

産 業 關 係 研 究
第20卷 第3號, 2010. 9, pp.
© 韓 國 勞 使 關 係 學 會

일용근로자의 퇴직금 산정에 대한 연구*

황 운 희**

일용근로자라 하여 근로기준법을 비롯한 노동관계법의 적용에 있어 차별을 받아서도 안 되지만, 지나친 보호규정이 있다면 이 또한 개선되어야 할 과제이다.

일용근로자도 계속하여 1년 이상 근로하다가 퇴직하였다면 퇴직금을 지급받아야 한다. 그런데 일용근로자의 근로관계는 불규칙함으로, 계속근로의 판단 기준은 단시간근로자의 “1주 15시간”의 기준에 따라야 할 것이다.

일용근로자의 평균임금 산정도 퇴직 이전 3월간을 기준으로 산정할 수밖에 없으며, 이 금액이 통상임금보다 낮으면 통상임금이 평균임금이 된다. 그러나 통상임금을 기준으로 퇴직금을 산정하게 되면 통상의 근로에 대한 생활임금을 초과하게 된다. 그렇다면 일용근로자의 퇴직금 산정에 통상임금으로 평균임금을 보장하는 것은 개선되어야 할 것이다.

▶ 주제어

일용근로자, 계속근로, 퇴직금, 평균임금, 통상임금.

논문접수일: 2010년 3월 24일, 심사의뢰일: 2010년 4월 6일, 심사완료일: 2010년 6월 1일

* 많은 조언을 주신 익명의 심사위원께 감사드립니다.

** 수원 신한노무법인 대표/ 이주대 법학전문대학원 겸임교수/ 법학박사, 016-306-5111, labor114@hanmail.net

1. 들어가며

보통의 근로계약은 정년까지 존속하는 기한의 정함이 없는 근로계약과 일정한 기간을 정하여 그 기간이 만료되면 종료하는 기간제 근로계약의 형태가 있다. 건설공사 현장에서는 공사계약 기간만큼을 근로계약 기간으로 정하기도 하지만, 작업 공정에 따라 수시로 채용되거나 공정이 완료되면 근로관계가 종료되는 일용근로자도 있다. 일용근로자도 1년 이상 계속근로하고 퇴직한다면 당연히 퇴직금을 지급받을 수 있다. 그러나 일용근로자는 소정근로일이 정해져 있지 않아 ‘계속근로’ 여부를 판단하기가 쉽지 않으나, 「근로기준법」이나 「근로자퇴직급여보장법」에서는 ‘계속근로’에 대하여 아무런 규정이 없다. 판례¹⁾는 일용근로자 보호 차원에서 퇴직금 산정을 위한 계속근로의 판단에 상당히 유연한 입장을 취하여 “한 달에 4~5일이라도 계속하여 근로한 경우에는 퇴직금을 지급하여야 한다”고 한다.

퇴직금은 계속근로연수 1년에 대하여 평균임금의 30일분 이상이 지급된다. 퇴직금 산정을 위한 평균임금은 퇴직일 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액이나, 산정된 금액이 그 근로자의 통상 임금보다 적으면 통상 임금액을 평균임금으로 한다.

특히 일용근로자는 근로일수가 불규칙하여 월평균 근로일수가 통상근로자의 소정근로일수보다 짧은 특징이 있어,²⁾ 퇴직한 날 이전 3월간을 기준으로 산정된 평균임금이 통상 임금보다 같거나 높은 경우가 극히 드물기 때문에 통상 임금을 기준으로 하여 퇴직금을 산정할 수밖에 없다. 이때 통상 임금으로 산정된 퇴직금은 일용근로자가 실제로 근로를 제공하여 지급받는 임금수준보다 높다. 이와 같은 불합리함을 고려하여 「근로기준법 시행령」 제3조는 일용근로자의 평균임금을 노동부 장관이 사업이나 직업에 따라 정하도록 규정하고 있으나, 아직까지 노동부 장관은 일용근로자의 평균임금을 따로 규정하지 않고 있다.

이하에서는 일용근로자의 퇴직금 지급에 있어서 중요한 요건이 되는 ‘계속근로’와 퇴직금의 산정기준인 ‘평균임금’ **산정의** 문제점을 살펴보고 그 개선방안을 제시하기로 한다.

-
- 1) 대법원 1995.07.11. 선고 93다26168 전원합의체 판결; 대법원 1979.01.30. 선고 78다2089 판결.
 - 2) 건설일용근로자의 평균근로일수는 평상시에는 21.5일, 장마철에는 16.3일, 겨울철에는 15.8일이다(한국건설산업연구원, 『건설근로자 퇴직공제제도 개선방안』, 노동부, 2007, p.16). 이는 다른 조사에서도 비슷하게 나타난다. 평상시에는 21일을 약간 넘지만, 강우기인 6~7월과 동절기인 12~1월에는 17일 정도로 보고 있다(방하남 외 5인, 「일용근로자 실업급여 수급실태와 제도개선 과제」, 한국노동연구원, 2008, p.37).

II. 일용근로자 퇴직금 제도의 문제점

1. 일용근로자의 개념

「근로기준법」 제2조 제1호는 “근로자라 함은 직업의 종류에 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에서 근로를 제공하는 자를 말한다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 「산업안전보건법」, 「산업재해보상보험법」, 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」, 「최저임금법」, 「임금채권보장법」, 「근로자퇴직급여보장법」 등에서도 그대로 적용된다.

그러나 「근로기준법」은 일용근로자에 대한 정의 규정이 없음에도, 같은 법 제35조 제1호는 3개월을 계속근로하지 아니한 일용근로자에 대하여 해고예고의 규정을 적용하지 않고 있다. 그리고 같은 법 시행령에서는 일용근로자의 평균임금은 노동부 장관이 사업이나 직업에 따라 정하도록 규정하고 있으며(제3조), 사용기간이 30일 미만인 일용근로자에 대해서는 근로자 명부 작성의 예외(제21조)와 임금대장의 기재 사항의 예외(제27조 제2항)를 규정하고 있다.

일용근로자의 개념에 대하여 판례는 “그때그때의 필요에 의하여 사용하는 근로자”로 보고 있으며³⁾, 행정해석은 “고용기간이 1일로서 그 날의 근로 종료에 따라 사용종속관계가 일단 종료되고 필요에 따라 하루하루를 기간으로 하여 사용하는 근로자를 일용근로자”⁴⁾라 한다. 일용근로자는 소정근로일이 정해져 있지 않으며, 주로 건설 현장에서 많이 사용되고 있다. 일용근로자는 근로계약이 매일매일 성립하고 종료한다는 점에서 기간의 정함이 있는 **기간제** 근로계약의 한 형태로 본다.⁵⁾ 이에 따르면 일용근로자는 근로계약이 1일 단위로 성립하고 종료하여 계약기간이 가장 짧은 **기간제** 근로자가 된다.

「고용보험법」 제2조 제6호는 “1개월 미만 동안 고용되는 자”를 일용근로자로 규정하고 있다. 임금의 산정이나 지급형태가 1일 단위로 이루어진다 하여 일용근로자로 분류되는 것은 아니며, 근로계약 기간이 1월 이상이거나 기간의 정함이 없는 경우에도 당해 근로자가 1월 미만으로 근로를 제공하고 이직한다 하여 일용근로자라 할 수도 없다.⁶⁾

「산업재해보상보험법 시행령」 제23조는 “1일 단위로 고용되거나 근로일에 따라 일당 형식의 임금을 지급받는 근로자를 일용근로자”라 한다.

「국민건강보험법」 제6조 제2항 제1호는 “1월 미만의 기간 동안 고용되는 일용근로자”

3) 대법원 1987.04.14. 선고 87도153 판결.

4) 1983.05.12. 근기 1451-12200.

5) 이승길·고진수·윤종만, 『신근로시간관리제도』, 중앙경제사, 1997, p.395.

6) 노동부, 『일용근로자 고용보험 업무편람』, 2004, p.2.

를 직장 가입자에서 제외시키고 있다. 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」 제2조 제2호는 ‘건설근로자’를 「근로기준법」 제2조에 따른 근로자로서 건설업에 종사하는 자로 규정하고 있다.⁷⁾

일용근로자는 개념상으로는 1일 단위로 근로계약이 체결되고 그 날의 근로가 종료되면 근로관계도 종료되는 것이 원칙이지만, 일용근로관계가 1주일 이상 계속된다면 주휴일의 발생은 당연하다. 그리고 일용근로관계가 수시로 반복되거나 또는 사실상 상용화되어 1년 이상 계속근로하여 출근율이 80% 이상이라면 연차유급휴가를 청구할 수 있으며, 1년 이상 계속근로하다가 퇴직한다면 퇴직금도 지급받을 수 있다. 또한 산전·후 휴가를 사용할 수 있으며, 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료도 인정할 수 없어 해고 관련 보호 규정도 적용되어야 한다.

