

근로기준법상 휴일과 연차휴가에 관한 소고

(An Essay on Holidays and Annual Leave
under the Labor Standards Act)

강 성 태(Kang, Seong-tae)

한양대학교 법학전문대학원 교수

요 지

이 글은 근로기준법상 휴식 제도 중에서 현실적으로 분쟁이 잦은 휴일 및 연차휴가와 관련된 몇 가지 쟁점을 살펴보는 데 목적이 있다. 이를 위해 먼저 해석론을 위한 사전적 검토로서 휴식이 근로계약에서 가지는 의미와 우리나라 휴식제도의 문제점을 살펴보고 국제노동기준과 우리 휴식제도를 비교하여 보았다. 본문에서는 휴일과 연차휴가에 관련하여, “주휴일과 휴일의 관계는 어떠한가? 휴일근로의 시간 수(數)는 연장근로의 시간 수 계산에서 어떻게 취급하여야 하는가? 가산임금의 지급 대상이 되는 휴일근로란 무엇인가? 여기에는 연차휴가일의 근로도 포함되는가? 연차휴가권의 발생이나 연차휴가일수 산정과 출근율의 관계는 어떠한가? 특히 파업기간은 어떻게 처리하여야 하는가?” 등을 중점적으로 살펴보았다.

우리 사회의 긴박한 과제 중 하나가 장시간 노동 체제로부터 정상적인 노동 체제로의 전환이다. 이를 위해서는 우리의 휴식제도가 근로자의 건강보호와 여가시간 확보라는 본래의 취지에 맞게 운영되도록 해야 한다. 휴식은 근로시간과 함께 근로계약의 본질적 요소로서 우리 사회의 지속가능성을 위한 필수적 전제이다. 휴식이 제 기능을 발휘하려면 무엇보다 휴식을 금전적 보상으로 전환하는 노사의 담합을 배제하여야 한다. 휴일과 연차휴가에 관한 법 해석에서도 관련 규정상 근로 보상적 성격을 최대한 탈각시키고 휴식 보장적 성격이 드러나도록 해야 한다. 해석의 방향은 다음과 같다.

첫째, 1주일에 하루는 반드시 휴일로 보장되도록 별칙 규정을 제대로 적용해야 한다. 둘째, 휴일근로의 시간 수도 연장근로의 시간 수에 포함시키는 것이 맞으므로 휴일근로가 동시에 연장근로가 되는 경우에는 중복 가산한 할증 임금을 지급해야 한다. 셋째, 가산임금의 대상이 되는 휴일근로에는 법령 또는 단체협약, 취업규칙 등을 통해 근로계약상 근로의무가 없는 날, 즉 모든 휴일의 근로가 포함된다고 해석함이 옳다. 또한 연차휴가일의 근로 중에서 특히 근로자가 시기지정권을 행사하여 특정된 휴가일의 근로는 그 성격이나 기능이 휴일과 실질적으로 다르지 않으므로 가산임금의 지급 대상인 휴일근로로 보아야 할 것이다. 마지막으로 연차휴가제도는 국제노동기준에 맞게 휴식 보장적

인 제도로 바꾸어야 한다. 입법적 개선이 필요하겠으나, 우선은 근로기준법상 법정 출근율을 연차휴가 자체가 아니라 연차휴가수당의 요건으로만 해석하는 것이 바람직하다. 그리고 정당한 파업 기간 등은 출근율 계산에서 소정근로일에서 제외하는 것이 옳다.

주제어: 휴식, 주휴일, 휴일근로, 연차(유급)휴가, 연차휴가수당, 연차휴가근로수당

◆논문접수: 2015. 11. 2. ◆심사개시: 2015. 11. 2. ◆게재확정: 2015. 11. 20.

근로기준법상 휴일과 연차휴가에 관한 소고

강 성 태

I. 서론: 글의 목적

휴식제도는 장시간 근로로부터 근로자의 건강을 보호하는 한편, 근로자에게 시민으로서 생활하는데 필요한 시간(여가)을 확보해 주려는 제도이다.¹⁾ 또한 휴식제도는 일정한 한도에서 근로시간의 길이와 배치를 규제하며, 이 측면에서는 광의의 근로시간 제도에 속한다. 현행 근로기준법은 일반 근로자의 기본적인 휴식제도로서 휴게, 주휴일 및 연차휴가를 두고 있다. 이 글은 이러한 일반적인 법정 휴식제도 중에서 현실적으로 분쟁이 잦은 휴일 및 연차휴가와 관련된 몇 가지 해석상 쟁점들을 살펴보는 데 목적이 있다.²⁾ 이 목적의 달성을 위해 이 글은 아래와 같이 구성한다.

우선 해석론을 위한 사전적 검토로서 휴식이 근로계약에서 가지는 의미와 우리

-
- 1) 각 휴식제도의 주된 기능에는 상대적인 차이가 있다. 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마619 결정도 “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 것으로 본래적 의미에서의 ‘여가’를 보장한 것”이라고 한다. 그러나 이러한 차이는 상대적이어서 모든 휴식은 근로자의 건강보호와 여가확보라는 목적을 같이 가진다.
 - 2) 이 글에서는 다음의 책과 논문을 많이 참조하였다. 우선 책으로는 김유성, 노동법(Ⅰ), 법문사(2005); 김지형, 근로기준법 해설, 청림출판(2000); 김형배, 노동법(24판), 박영사(2015); 박계성 외, 장시간노동과 노동시간단축(Ⅱ), 한국노동연구원(2011); 배규식 외, 장시간노동과 노동시간단축(Ⅰ), 한국노동연구원(2011); 이병태, 최신 노동법(9전정판), 중앙경제(2008); 임종률, 노동법(13판), 박영사(2015); 하갑래, 근로기준법(27전정판), 중앙경제(2015) 등이고, 다음으로 논문(단행본의 독립적 글 포함)으로는 강성태, “휴일의 개념”, 장시간노동과 노동시간단축(Ⅱ), 한국노동연구원(2011); 김근주, “연차휴가제도의 보상적 성격에 관한 비판적 검토”, 노동법연구 39호, 서울대노동법연구회(2015); 김홍영, “연·월차휴가에 대한 사용자의 시기변경”, 월간노동법률 130호, 중앙경제(2002. 3.); 박중희, “연차휴가일수 비례산정의 타당성”, 월간노동법률 274호, 중앙경제(2014. 3.); 이정환·김진, “제55조”, 근로기준법주해(Ⅲ), 노동법실무연구회(2010); 이철수, “연차휴가제도”, 장시간노동과 노동시간단축(Ⅱ), 한국노동연구원(2011) 등이다.

휴식제도의 문제점을 살펴보고 국제노동기준과 우리 제도를 비교하여 본다. 앞의 검토를 통해서 휴식이 근로계약과 근대 사회에서 차지하는 중요성을 명확히 하며, 뒤의 둘을 통해서 우리 휴식제도의 현황과 국제노동기준과 비교함으로써 해석론의 방향을 분명히 한다. 다음은 본격적인 검토로서 휴일과 연차휴가에 관련하여 이론적으로나 현실적으로 중요하다고 생각되는 몇 가지 쟁점들을 살펴본다. “주휴일과 휴일의 관계는 어떻게 되는가? 휴일근로의 시간 수(數)는 연장근로의 시간 수 계산에서 어떻게 취급하여야 하는가? 가산임금의 지급 대상이 되는 휴일근로란 무엇인가? 여기에는 연차휴가일의 근로도 포함되는가? 연차휴가권의 발생이나 연차휴가일수 산정과 출근율의 관계는 어떠한가? 특히 파업기간은 어떻게 처리하여야 하는가?” 등을 중점적으로 살펴볼 것이다. 마지막으로 앞의 논의를 정리하는 한편 우리 휴식제도의 개선 방향에 관해 간략히 의견을 제시하는 것으로 결론에 대신한다.

II. 해석론을 위한 사전 검토

1. 근로관계에서 휴식의 의의

근로계약은 출발에서부터 근대적 사고와 친하지 않았다. 누구든지 자신에 속한 것이라면 자유로이 처분할 수 있다는 대원칙도 인간 자체는 거래의 대상이 될 수 없다는 근본원칙을 넘어서기가 쉽지 않았기 때문이다. 두 원칙을 조화시키는 법적 관념과 기술이 한편으로는 구체적 인간에서 추상적 인격과 노동력을 분리하는 것이었고, 다른 한편으로는 노동력 거래를 시간과 기간 단위의 노동력임대로 간주하는 것이었다. 노동력의 거래는 근대 민법전에 전형 계약 중 매매가 아니라 임대차에 기대어 계약 형태로 편입되었다.³⁾

근로계약에 따라 형성되는 근로자와 사용자의 노동력 거래 관계를 근로관계라

3) 근대 민법전들은 고용관계를, ‘노무임대차’ 정도로 번역할 수 있는, ‘locatio conductio’의 틀로써 설명하였다. 예를 들어 1804년 나폴레옹 법전, 1865년 이탈리아 민법전, 1804년 벨기에 민법전, 1878년 덴마크 민법전, 1838년 네덜란드 민법전, 1896년 독일 민법전 등이 대표적이다. 근로관계는 ‘locatio conductio operis faciendi’이나 ‘locatio conductio rerum’에 빗대어 설명되었다. Bruno Veneziani, “Development of Employment Contract(Chapter 1),” *The Making of Labour Law in Europe* (Bob Heppel ed., Mansell Publishing 1986) 참조.

고 할 때, 근로기준법은 이를 근로 제공과 임금 지급의 교환 관계로 정의한다(제2조 제1항 제4호 참고). 이러한 근로관계가 근대적 계약관계로 자리 잡기 위한 논리적 기초는 자유의사와 시간이다. 근대 사회는 노동에서 강제와 신분을 배제하는 것으로부터 출발하였다. 자유의사가 근로제공에서 강제를 배제하기 위한 것이라면,⁴⁾ 시간은 근로관계에서 신분적 흔적을 지우기 위해 필요하다. 아무리 근로자의 자유의사에 따른 근로의 제공이라고 해도 시간의 제한이 없는 관계는 실질적으로는 신분 관계와 다르지 않기 때문이다. 결국 시간은 자유의사와 함께 자신의 노동력의 처분을 타인에게 맡길 수 있는 계약의 기초이다. 그런 점에서 근로시간은 근로계약의 필수적 요소이다.

근로 제공을 사용자에게 노동력의 처분을 맡기는 것이라고 할 때, 근대적인 근로란 근로자가 자유의사에 따라 시간을 정해서 자신의 노동력에 관한 처분을 타인에게 맡기는 것이라고 할 수 있다. 그런데 이렇게 사용자에게 맡겨진 노동력의 처분권이 신분적인 것이 되지 않기 위해서는 거래의 당사자이자 노동력의 주인인 근로자가 계속하여 자유로운 시민으로서 지위를 회복하여야 한다. 자유로운 시민으로서의 지위란 시간을 자신의 뜻에 따라 자유로이 처분할 수 있는 지위를 말하며, 그 주기는 적어도 1일과 1주에는 정기적으로 정해져야 한다. 이렇게 시민으로서의 지위 회복을 위한 시간이 바로 휴식이다. 근로시간뿐만 아니라 휴식에 의해 근로관계는 근대적 계약관계로 자리매김할 수 있었다. 이 지점에서 로마법상 임약(賃約, locatio conductio)에서 갈려져 나온 도급(locatio conductio operis)과 고용(locatio conductio operarum)은 근대적 계약 형태로 자리 잡는 과정에서 뚜렷한 대조를 보이게 된다.

근로계약에 따라 사용자가 획득하게 되는 노동력에 관한 처분 권한이란 근로자의 힘과 능력에 관한 것이기도 하지만, 필연적으로 근로자의 시간을 자신의 의사에 따라 사용할 수 있는 법적 힘이기도 하다. 휴식이란 이렇게 사용자에게 맡겨졌던 시간주권을 원래의 주인인 근로자가 회복하는 것이다. 그 시간에 사용자의 개입이나 간섭이 없어야 한다는 것은 근로자의 자기 처분을 위한 필수 요건이다. 휴식하는 동안 실제로 쉴지 아니면 다른 활동을 할지는 근로자가 정할 몫이며, 사용자는 그 시간의 완전한 자유 이용을 방해하거나 저해하는 간섭 그 밖에 일체의 개

4) 근로기준법은 '근로자의 자유의사에 어긋나는 근로'를 강제근로라 한다(제7조 참고).

