월간노동리뷰 | 2012년 11월호 pp.24~33
한 국 노 동 연 구 원

# 통상임금에 관한 최근 대법원 판결의 의미와 쟁점

박 지 순*

## ◈ 통상임금의 의의와 문제점

근로기준법은 연장·야간 및 휴일근로의 가산임금, 해고예고수당 등을 산정하기 위하여 통상임금이라는 기준을 적용하고 있지만, 통상임금이 구체적으로 무엇을 의미하는지 그에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 다만, 1982년 개정된 근로기준법 시행령은 근로기준법의 위임없이 독자적으로 통상임금을 정의하고 있다. 그에 따르면 '통상임금'이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액을 말한다(당시 시행령 제31조 제1항, 현행 시행령 제6조 제1항).

이에 따르면 통상임금에 산입되는 임금은 먼저 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 한 금품이라고 할 수 있다. 소정근로시간을 일, 주, 월 단위로 정할 수 있으므로 그에 대응하는 통상임금이 정해질 것이다. 소정근로시간의 의미에 대해서 고용노동부의 행정해석과 종전 대법원은 '1임금산정기간'으로 이해하고 있다.[1] 그러나 대법원은 1996년 이후 특정 항목의 임금이 소정근로에 대한 대가인지 따지기보다는 그것이 정기적으로 지급되는 것인지를 중심으로 판단하는 경향을 보여주고 있다. 대법원의 판시에 따르면 "근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있는 것이고, 소정근로시간의 근로에 직접적으로 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금이 아니라 하더라도 그것이 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급되는 임금이 아니라고 할 수 없으므로 그런 사유만으로 그 임금을 통상임금에서 제외할 수는 없다"고 한다.[2] 즉, 대법원은 임금이 소정근로시간에 대하

* 고려대 법학전문대학원 교수(jis-park@hanmail.net)

1) 고용노동부 예규 제602호(2009. 9. 25) <통상임금 산정지침> 제3호 참조. 또한 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카14758 판결.

2) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 및 그후의 판결 참고.

여 지급하기로 한 것인지 여부보다는 '정기성'을 1차적인 판단기준으로 삼고 있음을 알 수 있다.[3] 결과적으로 법원은 통상임금이 소정근로 또는 총근로에 대한 대가이어야 한다는 기본요건에 대한 해석을 포기한 것은 아닌지 의문이다.[4]

다음으로 통상임금은 일률적으로 지급되는 임금이어야 한다. 이에 대해서 대법원은 통상임금이란 정기적・일률적으로 소정근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금이라고 정의하였다.[5] 그런데 다른 대법원 판결은 '일률적'으로 지급되는 것이라 함은 '모든 근로자에게' 지급되는 것뿐 아니라 '일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게' 지급되는 것도 포함된다고 하고, 여기서 말하는 '일정한 조건'이란 '고정적이고 평균적인 임금'을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 '고정적인 조건'을 의미한다고 판시하였다.[6] 그렇지만 일정한 조건 또는 기준이라는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지 사안에 따라 어떻게 적용되어야 하는지 명확하지 않다는 점도 문제이다.

우리나라 기업의 임금체계와 임금항목이 복잡하다는 것은 주지의 사실이며, 그에 따라 통상임금 산입범위를 둘러싸고 수많은 분쟁이 발생하고 있고 법원의 판결은 일관성과 체계성을 유지하기 어려울 정도로 미로(迷路)를 만들고 있다. 소정근로의 의미를 어떻게 해석해야 하는지, 정기성・일률성・고정성의 구체적인 판단기준은 무엇인지 여전히 명확하지 않으며, 기업별・임금항목별 실태가 다양하다보니 법원의 판단도 일정한 규범적 기준을 제시하기보다는 개별 사례에 따라 판단하는 경향이 강하고, 심지어 구체적 근거의 제시 없이 스스로 판단기준을 변경함으로써 통상임금의 법리가 더욱 복잡해지고 있다. 무엇보다 법원과 고용노동부의 행정지침이 판단기준이나 특정 임금항목의 통상임금성 여부에 대하여 서로 다른 견해를 제시함으로써 실무계의 혼란이 극대화되고 있는 실정이다.[7]

