

노동정책연구
2013. 제13권 제4호 pp.133~158
한국노동연구원

연구논문

통상임금 산정을 위한 기준시간*

박은정**

통상임금에 관한 많은 관심에도 불구하고 통상임금을 산정하는 기준시간에 대해서는 조금 무관심하지 않았는가 생각된다. 통상임금의 양은 물론 어떤 임금 항목이 통상임금에 포함되는지도 중요하지만, 어떤 시간을 기준으로 할 것인지도 매우 중요하다.

그러므로 이 글은 통상임금에 관한 많은 관심 가운데 비교적 소외되었다고 생각하는 월(月)의 통상임금 산정을 위한 기준시간에 대하여 말해 보고자 하였다. 이를 위해 통상임금에 관한 법제 및 대법원 판례의 변화를 정리하면서 근로기준법상의 통상임금 산정을 위한 기준시간을 산출해 내는 방법을 대법원 판례를 기준으로 살펴보았다. 그리고 이에 대한 검토를 통하여 주로 다음과 같은 문제를 제기하였다.

우선, ‘약정 근로시간’이라는 용어의 사용에 대한 문제이다. 노사 간에 정해진 근로시간은 법률 용어로서 ‘소정근로시간’이라고 부르고 있는데, 판례는 ‘약정 근로시간’이라는 용어를 사용하고 있어서 그 의미에 대한 해석이 요구된다. 그리고 판례는 ‘약정 근로시간’이라는 용어를 소정근로시간과는 상관없이 이루어지는 근로시간의 정함, 즉 연장근로시간에 대한 약정, 야간근로시간에 대한 약정 등을 의미하는 것으로 사용하고 있다. 그러나 법정 근로시간을 근로기준법이 정하고 있는 취지는 장시간 근로를 예방하기 위함인데, 약정 근로시간을 통해 연장근로 및 야간근로 등이 상시적으로 가능하다면 법정 근로시간의 입법 취지는 어디에 있는가 하는 의문이 들었다.

논문접수일: 2013년 10월 29일, 심사의뢰일: 2013년 11월 5일, 심사완료일: 2013년 11월 19일

* 이 논문은 2013년도 인제대학교 교원연구년제의 지원에 의한 연구 결과이다.

** 인제대학교 법학과 부교수(ejpark91@inje.ac.kr).

다음으로, ‘명목 근로시간’의 설정에 대한 문제이다. ‘명목 근로시간’이란 통상임금 산정을 위해 실제로는 근로하지 않은 시간을 근로한 것으로 간주하는 것을 의미한다. 명목 근로시간을 설정하게 되면, 예를 들어 2시간의 연장근로는 3시간의 명목 근로시간이 되고, 이에 따라서 통상임금은 낮아지게 되는 결과를 초래한다. 임금은 근로의 제공에 대한 대가인데, 통상임금을 계산하기 위해 일하지 않은 시간이 일한 것으로 간주됨으로써, 일하지 않은 시간에 대한 임금이 일한 시간의 임금을 갉아 먹는 결과가 발생하는 것이 아닌가 하는 의문이 들었다.

위와 같은 문제제기에 따라서 이 글에서는 통상임금 산정을 위한 기준시간이 법정 근로시간의 임법 취지를 충분히 고려해야 한다는 점, 그리고 소정근로에 대한 대가로서의 임금을 근로자들에게 불이익하지 않게 정당하게 지급해야 한다는 결론을 내렸다.

핵심용어 : 통상임금, 소정근로, 총근로, 통상임금 산정 기준시간, 명목 근로시간

I. 서론

올해는 통상임금에 관한 관심이 뜨거웠던 한 해였다. 결코 바람직한 계기는 아니었지만, 결과적으로 통상임금에 관한 전 국민적 관심을 이끌어낼 수 있었다는 결과적 측면에서는 다행스러운 일이었다고도 말할 수 있을 듯하다. 근로의 대가로 임금을 지급받는 근로자들도 사실은 통상임금이라는 용어조차 생소한 경우가 많을 것이기 때문이다.

통상임금에 대한 관심은 주로 통상임금의 구성 항목에 관한 것이었다. 어떤 임금 항목이 통상임금에 해당하는지 여부와 관련된 것이었다는 의미이다. 특히 최근 논의되고 있는 것은 정기상여금의 통상임금성 해당 여부이다. 2013년 9월 5일 대법원 전원합의체(재판장 양승태 대법원장)는 통상임금 소송 공개 변론을 개최하기까지 했는데, 이는 통상임금에 대한 관심을 반영하는 것이었을 것이다.

그런데 통상임금에 관한 많은 관심에도 불구하고, 통상임금을 산정하는 기준시간에 대해서는 조금 무관심하지 않았는가 생각된다. 통상임금의 양을 결정하는 문제를 풀어나가는 것은, 물론 어떤 임금 항목이 통상임금에 포함되는지를 판단하고 결정하는 것도 중요하지만, 통상임금 산정을 위한 기준시간을 어떻게

볼 것인지도 매우 중요하다. 예를 들어, 월 단위로 임금을 받는 근로자의 시간급 통상임금을 계산하고자 할 때, 월 통상임금을 어떤 기준의 시간 수로 나누는가에 따라서, 그 근로자의 시간급 통상임금액에 차이가 발생할 것이기 때문이다. 다만, 단체협약 등에서 통상임금의 산정을 위한 기준을 보다 유리하게 정한 경우에는 그에 따르게 될 것이므로, 이 글에서의 관심은 물론 근로기준법제를 중심으로 한 통상임금의 산정 기준시간이다.

그러므로 이 글은 통상임금에 관한 많은 관심 가운데 비교적 소외되었다고 생각하는 근로기준법상의 통상임금 산정을 위한 기준시간에 대하여 말해 보고자 한다. 그러기 위해서는 근로기준법상의 통상임금의 정의 및 그 산정방법에 관한 법제 및 판례의 변화에 대하여 언급해야 할 듯싶다. 그래서 이하에서는 먼저 통상임금의 정의 및 산정방법에 관한 법제 및 판례의 변화에 대하여 정리한 후 통상임금 산정을 위한 기준시간을 논해 볼 것이다.

Ⅱ. 통상임금 산정기준시간 : 법제 및 판례의 변화

1. 법제의 변화

주지하는 바와 같이, 근로기준법 시행령 제6조제1항에서 정의하는바, ‘통상임금’이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(所定)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다. 이와 같이 정의된 것은 1982년 8월 13일의 근로기준법 시행령 개정을 통해서이다. 그 이전에는 다음과 같이 규정되었다.

1954년 4월 27일 근로기준법 시행령(제정)

제24조 법 제46조의 규정에 의한 통상임금이라 함은 다음 각호에 의하여 산정한 것을 말한다.

1. 시급으로서 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급으로서 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 제한

금액

3. 주급으로서 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정근로시간 수로 제한 금액
4. 월급으로서 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정근로시간 수로 제한 금액
5. 월, 주 이외의 일정한 기간으로써 정하여진 임금에 대하여는 전 각호에 준하여 산정된 금액
6. 도급체에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금 산정기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감기간 이하 같다)의 총근로시간 수로 제한 금액
7. 근로자가 받는 임금이 전 각호의 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 전 각호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산한 금액

기본적으로 시간급으로 산정될 필요가 있는 통상임금은 일, 주, 월로 정해진 임금의 경우에는 그 금액을 일, 주, 월의 소정근로시간 수로 나눈 금액을 의미하는 것이다.

