

노동판례리뷰

탄력적 근로시간제의 도입 방식을 정한 법률규정의 무게

- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도216431 판결 -

【판결 요지】

탄력적 근로시간제는 구 근로기준법 제50조 제1항과 제2항에서 정한 1주간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것이므로 법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다. 근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래되기 때문이다.

대상판결은, 항공기 기내청소 용역 업무를 수행하는 회사를 운영하는 피고인이 이 사건 근로자들에게 연장근로수당을 지급하지 않고, 여성 근로자에게 정근수당을 지급하지 않아 각각 「근로기준법」과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 ‘고용평등법’) 위반 혐의로 기소된 형사사건에 대한 대법원의 판결이다. 이 사건의 핵심쟁점 중 하나는 회사와 근로자들이 작성한 근로계약서에 공통적으로 기재된 탄력적 근로에 대한 내용을 (구)「근로기준법」 제51조 제1항에 따른 2주 단위 탄력근로제의 적법한 도입 방식 및 법적 근거로 볼 수 있는가이다. 만약 (피고인의 주장처럼) 그렇게 볼 수 있다면 회사는 탄력근로제를 이유로 이 사건 근로자들이 청구하는 연장근로수당에 대한 지급 의무를 면하기 때문이다. 두 번째 쟁점은, 객실 청소·정리 업무를 이행하는 회사의 남성근로자와 여성근로자의 임금 간 격차(‘정근수당’의 지급 유무)가 있는 것으로 확인되는데, 그들의 노동이 「고용평등법」 제8조의 ‘동일가치노동’에 해당하는지, 그래서 그러한 격차가 ‘동일임금 지급 의무’를 위반한 차별에 해당하는가이다.

대상판결은 첫 번째 쟁점과 관련하여 먼저 탄력적 근로시간제를 규정한 근로기준법 규정의 성격과 그것이 법률해석에 주는 함의를 밝혔다. 즉 “탄력적 근로시간제는 [근로시간 규율의 원칙인] 1주간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것”이기에 해당 법률규정을 엄격하게 해석해야 한다고 보았다. 따라서 “법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다”는 점을 명확히 했다. 대상판결은 이러한 판단의 배경으로, “근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래”될 수 있다는 우려를 덧붙였다.

대상판결은 탄력적 근로시간제 도입방식·법적근거에 대한 엄격하고 제한적인 이해를 바탕으로, 탄력근로 관련 일부 내용을 공통적으로 담고 있는 이 사건 근로계약이 실질적인 취업규칙에 해당한다고 본 원심의 입장을 받아들이지 않았다. 다음과 같은 이유가 제시되었다: ① 해당 사업장에는 취업규칙이 별도로 존재하였기에 해당 근로계약서가 실질적 관점에서 취업규칙으로 평가할 수 없다(형식적 측면). ② 근로계약서에 기재된 탄력근로 관련 내용은 단위기간 등 필수적 기재사항이 누락되어 있었다(내용적 측면). ③ 항공기 기내 청소 용역업은 탄력적 인력 활용이 요구되는 업종인데 다가, 이 사건 회사의 규모도 상당하여 법정 요건을 충족하는 방식으로 탄력적 근로시간제를 운영하는 것이 현실적으로 충분히 가능했음에도 그렇게 하지 않았다(정황적 측면). 대상판결은 이러한 사실판단을 기초로 해당 근로계약이 관련 근로기준법 규정의 “취업규칙”으로 볼 수 없다는 점을 재확인하고 피고인의 동 조항 위반의 고의까지 인정하였다.

대상판결은 두 번째 쟁점, 즉 “근로자가 근무한 기간의 출근 성적에 따라 지급하는 근무일수에 연동”하여 지급되어야 하나 실제로는 성별에 따라 지급된 ‘정근수당’이 ‘동일가치노동 동일 임금’ 지급 의무를 위반하였다고 판단하였다. 이를 위해, 남성근로자와 여성근로자가 수행하는 작업의 구체적 내용과 강도를 살피고 다음과 같은 사실에 근거해 남성·여성 근로자가 동일가치노동을 하였다고 인정하였다: ① 이 사건 회사의 남성근로자와 여성근로자의 객실 업무의 내용은 기내를 청소하고 정리하는 점에서 본질적으로 같고 특별한 기술자격이나 경력조건이 요구되지 않는 점, ② 남성근로자와 여성근로자가 함께 업무를 수행하는 경우가 많고 여성근로자만 업무를 수행하기도 하는 등 성별에 따른 명확한 역할 분담에 의하지 않는 점, ③ 남성근로자가 순간적인 근력을 이용하여 수행하는 중량물 처리 작업에 비하여 여성근로자가 기내 화장실과 주방을 청소하고 좁은 객실 사이에 들어가 오물을 수거하며 자리를 정돈하는 작업의 노동강도가 더 낮다고 단정하기도 어려운 점이 그것이다.

