

근로시간에 관한 법적 규제의 개편 방향

정 영 훈*

최근 정부의 근로시간 규율 개편 방향이 공개되면서 근로시간법제도 개편을 둘러싸고 첨예한 논란이 예상된다. 이 글에서는 근로시간 법규제의 개편에 관해서 근로시간 규제의 기본적인 방향성을 확인하고 규제의 목적에 맞는 규제의 기본 원칙과 원칙에 대한 예외, 즉 근로시간 규제의 유연화 방안을 검토한다. 결론적으로 근로시간 규제의 원칙을 근로자의 생활시간 보장을 기축으로 전환하고 이를 위해서 1일 단위의 최저생활시간의 보장, 시간주권 보장, 연장근로·휴일근로에 대한 시간보상을 세부 원칙으로 법제화할 것을 제언한다. 근로시간 규제의 유연화는 이러한 원칙이 법제화와 함께 이루어져야 할 것이다.

1. 머리말

6월 16일에 발표된 정부의 경제정책방향(이하 “새정부 경제정책방향”)에서는 노동시장개혁을 5대 부문 구조개혁의 하나로써 자리매김하면서 근로시간 제도와 임금체계 개편을 핵심적 과제로 제시하고 있다.¹⁾ 윤석열 정부가 이와 같은 노동시장개혁을 추진할 것이라는 점은 이미 20대 대통령 선거 공약에서 명확히 제시하였다는 점에서 새삼스럽지 않다.²⁾ 다만, 20대 대통령 선거 공약³⁾보다 “근로시간 제도 합리적 개편”과 “직무·성과 중심 임금체계로 전환·확산”을

* 한국노동연구원 연구위원(jyh1974@kli.re.kr).

- 1) 고용노동부는 노동시장개혁에 관한 의제와 추진 일정에 대해서 2022. 6. 23.에 발표하였다(이하 “6.23 노동시장 개혁 추진방향”).
- 2) 다만, 2022.5. 제20대 대통령직 인수위원회가 발표한 “윤석열정부 110대 국정과제”에서는 “노동개혁” 또는 “노동시장개혁”이라는 용어는 사용되지 않았다. 그 대신 “국민께 드리는 20개 약속” 중 “10. 노동의 가치가 존중받는 사회를 만들겠습니다.”라고 하면서 7개의 과제를 제시하였다. 근로시간제도 및 임금체계 개편은 “51. 노사 협력을 통한 상생의 노동시장 구축(고용부)”에 담겨 있는데, “근로시간 제도의 노사 선택권 확대”와 “세대상생형 임금체계 확산”으로 구체화되어 있다.
- 3) 윤석열 대통령의 20대 대통령선거 공약에서는 “노동개혁”이라는 표제 아래 “근로자와 경영진에게 모두 유리한 근

노동시장개혁의 핵심 과제로서 전면에 내세우면서 추진 일정을 제시하고 있는 점이 주목된다.⁴⁾

임금과는 달리 근로시간에 관해서는 현행 근로기준법에서 법정 최저기준을 정하면서 그 예외를 허용하는 방식으로 상당히 소상한 규율체계를 마련하고 있기 때문에 근로시간제도 개편을 위해서는 관계 법령의 개정이 불가피하다. 정부 차원의 법률 개정안 입안 과정 또는 시행령·시행규칙의 제·개정⁵⁾ 과정에서, 그리고 국회의 법률 개정안 심사 과정에서 여야 및 노사 간의 참여한 의견 대립과 논란이 예상된다. 정부가 근로시간제도 개편을 노동개혁의 핵심적 과제로 설정하고 추진하려는 만큼 근로시간 규율 체계 개편은 상당히 폭넓을 수밖에 없을 것이고, 그만큼의 대립과 갈등도 따를 것이다. 근로시간 제도 개편을 둘러싼 대립과 갈등을 가능한 줄이면서 근본적인 제도 개편을 바람직하게 이루기 위해서는 노사 간의 충분한 대화와 합의가 필수적이라는 점은 두말할 나위 없다. 그리고 이러한 대화와 합의 과정 중에는 근로시간 규제에 관한 법이론적 공감대의 형성도 중요할 것으로 생각한다. 종래 법정기준근로시간의 단축을 비롯한 근로시간 단축과 근로시간 규제의 유연화에 관해서는 비교법적인 검토를 비롯하여 많은 논의가 이루어졌고, 부분적으로 제도 개선으로도 이어졌지만, 근본적인 제도 개편의 목적, 방향, 방법에 관해서는 여전히 공감대가 형성되지 못하고 있다고 할 수 있다.

따라서 이 글에서는 노동법이론의 견지에서 근로시간제도의 근본적인 개편에 관한 이론적 쟁점을 검토하고 향후의 법정정책 논의에서 이론적 공감대 형성에 기여할 수 있는 대안을 제시하고자 한다. 아래에서는 검토의 편의상 다음의 순으로 논지를 전개하고자 한다. 첫째로 근로시간 규제의 기본적인 방향성이다(제II장). 둘째로 규제의 목적에 맞는 규제의 기본 원칙이다(제III장). 셋째로 기본 원칙에 대한 예외, 즉 근로시간 규제의 유연화이다(제IV장).

로시간 유연화 실현”, “대화과 타협으로 상생의 노사관계 추진”, “세대 상생형 임금체계로 개선”, “시간선택형 정규직 시행, 근로시간 선택지 다양화”가 담겨 있었다.

- 4) “새정부 경제정책방향”에서는 근로시간제도 및 임금체계 개편 외에 “미래지향적 노동시장 구축을 위한 과제 발굴·논의 추진”을 담고 있다.
- 5) 근로시간 관련 법제도의 개편 방법으로 법률의 개정만이 있는 것이 아니다. 법률에서 하위 법령에 근로시간에 관한 세부 사항의 규율을 위임하고 있는 경우에는 시행령이나 시행규칙의 개정만으로도 근로시간제도의 규율 체계 개편에 상당한 영향을 줄 수도 있다. 재량간주근로시간제의 허용 대상 업무 범위(근로기준법 제58조 제2항 및 시행령 제31조)나 근로시간·휴게·휴일 규제의 적용제외 업무 범위(근로기준법 제63조 제4호 및 시행령 제34조)를 대통령령으로 정하도록 하고 있는 경우가 대표적이다. 또는 특별연장근로와 같이 고용노동부 장관의 사전인가·사후승인에 맡기고 있는 경우(근로기준법 제53조 제4항)에는 고용노동부 장관의 훈령이나 예규와 같은 행정규칙의 제·변경을 통해서도 상당한 영향을 줄 수 있다(다만 특별연장근로에 관한 사전인가·사후승인에 관해서는 근로기준법 시행규칙 제9조에서 일정한 사항을 정하고 있지만, 이는 근로기준법 및 같은 법 시행령의 위임에 근거한 것은 아니다). 이 경우 시행령이나 시행규칙의 제·개정에 관한 정부입법에 관한 절차의 준수도 필요 없다.

II. 근로시간 규제의 방향성

1. 근로시간 규제의 의의

근로시간은 임금과 더불어 가장 중요한 근로조건이다. 근로조건인 근로시간의 길이나 배치 등을 결정하는 법적 기제는 근로조건을 결정하는 기제와 동일하다. 우리 노동법제도에 근로조건을 정하는 방법으로 근로계약⁶⁾, 취업규칙, 단체협약, 노동보호법이 있다. 여기서 노동보호법이란 헌법 제32조 제3항⁷⁾에 따라서 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 최저기준을 설정한 법률을 총칭한다. 노동보호법이 “인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 최저기준”을 정하고 있는 이상 근로계약, 취업규칙, 단체협약과 같은 사인(私人)에 의한 근로조건 형성 수단을 이용하여 이를 벗어나는 근로조건, 즉 이 기준을 하회하는 근로조건을 정하는 것은 용납될 수 없다.⁸⁾ 근로기준법 제15조 제1항은 “이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로 한다.”고 하여 이 점을 명확히 하고 있다.⁹⁾ 단체협약의 규범적 효력을 규정하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 함)에서는 이 점을 명확히 하고 있지는 않지만, 통설과 판례는 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 단체협약은 그 부분에 있어서 무효라고 본다. 이와 같이 노동보호법이 정하고 있는 근로조건에 관한 최저기준은 당해 근로조건 결정에서 있어서 사적 자치에 대한 중대한 제한을 의미한다. 사적 자치의 제한은 근로자와 사용자라는 근로계약상의 당사자가 가지는 계약자치만이 아니라 근로자의 단결체(통상은 노동조합)와 사용자(또는 사용자 단체)라는 집단적 노사관계의 당사자가 가지는 협약자치에 대한 중대한 제한도 의미한다. 나아가 노동보호법은 이러한 효

6) 근로기준법 제2조 제1항 제4호는 근로계약을 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”이라고 정의하고 있다. 통설과 판례는 이러한 근로계약은 민법 제8절의 고용계약과 동일한 것이라고 본다.