그리고 이후 큰 변화는 없다가 1982년 8월 13일 시행령 개정 시 통상임금에 정기성·일률성을 요구하는 한편, 통상임금의 대상이 소정근로 또는 총근로에 대하여 “지급하기로 정하여진” 임금을 의미하게 됨으로써 통상임금에 ‘고정성’을 요구하는 법제적 변화가 있었다.

1982년 8월 13일 개정

제31조 (통상임금의 정의) ① 법과 이 영에서 ‘통상임금’이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급 금액·일급 금액·주급 금액·월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

② 제1항의 규정에 의한 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 때에는 다음 각호에 의한다. 이 경우 일급 금액으로 통상임금을 산정할 때에는 시간급 금액에 1일의 소정근로시간 수를 곱하여 계산한다.

1. 시간급 금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급 금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액
3. 주급 금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정근로시간 수로 나눈

금액

4. 월급 금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정근로시간 수로 나눈 금액
5. 월·주 외의 일정한 기간으로 정하여진 임금에 대하여는 제1호 내지 제4호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금 산정기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감기간. 이하 같다)의 총근로시간 수로 나눈 금액
7. 근로자가 받는 임금이 제1호 내지 제6호에서 정한 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 제1호 내지 제6호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액

위와 같은 통상임금의 정의에 관한 규정 방식에는 이후 큰 변화는 없었지만, 1987년 12월 31일 개정 구근로기준법 시행령 제10차 개정을 통하여 위 시행령 제31조에 제3항을 신설하고, 여기에서 “1일의 소정근로시간” 또는 “주의 소정근로시간”의 의미를 규정한다.

1987년 12월 31일 개정 구근로기준법 시행령 제10차 개정(제3항 신설)

③ 제2항에서 “1일의 소정근로시간” 또는 “주의 소정근로시간”이라 함은 법 제42조 제1항 본문, 법 제43조 본문 또는 법 제55조 본문의 규정에 의한 근로시간의 범위 안에서 근로자와 사용자 간에 정한 시간을 말하며, “월의 소정근로시간”이라 함은 월의 소정근로일수에 1일의 소정근로시간을 곱한 시간을 말한다.

위와 같은 체계에 변화가 있었던 것은 1997년 3월 12일 구근로기준법 폐지 후 현행 근로기준법 시행령이 제정되면서이다. 이때 시행령에서는 주급 금액 및 월급 금액으로 정해진 임금을 시간급 통상임금으로 산정할 때 산정방법이 주급 또는 월급으로 정해진 임금액을 “1일의 소정근로시간 수”로 나누는 것으로부터 주 또는 월의 “통상임금 산정 기준시간 수”로 나누는 것으로 바뀌었다. 이때 “통상임금 산정 기준시간 수”란 주급의 경우 “주의 소정근로시간과 소정근로시간 외의 유급처리되는 시간을 합산한 시간”을 의미하고, 월급의 경우 “주의 통상임금 산정 기준시간에 1년간의 평균 주수를 곱한 시간을 12로 나눈

시간”을 의미한다.

1997년 3월 12일 구근로기준법 폐지 후 현행 근로기준법 시행령

제6조(통상임금) ① 법과 이 영에서 “통상임금”이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(所定)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

② 제1항에 따른 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 경우에는 다음 각 호의 방법에 따라 산정된 금액으로 한다.

1. 시간급 금액으로 정한 임금은 그 금액
2. 일급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액
3. 주급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 주의 통상임금 산정 기준시간 수(법 제2조 제1항제7호에 따른 주의 소정근로시간과 소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액
4. 월급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액
5. 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정한 임금은 제2호부터 제4호까지의 규정에 준하여 산정된 금액
6. 도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감 기간을 말한다)의 총근로시간 수로 나눈 금액
7. 근로자가 받는 임금이 제1호부터 제6호까지의 규정에서 정한 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 제1호부터 제6호까지의 규정에 따라 각각 산정된 금액을 합산한 금액

③ 제1항에 따른 통상임금을 일급 금액으로 산정할 때에는 제2항에 따른 시간급 금액에 1일의 소정근로시간 수를 곱하여 계산한다.

2. 판례의 변화

월급 금액으로 정해진 임금을 기준으로 하여, 통상임금 산정 기준시간 수가 “월의 소정근로시간”으로부터 “월의 통상임금 산정 기준시간 수”로 바뀌게 된

것의 차이를 판례를 통해 확인해 보자.

우선, 대법원이 월급 금액으로 정해진 임금의 통상임금 산정 기준시간 수를 처음으로 판단했던 것으로 보이는 [대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결]은¹⁾ “월의 소정근로시간”을 통상임금 산정 기준시간으로 판단했던 예이다.

“근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 월급 통상임금에는 근로기준법 ... 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함된다고 할 것이므로 월급 통상임금을 월 소정근로시간수로 나누는 방법에 의하여 시간급 통상임금을 산정함에 있어서는 월 유급휴일 해당 근로시간 수도 월 소정근로시간 수에 포함되어야 할 것이다. ... 원심이 이러한 취지에서 원고들의 시간급 통상임금을 산정함에 있어 주근로시간(유급휴일 해당시간 제외)을 피고병원의 복무규정 제12조 소정의 주44시간으로 보고 여기에 유급휴일 해당시간 수를 더하여 1일 근로시간 수를 계산한 다음 월의 소정근로일수를 365/12일로 보고 이를 기초로 월의 소정근로시간 수를 225.9시간이라고 산정한 조치는 정당하고 거기에 시간급 통상임금 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”

위의 판례는 “월의 소정근로시간 수”를 판단하기 위하여 1주의 소정근로시간에 유급휴일시간 수를 더한 후에 이것을 1일 통상임금 산정 기준시간 수로 전환시키고, 그것에 1년간 월평균 일수를 곱한 것으로 보고 있음을 알 수 있다. 그러므로 1월의 소정근로시간은,

$\frac{\{(주의 소정근로시간+주휴근로의제시간)/7\}}{1일 통상임금 산정 기준시간} \times \frac{(365/12)}{1월 평균 일수}$	공식 (1)
---	--------

위와 같은 산정 공식이 성립하게 된다.

그런데, 위와 같은 산정 방식은 월급 금액으로 정해진 임금에 포함되는 유급휴일에 대한 임금이 통상임금에 포함됨을 전제한 것이었다. 이 전제는 [대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결]에서부터 달라지게 된다. [대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결]은 “근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 그

1) 이보다 앞서 통상임금의 산정 기준시간 수에 대하여 판단했던 예로 [대법원 1985. 12. 24. 선고 84다카254판결]이 있기는 하였지만, 이 판결은 시간급 금액으로 정해진 임금의 통상임금 산정 기준시간 수를 판단했던 예이므로, 월급 금액으로 정해진 임금의 통상임금 산정 기준시간 수를 판단한 대법원 판결은 본문의 것이 처음이었던 것으로 보인다.

