

## 연차유급휴가와 외국인근로자

### I. 문제의 소재

근로기준법의 연차유급휴가(제 60 조) 규정에 따르면, 1 년간 80% 이상 출근한 근로자에게는 15 일의 유급휴가가 주어진다. 3 년 이상 근로한 근로자에게는 매 2 년에 대해 1 일의 유급휴가가 가산되고 최대 25 일 까지 늘어난다. 하지만 매년 발생한 연차휴가를 다 사용하지 못하는 경우에는 미사용 연차유급휴가에 대해 사용자는 통상임금으로 보상해야 한다. 우리나라는 연차유급휴가 사용률이 50% 정도에 지나지 않고, 미사용휴가에 대해서는 금전보상을 하고 있는데 이는 휴가를 통해 근로를 통해 지친 심신을 회복하고 문화적인 생활을 하도록 하는 연차유급휴가의 취지와 맞지 않다고 할 수 있다.

특히 단순기능 외국인근로자들의 경우에는 연차유급휴가에 대한 규정자체가 표준근로계약서에 명시되어 있지 아니하고, 또한 실질적으로도 연차유급휴가도 부여하지 않고 있으며, 미사용 연차유급휴가에 대해 금전보상도 하고 있지 않는 실정이다. 이에 대해 연차유급휴가의 지급기준과 외국인의 연차유급휴가 미지급 문제에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

### II. 연차유급휴가의 취지 및 법정기준

#### 1. 연차유급휴가의 취지

연차휴가는 근로자의 건강하고 문화적인 생활을 실현하기 위하여 유급주휴일과 별도로 유급휴가를 부여하려는 것이다.<sup>1</sup> 좀더 구체적으로 헌법재판소도 연차휴가의 취지를, “휴게시간이나 주휴일은 하루 또는 일주일의 노동으로 육체적·정신적 피로가 누적된 근로자들의 생리적인 회복을 위한 것이 주목적이라면, 연차유급휴가는 임금 삭감 없이 휴가기간을 스스로 결정할 수 있게 함으로써 근로자들이 노동으로부터 일정기간 해방되고 사회적·문화적 시민생활을 영위할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것이다.”라고 기술하고 있다.<sup>2</sup> 이에 대해 대법원도 “근로자에게 일정 기간 근로의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 기하려는데 그 취지가 있다.”라고 설명한다.<sup>3</sup> 따라서 연차휴가에 대한 설명의 공통점은 근로에 대한 휴식의 측면에 문화적 생활의 측면을 덧붙여 근로자의 생활의 질을 향상시키는 것이라 할 수 있다.<sup>4</sup>

#### 2. 연차유급휴가제도의 국제기준과 국내기준 비교

<sup>1</sup> 임종률, 「노동법」, 박영사, 2016, 454 면.

<sup>2</sup> 헌법재판소 2015.5.28. 선고 2013 헌마 619 결정 (연차휴가의 취지)

<sup>3</sup> 대법원 2003.12.26. 선고 2011 다 4629 판결 (연차휴가의 취지)

<sup>4</sup> 김홍영, “휴식 보장을 위한 연차휴가의 제도개선론”, 「노동법연구」, 2016 상반기 제 40 호, 서울대노동법연구회, 165 면.

연차유급휴가 제도에 대한 국제기준과 우리나라의 근로기준법상 기준에 대해서는 ① 휴가일수 및 발생요건, ② 사용방법, ③ 연차유급휴가 보장, ④ 미사용 연차휴가에 대한 보상으로 나누어 비교해 볼 수 있다.

국제기준으로 ILO(국제노동기구)는 연차휴가에 대해 제 52 호 연차유급휴가 협약(1936 년)과 제 132 호 연차유급휴가 개정협약(1970 년)을 채택하였다. ① 휴가일수 및 발생요건과 관련하여 “어떠한 경우라도 1 년에 대해 최소 3 주 이상을 주어야 하고(제 3 조), 1 년에 미달되는 근로자는 당해 연도에는 당해 연도의 근무기간에 비례하는 유급휴가를 받을 권리를 가진다(제 4 조).” ② 연차휴가의 사용과 관련하여 “연차휴가는 분할 사용이 가능하지만 ‘적어도 중단되지 아니하는 2 주’로 구성되어야 하며(제 8 조), 휴가를 받을 자격이 발생한 시점부터 1 년 이내에 주어야 한다(제 9 조).” ③ 연차유급휴가는 근무일 중에 유급으로 주어야 한다(제 7 조). ④ 미사용 연차휴가에 대해서는 “최저 근무기간(6 개월)을 근로한 근로자는 고용종료 시에 유급휴가를 받지 않은 근무기간에 비례하는 유급휴가나 이에 갈음하는 보상을 받는다(제 11 조).”라고 규정하고 있다.<sup>5</sup>