7) 헌법 제32조 제3항은 “근로조건에 관한 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 하고 있다.

8) 강행적인 법률의 사적 합의에 대한 효력의 우위성은 로마법(“Privatorum conventio juri publico non derogat.” 즉 “Private agreements cannot derogate from public law”) 시대부터 내려오는 법원칙이다.

9) 근로기준법 제15조 제2항은 “제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.”고 하고 있다. 강행성 근로기준법 제15조 제1항의 효력을 강행적 효력, 제2항의 효력을 직률적(直律的) 효력이라고 부르고, 이를 통칭하여 규범적 효력이라고 부른다. 최저임금법 제6조 제3항도 “최저임금의 적용을 받는 근로자와 사용자 사이의 근로계약 중 최저임금액에 미치지 못하는 금액을 임금으로 정한 부분은 무효로 하며, 이 경우 무효로 된 부분은 이 법으로 정한 최저임금액과 동일한 임금을 지급하기로 한 것으로 본다.”고 하여 규범적 효력을 정하고 있다. 이러한 규범적 효력은 노동조합법 제33조에 의해서 단체협약에 대해서 부여되어 있고, 근로기준법 제97조에 의해서 취업규칙에 대해서도 부여되어 있다.

력상의 우위뿐만 아니라 그 실효성이 근로감독과 제재(과태료 및 형벌)에 의해서 담보된다는 특징을 가지고 있다.

그런데 우리나라 법제도에서는 노동보호법에서 근로조건의 최저기준을 설정하는 의의는 남다른 점이 있다.¹⁰⁾ 이는 이러한 노동보호법의 최저기준 설정은 헌법 제32조 제3항의 규범적 요청에서 발견된다. 헌법재판소는 헌법 제32조 제3항의 근로조건의 법률주의가 가지는 의의에 대해서 “헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요”가 있기 때문이라고 한다.¹¹⁾ 입법자가 제정한 노동보호법에서 정한 최저기준이 헌법 제32조 제3항에 미치지 못하는 경우에는 이러한 최저기준은 위헌으로 판단될 것이다. 이는 나아가 입법자가 노동보호법에서 최저기준을 정할 때 헌법 제32조 제3항의 요구를 반드시 준수하여야 한다는 점을 의미한다.

우리 노동법에서 근로시간에 대한 법적 규율의 출발점이라고 할 수 있는 법정기준근로시간(근로기준법 제50조 제1항 및 제2항), 연장근로 제한(제53조 제1항), 휴게(근로기준법 제54조), 주휴일(근로기준법 제55조 제1항), 연차유급휴가(근로기준법 제60조)도 위에서 설명한 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법률주의에 따라서 인간의 존엄에 상응하는 근로시간에 관한 기준을 정한 것이라고 할 수 있다. 이것이 바로 근로시간 규제의 헌법적 의의라고 할 것이다. 물론 “인간의 존엄”의 의미는 매우 추상적이어서 근로시간에 관한 법적 기준의 설정을 지도하는 구체적인 내용을 확인하는 것은 쉽지 않다. 통상적으로는 근로자의 건강, 근로자의 문화적 생활 보장, 가족생활의 보장, 모성 보호, 남녀 고용 평등, 일자리 창출·유지 등과 같은 다양한 목적이 거론된다.¹²⁾ 이들 목적은 우리나라의 경제적·사회적 변화에 따라서 그 중요성이 각각 달리 파악될

10) 노동보호법에 의해서 강행적인 최저기준을 설정하는 것을 정당화하는 근거로는 근로자와 사용자라는 계약 당사자 간의 교섭력의 불균형(노동력의 비저장성, 경제적 종속성, 정보의 비대칭성 등), 근로자의 사용자에 대한 인적 종속성을 들고 있다.

11) 예를 들어, 헌법재판소는 연차유급휴가에 관해서 “근로기준법 등에 규정된 연차유급휴가는 근로자의 건강하고 문화적인 생활의 실현에 이바지할 수 있도록 여가를 부여하는데 그 목적이 있으므로 이는 인간의 존엄성을 보장하기 위한 합리적인 근로조건에 해당한다.”고 하면서 “연차유급휴가에 관한 권리는 인간의 존엄성을 보장받기 위한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리로서 근로의 권리의 내용에 포함된다 할 것이다.”라고 하고 있다(헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 561; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마619, 판례집 27-1하, 323, 328). 헌법재판소 결정에서는 해고보호, 해고예고의무 등도 이러한 인간의 존엄성을 보장받기 위한 최소한의 근로조건에 해당한다고 한다. 따라서 입법자가 근로기준법 제23조의 해고보호를 삭제하고 미국의 Employment-At-Will과 같은 해고의 자유를 입법화하면 이는 헌법 제32조의 근로의 권리를 침해하는 것이 된다.

12) 이승길(2009), 「근로시간의 정책과 법제에 관한 소고」, 『성공관법학』, 21(3), pp.654~656.

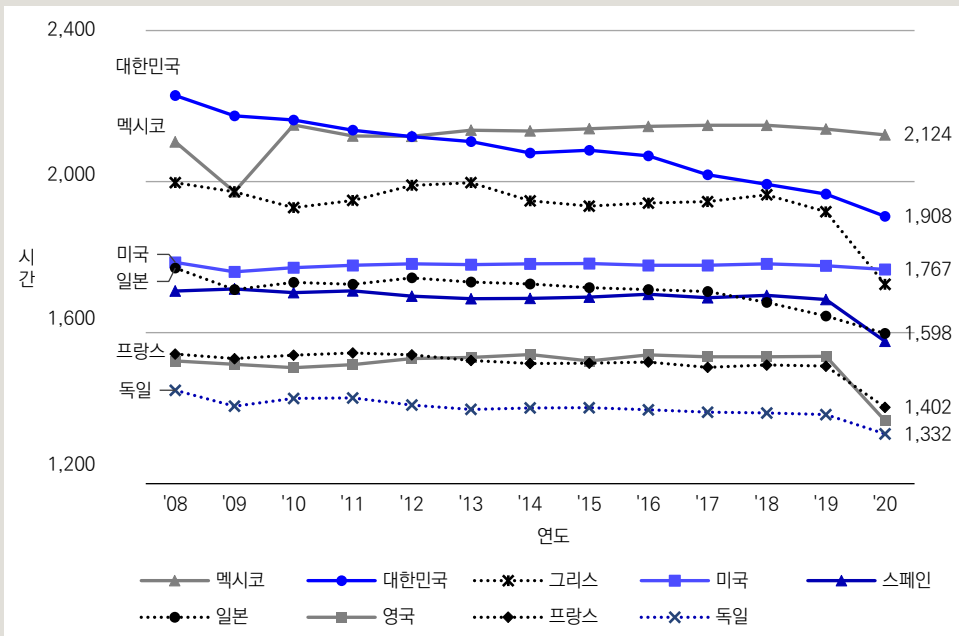
수도 있겠지만, 1987년 현행 헌법 체제하에서의 근로시간에 관한 법적 최저기준의 변화와 관련 논의로부터 볼 때 근로시간 규제의 의의는 근로시간의 단축과 일·생활 균형의 실현으로 정리할 수 있을 것이다. 이들 두 가지 의의는 향후에도 인간의 존엄에 상응하는 근로시간에 관한 기준 설정을 논의할 때에도 지도적 지침으로 작용할 것이라는 점에서 근로시간 규제의 지향점이자 방향성이라고도 할 수 있을 것이다.

2. 근로시간의 단축

고용노동부의 사업체노동력조사에 따르면 연간 근로시간은 5인 이상 사업체에서 2017년 2,014시간에서 2018년 1,986시간, 2019년 1,978시간, 2020년 1,952시간, 2021년 1,952시간으로 점차 줄었지만¹³⁾, OECD 전체로 보면 34개국 중 셋째로 연간 근로시간이 많다는 점(2020년 기준)¹⁴⁾, 세계보건기구(WHO)와 국제노동기구(ILO)가 2020년에 발표한 공동연구보고서에 의하면 2016년 한 해 우리나라에서 장시간 노동 때문에 뇌심혈관계 질환으로 사망한 사람이 2,610명에 이르는 것으로 추정되고 있는 점¹⁵⁾¹⁶⁾에서 보면 장시간 근로의 해소를 위한 근로시간 단축

13) 1주의 총 근로시간이 52시간 초과하는 취업자 비율도 2017년 19.9%, 2018년 16.8%, 2019년 14.8%, 2020년 12.4%로 점차 감소하는 경향을 보이고 있다(경제활동인구조사 근로형태별 부가조사).

14) <OECD 주요국의 연간 근로시간과의 비교>



주 : 연평균 근로시간 = 노동자의 총 근로시간/연평균 취업자 수.

자료 : OECD(2021), Hours worked (indicator).

은 향후에도 근로시간 규제의 핵심적인 과제임은 분명하다.

