

주휴 대체제의 요건*

-대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다590 판결-
(서울대학교 호암교수회관 사례)

김 재 훈**

목차

I. 사건 개요

1. 원심에서의 쟁점과 판단
2. 상고심에서의 판단

II. 평석

1. 주휴제도의 규율과 취지
2. 주휴일의 근로와 주휴대체제
3. 주휴대체제의 규율

III. 결론

I. 사건 개요

1. 원심에서의 쟁점과 판단

(1) 단체협약상 대휴관련 규정과 운용

서울대 호암교수회관과 그 소속 근로자들로 구성된 노조와의 사이에 체결된

* 이 연구는 2006년도 서강대학교 교내연구비 지원에 의하여 이루어졌음(과제번호: 200601012.01)

** 서강대학교 법학전문대학원 부교수

단체협약에는 “호암교수회관 운영상 필요한 경우 근로자의 동의를 얻어 휴일근로를 명할 수 있으며, 그에 따른 대휴일을 지정할 수 있다”고 규정되어 있었다.

이에 따라 호암교수회관은 매월 25일경 소속 근로자들의 의사를 물어 그 다음 달 공휴일에 근로할 자를 선정하여 스케줄 표를 작성하게 하였고, 공휴일에 근로하기로 한 근로자는 대신 쉬게 되는 다른 날을 위 스케줄 표를 작성할 때 미리 정하거나, 위 스케줄 표가 작성된 이후 별도로 자신이 원하는 날을 정하여 쉬어 왔다.

이와 같은 스케줄 표를 작성하는 주임급 직원(팀장)은 일반사원과 호암교수회관의 간부급 사원의 중간자 지위에 있었으며, 주임급 직원은 스케줄 표를 작성하는 과정에서 근로자들의 의사를 묻되 공휴일에 근무하는 일정 수의 근로자가 확보될 수 있도록 근로자들의 의사를 조율하여 스케줄 표를 작성하였고, 작성된 스케줄 표에 공휴일에 근무해야 하는 일정 수의 근로자가 확보되지 아니하면 스케줄 표를 결재하지 않고 이를 반려하였다.

한편, 근로자들이 소속되어 있는 호암교수회관 노동조합은 2001년경 위와 같은 방식에 의한 휴일근로와 관련하여 노조원들의 동의 하에 이루어졌다고 볼 수 있는지에 관하여 문제 제기를 한 적이 있었다.

이와 같은 상황에서 휴일날에 근로한 호암교수회관 근로자들이, 대휴를 하였다고 하여도 휴일날 근로한 일수에 대하여 휴일근로수당을 청구한 사안이 이 사례이다.

(2) 원심인 서울중앙지법 합의부 판단- 휴일근로수당 인정

이와 같은 근로자들의 청구에 대하여 원심인 서울중앙지법 합의부 판결¹⁾에서는 휴일근로수당의 지급청구를 인용하였는데, 그 주된 근거는 다음과 같다.

즉, 단체협약상 공휴일로 지정된 날에도 일정 수의 근로자가 근로할 수밖에 없었던 것은 호암교수회관이 연중무휴로 운영되고 있는데다가, 접객서비스업을 주로 하고 있는 업무의 특성 등 주로 호암교수회관의 사정에 기인하고 있는 점, 호암교수회관 노조측에서도 종전에 근로자들 동의를 자발성에 관하여 이의

1) 서울중앙지법 2006. 10. 25. 선고 2006나2710 판결.

를 제기한 적이 있었던 점 등 사실관계를 중시하였다.

그러면서 비록 근로자인 원고들이 위와 같이 공휴일 대신 쉬게 될 날에 관하여 사전에 스케줄 표에 반영되도록 하거나 또는 스케줄 표가 작성된 이후 대휴원을 제출하는 방식으로 의사표시를 하였다고 하더라도, 이는 근로자 중 누군가는 공휴일에 근로를 해야 한다는 사정을 인식한 상태에서 특별한 희생 내지 고통을 분담 내지 감수한다는 의도에 불과하고 단체협약상 원래 공휴일로 정해져 있는 날을 근로일로 하고 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 의사라고 볼 수는 없다고 하여, 원고들이 단체협약상 공휴일로 정해진 날에 근로하는 대신 다른 날을 정하여 쉰 것을 ‘적법한 휴일대체’에 의한 것이라고 볼 수 없다고 하여 휴일근로수당을 구하는 원고들의 청구를 인용하였다.

2. 상고심에서의 판단

이 사건에 대한 상고심 판결인 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다590 판결은 다음과 같은 이유에서 이 사건 근로자들의 휴일근로수당 청구를 인정하지 않았다.

