

중대재해처벌법상 도급인과 건설공사발주자의 구분 의의 및 기준

송지용*

논문 요약

산업안전보건법과 중대재해처벌법 등 관련 법에서 도급인과 발주자에 대한 정의 규정을 통일적으로 규정하지 않고 있어 해당 정의 규정을 해석함에 있어 실무상 많은 어려움을 겪고 있다. 또한, 산업안전보건법에서는 도급인과 건설공사발주자에 대한 정의 규정을 두고 그에 대해 각각의 안전·보건조치 의무를 규정하고 있음에도 산업안전보건법의 특별법으로 볼 수 있는 중대재해처벌법에서는 그와 같은 구분을 두지 아니함으로써 많은 혼란을 불러일으키고 있다.

중대재해처벌법상 도급인과 건설공사발주자 개념이 구분되는 경우에 건설공사발주자는 사건 발생 후 수사단계 초기부터 중대재해처벌법위반으로 수사를 받는 위험으로부터 배제될 수 있다. 그렇기 때문에 중대재해처벌법에서도 도급인과 건설공사발주자 개념을 분리할 수 있는지 그러한 기준은 무엇인지 논의가 필요하다. 그런데, 아직 학계의 논의는 전무하고, 하급심 판결 및 고용노동부의 해석지침이 일응 기준을 제시하고 있는 실정이다.

따라서 본 연구논문에서는 중대재해처벌법에서 도급인과 건설공사발주자 개념 구분이 가능한지, 산업안전보건법상 도급인과 건설공사발주자 구분에 대한 하급심 판결과 고용노동부의 해석지침이 타당한 것인지 검토한 다음, 중대재해처벌법에서도 적용

* 서울고등검찰청 검사.

가능한 합리적인 구분 기준에 대해 구체적으로 상술하였다.

[주제어] 중대재해, 도급인, 건설공사발주자, 구분 기준

■ 논문접수 : 2022. 11. 17.

■ 심사개시 : 2022. 12. 5.

■ 게재확정 : 2022. 0. 0.

목 차

I. 연구배경	IV. 하급심 판결과 고용노동부 해석 기준에 대한 비판적 분석
II. 중대재해처벌법상 도급인과 건설공사발주자 개념 구분 필요성	1. 고용노동부 지침에 대한 비판적 분석
1. 검토 배경	2. 울산지방법원 판결에 대한 비판적 분석
2. 중대재해처벌법상 건설공사발주자 개념 구분 필요성	V. 도급인과 건설공사발주자를 구분하기 위한 올바른 해석 기준
III. 산업안전보건법에 대한 하급심 판결과 고용노동부 해석 기준	VI. 결 론
1. 총 론	※ 참고문헌
2. 현행법상 도급인과 발주자 정의 규정	
3. 하급심 판결 해석 기준(울산지방법원 2021고단1782)	
4. 고용노동부 해석 기준(개정 산업안전보건법 시행에 따른 도급시 산업재해예방 운영지침)	

I. 연구 배경

소위 ‘위험의 외주화’로 인해 수급인이 고용한 근로자들의 산업재해 위험성이 더 커지게 되자 도급인의 산업재해 예방 의무와 책임을 더욱 강화하는 방향으로 산업안전보건법이 2020. 1. 16. 개정, 시행되었다. 개정 산업안전보건법은 도급인과 건설공사발주자 책임을 보다 명확히 하기 위해 도급인과 건설

공사발주자에 대한 정의 규정을 신설하여 양자의 개념을 구분하게 되었다.

한편, 안전 및 보건 확보 의무를 경영책임자등에게 확대하고 처벌을 대폭 강화한 중대재해 처벌 등에 관한 법률(이하 중대재해처벌법이라고 함)이 2022. 1. 27. 시행되었다. 산업안전보건법의 특별법적 성격을 가지고 있는 중대재해 처벌법은 제5조(도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무)에서 “사업주 또는 경영책임자등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다”는 규정을 두면서도, 건설공사발주자에 대해서는 별도의 정의 규정을 두지 않았다¹⁾.

그런데, 중대재해처벌법 적용에 있어서 도급인과 건설공사발주자의 개념이 구분된다고 판단되는 경우에 건설공사발주자는 사건 발생 후 수사단계 초기부터 중대재해처벌법위반으로 수사를 받는 위험으로부터 배제될 수 있다. 그렇기 때문에 도급인과 건설공사발주자를 구분할 수 있고 어떤 기준으로 구분하는지 여부가 실무상 매우 필요한 논제로 대두되었다. 그럼에도 산업안전보건법에 대한 하급심 판결과 고용노동부의 해석 지침 외에는 명확한 실무상 기준을 발견할 수 없고 학계의 논의도 현재까지 전무²⁾하여 실무상 큰 혼란을 일으키고 있다.

1) 산업안전보건법과 중대재해처벌법 모두 (중대)산업재해를 예방하자는 취지로 제정, 시행되고 있는 점, 2020년 전면 개정된 산업안전보건법 시행으로도 중대산업재해를 충분히 예방하고 있지 못하다는 반성에 기초하여 중대재해처벌법이 제정·시행된 점, 중대재해처벌법상 경영책임자등이 안전·보건조치 의무를 이행하기 위해서는 산업안전보건법에 규정된 의무 내용을 대부분 이행해야 한다는 점 등을 종합하여 중대재해처벌법이 산업안전보건법의 특별법적 성격을 띠는 것으로 보는 견해가 많음. 그러나, 중대재해처벌법에서 “경영책임자등”의 개념이 도입되어 안전·보건조치 의무를 이행해야 하는 주체가 확대되었고 중대재해처벌법에서 규정하는 특유의 안전·보건조치 의무도 존재하기 때문에 중대재해처벌법에서도 발주자 개념을 독자적으로 규정할 필요가 있다는 전제 하에서 논리를 전개하였음.

