



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학전문박사 학위논문

근로자의 정신건강 보호를 위한  
노동법적 규율방안 연구

2020년 8월

서울대학교 법학전문대학원

법 학 과

신 혜 림



# 근로자의 정신건강 보호를 위한 노동법적 규율방안 연구

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학전문박사 학위논문으로 제출함

2020년 5월

서울대학교 법학전문대학원

법 학 과

신 혜 림

신혜림의 전문박사 학위논문을 인준함

2020년 6월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부 위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)



## 국문초록

오늘날 근로자의 번아웃증후군이 문제되고 있다. 이는 에너지 고갈 또는 탈진, 일에 대한 거리감과 냉소주의, 직업적 만족감의 감소, 의지와 공감능력 상실 등의 증상을 가져온다. 노동을 통해 자아실현을 꿈꾼다거나 노동에서 보람 또는 행복을 느낀다는 것은 관념 속에서만 존재하는 것 같다. 이러한 상황에서, 과중한 노동으로 정신건강이 황폐화되는 것을 예방하기 위한 방법을 논의할 필요가 있다.

최근 근로자의 정신건강은 중요한 화두가 되었으나, 정신건강에 관한 논의들은 주로 폭력, 괴롭힘, 차별, 성적 괴롭힘 등으로 불리는 문제들을 중심으로 이루어졌다. 그런데 사용자의 업무지시도 그 행위 태양에 따라 번아웃증후군을 야기하는 등 근로자의 정신건강을 해치는 요인이 될 수 있다. 예를 들어 상시적으로 과다한 업무를 부과하는 업무지시, 근로자를 쥐어짜는 듯한 업무지시, 예정에 없던 추가 업무의 반복적인 지시 등이 그러하다. 이러한 업무지시는 근로자의 업무강도를 강화시키고, 높은 스트레스를 유발하며 심한 경우 여러 질환을 야기한다. 그 과정에서 근로자는 근로의욕을 잃고 인격을 상실하는 등의 정신적 손상을 입을 수 있다.

이에 본 연구는 위와 같은 사용자의 업무지시로 인해 근로자의 정신건강이 침해되는 상황으로부터 근로자를 보호하기 위한 방안을 논의하였다.

먼저 근로자의 정신건강이라는 표현이 흔히 쓰이는 표현임에도 불구하고, 그 법적 개념이 분명히 정립되어 있지는 않았기에 본 논문에서 ‘정신건강’ 개념을 정립하였다. 본 논문에서, 근로자가 정신적으로 건강하다는 것은, ‘자신의 적성과 능력에 비추어 자신이 할 수 있다고 선택한 노동을 함으로써 가치를 창출하고, 그 노동을 통해 스스로 물질적 기초를 마련할 뿐만 아니라 그 과정에서 발생할 수 있는 고통스러움과 수고로움을 감당할 수 있으며, 나아가 그 노동을 통한 사회와의 상호작용 속에서 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있는 상태에 있음’으로 정의한다.

판례는 인격권이 침해되거나 인간의 존엄과 가치가 훼손된 경우 정신적 고통 또는 피해를 입었다고 본다. 그러므로 근로자의 정신건강이 침해된 경우는 근로자의 인격권이 침해된 경우라고 할 수 있다. 근로자의 인격권은 일반적인 인격권 외에, 근로제공을 통해서 자아를 실현하고 그의 정체성을 유지하며, 또 그 부수적 결과로서 향상된 직업 능력을 가지는 것, 그리고 그 과정을 통해 자아실현감과 보람을 느끼는 것을 내용으로 하는 노동인격권을 포함한다. 이러한 점에 비추어 볼 때 근로자가 근로의욕 및 에너지를 상실하거나 자신이 하는 일에서 직업적 효용감 또는 만족감을 느끼지 못한다면, 노동인격권이 침해된 것이라고 할 수 있을 것이다. 이 경우 근로자는 ‘일을 하면서 기대하는 자아실현감’을 느끼지 못하게 되는 상태일 것이므로, ‘근로자가 정신적으로 건강한 상태’, 곧 근로자가 자신의 일을 통해 자아실현감을 느낄 수 있는 상태에서 벗어나게 되며, 이때를 근로자 정신건강의 침해가 있는 때라고 할 수 있을 것이다.

오늘날 비용 절감 경영방식의 산물인 사용자의 과중 업무지시는, 근로자의 시간 활용을 극대화하려는 관점에서 비롯된 것으로 인간을 객체화, 사물화하게 되어 인간의 존엄성을 침해하게 된다. 근로자는 과중 업무지시 속에 허덕이면서 인격적 측면에서의 노동의 의미를 잃어버림으로써, 노동인격권을 침해당하고 정신건강 침해를 입기 쉽다. 그러므로 정신건강 침해 방지를 위한 법적인 보호가 필요하다. 이러한 법적 보호는 근로자가 건강하게 일할 수 있도록 국가와 사용자가 보호, 배려할 것을 규율하는 것에서 시작하는데, 그 이론적 기초는 헌법상 기본권인 근로권에서 찾을 수 있다.

위와 같은 기초적 논의를 전제로 사용자의 업무지시로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제가 현행법과 노동계약 관계 내에서 어떻게 규율될 수 있는지를 살펴보았다.

먼저 사용자의 업무지시는 현재의 해석상으로는 업무상 불가피한 사정이 없음에도 물리적으로 필요한 최소한의 시간마저도 허락하지 않는 등의 경우에 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있기는 하나, 사용자의 비용 절감 및 근로자의 노동력 활용 극대화 전략이 투영된 조직문화와 분위기, 그러한 조직문화

를 바탕으로 하여 상시적으로 높은 강도에서 일할 수밖에 없게 하는 일상적인 업무지시 등도 괴롭힘으로 볼 수 있을지에 대해서는 해석상 난점이 있었다. 본 논문은 프랑스의 경우를 참고로 하여 좀 더 다양한 모습의 업무지시가 괴롭힘 규정에 포섭될 수 있는 가능성을 확인하였다.

다음으로 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제는 산업안전보건법의 취지와 성격, 산업안전보건법 제5조의 해석, 최근 고객응대근로자에 대한 건강장해예방조치가 신설된 사실이 주는 함의 등을 근거로 산업안전보건법에서 규율할 수 있는 문제임을 확인하였다.

그리고 업무지시와 관련하여 도출할 수 있는 사용자의 구체적인 의무에는 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무, 지시할 업무에 대한 정확한 이해 및 숙지 의무, 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무, 고객사의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무 등이 포함된다고 보았다. 나아가 과중 업무지시로 인한 정신건강 문제가 사용자뿐 아니라 고객사 등 제3자에 의해 유발, 심화되는 경우라면 계약조건이나 내용 결정에 있어 이들이 갖는 우월적인 지위 및 도급인의 안전·보건조치 규정에 관한 해석을 근거로 하여 이들에게도 조치의무가 있다고 할 수 있다.

이러한 해석을 바탕으로 산업안전보건법의 목적 규정, 사업주 등의 의무 규정 및 그 하위법규, 도급인의 안전조치 및 보건조치 규정 등을 개정하고, 의무 교육 규정을 신설할 필요가 있다고 보았다. 더불어 근로자의 정신건강 보호를 위한 새로운 체계적 장치를 설계할 필요가 있다고 판단하였다.

근로자의 정신건강 보호 방안과 관련하여 여러 선행 문헌들은, 물리적·사회심리적 환경을 개선하고 스트레스 제공원을 변화시키는 이른바 ‘1차 예방’을 강조하고 있어 본 논문에서도 이러한 접근법을 관철한 제도를 제안하였다. 이는 근로자가 과중 업무로 정신건강이 침해될 가능성이 있어 보이는 경우 산업보건과의 상담을 받도록 권고하고, 필요한 경우 산업보건과의 사용자에게 근로자의 상황을 알려 해당 근로자의 정신건강 보호를 위해 적절한 조치가 이루어지도록 하는 것을 내용으로 하는 제도(이른바 ‘경보체계’)이다. 위 제도에 의해 기록·수집·보관되는 정보들의 보안과 관리자의 중립성과



독립성, 비밀유지의무의 충실한 준수가 담보된다면, ‘정신적·인격적으로 침해 받지 않는 근로환경에서 근로할 권리’로서의 근로권 및 그로부터 구체화된 권리들을 실현할 수 있는 제도로 기능할 수 있을 것이다.

위 정보체계의 효과적인 시행을 위하여 산업보건의 제도의 재정비가 필요하다. 산업보건의 권한을 강화하는 방향으로 입법이 이루어져야 할 것이다. 그리고 근로자의 정신건강 침해요인을 평가할 의무를 산업보건의 직무로 추가함으로써 1차 예방 접근이 강화되도록 해야 할 것이고, 근로자의 정보와 관련된 비밀유지 의무도 필수적으로 요청된다. 나아가 정신건강 영역에서의 전문성 요건도 자격요건으로 추가해야 할 필요가 있다.

산업안전보건위원회와 근로자대표 제도의 재정비도 필요하다. 먼저 산업안전보건위원회의 심의·의결 사항에 관하여, 위원회 미설치 사업장의 경우에는 근로자대표의 의견청취(심의사항의 경우) 또는 동의(의결사항의 경우) 방식이 아닌, 근로자 과반수의 의견청취 또는 집단적 동의로 바꾸는 것이 필요할 것이다. 그리고 정보체계의 효과적 시행을 위해 필요한 사항들을 산업안전보건위원회 심의·의결사항으로 명시할 필요가 있고, 산업안전보건위원회 설치사업장의 기준을 합리적으로 조정해야 할 것이다.

근로기준법 내 규율 방법으로는, 먼저 직장 내 괴롭힘 규정을 보완하고 목적 규정을 개정할 것을 제안하였다. 그리고 사용자의 업무지시로 인하여 정신건강의 침해를 받게 된 근로자의 적지 않은 수가 그에 대한 대응으로 사직하는 방법을 선택하고 있는 현실에 착안하여, 근로자가 사용자의 과중 업무지시로 인해 고통받아 사직한 경우 이를 해고로 의제하여 부당해고 구제절차의 적용을 받도록 하는 법리를 도입할 것을 제안하였다. 이때 구제명령은 금전보상제를 원칙으로 하였다. 이에 사직서 제출이 부당해고로 인정되는 경우, 근로자는 원칙적으로 금전보상을 받게 된다. 이는 근로자에게 정신건강 침해 요인으로부터의 해방과 보상적 정의를 제공한다. 그리고 의제해고의 완화된 입증책임과 강화된 금전보상명령은 사용자로 하여금 스스로 위험요인으로서의 업무지시를 제어하도록 하는 기제로 작용함에 따라 근로자 정신건강 침해 방지 및 예방의 기능을 하게 된다.

의제해고 인정가능성을 높이기 위해 근로자의 증명책임을 완화하는 방법으로, ① 사용자가 근로자의 과중 업무 상황을 알 수 있었음에도 적절한 조치를 취하지 않았음을 보여주는 일련의 사실들을 근로자가 소명하면 사용자의 중대한 계약 위반 행위가 추정되어 의제해고로 인정되도록 하고(일응의 추정), ② 그 의제해고가 부당한 의제해고로 추정되도록 한 후(법률상 추정), ③ 사용자는 자신의 업무지시가 정당한 것이었음을 본증의 정도로 반증하여 업무지시의 부당성 추정을 깨야만 근로자의 사직서 제출이 부당한 의제해고 가 아니었다는 점이 인정되도록 하는 방법을 제안하였다.

본 논문이 갖는 함의는 다음과 같다. 먼저 기존의 연구들의 관점이 근로자 정신건강 보호, 관리를 통한 생산성 증대라는 비용·편익의 관점에 입각했었다면 본 논문은 보다 근로자의 관점에서 노동이 인간에게 갖는 의미와 노동의 인격적인 측면에 초점을 두었다. 그리고 정신질환이 발생하지 않도록 하는 데에 국한되지 않고 노동인격의 훼손 없이 노동을 함으로써 인격적 실현을 가능하게 한다는 의미로서의 정신건강 개념을 정립하고자 하였다.

또한 본 논문은 그동안 근로기준법에서 다루어졌던 과로 또는 장시간 근로의 문제를 산업안전보건의 영역에서 다루고자 하였다. 사용자의 업무지시를 업무상 재해의 위험이 될 수 있다고 보아 이 문제를 산업안전보건 체계 내에서 회복과 보상·배상의 관점보다 예방의 관점에서 접근하고자 하였다.

**주요어 : 번아웃증후군, 근로자 정신건강, 노동인격권, 사용자의 지시권, 과로 및 스트레스, 사용자의 안전배려의무(조치의무), 스트레스 검사 제도, 의제해고**

**학번 : 2014-31365**



# 대목차

국문초록

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 배경 .....	1
제2절 연구의 대상 .....	4
제3절 연구의 구성과 방법 .....	6
<b>제2장 근로자의 정신건강</b> .....	<b>9</b>
제1절 정신노동에서의 정신건강 .....	9
제2절 정신건강의 노동법적 의의 .....	28
제3절 노동법적 규율의 중요성과 법적 기초 .....	61
제4절 소결 .....	81
<b>제3장 근로자의 정신건강에 관한 노동법의 적용</b> .....	<b>84</b>
제1절 정신건강 침해 예방 및 구제에 관한 규율 .....	85
제2절 근로기준법상 ‘직장내 괴롭힘’의 적용 .....	96
제3절 산업안전보건법상 사업주 의무의 적용 .....	110
제4절 근로계약상 안전배려의무의 적용 .....	138
제5절 소결 .....	160
<b>제4장 법제도적 개선방안</b> .....	<b>165</b>
제1절 산업안전보건법 내 규율 .....	166
제2절 근로기준법 내 규율 .....	247
제3절 실효성 확보 방안 .....	281
제4절 소결 .....	296
<b>제5장 결론</b> .....	<b>302</b>
제1절 정리 .....	302
제2절 함의와 과제 .....	306
참고문헌 .....	310
Abstract .....	334



# 세부목차

국문초록

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 배경 .....	1
제2절 연구의 대상 .....	4
제3절 연구의 구성과 방법 .....	6
I. 연구의 구성 .....	6
II. 연구의 방법 .....	8
<b>제2장 근로자의 정신건강</b> .....	<b>9</b>
제1절 정신노동에서의 정신건강 .....	9
I. 근로자의 정신건강 문제 대두 .....	9
1. 업무상 위험과 정신건강 .....	9
2. 업무강도 강화의 위험 및 그 본질로서의 업무지시 .....	13
3. 과중 업무와 정신노동 .....	17
II. 노동법적 개념으로서의 정신노동 .....	22
1. 노동법에서의 ‘노동’ .....	22
가. 노동의 법적 의미 .....	22
나. 노동법의 물적 요소로서의 ‘종속노동’ .....	23
2. 노동법에서의 ‘정신노동’ .....	24
가. ‘정신’ - 부가가치를 창출하는 정신적 작용 .....	25
나. ‘노동’ - 정신적 작용의 방향 설정에 있어서의 타인결정성 ..	26
III. 검토 .....	27
제2절 정신건강의 노동법적 의의 .....	28
I. 정신건강의 의의 .....	28

II. 법적 개념으로서의 정신건강 .....	30
1. 법률과 판례에서의 용례 .....	30
가. 법률 .....	31
나. 판례 .....	32
2. ‘근로자 정신건강’의 법적 의미 .....	38
가. 정의 .....	38
나. 특징적 요소 .....	38
다. 각 요소들 간 관계와 근로자 정신건강의 요건 .....	41
라. 스트레스 .....	42
마. 검토 .....	52
3. 근로자에게 있어 ‘정신건강 침해’의 의미 .....	53
가. ‘정신건강 침해’의 의미 .....	53
나. 사용자의 업무지시와 근로자의 ‘정신건강 침해’ .....	56
다. 근로자의 ‘정신건강 침해’와 ‘정신건강장해 발생’의 구별 .....	58
III. 검토 .....	60
제3절 노동법적 규율의 중요성과 법적 기초 .....	61
I. 근로자 정신건강 문제에 관한 노동법적 규율의 중요성 .....	61
II. 법적 기초로서의 근로권 .....	65
1. 종래의 근로권 논의 .....	65
2. 근로권의 내용 .....	67
가. 헌법 제32조에서의 ‘근로’ .....	69
나. 헌법 제32조 제3항에서의 ‘인간의 존엄성을 보장하는 근로조건’ ..	70
3. 근로권에서 파생된 권리와 근로자 정신건강 .....	76
가. 연결차단권 .....	76
나. 근로자참여권 및 정보접근권 .....	77
다. 작업중지권 .....	78
라. 건강관리권 .....	79
4. 인간다운 생활을 할 권리와 정신건강 .....	80

제4절 소결 .....	81
--------------	----

**제3장 근로자의 정신건강에 관한 노동법의 적용 .....** 84

제1절 정신건강 침해 예방 및 구제에 관한 규율 .....	85
----------------------------------	----

I. 근로기준법 .....	85
----------------	----

1. 근로시간 관련 규정 .....	85
---------------------	----

2. 직장내 괴롭힘 규정 .....	86
---------------------	----

가. 요건 .....	86
-------------	----

나. 검토 및 한계 .....	88
------------------	----

II. 산업안전보건법 .....	90
-------------------	----

III. 민·형사적 구제 .....	91
---------------------	----

1. 민사적 구제 .....	91
-----------------	----

2. 형사적 구제 .....	94
-----------------	----

IV. 검토 .....	95
--------------	----

제2절 근로기준법상 ‘직장내 괴롭힘’의 적용 .....	96
--------------------------------	----

I. 서설 .....	96
-------------	----

II. 직장내 괴롭힘에 관한 적극적 해석 .....	98
------------------------------	----

1. 강학상 직장내 괴롭힘의 정의와 유형 .....	98
------------------------------	----

가. 국내 .....	98
-------------	----

나. 외국의 경우-프랑스 .....	101
---------------------	-----

2. 프랑스의 ‘제도적 괴롭힘’ 해석과 관련하여 .....	102
----------------------------------	-----

가. ‘괴롭힘’에 관한 프랑스 법원의 태도 .....	102
-------------------------------	-----

나. 제도적 괴롭힘의 예시 .....	104
----------------------	-----

3. 검토 및 시사점 .....	106
-------------------	-----

III. 정리 .....	108
---------------	-----

제3절 산업안전보건법상 사업주 의무의 적용 .....	110
-------------------------------	-----

I. 서설 .....	110
-------------	-----

II. 사업주의 조치의무 관련 규정의 해석 .....	111
-------------------------------	-----



1. 헌법과 산업안전보건법의 관계 .....	111
2. 산업안전보건법 제5조, 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조의 해석 .....	112
3. 고객응대근로자의 건강장해 예방조치 입법의 시사점 .....	114
4. 검토 .....	116
<b>III. 업무지시와 관련한 사용자의 의무 .....</b>	<b>117</b>
1. 기본적인 의무 .....	117
2. 의무 내용의 강화 .....	118
가. 의무 내용이 강화되는 상황 - 고객사의 존재와 거래조건 .....	118
나. 파생되는 추가적인 의무들 .....	118
<b>IV. 근로자 정신건강 보호조치 의무 주체의 확장 가능성 .....</b>	<b>121</b>
1. 고객사의 노동법적 의미 .....	121
가. ‘원청사업주’로서의 고객사 .....	121
나. 노동관계 내 위치 .....	122
다. 고객응대업무에서의 제3자(고객)와의 비교 .....	124
2. 근로자 정신건강 보호 의무주체로서의 원청사업주 인정 가능성 ..	126
가. 문제점 .....	126
나. 도급인의 의무 규정 및 개정 산업안전보건법에서 ‘도급’의 개념 .....	127
다. 보론-개정 산업안전보건법 제5조 제2항의 해석과 관련하여 ...	130
라. 검토 .....	132
3. 구체적인 조치의무의 도출 .....	133
가. 하청근로자의 과중 업무를 야기하는 무리한 조건 약정 금지 ..	133
나. 계약 내용의 일방적 변경 금지 .....	134
다. 합리적 기간 부여 .....	137
<b>V. 정리 .....</b>	<b>138</b>
<b>제4절 근로계약상 안전배려의무의 적용 .....</b>	<b>138</b>
<b>I. 서설 .....</b>	<b>138</b>

II. 안전배려의무와 산업안전보건법상 의무와의 관계 .....	139
1. 두 의무의 관계 일반론 .....	139
2. 산업안전보건법상 권리·의무의 계약 관계에서의 활용 가능성 ..	141
III. 안전배려의무의 법적 지위와 내용 .....	144
1. 안전배려의무의 법적 지위 .....	144
가. 학설 .....	144
나. 판례 .....	147
다. 검토 .....	147
2. 안전배려의무의 내용 .....	151
IV. 안전배려의무 위반의 효과로서 노무급부거절권 .....	154
1. 노무급부거절권 행사 근거 .....	154
2. 요건 .....	155
3. 실익 .....	157
V. 정리 .....	159
제5절 소결 .....	160

#### **제4장 법제도적 개선방안 .....** 165

제1절 산업안전보건법 내 규율 .....	166
I. 보호법의 및 권리·의무의 명시 .....	166
1. 목적 규정(제1조) .....	166
2. 사업주 등의 의무 규정(제5조) 및 그 하위법규 .....	168
가. 제5조 제1항 제2호 관련 .....	168
나. 제5조 제1항 제3호 관련 .....	171
3. 도급인의 안전조치 및 보건조치 규정(제63조) .....	173
4. 교육 규정의 신설 .....	173
II. 제도의 제안 .....	175
1. 서설 .....	175
가. 제안의 배경 .....	175

나. 제도 설계에서의 주안점 - 이른바 ‘1차 예방’ .....	176
다. 정신건강 침해의 원인 파악과 평가 방법 .....	180
라. 외국의 사례 .....	181
2. 제도의 제안 - 이른바 ‘경보체계’ .....	185
가. 개관 .....	185
나. 외국 제도와의 비교 .....	186
다. 제도의 허용 가능성 .....	188
라. 검토 .....	195
3. 경보체계의 구체적인 내용 고안 .....	195
가. 제도 작동 절차 .....	195
나. 도입 및 운용상 요건 .....	198
다. 면접지도 시간의 근로시간 해당성 .....	206
4. 운용 방안 .....	207
가. 운용 주체 .....	207
나. 판단 기준 .....	209
다. 소규모 사업장의 경우 제도 운용의 특수성 .....	215
<b>III. 기존 제도의 정비</b> .....	216
1. 산업보건의 .....	216
가. 현행 제도의 한계 .....	216
나. 입법적 개선방안 .....	221
2. 산업안전보건위원회와 근로자대표 .....	233
가. 개관 .....	233
나. 현행 제도의 한계 .....	235
다. 입법적 개선방안 .....	244
<b>IV. 정리</b> .....	246
제2절 근로기준법 내 규율 .....	247
I. 기존 규정의 개정 .....	247
1. 직장 내 괴롭힘 규정(제76조의 2) 및 하위법규 .....	247

2. 목적 규정(제1조) .....	249
<b>II. 의제해고 법리 제안</b> .....	250
1. 서설 .....	250
가. 논의의 배경 .....	250
나. 의제해고가 갖는 의미 .....	252
다. 기존 사직 관련 법리 적용에서의 한계 .....	253
라. 국내법에서의 도입 가능성 .....	256
마. 외국 제도의 검토 .....	257
2. 절차적 요건의 구상 .....	263
3. 실체적 요건의 구상 .....	264
가. 해고에의 해당성 요건 .....	264
나. 의제해고의 부당성 .....	269
다. 증명책임 .....	270
4. 효과 .....	273
가. 원칙 .....	273
나. 금전보상제 제안 배경 .....	274
다. 금전보상의 내용 .....	279
라. 예외 .....	280
<b>III. 정리</b> .....	281
<b>제3절 실효성 확보 방안</b> .....	281
<b>I. 서설</b> .....	281
<b>II. 공법적 수단</b> .....	283
1. 형사벌 또는 행정벌에 의한 실현 .....	283
가. 형벌과 행정질서벌 설정의 의미 .....	283
나. 산업안전보건기준에관한규칙상 건강장해 예방조치 이행 관련 ..	284
다. 경보체계 하에서의 의무이행 관련 .....	287
2. 행정기관에 의한 실현 .....	289
가. 산업안전보건감독관의 감독·조사와 행정지도 .....	289

나. 조치의무(안전배려의무) 위반기업 공표 .....	291
Ⅲ. 자주적 법 준수 촉진 도모 .....	292
1. 인센티브의 설정 .....	293
2. 패널티의 설정 .....	294
Ⅳ. 기타 .....	295
제4절 소결 .....	296
<b>제5장 결론 .....</b>	<b>302</b>
제1절 정리 .....	302
제2절 합의와 과제 .....	306
참고문헌 .....	310
Abstract .....	334

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 배경

노동사회와 환경이 변하면서 과거와 달리 다소 부정적으로 받아들여지는 용어들이 있다. 그 중에 하나는 바로 ‘워커홀릭(workaholic)’이라는 말이다. 워커홀릭이란 일(work)과 알콜중독자(alcoholic)의 합성어로 일중독자, 업무중독환자를 의미한다. 그동안 우리 사회는 은근히 워커홀릭을 지향하고 장시간 근로를 야기하는 분위기를 조장해 왔던 측면이 있다.

그런데 워커홀릭의 이면에는 이른바 ‘번아웃(탈진)증후군(burnout syndrome, 이하 ‘번아웃증후군’)이라는 그림자가 있다. 이는 직무스트레스 상황을 극복하려다가 잘 되지 않을 경우 우울, 불안, 긴장, 분노, 원망 등을 겪고 대인관계를 회피하며, 냉소적으로 변하여 업무에 몰입하지 못하고 무력감에 빠져 대처 노력을 포기하게 되는 상태를 가리킨다. 세계보건기구(World Health Organization, 이하 ‘WHO’)에서는 2019년 국제질병표준분류기준(International Classification of Disease) 개정안 ICD-11을 발표하면서 번아웃증후군에 관한 정의를 ICD-10에서보다 좀 더 세분화하였다.<sup>1)</sup> WHO에 의하면, 번아웃증후군은 “성공적으로 관리되지 못한 만성적인 사업장 스트레스의 결과로 야기되는 개념화된 증후군”이라고 정의되는 ‘직업 관련 증상’이다.

번아웃증후군은 ① 에너지 고갈 또는 탈진, ② 일에 대한 정신적 거리, 또는 자신의 일과 관련된 소극주의(negativism) 또는 냉소주의(synicism)적 감정의 증가, ③ 직업적 효용감의 감소를 주요 특징으로 한다.<sup>2)</sup> 이 외에도 번아웃증후군은 근로자로 하여금 의지를 잃게 하고, 성취감을 느끼지 못하게 하

---

1) WHO, Burn-out an “occupational phenomenon”: International Classification of Disease., 2019. 5. 28. [https://www.who.int/mental\\_health/evidence/burn-out/en/](https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/) 최종접속일: 2020. 5. 28.

2) Ibid.

며, 타인에 대한 공감 능력을 현저하게 떨어뜨린다. 또한 이 증후군은 우울증, 자기혐오, 직무거부, 수면장애 등을 유발하고 심하게는 자살의 위험까지 높인다. 이는 근로자가 인간답고 주체적인 삶을 영위하기 위해 반드시 갖춰야 할 기본 능력들을 근로 과정에서 훼손당하고 있음을 보여주는 징후다.

오늘날 번아웃증후군은 일상적으로 쓰일 정도로 고질적인 증상이 되었다. ‘더 격렬하게 아무것도 하고 싶지 않다’는 표현은 현대인에게 나타나는 회의감, 피로감, 의욕 저하 등 일련의 증세를 단적으로 보여준다. 소위 ‘훗김비용’, ‘탕진잼’ 등 냉소적인 신조어도 만성적인 스트레스나 우울감 등을 적절히 표현하거나 다스리지 못해 나타나는 근로자들의 왜곡된 소비행태를 보여준다.

노동을 통해 자아실현을 꿈꾼다거나 일에서 보람 또는 행복을 느끼고자 하는 시도는 순진한 생각으로 치부된다. 이러한 현상 속에서 근로자들이 노동을 통해 행복할 수는 없는지, 노동을 통해 자아실현을 하려는 것이 허구적 구호에 불과한 것일 수밖에 없는 것인지, 일과 삶의 균형(work-life balance)이라는 것은 본래 달성할 수 없는 이상적인 것인지, 과중한 노동으로 정신건강이 황폐화되는 것을 사전적으로 예방하는 방법은 없을지 등을 논의할 필요가 있다.

위와 같은 문제의식은 흔히 ‘근로자의 정신건강’이 화두가 되는 선상에서 등장할 수 있는 내용에 해당한다. 최근 근로자의 정신건강 문제가 논의되어 왔다. 국제적으로는 2019. 6. 21. ILO 100주년 총회에서 근로자의 정신건강 위해요소의 하나라고 할 수 있는 직장내 폭력 및 괴롭힘 등과 관련하여, ILO 제190호 ‘직장 내 폭력·괴롭힘 금지협약(Violence and Harassment Convention, 2019)’이 채택된 바 있다. 국내에서의 변화로는, 구 산업안전보건법(법률 제15588호로 2018. 4. 17. 일부 개정)에서 고객응대근로자에 대한 사용자의 건강장해 예방조치 규정이 제정된 것(제26조의 2)과, 근로기준법(법률 제16270호로 2019. 1. 15. 일부개정된 것)에 직장 내 괴롭힘 방지 관련 조항이 제정된 것을 들 수 있다(제76조의 2).

이러한 논의들은 주로 폭력, 괴롭힘, 차별, 성적 괴롭힘 등으로 불리는 문

제들을 중심으로 이루어졌다. 그런데 근로자의 정신건강 문제를 유발하는 요인은 비단 폭력, 폭언, 따돌림, 성적 괴롭힘 등의 문제에 국한되지 않는다. 앞서 언급한 것처럼 사용자의 업무지시도 그 행위 태양에 따라서는 번아웃 증후군을 야기하는 등 근로자의 정신건강을 해치는 요인이 될 수 있다.

예컨대 근로자의 일이 상시적으로 너무 많은 상황을 상정해볼 수 있다. 사용자가 근로자의 상황을 고려하지 않고 대중없이 일을 부여한다거나, 무조건 촉박하게 업무 마감기한을 잡는다거나 할 때가 그러하다. 사용자가 근로자의 역량과 근로자의 현재 상황, 업무의 난이도와 소요 시간 등을 충분히 고려하지 않고 업무를 부과한 경우, 업무에 대한 충분한 이해가 부족하여 예상 소요 시간이나 투입되어야 할 에너지와 노력에 대한 예측을 잘못된 상황에서 수행 기간을 긴축하여 일 처리를 독촉하는 경우, 근로자에게 무리한 업무라는 점을 알면서도 근로자에게 과도한 주인의식과 책임감을 요구하는 경우, 근로자는 고군분투하는 과정에서 불안, 스트레스를 느끼다가 번아웃증후군을 겪을 수 있다.

다음의 상황도 생각해볼 수 있다. 사용자가 무리한 조건으로(또는 상당히 불리한 조건으로) 일감을 수주하여 근로자들에게 작업 기간이나 계약금액, 또는 작업 인원 등에 비추어 볼 때 통상 요구되는 조건들을 현저히 벗어난 조건으로 수주한 업무를 완성하고자 하는 경우이다. 사용자가 스스로 이른바 ‘후려치기’를 하여 업무를 수주한 후, 이로 인한 열악한 계약 조건에 따른 부담을 근로자에게 전가하는 경우라 할 수 있다. 이는 사용자의 경영 전략(속도 경쟁력 또는 가격 경쟁력 전략)에 따른 것일 수도 있고, 사용자와의 거래 관계에서 우월적인 위치에 있는 상대방 사업주의 이른바 ‘갑질’에 의한 것일 수도 있다. 어느 경우이든 근로자로서는 사용자의 독촉에 의해 상시적으로 초과근로를 하게 될 가능성이 상당하다. 그런데 이러한 상시적인 초과근로가 근로자에 대한 적절한 보상(예를 들어 초과근로수당 등) 반드시 이어지지 않을 가능성이 높다(실제로 그런 경우들이 많이 나타나고 있으며, 이에 대해 ‘공짜근로’라는 자조적인 표현이 나오기도 하였다). 이 경우에도 근로자는 근로 의욕을 잃고 일이 싫어지게 되는 상황에 처할 수 있다.



위와 같은 상황들은 근로자가 일견 정상적으로 보일 수 있는 업무지시로도 정신적으로 고통을 느낄 수 있음을 보여준다. 사용자로부터 폭행이나 폭언을 당하는 것은 아니더라도, 업무를 마치는 데까지 필요한 시간에 비하여 허용된 시간이 너무 짧거나, 또는 주어진 기간 내에 최대한 많은 결과를 내야 하는 등 근로자 자신이 물리적으로 하기 벅찬 업무를 급하게 해내야 하는 경우 정신적 고통을 겪을 수 있는 것이다. 이러한 상황에서 사용자의 업무지시는 당연하게 받아들여져야만 하는 것일까? 이때 근로자는 현행 노동법제 내에서 어떠한 호소를 하고, 어떠한 보호를 받을 수 있는가?

본 연구는 이러한 물음에서 시작한다. 이에 본 연구가 사용자의 업무지시와 관련하여 야기될 수 있는 근로자의 정신건강 상의 문제를 다룬다고 말할 것이다. 여기에서 문제되는 업무지시는 구체적으로는 상시적으로 과도한 업무를 부과하는 업무지시, 근로자를 만성적으로 쥐어짜는 듯한 업무지시, 예정에 없던 추가 업무의 반복적 지시 등이라고 할 수 있다. 이러한 업무지시는 근로자의 업무강도를 강화시키고, 비록 보이지는 않을지라도 근로자들의 정신건강을 해치는 요인으로 작용한다. 이와 같이 사용자의 업무지시가 근로자의 업무강도를 심화시켜 정신건강을 침해하는 상황에서 근로자를 보호하기 위한 노동법적 규율 방안을 시론적 차원에서 논의하는 것이 본 연구의 목적이다.

## 제2절 연구의 대상

본 논문의 연구 대상은, 사용자의 업무지시와 관련하여 발생할 수 있는 근로자의 정신건강 문제이다. 정신적으로 건강한 것과 그렇지 않은 것 등의 개념은 본론에서 구체적으로 서술할 것이다. 여기에서 문제를 발생시킨다고 보는 업무지시는, 근로자에게 그의 통상적인 역량과 속도로는 달성하기 어렵지만, 무리를 하면 가까스로 달성할 수 있는 업무를 자주 부과하여, 결과적으로 근로자가 상시적으로 높은 강도로 근로하게 함으로써 노동력 사용의 효

용을 극대화하려는 업무지시 등이라고 할 수 있다.

근로자의 정신건강을 해칠 수 있는 다양한 요인 중에서 특히 사용자의 업무지시를 다루고자 하는 이유는, 그것이 근로계약에 따라 발생하는 사용자의 지시권 또는 노무지휘권의 행사로서 당연한 것처럼 인식되어왔던 측면이 커서 다른 요인들(예컨대 근로자의 정신건강 문제를 유발한다는 점이 비교적 명백한 폭행이나 폭언, 따돌림, 성적 괴롭힘 등)에 비해 상대적으로 주목을 받지 못했던 것으로 판단되기 때문이다. 그렇지만 업무지시가 근로자의 정신건강에 대해 갖는 영향력은 다른 요인들에 비하여 결코 뒤지지 않는다.

KBS 탐사보도팀에서 2015. 1. 7.부터 2015. 1. 23.까지 7개 업종 5,922명의 근로자를 대상으로(응답자 4,589명) 시행한 ‘직장 내 괴롭힘 실태조사’에 따르면, 근로자의 괴롭힘 피해를 유발하는 원인이 ‘주체할 수 없는 과도한 업무량(58.45%)’, ‘과도한 감시(48.5%)’, ‘자존감을 떨어뜨리는 능력 이하의 업무(44.1%)’, ‘불가능한 목표 강요(43.2%)’, ‘굴욕과 비웃음(41.5%)’ 순으로 나타났다.<sup>3)</sup> 이를 보더라도 과도한 업무량 지시, 불가능한 목표 강요 등의 모습으로 발현되는 사용자의 업무지시가 근로자들의 정신건강을 해치는 심각한 요인으로 작용하고 있음을 짐작할 수 있다.

이에 따라 본 연구에서는 과중 업무로 인한 번아웃증후군 등의 문제가 두드러지게 나타나는 일부 노동에 초점을 두어 논의를 전개한다. 과중 업무는 어떠한 경우에 잘 나타날 수 있을까? 그것을 억제할 만한 직·간접적 견제장치가 없는 경우에 그러할 것이다. 다음의 예를 먼저 보자.

돌봄 시터, 교대 근로, 감시 단속적 근로 등의 경우 정해진 종업시각이 지나면 귀가하고, 나머지 일은 그 다음 날에 하는 경우가 많다. 가사 추가근로를 하게 되는 경우, 시간이 추가되면 추가근로수당을 예상하는 것이 자연스럽다. 추가근로수당이 잘 지급되는지는 별론으로 하더라도 말이다. 이는 근로시간과 임금이 연계되어 있는 노동이다. 이때 업무지시를 하는 자는 추가

---

3) 뉴스핌, “‘시사기획 창’, 직장 내 괴롭힘 보고서 ‘인격 없는 일터’...과도한 업무량·과도한 감시 ‘심각’”(2015. 2. 17.) <http://www.newspim.com/news/view/20150217000071> 최종접속일: 2020. 7. 22.

적인 근로의 지시가 근로자에게 지급되어야 할 임금의 증가를 가져온다는 점을 인식하지 않을 수 없으므로, 임금과 근로시간의 연계는 상대적으로 과중 업무지시의 발생을 억제하는 간접적 기능을 어느 정도 갖는다.

그런데 그렇지 않은 경우가 있다. 예정된 근로시간을 초과하더라도 초과근로에 대한 수당의 발생을 예상하기 어려운 경우이다. 임금이 근로시간 외에 성과가 같이 고려되어 결정되거나, 또는 전적으로 성과에 따라 정해지는 노동이 여기에 가깝다.

보통 근로시간과 임금이 연계되어 있는 노동은 항상 그런 것은 아니지만 소위 ‘육체노동’이라고 불리는 노동에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 한편 근로시간과 임금이 연계되지 않는 노동의 모습은 소위 ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라(white-collar) 노동’이라고 불리는 영역에서 더 쉽게 발견된다. 물론 ‘육체노동’이라고 불리는 노동에서도 화물운송업에 종사하는 근로자, 택배기사 등에서 볼 수 있는 것처럼 임금과 근로시간의 연계가 약한 영역이 있고, ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라(white-collar) 노동’이라고 하여 시간급 임금이 지급되는 경우가 없는 것은 아니므로, 이를 가볍게 분류할 수 있는 것은 아니다.

다만 본 논문은 ‘임금과 근로시간이 연계되지 않는 노동’이면서 이른바 ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라 노동’이라 불리는 노동의 모습을 중심으로 논의하고자 한다.

## 제3절 연구의 구성과 방법

### I. 연구의 구성

제2장에서는 오늘날 근로자 정신건강에 위협이 되는 여러 요인 중 주목할 만한 요인으로 업무강도의 강화, 그리고 그 위협의 본질적인 원인이 되는 사용자의 업무지시에 대해 살펴보고, 과중 업무를 야기하는 업무지시가 주로 나타나는 노동의 모습을 살핀다. 이후 본 논문에서 지향하는 ‘근로자의 정신

건강'의 법적 의미를 밝히고, 이에 대한 노동법적 개입의 필요성과 보호의 법적 기초를 검토한다.

제3장에서는 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시와 관련하여 발생할 수 있는 근로자의 정신건강 관련 문제가 현행 실정법(산업안전보건법, 근로기준법)에서 어떻게 규율되고 있는지 검토한 후, 그 보호를 위해 현행법을 보다 적극적으로 해석하고자 시도하였다. 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시를 제한하고 근로자의 정신건강 보호를 위해 요청되는 사용자의 조치의무를 도출하고, 이러한 조치의무 주체를 확장할 수 있는 근거를 검토한다. 아울러 노동계약 내에서 사용자의 안전배려의무의 법적 성격에 관하여도 적극적인 해석을 시도하여, 근로자 정신건강 보호를 위한 안전배려의무 위반시의 효과로서 노무급부거절권의 활용가능성에 대해서도 검토한다.

제4장에서는 제3장에서 검토한 해석론을 바탕으로 하여 과중 업무로 발생할 수 있는 근로자의 정신건강 문제를 산업안전보건법과 근로기준법의 틀 내에서 규율하는 방안을 제안한다. 먼저 근로자 정신건강 보호를 위한 예방 방안 중 현행법 내에서 상대적으로 덜 강조되고 있는 이른바 '1차 예방'의 관점이 구현될 수 있는 방안으로서 근로자의 정신건강 위험 요인을 파악하고 선제적 조치를 취할 것을 내용으로 하는 제도(본 논문에서는 이를 '경보체계'라고 명명하였다)를 구축하는 방안을 검토하고, 이와 더불어 산업보건의 제도와 산업안전보건위원회 등 근로자 참여 기구의 대응 및 개선 방안을 검토한다.

그리고 정신건강의 침해를 받게 된 근로자의 상당수가 사직하는 방법을 선택하고 있는 현실에 착안하여 위와 같은 사직이 있는 경우 이를 부당해고로 다루어 금전보상을 받을 수 있도록 하는 법리의 도입 가능성을 검토하고, 이것이 근로자 정신건강의 예방 및 침해방지에 있어서 갖는 의미를 검토한다. 나아가 위 제안들의 실효성 확보 방안을 모색한다.

결론에서는 본 논의가 근로자의 정신건강을 바라보는 관점과 그 보호를 위한 접근방식에서 갖는 함의를 밝힌다. 더불어, 본 논의가 시론적 논의로서 갖는 여러 한계를 지적하며 후속 연구의 필요성을 제시한다.

## II. 연구의 방법

본 논문은 근로자들의 정신건강을 위협하는 위험 요인 중 하나인 ‘과중 업무’를 중심으로 근로자들의 건강을 보호, 유지할 수 있는 법적 근거와 그 노동법적 규율 방법을 모색하는 것이다.

먼저 근로자 정신건강 보호를 위한 노동법적 규율 필요성을 찾는 과정에서 법사회학적 방법론을 이용하였다. 사회의 변화가 사람들의 의식 변화를 가져오고, 그러한 의식의 변화가 어떠한 행위나 규범의 적법·타당성에 대한 판단에 영향을 미치므로, 근로자들의 정신건강 문제에 대한 노동법의 개입 가능성과 근거, 정도에 대한 규범적 판단을 위하여 필요한 경우 사회과학적 연구결과를 참조하고자 하였다.

그리고 근로자 정신건강 보호의 노동법적 근거를 찾는 과정에서 전통적 법학방법론이라 할 수 있는 법해석학적 방법론을 사용하였다. 근로자의 육체적 건강뿐 아니라 정신적 건강까지 보호해야 할 법적 근거를 찾는 과정에서 주로 근로권에 대한 해석론을 전개하였다.

또한 근로자 정신건강 보호의 방법으로서 새로운 제도나 법리를 도입하는 방안을 모색하는 과정에서는 필요한 경우 비교법학적 방법이나 학제적 접근 방법을 시도하였다. 국내에서 근로자의 정신건강 문제에 대해 실정법의 개입이 있었던 것은 그리 오래된 일이 아니기에, 법제도적 개선방안을 모색하는 과정에서 유사한 문제 의식을 갖고 선진적인 대응을 했던 국가들의 사례를 참조하였고, 정신건강의 의미를 밝히거나 그 보호 및 예방 방안의 방향성을 설정하는 과정에서 직업환경의학 영역에서의 논의를 참조하였다.

## 제2장 근로자의 정신건강

본 장에서는 ‘근로자<sup>4)</sup>의 정신건강’의 법적 의미를 밝히고, 이에 대한 노동법적 개입의 필요성과 보호의 법적 기초를 검토한다. 본 논문은 주로 변아웃 증후군과 관련한 근로자 정신건강 문제를 논의의 배경으로 하고 있고, 근로자의 정신건강을 침해할 수 있는 여러 요인 중 ‘업무강도 강화’라는 요인과 그 직접적인 원인으로 사용자의 업무지시에 초점을 두고 있다. 이에 업무강도 강화를 유발하는 사용자의 업무지시가 잘 포착되는 노동의 모습을 먼저 살핀 이후에 ‘근로자 정신건강’의 법적 의미와 노동법적 규율의 필요성, 보호의 법적 근거를 검토한다.

### 제1절 정신노동에서의 정신건강

#### I. 근로자의 정신건강 문제 대두

##### 1. 업무상 위험과 정신건강

노동의 현장에서 위험은 언제나 존재하지만 그 위험의 모습은 노동 현실

---

4) 본 논문에서 사용하는 ‘근로자’는 근로기준법의 보호를 받는 근로기준법상 근로자에만 국한된 의미는 아니며, 종속노동의 대가로 임금을 받는 노동자, 근로자성 판단을 쉽게 내리기 어려운 특수고용형태근로자를 포함한 노무제공자를 모두 포함한다. 사전적인 의미나, 역사적 의미나, 사회 현실적 측면에서도 ‘노동’ ‘노동자’가 적절한 용어이므로 ‘노동’ ‘노동자’를 헌법상 용어로 사용함이 마땅하다는 견해{김진수, “노동헌법 개정안 제안”, 『노동헌법을 논(論)함』자료집(2017. 9. 20.), 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017, 33면}에 동의하나, 다수의 현행법에서 ‘노동자’보다 ‘근로자’라는 표현을 더 많이 사용하고 있어 명백히 ‘노동자’로 번역되거나 ‘노동자’로 표현해야 하는 경우가 아닌 한, ‘근로자’라는 표현을 사용하기로 결정하였다.

의 변화에 따라 계속 변화하고 있다. 최근 우리의 노동 사회는 새로운 형태의 위험, 또는 과거에 존재했더라도 크게 문제되지 않았으나 더 이상은 그렇지 않은 위험을 마주하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 오늘날의 위험들은 다음에서 설명하는 것처럼 대부분 근로자의 정신건강 문제와 관련되어 있다.

EU 산업안전보건청(European Agency for Safety and Health at Work) 산하의 유럽 위험 관측국(European Risk Observatory)은 새로운 형태의 노동과 고용 계약, 고용불안정, 장시간 근로, 업무강도 강화(work intensification), 절약형 생산(lean production)과 아웃소싱 등을 노동력의 노령화, 직장에서의 높은 감정적 요구 등과 함께 주목되는 사회심리적 위험으로 진단한 바 있는데,<sup>6)</sup> 이러한 위험들은 다음에서 보는 것처럼 근로자의 정신건강을 위협한다.

업무강도 강화와 고용불안정은 스트레스의 발생에 직접적으로 연결되고,<sup>7)</sup> 이들은 번아웃증후군, 일로 야기된 긴장(job-induced tension), 우울증 등과 관계가 있다고 알려진다.<sup>8)</sup>

캐나다에서 2011-2013년 2년간 이루어진 연구에서도, 고용불안, 직장 밖에서의 관계 문제들(relationship problems outside of workplace), 일과 삶의 균형 결핍, 일에서 기인하는 심리학적인 요구, 직장에서의 갈등, 그리고 모욕적인 지휘·감독 등이 직장에서의 정신적 디스트레스, 우울증, 번아웃증후군 등에 기여한다고 밝힌 바 있다.<sup>9)</sup>

---

5) 말고자타 밀차레크·엠마뉴엘 브룬(Malgorzata Milczarek·Emmanuelle Brun), “EU에서 새롭게 제기되는 사회심리학적 위험”, 『국제노동브리프』, 2011년 1월호, 한국노동연구원, 2011, 3-22면.

6) Emmanuelle Brun·Malgorzata Milczarek, *Expert Forecast on Emerging Psychosocial Risks related to Occupational Safety and Health*, European Agency for Safety and Health at Work, Belgium, 2007, p. 23.

7) Ibid., p.12.

8) Ibid., p.8.

9) Geoffrey King·Mark James, “Key Findings of the Marchand-Durand Study on Mental Health in the Workplace”, The Standard Life Assurance Company of Canada, 2012.

[http://files.newswire.ca/268/SL-KeyFindings\\_EN.pdf](http://files.newswire.ca/268/SL-KeyFindings_EN.pdf) 최종접속일: 2020. 7. 11.; Melisa Pang, “Current Issues in Mental Health in Canada: Psychological Health and Safety in the Workplace(In Brief)”, 2013-78-E, Library of Parliament,

국내에서도 오늘날의 업무상 위험들과 근로자의 정신건강과의 상관관계를 보여주는 연구들이 있다. 예를 들어, ‘일-가족 갈등’과 ‘감정적 부담’이 스트레스, 우울, 불안에 중요한 영향을 준다는 점을 확인한 연구<sup>10)</sup>, 고용의 질과 우울 간에 부정적으로 유의미한 관계가 있음을 밝힌 연구<sup>11)</sup>, 구조조정의 일상화로 인한 직무불안정, 노동조건 악화, 고밀도의 노동강도에 시달리고 있는 증권업 종사자들의 상당수가 우울증상과 스트레스를 겪고 있음을 확인한 연구<sup>12)</sup>, 경찰청 112, 182, 117 센터 종사자를 대상으로 하여 감정부조화 및 손상, 조직의 감시 및 모니터링, 고객의 정신적·성적 폭력이 근로자들의 우울 및 불안 증상에 부정적인 영향을 미친다는 점을 확인한 연구<sup>13)</sup> 등이 있다.

근로자의 정신건강 보호에 관한 국제기구의 관심은 오래전부터 있었다.<sup>14)</sup> ILO는 1950년대에 WHO와 산업보건에 관한 공동위원회를 결성하여 산업안전보건에 관한 공동연구를 해왔는데,<sup>15)</sup> 건강에서의 사회심리적 요소 (psychosocial factors in health)에 관한 연구, 사회심리적 건강 상태 (psychosocial health status)에 관한 연구, 직장에서 발생하는 사회심리적 문제들을 예방, 경감, 제거하는 수단에 관한 검토 등에 대해서도 관심을 갖고 있었던 것으로 확인할 수 있다.<sup>16)</sup> ILO는 1950년 위 공동연구의 첫 번째 회

---

Ottawa, 2013, p.2.

- 10) 전경자·최은숙·박미진, “사무직 근로자의 사회심리적 업무환경과 자기효능감이 정신건강에 미치는 영향”, 『한국직업건강간호학회지』 제22권 제3호, 2013, 238면.
- 11) 유정원·송인한, “임금근로자의 고용의 질이 우울에 미치는 영향”, 『정신건강과 사회복지』 제44권 제1호, 한국정신건강사회복지학회, 2016.
- 12) 송윤희 외, “일부 증권 노동자의 우울증상과 스트레스 및 노동강도의 상관성”, 『대한직업환경의학회지』 제20권 제4호, 대한직업환경의학회, 2008.
- 13) 이경미·김인아·송재철, “경찰 112, 117, 182 센터 종사자의 감정노동 및 작업장 폭력과 우울, 불안 수준 관련성”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』, 대한직업환경의학회, 2016, 476면.
- 14) 이하의 내용은 신혜림, “정신건강 측면에서 본 산업안전보건 현황과 법적 과제”, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, 2019, 161-164면을 상당 부분 참조하였다.
- 15) ILO, *Safety and Health at the Heart of the Future of Work - Building on 100 Years of Experience*, International Labour Office, Geneva, 2019, p.13



의에서 이미, 근로자들이 그들 자신의 생리적(physiological) 및 정신적(psychological) 역량에 대응하는 일을 할 수 있도록 사업주가 업무를 배치하고 유지할 필요가 있다는 점을 강조했다.<sup>17)</sup>

그리고 ILO에서는, 1984년 ILO 총회에서 채택된 근로조건과 환경 영역에서의 미래 행동과 관련하여, “① 일은 안전하고 건강한 환경에서 행해져야 한다, ② 일의 조건은 근로자의 안녕(웰빙)과 존엄성에 부합해야 한다, ③ 일은 개인적인 성취, 자아실현, 사회에의 기여를 위한 실질적인 가능성을 제공해야 한다, ④ 근로조건과 환경의 개선은 근로자의 신체적 및 정신적 건강에 영향을 미치는 많은 요소들이 밀접하게 상호 관련되어 있는 지구적 이슈로 인식되어야 한다.”라는 점이 근본적인 원칙이 되어야 한다고 강조한 바 있다.<sup>18)</sup>

근로자의 정신건강 보호에 관하여 규범적 차원의 논의가 이루어진 것은 2003년 91차 ILO 총회에서부터 찾아볼 수 있다. 당시 ‘산업안전보건협약(155호) 중 개선되어야 하는 사항 또는 협약이 갖고 있는 빈틈(The Need for Revision and Possible Lacunae)’에 관한 논의에서, ‘정신적 건강과 스트레스’가 법이나 직업규약에서 규정되거나 개선되어야 하는 잠재적인 주제로 제안되었던 바 있다.<sup>19)</sup>

위 91차 총회에서는 “근로자의 안전과 건강, 심리적인 노력, 직장에서의 스트레스, 고용불안정, 상사 또는 동료들과의 관계, 생활 조건 등에 관한 사회심리적인 요소의 영향이 ILO 권고(Recommendation)에 고려되어야 한다”라는 주장이 개진되었다.<sup>20)</sup> 그리고 2006년에는 위 91차 총회에서 채택한 국

---

<sup>16)</sup> Joint ILO·WHO Committee on Occupational Health, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control*, Occupational Safety & Health series, No. 56, International Labour Office, Geneva, 1986, p.vi.

<sup>17)</sup> Ibid. p.vi.

<sup>18)</sup> Joint ILO·WHO Committee on Occupational Health(1986), *op.cit.*, p.69.

<sup>19)</sup> ILO, *ILO Standards-related Activities in the Area of Occupational Safety and Health: An In-depth Study for Discussion with a View to the Elaboration of a Plan of Action for such Activities*, Report IV of the International Labour Conference, 91<sup>st</sup> session, 2003, Geneva: International Labour Office, 2003, p.60.

제적 전략인 ‘산업안전보건 분야의 ILO 기준 관련 활동에 관한 결론’의 영향을 받아 제187호 산업안전보건증진체계 협약(Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006)이 채택되었다.<sup>21)</sup>

이후 2015년에 사회적 보호(노동보호)에 관해 반복되는 논의에 관한 결의안 {Resolution Concerning the Recurrent Discussion on Social Protection(Labour Protection)}’에서도 사회심리적 위험 및 폭력과 맞서야 할 필요성이 급박하고, 구체적인 조치들과 삼자 간의 약속이 필요하다고 확인한 바 있다.<sup>22)</sup> 그리고 이러한 논의들이 2019년에 채택된 ILO 제190호 ‘직장 내 폭력·괴롭힘 금지 협약(Violence and Harassment Convention, 2019)’의 바탕이 되었다.

## 2. 업무강도 강화의 위험 및 그 본질로서의 업무지시

본 논문에서는 아래의 이유들로 오늘날 근로자의 정신건강을 위협하는 여러 위험 중 하나인 업무강도 강화를 주목하고자 한다. 그 첫 번째 이유로는 강한 업무강도가 스트레스에 미치는 영향이 매우 크다는 점 때문이다. 유럽에서 2000년에 수행된 근로조건에 관한 연구에서는 여러 위험 중 아주 빠듯한 마감기한, 과중한 반복 업무(heavy repetition), 빠른 업무속도를 스트레스와 가장 강하게 연결되어 있는 위험으로 지적한 바 있다.<sup>23)</sup> 안전보건공단의 자료에서도 직무스트레스의 가장 큰 원인을 업무의 불균형이라고 이해하고 있는데,<sup>24)</sup> 이 업무의 불균형은 수행되어야 할 업무의 양과 수행하기 위해

---

20) Ibid., p.60.

21) “Recalling the Conclusions Concerning ILO standards-related activities in the area of occupational safety and health - a global strategy, adopted by the International Labour Conference at its 91st Session (2003)…”(187호 협약 전문)

22) ILO Resolution Concerning the Recurrent Discussion on Social Protection(Labour Protection), adopted on 12 June, 2015.

23) Véronique Daubas-Letourneux·Annie Thébaud-Mony, *Work Organisation and Health at Work in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2002, p.17.

24) 안전보건공단, 직무스트레스 관리 교육미디어 자료(2012-교육미디어-946), 2012, 2면.

필요한 시간 사이의 부조화를 의미한다는 점에서 위 유럽에서의 진단과 같은 맥락에 있다고 할 수 있다.

강한 업무 강도는 번아웃증후군과 밀접한 관련이 있다.<sup>25)</sup> 번아웃증후군은 성공적으로 관리되지 못한 만성적인 사업장 스트레스의 결과로 야기되는 개념화된 신드롬이다.<sup>26)</sup> 번아웃증후군은 에너지 고갈 또는 탈진, 일에 대한 거리감과 냉소적 감정 증가, 직업적 효용감의 감소를 주요 특징으로 한다.<sup>27)</sup> 번아웃증후군은 주변에 대한 근로자의 집중도를 떨어뜨리고, 근로자의 작업 역량 및 안전에 악영향을 끼치며,<sup>28)</sup> 극단적으로는 자살의 결과를 야기하기도 한다.<sup>29)</sup> 이러한 이유로 프랑스 대형유통업체 리들(Lidl)의 노동총동맹위원장인 크리스토프 폴리체티(Christophe Polichetti)는 번아웃증후군을 정신에 생기는 암(un cancer de l'esprit)으로 표현하기도 했다.<sup>30)</sup>

업무강도 강화의 문제를 주목하는 두 번째 이유는 많은 노동이 이러한 업무강도 강화 현상을 계속 심화시킬 수 있는 환경 속에 놓여 있다는 점 때문이다.

세계화와 그에 따른 무한경쟁에서 비롯된 비용 절감 전략은 업무강도를 강화시키는 데 큰 영향을 끼쳤다. 비용 절감 전략의 일환으로 사용자는 최소 비용 최대 효과라는 경제원칙에 따라 두 명분의 일을 한 사람에게, 일주일이 걸리는 일을 수일 안에 처리하도록 독촉할 유인을 더 강하게 갖게 되었기 때문이다. 이러한 전략은 근로자로 하여금 연장근로를 하게 하기도 하고, 줌

---

25) 번아웃증후군이 발생하는 이유로 다른 이유들도 있지만, 과중 업무가 중요한 원인 중 하나를 차지한다는 것은 익히 알려진 바이다.

26) WHO, Burn-out an “occupational phenomenon”: International Classification of Disease., 2019. 5. 28. [https://www.who.int/mental\\_health/evidence/burn-out/en/](https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/) 최종접속일: 2020. 5. 28.

27) Ibid.

28) 『2019 사고사망재해 이슈리포트(Global Trends on Safety and Health at Work)』, Vol. 132., 안전보건공단 국제협력센터, 55면.

29) 황재훈, “프랑스의 번아웃증후군 예방을 위한 시도”, 『국제노동브리프』 2018년 9월호, 한국노동연구원, 2018, 70면; 김기선, “산업안전보건의 현대적 과제”, 『노동법학』 제55호, 한국노동법학회, 2015, 16면.

30) 황재훈, 위의 글, 72면.

더 빠른 속도로, 또는 더 높은 밀도로 일하게 하여 ‘격무’에 시달리게 되도록 야기하였으며,<sup>31)</sup> 포괄임금제<sup>32)</sup>나 선택적·탄력적 근로시간제<sup>33)</sup>, 또는 재량 근로시간간주제<sup>34)</sup> 등으로 나타나는 근로시간 유연화 전략과도 연계되어 더욱 심화되었다. 더 나아가 기업 곳곳에 침투한 성과주의는 근로자에게 과도한 주인의식과 책임의식을 주입하고, 근로자의 근로 결과를 재계약 여부, 성과급 지급 여부 등을 위한 평가와 연동함으로써<sup>35)</sup> 근로자 스스로도 ‘비용 절감 전략에 따른 착취적 노동’을 자발적으로 내면화<sup>36)</sup> 하도록 만들었다.

- 
- 31) 김인아, “장시간 노동이 건강에 미치는 영향”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』(2010년 제45차 추계학술대회), 대한직업환경의학회, 2010, 5면.
- 32) 한국경제연구원에서 2017년 매출액 600대 기업을 대상으로 한 실태조사에 의하면, 총 195개 응답 기업 중 113개 사(57.9%)가 포괄임금제를 도입한 것으로 확인된다(한국경제연구원 보도자료, “포괄임금제 활용 기업 중 70.8% 포괄임금제 원칙적 금지에 반대”, 고용창출팀, (2019. 2. 12.)).
- 33) 유연한 근로시간 제도는 앞으로 더 증가할 가능성이 상당해 보인다. 2019년 초에 경제사회노동위원회가 2019년 2월말 근로시간 단축에 따라 발생할 수 있는 기업의 애로사항을 해소한다는 측면에서 탄력적 근로시간제의 단위 기간을 현행 최대 3개월에서 6개월로 늘리고, 1시간 연속휴식을 보장하기로 합의한 사실이 있기 때문이다(경제사회노동위원회, 탄력근로제 개선을 위한 경사노위 노사정 합의문(2019. 2. 19.)).
- 34) 재량근로제를 시행하는 경우 대상근로자의 일·주별 근로시간수가 매우 불규칙적이게 되고, 실근로시간수는 간주근로시간수보다 길어질 가능성이 높으며 이로 인해 근로자의 안전과 보건의 심각한 위험에 빠질 수 있다(강상태(2001), “현행 재량근로제의 내용과 문제점”, 『노동법연구』 제11호, 서울대학교 노동법연구회, 2001, 208면).
- 35) 박제성(2017), “디지털 노동관계와 노동법 - 반응하는 신체의 관할권 문제”, 『노동법연구』 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 376면.
- 36) 이탈리아 맑스주의 이론가이자 활동가인 프랑코 비포 베라르디는 성과주의가 만연화된 사회에서, 근로자는 소위 ‘노동의 자율성(autonomy of work)’ 또는 성과주의, 개인평가의 이름으로 자신에게 던져지는 무슨 일이든 불만 없이 대처해야 하는 상황에 있다고 진단하면서, 조직이 자율이라는 이름으로 종업원에게 재량의 여지를 주는 한편 책임감을 요구하면서 어떻게 근로자를 고통스럽게 하는지를 묘사한 바 있다. 베라르디는, “착취, 경쟁, 불안정성, 정리해고는 갈등적 사회관계의 효과로 인식되는 게 아니라 자아의 결함이자 개인의 하자로 내면화된다.....노동자들이 이러한 생산성의 협박으로부터 탈출구를 모색할 가능성은 오직 몰입하지 않고 외부자로 남아, 자신의 업무 및 노동조건과의 동일시를 거부하며, 책임의 윤리를 급진적으로 거부해야만 생겨날 수 있다”라고 지적하였다(프랑코 비포 베라르디(송섬별 번역), 『죽음의 스펙터클(Heroes: Mass Murder and Suicide)』, 반비, 2016, 205-210면).

또한 정보통신 기술의 발달도 일 처리 시간을 줄이고, 많은 부분들을 자동화한 반면, 다른 한편으로는 일하는 시간을 늘림으로써 이와 같이 업무강도를 강화시키는 추세에 일조하였다고 알려진다.<sup>37)</sup>

업무강도가 강하다는 것은 결국 근로자가 의도하지 않게 과중하게 일을 해야 하는 상황에 놓이게 된다는 것을 의미한다. 그런데 이는 본질적으로 사용자의 업무지시에서 비롯되는 것이다. 강한 업무강도가 근로자의 스트레스와 가장 강하게 연결된 위험으로 받아들여지고 있는 것도 그것이 사용자의 ‘업무지시’에서 직접적으로 비롯된다는 점과 무관하지 않다. 다른 위험 요인들도 근로자가 스스로 통제할 수 없는 사항이라는 점에 있어서는 공통적이지만, 사용자의 업무지시야말로 근로계약에 근거한 사용자의 지시권<sup>38)</sup> 행사가 구체적으로 발현되는 행위로서, 종속노동관계에서 가장 일상적이면서 빈번한 것이며 계속적으로 발생할 수밖에 없는 것이기 때문이다. 특별한 사정이 없는 한 근로자 입장에서는 노동관계의 본질적 부분에 자리잡고 있는 이 ‘업무지시’라는 것을 피할 수 없다는 사실이 그 어떤 요인보다도 근로자의 스트레스를 높이는 점으로 작용한다.

업무강도 강화의 위험은 하청노동관계에서는 더욱 심하게 나타난다. 기업간의 갑을관계에 근거하여 정해진 거래조건이 근로자의 근로조건으로 전가되어 거래 관계에서 열위에 있는 사업주의 근로자는 노동관계에 따른 종속성뿐만 아니라, 위와 같은 열악한 거래조건이 초래한 근로조건의 악화까지도 감수하게 되기 때문이다.

---

37) 이경희·김기선, 『스마트기기 사용이 근로자의 일과 삶에 미치는 영향』, 한국노동연구원, 2015, 4면; 황재훈, 앞의 글, 75면.

38) 근로계약 본래의 내용으로서 예정된 범위 내에서 근로의무를 결정·변경·규율하여 노동력을 적정하게 조직·배치하는 권리이다. 노무지휘권이라고도 한다(이승욱(2002), “독일의 변경해지제도”, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, 2002, 230면}. 이에 대해 지시감독권이라고 표현하는 견해도 있다(이희성, “작업장 내에서의 전자메일 및 CCTV의 감시와 근로자의 프라이버시 보호”, 『비교사법』 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003, 520면 이하).

### 3. 과중 업무와 정신노동

업무강도 강화의 위험은 다양한 모습의 노동에 내재하고 있지만, 그 중에서도 더 잘 현실화될 수 있는 노동의 모습을 찾아내는 것은 어렵지 않다. 그 경우는 보통 사용자가 업무강도를 높이더라도 경제적으로 큰 비용 부담이 없어 생산성 극대화를 도모할 유인이 있을 때라고 할 수 있다. 통상적으로 근로의 대가인 임금이 근로시간에 연동하여 계산된다는 점과 소정근로시간을 초과한 근로의 경우 추가된 근로에 대해 추가근로수당이 발생한다는 점에 비추어 생각해 보면, 사용자가 과중한 업무를 야기할 수 있는 업무지시를 할 수 있는, 그리고 그렇게 할 만한 유인을 갖는 경우는 임금과 근로시간이 연계되지 않는 영역이라고 할 수 있을 것이다.

오늘날 현대인이 겪고 있는 주요한 증상 중 하나인 번아웃증후군이 우려되는 노동의 모습은, 많은 경우 ‘임금과 근로시간이 연계되지 않는 노동’이면서 이른바 ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라 노동’이라 불리는 노동을 상정하고 있는 것으로 보인다. 아주 쉬운 예를 보면 번아웃증후군을 설명하는 많은 자료들이 사무직 근로자의 이미지를 보여주며 이해를 돕고 있으며, 번아웃증후군 하면 떠올리게 되는 여러 일련의 모습들(하던 업무를 집에 가져가서 계속하는 모습, 퇴근은 했지만 해결되지 않은 업무로 인해 계속 신경을 쓰는 모습, 정보통신기술의 발달로 시·공간의 제한 없이 업무에 관한 연락을 받고 업무에 연결되어 있는 모습 등)도 소위 사무직 노동을 상정하고 있다.

번아웃증후군 등을 비롯한 정신건강 문제와 관련한 논의를 함에 있어, 정신건강 문제가 비교적 잘 포착된다고 보이는 노동의 영역을 중심으로 논의하는 것이 불가능하지 않을 것이다. 이에 본 논문은 위에서 본 것과 같은 이유로 ‘육체노동이 아닌 노동’에서 나타나는 근로자의 정신건강의 문제를 다루고자 한다. 이는 ‘소위 육체노동 영역이 근로자의 정신건강 문제와 관련이 없다거나 그 영역에서의 근로자 정신건강 문제가 다른 영역에서의 그것보다 중요하지 않기 때문이거나’ 하는 판단에 기인하는 것은 아니다. ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라 노동’이라 불리는 사업 또는 사업장이 번아웃증후군 등의

정신건강 문제가 잘 포착되는 영역 중의 하나라는 사실에 근거하여 논의의 범위를 임의로 제한하는 것일 뿐이다.

본 논문은 위와 같은 노동을 ‘정신노동’이라고 표현하고자 한다. 그 이유는 정신노동이라는 표현이 법률상의 용어이기도 하고, 비록 명확하게 정의되어 있지는 않더라도 본 논문이 포착하고 있는 노동의 모습을 포섭·설명할 수 있으며, 후술하는 것처럼 ‘사무직 노동’, ‘화이트칼라 노동’ 등의 용어가 갖는 한계도 어느 정도 해소해주기 때문이다.

먼저 ‘사무직 노동’을 생각해보면, 우리 법에서 ‘사무직 노동’이라는 표현을 쓰는 법규로는 산업안전보건법 시행규칙을 들 수 있다. 근로자 건강진단에 관한 사업주의 의무를 규정하고 있는 위 규칙 제197조에서는 ‘사무직에 종사하는 근로자’를 “공장 또는 공사현장과 같은 구역에 있지 않은 사무실에서 서무·인사·경리·판매·설계 등의 사무업무에 종사하는 근로자를 말하며, 판매업무 등에 직접 종사하는 근로자는 제외한다”라고 규정하고 있다.

한편 현대 노동법의 아버지라 불리는 후고 진쯔하이머(Hugo Sinzheimer)의 분류에 의하면, 사무직 노동자(Angestellte)란 “관공리도, 도제도 아니고, 우수한 고급의 노동 또는 상업적·사무적인 노동을 급부하는 노동자”이다.<sup>39)</sup> 그리고 여기에는 상업사용인, 기술사무직 노동자, 사용자의 가게 내에서 고급 노동(가계처리, 자제의 교육 등)을 급부하는 가내사용인, 관리사무직노동자 등이 포함된다.<sup>40)</sup> 이에 비추어 보면 실정법상의 사무직 노동 개념보다 진쯔하이머의 ‘사무직 노동’ 개념이 넓은 개념으로 보인다.

그런데 일반적으로 통용되는 사무직 노동에는 임금과 근로시간이 연계된 노동과 그렇지 않은 노동이 함께 있다. 전자에 해당하는 사무직 노동의 경우, 2018. 7. 1.부터 사업장 규모별로 순차적인 근로시간 단축이 시행됨에 따라 일부 사업장에서는 PC 셧다운 등의 방법을 취하고 있는 등으로 대응하고 있어 어쩌면 본 논의의 필요성이 덜할 수 있다.

39) 후고 진쯔하이머(이원희 번역), 『노동법원리』, 관악사, 2004, 30-31면. 진쯔하이머는 근로자(노동자)를 생산직 및 사무직 노동자, 관공리, 도제 및 노동자 유사인으로 구분하였다.

40) 후고 진쯔하이머(이원희 번역), 위의 책, 30-31면.

그리고 사무직 노동 중에는 관리직과 같이 근로시간에 따른 급여가 아닌, 임원으로서의 지위를 맡는 것에 대한 책임으로 근로의 대가를 약정하는 노동도 존재하고, 사실상 업무의 완성 정도에 따른 보수를 받는 노동도 존재한다. 또한 임원의 경우는 근로시간 증가와 정신건강 악화와 상관계수가 크지 않을 수도 있다.<sup>41)</sup> 이러한 이유로 사무직 노동이라는 표현을 사용하는 것은 자칫 본 논문에서 포착하고 있는 노동의 모습을 전달하는 데에 혼란을 줄 수 있다.

‘화이트칼라 노동’이라는 용어도 비슷한 문제를 갖고 있다. ‘화이트칼라 노동’은 법령에서 사용되는 용어는 아니나 노동법학계에서 적잖이 사용되고 있다. ‘화이트칼라 노동’에는 대졸 사무직, 영업직, 판매직, 서비스직, 전문직, 관리직 등이 포함되는 것으로 해석되고 있다.<sup>42)</sup> 이러한 해석에 따르면 ‘화이트칼라 노동’은 ‘사무직 노동’과 유사하면서도, ‘사무직 노동’보다 넓은 개념으로 이해된다.

한편 미국이나 일본에서는 근로시간 규제의 적용제외 대상이 되는 일부 근로자 유형에 대해 시간이 아닌 성과로 임금이 평가되는 근무형태로서 이른바 ‘화이트칼라 이그젬션(White-collar Exemption)’ 제도를 도입한 바 있는데,<sup>43)</sup> 이 ‘화이트칼라 이그젬션’ 제도에서 근로시간 규제 면제 대상이 되는

41) 강북삼성병원 기업정신건강연구소가 2017년 수행한 ‘일과 삶의 균형’(Work and Life Balance) 관련 연구결과에 의하면, 주당근무시간과 정신건강 지표의 관계에서 직급에 따라 차이가 있다. 사원, 차장, 부장, 과장, 대리 등 모든 직급에 동일하게 근무시간 증가에 따라 우울, 불안, 번아웃, 스트레스 등 정신건강 지표가 나빠지는 것으로 나타났으나, 임원들의 경우 다른 노동자들보다도 보편적으로 주당 근무시간이 더 많았더라도 근무시간 차이에 따라 정신건강 지표가 영향을 받지 않았다(임세원, “[지금!괜찮으십니까]⑫ ‘칼퇴근’은 직장인에게 행복을 가져다줍니다”, 경향신문, 2017. 8. 22.

[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201708222122015&code=900303](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201708222122015&code=900303) 최종접속일: 2020. 5. 29.).

42) 배규식, “한국 장시간 노동체제의 지속요인”, 『경제와 사회』 통권 제95호, 비판사회학회, 2012, 156면. 구은희, “화이트칼라 노동시간의 특성 연구 - H 자동차 실태조사를 중심으로”, 『노동연구』 제29집, 고려대학교 노동문제연구소, 2015, 179면에서는 화이트칼라를 “일반적으로 사무실 또는 사업장에서 사람이나 정보에 개재된 일을 하는 비육체적 직종에 종사하는 사람”이라고 정리하였다.

43) 신은중, “화이트칼라 근로자의 근로시간 관리규범에 대한 새로운 모색-미국



‘화이트칼라’는 고위관리직·행정직·전문직·컴퓨터 관련 종사자 또는 감독직 근로자의 업무 중 일정 소득을 넘는 근로자<sup>44)</sup>를 의미한다는 점에서 통상의 ‘화이트칼라’ 노동보다는 좁은 의미로 해석된다.

이러한 용례에 비추어 볼 때, ‘화이트칼라 노동’은 ‘화이트칼라 이그제션’에서의 화이트칼라와 혼동될 우려가 있고, ‘사무직 노동’의 경우와 마찬가지로 그 표현만으로는 종속성이 높은 근로자와 종속성이 낮은(또는 종속성이 없어서 오히려 사용자 측에 가까운) 관리직 종사자 등 사이의 구별을 어렵게 한다.

근로기준법 제58조 제3항에 따라 ‘재량간주근로시간제의 대상이 될 수 있는 업무’(이하 ‘재량근로 대상 업무’)도 생각해 볼 수 있다. 근로기준법은 업무의 성질에 비추어 업무 수행 방법을 근로자의 재량에 위임할 필요가 있는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무의 경우, 사용자가 근로자대표와 서면 합의로 정한 시간을 근로한 시간으로 보는 재량간주근로시간제를 규정하고 있다. 재량근로 대상 업무에 종사하는 자가 위 재량간주근로시간제상의 요건(근로자대표와의 서면합의)을 갖추었을 때 하는 노동을 ‘재량근로<sup>45)</sup>’라고 할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup> 그런데 재량근로 대상 업무를 살펴보았을 때,<sup>47)</sup> ‘사무직

---

White-Collar Exemption 제도를 중심으로.”, 『산업관계연구』 제21권 제1호, 한국고용노사관계학회, 2011, 118면.

44) 우광호, “화이트칼라 근로시간제도 설계를 위한 실증분석-화이트칼라 이그제션과 기간제법 예외조항 준용”, 『산업관계연구』 제25권 제1호, 한국고용노사관계학회, 2015, 79면.

45) 근로기준법에서는 근로와 노동을 구별 없이 같은 개념으로 사용하고 있다. 그런데 “근로”는 부지런히 일한다는 의미로서 그 이면에 가치가 내포되어 있는 용어인 반면, “노동”은 사람이 생활에 필요한 물자를 얻기 위하여 육체적 노력이나 정신적 노력을 들이는 행위라는 의미의 가치중립적인 용어이므로 법률에서는 되도록 보편적·가치중립적인 용어인 “노동”으로 통일하여 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 실제로 이러한 용례에 관하여 상당한 비판이 있었고, 이러한 취지로 법안개정 발의 시도가 있기도 하였다. 한편 ‘재량근로’의 경우 현행법상 표현이기 때문에 다른 비교개념들에서 ‘노동’이라고 표현한 것과는 달리, 여기에서는 재량노동이라 하지 않고 법적 용어 그대로 ‘재량근로’라고 표현하기로 한다.

46) 그러므로 재량간주근로시간제를 적용할 수 있는 업무에 속한다고 하여 곧바로 재량근로가 되는 것이 아니다. 위 제도는 실근로시간과 무관하게 일정시간을 약

노동'이나 '화이트칼라 노동'과 겹치는 '재량근로'는 좀 더 전문성이 요구되는 노동으로 보이며, 이러한 점에서 본 논문이 포착하는 현상을 모두 담지 못할 우려가 있다.

그런데 근로기준법에서는 “근로란 정신노동과 육체노동을 말한다”라고 정의하고 있다(제2조 제3호). 물론 위 법에서는 위 규정 외에 따로 정신노동의 개념을 정의하고 있지는 않다.<sup>48)</sup> 그렇지만 정신노동이 근로기준법상의 노동 개념이라면 종속노동을 의미할 것이라는 점과 근로기준법의 적용대상에서 임원은 배제된다는 점은 분명하다. 그렇다면, 위 용어는 앞서 '화이트칼라 노동'이나 '사무직 노동'에 포함될 수 있었던 임원, 관리직, 또는 기타 정신 건강 악화와 큰 관련이 없을 수 있는 자들을 배제할 수 있게 되어 혼란을 줄일 수 있다.

그리고 사무직 노동, 화이트칼라 노동, 재량근로 등은 특정 직종이나 직무 유형을 나타내는 표현이라는 인상이 강했다. 그런데 “근로란 정신노동과 육

---

정한대로 근로한 것으로 간주하겠다는 것이므로 근로자대표와의 서면합의를 통해 간주근로시간제 적용을 받기로 하였을 경우에 해당 업무를 하는 노동이 재량근로가 되는 것이다.

47) ① 신상품 또는 신기술의 연구개발이나 인문사회과학 또는 자연과학분야의 연구 업무, ② 정보처리시스템의 설계 또는 분석 업무, ③ 신문, 방송 또는 출판 사업에서의 기사의 취재, 편성 또는 편집 업무, ④ 의복·실내장식·공업제품·광고 등의 디자인 또는 고안 업무, ⑤ 방송 프로그램·영화 등의 제작 사업에서의 프로듀서나 감독 업무(이상 시행령 제31조), ⑥ 회계·법률사건·납세·법무·노무 관리·특허·감정평가·금융투자분석·투자자산운용 등의 사무에 있어 타인의 위임·위촉을 받아 상담·조언·감정 또는 대행을 하는 업무(고용노동부 고시)이다. 각 해당 업무들의 구체적인 예시들에 대해서는 고용노동부, “재량간주근로시간제 운영가이드”(2019. 7. 31.), 4-5면 참조.

48) 심지어 일반적인 의미도 통일되어 있지 않다. 사전적 정의는 “주로 두뇌를 쓰는 노동”이다(표준국어대사전 <https://stdict.korean.go.kr> 최종접속일: 2020. 7. 27.). 그런데 한 철학사전에서는 정신노동의 예시로 ‘학자, 예술가, 승려, 교사, 의사, 변호사, 그 외에 여러가지 기술에 관계하는 기술자 등’을 들고 있기도 하고(철학사전편찬위원회 외 30인, 『철학사전』, 중원문화, 2009. <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=388632&cid=41978&categoryId=41985> 최종접속일: 2020. 7. 27.), 다른 사전에서는 ‘정신적인 투입을 요구하는 것으로 노동내용과 정신적인 일체화, 나아가 창조력을 필요로 하는 노동’이라고 정의하고 있기도 하다(농촌진흥청, 농업용어사전. <http://www.rda.go.kr/main/mainPage.do> 최종접속일: 2020. 1. 12.).

체노동을 말한다”라는 위 조항은, 근로자의 노동력과 인격이 불가분이라는 점에 비추어 볼 때 어느 노동이든지 정도의 차이가 있을 뿐 육체적 작용과 정신적 작용이 결합되어 있다는 점을 나타내는 것으로 이해할 수 있다. 직업 또는 직무를 정신노동과 육체노동으로 유형화한 것으로 보기보다는 직종 또는 직무를 불문하고 현상을 나타내는 표현으로서 ‘정신노동’이라는 표현을 사용한 것이라고 해석하는 것이 가능할 것이다.<sup>49)</sup>

그리고 본 논문에서 노동법적 개념으로서의 정신노동을 다음과 같이 구체화할 수 있다.

## II. 노동법적 개념으로서의 정신노동

### 1. 노동법에서의 ‘노동’

#### 가. 노동의 법적 의미

‘정신노동’의 개념을 구체화하기 위해서는 ‘노동’의 개념을 먼저 재확인하

---

49) 물론 판례에서 육체노동과 정신노동을 위와 같이 해석한 것이라고 보기는 어려운 측면이 있다(판례뿐 아니라 일상적인 용례 또한 그러하다). 어떤 때에는 육체노동과 정신노동을 유형적 분류처럼 이해한 경우도 있는 것으로 보이고, 어떤 때에는 현상 또는 특성으로 이해한 경우도 있는 것으로 보이기 때문이다. 전자의 예로는 화물탁송 대행업을 하는 회사 전무의 업무를 정신노동이라 보았던 사안(대법원 1973. 8. 31. 선고 73다908 판결), 대표이사나 고문으로서의 업무를 정신노동으로 보았던 사안(대법원 1984. 4. 10. 선고 83다카614 판결), 농업연구사의 업무를 정신노동이라 보았던 사안(서울고등법원 1995. 7. 11. 선고 94구15051 판결) 등이 있었다. 반면에 후자의 관점이 보이는 예로는, 하급심 판례 중 농사를 ‘육체적·정신적 노동이 필요한 일’이라고 본 사안(제주지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014구합520 판결), 한국전기통신공사의 교환직의 경우 ‘정신노동과 육체노동이 복합된 일’이라고 보았던 사안(서울고등법원 1994. 9. 29. 선고 93구25563 판결) 등을 들 수 있다. 그렇지만 이미 언급하였듯이 노동을 제공하는 인간의 육체적 작용과 정신적 작용의 불가분성을 생각하면, 특정 직업 또는 직무의 유형을 범주화하는 표현처럼 사용되었던 기존의 용례는 다소 부적절하다고 할 것이고 육체노동과 정신노동을 노동에서의 특징적 현상을 표현하는 용어로 이해하고 사용하는 것이 타당하다고 생각한다.

는 것이 필요하다. 일찍이 휴고 진쯔하이머는 법적 의미로서의 노동을 “타인의 욕구를 만족시키는 인간의 목적 의식적 활동”이라고 한 바 있다.<sup>50)</sup> 노동은 그것이 단순히 타인의 목적을 위한 수단이라는 것에 그치지 않고 인간 생활의 인격적 기초를 이룬다는 점에서 개인적 기능을 갖는다.<sup>51)</sup>

또한 노동은 그 행위가 근로자에게만 귀속되는 것이 아니라 그 근로자가 속해 있는 사회 속에서 상호작용을 한다는 점에서 사회적 행위이기도 하다.<sup>52)</sup> 이러한 노동은 “인간의 자기 자신에 대한 처분을 통해 나타나는데,”<sup>53)</sup> 그 처분권은 법적으로 근로자 자신에게 귀속될 수도 있고, 타인에게 귀속될 수도 있다. 후자의 경우는 타인의 처분권 하에 있는 노동으로서 종속노동으로 이해되는데, 이 종속노동이 노동법의 물적 요소가 된다.<sup>54)</sup>

#### 나. 노동법의 물적 요소로서의 ‘종속노동’

종속노동은 노동에 대한 처분권이 타인, 곧 사용자에게 귀속된 노동이다. 여기에서 처분권이라는 것은 사용자가 근로자에게 노동 위에서 행사하는 권력이다.<sup>55)</sup> 진쯔하이머는 처분권을 ‘노동 위에서만 근거하는 자유인에 대한 타인의 권력’이라고 설명한다.<sup>56)</sup> 근로자는 노동관계에서만 종속적인 지위에 있는 자이고, 노동관계가 아닌 다른 외부적 관계에서는 자유인이다. 이런 점에서 사용자의 처분권은 자유인에 대한 권력이 된다.<sup>57)</sup>

진쯔하이머는 근로자가 종속노동 관계에 놓이게 되는 것을 다음과 같이 설명한다. 우선 생산수단은 노동대상과 노동수단으로 이루어진다. 사용자는 노동대상으로서의 생산수단을 소유한 자로서, 그것을 이용하여 자기의 가치

---

50) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 앞의 책, 5면.

51) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 6면.

52) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 6-7면.

53) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 8면.

54) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 5면, 8면.

55) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 8-18면.

56) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 15-18면.

57) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 15면.

를 실현하고자 한다.<sup>58)</sup> 한편 근로자는 노동으로 생활을 하려는 자로서 그렇게 할 수 있기 위해서는 노동 대상으로서의 생산수단이 필요하다.

그런데 근로자는 노동대상으로서의 생산수단을 갖고 있지 않으므로 그 노동대상의 소유권자인 사용자에게 의존하지 않을 수 없다. 그렇기에 사용자는 그 노동대상을 갖고 자기의 가치를 실현하기 위하여 노동력을 자기 주변으로 끌어들이게 되고, 근로자는 사용자가 가진 노동대상을 이용하여 노동을 한다. 여기에서의 노동은 임금을 제공받기 위한 노동인바, 이를 위해 근로자는 자유인으로서의 상태를 포기하고 종속적인 상태에 놓이는 계약을 체결하게 된다. 그리고 사용자가 자기의 가치 실현을 위해서 자신의 처분 하에 놓이게 된 근로자의 노동력을 지배·관리하게 되면서 종속노동이 이루어지게 되는 것이다.

진쯔하이머는 소유권자의 소유물에는 물건만이 아니라 생산수단도 포함되어 있으며,<sup>59)</sup> 소유권 안에는 물권으로서의 소유권뿐만 아니라 사람에게 대한 권력도 포함되어 있다고 보았다.<sup>60)</sup> 이러한 이유로 그는 근로자가 종속노동 관계에 놓이게 되는 것이 생산수단의 ‘소유권’에서 비롯되는 것이라고 하였다.<sup>61)</sup>

이러한 종속노동이 나타나는 형태는 다양하다. 유형적인 것 또는 무형적인 것을 만들어내는 것일 수도, 없애는 것일 수도, 유지·관리 또는 보수하는 것일 수도 있다. 그러한 과정에서 의미 있는 가치를 창출한다.

## 2. 노동법에서의 ‘정신노동’

노동법에서의 정신노동 개념은 다음과 같이 정의할 수 있을 것이다. ① 노동의 소득 목적성, ② 부가가치를 창출하는 정신적 작용, ③ 정신적 작용의

58) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 22면.

59) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 19면-20면.

60) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 23면; 이원희, “진쯔하이머의 노동법론과 그 업적”, 『노동법연구』 제5호, 서울대학교 노동법연구회, 1996, 255면.

61) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 위의 책, 19면 이하.

방향 설정에 있어서의 타인결정성이다. 헌법과 노동법에서 논의하는 노동은 생계를 목적으로 하는 활동이므로(근로기준법 제2조 제1항 제4호, 제5호), 그러한 노동의 한 모습인 정신노동 또한 소득목적성을 가진다는 점에 대해서는 더 추가적인 설명이 필요하지 않을 것이다. 중요한 개념요소는 ②와 ③이다.

#### 가. ‘정신’ - 부가가치를 창출하는 정신적 작용

근로자는 노동을 제공함으로써 생활을 영위한다. 정신노동에서 근로자가 제공하는 노동력은 자신이 갖는 지식, 정보, 사고력, 응용력 등을 이용한 활동이다. 그런데 부가가치를 창출하려면 유형적 외관이 존재해야 한다. 그렇기에 정신노동은 그 정신적 작용의 산출물(output)의 존재를 전제로 한다. 육체적 작용에 해당하는 제작, 생산 등의 공정을 통해 유형의 생산물(재화, product)이나 서비스(용역, service)를 창출해 내는 것처럼, 정신노동 또한 그 정신적 작용의 결과로서 유·무형적 산출물이 존재한다. 이는 물리적 형태를 가진 물건일 수도 있고, 어떠한 기술일 수도 있고, 언어적<sup>62)</sup> 또는 비언어적 형태의 표현물일 수도 있다. 이렇게 산출물이 있어야 하는 것은 근로자의 어떠한 정신적 작용이 혼자만의 궁리, 고민, 생각에 그치고 외부로 발현되지 않을 경우 정신적 작용의 결과가 상대방(사용자)에게 제공될 수 없기 때문이다. 법적 의미의 노동이 타인의 욕구를 만족시키는 목적 의식적 활동이라는 점<sup>63)</sup>을 생각하면 근로자의 정신노동은 정신적 작용의 결과가 외부에서 인지할 수 있게 표출되어야 한다.

한편 이러한 정신적 작용에서 사용되는 근로자의 지식, 정보, 사고력, 응용력 등이 반드시 고도의 수준이어야 한다고 할 수는 없을 것이다. 앞서 보았던 교환직에 관한 사안에서 법원은 교환직 업무의 정신노동으로서의 성격과 육체노동의 성격을 인정하면서 동시에, “그 업무 내용은 정신노동과 육체노

62) 예를 들어 교사나 교수의 강의, 회사원의 기안서나 보고서 등.

63) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 앞의 책, 5면.

동이 복합된 단순한 기능직종에 속하는 것으로서 보통인 정도의 지능이나 판단력 그리고 건강 및 체력을 갖추면 그 업무를 수행하기에 충분하고 달리 특별한 지식이나 강인한 체력을 요하는 것은 아니라고 보여지며.....”라고 하였는데,<sup>64)</sup> 이러한 판례를 보면, 법원에서 정신노동을 반드시 높은 수준의 지능이나 판단력, 또는 특별한 지식을 요하는 노동이라고 본 것은 아니었음을 알 수 있다.

#### 나. ‘노동’ - 정신적 작용의 방향 설정에 있어서의 타인결정성

노동법에서 다루는 정신노동은 정신적 활동 영역에서 이루어지는 ‘노동법적 개념의 노동’일 것이므로, 본질적으로 종속노동으로서의 성질을 당연히 갖고 있다. 여기에서 사용자의 처분권이 작동하는 방식은 어떻게 되는가? 사용자는 근로자의 정신적 작용을 구체적으로 지휘할 수는 없지만, 근로자의 정신적 작용이 무엇을 해결하기 위함인지, 무엇을 만들어내고자 하기 위함인지를 결정한다. 근로자의 정신적 작용은 자율적이라고 하더라도 그 산출물은 타인(사용자)의 욕구를 충족해야 하기 때문에 산출물의 방향, 의미, 목적 설정, 구현 방향이 사용자에 의해 통제되게 된다. 여기에서 종속성이 작동한다.

