

# 작업거절(중지·대피)

고용노동부 중부지방고용노동청 성남지청장 / 정진우



## 서설

작업 중에 급박한 위험 등이 있는 때에는 근로자가 작업을 거절(중지·대피)하는 것 외에 달리 사고를 면할 수 있는 방법이 없는 경우도 있다. 이와 같은 경우에는 근로자는 작업을 거절할 수 있는 것일까. 이 문제는 노동계와 경영계 모두에게 큰 관심사이고, 특히 노동계에서 많은 관심을 가지고 있는 것으로서 지금도 노사단체 양측의 단체협약지침의 중요내용으로 포함되어 있다.<sup>1)</sup>

근로자가 안전사고의 위험을 이유로 사용자가 지시하는 근로의 전부 또는 일부를 거부하는 작업거절권(작업중지·대피권)의 법리가 긍정되면, 근로자는 이행청구권의 법리와 함께 사용자를 대상으로 산재예방에의 대처를 적극적으로 요구할 수 있는 법적 근거를 가질 수 있게 된다. 이 점에 대해 생명·신체·건강에 대한 위험이 있을 때에는, 근로자는 긴급피난으로서 작업거절권을 갖는다는 것에 대해서는 이견이 없을 것이다. 문제는 생명·신체·건강에 대한 긴박한 위험이 없더라도 어떠한 경우에 어떠한 근거에 의해 작업거절권을 가지는가이다.

독일, 미국, 일본에서는 이미 오래 전부터 작업거절권을 인정하는 구체적 법리가 전개되고 있지만, 우리나라에서는 아직까지 작업거절권 법리에 대한 구체적인 논의가 전개되고 있지 않다.<sup>2)</sup>

이하에서는 우리나라에서 인정될 수 있는 작업거절권 법리로서 그 법적 근거와 요건 및 효과를 논구하기로 한다.

## 법적 근거

현행 산업안전보건법(이하에서는 「산안법」이라 한다)은 제26조에서 근로자의 작업거절에 대해 사업주의 의무 형식으로 “사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때 또는 중대재해가 발생하였을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소로부터 대피시키는 등 필요한 안전보건상의 조치를 한 후 작업을 다시 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 본 조는 산업재해 발생의 급박한 위험이 발생한 경우에, 사업주에게 바로 작업을 중지하고 근로자의 대피 등 필요한 조치를 하여야 할 것을 정한 것으로서, 사업주의 작업중지·대피에 대한 일반적인 의무규정이라 할 수 있다.

그리고 사업주의 작업중지·대피에 대한 구체적인 의무규정은 산업안전보건기준에 관한 규칙(이하에서는 「규칙」이라 한다)에서 별도로 규정하고 있다. 규칙 제37조(악천 후 및 강풍 시 작업중지), 제279조(대피 등) 제1항, 제296조(지하작업장 등) 제2호, 제349조(작업중지 및 피난) 제1항, 제360조(작업의 중지 등) 제1항, 제438조(사고 시의 대피 등) 제1항, 제624조(사고 시의 대피 등) 제1항이 그것이다.

이 사업주의 작업중지·대피의무에 대응하여 근로자에게는 작업거절권으로서 작업중지·대피권이 발생한다고 할 수 있다. 사용자는 산안법 제26조에 반하는 계약을 체결할 수 없고, 근로자는 제26조의 존재를 전제로 동 조의 요건을 충족하는 상황에서는 작업을 정당하게 거절할 수 있다고 판단된다. 따라서 당해 작업거절을 이유로 근로자에 대하여 불이익처분을 하는 것은 위법이 된다. 산안법 제26조 제3항의 “사업주는 산업재해의 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때에는 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 이를 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 안 된다.”는 규정은 이 불이익처분 금지를 공법적으로 확인하는 규정이라 할 수 있다.

요컨대, 본 규정은 입법형식상 사용자 의무의 형태로 되어 있지만, 사법(계약법)으로의 전환에 적합한 공법규정의 하나로서 사용자의 계약상의 의무로 전환될 수 있기 때문에, 근로자는 사용자에게 작업거절을 할 수 있는 권리를 가지게 된다.