---

3) 예를 들어 전체 직원에게 매년 일정시기에 일정액을 체력단련비로, 매년 11월에 일정액을 월동보조비로 지급하여 왔다면 위 체력단련비나 월동보조비는 모두 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 한 금품으로서 정기적・일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라 할 것이므로 통상임금에 속한다고 한 판례가 있다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결).

4) 이와 같은 문제 제기로 김영문(2012), 「금원의 통상임금 해당성에 관한 기준의 비판적 고찰」, 『노동법학』 43, p.151.

5) 대법원 1978. 10. 10. 선고 78다1372 판결; 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카6948 판결.

6) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20316 판결; 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결.

7) 법원은 개별 사건을 대상으로 판단이 이루어지다보니 종합적이고 체계적인 판단기준을 형성하는데 어려움이 있으나, 행정부는 집행차원에서 통일적인 견해를 제시하고 노동시장에 대하여 체계적이고 종합적인 판단기준을 제공한다는 점에서 행정지침의 현실적 의의를 가볍게 볼 수 없다. 이에 관해서는 하갑래(2012), 「통상임금제도의 변화와 과제」, 한국노동법학회・노동법이론실무학회 공동 추계학술대회 발표문 p.39 참고.

## ◈ 정기상여금의 통상임금 여부와 문제점

특히 정기상여금의 통상임금 해당성을 둘러싸고 논쟁이 첨예하게 진행되고 있다. 종래 대법원은 정기상여금을 통상임금으로 인정하지 않았다. 예컨대 상여금이 매년 4회에 걸쳐 기본급의 100%를 지급하는 것이나, 입사 1개월 미만인 자에게는 지급되지 않고, 근속기간이 3개월 미만인 자와 휴직・정직・직위해제 처분 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 있다면 상여금의 지급 여부 및 그 지급액은 근로자의 실제 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속한다고 할 수 없다고 하였다.[8] 고용노동부 예규도 일관되게 정기상여금의 통상임금성을 부인하고 있다.

그러나 최근 대법원은 정기상여금의 통상임금성을 인정하는 취지로 판결[9]함으로써 통상임금에 관한 논쟁에 기름을 부은 격이 되었다. 이 판결에 따르면 6개월을 초과하여 계속 근무한 근로자에게 근속연수별에 따라 미리 정해놓은 각 비율을 적용하여[10] 산정한 금액을 분기별로 지급하는 경우에 매월 월급 형태로 지급되지 않는다는 사정만으로 통상임금이 아니라고 단정할 수 없다. 또한 상여금 지급은 매분기 말까지 재직한 자로 하되, 근로자가 상여금 지급대상 기간중에 퇴직하더라도 퇴직 이후 기간에 대하여는 상여금을 지급할 수 없지만 재직기간에 비례하여 월할계산하여 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 있다고 하였다. 비록 정기상여금이 통상임금이라고 단정하지는 않았지만 그와 같은 취지로 판시하고 있다.

일단 판결문상 나타난 사안의 차이를 비교하면 양 판결에서 문제된 상여금은 모두 정기적으로 지급된 것이고 일정한 조건을 갖춘 '모든 근로자'에게 지급되는 것이므로 이른바 정기성과 일률성의 요건은 충족하고 있다고 할 수 있다. 다만, 종전 판결에서 상여금은 지급일 전에 퇴직한 근로자에게는 근무일을 계산하여 일할지급하였고, 최근의 판결은 퇴직자에게 월별로 월할계산하여 지급하고 있다는 점에서 차이가 있으며, 상여금이 고정적 급여인지 여부를 달리 판단한 것으로 볼 수 있다. 월할지급과 일할지급이 서로 다른 것인지 의문이지만 이는 '고정성'의 문제로 접근할 것은 아니며, 오히려 분기별로 지급되는

8) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결.
9) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결.
10) 이 사건 단체협약 제27조에 따르면, "상여금은 만근 기본급 기준으로 6개월 이상 근무시 350%, 3년 이상 근무시 550%, 8년 이상 근무시 650%, 12년 이상 근무시 750%를 분기별로 지급하며 매분기 말까지 재직한 자로 하고, 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한다"고 규정하고 있다.