그리고 이러한 정신적 작용의 방향 설정에서의 종속성은 심리적인 부하를 높이는 방향으로 작용하게 된다. 대법원 판결은 아니지만, 서울고등법원 1995. 7. 11. 선고 94구15051 판결에서 두뇌 및 신경계에 부과되는 부하의 정도에 있어서의 정신노동의 특성을 다음과 같이 언급한 바 있다.

정신노동에 종사하는 사람은 일반적으로 육체노동에 종사하는 사람에 비하여 두뇌 및 신경계에 과부하가 주어져 뇌혈류 및 뇌대사가 증가하고 뇌 신경 및 자율신경계에도 긴장 상태를 유발하며, 이때 과도나 지속적인 스트레스를 받게 되면 뇌 및 신경에 적절한 휴식과 영양공급이 결여되게 되어 결과적으로 뇌혈액순환장애, 신경기능의 불균형 및 자율신경계에 이상

64) 서울고등법원 1994. 9. 29. 선고 93구25563 판결.

이 발생한다. 이러한 신체상의 이상은 임상적으로 고혈압, 뇌졸중, 긴장성 두통, 소화불량, 스트레스성 정신기능장애 등의 질병으로 나타날 수 있으며, 만성적인 경우 면역기능의 장애 및 외부환경에 대한 적응력 저하 등을 동반할 수 있다(밑줄은 필자).<sup>65)</sup>

위 판례는 엄밀하게 정신건강의 문제를 직접적으로 다룬 사안도, 또는 정신건강과 관련하여 보다 더 특별한 의미를 갖는 노동의 모습을 보여준 사안도 아니다.<sup>66)</sup> 다만, 위 판례에서 최소한 정신노동이라는 것을 ‘두뇌 및 신경계에 과부하를 주고, 뇌신경 및 자율신경계에도 긴장 상태를 유발하는 노동’이라고 보았다는 점은 확인할 수 있다. 상시적으로 과도한 업무를 부과하는 업무지시, 근로자를 만성적으로 쥐어짜는 듯한 업무지시, 예정에 없던 추가 업무의 반복적 지시 등이 근로자를 정신적으로 고통스럽게 하는 이유가 물리적 처리량이 많아진 데에 대한 육체적 부담뿐만 아니라 업무량을 요구된 방향과 내용대로 정해진 기간 내에 감당하고 산출물을 내야 한다는 압박에서 비롯된다는 점에 비추어 보면, 이러한 긴장 상태는 정신적 작용에서의 중속성이 작용한 결과라 할 수 있다.

### III. 검토

살펴본 바와 같이 오늘날 업무상 위험의 많은 요인들이 정신건강과 관련되어 있으며, 이 중 업무강도 강화의 위험은 스트레스에 미치는 영향이 매우 크다는 점과 오늘날 노동 환경이 이러한 위험을 심화시키는 상황에 있다는 점에서 보다 더 주목할 만하다. 업무강도 강화의 위험은 근로자에게 양 또는 질적으로 과중한 업무가 부여되는 노동에서 나타나고, 본질적으로 사용자의

---

65) 당해 사건에서는 소송 중 육체노동과 정신노동의 차이에 관한 사실조사가 있었는데, 해당 재판부는 그에 대한 촉탁기관의 회보 결과를 인정사실로서 받아들였다(서울고등법원 1995. 7. 11. 선고 94구15051 판결).

66) 뇌연수마비로 사망한 농업연구사 사안이었는데, ‘망인의 과로 및 업무관련 스트레스 누적→ ‘뇌대사의 과도한 증가, 면역기능 및 저항력의 감소, 적응력의 저하 → 뇌연수마비의 발병’을 인정하여 업무상 재해를 인정한 사안이었다.



업무지시에서 기인한다.

이러한 현상이 잘 나타나는 영역 중의 하나로 임금과 근로시간이 연계되지 않는 노동 중 정신노동을 들 수 있다. 정신노동은 부가가치를 창출하는 정신적 작용이면서, 그 정신적 작용의 방향 설정에 있어서의 타인결정성이 작동하는 활동이라고 구체화할 수 있다.

한편 위와 같이 정신노동에서 주로 나타날 수 있는 위험에 대한 대응 및 법적 보호 방안을 모색하기에 앞서, 그 전제로서 ‘정신건강’의 법적 개념을 살펴볼 필요가 있다.

## 제2절 정신건강의 노동법적 의의

### I. 정신건강의 의의

정신건강의 개념에 관해서는 다양한 정의가 있다. 과거 의학계에서 정신건강(mental health)을 ‘정신질환(mental illness)<sup>67)</sup>의 반대’ 의미로 이해했던 것과는 달리,<sup>68)</sup> 현재는 ‘정신건강이 단지 정신질환의 부재를 의미하지는 않는다’는 개념이 지지를 받고 있는 것으로 보인다.<sup>69)</sup>

---

67) 참고로 최근에는 ‘정신질환’이라는 표현보다 정신지체(mental retardation), 정신질환(mental illness)을 포함한 개념으로 정신장애(mental disorder)라는 개념이 더 많이 사용되고 있다 {신권철(2010), “정신질환자 개념의 규범적 고찰”, 『법조』 제59권 5호, 법조협회, 2010, 52-53면; Melvyn Freeman·Soumitra Pathare, *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation*, World Health Organization, 2005, p. 21.}

68) Henry Weihofen, “The Law and the Mentally Ill - the Definition of Mental Illness,” *OHIO State Law Journal*, Vol. 21., No. 1., 1960, p.7.

69) “The concept that mental health is not merely the absence of mental illness was unanimously endorsed, while the equivalence between mental health and well-being/functioning was not, and ...”(Silvana Galderisi et al., “Toward a New Definition of Mental Health,” *World Psychiatry* Vol. 14., Iss. 2, 2015, p.232); “More recently, many have recognized that mental health is more than the absence of mental illness”(Leonard Holmes, “The Characteristic of Mental Health”, *Verywell*

정신건강을 구성하는 요소는 견해마다 다양하지만, 어느 견해이든 조화와 균형을 공통적인 요소로 들고 있는 것으로 보인다.

한 견해는 정신건강에 대해 “감정적, 행동적, 사회적 성숙 또는 정상성; 정신적 또는 행동적 장애의 부재; 인간이 달성한, 자기 자신과 사회적 환경 (social milieu) 모두에게 수용가능한 자신의 본능적 욕망의 만족적인 통합 내에서의 심리적(psychological) 안녕(well-being) 상태; 사랑, 일, 여가 충족의 적절한 균형”이라고 정의한다.<sup>70)</sup>

정신건강에 대한 새로운 개념을 제안하는 다른 견해는 정신건강을 ‘개인으로 하여금 그들의 능력을 보편적인 사회의 가치들과 함께 조화롭게 사용하는 것을 가능하게 하는 내적 균형의 동적인 상태’라고 정의한다.<sup>71)</sup> 이 견해는 정신건강의 중요한 구성요소로서 ‘기본적인 인식적·사회적 기술, 다른 사람들과 공감할 뿐만 아니라 자신의 감정을 인지·표현하며 조정하는 능력, 인생의 부정적인 사건을 다룰 수 있고, 사회적 역할에서 기능할 수 있는 유연성과 능력, 육체와 정신의 조화로운 관계’를 들고 있다.<sup>72)</sup>

또 다른 견해는 좋은 정신건강(good mental health)의 특성으로 삶을 즐길 수 있는 능력, 회복탄력성(resilience), 균형, 유연성, 자아실현을 들고 있다.<sup>73)</sup>

---

*Mind*, 2019. 9. 14.(updated on 2020. 2. 24.), <https://www.verywellmind.com/what-is-mental-health-2330755> 최종접속일: 2020. 5. 14.)

70) “Emotional, behavioral, and social maturity or normality; the absence of a mental or behavioral disorder; a state of psychological well-being in which one has achieved a satisfactory integration of one's instinctual drives acceptable to both oneself and one's social milieu; an appropriate balance of love, work, and leisure pursuits.”(“What is Mental Health?”, *Medical News Today*, <https://www.medicalnewstoday.com/articles/154543.php> 최종접속일: 2019. 12. 18.)

71) Silvana Galderisi et al., *op.cit.*, pp.231-232.

72) “Mental health is a dynamic state of internal equilibrium which enables individuals to use their abilities in harmony with universal values of society. Basic and social skills; ability to recognize, express and modulate one's own emotions, as well as empathize with others; flexibility and ability to cope with adverse life events and function in social roles; and harmonious relationship between body and mind represent important components of mental health which contribute, to varying degrees, to the state of internal equilibrium.”(Silvana Galderisi et al., *op.cit.*, pp.231-232.)

한편 WHO에서는 “건강이라 함은 단순히 질병이나 허약함이 없는 것이 아니라, 육체적, 정신적 및 사회적으로 완전히 건강한 상태를 말한다”라고 규정하고 있고,<sup>74)</sup> 정신건강에 대해서는 “개인이 자신의 고유 능력을 깨닫고, 삶에서 일어나는 보통의 스트레스를 다룰 수 있으며, 일을 생산적이고도 풍부하게 할 수 있고, 또 자신이 속한 지역사회에 기여할 수 있도록 하는 안녕(well-being)의 상태”라고 정의하고 있다.<sup>75)76)</sup> 이러한 정의는 정신건강이라는 개념이 개인의 영역뿐만 아니라 사회 속에서 겪는 경험과 사건들과 함께 관련지어 파악되어야 한다는 관념을 보여준다.<sup>77)</sup> WHO는 정신건강을, 언제나 독립적·자주적으로 처리해 나갈 수 있고 질병에 대해 저항력이 있으며 원만한 가정생활과 사회생활을 할 수 있는 상태이자 정신적 성숙상태를 말한다고 봄으로써, ‘단순히 정신질환(mental disorder)이 없는 상태’가 아니라는 점을 강조한다.<sup>78)</sup>

## II. 법적 개념으로서의 정신건강

### 1. 법률과 판례에서의 용례

73) Leonard Holmes, *op.cit.*

74) Constitution of the World Health Organization(Signed at the International Health Conference, New York, 22, July, 1946), Preamble.

75) “... of well-being in which the individual realizes his or her own abilities, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to his or her community.”(WHO, *Promoting Mental Health: Concepts, Emerging Evidence, Practice(Summary Report)*, World Health Organization, Geneva, 2004, p.59).

76) WHO의 정의를 바탕으로 이와 동일하게 이해하는 견해로 이호근, “정신보건법 및 아동청소년 복지법상 정신건강 관련 규정의 개선과 관련 ‘통합법’ 제정 필요성에 대한 고찰”, 『법학연구』 제36권, 전북대학교 법학연구소, 2012, 502-503면.

77) 니키 하트(엄영진·문창진 번역), 『보건과 의료의 사회학』(The Sociology of Health and Medicine), 열음사, 1991, 119면; 김교숙(2010), “근로자의 건강권”, 『노동법논총』 제19권, 한국비교노동법학회, 2010, 178면.

78) “The WHO stresses that mental health” is not just the absence of mental disorder.” (<https://www.medicalnewstoday.com/articles/154543.php> 최종접속일: 2019. 12. 18.)

## 가. 법률

법학, 특히 노동법학에서 의미하는 정신건강의 개념은 무엇일까? 먼저 노동관계법에서 ‘정신건강’이라는 표현이 사용된 예가 확인되지는 않는다. 다만 ‘건강’과 관련하여서는 산업안전보건법에서 ‘건강의 보호·증진’(제4조 제1항 제9호), ‘건강 유지·증진’(제5조), ‘건강장해 예방’(제39조, 제41조, 제108조, 제109조, 제162조 등), ‘건강관리’(제129조, 제130조)라는 표현이 사용되고 있다. 근로기준법에서도 ‘건강 유지’(제100조의 2), ‘건강 보호’(제70조)라는 표현을 사용하고 있다.

그 외의 법을 살펴보면, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률은 ‘국민의 정신건강증진 및 정신질환자의 인간다운 삶을 영위하는데 이바지함’을 목적으로 하고 있다(법 제1조, 밑줄은 필자. 이하 밑줄은 필자가 표기). 보건의료기본법에서는 ‘국가와 지방자치단체가 정신질환의 예방과 정신질환자의 치료 및 사회복귀 등 국민의 정신건강 증진을 위하여 필요한 정책을 수립·시행하여야 한다’라고 규정하고 있다(제42조). 그리고 사회복지사업법에서는 ‘보건의료서비스’란 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 보건의료인이 하는 모든 활동을 말한다고 규정하고 있다(법 제2조 제7호).

한편 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률에서는 사회적응을 위한 각종 훈련과 생활지도를 받아야 하는 대상으로 ‘정신질환자(독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 자) 또는 정신건강상 문제가 있는 사람’으로 보고 있다(법 제3조 제1호, 제7호).

그리고 노인장기요양법에서 장기요양기관 지정취소 사유로서 ‘장기요양기관의 종사자 등이 폭언, 협박, 위협 등으로 수급자의 정신건강에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 한 경우’를 두고 있으며(법 제37조 제1항 제6호 마목), 아동복지법에서는 금지행위의 한 유형으로 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 들고 있다(법 제17조 제5호).

이러한 법의 용례에 비추어 볼 때, 법에서는 우선 ‘정신건강’을 단순히 질병이 없는 상태로 보고 있지는 않음을 알 수 있다. 또한 법에서는 ‘정신건강

이 증진된 상태’, ‘정신건강을 유지하고 있는 상태’를 긍정적이고 지향해야 하는 상태로, ‘정신건강 상 장애가 발생한 상태’와 ‘정신질환 상태’가 부정적이고 지양해야 하는 상태로 보고 있음을 알 수 있다.<sup>79)</sup>

지향		지양				
정신건강 증진된 상태	긍정적←	정신건강 (정신건강 유지상태)	부정적→	정신건강 상 문제가 있는 상태	부정적→	정신질환 (독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 상태)
		탈이 없는 상태				

## 나. 판례

### 1) ‘정신건강’의 의미

‘정신건강’의 의미와 관련한 판례의 입장은 아동복지법상의 ‘아동의 정신 건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’라는 법 문언(아동복지법 제17조 제5호)의 명확성 원칙 위배 여부가 쟁점이 되었던 헌법소원 사안에서 간접적으로 확인할 수 있다. 헌법재판소는 ‘정서적 학대’의 의미를 해석하는 과정에서 ‘정신건강’의 의미를 밝혔는데, “‘정신’이란 육체나 물질에 대립하는 영혼이나 마음으로서 사물을 느끼고 생각하여 판단하는 능력 또는 그런 작용, 마음의 자세나 태도이고, ‘정신건강’이란 이러한 정신이 아무 탈 없는 상태이며..... ‘저해’란 이러한 정신 상태를 유지하거나 성장하는 것을 방해하는 것이고.....”라고 판시하였다.<sup>80)</sup> 이러한 판시는 일반적인 국어 용례와 다르지 않은 것으로 보인다.

79) 한편 ‘정신건강관리’라는 표현을 쓴 법령도 확인되는데(포항지진의 진상조사 및 피해구제 등을 위한 특별법 제22조, 4·16 세월호 참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 제35조 등), 여기에서는 ‘정신건강’이라는 표현 자체에 긍정적 또는 부정적 관점이 투영되어 있는 것으로 보이지는 않는다.

80) 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266 결정.

한편 노동법학에서 최근 정신건강과 관련하여 많은 관심을 야기했던 감정노동과 관련한 논의를 보면, 감정노동자가 고객 등의 폭언이나 이른바 ‘갑질’<sup>81)</sup> 등으로 겪을 수 있는 정신건강 문제를 ‘인격권’ 침해의 문제로 이해하여 논의를 전개하고 있음을 알 수 있다.<sup>82)</sup> 판례에서는 사용자의 지시가 노동자에게 무력감, 인격적인 모멸감을 준 경우에 사용자의 보호의무 내지 배려의무 위반 및 노동자의 정신적 고통을 인정하고 있다.<sup>83)</sup> 그렇다면 정신건강은 여기에서 언급되는 인격권을 비롯하여 헌법에서 보장하는 기본권들과는 어떻게 연결되는가?

## 2) ‘정신건강’과 기본권의 관계

정신건강과 기본권의 관계에 관한 관점을 엿볼 수 있는 사안으로 교정기관 수용자에게 상시적으로 계구를 착용케 한 것의 위헌성이 다투어졌던 것<sup>84)</sup>이 있다.

위 사안에서 헌법재판소는 먼저 ‘계구는 수용자들의 육체적·정신적 건강상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 한다’라고 하여 계구 사용의 요건과 한계를 실시한 후,<sup>85)</sup> ‘청구인이 1년이 넘는 기간 동안 탄원서나 소송서류

81) 판례에서는 ‘갑질’을 “그 자체로 권력의 우위에 있는 사람이 하는 부당한 행위”라고 이해하고 있다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도1547 판결, 대구지방법원 2019. 1. 11. 선고 2018노3557 판결 참조).

82) 예를 들어 전윤구, “노동법의 과제로서의 근로자 인격권 보호”, 『노동법연구』 제33호, 서울대학교 노동법연구회, 2012.; 신권철(2019), “직장내괴롭힘의 법적 개념과 요건”, 『노동법학』 제69호, 한국노동법학회, 2019.; 방강수(2019a), “감정노동자에 대한 고객의 괴롭힘-고객의 의무와 책임을 중심으로-”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019.; 류재율, “근로자 인격권 침해에 대한 구제”, 『안암법학』 제58권, 안암법학회, 2019.

83) 서울남부지방법원 2013. 6. 21. 선고 2012가단25092 판결.

84) 헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정.

85) “계구는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적

의 작성, 목욕, 세탁 등을 위해 일시적으로 해제되는 경우를 제외하고는 항상 이중금속 수갑과 가죽 수갑을 착용하고 생활함으로써 신체적, 정신적으로 건강에 해를 입었을 가능성이 높고, 이러한 건강상 피해를 입은 것뿐 아니라 인간으로서의 기본적인 품위유지가 불가능하여 막대한 정신적, 물리적 피해를 입었다고 할 수 있어 위 계구 사용행위는 필요 이상으로 청구인의 신체 거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 한 것이므로 청구인의 신체의 자유를 침해하고 나아가 인간의 존엄성을 침해하여 위헌'이라고 판시하였다.<sup>86)</sup>

위 결정의 이유를 보면, ‘계구는 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 한다. 그런데 위 사안에서의 청구인은 계구 착용으로 육체적·정신적 건강에 해를 입었다. 그러므로 위 계구 착용 행위는 필요 이상으로 과도하게 행해진 제한이다’라는 흐름을 취하고 있음을 알 수 있다. 그리고 해당 사안에서 청구인이 육체적·정신적 건강의 해를 입었다는 것은, ① 계구 사용으로 육체적 건강(어깨, 양팔, 허리 등)의 침해에 따른 정신적 건강의 침해가 있었다는 것<sup>87)</sup>과 ② 계구 사용으로 품위유지를 하기 어려움에 따른 정신적 피해가 있었다는 것<sup>88)</sup>을 의미하였다. 여기에서 전자는 신체

---

으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 함은 물론이다.”(헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정).

<sup>86)</sup> 헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정.

<sup>87)</sup> “이 사건 계구사용행위는 1년이 넘는 기간 동안 계속되었다. 이러한 장기의 기간 동안에 허리에 가죽벨트를 두르고 양팔을 여기에 완전히 고정된 상태에서 지내게 되면 어깨와 양팔 그리고 허리 부분의 건강에 심각한 해를 입을 수 있다. 게다가 ..... 수감될 당시 청구인은 허리디스크와 발가락 골절상에 의하여 정상적인 건강상태가 아니었고 오히려 적절한 치료와 처치가 필요한 상황이었다. 그럼에도 불구하고 청구인은 ..... 줄곧 계구를 착용하고 있음으로써 ..... 일상생활을 정상적으로 수행할 수 없었고 이러한 상태가 장기간 지속됨으로써 건강의 회복에 어려움이 있을 뿐 아니라 오히려 신체적, 정신적으로 건강에 해를 입었을 가능성이 높다.”(헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정)

<sup>88)</sup> “청구인은 이 사건 계구사용 행위로 인하여 인간으로서 최소한의 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했다. 가죽수갑 등으로 양팔이 허리에 고정된 상태에서 편만한 자세로 취침을 하기가 어렵고 정상적인 방법에 의한 식사나 용변처리를 할 수 없을 것임은 쉽게 짐작할 수 있다. 이와 같이 계구 때문에 인

의 자유와 정신건강 간의 관계를, 후자는 인간의 존엄 및 가치와 정신건강 간의 관계를 보여준다.

후자에 주목해 보면, 헌법재판소는 인간으로서의 존엄과 가치가 훼손되는 경우를 정신적 피해를 입게 되는 한 유형으로 보았음을 알 수 있다. 정신적 피해를 입었다는 것은 정신건강이 침해되었다는 것과 다르지 않으므로, 인간의 존엄과 가치가 침해되었을 때에 정신건강의 침해가 있었다고 인정할 수 있다.

그렇다면 감정노동 논의에서 주로 등장하는 인격권과 인간의 존엄과 가치의 관계는 어떻게 되는가? 인격권은 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익, 즉 생명·신체·건강·명예·정조·성명·초상·사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리를 말하며, 현행 헌법상 제10조, 제17조, 제37조 제1항 등을 근거로 보장된다.<sup>89)</sup> 헌법재판소와 대법원에서도 인격권을 인간의 존엄과 가치에서 유래하는 기본권으로 보았다.<sup>90)</sup> 그리고 인격권은 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하며 인간이 자신의 인격적 가치가 훼손됨으로써 정신적 고통을 받는 경우에 이를 구제하려는 것도 내용으로 한다.<sup>91)</sup> 그러므로 인간의 존엄과 가치가 침해된 경우가 정신건강이 침해된 경우이고, 이때가 곧 인격권이 침해된 상황이라고 할 수 있다.

---

간으로서 가장 기본적인 생리현상을 정상적으로 처리할 수 없거나 다른 사람의 도움이 없이는 해결할 수 없다면 이는 인간으로서의 기본적인 품위유지가 불가능한 상황으로 볼 수 있으며 그로 인하여 청구인은 막대한 정신적, 물리적 피해를 입었다고 할 수 있다.”(헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정).

89) 권영성, 『헌법학원론』 개정판(2010년판), 법문사, 2010, 452면.

90) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2009헌가27 결정; 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결. 그래서 헌법재판소 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에서는 인간의 존엄과 가치의 침해를 다투는 주장에는 인격권 침해를 다투는 주장이 포섭될 수 있다고 하였다.

91) 권영성, 앞의 책, 452-453면에서는 이를 인격권의 일부에 속하는 ‘사생활의 비밀의 자유’의 내용으로 설명하고 있다. 위 문헌은 “사생활의 비밀과 자유는 감정을 소유하고 정신적 고통을 느낄 수 있는 인간의 권리를 의미”하는데, 이는 “인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 인격적 가치가 훼손됨으로써 정신적 고통을 받는 경우에 이를 구제하는 것을 법익으로” 한다고 설명한다.



### 3) ‘정신건강’의 개념과 사회적 규범성

정신건강의 개념에 대한 또 다른 시각을 보여주는 사례로 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌마575, 2014헌바446(병합) 결정에서의 반대의견을 살펴볼 수 있다. 위 사건은 마약류 관리에 관한 법률 위반으로 금고 이상의 형을 선고받은 사람이 형 집행 이후 20년간 여객자동차운송사업 운전자격을 취득할 수 없도록 규정한 여객자동차운송사업법상 해당 규정<sup>92)</sup>의 위헌성을 다툰 사안이었다. 법정의견은 해당 근거 조항이 피해의 최소성 및 법익의 균형성 위배를 이유로 비례의 원칙에 위배된다고 보았던 반면, 재판관 김창중, 서기석은 반대의견(합헌)을 냈는데 그 이유를 살펴보면 다음과 같다.

마약류사범과 관련된 법원의 실무에 따르면 마약류의 의존성, 중독성과 사회적 비난가능성이 그다지 높지 않을 경우 벌금형이나 집행유예를 선고하고 있음에 비추어, 법원이 범죄의 모든 정황을 고려한 후 금고 이상의 실형을 선고하였다면 이는 해당 마약류사범의 중독성이나 재범가능성, 사회적 비난가능성이 결코 적지 않으며, 그 범죄의 종류나 태양, 받은 형기의 장단과는 무관하게 그 자체만으로도 택시운송사업의 운전업무에 요구되는 윤리성과 책임감, 안전의식에 대한 태도 및 판단 능력과 정신건강이 결여되어 있음을 객관적으로 보여 주는 것이라 할 것이다(밀줄은 필자).

위 반대의견은 마약류 관리에 관한 법률 위반으로 금고 이상의 형을 선고 받은 전력이 있는 청구인이 형 집행 후 20년간 택시운송사업의 운전업무 종사자격을 갖지 못함에 따라 입게 되는 사익의 피해보다, 택시를 이용하는 선량한 시민의 생명, 신체, 재산상의 안전, 일반적인 도로교통에 관한 공공의 안전이라는 공익이 더 우월하다고 본 판시였는데, 이때의 법익형량 과정에서 청구인의 ‘정신건강’도 그 고려사항으로 포함되었다. 위 반대의견은 ‘청구인의 직업선택의 자유 제한으로 인해 침해되는 법익의 크기보다 이러한 청구

<sup>92)</sup> 위헌심판 대상이 된 구체적인 법조문은 2015. 12. 23. 2013헌마575, 2014헌바446(병합) 결정 참조.

인의 자격을 박탈함으로써 달성할 수 있는 일반 시민의 안전이라는 법익의 크기가 더 크다'라는 판단에 이르는 과정에서 '청구인에게 윤리성과 책임감, 안전의식에 대한 태도 및 판단 능력과 정신건강이 결여되어 있다'는 점을 하나의 근거로 삼은 것이다.

여기에서의 정신건강이란 무엇을 의미하는가? 면허 취득 자격 제한과 관련한 법익 간 균형성 판단<sup>93)</sup>의 기준 시점은 당해 청구인의 범행 시점이 아니라 형의 집행이 종료된 이후 시점이다. 형 집행 이후부터 20년간 자격 취득을 제한한 것이기 때문이다. 그러므로 위 반대의견이 청구인의 '정신건강' 상태를 판단함에 있어 기준으로 삼은 시점은 당해 청구인이 마약 범 죄를 저지를 시점이 아니며, 그렇기에 위 판단시에 청구인이 (마약 투약 등으로 인해) 생물학적으로 정신건강이 결여되어 있었다고 단언할 수는 없다. 그럼에도 위 반대의견은 그 시점에 청구인의 정신건강이 결여되었다고 보았다. 이러한 판단은, '청구인이 만약 초범이거나 전력이 많지 않았더라면, 또는 재범가능성이 낮았다고 판단되었더라면 해당 마약 범죄와 관련하여 기소유예 처분을 받거나 벌금형 처분을 받았을 것이지 금고 이상의 실형까지 받지 않았을 것인데, 그렇지 않았기 때문에 금고 이상의 실형을 받은 것이다'라는 판단에 기초한 것이다. 이는 다시 말해, 청구인의 생물학적인 정신건강 기준 (마약범죄로 인한 정신적 이상 상태에 있는지 여부)을 넘어, '준법의식의 결여, 재범의 우려 여부'라는 규범적 기준에 기초한 판단이라고 할 수 있다. 이는 건강의 개념을 생물학적인 개념 외에 사회적 규범성을 내포하고 있는 것으로 이해하는 관점을 보여준다고 할 수 있다.<sup>94)</sup>

93) 시민들의 안전한 교통수단 이용, 도로에서의 안전이라는 법익과 택시운행업을 하고자 하는 개인의 직업 선택의 자유라는 법익간의 균형성이라고 할 수 있다.

94) 이 부분과 관련하여 '건강'을 정의함에 있어 사회적 규범성과의 불가분한 관계를 지적한 조르주 칸겔렘과 푸코의 인식을 참조할 수 있을 것이다. "푸코는 의학이 사실의 차원에서 치료법과 그것을 위해서 필요한 과학적 지식의 집대성에 만족하지 않고 당위의 차원으로 전개하여 '건강한 사람(homme en sante)'을 이상적인 목표로 수립하고 추구한다고 주장했다"(한희진, "조르주 칸겔렘의 의철학에서 '정상성(normalite)'의 개념", 『의철학연구』 제14권, 한국의철학회, 2012, 132면). 여기에서 " '건강한 사람'이란 개념은 사실의 차원에서 규정될 수 있는 단순히 '병에 걸리지 않은 사람(homme non malade)'을 의미하는 데서 멈추지

그렇다면 노동관계에서 근로자가 정신적으로 건강하다는 것은 어떠한 의미일까? 노동의 영역에서 근로자의 정신건강을 지칭하는 표현으로 ‘근로자 정신건강’이라는 표현을 사용하기로 하고, 다음 항에서 그 구체적인 개념을 살펴보기로 한다.

## 2. ‘근로자 정신건강’의 법적 의미

### 가. 정의

본 논문에서 ‘근로자가 정신적으로 건강한 상태’란 ‘근로자가 자신의 일을 통해 자아실현감을 느낄 수 있는 상태’를 의미한다고 정의할 것이다. 이는 노동이 근로자의 정신, 인격과의 관계에서 갖는 본질적 속성을 근거로 한 것이다. 근로자의 노동 제공이 그 인격과 분리될 수 없는 속성상, 근로자가 자신의 노동 과정에서 자신의 전인격을 투입하여 노동을 함으로써 삶의 터전을 마련할 뿐만 아니라 자아실현을 하기 때문이다.<sup>95)</sup>

### 나. 특징적 요소

WHO의 정의를 다시 보면, 정신건강의 내용을 4개의 요소로 분절할 수 있다. “① 자신의 고유 능력을 깨닫고”, “② 삶에서 일어나는 보통의 스트레스를 다룰 수 있으며”, “③ 일을 생산적이고도 풍부하게 할 수 있고”, “④ 또 그/그녀의 지역사회에 기여할 수 있도록 하는” 상태이다.

---

않고, 생물학적으로뿐만 아니라 사회적으로도 ‘모범적인 사람(homme modèle)의 의미까지 포괄하고 있다.’{Foucault, Michel(1963), *Naissance de la clinique: Une archéologie du regard médical*, Paris: PUF 7° éd., 1998, p.35.(한희진, 앞의 글, 132면에서 재인용)}.

95) 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 등. 이홍재(1988), “해고제한법리”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988, 41면에서는 ‘삶의 터전을 마련한다는 것’이 노동의 재산적 측면을, ‘자아실현을 한다는 것’이 노동의 인격적인 측면을 의미한다고 하였다.

위 요소를 노동의 영역에 적용해보자. “① 고유 능력을 깨닫는다는 것”은 자신의 능력에 따라 자신이 할 수 있는 노동을 한다는 것을 의미한다. 이는 반드시 능력에 부합하는 노동을 하는 경우여야 함을 의미하는 것이 아니라 근로자가 자신의 능력을 고려하여 자신이 할 수 있다고 선택하고 예상한 노동을 의미한다.<sup>96)97)</sup>

“② 삶에서 일어나는 보통의 스트레스를 다룰 수 있다”라는 것은 무슨 의미인가? 종속노동으로 생활을 하는 자(종속노동자)에게는 노동의 제공이 일상적이고 보통인 생활일 수밖에 없다. 이 노동은 수고스러운 것이다. 본래 노동(勞動)의 ‘勞’는 어원상 힘을 써서 수고로운 것을 뜻하고 ‘勤(부지런할 근)’과 같은 의미이며, ‘動’은 죄를 짓거나 전쟁에서 패하여 노예가 된 자가 도망가지 못하도록 한 쪽 눈을 칼로 그은 모습을 형상화한 것으로서 노동은 노예의 고통스러움을 뜻하는 개념이었다.<sup>98)</sup> 물론 노동의 의미가 과거 ‘저주’의 개념에서 ‘소명’의 개념으로 변화하면서 거기에 긍정적인 의미가 많이 부여되었다고 볼 측면이 있기도 하나<sup>99)</sup> 근로자의 노동 과정에서 제공되는 신

96) 그러므로 자신의 능력에 비해 낮은 능력이 요구되는 일이라도 자신이 ‘할 수 있다’ 또는 ‘하겠다’라고 선택한 근로를 하는 것이라면 그때의 노동은 그 자체로는 근로자의 정신건강을 해친다고 할 수 없을 것이며, 마찬가지로 가사 자신의 능력에 비해 다소 도전적인 노동이 된다고 하더라도 근로자가 그것을 예상한 상황에서 선택하고 받아들인 노동이라면 그 노동 자체만으로 근로자의 정신건강을 해친다고 할 수는 없다.

97) 이와 유사한 맥락에서 헌법에서 말하는 ‘근로’를 ‘근로자의 능력과 의사에 부합하는 근로’로서 ‘적직(適職)’이라고 주장하는 견해로 노호창(2011a), “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 133면.

98) 노호창(2011b), “고용보험법상 고용유지지원금제도에 관한 연구 - 근로권과 고용보장의 현대적 재조명을 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011, 23면; 하영삼, “한자뿌리뽑기 47: 노(勞)와 동(動)”, 동아일보 2004. 4. 29.자 기사에 의하면, ‘勞(노)’는 불을 밝혀 밤새워 일하는 모습을 형상화했고, ‘動(동)’은 ‘고된 일을 강제하다’가 원래 뜻이라고 한다.

99) 자본주의로 인해 노동자는 ‘노예’의 신분에서 해방되고, 자신의 노동력을 자유롭게 팔 수 있는 존재가 되면서 ‘저주’로서의 의미에서 벗어났다. 그리고 자본주의의 노동윤리를 형성한 프로테스탄티즘이 부의 축적과 신의 선택을 연결시킴으로써 노동의 의미가 ‘소명’으로 변화하였다{박제성(2006), “사회적 형평화, 사회적 양극화 그리고 사회적 연대”, 『노동법연구』 제20호, 서울대학교 노동법연

체는 육체와 정신이 통합된 것이기 때문에<sup>100)</sup> 노동에는 ‘수고스러움’이라는 의미가 여전히 존재한다.

그리고 종속노동은 본질적으로 근로자가 자신의 의사에 따라 자신을 사용자의 처분권 아래 두기로 한 것이므로, 그 자체로 어느 정도의 스트레스가 발생하리라는 것이 예정되어 있다. 그러므로 근로제공 과정에서 발생할 수 있는 스트레스는, 사용자의 지휘·감독권(노무지휘권, 또는 지배권)이 정상범주 내에 있다는 전제하에 발생하는 보통의 생활 스트레스라고 할 수 있을 것이다. 그렇다면, 노동의 영역에서 ‘삶에서 일어나는 보통의 스트레스를 다룰 수 있다는 것’은, 노동과정에서 사용자의 지휘·감독권의 행사로 나타나는 업무지시와 그에 따른 노동 제공 과정에서 발생할 수 있는 고통스러움과 수고로움을 감수할 수 있음을 의미한다고 할 수 있다.

“③ 일을 생산적이고도 풍부하게 할 수 있다”라는 것은 근로자의 노동이 ‘긍정적인 가치를 창출하는 노동’일 것을 지향한다는 점이 기저에 깔려 있다. 우리 법이 근로자의 모든 행위가 아니라 ‘보호할 가치가 있는 근로자의 노동’을 보호하고 있다고 해석되는 것도<sup>101)</sup> 같은 맥락에서 뒷받침될 수 있다.

“④ 지역사회에 기여할 수 있도록 한다”라는 것은, 근로자가 자신이 행하는 노동과 관련하여 노동과 자신 사이에서, 자신의 노동으로 경제적 이익을 얻는 사용자와의 관계에서, 자신과 자신이 속한 조직 내부와의 관계에서, 그리고 자신과 사회와의 관계에서<sup>102)</sup> 가치를 생산하여 사회에 기여하고 자신은 그를 통해 자아실현감을 느낄 수 있음을 의미한다. 그런데 인간의 자아실

---

구회, 2006, 91-92면}.

100) 신권철(2017a), “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호, 서울대학교 노동법연구회, 2017, 37, 48면.

101) 신권철(2007), “헌법상 노동권 소고(小考)-개별근로관계 사례를 중심으로-”, 『노동법연구』 제22호, 2007, 96면. 법원은, 근로자의 행위가 회사에 손해를 입힌 경우 그것이 정상적인 직무수행이 아니라 근로자 자신의 이익을 위한 행위 또는 위법한 행위로 인한 것일 때에는, 근로자에 의해 행해진 행위라는 이유만으로 책임을 감경하거나 면책하지 않는다.

102) 신권철(2007), 위의 글, 115-117면에서 설명하는 노동관계를 참조하였다.

현감에 대한 욕구는 물질적 욕구보다 높은 차원의 욕구에 해당한다. 높은 차원의 욕구는 낮은 차원의 욕구가 충족된 상태에서 느낄 수 있는 것이므로, 이와 같이 근로자가 주변과 지역사회에 기여함으로써 자아실현감을 느낄 수 있기 위해서는 자기 자신의 기본적 물질적 욕구가 충족되어야만 가능하다고 할 수 있다. 그러므로 이는 정신적 건강이 갖춰지기 위해서는 먼저 물질적 결핍으로 인한 생계 불안이 없어야 한다는 점을 전제한다.

정리하자면, 근로자가 정신적으로 건강하다는 것은 자신의 적성과 능력에 비추어 자신이 할 수 있다고 선택한 노동을 함으로써 가치를 창출하고, 노동을 통해 스스로 물질적 기초를 마련할 뿐만 아니라 그 과정에서 발생할 수 있는 고통스러움과 수고로움을 감당할 수 있고, 더 나아가 그 노동을 통한 사회와의 상호작용 속에서 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있는 상태라고 할 수 있다.<sup>103)</sup>

#### 다. 각 요소들 간 관계와 근로자 정신건강의 요건

위 ①, ②, ③, ④ 요소들 간의 관계는 어떻게 되는가? 먼저 “③ 일을 생산적이고도 풍부하게 할 수 있는 것”과 “④ 지역사회에 기여할 수 있도록 하는 것”은 노동을 통하여 달성하고자 하는 바람직한 결과 또는 지향점에 해당한다. 반면 “② 정상적인 생활의 스트레스를 다룰 수 있다는 것”은 그 자체로 달성하고자 하는 지향점이 아니다. 오히려 ‘② 정상적인 생활의 스트레

---

<sup>103)</sup> 일본에서는 『노동안전위생법』에서 ‘정신건강(멘탈헬스) 부진(メンタルヘルス不調)’이라는 표현을 사용하고 있는데 이 표현은 “정신 및 행동 장애로 분류되는 정신장애나 자살뿐만 아니라, 스트레스나 강한 고민, 불안 등 근로자의 심신의 건강, 사회 생활 및 생활의 질에 영향을 미칠 가능성이 있는 정신적 및 행동상의 문제를 폭넓게 포괄하는 것”으로 이해되고 있다(권혁 외, 『근로자 정신건강장해 예방을 위한 제도화 방안 연구』, 고용노동부 학술정책용역사업 보고서, 부산대학교 산학협력단, 2018, 125면; 박수경(2019a), “일본에서의 직장 내 괴롭힘으로 인한 정신건강대책에 대한 연구”, 『사회법연구』 제34호, 한국사회법학회, 2019). 위 점을 볼 때 일본 노동법에서 말하는 ‘정신건강’의 개념은 단순히 질병이 없는 상태로 보지는 않는다는 점에서 본 논문에서 정의하는 정신건강의 개념과 유사한 부분이 있는 것으로 이해된다.

스를 다룰 수 있는 상태'가 뒷받침되어야만 ③과 ④에서 바라는 결과를 이룰 수 있다고 할 수 있다.

한편 근로자가 “① 고유 능력을 깨닫는다는 것”, 곧 자신의 능력에 따라 자신이 할 수 있는 노동을 한다는 것(앞에서 본 ① 요소에 대한 해석이다)은 ‘② 정상적인 생활의 스트레스를 다룰 수 있는 상태’ 내에 있기 위한 필요조건에 해당한다. 곧, 정상적인 생활의 스트레스를 다룰 수 있는 상태에 있기 위해서는 자신의 능력에 따라 자신이 할 수 있는 노동을 하는 상황이어야 한다. 그런데 스트레스를 유발할 수 있는 요인으로는 일하는 능력 외에 다른 요인들도 있으므로, 자신의 능력에 따라 자신이 할 수 있는 노동을 한다고 하여 반드시 스트레스를 다룰 수 있는 상태에 있게 되는 것은 아니다.

그렇다면, 근로자 정신건강의 핵심적인 요건은 ‘② 정상적인 생활의 스트레스를 다룰 수 있는 상태’라고 할 것이고, 근로자가 정신적으로 건강한지 아닌지는 ‘노동관계에서의 스트레스를 다룰 수 있는지 아닌지’로 판단할 수 있을 것이다. 근로자가 자기 스스로 자신에게 가해진 스트레스를 다룰 수 없는 상황에서는 노동을 하면서 자아실현감을 느끼기 어려울 것이기 때문이다.

근로자 정신건강에 대한 법적 개념이 이와 같고, 정신적으로 건강한 상태를 판단함에 있어 ‘스트레스’를 다룰 수 있는 상태인지가 중요한 판단의 지표로 작용한다면, ‘스트레스’라는 것이 무엇이고, 노동법학에서 갖는 의미는 어떠한지도 살펴볼 필요가 있다.

## 라. 스트레스

### 1) 스트레스의 의의

#### 가) 의학적 정의

스트레스의 개념적 기초를 정립하고 대중화했다고 알려진 캐나다의 내분비학자 한스 셀리에(Hans Selye)<sup>104</sup>에 의하면, 스트레스에는 ‘유스트레스

(eustress)’라 불리는 긍정적인 스트레스와 ‘디스트레스(distress)’라 불리는 부정적인 스트레스가 있다.<sup>105)</sup> 유스트레스는 사람에게 도움이나 행복감을 주는 바람직한 스트레스로 개인과 조직의 성장성, 적응성, 높은 성과 수준을 가져오는 스트레스라고 이해된다.<sup>106)</sup> 반면, 디스트레스는 사람에게 불편함이나 해로움을 주는, 그래서 바람직하지 않거나 원치 않는 스트레스를 의미한다.<sup>107)</sup>

긍정적인 스트레스에 관한 인식은 영국의 산업안전보건청(Health and Safety Executive, 이하 ‘HSE’)의 정의에서도 찾아볼 수 있다. HSE에서는 스트레스를 사람들에게 부여된 과도한 압박 또는 다른 여러 종류의 요구에 대해 갖는 부정적인 반응으로 정의하는데,<sup>108)</sup> 이때의 압박을 ‘개인을 들뜨게 하고 동기를 유발시키는 요소’로 이해하고 있어 압박 그 자체는 본래 긍정적인 것으로 파악하고 있기 때문이다.

근로자의 정신적 건강에 문제를 일으키는 위험 요소들은 ‘업무와 관련하여 심하게 부정적인<sup>109)</sup> 스트레스를 일으키는 요소들’이라고도 할 수 있을 것이다. 본 논문은 스트레스가 근로자의 정신건강을 해칠 위험 요인으로 작용하는 경우를 논의하고자 하므로, 본 논문에서 사용하는 스트레스는 부정적인 스트레스로 제한하여 이해하기로 한다.<sup>110)</sup> 아래에서는 법령, 판례 등에서 ‘스

104) 로라 쿠브잔스키·이치로 가와치(신영전 외 번역), “정동상태와 건강”, 『사회역학(Social Epidemiology)』, 한울아카데미, 2003, 275면.

105) Selye, H., “Confusion and Controversy in the Stress Field,” *Journal of Human Stress*, Vol. 1., Iss. 2., 1975, p.37.

106) Ibid., p.39.

107) 이을터, “긴장 유발 인사시스템과 기업성과에 관한 탐색적 실증 연구”, 『인적자원개발연구』 제20권 제4호, 한국인적자원개발학회, 2017, 298면; Selye, H. *op.cit.*, p.39.

108) Health and Safety Executive, *Managing the Causes of Work-related Stress - A Step-by-Step Approach using the Management Standards-*, HSE books, 2007, p.7.

109) ‘심하게 부정적인’이라는 수식을 붙이는 이유는, 유스트레스와 디스트레스가 처음부터 구별되는 것은 아니며, 보통 어느 정도의 적정한 스트레스(영국 HSE의 정의에 의하면 “pressure”가 될 것이다)는 집중력을 발휘하게 하고 뇌를 가동시키는 등 긍정적인 기능을 하다가 그것이 과도해질 경우 디스트레스로 작용하는 경우가 될 수 있다고 평가되고 있기 때문이다.



트레스'를 어떻게 보고 있는지 살펴보겠다.

## 나) 법률과 판례

‘스트레스’라는 표현을 사용하고 있는 법률이 다수 발견된다. 여기에서 고유 병명으로서의 ‘외상후스트레스 장애’를 배제하고, 일반적 의미의 ‘스트레스’가 표현된 법규로는 소방공무원 보건안전 및 복지 기본법,<sup>111)</sup> 산업안전보건기준에 관한 규칙,<sup>112)</sup> 근로복지기본법,<sup>113)</sup> 산업재해보상보험법,<sup>114)</sup> 산업안전보건법<sup>115)</sup> 등이 있다. 그런데 위 법률들에서 스트레스를 직접 정의하고 있지는 않다.

한편 판례에서는 스트레스에 대해 “일반적으로 적용을 필요로 하거나 긴장을 일으키는 신체반응이라고 할 수 있으며, 그 정도는 가벼운 불안감에서부터 죽음에 이르는 공포에 이르기까지 다양”하다고 판시한 바 있다.<sup>116)</sup>

## 다) 정부기구의 해석(고용노동부, 안전보건공단)

근로자의 정신건강 문제에서 노동법의 개입이 필요한 스트레스 또는 스트레스 유발 원인은 업무(직무)와 관련된 스트레스에 한정해야 할 것이다. 이를 직무스트레스라고 할 때, 고용노동부와 안전보건공단에서는 직무스트레스를 “말은 일로 인해 심하게 압박감을 받을 때 나타나는 신체적·심리적 반응”이라고 보고 있다.<sup>117)</sup>

---

110) 동일한 요인이 대상, 상황에 따라 긍정적인 스트레스로 작용할 수도, 부정적인 스트레스로 작용하는 경우도 있을 수 있겠으나, 본 논문에서는 이러한 상황을 특별히 고려하지는 않을 것이다.

111) 제3조(국가 등의 책무)

112) 제79조(휴게시설), 제669조(직무스트레스에 의한 건강장해 예방 조치)

113) 제83조(근로자지원프로그램)

114) 제37조(업무상의 재해의 인정 기준)

115) 제5조(사업주 등의 의무)

116) 서울고등법원 1998. 3. 20. 선고 97구6775 판결.

직무스트레스의 특징으로는 ① “작업장에서 중요하게 생각하는 사건이 근로자에게 얼마나 스트레스를 주는지는 해당 사건이 해당 작업장에서 차지하는 위상에 따라 달라진다는 점”, ② “동일한 사건이 서로 다른 작업장이나 근로자들에게 동일한 영향력을 주지 않는다는 점”, ③ “근로자 개인의 일상적인 생활은 가정생활과 직장생활로 완전히 분리되기 어려운 관계로 가정생활과 직장생활이 근로자의 직무스트레스에 상호 영향을 미친다는 점” 등이 소개된다.<sup>118)</sup> 이는 정신건강 문제의 예방과 해결이 확일적으로 이루어질 수 없음을 시사한다.

직무스트레스를 야기하는 환경은 크게 작업장의 물리적 환경과 사회심리적 환경으로 구분할 수 있다. 물리적 환경에는 소음, 진동, 조명, 온열, 환기 및 위험한 상황 등이 포함된다. 사회심리적 환경은 심리적·사회적 또는 물리적 악영향을 유발할 수 있는 업무의 설계, 조직, 관리 측면과 이와 관련된 사회 및 환경적 배경을 의미하며,<sup>119)</sup> 시간적 압박, 업무시간, 조직구조, 조직에서의 역할, 대인관계 갈등, 조직 외적인 스트레스 요인 등이 포함된다.<sup>120)</sup> 이러한 스트레스가 노동법학에서 갖는 의미를 다음에서 살펴본다.

## 2) 스트레스의 노동법적 의미

### 가) 업무상 재해의 위험 요인<sup>121)</sup>으로서의 스트레스 유발 요인

스트레스 유발 요인은 다음에서 보는 바와 같이 업무상 재해의 위험 요인

117) 안전보건공단, 앞의 글, 1면. 다만 ‘직무스트레스’의 개념이 학자들 사이에서는 다양하게 정의되고 있다고 한다(문형구·최병권·고욱, “직무스트레스 연구의 동향과 향후 방향”, 『조직과 인사관리 연구』 제34집 제3권, 한국인사관리학회, 2010, 123-124면).

118) 안전보건공단, 위의 글, 1면.

119) Cox, T·Rial-Gonzalez, E, “Work-Related Stress: The European picture,” European Agency for Safety and Health at Work Magazine, No. 05/06, 2002. <http://osha.europa.eu/publications/magazine/5>{말고자타 밀차레크·엠마뉴엘 브룬 (Malgorzata Milczarek·Emmanuelle Brun), 앞의 글, 7면에서 재인용}.

120) 안전보건공단에서는 다음과 같이 구분하고 있다

이라고 할 수 있다.

먼저 법에서 규정한 업무상 재해는 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다(산업재해보상보험법 제5조 제1호). 어떠한 사고 및 그로 인한 상병이나 질병은 그것이 직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화된 결과이고, 그것이 업무와 상당인 과관계가 있는 경우어야 업무상 재해로 인정된다.<sup>122)</sup>

대법원에서는 영업 실적<sup>123)</sup>, 보직 변경으로 인한 낮선 업무<sup>124)</sup> 등을 업무상 스트레스 요인으로 이해한 바 있다. 그리고 영업실적 등으로 인한 부담과 스트레스로 중증의 우울병 에피소드 등을 진단받고 정신과 치료를 받다가 계속된 업무상 부담으로 중압감을 느낀 근로자가 자살한 사안과 보직 변경 이후 말수가 적어지고 한숨을 자주 보이다가 사직원을 두 번 제출하였는데 위 사직원 제출이 반려된 근로자가 자살한 사안에서 각 사망을 업무상 재해

요건	내용
시간적 압박, 업무시간	○ 근로자 자신이 업무속도의 조절 가능 여부 ○ 과중한 업무, 장시간 근무, 교대근무 등
조직구조	○ 의사결정에서 참가수준의 낮음 ○ 의사소통이 자유롭지 못한 구조
조직에서의 역할	○ 업무요구사항의 불명확함 ○ 직위불안 ○ 역할 모호, 역할 충돌 ○ 실적 경쟁 등
대인관계 갈등	○ 상사, 동료, 부하 직원 등과의 관계
조직 외적인 스트레스 요인	○ 업무와 관련이 있지만 조직 차원을 뛰어넘는 고용불안, 경기변동 등.

(안전보건공단, 위의 글, 2면).

121) ‘외상후스트레스장애(Post-traumatic Stress Disorder, PTSD)’는 하나의 질병으로서 위협이라기보다는 결과로서의 업무상 재해로 볼 수 있고(근로기준법 시행령 제44조 제1항, 별표 5 업무상 질병과 요양의 범위, 산업재해보상보험법 시행령 제34조 제3항, 별표 3 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준 각 참조), 본 논문에서 말하는 스트레스와는 다른 개념이라고 할 것이므로 본 논문에서 별도로 다루지 않는다.

122) 대법원 1995. 1. 24. 선고 94누8587 판결.

123) 대법원 2017. 5. 31. 선고 58840 판결.

124) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012두17070 판결.

로 인정하였다.

이는 곧 해당 근로자의 자살을, ‘(스트레스 유발 요인이었던) 실적 압박이나 낮은 업무 등 업무에 내재하고 있는 위험들이 현실화된 것’으로 본 것이다. 그러므로 스트레스 유발요인들은 업무상 재해의 위험 요인이었다고 할 수 있다.

스트레스는 물리적 환경에서도 발생하지만, 많은 스트레스 유발요인은 주로 업무상 재해의 위험 요인 중 ‘사회심리적’ 위험 요인으로 이해된다.<sup>125)</sup> 본 논문에서 근로자의 정신건강을 해치는 원인으로 다룰 사용자의 업무지시도 업무의 설계, 조직, 관리와 관련된 직장 환경적 배경에 해당하는 것으로, 업무상 재해 측면에서 보면 사회심리적 위험요인에 해당한다고 할 수 있다.

#### 나) 스트레스 유발 요인과 업무상 재해 원인의 관계

사회심리적 위험은 현실화되는 과정에서 극심한 스트레스를 발생시킨다. 스트레스는 “해당 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐 질병을 악화시키는”<sup>126)</sup> 등의 방식으로 위험의 현실화를 촉진할 수 있다. 이는 이른바 ‘과로성 또는 스트레스성’<sup>127)</sup> 재해라 불리는 심혈관계 질환 및 그로 인한 사망,<sup>128)</sup> 과로 또는 스트레스로 인한 자살,<sup>129)</sup> 정신질환 등의 사안에서 특히 그러하다.

과로성 또는 스트레스성 재해의 대표적인 모습인 뇌혈관 질병 또는 심장

---

125) 사회심리적 위험 요인을 업무 관련 스트레스 원인으로 파악하는 입장으로 클라라 로렌스·다니엘 오시즈 드 비야시안(Clara Llorens · Daniel Ortiz de Villacian), “EU의 업무관련 스트레스와 노사관계”, 『국제노동브리프』 2011년 1월호, 한국노동연구원, 2011, 24면.

126) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두5794 판결; 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009두164 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006두4912 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두12844 판결 등.

127) 이희자, “과로성 정신질환·자살과 업무상 재해”, 『산업관계연구』 제21권 제4호, 한국노사관계학회, 2011, 134면에서 업무상 과로와 스트레스에 기인한다는 의미로 ‘과로성’이라고 표현하였다.

128) 이희자, 위의 글, 143면.

129) 정식 법적 용어는 아니나, 사회에서 ‘과로자살’이라고 통용되고 있어 그대로 칭한다.

질병을 업무상 질병으로 인정하는 기준과 관련하여 산재보험법 시행령 별표 3 제1호의 가목 및 그것을 구체화한 ‘뇌혈관 질병 또는 심장질환 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항’(고용노동부 고시 제 2017-117호)이 있다.

위 고시에서는, 과로가 아닌 다른 이유(돌발적이고 예측 곤란한 사건의 발생 또는 업무환경 변화)로 인해 뇌혈관 또는 심장질환을 갖게 된 경우, 그 과정에서 발생한 스트레스와 그 스트레스를 유발하는 사건 또는 업무 환경 변화를 독자적인 위험요인으로 보고 있다.<sup>130)</sup> 그런데 과로가 있는 상태에서 뇌혈관 또는 심장질환이 발생한 경우에는, 과로 외에 다른 스트레스 유발요인이 있었다 하더라도 주로 업무량과 근로시간을 기준으로 한 업무의 과중성을 위험 요인으로 판단하고 있다.<sup>131)</sup>

판례들을 보더라도, 돌발적 또는 예측곤란한 사건이 있었던 경우가 아닌 상황에서 스트레스가 어떠한 질병에 기여한 것으로 인정되는 경우는 과로,

130) “업무와 관련한 돌발적이고 예측 곤란한 정도의 긴장·흥분·공포·놀람 등과 급격한 업무 환경의 변화로 뚜렷한 생리적 변화가 생긴 경우{산업재해보상보험법 시행령 별표 3 제1호 가목 1)에서 인정하는 업무상 질병;”에는 ‘증상 발생 전 24시간 이내에 업무와 관련된 돌발적이고 예측 곤란한 사건의 발생과 급격한 업무 환경의 변화로 뇌혈관 또는 심장혈관의 병변 등이 그 자연경과를 넘어 급격하고 뚜렷하게 악화된 경우’를 말한다고 규정하고 있다(고시 I. 1. 가)

131) 고시에서는, ① “단기간 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우{산업재해보상보험법 시행령 별표 3 제1호 가목 2)에서 인정하는 업무상 질병;”란 ‘발병 전 1주일 이내의 업무의 양이나 시간이 이전 12주(발병 전 1주일 제외)간에 1주 평균보다 30퍼센트 이상 증가되거나 업무강도·책임 및 업무 환경 등이 적응하기 어려운 정도로 바뀐 경우’로 보고 있다(고시 I. 1. 나.). 그리고 ② “업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적 부담을 유발한 경우{산업재해보상보험법 시행령 별표 3 제1호 가목 3)에서 인정하는 업무상 질병;”란, 발병 전 3개월 이상 연속적으로 과중한 육체적·정신적 부담을 발생시켰다고 인정되는 업무적 요인이 객관적으로 확인되는 상태를 말한다고 규정하면서, 여기에서 “만성적인 과중한 업무”에 해당하는지 여부를 판단할 때 고려할 사항으로 1) 발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간(발병 전 4주 동안 1주 평균 64시간)을 초과하는 경우와 2) 발병 전 12주 동안 1주 평균 업무시간이 52시간을 초과하는 경우를 고려하도록 하고 있다(고시 I. 1. 다.).

업무의 과중성과 함께 인정될 때임을 확인할 수 있다.

판례는 “산업재해보상보험법 제5조 제1호에 정한 ‘업무상의 재해’라고 함은 근로자의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 질병을 의미하는 것이므로, 업무와 질병 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, ..... 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초 질병이나 기존 질병이 직무의 과중 등이 원인이 되어 자연적인 진행속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 입증이 있는 경우에 포함되는 것”이라는 입장을 취하고 있다.<sup>132)</sup> 또한 판례는, “과로의 내용이 통상인이 감내하기 곤란한 정도이고 본인에게 그로 인하여 사망에 이를 위험이 있는 질병이나 체질적 요인이 있었던 것으로 밝혀진 경우에는 과로 이외에 달리 사망의 원인이 되었다고 볼 특별한 사정이 드러나지 아니하는 한 업무상 과로와 신체적 요인으로 사망한 것으로 추정함이 경험칙과 논리칙에 부합한다”라고도 판시하였다.<sup>133)</sup>

위 판례의 태도에 비추어 보면, ① 과로가 질병의 주 원인이면서 과로와 스트레스가 겹치거나, 또는 ② 질병의 주된 발생원인은 업무와 관련이 없지만 과로와 스트레스가 겹쳐서 그 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 질병과 업무 사이에는 인과관계를 인정할 수 있다.

그런데 과로와 스트레스는 서로 밀접한 관련이 있기는 하지만 구별되는 개념인바, 노동법학에서 스트레스를 어떻게 보고 있는지를 좀 더 명확히 판단하기 위해서는 스트레스를 과로와 떼어 살펴볼 필요가 있다. 과로(또는 업무의 과중성, 과도성)가 인정되지 않은 경우에는 스트레스가 어떻게 받아들여지고 있는지도 확인할 필요가 있는데, 다음의 사안들을 보면, 판례에서 스트레스를 업무상 재해의 독립적인 주 원인으로 인정한다고 보기는 어려울

---

132) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000두4538 판결 등 참조.

133) 대법원 2010. 1. 28 선고 2009두5794 판결; 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009두 164 판결 등 참조.

것으로 생각된다.

서울행정법원 2013. 11. 21. 선고 2012구단2637 판결은 뇌정맥 혈전증 치료경력이 있는 30년 경력의 변호사가 의뢰인의 수입료 반환요구와 폭언 등으로 스트레스를 받아 뇌출혈이 발병했다고 주장한 사안<sup>134)</sup>에서 원고 패소 판결을 한 바 있다. 위 법원은 망인의 뇌출혈을 업무상 재해로 인정하지 않았는데, 그 판단의 이유가 된 근거로는, ① ‘망인(소송수행중 사망)의 뇌출혈은 과거 기왕증으로 뇌경색을 앓았던 망인의 항응고제 복용과 관련하여 발생한 것으로 사료되기 때문에 재해와의 인과관계를 인정하기 어렵다는 취지’의 의학적 소견, ② 망인의 평소 근무시간이 9:00 ~ 18:00이었고, 위 뇌출혈 발병 무렵 업무 내용이나 업무시간의 급격한 증가가 있지도 않았다는 점에서 망인의 업무가 과중하지 않았던 점, ③ 의뢰인의 수입료 환불 요구 등이 변호사 업무에 내재된 통상적인 위험 범위 내에 속한 요인으로서 충분히 감내할 수 있었던 것으로 보이는 점 등이 있었다.

또한 서울행정법원 2016. 9. 1. 선고 2015구단54059 사건에서는 입사 후 20년이 넘게 근로해 왔던 근로자가 보직 변경 후 새로운 업무 및 컴퓨터 작업에 적응하지 못하여 극심한 스트레스에 시달리다가 우울증 에피소드, 신경성 불면증이 발병했다고 주장한 사안에서도 원고 패소 판결을 한 바 있다. 위 법원에서는 ① 해당 근로자가 맡았던 변경된 보직은 그 근로자가 희망했던 보직이었던 점, ② 해당 근로자가 새 업무에 적응하지 못하여 보직 변경을 요구하자 회사가 다른 보직으로 전환시키는 등 충분히 배려한 점, ③ 근로자의 업무량이 과도했다고 인정할 자료가 없고, 과중한 책임, 동료들 간 갈등, 업무상 사고 등 통상 심각한 업무상 스트레스 유발 요인들도 확인되지 않으므로 단지 새로운 업무에 잘 적응하지 못하였다는 사정만으로 스스로 감내하지 못할 정도의 극심한 스트레스를 받았다고 볼 수 없다는 점 등을 이유로, 위 우울증 에피소드 및 신경성 불면증을 업무상 재해로 인정하지 않았다.<sup>135)</sup>

134) 서울행정법원 2013. 11. 21. 선고 2012구단2637 판결(확정).

135) 장현자, “근로자의 정신질환에 대한 업무상 재해 인정기준 - 법원 판례 분석을

이러한 사례들은, 업무상 과중성이 인정되지 않은 상태에서는 근로자의 스트레스만으로 업무상 스트레스와 상병 간의 인과관계를 인정하지 않았던 사안들이다.<sup>136)</sup> 앞서 언급한 서울고등법원 2014. 1. 10. 선고 2013누18034, 2013누18041(병합) 사안도, 본래 원심(서울행정법원 2013. 5. 29. 선고 2012구단2309, 2012구단14159(병합) 판결)에서는 공황장애 상병과 업무 사이의 인과관계를 인정하지 않았다가 항소심에 이르러 변경된 것이었는데, 원심은 업무 과중성을 인정하지 않았던 반면 항소심에서 업무 과중성을 인정함으로써 사실인정이 달라졌다는 차이가 있다.<sup>137)</sup> 원심의 설시를 보더라도 사실인정 단계에서 업무상 과중성이 인정되지 않는 경우 근로자의 스트레스만으로는 업무상 스트레스와 상병 간의 인과관계를 인정받기 어려울 것이라는 점을 추측해 볼 수 있다.

업무상 스트레스가 공황장애의 한 원인이 될 수 있음에 대하여 대체로 의학적 소견이 일치하나, 업무의 공황장애 발생 사이에 상당인과관계가 있음을 인정하기 위하여 단지 업무상 스트레스의 존재를 인정하는 것만으로는 부족하다고 할 것이고, 업무로 인한 원고의 육체적·정신적 부담이 원고의 건강과 신체조건으로는 감내하기 어려운 정도에 이르렀다는 점이 입증되어야 할 것이다(밑줄은 필자).<sup>138)</sup>

이러한 판례의 태도는, 직무스트레스를 정신질환의 직접적 원인이라기보다

---

중심으로” 『사회보장법연구』 제8권 제2호, 2019, 15면.

136) 이용구, “변호사의 업무상 재해 인정 요인과 스트레스”, 『변호사가 알아야 할 노무』, 2014. 2. 25. 자 칼럼, 대한변협신문. 필자는 과로가 아닌 스트레스가 문제된 사안에서는 법원이 인과관계 판단을 하기가 더 쉽지 않음을 지적한다. <https://academynext.lawnb.com/Info/ContentView?sid=N001D22D652DA17C> 최종접속일: 2020. 7. 22.

137) 항소심에서는 “근로자의 업무 과중성과 극심한 스트레스를 인정하고 이것이 해당 근로자의 공황장애 증상을 자연적 진행경과 이상으로 급격히 악화시켰을 가능성이 크다”라고 판시하였다. 위 항소심에 대해 피고(근로복지공단)의 상고가 있었으나(대법원 2014. 5. 29. 선고 2014두2928, 2014두2935 판결) 상고기각으로 확정되었다.

138) 서울행정법원 2013. 5. 29. 선고 2012구단2309, 2012구단14159(병합) 판결.



는 발병을 촉진하는 유발요인(보조요인)으로 이해하고 있는 의학적 관점<sup>139)</sup>과도 같은 맥락에 있다고 할 수 있다.

#### 마. 검토

살펴본 것처럼 ‘근로자가 정신적으로 건강함’을 나타내는 요소들 간의 관계에 비추어 볼 때 핵심적인 판단 기준은 ‘노동관계에서의 스트레스를 다룰 수 있는지 아닌지’라고 할 수 있다. 근로자가 정신적으로 건강하다는 것은 스트레스가 없는 상태에 있음을 의미하는 것이 아니라 스스로 스트레스를 감당할 수 있는 상태에 있음을 의미하는 것이다.

스트레스가 업무상 재해와 관련하여 의미있게 부각되는 부분이라 할 수 있는 이른바 ‘과로성 또는 스트레스성’ 재해와 관련한 판례를 보면, 질병이 발병되었을 때 그 스트레스 유발요인에 대한 평가는 과로 인정 여부에 따라 좀 다른 것으로 보인다. 과로가 인정되면 과로와 함께 스트레스 및 그 스트레스 유발요인이 함께 업무상 재해의 원인으로 인정되는 것으로 보이나, 과로가 인정되지 않는 경우에는 그 스트레스 및 스트레스 유발 요인이 독자적으로 큰 의미가 있는 것으로 받아들여지지 않는 것으로 확인된다.

더불어 판례의 태도를 보면, 업무로 인해 극심한 스트레스를 받고 있는 근로자라도 특정 질환을 갖게 된 것이라고 보기는 어려운 경우나, 아주 극단적인 과로 상황에까지 이르렀다고는 인정되지 않은 경우라면, 실질적으로 근로자가 정신적으로 건강하지 않은 것 같다고 할 수 있는 상황에 처해 있다고 하더라도 법으로 보호받기는 어려운 상황에 놓일 수 있음을 예상할 수 있다. 이는 근로자가 정신건강과 관련하여 법의 보호를 받을 수 있는 경우가 이미 ‘다친’ 경우, 곧 육체적으로든 정신적으로든 노동능력이 훼손된 경우로 제한되고 있음을 보여준다.

노동의 지속가능성도 노동법에서 지향하는 하나의 중요한 가치임을 상기한다면, 근로자가 다치기 전에도 다칠 가능성을 없애거나 낮추기 위한 법적

<sup>139)</sup> 강동목 외, 『직무스트레스의 현대적 이해』 제2판 부분개정, 고려의학, 195면.

보호 또한 필요하다고 할 것이다. 근로자가 근로 과정에서 정신적으로 다치지 않도록 하는 것을 ‘정신건강이 침해되지 않도록’<sup>140)</sup> 하는 것이라고 표현하겠다. 그렇다면 정신건강이 침해된다는 것은 무엇을 의미하는지, 어떠한 경우에 근로자가 법적으로 보호받을 수 있는 ‘정신건강의 침해’가 있다고 할 수 있는지가 정립되어야 한다.

### 3. 근로자에게 있어 ‘정신건강 침해’의 의미

#### 가. ‘정신건강 침해’의 의미

정신건강이 침해된 경우는 ‘정신적으로 건강한’ 상태를 벗어난 상황 또는 상태로 이해할 수 있을 것이다. 앞서 ‘근로자 정신건강’의 핵심적 요건을 ‘삶에서 일어나는 보통의 스트레스를 다룰 수 있는 상태’라고 보았다. ‘보통의 정상적인 생활 또는 노동관계의 스트레스를 다룰 수 있는 상태’에 있었던 근로자가 스트레스를 다룰 수 없는 상태에 이르렀다면 정신건강이 침해되었다고 할 수 있다. 근로자가 강도 높은, 심한 스트레스를 받을 수 있는 상황에 있다면 정신건강이 침해될 가능성이 높다고 할 수 있다. 이하에서는 판례에서 어떠한 경우 정신건강의 침해를 인정하였는지 살펴보기로 한다.

#### 1) 판례

##### 가) 법원 - 위자료 청구 사안

법원이 어떠한 경우에 정신건강이 침해되었다고 보고 있는지와 관련하여

---

<sup>140)</sup> ‘정신건강 침해’라는 표현을 쓰고 있는 선행 문헌으로 알랭 쉬피오(2019, 박제성 번역), 『숫자에 의한 협치』, 한울아카데미, 2019, 262면, 371면; 권혁 외, 앞의 보고서, 2면; 손미정(2018), “근로자 건강진단시 정신검진항목의 도입여부에 관한 법적 연구-이른바 ‘감정노동 근로자’의 건강검진을 중심으로”, 『동아법학』 제81호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 180면 등

살피볼 만한 부분으로 민사 소송에서 위자료 청구를 들 수 있을 것이다. 판례에서는 불법행위로 인하여 원고가 정신적 고통을 겪었다고 판단하는 경우에 정신적 피해(손해)에 대한 배상으로 위자료를 인정한다. 금전으로 위자료야 할 정도의 정신적 고통을 겪는다는 것은 정신적으로 건강한 상태를 이미 벗어나 있는 것을 의미한다. 판례가 ‘정신적으로 건강한 상태를 벗어났다(정신적 고통이 발생하였다)’라고 본 사안들은 다음과 같다.

판례에서는 ‘인격권 침해’ 및 ‘인간으로서의 존엄과 가치 위배’가 있었던 경우 정신적 고통을 받았음을 인정하였다. 일반 민사소송 사안에서는 국가를 상대로 한 손해배상 청구에서, 유치장에 수용되었던 자가 수용 기간 유치장 내에 설치된 이른바 ‘개방형 화장실’을 사용하도록 강요당하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등을 침해당함으로써 정신적 손해를 입었다고 판시한 사례가 있다.<sup>141)</sup> 노동관계 소송에서는 근로자가 인격적 법익 침해를 입었다고 보아 정신적 피해를 인정한 사안들이 있는데,<sup>142)</sup> 구체적으로는 ① 근로자를 본연의 업무에서 배제함으로써 인격권 실현의 본질적 부분을 침해한 것이라고 본 사례,<sup>143)</sup> ② 근로자를 다른 근로자에 비하여 부당하게 차별대우함으로써 위 근로자가 하나의 인격으로서 갖는 명예감정을 손상케 하는 불법행위를 구성한다고 한 사례<sup>144)</sup>, ③ 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 함으로써 인격권을 침해하였다고 본 사례<sup>145)</sup> 등이 있다.

법원에서 정신적 고통을 인정했다는 것은 규범적으로 보호해야 할 정도까

141) 서울중앙지방법원 2016. 9. 20. 선고 2013가단66193 판결.

142) “사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와 근로계약 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현할 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상 의무를 부담한다. 그러므로 사용자가 근로자 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속 거부하는 것은 이와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있고.....”(대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결, 밑줄은 필자).

143) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결; 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1883 판결.

144) 대전지방법원 천안지원 1991. 4. 2. 선고 90가합1833 판결.

145) 대법원 1998. 2. 10. 95다39533 판결.

지 정신적 건강이 침해된 것이라 인정하였다는 점을 의미한다. 살펴본 것처럼 판례에서는 근로자의 인격권, 인간의 존엄과 가치가 침해된 경우 정신적 고통을 입었다고 보았으므로, 이때 근로자의 정신적 건강이 침해된 것으로 인정하였다고 할 수 있다.

#### 나) 헌법재판소 - 인간의 존엄과 가치 침해 여부 판단 사안

헌법재판소 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정을 다시 보면, 이 결정에서도 인간으로서의 품위유지를 하기 어려운 경우에(인간의 존엄과 가치가 훼손된 경우에) 정신건강의 피해를 입었다고 보았음을 알 수 있다.

헌법재판소 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에서도 인간의 존엄과 가치와 정신건강을 같이 다루고 있다. 이 결정에서는 수용기관의 과밀수용행위와 관련하여 ‘인간으로서의 기본 생활에 필요한 최소한의 공간조차 확보되지 못한 방실에서 생활하는 경우 신체적·정신적 건강이 악화되거나 인격체로서의 기본 활동에 필요한 조건을 박탈당하는 등 극심한 고통을 경험하였을 가능성이 크다. 인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에 수용하는 행위는 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다’라고 판시하였다.

#### 2) 검토

위 판례들은 인격권 또는 인간으로서의 존엄과 가치가 침해된 경우에 정신적 피해, 곧 정신적 건강의 침해가 있는 것으로 보고 있다.<sup>146)</sup> 위 판례들은 당사자의 정신질환 발병 여부로 정신적 건강 침해를 판단하지는 않았다. 그런데 앞서 본 사례 중 ‘근로자를 본연의 업무에서 배제함으로써 인격권 실현의 본질적 부분을 침해’하였다고 인정한 사안<sup>147)</sup>이 있음에 비추어 보면,

<sup>146)</sup> 같은 취지로 류재율, 앞의 글, 218면. 다만 인격권 침해로 인한 정신건강이 침해된 것인지, 정신적 고통을 느껴서 인격권이 침해된 것인지 그 선후 또는 인과 관계를 분명히 밝히는 데에는 난해함이 있다.

<sup>147)</sup> 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결.

인간으로서의 인격권(이를 ‘일반적 인격권’이라고 하겠다)과 비교하여 근로자로서 갖는 인격권이 존재하리라는 점을 확인할 수 있다.

인격권 중 노동영역에서 발현되는 특유의 인격권의 내용을 ‘노동인격권’이라고 명명할 수 있을 것이다. 이 노동인격권의 대표적인 내용으로는 근로제공을 통해서 자아를 실현하고 그의 정체성을 유지하며, 그 부수적 결과로서 향상된 직업 능력을 가지게 된다는 점,<sup>148)</sup> 그 과정을 통해 자아실현감과 보람을 느낀다는 점<sup>149)</sup>을 들 수 있다. 근로자가 근로의욕 및 에너지를 상실하거나 자신이 하는 일에서 직업적 효용감 또는 만족감을 느끼지 못한다면, 노동인격권이 침해되었다고 할 수 있을 것이다. 이 경우 근로자는 ‘일을 하면서 기대하는 자아실현감’을 느끼지 못하게 되는 상태일 것이므로, 앞서 정의한 ‘근로자가 정신적으로 건강한 상태’, 곧 근로자가 자신의 일을 통해 자아실현감을 느낄 수 있는 상태에서 벗어나게 됨을 의미한다.

그렇다면 근로자의 정신건강이 침해되는 경우는, 인간으로서의 존엄과 가치를 침해받는 경우와 일반적 인격권을 침해받는다는 경우뿐만 아니라 노동영역에서 특유의 내용을 갖는 노동인격권의 침해가 있는 경우까지 의미한다고 할 수 있다. 근로자는 폭언, 폭력 등으로 인하여 일반적인 명예 감정이 훼손됨에 따른 인격권 침해의 경우뿐만 아니라, 근로의욕 및 에너지를 상실하게 되거나 직업적 효용감, 만족감, 행복 등을 느낄 수 없어 자아실현감을 느끼지 못하게 된 경우에도 노동인격권이 침해된 경우로서 정신건강의 침해를 입게 된다고 할 수 있을 것이다.

#### 나. 사용자의 업무지시와 근로자의 ‘정신건강 침해’

근로자의 노동인격권이 어떠한 경우에 침해된다고 할 수 있는지와 관련해

---

<sup>148)</sup> 이희성, 앞의 글, 534면.

<sup>149)</sup> 이흥재(1988), 앞의 논문, 41면; 이흥재(1991), “고용보장의 법적 구조에 관한 시론-그 이념적 방향 정립을 위한 서설적 모색”, 『서울대학교 법학』 제32권 1·2호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 1991, 104면에서는 “창조적인 노동의 보람을 통하여 주체적인 자유로운 삶을 향유할 수 있는 권리”를 내용으로 하는 노동향유권을 주장하였고, 그 본질은 결국 노동인격권의 실현이라고 하였다.

서는 여러 경우를 상정할 수 있겠으나, 그 중 근로계약의 본질적인 측면에서는 다음과 같은 점을 생각해볼 수 있다.

인간의 노동력은 인격과 결합되어 있으므로, 인간은 노동을 통해 자기의 정의관념을 세계에 투영하고, 그 과정을 통해 삶에 의미를 부여할 수 있어야 한다.<sup>150)</sup>

인간의 노동은 상품이 아니며.<sup>151)</sup> 근로계약 체결 시 ‘계약적 구성을 위해’<sup>152)</sup> 상품으로 의제되는 것일 뿐이다. 그러므로, 상품이 아닌 노동이 노동 전반에서 상품으로 취급된다면 이때 인간의 존엄과 가치가 침해된다고 할 수 있다. 이러한 점을 지지하는 견해는, 상품으로 의제된 노동을 노동의 객관적 차원으로 보고, 인간이 노동을 통해 삶에 의미를 부여하는 것을 노동의 주관적 차원으로 본다. 그리고 위 견해는 ‘노동의 객관적 차원만을 포착하면서 주관적 차원을 도외시할 때, 인간은 주체에서 객체로, 인격에서 사물로 전락함으로써 인간의 존엄성 보장이라는 헌법적 가치를 훼손하는 결과를 낳게 된다’고 지적한 바 있다.<sup>153)</sup>

노동의 객관적인 차원만을 포착한다는 것은 무슨 의미인가? 위 견해에 의하면 상품으로 의제된 노동을 강조한다는 것, 곧 노동을 사물, 상품으로 보는 관점이 강조되는 경우를 의미할 것이다. 상시적으로 과다한 업무를 부과하는 업무지시, 근로자를 쥐어짜는 업무지시, 예정에 없던 추가 업무를 계속 부과하는 업무지시 등은 노동을 객체화, 사물화하는 것의 대표적인 예라고 할 수 있다. 비용 절감을 목적으로 근로자의 시간을 ‘숨’과 ‘멈춤’ 없이 뺏뺏하게 노동으로 채우려는 관점에서 비롯된 업무지시의 모습이기 때문이다. 과중 업무 속에 허덕이는 근로자는 과도한 스트레스로 인해 인격적 측면에서의 노동의 의미를 잃어버리기 쉽다.<sup>154)</sup> 그러므로 과중 업무를 야기하는 업무

---

150) 박제성(2017), 앞의 글, 384면. 위 견해에 의하면 이는 노동의 주관적 차원이다.

151) Declaration Concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (DECLARATION OF PHILADELPHIA) I. a.

152) 알랭 쉬피오(2017, 박제성 번역), 『노동법비판』, 도서출판 오래, 2017, 16면.

153) 박제성(2017), 앞의 글, 384면.

154) 같은 취지로, 이상윤, “과로로 인한 자살의 헌법적 문제-일본의 경우를 소재로

지시는 인간을 객체화, 사물화하여 인간의 존엄성을 해치고 노동인격권을 침해함으로써 정신건강 침해를 야기한다고 할 수 있다.

#### 다. 근로자의 ‘정신건강 침해’와 ‘정신건강장해 발생’의 구별

앞에서 살펴본 바와 같이 ‘근로자의 정신건강이 침해되었다’는 것은 근로 제공 중에, 또는 근로 제공 전후에 근로자와 관계를 맺고 있는 다양한 요인으로 인하여 스트레스를 다룰 수 없는 상태에 이르러서 그 결과 중국적으로 ‘일을 하면서 기대하였던, 또는 그동안 느껴왔던 자아실현감이 줄어들거나 없어지는 상태에 이르게 된 것’을 의미한다고 할 수 있다.

곧 근로자의 정신건강이 침해된다는 것은, 정신적 고통을 느낀다는 사실상의 상태를 전제함과 동시에, 근로자에게 일반적 인격권 또는 노동인격권의 침해가 발생함을 의미하는 것이다. 이러한 점에서 정신건강이 침해된다는 것은 규범적인 개념이다. 그리고 이는 기본권(인격권 및 노동인격권) 침해의 문제이기도 하므로 기본권 보호를 위한 국가의 의무와 노력을 요청하게 된다.

‘정신건강장해가 발생하였다’는 것은 위와 달리 생물학적 개념이라 할 수 있다. 다만 ‘장해’를 어떠한 상태로 보고 있는지에 대해서는 법의 태도가 일관되지 않은 것으로 보인다.

산업재해보상보험법에서의 장해급여나 근로기준법에서의 장해보상에서 말하는 장해는 “부상 또는 질병의 치료 후에도 더 이상 치유의 효과를 기대할 수 없을 정도로 그 병상이 고정된 상태에 이른 후 피재근로자에게 잔존하는 영구적인 정신적 또는 육체적인 훼손 상태 또는 그로 인한 노동력의 손실 및 감소”를 의미한다.<sup>155)</sup> 그리고 보험계약상의 장해보험금에서 말하는 장해

---

하여-”, 『공법학연구』 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007, 342면에서도 “자신의 생활기반을 유지하기 위하여 불가피한 노동의 장에서 노동자가 자유로운 인격의 발전을 기대할 수 없게 될 정도로 만드는 장시간 근로는 개인의 존엄을 침해하는 것이자 노동자 개인의 인격을 침해하는 것”이라고 하였다.

<sup>155)</sup> 서울고등법원 1993. 12. 17. 선고 93구24119 판결.

는 약관에서 통상 “재해로 인한 상해 또는 질병에 대하여 충분한 치료를 하였으나 완전히 회복하지 않고 증상이 고정되어 신체에 남아 있는 영구적인 정신 또는 육체의 훼손 상태”<sup>156)</sup>로 규정하고 있다. 일반적으로 ‘장해’는 질병이나 질환이 발생하여 치료를 하고 상당한 시간이 지난 후 고착화된 상태를 기준으로 하고 있는 개념으로 이해되어 왔다.

그런데 산업안전보건법에서의 용례를 보면, 이때의 ‘건강장해’는 기존에 이해되고 있던 장해와는 조금 다른 개념으로 사용되고 있는 것으로 보인다. 치료 및 그 이후 상당한 시간이 지난 이후의 남아있는 고정된 건강 훼손 상태를 의미한다기보다는, 건강상의 이상, 문제, 질병 발생 그 자체를 통틀어 말할 뿐, 상당한 시간이 지난 이후에 측정되는 훼손의 정도로 보고 있지는 않은 것으로 이해된다. 한 견해는 “근로자가 통상적으로 사용자에게 제공하기로 한 노동력의 원천이 되는 정신적·신체적 건강에 미달하는 의학적 상태”라고 이해하고 있기도 하다.<sup>157)</sup>

본 논문에서는 ‘건강장해’를 산업안전보건법 제41조, 제109조 등의 용례와 유사한 맥락에서, 질병으로서의 정신질환(mental disorder)이 발생, 발전하는 것을 의미한다고 볼 것이다. 그렇다면 스트레스를 겪게 되면서 육체적 또는 정신적 기능의 손상이 발생한 경우를 건강장해가 발생한 경우라고 할 수 있고, 그 건강장해가 정신질환일 경우 정신건강장해가 발생했다고 볼 수 있다. 과도한 스트레스로 인한 정신적 건강장해의 양상은 일을 끝내지 못하는 것에 대한 죄책감, 업무를 완수하지 못할지도 모른다는 불안감, 정서장애, 시간의 지체에 대한 강박증, 사회생활과 단절됨에 따른 고립감, 자신에 대한 불만족 등의 감정으로 먼저 나타난다. 그리고 이러한 증상이 심해지는 경우 우울증, 적응장애, 조현병 등의 정신질환으로 나아갈 수 있다. 건강장해가 발생한 경우에 해볼 수 있는 노동법적 구제방법은 위 장해가 업무상 재해에 해

---

156) 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다65752 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다 17086 판결 등.

157) 손미정(2019), “근로자 건강진단시 정신검진항목의 도입 여부에 관한 법적 연구 II : 산업안전보건법 제26조의 2 ‘고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치’ 규정에 대한 함의”, 『동아법학』 제85호, 동아대학교 법학연구소, 2019, 232면.



당됨을 승인받아 보상 또는 배상을 받는 것이며, 이 경우 근로자의 정신건강 침해요인들과 위 장애와의 인과관계 존부 판단이 중요해진다.

위와 같이 근로자의 ‘정신건강 침해’와 ‘정신건강장애 발생’은 개념적 차이가 있다. 근로자의 정신건강이 침해된 상태는 비단 업무상 재해로 인정될 수 있는지 여부의 판단 대상이 되는 ‘정신질환이 발생한 상태’만을 의미하지 않는다.<sup>158)</sup> 정신건강의 침해가 정신질환의 발생 개연성을 높이는 하나, 정신건강이 침해되었다고 하여 필연적으로 정신건강장애가 발생하는 것은 아니다. 그런데 정신질환이 발생한 상황은 정신건강이 침해된 상황임이 분명하다. 이 점에서 정신건강 침해의 개념은 더 넓은 개념이다.<sup>159)</sup>

노동법학에서 근로자의 정신건강과 관련한 문제를 다루고 있는 선행 문헌들에서는 정신건강의 문제를 정신질환의 문제로만 국한하여 보고있지 않고, ‘정신건강’ 자체를 정의하고 있지는 않으나 정신건강에 부정적 영향을 미치는 문제들을 인격권(또는 노동인격권)의 문제로 포섭하여 검토하고 있다.<sup>160)</sup> 적지 않은 연구에서 이러한 생물학적 개념과 규범적인 개념이 함께 사용되고 있는 것은 위와 같은 포함관계 때문으로 이해된다.

### III. 검토

살펴본 바와 같이 근로자의 인격권이 침해된 경우 정신건강이 침해되었다고 할 수 있다. 그리고 정신적 손해배상으로 위자료를 청구한 사안에서 볼 수 있는 것처럼 법은 반드시 건강장애가 발생한 경우에 이르지 않았더라도 정신건강이 침해된 경우를 보호하는 입장에 있음을 알 수 있다. 이는 근로자가 노동관계 내에서 업무와 관련하여 어떠한 질환에까지 이르지 않더라도

---

158) 강동목 외, 앞의 책, 199-200면. 위 문헌은 정신과적 증상과 질환을 구분해서 이해해야 한다고 지적한다.

159) 일본의 『노동안전위생법』에서 사용되고 있는 ‘정신건강(멘탈헬스) 부진(メンタルヘルス不調)’이라는 표현도 넓은 의미로 이해되는데, 본 논문에서의 ‘정신건강 침해’와 유사한 개념이라 생각된다.

160) 권혁 외, 앞의 보고서; 신권철(2017a), 앞의 글, 63-66면 등.

정신건강이 침해되지 않도록 보호되어야 한다는 점을 방증한다. 그렇다면 정신건강의 침해를 어떻게 규제, 보호해야 하는가가 문제된다. 한편 근로자 정신건강의 문제는 기업 경영에 있어 위험 관리의 측면에서도 다루어질 수 있는 부분이어서 이러한 접근과의 비교를 통해 노동법적 규율이 갖는 의미를 찾아볼 수 있다.

### 제3절 노동법적 규율의 중요성과 법적 기초

#### I. 근로자 정신건강 문제에 관한 노동법적 규율의 중요성

그동안 경영학에서도 직장 내에서의 근로자의 정신건강 문제에 관한 연구가 있었던 것으로 보인다. 그런데 경영학이 이윤 극대화를 본질이자 목표로 하는 ‘기업’을 다루는 학문인 이상, 경영학적 연구가 갖는 본질적 한계를 지적하지 않을 수 없다. 그것은 바로 근로자의 직무스트레스 관리의 초점이 경영관리를 통해 근로자의 결근 또는 병가 등을 감소시킴으로써 직원의 부재로 인한 비효율 발생을 막기 위함에 있다는 점이다. 경영학적 관점에서 보면 ‘근로자에 대한 보호와 존중’이라는 것은 그 자체가 목표가 되지 못하고, ‘스트레스 관리를 통한 성과 향상’이라는 목적을 위한 인적 자원(인적 자원) 관리의 일환으로서의 위치를 갖게 된다.

그리고 가장 많이 활용되는 직무스트레스 이론 모형이라 알려진 것으로 로버트 캐러섹(Robert Karasek)의 ‘직무요구-직무통제 모형’(Demand-Control Model)과 요하네스 시그리스트(Johannes Siegrist)의 ‘노력-보상 불균형 모형’(Effort-Reward Imbalance Model) 등이 있는데,<sup>161)</sup> 이 모형들도 다음과 같은 한계가 존재한다.

161) 강동목 외, 앞의 책, 360면; 문형구·최병권·고옥, 앞의 글, 130면; 이성균, “한국 임금근로자의 스트레스에 관한 연구 패널자료 분석”, 『한국사회학』 제50집 제4호, 한국사회학회, 2016, 207면.

먼저 로버트 캐러섹의 직무요구-직무통제 모형은 직무요구(job demand)와 근로자의 재량(discretion) 및 직무통제(job control)를 건강에 영향을 미치는 요소로 보는 모형이다.<sup>162)</sup> 위 모형에서 말하는 주요 요인인 직무통제와 재량 개념에 근거한다면 업무수행상의 자율성, 재량의 증대가 스트레스를 줄이는 방향으로 작용한다고 이해할 수 있다. 이에 위 모형은 근로자들의 직무스트레스 감소를 위한 방안으로, ‘근로자의 능력을 향상시킬 것, 조직적 결정에 관한 근로자의 영향력을 증대시킬 것, 근로자에게 그 자신이 갖는 기술(기량) 및 잠재적인 기술(기량)의 사용에 관한 재량을 허용할 것’ 등을 제안하고 있다.<sup>163)</sup>

그런데 위 모형이 제안하는 ‘근로자의 재량 또는 자율’이라는 것은, 종속 노동의 특성상 그 역시도 사용자의 지휘·감독 또는 지배 내에서의 자율이 될 수밖에 없다. 그런데 위 모형이 이러한 점을 반영하고 있는지에 대해서는 단언하기 어렵다. 직무요구-직무통제 모형에 관한 여러 비판 중에 위 모형이 ‘작업장 내의 중요한 권력 구조에 대한 문제를 고려하지 않았다’는 지적<sup>164)</sup>이 있다는 점에 비추어 보면 종속성이 고려되지 않았을 가능성을 배제할 수 없다.