그런데 근로자가 작업을 거절할 수 있는 구체적 범위에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 산안법은 이에 대한 하나의 중요한 기준이 될 수 있다고 생각된다. 먼저, 전술한 규칙조항에 규정된 급박한 위험상황<sup>3)</sup>, 즉 근로자에게 의무적으로 작업중지·대피를 하도록 하여야 할 급박한 위험이 있는 상황이 근로자가 작업을 거절할 수 있는 대표적인 대상이 될 것이다.

다음으로, 근로자가 다음과 같이 위법한 명령을 받은 경우 당해 작업명령은 위법한 명령으로서 무효라고

할 수 있으므로 해당 근로자는 그 명령에 대해서 작업을 거절할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>4)</sup>

작업이 제한되어 있는 업무(산안법 제47조 및 유해·위험작업의 취업제한에 관한 규칙)에 무자격자로 하여금 작업을 하도록 명령받은 경우가 전형적인 예이다. 그리고 금지되어 있는 작업방법(규칙 제389조 등)에 의해 작업을 하도록 명령받은 경우, 출입이 금지되어 있는 장소(규칙 제622조 등)에 출입을 하도록 명령받은 경우 또는 착용의무가 있는 보호구(규칙 제32조 등)를 착용하지 않은 채 작업을 하도록 명령받은 경우 등도 이에 해당하는 예가 될 것이다.

또한 안전장치를 장착시켜야 할 기계에 장착하지 않은 상태에서 그것을 사용하여 작업하도록 명령받은 경우, 안전인증을 받지 않은 기계·기구·설비 등(산안법 제34조)의 사용을 명령받은 경우, 규정된 방호장치를 구비하지 않은 기계 등(산안법 제33조)을 사용하여 작업하도록 명령받은 경우, 제조 등이 금지된 물질(산안법 제37조)의 취급을 명령받은 경우, 특별교육을 행하여야 할 유해·위험업무(산안법 제31조)에 교육을 실시하지 않고 작업하도록 명령받은 경우, 보호복을 갖추어 두어야 할 작업(규칙 제451조 등)에 그것을 갖추지 않고 작업하도록 명령받은 경우, 밀폐설비 또는 국소배기장치를 설치하여야 할 분진작업을 행하는 실내작업장(규칙 제607조)에서 국소배기장치 등이 없거나 가동되지 않는 유해환경 하에서 작업하도록 명령받은 경우 또한 작업거절을 할 수 있는 사례에 해당된다고 보아야 할 것이다.

한편, 근로자는 산안법에 규정된 것과 같은 급박한 위험이 있는 경우가 아니더라도 통상적인 위험에 대해서도 이를 무릅쓰면서까지 근로할 의무는 없기 때문에 작업을 거절할 수 있는 범위는 산안법상의 규정으로 한정되지 않고 이보다 넓게 인정될 수 있다. 이 주장은 근로자의 권리가 경우에 따라서는 공법인 산안법의 규정을 넘어 발생할 수 있다는 법리로부터 도출될 수 있다. 다시 말해서, 산재발생의 급박한 위험이 있는 경우 외에도 생명·건강에 대한 위험이 현실적으로 존재하고 있는 경우에는 산재발생의 위험이 급박하지 않더라도 작업을 거절하는 권리가 채권법상의 구성, 즉 안전배려의무의 법리로부터 도출될 수 있다.

이 점에 대해서는 안전배려의무는 노무급부의무와 대가적 견련관계에 있는 것은 아니지만 안전배려의무를 다하지 않는 경우에는 근로자는 노무제공을 거절할 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다.

사용자가 안전배려의무를 이행하지 않으면서 근로자의 근로를 청구하는 것은 공평에 반한다고 해석하는 것이 상당하기 때문에, 사용자의 안전배려의무와 근로자의 근로제공 채무는 쌍무적 견련관계에는

있지 않지만 공평의 관념과 신의칙을 근거로 하는 민법 제536조 제1항의 동시이행의 항변권<sup>5)</sup>을 유추 적용하여, 생명·신체·건강의 위험을 회피하기 위하여 그 한도에서 작업거절권을 가진다고 보아야 할 것이다.