2. 일용근로자의 특성

특히 건설업에 종사하는 일용근로자는 작업 공정에 따라 일시적으로 취업하였다가 그 공정이 완료되거나 또는 공정이 계속하여 진행되어도 근로계약의 특성상 다음날의 근로계약이 보장되지 않는다. 일용근로자는 사업장을 수시로 이동함으로써 근로를 제공하는 날이 불연속적이라 취업규칙 등에 의한 제재 사유가 있어도 다음날 출근하지 않으면 근로관계가 종료되므로 특별한 제재수단이 없다. 또한 근로계약도 서면으로 작성하기보다는 구두로 하는 관행이 있으며, 고용이 계절에 따라 차이가 나는 특징이 있다.⁸⁾ 그리고 일용근로자는 일당 형식으로 임금을 지급받으며, 그 일당에는 근로에 대한 통상 임금 외의 휴일근무수당, 휴가수당 등 모든 수당이 포함된 것으로 보기도 한다.⁹⁾

「근로기준법」은 수차의 도급사업에서의 건설일용근로자에 대한 임금지급 보호를 위하여 직상수급인의 임금지급 연대책임(제44조의2), 건설업의 공사 도급에 있어서 임금에 관한 특례(제44조의3)를 규정하여 특별하게 보호하고 있다. 또한 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」에 의하면, 건설일용근로자가 동일한 공사 현장에서 1년 이상 계속적으로 일하는 경우가 적어 퇴직금의 수혜가 곤란한 현실을 감안하여 건설공사 현장을 옮겨다녀도 근로기간을 합산하여 1년 이상(252일) 근로한 경우 퇴직공제금을 지급하고 있다.

7) 통계청의 통계 작성을 위해 마련한 기준에 의하면, 정규직 근로자는 고용계약기간이 1년 이상이거나 또는 계약기간이 정함이 없는 근로자들을 말하며, 임시직 근로자는 고용계약기간이 1월 이상 1년 미만인 자로 정의하며, 일용근로자(daily workers)는 고용계약기간이 1월 미만인 자이다.(허재준·유길상, 『일용근로자 고용보험 적용방안』, 노동부, 2001, p.17; 노동부, 『일용근로자 고용보험 업무 편람』, p.4).

8) 방하남 외 5인, 앞의 책, p.38.

9) 대법원 1987. 06.09. 선고 85다카2473 판결.

건설일용근로자는 공사 현장이 바뀌더라도 사용자가 동일하다면 계속근로로 인정되고, 그 기간이 1년 이상이라면 퇴직금은 근로자가 최종 공사 현장에서 퇴직할 때 지급하는 것이 원칙이며, 매일 지급받는 일당 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하였다고 하여도 그것은 퇴직금의 지급으로서의 효력은 없을 뿐만 아니라, **퇴직금 청구권**을 사전에 포기하는 약정도 무효이다.¹⁰⁾

3. 단시간 근로자와의 구별

「근로기준법」에서 ‘단시간 근로자’라 함은 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다(법 제2조 제1항 제8호). 이는 ILO의 1994년 단시간근로(part-time work)에 관한 협약(제175호)에서 단시간 근로자의 정의를 “정규 근로시간이 비교 대상이 되는 상용근로자(full-time workers)의 정규 근로시간보다 짧은 피용자”로 규정하고 있을 뿐만 아니라,¹¹⁾ 독일¹²⁾이나, 프랑스¹³⁾, 일본¹⁴⁾ 등에서도 단시간 근로자의 근로시간을 1주 이상의 단위로 규정하고 있음에 영향을 받은 것으로 보인다.

단시간 근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급 임금을 일급 통상 임금으로 산정할 경우에는 1일 소정근로시간 수에 시간급 임금을 곱하여 산정한다. 1일 소정근로시간 수는 4주 동안의 소정근로시간을 그 기간의 통상 근로자의 총 소정근로일수로 나눈 시간 수로 한다(시행령 제9조 제1항). 1주간의 소정근로시간이 15시간 이상인 단시간 근로자도 **1년 이상 계속근로하다가** 퇴직하였다면 퇴직금을 지급받을 수 있으며,¹⁵⁾ 퇴직금의 산정은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정된다(법 제18조 제1항).

이에 반하여 일용근로자는 매일매일 근로계약이 이루어지며 그 근로가 종료하면 근로계약도 종료되어 **기간제** 근로자 중에서도 그 기간이 가장 짧은 근로자로서 상용근로자(정규직)에 대한 상대적 개념이다. 상용근로자 중에서도 전일제 근로자와 단시간 근로자가 있을 수 있고, 기간제 근로자 중에서도 전일제 근로자와 단시간 근로자가 있을 수 있으므로 일용근로자와 단시간 근로자는 개념이 다르다. 단시간 근로자는 통상의 근로자에 비하여 근로시간이 짧은 근로자의 개념이므로 근로계약 기간의 정함이 있느냐가 일용근로자와 단시

10) 대법원 2002.07.26. 선고 2000다27671 판결.

11) 공주대학교 산학협력단, 『자발적 시간제근로 활성화 방안 연구』, 한국노동연구원, 2007, 7쪽.

12) 오문완, 『단시간근로에 관한 외국의 법·제도 연구』, 한국노동연구원, 1997, p.17 참고.

13) 오문완, 앞의 책, pp.33-34 참고.

14) 오문완, 앞의 책, p.48 참고.

15) 2003.03.12. 근기 68207-284.

간 근로자의 구별 기준이 아니라는 것이다.¹⁶⁾

그러나 「근로기준법」의 적용에 있어 일용근로자와 단시간 근로자와의 구별이 명확하지 못할 때가 있다. 예를 들어 매주 월, 금요일만 8시간씩 일시적인 필요에 따라 출근하는 근로자가 사실상 1년 이상 계속근로하다가 퇴직하였다면, 현행법의 규정에 의하면 소정근로시간이 1주 40시간에 미치지 못하므로 단시간 근로자이지만, 1일 단위로 출근함으로써 일용근로자로 볼 수도 있다.¹⁷⁾ 이때 단시간 근로자인가 일용근로자인가에 따라 퇴직금은 엄청난 차이가 발생한다. 일용근로자는 평균임금이 통상 임금보다 낮은 경우에는 통상 임금으로 퇴직금이 산정되지만, 단시간 근로자는 통상 근로자의 소정근로시간에 비례하여 산정되기 때문이다.¹⁸⁾ 따라서 이를 명확화하기 위해서는 단시간 근로자의 기준 근로시간을 1주 단위로 규정할 것이 아니라 1일 단위로 규정하여, “1일의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상의 근로자의 소정근로시간에 비하여 짧은 자”로 하여, 1일의 근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상의 근로자의 소정근로시간과 같은 경우에는 일용근로자로 판단함이 하나의 방안이 될 수 있을 것이다.¹⁹⁾

4. 일용근로자 퇴직금 제도의 문제점

(1) 일용근로자의 퇴직금 적용 여부

퇴직금이란 1년 이상 계속하여 근로하던 근로자가 퇴직할 때 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 금품으로 계속근로연수 1년에 대하여 평균임금의 30일분 이상이다. 퇴직금 제도는 1961년 12월 4일 「근로기준법」 개정 때 근로자의 퇴직 후 생활보장을 위하여 도입되었으나, 평균수명의 연장으로 인한 빠른 고령화에 대한 노후대책의 일환으로 2005년 1월 27일 기존의 「근로기준법」상의 퇴직금 제도를 개선한 「근로자퇴직급여보장법」이 제정되면서 퇴직연금 제도를 도입하였다. 그러나 퇴직연금 제도를 도입하지 아니한 사업장은 기존의 퇴직금제도를 설정한 것으로 본다.

사용자는 근로자가 스스로 사직하였을 때는 물론, 범법 행위 등으로 **징계해고 되었을** 때에도 퇴직금은 지급하여야 한다. 사용자가 근로자에게 퇴직금의 지급을 위하여 충당금,

16) 노동부, 『근로시간제도/단시간근로』, 1997, p.73; 이승길·고진수·윤종만, 앞의 책, p.393.

17) 행정해석은 단시간 근로자로 보고 있다(2004.01.29. 근로기준과-470; 2003.03.12. 근기 68207-284).

18) 주휴일의 경우도 단시간 근로자면 통상근로자의 소정근로시간에 비례하여 부여되어야 하지만 일용근로자라면 1주간을 개근하지 못하였으므로 주휴일이 발생하지 않는다. 그리고 3월간 근로하였을 경우 해고예고의 적용제외 대상인가의 판단도 쉽지 않다.

