산업안전보건법상 도급작업 안전규제의 문제점과 개선방안

정진우 서울과학기술대학교 안전공학과 교수
(jjjw35@seoultech.ac.kr)

4

서 론

사업장의 안전관리를 충실화하지 않은 상태에서 도급업무를 직영으로 전환한다고 사고를 막을 수 있을까? 도급작업을 금지한다고 하여 도급작업 그 자체가 사라지는 것은 아니다. 그 작업을 누군가는 해야 한다. 도급작업에 대한 안전관리가 불량할 경우 위험에 처해지는 것이 하청근로자에서 원청근로자로 이전할 뿐이다. 위험작업에 대한 적절한 안전관리가 이루어지지 않으면 재해를 입는 사람이 단지 하청근로자에서 원청근로자로 바뀔 뿐이다.

작업이 유해하다는 이유만으로 도급을 금지하는 것은 피해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 하는 비례의 원칙을 정면으로 위반하는 것으로서 입법의 한계를 벗어난 것이다. 재해예방선진국 중 도급 자체를 금지하고 있는 나라는 없으며, 재해예방선진국은 도급의 사용 자체가 불량한 안전보건 수준을 초래하는 것이 아니라 도급작업에 대한 안전관리의 불량이 나쁜 것이라는 접근을 취하고 있다.

재해예방선진국에서는 산업안전보건법은 위험한 작업 자체를 막는 법이 아니라는 점을 전제로 하고 있다. 즉, 재해예방선진국의 산업안전보건법은 작업 - 위험한 작업이라 하더라도 - 이 안전한 방법으로 이루어지도록 보장하는 것을 목적으로 하여 설계(규정)되어 있다. 그리고 재해예방선진국의 산업안전보건법은 어떠한 도급작업이 이루어지고 있는 것에 관심을 갖고 있는 것이 아니라 그것을 수행하는 방법에 관심을 갖고 있다.

따라서 도급 여부가 중요한 것이 아니라 일정한 작업을 도급을 주든 직영

으로 하든 안전관리가 충실히 이루어지도록 하는 것이 중요하다. 그렇게 하면 도급으로 인한 안전관리의 후퇴 문제는 대부분 막을 수 있을 것이다. 어떠한 작업에서 재해가 많이 발생한다고 하여 그 작업 자체를 하지 못하도록 금지하겠다는 발상은 단선적이다. '금지'가 아닌 '관리'를 통해서도 그 작업에서의 재해를 방지할 수 있다면 '관리'규제를 택하는 것이 비례의 원칙에 부합하고 합리적이기도 하다.

도급작업 안전법규제의 문제점

1. 직발주 건설공사 종사근로자 보호의 혼선

전부개정 산업안전보건법(이하 '산안법'이라 한다)에서는 '도급인'에서 '건설공사 발주자'를 명시적으로 제외하면서(제2조 제7호), 건설공사 발주자에 대해 "건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자를 말한다. 다만, 도급받은 건설공사를 다시 도급하는 자는 제외한다."로 정의하고 있다(제2조 제10호). 건설공사 도급인 중에서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자가 건설공사 발주자에 해당한다. 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자의 전형적인 예는 종합건설업체이다. 건설공사를 도급하는 자이지만 건설공사의 시공을 주도(일반적으로 건설공사의 시공을 주도하는 자는 종합건설업체, 전문건설업체 등 시공업체이다)하지 아니하는 자는 건설공사 발주자에 해당한다. 즉, 건설공사의 시공을 주도하지 않고 도급하는 비(非)건설업체(제조업체, 발전소, 통신업체 등)는 모두 건설공사를 직발주하는 건설공사 발주자에 해당하게 된다.

