



# 노동법률 뉴스레터

2019/01

## 1. Case Study

- 상시 근로자 수에 따라 적용되는 노동관계법령 주요내용 정리 (5인 / 10인 / 30인)

## 2. 간단 Q&A

- 해고예고제외 관련 근로기준법 개정내용(계속 근로 3개월 미만인 경우 해고예고제외)
- 퇴직근로자의 퇴직금 수령 거부 시 대응방안 및 처벌여부 (내용증명, 공탁 등 / 사업주 미처벌)

## 1. Case Study

### 상시 근로자 수에 따른 노동관계법령 적용

현재 당사는 사업주를 제외한 근로자 4명을 채용 중에 있습니다. 최근 신규사업을 새롭게 시작하여 현 인원으로는 감당이 어려운 관계로 6명을 추가로 채용하려고 합니다.

이 경우 근로기준법에 따라 5인 미만 사업장으로서 적용 받지 않았던 각종 규제들을 (해고, 근로시간, 법적 가산수당 등) 지킬 의무가 발생한다고 하는데 구체적으로 어떤 내용인가요? 또한, 이런 기준으로 활용되고 있는 상시 근로자

를 어떻게 산정하는지 방법도 함께 알려주시면 좋겠습니다.



## 질의답변

근로기준법은 근로감독의 한계 및 영세사업장 현실을 고려하여 **상시 5명 미만**의 근로자를 채용하는 사업장에게는 일부 규정을 적용하지 않고 있습니다.

상시 근로자 수는 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 가동일수로 나누어 산정해야 하는데, 산정 방법은 아래와 같습니다.(근기법 시행령 7조의2)

$$\text{※상시근로자} = \frac{\text{직전 1개월간 사용한 근로자 연인원}}{\text{직전 1개월간 가동일수}}$$

예시) 직전 1개월간 사용 근로자의 연인원이 132명, 가동일 수가 24일인 경우 :  $132/24 = 5.5$ 명(상시근로자)  
단, 해당기준에도 불구하고 산정기간(1개월)을 일별로 산정 시, 5인 미만(이상)인 기간이 총 기간의 절반을 넘어갈 경우에는 5인 미만(이상)으로 간주됩니다.

위와 같이 상시 근로자 수를 산정했을 때, 상시근로자 수에 따라 노동관계법령의 적용 범위가 달라지는 바, 근로기준법을 중심으로 사업장 규모별로 달라지는 내용을 정리해보도록 하겠습니다.

### (1) 5인 미만 사업장 미적용 부분(의무 無)

※ 해고, 근로시간, 연차휴가, 휴업수당 등

구분	주요내용
해고	○ 자유로운 해고 가능 -서면통지의무X, 부당해고구제신청 X
임금	○ 법정가산수당 지급의무 無 -연장/야간/휴일수당 50%가산의무 X
연차수당	○ 연차휴가 및 연차수당 지급의무 無
근로시간	○ 근로시간의 제한 無 -연장근로의 제한(주12시간) 적용 無
휴업수당	○ 휴업수당 지급의무 無

이 외 다른 사항에 대해서는 5인 미만이라 하더라도 근로기준법이 적용되며, **5인 이상이 될 경우는 근로기준법이 전면 적용**되게 됩니다.

### (2) 10인 이상 사업장 의무사항

※ 취업규칙 작성

상시 근로자 수가 10인 이상이 되는 경우 사업장 규율을 지키기 위한 전반적인 사항을 기재하는 **취업규칙 작성의무**가 발생하며, 작성하지 않을 경우 **500만원의 과태료**가 부과됩니다.

### 근로기준법 제93조 [취업규칙 작성·신고]

상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부 장관에게 신고하여야 한다. ... (중략)

### (3) 30인 이상 사업장 의무사항

※ 노사협의회, 고충처리위원회(회)

상시 근로자 수가 30인 이상이 되는 경우 근로자와의 협의기구인 **노사협의회**를 설치하고 **고충처리위원회**를 선정할 의무가 발생합니다.

※노사협의회 미설치시 1천만원 이하의 벌금  
※고충처리위원회 미선정시 2백만원 이하의 벌금

### 근참법 제4조 [노사협의회 설치]

①노사협의회는 근로조건에 대한 결정권이 있는 사업장이나 사업장 단위로 설치하여야 한다. 다만, **상시 30명 미만의 근로자를 사용하는 사업장은 그러하지 아니하다.**

귀 사의 경우 6명 추가 채용 시 **상시 근로자 수가 총 10명이 되므로 근로기준법 전면적용과 취업규칙 작성의무**가 발생하게 될 것입니다.

또한 상시 근로자 수 산정 시 비정규직 근로자를 제외하는 경우가 많은데 **파견직을 제외한 일용직, 계약직 등 모두 상시 근로자 수에 포함됨**을 함께 유의하시기 바랍니다.

## 간단 Q&A 1

해고예고의 제외 관련 근로기준법 개정내용  
(계속 근로기간이 3개월 미만인 경우에만 적용)

현재 우리회사 취업규칙에는 근로기준법상 해고예고가 제외되는 사유를 명시하고 있습니다. 이와 관련하여 최근 근로기준법이 개정되어 해고예고제외 사유가 변경된 것으로 알고 있는데 이에 대한 세부내용과 시행시기에 대해 알고 싶습니다.

### 질의답변

사용자는 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 예고를 해야 하고, 30일 전에 예고를 하지 않으면 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 합니다.(근로기준법 제26조)

다만, 근기법에서는 사업장의 사정을 고려하여 일정한 형태의 근로자에 대해서는 아래와 같이 해고예고제도의 적용을 배제하고 있었습니다.

