건설공사 노무제도 및 실무 ①

글 싣는 순서

Ⅰ. 문제제기 ……
Ⅱ. 설비건설업과 주요 노동관계법률과 제도 …… 이번 호
Ⅲ. 건설업과 비정규직 근로자보호제도 …… 다음 호
Ⅳ. 건설현장의 국민연금 및 건강보험

대한설비건설협회 각 시 · 도회는 최근 개정, 시행되고 있는 건설 노무관련제도와 국민연금 · 건강보험 사후정산제 등 사회보험 실무에 대해 회원사들의 이해를 돕기 위해 노무강습회를 실시했다.

이 강습회에서 서울특별시회 자문 노무사이자 노무법인 한길 본사 대표인 신흥식 노무사가 사회보험실무와 최근 개정 시행 중인 노무제도 등을 강의하고 질문과 답변을 통해 그동안 회원사들이 궁금해 했던 내용을 설명했다.

본지는 회원사의 이해를 돕기 위해 강습회 자료로 사용한 건설공사 노무제도 및 실무 내용을 게재한다.

Ⅰ. 문제제기

최근 근로기준법 등 노동관계법의 개정과 비정규직보호법의 시행, 사회보험제도의 강화, 건설산업기본법의 개정 등 법과 제도의 급격한 변화와 건설업계 노동조합의 활성화, 건설일용근로자의 신규유입감소 등 인사노무관리의 총체적 위기로 인식되고 있다.

인사노무관리는 기업의 핵심요소 중 노동력 즉, 인적자원을 효과적으로 관리하는 기능을 수행하고 있다. 자본과 기술은 사람을 통하여 관리되고 그 기능을 발휘하게 된다. 따라서 기업의 경쟁력은 인적자원을 얼마나 효율적으로 관리하는가에 따라 좌우될 수 있다. 더 나아가 건설경기의 불황은 수익성을 악화시키는 요인으로 작용하여 노무비 절감의 필요성이 증가함에 따라 인사노무관리상의 부실로 인한 예기치 않은 추가적인 노무비 지출을 최대한 억제해야 하는 실무상의 주의가 요구되고 있다.

따라서 이하에서는 인사노무관리와 관련하여 변화하는 제반 위기상황에 기초하여 전문건설업계 인사노무관리와 관련한 법과 제도의 흐름을 재조명해보고, 인사노무관리시스템 개선의 필요성과 개선방안을 실무적 차원에서 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 설비건설업과 주요 노동관계법률과 제도

1. 근로시간 · 휴게 · 휴일 및 휴가제도

1주 44시간제도가 사업장 규모에 따라 1주 40시간제도로 변경되어 시행되고 있다.

기본 근로시간제도는 1일8시간, 1주 40시간(1주 44시간)을 기본 근로시간을 정하고 1주 12시간(40시간제의 경우 법 시행일로부터 3년간 한시적으로 16시간)의 연장근로가 가능하다. 즉, 1주 44시간(또는 40시간)의 기본근로시간제도는 반드시 1주 44시간(또는 40시간)을 초과할 수 없는 절대적 근로시간이 아니라 시간외근로를 허용하여 1주 52시간(주44시간제의 경우 주56시간)까지 근로케 할 수 있다. 아울러 1주 12시간을 초과하여 연장 근무케 한 경우(예:1일 10시간 1주 6일 근무) 법위반에 따른 벌칙이 적용될 수 있다. 따라서 노동부의 노무관리 실태 점검시 지적될 수 있는 사안이다.

휴게시간과 휴일제도의 경우 주40시간제와 주44시간제가 동일하다. 즉, 휴게시간은 8시간 근로에 1시간, 4시간에 30분 이상 부여하여야 하는 것이 원칙이며, 휴일의 경우 1주 1일의 주휴일과 근로자의 날(매년 5월1일)에 대하여는 강제적으로 유급이 보장되는 휴일로 하고 있다.

근로시간과 관련하여 건설현장의 경우 식사시간 및 중간 휴식(간식)시간을 두고 있어 이를 공식적인 휴게시간으로 명시하여 실 근로시간을 단축시킬 필요성이 있다.

건설업, 유통업 및 일부 서비스업 등 현실적으로 주40시간제를 적용하기 곤란한 업계에서 실무적으로 주 40시간제도의 적용은 근로시간 단축의 한계로 인하여 근로시간관리 측면보다는 임금관리 측면에 초점을 두어 기본급과 시간외수당 등 법정 수당관리에 만전을 기하는 경향이 일반적인 현실이다.

특히, 포괄임금계약을 준용하여 임금관리를 행하고 있는 사업장의 경우 주 40시간제 적용은 임금구성내역의 변경이 불가피하게 된다. 따라서 주40시간제도의 적용사업장이 주44시간제도에 기초한 포괄임금관리는 임금관리에 치명적인 문제를 가지고 있어 법정 수당이 과소평가되어 추가적인 임금지급의무가 발생할 가능성이 있다.

〈주44시간제도와 주40시간제도 비교〉

주요내용	주44시간제	주40시간제	비고(적용시점)
근로시간	• 기본근로 : 1주 44시간 원칙 • 연장근로 : 1주 12시간 원칙	• 1주 40시간 원칙 • 1주 12시간 원칙(3년간 16시간)	2007.7.1 1,000인 이상 2005. 7. 1 300인 이상 2006. 7. 1 100인 이상 2007. 7. 1 50인 이상 2008. 7. 1 20인 이상 20인 미만 2011년 이전 (미확정)
월차휴가	• 월1일의 유급휴가 부여 원칙 • 기본휴가일수 년간 개근시 10일 9할 이상 출근시 8일 • 근속가산 : 2년 이상자, 1년에 1일의 휴가 가산원칙 • 총 휴가일수 20일 초과시 금전보상으로 대체가능	• 삭제 • 기본휴가일수 년간 8할 이상 출근시 15일 1년 미만자 월 만근시 1일 부여 • 근속가산 : 3년 이상자 2년에 1일의 휴가 가산원칙 • 총 휴가일수 25일 상한으로 함 • 휴가사용촉진제도 : 적극적인 사용 권유에도 불구하고 미사용시 수당지급 의무 면제	
생리휴가	• 여성 : 1일의 유급휴가 부여	• 여성 : 월 1일의 무급휴가 부여	

(연차휴가부여일수 산정식)

구 분	연차휴가 발생요건	휴가일수 산정식	비 고
주44시간	1년간 만근	10+근속년수-1	20일 초과시 수당으로 대체가능함.
	1년간 9할이상 출근	8+근속년수-1	
주40시간	1년 미만자 월간 만근시	15-(1년미만간중 사용일수)	25일을 상한으로 함.
	월1일 휴가발생	2년 이상자 8할이상 출근시	
	2년 미만자 8할이상 출근시	15-(근속년수-1)/2(소수점이하 버림)	

따라서 주40시간제를 시행하여야 하는 사업장의 경우 최소한 취업규칙 변경절차와 개별 근로자의 근로계약서 보완 절차를 거쳐야 한다.