월급에는 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함된다고 할 것이고, 그와 같은 유급휴일에 대한 임금은 원래 소정근로일수를 개근한 근로자에 대하여만 지급되는 것으로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라고 할 수 없어 통상임금에는 해당되지 않는다고 할 것이어서 통상임금을 산정함에 있어서는 매월 지급받는 월 기본급과 고정수당을 합산한 월급에서 이와 같은 유급휴일에 대한 임금을 공제하여야 한다”고 판단하기 시작한 것이다. 이에 따라 통상임금 산정 기준시간 수에 대한 판단도 달라지게 되는데, 이전에는 1주의 소정근로시간 수에 유급휴일시간 수를 더한 것을 기초로 1일의 통상임금 산정 기준시간 수를 판단하였지만, [대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결]에서부터는 유급휴일시간 수를 제외한 것이다.

“근로기준법 시행령 제31조제3항에 의하면, ‘월의 소정근로시간’이라 함은 월의 소정근로일수에 1일의 소정근로시간을 곱한 시간을 말하고, ‘1일 소정근로시간’이라 함은 근로기준법 제42조제1항 본문, 산업안전보건법 제46조 또는 근로기준법 제55조 본문의 규정에 의한 근로시간의 범위 안에서 근로자와 사용자 간에 정한 시간을 말한다라고 규정하고 있으므로, 단체협약상 1주일에 6일을 근무하되 주당 근로시간이 44시간으로 되어 있는 원고들의 경우 ‘1일 소정근로시간’은 44/6시간이라고 할 것이고, ‘월의 소정근로일수’는 1달의 평균 일수에서 그 달의 평균 휴일수를 뺀 일수, 즉 ‘ $365/12 - 365 / (12 \times 7) = 365/12 \times 6/7$ ’일이 되고, 따라서 ‘월의 소정근로시간’은 ‘ $44/6 \times 365/12 \times 6/7 \approx 191.19$ ’시간이 된다고 할 것이다.

그러므로 근로기준법 시행령 제31조제2항에 의하여 월급 금액으로 정하여진 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 때에는 그 금액을 위와 같은 월의 소정근로시간 수로 나눈 금액에 의하여야 할 것인바, 이처럼 ‘월의 소정근로시간 수’로 나누는 방식에 의하여 시간급 통상임금을 산정하기 위하여는 먼저 월급 금액으로 정하여진 통상임금을 확정하여야 할 것인데, 원고 구봉길이 지급받는 월급과 원고 박종국·김종형이 매월 지급받는 고정수당에는 통상임금으로 볼 수 없는 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분과 토요일 오후 4시간분에 대한 임금으로서의 성격을 갖는 부분이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란하므로, 이러한 경우에는 원고들이 유급휴일과 토요일 오후 4시간을 근무한 것으로 의제하여 그 총근로시간 수를 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분과 토요일 오후 4시간분의 임금의 성격을 갖는 부분이 포함된 월급 또는 고정수당을 그 총근로시간 수{ $(44 + 8 + 4) \times 365/12 \approx 243.33$ (시간)}로 나누는 방식에 의하여 각 그 시간급

통상임금을 산정하여도 무방하다고 할 것이다.”

위 판례의 산정 방식을 도식화해 보면 다음과 같다. 1월의 소정근로시간은,

$\frac{\{(1\text{주 소정근로시간})/6\}}{\text{1월 통상임금 산정 기준시간}} \times \frac{\{(365/12) - 365/(12 \times 7)\}}{\text{1년간 1월의 평균 유급휴일 수}}$	공식 (2-1)
--	----------

그런데, 월급제 임금인 경우 이 월급에는 통상임금으로 볼 수 없는 유급휴일수당 등이 포함되어 있기 때문에, 이를 감안하여 유급휴일수당 등이 지급된 것을 근로시간으로 환산함으로써 주휴근로의제시간을 포함시켜 공식 (1)과 같이 계산할 수 있다고 보고 있다.

$\frac{\{(1\text{주 소정근로시간} + \text{임금보전시간}^2) + \text{주휴근로의제시간}\}/7}{\text{1월 통상임금 산정 기준시간}} \times \frac{(365/12)}{\text{1월 평균일수}}$	공식 (2-2)
--	----------

위와 같은 방식은 1997년 시행령 개정 전의 근로기준법 시행령에 기초한 것이었다. 1997년 시행령 개정 이후 통상임금 산정 기준시간 수를 정하는 방식을 살펴볼 수 있는 대법원 판례가 그리 많지는 않았는데, 최근 [대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결]을 살펴보면 다음과 같다.

“월급 금액으로 정하여진 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 때에는 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액에 의하여야 하므로(근로기준법 시행령 제6조제2항제4호), 그 시간급 통상임금 산정을 위해서는 먼저 월급 금액으로 정하여진 통상임금을 확정하여야 한다. 그런데 근로자가 근로기준법 제50조의 기준 근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 월급을 지급받거나 기본 시급과 함께 매월 고정수당을 지급받았다면, 그 월급이나 월급의

2) 임금보전시간은 [대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결]의 기초가 된 사건에서 법정 근로시간제 변화에 따라 토요일 오후 4시간이 임금보전적 차원에서 근로시간으로 환산된 것이다. 법제의 변화에 따른 결과이기 때문에, 만약 다른 사건에서였다면 임금보전시간은 포함되지 않았을 것이다.

형태로 지급받는 고정수당에는 통상임금으로 볼 수 없는 근로기준법 제55조 소정의 유급휴일에 대한 임금과 같은 법 제56조 소정의 연장·야간근로에 대한 임금이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란하므로, 이러한 경우에는 근로자가 유급휴일에 근무한 것으로 의제하여 이를 약정 근로시간과 합하여 총 근로시간을 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 가지는 부분과 연장·야간근로수당분이 포함된 월급 또는 고정수당을 그 총 근로시간 수로 나누는 방식에 의하여 그 시간급 통상임금을 산정하여도 무방하다(대법원 1998.4.24. 선고 97다28421 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, 이 사건 단체협약에서 ‘근로시간은 1일 기본근로 8시간에다가 별도의 노사합의에 의하여 연장근로가 가능’하고, ‘월 근무일수는 2006. 6. 30.까지는 월 22일, 그 이후부터는 월 21일로 한다’고 규정하였으며, 이에 기한 임금협정에서도 월 근무일수를 위 단체협약과 같이 규정하면서, ‘1일 근로시간을 기본근로 8시간과 연장근로 4시간을 포함한 12시간으로, 연장근로 중 1시간은 야간근로를 한 것으로 보고, 월 4회, 1일 4시간씩 월 16시간의 토요일 연장근로를 한 것으로 본다’는 취지로 정하여, 근로기준법이 정한 기준 근로시간을 초과하여 임금 산정의 대상이 되는 근로시간을 정하고 있는 사실을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 임금협정에서 정한 여러 수당 중 월급의 형태로 지급되는 고정수당인 근속수당은 연장근로와 야간근로를 포함하는 약정 근로시간에 대한 대가로서의 임금이라 할 것이므로, 근속수당이 통상임금에 포함된다면 이를 시간급 통상임금으로 선정하기 위해서는 그 근속수당을 월의 통상임금 산정 기준시간 수에 월 평균 주휴근로의제시간과 각 가산율까지 고려한 월평균 연장 및 야간근로시간을 모두 합산한 총근로시간으로 나누는 방법에 의하여야 한다.”