상여금 자체가 소정근로에 대한 대가로 볼 수 있는지가 문제라고 생각된다.

이 판결은 기업을 비롯한 실무계와 학계에 매우 큰 파장을 불러일으키고 있다. 물론 당장은 근로자에게 유리한 내용일 뿐만 아니라 복잡다기한 임금체계를 단순화할 수 있다는 점에서 법원의 판결을 긍정적으로 볼 수도 있다. 그렇지만 근로자에 대한 유·불리만을 기준으로 판결의 타당성을 논할 수는 없다. 노동법은 노사의 자율적인 규율가능성을 뒷받침할 수 있는 기준을 설정하는 기능을 담당하고, 법원은 그를 위한 법률해석의 기준을 제시해야 한다. 그러나 법원이 법률을 넘어 노동관계의 내용을 직접 결정할 수 있는 지위에 있는 것은 아니며, 노사의 자율적 합의가능성이 법원에 의하여 방해를 받아서도 안된다. 또한 기업내부적 노동관계는 근로자측과 사용자의 계속적 계약관계에 터잡아 오랜 관행을 형성하고 노사의 집단적 자치를 통하여 일정한 질서를 형성하고 있기 때문에 명백히 강행규정에 반하는 잘못된 관행은 바로 잡아야 하지만 법원이 독자적으로 임금체계 개선과 같은 노동법의 중요한 질서형성의 과제를 담당할 수 있는 것은 아니다. 이는 일차적으로 입법부와 기업의 노사가 함께 형성해 가야 할 과제이다. 이러한 관점에서 이번 판결이 가지고 있는 문제점을 구체적으로 검토하고자 한다.

## ◈ 통상임금의 의의에 대한 재검토

대법원의 판결은 통상임금의 목적과 기능에 대해서도 논란을 야기하고 있다. 통상임금은 임금 그 자체가 아니라 임금 중에서 특별히 가산임금 등 법정수당을 계산하기 위한 하나의 산정단위에 불과하다. 그런데 가산임금이나 해고예고수당은 근로자의 생활보장을 위한 실질임금을 의미하지 않는다. 물론 통상임금이 평균임금의 증감을 위한 조정기준이 되기는 하지만 그렇다고 해서 평균임금처럼 근로자의 실질임금을 파악하기 위한 기준이라고 할 수는 없다. 근로자에게 현실적인 생활수준을 유지할 수 있도록 실질임금을 계산할 필요가 있을 때(재해보상, 퇴직금 등)는 근로기준법을 비롯한 현행 노동관계법은 평균임금이라는 산정기준을 적용하기 때문이다. 근로기준법은 이와 같은 양자의 차이를 인정하고 통상임금과 평균임금을 명확히 구분하고 있다. 그러나 대법원이 소정근로와 총근로의 차이를 무시하고 정기성·일률성만을 기준으로 통상임금 여부를 판단하면서 그 경계가 사실상 무너지고 있다. 노동계는 "실질임금의 확보라는 측면에서 상여금 및 제수당의 통상임금화"를 주장하고 있다.[11] 나아가 다양한 항목의 수당들을 모두 근로의 대