대상판결은 「근로기준법」 제51조 제1항에 따른 2주 이내를 단위기간으로 하는 탄력적 근로

시간제가 반드시 취업규칙을 통해서만 도입될 수 있고 개별 근로자의 동의를 통해서(예: 근로 계약) 도입될 수 없다는 점을 분명히 밝힌 최초의 판결이다.¹⁾ 게다가 동 판결이 피고인의 동 「근로기준법」 규정 위반의 고의까지 인정한 형사판결이라는 점을 고려하면 대상판결에서 설정한 판단기준이 사건의 성격(예: 민사사건)에 따라 이보다 완화될 것으로 보이지는 않는다. ‘주 40시간, 일 8시간’이라는 근로시간 원칙을 벗어나기 위한 예외적 제도로써 탄력적 근로시간제 법률규정의 ‘무게’를 느끼게 해준 판결이다. 두 번째 쟁점에 대한 대상판결의 판단 역시, 1989년 舊「남녀고용평등법」에 도입된 이래 거의 적용되지 않았던 ‘동일가치노동 동일임금’ 규정이 실제 차별 성립의 근거로 인정된 사례라는 점에서 큰 의의가 있다.²⁾ **KL**

남궁준(한국노동연구원 연구위원)

1) 대법원 2020도16431 근로기준법 위반 등 사건 보도자료, 2023. 5. 22.

2) ‘동일가치노동 동일임금’ 규정이 적용된 사례 및 그 판단기준에 대해 자세한 내용은 구미영(2023), 「동일가치노동 동일임금의 판단기준」, 『노동법학』 제85호, 한국노동법학회, p.144 이하 참조.

불법파견인 경우의 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준

- 대상판결①: 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결 -
- 대상판결②: 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결 -
- 대상판결③: 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다213477 판결 -

【판결 요지】

사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 개정 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다. 구 파견법에 따라 고용간주된 파견근로자들의 경우에도 현실적으로 파견근로자의 지위에서 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 한 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 보아야 하므로 위와 같은 법리가 적용된다.

대상판결들은 삼표시멘트(이하 '사용사업주'라 한다)의 하청업체A(대상판결①)·B(대상판결②)·C(대상판결③)에서 일하던 근로자들이 파견근로자임을 주장하며, 근로자지위를 확인하거나 고용의사표시를 청구(직접고용청구권)하면서 이에 따른 손해배상을 청구한 사안이다. 대상판결들은 여러 가지 쟁점 사항(특히 사용사업주에 대한 희생절차개시결정이 파견근로자의 직접고용청구권에 미치는 영향, 즉 희생절차개시결정이 있는 후에 파견근로자의 직접고용청구권이 발생하는지 여부와 희생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 희생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는지 여부 등)을 포함하고 있으나 이 글은 불법파견임을 전제로 이로 인한 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준에 한정하여 살펴본다.¹⁾

1) 대상판결①의 근로자1은 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라고 한다) 제6조 제3항 본문에 따라 고용간주되었으므로 근로자지위확인청구를 하였으나 대법원은 근로자1이 2022. 12. 31. 정년(60세)이 도래하여 확인의 이익이 없다고 판단하고 원심판결을 파기하고 각하하였다. 이는 '확인'의 소의 특성에서 비롯된 것으로 판결에 오랜 시간이 걸리면서 발생한 상황으로 보이고, 유사한 내용은 강선희(2023), 「자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성」, 『노동리뷰』 1월호(통권 제121호), 한국노동연구원, pp.148~154 참조.

불법파견에 대한 분쟁유형은 크게 파견근로자의 입사 시기에 따라 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다) 제6조 제3항 고용간주조항이 적용되는 경우와 개정 파견법의 직접고용의무 규정이 적용되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 고용간주조항을 먼저 살펴보는 것이 타당하겠지만 논의 전개의 편의상 직접고용의무의 경우를 먼저 살펴본다.