입을 할 수 없다는 이야기이다.

휴식제도는 자기처분시간(또는 자기시간)을 확보하기 위한 것이다. 다시 말해 육체적·정신적 휴양이나 여가시간의 확보 등과 같은 역사적이고 기능적인 목적에 앞서 휴식 그 자체가 본래적 목적이다. 규범적으로 말하자면, 근로자가 인간으로서의 존엄과 가치에 기초한 행복의 추구를 위해 또한 인간다운 생활을 위해 자기 시간을 확보하도록 함이 휴식의 기본 목적 또는 취지이다.

이렇게 근로시간과 휴식은 근로계약의 기초이자 근대 사회의 핵심적 요건이며, 헌법적 가치를 실현하는 초석이다. 거의 모든 국가의 노동법이 근로시간과 휴식에 관해서는 여타 근로조건과 달리 근로자의 자유의사나 노사의 자치에 방임하지 않고 강행법적 규율을 엄격히 관철시키고자 하는 이유도 바로 이 때문이다.

2. 우리 휴식제도의 개관과 문제점

가. 법정 휴식제도의 개관

현행 근로기준법은 일반 근로자의 기본적인 휴식제도로써 휴게, 주휴일 및 연차휴가를 두고 있다.⁵⁾ 이들은 근로자가 사용자의 지휘명령에서 벗어나 자유롭게 이용할 수 있도록 함으로써 자신의 건강을 보호하고 시민적·문화적 생활에 필요한 여가시간을 확보하도록 하는데 목적이 있다고 한다.

휴게는 근로자가 하나의 근로일 도중에 사용자의 지휘명령으로부터 벗어나 자유로 이용할 수 있도록 하는 시간으로, 근로기준법은 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 하고(제54조 제1항), 휴게시간은 근로자가 자유로 이용할 수 있다고 정하고 있다(제54조 제2항).

주휴일은 근로주(working week)와 근로주 사이에 근로자에게 보장되는 휴식일로서, 근로기준법은 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 하고(제55조), 휴일근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금을 지급하여야 한다고 규정한다(제56조). 주휴일 부여 의무의 위반(제110조 제1항)과 가산임금 지급의무

5) 여기서 '일반 근로자'라는 말은 공무원이나 선원 등 근로시간과 휴식에 관한 특별법이 적용되는 근로자와 대비하기 위해, 그리고 '기본적인 휴식'이란 말은 모성이나 부성의 보호를 위한 특별한 휴식(또는 가족책임을 위한 휴식들), 가령 생리휴가나 출산전후휴가, 배우자출산휴가, 육아휴직 등과 대비하기 위해 사용하였다.

의 위반(제109조 제1항)에는 각각 벌칙이 따로 있다.

연차휴가는 비교적 장기에 걸쳐 근로자가 휴식일을 선택하는 제도로서, 근로기준법은 첫째, 계속근로연수가 1년 이상인 근로자에게는 1년간 8할 이상 출근 시 15일의 유급휴가와 근속연수에 따른 가산휴가를 주되(제60조 제1항, 제60조 제4항) 1년 미만인 근로자에게는 1월간 개근 시 1일씩 유급휴가를 주도록 한다(제60조 제2항). 둘째, 연차휴가는 근로자가 청구한 시기에 주어야 하나, 사용자는 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(제60조 제5항). 셋째, 연차휴가는 1년간 행사하지 아니한 때에는 소멸되며(제60조 제7항), 사용자는 연차휴가사용촉진 조치를 취한 경우 미사용 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다(제61조).

나. 우리 휴식제도의 문제점

우리 휴식제도의 가장 큰 특징이자 문제점은 근로시간 규제 기능이 매우 약하다는 것이다. 근로시간의 규제란 근로시간의 길이와 배치에 관한 것인데, 우리 휴식제도는 길이 규제는 물론 배치 규제에서도 별다른 역할을 못하고 있다. 주요 원인은 다음과 같다.

첫째, 일간(최소)휴식시간의 부재이다. 근로시간의 길이를 규제하는 방법에는 최대근로시간을 강제하는 방법(전방 규제형), 단위 기간별 최소휴식시간을 정하여 그 기간의 최대근로시간을 제한하는 방식(후방 규제형) 그리고 양자의 병행 방식(전후방 규제형)이 있다. 휴식이 근로시간 규제에서 기능을 하는 경우는 후방 규제형이다. 일간휴식시간이란 근로일과 근로일 사이에 확보되어야 하는 최소한도의 비(非)근로시간으로서 대다수 국가에서 채택하고 있는 기본적 휴식제도의 하나이지만,⁶⁾ 우리나라에는 선원법상 선원을 제외하면 이 제도가 없다.⁷⁾

6) 독일의 근로시간 관련 법령에서 최소휴식시간(Ruhezeit)은 일반적으로 귀가를 위해 사업장을 떠날 때에 시작되어 다음 근로를 위해 사업장에 출근할 때 종료되는 것으로 본다(Reinhard Richardi(Hrsg) (2009), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 3., Aufl., C.H.Beck, § 299, Rn. 1[박귀천, “근로시간 특례제도”, 장시간노동과 노동시간단축(II), 한국노동연구원(2011), 97 이하에서 재인용]. 성인근로자의 최소휴식시간은 근로시간법 제5조, 청소년근로자의 그것은 청소년근로보호법 제13조에서 각각 규정하고 있다. 전자는 11시간, 후자는 12시간이다.

7) 선원법 제60조 제3항은 “선박소유자는 …… 선원에게 임의의 24시간에 10시간 이상의 휴식시간과 임의의 1주간에 77시간 이상의 휴식시간을 주어야 한다. 이 경우 임의의 24시간에 대한 10시간 이상의 휴식시간은 한 차례만 분할할 수 있으며, 분할된 휴식시간 중 하나는 최소 6시간 이상 연속되어야 하

둘째, 가산임금 제도에 의해 휴일근로가 억제되지 못하고 있다. 가산임금 제도는 가중된 금전적 부담을 통해 우리 사회에서 질이 나쁜 근로를 사전적으로 억제하려는 제도로서 그 대상은 연장근로, 야간근로 및 휴일근로이다. 연장근로는 근로시간의 길이를, 야간근로와 휴일근로는 근로시간의 배치를 규제하려는 것이다. 그러나 현실에서는 가중된 금전 '보상'을 목적으로 휴일근로 또는 셋 중 둘 이상이 중첩된 근로가 종종 발생하고 있다. 가산임금 제도의 본래 목적이 부차적 목적에 의해 전도되고 있는 것이다. 기존 행정해석이나 학설은 이런 비정상적 노동을 방임하거나 촉진하여 왔다.

셋째, 연차휴가의 취득 요건이 엄격하고 실제 사용 비율도 낮다. 2011년 고용노동부의 기업체 노동비용조사 보고서에 따르면 우리나라 전체 근로자의 연차휴가 발생일수는 11.4일로 법이 예상하는 기본휴가일수인 15일에 못 미친다.⁸⁾ 또한 근로자들은 발생한 연차유급일 수조차 여러 가지 이유로 소진하지 못하고 있다.⁹⁾ 전체 근로자의 평균 사용일수는 7일로 평균 4.4일을 사용하지 않아 연차휴가소진율은 61.4%에 불과하다. 흥미로운 점은 기업의 규모가 클수록 소진율이 더욱 떨어진다는 점이다. 30인 미만(10~29인) 사업장의 근로자의 경우 연차휴가 발생일수 9.8일 중 미사용일수는 3.5일로 소진율은 64.3%인 반면, 500인 이상 사업장의 근로자의 경우 연차휴가 발생일수 16.6일 중 미사용일수는 7.7일로 소진율은 53.6%에 불과하다.¹⁰⁾ 연차휴가를 전부 사용하지 않는 이유는 '회사 업무가 집단적, 협력적인 작업이라서 다른 사람들의 업무에 지장을 초래할까봐 연차휴가 사용을 꺼리게 됨'이 42.9%로 1위, '추후에 연차휴가수당을 지급받기 위해 실제 휴가 사용을 꺼림'이 27.7%로 2위였고, '업무 자체가 많아서 연차휴가 사용이 곤란함'이 3위로 24.9%이었다.¹¹⁾

3. 국제노동기준과의 비교

고 연속적인 휴식시간 사이의 간격은 14시간을 초과하여서는 아니 된다."라고 한다.

8) 영세기업과 소기업들의 고용비중이 높고, 근속기간이 1년 미만이거나 비정규직인 근로자의 비율이 높으며, 우리나라 전체 근로자의 평균 근속기간이 낮은 것 등이 주요한 원인이다(배규식 외(주 2), 159~160 참고).

9) 배규식 외(주 2), 160~161 참고.

10) 고용노동부, 기업체 노동비용조사 2010(2011) 참고.

11) 한국노동연구원, 사업체 패널 2009(2010) 참고.

가. 주휴일

주휴일에 관한 핵심적인 국제노동기준은 국제노동기구(ILO)의 제14호 협약(공업 부문의 주휴일 협약, 1921년)과 제106호 협약(상업 및 사무직 부문의 주휴일 협약, 1957년)이다. 이 두 협약에서 나타난 주휴일 원칙은 네 가지다.¹²⁾ 첫째, 정기 부여의 원칙(Regularity)으로 주휴일은 매주 정기적으로 주어어야 한다. 둘째, 계속 부여의 원칙(Continuity)으로 휴식 기간은 단절 없이 24시간 이상 부여되어야 한다.¹³⁾ 셋째, 일제 부여의 원칙(Uniformity)으로 주휴일은 해당 사업장의 모든 근로자에게 일제히 부여되어야 한다. 마지막으로 전통이나 관습의 존중(Respect for established traditions or customs)으로 주휴일은 가능한 한 해당 국가와 지역의 전통이나 관습상 휴일로 정해진 날과 일치하도록 정해져야 한다.

국내기준과 비교하면 우선, 주휴일의 길이 측면에서 우리 법은 협약 기준(24시간)은 충족하나 권고 기준(36시간)에는 미달한다. 둘째, 정기 부여, 일제 부여, 전통이나 관습의 존중은 우리 법에 명문의 규정이 없다. 셋째, 계속 부여의 원칙에 관해서는 우리 법에 명시된 바 없으나 해석상 이견이 없이 긍정한다. 넷째, 주휴일의 유급성은 국제노동기준에는 없는 우리 법의 특징이다.

나. 연차휴가

연차휴가와 관련된 현재의 국제노동기준은 국제노동기구가 1970년에 채택한 제132호 협약(연차유급휴가 개정 협약)으로 그 주요 내용은 다음과 같다.¹⁴⁾ 첫째, 연차휴가를 부여받을 수 있는 최저 근무기간은 6개월을 넘을 수 없다(제5조 제1항과 제2항). 둘째, 휴가일수의 최저한도는 1년간의 근무에 대하여 3근로주이며(제3조 제3항), 만약 근무할 기간이 1년 미만이면 그 기간에 비례한 휴가를 주어어야 한다(제4조 제1항). 셋째, 휴가기간에는 통상적이거나 평균적인 보수(normal or average remuneration)를 지급하여야 하며(제7조 제1항), 특별한 약정이 없는 한 보수는 휴가 전에 지급하여야 한다(제7조 제2항). 넷째, 휴가의 시기는 근로자 또

12) Neville Rubín, Code of International Labour Law (Vol. II Book 2) (Cambridge 2005), pp.1285~1288
참고.

13) 제103호 권고(상업과 사무직 부문의 주휴일 권고)는 '가능한 한' 36시간 이상의 계속된 휴식을 부여 받아야 한다고 정하고 있다.

14) 이 외에도 1936년의 제52호 협약과 제47호 권고, 1954년의 제98호 권고가 있다.

는 근로자대표와 협의하여 사용자가 결정하되, 업무의 필요성, 근로자가 이용할 수 있는 휴식 및 휴양을 위한 기회를 고려하여야 한다(제10조).

