

# 2018년 최저임금 결정 전에 고려할 사항

최저임금은 해마다 큰 사회적 이슈가 되지 오래다. 하지만 그 상세한 내용에 대한 논의는 생각보다 많지 않다. 특히 최저임금이 포함하는 임금의 범위, 즉 최저임금 산입범위 관련 문제점은 실무에서 종종 쟁점이 되고는 하며 통상임금성과의 관련성도 문제되는데, 이하에서는 관련한 법규와 행정지침을 통해 상세히 그 내용을 알아보도록 한다.

**이광선**  
법무법인 지명  
파트너 변호사



성균관대 법학과를 졸업하고, 고려대 대학원에서 노동법 석사학위를 받았다. 현재 같은 대학원 노동법 박사과정에 있으며, 미국 미네소타 로스쿨에서 LL.M 과정을 수료했다. 35기 사법연수원을 거친 후 법무법인 지명에서 파트너 변호사로서 노동 업무를 담당하고 있다.

## 1. 서론

지난해 7월 2017년 최저임금 심의가 본격화됐을 때 노동계에서는 최저임금을 1만원으로 올려야 한다고 주장하면서 209인이 정부세종청사 고용노동부 앞에서 필리버스터 농성을 하기도 했다. 많은 근로자들의 희망에도 불구하고 2017년 최저임금은 시간당 6,470원으로 결정되자, 노동계는 현실을 반영하지 못한 금액이라고 비판했다.

그러나 많은 사람들이 최저임금의 액수에 대해서만 관심을 가질 뿐 최저임금 산입범위 문제점에 대해서는 관심을 갖지 않는다. 필자는 최저임금의 액수의 현실화 이전에 최저임금 산입범위에 대해 본격적인 논의가 있어야 하고, 이를 통해 최저임금이 실제 근로자의 생활 수준을 반영하는 역할을 해야 한다고 본다. 또한, 거의 유사한 개념인 통상임금과 최저임금을 현재와 같이 혼란스럽게 별도의 개념으로 볼 것이 아니라 비교대상임금<sup>1)</sup>(최저임금 적용을 위한 비교임금)을 통상임금으로 통일하면서 그 개념에 따라 최저임금법 및 시행규칙을 개정하는 것이 필요하다.

## 2. 최저임금의 의의

최저임금제란 국가가 임금 결정에 직접 개입해 임금의 최저수준을 정하고 사용자에게 그 지급을 법적으로 강제하는 제도다.

최저임금법은 최저임금 산입항목에 대해 ①매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금일 것, ②근로기준법에 따른 소정근로시간에 대하여 지급하는 임금일 것, ③기타 최저임금액에 산입하는 것이 적당할 것을 요건으로 규정하고 있다(제6조 제4항).

그리고 최저임금법 시행규칙 별표 1에서는 최저임금에 산입하지 않는 임금으로 ①매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금(1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정하는 상여금 등), ②소정 근로시간에 대해 지급하는 임금 외의 임금(연차휴가근로수당, 야간근로가산수당 등), ③그 밖에 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금(가족수당 등 생활보조수당 또는 현물이나 복리후생을 위한 것)을 명시하고 있다.

반면, 최저임금법 시행규칙 별표 2에서는 최저임금에 산입하는 임금의 요건으로 ①단체협약 등에 지급근거가 명시돼 있거나 관례에 따라 지급할 것, ②미리 정해진 지급조건과 지급률에 따라 소정근로에 대해 매월 1회 이상 정기적·일률적으로 지급할 것 등을 명시하고 있다.

## 3. 비교대상임금과 통상임금의 관계

### 가. 최저임금 제정 경위

최초 최저임금법을 도입하는 과정에서 ‘최저임금제도입추진실무작업단’(이하 ‘실무작업단’)을 구성했다. 실무작업단은 최저임금 적용에 있어

서 임금의 범위를 ‘기본급’으로 하느냐, ‘통상임금’으로 하느냐에 대해 활발한 논의를 했다.

통상임금은 기준근로시간의 근로에 상응하는 임금개념으로 최저임금 취지에 잘 부합하고 적용 범위가 서비스업까지 확대되더라도 적용에 문제가 없으나, 통상임금에 포함되는 임금의 범위가 분명하지 않고 현물급여가 포함될 경우 노사간 마찰이 있을 소지가 있다고 봤다. 기본급을 기준으로 하면 임금의 범위가 분명하고 제조업 생산직 근로자의 경우 기본급과 통상임금의 범위가 일치하므로 당장은 장점이 부각되나, 각종 수당이 많고 복잡한 직종이나 산업으로 적용이 확대되면 고정적 수당을 제외하는 문제와 최저임금이 매우 낮다는 인상을 줄 우려가 있다고 봤다.

