 있으므로(제2조 제1항 제5호 임금의 정의 참조) 통상임금의 기준은 기본급은 예외라고 말할 수도 없다.

판례는 월, 주, 일 등의 단위로 일정 수당을 지급하면서 결근한 일수나 시간에 대하여 일정한 감급을 하여 지급하는 경우 판례는 결근 일수나 시간에 대하여 감급하므로 근무성적에 따라 지급여부나 지급액이 좌우되는 변동적인 임금이라서 고정성이 인정되지 않아 통상임금에 포함되지 않는다고 한다. 즉 근속수당을 유급 출근일수가 15일 이상인 근로자에 대하여는 전액을 지급하나 15일 미만인 경우에는 일할로 계산된 근속수당만을 지급하는 경우, 그것이 근로자들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 고정적인 임금이라고 할 수 없어 통상임금의 범위에 포함시킬 수 없다고 판시하였다.<sup>26)</sup> 그러나 일수나 시간에 따라 감급하더라도 이는 일수나 시간에 비례하여 지급하는 임금이라 볼 수 있고 이는 일급, 시급 등 기본급과 동일하게 통상임금에 포함한다고 볼 수 있다. 또한 비록 결근 일수나 시간에 대하여 감급하도록 정하고 있지만 이는 무노동무임금을 내세워 사용자가 그와 같이 정하여 지급하는 것인데 그것으로 통상임금 해당성이 좌우된다고 한다면 사용자는 기존에 통상임금에 해당하는 임금 항목에 대하여 모조리 이와 같은 감급 조건을 정하여 놓는다면,<sup>27)</sup> 해당 사업장에서는 통상임금에 포함되는 임금이 거의 없게 되거나 부당하게 낮은 금액으로 정해지게 된다. 따라서 판례와 같이 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하는 것은 타당하지 않다. 이 경우에는 감급여부와 관계없이 그 수당은 통상임금에 해당한다고 보아야 한다. 소정 근로를 할 경우에 지급하기로 정하여진 임금이기 때문이다.

한편 판례가 파악하는 ‘실제의 근무성적’이라 함은 근무로 인한 성과를 말하는 것이 아니고 근무일수나 근무시간을 말하는 것으로 소정근로에 대하여 지급하게 되는 임금이라고 하더라도 과연 해당 근로자가 그 소정근로시간에 모두 근무를 하게 될지 여부를 사전에 알 수 없는 것이다. 그렇다면 기본급 등 소정근로에 대하여 지급하기로 정하여진 임금조차도 판례의

26) 대법원 1996.3.22. 선고 95다56767 판결 등 참조

27) 취업규칙 변경은 사용자의 권한이고 비록 근로자과반수의 동의를 얻지 못했다 해도 변경된 입사자에게는 유효하게 적용된다.



위 법리에 의한다면 실제의 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것이어서 고정적인 임금이 아니고 통상임금에 해당하지 않는다는 부당한 결과를 가져온다. 이와 같은 결과는 판례가 부당하게 통상임금의 개념요소로 고정성을 파악하게 됨으로 발생한 것이다.

## (2) 본질론에서 본 고정성

근로기준법상 통상임금은 법정외 근로시간의 근로의 대가로서 법정수당을 산정하는 기초가 되는 임금인 것이고 따라서 법정근로시간의 근로의 대가로서 임금이 그 기초가 되는 임금으로 파악돼서 산정되어야 하는 것이다. 또한 연차휴가수당의 지급기준이므로 유급휴가의 ‘유급’의 임금인 것이므로 그 휴가일의 유급은 법정근로일의 근로의 대가로서의 임금수준이 지급되어야 한다. 그러므로 법정근로시간의 근로의 대가로서 지급되는 모두 임금은 원칙적으로 통상임금에 포함된다고 보아야 한다. 법정근로시간의 범위내에서 소정근로시간을 정하고 있다면 소정근로의 대가로서 지급되는 임금은 모두 통상임금에 해당한다. 이렇게 근로기준법상 통상임금을 이해하여야 하는 것이고 이를 통해서 통상임금을 파악한다면 소정의 근로 또는 법정외 근로의 대가는 소정근로 또는 법정근로의 대가로 지급되는 임금을 그 산정 기초로 해서 산정하여야 하는 것이고 법정외 근로의 경우 법이 정한 가산금을 더하여 지급하는 것이다. 앞에서 판례에 따르면 월, 주, 일 등의 단위로 지급되는 수당 등이 일정 근로일이나 근로시간 이상 근로하였을 경우에 지급하고, 그렇지 않은 경우 지급하지 않거나 감액하여 지급하는 경우 근무실적에 따라 지급여부나 지급액이 좌우되는 변동적인 임금이라서 고정성이 인정되지 않아 통상임금에 포함되지 않는다고 보는데 대하여 이러한 통상임금의 본질에 입각해서 본다면 소정근로 또는 법정근로의 대가로서 지급되는 임금은 모두 통상임금에 해당한다고 보아야 하므로 이러한 수당 등도 당연히 통상임금에 해당한다. 이처럼 통상임금의 본질에서 본다면 판례가 통상임금의 개념요소로 파악하고 있는 고정성은 통상임금의 개념요소로 파악될 수 없는 것이다.

## (3) 고정성의 재정립

이상을 통해서 본다면 판례와 같이 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하는 것은 타당하지 않다고 보아야 하고, 설사 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하더라도 고정성을 대폭 완화해서 파악할 필요가 있다. 특히 통상임금의 본질에서 볼 때 판례가 파악한 통상임금의 개념요소 고정성은 근로의 대가로서 임금이 법정외 근로의 대가로서는 부당하게 과소 지급하게 되는 문제를 발생시킨다. 따라서 판례가 파악해온 통상임금 개념요소로서 고정성을 통상임금의 개념요소에서 제외하거나, 아니면 적어도 고정성을 통상임금의 본질에 합당하게 완화해서 소정근로 또는 법정근로의 대가로서 임금을 통상임금으로 용이하게 파악하는 개념요소로 하는 재설정하는 것이 필요하다.

## IV. 통상임금 산정범위와 상여금

### 1. 상여금의 통상임금 해당성에 관한 관례의 태도

#### (1) 상여금의 통상임금 해당성을 부정한 사례<sup>28)</sup>

1996년 대법원은 매년 3월, 6월, 9월, 12월의 보수지급일에 각각 상여금 지급일 현재 기본급의 100%를 지급하는 것이나, 다만 입사 1개월 미만인 자에게는 지급되지 않고, 근속기간이 3개월 미만인 자와 휴직·정직·직위해제처분 등으로 상여금 지급기간 중 그 직무에 종사하지 아니한 자, 근속기간이 3개월 이상인 자로서 상여금 지급기간의 2분의 1 미만을 근무하고 퇴직한 자에 대하여는 근무일수를 근거로 일할계산하여 지급하도록 규정되어 있는 점에 비추어 상여금의 지급 여부 및 그 지급액은 임·직원들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다고 판결하였다.<sup>29)</sup> 이 사안에서 상여금은 통상임금의 개념요소 고정성이 인정되지 않는다고 보아 통상임금 해당성이 부정되었다.

#### (2) 상여금의 통상임금 해당성을 긍정한 사례

상여금이 만근 기본급 기준으로 6개월 이상 근무시 350%, 3년 이상 근무시 550%, 8년

28) 통상임금 범리를 최초로 체계적으로 판시하면서 정립하였던 1989년 서울민사법원 합의 17부는 서울대병원임금청구사건에서 상여금 등 1개월 이상을 단위로 지급되는 임금은 소정근로시간에 대한 대상으로 볼 수 없는 임금이라며 통상임금의 산정범위에서 제외된다고 판시하였다(서울민사지법 1989.6.20. 선고 88가합17271 판결). 당시 재판부는 위 판결 내용을 소개한 논문을 통하여 상여금에 대하여 당해 사업장에 있어서 지급이 의무화 또는 관례화 되어 있다 하더라도 1개월을 넘는 기간 단위에 대하여 지급되고 있을 뿐 아니라 “우리의 통념상 경영성과에 대한 보상이라는 성격이 일반적이므로 이러한 일반적인 상여금의 지급실태나 그 지급의 조건에 비추어 볼 때 상여금은 통상임금의 개념요소의 하나인 근로의 교환적 대가성이 부정되는 것으로서 통상임금의 범위에 속한다고 보기에는 어려움이 있다”고 하였다(박용상 외 2, 통상임금과 법정수당에 관한 고찰(상)-서울민사지방법원 노동전담 합의 17부의 실무처리를 중심으로, 법조 제39권 제2호(401호), 법조협회, 1990, 20면). 이에 대법원은 상여금에 대하여 3개월마다 지급받아왔다 하더라도 “통상임금이라 함은 근로자에게 정기적, 일률적으로 소정 근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액을 말하는 것이므로(구 근로기준법시행령 제31조 제1항(현 근로기준법시행령 제6조 제1항)) 1개월을 넘는 기간마다 정기 또는 임시로 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등을 감안하여 지급되고 있는 상여금은 통상임금의 산정기초가 될 임금이 포함되지 아니한다”고 판시하였고(대법원 1990.02.27 선고 89다카2292 판결), 연간사업실적과 직원의 근무성적에 따라 연 2회 지급하도록 되어 있는 상여수당에 대하여, 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령임금에 구애됨이 없이 정기적, 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대한 대가로서 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액이므로, 통상임금에 포함시킬 수 없다고 판시하였다(대법원 1990.11.27 선고 89다카15939 판결). 전자는 1개월을 넘는 기간 단위로 지급된다는 점이 통상임금성이 배제되는 요소로 고려되었고, 여기에 경영성과나 근무성적에 감안하여 지급되기 때문에 통상임금에 산정할 임금이 될 수 없다고 하였는데 이는 후자에서 통상임금성이 배제되는 이유로 들고 있는 것이다. 그 뒤 아래에서 살펴보는 1996년의 대법원 판례가 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이면 통상임금에 포함될 수 있다고 하면서 1개월 이상을 단위로 해서 지급되기 때문에 통상임금에 해당하지 않는다는 법리는 사라져 상여금은 이제 1개월 이내의 단위로 지급되는 다른 임금항목과 마찬가지로 통상임금 해당성 여부를 판단받게 되었다.

29) 대법원 1996.2.9. 선고 94다19501 판결

이상 근무시 650%, 12년 이상 근무시 750%를 지급하되, 상여금 지급은 분기별로 지급하되 매분기말까지 재직한 자로 하고 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한 금아리무진 사안에 대하여 2012년 대법원은 “이 사건 상여금은 피고가 6개월을 초과하여 계속 근무한 근로자에게 근속연수의 증가에 따라 미리 정해놓은 각 비율을 적용하여 산정한 금액을 분기별로 지급하는 것으로서, 매월 월급 형태로 지급되는 근속수당과 달리 분기별로 지급되기는 하지만 그러한 사정만으로 통상임금이 아니라고 단정할 수 없다. 나아가 이 사건 단체협약 제27조에 ‘상여금 지급은 매 분기 말까지 재직한 자로 하고’라고 규정하면서도 끝이어서 ‘퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한다’고 추가로 규정함으로써 상여금 지급대상에서 중도퇴직자를 제외한 것으로 볼 수 없으며, 또한 상여금 지급대상에 관한 위 규정의 의미가 기본급 등과 마찬가지로 비록 근로자가 상여금 지급대상 기간 중에 퇴직하더라도 퇴직 이후 기간에 대하여는 상여금을 지급할 수 없지만 재직기간에 비례하여 상여금을 지급하겠다는 것이라면, 이 사건 상여금은 그 지급 여부 및 지급액이 근로자의 실제 근무성적 등에 따라 좌우되는 것이라 할 수 없고, 오히려 그 금액이 확정된 것이어서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 볼 여지가 있다. 그렇다면 원심으로서는 실제 피고의 상여금 지급실태 등을 포함하여 이 사건 단체협약 제27조의 구체적 의미를 검토하여 과연 원심 판시의 상여금이 소정 근로 또는 총 근로의 대상으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 통상임금에 해당하는지를 살펴보았어야 한다”고 판시하였다.

이 사안의 상여금에 관하여 대법원은 실제 근무성적 등에 따라 그 지급여부 및 지급액이 좌우되는 변동적인 임금이 아니라 고정적인 임금으로 볼 수 있다며 이 상여금은 통상임금 개념요소로서 고정성이 인정될 수 있다고 보았다.

## 2. 상여금 판례와 통상임금의 개념요소 고정성의 변화

위에서 상여금이 통상임금에 포함되지 않는다는 1996년 대법원 판결과 포함될 수 있다는 2012년 대법원 판결은 모두 통상임금의 개념요소 고정성의 인정여부에 따라 상여금의 통상임금 해당성을 판단한 것이다. 그렇다면 통상임금의 개념요소로서 고정성을 파악하면서 어떠한 변화가 있었기 때문에 달리 판단한 것일까. 일단 상여금에 관한 대표적인 이 두 대법원 판례에서 통상임금 개념요소로서 고정성을 파악하는 태도는 변함이 없다. 즉 판시하고 있는 통상임금의 개념요소 고정성에 관한 판례 법리는 아무런 차이가 없다. 모두 그 ‘상여금의 지급 여부 및 그 지급액은 임·직원들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되’는지로 통상임금의 개념요소 고정성의 존부를 파악하고 있다. 다만 1996년 판결의 상여금은 이런 고정성이 인정되지 않아서 통상임금에 해당하지 않는다고 판시하였고, 2012년 판결의 상여금은 인정될 수 있다며 통상임금에 해당할 수도 있다고 판시하였다. 그렇다면 1996년 대법원판례 사안의 상여금과 2012년의 사안의 상여금의 지급기준이 어떻게 달라서 고정성의 존부를 달리 판단한 것일까. 1996년 대법원판례의 사안에서는 매년 3월, 6월, 9월, 12월의 보수지급일에 각각 상여금 지급일 현재 기본급

의 100%를 지급하고, 다만 입사 1개월 미만인 자에게는 지급되지 않고, 근속기간이 3개월 미만인 자와 휴직·정직·직위해제처분 등으로 상여금 지급기간 중 그 직무에 종사하지 아니한 자, 근속기간이 3개월 이상인 자로서 상여금 지급기간의 2분의 1 미만을 근무하고 퇴직한 자에 대하여는 근무일수를 근거로 일할계산하여 지급했다. 여기서 단서 이하, 즉 입사 1개월 미만자에게 상여금을 지급하지 않고, 근속기간 3개월 미만자와 휴직·정직·직위해제처분 등으로 상여금 지급기간 중 그 직무에 미종사자, 근속기간이 3개월 이상인 자로서 상여금 지급기간의 2분의 1 미만을 근무하고 퇴직한 자에게는 근무일수를 근거로 일할계산하여 지급하고 있었다. 그렇다면 입사 3개월 이상자에게는 정상적으로 상여금 지급기준대로 지급하되, 다만 입사 1개월 미만자는 지급하지 않고, 근속기간 3개월 미만자와 직무 미종사자, 상여금 지급기간의 2분의 1미만을 근무한 퇴직자 등은 일할계산해서 상여금을 지급하도록 한 것인데 이는 근속기간 3개월 이상시 원칙적으로 정상 지급하되 예외적으로 일정 사유로 근무하지 못할시 일할계산해서 지급하는 것으로 상여금 지급기준을 정하고 있었던 것이다. 이러한 상여금 지급기준에 대하여 실제 근무성적에 따라 그 지급여부 및 지급액이 좌우되는 것이라고 보아 통상임금의 고정성이 부정되어 통상임금에 해당하지 않는다고 본 것이다. 이에 대하여 2012년 대법원 판례의 사안은 상여금이 만근 기본급 기준으로 6개월 이상 근무시 350%, 3년 이상 근무시 550%, 8년 이상 근무시 650%, 12년 이상 근무시 750%를 지급하되, 상여금 지급은 분기별로 지급하되 매분기말까지 재직한 자로 하고 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급하고 있는 바, 이는 최소 6개월 이상 근속기간을 지급조건으로 하고 있어 1996년의 사안에서 3개월 이상을 지급조건으로 하고 있는 것과 차이가 없고, 지급대상을 매분기말까지 재직한 자로 하되 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급하도록 하고 있어 월할계산 지급하도록 하고 있는 것인데 이는 1996년의 사안이 일할계산 지급하도록 한 것과 고정성 판단에서 달리 파악될 기준은 아니었다. 그럼에도 불구하고 이상과 같은 차이로 대법원은 상여금의 통상임금 해당성을 달리 판단하였고, 그것은 통상임금의 개념요소 고정성의 준부가 다르다는 것에 근거한 것이었다. 도대체 무엇이 이 통상임금의 개념요소 고정성을 달리 판단하도록 한 것일까. 그것은 1996년의 대법원 판례와는 달리 2012년 대법원 판례는 중도퇴직자에 대하여 “퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한다”고 추가로 규정함으로써 상여금 지급대상에서 중도퇴직자를 제외한 것으로 볼 수 없으며, 또한 상여금 지급대상에 관한 위 규정의 의미가 기본급 등과 마찬가지로 비록 근로자가 상여금 지급대상 기간 중에 퇴직하더라도 퇴직 이후 기간에 대하여는 상여금을 지급할 수 없지만 재직기간에 비례하여 상여금을 지급하겠다는 것이라면, 이 사건 상여금은 그 지급 여부 및 지급액이 근로자의 실제 근무성적 등에 따라 좌우되는 것이라 할 수 없”다라고 하여 기본급 등과 마찬가지로 상여금을 재직기간에 비례해서 월할계산해서 지급한다는 점에 주목하여 판시하고 있다는 점이다. 기본급 등이 재직기간의 근로에 비례하여 지급하는 것처럼 상여금도 그와 마찬가지로 지급하므로 기본급 등이 통상임금의 개념요소로서 고정성이 인정돼서 통상임금에 해당하는 것처럼 상여금도 그렇다는 것이다. 바로 이 점이 1996년 사안의 대법원 판례와 달리 2012년 사안에서 대법원이 월할계산 지급하는 상여금은 통상임금의 개념요소 고정성이 인정된다고 보았고 이에

따라 통상임금에 해당할 수도 있다고 판결하게 된 것이다. 사실 이는 고정성을 통상임금의 개념요소로 하더라도 당연히 인정돼야 하는 것이다. 즉 어떠한 임금항목에 관하여 지급하되 일정 근무일수나 근로시간 미만 근무할 시 전액을 지급하지 않고 일할계산해서 감액 지급하는 경우 이렇게 감액해서 지급하는 임금항목은 일급 또는 시급이라고 평가될 수 있는 것이고 일급제에서 일급, 시급제에서 시급 자체가 통상임금의 개념요소 고정성이 인정된다고 보아야 하기 때문에 이 고정성을 통상임금의 개념요소로 파악하고 있는 판례에 의하더라도 부정할 수 없었던 것이다.<sup>30)</sup> 만약 이러한 경우에 통상임금의 개념요소 고정성이 인정되지 않는다고 한다면 그것은 그 개념요소 고정성 자체가 부당한 것이라고 증명할 뿐이다. 그런데 문제는 1996년의 판례 사안에서도 월할계산은 아니지만 일할계산 지급하도록 하고 있다는 것이다. 2012년 대법원 판례가 월할의 경우는 고정성이 인정된다고 하고 일할의 경우는 인정되지 않는다고 보는 것이 아니다. 단지 당연히 통상임금에 해당하는 것으로 인정되는 기본급과 마찬가지로 월할계산 지급하는 상여금은 고정성이 인정되는 것이라고 판시하였던 것이다. 그렇다면 얼마든지 일할의 경우도 일급제의 기본급 일급으로 보아 고정성이 인정된다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 2012년 대법원 판례의 태도에 의한다면 1996년 판례 사안도 일할계산하여 지급한다는 점에 주목하여 변동적인 임금이 아니라 고정성이 인정된다고 보아 통상임금에 해당될 수 있다고 볼 수 있게 된다.

그 동안 판례는 출근일수에 따라 차등을 둔 연료수당과 월 일정 출근일수 이상의 근로자에게 월 출근일수에 따라 차등을 두고 지급하는 출근장려수당,<sup>31)</sup> 15일 이상 출근자에 대해 전액 지급하고 15일 미만의 경우 일할계산 지급하는 근속수당,<sup>32)</sup> 매 근무일마다 지급하는 식사비,<sup>33)</sup> 매 근무일마다 지급하는 교통비<sup>34)</sup> 등 근무일수에 따라 지급액이 달라지는 경우 통상임금에 해당하지 않는다고 보았으나, 위 상여금의 논의를 확장 적용한다면 이는 근무일수에 비례하여 지급하는 일급이라고 볼 수 있어 달리 판단되어야 하는 것이다.

### 3. 통상임금 본질에서 본 상여금의 통상임금 해당성

통상임금을 연장, 야간 및 휴일의 근로 등 법정외 근로의 대가로서 법정수당을 산정하는 기초가 되는 임금이고 그것은 법정근로의 대가를 기준으로 하여야 한다는 근로기준법상 통상임금의 본질에 입각해서 파악하게 된다면 법정근로의 대가로 지급하여야 하는 임금항목은 모두

30) 이에 관한 자세한 논의는 김기덕, 통상임금 개념요소로서의 고정성, 노동과 법 제6호(통상임금), 금속 법률원, 2006, 199면 이하, 208면 이하; 김기덕, 통상임금 개념요소로서의 일률성, 노동과 법 제6호(통상임금), 금속 법률원, 2006, 147면 이하; 김기덕, 통상임금의 법리에 관한 재검토, 노동과 법 제6호(통상임금), 금속 법률원, 2006, 125면 이하

31) 대법원 1990.11.9. 선고 90다카6948 판결

32) 대법원 1996.3.22. 선고 95다56767 판결

33) 대법원 1996.5.14. 선고 96다19256 판결; 대법원 2002.7.23. 선고 2000다29370 판결; 대법원 2003.4.22. 선고 2003다10650 판결

34) 대법원 2002.7.23. 선고 2000다카29370 판결

통상임금에 해당된다고 보게 된다. 이에 따르면 법정근로를 한 근로자에게 지급하기로 정하여진 상여금은 당연히 통상임금에 해당하는 것으로 본다. 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 일정 근무기간에 따라 월할 또는 일할하여 계산 지급하는 경우는 물론, 월할 또는 일할하여 계산 지급하지 않는 경우라도, 그래서 지급 당시 재직자에게만 지급하고 중도퇴직자나 그 지급기간 일정일수 이상 근무하지 않은 자에게 전혀 지급하지 않는다 하더라도 그러한 상여금이 통상임금에 해당할 수 있다고 보게 된다. 연단위로 기간을 정해서 몇 백퍼센트로 지급되는 상여금은 연으로 정해진 법정근로의 대가로 파악될 수 있는 것이고, 법정근로를 한 근로자에게는 모두 지급하는 것이라면 당연히 그 상여금은 법정근로의 대가로서 통상임금에 해당한다고 보기 때문이다. 그 법정근로일을 다 근로하지 않았다고 해서 감액하거나 지급하지 않는다 해도 그 상여금은 여전히 법정근로를 한 근로자에게는 모두 지급하는 임금이므로 통상임금에 해당한다. 그러나 경영성과급처럼 미리 지급하기로 정해지지 않고 지급 당시 경영성적에 따라 노사합의로 그 지급여부나 지급액이 정해지는 것이라면 이는 그 근로자가 법정근로를 하게 되는 경우에 그 대가로서 지급될 것이라고 확정할 수 없기 때문에 통상임금에 해당된다고 보기 어렵다.

이상과 같은 통상임금의 본질에 입각해서 본다면 그 동안 판례가 상여금 외 임금항목에 관해서 고정성이 인정되지 않는다면 통상임금에 포함되지 않는 것으로 파악해왔던 것들도 그것이 법정근로의 대가로서 지급하는 임금인 한 모두 통상임금에 포함된다고 보아야 한다. 판례는 출근일수에 따라 차등을 둔 연료수당과 월 일정 출근일수 이상의 근로자에게 월 출근일수에 따라 차등을 두고 지급하는 출근장려수당,<sup>35)</sup> 15일 이상 출근자에 대해 전액 지급하고 15일 미만의 경우 일할계산 지급하는 근속수당,<sup>36)</sup> 매 근무일마다 지급하는 식사비,<sup>37)</sup> 매 근무일마다 지급하는 교통비<sup>38)</sup> 등 근무일수에 따라 지급액이 달라지는 경우 통상임금에 해당하지 않는다고 보았고, 이에 관하여는 위에서 위 상여금의 논의를 확장 적용한다면 이는 근무일수에 비례하여 지급하는 일급이라고 볼 수 있어 달리 판단되어야 한다고 하였지만, 통상임금의 본질에서 본다면 일할계산 여부와 관계없이 법정근로(시간 또는 일)에 대하여 지급하는 임금이므로 당연히 통상임금에 포함된다고 보게 된다.

## V. 마치며

최근 판결들로 통상임금이 큰 관심을 끌고 있다. 기존에 노동부 행정해석 및 예규, 그리고 법원의 판례에 의해서 통상임금에 포함되지 않는다고 했던 휴가비, 귀성여비, 체력단련비, 그리고 상여금 등이 통상임금에 포함될 수 있다고 판결했기 때문이다. 구체적인 지급조건이 해

35) 대법원 1990.11.9. 선고 90다카6948 판결

36) 대법원 1996.3.22. 선고 95다56767 판결

37) 대법원 1996.5.14. 선고 96다19256 판결; 대법원 2002.7.23. 선고 2000다29370 판결; 대법원 2003.4.22. 선고 2003다10650 판결

38) 대법원 2002.7.23. 선고 2000다카29370 판결

당 판례의 사안과 동일한지 여부를 떠나서 동일 또는 유사한 명목의 금품이 존재하는 사업장의 경우 기존 통상임금이 변동될 수도 있고 그에 따라 사용자가 근로자에게 지급하여야 할 임금의 변동을 초래하며 이미 지급했던 임금도 미지급된 체불임금이 발생할 수 있기 때문이다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 최근 판례에서 판시하고 있는 통상임금에 관한 법리는 기존의 판례 법리를 변경한 것이 아니다. 오히려 기존 판례 법리를 그대로 판시하고서 그에 따른다면 상여금 등은 통상임금 산정에 포함될 수 있다고 하고 있다. 다만 그 지급기간내 일정 사유로 일정기간 근무하지 못한 근로자의 경우 과거에는 일할계산해서 지급하기 때문에 실제 근무성적에 따라 그 지급여부 및 지급액이 좌우되는 변동적인 임금이라서 통상임금의 개념요소 고정성이 인정되지 않는다면 통상임금 해당성을 부정하였는데, 지금은 월할계산해서 지급하기 때문에 고정적인 임금이라며 통상임금 해당성을 긍정하는 것으로 달리 판단했을 뿐이다. 그러나 이와 같은 통상임금의 개념요소 고정성 판단의 변화는 지금까지 판례가 근무일수나 근로시간에 따라 지급하는 임금항목에 관하여 실제 근무성적에 따라 그 지급여부 및 지급액이 좌우되는 변동적인 임금이라고 보아 통상임금에 포함되지 않는다고 보았던 법리 자체를 송두리째 뒤흔들고 말았다. 근무기간 월할 지급하기 때문에 이는 고정적인 임금이라고 본다면 일할 지급하는 경우도 고정적인 임금이라고 보아야 하기 때문이다. 이러한 고정성 판단의 변화가 지속된다면 결국 노동부 행정해석 및 예규, 법원의 판결로 제한해온 통상임금의 문제를 드러낼 수밖에 없다. 그것은 결국 본래 법정근로의 대가로서 지급하여야 할 임금으로 통상임금을 파악하지 않은 채 이를 축소해서 연장, 야간 및 휴일 등 법정외 근로의 대가를 지급해온 지금까지 통상임금제도의 운영실태와 그 법리의 한계를 확인하는 과정이 될 것이다. 그리고 월할, 일할 여부에 따른 통상임금 해당성의 판단은 지금까지 사용자가 일정 근무일수나 근로시간 이상의 조건을 정해둠으로써 통상임금에서 제외할 수 있었던 것을 그 월할, 일할이라는 조건의 삭제를 통해서 달성하고자 할 것인 바, 이것이 용납되어서는 안된다. 이러한 조건 여부에 따라 근로자의 법정수당의 지급기준인 통상임금액이 결정된다는 것은 근로의 대가로서 임금의 본질을 근본적으로 부정하지 않고서는 법리적으로 합리성을 갖기 어려운 것이다. 이는 결국 통상임금의 본질에 입각한 통상임금의 재정립을 통해서만 해서 해결할 수 있다.





【 주제발표 II 】

통상임금제도의 변화와 과제

하 갑 래

(단국대학교 법과대학 교수)

목 차

I. 문제의 제기 .....	23
II. 통상임금에 포함되는 금품 .....	24
1. 통상임금의 개념과 구성요소 .....	24
2. 구성요소별로 본 통상임금의 변화 .....	25
3. 구체적 구성요건 .....	31
4. 통상임금과 당사자 합의 .....	35
III. 통상임금의 환산 .....	36
IV. 통상임금이 적용되는 근로조건 .....	37
V. 통상임금제도의 문제점과 개선방안 .....	38
1. 법령에 기반을 둔 제도 개편 .....	38
2. 통상임금포함임금을 둘러싼 혼란과 대안 .....	39
3. 통상임금·평균임금·최저임금 3분체계의 개편 .....	44
4. 통상임금제도 운용의 개선 .....	49
5. 입법적 해결의 주체와 의무 .....	50
VI. 맺음말 .....	51
참고문헌 .....	53



## I. 문제의 제기

통상임금제도는 「근로기준법」(이하 ‘근기법’이라 한다)이 유급으로 보장하는 많은 근로조건에 대해 직접 또는 간접적으로 보상수준을 산정하는 기초로 활용된다. 근로를 제공하는 가장 큰 목적이 임금이라는 점을 감안할 때, 이 제도는 근로조건을 결정함에 있어 중추적인 역할을 한다. 그럼에도 불구하고 이 제도의 출발은 영성하다. 근기법은 1953년에 제정될 때 통상임금제도에 대해 초과근로수당과 연차유급휴가수당에 통상임금을 적용한다는 규정만 두었고, 개념이나 적용방법에 대해서는 위임규정마저 두지 않을 정도로 무책임하였다. 「근로기준법시행령」(이하 ‘근기령’이라 한다)은 통상임금에 대해 아무런 규정을 두지 않다가, 1969년에 모법의 위임도 없는 상태에서 시간급환산방법만 달랑 규정하는 게으른 모습을 보여준다. 근기법의 거대한 바위의 탄생을 초라하기 그지없다.

