

# 노동판례리뷰

## 원청업체의 산업안전보건법 제23조 제1항 위반 책임

- 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014도3542 판결 -

### 【판결요지】

사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 기계·기구, 그 밖의 설비에 의한 위험(제1호), 폭발성, 발화성 및 인화성 물질 등에 의한 위험(제2호), 전기, 열, 그 밖의 에너지에 의한 위험(제3호)을 예방하기 위하여 필요한 조치로서 산업안전보건기준에 관한 규칙에 따른 안전조치를 하지 않은 채, 근로자에게 안전상의 위험성이 있는 작업을 하도록 지시한 경우에는 산업안전보건법 제67조 제1호, 제23조 제1항 위반죄가 성립하며, 이러한 법리는 사업주가 소속 근로자로 하여금 사업주로부터 도급을 받아 제3자가 수행하는 작업을 현장에서 감시·감독하도록 지시한 경우에도 그 감시·감독 작업에 위와 같은 안전상의 위험성이 있는 때에는 마찬가지로 적용된다.

대상판결은 2013. 3. 14. 대림산업 여수공장 사일로 맨홀설치 작업 중 발생한 폭발사고에 대하여 대림산업(피고인2, 원청업체)과 그 소속 공장장인 안전보건관리책임자(피고인1)의 산업안전보건법(이하 “산안법”) 위반의 책임을 묻는 사안이다.

사건의 개요를 보면 다음과 같다. 석유화학가공제품의 제조사업 등을 영위하는 대림산업은 2012년 화재사고로 파손된 사일로의 신형교체 및 내부관찰·청소용 맨홀을 설치하기로 결정하였고, 분야별 검토를 거쳐 이를 승인하고 피고인1이 최종 승인하였다. 대림산업은 2013. 1. 사일로 교체 및 맨홀설치를 위한 도급계약을 유한기술(하청업체)과 체결하였다. 대림산업 여수공장은 사고발생일 2013. 3. 14. 8:00경 사일로 등 설치를 위한 작업허가서를 발행하여 하청업체에게 교부하여 맨홀설치작업을 허가하였고, 하청업체는 오전 중 사일로 2기의 교체작업을 완료하였다. 점심식사 후 하청업체는 나머지 사일로 4기 중

2기에 맨홀을 설치하는 작업을 진행하였고, 진행사항을 대림산업에 보고하였다. 이후 하청업체 소속 작업자들은 맨홀을 부착할 보강판을 가(假)용접하여 설치한 후 대림산업 직원에게 검수를 요청하였으나, 작업을 감시·감독하던 대림산업 직원들로부터 보강판의 위치를 수정할 것을 지시받았다. 저녁식사 후 위 수정지시에 따라 하청업체 소속 작업자들은 보강판을 다시 설치하는 가용접 작업을 진행하던 중 20:51경 사일로 2기가 폭발하였다. 이 폭발사고로 현장에서 일하던 근로자 중 6명이 사망하고, 10명이 중화상 및 골절상을 입었다. 대림산업 소속 피해자 1명을 제외하고는 사상자 모두 하청업체인 유한기술 소속 근로자들이었다. 검사는 맨홀 등 설치작업에 관여하고 이를 지시했던 대림산업 근로자 9명과 하청업체 근로자 2명에게 형법상 업무상과실치사상죄를 적용하였고, 대림산업과 하청업체 모두 산안법 위반죄를 적용하였다.

이 글에서는 원청업체인 대림산업의 산안법 위반 책임을 중심으로 살펴보고자 한다. 검사는 피고인1이 사업주인 대림산업 여수공장의 안전보건관리책임자로서 2013년 대림산업 여수공장 정기보수계획을 수립하고 사고발생당일(2013. 3. 14) 실시된 맨홀설치작업을 하는 과정에서 대림산업 소속 근로자들이 유해·위험예방조치를 취하지 않은 채 내부의 인화성 고체인 플러프 분진이 완전히 제거되지 않은 사일로에 유한기술 작업자들이 불꽃이 발생할 수 있는 기구를 사용하여 작업을 하는 것을 감시·감독하도록 하였고(산안법 제23조 제1항 위반), 대림산업은 그와 같은 위반행위에 대하여 양벌규정상 사업주로서 처벌을 받아야 한다고 주장하였다. 그리고 위 폭발사고 직후 3. 18.부터 4. 1.까지 광주지방고용노동청에서 실시한 특별감독 시 적발된 폐수처리장 옥내 작업장 바닥을 안전하고 청결한 상태로 유지하지 않은 것을 포함하는 총 429건의 산안법 위반도 같이 기소하였다.

1심(광주지방법원 순천지원 2013. 9. 30. 선고 2013고단954·1469·1727 판결)은 “산업안전보건법 제67조 제1호1), 제23조 제1항의2) 위반죄는 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산업안전기준에 관한 규칙이 정한 안전조치를 하지 않은 채 소속 근로자들에게 위 법 제23조 제1항 각 호에서 정한 안전상의 위험이 있는 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치를 하지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하였을 때에 성립하는 것이므로, 사업주가 그 소속 근로자들로 하여금 직접 위험성이

- 
- 1) 산안법 제67조 제1호는 산안법 제23조 제1항에 대한 벌칙규정으로, 이에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.
  - 2) 산안법 제23조(안전조치) ① 사업주는 사업을 할 때 다음 각 호의 위험을 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.
    1. 기계·기구, 그 밖의 설비에 의한 위험
    2. 폭발성, 발화성 및 인화성 물질 등에 의한 위험
    3. 전기, 열, 그 밖의 에너지에 의한 위험

있는 작업을 하도록 한 것이 아니라 위 작업을 도급을 준 다음 하청업체에서 수행하는 작업을 감시·감독하도록 한 데에 불과한 경우에는 사업주에게 위 근로자들에 대하여 위 조항의 안전조치의무가 있다고 볼 수 없다”고 전제한 뒤, 사고발생당일 대림산업의 직원들은 맨홀설치작업에 앞서 사일로 내부의 가스체크를 하거나 가용접 상태를 검수하는 등의 감시·감독 업무만을 담당하였으며, 용접작업을 비롯하여 인화성 물질 등에 의한 화재 및 폭발의 위험이 있는 작업은 하청업체인 유한기술의 근로자들이 수행하였다는 사실을 알 수 있는바, 이와 같이 대림산업 소속 근로자들이 산업재해의 위험성이 있는 작업을 직접 수행하지 않고 하청업체의 작업자들을 감시·감독하는 데에 그쳤다면, 대림산업과 피고인1에게 위 하청업체 근로자들에 대하여 산안법 제23조 제1항에 따른 안전조치를 취하여야 할 의무가 있다고는 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대해서 무죄를 선고하였다. 검사는 이에 대해 항소하였으나 항소심(광주지방법원 2014. 2. 19. 선고 2013노2217 판결)도 1심과 같은 결론을 내렸고, 이에 검사는 대법원에 상고하였다. 한편 위 소 잃고 외양간 고치는 식의 특별감독 시 적발된 총 429건의 산안법 위반에 대해 대림산업에 벌금 3천만원을 선고하였다.

대법원은 위 【판결요지】와 같은 취지로 대림산업과 피고인1에 대한 원심판결 중 무죄 부분을 파기·환송함으로써 산안법 제67조 제1호 및 제23조 제1항의 위반 책임을 인정하였다. 종전 대법원은, 산안법 제23조 및 제24조 등의 위반죄는 단순히 사업주의 소속 근로자에 대한 관리감독 소홀에 대한 책임을 묻는 것이 아니라, 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산안법령에 따른 안전조치를 취하지 않은 채 안전상의 위험성이 있는 작업을 하도록 지시하거나 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위와 같은 작업이 이루어졌다고 인정되는 경우에 성립하는 범죄로서, 사업주가 소속 근로자를 보호하기 위하여 안전조치를 취하여야 할 의무를 전제로 하는 것이므로, 사업주와 근로자 사이에 실질적인 ‘고용관계’가 있어야 한다고 판단하였다.<sup>3)</sup> 즉 산안법 제23조에 따른 사업주의 안전조치의무의 보호대상은 그 소속 근로자에 대한 것으로 한정된다는 것이다.