다만, 1주 52시간의 최장한도가 2021.7.1. 최종 적용 단계에 이른 상황이고 근로시간 규제에 대한 경영계의 문제 제기와 유연화에 대한 요구가 여전히 높은 상황이라는 점 등을 고려한다면, 1주 40시간의 법정기준근로시간에 대한 추가적인 단축보다는 실근로시간 단축을 위한 법적 도적 개선이 정책의 의제가 될 가능성이 높을 것이다.¹⁷⁾

3. 생활시간의 보장

종래 우리나라의 노동시간 규제 정책의 주된 목적은 법정기준 근로시간을 단축하는 것에 있었는데, 2차례의 근로기준법 개정을 통해 법정기준근로시간을 단축했음에도 불구하고 연장근로 및 특례 조항 등으로 인하여 실(實)근로시간은 여전히 기대만큼 줄어들지 않자, 2000년대 후반부터는 실근로시간의 단축이 근로시간 규제 정책의 핵심 의제가 되었다. 이는 2015. 9. 15.의 “노동시장 구조개선을 위한 노사정 합의”와 2018. 3.의 근로기준법의 개정에 잘 나타나 있다.

이와 같이 종래 근로시간 규제의 핵심은 (실)근로시간을 단축하는 데 있었는데, 최근 5년간의 근로기준법 및 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’)의 개정 내용은 근로시간 규제의 핵심을 새롭게 전환하여야 할 필요성과 가능성을 보여주고 있다. 즉 일·생활의 균형 실현을 근로시간 규제의 기축으로 삼고 근로시간의 정책의 다양한 목적을 근로시간 규제에 반영하는 것이다. 이는 “일”에 구속되는 시간을 줄이는 것에 기축을 두는 것이 아니라 근로자의 “생활”을 위한 시간의 보장에 근로시간의 기축을 두는 것이다.¹⁸⁾ 이는 실근로

15) Pega, Frank et al.(2021), Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000–2016: A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury, Environment International, Volume 154, September.

16) 뇌심장 질환(과로사) 신청 및 승인 현황은 다음과 같다.

(단위: 건)

	2014년		2015년		2016년		2017년		2018년		2019년		2020년		2021년(7월)	
	신청	승인	신청	승인	신청	승인	신청	승인	신청	승인	신청	승인	신청	승인	신청	승인
총계	612	160	585	149	577	150	576	205	612	266	747	292	670	273	438	169

자료: 근로복지공단 원처분 기준 뇌심혈관계질병 유족급여 청구건수, 2021년은 7월까지의 건수.

17) “새정부 경제정책방향”에서는 “실근로시간은 꾸준히 단축하면서” 현장의 어려움 해소 및 시대변화의 흐름에 맞게 근로시간 제도를 합리적으로 개편한다고 하고 있는데, 실근로시간 단축을 위한 구체적인 과제를 언급하고 있지는 않다.

18) 毛塚勝利(2017), 「新たな労働時間法を:生活時間アプローチの基本コンセプト」, 『労働法律旬報』, 1884号, pp. 6~12.

시간의 단축을 통해서 단순히 비근로시간 = 자유시간의 확보가 아니라 자유시간의 배후에 있는 “생활”이 가지는 다양한 목적과 가치에 착목하여 생활을 위한 시간, 즉 ‘생활시간’을 보장하는 것이다.

물론 위에서 언급한 바와 같이 현재 우리나라의 연간총근로시간과 1주 총근로시간 한도가 OECD 국가 내에서도 상당히 긴 편에 속하기 때문에 법정기준근로시간을 비롯한 실근로시간을 단축하는 것은 여전히 중요한 근로시간 규제의 핵심축이라는 점은 명확하다. 하지만 아래에서 보는 것과 같은 내용의 생활시간 보장의 기본원칙을 법제도적으로 구현하는 것은 실근로시간의 단축에도 기여할 것이다. 나아가 생활시간의 보장을 기축으로 하는 근로시간 규제는 시간 빈곤(Time-Poor)¹⁹⁾ 문제 해결을 위한 정책을 마련하는 데 실질적으로 기여할 수 있도록 하고, 근로하는 “시간”만이 아니라 근로하는 “장소”에 관한 결정도 근로시간 규제의 틀에서 논의할 수 있도록 한다.

Ⅲ. 생활시간 보장의 기본원칙

1. 1일 단위의 최저생활시간의 보장

인간의 기본적인 생활은 1일 단위로 영위되기 때문에 1일 단위의 근로시간 규제가 필요하다. 근로기준법 제50조 제2항에서도 “1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.”고 하고 있다. 그런데 근로기준법에서는 원칙적으로 연장근로를 1주 단위에서 12시간까지 허용함으로써 1주의 최장근로시간을 52시간으로 한정하면서도, 1일 단위의 최장근로시간을 제한하고 있지 않다. 1일의 최장근로시간을 제한하지 않을 것이라면 근로자의 건강 등을 보호하기 위한 최소한의 장치로서 근로일 간의 연속휴식시간을 보장하는 방법을 강구하여야 했었지만, 이에 대해서도 아무런 규제를 하고 있지 않다.

다만, 2018. 3.과 2021. 1. 근로기준법 개정을 통해서 3개월을 초과하는 탄력적 근로시간제, 1개월을 초과하는 선택적 근로시간제, 근로시간 및 휴게시간의 특례에 있어서 사용자로 하여금 근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 주도록 하는 근로일 간 연속휴식시간제가 도입되었다.²⁰⁾ 근로일 간 최소휴식시간제는 본래 문제

19) 시간 빈곤의 실태·원인 분석과 시간 빈곤의 완화를 위한 제도적 개선 방안에 관한 연구로는 이경희·김근주 (2018), 『시간 빈곤(Time-Poor)에 관한 연구』, 한국노동연구원.

20) 근로기준법 제53조 제7항에서는 특례연장근로를 하는 근로자의 건강을 보호하기 위하여 사용자는 건강검진 실시

인 정부의 대통령 선거 공약이었고 일자리위원회의 일자리정책 5년 로드맵(2017. 10.)에서도 포함되어 있었지만 부분적으로 도입되는 데 그쳤다.

이와 같은 입법 태도는 EU의 근로시간에 관한 지침(Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time; 이하 'EU 근로시간지침'이라고 함)과 대조적이다. EU 근로시간 지침에서 근로시간 규율의 핵심은 제2장에 규정되어 있는데(제1장은 총칙), 제2장의 첫 번째 조항인 제3조는 "Daily rest"를 규정하고 있다. EU 근로시간지침 제3조는 "회원국은 모든 근로자에게 24시간당 최저 11시간의 연속된 휴식시간이 매일 부여되는 데에 필요한 조치를 취하여야 한다"고 하고 있다. EU 근로시간지침은 1일의 법정기준근로시간을 정하지 않고 1주 단위의 평균 최장근로시간만을 규율하고 있다는 점에서 볼 때 EU 근로시간 지침에서 근로시간 규제는 1일의 최소한도의 휴식을 보장하는 것에서 출발하고 있다는 점을 알 수 있다.

이와 같은 근로일 간 연속휴식시간의 보장은 1일 단위의 생활시간 보장을 위해서 필수적인 규제이다. 1일 단위의 최장 근로시간을 규제하지 않을 것이라면, 근로일 간 연속휴식시간 보장은 근로시간 규제의 출발점에 해당하는 기본 원칙으로서 보장되어야 한다. 현재와 같이 3개월을 초과하는 탄력적 근로시간제 등과 같은 예외적인 경우에 한하여 보장되어야 하는 논리적인 필연성은 없을 것이다.²¹⁾

그런데 근로일 간 연속휴식시간 보장과 1일 단위의 최저생활시간보장을 동일한 의미로 이해할 것인지에 관해서 보다 상세한 검토가 필요하다. 현행 근로기준법에 도입되어 있는 근로일 간 연속휴식시간은 11시간인데, "생활시간"에는 휴식을 포함하여 다양한 목적과 가치를 가지는 근로자의 활동을 위한 시간도 포함되어 보장되어야 하기 때문이다. 따라서 1일 단위의 최저생활시간은 13시간으로 상정하고 적절한 수준을 검토하는 것이 타당할 것이다.

2. 시간주권의 보장

최근 5년 근로시간 관련 입법 중에서 가장 큰 진전은 남녀고용평등법 개정에 의해서 근로시간단축청구권 및 가족돌봄휴가가 도입되고 가족돌봄휴직권이 확대된 것이라고 할 수 있을 것

또는 휴식시간 부여 등 고용노동부장관이 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다고 하고 있다. 이에 조항을 근거로 고용노동부는 "특별연장근로 건강보호조치"에 관한 고시(제2021-29호)를 제정하였는데, 여기에서는 근로자의 건강보호조치 중의 하나로 "근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 연속하여 11시간 이상의 휴식시간 부여"를 규정하고 있다.