19) 「근로기준법」에 ‘단시간 근로자’가 도입되기 이전의 1992년도 노동부지침(1992.01.04, 근기 32003-2) 제2조 제1항은 “시간제 근로자라 함은 1주, 1일의 소정근로일 또는 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상 근로자의 소정근로일 또는 소정근로시간에 비해 ‘상당한 정도 짧은 자’를 말한다”고 규정하여, 소정근로시간의 길이를 1일 **단위로도** 규정하였다.

적립금 등의 명목으로 근로자에게 금품을 부담시킬 수 없을 뿐만 아니라 근로자의 범법 행위나 중대과실 등을 이유로 퇴직금을 지급하지 않을 수도 없다.

퇴직금의 법적 성질에 대해서 우리나라의 학설은 임금후불설에 이의가 없는 것으로 보이며,²⁰⁾ 판례도 꾸준히 임금후불설을 취하고 있다²¹⁾. 그러나 누진적 퇴직금에 대해서는 후불임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것으로 보아 법적 기준 이상의 퇴직금에 대해서는 근로자의 범죄 행위 등으로 인한 퇴직금 감액 규정의 효력을 인정하고 있다.²²⁾

일용근로자도 계속하여 1년 이상 근로하다가 퇴직한다면 당연히 퇴직금이 지급되어야 한다.

(2) 계속근로 판단의 문제

일용근로자는 매일매일 근로계약이 이루어지며 그 근로가 종료하면 근로계약도 종료되어 기간의 정함이 있는 기간제 근로자 중에서도 계약기간이 가장 짧은 계약 형태이다. 따라서 일용근로자는 원칙적으로 계속근로가 보장되지 않는 특징이 있으나, 근로기준법은 일용근로자에 대한 정의 규정이 없다.

또한 퇴직금의 지급 요건이 되는 계속근로에 대해서도 아무런 규정이 없어, 판례는 각각의 사안별로 계속근로 여부를 판단하며, 특히 “한 달에 4~5일이라도 계속하여 근로한 경우에도 퇴직금을 지급하여야 한다”고 한다.²³⁾ 그러나 「근로자퇴직급여보장법」은 소정근로시간이 1주 15시간 미만인 단시간 근로자에게는 사업장의 전속성이 회박하여 퇴직금을 지급하지 않도록 규정하고 있어, 이와 비교하면 일용근로자가 계속하여 한 달에 4~5일만 근로한 경우에도 계속근로로 판시한 판례는 형평성에 문제가 있다.

(3) 평균임금 산정의 문제점

가. 일용근로자의 평균임금 적용 실태

퇴직금은 계속근로연수 1년에 대하여 평균임금의 30일분 이상이 지급되며, 퇴직금 산정을 위한 평균임금은 퇴직일 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액이나, 산정된 금액이 그 근로자의 통상 임금보다 적으면 통상 임금

20) 김형배, 『근로기준법』, 박영사, 2000, p.301; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2003, p.374; 하갑래, 『근로기준법』, (주)중앙경제사, 2007, p.601.

21) 대법원 2007.03.30. 선고 2004다8333 판결 등.

22) 대법원 2002.09.06. 선고 2002다29442 판결.

23) 대법원 1995.07.11. 선고 93다26168 전원합의체 판결.

액을 평균임금으로 한다. 일용근로자는 근로일수가 불규칙하여 통상근로자의 소정근로일 수보다 짧은 특징이 있어, 「근로기준법 시행령」 제3조는 일용근로자의 평균임금을 노동부장관이 사업이나 직업에 따라 정하도록 규정하고 있다. 그러나 아직까지 노동부 장관은 일용근로자의 평균임금을 따로 정하지 않고 있다.

따라서 일용근로자의 퇴직금 산정을 위한 평균임금도 일반근로자와 같이 퇴직 이전 3개월을 기준으로 산정하며, 산정된 평균임금이 통상 임금보다 낮으면 통상 임금으로 퇴직금을 산정할 수밖에 없다.²⁴⁾

나. 노동부 장관의 평균임금 결정의 문제점

임금수준은 사업이나 직업에 따라 차이가 날 수도 있지만, 지역이나 직무, 경력, 성별, 기능의 정도 등 다양한 요인에 따라 결정된다. 따라서 노동부 장관이 일용근로자의 평균임금을 사업이나 직업에 따라 일률적으로 정하는 것은 통상의 생활임금이 반영될 수 없음으로 평균임금의 법리에 반하며, 특히 후불성 임금인 퇴직금은 근로자가 제공한 근로의 양과 질에 따라 지급받은 통상의 생활임금이 기준이 되어야 한다. 평균임금은 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많게 산정된 것으로 인정되는 예외적인 경우에도 이를 기초로 퇴직금을 산출하는 것은 근로자의 통상적인 생활임금을 기준으로 퇴직금을 산출하고자 하는 근로기준법의 정신에 비추어 허용될 수 없다.²⁵⁾ 따라서 근로자가 퇴직금을 더 많이 받기 위하여 의도적으로 퇴직 직전 5개월 동안 평소보다 많은 사납금 초과 수입금을 납부하였다면 의도적인 행위를 하기 직전 3개월 동안의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하되,²⁶⁾ ‘의도적인 행위를 한 기간 동안의 동종 근로자들의 평균적인 사납금 초과 수입금의 증가율’을 곱하여 산출하고, 이를 제외한 나머지 임금 항목들에 대하여는 퇴직 전 3개월 동안 지급받은 임금총액을 기준으로 평균임금을 산정하여야 한다.²⁷⁾ 또한 평균임금이 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많다고 볼 수 없는 경우에는 원칙에 따라 대기발령 기간을 포함한 퇴직 전 3개월간 지급된 임금을 기준으로 평균임금을 산정하여야 하며,²⁸⁾ 근로자가 퇴직 전 3개월 동안 휴직으로 인하여 정상적인 임금을 수령하지 못하였다는 등의 사정을 들어 그와 동일 또는 가장 가까운 직급에 종사하였던 다른 근로자가 퇴직일 이전 3개월 동안 수령한 임금을 기준으로 평균임금을 산정할 수도 없다.²⁹⁾

24) 1988.05.02. 재보 32540-6405; 1987.05.29, 근기 01254-8643; 1970.10.23. 근지 1455-9989; 사법연수원, 『해고와 임금』, 2003, p.109.

25) 대법원 2010.04.15. 선고 2009다99396 판결.

26) 대법원 2006.11.09. 선고 2006다42313 판결.

27) 대법원 2009.10.15. 선고 2007다72519 판결.

28) 대법원 2003.07.25. 선고 2001다12669 판결.

29) 대법원 2002.12.27. 선고 2000다18714 판결.

따라서 일용근로자의 평균임금을 산정할 수 없는 특별한 경우(시행령 제4조)³⁰⁾가 아님에도, 일용근로자라 하여 사업이나 직업에 따라 노동부 장관이 평균임금을 정하는 것은 평균임금의 법리에 반하며, 그에 따라 산정된 퇴직금은 후불성 임금의 법리에 반한다.³¹⁾

III. 계속근로의 판단에 대한 제언

1. 계속근로의 개념

퇴직금의 산정에 있어 ‘계속근로’란 근로관계가 단절 없이 계속되는 것으로, 전체 재직기간을 원칙으로 하되 법령 등에 의해 적용이 배제될 수 있는 기간, 즉 근로자가 5인 미만인 경우나 병역법에 의한 군복무기간 등을 제외한 기간을 말한다.³²⁾ 근로자의 근로 제공의 의무가 발생하지 않는 휴일이나 근로 의무가 면제되는 휴가, 그리고 근로 의무가 정지되는 휴직기간에도 근로관계가 단절되지 않는다. 결론도 근로자가 근로 제공 의무를 이행하지 못하였지만 이에 대한 제재가 없었다면 근로관계가 단절되지 않는다. 사업주 사정에 의한 휴업, 휴무 중에도 근로관계는 계속되며, 노동조합 전임자로 근무한 기간, 직업훈련기간, 수습·시용기간, 쟁의행위기간, 부당해고기간, 본연의 직무와 연관된 해외유학기간도 계속근로로 인정된다. 형사상의 범죄행위로 인하여 구금된 기간도 해고 조치가 없는 경우에는 계속근로기간에 포함된다. 그러나 명예퇴직자의 전직을 위한 교육기간을 유급휴직기간으로 규정하여 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서는 제외하는 단체협약이나 취업규칙의 효력은 인정되어 그 휴직기간은 계속근로연수에서 제외되며,³³⁾ 근로자가 자유로운 의사로 해외파견을 택하여 교육훈련소에 입소하고 퇴직금까지 수령하였다면 근로관계는 단절된 것으로 본다.³⁴⁾

건설일용근로자가 공사 현장에서 업무상 재해를 당하면 명목상으로는 일용근로자라고 해도 기간의 정함이 없이 채용되어 통상적인 근로관계가 상당기간 지속되는 경우에는 공사 만료 시까지 근로관계가 계속되는 것으로 보지만, 실질적인 일용근로자는 당일의 재해

30) 평균임금의 계산에서 제외되는 기간이 3월 이상이거나, 근로 제공의 초일에 평균임금 산정 사유가 발생한 경우, 임금이 근로자 2인 이상에게 일괄하여 지급되는 경우, 임금총액의 일부가 명확하지 아니한 경우, 임금총액의 전부가 명확하지 아니한 경우 등에 대하여 평균임금 산정방법을 노동부 장관이 고시하고 있다(노동부 고시 제2007-47호, 2007.12.03.).