대상판결은 위와 같이 종전 대법원 판결에서 나타난 원청업체 사업주의 책임을 제한적이나마 일부 확장하였다는 데에 의의가 있다. 대상판결은, 대림산업의 안전보건관리책임자인 피고인1이 대림산업 소속 직원들에게 직접 이 사건 사일로 맨홀설치작업을 하도록 지시한 것은 아니라고 하더라도, 이 사건 사일로 내부에 존재하는 플러프를 완전히 제거하는 등의 사전 작업이 이루어지지 아니하여 용접작업을 비롯한 인화성 물질 등에 의하여 화재 및 폭발이 발생할 위험이 있는 맨홀설치작업 현장에 자신의 직원들을 배치하여 그 작업을 감시·감독하게 한 이상, ‘대림산업 소속 직원들이 그 감시·감독 과정에서 처

3) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결. 동일한 취지 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도27 판결; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결 등 참조.

할 수 있는 위와 같은 위험을 예방하기 위하여 필요한 안전조치를 할 의무'가 있다고 보아야 한다고 하여 판단하였다. 사업주가 산안법 제23조 제1항 각 호를 위반하여 실제로 자신 소속 근로자에게 재해가 발생하지 않았다고 하더라도 이러한 위험작업에 자신의 근로자를 배치하여 그 작업을 감시·감독하게 하였다면 그 감시·감독하는 근로자에 대해 위 법 규정상의 안전조치의무가 있다는 것이다. 대상판결도 종전 대법원의 입장과 같이 산안법 제23조에 따른 사업주의 안전조치의무의 보호대상은 하청근로자가 아니라 원청업체 소속 근로자(위의 사안에서 감시·감독자)에 대한 것이라는 점에서 별반 차이가 없어 보인다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 종전 대법원 입장에서 더 나아가 원청업체가 도급작업에 대해 감시·감독을 했는지 여부를 확인하고, 위험발생이 있는 도급작업을 감시·감독한 경우 그 감시·감독한 자에 대한 산안법 위반의 책임을 인정하였다는 점에 의의가 있다. 물론 원청근로자가 도급을 준 위험작업에 배치되어 감시·감독하지 않는다면 원청업체는 또 빠져나갈 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 산안법상의 사업주의 범위, 특히 하청근로자에 대한 원청사업주의 책임을 규정한 산안법 제29조가 한계를 많이 갖고 있다고 평가할 수밖에 없다.

그럼 여기서 검사는 왜 하청근로자에 대한 원청사업주 책임을 규정한 산안법 제29조 제3항<sup>4)</sup> 및 제68조 제2호를<sup>5)</sup> 적용하지 않았는가에 의문이 들 수 있을 것이다. 추정하건대 위 산안법 제29조의 한계에서 비롯되는 것으로 보인다. 산안법 제29조 제3항에서 정하는 산업재해예방을 위한 조치를 취하여야 하는 의무주체인 도급사업주(원청업체)는 동일한 장소에서 행하여지는 사업으로서 사업의 일부를 분리하여 도급을 주거나 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업으로서 시행령이 정하는 사업의 사업주를 말한다. 이러한 경우가 아니라면 위 제29조 제3항을 적용할 수 없다(제29조 제2항을 적용하기 위해서는 추가적으로 '도급인이 사용하는 근로자와 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에 작업할 때'라는 요건이 부가됨). 대림산업이 하청업체에게 도급을 준 사일로 맨홀설치공사는 위에 해당하는 사업이 아닌 것이다. 그간 위험을 도급을 준 원청업체가 실제로 산안법상 사업주 책임을 부담해야 하고, 원청업체의 근로자인 관리자만이 처벌되는 것이 아니라 위험을 야기한 주체(기업)가 책임을 부담해야 한다는 목소리가 끊이질 않았다. 이는 산안법상 안전보건에 대한 책임을 부담하는 '사업주'의 개념에서 비롯되는 문제이다. 따라서 산안법상 사업주는 근로계약관계에 있는 사용자로 한정할 것이 아니라 이를 포함하여 위험공간(사

4) 산안법 제29조(도급사업 시의 안전·보건조치) ③ 제1항에 따른 사업주는 그의 수급인이 사용하는 근로자가 토사 등의 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소에서 작업을 할 때에는 안전·보건시설의 설치 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 조치를 하여야 한다.

5) 위 산안법 제29조 제3항을 위반한 자에 대한 벌칙 규정(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)

업장)을 실질적으로 지배·관할하는 자로까지 확대하여야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다.

다시 대상판결의 사안으로 돌아와 보면, 폭발사고발생 그 해 1심 판결 시 국정감사에서 원청업체에 대한 ‘숨방망이 처벌’이라는 논란이 있었으나 2심은 원청업체에 대한 무죄 판단을 유지하였다. 그럼에도 불구하고 위 대상판결은 최근 세월호 침몰사건 이후 안전의 가치에 대한 시대적 요청에 부응하여 진일보한 판단을 내린 것으로 평가할 수 있을 것이다. **[KL]**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 연구교수)

## 육아휴직자의 복직 시기를 제한하는 교육부지침의 적법성

- 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두4852 판결 -

### 【판결요지】

구 교육공무원법과 구 교육공무원임용령은 그 공무원이 원하는 경우 분할하여 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 그 기간 및 시기를 제한하지 않고 있으므로, 교육부 지침 및 교육청 업무매뉴얼에서 교육공무원의 육아휴직을 학기 단위로만 허가하도록 안내하고 있는 것은 교육환경의 위와 같은 특수성을 감안하더라도 교육공무원으로 하여금 원하는 경우 최저 1년의 범위 내에서는 자유롭게 분할하여 육아휴직을 사용하도록 한 위 법령에 의한 권리를 과도하게 침해하는 것으로 볼 여지가 있고, 출산휴가 이후에 육아휴직을 끊임없이 이어서 사용하는 경우에만 복직을 허용하는 것은 본인이 원하는 시기 및 기간에 육아휴직을 선택할 수 있는 교육공무원의 권리를 지나치게 제한하는 것으로 부당하다.

교사는 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자이면서도 학생들에게 교육을 제공한다는 점에서 특수성을 갖는다. 그래서 우리 노동법은 헌법이 보장하는 국민의 교육 받을 권리와 직결되는 업무를 수행하고 있기 때문에 교사의 노동법적 권리를 일정 정도 제한할 수 있다는 태도를 취하고 있다. 교사의 근로조건과 노조활동에 대해 「교육공무원법」, 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 등의 특별법으로 규율해 온 것이다. 우리 노동법의 이러한 태도가 오랫동안 찬반의 대상이 된 것은 사실이나, 교원의 노동권을 일정 정도 제약한다 하더라도 헌법과 법률에 근거하여야 한다는 전제에 대해서는 이론의 여지가 없었다. 그런데 대상판결의 사건에서는 법률의 근거 없이 육아휴직 중인 교사의 복직 시기를 제한하고 둘째 아이에 대한 출산휴가의 사용을 막아서 분쟁이 발생하였다.

헌법상 모성보호 조항(제36조 제2항)이 있음에도 학생의 학습권 보장 등 다른 가치를 더 중시했기에 발생한 분쟁이다. 이에 대하여 대법관결은 법률에 근거하여 모성권과 학습권을 조화시켜야 한다는 당연한 원칙을 확인해 주었다.