- 21) 3개월을 초과하는 탄력적 근로시간제와 1개월을 초과하는 선택적 근로시간제에 있어서는 근로일 간 연속휴식시간 보장은 절대적인 것이 아니다. 천재지변 등 대통령령으로 정하는 불가피한 경우에는 근로자대표와의 서면 합의가 있으면 그에 따르도록 하고 있다. 이에 대해서 근로기준법 제59조에 의한 근로시간 및 휴게시간의 특례의 경우에는 근로일 간 연속휴식시간 보장에 대한 예외가 규정되어 있지 않다.

이다. 근로자의 필요에 따라서 근로자가 주도적으로 근로시간의 양을 조절할 수 있다는 점에서 시간주권(time sovereignty)의 보장에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 근로자의 필요가 일반적인 것으로 인정된 것은 아니지만 근로자의 생활상 필요에 따라서 근로자가 주도적으로 근로시간의 양을 조절할 권리를 보장함으로써 시간주권의 보장을 우리나라 근로시간 법제도에서 도입하였다고 평가할 수 있기 때문이다. 앞으로 이들 권리 실현의 성과 여하에 따라서 근로시간 규제의 근본적인 전환점이 될 수도 있을 것이다.

시간주권은 근로자의 생활상의 필요에 따른 근로시간의 길이에 대한 조절뿐만 아니라 근로시간의 배치와 배분에 대해서 보장될 수 있어야 한다. 이는 일정한 단위 기간 내에서 법정기준 근로시간의 한도 내에서 근로시간의 배치를 근로자가 결정할 수 있다는 것을 의미한다.

이와 같은 시간주권이 실질적으로 보장되기 위해서는 사용자에게 대한 근로계약상의 권리로써 보장될 수 있어야 한다. 물론 근로감독과 제재가 필요할 수도 있겠지만, 원칙적으로 근로자의 법적 권리고 이에 대한 사용자의 법적 의무로서 구성되어야 할 것이다. 시간주권은 근로자와 사용자의 권리 의무 관계로 구성하는 것만으로는 실질적으로 실현되지 못한다. 일반적으로 고용관계에서 사용자가 근로자에 대해서 실질적으로 힘의 우위에 있기 때문이다. 결국 근로자의 근로시간에 관한 권리를 침해하지 못하도록 하고 권리 행사의 임의성이 담보될 수 있도록 하는 추가적인 법제도적 장치가 필요하게 된다. 이와 같은 법제도적 장치로서 연결되지 않은 권리(Right to disconnect) 보장²²⁾이나 사용자의 근로시간관리(기록)의무²³⁾ 부과 등이 검토될 수 있을 것이다.

3. 연장근로 · 휴일근로에 대한 시간보상

우리 근로기준법에서는 법정기준근로시간을 넘어서 1주 12시간의 범위 내에서는 당사자의 동의만으로도 쉽게 연장근로와 휴일근로가 가능하도록 하고 있다. 할증임금 지불의무가 있지만, 이것이 연장근로와 휴일근로를 억제하는 효과를 발휘하고 있다고 보기는 어렵다. 금전보상 방식은 연장근로와 휴일근로를 용이하게 하거나 조장하고 있다. 근로자의 입장에서는 연장근로와 휴일근로에 의한 할증임금을 통하여 근로소득을 증가시킬 수 있고, 사용자의 입장에서 추가 고용 없이도 고용량을 증가시킬 수 있기 때문이다. 연장근로와 할증임금에 관한 사용자와 근로

22) 프랑스, 독일, 이탈리아, 스페인의 연결차단권에 관한 입법 및 관련 논의, 우리나라의 법률 개정안 등에 관해서는 조재호(2019), 「연결차단권에 대한 검토」, 『노동법연구』, 46, pp.108~117.

23) 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 2019.5. EU현장과 EU 근로시간지침을 근거로 초과근로시간 기록의무를 넘어서 각 근로자의 근무시간을 모두 측정하는 시스템을 구축하도록 해야 한다고 판단하였다. 이에 대한 자세한 내용은 곽용희(2019), 「유럽사법재판소, 회원국을 초과근로시간 단속 나서야」, 『월간 노동법률』, 339, pp.90~91.

자의 이해가 기묘하게 착종하고 있는 것이다.

따라서 연장근로와 휴일근로에 대해서는 할증임금의 지급이라는 금전보상이 아닌, 그에 상응하는 시간에 의한 보상을 원칙으로 하여야 한다. 논리적으로 연장근로와 휴일근로는 생활시간에 대한 침식을 의미하기 때문에 이에 대한 보상은 “시간”으로 하여야 할 것이다.²⁴⁾ 이를 위해서는 일정한 기간 동안의 연장근로와 휴일근로에 해당하는 시간을 쌓아놓고, 일정한 기간 내에 이를 생활시간으로 활용할 수 있도록 하는 제도가 마련되어야 할 것이다.²⁵⁾ 연장근로와 휴일근로에 해당하는 시간을 적립함으로써 근로자가 자신이 필요한 때에 이를 자유롭게 인출하여 사용할 수 있다면 시간주권의 강화에도 획기적으로 기여할 것이다.²⁶⁾

IV. 근로시간 규제의 유연화

1. 연장근로시간 상한 규제의 단위 기간 확대

근로기준법은 연장근로시간의 상한을 규제하는 기간을 1주일로 하고 있다. 즉, 휴일근로를 포함하여 1주 12시간까지 연장근로가 가능하다. 그런데 프랑스와 일본의 경우 연장근로시간의 한도가 월 또는 연 단위로 규제되어 있는 점을 보면, 우리의 1주 12시간 상한의 연장근로시간 규제가 매우 경직적인 것으로 생각될 수 있다. “새정부 경제정책방향”에서는 이와 같은 평가에 기반하여 근로자의 건강권이 훼손되지 않도록 건강보호조치를 병행할 것을 조건으로 연장근로시간의 총량 관리 단위를 확대할 것을 추진하려고 한다.²⁷⁾ 하지만 근로시간 규제에서 연장근로시간 상한 규제의 단위 기간을 주로 할지, 월로 할지, 연으로 할지는 핵심적인 문제가 아니다. 연장근로시간의 상한 규제 단위 기간을 월이나 연으로 확대하는 경우에도 현재의 1주 12시간

24) 생활시간에 대한 침식에 대해서 금전이 아닌 시간으로 보상하는 원칙은 생활시간을 위하여 보장된 권리가 금전으로 환원되는 것을 금지하는 것도 포함할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 미사용연차유급휴가에 대한 금전보상을 금지하고 사용자로 하여금 근로자 개인의 의견을 존중하여 최소 2주 이상의 휴가를 연속 부여하도록 제도를 개선하여야 할 것이다.

25) 권오성(2022), 「'시간주권'은 왜 필요한가?」, 『월간 노동법률』, 369, p.115.

26) 근로시간저축제는 이미 박근혜 정부에서도 도입을 검토한 바가 있고, 문재인 정부의 일자리위원회의 일자리정책 5년 로드맵에서도 제시하고 있었다.

27) 고용노동부는 2022. 6. 23. “노동시장 개혁 추진방향”을 발표하면서 “연장 근로시간을 가령, 노사 합의로 “월 단위”로 관리할 수 있게 하는 등 합리적인 총량 관리단위 방안을 검토하겠습니다.”라고 하면서 관련 분야 전문가로 「미래 노동시장 연구회」를 구성하여 구체적인 입법과제와 정책과제를 마련하겠다고 하고 있다. 이를 보면, 연장근로시간의 총량 관리 단위를 “월” 단위로 변경하겠다는 것이 정부 입장으로 확정된 것은 아닌 듯하다.

한도를 평균적으로 유지한다고 할 때 유의해야 할 점은 다음의 세 가지라고 할 수 있다.

첫째, 법정기준근로시간 또는 소정근로시간을 넘어서는 연장근로(휴일근로 포함)의 총량 단위 기간에 관한 논의는 어디까지나 사용자의 업무상의 필요에 따른 것이다. 개별 근로자가 자신의 생활상 필요에 따라서 연장근로의 길이와 배치를 결정한다는 의미는 부여될 수 없는 것이다. 연장근로의 허용 요건으로서 개별 근로자의 동의가 있다고 하더라도, 나아가 근로자대표에 의한 서면협정 같은 집단적 동의가 추가된다고 하더라도 이는 사용자에 의한 일방적인 연장근로 지시를 제약한다는 아주 기초적인 수준에서의 근로자의 시간주권 보장이라는 의미가 부여될 수 있을 뿐이다.

