전남대학교 법학연구소 공익인권법센터
인권법평론 제28호 (2022년 2월)
https://doi.org/10.38135/hrlr.2022.28.565

축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성

— 헌재 2021.8.31. 2018헌마563 결정 —

조 상 균*

목차

Ⅰ. 사실관계
Ⅱ. 결정의 요지
Ⅲ. 평석
Ⅳ. 결론-이후의 과제를 중심으로

| 국문초록 |

이 사건은 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일의 적용을 배제하고 있는「근로기준법」제63조제2호가 청구인의 근로의 권리 및 평등권 등 헌법상 기본권을 침해하고 있는지가 직접적인 문제로 된 사건으로, 이 문제를 본안에서 다룬 최초의 헌법재판소 결정이라는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

우선 이 사건에서 헌법재판소는 심판대상조항이 인간의 존엄성을 유지하기 위한 최소한의 합리성을 담보하고 있는지 여부와 관련해서는 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다고 판단하였고, 둘째 축산업에 종사하는 근로자 전부를 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용을 제외하는 것이 평등권을 침해하는지 여부에 관해서는 차별취급의 합리성을 인

* 전남대학교 법학전문대학원 교수
논문접수일 : 2021. 12. 28., 심사개시일: 2022. 2. 7., 게재확정일 : 2022. 2. 23.

정할 수 있다고 판단하여 결과적으로 심판인용 정족수인 6인을 확보하지 못해 신청인의 청구를 기각하였다.

그러나 이 사건은 심판대상조항에 관한 입법개선촉구를 위한 중요한 계기로서 작용할 수 있다는 점, 그리고 이 결정으로 인하여 그동안 근로시간 등의 적용이 배제되어 온 농어업에 종사하는 근로자에까지 이 사건 결정의 효과가 미칠 수 있다는 점에서 의미가 매우 크다고 생각된다.

그러므로 사업의 특수성을 고려하여 근로시간 등 근로조건의 적용을 제한하는 것이 불가피하더라도, 적용배제의 대상을 자연환경의 영향을 크게 받는 1차 생산과 관련된 업무로 한정하는 등 최소한의 범위로 축소하는 등 노동법 적용의 사각지대를 피할 수 있는 최소한의 입법개선조치가 이루어지길 기대해 본다.

주제어 : 헌법소원심판, 근로조건 법정주의, 축산업에 종사하는 근로자, 근로시간 및 휴일, 근로기준법

Ⅰ. 사실관계

1. 청구인(이하 'X'라 한다)은 2017.8.25.부터 같은 해 10.14까지 이 사건 사용자(이하 'Y'라 한다)의 농장에서 소들의 관리, 사료 제공, 분뇨 정리 등의 업무를 Y가 제공하는 농장 숙소에서 생활하며 근무하던 근로자이다.

2. X는 Y의 농장에서 위 기간동안 토요일과 공휴일을 포함하여 매일 오전6시부터 오후 18시까지 점심시간을 제하고 총 11시간의 근로를 제공하였음에도 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금을 지급받지 못하였다.

3. X는 Y의 농장에서 퇴직후 2017.11.14. 근로감독관으로부터 근로

기준법에 근거하여 축산업 종사자에 대해서는 가산임금을 청구할 수 없음을 알게 되었다.

4. X는 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로기준법에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한「근로기준법」제63조제2호(이하 '심판대상조항'이라 한다.)가 인간의 존엄성을 보장받을 권리 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 2018.1.29. 국선대리인 선임신청을 하였고[1], 2018.6.1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

5. X의 헌법소원심판 청구에 대해서 판단한 것이 이 사건 결정이다.

Ⅱ. 결정의 요지(이하 '판지'라고 한다) - 심판청구 기각

1. 헌법소원 청구기간[2]을 준수하였는지 여부(판지1)

「법령에 대한 헌법소원은 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침

1)「헌법재판소법」제25조제3항에서는 '각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다'고 규정하여 변호사강제주의를 취하고 있고, 같은 법 제70조제1항에서는 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력(資力)이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있고, 이 경우 헌법소원 심판의 청구기간은 국선대리인의 선임신청이 있는 날을 기준으로 정한다고 규정하고 있다. 그러므로 이 사건의 경우 같은 법 제69조의 청구기간 도과여부에 대한 기준일은 선임된 국선대리인이 심판청구서를 제출한 날이 아니라, 청구인이 국선대리인 선임신청을 한 2018.1.29.이 된다고 할 수 있다.

2)「헌법재판소법」제69조제1항에서는 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.'고 규정하고 있고, 어느 한 기간이라도 도과하게 되면 심판청구는 부적법하게 된다.

해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다. 여기서 청구기간 산정의 기산점이 되는 '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'이란 '법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날'을 가리킨다 할 것이고, 나아가 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다」

「청구인은 2017.8.25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018.1.29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'로부터 1년의 청구기간을 준수하였다.」

「청구인은 2017.11.14. 경 심판대상조항으로 인하여 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 할 것이므로, 그때로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.」

2. 헌법 제32조제3항 근로의 권리(근로조건 법정주의) 침해여부(판지2)

「헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경

제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 입법자가 이를 민주적으로 조정할 필요가 있으며, 경제적·사회적 상황의 변화에 따라 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건에 관한 기준을 탄력적으로 구체화하기 위함이다. 따라서 인간의 존엄에 상응하는 근로조건의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이므로, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하고 있는지 여부에 달려있다.」

「심판대상조항은 근로기준법상의 근로시간이나 휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용하도록 하는 대신 축산업의 계절적 특성 등을 고려하여 사용자와 근로자가 사업특성에 맞는 근로조건을 자율적으로 정하도록 한 것이므로, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다.」

3. 평등권 침해여부(판지3)

「특정 산업에 대하여 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 해당 산업의 특성, 근로실태, 근로자보호의 필요성 및 사용자의 법 준수능력뿐만 아니라 근로기준법을 적용하는 경우 관련 산업의 운용 및 고용에 미칠 전반적인 영향에 대한 장래예측도 수반되는 전문적인 경제·노동정책의 문제이므로 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정된다. 따라서 심판대상조항의 평등권 침해여부에 대한 판단에는 합리성 심사기준이 적용된다.」

「심판대상조항은 위와 같은 축산업의 특성을 고려하여 획일적으로 근로기준법상의 기준을 강요하는 대신 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것이므로, 차별취급의 합리성을 인정할 수 있다.」

4. 결론

「청구인의 심판청구를 기각한다[3].」

Ⅲ. 평석

1. 결정의 의의와 특징

이 사건은 「근로기준법」상 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로시간 및 휴일의 적용을 제외하고 있는 심판대상조항이 청구인의 권리를 침해하고 있는지 여부가 다루어진 사건으로, 구체적으로는 본안이전의 적법요건에 대한 판단으로 이 사건 심판청구가 청구기간을 준수하였는지, 본안에 들어가서 심판대상조항이 「대한민국헌법」 제32조제3항의 근로조건법정주의에 따라 인간의 존엄성을 유지하기 위한 최소한의 합리성을 담보하고 있는지 여부와 축산업에 종사하는 근로자 전부를 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 「근로기준법」 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용을

3) 이 사건에서 총9인의 재판관중 재판관 1인은 기각의견, 재판관 5인은 헌법불합치의견, 재판관 3인은 각하의견으로 결정되어, 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수였지만, 「대한민국헌법」 제113조제1항, 「헌법재판소법」 제23조제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용 결정을 위한 6인의 심판정족수에 이르지 못하여, 결국 이 사건 심판청구는 기각되었다.

제외하는 것이 평등권을 침해하는지 여부 등이 쟁점이라고 할 수 있다.