2006년 개정 파견법에 따라 직접고용의무조항이 적용되는 경우 파견근로자는 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다.²⁾ 이에 따라 파견근로자는 고용의사표시와 이에 따른 손해배상을 청구하게 되는데, 손해배상은 파견근로자의 지위에 기하여 발생하는 사용사업주의 차별행위(파견법 제21조 제1항)에 대한 손해배상으로 「민법」(이하 ‘민법’이라고 한다) 제750조의 불법행위책임이다(위 【판결요지】).³⁾⁴⁾

이와 같은 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상청구권은 민법 제766조가 적용되어 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 않거나(제1항, 단기 3년) 불법행위를 한 날부터 10년을 경과하면 소멸한다(제2항, 장기 10년). 따라서 손해를 안 날로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 10년 기간 안에 받지 못한 임금 차액(차별 임금)에 상당하는 손해배상액을 청구할 수 있다.

일반적으로 2005. 7. 1. 이전에 입사하여 구 파견법의 고용간주조항이 적용되는 파견근로자는 사용사업주에게 근로자지위확인청구를 하면서 고용된 것으로 간주되는 시점부터 받지 못한 임금 차액(사용사업주 소속 정규직과 동일한 기준에 따라 산정된 임금과 파견근로자가 사내협력업체로부터 받은 임금을 공제한 차액분)을 청구한다. 이때의 임금청구소송은 민법 제390조의 채무불이행으로 인한 손해배상채권으로 소멸시효는 「근로기준법」 제49조에 따라 3년이 적용된다.⁵⁾ 그동안 이러한 이유로 고용간주조항이 적용되는 경우 임금채권의 소멸시효를 적용해 3년 이내의 임금 차액만을 청구하였다. 그렇다면 고용간주된 파견근로자는 위 ‘가.’의 직접고용의무

2) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결.

3) 대법원은 ‘합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자’라 판시하였는데 차별은 합리적인 이유가 없어야 성립되는 개념이므로 동어반복적인 표현으로 정확히 표현하면 ‘합리적인 이유 없이 임금상 불이익을 받은 파견근로자’ 내지 ‘합리적인 이유 없는 임금 차액’이라고 표현하는 것이 타당하다.

4) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결 등, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결 등, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732 판결 등.

5) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2016다45779 판결(채무불이행으로 인한 손해배상채권은 본래의 채권이 확장된 것이거나 본래의 채권의 내용이 변경된 것이므로 본래의 채권과 동일성을 가진다. 따라서 본래의 채권이 시효로 소멸한 때에는 손해배상채권도 함께 소멸한다.).

가 적용되는 파견근로자보다 더 장기간 차별적 처우를 받았음에도 손해배상의 범위가 더 축소되는 불합리한 결과가 초래된다.

대상판결들은 이와 같은 문제에 대해 해답을 제시하였는데, “구 파견법에 따라 고용간주된 파견근로자들의 경우에도 **현실적으로** 파견근로자의 지위에서 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 한 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 보아야 하므로 위와 같은 법리가 적용된다.”라고 판시함으로써 고용간주된 파견근로자에게도 민법 제750조의 불법행위의 손해배상청구권을 인정하였다. 즉 법적으로 고용간주조항이 적용되더라도 **사실상** 사용사업주에게 파견근로를 제공하면서 사용사업주 소속 근로자에 비해 차별적 처우를 받았으므로 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 판단한 것이다.⁶⁾ 따라서 고용간주된 근로자도 직접고용의무가 적용되는 경우와 마찬가지로 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있고 소멸시효는 민법 제766조가 적용된다.

대상판결①·②는 사용사업주S의 사업장에서 정한 정년이 있더라도 이와 관계없이 정년이 넘도록 사용사업주S에게 파견근로를 제공하였거나(대상판결①) 정년이 넘어 하청업체B에 입사하여 파견근로를 제공하였다면(대상판결②) 직접고용의무가 있고, 이에 대한 손해배상을 해야 한다고 판단하였다. 이때 차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때 대상판결①·②는 “비교대상 근로자는 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다. 만일 그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 촉탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다. 사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이나, 이러한 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다.”라고 산정기준을 제시하였다. 이러한 산정기준에 따라 정년을 넘어 하청업체B에 입사하여 사용사업주S에게 파견근로를 행한 근로자의 손해배상액 산정기준은 ‘사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자 → 기간제 근로자’이어야 하나 정년이 경과하지 않은 사용사업주S 소속 정규직 근로자를 기준으로 손해액을 인정한 원심을 파기·환송하였다(대상판결②). 대상판결들이 ‘차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때’라고 실시한 부분은 아쉬운 부분이다. 지면의 한계상 구체적 언급은 생략

6) 이러한 법리는 손해배상채권의 소멸시효 및 손해액 산정과 관련된 것으로 그 외의 영역으로 확장 적용할 수 있을지는 좀 더 고려해야 할 것으로 보인다. 예컨대 고용간주된 근로자에 대해 파견법상 노동위원회에 차별시정 신청권을 가진다고 볼지 여부 등이다.