둘째, 총량 단위 기간 내의 상한 내에서 어떠한 절차적 요건하에서 연장근로가 허용될 수 있도록 할 것인지이다. 일본의 경우에는 종업원대표와의 서면협정에 의해서, 프랑스의 경우에는 종업원 대표와 협의하여야 한다. “새정부 정책방향”과 “6.23. 노동시장 개혁 추진 방향”에서는 “노사 합의”를 언급하고 있는데 이것이 현행 근로기준법상의 근로자대표와의 서면합의를 지칭하는 듯하다. 하지만 근로자대표와의 서면합의를 요건으로 한다고 해도 개별 근로자의 동의가 불필요하게 되는 것은 아니다.²⁸⁾

셋째, 연장근로를 하는 경우에도 1일 단위 또는 1주 단위로 최장근로시간을 규제하거나 또는 최저생활시간을 보장할 것인지 여부이다. 일본의 경우에는 1일 단위 또는 1주 단위의 최장근로시간의 규제나 최저생활시간 보장은 없지만, 프랑스의 경우 1일 단위 또는 1주 단위의 최장근로시간의 규제와 근로일 간 연속휴식시간 보장이 존재한다. 이와 관련하여 특별연장근로에 관한 현행 법규제와의 정합성을 유지하는 것에도 유의하여야 할 것이다. 고용노동부의 특별연장근로 인가기준을 보면 인가 시간은 원칙적으로 “1주 12시간의 범위 내(1주 총근로시간 64시간 이내)”에서 인가(승인)하도록 하고 있다. 이는 뇌심혈관계 질병 인정기준(발병 전 4주 동안 1주 평균 64시간 초과)을 감안한 것이다. 다만 예외적으로 재난, 인명보호 등 사유 해소에 필요한

28) 근로자대표와의 서면합의가 개별 근로자에 대해서 사법적(私法的) 효력을 가지는지에 대해서 종래 학술상 다툼이 있다. 연장근로자의 총량관리 단위를 월로 하고 당해 월에 특정 시간 동안 연장근로를 할 것을 근로자대표와 서면합의로 정한다고 하여 사용자의 개별 근로자에 대한 연장근로 명령에 근로자가 따라야 할 의무가 있는지는 별개의 문제이다(이에 관한 검토로는 박제성·도재형·박은정(2010), 『기업 내 근로조건 결정법리 : 근로자대표와 서면합의를 중심으로』, 한국노동연구원, pp.39~55를 참조). 이에 대해서 아직까지 법원의 명확한 판단은 없다. 행정해석도 이에 대해서 명확히 언급하고 있지 않지만, 유연근로시간제에 관한 고용노동부의 설명을 보면 서면합의가 있으면 개별 근로자의 동의는 필요 없고 서면합의에서 정한 기준에 따라서 근로자를 일하게 할 수 있다고 하는 것을 보면 서면합의의 사법적 효력을 인정하고 있는 듯하다. 근로기준법 제55조 제2항 단서의 적용에 관한 고용노동부의 설명(“근로시간 단축, 특례업종 축소, 공휴일 민간 적용 관련 개정 근로기준법 설명자료(2018. 5.)”을 보면 근로자대표와 서면합의하고 사전에(24시간 전에) 근로자에게 교체할 날을 특정하여 유급휴일로 부여하면 개별 근로자의 동의는 요하지 않는다고 한다. 「유연근로시간제 가이드」(2019. 8.)에서도 “사용자와 근로자대표자 사이에 서면합의가 유효하게 성립되면 유연근로시간제도 시행 과정에서 개별 근로자의 동의는 필요치 않음”이라고 하고 있다.

시간이 1주 12시간을 초과하는 것이 명백한 경우나 사태가 급박하거나 공익을 현저히 침해할 우려가 있는 경우에는 1주 12시간을 초과하여 인가하는 것이 가능하다, 그 기간이 연속하여 2주를 초과하지 않도록 지도하도록 하고 있다. 또한, “특별연장근로 건강보호조치”에 관한 고시(제2021-29호)에서는 사용자의 건강보호조치로서 ① 특별연장근로 시간을 1주 8시간 이내로 운영(특별연장근로 기간 동안 추가 연장근로시간을 1주 8시간 이내로 운영), ② 근로일 간 11시간 이상의 연속휴식시간 부여, ③ 특별연장근로 도중 또는 종료 후 특별연장근로시간에 상당하는 연속휴식 부여²⁹⁾ 중에 하나를 반드시 실시하도록 하고 있다. 건강보호조치를 실시하지 않으면 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제110조 제1호). 이와 같이 현행 근로기준법은 1주의 총 근로시간이 52시간을 넘어서는 것에 대해서 매우 엄격하게 규제를 하는 입장을 취하고 있다. 이는 인가 시간을 정할 때 “뇌심혈관계 질병 인정기준”을 인용하고 있는 것에서 알 수 있듯이 근로자의 생명과 건강을 보호하기 위한 것이다. 연장근로시간 상한 규제의 단위 기간을 1개월 이상으로 할 수는 있겠지만, 특별연장근로의 승인 기준과 건강보호 조치에 관한 고시가 취한 입장은 여전히 견지되어야 할 것이다.

요컨대 위에서 검토한 바와 같이 근로시간 규제의 기축을 생활시간 보장에 놓고 위의 세 가지 원칙이 법제도적으로 실현되는 경우에는 연장근로시간 상한 규제의 단위 기간을 월 이상의 단위로 확대하는 것도 긍정적으로 검토될 수 있을 것이다.

2. 선택적 근로시간제 활용성 제고

선택적 근로시간제도의 취지를 보면, 탄력적 근로시간제가 사용자의 편의에 따른 변형근로 시간제라면 선택적 근로시간제는 근로자의 편의에 따른 변형근로시간제이다.³⁰⁾ 양자가 본질적으로 유사하지만, 근로자에게 근로시간의 배분에 대한 결정권이 주어져 있다는 점에서 선택적 근로시간제도는 근로자의 이익과 필요를 반영한 제도이다. 다만, 정산기간 동안의 총 근로시간이 평균하여 1주 40시간 이하가 되면 특정주에 40시간, 특정일에 8시간을 넘어서 근로한다고 해도 할증임금을 지급하지 않아도 된다는 점에서는 사용자의 이익이 되기도 한다. 따라서 근로자의 시간주권 보장 강화라는 점에서 현행 법률에 따른 규제를 완화할 가능성도 상대적으로 높다.

“새정부 경제정책방향”에서는 “선택적 근로시간제 정산기간 확대”를 명시적으로 제시하고 있

29) 특별연장근로 도중 또는 종료 후 특별연장근로시간에 상당하는 연속휴식 부여에 있어서는 특별연장근로자가 1주 미만인 경우에는 ‘특별연장근로 종료 직후 특별연장근로시간만큼의 연속휴식 부여’하거나 1주 이상인 경우에는 ‘1주 단위로 1일(24시간) 이상의 연속휴식 보장’하도록 하고 있다.

30) 이정한·김진·고종완(2020), 「제52조」, 노동법실무연구회편, 『근로기준법주해 III』, 박영사, p.195.

는데, 정산기간을 구체적으로 어느 정도 확대하고자 하는 것인지에 대해서는 별다른 언급이 없다. “6. 23. 노동시장 개혁 추진 방향”에서는 “연구개발 분야에만 정산기간을 3개월로 인정하고 있어(타 분야: 1개월) 그 범위의 불명확성, 형평성 등의 문제가 있습니다.”고 하면서 “근로자 편의에 따라 근로시간을 조정할 수 있도록 하는 제도의 본래 취지에 맞게 적정 정산기간 확대 등 활성화 방안을 마련”하겠다고 하고 있다. 이로부터 보면 정산기간을 원칙적으로 3개월 이내로 하는 것처럼 보이기도 한다. 하지만 선택적 근로시간제에 관한 규제 완화에 있어서 상당히 주목할 만한 언급은 대통령 선거 공약집에서 발견된다. 여기에서는 “사무연구직 등 선택적 근로시간제를 선호하는 직무나 부서별로 노사합의를 거쳐 1년 이내의 범위에서 선택적 근로시간제의 정산기간을 자율적으로 설정하여 주4일제 등 다양한 근로시간제를 선택할 수 있도록 장려”라고 하고 있다. 이 부분에서 주목되는 점은 크게 두 가지이다. 첫째로 선택적 근로시간제 도입에 관한 합의의 주체를 현재의 근로자대표가 아니라 선택적 근로시간제를 선호하는 직무나 부서 단위의 합의를 상정하고 있는 점이다. 둘째로 정산기간을 1년 이내의 범위로 확대하고자 하는 점이다. 여기에서는 두 가지를 언급하고 있다. 첫 번째는 선택적 근로시간제도의 도입 방법이고, 두 번째는 정산기간을 3개월을 넘는 기간으로 확대하는 것이다.

이와 같은 규제 완화를 검토함에 있어서는 다음의 점들을 신중하게 고려하여야 한다.

