

# [노무법인 상담실 엿보기] 연장근로에 대해 보상휴가를 지급하는데, 보상휴가를 사용하지 않고 퇴직할 경우 퇴직금에 반영되나요?



홍창범  
우리노무법인 공인노무사

중앙대 경영학과를 졸업하고 공인노무사 시험에 합격했다. 노무법인 팀에서 근무했으며, 현재 우리노무법인에서 인사노무 법률 자문, 단체교섭 컨설팅, 노동사건 등의 업무를 수행하며 경력을 이어가고 있다.

**Q** 저희 회사는 연장근로에 대한 가산임금 대신 이에 갈음하는 보상휴가를 지급하고 있습니다. 근로자가 적립된 보상휴가를 사용하지 않고 퇴직할 경우 퇴직금에 반영이 되나요?

**A** 해당 질의는 근로기준법 제57조에 따른 보상휴가제를 실시하고 있는 사업장에서 보상휴가를 사용하지 않고 근로자가 퇴직할 경우, 보상휴가 미사용 수당을 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 산입할 것인지 여부에 관한 것으로 해석된다.

근로기준법 제57조는 “사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 연장근로·야간근로 및 휴일근로 등에 대해 임금을 지급하는 것을 갈음해 휴가를 줄 수 있다”고 보상

휴가제를 규정하고 있다.

이와 관련해, 기존 고용노동부 행정해석(근로기준정책과-2273, 2022. 7. 19.)은 보상휴가를 1년간 사용하고 다음 연도 1월에 미사용 보상휴가에 대해 수당을 지급하는 사업장에서 근로자가 2022년 6월 퇴직 시 평균임금에 산입되는 보상휴가 미사용 수당의 범위에 대해 “평균임금은 산정 사유 발생일 이전에 지급된 임금으로 산정해야 하므로, 근로자가 2021년에 부여받은 보상휴가를 사용하지 못해 퇴직 전에 지급받은 보상휴가 미사용 수당액의 12분의 3을 평균임금의 계산에 산입하는 것이 타당할 것으로 사료된다”라고 했다. 즉 연장휴가 미사용 수당에서의 퇴직금 산정을 위한 평균임금 산정 방식을 준용해 보상휴가 미사용 수당을 평균임금에 산입해야 한다는 입장을 취한 것이다.

그러나, 최근 고용노동부 행정해석(근로기준정책과-2658, 2023. 8. 11.)은 보상휴가제는 노사 합의에 따라 적용 대상,

사용기간 등을 달리해 다양한 형태로 운영이 가능하다는 점에서 기존 행정해석의 한계를 지적하며, “근로자의 연장·야간·휴일 근로 등에 대한 임금청구권은 보상휴가 실시와 관련 없이 근로를 제공함으로써 이미 발생하는 것이고, 단지 그 지급 방법·시기만 바뀐 것으로 봐야 할 것”이라고 보고, “보상휴가제를 실시할 경우에도 평균임금 산정에 있어서는 보상휴가 미사용에 따른 수당이 아닌, 사유 발생 전 3개월 동안의 연장근로 등을 반영하는 것이 평균임금 개념과 취지에 부합할 것으로 사료된다”라는 입장을 밝힌 후, 이와 배치되는 내용의 기존 행정해석들을 폐기했다.

따라서, 보상휴가 미사용 수당은 퇴직금 산정을 위한 평균임금에서는 고려할 필요가 없으며, 퇴직 전 3개월 동안의 연장·야간·휴일 근로시간에 따른 가산임금을 평균임금에 산입하면 될 것이다.



더 이상 사용할 수 없게 됐을 때의 임금을 기준으로 지급하는 것이 타당하므로, 사용자는 최종 휴가권이 있는 달의 임금을 기준으로 임금을 산정해 다음 임금 지급일까지 근로자에게 지급해야 할 것으로 판단된다”라는 입장을 취하고 있다.

따라서 근로자가 퇴직 시까지 적치된 보상휴가를 사용하지 않았다면, 더 이상 보상휴가를 사용할 수 없게 됐을 때인 퇴직 시점의 임금 수준으로 수당을 산정해 미사용한 보상휴가를 정산하면 될 것이다.

다만, 이는 사업장에서 1년간 사용하지 않은 연차휴가를 수당으로 정산해 지급하는 방식과 동일한 방식인데, 앞서 미사용 보상휴가의 평균임금 산입과 관련해 연차휴가 미사용 수당의 평균임금 산입 방식을 준용한 행정해석을 폐기하고 평균임금 산정 사유 발생 3개월 이전 연장·야간·휴일 근로시간만을 반영해 평균임금에 산입해야 한다는 최근의 행정해석과는 배치되는 해석으로 보인다.