(1) 대휴와 휴일근로수당

단체협약 등에서 특정된 휴일을 근로일로 하고 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록 하는 규정을 두거나 그렇지 않더라도 근로자의 동의를 얻은 경우, 미리 근로자에게 교체할 휴일을 특정하여 고지하면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 적법한 휴일대체가 되어, 원래의 휴일은 통상의 근로일로 되고 그 날의 근로는 휴일근로가 아닌 통상근로가 되므로 사용자는 근로자에게 휴일근로수당을 지급할 의무를 지지 않는다고 할 것이다(대법원 2000. 9. 22. 선고 99다7367 판결²⁾ 참조).

2) 부산광역시 사례 이 사건에서 대법원은, “지방공무원법 등 상위 법령의 위임을 받은 조례 또는 단체협약 등에서 특정된 휴일을 근로일로 하고 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록 하는 규정을 두거나 그렇지 않더라도 근로자의 동의를 얻은 경우, 미리 근로자에게 교체할 휴일을 특정하여 고지하면 달리 보아야 할 사정이 없는 한 이는 적법한 휴일대체가 되어, 원래의 휴일은 통상근로일이 되고 그 날의 근로는 휴일근로가 아닌 통상근로가 되므로 사용자는 근로자에

(2) 이 사건에의 적용 -주휴대체 인정-

이 사건에 있어서 호암교수회관과 노조 사이에 체결된 단체협약에 휴일대체에 관한 근거규정을 두고 있고, 교수회관 측에서 일방적으로 휴일근무를 할 근로자 및 그 근무 공휴일을 대신할 통상의 근로일을 지정하는 대신, 근로자들이 자율적으로 그 다음 달 공휴일에 근로할 일정 수의 근로자를 그 이전 달에 미리 정하고, 그 공휴일 대신 쉬는 날을 근로자 본인이 정하여 이를 스케줄 표에 표시하도록 하였다면, 휴일대체근무에 관한 근로자들의 동의를 받은 것으로 보아야 할 것이어서 결국 적법한 휴일대체로 인정할 수 있는 모든 요건을 갖추었다고 할 것이다.

나아가 본래 휴일대체라는 제도를 두게 된 취지가 사용자측의 영업여건상 휴일에 근로자로 하여금 근무하도록 할 수밖에 없는 사정이 있을 경우에, 휴일에 근무하고 그 대신 통상의 근로일을 휴일로 하는 것이 근로자들의 사정에 따라 불이익하게 작용할 수도 있어서 미리 단체협약 등에 그러한 규정을 두거나 근로자의 동의를 받도록 하는 것이므로, 공휴일로 정해진 날에도 일정 수의 근로자가 근무할 수밖에 없었던 것이 호암교수회관의 사정으로 인한 것이라거나, 공휴일에 근로를 해야 한다는 것이 근로자들에게 특별한 희생이 될 수도 있다는 점 등은 휴일근로에 대한 근로자의 동의 여부를 확인하거나 휴일대체가 적법한 지 여부를 판단하는데 장애가 되는 사유가 될 수는 없다고 할 것이다.³⁾

II. 평석

1. 주휴제도의 규율과 취지

게 휴일근로수당을 지급할 의무를 지지 않는다”고 판시하고 있다. 본 평석 대상 판례와 유사하게 원심 판결인 부산고법 1998. 12. 17. 선고 98나6428 판결에서는, 대체휴무일을 주었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 휴일근로수당의 지급을 거절할 수 없다고 밝히고 있었다.

- 3) 그러면서 대법원 판결에서는, “원심이 그 판시와 같은 사정만을 들어 공휴일 대체근무에 관한 원고 근로자들의 동의가 없었다고 하여 적법한 휴일대체가 아니라고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 적법한 휴일대체 및 그에 대한 근로자들의 동意的 의사표시의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 미친 위법이 있다”고 보아, 원심판결을 파기·환송하고 있다.

(1) 주휴 내지 휴일에 관한 근로기준법상 규율

우리나라 근로기준법(이하 ‘근기법’이라고만 함) 제55조에서는 “사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다”고 하여 주휴일제도를 규정하고 있는데, 그 대체에 관한 규정은 두고 있지 않다.

근기법 제17조에서는 근로계약 체결시 서면명시대상으로 ‘제55조에 따른 휴일’을 정하여 임금관련사항과 같이 중요한 근로조건으로 취급⁴⁾하고 있으며,⁵⁾ 제56조에서는 휴일근로에 대한 가산임금 규정을 마련하고 있고, 제57조에서는 ‘보상휴가제’라는 표제 하에서 이와 같은 가산임금에 갈음하여 휴가를 부여할 수 있다고 규정하고 있다.