첫째로 근로자대표와의 서면합의에 있어서 근로자대표가 전체 종업원의 과반수 대표가 아니라 선택적 근로시간제가 적용되는 직무를 수행하는 종업원 또는 부서에 속하는 종업원의 과반수라고 하기 위해서는 근로기준법의 개정이 필요할 수 있다는 점이다. 근로기준법 제24조는 근로자대표를 “그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합”과 “근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”라고 정의하고 있다. 이 문언에서 보면, “그 사업 또는 사업장”에 속하는 종업원의 과반수라고 명확히 정의되어 있다. 행정해석은 과거 이와 같은 문언에 충실하게 해석하였지만, 최근 행정해석³¹⁾을 보면 대법원 2009. 5. 28 선고 2009두2238 판결³²⁾을 인용하면서 “근로자대표 제도의 취지와 대법원 판례 취지 등을 고려할 때, 귀하가 질의하신 사례가 사업장의 특정 직종(시설직 등)만을 대상으로 탄력적 근로시간제를 도입하는 등 특정 직종이나 직군에 한정하여 적용되는 사항일 경우에는 해당 직종이나 직군 근로자의 과반수를 대표하는 자를 근로자대표로 선정할 수 있을 것”이라고 하고 있다. 하지만 이 판결은 취업규칙 불이익 변경에서 불이익을 받게 되는 근로자의 과반수의 개별적 동의가 필요하다는 점을 확인한 것이기 때문에 이와 같은

31) 근로기준정책과 1357, 2021. 5. 7.

32) 이 판결은 취업규칙의 불이익 변경 동의의 주체가 누구인지에 관한 것이다. 이 판결은 “근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의 주체가 된다.”고 하고 있다.

해석을 근로자대표제도에 대해서도 적용할 수 있는지는 의문이다. 만약에 근로자대표를 해당 근로시간제도가 적용될 예정인 직종이나 직군 근로자의 과반수 대표라면, 과반수 노동조합의 의미도 이와 동일하게 이해하여야 하는 문제가 발생한다. 새로운 행정해석은 법률의 문언의 의미를 뛰어넘는 해석으로서 법률 해석 방법론과도 맞지 않고, 대법원 2009. 5. 28 선고 2009두 2238 판결의 사안에도 맞지 않는다. 이 문제는 현행 근로기준법상의 근로자대표제도의 불비에 기인한 것으로서 관련 법령의 정비가 시급하다.³³⁾³⁴⁾

둘째로 선택적 근로시간제도는 업무의 시작 및 종료 시각을 근로자의 결정에 맡겨야 한다는 요건이 제도의 시행 중에 항상 관철되어야 한다. 이것이 관철되지 않는다면 선택적 근로시간제도를 가장한 탄력적 근로시간제가 될 것이다. 해당 기업의 업무 수행 방식 등 구체적인 사정에 비추어 볼 때 의무적 근로시간대의 설정만으로는 업무의 정상적이고 효과적인 수행이 어렵기 때문에 선택적 근로시간대에 근로자의 출퇴근 자유가 제대로 확보되지 않은 경우에는 선택적 근로시간제를 도입하여도 제도 본래의 목적을 달성할 수 없을 가능성이 매우 높다. 다시 한번 강조하지만 선택적 근로시간제도는 사용자의 업무상 필요성에 맞추기 위한 제도가 아니라 근로자의 시간 선택권 보장을 위한 제도라는 점에 유의하여야 한다.³⁵⁾³⁶⁾

셋째로 선택적 근로시간제의 정산기간에 관해서 신상품 또는 신기술의 연구개발 업무에 한하여 정산기간을 3개월 이내로 한 것은 “6.23. 노동시장 개혁 추진 방향”에서 지적하고 있는 것처럼 그 범위의 불명확성, 형평성 등에 문제가 있다는 것은 분명하다. 하지만 특정 업무에

33) 근로자대표제도에 관련 법령 정비의 필요성이 이미 수없이 제기되었다. 2020. 10. 16. 경제사회노동위원회에서는 근로자대표의 입법적 불비를 해결하기 위한 법제도 개선에 합의하였다.

34) 이 문제의 핵심은 근로자대표와 개별 근로자들의 의견과 이익이 상충하는 경우 등에 있어서 근로시간과 휴식에 관한 최저기준의 탄력적 적용을 어떻게 처리할 것인지이다. 현재 환경노동위원회 전체 회의에 계류 중인 법률 개정안은 2건인데 안호영 의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호 제2110049호 2021. 5. 12.)은 근로자대표와 개별 근로자들의 의견이 상충할 때에 대비하여 “부분 근로자대표”를 선출할 수 있도록 하고 있다(법률안 제92조의7).

35) IT SW 업계의 단체로 구성된 한국소프트웨어단체협의회는 지난 2019년 2월에 유연근로시간제도 중에서 선택적 근로시간제의 활용 가능성을 높이기 위해서 정산기간을 최소 6개월로 연장해 줄 것을 촉구하는 건의문을 국회와 경제사회노동위원회 등에 제출한 적도 있다(건의문 내용은 IT서비스업산업협회 홈페이지 참조(<http://www.itsa.or.kr>)). IT SW 업계는 그 근거로서 첫째로 IT SW산업은 수주형 개발 사업으로 고객과의 커뮤니케이션 과정에서 과업이 결정된다는 것이다. 둘째로는 공정이 진행되어 시스템이 가시화될수록 고객의 요구사항이 증가하기 때문에 기간별 과업 예측을 사전에 하는 것이 매우 어렵다는 것이다. 셋째로는 개발자의 전문기술과 축적된 노하우가 주요 생산수단으로, 프로젝트 완성 단계에서 다른 근로자로 대체할 경우 생산성이 감소하기 때문에 인력대체가 불가능하다는 점이다. 넷째로 프로젝트별/근로자별 업무량 편차가 크다는 점이다. 이러한 점 때문에 근로일과 근로일별 근로시간이 노사협정과 취업규칙에서 사전에 정해져야 하는 탄력적 근로시간제는 적합하지 않다고 주장한다. 이들 근거는 모두 사용자의 업무상 필요성에 관한 것으로서 근로자의 시간주권 보장에 관한 것은 하나도 없다.

36) 노동계에서는 선택적 근로시간제의 정산기간을 현행 1개월에서 3개월로 늘리면 근로시간 단축의 취지가 무색해질 정도로 장시간근로가 조장될 것이라고 한다(한국노동조합총연맹 등 주최 “실노동시간 단축 시행실태와 제도정착 방안”(정책토론회 2019. 9. 25.) 자료집, pp.22 이하).

한정하여 정산기간을 확대한 것은 업무의 시작 및 종료 시각에 관한 결정권이 형해화될 위험성이 적지 않다는 점을 염두에 둔 것이다. 2021년 근로기준법 개정에서는 초장시간 연속 근로로부터 근로자의 건강을 보호하기 위하여 근로일 간 11시간 연속휴식시간 부여를 정하고 있지만, 이것으로는 업무의 시작 및 종료 시각에 관한 결정권 보장이 담보되지 못한다.

넷째로 선택적 근로시간제도는 “정산”이 존재하며, 1주 12시간의 연장근로시간의 상한 규제도 적용된다는 점이다. 다만, 선택적 근로시간제도에서 연장근로의 상한 규제는 정산기간을 평균하여 1주 간에 12시간을 초과하는 것을 금지하는 방식으로 적용된다(근로기준법 제56조 제2항). 선택적 근로시간제는 업무의 시작 및 종료 시각에 관한 결정권이 근로자에게 있기 때문에 정산기간 동안 실제로 근로한 시간이 소정근로시간에 못 미치는지, 또는 넘는지를 정산하여야 한다. 이 정산을 통해서 할증임금을 지급하여야 할 시간 수가 특정될 뿐만 아니라 연장근로시간의 상한을 준수하였는지도 확인된다. 따라서 이와 같은 정산을 위해서는 사용자는 항상 근로자의 근로시간을 엄격하게 관리·기록·보존하고 근로자가 요구하는 경우에는 언제든지 열람하고 수정될 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않으면 정산을 둘러싸고 분쟁이 발생할 수 있고 분쟁이 발생하였을 때 근로자가 이를 증명하는 데 큰 어려움에 봉착할 수밖에 없다.³⁷⁾ 또한, 사용자가 정산기간 중에 근로자의 근로시간 관리를 안일하게 하면 정산기간의 종반기에 도달하였을 때에 그 이상 근로를 시킬 수 없을 상황도 발생할 수 있다. 이와 같이 선택적 근로시간제는 그 운영에 있어서 사용자에게 높은 인사관리 능력을 요구한다. 이와 같은 어려움은 선택적 근로시간제도의 정산기간을 확대하면 더욱 증가할 것이다. 더군다나 이와 같은 실제상의 어려움에 더하여 선택적 근로시간제에서는 과부족의 해결 방법, 연장근로 및 야간근로의 인정 방법, 선택적 근무시간대에서의 사용자의 근무지시 가능 여부에 관해서 여전히 판례나 행정해석에 의해서 명확히 확정된 것이 거의 없다고 할 수 있다.³⁸⁾

37) 이와 같은 문제점을 완화하기 위하여 근로기준법 제52조 제2항에서는 정산기간이 1개월을 넘는 경우에는 매 1개월마다 평균하여 1주 간의 근로시간이 근로기준법 제50조 제1항의 근로시간을 초과한 시간에 대해서는 통상 임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하도록 하고 있다. 이는 할증임금 지급을 목적으로 정산기간을 1개월 단위로 한 것과 동일한 효과가 있을 것이지만, 근로시간에 대한 관리·기록·열람·수정에 관한 조치가 없이는 소기의 효과를 거두기 매우 어려울 것이다.