2) 학자들과 실무가(대형로펌 발간 포함)들이 발간한 중대재해처벌법해설서, 대검 발행 중대재해 처벌법 벌칙 해설서 및 산업안전보건법 벌칙 해설서와 관련 논문을 모두 검색하였으나 본 실무

Ⅱ. 중대재해처벌법상 도급인과 건설공사발주자 개념 구분 필요성

1. 검토 배경

산업안전보건법 제2조에서는 도급인의 개념을 민법에 비해 확장하면서도 건설공사발주자에 대한 별도 정의규정을 두어 도급인과 건설공사발주자의 개념을 명확히 구분하였다. 그런데, 중대재해처벌법은 제5조에서 “사업주 또는 경영책임자등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다.”고 규정하여 사실상 도급, 용역, 위탁 등 계약의 형식에 관계없이 그 사업의 수행을 위하여 대가를 목적으로 노무를 제공하는 자로부터 노무를 제공받아 사업을 하는 사람들에게 안전 및 보건 확보의무를 지우고 있다. 그렇기 때문에 중대재해처벌법에서도 도급인과 건설공사발주자 개념을 구분할 수 있는지, 그렇게 구분할 실익이 있는지 문제된다.

2. 중대재해처벌법상 건설공사발주자 개념 구분 필요성

가. 산업안전보건법이 도급인과 건설공사발주자를 구분하고 각각에 대해 안전·보건조치 의무를 부과한 배경

“당사자의 일방이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정한다”는 일반적 도급의 정의에 의할 때 발주 또한 광의의 도급에 해당된다. 그럼에도, 2020. 1. 16. 전부 개정 시행된 산업안전보건법에서는 도급인과 건설공사발주자 개념을 구분하여 건설공사발주자는 도급인이 행해야 하는 안전·보건조치 의무를 이행하지 않아도 되게 되었다.

연구에서 다른 주제에 대한 논의는 찾아보기 어려웠음.

그러나 이는 건설공사에 있어서 발주자에게 안전·보건조치 의무를 면제시키려는 것이 아니다. 건설공사의 경우 산업재해의 위험성이 매우 크고 건설공사발주자가 공사계획, 설계, 공사기간, 공사대금 결정 등 건설공사의 모든 과정에서 매우 큰 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있음에도 산업안전보건법상 도급인 개념에서 제외되는 경우가 많아 산업재해예방에 공백이 생기는 점을 고려하여 건설공사발주자 개념을 신설하고 그에 대한 의무를 새로 규정한 것으로 보인다.³⁾

그에 따라, 개정 산업안전보건법에서는 일정 규모 이상의 건설공사발주자에 대해서 사업주의 일반적 의무로 산업재해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 하도록 명시하고(법 제5조 제2항), 건설공사 각 단계별로 필요한 안전보건상 조치 의무를 규정하고 있으며(법 제67조), 공사기간 단축 및 공법 변경 금지(법 제69조), 건설공사 기간 연장 요청에 응할 의무(법 제70조), 설계변경 요청에 응할 의무(법 제71조), 건설공사 등 산업안전보건관리비 계상 의무(법 제72조) 등을 규정하여 건설공사발주자 책임을 강화하고 있는 것이다.

나. “총괄·관리” 또는 “실질적으로 지배·운영·관리” 개념에 대한 판례와 유관 기관의 해석

“실질적으로 지배·운영·관리” 개념에 대해 중대재해처벌법에서 명확하게 규정하고 있지는 않다. 그러나, 현행 산업안전보건법상 “실질적으로 지배·관리” 개념과 관련하여 대법원은 “사업주가 각 공사 전부를 분야별로 나누어 수급인에게 도급을 줌으로써 자신이 직접 공사를 수행하지 않고 관리·감독만 하더라도 위

3) 산업안전보건법 전면 개정 논의시 국회 회의록이나 개정 이유를 보아도 개정 사유에 대한 명확한 설명이 없기는 하나, 산업안전보건법 전면개정안(의안번호 2016250)에 대한 국회 환경노동위원회 고용노동소위 회의록을 살펴보면, 고용노동부 차관 임시정파 수석전문위원 김양건은 ‘건설업의 산업재해 예방책임 강화 관련해서 건설공사발주자에게 건설공사 단계별로 계획, 설계 및 시공단계에서 산재예방을 위한 조치의무를 부과하는 내용으로 개정하는 것이다’라는 취지로 답변하였음.

조항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’에 해당하여 도급인으로써 책임을 부담한다”,⁴⁾ “사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 작업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니하다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지의무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장이 밀폐공간이어서 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자과건관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 산업안전보건법(법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것) 제24조 제1항 제1호에 따라 근로자의 건강장해를 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다”⁵⁾라는 취지로 판시하였다.

또한, 고용노동부는 도급인이 지배·관리하는 장소의 의미와 관련하여 “도급인이 해당 장소의 유해·위험 요인을 인지하고 파악하여 유해·위험 요인을 관리, 개선, 제거하는 등 통제할 수 있는 정도를 의미한다”고 해석⁶⁾하고 있다.

그리고 현행 중대재해처벌법상 “실질적으로 지배·운영·관리”에 대한 해석과 관련하여 고용노동부는 “하나의 사업 목적 하에 해당 사업 또는 사업장의 조직, 인력, 예산 등에 대한 결정을 총괄하여 행사하는 경우를 의미한다”라고 해석⁷⁾하고 있고, 대검찰청은 “유해·위험 요인을 제거·통제할 수 있고, 경영적 관점에서 하나의 사업 목적 하에 해당 사업 또는 사업장의 조직, 인력, 예산 등에 대한 결정을 총괄하여 행사하는 경우를 의미한다”고 한다.⁸⁾

마지막으로, 중대시민재해상 “공중이용시설 또는 대중교통수단의 실질적 지배·운영·관리”에 대한 해석과 관련하여 소방청과 국토교통부⁹⁾는 “①

4) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020도12560 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도8621 판결 등.

5) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결.

6) 고용노동부, 위 개정 산업안전보건법 시행에 따른 도급시 산업재해 예방 운영지침, 23쪽.

7) 고용노동부, 중대재해처벌법 중대산업재해 해설, 동명기획, 2021. 11. 17, 제41쪽.

8) 대검찰청, 중대재해처벌법 벌칙 해설, 명문인쇄, 2022. 1, 제159쪽.

9) 소방청, 중대재해처벌법 해설 - 중대시민재해(다중이용시설), (2022. 11. 2. 방문), <nfa.go.kr/search/totalSearch.do> 국토교통부, 중대재해처벌법 해설 - 중대시민재해(시설물·공중교통

소유권, 점유권, 임차권 등 장소, 시설, 설비에 대한 권리를 가지고 있거나, ② 공중이용시설 또는 공중교통시설의 유해·위험 요인을 통제할 수 있거나, ③ 보수·보강을 실시하여 안전하게 관리해야 하는 의무를 가지는 경우 등으로 설명하고 있어서 중대산업재해 발생시 “실질적으로 지배·운영·관리”라는 개념을 판단함에 있어 해석에 참고가 될 만하다.

한편, 산업안전보건법과 중대재해처벌법(시행령, 시행규칙 포함)상 “지배·운영·관리”나 “시공을 주도하여 총괄·관리”라는 개념에 대해 별도의 해석 기준이나 정의 규정이 없는 상황에서, 위와 같은 판례 등 태도를 종합하여 해석해보면, “실질적으로 지배·운영·관리”라는 사실상 동일한 개념에 대해 법문의 해석을 달리한 것으로 볼 수밖에 없다고 판단된다.

물론 산업안전보건법상 “시공을 주도하여 총괄·관리”라고 적시하고 있어 문맥상 달리 표현한 것처럼 보이는 측면도 있다. 그러나, 이는 발주자 개념을 건설공사에 한정하여 인정한다는 점에서 건설공사에 있어서 “실질적으로 지배·운영·관리”한다는 부분을 강조하기 위한 표현으로 볼 것이지 별도의 개념 설정을 한 것으로 보기에 무리가 있다고 판단된다.

따라서, 두 법은 사실상 “실질적으로 지배·운영·관리”라는 점을 도급인과 건설공사발주자 구분을 위한 핵심 표지로 상정하는 것으로 보이고, 대검찰청도 “(산업안전보건법상) 건설공사발주자란 이유만으로 항상 도급인으로서의 안전보건조치의무가 면제된다고 볼 수는 없을 것이다. 비록 건설공사나 건설공사에 부수된 작업이 진행 중이라고 하더라도, 만약 발주자가 사업장에 대한 실질적인 지배·관리 권한을 행사하고 있어 건설공사의 시공을 주도하며 총괄·관리하고 있다고 볼 수 있을 경우에는 이는 발주자가 아니라 건설공사도급인이라고 할 것”¹⁰⁾이라고 함으로써 “실질적으로 지배·운영·관리”라는

수단), (2022. 11. 2. 방문), <molit.go.kr/search/search2020.jsp?search_type=통합검색&searchWord=중대재해처벌법+해설& query=중대재해처벌법+해설&ADM_NM=>.

10) 대검찰청, 산업안전보건법 벌칙 해설, 남일문화, 2020. 8. 개정, 제464쪽.

기준에 따라 도급인과 건설공사발주자에 대한 개념을 구분하는 입장에 서 있는 것으로 보인다.

다. 구분 필요성

위와 같이 구성요건의 공통 핵심표지가 “실질적으로 지배·운영·관리”하는 것에 있다면 중대재해처벌법 또한 도급인과 건설공사발주자를 사실상 구분하는 견지에 서 있다고 볼 수 있다.

고용노동부도 “건설공사발주자도 건설공사기간 동안 해당 공사 또는 시설·장비·장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하였다고 볼 만한 사정이 없는 한 해당 건설공사의 현장 종사자에 대하여 도급인으로서 제4조 또는 제5조에 따른 책임을 부담하지 않는 경우가 일반적이다”라고 해석하고 있어서 중대재해처벌법 해석에 있어서 도급인과 건설공사발주자 개념을 구분하고 있을 뿐만 아니라 “실질적으로 지배·운영·관리”라는 개념에 따라 구분하고 있는 것으로 보인다.¹¹⁾

이와 같이 중대재해처벌법상 도급인과 건설공사발주자 개념이 구분되는 경우에 건설공사발주자는 사건 발생 후 수사단계 초기부터 중대재해처벌법위반으로 수사를 받는 위험으로부터 배제될 수 있다. 그렇기 때문에 도급인과 건설공사발주자 개념 구분이 매우 필요한 것으로 판단된다.

또한, 위와 같이 도급인과 건설공사발주자 개념이 구분될 경우에 “실질적으로 지배·운영·관리”라는 개념이나 “총괄·관리”라는 개념을 동일하게 해석하게 되면, “실질적으로 지배·운영·관리”라는 개념은 산업안전 보건법 적용에 있어서는 도급인의 의무조항 위반으로 의율할 것인지, 건설공사 발주자의 의무조항 위반으로 의율할 것인지 여부를 구별하는 기준으로 작용하게 된다. 그리고, 중대재해처벌법 적용에 있어서는 도급인으로서 중대재해처벌법

11) 고용노동부, 위 중대재해처벌법 중대산업재해 해설, 제108쪽.