이 거대한 바위는 세월이 흘러도 대접을 받지 못한다. 근기법은 1961년에 해고예고수당과 1996년에 휴업수당을 각각 통상임금 적용대상에 추가하는 정도의 미세한 움직임을 보여주었다. 근기령 또한 1982년에 일률성·정기성·고정성을 중심으로 통상임금의 개념을 정립한 후 깊은 잠에 빠져 있다.

이러한 영성함과 게으름은 행정부로 하여금 입법부의 기능을 대신하게 만들었다. 1988년에 당시 노동부는 통상임금산정지침(이하 ‘행정지침’이라고도 한다)을 제정하여 통상임금제도의 종합적인 시행방법을 제시하면서 사업장을 지도하였다. 이 후 행정지침도 긴 잠에 빠진다.

입법과 행정이 잠을 자는 동안, 사법은 거대한 바위를 움직이는 동력을 만들어 나가고 있다. 구체적으로는 임금의 개념을 재정립하고, 통상임금의 구성요소를 꾸준히 재해석하고 있다. 그 결과 통상임금 포함임금의 범위는 계속 넓어지고, 2012년에는 정기상여금이 통상임금에 포함된다는 판례가 출현하기에 이르렀다. 판례의 변화를 모두 수용하면 통상임금은 거의 평균임금 수준에 육박한다. 사업장은 이러한 결과에 당혹감을 감추지 못하고 있다. 오랜 세월 동안 구축해온 임금체계가 무너지고 있기 때문이다. 특히 사용자로서는 그 동안 의지해 온 입법과 행정을 따르자니 소송에 휘말릴 판이고, 사법을 따르자니 예측치 못했던 임금상승에 대처해야 할 상황이다.

이러한 변화에 착안해서, 이 글은 통상임금제도에 대한 판례변화를 관찰하여 문제점을 파악하고 이에 대한 개선방안을 제시한다. 통상임금제도는 근로관계에서 매우 중요한 역할을 한다. 또한 법령이나 행정지침은 오랜 기간 바뀌지 않았고, 변화를 추구하는 판례의 수는 이루 헤아리기 어렵다. 그러다 보니 이 제도를 다루는 선행연구가 그야말로 부지기수이다. 이들 선행연구의 관심은 통상임금의 개념과 포함임금에 상대적으로 많이 기울어져 있다. 이 글은 상대적으로 적게 다루어 진 통상임금의 환산, 적용되는 근로조건, 평균임금 및 최저임금과의 관계 등 제도 전체를 분석대상으로 삼아 종합적인 접근을 한다.

이 글은 정제되어 있는 근기령과 행정지침을 종전의 견해로 삼고 변화되는 판례의 견해와 학계의 비판을 새로운 흐름으로 삼아 대비하는 형식으로 제도변화를 파악한다. 판례변화의

타당성에 대해서는 선행연구를 정리하는 것만으로도 큰 의미가 있다. 이 글은 특정수당이 통상임금에 포함되는지에 대해 관심을 갖기 보다는 판례변화를 수용하면서 통상임금개념을 다시 정립하고, 법정임금체계를 단일화하는 입법적접근을 모색하되, 이러한 변화에서 발생할 수 있는 부작용의 완화방안을 같이 강구한다. 이 과정에서 선행연구가 방대한 점, 한국의 통상임금제도가 갖는 특수성 등을 고려하여 국내 문헌연구에 치중하고 외국제도는 꼭 필요한 경우에만 최소한으로 다룬다.

## II. 통상임금에 포함되는 금품

### 1. 통상임금의 개념과 구성요소

통상임금의 개념은 근기령에 규정되어 있으며, 판례와 행정해석이 이를 구체화시키고 있다. 근기령은 1969년에 시간급·일급·주급·월급 등의 시간급환산방법을 간략하게 소개하고, 1982년에 통상임금개념을 보다 구체적으로 규정하여 내용에 큰 변화없이 지금에 이르고 있다.<sup>1)</sup> 행정지침은 1970년대 후반과 1980년대 초를 전후한 판례와 행정해석을 토대로 1988년에 제정된 후, 현재까지 그 내용을 거의 그대로 유지하고 있다.<sup>2)</sup> 판례는 1970년대 후반부터 부분적으로 통상임금개념을 형성해오다가,<sup>3)</sup> 1990년<sup>4)</sup>(이하 ‘초기판례’라 함)에 근기령과 행정지침을 반영하여 구체적인 개념을 제시하였고, 이후 변신을 거듭하고 있다. 근기령<sup>5)</sup>·행정지침<sup>6)</sup>·초기판례<sup>7)</sup>의 통상임금개념은 거의 비슷하다. ‘통상임금개념의 구성요소는 학자마다 다르게 정리되나,<sup>8)</sup> 여기서는 분석의 편의를 위해 근기령·행정지침·초기판례를 분석하여 지급예정성과 명칭불문성을 전제로 하면서 소정근로성과 임금해당성을 기본적구성요소로, 고정

1) 노동부, 「근로기준법령 제·개정 발자취」, 2008.8, 219-222쪽.

2) ‘노동부예규 제602호, 「통상임금산정지침」, 2009.9.25.’와 ‘노동부예규 제150호, 「통상임금산정지침」, 1988.1.14’를 비교하면 표현의 차이만 있을 뿐 그 내용은 비슷하다.

3) 대법원 1978.10.10, 78다1372(이하 판례에 대해서는 ‘대판 1978.10.10, 78다1372’와 같은 축약형으로 표기함). 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금 즉, 기본임금과 이에 준하는 고정적으로 지급되는 수당의 1일 평균치라고 정의했다.

4) 대판 1990.12.26, 90다카12493.

5) 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액.

6) 근로계약취업규칙 또는 단체협약 등에 의해 소정근로시간(없는 경우에는 법정근로시간)에 대하여 근로자에게 지급하기로 정해진 기본급임금과 정기적·일률적으로 1임금산정기간에 지급하기로 정해진 고정급 임금.

7) 근로자에게 정기적, 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액을 말하며 이는 근로의 양 및 질에 관계되는 근로의 대상으로서 실제 근무일수나 수령액에 구애됨이 없이 정기적, 일률적으로 1임금산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금.

8) 대개 근기령의 개념을 구성하는 표현을 중심으로 하면서 판례의 내용을 참고하여 추가적인 요소를 제시한다. 그러나 “통상임금의 제도적 존재의의, 임금약정 및 지급 관행, 기업마다의 특수한 임금체계와 노사간 단체교섭 및 단체협약, 직종 및 근로형태, 종전 노동행정당국의 행정지도, 당사자 간 법적 분쟁이 일어나게 된 경우 등을 종합하여 판단하여야 한다”는 견해(김형배, 『노동법』 제21판, 박영사, 2012, 377쪽 ; 대판 1990.11.9, 90다카6948 등)에서 볼 수 있는 것처럼 정형화의 내용에 대해 견해를 통일하는 것은 쉽지 않다.

성·일률성·정기성을 구체적구성요소로 분류하고자 한다.<sup>9)</sup>

## 2. 구성요소별로 본 통상임금의 변화

통상임금개념의 변화는 구성요소 하나 하나를 대상으로 하여, 변화가 적은 행정지침을 기초로 변화가 많은 판례를 대비함으로써 체계적으로 관찰할 수 있다. 행정지침을 비교의 축으로 삼는 이유는, 근기령<sup>10)</sup>이나 판례<sup>11)</sup>와는 달리, 근로자가 받는 금품을 다섯 가지로 분류<sup>12)</sup>하고 각 분류마다 다양한 수당을 열거하면서 종합적·체계적으로 정리되어 있기 때문이다.

### (1) 전제조건

#### 1) 필요조건으로서의 ‘지급하기로 정한 임금’

통상임금은 사전적이고 평가적인 성격을 가진다. 통상임금은 ‘지급하기로 정한’ 임금만을 포함한다는 점에서 실제로 ‘지급한’ 임금으로 산정되는 평균임금과 다르다.<sup>13)</sup> 초과근로임금도 지급을 등이 미리 정해지므로, ‘지급하기로 정한’은 통상임금의 필요요건이지 충분요건은 아니다. 행정지침은 제1분류(기본급)와 제2분류(고정급)에 대해 ‘지급하기로 정한’이라는 표현을 쓰면서 통상임금성을 인정한다. 그러나 제3분류(변동성금품)<sup>14)</sup>에 대해서는 ‘지급되는’ 또는 ‘지급하는’이라는 표현을 쓰면서 통상임금성을 부인한다. 이 표현은 ‘지급하기로 정한’을 의미하는 것으로 추정할 수밖에 없다. ‘지급한’이나 ‘지급된’을 의미한다면 그 표현만으로 통상임금성이 부인되므로, 장황한 설명이 필요 없기 때문이다. 행정지침의 애매한 표현은 판단에 있어 오류를 범하게 한다고 보기는 어렵더라도, 지침의 권위를 떨어뜨리는 요인이 된다.

#### 2) 명칭이 아닌 실질로 판단

행정지침은 “통상임금은 그 명칭만으로 판단하면 안되고, ..”라고 규정하고 있다. 이와 관련하여 매월 정기적으로 지급되는 고정상여금은 그 이름에도 불구하고 상여금으로 보기 어려우므로 통상임금에 포함된다는 해석과,<sup>14)</sup> 그 이름이 특별상여금이라 해도 정기적·고정적

9) 판례가 제시한 ‘근로의 양 및 질에 관계되는 근로의 대상’은 임금해당성으로, ‘실제 근무일수나 수령액에 구애됨이 없이’는 고정성으로 분류하여 설명할 수 있다. 행정지침이 제시한 ‘근로계약취업규칙 또는 단체협약 등에 의해’는 고정성 및 지급예정성으로 분류하여 설명할 수 있다.

10) 간단하게 개념만 규정하고 있으며, 구성요소에 대해 세부적으로 설명하거나 해당수당을 거론하지 않는다.

11) 개별사건을 대상으로 하고 있어, 여러 개를 모아야 통상임금의 체계적이고 종합적인 모습을 파악할 수 있다.

12) “소정근로시간 또는 법정근로시간에 대하여 지급하기로 정하여진 기본급 임금[이하 ‘제1분류(기본급)’라 한다]”, “일·주·월 기타 1임금산정기간내의 소정근로시간 또는 법정근로시간에 대하여 일급·주급·월급 등의 형태로 정기적·일률적으로 지급하기로 정하여진 고정급임금[이하 ‘제2분류(고정급)’라 한다]”, “실제 근로여부에 따라 지급금액이 변동되는 금품과 1임금산정기간 이외에 지급되는 금품[이하 ‘제3분류(변동성금품)’라 한다]”, “근로시간과 관계없이 근로자에게 생활보조적·복리후생적으로 지급되는 금품(이하 ‘제4분류(복리후생금품)’라 한다)”과 “임금의 대상에서 제외되는 금품(이하 ‘제5분류(비임금성금품)’라 한다)”이다.

13) 대판 1996.3.22, 95다56767 등 다수. 사전적이고 평가적인 성격을 가진다.

으로 지급되면 고정상여금으로 본다는 판례<sup>15)</sup>가 발견된다.

그러나 행정지침은 제4분류(복리후생금품)에 대해 ‘전근로자에게 정기적·일률적’으로 지급하는 금품을 임금으로만 인정하고 통상임금성을 부인한다.<sup>16)</sup> 그러나 이러한 해석은 판례에 의해 대부분 배척되고 있다. 제4분류(복리후생금품)의 세부항목인 ‘출근여부와 관계없이 지급되는 통근수당’,<sup>17)</sup> ‘가족수와 관계 없는 자에게도 지급되는 가족수당’,<sup>18)</sup> ‘식사 또는 출근여부와 관계없이 지급되는 급식비’<sup>19)</sup> 등에 대해 명칭이 복리후생금품이거나 은혜적으로 보이더라도 실제로는 그러한 명목의 수당으로 볼 수 없어 통상임금에 포함하고 있다. 판례의 이러한 태도는 제3분류(변동성금품) 중 ‘전체 근로자에게 근무기간과 관계없이 일정액을 지급하는 근속수당’<sup>20)</sup> ‘전체 근로자에게 승무거리·시간·조건 등과 관계없이 일정금액이 지급되는 승무수당’,<sup>21)</sup> ‘월정액으로 지급된 그 복리후생·위험수당’,<sup>22)</sup> 그 밖에 비슷한 방법으로 지급되는 생산장려수당·장려가급·능률수당·항공수당·항해수당’에서도 마찬가지이다.

## (2) 기본적 구성요소

### 1) 판단기초로서의 소정근로와 총근로

근기령과 판례는 통상임금개념을 정의하면서 “소정근로 또는 총근로”라는 표현과 이를 확장하는 의미인 “시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액”을 같이 쓰고 있다. 행정지침 역시 개념과 관련하여 “소정근로시간”이라는 표현을 쓰고, 제2분류(고정급)에서 이를 조건으로 함과 동시에 “시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액”을 명기하고 있다. 이러한 규정형식을 종합하면 통상임금이 소정근로에 대해 지급하는 금품이라는 점은 공통된 견해이나, ‘소정근로에 대해’의 의미와 총근로의 사용용도는 쟁점이 될 수 있다.

14) 고용노동부, 근로개선정책과-4079, 2011.11.2.(이하 ‘근로개선정책과-4079, 2011.11.2’처럼 축약형으로 표기함).연봉제와 관련이다.

15) 대판 1982.10.26, 82다카342. 전직원에게 기본급의 200%를 지급한 사건.

16) 이를 따르는 행정해석이 많다 [노동부, 임금 32240-11563, 1989.8.7 (이하 ‘임금 32240-11563, 1989.8.7’처럼 축약형으로 표기함) ; 임금 68207-283, 1993.5.13 등].

17) 대판 1992.5.12, 91나9335. 근무일수에 구애됨이 없이 지급되었다. ; 대판 1996.5.10, 95다2227. 월정액으로 지급된 교통비 관련. ; 대판 2011.9.8, 2011다22061. 매월 정액으로 지급한 교통보조비 관련.

18) 대판 1992.7.14, 91다5501. 독신자에게도 지급되는 혼합형가족수당에 있어 1인분의 금액은 가족수당으로 볼 수 없고 통상임금으로 보아야 한다. ; 박용상, “통상임금과 법정수당에 관한 고찰”, 「사법논집」 제21집, 법원행정처, 1990, 264쪽. 통상임금으로 보았다.

19) 대판 1992.5.12, 91나9335 ; 대판 1993.5.11, 93다4816. 식사를 하지 않은 자에게 구판장 구매권을 지급한 일급개념의 식비 관련. ; 대판 1996.5.10, 95다2227. 월정액 식대 관련. ; 대판 1996.6.14, 95다4573. 월정액 급식보조비 관련. ; 대판 2003.10.9, 2003다30777. 식사를 제공하면서 식사장소이용이 불가능한 근로자에게는 월정액이 지급된 증거가 없다는 이유로 통상임금성을 부정. ; 대판 2011.9.8, 2011다22061. 월정액 급량비 관련.

20) 대판 1996.5.10, 95다2227. ; 임금 32240-10199, 1990.7.20.

21) 대판 1992.5.12, 91나9335.

22) 대판 2011.9.8, 2011다22061. 위생수당과 위험수당 관련.

#### 가) 소정근로에 대한 경직적 해석

행정지침은 통상임금으로 보는 제1분류(기본급)와 제2분류(고정급)에 대해 ‘소정근로의 대가’임을 직접 명시하고, 통상임금으로 보지 않는 나머지 분류에 대해서는 그러한 명시를 하지 않아 소정근로에 대한 대가가 통상임금개념의 기본적인 조건임을 명확히 하고 있다. 그러나 행정지침은 소정근로의 의미를 좁게 해석하는 모습을 보인다. 먼저, 행정지침은 제1분류(기본급)에 대해 ‘소정근로시간 또는 법정근로시간’이라는 표현을 쓰고 있다. 이 중 ‘법정근로시간’이라는 표현은, 통상임금개념의 구성에 있어 사족으로 보인다.<sup>23)</sup> 기본급은 소정근로시간에 대응하여 지급되는 금품이다. 다음으로, 직책·자격·물가·벽지수당 등 제2분류(고정급)는 명칭이 갖는 속성에 소정근로시간에 대응한다는 의미가 포함되어 있지 않다. 그럼에도 불구하고 행정지침은 “소정근로시간 ...에 대하여 일급·주급·월급 등의 형태로 ...”라는 조건을 부과함으로써 ‘소정근로시간에 대응’을 통상임금의 판단기준으로 삼으려는 강한 의지를 보여주고 있다.

#### 나) 소정근로에 대한 탄력적 해석

판례는 소정근로시간에 대응하여 지급되는 것이 아닌 금품을 일률적으로 통상임금에서 제외하지 않고<sup>24)</sup>

통상임금개념의 다른 구성요소를 충족하면 통상임금성을 인정한다. 구체적으로는 행정지침이 통상임금으로 인정하지 않는 승무·정근·생산장려·정기상여금 등 제3분류(변동성금품)나, 통근사택·가족·급식수당 등 제4분류(복리후생금품)나 제5분류(비임금성금품) 중 개인연금보험금·체력단련비를 예로 들 수 있다. 다만, 판례<sup>25)</sup>는 고정적수당에 대해 통상임금이라는 결론을 내면서도 그 이유를 ‘총근로에 대한 대가’라는데서 찾는다. 판례<sup>26)</sup>는 통상임금개념의 구성요소에 대해 행정지침<sup>27)</sup>과 달리 근기령의 표현을 받아 “소정근로 또는 총근로”를 제시하고, 이어서 ‘시간급·일급·주급·월급 또는 도급’이라는 표현을 대비시키고 있다. 따라서 총근로를 대상으로 하는 임금결정형태는 도급이라고 추정할 수 있다. 뿐만아니라 총근로를 기초로 산정된 통상임금을 초과근로수당의 산정기초로 활용하는 것은 중복이어서 합리적이지 못하다.

결론적으로 임금에 해당하는 각종수당을 소정근로에 대한 대가로 보되 그 의미를 ‘소정근로시간에 대응하는 금품’이 아니라 ‘소정근로시간 외의 근로에 대한 대가를 제외한 금품’이

23) 법정근로시간을 열거하는 것은 약간의 혼란을 초래한다. 소정근로시간을 법정근로시간보다 적게 운영해도 근로자가 받는 기본급을 법정근로시간으로 나누어 통상임금을 산정할 수 있다고 오해할 여지를 남기 때문이다. 그러한 오해를 인정하려는 의도가 아니라면 법정근로시간이라는 표현은 사족에 지나지 않는다.

24) ‘소정근로시간의 근로에 직접 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금이 아니라도’ 라는 표현을 쓰고 있다 (대판 1992.5.12, 91다9335 ; 대판 1996.2.9, 94다19501 ; 대판 2003.6.13, 2002다74282).

25) 대판 2005.9.9, 2004다41217. 전사원에게 근무성과 관계없이 정기·일률·고정적으로 지급된 산업안전보건비 관련.

26) 대판 1990.12.26, 90다카12493.

27) 통상임금을 정의하면서 총근로에 관해 언급하지 않은 것은 활용용도의 애매성 때문인 것으로 보인다.

나 ‘소정근로시간만 근로해도 지급되는 금품’으로 해석하는 것이 타당하다.

## 2) 임금에 해당하는 금품

### 가) 통상임금의 판단기준으로서의 임금

통상임금에 해당하려면 임금이어야 한다.<sup>28)</sup> 근기법의 평균임금에 대한 정의<sup>29)</sup>와 판례<sup>30)</sup>를 중심으로 임금의 판단기준을 다음과 같이 정리할 수 있다. 먼저, 임금은 근로의 대가여야 한다. 개별근로자의 특수하고 우연한 사정에 따라 지급의무가 발생하는 금품은, 단체협약·취업규칙·근로계약이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어져도, 근로의 대가로 볼 수 없다.<sup>31)</sup> 다음으로, 임시로 지급된 임금·수당과 통화 외의 것으로 지급된 금품은 원칙적으로<sup>32)</sup> 임금에 산입되지 않는다. 이러한 이유로 판례는 전자와 관련하여 계속성·정기성·지급확정성<sup>33)</sup> 및 관리·지배가능성<sup>34)</sup>을, 후자와 관련하여 ‘현물의 환가가능성’<sup>35)</sup>을 임금의 판단기준으로 제시한다. 그러나 판례는 이러한 기준에 대해 전체를 충족하여야 한다는 조건을 달거나, 특정 기준에 가중치를 두지 않으며 그 때 그 때 어느 한 두 기준을 강조하면서 임금성을 판단하는 자의적인 모습을 보이고 있다.

### 나) 임금여부와 관련된 쟁점

행정지침은 특정금품들을 통상임금, 평균임금 그리고 기타금품으로 분류하여 예시하고 있다. 이 중 기타금품은 변동상여금, 복지후생금품, ‘기타 임금이 해당하지 않는 금품’으로 제시되는데, 판례와 학설은 이들 중 상당한 부분을 임금은 물론이고 통상임금에도 포함된다고 본다.

28) 대판 2002.7.23, 2000다29370. 노동조합이 단체협약에 따라 운수근로자의 교통사고에 대처하기 위해 사용자로부터 매월 기금의 형식으로 받은 돈을 조합원들에게 운전자보험금의 명목으로 분배한 것은 근로의 대상으로 지급된 임금으로 볼 수 없으므로 통상임금이 아니다.

29) 평균임금은 일정기간 동안의 임금총액의 평균이므로, 임금과 평균임금포함임금은 같은 의미로 볼 수 있다.

30) 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 단체협약·취업규칙 등에 따라 계속적·정기적으로 지급하는 일체의 금품으로 표현된다 (대판 1990.12.7, 90다카19647 ; 대판 2002.5.31, 2000다18127 ; 대판 2005.9.9, 2004다41217 ; 대판 2011.3.10, 2010다77514 ; 대판 2011.7.14, 2011다23149).

31) 대판 1995.5.12, 94다55934 ; 대판 2011.3.10, 2010다77514 등.

32) 고용노동부장관이 정하는 것은 예외이다(근기령 제2조제2항).

33) 바로 뒤에서 설명하는 변동적상여금에 대해 이러한 기준을 많이 적용한다.

34) 운송수입금 중 사납금으로 납부하고 남은 개인수입에 대해 판례는 임금으로 보다가(대판 1988.3.22, 87다카570 ; 대판 1993.12.24, 91다36192 등), 발생여부나 금액범위가 일정치 않아 회사의 관리·지배가능성이 없다는 이유로 평균임금에서 제외한다(대판 1999.4.23, 98다18568).

35) 식사를 제공받지 못한 자에게 구판장의 구매권 제공 관련 (대판 1994.2.22, 93다9620 ; 대판 2003.4.22, 2003다10650 ; 대판 2005.9.9, 2004다41217 ; 대판 2006.2.23, 2005다54029. 부정. 현물지급을 원칙으로 한 복리후생 차원에서 도입된 점, 그 가액이나 금전적 가치가 정해진 바 없어 근로자에게 구체적인 금액의 지급의무를 부담하는 것은 아닌 점, 환가해주는 식권대는 증식에 상당하거나 대체할 수 있다고 볼 수 없는 소액으로, 식당을 이용하지 않을 때 개인적으로 지출해야 할 식사대의 일부만을 보조하고 있는 점 등을 이유로 들고 있다).



(가) 변동상여금

행정지침은 “판례적으로 지급한 사례가 없고 기업이윤에 따라 일시적·불확정적으로 사용자의 재량이나 호의에 의해 지급되는 경우”를 임금에서 제외하면서 ‘경영성과배분금·격려금·포상금·인센티브 등’(이하 ‘변동상여금’이라 한다)을 예로 든다. 판례는 계속성·정기성·지급확정성 및 근로대가성을 기초로 변동상여금의 임금성을 판단하나 기준을 사용함에 있어 일관성이 있지는 않다. 많은 판례는 개인의 근무성적이나 회사의 경영성과를 기준으로 하는 변동상여금에 대해, 명칭이나 외형과 관계없이<sup>36)</sup> 임금으로 보지 않는 것이 일반적이다.<sup>37)</sup> 나아가서 최저지급률이나 지급하한선이 설정되어 있어도 고정적부분까지 임금이 아니라고 본다.<sup>38)</sup> 그러나 이와 반대로 첫째, 매월 지급된다거나<sup>39)</sup> 둘째, 년1회 지급되더라도 전년도실적을 기초로 한 금품이라거나<sup>40)</sup> 셋째, 심지어는 매년 1~2회 지급이 관행화된 것 외에는 다른 이유가 없음에도 불구하고<sup>41)</sup> 임금성을 인정하는 판례들이 나오고 있다. 이러한 판례들은 업무성적이나 경영성과라는 변동성을 임금여부의 판단기준으로 보지 않는다는 특징을 보여주고 있다. 한편, 임금성의 판단은 근로의 대가인지에 따라야 하며 ‘지급사유발생의 불확정성과 일시성’은 통상임금성을 판단하는 기준일뿐이라는 비판도 있다.<sup>42)</sup>

판례나 학설의 흐름은 변동상여금에 대해 통상임금성까지 인정하지는 않더라도, 다른 견해들이 혼재되어 있기는 하나, 임금성을 인정하려는 경향이 강해지고 있음을 보여 준다. 따라서 변동상여금에 대해 임금이 아니라는 이유로 통상임금도 아니라고 쉽게 결론을 내기보다는, 임금성을 인정하면서 최소한 ‘변동적상여금 중 고정적부분’에 대해서는 통상임금으로 보는 것이 필요하다.

36) 대판 2007.4.12, 2006다81974.

37) 대판 1992.4.14, 91다5587 ; 대판 1998.1.20, 97다18936 ; 대판 1999.9.3, 98다34393. 지급미확정과 계속성·정기성을 거론하면서 특별상여금의 임금성 부정. ; 대판 2000.1.19, 97다18963 ; 대판 2002.5.31, 2000다18127 ; 대판 2002.6.11, 2001다16722 ; 대판 2002.12.10, 2002다54615 ; 대판 2004.5.14, 2001다76328. 개인성과급의 임금성 부정. ; 대판 2005.9.9, 2004.4.12.17. 계속성·정기성을 이유로 목표달성과급의 임금성 부정. ; 대판 2006.2.23, 2005다54029. 매년 200% 지급되어온 성과급에 대해 무쟁의 달성 등의 지급조건을 이유로 임금성 부정. ; 대판 2006.5.26, 2003다54322·54339 등.

38) 대판 2006.2.23, 2005다54029.

39) 대판 2011.7.14, 2011다231491. 차량판매 영업사원 관련. 매월 정기적·계속적으로 지급되면 실적을 달성할 경우 이를 거절할 수 없으므로 은혜적·우발적·일시적급부로 볼 수 없어 임금에 포함된다. 아울러 이 판례는 “성과급을 임금으로 보지 않으면 성과급만으로 급여를 지급하기로 한 근로자는 근로를 제공하되 근로대가로서의 임금은 없고 퇴직금도 없는 불합리한 결과가 초래된다.”는 논리를 전개한다. 이러한 논리는 “통상임금으로 보지 않으면 성과급만으로 급여를 지급하기로 한 근로자는 근로를 제공해도 통상임금이 없게 되어 근기법상 통상임금이 적용되는 근로조건을 전혀 받을 수 없게 되는 불합리한 결과가 초래된다.” 논리로 발전할 여지가 있다. ; 대판 2011.3.10, 2010다77514. 지급기준에 따라 계속적·정기적으로 지급된 의사들의 진료포상비에 대해 실적판단기준인 진료와 특진, 협진 등의 업무는 매달 수행하는 횟수에 차이는 있을지언정 그 자체는 의사 고유의 업무로 제공된 근로의 대가이다.

40) 대판 2001.10.23, 2001다53950. 전년도 실적을 기초로 년1회 지급하는 특별생산격려금에 대해 이후 경영실적이나 업무성과와 관계없다는 이유로 임금성을 인정하였다.

41) 대판 2002.5.31, 2000다18127. 포상금 관련. 사용자가 일반적으로 정한 지급시기와 지급기준에 따라 지급됨에도 불구하고 실적을 달성하면 실적에 따른 지급을 거절할 수 없어 은혜적이 아니므로 평균임금이다

42) 이철수·김인재·강성태·김홍영·조용만, 『로스쿨 노동법』, 오래, 2011, 104쪽.

(나) 복리후생금품

행정지침은 통근수당, 사택·월동연료·김장수당,<sup>43)</sup> 가족<sup>44)</sup>·교육수당, 급식·급식비를 제4분류(복리후생금품)로 따로 명시함으로써, 제5분류(비임금성금품)와 구분하고 있다. 행정지침은 이 같은 구분을 통해 복리후생금품을 일괄적으로 임금에서 제외하지 않으면서도, 전근로자에게 고정적·일률적·정기적으로 지급하더라도 통상임금성을 인정하지 않고 있다. 아울러 행정지침은 은혜적·실비변상적이라는 이유로 개인연금지원금이나 교육기관·체육시설 이용비를 제5분류(비임금성금품)에 포함시켜 통상임금은 물론이고 임금으로도 보지 않는다.

복리후생금품에 대해 은혜적이거나 근로의 양 및 질과 관련이 없다는 이유로 임금이 아닌 것으로 보는 초기판례가 발견된다.<sup>45)</sup> 그러나 임금이분설이 대법원전원합의체 판결<sup>46)</sup>에 의해 폐기되면서 가족수당, 급식 및 급식비, 체력단련비,<sup>47)</sup> 사택·월동연료·김장수당,<sup>48)</sup> 효도제례비·연말특별소통장려금·출퇴근보조여비,<sup>49)</sup> 개인연금지원금<sup>50)</sup> 등을 통상임금으로 보는 판례가 지속적으로 나오으로써 행정지침과의 괴리가 점점 커지고 있다. 명칭이 은혜적이거나 복리후생적인 성격을 내포하고 있다는 이유만으로 임금 또는 통상임금에서 배제하는 것은 타당하지 않다는 점에서 판례의 변화는 긍정적이다.<sup>51)</sup>

복리후생금품이라는 이유만으로 임금성을 부정할 수 없으나, 복리후생금품 모두를 임금으로 볼 수도 없다. 임금으로 인정되려면, 지급조건이나 방법을 볼 때 근로의 대가여야 한다. 복리후생금품은 이러한 기준을 충족하기 어려운 경우가 있다. 가족이 없으면 지급되지 않고 가족수에 따라 달라지는 본래 의미의 가족수당에 대해 판례와 학설은 통상임금이라는 견해,<sup>52)</sup> 통상임금이 아니라는 견해<sup>53)</sup>, 평균임금이라는 견해,<sup>54)</sup> 평균임금도 아니라는 견해<sup>55)</sup>로

43) 노정근 1455-14422, 1964.10.27.