38) 선택적 근로시간제를 둘러싼 법적 쟁점 및 논의 상황에 대해서는 정영훈(2020), 「선택적 근로시간제의 적법한 도입과 활용에 관한 연구」, 『사회법연구』, 40, pp.367~409 참조.

3. 전문직 종사자 근로시간 규제

가. 적용 제외(Exemption)

현행 근로기준법 제3장의 근로시간·휴식에 관한 규제는 최저기준을 정하고 이에 대해서 일정한 경우에 대해서 일정한 요건하에서 특정한 인적 집단에 대해서는 그 최저기준의 적용 자체를 제외하는 방법(이른바 Exemption)과 최저기준을 하회하는 근로시간·휴식에 관한 기준을 정할 수 있도록 하는 방법(이른바 Derogation)을 두고 있다. 근로기준법 제3장에서 전자는 제63조가 유일하고, 후자는 근로자의 개별적 동의부터 근로자대표에 의한 동의, 행정관청의 승인에 이르기까지 다양한 방식이 사용되고 있다.

전문직 종사자의 근로시간 규제 방법에 있어서 현행 근로기준법에서는 위의 두 가지 방식의 활용 가능성을 두고 있다. 근로기준법 제63조의 적용 제외를 활용하느냐 또는 근로기준법 제58조 제3항의 재량간주근로시간제도를 활용하느냐이다. 근로기준법 제63조를 활용하는 경우에는 제4호의 대통령령으로 정하도록 하는 업무의 범위를 확대하는 방법이 있을 수 있다. 그리고 재량간주근로시간제도를 활용하는 방법으로는 대통령령으로 정하고 있는 허용 대상 업종을 확대하는 방법이 있을 수 있다.³⁹⁾ 이 두 방법 모두 법률 개정이 필요 없다는 점에서 노동시장 개혁을 추진하는 정부 입장에서는 상당히 매력적으로 보일 수 있다.

그러나 근로기준법 제63조 제4호에 근거하여 대통령에게 부여된 행정입법의 권한은 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의라는 헌법적 한계를 준수하여야 한다. 근로기준법 제63조 제1호 내지 제4호에 업무 등을 규정한 것은 그것의 특수한 환경으로 인하여 근로시간과 휴게시간 규제에 있어서 일률적인 관리가 어렵다는 점이 적용 제외를 정당화하는 논거가 된다.⁴⁰⁾ 근로기준법 제63조 제4호의 대통령령으로 정한 업무인 “관리·감독 업무”의 의미를 대법원이 엄격하게 해석하고 있는 것도 바로 이 때문이다. 대법원은 이에 해당하는지 여부를 “기업경영자와 일체를 이루는 입장에 있고 자기의 근무시간에 대한 자유재량권을 가지고” 있는 사람을 의미한다고 한다.⁴¹⁾ 대법원의 이러한 해석은 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의에 근거하여 근로기준법 제63조의 취지와 목적에 따른 것이라고 할 수 있다. 따라서 대법원의 이와 같은 해석 범위를 넘을 수 있도록 시행령에서 그 업무 범위를 확대하는 것은 위헌적 평가를 받을 가능성

39) 재량간주근로시간제의 경우에도 근로자대표와의 서면합의가 요건으로 되어 있기 때문에 이 시간제의 활용성을 제고하기 위해서는 역시 근로자대표제도의 개선이 필요할 것이다.

40) 헌재 2021. 8. 31. 선고 2018헌마563 결정(이 사건에서는 축산업에 대하여 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항의 적용을 제외하는 근로기준법 제63조 제2호가 근로의 권리 및 평등권을 침해하는지 여부가 다투어졌다. 결론적으로 헌법소원은 기각이었지만 위헌의견인 헌법불합치의견이 5인이었다).

41) 대법원 1988. 4. 25. 선고 86다카1124 판결.

이 높다.⁴²⁾ 일본도 2019년 노동기준법 개정에 의해서 고도의 전문 업무를 수행하면서 고임금을 받는 근로자에 대해서 근로시간 적용 제외를 도입하면서 종래의 적용 제외에 관한 조문인 노동기준법 제41조에 이어서 제41조의2를 신설하여 그 세부적인 내용을 규정한 것도 바로 이 때문이다.

결국 전문직 근로자에 대해서 근로시간 규제의 적용 제외를 검토할 때에는 이러한 한계와 취지를 고려하면서 근로시간 규제를 하지 않아도 당해 근로자의 건강과 생명, 임금, 생활 등의 면에서 불이익이 발생할 위험이 현저히 적은 근로자 집단을 대상으로 하면서 발생할 수 있는 위험을 예방할 수 있는 조치도 함께 강구하여야 한다.

나. 재량간주근로시간제

근로기준법 제58조 제3항의 재량간주근로시간제는 조문의 표제에서 알 수 있듯이 “근로시간 계산의 특례”이다. 사용자가 “업무의 성질에 비추어 업무 수행 방법을 근로자의 재량에 위임”하고 있기 때문에, 즉, “업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시를 하지 아니하기 때문에, 근로시간 계산이 어렵다는 점에 착안한 것이다. 이러한 경우에는 근로자대표와 사용자가 서면으로 합의한 시간을 실근로시간과 관계없이 근로한 시간으로 보는 제도이다.

이 제도에 관한 쟁점은 크게 두 가지이다. 첫째는 적용 대상 업무가 대통령령으로 정해진 업무에 한하여 적용된다는 점이다. 둘째는 적용을 위해서는 근로자대표와의 서면합의가 필요하다. 이 제도의 실제 활용 상황은 극히 저조한데, 활용도를 제고하기 위하여 종래 대통령령으로 정한 대상 업무를 대폭 확대하고, 서면합의의 주체인 근로자대표의 단위를 적용 대상 근로자의 대표로 하여야 한다는 주장이 줄곧 제기되었다.

이 제도의 원류라고 할 수 있는 일본의 입법례를 보면, 1987년 노동기준법 개정으로 우리나라의 근로기준법에서 규정한 것과 동일한 재량간주근로시간제를 도입하였고(노동기준법 제38조의3), 그 후 대상 업무 범위 확대를 위한 논의를 거듭한 결과 2003년 법 개정에서 “사업의 운영에 관한 사항에 대한 기획, 입안, 조사, 분석 업무로서 당해 업무의 성질상 이를 적절하게 수행하기 위해서는 그 수행 방법을 대폭 근로자의 재량에 맡길 필요가 있기 때문에 당해 업무 수행 수단 및 시간배분 결정 등에 관해서 사용자가 구체적인 지시를 하지 않는 것으로 하는 업무”에 대해서도 적용하게 되었다(노동기준법 제38조의4).

일본의 재량간주근로시간제의 예를 보면, 우리나라의 재량간주근로시간제도 활용이 매우 엄

42) 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 이를 최종적으로 심사할 권한은 대법원이 가지고 있다(헌법 제107조 제2항).

격하게 억제되고 있다고 생각될 수 있다. 하지만 일본의 사례에서는 다음의 두 가지 점에 유의하여야 한다. 첫째, 1987년 노동기준법 개정 논의 당시에 근로시간 규제의 완화를 주장하는 측이 달성하려고 하였던 궁극적인 목표는 미국의 공정노동기준법에 규정되어 있는 이른바 화이트칼라이그젠헤이션(white collar exemption)과 같은 근로시간 규제의 대폭적인 적용제외제도의 도입에 있었다.⁴³⁾ 그 이후에도 일본 정부는 화이트칼라이그젠헤이션을 지속적으로 추진하여 후생노동성은 2007년 1월에 독자적으로 법개정안을 작성하기에 이르렀지만, 노동계가 거세게 반발함에 따라 정부는 법안 제출을 단념하였다. 둘째는 재량간주근로시간제도가 업무의 재량성이 제대로 부여되지 않은 근로자에 대해서도 적용되고 있으며, 이로부터 ‘공짜 연장근로’와 초장시간 근로가 조장되고 있다는 비판이 여전히 강하다는 점이다. 일본 정부는 2019년 노동기준법 개정 준비 과정에서 “기획업무형” 재량간주근로시간제의 요건을 완화하려고 하였다. 하지만 재량간주근로시간제의 적용·운영에 대한 비판이 노동계로부터 강하게 제기되자, 그 실태를 정확하게 파악하는 것이 우선이라고 판단하여 법안의 제출을 단념하고 2018년 9월부터 2019년 6월까지 조사 설계를 위한 전문가회의를 개최하여 조사 설계를 마친 후 2019년 8월부터 12월까지 사전 조사와 본조사를 실시하였다.⁴⁴⁾