그리고 사용자의 지휘권 행사의 모습과 노동의 모습을 보면, 근로자에게 재량을 더 많이 허용한다는 것이 근로자의 정신건강을 보호하는 방향으로만 작용할 수 있을지에 대해서는 의문이 있다. 자율적으로 보이지만 종속되어 있는 행위들을 노동 영역에서 어렵지 않게 찾아볼 수 있기 때문이다. 오늘날의 노동관계를 보면, 사용자가 근로자에게 과업 수행상의 일정한 자율성을 부여하되, 근로자는 이미 사용자에게 의해 프로그래밍된 체계 내에서 기대되는 반응을 하도록 하는 위치에 처하게 되는 경우가 많다.<sup>165)</sup> 이는 근로자에게

<sup>162)</sup> 로버트 캐러섹의 직무요구-직무통제 모형에 대해서는 Karasek, Robert A. “Job Demands, Job Decision Latitude and Mental Strain: Implications for Job Redesign,” *Administrative Science Quarterly*, Vol. 24., 1979. 참조.

<sup>163)</sup> Ibid., p.291;303.

<sup>164)</sup> 강동목 외, 앞의 책, 52면.

<sup>165)</sup> 알랭 쉬피오(2019, 박제성 번역), 앞의 책, 359-362면. 과거의 노동계약은 인간의 노동은 상품처럼 의제되어 일종의 수량적 교환으로 나타나는 모습을 띠고

재량을 허용함으로써 그에 대한 책임까지 전가하는 결과로 이어질 가능성이 상당하다. 그래서 일각에서는, 사용자가 과거와 달리 지시권을 간접적으로 행사하거나 지시권을 유보함으로써 근로자가 자율적으로 변하였지만, 그럼에도 불구하고 근로자는 여전히, 또는 과거보다 더 심하게 정신적 스트레스를 받는 상황에 처해졌다고 진단하고 있다.<sup>166)</sup>

이러한 점을 고려하면, (근로자에 대한 통제를 희석시키는 것으로 보일 수 있는) ‘근로자에게 재량을 더 부여한다는 외관’이 오히려 종속성을 심화시키거나, 기존에 근로자에게 제공되고 있던 보호마저 줄어들도록 함으로써 정신 건강을 더 침해하는 결과를 가져올 우려가 있다는 점이 위 모형에서는 간과될 수 있음을 유의해야 한다.

널리 활용되는 또 하나의 모형인, 요하네스 시그리스트의 노력-보상 불균형 모형에서는 직무요구(또는 노력), 보상(금전, 사회적 명예, 고용안정 등), 사회적 지지 등을 근로자의 건강에 영향을 미치는 요소로 본다.<sup>167)</sup> 위 모형에서는 근로자가 자신이 기울인 노력에 대해 제대로 보상받지 못하면 심혈관계 질환 위험을 증가시키는 일관된 불만과 정서적 긴장이 생겨난다고 주장한다.<sup>168)</sup> 위 시그리스트 모형에서의 제안에 근거한다면 근로자는 자신이 노력한 부분에 대한 정당한 보상(금전, 사회적 명예, 고용안정 등)을 받는 것이 스트레스를 줄일 수 있는 방향이라고 제안할 수 있다.

그런데 보상이 업무 노력 또는 성과에 전적으로 연동되게 되는 경우에는 어떠한가? 또는 재량적 업무수행에 따라 근로자가 부담하는 책임의 크기가 비례하는 경우나 근로자의 업무 수행 성과가 목표 달성 평가의 지표로 활용되는 경우라면 어떠한가? 근로자에게 주어지는 보상이 생산된 상품의 양에 의해 평가되는 경우 이러한 보상체계 또한 스트레스 반응을 유발한다는 지

---

있었다. 이는 사용자의 지시권에 종속되는 모습이었다.

<sup>166)</sup> 알랭 쉬피오(2019, 박제성 번역), 위의 책, 374면.

<sup>167)</sup> 강동목 외, 앞의 책, 52면. 64-67면; Johannes Siegrist, “Adverse Health Effects of High-Effort/Low-Reward Conditions,” *Journal of Occupational Health Psychology*, Vol. 1., 1996.

<sup>168)</sup> Ibid., pp.32-33.

적이 있다.<sup>169)</sup> 그렇다면, 시그리스트 모형에서의 제안도 종속성과 관련하여 중요한 부분을 놓치고 있을 가능성이 있다.

이와 달리 노동법에서는 ‘진정한 재량’과 ‘재량 같지만 사실은 종속인 재량’의 차이를 포착하고 있다고 할 수 있다. 경영학이 인간을 자본에 대응하는 노동력으로서의 생산요소로 압축하여 보고 있다면,<sup>170)</sup> 노동법은 시장에서 거래될 수 없는 비교환적 가치<sup>171)</sup>인 노동의 인격적 측면을 중요한 한 내용으로 받아들이는 민감성을 갖고 있기 때문이다. 이러한 점은 근로자의 정신건강과 스트레스에 관한 경영학계의 연구에도 불구하고, 노동법학의 개입이 더 필요한 이유가 된다고 할 수 있다.

그리고 노동법의 인간상은 현실 노동관계에서의 당사자의 모습을 바르게 포착한다.<sup>172)</sup> 정신건강 침해의 문제 또한 사용자와 근로자 사이에서의 불균형적인 역학관계가 작용한 결과라는 점에서 평등한 인간이 아닌, 강자와 약자의 관계, 곧 불평등한 인간의 모습을 상정하고 있는 노동법의 인간상<sup>173)</sup>으로 사안을 바라보아야 한다. 그렇기에 다른 어떤 법보다도, 구체적인 현실 속에 처한 개별적인 인간, 불평등한 관계에서 약자에 위치하는 근로자에게

---

169) 강동목 외, 앞의 책, 36면. 위 문헌에서는 사무직 근로자들을 시급제에서 성과급제로 전환할 경우 스트레스가 증가한다는 연구결과를 예로 들고 있다.

170) “개인은 인격을 가진 사람으로서, 사회적 관계망에 귀속되고 여러 방법으로 사회화된 개인으로서, 어떤 특성물로 식별 가능한 물리적 존재로서, 여러 기능들을 누적인 개인으로서, 그리고 꿈·소망·야심·희망·의문·두려움을 가진 생명체로서 노동시장에 들어간다. 그러나 자본가들에게 이러한 개인은 ... 단지 하나의 생산요소이다”{데이비드 하비(최병두 번역), 『신자유주의』, 한울아카데미, 2014, 203면}.

171) 전윤구, 앞의 글, 133면

172) 민법에서는 인간을 권리·의무의 주체로 보고, 추상적이고 평등한 인간을 전제하고 있었는데{김종덕, “법에 있어서의 인간상에 관한 고찰”, 『법학연구』 제16권 제1호(통권 제61호), 한국법학회, 2016, 252면}, 현대 사법에서 소유권 절대의 원칙이나 계약 자유의 원칙 등이 수정되어 계약이나 소유권의 행사도 공익이나 다른 자유권과의 관계에서 상대적으로 제한되기에 이르게 됨에 따라 민법의 추상적 인간상과의 모순이 발생하자, 이에 대한 대응으로 노동법적 인간상이 생겨났다(강희원, 『노동법 기초이론』, 동림사, 2004, 304면).

173) 진쯔하이머(Sinzheimer)는 시민법의 인간상은 추상적, 고립적 개인, 즉 법적 인격인 반면, 노동법에서의 인간상은 계급적 지위에 의하여 종속 관계에 놓여 있는 현실적, 구체적 인간상이라고 하였다(이원희, 앞의 글, 259면).

적정한 노동조건과 노동환경을 적극적으로 보장함으로써 인간다운 생활을 할 수 있도록 한다는 기본이념<sup>174)</sup>을 가지고 있는 노동법이 그 이념의 실현으로써 근로자의 정신건강 문제에 개입할 것이 요청된다고 할 수 있다.

이러한 점에서 근로자가 자신의 건강을 해치지 않고 온전한 신체와 정신으로 노동을 할 수 있도록 규율을 마련하는 것은 노동보호법으로서의 노동법이 갖는 과제라 할 수 있다.<sup>175)</sup> 비록 정신건강의 위험 요인을 객관화하기가 어렵다는 점에서<sup>176)</sup> 명확성과 보편성을 추구해야 할 법에서 이를 규율한다는 것에 난점이 있기는 하지만, 이 사실이 근로자의 정신건강에 대한 노동법적 개입의 중요성과 당위를 퇴색시킬 수 없다고 할 것이다.

노동법의 개입은 근로자가 건강하게 일할 수 있도록 국가와 사용자가 보호, 배려할 것을 규율하는 것에서 시작한다. 이러한 기초는 다음 항에서 보는 것과 같이 근로권에 대한 해석에서 찾을 수 있다.

## II. 법적 기초로서의 근로권<sup>177)</sup>

### 1. 종래의 근로권 논의

근로권에 관한 종래의 논의는 근로권의 성격에 관한 것이 상당한 비중을

---

174) 한인상(2015), “감정노동에 대한 노동법적 규율방안”, 『노동법논총』 제35권, 한국비교노동법학회, 2015, 109면.

175) 비슷한 취지로 알랭 쉬피오 교수는 ‘노동법의 첫 번째 목적은 근로자가 사업 내에서 직면할 수 있는 질병과 사고의 위험으로부터 근로자의 신체적 안전을 보장하는 것이었고, 이후 입법자는 근로자에게 특정한 경제적 안전도 보장하기 위해 노력했다’고 한 바 있다{알랭 쉬피오(2011, 박제성 번역), 『프랑스노동법(Le Droit Du Travail)』, 도서출판 오래, 2011, 109면}. 그리고 그는 오늘날 자본은 이제 육체가 아닌 정신과 인격을 착취대상으로 삼고 있다고 하였다{알랭 쉬피오(2019, 박제성 번역), 앞의 책, 375면}.

176) 로익 르루즈(Loïc Lerouge, 2016), “프랑스의 작업장에서의 사회심리적 위험과 정부의 예방전략”, 『국제노동브리프』, 2016년 12월호, 한국노동연구원, 2016, 18면.

177) 근로권, 근로의 권리, 노동권 등의 표현이 사용되나 근로권으로 통일하여 칭하겠다.

차지했었던바, 근로권의 내용 해석에 앞서 근로권의 법적 성격을 먼저 정리하고 넘어가기로 한다.

근로권의 법적 성격에 관하여는 크게 자유권으로 보는 견해, 공적인 의무로 보는 견해, 생존권(생활권<sup>178)</sup>)으로 보는 견해가 있었다. 그리고 근로권을 생존권(생활권)으로 보는 견해는 다시 프로그램 규정설<sup>179)</sup>, 법적 권리설(추상적 권리설<sup>180)</sup>, 구체적 권리설<sup>181)</sup>, 대체적 권리설<sup>182)</sup>로 입장이 나뉘어 있었다.<sup>183)</sup> 판례에서는 근로권이 사회적 기본권임을 명시하되, 다만 직접적인 일자리 청구권 또는 직장존속청구권까지 인정되지는 않는다고 본 바 있다.<sup>184)</sup>

근로권은 기본적으로 국가권력으로부터 자유로운 근로 활동을 방해받지 않을 근로의 자유에서 출발하였다.<sup>185)</sup> 그런데 오늘날 국가의 기능은 과거 자유방임에서 적극적 보장과 보호로 변화하였고, 이제 근로권을 국가의 소극적

---

178) 생존권으로 표현하는 견해는 김철수, 『헌법학신론』 제21전정신판, 박영사, 2013, 1006면; 생활권으로 표현하는 견해는 허영, 『한국헌법론』 전정 15판, 박영사, 2019.; 사회적 기본권으로 표현하는 견해로 권영성, 앞의 책, 673-674면.

179) 박일경, 『신헌법』, 일명사, 1978, 229면.

180) 임종률, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016, 18면.

181) 김철수, 앞의 책, 1007면; 권영성, 앞의 책, 674면.

182) 松林和夫, 『労働權と雇用保障法』, 日本評論社, 1991, 14-15면, 41-42면{노호창(2011a), 앞의 글, 152-153면에서 재인용}. 대체적 권리설은 대체적 근로권의 개념을 도입하여 근로권의 내용과 관련된 완전한 근로권과 한정적 근로권의 대립과 한계를 극복하고자 한 견해이다. 이 견해에 따르면 근로권은 대체성 또는 보충성을 가진 권리이며, 완전한 근로권의 실현은 사실상 불가능하지만, 근로권이 그 대체적·보충적인 내용으로 ① 직업안정을 위한 시설보장, ② 실업 시의 소득보장(생활보장), ③ 취약계층의 취업보장, ④ 경영해고제한, ⑤ 적극적 고용창출의 보장 등을 담고 있다고 본다.

183) 근로권의 성격에 관한 중대 논의에 관하여는 노호창(2011b), 앞의 논문, 37-50면 참조.

184) “근로의 권리 보장은 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주며, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 의의를 지닌다. 근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다.”(헌법재판소 2002. 11. 28. 2001헌바50 결정).

185) 한인상(2014), “근로권의 의의와 주요 입법과제”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 87면.

이고 방어적인 보장만으로 보는 것은 한계가 있다.<sup>186)</sup> 그리고 근로권 규정은 헌법상 위치가 다른 자유권 규정들과 떨어져 있다.<sup>187)</sup> 이러한 점에 비추어 보면, 근로권은 자유권적 기본권의 성격과 사회권적 기본권의 성격을 같이 갖고 있으면서 그 본질은 사회권이라고 보는 것이 타당하다. 이에 근거하여, 개인은 근로권을 방해받지 않을 자유를 보장받는 것에 만족하지 않고 국가에 대해 근로권을 적극적으로 요청할 수 있다고 할 것이다.

한편 사회권적 기본권이라도 구체적 권리인지, 추상적 권리인지가 문제된다. 헌법에서는 개별적인 권리 형식으로 근로권을 명시하고 있다.<sup>188)</sup> 추상적 권리설을 따르게 될 경우, 위 견해는 결국 구체적 입법이 없는 한 근로권을 근거로 사법적 구제를 받을 수는 없다는 것을 의미하게 되어 실질적으로 프로그램 규정설과 다르지 않게 되고, 위 견해를 취하게 되면 근로권의 권리성을 인정하면서도 구체적 청구가능성은 부정하는 모순을 범하게 된다.<sup>189)</sup> 그리고 우리 법제에서는 공권력의 행사 또는 불행사에 의하여 근로권이 침해된 경우 헌법소원을 청구할 수 있도록 하고 있다.<sup>190)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때, 근로권을 구체적 권리로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

곧 근로권은 구체적인 사회권적 기본권이라고 할 수 있다. 이하에서는 근로권의 내용을 살펴본다.

## 2. 근로권의 내용

그동안은 근로권의 내용과 관련하여 완전한 근로권인지(근로의 기회만을 제공하는 권리인지), 아니면 한정적 근로권인지(실업수당으로서의 생계비 지급을 포함하는지)에 관한 논의가 많았다. 이는 근로권 논의가 현실적으로 실

---

186) 한인상(2014), 위의 글, 87면.

187) 김철수, 앞의 책, 1007면.

188) 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격- 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 127면.

189) 김복기, 위의 글, 127-128면.

190) 김철수, 앞의 책, 1006-1007면.



업 문제에 기인하여 개진된 측면이 컸기 때문인 것으로 보인다.<sup>191)</sup> ‘일할 자리에 관한 권리’에 관하여 초점을 두고 있었기 때문에<sup>192)</sup> 근로의 기회 측면에서 국가의 의무가 논의되었던 적이 많았던 것이다.<sup>193)</sup>

근로권의 내용은 일할 자리에 관한 권리에 관한 것으로만 국한되지는 않는다. 헌법 제32조 제2항에서부터 제6항까지만 보더라도 근로권은 취업권 보장, 고용증진의무, 적정임금보장, 근로조건기준 법정주의, 여성과 연소자의 근로에 대한 배려, 국가유공자 등의 근로기회 우선보장 등을 규정하고 있을 정도로 다양한 내용을 포함하고 있다. 물론 위 조항을 해석하는 방식에는 조금씩 차이가 있긴 하지만<sup>194)</sup> 근로권이 많은 논의를 가능케 하는 내용을 담고 있다는 점은 부정하기 어렵다.

한편 헌법재판소에서는 근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 의미한다고 보고 있다.<sup>195)</sup> 이러한 맥락에서 ‘근로자가 근로 과정에서 정신건강의 침해를 입지 않도록 하는 것, 근로자가 정신건강을 유지하는 환경에서 근로할 수 있도록 하는 것’도 우리 헌법상

---

191) 박형오, “우리 헌법상 근로권의 보장방향”, 『공법학연구』 창간호, 한국비교공법학회, 1999, 261면.

192) 일할 권리의 법적 성격에 관한 논쟁이, ‘일할 권리’가 수행해야 하는 여러 가지 헌법 실현적 기능을 도외시한 채 단순히 ‘일할 자리에 관한 권리’로만 좁혀서 이해한 것에서 비롯된 것이었다는 지적으로 허영, 앞의 책, 556면.

193) 노호창(2011a), 앞의 글, 141-144면; 한인상(2014), 앞의 글, 114면.

194) 예컨대 ① 제32조 제1항을 본질적인 내용으로 보고, 동조 제1항 제2문 이하의 규정은 근로의 권리가 실효적인 것이 될 수 있도록 하기 위한 보완적 제도로 이해하는 견해가 있는가 하면(권영성, 앞의 책, 675면), ② 본원적 내용과 파생적 내용으로 구분하는 견해(이상윤, 『노동법』 제4판, 법문사, 2009, 53면)도 있다. 또한 ③ 근로의 권리를 좁은 의미로 해석하면 취업권만을 의미하나, 넓은 의미의 근로권은 근로에 관한 모든 권리를 의미하고, 헌법에서 규정하고 있는 근로조건에 관한 몇 개의 규정은 근로의 권리를 넓은 의미로 해석할 때 포함되는 ‘그와 같은 조건 밑에서 근로할 권리’를 규정한 것이라고 보는 견해(문홍주, 『신헌법요론』, 문화각, 1964, 120면)도 있고, ④ 노동인격권, 노동평등권, 노동자유권, 노동사회권으로 구분하는 견해도 있다{강성태(2012), “노동권의 의의와 과제”, 『헌법이 말하는 노동권을 찾아서』, 민주사회를위한변호사모임·국회의원, 2012, 7면} 등.

195) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2014헌마367 결정; 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마 670 결정.

근로권에서 구체화될 수 있는 내용이라고 할 수 있는지가 문제된다. 이를 위해서는 근로권이 담고 있는 ‘근로’의 내용을 파악해야 한다.

먼저, 헌법 제32조 중에서 제1항 전문에서 ‘모든 국민은 근로의 권리를 가진다’라고 명시하고 있으므로, 위 조항의 해석을 통해 ‘근로권’에서의 ‘근로’의 내용을 확인할 수 있을 것이다.

#### 가. 헌법 제32조에서의 ‘근로’

##### 1) 인격실현을 가능케 하는 근로

헌법 제32조 제1항에서 말하는 ‘근로’란 무엇인가? 근로의 제공은 임금의 목적이자 개인의 참다운 인격의 발달을 도모하고 사회적 발전에 기여하는 행위이다.<sup>196)</sup> 그렇기에 헌법 제32조 제1항에서 예정한 근로도, 그저 “근로자가 사용자로부터 임금을 받는 대가로 제공하는 육체적·정신적 활동”<sup>197)</sup> 또는 “자신의 일할 능력을 임의로 상품화한 것”<sup>198)</sup> 등으로만 볼 수는 없고, 근로자의 인격실현을 가능케 하는 근로여야 할 것이다. 한 견해는 헌법상 근로의 개념을 “그 활동을 통하여 직업상의 명예를 갖고, 직장에서 집단적 생활을 통한 자기 인격을 형성하며 연대적인 동료애를 형성할 수 있는 기회로서의 근로”라고 이해하고 있는데,<sup>199)</sup> 이는 노동의 인격적 측면을 반영하고 있다는 점에서 타당한 견해라 할 것이다.

##### 2) ‘인간의 존엄성이 보장되는 근로조건’ 하에서 구현되는 근로

---

196) 근로권은 생활의 기초를 마련한다는 재산권적 측면과 인격을 실현한다는 인격적 측면을 보호법익으로 한다. 이흥재(1988), 앞의 논문, 41면 참조.

197) 권영성, 앞의 책, 672면.

198) 허영, 앞의 책, 554면.

199) 이흥재(1988), 위의 논문, 41면. 위의 논문에서는 자기 보람을 실현할 수 있는 근로라고 보았고, 노동을 통한 자기 인격 실현으로서 보람을 향유한다고 하여 노동권을 노동향유권이라고 표현하고 있다.

헌법 제32조 제2항은 ‘근로조건’의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다’라고 규정하고 있다. 위 조항은 본래 ‘근로조건’의 기준은 법률로 정한다’라고만 규정되어 있었다. 그러다가 제8차 개정헌법 때(1980. 10. 27.) “인간의 존엄성을 보장하도록”이라는 표현이 들어와 지금의 형태가 되었다.<sup>200)</sup> 위 규정은 보통 근로권의 실효성 보장을 위하여 근로조건 법정주의를 규정한 것이라고 해석되어 왔다.<sup>201)</sup> 그런데 그동안의 해석은 ‘법정주의’라는 데에 초점이 맞춰져 있었던 나머지 “인간의 존엄성을 보장하도록”이라는 부분에 대해서는 상대적으로 관심을 덜 가졌던 해석으로 이해된다.<sup>202)</sup> “인간의 존엄성을 보장하도록”이라는 부분에 초점을 두었을 때, 헌법에서 말하는 근로가 ‘인간의 존엄성이 보장되는 근로조건’ 하에서 구현되는 근로여야 할 것이라는 점은 분명하다. 그렇다면 ‘인간의 존엄성을 보장하는 근로조건’이 무엇인지 검토할 필요가 있다.

#### 나. 헌법 제32조 제3항에서의 ‘인간의 존엄성을 보장하는 근로조건’

##### 1) ‘인간의 존엄성’의 헌법적 의미를 근거로 한 해석

우선 근로조건에는 근로환경도 포함된다고 할 것이므로,<sup>203)</sup> 헌법 제32조 제3항의 요청은 인간의 존엄성을 보장하는 근로환경을 법으로 정할 것까지도 예정하고 있다고 해야 할 것이다. 인간의 존엄성을 보장하는 근로환경이란 어떠한 환경인가?

인간의 존엄과 가치의 의미와 관련하여, “인간의 존엄은 인격의 내용을 이루는 것이라고 보아 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체”라고 보는 견해,<sup>204)</sup> “인격성 내지 인격주체성”이라고 보는 견해,<sup>205)</sup> “인격을 이루는 윤리

200) 한인상(2014), 앞의 글, 81면.

201) 헌법재판소 2008. 9. 25. 2005헌마586 결정.

202) 양승광(2018), “헌법상 근로권 체계의 재구성-헌법 제32조 제2항 및 제3항의 재발견-”, 『노동법연구』 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018, 188면.

203) 임종률, 앞의 책, 131면.

적 가치”라는 견해<sup>206)</sup> 등이 있다. 헌법재판소에서도 “헌법 제10조는 ..... 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다.”라고 판시하거나,<sup>207)</sup> “헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권”이라고 판시하여,<sup>208)</sup> 인간의 존엄과 가치에서 인격권이 도출되는 것으로 보았다. 그렇다면 인간의 존엄과 가치를 보장하는 근로환경이란 근로자의 인격권이 보장되는 근로환경이라고 볼 수 있을 것이다.

앞서 근로자의 인격권이란 근로제공을 통해서 자아를 실현하고 그의 정체성을 유지하는 것, 근로제공을 통해 향상된 직업 능력을 가지게 되는 것, 자아실현감과 보람을 느끼는 것 등을 내용으로 하는 노동인격권을 포함한다는 점을 언급하였다. 그러므로 근로자의 노동인격권이 침해되지 않도록 하는 환경 또한 근로자로서의 존엄성을 보장하는 근로조건에 포섭된다고 해석할 수 있을 것이다.

한편 인간의 존엄성의 내용 또한 사회·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적인 성격을 띠는바,<sup>209)</sup> 오늘날 근로자 존엄성의 내용이 과거와 달라졌을 수 있으며, 그에 따라 근로자의 존엄성 논의에서의 방점이 이동할 수 있다는 점 또한 예상할 수 있다.

과거와 달리 무조건 빠른 성장보다는 일과 삶의 균형에 대한 인식이 강조되었고, 전반적으로 국민들의 권리의식이 향상되었다.<sup>210)</sup> 이러한 변화에 따

---

204) 김철수, 앞의 책, 426면.

205) 권영성, 앞의 책, 377면.

206) 허영, 앞의 책, 347면.

207) 헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

208) 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160 결정.

209) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2002헌바51 결정.

210) 한국노동연구원에서 수행한 2017년 노사관계 국민의식조사에 의하면, 2017년 기준 기업으로부터 정당한 대우를 받고 있는냐는 질문에 대해 ‘부당한 대우를 받고 있다’고 응답한 근로자가 62.0%, ‘정당한 대우를 받고 있다’고 응답한 근로자가 38.0%로 나타났는데, 이는 2007년과 비교하였을 때 부당한 대우를 받고 있다는 응답이 18.2% 증가한 것이라고 한다(장홍근 외, 『2017년 노사관계 국민 의식조사』, 한국노동연구원, 2017, 28면; 권두섭 외, 『직장 갑질 사건 법률지원

라 노동에 대한 요청도 과거에는 최소한의 물질적 생존에 대한 요청이었다면 이제는 인격존중에 대한 요청으로 변화하고 있다.<sup>211)</sup> 이는 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건의 내용이 과거에는 물질적 측면에서 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 없을 정도가 되지 않도록 보장하는 데에 방점이 있었다면, 오늘날에는 근로자가 정신적 측면에서도 자신의 일반적 인격권이 침해되지 않도록 보장하는 데에 방점이 있음을 보여주는 것이다.

이러한 노동인격의 존중에 대한 요청이 커져가고 있는 한편, 오늘날의 노동은 동시에 세계화 및 그에 따른 무한 경쟁 등으로 근로자들의 업무강도는 강화되는 상황에 계속 처하도록 만들고 있다. 효율성의 기치하에 근로자의 노동을 상품처럼 취급하는 근로 환경, 곧 시간 단위 산출량(근로시간 대비 업무량 또는 생산량)을 높이기 위해 쉴 새 없이 생산을 가속화하도록 조장하는 근로 환경에 놓이게 하는 것이다. 이는 근로자를 비인격적으로 취급함으로써 노동과정에서의 자아실현감이나 보람을 느끼지 못하게 하고 있는 상황이 심각해지고 있음을 보여준다.

그런데 ‘인간의 존엄성’이 모든 기본권의 핵심이라는 점을 고려한다면,<sup>212)</sup> 노동관계에서 사용자의 근로자에 대한 지휘·감독 또는 지배가 궁극적으로 근로자 사용을 통한 경제적 가치 창출에 있다고 할지라도, 이 과정에서 경제적 효율성이나 합리성 등의 다른 가치들이 인간의 존엄성보다 우선할 수 없다고 할 것이다.<sup>213)</sup> 이는 근로 환경의 측면에서 볼 때, 경제적 효율성을 앞세워 근로자가 고유의 인격으로서 여겨지지 않도록 만드는 환경은 정당화될

---

매뉴얼』, 서울지방변호사회, 2019, 5면).

211) “새 노동헌법의 시대정신은 품격이다.....노동에서의 품격은 노동의 권리(일할 권리) 영역에서는 존중의 확인으로 표현되고 있다.”{강성태(2017), “새 노동헌법의 배경과 원칙들”, 『노동헌법을 논(論)함』자료집(2017. 9. 20.), 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017, 126면}.

212) 인간으로서의 존엄과 가치에 관한 규정은 제37조 제2항을 근거로 행해지는 법률에 의한 기본권 제한 시에 그 최후적 한계로서의 성격과 기능을 가지며, ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 침해하는 기본권 제한은 용납되지 않는다(허영, 앞의 책, 353면).

213) 권영성, 앞의 책, 377면; 양승광(2019), “미취업청년의 노동권보장에 관한 연구”, 『노동법학』 제69호, 한국노동법학회, 2019, 51면.

수 없음을 의미한다. 그렇다면, 헌법 제32조 제3항에서 예정하는 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건이란, 근로자가 노동 과정에서 사물화되지 않는 환경, 근로자가 인격을 상실하지 않는 환경, 근로자가 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있도록 보장하는 환경까지 의미하는 것으로 해석할 수 있다고 할 것이다.<sup>214)</sup> 이것이 헌법 제32조 제3항을 ‘인간의 존엄권이 제도화되어 근로조건을 인간화를 꾀하고 있는 것’이라 평가하고 있는 견해<sup>215)</sup>와도 부합하며, 현존하는 조항을 그 시대적 상황에 맞추어 헌법규정의 유효성을 확보하는 가장 효과적인 방법이라고도 할 수 있다.<sup>216)</sup>

2) ‘인간의 존엄성’을 조건으로 하는 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’의 의미를 근거로 한 해석

인간의 존엄성이 보장되는 근로는 ILO가 1999년 제87차 국제노동회의에서 주요 목표로 채택한 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’<sup>217)</sup>를 구성하는 조건이기도 하다.<sup>218)</sup> 1999년의 자료에서 괜찮은 근로(Decent Work)의 조건으로 제시된 것은 자유(freedom), 공평(equity), 안전(security), 인간의 존엄성(human dignity)이다.<sup>219)</sup> 그런데 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 각종의 기본권

214) 노동권의 내용에는 ‘안전하고 쾌적한 근로환경’에서 근로할 권리가 포함되는데, 여기에는 산업재해나 성희롱, 또는 근로자의 자유를 정당한 이유 없이 억압하는 수단으로부터의 ‘해방’이 필수적이라고 지적하는 견해로 강성태(2010), “VI. 근로조건과 근로환경”, 『노동판례리뷰』, 한국노동법학회, 2010, 141면.

215) 김철수, 앞의 책, 431면; 양승광(2018), 앞의 글, 189면에서는 위 조항에 대해 “근로의 질을 채운 것”이라고 해석한다.

216) 이상윤, 앞의 글, 342면.

217) ‘괜찮은 근로’, ‘일다운 근로’, ‘인간다운 근로’, ‘양질의 일자리’ 등의 번역이 있기는 하나 본 논문에서는 직역한 표현인 ‘괜찮은 근로’라고 표기하였다.

218) 양승광(2018), 앞의 글, 189면. 위 견해는 괜찮은 근로(Decent Work)의 본질이 인간의 존엄성이 보장되는 근로와 다름없다고 보고 있다.

219) ILO, “Decent Work”, *Report of the Director-General to the 87<sup>th</sup> Session of the International Labour Conference*, 1999.

(<https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> 최종접속일: 2020. 6. 10.)

이 인간의 존엄성이라는 목적을 달성하기 위한 수단이라 할 수 있는 점에 비추어 볼 때<sup>220)</sup> ‘괜찮은 근로(Decent Work)’를 충족하는 근로는 곧 ‘인간의 존엄성이 보장되는 근로’의 구체적인 내용이라고 이해하는 것과 다르지 않을 것이다. 그러므로 ‘인간의 존엄성이 보장되는 근로’를 확인하기 위해 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’의 내용을 살펴볼 필요가 있을 것이다.

한편 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economics, Social and Cultural Right, A규약(1966년), 이하 ‘사회권규약’) 제6조에서도 근로권을 규정하고 있는데, 사회권규약위원회(The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘CESCR’) 일반 논평 18에서도, 위 규약 제6조에서 규정하는 근로권에서의 ‘근로’가 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’여야 하고, 안전과 보수 측면에서 근로자의 권리뿐 아니라 인간으로서의 기본적 인권을 존중하는 것이어야 한다고 밝히고 있다.<sup>221)</sup>

한국은 1990년 위 사회권규약에 가입한 사실이 있고, 위 규약은 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내에서 효력을 가지며,<sup>222)</sup> 헌법재판소에서도 국제인권규약을 위헌심사기준으로 삼고 있는 등 헌법 해석에 활용하고 있다.<sup>223)</sup> 그러

220) 유사하게 양승광(2018), 앞의 글, 190면에서는 자유, 공평, 안전이 전제되어야만 안전의 존엄성이 보장된다고 할 수 있다고 보았다. 신용인, “동학의 시천주 사상과 헌법상의 인간 존엄성”, 『법과 정책』 제20권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014, 213면에서는 인간의 존엄성은 이성과 도덕성, 영성을 바탕으로 하여 자유와 평등을 추구하는 삶을 실천할 때 구현된다고 하였다.

221) The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The Right to Work General Comment No. 18.,(Adopted on 24 November 2005), para. 7.

222) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 한국법학원, 2005, 181면. 다만 그 효력을 어떻게 볼 것인지에 대해서는 논쟁이 있다. ① 헌법과 유사하게 적용하는 견해, ② 헌법의 일부로서 적용하는 견해, ③ 법률보다 상위로 하나 헌법에 후위로 적용하는 견해, ④ 법률과 동일한 효력이 있는 것으로 보는 견해 등의 대립이 있다(이명웅, 위의 글, 183면). 위 문헌의 저자는 다른 조약과는 달리, 국제인권규약의 경우 UN의 창설 배경, 세계인권선언의 정신, 국제인권규약의 내용의 대부분이 우리 헌법상 보장된 기본권 목록과 일치하는 점 등을 근거로 국제인권규약이 헌법적 차원의 효력을 지니는 것으로 보아야 한다고 주장한다.

223) 헌법재판소에서 국제인권규약의 법적 효력의 서열을 직접 언급하고 있지는 않으나, 헌법재판소에서는 헌법상의 알 권리 침해 여부가 문제된 사안에서 자유권 규약 제19조 제2항의 침해 여부를 함께 판단했던 바 있고(헌법재판소 1998. 10.

므로 위 헌법상의 ‘근로’의 개념 및 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’의 내용을 확인함에 있어 위 규약의 내용을 보완적으로 살펴볼 수 있을 것이다.

이에 따라 위 해설을 참조하면, ‘괜찮은 근로(Decent Work)’의 조건이 되는 기본적인 인권 존중의 내용에는 근로자의 육체적 및 정신적 온전성(physical and mental integrity)에 대한 존중 또한 포함되고 있음을 알 수 있다.<sup>224)</sup>

온전성이란 잘못된 것이 없이 바르거나 옳은 성질을 의미한다.<sup>225)</sup> 건강한 상태를 ‘아무 탈 없는 상태’로 해석하는 판례의 태도<sup>226)</sup>에 비추어 볼 때 정신적으로 온전하다는 것은 정신적으로 건강하다는 것과 동일하게 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 사회권 규약에 비추어 해석하더라도 근로권의 내용에는 근로자의 육체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강의 문제에 대해서도 보호해야 한다는 요청이 들어있다는 점을 확인할 수 있다. 이러한 해석에 의하면 국가는 근로자가 인격적 존재가 아닌 어떠한 성과를 내기 위한 수단, 또는 물체로 평가됨으로써 존엄성을 침해받고, 그로 인하여 근로를 통한 자아실현감을 얻지 못하게 되는 상황이 되는 경우, ‘근로자의 정신건강 침해’를 방지하기 위하여 필요한 조치들을 취할 의무가 있게 된다.<sup>227)</sup>

그러므로 ‘근로자가 노동 과정에서 정신건강의 침해를 입지 않도록 하는 것, 근로자가 정신건강을 유지하는 환경에서 근로할 수 있도록 하는 것’은

---

29. 98헌마4 결정), 강제노역금지원칙(헌법 제12조 제1항 후문) 및 노동3권 침해 여부가 문제되었던 사안에서 사회권규약 위배 여부를 함께 판단했던 바 있다(헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바23 결정).

224) The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The Right to Work General Comment No. 18.,(Adopted on 24 November 2005), para. 7.

225) 우리말샘. <https://www.korean.go.kr/front/search/searchAllList.do> 최종접속일: 2020. 2. 27.

226) 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266 결정.

227) 유사한 취지로, 노동권을 권리분야별로, 근로권, 공정하고 양호한 근로조건권, 안전하고 쾌적한 근로환경권, 노동평등권, 집단적 이익대표권, 특별계층의 권리로 구분하고, 이 중 안전하고 쾌적한 근로환경권은 산업안전보건에 관한 권리와 노동에서의 인격권이 포함될 수 있고, 특히 후자에는 직장내 성희롱이나 직장내 괴롭힘을 당하지 않을 권리, 신기술의 도입(감시장비를 포함)에 따른 근로자의 프라이버시 보호 등이 포함된다는 견해로 강성태(2012), 앞의 글, 7면.



헌법상 근로권의 해석에서 도출할 수 있는 내용이라고 할 수 있다. 이는 근로자가 기본권의 행사로서 자신이 노동 과정에서 자신의 정신건강 침해의 방지를 위한 모종의 권리 행사가 가능하다는 점을 의미한다. 그런데 그 권리의 행사는 구체적인 내용과 범위가 정해져야만 가능하므로, 이를 위해서는 근로권에서 파생된 구체적 권리들이 근로자 정신건강이라는 법익 보호를 위해 어떻게 작용할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

### 3. 근로권에서 파생된 권리와 근로자 정신건강

#### 가. 연결차단권

연결차단권은 근무시간 외에 업무상 스마트기기에 응답하지 않을 권리이다.<sup>228)</sup> 이는 “근로자의 건강과 안녕(웰빙), 생산성의 향상, 일·가정의 양립, 근로자의 사생활 보호, 자유권 보장”의 측면에서 등장한 개념이다.<sup>229)</sup> 연결차단권의 구체적인 내용으로는 일정 시각이 지나면 소셜네트워크 서비스 기능을 이용하여 이루어지는 사용자의 지시 등에 응하지 않아도 되는 권리, 더 나아가 그러한 지시와의 연결이 차단될 수 있도록 조치를 요구할 수 있는 적극적인 권리<sup>230)</sup> 등이 포함될 수 있을 것이다.

사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제는 사용자의 연락과 아주 밀접한 관련을 갖는다. 그러므로 업무지시의 매개가 되는 연결을 차단하는 것은 위와 같은 정신건강 침해의 예방, 방지를 위한 직접적인 실현 수단으로서의 의미를 갖는다고 할 것이다.

실정법에서 구현되고 있지는 않지만 20대 국회 때 이러한 연결차단권을

---

228) 이승길·이주호, “스마트기기를 활용한 근로와 근로시간의 쟁점 및 개선방안-퇴근 후 카톡금지법을 중심으로-”, 『노동법논총』 제38권, 한국비교노동법학회, 2016, 151면.

229) 이승길·이주호, 위의 글, 151면.

230) 조재호, “연결차단권에 대한 검토”, 『노동법연구』 제46호, 서울대학교 노동법연구회, 2019, 107면에서는 위 권리가 소극적 개념에 그치지 않고 적극적인 측면을 강조한다.

규정하는 입법안이 발의되었던 적이 있다.<sup>231)</sup>

#### 나. 근로자참여권 및 정보접근권

근로자참여권은 근로자 또는 근로자의 대표<sup>232)</sup>가 사업장의 안전보건문제에 관여할 수 있는 권한이다.<sup>233)</sup> 근로자가 자신의 신체적·정신적 건강을 유지, 보호할 수 있는 환경에서 근로할 수 있기 위해서는, 그와 같은 환경이 구비되지 않은 경우 적극적으로 환경의 조성을 청구할 수 있어야 하므로, 근로자의 참여가 인정된다고 할 수 있다. 근로자참여권의 구체적인 내용으로 공동결정권(동의권, 의결권), 참가권, 제안·청문권 등을 들 수 있을 것이다.<sup>234)</sup> 그리고 근로자의 참여는 자신의 근로 환경을 둘러싼 위험 요소에 대한 이해를 전제로 한다는 점에서, 정보접근권과도 불가분의 관계에 있다고 할 수 있다.

정신건강 보호의 국면에서 근로자의 참여는 정신건강 문제의 위험요인 및 위험성 파악의 일환으로 작용한다고 할 수 있다. 근로자의 참여를 통해 사업장 내의 위험 요인으로서의 정신건강 침해 요인을 보다 정확히 파악할 수 있기 때문이다. 그리고 정보접근권이 정신건강과 관련하여, 특히 업무지시로 인해 야기될 수 있는 정신건강 침해와 관련하여 특히 의미가 있다고 할 수 있는 부분은 사용자가 노동을 조직, 구성하는 방식, 사용자의 경영전략, 대외적 거래조건 등에 관한 정보에 관한 접근이라고 할 수 있을 것이다. 업무지시로 인한 정신건강 침해는 실질적으로 약정상·명목상 근로조건과 다르게 작동하는 사실상의 근로조건 문제라고도 할 수 있는데, 위와 같은 사용자

231) 신경민 의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호: 400, 2016. 6. 22. 발의), 유승민 의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호: 6374, 2017. 3. 23. 발의), 이용호 의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호: 8396, 2017. 8. 4. 발의), 손금주 의원 대표발의 근로기준법 일부개정법률안(의안번호: 8409, 2017. 8. 7. 발의) 등. 모두 임기만료로 폐기되었다.

232) 근로기준법이나 산업안전보건법 등에서의 ‘근로자대표’와는 달리 일반적인 의미로서의 근로자들의 대표를 의미한다.

233) 정진우(2014), 『산업안전보건법론』, 한국학술정보, 2014, 155면에서는 ‘관여권’이라고 표현하고 있다.

234) 정진우(2014), 위의 책, 155면.

의 경영 전략, 대외적 거래조건, 거래조건 결정에 영향을 주는 요소 등이 근로자의 근로조건에 영향을 주고, 그것이 근로자의 처우와 후생에 영향을 미침과 동시에 정신적 건강에도 영향을 주는 것이기 때문이다.

실정법에서 근로자참여권 및 정보접근권 보호의무가 구체화된 모습은 일반적 차원에서 산업안전보건법에서 찾아볼 수 있기는 하지만,<sup>235)</sup> 본래 위 법이 물리적·화학적 위험을 예정하고 있는 법인 관계로 사회심리적 위험으로 야기되는 경우가 많은 근로자의 정신건강 침해 문제와 관련하여서는 아주 밀접한 것으로 보이지는 않는다. 다만 2019년 ILO 총회에서 채택된 직장 내 폭력·괴롭힘 금지협약(Violence and Harassment Convention, 제190호)에서는 회원국이 폭력과 괴롭힘의 위험요소를 파악하고 위험을 평가하며 그들을 방지하고 통제하기 위한 조치를 취하도록 요구하는 법령을 채택할 것을 규정함으로써 근로자참여를 요구하고 있어서<sup>236)</sup> 이를 반영한 입법이 이루어져야 할 것으로 보인다.

한편 정보접근권은 인격의 자유로운 발현과 인간다운 생활 확보를 위하여 필요한 정보수집권을 의미하는 알 권리<sup>237)</sup>와도 관련이 있다. 다만 알 권리는 바람직한 근로 환경을 조성하기 위하여 의견을 개진할 권리(의견제시권)까지 포함하지는 않는다는 점에서 차이가 있다.

#### 다. 작업중지권

작업중지권은 근로자가 업무수행 중 육체적·정신적 건강의 위협을 받을

---

235) 산업안전보건법에서 찾아보면 위험성 평가에서의 해당 작업장 근로자의 참여(개정 산업안전보건법 제36조 제2항), 안전보건진단에서의 근로자대표의 참여(제47조 제3항), 직업성 질환의 진단 및 예방, 발생 원인의 규명을 위한 역학조사에서의 근로자대표의 참여(제141조), 공정안전보고서를 작성시 산업안전보건위원회 또는 근로자대표의 의견제시(제44조 제2항), 안전보건개선계획의 수립 시의 의견 제시(제49조 제2항), 산업안전보건위원회의 결성과 심의·의결(제24조), 안전·보건에 관한 협의체 구성(제75조), 안전 및 보건에 관한 정보 제공의무를 규정한 사용자의 일반의무 조항(제5조)을 들 수 있다.

236) Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190), Article 9 (c)

237) 권영성, 앞의 책, 501면.

수 있는 상황에서 스스로 작업을 거부·회피할 수 있는 권리이다. 이는 육체적·정신적 건강에 침해할 가하는 환경에 있지 않을 권리와 그러한 환경에 있지 않도록 필요한 조치를 취해줄 것을 적극적으로 요청할 수 있는 권리 중 전자에 해당하는 권리이다. 이를 근로자가 급박한 위험을 피할 수 없을 때에는 자력구제의 행사방법으로 스스로 안전조치를 취할 수밖에 없다는 점에서 자연권으로서의 긴급권으로 보는 견해도 있다. 238)

정신건강 침해와 보호의 국면에서 작동하는 작업중지권의 실질적인 내용은 주로 휴식시간을 취하거나, 작업 마감시간을 조정하는 것 등을 들 수 있다.

산업안전보건법에서는 일반적 차원에서 작업중지권 및 그에 대한 국가와 사용자의 보호의무를 구체화한 규정을 두고 있기는 하나,239) 위 규정들이 근로자의 정신건강 보호와 관련하여서는 현재 실질적인 의미를 갖는다고 보기는 어렵고, 고객응대근로자의 일시적 업무 중단 또는 전환 등의 조치 요구권(제41조 제3항)이 가장 가까운 예라고 할 수 있다.

#### 라. 건강관리권

건강관리권은 근로자가 자신의 육체적·정신적 건강이 침해되지 않기 위해 필요한 구체적인 배려와 조치를 사업주에게 요구하고, 사업주가 실시하는 건강진단 및 의사의 상담을 받으며, 건강진단 결과에 따라 필요한 경우 적절한 업무의 조정 등 건강 침해 요인의 제어를 요청할 수 있는 권리이다.

건강검진권에 대한 국가의 보호의무가 구체화된 것이 산업안전보건법에서 의무화하고 있는 ‘직장가입자(근로자)’에 대한 사용자의 ‘근로자 건강진단’이다(산업안전보건법 제129조).240) 그런데 이러한 건강진단이 정신건강 진단을

238) 작업중지권을 기본적 인격권이자 자연법상 권리로 보는 견해로 권창영(2019a), “작업중지권의 요건과 효과”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』, 노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회(2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀, 2019, 73-74면.

239) 근로자의 작업중지권(제52조), 사업주의 작업중지의무(제51조), 고용노동부장관의 시정조치 명령(제53조)과 작업중지명령(제55조) 등을 들 수 있다.

240) 손미정(2018), 앞의 글, 179면.

포함하고 있지는 않는데, 이와 관련하여 정신건강 진단을 기본적인 건강진단의 항목으로 도입할 것을 주장하는 견해가 있다.<sup>241)</sup>

이러한 건강관리권은 헌법 제36조 제3항에서 근거하는 것으로 이해되고 있는 보건권(건강권)<sup>242)</sup>과 약간 차이가 있는데, 국민건강보험법에 따른 국민건강검진제도와 산업안전보건법상의 건강진단에서 엇볼 수 있다. 국민건강보험법에 따른 국민건강검진제도가 국민의 일반적인 건강권(보건권) 보장을 위한 것이라면, 산업안전보건법상 건강진단은 근로권 및 근로권에 대한 보호의 무 이행의 일환으로서의 ‘근로관계의 형성’을 전제로 하여 근로자에 대한 특별한 건강권 보장의 필요성이 내재된 것이라 할 수 있는 것이다.<sup>243)</sup> 그리고 근로자의 근로 능력이 사용자의 이익과 직결되는 점을 고려하면<sup>244)</sup> 근로권에서 파생된 근로자 건강관리권에 근거한 건강진단과 관리, 사후조치 등은 사용자의 사업의 계속성도 보호법익으로 하고 있다는 점에서 일반적 건강권에 근거한 건강검진 등과 차이가 있다.

#### 4. 인간다운 생활을 할 권리와 정신건강

노동법의 이념은 ‘근로자의 생존권 보장’ 내지 ‘근로자의 인간다운 생활 확보’에 있다.<sup>245)</sup> 헌법은 제34조 제1항에서 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있다. 여기에서 인간다운 생활을 한다는 것은 인간의 존엄성에 상응하는 생활, 즉 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 의미한다.<sup>246)</sup> 그리고 이러한 인간다운 생활을 할 권리를 구체화한 내용 중의 하나가 제34조 제6항

241) 손미정(2018), 위의 글, 177-205면.

242) 헌법재판소 1995. 4. 20. 91헌바11 결정; 헌법재판소 2009. 11. 26. 2007헌마734 결정에서는 “헌법 제36조 제3항을 근거로 국가가 보건권을 침해하여서는 아니 될 의무뿐만 아니라 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다”라고 실시하였다.

243) 손미정(2018), 앞의 글, 179면.

244) 손미정(2018), 위의 글, 179면.

245) 서울행정법원 2007. 12. 14 선고 2007구합30987 판결

246) 김철수, 앞의 책, 954면; 권영성, 앞의 책, 658면.

상의 ‘재해의 위협으로부터 국민을 보호해야 할 의무’이다. 여기에서 국가의 의무는 사회에서 발생하는 모든 부정적 현상에 적절하게 대처해야 할 국가의 포괄적인 의무를 포함하는 것으로 해석되고<sup>247)</sup> 산업재해 또한 제6항의 재해에 포함된다.<sup>248)</sup>

따라서 자연재해를 비롯하여 현대 산업사회에서 발생하는 재해의 위협을 방지하고 재해의 위협으로부터 국민을 보호하는 것도 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 위한 국가의 의무에 속한다.<sup>249)</sup> 그런데 오늘날의 산업재해는 근로자의 정신건강을 위협하는 여러 스트레스 요인들에 의해서도 야기되므로 위 해석론에 따르면 재해의 위협에 해당하는 사회심리적 위협에 대한 관리도 인간다운 생활을 위한 국가의 의무라고 할 수 있다.

## 제4절 소결

1. 오늘날 많은 업무상 위험들은 정신건강에 미치는 영향이 크다. 여러 위험 중 스트레스와 가장 강하게 연결되어 있고 또 심화되어 가고 있는 현상으로서 업무강도 강화를 주목해야 할 필요가 있다.

업무강도 강화의 위험은 과중 업무에서 기인하며, 본질적으로 사용자의 업무지시에서 비롯되는 것이다. 그런데 업무지시는 근로계약에 근거한 사용자의 지시권 행사가 구체적으로 발현되는 행위로서, 종속노동관계에서 가장 일상적이면서 빈번한 것이며 계속적으로 발생할 수밖에 없는 것이어서 근로자가 피하기 어렵다. 그리고 업무강도 강화의 위험은 많은 노동의 모습에서 나타나긴 하지만, 통상적으로 근로의 대가인 임금이 근로시간에 연동하여 계산된다는 점과 소정근로시간을 초과한 근로의 경우 추가된 근로에 대해 추가

<sup>247)</sup> 한수용, 『헌법학』 제8판, 법문사, 2017, 1058면.

<sup>248)</sup> 헌법재판소 2005. 7. 21. 2004헌바2 결정에서는 산업재해보상보험법의 근거를 헌법 제32조 제2항, 제6항에서 찾고 있는바, 이를 통해 헌법 제32조 제6항에서의 ‘재해’에 산업재해도 포함된다고 보았음을 알 수 있다.

<sup>249)</sup> 한수용, 앞의 책, 1058면.

근로수당이 발생한다는 점에 비추어 보았을 때, 소위 사무직 노동이자 임금과 근로시간이 연계되지 않는 영역에서 많이 나타난다.

본 논문은 위와 같은 노동의 모습을 정신노동이라고 명명하였으며, 정신노동 영역에서 나타나는 과중 업무와 스트레스로 나타나는 번아웃증후군을 중심으로 근로자의 정신건강 및 그 침해의 의미를 고찰하였다.

2. 정신건강의 법적 개념은 ‘자신의 적성과 능력에 비추어 자신이 할 수 있다고 선택한 근로를 함으로써 가치를 창출하고, 근로를 통해 스스로 물질적 기초를 마련할 뿐만 아니라 그 과정에서 발생할 수 있는 고통스러움과 수고로움을 감당할 수 있으며, 더 나아가 노동을 통한 사회와의 상호작용 속에서 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있는 상태’라고 할 수 있다.

그리고 판례는 인격권이 침해되거나 인간의 존엄과 가치가 훼손된 경우에 정신적 고통 또는 피해가 있었다고 보고 있는바, 근로자의 정신건강이 침해된 경우는 근로자의 인격권이 침해된 경우라고 할 수 있다. 근로자의 인격권은 일반적인 인격권 외에, 노동인격권을 포함한다. 노동인격권은 근로제공을 통해서 자아를 실현하고 그의 정체성을 유지하며, 또 그 부수적 결과로서 향상된 직업 능력을 가진다는 점, 그리고 그 과정을 통해 자아실현감과 보람을 느낀다는 점을 내용으로 한다. 그러므로 근로자가 근로의욕 및 에너지를 상실하거나 자신이 하는 일에서 직업적 효용감 또는 만족감을 느끼지 못한다면, 노동인격권이 침해된 것이라고 할 수 있다. 이 경우 근로자는 ‘일을 하면서 기대하는 자아실현감’을 느끼지 못하게 되는 상태일 것이므로, 앞서 정의한 ‘근로자가 정신적으로 건강한 상태’, 곧 근로자가 자신의 일을 통해 자아실현감을 느낄 수 있는 상태에서 벗어나게 되며, 이때를 근로자 정신건강의 침해가 있는 때라고 할 수 있다.

오늘날 비용 절감 경영방식의 산물이라 할 수 있는 사용자의 과도한 업무 지시는, 근로자의 시간과 노동력 활용을 극대화하려는 관점에서 비롯된 것으로 인간을 객체화, 사물화하게 되어 인간의 존엄성을 침해하게 된다. 근로자

는 과중 업무 속에 허덕이면서 인격적 측면에서의 노동의 의미를 잃어버림으로써, 노동인격권을 침해당하고 정신건강 침해를 입는다. 그러므로 정신건강 침해 방지를 위한 법적인 보호가 필요하다.

3. 이러한 법적 보호는 근로자가 건강하게 일할 수 있도록 국가와 사용자가 보호, 배려할 것을 규율하는 것에서 시작하는데, 그 이론적 기초는 헌법상 기본권인 근로권에 대한 해석에서 찾을 수 있다. 헌법 제32조 제1항에서 말하는 ‘근로’란 인격실현을 가능케 하는 근로이자, 인간의 존엄성이 보장되는 근로조건 하에서 구현되는 근로라고 할 수 있다. 그리고 헌법 제32조 제3항에서의 ‘인간의 존엄성을 보장하는 근로조건’이라는 것은, 인간의 존엄성의 헌법적 의미에 대한 해석과 인간의 존엄성을 조건으로 하는 ‘괜찮은 근로(Decent Work)’의 의미에 대한 해석을 근거로 하였을 때, 근로자가 노동과정에서 사물화되지 않는 환경, 근로자가 인격을 상실하지 않는 환경, 근로자가 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있도록 보장하는 환경까지 의미한다고 할 수 있다.



### 제3장 근로자의 정신건강에 관한 노동법의 적용

제2장에서는 근로자 정신건강에 위협이 되는 여러 요인 중 업무강도 강화라는 위험과 그 본질적 원인으로서의 사용자의 업무지시에 주목하여, 이러한 업무지시가 주로 나타나는 노동의 모습을 살펴보았다. 그리고 ‘근로자의 정신건강’의 법적 의미를 밝힌 후, 근로자의 정신건강 보호를 위한 노동법적 규율의 중요성과 보호의 법적 기초를 검토하였다. 그 결과 헌법상 근로권에 근거하여 ‘근로자가 정신적·인격적 침해를 받지 않는 근로 환경에서 근로할 권리’가 있다고 해석할 수 있음을 확인하였다.

그런데 기본권이 주관적 공권 외에 객관적 가치 질서로서의 성격도 갖는 이상, 국가는 근로자가 일터에서 사용자를 위한 근로를 제공함에 있어 정신적 건강 상태를 유지, 보호할 수 있도록 필요한 조치를 해야 할 의무를 갖게 된다. 그리고 근로권이 사회권적 성격과 함께 자유권적인 특성도 갖고 있고, 그 자유권적인 특성이 나타나는 영역이 특히 근로환경에 관한 권리 부분인 점과<sup>250)</sup>, 이 근로환경에 관한 권리는 사용자라는 근로관계 상대방(제3자)을 예정하고 있는 권리로서 사용자에 대해서도 효력이 미친다는 점에서(대사인 효) 사용자는 근로자의 정신건강 보호를 위해 필요한 조치를 해야 할 의무를 갖게 된다.

그러므로 국가 및 사용자에 대한 이러한 규범적 요청이 사용자의 업무지시로 인해 근로자의 정신건강이 침해될 수 있는 상황과 관련해서는 어떻게 실정법 내에서 구현되고 있는지 검토할 필요가 있다.

250) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정.

# 제1절 정신건강 침해 예방 및 구제에 관한 규율

## I. 근로기준법

### 1. 근로시간 관련 규정

먼저 사용자의 업무지시로 인해 발생하는 과중 업무는 장시간 근로와 연결된다는 점에서 근로기준법상 근로시간에 관한 규제를 살펴볼 수 있다. 장시간 근로는 근로자의 육체적 건강뿐만 아니라 정신건강을 해치는 위험요인 중 하나라는 점에서, 근로시간에 관한 규율은 근로자의 정신건강 보호의 일환으로도 작용하기 때문이다.

근로기준법에서는 제56조(연장, 야간 및 휴일근로)와 이에 대한 제재 규정(제109조), 제50조(근로시간), 제53조(연장근로 제한), 제54조(휴게) 등과 이에 대한 제재 규정(제110조) 등을 묶으로써 초과근로에 대한 가산임금 적용을 통한 간접적(제56조) 규제와 근로시간 규정 위반에 대한 제재 규정으로 직접적(제50조) 규제를 같이하고 있음을 확인할 수 있다. 다만 이러한 근로시간 규제에 대해서는 상당한 사각지대가 존재한다.<sup>251)</sup>

그런데 과중 업무를 야기하는 업무지시의 문제는 위에서 언급한 규제의

251) 현행 근로기준법에 근거하였을 때 장시간 근로가 발생할 수 있는 여러 영역으로는, 1) 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事) 사용인(법 제11조 제1항 단서), 2) 5명 미만 사업장(법 제11조), 3) 근로자대표와의 서면 합의에 따라 주 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 휴게시간을 변경할 수 있는 5대 특례업종(① 육상운송 및 파이프라인 운송업, ② 수상운송업, ③ 항공운송업, ④ 기타 운송관련 서비스업, ⑤ 보건업, 제59조), 4) 4대 근로시간, 휴게와 휴일규정 포괄적 적용제외 사업장(① 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업, ② 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업, ③ 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 자, ④ 사업의 종류에 관계없이 관리·감독 업무 또는 기밀을 취급하는 업무에 종사하는 근로자, 법 제63조, 시행령 제34조), 5) 재량근로 서면협정 사업장, 6) 상시근로자 30명 미만 사용 사업장 등이다(김인아 외, 『과로사(과로자살) 예방을 위한 정책연구(2)』, 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2018, 153면).

사각지대에 해당하는 영역에서 많이 발생한다. 임금과 근로시간의 연계는 상대적으로 과도한 업무지시의 발생을 억제하는 간접적 기능을 어느 정도 가지기에,<sup>252)</sup> 근로시간과 임금 간의 연동이 단절되는 바로 그 특성이 사용자에게 오히려 업무지시를 과도하게 할 유인을 제공하기 때문이다.<sup>253)</sup> 그렇기에 근로시간 규제가 특정 영역에서는 근로자의 정신건강 침해를 어느 정도 보호할 수 있어도, 임금과 근로시간이 연계되지 않는 영역에서는 충분히 기능한다고 보기는 어렵다.

## 2. 직장내 괴롭힘 규정

근로자의 정신건강 보호와 관련하여 살펴볼 다른 규정으로 개정 근로기준법(법률 제16270호로 2019. 1. 15. 일부개정, 2019. 7. 16.부터 시행)에서 신설된 직장내 괴롭힘 규정을 들 수 있다. 위 규정은 사용자와 근로자의 괴롭힘 금지 의무 및 괴롭힘 발생 시의 사용자의 조치의무를 내용으로 하고 있다. 직장내 괴롭힘 규정은 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 금지하기 위한 규정인바, 근로자가 사용자의 업무지시로 인해 정신적 고통을 겪는 경우 이때의 업무지시가 괴롭힘에 해당하는지 검토해볼 필요가 있다.

### 가. 요건

#### 1) ‘우위를 이용한 행위’ 요건

‘직장내 괴롭힘’은 ① 지위 또는 관계 등의 우위를 이용한 행위이자 ② 업무상 적정 범위를 넘는 행위일 것을 요건으로 한다. 여기에서 ‘우위성’은 피

252) 박제성 외(김홍영 집필 부분), 『장시간 노동과 노동시간 단축(II)』, 한국노동연구원 2011, 26면.

253) 대표적인 제도인 포괄임금제가 그러하다{김홍영(2011), “포괄임금제 법리의 새로운 검토”, 『성균관법학』 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 851면}.

해 근로자가 저항 또는 거절하기 어려울 개연성이 높은 상태를 의미한다.<sup>254)</sup>

업무지시는 상명하달로 이루어지므로, 구체적인 모습에 따라 사용자의 직접적인 업무지시, 사용자의 지시를 상급근로자가 하급근로자에게 전달함으로써 이루어지는 업무지시(사용자의 간접적 업무지시), 그리고 사용자가 아닌 상급근로자가 자신의 부하 근로자에게 내리는 업무지시로 구분할 수 있다.

그런데 업무지시의 경우 그 자체로 지시할 수 있는 위치에 있는 자가 지시를 받을 의무가 있는 상대방에게 하는 것이므로 ‘우월한 지위의 이용’을 전제로 하고 있다는 점은 당연하다고 할 수 있다. 그렇다면, 과중 업무를 야기하는 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당하는지의 문제는, 그 업무지시가 업무상 적정 범위를 넘은 것이었는지의 문제만을 남겨두게 된다.

## 2) ‘업무상 적정 범위를 넘어’의 요건

업무상 적정 범위를 넘는다는 것은 ① 업무로부터 이어져 적정 범위를 넘어서는 행위와 ② 업무와는 무관하게 이루어지는 사적 행위로 구분할 수 있는데,<sup>255)</sup> 과중 업무지시가 문제가 되는 것은 전자의 경우이다. 이 경우 적정 범위 판단 기준을 정하는 것이 문제된다.

고용노동부 발간 “직장 내 괴롭힘 판단 및 예방대응 매뉴얼”에서는, 어떠한 행위가 업무상 적정 범위를 넘은 것으로 인정되기 위해서는, ① 사회통념에서 봤을 때 업무상 필요한 것이 아니었거나, ② 업무상 필요성은 인정되어도 행위양상이 사회통념상 적절하지 않았을 것이어야 한다고 해석하고 있다.<sup>256)</sup> 그 예로 ‘업무상 불가피한 사정이 없음에도 물리적으로 필요한 최소한의 시간마저도 허락하지 않는 등 그 행위가 타당하지 않은 것으로 판단되면 괴롭힘으로 인정 가능하다’라고 보고 있다.<sup>257)</sup>

254) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 189면.

255) 신권철(2019), 앞의 글, 235면.

256) 고용노동부(2019), 위의 매뉴얼, 13면.

257) 고용노동부(2019), 위의 매뉴얼, 13면.

### 3) ‘신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위’ 요건

근무환경을 악화시킨다는 것은, 그 행위로 인하여 근로자가 능력을 발휘하는데 간과할 수 없을 정도의 지장이 발생하는 것을 의미한다고 해석된다.<sup>258)</sup> 피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 신체적·정신적 고통이나 근무환경 악화가 발생할 수 있는 행위가 있고, 그로 인하여 피해자에게 실제로 신체적·정신적 고통을 주었거나 근무환경이 악화되었다는 결과가 발생했다는 점이 인정될 것을 요하고 있다.<sup>259)</sup> 다만 행위자의 의도를 요구하지는 않는다.<sup>260)</sup>

#### 나. 검토 및 한계

고용노동부의 해석에 따르면, 급박하다는 등의 특별한 사정이 없는 상황에서 통상적인 근로시간이 아닌 때 혹은 휴식으로 예정된 때에 사용자의 업무지시가 이루어지거나, 사회통념이나 경험칙상 업무를 수행할 수 있을 정도로 충분한 시간을 주지 않고 반복적으로 업무지시를 하여 근로자가 상시적으로 과중한 업무 상태에 놓이도록 야기한 경우 등에는 직장내 괴롭힘이 성립한다고 볼 수 있을 것이다.

사용자의 업무지시는 다양한 양태로 행해질 수 있고, 일부 근로자에게 특정한 업무지시를 내리는 것으로 나타날 수도 있지만(그러한 경우가 대부분이지만) 일반적·추상적으로 나타날 수도 있고 사업장 전반의 신조로 나타날 수도 있다. 그리고 반드시 특정 근로자를 대상으로 하는 개별적·구체적인 업무지시가 아니라고 하더라도, 비용 절감, 노동력 활용의 극대화 의도가 강하게 깔려 있는 경영방식이 발현된 전반적인 신조와 분위기 등으로 근로자는 정신적 고통을 받을 수 있다.<sup>261)</sup> 그런데 현행 직장내 괴롭힘에 관한 해석론에

258) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 190면; 고용노동부(2019), 앞의 매뉴얼, 14면.

259) 권두섭 외, 위의 매뉴얼, 191면.

260) 권두섭 외, 위의 매뉴얼, 191면; 고용노동부(2019), 앞의 매뉴얼, 14면.

261) 일본의 패밀리 레스토랑인 ‘와타미’에서는 직원들에게 암기와 휴대를 강제하는

의하면 이러한 상황에서 고통받는 근로자의 경우, 고통의 원인이 된 배경이나 사업장의 조직문화, 분위기 등을 괴롭힘 규정 내에서 주장할 수 있을지는 단언하기 어렵다.

과중 업무를 야기하여 근로자의 정신건강을 침해할 수 있는 다른 경우도 존재한다. 예컨대 하청노동관계에서 하청사업주가 불리한 거래조건을 받아들이는 경우이다. 원청사업주의 요청으로 인하여 어쩔 수 없이 불리한 거래조건을 받아들이는 경우는 물론이고, 하청사업주 측에서 추후 지속적인 업무수주를 위하여 자발적으로 소위 ‘후러치기’ 하여 업무를 수주하는 등 이러한 상황을 조장하는 경우도 있다. 경쟁업체보다 더 짧은 시간 내에 또는 더 적은 인원으로(어느 경우이든 가격 경쟁력을 내세우는 것에 해당한다) 프로젝트를 완수할 수 있을 것 같이 보이거나, 또는 그렇게 하여 비용을 줄이기를 바라는 원청사업주의 요구를 은연중 받아들이는 경우이다.

하청사업주로서 사용자는 거래 관계상의 상대적 열위로 인하여 어쩔 수 없이 계약 조건을 수용한 것처럼 보이면서도 내심 장기적 관점에서는 당장 급하지 않더라도 빠르게 일 처리를 하고 새로운 일감을 따내기 위한 의도로 자발적으로 원청사업주에게는 유리하고 하청사업주에게는 무리가 되는 계약 조건을 설정한 것일 수 있다. 그리고 사용자는 실제로 업무량을 수용할 수 있을 정도의 근로자가 부족해서 어쩔 수 없이 과중 업무를 부과하는 것일 수도 있지만, 다른 한편으로는 근로자의 역량을 시험하여 산출량을 극대화하기 위한 동기에서 무리하게 과중 업무를 요구하는 것일 수도 있다. 그런데 위와 같은 상황에서의 업무지시 또는 그와 같은 내용으로 거래조건을 약정하는 행위 등은 현행법에서 괴롭힘에 해당한다고 해석하기에는 무리가 있어 보인다.

이는 통상 ‘직장내 괴롭힘’ 하면 떠올리게 되는 여러 행위들 외에도 규범

---

‘이념집’이라는 어록집이 있었는데, 이 어록집에는 “365일 24시간 죽을때까지 일하라”, “아침에 일어나서 잠들 때까지 눈을 뜨고 있는 모든 순간이 노동시간” 등의 말이 있었다(김영, “일본 블랙기업 노무관리 연구: 청년 노동자 갈아서 버리기의 기법과 확산배경”, 『산업노동연구』 제22권 제2호, 한국산업노동학회, 2016, 258면).

적 보호가 필요하다고 할 수 있는, 근로자의 정신건강 침해 상황이 존재할 수 있음을 보여준다. 위와 같은 상황에서도 근로자는 사용자의 업무지시를 받아 업무를 수행하는 과정에서 해당 업무를 못할 것 같다는 두려움과 압박감, 해당 업무로 인하여 휴식을 갖지 못하는 것에 대한 분노와 괴로움, 거절하지 못한 것에 대한 자책감, 외부의 요청과 자기 자신의 현재 모습 사이의 괴리에서 오는 소외감 등을 느낄 수 있다. 그리고 이는 분명히 상당한 스트레스를 야기하며 노동의욕의 상실, 자아실현감의 상실을 가져올 수 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 현행법의 해석론상 직장내 괴롭힘에 포함되기는 어려우나, 사용자의 보호가 필요한 근로자의 정신건강 침해 상황이 존재할 수 있음을 확인할 수 있다. 그러므로 현행 괴롭힘 관련 규정은 근로자의 정신건강 침해를 야기하는 업무지시의 모든 양태를 포함하지 못한다는 한계가 있다고 할 수 있다.

## II. 산업안전보건법

근로자의 정신건강 보호와 관련한 사용자의 의무를 규율하고 있는 규정으로는 산업안전보건법 제5조 사업주 등의 의무 규정과 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조 직무스트레스 예방 규정을 들 수 있다.<sup>262)</sup>

산업안전보건법 제5조 제1항에서는, ‘근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조건 개선’을 이행함으로써(제2호), 근로자의 안전 및 건강을 유지·증진시키고 국가의 산업재해 예방정책을 따라야 한다고 규정하고 있고, 위 규칙 제669조에서는 근로자가 신체적 피로와 정신적 스트레스 등(이하 “직무스트레스”라 한다)이 높

<sup>262)</sup> 근로자의 정신건강 보호에 관한 개별적 규정으로 제41조(구 산업안전보건법 제26조의 2) 고객응대근로자에 대한 건강장해예방조치가 있기는 하나, 이는 주로 소위 감정노동자들의 근로자의 정신건강 문제를 야기하는 원인 중 ‘고객의 폭언 등 행위’에 초점을 두고 있는 특징이 있어서, 감정노동의 영역이 아닌 영역에서의 문제이거나 또는 ‘폭언 등 행위’가 아닌 다른 정신건강 침해 요인을 다루고 있는 본 논의에서의 문제상황과는 다소 관련성이 떨어진다.

은 작업을 하는 경우에 사업주가 근로자의 직무스트레스로 인한 건강장해 예방을 위하여 해야 하는 조치의 예시를 규정하고 있다.

우선 법 제5조는 추상적·선언적 규정으로 구체성이 떨어지고 위반 시의 제재 수단은 달리 두고 있지 않아 큰 실효성이 있다고 보기는 어렵다는 지적이 있다.<sup>263)</sup> 그리고 위 규정들을 업무지시로 인한 정신건강 문제와 관련지어 살펴보면, 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서는 적용대상을 ‘장시간 근로, 야간작업을 포함한 교대작업, 차량운전[전업(專業)으로 하는 경우에만 해당한다] 및 정밀기계 조작작업 등 신체적 피로와 정신적 스트레스 등이 높은 작업’이라고만 규정하고 있다. 비록 위 조문 상의 ‘등’을 통해 다른 작업이 포함될 수 있을 여지를 마련해 둔 것이라고 선해할 수 있다고 하더라도, 이는 사법적 해석의 단계에서 그러한 가능성을 기대할 수 있을 뿐이다. 이런 점에서 위 규정은 다른 형태의 노동에서 발생하는 과중 업무와 관련된 정신적 스트레스 및 정신건강 침해의 문제와 관련하여서까지는 충분히 보호하고 있는 규정이라고 보기 어려운 측면이 있다.

### III. 민·형사적 구제

노동관계에서 발생할 수 있는 근로자의 정신건강 침해 문제를 고려한 입법이 있기 이전에 강구되었던 해결 방법은 민·형사상 구제였으므로, 이에 대해서도 검토할 필요가 있다.

#### 1. 민사적 구제

주된 민사적 구제 방법은 근로자에게 정신적 고통을 유발하는 주체의 특정한 행위가 불법행위를 구성한다고 주장하여 손해배상청구 소송을 제기하는 것이다. 근로관계 영역에서 근로자의 인격적 이익 또는 인격권 침해의 문제가 발생했을 때는 민사상 불법행위를 원인으로 한 손해배상 청구를 할 수

---

<sup>263)</sup> 김인아 외, 앞의 보고서, 163면.



있다.<sup>264)</sup>

법원은, “사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와의 사이에 근로계약의 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상의 의무를 부담”하므로,<sup>265)</sup> 사용자의 행위가 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되는 경우, 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다고 보았다.

그런데 이러한 방법은 불법행위를 원인으로 한 손해배상 소송에서의 원고가 일반적으로 겪게 되는 어려움(불법행위라고 주장하는 사용자 행위의 위법성 입증의 어려움, 근로자가 인격적 침해로 인해 입은 손해의 특정 및 그러한 손해와 사용자의 행위 사이의 인과관계 입증의 어려움)에 더하여, 근로자에게 근로관계의 존속을 사실상 포기하도록 하는 부담을 야기한다.<sup>266)</sup> 그리고 위 손해배상 청구가 인정되어 근로자가 일정한 배상을 받는다고 하더라도 인격권 침해에 대한 손해배상으로서의 배상 수준이 미미한 편이며<sup>267)</sup> 근로자가 가해자 측으로부터 향후 재발 방지를 담보받을 수 있는 것은 아니다.<sup>268)</sup> 이러한 이유로 손해배상 청구가 실질적인 피해 회복 조치가 된다고 보기는 어렵다는 한계가 있다.

근로자의 정신건강이 침해되는 사안에 대한 보호·구제방법으로서 민사 손

---

264) 예컨대 부산지방법원 2009. 12. 18. 선고 2008가단167281 판결. 위 판결에서는 내부고발자를 축출하기 위하여 비난하고 음해한 동료 근로자들의 행위가 인격권과 근로의 자유를 침해하는 불법행위라는 점과 위 불법행위로 인하여 원고가 상당한 정신적인 고통을 입었다는 점을 인정하여 원고의 위자료 청구를 받아들였다. 한편 그동안 안전배려의무의 내용에 ‘근로자의 정신·인격 보호의무’라거나 또는 ‘근로자의 정신건강이 침해되지 않도록 배려할 의무’까지 포함되는 것으로 해석되어 오지는 않았기 때문인지 청구원인을 채무불이행으로 인한 손해배상청구로 구성하는 것에 관한 논의는 거의 존재하지 않았던 것으로 보인다.

265) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결.

266) 신권철(2019), 앞의 글, 219-220면.

267) 류재율, 앞의 글, 208면

268) 신권철(2019), 앞의 글, 219-220면.

해배상청구로 구성하는 것은, 위에서 언급한 어려움 외에 또 다른 특유의 어려움을 발생시킨다. 근로자의 정신건강이 침해되는 이유는 사용자의 특정한 언행 때문일 수도 있지만, 꼭 그러한 언행이 있지 않더라도 경쟁, 성과에 대한 압박, 시간에 대한 압박 등으로 정신적 스트레스를 받아서일 수도 있는데, 과중 업무를 야기하는 업무지시와 같이 특정한 언행이 반드시 수반되지 않으면서 정신적 스트레스를 유발하는 업무지시의 경우, 과연 무엇을 불법행위라고 특정할 수 있는지 문제가 되기 때문이다.

그리고 업무지시는 그것이 이루어지는 상황과 전후의 맥락, 방식과 사용자의 태도, 그 지시를 받는 근로자의 상황과 반응 등에 따라 그에 대한 가치판단이 달라질 수 있는 측면이 크기 때문에, 어쩌면 근로자가 고통받고 있는 것은 분명한데도(피해의 존재) 그 고통의 원인을 특정하기 어려울 수 있다. 더 나아가 근로자들이 받는 정신적 고통을, 당연히 노동계약에 따른 종속노동에 수반되는 스트레스의 결과라고 보아 특별하게 취급해야 할 고통이나 어려움이라고 보지 않으려는 견해도 있기 때문에 사용자의 업무지시가 근로자에게 정신적 고통을 유발하였다고 하여 그 업무지시에 어떠한 위법성이 있다고 할 수 있을지에 대해서도 이견이 있을 수 있다.<sup>269)</sup> 이러한 이유들 때문에 민사법적 구제로 해결을 도모하는 것도 용이한 일은 아니다.<sup>270)</sup>

269) 같은 맥락에서 종래 프랑스 법원은 모든 직업적 활동은 정신적 괴롭힘의 상황과 관계없이 그 자체에 의하여 압박, 인간관계의 문제 또는 스트레스의 근원일 수 있으므로, 사용자의 지시권 행사는 일방적, 강압적일지라도 정신적 괴롭힘과 구별되어야 한다는 인식을 갖고 있었고, 사용자 또는 경영자에 의한 정신적 괴롭힘이 성립하기 위해서는 사용자 등이 그 지휘권 또는 징계권의 한계를 벗어나 남용한 경우일 것을 요구하고 있었다{조임영(2011), “프랑스의 ‘노동에 있어 정신적 괴롭힘’의 규제에 관한 법리”, 『노동법논총』 제22권, 한국비교노동법학회, 2011, 318면}.

270) 비슷한 맥락에서 사용자의 경영권 행사의 일환으로 이루어지는 인사관리의 형태로 노동인격권 침해가 발생하는 경우(이른바 ‘가학적 인사관리’)에는 그것이 사용자의 전속적인 경영·인사 권한으로 인정되어 부당성을 다투기 쉽지 않기 때문에 통상적인 직장 괴롭힘의 양태인 폭행·상해(신체적), 협박·명예훼손·모욕·폭언(언어적), 따돌림·무시(집단적) 행위 등과 비교하였을 때 형사처벌과 민사상 구제가 쉽지 않다는 지적이 있다. 양승엽·박수경, “직장괴롭힘과 경영·인사관리의 한계: 노동 인격에 대한 존중”, 『산업관계연구』 제28권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2018, 79면 참조.

## 2. 형사적 구제

직장내 괴롭힘 규정 입법 이전에는 직장내 괴롭힘에 해당하는 행위를 명예훼손 및 모욕, 강요 등으로 의율하여 행위자의 처벌을 구하는 시도가 있기도 했고,<sup>271)</sup> 일부 노동관계법 중에는 근로자의 정신건강이 침해되는 경우에 그 침해의 원인 행위자에게 형사적 제재를 규정하고 있는 경우가 있기도 하다.<sup>272)</sup> 그러므로 같은 맥락에서 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시의 경우도 형법상 구성요건 해당성을 충족시키는 행위 태양을 갖는다면 형사적 제재 가능성을 함께 생각해 볼 수 있을 것이다.

그런데 이러한 형사적 구제도 민사적 구제 절차와 마찬가지로 어려움이 있다. 피해자는, 피고소인(가해자)의 행위가 각 해당 범죄의 구성요건해당성을 충족한다는 점을 입증해야 하는 어려움, 수사와 재판에 참여해야 하는 절차적 부담, 직장 상실의 부담, “조직 내 구성원을 고소하는 행위에 대한 문화적인 저항감”<sup>273)</sup> 등을 모두 감수해야 하는 것이다. 특히 업무지시로 인한 정신건강 침해의 경우 제재의 대상이 되는 위법한 행위의 특정과 관련한 어려움은 민사적 구제를 활용하는 것에서와 마찬가지로 존재한다.

물론 형법상 의율이 가능한 경우도 있을 것이다. 예를 들어, 사용자가 업무수행을 독촉, 독려하거나, 또는 업무 결과물을 평가하는 과정에서 다른 근로자들을 앞에 두고 어떤 근로자에게 모욕적, 비방적인 말로 그 근로자의 업무방식을 문제삼는 등의 언행을 하였다면 그 경우에는 공연성 요건이 충족된다는 전제하에 모욕죄의 성립 여부를 생각해 볼 수 있을 것이다. 또는 그 과정에서 한 근로자가 근로계약에 따라 정해진 업무 내용 범위 내에 있는 업무가 아니라 사용자의 사적인 용무에 관한 지시를 받은 어떤 일을 함으로

---

271) 명예훼손 및 모욕으로 의율한 사례로 대구지방법원 김천지원 2015. 1. 14. 선고 2014고단640 판결. 강요미수로 의율한 사례로 대전지방법원 2015. 8. 28. 선고 2014고합207·2014고합221(병합) 판결.

272) 정신건강 침해 요인에 해당하는 고용상의 성별차별, 모성보호와 관련한 괴롭힘 등과 관련하여 남녀고용평등법 제37조에서 형사처벌 규정을 두고 있다.

273) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 56면.

써 정신적 고통을 받는 경우가 있다면 그 경우에는 형법상 강요죄에도 해당될 수 있을 것이다.

그렇지만 업무지시를 내리는 사용자의 태도에 폭행이나 협박, 모욕적 언사가 있었던 것이 아니라면 형사 처벌의 대상으로 두기 어렵다. 나아가 과중 업무를 야기하는 업무지시가 근로자에게 압박감과 스트레스, 불안감, 분노 등을 야기할 수는 있더라도, 이는 그 원인 행위가 기본적으로 업무와의 관련성이 인정됨을 전제로 하는 한, 곧바로 의무 없는 일을 하게 하는 것이라고도 보기 어렵다.

그리고 행위 특정의 어려움은 업무지시가 반복해서 일어났던 경우에 특히 두드러진다. 각 개별적 업무지시 간 큰 차이가 없는 상황에서 초반의 업무지시는 그 자체로는 문제가 되는 행위였다고 보기 어려울 수 있고, 어느 시점의 어떠한 행위부터 문제되는 행위라고 특정할 수 있는 것인지 판단하기 어려운 문제가 있을 수 있다. 또한 업무지시가 특정한 근로자들을 대상으로 하여 이루어지지 않고 사업장 소속 근로자 전체를 대상으로 포괄적으로 이루어질 때, 일부 근로자들이 정신적 고통을 받을 수는 있어도 괴롭힘 행위를 특정할 수 없는 경우도 생길 수 있다. 이러한 측면에서 업무지시에서 비롯되는 정신건강 침해의 경우를 형사법적 의율로 해결하려는 것은 쉽지 않은 일이다.

#### IV. 검토

살펴본 바와 같이, 근로기준법의 직장내 괴롭힘 규정이나 산업안전보건법 제5조 등의 규정에 기대어 업무지시가 야기하는 과중 업무와 관련하여 발생하는 정신건강 문제를 해결하기에는 다소 불충분한 측면이 있어 보인다.

이에 본 논문에서는 현행법을 보다 적극적으로 해석하여 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해문제를 예방하고 구제할 수 있는지를 검토하고자 한다. 먼저 근로자의 정신건강 침해 요인 중 하나라고 할 수 있는 직장내 괴롭힘에 관하여 규율하고 있는 근로기준법의 직장내괴

롭힘 규정에서 적극적 해석을 시도하고(제2절),<sup>274)</sup> 이후 산업안전보건 관련 일반법으로서의 지위를 갖고 있는<sup>275)</sup> 산업안전보건법에서의 적극적 해석을 시도한다(제3절). 그리고 산업안전보건법의 해석에 따라 도출한 사용자 등의 의무를 근로계약 관계에서의 안전배려의무를 비교·검토하여 산업안전보건법에 근거한 보호를 보완할 수 있는 해석을 시도한다(제4절).

## 제2절 근로기준법상 ‘직장내 괴롭힘’의 적용

### I. 서설

앞서 사용자의 업무지시 중 일부가 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있음을 확인하였다. 업무지시가 이루어지는 양태를 도식화할 수는 없겠으나, 업무지시의 객관적 측면과 주관적 측면을 기준으로 대략적으로 구분해 볼 수는 있을 것이다. 객관적 측면에서 보았을 때 사용자의 업무지시는 처음부터 과중한 업무가 부과된 것일 수도 있고, 그렇지 않았던 업무지시들이 서서히 쌓이면서 과중한 업무를 야기한 상태일 수도 있다. 그리고 주관적 측면에서 보았을 때, 사용자 입장에서 괴롭힘의 의사(근로자를 정신적으로 고통스럽게 하려는

274) 산업안전보건법의 제정 이래로 근로기준법 제6장에서 다루고 있었던 안전보건에 관한 사항이 모두 산업안전보건법에서 규율되고 있음에도 불구하고, 근로기준법 제6장의 2로 위치하게 되었으므로 근로기준법상 괴롭힘 해당성을 먼저 검토한다.

275) 산업안전보건법은 본래 근로기준법 제6장 안전보건의 항{① 위험방지(법 제64조), ② 안전장치(법 제65조), ③ 특히 위험한 작업(법 제6조), ④ 유해물(법 제67조), ⑤ 위험작업의 취업제한(법 제68조), ⑥ 안전보건교육(법 제69조), ⑦ 병자의 취업금지(법 제70조), ⑧ 건강진단(법 제71조), ⑨ 안전관리자와 보건관리자(법 제72조), ⑩ 감독상의 행정조치(법 제73조)}에 규정되어 있다가 1981년에 법률 제35332호로 신설되면서 독립된 것이다{고용노동부(2015), 『산업안전보건법 제·개정사』, 2015, 5면}. 현재 산업안전보건법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 산업재해를 예방하며 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 하고 있으며(법 제1조) 산업안전보건 관련 일반법으로서의 지위를 갖고 있다.

의사)를 갖고 지시한 것일 수도 있고, 그러한 의사가 없이 지시한 것일 수도 있다.

그런데 후자의 경우, 적극적인 괴롭힘의 의사가 있는 것은 아니더라도 업무지시가 과중 업무를 야기하여 근로자의 정신적 건강을 해칠 수 있으리라는 인식을 한 상태에서 지시한 것일 수도 있고, 그러한 의사와 인식마저 모두 없는 상태에서 업무지시를 한 것일 수도 있으며, 처음에는 그러한 인식이 없다가 나중에 근로자의 정신건강이 침해되었음을 알게 되는 경우일 수도 있다.

이러한 여러 형태의 업무지시 중에서 괴롭힘에 해당한다고 판단하기 난해한 경우로는, 사용자가 근로자의 업무 과중 상황을 모르는 상황에서 과도한 업무를 지시한 경우, 사용자가 근로자를 괴롭게 할 의도를 갖고 있었던 것은 아니지만 사용자가 근로자의 고용시장에서의 열악한 위치에 대한 인식은 있는 상태에서 과도한 업무를 지시한 경우 등이라고 할 수 있다. 앞서 언급했던 예와 같이, 사용자가 무리한 조건으로 일감을 수주하여 업무지시를 하는 경우가 반복되어 결국 과중 업무를 야기하는 상황이 되는 경우도 여기에 해당할 수 있다.

고용노동부의 매뉴얼에 의하면, “그렇게 하도록 지시하지 않으면 안 되는 업무상 불가피한 사정이 없음에도 불구하고 해당 업무에 대하여 물리적으로 필요한 최소한의 시간마저도 허락하지 않는 등 상당성이 없는”<sup>276)</sup> 업무지시는 괴롭힘에 해당할 수 있다. 그런데 처음부터 과중한 업무를 지시한 것은 아니었으나 업무지시가 차츰 누적되어 업무가 과중되는 경우 또는 개별적인 업무지시가 약간 무리를 요하는 수준이더라도 상당성을 잃었다고 볼 정도까지는 아니지만, 그와 같은 업무지시가 사실상 상시적으로 이루어짐으로써 근로자가 항상 과중한 업무 상태에 놓이게 되는 경우 등이 적지 않다. 이렇게 업무지시는 일상적으로 이루어지는 경우가 많고 업무 조직 방식이나, 사업장의 조직문화, 분위기 등이 반영되어 있는 경우가 많아 근로자가 정신적 고통을 겪는다고 하더라도 근로자가 직장내 괴롭힘 규정 내에서 보호받기는 어

<sup>276)</sup> 고용노동부(2019), 위의 매뉴얼, 13면.

려워 보인다. 그래서 근로자들은 비용 절감, 노동력 활용 극대화의 신조가 강하게 깔려 있는 경영방식이 발현된 업무지시가 일상적으로 이루어지는 경우 정신건강의 침해를 입을 수 있음에도 불구하고 현행 직장내 괴롭힘 규정 내에 온전히 규율되기 어려울 수 있다.

그런데 노동법의 노동보호법으로서의 성격과 근로권의 내용에 관한 해석에 근거할 때, 근로자는 ‘노동 과정에서 사물화되지 않고 인격을 상실하지 않는 환경에서 근로할 권리’, ‘자신의 존재와 역할을 느끼고 노동을 통해 자아실현감을 느낄 수 있도록 보장하는 환경에서 근로할 권리’를 가지므로, 정신건강의 침해를 당하지 않도록 보호되어야 한다. 그 방법은 괴롭힘의 포함 범위를 넓히는 방법이 될 수도 있고, 괴롭힘으로의 포섭과는 별도로 근로자의 정신건강을 보호할 수 있는 다른 규율을 마련하는 방법이 될 수도 있다. 이하에서는 먼저 현행법에서 괴롭힘에의 해당성을 보다 넓게 해석할 수 있을지 검토한다.

## II. 직장내 괴롭힘에 관한 적극적 해석

### 1. 강학상 직장내 괴롭힘의 정의와 유형

#### 가. 국내

직장내 괴롭힘의 정의와 관련한 견해로는, “직장에서 사용자나 근로자들이 자신의 지위나 관계 등의 우월성을 이용하여, 또는 고객이나 거래 관계에 있는 기업 소속의 제3자가 거래관계의 특수성이나 관계 등의 우월성을 이용하여 특정 근로자를 향하여 지속적, 반복적 또는 집중적으로 신체적·정신적 공격을 가하는 직·간접적인 일체의 행동 또는 의사표현”이라는 견해,<sup>277)</sup> ‘사용자 및 근로자가 직장 내외에서 직무상 지위 또는 수적인 우월성을 이용하여 다른 근로자에게 지속적·반복적으로 신체적·정신적 고통을 가하거나, 고객

<sup>277)</sup> 이준희, 『직장에서의 괴롭힘 - 법적 쟁점과 과제』, 신조사, 2019, 46면.

등 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자가 업무 수행과정에서 근로자에게 신체적·정신적 고통을 가하여, 근로자의 신체적·정신적 건강을 훼손하고 인격을 침해하는 행위'라고 보는 견해<sup>278)</sup> 등이 있다.

이 중 한 견해는 직장내 괴롭힘을 ① 행위 유형에 따라 직접적 괴롭힘, 배척 또는 소외, 노동에 대한 괴롭힘 행위로, ② 가해 주체에 따라 내부적(수직적 괴롭힘, 수평적 괴롭힘) 괴롭힘과 외부적 괴롭힘으로, ③ 발생 원인과 의도에 따라 개인적 괴롭힘과 조직적 괴롭힘으로 구분하고 있다.<sup>279)</sup> 이 견해는 근로자에 대한 성과관리 또는 퇴직 유도의 명목으로 활용되는 '가학적 인사관리'를 노동에 대한 괴롭힘이자 조직적 요인에 의한 괴롭힘으로 보아 '업무 관련 괴롭힘'이라고 명명하고 있는데,<sup>280)</sup> 이에 따르면, 업무 과중으로 인해 정신건강 침해를 입은 근로자는 '업무 관련 괴롭힘'을 당한 근로자와 유사하다고 할 수 있다.