11) 김기덕 변호사(통상임금의 본질과 통상임금의 개념, 한국노동법학회·노동법이론실무학회 공동 추계학술대회 발표문, 2012. 9)는 통상임금의 본질을 법정근로시간을 근로한 것에 대한 대가로 지급하기로 한 것은 모두 통상임금에 해당되어야 한다고 보고 있다. 이 견해에 따르면 법정근로시간 외의 근로에 대한 법정수당(가산임금)이나 경영성과금과 같이 지급당시의 경영성적에 따라 노사합의로 그 지급 여부나 지급액이 정해지는 것은 통상임금에 해당하지 않는다. 경영성과금이 임금인

가로 파악하고 이를 기본급으로 통합해야 한다는 견해로 발전하고, 이를 위해서 복잡한 임금체계를 구성하고 있는 각종 수당들을 통상임금에 산입하는 것이 필요하다는 것이다. 대법원 판결도 '근속가산금, 급량비, 교통보조비, 위생수당, 위험수당, 기말수당, 정근수당, 체력단련비, 명절휴가비, 효도제례비, 연말특별소통장려금, 출퇴근보조여비' 등 목적이 비교적 명확한 다양한 항목의 수당이 정기성과 일률성의 요건을 갖추고 있다는 이유로 통상임금에 해당한다고 판시하고 있다.[12] 문제는 평균임금이라는 실질임금 산정수단이 있음에도 불구하고 통상임금을 그와 같은 의미로 이해하는 것이 현행법의 체계나 제도취지에 부합하느냐 하는 점이다.

## ◈ 통상임금 해석론상의 쟁점 - 소정근로의 대가인가, 총근로의 대가인가?

대법원의 판결은 해석론상 몇 가지 쟁점을 안고 있다. 첫째, 대법원은 근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적・일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다는 입장을 취하고 있는데, 과연 정기성・일률성만을 기준으로 통상임금 해당성을 판단할 수 있는지는 의문이다. 시행령과 대법원 판결 그리고 행정해석을 종합하면 통상임금의 첫번째 요건은 "소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 임금"이어야 한다는 것이고, 정기성・일률성・고정성의 요건은 소정근로에 대하여 지급하기로 된 임금과 동의어가 아니며, 오히려 통상임금 해당성을 판단하는 제2의 요건이라고 보아야 한다. 소정근로에 대한 대가는 정기성을 가지고 있지만,[13] 정기적으로 지급하는 금품이 언제나 소정근로에 대한 대가라고는 할 수 없다. 그리고 소정근로에 대한 대가와 관계없는 금품이라도 정기성・일률성・고정성을 가질 수 있으므로 양자는 서로 구별하여 적용해야 할 요건이다.

일반적으로 어떤 금품이 소정근로에 대한 대가인지 여부는 그것이 '소정'근로시간에 대하여 지급하기로 약속된 임금을 의미한다. 이와 구별해야 할 개념은 근로자의 총근로에 대하여 지급하기로 한 임금이다. 1년에 1회 정기적으로 지급하는 금품이 임금이 아니라고 하기도 어렵지만,[14] 정기성과 일률성을 가지고 있다는 이유로 '소정근로'에 대하여

---

지 여부에 대해서 논란이 있다는 점을 고려하면 결국 통상임금에서 제외될 수 있는 임금항목은 거의 없게 되므로 통상임금은 평균임금에 가깝게 된다.

12) 대표적으로 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다13070 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011다22061 판결 참고.

13) 정기성의 원칙에 대해서는 근로기준법 제43조 제2항이 규정하고 있다. 그에 따르면 임금은 매월 1회 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다. 따라서 임금인 이상 원칙적으로 매월 1회 이상 정기적으로 지급되어야 한다.

14) 김영문, 앞의 논문, pp.172~173은 이와 같은 금품 중에는 근로의 대가성 자체가 인정될 수 있는지 의문이 되는 금품도 포함되어 있음에도 우리 법원이 이에 대한 검토 없이 정기성・일률성이라는

지급하는 임금이라고 할 수는 없다. 이는 소정 단위기간을 넘어선 기간에 대하여, 즉 이른바 총근로에 대한 대가로서 지급된 것이라고 할 수 있는데, 그렇다면 근로기준법 시행령은 이와 같은 의미에서 '총근로에 대하여 지급하기로 한 금품'도 소정근로에 대한 것과 마찬가지로 통상임금에 해당된다는 것을 규정한 것이라고 해석해야 하는가?