31) 「산업재해보상보험법」 제56조는 재해근로자의 재요양기간 중 평균임금은 재요양 당시의 평균임금으로 휴업급여를 지급하고 있다.

32) 2001.10.26. 임금 68207-735.

33) 대법원 2007.11.29. 선고 2005다28358 판결.

34) 대법원 1997.09.09. 선고 97다2306 판결.

발생으로 계속근로가 불가능하다면 근로계약도 종료된다.³⁵⁾

계속근로의 기산일은 민법상 초일불산입원칙에도 불구하고 근로계약에 의하여 근로가 시작된 날부터이며³⁶⁾, 종료일은 근로관계가 종료되는 날로서 근로자의 사망일, 폐업일, 합의퇴직일 및 정년퇴직일, 의원사직일, 해고일 등이다.

일용근로자는 그 특성상 사용자가 사직서 제출을 요구하지도 않겠지만, 제출된 사직서가 수리되지 아니 하여도 출근하지 않으면 사직의 의사를 표시한 날이 경과하면 퇴직의 효력이 발생한다.³⁷⁾

2. 계속근로연수 1년

퇴직금은 1년 이상 계속근로한 근로자가 퇴직할 때에 지급한다. 계속근로연수 1년은 근로계약기간을 말하는 것이 아니라, 실제로 계속하여 근로한 기간을 말함으로 근로계약 기간을 1년 이상으로 체결하였지만 실제로 근로한 기간이 1년 미만이라면 퇴직금은 지급되지 않는다.³⁸⁾ 반면에 근로계약기간은 1년 미만으로 체결하였어도 계약 연장이나 재계약으로 사실상 계속근로한 기간이 1년 이상이면 퇴직금은 지급된다. 그러므로 형식상으로는 비록 일용직 근로자라 하여도 일용근로관계가 중단되지 않고 계속된 경우에는 상용근로자로 보아야 할 것이고,³⁹⁾ 일용근로자 또는 임시직 근로자가 1년 중 근로하지 않은 날이 상당기간 계속되는 경우를 제외하고, 계약을 반복하여 체결하여 사실상 계속해서 근로한 경우에는 그 고용 형식과 관계없이 계속하여 근로한 것으로 본다.⁴⁰⁾ 그러나 근로의 단절이 상당기간 계속되어 사회통념상 계속근로로 인정되기 어려운 경우에는 명시적인 퇴직의 의사표시가 없었더라도 근로관계가 묵시적으로 합의 해지되어 종료된다.⁴¹⁾

퇴직금의 계산에 있어 임시고용원으로 채용되어 근로하다가 중간에 정규사원으로 채용되어 공백 기간 없이 계속근로한 경우처럼 근속기간 중에 직종 또는 직류의 변경이 있어도 임시고용원으로서의 근로기간과 정규사원으로서의 근로기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로연수로 본다.⁴²⁾

35) 1994.08.10. 근기 68207-1265; 1999.09.22. 근기 68207-113.

36) 하갑래, 앞의 책, p.608.

37) 1979.05.04. 법무 811-10607; 하갑래, 앞의 책, p.610.

38) 부산지법 1990.12.05. 선고 89가합27082 제11민사부 판결.

39) 대법원 1986.08.19. 선고 83다카657 판결.

40) 계속근로에 관해서는 김진수, “판례를 통하여 본 계속근로연수”, 『재판연구(제6집)』, 부산판례연구회, 1996, pp.480-491; 정인섭, “퇴직금 산정시 계속근로에 관한 판례법리”, 『노동법연구(제11호)』, 서울대학교 노동법연구회, 2001, pp.112-134 참고.

41) 대법원 2006.04.28. 선고 2004다66995,67004 판결.

42) 대법원 1995.07.11. 선고 93다26168 전원합의체 판결.

퇴직금의 지급 요건인 계속근로연수를 판단함에 있어 일용근로자도 근로관계의 단절이 없었다면 아무런 문제가 없다. 그리고 “근로하지 않은 날이 상당하지 않은 경우”에도 계속근로로 인정되지만, “근로하지 않은 날이 상당 기간 계속되는 경우”에는 계속근로로 인정할 수 없으나, 이에 대한 구체적 기준이 없다.⁴³⁾

3. 판례상 나타난 일용근로자의 계속근로 인정 사례

(1) 15일의 공백 기간

형식적으로는 일용근로자라도 일용근로관계가 중단되지 않고 계속되면 상용근로자로 보아야 하고, 사용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용근로관계가 계속된 기간을 계속근로연수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 하고, 반드시 월 평균 25일 이상 근로하여야만 근로자의 상근성, 계속성, 종속성을 인정할 수 있는 것은 아니라 할 것이다. 기록에 의하면, 원고들의 월 평균 근로일수가 25일 정도이고, 원고들이 참여하던 프로그램을 마치고 다음 프로그램에 참여하기까지 공백 기간을 갖기는 하였으나 그 기간이 15일을 넘지 않았으며, 위 기간을 다음 프로그램에 참여하기 위한 대기 기간 또는 재충전을 위한 휴식 기간으로 인식하여 온 점을 알 수 있으므로 원고들이 개별 프로그램의 제작에 참여한 기간만이 아니라 피고 공사에서 근로를 시작하여 최종적으로 근로를 마친 전 기간에 대하여 근로의 계속성을 인정할 수 있다 할 것이다.⁴⁴⁾

(2) 매달 4, 5일 내지 15일 정도 근로한 경우

근로자가 반드시 월 평균 25일 이상 근로하여야만 「근로기준법」상 퇴직금 지급의 전제가 되는 근로자의 상근성·계속성·종속성의 요건을 충족시키는 것은 아니고, 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근로하였다면 위 요건을 충족한다 할 것이고, 이 경우 일용직으로 근로한 동안의 업무 내용이 정식 기능직 사원으로 근로한 동안의 업무 내용과 동일·유사한 경우에만 근로관계의 계속성이 인정되는 것도 아니라 할 것이다. 원고가 1973년에는 기관공(機關工) 보조로, 1974년부터 1977년 말까지는 기관공으로 계속해서 근로하였고, 1972년까지도 매달 대부분 15일씩 청소부, 특수 인부, 전지사(剪枝士) 등으로 일해 온 사실이 인정되므로, 원고가 1973년 이전에 근로한 기간도 계속근로기간으로 인정

43) 이에 대하여, 첫째, 근로관계의 종료는 순수하게 근로자의 자유의사에 의한 것으로 보이는 사정이 있는 경우와 둘째, 퇴직 시기와 재입사 시기와의 사이에 상당한 기간이 경과하여 '계속'된 근로라고 보기 어려운 경우를 그 기준으로 제시한 견해가 있다(김인만, “근로기준법 제28조 제1항의 '계속근로'의 의미”, 『노동법연구(제1권 제1호)』, 서울대학교 노동법연구회, 1991, pp.378-379).

44) 대법원 2002.07.26. 선고 2000다27671 판결.

하여야 할 것이다.⁴⁵⁾

(3) 서류상 2개월마다 2, 3일씩 해고된 후 재채용된 경우

원고들은 명목상으로는 일용원으로 채용되었으나, 그 임금은 하루의 임금을 기준으로 하여 일반직원과 같이 월별로 지급받은 사실, 피고 회사에서는 취업규칙 및 보수규정에 의하여 일반직원에게는 특수작업수당, 벽지수당, 해고수당 등 제수당과 상여금 및 퇴직 시에는 퇴직금을 지급하고 있으나 원고들에 대해서는 이들이 일용원이고, 2개월마다 2, 3일씩 해고되어서 그 근무기간이 2월 미만이라 하여 위 제수당을 지급하지 아니하고, 퇴직금도 일부만을 지급한 사실을 각 확정된 다음 원고들은 비록 위 근로기간에 서류상으로는 2개월마다 2, 3일씩 해고되었다가 다시 채용된 것으로 되었다 하여도 사실상 그 기간에 계속하여 근로한 사람들이므로 해고로서의 효력은 없다 할 것이며, 또한 근로계약상으로는 일용으로 되었지만 일용관계가 간단없이 계속되어 상용근로자로 봄이 상당하다 할 것이며, 이러한 상용근로자에 대하여서는 피고 회사의 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 그에 규정된 제수당, 상여금 및 퇴직금을 지급하여야 한다.⁴⁶⁾