원고는 중학교 교사로 첫째 아이 양육을 위하여 2009.3.1.부터 1년 예정으로 육아휴직을 사용하던 중 2009.8.20. 복직 의사를 밝혔다. 복직 신청 당시 원고는 둘째(2009. 11월 출산예정) 임신 중이었다. 이에 대하여 피고는 “둘째 자녀 출산을 첫째 자녀에 대한 육아휴직소멸사유로 볼 수 없고, 복직은 학사일정의 효율적 운영, 학년말 담임교체로 인한 혼란 예방 등의 사유로 학기 단위로 하는 것이 원칙”이라는 이유로 복직신청을 반려하였다. 교육과학기술부의 교육공무원 육아휴직 처리 지침(이하 “지침”) 및 도교육청의 질병, 육아, 간병 휴·복직 처리 업무매뉴얼에서는 ‘육아휴직자가 육아휴직기간 중 그 사유가 소멸될 경우 임용권자에게 이를 신고(복직원 제출)하여야 하며, 임용권자는 지체 없이 복직을 명함’이라고 각 규정되어 있다. 육아휴직소멸사유에 대해 구체적으로 ‘복직의 허가는 학기 단위를 원칙으로 하고, 다만 예외적인 사유로 휴직기간 중 그 사유가 소멸(유산, 양육대상자녀의 사망)된 경우 학기 중이라도 복직이 가능하다.’는 취지로 규정하고 있었다. 휴가는 직무에 종사하는 것을 전제로 하여 일정한 사유가 발생한 경우 그 의무를 면제해주는 것이기 때문에 육아휴직 중인 여성이 출산전후휴가를 받기 위해서는 복직이 선행되어야 한다. 따라서 이 사건처분으로 인하여 원고는 육아휴직으로부터의 복직이 제한되고 둘째 아이에 대해 출산휴가를 신청할 수 없는 상황에 처하였다.

교육공무원법에는 육아휴직을 신청한 경우 명해야 한다는 규정만(제44조 제1항) 있을 뿐 복직 시기를 제한하는 규정이 없다. 따라서 행정규칙인 ‘지침’과 도교육청 업무매뉴얼이 복직을 제한하는 적법한 근거가 될 수 있는지가 이 사건의 핵심 쟁점이다. 1심과 2심에서는 지침과 업무매뉴얼에 근거하여 복직신청 반려처분의 정당성을 인정하였다.<sup>6)</sup> 유산이나 양육대상자녀 사망 등의 “휴직사유의 객관적 소멸 외에 주관적 사정변경(예컨대, 조부모가 육아를 맡아주기로 했다거나, 휴직을 하지 않더라도 자녀를 양육할 수 있는 조건이 발생하였다거나, 양육대상자녀는 존재하지만 굳이 휴직할 필요성이 없어지게 된 경우 등)을 육아휴직의 휴직사유 소멸로 인정하여 학기 중 조기복직을 허용할 경우에는, (i) 복직신청자의 의도에 따라 휴직하다가 방학 전에 복직하여 방학기간에 근무하다가 개학 후 다시 휴직을 하는 사례를 방지하기 어렵고, (ii) 이에 따른 학기 중 교사 교체로 인하여 교육의 일관성 및 학생의 학습권이 침해되고, 학교교육과정의 정상적 운영, 학업성취도 평가의 일관성, 생활지도의 연속성, 방학 중 방과후 활동, 교원 정원관리 등과 관련하여 교육행정의 공백을 초래할 우려가 있으며, (iii) 휴직 교사의 조기복직에 따라 기간제 대체

6) 1심 판결은 의정부지원 2011.4.26. 선고 2010구합3928 판결, 2심 판결은 서울고법 2012.1.19. 선고 2011누17709 판결.

교사의 해고 우려 등 근로관계가 불안정해질 수 있다는 등의 문제가 생기게 되는 점”을 고려해야 한다고 하였다. 이런 문제점을 방지하기 위한 공익상의 필요가 복직반려처분으로 인한 원고의 불이익에 비해 결코 작다고 볼 수 없기 때문에 반려처분이 정당하다고 하였다.<sup>7)</sup>

학기 중 예기치 않게 담임교사가 바뀔 경우 학생에 대한 일관성 있는 지도와 관찰이 어려워져 학교생활에 많은 혼란이 생길 수 있다. 다른 근로자와 달리 방학이라는 기간이 있기 때문에 방학에만 복직 한 후 다시 육아휴직을 쓰는 편법이 발생할 가능성이 크고 이로 인한 교육재정 낭비 문제를 무시하기 어렵다.<sup>8)</sup> 교사의 이러한 특수성과 정책적 필요를 고려하여 1,2심에서는 육아휴직 복직 사유를 제한할 수 있다고 판단한 것으로 보인다.<sup>9)</sup> 반면에 대상판결에서는 ‘지침’과 업무매뉴얼이 육아휴직자의 복직과 출산휴가 사용을 제한할 수 있는 근거가 아니라고 판단하였다.

대상판결은 “교육공무원법과 국가공무원법은, 휴직 기간 중 그 사유가 없어지면 30일 이내에 임용권자 또는 임용제청권자에게 신고하여야 하며, 임용권자는 지체 없이 복직을 명하여야 한다”고 규정할 뿐 임용권자에게 휴직사유가 소멸한 경우의 복직을 제한할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않다. 뿐만 아니라 위 육아휴직 처리지침은 원고의 복직신청 이전에 교육과학기술부가 2008. 4. 15. ‘학교자율화 추진계획’을 발표하면서 폐지하였고, 업무매뉴얼은 경기도교육청이 학교장에게 관련된 행정절차를 안내하기 위하여 마련한 업무처리지침에 불과하여 교육공무원의 복직을 제한할 수 있는 근거가 될 수 없다.”고 하였다. 따라서 이 사건 ‘지침’과 업무매뉴얼은 관련 법령에 근거한 적법한 행정규칙으로 볼 수 없고, 이 사건 처분이 적법한지 여부는 구 교육공무원법과 국가공무원법의 관련 규정을 기준으로 판단해야 한다고 하였다. 이와 관련하여 육아휴직 사유를 ‘교육공무원이 그 자녀를 양육하기 위하여 필요한 경우’로 규정하였으므로, 육아휴직 사유가 소멸하였는지 여부는 해당 자녀가 사망하거나 유산한 경우 등으로 한정할 이유가 없다고 하였다. 또한 국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위이므로 휴직 사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다고 하였다.

또한 대상판결은 여성근로자가 출산전후휴가와 육아휴직을 자유롭게 사용할 권리의 중요성을 강조하였다. “헌법 제36조가 천명한 모성보호의 원칙 등에 따라 제정된 구 남녀고용평등법의 입법목적과 국가와 지방자치단체에 일·가정의 양립을 지원하고 그 여건

7) 대상판결의 2심 판결문.

8) 일반 근로자와 달리 교육공무원은 육아휴직의 분할사용 횟수에 제한이 없다.

9) 반면에 원심 판결에서 거론한 ‘교원 정원관리, 기간제 교사의 해고 우려’ 등은 육아휴직자의 복직과 관련하여 다른 사업장에서도 발생할 수 있는 문제로 대체인력 풀의 운용, 배치전환 등으로 해결할 문제라는 점에서 복직시기 제한정책의 합리적 근거로 볼 수 없다.

을 조성하기 위한 책무를 부여한 구 남녀고용평등법 제4조 제2항의 취지 및 출산을 전후한 휴가는 건강하고 안전한 출산과 영유아의 정상적인 양육을 위하여 절실한 필요가 있는 모성보호조치”라고 강조하였다. 따라서 교육환경의 특수성을 감안하더라도 교육공무원으로 하여금 원하는 경우 자유롭게 분할하여 육아휴직을 사용할 수 있는 권리를 과도하게 침해하는 것으로 볼 여지가 있고, 출산휴가 이후에 육아휴직을 끊임없이 이어서 사용하는 경우에만 복직을 허용하는 것은 본인이 원하는 시기 및 기간에 육아휴직을 선택할 수 있는 교육공무원의 권리를 지나치게 제한하는 것으로 부당하다고 하였다.

