



## <상시근로자 수 산정 관련 대법원 판결 분석>

### <1> 상시 근로자 수 구별 실익

- 근로기준법은 상시 근로자가 5명 이상인 사업 또는 사업장에 적용되고 5명 미만인 사업 또는 사업장에는 일부 조항이 적용됩니다.
- 상시 5명 미만의 사업·사업장에 적용되지 않는 조항은 ‘정당한 이유 없는 해고금지 및 경영상 해고 제한’, 휴업수당, 근로시간, 연차유급휴가, 생리휴가 취업규칙, 기숙사, 근로계약 기간 등을 들 수 있습니다.
- 따라서 회사의 ‘상시 근로자 수’가 몇 명이냐를 계산하는 것은 법적용의 기준이 되는 중요한 일입니다.

### <2> 상시 근로자 수 판단 방법

- 근로기준법 시행령 제7조의 2 제1항은 ‘사유발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동일수로 나누어 상시근로자수를 산정한다’고 규정하고 있습니다.
- 여기에서 ‘연인원’과 ‘가동일수’를 어떻게 해석할 것이냐가 관건입니다.
- ‘가동일’은 영업을 하지 않는 날(휴업일, 정기휴일 등)을 제외한 날을 의미합니다. 즉, 사업장이 문을 닫은 날을 제외한 날입니다. 따라서, 일부 근로자가 휴무한 경우에도 당해 사업장이 문을 닫지 않았다면 가동일에 포함됩니다.
- 상시근로자수 산정시 가동일을 먼저 확정하고 이를 기초로 연인원을 산정해야 합니다. 즉, 가동일이 아닌 날에는 연인원이 있을 수 없습니다.
- ‘연인원’을 가동일에 근로 제공한 인원으로 한정할 것이냐는 의문이 제기될 수 있습니다

다.

- 기존 고용노동부는 ‘연인원’은 ‘일정 사업기간내의 고용근로자 연인원수’라고 해석하였으며(노정근 1455-3398, 1965.8.30.) 구체적으로는 ‘고용관계가 유지되고 있는 인원수’라는 취지로 해석하고 있었으며(근로기준과-1967, 2009.6.12.), 실제 근로제공자가 아니어도 고용관계가 유지되면 연인원에 포함되는 것으로 해석하였습니다.

◆ 상시근로자 수의 산정 방법 관련

(회시번호 : 근로기준과-1967, 회시일자 : 2009-06-12)

1. 상시 사용하는 근로자 수는 해당사업 또는 사업장에서 법 적용사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동일 수로 나누어 산정하는 것이 원칙입니다(근로기준법 제11조제3항, 동법 시행령 제7조의2제1항)

이 때 ‘근로자의 연인원’에는 해당 사업(장)에서 사용하는 통상근로자, 기간제근로자, 단시간근로자 등 고용형태를 불문하고 하나의 사업(장)에서 근로하는 모든 근로자가 포함되게 됩니다(근로기준법 시행령 제7조의2 제1항).

2. 귀 질의내용만으로는 구체적인 사실관계를 확인할 수 없어 명확한 답변을 드리기 어려우나, 노동조합의 쟁의에 참가한 근로자도 고용관계가 유지되고 있으므로 상시근로자 수 산정범위에 포함된다고 볼 수 있을 것입니다(근로기준과-1967, 2009.06.12).

### <3> 최근 대법원의 기준 제시

#### [대법원 판결]

- 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 근로기준법 제11조 제3항의 '상시 사용하는 근로자 수' 산정에 포함하지 않는다고 판단함.

\* 대법원 형사3부(주심 이흥구 대법관), 2020도16228(2023년 6월 15일 판결).