하고 간략히 지적하면, 위 판시내용은 차별적 처우가 있는지 여부, 구체적으로 불이익이 있는지 여부를 확인하기 위한 비교대상자 선정기준으로 볼 수 없고, 차별적 처우의 성립을 전제로 손해배상액을 산정하기 위한 기준으로 한정하여 해석함이 타당하다. **㉮**

강선희(법학박사)

파견근로자의 안전에 관한 파견사업주의 책임

- 서울남부지방법원 2023. 3. 14. 선고 2022가단245857 판결 -

【판결 요지】

파견사업의 성격상 파견사업주가 파견근로자의 작업현장에서 직접적으로 근로자를 관리, 감독할 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 산재사고에 관하여 파견사업주 자신에게 직접적인 과실이 있는 경우는 물론 직접적인 과실이 없는 경우에도 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 사용사업주 등에게 과실이 있는 경우에는 파견사업주도 산재사고로 인한 손해배상책임을 져야 한다.

피재근로자는 경비용역업 등을 영위하는 법인인 피고 회사에 고용된 후 서울 강서구 소재 학교에 파견되어 시설관리원으로 근무하던 사람이다. 피재근로자는 학교 정문 위쪽에 있는 플래카드 줄을 연결하기 위해 사다리를 설치한 후 올라가서 작업을 하다가 중심을 잃고 3.65m 높이에서 바닥으로 추락하여 곧바로 병원으로 후송되었으나 같은 날 사망하였다(이하 “이 사건 사고”라고 한다). 이 사건 사고 당시 작업 현장에는 안전대, 피재근로자를 보조할 추가인력 등이 마련되어 있지 않았고, 피재근로자는 안전모 등 보호구를 착용하지 아니하였다.

이에 피재근로자의 배우자, 직계비속은 피고 회사와 서울특별시학교안전공제회를 상대로 위자료로 각 2,000만 원 및 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 소송진행 과정에서 원고 측은 서울특별시학교안전공제회는 학교안전사고로 인하여 생명·신체에 피해를 입은 학생·교직원 및 교육활동참여자에게 그 피해의 정도에 따라 요양급여, 장해급여 및 유족급여 등의 보상을 하는 곳¹⁾일 뿐 학생·교직원 및 교육활동참여자에 해당하지 않는 피재근로자에게 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 주체에 해당하지 않는다고 판단하여 서울특별시학교안전공제

1) 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. “교육활동참여자”란 학생 또는 교직원이 아닌 사람으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

가. 학교장의 승인 또는 학교장의 요청에 따라 교직원의 교육활동을 보조하거나 학생 또는 교직원과 함께 교육활동을 하는 사람

나. 비영리민간단체 지원법 제4조 제1항에 따라 등록된 비영리민간단체에서 학생의 등교·하교 시 교통지도 활동 참여에 관하여 미리 서면으로 학교장에게 통지하여 학교장의 승인을 받거나 학교장의 요청에 따라 그 단체의 회원으로서 교통지도활동에 참여하는 사람

제11조(학교안전사고보상공제 사업의 실시) ① 교육감은 학교안전사고로 인하여 생명·신체에 피해를 입은 학생·교직원 및 교육활동참여자에 대한 보상을 하기 위하여 학교안전사고보상공제(이하 “학교안전공제”라 한다) 사업을 실시한다.

회를 상대로 한 소는 취하하였다.