대상판결의 사건은 교육공무원법령의 입법미비로 인해 발생한 문제이다. 육아휴직 기간 중 새로 임신한 경우 휴직기간이라도 출산전후휴가를 쓸 수 있도록 시행령 등에 규정하였다면 해결될 수 있는 문제이다. 『남녀고용과 일·가정 양립 등에 관한 법률』 시행령 제14조 제4항은 “출산전후휴가를 시작하거나 새로운 육아휴직을 시작하는 경우에는 그 산전후휴가 또는 육아휴직 개시일의 전날에 육아휴직이 끝난 것으로 본다.”고 규정하는데, 국가공무원법 및 교육공무원법은 이와 같은 규정을 두고 있지 않다. 또한 육아휴직 사용을 이유로 하여 인사상 불리한 처우를 할 수 없다는 교육공무원법 제44조 제4항, 정당한 이유 없이 휴직 등을 명할 수 없다는 근로기준법 제23조, 휴직기간 중이라도 휴직의 사유가 소멸하여 복직을 신청하는 경우에는 복직시켜야 한다는 학계의 견해 등이 있음에도 노동법적 쟁점을 전혀 고려하지 않고 만들어진 ‘지침’이자 매뉴얼이라고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 교육행정적인 필요로 인해 육아휴직으로부터의 복직 시기를 제한하려 하였다면 관련 법령에 근거를 만들고 이를 통해 적법하게 육아휴직자의 복귀시기를 제한해야 했다. 이는 육아휴직과 출산휴가를 자유로이 사용할 권리가 갖는 의의를 관련 당국이 가벼이 보았기에 발생한 상황이 아닌지 우려가 된다. **KLI**

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

10) 청원휴직자의 복귀신청 시 즉시 복귀시켜야 한다는 견해로는 임종률(2014), 『노동법』, p.498; 김형배(2014) 『노동법』, p.577 등이 있다.

## 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준의 법적 성격

- 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두24214 판결 -

### 【판결요지】

구 산업재해보상보험법 시행령(2013. 6. 28. 대통령령 제24651호로 개정되기 전의 것) 제34조 제3항 및 별표 3이 규정하고 있는 “업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준”은 구 산업재해보상보험법(2010. 1. 27. 법률 제9988호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항 제2호(가) 목이 규정하고 있는 “업무수행 과정에서 유해·위험 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병”에 해당하는 경우를 예시적으로 규정한 것으로 보이고, 그 기준에서 정한 것 외에 업무와 관련하여 발생한 질병을 모두 업무상 질병에서 배제하는 규정으로 볼 수는 없다.

원고는 1983년 보일러와 가스레인지 등을 제조하는 R사에 입사하여 가스레인지 부품을 도장하는 작업 등의 업무를 수행하다가, 1998년 골수이형성증후군(이하 “이 사건 상병”) 진단을 받았다. 원고는 이 사건 상병이 원고가 페인트 도장업무를 수행하던 중에 벤젠에 노출되었음에 기인한 것으로 보고 2002년 12월 근로복지공단(이하 “공단”)에 요양신청을 하였으나, 공단은 ‘현장에서 수거한 도료와 신너의 성분을 분석한 결과 원고의 벤젠노출수준이 0.002ppm 정도로 낮아 업무관련성을 인정하기 어렵다’는 산업안전보건연구원의 역학조사 결과를 근거로 요양을 불승인하였다. 원고는 2008년 11월 재차 공단에 요양을 신청하였지만 공단은 이번에도 요양을 불승인하였고, 이에 원고는 심사청구를 거쳐 2009. 8. 28. 요양불승인처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 원고의 청구에 대해 1심법원은 1986년 이전에는 사업장에 별도의 벤젠 노출기준이 없어 원고가 고농도 벤젠에 노출됐을 가능성이 있으며, 또한 벤젠에 대한 반응은 개인차가 심하여 미량에 노출된 후에도 재생불량성빈혈 등 질병이 발병할 수 있다는 연구 결과에 근거하여 공단의 요양불승인처분을 취소한다고 판결하였다(서울행법 2010. 8. 19. 선고 2009구단12412 판결). 이에 공단이 항소하였으나, 원심법원도 원고가 이 사건 상병의 발생과 관련이 있을 정도의 벤젠에 노출되었다고 보아 항소를 기각하였고(서울고등법원 2012. 9. 28. 선고 2010누29491 판결), 공단은 상고하였다. 대상판결은 그 상고심판결이다.

공단의 주된 상고이유는 구 산업재해보상보험법 시행령(2013. 6. 28. 대통령령 제24651호로 개정되기 전의 것. 이하 “구 시행령”) [별표 3]의 “업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준”(이하 “업무상질병인정기준”) 제15호 (나)목은 “벤젠 1피피엠(ppm) 이상의 농도에 10년 이상 노출된 근로자에게 백혈병, 골수형성 이상 증후군, 다발성 골수종, 재생불량성

빈혈에 해당하는 조혈기관 계통의 질환이 나타나면 업무상 질병으로 본다.”고 규정하고 있으나, 원고는 이러한 기준에 해당하지 않는다는 것이다. 이는 결국 위 업무상질병인정기준에 열거되지 아니한 상병은 업무상 질병으로 인정할 수 없다는 주장인바, 이러한 주장은 위 업무상질병인정기준의 법적 성격을 ‘한정적 열거규정’으로 이해함을 전제로 한다.

업무상 질병의 판정에 통일을 기하기 위한 측면에서 업무상 질병에 대한 구체적인 기준을 마련할 필요성이 인정된다. 노동부는 일찍이 노동부예규의 형식으로 업무상재해인정기준을 시행하였으나,<sup>11)</sup> 이러한 노동부예규는 행정규칙의 일종으로 대외적인 법규성을 갖지는 못하였다.<sup>12)</sup> 이에 노동부는 1995. 4. 29. 노동부령 제97호로 산업재해보상보험법 시행규칙을 개정하면서 종래 노동부예규로 존재하였던 업무상재해인정기준을 동 시행규칙의 내용으로 편입하였다. 그러나 이러한 동 시행규칙 개정은 모법의 위임 없이 이루어진 것으로, 법원은 동 시행규칙상의 업무상재해인정기준의 법규성을 인정함에 부정적인 입장이었다.<sup>13)</sup> 이에 1999. 12. 31. 개정된 산업재해보상보험법(법률 제6100호)은 “업무상의 재해의 인정기준에 관하여는 노동부령으로 정한다.”는 규정을 신설하여(제4조 제1호) 동 시행규칙상의 업무상재해인정기준에 대한 위임근거를 마련하였으나, 이러한 위임규정은 위임의 구체성과 명확성을 결한 포괄위임으로 헌법 제75조에 반한다는 논란이 있었다. 이러한 논란 끝에 2007. 12. 14. 전면개정된 산업재해보상보험법(법률 제8694호)은 제37조 제1항에서 종래 노동부령으로 위임했던 업무상 재해의 인정 기준을 법률로 직접 규정하는 한편, 동조 제3항에 “업무상의 재해의 구체적인 인정 기준은 대통령령으로 정한다.”는 규정을 신설하였다. 개정법의 위임을 받아 2008. 6. 25. 전부개정된 산업재해보상보험법 시행령(대통령령 제20875호)은 동 시행령 [별표 3]으로 “업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준”을 신설하였다. 이와 같이 업무상질병인정기준은 그 형식이 노동부예규에서 노동부령, 다시 대통령령으로 변경되었는바, 이러한 일련의 변경은 결국 업무상질

11) 당초 노동부는 1981. 5. 7. ‘업무상질병인정기준’(노동부예규 제28호)을 제정하였다가, 1982. 8. 17. ‘업무상재해인정기준’(노동부예규 제71호)을 제정하면서 ‘업무상질병인정기준’의 내용을 이에 편입하였다. 위 예규는 수회 개정을 거친 후 1994. 7. 21. 노동부예규 제247호로 개정되었다가, 1994. 12. 22. 산업재해보상보험법의 전면개정에 따라 1995. 4. 29. 산업재해보상보험법 시행규칙을 대폭으로 개정하면서 위 예규의 내용이 동 시행규칙에 편입되었다.

12) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90누2727 판결은 “업무상재해인정기준에 관한 노동부 예규는 그 규정의 성질과 내용이 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 데 불과한 것이어서 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니”라고 판시하였다.

13) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누18755 판결은 “산업재해보상보험법시행규칙(1995. 4. 29. 노동부령 제97호로 전문 개정된 이후의 것) 제15조는 재요양의 인정요건을 규정하고 있으나, 이는 입법형식상 상위법령에 근거를 두지 아니한 것으로서, 그 성질 및 내용으로 보아 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정된 것) 소정의 요양관리에 관하여 행정청 내부의 사무처리준칙을 정하고 있는 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 일반국민을 구속하는 효력은 없는 것”이라고 판시하였다.

병인정기준에 법규성을 부여하기 위한 과정이었다고 생각된다.

업무상질병인정기준에 법규성이 인정되면서, 다시 말하면 위 인정기준이 법원을 구속하게 되면서 위 인정기준에 해당하지 않는 질병은 업무상 질병으로 인정될 수 없는가라는 해석상 문제가 파생되었다. 만일 동 시행령 [별표 3]의 업무상질병인정기준을 ‘한정적 열거규정’으로 이해한다면, 행정관청은 물론 법원도 위 인정기준에 열거되지 아니한 상병은 업무상 질병으로 인정할 수 없을 것이기 때문이다. 그러나 업무상 질병의 원인을 시행령에 모두 열거하는 것은 입법기술상 불가능하다는 점에서 위 인정기준을 ‘한정적 열거규정’으로 이해하는 것은 적절하지 않다. 나아가 유해인자가 개별 근로자에 미치는 영향이 항상 동일할 수는 없으므로 유해인자에 대한 노출이나 접촉의 정도나 기간에 대한 기준을 일의적으로 정하는 것은 적절하지 않다는 점을 고려할 때, 본 사안과 같이 업무상질병인정기준이 업무상 질병의 판정기준을 객관적이고 세부적인 수치로 규정하고 있는 경우 이러한 구체적인 기준을 충족하지 못하였다는 이유만으로 업무상 질병에 해당하지 않는다고 기계적으로 판정하는 것은 정당화하기 어렵다. 따라서 위 인정기준은 그 법적 성격을 ‘예시적 열거규정’으로 이해해야 할 것이다. 이러한 점에서 “시행령 제34조 제3항 및 별표 3이 규정하고 있는 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준은 …… 예시적으로 규정한 것으로 보이고, 그 기준에서 정한 것 외에 업무와 관련하여 발생한 질병을 모두 업무상 질병에서 배제하는 규정으로 볼 수는 없다.”는 대법판결의 판단은 타당하다.<sup>14)</sup>

참고로 2013. 6.28. 대통령령 제24651호로 개정된 산업재해보상보험법 시행령(2013. 7. 1. 시행) [별표 3]은 제13호에 “그 밖에 근로자의 질병과 업무와의 상당인과관계가 인정되는 경우에는 해당 질병을 업무상 질병으로 본다.”는 포괄조항을 신설하여 위 인정기준의 법적 성격에 관한 해석상 논란을 입법적으로 해결하였다. 시의적절한 입법이라고 생각된다. **KL**

권오성(성신여자대학교 법과대학 부교수)

14) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011두28165 판결에서도 “(산업재해보상보험법)시행령 제29조는 각 호의 요건 모두에 해당하는 출퇴근 중에 발생한 사고가 법 제37조 제1항 제1호 (다)목이 규정하고 있는 ‘사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근 중 발생한 사고’에 해당하는 경우임을 예시적으로 규정한 것”이라고 판시한 바 있다.

## 전자바우처 방식의 무상보육에 있어서 보육료 부정수급 여부에 관한 쟁점

- 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두28032 판결 -

### 【판결요지】

어린이집 운영자가 그 어린이집을 이용하는 영유아의 보호자가 제시하는 보육서비스 이용권으로 보육료를 결제받는 과정에 거짓이나 그 밖의 부당한 방법이 개입되어 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 어린이집 운영자를 법 제40조 제3호나 제45조 제1항 제1호의 거짓이나 그 밖의 부당한 방법으로 보조금을 교부받은 자로 보아 그에게 보조금의 반환 명령이나 어린이집의 운영정지(이를 갈음하는 법 제45조의2에 따른 과징금 부과를 포함한다) 또는 폐쇄를 명할 수는 없다.

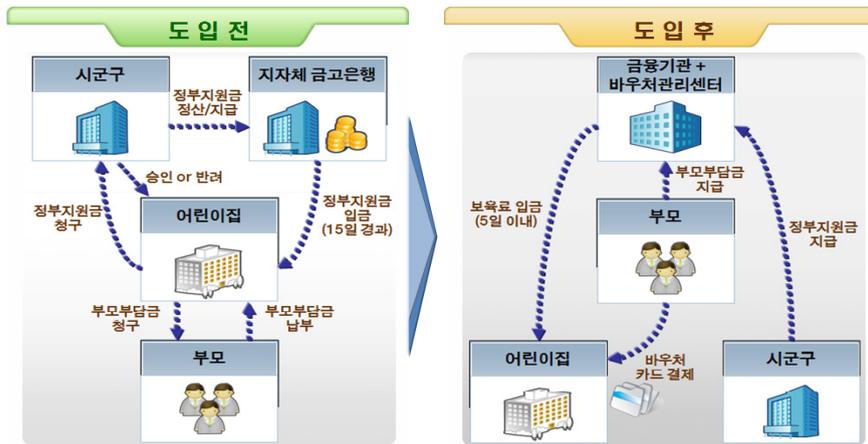
최근 한국의 출산율은 세계 최하위에 불과할 정도로 낮은 상황이다. 이런 상황 속에서 국가는 지속가능성을 유지하기 위해 출산율을 높이는 각종 정책들을 강구할 수밖에 없고, 부모가 가지는 육아부담을 줄여주는 것은 그 중요한 한 가지 방안이 된다. 육아부담을 줄여주기 위해서는 아동의 부모가 소득활동을 하는 낮 시간 동안 아동을 믿고 맡길 수 있는 시설들이 필요하고 이러한 시설들을 비용부담에 대한 걱정 없이 이용할 수 있어야 한다.

국가는 아동양육에 대한 사회적 책임의 차원에서 「영유아보육법」(이하 “법”)을 제정하여 보육시설로서 어린이집의 설치 및 운영을 장려하고 이를 지원하며 동시에 아동의 부모에게는 보육료 지원을 하고 있다. 어린이집의 종류로는 국공립어린이집, 사회복지법인 어린이집, 법인·단체등어린이집, 직장어린이집, 가정어린이집, 부모협동어린이집, 민간 어린이집이 있는바(법 제10조), 그 법적 성격을 기준으로 구분하면 결국 국·공립 형태에서 사립 형태에 이르기까지 스펙트럼이 형성되어 있다.