그리고 제53조에서는 사용자가 사태의 급박성으로 인하여 실시한 주 12시간 초과 연장근로에 대해 사후에 노동부장관이 부적당하다고 인정할 경우 연장근로에 상당하는 휴게시간이나 휴일을 줄 것을 명할 수 있다고 정하고 있으며, 제93조에서는 취업규칙의 필요적 기재사항의 하나로 ‘휴일에 관한 사항’(제1호)을 들고 있다.

이와 같은 휴일에 관한 근로기준법상의 규정방식에 대하여는, 휴일근로수당과 같은 세부적인 근로조건에 관하여 주휴일과 다른 휴일을 구분하고 서로 다른 효과를 부여하려는 것인지 아니면 같은 효과를 부여하려는 것인지에 대해 명확하지 않은 규정체계를 지니고 있다는 분석⁶⁾이 존재한다. 그런데, 휴일대체제도에 관한 심층적인 분석을 위해서는 우선 주휴일 제도에 관한 논의부터 시작할 필요가 있게 된다.

(2) 주휴일제도의 취지와 특색

근기법상 주휴일 제도는 1주간 계속된 근로로 인해 발생한 근로자의 신체적,

4) 그 구체적인 방법의 합법성에 대해서는 휴일의 규정에 관한 근로계약이나 취업규칙 등의 제규정 등을 종합적으로 검토하여 판단될 것이다. 임금 관련사항의 명시 의무에 관한 대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도6479 판결 참조.

5) 기간제 근로자 및 단시간 근로자와의 근로계약 체결시에도 휴일에 관한 사항은 서면명시대상으로 규정되어 있다(기간제근로자 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제17조 제4호).

6) 하갑래, “휴일제도에 있어서 근로조건 자율결정의 원칙과 한계”, 서울대 노동법연구회 2009년 5월 정기세미나 발표문, 2009. 5. 16, 3면.

정신적 피로를 회복시킴과 동시에 근로자의 사회적 또는 문화적 활동에 필요한 시간을 확보해 주려는데 본래의 취지가 있다. 국제노동기구(ILO)의 주휴일에 관한 제14호 협약(1921년)과 제106호 협약(1957년)은 근로자에게 7일 중 적어도 ‘계속된 24시간의 휴식’을 보장하도록 정한 바 있고, 실제로도 주휴제는 세계적으로 보편화된 제도이다.⁷⁾

우리나라 주휴제는 유급으로 법률상 명문화되어 있다는 점이 특색이며,⁸⁾과 근기법 시행령으로 “1주간의 소정일수를 개근한 자”에게만 주어진다는 점이 또한 특색이다. 주휴제에 대해서 ‘유급’으로 규정하는 선진국의 입법례는 존재하지 아니하며, 유급주휴제로 말미암은 통상임금의 부정확도 등 폐해⁹⁾를 감소시키기 위해서 주요국의 입법례에 따라 무급화하는 방안이 권고되고 있다.¹⁰⁾

한편, 법률상 위임에 근거하지 않는 것으로 보이는 주휴제의 부여요건(1주간 소정근로일수 개근)에 대해서 대법원은 합법적인 규정이라고 판단하고 있는데,¹¹⁾ 이는 1주일에 1회 이상의 휴일을 의무화하는 한편 성실근로를 유도·보상하기 위하여 소정의 근로일수를 개근하는 경우에 유급으로 할 것을 정한 것,¹²⁾ 즉 우리나라에 독특한 유급제¹³⁾와 연관되는 요건이라고 풀이되며 무급제로 전환되면 선진국에서의 입법례에서와 같이 개근 요건을 둘 필요가 있는지 검토될 필요가 있다.

그런데 우리나라 근기법 규정상으로는 ‘평균 1회 이상’의 주휴 부여라는 표현

7) 김유성, 「노동법 I-개별적 근로관계법-」, 법문사, 2005, 177-178면.

8) 김유성, 위의 책, 178면; 임종률, 「노동법(제8판)」, 박영사, 2009, 425면.