44) 임금 32240-11563, 1989.8.7.

45) 대판 1990.12.26, 90다카12493. 가족수당, 학비보조금 관련. ; 대판 1991.6.28, 90다카14758. 가족수당 관련.

46) 대판 1995.12.21, 94다26721.

47) 교육비지원, 체력단련비 지원과 같은 차원에서 볼 수 있다. ; 체력단련비나 효도휴가비 등이 지급률, 지급시기 등이 정하여진 경우에는 명칭과 관계없이 고정상여금에 준하여 해석하여야 할 것이므로 평균임금에 포함된다[대판 1991.1.15, 90다6170 ; 대판 1991.2.12, 90다15952-15969-15976(병합) ; 대판 1992.12.8, 92다23636 ; 대판 1993.10.26, 92다31057 ; 임금 68207-283, 1993.5.13 ; 임금 68207-466, 2000.10.5].

48) 대판 1990.11.9, 90다카6948. 월급형태로 지급된 사택수당을 통상임금으로 보았다.

49) 대판 2007.6.15, 2006다13070.

50) 전 근로자를 피보험자로 하여 보험료 전부를 대납하고 근로소득세까지 원천징수한 개인연금보조금을 통상임금으로 본다 (대판 2005.9.9, 2004다41217 ; 대판 2006.5.26, 2003다54322-54339 ; 대판 2006.6.23, 2005다54029). ; 행정해석은 이러한 금품에 대해 제5분류(비임금성금품)에 포함시키면서 임금성을 부인한다.

51) 김홍영, “지난 20년간 임금 법제의 해석과 입법의 동향”, 『노동법연구』 제26호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.3.78쪽 등 다수 학설.

52) 대판 1988.3.2, 87다478 ; 송강직, “한국과 일본의 통상임금 법리”, 『동아법학』 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012. 8, 431쪽.

53) 대판 1991.6.28, 90다카14758 ; 대판 1996.5.28, 95다36817 ; 대판 2003.4.22, 2003다10650 ; 대판 2003.10.9, 2003다30777 등 다수

54) 대판 1987.2.24, 84다카1409 ; 대판 1992.4.14, 91다5587 ; 대판 1991.2.12, 90다15692 ; 대판 1990.12.7, 90다카19467 ; 대판 1995.7.11, 93다26168 ; 대판 2002.5.31, 2000다18127 ; 대판 2005.10.13, 2004다13762

복잡하게 나뉜다.

그러나 이러한 금품을 근로의 대가로 보기 어렵다. 이 외에도 본인이나 자녀가 재학할 때만 지급되는 학비보조금,<sup>56)</sup> 식사를 하지 않은 사람에 대한 보상적금품 없이 제공되는 식사·식권<sup>57)</sup> 또는 실비변상적이거나 일시적·특수적 사정으로 지급되는 금품<sup>58)</sup>처럼 근로의 대가로 보기 어려운 금품이 있다. 이처럼 명백하게 근로의 대가로 보기 어려운 복리후생금품은 임금으로 보기 어렵다.

### 3. 구체적 구성요건

#### (1) 고정성

행정지침과 판례는 근기령에 직접 규정되어 있지 않음에도,<sup>59)</sup> ‘고정성’을 통상임금의 판단기준으로 제시하고 있다. 여기서는 분석의 편의상 고정성을 근로자간의 관계가 아니라 근로자가 받는 임금의 성격을 기초로 판단한다. 고정금은 관념적으로 ‘지급액이 고정된 절대적고정급’과 ‘지급조건이 고정된 상대적고정급’으로 나눌 수 있다.

행정지침은, 판례<sup>60)</sup>와 마찬가지로, 제2분류(고정급)인 직무·직책·자격·면허유무, 물가변동유무, 특수지역·특수작업여부에 대해 상대적고정성을 인정한다. 그러나 근속여부, 근로여부 및 근무성적의 고정성을 부인하는 요건과 관련하여 행정지침의 과 초기판례의 기준인 ‘근로여부에 따른 변동’이 후속판례에 의해 ‘근무성적에 따른변동’으로<sup>61)</sup> 바뀌고 있다. 첫째, 근속여부와 관련하여 행정지침은 “근속·정근 등 장기근속자우대를 위한 수당”을 제3분류(변동성금품)에 포함시켜 통상임금에서 제외하고 있다. 이에 대해 판례는 ‘근속년수증가에 따라 가산되는 근속수당’에 대해 고정성을 부정하다가,<sup>62)</sup> 근속이 근무성적과 관계없다는 이유로

---

판결 등 다수.

55) 대판 2003.10.9, 2003다30777.

56) 대판 1991.2.26, 90다15662. 2명 이내 중고생에 대해 다른 단체로부터 보조받지 않는 한도에서 지급하였다.

57) 대판 2002.7.23, 2000다29370 ; 대판 2003.6.13. 2002다74282.; 대판 2005.9.9, 2004다41217. 후생복지를 위해 제공된다는 점을 설명하고 있다.

58) 대판 1996.5.28. 95다36817. 승무원의 해외체류기간에만 지급되는 식지를 실비변상적이거나 특수기간에만 지급되는 일시적 성격 금원이라는 이유로 통상임금성을 부인했다.

59) 고정성이라는 요건은 판례가 ‘입법취지와 통상임금의 기능 및 필요성’이라는 취지로 추가된 요건이어서 법관에 의한 법형성의 한계를 벗어난다는 견해(김기덕, “통상임금 개념요소로서의 고정성”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006. 4, 192쪽)와 ‘고정성은 임금 여부를 판단하는 기준이어서 통상임금의 필요충분조건’이라는 견해(김희성·한광수, “정기상여금의 통상임금 해당성에 관한 연구 -대법원 2012. 3.29. 선고2010다91046 판결과 관련하여 -”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교노동법학회, 2012. 8, 380쪽.)가 나누는데 개인적으로는 후자를 지지한다는 점을 밝히면서 자세한 논의는 생략한다.

60) 대판 2006.6.23, 2005다54029. 안전보건비를 통상임금으로 본다.

61) 대판 2011.9.8, 2011다22061 등.

62) 대판 1992.5.22, 92다7306. 숙련공을 확보하기 위하여 지급되는 것이거나 근로교환적 임금이라고는 볼 수 없고, 근속을 우대하기 위한 은혜적 성격의 수당으로서 근무연수에 구애됨이 없이 정기적·일률적으로 지급되는 고정급 임금이라고 할 수 없다. ; 대판 1996.5.10, 95다2227. 정근수당은 일정기간의 계속근로를 조건으로

고정성을 인정하고 있다.<sup>63)</sup> 둘째, 근로여부와 관련하여 행정지침은 “개근수당처럼 개근촉진을 위한 수당”과 “승무·운항·항해·입경 등 근무일에 따라 일정금액을 지급하는 수당”을 ‘실제근로여부에 따라 지급금액이 변동’<sup>64)</sup>된다는 이유로 제3분류(변동성금품)에 포함시켜 통상임금에서 제외하고 있다. 이에 대해 판례는 근로여부에 따라 변동하는 금품에 대해 고정성을 부정한 경우,<sup>65)</sup> 고정성을 인정한 경우,<sup>66)</sup> 출근율에 대응하여 비례적이면 인정하고 비례적이지 않으면 부인하는 경우<sup>67)</sup> 등 다양한 태도를 보여주고 있다. 다만, 최근의 흐름만 보면, 판례는 점점 고정성을 인정하는 방향으로 나가고 있다. 행정지침이 통상임금으로 제시하고 있는 제1분류(기본급)나 ‘소정근로에 대한 일·주·월급 등의 형태를 갖는 제2분류(고정급)’은 결근에 대해 임금을 삭감하기로 정할 수 있으며, 이 경우 근로일수에 따라 금액이 달라진다. 그렇다고 해서 이러한 금품을 통상임금에서 제외할 수는 없다.<sup>68)</sup> 이를 고려하면 판례가 근로여부에 관해 상대적으로 고정성을 인정하는 방향으로 나가고 있는 흐름은 지속될 것으로 보인다. 셋째, 근무성적과 관련하여 행정지침<sup>69)</sup>과 판례<sup>70)</sup> 모두 꾸준히 고정성을 부정하고 있다. 근무성적에 있어 일정한 조건은 성과를 말하므로, 근로자가 받는 금품이 늘 달라질 수 있기 때문이다. 전년실적에 따라 결정되어 1년 동안 적용되는 업적연봉을 임금으로 본 하급심판례<sup>71)</sup>에 대해 조심스럽게 통상임금성을 인정하려는 견해<sup>72)</sup>가 발견되나,<sup>73)</sup> 행정해석<sup>74)</sup>이나

---

하고 있어 지급여부가 실제 근무성적에 좌우되므로 고정적 조건이 아니다. ; 대판 2007.4.12, 2006다81974. 상여금에 대해 1년의 근속기간, 상여금지급일까지 근무 등의 요건을 충족하지 못했다는 이유로 통상임금성을 부정했다.

- 63) 대판 2002.7.23, 2000다29370 ; 대판 2003.6.13, 2002다74282 ; 대판 2007.6.15, 2006다13070 ; 대판 2011.9.8, 2011다22061.
- 64) 행정지침의 이러한 태도는 통상임금이 평균임금과의 구분기준인 지급예정성을 설명하기 위해 초기판례가 사용한 “실제근무 일수나 수령액에 구애됨이 없이”라는 표현 중 “실제”라는 단어를 뺀 나머지 부분으로 고정급을 설명하려는 오류에서 비롯된 것으로 보인다.
- 65) 대판 2002.7.23, 2000다29370. 교통비·승무수당, 현물식사 가액 관련.
- 66) 대판 1994.2.22, 93다9620. 출근한 직원에게 일정금액 상당의 식사를 제공하면서, 식사를 제공받지 못한 자에게는 이에 상응하는 구판장이용 구매권을 지급하였다. ; 대판 2003.6.13, 2002다74282. 일당 개념의 교통비 관련. 다만, 무사고수당의 통상임금성을 설명하면서 ‘실제 근무일수’나 근무실적에 비례하여 지급된다는 이유를 달고 있어 태도가 애매하다. ; 대판 2007.6.15, 2006다13070 ; 대판 2010, 1.28, 2009다74144.
- 67) 대판 1990.11.9, 90다카6948 ; 대판 2005.9.9, 2004다41217. 고열작업수당은 통상임금이나 월 작업일수의 50% 이상을 고열작업장에서 근무하면 지급하고 그 미만이면 지급하지 않은 고열작업수당은 그렇지 않다.
- 68) 같은 의견, 김홍영, “정기상여금을 통상임금에 포함”, 『노동법학』 제42호, 한국노동법학회, 2012.6, 353쪽. 월급을 예로 들어 설명하고 있다.
- 69) 생산장려·능력수당에 대해 제2분류(고정급)에서 ‘매월 일정한 금액을 일률적으로 지급’할 것을 통상임금성 인정의 요건으로 명시하고, 제3분류(변동성금품)에서 ‘근무성적에 따라 정기적으로 지급해도 통상임금에서 제외됨을 밝히고 있다. ; 근로기준정책과-3555, 2011.10.12. 매월 판매실적 등 평가결과에 따라 지급액이 달라지면 통상임금으로 보기 어렵다.
- 70) 대판 1996.2.9, 95다19501. 무사고수당 관련. ; 대판 1996.5.28, 95다36817. 월간실승무시간이 일정 시간을 초과하면 일정액의 비행수당을 지급하고, 그 보다 높이 설정된 시간을 초과하면 가산금액을 지급하고, 기준을 충족해도 승무결근자나 무단결근자에게는 지급되지 않았다. ; 대판 2002.7.23, 2000다29370. 매월 개근한 무사고 운전사에게 지급한 무사고수당 관련 ; 대판 2003.4.22, 2003다10650 실근무성적에 따라 변하면 통상임금이 아니라는 일반론을 피력하면서, ‘상여금지급일까지 근무’, ‘1년미만자 미지급’ 등의 조건이 부여되어 있다는 이유로(반대. ‘대판 2012.3.29, 2010다91046’. 고정적조건으로 봄) 상여금을 통상임금으로 보지 않았다.
- 71) 서울고판, 2011.12.23, 2009나6914.

판례는 이에 대해 부정적이다.

결론적으로 근무성적에 대해서는 앞에서 다룬 변동상여금에서처럼 정기적으로 지급되면 임금성을 인정하고, 업무성과와 관계없이 지급되는 고정적부분을 통상임금으로 보는 것이 타당해 보인다. 다만 근기령, 행정처침 및 판례 모두가 도급금액을 통상임금으로 보고 있어서 전향적인 판례가 나올 여지가 아예 없지는 않다.

## (2) 일률성

통상임금은 일률적<sup>75)</sup>으로 지급하기로 정한 임금이다. 여기서는 분석의 편의상 ‘일률적’을 근로자들 사이의 관계로 접근한다. 행정처침은 제2분류(고정급)에 대해 ‘일률적’으로 지급할 것을 요구하면서 그 의미를 밝히고 있지 않다. 그리고 제4분류(복리후생금품)에 대해 통상임금이 아니라고 하면서 ‘전 근로자에게 정기적·일률적으로 지급’이라는 조건‘ 아래 그나마 임금성을 인정하고 있다. 그러나 이러한 표현은 전체 근로자에게 지급되어야 일률적인 것으로 보는 오류를 범하게 한다. 판례는 ‘일률적’에 대해 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급하는 것으로 보는 견해를 정착시키고 있으며 이는 타당한 변화이다.<sup>76)</sup>

## (3) 정기성

근기령은 1982년부터 통상임금의 개념에 ‘정기적’으로 지급할 것을 요건으로 포함하였다. 이 때 ‘정기적’이라는 개념이 “1개월을 초과하지 않는 기간에 정기적”을 의미하는지가 쟁점이다.

### 1) 1개월초과에 대한 판례변화

초기판례는 통상임금개념을 규정하면서 ‘1임금산정기간내’를 요건 중의 하나로 설정하고 있다. 그 후 판례는 ‘1개월초과기간을 대상으로 하는 금품’에 대해 지급의 조건·시기·수준 등 지급근거가 정해져 있거나, 전근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되

72) 조용만, “근무성적에 따라 차등 지급된 업적연봉의 통상임금 여부”, 『노동법학』 제41호, 한국노동법학회, 2012.3, 403쪽. ‘같은 근속연수의 근로자들 사이에 같은 금액이 지급되는 본봉’과 업적연봉 사이에 본질적 차이가 없다고 본다.

73) 개인적으로는 업적연봉도 근기법의 ‘매월 1회 이상 정기지급원칙’의 요건을 충족해야 한다. 따라서 매월 지급되는 성과급을 임금으로 본 앞의 대법원판례에 따르면 업적연봉은 임금에 포함된다. 그리고 결정된 금액이 한 해 동안 변동없이 적용된다는 점에서 상대적으로정성을 인정할 수도 있다고 생각한다.

74) 임금68207-798, 2002.10.30. 매달 지급하는 기본연봉은 통상임금으로 보고, 성과연봉은 통상임금이 아닌 것으로 보았다. 다만, 이 사례의 성과연봉은 1년에 4회 지급하는 것이어서 행정해석의 입장을 파악하는데 한계가 있다.

75) 1982년8월13일 개정 근기령부터 규정되었다.

76) 대판 1994.5.24, 93다31979. 일률성의 기준인 심부작업장근무에 해당하는지가 분명치 않다는 이유로 통상임금성을 부정했다. ; 대판 1996.5.10, 95다2227. 근속연수에 따라 지급한 장기근속수당에 대해 일률적이라고 보았다. ; 대판 2003.4.22, 2003다10650 ; 대판 2005.9.9, 2004다41217 ; 대판 2007.6.15, 2006다13070 등 다수; 김홍영(2009), 앞의 논문, 80쪽; 이철수, “현행 임금제도의 비판적 연구”, 『노동법연구』 제12호, 서울대노동법연구회, 2002.6, 143쪽.

어 있어도 임금성만 인정하고, 통상임금성을 부인하여 왔다.<sup>77)</sup> 이에 대해 일부 판례는 기말수당·정근수당·체력단련비·명절휴가비·귀성여비·휴가비·월동보조비에 대해 1개월을 초과하여 지급된다는 사유만으로 통상임금에서 제외되지 않는다는 견해를 피력하고 있다.<sup>78)</sup> 그러던 중 최근 들어 이러한 논리를 정기상여금에까지 확대하는 판례가 나왔다.<sup>79)</sup> 임금체계에서 매우 큰 비중을 차지하고 있는 정기상여금을 처음으로 통상임금으로 본 이 판례는 노동시장의 주목을 받고 있다.

## 2) 근기령 및 행정지침의 모순된 규정

근기령은 통상임금과 관련하여 개념에 대해 ‘시간급·일급·주급·월급 또는 도급’만을 규정하면서, ‘일·주·월’ 뿐 아니라 ‘외의 일정한 기간’의 대한 시간급환산방법을 규정하고 있다. 이 때 ‘외의 일정한 기간’이 당연히 1개월이내를 말한다고 볼 근거가 없다. 행정지침은 통상임금포함임금의 개념을 규정함에 있어 근기령에 직접 명시되어 있지 않은 ‘1임금산정기간’이라는 표현을 사용하고 있다. 또 행정지침은 제2분류(고정급)를 통상임금으로 인정하면서 “일·주·월”과 “일급·주급·월급”이라는 표현에 바로 이어 각각 “기타 1임금산정기간내”와 “등”이라는 표현을 부기하고 있다. 그리고 그 세부항목을 예시하는 과정에서 “생산장려·능력수당”에 대해서만 “매월 일정한 금액을”이라는 조건을 부과하고 있다. 그렇다면 행정지침이 제시하고 있는 ‘1임금산정기간’을 당연히 ‘1개월 이내’로 한정해서 해석하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 행정지침이 정기상여금, 정근수당 등을 통상임금에서 제외한 것은 논리적이지 못하다.

## 3) 변화된 판례에 대한 평가

정기상여금을 통상임금으로 인정한 판례에 대해 해당사건만 구속한다는 주장이 있을 수 있으나,<sup>80)</sup> 반론의 여지 또한 있다. 첫째, 새 판례는 ‘상여금지급대상을 매분기말 재직자로 하고 중간퇴직자에 대해 월별로 계산하여 지급한다’는 단체협약의 규정을 판결이유 중 하나로 제시하고 있다. 따라서 그러한 규정이 없어도 같은 결론을 도출할 수 있는지 검토해야 한다. 판례의 흐름을 보면 정기상여금의 지급일 전에 퇴직한 근로자도 이미 근로를 제공한 기간에 해당하는 부분을 근로의 대가로 하여 임금을 청구할 수 있으며,<sup>81)</sup> 그 지급대상자를 ‘지급기

77) 대판 1982.10.26, 82다카342. 기본급의 200%를 매년 계속 지급하는 창사기념수당 관련. ; 대판 1990.2.27, 89다카2292. 고정상여금 관련. ; 대판 1990.11.9, 90다카6948. 상여금 등 관련 사건으로 행정지침을 직접 거론하면서 근거로 삼고 있다. ; 대판 2002.6.11, 2001다16722. 월정액여부를 기준급여 포함여부의 판단기준으로 보았다.

78) 대판 1992.5.12, 91다9335. 대판 1996.2.9, 94다19501. 매년 1회 일정시기에 전 직원에게 지급하는 체력단련비 및 월동보조비 관련. ; 대판 2003.6.13, 2002다74282. 도입부에서 바로 앞의 1996년 판례를 인용하고 있다.

79) 대판 2012.3.29, 2010다91046.

80) 김희성·한광수, 앞의 논문, 397쪽. 노사관계에 있어 사적자치의 근간이 흔들릴 수 있으므로 신중한 판단이 이루어져야 함을 밝히고 있다.

간말일 현재 재직중인 자'로 정해도 행정해석<sup>82)</sup>과는 달리 효력을 인정하지 않는다<sup>83)</sup> 고정적 정기상여금을 임금지급시기에 지급해야할 금품을 모아서 지급하는 것으로 본 것이다. 다시 말해서 중간퇴직자에 대한 고정적 정기상여금의 비례지급규정은 통상임금의 판단에 기준이 되지 못한다.<sup>84)</sup> 둘째, 해당사건은 '지급대상을 6개월이상 근로자로 제한'하고 '근속기간에 따라 차등지급'하고 있다. 이와 비슷한 이유로 정기상여금을 통상임금에서 제외한 옛 판례가 있다.<sup>85)</sup> 그러나 고정적 정기상여금에 설정되어 있는 지급조건은 정기성의 문제가 아니라 일률성과 고정성의 문제이다. 새 판례는 '1개월 초과 기준'에 대해 옛 판례의 논지를 받아들여 면서, 옛 판례와는 달리 정기상여금의 지급조건에 대해 일률성과 고정성을 인정한 것이다.<sup>86)</sup> 셋째, 고정상여금에 대해서는 첫 판례이기 때문에 판례법리로 형성되었다고 보기 어렵다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 다른 수당에 대해 '지급기간이 1개월을 초과한다는 이유만으로 통상임금에서 제외할 수 없다'는 취지의 판례들이 많이 있으며, 이 중 한 판례는 정기상여금을 다른 새 판례와 함께 반대취지의 최종판례보다 시기적으로 나중에 나왔다. 이러한 점을 감안할 때 최소한 '1개월 초과'가 정기성의 판단기준이 되지 않는다는 판례법리는 이미 상당히 형성되었으며 학설도 이를 받아들이고 있다.<sup>87)</sup>

#### 4. 통상임금과 당사자 합의

통상임금에 포함되는 성격의 임금을 통상임금에서 제외하더라도 그 합의가 전부 무효는 아니며 전체적으로 보아야 한다는 판례<sup>88)</sup>가 발견된다. 그러나 대부분의 판례는 각종 법정수당 등이 가산율 또는 지급일수 외에 별도의 최저기준이 없으므로 이러한 합의는 법정근로조건(근기법제15조제1항)에 미치지 못하는 계약이 되어 무효라고 본다.<sup>89)</sup> 반면에 판례 및 행정

81) 대판 1981.11.24, 81다카174 ; 법무 811-33935, 1980.12.22 ; 임금 68220-137, 1993.3.15.

82) 임금 68207-351, 1994.6.13 ; 임금 68207-249, 1993.4.29. 지급 때마다 내부결재를 받아 임금지급기일 현재 재직 중인 자에 한해서 상여금을 지급해 온 경우에도 이를 인정한 사례이다.

83) 대판 1982.4.13, 81다카137.

84) 같은 의견, 김홍영(2012), 앞의 논문. 352쪽. 변동적 요인으로 보지 않았다.

85) 대판 1996.2.9, 94다19501. 체력단련비나 월동보조비까지 통상임금으로 인정하면서도 정기상여금에 대해서는 입사 1개월 미만인 자에게 지급되지 않고, 근속기간이 3개월 미만인 자와 휴직·정직·직위해제처분 등으로 상여금지급기간 중 직무에 종사하지 않은 자, 상여금지급기간의 2분의1 미만을 근무하고 퇴직한 자에 대해 일할 계산하여 지급하도록 규정된 점을 들어 통상임금성을 부인했다. 이에 대해 근기령이 총근로에 대한 대가, 도급금액 등을 통상임금으로 보고 있음을 지적하면서 대상 판례를 비판한 견해(김재훈, “근로환경 변화에 따른 통상임금 관련법리의 재구성 : 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다81974 판결”, 『성균관법학』 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008.12, 64쪽)도 발견된다.

86) 대판 2012.3.29, 2010다91046. 근속기간에 따라 지급율이 달라도 어느 하나의 근속기간에 속한 근로자에게는 동일한 액수가 지급되는 점, 전체조건이 단체협약에 의해 미리 정해져 고정적인 점을 이유로 든다.

87) 임종률, 『노동법』 제10판, 박영사, 2012. 389쪽 ; 김형배, 앞의 책, 376쪽. 다만, 회사의 지급규정으로 정기·일률·고정적으로 지급되지 않으면 통상임금성을 부인한다.

88) 대판 2007.11.29, 2006다81523. 근기법 소정의 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의는 그 전부가 무효로 되는 것이 아니라 근기법 제15조의 규정에 정한 기준과 전체적으로 비교하여 그에 미치지 못하는 근로조건이 포함된 부분에 한하여 무효이다.

해석은 모두 퇴직금지급과 관련하여 평균임금에 포함되는 임금을 제외해도 지급일수를 법정 이상으로 정하여 결과적으로 법정기준보다 높은 퇴직금을 지급받는다면 그 합의의 효력을 인정한다.<sup>90)</sup>

통상임금이 적용되는 초과근로수당의 경우, 가산율과 지급일수 외에 별도의 최저기준이 없다는 사정은 평균임금이 적용되는 퇴직금이 지급일수 외에 별도의 최저기준이 없는 것과 사정이 다르지 않다. 통상임금포함임금은 평균임금과 달리 모법의 위임도 없이 근기령에 개념이 규정되어 있는 상황에서, 판례·행정해석 그리고 학설이 서로 의견을 달리 하면서 수시로 변동하고 있다. 이처럼 통상임금포함임금이 명확치 않다는 점은 당사자의 합의를 존중해야 하는 이유가 된다. 따라서 초과근로수당 산정에 있어<sup>91)</sup> 일정수당을 통상임금에서 제외시키거나 통상임금이 아닌 다른 종류의 임금을 지급기준으로 하기로 당사자가 합의한 후, 지급률·지급일수 등을 법정기준보다 높게 하더라도 궁극적으로 근로자에게 불리하지 않다면 이를 위법으로 볼 이유가 적어 보인다.<sup>92)</sup>

### Ⅲ. 통상임금의 환산

통상임금은 시간급으로 산정함이 원칙이다. 통상임금을 계산기초로 사용하는 근로조건 즉, 연장·야간·휴일근로가 시간단위로 산정되기 때문이다. 근기령제6조는 ‘일급·주급·월급·도급 등’과 ‘2이상의 방법으로 구성된 임금’의 시간급환산방법을 규정하고 있다. 통상임금환산에 있어서는 ‘1개월 초과기간 임금환산’, 유급휴일처리와 일급통상임금환산이 쟁점이다.

근기령제6조제2항제6호는 “일·주·월 외의 일정한 기간으로 정한 임금”을 시간급통상임금으로 환산함에 있어, 일급·주급·월급의 경우에 준하도록 규정하고 있다. 그리고 그러한 임금이 ‘1개월 초과기간’을 배제한다고 볼만한 근거가 없다. 그럼에도 불구하고 근기령제6조제1항은 통상임금을 시간급, 일급, 주급, 월급 및 도급이라고만 표현함으로써 연급을 통상임금에서 제외하고 있다. 현실적으로 사업장에서 널리 활용되고 있는 연봉을 통상임금에서 제

89) 대판 1993.5.11, 93다4816 ; 대판 1993.11.9, 93다8658 ; 대판 1994.5.24, 93다5697 ; 대판 1994.2.22, 93다9620. 식대보조비 관련 ; 대판 1993.5.27, 92다20316 ; 대판 1993.5.27, 92다24509 ; 대판 1997.6.27, 95누17380. 중재재정이나 단체협약을 통해서도 같다고 봄. ; 대판 2006.6.23, 2005다54029. 안전보건비와 개인연금보조비 제외. ; 대판 2007.6.15, 2006다13070 ; 대판 2009.12.10, 2008다57852. 유급휴일·연차유급휴가수당·휴일근로수당 관련.

90) 대판 1982.11.23, 80다1340 ; 대판 1987.2.10, 85다카187 ; 대판 1991.12.23, 91다32657 ; 임금 32240-6512, 1991.5.8.

91) ‘일반적인 유급임금의 경우’와 ‘평균임금이 통상임금보다 적을 때 평균임금을 대체하는 통상임금’은 지급율이 없거나 지급율의 개념이 성립하지 않는다는 점을 고려하여 초과근로수당에 한정하는 것이 바람직하다.

92) 같은 의견, 김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정방법』, 법문사, 2004. 172-179. ; 다른 의견, 김기덕, “최근 판례를 통한 통상임금의 법리에 관한 검토”, 『노동법 포럼』 제1호, 노동법이론실무학회, 2008.10, 283쪽. 너무도 당연하다는 견해를 밝히고 있는데 항목에 대해 합의를 한 후 지급율을 법정 외로 해서 결과적으로 더 많은 보상을 받아도 이를 무효로 봐야 하는지 의문이다.



외하면 통상임금을 산정기초로 하는 초과근로수당 등의 법정근로조건이 적용되지 않는 결과를 초래한다.

일급은 ‘1일의 소정근로시간수’로, 주급은 ‘주의 통상임금산정기준시간수’로, 월급은 ‘월의 통상임금산정기준시간수’로 나눈 값이 각각의 시간급이다. 이 때 ‘월의 통상임금산정기준시간수’는 ‘주의 통상임금산정기준시간수’에 1년간의 평균주수를 곱해서 12로 나눈 시간이다. 따라서 ‘주의 통상임금산정기준시간수’는 주급과 월급에 있어 시간급환산의 기초가 된다. ‘주의 통상임금산정기준시간수’는 ‘주의 소정근로시간’뿐 아니라 그 밖에 유급휴일에 적용할 ‘1일의 소정근로시간수’를 각각<sup>93)</sup>을 합산한 시간이다.<sup>94)</sup> 한편, 평균임금이 통상임금보다 적으면 그 통상임금액이 평균임금이 되는데(근기법제2조제2항), 이 때 비교를 위해 일급통상임금을 산정하여야 한다. 일급통상임금은 시간급이나 ‘주급·월급을 시간급으로의 환산한 값’에 각각 ‘1일의 소정근로시간수’를 곱하여 계산한다. ‘1일의 소정근로시간수’는 일반적으로 8시간으로 계산된다.<sup>95)</sup> 그러나 주당소정근로시간인 40시간을 어떻게 배분하느냐는 사업장에 맡겨져 있으므로,<sup>96)</sup> 유급휴일에 대해 ‘1일의 근로시간’을 40/6시간으로 해도 법 위반으로 보기 어렵다.