대법원은 "소정근로시간의 근로에 직접적으로 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금이 아니라 하더라도 그런 사유만으로 그 임금을 통상임금에서 제외할 수는 없다"고 하여, 특정 임금항목이 소정근로에 대하여 지급하기로 한 것인지 따지지 아니하고 정기성·일률성·고정성의 요건을 갖추고 있으면 통상임금으로 인정하는 경향을 보여준다. 여기에는 정기성 등의 요건을 갖추면 적어도 '총근로에 대한 대가'로 볼 수 있다는 관점이 전제되어 있다고 생각된다. 그러나 근로기준법 시행령이 소정근로와 구별하여 총근로에 대한 임금이라고 한 것은 도급제로 결정되는 임금을 가리킨다고 해야 한다. 시행령은 문언상 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급, 일급, 주급, 월급금액 또는 도급금액을 의미한다고 규정함으로써 소정근로는 시간단위의 임금산정기준을, 총근로는 근로의 양에 따른 임금산정기준, 즉 도급금액의 산정단위를 의미하는 것으로 볼 수 있다.[15] 그리고 동시에 소정근로시간의 최대단위는 '월'이라는 점을 명확히 하고 있다. 반면 총근로의 산정단위는 분기, 반기, 연간 등을 그 기준으로 할 수도 있다.

따라서 어떤 임금이 소정근로에 대한 대가인지 총근로에 대한 대가인지는 근로의 성격 및 임금산정 및 지급방식에 따라 달라진다. 대법원처럼 소정근로 또는 총근로를 모든 임금에 대해서 적용할 경우 양자의 구별은 무의미해지고 정기성·일률성을 갖추면 모두 통상임금이 된다는 결론으로 이어질 수밖에 없다. 이렇게 되면 소정근로에 대한 대가로서의 통상임금의 법적 의미는 모두 무시되어 버리고 '정기적·일률적인 모든 임금=통상임금'이 될 수밖에 없다. 물론 정기적이고 일률적·고정적으로 지급되는 임금은 일응 통상임금에 해당될 수 있는 가능성이 높은 것은 사실이지만 언제나 그러한 것은 아니며 통상임금이기 위해서는 일차적으로 소정근로에 대하여 지급하기로 한 임금에 해당되어야 한다. 만약 근로의 성격 등에 따라 소정근로를 기준으로 임금을 산정하는 것이 곤란한 근로관계의 당사자에 대해서는 총근로를 기준으로 통상임금 여부를 판단하는 것이 타당하다.

소정근로에 대한 대가임을 판단하기 위해서는 '1임금산정단위' 또는 '1임금지급기'를 기준으로 하는 것이 가장 일반적이며, 또한 그를 통해 근로에 대한 기본적 임금단위가 형성된다고 보는 것이 타당하다고 판단된다. 소정근로시간에 대한 보상(임금)시스템을 어떻게 구성할 것인지는 기업별로 사용자의 결정이나 노사합의로 정하는 것이 일반적이

---

보조요건만으로 통상임금성을 인정하는 경향을 보여주고 있다고 비판한다. 그렇지만 그 견해가 대법원이 이미 스스로 거두어들인 임금이분설의 부활을 의미하는 취지라면 논란의 여지가 있다.

15) 하갑래, 앞의 발표문, p.27 참고.