우리나라 근로기준법 상의 연차유급휴가(제 60 조)는 휴가사용을 전제로 하지만, 미사용시 금전보상을 명시하고 있다. ① 휴가일수 및 발생요건을 살펴보면 “1 년간 80% 이상 출근 근로자에게 15 일의 연차유급휴가를 주어야 한다(제 1 조). 3 년 이상 계속하여 근로한 근로자에게 최초 1 년을 초과하는 계속 근로연수 매 2 년에 대해 1 일을 가산한 유급휴가를 주어야 하고, 최대 25 일을 한도로 한다(제 4 조).” ② 사용방법을 보면 연차휴가는 근로자가 청구한 시기에 유급휴가를 주어야 하지만, 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(제 5 조). 유급휴가는 특정일 또는 여러 날에 걸쳐 연속적으로 사용할 수 있다. 여기서 근로자는 원하는 날짜를 지정하여 휴가를 청구하면(휴가청구권) 사용자는 업무의 상황을 고려하여 휴가 청구일을 조정할 수 있다(시기변경권). ③ 연차유급휴가 보장과 관련하여 연차유급휴가는 근로자의 근무일에 유급으로 보장해주어야 한다(제 5 조). 따라서 연차유급휴가는 주휴일이나 무급휴무일, 약정휴일에 부담하여서는 아니 된다. ④ 미사용 연차휴가에 대한 보상과 관련하여 “연차유급휴가는 1 년간 행사하지 아니하면 소멸된다. 다만, 사용자의 귀책사유로 사용하지 못한 경우에는 그러하지 아니하다(제 7 조).” 이는 근로자가 연차유급휴가를 사용하지 못한 경우에 사용자는 연차유급휴가 미사용 수당을 지급해야 한다는 것이다.<sup>6</sup>

### III. 외국인근로자의 노동법 적용과 연차유급휴가

#### 1. 외국인근로자에 대한 노동법 적용의 확대

<sup>5</sup> 박일훈, 「연차유급휴가제도의 법적 쟁점에 관한 연구」, 고려대학교 대학원 석사논문, 2014.12. 125-140 면.

<sup>6</sup> 대법원 2013.12.26. 선고 2011 다 4629 판결 (미사용 연차유급휴가 수당은 임금이다.)

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(외국인고용법)은 외국인근로자를 체계적으로 도입하고 관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다(제 1 조). 즉, 법의 취지는 열악한 중소기업의 3D 업종에 부족한 인력을 외국인으로 공급하기 위한 것이지, 외국인근로자를 노동법적으로 보호하려는 것은 아니다. 그러나 외국인이 국내에 들어와서 거주하며 근로를 통해 생활하는 이상 외국인은 우리나라의 거주민이 되는 것이고, 거주민은 헌법에 보장된 인간으로서의 권리를 보호 받아야 한다. 헌법상 보장된 인간의 권리는 헌법 제 32 조에 따른 근로권, 근로기준보호, 차별 금지, 헌법 제 33 조의 노동 3 권, 헌법 제 34 조의 사회보험을 포함한다. 외국인근로자들은 우리나라에 장기간 체류하면서 인간의 권리를 확보하는 판례를 점차적으로 확보해 오고 있다.

대법원은 1995 년 불법체류 외국인근로자도 노동법상의 근로자인 이상 산업재해보상보험법(산재보험법)에 의한 산업재해로 인정되어 보호를 받아야 한다고 판시하였다. 이 판례는 불법체류자인 외국인근로자에게 최초로 산재로 인정한 사례이면서, 불법체류외국인을 근로자로 인정한 첫 사례였다.<sup>7</sup> 이 사건 이후 1997 년에 불법체류자에 대해서도 퇴직금을 지급해야 한다는 최초의 판례가 나왔다.<sup>8</sup> 2011 년 헌법재판소는 고용허가제로 취업한 외국인근로자도 인간의 기본적 권리로서 직업선택의 자유를 가진다고 분명히 하였다.<sup>9</sup> 또한 2015 년 대법원은 불법체류자로 구성된 외국인노동조합을 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)의 보호를 받는 노동조합으로 인정하였다.<sup>10</sup> 이러한 주요 판례를 통해 외국인근로자의 노동법적 권리가 점진적으로 확대되어 오고 있다.