법정휴가제도는 월차휴가, 연차휴가, 생리휴가 및 산전산후휴가제도가 있다. 주40시간제도하에서는 월차휴가제도가 폐지되고, 생리휴가제도가 유급에서 무급으로 변경되고, 연차휴가 부여일수가 변경된다.

실무상 혼선을 초래하는 연차휴가부여일수 산정식을 요약정리하면 아래 표와 같이 수식으로 표현할 수 있다.

2. 임금제도

근로기준법상 임금제도는 통상임금제도와 평균임금제도를 통하여 규율되고 있다.

(연차휴가부여일수 산정식)

구분	내 용	비 고
통상임금	정기적, 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정하여진 금액	법정수당 산정 기초 시간급을 기초로 함
산정방법	• 월급제 : 월급 통상임금/월 소정근로시간 = 통상시급 • 일급제 : 일급 통상임금 일 소정근로시간 = 통상지급 • 시급제 : 시급 통상임금 • 도급제 : 도급임금총액/도급기간의 총 근로시간 수	• 2이상의 임금제도운영시 각각 통상시급으로 환산하여 합산 • 시금을 일급으로 환산시 1일 소정근로시간 곱함
소정근로시간	• 월 소정근로시간(주휴수당 포함, 기타 법정수당 제외) 주40시간제 = 209시간(40+8)시간/7일×365일/12월 주 44시간제 = 226시간(44+8)시간/7일×365일/12월 • 일 소정근로시간(연장근로만을 고려할 경우) 8시간 근무 = 8시간 9시간 근무 = 9.5시간(8+1×1.5)	• 연장, 야간, 휴일근로수당 및 연월차수당 등을 고려시 변동 • 근로시간에 포함하기 위해서는 근로계약 등에 명확한 근거가 필요함
통상임금 범위	• 기본급 및 이에 준하는 수당 • 직책, 자격, 기술, 면허수당 등 근로 대가성 수당 • 근로 대가성이 없는 복리후생목적의 수당 제외 원칙 • 연장, 야간, 휴일수당 등 근무실적에 따른 수당 제외 • 부정기적으로 지급되는 수당 제외	• 판례와 노동부 입장이 상이함.

통상임금은 평균임금의 최저수준 보장, 평균임금 개정의 기초, 해고예고수당, 각종유급휴가의 산정기초 및 시간외근로, 휴일근로, 야간근로에 대한 가산임금 산정의 기초로 활용되는 단위개념으로서, 통상임금에 대한 이해 부족으로 노동관계 당사자들의 분쟁이 늘어남에 따라 법원을 통한 통상임금의 산정기초가 되는 수당의 범위를 다루는 사례가 축적되어 가고 있다.

통상임금과 관련하여 특히 실무상 문제가 되는 것은 통상임금 산정에 포함되는 수당의 범위에 관한 사항이 주류를 이룬다고 볼 수 있다. 즉 다양하게 지급되고 있는 각종 수당 중에서 통상임금에 포함되는 임금인가의 여부를 판단하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.

이는 복잡한 임금체계와 통상임금 개념의 추상성에 기인된 것으로서, 통상임금 산정에 포함되는 수당의 범위를 통일적으로 정형화하여 판단할 수 없기 때문이다.

노동부는 통상임금 산정지침을 통하여 통상임금 산정에 있어서 일반적인 기준을 제시하고 있으나, 실무상 통상임금을 산정함에 있어 일반적인 예시에 불과하며, 구체적인 수당지급 실태 등에 따라 파악되어야 할 것이다.

따라서 수당지급의 구체적 실태에 따라 통상임금에 산입할 수 있는가를 판례의 동향에 비추어 고찰 하고자 한다. 이러한 고찰은 통상임금을 산정함에 있어서 법정 수준보다 낮게 산정되어 각종수당의 지급기초로 활용하여 임금을 지급한 경우, 집단적인 소송을 통하여 미지급 임금을 청구하거나, 개별적으로 미지급 임금을 청구하는 소송이 반복적으로 제기되는 사례가 나타나고 있고, 월급제 및 연봉제 등 포괄임금을 설계하는 과정에서 통상임금에 대한 이해부족으로 근로기준법에 의한 통상임금을 낮게 평가하는 사례가 많은 실정이므로 실무적으로 통상임금에 대한 정확한 산정이 요구되고 있다.

임금이란 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금품을 의미한다. 따라서 임금은 근로계약을 바탕으로 근로관계에서 파생되는 사용자의 주된 채무이다.

근로기준법은 임금의 종류를 두 가지로 구분하여 각기 적용을 달리하고 있다. 즉 통상임금과 평균임금이라는 각기 다른 단위 개념을 도입하여 법을 운영하고 있다.

평균임금이란 산정사유 발생에 따라 산정되며, 이는 근로자의 생활임금 산정의 척도로 삼는 것이 기본원리로 되어 있으며, 근로자의 생활을 보장하고자 하는 근본취지를 가지고 있다. 따라서 일정기간 내에 지급된 임금의 총액이 산정기초가 된다.

평균임금과는 달리 통상임금이란 근로자에게 정기적 · 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정하여진 금액을 말한다. 즉, 통상임금이란 정기적, 일률적으로 소정근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제근무여부나 실제 수령한 임금에 상관없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금을 의미한다.

이때 '정기적' 이란 일정한 산정기간을 단위로 반복적으로 지급되는 것으로서 시급 · 일급 · 주급 · 월급 등의 형태로 일정한 기간 단위로 반복적으로 지급되는 것을 의미한다고 볼 수 있으며, '일률적이란 모든 근로자에게 획일적으로 지급되는 것뿐만 아니라 일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게 지급되는 것도 포함된다고 해석해야 할 것이나, 일정한 조건 또는 기준이란 고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건 또는 기준을 의미한다[1]고 보아야 할 것이며, '소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 임금' 이란 근로자가 제공하는 노동의 양과 질에 대한 교환적 가치를 의미한다. [2]

1) 대판 93.5.27. 92다20316외 다수

따라서 통상임금이란 일정한 임금산정기간을 단위로 반복적으로 지급되는 시급 · 일급 · 주급 · 월급 등의 형태로 고정적인 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게 소정근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금을 의미한다.