재량간주근로시간제는 실근로시간과 관계없이 근로자대표와 사용자가 합의한 시간을 근로하였다고 간주하는 매우 독특한 제도로서, 일본의 예에서 알 수 있듯이 연장근로 규제의 적용 제외 과정에서 탄생한 잠정 조치의 성격이 매우 강하다. “업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시”를 하지 않는 근로자의 경우에는 임금과 근로시간의 관계를 일정 부분 절연한다는 목적은 상당 부분 긍정할 수 있다. 하지만 이 점은 이 제도의 적용과 운영에서 가장 어려운 부분이라고 할 수 있다. 근로기준법 제63조 제4호의 관리감독자는 기업 경영자와 일체를 이루고 있어서 근로시간에 대해서 자유재량을 가지고 있다는 점에서 그 의미가 객관적으로 확정될 수 있지만, 재량간주근로시간제에서는 사용자와 근로자대표가 “업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시”를 하지 않을 것을 합의하는 것에 의존할 뿐이다. 고용노동부는 2018년 근로기준법 개정 이후 재량간주근로시간에 관한 문의가 폭증하자 2019년 7월 31일에 「재량간주근로시간제 운영 가이드」를 작성하여 배포하였는데, 그 초점은 시간 배분의 재량성이 어느 정도 인정되어야 하는지에 맞춰져 있다. 현행 법 시행령에서는 허용 대상 업무를 전문적 업무로 제한하고 있다고 하지만, 근로

43) 1987년 노동기준법 개정은 1주의 법정기준근로시간을 40시간으로 단축하면서 근로시간 규제의 유연화를 위한 탄력적 근로시간제와 간주근로시간제도 도입되었다는 점에서 매우 큰 의미를 가진다(濱口圭一郎(2004), 『労働法政策』, ミネルヴァ書房, pp.273-280).

44) 재량간주근로제를 둘러싼 논란과 조사 경위 및 결과, 향후의 쟁점 등에 대해서는, 中里孝(2022), 「裁量労働制をめぐり課題」(国会図書館 ISSUE BRIEF No.1189); 재량간주근로시간제에 대한 비판적 검토로는 塩見卓也(2018), 「裁量労働制の提案はなぜ失敗したのか」, 『法学セミナー』, 63(7), pp.38-43 등을 참조.

자대표와의 서면합의와 대상 업무의 한정으로는 업무 수행 수단과 시간 배분에 관한 근로자의 재량성이 담보되기에는 매우 부족하다. 이를 위해서는 이 제도의 도입과 운영에 관한 요건에서 기업 내에서 그 근로자의 지위 및 권한 등도 고려될 필요가 있다. 나아가 제도의 취지와 목적이 성과에 따른 보상에 그 목적이 있다고는 하지만 제도의 요건에는 근로시간과 절연된 임금제도에 대해서는 아무런 언급이 없다. 성과에 대한 보상제도가 제대로 마련되어 있는 경우에는 개별 근로자가 재량간주근로시간제도를 선택한 것에 관한 임의성도 일정 정도 추정될 수 있을 것이다.

하지만 현 단계에서 중요한 것은 재량간주근로시간제도의 도입 및 운영 실태를 정확하게 파악하는 것이다. 특히 업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관한 근로자의 결정권 보장 상황, 실근로시간 및 간주근로시간, 근로자의 건강에 미치는 영향 등에 대한 면밀한 조사 및 근로감독이 필요할 것이다. 그리고 이를 바탕으로 “재량근로”에 대해서 근로시간으로 “간주”하는 것을 본질로 하는 근로시간제도가 과연 현실성 있는 제도인지, 어떠한 인적 집단에게 효과적인 제도인지를 평가하는 것이 중요하다고 할 것이다.

4. 특례업종의 확대

새 정부 출범 이후 근로기준법 제59조의 근로시간 및 휴게시간 특례제도가 적용되는 업종에 스타트업이 추가하여야 한다는 의견이 관련 업계를 중심으로 꾸준히 제기되고 있다. 근로시간 및 휴게시간 특례제도는 종래 장시간 근로의 온상으로 비판받아 왔음은 주지의 사실이다. 2018년 근로기준법 개정은 이러한 문제점을 바로잡기 위하여 특례업종 수를 대폭 축소하고 특례업종을 제59조의 법률 본문에 한정적으로 열거하는 방식을 취하였다. 이전에는 “그 밖에 공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요한 경우”에는 대통령령으로 해당 사업을 정할 수 있었다. 이러한 상황에서 신규 스타트업을 특례제도에 추가하기 위해서는 근로기준법 개정이 필요하다.

연장근로 규제의 전체 체계에서 볼 때, 특례제도는 상태적으로 1주 52시간을 초과하여 근로하는 것이 불가피한 사업을 상정한 규제라고 볼 수밖에 없다. 왜냐하면 일시적이고 돌발적인 1주 52시간 초과 근로자에 대해서는 근로기준법 제53조 제4항의 특별연장근로에 의해서 대응될 수 있기 때문이다. 그런데 상태적인 1주 52시간 초과근로를 만연히 용인하는 것은 1일 8시간 및 1주 40시간의 법정기준근로시간, 그리고 1주 12시간 상한의 연장근로라는 원칙에서 한참 벗어난 예외로서 인간다운 근로기준의 범정화라는 헌법 제32조의 요청과 부합한다고 보기 어렵다. 2018년 근로기준법 개정으로 근로일 간 11시간 연속휴식제가 규정되어 그 한계가 설정되었지만, 상태적인 초장시간 근로의 허용을 정당화하기는 어려울 것이다. 더군다나 특례제도의 적용을 받는 업종을 선정하는 기준은 상당히 자의적일 수밖에 없다. “공중의 편의 또는 업무

의 특성상 필요한 경우”라는 추상적 기준을 생각해 볼 수 있겠지만, 스타트업이 이에 해당할 수 있는지는 의문이다. 더군다나 노동조합법 제71조의 필수공익사업도 아니면서 공중의 편익을 이유로 개인의 인간다운 조건에서 일할 권리를 심대하게 제약하는 입법이 헌법적으로 정당화되기 어려울 것이다. 사적인 이익과 관련된 “업무의 특성”이라는 기준의 부당함은 더 말할 나위도 없다.

위에서 언급한 바와 같이 생활시간 보장의 원칙을 법정화하는 가운데, 연장근로시간의 총량 단위 기간의 확대 등이 법정화된다면 1주 52시간을 넘는 근로를 상대적으로 허용하는 특례제도와 같은 예외는 과감히 폐지될 필요가 있다. 공중의 편익과 업무의 특성상 폐지의 어려움이 현저하다면, 차라리 근로기준법 제63조의 적용제외의 사업으로 규정하는 것이 논리적으로 타당할 것이다.

V. 맺음말

이 글에서는 근로시간 규제의 기축을 근로자의 생활시간 보장으로 전환하고 이를 위해서 세 가지 원칙을 법제화할 것을 제안하였다. 그리고 이러한 법제도적 환경의 정비에서 근로시간 규제의 유연화를 위하여 유의하여야 할 사항에 대해서 검토하였다.

강행적인 노동보호법의 이념적 토대가 근로자의 자기결정권 보호라고 한다면, 현재의 근로기준법의 근로시간 규율은 근로자 개인의 자기결정권 및 집단적 결정권 보장보다는 근로자의 생존권 보호에 치우친 점이 있다는 점을 부정하기는 어려울 것이다. 우리는 집단과 개인의 관계에 대해서 다시금 성찰하지 않을 수 없다.⁴⁵⁾ 독일의 노동4.0 논의에서도 잘 드러났듯이 현대 노동사회에서 근로시간에 대한 근로자의 이해관계는 다양하다. 따라서 근로자의 생활시간 보장을 획기적으로 강화할 수 있는 조치를 입법화하는 것과 함께 노사 자치에 의한 근로시간 규율 가능성도 확대할 필요가 있다.

하지만 여전히 우리는 장시간 근로에 따른 근로자의 생명과 건강에 대한 현실적인 위협이 사라지지 않고 있는 시대를 살고 있다. 과로에 의한 사망(Death from overwork), 즉 과로사가 연간 수백 건 업무상 재해로 인정되는 상황은 과로를 당연시하는 기업문화가 만연해 있음을 방증한다. 과로사를 박멸하는 길에서 출발해야 근로자의 시간주권 보장의 길, 그리고 노사 자치에 의한 근로시간 규율 가능성 제고의 길로 본격적으로 진입할 수 있을 것이다. **KL**

45) 노동법에서 집단과 개인의 관계에서 선구적인 통찰과 반성을 보여준 문헌으로는 西谷敏(2005), 『労働法における個人と集團』, 有斐閣.

[참고문헌]

- 강영철(2008), 「성과관리제도의 수용성에 미치는 영향요인 분석 : 조직구조, 조직문화, 성과지표를 중심으로」, 『정책분석평가학회보』, 18(3), pp.123~152.
- Cable, D. M. and D. S. DeRue(2002), “The Convergent and Discriminant Validity of Subjective Fit Perceptions,” *Journal of Applied Psychology*, 87, pp.875~884.