9) 일반적인 월급제 임금을 시간급 임금으로 환산하는 방법에 대하여 근기법 시행령 제6조에서는 ‘통상임금 산정 기준시간 수’라는 개념을 사용하고 있는데, 이는 소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간을 합산하기 위한 개념적 도구이다. 주휴 2일제 하에서 추가되는 일수까지 유급으로 취급되면 임금의 부정확도는 배가되며, 월급제근로자에게는 상당히 불리한 시간급 임금이 산정되는 결과로 이어지게 된다. 관련 대법원 판례(1990. 12. 26. 선고 90다가12493 판결 등)에서 제시된 방법을 시행령으로 규정한 것으로 이에 따른 상세한 계산방법 등에 대해서는 사법연수원, 「해고와 임금」, 2008, 152-164면 참조.

10) 한국노동법학회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 노동부, 2007. 11, 74면.

11) 대법원 1979. 10. 16. 선고 79다1489 판결.

12) 김형배, 「노동법(제18판)」, 박영사, 2009, 404면.

13) 김형배, 위의 책, 403면에서는 주휴 ‘유급제’를 매우 진보적인 제도라고 평가하고 있지만, 앞서 본 바와 같이 선진국가들에서의 입법례나 국제기준에 비추어 이례적인 존재이며 이는 입법 당시 우리나라의 열악한 근로조건을 전보하기 위한 취지가 있지 않았나 생각되며, 결론적으로 김형배 교수의 지적과는 정반대로 후진적인 제도라고도 볼 수 있다.

을 사용하고 있어서, 주휴제도의 본래 취지에 어긋나는 근로실태를 야기할 수 있지 않을까 라는 우려가 있게 된다. 해석상으로는 이는 한 달과 같이 1주일을 초과하는 기간을 평균하여 1주일에 1회라는 의미가 아니라 1주일에 1회 이상이라는 의미¹⁴⁾라든가 일요일부터 토요일까지의 기간마다 1회를 말하는 것¹⁵⁾으로 라고 풀이되고 있지만,¹⁶⁾ 어찌 보면 법률 규정을 뛰어넘는 해석이라고 볼 수 있으며 입법상 재고를 요하는 규정이다.

관찰해 보면 일본의 입법례를 축약한 것으로 보이는데, 일본 노동기준법 제 35조는 주휴에 대하여 “① 사용자는 근로자에 대하여 매주 적어도 1회의 휴일을 부여하여야 한다, ② 전항의 규정은 4주간을 통하여 4일 이상의 휴일을 부여하는 사용자에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다. 동조 제1항의 해석에 대해서는 ‘평균하여 1주간당’이 아니라 ‘1주 각각의 안에서’라고 풀이되고, 동조 제2항에 관하여는 토목건설업 등 업종에 따라 주휴제를 관철하기 곤란한 경우를 상정한 입법이라고 분석되고 있는데, 다만 법률상 업종 제한이 없으므로 학설상 상당히 제한적으로 해석되고 있다.¹⁷⁾

2. 주휴일의 근로와 주휴대체제

(1) 주휴일의 근로

이와 같이 사용자는 근기법 제55조에 따라 유급주휴를 소정의 요건을 충족하는 근로자에게 부여하여야 하며, 위반시에는 벌칙(2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금; 근기법 제110조 제1호)이 부과된다. 문제는 주휴일에 근로하게 하는 것이 유급주휴일 부여의무에 위반되는가 하는 점에 존재하게 된다.

연장근로의 경우와 달리 주휴일의 근로에 대해서는 이를 제한적으로 허용하는 규정이 없고 쉬지 않은 것을 휴일로 준 것으로 볼 수 없다고 전제할 때에는

14) 김유성, 앞의 책, 180면.

15) 임종률, 앞의 책, 425면.

16) 김유성, 앞의 책, 180면.

17) 東京大學 勞働法研究會編, 「注釋 勞働基準法 下卷」, 有斐閣, 2003, 586면, 592면. 이에서는 구체적으로 실무상 변형휴일제를 취업규칙으로 정할 때 사용자는 주휴제를 원칙으로 정하고 나서 예외규정으로 정하여야 한다고 한다.

주휴일근로는 주휴임금과 휴일근로수당의 지급 여부와 관계없이 유급주휴 부여의무에 위반된다고 보게 될 것이다.