국제노동기준과 비교할 때 우리 제도의 가장 큰 특징은 출근율이다. 국제노동기준에서 휴가권의 요건으로 정하는 6개월의 근무기간은 우리 법에서 규정하는 1년 이상의 근속연수에 해당하는 것이고, 우리 법에서 연차휴가권 취득을 위해 매년 요구하는 직전 연도의 8할 이상 출근율은 국제기준에서는 요구하지 않는다. 둘째, 휴가일수의 최저한도는 15일인데, 이는 국제노동기준과 거의 같은 수준이다. 다만 1년 미만의 근무에 대한 비례적 휴가는 국제기준에서는 휴가 향유의 단위기간인 반면, 우리는 휴가권 취득에서 특별 취급의 요건이다. 셋째, 우리도 연차휴가를 유급으로 하고 있다. 넷째, 휴가의 시기에 관해 우리 법은 근로자의 시기지정권을 인정하여 국제노동기준보다 근로자에게 유리하다.

III. 휴일과 연차휴가와 관련된 몇 가지 쟁점들

1. 주휴일근로의 법적 효과

일주일 즉 연속하는 7일간 계속 근로하는 것이 현행 근로기준법상 가능한가? 일부 학설에서는 휴일근로에 관한 근로기준법 제56조를 근거로 이 질문에 '그렇다'고 답한다. 이하에서는 근로기준법에서 주휴일과 휴일을 어떻게 규정하고 있는지 그리고 주휴일 부여 의무의 내용이 무엇인지를 먼저 알아본 후, 주휴일근로의 법적 효과를 살펴본다.

가. 주휴일과 휴일

휴일이라는 용어는 여러 노동관계법에서 사용하고 있는데,¹⁵⁾ 가장 많은 규정은 근로기준법에 있다. 1주일에 1일 이상 유급휴일의 부여를 정하고 있는 제55조를 비롯하여 근로계약을 체결할 때 서면으로 명시할 근로조건 중의 하나로서 '제55조에 따른 휴일'을 정하고 있는 제17조, 휴일근로에 대한 가산임금을 정한 제56조 등이 대표적이다.¹⁶⁾

15) 공무원에 관해서는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조에서 '공휴일'이라고 한다.

16) 그 밖에 제53조 제4항, 제57조(보상휴가제), 제63조(근로시간·휴일 등의 적용제외), 제70조(연소자

근로기준법상 ‘휴일’이란 용어는 두 가지 의미 중 하나로 사용된다. 하나는 주휴일이고, 다른 하나는 그냥 휴일이다. 물론 후자로 사용될 때는 전자를 포함한다. 제55조는 그 제목에도 불구하고 주휴일을 의미하며 제17조의 ‘제55조에 따른 휴일’에서 말하는 휴일 역시 주휴일이다. 제55조를 구체화하여 유급휴일의 요건을 정하고 있는 근로기준법 시행령 제30조의 제목은 명시적으로 ‘주휴일’이다. 반면에 제53조 제4항에서 휴일, 제56조와 제57조에서 휴일근로라고 할 때의 휴일은 근로계약상 근로의무가 없는 날이라는 의미에서의 휴일을 말한다. 여기에는 앞의 주휴일을 비롯하여 근로자의 날과 같은 법정휴일은 물론 취업규칙이나 단체협약 등을 통해 근로계약상 근로의무가 없는 날로 정한 약정휴일도 포함한다.¹⁷⁾

양자의 구별은 특히 그 위반에 대한 벌칙의 적용에서 중요하다. 제56조는 가산 임금의 대상을 휴일근로로 넓게 파악하면서 그 위반에 대해서는 제109조에 따라 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 반면에 제55조는 주휴일을 부여하도록 하면서 그 위반에 대해서는 제110조 제1호에 따라 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

나. 유급주휴일의 부여

1) 유급주휴일 부여의 요건

근로기준법 제55조에 따라 사용자는 주휴일 부여 의무와 함께 주휴일수당(이하 ‘주휴수당’이라 한다)지급 의무를 진다. 그리고 근로기준법 시행령 제30조는, “법 제55조에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어져 한다.”고 하여, 1주간 소정근로일의 개근을 유급주휴일 부여의 요건으로 정하고 있다.

소정근로일이란 근로계약상 근로의무가 있는 날이므로 법령이나 취업규칙, 단체협약 등에서 근로의무의 설정을 금지하거나 면제함으로써 혹은 쟁의행위 기간처럼 기본권의 행사에 따라 근로의무가 정지됨으로써 근로계약상 근로의무가 없는 날은 소정근로일이 아니다.

그리고 개근이란 실제 출근을 하였거나 그렇게 볼 수 있는 것을 말한다. 실제 출근을 하였다면 지각, 조퇴, 외출 등의 사유로 근로일의 근로시간 전부를 근로하

와 여성의 휴일근로), 제93조(취업규칙의 기재사항) 등이 있다.

17) 같은 취지 하갑래(주 2), 347~348.

지 못하였더라도 그것을 출근이 아닌 것으로 취급해서는 안 된다.¹⁸⁾ 실제 출근을 하지 않았지만 그렇게 볼 수 있는 기간이 부당해고 기간이다.¹⁹⁾ 이 기간은 사용자가 근로수령을 부당하게 거부하고 있는 것이므로 법적으로는 근로자가 근로를 제공한 것과 같이 취급해야 하기 때문이다.

2) '소정근로일의 개근'을 충족하지 못한 경우

근로기준법 시행령 제30조에 따르면, 그 위헌 여부는 별론으로 하고,²⁰⁾ 1주 동안의 소정근로일을 개근하지 않은 근로자에게는 유급휴일을 주지 않아도 된다. 형식적으로 보면 주휴수당뿐만 아니라 주휴일 자체도 주지 않을 수 있다는 해석이 가능하다. 그러나 판례는 결근한 근로자에게도 주휴일 자체는 주어야 한다고 본다.²¹⁾ 학설 역시 특별한 설명 없이 소정근로일의 개근은 주휴수당의 요건일 뿐 주휴일 자체의 요건은 아니라고 한다.²²⁾ 요컨대, 판례와 학설은 이러한 해석을 통해 근로기준법 시행령 제30조의 문제점을 상당히 해소하고 우리 제도를 국제노동기준에 정합시키는 한편, 주휴일의 휴식 보장성을 확보하고 있다.

3) 주휴수당의 문제

소정근로일의 개근에 대한 보상은 결국 주휴일이 아니라 주휴수당이다.²³⁾ 주휴수당을 둘러싼 해석상 문제는 크게 두 가지이다. 하나는 시간급통상임금 계산에서 주휴수당을 제외하여야 하는가 하는 것이고, 다른 하나는 주휴수당으로 얼마를 지급하여야 하는가 하는 것이다.

전자와 관련하여 판례는 주휴수당에 해당하는 시간분을 월 소정근로시간수에 더해주는 방법을 통해 주휴수당을 월급제하의 통상임금 계산에서 제외하여 왔다.²⁴⁾ 그러나 주휴수당의 임금성과 통상임금성을 고려할 때, 판례의 태도는 재고

18) 같은 취지로는 김유성(주 2), 179; 이정환·김진(주 2), 123; 근기 68207, 1997. 3. 4.

19) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결 참고.

20) 시행령 제30조에 대해서는 위헌이라는 주장이 많다. 가령 하갑래(주 2), 353~354; 이정환·김진(주 2), 123. 그러나 이 글에서는 시행령 제30조의 위헌 여부는 검토하지 않는다.

21) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2857 판결.

22) 김지형(주 2), 429; 김형배(주 2), 473 등.

23) 주휴일을 유급으로 보장하는 것은 비교법적으로 이례적인 일이다. 이로 인해 통상임금의 계산도 무척 복잡해지고 있어 폐지하자는 주장이 많다. 가령 하갑래(주 2), 356; 임종률(주 2), 443 등.

24) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카12493 판결 등.

를 요한다. 먼저 주휴수당은 임금이다. 주휴수당은 1주간의 소정근로일을 개근한 자에게 지급되는 법정수당이다. 법정수당이긴 하지만 소정근로일의 개근이라는 근로의 대가로서 지급되는 것이므로 엄연히 임금이다. 다음으로 주휴수당은 소정근로일의 개근이라는 소정근로의 대가로서 지급된다. 결코 소정근로를 초과하는 근로의 양이나 질에 대한 보상이 아니다. 통상임금성의 또 다른 요건인 정기성, 일률성, 고정성 역시 소정근로가 이루어지는 한 모두 충족될 수 있다. 기실 통상임금성을 의심하지 않는 기본급도 그 날이나 해당 시간의 개근을 요건으로 하는 것이다. 결국 주휴수당은 그것이 무엇으로 계산되고 몇 시간으로 계산되든 소정근로일의 개근이라는 통상적인 소정근로의 대가인 것으로서 매주 요건을 충족한 근로자에게 일률적, 고정적으로 지급되는 임금이다.

후자와 관련해서 이론적으로는 1소정근로일의 통상임금을 주휴수당으로 지급하면 될 것이다. 학설에서는 이를 시간으로 환산하여 8시간분의 통상임금이라는 견해가 있다. 하갑래 교수는 “1일 법정기준근로시간이 8시간인 점, 보편적으로 근로하는 날에 받는 임금이라는 점, 계산의 간편성 및 근로자보호가 논리적 근거”라고 주장한다.²⁵⁾ 하 교수의 주장은 ‘1주간 소정근로일 5일, 소정근로시간 40시간, 2일의 휴일’로 구성된 기업을 염두에 둔 것으로 생각된다. 만약 1주의 소정근로일과 소정근로시간의 구성이 이와 같지 않은 사업이라면 어떻게 하여야 할 것인가? 주휴수당의 산정을 법에서 명시하고 있지 않는 현재로서는 평균적인 1근로일의 소정근로시간에 상응하는 통상임금을 주휴수당으로 보는 것이 합리적이다. 평균적인 1근로일의 소정근로시간은 1주의 소정근로시간수를 1주의 소정근로일수로 나누어 산정하면 된다. 예를 들어 1주의 소정근로시간수가 40시간이더라도 1주의 소정근로일이 5일인 사업과 6일인 사업에서 1일 소정근로시간수는 다르다. 이 점은 단시간 근로자의 경우를 생각해보면 금방 알 수 있다. 1주일 30시간을 일하기로 약정한 아르바이트 근로자가 5일을 근무하기로 한 경우와 6일을 근무하기로 한 경우, 1일 평균 소정근로시간수는 전자는 6시간, 후자는 5시간이 되어 주휴수당도 6시간분의 통상임금과 5시간분의 통상임금으로 다르다.

4) 주휴일의 사전 특정

25) 하갑래(주 2), 337.

주휴일을 언제 주어야 하는가는 법에 명시적으로 규정되어 있지 않다. 주말로 하든 주중으로 하든 상관없지만, 적어도 사전에 특정될 필요는 있다. 왜냐하면 휴일은 근로의무가 없는 것으로 사전에 정해진 날로서 휴일과 휴업일을 구별하는 1차적 기준도 바로 사전 특정성이기 때문이다.²⁶⁾ 특정은 그 주가 시작하기 전에 이루어져야 한다. 주휴일은 근로계약 중에서도 서면으로 명시하고 근로자의 요구가 있을 때는 서면으로 교부해야 할 근로조건이다(근로기준법 제17조 참고). 그럼에도 주휴일이 특정되지 않은 경우에는 사용자가 합의사항인 휴일지정의 권한을 근로자의 재량에 맡긴 것으로 보아야 한다.

다. 주휴일의 근로

주휴일에 근로를 하면 그 법적 효과는 무엇인가? 다시 말해 주휴일근로를 시킨 사용자는 어떻게 되는가? 이와 관련된 규정이 네 개가 있다. 근로기준법 제55조는 주휴일 부여 의무를 정하면서 그 위반의 경우 제110조에 따라 ‘2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 하고 있다. 다른 한편 같은 법 제56조는 휴일근로에 대한 가산임금의 지급을 규정하면서 그 위반에 대해서는 제109조에 따라 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 하고 있다. 제55조와 제110조를 보면 어떠한 경우에도 1주일에 1일 이상의 주휴일을 부여하지 않으면 형벌의 대상이 된다고 해석된다. 반면에 제56조를 보면 휴일근로의 합법성을 전제한 것으로 볼 수도 있다.

이와 관련하여, 이병태 교수는 주휴일근로의 경우에는 근로자의 자발적 의사에 따른 것인가와 무관하게 제110조에 따라 벌칙이 적용된다고 한다.²⁷⁾ 반면에 임종률 교수는 주휴일근로는 주휴수당과 휴일근로수당이 지급되는 이상 제55조에 위반하지 않는다고 한다.²⁸⁾

26) 휴일은 휴업과 달리 사용자가 근로자에게 임금을 지급하지 않아도 되기 때문에 근로자에게 일방적으로 유리한 것만은 아니다. 그런 점에서 사전에 정해지지 않은 휴일의 부여는 근로자의 동의가 없는 한 사용자의 귀책사유로 인한 휴업으로 보아야 한다.