## 2. 외국인근로자에 대한 연차유급휴가 적용실태

연차유급휴가는 외국인근로자에게도 당연히 적용되어야 한다. 외국인고용법 시행규칙(별지서식 제 6 호)의 「근로표준계약서」에는 근로기준법상의 필수기재사항인 연차유급휴가 규정이 명시되어 있지 않고, “11. 이 계약에서 정하지 않은 사항은 「근로기준법」에서 정하는 바에 따른다.”라고만 규정되어 있다. 또한 현실에서는 대다수의 사업주가 단순기능 외국인근로자에게 연차유급휴가를 지급하고 있지 않고 있다. 2014 년 10 월 국제앰네스티(Amnesty International)의 보고서에 따르면, “국제앰네스티가 면담한 이주노동자 중 어느 누구도 연차휴가나 연차휴가근로수당을 받은 사람이 없었다.”라고 기록하고 있다.<sup>11</sup>

단순기능 외국인근로자들은 연차유급휴가에 대해 전혀 보상받지 못하고 있다. 반면, 전문외국인력의 경우에는 내국인과 동일하게 연차유급휴가 규정을 적용 받고 있다. 2011 년 대법원은 원어민 강사 24 명이 제기한 근로자지위 확인소송에서 원어민 강사들의 근로자성을

<sup>7</sup> 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결(불법체류자에 대한 산업재해 인정)

<sup>8</sup> 대법원 1997. 8. 26. 선고 97다18875 판결(불법체류 외국인근로자 퇴직금 적용)

<sup>9</sup> 헌법재판소 2011.9.29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230, 352(병합) 결정(외국인근로자 직업선택의 자유)

<sup>10</sup> 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결 (불법체류 외국인근로자노동조합 인정사건)

<sup>11</sup> 국제앰네스티, “한국 농축산업 이주노동자 착취와 강제노동”, 문서번호: ASA 25/004/2014, 2014.10. 30 면.

인정하였고, 근무기간에 대해 주휴수당, 연차휴가근로수당과 퇴직금을 지급하라고 판결하였다.<sup>12</sup> 퇴직금 계산에서 있어서는 미사용 연차휴가수당을 퇴직금계산을 위한 평균임금에 반영하였다. 다시 말해서 전문외국인력에게도 내국인과 동일하게 근로기준법을 적용하였다는 점이다. 따라서 단순기능 외국인근로자도 연차유급휴가를 보장해주어야 하고, 연차유급휴가 미사용 시에는 연차유급휴가 일수에 상당하는 수당을 지급해야 한다. 또한 퇴직한 경우에는 미사용 연차휴가수당과 퇴직금 계산을 위한 평균임금 계산에 반영한 퇴직금을 재계산하여 그 차액에 대해 지급을 청구할 수 있고, 퇴사일로부터 14 일이 경과한 다음날부터 지급하는 날까지 근로기준법에 정한 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급해야 한다.

### III. 외국인근로자에 연차유급휴가 적용

#### 1. 연차유급휴가 보장

ILO 나 EU 의 연차유급휴가 규정은 미사용 연차휴가에 대한 수당대체를 원칙적으로 금지하고 있고, 고용종료 시에만 예외적으로 금전보상 하도록 하고 있다.<sup>13</sup> 우리나라는 아직 연차유급휴가 사용이 정착되지 않아 미사용 연차유급휴가에 대해 금전보상을 하고 있다. 이러한 금전보상의 폐단을 없애기 위해 연차휴가 사용촉진조치(근로기준법 제 61 조) 규정을 두고 휴가사용을 원칙으로 하고 있다. 사용자가 휴가사용촉진 조치를 하였음에도 불구하고 연차휴가를 사용하지 못한 경우에는 연차휴가가 소멸되며, 사용자는 이에 대한 보상책임을 면제 받는다. 또한 휴가 사용촉진을 위해 유급휴가의 대체(근로기준법 제 62 조)를 통해 집단적으로 연차유급휴가를 사용하도록 유도하고 있다.