위반으로 의율해야 할지, 도급인으로 보기 어려워 산업안전보건법 위반 여부 등을 검토해야 할지 여부를 결정하게 된다는 점에서 구별 실익은 매우 큰 것으로 판단된다.

Ⅲ. 산업안전보건법에 대한 하급심 판결과 고용노동부 해석 기준

1. 총 론

산업안전보건법 제2조상 건설공사발주자에 대해서는 “건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자를 말한다. 다만, 도급받은 건설공사를 다시 도급하는 자는 제외한다.”라는 정의규정이 마련되어 있다. 따라서 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니할 것”이 도급인과 건설공사발주자의 구분을 가능하게 하는 핵심 쟁점에 해당되고 그에 대해 하급심 법원과 고용노동부의 해석기준이 제시되어 있다.

2. 현행법상 도급인과 발주자 정의 규정

가. 건설산업기본법(제2조)

(1) 도 급

원도급, 하도급, 위탁 등 명칭과 관계없이 건설공사를 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 공사의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말한다.

(2) 하도급

도급받은 건설공사의 전부 또는 일부를 다시 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약을 말한다.

(3) 발주자

건설공사를 건설사업자에게 도급하는 자를 말한다. 다만, 수급인으로서 도급받은 건설공사를 하도급하는 자는 제외한다.

나. 하도급거래 공정화에 관한 법률(제2조)

(1) 건설위탁(하도급)

「건설산업기본법」 제2조 제7호에 따른 건설사업자, 「전기공사업법」 제2조 제3호에 따른 공사업자, 「정보통신공사업법」 제2조 제4호에 따른 정보통신공사업자, 「소방시설공사업법」 제4조 제1항에 따라 소방시설공사업의 등록을 한 자 등이 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하거나 건설업자가 대통령령으로 정하는 건설공사를 다른 사업자에게 위탁하는 것을 말한다.

(2) 발주자

제조·수리·시공 또는 용역수행을 원사업자에게 도급하는 자를 말한다.

다. 산업안전보건법(제2조 제7호, 제10호)

(1) 도급인

물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 도급하는 사업주를 말한다.¹²⁾ 다만, 건설공사발주자는 제외한다.

12) 도급인의 정의는 민법상 도급의 정의보다 많이 확장된 개념으로 해석됨[2018. 12. 26. 법제사법위원회 체계자구검토보고서, 제365회 국회 법제사법위원회 회의록(2018. 12. 27.) 등 참조].

(2) 건설공사발주자

건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자를 말한다. 다만, 도급받은 건설공사를 다시 도급하는 자는 제외한다.

라. 건설공사 안전관리 업무수행 지침(제2조)

(1) 시공자

건설산업기본법 또는 주택법에 따라 면허를 받거나 등록을 하고 건설업 또는 주택건설업을 영위하는 건설사업자 또는 주택건설사업자를 말한다.

(2) 발주자

건설공사를 시공자에게 도급하는 자를 말한다. 다만, 수급인으로서 도급받은 건설공사를 하도급하는 자는 제외한다.

3. 하급심 판결 해석 기준(울산지방법원 2021고단1782)

도급인이 아니라 건설공사발주자에 해당된다고 보아 하수급인의 근로자 사망에 대한 책임이 부정된 하급심 판결은 인천지방법원 2021고단6658 산업안전보건법위반 등 판결과 울산지방법원 2021고단1782 산업안전보건법위반 등 판결 2건이 있다. 위 울산지방법원 판결은 2심(울산지방법원 2021노1261)까지 동일한 결론이 유지되었는데, 울산지방법원 2021고단1782 판결에서 도급인과 건설공사발주자 구분에 대한 일응의 해석기준을 제시하고 있으므로, 위 판결 내용을 중심으로 논하기로 한다.

울산지방법원 1심 재판부는 먼저 “산업 안전 및 보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방함을 목적으로 하는

산업안전보건법의 입법 취지 및 사업주와 도급인에게 적극적인 조치 의무를 부과하는 산업안전보건법의 내용에 비추어 볼 때, ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’는 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니한 자를 의미하는 것이 아니고 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않은 자’에 해당된다고 봄이 상당하다”고 판시하였다. 이는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않은 자임에도 선의로 시공을 총괄·관리하는 외양을 띄는 경우에 불합리하게 처벌받을 수 있는 모순을 시정하기 위한 논리구성으로 판단된다.

이러 위 재판부는 “① 도급하는 건설공사가 도급인의 사업 일부를 구성하고 도급인의 사업과 같은 장소에서 이루어짐에도 이를 외주화하여 도급에 의하여 행하는 사업주의 경우에는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 지위에 있다. ② 도급하는 건설공사에 관하여 도급인의 지배하에 있는 특수한 위험요소가 있어 도급인이 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 않고서는 수급인이 산업안전보건법이 정한 안전·보건 조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란하고 도급인의 총괄·관리가 필수적인 경우에도 도급인에게 그러한 지위를 인정할 수 있다. ③ 도급인과 수급인의 각 전문성, 규모, 도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 도급인에게는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는 반면에 수급인에게는 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 스스로 이행할 능력이 없음이 도급인의 입장에서 명백한 경우에도 그 도급인은 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있다고 해석함이 타당하다”고 설시함으로써 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리한다는 의미에 대해 일응의 상세 기준을 제시하고 있다.

4. 고용노동부 해석 기준(개정 산업안전보건법 시행에 따른 도급시 산업재해예방 운영지침)¹³⁾

고용노동부는 위 지침에서 ① 당해 건설공사가 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무인지 ② 상시적으로 발생하거나 이를 관리하는 부서 등 조직을 갖추었는지 ③ 예측가능한 업무인지 등 요인을 종합적으로 고려할 필요가 있다는 일응의 해석 기준을 제시하고 있다.

