

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020도16228 가. 근로기준법위반
나. 최저임금법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 검사

변 호 인 변호사 권락훈

원 심 판 결 부산지방법원 2020. 11. 5. 선고 2020노1389 판결

판 결 선 고 2023. 6. 15.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 관련 법리

근로기준법 제11조 제1항의 '상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'

이라 함은 '상시 근무하는 근로자의 수가 5명 이상인 사업 또는 사업장'이 아니라 '사용하는 근로자의 수가 상시 5명 이상인 사업 또는 사업장'을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시란 상태(常態)를 의미하므로 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결 등 참조).

이러한 취지에 비추어 보면 주휴일은 근로기준법 제55조 제1항에 의하여 주 1회 이상 휴일로 보장되는 근로의무가 없는 날이므로, 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 근로기준법 제11조 제3항의 '상시 사용하는 근로자수'를 산정하는 기준이 되는 같은 법 시행령 제7조의2 제1항의 '산정기간 동안 사용한 근로자의 연인원' 및 같은 조 제2항 각 호의 '일(日)별 근로자수'에 포함하여서는 아니 된다. 주휴일은 매주 일정하게 발생하는 휴일로서, 주휴일에 실제 출근하지 않은 근로자를 상시 사용 근로자수에서 제외하여야 해당 사업장의 보통 때의 통상적인 사용 상태를 제대로 반영할 수 있고, 이를 제외하여도 사용자나 근로자가 근로기준법의 적용 여부를 사전에 파악하는 데에 어려움이 없어 법적안정성과 예측가능성을 해하지 않기 때문이다.

2. 이 사건의 판단

원심은 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 상시 사용하는 근로자수의 산정기준이 되는 연인원에 포함되지 않는다고 보아, 피고인의 사업장이 상시 사용 근로자수가 5인 이상인 사업장에 해당하지 않는다고 판단하였고, 그 결과 근로기준법상 연장·야간 및 휴일근로에 대한 가산임금 규정이 적용되지 않는다는 이유로 이 사건 공소사실(유죄 부분 제외)을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결의 이유 설시에 다소 미흡한 부분이 있기는 하나 원심의 판단에 근로기준법 적용 범위에 관한 상시 사용 근로자수 산정방법에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다. 검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 유죄 부분에 대해서는 상고장이나 상고이유서에 불복이유를 기재하지 않았다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 안철상 _____

 대법관 노정희 _____

주 심 대법관 이흥구 _____

 대법관 오석준 _____