#### IV. 통상임금이 적용되는 근로조건

근기법은 1953년에 제정될 때부터 초과근로가산수당과 연차유급휴가수당을 통상임금으로 산정토록 하였다. 그 후 통상임금을 적용하는 근로조건은 1961년에 해고예고수당, 1996년에 휴업수당<sup>97)</sup>에까지 확대되었다.<sup>98)</sup> 근로조건은 개별적근로관계법(이하 ‘근기법 등’이라 한다)에 명시되어 있거나,<sup>99)</sup> 해석<sup>100)</sup> 또는 다른법의 규정에 따르거나,<sup>101)</sup> 당사자가 정함으로써 유급으로 부여될 수 있다. ‘근기법 등’은 유급의 의미를 밝히지 않고 있는데, 통상임금을 의미한다는 해석이 일반적이다.<sup>102)</sup> 연장·휴일근로임금처럼 실제로 근로를 제공한 경우에는 해석상

93) 주40시간근로에 있어 휴무일을 약정휴일로 하면 각각 그에 해당하는 시간을 포함하므로 ‘주의 통상임금산정기준시간수’는 56시간(40+8+8)이 된다(근기 68207-2326, 2000.8.3).

94) 대판 1985.12.24, 84다카254 ; 대판 1991.6.28, 90다카14758.

95) ‘월의 통상임금산정기준시간수 { (40시간+8시간) × 365일 / 7일 ÷ 12월 ≒ 209시간 }’를 제시하고 있다(근기 68207-862, 1994.5.27 ; 대판 1991.1.15, 90다카25734 ; 대판 1990.12.26, 90다카13465 ; 1997.3.27 제정 근기령은 이러한 해석을 받아들였다. [ {(40시간+8시간) × 52주 + 8시간 } ÷ 12월 ] 의 계산식을 쓰기도 한다(근기 68201-1568, 2003.12.3). 최저임금에 있어 월급의 시간급환산도 이 식을 쓰고 있다. ; 대판 1978.10.10, 78다 1372. 법정근로시간이 1주 48시간이었을 때의 판례이다.

96) 임종률, 앞의 책, 389쪽. ‘1일의 소정근로시간’을 “흔히 8시간”이라고 표시하고 있다.

97) 1953년의 제정 근기법은 휴업지불이라는 이름으로 평균임금의 60%를 기준으로 제시하였으나, 1989년에 평균임금의 70%로 높였으며, 1996년에 휴업지불을 휴업수당으로 이름을 바꾸고 통상임금 기준을 도입하였다.

98) 법제처, <http://www.law.go.kr>, 2012.9.12. 검색.

99) 출산전후유급휴가, ‘배우자출산휴가 중 3일분’, 태아검진시간 등이 그렇다.

100) 연장·휴일근로에 대한 임금이 그렇다.

101) 일부 공민권행사와 공의 집무집행이 그렇다.

102) 통상임금산정지침(노동부예규 제602호, 2009. 9.25)은 제6조에서 이 지침에 대해 근기법에 명시되지 않은

통상임금으로 보는 것이 자연스럽다. 근기법제56조는 연장·휴일근로에 대해 “통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여”라고만 규정하고 정작 해당근로시간의 근로에 대한 임금을 거론하지 않고 있다. “통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여”라는 표현은 연장·휴일근로에 대해 임금의 지급근거가 통상임금이고 이를 기초로 50%를 가산하라는 의미로 확대하여 해석할 수는 있다. 공민권행사에 대해서는 관련법에 규정이 있으면 임금이 지급된다.<sup>103)</sup> 이 때 관련법<sup>104)</sup>의 표현인 ‘휴무 또는 휴업으로 보지 않는다’는 유급 나아가서 통상임금을 의미하는 것으로 해석할 수밖에 없다. 또한 당사자가 유급으로 정하면서 산정기초를 밝히지 않으면 이 역시 통상임금으로 해석할 수밖에 없다. 그러나 휴가나 공민권행사처럼 실제로 근로를 제공치 않은 경우, 근로한 것으로 간주할 수는 있지만, 당연히 통상임금으로 해석할 근거는 약하다. 뿐만아니라 근로를 제공하는 경우에도, 유급의 산정기초를 당사자가 자율적으로 결정하는 것을 인정하는 해석<sup>105)</sup>도 있음을 감안하면, 확대해석에 강행적효력을 부여하기 어렵다.

## V. 통상임금제도의 문제점과 개선방안

### 1. 법령에 기반을 둔 제도 개편

근로관계당사자에게는 근로조건이 수준 못지않게 근로조건이 투명성도 중요하다. 특히 사용자로서는 기업을 운영함에 있어 예측가능성을 중시한다. 통상임금은 여러 근로조건에 대한 보상의 산정기초로서 가장 중요한 근로조건 중의 하나이다. 그럼에도 불구하고 근기법은 통상임금과 관련하여 적용대상 근로조건만 규정하고, 개념과 내용에 대해서는 위임규정마저 두고 있지 않다. 아울러 근기령은 통상임금에 대해 추상적인 정의와 시간급환산방법을 규정하고 있을 뿐, 세부적인 판단기준을 구체적으로 제시하지 않고 있다. 더구나 이 정도의 규정마저도 모법의 위임이 없어 강행적효력을 인정하기 어렵다.<sup>106)</sup> 그러다보니 통상임금에 관한 대부분의 내용은 판례, 학설, 행정지침 등에 의존하고 있다. 판례, 학설, 행정지침 등이 자체적으로 또는 서로 다른 의견을 보여주면, 사업장은 판단기준을 잃는다. 이러한 문제의 해결은 통상임금의 개념과 판단기준을 법령에 명확히 규정하는데서 출발한다.<sup>107)</sup>

유급휴일임금(근기법에 유급여부가 애매하게 규정됨)과 근기법에 유급으로 명시된 산전후휴가수당(근기법에 유급여부가 명시됨) 등과 그 밖에 노동관계법에 규정된 통상임금의 계산에 적용된다고 규정하고 있다.

103) 근기 1455-8213, 1982.3.24 ; 근기 01254-126, 1993.6.29 ; 근기 01254-407, 1992.3.21 ; 임금근로시간정책팀-1198, 2006.5.29 등 다수.

104) 「공직선거법」 제6조, 「향토예비군설치법」 제10조, 「민방위기본법」 제27조 등.

105) 일·숙직시간은 명백하게 사용자에게 구속되는 시간으로서 근로시간으로 볼 수 있으나, 그 임금에 대해서는 부수적근로계약에 따른 별도의 근로라는 이유로 통상임금을 적용하지 않고 약정된 수당만 지급하면 된다는 판례(서울민지판 1992.9.24, 90가합90460)가 있다.

106) 같은 취지, 김영문·이상윤·이 정, 앞의 책, 135쪽 ; 김희성·한광수, 앞의 논문, 380쪽. 집행명령이 아닌 위임명령임에도 근거가 없다는 점을 지적한다. ; 김기덕, “노동부예규 통상임금산정지침에 관한 검토”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006. 4, 221쪽. ; 송강직, 앞의 논문, 416쪽 등

107) 같은 의견, 김소영, “판례법리에 의한 통상임금 판단기준의 경향과 변화”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교

## 2. 통상임금포함임금을 둘러싼 혼란과 대안

### (1) 제도적 결함과 판단기준의 상실

#### 1) 통상임금 개념과 판단기준의 인위성

근기령, 판례 및 행정지침은 특정수당이 일정한 요건에 맞으면 통상임금으로 인정하는 포함금품열거방식(positive list)을 채택하고 있다. 이러한 접근은 사용자로 하여금 통상임금포함임금에 해당하는 항목을 가능한 한 줄이고, 해당되지 않는 항목을 늘림으로써 임금항목을 다양하게 하여 임금체계를 복잡하게 만든다.<sup>108)</sup> 복잡한 임금체계는 근로자로 하여금 자신의 임금을 정확히 파악하여 다른 근로자와의 비교하기 어렵게 만들고, 사용자로 하여금 노무관리를 복잡하게 하거나 포괄임금제에 대한 유혹을 가지게 하며, 임금인상재원의 배분과 임금항목의 신설·폐지를 둘러싸고 불필요한 갈등을 일으킨다. 아울러 포함금품열거방식을 채택하면, 통상임금의 구성요소를 아우르는 통일적인 적용방법을 찾기 어렵고, 그렇다 해서 구성요건 각각에 대해 일일이 충족여부를 따지는 것이 아니며, 필요한 사항들을 그 때마다 끌어다 활용하게 만든다.<sup>109)</sup>

#### 2) 판례와 행정지침의 관계

근로관계당사자는 통상임금포함임금의 범위에 대해, 법적제도가 미흡하여, 판례와 행정해석에 의존하여 왔다. 판례는 개별사건을 대상으로 한다. 따라서 여러 판례를 종합해야 판단기준을 추출할 수 있다. 행정지침은 행정부 차원에서 통일적 견해를 제시하고, 노동시장에 체계적이고 종합적인 판단기준을 제공한다. 나아가서 위법여부를 제1차적으로 판단하는 근로감독관에 대한 고용노동부장관의 명령으로 작용한다. 그러다보니 행정지침은 사업장에서 사실상 교과서 역할을 해 왔다. 그러나 1980년대에 판례와 행정해석은 비슷한 내용으로 통상임금포함임금 판단기준을 형성했던 1980년대 이후, 20년 이상의 시간이 흐르면서 서로의 격차를 크게 벌리고 있다.

#### 3) 판단기준의 지위를 상실한 행정지침

각종수당에 대해 통상임금포함여부를 예시한 행정지침의 5가지 분류중 제1분류(기본급)를 제외한 4가지 분류 거의 모두가 판례나 학설에 의해 부정되고 있다. 첫째, 행정지침이 통상임금으로 분류하고 있는 직책·물가·기술 수당 등 제2분류(고정급)도 1개월초과기간에 대해 지급되면 통상임금에서 제외된다. 그러나 이러한 접근은 판례법리에 의해 부정되고 있다. 둘째, 통상임금성을 부인받는 제3분류(변동성금품)에 속하는 많은 금품들 중에서 ‘근속·근로여

---

노동법학회, 2012.8, 302쪽.

108) 같은 의견, 김소영(2012.8), 앞의 논문, 2012.8. 276쪽.

109) 김영문, “임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위”, 『기업법연구』 제18권 제2호, 한국기업법학회, 2004. 12. 67쪽 및 70쪽. 판례에 대해 비슷한 평가를 하고 있다. 판단기준의 결함과 평가도 자의적이며 유형적인 개념형성의 관점에서 보더라도 정당화되지 않다.

부에 따라 변동하는 금품'과 '1개월초과기간을 대상으로 하는 금품'이 판례에 의해 통상임금으로 인정되고 있다. 셋째, 통상임금성을 부인받는 제4분류(복리후생금품) 역시 판례법리에 의해 거의 부정되고 있다. 평균임금의 조건으로 본 '진근로자에게 지급', '근무일과 관계없이 지급' 또는 '가족 수와 관계없이 지급' 등이 수당의 명칭과 관계없이 통상임금의 조건을 충족하기 때문이다. 넷째, 제5분류(비임금성금품)에 대해서는 판례가 그 취지를 거의 같이 하고 있으나 개인연금보조금 등 일부 금품에 대해서는 통상임금을 인정하고 있다.

종합적으로 볼 때, 행정지침은 대부분 판례와 배치되는 견해를 표명하고 있어, 형해화된 상태로서 판단기준의 지위를 잃었다고 평가할 수 있다.

#### 4) 판례변화의 모습과 그 의미

판례는 통상임금의 판단에 있어 행정지침의 보수성을 극복하고 그 외연을 넓히고 있다. 첫째, 임금의 외연을 넓히고 있다. 그 결과 명칭과 관련 없이 계속성·정기성이 인정되면 복리후생적·은혜적 성격의 금품까지 임금으로 보게 되었다. 둘째, '소정근로시간에 대해'를 '소정근로시간에 대응하여'로 보는 한계를 극복하고 많은 고정적수당을 통상임금으로 본다. 다만, 고정적수당을 '총근로에 대한 대가'로 보는 것은 논리적이지 않다. 셋째, 일률적에 대해 '일정한 자격이나 조건을 갖춘'으로 보게 되었다. 넷째, 고정성과 관련해서는 근속여부관련은 판례법리가 형성되었으나 근로여부관련은 아직도 형성중인 것으로 평가할 수 있다. 넷째, 정기성과 관련해서는 '1개월초과'를 통상임금의 판단요소로 보지 않는 판례법리가 거의 형성되었으나, 비교적 최근의 반대 판례가 남아 있다.

통상임금포함임금에 대해 판례는 한 방향으로 나아가고 있다. 그러한 변화 중에서는 판례법리가 형성된 부분도 있고, 형성중인 부분도 있고, 형성되지 않은 부분도 있다. 다시 말해서 판례변화가 노동시장에서 통일된 기준을 제공하는 단계에까지 이르렀다고 평가하기는 어렵다.

#### 5) 판례에 대한 행정지침의 정합성 확보

##### 가) 정합성 확보의 필요성

판례변화는 근로관계당사자 모두에게 영향을 미친다. 근로자로 하여금 통상임금이 적게 평가되었다는 상실감과 함께 기대감을 갖게 한다. 사용자로서는 행정지침을 따르자니 개별사건에서 소송으로 이어질 수 있고,<sup>110)</sup> 판례를 따르자니 행정부의 지침을 믿고 따랐는데 자기 책임과는 관계없이 예측치 못한 비용이 발생하는<sup>111)</sup> 진퇴양난에 빠져 있다. 당사자의 이러한 입장은 갈등으로 이어져 사회적 비용으로 작용한다. 행정지침은 노동법의 법원으로 작용하지

110) 파이낸셜뉴스, 2012.8.20. 28면. 한국발전노조의 2012.6.22에 280억원, 남부발전노조도 2012.7.24에 117억원의 임금청구소송을 각각 제기했다. ; 한겨레신문, 2012.4.12, 20면. 민주노총 금속노조의 기아차지부·한국지엠지부, 한국노총 자동차노련 등이 이미 2011년에 상여금을 통상임금에 포함시키라는 집단소송을 냈다.

111) 전국보건의료산업노동조합은 2012.7. 11. 전국 지부장전임간부 연석회의에서 “통상임금 범위 확대에 따른 통상임금 인상 효과를 분석한 결과 상여금을 통상임금에 포함할 경우 적게는 12.43%에서 많게는 72.72%가량 임금인상 효과가 발생하는 것으로 조사됐다”고 밝혔다.

못할 뿐 아니라 행정처분이 아니어서 행정소송의 대상이 되지 못한다.<sup>112)</sup> 이러한 이유로 판례를 따르면 그만이라는 견해가 있을 수 있다.<sup>113)</sup> 그러나 판례 역시, 현실적으로 재판과정에서 영향을 미치지 않지만, 법관의 판단을 구속하지 않으며 모두가 법원으로 인정되는 것도 아니다.<sup>114)</sup> 따라서 근로관계당사자 특히 사용자가 판례법리에 의문을 품고 개별사건만을 구속한다고 생각해서 이를 따르지 않을 수 있다. 판례변화가 법리를 형성한 정도에 대해서는 각자의 시각이 다를 수 있다. 이러한 관점에서 판례변화를 비판하는 견해도 있다.<sup>115)</sup> 그러나 판례가 그러한 비판을 따를 것으로 기대하기는 어렵다. 그렇다면 노동시장으로 하여금 개별적으로 소송으로 대처토록 하면서 판례변화가 옳은지 그른지를 논의하는 것은 무책임하다. 지금까지의 변화만으로도 노동시장은 큰 혼란을 겪고 있기 때문이다. 따라서 어떠한 방법으로도 행정지침을 판례에 일치시켜 정합성을 높임으로써 근로관계당사자의 불필요한 고민과 갈등을 해소해 주어야 한다.<sup>116)</sup>

#### 나) 정합성 확보방향

행정지침의 정합성을 확보하기 위해 변화했거나 변화하고 있는 판례를 모두 따르는 방법을 생각할 수 있다. 그러기 위해서는 행정지침은 그 내용을 거의 모두 바꾸어야 한다. 만약, 행정지침이 내용 중 일부만 수정한다면 정합성의 적절한 수준을 정하기도 어려우며, 반영되지 못한 부분과 계속 변화되는 부분을 둘러싸고 노동시장의 갈등은 깊고 길어질 것이다. 이러한 상황은 변경되는 판단기준의 소급적용 등 기술적인 문제와 함께 행정지침으로 하여금 변신을 주저하게 만드는 요인이 된다. 따라서 법적제도가 미흡한데서 비롯된 혼란을 입법적으로 해결하되, 판례나 행정지침에 의존할 요인을 최대한 제거하는 방향으로 통상임금의 개념과 판단기준을 재정립하는 것이 바람직하다.<sup>117)</sup>

### (2) 통상임금 개념과 판단기준 개편

#### 1) 판례와 학설에 따른 통상임금의 개념

판례는 1980년대에 통상임금포함임금의 범위를 좁게 해석한 행정지침을 수용하는데서 출발하여 꾸준히 이를 넓혀 오고 있다. 판례변화를 모두 반영한 개념은 임금과 통상임금으로 나누어 정리할 수 있다.<sup>118)</sup> 먼저, 임금에 대해 계속성·정기성·지급확정성·지배가능성·환

112) 대판 1996.3.22, 96누433 ; 대판 1995.11.21, 95누9099.

113) 도재형, “통상임금의 의의와 범위에 관한 법적 검토”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006.4, 53쪽. 행정해석이 법률이나 판례의 입장을 잘못 이해하는 것이 문제이므로 판례를 따르면 된다.

114) 임종률, 앞의 책, 10쪽.

115) 김희성·한광수, 앞의 논문, 397쪽. 노사관계의 사적자치의 근간이 흔들릴 수 있으므로 신중한 판단이 이루어져야 함을 밝히고 있다.

116) 김홍영(2009), 앞의 논문, 80쪽. 노동부예규는 사법판단에서 법적구속력이 없지만 행정적인 감독과정에서 사실상 기준으로 활용되므로 판례에의 정합성이 요청된다.

117) 같은 의견, 송강직, 앞의 논문, 443쪽.

가가능성과 근로대가성을 요소로 개념을 정리하여 기타 금품과의 관계를 명확히 해준다. 다음으로, 통상임금에 대해 “사용자가 근로자에게 지급하기로 정한 금품 중 ‘명백히 소정근로 외의 근로에 대한 대가’와 ‘근무성적이나 기업성적에 따라 변동되는 부분을 제외한 모든 임금’으로 정리한다. 이렇게 정리된 통상임금 개념은 “약정된 근로시간만 근무하면 받을 수 있는 각종 임금”,<sup>119)</sup> “변동적인 것을 제외한 고정적인 모든 금품”<sup>120)</sup>, “해당근로자에게 지급하기로 정하여진 확정할 수 있는 임금”,<sup>121)</sup> “가산임금을 제외한 모든 임금”<sup>122)</sup> 등으로 보려는 학자들의 견해와 일치한다.

## 2) 통상임금포함임금 제외금품 열거

판례와 학설의 지향을 따르면, 임금의 대부분이 통상임금에 포함된다. 그렇다면 포함금품 열거방식(positive list)보다 제외금품열거방식(negative list)’으로 접근하는 것이, 반대의견<sup>123)</sup>에도 불구하고, 더 효율적이라고 생각한다.<sup>124)</sup> 통상임금포함임금에서 제외되는 금품은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 임금에 해당되지 않는 금품으로 ‘학자금지원·결혼축의금 등과 같이 일회적·임시적인 사유로 지급되어 계속성·정기성 또는 지급확정성이 없는 금품’,

- 
- 118) 김재훈, “임금관련제도의 유연안정화 법리”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.6, 268쪽. 미국 등의 입법례를 참조하여 기본적인 ‘임금’ 해당 여부와 통상임금 내지 평균임금의 해당여부를 시행령 등으로 열거하는 방안을 고려할 수 있다고 함으로써 임금과 다른 임금의 순차적규정방법을 제안하고 있다. ; 미국의 경우 일반임금을 산정기초로 하는데 그 내용은 FLSA(The Fair Labor Standard Act of 1938: 공정근로 기준법) 및 CFR(Code of Federal Regulations: 연방시행령전)에 기준을 두고 있고 구체적으로는 법원의 판결에 의하여 포함여부가 결정된다. 근로자에게 지정된 모든 금품은 일반임금에 포함되나 첫째로, ‘선물로 제공된 물품’·‘크리스마스 등 특정일의 근로시간에 대해 제공된 금품’·‘생산 또는 업무능률에 상관없이 서비스에 대한 대가로 선물의 성격으로서 지급된 금품’과 둘째로, ‘근로제공과 무관한 금품’·‘실비변상비용 등’·‘보너스 등’ 사용자가 임의로 지급한 금품은 제외된다.
- 119) 이철수, “최저임금법상의 비교대상임금에 대한 비판적 분석 : 대법원 2007.1.11. 선고 2006다64245 판결을 중심으로”, 『노동법연구』 제28호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.3, 63쪽.
- 120) 이승길·우창수, “통상임금의 개념 및 산정기준과 관련한 법적 판단에 대한 소고”, 『아주법학』 제5권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2011.12, 73-74쪽.
- 121) 김기덕(2008), 앞의 논문, 282쪽.
- 122) 임종률·하경효·하갑래·이철수·박종희·이정·김재훈·김홍영, 『근로기준법제의 중장기 개선방안』, 노동부 용역보고서, 한국노동법회, 2007.11, 49쪽. 일본을 제외하고는 준거임금 (reference wage)를 우리처럼 2원화하는 사례가 발견되지 않는다는 지적도 하고 있다.
- 123) 제외임금을 규정하면 판례상 확립되어 가는 통상임금법리에 대해 명칭의 혼란으로 분쟁을 초래할 우려가 있다는 반론[노상현, “임금의 법리와 쟁점”-한국과 일본의 비교법적 검토-, 『노동법학』 31호, 한국노동법학회, 2009.9, 137쪽 ; 도재형, 앞의 논문, 53쪽]이 있다. 그러나 통상임금의 명칭을 유지하면서 변화된 판례의 취지로 개편하면 이러한 문제를 보완할 수 있을 것이다.
- 124) 일본 「노동기준법」 제37조제5항은 할증임금의 기초를 ‘통상 근로시간이나 또는 근로일 임금’으로 제시하면서 가족수당, 통근수당 기타 후생노동성령에서 정하는 임금은 산입하지 않으며, 「노동기준법시행규칙」 제21조는 가족수당·통근수당외에 별거수당, 자녀교육수당, 주택수당, 임시로 지급된 임금, 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 임금을 산입에서 제외하고 있다. ; 송강직, 앞의 논문, 436쪽. 일본의 제도를 긍정적으로 보고 있다. ; 문무기·윤문희·이철수·박은정, 「임금제도 개편을 위한 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 2006. 208쪽 ; 임종률·하경효·하갑래·이철수·박종희·이정·김재훈·김홍영, 앞의 보고서, 50쪽. 통상임금을 산정기초로 하여 계산하는 근기법의 가산임금 규정 등에 개별적으로 산정의 구체적 기준을 제시하거나 당사자 협정에 따라 해결하도록 하는 방법을 제시하고 있는데 이는 제외금품열거방식을 염두에 둔 검토이다.

‘사납금초과수입금처럼 사용자의 지배가능성이 없는 금품’, ‘환가가능성이 없는 현물로 지급되는 금품’, ‘가족 수에 따른 가족수당으로서 가족이 없어도 지급되는 부분을 제외한 금품처럼 명백히 근로대가성이 없는 금품’ 및 이와 유사한 금품을 예로 들 수 있다. 둘째, “소정근로 외의 근로에 대한 대가”로는 연장·휴일근로에 대한 임금과 가산수당, 야간근로에 대한 가산수당, 일·숙직수당 및 이와 유사한 성격의 임금을 열거할 수 있다. 셋째 ‘기업의 경영성과나 근로자의 업무성과에 따라 변동적으로 지급되는 금품으로서 고정적부분을 제외한 금품’을 들 수 있다.

### 3) 통상임금의 범위확대에 따른 부작용 완화

통상임금을 단순화하면서 포함임금의 범위를 넓히면 초과근로수당 등 사업장의 비용이 증가한다. 비용증가는 노동생산성이 높아지거나 노동이 많이 투입되어 발생한 것이 아니다. 이에 대해 통상임금포함임금을 좁게 봄으로써, 사용자는 오히려 그 동안 이익을 보았고 근로자는 그동안 손해를 보았다는 지적이 가능하다. 그러나 사업장은 종전의 통상임금포함임금을 염두에 두고 임금체계를 결정하고, 임금인상재원을 이러한 임금체계에 맞추어 당시의 경영사정이나 노사관계를 고려하여 배분해 왔다. 따라서 제도변경은 사용자에게 새로운 부담으로 작용할 수 있다. 따라서 제도변경에서 비롯된 부담을 상쇄 또는 완화시키는 장치가 필요하다.<sup>125)</sup>

#### 가) 적용대상 근로조건의 지급율 조정

통상임금제도의 변경에 따라 상승한 포함임금이 영향을 미치는 근로조건은 해고예고수당, 휴업수당, 초과근로수당 등이다. 해고예고수당은 지급사유가 일시적이고 예고와 수당 중 택일할 수 있다. 휴업수당 역시 지급사유가 흔하게 발생하지는 않는다. 유급휴가처럼 성격상 소정근로시간을 근로한 것으로 간주할 수 있는 근로조건은 출근한 것으로 보고 같은 임금을 지급하기 때문에 사용자에게 추가로 부담이 발생하지 않는다. 따라서 가장 영향을 받는 근로조건은 초과근로수당이다.

제도변경에 따른 통상임금 상승요인을 흡수할 수 있기 위해서는 초과근로수당의 가산율을 낮추는 방안<sup>126)</sup>을 고려할 수 있다.<sup>127)</sup> 가산율의 조정수준은 제도변경에 따라 늘어나는 통상임금으로 근로자가 더 받게 되는 요인과 가산율인하로 덜 받게 되는 요인을 추출하여 균형을 이루도록 산출할 수 있을 것이다.

125) 김소영, “ ‘근속기간에 따른 지급률에 의한 분기별 상여금’도 통상임금에 포함된다.”, 『월간 노동법률』 제 254호, (주) 중앙경제, 2012.7, 73쪽. 근기법의 애매한 규정에서 혼란이 비롯된 것으로 이대로 둘 수 없다면 서 입법적개선이나 판례법리 변화만으로 근본적 해결이 어렵고 노사정의 노력과 균형잡힌 접근을 요구하고 있다.

126) 일본의 경우 연장근로는 25%, 휴일근로는 35%인데, 통상임금 제외금품의 범위가 이 글의 개편안에 비해 매우 넓다는 점을 감안하면 일본의 기준을 개편안에 반영해도 근로자보호에 소홀하지는 않을 것으로 보인다.

127) 임종률·하경효·하갑래·이철수·박종희·이정·김재훈·김홍영(2007), 앞의 보고서, 49쪽. 사용자의 추가적 비용부담을 감안하여 가산율을 조정하는 것도 아울러 검토하여야 한다.

## 나) 당사자의 기득이익 보호

현재의 통상임금제도는 오랜 기간에 걸쳐 사업장에 정착되었으므로, 개편되는 제도도 정착에 많은 시간이 걸릴 것이다. 통상임금범위조정과 가산율조정은 신규입사자의 기득권을 침해하지 않으나, 기존근로자의 기득권을 침해할 수 있다. 또 임금체계에 따라 미치는 영향이 사업장마다 다르다. 따라서 기존근로자에 대해서는 초과근로수당에 한하여, 변경된 법정기준을 기준으로 해서, 노사합의로<sup>128)</sup> 통상임금포함임금 중 일부를 제외해도 가산율을 높임으로써 법정수당지급액이 전체적으로 법정기준 이상이면 이를 인정하는 경과조치를 입법에 반영할 수 있다.

한편, 제도변경에 따라 소급해서 발생하는 추가임금문제를 법적으로 해결하는 것이 필요하다. 구체적으로는 개정조항의 적용이 소급되지 않도록 부칙에 규정할 수 있다.

### 3. 통상임금·평균임금·최저임금 3분체계의 개편

「근기법 등」은 통상임금·평균임금·최저임금의 기초임금 3분체계를 취하면서, 법령 또는 해석에 의해 각각 포함임금 항목을 달리하고 있다. 이들 기초임금은 목적과 성격을 달리 하지만 서로에게 영향을 미치며 관계를 갖는다. 통상임금개념을 단순화하면서 범위를 넓히는 방향으로 개편한다면 최저임금과 평균임금에 대해 포함임금, 적용되는 근로조건, 제도의 연혁 및 성격 등을 검토해서 개편의 필요성이 있는지를 검토할 가치가 있다. 통상임금과 평균임금을 통일하자는 견해는 지속적으로 제기되어 왔다.<sup>129)</sup> 한편 통상임금에서의 변화는 최저임금의 존재양식에도 큰 영향을 미친다. 따라서 여기서는 3가지 임금 모두를 대상으로 체계를 개편하는 방안을 검토한다.

#### (1) 최저임금과 통상임금의 병존 필요성

「최저임금법」(이하 ‘최임법’이라 한다)은 최저임금포함임금의 범위에 대해, 제외금품열거방식으로 직접 규정하고 있다. 최임법제6조제4항의 위임을 받아 최임법시행규칙은 ‘최저임금적용을 위한 임금에 포함되는 임금의 범위’와 ‘최저임금적용을 위한 임금에 포함되지 않는 임금의 범위’를 표로 제시하고 있다.<sup>130)</sup> 구체적으로는 ‘매월 1회 이상 정기적으로 지급하는

128) 공통으로 적용되는 사항이므로 개별합의보다 집단합의가 바람직하다. 옛제도를 합의대상으로 하면 새제도가 법적으로 보장되어 보완적장치가 작동하지 않을 수 있고, 새제도를 합의대상으로 하면 옛제도가 법적으로 보장되어 새제도의 정착이 더딜 것이다. 점진적 정착을 의도한다면 후자가 바람직하다.