통상임금은 고정적으로 지급되어야 하며, 일률적으로 지급되는 임금으로서 소정근로의 양과 질에 대하여 지급하기로 약정된 임금을 의미하므로 실무상 통상임금 산정에 산입시키기 위한 판단기준은 통상임금의 정의로부터 일반화하여 생각 할 수 있다.

따라서 통상임금 산정에 산입 할 수 있는가의 판단기준은 정기적으로 지급되는 금품이어야 하며, 또한 일률적으로 지급되어야 하고, 소정근로의 양과 질에 대하여 지급되는 금품이냐의 여부가 될 것이다.

그러나 통상임금의 정의나 판단기준을 일반적으로 설정한다 할지라도 통상임금의 정의나 판단기준 자체 역시 추상성을 면치 못 하며, 또한 우리나라의 복잡한 임금지급 실태에 비추어 통상임금에 포함되는 임금의 범위를 획일적으로 판단할 수 없으며, 이를 판단함에 있어서 통상임금의 제도적 존재의미, 거래계의 임금약정 및 지급관행, 기업마다 특수한 임금체계와 노사간 단체협약의 실태, 직종 및 근무형태, 법적 분쟁이 야기된 경위 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

수당지급 실태에 따라 사안별로 통상임금 포함여부를 구체적으로 검토할 필요성이 있다.

〈통상임금 포함여부〉

수당지급 실태에 따른 구체적 검토	포함	제외
직책, 기술, 자격, 면허 수당 등	●	
특수지역 내지 장소에서 근무하는 자에게 지급하는 수당		●
생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 지급되는 수당		●
근속년수에 따라 지급되는 금품		●
복리후생적 · 생활보조적으로 지급되는 수당		●
실제 근무실적에 따라 지급되는 수당		●

① 담당업무와 직책의 경중에 따라 지급되는 수당

특정한 직무에 종사하는 근로자 또는 특정한 직책에 종사하는 근로자에 대하여 직책수당, 반장수당 등의 명목으로 지급되는 수당의 경우, 그 명칭에 불구하고 정기적, 일률적으로 지급되는 경우 통상임금에 산입된다.

이는 근로의 양과 질의 가치를 판단함에 있어서 담당업무의 난이도, 중요성, 위험요소 및 담당직책 등이 본질적인 평가 기준이 되는 것으로서, 담당업무나 직책에 대하여 지급되는 수당은 본질적으로 근로의 대가성이 인정된다고 보아야 하며, 따라서 일급 · 주급 · 월급 등의 형태로 고정적인 조건에 해당하는 근로자에게 지급하기로 약정된 경우 통상임금 산정기초에 포함된다.[3)]

② 임금격차를 조정하기 위하여 지급하는 수당

직급상호간의 임금격차나 물가변동에 따른 실질임금을 보장하기 위하여 지급되는 물가수당, 조정수당 등의 경우 그 명칭과는 무관하게 임금격차를 해소하거나[4)] 실질임금을 보장하기 위하여 지급되는 수당은[5)] 기본급에 준하는 수당으로서 파악되며, 따라서 특별한 사정이 없는 한 일급 ·

2) 대판 94.10.28 94다26615외 다수
통상임금이란 근로자에게 정기적, 일률적으로 소정 근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시급, 일급, 주급, 월급 또는 도급액을 말하며, 이는 근로의 양 및 질에 관계되는 근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정하여진 고정급임금을 의미하므로, … 근로의 양 및 질과는 무관한 요인에 따라 근로자의 일부에 대하여 지급되는 것은 통상임금의 산정에서 제외되어야 한다고 판시함.

3) 노동부 통상임금산정지침(반장에게 지급되는 반장수당 등), 87.6.22 근기 01254-10015(출납수당, 전산수당, 검사수당), 84.3.31 근기 1451-7625(기능장령수당의 명칭으로 지급되나 실질적으로 직책에 따라 차등지급하는 경우 통삼임금에 포함)

주급 · 월급의 형태로 지급되기로 약정된 수당은 통상임금 산정기초에 포함된다.

즉, 임금격차 해소나 실질임금의 보장은 본질적으로 기본급과 같은 기능과 목적을 갖는다고 볼 수 있으므로 소정근로의 대가성을 인정받을 수 있으며, 따라서 정기적이고 일률적으로 지급되는가에 따라서 통상임금의 산정여부가 결정된다.

③ 기술 · 자격 · 면허소지자나 특수작업에 종사하는 자에게 지급하는 수당

일정한 기술 · 기능 · 자격을 습득 내지 취득한 근로자나 면허를 소지한 근로자 또는 특정한 직무를 담당하는 자에게 지급하는 기술수당 · 자격수당 · 면허수당 및 특수작업수당의 경우 근로의 대가성이 간주된다.

즉 소정근로의 양과 질을 평가하는 기준에는 기술, 면허 등이 객관적인 지표가 될 수 있기 때문이다. 따라서 일급 · 월급 등의 형태로 일정액을 지급하기로 약정된 경우에는 통상임금 산정기초에 포함된다.[6]

④ 특수지역 내지 장소에서 근무하는 자에게 지급하는 수당

벽지수당 · 한냉지근무수당 등의 형태로 특수 지역의 장소에서 근무하는 근로자에게 지급하는 수당의 경우, 특수지역 내지 장소에서의 근로는 근로환경의 차이나 정신적 부담에 차이가 수반될 수 있으며, 이러한 작업환경과 정신적 부담에 대한 반대 급부적 성격을 가진 수당은 소정근로에 대하여 지급되는 임금으로 추정될 수 있으며, 따라서 일급 · 월급 등의 형태로 특정한 장소 내지 지역에서 근로하는 자에게 일정액의 수당을 지급하는 경우 통상임금산정기초에 포함된다.[7]

⑤ 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 지급되는 수당

생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 지급되는 수당에는 생산장려수당 · 생산독려수당 · 기능장려수당 · 장려가급 등의 명칭이 일반적으로 사용되고 있다. 그러나 명칭과는 무관하게 지급요건이나 목적에 있어서 기본급과 동질적으로 파악될 수 있으므로 근로의 대가성을 직접 내지는 간접적으로 인정할 수 있다. 따라서 정기적 일률적으로 지급될 경우에는 통상임금에 산입된다.[8]

그러나 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 지급되는 생산장려수당 등의 지급에 있어서 실제근무여부 또는 근무실적에 따라 지급여부 및 지급액이 변동되는 경우에는 통상임금의 산정기초에서 제외되어야 한다는 것이 일반적인 판례의 견해이다.[9] 따라서 실제근무여부 또는 근무실적과는 무관하게 지급되고 그 지급액이 변동되지 아니 할 경우에 통상임금 산정기초에 포함된다.