(4) 계약기간이 아닌 경우에도 부수적 업무를 수행한 경우

비록 원고들이 1987년 내지 1991년부터 강사로 근무하기 시작하면서 계약기간에 관하여는 정한 바가 없다가 1994년 초부터 매년 2월 중순경 계약기간을 그때부터 그해 11월경까지로 정한 근로계약을 맺고 그 기간이 끝난 후 다음 해 2월에 다시 계약을 갱신하고 반복·체결하여 오기는 하였으나, 계약기간이 아닌 기간에도 원고들은 수능시험 문제 풀이, 난이도 파악, 논술 강의, 수능 점수 파악·보고, 대학 지원자 파악·보고, 대학 합격자 파악·보고 등의 업무를 수행하였음을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면 11월 대학수학능력시험일 이후 다음해 2월 중순까지의 기간은 강의 외 부수 업무 수행과 다음 연도 강의를 위한 재충전과 강의 능력 제고를 위한 연구를 위한 기간으로서 그 기간 중에도 원·피고 사이에 근로관계는 계속되었다고 보기에 충분하다.⁴⁷⁾

(5) 계약기간 중에 공사가 일시적으로 중단되었을 경우

일용직 근로관계에서 공사의 진행에 따라 근로의 제공이 일시 중단되었다가 재개되는 등 근로 제공의 연속성이 떨어지는 것은 상근직이 아닌 일용직 근로의 특수성에 기인하는 것이므로, 계약기간이 정해진 근로계약을 체결한 일용직 근로자의 경우 계약기간이 만료되지 않은 이상 공사가 일시 중지되었다 하여 계약에 의한 기본적인 근로관계가 소멸한다

45) 대법원 1995.07.11. 선고 93다26168 전원합의체 판결.

46) 대법원 1975.06.24. 선고 74다1625,1626 판결; 대법원 1976.09.14. 선고 76다1812 판결.

47) 대법원 2006.12.07. 선고 2004다29736 판결.

고 할 수는 없다.⁴⁸⁾

(6) 비판

일용근로자의 계속근로가 반드시 휴일을 제외하고는 하루도 빠짐없이 근로하여야 하는 것은 아니지만, 그렇다고 한 달에 4~5일을 근로한 경우까지도 계속근로로 판단하는 것은 소정근로시간이 1주 15시간 미만인 단시간 근로자가 퇴직금 규정이 적용되지 않는 것과 비교하면 형평하지 못하다.

그리고 일용근로자가 계약기간 중에 공사가 일시적으로 중단되었을 경우에도 계속근로로 인정함은 당연하나, 근로계약 기간이 상당 기간 약정되었다면 일용근로자가 아닌 기간제 근로자이기 때문에 근로관계가 당연히 지속되는 것으로 보아야 할 것이다.

4. 판례에 나타난 일용근로자의 계속근로 불인정 사례

(1) 근로 공백기간이 2개월 보름에서 4개월에 이르는 경우

원고들과 같은 외부 제작요원들은 그들이 참여하던 프로그램 제작이 종료되면 외부 제작요원 담당자가 외부 제작요원들을 통상 곧바로 또는 2~4일간의 공백기간을 거쳐 새로운 프로그램에 배치하여 계속근로하게 함으로써 1개월당 평균 25일씩 근로하였는데, 원고 1, 3, 4, 5의 근로 공백기간은 이례적으로 2개월 보름에서 4개월에 이르는 장기간인 점, 위 원고들은 위와 같은 장기간의 근로 공백기간을 제외하고는 다른 외부 제작요원들과 같이 월 평균 25일 정도의 정상근로를 하여 온 점, 피고 공사의 드라마 제작국 내 외부 제작요원 담당자는 새롭게 기획된 프로그램의 담당 연출자 또는 조연출자가 외부 제작요원의 숫자만을 정하여 그 지원을 요청하는 경우 외부 제작요원을 로테이션 방식에 따라 배치하였기 때문에 특별한 사정이 없는 한 장기간의 근로 공백기간이 생기기 어려운데 그러한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 원고들과 같은 외부 제작요원은 원칙적으로 피고 공사의 방송 프로그램 단위별로 그때그때의 필요에 채용되었고 새롭게 기획된 프로그램에 배치하지 아니하는 방식으로 그 근로계약이 해지되었으며, 그 임금을 일당제로 환산한 금액을 월급의 형식으로 지급받고 있는데 휴직 등 특별한 사유 없이 2달 이상 임금 지급관계가 단절되었던 점, 피고 공사는 위 원고들의 근로 공백기간이 발생한 당시에는 외부 제작요원을 「근로기준법」의 적용을 받는 근로자로 인정하지 아니한 관계로 그들에 대하여 퇴직금지급의무가 없는 것으로 알고 있었고, 위 원고들도 그러한 사정으로 인하여 위 근로 공백기간이 발생할 당시 피고 공사에게 퇴직금의 지급을 청구하지 아니한 것으로 보이는 점 등을 알 수 있는바, 이와 같은 사정 등에 비추어 보면 위 원고들과 피고 공사 사이의 근로관계는

48) 대법원 2009.05.14. 선고 2009두157 판결.

위 근로 공백기간을 전후하여 단절되었다고 봄이 상당하다.⁴⁹⁾

(2) 15개월 동안 일하지 않은 경우

원고는 1977년 07월 01일부터 1978년 10월 15일까지 15개월 남짓 동안에는 일하지 않는 것으로 기재되어 있음을 알 수 있는바, 만약 원심이 인정한 것처럼 피고 회사가 일용노동자인 원고에 대하여 고용과 해고의 형식을 취해 왔고 그 도중 위와 같이 원고가 15개월 남짓 동안 일하지 않은 것이 사실이라면 특별한 사정이 없는 한 원·피고 간의 계속적 근로관계는 단절되었다고 봄이 상당하고, 그럼에도 불구하고 계속적 근로관계가 유지되었다고 인정하려면 그 동안의 근로제공 형태, 노임지급 관계 등 제반 사정을 상세히 심리하여 그 몇 만한 특별한 사정이 있다는 점에 대한 납득할 만한 설명이 있지 않고서는 안 될 것이다.⁵⁰⁾

5. 퇴직공제부금의 납부월수 1개월의 일수

건설일용근로자는 근무특성상 계속근로연수 1년을 채우지 못하거나 계속근로 여부를 판단하기 어려워 퇴직금 제도의 혜택을 받기 어렵고, 상용근로자와는 달리 각종 복지 제도에서 소외되어 이를 개선하고자 건설일용근로자의 고용안정과 직업능력의 개발·향상을 위한 건설근로자퇴직공제 제도가 1998년 1월 1일부터 시행되고 있다.⁵¹⁾ 여기서 퇴직공제금의 지급 기준이 되는 납부월수는 납부일수 21일을 1개월로 보아 공제부금의 총 납부일수를 21로 나누어 산정한다(시행규칙 제17조). 따라서 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」에 의하면 퇴직공제금은 건설일용근로자가 21일을 근로하면 1개월 근로한 것으로 보고 있다.

6. 고용보험법상의 구직급여 수급 사유인 ‘이직’

「고용보험법」상의 구직급여는 근로자가 불가피한 사유로 ‘이직’하여 근로의 의사 및 능력이 있음에도 불구하고 취업하지 못한 상태에 있을 때에 지급한다. 여기서 ‘이직’이란 피보험자와 사업주 사이의 고용관계가 끝나게 되는 것을 말한다(법 제2조 제2호). ‘고용관계가 끝나게 되는 것’은 퇴직은 물론 해고, 계약기간의 만료, 근로자의 사망, 사업자의 사망 등을 포함한다.⁵²⁾

특히 1개월 미만으로 고용되는 일용근로자는 구직급여의 수급자격 인정신청일 이전 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만⁵³⁾일 경우 구직급여(실업급여)를 지급한다(법 제40조 제1

49) 대법원 2006.04.28. 선고 2004다66995,67004 판결.

50) 대법원 1982.07.13. 선고 81다카571 판결.

51) 노동부 퇴직급여보장팀, 『건설근로자퇴직공제제도 업무처리 요령』, 2006, pp.5-6.

52) 유길상·이철수, 『고용보험법』, 박영사, 1996, pp.239-244 참고.

53) 일용근로자의 구직급여 수급요건을 10일 미만으로 제한하는 근거는, 그 동안의 실태조사(한국노동연

항 제5호). 구직급여를 지급한다는 것은 사업주와의 고용관계가 끝난 것으로 간주된다. 구직급여는 사업주와의 고용관계가 지속되는 경우에는 지급되지 않기 때문이다. 그러므로 일용근로자는 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만인 경우에는 이직으로 간주되며, 이는 근로관계가 단절되는 것으로 본다는 것이다.