27) 이병태(주 2), 818. 한편 김형배 교수는 주휴일 부여 의무 위반의 효과에 대해서는 침묵하면서도, 대체휴일의 근로에 대해서는 벌칙이 적용된다고 한다. “다른 날로 정해진 휴일에 근로자가 쉬지 못하고 근로를 하면 사용자는 주휴 1일의 규정(근로기준법 제55조)을 위반하는 것이 되어 벌칙(제110조 제1항)이 적용되고 근로자는 당일분의 근로에 대하여 가산임금의 지급을 청구할 수 있다.” 김형배(주 2), 473~474.

28) 임종률(주 2), 444. “연장근로의 경우와 달리 주휴일의 근로에 대해서는 이를 제한적으로 허용하는

근로기준법을 체계적으로 해석하면, 주휴일근로 즉 1주간 1일의 휴일을 부여하지 않고 계속해서 7일을 근로시키는 것은 근로기준법 제55조의 위반으로서 제110조에 따른 벌칙이 적용된다고 보아야 한다. 입법자는 주휴일과 휴일을 명확하게 구분하고 있고, 주휴일 부여의무에 대한 위반과 휴일근로에 대한 가산임금 지급의무 위반에 대해서도 별개로 벌칙을 두고 있기 때문이다. 이런 체계는 1953년 구 제정 근로기준법부터 지금까지 일관된 것이다.²⁹⁾ 그러므로 우리 입법자는 애초부터 주휴일 외에 여러 휴일이 있을 수 있음을 전제로 하였다. 그중에서 주휴일은 반드시 부여하도록 형벌로써 그 준수를 강제한 반면, 다른 휴일들의 근로는 가산임금을 통해 억제함으로써 간접적으로 근로자의 휴식권을 보장하려고 하였다. 요컨대, 주휴일이 아닌 휴일의 근로는 가산임금이라는 금전적 방식으로 억제한 반면, 주휴일의 근로는 가산임금에 의한 억제 외에도 형벌을 통해 직접적으로 억제하려고 한 것이다. 한편 임종률 교수는 적법한 연장근로와 함께 휴일근로가 명시적으로 병기된 점을 들어 주휴일근로의 적법성을 전제하지만, 이는 두 가지 점에서 적절하지 않다. 하나는 가산임금 지급대상인 연장근로에도 적법한 연장근로뿐만 아니라 위법한 연장근로(근로자의 동의를 얻지 못하거나 1주 12시간을 초과한 근로) 역시 포함된다는 점이고, 다른 하나는 주휴일근로 이외에도 적법한 휴일이 있을 수 있다는 점 즉, 1주에 휴일이 2일 이상일 때 그중 하루를 제외한 날의 근로가 가능하다는 점을 간과한 주장이다.

2. 휴일근로와 연장근로의 관계

휴일근로의 시간 수는 연장근로의 시간 수에서 제외되는가? 예를 들어 탄력적 근로시간제 등이 아닌 고정적 근로시간제를 택하고 있는 사업장에서 어떤 근로자

명시적 규정이 없고 쉬지 않은 것을 휴일을 준 것으로 볼 수 없다고 전제할 때에는 주휴일근로는 주휴수당과 휴일근로수당의 지급 여부에 관계없이 유급주휴일 부여 의무에 위반된다고 보게 될 것"이라고 하면서도, 다른 한편 현행법이 주휴일근로를 연장근로와 달리 제한적으로 규정하지 않은 것은 당사자의 합의가 있으면 휴일근로를 허용하려는 것으로 볼 수 있고, 가산임금의 지급사유로 적법한 연장근로와 함께 휴일근로도 병기한 것은 적법한 휴일근로를 전제한 것으로 볼 수 있다고 한다.

29) 1953. 5.10. 구 제정 근로기준법을 보면 좀 더 이해하기 쉽다. 1953년의 최초 근로기준법은 제45조 제1항에서 "사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 휴일을 주어야 한다."고, 제45조 제2항에서 "정휴일(定休日), 법정공휴일은 임금 산출의 근로일로 인정한다."고 규정하여 모든 휴일을 유급으로 하였다. 그 후 1961. 12. 4. 구 개정 근로기준법에 따라 제45조 제2항은 삭제되고, 제1항의 '평균 1회 이상의 휴일'은 '평균 1회 이상의 유급휴일'로 개정되었다. 그러나 휴일근로에 관한 가산임금을 정한 제46조는 원래부터 '휴일근로'라고 규정하여 지금까지 이르고 있다.

가 1근로주에 이미 40시간을 근로하였는데, 휴일 낮에 5시간을 근로하였다면 휴일 근로(가산)수당만 주면 되는가 아니면 그에 더하여 연장근로(가산)수당도 주어야 하는가? 만약 휴일근로와 연장근로가 별개라는 고용노동부의 입장이 따른다면 휴일근로수당만 지급하면 되겠지만, 휴일근로도 연장근로에 포함된다는 입장에 따르면 두 가지 가산수당을 중복하여 지급하여야 한다. 이 견해 차이는 현행 근로기준법에서 일반 근로자의 원칙적인 주간 최대근로시간이 몇 시간인가에 관한 논쟁으로 연결된다. 고용노동부에서는 68시간(법정기준시간 40시간 + 연장근로시간 12시간 + (2일의 휴일 × 8시간) = 68시간)이라고 보고 대다수 학자들은 52시간(법정기준시간 40시간 + 연장근로시간 12시간 = 52시간)이라고 본다.

가. 휴일근로의 시간 수는 연장근로의 시간 수에 포함되지 않는다는 입장

고용노동부는 휴일근로는 연장근로와는 별개이며, 다만 휴일근로 중 8시간을 초과하는 부분만 연장근로가 된다는 입장을 고수해 왔다.³⁰⁾ 하갑래 교수의 종전 견해도 이 입장이었다. 하 교수는 “휴일의 연장근로시간은 연장근로 제한 시간인 1주 12시간 범위에 포함시키지 않는 것이 법 논리에 맞다. ‘8시간 이하의 휴일근로’까지 포함하여 주당 법정기준근로시간을 넘더라도, 해당 시간에 대해 휴일근로가 산수당이 지급되므로 따로 연장근로로 인정되지는 않는다.”고 하였다.³¹⁾

나. 휴일근로의 시간 수도 연장근로의 시간 수에 포함된다는 견해

하갑래 교수는 <근로기준법 제24판>부터 종전의 입장을 바꾸어, “‘휴일에 8시간을 초과하는 경우’뿐 아니라 ‘휴일에 8시간 이하를 근로한 경우’에도 그 시간이 주당법정근로시간 즉, 1주 40시간을 초과하면 초과한 부분에 대해 휴일근로가 산수당뿐 아니라 연장근로가 산수당이 지급되어야 한다.”고 한다.³²⁾

30) 근기 01254-857, 1992. 6. 19.

31) 하갑래, 근로기준법(21판), 중앙경제(2009), 380. 한편 김희성 교수는 “1주 40시간이란 휴일을 제외한 나머지 근로일을 대상으로 편성되어야 하는 시간 수를 의미하게 되고, 법 제53조의 연장근로시간은 그 근로일에 이루어질 수 있는 연장근로의 상한을 의미”하며, “근로기준법 제56조에서 규정한 것은 휴일근로 시의 할증(가산)임금과 시간외근로(연장근로) 시의 할증임금을 별도로 규정한 것으로서 휴일근로의 경우에는 연장근로 시의 할증임금이 적용되지 않음을 명시하고 있는 것”이라고 한다.; 김희성, “연장근로와 휴일근로의 관계”, 노동법논총 30호(2014. 4.), 94~99. 김 교수는 자신과 같은 입장을 취한 하갑심의로 서울고법 2012. 2. 3. 선고 2010나23410 판결을 소개한다.

32) 하갑래(주 2), 362. 학설의 절대 다수는 52시간론을 취한다.; 이정환 · 김진(주 2), 106~107; 한인상,

최근의 하급심 중에는 이러한 입장을 명확히 한 판결이 있다. 대구지방법원 2013. 9. 4. 선고 2012나61504 판결은 “근로기준법 및 이 사건 단체협약에서는 1주간의 근로시간은 40시간을 초과할 수 없다고 하고 있을 뿐이므로 1주간의 근로시간 산정 시 휴일근로시간을 공제하라는 취지로 보기는 어려운 점, 할증임금제도의 취지가 시간외근무 억제에 있는 점 등에 비추어 보면, 휴일 외 다른 날의 근로시간이 1주에 40시간을 넘은 경우 휴일에 한 근로시간은 모두 휴일근무시간임과 동시에 초과근무시간에 해당하고, 그 근로시간에 대하여는 휴일근무수당과 초과근무수당을 중첩적으로 지급하여야 한다고 봄이 상당하다. 한편 휴일 외 다른 날의 근로시간이 1주에 40시간을 넘은 경우 휴일에 한 근로시간은 모두 휴일근무시간임과 동시에 초과근무시간에 해당하므로, 토요일이 휴일인 이상 토요일이 유급휴일 또는 무급휴일인지 여부에 따라 연장근로수당 발생에 어떠한 차이가 있다고 할 수 없다.”고 하였다.³³⁾

고용노동부의 견해는 현실적으로 장시간 노동을 조장할 뿐만 아니라 다음과 같이 이론적으로도 적절하지 않다. 첫째, 연장근로와 휴일근로는 제한하는 목적 및 보상의 이유가 다르다. 전자가 근로시간의 길이 규제를 위한 것으로서 장시간 근로에 대한 보상이라면, 후자는 근로시간의 배치 규제를 위한 것으로 휴식권 침해에 대한 보상이기 때문이다. 둘째, 가산임금의 계산에서 야간근로의 시간 수는 연장근로의 그것에 포함시키는 것과 형평이 맞지 않는다. 일부에서는 야간근로와 휴일근로는 억제의 이유가 다르다고 한다. 확실히 야간근로는 근로자의 건강에 해로운 야간시간대의 근로를 억제하고 보상하려는 것임에 비해, 휴일근로는 근로자의 휴식에 해로운 근로를 예방하고 보상하는 것임은 분명하다. 그러나 두 가지 모두 근로시간의 길이 규제를 위한 연장근로가산수당과 달리 근로시간 배치의 열악성에 대한 규제라는 점에서는 동일하다. 셋째, 휴일근로와 연장근로를 별개로 보는 생각은 근로시간 규제와 휴식제도를 연결시키고 있는 국제노동기준이나 현행

“휴일근로의 연장근로 산입에 따르는 쟁점과 과제”, 이슈와 논점 383호, 국회입법조사처(2012. 2.), 2~3; 김홍영, “휴일근로의 주간 연장근로 산입 여부”, 월간노동법률 252호, 중앙경제(2012. 5.), 74~75; 강선희, “주 40시간을 초과하는 휴일근로 시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중첩지급”, 노동리뷰 105호, 한국노동연구원(2013. 12.), 101~103 등. 한편 고용노동부의 68시간론에 찬성하는 견해는 각주 31)의 김희성 교수 글 외에 이승길, “휴일근로의 연장근로시간 포함해 할증임금 중복지급을 부인한 사례”, 월간노동법률 279호, 중앙경제(2014. 8.), 133~135 정도만 보인다.

33) 대구지법 2012. 1. 20. 선고 2011가합3576 판결도 같은 입장이다.

근로기준법 체계, 특히 근로기준법 제56조의 가산임금 규정과도 조화되지 않는다.

다. 1주 최대근로시간 68시간론의 비논리성

고용노동부의 주장에 따르면, 일반 근로자의 표준적인 1주 최대근로시간은 68시간(법정기준시간 한도인 40시간 + 1주 연장근로 한도인 12시간 + (2일의 휴일근로 × 8시간) = 68시간)이 된다. 그러나 고용노동부의 주장은 우리나라 근로시간 법의 역사를 코미디로 만든다.