현행「근로기준법」제63조는 농수산업 종사자(제1호 및 제2호 관련), 감시·단속적 근로 종사자로서 고용노동부장관의 승인을 받은 사람(제3호 관련), 감독·관리·기밀 취급 종사자(제4호 및 같은 법 시행령 제34조 관련)에 대해서 산업 및 업무의 특수성을 감안하여 근로시간 등을 엄격히 규제할 필요가 높지 않다는 이유를 들어 같은 법 제4장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정을 제외하고 있다[4]. 그러므로「근로기준법」상 법정근로시간(제50조), 주휴일과 공휴적용휴일(제55조), 가산임금(제56조) 등은 이들 근로자에게 적용이 배제된다.

종래「근로기준법」제63조를 둘러싼 법적인 쟁점은 주로 해당 사업 또는 직무가 심판대상조항에서 규정하는 근로시간 등의 적용 제외에 해당되는지 여부에 관한 문제라든지[5],「근로기준법」제63조의 '적용하지 아니한다'의 법적해석과 관련하여 적용제외 사업에 종사하는 근로자를 대상으로 별도의 취업규칙에서 연장근로수당이나 휴일근로수당을 부여한다는 규정을 두는 경우에 그 효력의 문제[6]

---

4) 구체적으로 농수산업 종사자의 경우에는 일반적으로 자연조건의 영향을 강하게 받게 되므로 인위적으로 근로시간을 규제하기 어렵다는 점을, 감시·단속적 근로 종사자의 경우에는 정신적·육체적 피로가 적거나, 휴게시간 또는 대기시간이 많아 근로시간을 엄격히 규제할 필요가 높지 않다는 점을, 감독·관리·기밀 취급 종사자의 경우에는 그 직무의 성질상 경영자와 일체적 지위에서 출·퇴근 등에 재량을 가지므로 엄격한 제한을 받지 않더라도 보호에 소홀함이 발생하지 않는다는 점을 적용 배제의 이유로 들고 있다. 임종률,『노동법(제19판)』박영사, 2021.2.25. 492-493면; 김형배,『노동법(제27판)』박영사, 2021.9.30. 555-557면; 하갑래,『근로기준법(제34판)』, ㈜중앙경제, 2021.5.17. 292-296면 참조.

5) 대법원 2020.2.6.선고 2018다241083 판결(제1호 적용여부); 대법원 1989.2.28. 선고 88다카2974 판결(제4호 적용여부).

6) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결; 이들 판례에서는「근로기준법」제63조의 '규정을 적용하지 아니한다'는 것

등 심판대상조항의 적용여부 및 규정해석이 중심이었고, 「근로기준법」 제63조와 관련된 근로자의 기본권 침해의 문제는 같은 법 제63조제3호의 감시·단속적 근로자에 대한 근로시간, 휴일 규정의 배제에 국한되어 다루어져 왔다. 다만, 몇 차례 제기된 감시·단속적 근로자에 대한 근로시간, 휴일 규정의 배제를 규정하고 있는 같은 법 제63조제3호에 대한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 집행행위 없이 법령이 바로 기본권을 침해하여야 한다는 헌법소원의 요건(기본권침해의 직접성)이 결여되어 있다는 이유로 각하하거나[7], 청구기간의 도과를 이유로 각하되거나[8], 또는 헌법재판소가 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판청구를 하여 각하되어[9] 사실상 본안에 들어가서 이 문제에 대해서 판단한 경우는 없었다고 할 수 있다. 게다가 이 문제에 대한 학계의 논의도 그동안 근로자에 대한 근로시간에 대한 규제가 최근의 이슈였음에도 불구하고, 상대적으로 충분한 논의가 이루어져 왔다고 보기도 어렵다.

이러한 상황에서 나온 이 결정은 「근로기준법」 제63조에 따라 근로시간 및 휴일 규정이 배제된 근로자의 기본권 침해여부를 본안에서 다룬 최초의 헌법재판소 결정이라는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있고, 사안의 측면에서는 헌법소원의 청구인으로서 대부분을

은 사용자에게 근로시간 등에 관한 규정을 준수할 의무가 없다는 것일 뿐, 사용자의 취업규칙 등에 대상 근로자에게 근로시간 등을 적용한다는 취지의 규정을 둔 경우에는 그 효력이 있다고 판단하고 있다. 다만 감시·단속적 근로자로 고용노동부장관의 승인을 받은 근로자의 경우에는 별도의 취업규칙에서 근로시간과 휴일,휴게 등에 관하여 규정하고 있다고 하더라도 고용노동부장관의 인가를 받은 근로자에 대하여는 적용할 수 없다는 판단도 있다(대법원 1997.7.11. 선고 96다45399 판결).

7) 헌법재판소 2020.2.18. 선고 2020헌마132 결정; 헌법재판소 2008.5.29.선고 2006헌마1291 결정.

8) 헌법재판소 2000.1.12.선고 99헌마746 결정; 2012.11.27.선고 2012헌마891 결정.

9) 헌법재판소 2014.12.16. 선고 2014헌마1083 결정; 2013.1.29.선고 2013헌마33 결정.

차지하고 있었던 감시·단속적 업무에 종사하는 근로자(제3호 관련)가 아닌 축산업에 종사하는 근로자(제2호 관련)라는 점이 특징이라고 할 수 있을 것이다.

무엇보다도 이 결정은 9인의 재판관중 5인의 재판관이 헌법불합치 결정을 내렸음에도 헌법소원 인용결정 정족수인 6인이 되지 못해 결론적으로 기각결정이 내려졌지만, 앞으로 전개될 심판대상조항을 둘러싼 학계의 개선을 위한 논의를 시작할 계기를 마련해 주고 있음은 물론, 헌법불합치 결정을 내린 다수의견에서 추가적으로 몇 가지 개선방안까지 제시하여 이 조항을 둘러싼 구체적인 논의 방향 및 내용까지 제시하고 있다는 점에서 큰 의미를 갖는 결정이었다고 평가할 수 있을 것이다.

2. 헌법소원 청구기간[10]을 준수하였는지 여부(판지1)

가. 판지의 요점 및 문제제기

판지1에서는 이 사건 심판청구의 적법요건에 대한 판단으로 이 사건 심판청구가 「헌법재판소법」 제69조제1항에서 규정하고 있는 청구기간을 준수하고 있는지에 대해서 판단하면서, 이 사건과 같은 법령에 대한 헌법소원은 '법령이 시행된 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다'는 종래의 헌법재판소의 결정 법리를 인용하면서 헌법소원 청구기간을 준수하였다고 판단하고 있다.

---

10) 「헌법재판소법」 제69조제1항에서는 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.'고 규정하고 있고, 어느 한 기간이라도 도과하게 되면 심판청구는 부적법하게 된다.

「헌법재판소법」 제69조제1항은 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.'고 규정하여 그 청구기간에 대한 규정을 두고 있다. 그런데 이 사건 심판청구와 같이 법령에 의한 기본권 침해의 경우, 같은 법 제69조제1항의 '그 사유'를 '법령의 시행'이라고만 해석하여 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일, 시행된 날로부터 1년을 도과하였다는 이유로 심판청구가 각하된다면 보편적으로 기본권 침해 사실을 인지하기 어려운 일반 국민의 헌법소원심판청구권을 과도하게 제한하는 결과를 야기할 수 있다[11]. 이러한 문제 때문에 헌법재판소는 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우와 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우를 구분하여 후자의 경우는 '그 법령에 해당하는 사유가 발생하는 날'을 '법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날'로 이해하여 청구기간 산정의 기산점으로 삼고 있다[12]. 나아가 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우에는 가능한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다고 판단하고 있는 것이다[13].