산안법상의 건설공사란 건설산업기본법 제2조 제4호에 따른 건설공사, 전기공사업법 제2조 제1호에 따른 전기공사, 정보통신공사업법 제2조 제2호에 따른 정보통신공사, 소방시설공사업법에 따른 소방시설공사, 문화재수리 등에 관한 법률에 따른 문화재수리공사 중 어느 하나에 해당하는 공사를 말한다(법 제2조 제11호). 건설산업기본법 제2조 제4호에 따른 건설공사란 토목공사, 건축공사, 산업설비공사, 조경공사, 환경시설공사, 그 밖에 명칭에 관계없이 시설물을 설치·유지·보수하는 공사(시설물을 설치하기 위한 부지조성공사를 포함한다) 및 기계설비나 그 밖의 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말한다. 즉, 건설산업기본법에서 말하는 건설공사는 매우 넓은 개념으로서 여기에는 건축물 등의 건설공사, 도로신설공사, 시설물의 설치·유지·보수공사, 기타

건설공사, 각종 기계·기구장치, 구조물 등의 설치·해체공사 등이 포함되고, 기타 건설공사에는 유지·보수공사뿐만 아니라 일반 경상보수의 용역사업까지 포함된다.

따라서 건설업체를 제외한 각종 제조업체, 발전소, 정보통신업체 등에서 외부업체에 유지·보수, 설치·해체 등의 공사를 도급 줄 경우, 해당 도급인은 산안법상 건설공사 발주자에 해당되게 된다. 결국 공사의 성격, 금액 등에 관계없이 도급을 주는 각종 유형의 공사(작업) 대부분이 건설공사로 분류된다.

그런데 산안법 시행령(제56조)에 따르면, 건설공사 발주자에 대한 의무는 총 공사금액이 50억원 이상인 건설공사에만 적용되기 때문에 총 공사금액 50억원 미만인 건설공사는 법적용에서 제외되도록 되어 있다. 그런데 외부업체에 도급을 주는 유지·보수공사, 기계·기구장치의 설치·해체공사 등 건설공사의 대부분은 공사금액이 50억원 미만이다. 그렇다면 종전법에서는 제18조(안전보건총괄책임자), 제29조(도급사업 시의 안전·보건조치)의 적용을 받는 것으로 해석되었던 유지·보수공사, 기계·기구장치 설치·해체공사 등의 건설공사 도급이 산안법에서는 건설공사 발주자의 의무 대상에서 누락된다. 게다가 산안법에 따르면, 건설공사 발주자는 원청의 개념에서 제외되도록 규정되어 있다(제2조 제7호). 결국 외부업체에 건설공사를 도급 주는 도급인은 건설공사 발주자의 의무대상에도, 도급인에도 해당되지 않게 되어, 해당 공사의 하청근로자는 법적 보호에 있어 사각지대가 생길 수밖에 없다. 업종을 불문하고 외주업체에 의한 유지보수공사, 기계·기구장치 설치·해체공사 등 건설공사는 경험적 측면뿐만 아니라 이론적 측면에서도 가장 위험한 작업에 해당한다는 점을 고려하면 입법적으로 매우 큰 실수라고 하지 않을 수 없다.

그리고 산안법 제67조에 따라 건설공사 발주자에 부과되어 있는 산업재해 예방조치의무의 내용은 건설공사단계(계획·설계·시공단계)별로 안전보건대장 작성과 이의 확인에 대한 의무인바, 종전법의 도급인에 대한 각종 의무(제29조)와 비교하여 상당히 약하게 규정되어 있다. 따라서 건설공사 발주자에 대한 법적용을 받는 공사(총 공사금액 50억원 이상 공사)의 경우에도 비(非)건설업의 경우 종전법과 비교하여 의무내용이 오히려 대폭 약화되었다고 할 수 있다.