1997년 시행령 개정 이후에도 통상임금 산정 기준시간 수를 계산하는 방법의 원칙은 그대로이다([대법원 1998.4.24. 선고 97다28421 판결]을 인용함). 그러나 달라진 점이 있는데, 이전에는 월급제 임금지급 형태하에서 1월 통상임금 산정 기준시간 수를 정할 때 공식 (3-1)과 같이 1주 소정근로시간에 연장근로시간과 야간근로시간 등을 더하여 계산하도록 하고 있었다. 그러나 [대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결]에서는 이들 연장근로시간 등에 대한 임금은 사실은 {연장근로시간+(연장근로시간×할증률)}로 계산된 임금이 지급된 것이기 때문에 통상임금을 계산할 때 할증률이 반영된 임금지급시간 수를 고려해야 하고, 그러므로 위 판례의 밑줄 친 부분과 같이 “월의 통상임금 산정 기준시간

수에 월평균 주휴근로의제시간과 각 가산율까지 고려한 월평균 연장 및 야간근로시간을 모두 합산한 총 근로시간으로 나누는 방법”을 사용하게 된다. 이를 다른 판례들에 대해서와 같이 공식화해 보면 다음과 같다. 1월 소정근로시간과 1월 소정근로일이 합의되어 있음으로써 1월 소정근로시간을 산정할 수 있는 경우의 예이다.

1월 소정근로 시간	$\frac{\{ \text{연간연장근로시간} + (\text{연간연장근로시간} \times \text{할증률}) \} \div 12}{\text{월평균}}$	$\frac{\{ \text{연간야간근로시간} + (\text{연간야간근로시간} \times \text{할증률}) \} \div 12}{\text{월평균}}$	$\frac{\text{주휴근로의제시간} \times \{365 / (12 \times 7)\}}{\text{월평균}}$	공식 (3-1)
	연장근로시간 수와 그 가산율의 합	야간근로시간 수와 그 가산율의 합	주휴근로의제시간	

위 공식을 대입하여 [대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결]의 기초가 된 1월의 통상임금 산정 기준시간 수를 계산해 보면, 월 소정근로일수를 21일로 계산했을 때(1월 소정근로일수가 정해져 있으므로 여기에 근로시간 수를 대입하는 것으로 충분하다),

$(1월 \text{ 소정근로시간 } 8시간 \times 1월 \text{ 소정근로일 } 21일) + \{ (1월 \text{ 연장근로시간 } 4시간 + \text{할증률 } 2시간) \times 21일 \} + (1월 \text{ 야간근로시간 } 1시간 \text{ 에 대한 할증률 } 0.5시간 \times 21일) + (1년당 \text{ 1월 평균 주휴일수 } 4.34회 \times \text{주휴의제시간 } 8시간) = 339.22시간$	공식 (3-2)
--	----------

총 339.22시간이 위 사건에서의 1월 통상임금 산정 기준시간 수가 되는 것이다. 위 사례에서, 예컨대 문제가 된 근속수당이 1월 10만 원이라면, 이 근속수당을 시간급으로 환산한 것은 약 295원이 된다.

만약 위의 사례와 같이 1월의 소정근로일이 합의되어 있는 경우가 아니라면, 1월의 소정근로일을 산출해 내야 할 것이다.

Ⅲ. 통상임금 산정 기준시간의 문제

1. 논의의 전제

통상임금은 시행령에서 규정하는바, “‘통상임금’이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(所定)근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액”을 의미한다. 그런데 규범력의 문제 때문인지, 정작 법원은 통상임금을 정의할 때 시행령 규정을 인용하지 않는다. 시행령에 현행과 같은 통상임금 정의 규정이 만들어진 것은 앞에서 본 바와 같이 1982년의 일이었는데, 판례의 경향을 살펴보면, 시행령 규정을 인용하는 것이 1990년대의 주류적 입장이었지만 1990년대 후반 이후 점차 시행령 규정을 인용하지 않고 있음을 볼 수 있다(표 1 참조).

실제 학자들 가운데에서도 근로기준법 시행령의 통상임금 정의 규정이나 고용노동부의 예규인 ‘통상임금산정지침’은 모법인 근로기준법에 의한 법적인 근거가 없기 때문에, 이를 원용하여 통상임금의 개념을 파악하는 것은 타당하지 않다고 보기도 한다.³⁾ 이 입장에 따를 때 어찌면 통상임금의 정의부터 새롭게 시작해야 할지도 모르겠지만, 이 글은 통상임금의 의미를 따져보는 것보다는 통상임금을 산정하는 기준시간을 정하는 것에 중점을 두고 있기 때문에, 통상임금의 정의에 관한 논란은 잠시 접어두고자 한다.

다만, 통상임금의 산정 방법도 근로기준법이 아닌 시행령으로 정하고 있으므로, 통상임금 정의 규정의 적절성을 논할 경우 그 산정 방법 규정의 적절성도 논해야 하는 것은 아닌가 생각된다. 그런데 통상임금의 정의 규정을 근로기준법 시행령으로부터 직접 인용하지 않는 법원도, 통상임금 산정을 위한 기준시간의 산정 방법에 대해서는 시행령 규정을 직접 인용하고 있다(앞에서 예시한 판례 전문의 내용 참조). 통상임금의 정의 규정과는 달리, 통상임금 산정을 위

3) 김홍영(2013), 「통상임금의 해석상 쟁점」, 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, p.4 참조 및 p.5의 각주 7 참조.

〈표 1〉 통상임금 정의에 관한 대법원 판례 추이

판례 번호	요지
대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결	시행령상 통상임금 정의 규정 없었음. 통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적인 일반임금, 즉 기본적인 임금과 이에 준하는 고정적으로 지급되는 수당의 1일 평균치라고 정의.
대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카2292 판결	시행령에 기초.
대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카6948 판결	시행령에 기초 “통상임금이란 정기적·일률적으로 소정근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금”이라고 정의함(대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결 인용).
대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17955 판결	시행령 규정을 명시. “통상임금은 근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일수나 수령액에 구애됨이 없이 정기적·일률적으로 1입급산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금을 의미하므로...”
대법원 1992. 5. 22. 선고 92다7306 판결	명시적으로 시행령을 인용하지는 않았지만, 위 두 개의 대법원 판결을 참조함. 이후 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결, 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다31979 판결도 동일함.
대법원 1994. 10. 28. 선고 94다26615 판결	시행령 규정 명시함. 이후 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결, 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56767 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 등 동일함.
대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결	시행령 규정을 명시하지 않고, “소정근로 또는 총 근로의 대상으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금이라 할 것”이라고 함. 이에 따라 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 “그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야” 한다고 봄.
대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결	시행령 규정 명시함.
대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다10650 판결	시행령 규정 명시하지 않음. 97다28421 판결 인용.
대법원 2003. 6. 13. 선고 2002다74282 판결	시행령 규정 명시함.
대법원 2003. 10. 9. 선고 2003다30777 판결	시행령 규정 명시하지 않음. 2003다10650 판결 인용.
대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결	시행령 규정 명시하지 않음. “통상임금이란 정기적·일률적으로 소정근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일이나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금인 바...”
대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다81974 판결	시행령 규정 명시하지 않음. 97다28421 판결 인용.
대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다1388 판결	시행령 규정 명시하지 않음. 2003다10650 판결, 2004다41217 판결 인용.
대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다74144 판결(전북고속)	시행령 규정 명시하지 않음. 97다28421 판결과 동일.
대법원 2011. 9. 8. 선고 2011다22061 판결	시행령 규정 명시하지 않음. 2009다74144 판결 인용.
대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결(금아리무진)	시행령 규정 명시하지 않음. 97다28421 판결 인용.
대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다52577 판결(금아버스)	시행령 규정 명시하지 않음.