외국인근로자들이 유급으로 연차휴가를 사용하게 하여 연간 15 일 정도(3 주) 고향방문을 허용하면, 외국인근로자들에게는 개인적인 고충이나 근로환경의 바람직한 개선이 이루어질 수 있고, 사용자는 미사용 연차휴가에 대한 금전보상의 책임을 면할 수 있기 때문에 인건비 절감효과를 가져올 수 있을 것이다.

#### 2. 연차유급휴가 미사용 수당

연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직하여 근로관계가 종결된 경우에는 미사용 연차유급휴가에 대해 금전보상을 받게 된다.<sup>14</sup> 따라서 외국인근로자가 현재와 같이 연차유급휴가를 사용하지 않고 퇴직하는 경우에는 1 년의 미사용 연차유급휴가에 대해서 15 일의 통상임금을 미사용

<sup>12</sup> 대법원 2015.6.11. 선고 2014 다 88161 판결 (원어민 강사의 근로자 지위 확인)

<sup>13</sup> ILO 제 132 호 협약 제 5 조 및 EU 지침 2003/88/EC 제 7 조 제 2 항.

<sup>14</sup> 대법원 2005.05.27. 선고 2003 다 48549, 2003 다 48556 판결: 유급(연차휴가수당)으로 연차휴가를 사용할 권리는 근로자가 1 년간 소정의 근로를 마친 대가로 확정적으로 취득하는 것이므로, 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료된 경우, 근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸한다 할지라도 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 잔존하는 것이어서, 근로자는 근로관계 종료 시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있는 것이다.

연차유급수당으로 받을 수 있고, 2년간 근무한 경우에는 30일의 통상임금을, 만 3년을 근무하고 퇴직한 경우에는 45일에 해당되는 통상임금을 추가적으로 받을 수 있다.

### 3. 퇴직금 반영 및 임금지체 보상금

근로자의 퇴직금을 계산할 때 퇴직하기 전에 발생하였던 연차유급휴가수당에 그 수령여부와 상관없이 퇴직 전전년도 출근률에 의하여 퇴직 전년도에 발생한 연차유급휴가수당을 3/12을 퇴직금 산정을 위한 평균임금 산정 기준임금에 포함하여야 한다.<sup>15</sup> 다만, 연차유급휴가를 모두 사용하여 미사용 연차유급휴가 수당이 발생하지 않은 경우는 그러하지 않는다. 미사용 연차유급수당 미지급만큼 퇴직금 계산에 포함하여 계산한 평균임금 차액이 발생하는 퇴직금을 추가적으로 지급해야 한다.

근로자가 퇴직한 경우 퇴직일로부터 14일 이내에 임금 등 일체의 금품을 지급해야 한다(근로기준법 제 36 조). 사용자가 제 36조에 따라 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 지급하지 아니한 경우에는 그 다음 날부터 지급하는 날까지의 지연일수에 대해 연 100분의 40 이내에서 대통령령이 정하는 이율의 범위에서 지연이자를 지급해야 한다.(근기법 제 37 조). 여기서 대통령이 정하는 이율이란 “연 100분의 20”을 말한다(근기법 시행령 제 17 조).

## IV. 결론

1993년부터 공식적으로 외국인근로자를 도입한지 25년이 되고 있다. 다양한 부류의 외국인근로자 중 단순기능 외국인근로자(E-9)와 방문취업 동포근로자는 2016년 12월 말 현재, 53만 여명<sup>16</sup>이 근무하고 있고, 불법체류자 20여만명을 포함하면 70만명 이상의 외국인근로자들이 근로기준법상 누려야 할 연차유급휴가에 대해 대부분 유급휴가나 미사용 휴가수당을 받지 못하고 있다. 이들은 보통 최저 3년에서 최고 10년 까지 우리나라 사람들이 꺼려하는 3D 업종에서 낮은 임금을 받고 일하고 있는 해주는 없어서는 안될 소중한 노동력이다. 이들의 노동인권을 보장해주어야 지속적인 근로관계가 가능하고, 장기적인 활용이 가능할 것이다. 결론적으로 연차유급휴가를 이용하여 외국인근로자들이 처우가 개선될 수 있기를 기대해본다.

<sup>15</sup> 고용노동부 “연차유급휴가청구권, 수당, 미사용수당과 관련된 지침”, 임금근로시간정책팀-2820, 2006.9.21.

<sup>16</sup> 출입국관리소 통계, 2016.12.31. 현재, 외국인근로자(E-9)는 279,187명, 방문취업 동포근로자(H-2)는 254,9509원.