한편 어린이집이 운영 및 유지되기 위해서는 두 가지 측면에서 비용이 필요하다. 한 가지는 어린이집의 설치 및 운영, 보육교사 인건비, 보육사업비 등에 소요되는 비용이고, 다른 한 가지는 아동의 부모 즉 보호자가 어린이집에 아동 보육의 대가로 지불하는 보육료다. 이 중 전자에 대해서는 법 제36조를 근거로 종래부터 국가나 지자체로부터 비용이 지원되어 왔다.<sup>15)</sup> 그리고 후자에 대해서는 2013년 이전까지는 소득기준에 따라 등급을

15) 법 제36조(비용의 보조 등) 국가나 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제10조에 따른 어린이집의 설치, 보육교사(대체교사를 포함한다)의 인건비, 초과보육(超過保育)에 드는 비용 등 운영 경비 또는 지방육아종합지원센터의 설치·운영, 보육교직원의 복지 증진, 취약보육의 실시 등 보육사업에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조한다.

나누어 보육료를 지원하였다. 구체적으로는 종래 보육료 비용에 대한 지원이, 국민기초수급자 등 법정지원대상자의 경우는 100% 정부지원이었고 그 밖에 60%, 30% 지원 대상으로 나누어져 있다가, 2012년 이후 도시근로자 평균소득 이하의 대상자에게 보육료 100% 지원을 하는 방식으로 바뀌었다(구법 제34조 및 보건복지부령 참조).<sup>16)</sup> 이때 보육료의 재원은 매년 예산에 편성된 정부재원이었으며, 부모부담금을 포함하여 보육료가 어린이집에 지급될 때는 ‘아이사랑카드’라는 전자바우처(voucher, 利用券)로 지불되고 있었다(구법 제34조의3, 제34조의4 등 참조).<sup>17)</sup> ‘아이사랑카드’라는 전자바우처 제도는 2009. 9. 1.부터 시행되었으며, 2009. 9. 1. 이전에는 어린이집에서 아동의 보육료를 아동의 주소지 시군구에 청구하면 시군구에서 어린이집으로 직접 지급하는 방식으로 보육료 지급이 이루어져 왔다(아래 왼쪽 그림). 그러므로 보육료 전달체계가 직접지급에서 아이사랑카드라는 방식으로 전달체계만 개편되었다고 볼 수 있다. 아이사랑카드 운영방식은 다음과 같다(아래 오른쪽 그림).<sup>18)</sup>



- 16) 구법 제34조(비용의 부담) ① 국가나 지방자치단체는 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급자와 보건복지부령으로 정하는 일정소득 이하 가구의 자녀 등의 보육에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하여야 한다.  
 ② 제1항에 따른 보육에 필요한 비용은 가구의 소득수준과 거주 지역 등을 고려하여 차등 지원할 수 있다.  
 ③ 국가와 지방자치단체는 자녀가 2인 이상인 경우에 대하여 추가적으로 지원할 수 있다.
- 17) 이러한 방식은 최근 사회복지서비스의 거의 전 영역에서 보편적으로 이용되고 있다. 이는 거시적으로 보면, 사회복지전달에 있어서의 민영화라는 관점에서 바라볼 수 있다. 이에 대한 상세한 내용은 노호창(2013), 『사회서비스利用券 사업을 위탁받아 수행하는 비영리단체에 대한 장애인고용부담금 부과에 관한 쟁점』, 『노동법논총』 제27집, 한국비교노동법학회, pp.167~181 참조.
- 18) 아이사랑카드에 대한 상세한 내용은 홈페이지(<http://www.childcare.go.kr/>) 참조.

그런데 2013년 무상보육 실시로 현재는 소득기준에 관계없이 전 계층의 아동에게 보육료가 지원되고 있다.<sup>19)</sup> 즉 무상보육 이전에는 부모가 아이사랑카드를 이용하더라도 일정 부분 부모부담금을 납부하였으나 이제는 그러한 부모부담금조차 사라지게 된 것이다. 그러므로 부모는 국가·지자체에 아이사랑카드를 신청하면 이를 무상으로 지급받게 되고, 부모는 아동을 어린이집에 보내고 아이사랑카드를 어린이집에서 결제를 하면 그에 해당하는 보육료 비용이 국가·지자체로부터 직접 어린이집으로 지급된다.<sup>20)</sup>

이렇게 무상보육을 전국에 걸쳐 실시하게 되면서 생긴 중요한 변화가 있는데, 이는 바로 가격통제다. 마치 국민건강보험에서 요양급여 대상의 수가가 전국에 걸쳐 획일적으로 동일하게 정해지는 것과 같은 원리다. 비용 측면에서 무상보육 이전에는 보육료의 가격이 시장에 의해 결정되었기 때문에 정부재원과 부모부담금이 어린이집에 지급되는 구조 하에서 어린이집에 따라서는 보육료를 높여서 부모부담금을 많이 받는 방식으로 얼마든지 수익 창출이 가능하기도 했다. 그런데 현재는 무상보육이므로 부모부담금이 사라져 버렸고 정부재원만 어린이집으로 전달되는 것이다. 그런데 무상보육에 있어서 아동 1명당 정부지원은 일정하고 고정적인 액수인 것이므로 결국 보육료에 대한 정부의 가격통제가 전국에 걸쳐 획일적으로 이루어지게 되고, 이는 어린이집 입장에서는 수입이 줄어든 결과가 되어 보육교사 인건비 절감 등 여러 가지 비용절감의 방법을 고안할 수밖에 없는 사정을 초래하는 측면이 있다. 때로는 부정수급 등의 유혹을 받기도 한다. 예컨대, 어린이집의 운영 경비 등을 부풀린다는가 인건비를 과다계상하여 정부보조금을 받는다는가 해당 아동이 어린이집을 제대로 다니지 않았는데도 아동의 부모로 하여금 아이사랑카드를

- 19) 법 제34조(무상보육) ① 국가와 지방자치단체는 영유아에 대한 보육을 무상으로 하되, 그 내용 및 범위는 대통령령으로 정한다.  
 ② 국가와 지방자치단체는 장애아 및 「다문화가족지원법」 제2조제1호에 따른 다문화가족의 자녀의 무상보육에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 대상의 여건과 특성을 고려하여 지원할 수 있다.  
 ③ 제1항에 따른 무상보육 실시에 드는 비용은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가나 지방자치단체가 부담하거나 보조하여야 한다.  
 ④ 보건복지부장관은 어린이집 표준보육비용 등을 조사하고 그 결과를 바탕으로 예산의 범위에서 관계 행정기관의 장과 협의하여 제3항에 따른 국가 및 지방자치단체가 부담하는 비용을 정할 수 있다.  
 ⑤ 국가와 지방자치단체는 자녀가 2명 이상인 경우에 대하여 추가적으로 지원할 수 있다.  
 ⑥ 제12조 후단에도 불구하고 국가와 지방자치단체는 제1항 및 제2항에 따른 무상보육을 받으려는 영유아와 장애아 및 다문화가족의 자녀를 보육하기 위하여 필요한 어린이집을 설치·운영하여야 한다.
- 20) 법 제34조의3(보육서비스 이용권) ① 국가와 지방자치단체는 제34조 및 제34조의2에 따른 비용 지원을 위하여 보육서비스 이용권(이하 “이용권”이라 한다)을 영유아의 보호자에게 지급할 수 있다.  
 ② 삭제 <2011.8.4.>  
 ③ 이용권의 지급 및 이용 절차 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

과다결제 또는 부당결제하게 하여 그만큼의 보육료를 국가로부터 더 지급받는 행위 등이 바로 그러하다(이런 현상이 가능한 것은 어린이집의 수가 부족하여 어린이집의 이러한 요구에 부모가 협조해 주지 않으면 경우에 따라서는 그 아동을 어린이집에서 더 이상 맡지 않으려 할 수도 있기 때문이다).