4) 통상임금산정지침 별표(생산직과 사무직의 임금격차를 해소하기 위하여 지급하는 생산수당, 기능수당은 통상임금에 포함됨) ; 서울민사지법 91.5.2 89가합60616(야간근로자에게 야간수당을 지급하고 주간근로자에게는 야간수당에 상응하는 조정수당을 지급하여 주야간 임금 격차를 조정하는 경우 주간근로자에게 지급되는 조정수당 과 야간근로자에게 지급되는 야간수당중 조정수당상당액은 기본급에 준하는 수당으로 통상임금에 포함되어야 한다는 사례)

5) 대법 92.2.25 91다18125(기본급과 각종수당에 관한 임금 인상분을 기타수당의 명목으로 지급한 경우 산입)

6) 유권해석 87.6.3 근기01254-9028(사내교육훈련 수료자에게 일정액의 기술수당을 지급하는 경우 포함) ; 87.7.6 근기01254-10778(면허수당과 특정업무수당을 특정 근로자에게 일률적으로 지급한 경우 포함)
대판 92.7.28 92다14007

7) 통상임금산정지침 별표2(벽지, 한냉지 등 특수지역에 근무하는 근로자에게 지급되는 수당 포함) ; 서울고법 90.3.2 89나27081(건설현장의 어려움을 고려하여 지급한 지역수당은 포함되어야 함)

8) 대판 90.11.27 89다카15939(생산독려수당이 기본급에 준하는 수당으로 통상임금에 포함) ; 대판 78.12.13 78다2007(계속적 정기적으로 지급된 특별독려비의 경우 포함)

9) 대판 92.2.14 91다17955외 다수(생산능률향상을 목적으로 지급되는 수당의 지급에 있어 출근률에 따라 지급여부가 결정되는 경우 제외한다는 취지의 사례)

⑥ 소정 근로시간 이외의 근로에 대하여 지급되는 금품

시간외근로 · 야간근로 · 휴일근로 등 정규 근로시간외에 근로를 제공함에 따라 지급되는 법정수당 및 일 · 숙직수당 등의 금품 역시 근로의 대가로 지급하는 임금이나 실제근무여부나 근무실적에 따라 지급여부가 결정되는 변동임금이며, 또한 당해 법정수당의 산정기초를 통상임금으로 하는 법체계상 시간외근로수당 등의 법정수당은 통상임금 산정기초에서 제외되어야 한다.[10)]

⑦ 근속년수에 따라 지급되는 금품

근로자의 근속년수 따라 지급되는 근속수당의 경우, 근로의 양과 질에 대하여 지급되는 금품으로 파악되어야 할 것인지, 아니면 장기 근속자를 우대하여 이직률을 줄이고 근속의욕을 높이기 위하여 지급되는 금품으로서 근로교환적 임금이 아닌 은혜적 내지 복리후생적인 급부로 파악되어야 하는지에 대하여 판례는 엇갈린 입장을 보이고 있다.

따라서 근속년수에 따라 차등 지급되는 근속수당의 경우, 그 지급이 사용자에게 근로계약 등을 통하여 의무화되어 있고, 일급 · 월급 등의 형식으로 지급되고 있을 경우, 당해 수당이 근로대가성을 인정할 경우에는 통상임금 산정기초에 포함된다할 것[11)]이나 근로대가성을 부정하는 경우에는 제외된다[12)]고 볼 수 있다.

그러므로 근속년수가 근로의 양과 질을 평가하는 기준이 될 수 있는 가 또는 근로의 질이나 양과 근속년수가 어떠한 상관관계를 가지는가에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

장기근속자는 일반적으로 기업내의 전반적인 업무현황에 대한 파악이 용이하고 숙련도에 따른 업무처리 능력 및 기술축적 등에 있어서 긍정적인 평가를 받을 수 있다고 볼 여지가 있으며, 이는 직 · 간접적으로 근로의 질과 관련성을 부인할 수 없다고 봄이 타당하다 아니할 수 없다. 또한 기본급의 결정 방법에 있어서 직무급체계, 직능급체계, 연공급체계 등으로 다양한 임금체계를 획일적 내지 복합적으로 활용할 수 있으며, 특히 우리나라의 경우 연공급체계가 일반적인 임금체계로 활용되는 실태를 감안해 볼 때, 근속수당은 호봉제도와 본질적으로 동일한 의미를 가지는 금품으로서 기본급에 준하는 수당으로 보아야 할 것이다. 그러므로 근속수당이 장기근속자를 우대하여 이직률을 줄이고 근속의욕을 높이는 기능을 가지고 있다고 할지라도 기본급에 준하는 임금으로서 근로의 대가성을 인정하여야 할 것이다[13)]. 따라서 근속수당의 지급이 근로의 질과 관련된 임금으로 파악될 수 있는 한 일정한 근속년수에 해당하는 근로자에게 일정액의 금품을 정기적으로 지급된다면 통상임금 산정기초에 포함되어야 할 것이다[14)].

⑧ 불분명한 명목으로 지급되는 기타수당

특별한 지급기준 없이 기타수당의 명목으로 다른 임금과 함께 사용자로부터 이를 수령하여 왔다면 그 내역 여하에 따라서는 정기적 · 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급해 온 통상임금의 성질을 띤 것이라고 볼 수 있으므로 통상임금에 포함되어야 할 것이다. [15)]

---

10) 대판 2000.12.22 99다10806 ; 서울지법 92.3.3 91나 19820 ; 대판 93.5.11. 93다4816 ; 대판 90.11.9. 90다카4948

11) 대판 92.5.12 92다6570 : 매월 일률적으로 근속년수 1년당 5,000원씩 가산하여 지급된 근속수당을 기본급과 함께 통상임금으로 포함되어야 한다고 판시한 사례(원심 92.1.14 91나9335 참조)
동지 대법 91다11391(원심 90나10256)

12) 대판 92.5.22 92다7306 ; 대판 96.5.10 95다2227

13) 반대 대판 92.5.22 92다7306 ; 대판 96.5.10 95다2227

14) 대판 96.5.10 95다2227 ; 2000.12.22 99다 10806
장기근속수당도 근로의 양 또는 질에 무관하게 은혜적으로 지급되는 것이 아니라 일정 근속연수에 달한 자에게 실제의 근무성적과는 상관없이 매월 일정액을 지급하여 온 것이고 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라 할 것이므로 통상임금에 속한다고 판시함.