한 기준시간의 계산 방법은 근로기준법상 통상임금의 시행을 위해 필요한 내용이므로 근로기준법의 위임이 없더라도 시행령으로 규정할 수 있는 것으로 보고 있음에 기인하는 것이라고 생각한다. 그리고 이 차이에 따라, 통상임금의 범위에 대한 논란은 끊이지 않지만, 통상임금 산정의 기준시간에 대한 논란은 별로 찾아볼 수 없는 것이 아닌가 추측된다.⁴⁾

한편, 통상임금 산정의 기준시간에 관한 근로기준법 시행령과 판례의 변화 추이를 살펴보면, 시행령에 따라 판례가 변하고 있다기보다는, 판례의 변화에 따라 시행령이 규정을 바꿔 나가고 있는 것으로 보인다([대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28421 판결]과 판결을 전후한 시행령 규정의 변화 참조). 그러나 판례는 여기에서 한 걸음 더 나아가 유급 할증임금을 근로시간으로 환산한 후 이 근로시간으로 통상임금을 산정하는 방식을 취하고 있는데, 여기에서는 통상임금 산정의 기준시간에 대한 판례의 입장에 기초하여, 몇 가지 사항을 확인하고 그것의 문제점을 살펴보고자 한다.

2. ‘소정근로’와 ‘총근로’의 의미

통상임금 산정 기준시간의 문제를 살피기 위해 우선 해결해야 할 문제가 한 가지 있다. 통상임금은 “소정근로 또는 총근로의 대상으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적 임금”이라고 보는 것이 지급 현재의 일반적 이해 방식인데, 여기에서 ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’가 무슨 의미인지, 그리고 그것의 ‘대상으로’ 지급된다는 것이 무슨 의미인지, 마지막으로 ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’가 각각 다른 것이라면 통상임금은 ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’ 중 어느 것을 기준으로 하여 지급된다고 판단해야 하는 것인지에 대한 문제이다.

여기에서 한 가지 전제해야 할 것은 ‘소정근로’ 또는 ‘총근로’란 결국 ‘소정

4) 실제, 통상임금 산정을 위한 기준시간에 관한 논의는 [강성태(1994), 「연장시간근로 등에서 근로시간의 산정」, 『노동법연구』 제4호, 서울대학교 노동법연구회] 정도만을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 이 논문은 ‘월급금액으로 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정근로 시간 수로 나눈 금액’을 기준으로 통상임금을 산정하도록 하고 있었던 시기의 논문이기 때문에 산정 방법에 관하여 현재 전부 인용할 수 없는 한계가 있지만, 근로시간의 본질과 그 의미를 파악하면서 통상임금 산정을 위한 기준시간에 대하여 논하고 있다는 의미가 있다.

근로시간' 또는 '총근로시간'을 의미한다는 점이다. 통상임금의 정의에서는 통상임금을 “소정근로 또는 총근로의 대가”라고 하고 있는데, 근로에 대한 대가로서의 임금 산정 척도는 근로시간일 수밖에 없기 때문이다. 근로기준법이 근로의 총량을 제한하는 것이 아니라 근로시간을 제한한다는 점, 통상임금의 규정 목적이 주로 일정한 근로시간에 대한 특별한 평가(연장근로수당, 야간근로수당)를 위해 조성되었다는 점, 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 보는 간주근로시간과 같은 경우를 보더라도 근로시간이 임금 산정의 척도가 될 수밖에 없다는 점 등에서 그러하다.

그러므로 우선, 근로기준법 제2조제1항제7호에서 ‘소정(所定)근로시간’의 의미를 살펴보면, ‘소정근로시간’이란 제50조(일반 성인의 근로시간으로서, 1주 40시간, 1일 8시간), 제69조 본문(연소자의 근로시간으로서 1주 40시간, 1일 7시간)또는 「산업안전보건법」 제46조에 따른 근로시간(산업안전보건법상 ‘유해하고 위험한 작업’에 대한 근로시간으로서 1일 6시간, 1주 34시간)의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다. 즉, 근로기준법 제50조의 적용을 전제했을 때, 소정근로라는 것은 이 소정근로시간 동안 이루어지는 근로로서, 1주 40시간 1일 8시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미한다. 그리고 근로기준법 제50조 등이 규정하는 근로시간은 연장근로시간이나 야간근로시간이 포함되지 않은 것이므로, 연장근로시간에 대한 합의는 포함되지 않는 것이다. 한편, 근로기준법 제17조에 의하여 소정근로시간에 대해서는 서면 명시 의무가 부과되어 있으므로, 근로계약상 소정근로시간은 반드시 포함되어야 한다.

‘총근로’에 대한 법적 정의는 존재하지 않지만 그 의미를 생각해 보면 우선 떠오르는 개념은 “소정근로시간이 근로자와 사용자 사이에 정해지지 않은 경우 이루어지는 근로시간의 전체”라는 의미이다. 근로시간에 대해 노사 간 정함이 있는 경우에는 소정근로시간이라는 용어를 정의하여 사용하도록 하고 있는 것과는 달리, 근로시간에 대해 노사 간 정함이 없는 경우에는 소정근로시간이 없을 것이기 때문에, 특히 ‘소정근로 또는 총근로’라고 표현하는 것은 근로시간에 대한 노사 간 정함이 있는 경우에는 그에 따르되, 그렇지 않은 경우에는 근로시

간의 전체를 의미하는 것이라고 해석될 수 있기 때문이다. 그러나 앞서 말한 바와 같이, 사용자가 근로자와 근로계약을 체결할 때 서면으로 명시해야 할 내용 가운데 소정근로시간이 포함되어 있기 때문에, 위와 같이 ‘총근로’를 이해할 수는 없을 듯하다.

그렇다면 총근로는 어떤 의미로 보아야 할까? 근로기준법 시행령 제6조제2항은 일·주·월의 일정한 기간으로 정한 통상임금을 시간급 금액으로 산정하는 방법에 대하여 규정하고 있다. 그리고 일급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액이라고 하고 있고, 주급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 주의 통상임금 산정 기준시간 수(법 제2조제1항제7호에 따른 주의 소정근로시간과 소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액, 월급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액이라고 규정하고 있다. 그러므로 ‘총근로시간’이라는 것은 위와 같이 주 또는 월의 통상임금 산정 기준시간 수를 의미하는 것이라고도 이해할 수 있다. 소정근로시간에 대해서는 규정하고 있지만 총근로시간에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문에, 규정상 소정근로시간과 ‘소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간’을 합산한 시간이 총근로시간이라고 이해하는 것이다. 이렇게 이해하는 경우에는 1일의 통상임금은 소정근로시간으로 나누게 되는 반면, 주·월의 통상임금은 총근로시간을 이용하여 계산을 하게 되는 결과가 될 것이다.