대상판결에서 문제된 쟁점은 바로 아이사랑카드로 부모가 과다결제 또는 부당결제를 한 경우 그에 해당하는 보육료가 어린이집으로 전달되었을 때 과연 이를 부정수급으로 보아 어린이집으로부터 환수할 수 있을 것인가, 그 밖에 이를 이유로 어린이집에 대해 영업정지 기타 이에 갈음하는 과징금 부과처분 등 제재조치를 내릴 수 있을 것인가이다. 이는 법 제40조 제3호 및 제45조 제1항 제1호에 규정된 보조금의 의미나 그 수령 주체에 관한 해석의 문제이다.<sup>21)</sup> 이는 법 제36조에서 규정하고 있는 어린이집의 설치 및 운영, 보육교사 인건비, 보육사업비 등을 위해 지원되는 정부재원과 법 제34조의 무상보육을 위해 지원되는 정부재원의 법적 성격을 동일한 것으로 볼 것인가 아닌가에 따라 결론이 달라지는 문제이기도 하다. 이와 관련해서 하급심 판결들은 엇갈린 입장들을 보여 왔다. 대상판결의 원심판결처럼 과다결제 내지 부당결제 등으로 아이사랑카드 결제를 통해 어린이집이 지급받은 보육료가 법 제40조 제3호 및 법 제45조 제1항 제1호의 보조금에 해당하며 이의 수령주체는 어린이집에 해당한다는 이유로 어린이집에 대해 환수 조치 및 과징금 부과 등 처분을 한 것이 적법하다고 판단한 경우도 있었고(광주고법 2012.11.14. 선고 2012누456 판결), 아이사랑카드 결제를 통해 지급되는 보육료는 법 제40조 제3호의 보

21) 법 제40조(비용 및 보조금의 반환명령) 국가나 지방자치단체는 어린이집의 설치·운영자, 육아종합지원센터의 장, 보수교육 위탁실시자 등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이미 교부한 비용과 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 어린이집 운영이 정지·폐쇄 또는 취소된 경우
2. 사업 목적 외의 용도에 보조금을 사용한 경우
3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우
4. 삭제 <2011.8.4.>
5. 착오 또는 경미한 과실로 보조금을 교부받은 경우로서 보건복지부령이 정하는 사유에 해당하는 경우

법 제45조(어린이집의 폐쇄 등) ① 보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 어린이집을 설치·운영하는 자(이하 이 조에서 "설치·운영자"라 한다)가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 1년 이내의 어린이집 운영정지를 명하거나 어린이집의 폐쇄를 명할 수 있다. 이 경우 보육교직원 등 설치·운영자의 관리·감독하에 있는 자가 제4호에 해당하는 행위를 한 경우에는 설치·운영자가 한 행위로 본다(설치·운영자가 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다).

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받거나 보조금을 유용(流用)한 경우
2. 제40조에 따른 비용 또는 보조금의 반환명령을 받고 반환하지 아니한 경우
3. 제44조에 따른 시정 또는 변경 명령을 위반한 경우
4. 「아동복지법」 제17조에 따른 금지행위를 한 경우

조금이 아니며 또한 보육료의 수령 주체도 어린이집이 아니라 해당 아동의 부모라고 하면서 어린이집에 대해 내려진 환수 조치 및 과징금 부과 등 처분이 위법하다고 판단한 경우도 있었다(대구지법 2014.04.04. 선고 2013구합2336 판결).

대상판결은 어린이집의 설치 및 운영 등에 필요하여 정부가 지원해 준 재원과 무상보육에 필요하여 정부가 지원하는 재원은 그 법적 성격이 서로 다르며 무상보육에 있어서 보육료를 받은 주체는 아동의 부모이지 어린이집이 아니라고 판단한 최초의 대법원 판결이다. 또한 대상판결은 그간 논란이 되어 온 바우처 방식의 무상보육을 둘러싼 부정수급 여부에 대한 다툼을 해결하기 위한 하나의 가이드라인을 제시하였다는 의미를 가진다.

어린이집의 설치 및 운영 등에 필요하여 정부가 지원해 주는 금전이나 무상보육에 필요하여 정부가 지원해 주는 금전이나 결국 국가·지자체가 그 원천이 되는 재원임에는 틀림이 없다. 무상보육에 있어서 부모가 아이사랑카드로 과다결제 또는 부당결제하여 보육료가 어린이집에 전달되었을 때 이를 부정수급으로 보아 어린이집을 상대로 환수조치 등을 행하는 국가·지자체는 바로 이 점에 주목한 것이다. 그러나 국가·지자체가 국민의 권리·의무에 변동은 초래하는 어떤 처분을 내리고자 할 때는 명확한 법적 근거에 기초할 필요가 있고 법적 근거라고 추정되는 관련 규정들에 있어서도 그 해석상 합리적인 의심이 있을 때에는 그러한 불이익을 선불리 국민에게 돌려서는 안 될 것이다. 따라서 법상 정부 지원 금전의 명칭이 비용, 보조금, 보육료 등으로 혼재하고 있고 무상보육료가 법상 불이익 처분을 규정한 조항들에 적시되어 있는 보조금에 해당한다고 볼 수 있는지의 의심스러운 상황에서 쉽게 이를 긍정해서는 곤란할 것이다. 또한 무상보육료가 최종적으로는 어린이집으로 전달되는 것은 맞지만 이를 통한 혜택은 결국 아동의 부모가 보는 것이므로 보육료를 지원받은 주체는 어린이집이 아니라 부모라는 대상판결의 판단은 어느 정도 수긍이 간다.

다만 무상보육을 집행하는 국가·지자체 입장에서 국가 재원이 부정된 방법으로 지원되고 있다는 문제의식을 가지는 것에도 나름대로의 합리적인 근거가 있다고 판단할 수 있는바, 현행법상 모호하게 보이는 금전의 명칭들을 보다 명확하고 통일성 있게 개정할 필요는 있고 무상보육이라고 하더라도 정부재원이 허투루 쓰이는 것을 허용한다는 취지는 아닐 것이므로 보육료를 결제받는 과정에서 거짓이나 그 밖에 부당한 방법이 이용되는 것을 미연에 방지할 만한 법적 장치들을 고민할 필요는 있겠다. **KL**

노호창(서울대학교 공익인권법센터 선임연구원)

## 이행강제금제도

- 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2013헌바171 결정 -

### 【결정요지】

1. 이행강제금은 형벌이 아니라 장래의 의무이행 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌금지원칙이 적용될 여지가 없다.
2. 입법자의 입법재량의 범위 내에 있는 이행강제금제도가 달성하고자 하는 공익은 구제 명령이 적시에 이행되도록 함으로써 부당하고 등을 당한 근로자를 보호함과 동시에 노·사 간의 분쟁을 조기에 해결하여 국가 경제 전체의 안정과 발전을 도모하고자 하는 것으로, 사용자가 이행강제금을 납부함으로써 인하여 받게 되는 재산권에 대한 제한보다 중대하다.

이행강제금 제도는 노동위원회 부당하고 구제명령의 실효성을 보완하기 위하여 도입된 제도이다.<sup>22)</sup> 이행강제금 제도가 근로기준법에 도입되기 이전에는 특히 노동위원회의 미확정 구제명령을 이행하도록 사용자를 강제할 수 있는 제도적 장치가 없었다. 2007. 1. 26. 개정되기 이전의 근로기준법에서는 부당하고의 구제신청이 노동조합 및 노동관계조정법 상 부당노동행위 구제절차를 준용하도록 했고, 부당노동행위 구제절차에는 확정된 구제명령을 이행하지 않는 것에 대한 형사 처벌(현재 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금)을 규정하고 있을 뿐이었다. 그러므로 미확정 구제명령에 대한 이행을 강제한다는 것은 사실상 불가능했고, 확정된 구제명령이라도 구제명령의 이행을 관리 감독할 수단이 존재하지 않았다는 점과 확정된 구제명령을 이행하지 않았더라도 실제 처벌된 예는 드물었다는 등의 현실적 한계가 존재했다. 이러한 한계에 직면해서 노동분쟁해결제도 개선에 관한 논의의 과정에서 미확정 구제명령의 이행을 담보할 수 있는 제도적 보완이 필요하다는 주장이 있었고, 2007. 1. 26. 법 개정을 통해 현재와 같은 집행벌로서의 이행강제금 제도를 규정하게 된 것이다.