이 경우 안전배려의무에 대해 급부의무 구성을 하지 않고 별도의 법적 구성을 하더라도 작업거절권은 인정될 수 있다. 안전배려의무는 '사용자가 근로자의 생명, 건강 등을 유해위험으로부터 보호하기 위해 배려할 의무'라고 정의할 수 있다. 따라서 근로자에게 근로제공의 의무는 있지만, 건강·생명의 위험을 동반할 수 있는 업무에 대해서는 아무리 사용자의 업무명령이라 하더라도 해당 작업을 거절할 수 있다는 것은 안전배려의무에서 충분히 도출될 수 있기 때문에, 안전배려의무를 급부의무가 아닌 부수적 의무로 구성하더라도 근로자의 작업거절권은 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다.

## 법적 요건

작업거절권의 경우, 우리나라의 법제 하에서 작업거절권이 인정된다고 하더라도 중요한 것은 그 근거와 법적 요건이라 할 수 있다.

먼저, 법적 근거와 관련하여 산안법 제26조의 규정에 의한 작업거절권과 채권법상의 구성에 의한 작업거절권의 관계가 문제로 될 수 있다. 산안법 제26조의 규정은 사용자의 공법적 의무를 정한 규정이지만 사법(私法)적 효력도 아울러 가지고 있기 때문이다. 이것에 대해서는 산안법 제26조의 규정이 민법 이론 등으로부터 인정되는 작업거절권과 달리 사용자의 의무위반 유무에 관계없이 일정한 기준을 일탈하는 위험에 대하여 배타적으로 부여되는 작업거절권을 규정한 것이라고 해석함으로써 양자는 구분될 수 있다.

그리고 채권법상의 구성에 의해 도출될 수 있는 작업거절권의 근거에 대해서는 우리나라의 학설과 판례에서는 어떠한 이론도 전개되고 있지 않지만, 사용자의 안전배려의무는 근로자의 노무급부의무와 대가적인 견련관계에 있는 것은 아니라 하더라도 노무급부의 특수성으로부터 근로자 보호를 위하여 양자에 이행상의 견련관계를 긍정하는 방식으로 작업거절권을 도출하는 것이 법리적으로 가장 정합성을 가진다고 생각된다.<sup>6)</sup> 다시 말해서, 동시이행의 항변권(민법 제536조)은 공평의 관념과 신의칙에 근거하는 것이므로 이것을 폭넓게 적용할 수 있는 것으로 하여 작업거절권을 인정하는 것, 즉 작업거절권을 동시이행의 항변권의 일종으로 보거나 이것과 유사한 계약상의 권리의 성질을 가지고 있는 것으로 보고 이것으로부터 작업거절권을 도출하는 것이 타당하다고 판단된다. 여기에서는 기본적으로 이와 같은 입장에서 서서 작업거절권의 법적 요건을 시론적으로 제시하고자 한다.

먼저, 산재발생의 위험이 현실적으로 존재하고 있는 것이 제1의 요건이다. 이것과 관련하여 문제가 되는 것은 그 위험의 정도이다. 이에 대해 미국의 OSHA 규칙은 '사망 또는 중대재해의 현실적 위험', 독일의 노동안전보건기본법은 '직접적이고 중대한 위험', 그리고 일본의 노안위법과 우리나라의 산안법은 '급박한 위험'이라고 각각 규정하고 있다.

이러한 산안법규, 즉 공법상의 규정만으로 판단하면, 경미한 위험의 경우에는 작업거절권은 행사할 수 없다고 해석될 수 있다. 그러나 우리나라의 해석론으로서, 근로계약상 근로자는 노동력을 사용자에게 제공하여야 할 의무는 있지만 휴식·휴게 등에 의해 회복할 수 없는 신체적 또는 정신적 손상을 입는 것은 그 의무내용으로 되어 있지 않으므로 경미한 정도의 위험도 작업거절의 이유가 될 수 있을 것이다. 경미한 위험을 간과하고 근로를 계속하는 것이 사망 또는 중대재해로 연결될 수 있기 때문이다.

우리나라(산안법 제26조)를 포함한 위험의 정도에 관한 각국의 위 요건은 공법상의 최저기준에 지나지 않는 것이라고 보아야 할 것이다. 또한 동시이행의 항변권을 법적 기초로 하는 채권법상의 구성에 의해서도 근로자는 산재발생의 위험이 급박하거나 중대한 상황에 이르지 않은 경우, 즉 경미한 위험의 경우라 하더라도 작업거절을 할 수 있다고 말할 수 있을 것이다. 다만, 동시이행의 항변권이 공평의 관념과 신의칙이라는 관점에서 인정된 제도라는 것을 감안하면, 산재발생의 위험이 현실적으로 존재하지 않는 사용자의 사소한 안전배려의무의 위반을 이유로 작업거절권을 행사하는 것은 근로자 측에 허용되지 않는다고 생각된다. 다시 말해서, 작업거절권의 법적 근거를 동시이행의 항변권으로 한다면 하더라도 작업거절권의 행사를 위해서는 산재발생의 위험이 현실적으로 존재하여야 한다고 본다.