7. 제 언

(1) 문제점

일용근로자의 퇴직금 산정을 위한 계속근로와 관련하여 판례는 근로자가 반드시 월 평균 25일 이상 근로하여야만 「근로기준법」상 퇴직금 지급의 전제가 되는 근로자의 상근성·계속성·종속성의 요건을 충족시키는 것은 아니고 일용근로자가 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근로한 경우에도 계속근로로 인정하고 있다. 여기서 1개월에 4, 5일 정도 근로하였다면 월간 소정근로시간이 32~40시간에 불과하다.

그런데 1주 동안 소정근로시간이 15시간 미만인 단시간 근로자는 퇴직금을 지급받을 수 없다. 소정근로시간이 1주 15시간 미만의 단시간 근로자는 퇴직금을 지급할 정도로 사업장에 전속성이 희박하기 때문으로 보인다. 1주 15시간의 소정근로시간은 법정 기준 근로시간인 1주 40시간의 37.5%에 해당한다. 이를 월 단위로 환산하면 약 65시간($65 = 15/7 \times 365/12$)이며, 이를 1일 8시간으로 나누면 8.12일($65 \div 8$)이 된다. 따라서 단시간 근로자는 한 달에 8일을 근로하여도 퇴직금을 지급받을 수 없다는 것이다.

그리고 고용보험법은 일용근로자가 한 달에 10일 미만으로 근로하면 ‘이직’으로 간주하여 구직급여의 지급 사유로 규정하고 있다. 이는 일용근로자의 고용관계가 불규칙한 점을 고려하여 한 달에 10일 미만으로 근로하는 경우에는 생활이 불안함으로 구직급여를 지급하여 기본적인 생활을 보장하기 위함이다.

만일 판례와 같이 1개월에 4~5일만 근로하는 경우에도 계속근로로 인정한다면, 일용근로자는 ‘이직’으로 간주되어 실업기간에 해당되어 구직급여를 지급받음과 동시에 그 기간이 계속근로로 인정되어 후불성 임금인 퇴직금도 지급받아, 같은 사유로 목적이 상반되는 법률상의 보호를 받게 된다. 이것은 1주 소정근로시간이 15시간 미만인 단시간 근로자가 퇴직금을 지급받지 못하는 것과 비교하여도 형평하지 못하다.

구원(1996, 1999), 건설일용노동자의 조합원 근로일수 조사.) 결과에 의하면 1~2월 아닌 기간에 일용직 근로자들의 월평균 근로일수가 21~23일 정도로 추정되고 97% 이상의 근로자가 10일 이상 일하고 있어, 근로일수가 10일 이하라는 것은 그 달의 소득이 평상시에 비해 50% 미만으로 떨어진 것을 의미하며, 따라서 50% 이상의 소득감 소가 있을 때 부분실업으로 인정한다는 기준을 수립할 수 있다는 것이다(자세한 것은 허재준·유길상, 앞의 책, pp.42-45 참고)

(2) 제언

일용근로자의 퇴직금 산정을 위한 ‘계속근로’의 판단에 있어 「근로자퇴직급여보장법」이나 「근로기준법」에서는 아무런 규정이 없다. 판례는 근로계약 형태, 업무의 특성과 근로관계의 단절 사유 등을 감안하여 상당히 유연한 입장을 취하고 있다. 일용근로자의 퇴직금지급 요건이 되는 계속근로의 판단을 언제까지 법원에만 맡길 수는 없을 것이다. 따라서 「근로기준법」에서 일용근로자의 정의 규정을 두어 단시간 근로자와의 명백한 구분을 하여야 하며, 계속근로의 판단 기준도 정립하여 퇴직금을 둘러싼 분쟁을 예방할 필요성이 있다.

일용근로자의 계속근로 판단 기준으로 건설근로자퇴직공제금의 납부 1월의 기준이 되는 21일의 퇴직공제금의 납부일수를 1개월의 계속근로로 인정하는 경우를 생각할 수도 있지만, 여기서의 21일은 1개월간의 근로일수를 말하는 것이 아니라 기간에 관계없이 21일의 퇴직공제금의 납부일수를 납부월수 1개월로 간주하는 것이라 계속근로와는 직접적인 관련이 없다.

「고용보험법」의 구직급여의 지급 기준으로서의 일용근로자의 이직으로 간주되지 않는 ‘월 10일 이상의 근로’는 후술하는 소정근로시간이 1주 15시간 미만의 단시간 근로자에 대한 퇴직금 적용제외 규정(근로자퇴직급여보장법 제4조 제1항 단서)만 없다면 계속근로의 기준으로는 좋은 기준이 될 수 있다. 왜냐하면 퇴직금의 지급 요건은 ‘계속근로’이며, 구직급여의 지급 요건은 ‘이직’으로 서로 상반되기 때문이다. 구직급여는 실직으로부터의 생활보호가 입법 취지인 반면에 퇴직금은 퇴직 후의 생활보장으로 근로조건 중의 하나이다.

그러나 법률 적용의 일관성 및 형평성을 고려한다면 「근로기준법」의 소정근로시간이 1주 15시간 미만인 단시간 근로자에게 퇴직금 규정이 적용되지 않는 것과 비례하여 결정함이 타당할 것이다. 일용근로자도 특별한 사정이 없는 한 1개월에 소정근로시간이 65시간(4주에 60시간: 1주 평균 15시간) 미만으로 근로하는 경우에는 계속하여 동일한 사업장에서 전속되어 근로를 제공한 것이 아닌 것으로 보아야 할 것이다. 퇴직금 제도는 지금은 별도의 「근로자퇴직급여보장법」에서 규정하고 있지만, 원래부터 「근로기준법」에서 규정된 것이며, 그 근거는 지금도 「근로기준법」 제34조에 두고 있을 뿐만 아니라, 「근로자퇴직급여보장법」이 시행되기 이전의 「근로기준법 시행령」 제9조 제3항에서 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 단시간 근로자의 퇴직금 적용제외를 규정하였다.

일용근로자의 계속근로 판단은 일정기간의 근로계약이 체결되어 사실상 상용근로자인 경우 사업주의 사정에 의한 공사 중단, 휴업 등 특별한 사정이 없는 한, 퇴직금의 지급 사유가 되는 계속근로연수 1년은 1개월의 65시간의 소정근로시간이 1년간 중단 없이 지속되어야 할 것이다.⁵⁴⁾ 사용자의 특별한 사정이 없음에도 불구하고 일용근로자의 사정에 의해

여 1개월에 소정근로시간이 65시간에 미치지 못한다면 ‘이직’으로 간주되어 고용보험법상의 구직급여를 지급받을 수 있으며, ‘이직’은 곧 퇴직을 의미하기 때문에 근로관계가 단절된 것으로 보아야 할 것이다. 특히 건설일용근로자는 이와 같은 계속근로가 어려운 점을 고려하여 퇴직공제보험의 보호를 받기도 한다.

그러나 1년 중 일정한 기간 동안만 작업 중단을 반복하고 동 기간이 지나면 특별한 절차 없이 다시 근로관계가 계속되는 형태가 반복되었다면 계속근로로 보아야 할 것이며,⁵⁵⁾ 이때 계속근로연수 산정시 실제로 근로를 제공하지 아니한 기간은 제외되어야 할 것이다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

IV. 평균임금 산정에 대한 제언

1. 평균임금 산정의 원칙

퇴직금은 근로자의 퇴직 당시의 평균임금을 기준으로 지급한다. 평균임금은 근로자가 실제 근로 제공으로 지급받은 생활임금을 기준으로 산정하는 것이 기본 원리이다.⁵⁸⁾ 퇴직금 산정을 위한 평균임금은 근로자가 퇴직한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액으로 함이 원칙이며, 일용근로자의 평균임금은 노동부 장관이 사업이나 직업에 따라 정하는 금액으로 한다. 그러나 아직까지 노동부 장관은 일용근로자에 대한 평균임금을 따로 정하지는 않고 있다. 그러므로 일용근로자의 퇴직금 산정을 위한 평균임금도 근로자가 퇴직한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액으로 산정할 수밖에 없으며, 이와 같이 산정된 평균임금이 통상 임금보다 적으면 통상 임금으로 퇴직금이 산정된다(근로기준법 제2조 제2항).⁵⁹⁾

54) 행정 해석에 의하면, 동절기 2개월간 근무를 하지 않은 기간에 대하여 노사 당사자가 특별히 정한 바가 없다면 계속근로로 보기는 곤란하다고 하며(2005.12.07, 퇴직급여보장팀-975), 3개월 단위 공공 근로사업의 종료로 근로계약 기간이 만료되고 다시 일용직 근로자로 채용되었다 해도 이를 계속근로로 보기는 어렵다고 한다(2004.05.27. 근로기준과-2649.)

55) 2003.04.30. 근기 68207-528.

56) 2003.04.24. 임금 68207-313.