이 사건의 경우 X가 Y의 농장에서 축산업에 종사하기 시작한 2017.8.25.에 비로소 심판대상조항에 의한 구체적·현실적인 기본권

---

11) 같은 취지로 오훤, '법령 헌법소원의 청구기간에 관한 몇 가지 쟁점' 「헌법판례연구」, 12, 2011.3. 276면 참조.

12) 헌법재판소 1990.6.25. 89헌마220 결정; 헌법재판소 1994.6.30. 91헌마162 결정 등: 이와 같이 기본권 침해 사실을 구체적·현실적으로 보는 이유는 법령에 의한 기본권 침해에 대한 인식가능성을 제고함으로써 국민의 재판청구권을 신장시키는데 기여하기 때문이다. 오훤, 앞의 논문, 286 참조.

13) 헌법재판소 2012.6.27. 2010헌마716 결정.

침해가 발생했다고 볼 수 있다. 그러므로「헌법재판소법」제70조제1항에 따라 그 신청일로 삼고 있는 국선대리인의 선임 신청이 2018.1.29.에 이루어짐으로써 기본권의 침해가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 제기해야 한다는 조건은 충족되었다고 할 수 있다.

다음으로 X가 기본권 침해 사실을 안 시점이 언제인가에 대한 해석문제가 남는다. 이 문제에 대해서 각하의견으로 제시된 재판관 3인은 청구인이 주장하는 시점에 얽매일 것이 아니라 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 판단해야 한다는 전제하에 X의 '근무를 시작한 2017.8.25.부터 퇴사일인 같은 해 10.14. 까지 오전 6시부터 오후 18시까지 하루의 휴무도 없이 일을 하였다'는 주장을 근거로 '근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무시작일인 2017.8.25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017.9.1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 첫 임금을 수령한 2017.10.10.에 기본권침해 사실을 알았다'고 보아 심판청구일인 2019.1.29.을 기점으로 역산하여 90일이 지났기 때문에 심판청구가 부적법하다고 보았다. 결국 청구인이 명확하게 기본권 침해사실을 언제 알았는지 알 수 없는 경우에 각하의견은 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 파악해야 한다고 하면서도 축산업 근로관계의 특징이나 근로자가 기본권침해를 당한 사실을 알았는지 여부를 객관적·합리적으로 살펴보지 않고 근무 시작후 1주일이 지난 시점에 휴일을 부여받지 않았다 등의 사실로부터 청구인이 기본권 침해 사실을 알았다고 판단하였던 것이다.

반면에 다수의견은 X가 퇴직후 2017.11.14. 근로감독관으로부터 근로기준법에 근거하여 축산업 종사자에 대해서는 가산임금을 청

구 할 수 없음을 알게 되었다는 X의 주장[14] 이외에 기본권 침해 사실을 알았다고 볼만한 명백한 자료가 발견되지 않아, 청구인에게 유리하게 해석해야 한다는 종전 결정의 법리에 따라 2017.11.14.을 청구기간의 기산점으로 보아, 2017.11.14.로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 헌법소원의 청구기간을 준수하였다고 판단하고 있다.

나. 평가

헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해당한 자가 기본권을 구제받을 수 있는 최후의 권리구제절차로 이해할 수 있다. 그러므로 헌법소원의 청구기간 기산점을 정하는 것은 국민의 권리구제를 충실히 보장하는 방향으로 해석되어야 한다. 그렇다고 해서 청구기간을 두고 있는 취지인 법적 안정성을 전혀 도외시 하는 것도 허용될 수 없다. 그런 관점에서 보면 해당 공권력의 특성은 반드시 고려되어야 하고, 공권력 가운데 법령에 의해서 발생하는 기본권 침해는 기본적으로 그 인식가능성이 낮다는 특징을 가진다[15]. 즉 법률의 규정의 존재유무와 적용여부에 대한 전문지식을 가지기 어려운 일반인을 기준으로 하였을 때, 자신의 상태가 법령의 적용을 받아 기본권을 침해받고 있다고 인식을 가지는 것은 쉽지 않은 문제이다.

이 사건에서 X는 주휴일을 부여받지 못한 시점인 2017.9.1.이나 가산임금을 지급받지 못한 2017.10.10.에 바로 심판대상조항에 의한 기본권 침해를 받았다고 인식할 가능성은 그리 높지 않다. 게다가

14) 구체적인 사실관계는 결정문에서 찾아 볼 수 없었으나, X가 2017.10.14.자로 퇴직후 임금 미지급 등을 이유로 고용노동청에 진정을 제기하여 2017.11.14. 근로감독관으로부터 회신을 받은 것으로 보인다.

15) 오훤, 앞의 논문, 276면 참조.

X는 취업이후 퇴직 전까지 하루도 쉬지 않고, 오전 6시부터 오후 18시까지 하루도 쉬지 않고 일을 했다는 점에서 보면 그러한 추론이 과도하다고 할 수도 없다. 그러므로 X가 퇴직 후 어느 시점에 기본권이 침해당하고 있다고 의문이 있었고, 종국적으로 근로감독관에 의하여 심판대상조항이 X에게 적용된다는 사실을 알게 된 2017.11.16.을 기본권 침해를 안 날로 본 다수의견은 정당해 보인다. 굳이 불명확한 경우 청구인에게 유리하게 해석해야 한다는 법리를 차용할 필요도 없이 소수의견이 판단에 활용한 '건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 파악해야 한다' 기준하에서도 이러한 판단은 가능하다고 할 수 있을 것이다.

3. 헌법 제32조제3항 근로의 권리(근로조건 법정주의) 침해여부(판지2)

가. 판지의 요점 및 문제제기

이 사건 기각의견에서는 판지2의 법리에 따라 심판대상조항이 「대한민국 헌법」 제32조제3항의 근로의 권리(근로조건 법정주의)를 침해하는지 여부에 대해서 심판대상조항이 강한 계절성을 특징으로 하는 축산업이 가지는 특수한 근로환경을 고려하고 있는 점, 심판대상조항에서 적용 배제된 근로조건 이외의 야간근로, 휴가에 관한 규정이 적용되어 인간의 존엄을 보장할 수 있는 근로조건에 관한 규정이 전혀 적용되지 않는다고 볼 수 없는 점, 심판대상조항은 근로자와 사용자 사이의 사적 합의마저 금지하고 있지 않은 점, 축산업의 고용노동시장과 상황을 포함한 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 고려해 보았을 때 현재 우리나라의 축산업은 대부분이 영세하여 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 전부 적용하는 경우 인건비 상

승 등이 우려되어 반드시 해당 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어려운 점 등을 들어 결국 심판대상조항은 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려워, X의 근로의 권리를 침해하지 않는다고 판단하고 있다.

원래 X는 심판대상조항이 인간의 존엄성을 보장받을 권리를 침해한다고 주장했으나, 헌법재판소는 심판대상조항이 헌법 제32조 제3항에서 '근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다'는 근로조건 법정주의에 따라 인간의 존엄성을 유지하기 위한 최소한의 합리성을 담보하고 있는지 여부도 함께 판단해야 한다는 점을 들어 헌법재판소의 직권주의[16]에 따라 인간의 존엄성 침해 여부는 별도로 판단하지 않고, 침해되는 기본권을 근로의 권리로 변경하여 판단하고 있다.