다음으로, 근로자의 위험성의 존재에 대한 판단과 관련해서는, 근로자가 위험이 있다고 생각하기에 상당한 이유가 있으면 충분하다고 해야 할 것이다. 이것은 사전의 판단이고 사후적인 판단은 아니다. 다시 말해서, 사후적으로 사고가 발생하지 않더라도 무방하고 사전적 판단으로서 산재가 발생할 것이라고, 즉 위험이 존재한다고 신뢰하기에 상당한 이유가 있으면 충분하다고 해석하여야 할 것이다. 이 경우, 이 상당한 이유에 대한 판단은 개별 근로자의 이성적 판단이어야 한다. 이 점에 대하여 우리나라의 산안법 제26조는 언급하고 있지 않지만, 미국법령에서는 이에 대해 '합리적인 근로자'로 규정하고 있고, 일본의 후생노동성 통달 역시 '개별 근로자'의 판단으로 충분하다는 것을 시사하고 있다.<sup>7)</sup> 근로자에게는 숙련, 경험, 감성 등에 개인차가 있기 때문에 평균적인 근로자의 이성적 판단이 아니라 개별 근로자의 이성적 판단으로 족하다고 해석하여야 할 것이다.

마지막으로, 산재발생의 위험이 급박한 경우에는 근로자가 산안법 제26조의 규정을 기다릴 것까지 없이 사용자의 허가를 얻지 않고 그의 자율적 판단에 의하여 작업중지 및 대피를 하는 것이 허용된다고

해석된다. 그러나 산재발생의 위험이 급박하지 않은 경우에는, 근로자는 동시이행의 항변권의 요건상 작업거절 전에 사용자에게 안전배려의무의 이행을 요구하고 사용자가 이것에 응하지 않는 경우에 비로소 작업거절을 할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.<sup>8)</sup> 다시 말해서, 급박한 상황이 아닌 통상적인 상황에서는 사용자가 위험을 제거할 기회를 가질 수 있도록 근로자가 작업거절권을 행사하기 전에 사용자에게 안전배려의무의 이행을 청구하고 이를 불이행할 경우에 작업을 거절한다는 통지를 하는 것이 ‘균형’ 또는 ‘형평’의 원칙상 필요하다고 본다.

한편, 작업거절권은 근로자의 ‘권리’이지 ‘의무’가 아니다. 따라서 위험발생을 사전에 예측할 수 없었던 경우는 물론이고 그것을 어느 정도 예측하면서 감히 작업한 결과 사고발생에 이른 경우에도 손해발생에 대해 근로자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 사용자의 안전배려의무의 면책이나 책임경감 또는 과실상계의 대상이 되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

## 법적 효과

근로자의 작업거절권 행사와 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 임금지불과 해고, 기타 불이익처분일 것이다.

### 1. 임금청구권

먼저 임금지불과 관련해서는 작업거절이 근기법 제46조(휴업수당)에서 말하는 사용자의 귀책사유에 의한 휴업에 해당하는 경우에는 휴업수당으로서 평균임금의 100분의 70 이상의 청구권이 발생하고, 민법 제538조 제1항의 채권자 귀책사유로 인한 이행불능에 해당하는 경우에는 근로자에게 임금 전액에 대한 청구권이 발생한다. 따라서 사용자의 고의·과실이 인정되는 사유에 의한 작업거절의 경우에는 근기법 제46조에 의한 휴업수당 청구권과 민법의 규정에 의한 임금 전액에 대한 청구권이 동시에 발생되어 이 두 청구권은 경합관계에 서게 된다. 이 때 휴업수당 청구권의 한도 내에서는 민법상의 청구권은 소멸하고, 임금지급이 평균임금의 100분의 70 이상이 되는 부분에 관해서는 휴업수당 청구권이 소멸한다고 해석하여야 한다.<sup>9)</sup> 요컨대, 정당한 작업거절은 사용자의 귀책사유에 의한 노무의 수령불능으로서 사용자가 그 위험을 부담해야 하기 때문에 근로자는 노무급부를 거절하더라도 채무불이행책임을 지지 않고 임금청구권을 상실하지 않는다. 그리고 그 당시에 제공되지 않은 노무는 사장되어 소멸한다고 해석된다. 후일에 제공되는 노무는 그 날 분의 노무이지 전일분의 노무는 아니다.<sup>10)</sup>