그러나 현행법이 주휴일의 근로에 대하여 연장근로의 경우와 달리 제한 규정을 두지 않은 것은 당사자 사이에 합의만 존재하면 휴일근로를 가능하게 하는 것이며, 현행법이 가산임금의 지급사유로 적법한 연장근로를 명시하면서 휴일근로도 포함하여 규정한 것(제56조)은 적법한 휴일근로를 전제로 한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 주휴일근로는 그에 대하여 주휴임금과 휴일근로수당을 지급하는 이상, 유급주휴일 부여의무에 위반되지 않는다고 볼 수밖에 없게 된다.¹⁸⁾

휴일 근로의 정당화 요건으로서 ‘근로자의 동의’는 근로자 본인의 동의로서 그 구체적인 의미는 연장근로시의 그것과 유사할 것이다. 근로법에서는 18세 이상인 여성근로자의 경우에만 본인의 동의가 없으면 휴일근로를 시킬 수 없다고 명시하고 있지만(제70조 제2항) 이는 확인적으로 규정된 것으로서, 다른 근로자의 경우에도 휴일근로에는 근로자 본인의 동의가 필요하다고 할 것이다.¹⁹⁾

입법론적으로는 사용자의 휴일근로 요청을 거부할 수 없는 당해 근로자의 사회·경제적 지위를 고려하면 근로자대표와의 서면합의방법 등도 고려할 수 있을 것이다.²⁰⁾ 일본의 경우에는 시간외·휴일근로의 가능요건으로 노동기준법(이하 ‘노기법’)상 근로자대표와의 서면합의가 전제되고 있고, 그 한도에 대하여 후생노동대신이 근로자의 복지·시간외근로의 동향·기타 사정을 종합하여 결정하도록 하고 있는데(노기법 제36조), 그 합의주체 및 방법 내지 한도 설정 등은 참조할만한 입법이다.²¹⁾ 그리고 전술한 ILO의 관련협약 및 독일에서의 입법례²²⁾ 등을 고려하여 일정기간내 ‘일정시간(가령 연속하는 24시간²³⁾ 이상의

18) 임종률, 앞의 책, 427면.

19) 김유성, 앞의 책, 181면.

20) 임종률, 위의 책, 427면.

21) 아울러 일본 노기법령에서는 할증임금율을 우리나라의 경우보다 낮게 설정하고 있는데, 휴일근로에 대해서는 35%, 연장근로 및 야간근로에 대해서는 25%가 설정되어 있다. 전후 미국의 노동법령을 참조하여 50%안이 검토되었지만 관련 ILO 협약(25% 이상)을 참조하고 1일 8시간 근로제를 채택하는 경우 25%가 적정하다는 점이 작용하여 이와 같이 결정되었다고 한다. 東京大學勞働法研究會編, 앞의 책, 629-631면 참조.

22) 독일 근로시간법 제12조 제1항에서는, 원칙적으로 근로일과 근로일 사이에 최저 11시간의 연속하는 휴식시간이 부여되어야 한다고 규정하고 있다. Manfred Loewisch, *Arbeitsrecht*, 3.Auf., Werner-Verlag, 1991, Rn. 906.

23) 일본의 경우에도 주휴제 규정시 ILO 협약방식으로 ‘연속하는 24시간의 휴일 보장’ 방식도 유력

휴식 부여)의 휴식 보장'은 나날이 증가하는 서비스산업에서의 연속근로의 폐해를 생각하면 적정한 선에서의 규제가 요망된다고 할 것이다.

각 회원국들의 주휴제에 관한 ILO의 최근 조사²⁴⁾에 따르면, 뉴질랜드와 미국에서는 주휴제를 규정하고 있지 않고, 호주와 인도, 자메이카, 파키스탄에서는 일반적으로 적용될 휴일기간 단위를 정하고 있지 않다.

반면에 아르헨티나와 스페인에서는 공히 주당 1일에 추가하여 반일의 휴일부여를 정하고 있으며, 중동부 유럽 4개 국가들(불가리아·에스토니아·루마니아·슬로바키아)에서는 2일의 주휴를 규정하고 있는데,²⁵⁾ 바하마·중국·콩고, 에콰도르, 몽고도 마찬가지로 주휴 2일제를 시행하고 있다.

특정 일²⁶⁾을 주휴로 규정하지 아니하는 입법례로는 영국, 일본, 말타 등이 대표적인 경우로 열거되고 있고, 중동부 유럽국가들(마케도니아·슬로베니아), 아프리카 일부 국가들(나이지리아·탄자니아), 일부 중동국가들(이집트·레바논), 아시아 일부국가들(필리핀·태국), 과테말라가 같은 입법례를 취하고 있는 것으로 분석되고 있다.²⁷⁾

한편, 알제리·요르단·모르셔스에서는 금요일이 주휴로 특정되어 있으며, 튀니지와 모로코에서는 금요일·토요일·일요일 중 주휴에 대해 선택권을 부여하는 독특한 입법례를 택하고 있다. 주휴로 하루 이상을 부여하는 경우, 입법 규정상으로 일요일을 특정하고 부가적인 일자로 토요일을 정하는 것이 일반적이다. 그런데 슬로바키아와 스페인에서는 일요일과 '월요일' 중 선택권을 부여하며, 바하마와 불가리아에서는 오픈 조항으로 정하고 있다.