위 지침에 대한 고용노동부의 해설내용¹⁴⁾까지 참조해 보면, ① 당해 건설공사가 해당 사업체의 사업목적 유지 또는 운영에 필수적이어야 하고 사업목적과 직·간접적 관련성이 있으면 되며, ② 상시 관리부서가 있고 사업과의 연계성에 비추어 필연적으로 발생할 것으로 예측할 수 있는 공사일 것이 핵심 구분표지인 것으로 판단된다.

그에 따라, 제조업체에서 공무팀 주관 하에 보일러 교체공사 일부를 도급한 후 그 제조업체와 도급받은 업체가 공동으로 시공하는 경우에 “수리, 보수 또는 정비공사를 하도급 업체와 공동으로 작업을 한 경우에는 도급인이 그 작업을 총괄하는 것이므로 도급인으로서의 책임을 지게 된다”고 해석된다. 또한, 상시적으로 발생하는 컨베이어 부품 교체 등 장치를 수리, 보수하는 경우에 “상시적으로 발생하는 수리, 보수 공사의 경우에는 상시 관리부서가 있고 사업과의 연계성이 있으므로 도급인으로서 책임을 지게 된다”고 해석된다.

그리고, 발전소에서 컨베이어벨트 경상정비 및 기계 정비·수리를 기계설비 업체에 도급을 주어 그 업체가 발전소에서 작업을 하는 경우에는 “컨베이어벨트 경상정비 및 기계 정비·수리는 건설공사에 해당되지 않아 도급하는 사업주는 도급인으로서의 책임을 부담한다”라고 해석된다.

13) 고용노동부, 개정 산업안전보건법 시행에 따른 도급시 산업재해예방 운영지침(2022. 11. 2. 방문). <moel.go.kr/news/notice/noticeView.do?bbs_seq=20200400104>.

14) 위 고용노동부 지침 제18~20쪽.

반면에, 건축물의 신축, 증축, 재개발, 리모델링 공사를 건설업자에게 도급하는 경우에 위 지침에 따르면 “건설공사 등 업무를 도급하는 경우에 도급하는 자가 그 공사를 총괄·관리하지 않는 것으로 볼 수 있다면 건설공사발주자로서 책임을 지게 된다”라고 해석된다.

한편, 고용노동부는 건설사업관리, 감리 등은 건설산업기본법, 건설기술진흥법, 건축사법 등에서 의무를 부여한 사항이므로 총괄·관리하는 것으로서 평가할 수 없다고 유권해석을 내리고 있다.

IV. 하급심 판결과 고용노동부 해석 기준에 대한 비판적 분석

1. 고용노동부 지침에 대한 비판적 분석

가. 일반론적 비판

이미 실시한 바와 같이 고용노동부는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리한다는 의미에 대해 ① 당해 건설공사가 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무인지 ② 상시적으로 발생하거나 이를 관리하는 부서 등 조직을 갖추었는지 ③ 예측가능한 업무인지 등의 요건을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 한다. 그러나, 일반인의 기준에서 구체성이 떨어지고 해석하기도 쉽지 않을 뿐만 아니라 제시된 기준 상호 간에 유기적 관련성도 엿보이지 않는다고 판단된다. 그리고, 실제 예상사례에 대한 답변을 보면 원론적인 수준에 그치거나 설명내용이 상호 배치되는 경우¹⁵⁾도 있어 정확한

15) 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무에 해당되면 사업목적과 직·간접적 관련성이 있기만 하면 된다는 태도를 취하면서 “기계장치, 전기·전선설비 등 생산설비에 대한 정기적 일상적인 유지·보수 등 작업이나 경비·조경·청소 등 용역서비스, 통근버스·구내식당 등 복리후생시설 운영” 등에 대해서도 도급인이 책임져야 한다고 해석하는 반면, 대규모 장치산업에서 대정비·대보수 공사를 할 때, 건설공사를 도급하는 자가 공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는지 여부에 따라 건설공사발주자로 볼 수 있다고 모순되게 해석.

계도가 어려운 실정이다.

더욱이 산업안전보건법에는 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력”이라고 규정되어 있고, 중대재해처벌법에도 “사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다”고 규정되어 있는 등 실질에 기초하여 구성요건을 예정하고 있음에도 “상시 조직을 갖추었는지” 등 형식에 기초하여 기준을 제시하는 것도 매우 부적절해 보인다.

대법원도 개정 전 산업안전보건법상 ‘수급인의 근로자에 대하여 안전보건조치의무를 부담하는 도급인’의 의미에 관하여, “사업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율할 능력이 있는 사업주에게 그가 관리하는 작업장에서 발생할 수 있는 산업재해를 예방하기 위한 조치를 하여야 할 의무가 있다”고 판시¹⁶⁾하는 등 일관되게 실질적인 판단 기준을 제시하고 있다.

나. 고용노동부 판단 기준에 대한 구체적 비판

먼저, “① 당해 건설공사가 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무인지” 여부와 관련하여, 고용노동부는 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무에 해당되면 사업목적과 직·간접적 관련성이 있기만 하면 된다는 태도를 취하고 있다. 그리하여 “기계장치, 전기·전산설비 등 생산설비에 대한 정기적·일상적인 유지·보수 등 작업이나 경비·조경·청소 등 용역서비스, 통근버스·구내식당 등 복리후생시설 운영” 등에 대해서도 도급인이 책임져야 한다고 해석한다.

그러나, “시공을 주도하여 총괄·관리”하려면 기본적으로 위험요소를 지배·관리할 수 있어야 하는데, 사업목적과 간접적 관련성이 있는 업무에 대해서는 현실적으로 사실상 효율적인 지배·관리가 불가능하다. 또한 위와 같이 해석하게 되면 사실상 기업은 자기 사업과 관련이 있으면 모든 업무를 직영할

16) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결 등.