15) 대판 92.02.25 91다18125 ; 96.5.14 95다19256

⑨ 교통비(출근수당)

근로자의 출퇴근비용에 대하여 사용자가 부담하여 현금 내지는 현물로 지급하는 경우 근로계약 등에서 사용자에게 지급의무가 존재하는 경우 근기법 제18조에 해당하는 임금이다. 그러나 교통비의 지급이 취업규칙이나 근로계약 내지는 경영관행상 사용자에게 지급의무가 존재하여 임금의 성질을 가진다 할지라도 노동대가성, 즉 소정근로의 양과 질에 대한 교환가치로서의 임금이라고 보기에는 어렵다. 따라서 출퇴근에 따른 교통비를 보조하기 위하여 지급하는 교통비 내지 출근수당은 소정근로의 대가성을 인정할 수 있는 특별한 경우가 아닌 한 통상임금의 산정기초에서 제외되어야 할 것이다.

교통비의 지급이 전 근로자에게 획일적으로 동일한 금액이 지급되는 경우에는 교통비라는 명목으로 지급된 금품이나 이는 기본급에 준하는 임금으로 명칭에 불구하고 통상임금산정기초에 산입된다.[16]

아울러 출근일에 한하여 교통비 내지 출근수당을 전 근로자에게 정액으로 지급하도록 정하여진 경우 출근하여 근로를 제공하면 지급하기로 약정된 일급으로서 출퇴근 거리나 교통수단 등과 무관하게 지급하기로 하였다면 기본 일급에 준하는 임금으로 통상임금에 포함되어야 할 것이다.[17]

⑩ 가족수당

일반적으로 가족수당은 소정근로의 대가성보다는 생활보장적 성격이 강한 금품으로서 통상임금의 산정기초에 당연히 포함되는 임금이라고는 볼 수 없다. 즉, 부양가족의 수에 따라 차등 지급되는 경우, 소정 근로와는 무관한 요인에 의하여 지급되는 금품이므로 정기적 · 일률적으로 지급되는 경우에도 통상임금 산정기초에 포함되지 아니 한다[18].

다만, 부양가족의 유무, 수 등에 무관하게 모든 근로자에게 동일한 금품을 가족수당의 명목으로 지급할 경우 또는 부양가족 수에 따라 차등 지급하되 부양가족이 없는 근로자에게 소정의 가족수당을 지급할 경우 부양가족이 없는 근로자에게 일률적 정기적으로 지급한 가족수당은 지급명목에 불구하고 기본급에 준하는 임금으로 통상임금 산정기초에 포함되어야 한다.[19]

⑪ 사택수당 (주택수당)

사택수당의 지급은 연혁적으로 복지후생적 차원에서 지급하여 왔으나, 사용자에게 근로계약 등에 의하여 지급의무가 부여되어 있는 경우 근로의 대상(代償)으로서 근로기준법상 임금으로 인정된다.

따라서 주택을 소유하지 못한 근로자에 한하여 정기적 · 일률적으로 주택수당을 지급하는 경우, 근로(勤勞)의 대가(對價)로 보기 어렵기 때문에 일반적으로 통상임금의 산정기초에서 제외되어야 한다.

그러나 주택수당이 전 근로자에게 일정액을 고정적으로 지급되는 경우 또는 일부 근로자에게 사택이나 기숙사가 제공되고 사택이나 기숙사를 제공받지 못한 근로자에게 사

16) 대판 96.5.10 95다2227

17) 도서출판까치 노동법연구3호, 통상임금의 법리(이철수) 307쪽 ; 대판 92.5.12 92다6570 ; 2000.12.22 99다 10806
반대 ; 노동부 통상임금 산정지침 별표2 ; 서울지법 92.3.3 91나19820

18) 대법2000.12.22 99다10806 : 대법 92.3.10 91다11391 ; 대법 93.5.11 93다4816외 다수

19) 대법 92.7.14 91다5501(부양가족이 없는 근로자에게 부양가족이 있는 근로자가 지급받는 가족수당의 1/2을 지급한 경우, 당해 금액은 통상임금에 산입하여야 한다는 사례)
반대 유권해석 근기 01254-574외 다수

20) 대판 90다카6948 강원탄광사건 : 사택수당에 대하여, 임금지급 약정과 그 실태에 비추어 월급제에 의하여 지급되는 금품으로서 근로의 질.양에 대하여 지급하는 기본급 및 이에 준하는 수당으로서 통상임금에 산입해야 한다고 판시한 사례.
반대 64.10.27. 노정근 1455-14422, 노동부 통상임금 산정지침외 행정해석의 일반적 견해

택수당이 지급되는 경우, 당해 사택수당 등은 기본급에 준하는 임금으로서 통상임금 산정기초에 포함되어야 한다.[20]

⑫ 급식 및 급식비

일반적으로 급식 및 급식비는 현물 또는 통화로 지급되거나, 이를 선택적으로 지급하고 있다. 이러한 급식비가 근로계약 등에 의하여 일급 또는 월급의 형태로 고정적으로 전 근로자에게 지급되는 경우 기본급에 준하는 금품으로서 통상임금 산정기초에 포함된다고 보아야 할 것이며[21], 단체협약 등에 의하여 식사를 현물로 제공하되 식사를 제공받지 아니하는 근로자에게 그에 상응하는 현물 또는 현금을 지급한 경우 통상임금에 포함되어야 한다.[22]

⑬ 학비보조금 · 체력단련비

근로자 자녀의 학비를 일정한 조건에 해당하는 근로자에게 지급되는 경우, 그 지급 조건이 자녀의 취학여부, 교육과정, 성적 등에 따라 차등지급 되거나 취학자녀를 가진 근로자에게만 정기적 · 일률적으로 학비보조비가 지급되는 경우 소정 근로의 질과 양에 무관한 요인에 의하여 지급되는 금품으로서 통상임금 산정기초에서 제외되어야 할 것이다. [23]

직원의 체력단련비의 경우 복리후생적 차원에서 일정한 금액 범위내에서 실비를 지원하는 경우에는 통상임금에 포함되지 아니한다. 그러나 전 직원에게 기본급의 일정률을 정기적으로 지급되는 체력단련비는 그 명칭과는 무관하게 매년 일정시기에 일정액을 전 직원에게 각 지급하였다면 소정 근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 한 금품으로서 정기적 · 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라 할 것이므로 통상임금에 포함된다는 것이 최근 판례의 입장이다. [24]