판례는 두 번째와 같은 의미로 ‘총근로’를 보고 있는 듯싶다. [대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결]의 내용을 다시 보면, 판결 전문 가운데 이런 표현이 나온다.

“근로자가 유급휴일에 근무한 것으로 의제하여 이를 약정 근로시간과 합하여 총근로시간을 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 가지는 부분과 연장·야간근로수당분이 포함된 월급 또는 고정수당을 그 총근로시간 수로 나누는 방식에 의하여 그 시간급 통상임금을 산정하여도 무방하다.”

일단 본문의 ‘약정 근로시간’이라는 용어를 ‘소정근로시간’이라고 이해하고 (이 부분의 ‘약정 근로시간’에 대한 문제는 아래에서 언급한다) ‘총근로시간’을

보면 “근로자가 유급휴일에 근무한 것으로 의제하여 이를 소정근로시간과 합하여 총근로시간을 산정”하게 된다. 즉 총근로시간은 소정근로시간에 유급휴일근로의제시간을 더한 것이 되는 것이다. 또 이런 표현도 나온다.

“근속수당이 통상임금에 포함된다면 이를 시간급 통상임금으로 선정하기 위해서는 그 근속수당을 월의 통상임금 산정 기준시간 수에 월평균 주휴 근로의제시간과 각 가산율까지 고려한 월평균 연장 및 야간근로시간을 모두 합산한 총근로시간으로 나누는 방법에 의하여야 한다.”

이것은 어떤 수당이 월 단위로 지급되는 경우, 그 수당의 통상임금을 계산하기 위해 필요한 것은 ‘월의 통상임금 산정 기준시간 수+월평균 연장 및 야간근로시간 수’라는 ‘총근로시간’이라고 이해하는 것이다.

그렇다면 ‘총근로시간’은 근로기준법 제50조 등의 법정 근로시간과 함께, 연장·야간근로시간이 포함되는 물론이고, 판례의 입장에 따르자면 유급주휴근로의제시간까지도 포함되는 것으로서, 통상임금의 정의가 ‘소정근로 또는 총근로에 대하여 지급되는’ 것이라고 규정되는 것은 일급 금액으로 정한 임금과 주·월급 금액으로 정해진 임금의 계산 방법을 달리하기 위한 것이라고 이해해 볼 수 있을 듯하다.

그런데 이렇게 판례가 총근로시간을 해석하는 방법을 이해하려 노력을 한다고 해도, 예를 들어 통상임금을 이용하여 계산하게 되어 있는 연장근로수당의 계산을 위해 연장근로시간의 수를 고려해야 한다는 것, 유급주휴는 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어지는 것이라는 점(근로기준법 제55조 및 시행령 제30조)⁵⁾ 등의 문제는 그러한 판례의 총근로시간에 대한 이해에 의문을 제기하게 한다.

5) 사실 통상임금의 정의가 시행령으로 규정되고 있다는 점에 대한 의문에 더하여, 근로기준법 제55조에서 조건없이 “사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다”고 규정하고 있음에도 불구하고 시행령 제30조에서 “법 제55조에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어야 한다”고 규정하고 있는 것의 효력에 대한 의문도 제기해야 한다고 생각한다. 법에서 주휴권의 수급조건에 대한 위임을 하지도 않았을 뿐만 아니라, 법으로 조건없이 규정한 권리를 시행령으로 제한하는 것의 타당성에 대한 의문이다. 다만, 이 문제제기는 이 글에서 본격적으로 논하기에 적합하지 않다고 생각되므로, 본문에서는 일단 현재의 법과 시행령에 기초하여 정리를 했다.

3. ‘소정근로’의 범위를 벗어난 노사합의

판례를 읽다 보면 ‘약정 근로시간’이라는 용어가 나온다. 노사 간에 정해진 근로시간은 법률 용어로서 ‘소정근로시간’이라고 부르고 있는데, ‘약정 근로시간’은 무엇일까. [대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결]의 내용을 다시 보면, 판결 전문 가운데 이런 표현이 나온다.

“근로기준법 제50조의 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 월급을 지급받거나 기본 시급과 함께 매월 고정수당을 지급받았다면 ...”

즉, 소정근로시간은 근로기준법 제50조 등의 근로시간의 범위 안에서 노사가 정한 근로시간이라면, 약정 근로시간은 그와는 상관없이 이루어지는 근로시간의 정함을 의미하는 듯하다. 연장근로시간에 대한 약정, 야간근로시간에 대한 약정 등을 예로 들 수 있을 것이다.

법정 근로시간을 근로기준법이 정하고 있는 취지는 장시간 근로를 예방하기 위함이다. 소정근로시간이 정해질 수 있는 범위를 규정하고 있는 근로기준법 제50조, 제69조 본문 그리고 산업안전보건법 제46조를 법정 기준근로시간이라고 한다면, 사용자는 이 법정기준근로시간의 범위 내에서 근로시간을 정할 의무를 갖는 것이고, 근로자는 이 법정 기준근로시간 이외의 시간에 대해서는 근로를 제공하지 않을 권리를 갖는 것이라고 이해할 수 있다. 다만 근로기준법 제53조, 제69조 단서에서 연장근로시간에 관한 규정을 두고 있는 것은(산업안전보건법 제46조는 업무의 특성상 연장근로를 금지하고 있다) 부득이하게 법정 기준근로시간 이외의 시간 동안 근로자의 근로가 필요할 수 있는 예외적 사정을 감안하여 ‘당사자의 합의’를 전제로 연장근로를 가능하도록 한 것이다. 물론 이 ‘당사자의 합의’는 개별적 동의가 아닌 포괄적 동의, 즉 연장근로가 필요할 때마다 사용자가 근로자의 동의를 얻어야 하는 것이 아니라, 근로계약의 체결 시 등에 근로자로부터 연장근로에 대한 동의를 얻어 두면 되는 것으로 이해하는 것이 판례의 입장인 듯하다.⁶⁾

그러나 그렇다고 하여 연장근로가 상시적일 것임을 예정하고 1일 또는 1주의

6) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결, 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결 등 참조.

연장근로를 미리 정해두는 것이 가능하다는 의미는 아닐 것이라고 생각한다. 연장근로가 상시적이어야 한다는 의미는, 법정 기준근로시간의 범위 내에서 근로를 제공하고 있는 근로자의 근로제공량으로는 해당 업무가 이루어질 수 없음을 의미하는 것이고, 이것은 필요한 근로의 양을 근로하고 있는 근로자들의 법정 기준근로시간 수로는 충당할 수 없음을 의미하는 것이며, 그 해법은 기존 근로자들의 근로시간 연장을 통해서가 아니라 근로자 수의 확대를 통해 이루어져야 할 것이기 때문이다. 어떤 업무가 매주 1인당 52시간의 근로시간 수로만 충당할 수 있다면, 그 업무는 1인이 매주 52시간을 일함으로써 완수하면 되는 업무가 아니라 사실은 40시간을 일하는 근로자 1인과 12시간을 일하는 근로자 1인이 필요한 업무라는 의미이다. 그러므로 사실은 판례가 말하고 있는바, “근로기준법 제50조의 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 월급을 지급받거나 기본 시급과 함께 매월 고정수당을 지급받았다면...”과 같은 전제는 법정 기준근로시간의 입법 취지를 고려하였을 때 성립될 수 없는 것이 아닐까.