#### [쟁점]

- 상시 근로자 수 산정기준이 되는 사용한 근로자의 연인원 및 일별 근로자수에 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자를 포함시킬 것인지 여부

#### [참고]

- '상시 사용 근로자 수'는 상시 5명 이상 사용 사업장에만 적용되는 근로기준법 규정 (연장, 야간 및 휴일근로 가산임금이나 해고의 제한, 휴업수당 등)의 적용 여부를 가 르는 판단기준이 됨.
- '상시 사용 근로자 수'는 「산정 기간(법 적용 사유 발생일 전 1개월) 동안 사용한 근로자의 연인원 / 가동 일수」로 나누어 산정하되(시행령 제7조의2 제1항), 제1항에도 불구하고 산정 기간에 속하는 일(日)별 근로자 수를 파악해 5명 미만 일수가 1/2 미만이면 5명 이상 사업장으로 보고, 1/2 이상이면 5명 이상 사업장으로 보지 않음(시행령 제7조의2 제2항 1, 2호).

### [사실관계와 1,2심]

- 부산에서 한 음식점을 운영하는 A 씨는 상시 5명 이상 근로자 사용 사업장에 해당함을 전제로 최저임금법 위반죄 및 근로기준법 위반죄로 기소됨. A 씨가 운영하는 부산 소재 음식점은 주 7일(365일) 가동하는 저녁 시간대에만 영업하는 음식점임. 주 6일 근무하는 통상근로자 3명과 특정 일/시간대에 근무하는 단시간근로자 몇 명을 사용했 음. 검사는 상시 근로자 수 산정 시 주휴일에 실제로 출근하지 않은 근로자도 포함함을 전제로, 이 사건 사업장이 5명 이상 사업장에 해당하여 근로기준법의 연장, 야간 및 휴일근로 가산임금 규정이 적용된다고 보아 최저임금법 위반 및 근로기준법 위반 의 공소사실로 A 씨를 기소했음.
- 1심은 최저임금법 위반 및 관련 근로기준법 위반의 점을 무죄로 판단했음. 다만 이와 무관한 근로기준법 위반죄 혐의를 일부 유죄로 인정해 벌금 50만 원을 선고함. 2심도 "주휴일에 실제로 근무하지 않은 통상근로자를 상시 근로자 수 산정 시 '연인원' 계산 에 포함하지 않고 해당 사업장이 상시 5명 이상 근로자 사용 사업장에 해당하지 않는 다"며 항소를 기각했음.

### [대법원 판단(요지)]

- "주휴일은 근로기준법 제55조 제1항에 의하여 주 1회 이상 휴일로 보장되는 근로의무 가 없는 날이므로, 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 근로기준법 제11조 제3항 의 '상시 사용하는 근로자 수'를 산정하는 기준이 되는 같은 법 시행령 제7조의2 제1 항의 '산정기간 동안 사용한 근로자의 연인원' 및 같은 조 제2항 각 호의 '일(日)별 근로자 수'에 포함해서는 안 된다. 주휴일은 매주 일정하게 발생하는 휴일로서, 주휴일 에 실제 출근하지 않은 근로자를 상시 사용 근로자 수에서 제외하여야 해당 사업장의

보통 때의 통상적인 사용 상태를 제대로 반영할 수 있다. 이를 제외해도 사용자나 근로자가 근로기준법의 적용 여부를 사전에 파악하는 데에 어려움이 없어 법적안정성과 예측 가능성을 해하지 않기 때문이다."

#### [판결의 의의]

- 종전 대법원 판례의 취지는 사업장이 '상태(常態)적'으로 사용하는 근로자 수를 반영하라는 것인데, 이 판결은 법으로 정해진 휴일의 특성, 정기성, 규칙성 등을 고려해 볼 때 상시 근로자 수 산정 시 주휴일에 실제로 근무하지 않은 근로자를 제외해야 해당 사업장의 보통 때의 통상적인 사용 상태를 제대로 반영할 수 있음을 최초로 판시하여 하급심 및 근로관계 관련 실무에 예측가능한 지침을 제공하였다는 의의가 있음.

# 붙임 : 대법원 2023. 6. 15. 선고 \_2020도16228 판결