

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2018도965	근로기준법위반, 근로자퇴직급여보장법위반
피 고 인	피고인	
상 고 인	피고인 및 검사	
변 호 인	법무법인 대호	
	담당변호사 최수한 외 1인	
원 심 판 결	서울남부지방법원 2017. 12. 21. 선고 2016노1401 판결	
판 결 선 고	2023. 11. 2.	

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울남부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소외인의 실근로시간에 관한 판단(피고인의 제1 상고이유)

원심은 판시와 같은 이유로, 경비원 공소외인의 업무 내용과 근무 형태, 휴게시간 사용 실태 등을 종합하여 공소외인의 실근로시간이 격일로 1일 20시간이라고 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로시간과 휴게시간의 구별에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 최저임금법 위반 여부 및 미지급 임금액 등 산정 방법에 관한 판단(검사의 제1 상고이유 및 피고인의 제2 상고이유 중 일부)

가. 관련 법리

1) 구 최저임금법(2018. 6. 12. 법률 제15666호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조 제4항 및 구 「최저임금법 시행규칙」(2018. 12. 31. 고용노동부령 제240호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 [별표 1]은 최저임금에 산입하지 아니하는 임금(이하 '최저임금 산입 제외 임금'이라 한다)의 범위를 정하였다. 따라서 지급된 임금이 최저임금에 미달하는지 여부는 지급된 임금 중 '최저임금 산입 제외 임금'을 제외한 임금액(최저임금의 적용을 위한 임금으로서 이하 '비교대상 임금'이라 한다)과 최저임금액을 비교하여 판단하여야 한다. 이때 주급제 혹은 월급제에서 지급되는 유급휴일에 대한 임금인 주휴수당의 경우 소정 근로에 대해 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금이어서 '최저임금 산입 제외 임금'에 해당하지 아니하므로, 비교대상 임금에 포함된다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2014다44673 판결).

2) 구 「최저임금법 시행령」(2018. 12. 31. 대통령령 제29469호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조 제1항 제2호 및 제3호는 비교대상 임금 중 주 단위 또는 월 단위로 지급된 임금에 대하여 '1주 또는 1개월의 소정근로시간 수'로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 하도록 정하였다. 여기서 '소정근로시간'이란 근로기준법 제50조, 제69조 본문 또는 산업안전보건법 제139조 제1항에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자

사이에 정한 근로시간을 의미하고(근로기준법 제2조 제1항 제8호), 통상임금 산정 기준 시간 수와는 구별되므로, 주급제 혹은 월급제에서 지급되는 유급휴일에 관한 임금인 주휴수당 관련 근로시간(이하 '유급주휴시간'이라 한다)은 고려할 필요가 없다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2014다44673 판결 등 참조).

3) 기본임금을 미리 정하지 아니한 채 연장·야간·휴일근로수당까지 포함된 금액을 월급여액으로 정하여 근로시간 수와는 상관없이 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결한 경우, 그 월급여액에는 최저임금 산입 제외 임금이 포함되어 있으므로 특별한 사정이 없는 한 비교대상 임금은 월급여액에 '소정근로시간, 유급주휴시간 및 가산율을 반영한 연장·야간·휴일근로시간을 모두 더한 시간'에서 '소정근로시간 및 유급주휴시간'이 차지하는 비율을 곱하는 방식으로 산정하여야 하고, 이를 구 「최저임금법 시행령」 제5조 제1항 제3호에 따라 1개월 평균 소정근로시간 수로 나눈 값을 고시된 최저임금(시급)과 비교하는 방식으로 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 한다.

4) 한편 비교대상 임금과 통상임금은 기능과 산정 방법이 다른 별개의 개념으로 사용자가 최저임금의 적용을 받는 근로자에게 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 한다고 하여 곧바로 통상임금 자체가 최저임금액을 최하한으로 한다고 볼 수 없다. 다만 최저임금의 적용을 받는 근로자의 비교대상 임금 총액이 최저임금액보다 적은 경우에는 비교대상 임금 총액이 최저임금액으로 증액되어야 하므로, 이에 따라 비교대상 임금에 산입된 개개의 임금도 증액되고 그 증액된 개개의 임금 중 통상임금에 해당하는 임금을 기준으로 통상임금이 새롭게 산정될 수 있을 뿐이다(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다49074 판결 참조).