결국 실무작업단은 통상적 근로(1일 8시간)에 대한 임금만을 대상으로 하되, 포함되거나 제외되는 임금의 범위를 하위법령으로 더욱 분명히 정함으로써 통상임금의 문제점을 보완하기로 했다.<sup>2)</sup> 이러한 논의와 준비를 거쳐 최저임금법이 제정됐다.

### 나. 통상임금 제도 연혁

1953년 제정된 근로기준법은 제46조(현행 제56조)에서 최초로 통상임금이라는 용어를 사용했으나 이에 대한 정의규정을 두지 않았고, 1954년에 제정된 근로기준법 시행령에서도 통상임금에 대한 구체적인 정의 없이 통상임금의 산정방법만을 규정하고 있었다. 그러다가 1982년 개정된 근로기준법 시행령에서 통상임금이란 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대해 지급하기로 정해진 시간급 금액·일급 금액·주급 금액·월급 금액 또는 도급 금액을 말한다”고 최초로 정의하게 됐다.<sup>3)</sup>

1) 판례는 개별적 사례에서 최저임금에 미달하는지 여부를 판단하는데 있어서 법정 최저시간급과 비교의 대상이 되는 임금항목을 ‘비교대상임금’이라고 정의했는데, 쉽게 말해 최저임금의 적용을 위한 임금을 의미한다.

2) 정병석, 김현수, <최저임금법(제정배경과 실무해설)>, 법원사(1988), 121~122쪽

3) 이는 일본이 노동기준법 시행규칙 제19조에서 통상임금에 대해 규정하고 있는 것과 궤를 같이 한다[김희성, ‘통상임금에 관한 법적 문제점과 개선방안’, 노동법논총(제28집), 296쪽]



한편, 최저임금법보다 늦게 제정(1988.1.14. 제정)된 당시 노동부의 통상임금 산정지침 제1조는 '근로기준법, 산업재해보상보험법, 최저임금법 등 노동관계법령상의 통상임금을 일관성 있게 산정하여 적용함을 목적으로 한다'고 규정하고 있다. 그런데 최저임금법은 독자적으로 최저임금 포함금품을 따로 정하고 있는데도, 통상임금산정지침의 적용대상으로 열거돼 있는 것은 당시 통상임금 포함금품과 최저임금 포함금품을 사실상 동일하게 보는 당시 노동부의 태도를 알 수 있다.<sup>4)</sup> 그리고 최저임금법 시행규칙의 최저임금 산정표와 통상임금 산정지침의 예시표는 표현, 구성, 내용 그리고 산입여부의 판단이 거의 동일하다. 그런데도 최저임금 포함 금품을 법규로 따로 정한 것은, 최저임금제 도입을 계기로 통상임금에 대한 근로기준법 시행령이나 행정지침의 효력을 강화시키려는 의도가 있었던 것으로 추측하기도 한다.<sup>5)</sup>

4) 하갑래, <통상임금의 관점에서 본 법정기준임금제도의 개편방안>, 중앙경제(2013), 51쪽

5) 이철수, <최저임금법상의 비교대상임금에 대한 비판적 분석>, 노동법연구 제28호, 서울대학교 노동법연구회, 2010, 63쪽(판례에서는 1개월을 초과해 지급되는 상여금, 근속수당이나 복리후생비 등의 경우에도 고정성과 일률성이 인정되면 통상임금에 포함시키려는 것이 주류적 흐름이었는데, 노동부 예규나 행정실무에서는 여전

#### 다. 비교대상임금과 통상임금의 정합적 해석

최저임금제도는 소정근로시간만 근무하면 통상적으로 받는 임금으로도 최저생활을 영위할 수 있도록 하자는 데 그 취지가 있다. 통상임금과 최저임금 모두 소정근로시간에 대해 지급하기로 정해진 임금을 확정하는 것이므로 그 취지가 본질적으로 같다고 할 수 있다.

실제로도 최저임금법상의 최저임금산정표(시행규칙 별표 1)와 통상임금 산정지침은 거의 유사하게 규정하고 있다. 최저임금법보다 뒤에 제정된 통상임금 산정지침에서 '근로기준법, 산업재해보상보험법, 최저임금법 등 노동관계법령상의 통상임금을 일관성 있게 산정해 적용함을 목적으로 한다'라고 천명하고 있는 점에서도 통상임금 포함금품과 최저임금 포함금품을 동일시하는 당시 노동부의 태도를 알 수 있다.<sup>6)</sup> 따라서 각 법률마다 임금의 개념을 달리 판단해 혼동을 줄 것이 아니라 법적 안정성, 통일성 및 명확성 원칙에 부합하기 위해 통상임금과 비교대상임금을 동일하게 취급하는 것이 필요하고, 그에 따라 최저임금법 및 시행규칙을 개정하는 것도 필요할 것으로 보인다.