⑭ 1개월 이상의 기간을 단위로 지급되는 금품

통상임금은 고정적이고 평균적인 일반임금을 산출하기 위하여 논의되는 개념으로서 1임금산정기간내에서 정기적으로 지급되는 임금에 한하여 통상임금 산정기초에 포함된다고 보아야 할 것이다. 여기서 1임금산정기간이란 통상임금의 정의 규정이나 제도적 취지에 비추어 시간단위 · 일단위 · 주단위 및 월단위를 의미한다고 보고 1개월을 넘는 기간을 단위로 정기적으로 지급되거나 1년을 단위로 1회 내지 4회 지급되는 경우 통상임금의 산정기초에서 제외시키는 것이 과거의 판례나 행정해석 등의 일반적 견해이다.[25]

그러나 통상임금은 단위 시간당 노동력의 가치를 의미한다고 볼 수 있으므로 비록 1개월을 초과하는 기간 단위로 지급되는 임금이라 할지라도 당해 임금이 소정근로 내지 총근로에 대하여 정기적 · 일률적으로 지급되는 것이면 단위 시간당 노동력의 가치와의 관련성이 인정될 수 있는 것이므로 1월을 초과하는 기간 단위로 지급된다는 사유만으로 그 임금을 통상임금에서 제외할 수는 없다는 것이 최근 판례의 입장이다.[26]

21) 대판 2000.12.22 99다 10806외 ; 서울고법 90.3.28 89나40886 ; 서울지법 90.3.29 89가합54529

22) 대판 92.5.12 92다6570 ; 91.2.26 90다15662 ; 90.11.9 90다카6948 ; 94.2.22 93다9620 ; 93.5.27. 92다20316외 다수
대판 96.5.14 95다19256 : 단체협약에 의하여 식사를 현물로 지급하고 식사를 하지 않는 자에게 별도의 금품을 지급하지 않는 경우 통상임금에서 제외한 사례에서는 일률적으로 지급된 것이 아니라는 이유로 제외함.

23) 대판 91.6.28 90다카14758

24) 대판 96.5.10, 95다2227 ; 96.2.9 95다19501

25) 대판 90.11.9 90다카6948 ; 93.5.11 93다4816외 다수

26) 대판 96.2.9 95다19501, 96.3.22 95다56767외 다수
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 없다고 판시하고 있음.

⑮ 실제 출근여부 내지 근무실적에 따라 지급되는 수당

직책수당이나 기술수당 등 지급내역이 소정근로의 대가성이 인정되는 경우에 있어서 지급조건이 근로자의 실제 출근여부나 출근률에 따라 차등지급 되는 경우 당해 임금을 통상임금에 산입할 수 있는가에 대하여 논란이 되고 있다.

일반적인 사례에서 실제근무여부나 근무실적에 따라 지급액이 변동되는 임금은 통상임금 산정기초에서 제외시켜야 하며, 또한 실제근무여부나 실수령액에 무관하게 소정근로에 대하여 지급하기로 약정된 임금은 통상임금 산정기초에 산입되어야 한다는 것이 일관된 판례의 입장이다. 그러나 이러한 두 가지 견해는 통상임금의 산정범위에 대하여 일관된 판단기준으로 제시하고 있으나 동일한 사례에 대하여 각기 다른 결론을 도출하는 결과를 초래하고 있다.[27]

이에 대하여 실제출근여부나 근무실적에 따라 지급액이 변동되는 임금의 의미에 대하여 판례는 출근율에 따라서 지급여부가 결정되거나 출근율에 따라 차등지급 되는 수당으로 보고 있다[28].

또한 사안에 따라서는 실제 출근한 날에만 지급되는 수당에 대하여 실제근무여부나 근무실적에 따라 지급액이 변동되는 임금으로 보는 견해도 있으나 예외적인 판례이며 대다수의 판례는 출근일에만 지급하는 수당의 경우 실제 출근여부나 실수령액에 무관하게 지급하기로 약정된 임금으로 보아 통상임금 산정기초에 산입시켜야 한다는 입장을 보이고 있다.

이와 관련하여 정기적으로 소정근로의 대가로 지급하기로 약정되는 임금이 통상임금에 포함하기 위해서는 일률적으로 지급되어야 할 것이다. 따라서 일정한 조건에 해당하는 근로자에게 고정적인 금품이 지급되어야 일률적으로 지급된다고 볼 수 있으며, 지급액이 고정적으로 정하지 아니하고 변동되는 임금의 경우 실제근무여부에 따라 차등지급하는 임금으로 통상임금 산정기초에서 제외시키는 것이 다수 판례의 태도이다.[29]

근로자가 출근하여 근로를 제공함에 있어서 특정한 근로에 대하여 부가적으로 지급되는 수당, 예컨데 운전기사가 운전업무에 종사함에 있어서 안내원이 승무하지 아니한 차량을 운전한 경우에 노선별로 매일 일정액의 개폐수당을 지급하거나, 갱부가 지하 600m이하의 심부작업장에서 근무할 경우 특수직무수당을 지급하는 경우 또는 화물운송기사가 특정화물을 운반할 경우에 지급되는 수당 등이 당해 근로자의 실제 당해 근무를 수행한 경우 그 근무실적에 따라 지급되는 수당으로 근로의 대가성이 인정됨에는 이견이 없으나 특정근로자가 전적으로 당해 업무만을 수행하는 경

27) 실제 출근한 날 또는 출근률에 따라 차등 지급한 수당에 대하여 대판 92.3.10 91다11391의 일부 사례에서는 실제근무여부나 실수령액에 무관하게 소정근로에 대하여 지급하기로 약정된 임금으로 인정하여 통상임금에 포함하고, 유사한 사례에 대하여 대판 92.2.14 91다17955의 일부 사례에서는 실제근무여부나 근무실적에 따라 지급액이 변동되는 임금으로 보아 통상임금에서 제외하고 있다.

28) 대판 96.5.10 95다2227 : 정근수당이 실제 근무성적에 따라 좌우되게 되어 통상임금에 속한다고 할 수 없다고 판시하여 출근률에 따라 지급여부 및 지급액이 변동될 경우 통상임금에서 제외하여야 한다는 입장을 보인 사례.

29) 대판 90.11.9 90다카6948 ; 92.2.14 91다17955의 다수

대판 96.3.22 95다56767에서 근속수당은 유급 출근일수가 15일 이상인 근로자에 대하여는 전액을 지급하나 15일 미만인 경우에는 일할로 계산된 근속수당만을 지급하는 것으로 근로자들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 위 근속수당은 통상임금의 범위에 포함시킬 수 없다고 판시하고 있음.