나. 원심은 구 「최저임금법 시행령」 제5조 제1항 제3호의 월 평균 소정근로시간은

근로기준법에서 정한 기준근로시간으로 제한되지 않고 실제 근로를 제공한 시간 전부가 이에 포함되어야 함을 전제로, 월 평균 실근로시간(304시간)에 대한 임금을 비교대상 임금으로 보아 '공소외인이 받은 월급에서 식대(월 10만 원)를 제외한 금액'의 약 61%('실근로시간 총 304시간'이 '소정근로시간, 유급주휴시간, 가산율을 반영한 연장·야간·휴일근로시간을 모두 더한 시간'에서 차지하는 비율)를 비교대상 임금으로 인정 한 다음, 고시된 최저임금(시급)에 월 평균 실근로시간(304시간)을 곱한 값에서 위와 같이 산정한 비교대상 임금(월급)을 공제하는 방식으로 미지급 임금액을 산정하였다. 나아가 원심은 미지급 퇴직금을 산정할 때에도 평균임금을 따로 산정하지 않고 최저임금을 그대로 적용하여 공소외인이 받아야 하는 퇴직금 차액을 산정하였다.

다. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 앞서 본 법리에 따르면, 비교대상 임금 산정 시 사용되는 '소정근로시간'은 근로기준법 제50조 등이 정한 기준근로시간 범위 내에서 근로자와 사용자가 정한 근로시간을 뜻하므로, 기본임금을 미리 정하지 아니한 채 연장·야간·휴일근로수당까지 포함된 금액을 월급여액으로 정하여 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결한 경우에도 근로기준법 제50조에서 정한 기준근로시간을 초과한 근로에 대한 임금은 비교대상 임금에 포함될 수 없고, 그 시간은 소정근로시간 수에 포함될 수 없다. 그런데도 원심은 근로기준법 제50조에서 정한 기준근로시간을 초과하는 시간까지 포함하여 실근로시간 전부를 기초로 비교대상 임금을 산정하였고, 비교대상 임금에 포함되어야 할 주휴수당은 포함시키지 않았다.

2) 또한 비교대상 임금이 최저임금에 미달하는 경우 소정근로에 대해서는 최저임금이 곧바로 적용되어야 하므로 소정근로시간에 '비교대상 임금과 최저임금의 시간급 차

액'을 곱하여 미지급액을 산정하여야 하지만, 더 나아가 소정근로가 아닌 연장·야간·휴일근로에 대한 미지급 임금(가산임금 포함)을 산정하는 경우에는 앞서 본 바와 같이 최저임금 자체가 아닌 증액되는 통상임금, 즉 비교대상 임금이 최저임금으로 증액되어야 함을 전제로 다시 산정한 통상임금을 적용하여야 하는데도, 원심은 소정근로가 아닌 연장·야간·휴일근로에 해당하는 시간에 대해서까지 최저임금을 그대로 적용하였다. 퇴직금에 관해서도 원심은 비교대상 임금이 증액됨에 따라 다시 산정한 평균임금을 적용하여야 함에도 곧바로 최저임금을 적용하였다.

3) 이러한 원심의 판단에는 포괄임금제에서 최저임금 미달 여부의 판단 방법 및 미지급 임금과 퇴직금의 산정 방법에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 고의의 존부에 관한 판단(피고인의 제2 상고이유 중 일부)

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인에게 근로기준법 및 「근로자퇴직급여 보장법」 위반의 고의가 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 고의의 증명에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 파기 범위

앞서 본 이유로 원심판결 중 미지급 임금 및 퇴직금 부분은 파기되어야 하는데, 원심판결의 나머지 부분(연차휴가 미사용수당 부분)도 위 파기 부분과 일죄 관계에 있으므로, 원심판결 전부를 파기해야 한다.

5. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙 _____

 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 천대엽 _____

 대법관 권영준 _____