다만 비교대상임금과 통상임금 중 가장 큰 차이점은 '고정성' (사전 확정성)에서 차이가 있다고 볼 수 있다. 즉, 통상임금은 다른 임금을 산정하기 위한 기준임금이므로 초과근로를 제공할 당시 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정(고정성)돼 있어야 하는데 반해, 비교대상임금은 소정근로를 제공하기만 하면 생산고에 따른 임금도 포함될 수 있다. 그러나 이러한 점을 본질적인 차이로 보기는 어렵고, 오히려 최저임금법, 동법 시행규칙, 최저임금 산정지침에서 비교대상임금과 통상임금을 거의 동일한 개념으로 규정

이 이러한 수당을 통상임금으로 인정하지 않으려 했고, 이는 아마도 최저임금법이 제정될 당시의 판례의 입장이나 노동부의 지침을 반영한 것이 오늘에 이르기까지 이어온 것으로 추측함.

6) 박지순, '통상임금의 개념 및 범위에 관한 판례법리의 평가', <안암법학>(제42권), 2013, 684~685쪽

하고 있으면서도 실질적으로는 비교대상임금에서 상당수의 고정적 수당을 제외하고 있어 최저임금의 기능·효과 등을 판단하는 데 혼란을 초래하고 적용대상이 되는 근로자에 대해 형평을 보장하지 못한다.<sup>7)</sup>

따라서 비교대상임금을 통상임금으로 통일하면서 통상임금 개념에 따라 최저임금법 및 시행규칙을 개정하는 것이 타당할 것으로 본다.<sup>8)</sup>

#### 4. 최저임금 산입범위 관련 문제점

##### 가. 현행 최저임금법 시행규칙의 문제점

최저임금법에서는 최저임금에 산입하는 임금으로 '지급주기'가 매월 1회 이상일 것을 정하고 있을 뿐인데, 최저임금법 시행규칙 별표1에서는 이를 보다 구체화해 '1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 지급하는 상여금' 등을 최저임금에 산입하지 않는 임금으로 정하고 있어, 월 1회 이상의 '지급주기' 외에 별도로 '산정기간' 요건을 부가하고 있다.

최저임금법 제6조 제4항 제1호에 의하면, 매월 1회 이상 지급되는 임금이면 최저임금에 산입되는 것으로 볼 수 있는데, 시행규칙에서는 그 조건 외에 1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 지급하면 최저임금에 산입되지 않게 되는 것이다.

최저임금법에서는 최저임금에 포함되는 임금을 명시적으로 '매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금' 일 것을 요구하면서 보다 구체적인 것을 고용노동부장관에게 위탁한 것 즉, 법률에서

구체적으로 범위를 정해 위임한 것인데도 시행규칙에서 아무런 근거 없이 '산정주기가 1개월을 초과하지 않아야 한다'는 조건을 부가한 것이다. 이는 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 있다.<sup>9)</sup>

##### 나. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 상여금 등

비교대상임금의 산정주기를 제한하는 것은 위임입법의 한계뿐 아니라 실질적으로도 여러 가지 문제점이 있다. 예를 들어, 회사가 상여금을 6개월 단위로 산정해서 지급하거나 매월 단위로 산정해서 지급한다는 우연한 사정에 의해 최저임금 포함여부가 달라지는 등의 불합리한 문제, 실제임금과 비교대상임금과의 괴리가 큰 상태의 발생으로 최저임금 수준을 정함에 있어서 갈등이 야기될 수 있기 때문이다.

이는 통상임금에서도 문제가 됐는데, 고용노동부가 제정한 통상임금 산정지침에서는 1임금 산정기간 이외에 지급되는 금품을 통상임금에서 제외하면서 (정기)상여금을 그 예로 들고 있다. 그러나 대법원 전원합의체는 1임금지급기(월급의 경우 1개월)를 초과해 지급하는 정기상여금의 경우도 정기적·일률적·고정적으로 지급된다면 통상임금에 포함된다는 점을 명시적으로 판단했고,<sup>10)</sup> 이로 인해 1임금지급기를 초과하여 지급하는 정기상여금은 통상임금에 포함되게 되었다.