사건을 심리한 후 법원은 파견사업의 성격상 파견사업주는 파견근로자가 파견근로자의 작업 현장에서 직접적으로 근로자를 관리, 감독할 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견근로자보호법”이라고 한다) 제34조, 제35조 제2항에 의하면, 근로기준법 중 재해보상에 관한 규정과 산업안전보건법 중 산업재해예방에 관한 규정을 적용함에 있어 파견사업주를 사용자 내지 사업주로 보도록 되어 있는 점, 사용자책임에 관한 「민법」(이하 “민법”이라고 한다) 제756조의 취지 등을 종합하여 보면, 산재사고에 관하여 파견사업주 자신에게 직접적인 과실이 있는 경우는 물론 직접적인 과실이 없는 경우에도 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 사용자에게 과실이 있는 경우에는 파견사업주도 산재사고로 인한 손해배상책임을 져야 한다고 판시하였다.²⁾ 이어서 이 사건 사고는 소외 학교가 추락의 위험이 있는 작업과 관련하여 망인에 대한 안전조치를 제대로 취하지 아니한 과실로 인하여 발생하였다고 봄이 상당하므로, 피고 회사는 소외 학교에 피재근로자를 파견한 파견사업주로서 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 하면서, 작업 당시 피재근로자도 안전모 등 보호구를 착용하지 아니하고, 보호조치가 이루어지지 않았음에도 소외 학교에 이를 요청하는 등의 조치 없이 그대로 작업하다가 과실로 추락하여 스스로의 안전을 도모할 주의의무를 위반한 잘못이 있다는 이유로 피고의 책임을 30%로 제한하고, 피고 회사는 상속위자료 및 고유위자료로 피재근로자의 배우자에게 1,900만 원, 자녀에게 1,500만 원 및 각 그에 대한 지연손해금을 지급하라고 판결하였다.

근로기준법상 재해‘보상’ 제도는 재해근로자와 그 유족을 보호하고자 하는 사회정책적 견지에서 사용자의 고의·과실 유무를 불문하고 사용자에게 법정 재해보상 책임을 부과하는 것인데,³⁾ 이와는 달리 민사상 손해‘배상’책임을 인정되기 위해서는 민법 제750조에 따라 사용자의 고의, 과실이 입증되어야 한다.

대상판결은 파견사업주의 손해배상책임을 인정하는 첫 번째 근거로서 파견근로자보호법에 따라 근로기준법상 재해보상(제78조부터 제92조)에 대해서는 파견사업주를 사용자로 본다는 점을 들고 있으나, 근로기준법상 재해보상은 업무상 사고 또는 질병에 해당하기만 하면 이루어지고 사용자의 과실을 요건으로 하지 않는다는 점(사용자의 과실이 없더라도 인정된다는 점)에서 파견근로자보호법 제34조 제1항에 따라 파견사업주가 무과실의 법정책임인 산재보상책임을

2) 대상판결과 동일한 취지의 판결로 수원지법 2008. 7. 11. 선고 2008나6950 판결이 있다. 위 2008나6950 판결은 파견사업주에게도 사용자책임이 인정된다는 취지인 점, 파견근로자에게 시킬 작업의 내용을 사전에 파악하여 사용자에게 안전교육 등을 요구하는 등 사고발생을 방지할 의무가 있음에도 이를 게을리하여 사고를 발생하게 한 과실이 있다고 하여, 파견사업주의 과실 내용을 구체적으로 적시하였다.

3) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.295.

부담한다는 것이 과실책임인 손해배상책임의 근거가 될 수는 없다.

대상판결의 두 번째 근거인 산업안전보건법 중 산업재해예방에 관한 규정을 적용함에 있어 파견사업주를 사용자로 보도록 되어 있는 점과 관련하여 살펴보면, 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용자사업주를 산업안전보건법 제2조 제4호의 사업주로 보아 같은 법을 적용하는 것이 원칙이고(파견근로자보호법 제35조 제1항), 산업안전보건법 제5조⁴⁾, 제132조 제2항 단서⁵⁾, 같은 조 제4항⁶⁾(작업장소 변경, 작업 전환 및 근로시간 단축의 경우로 한정한다), 제157조 제3항⁷⁾을 적용할 때에만 파견사업주 및 사용자사업주를 같은 법 제2조 제4호의 사업주로 보도록 규정하고 있다(파견근로자보호법 제35조 제2항). 즉 산업안전보건법상 근로자의 생명과 신체를 보호하기 위한 구체적인 안전 및 보건조치 의무는 근로자로부터 근로를 제공 받으면서 작업 지시를 하는 사용자사업주가 부담하되, 피로 및 스트레스를 줄일 수 있는 환경의 조성, 해당 사업장의 안전보건정보 제공, 건강진단 결과 누설금지, 건강진단에 따른 작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 법 위반 신고로 인한 불이익 조치 금지 등 파견사업주에게도 요구되는 의무와 관련하여서만 예외적으로 파견사업주도 산업안전보건법상 사업주로 보고 있는 것이다. 물론 산업안전보건법 제5조 제1항 제1호에 따라 산업안전보건법의 위임을 받아 산업안전보건기준에 관한 규칙에서 정하고 있는 모든 조치의무를 파견사업주도 부담하여야 한다는 주장도 있을 수 있지만, 그렇게 해석한다면 파견근로자보호법 제35조 제1항에서 사용자사업주를 산업안전보건법상의 사업주로 본다고 규정하고 있는 취지를 설명할 수 없어 타당하지 않다고 본다. 대법원도