57) 단시간 근로자도 1주 소정근로시간이 15시간 이상·미만을 반복하는 경우에 계속근로연수는 전체 재직기간 중에서 1주 소정근로시간이 15시간 미만인 기간을 제외한 기간으로 한다(2001.10.26. 임금 68207-735).

58) 대법원 1995.02.28. 선고 94다8631 판결.

59) 1988.05.02. 재보 32540-6405; 1987.05.29, 근기 01254-8643; 1970.10.23. 근지 1455 -9989; 사법연수원, 『해고와 임금』, 2003, p.109.

통상 임금으로 평균임금을 보장하는 취지는 평균임금 산정기간 중에 결근이나 정직 등의 징계처분 등으로 그 지급받은 임금총액이 평소보다 낮아진 경우에 근로자가 받는 퇴직금 등의 불이익을 최소화하려는 것이다.⁶⁰⁾

그러나 일용근로자는 결근이나 정직 등으로 평균임금이 적어진 것이라기보다는 근로계약의 특성상 근로일수가 적기 때문에 퇴직 이전 3월간을 기준으로 산정된 평균임금이 곧 통상의 생활임금이다. 그러므로 일용근로자에게 통상 임금을 평균임금으로 보장하는 것은 통상의 생활임금을 초과하여 퇴직금을 지급하는 것이 된다.

2 산재보험급여 지급을 위한 평균임금 산정

「산업재해보상보험법」도 근로자의 업무상 재해에 대한 보험급여를 지급할 때 「근로기준법」의 평균임금을 기준으로 산정하지만, 일용근로자의 평균임금은 일용근로자의 일당에 일용근로자의 1개월간 실제 근로일수 등을 고려하여 노동부 장관이 고시하는 통상근로계수 0.73⁶¹⁾을 곱하여 산정한 금액으로 한다.⁶²⁾ 이와 같은 취지는 일용근로자의 특성상 근로일수는 적음에도 통상 임금(일당)은 높아 통상 임금을 평균임금으로 적용하면 재해발생시 지급받는 보험급여가 오히려 실제 근로 제공으로 인하여 지급받은 임금보다 높아지며, 이는 재직근로자와의 형평성 문제와 요양을 장기화시키는 요인이 될 수 있기 때문이다.⁶³⁾

3. 단시간 근로자의 평균임금 산정

단시간 근로자도 1주 평균 15시간 이상의 소정근로를 1년 이상 계속하다가 퇴직하면 퇴직금을 지급받을 수 있다. 단시간 근로자의 평균임금 산정 기준에 대해서는 「근로기준법」에서 규정된 것이 없으나, 단시간 근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정된다(법 제18조 제1항). 임금 산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급 임금을 일급 통상 임금으로 산정

60) 임종률, 앞의 책, p.359.

61) 통상근로계수는 평균 근로일수가 약 22일임을 의미하고 있다. 한 달의 73/100에 해당하는 근로일수는 1월이 30일인 경우 21.9일, 31일인 경우 22.63일, 1월을 30.4일로 간주하는 경우 22.192일이기 때문이다(허재준·유길상, 앞의 책, p.48.)

62) 산업재해보상보험법시행령 제24조 제1항. 그러나 평균임금 산정사유 발생일 당시 해당 사업에서 1개월 이상 근로한 일용근로자는 통상 근로계수 0.73을 곱하여 산정한 금액을 평균임금으로 하는 것이 실제의 임금 또는 근로일수에 비추어 적절하지 아니한 경우에는 실제의 임금 또는 근로일수를 증명하는 서류를 첨부하여 공단에 제1항에 따른 산정 방법의 적용 제외를 신청할 수 있다(산업재해보상보험법 시행령 제24조 제2항).

63) 김수복, 『산업재해보상보험법』, (주)중앙경제사, 2008, p.325.

할 경우에는 1일 소정근로시간 수에 시간급 임금을 곱하여 산정하며, 여기서 1일 소정근로시간 수는 4주 동안의 소정근로시간을 그 기간의 통상 근로자의 총 소정근로일수로 나누는 시간 수로 한다(시행령 제9조 제1항).⁶⁴⁾

따라서 현행법의 해석상 단시간 근로자의 평균임금도 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정될 수밖에 없을 것이다. 이에 따르지 않고 평균임금을 퇴직 이전 3월간의 지급받은 임금총액을 그 기간의 총일수로 나누어 산정하면 일용근로자와 같이 통상 임금으로 평균임금을 보장하여야 하기 때문이다.

4. 고용보험법의 구직급여 지급을 위한 평균임금 산정

고용보험법의 구직급여는 실업급여 중에서도 가장 기본적이고 중요한 급여로서 피보험자의 실업기간 중 생활안정을 도모하기 위하여 지급된다. 구직급여의 산정 기초가 되는 기초일액은 「근로기준법」의 평균임금, 통상 임금 및 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률」의 기준임금에 의해 산정된다.

평균임금이 통상 임금보다 낮은 경우에는 통상 임금을 기초일액으로 하지만, 일용근로자는 통상 임금을 기초일액으로 하지는 않는다(법 제45조 제2항 단서). 일용근로자는 통상 임금이 평균임금보다 높은 경우가 많아 통상 임금을 기준으로 구직급여를 지급하면 구직급여의 수준이 실근로에 대한 임금수준보다 높아져서 구직보다는 실업을 유지하려는 도덕적 해이를 방지하기 위함이다.⁶⁵⁾

64) 이에 따른 단시간 근로자의 주휴수당 및 연차휴가 산정방식은 다음의 표와 같다(2004. 08.30, 근로기준과-4532).

- 주휴수당은 1일 소정근로시간수에 시간급 임금을 곱하여 산정
- ※ 1일의 소정근로시간수는 4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일수(통상 근로자의 총소정근로일수)로 나누어 산출된 시간수로 함.
 - ⇒ 1주에 6일, 각 6시간을 일하는 단시간 근로자가 시간급을 4,000원으로 정했다면 주휴수당은
 - ▲ 주휴수당 : 4,000원×6시간 = 24,000원
 - ⇒ 1주 6일 근무 사업장에서 월, 수, 금요일 각 6시간을 일하는 근로자가 시간급을 4,000원으로 정했다면 주휴수당은
 - ▲ 주휴수당 : 4,000원×(18시간×4주÷24일) = 12,000원
- 1년간 소정근로일수를 8할 이상 출근한 자에 대해서는 연차유급휴가를 부여 하고, 수당은 시간급을 기준으로 지급
 - ⇒ 단시간 근로자의 연차휴가 산정방식 = 통상근로자의 연차휴가일수×(단시간 근로자의 소정근로시간÷통상근로자의 소정근로시간)×8시간

65) 노동부, 『일용근로자 고용보험 업무편람』, p.43.

5. 제언

(1) 문제점

「근로기준법 시행령」 제3조는 일용근로자의 평균임금을 노동부 장관이 사업이나 직업에 따라 정하도록 규정하고 있음에도, 아직까지 노동부 장관은 이에 따르지도 않고 있어 현행법의 해석상 일용근로자의 퇴직금 산정도 평균임금이 통상 임금보다 적으면 통상 임금으로 보장하여 지급할 수밖에 없다. 통상 임금으로 평균임금을 보장하는 취지는 평균임금 산정기간 중에 근로자의 결근 등으로 임금총액이 평소보다 낮아진 경우에 근로자가 받는 퇴직금 등의 불이익을 최소화하려는 것이다. 그러나 일용근로자의 평균임금이 통상 임금보다 낮은 것은 결근이나 정직 등의 징계처분 등으로 임금이 감소된 것이 아니라 근로계약의 특수성으로 인하여 근로일수가 적어 지급받은 임금 자체가 적기 때문이다. 이런 경우까지 통상 임금으로 평균임금을 보장하면 통상의 근로에 대한 임금보다도 더 많은 퇴직금을 지급받게 되며, 이는 발생하지 않은 임금을 지급하는 것이 되어 퇴직금의 법적 성질인 후불성 임금의 취지에도 반한다(아래의 예시 참조).

- 예 시

사례 : 1주일에 2일(월, 금요일)을 8시간 근로하고 일급이 80,000(통상시간급 : 10,000원)인 근로자가, 01/01-12/31까지 1년간 근로하고 퇴직할 경우, 1년분 퇴직금 계산의 비교.

구 분	현행법의 문제점	제 언(안)
· 1일분 평균임금	· $(10,000 \times 8\text{시간} \times 26\text{일}^{66}) \div 92\text{일} = 22,608(\text{원})$	· 왼쪽과 같음 = 22,608.69(원)
· 1일분 통상 임금	· $8\text{시간} \times 10,000\text{원} = 80,000(\text{원})$	· $8\text{시간} \times 10,000\text{원} = 80,000(\text{원})$
· 비 교	· 평균임금 < 통상 임금	· 평균임금 < 통상 임금
· 비교후 통상 임금 적용 여부	· 통상 임금 적용 80,000원	· 평균임금 적용 22,608.69(원)
· 1년분 퇴직금	· $80,000\text{원} \times 30\text{일} = 2,400,000\text{원}$	· $22,608.69\text{원} \times 30\text{일} = 678,260\text{원}$
· 평 가	· 1년간 퇴직금이 2,400,000원으로 1년간 임금 8,320,000원(104일분임금)의 28.8%에 달함.	· 1년간 퇴직금(678,260원)이 1년간 임금(8,320,000원)의 8.2%로 1년간 임금의 1/12를 퇴직금으로 지급.