최근 행정해석과 같이 보상휴가를 연장·야간·휴일 근로에 대한 임금청구권이 그 지급 방법·시기만 바뀐 것으로 본다면, 현행 미사용 보상휴가의 정산 방식 또한 보상휴가 발생 시점의 임금 수준으로 정산하는 것으로 향후 법리 변경을 기대할 수 있을 것이다.

**Q** **보상휴가 발생 시점과 퇴직 시점의 임금 수준이 다른 경우, 어느 시점의 임금을 기준으로 보상휴가 미사용 수당을 산정해야 하나요?**

**A** 해당 질의는 보상휴가 발생 시점과 근로자 퇴직 시점 사이에 임금이 인상된 경우, 퇴직 시 정산할 보상휴가 미사용 수당을 보상휴가 발생 시점의 임금 수준으로 산정할 것인지, 퇴직 시점의 임금 수준으로 산정할 것인지 여부에 관한 것으로 풀이된다.

보상휴가를 당시 수행한 연장·야간·휴일 근로에 대한 대가로서 그 지급 방법 및 시기만 바뀐 것으로 해석한다면 전자의 방식으로 해석하는 것도 가능할 것이나, 고용노동부 행정해석(임금근로시간과-2601, 2020. 11. 12.)은 후자의 방식에서 “근로자는 보상휴가를 사용할 수 없게 된 날의 다음 날부터 임금을 청구할 수 있다고 할 것이고, 보상휴가를 사용하지 않아 발생한 임금은 해당 보상휴가를

**Q 임신 중인 직원이 연차휴가 중 출산했습니다. 연차휴가를 모두 소진한 후 산전후휴가와 육아휴직을 연이어 사용할 것을 희망하는데, 회사에서 거부할 수 있나요?**

**A** 해당 질의는 연차휴가 중 출산을 한 근로자가, 연차휴가를 모두 소진한 이후 근로기준법 제74조 제1항에 따른 출산전후휴가와 남녀고용평등법 제19조에 따른 육아휴직을 사용을 희망할 경우, 회사가 이를 수용할 의무가 있는지에 관한 것으로 해석된다.

우선, 연차휴가 도중 근로자가 출산한 경우 연차휴가를 종료하고 출산전후휴가를 곧바로 부여해야 하는지, 아니면 근로자의 요구에 따라 연차휴가를 모두 소진하도록 한 이후에 출산전후휴가를 부여해도 무방한지와 관련해 살펴본다. 근로기준법 제74조 제1항은 “사용자는 임신 중의 여성에게 출산 전과 출산 후를 통해 90일(한 번에 둘 이상 자녀를 임신한 경우에는 120일)의 출산전후휴가를 줘야 한다. 이 경우 휴가 기간의 배정은 출산 후에 45일(한 번에 둘 이상 자녀를 임신한 경우에는 60일) 이상이어야 한다”고 출산전후휴가를 규정하고 있다. 이는 강행규정으로, 출산일을 포함해 역일상으로 90일의 휴가를 부여해야 하며 산후 45일의 휴가는 반드시 확보되어야 한다. 해당 쟁점과 직접적인 연관이 있는 것은 아니지만, 고용보험법상 출산전후휴가급여 지급과 관련해 고용노동부 행정해석(실업 68430-367, 2022. 4. 22.)은 “출산전후휴가를 사용하지 않고 출산을 한 경우 및 연월차휴가 사용 도중 출산을 한 경우 출산전후휴가는 출산 시부터 개시된다고 봐야 하므로 출산전후휴가 급여는 출산 시부터 60일을 초과하는 일수(30일 한도)에 대해 지급할 수 있을 것으로 사료된다”는 입장을 취한 바 있다.

즉, 출산전후휴가를 개시하지 않은 근로자가 연차휴가 중 출산한 사실을 회사에서 알았다면, 출산일로부터 즉시 연

차휴가를 출산전후휴가로 전환해야 한다. 출산전후휴가 전환으로 인해 사용하지 못한 연차휴가는 추후에 사용하도록 하거나, 사용할 수 없는 경우라면 수당으로 지급하면 될 것이다.

이어서, 근로자가 출산전후휴가에 이어 육아휴직을 연이어 신청하는 경우 회사가 이를 거부할 수 있는지와 관련해, 남녀고용평등법 제19조 제1항은 “사업주는 임신 중인 여성 근로자가 모성을 보호하거나 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위해 휴직(육아휴직)을 신청하는 경우에 이를 허용해야 한다. 다만 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 육아휴직을 규정하고 있으며, 동법 시행령 제10조는 “법 제19조 제1항 단서에서 ‘대통령령으로 정하는 경우’란 육아휴직을 시작하려는 날의 전날까지 해당 사업에서 계속 근로한 기간이 6개월 미만인 근로자가 신청한 경우를 말한다”라고 육아휴직의 적용 제외 사유를 규정하고 있다.