그러므로 정기상여금이라도 매월 1회 이상 지급되는 금원이라면 그 산정기간이 6개월이나 1년 이거나 무관하게 (통상임금과 같이) 최저임금법에서 정한 요건(정기성, 소정 근로의 대가, 임금)을 충족한다면 최저임금 항목에 포함시키는 것이 타당<sup>11)</sup>하다(더 나아가 전술한 바와 같이 비교

7) 하갑래, <통상임금의 관점에서 본 법정기준임금제도의 개편방안>, 51~52쪽

8) 이에 대해 통상임금 개념으로 비교대상임금을 통일시킬 경우 1개월이 초과되어 지급되는 각종 수당도 비교대상임금에 포함되게 되어 '취업 후 이른 시일 내에 최저임금액 이상의 임금을 확보하기 위해 최저임금에 산입하는 임금의 지급주기를 1개월 이내로 제한'한 정책적 판단이 무산되는 결과가 발생할 수 있다는 염려가 될 수 있다. 그러나 이 역시도 정책적 판단(각종 노동법률의 통일적 규정, 실제 비교대상임금의 합리화 등)에 따라 달리 판단할 수 있는 부분으로 본다.

9) 이상익, '매월 지급하는 상여금의 최저임금 산입여부', <월간 노동법률>(2016. 8.), 중앙경제, 40쪽

10) 대법원 전원합의체 2012.3.29. 선고 2010다91046 판결

11) 한인상, '최저임금 적용을 위한 산입임금의 범위조정에 관한 법률적 검토', <성균관법학>, 2009, 566쪽

대상임금을 통상임금 개념으로 최저임금법을 개정하는 것이 필요하고, 이 경우 1임금지급기를 초과하여 지급하는 정기상여금도 비교대상임금에 포함시키는 것을 입법적으로 고려해야 할 것이다).

## 5. 복리후생적 명목의 임금

최저임금법 시행규칙에서는 최저임금에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금으로 ‘가족수당·급식수당·주택수당·통근수당 등 근로자의 생활을 보조하는 수당’ 등을 근로자의 복리후생을 위한 성질의 것을 규정하고 있다.

그러나 명칭으로 복리후생적 명목의 수당인지 여부를 구분하는 것은 사실상 어렵다. 왜냐하면, 대부분의 회사가 연장근로수당 등이 증가하는 것을 막기 위해 근로자에게 지급하는 월급을 기본급과 각종 수당으로 나눠 지급해 왔고, 그 과정에서 각종 수당에 복리후생적 명목의 수당도 포함됐기 때문이다.


통상임금 산정지침 역시 생활보조적·복리후생적 금품은 통상임금에 포함되지 않는다고 규정하고 있으나, 대법원 전원합의체 판결은 지급되는 금품이 생활보조적·복리후생적 명칭과 무관하게 ‘소정 근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급’ 되면 통상임금에 포함한다고 판시해 사실상 지급되는 금품의 명칭이 아니라 지급되는 형태에 따라 통상임금 여부를 판단했다.<sup>12)</sup>

최저임금은 근로자의 최저생활을 보장하기 위한 기준이 되는 임금이므로 실제 근로자의 생활을 반영하는 기준이 돼야 하는데, 총액 월급을 임의로 기본급과 각종 복리후생명목의 수당으로 나눠 지급한 경우와 이를 나누지 않은 채 지급한 경우 실제로 근로자가 수령하는 임금의 액수는 동일하다고 하더라도 비교대상임금의 수준이 달라지는 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 이럴 경우 실제 근로자들의 생활 수준을 반영해 적정한 최저임금을 정하는 것이 어렵게 된다. 오히려 최저임금에 포함되는 임금을 좀 더 단순하게 해서 최저임금에 포함되지 않는 임금의 범위를 축소해 실제로 대다수의 근로자들이 받는 최저임금 수준이 얼마인지를 평가해 이를 토대로 현실적인 최저임금액을 정하는 것이 타당할 것이다.

물론 최저임금법 제6조 제2항에서 “사용자는 이 법에 따른 최저임금을 이유로 종전의 임금수준을 낮춰서는 아니 된다”라고 규정하고 있으므로, 위와 같은 논의(복리후생적 명목의 금품, 현물 급여 등의 최저임금 포함)를 이유로 종전의 임금수준을 낮춰서는 안 될 것이다.

## 6. 마치며

위에서 살펴본 바와 같이, 최저임금과 통상임금의 제정경위나 연혁에 비춰 볼 때, 거의 유사한 개념인 통상임금과 최저임금을 구분해 정의할 것이 아니라 비교대상임금을 통상임금으로 통일하면서 통상임금 개념에 따라 최저임금법 및 시행규칙을 개정하는 것이 타당할 것으로 본다.

또한, 최저임금이 실제 근로자의 생활 수준을 투명하게 반영하기 위해 최저임금에 산입되는 항목을 단순화한 이후 최저임금의 액수를 논의하는 것이 더욱 현실적이다. 

<sup>12)</sup> 대법원 전원합의체 2012.3.29. 선고 2010다91046 판결

