

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2013도8417 근로기준법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 법무법인 광주로펌
담당변호사 최국신
원 심 판 결 수원지방법원 2013. 6. 26. 선고 2013노161 판결
판 결 선 고 2015. 11. 12.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유에 대하여 판단한다.

근로기준법 제44조의2, 제109조는 건설업에서 2차례 이상 도급이 이루어진 경우 건설산업기본법 규정에 따른 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못할 경우 그 하수급인의 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 하면서 이를 위반한 직상 수급인을 처

별하되, 근로자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여, 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지라고 할 수 있다(헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2013헌가12 결정 참조).

그런데 직상 수급인은 자신에게 직접적인 귀책사유가 없더라도 하수급인의 임금 미지급으로 말미암아 위와 같은 책임을 부담하고, 하수급인이 임금지급의무를 이행하는 경우에는 함께 책임을 면하게 되어, 결국 하수급인의 행위에 따라 그 책임 유무나 범위가 좌우될 수밖에 없는 점, 하수급인의 임금 미지급 사실을 미처 알지 못하는 등의 사유로 직상 수급인이 하수급인과 근로자의 합의 과정에 참여할 기회를 얻지 못한 결과 정작 하수급인은 근로자의 의사표시로 처벌을 면할 수 있으나 직상 수급인에 대하여는 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 명시적으로 이루어지지 않게 될 가능성도 적지 아니한 점, 나아가 하수급인으로부터 임금을 지급받거나 하수급인의 채무를 면제해 준 근로자가 굳이 직상 수급인만 따로 처벌받기를 원하는 경우는 매우 드물 것인 점 등을 고려할 때, 하수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 근로자의 의사표시가 있을 경우에는, 근로자가 직상 수급인에게 임금을 직접 청구한 적이 있는지, 하수급인이 직상 수급인에게 임금 미지급 사실을 알린 적이 있는지, 하수급인과 근로자의 합의 과정에 직상 수급인이 참여할 기회가 있었는지, 근로자가 합의 대상에서 직상 수급인을 명시적으로 제외하고 있는지, 변제나 면제 등을 통하여 하수급인의 책임이 소멸하였는지 등의 여러 사정을 참작하여 여기에 직상 수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시

도 포함되어 있다고 볼 수 있는지를 살펴보아야 하고, 직상 수급인을 배제한 채 오로지 하수급인에 대하여만 처벌을 희망하지 아니하는 의사를 표시한 것으로 쉽사리 단정할 것은 아니다.

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 하수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 근로자의 의사표시에는 직상 수급인인 피고인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함되어 있다고 판단하여, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 공소기각판결을 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법 제44조의2 규정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 사안이 달라 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다.

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

재판장 대법관 김소영 _____

주 심 대법관 이인복 _____

 대법관 고영한 _____

 대법관 이기택 _____