(2) 주휴대체제의 필요성과 관련제도

그런데 이와 같은 주휴근로는 주휴근로수당의 지급이 전제되는 경우이고, 사

하였지만 종전 공장법상 휴일을 역일(calendar day; 曆日)로 해석하는 종전의 행정해석 방식을 이어서 채택하였다고 한다. 菅野和夫, 「勞働法(第8版)」, 弘文堂, 258면.

24) ILO, *Working time laws: A global perspective*, Geneva, 2005, 38-39면 참조.

25) 아마도 이는 사회주의 국가였던 이유에 근거하는 것으로 분석된다. 중국도 일찍이 주휴 2일제를 시행하여 온 바 있다.

26) 대부분 일요일(Sunday)일 것이고, 주 5일제 근무제 하에서는 토요일도 추가될 것이다.

27) 우리나라가 이 범주에 포함되는 국가로 기재되지 않은 이유는 알 수 없지만, 노동외교의 부족 탓이 아닌가 짐작된다.

용자로서는 업종에 따라 추가적인 휴일근로수당의 지급없이 다른 휴무일을 정하여 쉬게 하고 휴일날 근로케 하고자 하는 필요가 생기게 된다.

즉, 현행 우리나라 주휴제의 실제 운용상 사용자로서는 주휴제를 탄력적으로 활용하고자 하는 경우가 생기게 되고, 이에 대해 근로자측에서는 그 오·남용을 억제하고자 하는 필요성이 나타나게 된다. 이는 근래 서비스업이 제조업을 대신하여 주된 산업 내지 업종으로 자리매김하여 휴일근로가 필요하게 되는 경우가 종종 등장하게 되면서 더욱 현실화되게 되며, 평석대상 사례가 그 전형적인 사건이라고 할 수 있다.

이와 관련되는 제도로써 근기법 제62조상의 유급휴가 대체제를 들 수 있는데, 이에서는 근로자대표와의 서면합의에 따라 연차유급휴가일에 갈음하여 특정한 근로일에 근로자를 휴무시킬 수 있다고 정하고 있다. 물론 휴일은 근로자가 근로계약상 근로의무를 부담하지 않는 날이라는 점에서, 본래 근로의무를 부담하지만 법률(내지 이에 근거하거나 독자적인 근로계약 내지 취업규칙·단체협약상)의 근거 하에 근로의무가 면제되는 휴가와 개념상 구분된다.²⁸⁾

그런데 원래 근로자가 쉬기로 예정한 날에 대신하여 쉬게 한다는 점에서는 (즉, 쉬는 날에 관한 대체)라는 점에 국한해서는 주휴의 대체와 유사한 구조를 지니고 있다고 할 수 있으며, 이는 주휴대체제의 한계를 설정할 경우 시사점을 부분적으로 남기게 된다.

3. 주휴대체제의 규율

이상의 논의를 전개하여, 미리 정해진 휴일을 근로일로 하고 그 대신 다른 근로일을 휴일로 하는 조치를 말하는 ‘주휴대체제’의 요건을 분석하면, 취업규칙(단체협약)상 근거, 근로자에의 충분한 사전적 예고 및 동의, 강행법규 준수로 나누어 볼 수 있게 된다.

28) 이는 대법원의 정리된 입장이다. 연차휴가일에 근로한 경우 휴가근로수당으로 할증임금을 지급할 필요는 없다고 본 대법원 1991. 6. 28. 90다카14758 판결 등 참조.

(1) 취업규칙(내지 단체협약)상 근거

주휴대체제는 중요한 근로계약 내용의 변경에 해당하기 때문에 계약당사자의 합의의 존재가 반드시 필요하게 된다. 특히 주휴는 근로계약의 서면명시대상으로 규정될만큼(근기법 제17조) 중요한 근로조건이고 취업규칙의 필요적 기재사항(제93조 제1호)이므로, 사용자의 휴일대체명령은 취업규칙이나 단체협약으로 업무필요에 의해 취업규칙상 정해진 휴일을 다른 날로 대체할 수 있다는 근거규정이 있고 이에 따라 행해지는 경우에만 유효하다고 할 것이다.²⁹⁾

유사한 경우로 교대제 근로의 사례를 들 수 있는데, 근로자의 근로생활(역으로 개인생활)에 지대한 영향을 미치는 교대제근로에 관한 사항이 취업규칙의 필요적 기재사항으로 열거되어 있다는 점(제93조 제1호)을 유추하면, 주휴대체의 경우에도 취업규칙에 그에 관한 정함이 있어야만 근로자에의 예고기능을 할 수 있고 이에 대비할 수 있게 될 것이다. 앞서 본 유급휴가 대체제의 경우에도 근로자대표와의 서면합의를 그 요건으로 하고 있다.