이행강제금 제도는 근로기준법에 특유한 것이 아니다. 건축법(제80조), 대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법(제70조), 농지법(제65조), 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(제6조), 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률(제28조), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(제17조의3), 교통약자의 이동편의 증진법(제34조), 금융지주회사법(제69조의2), 노인복지법(제62조), 주차장법(제32조) 등 일부 법률을 통해 이행강제금 제도가 운용되고 있다.

22) 이하의 이행강제금 일반에 관한 서술은 박은정(2012), 『노동위원회의 임금상당액 지급명령과 이행강제금에 관한 연구』, 『동아법학』 제55호, 동아대학교 법학연구소를 참조.

이러한 이행강제금에 대해서는, 이행강제금이 의무이행을 강제하는 효과가 크기는 하지만 국민의 권익과 충돌이 예상되므로 행정목적의 실현이 공익을 위하여 필수불가결하고 전통적인 행정적 제재수단이 유명무실하게 되어 이를 대체할 수 있는 수단이 필요한 경우에 한하여 제한적으로 도입되지 않으면 행정편의적 이유로 국민들에게 과징제재를 하게 될 것이기 때문에 헌법상의 과잉침해원칙을 위반한 것이 될 것이어서 비판적으로 접근을 해야 한다는 주장이 있었다.<sup>23)</sup> 아울러 근로기준법상의 이행강제금에 대해서는 ① 부당해고에 관한 분쟁은 원칙적으로 일반법원이 관할권을 갖는 권리분쟁으로서 처음부터 행정적 처분의 대상이 될 수 없는 성질의 것이지만 근로자를 효율적으로 보호하기 위하여 노동위원회가 예외적인 부당해고판정권을 갖고 있는 것이기 때문에 부당해고에 관한 노동위원회의 결정에 대하여 행정적 강제집행수단을 인정하는 것은 사안의 본질상 허용되기 어렵다는 점, ② 사법상의 권리분쟁에 대하여는 민사상의 강제집행제도가 마련되어 있고 이 경우에도 채무자의 이행의무가 먼저 확정되어야 함에도 불구하고 확정되지 않은 부당해고구제판정의 내용을 행정적 강제수단으로 이행강제하는 것은 의무(채무) 없는 자에 대하여 이행을 강제하는 것이므로 법치주의에 반한다는 비판이 있었다.<sup>24)</sup>

검토대상인 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2013헌바171 결정은 위와 같은 이행강제금제도에 대한 문제제기를 법리적으로 일단 해결한 것이라고 평가할 수 있다. 헌법재판소의 결정이 있었다고 하여 모든 문제점이 일소되는 것은 아니겠지만, 헌법재판소는 법관들의 만장일치로 이행강제금제도가 헌법질서에 합치되는 것임을 확인하였다는 점에서 이 판결은 의미를 갖는다고 본다. 그 요지를 간략하게 살펴보면, 우선 헌법소원 청구인의 이행강제금에 대한 위헌의 주장을 헌법재판소는 두 가지 쟁점으로 구분하였다. 첫째는 이행강제금제도가 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 대하여 이행강제금을 부과하여 사용자에게 금전적 부담을 지우는 것이므로 재산권의 제한이 문제인 것이고, 둘째는 이행강제금제도가 이행기간 내에 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과할 수 있도록 하고 근로기준법 제111조는 확정된 구제명령에 따르지 않은 사용자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있어, 이중처벌금지원칙 위반 여부가 문제인 것이다. 이 각각의 논점에 대하여 헌법재판소는 위 요지와 같은 결론을 내렸다.

헌법재판소의 결정에 따라 이행강제금제도는 그 위헌성에 대한 다툼의 소지를 줄이기는 하지만 현실적 운용 측면에서는 여전히 다소간의 논란거리들이 있다. 예컨대, 부당해

23) 조정찬(2001), 「이행강제금의 현황과 개선방안」, 『월간 법제』, 법제처, p.78 이하 참조, 김형배(2014), 『노동법』, 박영사, p.743.

24) 김형배, 위의 책, pp.743~744. 여기에서는 본문과 같은 이행강제금 제도에 대한 비판과 함께, 노동위원회가 부당해고 판정권을 갖는 것 자체가 많은 문제점을 야기한다는 비판을 아울러 담고 있다(김형배, 위의 책 pp.744~746).

고에 대한 노동위원회의 원직복직 및 임금상당액 지급명령이 있는 경우 사용자가 이를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다. 그런데 사용자가 노동위원회의 원직복직명령은 이행하였지만 임금상당액은 지급하지 않은 경우에도 이행강제금이 부과될 수 있는지 분명하지 않다. 이 문제는 노동위원회의 임금상당액 지급명령이 독립적인 구제명령인가 아니면 원직복직명령에 수반되는 부차적 이행권고사항일 뿐인가에 관한 것이다.

또 노동위원회규칙 제79조 제2호는 노동위원회가 구제명령의 이행 여부를 판단하는 기준을 “구제명령의 이행 기한까지 그 금액을 지급하였는지 여부”라고 규정하고 있다. 그렇다면 임금의 일부만이 이행된 경우에도 이행강제금이 부과될 수 있는지 문제도 있다. 이와 관련하여 법원은 노동위원회가 임금상당액의 불완전 지급을 이유로 해서는 이행강제금을 부과하지 않을 것/부과할 수 없을 것이라고 판단하고 있는 듯하지만,<sup>25)</sup> 노동위원회의 구제명령권과 관련하여 다소간의 의문을 불러일으킨다. 자세한 논의는 지면관계상 생략한다.<sup>26)</sup>

한편 최근의 대법원 판결(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결)은 재심 판정에 따른 구제명령을 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과받은 사용자에게 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 있는지 여부가 다투어졌다. 이행강제금부과처분이 재심판정취소소송상 소의 이익을 판단하는 기준이 되는지가 문제되었다. 대법원의 판결에서는 이 부분에 대한 구체적인 정황이 드러나지는 않았지만, 원심판결(서울고법 2011. 6. 30. 선고 2010누37973 판결)의 내용을 고려하여 살펴보면, 법원은 재심판정의 취소로 변하게 될 실제적 권리의무관계가 존재하지 않는 한 이행강제금부과처분이 재심판정취소소송상 소의 이익은 아니라고 판단하고 있다. 그런데 재심판정 후 구제명령을 이행할 근거가 사라진 경우(예컨대, 부당해고 인정을 받은 기간제근로계약 근로자의 기간만료) 이행강제금부과처분은 당연히 취소가 되는 것인지 아니면 그래도 여전히 이것은 유효한지와 관련된 문제가 있다.

그러므로 헌법재판소 결정을 통해 이행강제금제도에 대한 위헌논란의 소지는 다소 줄어들었다 하더라도 이 제도가 갖는 현실적 문제, 특히 이행강제금부과처분을 담당하는 노동위원회의 구제명령권과 관련한 문제들은 여전히 있다. 헌법재판소 결정을 기점으로 이행강제금제도 및 노동위원회 이행강제금부과처분절차와 구제명령권 등에 대한 제도적 보완이 논의되기를 바란다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

25) 대법원 2012.6.28. 선고 2012두4036 판결 및 그 원심 서울고법 2012.1.11. 선고 2011누25465 판결 참조.

26) 이상의 문제제기와 그에 대한 상세한 내용은 박은정, 앞의 글을 참조.