이러한 '업무 관련 괴롭힘'의 예로 제시되는 것은, 대기발령 후 직무전환 교육을 한 경우<sup>281)</sup> 휴직명령을 한 경우<sup>282)</sup>, 기업 차원에서 '복직자 관리방안'을 만들어 부당하고 판정을 받고 복직한 직원에게 화장실 앞에서 근무하도록 지시한 경우<sup>283)</sup> 등으로 주로 사용자가 불이익한 인사명령을 한 경우이다. 위 경우들은 일상적인 것이 아니라 그 자체로 근로자의 신분상, 생활상 변동을 야기할 수 있는 '사건(event)'에 해당하는 경우이다. 그리고 이러한 인사상 처분은 대부분 근로자의 '퇴출'을 주된 목적으로 삼는 경우(근로자를 해고할 만한 정당한 이유가 없어 사용자로서 근로자의 사직을 유도함으로써 해고 제한 규정을 회피하려는 시도를 하는 경우)<sup>284)</sup>라고 이해되고 있다.

278) 문준혁, “직장내 괴롭힘에 대한 노동법적 검토”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2016, 25면.

279) 문준혁, 앞의 논문, 31-38면.

280) 문준혁, 앞의 논문, 38면; 조상욱·송연창, “직장 내 괴롭힘에 관한 주요 실무문제에 대한 소고·회사의 가학적 인사관리 및 상급자에 의한 개인적 괴롭힘을 중심으로”, 『법학평론』 제7권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2017, 202면 이하.

281) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결.

282) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10440 판결.

283) 고용노동부(2019b), “직장내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 가이드”, 2019. 7., 56면.



그런데 사용자의 경영권 또는 인사권, 노무지휘권 등의 행사는 근로자의 ‘퇴출’을 목적으로 삼지 않는 행위라고 하더라도 근로자의 정신적 고통을 유발할 수 있다. 본 논문에서 언급한 사용자의 업무지시들은 해당 근로자의 자발적 사직을 결정하는 데 영향을 주거나, 자발적 사직으로 귀결되도록 할 여지는 있을지언정, 근로자의 퇴출을 본래 목적으로 하여 이루어진 것이라고 볼 수는 없다. 가사, 업무지시를 하는 사용자 입장에서 ‘근로자가 업무 과중 상황을 견디지 못하게 되어 근로관계를 종료할 수도 있을 것’이라는 점을 인식하고 그러한 상황이 발생하더라도 어쩔 수 없다고 내심 용인하는 경우가 있을 수는 있겠으나, 이 역시 본래적 목적은 근로자 퇴출이 아니라, 근로자의 존속을 전제로 근로자의 노동력 활용을 극대화하는 것에 있었던 것이라 할 수 있다. 이러한 점에서 본 논문에서 문제삼는 업무지시의 모습은, 통상 괴롭힘의 영역에 포함되는 것으로 해석되는 가학적 인사관리와 비교하였을 때, 그 업무지시가 이루어지게 되는 동기의 측면에서 차이가 있다.

그렇다면 비용 절감, 노동력 활용의 극대화의 관점에서 일상적으로 이루어지는 사용자의 업무지시의 경우는, 해석상 괴롭힘으로 인정되고 있는 가학적 인사관리와 비교하였을 때, ① 사용자의 권한 행사의 발로이기는 하나, 인사상 처분(징계, 대기발령, 전보 또는 전직 처분, 직무변경 명령 등)과 같이 하나의 ‘사건’으로서의 의미를 가지지 않는다는 점, ② 그리고 ‘퇴출’을 목적으로 이루어지는 것은 아니라는 점에서 현행 직장내 괴롭힘에 관한 해석에 따른 괴롭힘에 해당한다고 단언하기는 어렵다고 생각된다. 이러한 점에서 보다 적극적인 해석을 위해 외국에서는 직장내 괴롭힘을 어떻게 이해하고 있는지 검토해볼 필요가 있다. 이와 관련하여 일찍이 괴롭힘 문제를 노동법전에 규율해 왔던 국가일 뿐만 아니라 ‘근로자의 권리와 존엄성 보호’라는 가치를 노동법제의 기본으로 천명하고 있고, 노동법전 내에 직장내 괴롭힘에 대한 독립적인 편제를 두고 있다고 알려진 프랑스의 경우를 살펴보고자 한다.<sup>285)</sup>

284) 박지순 외, “근로자에 대한 가학적 인사관리 등 관련 사례 분석 및 입법례 연구”, 고용노동부, 2014, 40면에서는 가학적 인사관리의 목적을 근로자에 대한 퇴출로 파악하고 있다.

285) 양승엽(2017), “직장 괴롭힘 방지 입법에 대한 프랑스 법제의 시사점 - 노동의

## 나. 외국의 경우-프랑스

프랑스 노동법(Code du travail)에서는 ‘모든 노동자는 자신의 권리들과 존엄을 침해하거나 신체적·정신적 건강을 훼손하거나, 직업적 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건의 훼손을 목적으로 하거나, 또는 그러한 결과를 초래하는 반복되는 정신적 괴롭힘의 행위들을 겪어서는 안 된다’라고 규정함으로써 ‘정신적 괴롭힘(harcèlement moral)’이라는 것을 금지하고 있다(1152-1조).<sup>286)</sup>

프랑스는 괴롭힘에 대한 대응으로, 괴롭힘에 대한 규정을 신설한 것과 더불어 사용자의 일반적 예방의무 규정에서 그 예방의 범위를 근로자의 ‘육체적 건강’에서 ‘육체적·정신적 건강’으로 개정하고(프랑스 노동법 4121-1조), 보건·안전·근로조건위원회(comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail)의 임무를 ‘근로자들의 육체적 건강과 안전의 보호에 기여’에서 ‘근로자들의 육체적, 정신적 건강과 안전의 보호에 기여’(L.4612-1조)로 개정하였는데, 이에 대해서는 괴롭힘을 그 자체에 한정하여 파악하는 것을 넘어 ‘정신적 건강’의 관점에서 접근하고 있는 것이라 평가된다.<sup>287)</sup>

프랑스에서는 정신적 괴롭힘의 유형을 ① 개인적 괴롭힘(아무런 동기 없이 오로지 타인 파괴 또는 권력 과시의 목적으로 행해짐), ② 직업적 괴롭힘(법정 해고절차 회피 목적으로 구체적으로 지정된 근로자들을 대상으로 기획됨), ③ 제도적 괴롭힘(전체 종업원에 대한 경영전략의 성질을 띠)으로 분류하고 있다.<sup>288)</sup>

프랑스 노동법에서 분류한 괴롭힘 유형 중, ‘직업적 괴롭힘’(② 유형)과

---

지속가능성을 위해”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2017, 115면.

286) 세계법제정보센터 <http://world.moleg.go.kr> 최종접속일: 2020. 5. 5.; 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 211면.

287) 조임영(2011), 앞의 글, 326면.

288) 조임영(2012), “직장내 괴롭힘과 프랑스 노동법”, 『노동법논총』 제25권, 한국비교노동법학회, 2012, 5면; M. Debout, ‘Le harcèlement moral au travail’, Avis du Conseil économique et social, Les éditions des journaux officiels, 2001, p. 21.

‘제도적 괴롭힘’(㉓ 유형)은 국내 논의에서 언급된 ‘조직적 요인에 의한 괴롭힘’, 또는 ‘업무 관련 괴롭힘’에 해당하는 것으로 이해된다. 앞서 언급한 과학적 인사관리나 성과관리 등은 주로 법정 해고절차 회피 목적으로 이루어지는 것이라고 알려진 ‘직업적 괴롭힘’에 가까운 것으로 보인다. 그리고 본 논문에서 문제삼고 있는 사용자의 업무지시의 모습은 전체 종업원에 대한 경영전략의 성질을 띤다고 알려진 ‘제도적 괴롭힘’이라는 것에 가까워 보이는데, 다음 항에서 ‘제도적 괴롭힘’에 관하여 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

## 2. 프랑스의 ‘제도적 괴롭힘’ 해석과 관련하여

### 가. ‘괴롭힘’에 관한 프랑스 법원의 태도

종래 프랑스 법원은 ‘직장에서의 고통(suffering at work)’과 괴롭힘을 구별하고 이 ‘직장에서의 고통(suffering at work)’에 대해서까지는 법적 보호의 필요성을 인정하지 않았던 것으로 이해된다.<sup>289)</sup> 그래서 프랑스에서 직장내 괴롭힘 판단에 있어 근로자에게 발생하는 정신적 고통이 정상적인 근로조건에서 오는 고통인지 괴롭힘에서 오는 고통인지를 구별하는 것이 중요한 쟁점이었다.<sup>290)</sup>

그런데 프랑스 최고법원인 파기원(Court of Cassation)은 정신적 괴롭힘의 개념을 넓고 유연하게 해석해 오고 있다. 이러한 파기원의 입장에 대해 ‘프랑스 파기원이 괴롭힘과 직장에서의 고통(suffering at work)<sup>291)</sup> 사이의 경계

---

289) Loïc Lerouge, “Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: a Legal Perspective,” *Workplace Bullying and Harassment - 2013 JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment-(JILPT REPORT No. 12)*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2013., p.57.

290) 로익 르루즈(Loïc Lerouge, 2014), “프랑스노동법에서의 직장내 괴롭힘”, 『국제노동브리프』 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014, 34면.

291) 물론 Loïc Lerouge는, 위와 같이 괴롭힘(harassment)과 ‘직장에서의 고통

가 덜 명확해지게끔 해석하고 있다’는 지적이 있기도 하다.<sup>292)</sup>

프랑스 파기원은 2009. 11. 10. HSBC France 판결(Cass. soc. 10. Nov. 2009, n° 08-41.497)에서, 괴롭힘은 “가해자의 가해 의사와는 독립적”이고, 그 행동이 단순히 반복적이며 근로조건을 악화시키면 족한 것으로 봄으로써 사용자 또는 경영자에게 주관적인 괴롭힘의 의사가 있었는지는 문제되지 않는다는 점을 확실히 하였다.<sup>293)</sup> 이에 대해서는 괴롭힘의 정의를 아주 넓게 해석함에 따라 “어느 곳에서든 만연하는 괴롭힘(harassment around every corner)” 또는 일종의 “본의 아닌 괴롭힘(involutary harassment)”이 생기게 될 우려가 있다는 지적이 있기도 하였다.<sup>294)</sup>

나아가 프랑스 파기원은 2014년 7월 2일에는 “자신의 상사가 몇 번 자신의 우편물을 무례하게 개봉한 일(사실 ①)”과 “사무 비품과 근로에 필요한 용품을 요청하였으나 합리적인 기한 내에 받지 못한 일(사실 ②)”로 인하여 정신 건강이 손상되었다고 주장한 근로자의 주장에 대해, 위와 같은 사실들이 정신적 괴롭힘을 추정하는 데 충분한 사실들이고, 위 ①, ②의 사실들과 근로자의 건강이 손상되었음을 보여주는 증명(예를 들어 근로자의 의학적 서류를 제출하는 방식으로)이 있었다면 괴롭힘이 존재한다는 추정이 가능하므로, 사용자가 이와 같은 사실들이 근로자의 정신적 괴롭힘과 무관한 정당한 행동이었다는 점을 입증해야 한다고 판시하기도 하였다.<sup>295)</sup> 이러한 판시는

---

(suffering at work)’ 개념 간의 구별이 불분명해질 정도로 괴롭힘의 범위가 넓게 받아들여지면서도, 법은 ‘괴롭힘’만을 다룬다는 점에서 학자들이 ‘직장에서의 고통(suffering at work)’이라는 것을 괴롭힘과 분명히 구별하고 있음을 지적하고 있다(Loïc Lerouge, *op.cit.*, p.53.). ‘직장에서의 고통(suffering at work)’이라는 것은 “그/그녀의 일에 대한 인식과 그 일을 처리할 수 있는 그/그녀의 고유의 능력 사이의 불일치가 있을 때 발생하는 스트레스의 상태”를 의미하는 것으로 이해된다.

292) “These decisions show the strict approach of the Court of Cassation, who interpreted the concept of moral harassment so broadly that the borderline between harassment and suffering at work has become less clear.”{Loïc Lerouge, *op.cit.*, p.53.}.

293) *Ibid.*, p.57.; 조임영(2012), 앞의 글, 16면.

294) *Ibid.*, p.57.

295) 박지순 외, 앞의 보고서, 143-150면.

“무례한 방법으로 우편물을 개봉한 것”과 “종이와 같은 작은 사무 용품들에 대한 수많은 요구들이 합리적인 기간 내에 처리되지 않은 것”만으로는 정신적 괴롭힘을 추정하는 데 충분하지 않다고 판단하였던 파리항소법원(La Cour d’appel de Paris)의 판결(CA Paris, 21. nov 2012, n° 07/020845)과 달리 판단한 것이다.<sup>296)</sup> 이 판례에 대해서는 근로자가 부족함을 느끼는 것조차 폭력이라는 너무 광범위한 해석을 적용시켰다는 비판이 있기도 하였다.<sup>297)</sup>

#### 나. 제도적 괴롭힘의 예시

정신적 괴롭힘을 법적으로 승인한 프랑스의 사회현대화법률(*loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale*, 2002년 1월 17일 제정)은 2001년 경제사회자문회의에서 제출한 ‘노동에 있어 정신적 괴롭힘’이라는 명칭의 의견서 내용이 상당 부분 반영된 것이다.<sup>298)</sup> 그 의견서에서는 경영진이 고의적으로 사회적 연대를 방해하는 데 개입하는 괴롭힘, 또는 외관상으로는 박해나 괴롭힘을 개탄하고 심지어 비난하지만 실제 경영진의 선택은 직원들 사이의 내부적 갈등을 조장하는 방식으로 이루어지는 이른바 ‘양면적 관리(*management ambivalent*)’ 등도 괴롭힘의 개념에서 누락되어서는 안 될 것이라는 점이 지적된 바 있다.<sup>299)</sup>

위 의견서에 제시되었던 제도적 괴롭힘의 예시로는, 잉여 인력의 수를 발표하고 그들을 수개월 간 애태우게 하는 것,<sup>300)</sup> 본부 매니저를 분명한 목적 없이 영업대리점으로 보내서 그 대리점의 장이 겹치도록 만들어 팀을 분열

296) 박지순 외, 위의 보고서, 143-150면.

297) 박지순 외, 위의 보고서, 148면.

298) 조임영(2012), 앞의 글, 3면.

299) M.Debout, *op.cit.*, p.20. 위 문헌에서 “*harcèlement dans lesquels le management est délibérément impliqué dans la désorganisation du lien social, du management dit ambivalent dans lequel la direction déplore voire condamne les persécutions mais dont les choix de gestion favorisent des conflits internes dans le personnel*” 라고 표현하였다.

300) *Ibid.*, p.21.

시키고 부정적 분위기가 감돌게 하는 것,<sup>301)</sup> 본부 직원들에게 공격적·모욕적인 태도를 계속 보이고, 실업에의 두려움을 갖게 하여 굴종 및 침묵하게 하는 것<sup>302)</sup> 등이 있었다.

그 외에도 불명확하거나 모순적인 지시, 양립할 수 없는 생산성과 질의 요구, 근로자들을 경쟁시키기, 남용적인 감시, 근로시간 및 노동 장소의 지나친 유연화 등<sup>303)</sup>과 균형이 맞지 않는 과중한 업무량의 부여<sup>304)</sup> 등도 특정 근로자에게 정신적 영향을 미칠 경우에는 괴롭힘이 될 수 있다고 해석된다.

프랑스 파기원에서는 2009. 11. 10. Salon Vacances Loisirs 판결에서 경영 방식(management methods)도 괴롭힘이 될 수 있는지와 관련하여, “라인 매니저(상급자)에 의해 행해지는 경영방식이 다른 근로자의 권리 및 존엄성을 훼손하고 육체 또는 정신건강을 해치거나 직업적 장래를 위협할 가능성이 있는 근로조건의 악화를 목적으로 하거나 이것을 초래하는 반복적인 행위들로 나타나는 경우”<sup>305)</sup>에 괴롭힘이 될 수 있다고 보았다.<sup>306)</sup> 위 사안에서 괴롭힘 해당성이 문제되었던 행위는 자신의 지휘를 받는 해당 근로자에 대해 모든 대화를 중단하고 게시판을 통해 하급관리 근로자에게 지시하거나 근로자들에게 직접 명령을 전달하는 것, 사업장의 모든 근로자들을 지속적으로 압박하고 끊임없이 질책하며 팀을 분리시킬 의도에서 모순된 지시를 하는 것이었다.<sup>307)</sup>

---

<sup>301)</sup> Ibid., p.21.

<sup>302)</sup> Ibid., p.21.

<sup>303)</sup> Melanie Carles et Laurent Milet, Le Harcelement moral, RPDS n° 782, juin, 2010, pp.188-189{조임영(2012), 앞의 글, 22면에서 재인용}.

<sup>304)</sup> Case. soc. 24 juin 2009, n° 08-41.681(권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 212면에서 재인용).

<sup>305)</sup> “Mais attendu que peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en oeuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu’elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d’entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d’altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel”{Salon Vacances Loisirs 판결(2009. 11. 10.). Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321; 조임영(2012), 앞의 글, 20면}.

<sup>306)</sup> Loïc Lerouge, *op.cit.*, p.57.; 로익 르루즈(Loïc Lerouge, 2014), 앞의 글, 36면.

### 3. 검토 및 시사점

프랑스 파기원의 태도는, 사용자의 모든 경영방식이 허용되는 것은 아니며 사용자의 경영에 대한 권한은 근로자들의 존엄과 건강의 존중이라는 측면에서 일정한 한계를 가질 수밖에 없음을 분명히 보여준다고 할 수 있다.<sup>308)</sup>

그리고 프랑스 파기원에서 ‘상급 근로자의 일상적인 지시가 해당 근로자를 거치지 않고 그의 하급 근로자에게 바로 전달되는 것’이나, ‘우편물 무단 개봉 및 필요한 사무 비품 제공의 지연’ 등도 괴롭힘을 추정케 하는 사실로 인정했던 것에 비추어 보면, 괴롭힘의 유형 중 이른바 ‘업무 관련 괴롭힘’이라고 하여 반드시 퇴출을 목적으로 하는 것이어야 한다거나, 또는 대기발령이나, 전보 또는 전직처분 등 비교적 거창한 인사상 처분이어야만 하는 것은 아니라고 할 수 있음을 확인할 수 있다.<sup>309)</sup>

괴롭힘을 판단함에 있어 ‘다소 약하거나 미미한 행위라 하더라도 이러한 행위의 반복과 축적으로 직장 내 괴롭힘이 성립할 수 있고, 그 판단에 있어 개별 행위를 단절된 행위로 판단할 것이 아니라, 행위의 일련의 경과를 연속적이고 맥락적으로 고려할 필요가 있다’는 지적이 있는데,<sup>310)</sup> 위 프랑스의 사례들은 업무 관련 괴롭힘의 경우에도 이러한 고려사항이 다르지 않게 작용함을 보여주는 사례라고도 할 수 있다.

또한 ‘사업장의 모든 근로자들을 지속적으로 압박하고 서로 모순된 지시를 하는 것’이나, ‘근로자들이 고용상 지위에서 오는 두려움이나 부정적인 분위기를 느끼도록 하여 굴종 또는 침묵하게 하는 것’ 등도 괴롭힘이 될 수 있

307) Salon Vacances Loisirs 판결(2009. 11. 10.). Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321.; 박지순 외, 앞의 보고서, 140면.

308) 조임영(2012), 앞의 글, 40면.

309) 같은 취지로 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 190면에서는 업무상 지시나 주의·명령의 외관을 띠는 행위들도 업무상 필요성이 있는지 여부에 따라 실질은 괴롭힘에 해당할 수 있음을 인정하고 있다.

310) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 195면; Salin, Denise, “The Prevention of Workplace Bullying as a Question of Human Resource Management: Measures Adopted and Underlying Organizational Factors,” *Scandinavian Journal of Management*, Vol. 24, No. 3, 2008, p.221.)

음을 보여주는 프랑스 사례에 비추어 보면, 특정 개인을 향하고 있는 행위가 아니더라도 괴롭힘이 가능하다고 할 수 있을 것이다.

이러한 점은, 사용자의 비용 절감 및 노동력 활용 극대화 전략이 투영된 조직문화와 분위기, 그러한 조직문화를 바탕으로 하여 상시적으로 높은 강도에서 일할 수밖에 없게 하는 일상적인 업무지시, 그러한 경향성이 반영된 사용자와 고객사(원청사업주) 사이의 거래조건과 그러한 거래조건을 내용으로 한 거래행위 등도 직장내 괴롭힘으로 이해할 가능성을 높여준다. 알랭 쉬피오도 “탈산업(post-industrielle) 사회”에서 노동강도 증가 현상이 더 악화되고 있음을 지적하며, 이것이 오늘날 법이 금지하고 있는(프랑스 노동법 1152-1 조 이하) 근로자에 대한 일종의 정신적 괴롭힘으로 해석될 수 있다고 보았다.<sup>311)</sup>

한편 괴롭힘 판단에 관한 현행 해석론에 의하면, 괴롭힘 성립에 있어서는 ‘같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 신체적·정신적 고통이나 근무환경 악화가 발생할 수 있는 행위’라는 점이 충족되어야 한다.<sup>312)</sup> 과중 업무를 야기하는 업무지시의 괴롭힘 해당성 판단에 있어, 위 요건은 사용자가 ‘근로자의 업무 과중’에 관하여 인식할 수 있었는지를 고려하여 판단할 수 있을 것이다. 이는 사용자가 근로자를 괴롭게 할 의도를 갖고 있었는지를 판단해야 한다는 의미가 아니다. 사용자 입장에서 자신의 업무지시가 근로자에게 과중한 업무부담을 줄 것이라는 점을 알 수 있는 상황에서 업무지시를 한 것이라면, 이는 ‘당해 근로자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 정신적 고통을 야기하는 행위’라는 요건을 충족한 것으로 볼 수 있다고 말하는 것이다.

사용자 입장에서 ‘자신의 업무지시가 근로자에게 과중한 업무부담을 줄 것이라는 점을 알 수 있었는지’의 판단을 어떻게 하는지가 추가적으로 문제되지만, 다음 절에서 후술하는 것처럼 근로자의 업무 상황과 건강상태에 대한

---

311) 알랭 쉬피오(2011, 박제성 번역), 앞의 책, 100-101면. 위 번역본에서는 ‘harcèlement moral’을 ‘정신적 학대’라고 번역하였다.

312) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 191면.



과약 의무가 근로자의 정신건강 보호를 위한 의무 내용을 구성한다고 할 것  
이므로, 그 의무 이행 여부와 더불어 판단할 수 있는 부분이라 할 것이다.

그렇다면 사용자가 과중 업무에 대한 인식이 있는 상태에서 업무지시로  
근로자에게 과중 업무를 야기하였고 근로자가 실제로 정신적 고통을 겪은  
경우에, 그 전까지 행해진 사용자의 업무지시는 노동을 분배하고 조정하는  
방식으로써 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시킨  
행위에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

### III. 정리

프랑스에서의 괴롭힘 해석론을 참조하였을 때, 우리 법상의 직장내 괴롭힘  
도 ① 가해의사를 요구하고 있지는 않다는 점,<sup>313)</sup> ② 가학적 노무관리 등에  
서 볼 수 있는 것처럼 사용자의 지시권, 징계권, 노무지휘권 등의 행사로 나  
타나는 행위도 괴롭힘으로 인정되고 있는데, 일상적, 상시적인 업무지시 행  
위는 그러한 권한 행사의 또 다른 발현 형태라고 할 수 있는 점, ③ 괴롭힘  
이라는 것의 유형과 양상이 다양한 점<sup>314)</sup> 등에 비추어 볼 때 비용 절감 전  
략하에서 이루어지는 더 다양한 모습의 업무지시가 괴롭힘에 포함될 수 있  
다고 할 수 있다.

다만 위와 같이 해석한다 하더라도, 근로기준법과 그 하위법규에서는 괴롭  
힘의 형태가 구체적으로 규정되어 있지는 않은바, 업무지시의 괴롭힘 해당성  
에 대한 예측가능성을 높이는 취지에서 추후 하위법규를 좀 더 정교화하는  
작업이 필요하다고 할 것이다.

한편 괴롭힘에 대한 유연하고 적극적인 해석에도 불구하고 여전히 괴롭힘  
으로까지 보기는 어려운 업무지시의 모습들이 있을 것이라는 점도 간과하면  
안 된다. 예를 들어 근로자가 현재 업무 과중 상황에 있음을 모르거나 알 수  
없었던 상황에서 사용자가 객관적으로 사회통념상 과중한 업무라고 보기는

313) 고용노동부(2019), 위의 매뉴얼, 14면.

314) 이준희, 앞의 책, 45면.

어려운 업무를 지시하였는데 근로자가 업무수행 과정에서 과중함을 느낀 경우이거나, 또는 업무지시 당시에는 합리적으로 예상하지 못했던 사정이 발생하여 과중한 업무가 된 경우 등과 같이 괴롭힘에 포섭될 수 있을 것이라 단언하기 어려운 경우들도 있을 것이기 때문이다.<sup>315)</sup> 업무의 과중성에 대한 인식이 근로자마다 편차가 있다는 점을 고려하면, 근로자가 업무 과중 상황에 있다는 점, 또는 추가적인 업무지시가 근로자의 정신건강을 침해하리라는 점을 사용자가 인지하지 못한 경우에만 괴롭힘으로 의율하는 것이 무리일 수 있다.

그런데 괴롭힘으로부터 보호를 받는다는 것은, 괴롭힘으로부터 야기될 수 있는 정신건강 침해로부터 보호받는다는 것을 의미하는바, 괴롭힘으로부터 보호하는 규정의 적용을 받지 않는다고 하여 근로자의 정신건강이 적극적으로 보호되어야 하는 상황에 있지 않음을 의미하는 것은 아니다. 업무지시의 경우 괴롭힘 해당성을 판단하기 수월하지 않다는 점에서, 그와는 별도로 산업안전보건의 관점에서의 접근이 필요하다고 할 것이다. 이에 다음 절에서는 산업안전보건법에서 ‘업무지시로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제’ 발생을 예방하기 위해 사용자에게 요구되는 의무들을 도출할 수 있을지 검토하기로 한다.

---

315) 물론 당초의 업무지시가 근로자에게 과중 업무가 될 것이라는 점을 사용자가 인식하지 못하였다가 나중에 알았거나 알 수 있게 된 경우에도 아무 조치를 하지 않은 부작위는 달리 볼 여지가 있을 것이다. 이준희, “직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점”, 『노동법논총』 제46권, 한국비교노동법학회, 2019, 85면에서 괴롭힘 해당성이 문제되는 사안으로 제시한 사례에서 비슷한 발상을 찾을 수 있다. 사무실 옆자리 동료 직원이 오이 냄새를 싫어한다는 사실을 알고 있으면서도 괴롭힌다는 인식 없이 단지 다이어트를 이유로 오이를 지속적으로 먹는 행위와 관련하여, 규범적 대응이 요구되는 문제인지에 대한 신중한 판단이 필요하다고 하면서도 지위 또는 관계 등의 우위가 인정되는 자가 피해자의 중단 요구를 무시한 채 지속적으로 오이를 먹는다면 금지되는 괴롭힘 행위로 볼 수 있을 것이라고 하였다.

### 제3절 산업안전보건법상 사업주 의무의 적용

#### I. 서설

앞서 산업안전보건법에서 특별히 과중 업무로 인한 정신건강 문제와 관련된 규정들이 있는 것으로 보이지 않고, 법 제5조에서 정신적 스트레스를 줄일 수 있는 작업환경 및 근로조건 개선에 관한 의무 규정을 두고 있긴 하나, 위 규정의 위임을 받은 하위규정인 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서는 그 적용대상을 제한하고 있음을 지적하였다. 이하에서는 업무지시에서 오는 정신건강 침해 문제도 산업안전보건법을 통해 보호, 규율될 수 있도록 하기 위한 보다 적극적인 해석을 시도해 보고자 한다.

과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시는 업무상 재해에 있어 사회심리적 위험 요인에 해당한다. 이에 물리적, 화학적 위험 요인들을 중심으로 규율해 왔던 산업안전보건법의 체계 내에서 사회심리적 위험에 관한 해석을 하는 것이 가능할지가 문제된다. 한쪽에서는 업무와 관련한 스트레스가 다른 위험들과 마찬가지로 평가되고 관리되어야 하는 위험이라는 주장이 개진되고 있지만,<sup>316)</sup> 다른 한쪽에서는 정신적 스트레스가 신체적 침해와는 달리 심리적인 부분이라 어려움이 있다는 이유로 달리 보아야 한다는 반론을 제기하고 있기 때문이다.<sup>317)</sup>

이에 이하에서는 당초 산업안전보건법이 화학물질 또는 물리적 인자로 인한 정신건강 침해 외 ‘업무 관련 스트레스 유발 요인’으로 인한 정신건강 침해의 경우까지 예정하고 있었던 것은 아니지만, 업무 관련 스트레스 유발 인

<sup>316)</sup> “A critical argument for tackling stress at work under the remit of UK health and safety law is that stress related to work must be assessed and managed like any hazard”(Rosanna Cousins et al., “Management Standards’ and Work-related Stress in the UK: Practical Development,” *Work&Stress*, Vol. 18., No. 2., 2004, p.114.)

<sup>317)</sup> J. Rick·R. B. Briner, “Psychosocial Risk Assessment: Problems and Prospects,” *Occupational Medicine*, Vol. 50., 2000, p.311.

물리적 위험과 사회심리적 위험의 차이점을 간략히 나타내면 다음과 같다.

자를 규율할 수 있는 근거를 살펴보기로 한다.

## II. 사업주의 조치의무 관련 규정의 해석

### 1. 헌법과 산업안전보건법의 관계

근로권의 내용 중 일할 환경에 관한 권리는 노동을 통한 인격의 자유로운 발현이 방해받지 않을 권리라는 소극적인 성격과 그러한 환경에서 근무할 수 있도록 국가에 청구할 수 있는 권리라는 적극적인 성격을 함께 갖는다.<sup>318)</sup> 이러한 점에서 산업안전보건법은 근로권에 기초하여 근로자가 신체적, 정신적으로 안전하고 건강하게, 그리고 정신적 건강의 침해가 없는 환경에서 근로할 수 있도록 제반 근로 환경을 제공하기 위해 노력해야 할 국가의 보호의무가 구체화된 것이라 할 수 있다.

뿐만 아니라 산업안전보건법은 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력해야 할 국가의 의무를 규정한 헌법 제34조 제6항이 구체화 된 것이다. 헌법 제34조 제6항에서의 ‘재해’에는 ‘산업재해’도 해당한다고 해석되기 때문이다.<sup>319)</sup> 그러므로 산업안전보건법은 노동의 영역에서 발

	물리적 위험 (physical hazard)	사회심리적 위험 (psychosocial hazard)
소재	장소적, 상황적 특수성이 있음	어느 곳에서든지 확인됨(ex.과도한 업무량 또는 역할 모호성)
위험 수준의 인식가능성	어느 정도의 특정 수준이 위험한지 결정 가능	어느 수준이 특정한 해로움을 야기할 수 있는지 결정 불가능
잠복기	보통 즉시적 효과가 있음	길게 잠복되어 있을 수 있음
효과	항상 부정적인 효과	때로는 부정적, 때로는 긍정적임
해로움의 판단	본질적으로 해로움. 또는 위협의 영향력이 개인적 민감성에 의해 어느 정도까지 결정됨	사람들이 위험을 인식하는 방법에 의해 판단됨

318) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2014헌마367 결정; 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마 670 결정.

319) 헌법학계에서는 헌법 제32조 제6항의 ‘재해’를 ‘국가적 재앙’이나 ‘자연재해’로 국한하여 해석하는 견해들이 있었으나, 헌법재판소 2005. 7. 21. 2004헌마2

생활 수 있는 재해로부터 근로자를 보호해야 하는 국가의 의무가 법률을 통해 구체화된 것이기도 하다.

## 2. 산업안전보건법 제5조, 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조의 해석

산업안전보건법 제5조 제1항에서는, ‘근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조건 개선’을 이행함으로써(제2호), 근로자의 안전 및 건강을 유지·증진시키고 국가의 산업재해 예방정책을 따라야 한다고 규정하고 있다.

과중 업무를 야기하는 업무지시는 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 유발하는 작업 환경적 요인에 해당함이 분명하므로, ‘근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경을 조성’할 것을 요구하는 제5조의 문리 해석상 이로 인한 근로자의 정신적 건강 보호를 위한 의무가 위 조항에서 도출된다고 할 수 있다.<sup>320)</sup>

물론 연혁적으로 보면, 위 조문에 ‘신체적 피로와 정신적 스트레스를 줄일 수 있는’이라는 표현이 들어올 당시<sup>321)</sup> 입법자가 본 논문에서 문제삼는 것과

---

결정에서는 산업재해보상보험법의 근거를 헌법 제32조 제2항, 제6항에서 찾은 바 있다.

320) 같은 취지로 “산업안전보건법 제5조 제1항은 근로자가 건강한 사회적 관계 및 정신건강을 유지할 수 있도록 적절한 근로환경을 조성할 회사(사업주)의 의무를 규정하고 있다고 해석하는 것이 타당하다”라는 견해로 황태운·류문호·안성호, “‘심리적 부검’에 의한 공무상 질병의 판단-대상판결: 서울고법 2013. 12. 19. 선고 2012누27505 판결-”, 『법과 정책』 제20권, 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014, 596면.

321) 산업안전보건법 제5조 제1항은 최초 제정법(1981. 12. 31.)에서는 “사업주에게 산업재해의 예방을 위한 적정기준을 준수하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진하도록 노력하여야 하며 국가에서 시행하는 산업재해의 예방정책에 협력하여야 한다”라고만 규정하고 있었다{고용노동부(2015), 앞의 책, 60면}. ‘신체적 피로와 정신적 스트레스를 줄일 수 있는’이라는 표현은 제13차 개정(2002. 12. 30. 법률 제6847호 일부개정) 때 도입되었다 {고용노동부(2015), 위의 책, 62면}.

같은 모습의 정신건강 문제를 염두에 두고 있었던 것은 아니었던 것으로 보인다. 당시 개정의 취지가 “증가하고 있는 뇌·심혈관계질환 등 직업관련성 질환을 예방하기 위해 사업주에게 직무스트레스가 높은 작업에 대하여 직무스트레스 요인 평가 및 개선대책 마련, 작업계획 수립 근로자 의견 반영 등의 조치를 취하도록 사업주에게 권고”하기 위함에 있었는데,<sup>322)</sup> 주 대상으로 하고 있던 노동의 모습이 야간작업을 포함한 교대작업, 차량운전 업무 등이었기 때문이다. 강동목 외(2016)의 연구에서의 표현에 따르면 위 조문은 정신적 스트레스로 인한 신체적 질환이 문제되는 경우(‘정신-육체’)<sup>323)</sup>를 염두에 두었다고 할 수 있다.

그렇지만 위 조항은 감정노동자의 스트레스, 또는 직장내 괴롭힘 관련 규정의 입법 전까지 주로 정신, 인격적 손상에서 오는 스트레스 문제와 관련한 대안을 모색하는 과정에서 기댈 수 있는 산업안전보건법상 규정으로 자주 거론되어 왔었다. 위 조항에 ‘정신적 스트레스’라는 표현이 추가될 당시에는 고려되지 않았던 영역(‘정신-정신’<sup>324)</sup>)에 대해서까지도 포섭하는 근거 규정으로 활용되었던 것이다.

산업안전보건법규는 기술의 진보, 재해·질병의 발생상황, 그 외 산업현장에서의 제반 사정의 변화에 따라 부단히 진화를 거듭하는 법이다.<sup>325)</sup> 그렇다면 입법 당시에는 예상하지 못했던 내용이더라도 그것이 근로자의 업무와 관련하여 발생하고, 근로자의 안전과 보건, 건강에 위협이 되는 내용이라면 산업안전보건법의 규율대상이 되는 위험으로 해석되어야 할 것이다(물론 법규 위반이 형사적 제재와 연결되어 명확성의 원칙과 죄형법정주의에 따른

322) 고용노동부(2015), 위의 책, 62면. 당시 개정 취지를 보면, 교대작업, 차량운전 업무를 주 보호 대상 업무로 파악하고 있었고, 과도한 직무스트레스로 인해 발생할 수 있는 대표적인 건강상 장애도 뇌·심혈관계질환으로 이해하고 있었음을 알 수 있고, 이는 하위법규인 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서도 대표적인 예시로 장시간 근로, 야간작업을 포함한 교대작업, 차량운전 업무를 들고 있는 점에서도 확인할 수 있다.

323) 강동목 외, 앞의 책, 311-312면.

324) 강동목 외, 앞의 책, 311-312면에서의 표현이다.

325) 조흥학 외, 『법제사적 의미에서 산업안전보건법의 역할과 지위에 관한 연구』, 한국산업안전보건공단, 2011, 53면.

엄격한 해석이 요청되는 경우에는 확대 적용을 지양해야 함은 별론이다).<sup>326)</sup>

### 3. 고객응대근로자의 건강장해 예방조치 입법의 시사점

산업안전보건법 제41조(구 산업안전보건법 제26조의2)는 고객응대근로자에 대한 건강장해 예방 조치를 규정하고 있다. 이는 구 산업안전보건법(법률 제15588호 일부개정 2018. 4. 17.)에서 신설되었던 조항이다. 그런데 고객응대근로자의 건강장해 예방조치 조항에서의 ‘위험’은 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 근로자에게 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위로, 기존의 산업안전보건법상의 위험과 비교했을 때 다소 낮설게 느껴진다. 그렇기에 사회심리적 위험을 산업안전보건법 내에 규율할 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 위 규정 입법 당시에 이루어진 논의들을 살펴봄으로써 그 시사점을 찾을 수 있을 것이다.

위 규정의 입법과정에서 최종 가결, 공포된 안은 환경노동위원회장이 발의한 것으로(의안번호: 12780호, 2018. 3.), 한정애 의원,<sup>327)</sup> 김삼화 의원,<sup>328)</sup> 임이자 의원,<sup>329)</sup> 이정미 의원<sup>330)</sup>이 각각 대표발의한 산업안전보건법 일부개

---

326) 참고로 산업안전보건 법령 제정 당시에 알려지지 않았던 위험도 산업안전보건법 해석에 있어 포함된다고 할 수 있는지와 관련하여 참조할 만한 미국 연구자의 견해가 있다. 위 저자는 ‘의회에서 유형의(tangible) 위험에 관심을 갖고 있었다고 하여, 이것이 다른 형태의 위험은 배제한다는 의도로 읽혀져서는 안 되고, 법령이 장래에 관하여 제정 당시에 알려지지 않았던 환경을 포함하기 위해 작동할 것이라는 규칙은 교정적(remedial) 법령의 이해에서 사용되어 왔다.’라고 말한다(Richard Lewis, “OCAW v. American Cyanamid: The Shrinking of the Occupational Safety and Health Act,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133., 1985, p.1174.).

327) 한정애 의원 대표 발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 3055, 2016. 10. 28.)

328) 김삼화 의원 대표 발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 5152, 2017. 1. 18.)

329) 임이자 의원 대표 발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 6122, 2017. 3. 10.)

330) 이정미 의원 대표 발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 10005, 2017. 11. 3.)

정법률안을 통합, 조정한 안이었다.<sup>331)</sup>

당시 회의록을 보면, 위 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위한 조치 규정이 산업안전보건법에 규정되어야 하는 내용으로 타당한지에 관한 논쟁이 있었다고는 보이지 않는다. 다만 위 규정을 조문 체계상 어디에 위치시킬 것인지, 다시 말해, 보건조치규정(개정 산업안전보건법 제39조, 구법 제24조)에 위치시킬 것인지, 아니면 보건조치규정과 별도로 작업중지 규정 뒤로(구 산업안전보건법 제26조의2) 위치시킬 것인지에 대해서는 논쟁이 있었음을 확인할 수 있다.<sup>332)</sup> 이는 사회심리적 위험으로서의 업무 관련 스트레스 유발 위험인자를 기존의 물리적, 화학적 위험과 마찬가지로 산업안전보건법 내에서 규율될 수 있는 위험으로 받아들이는 것 자체에 대해서는 이견이 없었음을 보여준다.

정부안은 결국 구 산업안전보건법 제26조의2를 신설하여 제1항에 예방조치, 제2항에 발생 시 조치, 제3항에 근로자의 조치요구권 및 사용자의 불이익 처우 금지를 규정하는 것으로 결정되었다.<sup>333)</sup> 개정 산업안전보건법에서는

---

331) 제20대 국회 제358회 국회(임시회) 제2차, “환경노동위원회 회의록(2018년 3월 20일)” 제2호, 5면; 환경노동위원장 제안, 산업안전보건법 일부개정법률안(대안)(의안번호: 12780, 2018. 3.).

332) 제20대 국회 제358회 국회(임시회) 제1차. “환경노동위원회(고용노동소위원회) 회의록(2018년 3월 15일)” 제1호, 46면. 한정에 의원 안과 이정미 의원 안은 해당 조항을 24조(보건조치)의 7호로 신설하고, 제26조의 2로 건강장해 예방조치를 신설할 것을 주장하고 있었고, 김삼화 의원 안과 임이자 의원 안은 제24조의 2로 건강장해 예방조치를 규정할 것을 주장하고 있었다.

333) 정부안과 가장 유사한 안이었던, 이정미 의원 안에 대한 검토보고서에 비추어 보면, “현행법 제24조 제1항 제1호부터 제6호까지의 건강장해는 사업주가 법적·제도적 기준에 따라 객관적인 작업 환경을 통제한다면 예방할 수 있는 건강장해 유형임에 반해, ‘고객 등에 의한 폭언·폭력·괴롭힘에 따른 업무상 스트레스로 발생하는 건강장해’는 상대적으로 사업주가 통제하기 어려운 외적 변수로 인한 것이고, 정신적 건강장해의 주된 원인을 파악하는 것이 용이하지 않은 측면이 있음을 고려할 때 동일한 수준의 처벌 규정을 도입하는 문제는 추가적인 논의가 필요할 것”으로 보인다는 취지의 검토의견이 있었는데{환경노동위원회, 산업안전보건법 일부개정법률안 검토보고서(이정미 의원 대표발의, 의안번호: 10005, 2018. 2.), 8-9면}, 이에 비추어 보면, 산업안전보건법 제26조의 2 규정을 별도로 규정한 이유는, 그것이 물리적, 화학적 위험이 아니라는 점 때문이라기 보다는, ‘주로 고객응대근로자를 적용대상으로 하는’ 위 대상 규정에서의 위험



구법 제23조의 안전조치가 신법 제38조로, 구법 제23조의 보건조치가 신법 제39조로, 구법 제25조 근로자의 준수사항이 신법 제40조로, 구법 제26조의2의 건강장해 예방조치가 신법 제41조로 변경되었는데, 그럼에도 신법에서의 건강장해 예방조치가 보건조치와 별도로 위치한다는 점은 구 산업안전보건법과 다르지 않다.

그렇다면 비록 조문 위치에 관한 이견이 있기는 하였어도 근로자의 정신건강 침해 요인에 관한 내용을 ‘왜 산업안전보건법에 규율하는지’ 자체에 관한 논쟁이 있었던 것은 아니었다는 점, 그리고 이미 구 산업안전보건법에서 입법이 된 이후 개정 산업안전보건법에서도 조항의 번호만 변경된 것에 그친 점 등에 비추어 볼 때, 사회심리적 위험도 산업안전보건법에서 보호하는 영역이라고 보는 것은 무리가 없을 것이다. 그렇다면, 사용자의 업무지시와 관련된 정신건강 침해의 문제도 동법에서 규율될 수 있는 내용이라고 할 수 있다.

#### 4. 검토

위에서 살펴본 바와 같이 근로자가 근로 과정에서 자신의 정신건강을 침해당하지 아니할 권리 및 그러한 환경 조성을 위해 사용자가 필요한 조치를 해야 할 의무는 근로권의 해석 및 산업안전보건법 제5조의 해석에서 도출된다고 할 것이다. 조치의무는 안전보건법규에 명문의 규정이 없더라도 근로자가 제공하는 근로의 내용과 특성, 근로를 제공하는 작업 환경의 문제점 등을 고려하여 그 내용이 확정될 수 있는바,<sup>334)</sup> 사용자의 업무지시가 야기한 과중 업무로부터 오는 정신건강 침해를 방지하기 위한 사용자의 의무로는 다음의 내용을 들 수 있을 것이다.

---

이 ‘사용자가 쉽게 통제할 수 없는 위험이라는 점’에 방점이 있었다고 봄이 상당하다.

<sup>334)</sup> 전형배(2015), “안전배려의무의 내용과 과제”, 『노동법학』 제55호, 한국노동법학회, 2015, 48면.

### III. 업무지시와 관련한 사용자의 의무

#### 1. 기본적인 의무

과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인해 발생할 수 있는 정신건강 침해를 예방하기 위한 사용자의 조치의무로는 먼저 근로자의 업무 설정과 건강상태를 파악할 의무를 들 수 있다. 여기에서 근로자의 주당 평균 근로시간, 누적 근로시간, 업무량, 근로시간과 업무량의 분배, 휴식의 기간 등을 상세히 조사해야 한다. 일본 지방법원에서는 사용자에게 근로자의 근무상태와 근로시간을 파악하여 과중 근로를 시정함으로써 건강장해를 일으키지 않도록 하는 안전배려의무가 있다고 인정한 사례가 있다.<sup>335)</sup>

근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무도 포함된다. 이는 구체적으로 근로자의 업무 역량과 시간, 제한사항, 업무량, 중요도 등에 따라 업무의 분량 또는 업무를 달성하기 위해 할애해야 하는 시간 등을 조정해야 할 의무 등을 의미한다고 할 것이다. 그리고 한 명의 근로자에게 여러 명이 업무지시를 한 경우라면, 그 각 업무의 우선순위나 시간 배분 등에 대한 조율은 근로자가 아니라 각 업무지시를 한 주체들 사이에서 이루어지도록 감독·조율하여야 할 것이다.

나아가 사용자는 지시할 업무에 대해 정확히 이해·숙지한 상태에서 지시할 의무도 있다. 지시 주체가 해당 업무의 내용을 알지 못하면 제대로 지휘·감독할 수 없고, 인력 배분 및 일정 관리의 부분에서도 오판하기 쉽기 때문이다. 그러한 오판이 근로자의 과중한 업무로 연결될 가능성이 높으므로 사용자는 자신이 지시하는 업무에 대해 제대로 파악하여 적정한 시간과 자원이 투입될 수 있도록 해야 할 것이다.

---

335) 萬屋建設事件 前橋地判 平24.9.7 労判에서는 사용자가, 근로자가 신고한 근로시간과 실제 시간이 일치하는지 조사하고 근로자의 건강 상태를 악화시키지 않도록 하는 의무 (노동시간 파악 의무)를 진다고 판시하였다(권혁 외, 앞의 보고서, 57면).

## 2. 의무 내용의 강화

### 가. 의무 내용이 강화되는 상황-고객사의 존재와 거래조건

사용자의 업무지시에서 비롯된 과중 업무가 사용자 외의 외부적 요인과 무관하지 않은 경우들이 있다. 사무직 근로자들을 대상으로 한 근로시간 관련 연구에서는, 이들이 장시간 근로를 하는 주된 이유로 ‘일시적인 주문량 또는 수요 증가’, ‘연장근로가 불가피한 업무 특성’, ‘근로자 수 대비 업무 과다’, ‘공급업체나 고객사 등 관계사들의 사정’ 등을 밝힌 바 있다.<sup>336)</sup> 이를 볼 때 근로자가 장시간 근로를 하게 되는 배경으로 ‘고객사’라는 존재를 간과할 수 없다.

그리고 한국언론진흥재단 연구센터에서 2015년에 시행한 온라인 설문조사에 의하면, 갑질 피해 경험자 입장에서 자주 갑질한 집단으로 응답한 집단이 고용주와 직장상사(각 67%), 거래처 및 상급기관(57%), 고객(51%), 전문직 종사자(45%), 공무원 및 정치인(43%) 순이었는데,<sup>337)</sup> 이를 통해서도 근로자의 정신적 괴로움을 야기하는 주체로서의 ‘고객사’의 비중이 상당함을 확인할 수 있다. 이러한 경우 다음의 의무들이 사용자의 조치의무로서 파생된다고 할 수 있다.

### 나. 파생되는 추가적인 의무들

#### 1) 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무

사용자는 고객사와 체결한 계약의 주요 사항에 관한 정보를 근로자에게 제공할 의무가 있다고 할 것이다. 이는 근로권에서 파생된 권리라고 본 정보

<sup>336)</sup> 정동관 외, 『사무직 근로시간 실태와 포괄임금제 개선방안』, 한국노동연구원, 2016, 30, 33면.

<sup>337)</sup> 김선호·양정애, “갑질문화 해부”, 『Media Issue』 제1권 제1호, 한국언론진흥재단 연구센터, 2015, 8면.

접근권의 실현을 위해서이다.

근로자는 자신의 근로환경에 관한 정보, 구체적으로는 자신의 신체적·정신적 건강에 위협을 주는 원인이 무엇인지를 확인하여 그에 따른 적절한 조치를 사용자에게 대해 요청할 수 있어야 한다. ILO에서 채택한 많은 안전보건 관련 협약이 근로자의 정보접근권을 중요한 조항으로 규정하고 있는 것은<sup>338)</sup> 근로자와 사용자 사이에 정보가 비대칭적으로 존재하는 상황 속에서 정보접근권이 근로자로 하여금 사전에 유해위험을 인지하여 사고나 직업병을 예방할 수 있게 한다는 점<sup>339)</sup> 때문이다. 산업안전보건법에서도 사업주에게 안전·보건에 관한 정보(산업안전보건법 제5조 등<sup>340)</sup>) 및 근로조건을 비롯한 제반 근로환경에 관한 정보(근로기준법 제17조)를 근로자에게 제공할 의무를 부과하고 있다.

근로자의 건강에 영향을 주는 위험이 물리적, 화학적 위험이라면 그에 대한 정보접근권은 유해, 위험한 물질에 관한 정보, 안전성·적격성을 나타내는 지표에 관한 정보, 위험으로 인한 피해를 예방하기 위해 알아야 하는 대비 방법(예컨대, 기구나 설비 등의 사용방법, 숙지사항 등)에 관한 정보의 요청을 그 주된 내용으로 하게 될 것이다.

만약, 사용자와 고객사 사이의 계약금액이나 작업 기간이 사용자 측에게 불리하게 정해지고, 그러한 불리한 계약 조건이 하청근로자의 노동조건을 악

---

338) 제167호 건설안전보건협약(C. 167 Safety and Health in Construction Convention, 1988.) 제33조 (가), 제174호 중대산업재해방지협약(C. 174 Prevention of Major Industrial Accidents Convention, 1993.) 제20조 (가), 제176호 광산안전과 보건협약(C. 176 Safety and Health in Mines Convention, 1995.) 제13조 1 (다), 제184호 농업안전보건협약(C. 184 Safety and Health in Agriculture Convention, 2001.) 제8조 제1항 등.

339) 정진우(2013), “산업안전보건법상 알 권리에 관한 비교법적 연구”, 『노동법학』 제46호, 한국노동법학회, 2013, 194면.

340) 안전보건정보 제공의무(산업안전보건법 제5조 제1항), 법령요지 주지의무(제11조 제1항), 근로자대표의 안전보건사항 통지요청권(제11조), 산업안전보건위원회 회의결과 주지(영 제25조의 6), 안전보건관리규정의 주지(제20조 제1항), 안전보건교육(제131조), 물질안전보건자료 교육(제41조 제7항), 작업환경측정결과 및 건강진단결과에 대한 통지(제42조 제3항, 제43조 제4항) 등{정진우(2014), 앞의 책, 63면}.

화시켜 사용자로 하여금 근로자에게 과중한 업무를 지시하게끔 야기하는 경우라면, 이때의 위험은 ‘거래조건’에 있는 것이므로 근로자 입장에서는 그 계약의 주요 사항을 이루는 정보를 사용자에게 요청할 수 있다고 보아야 할 것이다. 나아가 사용자의 과중 업무지시가 당초 거래조건에서 고객사에 의해 일방적으로 변경된 주문이나 요청 등에서 비롯되는 것이라면, 근로자는 그러한 요청이나 주문이 본래 계약에 포함되는 것이거나 또는 합리적인지를 알 수 있게 하는 정보도 요청할 수 있다고 보아야 할 것이다. 사용자는 이러한 정보를 근로자에게 제대로 알릴 의무가 있다.

## 2) 고객사의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무

사용자는 고객사 측에서 자신의 근로자에게 직접 주문, 지시, 변경 요청 등 추가적인 잔업을 발생시키는지 확인, 감독할 의무도 있다.

근로자가 제공하는 노동이 전체 사업에서 연쇄적인 공급 관계를 이루고 있는 경우 고객사에서 근로자에게 직접 작업 요청을 하는 등의 이유로 사용자가 그냥 지나칠 수 있는 잔업들이 있을 수 있다. 그런데 근로자로서는 고객사의 요청을 쉽게 거절하기 어렵다. 그러므로 사용자는 자신이 간과하고 있는 고객사의 추가적 요구가 있는지, 그 요구의 빈도와 요구내용의 정도가 어떠한지 등을 수시로 감독, 확인할 의무가 있다고 할 수 있다.<sup>341)</sup> 이는 연결차단권이 사용자-근로자 사이뿐만 아니라 사용자 외 업무관계자-근로자 사이까지도 실질적으로 보장될 수 있게 하기 위한 의무라고 할 수 있다. 그 과정에서 근로자는 자신이 과도한 요구를 받고 있음을 사용자에게 알릴 수 있고, 이는 보이지 않는 수고와 노력이 간과됨으로써 야기될 수 있는 정신건강의 침해를 줄이는 데 기여할 수 있다.

---

341) 노르딕 국가의 규정에서는 사업주에게, ‘안전과 건강의 관점에서 일이 적절하게 수행되고 있는지 감독할 것을 보장해야 할 의무(감독의무)’를 규정하고 있다 (Tom Hansen et al., *Psychosocial Working Environment: Workplace Inspection of the Psychosocial Working Environment in the Nordic Countries*, TemaNord 2015:508. Denmark, 2015, p.36.)

#### IV. 근로자 정신건강 보호조치 의무 주체의 확장 가능성

앞서 사용자의 업무지시가 과중 업무를 야기하는 배경에 고객사 등 제3자가 존재할 가능성을 언급하였다. 그렇다면 위 제3자도 일정한 조치의무를 부담하는 자에 포함된다고 할 수 있을지가 문제된다.

이에 이하에서는 이러한 고객사의 노동관계에서의 의미를 살피고, 정신건강 보호조치 의무 주체로 확장할 수 있을 가능성, 가능한 경우 부과되는 조치의무의 내용 등에 관하여 검토한다.

##### 1. 고객사의 노동법적 의미

###### 가. ‘원청사업주’로서의 고객사

고객사는 근로자를 사용하는 사업주로부터 재화 또는 서비스를 구매하는 회사이다. 고객사는 아래 표에서 사용자와 거래계약을 체결한자인 “C”의 모습으로 나타나고, 전체 공급단계에서 어느 단계에 있느냐에 따라 다양한 위치에 있을 수 있다.

1	발주자(도급인)C - 수급인(사용자)B-근로자A
2	발주자D - 도급인C - 수급인(사용자)B-근로자A
3	발주자E - 도급인D - 수급인C - 하수급인(사용자)B-근로자A
4	발주자F - 도급인E - 수급인D - 하수급인C-...-재하수급인(사용자)B-근로자A

위 단계는 이른바 ‘하청노동관계’<sup>342)</sup>라고 불리는 관계를 나타낸 모습이다.

<sup>342)</sup> 보통 하청노동관계에의 ‘도급’ 또는 ‘하도급’은 실질적으로도 ‘도급’ 또는 ‘하도급’인 경우(이른바 진성도급, 진성하도급)일 수도 있고, ‘도급’ 또는 ‘하도급’의 외관을 가지나 실질은 ‘(적법한) 도급’ 또는 ‘(적법한) 하도급’이 아닌 경우일 수도 있다. 보통 노동법학계에서는 위 두 관계의 구별이 매우 중요한 쟁점이 되어 왔으나, 본 논문에서는 사용자의 위치에 있지 않은 자에게도 근로자의 업무상 위험의 증대, 현실화에 기여하는 위치에 있다면 조치의무의 주체로서 인정할 수

본 논문에서는 ‘발주자-도급인...(수급인)...(하)수급인 - 근로자’로 나타나는 하청노동관계를 ‘발주자(도급인)-수급인(사용자)-수급인의 근로자’의 관계로 단순화하고자 한다. 이는 고객사-사용자-근로자의 관계가 도급의 어느 단계에 있던 상관없이 상대방과의 관계에 있어서 갖는 성격은 바뀌지 않기 때문이다. 그러므로 논의대상이 되는 근로자와 근로계약을 체결한 사용자는 그 위치가 발주자-도급인 사이에서의 도급인이든, 도급인-수급인 관계에서의 수급인이든, 수급인-하수급인 사이에서의 하수급인이든, 하수급인-재하수급인 사이에서의 재하수급인이든 ‘하청사업주’라고 하겠다. 그리고 그러한 사용자의 (재)(하)도급 계약의 거래상대방인 사업주(곧, 발주자-도급인 사이에서의 발주자, 도급인-수급인 관계에서의 도급인, 수급인-하수급인 사이에서의 수급인, 하수급인-재하수급인 사이에서의 재하수급인)는 원청사업주라고 칭할 것이다.

그렇기에 본 논문에서 말하는 고객사는 하청노동관계에서의 ‘원청사업주’로 보아 논의를 전개할 수 있다.

#### 나. 노동관계 내 위치

원청사업주는 사용자-근로자 사이의 노동관계만 보았을 때, 노동관계 외부의 제3자이다. 사실 근로계약으로 직접 맺어진 관계가 아닌 이상 모두 제3자일 수밖에 없다. 원칙적으로 제3자는 통상 노동관계에 따라 사용자가 부담하는 의무 또는 그에 준하는 의무를 부담하지 않는다.

그런데 원청사업주는 ‘우리 회사에 일감을 준 자(업체)’로서 근로자가 제공하는 노무와 관련을 갖고 있다. 원청사업주는 하청사업주의 거래 상대방으로 하청사업주의 수익 창출의 원천이자 근로자의 근로 제공의무의 발단이 된다. 그리고 이 원청사업주는 후술하는 바와 같이 하청사업주 및 그 근로자에 대해 근로조건뿐 아니라 건강의 측면에까지 상당한 영향력 또는 지배력을 갖고 있다.

---

있는지를 검토함으로써 조치의무 주체의 확대를 피하고 있으므로 진성도급 관계를 전제하고, 위 두 관계의 구별 문제에 특별히 집중하지는 않는다.

원청사업주가 계약의 목적에 관한 구체적인 요청을 하면 그것은 하청사업주와의 사이에서 도급 계약 등의 모습으로 체결된 거래의 주요 내용을 이루게 되고, 이러한 거래내용의 달성을 위해 하청사업주에 소속된 근로자의 근로조건이 영향을 받게 된다. 원청사업주와 하청사업주가 합리적인 내용으로 거래를 하는 경우도 있을 것이지만, 많은 경우 하청사업주가 거래관계 상 열위에 있어 원청사업주의 요구사항에 사실상 순응할 수밖에 없는 위치에 있다. 그렇기에 원청사업주가 거래조건을 어떻게 설정하느냐에 따라 하청근로자의 근로조건은 실질적으로 구체적인 영향을 받는다.

그리고 짧은 시간 내에 거래의 목적을 달성시켜야 하는 것이나, 상대적으로 낮은 단가에 업무가 수행되어야 하는 것이 근로조건을 구성하게 된다면 하청근로자는 기간 내에 장시간 근로 또는 강도 높은 근로를 해야 하는 상황이 되거나, 낮은 단가로 인해 많은 일감을 맡아 일해야 하는 상황에 처하게 되기 쉽다. 이와 같이 마감시간 압박 또는 고객을 통한 압박 등의 시장 압박(market pressure<sup>343</sup>)이 나타나는 상황에서 근로자들은 초과근무, 시간 압박, 과도한 요구를 스스로 받아넘기도록 내버려진다.<sup>344</sup> 어느 경우이든 하청근로자의 근로조건에 영향을 미치는 상황일 뿐만 아니라 근로자의 건강을 악화시키는 상황이다. 이와 같이 원청사업주는 하청근로자에 대해 근로자의 근로조건, 그리고 더 나아가 근로자의 안전·보건에 있어 상당한 영향력 또는 지배력을 갖는다.<sup>345</sup>

---

343) 시장 압박은 ‘commercial pressures’, ‘economic pressure’라고 표현되기도 한다 (Michael Rawling·Sarah Kaine, “Regulating Supply Chains to Provide a Safe Rate for Road Transport Workers,” *Australian Journal of Labour Law*, Vol. 25., Iss. 3., 2012. 등).

344) Elke Ahlers, “Flexible and Remote Work in the Context of Digitization and Occupational Health”, *Psychosocial Risks, Stress and Violence in the World of Work*(International Journal of Labour Research), Vol. 8., Iss. 1-2, International Labour Office, Geneva, 2016, p.94.

345) 이와 유사한 모습은 건설현장이나 운수사업 등 공급사슬(supply chain)이 문제되는 영역에서도 찾아볼 수 있다. 기존에 문제되었던 영역이 주로 물리적 위험의 발현에서 문제가 되었다면, 이는 사회심리적 위험이 주로 문제되는 영역에서도 다르지 않다고 할 수 있다.



#### 다. 고객응대업무에서의 제3자(고객)와의 비교

한편 위에서 본 원청사업주 외에도 노동관계에서는 다른 모습의 제3자가 존재한다. 대표적인 것이 고객응대업무에서의 고객이다. 원청사업주도 일상적인 용어로 쓰이는 ‘고객’의 넓은 개념에는 포함될 수 있다. 그런데 노동관계법에서는 법률적 개념으로서의 ‘고객’의 의미를 정의하지 않은 채 ‘고객’이라는 표현을 사용하고 있다. 이에 원청사업주가 노동관계법에서 사용되는 ‘고객’의 개념에도 포함되는지, 만약 포함되지 않는다면 다른 유형의 고객과 본 논문에서 언급하는 원청사업주는 어떻게 다르고 어떤 부분이 유사한지 살펴볼 필요가 있다.

산업안전보건법 제41조에서는 ‘고객’의 존재를 전제로, 고객응대근로자의 건강장해 예방조치를 규율하고 있다. 그리고 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’)에서는 그 이전부터 제14조의2에서 고객 등에 의한 성희롱 방지를 위한 사업주의 조치의무를 규정하고 있다.

비록 남녀고용평등법 제14조의2와 산업안전보건법 제41조에서 고객을 따로 정의하고 있지는 않으나, 두 규정 모두 고객을 ‘중간에 사용자를 매개로 하지 않는 자’로 상정하고 있다. 남녀고용평등법에는 직접 ‘성적인 언동 등 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 할 만한 행동’ 할 수 있는 자로 상정되어 있고, 산업안전보건법에는 ‘주로 고객을 직접 대면하거나 정보통신망을 통하여 상대하면서 근로자에게 폭언, 폭행, 그밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위를 할 수 있는 물리적, 사회적 거리에 있는 자’로 상정되어 있다. 이 점에서 두 규정에서 의미하는 고객의 특징은 크게 다르지 않은 것으로 해석된다.<sup>346)</sup>

---

<sup>346)</sup> 산업안전보건법의 건강장해 예방조치의 경우 ‘주로 고객을 직접 대면하거나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 근로자’로 명시하고 있어서 산업안전보건법상 고객의 범위와 남녀고용평등법상 고객의 범위는 다를 수는 있지만, 고객의 특징은 다르지 않다고 할 것이다.

위 두 법에서의 고객은 본 논문에서 말하는 고객사와 어떻게 다른가? 하청사업주에게 주문·요청을 하는 방식으로 하청근로자의 과중 업무를 야기하게 되는 고객사로서의 원청사업주를 위 두 고객과 비교해보자.

남녀고용평등법이나 산업안전보건법에서 예정하는 고객은 근로자의 업무 과정에 전면으로(대면이든 유선이든) 나타난다. 곧, 근로자가 고객의 직접 지시나 요청을 받고 고객을 직접 상대방으로 하여 업무를 수행하는 것이다. 그리고 그 고객의 행위는 비교적 가시적이고 명백하다. 반면, 원청사업주의 주문·요청 또는 거래조건이 사용자의 과도한 업무지시의 배경이나 원인으로 작용하는 상황에서는 그 고객사로서의 원청사업주가 하청근로자에 대해 언제나 가시적이고 명백하게 모습을 드러낸다고 보기는 어렵다.<sup>347)</sup> 원청사업주가 근로자에게 직접 지시를 하는 경우(예컨대, 원청 측의 실무 담당자가 하청사업주의 근로자에게 직접 업무 처리 요청을 하는 경우<sup>348)</sup>)도 있을 수 있고, 근로자의 사용자(하청사업주)에게 요청하면 사용자가 그 요청대로 근로자에게 다시 지시를 하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 또는 사용자와의 거래계약 체결 이후 거의 등장하지 않는 경우도 있다.

그런데 원청사업주의 주문·요청이 사용자의 과도한 업무지시를 야기하는 배경으로 작용하는 상황에서, 그때의 원청사업주는 남녀고용평등법 및 산업안전보건법상 고객과 유사한 부분이 있다. 바로 양자관계로 이루어져 있는 전통적인 노동관계 패러다임 외에 위치하면서도 근로자에 대해 권력을 갖고 통제를 행사한다는 점,<sup>349)</sup> 이들의 권한 행사가 근로자의 인격권 및 노동인격권, 그리고 정신적 건강을 침해하는 요인으로 작용할 수 있다는 점이다.

최근 감정노동 영역을 중심으로 고객에 의해 근로자의 인격권이 침해되는 상황이 많아지면서 고객에 대해서도 법령상의 의무와 책임을 부과하는 것에 관한 법적 논의가 이루어지고 있다.<sup>350)</sup> 이러한 점에서 사용자의 업무지시로

<sup>347)</sup> Elke Ahlers, *op.cit.*, p.94에서도 고객을 통한, 또는 시장 압박을 통한 성과 관리를 간접적인 성과관리(indirect performance management)라고 표현하고 있다.

<sup>348)</sup> 이 경우에도 도급인으로서의 지시(주문)를 하는 것일 수도 있고, 실질적인 사용자로서의 지휘·감독을 하는 것일 수도 있다.

<sup>349)</sup> 방강수(2019a), 앞의 글, 68면.

인한 근로자의 노동인격권 침해 및 정신건강 침해 문제에 있어서도 그러한 위험의 발생, 현실화에 기여하는 자의 위치에 있다고 할 수 있는 고객사 또는 원청사업주에 대해서도 근로자 정신건강 보호를 위해 일정한 의무와 책임을 갖는 주체로서 인정할 수 있는지가 마찬가지로 검토될 필요가 있다.

## 2. 근로자 정신건강 보호 의무주체로서의 원청사업주 인정 가능성

### 가. 문제점

산업안전보건법에서는 도급인의 사업장에서 관계수급인의 근로자가 작업을 하는 경우 그 근로자에 대한 도급인의 안전·보건 조치, 안전·보건에 관한 정보 제공, 수급인에 대한 시정조치 등의 의무 규정을 두고 있다(제64조 내지 제66조).<sup>351)</sup> 이는 도급인의 사업장에서 발생할 수 있는 위험을 수급인이 직접 지배, 관리할 수 없어 수급인의 근로자가 산재의 위험으로부터 충분한 보호를 받지 못하는 문제를 방지하기 위함이다. 이러한 의무 부과는, ① 도급인이 수급인과의 계약상에 있어 우월한 위치에 있는 역학관계에 따라 수급인에게 일방적으로 불리할 수 있는(예를 들어, 수급인 근로자의 안전, 보건에 관한 책임을 일방적으로 전가할 수 있는 등의) 내용들이 계약 조건이나 내용으로 포함될 수 있음을 방지할 필요가 있다는 점(제1차 개정의 경우)과 도급인이 더 우수한 안전관리 능력을 갖고 있는 점(제4차 개정의 경우),<sup>352)</sup> ② 도급인이 물적 시설에 대한 실질적 지배권을 갖고 있는 점(제29차 개정의 경우),<sup>353)</sup> ③ 안전·보건 위해 요인에 관하여 정보를 도급인이 갖고 있는 점(제32차 개정의 경우)<sup>354)</sup> 등을 근거로 한다.

350) 방강수(2019a), 위의 글, 73면.

351) 구 산업안전보건법에서는 제29조에서 규정하고 있었던 내용으로, 이하의 연혁적 검토에 있어 구 산업안전보건법 제29조의 개정 경위, 이유 부분을 참고하였다.

352) 고용노동부(2015), 위의 책, 166면.

353) 고용노동부(2015), 위의 책, 170-172면.

354) 고용노동부(2015), 위의 책, 173면.

그런데 위 도급인의 의무 규정은 기본적으로 물리적, 화학적 위험으로 인해 발생할 수 있는 사고나 육체적 손상 등을 예정하고 있는 규정이다. 반면 정신건강을 침해할 수 있는 스트레스 유발 요인은 주로 업무상 재해에서의 사회심리적 위험 요인인바, 사회심리적 위험에 의하여 정신건강 침해의 위험을 받을 수 있는 상황에서도 법 제64조 내지 제66조 규정의 기저에 깔린 관념이 적용될 수 있는지가 문제된다. 다시 말하면, 스트레스 유발 요인으로서의 업무지시가 도급인의 지시, 요청, 주문, 도급인과 사용자(수급인) 사이의 약정에 근거하는 경우 도급인이 해당 근로자의 정신건강 보호를 위한 조치를 취하여야 할 의무가 있는 주체로서의 지위가 있다고 할 수 있는지의 문제이다.

#### 나. 도급인의 의무 규정 및 개정 산업안전보건법에서 ‘도급’의 개념

근로자의 정신건강 보호를 위한 조치의무의 주체로서 원청사업주를 인정할 수 있을 가능성을 다음의 이유에서 찾을 수 있다.

개정 산업안전보건법에서는 도급인의 관계수급인 근로자가 도급인의 사업장에서 작업하는 경우 도급인이 자신의 근로자 및 관계수급인 근로자의 산업재해를 예방하기 위하여 안전 및 보건 시설의 설치 등 필요한 안전조치 및 보건조치를 하여야 한다고 규정하고 있다(법 제63조).

그리고 개정 산업안전보건법에서는 ‘도급인의 사업장’에 실제 도급인의 사업장뿐만 아니라 ‘도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는 대통령령으로 정하는 장소’를 포함하고 있다(법 제10조 제2항). 이는 과거 구 산업안전보건법과 비교하였을 때 ‘도급인의 사업장’에 대한 개념을 확대한 것이다. 구법에서도 사내하도급에서의 도급인의 안전·보건조치 의무에 관한 규정이 존재하긴 하였으나, 그 규정에서는 ‘도급인의 사업장’이 물리적으로 동일한 장소로만 이해되고 있었기 때문이다.<sup>355)</sup>

---

<sup>355)</sup> 이에 대해 ‘동일한 장소에서 행하여지는 사업뿐만 아니라 다른 장소에서 행하여지는 사업의 경우라도 도급인이 의무를 지도록 하는 체계를 구성할 필요가

이러한 개정에 비추어 보면, ‘물리적으로 동일한 장소인지 여부’와 상관없이 업무상 재해의 위험을 관리·지배할 수 있는 위치에 있는 도급인이라면 안전·보건조치의 의무를 부과할 수 있으리라는 해석이 가능하다. 그렇다면 도급인의 의무 부과 범위를 구분 짓는 기준으로 작용했던 ‘동일한 장소’ 또는 ‘도급인의 사업장’이라는 개념은, ‘재해 위험에 관한 도급인의 지배력이 미치는 영역’으로까지 해석할 수 있을 것이다.

한편, 개정 산업안전보건법에서는 ‘도급’이란 명칭에 관계없이 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 타인에게 맡기는 계약을 말한다고 규정함으로써 ‘도급’의 개념도 확대하였다(법 제2조 제6호). 민법 제664조에서 ‘도급’을 ‘당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 계약’으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 개정 산업안전보건법상 ‘도급’ 개념은 위임, 서비스의 제공 등 민법상 도급의 개념에 부합하지 아니하는 측면까지 포함된 것으로 더 넓은 개념이라 평가된다.<sup>356)</sup>

‘물건의 제조·건설·수리’는 ‘일의 완성’이라는 본래의 도급 개념에 비교적 가깝다고 할 수 있다. 그런데 서비스의 제공이라는 것은 도급적 성격을 갖는 서비스도 있을 수 있고, 그렇지 않은 것도 있다는 점에서 ‘물건의 제조·건설·수리’와는 다소 거리가 있는 개념이다. 그리고 ‘업무를 타인에게 맡기는’이라는 표현은 도급인으로서 주문을 하는 경우이든, 사용자로서 지휘를 하는 경우이든 둘 다 통용될 수 있는 용어이다.

---

있다’는 주장(이달휴, “산업재해의 예방과 산업안전보건법의 현장친화력 제고방안”, 『사회법연구』 제28호, 한국사회법학회, 2016, 82면) 또는 ‘다른 장소이더라도 도급인이 제공한 또는 제공한 것과 동일시할 수 있는 정황이 포착되면, 제3의 공간에서 수급인의 근로자가 작업을 수행하는 경우 산업안전보건에 관한 책임도 도급인에게 발생할 수 있다’는 주장(오상호, “산업안전보건법상 도급인 사업주의 책임 인정기준과 유형”, 『노동법포럼』 제23호, 노동법이론실무학회, 2018, 187면)이 개진된 바 있었다. 개정 산업안전보건법에서 나타난 ‘도급인의 사업장’에 대한 개념의 확대는 위 주장들과 맥을 같이 한다고 할 수 있다.

<sup>356)</sup> 제20대 국회 제365회 국회(임시회), 제2차 “법제사법위원회회의록(2018년 12월 27일)” 제2호, 2-7면; 법제사법위원회, 산업안전보건법 전부개정법률안(대안) 검토보고서(환경노동위원장 제안, 의안번호: 17834, 2018. 12.), 4면.

법의 목적과 취지에 따라 동일하게 사용되는 용어라도 그 법률적 개념이 달라질 수 있는바, 그동안 ‘도급’의 이름으로 외주화된 노동의 형태에서 해당 노동관계가 진정한 도급 관계인지 아닌지가 중요한 노동법적 문제로 다루어져 왔던 점을 고려하면, 개정법에서 도급을 넓게 규정할 뿐만 아니라 도급인지 사용종속관계인지 여부가 문언상 명확하지 않은 표현을 법문에 넣었다는 점은, 최소한 노동관계에서의 재해 예방 및 근로자의 건강 보호에 있어서는 노동관계의 실질을 엄격히 구별하지 않겠다는 의사가 반영된 것이라고 볼 수 있을 것이다.

그렇다면 어떠한 노동관계의 실질이 ‘누군가에게 일을 맡기는 외관’을 가질 경우 최소한 그 사업 수행을 위해 수반되는 노무의 제공(용역의 제공이든, 하청사업주의 근로자에 의한 근로의 제공이든)과 관련하여 발생할 수 있는 업무상 재해의 위험에 관해서는 그 맡기는 자에게도 실제 노무를 제공하는 자의 안전과 보건을 위한 어느 정도의 의무와 책임을 부과하겠다는 의사로 해석할 수 있다. 이는 원청사업주의 실질이 사용자인지 여부를 엄격히 따지기 이전에 원청사업주라는 사실 자체만으로 위험 발생 방지 및 근로자 보호 차원에서 관계자로서의 의무와 책임을 부과할 수 있다는 점을 보여주는 변화라고 할 수 있다.<sup>357)</sup>

호주의 모델 직업규약(Code of Practice)인 “How to Manage Work Health and Safety Risks(May 2018)”에서는, 위험요인(hazard)이, 아주 빠듯한 시간들 속에서 서비스를 제공해야 하는 빈번한 압박과 관련이 있을 수도 있고, 서비스 납기를 오래 지연시켜 근로자의 휴식기회를 줄이는 것과는 관련이 있을 수 있음을 지적하면서, 위험요소를 파악하기 위해 공급사슬 및 네트워크

---

357) 영국의 산업안전보건법은 위험창출자가 그 위험을 어떻게 통제할지를 결정할 수 있는 가장 좋은 위치에 있다는 인식 하에 주로 그 창출자에게 근로자의 안전과 보건에 관한 예방책임을 부과하는 것으로 설계되어 있다. 그래서 어떤 근로자가 누구의 근로자인지, 곧, 누가 사용자인지가 큰 법적 쟁점이 되지 않는다고 한다{심재진(2015a), “사내하도급근로자의 건강과 안전에 대한 도급사업주의 책임: 영국의 사례”, 『노동법연구』 제38호, 서울대학교 노동법연구회, 2015, 151면}. 영국의 관점은 근로자 정신건강 보호 의무 주체로서 원청사업주를 인정할 수 있는지의 문제에서 시사점을 제공한다.

크(supply chain and networks)와 상의할 것을 권고한 바 있다.<sup>358)</sup> 이는 상위 공급자가 정하는 ‘재화 또는 서비스 생산 일정’으로 인해 실제 말단에 있는 근로자의 근로조건이 영향을 받고 그것이 근로자의 뻘뻘한 일정, 과도한 근무, 휴식 부족 등으로 이어져서 근로자의 안전보건의 문제로까지 이어진다는 점을 지적하는 것이다. 그리고 공급사슬 및 네트워크(supply chain and networks)와 상의하라는 것은 근로자의 건강문제의 위험 파악 및 개선을 위한 의무와 책임이 원청사업주에게도 있다고 할 수 있음을 시사한다.<sup>359)</sup>

이러한 점에 비추어 보면, 근로자가 사용자의 업무지시로 야기된 과중 업무로 정신건강 침해의 위협을 받을 수 있는 상황에서, 그 스트레스 유발 원인인 업무지시가 원청사업주의 지시, 요청, 주문, 원청사업주와 사용자(하청사업주) 사이의 약정에 근거하는 경우에는, 원청사업주 또한 그 근로자의 정신건강 보호를 위해 합당한 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 할 것이다.

#### 다. 토론-개정 산업안전보건법 제5조 제2항의 해석과 관련하여

<sup>358)</sup> “How to Manage Work Health and Safety Risks”, Code of Practice (May 2018).

<sup>359)</sup> 업무지시로 인한 과중 업무, 그리고 과로 및 스트레스에 있어 원청사업주의 의무와 책임을 보여주는 사례로 호주의 운송사업과 관련한 논의를 참조할 수 있다. 호주에서는 운송 공급망의 정점에 있는 상위공급자들의 상업적 결정에 따라 운전자의 보수, 배송 스케줄, 근무시간 등이 정해지고, 그렇게 정해진 저임금의 근로조건 때문에 도로 운송 노동자가 위험한 작업 관행에 놓이게 되어 노동자 개인의 안전뿐만 아니라 공용 도로의 안전문제까지 유발한다는 점에 대한 대응으로 법적 보호방안을 마련했다.

이에 호주의 뉴 사우스웨일즈는 이러한 운송노동자 보호를 위해 최소요율 의무제(mandatory scheme of sustainable minimum rates)를 도입하였다. 그리고 뉴 사우스웨일즈에서는 모든 운송 사업자가 말단의 운송 노동자에 의해 수행되는 모든 장거리 여행에 대해 안전한 운전 계획(the safe driving plan)을 마련하도록 하였으며, 공급망에 관련된 모든 당사자에게 운송 노동자의 피로와 그로 인한 피해 위험을 사전에 평가하고 제거할 책임을 부과하였다(Michael Rawling·Sarah Kaine, *op.cit.*, pp.1-18.) 이는 사회심리적 위험이라고 할 수 있는 거래조건에서 야기되는 근로자의 과로 및 스트레스와 관련한 조치의무의 주체로서 원청사업주를 인정할 수 있음을 보여주는 사례라고 할 수 있다. 국내 화물자동차 운수사업법에 도입된 ‘화물자동차 안전운임’ 제도(화물자동차 운수사업법 제2조 13호)도 같은 맥락에 있다.

개정 산업안전보건법에서는 일반의무 규정인 제5조 제2항에서 사업주 외에도 근로자의 산업재해 방지를 위해 필요한 조치의무를 해야 하는 주체로서, 기존의 ① 기계·기구와 그 밖의 설비를 설계·제조 또는 수입하는 자, ② 원재료 등을 제조·수입하는 자, ③ 건설물을 설계·건설하는 자 외에 ‘건설물을 발주하는 자’를 추가로 규정하였다. 여기에서의 ‘발주자’는 건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자를 말한다(제2조 제10호)<sup>360)</sup>. 비록 개정 산업안전보건법에서 건설공사의 경우 발주자와 도급인을 구별하고 있기는 하나(제2조 제7호, 제10호),<sup>361)</sup> 정의 규정상 ‘도급’에는 ‘물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 타인에게 맡기는 계약을 말한다’라고 규정하고 있으므로, 위 ‘도급’에는 건설공사의 발주도 포함된다고 봄이 상당하다.<sup>362)</sup>

발주자 또한 ‘도급하는’ 자에 해당함에도 특별히 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’로 의미를 명확히 한 후, 이러한 발주자를

360) 개정 산업안전보건법 제5조에서는 ‘건설물의 발주’라고 표현하고 있으나, 이 조항 이외의 다른 조항에서는 모두 ‘건설공사발주자’라고 표현하고 있는바, 법의 전체적인 해석상 ‘건설물의 발주자’는 ‘건설공사발주자’와 동일한 의미로 해석된다고 할 것이다.

361) 개정 산업안전보건법에서 ‘발주자’를 도급인에서 제외함으로써, 적정 비용과 공기 보장, 적격 수급인 심사·선정 등에 관한 구체적 의무를 내용으로 하는 도급인의 의무가 발주자에 대해서는 배제하고 있는 것처럼 규정되어 있어 이에 대한 비판이 있다(오민애, “산업안전보건법 전부개정 법률의 의의와 한계, 향후 과제”, 『민주사회를 위한 변론』 제112호, 민주사회를위한변호사모임, 2019, 53-54면; 정진우(2019), “산업안전보건법상의 행정명령과 도급규제의 문제점에 대한 고찰”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』(노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회, 2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀, 2019, 45면.

362) 건설업을 다른 도급사업과 따로 구분한 이유가 ‘건설업도 산업안전보건법상의 도급사업에 해당하지만, 다른 사업과 비교했을 때 사망사고가 유독 높게 나타나는 등 보다 특별히 안전보건조치가 필요한 사업이기 때문’이라는 판단에 있는 것으로 본다면 발주자와 도급인을 구별하여 규정한 신법에도 불구하고 위와 같은 해석이 가능할 것이다. 이와 유사한 취지의 견해로 조흥학, “산업안전보건법상의 행정명령과 도급규제의 문제점에 대한 고찰에 관한 토론문”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』(노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회, 2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소해밀, 2019, 52면.



재해방지를 위한 의무 수규자로서 명시하고 있는 것에 대해서는 다음과 같은 해석이 가능할 것이다. 위 규정은 중대한 산업재해 사고가 상대적으로 빈번하게 일어나는 건설업의 문제를 반영하여 특별히 더 보호해야 한다는 문제의식에서 규정된 것이지만, 다른 한편으로는 법이, ‘주문만 하고 그 주문에 따른 생산 과정에는 관여하지 않는 자’에 대해서도 ‘주문한 자’로서 그 자체로 가질 수 있는 ‘업무상 재해 위험의 지배·관리자’로서의 지위를 인정하였다는 점을 보여주는 것이라는 점도 읽어낼 수 있는 것이다. 이는 발주자의 주문 자체에 있을 수 있는 위험까지도 반영하여 일정한 의무와 책임을 부과할 수 있는 여지를 제공한다.

이를 건설공사의 발주자가 아닌 다른 도급계약(서비스업 또는 기타 다른 유형의 업종)에서의 발주자에 유추적용할 수 있는지 보기로 한다. A 사안과 B 사안 간에 X라고 하는 비교관점에서 본질적 요소를 공통으로 가지고 있다는 것이 인정될 경우 A 사안에 적용되는 규범이 B 사안에도 유추해석 또는 유추적용될 수 있다.<sup>363)</sup> 다른 사업에서도 발주자 또는 도급인이 업무상 위험 요인에 대해 지배적 위치에 있다는 점이 건설공사업의 경우와 공통적으로 인정된다면, 건설공사업의 발주자에 대해 적용되는 규범을 다른 도급계약의 발주자 또는 도급인에도 유추적용할 수 있을 것이다.

그러므로 건설업이 아닌 사업에서도, 발주자가 도급한 계약의 목적물을 수급인의 근로자가 완성하는 과정에서, 발주자가 요청한 생산방식이나 생산기간 등이 업무상 재해를 야기할 수 있는 위험요인으로 작용할 수 있는 것이라면 발주자는 그 업무상 재해의 위험을 관리·지배할 수 있는 자에 위치해 있다고 할 수 있고, 개정 산업안전보건법 제5조 제2항의 유추적용에 근거하여 원청사업주를 근로자 정신건강 보호 의무주체로서 인정할 수 있다는 주장을 뒷받침할 수 있을 것이다.

#### 라. 검토

---

363) 최봉경, “민법에서의 유추와 해석”, 『법철학연구』 제12권 제2호, 한국법철학회, 2009, 133면.

사용자의 업무지시가 과중 업무를 야기하여 근로자의 정신건강 침해가 있는 상황에서 그 과중 업무가 원청사업주의 지시, 요청·주문이나 원청사업주와 사용자(하청사업주) 사이의 약정에 근거하는 경우라면, 원청사업주 또한 근로자의 정신건강 보호를 위한 조치의무의 주체가 된다고 할 것이다.

그 근거는, 원청사업주가 거래상 우월적인 지위에 있어 하청사업주에게 불리할 수 있는 계약조건이나 내용을 결정함으로써 하청근로자의 근로조건을 악화시킬 수도, 또는 개선시킬 수도 있는(위험요인을 지배, 통제할 수 있는) 위치에 있는 점, 개정 산업안전보건법에서 도급인의 안전·보건조치 의무를 규정하고 있고, ‘도급’의 개념을 확대함으로써 사실상 ‘업무를 타인에게 맡기는’ 계약의 도급인이라면 위 의무를 부담한다고 해석할 수 있다고 볼 여지를 제공하는 점 등에서 찾을 수 있다.

그렇다면 이때 원청사업주가 하청근로자에 대해 갖는 조치의무의 내용은 어떠한지 다음 항에서 살펴본다.<sup>364)</sup>

### 3. 구체적인 조치의무의 도출

#### 가. 하청근로자의 과중 업무를 야기하는 무리한 조건 약정 금지

원청사업주 입장에서는 경험적으로 보았을 때 추정되는 계약 금액보다 현저히 낮은 금액을 제안 또는 수용하는 등 불균형적인 거래조건으로 계약하지 않을 의무가 있다고 할 것이다.

물론 하청근로자의 과중 업무를 야기하는 무리한 조건을 거래조건으로 하는 계약을 체결한다고 하여 그것의 사법상 효력 자체를 무효로 한다는 것은 가능성이 낮은 일일 것이다.<sup>365)</sup> 그렇지만 그와 같은 거래조건으로 계약이 체

---

<sup>364)</sup> 원청사업주가 사실상 하청근로자의 사용자의 실질을 갖고 있는 것이라면 앞서 본 사용자의 조치의무와 동일한 의무 및 책임을 부담한다고 할 것이다. 이는 하청노동이 위장도급(불법파견)으로 인정되는 경우에 실질적인 사용자라고 할 수 있는 원청사업주에게 사용자로서의 의무가 요구되는 것과 같다.

<sup>365)</sup> 거래조건이 현저하게 불균형적이어서 민법 제104조 등의 사유에 해당한다면 그

결된 경우 원청사업주 입장에서는 자신들의 거래조건이 하청근로자에게 과중 업무를 야기할 것이라는 점을 알았거나 알 수 있는 상황에 있었던 것이라 볼 수 있고, 이는 ‘하청근로자에게 과중 업무가 되어 하청근로자의 정신건강을 침해할 수 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 방지하지 않은 의무’를 위반한 것으로 볼 수 있다.<sup>366)</sup>

#### 나. 계약 내용의 일방적 변경 금지

원청사업주의 조치의무 내용에는, 계약 체결 이후 정당한 사유 없이 업무상 요구가 높아지는 방향으로 과업 내용을 일방적으로 변경하지 아니할 의무가 있다.

개정 산업안전보건법 제69조(구 산업안전보건법 제29조 제8항)에서는, 사업을 타인에게 도급하는 자는 수급인 측의 안전하고 위생적인 작업 수행을 위하여 설계도서 등에 따라 산정된 공사 기간을 단축하지 않을 것(제1항), 공사비를 줄이기 위하여 위험성이 있는 공법을 사용하거나 정당한 사유 없이 공법을 변경하지 않을 것(제2항)을 규정하고 있다.

다른 사업에서도 발주자 또는 도급인이 업무상 위험 요인에 대해 지배적 위치에 있다는 점이 건설업의 경우와 공통적으로 인정된다면, 건설업의 발주자에 대해 적용되는 규범을 다른 도급계약의 발주자 또는 도급인에도 유추 적용할 수 있다는 점을 앞서 언급하였다. 다른 사업에서도, 대등하지 않은 관계에 있는 원청사업주와 하청사업주 사이에서 정해진 거래조건이 하청근로자의 노동조건에 영향을 주고, 나아가 결국 하청근로자의 건강상 위험까지 영향을 미친다면 그 경우 근로자의 정신건강 침해 및 정신건강장해 예방을

---

것은 계약 자체가 무효라고 할 것이나, 현실적으로 그와 같은 사유가 인정된다면 것은 흔치 않은 일이며 사법적 판단에 의해서야 무효로 인정되는 어려움이 있다.

<sup>366)</sup> 다만 이러한 의무 위반을 이유로 원청사업주에게 일정한 책임을 추궁하는 것이 가능한지에 대해서는 원청사업주의 하청근로자에 대한 조치의무 또는 안전배려의무의 사법(私法)상의 효력 및 그 구성에 관한 추가적인 논의가 필요한데, 본 논문에서는 더 다루지 않는다.

위한 원청사업주의 조치로는 ‘계약 체결 이후 정당한 사유 없이 하청근로자의 업무상 요구가 높아지는 방향으로 과업 내용을 일방적으로 변경하지 아니할 의무’로 구체화할 수 있을 것이다. 원청사업주의 주문 또는 요청이 근로자의 업무상 요구를 높이는 것인지 여부는 계약서에 명시된 바와 비교하여 요청한 내용의 상당 부분이 달라졌는지, 요청 내용이 계약서의 문언적 해석에 따른 업무 범위를 벗어나는지 등을 기준으로 판단해야 한다.