취업규칙이나 단체협약상 주휴대체제에 관한 정함이 없는 경우 가능한지에 대해서 근로자의 개별적 동의가 있다면 유효하다는 견해도 있지만,³⁰⁾ 사용자의 업무상 부득이성을 엄격히 판단하고 근로자에의 사전적 예고 및 충분한 준비기간이 검토되어 판단되어야 할 것이다.

(2) 근로자에의 충분한 사전적 예고 및 동의

주휴 대체제는 취업규칙상 원칙적으로 정해진 주휴일에 대한 예외로서 근로자의 생활에 상당한 지장을 초래하므로, 취업규칙이나 단체협약상 근거규정이 있다 하여도 구체적인 주휴대체 명령시 그에 따른 상당한 업무상 필요성과 함께 근로자측에의 충분한 사전적 예고 하에 동의가 행해져야 비로소 유효하다고 할 것이다.

이에는 당연히 가능한 한 대체일에 근접한 대체휴일이 특정되어야 하며,³¹⁾

29)菅野和夫, 앞의 책, 260면.

30) 東京大學 勞働法研究會編, 앞의 책, 595면 참조.

31) 東京大學 勞働法研究會編, 「注釋 勞働時間法」, 有斐閣, 1990, 383면. 아울러 일본의 행정지침인

충분한 기간을 두고 일자 선정이 행해지도록 하여 근로자への 피해를 최소화할 필요가 있게 된다. 일본에서 1년단위 탄력적 근로시간제가 시행되기 위해서는 최소한 시행일 1개월 전에 근로자측에 근로자대표의 동의를 얻어 근로일 및 근로일별 근로시간을 통보하도록 하고 있는 바(노기법 제32조의 4 제2항),³²⁾ 이와 유사하게 휴일대체제의 경우에도 일정기간 전 협의 및 통보가 행해져야 할 것인데, ‘주휴’ 대체제라는 점을 감안하면 1주일 전 통보의무를 부과할 수 있을 것이다.³³⁾

평석대상 사례의 경우 원심에서는 근로자측의 합의가 없었다고 본 반면, 상고심에서는 그 존재를 인정하였는데, 위와 같이 좀 더 구체적인 한도를 실시하였으면 하는 아쉬움이 있다.

(3) 강행법규의 준수

그리고 주휴 대체제는 근기법상 주휴제의 요건인 1주 1일의 휴일 요건을 충족하여야 한다. 즉 사용자는 휴일대체일을 주휴제의 요건에 반하지 않도록 배치하여 지정하여야 한다.

따라서 사용자는 본래의 주휴와 같은 주의 범위 내에서 대체휴일을 지정하여야 한다. 이 점은 주휴대체제가 근기법 제55조의 주휴제 원칙 하에서 부분적인 유연운영에 불과하지 원칙에 어긋나는 제도가 아니라는 점을 나타내는 것이다. 주휴제의 원칙에 관한 제55조의 원칙 운영을 유연화하기 위해서는 (탄력적 근로시간제 등 일련의 근로시간 유연화제도의 경우와 같이) 별도의 법률적 근거가 필요하게 될 것이다.

아울러 근무하게 되는 휴일대체의 경우 근로시간 규제(특히 연장근로시간 규제한도)에 위반되지 않아야 한다. 본래 휴일이 속하는 주의 범위를 초과하여 대체휴일을 지정하는 경우에는 당해 주의 근로시간은 연장근로에 해당하게 되

1988. 3. 14. 基發 150號 참조.

32) 우리나라의 탄력적 근로시간제에 이와 같은 구체적인 정함이 없다는 점은 근로자측에게 미칠 악영향을 생각하면 입법의 미비라고 생각된다. 이런 점들을 섬세하게 정비하여 나아갈 때 노동계에서 ‘변형근로제’라고 비판하는 (사용자측의 오·남용) 단점들이 시정될 수 있을 것이다.

33) 우리나라 행정해석에서는 적어도 24시간 전에 근로자들에게 알려 주도록 한 사례가 있는데(1990. 7. 10. 근기 01254-9675), 당해 근로자 입장에서는 너무 예고기간이 짧다고 하지 않을 수 없다.