「대한민국 헌법」 제32조제3항의 근로조건 법정주의는 개별적 근로관계의 법적 규율의 기본원칙을 밝히고 있는 것으로서, 국가로 하여금 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있을 정도의 수준을 근로조건의 최저기준으로 정하도록 하는 정책의무를 부담시켜, 이러한 정책의무에 명백히 반하는 국가의 입법을 무효로 하는 효과를 갖게 된다[17]. 이러한 성격에 따라 헌법재판소는 판지2에서 밝히고 있는 심판대상조항이 근로의 권리에 침해되는지 여부에 대한 심사기준으로 우선 심판대상조항이 개별 근로자의 존엄성을 보장하기 위한

16) 헌법재판소 2002.8.29. 2000헌가5; 이 결정에서 헌법재판소는 '헌법소원절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는지를 심사해야 한다'고 판단하여 신청인이 주장하는 법적 관점에서 뿐만 아니라 모든 헌법적인 관점에서 심사한다는 직권주의를 인정하고 있다.

17) 임종률, 같은 책, 20-21면 참조.

최소한의 근로조건인지 여부를 판단하고, 여기에 해당한다 하더라도 그 구체적 내용을 어느 정도로 정할 것인지 여부에 대해서는 기본적으로 입법자에게 입법형성의 재량이 있다는 전제하에, 구체적으로 입법자가 근로자를 보호할 의무를 전혀 이행하지 아니하거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부에 달려있다[18]는 태도를 보이며 기본적으로 광범위한 입법형성권을 인정하고, 합리성원칙, 자의금지원칙을 기준으로 판단하고 있다고 할 수 있다.

그러므로 이 사건 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부도 입법자가 보호할 의무를 전혀 이행하지 않거나, 재량권을 벗어나 있는지 즉 합리성 심사기준으로 판단해야 할 것이고, 판지2도 이점을 확인해 주고 있다.

나. 심판대상조항의 근로의 권리 침해여부에 대한 기각의견과 헌법불합치의견의 비교

(1) 심사기준에 대한 비교

일단 이 사건에서 판지2는 헌법재판소는 헌법 제32조제3항의 지위를 사회권적 기본권으로 판단하면서 국가의 근로조건에 대하여 인간의 존엄성이 보장되도록 규정할 정책적 의무가 있다고 하면서도 인간의 존엄에 상응하는 근로조건의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 입법자의 형성의 자유에 속하는 영역으로 이해하고 있다. 다만, 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는

18) 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌마408 결정(계속근로기간 1년 미만인 근로자를 퇴직급여 지급대상에서 제외하는 것이 근로조건 법정주의에 위반하는 지 여부) 헌법재판소 2015.12.23. 2014헌바3 결정(월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도의 적용제외 사유로 규정하는 것이 근로의 권리를 침해하는지 여부에 대한 판단).

재량의 범위를 명백히 이탈하고 있는지 여부를 살펴보아야 한다고 하고 있다. 반면에 헌법불합치의견에서는 심사기준에 대해서 언급하면서 기본적으로 근로시간 등의 적용대상을 결정하는 것은 입법자의 입법형성권이 인정된다는 점에서 동일하게 판단하면서도, 합리성 판단에 대한 추상적인 기준을 언급하는 것 대신에, 보다 구체적으로 '근로자의 일과에 따른 근로시간 제한 및 휴일의 부여가 적절하지 않는지, 법정근로시간을 초과하는 근로 또는 휴일 근로로 인한 피로를 해소할 수 있는 휴식이 보장되었는지'를 판단해야 한다고 하고 있다.

(2) 구체적인 적용에 대한 비교

먼저 기각의견은 위와 같은 판지2의 심사기준에 따라, 축산업의 특수한 근로환경을 고려하여, 축산업은 계절의 영향을 강하게 받기 때문에 근로시간 등에 관한 규정을 이들 사업에 종사하는 근로자들에게는 적용하기기 적절하지 않다고 판단하고 있다. 이러한 판단에는 심판대상조문의 1953년 「근로기준법」이 제정당시부터 일관되게 인정되어 왔던 취지를 그대로 답습하고 있다고 해도 좋을 것이다[19].

반면에 헌법불합치의견은 심판대상조항이 1953년에 도입할 당시에는 축산업의 특성상 다른 여타의 근로자들과 동일하게 근로시간 등을 규율하기 곤란하더라도, 심판대상조항이 도입된 이후의 축산업의 특성 및 근로여건의 변화를 전혀 반영하지 않은 채 축산업에

19) 주지하는 바와 같이 「근로기준법」 제63조는 1953.5.10. 「근로기준법」이 제정된 이래, 조문번호와 약간의 문구의 변동을 제외하면 현재까지 동일한 내용·구조를 가지고 있고, 그 취지 또한 현재에도 동일하게 설명되고 있다. 다만, 같은 조 제3호의 경우는 감시·단속적 근로에 종사하는 근로자에 대한 적용배제를 위한 승인(인가)의 주체와 관련하여 제정법(사회부), 1989.3.29.개정(노동위원회), 1997.3.13.개정(노동부장관), 2010.6.4.개정(고용노동부장관)에서 일부 변동이 있었을 뿐이다.

종사하는 근로자에 해당하기만 하면 직종이나 업무의 내용에 관계없이 심판대상조항이 일률적으로 적용되어, 저임금·장시간 노동을 조장하고, 축산업의 발전마저도 저해되고 있다고 하면서 심판대상조항은 헌법에 반한다는 입장에 서 있다.

그리고 기각의견은 심판대상조항이 근로자와 사용자 사이의 사적 합의마저 금지하고 있지는 않다는 종래의 대법원 판결[20]의 입장을 들어 사용자와 근로자가 사적 합의에 의하여 축산업의 특성에 부합하는 근로조건을 정할 수 있다고 하여 그 판단의 근거로 삼고 있는 반면에, 헌법불합치의견에서는 축산업에 종사하는 법적·사회적 지위가 불안정한 근로자(특히 일용직, 임시직 근로자)가 사적 합의에 의해 유리한 근로조건을 정할 수 있다고 기대하기 어렵다는 현실에서 심판대상조항은 최소한의 보호마저도 배제되고 있다고 판단하고 있다.

또한 기각의견은 축산업에 종사하는 근로자에게 근로기준법의 내용 전부가 적용에서 배제되지 않고, 야간근로 및 야간근로수당이나 연차유급휴가 등 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되고 있으므로 인간의 존엄성을 보장할 수 있는 최소한의 규정은 적용된다고 보고 있는 반면에, 헌법불합치의견은 축산업에 종사하는 근로자들의 작업특성상 휴식보장과 경제적 보상의 필요가 적지 않음에도 불구하고 근로시간 제한 등의 규정이 전면적으로 적용 제외되고 있고, 관련법령 역시 존재하지 않아 최소한의 법률적 보장도 받지 못하고 있다고 현실을 강조하고 있다.

그 이외에 기각의견에서는 축산업에 종사하는 근로자들에게 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법을 전부 적용하는 경우에는 인건

20) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결.

비 상승에 따른 생산비 증가, 수입육의 비중 증가, 영세농가의 도산이나 폐업 등으로 이어져, 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어렵고, 오히려 편법적인 근로계약의 성행, 불법체류자를 고용하는 부작용이 초래된다는 점을 주요한 논거의 하나로 제시하고 있다.

결론적으로 기각의견은 '심판대상조항은 근로기준법상의 근로시간이나 휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용하도록 하는 대신 축산업의 계절적 특성 등을 고려하여 사용자와 근로자가 사업특성에 맞는 근로조건을 자율적으로 정하도록 한 것이므로, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다.'고 판시하여 청구인의 근로의 권리를 침해하고 있지 않다고 보고 있는 반면, 헌법불합치의견은 '심판대상조항이 축산업에 종사하는 근로자들 전부에 대해서 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 것은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 규정하지 않은 것이므로 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다'고 결론을 내리고 있다.