- 4) 제5조(사업주 등의 의무) ① 사업주는 다음 각 호의 사항을 이행함으로써 근로자의 안전 및 건강을 유지·증진시키고 국가의 산업재해 예방정책을 따라야 한다.
1. 이 법과 이 법에 따른 명령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 기준
 2. 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조건 개선
 3. 해당 사업장의 안전 및 보건에 관한 정보를 근로자에게 제공
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 발주·설계·제조·수입 또는 건설을 할 때 이 법과 이 법에 따른 명령으로 정하는 기준을 지켜야 하고, 발주·설계·제조·수입 또는 건설에 사용되는 물건으로 인하여 발생하는 산업재해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.
1. 기계·기구와 그 밖의 설비를 설계·제조 또는 수입하는 자
 2. 원재료 등을 제조·수입하는 자
 3. 건설물을 발주·설계·건설하는 자
- 5) 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무) ② 사업주는 산업안전보건위원회 또는 근로자대표가 요구할 때에는 직접 또는 제129조부터 제131조까지의 규정에 따른 건강진단을 한 건강진단기관에 건강진단 결과에 대하여 설명하도록 하여야 한다. 다만, 개별 근로자의 건강진단 결과는 본인의 동의 없이 공개해서는 아니 된다.
- 6) 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무) ④ 사업주는 제129조부터 제131조까지의 규정 또는 다른 법령에 따른 건강진단의 결과 근로자의 건강을 유지하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 **작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지 사이의 근로를 말한다)의 제한, 작업환경측정 또는 시설·설비의 설치·개선 등 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다.**
- 7) 제157조(감독기관에 대한 신고) ① 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관 또는 근로감독관에게 신고할 수 있다.
- ③ 사업주는 제1항에 따른 신고를 이유로 해당 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.

“사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 사업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니하다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장에 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제23조 제1항 제2호⁸⁾에 따라 재해발생의 위험을 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다.”라고 하여 근로자파견의 경우에는 파견사업주에게 산업안전보건법상 안전조치를 할 의무가 인정되지 않는다는 취지로 판시한 바 있다.⁹⁾

대상판결이 세 번째 근거로 들고 있는 민법 제756조 사용자책임의 취지는 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다는 것인데, 파견사업주와 근로자파견계약을 맺어 그 계약에 따른 권리, 의무를 부담할 뿐이고 파견사업주가 그를 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있거나 객관적으로 보아 지휘·감독할 지위에 있지 않은 사용자사업주를 파견사업주의 피용자로 볼 수 없다는 점¹⁰⁾에서 민법 제756조에 따른 사용자책임을 파견사업주의 과실을 인정하는 근거가 되기는 어렵다. 파견사업주의 과실은 손해배상책임을 인정하기 위한 요건사실임에도 대상판결이 든 세 가지 근거는 파견사업주의 과실을 인정하는 근거로 납득하기 어렵고, 달리 판결문에서 파견사업주의 과실을 인정할 만한 근거를 찾아보기 어렵다.

즉 대상판결은 파견사업주에게 사고에 대한 직접적인 과실이 없음에도 사용자사업주의 과실로 인한 사고 발생에 대한 책임을 물을 수 있는 근거에 대한 논증이 충분하지 않다고 판단된다.

한편, 이 사건 사고는 중대재해 처벌 등에 관한 법률(이하 “중대재해처벌법”) 시행 이전인 2021. 12. 17. 발생하였는바, 만약 중대재해처벌법 시행 이후에 이러한 사고가 발생한다면 공립 학교에 노무를 제공하는 종사자에 대한 안전 및 보건 확보의무를 이행할 책임이 있는 경영책임자인 교육감이 중대재해처벌법위반의 책임을 질 것으로 사료된다. **ㄱㄴ**

오대영(명지대학교 객원교수, 법학박사)

8) 현행 산업안전보건법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 안전조치 조항이다.

9) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021도11288 판결.

10) 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계, 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있어야 한다(대법원 1999. 10. 12. 선고 98다62671 판결).