다. 경영성과의 분배를 소정근로시간 단위 임금의 개선에 투입할 것인지, 아니면 일회적인 성과금으로 할 것인지, 그것도 아니면 일정한 명칭을 붙여 총근로에 대한 대가로서 정기적 급여로 할 것인지는 실질적으로 노사교섭 및 합의에 달려 있는 경우가 많으며, 이를 결정할 때 통상임금 산입범위에 해당하는지 여부도 중요한 고려사항의 하나가 된다. 왜냐하면 통상임금 산입 여부에 따라 기업의 임금지급 총액에 미치는 영향이 막대하기 때문이다. 따라서 임금에 관한 노사의 교섭이나 협의에서 반드시 전제되어야 할 것은 통상임금 산정을 위한 객관적이고 명확한 기준이라고 할 수 있다. 그 때문에 근로기준법 시행령과 대법원은 소정근로에 대하여 지급하기로 한 금품과 정기적・일률적・고정적으로 지급할 것을 요건화한 것이라고 할 수 있다.

### ◈ 상여금은 통상임금인가?

그렇다면 상여금이 정기적・일률적・고정적으로 지급되는지 판단하기에 앞서 '소정근로'에 대하여 지급하기로 한 임금이라고 할 수 있는가? 또한 1개월을 초과하는 기간에 대해서 지급되는 상여금 또는 제 수당에 대해서는 어떻게 할증임금이 계산 및 지급되어야 하는가? 대법원은 종전에 1개월을 초과하는 단위로 지급되는 임금은 소정근로시간의 근로에 대한 대가로 볼 수 없다고 하였으나, 그 후에는 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 임금이라도 정기성과 일률성을 갖추고 있다면 소정근로시간에 대한 대가 여부를 묻지 않고 통상임금이 될 수 있다고 하였다. 원칙적으로 1개월을 초과하는 기간에 대하여 지급되는 상여금이라면 그것이 임금의 성격을 가지고 있다 하더라도 언제나 소정근로에 대한 대가라고 할 수는 없다. 연간단위의 총근로에 대하여 지급하기로 한 금품을 분기나 반기로 지급시기를 나누어 지급하는 금품이라면 이를 소정근로시간에 대응관계에 있는 대가로 보기 어렵기 때문이다. 물론 구체적인 명칭에 관계없이 근로의 대가로 지급되는 것이면 모두 임금에 해당하므로 소정근로에 대하여 지급되는 임금으로서 정기성・일률성・고정성을 갖추면 그 명칭이 상여금이든 수당이든 관계없이 통상임금에 해당한다. 예컨대 만약 연간 기본급 기준 600%의 상여금을 지급하기로 약정하고 매월 균분하여 이를 지급한다면 그 명칭과 관계없이 소정근로시간에 대한 대가로서 인정하는 것이 실질에 부합한다고 할 수 있다.

다른 한편으로 통상임금에 1개월을 초과하는 기간으로 지급되는 임금을 포함하지 않는 이유는 그와 같은 상여금 또는 수당은 계산기술상으로나 논리적으로 할증임금의 기초로 산입하기가 어렵다는 점이다. 만약 상여금이 분기별로 지급되는 경우 상여금이 지급되지 않는 달에도 상여금을 포함하여 산정한 통상임금으로 할증임금이 계산・지급된다는 것이 이해될 수 있는가? 또한 상여금이 지급되는 달에 상여금을 포함한 가산임금이

지급된다면 이는 상여금에 대해서도 가산된 임금이 발생한다는 것인데, 상여금은 그 성격상 기본급에 대하여 일정비율을 지급한다는 것이 확정되어 있는 금원임을 고려하면, 상여금에도 가산임금이 붙을 수 있는가라는 대답하기 어려운 질문이 발생한다. 바로 이와 같은 이유로 가산임금은 1임금지급기를 기준으로 산정된 임금에 대해서 추가지급되는 것으로 보는 것이 계산상으로나 논리적으로 용이하게 이해될 수 있다.