다. 평가–근로조건법정주의의 의미 및 기본정신을 기준으로

헌법재판소는「대한민국 헌법」제32조제3항에서 규정하고 있는 '근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.'는 이른바 근로조건법정주의의 의미에 대해서, '인간의 존엄성에 대한 판단기준도 사회적 경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것'으로 이해하고 있다[21]. 그러므로 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건의 기준은 절대

적일 수 없고, 항상 시대상황에 따라 변화를 요구받고 있기 때문에 탄력적으로 보장할 수 있도록 법률에 유보한 것으로 근로조건법정주의의 의미를 설명하고 있다.

그러나 이 사건 심판대상조항은 '축산업의 경우 가축의 수정, 분만, 양육, 출하를 그 내용으로 하고 있어 가축의 생애 및 성장주기에 절대적으로 구속되고, 기상·기후 등 자연조건에 크게 영향을 받으므로 근로시간과 휴식에 관한 규정을 획일적으로 적용할 수 없다는 정책적 판단에 따른 것이다'는 취지하에 「근로기준법」이 1953년 제정된 이래 70여년이 지난 현재까지 동일한 내용을 유지하고 있다[22].

이점에서 심판대상조항은 축산업의 변화하는 사회경제적 변화상을 제대로 반영하지 못하고 있다는 비판에 자유롭지 못하다고 할 수 있다[23]. 심판대상조항이 처음 「근로기준법」 제정 당시의 상황과 지금의 상황이 결코 같지 않고 많은 변화가 있었음에도 불구하고, 그 규정내용이 70여년이 지난 현재까지 그대로라는 것은 입법자의 인간의 존엄성이 보장되도록 규정할 정책적 의무의 해태든지, 입법권의 남용에 지나지 않는다고 생각된다.

또한 헌법상 근로조건법정주의의 기본정신은 근로조건에 관한 기준을 근로자와 사용자에게 맡겼을 때 나타날 수 있는 문제 즉 사용자에게 일방적으로 유리한 조건으로 근로계약이 체결되어 근로자의 존엄성이 위협 받게 되는 상황을 염려하여 규정된 것이다[24].

---

21) 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌마408 결정.

22) 심판대상조항의 입법배경에 대하여 구체적으로 설명하고 있는 것으로 전윤구, '근로시간 적용제외에 관한 근로기준법 제63조의 기원에 관한 연구' 「동북아법연구」 제11권제1호, 2017.5.

23) 같은 취지로, 김홍영, '근로기준법상 근로시간 및 휴일의 적용제외사업(식물재배사업)에서 초과근로에 대한 근로수당의 지급의무' 「노동법학」 제33권, 2010. 3. 268면.

24) 김형배, 같은 책, 120면 참조.

그러므로 「근로기준법」 등 개별적 근로계약관계를 규율하는 근로관계법은 모두 근로자의 생존권을 보장하기 위한 최소한의 최저기준을 정하여 규율하고 있는 것이다.

그러나 심판대상조항은 대상 산업에 종사하기만 하면 근로시간, 휴일에 관한 규정을 전면적으로 적용 배제하고 있다. 자연조건에 영향을 많이 받는 산업의 특성상 불규칙하고 장시간 노동에 종사할 수밖에 없는 점을 감안하면 근로시간에 대한 적용여부는 별론으로 하더라도, 근로자의 생존권을 위한 최소한의 휴일을 보장받을 필요성이 다른 근로자에 대해 높다는 점을 간과하고 있는 것이다.

물론, 기각의견이 제시하고 있는 바와 「근로기준법」 제63조의 '규정을 적용하지 아니한다'는 것은 사용자에게 근로시간 등에 관한 규정을 준수할 의무가 없다는 것일 뿐, 사용자의 취업규칙 등에 대상 근로자에게 근로시간 등을 적용한다는 취지의 규정을 둔 경우에는 그 효력이 있다[25]. 문제는 축산업에 다수 종사하고 있는 일용직 근로자 등 단기간의 계약직 근로자 등 신분이 불안정하거나 원칙적으로 사업장변경이 어려운 외국인 근로자의 경우, 사적 합의에 의해 유리한 근로조건을 정할 수 있다는 기대가 가능한지 의문이다[26].

그러므로 입법자는 근로조건법정주의의 취지에 따라서 축산업 근로자들을 보호하기 위한 최소한의 근로조건을 마련해야 하고, 그 위에서 사적합의 가능성에 대해 언급해야 함에도 불구하고, 축산업에 종사하는 근로조건에 대해서 달리 규율하고 있는 관계법령이 존

25) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결

26) 농축산업분야에서 외국인고용허가제의 운영실태를 분석하면서 근로기준법 제63조의 위헌성을 검토하고 있는 논문으로 권민지 등 5인, '2015 농축산업 이주노동자 근로환경 관련 법제 연구' 「공익과 인권」 통권 제15호, 2015; 전윤구, '외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성' 「노동법논총」 제33집, 2015.4.

재하지 않는 상황에서 일률적인 적용배제는 인간의 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 정하지 않는 것과 마찬가지로 입법재량의 범위를 일탈한 것이라고 할 수밖에 없다.

결과적으로 필자는 인간존엄성의 상대성에 기반한 근로조건법정주의의 취지를 반영하지 못하면서 근로시간 및 휴일에 관한 최소한의 근로조건도 정하지 않으면서 일률적으로 그 적용을 배제하고 있는 심판대상조항은 헌법상 근로조건법정주의에 반하여 청구인의 근로의 권리를 침해하고 있다고 생각하여 이를 지적하고 있는 헌법불합치 의견에 찬성할 수밖에 없다.

4. 평등권 침해여부(판지3)

가. 판지의 요점 및 문제제기

판지3에서는 청구인의 심판대상조항의 규제대상 사업 중에서도 달리 취급할 업무에 종사하는 근로자가 존재함에도 불구하고, 이들 사업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 취급하여 평등권을 침해한다는 주장에 대해서, 특정 산업에 대해서 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정되고, 심판대상조항은 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것이므로 차별취급의 합리성을 인정할 수 있다고 하여 평등권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다.

헌법상 평등권 위반여부에 대하여 그동안 헌법재판소는 엄격한 심사기준에 의할 것인지, 완화된 심사기준에 의할 것인지 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달리 판단해 왔으며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 엄격한 심사

기준을[27], 반면에 특별히 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있지 않거나 입법자에게 광범위한 입법형성권을 인정하는 경우에는 완화된 심사기준을 사용하여 그 차별이 합리적인지 여부(자의금지의 원칙)[28]를 가지고 판단해 왔다.

이 사안의 경우 헌법이 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 특별히 평등을 요구하거나 차별금지를 규정하고 있지 않다는 점에서 완화된 심사기준을 가지고 차별에 합리성 여부를 가지고 판단하였고, 결과적으로 차별취급의 합리성을 인정하여 X의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다. 그러므로 여기에서의 문제는 심판대상조항이 다른 사업에 종사하는 근로자들과 달리 특정 사업을 기준으로 이들 사업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 근로시간 및 휴일에 관한「근로기준법」제4장 및 제5장에 관한 근로시간 및 휴일의 규정을 적용배제하고 있는 차별이 합리적인지 여부가 될 것이다.

