

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2012도5875 근로기준법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	검사
원 심 판 결	의정부지방법원 2012. 4. 27. 선고 2012노10 판결
판 결 선 고	2013. 12. 26.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인은 양주시 남면 상수리 (지번 생략) ○○○○ 대표로서 상시근로자 5명을 고용하여 건축자재유통업을 경영한 사용자인데, 위 사업장에서 2003. 10. 20.부터 2010. 8. 15.까지 근로한 공소외 1의 퇴직금 10,184,097원을 당사자 사이의 지급기일 연장에 관한 합의 없이 그 지급사유 발생일인 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다는 것이다.

원심은, 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 제정된 근로자퇴직급여 보장법의 시행일인 2005. 12. 1. 이후 사용자의 근로자에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 처벌에는 근로기준법이 아니라 근로자퇴직급여 보장법이 적용되어야 하므로 공소외 1이 2010. 8. 15. 위 사업장에서 퇴직한 이 사건의 경우 피고인에 대한 처벌 근거법률은 근로자퇴직급여 보장법이라고 보아야 하고, 근로자퇴직급여 보장법이 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업장에도 적용되는 것은 2010. 12. 1.부터이므로 이 사건에 근로자퇴직급여 보장법이 적용되기 위해서는 이 사건 사업장의 상시 근로자 수가 5인 이상이어야 하는데, 근로자퇴직급여 보장법에서의 '상시 근로자'의 개념은 근로기준법 상의 개념이 그대로 준용된다고 봄이 상당하다고 판단한 후, 근로기준법 제11조, 근로기준법 시행령 제7조의2 제1항에 의하면 "상시 근로자의 수"는 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정하도록 되어 있으므로, 이에 따라 공소외 1이 퇴직한 2010. 8. 15. 전 1개월 동안 사용한 상시 근로자의 수를 산정해 보면 공소외 1이 이 사건 사업장에서 퇴직할 당시 이 사건 사업장은 상시 근로자가 4인 이하인 사업장으로 인정된다고 하여, 피고인에 대하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

그러나 원심이 근로자퇴직급여 보장법의 적용 여부에 관한 상시 근로자 수를 산정함에 있어 근로기준법 시행령 제7조의2 규정에 따라 산정하여야 한다고 판단한 부분은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

근로자퇴직급여 보장법은 근로자 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 필요한 사항을 정함으로써 근로자의 안정적인 노후생활 보장에 이바지함을 목적으로 근로기준법이 정하고 있던 퇴직금제도를 분리하여 2005. 1. 27. 제정되어 2005. 12. 1.부터 시행되었는바,

근로자퇴직급여 보장법 제3조, 같은 법 부칙(2005. 1. 27.) 제1조, 같은 법 시행령 부칙(2010. 9. 29.) 제2조에 의하면, 근로자퇴직급여 보장법은 2005. 12. 1.부터 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되, 다만 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업은 2010. 12. 1.부터 시행하도록 규정하고 있다.

한편, 근로기준법 제11조 제1항은 이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 이 법을 적용하는 경우에 상시 사용하는 근로자 수를 산정하는 방법은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있으며, 그 위임을 받은 근로기준법 시행령 제7조의2 제1항은 근로기준법 제11조 제3항에 따른 "상시 사용하는 근로자 수"는 해당 사업 또는 사업장에서 법 적용 사유(휴업 수당 지급, 근로시간 적용 등 법 또는 이 영의 적용 여부를 판단하여야 하는 사유를 말한다) 발생일 전 1개월(사업이 성립한 날부터 1개월 미만인 경우에는 그 사업이 성립한 날 이후의 기간을 말한다) 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정한다고 규정하고 있는데, 근로기준법 제11조 제3항은 2008. 3. 21., 근로기준법 시행령 제7조의2는 2008. 6. 25. 각 신설되어 2008. 7. 1.부터 시행되었다.

근로자퇴직급여 보장법은 근로자 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 필요한 사항을 정하기 위해 근로기준법이 정하고 있던 퇴직금제도를 분리하여 별도로 제정되었고, 그 시행일인 2005. 12. 1.부터 사용자의 퇴직금 지급의무 및 그 위반으로 인한 처벌에 관하여 근로자퇴직급여 보장법이 적용되는 점, 근로자퇴직급여 보장법은 근로기준법과 달리 2010. 12. 1.부터는 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업에도 적용되는 점, 상시 근로자 산정방법에 관한 근로기준법 제11조 제3항 및 근로기준법 시행령 제7조의2 규정은 근로자퇴직급여 보장법이 시행된 이후에야 신설된 조항이고, 법 문언에 의

하더라도 근로기준법을 적용하는 경우 상시 사용하는 근로자 수의 산정방법을 정하고 있는 점, 근로자퇴직급여 보장법에 따른 퇴직금 지급의무 여부를 판단하기 위하여 근로기준법 시행령 제7조의2 규정에 따라 퇴직일 전 1개월 동안의 상시 근로자 수를 산정하는 것은, 경우에 따라 해당 근로자가 상시 근로자 5인 이상인 사업장에서 1년 이상 계속 근무하였음에도 단지 퇴직일 전 1개월 동안의 상시 근로자 수가 4인 이하라는 이유로 사용자에게 퇴직금 지급의무가 없다는 결과를 가져올 수 있어 부당하다고 하지 않을 수 없고, 1년 이상의 계속근로기간이 요구되는 퇴직금제도의 취지에 부합한다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 근로기준법 시행령 제7조의2 규정은 근로자퇴직급여 보장법 적용에 관한 상시 근로자 수 산정에는 적용되지 아니한다고 봄이 타당하다.

따라서 근로자퇴직급여 보장법에 따른 퇴직금 지급의무 여부를 판단하기 위한 상시 근로자의 수는 해당 근로자의 전체 근무기간을 기준으로 산정하여야 하고, 여기에서 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다 할 것이며, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때 그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함한다고 해석하여야 할 것이다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결 참조).

그럼에도 원심은 이 사건 사업장의 상시 근로자 수를 산정함에 있어 공소외 1의 전체 근무기간을 기준으로 산정하지 아니한 채 근로기준법 시행령 제7조의2 규정에 따라 공소외 1의 퇴직일 전 1개월 동안의 상시 근로자 수를 산정하여 이 사건 사업장에 근로자퇴직급여 보장법이 적용되지 아니한다고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 상시 근로자 수 산정에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에
환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박병대 _____

 대법관 양창수 _____

 대법관 고영한 _____

주 심 대법관 김창석 _____