(2) 제 언

퇴직금의 산정 기준이 되는 평균임금은 근로자의 통상의 생활임금을 산정하는 것이 원칙이며, 이에 따르면 일정기간(3월)의 근로 제공에 따라 지급받은 임금의 1일치 평균액으로 근

66) 퇴직 이전 3월간의 근로일수(2일×13주)를 말한다.

로자에 따라 사업(장)에 근로를 제공하는 일수나 임금수준의 차이가 있을 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 「근로기준법」은 일용근로자의 평균임금을 사업이나 직업에 따라 노동부 장관이 정하도록 규정하고 있다. 노동부 장관이 후불성 임금인 퇴직금의 지급 기준이 되는 평균임금을 비록 사업이나 직업에 따라 결정하는 것은 개별근로자의 통상의 생활임금을 제대로 반영할 수 없을 뿐만 아니라 평균임금의 취지 및 퇴직금의 법리상 바람직하지 않다.

「산업재해보상보험법」의 통상근로계수를 적용한 일용근로자의 평균임금을 퇴직금 산정에 적용하는 방안을 고려할 수 있으나, 업무상 재해근로자의 생활보호를 위한 사회보장적 보험급여의 산정을 위한 기준을 개별근로자의 후불성 임금인 퇴직금에 적용하기에는 목적과 취지가 너무 다르다.

일용근로자의 퇴직금 산정에 대하여 단시간 근로자에 준하여 지급하자는 주장이 있다.⁶⁷⁾ 일용근로자의 퇴직금 산정을 단시간 근로자에 준하여 산정하면 일용근로자에 대한 지나친 보호는 해소될 수 있지만 일용근로자 보호에 오히려 역행하는 결과가 발생할 수도 있다. 단시간 근로자의 근로조건은 통상근로자의 소정근로시간에 비례하여 결정되는데, 여기서 통상근로자의 근로시간은 「근로기준법」 제2조 제1항 제7호의 소정근로시간을 기준으로 말한다. 일용근로자는 소정근로시간 이외의 연장근로가 자주 발생될 수 있음에도 단시간 근로자의 평균임금 결정에 따를 경우 연장근로시간에 대한 임금을 평균임금에 반영하기가 쉽지 않다.

실직기간의 생활보호를 위한 일용근로자의 구직급여 산정 기준이 되는 기초일액은 평균임금이 통상 임금보다 낮아도 통상 임금을 기초일액으로 하지 않고 산정된 평균임금을 기준으로 한다. 이는 일용근로자에게 실업 전의 소득을 기준으로 하여 구직급여를 지급하려는 것이다. 퇴직금 제도의 취지는 퇴직 후의 생활보장이지만 지급 기준은 평균임금, 즉 통상의 생활임금을 기준으로 지급하는 것이 그 법리이다. 구직급여와 퇴직금 제도가 그 목적과 취지는 달라도 통상의 생활임금을 기준으로 하는 법리는 서로 상통한다. 그러하다면 일용근로자의 퇴직금 산정을 위한 평균임금도 퇴직일 이전 3월간에 지급받은 총 임금액을 그 기간의 일수로 나누어 산정하고, 이와 같이 산정된 금액이 통상 임금보다 낮아도 통상 임금으로 보장해 주는 「근로기준법」 제2조 제2항의 규정은 적용시키지 않는 것이 통상의 생활임금인 평균임금의 취지와 부합될 것이다. 일용근로자는 특별한 사정이 없는 한 평균임금 산정기간의 임금이 곧 통상의 생활임금이기 때문이다.

V. 마치며

67) 하갑래, 앞의 책, p.877.

일용근로자라 하여 「근로기준법」을 비롯한 노동관계법의 적용에 있어서 차별을 받아서도 안 될 것이지만 그렇다고 형평에 어긋나는 지나친 보호규정이 있다면 이 또한 개선되어야 할 과제이다.

일용근로자도 계속하여 1년 이상 근로하다가 퇴직한다면 당연히 퇴직금을 지급받아야 한다. 일용근로자의 계속근로와 관련하여 「근로기준법」은 침묵을 지키고 있어 계속근로 여부에 대한 다툼은 계속될 것이다. 따라서 「근로기준법」은 일용근로자의 정의 규정을 두어 단시간 근로자와의 구분을 명확히 하여야 할 것이며, 또한 일용근로자의 계속근로 판단 기준을 규정하여야 할 것이다. 그 기준으로는 1주의 소정근로시간이 15시간 미만인 단시간 근로자에게 퇴직금 규정에 적용되지 않는 것에 비례하여 월 소정근로시간이 65시간에 미치지 못하는 경우에는 그 사업장에 전속성이 희박한 것으로 보아 ‘상당기간 근로하지 않는 기간’으로 규정함이 형평의 원칙에 맞을 것이다.

또한 퇴직금 산정을 위한 일용근로자의 평균임금을 노동부 장관이 정할 것이 아니라, 일용근로자의 실근로에 대한 생활임금을 반영하기 위하여 퇴직 이전 3월간을 기준으로 산정하되, 특별한 경우가 아니면 통상 임금을 평균임금으로 보호하는 규정은 적용되지 않게 개정되어야 할 것이다. 통상 임금을 기준으로 일용근로자의 퇴직금을 산정하면 통상의 실근로에 대한 생활임금을 초과하는 지나친 보호가 되며, 후불성 임금인 퇴직금의 법리에도 반하기 때문이다.

;

참고문헌

1. 공주대학교 산학협력단, 『자발적 시간제근로 활성화 방안 연구』, 한국노동연구원, 2007.
2. 김수복, 『산업재해보상보험법』, (주)중앙경제사, 2008.
3. 김인만, “근로기준법 제28조 제1항의 '계속근로'의 의미”, 『노동법연구(제1권 제1호)』, 서울대학교 노동법연구회, 1991.
4. 김진수, “판례를 통하여 본 계속근로연구”, 『재판연구(제6집)』, 제6집 부산판례연구회, 1996.
5. 김형배, 『근로기준법』, 박영사, 2000.
6. 노동부, 『근로시간제도/단시간근로』, 1997.
7. 노동부, 『단시간 근로자에 대한 근로기준법 적용지침』, 2004.

8. 노동부, 『일용근로자 고용보험 업무편람』, 2004.
9. 노동부 퇴직급여보장팀, 『건설근로자퇴직공제제도 업무처리요령』, 2006.
10. 방하남 외 5인, 「일용근로자 실업급여 수급실태와 제도개선 과제」, 한국노동연구원, 2008.
11. 사법연수원, 『해고와 임금』, 2003.
12. 오문완, 『단시간근로에 관한 외국의 법·제도 연구』, 한국노동연구원, 1997.
13. 유길상·이철수, 『고용보험법』, 박영사, 1996.
14. 이승길·고진수·윤종만, 『신근로시간관리제도』, 중앙경제사, 1997.
15. 임종률, 『노동법』, 박영사, 2003.
16. 정인섭, “퇴직금 산정시 계속근로에 관한 판례법리”, 『노동법연구(제11호)』, 서울대학교 노동법연구회, 2001.
17. 하갑래, 『근로기준법』, (주)중앙경제사, 2007.
18. 한국건설산업연구원, 『건설근로자 퇴직공제제도 개선방안』, 노동부, 2007.
19. 허재준·유길상, 『일용근로자 고용보험 적용방안』, 노동부, 2001.

abstract

A Study on the retirement allowance calculation of daily workers

Woon-hee Whang

A daily worker should not be discriminated on the application of Labor Relations Act including Labor Standards Act, but if a daily worker is overly protected by provisions, this is also tasks, which must be improved.

If a daily worker retired after working with more than 1 year in succession, retirement allowance shall be paid. However, as the labor relations of a daily worker are irregular, a standard of judgment about working in succession will be complied with a short-time worker's standard of "15 hours per 1 week".

Computing an average wage of daily worker cannot help calculating based on 3 months of the previous retirement, and if the calculated wage is lower than ordinary wage, ordinary wage is equal to average wage. But if a retirement allowance is calculated by the standard of ordinary wage, it will exceed the wage of ordinary work. Then, to guarantee average wage with ordinary wage for a payment of daily worker's retirement allowance must be improved.

Keyword: Daily Worker, Retirement Allowance, **Working in Succession**, Average Wage, Ordinary Wage