근로기준법은 여러 차례의 개정을 통해 1주 법정기준시간을 48시간에서 44시간을 거쳐 40시간으로 줄여왔다. 1주 법정기준시간을 단축하는 동안 연장근로의 주간한도 12시간은 한번도 변하지 않았다. 이러한 역사적 사실에 노동부의 주장과 논리를 적용하면 결론은 다음과 같다. ① 1주 법정기준시간이 48시간이던 때의 1주 최대근로시간은 68시간(1주 법정기준시간 한도인 48시간 + 1주 연장근로 한도인 12시간 + 1일의 휴일근로시간 8시간) = 68시간, ② 1주 법정기준시간이 44시간이던 때는 64시간(1주 법정기준시간 한도인 44시간 + 1주 연장근로 한도인 12시간 + 1일의 휴일근로시간 8시간) = 64시간.

요컨대, 일반 근로자의 주간 최대근로시간은 68시간에서 64시간으로 줄었다가 다시 68시간으로 늘었다는 이야기이다. 법정기준시간의 단축에도 불구하고 1주 최대시간은 줄지 않거나 도리어 증가하였다는 것이다.³⁴⁾ 또한 이 주장은 법정기준시간의 입법적 단축을 근로시간의 길이를 줄인 것이 아니라 법정기준시간을 휴일근로시간으로 전환하거나 연장근로가산수당을 휴일근로수당으로 대체한 것에 불과하다고 주장하는 것과 다르지 않다.

라. 가산수당의 중복

위에서 살펴본 바와 같이 휴일근로의 시간 수는 연장근로의 시간 수에 포함된

34) 참고로 미군정시절의 「남조선과도정부(南朝鮮過渡政府) 노동부령(勞動部令) 제3호 운수부 철도운수국 종업원의 최고작업시간(1948. 3. 1. 제정·시행)」 제2조는 “운수부 철도운수국의 종업원은 매 작업 주간(작업 주간이라 함은 계속 7일간의 작업 기간을 의미함) 60시간을 초과하여 작업치 못하며 매 작업 주간의 종업 시간이 40시간을 초과하는 작업시간에 대하여는 기본 급료의 15할의 비율로 계산한 수당금을 지불함을 요함.”이라고 하여 1주일이 연속되는 7일임과 1주 최대근로시간이 60시간인 점을 명시하였다.

다고 보는 것이 가산임금에 관한 이론적 체계나 근로시간 단축의 역사에 부합한다. 그러므로 휴일의 근로가 법정기준시간을 초과한다면 그것은 가산임금의 대상인 휴일근로이자 동시에 연장근로가 되어 중복적으로 가산된 임금을 지급하여야 한다.

3. 가산임금 지급대상으로서 휴일근로

어느 회사에서 월요일부터 금요일까지를 소정근로일로 하고 토요일과 일요일을 쉬되 일요일만 유급휴일로 한 경우, 사용자가 어느 근로자에게 토요일에 근로를 명령하였다고 하자.³⁵⁾ 이 사례에서 근로자는 그 동의 없이도 근로의무를 지는가? 또 그 토요일 근로에 대해 휴일근로의 가산임금을 지급하여야 하는가? 만약 이 근로자가 연차휴가 중이었다면 어떻게 되는가?

가. 휴일근로와 근로자의 동의

근로기준법은 일반 근로자의 휴일근로에 대해서는 ‘당사자 간 합의’(연장근로에서 요구됨, 근로기준법 제52조 제1항 등) 또는 ‘그 근로자의 동의’(임산부와 18세 미만자의 휴일근로에 요구됨, 근로기준법 제70조 제2항 참고)를 명시적으로 요구하고 있지 않다. 그러나 일반 근로자의 휴일근로에도 그 근로자의 동의가 있어야 한다고 해석해야 한다.³⁶⁾ 왜냐하면 휴일은 근로계약에 따라 근로의무가 없는 날이므로 휴일근로란 새로운 근로의무를 창설하는 것이기 때문이다. 새로운 근로의무의 창설이라면 그에 상응하는 근로자와 사용자 사이의 추가적인 합의가 필요하다. 그러므로 임산부와 18세 미만자의 휴일근로에 대해 근로자의 동의를 요구하는 근로기준법 제70조 제2항은 이런 사리를 특히 확인한 규정이라고 할 것이다.

대다수 사업에서는 취업규칙 등을 통해 사용자가 필요한 경우 휴일근로를 시킬 수 있다는 취지의 규정을 두고 있고, 이를 휴일근로명령의 근거로 삼는 경우가 적지 않다. 이런 경우 어떻게 해석해야 할까? 그런 취지의 취업규칙을 당연히 무효

35) 실제로 이런 사례는 흔하다. 가령 서울남부지법 2010. 12. 17. 선고 2008가합26231 판결에는 “사용자로서는 1주일에 1회 이상의 유급주휴일을 부여할 의무를 이행하기만 한다면 근로자에게 1주일에 2회 이상의 휴일을 부여하면서 그중 1일의 의무적 유급주휴일을 제외한 나머지 휴일을 무급휴일로 정하는 것도 가능”하다는 설시가 나온다.

36) 이정환·김진(주 2), 126.

로 해석할 것까지는 없겠지만, 휴일이 원래 근로의무가 없는 날이라는 점과 휴일 근로명령은 근로자의 휴식권을 희생하고 새로운 근로의무를 형성하는 것이라는 점 등을 고려하여 제한적으로 해석할 필요가 있다. 즉 근로자는 휴일근로에 대해 사전적으로 동의할 수 있지만, 그 동의는 근로자가 정당한 사유가 있을 경우 휴일근로를 거부할 수 있다는 조건을 유보한 것이라고 해석함이 타당하다. 다만 휴일근로에 관한 사전적 동의라도 근로 일자과 시간을 특정한 구체적 동의인 경우에는 그러하지 아니할 것이다.

나. 무급휴일(또는 휴무일)의 근로

가산임금의 지급대상이 되는 휴일근로 즉 근로기준법 제56조 소정의 휴일근로에는 법정휴일이든 약정휴일이든 유급휴일이든 무급휴일이든 모두 포함된다는 것이 판례의 입장이다. 다시 말해 근로기준법 제55조 소정의 주휴일에 근로한 것뿐만 아니라, 단체협약 등에 정한 유급 또는 무급휴일과 근로자의 날 등의 휴일에 쉬지 않고 근로를 한 경우도 근로기준법 제55조의 규정에 의한 ‘휴일근로’에 해당한다고 한다.³⁷⁾ 학설도 기본적으로는 판례와 유사한 입장이다. 예를 들어 임종률 교수는 휴일을 “근로자가 근로계약상의 근로제공 의무를 부담하지 않기로 미리 정해진 날”이라고 하고,³⁸⁾ 김형배 교수는 “근로자가 사용자의 지휘·명령으로부터 완전히 벗어나는 날로서, 계약상 애초부터 근로의무가 없는 날”이라고 한다.³⁹⁾

학설의 차이는 소정근로일을 제외한 모든 날이 휴일인가에 관한 것이다. 앞의 사례처럼 어느 회사에서 월요일부터 금요일까지를 소정근로일로 하고 토요일과 일요일을 쉬되 일요일만 유급휴일로 한 경우에 토요일의 근로가 휴일근로인가에 관한 것이다. 견해는 크게 세 가지로 갈린다. 첫째, 소정근로일이 아닌 날은 모두 휴일로 보고 그 날의 근로(앞의 사례에서 토요일의 근로)는 휴일근로로서 가산임

37) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다14089 판결. 그 이유로서 ‘제45조(현행 제55조 필자주)의 규정에 의한 휴일근로’라고 규정하지 아니하고 ‘휴일근로’라고만 규정하고 있는 점, 연장시간근로 및 야간근로와 함께 휴일근로를 규정하고 있는 점 등의 취지로 미루어 볼 때, 단순히 제45조 소정의 주휴일제도의 원칙을 유지하기 위한 것만이 아니라, 주휴일이 아닌 법정공휴일이라도 단체협약이나 취업규칙에 의하여 휴일로 정하여져 있어서 근로자가 근로할 의무가 없는 것으로 사용자와 근로자 모두에게 인식되어 있는 날에 사용자의 필요에 따라 부득이 근로를 하게 된 경우에는, 근로자가 근로할 의무가 있는 날에 근로를 한 경우보다는 더 큰 대가가 지급되어야 보상된다는 점을 고려한 것이라고 한다.

38) 임종률(주 2), 442.

39) 김형배(주 2), 471~472.

금을 지급해야 한다는 입장이다.⁴⁰⁾ 둘째, 소정근로일이 아닌 날을 휴일과 휴무일 또는 비번일로 구분하여 휴일에 해당하는 날의 근로에 대해서만 가산임금을 지급하면 되고 휴무일 또는 비번일의 근로(앞의 사례에서 토요일의 근로)에 대해서는 통상의 임금만 지급하면 된다는 입장이다.⁴¹⁾ 고용노동부도 같은 입장인데,⁴²⁾ 흥미로운 점은 이런 휴무일의 근로가 주당 법정기준근로시간을 초과하는 경우에는 연장근로가 되어 가산수당이 지급될 수 있다고 한다.⁴³⁾ 셋째, 소정근로일이 아닌 날은 모두 휴일로 보되, 약정휴일의 근로에 대해서는 휴일근로가산수당을 지급할 의무가 없다고 봄으로써 결과적으로는 이러한 날의 근로(앞의 사례에서 토요일의 근로)는 근로기준법 제56조 소정의 휴일근로가 아니라고 보는 입장이다.⁴⁴⁾

이 문제와 관련해서는 판례가 적절하게 지적한 바와 같이,⁴⁵⁾ 휴일근로에 관한 가산임금제의 취지가 “근로자가 근로할 의무가 없는 것으로 사용자와 근로자 모두에게 인식되어 있는 날에 사용자의 필요에 따라 부득이 근로를 하게 된 경우에는, 근로자가 근로할 의무가 있는 날에 근로를 한 경우보다는 더 큰 대가가 지급되어야 보상된다는 점을 고려한 것”이라고 본다면 소정근로일이 없는 날의 근로는 모두 휴일근로로 봄이 상당하다.

다. 연차휴가일의 근로

연차휴가일의 근로는 휴일근로가 아니라는 입장이 판례와 다수설의 입장이다. 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카13465 판결이 많이 인용된다. 이 판결은 근로기

40) 임종률(주 2), 442; 김홍영, “주중 법정공휴일과 주간근로시간제한 - 한국피존사건 판례평석”, 노동법연구 3호, 서울대노동법연구회(1993)도 같은 입장이다.

41) 김형배(주 2), 475; 이정환·김진(주 2), 142. 다만 단체협약이나 취업규칙 등을 통해 1일의 유급휴일 외에 소정근로일에서 제외되는 1일을 휴일로 정할 수 있고, 이 경우에 이날의 근로는 가산임금 지급대상인 휴일근로가 된다고 한다.

42) 노동부, “개정 근로기준법 시행지침”(2003. 12. 1.), 3.

43) 근기-2325, 2004. 5. 10.

44) 하갑래 교수는 휴일근로가산수당을 지급하지 않아도 된다고 한다. “약정휴일의 운영에 대해서는 원칙적으로 노·사에게 맡긴다는 점, 약정휴일에 가산수당 없이 휴일근로임금 즉, 통상임금의 100%만 받고 일하겠다는 근로자의 의사를 무시할 수 없다는 점, 약정휴일이 법적으로는 소정근로일로 해도 되는 날을 휴일로 정한 날이라는 점, 근기법이 휴일에 대해 정의규정을 두지 않아서 휴일이라는 표현이 주휴일을 의미하는지 모든 휴일을 의미하는지 명확하지 않다는 점 등을 감안할 때 일본의 예처럼 ‘당사자가 따로 정하지 않으면 휴일근로가산수당을 지급하지 않아도 된다’고 보는 것이 타당”하다고 한다(하갑래(주 2), 363).

45) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다14089 판결.

준법 제56조가 정하는 가산임금(판결문에서는 할증임금이라 함) 제도의 취지를 “시간외, 야간 및 휴일근로는 기준근로시간 내에서 행하여지는 근로보다 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 가져오게 하여 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하는 것이 되므로 이에 상응하는 경제적 보상을 해주려는데” 있음에 비해 연차휴가제도는 “시간외근로나 유급주휴제와는 달리 근로자의 정신적, 육체적 휴양을 통하여 문화적 생활의 향상을 기하려는 데 그 취지가 있어서 상이한 제도”라는 점, 각 법조문의 표현에서도 휴일과 휴가를 구별하고 있는 점, 연차휴가 제도에서는 일정 일수를 초과하는 일수에 대한 보상을 통상임금으로 하면 족한 점 등을 근거로 “연·월차휴가근로수당에 대하여는 …… 가산임금(수당)을 지급할 의무가 없다고 보아야 할 것”이라고 하였다. 대다수 학설은 휴일과 휴가의 구분에 기해,⁴⁶⁾ 이 판결의 입장을 따르고 있다.