는 경우가 생길 수 있는데, 이런 경우에는 시간외 할증임금의 지급대상으로 된다고 할 것이다.

평석 대상 판결의 경우 이 점을 명확히 지적하지 아니한 점을 문제로 들 수 있다.

III. 결론

주휴제는 근로자의 신체적·정신적 피로 회복과 함께 시민적·문화적 생활을 위해 기본적으로 불가피한 제도³⁴⁾이며, 근기법상 중요한 근로조건으로서 근로계약의 서면명시사항으로 규정되어 있고, 취업규칙의 필요적 기재사항으로 정해져 있기도 하다.

그런데 사업의 종류에 따라 부득이한 업무필요에 따라 원래 정해진 주휴 이외의 날을 주휴로 하고 원래 주휴일을 근로일로 하는 주휴대체제에 대해 근기법령에는 규정이 존재하지 않는 관계로, 해석론으로 적정한계를 설정할 수밖에 없다.

그 요건의 첫째로 주휴대체제는 근로조건의 중대한 변경이므로 원칙적으로 취업규칙이나 단체협약에 이에 관한 정함이 있어야 유효하다. 둘째로 근로자의 충분한 사전적 예고 및 동의가 필요한데, 이 점에 대해서 대법원 판례에서는 분명한 설명을 하고 있지 않다. 입법론적인 보완도 요구되는 점인데, 근로자에의 피해를 최소화하기 위해서는 실질적인 판단이 요망되는 요건이다.

세 번째 요건으로 강행법규에 위반되지 않아야 한다. 즉, 주휴제에 관한 근기법 제55조의 범위 내에서의 유연한 운영이라는 점이 판결에서 명시될 필요가 있고, 그럼으로써 결과적으로 연장근로에 해당하게 될 수도 있는 제도의 오남용 사례를 예방할 수 있을 것이다.

[논문투고일 : 2009. 6. 8, 논문심사일 : 2009. 6. 17, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]



주제어 주휴 대체, 대휴, 휴일근로수당, 유급주휴

34) 성경에 따르면, 하느님도 천지창조 상황에서 일주에 하루는 쉬었다.

■ 참고문헌 ■

- 김유성, 「노동법 I -개별적 근로관계법-」, 법문사, 2005.
- 김형배, 「노동법(제18판)」, 박영사, 2009.
- 대법원 도서관, 「판례공보」, 각호.
- 사법연수원, 「해고와 임금」, 2008.
- 임종률, 「노동법(제8판)」, 박영사, 2009.
- 하갑래, “휴일제도에 있어서 근로조건 자율결정의 원칙과 한계”, 서울대 노동법
연구회 2009년 5월 정기세미나 발표문, 2009. 5. 16.
- 한국노동법학회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 노동부, 2007. 11.
- 菅野和夫, 「労働法(第8版)」, 弘文堂, 2008.
- _____, 「新 雇用社會の法」, 有斐閣, 2003.
- 東京大學 労働法研究會編, 「注釋 労働基準法 下卷」, 有斐閣, 2003.
- _____, 「注釋 労働時間法」, 有斐閣, 1990.
- Bower-Brown-Korn 외, *Blackstone's Employment Law Practice*, Oxford,
2008.
- Honeyball, *Textbook on Employment Law*, Oxford, 2008.
- ILO, *Working time laws: A global perspective*, Geneva, 2005.
- Manfred Loewisch, *Arbeitsrecht*, 3.Auf., Werner-Verlag, 1991.



Abstract

Legal Research on Changing of the Weekly Rest System

JaeHoon Kim

(Associate Professor, Sogang University Law School)

Because of a temporary business need to deal with an unforeseen receipt of orders, employers will occasionally wish to take steps to change days designated as work days under the work rules to rest days, and vice versa, which means that the weekly rest days would be moved to other days.

Because employers substitute the weekly rest days other than the days specified in the labor contract, pre-event changes in rest days must first have a basis in the labor contract. Thus, to be valid, an employer's order changing the weekly rest to other than those provided in the work rules, must comply with the reasons and methods set forth in a collective agreement or the work rule. If such provisions do not exist, a change in the weekly rest days can be effected with the individual consent of the workers.

A pre-event change in the weekly rest days must also satisfy the one-day-per-week of the Korean Labor Standards Law. The employer must, therefore, allocate the changed rest periods so as not to violate this requirement. If this requirement is not met in the case of a pre-event change, then even though the original weekly rest days become working days on which work is performed, (holiday) premium pay under Article 56 of the Korean Labor Standards Act need not be paid.



Key words

weekly rest day, changing weekly rest day, premium pay, holiday work