수밖에 없게 되어 도급, 외주, 위임 등 다양한 형태의 계약이 제한받게 되는 결론에 이르게 된다. 산업안전보건법에서 도급의 개념을 민법에 비해 확장한 측면이 있다고 하더라도 이는 도급인의 책임을 강화하여 도급인이 위험을 관리하는 사업장에서 일하는 근로자의 안전을 강화하는 해석론에서 그쳤어야지 민법상 자유계약의 대원칙을 형해화하는 해석까지 용인하는 취지로 보아서는 아니된다고 할 것이다. 또한, 고용노동부 해석 기준에 따르면 사업주라는 이유만으로 사업주의 책임이 무한에 가깝게 확장되는 결론에 이르게 되고 산업안전보건법에서 도급인과 건설공사발주자를 구분 정의한 것을 완전히 형해화하는 결론에 이르게 될 수도 있기 때문에 경계할 필요가 있다고 할 것이다.

두 번째로, “② 상시적으로 발생하거나 이를 관리하는 부서 등 조직을 갖추었는지”라는 요건과 관련하여서도 상시적으로 위험이 발생하는 사업장에서 이를 관리하는 조직이 있음에도 해당 업무를 하도급함으로써 위험을 외주화하는 데 대한 책임을 지게 하는 것으로 선택할 수는 있다. 그러나, 기본적으로 어떠한 경우에 도급인으로서 책임을 진다는 것인지 문언만으로 해석하기 곤란한 측면이 있다. 더욱이 위 ①항의 요건과 함께 해석해 보면, 사업 목적과 관련이 있다고 하더라도 간접적 관련성만 있을 경우에는 현실적으로 상시 관리조직이 없을 경우가 많을 것인데 ①항과 ②항의 요건을 어떻게 합목적으로 종합 해석해야 한다는 것인지에 대한 의문도 든다.

세 번째로, “③ 예측가능한 업무인지”라는 기준에 대해서도 어떠한 점을 예측하여야 한다는 점에 대한 설명이 일체 없고, 선택하여 위험발생에 대한 예측을 지칭한다고 하더라도 예측가능성은 안전사고가 발생한 이후에 형사책임을 묻기 위한 주관적 구성요건 요소의 하나로서 기능하는 것일 뿐 처음부터 도급인과 건설공사발주자를 구별하기 위한 기준으로 사용하는 것은 부적절하다고 생각된다.

2. 울산지방법원 판결에 대한 비판적 분석

가. 판결에서 실시한 “총괄·관리해야 할 지위에 있지 아니한 자” 개념에 대한 비판

먼저, 울산지방법원 하급심 판결에서 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자”는 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니한 자를 의미하는 것이 아니고 “총괄·관리해야 할 지위에 있지 않은 자”라고 해석한 점은 매우 타당하다고 판단된다.

위 판결의 기초사실관계를 보면 도급인 회사가 해당 공사에 관하여 소속 직원을 공사현장 담당자로 두고 수급인 회사 근로자들에게 안전교육을 실시하였고, 화기작업이나 고소작업에 대하여 작업허가서를 발부하는 등 공사의 시공을 실질적으로 관리·감독한 사실은 인정이 되었다.

그러나, 위 법원은 “도급인의 주사업목적은 용유아연도금 제조업, 선박부품 제조업, 화공약품 제조업 등인데, 본건 공사는 공장동 지붕 및 벽체 일부 보수공사로서 도급인 회사의 사업 수행에 필수적인 생산설비로 볼 수 없다”, “도급인의 입장에서 수급인이 산업안전보건법이 정한 안전조치 의무를 스스로 이행할 능력이 없음이 명확하였다고 보기 어려운 한 도급인에게 산업안전보건법상의 안전조치 의무를 부과하는 것은 부당하다”는 전제에서 무죄를 선고하였다. 이는 선의로 공사를 관리·감독한 건설공사발주자의 책임을 배제하려는 의도로 보인다.

위와 같은 하급심 판단은 개정 산업안전보건법에서 도급인과 건설공사발주자의 정의를 새로이 규정하고 각각의 책임소재를 명확히 구분한 입법 취지에 정확히 부합하는 해석으로 판단된다. 또한, 고용노동부의 해석과 달리 사업의 주목적과 직접적 관련성이 없는 공사에 대해서는 “도급인에게는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는 반면에 수급인에게는 산업안전보건법이 정한 안전조치 의무를 스스로 이행할 능력이 없음이 명확하였다고 보

기 어려운 한 도급인으로서 책임을 물을 수 없다”는 취지로 해석하고 있어 그러한 점에서도 타당하다고 생각된다.

그러나, 울산지방법원 하급심은 “총괄·관리해야 할 지위에 있는 자”에 해당되는지 여부를 도급인과 건설공사발주자를 구분하는 가장 중요한 핵심 기준으로 본 듯하다. 그러나, 그렇게 해석할 경우 그러한 지위에 있는 것만으로 곧바로 도급인으로 인정되어 책임이 강화될 여지가 있기 때문에, 그러한 지위에 있는 자가 “실제 총괄·관리하였는지 여부”까지 종합적으로 고려하여 도급인과 건설공사발주자를 구분하였어야 한다고 판단된다.

나. 울산지방법원 판결이 제시한 세부 판단기준에 대한 비판

울산지방법원 하급심은 위와 같은 “지위”를 판단하는 근거로 세 가지의 요건을 들고 있다. 그렇게 해석하는 경우 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리”하는 개념을 판단하는 결론에 있어서는 크게 달라지지 않는 것임은, 하급심이 든 기준들은 지위를 판단하는 요소가 아니라 “실제 총괄·관리하였는지 여부” 또는 “실질적으로 지배·운영·관리하는 것”으로 볼 수 있는 세 가지 행위 유형으로 실시했어야 상당했을 것으로 보인다.