129) 임종률·하경효·하갑래·이철수·박중희·이정·김재훈·김홍영(2007), 앞의 보고서, 49쪽. 일본을 제외하고는 준거임금(reference wage)를 한국처럼 2원화하는 사례가 발견되지 않는다는 점을 지적하고 있다. ; 김기덕, “통상임금제도의 개선방안에 관한 검토”, 「노동과 법」 제6호, 2006, 4, 328-332쪽. 통상임금을 평균임금으로 대체하거나, 평균임금과 통합된 별도의 임금제도로 개편하는 방안을 제시하고 있다. ; 정부도 1997년에 노사관계개혁위원회를, 2003년에 ‘노사관계법·제도선진화연구회’를, 2006년에 ‘근로기준연구회’를 각각 구성하여 이 문제의 해결을 시도했으나 성공하지 못했다.

130) 택시운전업무에 대해 최임법제6조제5항은 ‘생산고에 따른 임금’을 최저임금 제외임금으로 하고, 최임법시행령제5조의2는 “단체협약, 취업규칙, 근로계약에 정해진 지급조건과 지급률에 따라 매월 1회 이상 지급하는



임금 외의 임금’, ‘소정근로시간 또는 소정근로일에 대해 지급하는 임금외의 임금’과 ‘그 밖에 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금’이 제외된다.<sup>131)</sup> 통상임금포함임금과 최저임금포함임금은 다음과 같은 이유로 통일하는 것이 바람직하다.

첫째, 통상임금과 최저임금은 각각 포함임금의 성격이 비슷하다.<sup>132)</sup> 최임법은 최저임금포함임금을 규정하면서 그 성격을 설명하지 않고 있다. 최임법 제정 당시의 입법제안설명서도 최저임금포함임금의 입법배경을 언급하고 있지 않다. 다만, 입법 당시에 노동부의 담당부서에서 근무하던 실무자의 문헌을 보면 최저임금포함임금은 “미리 예측이 가능한 통상적이고 기본적인 임금”으로 한정해야 한다는 설명을 발견할 수 있다.<sup>133)</sup> ‘통상적이고 기본적’이라는 표현은 통상임금을 염두에 둔 것으로 추정된다. 또한 최임법이 제정된 후에 제정된 당시 노동부의 통상임금산정지침<sup>134)</sup>제1조는 “근기법, 산재법, 최임법 등 노동관계법령상의 통상임금을 일관성있게 산정·적용함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 평균임금이 통상임금보다 적으면 통상임금이 평균임금이 되므로 평균임금을 적용하는 산재법을 열거하더라도 이해가 된다. 그러나 최임법은 독자적으로 포함임금을 따로 정하고 있는데, 통상임금산정지침의 적용대상으로 열거되어 있다. 이러한 규정형태는 통상임금포함임금과 최저임금포함임금을 동일하게 보는 당시 노동부의 시각을 읽을 수 있게 한다. 그리고 실제로도 최임법시행규칙의 최저임금산정표와 통상임금산정지침의 예시표는 표현, 구성, 내용 그리고 산입여부판단이 거의 같다. 그런데도 최저임금포함임금을 법규로 따로 규정한 것은, 최저임금제도입을 계기로 하여 통상임금에 대한 근기령이나 행정지침의 효력을 강화시키려는 의도가 읽혀진다.<sup>135)</sup> 그러나 판례변화가 통상임금에 대해서는 큰 반면에 최저임금에 대해서는 상대적으로 작아<sup>136)</sup> 둘 사이의 틈이 벌어지고 있다. 특정수당의 포함여부가 통상임금과 최저임금에 미치는 효과는 역관계이다.<sup>137)</sup> 따라서 양자의 괴리는 당사자 중 어느 한 쪽에 일방적인 이익 또는 손해를

임금”이라고 하면서 “소정근로시간 또는 소정근로일에 대해 지급하는 임금 외의 임금”과 “근로자의 생활보조와 복리후생을 위하여 지급하는 임금”을 제외하고 있다.

131) 1986년12월31일 제정 최임법에 규정된 후, 2008년3월21일에 소정근로시간이 근기법에 의한 것이라는 근거를 밝힌 정도의 변화를 거쳐 현행법으로 이어지고 있다.

132) 정인섭, “최저임금법상 비교대상 임금과 통상임금”, 『노동법연구』 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007.9, 138쪽. 사전확정성을 제하면 동일하다. 통상임금은 ‘현재시점에서 확정할 수 있는 임금’이고 최저임금비교대상임금은 ‘임금지급시점에서 확정되면 족한 임금’이다. 그러므로 생산고에 따른 임금처럼 사전에 확정할 수 없는 임금도 최저임금비교대상임금에 포함될 수 있다. 이 견해는 최저임금포함임금이 오히려 통상임금보다 더 많은 금품을 포괄할 수 있다. ; 이철수(2010), 앞의 논문, 63쪽. 가산임금을 제외하고는 약정된 근로시간에 근무하면 받을 수 있는 각종 임금은 두 임금에 포함되는 것이 원칙이므로 최임법을 개정해야 한다고 주장한다.

133) 정병석·김현수, 『최저임금법』, 법원사, 1988, 299쪽. 저자들은 당시에 노동부 임금복지과에서 사무관으로 근무하였고, 특히 정병석은 최임법 제정과 함께 신설된 최저임금계의 계장 직책을 맡고 있었다.

134) 통상임금산정지침은 1988년1월14일에 제정 :최임법은 1986년12월31일에 제정, 1987년7월7일에 시행.

135) 행정지침이 복리후생금품이나, 1개월 초과기간 금품에 대한 판례 변화를 수용하지 않는 이유를 “최저임금이 제정될 당시의 판례의 입장 또는 노동부 방침을 반영한 것이 오늘에 이르기까지 이어진 것”이라는 추론[이철수(2010), 앞의 논문, 63쪽]도 발견된다.

136) 대판 2007.1.11. 2006다64245. 근속기간에 따라 일률적·정기적으로 지급하되 결근일수만큼 일할 계산된 금액을 공제하는 근속수당을 포함임금으로 보고 있다.

137) 정기상여금을 포함임금으로 하면, 사용자로서는 통상임금에서 불리해지지만 최저임금에서 유리해진다.

중으로써 균형을 이루지 못할 수도 있다.

둘째, 최저임금제도는 소정근로시간만 근로하면 통상적으로 받는 임금이 근로자의 최저생활을 영위할 수 있도록 하자는데 그 취지가 있다. 그런데 최저임금포함임금에는 고정적수당이 많이 빠져 있다. 이러한 항목도 고정적이고 규칙적으로 지급되므로 근로자가 예측가능한 상태에서 생활비로 활용할 수 있다. 그렇다면 일부비용을 제외한 나머지만으로 최저생활을 영위토록 하는 것이 제도의 취지는 아니다. 이처럼 고정적임금의 일부만으로 최저임금을 결정하는 것에 대해 크게 두 가지 면에서 문제를 제기할 수 있다. 먼저, 근로자가 실제임금과 최저임금의 괴리가 큰 상태에서 최저임금의 수준이 높다거나 아니면 낮다는 식의 논쟁을 둘러 싸고 갈등이 야기되고 있다. 다음으로, 사업장의 임금체계에 따라 최저임금이 갖는 의미가 다르다. 같은 최저임금이 적용되어도 최저임금에 산입되지 않는 고정적수당이 많은 근로자가 최저임금포함임금을 주로 받는 근로자보다 실수입이 더 많다. 이러한 상태에서 최저임금의 영향율이나 효과를 논의하면, 정책의 실효성이 반감될 것이다.

## (2) 통상임금과 평균임금의 병존 필요성

근기법은 평균임금의 개념(제2조제1항제6호)을 규정하고, 근기령에 ‘평균임금 계산에서 제외되는 기간과 임금(제2조)’, ‘일용근로자의 평균임금(제3조)’, ‘특별한 경우의 평균임금(제4조)’, ‘평균임금조정(제5조)’을 각각 규정하고 있다. 이는 통상임금이 한 조문(근기령제6조)으로 구성되어 있는 것과 비교된다. 평균임금은 임금총액을 기초로 산정되므로 통상임금포함임금의 항목은 모두 평균임금에 포함되고, 평균임금에 포함되지 않는 금품은 통상임금에 포함되지 않는다. 따라서 포함임금에 관한 한 양자의 관계는 대립적이지 않다. 평균임금만을 적용하는 근로조건은 퇴직급여, 재해보상과 감급제한이 있다. 그리고 2가지 임금을 복합적으로 적용하는 근로조건은 휴업수당<sup>138)</sup>과 연차유급휴가수당을 들 수 있다. 평균임금과 관련하여서는 평균임금이 적용되는 근로조건이 적절한지, 통상임금과 평균임금을 이중적으로 적용하는 것이 필요한지, 통상임금과 평균임금이 적용되는 근로조건을 다르게 하는 것이 타당한지가 쟁점이다.

### 1) 통상임금과 평균임금을 같이 적용하는 근로조건

근기법제60조는 연차유급휴가로 근로를 제공하지 않은 시간에 대해 지급되는 연차유급휴가수당에 대해 통상임금 또는 평균임금 중 택일하여 지급하도록 규정하고 있다. 그러나 평균임금이 통상임금보다 낮을 때에는 통상임금이 평균임금이 되므로 통상임금만 지급해도 위법이 아니다. 그렇다면 통상임금보다 많은 임금을 주는 방법을 굳이 양자 중 하나를 택하라는 식으로 한정할 이유가 없으며, ‘통상임금 이상’을 지급하도록 하는 것이 더 논리에 맞고, 근로자에게 유리할 수 있다. 근기법제46조는 휴업수당에 대해서는 ‘평균임금의 100분의 70%

138) 1953년 제정근기법은 휴업지불이라는 이름으로 평균임금의 60%를 기준으로 제시하였으나, 1989년에 평균임금의 70%로 높였으며, 1996년에 휴업지불을 휴업수당으로 이름을 바꾸고 통상임금기준을 같이 도입하였다.

이상'을 기준으로 하면서, 그 금액이 통상임금보다 낮으면 통상임금을 기준으로 지급하도록 하고 있다. 이 규정은 '평균임금의 70%'와 통상임금을 같거나 비슷한 수준으로 본다는 전제가 깔려 있다. 그러나 근로조건의 기준은 명확하고 예측이 가능해야 한다.

## 2) 평균임금만을 사용하는 근로조건

근로조건의 보상을 어떠한 임금으로 할 것인지는 입법정책적으로 선택할 문제이다. 근기법은 감급제제한, 퇴직급여와 재해보상에 평균임금의 개념을 사용하고 있다. 감급제제에 있어 감액은 '평균임금의 1일분의 2분의1'을 초과할 수 없으며, 그 총액이 '1임금지급기의 임금총액의 10분의 1'을 초과하지 못한다. 이처럼 산정기초를 평균임금으로 하면 징계시기에 따라 감액제한액이 다르고 초과근로를 많이 할수록 감급액이 많아지는 결과를 가져온다. 따라서 감급제한은 임금총액보다 통상임금을 기준으로 하는 것이 논리적이다.

퇴직급여중 퇴직금, 확정급여형퇴직연금급여와 확정기여형퇴직연금기여금은 평균임금을 기준으로 산정된다. 퇴직금의 산정기초를 평균임금으로 하면, 퇴직시점에 따라 퇴직금액이 달라진다.<sup>139)</sup> 따라서 사용자는 퇴직금을 줄이기 위해 해고시점을 조절하려는 유혹을 받는다. 근로자로서도 퇴직할 무렵 초과근로를 많이 하거나,<sup>140)</sup> 사납금을 많이 납입하는 행위처럼<sup>141)</sup> 퇴직금액을 의도적으로 조절하려는 유혹을 받는다. 확정기여형퇴직연금급여의 경우에는 매년 사용자가 임금총액의 12분의 1 이상의 금액을 근로자개인별 구좌에 적립하도록 함으로써 그 책임을 면할 수 있으므로 평균임금개념과 다른 개념을 사용하고 있다. 확정급여형퇴직연금급여의 경우 사용자의 기여금에 있어서는 이미 평균임금개념을 사용하지 않고, 급여에 대해서만 평균임금개념을 사용하고 있다. 퇴직급여제도는 퇴직연금제도를 중심으로 하는 사회보험 제도로 변하고 있다.<sup>142)</sup> 이러한 점을 종합하면 퇴직급여제도에 대해, 반드시 평균임금의 개념을 사용할 필요가 있는지에 대해 의문을 제기할 수 있다.

근기법은 재해보상에서 평균임금의 개념을 사용한다. 그러나 재해보상에 대해서는 "3일 이하의 요양을 요하는 재해"를 제외하고는 「산업재해보상보험법」(이하 '산재법'이라 한다)으로 보상을 받는 것이 더 일반적이다. 산재법은 근로자, 사용자, 평균임금 등에 대해 근기법상의 개념을 사용한다. 평균임금을 사용하면 재해시점이 어디냐에 따라 급여액이 달라진다. 같은 사고로 재해를 당했는데 초과근로가 많은 시기인지 아니면 적은 시기인지에 따라 연금으

139) 장기근로자의 퇴직금이 퇴직 전 3개월의 출근상황에 따라 크게 줄 수 있다.

140) 자신의 초과근로시간을 퇴직하려는 동료에게 불법적으로 몰아주는 행위도 있을 수 있다.

141) 「여객자동차 운수사업법(법률 제5448호, 1997.12.13, 시행 1998.6.14)」이 '택시운송수입금 전액관리제'를 의무화하고 있음에도 불구하고 사납금제도가 활용되고 있다. ; 이러한 행위가 현저하면 그러한 사유가 있는 기간을 제외한 그 직전 3개월을 기준으로 평균임금을 산정도록 하면서(대판 1995.2.8, 94다8631 등 다수), 근로자가 지급받은 임금항목 중 사납금초과수입금 부분만을 특례의 대상으로 하고(대판 2002.8.23, 2002다4399), '의도적인 행위를 한 기간 동안의 동종 근로자들의 평균적인 사납금초과수입금의 증가율'을 곱하여 평균임금을 산출토록 하는 판례법리(대판 2009.10.15, 2007다72519)가 형성되고 있다.

142) 개정 「근로자퇴직급여보장법(법률제10967호, 2012.7.26)」 제6조. 시행일 이후 새로 설립된 사업의 사용자는 근로자대표의 의견을 들어 사업의 성립 후 1년 이내에 확정급여형퇴직연금제도나 확정기여형퇴직연금제도를 설정해야 한다.

로까지 연계되는 휴업급여·장해급여·유족급여액이 달라지는 것은 합리적이지 않다.

### (3) 3분체계를 통상임금 중심으로 개편

통상임금·평균임금·최저임금이 공존하는 체계에 대해 발상의 전환이 필요해 보인다.<sup>143)</sup> 근로자가 받는 임금은 하나인데, 활용구조가 세 가지로 존재하는 것은 근로조건의 투명성, 예측가능성을 떨어뜨려 사회적 비용으로 작용한다.

최저임금과 최저임금은 활용목적이 다르지만 탄생배경, 출범 당시의 포함임금범위 등이 비슷하다. 아울러 최저임금은 근로자의 생활보호를 목적으로 하면서 고정급 중 많은 부분을 제외하고 있어 기능·효과 등을 판단하는데 혼란을 초래하고, 적용대상이 되는 근로자에 대해 형평을 보장하지 못한다. 따라서 통상임금제도를 정비하면서 최저임금포함임금을 통상임금으로 통일할 것이 요청된다.

통상임금제도를 전면적으로 개편한다면, 통상임금과 평균임금 사이에 수준의 격차가 좁혀진다. 그렇다면 평균임금을 적용할 당위성이 약해진다. 평균임금이 적용되는 연차유급휴가수당, 휴업수당과 감급제제제한은 그 실효성, 적합성, 합리성 등을 생각할 때 굳이 평균임금을 적용해야 할 이유를 찾기 어렵다. 퇴직급여와 재해보상 역시 통상임금을 산정기초로 하는 개편이 요청된다. 먼저, 양 제도 모두 당사자의 최근 실수입을 반영할 필요성은 인정되나, 사유발생일에 따라 보상수준이 달라지는 것은 합리적이지 못하다. 통상임금포함임금을 넓은 상태에서 이를 산정기초로 하면 제도전환에 따른 보상의 차이는 크지 않을 것이나, 필요하다면 지급율의 조정을 고려할 수 있다. 다음으로, 양제도 모두 사회보험체제로 이행했거나 이행중이다. 따라서 연금이나 보상의 기초를 통상임금으로 하지 않는다면, 국민연금이 평균소득월액이나 기준소득월액을 기준으로 하는 것처럼 별도개념을 사용하거나, 평균임금개념을 사용하더라도 그 근거를 해당법에 규정하는 것처럼 독자적인 체계를 갖출 필요가 있다.

임금체계의 혼란을 해결하기 위해 표준임금개념을 도입해서 통상임금과 평균임금을 단일 체계로 개편하자는 논의가 20여년전부터 제기되어 왔으나 진전이 없다.<sup>144)</sup> 다만, 3분체계를

143) 임종률·하경효·하갑래·이철수·박종희·이정·김재훈·김홍영(2007), 앞의 보고서, 2007.11, 49-50쪽. 가산임금을 제외하고 평균임금과 통상임금 항목을 가급적 일치시켜야 하며, 통상임금에 관한 행정지침에 대해 평균임금항목 조정 및 최저임금 제외항목도 연계하여 검토한다. ; 김소영(2012.7), 앞의 논문, 73쪽. 임금제도의 총체적개혁은 언제 이루어져도 이루어져야 한다.

144) 김재훈(2006), 앞의 논문, 267쪽. 표준임금을 대안으로 제시하는 논문으로 ‘박래영, “법정기준임금의 단일화에 관한 연구”, 『경제연구』 제9집, 홍익대경제연구소, 1993.12’, ‘김수곤 “연봉제실시를 위한 임금체계합리화 방안”, 『한국인사관리학회 정책토론회』, 1999’, ‘오문완, “임금체계개편방안 -기준임금단일화를 중심으로-”, 『임금연구』 제31호, 한국경영자총협회, 2000.12’, ‘이철수·유규창 “현행 임금체계의 합리성 검토와 표준임금제도의 논의”, 『산업관계연구』 제11권제1호, 한국노사관계학회, 2001.6’, ‘이강성, “우리나라 임금체계의 문제점과 개선방안 -이원화된 법적 기준임금제도를 중심으로-”, 『임금연구』 통권 제46호, 한국경영자총협회, 2004. 9’를 들고 있다. ; 김재훈교수와 중복이 안 되는 자료로 ‘이홍재·하경효·이철수·유규창, 『합리적인 임금체계 개선방안』, 노동부 연구용역보고서, 1999’, ‘유규창 “평균임금과 통상임금을 표준임금으로 단일화하였을 경우 예상되는 효력에 관한 연구”, 『임금연구』 제28호, 한국경영자 총협회, 2000.3’, ‘김소영 외 『노동시장법제 개선방안』, 한국노동연구원, 2001.12’, ‘유규창, 『우리나라의 임금체계의 문제점과 평균임금 범위에 관한 고찰』, 한국경영자총협회, 2004’를 소개하고 있다.

통일하면서 제3의 개념인 표준임금을 도입하는 방안에 대해서는 두 가지 문제점을 제기할 수 있다. 첫째, 표준임금은 근로자가 받기로 한 임금이나 받은 임금을 재가공하는 느낌을 준다. 만약 근로자가 받기로 한 임금이라면 그 성격이 통상임금과 같은데 굳이 다른 이름을 씌으로써 혼란을 초래할 필요가 없어 보인다. 둘째, 표준임금의 도입을 고려한 것은 그 범위를 통상임금과 평균임금의 중간으로 설정하려는 의도에서 비롯되었다.<sup>145)</sup> 그러나 현재의 논의는 판례변화로 통상임금이 평균임금에 거의 근접한 상황이어서 그 필요성이 크지 않다는데서 출발한다. 셋째, 표준임금은 포함임금열거방식을 취함으로써<sup>146)</sup> 발생하는 문제를 여전히 해결하기 어렵다.

결론적으로 통상임금포함임금의 범위를 개편하면서 통상임금·평균임금·최저임금의 3분체계를 통상임금의 단일체계로 전환하는 것이 필요하다. 만약, 전체를 단일화하는 것이 너무 방대한 개편이어서 어려움이 있다면, 퇴직급여와 재해보상은 독자적인 법체계 속에서 자체적으로 표준임금이나 평균임금을 따로 규정하는 대안이 제시될 수 있다.<sup>147)</sup>

#### 4. 통상임금제도 운용의 개선

##### (1) 통상임금이 적용되는 근로조건을 불명확성

통상임금이 적용되는 근로조건을 명확히 하기 위해서는 두 가지 방법이 있다. 먼저, 유급으로 제공되는 근로조건에 대해서는 유급임을 명확히 밝히고, 근기법상 용어의 정의규정에 유급의 산정기초가 통상임금임을 명확히 하는 방법이 있다. 다음으로, 각각의 조문에서 통상임금을 기준으로 함을 명백히 할 수 있다. 각각의 근로조건이 그 성격을 달리 하고 있다는 점을 감안할 때 후자가 바람직해 보인다. 초과근로에 대해서는 그 시간에 해당하는 통상임금과 통상임금의 50%가 가산된 임금이 지급되어야 한다고 규정할 수 있다. 공민권행사에 대해서는 관련법에 의해 유급으로 하거나, 근로한 것으로 보거나, 휴무로 보지 않거나 이와 유사한 표현이 있는 경우에는 통상임금 이상이 지급되어야 한다고 규정할 수 있다. ‘당사자가 유급으로 정한 근로조건’과 관련해서는 유급에 대한 정의규정에서 ‘당사자가 임금을 지급하기로 하면서 산정의 기초가 되는 임금을 정하지 않은 경우에는 통상임금으로 지급하기로 한 것으로 본다’라고 규정할 수 있다.

##### (2) 통상임금 환산방법의 정비

통상임금환산과 관련된 문제점은 세 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 월급·주급 통상임금을 시간급으로 환산하기 위해 ‘유급휴일의 근로시간수’를 8시

145) 김재훈(2006), 앞의 논문, 267쪽.

146) 유규창, 앞의 책, 56-57쪽. 소정근로 또는 총근로에 대해 정기적으로 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액, 연급금액 또는 도급금액에 단체협약이나 취업규칙 등에서 지급하기로 정한 연간 고정상여금을 시간, 일, 주, 월별로 나눈 금액이라 정의하고 있다.

147) 김홍영(2009), 앞의 논문, 78쪽. 표준임금 개념의 도입을 입법재량의 문제로 보고 있다.

간으로 제시하는 것은 40/6시간으로 하는 것보다 통상임금을 낮추는 효과를 가져 온다. 따라서 비례원칙이 적용된 40/6시간이 타당하나, 입법정책적으로 8시간으로 할 수도 있다. 다만, 양자 중 어느 것으로 하든지 법적인 근거를 명확히 하여야 하고 휴일수당도 다른 근로조건에 대해서도 일관성 있게 하나로 통일된 기준을 적용시키는 것이 합리적이다.<sup>148)</sup> 둘째, 일급통상임금으로의 환산을 위한 ‘1일의 근로시간수’에 대해서도 ‘유급휴일의 근로시간수’와 같은 방법으로 할 수 있다. 한편, 평균임금과 통상임금을 통일하거나 양자의 법체계를 완전히 분리시키면 일급통상임금 산정의 필요성이 없어져 문제가 자동적으로 해결된다. 셋째, 통상임금 포함임금 산정체계의 개편에 따라 연봉을 비롯한 ‘1개월 초과기간에 대해 지급하기로 정한 임금’에 대한 시간급 환산방법을 명확히 정할 필요가 있다.<sup>149)</sup> 구체적으로는 주급·월급의 시간급환산처럼 평균개념을 활용할 수 있는데, 1개 초과기간이 다양하게 나타날 수 있다. 따라서 평균임금의 예를 참고하여<sup>150)</sup> 12개월을 기준으로 하면서 ‘주의 통상임금산정기준시간수’를 활용할 수 있을 것이다.<sup>151)</sup> 한편, 월급을 시간급으로 환산함에 있어 총 역일에서 약정이든 법정이든 휴일을 모두 제외한 날수를 12달로 나누어 ‘월의 통상임금산정기준근로시간수’를 산정하자는 견해도 발견된다.<sup>152)</sup> 통상임금의 시간급환산은 옳고 그름의 문제가 아니며, 명확한 법정기준을 제시하는 것이 중요하므로 입법정책적인 차원에서 결정될 수 있는 대안이라고 생각한다.

## 5. 입법적 해결의 주체와 의무

통상임금제도를 방치하는데 대한 부담은 이익단체 및 입법주체에 따라 다르다. 먼저, 사용자로서는 추가비용과 소송에 대한 부담을 감안하여 입법적인 차원에서 정리하되 비용부담이 최소화되는 해결을 원할 것이다. 둘째, 근로자로서는 판례변화를 반영하는 입법이라면 이를 환영하겠지만, 기대이익이 침해되면 저항할 것이다. 노동계는 판례변화가 노동투입과 관계없

148) 참고로 유급휴일 해석상의 문제를 야기하는 이유는 주휴일을 유급으로 하고, 주40시간 1일8시간근로에서 주휴일이 아닌 휴무일의 법적성격을 명확히 하지 않은데서 찾을 수 있다. 따라서 이러한 문제를 입법적으로 개선하는 방안도 강구할 수 있다.

149) 유규창, 앞의 책, 56-57쪽. 표준임금으로 통일할 것을 주장하면서 그 개념에 “연급금액”이라는 표현을 삽입하고 있다.

150) 정기상여금(노동부예규 제39호, 1981.6.5. ‘평균임금산정상의 상여금취급요령’ ; 대판 1989.4.11, 87다카2901 등), 정근수당(대판 1982.12.22, 81다472 등) 등에 대해 해당금액의 3/12를 대상으로 계산한다.

151) 현행 근기령 규정을 준용하면 ‘년의 통상임금산정기준시간수’는 ‘주의 통상임금산정기준시간수’에 ‘1년의 평균주수’를 곱하여  $\{(40\text{시간}+8\text{시간}) \times 365\text{일} / 7\text{일} \approx 2502\text{시간}\}$ 이 된다. ; 평균임금과 관련하여 연차유급미사용수당에 대해서는 고정상여금처럼 계산하는 견해도 있으나(대판 1969.3.4, 68다2152 ; 「연차유급휴가청구권·수당·미사용수당과 관련된 지침」 등 많은 행정해석), 대부분의 판례는 사유발생일전 3개월 동안의 근로에 대한 대가만 대상으로 한다(대판 1990.12.21, 90다카24496 ; 대판 2011.10.13, 2009다86246 등 다수) ; 평균임금에 대해서는 전체적으로 1년을 기준으로 하자는 입법론도 제기된다(김홍영(2009). 앞의 논문, 89쪽) ; 노사관계선진화위원회도 2003년 11월의 “노사관계법·제도선진화방안 최종보고서”에서 이 같은 안을 제시하였다.

152) 강성태, “연장시간근로 등에서의 근로시간 산정”, 『노동법연구』 제4호, 서울대노동법연구회, 1994.12, 258-260쪽.

이 기업비용을 늘리는데 대해 부담을 느끼면서 입법적으로 해결되기를 원할 것으로 추정되지 만,<sup>153)</sup> 그러한 사정을 공식적으로 밝히거나 조합원을 설득할 정도의 통제력과 열정을 보일지 의문이다. 셋째, 정치권은 통상임금제도가 취약계층보호처럼 지향점이 뚜렷치 않고, 제도변경이 미치는 영향이 커서 조정안을 마련하기 어려워 정치적인 이슈로 제기할 가능성이 낮다. 넷째, 행정부로서는 판례의 변화를 무시할 수 없으므로 행정지침을 부분적으로 변경하고 싶은 욕구를 가질 수 있다. 그러나 이 경우 3년간 소급문제를 해결하기 어렵고, 행정지침의 부분적인 변경이 근본적으로 문제를 해결하지 못하며, 판례의 변화가 지속됨에 따라 행정지침의 변경이 반복되는 데서 발생하는 갈등으로 사회적 비용이 커진다. 따라서 입법적 해결이 필요하다고 느끼면서도, 노사와 정치권을 설득하는 과정이 쉽지 않아 주저할 것으로 예측된다.

이익단체 및 입법주체의 이러한 사정에도 불구하고 통상임금제도의 입법적인 개편은 절박한 정책과제이다. 행정지침은 대부분의 내용이 판례의 도전을 받아 존립이 위태로운 지경이다. 그런데 행정부를 믿고 임금체계와 임금수준을 결정해 온 근로관계 당사자의 혼란을 방지하는 것은 신뢰를 파괴하는 일이다. 따라서 노사의 우려를 완화시킬 수 있는 대안을 마련하여, 경영계·노동계·입법부·정치권 등을 설득하여 입법이 이루어지도록 해야 하는 것은 행정부의 책무이다.

## VI. 맺음말

통상임금제도는 근기법이 최초로 제정될 때부터 도입되었다. 그러나 개념 및 체계에 대해서는 법적근거가 없이 근기령이 추상적으로 제시하고, 당시의 판례를 반영하여 제정된 1982년의 행정지침이 그 틀을 마련하였다. 행정지침은 통상임금개념, 시간급환산방법, 포함임금범위 등에 대해 종합적으로 규정하면서 많은 수당에 대해 통상임금에 포함되는지를 일일이 확인하여 열거하는 표를 제시하고 있다. 행정지침은 내용이나 체계에 큰 변화 없이 시행되고 왔고, 노동시장에서 중요한 기준으로 작용하였다.

판례는 초기에 행정지침을 대부분 수용하였으나 시간이 가면서 많은 부분을 배척하면서 통상임금의 구성요소를 재해석해 오고 있다. 이에 따라 행정지침이 통상임금이 아니라고 본 수많은 수당이 판례에 의해 통상임금으로 인정되고 있다. 판례의 변화는 그 폭이 너무 크고 넓어서, 행정지침은 노동시장에서 행해온 역할을 상시하고 있으며 전면적으로 수정되어야 할 위기를 맞고 있다. 이에 따라 발생하는 노동시장의 혼란을 수습하기 위해서는 판례에 대한 행정해석의 정합성을 높여야 한다. 이를 위해 행정지침을 수정할 수도 있으나 판례의 변화를 어느 수준에서 반영할지 어렵고, 양자의 괴리에 따른 갈등을 근본적으로 해소하지 못한다. 따라서 입법적인 접근을 통해 통상임금제도 전체를 개편할 것이 필요하다.