대판 96.2.9 95다19501에서 상여금은 예산의 범위 안에서 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 일할 계산하여 지급하도록 규정되어 있는 점에 비추어 상여금의 지급여부 및 그 지급액은 결국 피고 조합들 소속 임 · 직원들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속한다고 할 수 없다고 판시하고 있음.

우가 아니고 상황에 따라 유동적으로 특정근로를 수행할 경우 그 실적에 따라 지급되는 수당은 정기적 · 일률적으로 지급되는 임금이라고 볼 수 없으며, 부분적으로 그 지급액이 변동되는 임금으로서 통상임금 산정기초에서 포함시킬 수 없다는 견해가 판례의 일반적 경향이다.[30]

다만, 특정근로자의 지정작업 장소가 고정적으로 되어 있으며 당해 장소에서 근로하는 종업원에게 일률적으로 지급되는 경우 또는 특정근로자의 담당업무가 고정적으로 특정업무를 수행하고 당해 업무를 수행하는 종업원에게 일률적으로 지급되는 경우에는 통상임금 산정기초에 포함시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

통상임금에 대한 정확한 이해와 계산을 통하여 불필요한 분쟁을 방지하고 불필요한 노력과 예산의 소모를 방지할 수 있도록 하여야 할 것이며, 아울러 임금의 지급형태를 단순화시킬 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이다.

평균임금은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액으로 해당 근로자의 1일 평균 소득규모를 의미한다. 따라서 산정기간(통상적으로 3개월단위) 중, 연장근로, 휴일근로, 결근 등에 따라 수시로 변동될 수 있다.

현행 근로기준법은 통상임금제도를 통하여 임금관리에 있어 시급제 관리를 기본 원칙으로 하고 있다. 즉, 기본급을 주축으로 하는 통상임금(시급)을 결정하고 이를 기초로 근로시간에 상응하는 임금, 유급 주휴일에 대한 주휴수당, 시간외근로에 대한 연장근로수당, 휴일근로에 대한 휴일근로수당 및 야간근로에 대한 야간근로수당을 법정 요건에 따라 부가적으로 지급할 것을 요구하고, 이와는 별도로 연 · 월차휴가 등 법정 휴가제도를 두고 미사용 일수에 상응하는 휴가수당을 추가로 지급할 것을 요구하고 있다.

여기서 주휴수당, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근

(평균임금제도의 개요)

구분	내 용	비 고
평균임금	• 3월간 임금총액을 그 기간의 일수로 나누어 산정한 금액	• 퇴직금, 재해보상금 산정기초 • 일급단위로 산정함
산정방법	• 원칙 = (3월분 임금+1년단위 지급금품×3/12) /(3월간 총일수) • 제외대상기간 : 수습기간, 휴업기간, 산전후 휴가기간 산재 휴업기간, 육아휴직기간, 쟁의행위기간 기타 회사의 승인을 받아 휴업한 기간 • 특별한 경우 노동부장관이 정한 금액 적용가능 • 일용근로자의 경우 일당의 73%를 평균임금 계수로 적용 가능(산정할 수 없는 경우 적용 원칙)	• 3월의 기간이 전부 적용제외 대상기간인 경우 제외기간 직전 3월분으로 산정함.
최저보장 및	• 평균임금산정 방버베 의하여 산정된 금액이 통상임금보다 저액일 경우 통상임금을 평균임금을 인정함 (최저보장) • 부상 등에 의하여 최초 산정된 평균임금이 동료 근로자의 통상임금변동(5% 이상)에 따라 자동변경됨(조정)	• 장기간 요양 등 휴직중인 경우 또는 산재 근로자가 퇴직한 경우 적용됨

30) 대판 92.2.14 91다17955 ; 92.5.22 92다7306 ; 93.5.25 93다3387외 다수

(법정수당의 개요)

구분	내 용	비 고
주휴수당	• 유급주휴일에 휴무케하고 지급하는 수당 • 1주 소정근로일을 만근한 경우에 지급의무 발생	• 통상적으로 월급제 포함 • 일급, 시급제 명확히 약정 필요
연장수당	• 법정근로 시간을 초과한 근로에 대한 50% 활증지급	• 주 40시간제 도입후 3년간 1주 최초 4시간 연장에 대하여 25% 할증율 적용가능 • 연장, 야간 및 휴일근로 각각 중복시 할증율 각각 적용 합산
야간수당	• 22:00~06:00사이의 근로에 대한 50% 할증지급	
휴일수당	• 휴일(법정, 약정) 근로에 대한 50% 할증지급	
연차수당	• 미사용으로 휴가사용권 소멸시 통상일급 등으로 지급 • 휴가사용촉진제도를 통하여 수당지급의무 면제 가능	• 임금총액포함 지급에 대하여 대법원에서 허용하고 있음 단, 노동부는 휴가매수로 취급하여 위법시하는 입장임.
월차수당	• 미사용으로 휴가사용권 소멸시 통상일급 등으로 지급	
휴업수당	• 회사 귀책사유로 휴업할 경우 휴업기간에 대하여 평균임금 70% 또는 통상임금의 100% 지급의무	• 노동위원회 승인시 삭감가능

로수당 및 연 · 월차휴가 미사용에 대한 연 · 월차수당 등을 법적 근로조건 내지 법정수당으로 칭하고 있다.

이러한 임금관리원칙은 과거 제조업의 생산직 근로자를 중심으로 운영되던 시급제 관리의 모태가 되어 왔다. 그러나 건설업계뿐만 아니라 전체 산업에 걸쳐 일급제, 월급제 내지 연봉제를 통하여 시급제관리의 틀을 이탈하여 임금관리를 행하고 있는 것이 일반적이다.

일급제, 월급제 내지 연봉제가 각 사업장의 실정에 맞게 실시되는 경우에도 근로기준법이 요구하는 법정 수당관리로부터 자유로울 수 없어 어떠한 임금체계를 운영한다할지라도 법정수당을 별도로 관리하거나 임금총액에 포함하고자 할 때에는 그 지급근거를 명확히 하여야 한다.

실무적으로 일급제, 월급제 내지 연봉제를 운영하면서 일당, 월급 내지 연봉에 각종 법정수당을 포함하는 경우를 흔히 볼 수 있다. 그러나 자칫 법적 유효요건을 결하여 추가적인 법정수당을 지급해야 하는 사례가 있다.