#### [근로기준법 제35조]

- ①일용근로자로서 3월을 계속 근로하지 않은자
- ②2월 이내의 기간을 정해 사용된 자
- ③월급근로자로서 6월이 되지 못한 자
- ④계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정해 사용된 자
- ⑤수습한 날부터 3월 이내인 수습근로자

이에 대해 헌법재판소는 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고제외자로 지정하는 것은 평등원칙에 위배된다는 이유로 위헌판결을 함에 따라 6개월 미만 월급근로자에 대한 해고예고 제외규정은 효력을 상실하였습니다

#### 현재 2014헌바3, 2015.12.23 선고

(중략) 6개월 미만 근무한 월급근로자 또한 전직을 위한 시간적 여유를 갖거나 실직으로 인한 경제적 곤란으로부터 보호받아야 할 필요성

이 있다. 그럼에도 불구하고 합리적 이유 없이 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고제도의 적용대상에서 제외한 이 사건 법률조항은 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에도 위배된다.

최근 위 위헌결정을 계기로 고용노동부는 고용형태에 따라 해고예고 적용제외 여부를 달리 결정하고 있던 기존 법 조항의 불합리성을 감안하여 이를 폐지하고, 법 개정을 통해 해고예고 적용제외자 기준을 계속근로기간 3개월 미만으로 일원화하였습니다.

#### ※근로기준법 제35조 [삭제]

#### ※근로기준법 제26조 [개정]

사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다

#### 1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우

2. 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우

3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우

금번 개정 내용은 고용노동부의 공포로

‘19.1.15 부로 효력이 발생하였으며, 개정법 부칙에 따라 시행일인 ‘19.1.15 이후 근로계약을 체결한 이후부터 적용됨을 참고하시기 바랍니다.

(※‘19.1.15 이전에 이미 근로계약을 체결한 경우 기존의 해고예고 제도 적용)

## 간단 Q&A 2

퇴직근로자의 퇴직금 수령 거부 시 대응방안 및 처벌 여부(내용증명, 공탁 등 / 미처벌)

퇴직 과정에서 다툼이 있었던 근로자가 퇴직금 수령을 거부하면서 퇴직연금 인출을 위한 IRP계좌를 제출하지 않고 있습니다. 이럴 경우 회사의 대응방안과 일정기간 내 퇴직금을 지급하지 않을 경우 처벌받는 것으로 알고 있는데 본 사안에도 해당되는지 궁금합니다.

## 질의답변

근로자퇴직급여보장법에 따라 근로자가 퇴직할 경우에는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 내 퇴직금을 지급해야 하는 것이 원칙입니다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우 당사자 합의로 그 기일을 연장할 수 있습니다. (근퇴법 제36조)

통상적으로 근로자가 퇴직할 경우 퇴직금 등을 익월 급여일이나 특정일에 지급하는 경우가 많은데, 이런 방법이 가능한 것은 퇴직시점에 근로자에게 퇴직절차 등을 설명하면서 이에 대한 동의를 함께 받는 경우가 많기 때문입니다.

만약 근로자의 동의 없이 퇴직 후 14일 내 퇴직금 등을 지급하지 않을 경우에는 형사처벌 조항이 존재한다는 내용을 인지하지 못하는 사업장이 많아 낭패를 겪는 경우가 많으므로 유의해야 합니다.

(※ 3년이하 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)

귀사의 경우 근로자에게 퇴직금 지연 지급에 대한 별도 동의를 받지 않은 것으로 보이므로, 퇴직 후 14일 내 기적립했던 퇴직연금을 반드시 근로자가 지정한 IRP 계좌에 지급해야 하는 것이 원칙입니다.

다만, 현재 근로자가 IRP계좌 제출을 거부하고 있고 이로 인해 퇴직연금 인출이 불가능하여 14일 내 퇴직금을 지급하지 못할 경우가 문제되는데, 이에 대해 고용노동부는 **주소지 방문, 내용증명 등 사용자가 지급의무 이행노력이 있었다는 전제하에 IRP계좌가 아닌 기타 다른 방법으로 퇴직금을 지급할 수 있으며, 지연지급에 대한 고의성이 없으므로 형사처벌을 받을 가능성은 낮다**는 입장입니다.

퇴직연금복지과-1201, 2017.03.14

...(중략) 단순히 계좌개설 거부, 연락 두절 등의 사유로 IRP 계정 이전 이외의 방법으로 퇴직급여를 지급하는 것은 타당하지 않음. 다만, **사용자가 법정 기한이 도래할 때까지 주소지 방문, 내용증명 등 사용자의 지급의무 이행 노력을 다 하였음에도 불구하고** 근로자가 IRP계좌 개설을 거부하여 부득이 퇴직급여를 지급할 수 없는 경우에는 **예외적으로 일반계좌로 이전 또는 법원 공탁 등과 같은 다른 방법으로 퇴직급여를 지급할 수 있을** 것으로 사료됩니다.

...(중략) 아울러, 퇴직급여 지연 지급의 원인이 근로자에게 있다면 **사용자에게 퇴직급여 미지급 고의성이 있다고 보기 어려워 범죄구성요건을 충족하기 어려울 것으로** 사료되며, 이 경우 사용자의 미지급 퇴직급여에 대한 지연이자 지급의무도 없다고 봄이 타당하다고 사료됩니다.

따라서 귀사의 경우 퇴직 후 14일 전까지 퇴직금 지급을 위한 노력(방문, 내용증명 등)이 반드시 선행되어야 하며, 그럼에도 IRP계좌를 제출하지 않을 경우에 한해 일반계좌로 지급하거나 법원에 공탁하는 것이 가능할 것입니다.

(이 때 지연지급에 따른 형사처벌 가능성 낮음)