또한, 위 법원이 제시한 3가지 요건을 보면, ①항과 ②항의 경우 “실제 총괄·관리하였는지 여부”를 판단할 수 있는 유형 또는 독자적 기준으로 삼는데 부족함이 없어 보인다. 그러나, ③항의 경우 독자적 기준으로 보기에 다소 부족한 부분이 있으므로, ①항과 ②항에 해당되는지 여부를 먼저 검토하고 잠재적 위험을 실제 관리가능하였는지 여부를 판단하는 보조적 기준으로 ③항을 고려할 필요가 있다고 실시하는 것이 더욱 타당했을 것으로 생각된다.

더불어, 『③ 도급인과 수급인의 각 전문성, 규모, 도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 도급인에게는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는 반면에 수급인에게는 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 스스로 이행할

능력이 없음이 도급인의 입장에서 명백한 경우』라는 요건은 산업안전보건법의 다른 조항에 대한 해석과도 배치되는 측면이 있는 듯하다.

왜냐하면, 산업안전보건법 제61조(적격 수급인 선정 의무)는 “사업주는 산업재해 예방을 위한 조치를 할 수 있는 능력을 갖춘 사업주에게 도급하여야 한다”고 규정하여 도급인과 달리 건설공사발주자에게는 그러한 의무를 지우지 않고 있는데 위와 같이 해석하면 건설공사발주자에게도 그러한 의무를 지우는 결과가 되기 때문이다.

V. 도급인과 건설공사발주자를 구분하기 위한 올바른 해석 기준

산업안전보건법상 도급인의 안전·보건조치 의무 강화 취지의 개정이 유해·위험 작업의 하도급에 의해 (관계)수급인의 근로자 (사망)사고 위험이 급증하는 것을 방지하기 위한 것임을 고려할 때, 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리한다는 의미의 해석 또한 위험의 외주화 방지 관점에서 접근해야 할 필요가 있다. 그에 더해 위와 같은 판례, 유관기관과 학계의 해석론을 종합할 때 산업안전보건법 및 중대재해처벌법상 건설공사 도급인으로서 의무와 책임을 지기 위해서는 다음과 같은 세부요건들을 갖출 필요가 있다고 판단된다.

먼저, ① 사업의 주목적을 수행함에 있어 필수불가결한 업무를 수행하기 위한 공사인 경우와 ② 예산, 인력, 기술적 측면 등을 종합적으로 고려할 때 전문성을 보유하고 있음에도 예산절감 또는 위험의 회피 등을 이유로 하도급하는 경우를 발주 개념에서 제외하여야 한다. 왜냐하면, 위 ①과 ②의 요건을 적용함으로써 위험의 외주화를 방지하자는 입법 목적에 충실할 수 있기 때문이다.

두 번째로, ③ (발주자 등이) 건설공사의 설계, 예산 배정, 시공 방법 결정, 시공 과정 관리 등 어느 하나의 과정 이상에 실질적인 영향력을 행사한 경우도 도급인의 범주에 포함시켜야 한다. 왜냐하면, 위와 같이 어느 하나 이상의 과정에 실질적으로 개입한 경우 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리” 또는

“실질적으로 지배·운영·관리”했다고 평가함이 상당하기 때문이다.

마지막으로, ④ 작업상 유해·위험 요소에 대한 실질적인 관리 권한이 있고 (관계)수급인이 임의로 유해·위험 요소를 제거할 수 없는 경우에는 원칙적으로 도급에 해당되고, 위와 같은 요건을 충족하지 못하는 경우에는 건설공사발주자로 봄이 상당하다고 판단된다. 그렇게 해석하여야 실제 공사 시공과정에서 실질적으로 유해·위험 요소를 지배·관리하고 있는 사람이 유해·위험 요소의 배제를 위해 즉시 실효적인 조치를 취할 수 있고 그로 인해 근로자의 안전을 담보할 수 있기 때문이다.

다만, 위와 같은 4개의 요건이 모두 동시에 충족이 되어야 하는지, 일부 요건만으로도 도급인으로 보아야 하는지 여부와 관련하여서는 구체적 사례별로 달라질 수 있다고 보이고, 그에 대해서는 실무사례가 축적될 필요가 있다고 판단된다.

마지막으로 위 ①항의 요건을 해석함에 있어 사업의 주목적이 아니라 부수적인 목적이나 부가 사업에 있어서도 적용해야 한다는 견해가 있을 수 있고 고용노동부도 그러한 해석론에 입각하고 있는 것으로 보인다. 그러나, 개정된 산업안전보건법도 법정형이 상향되었고 중대재해처벌법 또한 대폭 상향된 법정형이 적용됨에 따라 도급인 개념을 엄격히 해석할 필요가 있다. 따라서, 사업의 주목적이 아닌 부수적 목적 사업까지 해석범위를 넓히거나 사업의 주목적에 관련되어 있지만 간접적인 관련이 있는 경우까지 도급인 범주에 포함하는 것은 헌법상 명확성 원칙이나 책임주의 원칙에 반하는 것으로 판단된다.

더불어, 기존 산업안전보건법 제29조 제1항에서 “사업”의 의미에 대해 “본래 사업과 그 사업의 목적 달성을 위해 반드시 수반되는 업무”로 해석해왔던 점,¹⁷⁾ 2018년에 산업안전보건법이 개정되면서 도급인이 제공하거나 지정한 장소에서 수급인 근로자가 작업하는 경우에 도급인으로 하여금 도급인의 사업장에서

17) 박종일, “산업안전보건법제에 대한 주요 개선방안”, 법제처 통합 법제연구보고서, 2018, 제206쪽, 대검찰청, 위 산업안전보건법 벌칙 해설, 제460쪽.