### ◈ 노사의 자율적 합의의 존중

노사가 대등한 지위에서 통상임금 산정기준에 대하여 합의하였음에도 대법원이 이를 무효라고 단정할 수 있는지 문제이다. 사실상 대법원이 스스로 정한 현행 통상임금 산정기준이 과연 강행규정성을 가지고 있는지 의문이다. 근로자의 실질임금을 보장하는데 목적이 있는 평균임금의 경우에는 그와 같은 취지에 반하는 그 어떠한 합의도 개별 근로자의 생활보장을 위하여 무효가 된다는데 이견이 없다.[16] 그 때문에 근로기준법은 평균임금에 대해서는 법률상 정의규정을 두고 있고 산정기준도 비교적 명확하게 규정하고 있다.

반면에 통상임금은 가산임금이나 법정수당을 계산하는 계산단위이므로 무엇을 통상임금의 범위에 산입시킬 것인지 법률에 이를 구체적으로 정하는데 한계가 있을 수 있다. 그 때문에 법률은 직접 통상임금을 정의하는 것을 단념하였다고 볼 수 있다. 현행 근로기준법은 법률이 정하고 있는 사안에 대해서 가산임금 또는 법정수당을 지급하라는 것을 명령하고 있을 뿐, 그 계산기준을 직접 제시하고 있지 않으므로 실제로 어디까지 강행규정으로 볼 수 있는지 명확하지 않다.[17] 그렇다면 기업의 개별적·구체적 임금실태를 감안하여 노사가 대등한 지위에서 자율적으로 통상임금의 기준을 정하고 집행하고 있다면 그것이 명백히 위법하다고 인정되지 않는 한 노사의 자율적 결정을 존중하는 것이 노동법의 기본질서에 부합한다고 볼 수 있지 않은가? 또한 상여금에 대한 노사의 인식도 통일적이지 않다. 이를 계속근로 및 성실근로에 대한 보상으로 인식할 수도 있고, 임금 편성상의 기술적 분류에 지나지 않은 것으로 볼 수도 있다. 이와 같은 점을 고려하여 노사가 단체협약 등을 통해 통상임금의 산정기준을 구체적으로 정하였다면 이는 존중해야 할 노사의 합의로 보는 것이 타당하며, 법원이 그 합의에 개입하여 유·무효를 판단하는 것이

16) 퇴직금 등 평균임금으로 계산하는 급여나 수당의 경우 일부 임금항목이 평균임금 산정대상에서 제외되더라도 다른 산정요소에서 유리하게 계산하여 전체적으로 법률상의 최저기준을 상회하면 이를 무효로 보지 않는다는 취지의 대법원 판결도 평균임금이 갖는 실질임금 보장 취지를 고려한 것이다. 대법원은 이와 같은 관점이 통상임금에도 그대로 적용될 수 있다는 취지로 판단하고 있다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다81523 판결).

17) 시행령의 통상임금에 관한 규정이 강행규정이라고 보기 어렵다는 견해가 대체로 우세하다고 볼 수 있다. 이에 관해서는 하갑래, 앞의 발표문, p.38 참고.

집단적 사적자치를 근간으로 하는 노동관계의 본질에 부합한다고 보기는 어렵다.

다시 말하면 근로기준법이 일종의 개방적 개념으로서 통상임금을 규정한 것이라면 통상임금의 범위(또는 그 산정기준 임금)을 정하는 것은 노사에게 유보될 수 있다고 생각된다. 그런데 근로기준법은 근로자와 사용자가 자유롭고 대등한 지위에서 근로조건을 결정해야 하는 것을 원칙으로 하기 때문에(근로기준법 제4조) 개별계약에서 통상임금을 임의로 정하는 것은 허용되기 어렵다. 이와 같은 이유로 근로기준법 시행령은 법률을 보완하기 위하여 통상임금을 정의하고 이를 실무상의 집행기준으로 제시한 것이며, 개별계약이나 취업규칙이 정하고 있는 통상임금의 범위에 대하여 일정한 규범적 통제를 가하는데 그 취지가 있다고 볼 수 있다. 법원은 이와 같은 취지를 고려하여 최소한도의 범위에서 노사의 합의에 개입할 수 있다고 생각된다.