그럼에도 불구하고 판례가 말하고 있는 바와 같은 ‘약정 근로시간’의 정함이 현실적으로 이루어지고 있는 이유는 두 가지라고 생각한다. 첫째는, 경영의 측면에서 기존의 근로자의 연장근로를 통해 충당할 수 있는 업무를 위해 새로운 근로자를 채용하는 것의 부담이고, 둘째는 근로자의 소득보전의 측면에서 법정 기준근로시간 이외 유급으로 처리되는 연장근로 등을 통한 추가적 임금확보이다. 이 두 가지 이유는 사실 근로 현장에서 엮힌 이해관계를 갖고 있고, 그로 인해 이에 대한 문제제기는 의도적으로 회피되고 있다고 생각된다.

4. ‘명목근로시간’의 설정

판례가 현재 제시하고 있는 통상임금 산정 기준시간에 관한 공식에서는 “월급이나 월급의 형태로 지급받는 고정수당에는 통상임금으로 볼 수 없는 근로기준법 제55조 소정의 유급휴일에 대한 임금과 같은 법 제56조 소정의 연장·야간근로에 대한 임금이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란하므로, 이러한 경우에는 근로자가 유급휴일에 근무한 것으로 의제하여 이를 약정 근로시

간과 합하여 총 근로시간을 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 가지는 부분과 연장·야간근로수당분이 포함된 월급 또는 고정수당을 그 총 근로시간 수로 나누는 방식에 의하여 그 시간급 통상임금을 산정”하도록 하고 있다. 그래서 공식 (3-1) 내지 공식 (3-2)와 같은 계산 방법이 성립하게 되는 것이다. 이것은 1월 단위로 지급되는 임금에는 통상임금이 아닌 임금이 포함되어 있으므로, 1월 단위로 지급되는 임금의 통상임금 부분을 확정하기 위해서 통상임금이 아닌 임금을 포함한 전체 임금이 지급된 시간으로 1월 단위로 지급되는 임금을 나누도록 하는 의미이다. 여기에서 ‘통상임금이 아닌 임금을 포함한 전체 임금이 지급된 총시간’을 ‘임금 근로시간’이라고 표현하기도 하는데, ‘명목근로시간’이라고 표현하는 것이 그 의미를 이해하는 데 보다 정확한 표현이 아닐까 생각된다. 그러므로 통상임금을 산정하기 위한 근로시간에는 소정근로시간과 총근로시간 그리고 명목근로시간이라는 개념이 존재하게 된다.

명목근로시간의 의미를 조금 더 자세하게 보면, 소정근로시간이 정해진 근로자라도 연장근로, 야간근로, 유급휴일근로 등을 하게 될 수 있다. 근로시간은 소정근로시간에 이러한 추가된 유급근로시간으로 산정되지만, 임금은 거기에 할증률이 가산되게 된다. 1일 8시간의 소정근로시간에 2시간의 연장근로를 한 근로자의 총근로시간은 10시간이지만, 임금은 연장근로에 대한 법정 할증률 50%가 가산되어 총 11시간분의 임금을 받게 되는 것이다. 이때 11시간이 명목근로시간이다. 통상임금은 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급되는 임금이기 때문에, 앞서 말한 바와 같이 1일의 통상임금을 산정할 경우에는 1일분의 소정근로에 대한 임금을 소정근로시간으로 나누면 충분하지만, 주 또는 월급 금액으로 받는 임금의 경우에는 계산 방법이 달라지게 된다. 월급 금액을 기준으로 했을 때, 근로자들이 월급 금액으로 받는 임금에는 소정근로시간에 대한 임금과 함께 월간 연장 및 야간근로시간 그리고 유급주휴근로의제시간이 포함될 것이고, 이외 교통비, 가족수당, 식대, 근속수당, 상여금 등 각종 수당이 포함될 수 있다. 통상임금을 정기적·일률적으로 받는 고정적 임금으로 정의하면서 판례가 실시하고 있는 통상임금의 개념 요소들을 받아들일 때, 근로자들의 월급에는 통상임금에 해당되지 않을 수 있는 비통상적 임금이 포함될 수 있다. 그런데 이러한 비통상적 임금은 정기적이거나, 일률적이지 않은 비고정적 임금일

것이고(정기적이면서 일률적인 고정적 임금은 통상임금일 것이므로), 그렇다면 이러한 임금은 통상임금 판단 시 제외되는 것이 원칙이다. 그러한 임금을 제외한 나머지 통상임금에 해당하는 임금은 근로자가 1월 동안 근로한 근로의 제공에 대한 대가이므로 총근로시간을 기준으로 나누면 시간급 통상임금이 도출되었지만, 이 임금에는 할증임금 부분도 포함될 수 있기 때문에, 단순한 총근로시간이 아닌 할증임금 부분을 근로시간으로 전환시켜 고려하는 소위 ‘명목근로시간’으로 임금을 나눔으로써 시간급 통상임금이 계산된다는 것이다.

이 문제는 사실 그리 간단하지는 않다. 통상임금을 ‘소정근로 또는 총근로’에 대한 정기적·일률적으로 지급된 고정적 임금이라고 정의하면서, 총근로에 지급된 통상임금을 시간급으로 계산하기 위해 다시 명목근로시간이라는 개념을 설정하고 있는 것인데, 다음과 같은 도식을 한번 살펴보자.

1월의 평균 근로일을 22일(주5일근무제 설정), 1월 평균 유급주휴일 수를 4.3일, 연장근로 할증률을 50%로 가정했을 때,

a=1일 소정근로시간

b=1일 약정 연장근로시간

C=기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 월급을 지급받거나 기본 지급과 함께 매월 고정수당을 지급받은 경우의 그 월급액

이라고 한다면, 1시간 통상임금 d의 계산식은

$$d=C/22 \times (a+1.5b)+8 \times 4.3 \quad (1)$$

이 된다. 이것은 기존 판례가 계산하는 방식이다.

그러나 임금근로시간이 아닌, 소정 또는 약정근로시간을 중심으로 계산을 하게 되면(아래, $\boxed{+b}$ 는 약정근로시간을 중심으로 하는 경우이고, 소정근로시간을 중심으로 하는 경우에는 이 부분을 제외시킨다) 위의 계산식은

$$d=C/22 \times (a+\boxed{+b}) \quad (2)$$

공식의 차이에서 간명하게 드러나는 바와 같이, (1)의 방식으로 계산했을 때 (2)의 방식으로 계산하는 것보다 시간급 통상임금의 액수가 훨씬 작아지게 된

다. 그러나 이 액수의 차이보다도 이해할 수 없는 것은, 근로의 제공에 대한 대가가 임금인데 그 임금을 받았기 때문에 근로를 한 것으로 간주되는 명목근로시간이 다시 임금을 결정하는 중요 요소가 되는 순환이 이루어져 버린다는 사실이다. 여기에서 노동시간의 균질화가 이루어지게 되는데, 통상임금 산정을 위한 기준시간 계산을 위해 2시간의 연장근로가 3시간의 근로시간이 되고, 소정근로일을 개근했을 때 누리게 될 하루의 유급휴일이 8시간의 근로시간으로 된다. 근로시간이 아닌 것을 근로시간으로 명목화시킨 것이다. 이에 따라서 임금은 근로의 제공에 대한 대가인데, 통상임금을 계산하기 위해 일하지 않은 시간이 일한 것으로 간주됨으로써, 일하지 않은 시간에 대한 임금이 일한 시간의 임금을 갚아 먹는 결과가 발생한다. 근로자는 2시간의 근로를 제공했지만, 임금은 3시간분을 받으므로, 3시간을 일한 것으로 간주하게 되는 순환에 따라 결과적으로 통상임금을 계산할 때에는 근로의 제공에 대한 대가를 충분히 받지 못하는 결과인 것이다.