작업을 하는 관계수급인 근로자에 대하여 안전보건조치 의무를 부담하도록 책임범위가 확대되기는 하였으나, “도급인의 사업장 개념이 신설된 것”일 뿐 도급인의 사업의 의미에 대해서는 기존 법과 달리 규정하지 않았던 점, 수급인의 근로자가 도급인의 사업장에서 작업하는 경우는 필시 도급인의 본래 사업 목적 달성을 위한 업무에 해당될 것이므로, 사업의 의미에 대한 기존 해석을 변경할 필요는 없는 점¹⁸⁾ 등을 종합하면, 사업의 주목적에 국한된다고 해석해야 2020. 1. 개정 시행된 산업안전보건법을 체계적으로 해석함에 있어 논리적 일관성이 유지된다고 판단된다.

V. 결 론

산업안전보건법과 중대재해처벌법 등 관련 법에서 도급인과 발주자에 대한 정의 규정을 통일적으로 규정하지 않고 있어 해당 정의 규정을 해석함에 있어 실무상 많은 어려움을 겪고 있다. 또한, 산업안전보건법에서는 도급인과 건설공사발주자에 대한 정의 규정을 두고 그에 대해 각각의 안전·보건조치 의무를 규정하고 있음에도 산업안전보건법의 특별법으로 볼 수 있는 중대재해처벌법에서는 그와 같은 구분을 두지 아니함으로써 많은 혼란을 불러일으키고 있다.

무릇 법이라고 하는 것은 이해당사자들의 현실을 반영하여 명확하게 의무를 규정하여야 실효성을 담보할 수 있음에도 위와 같은 혼란이 초래됨으로써 산업안전보건법 개정 및 중대재해처벌법 제정을 통한 산업재해 예방이라는 목적이 퇴색되고 있다고 판단된다.

위와 같이 도급인과 건설공사발주자 개념의 구분 목적은 법률의 해석을 명확히 함으로써 규범을 준수토록 하여 모두에게 불행한 산업재해를 실효적으로

18) 전형배, 산업안전보건법 개정안 공청회 토론문 및 국회 환경노동위원회 자료집, 2018. 12. 21, 제99쪽 이하.

예방하자는데 있다. 따라서, 필자가 위와 같이 제시한 『① 사업의 주목적을 수행함에 있어 필수불가결한 업무를 수행하기 위한 공사인 경우, ② 예산, 인력, 기술적 측면 등 종합적으로 고려할 때 전문성을 보유하고 있음에도 예산절감 또는 위험의 회피 등을 이유로 하도급하는 경우, ③ 건설공사의 설계, 예산 배정, 시공 방법 결정, 시공 과정 관리 등 어느 하나의 과정 이상에 실질적인 영향력을 행사한 경우, ④ 작업상 유해·위험 요소에 대한 실질적인 관리 권한이 있고 (관계)수급인이 임의로 유해·위험 요소를 제거할 수 없는 경우에는 원칙적으로 도급에 해당』이라는 일응의 구분기준에 대해 많은 토론과 실무례 축적을 통해 누구나 납득할 수 있는 해석기준이 정립되길 기대해본다.

참 고 문 헌

단행본

- 고용노동부, 중대재해처벌법 중대산업재해 해설, 동명기획, 2021.
- 대검찰청, 중대재해처벌법 벌칙해설, 명문인쇄, 2022. 1.
- 대검찰청, 산업안전보건법 벌칙해설(개정판), 남일문화, 2020. 8.
- 송인택·안병익·이태승·정재욱·윤상호, 중대재해처벌법 해설과 대응, 박영사, 2022. 3.

기타자료

- 국토교통부, 중대재해처벌법 해설 - 중대시민재해(시설물·공중교통수단), 2021. 12. 29.
- 산업안전보건연구원, “산업안전보건법 개정으로 강화된 도급인 책임의 산업현장 정착 방안 연구”, 「부산대학교 산학협력단 연구」, 2021. 10.
- 박종일, “산업안전보건법제에 관한 주요 개선방안”, 「법제처 통합 법제연구 보고서」, 2018. 12.
- 소방청, 중대재해처벌법 해설 - 중대시민재해(다중이용시설), 2021. 12. 30.
- 전형배, 산업안전보건법 개정안 공청회 토론문 및 국회 환경노동위원회 자료집, 2018. 12.

【ABSTRACT】

Study on significance and criteria for
classification of contractor and construction
project owner under The Serious Accidents
Punishment Act

jeeyong, Song*

In addition to the Safety and Health about Industrial site Act and the Serious Accidents Punishment Act, related laws did not uniformly define the definition of contractor and construction project owner. Although the Safety and Health about Industrial site Act stipulates the definition of contractors and construction project owner and their respective safety and health measures, the Serious Accidents Punishment Act, a special law of the Safety and Health about Industrial site Act, does not make such a distinction, causing a lot of confusion.

In the case where concepts of contractor and construction project owner are distinguished under the Serious Accidents Punishment Act, construction project owner can be excluded from the risk of being investigated under the Serious Accidents Punishment Act from the beginning of the investigation stage after the occurrence of an incident. In this resp

* Seoul high Prosecution service, prosecutor.

ect, it is necessary to discuss whether the concept of the contractor and construction project owner can be separated in the Serious Accidents Punishment Act, and what such standards are. There is no discussion in the academic field yet, and there are only lower court rulings and the interpretation guidelines of the Ministry of Employment and Labor.

Therefore, in this research paper, after examining whether it is possible to distinguish between the concept to a contractor and construction project owner in the Serious Accidents Punishment Act, and whether the lower court rulings and the interpretation guidelines of the Ministry of Employment and Labor are valid, reasonable detailed criteria will be described.

Key words : serious accidents, contractor, construction project owner, classification criteria