계약 체결 이후 정당한 사유 없이 업무상 요구가 많아져 하청근로자의 과로 및 스트레스에 심각한 영향을 주는 경우의 문제점을 여실히 보여주는 대표적인 영역으로 IT 소프트웨어 산업을 들 수 있다.<sup>367)</sup> IT 소프트웨어 산업에서는, 원청사업주에 의한 갑질의 전형적인 모습이라 할 수 있는 ‘원청사업주의 일방적인 계약 변경’ 행태가 만연하다고 알려져 있다.<sup>368)</sup> 지난 2020. 5. 20. 국회를 통과한 정부 제출 소프트웨어산업진흥법 전부개정안(의안번호:

367) IT 산업계 소프트웨어 개발 업무 영역은 여러 차례의 도급 관계로 이어져 있다. 중층적 하청 구조 하에서 실제 개발작업을 맡는 근로자의 근로조건은 매우 열악한데, 이는 원 사업자가 무리한 요구를 하는 경우가 많아 열위에 있는 개발 근로자(하청근로자)가 짧은 작업기간 내 장시간 근로를 하게 되는 경우가 빈번하기 때문이다. 이러한 원청사업주의 무리한 업무상 요구(거래조건)는 하청근로자의 안전과 건강을 위협한다. 공급사슬에서 원청사업주의 상업적 압박 (commercial pressure)이 근로자들의 안전과 건강을 위협하는 경우가 도로운송업에서 많이 문제되고 있는데(Nossar, Igor·Amoresano, Luigi, *Working Paper: Delivering “safe rates” in Today’s Road Transport Supply Chains*, 2019, p.2), 유사한 모습이 IT 소프트웨어 산업에서도 나타난다고 할 수 있다.

368) IT 분야는 근로자를 착취하는 악질기업을 의미하는, 소위 ‘블랙기업’이라는 용어를 탄생시킨 업종이다(김영, 앞의 글, 252면). 일본의 변호사 단체인 ‘블랙기업피해대책변호단’과 변호사·연구자·활동가 단체인 ‘블랙기업대책프로젝트’는 블랙기업을 광의로는 “위법한 노동을 강요해 노동자의 심신을 위협으로 몰고 가는 기업”, 협의로는 “신흥 산업에서 청년을 대량으로 채용해, 과중노동·위법 노동을 통해 갈아버리고(使い潰し), 점차 이직으로 몰아가는 성장대기업”으로 정의하였다(嶋崎量, “『ブラック企業被害対策弁護団の取り組み』”, 『社会政策』. 6(3), 2015, 76면(김영, 앞의 글, 247면에서 재인용).

IT 업계 소프트웨어 개발 업무의 경우, 발주자 측에서 개발프로젝트의 성공확률이 낮은 편에 속한다고 판단하는 경우 중간에 프로젝트가 중단(속칭 ‘프로젝트 폭파’ 또는 ‘접힌다’라고 불린다)되는 경우가 많다고 한다(조규준, “2018년 화학섬유식품노조 IT 기업 노조조직화의 동기와 특징”, 『월간 노동리뷰』, 2019년 7월호, 한국노동연구원, 2019, 20면).

24957)은 소프트웨어 산업 지원, 소프트웨어 진흥을 위한 기반 조성, 소프트웨어 산업 계약의 공정 등을 주 목표로 하되, 소프트웨어 근로자의 열악한 처우 개선도 부수적 목표로 담고 있는 법안인데,<sup>369)</sup> 그 법안에서는 원청사업주가 ‘계약 조건을 부당하게 변경한 경우 그 변경을 무효로 하는 규정을 두고 있어(제38조 제3항) 해당 내용을 참조해볼 만하다.<sup>370)</sup>

위 해당 규정에서 계약 내용의 변경과 관련하여 정하고 있는 무효 사유는 ① 계약 체결 이후 과업 내용의 변경 및 경제 상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액과 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우, ② 계약의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우, ③ 계약 내용에 대하여 구체적으로 정하지 아니하였거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약 내용을 한쪽의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우 등이다.<sup>371)</sup>

이러한 조항들은 임금, 근로시간 관련 규범을 위반하여 생산된 재화의 경우 장물(hot goods)로 보아 주(state) 사이에서 유통되지 못하도록 하는 미국 공정노동기준법(Fair Labor Standard Act)의 ‘장물(hot goods)’ 조항 {215(a)(1)}이나<sup>372)</sup>, 계약 관계 존부와 관계없이 공급사슬에서 임금, 근로시

369) 과학기술정보방송통신위원회, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안 검토보고서(정부제출, 의안번호: 16944, 2019. 3.), 5면. 개정안의 입법취지에서 ‘발주기관의 요구사항 불명확, 사업의 적정대가 미지급 등 공공소프트웨어사업의 불합리한 발주관행이 여전히 남아 있어 소프트웨어기업의 수익 저하나 개발자의 근로환경 악화 등 산업계의 문제가 지속되고 있었던 점’을 밝히고 있다.

370) 과학기술정보방송통신위원회, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안 심사보고서(과학기술정보방송통신위원장 제안, 의안번호: 24957, 2020. 5.); 과학기술정보방송통신위원장 제안, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안(대안) (의안번호: 24957, 2020. 5.); 과학기술정보방송통신위원회, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안 검토보고서(정부제출, 의안번호: 16944, 2019. 3.), 1면.

371) 위 개정안 제38조에서 정하고 있는 무효사유는 건설산업기본법 제22조 ‘건설공사에 관한 도급계약의 원칙’에서 정하고 있는 무효사유와 거의 대부분 유사하다.

372) Glynn, Timothy. “Taking the Employer out of Employment Law? Accountability for Wage and Hour Violation in an Age of Enterprise Disaggregation,” *Employee Rights and Employment Policy Journal*, Vol. 15., Iss. 1., 2011, p.220.

간 관련 노동법 규범의 위반을 막기 위해 합리적인 통제를 하지 못한 점을 이유로 공급사슬에서의 최종 사용자 기업에게도 책임을 부과해야 한다는 주장<sup>373)</sup>과도 같은 맥락에 있는 부분이라고 할 수 있다.

그러므로 정신노동의 영역에서도 근로자를 둘러싼 노동관계가 하청노동관계를 이루는 경우, 원청사업주는 계약 체결 이후 정당한 사유 없이 하청사업주에게 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대한 추가 작업을 계약 조건의 변동 없이 요청하지 않을 의무, 하청근로자의 작업에 실질적인 부담을 제공하는 결과가 되는 계약 내용 변경을 협의 없이 일방적으로 하지 않을 의무 등을 갖는다고 할 것이다.

#### 다. 합리적 기간 부여

원청사업주의 조치의무에는, 최초 계약 체결 당시의 주문사항이 나중에 달라진 경우 그 이행 내용의 변경을 위하여 합리적인 기간을 부여할 의무도 포함된다고 할 것이다.

개정 산업안전보건법 제70조 제1항에서는 ‘건설공사발주자에게 책임이 있는 사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우(제2호)로 건설공사가 지연되어 해당 건설공사도급인이 산업재해 예방을 위하여 공사 기간의 연장을 요청하는 경우에는 특별한 사유가 없으면 공사 기간을 연장하여야 한다’라고 규정하고 있다. 이는 공사 기간의 단축으로 인하여 안전보건조치를 소홀히 하거나 무리하게 작업을 수행함으로써 재해 발생 위험이 커짐을 방지하기 위함이다.

정신노동의 영역에서도 작업 기간의 단축, 비합리적인 마감기한의 설정, 또는 원청사업주의 요청에 의한 작업 방향의 수정으로 인한 작업시간 부족 등의 상황이 발생할 경우, 제한된 짧은 시간 내에 무리한 작업을 함으로써 발생할 수 있는 정신건강의 침해와 장해를 막기 위하여 합리적인 기간을 제공할 의무를 갖는다고 할 것이다.

---

<sup>373)</sup> 대표적으로 Brishen Rogers(Ibid., p.220.).

## V. 정리

살펴본 바와 같이 업무지시로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제도 산업안전보건법에서 규율되는 안전보건상의 문제로 해석하는 것이 가능하다고 할 것이다. 그리고 이러한 해석을 통해 도출할 수 있는 사용자의 구체적인 의무에는 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무, 지시할 업무에 대한 정확한 이해와 숙지 의무, 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무, 고객사의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무 등이 포함된다고 할 것이다.

나아가 과중 업무를 야기하는 업무지시로 인한 정신건강 문제는 사용자뿐 아니라 제3자, 주로 원청사업주에 의해 유발, 심화될 수도 있는바, 이때에는 위 제3자에 대해서도 근로자의 정신건강을 보호할 의무가 있다고 할 것이다. 이때 제3자의 의무에는 하청근로자의 과중 업무를 야기하는 무리한 조건을 약정하지 않을 의무, 계약 내용을 일방적으로 변경하지 않을 의무, 업무 수행에 필요한 합리적 기간을 부여할 의무 등이 포함된다고 할 것이다.

## 제4절 근로계약상 안전배려의무의 적용

### I. 서설

산업안전보건법의 해석에 근거하여 도출해 냈던 의무들도 그 세부적인 의무들은 기술적으로 법률이 아닌 규칙 등 하위법규에 규정할 수밖에 없고, 어떤 내용들은 하위법규에서도 규율할 수 없어 구체적인 계약 해석에 맡겨져 있는 경우가 있을 수 있다. 뿐만 아니라 이러한 규칙에 규정된 의무 내용들 또한 과거에 발생했던 일정 행위 유형을 규정하거나 미래에 발생할 일정 행위 유형을 예견하여 규정한 것이므로<sup>374)</sup> 모든 행위 유형을 규칙에 열거할 수도 없다. 그렇다면 작업방식 및 작업환경의 다양성과 급격한 기술변화 등

으로 인하여 발생하는 새로운 위험에 대해 법이 전부 대응하기는 어렵다. 이러한 의미에서 실정법의 흠결을 보충해 준다고 할 수 있는 계약법상의 안전배려의무를 논할 필요성<sup>375)</sup>이 있다. 이에 산업안전보건법에서 도출되는 사용자의 의무와 안전배려의무를 비교·검토하여 산업안전보건법에 근거한 보호를 보완할 수 있는 해석론을 시도해 보기로 한다.

## II. 안전배려의무와 산업안전보건법상 의무와의 관계

### 1. 두 의무의 관계 일반론

안전배려의무에 관하여 논하기에 앞서 이것과 산업안전보건법상 의무와의 관계를 짚고 가야 할 것이다. 위 두 의무의 관계는 곧, 산업안전보건법상 조치의무를 어떻게 보는지, 위 의무의 사법적 효력이 인정되는지의 문제이기 때문이다.

산업안전보건법상 의무는 당초 근로기준법에 근거하고 있었다(법 제76조). 그리고 산업재해 예방은 근로시간 등 핵심적 근로조건과 밀접하게 관련되어 있을 뿐만 아니라, 산업재해를 방지하고 근로자의 건강하고 안전한 근로 환경을 조성하기 위한 사항 또한 근로조건을 이룬다고 할 수 있다.<sup>376)</sup> 그렇기에 산업안전보건법과 근로기준법은 유기적으로 해석되어야 할 필요가 있다.<sup>377)</sup>

산업안전보건법은 비록 근로기준법으로부터 분리되었지만, 이는 산업안전보건법상 조치의무를 이루는 내용을 별도의 법에서 좀 더 세밀하게 규정하고 구체화함으로써 그 보호의 정도를 강화하는 데에 그 취지가 있는 것이지

374) 우희숙, “산업안전과 형법: 산업재해 예방을 위한 형법의 역할”, 『형사정책 연구』 제29권 제1호, 한국형사정책연구원, 2018, 381면.

375) 방강수(2019b), “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2019, 79면.

376) 노동의 내용과 밀도·방법·장소·환경도 원칙적으로 근로조건에 속한다(임종률, 앞의 책, 131면).

377) 정진우(2012), 『산업안전보건법상 근로자의 법적 지위』, 한국학술정보, 2012, 47면.



보호 정도를 좁히려는 것이 아니라고 할 것이다. 그러므로 산업안전보건법이 개별법으로 제정되었다고 하여 법의 성격이 완전히 달라진다고 할 수 없다.

그리고 산업안전보건법 제25조 제2항에서 “안전보건관리규정은 단체협약 또는 취업규칙에 반할 수 없고, 그 경우 안전보건관리규정 중 단체협약 또는 취업규칙에 반하는 부분에 관하여는 그 단체협약 또는 취업규칙으로 정한 기준에 따른다”라고 규정하고 있고, 제28조에서는 “안전보건관리규정에 관하여 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 근로기준법 중 취업규칙에 관한 규정을 준용한다”라고 규정하고 있다.<sup>378)</sup>

이러한 규정들에 비추어 볼 때, 산업안전보건법은 그 법에 근거한 안전보건관리규정의 사법적 효력을 인정하는 전제에 있음을 확인할 수 있다. 나아가 산업안전보건법에 근거한 안전보건관리규정의 효력이 안전보건관리규정-취업규칙-단체협약-근로기준법의 관계에 놓여 있음에 따라 산업안전보건법을 근로기준법을 벗어난 독자적 법률로 볼 수도 없다. 그렇다면 산업안전보건법은 넓은 의미에서 근로기준법의 일부로서 근로기준법 규정에 반하지 않는 한에서 유효하고, 근로기준법이 갖는 사법적인 효력 또한 산업안전보건법상 조치의무가 사법상의 권리, 의무의 내용을 구성할 수 있는 범위에 한하여 적용될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>379)</sup>

---

378) 근로기준법에서 취업규칙에 관한 규정은 제93조 (취업규칙의 작성·신고), 제94조 (규칙의 작성, 변경 절차), 제95조 (제재 규정의 제한), 제96조 (단체협약의 준수), 제97조 (위반의 효력)이다. 안전보건관리규정의 내용으로 들어갈 사항과 작성·변경 절차에 대하여는 이미 산업안전보건법에서 규정하고 있으므로, 취업규칙에 기재할 사항을 규정하고 있는 제93조, 제94조의 준용될 여지가 낮고, 안전보건관리규정은 임금에 관하여 규정하고 있는 것이 아니므로 감급의 제재를 제한하는 내용의 제95조도 준용의 여지가 없다. 그렇다면, 여기에서 준용한다는 규정은 안전보건관리 규정과 취업규칙, 단체협약 간의 효력 및 관계 및 취업규칙과 단체협약에 위배되는 안전보건관리 규정의 사법상 효력을 규정하는 제96조와 제97조가 된다. 이 규정은 그 자체로 안전보건관리규정의 사법적 효력을 인정할 수 있음을 전제로 하므로, 산업안전보건법이 순수한 공법이라고 할 수 없음을 뒷받침한다.

379) 일본의 노동안전위생법의 경우도 한국의 경우와 유사하게 산업안전보건 사항이 노동기준법 제5장 안전 및 위생 부분에 규정되어 있었다가 노동기준법에서 분리, 독립되어 단행법으로 규정된 것이어서(정광수, “수급인의 피용자에 대한 도급인의 안전배려의무”, 『안암법학』 제23권, 안암법학회, 2006, 137면), 일본에서

이러한 해석을 바탕으로 산업안전보건법상 조치의무와 안전배려의무의 관계를 보자. 산업안전보건법상 조치의무는 안전한 작업환경에서 건강에 대한 위해 없이 근로할 수 있게 하는 것을 내용으로 한다. 이러한 내용은 안전과 보건에 관한 사항으로서 근로조건에 해당하므로, 근로조건에 관한 근로기준법 규정의 사법적 효력을 인정하고 있는 법 제15조<sup>380)</sup>가 적용된다고 할 수 있다. 그렇다면 근로기준법 제15조의 해석에 따라 산업안전보건법상 조치의무는 근로계약의 내용이 될 수 있으므로, 사용자와 근로자 간 근로계약 관계에서 다루어지는 안전배려의무의 내용이 될 수 있다고 할 것이다.

## 2. 산업안전보건법상 권리·의무의 계약 관계에서의 활용 가능성

산업안전보건법상 의무가 안전배려의무의 내용이 될 수 있다는 것은 안전배려의무가 작용하는 영역에서 사용자의 산업안전보건법상 의무의 내용을 주장할 수 있음을 의미한다. 이는 동일한 내용을 담고 있는 의무에 관하여 산업안전보건법에 근거한 현실적 구제를 기대하기 어려울 경우, 안전배려의무가 작용하는 근로계약 영역에서 시도를 기대해볼 수 있음을 의미하기도 한다. 정신건강 침해 문제에서도 다음에서 보는 바와 같이 이러한 두 의무의 관계를 바탕으로 더 나은 근로자 보호 방안을 강구할 가능성이 존재한다.

과중 업무에서 오는 정신건강 침해 문제는 사용자가 업무지시를 중지하거

---

도 유사한 논의가 있었다. 일본에서 노동안전위생법과 근로계약의 관계와 관련하여 ① 노동안전위생법이 그 내용과 목적으로부터 안전배려의무의 내용이 된다는 견해(내용설)과 ② 노동안전위생법은 공법의 성격상 곧바로 근로계약의 내용으로 되는 것은 아니지만, 안전배려의무의 내용을 검토할 때 그 기준으로서 충분한 참작이 되어야 한다는 견해(이른바 기준설) 대립이 있었는데, 양 설의 차이는 노동기준법과 노동안전위생법을 일체로 보는가 여부였고, 종래는 ①설이 다수설이었다가 최근에는 ②설이 유력하다고 한다(노상헌, “산업안전보건법상 작업중지권”, 『노동법포럼』 제16호, 노동법이론실무학회, 2015, 67면.)

380) 근로기준법 제15조에서는 근로기준법에서 정하는 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약을 그 부분에 한하여 무효로 하고(강행적 효력), 그 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다(보충적 효력)고 정하고 있다. 이러한 강행적, 보충적 효력에 따라 근로기준법에서 근로조건에 대한 기준이 직접 근로계약의 내용이 된다.

나, 기존의 지시를 합리적으로 조정해야만 현실적으로 보호의 효과가 생기는 경우들이 많다. 과로성 재해의 실질적인 예방책이 근로를 중단하고 휴식을 취하는 것이라 할 수 있다는 점에서도 그러하다. 이러한 점에서 현행 산업안전보건법 내에서 작업중지권의 행사를 생각해 볼 수 있다. 그런데 다음에서 보는 것처럼 근로자가 과중 업무를 이유로 하여 현행법상 작업중지권의 요건을 충족한다는 것이 어려운 일로 보인다.

산업안전보건법상 작업중지권은 ‘산업재해가 발생할 급박할 위험이 있을 때 또는 중대 재해가 발생하였을 때’를 요건으로 하고 있다(법 제52조). 그런데 사용자의 업무지시가 어느 수준이어야 ‘산업재해가 발생할 급박할 위험’이 있는 것인지 판단하기 어렵다. 현행법상 작업중지권의 행사요건에서 급박한 위험이 있는지를 판단하는 기준으로 1) 주관설(근로자가 작업중지 당시 근로자가 인식한 내용을 기준으로 하여 판단한다는 견해)<sup>381)</sup> 2) 객관설(작업중지 당시 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 한다는 견해)<sup>382)</sup>, 3) 절충설(작업중지권 행사 당시 근로자가 인식한 사실과 근로자가 생각한 위험 발생 가능성 등 제반 사정을 사후에 동종의 업계에 종사하는 통상의 근로자의 입장에서 판단하여야 한다는 견해)<sup>383)</sup>의 견해가 있기는 하나, 어느 입장을 취하든 ‘급박하다’는 점이 증명되어야 한다는 점에서 요건을 충족하기 쉽

381) 수원지방법원 2011. 2. 17. 선고 2010노5562 판결이 위 주관설을 취하고 있다고 평가된다(권창영(2019b), “노동법의 실현수단 - 일본법의 동향과 과제”에 관한 지정토론편, 『일본 노동법의 최근 쟁점』, 서울대학교 법학연구소·서울대학교 노동법연구회 2019년 춘계공동학술대회, 서울대학교-동경대학 제5회 비교노동법 세미나, 2019, 79면에서 인용}. 위 판례에서는 근로자가 상해를 입었는지 여부, 당해 상황에서 일반적으로 근로자들이 상해를 입을 가능성에 대한 예측가능성, 과거 유사 사안에서의 관행 등에 비추어 당해 작업중지 행위가 ‘원인을 모르는 사고로 인하여 근로자가 신체에 위해를 입게 될 안전사고를 방지하기 위한 의도에서 이루어진 것으로 보인다’고 판시하여 근로자의 의도를 추정하려고 하였다.

382) 서울행정법원 2012. 9. 27. 선고 2012구합8878 판결(항소심: 서울고등법원 2013. 4. 24. 선고 2012누32453 판결)이 객관설을 취하고 있다고 해석된다(권창영(2019b), 앞의 토론편, 79면}. 위 판결에서는 산업안전보건법 제26조 제2항의 ‘산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 때’란 ‘객관적으로 보아 산업재해의 위험이 곧 발생할 것으로 충분히 예상되어 즉시 대피하지 않으면 작업 중인 근로자의 생명·신체에 중대한 위험이 가해질 수 있는 상태’를 의미한다고 하였다.

383) 노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 III』, 박영사, 2018, 321면.

지 않아 보인다. 개정 산업안전보건법이 구 산업안전보건법과 달리 주관설을 취하고 있는 것이라 해석하는 견해가 있기도 하나,<sup>384)</sup> 그렇다 하더라도 요건이 여전히 엄격하다는 점은 크게 다르지 않다.

이러한 일반적인 어려움 외에, 그 위험이 사회심리적 위험인 경우에는 다음과 같은 이유로 어려움이 더 있다. 언제 근로자가 ‘급박한 위험’에 처해 있는지 분명히 알기 어렵다는 점 때문이다. 물리적 위험의 경우, 어느 정도의 특정 수준이 위험한지 결정하는 것이 가능하고, 그 위험은 본질적으로 해로우며 항상 부정적인 효과를 가지고 있다. 반면 사회심리적 위험의 경우 어느 수준이 특정 근로자에게 특정한 해로움을 야기할 수 있는지 결정하는 것이 불가능하고, 같은 위험 요인이라도 사람들이 위험을 인식하는 방법에 의해 그 해로움이 판단되며, 또한 그 위험에 노출되었을 때의 효과가 항상 부정적이라고 인식되는 것만은 아니라는 특징을 갖고 있다.<sup>385)</sup> 그렇기에 근로자 스스로도 자신이 ‘급박한 위험’에 처해 있는 것인지 판단하기가 쉽지 않다. 그리고 실제로 근로자가 ‘급박한 위험’에 처해 있다고 하더라도 이를 증명하는 것 또한 어려운데, 이는 사회심리적 위험이 현실화되는 과정이 좀 더 비가시적이라는 점 때문이다.<sup>386)</sup> 이러한 점에서 현행법상의 작업중지권이 큰

---

384) 조문의 변경이 있었기 때문이다. 구 산업안전보건법에서는 “산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때”에 근로자가 작업중지를 할 수 있도록 규정하고 있었던 반면(제26조 제3항), 개정 산업안전보건법에서는 “산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 ‘근로자가’ 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때”에 작업중지를 할 수 있도록 규정하고 있는데(제52조 제4항), 이에 대해 개정법이 주관설을 취하고 있는 것이라는 해석이 있다{권창영(2019a), 앞의 글, 80면}.

385) 예를 들어 독성 가스는 그것이 맡아지거나 맛보아지거나 보여질 수 있는지와 무관하게 독성이다. 그러나 업무량은 그것이 위험이 되기 위해서는 ‘너무 많은지’ 또는 ‘너무 적은지’에 대한 판단을 요구한다(Rick, J.·Briner, R. B., *op.cit.*, p.311.).

386) 비슷한 취지를 괴롭힘으로 인한 위험과 관련하여 언급한 견해가 있다. 이준희, 앞의 글, 107-108면에서 찾아볼 수 있다. 위 견해는 ‘직장내 괴롭힘’에 있어서 작업중지권이 갖는 실질적 의미는 매우 제한적이라고 보고 있는데, 그 이유를 ① ‘급박한 위험’의 의미가 추상적인 점, ② 질병의 발생이 급박하게 임박했음을 판단할 수 있는 방법이 없다는 점, ③ 피해 근로자에게도 그러한 위험의 발생을 예견하고 입증하라는 것도 기대가능성 없다는 점, ④ 급박한 위험에 대한

실익을 가질 것이라고 보기는 어렵다.

한편 법에 규정되어 있지는 않지만 해석론으로 인정되고 있는 안전배려의무와 관련하여 그 위반 시의 효과로 노무급부거절권을 행사할 수 있는지가 논의되어 왔다. 이러한 관점에서 산업안전보건법상 조치의무와 관련하여 함께 언급되는 사용자의 안전배려의무를 살펴볼 필요가 생긴다. 만약 안전배려의무 위반에 대한 효과로서 노무급부거절권을 행사할 수 있다면, 그리고 그것이 산업안전보건법을 근거로 하는 것보다 수월하다면, 안전배려의무는 산업안전보건법을 보완하는 도구로서 근로자, 특히 근로자의 정신건강 문제에 있어서 보호를 실질적으로 구현하는 데 도움이 될 것이기 때문이다. 이에 다음 항에서 안전배려의무를 살펴본다.

### III. 안전배려의무의 법적 지위와 내용

안전배려의무가 노무급부거절권을 행사할 수 있는지의 문제는 곧, 안전배려의무의 법적 지위의 문제를 선행문제로 한다.

#### 1. 안전배려의무의 법적 지위

##### 가. 학설

##### 1) ‘본질적 의무’ 또는 ‘주된 급부의무’라고 보는 견해

안전배려의무를 ‘본질적 의무’라고 주장하는 견해도 있고 ‘주된 급부의무’라고 주장하는 견해도 있다.<sup>387)</sup> 위 두 입장이 ‘본질적인 의무’와 ‘주된 급부

---

판단을 피해근로자가 자발적, 객관적으로 수행할 수 있으리라 기대하기도 어렵고, 그 주장의 객관성을 입증할 방법도 없다는 점 등으로 들고 있다. 그래서 위 견해는 직장에서의 괴롭힘 가해 행위가 발생한 경우 피해 근로자가 사용자와 협의하여 근로제공을 중단하면서 적절한 조치를 취해줄 것을 요구할 수 있는 권리를 부여하는 방안을 별도로 검토하는 것이 타당하다고 주장하고 있다.

의무'의 차이를 구별하고 있는 것으로 보이지는 않으며, 실질적인 논거도 다르지 않은 것으로 보인다.

주된 논거는 다음과 같다. '근로자는 사업주가 제공하는 장소에서 그의 설비 및 장비를 이용하여 그의 지배하에서 근로를 제공할 의무를 부담하기 때문에 위험 요소를 내포하고 있는 근무 장소 및 설비에 항상 노출될 수밖에 없는데, 근로자에 의해 제공되는 근로와 근로자의 신체가 불가분의 일체를 이루는 관계로 근로 제공 자체에 근로자의 생명과 건강에 대한 위험이 내재하고 있으므로, 사용자는 근로자의 근로 제공의 전제가 되는 의무로서 근로자의 생명, 신체에의 위험을 미연에 방지할 주된 급부의무를 부담하며, 이는 근로계약에 내재하는 본질적인 의무라는 것'<sup>388)</sup>이다. 그 외에 근로자의 생존권 원리에 근거하여 본질적 의무라고 주장하는 견해도 있다.<sup>389)</sup>

## 2) '신의칙상 부수적 주의의무'라고 보는 견해

사용자의 안전배려의무를 부수적 의무라고 보는 견해도 있다.<sup>390)</sup> 이는 안전배려의무를 보호의무라고 표현하며, 근로계약이라는 쌍무계약에 있어서 계약당사자는 주된 급부의무뿐만 아니라 이에 부수하는 의무까지 부담하게 되는 채권관계의 중층적 구조가 승인됨에 따라 보호의무도 근로관계에 수반되는 신의칙상 부수적 의무로 인정된다고 보고 있다.<sup>391)</sup> 이 견해는 노동관계에

387) 전형배(2015), 앞의 글; 신권철(2017a), 앞의 글; 방강수(2019b), 앞의 논문, 2019. 등

388) 강선희·정진우, "사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무", 『고려법학』 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 326-327면.

389) '사업주의 안전배려의무를 시민법상의 불법행위법이나 고용계약상의 부수의무로 파악하는 것은 시민법적 감각에 의한 논리 조작으로서 안전배려의무의 사회법적 성격을 도외시한 태도'라고 비판하는 견해로 김교숙(1994), "사업주의 안전배려의무 - 법리의 변천을 중심으로", 『노동법에 있어서 권리와 책임(김형배교수 회갑기념 논문집)』, 박영사, 1994, 201면, 219-221면.

390) 김형배, 『노동법』 제24판(전면개정판), 박영사, 2015, 345면.

391) 김형배, 위의 책, 346면; 임종률, 앞의 책, 346면.

서의 안전배려의무를 다른 채권관계에서의 안전배려의무와 별다른 차이가 있지 않은 것으로 이해하는 것으로 보인다.

### 3) ‘보다 높은 가치의 보호의무’라고 보는 견해

안전배려의무를 특별히 ‘보다 높은 가치의 보호의무’라고 명명하는 견해가 있다. 이 견해는 안전배려의무가 신의칙상 보호의무의 성격을 갖기도 하지만, 근로계약상 사용자의 ‘지시권’에 수반하는 의무이기 때문에 채권관계 일반에서의 보호의무 이상의 의무라고 보는 것이다.<sup>392)</sup> 위 견해에 의하면, 본래 채권관계 일반에서 이미 신의칙에 의해 계약상 상대방의 생명이나 신체에 대한 침해를 회피해야 할 의무가 당사자 사이에 발생하지만, 근로계약의 경우 근로계약의 타인결정성까지(사용자의 지시권 행사) 작용하기 때문에 이러한 사용자 지시권의 특질을 근거로 안전배려의무가 확장 및 강화된다. 위 견해는 사용자의 안전배려의무는 사용자에게 광범위하고 적극적인 작위의무를 요청하기 때문에 보다 높은 가치의 보호의무이며, 이는 사용자 지시권의 특질에서 비롯된다고 본다.<sup>393)</sup>

### 4) 안전배려의무를 이분하는 견해

계약의 유형에 따라서 안전배려의무의 내용을 안전확보의무와 부수의무 혹은 보호의무로 나누어, 전자는 상대방의 안전확보 그 자체를 의무 내용으로 하는 결과채무에 해당하는 절대적 안전배려의무라고 하고, 후자는 주된 급부의 이행에 수반하여 채무자가 상당한 위험방지조치를 취하여야 할 선관주의의무로 보는 견해가 있다.<sup>394)</sup> 이는 현대 기술 문명의 발달에 따라 안전

<sup>392)</sup> 방준식, “사내하도급 관계에 있어서 사용자의 안전배려의무- 의무위반에 따른 책임귀속 주체를 중심으로”, 『안암법학』 제25권, 안암법학회, 2007, 804-805면.

<sup>393)</sup> 방준식, 위의 글, 804-805면.

<sup>394)</sup> 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아대학교 법학박사학위논문, 1992, 353-354면.

배려의무의 적용을 요하는 범위가 확대되고 사고의 유형이 다양해지는 반면, 안전배려의무를 획일적으로 처리함에 따라 모순이 발생하게 되자 이에 대한 반성적 고찰로 제기된 입론이다.<sup>395)</sup>

#### 나. 판례

법원은 안전배려의무에 관하여, “피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 사용자가 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무”라고 판시하였고, 이러한 보호의무를 실질적인 고용계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적 의무로 이해하고 있다.<sup>396)</sup>

#### 다. 검토

##### 1) 기존 학설들에 대한 평가

먼저 안전배려의무를 급부의무라고 할 수 있는가와 관련하여, 주된 급부의무로 보는 견해에 대해서는 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다. 첫째, 근로기준법상 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약(근로기준법 제2조 제1항 제4호)인데, 이에 비추어 볼 때 근로계약에서의 주된 급부의무는 사용자의 임금지급 의무와 근로자의 노무제공 의무라고만 해석된다는 점이다.

둘째로, 만약 사용자가 근로자의 노무제공에 대한 대응으로서 임금 지급 없이 주된 급부의무로서 안전배려의무 이행만 제공한다고 했을 때 과연 근로계약이 성립할 수 있을지 의문이라는 점이다. 쌍무계약의 당사자들이 채무

---

<sup>395)</sup> 유재남, 위의 논문, 353면.

<sup>396)</sup> 대법원 2001. 7. 27 선고 99다56734 판결; 대법원 1999. 2. 23 선고 97다12082 판결; 대법원 2000. 5. 16 선고 99다47129 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다 53086 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다7301 판결 등 참조.



를 부담하는 이유는 상대방에게 그 채무의 이행행위에 따르는 청구권을 취득하기 위한 것인데<sup>397)</sup> 근로자 입장에서 근로의 이행에 따른 청구권으로 주장하는 권리는 안전배려의무 이행 청구권이 아니라 임금지급청구권이 될 것이기 때문이다. 그러므로 안전배려의무를 주된 ‘급부의무’라고 보는 것은 다소 무리한 해석이다.

급부의무설을 주장하는 견해 중 하나는, 그 근거 중의 하나로 “안전 또는 보건상 문제가 발생하면 근로자가 노무제공의 일시적 중지를 할 수 있어야 하는데, 안전배려의무가 부수적 의무로 구성되는 경우 이를 설명할 수 없다”는 점도 들고 있기도 하다.<sup>398)</sup> 그런데 이 점은 안전배려의무가 부수적 의무보다 더 높은 차원의 의무로 인정되어야 할 필요성과 당위를 보여주는 것은 될지라도, 근로계약에서 안전배려의무를 급부의무라고 설명할 수 있는 근거로 보기에는 다소 불충분한 측면이 있어 보인다.

한편 기존의 학설들을 보면, ‘급부의무=본질적 의무=기본의무’로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그런데 반드시 급부의무여야만 본질적 의무인 것인지, 급부의무가 아니더라도 본질적 의무일 수는 없는지 하는 의문을 제기할 수 있다.

급부가 일회적으로 이행되는 일시적 관계에서라면 ‘급부의무=본질적 의무=기본의무’라고 이해하는 것에 큰 의문이 없을 것이다. 그런데 근로계약은 계속적 계약이다. 계속적 관계인 경우에는 일정 기간 계속하여 급부를 실현하여야 할 의무가 발생한다는 관계의 성격상 안전배려의무를 조금 달리 불필요가 있다. 계속적 계약은 계약상의 제반 의무를 계속 성실히 이행 준수할 것이라는 점을 당연한 전제로 삼은 것으로 보아야 하기 때문에<sup>399)</sup> ‘성실한 의무이행의 계속’이라는 측면에서 고려하여야 할 사항이 추가되기 때문이다. 이러한 이유로 본 논문은 급부의무와 본질적 의무를 구별하고자 한다.

급부의무가 계약의 본질적 의무인 것은 맞다. 존재하지 않으면 계약이 성

397) 김세준, “여행주최자의 주된 급부의무로서의 안전배려의무”, 『법학연구』 제26권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2018, 106면.

398) 전형배(2015), 앞의 글, 36-37면.

399) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다17826 판결.

립하지 않는 의무가 급부의무이기 때문이다. 그런데 위 명제의 역도 성립하는가? 계속적 계약에서 급부의무(A의무)의 온전한 제공을 위한 전제로서 이행되어야만 하는 불가결한 의무(B의무)가 존재한다고 하자. 그 B의무의 불이행이 급부의무(A의무)의 미이행 또는 불완전이행을 필연적으로 야기한다면, 그때의 B의무는 급부의무가 아니더라도 계약에서 본질적으로 비롯되는 의무라고 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 본질적 의무라고 하여 반드시 급부의무여야 하는 것은 아니다. 이에 본 논문에서는 안전배려의무를 급부의무는 아니지만 본질적인 의무로 해석하고자 하는데, 그 구체적인 이유와 내용은 다음 항에서 살펴본다.

## 2) 본질적인 의무로서의 안전배려의무

먼저 사용자의 안전배려의무가 작동하는 방식을 징계권의 측면에서 살펴볼 수 있다. 노동계약에서 안전배려의무의 요(要)의무자(안전배려의무 상대방)인 근로자의 급부의무는 ‘근로제공 의무’이고, 이는 부대체적 작위의무이자 일신전속적인 의무이다. 이러한 의무의 특성상 사용자는 이 의무에 대해 직접 또는 간접강제가 불가능하고 대체집행이나 손해배상만을 청구할 수 있다. 그래서 사용자는 근로자의 의무 불이행에 대해 징계권을 행사함으로써 간접적으로 근로자의 의무이행을 도모하게 된다. 이는 안전배려의무가 나타나는 다른 계속적 관계들인, 학교법인과 학생 간 재학 관계(학생의 재학 의무)<sup>400</sup>, 공무원의 취로 관계(공무원의 공무수행 의무), 형사구금시설 등에서 수용 관계<sup>401</sup>에서의 수용자의 의무(수용자의 복무 의무) 등에서도 공통적으로 확인할 수 있는 부분이다. 그렇기에 징계권한을 갖는 측에서는 이러한 상대방에 대한 보호의무를 함께 갖게 된다.

그런데 이러한 징계권과 관련한 설명만으로는 사용자의 안전배려의무가

400) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2016다33196 판결.

401) 田原睦夫(林良平 編), “安俎配慮義務”, 『註解 判例民法』債權法, 靑林書院, 1989, 1143면(박일훈, “안전배려의무의 적용실태와 약간의 검토”, 『비교노동법논총』 제3권, 한국비교노동법학회, 2000, 48면에서 재인용).

본질적인 의무인지에 대한 의문을 해소하기에 다소 부족해 보인다. 사용자가 갖는 징계권한이 근로자가 근로의무를 다하지 않았을 때에 고통을 주는 수단으로서 기능할 뿐, 계약 관계에서 본질적으로 유래하는 것이라고 볼 수 없는 한, 그에 상응하여 인정하는 보호의무도 본질적인 것이라고 보기 어려울 것이기 때문이다.

노동관계에서의 안전배려의무가 본질적 의무라는 점은 노동관계의 고유한 특성인 ‘종속성’에서 찾을 수 있을 것이다. 지배종속관계<sup>402)</sup>로 표현되는 노동관계는 사용자의 지시권 행사와 피용자의 종속을 내용으로 한다. 여기에서 지시권과 종속이라는 것은, 근로자의 주된 의무인 노무제공 의무가 결국 ‘근로자가 자신의 노동력을 사용자의 처분에 맡기고 근로의 내용, 장소, 수행방법 등에 관한 사용자의 구체적인 지휘명령에 따른 근로를 제공함<sup>403)</sup>’을 의미한다는 것을 말한다. 그러므로 근로자의 노무제공 의무는 곧 사용자의 지시권 행사에 대한 수용, 복종, 반응 의무를 당연히 수반하는 것이며, 사용자는 근로계약을 통해 임금을 지급함으로써 자신의 근로자에 대한 지시권을 행사할 수 있게 된다.

지시권이 근로계약의 권리·의무의 면면에서 작용하는 양태를 살펴보면, 사용자의 지시권에 대해 근로자가 복종·수용하는 것 또는 사용자의 지배에 대해 근로자가 반응하는 것이<sup>404)</sup> 결국 근로자가 제공하는 노무의 실질적인 내용을 이룬다. 업무지시에 대한 근로자의 복종·수용, 또는 반응이 근로자가 이행하는 근로계약의 ‘본질적인 급부의무의 내용’을 구성하는 것이다. 그렇다면 사용자의 지시권 행사도 근로자가 이행하는 근로계약상 의무 내용의 중심을 구성하는 것이 된다.

그런데 이러한 지시권은 무제한 허용되지 않는다. 근로자가 노무제공 의무를 온전히 제공하기 위해 ‘지시권이 적정한 범위에서 행사되고 있는가’가 중

402) 니시타니 사토시(한국노동법학회·한국비교노동법학회 편역), 『노동법의 기초구조』, 박영사, 2016, 42면.

403) 니시타니 사토시(한국노동법학회·한국비교노동법학회 편역), 위의 책, 347면.

404) 오늘날 근로자를 사용자의 신호에 반응하는 존재라고 지적한 견해로 알랭 쉬피오(2019, 박제성 번역), 앞의 책, 359-362면.

요하게 작용한다고 할 수 있기 때문이다. 한편 노동과정에서 사용자의 지시에 따라 노무를 제공하는 근로자의 안전과 건강이 침해되지 않도록 해야 할 의무가 사용자의 안전배려의무라고 할 것이므로, 위 의무는 근로자의 주된 급부 의무(지시권 수용·복종, 반응 의무)에 대해 반대급부라고까지는 못한다고 하더라도 대립적 관계에 있는 의무라 할 수 있다. 그리고 위 의무에 따라 사용자는 근로자의 건강을 침해하지 않는 범위에서 지시권 행사를 할 수 있는 것이므로 안전배려의무는 지시권 행사의 내재적 제한으로 작용하게 된다.

사용자의 안전배려의무는 위와 같이 근로자의 ‘급부의무’인 ‘근로제공의무’의 전제이자 사용자 지시권의 내재적 제한으로 작용한다는 점에서 근로계약의 본질적 특성에서 비롯되는 의무라 할 수 있다.

## 2. 안전배려의무의 내용

안전배려의무가 사용자 지시권의 내재적 제한으로 작용한다고 하였으므로, 안전배려의무의 내용은 사용자의 지시권 제한 범위와 밀접한 관련이 있다고 할 것이다.

먼저 사용자는 계약의 내용을 넘는 의무이행을 요구할 수는 없으므로 지시권은 근로 제공의 반대급부인 임금의 변경이나 계약의 범위를 넘는 근로 조건의 변경을 대상으로 할 수는 없을 것이다.<sup>405)</sup> 그런데 지시권의 제한이 여기에 그칠 수는 없다. 왜냐하면 지시권에 대한 복종 또는 반응으로 이루어지는 근로 제공 과정에서 근로자는 자신의 경제적, 인격적 독립성을 상실하기 때문이다.<sup>406)</sup> 근로자는 사용자의 지시권이 근로자의 건강, 안전뿐 아니라 인격, 정신의 영역을 침해하지 않는 범위 내에서 행사되어야만 온전한 급부로서의 근로 제공을 할 수 있다. 그러므로 지시권의 제한으로서 작용하는 근

---

405) 이승욱(2002), 앞의 글, 230면.

406) 이철수(2004), “독일법상 충실의무(Treuepflicht)의 역사적 전개와 구체적 법리”, 『법학논집』 제9권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004, 192면.

로자의 ‘안전과 건강’에는 육체적 건강뿐 아니라 인격, 정신 영역에서의 건강까지도 포함된다고 할 수 있다. 이는 사용자의 처분권에 따른 근로자의 경제적, 인격적 독립성의 상실에서 비롯되는 특별한 책임이라고도 할 수 있다.

대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결에서도 “사용자는 특별한 사정이 없으면 근로계약의 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위에서 근로자가 근로 제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려해야” 한다고 판시<sup>407)</sup>한 바 있다.

대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결에서도 “고용관계 또는 근로관계는 이른바 계속적 채권관계로서 인적 신뢰관계를 기초로 하는 것이므로, 고용계약에 있어 피용자가 신의칙상 성실하게 노무를 제공할 의무를 부담함에 대하여, 사용자로서는 피용자에 대한 보수지급의무 외에도 피용자의 인격을 존중하고 보호하며 피용자가 그의 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 아니하도록 필요한 조치를 강구하고 피용자의 생명, 건강, 풍기 등에 관한 보호시설을 하는 등 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 피용자를 보호하고 부조할 의무를 부담하는 것은 당연한 것”이라고 판시하였다.

이러한 판시는 사용자의 안전배려의무가 사용자의 업무지휘권·업무명령권의 내재적 제한으로서 작용해야 한다는 점을 보여준다. 동시에, 근로자의 인격실현이 가능하도록 사용자가 배려해야 하는 의무가 안전배려의무의 내용에 포함된다는 것, 사용자의 지시권 행사가 근로자의 인격실현을 어렵게 하여 노동인격권을 침해하게 되는 경우에는 정당한 지시권의 행사라고 볼 수 없을 것이라는 점을 보여준다.

사용자의 업무지시를 사용자 고유의 경영상 의사결정의 일환이라고 주장할

---

407) 위 판례는 근로자의 사용자에게 대한 취로청구권(취업청구권) 인정 여부 논의와 관련하여 언급되는 판례이다. 위 판례를 근거로 1) 취로청구권을 긍정한 것으로 보는 견해와 2) 인격권 보호의 법리를 천명한 것으로 보는 견해가 존재하는데 {노동법실무연구회, 앞의 책, 284면}, 취로청구권 인정 여부 논의는 별론으로 하더라도, 사용자의 업무지휘권·업무명령권의 행사가 그 업무지휘 및 명령에 따라 근로를 제공하는 근로자의 인격 실현을 도모하는 범위 내에서 이루어져야 한다는 점을 인정하고 있다는 부분에 대해서는 이견의 여지가 없을 것이다.

수도 있을 것이다. 그런데 그렇게 보더라도 사업주의 경영권 행사를 “재산을 통하여 행하는 근로자에 대한 사실상의 지배와 관리”<sup>408)</sup>라고 할 수는 있을지 언정 법적인 권리 행사라고 할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다.<sup>409)</sup> 그리고 사실상 권한이 헌법·법률에 근거하는 권리보다 우위에 있을 수 없음은 분명하다. 그렇다면 비록 노동관계에서 사용자의 근로자에 대한 지휘·감독 또는 지배가 궁극적으로 근로자를 사용함으로써 경제적인 가치를 창출하는 데에 있다고 할지라도, 이 과정에서도 경제적 효율성이나 합리성 등의 가치들이 인간의 존엄성보다 우선할 수는 없다.

그러므로 안전배려의무의 내용에는 근로자의 육체적 건강과 안전뿐 아니라 정신적 건강과 인격의 영역까지 침해하지 않기 위해 노력할 의무까지도 포함된다고 할 수 있다.<sup>410)</sup> 따라서 사용자의 업무지시가 과중 업무를 초래하

408) 신권철(2017b), “노동법에 있어 경영권의 비판적 고찰”, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017, 33면.

409) 비록 판례에서 경영권을 기본권으로 보고 있기는 하나(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결 등) 다음과 같은 이유로 경영권을 기본권으로도, 법률적 권리라고도 보기 어렵다고 할 것이다. 보통 경영권의 근거 조항으로 헌법 제118조 제1항, 제23조 제1항, 제15조 등이 제시되고 있다. 그러나 “1) 헌법 제118조 제1항을 경영권의 법적 권리성 인정의 헌법적 근거로 삼을 수 있다고 하더라도 이는 헌법상의 경제적 기본질서인 ‘사회적 시장경제질서’의 한 내용에 상당하는 것일 뿐이어서 어디까지나 제한적 의미를 지닐 수밖에 없는 점, 2) 헌법 제23조 제1항을 근거로 삼는다고 하더라도 위 조항은 제도보장을 규정한 것이어서 제도의 내용과 운영 및 구체적 권리의 종류와 내용은 하위법률의 규정을 통해 구체화되는 것인데, 기업에 있어서 자본에게 귀속하는 권리의 종류와 내용은 입법권자의 입법형성을 기다려야 한다는 점, 3) 구체적인 하위법률로써 근거로 주장되는 것이 상법상의 영업권 개념인데 이 영업권 개념은 상법상 규정이 존재하지 않아 그 권리성이 분명하지 않으며, 본래 기업 - 상인 간 대외적인 상거래 행위 영역에서 설정된 개념이어서 대상과 규제원리를 달리하는 기업 내 종업원과의 관계에 적용하기에는 적절하지 않다는 점에서 법적 권리성을 도출하기 어렵다”고 할 것이다{이철수(1993), “단체교섭의 대상 사항과 이른바 ‘경영전권사항’”, 『가산 김치선 박사 고회기념 논문집』, 박영사, 1993.; 최기원, 『상법학신론(상)』 제20판, 박영사, 2014, 167면.}.

410) 비슷한 취지에서 “근로자의 인격적 완전성의 보호가 근로계약 해석의 내재적 제약으로 작용할 필요가 있다”라고 주장하는 견해로 류문호·안성호·류도향, “‘갑을노동(甲乙勞動)’에 대한 시론적 연구-개별적 근로관계에서의 노동기본권에 대한 소고-”, 『법학연구』 제23권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2015, 103면.

고, 이로 인해 근로자의 정신건강이 침해된 경우라면, 이 경우는 사용자가 안전배려의무를 위반한 것이라고 할 수 있다. 이하에서는 안전배려의무 위반의 효과로서의 노무급부거절권을 알아본다.

#### IV. 안전배려의무 위반의 효과로서 노무급부거절권

##### 1. 노무급부거절권 행사 근거

살펴본 바와 같이, 급부의무가 아니더라도 본질적일 수 있는 의무가 존재할 수 있음을 전제로, 안전배려의무가 근로계약상의 본질적 의무라고 주장하였다. 그렇다면 이렇게 해석하는 경우 노무급부거절권을 주장하고자 한다면 그 근거는 어디에서 찾을 수 있을까?

일본에서는 이에 관하여 1) 안전배려의무가 노무급부의무와 대가적인 견련 관계에 있지는 않지만 동시이행의 항변권은 공평의 관념에 기초한 것이므로 이것을 확장 적용하는 것이 가능하다는 전제에서 노무급부거절권의 근거를 동시이행항변권에서 찾는 견해,<sup>411)</sup> 2) 노무급부거절권이 동시이행의 항변권이라고 하기는 어렵지만 이와 유사한 계약상의 성질을 가진다고 보는 견해,<sup>412)</sup> 3) 안전배려의무를 급부의무로 구성하지 않고 보호의무로 보더라도 당해 채무의 불이행 또는 불이행의 가능성을 이유로 노무급부거절권이 인정된다고 보는 견해<sup>413)</sup> 등의 대립이 있다.

한편 우리 판례에서는 “동시이행관계를 공평의 관점에서 보아 고유의 대

411) 宮本建蔵, “雇用・労働契約における安全配慮義務”, 下森定編 『安全配慮義務法理の形成と展望』, 日本評論社, 1988, 192頁; 下森定, “国の安全配慮義務”, 下森定編 『安全配慮義務法理の形成と展望』, 日本評論社, 1988, 246頁(김병욱, “사업주의 안전배려의무의 사정(射程) 범위에 관한 소고”, 『법학연구』 제28권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2017, 191면에서 재인용).

412) 高橋真, 『安全配慮義務の研究』, 成文堂, 1992, 153頁(김병욱, 위의 글, 191면에서 재인용).

413) 奥田昌道編, 『注釈民法(10)債権(1)』, 有斐閣, 1987, 369頁 [北川善太郎] (김병욱, 위의 글, 191면에서 재인용).

가관계가 있는 채무가 아니더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있으면, 동시이행이 항변권을 인정할 수 있다”고 보아 동시이행관계를 확장하고 있다.<sup>414)</sup> 이를 통해 안전배려의무가 노무급부의무와 대가적인 견련관계에 있지는 않지만 확장적용하는 것이 가능하다고 이해할 수 있다.

이에 따르면 곧, ‘급부의무의 상호의존성 → 이행상의 견련성(동시이행관계)’인 것은 맞으나 ‘동시이행관계 인정 → 급부의무’인 것은 아니기 때문에, 반드시 급부의무여야만 동시이행관계에 놓일 수 있게 되는 것이 아니며, 이행상의 견련성을 인정할 만한 사정이 있으면 동시이행관계를 주장할 수 있게 된다.

계속적 계약에서 급부의무(A의무)의 온전한 제공을 위하여 이행되어야만 하는 불가결한 의무(B의무)가 존재하고, 그 B의무의 불이행이 급부의무(A의무)의 미이행 또는 불완전이행을 필연적으로 야기한다면, 그때의 B의무는 급부의무가 아니더라도 계약에서 본질적으로 비롯되는 의무라고 볼 수 있을 것이라는 점을 앞서 언급하였다. 곧 계속적 계약인 근로계약에서, 계속 이행되어야 할 근로자의 급부의무는 사용자가 그 근로자의 의무 이행에 앞서 이행해주어야 할 안전배려의무가 잘 이행된 경우에만 온전히 제공될 수 있는 것이므로, 근로자의 급부의무와 사용자의 안전배려의무는 이행상의 견련관계에 있게 되는 것이다. 그렇다면 근로자는 사용자의 안전배려의무 미이행(위반)을 이유로 노무급부거절권의 행사가 가능하게 된다.

## 2. 요건

사용자의 지시권이 계약의 범위를 넘는 근로조건의 변경을 대상으로 할 수 없음은 물론이고, 근로자의 건강과 안전뿐 아니라 인격과 정신의 영역을 침해하지 않는 범위 내에서 정당할 수 있다는 점을 앞서 보았다. 그렇다면

---

414) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다58656 판결 등.



위와 같은 제한 범위를 넘어서는 지시나 통제로 인해 발생하는 과도한 스트레스와 그로 인한 정신건강 침해까지 종속관계라는 이유로 방치될 수는 없고 규범적으로 보호받을 수 있다.

안전배려의무는 근로자의 온전한 노무제공을 위한 전제로서 이행되어야만 하는 불가결한 의무라고 할 것이므로, 그 위반시 노무급부거절권을 행사할 수 있다.<sup>415)</sup> 그리고 위에서 살펴본 것처럼 근로자의 급부의무인 노무제공의 무와 사용자의 안전배려의무는 이행상의 견련관계에 있다고 할 수 있으므로, 사용자가 안전배려의무를 위반했다는 객관적 사실이 있으면 족하다고 할 수 있다. 앞서 살펴본 것처럼 안전배려의무 위반은 결국 사용자의 지시권 행사가 그 범위를 이탈한 것이라 할 수 있다. 그러므로 사용자의 지시권 제한 위반시가 노무급부거절권을 행사할 수 있게 되는 요건이 된다고 할 것이다.

그렇다면 과중 업무로 인한 정신건강 침해 문제에서 지시권 제한의 위반은 어떠한 경우라고 할 수 있는가가 문제된다. 업무지시의 위법성 여부 판단과 관련하여 참조할 만한 사안으로 서울고등법원 1995. 5. 30. 선고 94나 35680 판결이 있다. 이는 잦은 출장과 근로기준법상 연장근로 기준을 위반할 정도의 연장근로를 해오다가 과로로 사망했던 근로자의 유족들이 사용자를 상대로 손해배상 청구를 했던 사안으로, 피고의 업무지시가 사회통념상 수인한도를 초과한 점, 근로기준법을 위반하여 연장근로를 시킨 점, 망인의 과로사에 대한 예견가능성이 존재함에도 업무지시권을 남용한 점을 근거로 불법행위 성립을 주장하였던 사안이다.

위 사안에서 법원은, 해당 사건의 사용자가 구 근로기준법(일부개정 1990.

---

415) 같은 취지로 사용자가 안전배려의무를 다하지 않는 경우에 생기는 일차적 효과를 근로자의 노무거절권 발생으로 보고 있는 견해로 이은영, “산업재해와 안전의무”, 『부동산법학의 제문제: 석하 김기수 교수 화갑기념논문집』, 석하 김기수 교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1992, 988-989면. 위 문헌의 저자는 비록 안전배려의무에 대해 ‘부수적 의무’라고 칭하고 있기는 하나, 안전배려의무를 채권이라기보다는 노동기본권에 가깝다고 주장한다. 사용자의 안전의무가 독자적인 계약상의 채무가 아니라 근로자의 노무 제공의 전제조건으로서 그 노무 제공과 결합된 것이기 때문에 안전배려의무 위반의 효과를 노무거절권 발생으로 보고 있다.

1. 13 법률 제4220호) 제42조<sup>416)</sup>의 기준을 위반한 사실을 인정하면서도, 망인과 다른 직원들의 업무량과의 비교, 우리나라 기업들의 통상적인 연장근로 상황 등을 근거로 하여, 근로기준법을 위반한 연장근로를 하게 하였다고 하더라도 망인의 근무상황이 사회통념상 수인한도를 넘은 것이라고 볼 수 없고, 그것만으로 업무지시권을 남용한 것이라고 볼 수 없으며, 망인이 과로로 말미암아 갑작스럽게 사망하게 될 것이라는 점을 예견하였거나 예견할 수 있었다고 볼 수 없어 업무지시권의 남용으로 볼 수 없다'고 보았다.

이러한 판시를 통해, 법원이 근로기준법상 근로시간 규제 위반이라고 하여 당연히 업무지시권 남용이라고 보기는 어렵다고 보고 있음을, 그리고 근로자의 업무상 사망 또는 질병 발생에 대한 예측 가능성이 있었던 상황에서의 업무지시였다면 업무지시권의 남용으로 볼 수 있으리라는 점을 확인할 수 있다.

이를 참조하여 '근로자가 겪고 있는 업무 부담 정도를 사용자가 알고 있어서(또는 알 수 있는 상태여서) 자신의 업무지시가 큰 부담이 될 것이라는 점을 알면서 지시한 것이었는지'를 기준으로 할 수 있을 것이다. 사용자의 예측 가능성 판단에 있어서는 사용자의 업무지시 방식과 태도, 내용, 시기, 사용자의 조치의무 이행의 정도, 근로자의 상태, 조직의 문화와 분위기 등을 종합적으로 고려하여, 사용자가 자신의 업무지시가 가져오는 부담과 위해의 정도에 대해 예상할 수 있었음에도 과중한 업무를 지시한 것인지로 판단해야 할 것이다.

이렇게 보면, 근로자는 산업안전보건법에서 요구하고 있는 것과 같이 '급박한 위험의 존재'를 증명하지 않더라도 노무 제공을 거절·중지를 주장할 수 있게 된다. 이는 산업안전보건법상의 작업중지권 요건보다 완화된 요건이라고 할 수 있다.

### 3. 실익

---

416) 현행법 제50조(근로시간) 규정

일반적으로 노무급부거절권이 산업안전보건법상 작업중지권과 구별되는 부분으로는 두 가지를 들 수 있다. 하나는 근로자가 일반적으로 그러한 권리(노무 미제공 또는 작업 중지)를 행사하였을 경우 그 사실을 이유로 사용자가 근로자에게 행한 불이익 처분의 효력이 어떠한가와 관련된 것이었고, 다른 하나는 이러한 권한 행사로 인하여 노무를 제공하지 않은 기간의 임금상당액을 청구할 수 있는가와 관련된 것이었다.

더불어 의미를 갖는 부분은 산업안전보건법상 작업중지권 요건보다 작업중지(노무제공 거절)의 요건이 완화된다는 점이다.<sup>417)</sup> 이러한 요건 완화가 작동하는 경우의 예를 들면 다음과 같다. 포괄임금제 적용을 받는 근로자가 약정에 맞추어 업무를 끝내 놓았는데 사용자 또는 고객사(원청사업주)가 추가적인 업무 요청을 하며 근로자에게 추가적인 시간과 노력의 투입을 하도록 하는 경우, 근로자가 예정에 없던 것이라는 이유로 업무 요청에 응하지 않을 수 있을까? 산업안전보건법상의 작업중지권 개념으로는 ‘급박한 위험 발생’의 요건을 충족한다고 보기 어려워 행사가 불가능할 것이다. 그런데 추가적인 업무지시가, 당초의 계약조건이 근로자와의 협의 없이 일방적으로 근로자에게 불리하게(또는 근로자에게 부담이 되는 방향으로) 변경된 것에 근거한 것이라면, 이는 일방적으로 과업 내용이 근로자에게 부담이 되는 방향으로 변경하지 않을 의무를 위반한 것이므로 이러한 안전배려의무 위반을 근거로 근로자가 노무제공을 할 수 있다고 해석할 가능성이 생긴다.

노무급부거절권 행사 시 노무미제공 기간의 임금청구 가능성과 관련하여서는 다음의 문제도 생길 수 있다. 예를 들어, 근로자가 사용자의 무리한 추가 요청에 대한 작업은 하지 않았지만, 본래 사용자로부터 지시받은 내용에

---

417) 권창영(2019a), 앞의 글, 74면. 위 견해는 산업안전보건법상 작업중지권과 별도로 민사상 작업중지권을 논의하는 것은, 위와 같이 산업안전보건법상 작업중지권 행사요건을 구비하지 아니하였거나 근로계약의 본질상 인정되는 근로제공거부권의 행사방법으로 작업을 중지한 경우, 사용자가 산업안전보건법상 조치의무를 준수한 경우, 사용자가 산업안전보건법에서 규정하지 아니한 안전조치를 취하지 아니한 경우 등 산업안전보건법의 적용에서 배제되는 영역에서 이루어지는 작업중지권에 대해 정당성을 부여할 수 있다는 점에서 의미를 갖는다고 보고 있다{권창영(2019a), 위의 글, 85면}.

대한 업무는 완수한 경우 포괄임금제 약정에 따른 임금청구를 할 수 있는지, 사용자는 근로자의 추가 요청 불응을 이유로 임금을 삭감할 수 있는지 등의 문제이다.

만약 사용자의 추가 업무지시가 최초 근로자가 업무지시를 받았을 당시 해당 업무의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 내용에 해당하는 추가 요청이어서 노무급부거절권의 행사로서 추가 업무 요청에 미이행한 것이라면, 사용자의 업무지시는 지시권의 내재적 한계를 일탈한 것이고 이러한 사용자의 지시에 대해서는 근로자의 정당한 노무급부거절이 인정된다. 그렇다면 근로자는 기존에 수행하여 완수한 부분과 관련하여 본래의 임금을 청구할 수 있고, 위와 같은 추가 업무 요청에 대한 지시에 불응한 것을 이유로 임금이 삭감될 수는 없다고 할 것이다.

## V. 정리

살펴본 바와 같이 안전배려의무는 계속적 계약인 근로계약 관계 내에서 급부의무인 노무제공 의무를 계속적이고 온전하게 제공하기 위하여 이행이 전제되어야 할 불가결한 의무라는 점에서 근로계약에 근거하는 본질적 의무이고, 위 안전배려의무가 불이행될 경우 근로자는 노무제공을 거절할 수 있다. 이는 ‘급박한 위험이 있다고 믿을만한 합리적인 이유’가 있는 경우(급박성+위험+합리적인 이유)에만 노무제공을 거부할 수 있도록 한 산업안전보건법상 작업중지권과 대비된다. 이와 같이 노무제공 거부 요건이 완화된다는 것은, 장애의 모습이 겉으로 드러나지 않아 급박한 위험을 증명하기 어려운 정신건강 문제에서 작지 않은 의미를 갖는다고 할 것이다. 나아가 이러한 노무급부거절권의 행사는 무조건적인 근로가 계속되는 것을 방지함으로써 건강을 유지, 보존할 뿐만 아니라 노동에 대한 정당한 대가가 지급되도록 유도하는데, 이는 정신건강에 부정적 영향을 미치는 또 다른 요인 중 하나인 ‘적절한 보상 결핍’으로 인한 스트레스 예방과 관련해서도 의미가 있다고 할 수 있다.

## 제5절 소결

1. ‘근로자가 정신적·인격적 피해를 받지 않는 근로 환경에서 근로할 수 있는 환경을 조성하는 것은 근로권에 근거하여 구체화된 국가 및 사용자에 대한 규범적 요청이라고 할 수 있다. 정신건강 침해의 중요한 한 요인으로서 주목되는 업무강도 강화라는 위험이 본질적으로 사용자의 업무지시에서 기인하는바, 업무지시로 인해 근로자의 정신건강이 침해될 수 있는 문제를 예방하고 침해시 구제할 수 있는 규율이 실정법 내에서 어떻게 작동되고 있는지 검토하였다.

먼저 근로기준법을 보았다. 과중 업무가 장시간 근로를 수반한다는 점에서 장시간 근로에 관한 규제를 함께 살펴보았는데, 근로시간 규제는 특정 영역에서는 근로자의 정신건강 침해를 어느 정도 보호할 수 있어도, 임금과 근로시간이 연계되지 않는 영역에서는 충분히 기능한다고 보기 어렵다.

다음으로 사용자의 과중 업무를 야기하는 업무지시가 근로기준법상 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있는지를 검토하였다. 해석상으로는 업무상 불가피한 사정이 없음에도 근로자에게 물리적으로 필요한 최소한의 시간마저도 허락하지 않는 등의 방식으로 업무지시가 이루어지는 경우 괴롭힘이 성립할 수 있다.

그런데 현행 직장내 괴롭힘에 관한 해석론에 의하면, 사용자의 업무지시가 특정 근로자에게 특정한 업무지시를 내리는 것으로 나타나기보다 사업장 전반의 신조로 나타나거나 일반적·추상적인 업무지시로 나타나는 경우, 또는 사용자가 거래 관계상의 상대적 열위로 인하여 무리한 거래조건으로 거래를 체결함에 따라 그로 인한 부담이 근로자의 근로조건 악화 및 정신건강 침해로 연결되는 경우 등에는 근로자가 정신적 고통을 받을 수 있음에도 이러한 상황을 괴롭힘 규정 내에서 해결할 수 있을지 단언하기 어렵다.

다음으로 산업안전보건법을 보았다. 위 법 제5조와 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서 직무스트레스에 의한 건강장해 예방을 위한 조치를 규정하고 있기는 하나, 위 규정들은 구체성과 실효성이 떨어지고, 적용대상을

제한하고 있다는 한계가 있다.

더불어 민사상 불법행위로 구성하거나 형사상 범죄로 구성할 수 있는지도 검토하였다. 그런데 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 정신건강이 침해되는 경우, 통상의 소송절차에서 겪을 수 있는 입증의 부담, 근로관계 종료로 감수해야 하는 부담 등과 같은 일반적인 한계점뿐만 아니라 위법한 행위를 특정하는 데에서도 어려움이 존재한다.

2. 이에 본 논문은 프랑스 노동법의 괴롭힘 관련 법제와 논의를 참조하여, 근로자의 과중 업무를 초래하는 다양한 모습의 업무지시를 직장내 괴롭힘에 해당한다고 해석할 수 있을지를 검토하였다.

프랑스 노동법에서 괴롭힘의 한 유형으로 경영전략의 성질을 띤 괴롭힘을 인정하고 있었고, 프랑스 파기원에서 ‘상급자에 의해 행해지는 경영방식이 다른 근로자의 권리 및 존엄성을 훼손하고 육체 또는 정신건강을 해치거나 직업적 장래를 위협할 가능성이 있는 근로조건의 악화를 목적으로 하거나 이것을 초래하는 반복적인 행위들로 나타나는 경우 괴롭힘에 해당할 수 있다’라고 판시함으로써 제도적 괴롭힘을 명시적으로 승인한 바 있다.

프랑스의 사례들에 비추어 보면, ‘업무 관련 괴롭힘’이라고 하여 반드시 특정인의 퇴출을 목적으로 하는 것이어야 하거나, 대기발령, 전보 또는 전직 처분 등 비교적 거창한 인사상 처분이어야만 하는 것은 아니라고 할 수 있음을 확인할 수 있다.

이러한 점은, 사용자의 비용 절감 및 근로자의 노동력 활용 극대화 전략이 투영된 조직문화와 분위기, 그러한 조직문화를 바탕으로 하여 상시적으로 높은 강도에서 일할 수밖에 없게 하는 일상적인 업무지시, 그러한 경향성이 반영된 사용자와 고객사(원청사업주)와의 거래조건과 그러한 거래조건을 내용으로 한 거래행위 등도 직장내 괴롭힘으로 이해할 가능성을 높여준다.

이와 같은 프랑스에서의 괴롭힘 해석론과 더불어, 우리 법상의 직장내 괴롭힘도 가해의사를 요구하고 있지는 않다는 점, 가학적 노무관리 등에서 볼 수 있는 것처럼 국내에서도 사용자의 지시권, 징계권, 노무지휘권 등의 행사

로 나타나는 행위를 괴롭힘으로 인정하고 있는데, 일상적, 상시적인 업무지시 행위는 그러한 권한 행사의 또 다른 발현 형태라고 할 수 있는 점, 괴롭힘이라는 것의 유형과 양상이 다양한 점 등에 비추어 보면, 비용 절감 전략 하에서 이루어지는 더 다양한 모습의 업무지시가 괴롭힘에 포함될 수 있다고 할 수 있다.

3. 다음으로 과중 업무를 야기하는 업무지시와 관련된 정신건강 문제를 산업안전보건법에서 규율할 수 있는 안전보건상의 문제로 해석할 수 있는지에 대해서 검토하였다. 사용자의 업무지시는 업무상 재해에 있어 사회심리적 위험 요인이기에 기존의 물리적, 화학적 위험 요인들을 중심으로 규율해 왔던 산업안전보건법의 체계 내에서 이를 어떻게 해석할 수 있는지가 문제된다.

근로자가 육체적, 정신적으로 안전하고 건강하게, 그리고 정신적 건강의 침해가 없는 환경에서 근로할 수 있도록 제반 근로 환경을 제공하기 위해 노력해야 할 국가의 보호의무가 구체화된 것이 산업안전보건법이라는 점, 위법 제5조에서 근로자의 정신적 스트레스를 줄일 수 있는 작업 환경을 조성하기 위한 사업주의 의무가 규정되어 있는 점, 산업안전보건법은 예방적, 교정적 성격의 법으로서 넓게 해석되어야 하는 점, 그리고 또 하나의 사회심리적 위험에 해당하는 고객의 괴롭힘 관련 규정이 산업안전보건법에 신설된 점 등에 비추어 볼 때, 과중 업무지시와 관련한 정신건강 문제를 산업안전보건법의 규율 범위에 포함되는 내용으로 해석하는 것이 가능하다.

이러한 해석에 근거하여 사용자의 구체적인 의무를 도출하였다. 이에 는 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무, 지시할 업무에 대한 정확한 이해와 숙지 의무, 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무, 고객사의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무 등이 포함된다고 할 것이다.

나아가 근로자들이 장시간 노동에 처하게 되는 데에는 그 원인 제공자로서 고객사 또는 원청사업주가 작용하는 경우가 적지 않기 때문에 과중 업무로 인한 정신건강 문제는, 사용자뿐 아니라 제3자에 의해 유발, 심화될 수

있다. 이에 이러한 제3자의 의무도 현행법 내에서 도출할 수 있는지 검토하였다.

개정 산업안전보건법에서는 도급인의 안전·보건조치를 규정하고 있는데, ‘도급’의 개념도 넓게 보고 있어 사실상 ‘업무를 타인에게 맡기는’ 계약의 도급인이라면 위 의무를 부담한다고 해석할 수 있다. 원청사업주는 거래상 우월적인 지위에 있어 하청사업주에게 불리할 수 있는 계약 조건이나 내용을 결정함으로써 하청근로자의 근로조건을 악화시킬 수도 개선시킬 수도 있는(위험 요인을 지배, 통제할 수 있는) 위치에 있다. 그렇다면 근로자의 정신건강 침해가 원청사업주의 지시·요청·주문이나 원청사업주와 사용자(하청사업주) 사이의 무리한 거래조건에 근거하는 경우, 그러한 거래조건 결정에 영향력이 있는 원청사업주도 근로자의 정신건강을 보호할 의무를 부담할 주체로 인정할 수 있다고 해석할 수 있다.

4. 한편 실정법상의 권리·의무 규율을 보완한다는 차원에서 계약법상의 안전배려의무에서 접근할 필요성도 존재한다.

산업안전보건법상 조치의무는 안전배려의무의 내용이 될 수 있다. 이는 안전배려의무가 작용하는 영역에서 사용자의 산업안전보건법상 의무의 내용을 주장할 수 있음을 의미한다. 다시 말하면, 동일한 내용을 담고 있는 의무에 관하여 산업안전보건법에 근거한 현실적 구제를 기대하기 어려울 경우, 안전배려의무가 작용하는 근로계약의 영역에서의 시도를 기대해볼 수 있음을 의미하기도 한다. 이러한 측면에서 과중 업무를 야기한 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제에서도 안전배려의무를 활용할 가능성이 생긴다.

과중 업무로 인한 정신건강 침해 문제는 근로자가 근로를 중단하고 휴식을 취해야만 실질적인 예방이 가능한 경우가 적지 않다. 이를 실현하기 위하여 현행 산업안전보건법 내에서 작업중지권의 행사를 생각해 볼 수 있으나 정신건강 침해 또는 정신건강장해 문제의 경우 산업안전보건법상의 작업중지권의 요건을 충족하기 어렵다. 이에 안전배려의무 위반 시의 효과로 노무급부거절권을 행사할 수 있는지를 검토하였다.



이를 위해 선행문제로서 안전배려의무의 법적 지위가 문제된다. 사용자의 안전배려의무는 근로자의 급부의무인 근로제공 의무의 전제이자 사용자 지시권의 내재적 제한으로 작용한다는 점에서 근로계약의 본질적 특성에서 비롯된다. 그러므로 안전배려의무는 본질적인 의무이며, 그 위반 시에 노무급 부거절권 행사가 가능하다.

안전배려의무 위반이 있는 경우는 사용자의 지시권 제한의 위반이 있는 경우라고 할 것인데, ‘근로자가 겪고 있는 업무 부담의 정도를 사용자가 알고 있어서(또는 알 수 있는 상태여서) 자신의 업무지시가 근로자에게 큰 부담이 될 것이라는 점을 알면서 지시한 것이었는지’를 기준으로 할 수 있을 것이다. 사용자의 예측가능성 판단에 있어서는 사용자의 업무지시 방식과 태도, 내용, 시기, 사용자의 조치의무 이행의 정도, 근로자의 상태, 조직의 문화와 분위기 등을 종합적으로 고려하여 사용자가 자신의 업무지시가 가져오는 부담과 위해의 정도에 대해 예상할 수 있었음에도 과중한 업무를 지시한 것인지를 보아 판단해야 할 것이다. 이러한 요건은 산업안전보건법상 작업중지권 요건보다 완화된 요건으로서의 의미를 갖는바, 보완적인 수단으로서 의미가 있다고 할 수 있다.

## 제4장 법제도적 개선방안

제3장에서는 사용자의 업무지시로 인해 근로자의 정신건강이 침해될 수 있는 상황에 대한 예방과 보호가 현행법 내에서 구현될 수 있는지 검토하고, 근로기준법과 산업안전보건법 내에서 위와 같은 상황에 관한 규율 범위를 넓힐 수 있는 해석론을 시도하였다. 그에 따라 근로기준법상 직장내 괴롭힘 규정에 해당할 수 있는 업무지시를 보다 넓게 해석할 수 있을 가능성을 확인하였고, 산업안전보건법의 해석에 근거하여 노동 과정에서 근로자의 정신건강이 침해되는 것을 예방하기 위해 사용자가 준수해야 할 구체적인 의무가 있음을 주장하였다. 그리고 산업안전보건법상 작업중지권 등과 같이 현실적으로 정신건강 침해 위협으로부터의 예방에 있어 실효성이 있다고 보기 어려운 규정이 있음을 고려하여, 실정법 보완의 차원에서 사법(私法)상의 안전배려의무에 대해서도 적극적인 해석을 시도하였다. 이에 안전배려의무의 성격을 본질적인 의무로 이해하고 노무급부거절권이 갖는 의미를 찾아보았다.

한편, 괴롭힘의 개념을 유연하고 넓게 해석한다고 하더라도 업무지시가 사용자의 고유 권한 행사의 일환으로 당연하게 인식되는 경우가 많은 점, 괴롭힘 해당성이 일률적으로 판단할 수 있는 것은 아니라는 점 등의 특성으로 인해 현행 법조문만으로는 업무지시의 괴롭힘 해당성 판단에 대한 예측이 어려울 수 있다. 그리고 근로자의 정신건강 침해문제가 모두 괴롭힘의 문제로 귀결되는 것은 아닌바, 괴롭힘을 넓게 해석하더라도 여전히 괴롭힘에 포섭되기 어려운 것이 있을 수도 있다. 이에 정신건강 침해 문제의 예방과 구제에 관하여 전체적인 관점에서의 접근이 필요하다.

이러한 한계점에 대한 개선은 각각의 한계를 노정하고 있는 해당 법에서의 규율을 통해 이루어져야 한다. 그리고 그 규율은 보호법익을 법적으로 승인하고, 그 승인한 보호법익의 수호를 위해 필요한 구체적이고도 실현가능한

제도를 마련하며, 그러한 제도 이행의 현실화를 위한 장치를 구비하는 차원에서 이루어져야 한다.

구체적이고도 실현가능한 제도를 마련하는 것은 기존 제도를 재정비하는 방안과 기존에 없었던 제도를 필요한 경우 새로 도입하는 방안 차원에서 검토되어야 한다. 그리고 그 제도는 예방적 관점과 구제의 관점이 함께 조화를 이루도록 정비되어야 한다.

이에 본 장에서는 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제를 중심으로 하여, 근로기준법과 산업안전보건법 내에서 근로자의 정신건강을 보호할 수 있는 규율 방안을 제안한다. 정신건강 보호의 개념이 괴롭힘으로부터의 보호를 포괄하는 개념이고, 정신건강 침해 문제에 관하여 전체적인 관점에서의 접근이 필요하다는 점, 사후적 구제도 중요하지만 예방이 우선이 되어야 할 것이라는 점에서 산업안전보건법에서의 실현방안을 먼저 검토하고(제1절), 그 다음으로 근로기준법에서의 실현방안을 검토한다(제2절). 그 후 각 법에서 제안되는 법제도의 실효성 강화를 위한 방안을 검토한다(제3절).

## 제1절 산업안전보건법 내 규율

### I. 보호법의 및 권리·의무의 명시

#### 1. 목적 규정(제1조)

현행 산업안전보건법의 목적은 ‘산업 안전 및 보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 자의 안전 및 보건을 유지·증진’하는 것이라고 규정되어 있다.

여기에서 산업안전보건법이 안전과 보건이라는 두 개의 가치를 주축으로 하고 있음을 알 수 있다. 그런데 안전의 영문 표현은 ‘safety’이고 보건의 영

문 표현은 ‘health’인바, health는 일상적으로는 건강이라고 번역되므로 산업 안전보건법상의 ‘보건’과 ‘건강’의 관계가 문제된다.

목적 규정과 달리 ‘안전’과 ‘보건’을 병렬적으로 배치하는 대신 ‘안전’과 ‘건강’을 병렬적으로 사용한 표현도 확인된다. 산업안전보건법 제4조 제1항 제9호에서 ‘그 밖에 노무를 제공하는 자의 안전 및 건강의 보호·증진’이라는 표현을, 제5조에서 사업주의 의무로서 ‘근로자의 안전 및 건강을 유지·증진시킬 의무’가 있다는 표현을 사용한 것이 대표적이다.<sup>418)</sup>

건강의 사전적 의미는 “정신적으로나 육체적으로 아무 탈이 없고 튼튼함, 또는 그런 상태”를 의미하고, 보건의 사전적 의미는 “건강을 온전하게 잘 지킴. 병의 예방, 치료 따위로 사람의 건강과 생명을 보호하고 증진하는 것”이다.<sup>419)</sup> 그리고 2018년 대통령 발의 헌법개정안에서도 기존에 ‘보건권’의 근거 규정으로 해석되어 왔던 제36조 제3항의 내용을 제35조 제5항에서 ‘건강하게 살 권리’라는 표현으로 명시한 바 있다.<sup>420)</sup>

이러한 점에 비추어 보면, ‘건강’과 ‘보건’이 내포하고 지향하는 상태의 범위가 다르다고 보기 어렵다.<sup>421)</sup> 그런데 보건이라는 표현이 역사적으로 육체적 건강에 영향을 주는 요인들로부터의 건강 보호라는 측면에서 이해되어 왔던 점과 ‘건강’이라는 표현이 비교적 최근에 등장한 용어라는 점 등에 비추어 볼 때,<sup>422)</sup> 사회의 변화에 따라 근로권 개념과 보건 개념에 대한 적극적

---

418) 방강수(2019b), 앞의 논문, 100면을 참조하였다.

419) 표준국어대사전.

420) 헌법재판소는 건강권을 보건권과 동일하게 이해하는 전제에서, 보건권의 근거 규정을 현행 헌법 제36조 제3항으로 보았다. 그리고 대통령 발의 헌법개정안 제35조 제5항은, ‘모든 국민은 건강하게 살 권리를 갖는다. 국가는 질병을 예방하고 보건의료 제도를 개선하기 위하여 노력해야 하며, 이에 필요한 사항은 법률로 정한다’라고 규정하고 있었다. 위 헌법 개정안에 대해서는, 현행 헌법이 건강권에 대한 구체적 내용이 없이 국가의 보호의무만 규정하고 있었던 것을 보완하여 기본권으로서의 건강권을 분명히 하였다는 평가가 있었다(권오성, “판례의 변천으로 본 노동자 건강권”, 『2019 노동자 건강권 포럼』, 2019 노동자 건강권 포럼 공동기획위원회, 2019, 151면). 이는 건강권과 보건권이 같은 개념으로 해석되어 왔음을 보여주는 부분이다.

421) 같은 취지에서 법률의 명칭이 산업안전건강법이 더 적절하다는 견해로 방강수(2019b), 앞의 논문, 101면.

해석을 반영하는 표현을 사용함으로써 사업장 내 건강에 관한 인식을 높이는 것이 바람직하다고 보인다.

이에 위 문제의식에 따라 산업안전보건법의 목적을, ‘산업 안전 및 건강에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 업무상 재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 자의 안전 및 육체적·정신적 건강을 보호·유지 증진’하는 것으로 변경할 것을 제안한다.<sup>423)</sup> 프랑스,<sup>424)</sup> 호주<sup>425)</sup> 등 몇몇 외국 입법례에서는 근로자의 정신건강에 대한 노동법의 역할과 사용자의 의무를 명문화하였는데, 이는 명문 규정을 통해 규범의 수급자인 국민에게 노동법의 목적에 대한 인식을 제고하고 명확성을 제공한다는 측면을 고려한 것이라고 할 수 있다.

## 2. 사업주 등의 의무 규정(제5조) 및 그 하위법규

### 가. 제5조 제1항 제2호 관련

#### 1) 대상 업무 제한 폐지

산업안전보건법 제5조 제1항 제2호에서는 사업주가 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조

422) 방강수(2019b), 위의 논문, 102면.

423) 같은 취지로 ‘정신건강’도 안전보건의 추구해야 할 법적 목표로 설정하는 것이 필요하다는 견해로, 김기선, 앞의 글, 16면.

424) 대표적으로 프랑스 2002년 1월 17일 사회현대화법률(loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale)을 통해 노동법전에 근로계약의 성신행의무(L. 1222-1조)를 새로 규정하였고, 근로자들의 안전·건강에 대한 사용자의 일반적 예방의무와 관련하여 구법에서 ‘건강’이라고 규정되어 있던 것을 ‘신체적 및 정신적 건강’으로 개정(L.4121-1조 제1항)하였다{조임영(2011), 앞의 글, 307면}.

425) 호주 뉴사우스웨일즈주 근로보건안전법(Work Health and Safety Act 2011)에서도 근로자의 건강을 육체적 건강과 정신적 건강으로 구분하여 정의하고 있으며(제4조), 동법 별표 3 제5조에서 사업장에서의 위험 및 위해요인에 심리적 위험을 포함하여 명시하고 있다{김나영, “근로자의 정신건강 보호 관련 호주·일본 입법례”, 『최신 외국입법정보』 2020-6호(통권 제120호), 국회도서관, 2020.}.

건 개선을 이행할 것을 규정하고 있다. 위 조항의 위임을 받아 규정된 것이 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조이다.

그런데 앞서 현행 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조의 경우 그 적용 대상을 ‘교대작업, 차량운전[전업(專業)으로 하는 경우에만 해당한다] 및 정밀기계 조작작업 등’으로 제한하고 있음을 언급하였다. 비록, ‘등’을 통해 다른 작업이 포함될 수 있을 여지를 마련해 둔 것이라고 선해할 수 있다고 하더라도, 사법기관의 해석 단계에서 그러한 가능성을 기대할 수 있을 뿐이다. 보통 집행단계에서는 수규자들 입장에서 보았을 때, 명시적인 법률상의 규정이 없으면 위에 명시된 세 유형의 작업 외에 다른 작업들이 당연히 포함된다고 해석하기 어렵다. 그리고 위 규정이 명시하고 있는 작업 중 차량운전업의 경우 전업으로 하는 경우만 해당한다고 단서를 둬으로써 사용자의 조치 의무가 요구되는 유형을 제한하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위 규정만으로는 ‘직무스트레스’가 높은 작업에 ‘정신노동’의 비중이 높은 작업이 당연히 포함된다고 해석하기에 어려움이 있다.

앞에서 검토하였던 바와 같이 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제가 산업안전보건법에서 배제된다고 볼 수 없다. 그렇다면 산업안전보건법 제5조에서는 근로자의 직무스트레스가 높은 작업을 제한하고 있지 않음에도 위 법의 위임을 받은 부령(산업안전보건기준에 관한 규칙)에서 작업 범위를 제한하고 있다는 점에서 하위법령이 상위법령의 위임범위를 일탈한 것으로 볼 여지도 상당하다.

그러므로 먼저 법 제5조에서 대상으로 하는 업무가 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에 명시된 작업들만으로 제한되어 있는 것처럼 해석되지 않도록 신체적 피로와 정신적 스트레스 등이 높은 대상 업무를 추가하거나 표현을 변경하여 해당 범위를 확대할 필요가 있다. 위 규칙 제669조에 열거된 작업들은 신체적 피로와 정신적 스트레스를 유발하는 육체노동의 성격이 많이 갖고 있어 정신노동의 성격을 갖는 노동에 대해서도 규율하고 있는 것 인지가 직관적으로 와닿지 않는다. 그러므로 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서 대상 업무를 굳이 특정 작업이나 업무를 부각하지 않고 ‘신체

적 피로와 정신적 스트레스 등(이하 “직무스트레스”라 한다)이 높은 작업’을 하는 경우로만 규정하는 것이 바람직할 것이다.

## 2) 조치의무의 구체적, 세부적 지침 마련

위 규칙 제669조는 직무스트레스로 인한 건강장해 예방을 위한 법적 토대는 갖추었으나, 구체적인 내용을 담고 있지 않아 보다 촘촘하게 규율되어야 할 필요가 있어 보인다.<sup>426)</sup>

먼저, 직무스트레스 요인에 대하여 평가하고 개선대책을 마련하여 시행할 것을 규정한 규칙 제669조 1호와 관련하여서는 직무스트레스 요인을 평가하는 방법, 기준, 평가의 범위, 개선대책이 갖춰야 할 요건과 필요한 자원 등을 세부적으로 제시할 필요가 있다.<sup>427)</sup> 그리고 이러한 평가에 있어서는 번아웃증후군, 우울증, 불안장애 등의 위험도 포함되어야 할 것이다.

4호 또한 ‘근로시간 외의 근로자 활동에 대한 복지 차원의 지원에 최선을 다할 것’이라고만 규정하고 있어 모호하다는 지적을 피하기 어렵다. 그러므로 노력 규정에 해당하는 위 규정을 명확한 의무 규정으로 바꾸고, 복지 차원의 지원 대상과 지원의 방식 등에 대해 사업주가 명확한 기준을 세운 후 지킬 것을 분명하게 규정할 필요가 있다.

5호 규정은 ‘건강진단 결과, 상담자료 등을 참고하여 적절하게 근로자를 배치하고 직무스트레스 요인, 건강문제 발생가능성 및 대비책 등에 대하여 해당 근로자에게 충분히 설명할 것’이라고 규정하고 있는데, 이는 근로자가 그 자체로 위험성이 내재된 업무를 하는 경우가 아니라 사용자의 업무지시로 인한 업무의 양 또는 강도 변화로 인해 건강상의 위험을 갖게 될 수 있는 경우에는 다소 불충분하다고 할 수 있다. 그 경우에는 ‘건강문제 발생가

<sup>426)</sup> 강동목 외, 앞의 책, 308면.

<sup>427)</sup> 권혁 외, 앞의 보고서, 32면에서는 심리적 부담을 유발할 수 있는 사건과 요인을 정의하고, 사건 발생시 각 사건마다 사후 조치매뉴얼을 마련할 것과 대책 시행에 있어 필요한 자원과 관련하여 외부 자원을 연결하도록 지원할 것 등을 명시하는 방안을 제안한 바 있다.

능성 및 대비책 등에 대하여 해당 근로자에게 충분히 설명'하는 것보다 사용자의 적극적인 행동변화가 실질적인 대비책이 될 수 있을 것이기 때문이다. 그러므로 제5호와 관련하여서는 직무 스트레스 요인, 건강문제 발생가능성 및 대비책 등에 대하여 해당 근로자에게 설명하는 데에 그치지 않고, 건강문제가 실질적인 문제로 비화되지 않도록 그 원인이 되는 사회심리적 요인으로 작용하는 업무 분장을 조정·관리할 의무를 명확히 규정해야 할 것이다. 나아가 건강진단 결과 및 상담자료 등을 참고하여 적절하게 근로자를 배치하는 것과 관련하여서는, 건강검진과 적절한 치료를 위하여 업무시간을 배려하고,<sup>428)</sup> 그 결과에 근거하여 근로자의 업무를 조정하는 과정에서 산업보건의 등 독립적인 전문가의 의견을 존중할 의무를 규정할 필요가 있다.

6호 규정은 '뇌혈관 및 심장질환 발병위험도를 평가하여 금연, 고혈압 관리 등 건강증진 프로그램을 시행할 것'을 규정하고 있는데, 이는 뇌심혈관계 질환을 중심으로 제정된 규정이어서<sup>429)</sup> 근로자가 직무스트레스로 인하여 입게 될 수 있는 질병의 유형을 뇌혈관 및 심장질환으로만 한정하고 있다는 지적을 할 수 있다. 최근 업무상 재해에서 정신질환이 차지하는 비중이 점차 커지고 있는 점에 비추어 보았을 때 직무스트레스로 인한 신체질환(정신-신체) 뿐 아니라 스트레스로 인하여 유발될 수 있는 정신과적 질환(정신-정신)의 위험도 평가와 그것을 반영한 건강증진 프로그램이 시행될 수 있도록 내용을 보완해야 할 것이다.<sup>430)</sup>

#### 나. 제5조 제1항 제3호 관련

산업안전보건법 제5조 제1항 제3호에서는 사업주가 해당 사업장의 안전 및 보건에 관한 정보를 근로자에게 제공할 것을 규정하고 있다.

'안전 및 보건에 관한 정보'는 보건과 건강 개념의 유의성에 따라 '근로자

---

428) 권혁 외, 앞의 보고서, 32면.

429) 권혁 외, 앞의 보고서, 31면.

430) 강동목 외, 앞의 책, 311-312면.