그 목적이 어디에 있는지는 분명하지 않다. (1)과 같은 방식으로 계산하는 것이 통상임금의 목적에 보다 부합하는 것이라고 본 것일지도 모르겠다. 그러나 임금은 근로제공에 대한 대가로서의 성질을 갖고 있고, 통상임금은 근로제공에 대하여 정기적·일률적으로 지급된 고정적인 것인가의 문제이지, 어느 정도의 근로에 대하여 얼마나 지급된 것이냐의 문제는 아니다. 후자의 문제는 통상임금을 산출한 결과일 뿐이다. 어느 정도의 근로에 대하여 통상임금이 얼마나 지급되었는지를 계산하기 위한 근로시간은, 그러므로 ‘어느 정도의 근로’가 이루어졌는지를 판단해야 할 문제이고, 이것은 실제로 일하지 않았지만 일한 것으로 의제되는 명목근로시간이 적용되어서는 안 된다고 본다. 월 단위의 임금의 경우, 통상임금에 포함되지 않는 임금이 포함되어 있기 때문에 그와 같은 계산법이 필요하다면, (2)의 방법으로 통상임금을 계산한 후 그것으로부터 통상임금이 아닌 임금을 제외시키면 될 것이다. 이 문제가 만약 포괄임금 약정으로 인함이라면(즉, 포괄임금제 약정에 따라 연장근로수당 등이 정액의 정기적·일률적인 고정적 임금이 되고 있다면), 그 포괄임금 약정의 유효성을 검토하는 것은 별론으로 하고, 포괄임금에 포섭된 각종 수당 항목들은 이미 통상임금 해당성을 갖게 될 수밖에 없기 때문에 별도의 계산 방법을 취할 필요는 없다.

IV. 결 론

통상임금 산정 기준시간의 계산과 평가를 위해 근로기준법 시행령 규정과 판례를 살펴본 첫 소감은 대단히 복잡하다였다. 1954년 근로기준법 시행령에서는 소정근로시간만으로 매우 간단하게 산출할 수 있을 것으로 보였지만, 임금체계가 복잡해짐에 따라 점차 복잡해지는 임금체계에 부합하는 계산 방법을 산출해 낼 필요가 있었기 때문일 것이라고 생각한다. 이 복잡성에는 아마도 통상임금의 해당성에 관한 여러 논란도 큰 부분을 차지하고 있을 것이다.

그런데 임금체계가 복잡해지고, 통상임금의 해당성에 관한 여러 논란이 발생한 이유가 무엇인지를 생각해 보면, 그 답은 결국 통상임금으로 인한 임금 부담일 듯하다. 연장·야간근로수당, 유급휴일근로수당 등의 할증 기준이 통상임금이기 때문에, 통상임금 수준을 낮추거나 유지시킴으로써 각종 법정 수당의 부담을 최소화하려는 노력의 결과라고밖에는 보이지 않는 것이다.

그러나 이 글에서는 다루지 않았지만, 통상임금의 범위는 점차 확대되고 있는 추세이고, 조만간 평균 임금과의 격차가 없어지게 될 것이라는 예측도 학자들 간에서 나오고 있다. 즉 통상임금을 줄이기 위한 방편으로 임금을 복잡하게 만드는 것은 더 이상 유의미하지 않다는 것이다. 그러므로 통상임금이라는 개념을 포기하지 않는다는 전제에서 임금체계를 간소화하는 한편, 통상임금 산정을 위한 기준시간 또한 소정근로시간을 기본으로 산출하는 것이 바람직한 지향이라고 생각한다. 이 결론은 결국 임금체계의 간소화와 함께 통상임금 산정을 위한 기준시간의 문제를 1954년 근로기준법 시행령으로 되돌리자는 것이기도 하다.

다만, 통상임금의 범위와 그 산정을 위한 기준 시간의 논의는 통상임금이라는 개념을 존치시킨다는 전제에서 출발하는 것이었다. 이것이 반드시 필자의 최종적 지향은 아니기는 하지만, 통상임금 개념과 그 산정 방식에 대한 현행 체제가 유지되는 한 필자의 입장은 위 결론으로부터 달라지지는 않을 듯하다.

참고문헌

- 강성태(1994). 「연장시간근로 등에서 근로시간의 산정」. 『노동법연구』 제4호, 서울대학교 노동법연구회, pp.237~262.
- 김홍영(2013). 「통상임금의 해석상 쟁점」. 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, pp.1~53.
- 도재형(2013). 「통상임금 소고」. 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, pp.55~87.
- 박제성·도재형·오계택·박은정(2008). 『통상임금 제도개선』. 한국노동연구원.

abstract

Criteria for Working Hours to Calculate Ordinary Wages

Park, Eun Jeong

Despite of much concern about ordinary wages, there seems much less interest in the standard hours to calculate ordinary wages. In calculating ordinary wages, it is important not only to appoint items of wages to be included but also to determine what kind of time to be used as the criterion.

Thus, this paper tries to examine the standard time for calculating monthly ordinary wages which seems to receive much less attention among various themes about ordinary wages. To do this, the author sums up change of legislation and precedents of the Supreme Court about ordinary wages and examines the method to calculate the standard time for calculating ordinary wages provided in the Labor Standard Law based on the precedents of the Supreme Court. Upon this examination, the author suggests the problems as follow.

First of all, the problem with using the term ‘agreed working hours’. The working hours determined by labor and management is called ‘prescribed working hours’ in legal term while the precedents use ‘agreed working hours’ whose meaning is required to be analyzed. The precedents use the term ‘agreed working hours’ to mean fixing of working hours irrelevant of prescribed working hours such as agreement of overtime working hours or night working hours. But if overtime working and night working are regularly allowed through the agreed working hours, the purpose of providing legal working hours in the Labor Standard Law, that is to prevent working long hours, seems becoming meaningless.

Secondly, the problem of setting ‘nominal working hours’. The term ‘nominal working hours’ means to regard the period when workers do not work actually

as working time for calculating ordinary wages. For example, 2 hours of overtime working is regarded as 3 hours of nominal working hours, and this makes ordinary wages lower. While wage is paid for providing work, as the time when workers do not work is regard as working hours, the wages for the time when the workers do not work seems reducing the waged for the time worked.

Following the problems suggested, this paper concludes that when considering the standard hours for calculating ordinary wages, the purpose for providing legal working hours should be thoroughly considered, and that the wage as price for prescribed working should be fairly paid not to be unfavorable to workers.

Keywords : ordinary wage, agreed working hours, prescribed working hours, nominal working hours, standard hours to calculate ordinary wages