2. 도급인(원청) 의무의 부실

산안법은 도급인(원청)에서 건설공사 발주자를 제외하면서 건설공사 발주자에게 적정 비용과 공기 보장, 적격 수급인 심사·선정에 대한 구체적 의무

등과 같은 핵심적 내용은 규정하지 않았다. 그마저도 적용대상을 총 공사금액 50억원 이상 공사로 한정하고 있고, 적용대상에 대한 의무내용도 서류 작성과 확인이 중심적인 내용이며, 게다가 기존의 다른 법조항으로 실시해 오던 사항들이 대부분이어서, 건설공사 발주자에 대한 의무내용이 빈약하다고 지적하지 않을 수 없다. 수급인(하청), 특히 중소하청업체가 안전하게 작업하기 위한 '여건 조성'에 해당하는 내용은 반영된 사항이 거의 없는 셈이다.

그리고 산안법에서는 파견법과의 관계를 잘못 이해한 나머지 원청의 의무 중 수급인 또는 그의 근로자에 대해 지도·감독하는 내용에 해당하는 부분을 근로자파견법과 충돌의 여지가 있다고 보고 삭제하거나 완화시켰다. 이론적으로 볼 때, 산안법에서 규정하고 있는 사항은 법정사항인 만큼 파견법과의 관계에서 특별규정에 해당하고(서울행정법원 2006.5.16. 2005구합11951 판결), 따라서 산안법상의 의무내용이 불법파견에 대한 행정부와 법원의 판단기준의 내용에 우선한다고 볼 수 있다. 결국 도급인이 수급인 또는 그의 근로자에 대해 지도·감독하는 내용이 법정 사항에 해당하는 경우 이는 불법파견의 지표가 될 수 없다. 그런데 산안법은 이 점을 간과하고 도급인의 의무를 대폭적으로 후퇴시켰다. 도급인의 안전조치의무에서 수급인 및 그 근로자에 대한 법위반의 시정조치의무를 임의규정으로 변경하고, 시정조치 대상에서 근로자는 아예 삭제하였다(법 제66조). 그리고 도급인의 의무에서 보호구 착용의 지시 등 관계수급인 근로자의 작업행동에 관한 직접적인 조치를 제외시켰고(법 제63조 단서), 안전보건교육의 경우 도급인의 수급인에 대한 지원의무만 남기고 지도의무는 삭제하였다(법 제64조 제1항). 이는 수급인의 근로자에 대한 구체적인 관리감독의무 등을 강제규정에서 삭제하거나 임의규정으로 완화시킨 것으로, 수급인 근로자의 재해예방을 위한 중요한 수단이 사라진 셈이다.

이와 같이 수급인 근로자의 안전보건을 확보하기 위하여 도급인이 할 수 있는 '권한'은 대폭 축소하면서, 도급인의 안전보건조치 의무(법 제63조) 위반으로 수급인 근로자가 사망한 경우, 도급인에 대해 사망근로자와 근로관계에 있는 수급인과 동일한 수준의 형벌을 규정한 것(법 제167조)은 당벌성을 넘어 서는 형벌로서 헌법상의 원칙인 책임주의 위반으로 연결될 수 있다.

또한 수급인 근로자의 산재예방을 목적으로 하는 안전보건총괄책임자의 안전보건에 관한 총괄관리 의무의 경우, 미 지정에 대해서만 제재규정을 두고 있고 정작 중요한 직무수행 위반에 대해서는 아무런 제재규정을 두고 있지 않다(시행령 별표 24 과태료의 부과기준). 즉, 사업주가 안전보건총괄책임

자를 지정하지 않은 것에 대해서만 과태료를 부과하도록 되어 있고, 해당 업무를 수행하도록 하지 않거나 부실하게 수행하도록 하는 것에 대해서는 다른 안전보건관계자의 경우와는 달리 과태료를 부과하고 있지 않다. 이러한 벌칙 체계하에서는 안전보건총괄책임자 제도가 당초의 취지를 살리지 못하고 형식적으로 운영될 것이라는 점을 쉽게 예상할 수 있다.