153) 전국금속노동조합은 4. 29. 성급한 통상임금 소송이 오히려 현장의 혼란을 야기하고 역풍을 맞을 수도 있다며 신중론을 제기하였다는 자료(창조건설팀, 「창조 최신훈동동향」, 2012. 5.1, 4쪽)도 발견된다.

통상임금의 개편은 개념과 판단기준의 제시, 환산방법의 보완, 그리고 통상임금을 적용하는 근로조건의 정비로 나눌 수 있다. 첫째, 변화의 모습을 보여 준 판례를 모두 받아들인다면 근로자가 받기로 한 임금에서 ‘임금으로 인정되지 않는 금품’, ‘소정근로시간외의 근로에 대한 금품’ 및 ‘성과급적인 변동성금품’을 제외한 나머지 임금을 통상임금으로 포괄하게 된다. 그렇다면 현재의 포함금품열거방식보다는 제외금품열거방식이 타당해 보인다. 통상임금체계를 개편하는 목적은 근로조건의 향상보다 임금체계의 개선에 두어야 한다. 그렇다면 확대된 통상임금포함임금으로 인한 부담을 완화시키는 조치가 필요하다. 구체적으로는 법정수당의 가산율을 낮추는 것이 대안이 될 수 있다. 변경되는 제도는 노동시장의 저항을 줄이면서 점진적으로 정착되어야 한다. 이를 위해 변경되는 제도를 신규근로자에게 우선적으로 적용하고 기존 근로자에 대해서는 당사자 합의로 종전의 임금항목과 가산율을 일정한 기간 동안 유지할 수 있도록 하는 경과규정이 필요하다. 둘째, 통상임금·최저임금·평균임금의 체계를 통상임금체계로 개편할 필요가 있다. 구체적으로는 통상임금을 최저임금포함임금으로 하고, 평균임금을 적용하는 근로조건에 대해 통상임금을 적용하도록 개편하는 것이 바람직하다. 다만, 독자적인 사회보험법 체제로 흡수된 퇴직급여나 재해보상에 대해서는 관련법에 표준임금 또는 평균임금을 산정기초로 따로 규정하는 방법이 대안이 될 수 있다. 셋째, ‘1개월을 초과하는 기간’에 대해 지급되는 임금의 시간급 환산방법을 명시하고, 시간급환산에 있어 ‘유급휴일의 근로시간수’나 일급환산에 있어 ‘1일의 소정근로시간수’에 대한 보완도 요청된다.

통상임금제도의 개편은 그 효과가 다양하여 그 실행이 쉽지 않다. 그러나 통상임금과 관련하여 행정지침이 형해화되면서 노동시장은 판단기준을 잃고 있다. 이에 따라 발생하는 노·사의 갈등과 사회적비용을 감안할 때 입법주체의 결단이 필요하다. 이 글은 이러한 필요성을 전제로 하여, 통상임금제도를 전면적으로 개편하는 방안을 제시하였다. 통상임금제도가 앓고 있는 복잡하고 구조적인 병은 통원치료로 고쳐질 단계를 지나서, 입원하여 큰 수술을 기다리는 암의 모습을 보이고 있다. 이러한 이유로 정부도 1997년에 노사관계개혁위원회를, 2003년에 ‘노사관계법·제도선진화연구회’를, 2006년에 ‘근로기준연구회’를 구성하여 이 문제를 다루고 대안까지 도출했으나 실현되지 않았다. 이 글이 암을 앓고 있는 통상임금제도를 수술실로 인도하는데 자그만 기여를 할 수 있기를 기대한다.

주제어 : 임금, 통상임금, 평균임금, 최저임금, 소정근로시간, 복리후생금품, 상여금



## 참고문헌

- 강상태, “연장시간근로 등에서 근로시간의 산정”, 『노동법연구』 제4호, 서울대학교 노동법연구회, 1994.12.
- 김기덕, “최근 판례를 통한 통상임금 법리에 관한 검토”, 『노동법포럼』 제1호, 노동법이론실무학회, 2008.10.
- \_\_\_\_\_, “노동부예규 통상임금산정지침에 관한 검토”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006. 4.
- \_\_\_\_\_, “통상임금제도의 개선방안에 관한 검토”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006. 4.
- \_\_\_\_\_, “통상임금 개념요소로서의 고정성”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006. 4.
- 김소영, “판례법리에 의한 통상임금 판단기준의 경향과 변화”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교노동법학회, 2012.8.
- \_\_\_\_\_, “‘근속기간에 따른 지급률에 의한 분기별 상여금’도 통상임금에 포함된다”, 『월간노동법률』 Vol.254, 중앙경제, 2012.7.
- 김영문, “임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위”, 『기업법연구』 제18권 제2호, 한국기업법학회, 2004.12.
- 김영문·이상운·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정방법』, 법문사, 2004.
- 김재훈, “근로환경 변화에 따른 통상임금 관련법리의 재구성 : 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다81974 판결”, 『성균관법학』 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008.12.
- \_\_\_\_\_, “임금관련제도의 유연안정화 법리”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.6.
- 김형배, 『노동법』 제21판, 박영사, 2012.
- 김홍영, “지난 20년간 임금 법제의 해석과 입법의 동향”, 『노동법연구』 제26호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.3.
- \_\_\_\_\_, “정기상여금을 통상임금에 포함”, 『노동법학』 제42호, 한국노동법학회, 2012.6.
- 김희성·한광수, “정기상여금의 통상임금 해당성에 관한 연구 -대법원 2012.3.29.선고2010다 91046 판결과 관련하여 -”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교노동법학회, 2012. 8.
- 노동부, 「근로기준법령 제·개정 발자취」, 2008.8.
- 노상현, “임금의 법리와 쟁점” -한국과 일본의 비교법적 검토-, 『노동법학』 제31호, 한국노동법학회, 2009.9.

- 도재형, “통상임금의 의의와 범위에 관한 법적 검토”, 『노동과 법』 제6호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원, 2006.4.
- 문무기·윤문희·이철수·박은정, 「임금제도 개편을 위한 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 2006.
- 박용상, “통상임금과 법정수당에 관한 고찰”, 『사법논집』, 제21집, 법원행정처, 1990.
- 송강직, “한국과 일본의 통상임금 법리”, 『동아법학』 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012.8.
- 유규창, 『우리나라의 임금체계의 문제점과 평균임금 범위에 관한 고찰』, 한국경영자총협회, 2004.
- 이승길·우창수, “통상임금의 개념 및 산정기준과 관련한 법적 판단에 대한 소고”, 『아주법학』 제5권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2011.12.
- 이철수, “현행 임금제도의 비판적 검토”, 『노동법연구』 제12호, 서울대학교 노동법연구회, 2002.6.
- \_\_\_\_\_, “최저임금법상의 비교대상임금에 대한 비판적 분석 : 대법원 2007.1.11. 선고 2006다 64245 판결을 중심으로”, 『노동법연구』 제28호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.3.
- 이철수·김인재·강성태·김홍영·조용만, 『로스쿨 노동법』, 오래, 2011.
- 임종률, 『노동법』 제10판, 박영사, 2012.
- 임종률·하경효·하갑래·이철수·박종희·이정·김재훈·김홍영, 『근로기준법제의 증장기 개선방안』, 노동부 용역보고서, 한국노동법회, 2007.11.
- 정병석·김현수, 『최저임금법』, 법원사, 1988.
- 정인섭, “최저임금법상 비교대상임금과 통상임금”, 『노동법연구』 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007.9.
- 조용만, “근무성적에 따라 차등 지급된 업적연봉의 통상임금 여부”, 『노동법학』 제41호, 한국노동법학회, 2012.3.

【 패널토론 】

통상임금의 쟁점과 과제

목 차

- 최 은 배 부장관사(서울 동부지법) ..... 57
- 박 종 길 근로개선정책관(고용노동부)
- 조 영 길 변호사(법무법인 I&S) ..... 65
- 김 영 문 교수(전북대학교) ..... 75
- 김 흥 영 교수(성균관대학교) ..... 83



## 통상임금의 본질

최 은 배

(서울동부지방법원 부장판사)

### 1. 임금의 사회적 의미

사람은 노동으로 자신의 인격을 실현하고 공동체 안에서 자신의 존재를 확인하고 다른 사람들과 관계를 형성한다. 노동은 단순한 ‘밥벌이’ 수단이 아니다. 자신이 사회에 일을 함으로써 보람과 긍지를 느끼고 자신이 살아있음을 자각하며 그 속에서 자신의 역할을 더 고양하기 위해 노력한다.

이에 대한 대가가 임금이다. 임금은 노동자에게는 ‘노동의 재충전’ 비용을 받는 것이며, 자신이 사회 안에서 일을 한 것에 대한 보상으로 사회에서 자신이 한 역할에 따라 받을 수 있는 것을 받아가는 것이다. ‘사회적 인출권’이라는 개념을 임금 개념에도 반영시킬 필요가 있다.

임금은 채무불이행이 죄가 되는 몇 개 안 되는 것 중의 하나이다. 우리나라에서 채무불이행을 처벌하는 것으로는, 집단적 노무 제공 거부를 업무방해죄로 처벌하는 것이 있는데,<sup>1)</sup> 이는 해석을 통해 채무불이행을 범죄로 한 것인 반면, 임금을 청산하지 않았을 때 이것을 범죄로 보고 처벌하는 것은 근로기준법에 명문의 규정이 있다.

그리고 임금은 조세보다 우선하여 변제되는 채권이고, 3개월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금은 주택임대차보호법의 최우선변제권이 인정되는 임대차보증금과 함께, 담보권까지 포함한 모든 채권보다 우선하여 변제되게끔 하고 있다.

이렇게 강하게 임금채권을 보호하는 이유 역시 임금이 국민 대다수를 차지하는 근로자로 하여금 안정된 생활을 영위하게 하려 하는 노동과 임금의 공공성을 제도에 반영시킨 결과이다.

기업은 이러한 관점에서 임금을 바라보아야 한다. 회계 기준으로 볼 때 임금은 단순한 비용으로 처리되지만 이것을 사회적 의미로 파악할 경우, 임금은 조세와 마찬가지로 지역과 사

1) 물론 ‘전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에’라는 조건을 붙여서 집단적 노무 제공 거부를 업무방해죄로 처벌하기는 한다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.

회에서 공동체에게 사회 유지에 필요한 비용을 지출하는 것이다. 기업이 사회 안에서 필요한 재화와 용역을 공급하는 사회적 기능을 중추적으로 담당하고 있음을 증지로 여기고 기업의 사회적 역할과 책임을 인식하고, 그 활동이 노동을 통해 실현되고 있음을 인식한다면, 그 대가로 지급되는 임금 역시 국가에 납부하는 조세와 마찬가지로 공공성을 가진 것이며, 임금의 지출 역시 공동체에 대한 하나의 봉사이자 책임 수행으로 보아야 할 당위성이 있다고 필자는 생각한다. (퇴직금을 생각하면 퇴직 후 근로자의 생계 또한 국가가 책임지는 각종 연금과 함께 기업이 일정 부분 책임을 맡고 있다고 생각할 수 있다.)

## 2. 우리나라 임금은 왜 이렇게 복잡한가?

과거 우리나라는 70~80년대 임금 가이드라인이라는 제도를 통해 사기업의 임금을 직접 통제하던 시절이 있었다. 국가경쟁력 또는 수출경쟁력 강화를 위해 임금을 통제할 필요를 느낀 정부는 상징적인 임금 기준이 되는 공무원의 급여는 물론, 대기업을 비롯한 사기업의 임금을 직접 통제하려 하였다. 그리하여 매년 임금 가이드라인을 발표하여 인상율을 공표하고 이 가이드라인을 따르지 않는 대기업에게는, 은행권의 대출을 제한하는 등의 방법으로 임금을 통제하였던 것이다.<sup>2)</sup>

이러한 압박을 받은 대기업은 어떻게 대응하였을까? 임금 인상율의 제한을 그대로 따르기에는 이윤이 많이 남았고, 노동계의 요구 또한 무시할 수 없기에 표면적인 임금은 이 가이드라인을 따르되 (겉으로는) 임금이 아닌 것이라 말할 수 있는 각종 명목의 금품을 신설하여 근로자에게 지급하였다. 복리후생적 성격(김장비, 휴가비, 명절 효도비)이나 실비변상적 성격(업무추진비, 정보비, 판공비, 판사의 경우 판례연구조사비 등)의 금품이 여러 명목으로 생겼고, 이 돈에 대해서는 임금이 아니니까 세금도 공제하지 않았다. 근로자들도 특별히 이에 대해 반발하지 않았다(세금을 공제하지 않았기 때문?).

또한 상징적인 임금의 동결과 임금 아닌 명목의 각종 수당의 신설은, 임금에는 근로 제공의 대가라는 성격과 함께 ‘노동자라는 존재 자체’로 생활 보장이 필요하기에 지급되는 것이라는 성격(과거의 임금이분설)이 같이 들어가 있다는 것의 반영이기도 하다. 이렇게 임금 성격을 파악할 경우 혹시 법정수당 계산을 위한 통상임금 계산에서 임금 아닌 명목으로 지급된 금품은 ‘근로의 대가’로서 상정되는 임금에서 제외될 여지가 있다고 말할 수도 있다.

하지만 대법원은 이러한 임금이분설을 폐기하였다(대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 판결. 나아가 이 판결은 사용자가 쟁의기간 중에는 파업에 참가한 근로자에게는 임금을 지급할 의무가 없다고 판시하였다). 이렇게 임금이분설을 폐기한 이상 판례는, 현재 근로자에게 지급되는 모든 금품은 생활보장적 성격과 상관없이 근로의 대가 여부로만 따져 ‘어떠한 명칭으로든지’ 근로의 대가로 지급되는 금품은 모두 임금이고, ‘고정성’이 없다면 통상

2) 지난 7월 사법연수원에서 실시된 노동법의 주요 쟁점이라는 제목의 법관연수에서 이철수 교수님이 하신 강의 내용에도 이와 비슷한 취지가 들어 있었다.

임금이라고 파악하고 있는 것이다.

이와 같이 생활보장적 성격으로 지급되는 금품은 우리 사회에서 여러 순기능 또는 역기능을 한다. 먼저 정부나 기업면에서 보면, 외형상 기준 임금을 낮춤으로써 각종 비용을 절감할 수 있다. 가령 관급 공사 등에서 산정되는 노임 단가는 이러한 임금 수준을 반영하여 결정되는데 생활보장적 성격의 금품을 뺌으로써 그 단가를 낮출 수 있었고, 이로써 공사 단가를 줄일 수 있었다. 또 산업재해보상보험, 공무원연금, 국민연금 등 각종 공공보험과 공적 부조에서, 최저임금액 결정에서, 교통사고·산업재해 등 각종 책임 보험과 손해배상 민사 소송 등에서 수당액, 손해배상액 등의 산정 기준 중 하나로 작용할 때 표면적으로 비용과 공적 지출의 절감을 가져온다. 그리고 이러한 금품을 받는 근로자측에서 보면 비슷한 국민소득 수준을 볼 때 상대적으로 사회보장 수준이 낮은 우리나라에서 개인이 스스로 감당해야 할 각종 부담(교육, 육아, 의료, 주거, 문화·예술 등)을 이런 명목의 금품을 받음으로써(대학 학자금 지원, 가족수당, 의료비 지원, 사택을 대체하는 주택수당, 체력단련비, 여가활동비, 휴가비, 명절 수당 등), 그 생활상 요구를 보상받고 있다는 인식 또한 근로자에게 적지 않게 각인되어 있음을 부정하기 어렵다.

이러한 다양한 금품은 결국 기본급으로 통합되어야 할 것으로 생각되고(실제 공무원 급여에서는 많은 수당들이 기본급에 들어갔다), 공공 성격의 서비스를 사회보장 확충 차원에서 기업이 부담하지 않고 국가 내지 사회가 부담함으로써 임금을 좀더 단순화할 여지가 충분히 있다고 생각하고, 장기적으로는 결국 그렇게 될 것이라 생각한다.

하지만 지금 바로 앞에 놓인 문제는 지금 이 복잡한 임금 체계 속에서 각종 수당을 어떻게 통상임금 해당성을 판단하여 법정 수당을 어떻게 계산할 것인가이다.

### 3. 법정수당과 통상임금

근로기준법이 1일 8시간, 1주 40시간을 법정 근로시간으로 정했다는 것은, 그 나머지 시간에는 휴식을 취하여 노동의 재충전을 하고, 근로관계로서 맺어진 사회관계가 아닌 다른 관계에서 봉사를 하거나 참여함으로써 인간다운 삶을 영위하게끔 한다는 의미이다.

이 시간을 희생하여 근로를 제공한 것에 대해서는 근로자가 동의하였더라도 단순한 단위 시간당 임금을 지급해서는 아니되며 50%의 가산율을 적용한 임금을 지급해야 한다는 것이다. 그 단위 시간당 임금에 관해 법은 통상임금이라는 도구를 써서 통상임금에 시간외 근로, 야간 근로, 휴일 근로 시간과 가산율을 곱한 금액을 수당으로 지급하라는 것이다.

그 통상임금은 어떻게 정해져야 하는가? 당연히 시간 외 근로 등을 하지 않고 법정근로시간에 따른 근로만을 제공했을 때 받은 임금 총액을 기초로 판단해야 함이 원칙이다.

법에 통상임금의 정의나 범위에 관해 따로 규정을 두지 않았고, 법문은 문언에 따라 해석함이 가장 기초적인 법문 해석 방법임을 고려할 때, 통상임금은 말 그대로 통상(通常) 임금이

고, 그 ‘통상’의 의미는 일차적으로 사전적 의미로 해석해야 한다(국립국어원의 표준국어대사전 검색 결과으로 통상은, “특별하지 아니하고 예사로운. 또는 그런 것”는 뜻이다).

통상임금은 평균임금과 대비되는 개념으로서 평균임금은 ‘사후적인’ 의미인 반면, 통상임금은 ‘사전적인’ 의미의 임금으로 파악되어야 한다. 다시 말해 통상임금은, ‘내가 소정근로시간(법정근로시간 범위 내로서)에 정상적으로 일하면 나에게 주어지기로 예정되어 있는 임금’의 의미로 해석되어야 한다.

그런 의미에서 필자는 통상임금과 평균임금을 통합하자는 의견에 대해서도 소극적으로 본다. 결국 이 의견에는 미리 정해진 수준(통상임금 수준을 넘을 것이라고 생각되지 않는다)으로 평균임금을 일치시키자는 것인데, 평균임금을 둔 취지가 그 평균임금 산정 사유 발생 당시 그 근로자의 생활 수준에 맞도록 평균임금을 정하고 이에 따라 정해진 급여(퇴직금, 재해보상, 산업재해보상보험급여 등)을 지급하자는 것이고, 통상임금보다 높은 수준으로 급여를 받아와 그에 따른 생활수준을 유지하던 근로자가 그와 맞지 않게 퇴직금, 재해보상금 등을 받는다면, 그 급여 지급의 취지가 상당 수준 퇴색할 것이기 때문이다.

#### 4. 근로기준법 시행령 제6조 제1항의 비법규성과 입법화의 당부

발제하는 분들의 지적과 같이, 통상임금을 정의하고 있는 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 상위법의 위임 없이 만들어진 것으로서 법규성을 인정할 수 없고, 단순히 해석 지침 내지 행정청 내부의 업무 준칙의 성격만을 가지고 있다고 생각한다. 대법원 판례가 이 규정과 비슷한 내용으로 임금 해당성과 통상임금 해당성 여부를 판단하지만, 이 규정에 법규성을 부여한 것은 아니다.

이것을 법제화하여 근로기준법에 ‘통상임금의 구체적인 범위와 그 산정 방법에 관하여는 대통령령으로 정한다.’는 규정을 신설할 것인지가 문제될 수 있는데, 필자는 여기에 대해 신중해야 한다고 생각한다.

이미 노동부는 노동부대로 대통령령 규정과 이에 따른 통상임금 산정지침을 통해 통상임금 해당성을 판단하여 왔고, 판례 또한 그 산정에 관한 풍부한 해석례를 내놓았는데, 이것을 성문화하여 법제화하는 것이 쉽게 가능할지 의문이고, 그것이 현재 통상임금 판단 원리로서 자리잡은 ‘사전(事前)적 의미로서 임금’이라는 원리를 훼손하지 않으면서 그것을 입법화하는 것은 또다른 분란을 낳을 수 있다.

업무상 재해 판단에 관하여 판례가 많은 법리가 형성된 이후, 산업재해보상보험법을 개정하면서 ‘업무상의 재해의 구체적인 인정 기준은 대통령령으로 정한다’는 규정이 신설되었지만(2007. 12. 14. 개정 산재법에서 처음 이 규정이 만들어졌다. 같은 법 제37조 제3항. 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004두6549 판결 등은 이 규정 신설 전의 산업재해보상보험법 시행규칙에 규정된 업무상 재해 판정 기준을 단순한 사무처리준칙으로 보았다), 그 이후에도 판



례 법리가 그대로 유지되고 있음은 입법화가 반드시 관례와 행정 지침의 괴리에서 비롯되는 문제를 해결해주지 못하고 있음을 말한다.

## 5. 임금의 판단 징표 - 정기성, 일률성, 고정성, 지급의무

임금의 정의는 근로기준법에 정해져 있다. ‘근로의 대가’가 임금이다. 그리고 명칭이 어떠하던지 근로의 대가로 지급되는 금품은 임금이기예, 근로, 근로관계, 파견과 도급 등 노동법상 여러 문제에 관한 판단과 마찬가지로 임금에 해당하는 금품인지 여부를 판단하는 것 또한 ‘명목’과 상관없이 실질로 판단해야 한다.

그런데 사용자가 근로자에게 지급한 금품이 근로의 대가인지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 반대되는 것으로 상정되는, ‘실비변상적 지급’, ‘지급의무 없이 호의로 지급되는 금품’, ‘복리, 후생적 급여’ 등과 근로 대가성 여부의 판단이 모호할 때가 많은 것이다.

그리하여 도입된 임금 판단의 징표가 계속성, 정기성, 일률성, 지급의무 존재 여부이다. 즉 계속적·정기적·일률적으로 지급된 금품으로서 사용자에게 지급 의무가 지워져 있으면 임금으로 볼 수 있다는 것이다. 나아가 통상임금 여부를 판단할 때에는 고정성을 판단 징표로 추가한다.

여기서 말하고 싶은 것은, 이러한 판단 징표는 임금 해당성 판단을 위한 도구로서 도입된 것이지, 그 자체가 임금의 개념 요소는 아니라는 것이다. 즉 설사 계속성, 정기성, 일률성이 없는 금품이라도 ‘근로의 대가’로 지급된 것이 명백하다면 이 역시 임금으로 보아야 한다. 가령, 사용자가 근로자에게 임금을 지급하면서, ‘이번에 성사된 사업은 당신의 공(노력)이 크기에 성과급으로 얼마를 지급한다’고 하면서 지급된 금품이라면 이 역시 임금이 아니라고 말할 수 없다. 즉 ‘일을 잘 했기에 그 보상으로(=대가로) 지급한다’는 인식과 의욕이 있었기에 지급된 금품이라면 이 역시 임금으로 보아야 한다는 것이다. 그런 의미에서 대기업에서 연말에 경영성과에 따라 지급되는 각종 성과급이나 실적에 따라 지급된 금품을 임금으로 보지 않은 관례<sup>3)</sup>는 다시 검토될 여지가 있다.

한편, 통상임금의 판단 징표로 쓰이는 ‘고정성’에 관하여, 김기덕 변호사님의 발제문 III. 2. 가.에 있는 “실제 근로 여부에 따라 지급 여부나 지급액이 달라지는 임금은 통상임금이 아니라는 논리로 일관한다면 기본급조차도 결근시 감급되는 경우 통상임금이 아니라는 부당한 결론에 이른다.”는 내용에 동의한다.

고정성은 ‘사전에 임금이 정해져 있다’는 의미 안에서만 유효한 판단 징표이다. 따라서

3) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결, 대법원 1999. 9. 3. 선고 98다34393 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 54339 판결, 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다16722 판결, 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결, 대법원 2005. 10. 13. 선고 2004다13755 판결, 대법원 2005. 10. 13. 선고 2004다13762 판결, 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다54029 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 53339 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2001다76328 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 54339 판결 등

‘정상적으로 근무한다면’ 지급 여부가 당연히 정해져 있고, ‘결근’, ‘징계’, ‘휴직’ 등 비정상적인 상황에서 일정 금액을 감액하여 지급하기로 한다거나 아예 지급하지 않기로 정해진 각종 수당(가령 정근수당)을 통상임금에서 제외하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

가족수당에서 지급 조건이 되는, ‘가족의 수’, ‘부양 여부’ 등도 노무 제공과 관련 없는 요소 역시 고정성에서 고려될 요소는 아니라고 생각한다. 가정을 이루어 아이를 낳는 것이나, 나이든 부모를 모시는 것은 사업장에서 노무를 제공하는 것과 아무런 관계가 없으며, 이것을 하나의 ‘유동적’ 조건으로 보고 고정성을 부인하면서 이러한 조건 아래 지급되는 가족수당을 통상임금으로 보지 않는 것 역시 타당하지 않다.

## 6. 상여금의 통상임금 해당성

1개월을 초과하는 단위로 지급되는 금품 역시 통상임금에 해당하는 판례는 이미 있었고, 상여금이 말 그대로 경영 성과에 따라 지급 여부가 좌우되는 것이 아니라 매년 기본급의 몇 100%라는 식으로 그 지급액이 사전에 정해졌다면 ‘명목 여하에 불구하고’ 근로의 대가로 지급되는 금품인 이상 통상임금에 해당하는 것은 당연한 것이다.

이번 2012. 3. 29.의 대법원 판결은 이러한 취지를 확인한 것에 불과할 뿐 새로운 판시를 내놓은 것은 아니다.

## 7. 통상임금 범위에 관한 합의

하 교수님께서서는 통상임금에 포함되는 성격의 임금을 통상임금에서 제외하는 합의의 효력에 관해, 그 합의가 전부 무효가 아니며 전체적으로 보아야 한다는 판례가 있다고 하면서, 반면 대부분의 판례가 그러한 합의에 대해 법정 근로조건에 미치지 못하는 계약이어서 무효라고 하는 데에 의문을 제기하는 듯하다(II.3. 통상임금과 당사자 합의, V.2.다. 당사자 합의를 인정하지 않는 경직성). 그러면서 그 근거로 퇴직금 지급과 관련하여 평균임금에 관해서는 그 포함되는 임금을 제외하더라도 결과적으로 법정 퇴직금보다 많은 퇴직금을 지급받는다면 합의의 효력을 인정하고 있음을 든다.

그러나 판례가 평균임금에 포함되는 임금 범위에 관하여 당사자 합의를 유효하다고 인정하는 것이 아님은 그 판례 취지를 전체적으로 볼 때 분명하다. 즉 그와 같은 합의를 인정하는 주된 이유는 퇴직금에서 퇴직금 산정의 3요소 중 하나인 평균임금에 관하여는 일부 수당을 평균임금 산정 대상에서 제외하는 대신<sup>4)</sup> 다른 산정 요소에서 최저 법정 기준을 넘기만

4) 사실 근로기준법, 근로자퇴직급여보장법에서 최저 법정 기준으로서 퇴직금액을 계산할 때 평균임금과 계속근로년수이라는 도구가 쓰이고 있지, 근로계약이나 퇴직금 규정, 단체협약 등에서 다른 방법으로 퇴직금을 계산하기로 정하는 것은 얼마든지 가능하다. 가령 단적으로 ‘퇴직하는 모든 근로자에게 퇴직금으로 1억 원을 지급한다.’고 정하는 것도 가능하다. 즉 근로계약, 퇴직금 규정, 단체협약 등에서 퇴직금 산정을 할 때 기초임금×근로년수×지급률의 방법으로 퇴직금을 계산할 때 기초임금을 반드시 평균임금으로 할 이유는 없다. 기초임금

하면, 그 퇴직금 산정 방식이 잘못된 것이 아님을 밝힌 것이지, 법에서 정해진 평균임금에서 일부 수당을 제외하는 약정을 유효하다고 본 것이 아니라는 것이고,<sup>5)</sup> 법정 최저 기준에 미치지 못하는지 여부는 각 산정 요소별로 따질 것이 아니라, 그 최종 산정 결과를 법정 최저 기준에서 따진다는 의미이다.

통상임금에 관해서도 마찬가지다. 어느 사업장에서 법정 수당을 법에 정해진 다른 방법으로 수당액을 계산하는 것도, 그 산정 결과가 법정 최저 기준을 넘기만 하면 그것을 무효라고 할 이유가 없고, 법상 최저 기준을 마련하여 반드시 지급하여야 할 수당이 아니라 새로운 수당을 신설하면서 그 임금액을 산정하는 도구로서 설사 ‘통상임금’이라는 표현을 썼더라도, 그 수당은 법상 최저 기준으로 지급되는 수당이 아니기에 그 통상임금 범위를 일정 범위 임금으로 제외하더라도 유효하다는 취지가 하 교수님이 소개한 판례<sup>6)</sup>이다.<sup>7)</sup>

예를 들어, 어느 사업장에서 시간외 근로수당을 계산하면서 법에 정해진 통상임금으로 계산하지 않고 일정 범위만의 기본급과 수당만을 시간외 근로수당 산정 기초가 되는 임금으로 하면서, 대신 가산율을 50%로 하지 않고 100%로 하고, 그 시간외 수당 산정을 하면서 기초급여액을 통상임금으로 하지 않고 일정 수당을 제외하여 기초급여액을 산정하는 것은, 그와 같이 계산된 수당액이 통상임금에 가산율 50%를 적용하여 계산되는 법정 최저 기준인 시간외 근로수당보다 많은 금액이라면, 법 위반이 아니다.

그리고 시간외, 야간, 휴일 근로수당 등 법정 수당이 아니라 임의로 수당을 신설하고, 그 수당 계산을 통상임금에 몇 %라는 식으로 계산한 경우 이에 따라 계산되는 수당액의 계산은 그 통상임금이 무엇을 뜻하는지(즉 근로기준법에 정해진 통상임금을 뜻하는지, 아니면 단순히 수당 산정의 기초가 되는 급여액을 뜻하는지)에 관해서는 당사자 의사 해석 문제로서 만일 단순한 수당 계산의 기초가 되는 급여액을 뜻한다면 그 범위에 관해 일정 범위의 수당을 여기에서 제외하는 약정에 대해서 유효성을 인정할 수 있을 것이지만, 그 ‘통상임금’의 의미에 관해 근로기준법에서 말하는 통상임금 내지 순전한 문언적 의미로서 통상(通常)임금을 뜻하는 것이라면, 그것에 일정 범위 수당을 제외시키는 것에 관해서는 신중하게 보아야 한다.