의 안전과 건강에 영향을 줄 수 있는 위험요인에 관한 정보'로 해석할 수 있다. 그리고 이것은 헌법에서 보장하는 근로권에서의 해석론에 근거하여 '근로자의 안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 위험 요인에 관한 정보'로 해석된다. 그리고 재해(결과)와 그 원인으로서의 위험이라는 틀에서 보면, 위 정보들은 업무상 재해의 위험 요인이 될 수 있는 것들로서 그 형태가 물리적, 화학적, 생물학적인 것인지, 사회심리적인 것인지를 불문하고 산업안전보건법상의 규율대상이 되는 위험이라고 할 수 있으므로, '안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 물리적·화학적·생물학적·사회심리적 위험 요인 전반에 관한 정보'로 해석할 수 있다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 '보건'이라는 표현이 주는 어감으로 인해 수급자 입장에서는 ① '안전보건에 관한 정보' → ② '근로자의 안전과 건강에 영향을 줄 수 있는 위험요인에 관한 정보' → ③ '근로자의 안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 위험요인에 관한 정보' → ④ '근로자의 안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 물리적·화학적·생물학적·사회심리적 위험요인 전반에 관한 정보'라는 해석까지 나아가지 못할 수 있다.

그렇기에 가령 불합리한 계약 조건 변경 등으로 근로자의 업무 강도가 강화되고 추가 근로 발생 등으로 근로자의 정신건강에 부정적 영향이 발생하는 경우, 이때 근로자의 건강에 영향을 주는 정보에는 사용자인 하청사업주와 원청사업주 사이의 계약 조건에 관한 정보, 사용자가 사업 수주 이전에 예상했던 예상 생산요소의 규모와 실제 생산 과정에서 비용 절감을 위해 실제 투입하는 생산요소의 규모 차이에 관한 정보 등도 포함될 수 있다. 그럼에도 이러한 정보들을 '안전 및 보건에 관한 정보'라는 범문의 해석에서 매끄럽게 도출해 내기가 어렵다.

그러므로 종전의 '안전보건에 관한 정보'를 '근로자의 안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 물리적, 화학적, 생물학적, 사회심리적 위험요인 전반에 관한 정보'로 변경하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

### 3. 도급인의 안전조치 및 보건조치 규정(제63조)

산업안전보건법 제63조에서는 관계수급인 근로자가 도급인의 사업장에서 작업을 하는 경우 도급인이 산업재해를 예방하기 위한 안전조치 및 보건조치를 해야 한다고 규정하고 있다.

산업안전보건법상 도급은 위임, 서비스의 제공 등까지 포함하는 넓은 개념이고, ‘도급인의 사업장’이라는 개념은, ‘재해 위험에 관한 도급인의 지배력이 미치는 영역’으로까지 해석할 수 있다. 재해 위험에는 사회심리적 위험도 포함되며, 사회심리적 위험이 현실화되어 과로 및 스트레스 등으로 발생한 질병이나 사망에 대해서도 우리 법이 업무와의 관련성이 인정되는 경우 업무상 재해로 인정하고 있다. 그리고 도급인은 관계수급인 사이의 거래조건을 결정함에 있어 우위에 있고, 그와 같이 결정되는 거래조건이나 그 거래조건을 바탕으로 행해지는 도급인의 요청·주문 등은 관계수급인 근로자의 근로조건뿐 아니라 근로자의 육체적·정신적 건강에 대해서도 영향을 미친다는 점에서 도급인이 사회심리적 위험에 대한 지배력을 갖고 있다고 할 수 있다.

이러한 점에서 도급인도 근로자의 정신건강 보호를 위한 의무주체로 인정할 수 있으므로, 이 점을 반영한 개정이 요청된다. 도급인의 조치의무가 요청되는 경우를 ‘도급인의 사업장에서 작업을 하는 경우’만으로 두지 않고 ‘도급인의 결정이 관계수급인 근로자의 근로조건 악화에 상당한 영향을 미치는 작업을 하는 경우’까지 포함하는 것이 바람직할 것이다. 더불어 ‘산업재해를 예방하기 위하여’를 ‘업무상 재해를 예방하기 위하여’로, ‘안전조치 및 보건조치’를 ‘안전조치 및 건강보호 조치’라고 변경하는 것을 제안한다.

### 4. 교육 규정의 신설

앞서 근로자의 정신건강 보호를 위한 사용자의 의무로 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무, 지시할 업무에 대한 정확한 이해와 숙지 의무, 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무, 고객

사의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무 등이 도출된다는 점을 검토하였다. 이러한 의무들은 그 수급자가 제대로 인지하고 체화해야만 지켜질 수 있다. 그러므로 예방의 일환으로 교육을 생각할 수 있다. 그 교육의 대상자는 업무 지시 주체인 사용자 또는 사용자로부터 위임을 받은 근로자 등이 될 것이다.

교육에 포함될 구체적인 내용에는 사용자의 고유 권한으로 인정되는 지시 권 또는 경영상 권한의 행사가 근로자의 정신건강을 침해하는 괴롭힘이 될 수 있다는 점과 함께 금지되어야 할 업무지시의 행위 태양에 관한 다양한 예시 및 판단 기준 등이 포함되어야 할 것이다.

다만 이러한 교육 규정은 직장내 괴롭힘 예방 교육과 겹치는 부분이 있을 것이다. 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있기 때문이다. 직장내 괴롭힘과 관련해서도 예방교육이 필요하다는 주장이 제기되어 왔다. 그와 관련하여서는 직장내 괴롭힘 규정이 국회에서 의결될 당시 근로기준법에 규정할지 산업안전보건법에 규정할지에 대한 논의가 있었다가, 예방교육 규정의 체계 적합성을 이유로 산업안전보건법의 정부의 책무 조항에 규정하는 것으로 잠정적으로 결론이 내려졌던 바 있었다.<sup>431)</sup> 이 논의는 차치하더라도, 업무상 재해 예방 및 근로자 보호는 주로 산업안전보건법상의 조치의무 이행을 통해 이루어지며 위 법에 따른 의무이행이 우선적이라고 할 수 있는 점, 산업안전보건법의 해석에서 도출되는 의무들의 실질적 이행을 위한 교육에 관한 규정이 산업안전보건법이 아닌 다른 법에 규정된다는 것은 적절하지 않다는 점에서 근로자의 정신건강 보호를 위한 사용자의 의무를 사용자에게 주지시키는 내용의 예방교육 규정은 산업안전보건법에서 규정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

산업안전보건법에 예방교육을 규정하는 경우, 위 예방교육 규정과 다른 조항과의 관계가 문제될 수 있다. 제29조에서 근로자에 대한 안전보건교육을 규정하고 있고, 제32조에서는 안전보건관리책임자 등에 대한 직무교육을 규

---

431) 제20대 국회 제364회 국회(정기회), “환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)” 제1호, (2018. 9. 11.) 11면 이하; 이준희, 앞의 글, 96-97면. 예방교육을 근로기준법에 규정하는 것이 체계상 맞지 않고 선례가 없다는 것이 주 논거였다.

정하고 있기 때문이다. 그런데 과중 업무로 인한 정신건강 침해 문제는 업무 지시에서 오는 위험에 관한 것이어서, 그 위험을 제어, 관리하는 잠재적 주체도 사용자 또는 사용자를 위하여 행위하는 자가 될 것이므로 위 두 조항과 잘 부합하지 않는다. 그러므로 별도의 조문을 신설하는 것이 바람직하다고 하겠다.

예방교육에 있어, 과중 업무로 인한 정신건강 침해문제가 다른 침해 요인으로부터 오는 정신건강 문제와 관련하여 갖는 의미는 다음과 같다. 보통 직장내 성희롱 문제나 고객응대업무에서 고객의 괴롭힘 등의 문제에서 예방상 어려움으로 지적된 점은 각 위험이 ‘사용자가 모두 통제할 수 없는 인적 위험<sup>432)</sup>’이기 때문이라는 데에 있었다. 그런데 업무지시의 문제에서 주된 수급자(괴롭힘으로 인정되는 경우에는 괴롭힘의 가해자)는 사용자(사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자)이다. 이 점에서 업무지시로부터 오는 과중 업무 방지 의무는, 사실상 사용자 또는 그에 준하는 자들이 실제로 자신이 업무지시를 함에 있어 다른 누군가가 아닌 자신들이 준수해야 하는 의무, 또는 자신들이 조심하거나 자제해야 하는 행위의 내용을 예측하고 통제하는 것이므로 상대적으로 예방 효과를 더 크게 기대할 수 있다고 할 수 있다.

## II. 제도의 제안

### 1. 서설

#### 가. 제안의 배경

앞서 근로자의 정신건강을 중요한 보호법익으로 승인할 것과 조치의무 규정을 구체화할 것을 제안하였다. 그 다음으로는 법적으로 승인한 법익의 수호를 위해 필요한 실질적이고 구체적인 제도를 정비해야 한다.

---

<sup>432)</sup> 방강수(2019a), 앞의 글, 45-46면.

정신적·인격적 침해를 받지 않는 근로 환경에서 근로할 수 있는 권리가 근로권의 내용으로 구체화될 수 있음을 확인하였고, 연결차단권, 근로자참여권 및 정보접근권, 작업중지권, 건강관리권 등이 근로권에서 파생되는 구체적인 권리라고 하였다. 그런데 이하에서 보는 것처럼 현행법 내에서 이러한 권리들의 구체적 실현을 위한 국가와 사용자의 의무가 제도화되어 있지는 않다.

연결차단권은 실정법에서 규정 자체가 되어 있지 않다. 근로자참여권 및 정보접근권의 경우 산업안전보건법에 일반적 차원에서 규정하고 있기는 하지만 본래 위 법이 물리적, 화학적 위험을 예정하고 있는 법인 관계로, 사회심리적 위험으로 야기되는 경우가 많은 근로자의 정신건강 침해 문제와 관련하여서는 관련 규정들이 아주 밀접하게 작동하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 작업중지권의 경우도 그 행사 요건 충족의 어려움으로 인하여 근로자의 정신건강 보호와 관련하여서는 현재 실질적인 의미를 갖는다고 보기 어려운 측면이 있고, 건강관리권의 경우도 사업장 내에서의 건강진단이 정신건강 진단을 포함하고 있지는 않는 등 정신건강 보호와는 거리가 있다.

이러한 점에 비추어 볼 때 산업안전보건법 내에서 근로자의 정신건강 보호와 관련하여 위와 같은 권리들이 실현될 수 있도록 제도적 장치를 마련할 필요성이 대두된다.

#### 나. 제도 설계에서의 주안점 - 이른바 ‘1차 예방’

근로자의 정신건강 보호를 위해 구축될 제도는 예방적 차원과 구제의 차원에서 함께 이루어져야 하는데, 안전보건의 문제는 예방적 대응이 우선적으로 요청되기도 하고, 산업안전보건법은 사전적 규제의 성격을 갖는 법이기도 하므로 예방적 차원에 초점을 두어 검토하기로 한다.

사업장 내 근로자의 정신건강 문제를 다룬 의학계의 선행 연구들은, 근로자의 정신건강 보호 방안을 이른바 1차 예방, 2차 예방, 3차 예방 방식으로 구분하며 수준별 예방 방안을 구축할 것을 강조하고 있다.<sup>433)</sup>

1차 예방이란 직무스트레스 요인으로 작용하는 물리적·사회심리적 작업 환경을 개선하는 것으로, 조직 수준의 개선에 초점을 맞춤으로써 직무스트레스가 발생하지 않도록 하는 것이다.<sup>434)</sup> 이는 스트레스 제공원을 변화시켜 위험요인을 감소시키는 것으로 사전적 성격을 가진다. 구체적인 방안으로는 정신건강 수준 파악, 스트레스 요인 평가, 교육 및 훈련, 게이트키퍼<sup>435)</sup> 교육, 회복력 강화 프로그램 등이 제시된다.<sup>436)</sup>

2차 예방은 근로자의 상태를 조기에 발견하고 관리하는 것을 의미한다.<sup>437)</sup> 이는 스트레스에 노출된 근로자가 좀 더 심각한 상황이 되기 전에 스트레스 반응을 조절·개선하여 상황의 진행이나 건강의 악화를 되돌리거나 축소시키거나 늦추는 데에 목적이 있다. 그 구체적인 방법으로는 인지행동치료, 스트레스 대응 교실, 분노 조절,<sup>438)</sup> 근로자 건강진단, 긴급심리위기대응 등<sup>439)</sup> 이 있다.

3차 예방은 직무스트레스 관련 질병이 발생한 상태에서 질병의 최소화와 치료, 사회 재활에 중점을 두는 방식이다.<sup>440)</sup> 이는 개별 치료와 작업장 복귀를 목적으로 하며,<sup>441)</sup> 외부 전문 치료기관 치료, 산재보상, 직장재활 프로그

433) 김인아 외, 앞의 보고서, 205면; 서춘희 외, 『근로자 직무스트레스 예방 활동 지침개발 연구』, 산업안전보건연구원, 2014, 64면; 강동목 외, 앞의 책, 26면; 마리 바르티아(Maarit Vartia), “EU의 직장내 괴롭힘”, 『국제노동브리프』 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014, 9면 등.

434) 서춘희 외, 위의 보고서, 64면.

435) 자살위험 대상자를 조기에 발견해 전문기관의 상담 및 치료를 받을 수 있도록 연계하고, 위급 상황에서 자살 위험 대상자의 자살 시도를 방지하기 위해 지속적으로 관리·지원하는 사람을 의미한다. 2000년대 이후 한국이 높은 자살률을 기록함에 따라 국가적 차원의 자살 예방 정책의 일환으로, 2011년 『자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 법률』이 제정되어 2012. 3. 31.부터 시행되어 왔는데, 위 법에 근거하여 게이트키퍼 양성을 통해 고위험군 관리체계를 구축해왔다(PMG 지식엔진연구소, 『시사상식사전』, 박문각, <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1965625&cid=43667&categoryId=43667> 최종접속일: 2020. 7. 12.).

436) 강동목 외, 앞의 책, 200면; 권혁 외, 앞의 보고서, 27면.

437) 서춘희 외, 앞의 보고서, 106면; 권혁 외, 앞의 보고서, 26-27면.

438) 서춘희 외, 위의 보고서, 64면.

439) 권혁 외, 앞의 보고서, 27면.

440) 서춘희 외, 앞의 보고서, 106면; 권혁 외, 앞의 보고서, 27면.

램 등의 방안이 활용된다.442)

이러한 수준별 예방 체계를 구축해야 하는 이유는 정신적으로 건강한 것과 건강하지 않은 것의 경계가 불명확하고, 사업장 내 정신적 건강 장애는 실제 유병률이 매우 높을 것이라 예상되는 문제이기 때문이다.443)

그리고 위 연구들은 2차, 3차 예방에 중점을 둔 개인 수준의 중재(정신적 자원 향상, 대처 기법 개선, 스트레스 관리 훈련)에 비하여 1차 예방에 중점을 둔 조직 수준 중재(업무 재구성, 업무량 감소, 의사소통 향상, 물리적 작업 환경)가 더 효과적이라고 진단하고 있다.444) 더불어 “기존 산업안전보건법에서 취하고 있던 근로자 건강보호에 대한 접근 방법이 주로 스크리닝을 통해 고위험군을 확인하고 그 고위험군에 대한 적절한 치료와 개입을 하는 것이었다면, 정신건강에 대한 접근방법은 건강검진 등을 기본으로 한 2차 예방이 아니라 원인의 해결에 집중하는 1차 예방을 중심으로 이루어져야 하며, 지속적인 모니터링과 개입이 가능한 방식으로 구성되어야 한다”고 제안하고 있다.445)

이제껏 1차 예방이 2차 예방이나 3차 예방보다도 덜 활용되었던 것은, 그것이 적지 않은 비용을 유발하고 때로는 생산 공정 중단 등 외형적인 생산력 저하를 초래하기 때문이었던 것으로 진단된다.446) ILO 제187호 산업안전보건증진체계 협약(Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006)에서도 ‘업무상 위험을 평가하고, 업무상 위험을 원천에서부터 근절하며, 정보·협의·훈련을 포함해야 한다’는 원칙이 지켜져야 한다고 표명하고 있는바, 여기에서도 1차 예방의 관점을 엿볼 수 있다.447)

---

441) 강동목 외, 앞의 책, 200면.

442) 권혁 외, 앞의 보고서, 27면.

443) 권혁 외, 앞의 보고서, 26면.

444) 서춘희 외, 앞의 보고서, 64면.

445) 김인아 외, 앞의 보고서, 205면.

446) 강동목 외, 앞의 책, 328면

447) C. 187 Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006(산업안전 보건 증진체계 협약(2006년)) III. NATIONAL POLICY Article 3 clause 3.; R. 197 Promotional Framework for Occupational Safety and Health

과중 업무를 야기하는 업무지시로 인해 갖게 되는 정신건강 침해의 문제는 그것이 인격권 침해의 문제인 이상, 일단 침해가 이루어지면 그 후의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵다는<sup>448)</sup> 인격권 침해의 일반적인 문제점을 동일하게 갖는다. 그리고 이때의 정신건강 침해는 극단적으로는 이른바 ‘과로사’ 또는 ‘과로자살’의 결과로도 나타날 수 있는데(업무상 재해), 이 경우에는 더 이상 피재근로자가 생존해 있지 않으므로 근로자의 상태 악화 방지를 위한 보호는 작동할 수 없고, 그 유족들이 산재법에 따른 급여를 받음으로써 사회보장적 보호를 받을 수 있는나의 문제만 남기게 된다.<sup>449)</sup> 이러한 점에서 사전예방적 차원에서의 접근 또한 높이 요청된다고 할 것인데<sup>450)</sup> 1차 예방적 접근이 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있을 것이다.

그러므로 새롭게 구축되어야 할 제도는 근로자 정신건강 침해의 원인을 정확히 파악하고 그 위험요인을 감소시키는 데에 상대적으로 좀 더 비중을 두고 있는 제도이어야 할 것이다.

이러한 제도하에서 근로자참여권은 사용자가 적시에 필요한 조치를 취할 수 있기 위하여 근로자로부터 직접 근로자의 업무 상황을 듣고 확인함으로써 정확한 위험 요인을 파악하는 모습으로 발현될 것이다. 그리고 연결차단

---

Recommendation, 2006(산업안전보건 증진체계에 관한 권고(2006년)) Paragraph 7, 10. 제187호 협약의 핵심 개념인 국가 정책, 시스템, 그리고 프로그램은 국가 차원에서의 행위를 의미하는 것이지만, 제187호 협약 및 제197호 권고는 사업장 차원에서의 산업안전보건을 위한 협력, 사용자와 노동자 및 노동자 대표 사이의 협력을 증진하기 위한 조치들의 중요성 또한 강조하고 있다. 제197호 권고는 회원국들이 각국의 법률과 관행을 준수하여 사업장 차원에서의 안전 및 보건의 수립을 증진하여야 한다는 등의 추가적 지침을 제시한다(International Training Centre of the ILO, *International Labour Law and Domestic Law- A Training Manual for Judges, Lawyers and Legal Educators: Occupational Safety and Health*, Turin, 2018, p.20-21.).

448) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.

449) 신혜림, 앞의 글, 176-177면.

450) 그 외에도 사전적 예방의 중요성은, 사후적으로 근로자들에 대한 보상을 위한 법적 절차에 의존하는 것이 필연적으로 범법자에게 유리하게 작용하게 되는, 지연과 집행 오류를 가져온다는 점에서도 찾을 수 있다(Brisha Rogers, “Toward Third-Party Liability for Wage Theft,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol.31., No.1., 2010, p.18.).



권은 과중 업무 위험 요인으로서의 사용자의 업무지시를 제어하는 모습으로, 작업중지권은 과중 업무에 놓여 있는 상황 자체를 제어하는 모습으로 작용할 것이다.

#### 다. 정신건강 침해의 원인 파악과 평가 방법

정신건강 침해의 원인 파악은 정신건강 문제가 갖는 특성을 반영한 방식으로 이루어져야 할 것이다. 먼저 과중 업무가 장시간 근로를 야기하고 이것이 정신건강에 해로운 영향을 끼친다는 점은 확인된 사실이므로 객관적 측면에서 근로자의 근로시간이 판단 기준 중의 하나로 고려되어야 함은 분명하다. 그리고 정신건강 상의 문제가 비가시적이어서 보통 당사자의 내담, 자기 보고 등을 통한 인지적 행동에서 파악된다는 점을 감안할 때, 전문가가 근로자 면담을 통해 파악하는 것이 필요하다.<sup>451)</sup>

다만 당사자가 자신의 기분이나 상태, 증상에 대해 보고하는 방식, 성격 등과 같은 개인적 차이를 보이는 요소, 산업보건의와 면담 시점과 근로자의 정신적 침해가 시작 또는 심화되었을 시점 사이의 시차 등을 고려하여 당사자로부터 직접 보고받는 것이 전적으로 정확한 것은 아닐 수 있다는 점 또한 유의해야 할 것이다.<sup>452)</sup>

앞서 프랑스의 정신적 괴롭힘 관련 규율을 참조하여 과중 업무를 야기하는 다양한 모습의 사용자의 업무지시가 정신적 괴롭힘의 한 유형으로 넓게 인정될 수 있음을 확인하였다. 그리고 일본은 근로자의 과로사, 과로자살 등이 큰 사회적 문제가 되어 한국보다 일찍이 근로자의 정신건강 문제에 대해 여러 법제도적 노력을 해왔다. 이에 본격적인 제도 구상에 앞서 위 두 국가에서 어떠한 제도를 갖고 있는지 먼저 살펴보기로 한다.

---

451) 유사한 취지로, ‘사회심리적 위험의 평가에 있어 기존의 물리적 위험성 평가 방법을 복제하는 것은 문제점이 있음을 지적하면서 그 대안으로 기록, 통계에 의한 탁상조사(Desk Research), 관찰(Observation), 질적인 기술(Qualitative techniques)의 방법을 제안한 바 견해로 Rick, J. & Briner, R.B., *op.cit.*, p.313.

452) *Ibid.*, p.312.

## 라. 외국의 사례

### 1) 프랑스

프랑스 노동법에서는 근로자에게 괴롭힘 등이 발생한 경우, 경보권(droit d'alerte)이라는 제도를 통해 종업원대표(délégués du personnel)가 즉시 사용자에게 문제제기를 할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>453)</sup> 경보권 제도는 종전에도 기업 내에서 근로자의 권리나 개인적인 자유에 대한 침해가 있는 경우의 대응 조치로서 존재하고 있었으나,<sup>454)</sup> 그 제도를 활용할 수 있는 범위를 근로자들의 육체적 및 정신적 건강에 대한 침해에까지 명시적으로 확장한 것이다(프랑스 노동법 2313-2조).

위 제도에 따라 종업원대표가 사용자에게 문제제기를 하는 경우, 사용자는 지체없이 종업원대표와 공동으로 조사하고 그 상황을 개선시키기 위해 필요한 조치를 취하여야 한다.<sup>455)</sup> 사용자가 아무런 조치를 하지 않거나, 근로자의 건강이 침해되고 있다는 점에 대해 동의하지 않는 경우, 해당 근로자는 노동법원에 제소할 수 있다.<sup>456)</sup> 종업원대표도 해당 근로자에게 서면으로 통보한 후 해당 근로자가 반대하지 않을 경우 노동법원에 제소할 수 있다.<sup>457)</sup> 이 경우 노동법원은 괴롭힘 등 근로자의 자유 침해를 발생시키는 행위들을 중단시키기에 적절한 모든 조치를 사용자에게 명령할 수 있고, 그 결정에 벌금을 부가할 수 있다.<sup>458)</sup>

### 2) 일본

일본에서는 과로사나 업무압박 등으로 인한 자살 등이 큰 사회적 문제로

---

453) 조임영(2012), 앞의 글, 26면.

454) Loïc Lerouge, *op.cit.*, p. 47.

455) 조임영(2012), 앞의 글, 26면.

456) 조임영(2012), 위의 글, 26면.

457) 조임영(2012), 위의 글, 26면.

458) 조임영(2012), 위의 글, 26면.

다루어져 왔고, 정신건강 문제를 호소하는 근로자가 계속 증가해왔다.<sup>459)</sup> 이에 후생노동성은 2000년에 ‘사업장에서 노동자의 정신(마음)건강 만들기를 위한 지침(事業場における労働者の心の健康づくりのための指針)’을 수립하고, 2006년에는 위 지침을 재검토하여 ‘노동자의 정신(마음)건강 유지증진을 위한 지침(労働者の心の健康の保持増進のため指針)’을 책정한 바 있다.<sup>460)</sup>

그리고 일본이 특히 과중 업무로 발생하는 정신건강 문제와 관련하여 취한 조치로는, 2001년에 시행한 ‘노동시간의 적절한 파악을 위해서 사용자가 강구해야 하는 기준에 대하여(労働時間の適正な把握のために使用者が構すべき基準について)’ 통달과, 2002년에 시행한 ‘과중노동에 의한 건강장해방지의 종합대책(過重労働による健康障害防止の総合対策)’, 2004년에 내린 ‘마음의 건강문제로 휴업한 노동자의 복귀지원 안내서(心の健康問題で休業した労働者の復帰支援の手引き)’ 등이 있다.<sup>461)</sup>

일본은 2009년에는 ‘심리적 부하에 의한 정신장애 등에 관계되는 업무 이외의 판단 지침’을 개정하였고, 2011년에 ‘심리적 부하에 의한 정신장애의 인정기준’을 개정하는 등 대책 마련을 위한 노력을 계속해 왔다.<sup>462)</sup>

이후 일본에서는 2014년 6월 25일 ‘노동안전위생법의 일부를 개정하는 법률’(2014년 법률 제82호)이 공포됨에 따라 노동안전위생법 제66조의 10에 심리적 부하의 정도를 파악하기 위한 검사 및 그 결과를 근거로 하는 산업의(産業醫)와의 면접지도 실시, 사후조치 실시 등을 내용으로 하는 제도(이하 ‘스트레스 검사 제도’)가 창설되었다.<sup>463)</sup>

이 제도는 근로자의 스트레스 정도를 파악하여 근로자가 자신의 스트레스를 인지, 자각하게 하고 나아가 사업장에서의 스트레스 요인을 개선시키도록 하는 것으로, 근로자의 정신건강이 침해되는 것을 미연에 방지하는 것(1차 예방)을 주요한 목적으로 하고 있다.<sup>464)</sup>

459) 김나영, 앞의 글, 3면.; 박수경(2019a), 앞의 글, 162면.

460) 김나영, 위의 글, 3-4면.; 박수경(2019a), 위의 글, 163면.

461) 박수경(2019a), 위의 글, 163면.

462) 김나영, 앞의 글, 3-4면.

463) 권혁 외, 앞의 보고서, 164면.

위 제도에 의하면, 먼저 근로자가 1년 이내마다 정기적으로 스트레스 검사를 실시한다(일본 노동안전위생법 시행규칙 제52조의9).<sup>465)</sup> 사업주는 위 검사 결과를 근로자에게 통지하고(시행규칙 제52조의 11), 근로자들 중 심리적 부담의 정도가 높아 면접지도의 대상이 되는 근로자(고(高) 스트레스 위험 근로자)의 경우 근로자의 신청을 받아 지체없이 산업의(産業醫)와의 면접지도가 이루어지도록 한다(시행규칙 제52조의 15, 16). 산업의(産業醫)는 해당 근로자의 근무 상황, 심리적 부담 상황, 근로자의 심신 상황 등을 확인하고(시행규칙 제52조의 17), 면접이 이루어진 경우에는 지체없이 그 근로자와의 면담 내용과 진단을 통해 알게 된 정보들을 바탕으로 하여 사업주에게 의견을 제시하여(시행규칙 제52조의 19) 업무 내용이나 업무량, 근로시간 등의 측면에서 상당한 조치를 하도록 강구하는 것을 내용으로 한다. 사업주는 위 스트레스 검사 결과를 포함한 보고서를 관할 근로기준감독서장에게 제출하여야 하고, 국가는 검사 통지결과를 활용하여 근로자의 정신건강 증진을 도모하기 위하여 노력해야 한다.<sup>466)</sup>

### 3) 검토

프랑스의 경보권 제도나 일본의 스트레스 검사 제도는 모두 사용자에게 근로자의 상황을 알리는 시정조치를 취하도록 하는 것을 내용으로 한다는 점에서는 공통점이 있다.

그런데 프랑스의 경보권 제도는 종업원대표가 특정 근로자의 인격권 침해 를 확인한 경우에 사용자에게 알리는 것인데, 과중 업무로 인한 상황을 정신 건강 침해가 있는 것으로 확인하는 것이 쉽지 않은 문제가 될 수 있다. 왜냐 하면 이는 단순히 사용자의 업무지시 자체, 또는 근로자의 근로시간 그 자체

464) 권혁 외, 위의 보고서, 13면.

465) 이하의 설명은 『日本 労働安全衛生法 施行規則』(昭和四十七年労働省令第三十二号, 令和元年八月三十日公布(令和元年厚生労働省令第三十七号)改正)을 참조하였다.

466) 김나영, 앞의 글, 4면.

보다는 업무지시 당시의 사용자의 언행 등의 태도, 업무지시 전후에 사용자가 보인 행위 태양, 부과된 업무의 양과 강도, 근로자의 시간 배분, 조율 가능성, 수행 기간의 적합성 등 여러 고려요소가 작용하여 판단되는 문제이기도 하고, 종업원대표가 정신건강을 비롯한 안전보건의 문제에 있어 전문성을 갖고 있다고 담보하기는 어렵기 때문이다.

그리고 반복된 업무지시에서 오는 과중 업무와 정신건강 침해 여부 판단의 문제는 특정 시점에서의 판단보다 일정한 기간 동적인 분석을 통해 확인할 수 있는 부분인데, 통상 종업원대표가 이를 확인하려는 시점은 어떠한 인격권 침해가 있다는 사실을 해당 근로자로부터 제보를 받은 이후의 시점일 가능성이 높다. 그렇기에 종업원대표가 상시적으로 자신의 본연의 주된 업무로서 모든 근로자의 근로를 주시해 오고 있었던 것이 아닌 한, 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해가 있었음을 확인하는 것이 수월하지 않을 것이라는 점도 예상할 수 있다.

한편, 일본의 스트레스 검사 제도는 형식적인 설문조사에 그친다는 점과<sup>467)</sup> 스트레스 검사 제도의 일환인 산업의(産業醫)와의 면접을 하기 위해서는 사용자에게 신청해야 하는 절차상 부담 때문에 적극적으로 기능하고 있지 않는다는 점 등이 한계점으로 지적되고 있다. 다만, 소위 ‘과로사’와 ‘과로자살’ 등의 용어가 일본에서 생겨난 용어이고, 이것들이 심각한 사회 문제가 되면서 일본에서 이 문제를 해결하기 위해 상당한 노력을 해 왔다는 점, 한국과 유사하게 일본도 사용자의 전면적 업무명령권 행사와 장시간 노동 관행을 갖고 있던 점,<sup>468)</sup> 그리고 본 논문에서 다루고 있는 과중 업무로 인한 정신건강 문제가 과로사나 과로자살과 매우 밀접한 관련성이 있는데, 일본이 과로사나 과로자살 특유의 문제에 대해 집중된 조치들을 마련해왔고, 이 스트레스 검사 제도도 그 일환이라는 점에서 참조의 의의가 작지 않다고 할 것이다.

그렇기에 본 논문에서는, 위와 같이 외국 제도에서 발견되는 부족한 부분

---

467) 권혁 외, 앞의 보고서, 25면.

468) 김영, 앞의 글, 247면.

을 보완하여 고안한 제도를 제안하려고 한다.

## 2. 제도의 제안 - 이른바 ‘경보체계’

### 가. 개관

본 논문에서는 근로자의 근로시간과 업무량 등에 관한 기록과 관찰, 그리고 근로자와의 면접·상담 등을 근거로 하여, 과중 업무로 인해 근로자에게 인격적 침해가 발생했거나 발생할 우려가 현저히 있다고 볼 수 있는 경우에 중립적인 제3자를 통해 사용자에게 문제를 제기하고 의견을 개진하여, 업무의 중단 또는 조정과 근로자 관리 등 필요·적절한 조치가 내려지도록 하는 제도를 제안하고자 한다. 이를 ‘경보체계’<sup>469)</sup>라고 칭할 것이다.

본 논문에서 제안하는 제도는 다음과 같다. 먼저 ① 근로자의 누적 근로시간 등 근로자의 근로에 관한 객관적인 기록을 근거로 하여 일정한 기준을 초과하는 근로자에게는 정신건강 침해 가능성이 높아진 상태에 있음을 선제적으로 알려 근로자가 정신건강 보호에 유의하도록 한다. ② 이러한 알림을 받은 근로자는 산업보건과의 면담을 신청할 수 있고, 이러한 알림을 받지 않은 근로자라도 자신의 신청으로 산업보건과의 면담을 할 수 있다. ③ 산업보건과는 근로자와의 면담 과정에서 습득된 정보들을 바탕으로 한 전문적 판단에 따라 필요한 경우 근로자의 동의를 받아 사용자에게 근로자의 상태를 알리고 근로자에게 필요한 후속 조치가 이루어질 수 있도록 의견을 제시할 수 있다.

산업안전보건 체계의 주축을 이루는 ILO의 일반협약 중 하나인 제161호

---

469) 산업안전보건법에서 이와 유사하게 경보체계를 규정한 부분이 있는데, 관계수급인 근로자가 도급인의 사업장에서 발파작업을 하거나, 화재·폭발, 토사·구축물 등의 붕괴 또는 지진 등이 발생한 경우를 대비하여 경보체계를 운영하고 대피방법 등을 훈련할 의무를 규정한 것이 그러하다(제64조 제1항 제5호). 다만 여기서는 경보 발령자가 도급인이고 발령 상대방이 근로자가 되는 반면, 본 논문에서 제안하는 제도는 발령 상대방이 사용자가 된다는 점에서 차이가 있다.

산업안전보건서비스협약(Occupational Health Service Convention, 1985)<sup>470)</sup>에서는 기업 또는 공공기관, 또는 사회보장기구나 권한 있는 단체에 의한 산업보건기구를 설립할 것을 요청하고 있고,<sup>471)</sup> 위 기구가 작업장 내 근로자의 작업과 관계있는 건강에 대한 감독, 근로자에 대한 업무 조정의 개선 등의 기능 등도 할 수 있을 것을 기대하고 있다.<sup>472)</sup> 경보체계가 예정하는 선제적 알림과 산업보건과의 면담, 사용자에 대한 통지는 국제노동기준이 요청하는 ‘건강에 대한 감독, 근로자에 대한 업무 조정의 개선’ 등의 기능에 부합하는 부분이라고 할 수 있다.

#### 나. 외국 제도와의 비교

위 경보체계는, 프랑스의 경보권 제도와 비교하였을 때 다음과 같은 차이가 있다. 사용자에게 문제제기를 하는 주체를 근로자들의 대표가 아니라 사업장에서 독립적인 위치에 있는 자<sup>473)</sup>로 상정하고 있으며, 상황 개선을 위해

470) 한국이 위 협약을 비준한 것은 아니다. 그렇지만 2019년 ILO에서는 100주년 선언문 초안에서 기존의 4개의 기본원칙(결사의 자유 및 단결권·단체교섭권의 보장, 차별금지, 강제노동 금지, 아동노동 금지) 외에 ‘일터에서의 산업안전보건’을 기본원칙이나 권리로(as a fundamental principle and right at work) 추가하려는 시도를 했던 바 있다{ILO(2019), *op.cit.*, p.68.}.

‘기본원칙이나 권리’로 인정된다는 것은 협약 비준국이 아니더라도 ILO 회원국이라면 준수해야 할 의무를 갖게 됨을 의미한다. 2019년 실제 총회에서는 ‘산업안전보건’이 근로자의 보편적 권리이자 기본원칙으로 인정되지는 않고, “안전하고 건강한 노동조건은 쾌적한 근로를 위한 필수조건”(Safe and healthy working conditions are fundamental to decent work.)이라는 표현으로 변경되기는 하였으나, ‘산업안전보건’을 기본원칙이나 권리로 격상시키는 것에 관한 논의는 향후 계속 될 것으로 예상된다(ILO Centenary Declaration for the Future of Work, adopted by the Conference at its One Hundred and Eighth Session, Geneva, 21 June, 2019). 이러한 점에 비추어 보면, 한국이 위 161호 협약을 비준하지 않았다는 이유만으로 위 협약의 내용을 전적으로 무관하게 취급할 수는 없을 것이다.

471) ILO 제161호 산업안전보건서비스협약(Occupational Health Service Convention, 1985) 제7조.

472) ILO 제161호 산업안전보건서비스협약(Occupational Health Service Convention, 1985) 제5조 (f), (g)항.

필요한 조치를 취하기 위하여 새로운 조사를 행하기보다는 문제제기를 하는 시점 직전까지 축적된 자료(근로자의 근로시간과 근로량, 그리고 그 시점 기준 근로자의 신체적, 정신적 건강 상태 등에 관한 자료)를 근거로 더 큰 문제가 발생하기 전에 선제적인 조치를 취하려는 것에 해당한다.

한편 본 논문에서 제안하는 경보체계는 일본의 스트레스 검사 제도와 상당 부분이 유사하다. 문제의 원인을 파악하는 방법으로 산업보건과의 면접지도를 이용하고, 그 이후의 대응에 있어서도 산업보건의를 이용한다는 점, 근로자의 정보 취급에 있어서 근로자의 동의 없이 사용자에게 근로자의 근로 및 건강상태에 관한 자료를 그대로 제공하지 않는다는 점, 대응 조치로서 근로자 개인에 초점을 둔 건강상 조치뿐 아니라 업무의 양이나 내용을 조정하는 등의 실질적인 인사 조치를 통해 업무 환경 내 스트레스 유발 원인들의 제거, 감소를 지향하는 1차 예방의 접근법을 도모한다는 점 등을 공통점으로 들 수 있다.

그런데 위 제도는 다음과 같은 차이점을 갖는다. 먼저 경보체계는 객관적인 근로 기록을 바탕으로 하여 특정 근로자가 스트레스가 높을 것이라고 추정하고, 일정한 기준에 따라 근로자에게 알림을 보낸다는 점에서 일본의 제도보다 좀 더 선제적인 조치를 추구한다고 할 수 있다. 그리고 일본의 스트레스 검사 제도에서는 근로자의 스트레스 정도를 사업주가 곧바로 알게 되는 반면, 경보체계에서는 가상의 관리자가 스트레스가 높을 것이라고 추정되는 특정 근로자에게만 알림을 보내고 그 사실이 곧바로 사용자에게 바로 통지되지 않는다.

그리고 일본의 스트레스 검사 제도하에서는 위와 같은 스트레스 검사 제도 평가 기준에 따라 고(高) 스트레스 위험근로자로 분류된 근로자들이 사용자를 통해 면접지도를 신청함으로써(사업주에게 신청 의사를 전함으로써) 산업보건과의 면접지도를 받게 되는 반면, 경보체계 하에서의 근로자들은 사업주를 통하지 않고 직접 산업보건의에게 신청할 수 있도록 하고 있다. 이는 실효성 측면에서 일본의 스트레스 검사 제도에 대해 제기된 지적을 감안한

---

473) 후술하겠지만 가상의 관리자와 산업보건의를 전제한다.



것이다. 일본 노동안전위생법에서 근로자가 면접지도를 신청한 것을 이유로 사용자가 근로자에게 불리한 조치를 하지 않을 의무를 규정하고 있음에도, 근로자 입장에서는 ‘사업주에게 직접 말하여 신청한다는 것’ 자체가 부담스러울 수 있다는 점이 지적된 바 있기 때문이다.<sup>474)</sup> 근로자의 주된 스트레스가 사용자의 지시권 행사 등 사용자의 행위에서 기인하게 되는 경우에, 근로자는 이미 사용자에게 불만이 쌓여 있거나 사용자에게 의해 위축되어 있을 수 있어 사용자에게 산업보건위의 면접지도를 신청하는 데에 더욱 어려움을 느낄 수 있다.

더불어 경보체계는 일본의 스트레스 검사 제도와 같이 형식적일 것이라는 우려도 해소할 수 있는 측면을 지니고 있다. 근로자의 근로기록에 근거하여 일차적으로 알림이 발송된다는 것은 근로자에게 자신의 상태를 한번 돌아볼 수 있게 하는 경고·인지의 의미를 주고, 알림이 울렸다는 것 자체가 ‘최소한 근로시간, 근로량의 측면에서 보았을 때 근로자의 상태가 시정이 필요할 수 있는 상황에 이르렀다’는 점에 대해 어느 정도 소명이 되었음을 의미하기 때문이다.

이러한 점에서 경보체계는 일견 프랑스와 일본에서 시도된 제도의 긍정적인 점에 착안하고, 각 제도가 갖는 부족한 부분을 보완한 시도라고 할 수 있다. 그런데 위 경보체계는 몇 가지 법적 문제점을 내포하고 있다. 먼저 근로자의 개인정보 수집, 처리, 이용에 관한 문제와 중심 주체로서의 산업보건위의 지위에 관한 문제를 들 수 있다. 위 제도 운용의 전제로서 ‘근로시간과 업무량 등의 기록과 활용’을 예정하고 있기 때문이다. 이하에서 관련 문제를 검토해 보기로 한다.

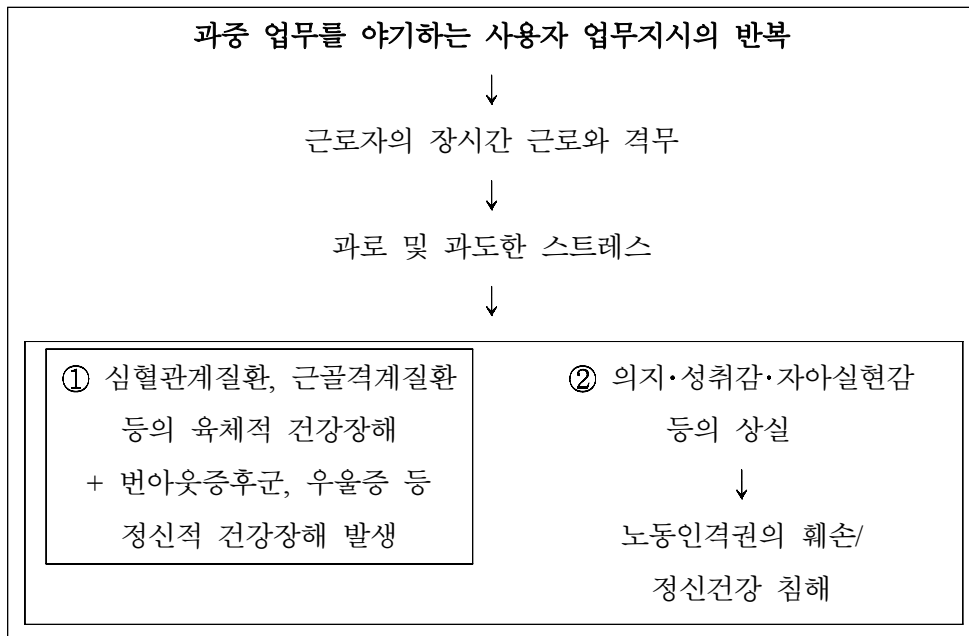
## 다. 제도의 허용 가능성

### 1) 문제점

---

<sup>474)</sup> 사업주에게 면접지도 신청을 해야 하는 부담 때문에 실제 의사의 면접까지 받는 근로자의 비율이 떨어지고 있다는 지적이 있었다(김인아 외, 앞의 보고서, 98면; 권혁 외, 앞의 보고서, 25면).

본 논문에서 제안하는 경보체계는 다음과 같은 생각을 바탕으로 하고 있다. 사용자의 과도한 업무지시가 근로자에게 장시간 근로(양적 측면)와 격무(질적 측면)를 야기하고, 근로자는 과로와 심한 스트레스를 겪게 되며, 그로 인해 근로자는 정신건강의 침해를 입을 뿐만 아니라 육체적·정신적 건강 장애도 입게 된다는 생각이다.



엄밀히 말해, 1차 예방의 관점에 입각하였을 때 근로자의 위험원을 파악하기 위해 조사해야 하는 것은, ‘사용자의 업무지시가 과중 업무를 야기하여 정신건강을 침해할 정도였는지’이다. 그런데 ‘사용자의 업무지시가 과도한지 아닌지’는 당해 업무지시가 있었던 순간에 쉽게 파악할 수 있는 경우도 있지만, 그렇지 않은 경우도 상당하다. 그렇기에 차선책으로서 그러한 업무지시로 인해 나타나는 근로의 양태를 볼 필요가 있다. 과중 업무를 유발하는 사용자의 업무지시는 높은 비율로 장시간 근로를 야기하므로, 근로자의 근로시간과 업무량을 파악할 필요가 있다. 이를 위해서는 근로자의 근로에 관한

정보 수집과 기록이 전제되어야 한다.

이러한 기록 및 분석은 특정 시점을 기준으로 한 상태 분석보다는, 일정한 기간을 대상으로 하는 유량적, 동태적 분석을 필요로 한다. 이러한 점을 고려하면 근로자의 근로에 관한 기록이 디지털 기기를 통하여 상당한 기간 동안(또는 상시적으로) 수집될 것이 요구된다.

한편, 이와 같이 일정 기간의 디지털 기기를 통하여 근로시간 등을 기록하는 것은 이른바 전자노동감시로 오해될 소지가 있다. 사용자가 범죄 예방 및 수사, 시설안전 및 화재 예방, 품질관리와 고객서비스 향상, 업무효율 향상과 경쟁력 확보, 법과 규칙의 준수, 교육과 감독의 지원, 안전한 사업장의 확보, 사용자의 재산 보호와 기업비밀 유지 등 여러 목적으로 활용하는 이른바 ‘전자노동감시’와 방법적 측면에서 유사하기 때문이다.

비록 위 경보체계가 근로자를 감시할 목적을 갖고 있지 않더라도, 근로자에 대한 기록이 생성되고 사용될 객관적 가능성이 존재한다는 점에서 경보체계는 전자노동감시에서 문제되는 근로자의 프라이버시권이나 개인정보보호권과 관련한 문제<sup>475)</sup>에 동일하게 직면할 수 있다.<sup>476)</sup> 이는, 근로자의 정신건강 보호를 위한 관찰, 기록 등이 다른 목적으로 사용됨으로써 또 다른 측면에서 근로자의 기본권을 침해할 수 있는 상황(예컨대 근로자의 감시수단으

---

475) 전자감시의 허용 여부와 관련하여 의견 대립이 있다. 긍정하는 견해에서는 “주로 생산성과 경쟁력의 확보, 품질관리와 고객서비스 향상, 법과 규칙의 준수, 교육과 감독의 지원, 안전한 사업장의 확보, 사용자의 재산 보호와 기업비밀 유지 등을 목적으로 하고 있다면” 전자감시가 적법하다고 보고 있다. 반면, 부정하는 견해에서는 근로자의 프라이버시 침해, 노사 간의 신뢰를 저해하여 대립적 정서 형성, 노조 조직화 위협의 수단으로 사용될 가능성, 근로자들의 스트레스 및 심리적 고통을 유발하여 건강 위험을 높인다는 점 등을 이유로 순수한 생산성 향상이나, 경쟁력 확보, 기업비밀 유지 등의 목적을 달성하는 것보다 더 큰 폐해를 야기한다는 점을 지적하고 있다(이희성, 앞의 글, 521면).

476) 참고로 독일 연방노동법원은 기술적 장비에 의한 감시로 인한 근로자의 인격권 침해와 관련하여, ‘반드시 사용자가 장비에 기록된 내용을 실제로 인지할 때에만 인격권의 침해가 이루어지는 것이 아니라, 객관적으로 감시·통제할 가능성이 있는 경우에도 인격권 침해가 발생할 수 있으며, 반드시 근로자를 감시·통제하겠다는 고의가 있어야만 하는 것은 아니다’라는 입장을 일관되게 보이고 있다고 한다(박귀천, “독일법상 사용자의 근로자 감시·통제에 관한 문제”, 『노동법연구』 제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010, 250면).

로 활용되고 근로자의 평가 자료로 활용될 수 있는 상황 등)을 어떻게 방지할 수 있을 것인가 하는 문제를 야기한다. 근로권(헌법 제32조)에 근거하는 근로자 보호라는 가치와 개인정보자기결정권에서 보호하는 인격적 법익 간의 충돌로<sup>477)</sup> 나타날 수 있는 것이다. 이하에서는 정보체계의 도입은 어느 경우에 어떻게 정당화될 수 있는지를 검토하기로 한다.

## 2) 정보체계의 허용 가능성

개인정보자기결정권은 자유권적 기본권이므로 정보체계의 비례성 심사로 그 허용 가능성을 검토할 수 있을 것이다.

먼저 위 정보체계의 도입은 궁극적으로 근로자의 정신건강을 보호하기 위한 것으로 정당한 목적을 갖는다고 할 수 있다.

그리고 위 제도는 과중 업무를 야기하는 사용자 업무지시의 반복 → 근로자의 장시간 근로와 격무 → 과로 및 과도한 스트레스 → ① 건강장해 발생(심혈관계질환, 근골격계질환 등의 육체적 건강장해 및 번아웃증후군, 우울증 등 정신적 건강장해 발생), ② 정신건강 침해(의지·성취감·자아실현감 등의 상실로 인한 노동인격권의 훼손)라는 결과 발생을 방지하기 위하여 ‘장시간 근로와 격무’라는 요인을 관찰하고, 그로 인해 발생할 수 있는 문제들을 차단, 감소하려는 것이다. 이 차단과 감소는 ‘근로시간의 확인’과 그 확인에 따른 두 가지 차원에서의 조치, 곧 ① 업무의 중단(휴식을 통한 근로시간 계속의 차단)과 업무의 조정(업무량의 조정을 통한 미래 근로시간 감소) 조치 또는 ② 근로자의 감정 상태 확인 및 감정관리를 위한 조언과 치료를 하고자 함이다. 위 제도는 ①의 방법을 통해 조직 수준에서, ②의 방법을 통해 개인 수준에서 예방을 하려는 것이므로 적합한 수단이라고 할 수 있다.

한편 위 제도는, 근로자가 입을 수 있는 피해를 최소화하는 대안이어야 할

---

477) 여기에서 말하는 ‘충돌’은, 개인이 갖는 권리나 가치 간의 문제를 의미한다는 점에서 타인의 기본권과의 대립을 전제하고 있는 헌법학적 개념으로서의 ‘기본권의 충돌’과는 구별된다.

것인데 다음에서 보는 것처럼 근로자의 법익 침해를 최소화하는 방안을 강구할 수 있다.

경보체계는 기본적으로 근로자의 정보를 활용하는 제도이지만, 사용자에게 근로자의 정보를 당연히 제공하는 것은 아니다. 위 제도는 근로자를 보호하기 위한 목적으로 운용될 것을 상정하기 때문에, 근로자의 정신건강 상태를 파악하는 데에 참조하기 위해 기록된 정보들은 해당 근로자의 동의 없이는 사용자에게 공개되지 않는다. 반면 위 제도는 근로자는 자신의 근로에 관한 정보들을 전부 열람할 수 있다.

물론 근로자의 정보가 목적 외로 사용되거나 유출될 가능성이 완전히 차단되는 것은 아니다. 경보체계를 통하여 근로자의 건강상태를 파악하고 모종의 조치가 필요하다고 판단되는 경우, 사용자에게 근로자의 상태에 대한 정보 및 그 직전 시점까지의 근로자의 근로에 관한 정보가 사용자에게 제공될 것인데, 그 경우 해당 정보들이 사용자에게 의해 목적 외로 이용될 가능성을 배제할 수는 없기 때문이다. 개인정보의 목적 외 이용이 법적으로 금지되어 있기는 하지만,<sup>478)</sup> 이와 관련하여 경보체계 관리자의 중립성과 독립성을 제고하는 법적 방안과 자료의 보안을 철저히 할 수 있는 기술적 방안이 함께 마련되어야 할 것이다. 위 경보체계에 의해 기록, 수집, 보관되는 정보들의 보안과 관리자의 중립성과 독립성, 그리고 비밀유지의무의 충실한 준수가 담보된다면 피해의 최소성을 충족한다고 볼 수 있을 것이다.

다음으로 위 제도는 그 도입과 실행으로 인해 얻을 수 있는 근로자의 정신건강 보호라는 법익과 근로자에게 가해지는 불이익(근로자의 인격권 등 침해)을 비교하였을 때 위 제도 도입으로 인한 근로자의 보호 이익이 더 크다고 판단되는 경우에야(법익의 균형성 충족) 허용될 수 있다.

위 제도의 도입으로 인해 달성할 수 있는 보호법익은 근로자 정신건강의 유지·증진이다. 위 제도는 근로자의 근로 제공에 관한 정보를 근거로 근로자에게 누적 근로시간과 업무량을 고지하고, 육체적·정신적 건강상태 위험성

---

478) 개인정보보호법제에서 이와 같은 자료의 목적외 사용에 대해 제재하고 있으나 노동관계에서 근로자의 개인정보 보호에 관한 법령이 필요하다고 보인다.

을 경고하며<sup>479)</sup>, 전문의와 상담이 가능하다는 사실에 대한 권리를 고지함으로써, 어려움에 처할 수 있는 근로자에게 선제적으로 접근한다.

만약 근로자 스스로 요청을 하는 경우에만 산업보건과의 면접을 할 수 있는 방식으로 절차가 규정되어 있다면, 근로자는 자신의 정신건강 문제와 관련하여 전문가의 상담을 받기 위해 자신의 상황을 합리화하고, 자신의 상태를 상대방에게 설득시켜야 한다는 부담, 자신이 유난을 떠는 것은 아닌가 하는 생각에서 오는 자괴감, 자신이 힘들다는 표현을 하는 것이 사용자에게 노출되어 그로 인한 불이익을 받는 것은 아닌가 하는 생각에서 오는 불안감 등을 갖게 될 수 있다.

그런데 위 경보체계의 선제적 접근은 근로자가 산업보건과의 상담을 하기 전까지 거쳐야 하는 절차 자체에서 겪을 수 있는 부담감을 덜어낼 수 있다. 근로자는 이와 같이 경보체계 운용을 통해 확보하게 되는 자신의 근로 관련 자료들을 바탕으로 하여, 현재의 시점에서 업무강도 및 정신적 건강상태를 확인할 수 있고 그에 따라 자신의 건강 상태와 업무적 상황을 더 악화시키지 않으면서 필요한 조치를 강구할 수 있게 된다.

그뿐만 아니라 경보체계는 극단적인 상황<sup>480)</sup> 또는 근로자의 정신건강 보호 문제가 사업장 내 시스템을 통해 원만히 해결되지 않아 사법적 분쟁으로까지 나아가게 된 상황을 생각할 때에, 자료확보의 의미도 지닌다고 할 수 있다. 근로자가 위와 같은 사법적 청구를 하게 되는 경우 중 쉬운 예로 자신의 정신건강장해를 업무상 재해로 주장하여 산업재해보상보험법상의 급여청구를 하는 경우를 들 수 있다.

근로자가 그러한 분쟁과정에서 입증의 장벽에 당면하게 된다는 점은 잘 알려진 사실이다. 이미 근로자는 사용자와의 역학적 관계에서 비롯된 증거의

---

479) 예를 들어, 통상의 출근시간보다 유독 출입시간이 빠르거나 통상의 퇴근시간보다 유독 늦은 시간에 나가는 경우에 경위를 묻는 알림을 발송하거나, 회사에 머문 누적시간이 소정의 시간보다 지나치게 긴 경우 근로자의 건강상태를 묻는 알림을 발송하는 등을 생각할 수 있을 것이다.

480) 직무스트레스는 심할 경우 자살과 같은 극단적이고 병리적인 행동으로 발전하게 된다{안전보건공단, 앞의 글, 1면}.

구조적 편재로 인하여 입증에 있어 열위에 있을 수밖에 없는 위치에 놓이는 것이다.<sup>481)</sup> 이러한 근로자 입장에서 자신은 쉽게 확보할 수 있고, 사용자는 그렇지 않은(경보체계 내에서 확보된 정보는 근로자의 동의가 없는 한 사용자가 접근할 수 없으므로) 기록마저 남겨두지 않는다면 근로자의 불리한 위치는 더 공고해질 수밖에 없다.

그렇다면, 위와 같이 경보체계를 통하여 자료를 수집할 수 있다는 것은 통상 노사관계에서의 힘의 불균형성으로 인하여 근로자가 입증 방법을 마련하기 어려운 구조에 있다는 점을 극복하는 데 도움이 될 수 있다. 더욱이 정신건강의 침해 결과로 나타난 정신질환이나 자살 등의 경우는, 업무상 재해에 해당하는지를 판단함에 있어 그 입증이 상대적으로 더 어렵다는 점, 그 입증 을 위해 근로시간 및 업무량, 특정 시점에 해당 근로자가 주위 동료나 가족 등에게 어려움을 호소한 적이 있는지 여부 및 그 내용, 근로자의 평소 건강 상태와 기질, 성격 등이 중요한 자료로 고려된다는 점<sup>482)</sup>에 비추어 볼 때 보다 더 의미가 있을 것이다.

이러한 점에서 경보체계를 통해 근로자가 취득한 자료는 사전적 단계에서 뿐만 아니라 사후적 측면에서도 중요한 증거 및 참고자료가 될 수 있다.

위 제도를 도입함에 있어, 혹여 자신의 정보가 자신의 동의 없이 사용자에게 유출될 수 있다는 우려, 자신의 동의하에 제공한 자료라고 하더라도 훗날 자신에 대한 평가의 근거자료로 오용될 수 있다는 우려 등이 있을 수 있을 것이나, 이는 제도의 부실한 집행에 따른 우려로서 위 제도의 도입으로 인해 필연적으로 발생하게 될 법익의 제한이라고 볼 수는 없을 것이다.

---

481) 위 경보체계와 구별되는 전자감시제도를 통해 사용자는 근로자에 대한 정보를 확보할 가능성이 크고, 심한 경우 사용자에게 불리한 중요 입증자료를 제출하지 않거나 왜곡할 가능성도 배제할 수 없다.

482) 단적인 예로, 업무상 과로 또는 스트레스로 자살한 자의 경우나, 자살의 원인이 불명한 경우 그 이유를 밝히기 위해 심리적 부검(Psychological Autopsy)이 활용되는 점을 들 수 있다. 여기에서 심리적 부검은 자살사망자의 가족과 주변 인물들에 대한 면담 및 진술이 주요한 내용을 이루는데(황태운·류문호·안성호, 앞의 글, 603면), 사망자의 사망원인에 대한 객관적 자료가 부족하기 때문에 이루어지는 것이다.

그리고 위 정보체계의 관리자를 사용자 측이 아닌 중립적·독립적 지위의 자로 정하며, 동의받지 않은 자료의 열람, 제공 및 취득한 내용의 유출, 자료의 목적 범위 외 사용 등에 대해 강력한 제재 규정을 둬으로써, 근로자의 개인정보보호권 제한에 대한 우려를 줄이는 것이 가능할 것이다. 그렇다면, 제도의 철저한 집행이 담보된다는 전제하에서, 위 제도로 인해 제한되는 근로자의 개인정보자기결정권보다 위 제도의 운용을 통해 얻게 될 근로자의 정신건강 보호의 법익이 우월하다고 할 것이어서 법익의 균형성을 충족한다고 할 수 있다.

#### 라. 검토

정보체계는 그 체계에 의해 기록, 수집, 보관되는 정보들의 보안과 관리자의 중립성과 독립성, 그리고 비밀유지의무의 충실한 준수가 담보된다면, 근로자의 근로 제공에 관한 정보를 근거로 어려움에 처할 수 있는 근로자에게 선제적으로 접근한다는 점에서 ‘정신적·인격적으로 침해를 받지 않는 근로 환경에서 근로할 권리’로서의 근로권 및 그로부터 구체화된 권리들을 실현할 수 있는 제도로 기능할 수 있을 것이다. 더불어 위 제도는 정신건강 침해를 입은 근로자가 극단적인 상황에 이르거나 근로자의 정신건강 보호 문제가 사업장 내 시스템을 통해 원만히 해결되지 않아 사법적 청구까지 나아가게 된 상황에서는 자료확보의 의미도 갖는다는 점에서도 추가적 의의가 있다고 할 수 있다. 이하에서는 위 제도의 구체적인 내용을 살펴기로 한다.

### 3. 정보체계의 구체적인 내용 고안

#### 가. 제도 작동 절차

##### 1) 근로자 정보의 기록, 보관



먼저 근로자의 근로에 관한 기록이 전자적 자동 시스템에 의해 기록된다. 이때 사용되는 장치는 예컨대 근로자의 행동과 작업성과를 기록할 수 있는 기기와 연결된 모니터 화면, 이메일 전송 내역을 확인할 수 있는 프로그램, 개별 사용자의 비밀번호에 의해 작동되고 사용정보가 기록되는 복사기, 사용기간이 저장되는 인터넷 연결망, 시각기록기 등을 들 수 있을 것이다.<sup>483)</sup> 이 제도는 근로자들의 실시간 위치를 파악하여 업무수행 상황을 확인하려는 것이 아니므로, 실시간 확인가능한 정보보다는 상당 시간 축적된 전체적인 양적 자료를 필요로 한다. 그러므로 예를 들어 위치추적<sup>484)</sup> 등과 같이 사생활 침해가 막대하면서 실시간 확인 기능이 강조되는 방법을 사용할 필요성은 떨어진다고 하겠다.

유사한 취지로 종전에 ‘근로시간 기록제도’ 또는 ‘출퇴근시간 기록제도’ 등이 포괄임금제 개선을 위한 대안으로 주장된 바 있기는 하다.<sup>485)</sup> 그런데 본 논문에서 제안하는 경보체계는 후술하는 것과 같이 근로시간 기록제도에 전문가와의 면접·상담 절차를 추가하여 근로조건의 조정 문제에서 더 나아가 산업안전보건 제도로써 구상하였다는 점에 그 특징이 있다.

## 2) 경보체계 관리자의 선제적 알림 또는 근로자의 요청

자동적 시스템을 이용하여 기록된 정보들을 근거로 하였을 때 근로시간이나 업무량 등의 측면에서 이미 설정해 놓은 자체적인 기준을 초과하는 근로

483) 박귀천, 앞의 글, 249면에서 언급한 장치들을 참조하였다. 다만 위 글에서 언급된 장치들 중 업무처리 시각이나 시간 외에 ‘구체적인 통신의 내용’까지 기록되게 하여 지나치게 개인정보를 침해할 가능성이 있는 장치들이나 철저하게 업무의 성과를 평가하기 위한 측면이 강한 장치들은 배제하였다.

484) 국가인권위원회의 정보통신기기에 의한 노동인권 침해 실태조사에 의하면, 다양한 형태의 정보통신기기 중 ‘GPS를 통한 위치추적’이 사생활 침해 정도가 가장 심각하다고 한다(강현철 외, 『정보통신기기에 의한 노동인권 침해 실태조사』, 국가인권위원회, 2013, 83면).

485) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 237면; 이문호·노광표·곽상신, 『사무직 근로자의 근로시간 실태조사 및 개선방안 연구-IT 업종을 중심으로-』, (사)한국노동사회연구소, 2013, 108면.

자가 발견되었을 경우, 정보체계의 관리자(이하 ‘관리자’. 이때의 관리자는 사용자와 다르며, 사업장에서 독립적·중립적 존재여야 한다)는 그 근로자에게 ‘건강상 어려움이 있지는 않은지, 건강상 변화가 있지는 않은지, 최근 업무에 특이사항이 있었는지, 혹시 의사와의 상담을 원하는지’ 등에 대해 선제적으로 물어본다. 물론 근로자는 관리자가 이와 같이 먼저 물어보지 않더라도 자신이 원하는 경우 산업보건과의 상담을 신청할 수 있다. 이는 검사 결과 스트레스가 높은 것으로 판정되는 근로자여야 하는 등 일정 요건을 충족한 근로자가 신청하는 경우에야 의사에 의한 면접지도를 받을 수 있도록 한 일본의 스트레스 검사 제도와 다른 점이다.<sup>486)</sup>

둘 중 어느 경로로 인한 것이든, 근로자는 산업보건과의 면접을 통해서 자신의 근로시간이나 업무량, 건강상태 등을 확인하고 상담하는 기회를 갖게 된다. 이때 근로자는 자신의 근로에 관하여 기록, 보관된 자료를 전부 확인할 수 있다.

### 3) 사용자에게 대한 통지 여부 결정

근로자가 산업보건과의 상담을 하면, 산업보건과는 근로자의 의견과 자신의 전문적 판단에 따라 당시 근로자가 직면한 상황을 ‘어떠한 시정조치가 필요한 상황’으로 보아 사용자에게 그에 상응하는 조치가 필요하다고 의견을 제시할 것인지, 말 것인지를 결정한다. 이때 산업보건과는 근로자의 동의를 받아야만 사용자에게 근로자의 상태, 상황을 알릴 수 있다.

그리고 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시가 원청사업주의 지시, 요청, 주문이나 원청사업주와 사용자(하청사업주) 사이의 약정에 근거하는 경우 원청사업주 또한 근로자의 정신건강 침해에 있어 의무와 책임을 갖는다고 할 수 있으므로, 사용자는 문제 상황을 야기하는 데 일조하였다고 볼 수 있는 원청사업주에 대해 근로자의 상태 및 조치 결과 등에 관해 통지할 수

<sup>486)</sup> 김명중, “일본 스트레스 검사 제도의 개요”, 『국제노동브리프』 2015년 3월호, 한국노동연구원, 2015, 95-96면.

있다고 할 것이다.

#### 4) 사용자에게 공개할 자료의 유형과 범위의 결정

근로자와 산업보건의가 사용자에게 근로자의 상태를 알리기로 정한 경우, 그 소명에 필요한 자료의 유형과 범위는 근로자가 명시적으로 서면 동의한 내용에 한해서만 제시할 수 있도록 한다. 이때 근로자의 포괄적 동의는 무효로 하고, 수집된 근로자의 자료들의 개별적 목록을 제시하며 근로자의 동의를 받아야만 사용자에게 자료를 제시할 수 있다.

그리고 사용자는, 근로자의 동의하에 열람한 자료를 근로자에 대한 평가나 불리한 처분의 자료로 이용하거나, 근로자의 동의 없이 자료를 사용할 수 없다. 일본의 스트레스 검사 제도에서도 근로자의 프라이버시 및 개인정보에 대한 보호를 우선으로 하고 있으며, 근로자가 안심하고 참가할 수 있도록 실시자와 본인 이외에는 사업자를 포함하여 예외 없이 정보제공을 인정하지 않도록 하고 있다.<sup>487)</sup>

#### 나. 도입 및 운용상 요건

위 제도를 법으로 규정하는 것과 실제 노동 현장에서 구체적으로 어떠한 기기, 장치를 사용하며, 근로와 관련된 어떠한 사항까지 기록하고 수집하도록 할 것인지 등을 결정하는 것은 별개의 문제이며, 사업장마다 다르게 정해질 수 있는 부분이다. 그리고 근로자의 정신건강이 침해되는 것을 방지할 수 있는 근로환경을 조성하는 것은 근로조건에 포함되는 사항이기도 하다.<sup>488)</sup>

487) 김명중, 위의 글, 100-101면.

488) 근로조건이란 근로자의 노동관계상 모든 환경을 포함한다고 보아야 한다(박은정, “전자적 수단에 의한 사업장 감시시스템의 성격에 대한 노동법적 고찰”, 『노동정책연구』 제7권 제4호, 한국노동연구원, 2007, 225면). 이 때의 환경에는 인적 환경 및 물적 환경, 정신적 환경 및 경제적 환경, 근로에 관한 회사 내부적 환경 및 외부적 환경, 시간적으로 현재의 환경 및 미래의 환경 등이 모두 포함된다고 보아야 할 것이다{신인령, 『깨끗한 공직사회를 위한 공무원 노조의 역할』

그러므로 정보체계를 도입하는 것은 근로조건을 변경하는 문제에 해당하는 바, 위 제도의 도입과 관련하여 근로조건 변경의 범리를 따라야 한다.

그런데 정보체계의 작동방식을 설명한 것과 같이, 전자적 시스템에 근거하여 예방용 알람을 받는 것까지는 위 제도 도입만으로 가능하나, 그 이후의 단계인 산업보건과의 상담, 사용자에게의 통보 및 시정조치 요청 등의 절차는 근로자의 선택에 따라 이루어진다. 그렇기에 제도 도입의 요건과 제도 운용의 요건을 나누어 살펴볼 필요가 있다.

### 1) 도입의 요건

정보체계의 도입은 단체협약의 체결로 도입할 수도 있고, 취업규칙의 변경으로 도입할 수도 있다.

#### 가) 단체협약에 도입하는 경우

먼저 협약자치의 원칙상 단체협약으로 위 제도를 도입하는 것은 가능하다. 그런데 위 제도가 개인정보를 활용한다는 문제 때문에 그 도입에 있어 근로자 개인의 개별적 동의 요부가 문제될 수 있다.

위 정보체계 시행에 따라 근로자의 근로에 관한 정보들이 기록될 수는 있으나 위 정보들은 산업보건의 등 중립적 제3자만 알 수 있고, 이들에게는 업무상 취득한 비밀의 유지의무가 있으므로, 위 정보의 이용, 수집에 있어 근로자의 개별적 동의가 없는 한 절대로 사용자에게 정보가 가지 않게 된다. 그렇다면 제도 자체의 도입 여부는 집단적 의사결정으로 정하면 족하다고 할 것이다.

한편 근로자 개인의 근로 관련 정보를 수집, 기록하는 것은, 개인정보보호법상의 정보<sup>489)</sup>를 취급하는 것에 해당하므로 근로자의 개별적 동의를 요

---

(박은정, 위의 글, 225면에서 재인용)}.

489) 개인정보보호법에서의 “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주

한다고 할 것이다. 그렇다면 제도 자체의 도입 여부는 집단적 의사결정방식에 따르되, 단체협약 상의 합의를 통해 사업장에 설치된 시스템을 통해 근로자 개개인의 근로 관련 정보를 수집, 기록을 시작할지 여부는 다시 개별적 동의를 받고, 처음에는 위 제도의 적용을 반대한 근로자도 자신이 원하면 언제든지 서면 동의를 하여 적용을 받는 것으로 하는 방법을 취할 수 있을 것이다.<sup>490)</sup>

## 나) 취업규칙에 도입하는 경우

### (1) 취업규칙 작성의무가 있는 사업장의 경우

노동조합이 존재하는 사업장은 현실적으로 많지 않다. 반면 취업규칙은 법에 의해 상시근로자 10인 이상 근로자를 두는 사업장이라면 명목상으로도라도 작성, 비치되어야 하는 것이므로(근로기준법 제93조) 위 경보체계는 취업규칙에 규정되는 경우가 현실적으로 더 많을 것이다.

일반적으로 취업규칙의 변경은 유리하게 변경하는 경우에는 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 들어야 한다. 취업규칙을 불리하게 변경

---

민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다(개인정보보호법 제2조 제1호). 근로자의 근로를 기록하는 수단으로는 폐쇄회로 텔레비전(CCTV), 무선주파수 식별기(Remote Frequency ID, RFID) 카드, 전사적 자원관리(Enterprise Resource Planning, ERP), 생체인식, 인터넷 이용 모니터링 및 체크, 위성항법시스템(Global Positioning System, GPS) 등이 있는데(박준식 외, 『사업장 감시시스템이 노동인권엔 미치는 영향』(2005년도 인권상황실태조사 연구용역보고서), 한국노동사회연구소, 2005, 26-36면), 이러한 기기들을 통해 취득하는 정보들은 위 법의 개인 정보에 해당한다.

490) 근로자 개개인의 근로 관련 정보를 수집, 기록하는 과정에서 개별적 동의를 받는 것은 개인정보보호법상의 요건이기도 하다. 현재 노동관련 법제에는 근로자의 개인정보를 총괄하는 일반법이 없어서 근로자의 근로관계에 관한 개인정보 처리에 있어 개인정보보호법이 적용되는데, 이 법은 정보 주체의 동의를 받을 것을 요건으로 하고 있다(개인정보보호법 제15조 제1항 제1호).

하는 경우에는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙 변경으로서의 효력을 가질 수 없다고 해석된다.<sup>491)</sup> 정보체계의 도입은 근로조건의 유리한 변경인가, 불리한 변경인가?

정보체계는 다음과 같은 이유로 근로조건의 불리한 변경이라고 보기는 어렵다. 비록 근로자의 개인정보가 기록되고 있다는 점에서 위 제도를 적용하는 것이 근로 환경을 불리하게 만드는 것이라고 볼 측면이 있기도 하나, 그 정보는 전자감시와는 달리 사용자가 당연히 접근할 수 있는 정보가 아니기 때문이다. 이 제도의 운용을 통하여 취득되는 근로자의 정보<sup>492)</sup>는 근로자의 정신건강 보호를 위하여 사용자에게 당해 근로자의 상태를 알리고 그에 맞는 적절한 조치를 취하도록 필요한 최소한의 범위 내에서, 근로자의 개별적 동의를 받아 전달되는 것이다. 사용자는 위와 같이 습득한 자료들을 근로자의 정신건강을 보호, 증진시키기 위한 목적 외에 근로자의 업무 능력이나 태도, 성과를 평가하는 데에 활용하거나 이러한 정보체계의 활용을 이유로 근로자에게 불리한 처우를 하지 못한다. 정보체계의 내용이 이와 같다면 근로자의 근로에 대한 기록, 보관이 해당 근로자의 다른 근로조건의 불리한 변동으로 연결될 것이라고 할 수는 없다.<sup>493)</sup>

그렇다면 본래의 취업규칙 변경에 관한 법리에 따라 이 제도의 도입에 있

491) 근로기준법 제94조; 대법원 2000. 9. 29. 선고 99다45376 판결, 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다25055 판결 등 참조.

492) 기본적으로는 출근시각(컴퓨터 작동 개시 시각), 퇴근시각, 업무수행 보고 시각, 업무수행 보고의 대략적 내용, 특정 업무에의 착수, 보고, 중간보고, 완료 등의 일련의 절차에 소요되는 시간, 쉬는 시간(정확상 쉬는 시간일 것으로 추정되는 시간), 폐쇄회로텔레비전(CCTV) 등의 촬영화면에서 나타나는 거동 등이 될 것이고, 업무의 특성과 사업 및 사업장의 환경 등에 따라 달라질 것이다.

493) 참고로 박은정, 앞의 글에서는 전자감시제도에 대해 근로조건의 불리한 변경으로 보고 있다. 그런데 본 연구에서 주장하려는 정보체계는 근로자의 작업시간을 확인함으로써 통제하려고 하는 것도, 근로자의 작업량을 늘리려는 것도 아니며 동료 간의 경쟁을 심화시키려는 것도 아니다. 근로자 개인이 부담하는 업무량이 많다고 판단되는 경우를 줄이고자 하는 것이며, 작업속도 증가로 인한 스트레스 문제를 경감시키려고 하는 것이이라는 점에서 분명히 구별된다.

어서도 근로자의 과반수로 이루어진 노동조합 또는 근로자의 과반수의 의견을 듣는 것으로 족하다고 할 것인가? 이 부분은 조금 고민이 필요하다. 왜냐하면 불리한 취업규칙 변경이 아닌 경우에는 과반수로 이루어진 노동조합 또는 근로자의 과반수의 의견을 듣는 것으로 족한 것으로 보는 법리가 오랜 시간 정착되어 오긴 하였으나, 사실 취업규칙은 사용자가 일방적인 제정 및 개정 권한을 가지므로, 근로조건 대등결정의 원칙에 반한다는 점에서 규범적 정당성과 취약함을 갖고 있기 때문이다.<sup>494)</sup>

그리고 이 경보체계의 경우 전자적 노동감시와 방법적 유사성이 있기 때문에 사용자 입장에서는 경보체계와 노동감시를 명확히 구별하지 않고 기재할 우려가 있기도 하다.<sup>495)</sup> 그 경우 단순히 근로자의 의견을 청취하는 것만으로는 위 경보체계에 관한 조항이 사용자의 오남용 가능성을 갖고 있는 형식으로 취업규칙에 기재될 수 있는 문제를 시정하지 못한다. 그러므로 경보체계의 도입이 근로조건의 불이익 변경은 아니라고 하더라도 근로자 과반수의 집단적 동의절차를 거치는 것이 요구된다고 할 것이다.<sup>496)</sup>

## (2) 취업규칙 작성의무가 없는 사업장의 경우

노동조합도 없고, 취업규칙 작성·신고 의무도 없는 사업장(상시 근로자 10명 미만의 사업장)의 경우에는 어떠한가? 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에는 취업규칙(제9장)에 관한 규정이 전부 적용되지 않으므로(근로기준법 시행령 별표 1), 상시근로자 5명 이상 사업장 중에서 취업규칙의 작성·신고 의무를 부과하지 않는 상시 근로자 10명 미만의 사업장(법 제93조)의 경우가 문제된다.

494) 신권철(2016), “취업규칙을 넘어 - 판례 법리와 그 비판-”, 『노동법연구』 제41호, 서울대학교 노동법연구회, 2016. 18면.

495) 실제로 노동감시와 관련한 문제들 중에는 도난방지, 사업장의 안전·보건관리 등의 정당한 목적을 갖고 도입되었던 제도가 나중에 사용자에게 대한 인사평정 자료로 쓰이는 등 목적 외로 사용되는 문제되는 경우들이 많다.

496) 신권철(2016), 앞의 글, 18면.

그런데 취업규칙의 작성·변경에 관한 행정법적 신고의무 규정이 적용되지 않는다고 하여 취업규칙 변경의 효력 요건에 있어 10인 이상 사업장의 경우와 10인 미만 사업장의 경우를 다르게 볼 논리적 이유가 없다고 할 것이므로, “취업규칙에 관한 제 규정들은 원칙적으로 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여 적용하되, 다만 10인 미만의 영세한 사업장에 대하여는 취업규칙의 작성·변경에 관한 신고의무 규정 및 신고의무의 불이행에 관한 벌칙규정만을 적용하지 않겠다는 것으로 해석해야 할 것”이다.<sup>497)</sup>

그리고 취업규칙이 근로조건 준칙으로서의 성격뿐 아니라 복무규율로서의 성격도 갖는 관계로 취업규칙 신고의무가 없는 소규모 사업장도 복무규율로서의 성격을 강하게 갖는 취업규칙을 작성·활용하고 있을 수 있다. 이 경우 소규모 사업장의 근로자들이 대규모 사업장의 근로자들보다 사용자에 대해 집단적으로 갖는 협상력이 더 약할 것이므로 취업규칙의 변경이 일방적으로 더 수월하게 강행될 가능성이 높아 오히려 취업규칙의 변경을 더 엄격히 보아야 할 측면이 있다고 할 것이다. 그러므로 상시근로자 5명 이상 10명 미만 사업장에서 경보체계를 도입하는 경우에도 마찬가지로 근로자집단의 집단 의사 결정 방법에 의한 동의가 필요하다고 할 것이다.

이와 달리 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업(장)은 취업규칙에 관한 제 규정들이 적용되지 않으므로, 사용자의 청약과 근로자의 승낙이 수반되어야 규범력을 부여할 수 있다고 할 것이다.<sup>498)</sup> 그렇다면, 4인 이하 사업장에서는 위 경보체계를 취업규칙이 아닌 근로계약을 통해 도입할 수 있을 것이다.

그런데 일반적으로 근로계약에서 근로자의 동의는 노동관계의 종속성 때문에 그 진의를 의심하지 않을 수 없다. 보통 근로계약서라는 것이 현실에서는 사용자가 제시하는 서식에 근로자가 서명날인하는 경우로 작성

---

497) 같은 취지로 대구지방법원 2004. 5. 21. 선고 2003가합4727 판결.

498) 고용노동부, 상시 10인 미만 사업장의 취업규칙의 효력에 관한 자문 및 검토 결과(2005. 12. 22, 근로기준팀)



되는 경우가 대부분이어서 더 문제가 된다. 앞서 언급한 바와 같이, 비록 경보체계가 근로자의 정신건강을 보호하기 위한 제도임에도 그 운용에서 나타나는 방법적 특성상 노동감시와 구별되기 어려울 수 있는데, 사용자가 근로계약서에 이러한 차이를 구별하지 않고, 포괄적으로 기재할 가능성을 배제할 수 없으며(예를 들어 한 개의 조항에 두 체도를 같이 규정하고 있는 경우 등), 이때 사실상 협상의 여지가 거의 없는 근로자가 개별적으로 항목별 의사합치를 이루기는 어려울 것이다.

그러므로 경보체계의 도입을 근로계약의 내용으로 하기 위해서는 경보체계의 내용, 목적, 전자감시제도와 차이점 등에 관하여 설명할 의무를 부과하도록 하고, 위와 같은 설명이 없는 상황에서의 동의는 무효로, 그리고 전자감시제도와 포괄적 동의를 받은 경우의 그 동의 또한 무효로 해석하는 법리를 구축하는 것이 필요하다.

## 2) 개별적 운용의 요건

### 가) 경보발령자(관리자)가 근로자에게 근로자의 상태 통지

경보발령자(관리자)가 근로자에게 그 근로자의 상태를 알리는 데에 있어서는 소정의 알림 발령 기준을 충족하면 족하다고 할 것이다. 다만, 근로자의 정보 수집이 전제되어야 하므로, 근로자로부터 위 경보체계의 적용을 받을 것이라는 점에 대해 서면 동의를 사전에 받아야 한다. 이 동의는 개인정보수집에 관한 개인정보보호법상 요건이기도 하다(제15조).

### 나) 산업보건이가 사용자에게 근로자의 상태 통지

산업보건이는 객관적인 근거 자료들과 근로자와의 면접을 바탕으로, 근로자의 상태나 상황이 업무 상황을 재고해 보아야 할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는 소정의 기준을 충족하였을 경우, 근로자의 서면 동의를 받아 사용자

에게 근로자의 상태를 통지한다.

다) 산업보건이 사용자에게 근로자의 근로 관련 자료 열람의 허용

경보체계를 도입할 것인지와 위 제도 도입으로 설치한 디지털 기기들을 이용하여 습득한 자료들을 근로자의 건강 보호를 위해 필요한 조치를 취하기 위하여 사용자에게 공개할 것인지도 별개의 문제이다.

산업보건은 사용자에게 필요한 조치를 취하도록 필요한 범위 내에서 사용자에게 관련 정보를 제공해야 하는 경우에, 자료 각 항목마다 근로자의 개별 서면 동의를 받도록 해야 한다. 이 역시 수집된 개인정보를 제3자에게 제공할 때의 요건이기도 하다(개인정보보호법 제17조 제1항 제1호). 그런데 위 제도에서 수집된 모든 정보가 반드시 사용자에게 제공되어야 하는 것은 아니기 때문에 근로자에게 정보를 선별할 권한을 부여하는 것이 매우 중요하다. 그렇기에 이때의 동의는 수집된 정보를 상세하게 분류한 후, 각 항목별로 서면으로 받아야 할 것이다.

라) 원청사업주에 대한 사업주의 통지

과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시가 원청사업주의 지시, 요청, 주문이나 원청사업주와 사용자(하청사업주) 사이의 약정에 근거한 경우에는, 그 원청사업주도 문제 상황을 야기하는 데 일조하였다고 볼 수 있다. 그러므로, 이때 사용자는 위 경보체계에 따른 결과에 근거하여 업무수행 중이던 근로자의 업무를 중단시키거나 다른 근로자에게 배정시키는 등의 조치를 하면서, 동시에 담당 근로자의 상태를 원청사업주에게까지 통지할 수 있다. 이때 통지를 하기 위한 요건은 원청사업주가 그 근로자의 상태를 야기하는 데 상당한 영향을 미친 경우여야 할 것이다.

예를 들어 특정 원청사업주와 사용자 사이의 거래조건이나 원청사업주의 주문 등이 근로자의 정신건강을 침해한 주 원인으로 작용하였음을 근로자가

인정하고 있고, 실제로 근로자의 근로 기록 등에 비추어 보았을 때 그 원청 사업주로부터 주문받은 업무를 위해 사용된 시간이 연속적이거나 누적 근로 시간 중 높은 비중을 차지한 경우 등에 가능하다고 할 것이다.

#### 다. 면접지도 시간의 근로시간 해당성

한편 근로자가 의사와 상담하고 지도를 받는 시간이 근로시간에 포함될 수 있는지가 문제된다.

참고로 안전보호구 착용에 소요되는 시간의 근로시간 해당성과 관련한 학계에서의 해석론에 따르면, “안전보호구를 착용하는 것이 산업안전보건법상 의무일 뿐만 아니라 재해방지, 작업능률 향상 등을 위한 것으로서 작업 개시에 필요불가결한 행위이므로”<sup>499)</sup> 위 보호구 착용 시간이 근로시간에 포함된다. 산업보건의의 면접지도도 산업안전보건법에서 정한 건강확보 조치의무 실현의 일환이자, 지속가능한 노동을 위해<sup>500)</sup> 필요한 조치라는 점에서 물리적 위험으로 인한 육체적 건강장해 발생 방지를 위한 안전보호 착용 행위와 다르지 않다. 그러므로 면접지도에 소요되는 시간은 근로시간으로 보아야 할 것이다. 다만 위 시간은 경보체계에서 장시간 근로 판단에 있어서 산정되는 근로시간에는 산입되지 않는다.

이러한 의사와의 면접 시간은 ① 경보체계에 따른 알림을 받고 산업보건의와의 면접지도를 권고받은 근로자가 산업보건의의 면접지도를 받은 경우와 ② 근로자가 경보체계의 작동과 상관없이 자발적으로 산업보건의에게 면접지도를 신청하여 받은 경우로 구별될 수 있다. ①의 경우는 근로자가 먼저 주도적으로 신청하지 않은 경우이고, ②의 경우는 근로자가 먼저 주도적으로

499) 이병태, 『최신 노동법』 제8전정판, (주)중앙경제, 2008, 773면.

500) 노동존중 이념을 천명하였다고 평가되는 2018년 대통령 발의 노동헌법 개정안도 노동하는 인간이 소모품으로 전락하고, 소모될 때까지 생존을 위해 경쟁해야 하는 사회는 지속가능할 수 없다는 인식에 기초해 있었다{한인상(2017), “노동헌법 개정안 제안”을 중심으로”, 제1토론문, 『노동헌법을 논(論)함』자료집(2017. 9. 20.)}, 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017, 129면}.

신청한 경우이다. ①의 경우는 어느 정도 객관적으로 근로자의 과중 업무 수행 상황이 소명된 상태에서, 근로자 스스로도 심각하게 인지하지 못하여 위험 상황을 야기하거나 악화시킬 수 있는 가능성을 방지하기 위해 제도적으로 산업보건과의 면접을 강권한 결과 이루어지는 면접인 반면, ②의 경우 근로자의 자율적인 신청에 따라 이루어지는 면접이기 때문에 두 경우를 달리 보아야 하는지의 문제가 발생할 수 있다. ②의 경우 극단적으로는 근로자가 자가진단에 근거하여 근로시간의 상당 부분을 산업보건과의 빈번한 면접으로 채울 가능성도 배제할 수는 없기 때문이다.

경보체계의 알림에 따라 근로자가 신청하게 되는 면접지도 외에 근로자 스스로 필요성을 인지하여 신청하는 면접지도도 근로자의 정신건강 보호를 위해 수시로 필요한 조치가 행해지는 것을 가능하게 한다는 점에서 바람직하다는 점을 부정할 수는 없을 것이다. 다만, 면접지도 기회를 지나치게 자주 활용하여 본 업무 수행에 중대한 차질이 일어나게 되는 경우를 방지하기 위해서는 근로시간으로 인정되는 정기적인 산업보건의 면접지도 기회 활용 시간을 사업장 또는 업무의 특성을 고려하여 근로자들의 참여하에 자치적으로 규정하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

#### 4. 운용 방안

##### 가. 운용 주체

위 경보체계의 운용 주체는 사용자 아닌 중립적인 주체가 해야 할 것이다. 이것이 감시제도와 분명히 구별되는 점이다. 운용의 주체는 기록, 관리의 주체, 근로자와의 면접 주체, 사용자에게 고지 주체로 구분할 수 있다. 누가 그 주체가 될 수 있을까? 사업장의 산업안전보건 문제와 관련하여 사용자 아닌 자로 생각해볼 수 있는 자는 사업장의 보건관리자, 보건책임자 등이다. 그런데 이들도 중립적인 위치에 있는 자들은 아니다.

## 1) 근로에 관한 기록, 관리 주체-가상의 관리자

본 논문에서는 근로자의 근로에 관한 기록, 관리의 주체를 자동화된 시스템 상의 가상의 관리자로 두는 것을 제안하고자 한다. 정보통신기술은 양면적 성격을 갖는다. 새로운 위험을 야기할 수도 있고 몇몇 분야에서 부정적 의미로 근로자를 대체하기도 한다. 그런데 다른 한편으로는 막대한 정보를 이용하여 산업안전보건관리를 위해 적절한 결정을 할 수 있게 도와줄 수 있다는 점에서 위험 관리 및 재해 예방의 영역에서 기회가 될 수도 있다.<sup>501)</sup> 인공지능(Artificial Intelligence)은 이미 의학 진단 등과 같은 분야에서 근로자의 안전과 건강을 위해 사용되고 있기도 하다.<sup>502)</sup>

일본의 스트레스 검사 제도에 관한 논의에서도 유사한 논의가 있었다. “① 사업자 및 실시자가 개인정보 보호와 날조 방지(안전성 확보)를 위한 시스템을 정비하고, 그 시스템에 근거하여 실시자가 개인의 검사 결과를 적절하게 보존하고 있는 경우, ② 본인 이외에 개인의 스트레스 검사 결과를 열람할 수 있는 자가 제한되어 있는 경우(실시자 이외에는 열람할 수 없도록 되어 있음), ③ 상기 실시자의 역할이 주어져 있는 경우”에 정보통신기술을 활용한 시행이 가능할 수 있음을 시사하고 있다.<sup>503)</sup> 경보체계에서도 위와 같은 기술적 요건이 뒷받침되는 경우 가상의 관리자를 두는 방식이 불가능하지 않을 것이다.

근로자의 근로에 관한 기록은 원칙적으로 근로자 외에 다른 사람이 접근할 수 없도록 해야 한다. 사용자는 근로자의 동의 없이 근로자에 관한 기록에 접근할 수 없다. 이는 마치 웹페이지 관리자도 개인정보보호를 이유로 회원의 비밀번호를 알지 못하는 것과 같다. 반면 근로자는 자신의 근로 관련 기록을 언제든지 열람할 수 있다. 이는 웹페이지 회원이 자신의 접속일시, 게시물, 게시시각 등을 확인할 수 있는 것과 같다. 다만 근로자는 자신의 근

<sup>501)</sup> ILO(2019), *op.cit.*, p.30-31.

<sup>502)</sup> IBM. 2016. What is Watson?, <http://www.ibm.com/smarterplanet/us/en/ibmwatson/what-is-watson.html> 최종접속일: 2020. 5. 11.; Ibid, p.30.

<sup>503)</sup> 김명중, 앞의 글, 103면.

로에 관한 기록이라도 스스로 수정, 변경할 수 없다. 이는 홈페이지 회원이 자신의 접속일시, 게시물 게시시각을 변경할 수는 없는 것과 같다.

