

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020도68 근로기준법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인 및 검사  
변 호 인 법무법인 유앤아이 담당변호사 양병중  
원 심 판 결 대전지방법원 2019. 12. 11. 선고 2018노1426 판결  
판 결 선 고 2022. 2. 11.

주 문

원심판결 중 유죄 부분과 공소외인에 대한 해고예고수당 미지급으로 인한 근로기준법 위반에 관한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

가. 구 근로기준법 제35조 제3호에 대한 헌법재판소 위헌 결정과 효력범위

(1) 구 근로기준법(2019. 1. 15. 법률 제16720호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)

제26조 본문은 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 통상임금을 지급하여야 한다고 규정하고, 같은 법 제35조는 제26조의 적용 예외 사유의 하나로서 제3호에 "월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자"를 열거하였다. 따라서 구 근로기준법이 시행되던 기간 중에는 "월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자"에 대하여 해고의 예고 또는 해고예고수당의 지급을 하지 않고 해고를 하더라도 제35조 제3호의 적용 예외 사유에 해당하여 제26조 위반 행위에 대하여 같은 법 제110조 제1호에 따른 처벌을 할 수 없었다.

(2) 헌법재판소는 2015. 12. 23. 구 근로기준법 제35조 제3호가 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에도 위배된다는 이유로 위 조항이 헌법에 위반된다는 결정을 하였다(헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정).

헌법재판소의 위헌법률심판에 따라 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 것이 원칙이다(헌법재판소법 제47조 제2항). 다만 예외적으로 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정은 소급효가 인정되고(헌법재판소법 제47조 제3항), 위헌결정의 예외적 소급효가 인정되는 '형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항'은 형사처벌의 직접적인 근거가 되는 실체법을 의미한다.

(3) 위헌결정이 선고된 구 근로기준법 제35조 제3호 그 자체는 형사처벌 조항에 해당하지 않지만, 위 조항을 위반할 것을 구성요건으로 규정하고 있는 같은 법 제110조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률 조항을 이루게 된다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2017도8610 판결 참조). 그러나 위 조항은 같은 법 제26조 본문 및 제110조 제1호에

규정된 근로기준법위반죄의 구성요건 해당성 배제 사유를 규정한 것이기 때문에, 위 조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 그 조항이 적용되어 형사처벌을 받지 않았던 사람들에게 형사상 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제3항의 적용범위에 포함시키는 것은 법정 안정성과 이미 불처벌 대상이었던 사용자의 신뢰보호의 이익까지 크게 해치게 되어 그 규정취지에 반한다(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정 참조). 따라서 구 근로기준법 제35조 제3호에 대한 위헌결정에는 헌법재판소법 제47조 제3항에 따른 소급효가 인정되지 아니하고, 위 조항은 같은 법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날부터 효력을 상실한다고 보아야 한다.

위 법리에 따르면, 구 근로기준법 제35조 제3호는 위헌결정일인 2015. 12. 23.부터 효력을 상실하여 사용자는 월급근로자의 근무기간에 관계없이 구 근로기준법 제26조 본문에 따라 근로자에게 30일 전에 해고의 예고를 하거나 30일 분의 통상임금에 해당하는 해고예고수당을 지급할 의무를 부담하고, 위 규정을 위반한 자는 같은 법 제110조 제1호에 따라 형사처벌의 대상이 된다.

#### 나. 개정 근로기준법 제26조의 적용범위

(1) 근로기준법이 2019. 1. 15. 법률 제16720호로 개정되어(이하 '개정 근로기준법'이라 한다), 제35조를 삭제하고 해고예고의 적용 예외 사유를 제26조 단서에서 규정하며 그 예외 사유 중 하나로 제1호에 "근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우"를 두었다. 개정 근로기준법 부칙은 위 규정의 시행 및 적용 범위에 관하여, 개정 근로기준법 제26조 및 제35조는 공포한 날부터 시행하되(제1조), 개정 근로기준법 제26조 제1호는 위 조항의 시행일 이후 근로계약을 체결한 근로자부터 적용한다고 규정

하였다(제2조).

(2) 위 개정은 헌법재판소의 구 근로기준법 제35조 제3호에 대한 위헌결정의 취지를 반영하면서 구 근로기준법 제35조에서 규정하고 있었던 해고예고에 대한 적용 예외 사유들을 '계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우'로 일원화하여 체계적으로 정비한 것이다. 따라서 개정 근로기준법 제26조 제1호의 적용 범위는 위 개정 조항의 시행일인 2019. 1. 15. 이후 근로계약을 체결한 근로자로 한정된다.

다. 이 사건에 대한 판단

(1) 이 사건 공소사실 중 공소외인에 대한 해고예고수당 미지급으로 인한 근로기준법 위반 부분의 요지는 피고인이 2017. 5.경 근로자 공소외인을 사전 예고 없이 해고하면서 해고예고수당을 지급하지 않았다는 것이다. 이에 대하여 원심은, 공소외인이 계속 근로한 기간이 3개월 미만이어서 개정 근로기준법 제26조 제1호에 의해 해고예고 대상에 해당하지 않는다는 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

(2) 그런데 위 범행은 구 근로기준법 제35조 제3호에 대한 위헌결정일인 2015. 12. 23. 이후에 발생한 것이므로, 위 조항에 대한 위헌결정의 효력에 따라 이 부분 공소사실에 대하여는 구 근로기준법 제35조 제3호를 적용할 수 없다. 또한 개정 근로기준법 제26조 제1호의 시행일인 2019. 1. 15. 이전 피고인과 근로계약을 체결한 공소외인은 개정 근로기준법 부칙 제2조 규정에 의하면 개정 근로기준법 제26조 제1호의 적용 대상에 해당하지도 않는다.

(3) 그럼에도 원심은 이와 달리 개정 근로기준법 제26조 제1호를 적용하여 공소외인이 해고예고수당 지급 대상이 되지 않는다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단

하였으니, 이러한 원심의 판단에는 개정 근로기준법 제26조 제1호의 적용 범위 및 해고예고 대상의 예외 사유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 피고인의 상고이유에 대하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 원심판결에 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미쳤음은 이유로 상고할 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 사실오인, 법리오해를 내세우며 실질적으로 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단 내지 이에 기초한 사실인정을 탓하거나 원심이 인정한 사실과 다른 사실관계를 전제로 법리오해를 지적하는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다. 나아가 관련법리에 따라 살펴볼더라도 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 근무 및 근로의 의미에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

## 3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 공소외인에 대한 해고예고수당 미지급으로 인한 근로기준법 위반에 관한 무죄 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형을 선고하여야 하므로, 원심판결 중 유죄 부분도 함께 파기되어야 한다.

## 4. 결론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분과 공소외인에 대한 해고예고수당 미지급으로 인한 근로기준법 위반에 관한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도

록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장          대법관          천대엽          \_\_\_\_\_

                  대법관          조재연          \_\_\_\_\_

주 심          대법관          민유숙          \_\_\_\_\_

                  대법관          이동원          \_\_\_\_\_