이런 의미에서 판례가 통상임금 범위에 관해 당사자의 합의에 대한 유효성을 어떤 경우에는 인정하였다고 해석하는 것에 대해서는 신중한 태도를 취해야 한다고 필자는 생각한다.

---

범위를 평균임금보다 줄이는 대신, 근로년수나 지급률을 법정 최저 수준보다 높임으로써 총액을 최저 법정 기준으로서 퇴직금보다 많기만 하면, 법 위반은 아니라고 본다는 것이 판례의 정확한 의미다.

5) 퇴직금에서 평균임금이라는 말을 써서 개별 사업장에서 퇴직금을 정하더라도 이는 법에서 말하는 평균임금이 아니다. 즉 이 산정요소는 단순한 퇴직금 산정 요소 중 하나로서 ‘퇴직금 산정에서 쓰이는 도구’로서 ‘기초임금’을 뜻할 따름이다. 참고로 이 부분에 관해 공무원연금법은 이 부분을 평균임금이라 말하지 않고 기준소득월액이라 부르고 있다.

6) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다81523 판결(울산광역시 남구 환경미화원 사건)

7) 한편, 근로계약 등에서 시간외 근로수당 산정을 위한 통상임금을 정의하면서, ‘근로기준법에 따른다’고 하면서도 실제 적용 과정에서 일정 범위 수당을 제외하였다면 그것은 법 위반이 될 것이다.



## 통상임금 해석에 대한 대법원 판단의 문제점과 개선 방향

조 영 길

(아이앤에스 법무법인 변호사)

### 1. 서 론 : 국내 현실의 임금체계에서 통상임금 해석에 대한 대법원 판단의 중요성과 심각성

국내에 현실적으로 존재하고 있는 수 많은 사업장들이 가지고 있는 임금체계에서 통상임금의 중요성은 그 중요도 및 파장이 가장 크다고 해도 과언이 아니다. 법적으로 통상임금을 기준으로 시간외 근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당과 같은 법정 할증 임금과 해고 예고수당 등을 산정해야 하고, 이렇게 산정된 각 수당들이 평균임금에 포함되어 퇴직금, 미사용휴가수당, 휴업수당 등의 계산 기준이 되기 때문이다. 뿐만 아니라 수많은 기업들이 이 통상임금을 각종 상여금이나 성과금의 산정 기준으로 삼고 있다. 따라서 통상임금이 변하면 각종 법정 할증임금, 퇴직금, 미사용휴가수당, 휴업수당은 변하는 것이 의무적이고, 수 많은 사업장의 상여금, 성과금 등과 같이 통상임금을 기준으로 한 모든 임금 항목들이 연쇄적으로 변화할 수 밖에 없다. 고용계약에서 가장 중요한 요소의 하나인 임금에 대한 권리자 및 의무자 모두에게 지대한 영향을 미친다. 통상임금 해석 기준이 변하면 전국 모든 사업장의 임금체계 전반이 변하게 되고 이것에서 벗어날 수 있는 사업장은 국내에 존재하지 않는다.

따라서 수 많은 분쟁을 타당하게 해결하고, 불필요한 분쟁을 예방하려는 의무를 가진 법원은 마땅히 통상임금의 해석에 있어서도 명확하고도 타당한 기준을 일관되고 안정되게 제시함으로써 모든 사업장의 임금 관련 분쟁을 정당하게 해결하고, 소모적 분쟁이 예방되도록 해야 한다.

그러나, 우리의 대법원은 임금 중 가장 기초로서 전체 임금체계의 변화를 가져올 수 있는 통상임금 해석에 있어서 명확하고도 일관된 일반기준을 제시하지 못한 채 사례마다 구체적 사정을 고려하는 판단을 해 왔을 뿐만 아니라, 해석의 기준을 지속적으로 또한 중대하게 변화시켜 왔다. 그 결과 법률전문가들조차 특정 임금 항목이 통상임금에 해당하는지 분명하게 판단하기조차 어렵게 했고 전국의 수 많은 사업장들의 임금체계는 근간이 흔들리며 수 많은 임금 분쟁의 혼란에 빠지고 있다.

그 대표적인 것이 상여금에 대한 통상임금 해당성 판단이다. 특히, 1임금 산정기간(통상 1개월)을 넘어서는 임금 항목에 대한 통상임금 해당성 판단이 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결(이하 “의료보험조합 판결”)을 계기로 그때까지 부정하던 입장을 긍정하는 입장으로 바뀌으로써 통상임금을 기반으로 한 임금 실무에 엄청난 충격과 혼란을 초래해 오고 있다. 위 의료보험조합 판결은 1개월을 초과하여 지급되는 것도 정기적, 고정적, 일률적이면 통상임금에 포함된다고 법리를 전개하면서 매년 단 1회에 지급하는 체력단련비, 월동보조비까지 통상임금에 포함시켰던 것이다. 그 결과 종전에는 통상임금에 포함되지 않는 것으로 오랫동안 인식해왔던 임금 당사자들 중 권리자들인 수 많은 근로자들은 1개월을 초과하여 지급되는 각종 임금 항목을 통상임금에 포함시켜서 다른 관련 모든 임금들을 다시 계산해달라는 수 많은 소송들이 줄을 이어 제기하기 시작했다.

그 이후 수 많은 하급법원들과 대법원은 이어진 수 많은 통상임금 소송들에 대한 판결들을 통해 의료보험조합 판결의 법리를 따라 1개월 넘는 수 많은 임금 항목들도 통상임금에 포함시키더니, 급기야 올해인 2012. 3. 29.에는 현실의 임금 항목 중 기본급을 제외하고 가장 비중이 크고, 지금까지 단 한번도 통상임금에 포함되지 않았던 1개월을 초과하여 지급된 상여금(사례에서는 3개월마다 지급된 상여금)도 통상임금에 포함된다는 판결을 내리기에 이르렀다<sup>1)</sup>(이하 “금아리무진 판결”).

올해 내려진 대법원의 금아리무진 판결을 계기로 전국에서는 종전에는 통상임금에 포함되지 않던 정기상여금을 통상임금에 산입시켜달라는 새로운 임금 소송들이 또다시 줄을 이으며 법원을 향해 제기 되고 있다.

노동계는 환호하며 수 많은 근로자들을 새롭게 원고로 하는 수 많은 집단 소송 등을 통하여 “상여금 및 제 수당의 통상임금화”를 추진하겠다는 의지를 공공연히 밝히고 있다.

반면, 정기상여금이 통상임금에 포함되는 경우 임금 시효가 남은 3년의 과거 임금 추가 효과만 추산해도 수백억, 수천억원, 심지어 조원에 육박한다는 기업들의 고통스러운 호소들을 토론자는 실무에서 계속 접하고 있다. 국내 산업 전체에 미치는 부담이 수십 조를 넘어 수백 조원에 이를 것이라는 충격적이지만 부인하기 어려운 전망도 나오고 있다.

지금까지 있어온 노동사건에 대한 수 많은 대법원 판단 중 국가 사회에 미치는 경제적 파장과 지우는 부담이 가장 큰 판단이라고 토론자는 생각한다. 통상임금의 해석에 대한 일련의 대법원 판례의 변화를 모두 수용하면 통상임금은 거의 평균임금에 육박하고, 30년 가까운 세월 동안 구축해온 임금체계가 흔들리며, 예측하지 못했던 임금 상승 때문에 사업장들은 당혹감을 감추지 못하고 있다는 하갑래 교수의 판단에 동의한다.

통상임금 해석에 대한 우리 대법원 판단의 태도와 지속적인 변화를 추구하는 태도는 우리 사회에 초래하고 있는 이 수많은 임금 분쟁들, 천문학적인 경제적 부담들을 정당화할 정도로 타당한 입장인가? 정당하지 못한 문제들이 있다면 무엇인가? 그리고 바람직한 개선방향은 무

1) 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결

엇인가? 등에 대한 토론자의 의견을 발제 논문과 관련하여 간단히 밝히고자 한다.

## 2. 본 론 : 통상임금 해석에 대한 대법원 판단의 문제점

### (1) “1임금지급기(1개월)을 넘어서는 급여도 통상임금에 해당할 수 있다”는 의료보험조합 판결 및 같은 취지의 대법원 판결들의 문제점

대법원이 1996. 2. 9. 의료보험조합 판결에서 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것도 통상임금에 해당할 수 있다는 판단을 하기 전까지 대법원은 “통상임금은 1임금산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급”이므로 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 상여금은 통상임금이 아니라는 판단을 여러 차례의 판결을 통해 일관되게 유지해왔다<sup>2)</sup>.

대법원의 이러한 태도는 통상임금을 법적 개념으로 규정하고 각종 법정 할증임금의 기준 임금으로 삼는 법제를 최초로 유일하게 가진 일본의 태도와 정확하게 일치한다. 현실적으로 사업장에 큰 영향력을 미치는 노동부의 행정해석의 태도와도 일치되어 혼선을 유발시키지 않았고 지금보다도 현실의 임금 실무는 안정적이었다.

그런데 의료보험조합 판결처럼 시간외 근로 수당, 야간근로 수당, 휴일근로수당 등 기준 임금을 1임금지급기가 넘어서 지급되는 급여까지 포함시킬 경우 기간과 관계 없이 연간 지급되는 모든 급여를 정기성, 일률성, 고정성에 해당하는지 판단하지 않는 한 기준 임금이 확정되지 않게 되므로 1개월 내지 수개월만 근무하는 근로자의 할증임금을 계산하지 못하거나 어렵게 되는 불합리가 존재하게 된다.

의료보험조합 판결 이전의 대법원의 판단이 통상임금을 인정하는 입법취지와 통상임금의 기능 및 필요성에 충실했던 타당했던 판단이라고 토론자는 생각한다. 토론자의 실무 경험으로도 위 의료보험조합 판결 이전에는 통상임금을 다시 산정해 달라는 임금 소송들이 지금처럼 수도 없이 많이 제기되어 전국의 사업장들을 뒤흔들지는 않았었다.

일본과 달리 명문으로 1개월을 넘어 지급되는 것은 통상임금에서 제외된다고 시행령에 규정하지 않았어도 일본의 제도 취지를 거의 그대로 반영한 우리의 법정 할증임금체도가 입법 취지를 일본과 동일하게 해석한 것은 타당했었다고 판단된다. 이러한 태도는 통상임금 해석에 대하여 수십 년간 국내 모든 임금 당사자들의 해석과 적용의 기준이 되어 왔다.

그런데 대법원은 무슨 일인지 갑자기 1996. 2. 9. 의료보험조합 판결에서 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것도 통상임금에 해당된다고 함으로써 통상임금 산정에서 기간의 제한을 완전히 없애 버렸다. 그리고 1년에 단지 1회 지급되는 체력단련비, 월동보조비까지 통상임금이라고 판단하기까지 이르렀다. 이 의료보험조합 판결은 실질적으로 종전의 대법원의 반복된 입장과 명확하게 배치되는 것이었다.

2) 1994. 10. 28. 선고 94다26615판결, 1990. 2. 27. 선고 89다카2292 판결, 1990. 11. 9. 선고 90다카6948판결, 1990. 11. 27. 선고 89다카15939 판결, 1991. 6. 28. 선고 90다카14758판결 등

이 판결을 계기로 그 동안 통상임금에 해당하지 않는다고 여겨져 왔던, 1개월을 넘는 지급기를 가진 수 많은 수당들과 급여항목들이 통상임금에 산정될 수 있다는 기대감을 근로자들에게 줌으로써 수 없이 많은 각종 임금 소송들이 줄을 잇기 시작했다. 위 의료보험조합 판결의 법리 때문에 종전에 통상임금이 아닌 것이 명백했던 임금 항목들이 통상임금에 들어가기 시작했고, 그 결과 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당 등이 다시 산정되었으며, 나아가 평균임금이 다시 산정되어 퇴직금을 다시 산정하여 종전에 지급된 것과의 차액의 지급을 명하는 판결들이 계속 이어졌다.

이제 실제 임금 실무에서 과연 어떠한 임금이 통상임금이 아닐 수 있는 것인지 아무도 자신 있게 판단하기 어려운 사정이 되어 버렸다. 연1회 지급되는 급여 항목도 정기성, 일률성, 고정성을 충족시킨다고 본 이상 그 어떤 임금이 어떠한 사정으로 통상임금의 요건을 충족하지 않는다고 판단하기 어렵게 되었기 때문이다.

이전에는 통상임금에 포함되지 않던 임금항목들이 점점 더 통상임금에 포함된다는 판결들이 늘어나더니 급기야 가장 금액 비중이 크고 단 한번도 통상임금에 포함되지 않았던, 1개월을 초과하는 지급기를 가진 정기상여금까지 통상임금에 넣게 되는 판단을 하는 금아리무진 판결까지 나오게 된 것이다.

노동계는 이 판결을 계기로 수 많은 근로자들을 새롭게 원고로 조직화하여 수 많은 집단 소송 등을 통하여 “상여금 및 제 수당의 통상임금화”를 추진하겠다는 의지를 공공연히 밝히고 있다.

연1회 지급되는 것도 정기, 고정, 일률적이라면 향후 2년마다 3년마다 지급되는 것도 정기, 고정, 일률적으로 판단되지 않을 것이라고 과연 누가 장담할 수 있을 것인가?

통상임금의 해석에 있어서 근로기준법 시행령과 의료보험조합 판결 이전의 대법원 판결에서와 같은 시간적 제한(시간급, 주급, 월급 금액)을 가하지 않고, 의료보험조합 판결에서와 같이 시간적 제한을 완전히 없애 버리면 정기, 고정, 일률이라는 추상적 개념이 가진 확장성은 판단자에 따라 제한이 없이 넓어지고 길어지게 된다. 거의 모든 임금의 통상임금화가 가능해지는 것이다. 법의 이념 중의 하나인 법적 안정성은 중대하게 훼손되는 것이다.

올해인 2012년에 나온 금아리무진 판결도 부당하지만 이 판결을 나오게 만든 원인이 되는 법리를 제공한 1996년의 의료보험조합 판결은 통상임금 해석을 시기적으로 무제한 확장하도록 했다는 점에서 더 부당하다고 토론자는 판단한다.

연장근로, 야간근로, 휴일근로 등의 기준임금에 법률로 강제로 포함시키는 임금 항목을 1임금지급기인 최대 1개월을 넘어서, 그것도 단지 연 1회 지급되는 것까지 할증임금의 기준임금에 강제로 포함시키는 태도를 가진 법제나 판례를 가진 나라가 우리나라 말고 과연 있을 수 있을 것인지 진정 의문이다. 우리나라 대법원이 통상임금 해석에 관한한 보편타당성을 잃은 판단을 하고 있다는 우려를 떨치기 어렵다.

물론 금아리무진 판결은 ‘해당 상여금이 미리 정해놓은 각 비율을 적용하여 산정한 금액



을 분기별로 지급하고, 퇴직자에게 월별로 계산지급한다’는 점을 들어 통상임금에 해당한다고 하였으므로, 모든 정기상여금을 통상임금으로 인정했다고 일반화하는 것은 경계해야 한다. 그러나, 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것도 정기성, 일률성, 고정성이라는 추상적 요건을 맞추면 연 1회 지급되는 것까지 월 통상임금 계산에 포함되어야 한다는 의료보험조합 판결의 판단과 같은 취지의 금아리무진 판결이 택하고 있는 법리는 통상임금의 본래의 입법 취지와 기능, 필요성에 비추어 부당하다고 판단된다. 정기성, 일률성, 고정성이라는 통상임금 개념을 연 1회 지급하는 것까지 확장하고 또 더 길고 넓게 확장 해석할 여지를 남긴 위 의료보험조합 판결의 법리와 지속적으로 통상임금의 범위를 확장해가는 변화를 계속하고 있는 대법원의 태도는 사법부의 본분인 법률 해석과 판단을 넘어서 새로운 입법을 하는 태도까지 나아간 것이라고까지 평가받을 수 있다고 본다. 만일 우리 대법원은 통상임금의 해석 기준이 변하는 경우의 파장의 심각성을 충분히 알고도 그렇게 지속적으로 입장 변화를 하는 것이라면, 이는 사법의 한계를 넘어서는 것으로서 법적 안정성을 중대하게 훼손하는 위헌적인 요소를 가지고 있다고까지 하지 않을 수 없는 것이다.

## (2) 대법원 판례 변경 절차의 문제점

위 의료보험조합 판결은 1996년 이전까지 여러 차례 반복되어온 1개월 이상의 지급기를 가진 임금을 통상임금에서 제외한 대법원 판결과 정반대의 법리를 채택하는 것이었다. 실제 하급 법원들은 위 의료보험조합 판결을 통상임금 해석에 대한 대법원 판결의 변경으로 받아들여서 통상임금 해석에 있어서 1996년 이전의 1임금지급기에 지급하기로 정한 고정급이라는 판단 기준을 적용하지 않고 임금지급기가 1개월을 넘어서는 것도 통상임금에 해당될 수 있다는 법리를 적용하기 시작했다. 또한 대법원도 1996년 이후 통상임금 해석 적용에 있어서는 1임금지급기를 넘어서는 급여는 통상임금에 해당하지 않는다는 법리를 채택하지 아니하고 1개월이 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 임금도 통상임금에 해당될 수 있다는 위 의료보험조합 판결의 법리를 계속 반복 인용했다.

그런데, 정작 위 의료보험조합 판결은 법원조직법상의 대법원 판례의 변경절차인 전원합의체 판결 절차(법원조직법 제7조 제1항 제3호)를 따르지 않았다.

지금까지 나온 수 많은 노동사건에 대한 대법원 판단 중 임금 권리자 및 의무자뿐만 아니라 산업 전반에게 가장 그 경제적 파장과 부담이 크다고 볼 수 있는 통상임금 해석에 대한 중대한 변경을 대법원은 어찌하여 법원조직법의 소정 절차에 따라 전원합의체에서 신중하게 심리하여 판결을 내리지 않았는지 지금까지 큰 의문을 품지 않을 수 없다. 그리고 대법원 1개 부에서 심리 판결 한 것을 이후 대법원 판결들은 약속이나 한 듯이 지속적으로 따르며 통상임금에 포함 임금들을 지속적으로 확장해가는 태도를 취하여 마치 대법원 판례가 변경된 것처럼 여기게 한 것은, 대법원 스스로 수 많은 사례로 거듭 확인한 대법원 판례의 법리를 변경하면서 법률이 정한 소정 절차를 거치지 않았다는 비난을 받을 소지가 충분하다고 판단된다.

따라 만일 하급법원들은 96년 이후의 판결이 아닌 94년까지의 대법원 판례를 따라 1임금 지급기를 넘어서 지급하는 임금은 통상임금이 아니라고 판결한다고 하여 대법원 판례를 거스르는 판결을 한 것이 아닌 것이 된다.

이제라도 대법원은 마땅히 전원합의체를 열어 통상임금 해석 기준에 대한 대법원의 태도가 현실의 임금 당사자들에게 가져오고 있는 수 많은 분쟁들 및 국내 산업계에 미치는 심대한 부담<sup>3)</sup>을 충분히 고려하고, 비교법적으로도 충분히 연구, 다각도 및 심층적으로 심리하여 우리나라가 겪고 있는 이 엄청난 혼란상을 바르게 바로잡는 현명한 판결을 내릴 수 있기를 바란다.

### (3) 임금 당사자들의 정의 관념에 부합하지 않는 문제점

통상임금 해석 기준을 놓고 대법원 판단이 이토록 큰 변화를 가져오는 것에 대하여 현실 실무에서 임금 당사자들은 자신들의 정의관념에 비추어 어떻게 받아들일까? 1개월이 넘는 기간에 지급되는 상여금이나 수당항목들이 통상임금에 포함되지 않는다는 것을 수십 년간 당연하게 인식해 오던 임금 당사자들은, 1개월이 넘는 기간마다 지급되는 것도 통상임금에 해당됨에 따라, 특히 금아리무진 판결처럼 정기상여금도, 의료보험조합 판결처럼 연 1회 지급되는 것도 모두 통상임금에 포함되므로 자신들의 사업장에서도 다시 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당 등이 3년치가 다시 계산되어 그 차액을 더 받을 수 있고, 퇴직금도 다시 계산되어 더 받을 수 있으며, 더 지급해야만 한다는 것을 새롭게 인식하게 된다. 그렇다면 이러한 대법원 법리에 대해 권리자인 근로자들은 정말 억울한 권리를 되찾은 감격을 누리고, 의무자인 사용자들은 그 동안 누려온 부당한 이익을 당연히 내려놓아야 한다는 사필귀정의 자세로 수용할 수 있을까? 정의로운 판결이라면 당사자의 상식적인 정의관념에 비추어 권리자, 의무자에게 이처럼 받아들여져야 마땅하다.

그러나 토론자가 실무가로서 현장에서 체험하는 당사자들의 인식은 결코 그렇지 않다. 의무자인 사용자들은 거의 예외 없이 청천벽력과 같이 전혀 예상하지 못했던 불의타를 맞은 심정이다. 그 동안 임금에 대한 대법원 판례와 법제에 대한 신뢰가 한꺼번에 무너져 내릴 뿐 아니라 그 부담의 크기가 회사 경영을 중대하게 위태롭게 할 만큼 막대하여 향후 회사의 미래를 놓고 말할 수 없는 큰 걱정과 탄식을 쏟아 놓는다. 어찌 대법원이 이렇게까지 할 수 있느냐며 하소연을 한다.

반면 토론자가 경험한 대부분의 근로자들은 취업당시부터 1개월이 넘는 지급기를 가진 것은 통상임금에 포함되지 않는 것을 당연시했기에 억울했던 정당한 권리를 되찾은 정당한 환희보다는 전혀 예상하지 않았던 뜻밖의 큰 횡재를 얻었다는 감정으로 받아들이는 경우가 많

3) 토론자는 위 의료보험조합 판결이나 금아리무진 판결을 내린 대법관들이나 관여 재판연구관들이 그 판결의 과정이 우리나라 임금 현실에 개별기업에는 규모에 따라 3년의 효과만도 수십, 수백, 수천억원 나아가 조원을 넘어서는 부담을 줄 수 있고, 산업 전체에는 수십조, 수백조 이상의 경제적 부담을 주는 것이라는 것을 과연 명확히 인식하고도 동일한 판결을 내릴 수 있었겠는지 의문이다.

았다.

무릇 법은 사회 공동체 구성원의 상식적인 법감정에 부합해야 한다. 그러나 단지 연 1회 지급하는 것도, 1임금지급기를 넘어서는 상여금도 연장근로, 야간근로, 휴일근로 수당 계산의 기초인 통상임금에 포함되어야 한다는 의료보험조합 판결과 금아리무진 판결은 대다수의 임금 당사자들이 오랜 기간 당연시 해온 통상임금에 대한 상식적인 정의 관념에 비추어 보아도 정의롭다고 여기기 어렵다. 국민들의 오랜 법과 정의관념에 부합하지 않는 이와 같은 대법원 판결의 입장이 계속되는 것이 정당한 것이라고 동의하기 어려운 것이다.

#### (4) 당사자 자치 부정으로 인한 임금 소송 유발의 문제점

우리는 대법원은 통상임금을 기준으로 한 각종 할증임금 규정을 강행법규로 보고 통상임금 해석에 대한 법원의 해석에 비추어 하회하는 당사자의 해석이나 합의의 효력을 강행법규 위반으로 보고 그 효력을 인정하지 않는다.

그런데 실무적에서는 모든 임금의 기초중의 기초인 통상임금을 두고, 일정한 급여항목을 통상임금에 넣을 것인지 여부에 대해 사용자와 노조 사이에, 또한 사용자와 개별 근로자 사이에 수 많은 임금 협상을 하고, 또 협상 끝에 합의를 한다. 통상임금 해당 여부가 명확하지 않고, 또 분쟁을 예방하기 위해 당사자가 협상을 통해 합의를 해 두는 것이다.

그러나, 우리나라 법원은 노사간에 수많은 제반 사정을 감안하여 통상임금에 포함되는 임금항목을 합의하여도 그 합의가 법원이 해석한 기준에 미달하면 이를 인정하지 않는다. 그리고 여전히 통상임금 해석 기준은 그 기준의 추상성과 적용 과정의 다양성 때문에 앞서 본 바와 같이 전문가가 보더라도 판단을 내리기 어려울 정도로 어렵고 모호하다.

이러한 대법원의 태도 때문에 우리나라에서는 통상임금에 대하여 치열하게 협상하여 명확히 합의하고도, 그 합의가 과연 법원의 해석에 비추어 문제가 없는지, 더 받을 권리가 있는지 여부를 확인하기 위한 소송들이 계속 발생하게 된다.

할증 임금 기준에 대하여 노사간에 대등한 협상을 통하여 합의해도 법원이 이를 일일이 검토하여 유, 무효를 판단하려는 입장은 경직적이며 이해하기 어렵다는 하갑래 교수의 의견에 동의한다. 우리 대법원이 당사자 자치를 인정하지 않는 태도를 계속 견지한다면 우리나라에서 통상임금 해석에 대한 지금과 같은 수 많은 대량 소송사태는 결코 끝나지 않을 것이다. 이론적으로 통상임금에 대하여 새로운 합의를 할 때마다 새로운 소송의 가능성이 생기게 되는 것이기 때문이다.

임금 분쟁의 해소자 역할을 해야 할 법원이 지금처럼 수 많은 임금 분쟁의 유발자 역할을 하게 되는 것은 이와 같이 통상임금에 관한 당사자 합의의 태도를 존중하지 않는 것에서 비롯되는 것이다.

독일 등 다른 선진국가에서처럼 할증임금에 대한 노사 당사자 합의는 특별히 부당하지 않는 한 효력을 인정하는 방향으로 대법원이 판단 태도를 바뀌어야만 법원이 임금 분쟁의 유발

자가 되는 지금의 불합리하고 소모적인 상황이 없어지게 될 것이다.

### 3. 결 론 : 개선 방향

통상임금 해석과 적용을 놓고 전국 거의 모든 사업장은 예외 없이 중대한 소송 위험에 노출되어 있다. 소송 결과 여하에 따라 사용자가 큰 부담을 감당하지 못하고 경쟁력을 상실할 수 있는 위험을 가지고 있다고 절망적 호소를 하고 있는 사업장들도 부지기수이다.

가장 신속하고도 명확한 대안은 입법적 개선이라는 하갑래 교수의 견해에 동의한다. 구체적으로는 시행령 해석을 놓고 발생한 문제이므로 문제된 그 시행령에 1개월을 넘어서는 급여는 통상임금에서 배제한다는 시기적 한계를 명확하게 둔 일본 법제를 따라 우리나라도 ‘1임금지급기(1개월)를 넘어서는 급여는 통상임금에 해당하지 않는다’는 내용을 추가하는 방향으로 현재의 근로기준법 시행령을 개정하는 것이라고 필자는 판단한다. 정부의 신속하고도 용기있는 태도가 아쉽다.

이와 같은 입법적 조치가 취해질 때까지는 우리가 기대하는 것은 사법부인 대법원이 통상임금에 대한 판단을 명확하고 타당하게 바로잡는 것이다. 현재와 같이 대법원이 통상임금에 대하여 시기적 제한 없는 확장 가능성을 부여하고 대법원이 개별 사정을 고려하여 계속 통상임금을 확대하는 방향으로 변화하는 판단을 계속한다면, 대법원이 임금 분쟁들을 타당하게 해소하고 예방, 억제하는 본연의 역할을 결코 수행하지 못할 것이다. 오히려 당사자들이 전혀 예상치 못한 새로운 분쟁들을 만들어 내어 당사자들로 하여금 억울한 손해를 입거나 뜻밖의 횡재를 하는 것으로 여기게 하게 되어 돌이킬 수 없는 막대한 혼란을 초래할 것이다. 이것은 판단 기준의 일관성을 견지하여 사회를 안정시켜야 하는 최고법원의 자세에 부합한다고 볼 수 없는 것이다.

통상임금에 대한 대법원의 이해할 수 없는 태도의 변화는 1996. 2. 9.의 의료보험조합판결에서 시작된 것으로 보인다. 구체적인 임금 분쟁 사건에서 가능한 약자인 근로자의 이익을 더 보호하려는 동기에서 비롯된 것이라고 이해할 수도 있겠으나 이 판결은 결과적으로 대법원 판례가 가지는 최고 권위에 통상임금이 가지는 중대성 효과가 더해져서 국내 거의 모든 사업장의 임금 체계 근간을 흔들어 놓음으로써 우리 사회의 임금 당사자들에게 곱잡을 수 없는 소송사태를 유발하고 있다는 점에서 동의하기 어렵다.

각종 할증임금과 퇴직금, 상여금 등 각종임금 계산이 잘못되었다는 임금 관련 분쟁이 우리나라에는 헤아릴 수 없이 늘어나고 있는데 이러한 현상은 주요 경쟁 선진국에서 거의 볼 수 없는 소모적인 사태로 판단된다.

국내 사용자가 부담할 천문학적 규모의 경제적 부담은 궁극적으로 우리 사회, 산업의 경쟁력 약화로 이어질 것이다.

우리나라 외에 통상임금 법제를 유일하게 가지고 있는 일본의 제도 취지에서도 벗어났고,

대법원 관례의 변경절차도 거치지 않았으며, 임금당사자들이 수십년간 가져온 통상임금에 관한 정의관점에 부합하지도 않는 2012년의 금아리무진 판결뿐만 아니라 그 원인이 된 1996년 의료보험조합 판결 이후의 통상임금 판결들에 대하여, 대법원은 시급히 전원합의체를 열어 심증심리를 하기를 촉구한다. 그리하여 대법원은 1996년 이전의 1임금지급기에 지급하는 고정급에 한한다는 타당한 법리를 대법원 전원합의체 판결을 통해 재확인하고 이를 일관되게 유지할 수 있기를 바란다. 이 방법만이, 그 동안 대법원이 통상임금 해석에 대하여 최고 법원 답지 않게 지속적으로 판단을 변화시키는 마치 입법자적 태도를 견지함으로써 인해 전국 거의 모든 사업장에 수 많은 임금 소송들을 유발해 왔고, 온 나라의 임금당사자들이 끝이 없는 소송 사태의 늪에 빠지게 한 것을, 결자해지의 자세로 신속히 회복시켜주는 것이라고 사료된다. 불필요하고 소모적이며 충격적인 분쟁들을 예방하고 해소하는 대법원 본연의 자세를 통상임금 해석에 대하여도 회복하기를 바라는 마음 간절하다. 끝.