그리고 이 기록, 관리의 주체는 선제적으로 근로자에게 주의, 경고 등의 알림을 줄 수 있어야 한다. 누적된 기록을 통해 당해 근로자가 소정의 기준을 충족하면 자동적으로 근로자에게 알림이 가도록 하는 것이다. 이 소정의 기준을 무엇으로 정할지는 사업장의 특성에 따라 정해져야 할 것이나 기본적으로 그 기준이 근로시간에 관한 규율을 위반하는 수준으로 정해지면 안 될 것이라는 점은 분명하다.

## 2) 근로자와의 면접 및 사용자에 대한 문제제기 주체 - 산업보건의

근로자와의 면접 주체는 산업보건의가 되어야 한다. 현행법하에서 산업보건의는 근로자 건강진단 결과의 검토 및 그 결과에 따른 작업 배치, 작업 전환 또는 근로시간의 단축 등 근로자의 건강보호 조치, 근로자의 건강장애의 원인 조사와 재발 방지를 위한 의학적 조치, 그 밖에 근로자의 건강 유지 및 증진을 위하여 필요한 의학적 조치에 관하여 고용노동부장관이 정하는 사항 등을 수행하도록 되어 있다(법 제22조 제2항, 시행령 제31조 제1항).

위 정보체계 내에서 산업보건의가 근로자에 관한 근로 기록과 상담 등을 통해 확인한 자료들을 바탕으로 사용자에게 근로자의 상황을 알리고 적절한 조치를 강구하는 것은 위에서 규정하고 있는 위 조항 제1호상의 근로자 건강보호 조치에 해당한다. 그러므로 산업보건의가 근로자와의 면접 및 사용자에 대한 문제제기 주체가 되는 것은 타당하다고 할 것이다. 다만, 산업보건의의 독립성과 중립성, 비밀유지의무가 고도로 담보될 수 있는 방안이 새로운 과제로 대두된다.<sup>504)</sup>

### 나. 판단 기준

---

<sup>504)</sup> 현행 산업보건의가 갖는 한계점 및 개선방안에 관한 구체적인 내용은 III. 1.항에서 다루기로 한다.

## 1) 최초 알림의 기준

경보 발령 여부를 판단하기 위한 기준은 어떠해야 할까? 그 기준은 객관적 요인에만 근거해야 할까? 아니면 다른 근로자와의 비교에 따른 상대적 평가도 고려할 수 있는 것일까?

근로자에게 알리는 최초 알림의 의미는 ‘당신, 지금 괜찮냐’고 묻는 것이다. 경보는 사후적, 최종적 평가로서가 아니라 예방의 의미로 발령하는 것이므로 객관적인 지표가 어느 수준에 다다르면 알림을 하는 방식으로 작동되도록 해야 할 것이다.

업무상 재해 해당성 판단에서, 일상적인 업무로 인한 심리적 부하가 다수이거나 상당 기간 누적된 경우에는 발병 이전부터 장기간 누적된 일상적 업무들의 총량에 대한 심리적 부하가 존재하였는지를 확인하여야 하는 것처럼,<sup>505)</sup> 예방의 단계에서도 유사한 접근을 할 수 있다.

이와 관련하여, 과로사의 업무상 재해 해당성 사법심사에서 기준이 되는 자료를 그 기준으로 참조할 수 있을 것이다. 대표적인 자료로는, 현행 뇌혈관 질병 또는 심장질환의 업무상 질병 해당성 인정기준인, 산재보험법 시행령 별표 3 제1호의 가목 및 그것을 구체화한 ‘뇌혈관 질병 또는 심장질환 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항’(고용노동부 고시 제2017-117호)을 들 수 있다. 위 기준은 본래 ‘뇌혈관 질병 또는 심장질환 및 근골격계 질병’이 업무로 인한 것인지를 판단하기 위해 사용되는 기준이지만 여기에서의 아이디어를 사전예방 차원에서도 활용할 수 있다.

물론 적정한 알림 판단의 기준은 사업장의 구체적 상황과 업무의 특성에 맞게 설정해야겠지만, 예를 들어 ① ‘어떤 근로자의 근로시간이 평가 기준 시점이 해당하는 주 직전 12주간의 1주 평균 근로시간보다 30 퍼센트 이상 증가한 경우’에 그 근로자에게 자동적으로 알림이 가도록 하는 것이 방법이나,<sup>506)</sup> ② 평가 기준시점 직전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간(발병

<sup>505)</sup> 이경희, “정신질환의 업무상 재해 인정 기준: 기존 정신질환 악화의 업무기인성 판단을 중심으로”, 『산업관계연구』 제26권, 한국고용노사관계학회, 2016, 20-21면.

전 4주 동안 1주 평균 64시간)을 초과하는 경우와 직전 12주 동안 1주 평균 업무시간이 52시간을 초과하는 경우에도 알림이 가도록 하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다.<sup>507)</sup> 또한 ③ 위 경보체계에서 누적 근로시간을 계산할 때 오후 10시부터 익일 6시 사이의 야간근무는 주간근무의 30%를 가산한 시간으로 계산하는 방법<sup>508)</sup> 등도 활용할 수 있을 것이다.<sup>509)</sup>

위 기준들은 모두 예시적 기준으로 사업장의 구체적 상황에 따라 탄력적으로 적용할 수 있을 것이고, 이때 근로자의 참여가 보장된 절차를 거쳐 결정하도록 하는 것이 바람직하다.<sup>510)</sup> 다만 근로기준법을 비롯하여 노동법은 최소한의 기준을 정한 것이고, 노동법이 갖는 노동보호법으로서의 이념은 근

506) 위 고용노동부 고시 I. 1. 나. 참조. 산업재해보상보험법 시행령 별표 3 제1호 가목 2)에서 인정하는 업무상 질병인 “업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등으로 발병 전 단기간 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우”의 기준을 그와 같이 정하고 있다.

507) 위 고용노동부 고시 I. 1. 다. 참조. 산업재해보상보험법 시행령 별표 3 제1호 가목 3)에서 인정하는 업무상 질병인 “업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 부담을 유발한 경우”의 기준을 그와 같이 정하고 있다.

508) 위 고용노동부 고시 I. 1. 라 참조.

509) 일본이 심리적 부하에 의한 정신장애를 인정하는 과정에서도 유사한 방법을 사용하고 있음을 확인할 수 있다. 일본에서는 근로자에게 국제질병분류 제10회 수정판(International Classification of Diseases, ICD-10)의 F2(schizophrenic, 조현병), F3(mood disorder, 기분장애), F4(neurotic disorders, 신경성 장애)에 분류된 정신장애가 발병하였을 경우, 그 정신장애가 업무와 관련하여 심리적 부하로 인해 발병한 것으로 인정하기 위한 요건을 다음과 같이 정해두고 있다. 우울증 등의 발병일로부터 기산하여 직전의 1개월간 대략 160시간을 초과하는 시간외 근로를 한 경우 등에는 이를 ‘극도의 장시간 근로’라는 특별한 사건으로 보아 해당 ‘극도의 장시간 근로’에 종사했던 것만으로 심리적 부하의 종합평가를 ‘강’으로 하고 있다. 그리고 스트레스 검사 제도에 따른 심리적 부하의 정도가 ‘중’ 수준이라고 하더라도 발병일로부터 직전 연속 2개월간에 1개월 당 약 120시간 이상의 근로가 있었던 경우나, 직전 연속 3개월간에 1개월 당 약 100시간 이상의 근로가 있었던 경우 강한 심리적 부하가 발생한 것으로 보고 있다.〔‘심리적 부하에 의한 정신장애의 인정기준에 대하여’(번역, 基發1226제1호 2011년 12월 26일)〕(권혁 외, 앞의 보고서, 126면에서 재인용)}.

510) 근로자의 참여와 관련한 구체적인 내용은 후술한다.



로조건에 속하는 근로환경 및 산업안전보건에 관한 사항의 규율에 있어서도 적용된다고 할 것이므로, 위 고시상의 기준보다 더 엄격한(근로자에게 더 불리한) 기준으로 설정될 수는 없을 것이다. 그리고 근로시간 외에도 자동적 시스템에 의해 고려될 수 있는 다른 요소들(비교적 객관화할 수 있는 요소들)이 있는 경우 함께 반영되도록 해야 할 것이다.

## 2) 사용자에게 대한 통지 여부 판단 기준

산업보건의는 근로자와의 면접 결과와 여러 기록들을 바탕으로 한 자신의 전문적 판단에 근거하여, 근로자의 정신건강 상태가 사용자에게 알릴 수준인지 아닌지를 판단하여야 한다.

이때의 판단 기준은 앞서 객관적 지표들만으로 판단했어도 무방했던 최초 알림의 기준과는 다른 접근이 필요하다. 앞서 보았던 최초 알림의 기준은 근로자가 실제로 정신적 고통을 느끼고 있는지는 알지 못하지만, 객관적인 지표에 비추어 경험칙 또는 사회통념상 근로자가 힘들 수 있는 상태에 놓일 개연성이 상당한 경우에 주의를 주고, 마침 그 시점에 실제로 근로자가 힘들어 하고 있으면 부담 없이 상담을 받아볼 수 있도록 알리는 것이었기 때문에 비교적 확실적인 기준으로 접근할 필요가 있었다.

반면, 이 단계는 근로자와의 면담을 비롯하여 근로자에 대해 충분히 조사, 검토한 이후 사용자에게 대해 통지를 할 것인지를 결정하는 단계이다. 사용자에게 근로자의 건강 상황을 통지하였을 경우, 그 후속 조치는 사용자의 업무 지시를 비롯한 경영권, 노무지휘권 등의 행사에 영향을 줄 수 있는 것이기 때문에 산업보건의는 ‘근로자의 상태’를 중요하게 고려하고 신중하게 판단해야 할 필요가 있다.

예를 들어, 제3자가 보았을 때 근로자가 힘들 수 있는 상황에 있는 것으로 보이더라도(같은 처지에 있는 근로자가 합리적인 사람이라면 정신건강의 침해를 입었으리라 예상되는 객관적 상황의 존재) 정작 그 근로자는 정신적 고통을 느끼지 않는다고 하는 경우가 있을 수 있다. 반대로 제3자가 보았을

때 근로자가 힘들 수 있는 상황에 있는 것처럼 보이지 않거나 예상되지 않더라도 근로자는 심한 정신적 고통을 겪고 있는 경우도 있을 수 있다.

근로자가 실제로 정신적 고통을 느끼지 않는 경우라면 사용자에 대한 통지가 필요하지 않다. 반면 같은 처지에 있는 합리적인 근로자라면 정신건강의 침해를 입었으리라 예상되는 객관적 상황이 명확하지 않더라도 근로자가 심한 정신적 고통을 겪고 있다고 호소하는 경우에는 객관적 상황만으로 근로자에 대한 조치의 필요성을 쉽게 부정할 수는 없고, 다른 요소들을 함께 신중히 고려하여야 한다. 이때 합리적인 근로자가 보았을 때 정신건강 침해가 발생하지 않았으리라는 점이 명백한 경우가 아닌 한, 근로자의 관점에서 여러 요소를 종합적으로 고려해야 할 필요가 있다.

그리고 근로자가 대외적으로 정신적 고통을 호소하지 않고 괜찮다고 표현하는 경우에도, 그것이 혹여 자신이 정신적 고통을 호소함에 따라 추후 업무미완수에 대한 낙인이나 불이익한 인사평가 가능성, 또는 업무로부터의 반영구적 배제 등을 염려하여 그런 것은 아닌지도 유념해야 할 것이다.<sup>511)</sup>

그 밖에 예를 들어 ‘심리적 부검’에서의 발상법을 활용할 수도 있다. 근로자의 과거력, 근로자의 성격과 삶의 방식, 스트레스, 정서적 혼란이 있다면 그 반응 패턴과 주기, 상담 직전까지 겪었던 마음의 갈등, 대인관계, 습관·취미·식사 등의 변화 등을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이다.<sup>512)</sup>

다만 산업보건의가 위와 같은 사정들을 종합하여 사용자에게 근로자의 상

511) 이러한 판단 기준은 객관적인 상황과 함께 근로자가 고용 관계 내의 역학관계에서 느낄 수 있는 감정들을 고려하고 있다는 점에서, 직장내 성희롱 판단기준에서 활용되는 이른바 ‘피해자의 관점’과 유사한 측면이 있다. ‘피해자의 관점’에 대해 실시한 판례로는 대법원 2013. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 등 참조. 직장내 괴롭힘 판단 기준도 위 관점과 유사한 접근을 하고 있는 것으로 보인다 (권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 192-193면; 고용노동부(2019a), 앞의 매뉴얼, 14면). 다만 성희롱이나 괴롭힘에서의 피해를 호소하는 근로자는 반가치적 행위를 수동적으로 당한 위치에 있는 자인 반면, 정보체계 내에서 정신건강 침해를 호소하는 근로자는 건강한 상태의 유지와 지속가능한 노동의 계속을 위해 자신의 상황을 조정하려는 주체적인 측면도 가지고 있다는 차이도 고려되어야 할 것이다.

512) 강준혁, “심리적 부검 연구에 관한 논고: 한국 심리적 부검 연구방법에 대한 비판적 검토”, 『보건사회연구』 제35권 제2호, 한국보건사회연구원, 2015, 541면.

태를 알릴 필요가 있다고 판단하였더라도 근로자의 동의 없이는 사용자에게 이를 알릴 수 없다. 근로자가 업무의 조정 이외의 방식으로 상황을 해결하고 싶어할 수도 있기 때문이다. 예를 들어 야망이 있거나 일 욕심이 있는 근로자라면, 자신이 진단받은 상황이 객관적으로는 업무의 조정이 필요하다고 높 이 예상되는 상황이라 하더라도, 현재 자신이 맡고 있는 업무의 온전한 수행 을 통해 예상되는 결과를 기대하거나 과업 성취 후의 자기만족감 등을 이유 로 자신이 하던 업무가 조정되는 것까지는 원하지 않을 수 있다.<sup>513)</sup> 그러므 로 근로자의 의사가 존중되는 방식으로 후속 조치를 선택할 수 있게 해야 할 것이다. 다만, 근로자가 그 시점에는 곧바로 사용자에게 자신의 상황을 알리는 것을 원하지 않는다고 하더라도 추후 추가 알림 또는 근로자의 자율 적인 신청에 따라 산업보건과의 면접을 또 받을 수 있다는 점을 분명히 주지시켜야 할 필요가 있다. 한편 산업보건과는 이와 별개로 어느 경우이든 지 근로자에게 정신건강 상태를 호전시킬 수 있는 방향으로 관리 및 치료를 시행해야 한다.

### 3) 사용자에게 대한 정보 제공 판단 기준

산업보건과의 사용자에게 근로자의 상태에 대해 알리고, 필요한 조치를 요 청하거나 문제제기를 하는 과정에서 사용자에게 제공할 근로자 관련 정보는 전적으로 근로자의 명시적 동의가 있는 것들에 한한다.

---

<sup>513)</sup> Elke Ahlers, *op.cit.*, p.94.에서도 완전히 동일한 상황은 아니지만, 업무 관련 건 강 위협으로부터 보호하기 위한 규제와 근로자 개개인 나름대로의 “자기 이익 (self-interest)”에서 비롯된 과도한 업무 사이의 ‘딜레마’를 근로자 개인적 차원에서 나타나는 산업안전보건의 약점으로 지적하고 있다. 위 문헌은, 물리적 사업 공간을 바탕으로 한 일률적인 근로시간 규제가 단순히 디지털 시대가 가져온 업무 시공간의 유연화로 인해 적용되기 힘들다는 지적을 넘어(조직적 차원에서 의 약점), 때때로 근로자 중 이러한 유연한 근로시간 사용을 열망하는 자들이 있어 안전보건 조치로서의 금지나 제한이 개인의 자율성과 충돌할 수 있다는 점(개인적 차원에서의 약점)을 함께 지적한다.

#### 다. 소규모 사업장의 경우 제도 운용의 특수성

한편 소규모 사업장의 경우 이러한 제도 자체를 도입할 여력이 없을 수 있다. 이 정보체계의 운영에 있어서 특히 산업보건과의 채용이 기업에 현실적인 부담으로 작용할 수 있기 때문이다. 이에 차선책으로서 정보체계를 도입한 사업장 중 상시근로자수와 매출액 등 일정한 기준을 충족한 사업장의 경우 정부의 지원을 받을 수 있는 근거 규정을 도입하는 방안을 생각해볼 수 있다. 지난 20대 국회에서 근로자들의 정신건강 보호를 목적으로, 모든 근로자를 대상으로 근로자지원프로그램(EAP, Employee Assistance Program)<sup>514)</sup>의 시행을 의무화하고, 중소기업의 경우에는 국가에서 지원할 수 있도록 하는 근로복지기본법 개정안(의안번호: 23984, 신경민 의원 대표발의, 2019. 11. 28.)이 발의된 바 있었다(입기만으로 폐기). 위 근로자지원프로그램이 이른바 2차, 3차 예방에 가까운 근로자 건강보호 조치라면 정보체계는 1차, 2차 예방에 초점을 둔 조치로서 같은 맥락에서 국가의 지원을 받을 수 있도록 입법하는 것이 가능할 것이다.

그리고 이러한 소규모 사업장의 경우 위 정보체계에 따른 알림이 작동하는 경우 근로자뿐만 아니라 사용자에게도 동시에 알림이 갈 수 있도록 하는 방법을 고안하는 것이 더 효과적일 수도 있다. 소규모 사업장의 경우, 사업장 내에서 산업보건과의 면접지도를 기대하기 어렵고, 상시근로자의 인력 규모를 고려할 때 업무재배치 등의 조치가 현실적으로 실현되기 어려울 수 있으며, 이러한 방법보다 오히려 일시적인 휴식이나 마감기한의 조정 등의 방법을 취하는 것이 더 신속한 해결책이 될 수도 있기 때문이다. 그렇지만 이러한 특수성을 감안하더라도, 관할 지역의 근로자건강센터<sup>515)</sup>를 통해 산업보

<sup>514)</sup> 근로복지기본법 제83조에 근거하여 근로복지공단에서 상시근로자 수 300인 미만 중소기업을 상대로 직무영역(직무스트레스, 조직 내 관계 갈등, 업무과다), 개인 영역(건강관리, 정서/성격, 일 생활 균형), 기타 영역(채무/자산관리, 법률관계, 경력개발, 양성평등, 직장내 괴롭힘) 등 각 영역 전문가들과의 상담 및 코칭을 제공하는 프로그램이다(왕은자, “근로자지원프로그램(EAP) 제공기관의 상담 운영 실태 및 쟁점 탐색”, 『상담학 연구: 사례 및 실제』, Vol. 1., No. 2., 한국상담학회, 2016, 92면).

건의와의 면접지도 기회를 가질 수 있도록 하는 것은 필요하다.

그리고 이 경우, 현실적으로 소규모 사업장일수록 연월차 사용 등을 비롯하여 근로자가 자리를 비우는 행위 자체가 훨씬 더 어렵다는 점을 고려하면, 근로자가 근로자건강센터로 찾아가기보다 근로자건강센터에서 각 사업장으로 방문하도록 하는 것을 강제할 필요가 있다. 이를 위해서는 소규모 사업장의 경보체계가 근로자건강센터와 연동되어야 할 것이다. 이와 더불어 소규모 사업장에서도 근로시간으로 간주되는 ‘산업보건과의 면접지도를 위한 시간’을 마련해야 한다는 것은 다른 사업장들과 다르지 않다고 하겠다.

### Ⅲ. 기존 제도의 정비

지금까지 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인해 발생할 수 있는 근로자의 정신건강 침해 문제를 해결하기 위한 방안으로서 경보체계 도입을 논의하였다. 위 제도의 성공적인 실현을 위해서는 기존의 산업안전보건법상의 제도들이 위 제도의 도입과 함께 정비되어야 할 필요가 있다. 위 경보체계의 시행에 있어 주요한 주체로서 산업보건의의 존재를 언급한 바 있고, 위험성 파악과 적시의 적절한 대응을 위해서는 근로자의 개별적 참여뿐 아니라 집단적 참여가 매우 중요함을 지적하였다. 이에 이하에서는 차례대로 현행 산업보건의 제도와 근로자참여제도의 각 현황과 한계점을 살피고, 위 경보체계 도입과 관련하여 정비 또는 개선되어야 할 부분들을 살펴보기로 한다.

#### 1. 산업보건의

##### 가. 현행 제도의 한계

---

515) 후술하겠지만 산업보건의 의무 설치 대상 사업장이 아닌 사업장 소속 근로자의 건강보호를 위해 마련된 시설이 근로자 건강보호센터이다.

## 1) 일반적 한계

### 가) 산업보건의 수의 과소

먼저 현행 산업보건의 제도의 한계로, 산업보건의의 채용<sup>516)</sup>이 의무가 아니어서 사업장에 소속된 산업보건의의 수가 적다는 점을 들 수 있다.

의사가 사업장에 소속되는 경우는 보건관리자로서 채용되는 경우와 산업보건의로서 채용되는 경우이다. 보건관리자의 자격에 의료법에 따른 의사가 포함되어 있고(산업안전보건법 제18조, 시행령 별표 6), 보건관리자로 의사들 둔 경우에는 보건관리자가 산업보건의의 직무도 하도록 되어 있어(산업안전보건법 시행령 제22조 제1항 제5호), 산업보건의를 따로 선임하지 않아도 된다(산업안전보건법 제22조 제1항 단서).

그런데 보건관리자로 반드시 의사를 두어야 하는 사업장은 없다. 일정한 요건에 따라 상시근로자 2,000명 이상일 경우에(산업안전보건법 시행령 별표 5 제1호 내지 제22호에 해당하는 제조업 사업장), 또는 상시근로자 3,000명 이상일 경우에(제23호에 해당하는 제조업 사업장), 또는 상시근로자 5,000명 이상일 경우에(제24호 내지 제44호에 해당하는 비제조업 사업장) 보건관리자를 2명 이상 채용하되, 그 중 1명은 반드시 의사 또는 간호사여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

산업보건의 제도의 경우 산업안전보건법에서는 보건관리자를 두어야 하는 사업으로서 상시근로자 수가 50명 이상인 사업장에 대해 선임하도록 규정하고 있기는 하나(시행령 제29조 제1항), 1997년 제정된 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법에서는 위 산업안전보건법상 규정에도 불구하고, 산업보건의를 채용·고용·임명·지정 또는 선임(이하 ‘채용’이라고만 한다)하지 아니할 수 있다고 규정하고 있다(제28조 제1항 제1호).<sup>517)</sup>

516) 여기에서의 채용은 채용·고용·임명·지정 또는 선임 등을 모두 통칭하는 표현으로 사용한다.

517) 또한 위 법은 산업안전보건법상의 안전관리자나 보건관리자에 대해서도 겸직을 허용하거나(법 제29조), 중소기업에 대해서는 의무고용 요건을 완화하거나(제

이러한 근거 및 관계 조문들을 보았을 때, 사실상 사업장에 의사를 채용해야 할 의무 규정이 있는 것은 아닌 셈이라 할 수 있다.<sup>518)</sup> 그리고 그 외에 사업주가 의사를 채용함에 있어 재정적 부담을 갖는 점, 산업보건직의 자격을 갖는 의사(대표적으로 직업환경의학과전문의 또는 산업의학전문의 등)의 배출이 적은 점<sup>519)</sup> 등으로 인해 실제로 산업보건의를 두고 있는 사업장의 수가 매우 적은 것으로 확인되고 있다.

#### 나) 산업보건의의 권한 제한

보건관리자는 산업안전보건위원회 또는 노사협의체에서 심의·의결한 업무와 안전보건관리규정 및 취업규칙에서 정한 업무, 위험성평가, 사업장 보건교육계획 수립 및 보건교육, 산업재해 발생의 원인 조사·분석, 산업재해에 관한 통계의 유지·관리·분석, 법에서 정한 보건에 관한 사항의 이행 등과 관련한 사항에 관하여 사업주 또는 관리책임자를 보좌하고 관리감독자에게 지도·조언하는 업무, 사업장 순회점검, 지도 및 조치 건의 등의 업무를 한다(법 제18조 제1항, 시행령 제22조).

그리고 산업보건의는 건강진단 결과의 검토 및 그 결과에 따른 작업 배치, 작업 전환 또는 근로시간의 단축 등 근로자의 건강보호 조치, 근로자의 건강장해의 원인 조사와 재발 방지를 위한 의학적 조치 등을 수행한다(시행령 제31조, 고용노동부 고시 ‘근로자 건강진단 실시기준’ 제20조). 그리고 사업주는 산업보건의가 업무를 원활히 수행할 수 있도록 시설·장비·예산, 그 밖

---

30-31조), 동일한 산업단지 등에서 사업을 하는 자의 경우 공동으로 고용할 수 있도록 하는 등(제36조) 규제를 완화하고 있다.

518) 위 특별조치법상 조문으로 인하여 산업보건의 제도가 사문화되었다고 평가되고 있다(이수일, 『사업장의 산업의학적 보건서비스 실태조사』, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2008, 13쪽. 그리고 이와 같이 사실상 고용의무가 사라지게 됨에 따라 고용노동부에 산업보건의의 선임 신고도 제대로 되지 않는 것으로 확인되었다(이수일, 위의 보고서, 59면).

519) 연구에 따르면, 해마다 배출되는 산업의학전문의는 25-30명 정도이다(이수일, 위의 보고서, 150면).

에 필요한 지원을 해야 한다(법 제31조 제2항, 제14조 제2항).

산업보건직의 업무 중 근본적이고 고유한 역할이라고 할 수 있는 것은 업무 적합성 평가, 업무 관련성 평가, 업무 영향 평가 등이라고 평가된다.<sup>520)</sup> 그런데 2008년에 이루어진 사업장 산업의학적 보건서비스 실태조사<sup>521)</sup>에 따르면, 보건관리자를 의사로 둔 사업장의 경우 사내의사가 보건관리자로서의 직무를 수행하기보다는 주로 진료의사로서의 직무를 수행하는 경우가 대부분이라는 점이 확인되었다.<sup>522)</sup> 그리고 현실에서는 보건관리자 지위에 있는 의사가 법 규정과 같이 관리감독자에게 지도·조언을 하는 위치가 아니라 관리감독자나 안전담당자의 지시와 통제를 받는 위치에 있는 경우가 대부분이라는 진단이 있었다.<sup>523)</sup>

그리고 산업보건직의 역할 수행 정도와 관련하여서는 근로자 건강장해의 원인 파악과 예방을 위한 노력(시행령 제31조 제1항 제2호)이 상대적으로 부족하고,<sup>524)</sup> 그 일환인 업무 적합성 평가, 업무 관련성 평가, 업무 영향 평가 등의 시행률은 절반에 미치지 못한다는 평가가 있었다.<sup>525)</sup> 그리고 사업장 내 의사는 자문을 하기는 하나 조직의 일원으로서 회의에 참석하거나 의결하는 권한은 없는 경우가 많다는 점도 확인되었다.<sup>526)</sup>

이러한 현상에는 산업보건직의 고용 형태와 미약한 권한이 그 원인으로 지적되고 있다.<sup>527)</sup> 이수일(2008)의 연구에 따르면 산업보건직은 비정규직(계약직)인 경우가 대부분이고,<sup>528)</sup> 이로 인해 사내의사의 산업보건직으로서의 직위와 위치가 보장되지 않음으로써 산업의학적 보건서비스를 기획하고 추진

---

520) 이수일, 위의 보고서, 75면.

521) 2008년 기준 제조업에서 의사가 고용된 사업장은 37개였고, 이 중 33개의 사업장에 대한 조사가 있었다(이수일, 위의 보고서, 3면).

522) 이수일, 위의 보고서, 67면.

523) 이수일, 위의 보고서, 34면.

524) 이수일, 위의 보고서, 71면.

525) 이수일, 위의 보고서, 요약문 4면.

526) 이수일, 위의 보고서, 3면.

527) 이수일, 위의 보고서, 91면.

528) 이수일, 위의 보고서, 33면.



하는 데 필요한 권한도 실제적으로 주어지지 않는 경우가 많았다.<sup>529)</sup> 그리고 산업보건과의 직무 관련 규정은 해당 조항 제3호에서 고용노동부장관에게 위임한 사항에 대해서도 시행규칙이 마련되어 있지 않는 등 구체적이지 못하여<sup>530)</sup> 산업보건과의 권한 범위를 모호하게 만든다.

이와 같이 산업보건과의 고용상 지위와 권한이 보장되지 않는 것이 산업의학과 전문의들이 사업장의 산업보건이나 보건관리자로 진출하는 것에 대한 선호를 떨어뜨리게 된다고 평가된다.<sup>531)</sup> 이에 의사들이 산업보건으로서 사업장 내에서 전문적인 산업의학적 평가 업무를 수행하기 위해서는 실질적 권한을 부여하고 고용상 안정성을 보장할 수 있는 법규를 마련하는 것이 필요해 보인다.<sup>532)</sup>

#### 다) 전문성 미담보 가능성 존재

현행법에서는 산업보건과의 자격을 의료법에 따른 의사로서 직업환경의학과 전문의, 예방의학 전문의 또는 산업보건에 관한 학식과 경험이 있는 사람으로 하고 있다(산업안전보건법 시행령 제30조). 그런데 여기에서 전문의가 아닌, ‘산업보건에 관한 학식과 경험이 있는 사람’을 포함하도록 규정하고 있는 부분은 산업의학적 보건서비스의 전문성을 보장할 수 없게 만드는 요인으로 작용할 여지가 있다.<sup>533)</sup>

#### 2) 근로자 정신건강 측면에서 본 한계

이제까지는 현행 산업보건의 제도의 전반적 한계를 검토하였으나, 근로자 정신건강 보호의 관점에서 위 제도를 살펴보면 다음의 내용들을 지적할 수

---

529) 이수일, 위의 보고서, 64-66면.

530) 이수일, 위의 보고서, 220면.

531) 이수일, 위의 보고서, 154면.

532) 이수일, 위의 보고서, 88면.

533) 같은 취지로 이수일, 위의 보고서, 2면

있다.

우선 현행 산업안전보건법에서는, 근로자라면 모두 받게 되는 일반건강진단에서 정신건강 진단을 두고 있지 않고(시행규칙 제198조 제1항), 특수건강진단·배치전건강진단·수시건강진단의 경우에도 정신건강 진단을 두고 있지 않다(시행규칙 제206조, 별표 24). 그렇기에 산업보건의가 건강진단 결과를 검토하고 필요한 조치를 함에 있어 의견을 제시하는 업무를 한다고 하더라도 특별히 근로자의 정신건강과 관련하여서는 어떤 업무를 한다고 보기는 어렵다.

그런데 이는 일반적인 건강진단 항목에 정신건강 진단을 포함한다고 하여<sup>534)</sup> 해결되는 문제는 아니다. 산업보건의가 지금까지 임상 치료에 주로 집중한다면, 정신건강의 영역에서도 산업보건의의 역할은 정신과적 질환을 이미 진단받은 자에 대한 검토와 필요 조치를 하는 것<sup>535)</sup>에 그칠 가능성이 상당하여 예방을 위해 기능한다는 의미는 크지 않을 것이기 때문이다. 이는 정신건강 보호에 있어 특히 강조되고 있는 1차 예방 방식의 접근방식이 아닌 바, 근본적으로는 산업보건의가 1차 예방의 방식으로 관여할 수 있도록 직무와 권한의 내용이 변화되어야 할 필요가 있다.

## 나. 입법적 개선방안

이하에서는 먼저 산업보건의 제도 전반에 관하여 지적되어 왔던 문제점들에 대한 개선방안을 검토하고, 이어 근로자 정신건강 보호 측면에 초점을 맞춘 개선방안을 검토하기로 한다.

### 1) 일반적 한계에 대한 개선방안

---

534) 정신건강 진단도 일반건강진단의 내용에 포함해야 한다는 주장으로 손미정(2018), 앞의 글, 197면; 황태윤·류문호·안성호, 앞의 글, 606면.

535) 예를 들어 사업주가 질병자의 근로를 금지하려고 할 때 의견을 제시하는 것 등(산업안전보건법 제138조, 산업안전보건법 시행규칙 제220조).

### 가) 산업보건의 채용 유연화 장치의 제거

먼저 산업보건의의 고용 의무를 완화하고 있는 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법상의 산업보건의 자율고용 조항을 삭제할 필요가 있다. 그렇게 되면 산업안전보건법 시행령 제29조에 근거하여 상시근로자 50인 이상 사업장의 산업보건의 채용 의무가 되살아난다.

물론 위 유연화 규정을 삭제한다고 하더라도 50인 미만 사업장에는 여전히 산업보건의 채용 의무가 없으므로 소규모 사업장에서 산업보건의의 역할이 어떻게 구현될 수 있는지의 문제가 여전히 남는다. 이는 상시근로자 50인 미만 사업장의 안전보건 관리를 위해<sup>536)</sup> 설치된 근로자건강센터에서의 문제로 연결된다.

근로자건강센터는 산업안전보건법 제11조 제3호, 산업안전보건법 시행령 제109조 제5호, 근로자 건강증진활동 지침(고용노동부 고시) 제12조에 근거하여 소규모 사업장 근로자의 종합적인 보건관리를 위해 설치된 기구이다.<sup>537)</sup> 그런데 근로자건강센터 내의 산업보건의 및 다른 소속직원들도 고용상 지위 불안 문제를 갖고 있는 것은 일반 사업장 내 산업보건의와 마찬가지로인 것으로 보인다. 근로자건강증진활동 지침(고용노동부고시)에서 근로자건강센터 내의 산업보건의와 관련한 규정이 있기는 하지만,<sup>538)</sup> 위 센터가 실제

536) 50인 미만 사업장은 산업보건의뿐만 아니라 후술할 산업안전보건위원회의 설치 의무를 갖지 않아서 사업장 내 안전보건관리 체계가 구축되기 어렵다. 이에 50인 미만 사업장의 안전보건 관리를 위해 근로자건강센터가 설립되었다.

537) 전형배(2018), “중소규모 사업장 안전보건법제 검토”, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, 2018, 38면; 신현화, “근로자건강센터의 설치배경과 운영 현황”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』(2013년 제51차 가을학술대회), 대한직업환경의학회, 2013, 499면. 일본에서도 산업의(産業醫)를 선임할 의무가 없는 중소기업 등(일본도 상시근로자 50명 미만 기업으로 우리의 경우와 요건이 동일하다)은 ‘산업보건종합지원센터’를 활용하도록 하고 있다(김명중, 앞의 글, 96면).

538) ‘근로자건강증진활동 지침’(고용노동부고시)에서 “근로자건강센터의 종류, 구성, 설치 및 운영에 관한 사항은 공단이 고용노동부 장관의 승인을 얻어 정한다”라고 규정하고 있고, 그 구체적인 인력 기준의 근거가 명확하지는 않지만, 위 센터의 운영 현황에 관한 자료에 의하면 근로자건강보호 센터의 인력 기준은 의사 1명, 산업간호사 2명, 산업위생사 1명인 것으로 확인된다(신현화, 앞의 글,

로 운영되는 형태를 보면 안전보건공단의 외부위탁사업으로 운영되어 그 지위가 불안정한 탓에<sup>539)</sup> 고용상 지위 불안 문제를 갖고 있다는 지적이 있기 때문이다.<sup>540)</sup> 이를 해결하기 위해서는 근로자건강센터의 종류, 구성, 설치 및 운영에 관한 사항을 공단이 정하도록 고시에서 규정하고 있던 것에서 상위 규범에서 정하는 것으로 변경함으로써 근로자건강센터의 설립과 운영의 영속성이 보장되는 상태에서 산업보건의의 안정적인 업무수행이 가능하도록 해야 할 필요가 있다.

#### 나) 산업보건의의 구체적 권한 명시 및 사업주 의무 강화

두 번째로 산업보건의의 권한이 실질적으로 강화되도록 구체적인 권한을 명시하고, 산업보건의의 권한 행사로서 의견을 제안하거나 개선하는 경우 사업주가 이를 존중하여 수용하거나, 협의하도록 하는 등의 규정을 두어야 할 것이다.

참고로 한국의 산업안전보건법과 유사한 점이 많다고 알려져 있는 일본 노동안전위생법은 산업의(産業醫)의 권한을 강화하는 방향으로 개정되어 왔다. 그리고 현행 일본 노동안전위생법에 의하면, 일본에서는 산업의(産業醫)가 근로자의 건강을 확보하기 위해 사업자에 대해 건강관리 등에 대해 필요한 조치를 할 수 있고, 그때 사업주는 이를 존중해야 하며, 이러한 산업의(産業醫)의 행위에 대해 해임 등 기타 불이익을 주어서는 안 된다고 규정하고 있다.<sup>541)</sup>

---

500면).

539) 전형배(2018), 앞의 글, 38면.

540) 더 나아가 근로자건강센터의 업무 중 일부는 의료법과 충돌할 소지가 있어 법적 정비가 필요하다는 지적도 있다{전형배(2018), 앞의 글, 38면}.

541) 이수일, 앞의 보고서, 219면. 최근 2019. 4. 1.부터는 “노동자의 심신상태에 관한 정보의 적정한 취급이 도모되도록 사업자가 강구해야 하는 조치에 관한 지침”이 공표되어 산업의(産業醫)의 권한이 더욱 강화되었다는 지적이 있다(이나경, “일본 개정 노동안전위생법의 동향: 일하는 방식 개혁법과 관련하여” 토론문, 『최근 산업안전보건법의 과제와 미래』, (사)한국비교노동법학회·아주대학교 법학연구소·산업안전보건연구원 공동학술대회, 2019.).

우리의 경우도 이러한 부분을 도입하여, 산업보건의의 조인을 존중할 의무를 명시하고, 산업보건의의 활동을 이유로 한 불이익한 처분을 금지하는 내용의 조항이 신설되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 더불어 권한이 강화된 산업보건의의 업무수행을 통해 실질적으로 근로자 건강관리의 효과를 기대할 수 있으려면, 산업보건의의 안정적인 업무수행이 가능해야 할 것이다. 이러한 점에서 산업보건의의 고용 형태가 위촉 위주보다는 정규직 채용의 형식으로 변하여 장기근속이 가능하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

물론 이는 사용자 입장에서는 ‘급여를 주면서도 사업주의 입맛에 맞지 않는 의견을 내는 자의 존재를 용인하게 되는 꼴이 될 수 있어 사업주에게 산업보건의를 정규직으로 채용할 유인을 주기 어려운 측면이 있다. 그러므로 사업주가 산업보건의를 정규직으로 채용하도록 하기 위해서는 어느 정도의 경제적인 인센티브를 활용하는 것이 필요한데, 예를 들어 산업보건의의 고용 및 권한 부여, 산업보건의의 활동을 이유로 하는 불이익 금지 의무 등에 관한 규정을 성실히 준수하는 사업주에게 지원금을 준다거나 산재보험요율을 할인해주는 등 지원제도를 마련하는 것도 생각해볼 수 있다.

그리고 이와 같이 산업보건의의 권한을 강화시키고 사업주의 조력 의무를 강화하는 것은, 50인 미만 사업장 소속 근로자들에 대한 대안으로 생각해볼 수 있는 근로자건강센터에 대해서도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다. 근로자건강센터 소속 산업보건의가 각 사업장 소속은 아니라는 점에서 사업장 소속의 산업보건의보다는 다소 제한된 권한을 갖게 될 수 있겠지만, 그렇더라도 그들이 산업보건의에 준하는 역할을 할 수 있도록 어느 정도의 실질적인 권한을 설정하는 규정을 신설하고, 이에 대해 사용자가 최소한 관할 근로자건강센터 내의 산업보건의의 의견을 존중하고 이들과 협의할 의무 등을 법률 차원에서 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

#### 다) 전문성 담보

세 번째로는 산업보건의를 전문성이 있는 자로 채용하도록 법령을 정비할

필요가 있다. 사업장 내 산업보건서비스 실태와 관련한 연구에서도, 산업보건사의 직무 수행률이 정규 산업의학전문사가 근무하는 사업장에서 그렇지 않은 사업장(기타 전문의 또는 일반의가 근무하는 사업장)에서보다 더 높은 것으로 확인된 바 있다.<sup>542)</sup>

참고로 일본은 과거에는 의사 자격이 있지만 하면 산업의(産業醫)가 될 수 있도록 하다가, 1996년 개정된 노동안전위생법에서 산업의(産業醫)의 자격으로 ① 일본의사회의 산업의학 기초연수 또는 산업의과대학의 산업의학기본 강좌를 수료한 자, ② 노동위생 컨설턴트 시험의 보건위생 분야에 합격한 자, ③ 대학에서 노동위생을 담당하는 교수, 조교수, 상근강사의 경험을 가진 자, ④ 기타 노동대신이 정하는 자로 요건을 강화한 바 있다.<sup>543)</sup> 그리고 2018. 6. 29.에 이루어진 일하는 방식 개혁법 가결에 따른 노동안전위생법 개정에서는 ‘근로자의 건강관리를 행하는 데 필요한 의학 지식에 근거하여 성실하게 직무를 행할 의무’(노동안전위생법 제13조 제3항), ‘근로자의 건강관리를 위해 필요한 의학지식 및 능력의 유지향상에 노력할 의무’(노동안전위생규칙 제14조 제7항)가 산업의(産業醫)의 의무로 신설된 바 있다.<sup>544)</sup>

현행법상의 ‘학식과 경험이 있는 사람’이라는 표현은 그 자체로는 전문성을 담보하기 어려운 표현이다. 그러므로 위 표현은 삭제하거나 또는 하위법규를 통해 ‘전문가가 아니더라도 전문성이 있다고 인정하는 근거’에 대한 상세 요건을 더 구체화할 필요가 있다. 그리고 채용 요건으로서의 자격뿐만 아니라 산업보건으로서의 역할을 계속 유지하기 위한 요건으로서 전문성 함양을 위한 역량 강화 의무, 교육 수강 의무 등도 설정할 필요가 있다.

이하에서는 근로자 정신건강 보호 측면에서 제안할 수 있는 방안에 대해 검토한다.

542) 이수일, 위의 보고서, 68-70면.

543) 이수일, 위의 보고서, 23면.

544) 박수경(2019c), “일본 개정 노동안전위생법의 동향 - 일하는방식 개혁법과 관련 하여-”, 『최근 산업안전보건법의 과제와 미래』, (사)한국비교노동법학회·아주대학교 법학연구소·산업안전보건연구원 공동학술대회(2019. 6. 1.), 2019, 33-34면.

## 2) 근로자 정신건강 보호 측면에서의 개선방안

### 가) 정신건강 침해요인 평가를 직무로 추가

산업보건의 제도가 근로자 정신건강 보호 측면에서 보았을 때 개선되어야 할 부분 중 중요한 것은, 정신건강 보호 국면에서 강조되는 1차 예방의 기능이 산업보건의를 통해 작용될 수 있어야 한다는 점일 것이다. 본 논문에서 제안하는 경보체계도 1차 예방적 접근에 초점을 둔 것이다. 그러므로 먼저 위 경보체계 내에서 요구되는 산업보건의의 의무를 포함하여 1차 예방 접근을 취하는 내용들을 산업보건의의 직무로 명시할 필요가 있다.

일본의 노동안전위생법에서도 산업보건의의 직무로서, ‘건강진단의 실시 및 그 결과를 근거로 한 근로자 건강 유지를 위한 조치’(국내법 시행령 제31조 제1항 제1호에 해당)와 ‘건강장해의 원인 조사 및 재발방지 조치’(동조 제1항 제2호에 해당)와 작업환경의 유지관리, 작업관리, 건강교육, 위생교육에 관한 업무 등<sup>545)</sup> 외에 근로자의 심리적 부하를 파악하기 위한 검사(스트레스 검사) 및 면접지도 업무를 규정하고 있다.<sup>546)</sup>

### 나) 산업보건의의 비밀유지 의무 강화

#### (1) 경보체계를 통해 취득한 근로자의 기록 및 건강정보의 비밀유지

앞서 경보체계의 성공적 시행을 위해서는 산업보건의의 역할이 중요하고, 근로자의 정보에 대한 보안이 강화되어야 한다는 점을 언급하였다. 이와 관련하여 산업보건의의 비밀유지 의무도 한층 강화되어야 한다.

---

<sup>545)</sup> 작업환경의 유지관리, 작업관리, 건강교육, 위생교육에 관한 업무 등은 보건관리자의 업무에 해당하는 것으로 규정되어 있기는 하나 법에서 보건관리자가 의사인 경우 그 의사를 산업보건의로 보고 있으므로 산업보건의의 업무가 된다(시행령 제22조 제1항, 제21조, 시행령 별표 6).

<sup>546)</sup> 박수경(2019c), 앞의 글, 33면.

현재 산업보건법의 비밀유지 의무와 관련된 규정으로는 의료법상의 비밀유지 규정과 산업안전보건법상의 규정이 있다. 그런데 다음과 같은 이유로 각 규정은 비밀유지 의무를 담보하기에 다소 불충분한 측면이 있다.

먼저 의료법상 의사의 비밀유지 의무(의료법 제19조<sup>547)</sup>)는 본래 의사의 의료업무를 상정하고 제정된 것이기 때문에 직무가 의료행위에 국한되지 않는 산업보건법의 비밀유지 의무를 전반적으로 규정하고 있다고 보기는 어렵다. 산업보건법이 상담과정에서 근로자의 이야기를 듣고 사용자에게 근로자의 건강 상황을 알릴지 여부를 판단하는 과정에서 고려하는 사항들이 의료법에서 말하는 ‘진단서나 증명서, 처방전, 환자 본인에 관한 진료기록, 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 의료행위에 관한 사항과 의견에 관한 기록 등’에 그치지 않기 때문이다. 산업보건법이 고려할 사항들에는 근로자의 신체적·심리적 상황, 근로자를 둘러싸고 있는 주위 상황, 근로자의 성격과 삶의 방식, 근로자의 습관·취미·식사 등의 변화까지 포함될 수 있는데, 이는 개인정보보호법 제23조 및 시행령 제18조상의 민감정보(사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 유전정보, 범죄경력자료에 해당하는 정보 등)에 해당할 수도 있다. 산업보건법은 이러한 정보들을 전부 비밀로 유지해야 하는데, 의료법상 정보누설금지 규정은 이 정보들을 모두 포섭하지 못한다.

그리고 산업안전보건법에서 산업보건법의 비밀유지의무가 규정된 부분은, 산업보건법이 물질안전보건자료대상물질<sup>548)</sup>을 제조하거나 수입한 자료부터 화학물질의 명칭과 함유량을 대체할 수 있는 대체자료의 명칭과 함유량 정

<sup>547)</sup> 의료법 제19조(정보 누설 금지)

① 의료인이나 의료기관 종사자는 이 법이나 다른 법령에 특별히 규정된 경우 외에는 의료·조산 또는 간호업무나 제17조에 따른 진단서·검안서·증명서 작성·교부 업무, 제18조에 따른 처방전 작성·교부 업무, 제21조에 따른 진료기록 열람·사본 교부 업무, 제22조 제2항에 따른 진료기록부등 보존 업무 및 제23조에 따른 전자의무기록 작성·보관·관리 업무를 하면서 알게 된 다른 사람의 정보를 누설하거나 발표하지 못한다.

<sup>548)</sup> 화학물질 또는 이를 포함한 혼합물로서 근로자에게 건강장해를 일으키는 화학물질 및 물리적 인자 등의 유해성·위험성 분류기준에 해당하는 것을 말한다(법 제110조, 제104조).



보를 제공받은 경우 그때 업무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용해서는 아니 된다는 규정(법 제162조 10호<sup>549)</sup>) 정도이다.<sup>550)</sup> 이는 사업장에서 취급되는 화학물질에 국한된 것으로 산업보건의가 근로자 정신건강의 보호, 예방과 관련하여 알게 된 비밀의 유지에 관한 일반적인 규정이 아니다.

일본에서는 산업의(産業醫)가 ‘각종 업무에 종사하면서 알게 된 근로자의 신분상의 결함, 기타 비밀을 누설해서는 안 된다’고 규정하고 있다.<sup>551)</sup> 이를 참조하여 산업보건의의 업무 전반과 관련한 일반적인 비밀유지의무를 규정할 필요가 있다. 그리고 더 나아가 산업보건의는 근로자의 동의를 얻어 근로자의 자료를 사용하는 경우에도 건강관리나 취업상의 조치에 필요한 최소한의 범위 내에서 사용하도록 하고, 해당 근로자의 자료를 적절하게 가공한 2차 자료가 아닌 가공 전의 원정보나 상세한 정보를 그대로 제공해서는 안 되도록 규정해야 할 필요도 있을 것이다.<sup>552)</sup>

549) 산업안전보건법 제162조(비밀 유지)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 업무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용해서는 아니 된다. 다만, 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 고용노동부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

10. 제112조 제2항, 제5항 및 제7항에 따라 대체자료의 승인, 연장승인 여부를 검토하는 자 및 같은 조 제10항에 따라 물질안전보건자료의 대체자료를 제공받은 자(밀출은 필자가 표기)

산업안전보건법 제112조(물질안전보건자료의 일부 비공개 승인 등)

⑩ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자의 안전 및 보건을 유지하거나 직업성 질환 발생 원인을 규명하기 위하여 근로자에게 중대한 건강장해가 발생하는 등 고용노동부령으로 정하는 경우에는 물질안전보건자료대상물질을 제조하거나 수입한 자에게 제1항에 따라 대체자료로 적힌 화학물질의 명칭 및 함유량 정보를 제공할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 정보 제공을 요구받은 자는 고용노동부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 정보를 제공하여야 한다.

### 3. 산업보건의

550) 산업안전보건법 제162조(비밀유지)에서 1호부터 13호에 해당하는 자는 업무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용해서는 안된다고 규정(단, 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 고용노동부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 예외)하고 있는데, 대부분이 고용노동부 또는 고용노동부가 지정하는 기관의 해당업무 담당자가 비밀유지의무를 갖고, 여기에서 산업보건의가 해당되는 경우는 10호뿐이다.

551) 이수일, 앞의 보고서, 220면.

552) 일본에서 규정하고 있는 “労働者の心の健康の保持増進のための指針”(노동자의 마음의 건강 유지 증진을 위한 지침)의 ‘7. 멘탈헬스에 관한 개인정보의 보

## (2) 근로자의 건강정보 취급 구별의 필요성

한편 이러한 제안이 근로자의 건강진단 결과에 관한 정보의 처리를 규정 한 현행법의 규정과 충돌될 여지가 있는 것은 아닌지 검토가 필요하다. 경보 체계 내에서 습득한 근로자의 정보도 근로자의 건강을 진단하여 확인, 습득 하게 된 정보라는 점에서 일견 건강진단 결과라고 할 여지가 있는데, 산업안전보건법에 따르면 이제껏 근로자 건강진단 결과는 사업주에게 공개되어 왔기 때문이다.

산업안전보건법에서 근로자의 건강진단과 관련하여 정하고 있는 규정을 보면, 건강진단 결과는 사업주에게 통보되고 있고(법 제134조 제1항, 시행규칙 제209조 제3항, 제5항), 사용자는 위 건강진단 결과를 근로자의 건강 보호 및 유지 외의 목적으로 사용할 수 없으며(제132조 제3항), 산업안전보건위원회 또는 근로자대표가 요구할 때에는 위 결과를 설명하도록 규정하고 있다(제132조 제2항). 곧, 근로자의 건강진단 결과는 근로자의 동의 여부와 무관하게 사용자에게 통보되고 있는 것이다. 그렇다면 경보체계 내에서 이루어지는 산업보건의와 근로자의 면담에서 습득되는 근로자의 정신건강 관련 자료가 사업주에게 당연히 통보되지 않도록 해야 한다는 앞선 주장은 현행 법상 가능한 것인가? 만약 일반건강진단에 정신건강 진단까지 포함시키는 경우, 그때 정신건강 진단 결과를 통보하는 것과 경보체계 내에서 습득된 정보를 통보하는 것은 어떻게 다르고, 어떤 근거로 달리 취급될 수 있다고 할 수 있는가? 이하에서 보는 이유들로 건강진단 결과의 통보와 경보체계 내에서의 습득된 정보의 통보는 다르게 보아야 할 것이다.

정신건강 진단 및 그 진단의 검토와 그에 따른 조치가 2차 예방의 방식에 해당한다면,<sup>553)</sup> 경보체계에서의 절차는 정신건강 침해요인 평가 및 요인 제거·감소를 위한 조직적 접근이라는 점에서 1차 예방의 방식에 해당한다.

---

호에 대한 배려'에서도 같은 내용을 규정하고 있다(권혁 외, 앞의 보고서, 123면; <https://www.jaish.gr.jp/anzen/hor/hombun/hor1-20/hor1-20-10-1-0.htm> 최종접속일: 2020. 3. 30.).

553) 김인아 외, 앞의 보고서, 205면; 권혁 외, 앞의 보고서, 27면.

일본에서도 스트레스 검사는 의학적인 진단은 아니라고 보고 있고, 그렇기에 두 제도가 문진표 작성 형식을 취한다는 시행상의 유사성에도 불구하고 두 제도를 분명히 구별하고 있다.<sup>554)</sup> 그래서 일본에서는 스트레스 검사를 일반 정기건강진단과 동시에 실시하는 경우에, 스트레스 검사는 근로자가 검사를 받을 의무가 없고, 검사결과가 본인에게만 통지되며 본인의 동의 없이 사업자에게 통지될 수 없다는 점을 구별하고 있다.<sup>555)</sup> 그래서 스트레스 검사의 조사표와 일반 정기건강검진의 문진표를 별도로 할 필요가 있고, 정보통신기술을 이용하는 경우에도 스트레스 검사와 관련된 부분과 일반 정기건강검진과 관련된 부분을 명확히 구분하여 근로자가 스트레스 검사의 조사표와 일반 정기건강진단 문진표의 각각의 목적과 취급의 차이를 인식할 수 있도록 지도하는 것이 바람직하다는 지적이 있었다.<sup>556)</sup>

건강진단 결과 통보와 관련하여 문제되는 상황은 근로자의 정신건강 문제가 정신과적 질병으로 이환되어 진단 결과에 그 질환명이 현출되는 경우이다. 근로자가 특정 질환에 이르지 않은 상황이라면 건강진단 결과에는 유의미한 진단명이 나타나지 않는다.

반면, 정보체계의 경우 문제되는 경우는 산업보건의가 사용자에게 해당 근로자의 상태를 알리기로 결정한 상태에서 근로자의 상태를 뒷받침하기 위해 필요한 소명자료들을 공개해야 하는 상황이다. 정보체계 내 절차에서 산업안전보건의가 근로자 상담 및 진단을 통해 습득한 결과는 정신과적 질병일 수도 있지만, 정신과적 증상에 그칠 수도 있다. 후자의 경우에도 사용자에게 근로자의 상태를 알리려는 경우가 있을 수 있는데, 이는 근로자가 어떤 질병을 갖게 되어서라기보다는 계속 방치될 경우 정신건강 침해 상황이 계속되어 실제 질병으로 이환될 수 있기 때문이다. 그리고 바로 이 점이 1차 예방 접근 방식에 부합한다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 근로자는 ① 정보체계에 따른 선제적 알림을 받은 후 산업보건의의 면접을 신청할까 고민하는 단계

---

554) 김명중, 앞의 글, 100면, 102면.

555) 김명중, 위의 글, 102면.

556) 김명중, 위의 글, 102면.

나 ② 위와 같은 알림을 받고 실제로 산업보건의와의 면접지도를 신청한 단계, 아니면 ③ 면접상담을 마친 후 산업보건의를 통해 사용자에게 자신의 상태를 알릴지 여부를 결정하려는 단계 중 어느 단계에 있는 정신과적 질환을 갖고 있는 상태에 있다고 단정할 수 없다.<sup>557)</sup>

그런데 근로자가 질병 상태에 있지 아니함에도 예방 목적으로 사용자에게 근로자의 상황을 알리는 과정에서 제공되는 정보들은 매우 다양하다. 그 자료들은 근로시간 등과 같은 일견 객관적인 자료만 의미하지 않는다. 그 자료들은 근로자를 둘러싼 주변잡기에 관한 사항들도 포함하며 건강진단 결과에서 나타날 수 있는 정보들보다 훨씬 더 방대하거나 또는 지나치게 사적인 정보들일 수 있다. 그러므로 건강검진 결과에 나타나는 정보와 경보체계 내에서 습득되는 정보는 그 정보의 내용과 성격, 범위에 있어 차이가 있다고 할 수 있다.

그리고 경보체계 내에서 사전 알림을 받고 산업보건의와 면접을 한 근로자 중에서는 산업보건의의 권고에도 불구하고 사용자에게 자신의 상태를 그 당시 시점에는 알리기를 원하지 않을 수도 있고, 불필요한 오해의 소지가 발생하는 것을 원하지 않을 수도 있다(예를 들어 근로자가 객관적으로는 과도한 업무를 계속하고 있음에도 불구하고, 성취욕 등의 다른 동기로 인해 자신이 하고 있는 업무에 대한 조정을 원하지 않는 경우가 여기에 해당할 수 있을 것이다).

위와 같이 건강검진 결과와 경보체계 내에서 습득된 정보는 그 내용과 범위에 차이가 있다. 근로자의 건강진단 결과를 사업주에게 제공하는 것은 어떤 절대적인 법 원칙에 따른 귀결이 아니라, 위 조치를 통해 달성할 수 있는 근로자 건강 보호라는 법익과 위 조치에 따라 제한되는 근로자 개인정보 보호 법익 간의 이익형량의 결과일 뿐이다. 그러므로 경보체계 내에서 습득된 근로자의 정보를 근로자의 건강진단 결과와 당연히 동일하게 취급할 이유가

---

557) 유사한 맥락에서 김명중, 위의 글, 99면에서는 “근로자가 산업보건의와의 면접 지도를 신청한 단계에서는 아직 정신질환은 물론 정신적인 불안정조차 확정된 상황이 아니”므로, 이러한 면접지도 신청 사실을 이유로 해당 근로자에게 부당한 처우를 하면 안 될 것을 강조한다.

없다고 할 것이고, 두 정보의 구별이 가능하다고 할 것이다.

#### 다) 정신건강 영역에서의 전문성 요건의 추가

산업보건의의 요건으로서 정신건강 영역에서의 전문성을 추가하는 것도 필요하다. 근로자의 정신건강과 관련 있는 영역이 직업환경의학의 세부적 분야로 존재하고 있기는 하지만,<sup>558)</sup> 그 사실만으로 근로자 정신건강에 관한 전문성이 언제나 보장된다고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 그동안 사업장에서의 안전보건 문제가 전통적인 산업재해의 위험원 관리에 상대적으로 집중되어 있었던 탓에 정신건강 문제에 관한 전문성은 다소 부족했을 가능성이 상당하다. 근래에 근로자의 정신건강 보호가 중요한 문제가 되어가고 있음을 고려할 때 정신건강 영역에서의 전문성 요건을 강화할 것이 요구된다.

이러한 점에서 쉽게 생각해볼 수 있는 방안은 단연 산업보건의의 자격요건으로 정신건강의학과 전문의를 추가하는 것이다. 그런데 산업보건의의 의무적으로 고용해야 하는 사업장의 경우에도 경제적인 이유 때문에 2명 이상까지 채용할 것이라 예상하기는 쉽지 않은 것이 현실이다. 반면 산업보건의를 1명만 고용하는 사업장에서, 정신건강의학 전문의만을 고집하게 되면 전통적인 사업장 내 위험에 관한 전문성이 결여된 의사가 고용되는 문제가 발생할 수도 있다.

그러므로 절충적인 대안으로 산업보건의를 1명만 채용하는 경우에는 정신건강의학 전문의가 아니라 기존의 요건대로 예방의학 또는 직업환경의학과 전문의를 고용하되 근로자 정신건강과 관련된 전문지식을 정기적으로 교육받도록 산업보건의 의무 보수 교육과 자격 유지를 위한 평가 방식을 마련하는 것을 생각해볼 수 있다. 산업보건의를 2명 이상 채용하는 경우에는 그중 1명을 정신건강의학과 전문의로 하도록 정하는 방식도 가능할 것이다.

그리고 상시근로자 50인 미만 사업장 소속 근로자의 정신건강 보호를 위

---

<sup>558)</sup> 노동생리 및 인간공학, 산업심리학, 산업보건관리학, 산업재해보상과 법규, 사업장 건강증진 등을 들 수 있을 것이다.

한 방안으로 언급됐던 근로자건강센터와 관련해서는, 일부 요건을 충족하는 센터의 경우 최소 한 명 이상의 정신건강의학과 전문의를 채용하도록 하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 예를 들어 거점 지역의 센터<sup>559)</sup>이거나, 또는 근로자건강센터가 관할하는 대상 사업장의 각 근로자 수 총수를 기준으로 하여 일정 근로자 수 이상이 되는 센터의 경우에는 두 명 이상의 산업보건의를 두되, 그 중 한 명은 반드시 정신건강의학과 전문의가 되도록 규정하는 것이 바람직할 것이다.

## 2. 산업안전보건위원회와 근로자대표

### 가. 개관

근로자의 정신건강과 관련하여 개인적 접근 외에 조직적 접근 및 이해당사자들의 참여가 강조되고 있다.<sup>560)</sup> 그러므로 산업안전보건법이 근로자의 참여를 구현하기 위해 마련하고 있는 산업안전보건위원회와 근로자대표를 검토할 필요가 있다(법 제24조 제1항, 시행령 제34조, 별표 9).

산업안전보건위원회는 산업안전·보건에 관한 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 사업장 내에 노사동수로 구성되는 위원회이다(법 제24조). ‘근로자대표’는 “근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합<sup>561)</sup>을, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자<sup>562)</sup>”를 의미하는 것으로 정의되어 있는데(법 제2조 제5호), 근로기준법상의 근로자대표와 같은 개념이다.

559) 2019년 기준으로 전국에 개설되어 있는 근로자건강센터는 21개소이다. 고용노동부, 2019년 근로자건강센터 설치현황(<http://www.moel.go.kr>, 최종접속일: 2020. 3. 22.)

560) 권혁 외, 앞의 보고서, 3면; Valentina Forastieri, “Prevention of Psychosocial Risks and Work-related Stress”, *Psychosocial Risks, Stress and Violence in the World of Work*(International Journal of Labour Research), Vol. 8., Iss. 1-2, International Labour Office, Geneva, 2016, p.28.

561) 이하 ‘과반수 노동조합’이라고 한다.

562) 이하 ‘근로자과반수대표자’라고 한다.

산업안전보건위원회와 근로자대표에 관한 규정을 보면, 어떤 것은 근로자 대표가 산업안전보건위원회의 보완적인 기구로 작용하는 것처럼 규정되어 있고, 어떤 것은 근로자대표가 독자적인 역할을 하는 기구로 작용하는 것처럼 규정되어 있다.

근로자대표가 산업안전보건위원회의 보완적인 기구로 작용하는 것처럼 규정된 부분으로는, ① 사업주가 안전보건관리규정을 작성·변경할 때에 산업안전보건위원회의 심의·의결을 거치게 하되, 산업안전보건위원회가 설치되어 있지 아니한 사업장의 경우에는 근로자대표의 동의를 받도록 하는 것(제26조, 심의·의결사항), ② 사업주가 공정안전보고서를 작성할 때(제44조, 심의사항)나 ③ 안전보건개선계획을 수립할 때에(제49조, 심의사항) 산업안전보건위원회의 심의를 거치도록 하고, 산업안전보건위원회가 설치되어 있지 아니한 사업장의 경우에는 근로자대표의 의견을 듣도록 한 것 등이다.

한편, 산업안전보건법상 안전과 보건에 관한 사항의 내용 또는 그 결과 통지요청 권한(제35조), 건강진단(제132조), 안전보건진단(제47조 제3항)에 있어서의 입회 요청, 작업환경측정 시의 입회 요청 및 그 결과에 대한 설명회 등 개최 요청, 자율검사프로그램에 따른 안전검사 시의 협의상대방(제98조), 화학물질의 명칭 및 함유량 정보의 제공 요구(제112조) 등은 근로자대표만이 할 수 있는 것으로 규정되어 있다. 그런데 여기에서 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무), 제47조(안전보건진단), 제98조(자율검사프로그램에 따른 안전검사), 제112조(물질안전보건자료의 일부 비공개 승인 등)는 그 규정 내용에 비추어 볼 때에 근로자의 정신건강 문제와 관련하여서는 직접적 관련성이 떨어지는바,<sup>563)</sup> 본 논문에서 주로 살펴볼 대상이 되는 규정은, 산업안

<sup>563)</sup> 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무)는 현행 법에서 정신건강과 관련한 건강진단을 예정하고 있지 않으므로 크게 연관이 있는 규정이라고 보기 어렵고, 제47조(안전보건진단)는 추락·붕괴, 화재·폭발, 유해하거나 위험한 물질의 누출 등 산업재해 발생의 위험이 현저히 높은 사업장을 대상으로 하고 있는 것이어서 본 논문에서 크게 관련이 있다고 할 수 없을 것이다. 그리고 제98조(자율검사프로그램에 따른 안전검사) 규정도 유해하거나 위험한 기계·기구·설비를 사용하는 사업주를 대상으로 하고 있고, 제112조(물질안전보건자료의 일부 비공개 승인 등) 규정도 근로자에게 건강장해를 일으키는 유해한 화학물질 및 물리적

전보건위원회 관련 규정과 제35조(근로자대표의 통지 요청) 규정 정도라고 할 것이다.

## 나. 현행 제도의 한계

### 1) 일반적 한계

#### 가) 대표성 문제

산업안전보건위원회는 연혁적으로 노사협의회에서 분리된 것이므로<sup>564)</sup> 노사협의회에 대해 지적되는 일반적인 문제점 상당 부분은 산업안전보건위원회에 대해서도 적용된다고 할 수 있다.

먼저 노사협의회는 그 자체로 근로자대표기관으로서의 성격이 부정되고 있다. 이는 사용자 측 위원이 노사협의회에 반을 차지하고 있고, 노사협의회에 근로자위원들이 피대표자의 이익을 위해 그의 의사를 대신 결정·반영할 수 있는 절차적 시스템과 독립적 활동을 보장받지 못하고 있으며, 의결 절차에서도 동의권, 거부권, 이의제기권 등을 가지고 있지 않기 때문이다.<sup>565)</sup>

---

인자 등을 제조하거나 수입하려는 자를 대상으로 하고 있어서, 근로자의 정신건강 문제와 관련하여서는 직접적 관련성이 떨어진다.

<sup>564)</sup> 구 산업안전보건법 제1차 개정(1990. 1. 13.)에서 노사협의회가 설치된 사업장은 ‘산업안전보건위원회’가 설치된 것으로 의제한다는 규정이 신설된 후, 위 규정이 제6차 개정 전까지 계속 존재하였고, 제6차 개정(96. 12. 31.)에 이르러서는 “상시 근로자 1,000인 이상 대기업에서는 노사협의회가 있더라도 동 위원회를 별도로 설치토록” 한다고 변경된 것이었다{고용노동부(2015), 앞의 책, 128면-130면}. 이후 제16차 개정(2006. 3. 24.)에서 ‘기존의 노사협의회는 노사위원들의 안전보건에 관한 관심과 지식이 부족하여 임금, 복지 등에 관한 안전을 위주로 운영하여 사업장 자율안전보건체계 확립이라는 위원회의 취지가 퇴색된다’는 문제의식을 바탕으로 100인(유해·위험 업종은 50인) 이상 사업장에 대해 산업안전보건위원회 설치를 의무화하였고, 1,000인 미만 사업장에 대해 일정한 조건 하에 노사협의회로 갈음할 수 있도록 했던 조항을 삭제하였다{고용노동부(2015), 앞의 책, 132면}.

<sup>565)</sup> 신권철(2013), “노사협의회에의 법적 지위와 역할”, 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013, 282면.



그리고 노사협의회의 근로자위원의 대표성도 지적받아 왔다. 과반수 노동조합이 있는 곳에서는 근로자위원이 그 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자로 구성되기에(근로자참여법 제6조 제2항), 근로자위원에 소수노조를 대표하는 자가 포함되지 않을 수 있고, 과반수 노동조합이 없는 곳에서도 근로자위원의 구성에 관한 특별한 규정이 없는 관계로 근로자위원들이 사용자위원들에 의해 사실상 구성될 여지가 있기 때문이다.

한편 산업안전보건위원회의 근로자위원은 근로자대표와 근로자대표가 지명하는 9명(명예산업안전감독관이 위촉되어 있는 사업장의 경우 근로자대표가 지명하는 1명 이상의 명예산업안전감독관 포함)으로 구성된다. 여기에서의 ‘근로자대표’는 해석상 과반수근로자대표 1명을 의미하는 것으로 이해되며, 산업안전보건위원회에서의 근로자위원은 ‘근로자대표’에 의해 ‘지명’되는 자들이다.

그런데 근로기준법의 ‘근로자대표’는 합의 주체로서의 조직적 실체와 제도적 뒷받침이 없기 때문에 독립적인 주체라고 하기 어렵고, 사안이 있는 경우에 필요에 따라 선출되고 피선출자의 자격이나 권한, 임무 및 활동보장 등이 규정되어 있지 않아 전반적인 법적 지위가 불분명하다는 비판을 받아 왔다.<sup>566)</sup> 그리고 이러한 한계는 사용자의 이익대표자가 선출될 가능성이 있거나 사용자가 개입할 수 있다는 우려를 야기한다.<sup>567)</sup> 그런데 산업안전보건위원회의 근로자위원은 이와 같이 정통성의 한계를 내재하고 있는 근로자대표에 의해 나머지 근로자위원 전원이 지명되는 구조이다. 이러한 점에서 산업안전보건위원회의 대표성 문제는 노사위원회가 갖는 대표성 부족의 문제보다도 더 심각하다고 할 수 있다.

뿐만 아니라 이미 근로자대표는 ‘취업규칙의 불리한 변경’을 함에 있어서 요구되는 집단적·회의체적 동의라는 엄격한 요건을 사실상 우회하는 제도라는 비판을 받고 있는 제도인데,<sup>568)</sup> 이러한 제도가 산업안전보건에 관한 의사

566) 도재형(2011), “근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도”, 『노동법연구』 제 37호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 93면.

567) 도재형(2011), 위의 글, 93면.

568) 강성태(2015), “노동조합의 근로자 대표성에 관한 단상”, 『월간 노동리뷰』 2015

결정과 관련하여서까지 확장적으로 활용되고 있는 것이 적절한지에 대한 비판 또한 가능하다.

나아가 위와 같이 산업안전보건위원회와 근로자대표제도라는 복수의 기구를 별도로 두어 기능을 분리하고 있는 점은 근로자에게는 이익대표성의 혼란을, 사용자에게는 불필요한 부담을 줄 여지도 상당하다.<sup>569)</sup>

나) 다른 근로자 대표기구와의 관계에서 나타나는 부정합성

한국의 근로자대표 제도는 종류는 많지만 현실적 대표성이 약하고, 각 대표의 대표 범위, 법적 지위, 권한과 역할, 상호 관계 등이 명확하지 않으며, 각 대표가 만들거나 관여한 자치규범(단체협약, 노사협의회 의결, 서면합의, 취업규칙)의 서열이 분명하지 않다는 비판을 받아 왔는데,<sup>570)</sup> 이는 산업안전보건위원회와 관련한 규정에서도 확인할 수 있다.

산업안전보건법에서 산업안전보건위원회와 근로자대표를 같이 규정한 경우를 보면, ① 산업안전보건위원회의 심의·의결이 요구되는 사안에서 산업안전보건위원회가 없는 사업장의 경우, 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 과반수 노동조합이 없는 경우에는 근로자과반수대표자의 동의를 받도록 하고 있고(법 제26조), ② 산업안전보건위원회의 심의가 요구되는 경우에는 각 의견을 듣도록 하고 있다(제44조, 제49조).

산업안전보건위원회의 심의·의결	근로자대표(‘과반수 노동조합’ 또는 ‘근로자과반수대표자’)의 동의
산업안전보건위원회의 심의	근로자대표(‘과반수 노동조합’ 또는 ‘근로자과반수대표자’)의 의견 청취

년 3월호, 한국노동연구원, 2015, 32-33면.

569) 산업안전보건법상의 산업안전보건위원회와 근로자대표제도 문제를 직접 다룬 것은 아니지만, 동일 또는 유사한 기능을 수행하는 근로자대표와 노사협의회를 별도로 구성, 운영함에 따른 문제점을 지적한 문헌으로 도재형(2011), 앞의 글, 120면.

570) 강성태(2015), 앞의 글, 39면.

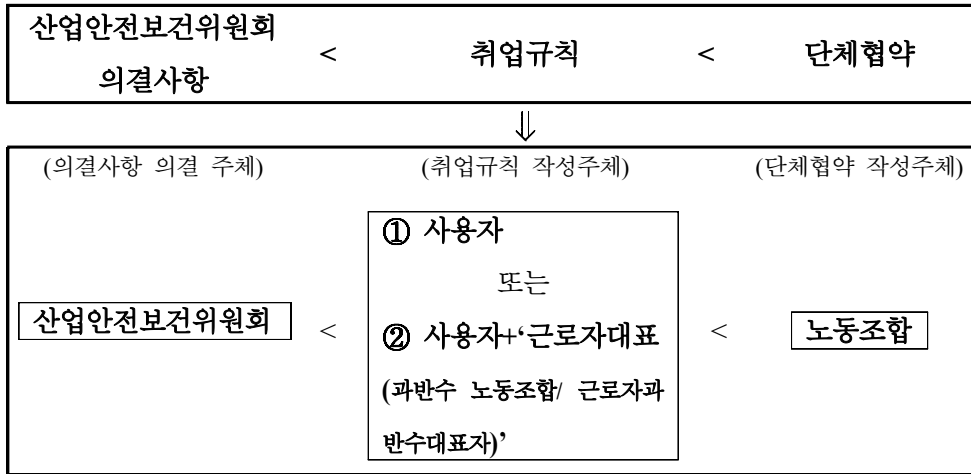
그런데 법에 의하면, 산업안전보건위원회의 의결사항의 효력이 산업안전보건법과 그 법에 따른 명령, 단체협약, 취업규칙 및 제25조에 따른 안전보건관리규정에 반할 수 없고(산업안전보건법 제24조 제5항), 안전보건관리규정은 단체협약 또는 취업규칙에 반할 수 없다(법 제25조 제2항).<sup>571)</sup>

그리고 단체협약은 노동조합에 의해 형성된 규범이고, 취업규칙은 사용자에 의해 일방적으로 작성된 것이기는 하나 변경이 있는 경우에는 근로자대표(과반수 노동조합 또는 근로자과반수대표자)의 의견청취(유리한 변경의 경우) 또는 동의(불리한 변경의 경우)를 각 받아 작성된다.

어떤 기구의 위계, 위상은 그 기구에 의해 형성된 규범의 효력과 함께 간다고 할 수 있으므로, 규범의 우열이 위에서 본 것처럼 ‘산업안전보건위원회의 의결사항<안전보건관리규정<취업규칙<단체협약’ 순인 이상, 산업안전보건위원회는 노동조합보다 열위에 있고, 취업규칙 변경 주체보다도 열위에 있다고 할 수 있다. 그런데 취업규칙 변경주체는 사용자(취업규칙의 제정 또는 유리한 변경의 경우) 또는 사용자와 과반수 노동조합/근로자과반수대표자(불리한 변경의 경우)라고 할 수 있고, 과반수 노동조합, 혹은 근로자과반수대표자가 곧 산업안전보건법에서 말하는 근로자대표이므로, 이에 따르면 산업안전보건위원회는 사용자 또는 근로자대표보다 약한 규범적 지위에 있는 기구라고 해석되게 된다.

---

571) 산업안전보건위원회에서 “규범적 효력을 갖고 있는 단체협약, 취업규칙 등에서 정하고 있는 기준보다 낮은 기준을 설정할 수는 없으나, 상회하는 기준을 설정하는 것은 무방”한 것으로 해석된다{고용노동부(2015), 앞의 책, 128면}.



그렇다면 현행법에서 산업안전보건위원회의 심의·의결 또는 심의가 요구되는 사안에서 산업안전보건위원회가 없는 사업장의 경우 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 과반수 노동조합이 없는 경우에는 근로자대표의 동의 또는 의견청취를 하도록 규정하고 있는 것은, 규범적 효력이 상대적으로 약한 기구(산업안전보건위원회)에 의한 심의 또는 의결이 이루어지지 않았을 경우 보충적으로 규범적 효력이 더 강한 기구의 의견을 듣거나(심의에 해당) 동의를 얻도록(의결에 해당) 하는 것에 해당하는바, 제도 간 정합성을 갖추지 못한 것으로 볼 여지가 있다.

## 2) 정신건강 측면에서 본 한계

### 가) 정확한 원인 파악 어려움의 문제

#### (1) 심의·의결 사항으로 규정되어 있지 않은 것과 관련된 한계

현행 산업안전보건위원회의 구성, 조직, 권한, 규범적 효력 등에 대한 지적을 유보한 상태에서 아주 단순하게 위 제도가 정신건강 측면에서 갖는 한계

를 찾는다면, 근로자의 정신건강 보호라는 안전이 산업안전보건위원회의 심의·의결 사항으로 되어 있지 않다는 점을 들 수 있다.

근로자의 정신건강 보호에 관한 사항이 산업안전보건법 제24조 제2항 제4호 ‘그 밖에 해당 사업장 근로자의 안전 및 보건을 유지·증진시키기 위하여 필요한 사항’에 해당한다고 볼 수는 있겠지만, 노동관계법에서 강행규정을 두는 이유가 임의규정만으로는 사용자에게 근로자를 충분히 배려할 유인을 발생시키기 어려운 점에 있음을 고려하면, 사업주가 법에 명시되어 있지 않은 것에 대해서까지 자발적으로 이행하리라 기대하기는 어려울 것이다. 그렇기에 근로자의 정신건강 문제가 명시적으로 산업안전보건위원회의 심의·의결사항으로 규정되어 있지 않은 이상 현 상황에서 특히 사용자의 업무지시로 나타날 수 있는 정신건강 문제를 심의·의결 사항으로 올린다는 것은 요원할 일이 될 가능성이 크다.

그런데 이는 단순히 ‘산업안전보건위원회에서 심의·의결되지 않을 것’으로 근로자 정신건강 보호 문제가 다루어지지 않을 것’이라는 점을 의미하는 것이 아니다. 근로자의 정신건강 문제가 산업안전보건위원회에서 심의되지 않더라도, 이에 대한 접근과 대책 마련이 안전보건관리책임자(제15조), 안전관리자(제17조), 그리고 보건관리자(제18조)로 구성된 사업장의 안전보건관리 체계에 따라 보건조치의 일환으로서 이루어질 수는 있기 때문이다. 문제는 이러한 안전보건관리체계가 근로자의 의사 반영 없이 사업주의 의사에 전적으로 의존하여 이루어지게 되면서,<sup>572)</sup> 근로자의 정신건강 문제에 대한 보다 효과적이고 근본적인 접근을 방해할 수 있다는 점에 있는 것인데 그 이유는

---

<sup>572)</sup> 전형배(2018), 앞의 글, 32면. 안전보건관리책임자는 안전관리자(제17조)와 보건관리자(제18조)를 지휘·감독할 지위에 있다(법 제15조 제2항). 안전관리자와 보건관리자는 사업주 또는 안전보건관리책임자를 보좌하고, 사업장의 생산과 관련된 업무와 그 소속 직원을 직접 지휘·감독하는 지위에 있는 자, 곧, 관리감독자(법 제16조)에게 지도·조언을 하는 역할을 한다(법 제17조 제1항, 제18조 제1항). 그런데 여기에서 안전관리자와 보건관리자는 생산과정에 직접 개입할 권한이 없기 때문에 이들의 관리감독자에 대한 지도·조언이 어느 정도 영향력을 발휘할 수 있을지는 사업주를 비롯한 생산·관리 조직의 의지에 따라 결정된다. 그러므로 사실상 보건관리 체계가 사업주의 의사에 전적으로 의존하여 이루어지게 되는 것이라 할 수 있다.

다음과 같다.

근로자 정신건강 문제에서 원인을 제거·감소하는 접근으로서의 1차적 예방이 중요하다는 것은 수 차례 강조된 부분이다. 그런데 근로자 정신건강 문제는 그 원인을 놓고 노사 간 입장 차가 커서 단체교섭을 하거나 그 외 협의 또는 의결을 하는 과정에서도 분쟁의 소지가 큰 문제이다.<sup>573)</sup> 근로자가 참여할 가능성이 없는 사업장이라면 사용자는 근로자의 정신건강 문제의 원인을 자신의 관점(사용자의 관점)에서 인식한 요인에서 찾고 그에 따라 해결 방향을 찾게 된다. 이 과정에서 사용자는 근로자의 정신건강의 원인을 정확하게 포착하지 못할 우려가 있다.

간단한 예로 업무량과 관련하여 사용자 측에서는 이러한 문제가 업무조직이나 업무 내용, 업무 일정, 근로조건, 근로환경, 사용자의 지시권 행사 등에서 비롯된다는 점을 부정하고 근로자 개인의 특성이나 근로자의 인식(업무량이 많다는 인식)에 기인하는 것으로 받아들이는 반면, 근로자 측에서는 실질적으로 과도한 (실존하는) 업무량으로서의 근로조건 그 자체의 문제로 받아들이는 경우를 들 수 있다.<sup>574)</sup>

또 다른 예로 사용자 측이 직무 스트레스(job stress)보다는 다른 것들{직무 이외의 양육, 환경, 부양부담(life stress) 등}이 인간의 스트레스를 가중시킨다는 인식을 바탕으로 기업이 할 수 있는 역할을 축소시키려는 경향을 보는 반면, 근로자의 경우 직무에서의 스트레스 발생을 매우 중요하게 보기 때문에 그것이 해결되지 않고서는 스트레스 문제가 해결되지 않을 것이라고 본다는 점을 지적한 견해도 있다.<sup>575)</sup> 이러한 상반된 입장 차이로 인해 사용자는 근로자들이 겪는 스트레스의 원인이 업무로 인한 것인지 업무 외의 원인으로 인한 것인지에 대한 명백한 근거를 원하고 또 철저히 의학적인 기준에 근거하여 보상절차를 원하게 되는 반면, 근로자는 직장 내의 물리적, 사

---

573) 클라라 로렌스·다니엘 오르티즈 드 비야시안(Clara Llorens · Daniel Ortiz de Villacian), 앞의 글, 30면.

574) 클라라 로렌스·다니엘 오르티즈 드 비야시안(Clara Llorens · Daniel Ortiz de Villacian), 위의 글, 30면, 33면.

575) 강동목 외, 앞의 책, 372-372면.

회심리적 환경의 개선이 스트레스를 감소시키는 방안이라고 인식하고 직장 내의 스트레스를 발생시키는 원인을 제거해줄 것을 요구하게 된다.<sup>576)</sup>

위와 같이 상당한 노사 간 인식차가 있음을 고려할 때에, 근로자의 참여가 배제되는 사업장에서 근로자의 정신건강을 위한 보건관리(건강관리)의 내용은 이미 정신과적 증상을 호소하고 있는 근로자 개인에 대한 개별적 접근 또는 2차 예방의 방식에 국한될 가능성이 상당하다. 이러한 접근은 스트레스 요인에 대한 파악과 그 요인에 대한 조직적·구조적 제어를 통한 예방(1차 예방)을 실현하기 어렵게 만들 수 있다.<sup>577)</sup>

## (2) 근로자위원 및 근로자대표의 전체 근로자 대표성 부족이 갖는 한계

근로자위원 및 근로자대표가 본래 안고 있는 근본적인 한계로, 전체 근로자를 대표하지 못한다는 점을 다시 한 번 짚고 갈 수 있을 것이다. 물론 산업안전보건위원회를 구성하는 근로자위원이나 근로자대표가 사용자에게 의해 지정되거나 사용자의 이익을 대표하는 사람으로 구성될 수 있다는 문제점<sup>578)</sup>이 정신건강과 관련하여서만 특유의 문제가 되는 것은 아니다. 그런데 정신건강 문제가 갖는 특성은 근로자 측 대표성을 갖는 근로자위원 또는 근로자대표가 중요한 이유를 좀 더 보여줄 수 있을 것이다.

앞서 물리적, 화학적 위험이 항상 부정적인 효과를 갖고 본질적으로 해로운 것인 반면, 사회심리적 위험은 때로는 부정적일 수도, 때로는 긍정적일 수도 있으며 사람들이 위험을 인식함으로써 판단된다는 점을 언급하였다.<sup>579)</sup> 그리고 정신건강 문제를 인지, 파악하는 것은 대부분 당해 근로자로부터 직접 듣는 방식으로 이루어지며, 정신건강 침해 원인이 되는 요인에 관한 노사 간의 인식 차가 클 수 있다는 점도 지적하였다.

---

576) 강동목 외, 앞의 책, 373면. 위 책에서는 이를 직업병의 정치화라고 표현한다.

577) 같은 취지로 강동목 외, 앞의 책, 54면.

578) 도재형(2011), 앞의 글, 93면.

579) Rick, J.·Briner, R. B., *op.cit.*, p.311.

이러한 점을 고려할 때에, 대표성을 갖는 근로자위원 또는 근로자대표의 중요성은 노동이 갖고 있는 위험의 모습이 어떠한가에 따라 약간 다른 의미로 받아들여질 수 있다. 물리적, 화학적 위험과 관련해서는 주로 근로자들이 ‘자신들의 노동에 내재된 위험과 관련된 정보를 알아낼 권리’를 실현하는 것에 보다 실천적인 의미가 있다고 한다면, 사회심리적 위험으로 인한 정신건강 문제와 관련해서는 문제의 원인(무엇이 근로자들을 힘들게 하고 정신건강을 침해하고 있는지)을 ‘알릴 권리’에 상대적 방점이 있다고 말할 수 있다. 그렇다면 근로자위원 또는 근로자대표의 근로자대표성이 부족하다는 약점은 정신건강 침해 원인의 정확한 파악과 그에 근거한 조직적·구조적 제어를 하는 데에 제약을 줄 수 있다.

#### 나) 현행 위원회 설치 대상 사업장 분류 기준의 비합리성

본 논문에서 정신노동을 주 논의 영역으로 삼고 있음을 상기하였을 때 현행 산업안전보건위원회 설치 대상 사업장의 분류 기준에 관하여서도 지적할 부분이 있다.

시행령 별표 9에 의하면, 건설업의 경우에는 공사금액을 기준으로, 그 외의 업종의 경우에는 상시근로자 수를 기준으로 산업안전보건위원회의 설치 의무를 부과하고 있다. 크게 보면 상시근로자 50명 미만 사업장의 경우에는 산업안전보건위원회가 없고, 업종별로 상시근로자가 50명 이상이거나, 100명 이상이거나, 300명 이상인 사업장에 산업안전보건위원회를 설치하도록 하고 있는 것이다. 이렇게 상시근로자 50명 이상 업종, 100명 이상 업종, 300명 이상 업종으로 구별한 이유는 산업재해 발생 비율이 상대적으로 높은 직종과 그렇지 않은 직종에 따라 구별하려고 했던 것으로 보인다. 이는 과거 제조업 등 전통적 산업 영역에서 재해 발생 비율이 높았던 점을 반영하는 것으로 종래에는 꽤 일리가 있는 구별이었다고 할 수 있다.

그런데 정신건강 침해의 문제도 오늘날의 안전보건의 문제에 해당하고 노사 공동 참여가 필요한 안전인 점, 특히 사용자의 업무지시로 인한 과중 업



무에서 발생하는 정신건강 문제는 사업장의 크기와 관계 없이 발생할 수 있는 문제라는 점에서 위와 같은 기존의 구분은 달라져야 할 필요가 있다. 단적으로 산업안전보건위원회 설치 요건으로서 가장 완화된 요건을 규정하고 있는 직종인 상시근로자 300명 이상 사업장의 예에서 이를 확인할 수 있다. 산업안전위원회 의무설치를 위한 상시근로자 수를 300명 이상으로 두고 있는 업종은 농업, 어업, 소프트웨어 개발 및 공급업, 컴퓨터 프로그래밍, 시스템 통합 및 관리업, 정보서비스업, 금융 및 보험업, 임대업(부동산 제외), 전문, 과학 및 기술 서비스업(연구개발업은 제외), 사업지원 서비스업, 사회복지 서비스업 등인데, 이들 중 상당 수의 업종들이 과중 업무로 인한 정신건강 침해 문제에서 자유롭지 않다. 그러므로 위와 같은 구분은 오늘날 더 이상 합리적인 이유를 가진다고 보기 어렵다.

이에 이하에서는 산업안전보건법내 근로자대표기구의 개선방안을 일반적인 차원에서, 그리고 근로자 정신건강 보호 차원에서 검토하기로 한다.

#### 다. 입법적 개선방안

산업안전보건위원회와 근로자대표를 통해 근로자의 정신건강 보호를 실현할 수 있으려면 먼저 일반적 한계에 대한 개선이 선행되어야 할 것이다. 산업안전보건위원회의 심의·의결이 필요한 사항에 관하여, 위원회가 구성되어 있지 않은 사업장의 경우에는 근로자대표의 의견청취(심의사항의 경우) 또는 동의(의결사항의 경우) 방식이 아닌, 근로자 과반수의 의견청취 또는 집단적 동의로 바꾸는 것이 필요할 것이다. 근본적으로는 상설기관으로 예정되어 있지 않고 사안이 있는 경우에 필요에 따라 선출되어 그 기간만 존재함에 따라 평상시에 근로자의 요망·고충을 들을 수 있는 기회를 갖지 못하는<sup>580)</sup> 근로자대표를 폐지하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>581)</sup> 우선 조문에서 근로자대

580) 김인재(1999), “근로기준법상 근로자대표의 법적 지위”, 『노동법연구』 제8호, 서울대학교 노동법연구회, 1999, 245면, 248면.

581) 근로자대표 제도 폐지를 주장하는 견해로 강성태(2015), 앞의 글, 39면.

표의 동의를 받거나 의견을 듣도록 하는 부분은 근로자과반수의 동의를 받거나 의견을 듣는 것으로 변경할 필요가 있다.

근로자의 정신건강 보호에 특별히 초점을 맞춘 개선방안으로는, 다음 예와 같이 근로자의 정신건강 보호에 관한 사항을 산업안전보건위원회 심의·의결 사항으로 명시하는 것을 제안한다.