해당 규정에 의거하면, 임신 중이거나 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀가 있는 근로자가 육아휴직을 신청하는 경우 계속근로 기간이 6개월 미만인 근로자가 아니라면 회사에서는 이를 허용할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 회사가 육아휴직을 거부한 경우에 대해, 고용노동부



행정해석(여성고용정책과-4044, 2017. 10. 30.)은 “요건을 갖춘 근로자의 청구에 대해 사업주가 정당한 이유 없이 그 청구를 거부하였다면 해당 휴가 및 휴직이 바로 개시된다고 볼 수는 없으나, 사업주는 정당한 이유 없이 유산·사산휴가 또는 육아휴직을 미부여한 것에 대해 관련 법률에 따라 처벌을 받을 수 있다”는 입장이다.

따라서, 연차휴가 중 출산한 근로자가 연차휴가를 모두 소진한 이후 출산전후휴가와 육아휴직을 연이어 사용할 것을 희망하는 경우, 회사는 출산 사실을 알게 된 때부터 연차휴가를 출산전후휴가로 전환하고 이후에 근로자가 남은 연차휴가를 사용하도록 하고 나서, 육아휴직을 신청하도록 권고하면 될 것이다.



할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 회사의 중요한 일정에 담당 근로자가 예비군 훈련이 예정된 경우, 회사는 예비군 교육훈련 훈령 별표5 ‘주요 업무 수행 확인서’를 작성해 근로자에게 교부하고, 근로자에게 훈련을 연기할 것을 요구할 수 있다(참고로, 동 훈령에 의거 주요 업무 수행을 사유로 한 훈련의 연기는 예비군 편성기간 중 6회까지 가능하며, 동원훈련이 아닌 기타 훈련의 경우에는 별도의 연기 신청 없이 불참해도 2회까지는 자동으로 연기된다).

만약 연기 승인이 불가해 근로자가 해당 훈련에 참석해야 하는 경우, 훈련 종료 이후 남은 오후의 소정근로시간에 대해 회사가 출근을 명할 수 있는지와 관련해, 고용노동부 행정해석(근기 01254-1077, 1992. 7. 28.)은 “근로시간과 훈련시간의 일부가 중복돼 있어 훈련을 마친 후 근로 제공 의무가 있음에도 불구하고 전혀 근로의 제공이 없었다면, 중복된 시간에 대해 유급으로 임금을 지급하였다 하더라도 이는 출근 후 근로 제공 의무를 면한 조퇴로 볼 수 없으므로 출근하지 않은 것으로 처리함이 원칙”이라는 입장으로, 훈련을 마친 후 남은 소정근로시간에 대해서는 여전히 근로 제공 의무가 존재함을 전제하고 있음을 알 수 있다.

따라서, 회사는 근로자에게 훈련 종료 후 오후에 출근해 남은 소정근로시간을 근무하도록 명할 수 있다. 다만, 실무에서는 예비군 훈련장과 사업장 간 왕복시간 등을 고려해 훈련 당일 전체를 유급 공가로 처리하는 회사도 많으므로, 사전에 취업규칙 또는 단체협약 등에 적절한 기준을 세우는 것이 바람직할 것이다. **노법**

**Q 사내 중요한 행사가 있는 날 근로자의 예비군 훈련이 편성돼 있습니다. 해당 훈련의 일정을 변경하거나, 훈련이 오전에만 편성돼 있는 경우 오후에라도 출근을 명할 수 있나요?**

**A** 해당 질의는 사내 주요 일정으로 인해 근로자의 예비군 훈련 일정 변경이 가능한지 및 해당 훈련이 소정근로시간 내에 종료될 경우 근로자를 사업장으로 복귀시키는 것이 가능한지와 관련된 질의로 사료된다.

근로기준법 제10조는 “사용자는 근로자가 근로시간 중에 선거권, 그 밖의 공민권(公民權) 행사 또는 공(公)의 직무를 집행하기 위해 필요한 시간을 청구하면 거부하지 못한다”고 규정하고 있다. 여기서 공(公)의 직무란 법령에 근거를 두고 직무 자체가 공적인 성격을 갖는 업무를 의미하는데, 예비군 훈련은 향토예비군설치법 및 민방위기본법에서 근거규정을 두고 있는바, 공(公)의 직무에 해당한다.

다만, 동조는 단서 조항에서는 “그 권리 행사나 공(公)의 직무를 수행하는 데에 지장이 없으면 청구한 시간을 변경