그런데 위 대법원1990. 12. 26. 선고 90다카13465 판결은 조심스럽게 읽어야 한다. 이 판결에서 ‘연·월차휴가근로수당’이라고 표현한 것은 실제 연·월차휴가일을 실시하던 날 중의 근로가 아니었고, 획득한 연·월차휴가일수 중 실제 사용을 하지 않아 휴가권이 소멸된 일수에 상당하는 수당을 지칭한다. 즉 연·월차휴가를 사용할 수 있는 날에 근로한 것이 아닌가 하는 관념적으로 생각하는 것이다. 즉 판례는 연차휴가일의 근로 중 근로자가 연차휴가를 위해 시기지정권이 행사되지 않은 채 관념적으로 근로한 것으로 생각되는 ‘휴가일의 근로’와 시기지정권을 행사한 후의 ‘휴가일의 근로’를 구별하고 있지 않다. 전자에 의한 수당은 근로자가 원래 사용할 수 있었지만 스스로 사용하지 않은 연차휴가일에 관한 금전적 보상이라는 측면에서 그냥 연차휴가수당이라고 부를 수 있겠다. 그에 비해 후자는 근로자가 사용하려고 하였으나 사용자의 필요에 따라 사용할 수 없었던 연차휴가일 및 그 근로에 관한 금전적 보상이라는 측면에서 연차휴가근로수당이라고 부를 수 있을 것이다.

연차휴가일이 휴일이 아닌 것은 확실하다. 그러나 그 사실로부터 바로 연차휴가일의 근로를 휴일근로와 다르게 취급하는 것이 정당화되는 것은 아니다. 다시

46) 임종률 교수는 휴일은 근로자가 근로계약상의 근로제공 의무를 부담하지 않기로 미리 정해진 날인 반면, 휴가는 소정의 근로일에 근로자가 법률이나 취업규칙 등에 따른 권리로서 근로제공 의무에서 이탈할 수 있는 날이라고 하고 임종률(주 2), 442), 하갑래 교수는 휴일은 처음부터 근로의무가 없는 날로서 소정근로일에서 제외되는 반면, 휴가는 근로의무가 있는 날이지만 근로자의 청구나 특별한 사유의 충족에 따라 근로의무가 정지하는 것이라고 한다(하갑래(주 2), 333).

말해 연차휴가일의 근로를 곧바로 휴일근로라고는 할 수는 없지만, 그렇다고 양자를 다르게 취급하는 것이 가산임금제도의 취지 등에 비추어 적절한지에는 검토가 필요하다.⁴⁷⁾

먼저, 시기지정권을 행사하지 않은 잠재적 권리 상태에서의 휴가일과 시기지정권을 행사하여 실제 사용하게 된 휴가일은 전혀 다르다. 양자는 ‘권리 위에 잠자는 상태’와 ‘권리 실현이 현실적으로 제한된 상태’로서 법적으로는 전혀 다른 상태이다. 유보된 권리 상태에서 휴가 사용 기한이 종료함으로써 이론적으로 남게 되는 휴가일의 근로는 휴일근로라고 할 수 없다. 그에 비해 시기지정권이 행사된 이후의 휴가일 근로는 실질에 있어 휴일근로와 다르지 않게 된다. 전자에 따라 사용자가 누린 이익은 근로자의 권리 미행사로 인한 반사적인 것으로 근로자의 휴식권을 적극적으로 제한하거나 침해한 것이 아니다. 반면에 연차휴가일에 회사의 요청으로 근로하게 되는 경우에는 사용자는 업무상 필요를 위해 근로자의 휴식권을 적극적으로 제한 또는 침해한 것이다. 후자는 사용자에게 의한 휴식권의 침해이자 사회적으로 억제되어야 할 근로라는 점에서 보면 실질적으로 다른 휴일의 근로와 전혀 다르지 않다.

둘째, 현대 사회에서 휴일과 휴가의 상대성이다. 사실 휴일과 휴가는 논리 필연적으로 구분되는 개념이 아니다. 양자는 모두 휴식제도의 하나로서 그 목적과 취지가 다르지 않다. 연원적인 이유나 요건상의 차이(신청이나 청구의 유무)는 구법과 현행법상 생리휴가에서 보듯이 정책적으로 결정될 수 있는 문제이다.

셋째, 휴식제도에 대한 패러다임의 변화이다. 휴식에 대한 전통적인 인식은 노동으로부터의 해방을 통한 육체적, 정신적 피로의 회복이 휴식의 근본 목적이다. 그러나 현대 노동법에서는 일과 가정의 양립 또는 일과 생활의 조화(Working - Life Balance) 등이 더욱 강조된다. 이러한 현대 노동법의 관점에서 보면 휴일과 휴가는 같은 목적을 향해 있는 제도들이다.

4. 연차유급휴가권과 파업 기간 등

어떤 근로자가 어느 해에 파업에 참가하여 일정 기간 근로를 제공하지 않았는데, 사용자가 다음 해 연차유급휴가를 산정하면서 파업 참가일수에 상응하여 연차

47) 강성태(주 2), 23~24를 참고하여 일부 수정하였다.

휴가를 줄였다고 가정해보자. 그 과업이 정당한 경우에도 사용자는 이런 조치를 취할 수 있는가? 답에 앞서 먼저 연차휴가권의 성격 즉 연차휴가권을 근로 보상적인 것으로 볼 것인지 아니면 휴식 보장적인 것으로 볼 것인지부터 먼저 살펴도록 한다.

가. 연차휴가권의 보장성과 보상성

국제노동기준이나 독일, 프랑스, 영국 등에서 연차휴가는 일정한 근무기간이 지난 모든 근로자에게 직전연도나 직전월의 출근율과 무관하게 부여된다. 즉 휴식 보장적인 제도이다. 이에 비해 우리 근로기준법은 연차유급휴가의 취득을 위해 법정 출근율(소정근로일의 8할 이상 출근 또는 개근)을 요구한다. 이를 흔히 연차휴가의 보상성이라고 부른다.⁴⁸⁾

판례도 연차유급휴가의 근로 보상적 성격을 강조한다. 즉 연차유급휴가는 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하는 관계에 있다는 사정만으로 당연히 보장받을 수 있는 것이 아니라, 1년간 8할 이상 출근하였을 때 비로소 부여받을 수 있는 것이므로 다른 특별한 정함이 없는 이상 이는 1년간의 근로에 대한 대가”라고 한다.⁴⁹⁾ 다수의 학설도 같은 입장이다. 다만 일부 연구자는 헌법재판소가 밝힌 연차휴가의 목적 및 연차휴가권이 근로의 권리에 기초하고 있다는 점과 함께 근로기준법이 연차휴가권의 시기지정에 대한 예외를 엄격하게 제한하고 있는 점 등을 들어 연차휴가의 보장적 성격을 인정하기도 하고,⁵⁰⁾ 또 근로기준법의 목적과 연차유급제도의 본래적 취지가 살아나도록 “현재 근로자의 근로제공 과정 속”에서 연차휴가제도가 활용되도록 해야 한다고 주장하기도 한다.⁵¹⁾ 그러나 이런 주장들은 주로 당위론이나 입법론 차원에서 제기된 것으로, 해석론 차원에서 연차휴가를 휴식 보장적인 것으로 파악한 예는 없는 것 같다.

최근 김근주 박사는 주휴일에 관한 판례와 학설의 입장을 유추하여, 연차휴가에서도 출근율을 연차휴가수당의 요건으로만 국한하고 연차휴가 그 자체와는 연

48) 다른 나라의 근로자에 비해 우리나라 근로자의 연차휴가일수가 상당히 짧은 이유도 주로 법정 출근율과 관련이 있다.

49) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다14826 판결, 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등.

50) 박수근·김근주, “연차휴가의 법적 성격과 쟁점”, 노동법연구 28호, 서울대노동법연구회(2010), 74.

51) 박종희, “연차휴가일수 비례산정의 타당성”, 월간노동법률 274호, 중앙경제(2014. 3.), 67.

결하지 않는 것도 가능하지 않는가 하는 질문을 던졌다.⁵²⁾ 연차휴가의 휴식 보장적 본질, 국제노동기준과의 정합성, 연차휴가의 이용을 촉진해야 한다는 현실적 요구 등을 감안하면 유급주휴일 해석과 유사하게 연차유급휴가에서도 출근율을 연차휴가권 그 자체와는 무관한 것으로 해석하는 것이 바람직하다. 또한 이런 해석은 출근율을 둘러싼 분쟁의 치열성도 상당히 낮출 것으로 생각된다.

나. 파업 기간 등이 문제 되는 이유

근로기준법상 연차휴가권이 발생하려면 그 전제로서 법정 출근율의 충족이 필요하다. 근로기준법은 연차유급휴가를 위한 출근율을 계속근로연수 1년을 기준으로 구분한다. 계속근로연수가 1년 이상인 근로자에게는 1년간 8할 이상을, 1년 미만인 근로자에게는 1월간 개근을 요구한다(제60조 제1항, 제2항)

출근율은 이론상으로는 소정근로일에서 출근일의 비율로 계산하면 된다. 그러나 실무상으로는 근로자가 실제 출근하지는 않았지만 그렇다고 그것을 곧바로 결근으로 처리하기가 곤란한 날들이 종종 발생하게 된다. 이 경우에도 법령에서 출근한 것으로 간주하라는 등 그 처리를 명시하고 있으면 문제가 되지 않는다.⁵³⁾ 또한 법령에서 정하고 있지 않지만 취업규칙이나 단체협약에서 출근으로 처리한다고 하는 경우에도 문제 되지 않는다. 해당 일의 처리 방식 중에서 출근으로 보는 것은 근로자에게 가장 유리하여 근로기준법 위반의 문제는 발생하지 않는다. 문제는 그렇지 않는 경우로서 실무상으로는 특히 파업에 참가한 기간에 관해 논쟁이 많다.

파업 기간에는 근로자가 근로를 제공하지 않았지만, 근로부제공의 법적 성격은 파업의 정당성에 따라 다르다. 정당한 파업의 경우, 근로관계상 주된 의무인 근로제공의무와 임금지급의무가 정지되므로 외견상의 근로 거부는 근로의무 없음

52) 김근주(주 2), 6. 김 박사는 “휴식제도로서의 연차휴가를 강조함으로써 출근율 요건은 단지 유급 요건에 국한된다고 해석하기에는 근로기준법상 연차휴가는 취득과 사용에 있어서 상당히 기술적이고 복잡한 보상적 기준들을 규정”하고 있어 연차휴가의 보장적 해석이 어렵다고 한다.

53) 법령이나 판례에 따라 출근한 것으로 보는 날에는 업무상 재해로 인한 휴업기간(근로기준법 제60조 제6항 제1호, 출산전후휴가 및 유산·사산휴가(근로기준법 제60조 제6항 제2호), 예비군훈련기간(향토예비군설치법 제10조), 민방위훈련·동원기간(민방위기본법 제23조), 공직선거를 위한 휴일(공직선거법 제6조 제3항), 연차유급휴가, 생리휴가, 부당해고기간(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다 95519 판결), 기타 이에 준하여 해석할 수 있는 날 등이 있다(하갑래(주 2), 340).

근로자가 부작위로서 확인한 것에 불과하다. 그에 비해 정당성이 없는 파업은 근로관계상 주된 의무를 정지시키지 않으므로 근로자의 근로 거부는 근로자의 고의에 의한 채무불이행이 된다. 후자 즉 정당성이 없는 파업에 참가한 기간은 결국으로 보아야 한다는 점에 별다른 이견이 없다.⁵⁴⁾ 문제는 정당한 파업에 참가한 기간의 처리이다. 이 기간은 근로자가 실제 근로를 제공하지 않았으나 근로자에게 근로의무가 없었으므로 결국으로 처리할 수는 없겠지만, 그렇다고 법령상 명시적 규정이 없는데 출근으로 처리하기도 곤란하기 때문이다.