## ◈ 노동시장의 혼란을 해소하기 위한 입법적 해결의 필요성

통상임금 판결이 지니고 있는 더 큰 문제는 대법원과 행정부의 견해 차이, 대법원의 판단기준 변경 등의 혼란으로 인하여 그 피해가 선의의 기업에까지 미치고 있다는 점이다. 특히 기업이 처음부터 불법고의를 가지고 상여금이나 제 수당을 통상임금에서 제외한 것이 아니라 판례와 행정부의 지침을 신뢰하여 통상임금에 산입되는 임금항목을 정하였다면 문제는 심각해진다. 기존 판례와 행정부의 예규 등을 신뢰하여 통상임금을 정하고, 그에 따라 가산임금 등을 계산 지급한 기업의 경우 대법원의 판결로 예상치 못한 막대한 금액의 추가지급의무를 부담할 수밖에 없기 때문이다. 정기상여금의 통상임금 인정 판결로 인하여 그와 유사한 사례를 가진 기업에서는 그동안 통상임금에서 제외된 정기상여금을 포함하여 추가로 가산임금을 지급해 줄 것을 요구하는 줄 소송이 이어지고 있다. 임금은 3년의 소멸시효가 적용되므로 3년간 가산임금의 차액을 전부 지급해야 하며, 심지어 그 기간중에 퇴직한 근로자도 아직 시효로 소멸되지 않는 기간에 대한 미지급 가산임금을 청구할 수 있으므로 천문학적인 소송가액을 수반하는 소송쓰나미가 예상되고 일부 현실화 단계에 있다. 그 대상이 되는 임금항목은 위의 판결 법리에 따르면 상여금뿐만 아니라 반기 또는 연간 단위로 지급되는 제 수당도 포함될 수 있기 때문에 소송대상과 소송가액은 한층 더 복잡하고 확대될 것이다. 특히 노사의 합의에 의하여 임금산정 및 지급기준을 마련·시행중인 곳에서는 필연적으로 노사간 분쟁을 야기시켜 사업장의 평화를 훼손하고 사회적 비용을 확대시킬 우려도 있다.

판례와 행정해석 중 어느 것이 타당한지를 따지는 것은 시간낭비가 될 수도 있다. 판례는 판례대로 판단의 기준과 효력을 가지고 있고, 행정해석도 중요한 역할을 담당함과 아울러 나름의 논리를 가지고 있을 뿐만 아니라 그 한계도 동시에 가지고 있다. 개별 판례

를 가지고 통상임금에 대한 지금까지의 문제점을 해소하는 데는 역부족이다. 무엇보다도 노동시장에 대한 이해와 노동법의 역할에 대한 인식에 큰 차이가 발견되기도 한다. 따라서 이와 같은 문제를 해소하기 위해서는 입법적인 정비가 필요하다는데 대체로 견해가 일치되어 있다.[18] 즉, 현행법상의 체계와 판례・행정해석의 태도 및 기업의 임금실무를 종합하여 통상임금의 개념과 구체적 판단기준을 재검토하고 이를 명확히 하는 것이다. 기준이 새로이 정립되면 그 기준에 따라 각 기업들이 각자의 임금체계를 재편할 수 있는 기회와 가능성을 부여해야 한다. 현재의 임금체계를 그대로 두고 통상임금 범위만 확대한다면 앞으로도 계속해서 불필요한 분쟁과 혼란을 반복할 가능성도 있다. 현재의 혼란은 복잡한 임금체계와도 밀접한 관련이 있기 때문이다. 통상임금에 관한 입법을 통하여 난마처럼 얽힌 우리 기업의 임금체계를 개선하는 기회도 가질 수 있다면 더욱 바람직할 것이다. KLI

18) 하갑래, 앞의 발표문, p.51 참고.