3. 도급인(원청)의 불명확하고 모호한 의무와 책임

산안법 제38조 제4항 및 제39조 제1항에서는 안전조치와 보건조치에 관한 구체적인 사항은 '고용노동부령'으로 정한다고 규정하고 있다. 그런데 수급인(하수급인 포함)과 구별되는 도급인의 안전보건조치에 대해서는 아무런 사항을 규정하지 않고 있다. 즉, 도급인과 수급인(하수급인을 포함한다) 간의 역할과 책임을 구분하는 규정을 두고 있지 않다. 그리고 '고용노동부령'이 '산업안전보건기준에 관한 규칙'만을 의미하는지, '시행규칙'도 포함하는지에 대해서는 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인조차 이해·판단할 수 없다.

따라서 산안법에 따르면, 도급인이 수급인과 공동으로 안전보건조치를 해야 하는지, 도급인 단독으로 안전보건조치를 해야 하는지, 아니면 수급인의 안전보건조치에 대하여 지도감독(관리)을 해야 하는지 등 도급인이 이행해야 할 의무내용과 의무범위가 매우 불명확하다. 즉, 산안법은 도급인이 어디에서부터 어디까지, 어떤 의무를, 어떻게 이행해야 하는지에 대한 기준을 전혀 제시하지 않고 있다. 결국 수범자의 입장에서는 전문가 등의 조언을 구하여도 자신이 구체적으로 무엇을 해야 할지를 정확히 예측할 수 없기 때문에 당해 법규정은 명확성 원칙에 위반될 소지가 크다.

산안법 제38조 제4항 및 제39조 제1항의 규정대로라면 법령의 해석·집행 과정에서 도급인은 수급인 및 하수급인의 의무에 해당하는 모든 의무(수급인 및 하수급인의 의무와 동일한 조치)를 이행해야 하는 것으로 운영될 가능성이 크다. 그런데 같은 사업장이라 하더라도 도급인과 수급인, 하수급인은 주체가 다른 만큼 공동으로 해야 하는 일은 있을 수 있어도 기본적으로 그 역할이 동일할 수는 없는데도 도급인에게 수급인(하수급인)과 동일한 조치를 하라는 것은 비현실적이고 불합리하다. 이렇게 해석된다면 이는 헌법상의 원칙인 자기책임의 원칙에도 위반될 소지가 크다.

요컨대, 도급인과 수급인(하수급인) 간의 역할과 책임을 구분하는 규정을 두지 않으면, 도급인이 수급인의 의무와 동일한 의무를 이행해야 하는 것으

로 해석될 수 있고, 이에 따라 도급인 어느 누구도 이를 온전히 이행할 수 없어, 결과적으로 모든 수범자(도급인)가 범법자가 되고 도급규제의 규범성이 상실되는 문제를 초래할 가능성이 크다.

산업안전보건관리에서 각 주체의 역할과 책임을 명확히 설정하는 것은 안전보건관리의 실효성을 확보하기 위해 준수되어야 할 기본적인 원칙에 해당한다. 재해예방선진국의 경우 도급인의 안전보건조치를 수급인의 안전보건조치와 구분하지 않은 채 불명확하게 안전보건조치를 법적으로 강제하고 있지 않는다는 점을 유념할 필요가 있다. 도급인에 대한 불명확한 역할과 책임 설정은 외양적으로만 도급인에게 많은 의무를 부과하고 있는 것 같은 착시현상을 불러일으킬 뿐, 수급인 근로자의 안전보건에 대한 도급인의 실제적인 이행은 담보하지 못하는 결과로 연결될 가능성이 크다.

도급작업 안전법 규제 개선방안

의무주체가 다를 경우 각 의무주체로 하여금 자신의 의무를 충실히 하도록 하기 위해서는 각 의무주체의 역할과 책임을 명확히 하는 것이 필수적이다. 같은 조직 내에서 지위가 다른 주체 간에도 역할과 책임을 명확히 해야만 각자의 의무이행이 제대로 담보될 수 있는데, 원청과 하청처럼 기업 자체가 다른 경우에는 더더욱 역할과 책임을 명확히 설정해야 한다. 이것은 원청의 역할과 책임을 완화하자는 주장과는 궤를 달리한다.