### 2. 기타

근로자의 정당한 작업거절로 인해 해고, 기타 불이익 문제가 발생할 경우에는 우선적으로 공서양속

위반에 해당하는 것으로 보아 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위를 적용할 수 있으나, 근로자의 구제가 용이하게 될 수 없는 문제가 있다. 이 점을 고려하여 현행 산안법(제26조)은 작업거절과 이것에 의한 불이익취급의 금지에 관한 조항을 명문으로 규정하고 있다.<sup>11)</sup> 그런데 이 불이익취급 금지규정은 작업거절권의 보장 속에 포함되는 불이익취급 금지의 사범규범을 공법적으로 확인한 것이라고 해석된다.

한편, 근로자의 개인적인 작업거절은 쟁의행위가 아니므로 쟁의행위가 금지되어 있는 근로자도 작업거절이 당연히 가능하다고 보아야 할 것이다. ☺

#### 참고문헌

1. 전국민주노동조합총연맹, 『2011 민주노총 요구와 과제』, 2011, 281쪽 이하; 한국노동조합총연맹, 『2011년도 한국노총 공동임단투 지침』, 2011, 286쪽; 한국경영자총협회, 『2011년 산업안전보건 단체협약 체결지침』, 2011, 51쪽 이하.
2. 김형배 교수와 많은 민법학자는 구체적인 논증은 없지만 작업거절권을 인정하고 있다(김형배, 앞의 각주(31)의 책, 597쪽; 이은영, 『산업재해와 안전 의무』, 인권과 정의 1991년 9월호, 변호사협회, 1991, 27쪽; 송오식, 『사용자의 안전배려의무』, 법률행정논총 제23집 제1호, 2003, 157쪽; 최창렬, 『안전배려의무에 관한 연구』, 부동산법학 제10집, 2004, 126쪽 등).
3. 규칙 제37조, 제279조 제1항, 제296조 제2호, 제349조 제1항, 제360조 제1항, 제438조 제1항, 제624조 제1항.
4. 직업상의 안전보건 및 작업환경에 관한 ILO 협약(제155호) 제13조는 “생명 또는 건강에 절박하고 중대한 위험이 존재한다고 생각하기에 충분한 합리적 타당성이 있는 작업상황으로부터 이탈한 근로자는 국내조건 및 국내관행에 따라 발생하는 부당한 결과로부터 보호되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 우리나라는 본 협약을 2008년 2월에 비준하였다.
5. 광윤직, 『채권각론(제6판)』, 박영사, 2005, 61쪽; 대법원 1992.8.18. 선고 91다30927 판결 참조.
6. 이은영, 『채권각론(제5판)』, 박영사, 2005, 168-189쪽; 대법원 1992.8.18. 선고 91다30927 판결 참조. 특히 이은영 교수는 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계가 있는 채무가 아닌 '부수의무'에 불과하더라도, 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권이 인정된다고 하여, '부수의무'에 대해서도 동시이행항변권을 명시적으로 인정한다.
7. 野原石松, 『新版わかりやすい労働安全衛生法』, 労務行政研究所(1979年), 123頁.
8. 채무자가 상대방의 이행청구를 거절하기 위해서는 '상대방이 채무를 이행할 때까지 자신의 채무를 거절한다'는 취지의 주장을 하여야 한다(山本敬三, 『民法講義Ⅳ - 1』, 有斐閣(2005年), 84頁).
9. 김형배, 앞의 각주(12)의 책, 374-375쪽.
10. 이은영, 앞의 각주(40)의 책, 502쪽.
11. 작업중지에 관한 규정은 1981.12.31 산안법 제정 시부터 규정되어 있었고, 불이익취급 금지 규정은 1996.12.31 산안법 제6차 개정 시에 반영되었다.