나. 심판대상조항의 평등권 침해여부에 대한 기각의견과 헌법불합치의견의 비교

심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부에 관해서 기각의견은 첫째 계절과 기후의 영향을 크게 받는 축산업에 종사하는 노무의 성격과 다른 국가의 입법례, 게다가 ILO에서도 이들 근로자들에 대

---

27) 엄격한 심사기준은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 않고, 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준을 심사한다는 것을 의미하고, 대표적인 것으로 군제대자에 대한 가산점 적용의 평등권 침해 여부에 대해서 판단한 헌법재판소 1999.12.23. 98헌마363 결정이 있고, 헌법재판소는 이 사안의 경우 엄격한 심사기준을 적용하여야 하는 두 경우에 모두 해당한다고 판단하고 있다.

28) 대표적인 것으로 근로기준법의 전면적인 적용대상을 상시 근로자 5명 이상의 사업장에 한정하고 있는 조항의 평등권 침해 여부에 대해서 판단한 헌법재판소 1999.9.16. 98헌마310 결정이 있다.

하여 협약의 규율대상에서 제외하고 있다는 사정 등 사업의 특수성, 둘째 사용자의 영세성으로 인하여 「근로기준법」상 근로시간 및 휴일을 보장하는 경우 사용자의 사업운영에 경제적 부담의 우려, 셋째 축산업에 종사하는 근로자는 자신의 근로조건을 근로개시 이전에 충분히 예측할 수 있으므로 구체적인 상황에 맞는 근로계약체결 가능성 등을 들어 차별에 합리성이 있다고 인정하고 있는 반면, 헌법불합치 의견은 첫째 축산업 근로자들이 모두 계절과 기후의 영향을 크게 받는 업무에만 종사한다고 단정할 수 없음에도 심판대상조항이 '사업'을 적용제외대상의 기준으로 채택하여 개별근로자들의 구체적인 업무에 대한 고려가 없는 점, 둘째 「근로기준법」에는 제59조의 '근로시간 및 휴게시간의 특례'와 같이 근로내용의 특수성을 고려하면서도 근로자를 보호하는 규정이 마련되어 있고, 지속적으로 개선이 이루어지고 있는 점, 셋째 심판대상조항은 제정 당시의 근로조건 기준만을 고수하여 일반 근로자들과의 격차만 벌어지고 있는 점 등을 고려하면 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 다른 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적 이유 없는 차별에 해당하여 X의 평등권을 침해한다고 판단하고 있다.

결국 기각의견은 축산업에 종사하는 노무의 특수성에 주안점을 두고 일률적인 적용에 찬성하고 있는 반면, 헌법불합치의견은 특수성을 인정하면서도 환경변화에 주목하면서 보다 세분화된 규제 필요성을 주장하고 있다는 차이점이 있다.

다. 평가

(1) 사업을 기준으로 일률적인 적용제외의 합리성

이들 상반된 의견에 대해서 검토해 보면, 우선 기각의견은 축산업은 계절과 기후의 영향을 크게 받아 다른 사업의 근로내용과 크

게 상이한 특성을 가지고 있어, 축산업에 종사하는 근로자들에게 근로시간 등 「근로기준법」상의 보호규정을 그대로 적용하는 것이 합당하지 않다는 점을 기각의견에 주요한 근거로 삼고 있으며, 또한 심판대상조항이 산업을 기준으로 일률적으로 근로조건 적용대상에 제외하고 있다는 점에 대해서 다른 사업의 일반 근로자들이 비록 근로조건 및 내용이 불규칙한 사업장이 있더라도 이는 사업장의 개별적 특성에서 기인한 것이지 해당 사업의 특성으로 보기 어렵다는 점을 이유로 차별에 합리성이 있다고 판단하고 있다.

그러나 기본적으로 근로시간 및 휴일에 관한 「근로기준법」 규정은 임금과 더불어 인간의 존엄성 보장의 기본전제가 되는 근로조건 중 하나이고, 이들 보호규정은 원칙적으로 모든 근로자들에게 이를 차별 없이 보장되어야 한다는 점에서 보면 기각의견은 근로시간 및 휴일에 관한 근로조건의 중요성을 간과하고 있다는 의심이 들 수밖에 없으며, 근로시간에 대한 보장규정이 공장직이나 사무직근로자를 전제로 하여 제정되었다는 점도 근로기준법이 갖는 근로자의 기본적 생활을 보장하는 보편적인 기준이라는 성격과 거리가 있고[29], 게다가 산업의 변화에 따른 업무의 세분화로 인하여 다양한 형태의 근로가 존재하게 되었음에도 불구하고 하나의 사업으로 일반화시키고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

물론, 기각의견에서 제시하고 있는 바와 축산업을 포함하여 자연조건에 영향을 받는 농업 및 수산업에 종사하는 근로자들에 대해서 대부분의 국가에서 다른 사업에 종사하는 근로자들과 다른 대우를 하고 있는 것은 사실이고, ILO협약에서도 농업, 축산업 등에 종사하

29) 「근로기준법」 제1조(목적)는 '이 법은 헌법에 따라 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다'고 규정하고 있다.

는 근로자들을 위한 별도의 협약을 두지 않는 방식으로 규제 대상에서 제외함으로써 해당 사업의 특수성을 인정하고 있다. 그러나 심판대상조항의 모법이라고 할 수 있는 일본의 「노동기준법」 제41조에서 적용제외 사업으로 규정되어 있었던 임업이 1993년 같은 법 개정으로 삭제되어 현재에는 근로시간 등의 규제가 적용되는 등[30] 산업의 변화를 일부 감안한 입법개선이 이루어지고 있고, 독일의 경우에도 당초 「근로시간령」에서 농업, 축산업, 임업 등을 근로시간 규제에서 적용을 배제하는 입법체계를 가지고 있었으나, 1994년 제정된 「근로시간법(정식 명칭은 '근로시간법의 통일화와 유연화를 위한 입법')」에 농업이나 축산업의 경우 근로시간, 휴게, 휴일에 대한 규제의 내용을 두고 있으나, 대상을 사업 전체가 아닌 원칙적으로 1차적 생산행위(경작, 수확, 사육 등)에 한하여 규제하고 있고, 규제방식도 적용제외가 아닌 적용특례의 형태로 규율하여 단체협약 등을 통한 유연한 근로시간법제를 가지고 있다[31].

그러므로 자연환경의 영향으로 인하여 근로시간이 불규칙하다는 이유로 축산업에 종사하는 근로자들을 근로시간, 휴일 등의 적용을 일률적으로 배제하는 것은 더 이상 합리적 이유 없는 차별이라고 할 수 있을 것이다.

(2) 업무내용과 무관한 적용제외의 합리성

또한 기각의견에서는 이에 대한 구체적인 언급은 하지 않고 있지

30) 菅野和夫, 『労働法(第12版)』 弘文堂, 2020.6. 490면 참조.

31) 구체적인 독일 근로시간법의 내용에 관해서는 박지순·전윤구, '근로시간특례제도의 문제점과 개선방안' 「노동법논총」 제23집, 2011.12.; 오상호, '근로시간 적용제외규정에 관한 비교법적 연구(독일 근로시간법을 중심으로)' 「노동법논총」 제42집, 2018.4.; 김기우 등 4인, 『근로기준법 적용의 실효성 제고를 위한 제63조의 적용제외사업에 관한 연구』 한국노총 중앙연구원, 2014.8. 참조.

만, 실제로 심판대상조항은 축산업에 종사하는 근로자와 다른 사업에 종사하는 근로자들과의 일률적 차별문제뿐만 아니라, 축산업에 종사하는 근로자 중 다른 사업에 종사하는 근로자와 업무와 비교해 차이가 없음에도 불구하고 자신이 속한 업무가 축산업에 속한다는 이유로 차별을 당할 수 있다는 문제를 야기하고 있다. 즉, 「근로기준법」 제63조제3호·제4호가 업무의 특수성을 감안한 규제임에 반하여 같은 조 제1호·제2호는 이들 산업에 종사하기만 하면 개별근로자의 업무 특수성을 감안하지 않고, 그리고 업무내용과 무관하게 근로시간 등 규제에서 적용을 배제하고 있는 것이다.

