

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2018도2720 근로기준법위반
피 고 인 피고인 1 외 1인
상 고 인 검사(피고인들에 대하여)
원 심 판 결 창원지방법원 2018. 1. 25. 선고 2017노2221 판결
판 결 선 고 2022. 12. 29.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제36조 본문은 "사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다"는 내용으로 금품 청산의무를 규정하고 있고, 같은 법 제109조는 위 규정을 위반한 사용자를 처벌하되, 근로자의 명시한 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없도록 하고 있다.

구 근로기준법 제44조 제1항은 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인이 직상 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 규정하면서, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 상위 수급인도 연대하여 책임을 지도록 하고 있다. 그 귀책사유의 범위에 관하여 구 근로기준법 제44조 제2항, 구 근로기준법 시행령(2014. 9. 24. 대통령령 제25631호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조는 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우(제1호), 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우(제2호), 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우(제3호)로 정하고 있다. 구 근로기준법 제109조는 위 규정을 위반한 직상 수급인과 상위 수급인을 처벌하되, 근로자의 명시한 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 본래 임금지급채무는 근로계약의 당사자로서 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있는 사용자가 부담하는 것이 원칙이지만, 사업이 도급에 의하여 이루어지는 경우에 하수급인은 도급인에게 실질적으로 의존하거나 종속되어 있는 경우가 많으므로, 하수급인이 직상 수급인이나 그 상위 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 직상 수급인과 그 상위 수급인에게 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 부담하도록 함으로써, 그러한 사업에 종사하는 근로자의 임금채권을 보호하기 위한 취지이다.

근로기준법 제44조, 제109조의 입법 목적과 규정 취지에 비추어 보면, 임금 미지급에 귀책사유가 있는 상위 수급인은 하수급인의 근로자에 대한 관계에서 근로계약의 당사

자는 아니지만 임금 미지급의 근본적인 원인을 제공하였다는 점에서 그 책임이 하수급인 또는 그 직상 수급인보다 가볍다고 볼 수 없다. 또한 상위 수급인이 하수급인의 근로자에게 임금지급의무를 이행하면 하수급인과 직상 수급인의 임금지급의무도 함께 소멸하게 된다. 그럼에도 하수급인의 근로자가 일반적으로 하수급인보다 자력이 더 나은 상위 수급인을 상대로 직접 임금을 청구하거나 형사고소 등의 법적 조치를 취할 여지가 많다 보니, 그 과정에서 상위 수급인이 근로자와 임금 지급에 관한 합의를 원만하게 이루고 근로자의 의사표시로 처벌을 면할 수 있는 경우에도 합의 과정에 참여하지 못한 하수급인이나 직상 수급인에 대하여는 처벌을 희망하지 아니하는 근로자의 의사표시가 명시적으로 이루어지지 않을 가능성도 적지 않다. 이러한 경우에도 귀책사유가 있는 상위 수급인으로부터 임금을 지급받는 등으로 그와 합의한 근로자가 하수급인이나 직상 수급인만 따로 처벌받기를 원하는 경우는 상당히 드물 것이다.

그렇다면 근로자가 상위 수급인의 처벌을 희망하지 아니하거나 처벌을 희망하는 의사를 철회하는 의사표시를 하는 경우에는, 근로자가 임금을 직접 청구하거나 형사고소 등의 법적 조치를 취한 대상이 누구인지, 상위 수급인과 합의에 이르게 된 과정 및 근로자가 처벌을 희망하지 아니하거나 처벌을 희망하는 의사를 철회하게 된 경위, 근로자가 그러한 의사표시에서 하수급인이나 직상 수급인을 명시적으로 제외하고 있는지, 상위 수급인의 변제 등을 통하여 근로자에 대한 임금지급채무가 어느 정도 이행되었는지 등의 여러 사정을 참작하여 여기에 하수급인 또는 그 직상 수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함되어 있는지를 살펴보아야 하고, 하수급인과 직상 수급인을 배제한 채 오로지 상위 수급인에 대하여만 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하였다고 쉽게 단정하여서는 안 된다.

원심은 판시와 같은 이유로 근로자 공소외 1 등이 상위 수급인 공소외 2에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사를 표시한 데에는 하수급인인 피고인 1, 직상 수급인인 피고인 2에 대한 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함되어 있다고 봄이 타당하다고 한 다음, 이 사건 공소사실 중 판시 피고인들의 근로기준법 위반 부분은 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 사건에 대하여 제1심판결 선고 전에 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제327조 제6호에 따라 공소를 기각하였다. 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 상위 수급인에 대한 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시의 해석 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김선수	_____
	대법관	박정화	_____
	대법관	노태약	_____
주 심	대법관	오경미	_____