## 토 론 문

김 영 문

(전북대 법학전문대학원 교수)

### I. 들어가며

최근 노동문제의 핫이슈 중의 하나인 통상임금에 대하여 학회 차원에서 논의를 한다는 것은 통상임금의 본질을 다시 한번 성찰하여 그 위상을 재정립할 기회라는 점에서 매우 바람직스럽다고 생각함.

더욱이 발제자들이 법원에서 실제 사건을 직접 다룬 분이고, 주무관청에서 통상임금에 대한 노동문제를 관장하였다는 점에서 발제자들에 관한 한 최근 들어 매우 역사이팅한 토론이 아닌가 생각됨.

2. 발표문 “통상임금의 본질과 통상임금의 개념·산정범위”는 편의상 발표문 1, 발표문 “통상임금제도의 변화와 정책과제에 관한 연구”는 발표문 2라고 함.

3. 토론자가 궁금한 점을 묻는 차원에서 몇 가지 점을 알아보고자 함. (발표문 1에 대하여)

먼저 발표문 1은 통상임금은 근로기준법 제56조의 가산임금 지급에 관한 규정의 틀에서 이해하여야 한다고 봄. 그리하여 법정외 가산임금을 지급하기 위해서는 법정근로시간(발표자는 소정근로시간도 포함된다고 봄) 근로의 대가가 미리 정해져야 한다는 것이고, 법정근로의 대가로 지급하는 임금항목은 모두 통상임금에 해당한다고 봄. 그렇다면 다음과 같은 점에 대해서 발표자는 어떻게 생각하시는지?

1) 근로기준법 시행령 제6조 제1항의 통상임금에 대한 정의는 앞의 전반부의 판단기준 이외에 ‘시간급, 일급, 주급, 월급금액 또는 도급금액’을 통상임금에 해당한다고 규정함. 아마도 이 규정에는 1임금지급기에 지급된 금품이나 수당이 통상임금의 산정기초가 된다는 것을 기본관념으로 한 것이 아닌가 생각됨. 그러나 이 정의 규정에 따르면 연간 지급하는 이른바 ‘연금’(年給)급여는 법률의 정의에서 배제되어 있음.<sup>1)</sup> 그러나 연간 몇 퍼센트를 정하여 지급

1) 물론 근로기준법 시행령 제6조 3항 5호는 일·주·월외의 기간으로 정하여진 임금에 대해서는 제2호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액을 계산하도록 하고 있다. 그러나 제1항의 정의규정에 포섭되지 않는 연금이 제3항 5호에서 언급되는지, 그리고 제3항 5호가 연금을 염두에 두고서 규정된 것인지에 대해서는 여전히 의문의 소지가 있다.

한다는 상여금은 아무리 분기마다 분할지급하던 매월마다 분할지급하던 ‘연금’으로서의 성질을 가짐. 시행령이 규정하고 있지 않은 연금도 통상임금의 산정기초에 포함된다고 하는 것은 판례가 판례를 구속하는 시행령을 넘어서서 법률초월적 법형성을 하는 것은 아닌가?

2) 발제자는 ‘근로의 대가인 임금으로서 통상임금은 연장근로 등에 대해서 가산임금을 규정한 근로기준법 제56조의 이해를 통해서 정립되어야 한다’고 봄. 그리하여 법정외 가산임금을 지급하기 위해서는 법정근로시간(발표자는 소정근로시간도 포함된다고 봄) 근로의 대가가 미리 정해여야 한다는 것이고, 법정근로의 대가로 지급하는 임금항목은 모두 통상임금에 해당한다고 봄. 그리고 법정근로시간 내지 소정근로시간 근로에 대한 임금은 시급, 주급, 일급, 월급 등으로 정하여진 기본급만을 의미하지 않는다고 봄. 다양한 명목의 각종 수당, 금품까지도 그것이 법정근로시간 근로한 근로자에게 지급하는 것이라면 포함된다고 함.

가) 다양한 명목의 각종 수당, 금품이 법정근로시간에 지급되면 이것이 가산임금의 산정기초인 통상임금에 포함되어야 한다고 보시는지요?

나) 다양한 명목의 각종 수당, 금품이 근로의 대가인지를 안따져도 된다는 의미인가요?

다) 만일 법정근로시간의 근로에 대한 대가만이 통상임금에 포함된다면 발표자의 입장에서 근로의 대가는 무엇이라고 보시는지요?

라) 논리적으로는 사용자가 지급하는 각종의 수당이나 금품이 통상임금의 산정범위에 들어오는지에 대해서는 먼저 그 금품이나 수당이 근로의 대가이어야 하고, 따라서 임금에 해당해야 한다는 것이고, 그 중에서 통상임금의 산정기준에 합당한 수당이나 금품이 통상임금의 산정기초로 포섭됨. 따라서 어느 금품이나 수당이 통상임금에 포함되기 위해서는 근로의 대가성→임금해당성→통상임금해당성의 기준을 통과하여야 함. 이를 구분하거나 개념정의하지 않고, 법정근로시간의 근로의 대가로서 지급되는 임금 수준보다 낮은가 여부, 근로기준법 시행령에 따른 통상임금이 법정근로시간의 대가로서 지급되는 임금수준보다 낮은가의 여부는 먼저 법정근로시간의 근로의 대가에 무엇이 들어가고 그 수준이 어느 정도가 되는지를 알지 않고서는 성립되지 않는 문제임. 따라서 통상임금에서 선결문제는 어느 수당이나 금품이 근로의 대가인가의 여부임. 이에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

마) 대법원 판례가 임금일원설을 취하였다고 해서 근로의 대가성 기준이 없어지고, 사용자가 지급하는 모든 수당이나 금품이 근로의 대가성을 갖는 것은 아님. 근로의 대가성 기준은 임금판단의 핵심이라고 보여짐. 예를 들어 사용자가 근로자의 사회적 지위를 고려하여 지급하는 사회보장급여(Sozialleistung)는 근로의 대가성과 관계없이 지급할 수도 있고, 지급근거를 단협이나 취업규칙 또는 근로계약에 정해 둘 수도 있음. 말하자면 ‘미리 정해놓을 수



있음'. 또한 그러한 사회보장급여는 정기적으로 줄 수도 있고, 일률적으로 줄 수도 있고, 고정적으로 줄 수도 있음. 그러나 근로의 대가성이 없는 것은 사실임. 그럼에도 근로의 대가성이 없는 이러한 사회보장급여가 통상임금의 산정기초에 포함되어야 하는 것인가? 통상임금을 재정립하기 위해서는 이제 근로의 대가가 무엇인지를 살펴보아야 함. 근로의 대가가 아닌 것을 통해 근로의 대가를 설명하려는 이른바 '소거설'이나 '否定'(Negation)의 방법<sup>2)</sup>은 더 이상 유용한 방법은 아니라고 봄. 이에 대해서 발표자는 어떻게 생각하시는지요?

바) 해고예고수당을 정함에 있어서도 가산임금처럼 통상임금은 미리 정해져 있어야 하는가요?

사) 발제자는 '법정수당을 산정하기 위해서는 사전에 그 금액이 정하여져 있어야 하므로 그것은 법정근로시간의 근로의 대가로서 사용자가 지급하는 것 중 **지급하기로 정하여져 있는 임금**이라고 보면 된다'고 함.(발제문 6쪽) 여기서도 근로의 대가가 무엇인지 설명되어야 한다고 봄. 아니면 소정근로시간에 지급하기로 한 것은 모두가 근로의 대가로 보시는지요? 앞서서도 본 바와 같이 근로의 대가가 아닌 수당이나 금품도 단체협약이나 취업규칙으로 소정근로를 하면 '그 지급을 미리 정할 수 있는 것이거나, 지급이 정하여진 것'일 수 있음.

아) 발표자는 고정적인 임금이 아니더라도 지급하기로 정하여진 임금이라서 산정이 가능한 경우라면 이를 이때의 통상임금으로 하여 지급하더라도 문제될 것이 없으며, 평균임금을 보완하는 점에서 볼 때 고정적인 임금만으로 통상임금을 제한적으로 파악하는 것보다 그 취지에 부합한다는 것임.(발제문 8쪽) 또한 발제자는 고정성을 통상임금의 개념요소로 보아서는 안 된다고 봄(발제문 9쪽). 고정성을 통상임금의 개념요소로 보는 관례에 따르면 고정성이 없는 금품은 통상임금의 산정기초가 되지 못함.

고정성이 통상임금의 개념요소가 되어서는 안된다는 견해에 동감함. 그러나 그 이유는 다르다고 생각함. 고정성이 없더라도 미리 정하여져 있으면 통상임금으로 되는 것이 아니라, 고정성의 판단기준은 근로의 대가성 판단과는 무관한 기준이고, 간접정황증거에 지나지 않기 때문에 통상임금의 개념요소가 되어서는 안된다고 생각함. 발제자는 통상임금의 본질에 입각해서 소정근로 또는 법정근로의 대가로서 지급되는 임금은 모두 통상임금에 해당한다고 보아야 할 때 변동적인 수당도 통상임금에 해당한다고 봄. 그러나 그 이유는 지급이 미리 정해져서 그런 것이 아니라, 변동수당도 근로의 대가에 해당하기 때문에 그렇다고 볼 여지도 있음.

차) 관례는 통상임금의 판단기준과 평균임금의 판단기준으로서 정기성, 일률성, 계속성, 고정성 등을 내세움. 그렇다면 결국은 통상임금은 평균임금화하는 것은 아닌지요? 그렇다면 각종 임금이 수당명목으로 지급되는 관행을 시정하기 위하여 입법이나 행정 대신에 사법부가

2) 물론 통상임금 판단기준에 대해서는 관례와 행정해석은 적극적인 방법과 열거방식을 택하여 금품이나 수당의 임금해당성 판단과는 다른 방법을 취하고 있다.

그렇게 나설 권한이 있는가요? 최근의 판례의 통상임금 산정기초 범위 확대는 판례의 임금에 관한 입법정책은 아닌지요?

카) 통상임금은 미리 정하여져 있기 때문에 가산임금의 산정에서는 이를 산정기초로 삼아야 하고, 미리 정하여져 있는 임금은 법정근로시간의 근로에 대한 대가로서의 통상임금이라고 보는 것이 발표문의 핵심이라 여겨짐. 따라서 중요한 것은 어느 금품이나 수당이 근로의 대가인지가 중요한 것이 아니라, 미리 정하여 있으면 법정근로의 대가로 보는 것이라고 여겨짐. 그렇다면 통상임금에서 1임금지급기는 아무런 의미가 부여되고 있지 않은지요? 근기법 시행령이 ‘연급’을 배제한 것은 이 1임금지급기를 염두에 둔 것은 아닌가요?3) 일본은 범문으로 이를 명시하고 있고, 우리나라도 법원은 구속되지 않지만 노동부 지침에는 여전히 규정되어 있음. 이에 대해 어떻게 생각하시는지요?

타) 발제자의 입장에서 통상임금에 대해 입법론이 있으시다면?

#### 4. 발표문 2에 대하여

발표문 2에서 발제자는 특정수당이 통상임금에 포함되는지에 대한 해석론 보다는 판례변화를 수용하면서 통상임금개념을 다시 정립하고 법정임금체계를 단일화한다는 입법적 접근을 모색한다고 함. 현재의 상황과 미래의 개선점을 일괄하여 정리해주셔서 여러 가지 관점에서 공감되는 부분이 많음. 동시에 통상임금 제도는 현재 암을 앓고 있다는 지적에 매우 공감함. 다만 앓을 넓힌다는 차원에서 해석론과 입법론으로 나누어 몇 가지 질문을 드리고자 함.

##### 1) 해석론

가) 발제문(3쪽 이하)은 실무의 분석으로부터 소정근로성과 임금해당성의 기본적 구성요소와 고정성 등의 구체적 구성요소로 통상임금 개념의 구성요소를 분류하고 있음. 사용자가 지급하는 각종 수당이나 금품이 통상임금의 산정기초에 들어가기 위해서는 여기서도 먼저 그 금품이나 수당이 임금에 해당해야 하고, 그 다음에 소정근로의 대가이어야 하며, 소정근로의 대가라고 평가하기 위한 판단기준으로서 하위기준이 세워지지 않은가 생각됨. 그러면 이 기본적 구성요소와 구체적 구성요소의 본질은 무엇이며, 임금판단에서 수행하는 기능이 무엇인지 알고 싶음. 두 구성요소간의 기능분담과 위상 내지 서열, 역할 등은 아무런 차이가 없는 것인지, 말하자면 두 가지 구성요소가 금품의 통상임금 해당성 판단에서 어떠한 역할을 해야 하는지에 대해 알고 싶음. 기본적 구성요소로서 먼저 소정근로성이 언급되고 있는 바, 소정근로성 자체가 중요한 것이 아니라, 소정근로에 대한 **대가, 어느 금품과 수당이 소정근로에 대한 대가인가가 통상임금 판단에서 중요한 것으로 보여짐.** 그런데 이에 대한 적극적인 규

3) 연봉제 하에서의 통상임금 산정방법과의 관계에서 검토되어야 할 문제이다.

명이 없이 소정근로에 대한 대가는 ‘미리 정하여진 것’(4쪽의 (1) 필요조건)으로 판단하는 것이 아닌가 생각됨. 그러나 소정근로에 대한 대가는 객관적 가치판단이 행하여져야 하는 대상이지만, 미리 정하여지는 것은 당사자의 주관적 의사합치에 의해서 결정되는 것임. 따라서 선행되어야 하는 것은 소정근로의 대가를 어떻게 평가할 것인가 하는 점임. 미리 정하여진 것이라 하여도 소정근로의 대가가 아닌 것이 있을 수 있는 것임. 그런데 소정근로에 대한 대가의 규명이 없이 ‘소정근로시간 외의 근로에 대한 대가를 제외한 금품’이나 ‘소정근로시간만 근로해도 지급되는 금품’을 소정근로에 대한 대가로 보는 것으로 여겨짐.(6쪽) 그러나 소정근로시간 외의 근로에 대한 대가를 제외한 금품은 소거방식이나 부정(否定: Negation)의 방식에 의해서 통상임금 해당성을 판단하려는 방법으로서, 그 자체가 소정의 근로에 대한 적극적인 개념규정 방법이 아니라는 점에서 동의하기 어렵고, 소정근로시간만 근로해도 지급되는 금품은 어느 금품이 근로의 대가인가에 대한 객관적 판단없이, 소정근로에 대해서 미리 정해진 것을 소정근로에 의해서 지급하는 것이라고 풀이되므로 결국 미리 정해진 것이 통상임금의 산정기초가 된다는 것을 말하는 것에 지나지 않는다고 해석됨. 두 기준 모두다 사용자가 지급하는 어느 금품이나 수당이 소정근로의 대가인지에 대해서는 아무런 내용이나 내포를 설명하지 않은 채, 외연만을 말하고 있는 것으로 보임.

· 임금에 해당하는 각종 수당이 소정근로에 대한 대가(6쪽)라고 보는 것은 비논리적인 것으로 보임. 지금 문제가 되는 것은 임금에 해당하는 각종 수당 중 어느 것이 소정근로의 대가로서 통상임금의 산정범위에 들어가야 하는 것임.

나) 임금해당성과 관련하여 발표자는 임금은 근로의 대가이어야 한다고 봄.(6쪽 이하) 그러나 무엇이 근로의 대가인지에 대해서는 여전히 소거나 부정의 방법으로 임금이 아닌 것을 설명하고 있음. 근로의 대가가 임금이라면 토론자의 생각으로는 근로자 개개인에 대한 노동능력과 생산에 대한 기여를 인과적으로 혹은 목적적으로 평가하여 금품화한 것으로서 엄밀히 말하면 노동력을 빌린 것에 대한 대가로 보임.4) 어쨌든 근로의 대가에 대한 규명없이, 말하자면 근로의 대가에 대한 내포를 언급하지 않은 채 그 외연만을 언급하거나 부정의 방법으로 근로의 대가를 설명하는 것은 논증력에 있어서 한계가 있다고 보임.

다) 발표자는 ‘명칭이 은혜적이나 복리후생적인 성격을 내포하고 있다는 이유만으로 임금 또는 통상임금에서 배제하는 것은 타당하지 않다는 점에서 판례의 변화는 긍정적’이라고 봄.

· 일면에서 타당한 지적이라고 봄. 명칭이 아니라 실질에 따라 판단해야 하기 때문에 동

4) 임금에서 ‘금’은 대금지급수단에 해당한다. 따라서 대금지급수단을 달리 해도 임금의 성격은 변하지 않는다. 그리하여 임금은 임금(金), 임은(銀), 임동(銅), 임전(錢)도 가능하다(물론 임금은 강제통용력있는 화폐로 지급하라는 근기법의 명령은 이러한 임금의 지급수단과는 별개의 문제이다). 따라서 임금에서 남는 문제는 ‘임’금이다. 그런데 ‘임’(賃)은 빌린다는 것이다. 말하자면 타인의 노동력을 빌리고 그에 대한 대가로서 금품을 지급하는 것이다. 빌린다는 의미에서 노동력에 대한 대가로서 임금은 철저하게 근로자 개인의 주관적 평가를 지향해야 할 것이다. 그러나 주관적 평가를 전제로 임금이 전체 근로자, 고정적으로 지급되는 금품, 정기적이고 일률적으로 지급되는 금품으로 객관화되어 가는 것은 후발적인 문제에 해당한다.

조함. 그러나 여기서도 중요한 것은 그러한 복리후생적 금품이 근로의 대가인가가 중요한 것임. 이미 앞의 발표문에서도 지적한 바와 같이 근로의 대가와 는 별개의 사회적 급여(Sozialleistung)나 부가급여(Zusatzleistung)는 단협 등에 의한 지급의무, 정기성과 일률성, 고정성의 요건이 충족되어도 근로의 대가가 아니기 때문에 통상임금에 산정될 수 없는 것임.

· 토론자의 소견으로는 판례가 근로의 대가에 대한 논증을 시도하기 보다는 복잡한 임금체계를 단순화하기 위한 사전포석으로 임금정책을 수행하거나 근로자 보호를 위한 입법정책의 차원에서 통상임금 산정기초의 외연을 확대해나가는 것이 아닌가 하는데, 발표자의 생각은 어떠신지요?

라) 발표자는 정기성과 일률성, 고정성의 판단기준에 대한 최근 대법원 판례의 변화를 긍정적으로 평가함.

· 사용자가 예를 들어 근로자를 위해서 가장하지 않고 진정한 의사로 지급하는 효도제례비, 효도휴가비, 연말특별소통장려금 등이 위와 같이 정기성과 일률성, 고정성의 요건을 충족하고, 미리 정하여져 있는 경우에 통상임금의 산정범위에 포함되어야 한다고 할 수 있을까? 이 금품에 대한 근로의 대가로서의 임금해당성의 판단이 선행되어야 하지는 않을까요?

· 현재에도 노동부 지침이 1임금산정기간을 포기하지 않은 이유가 발표자의 추정처럼 최저임금포함임금과의 형평성 때문입니까, 아니면 지침의 작성이나 계수사에서 추정할 수 있는 바와 같이 일본의 법률규정이 이를 고수하고 있기 때문에 판례 변화에도 불구하고 이를 고수하는 것은 아닐까요? 대법원 판례가 변화하면 현장에서 그에 따라 행정지침도 변화해야 할 것인데, 행정지침이 변화하지 않은 이유에 대해서 발표자의 과거 경험이 계신다면 말씀 부탁드립니다.

## 2) 입법론

가) 발표자는 판례의 변화가 옳고 행정해석이 틀렸기 때문에 행정해석을 판례에 맞추어야 한다고 보는 것 같음.(19쪽 이하)

· 현장을 지배하는 행정해석을 고치는 것은 타당하다고 봄. 그러나 근원적인 문제의 원인은 근로기준법 시행령 규정이라고 봄. 따라서 근로기준법 시행령을 통상임금의 본질에 근접하도록, 특히 근로의 대가성 해명의 기준을 수용하거나 근로의 대가성이 없는 금품 등을 배제하도록 하고, 외연을 설명하는 정기성과 일률성의 기준이나 고정성의 기준은 일종의 간접정황증거로서 해석방법론에 의해서 해결하는 것이 어떠신지요? 따라서 시행령 개정에 의한 판단기준에 대해서는 판례가 구속되고, 판단방법에 대해서는 그리고 정황증거에 해당하는 것에 대해서는 판례에 위임하고 행정해석을 일치시키는 것은 어떠신지요?

나) 제외금품열거방식을 지지하신다면(21쪽), 행정해석을 고칠 것이 아니라, 일본처럼 법문에서 이를 명시하는 방식은 어떻게 생각하시는지요?

다) 제도변경에 따른 통상임금 상승요인을 흡수할 수 있기 위해서는 초과근로수당의 가산율을 일본처럼 낮추거나 탄력화하자는 입장(22쪽)에 대해서는 기본적으로 동의함. 다만 가산율을 낮추고 올리고 하는 문제는 거시경제적 분석에 입각하여 실증연구가 선행되어야 한다고 봄.

라) 기타의 입법론적 개선방안에 대해서는 대체로 동의함. 다만 현재의 3분체계를 통상임금의 단일체계로 전환하는 것이 바람직하면서도 노사당사자의 의사합치가 자리잡을 여지는 없는지에 대해서 고민도 필요하다고 봄. 임금체계의 단순화, 직무급으로의 전환, 단일임금체계의 전환 등에 대해서 찬동하면서도 노사당사자들이 자율적으로 임금체계를 형성하는 기능도 무시해서는 안된다고 생각함.



## 토 론 문

김 홍 영

(성균관대 법학전문대학원 교수)

(1) 하갑래 교수님, 김기덕 변호사님의 발표 잘 들었습니다. 두 분께서는 오랫동안의 실무 경험을 바탕으로 통상임금의 문제를 연구하셨기에 매우 깊이 있는 발표였고, 저도 많은 것을 배울 기회가 되었습니다. 저는 기본적으로 두 분의 입장에 동감하며 지지합니다. 그러기에 이 토론에서는 몇 가지 논의를 진전시키기 위한 말씀을 더 드리고 싶습니다.

(2) 하갑래 교수님과 김기덕 변호사님 두 분의 입장은 제가 이해하기에는 비슷한 듯 합니다. 다만 하갑래 교수님께서서는 노동부에서 노동행정을 오랫동안 하셨기에 근기법시행령과 예규에 대해 나름대로 가치를 부여하면서 그것들을 놓치지 않고 검토하고 계시고, 김기덕 변호사님께서서는 소송실무를 오랫동안 하셨기에 판례를 중심으로 가치를 부여하면서 설명하시는 것이라 생각됩니다.

발제문에서도 지적되듯이, 통상임금의 개념 내지 범위에 대해 근기법시행령에서 정하고 있지만, 근로기준법에서는 시행령에서 정하도록 위임하고 있는 바가 전혀 없으므로 민사소송 같은 재판에서는 시행령 규정은 규범성이 없습니다.

통상임금의 개념에 대한 대법원 판결들을 보니까, 초기에는 시행령의 조문을 언급하면서 그것을 해석하는 듯한 문구, 즉 근로기준법시행령 제 몇 조에서는 무어라고 규정하고 있는 바, 통상임금이란 무엇이다라고 표현하다가, 1990년대 말부터는 시행령의 조문은 언급함이 없이 근로기준법에서의 통상임금이란 무엇이다라고 표현할 뿐입니다. 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결이 후자의 예이며, 현재의 판례 표현들은 시행령을 언급하지 않는 듯합니다.

(3) 요즈음 임금지급청구소송이 다시 주목받고 있습니다. 임금체불사건은 고용노동부의 행정감독·지도를 통해 상당 부분 해소되고 있으나, 고용노동부의 행정해석(예규)이 법원의 판례와 일치되도록 변화하지 못해 고용노동부의 고소·고발로도 도움을 받지 못하는 부분이 이미 커져왔습니다. 따라서 판례에 따라 다시 계산하여 연장근로수당 등 법정수당의 미지급분의 지급을 구하는 소송도 의미 있게 됩니다. 특히 연장근로, 휴일근로, 휴가미사용 등 장시간 노동이 이루어지고 있는 사업장에서는, 소멸시효가 남아있는 3년간 법정수당 미지급분이

그 액수가 큼니다.

김기덕 변호사님께서 통상임금의 고정성에 대한 비판적 분석과 2012년 상여금 대법원 판례에 대한 분석 등은 전적으로 동감합니다.

정기상여금(예를 들어 연간 4분기마다 지급)도 정기적이고 일률적으로 지급되는 면이 있어 통상임금에 당연히 포함되어야 할 터인데도 오랫동안 그렇지 않다고 이해되어 왔습니다. 정기상여금이 1임금지급기를 넘어 지급되는 임금이라는 점 때문입니다. 연장근로 등이 상시적으로 많은 사업장에서는, 임금설계에서 이 점을 악용하여 통상임금의 증가를 막기 위해, 기본급 증액보다는 정기상여금을 확대하는 방향으로 유도하는 경우도 있어왔습니다.

1임금지급기를 넘어 지급되는 정기상여금에 대해 2012년 판결과 그 전은 1996년 판결(대법원 94다19501 판결) 두 판결은 분기 중 중도퇴직한 자에 대해 어떻게 계산하여 지급하는지 그 방식에서 차이가 나지만, 저는 그 차이가 결론을 달리했다고 보지 않습니다. 오히려 2012년 판결은 종전 판결이 고정성의 판단을 잘 못한 점을 보완하고 있다고 평가한다. 양 판결에서 각각 인정하는 지급조건이라면 일정 조건에 해당함으로써 고정적으로 지급된 임금이라 보기에 충분합니다. 명목이 상여금이더라도 근로자가 통상의 근무를 행하면 응당 지급될 것이라고 기대될 정도로 단체협약, 취업규칙 등으로 사전에 그 지급이 미리 정해져 있다면, 그 임금은 통상임금에 해당합니다. 따라서 중간에 퇴직한 자에 대해 지급 여부나 정도를 정한 방식이 있기 때문에 ‘실제의 근무성적에 따라 좌우되’는 ‘변동적’인 임금이라고 판례를 오해하는 것은 타당하지 않습니다.

(4) 혹자는 예규 등에 비추어볼 때 판례가 지나치다고 평하실 수도 있겠지만, 판례에 대해서도 미흡하다는 비판도 있습니다. 저도 판례가 성과급상여금의 임금성을 쉽게 부정하는 것과, 변동적 임금에 대해 고정성을 이유로 통상임금성을 쉽게 부정하는 것이 대해 타당하지 못하다고 비판한 바가 있습니다. 이런 말씀을 드리는 이유는 현재의 예규와 현재의 판례 사이에서 절충을 택한다면 입법화되기가 쉽다고 오해해서는 안된다는 말씀을 드리기 위함입니다.

(5) 하갑래 교수님께서 예규와 판례가 불일치되는 면을 어떻게 입법적으로 해소하여야 하는가에 대한 설명은 매우 인상 깊게 들었습니다. 학계 및 정책 연구에 매우 과장이 클 것으로 예상됩니다. 몇 가지 제 생각을 덧붙이고 싶습니다.

첫째, 통상임금이 ‘통상’의 임금을 가리킨다는 점을 고려하면, 그 ‘통상’이 무엇인가라는 점입니다. 연장근로, 휴일근로가 많이 이루어지는 상태가 ‘법적’ 의미를 부여하는 통상이 될 수 없습니다. 그러므로 연장근로, 휴일근로 가산임금이 많아진다는 점을 전제하여 정책을 논한다면 노사정 합의에서 쉽게 동의되기 어려울 듯합니다. 오히려 실근로시간을 줄이는 것과 병행하여 또는 묶어서 정책을 논하는 것이 어떨까 합니다.

둘째, 입법 이전에도 노사관계의 실무에서 타협은 볼 수 없는가입니다. 예들 들면 기업에



서 가산임금의 지급기준으로서의 통상임금을 판례처럼 변경하되 실근로시간을 좀더 줄이는 모습으로 근무형태를 바꾸면 근로자의 수입은 크게 줄어들지 않을 것입니다. 사용자의 부담의 증가는 공공기관의 경우에는 예산 증액 등을 통해, 기업은 고용보험의 지원제도를 통해 완화해 보는 것입니다.

셋째, 입법에서 부칙속에 시행 전에는 적용되지 않음을 명시한다 하여도, 그 효과는 없을 것이라는 점입니다. 입법 이전의 상황은 현행법상의 판례에 따라 청구가 가능하기 때문이며, 이를 입법으로 제한하는 것은 재산권 제한의 소급입법으로 부당합니다. 따라서 입법이 된다면 시행시기를 가능한 앞당기고, 시행 이전의 상황의 채권은 근로자의 동의가 전제된 노사합의로 타협을 보도록 노력하면서, 임금채권 소멸시효 기간인 3년이 빨리 지나기를 기다리는 것이 어떨까 합니다. 이것은 고통분담으로서 정당한 면이 있습니다. 기업에서는 그 동안 정리해고 등 대량해고가 없도록 노력하고 노사관계가 안정되어야 문제가 봉합될 것입니다.

입법 내용을 소급하여 적용하지 않는다는 것은 아마도 예규를 바꾸더라도 예규의 부칙에서 예규 시행 전의 임금채권은 종전 예규대로 해석하겠다고 정하는 것이라면 받아들일 수 있는 선이 될 것입니다. 여전히 재판은 가능하기 때문입니다.

(6) 통상임금의 문제는 장시간 노동의 문제 등 여러 문제와 종합적으로 고려한다면, 노사간에 현장에서 타협을 볼 여지가 있지 않나 기대합니다. 그러한 경험을 배경으로 입법 논의가 진행된다면 훨씬 진전이 크지 않을까 기대합니다. 노사간의 현장의 타협은 고용노동부의 행정지도가 절실한 부분이 아닐까 생각됩니다. 아마도 고용노동부의 기능에 대한 새로운 시도의 연작품이 되지 않을까 기대합니다.