이 문제와 관련된 종래 고용노동부의 행석해석에는 '「근로기준법」 제63조 제2호는 그 적용대상을 '사업'으로 하고 있으므로 동조 동호의 사업에 해당하면 직종에 관계없이 전 근로자에 대하여 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정이 적용되지 않는다[32]'거나, '「근로기준법」 제63조 제1호 또는 제2호에 해당하는 사업 내에서 일부 근로자들이 주된 사업내용과 구분되는 다른 업종 또는 직종에 있더라도 원칙적으로 그 일부만을 대상으로 동 규정을 적용하지 아니할 수 없다[33]'고 판단하여 심판대상조항에 해당하기만 하면 업무의 특수성은 적용여부에 고려대상이 아니라는 해석을 유지해 왔다. 그러므로 반대의 결과로 「근로기준법」 제63조 제1호 또는 제2호의 사업이 아닌 사업장(관공서)에서 일부 업종(조화 목적의 양묘장)의 종사자에 대해서는 동 규정을 적용할 수 없다[34]는 해석은 종전해석의 당연한 귀결로 이해된다.

또한 최근 대법원에서도 「근로기준법」 제63조제1호와 관련하여

32) 근로기준과 68207-2012, 2002.5.21.
33) 근로기준과-5186, 2004.9.23.
34) 근로기준과-3204, 2005.6.16.

'그 밖의 농림사업'에 대한 해석법리로서 '그 밖의 농림 사업은 같은 호에 규정된 토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취 사업과 유사한 사업으로서 제1차 산업인 농업·임업 및 이와 직접 관련된 사업을 의미한다고 보아야 한다. 만약 사용자가 농업·임업을 주된 사업으로 영위하면서 이와 구별되는 다른 사업도 함께 영위하는 경우라면, 그 사업장소가 주된 사업장소와 분리되어 있는지, 근로자에 대한 지휘·감독이 주된 사업과 분리되어 이루어지는지, 각각의 사업이 이루어지는 방식 등을 종합적으로 고려하여 그 사업이 그 밖의 농림 사업에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다'고 판단하고 있으나[35], 이 판결은 어디까지나 '그 밖의 농림 사업'에 해당여부에 대한 명확한 해석기준을 제시할 뿐[36] 지금까지의 견해와 다른 해석기준을 제시하고 있다고는 볼 수 없다.

결국 고용노동부나 대법원의 종래의 해석에 따른다면, 이 사건의 전제가 되는 축산업은 '동물의 사육 및 그 밖의 축산'사업으로 정의할 수 있고, 여기에 해당되는 사업에 종사하는 근로자는 물론, 동물의 사육업무에 직접 종사하지 않고, 배송업무나 경리업무를 수행하는 근로자의 경우에도 근로시간 및 휴일이 적용되지 않는다고 해석할 수밖에 없다.

이러한 해석에 대해서, '이들 사업체의 근로자에 대해서 일부 규정의 적용을 제외한 것은 근로자가 소속된 사업장의 업무의 특성 때문이므로 사업장에 소속된 근로자의 「근로기준법」 적용범위는 동일하게 결정되는 것이 타당하다'고 보고 있거나[37], 이들 사업의

35) 대법원 2020.2.6. 선고 2018다241083 판결.
36) 방강수, '근로기준법 제63조의 적용단위' 「노동법학」 제75권, 2020.9. 271면 참조.
37) 근로기준법상 '농림사업 등'에 대한 해석기준(법 제63조제1호 및 제2호 관련) 근로기준과-27, 2010.1.5.

영세성으로 인하여 업무의 분업화에 한계가 있기 때문에 업무의 시기적 필요성에 따라 생산 작업에도 대체 투입되는 일이 일어날 수 있다는 점[38]을 들어 이러한 해석에 찬성하는 견해가 전혀 없는 것은 아니나, 주지하는 바와 같이 과학기술의 발전과 더불어 1차 사업의 대형화·산업화는 물론 업무의 다양화·전문화 등에 따라 입법 당시와는 비교도 할 수 없을 만큼 변화된 현재의 상황에서 사업이라는 기준 하나만으로 일률적인 적용배제를 의도하는 것은 더 이상 합리적인 차별이라고 볼 수 없을 것이다[39].

(3) 근로시간이 불규칙한 다른 근로자와의 차별의 합리성

마지막으로 심판대상조항은 축산업과 같이 동일하게 근로시간 및 휴식시간이 불규칙한 특성을 갖는 사업에 종사하는 근로자들과의 차별이 문제될 수 있다. 즉 심판대상조항의 대상에 해당되는 사업에 종사하는 근로자를 「근로기준법」상 적용제외를 하는 이유로 들고 있는 가장 핵심적인 이유는 역시 근로시간 및 휴식시간이 불규칙하다는 점이다. 그러나 이들 사업이외에도 근로시간이 불규칙한 업무에 종사하여 근로시간 규제가 어려운 운송업 등과 같은 사업은 다수 존재하고 있고, 운송업과 같은 사업에 대해서는 「근로기준법」 제59조에 따라 근로시간 및 휴게시간에 대한 특례규정을 두어 이들 근로자들의 기본적인 생활을 보장하고 있을 뿐만 아니라, 특례규정 내용도 점차 근로자의 건강 등을 고려하는 방향으로 입법

38) 고려대학교 산학협력단(책임연구원 박지순), 『농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구』 노동부, 2009.7. 14면 참조.

39) 같은 취지로, 최석환, '근로시간 적용 제외 제도' 『장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)-장시간 노동과 노동법제』 한국노동연구원, 2011.12. 117-118면; 박종희, '근로시간 제도의 합리적 구축방안에 관한 연구' 「노동법포럼」 제9권, 2012.10. 119-120면.

개선이 이루어지고 있다[40]. 그러나 심판대상조항은 제정당시부터 70여년간 주된 내용의 변경 없이 현재까지 유지되어 근로조건 개선 혜택을 전혀 받지 못할 뿐만 아니라, 오히려 이들 근로자들과의 근로조건 격차는 점점 더 벌어지고 있는 실정이다.

라. 소결

이상의 논의에서 기각의견과 헌법불합치의견에서 공통적으로 다루고 있는 세 가지 쟁점을 중심으로 차별의 합리성에 대해서 검토해 보았다.

결국 심판대상조항은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별 취급이 불합리한 경우가 있음을 고려하지 않은 채, 축산업에 종사하는 근로자들 전부를 일률적으로 차별하고 있고, 근로시간 등이 불규칙한 다른 사업 근로자들과 비교할 때도 합리적 이유 없이 이들 근로자들에 대해서만 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용 배제하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 생각된다. 그러므로 기각의견에 반대할 수밖에 없다. 다만 그렇다고 해서 축산업 등 농어업에 종사하는 근로자들을 모두 동일한 근로조건이 적용되어야 한다고 주장하는 것은 아니다. 여기서 문제는 축산업에 종사하는 모든 근로자들에 대해서 「근로기준법」상 근로시간 및 휴일근로를 일률적으로 적용 배제하고 있는 차별이 과연 합리적인가에 있고, 축산업의 산업의 특성과 근로의 현실을 고려하면서도 최소한의 근로자보호

---

40) 최근 제59조의 특례업종에 대한 개정은 종전의 '공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요'한지 여부의 관점에서 벗어나 근로자 생활보호의 관점에서 이루어졌으며, 구체적으로 종래 26개 업종에서 5개 업종으로 특례업종을 변경하고, 11시간 이상의 휴식시간 보장규정을 추가하는 등 입법개선이 이루어 졌다. 임종률, 같은 책, 460면 참조.