다. 정당한 파업 기간과 출근율 그리고 연차휴가일수

1) 비례적 삭감설

대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결은 정당한 파업 기간과 육아휴직 기간에 대해 비례적 삭감설을 적용하여 연차휴가권의 발생 여부와 연차휴가일수에서 달리 처리하였다. 즉 해당 기간은 연차휴가권 발생 요건인 출근율을 산정할 때는 제외하되, 연차휴가일수의 계산에서는 그것을 포함시켜 해당 기간의 비율만큼 비례적으로 삭감된 휴가일수를 부여해도 무방하다는 입장이다.⁵⁵⁾

1년간의 총 역일(曆日)에서 법령, 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 근로의무가 없는 날로 정하여진 날을 제외한 나머지 일수, 즉 연간 근로의무가 있는 일수를 ‘연간 소정근로일수’라고 하고, 그중 근로자가 현실적으로 근로를 제공한 날을 연간 실근로일수라고 하며, 파업 기간이나 육아휴직 기간은 파업 기간 등이라고 하자. 판례에 의하면, 이때 출근율과 연차휴가일수는 아래 박스와 같다.

54) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다41666 판결처럼 불법파업에 참가한 기간이 아니라 불법파업을 이유로 한 징계로서 정직 기간을 결국으로 처리하는 것에는 이견이 있다. 자세한 내용은 강성태, “연차휴가일수 계산에서 징계 기간 등의 처리”, 노동판례리뷰(한국노동법학회 편), 중앙경제(2010), 171~173 참고.

55) 연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차유급휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단하되, 그 요건이 충족된 경우에는 본래 평상적인 근로관계에서 8월의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차유급휴가일수에 대하여 ‘연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수’를 ‘연간 소정근로일수’로 나눈 비율을 곱하여 산출된 연차유급휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이라고 한다.

- ① 연차휴가권 발생 요건으로서 출근율: 연간 실근로일수 ÷ (연간 소정근로일수 - 파업기간 등)
- ② 연차휴가일수: 취득예상 휴가일수(출근율에 따른 휴가일수 + 근속연수에 따른 휴가일수) × (연간 소정근로일수 - 파업기간 등) ÷ 연간 소정근로일수

2) 비례적 삭감설의 논거

위 판결은 파업 기간 등을 결근으로 처리하는 것도 그렇다고 출근으로 처리하는 것도 관련 법령에 맞지 않다고 한다. 먼저 결근 처리의 부당성을 지적한다. 파업 기간이나 육아휴직 기간은 헌법이나 법률에 의하여 보장된 근로자의 정당한 권리행사이고 그 권리행사에 의하여 쟁의행위 등 기간 동안 근로관계가 정지됨으로써 근로자는 근로의무가 없으며, 쟁의행위 등을 이유로 근로자를 부당하거나 불리하게 처우하는 것이 법률상 금지되어 있으므로(노동조합 및 노동관계조정법 제3조, 제4조, 제81조 제5호, 남녀고용평등법 제19조 제3항), 근로자가 본래 연간 소정근로일수에 포함되었던 쟁의행위 등 기간 동안 근로를 제공하지 아니하였다 하더라도 이를 두고 근로자가 결근한 것으로 볼 수는 없다고 한다. 다음으로 출근 처리의 부당성도 지적한다. 해당 기간 동안 근로자가 현실적으로 근로를 제공한 바가 없고, 근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법, 남녀고용평등법 등 관련 법령에서 그 기간 동안 근로자가 '출근한 것으로 본다'는 규정을 두고 있지도 아니하므로 이 기간을 근로자가 출근한 것으로 의제할 수도 없다고 한다.

결국, 한편으로는 헌법과 관련 법률에 따라 쟁의행위 등 근로자의 정당한 권리행사를 보장하고 연차유급휴가 제도의 취지를 살리면서도, 다른 한편 연차유급휴가가 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질을 갖고 있고 현실적인 근로의 제공이 없었던 쟁의행위 등 기간에는 원칙적으로 근로에 대한 대가를 부여할 의무가 없는 점 등을 종합적으로 고려하면 비례적 삭감설이 타당하다는 것이다.⁵⁶⁾

3) 학설의 평가

56) 행정해석(노동부지침, 「연차휴가 등의 부여 시 소정근로일 및 출근 여부 판단 기준」: 제정 근기 68207-709, 1997. 5. 30.; 개정 임금근로시간정책팀-3228, 2007. 10. 25.)은 연차유급휴가일수를 부여함에 있어 “특별한 사유로 근로제공의무가 정지되는 날 또는 기간”에 대해 비례계산을 인정해 왔다(하갑래(주 2), 339).

판례의 비례적 삭감설에 대한 학계의 평가는 갈린다. 먼저 김형배 교수는 정당한 쟁의행위 기간은 “근로관계의 주된 권리·의무가 정지되고 근로자들은 임금 상실(무임금), 사용자는 생산중단에서 오는 손해를 부담하는 특별한 투쟁관계가 성립하므로 휴가기간의 산정에 있어서도 어느 일방에 대해서 유리 또는 불리한 판단을 하는 것은 옳지 않다.”고 하면서 비례적 삭감설을 지지한다.⁵⁷⁾ 박종희 교수 역시 “현행법상 연차휴가제도가 보상적 성격에서 입안되어 있다는 점을 감안한다면 이와 같은 해석은 합리적으로 판단”된다고 하면서, 다만 근속연수에 따른 가산 휴가일수까지 비례적 삭감의 대상이 되는 휴가일수에 포함시킨 것은 잘못되었다고 평가한다.⁵⁸⁾

그에 비해 임종률 교수는 비례적 삭감설은 근로의무 없는 기간을 이유로 근로자의 연차휴가에 불이익을 주는 것으로 불합리하다고 비판한다. 법령상 근거 없이 휴가일수를 삭감해서는 안 되고, 출산휴가 등을 출근으로 간주하는 규정의 취지를 고려해야 하며, 해당 기간이 산정기간 전체에 걸친 경우 비례적 삭감설은 출근율조차 산정할 수 없다는 점 등을 근거로 든다. 임 교수는 판례가 출근한 것으로 간주하는 부당 해고·징계·휴직 기간과 마찬가지로, 정당한 파업 기간, 위법한 직장폐쇄로 출근하지 못한 기간, 육아휴직 기간 등도 모두 출근한 것으로 보아야 할 것이라고 한다.⁵⁹⁾

4) 사건

비례적 삭감설은 이 사건의 원심인 서울고등법원 2010. 12. 10. 선고 2010나 70676 판결에서 나온 것이다. 원심판결의 논리에는 두 가지 전제가 있다. 하나는 정상 소정근로일수(파업이나 육아휴직 기간 등이 없이 일반적으로 노사가 예정하고 있던 연간 소정근로일수)와 실질 소정근로일수(파업이나 육아휴직 기간 등을 제외한 연간 소정근로일수)를 구별해야 한다는 것이고, 다른 하나는 연차휴가일수를 삭감할 수 있다는 것이다. 그런데 이 두 가지 전제는 상당히 위험하다. 첫째, 정상 소정근로일수와 실질 소정근로일수의 구분은 법령상 근거가 없을 뿐더러 뚜렷한 이유도 없이 소정근로일에 관한 기존의 안정적인 법해석, 즉 법령이나 취업규

57) 김형배(주 2), 481. 남녀고용평등법상의 육아휴직(제19조)의 경우도 마찬가지라고 한다.

58) 박종희(주 2), 63.

59) 임종률(주 2), 451~452.

칙 또는 단체협약 등을 통해 근로계약상 근로의무가 있는 날이 소정근로일이라는 해석론과도 상치된다. 둘째, 이 구분의 기초에는 비록 근로의무가 존재하지 않았더라도 실제의 근로제공이 없었다면, 해당 기간이 근로자의 권리 행사로서 법적으로 존중될 수 있는가와 상관없이, 사용자는 연차휴가에서 불이익을 줄 수 있다고 본다. 이러한 생각은 결과적으로 근로자로 하여금 근로의무가 없는 날을 만드는 권리 행사를 하지 못하도록 할 수 있는바, 이는 근로기준법의 목적에 정면으로 반한다.⁶⁰⁾ 셋째, 연차휴가일수를 삭감할 수 있다는 생각은 근로기준법의 최저기준성에 반한다. 주지하다시피 근로기준법상 근로기준은 최저 기준으로서 그에 미치지 못하는 근로계약이나 취업규칙은 무효로 되고, 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다(근로기준법 제15조 참고). 그러므로 근로기준법상 최저 연차휴가일수는 삭감의 대상이 될 수 없다. 비례적 삭감은 관련 사업의 연차휴가일수가 최저기준을 상회하는 경우에 상회하는 부분에 한해서만 가능하다고 할 것이다.

비례적 삭감설을 제외하면, 일반적으로 법령상 명시되지 않았던 근로 부제공기간의 처리 방법은 세 가지이다. 첫째, 근로자에게 가장 유리한 방법으로서 출근으로 처리하는 방법이다. 해당 기간을 소정근로일과 출근일에 모두 포함시키는 것이다(‘출근설’이라 한다). 둘째, 근로자에게 가장 불리한 방법으로서 결근으로 처리하는 방법이다. 소정근로일에는 포함시키되 출근일에서는 제외하는 것이다(‘결근설’이라 한다). 셋째, 양자의 중간적인 것으로 소정근로일에서 제외하는 방법이다. 해당 기간을 소정근로일과 출근일에서 모두 제외하는 것이다(‘소정근로일제외설’이라 한다).

출근설은 연차휴가의 휴식 보장적 성격에 가장 부합하기는 하지만, 법령상 근거 없이 파업 기간을 출근으로 보기에 무리가 있다. 정당한 파업의 주된 법적 효과가 근로관계상 주된 의무의 정지라는 점에 비추어 보면 소정근로일제외설이 논리적으로 가장 타당하다고 할 것이다.⁶¹⁾ 한편 정당한 파업에 대해 결근설은 허

60) 사실 이 사건에서 피고 회사의 취업규칙은 근로기준법 제60조가 금지하는 연차휴가의 사전매수로 불여지도 있었다. 피고 회사의 취업규칙은 매년 연말 다음 해의 연차유급휴가일수에 상응하는 보상금을 전액 지급한 후, 다음 해 근로자가 실제 연차휴가를 사용하면 그 일수만큼의 보상금을 월급에서 공제하도록 규정하고 있었다. 이런 시스템은 금전적 방식으로 연차휴가의 실제 사용을 제한한다.

61) 이 사건의 제1심인 서울중앙지법 2010. 6. 24. 선고 2009가합21848 판결은 연차휴가제도의 취지, 근로기준법에서 연차휴가일수의 비례적 삭감에 관한 규정이 없는 점, 해당 회사 취업규칙에서도 비례적 삭감에 관한 규정이 없는 점, 노조법 제81조 제5호가 정당한 단체행동 참가를 이유로 하는 불이익처분을 부당노동행위로서 금지하고 있는 점, 정당한 파업에 참가한 것을 이유로 연차유급휴가 취

용될 수 없을 것이다. 실제로 결근설을 주장하는 학자는 없다. 그런데 흥미로운 사실은 비례적 삭감설의 현실적 결과는 정당한 파업에 참가한 근로자나 육아휴직을 한 근로자를 종종 결근설의 경우보다 불리하게 처우할 수 있다는 점이다.

비례적 삭감설의 가장 큰 난점은 바로 여기에 있다. 즉 그것의 적용에서 나타나는 지극히 부적절한 결과에 있다. 이 사건 원심판결의 표현을 인용하여 2015. 1. 1.에 근속연수가 1년이 된 근로자의 연차휴가일수를 계산해보자. 그 근로자의 2014년 정상 소정근로일수가 280일이고 파업 기간이 56일이며 나머지는 모두 출근하였다고 가정한다. 그러면 실질 소정근로일수는 224일(정상 소정근로일수 280일 - 파업 기간 56일)이 된다. 먼저 파업이 정당한 경우 비례적 삭감설을 적용하면, 출근율은 실질 소정근로일수 224일을 모두 출근하였으므로 개근으로서 법정 출근율(8할)을 충족하고, 연차휴가일수는 기본휴가일수 15일에 정상 소정근로일수에서 실질 소정근로일수가 차지하는 비율 0.8(실질 소정근로일수 224일 ÷ 정상 소정근로일수 280일)을 곱한 12일(15일 × 0.8)이 된다. 그에 비해 파업이 정당하지 않은 경우에는 정상 소정근로일수와 실질 소정근로일수는 모두 280일이고 파업 기간 56일은 결근이 된다. 그렇게 되면 출근율은 연간 소정근로일수 280일이고 출근일은 224일로 8할이 되어 법정 출근율을 충족하게 된다. 연차휴가일수는 기본휴가일수 15일에 정상 소정근로일수에서 실질 소정근로일수가 차지하는 비율 1.0(실질 소정근로일수 280일 ÷ 정상 소정근로일수 280일)을 곱한 15일이 된다.