산업재해를 예방하는 데 있어서도 원청과 하청의 역할과 책임을 명확히 설정하지 않는 한 원청의 의무를 외양적으로 강화하는 것도, 의무위반 시 처벌을 강화하는 것도 원청의 하청근로자에 대한 안전관리의 강화로 연결되지 못할 것이다. 원청에게 하청과 동일한 의무를 부과하고 있는 것은 실효성의 문제 외에 비교법적으로 볼 때도 선진외국에서는 찾아볼 수 없는 접근방식이다.

원청사업주의 역할과 책임을 실질적으로 강화하기 위해서라도, 하청사업주도 하청으로서의 역할과 책임을 다하도록 하기 위해서라도 원청과 하청 각자의 역할과 책임을 명확히 규정하여야 한다. 이러한 기본적인 조치를 취하지 않은 상태에서는 원청의 의무를 외양적으로 강화하는 것처럼 보이는 규제는 혼란만 초래할 뿐이고 오히려 원청과 하청, 특히 하청의 책임의식 약화를 초래할 것은 불을 보듯 훤하다. 이러한 규제상황에서는 원청과 관련된 각종 규제조치는 사회적으로 많은 비용을 야기할 뿐이고 하청근로자의 보호라는 목적도 달성하지 못할 것이다.

도급에 대한 안전규제와 불법파견의 관계에 대한 산안법의 접근방법에도 법리적 측면과 산재예방의 실효성 측면에서 많은 문제가 있다. 산안법상의 의무와 업무상과실치사상죄에서 말하는 주의의무를 이행하기 위한 안전조치와 불법파견의 판단지표가 상호 충돌할 때는 당연히 전자를 특례규정으로 해석해야 할 것이다. 그런데 산안법에서는 원청의 하청근로자에 대한 안전조치를 불법파견의 소지가 될 수 있다고 삭제하거나 임의규정으로 변경하였다. 하청근로자의 산재예방을 위한 원청의 의무가 크게 후퇴될 것으로 예상된다. 하청근로자에 대한 원청의 안전조치를 법제도적으로 어렵게 만들어 놓은 상태에서 원청에게 하청근로자의 산재예방 역할을 충실하게 수행하라는 것은 어불성설이라고 할 수 있다.

도급작업에 대해서 원청과 하청으로 하여금 각자의 위상에 맞는 역할과 책임을 다하도록, 즉 안전관리를 충실히 하도록 법규제가 합리적이고 실효성 있게 설계된다면, 도급의 장점을 인정하고 살리면서도 도급작업에서의 위험을 충분히 관리할 수 있을 것이다. 결국 입법자와 정부의 도급작업에 대한 정확한 현실인식(이해)과 효과적이고 세련된 법정책이 매우 중요하다. 도급작업에 대한 안전상의 규제를 하더라도 실효성이 없고 거친 규제가 아닌 실효성 있고 정교한 규제를 해야 한다. 즉, 도급안전규제에도 품격과 품질이 반드시 확보되어야 한다.

따라서 도급작업에 대한 안전규제의 실효성을 높이기 위해서는 산안법을 하루빨리 다시 개정하여야 한다. 법률을 잘못 규정한 상태를 방치하고 시행령, 시행규칙만으로 문제를 해결할 수는 없다. 게다가 법령을 그대로 놔두고 지침이나 해석으로 어물쩍 넘어가는 것은 법리적으로나 실무적으로 편법에 해당한다.

참고문헌

1. HSE, Managing for health and safety, 2013
2. Norman Selwyn(Revised and updated by Rachel Moore LLB), *The Law of Health & Safety at Work*, Twenty-third ed., Croner, 2015/2016