에 접합한 근로조건을 보장하여 심판대상조항이 갖고 있는 위헌성을 회피할 수 있는 적절한 규제가 필요하다는 점을 말하고 싶은 것이다.

Ⅳ. 결론-이후의 과제를 중심으로

이 사건 헌법소원심판은 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일의 적용을 배제하고 있는「근로기준법」제63조제2호가 청구인의 근로의 권리 및 평등권 등 헌법상 기본권을 침해하고 있는지가 직접적인 문제로 된 것 사건이다.

이 사건에서 헌법재판소는 재판관 총9인중 재판관 5인이 심판대상조항이 헌법에 합치되지 않는다는 판단을 하여, 결과적으로 심판인용 정족수인 6인을 확보하지 못해 기각되었지만, 행정부나 국회에 같은 법의 적용제외특례조항의 입법개선촉구를 위한 중요한 계기로서 작용할 수 있다는 점에서 이 결정이 갖는 의의가 결코 작지 않을 것으로 보인다[41]. 또한 이 사건의 전제가 되고 있는 축산업에 종사하는 근로자뿐만 아니라, 같은 이유로 근로시간 등의 적용이 배제되어 온 농어업에 종사하는 근로자에까지 이 사건 결정의 효과가 미칠 것이기 때문에 그 확장성도 충분히 예상해 볼 수 있을 것이다.

---

41) 구 노동조합 및 노동관계조정법 제62조제3호에 규정되어 오랫동안 해당 근로자의 단체행동권을 침해한다고 비판받아왔던 '직권중재제도'와 같이 몇 번에 걸쳐 이루어진 헌법재판소의 헌법소원 및 위헌제청 사건에서도 인용정족수를 채우지 못해 청구가 기각 당했음에도 불구하고 결국 2006년 12월 같은 법의 개정으로 폐지된 경우도 있다. 헌법재판소 1996.12.26.90헌바41, 90헌바49(병합)(합헌의견 4인, 위헌의견 5인); 헌법재판소 2003.5.15.2001헌가31 결정(합헌의견 5인, 위헌의견 4인).

다행히 이 사건의 헌법불합치의견에서 헌법불합치결정의 필요성에 대해서 부언하면서 몇 가지 개선방향을 들고 있는 점은 앞으로의 논의를 진전시키는데 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 구체적으로 첫째 '입법자는 기계화·산업화 등의 진전 상황에 따라 적용제외의 대상이 되는 축산업의 범위를 축소하거나, 축산업 내부에 존재하는 다양한 업무의 내용을 분류하여 실내작업이나 제조·서비스·사무 등 계절과 무관하게 수행 가능한 작업에 대하여는 타 사업종사자와 동일하게 근로기준법의 관련 규정을 적용하는 방안, 둘째 축산업의 특성을 고려한 탄력적인 근로시간 및 휴일에 관한 보완규정을 마련하는 방안, 셋째 감시·단속적 근로자의 경우와 마찬가지로 고용노동부 장관의 승인을 요건으로 하는 방안, 넷째 원칙적으로 근로기준법을 전면 적용하되, 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 법이 정하는 하한선내에서 단축하여 적용하려는 경우 그 내용과 범위를 단체협약 또는 취업규칙으로 정하도록 하는 방안' 등을 제시하고 있다. 물론 제시한 4가지 방안이 각기 다른 방향에서 개선을 꾀하고 있어 한꺼번에 논의되기는 어려울 수 있겠지만, 적어도 사업의 특수성을 고려하여 근로시간 등 근로조건의 적용을 제한하는 것이 불가피하더라도, 노동법 적용의 사각지대를 피할 수 있는 최소한의 입법개선조치 즉 적용배제의 대상을 자연환경의 영향을 크게 받는 1차 생산과 관련된 업무로 한정하는 등 최소한의 범위로 축소하고[42], 적용을 받는 1차 생산관련 업무라 하더라도 최소한의 휴식시간을 보장받을 수 있는 방안을 중심으로 시급히 입법개선이 이루어지길 기대해 본다.

---

42) 다만 이 경우에도 첨단기술을 활용하여 자연조건에 전혀 영향을 받지 않는 '스마트팜'과의 구별도 고민해야 할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

김형배, 『노동법(제27판)』 박영사, 2021.
임종률, 『노동법(제19판)』 박영사, 2021.
하갑래, 『근로기준법(제34판)』, ㈜중앙경제, 2021.
菅野和夫, 『労働法(第12版)』 弘文堂, 2020.

고려대학교 산학협력단(책임연구원 박지순), 『농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구』 노동부, 2009.
김기우 등 4인, 『근로기준법 적용의 실효성 제고를 위한 제63조의 적용제외사업에 관한 연구』 한국노총 중앙연구원, 2014.
최석환, '근로시간 적용 제외 제도' 『장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)-장시간 노동과 노동법제』 한국노동연구원, 2011.
권민지 등 5인, '2015 농축산업 이주노동자 근로환경 관련 법제 연구' 「공익과 인권」 통권 제15호, 2015.
김홍영, '근로기준법상 근로시간 및 휴일의 적용제외사업(식물재배사업)에서 초과근로에 대한 근로수당의 지급의무' 「노동법학」 제33권, 2010.
박종희, '근로시간 제도의 합리적 구축방안에 관한 연구' 「노동법포럼」 제9권, 2012.
박지순·전윤구, '근로시간특례제도의 문제점과 개선방안' 「노동법논총」 제23집, 2011.
방강수, '근로기준법 제63조의 적용단위' 「노동법학」 제75권, 2020.
오상호, '근로시간 적용제외규정에 관한 비교법적 연구(독일 근로시간법을 중심으로)' 「노동법논총」 제42집, 2018.
오 훤, '법령 헌법소원의 청구기간에 관한 몇 가지 쟁점' 「헌법판례연구」, 12, 2011.
전윤구, '외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성' 「노동법논총」 제33집, 2015.
_____, '근로시간 적용제외에 관한 근로기준법 제63조의 기원에 관한 연구' 「동북아법연구」 제11권 제1호, 2017.

<Abstract>

The unconstitutionality of exclusion of working hours and holidays for livestock workers

Cho, Sang-Kyun*

This case is of great significance in that it is the first Constitutional Court decision to deal with this issue as to whether Article 63 of the Labor Standards Act, which excludes the application of working hours and holidays to livestock workers, violates basic constitutional rights such as the claimant's right to work and equality.

First of all, in this case, the Constitutional Court judged that it was difficult to say that the legislator did not prepare the minimum working conditions to guarantee human dignity by deviating from the limits of legislative discretion, Second, it was judged that excluding the application of regulations on working hours and holidays for all workers in the livestock industry could recognize the rationality of discrimination, and as a result, the applicant's claim was dismissed as it failed to secure a quorum of six judges.

However, this case is very meaningful in that it can serve as an important opportunity to urge legislative improvement on the provisions subject to judgment, and the decision can have the effect of the case on agricultural and fishing workers who have been excluded from working hours.

Even if it is inevitable to restrict the application of working conditions such as working hours in consideration of the specificity of the project, we hope that minimal legislative improvement measures will be taken to avoid blind spots in the application of labor laws, such as limiting the

* Professor, Law School of Chonnam National University

subject to primary production.

Key Words : Constitutional petition trial, Legalism of working conditions, livestock workers, working hours and holidays, Labor Standards Act