요컨대, 파업 기간이 정상 소정근로일수의 2할 이하인 경우에는 불법파업에 참가한 기간이 합법파업에 참가한 기간보다 연차휴가에서는 유리해진다는 부정의한 결과가 생긴다. 이런 결과는 근로자의 귀책사유로 인한 결근의 경우에도 마찬가지이다. 합법파업에 참가한 기간이 불법파업에 참가한 기간보다 비례적 삭감설의 적용 결과가 유리해지는 경우는 이번 사건처럼 파업 기간이 정상 소정근로일수의 2할을 넘는 경우이겠지만, 대다수 파업의 경우 개인 근로자의 파업참가일수는 정상 소정근로일수의 2할을 넘지 않는다. 게다가 그런 경우의 결과조차 그 기간을 소정근로일에서 제외하는 방법보다 못하다.

특에서 차별받는 것은 기본권 침해라는 점 등을 들어 비례적 삭감에 반대했다. 제1심법원의 논거가 지극히 타당하다고 생각한다. 한편 이 사건의 원심과 대법원판결이 파업 기간 등을 출근으로 볼 수도 없고 결근으로 볼 수 없다고 하면서도 왜 소정근로일제외설을 채택하지 않았는지 그 이유가 상당히 궁금하다.

IV. 결론에 대신하여: 근로 보상에서 휴식 보장으로

우리 사회의 긴박한 과제 중 하나가 장시간 노동 체제로부터 정상적인 노동 체제로의 전환이다. 기업의 최소고용·최대근로 전략과 근로자의 소득증대 욕구는 장시간 노동체제를 만들어내는 핵심이다. 이 과정에서 근로자의 휴식권은 임금과 쉽게 거래되었다. 정상적인 노동 체제로의 전환을 위해서는 휴식제도를 근로자의 건강보호와 여가시간 확보라는 본래의 취지에 맞게 운영되도록 해야 한다. 휴식은 근로시간과 함께 근로계약의 본질적 요소로서 우리 사회의 지속가능성을 위한 필수적 전제이다. 휴식이 제 기능을 발휘할 수 있기 위해서는 무엇보다 휴식을 금전적 보상으로 전환하는 노사의 담합을 배제하여야 한다. 이른바 ‘노동을 둘러싼 노사 간의 견고한 담합’을 깨야 한다.⁶²⁾ 휴일과 연차휴가에 관한 법 해석에서도 관련 규정상 근로 보상적 성격을 최대한 탈각시키고 휴식 보장적 성격이 드러나도록 해야 한다.

먼저, 1주일에 하루는 반드시 휴일로 보장되도록 별칙 규정을 제대로 적용해야 한다. 근로기준법상 유급주휴일의 부여 의무와 그 위반에 대한 별칙 및 휴일근로에 대한 가산임금제도와 그 위반에 대한 별칙 규정들을 체계적으로 해석하면 7일간 연속해서 근로하는 것은 어떤 경우라도 근로기준법 위반이 된다. 문제는 현실이다. 주휴일근로가 상당히 오랫동안 있어 죄의식 즉, 위법성 인식이 거의 없기 때문에 그 위반을 모두 처벌하기가 쉽지 않을 것이다. 그러나 이런 문제는 입법자가 해결하는 것이 옳다.

둘째, 휴일근로의 시간 수도 연장근로의 시간 수에 포함시키는 것이 맞으므로 휴일근로가 동시에 연장근로가 되는 경우에는 중복 가산한 할증임금을 지급해야 한다. 적어도 현행 근로기준법의 해석으로는 그렇다. 그러나 우리 사회의 미래를 위한 입법론으로서의 꼭 그렇다고 이야기하기 어려운 부분이 있다. 기업의 임금체계나 고용전략 그리고 노동운동의 수요 등과 관련된 것이어서 휴일근로만을 분리해서 말하기는 곤란하지만, 중복적으로 가산된 임금이 반드시 정책적으로 바람직한 것은 아니다. 휴일근로이면서 동시에 연장근로라는 것은 우리 사회가 마땅히 근절해야 하는 매우 질이 나쁜 근로이다. 즉 중첩적 보상이란 그 대상이 되는 근로

62) 이에 관해서는 배규식 외(주 2), 16 참고.

가 중첩적으로 나쁜 근로라는 것을 말해준다. 중첩적 보상은 이론적으로는 이런 근로의 억제를 지향하지만, 현실적으로는 이런 근로의 유인이 될 수도 있다. 실제 산업현장에서는 1주 52시간을 초과하는 휴일근로가 드물지 않다. 고액의 보상을 통한 고도의 피로노동은, '장시간 노동을 둘러싼 노사 간의 견고한 담합'을 보여주는 대표적인 사례로서, 우리 사회 전체를 위협에 빠뜨리고 있다.

셋째, 가산임금의 대상이 되는 휴일근로에는 법령 또는 단체협약, 취업규칙 등을 통해 근로계약상 근로의무가 없는 날 즉, 모든 휴일의 근로가 포함된다고 해석함이 옳다. 비번일이나 휴무일을 휴일과 다른 날로 보아 가산임금의 지급대상에서 제외하는 해석이나 그런 날을 약정휴일로 보면서도 약정휴일의 근로는 가산임금의 대상이 아니라는 해석은 수긍하기 어렵다. 또한 연차휴가일의 근로는 휴일근로가 아니라고 보는 판례도 변경할 필요가 있다. 유보된 권리 상태에서 연차휴가 사용 기한이 종료함으로써 이론적으로 남게 되는 휴가일의 근로는 휴일근로라고 할 수 없다. 그러나 근로자가 시기지정권을 행사하여 특정된 휴가일의 근로는 그 성격이나 기능이 휴일과 전혀 다르지 않으므로 가산임금의 지급 대상인 휴일근로로 보는 것이 옳다.

마지막으로 연차휴가제도는 국제노동기준에 맞게 휴식 보장적인 제도로 바뀌어야 한다. 입법적 개선이 가장 좋은 방법이겠으나, 우선은 근로기준법상 법정 출근율을 연차휴가 자체가 아니라 연차휴가수당의 요건으로만 해석함으로써 연차휴가의 보장성을 제고하는 것이 바람직하다. 2013년 대법원판결이 취한 이른바 비례적 삭감설은 이론상 논거의 위험성으로 보나 실제 그것을 적용한 결과의 부적절성에 비추어 보나 찬성하기 어렵다. 정당한 파업 기간 등 법령이 처리 방법을 침묵하고 있지만 근로의무가 없는 날은 출근율 계산에서 원칙적으로 소정근로일에서 제외하는 것이 타당하다.

<참고문헌>

- 강선희, “주 40시간을 초과하는 휴일근로 시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중복지급”, 노동리뷰 105호, 한국노동연구원(2013. 12.).
- 강성태, “연차휴가일수 계산에서 징계 기간 등의 처리”, 노동판례리뷰(한국노동법학회 편), 중앙경제(2010).
- 강성태, “휴일의 개념”, 장시간노동과 노동시간단축(II), 한국노동연구원(2011).
- 김근주, “연차휴가제도의 보상적 성격에 관한 비판적 검토”, 노동법연구 39호, 서울대노동법연구회(2015).
- 김홍영, “연·월차휴가에 대한 사용자의 시기변경”, 월간노동법률 130호, 중앙경제(2002. 3.).
- _____, “휴일근로의 주간 연장근로 산입 여부”, 월간노동법률 252호, 중앙경제(2012. 5.).
- 박귀친, “근로시간 특례제도”, 장시간노동과 노동시간단축(II), 한국노동연구원(2011).
- 박수근·김근주, “연차휴가의 법적 성격과 쟁점”, 노동법연구 28호, 서울대노동법연구회(2010).
- 박종희, “연차휴가일수 비례산정의 타당성”, 월간노동법률 274호, 중앙경제(2014. 3.).
- 이승길, “휴일근로의 연장근로시간 포함해 할증임금 중복지급을 부인한 사례”, 월간노동법률 279호, 중앙경제(2014. 8.).
- 이철수, “연차휴가제도에 관한 법리”, 법학논총 4권, 이화여자대학교 법학연구소(1999).
- _____, “연차휴가제도”, 장시간노동과 노동시간단축(II), 한국노동연구원(2011).
- 한인상, “휴일근로의 연장근로 산입에 따르는 쟁점과 과제”, 이슈와 논점 383호, 국회입법조사처(2012. 2.).
- 김지형, 근로기준법 해설, 청림출판(2000).
- 김형배, 노동법(24판), 박영사(2015).
- 박제성 외, 장시간노동과 노동시간단축(II), 한국노동연구원(2011).

- 배규식 외, 장시간노동과 노동시간단축(I), 한국노동연구원(2011).
- 이병태, 최신 노동법(9전정판), 중앙경제(2008).
- 이정환·김진, “제55조”, 근로기준법주해(Ⅲ), 노동법 실무연구회, 박영사(2010).
- 임중률, 노동법(13판), 박영사(2015).
- 하갑래, 근로기준법(21판), 중앙경제(2009).
- _____, 근로기준법(27전정판), 중앙경제(2015).
- 고용노동부, 기업체 노동비용조사 2010(2011).
- 노동부, 개정 근로기준법 시행지침(2003. 12. 1.).
- 한국노동연구원, 사업체 패널 2009(2010)
- Bruno Veneziani, “Development of Employment Contract (Chapter 1),” The Making of Labour Law in Europe(Bob Heppel ed., Mansell Publishing 1986).
- Neville Rubin, Code of International Labour Law (Vol. II Book 2) (Cambridge 2005).

〈Abstract〉

An Essay on Holidays and Annual Leave under the Labor Standards Act

Kang, Seong-tae

This essay aims to examine holidays and annual leave which is a frequent topic of heated debate among the leave system prescribed under the Labor Standards Act (hereinafter “the Act”). To this end, this paper begins with exploring the meaning of “rest” under an employment contract, closely looking at issues pertaining to Korea’s leave system, and comparing Korea’s leave system to international labor standards.

The main part of this essay centers on discussing the following points: Is there a conceptual and legal difference between a weekly holiday and holiday? How should holiday working hours be considered when calculating overtime hours? What is holiday work in which employees are provided additional wage, and is additional wage paid when working while on annual leave? How does attendance rate factor in when calculating annual leave entitlements? How is annual leave calculated during the period of industrial action?

One of the most pressing challenges for the Korean labor market is to normalize work hours. To make this happen, Korea’s leave system needs to be operated in line with its original intent, i.e., protecting the health of employees and ensuring leisure time. Working hours and rest are fundamental elements of an employment contract, and a prerequisite for a sustainable society. In order for the leave system to properly function, monetary compensation for taking time off work should not be the focal point in labor-management negotiations. Furthermore, statutory interpretations on holidays and annual leave should

focus more on employees' entitlement to take leave rather than compensatory benefits.

Based on the preliminary findings, the following can be concluded: (i) Working seven consecutive days should be strictly regulated under the Act. (ii) Holiday working hours should be included in overtime hours, and employees should be paid an extra premium if holiday work is regarded as overtime. (iii) Holiday work under an employment contract should be interpreted as days in which employees are not obligated to work pursuant to relevant statutes, collective agreement, employment rules, etc. Working while on annual leave, namely on a specific date chosen by an employee, should be regarded as holiday work in which additional wage is provided. Annual leave should be considered as an employee's entitlement to take time off from work in line with international labor standards. (iv) Legal attendance rate under the Act should be regarded as an element for calculating annual leave allowance and not annual leave in itself (the latter requires legislative revision). (v) Period of lawful industrial actions, etc. should be excluded from actual working days when calculating attendance rate.

Keywords: rest, weekly holiday, holiday work, annual (paid) leave, annual leave allowance, annual leave work allowance