이와 관련하여 법원 판례나 노동부 유권해석을 통하여 제한적으로 용인되고 있는 포괄임금계약을 주목할 필요가 있다. 그러나 포괄임금계약은 법원 판례에 의하면 극히 제한적인 요건 하에서 그 유효성이 인정되고 있으며, 이와는 달리 노동부 유권해석은 그 유효성 요건이 다소 완화되어 현실적으로 만연하고 있는 포괄임금계약을 용인하고 있는 입장으로 판단된다.

판례[31]에 의하면, 포괄임금계약은 ㉮ 업무의 성질 등을 참작하여 ㉯ 근로자의 승낙 하에 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 계약을 체결하고 ㉰ 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때 유효하다는 입장이다.

㉮ '업무의 성질' 과 관련하여 건설현장의 관리직 직원

31) 대판 1991.04.23, 89다카32118 ; 대판 1982.03.09, 80다2384 ; 대판 1987.08.18, 87다카474 ; 대판 1992.02.28, 91다30828 ; 대판 1997.07.22, 96다38995외 다수(이러한 판례에 대한 분석문헌으로는 김재훈, "포괄임금계약과 퇴직금의 지급 등", 노동판례 비평, 민변, 1998, pp.152-176 ; 이국환, "감시단속적 근로와 포괄임금계약의 유효성", 대법원판례해설 제28호, pp.339-356 ; 조성혜, "법정 제수당을 포괄하여 고정액을 지급하기로 한 근로계약(포괄임금계약)의 효력", 노동법률 1997.6, pp.13-18).

32) 대판 1991.04.23, 89다카32118.

의 경우 근로시간과 휴게시간을 명확히 구분하여 놓고 이를 이행하기 어렵고 실제 근무하였는지의 여부와 그 근무시간을 정확하게 확인하기 어려운 상황[32], 추레라 운전기사의 근무실태가 사업장 밖에서 이루어져 근로시간 수가 일정하지 아니하며 사용자가 근로시간을 명확히 파악할 수 없는 상황[33], 감시 · 단속적 업무로 근로밀도가 낮거나 대기시간이 많은 근로의 특성[34]에 대하여 용인되고 있으며,

㉯ '근로자의 승낙' 은 묵시적 동의나 승낙사실 추정 등을 인정한 사례도 있으나 명시적인 근로계약 또는 승낙을 요건[35), 36)]으로 하며,

㉰ '근로자에게 불이익이 없고 정당하다고 인정될 때' 의 판단기준은 동일회사의 동일업무종사자이나 근로시간이 다른 직원과의 비교, 같은 회사의 다른 업무종사자 및 다른 회사의 같은 업무종사자와의 비교, 구체적인 비교 대상 없이 책정된 포괄적 수당액과 시간외수당 등의 법정 수당과의 비교 등을 통하여 불이익 여부 및 제반 사정에 따른 정당성 여부를 판단하고 있다.[37]

따라서 일급, 월급 내지 연봉에 법정수당을 포함하여 지급하고자 할 때에는 판례가 허용하고 있는 위 3가지 요건을 고려한 근로계약서를 작성하여야 할 것이며, 일급, 월급 내지 연봉의 구성항목을 세분화하여 포함하고자 하는 법정수당 항목과 금액을 표기하여 법정수당이 일급, 월급 내지

33) 대판 1982.12.28, 80다3120.

34) 대판 1983.10.25, 83도1050 ; 서울고판 1984.01.23, 83나1810(경비원, 보일러공)
서울고판 1978.06.22, 77나1540(양수장 관리업무)
대판 1982.03.09, 80다2384(버스회사 배차원)
서울민사지판 1991.04.11, 89가합69194(호텔 시설관리 업무).

35) 대판 1991.04.23, 89다카32118 ; 서울고판 1981.02.13, 80나39
서울고판 1983.01.27, 82나3059 ; 서울민사지판 1971.10.13, 71가합1663.

36) 대판 1991.04.09, 90다16245 판결에서 '원고가 피고회사에 입사하여 1일 24시간 격일제로 근무하는 내용으로 근로계약을 맺고 근무하여왔다고 하더라도 이러한 격일제 24시간 근로계약은 근로형태의 특수성 때문에 근로기준법상의 기준 근로시간을 초과한 연장근로와 야간 · 휴일근로가 당연히 예상되는 근로계약이므로 원고가 지급받은 임금에는 1일 8시간, 주 48시간 근로에 대한 임금 외에 연장근로와 휴일 · 야간근로에 대한 수당도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.' 고 판시하여 구체적인 근로자의 동의가 없는 경우에도 연장근로와 휴일 · 야간근로 수당이 임금 총액에 포함된 것으로 인정하고 있으나, 이는 근로시간이 확정되고 그에 따른 임금 총액이 결정되어 당해 임금 총액에는 법정 수당이 합산되어 있다는 것을 전제로 한 것임을 근로자가 알면서 묵시적으로 동의한 것으로 볼 수 있기 때문에, 근로자의 동의가 불필요하다는 취지로 볼 수 없을 것임.

37) 대판 1982.12.28, 80다3120 ; 대판 1987.08.18, 87다카474 ; 서울고판 1978.06.22, 77나1540 ; 서울고판 1984.01.23, 83나1810.

38) 근기 68207-1696, 2000. 6. 2 : 월차유급휴가를 사용하지 아니하고 근로한 대가로 지급하는 월차유급휴가근로수당 또는 퇴직금은 그 성격상 미리 임금에 포함하여 근로계약을 체결하는 경우 근로기준법에 위배된다는 취지의 유권해석.
대판 1998.03.24, 96다 24699 : 주휴수당이나 연 · 월차휴가수당이 근로기준법에서 정한 기간을 근로하였을 때 비로소 발생하는 것이라 할지라도 당사자 사이에 미리 그러한 소정기간의 근로를 전제로 하여 주휴수당이나 연 · 월차휴가수당을 일당임금이나 매월 일정액에 포함하여 지급하는 것이 불가능한 것이 아니며(1982.3.9, 대법 80다 2384;1987.6.9, 대법 85다카 2473; 1992.2.28, 대법 91다 30828 등 참조), 포괄임금제란 각종 수당의 지급방법에 관한 것으로서 근로자의 연 · 월차휴가권의 행사 여부와는 관계가 없으므로 포괄임금제가 근로자의 연 · 월차휴가권을 박탈하는 것이라고 할 수도 없다(1993.5.27, 대법 92다 33398 참조). 따라서 원고가 지급받은 생산수당 속에 주휴수당이나 연 · 월차휴가수당이 포함되어 있다고 본 원심판결에 근로기준법상의 주휴수당이나 연 · 월차휴가수당에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.