<심의·의결 사항 예시<sup>582)</sup>>

- ① 정보체계의 실시방법 결정에 관한 사항(정보체계의 설치 여부, 정보체계에서 최초 알림이 발령되는 기준으로서의 누적 근로시간을 어느 정도로 할 것인지, 누적 근로시간 외에 판단 기준으로 삼을 다른 요인들은 어떤 것으로 할 것인지, 누적 근로시간 산정에 있어서 출장시간을 포함하는 경우 출장거리 및 운송수단, 출장기간 등에 따라 근로시간 산출을 어떻게 달리할 것인지 등),
- ② 정신건강 보호를 위한 교육 빈도, 실시 주기, 실시 방안, 실시 일정 등의 결정에 관한 사항
- ③ 정보체계에 따른 알림을 받은 근로자가 그 알림의 권고를 따라 산업보건의의 면접지도를 받는 경우가 아니라 개별적인 신청을 하여 산업보건의의 면접지도를 받는 경우 그 면접지도의 주기나 빈도, 소요 시간 등의 결정에 관한 사항 등
- ④ 정보체계에 따른 산업보건의의 권고 또는 시정요청에 따라 사용자가 당해 근로자의 업무를 조정, 변경하게 되는 경우 그로 인해 영향을 받게 될 다른 근로자와의 업무 조정에 관한 사항 등

그리고 이와 같은 입법과 더불어 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률상

582) 참고로 일본의 경우, 노동안전위생위원회의 심의사항으로 ‘장시간 근로로 인한 근로자의 건강장애의 방지를 도모하기 위한 대책의 수립에 관한 것’, ‘근로자의 정신건강의 유지·증진을 도모하기 위한 대책의 수립에 관한 것’을 규정하고 있다(권혁 외, 앞의 보고서, 46면).

노사협의회의 협의 사항으로 규정되어 있는 근로자의 고충처리(제20조 제1항 제3호), 안전, 보건, 그 밖의 작업환경 개선과 근로자의 건강증진(제4호), 작업과 휴게 시간의 운용(제7호), 여성근로자의 모성보호 및 일과 가정생활의 양립을 지원하기 위한 사항(제15호) 등<sup>583)</sup>을 의결사항으로 변경하는 것이 체계의 균형상<sup>584)</sup> 타당하다고 할 것이다.

그 외에 산업안전보건위원회 설치사업장 기준을 상시근로자수 100명 이상 사업장, 300명 이상 사업장 등으로 구분하고 있었던 기존의 분류를 합리적으로 조정해야 할 것이다. 이러한 조정은 노동현실에 대한 실태조사와 사회적 합의가 필요한 부분이라 생각된다.

#### IV. 정리

산업안전보건법상 규율을 통해 근로자 정신건강 보호를 실현하는 방법으로, 먼저 근로자의 정신건강 보호를 보호법적으로 승인하고 권리·의무를 명시할 것을 제안하였다. 구체적으로 목적 규정의 개정, 직무스트레스에 의한 건강장해 예방 조치 규정 대상 확대 및 조치의무 내용 정비, 도급인의 안전 조치 및 보건조치 의무가 요청 범위 확대, 교육규정 신설을 제안하였다.

그리고 근로자 정신건강이라는 법익 보호를 위한 새로운 제도로써, 과중 업무로 인해 근로자의 정신건강 침해가 발생하였거나 발생할 현저한 우려가 있다고 볼 수 있는 경우에는 중립적인 제3자를 통해 사용자에게 문제를 제기하고 필요한 조치를 내리도록 하는 제도를 제안하였고, 그와 더불어 산업

---

583) 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제와 관련 있는 사항을 중심으로 살핀 것이므로, 현행 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률에서 노사협의회의 협의사항으로 규정되어 있는 다른 나머지 사항들 중에서도 의결사항으로 바꾸어야 할 필요가 있는 사항이 있는지는 별도의 검토가 필요하다.

584) 체계의 균형을 언급하는 이유는 노사협의회와 산업안전보건위원회의 관계 때문이다. 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률에 의하면, 노사협의회 의결사항에는 노사공동위원회의 설치도 포함되는데(법 제12조), 산업안전보건위원회는 위와 같은 노사공동위원회의 한 유형으로 해석된다(이승욱(2007), “노사협의회의 의결사항의 효력”, 『노동법학』 제9호, 한국노동법학회, 2007, 268면).

보건의 제도와 산업안전보건위원회 및 근로자대표제도의 개선 및 재정비 방안을 제안하였다. 다음 절에서는 근로기준법 내에서의 실현 방법에 대해 논의하기로 한다.

## 제2절 근로기준법 내 규율

### I. 기존 규정의 개정

#### 1. 직장 내 괴롭힘 규정(제76조의 2) 및 하위법규

앞에서 비용 절감 전략하에서 이루어지는 다양한 모습의 업무지시들이 괴롭힘에 해당한다고 넓게 해석할 수 있음을 확인하였다. 그런데 이와 같이 괴롭힘의 개념을 유연하게 해석한다고 하더라도, 업무지시가 사용자의 고유 권한 행사의 일환으로 당연하고 적법한 것으로 인식되는 경우가 많고, 괴롭힘 해당성이 일률적으로 판단할 수 있는 것은 아니라는 점 때문에 현행 법조문만으로는 업무지시의 괴롭힘 해당성 판단에 대한 예측이 어려울 수 있다.

더욱이 현행 괴롭힘 규정은 자율적인 해결을 도모하였다는 평가를 받고 있는 규정이다.<sup>585)</sup> 그렇다면 현실에서 발생하는 사실행위를 법률적 개념에 포섭시키는 과정에서 명확성과 예측가능성을 담보하는 것은, 이와 같이 법 적용 과정이 자율적 메커니즘 하에서 이루어질 것을 기대하고 있는 영역에서 더욱 중요해진다고 할 것이다. 법률요건 충족 여부에 관한 사법기관의 판단을 받지 않는 경우에는 당사자들 사이에서 문제되는 사안이 괴롭힘에 해당하는지 여부에 대해 이견이 없을 정도로 그 판단 기준이 분명해야 할 것이기 때문이다.

---

<sup>585)</sup> 신권철(2019), 앞의 글, 246면; 박수경(2019b), “직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안 - 직장내 괴롭힘법의 법적 쟁점과 개선방안.”, 『사회법연구』 제38호, 한국사회법학회, 2019, 93면, 98면.

그런데 보통 사법기관의 판단이 배제된 채 당사자들 간 해결을 도모하는 상황에서는, 어떠한 행위에 대해 법이 명시적으로 표현하고 있지 않으면 적용되지 않는다고 주장하는 쪽이 우세해질 가능성이 높고, 사용자-근로자 관계에서는 근로자의 주장(사용자의 업무지시 행위가 괴롭힘 개념에 포함된다라는 주장)이 ‘법에 명시되어 있지 않다는 이유’로 쉽게 사용자에게 의해 묵살될 여지가 상당하다. 그리고 특히 과중 업무의 문제는 사용자로부터 ‘임금 지급에 대한 당연한 급부의무이다’라는 주장에 직면하기 쉽다.

그러므로 먼저 법에 사용자의 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있다는 점을 명시하고 그 구체적 판단 기준을 구체화할 필요가 있다. 그 방법으로 ‘업무지시가 업무상 적정범위를 넘어 직장내 괴롭힘으로 인정된다고 판단하기 위한 기준의 예시’를 시행령이나 시행규칙으로 정해놓는 것이 바람직하다고 할 것이다.<sup>586)</sup> 참고로 직장내 성희롱과 관련하여 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 별표 1 ‘직장내성희롱을판단하기위한 기준의예시’에서는 직장내 성희롱을 판단하기 위한 기준을 제시하고 있다. 위 기준에서는 그 판단에 있어 ‘피해자의 주관적 사정을 고려하되 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토해야 한다’라고 규정하고 있다.

이러한 기준은 직장내 괴롭힘 요건에서 피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 신체적·정신적 고통이나 근무환경 악화가 발생할 수 있는 행위가 있는지를 요구하고 있는 것<sup>587)</sup>과 유사한 측면이 있다.<sup>588)</sup>

사용자의 업무지시도 괴롭힘의 한 측면에 해당할 수 있으므로, 같은 기준을 유지할 수 있다. ‘실제 해당 근로자의 정신건강이 침해되었는지 여부’는

---

586) 같은 취지로 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 233면에서는 시행규칙 별표 정도에서 예시하는 것을 제안하고 있다.

587) 권두섭 외, 위의 매뉴얼, 191면.

588) 고용노동부(2019a), 앞의 매뉴얼,

개별 근로자에 따라 다를 수 있는 부분이지만, 사용자의 업무지시로 인해 정신건강이 침해되었다고 주장하는 근로자의 정신적 고통이 사용자에게 의해 유발된 것임을 인정하기 위해서는 피해자가 정신건강 침해를 입었을 수 있는 행위들이 있었음이 인정되어야 한다. 그러한 점에서 ‘같은 처지에 있는 일반적·평균적인 피해자가 정신건강 침해를 입었을 것이라 예상할 수 있게 하는 사용자의 업무지시 행위’의 기준들을 나타내는 예시들이 가능한 세부적으로 제시되어야 할 필요가 있을 것이다. 그리고 앞서 본 것과 같이, 근로자가 겪고 있는 업무 부담 정도를 사용자가 알고 있어서(또는 알 수 있는 상태여서) 자신의 업무지시가 근로자에게 큰 부담이 될 것이라는 점을 알면서 업무지시를 한 경우는 이러한 하나의 예시가 될 수 있을 것이다.

## 2. 목적 규정(제1조)

다음으로 근로자의 노동인격 보호를 근로기준법의 보호범의 보호법칙으로서 명시하는 것이 필요하다. 이는 근로자의 신체적·정신적 건강을 보호할 수 있는 근로조건을 통해 지속가능한 노동양식을 추구하는 것이 근로기준법의 현대적 역할임을 보여주기 위함이다.

현행 근로기준법의 목적은 ‘헌법에 따라 근로조건을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것’으로 되어 있다. 이 목적은 물질적 충족을 통한 생활 안정 및 근로자의 경제적 지위 향상이 주 관심사였던 시대에 입법된 것이어서, 물질적인 충족을 넘어 노동인격에 대한 존중까지 반영된 근로조건과 근로환경이 요구되고 있는 현 사회의 요청을 담지 못하고 있다.

오늘날 근로권의 내용은 ‘근로자의 안전과 신체적·정신적 건강, 인격과 존엄성이 보호되는 근로조건에서 근로할 권리’를 포함하는 것으로 구체화될 수 있다. 그러므로 목적 규정을 ‘헌법에 따라 근로조건을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키고, 근로자의 안전과 육체적·정신적 건강, 인격과 존엄성을 보호함으로써 근로자의 “자유로운 인격 발현”<sup>589)</sup>과 지

속가능한 노동, 그리고 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다'로 변경해야 할 것이다.<sup>590)</sup>

## II. 의제해고 법리 제안

### 1. 서설

#### 가. 논의의 배경

지금까지는 주로 근로자의 정신건강 침해를 예방하는 차원에서 사용자가 이행하여야 할 의무에 관하여 다루었다. 이와 달리 근로자가 정신건강 침해를 이유로 주장할 수 있는 구제절차를 통해 사후적 피해구제뿐 아니라 사용자에게 간접적으로 예방 효과를 기대할 수 있는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이하에서는 이러한 방법의 일환으로 이른바 '의제해고' 법리의 도입을 주장하고자 한다. 과중 업무로 인해 근로자가 정신적 고통을 받는 상황에서 사용자가 아무런 조치를 하지 않아 근로자가 결국 그 상황을 견디지 못하여 사직한 경우, 이를 해고로 간주하여 해고 구제에 관한 법리와 절차가 적용되도록 하자는 것이다. 이는 정신건강의 침해를 받게 된 근로자의 적지 않은 수가 그에 대한 대응으로 사직하는 방법을 선택하고 있는 현실을 바탕으로 한 것이다.

노동 전문가와 노무사, 변호사로 구성된 단체인 '직장갑질 119'가 2019년 7월 발표한 '2018 대한민국 직장인 실태조사'에 따르면, 직장내 괴롭힘을 당

---

589) 독일의 사업조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 제75조 제2항은 “사용자와 근로자 대표위원회는 사업 내에서 근로를 제공하는 근로자의 자유로운 인격 발현을 보호하고 촉진하여야 한다.”라고 규정하고 있다{김기선 외(편역), 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013, 97면}.

590) 참고로 프랑스 노동법에서는, ‘모든 근로자는 자신의 권리와 존엄을 해하거나 신체적·정신적 건강을 손상, 또는 직업적 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건의 저하를 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래하는 반복적인 정신적 괴롭힘 행위를 당하지 아니한다’라고 정의하고 있다{양승엽(2017), 앞의 글, 117면}.

한 근로자 중 상당수가 그 대응으로 회사를 그만두는 것을 선택하였다.<sup>591)</sup> 그리고 장시간 과중 업무에 시달리는 근로자 상당수의 최후가 퇴사로 귀결된다는 점은 일본의 경우에서도 확인된다.<sup>592)</sup>

사직 의사표시를 하는 근로자는 정신건강 침해를 유발하는 상황을 견딜 수 없어 어쩔 수 없이 사직한 것일 수도 있고, 항의성으로<sup>593)</sup> 종료한 것일 수도 있다. 어떠한 경우이든 사직서가 수리되었거나(합의해지로 해석되는 경우) 사직서가 사용자에게로 도달된 이후 소정의 기간이 지나면(해지통고로 해석되는 경우)<sup>594)</sup> 근로관계가 종료된다. 이때 근로자는 자신의 육체적·정신적 건강을 지키기 위해 결과적으로 생계의 수단까지 포기한 것이 된다. 그런데 이러한 결과는 본래 근로자의 귀책사유로 인한 것이 아님에도 근로자 혼자 막대한 불이익을 감수하게 하는 것이다. 그리고 ‘사직’ 자체가 사실 근로자가 입었던 인격권의 침해 또는 정신건강 침해의 문제를 해결해주는 것은 아니다. 이러한 점에 비추어 보면, 위와 같은 상황을 일반 사직의 범리에 따라 처리하는 것이 결과적으로 온당한가 하는 의문을 제기할 수 있다. 비록 사직이라는 외관을 갖는 근로관계 종료라고 하더라도, 그 사직이 전적으로

---

591) 응답자의 32.3%가 회사를 그만두었다고 답변하였다{직장갑질 119 보도자료, “대한민국 직장갑질 감수성 D”, (2019. 7. 7.); 직장갑질 119, 『2019 직장인 의식조사 보고서』}.

592) 김영, 앞의 글, 261면.

593) 류재율, 앞의 글, 222면.

594) 근로자가 사직서를 작성하여 사용자에게 제출한 경우에 대해 판례는 “당사자 사이의 근로계약 관계는 ① 사용자가 그 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락하여 합의해지(의원면직)가 성립하거나 ② 민법 제660조 소정의 일정 기간의 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 종료”된다고 보아, 해지의 통고와 합의해약의 청약을 구별하고 있다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결). 그런데 사직서 제출을 해지의 통고로 볼 것인지, 합의해약의 청약으로 볼 것인지 여부는 전적으로 의사표시의 해석 문제로 파악되고 있다{이철수 외(2006), 『상시적 구조조정에 따른 외국의 법/제도 사례연구-금융부문을 중심으로』, 노사정위원회, 2006, 59면}. 근로자의 사직서가 근로계약 관계의 해지를 청약하는 경우로 해석되는 경우에는 사용자의 수리 시에, 사직서가 해지의 통고로 해석될 경우에는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달하여 소정의 기간이 경과하였을 때 효력이 발생한다고 할 것이다.



사용자 측의 사유에 의한 것이라고 볼 수 있는 경우라면, 이를 사용자에 의해 근로관계가 종료된 것으로 보는 것이 실질 판단의 원칙 및 근로자 보호의 관점에 입각한 노동법의 이념에 부합한다고 할 것이기 때문이다.

#### 나. 의제해고가 갖는 의미

먼저 의제해고는 근로자가 사실상 사직하는 방식 외에 다른 방식으로의 해결을 생각하기 어려운 경우에 스스로 그 고통 상태에서부터 해방됨으로써 고통을 중지시킨다는 의미를 갖는다.

그리고 구체적인 내용은 후술하겠지만 본 논문에서 제안하는 의제해고는 ① 부당해고로의 인정과 관련하여 근로자 측 입증책임을 완화할 것과 ② 부당해고로 인정되었을 경우 원칙적인 구제명령의 형태로 금전보상제를 상정할 것, ③ 그 금전보상의 내용이 현재 시행되는 금전보상보다 훨씬 강화된 내용일 것을 예정하는 제도이다. 그래서 이 제도는 다음에서 설명하는 것과 같이, 사후적인 구제 기능뿐 아니라 경보체계와 결합하여 1차 예방 관점에서의 기능도 할 수 있다.

먼저 근로자 측의 입증책임을 완화하는 경우 근로자의 사직이 부당해고로 인정될 가능성이 높아진다. 그리고 현재의 금전보상제는 근로를 계속하였을 경우 받았을 임금상당액 수준에서 정해지는 경우가 많은데, 금전보상제를 강화할 경우 이는 사용자에게 상당한 경제적 부담으로 작용한다.

사용자가 입는 경제적 손해에는 과욕으로 근로자에게 무리하게 업무지시를 계속해 옴에 따라 근로자의 정신건강이 침해되어 최적의 상황에서 생산성을 낼 수 없음에 따른 불이익, 근로자의 정신건강 침해가 악화되어 업무조정 등 적절한 조치를 해야 함에 따라 발생하게 되는 불이익, 경보체계에 따른 조치를 이행하지 않는 경우 근로자의 상태가 호전되지 않음에 따라 나타나는 불이익, 근로자가 사직하는 경우 그로 인한 즉시 가용 인력 손실의 불이익, 근로자 사직이 부당해고로 인정됨에 따라 지급되어야 하는 금전보상금 상당의 비용 등의 불이익 등이 포함된다.

그리고 의제해고가 부당하다고 인정될 경우의 원칙적 구제명령이 금전보상이 되는 경우, 사용자는 특별한 사정이 없는 한 새로운 근로자를 채용해야 한다. 근로자의 사직으로 인한 인력의 이탈은 업무의 차질을 가져옴으로써 사업상의 어려움, 추가 채용을 위한 탐색 및 훈련 등으로 인한 비용 지출 등으로 인해 장기적인 손실을 가져올 수 있다.

사용자가 ‘비용 절감의 일환으로 과도하게 업무지시를 함에 따라 얻게 되는 경제적 이익’과 이로 인해 근로자의 정신건강에 침해를 야기함에 따라 그 후속 조치에서 사용자가 부담해야 할 경제적 불이익을 비교하여 전자보다 후자가 압도한다는 인식을 하게 되면 평상시 자신의 업무지시가 근로자에게 어떻게 작용하는지를 좀 더 살피고 제어하게 될 것이다. 사용자가 자발적으로 업무지시를 제어한다는 것은 근로자의 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황, 고충 등 파악 의무 등 자신에게 요구되는 여러 조치의무들, 그리고 더 나아가 앞서 언급한 경보체계를 도입하는 경우에는 그 체계에 따라 요구되는 의무들을 성실히 이행한다는 것을 의미한다. 이를 통해 사용자는 평상시 업무지시를 할 때 근로자의 정신건강에 미치는 영향을 고려함으로써 자신의 업무지시를 제어하게 되고, 정신건강 침해를 예방할 수 있게 된다. 이때 ‘사용자의 업무지시’를 조정하는 것은 위험요인의 제거, 변경을 의미하는 1차 예방을 의미하게 된다.

#### 다. 기존 사직 관련 법리 적용에서의 한계

사직 의사표시의 해석과 관련하여 등장하는 것이 민법 제107조 비진의의사표시 해석의 문제이다. 그런데 현재의 법리는 이하에서 보는 바와 같은 어려움이 있다.

여기에서의 근로자는, 사용자가 본래의 근로계약상의 근로조건을 사실상 현저하게 악화시킬 정도의 과도한 업무지시를 내리지 않았더라면 정신적 고통에서 벗어나기 위한 자구책으로서 사직이라는 극단적인 선택을 하지 않았을 것이다. 이러한 점에서 사용자의 업무지시가 야기한 과중 업무를 견딜 수

없어 사직 의사표시를 한 근로자를, 다른 이유로 진정으로 사직 의사표시를 한 근로자와 동일하게 취급하는 것은 타당하지 않다. 그런데 사직의 의사표시는 그 효력이 발생할 만한 조건이 충족된 경우(수리되거나 의사표시 도달 후 소정의 기간이 지나는 등) 효력이 발생하므로, 이를 다투기 위해서는 그것이 진의 아닌 의사표시에 해당한다는 점을 밝혀야 한다.

과중 업무지시로 인해 정신적 고통을 받는 근로자가 그 상황을 견디지 못하여 사직한 경우, 이러한 업무지시가 사직서 제출의 동기가 되었다고 하더라도, ‘근로자가 진정으로 마음속에서 사직하고자 하지 않았더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 사직의 의사표시를 했다면 진의가 아니라고 할 수 없다’고 보는 판례의 입장<sup>595)</sup>에 따르면 근로자의 위 의사표시는 비진의의사표시가 되지 않는다. 그렇다면 그 상황을 견딜 수 없어 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 근로자가 자신이 사직의 의사표시를 반복하여 비진의의사표시였다고 주장하는 경우 이를 인정받는 데에는 어려움이 따른다.

한 견해에서는 민법 제107조 제2항을 근거로 하여 위 의사표시의 무효를 주장할 수 있을 것이라 보기도 한다. ‘사용자가 근로자의 사직서 제출에 대한 원인과 배경을 인지하고 있었거나 조금만 주의를 기울였을 경우 이를 알 수 있었던 경우라면, 사용자가 해당 근로자에 대한 적절한 보호조치를 약속하는 등 다른 방안을 강구하는 조치를 취하지 않고 바로 사직서를 수리한 행위는, ‘사직서의 의미를 충분히 해석할 수 있음에도 불구하고 이를 게을리하거나 무시한 것에 해당하여서’ 악의 또는 중과실에 해당하므로 무효라 할 수 있다는 것이다.<sup>596)</sup>

이는 근로자의 인격권 침해의 원인 제공을 하는 자가 동료 등 제3자인 경우(예를 들어 동료들에 의한 괴롭힘 등)에는 시도해볼 법한 주장이라고 할 수 있다. 그런데 인격권 침해의 원인을 사용자가 제공하고 있는 경우에는 그렇지 않을 것이다. 근로자가 자신의 인격권 또는 정신건강 침해 사실을 호소

---

595) 대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059판결; 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다 34475 판결.

596) 류재율, 앞의 글, 222-223면.

하기 어렵다는 점, 더욱이 과중 업무를 야기한 업무지시 해당성 여부는 사용자와 근로자가 직접적으로 입장이 충돌할 수 있는 문제여서 사용자가 근로자의 관점에서 사안을 바라보려고 하지 않을 수 있는 점 등을 고려하면, ‘근로자의 사직서 제출이 비진의의사표시였다는 것을 사용자가 알았을 것’이라는 점을 근로자가 입증하는 데에는 어려움이 많기 때문이다.

과중 업무를 견디지 못한 근로자가 사직서를 제출하는 경우, 이때의 근로자는 자신의 근로조건이 본래 예정대로 지켜졌더라면 하지 않았을 행위를 하는 것이다. 그러므로 근로자의 사직의 주된 원인이 사용자의 행위에 있었던 것이라 할 수 있고, 이때의 사직의 의사표시가 전적으로 자의에 이루어진 것이라고 보기는 어렵다.

그런데 비진의의사표시 법리에서 입증책임은 그것을 주장하는 자(표의자)에게 부과되므로, 근로자가 비진의의사표시의 법리로 이 문제를 해결하기 위해서는 스스로 사직서를 제출하였음을 보여주는 외관을 갖는 행위에서 ‘진의 없음’을 증명해 내야 한다. 그런데 이 증명은 결코 쉬운 일이 아니다. 만약 사직의 의사표시에 앞서 사용자의 사직 종용 내지 권고 등이 있었고, 이후 사직이 있었던 것이라면 이때 사용자의 행위는, 그 이후에 이루어진 근로자의 사직이 비진의의사표시였음을 증명하는 하나의 정황으로 작용할 수 있다. 그러나 과중 업무로 인해 인격권 침해 및 정신건강 침해를 입은 근로자가 그 상황을 견디지 못하고 사직의 의사표시를 한 경우에는 사용자의 업무지시 행위가 있었을 뿐 사직을 적극적으로 종용하는 정황은 존재하지 않으므로 사실상 입증이 불가능하다고 할 수 있다.

반면 근로기준법상 해고 관련 법리가 적용된다면 해고의 정당한 사유 존재를 사용자가 증명해야 하므로,<sup>597)</sup> 이에 대응하여 근로자의 사직의 의사표시가 진정한 내심의 의사표시였음을 사용자가 증명해야 하는 부담을 갖게 된다. 그렇지만 여기에서도 여전히 어려움이 있다. 기존의 사직의 의사표시가 부당해고에 해당하는지의 문제는 ① 해고에 해당하는지, 그리고 ② 그 해고가 정당한지, 곧 두 개의 관문을 통과해야 하는데 사직의 의사표시가 ‘해

<sup>597)</sup> 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결.

고'로 포섭되도록 하는 매개적 행위가 존재하지 않기 때문이다. 과거 사안들에서 볼 수 있는 것처럼 사용자가 근로자에게 사직서 제출을 종용하여 근로자가 사직서를 제출한 경우는, '사용자가 근로자에게 사직서 제출을 종용한 행위'가 위 사직의 의사표시가 '해고'로 포섭되게 하는 중요한 매개였다. 그런데 본 논문에서 다루는 과중 업무지시가 원인이 된 근로자의 사직서 제출의 경우에는 '해고' 해당성 판단 단계에서 위 의사표시를 근로기준법의 '해고'로 받아들일 만한 사용자의 행위가 존재하지 않는다.

그러므로 현행의 해석론으로는 '과중 업무지시가 원인이 된 근로자의 사직서 제출의 효력'을 부정할 수 있는 방법이 존재한다고 볼 수 없는데, 이때의 사직서 제출을 해고로 간주하는 법리의 도입을 검토해볼 필요성이 생긴다.

#### 라. 국내법에서의 도입 가능성

의제해고 개념에 관한 논의의 근거에는 '진정한 자의가 아닌 사용자의 귀책이 원인이 되어 근로관계를 종료한 자들은 법이 보호해야 한다'는 생각이 자리잡고 있다. 우리 노동법제에서도 근로자의 사직이 진정한 의사에 의한 사직이 아니고, 그 근로관계 종료에 사용자의 귀책사유가 있는 사직인 경우를 보호하는 법이 있다. 고용보험법상 구직급여 지급 요건 부분이 그 예다(고용보험법 제40조, 제58조, 고용보험법 시행규칙 제101조, 시행규칙 별표 2).

고용보험법에서는 본래 해고의 정당한 사유가 있어서 부당한 해고가 아닌 경우(법 제58조 제1호), 자발적 근로관계 종료이므로 해고가 아닌 경우(제58조 제2호 가목), 만약 직전 직장에서 해고 절차를 밟았다면 정당한 해고 사유로 해고되었을 것이라 판단할 수 있는 경우(제58조 제2호 나목)에는 해당 근로자가 실업 상태가 된 것에 대한 보호를 제한한다.<sup>598)</sup> 그러나 고용보

<sup>598)</sup> 고용보험법에서는 기본적으로 ① 근로자가 중대한 귀책사유로 해고된 경우와 ② 자기 사정으로 이직한 경우로서 전직 또는 자영업에 하기 위하여 이직한 경우(법 제58조 제2호 가목), 또는 ③ 자기 사정으로 이직한 경우로서 중대한 귀책사유가 있는 자가 해고되지 아니하고 사업주의 권고로 이직한 경우(법 제58

협법 시행규칙 별표 2에서는 근로자의 자발적 근로관계 종료임에도 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직 사유를 규정하고 있다.

위와 같이 수급자격을 제한하지 않는 항목 중에는, 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 ① 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우(1호 가목), ② 근로기준법 제53조에 따른 연장 근로의 제한을 위반한 경우(1호 라목), ③ 사업장에서 본인의 의사에 반하여 성희롱, 성폭력, 그 밖의 성적인 괴롭힘을 당한 경우(3호), ④ 근로기준법 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘을 당한 경우(3호의 2),<sup>599)</sup> ⑤ 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우(13호) 등이 포함된다. 여기에서 넓은 의미의 괴롭힘을 당하여 퇴사하는 경우에는 그것이 자발적인 근로관계 종료의 외관을 띠다고 하더라도 정당한 이유 없는 해고에 준하여 보겠다는 입법자의 의사를 확인할 수 있다. 의제해고 제도에도 이와 유사한 관념이 반영되어 있다고 할 수 있다.

실제로 의제해고 또는 그와 유사한 제도를 두고 있는 국가로 프랑스, 영국, 중남미 국가 등이 있는바, 이하에서 각 국가의 제도를 살펴봄으로써 그 가능성과 의미를 찾아볼 수 있을 것이다.

## 마. 외국 제도의 검토

### 1) 프랑스

정신건강 침해로 인한 사직을 법적으로 의율함에 있어 유사한 방식을 제도화하고 있는 국가로 프랑스를 들 수 있다. 프랑스 노동법에서는 근로자가 정신적 괴롭힘의 상황으로부터 벗어나기 위하여 사직한 경우, 그 사직이 사용자의 유책행위로 인한 것임을 주장하면서 그 법적 성질이 진실하고 중대

---

조 제2호 나목)에는 구직급여 수급을 제한하고 있다.

<sup>599)</sup> 이 부분은 2019. 12. 31. 개정으로 신설된 내용이다.

한 이유가 없는 해고에 해당함을 확인하고 그에 따른 수당과 손해배상금을 청구할 수 있도록 하고 있다.<sup>600)</sup> 앞서 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무 지시가 프랑스 노동법에서 규정하고 있는 제도적 괴롭힘의 영역에 포함될 수 있음을 확인하였는바, 위와 같은 업무지시로 인해 겪게 되는 정신적 고통 상황에서 벗어나기 위하여 사직의 방법을 사용하였을 경우 이를 정당한 이유 없는 해고라고 주장하는 것이 충분히 시도해 볼만 하다고 할 수 있을 것이다.

## 2) 영국

부당해고 구제제도에 대해 상세한 규정을 두고 있다고 평가되는 영국에서도 의제해고(constructive dismissal)를 두고 있다.<sup>601)</sup> 영국의 고용권법(Employment Right Act)에서는 ‘근로자가 사용자의 행위를 이유로 예고를 하거나 또는 하지 않고 그 계약을 종료시킨 경우’에 근로자는 사용자로부터 해고된 것으로 본다고 규정하고 있다(고용권법 제95조 제1항).<sup>602)</sup> 여기에 해당하는 사안 중에는 정당한 이유 없이 과도하게 업무를 부과한 경우, 직접적으로 근로자의 건강이나 안전에 위협이 있는 업무 환경에 놓였던 경우, 동료들로부터 괴롭힘이나 방해 때문에 사직한 경우, 업무환경과 관련하여 근로자가 여러 차례 고충을 제기했는데도 사용자가 이를 적절하게 다루지 않은 경우 등도 있었다.<sup>603)</sup> 이에 비추어 보면, 본 논문에서 문제삼고 있는 사용자의 업무지시도 의제해고를 주장할 수 있게끔 하는 하나의 사유가 될 수 있을 것으로 보인다.

---

600) 조임영(2011), 앞의 글, 300면; Cass. soc. 21 fevrier 2007, n° 05-41.741.; 로익 르루즈(Loïc Lerouge, 2014), 앞의 글, 36면.

601) 강현주, “영국의 부당해고 구제제도”, 『노동법연구』 제14호, 서울대학교 노동법 연구회, 2003, 92면.

602) 강현주, 위의 글, 92면.

603) 이철수 외(2006), 앞의 보고서, 207-210면.

### 3) 미국

미국 애리조나주 헌법에서도 의제해고를 규정하고 있다. 합리적인 근로자라면 사직하지 않을 수 없을 정도로 객관적으로 어렵거나 불쾌한 근로조건이 있는 경우(애리조나주 헌법 제23-1502조 A항 제1호), 성적 공격, 근로자에 대한 직접적인 폭력·협박, 사용자 또는 사용자의 경영대리인에 의한 지속적인 성차별적 희롱이나 그와 유사한 유형의 행동 등 사용자 또는 사용자의 경영대리인에 의하여 모욕적인 행동이 취해졌음에 대한 증거가 있는 경우로서 그러한 행동이 합리적인 근로자라면 사직하지 않을 수 없었을 것이 인정되는 경우(제2호)에는 의제해고가 성립할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>604)</sup>

애리조나 주의 헌법에서 규정하는 의제해고의 요건은, 정신건강의 침해라는 결과를 야기할 높은 가능성을 갖는 중대한 계약 위반의 모습들을 규정하고 있기보다는 직접적으로 ‘불쾌한 근로조건(unpleasant working conditions)’과 같은 감정적인 부분이나, ‘성적 공격, 폭력 또는 협박, 성차별적 희롱, 모욕적인 행동’ 등 근로자의 인격권과 정신건강의 장에서 논의되는 사안들을 직접 거론하고 있다는 점에서 인상적이다.

### 4) 중남미 국가

브라질에서도 ‘간접해고’(despedida indireta)라는 유사한 제도를 두고 있다.<sup>605)</sup> 근로관계에서 근로자가 사용자의 어떤 행위를 수인할 수 없는 경우 근로자 스스로 근로관계를 종료하고 마치 사용자에 의해 정당한 이유 없는 해고를 당한 것과 동일하게 사용자로부터 징벌적 배상을 받을 수 있도록 하는 제도이다.<sup>606)</sup>

---

<sup>604)</sup> Constitution of the State of Arizona 23-1502 Constructive Discharge. <https://www.azleg.gov/ars/23/01502.htm> 최종접속일: 2020. 6. 15.

<sup>605)</sup> 노호창(2013), “브라질 해고제도에 관한 연구”, 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013, 116면.



브라질 통합노동법(Consolidação das Leis do Trabalho) 제483조에서는 위와 같은 배상청구를 할 수 있도록 하는 사유를 구체적으로 명시하고 있는데, 이 중에는 근로자의 역량을 초과하는 업무가 요구되거나 근로자가 사용자에게 의해 지나치게 엄하게 대우받는 경우 등도 포함된다.<sup>607)</sup> 여기에서 ‘근로자의 역량을 초과하는 업무’는 근로자가 지닌 육체적·지적·정신적 역량을 초과하는 업무 또는 근로자가 갖지 못한 역량이 요구되는 업무를 의미한다고 해석된다.<sup>608)</sup> 본 논문에서 문제삼고 있는 업무지시의 모습은 상시적으로 높은 강도에서 근로자의 근로 제공에 따른 효율을 극대화하려는 업무지시이다. 근로자가 무리를 하면 가까스로 해당 업무를 수행하는 것이 불가능한 것은 아니라고 하더라도, 이것이 결코 통상적인 역량과 속도와 긴장도로 달성될 수 있는 업무인 것은 아니라면, 그러한 업무지시는 ‘근로자의 역량을 초과하는 업무의 지시’라 볼 여지가 있다.

그리고 ‘근로자가 사용자에게 의해 지나치게 엄하게 대우받는 경우’라는 사유와 관련하여, 브라질 최고노동법원은 사용자가 미성년 근로자로 하여금 법정근로시간을 초과하여 근로하도록 상습적으로 요구한 경우도 위 사유에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>609)</sup> 짧은 마감기한 내에 수행, 완료하기를 기대하며 지시한 업무는 초과근로를 야기하고, 심한 경우에는 법정근로시간을 초과하면서까지 근로하도록 만든다는 점에서 위 판례에 비추어 보면 사용자에게 의해 지나치게 엄하게 대우받는 경우에 해당한다고 볼 여지도 있을 것이다.

유사하게, 페루의 개별적 근로관계에 관한 법률 중 생산성 및 노동경쟁력에 관한 법(Ley de Productividad y Competitividad Laboral) 제30조에서도 해고와 동등하게 취급될 수 있는 적대행위로서 소위 의제해고 사유들을 규정하고 있다.<sup>610)</sup> 여기에 해당하는 사유들에는 ‘산업안전보건조치를 준수하지

<sup>606)</sup> Reneto Saraiva, *Direito do Trabalho*, Editora Método, 2009, p.339{노호창(2013), 위의 글, 116면에서 재인용}.

<sup>607)</sup> 노호창(2013), 위의 글, 117면.

<sup>608)</sup> 노호창(2013), 위의 글, 117면.

<sup>609)</sup> TST. PR, RO 1.017/86, Leonardo Abage, Ac. 2ª T. 2.411/86. Valentin Carion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Saraiva, 2007, p.387{노호창(2013), 위의 글, 119면에서 재인용}.

않아서 근로자의 생명이나 건강에 악영향을 미칠 수 있는 경우’, ‘근로자 또는 그의 가족에게 폭력을 행사하거나 심각하게 모욕을 가하는 경우’, ‘부도덕한 행위, 성희롱, 기타 근로자의 존엄을 해할 수 있는 부적절한 태도를 구성하는 모든 행위’ 등도 포함된다.<sup>611)</sup>

## 5) 검토

외국에서 규정하고 있는 의제해고 인정 사유를 보면, 사용자의 행위로 인해 정신적 고통을 받은 근로자가 사직한 경우, 이를 부당한 해고로 의제할 수 있는 가능성이 있다고 할 수 있다. 의제해고 법리는 “사용자의 명시적 근로계약 조건 위반, 근로자에 대한 유·무형의 압박과 불이익으로부터 근로자를 보호하고, 안전·건강과 관련한 근로자의 고충에 대해 사용자가 적극적인 조치를 취할 것을 요구”한다는 점에서 의미가 있다는 지적이 있는데,<sup>612)</sup> 이러한 지적이 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 사안에서도 들어맞는 지적이라 할 수 있을 것이다.

본 논문에서는 영국식 의제해고 논의를 주로 참조하여 한국에서 의제해고를 도입하는 것이 가능할지 검토해보고자 한다. 특별히 영국식 의제해고를 중심으로 검토하는 이유는 이전에 국내에서 영국식 의제해고 도입에 관한 논의가 있었기에 타 국가의 제도를 이해함에 있어 상대적으로 오류를 줄일 수 있을 것이라 생각되는 점, 상대적으로 언어적 접근성이 높은 미국의 경우 해고자유의 원칙이 고용계약상 주요 원리로 작용해오고 있어 한국과 법제적 지형이 다를 뿐만 아니라 해고제한의 요건과 범위도 주마다 다른 특징이 있는 반면, 영국은 커먼로(common law) 상으로는 해고의 자유를 보장하면서도

---

610) 노호창(2017), “페루 노동입법에 관한 개관과 특징에 관한 검토”, 『법학연구』 제17권 제2호(통권 66호), 한국법학회, 2017, 234-235면.

611) 노호창(2017), 위의 글, 235면.

612) 이철수 외(2006), 앞의 보고서, 227면. 영국의 의제해고 법리에 대한 평가이지만, 다른 국가에서의 의제해고 제도에 대해서도 동일하게 적용되는 평가라고 할 수 있을 것이다.

제정법에서 불공정하고 및 그 구제제도를 규율하고 있어 한국 법제에 상대적으로 친하다고 할 수 있는 점<sup>613)</sup> 때문이다.

물론 과거에 있었던 의제하고 논의가 본 논문에서 문제삼고 있는 근로자의 정신건강 문제와 관련하여 대두되었던 것은 아니었다. 과거의 논의는 노동사회의 변화에 따라 상시적인 구조조정이 나타나게 되면서 사용자에게 의한 근로조건의 변경과 근로관계 종료의 문제에 대응하기 위해 나타났던 것으로,<sup>614)</sup> 사직, 합의해지와 해고의 회색지대에서 이루어지고 있는 간접적 고용조정에 적용할 수 있는 법리로서 주목되었던 것이었다.<sup>615)</sup> 그리고 과거의 의제하고 논의에서는 경영상 이유와 관련된 근로조건의 불이익 변경의 경우, 해고로 의제하더라도 해고의 정당성 판단에서 해고의 공정성이 인정되는 경우들이 상당하여 실효성이 크지 않다는 점<sup>616)</sup> 등의 이유로 도입에 부정적인 견해들이 있었다.

기존 의제하고 논의의 배경이 되었던 ‘사용자에게 의한 근로조건의 변경’과 본 논문에서 다루는 ‘과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시’는 사회와 시장 현실의 변화에 따른 경영상 동기에서 시작되었다는 점에서는 유사하다. 다만 이전의 논의가 사용자가 경영상 이유로 궁극적으로 근로자와의 근로계약에 따른 근로조건을 변경하려 의욕했던 경우(의도적인 근로조건 변경)를 주로 상정하고 있다면, 본 논문은 명목상의 근로조건을 변경하려고 하기보다는 지시권의 과도한 행사로 실질적인 근로조건 악화를 초래하는 경우(결과적으로 근로조건 변경을 야기)를 상정하고 있다는 점에서 다소 차이가 있다. 그렇지만 오늘날 고도화된 경영상 기법들이 확산됨에 따라 의도했든, 의도하지 않았든 근로자의 근로조건을 악화시켜 근로자 스스로 떠나지 않을 수 없

---

613) 이철수(2007), “개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가”, 『노동법연구』 제22호, 서울대학교 노동법연구회, 2007, 36면.

614) 이철수(2007), 위의 글, 25면.

615) 도재형(2014), “간접적 고용조정 관련 노동법적 쟁점”, 『무분별한 구조조정 방지와 고용안정 입법과제 마련을 위한 정책토론회』(2014. 9. 24.), 국회의원 김기춘·국회의원 이인영·국회의원 은수미·국회의원 한명숙·전국사무금융서비스노동조합·전국건설기업노동조합, 2014, 10면.

616) 이철수(2007), 앞의 글, 35면.

게 만드는 현상이 만연해졌다는 점에서 의제해고에 관한 논의들은 여전히 유효하다고 할 수 있을 것이다.<sup>617)</sup>

무엇보다 위 제도는 근로자에 대한 무형적 압박, 그로 인한 근로자의 정신 건강 침해로부터 근로자를 직·간접적으로 보호하고자 하는 본 논문의 고민과 연결되는 지점이 있다는 점에서 참고할 가치가 있다.

## 2. 절차적 요건의 구상

근로자가 사직 의사표시를 의제해고로 주장하기 위해서는 그 의사표시 전에 어떠한 방식으로든 사용자에게 자신의 업무 상황으로 인한 고충을 표현하여 사용자가 근로자의 고충과 요청사항 등에 대해 알 수 있는 상황에 있었고, 그에 대해 상당한 시간이 지났을 것을 요한다. 이러한 의사소통은 서면이든 구두이든 불문한다. 상당한 시간을 어느 정도로 할지와 관련해서는, 이러한 사전절차가 해고 예고절차와 상응하는 면이 있다는 점에서<sup>618)</sup> 해고 예고기간을 참조할 수 있을 것이다.

그런데 이때의 사전절차는 당장 겪고 있는 어려운 상황을 해결해달라는 취지로 하는 것이므로 해고 예고기간인 30일보다는 짧은 기간으로(예컨대 14일 정도<sup>619)</sup> 두는 것이 타당하다. 한편 근로자가 자신이 사직할 계획이라는 것을 미리 예고할 것이 요구되지는 않는다.<sup>620)</sup>

---

617) 노호창(2013), 앞의 글, 141면.

618) 영국에서도 의제해고 구제 신청을 하기 전에 사전절차로 고충처리절차를 거칠 것을 규정하고 있는데, 이 고충처리절차는 법정 징계 및 해고 절차와 유사하다 {이철수 외(2006), 앞의 보고서, 224면}.

619) 미국 애리조나 주에서도 의제해고 신청 전 사전절차를 두고 있는데, 사용자에게 15일의 시간을 주고 있다{Constitution of the State of Arizona 23-1502 Constructive Discharge. B항 제2호 <https://www.azleg.gov/ars/23/01502.htm> 최종접속일: 2020. 6. 21.}.

620) 영국에서도 의제해고를 ‘예고를 하거나 또는 하지 않고 그 계약을 종료’하는 것으로 규정하고 있다(Employment Right Act 제95조 제1항).

### 3. 실제적 요건의 구상

근로자의 사직서 제출로 인한 근로관계 종료로 부당해고로 인정받기 위해서는 두 단계의 심사가 필요하다. 첫 번째는 사직서 제출로 인한 근로관계 종료를 해고로 인한 근로관계 종료로 볼 수 있는지의 문제이다. 여기에서 사직서 제출로 인한 근로관계 종료를 해고로 인한 종료로 보자는 것이 ‘의제해고’ 주장이고, 어떠한 경우를 해고로 의제할 것인지의 문제가 ‘해고 해당성(의제해고)의 요건’이 된다.

의제해고 해당성 판단에서는 사직서 제출이 해고인지 사직(혹은 합의해지)인지가 문제되는 것이므로, 그 행위가 사실상 해고당한 결과로 볼 수 있는 경우에 정당한 해고를 당한 것이었는지에 대해서는 별도의 판단이 필요하다. 그러므로 그 사직서 제출이 해고로 인정되는 경우에는 그 다음 순서로 ‘사직서를 제출하게 만들었던 사용자의 업무지시 행위’가 부당하였는지를 심사해야 한다.<sup>621)</sup>

#### 가. 해고에의 해당성 요건

##### 1) 요건 개관

사직서 제출이 해고에 해당하기 위해서는 ① 근로자가 근로계약을 종료시킬 수 있는 사용자의 행위가 있어야 하고, ② 사용자의 행위를 이유로 근로자가 근로계약을 종료하여야 한다.

① 요건은 ‘근로자의 사직 의사표시 및 사직 이유의 표명’이다. 사직 의사표시는 방법상의 제한은 없으나 다만 상대방인 사용자가 인지할 수 있는 방

---

621) 영국의 의제해고 제도에서도 ① 의제해고로의 인정 여부 심사와 ② (의제해고로 인정된 후) 사직 의사표시의 원인이 되었던 사용자의 행위(근로계약 변경)의 정당성 심사의 엄격한 2단계 심사를 두고 있다(문강분, “사직의 해고정당성과 의제해고법리의 검토”, 『노동법학』 제26호, 한국노동법학회, 2008, 162면; 김근주, “영국해고법제에 관한 연구”, 한양대학교 법학석사학위논문, 2006, 28면 등).

법에 의하여야 할 것이다. 그리고 사직의 이유는 당해 근로자가 사용자에 의한 이유로 사용자의 업무지시를 감당할 수 없다는 취지의 내용이 분명히 드러나야 할 것이다.<sup>622)</sup>

두 번째로, 근로자가 사직 의사표시를 할 수 있는 권리를 발생시키는 사유가 존재해야 한다. 이러한 사유는 근로자가 사용자의 행위를 이유로 근로계약을 종료할 수 있게 만드는 권리여야 한다.<sup>623)</sup>

## 2) 근로자의 근로계약 종료를 정당화하는 사용자 행위의 판단 기준

근로자의 사직을 정당화하는 요건을 어떻게 설정하고 어디까지 가능하게

622) 영국의 경우, 의제해고의 요건을 ① 근로자의 사직을 초래한 사용자의 행위, ② 근로계약 위반의 승낙이라고 보고 있다. ②는 근로자가 사직의 예고 없이 혹은 일정 기간의 예고와 함께 사직으로서 근로계약을 종료시키는 것을 의미한다.

한편 사직 당시에 사직 이유 표명이 필요한지와 관련하여, *Holland v. Glendale Industries Ltd* [1998] EAT/903/97. 사건에서 노동법원(Industrial Tribunal)과 항소노동법원(Employment Appeal Tribunal)은 이유 표명이 필요하다고 보았다. 위 법원에서는 사직 이유가 사용자의 행위 때문이라는 이유가 표명되지 않으면, ‘사용자의 근로계약 위반 행위에 대한 근로자의 승낙’이 없었던 것으로 보아 의제해고로 인정하지 않았다(“With great regret, however, the tribunal is convinced that the law also required that the applicant should make clear to his employer a reason for leaving which is consistent with constructive dismissal.”). 반면, 영국고등법원(Court of Appeal)은 *Weatherfield Ltd t/a Van & Truck Rentals v. Sargent* [1999] IRLR 94, CA 사건에서, 사직의 이유 표명이 없었던 경우에 곧바로 ② 요건(사용자의 계약 위반에 대한 근로자의 승낙)을 충족하지 못한 것으로 볼 것이 아니라 모든 증거를 고려해야 한다고 보았다{이철수 외(2006), 앞의 보고서, 213-214면}.

*Weatherfield Ltd t/a Van & Truck Rentals v. Sargent* [1999] IRLR 94, CA 사건에서의 판시를 인용하면 다음과 같다.

“... Acceptance of a repudiation of a contract of employment will usually take the form of the employee leaving and saying why he is leaving but it is not necessary in law for the reason to be given at the time of leaving. The fact-finding tribunal is entitled to reach its own conclusion, based on the “acts and conduct of the party”, as to the true reason. If the EAT in *Holland* were stating as a proposition of law that there can be no constructive dismissal unless the employer is told the true reason for leaving, they were in my respectful view in error.”

623) 문강분, 앞의 글, 153면.

할 것인지는 그 제도의 도입 목적과 입안자의 의사에 따라 달라질 문제일 것이다. 사용자의 업무지시에서 오는 정신건강 침해 보호 부분에 한정하여 의제해고를 살펴보면, 근로자의 사직 의사표시 직전까지 행해졌던 사용자의 업무지시 및 그에 준하는 행위가 근로자의 근로계약 종료를 정당화하는 행위여야 한다.

근로자의 사직 의사표시를 정당화시킬 정도가 되려면 사용자의 업무지시가 어떠한가 하는가? 프랑스에서는 정신적 괴롭힘이 인정되면 이는 근로계약의 지속을 저해하는 것으로 피해근로자의 근로계약의 파기가 정당화된다고 보았다.<sup>624)</sup> 그리고 프랑스에서는 근로자에게 노동의(médecin du travail)의 견해와 상반되는 업무를 반복하여 부과하고, 다른 한편으로는 노동의의 견해와는 달리 근로자에게 하급의 업무를 제안한 경우에도 괴롭힘이 성립한다고 보고 있다.<sup>625)</sup>

본 논문에서 제안하는 경보체계를 도입하였을 경우를 생각해보자. 괴롭힘 해당성에 관한 앞에서의 해석에 근거하면, 산업보건의를 근로자를 진단한 후 조치가 필요하다고 판단하여 근로자의 동의를 받아 사용자에게 근로자의 상황을 알렸음에도 사용자가 필요한 조치를 하지 않을 뿐만 아니라 오히려 무시했다고도 볼 수 있을 정도로 산업보건의의 의견과 배치될 수 있는 업무지시를 계속하여 근로자의 정신건강 침해 상태를 악화시킨 경우에 위 사용자의 행위는 괴롭힘에 해당할 수 있을 것이다. 그리고 근로자가 이를 이유로 사직한 경우, 위 사용자의 행위는 근로자의 사직 의사표시를 정당화하는 행위라고 할 수 있을 것이다.

사용자의 업무지시가 괴롭힘에까지 해당한다고 보기 어려운 경우에는 영국 고등법원(Court of Appeal, CA)에서 근로자가 사직 의사표시를 할 수 있

---

<sup>624)</sup> 조임영(2012), 앞의 글, 31면. 프랑스에서는 근로계약의 지속이 저해되는 경우 이는 사용자의 중대한 채무불이행이 되며, 사용자의 중대한 채무불이행이 있는 경우에 이를 이유로 한 근로자의 계약 파기는 사용자의 귀책사유로 인한 것으로서 진실하고 중대한 이유 없는(sans cause réelle et sérieuse) 해고에 해당한다고 보고 있다.

<sup>625)</sup> Cass. soc., 2 février 2011, 09-67.855; Cass. soc., 2 février 2011, 09-42.733 등 (조임영(2012), 위의 글, 16면에서 재인용)

는 권리를 발생시키는 사유로서의 사용자 행위를 판단하는 기준을 참조할 수 있다. 영국에서는 ‘사용자가 근본적인 계약 위반을 하는 경우’라고 제시함으로써, 계약 기준이 올바른 판단 기준임을 공식적으로 승인한 바 있다.<sup>626)</sup>

이러한 ‘사용자의 근본적 계약 위반’에 해당하는 것으로 인정된 사안으로는, 근로시간과 임금 등 근로계약에 명시된 조항을 위반한 경우뿐만 아니라, 정당한 이유 없이 과도하게 업무를 부과한 경우<sup>627)</sup> 등 계약상 명시되지 않거나 명시되기 어려운 사용자의 행위지만, 노동법원에서 근로계약에 암묵적으로 포함되어 있다고 보았던 묵시적 의무를 위반한 경우(a breach of implied obligations of trust and confidence)도 포함되었다.<sup>628)</sup> 노사 간 상호 신뢰 의무와 근로자의 건강과 안전 등에 대한 사용자의 배려의무도 위와 같은 묵시적 의무에 해당한다.<sup>629)</sup>

앞서 안전배려의무에 대한 적극적 해석론에서 사용자의 안전배려의무가 본질적인 의무이며, 그것은 근로자의 육체적 건강과 안전뿐 아니라 정신적 건강과 인격 보호에 대해서까지 포함하는 의무라는 점을 확인하였다. 그러므로 사용자가 근로자의 정신건강 보호를 위해 해야 할 의무를 불이행한 경우는 근본적 계약 위반에 해당한다고 할 수 있다. 예를 들어, 근로자가 겪고 있는 업무 부담 정도를 사용자가 알고 있어서(또는 알 수 있는 상태여서) 자신의 업무지시가 큰 부담이 될 것이라는 점을 알면서 업무를 지시한 경우이거나, 산업보건과의 면담 이후 산업보건과의 사용자에게 통지를 하며 특정 근로자에 대해 일정 조치를 취하도록 의견을 제시하였음에도 아무런 조치를 하지 않아 기존 업무의 변경이나 재배치, 업무 부담 경감 등의 변화가 없는 경우 등이 그러할 것이다.

---

626) Western Excavating(E.C.C.) Ltd. v. Sharp [1978] 2 WLR 344; 이철수 외(2006), 앞의 보고서, 205면.

627) Hellman International Forwarders Ltd. v. Cooper, EAT/1040/96; 이철수 외(2006), 위의 보고서, 207면.

628) Lewis (appellant) v. Motorworld Garages Ltd.(respondents) - [1985] IRLR 465.; 이철수 외(2006), 위의 보고서, 207면.

629) 이철수 외(2006), 위의 보고서, 207-210면.



한편 업무지시는 지휘권을 행사하는 사용자의 성향이나 그가 속해 있는 업종의 업무처리 방식, 또는 당해 근로자에게 지휘가 내려진 업무의 통상적인 처리방식 등에 따라 다양한 모습을 띌 수 있고, 근로자에게 정신건강의 침해를 야기한 업무지시는 일회적인 것일 수도, 누적된 것일 수도 있다. 그리고 각각의 업무지시만 독립적으로 보았을 때는 문제가 안 될 수 있는데, 그것이 연달아 있거나 반복되는 등 누적되어 문제가 되는 경우들도 있다.

이 경우 당해 근로자의 정당성 판단의 대상이 되는 업무지시의 내용은 종합적으로 보아야 할 것이다. 영국고등법원은 Lewis v. Motorworld Garage Ltd 사건에서 “사용자의 일련의 묵시적인 신뢰의무의 위반 행위들이 있는 경우, 그 각각의 개별적인 행위가 계약 위반이 되지는 않을지라도, 누적되어 계약의 위반을 구성할 수 있다. 그러한 경우에 근로자로 하여금 사직에 이르도록 이끈, 사용자의 마지막 행위 자체가 반드시 계약 위반이어야 할 필요는 없다. 이것이 ‘마지막 지푸라기(the last straw)’ 상황이다.”라고 판시한 바 있다.<sup>630)</sup>

그러므로 근로자의 사직 의사표시를 정당화하는 행위로서 판단 대상이 되는 행위는, 사직 의사표시 직전에 있었던 단일한 행위뿐만 아니라 그 전까지 있었던 특정가능한 복수의 업무지시 행위와 더불어 그 업무지시가 행해지는 조직문화나 분위기, 업무지시에 수반되는 당시 및 전후의 언행 등 전체로 볼 수 있을 것이다.

### 3) 검토

살펴본 바와 같이 ‘근로자의 사직 의사표시 및 사직 이유의 표명’이 있고, 그 사직 의사표시를 정당화할 수 있는 사용자의 행위가 존재하면 이를 해고로 의제할 수 있을 것이다. 여기에서 근로자의 사직 의사표시를 정당화할 수 있는 행위는 사용자의 중대한 계약 위반 행위로서 괴롭힘에 해당하는 행위

---

<sup>630)</sup> Lewis (appellant) v. Motorworld Garages Ltd.(respondents) - [1985] IRLR 465.; 이철수 외(2006), 위의 보고서, 209면.

뿐만 아니라, 괴롭힘에 해당하지 않는 행위이더라도 근로계약의 본질적 의무라고 할 수 있는 ‘근로자가 육체적·정신적으로 건강한 상황에서 근로할 수 있도록 배려할 의무’를 위반한 경우도 포함된다고 할 것이다.

## 나. 의제해고의 부당성

### 1) 의제해고 정당성 판단의 대상

의제해고는 사용자의 업무지시가 원인이 되어 근로자의 사직서 제출이 있었던 경우를 해고를 당한 것으로 간주하는 것이므로, 여기에서는 부당해고 구제절차에서 부당성 여부를 다룰만한 대상으로서의 해고 행위(사용자가 이니셔티브를 갖고 행한 행위)가 존재하지 않는다. 그러므로 정당성 판단의 대상이 되는 것은 근로자가 사직에 이르도록 만들었던 행위 곧, 근로자가 주장하는 ‘사용자의 업무지시 행위’가 된다.

그리고 의제해고 해당성 심사에서와 마찬가지로 여러 가지의 업무지시가 그 자체로는 심각한 과부하를 가져온 것이 아니어서 중대한 정신적 손상을 야기한 것은 아니었으나 그것들이 누적되었다가 사직서 제출 직전의 업무지시가 계기가 되어 정신건강의 침해가 크게 일어난 경우라면 사직서 제출 직전 이루어지는 사용자의 행위 하나만이 대상이 되지 않고, 그것을 비롯한 일련의 사용자의 행위가 전부 대상이 된다고 할 것이다. 한편 사용자가 경보제도에 따른 조치의무를 하지 않은 경우에는 그 부작위도 판단 대상이 될 수 있다.

### 2) 정당성 판단의 기준

사용자의 업무지시는 지시권 행사의 한 모습이므로 지시권 행사의 한계를 벗어난 경우에는 정당성을 잃는다고 할 수 있다. 업무지시가 정당성을 잃는 경우는 언제라고 할 수 있는가? 정당성 판단의 근거가 되는 사실들은 기본

적으로 사직의 의사표시가 해고에 해당하는지의 판단 근거가 되었던 사실들과 상당 부분 중복된다. 그래서 많은 경우는 의제해고가 성립되었을 경우 그 해고가 공정하지 않은 해고로 인정된다. 그렇지만, 해고로는 의제되었어도 그 해고가 항상 불공정한 해고로 인정되는 것은 아니다. 영국에서는 이러한 경우의 예로, 사용자의 계약 위반의 이유가 근로자의 능력이나 자격 혹은 행위와 관련되는 경우, 또는 경영상의 필요와 같은 다른 실질적인 이유가 있는 경우 등을 제시하고 있는데,<sup>631)</sup> 여기에서는 사용자의 어떤 업무지시 행위나 조치의무의 불이행 등이 근로자의 정신건강 침해를 야기한 행위임에도 불구하고 그렇게 할 수밖에 없었을 것이라 인정할 수 있는 특별한 사정에 관하여 주장·입증해야 할 것이다.

일반적으로 부당해고구제절차에서 해고의 정당성에 대한 입증책임은 사용자에게 있으므로,<sup>632)</sup> 사용자는 ‘근로자로 하여금 사직서 제출에 이르게 한 행위’, 곧 ‘근로자의 사직서 제출이 있기 전에 자신이 행한 업무지시 또는 자신의 조치의무 불이행의 정당성’을 입증해야 할 것이다.

#### 다. 증명책임

사직 의사표시의 부당해고 판단에 있어, 첫 번째 심사와 두 번째 심사가 별도의 문제이기는 하지만, 각 심사를 함에 있어 판단의 자료가 되는 사실들은 중복될 수 있다. 의제해고 해당성 판단에 있어 이미 ‘사용자 행위의 공정성’에 대한 판단이 이루어질 수밖에 없기 때문이다.<sup>633)</sup> 그렇기에 사용자가 근로계약상 본질적 의무를 불이행한 사실이 있다고 하여 해고의 정당성이 언제나 부정되는 것은 아니지만, 근로자에게 근로계약 해지권을 발생시키는 것을 정당화하는 행위(본질적 의무 불이행 사실)가 그 근로계약 해지(해고로 의제되는)의 정당성 판단에 있어 고려해야 할 사실이 된다. 실제로 영국에서

---

631) 이철수 외(2006), 위의 보고서, 216-217면.

632) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결.

633) 이철수(2007), 앞의 글, 36면.

사직서 제출이 의제해고라는 점이 인정되면, 그 의제해고가 부당한 의제해고로 인정될 가능성이 높는데,<sup>634)</sup> 이는 의제해고라는 점을 인정한다는 것이 사용자의 근본적 계약 위반이 있었다는 것을, 곧, 사용자 측의 귀책사유가 있음을 어느 정도 인정하는 것이기 때문이다.<sup>635)</sup>

본 논문에서는 근로자가 사용자의 업무지시가 야기한 과중 업무로 사직서를 제출한 후 이를 의제해고를 주장하며 다투는 경우, 그 인정가능성을 높일 수 있는 방안으로서 근로자의 증명책임을 완화하는 법리를 제안하고자 한다. 이는 일단 사직서 제출행위가 해고로 의제되었을 때에는 그 해고가 부당해고로 인정될 확률은 높은 반면, 사직서 제출행위 자체가 해고로 인정될 확률은 매우 낮기 때문이다.<sup>636)</sup> 그렇기 때문에 해고로 의제된 이후 업무지시의 정당성 판단에 대해서는 사용자가 입증해야 하긴 하나, 의제해고 법리에서의 주 쟁점이 의제해고 자체가 성립하는지와 관련해 주로 발생하게 된다는 점에서 1단계 심사를 통과하기 위해 근로자가 사실상 그 이전 단계로서 사용자의 업무지시의 부당성에 대한 입증을 하는 것이 매우 중요해진다.

이에 ① 사용자가 근로자의 과중 업무 상황을 알 수 있었음에도 그 조정을 위한 아무런 조치를 취하지 않았거나 오히려 근로자의 상황을 악화시키는 업무지시를 하였다는 사실을 보여주는 일련의 사실들을 근로자가 소명하면 사용자의 중대한 계약 위반 행위가 추정되도록 하여, 사직서 제출을 야기한 사용자의 업무지시의 부당성이 인정되어 해고로 의제되도록 하고(일응의 추정), ② 해고로 의제되면 부당한 해고가 추정되도록 한 후(법률상 추정), ③ 사용자는 이와 같이 근로자의 사직서 제출이 부당해고로 추정되는 상황에서 자신의 업무지시가 정당한 것이었음을 본증의 정도로 반증하여 업무지시의 부당성 추정을 깨야만 근로자의 사직서 제출이 부당한 해고가 아니었다는 점을 인정받을 수 있도록 하는 방법을 제안하고자 한다.

여기에서 사용자의 중대한 계약 위반 행위를 인정할 수 있게 하는 간접사

---

634) 이철수(2007), 위의 글, 32면.

635) 김근주, 앞의 논문, 28면.

636) 김근주, 위의 논문, 28면.

실이 되는 ‘일련의 사실’로는 다음의 것들을 예로 들 수 있다.

사용자가 임금 등에 비해 과도한 양의 업무를 부과하면서, 또는 객관적으로 급하지 않은 업무를 자체적으로 짧은 마감기한을 두어 해결하도록 하면서, 또는 순차적으로 해결해야 할 업무를 동시다발적으로 지시하면서 “너 아니면도 일할 사람은 많다”<sup>637)</sup>라고 했다고 하자. 이는 최근 몇 년간 사회적 문제로 대두되었던 소위 ‘열정페이’의 모습에서도 자주 나타나는 현상이었다. 통상적으로 채용, 인수인계, 훈련, 적응 등의 절차에서 야기될 수 있는 비용과 번거로움 때문에 사용자 입장에서조차 직원의 잦은 이직이 부담스러운 부분이라는 점을 생각한다면, 사용자의 위와 같은 언행은 ‘이 정도의 업무량도 못 견디고 나가겠다고 하더라도 어쩔 수 없지’라는 의사를 갖고 있었던 것이었으리라 이해할 수 있다.

다시 말해, 이러한 정황은 사용자가 업무지시 당시 ‘근로자가 업무 부담을 견디지 못하여 근로관계를 종료할 수도 있을 것’이라는 점을 인식하고, 실제로 근로자가 그러한 이유로 사직서를 제출하더라도 그로 인한 근로관계 종료의 결과 발생을 용인하는 내심의 의사가 있었으리라고 인정할 수 있게 하는 부분이라는 것이다. 사용자의 업무지시가 근로계약서에 기재된 명목상(실질적으로는 지켜지지 않을 상황을 전제하고 있으므로) 근로조건을 위반한다는 사실과 함께 위와 같은 사용자의 언행이 있었다는 사실을 소명하는 것만으로도 사용자의 업무지시가 ‘중대한 계약 위반’이라는 점을 인정할 수 있다고 할 수 있다.

또 다른 예를 들 수 있다. 사용자가 상시적으로 “우리 때는 휴가가 없었다”(노동법 준법의식의 결여), “이런 일은 시키면 밤을 새서라도 해와야 하는 거다”(무리한 업무지시라는 점에 대한 악의), “너가 어디까지 소화할 수 있는지 보려는 거다”(불가피한 상황이 아니지만 노동력 활용을 극대화하려는 의도) 등의 말을 하면서, 사실상 매일같이 근로계약상 근로시간을 초과해서 근로할 수밖에 없는 업무를 부과하는 경우에도 위와 같은 언행이 있었다는 사실을 의제하고 인정에 있어서 간접사실로 볼 수 있다. 그렇다면 명목상 근

---

637) 류문호·안성호·류도향, 앞의 글, 104면.

로시간이 지켜지지 않는다는 사실과 함께 위와 같은 언행이 있었다는 사실을 소명하여 의제해고를 인정받을 수 있는 가능성을 높일 수 있을 것이다.

그리고 사용자가 경보제도에 따라 산업보건의를 통해 근로자의 상태를 알게 되었음에도 적절한 조치를 취하지 않았다는 사실도 중요한 정황이 된다. 영국에서도 업무환경과 관련해 근로자가 여러 차례 고충을 제기했는데 사용자가 이를 적절하게 다루지 않는 것에 대해 사용자가 묵시적 배려의무를 위반한 것으로 본 바 있다.<sup>638)</sup>

근로자가 사직하는 이유로는 “사용자의 명시적 규정 위반보다, 특정 사안에 대한 사용자의 일방적인 태도나 행위 방식 등 근로계약이 명시적으로 다루고 있지 않거나 다루기 힘든 이유 등” 때문에 사직하는 경우가 오히려 많다는 지적이 있다.<sup>639)</sup> 그리고 근로자 입장에서 스스로 사직서를 제출한 후에, (어떻게 보면 사직 권유 등의 사용자의 주도적 행위조차 나타나지 않는 상황이어서 일견 명백하다고 할 수 있는) 그 사직서 제출행위의 효력을 다룬다는 것은 보편적인 상황으로 보기는 어렵다. 이러한 점을 고려하면 위와 같은 방식으로 입증 요건을 완화하는 방식의 접근이 필요하다고 할 것이다.

#### 4. 효과

##### 가. 원칙

본 논문에서는 근로자의 사직서 제출이 부당한 해고로 의제되는 경우에 그 원칙적인 구제명령의 모습은 금전보상으로, 예외적 모습은 (근로조건을 조정할) 재고용명령으로 제안하고자 한다. 이는 부당해고가 인정되는 경우 원칙적으로 원직복직의 구제명령을 하고 덧붙여 해고 등이 없었더라면 지급 받을 수 있었던 임금 상당액(소급임금)을 지급하라는 구제명령도 하고 있는<sup>640)</sup> 한국 부당해고 구제절차에서의 일반적 모습과는 다른 제안이다.

<sup>638)</sup> Wigan Borough Council v. Davies [1979] ICR 411, EAT

<sup>639)</sup> 이철수 외(2006), 앞의 보고서, 206면.

이와 같이 제안하는 이유는 아래에서 보는 것과 같이 원직복직으로 인한 효과나 원직복직의 실효성을 상대적으로 기대하기 어렵다고 할 수 있는 반면, 금전보상제를 통한 일정 정도의 보상적 정의<sup>641)</sup>를 실현한다는 의미와 그것이 사용자에게 부담으로 작용함에 따라 사용자의 적정한 지시권 행사 및 조치의무 이행을 제고한다는 의미가 작지 않을 것이라 생각하기 때문이다.

그리고 의제해고의 경우 그 해고의 부당성이 인정될 때 구제명령 형식을 어떻게 할 것인지는 법논리적 필연이 아니라 입법정책적 고안의 산물이라고 할 것이므로 기존의 일반 해고에서의 부당해고 구제명령의 원칙적 모습과 다른 모습을 취한다고 하여 그것을 체계 균형의 측면에서 부적절하다고 말하기도 어려울 것이다.

## 나. 금전보상제 제안 배경

### 1) 금전보상제의 엄격한 허용 요건의 완화

사직 의사표시를 한 후 사직을 부당한 해고로 다루려는 근로자는 그에 대한 구제로서 원직복직을 원할 수도 있고, 금전보상을 원할 수도 있다. 어떤 근로자는 생계를 목적으로 근로활동을 하지 않아도 될 유인이 생긴 것이 아닌 이상, 다시 근로활동을 할 다른 직장을 구할 수밖에 없다는 점 때문에 ‘본인이 최초에 예상했던, 또는 기존에 적용되어 왔던 합리적인 근로조건 하

---

640) 임종률, 앞의 책, 561면. 보통의 주문례는 “1. 이 사건 사용자가 (언제) 이 사건 근로자에게 행한 해고는 부당해고임을 인정한다. 2. 이 사건 사용자는 이 판정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 이 사건 근로자를 원직에 복직시키고, 해고 기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.”이다.

이 경우의 주문례는 “1. 이 사건 근로자가 (언제) 한 사직의 의사표시는 무효임을 인정한다. 2. 이 사건 사용자는 이 판정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 근로자를 원직에 복직시키고, 근로관계가 종료되었던 기간동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.” 정도가 된다고 할 수 있을 것이다.

641) 이철수(2007), 앞의 글, 36면.

에서 근로를 계속하는 것'을 바랄 수 있다. 반면, 어떤 근로자는 부당해고 구제로 얻게 될 결과로 '해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품'도 받을 수 있다는 점과 증명책임의 귀속 측면에서의 유리함 등을 고려하였을 때 부당해고구제신청을 하는 것이 일반 민사상 위자료 청구를 하는 것보다는 낫다는 판단에 근거하여 처음부터 금전보상을 목적으로 할 수도 있다.

물론 어떠한 구제명령을 구할 것인지는 근로자의 선택에 달린 것이기는 하다. 그런데 정신건강 침해를 이유로 하여 사직 의사표시를 한 근로자가 그 의사표시와 관련한 법률관계를 부당해고로 효력을 다투는 경우, 최소한 그 근로자에게 '근로계약의 종료'라는 것이 근로자를 해방시킨다는 의미를 준다는 측면도 없지 않다. 그렇다면 최소한 '근로계약의 종료'라는 것이 갖는 의미와 무게감은 그것이 근로자에게 '해방'으로서의 의미도 주게 되는 경우와 그렇지 않은 경우 사이에 다르게 느껴질 수 있다.

예를 들어 징계해고나 경영상 이유에 의한 해고를 당하여 부당해고 구제신청을 한 근로자나, 또는 구조조정의 일환으로 사용자에게 의해 근로조건이 일방적으로 변경되어 '근로조건의 변경 아니면 계약 종료'를 선택해야 하는 입장에 놓이게 되어 사직 의사표시를 한 후 의제해고를 주장하는 근로자의 경우와 비교하였을 때, 부당해고 구제절차를 통해 희망하는 구제명령의 내용이나 원직복직에의 희망 정도의 경향성이 유의하게 다를 수 있음을 배제할 수 없는 것이다.

우리나라에서 상시적 구조조정으로 인한 대안 모색의 일환으로 제기되었던 의제해고 도입 논의가 소극적인 수준에 머무를 수밖에 없게 했던 이유 중의 하나는 의제해고가 "기본적으로 근로관계의 종료를 전제로 한다는 점"<sup>642)</sup>이었다. 그리고 2006년 노사관계 선진화 입법에 따라 근로기준법에 금전보상제를 도입할 당시, 그 요건을 '근로자의 신청이 있었던 경우'로만 제한했던 데에는 사용자에게 금전보상제 신청권을 부여할 경우 복직을 회피하기 위한 수단으로 금전보상제도를 악용할 가능성이 있기 때문이었다.<sup>643)</sup>

<sup>642)</sup> 이철수(2007), 위의 글, 35면.



그런데 근로자가 사용자의 업무지시로부터 야기된 정신적 고통 때문에 사직 의사표시를 한 경우에는, 사용자가 명시적으로 사직 의사표시를 유발하는 이니셔티브가 있었던 것은 아니라는 점에서 사용자에게 의한 해고의 남용이 우려되는 상황이 발생할 여지가 적다고 할 수 있다. 그렇다면 최소한 해고의 남용 우려 때문에 사용자에게 금전보상 신청권을 부여하지 못하도록 한 취지가 그대로 적용되지는 않아도 될 것이다. 이러한 의미에서 금전보상 명령을 내릴 수 있는 요건을 엄격하게 해야 할 필요성이 상대적으로 약해진다고 할 수 있다.

## 2) 원직복직 이후 정신건강 침해 계속 가능성

정신건강 침해를 입었음을 사유로 한 사직 의사표시를 해고로 다루어 부당해고로 인정받은 근로자에게 구제명령으로서 원직복직 명령이 내려지는 경우, 그러한 구제는 다음의 한계를 갖는다. 그것은 바로 정신건강 침해를 유발한 상황으로 돌아가는 것이 되어 버릴 가능성이 높다는 점이다. 이는 원직복직 명령의 현실적 집행과 관련하여 지적되는 일반적인 한계(현실에서 원직복직을 원하지 않는 근로자들도 상당하고, 원직복직한 근로자라도 존속하는 비율은 높지 않다는 점)에서 더 나아간 문제점이다.

근로자의 사직 전 근로조건이 실질적으로 명목상의 당초 근로조건보다 약화된 상태였을 것이라는 점을 고려하면(명목상의 근로조건은 근로계약을 새로 쓰는 등의 행위가 없는 이상 그대로일 것이므로), 근로자가 원하는 원직복직이란 본래 약정했던 근로조건보다 변경된(대부분은 증가된) 근로시간과 업무량에 맞추어 급여를 조정하거나, 아니면 본래의 급여에 맞추어 근로시간이나 업무를 조정하는 등의 조치가 이루어진 후의 복직을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 반면, 실제 내려지게 될 구제명령은 통상적인 의미대로라면 사직 전에 약정되어 있는 명목상의 근로조건을 변경시키지 않으므로, 근로자에게 어려움을 야기했던 사실상의 근로조건 상태(계약 시 적용되었던

643) 노동부(2007), 『노사관계 선진화 입법 설명자료』, 2007. 1., 82-84면.

근로조건이 아니라 근로자의 사직서 제출 직전까지 근로자에게 적용되고 있었던 근로조건의 상태)로 되돌아가는 것이 될 것이다.

그런데 근로자가 근로관계 종료라는 방식을 택하면서까지 그 고통 속에서 벗어나려고 했던 것을 생각하면, 근로조건이 개선되지 않고 동일하게 존속하는 상황에서 원직복직을 하는 것은 바람직한 구제의 모습이라고 보기 어렵다. 이는 사직서 제출의 부당하고 해당성 문제를 다투는 동안에 사실상 과중 업무로부터 벗어나 있음으로써 휴식을 취하는 결과가 되었다는 점, 스트레스 유발 원인으로부터 일정 기간 차단되어 있었다는 점 정도의 의미 정도만 있을 뿐이다. 원직으로 복직하는 경우 근로자는 또 얼마 지나지 않아 동일한 스트레스 유발 원인을 접하게 될 가능성이 매우 높다.

이 경우 근로자가 사용자의 과도한 업무지시로 이미 악화된 실질적 근로조건을 유지하는 상태에서의 원직복직이 아닌, 악화된 근로조건을 개선하여 원직에 복직할 수 있는지가 문제된다. 예컨대 증가된 근로시간과 업무량에 맞추어 급여를 조정하거나, 본래의 급여에 맞추어 근로시간을 조정하거나 업무를 배분하거나 하는 등으로 근로조건을 합리적으로 조정하여 복직할 수 있느냐는 것이다.

원직복직의 의미에 관하여 대법원은 “사용자가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용자의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용자의 고유 권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다”라고 판시한 바 있다.<sup>644)</sup>

그리고 노동위원회 규칙은 이행강제금을 부과하기 위한 기준으로 ‘구제명령의 이행기준’을 규정하고 있는데, 원직복직의 이행은 “당해 근로자에게 해고 등을 할 당시와 같은 직급과 같은 종류의 직무를 부여하였거나 당해 근로자의 동의를 얻어 다른 직무를 부여하였는지 여부. 다만, 같은 직급이나

644) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결.

직무가 없는 등 불가피한 사유가 발생한 때에는 유사한 직급이나 직무를 부여하였는지 여부”에 따라 그 이행여부를 판단한다고 규정하고 있다(위 규칙 제79조 제1호).

원직복직에 관한 위 해석에 따르면 근로자가 사직서를 제출하기 직전에 맡고 있었던 직급 및 직급과 같은 종류이거나, 또는 다르더라도 근로자의 동의가 있으면, 또는 불가피한 사유가 있는 경우 유사 직급과 직무로 복직하는 것이 가능하다. 그런데 본 논문에서 제기하는 형식의 조정은 ‘협의를 근로조건’이 변경된 복직을 의미하여 대법원이나 노동위원회 규칙에서 보고 있는 원직복직과 같지 않다. 비록 이론적으로는 구체명령의 내용에 대해 특별한 규정이 없어 노동위원회의 합리적 재량에 맡겨진다고 해석되고 있기는 하나,<sup>645)</sup> 노동위원회의가 원직복직 명령을 함에 있어 ‘조정된 근로조건으로 재고용하게 할 것을 명령하는 재량’까지 있다고 할 수 있는지가 여전히 문제된다.

이는 노동위원회 구체명령의 사법(私法)상 효력에 관한 문제와 관련이 있다. 사직한 근로자를 동일한 직무로 복직시킨다고 하더라도 그 근로자가 사직서를 제출하기 직전에 처해 있었던 근로조건(본래 근로계약상의 근로조건 보다는 악화된 근로조건)을 개선하는 방향으로 조정하려고 한다면, 이는 결국 실질적으로 협의의 근로조건이 변경되는 경우가 된다. 그런데 노동위원회의 구체명령은 사용자에게 구체명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키지 못한다는 것이 판례의 입장이다.<sup>646)</sup> 위 판례의 태도에 비추어 볼 때 이러한 구체명령은 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계의 내용을 사직 이전과 달리 변경시키고 복직시키는 것이 되어 본래 의미의 원직복직에 포함된다고 보기는 어렵게 된다.

그렇다면 과중 업무에서 오는 정신적 고통이 원인이 되었던 사직이 의제

---

645) 임종률, 앞의 책, 561면.

646) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다21962 판결; 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다 22100 판결 등.

해고로 인정되는 경우에 원직복직으로 구제하는 것은 현행법의 해석으로는 정신건강 침해 상황이 다시 발생하는 것을 차단하기 어렵다는 점에서 합목적적인 해결을 도모하고 있다고 보기 어렵다. 이러한 점에서 금전보상제를 원칙적인 구제명령으로 정하는 것이 오히려 더 나은 방법일 수 있다.

#### 다. 금전보상의 내용

처음 근로기준법에 금전보상제가 도입될 당시 있었던 정부의 해석을 보면 보상금은 해고기간 동안의 ‘임금상당액’과 ‘위자료’를 포함한 금액이었고, 구체적인 금액은 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등을 고려하여 재량적으로 결정하는 것으로 예정되어 있었다.<sup>647)</sup> 위 보상요구 금액에는 임금상당액(평균임금을 기초로 산정), 소요비용(교통비, 사건수입료 등), 기타비용(해고로 인한 손실비용 및 위자료 등)이 포함될 수 있다.<sup>648)</sup> 그런데 실무에서는, ‘해고기간 동안의 임금상당액 이상’을 지급한다는 법문과 달리 통상임금액에 한정하여 보상명령이 내려지고 있다는 지적이 있다.<sup>649)</sup>

이러한 실무상의 한계를 극복하여 금전보상의 내용을 강화하는 것이 필요하다. 금전보상의 내용은 임금상당액과 추가보상액으로 구분하고, 추가보상액은 직장상실에 대한 보상과 위자료로 구성할 수 있을 것이다.<sup>650)</sup> 임금상당액이나 직장상실에 대한 보상금을 구함에 있어서 기준이 되는 임금이라든지, 정신적 피해에 대한 보상으로서의 위자료의 범위 등은 노동위원회가 지침 등으로 정해두고 개별적·구체적 사정에 따라 탄력적으로 산정할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.<sup>651)</sup> 여기에서 위자료를 산정하는 경우에는 근로자의 사직 직전 근로자의 실질적인 업무량, 근로자의 사전절차 신청 및 활용의

647) 노동부(2007), 앞의 자료, 82면.

648) 권두섭 외, 앞의 매뉴얼, 146면.

649) 권두섭 외, 위의 매뉴얼, 146면.

650) 김홍영(2006), “부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항”, 『조정과 심판』 제28호, 중앙노동위원회, 2006, 15-17면.

651) 김홍영(2006), 위의 글, 15-17면.

정도, 사용자의 평소 태도와 노력의 정도, 사용자의 평소 언동, 근로자의 성격적 특성 등을 고려하여 정해야 할 것이다. 그리고 그 금전보상의 정도는 근로자에게 금전보상이 적절한 액수로서 평가받을 수 있어야<sup>652)</sup> 할 뿐만 아니라 사용자에게 실질적인 부담을 줄 수 있는 수준이어야 한다.

#### 라. 예외

어떤 근로자는 자신이 진정으로 바라는 것이 ‘사직’ 그 자체가 아니라, 근로계약시 예상하지 않았던 근로조건에 악화 상태(계약상 내용이 명시적으로 변경된 것은 아니어서 명목상의 근로조건은 그대로이나 과중 업무지시로 인해 실질적으로 악화된 근로조건에 놓인 상태)를 시정하고 근로를 계속하는 것일 수 있다. 앞에서 언급했던 ‘항의성’으로 사직의 의사표시를 한 경우가 이에 가깝다고 할 수 있을 것이다.

근로자가 금전보상 외에 복직을 원하는 경우나, 사용자가 근로자의 복직을 원하는 상황에서 근로자가 이에 동의한 경우에는 예외적으로 복직으로 구제할 수 있을 것이다.

그런데 이때는 기존의 근로조건을 그대로 유지한 원직복직이 아니라 근로자가 사직 의사표시를 하기 직전에 감수하고 있었던 ‘실질적인 근로조건’(명목상 근로조건보다 열악한)을 합리적인 방향으로 개선하는 내용으로 조정이 이루어진 복직명령이 되어야 한다. 이러한 점에서 이러한 구제명령을 재고용 명령<sup>653)</sup>이라 칭할 수 있을 것이다.

다만 이 경우 근로자의 희망과 사용자에 의한 실현 가능성이 면밀히 심리되어야 한다. 가사 구제명령에 관한 근로자와 사용자의 의사가 일치하는 경우라고 하더라도, 혹여 근로자의 사직 직전의 상황에서 실질적으로 개선된 것이 없음에도 근로자가 압력을 받아 복직 또는 재고용에 동의한 것은 아닌

---

652) 김홍영(2006), 위의 글, 15면.

653) 영국의 경우 구제수단에 있어 복직과 재고용 개념을 구분하고 있다(강현주, 앞의 글, 111면).

지 등을 유의하여야 할 것이다.

### Ⅲ. 정리

근로기준법상 규율을 통해 근로자 정신건강 보호를 실현하는 방법으로, 직장 내 괴롭힘 규정의 하위법규에 사용자의 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있음을 명시하고 그 구체적 판단 기준을 구체화하는 방안과 근로기준법의 목적 규정에서 근로자의 노동인격 보호를 근로기준법의 보호법익으로 명시하는 방안을 제안하였다. 그리고 근로자가 과중 업무로 정신적 고통을 받는 상황을 견디지 못하여 사직한 경우 이를 부당해고 구제철차로 다룰 수 있도록 하고, 부당해고로 인정되는 경우에 강화된 내용의 금전적 보상을 통해 근로자를 보호하는 방안을 제안하였다.

## 제3절 실효성 확보 방안

### I. 서설

노동 영역에서 근로자의 안전보건 또는 건강은 법적 규율뿐 아니라 법의 실질적 집행이 담보되어야만 달성될 수 있음에도,<sup>654)</sup> 노동법의 집행률은 그리 높지 않다고 알려져 있다.<sup>655)</sup> 이는 사용자가 느끼기에 법 준수에 따른 이익보다 미준수로 인한 불이익이 크지 않기 때문이라는 데에서 그 이유를 찾을 수 있을 것이다.<sup>656)</sup> 그러므로 법 준수에 따른 이익이 미준수로 인한 이익

654) 심재진(2015b), “산업안전보건법의 실효성 증대를 위한 규율방향-영국과 호주의 사례와의 비교-”, 『노동법연구』 제39호, 서울대학교 노동법연구회, 2015, 3면.

655) 권창영(2019b), 앞의 토론문, 78면.

656) 김홍영(2013), “영세사업장의 비공식 고용과 근로감독 제도”, 『성균관법학』 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 572면; Brishen Rogers, *op.cit.*, p.19.

(비용 절감 등)보다 크거나, 법의 미준수에 따른 불이익, 손실, 비효율이 법 준수에 따른 그것들보다 크도록 하여 노동법의 실현을 도모하는 것이 중요하다.

노동법의 실현 방법은 다양하나 실현 방법의 양태에 착안하여 구별하였을 때, ① 공적 권한의 행사에 의한 실현 방법(소위 공법적 수단), ② 사인 간의 분쟁 해결에 의한 실현 방법(소위 사법(私法)적 수단), ③ 자주적 법 준수 촉진을 꾀하는 방법으로 구분할 수 있다.<sup>657)</sup>

물론 이러한 방법 간의 균형을 유지하는 것이 중요하지만,<sup>658)</sup> 본 장에서는 공법적 수단과 자주적 법 준수 촉진을 꾀하는 방법을 중심으로 살펴보고자 한다. 이는 당사자 간의 권리·의무를 재판규범으로 설정하고 민사재판 등을 통해 그 실현을 꾀하는 사법(私法)적 수단의 경우<sup>659)</sup> 사후적 구제의 성격이 강한 측면이 있기도 하고,<sup>660)</sup> 노동법의 사법화(私法化) 현상이 근로감독과 형사 제재를 노동법에서 밀어내고 민사법원을 노동분쟁 해결의 주요 메커니즘으로 작용하도록 하는 측면도 있기 때문이다.<sup>661)</sup>

더불어 근로자 정신건강 보호의 실현은 노동법 이외의 법에 의하는 방법도 생각해볼 수 있을 것이다.<sup>662)</sup> 그 예로 세제 혜택을 제공하는 방법이나, 공계약 체결 시 당사자의 노동법상 의무 이행을 계약의 주요 내용 또는 계약 당사자 선정에서의 고려사항으로 두는 방법 등을 생각해 볼 수 있다. 이

---

657) 야마카와 류이치(山川隆一), “노동법의 실현 방법-일본법의 동향과 과제”, 『일본 노동법의 최근 쟁점』, 서울대학교 법학연구소·서울대학교 노동법연구회 2019년 춘계공동학술대회, 서울대학교-동경대학 제5회 비교노동법세미나, 2019, 55면; Paul Skidmore, “Thinking about Enforcement: The Minimum Wage in Practice,” *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International, 2000, p.350-351. {도재형(2016), “노동분쟁의 새로운 경향과 미래”, 『노동분쟁해결절차의 법적현실과 미래제안』 심포지엄, (사)노동법연구소 해밀·한국노동법학회·사법정책연구원, 2016, 5면에서 재인용}.

658) Brishen Rogers, *op.cit.*, p.18.

659) 야마카와 류이치(山川隆一), 앞의 글, 55면.

660) 물론 공법적 수단은 기본적인 자원의 제한, 집행기관들은 인력 부족 등의 문제를 갖고 있긴 하다(Brishen Rogers, *op.cit.*, p.18.).

661) 도재형(2016), 앞의 글, 1면.

662) 야마카와 류이치(山川隆一), 앞의 글, 53-54면.

를 공법적 수단과 자발적 법 준수를 촉진할 수 있는 방안을 살펴본 후, 결론으로 검토하기로 한다.

## II. 공법적 수단

### 1. 형사벌 또는 행정벌에 의한 실현

#### 가. 형벌과 행정질서벌 설정의 의미

산업안전보건법은 그 의무이행 확보 방안으로 과태료 등의 행정질서벌, 벌금형 또는 자유형 등의 형벌과 같은 제재 규정을 두고 있다. 산업안전보건법상 의무이행률이 낮은 것이 약한 제재에서 비롯된다는 측면도 간과할 수 없는바,<sup>663)</sup> 공법적 제재를 통하여 실질적인 이행 확보 방안을 강구하는 것도 중요한 문제가 된다.

일각에서는 산업안전보건 법령이 모든 유형의 위험 요인에 대비한 조치의무를 전부 규율할 수 없기 때문에 죄형법정주의 및 명확성의 원칙상 형사적 제재를 하는 것은 신중해야 할 필요가 있다고 본다. 반면, 이와 달리 명확성의 원칙과 산업안전보건 예방이 충돌하는 경우 산업 안전 법률 해석을 위한 필요가 더 우세하다고 보는 관점도 있다.<sup>664)</sup>

그런데 그 위반 시의 제재를 어떠한 유형으로 둘 것인지는 그 법규의 위반 행위를 어떻게 바라보는지를 보여준다는 점을 유의할 필요가 있다. 산업안전보건법 위반 사안을 행정질서벌로 규율할 것인지, 형벌로 규율할 것인지

---

663) 산업안전보건조치의 이행률이 낮고 산업재해가 빈번하게 발생하는 주 요인중 하나로, 위반자에 대해 가해지는 제재의 수준이 솜방망이 수준에 그치고 있는 점이 많이 지적되고 있다.

664) 참고로 호주 Supreme Court of Victoria Court of Appeal에서는 <The Queen v. A.C.R Roofing PTY. LTD, 1 December 2004> 사건에서, 명확성의 원칙과 산업안전보건 예방이 충돌하는 경우 산업 안전 법률 해석을 위한 필요가 더 우세하다고 판시한 바 있기는 하다(International Training Centre of the ILO, *op.cit.*, p.7).



의 문제는 그 위반 행위를 행정 목적의 실현을 위한 규제적 규율의 단순 위반 행위로 보느냐, 아니면 반사회성을 가진 범죄행위로 보느냐의 차이를 보여주는 것이기 때문이다.<sup>665)</sup> 그러므로 행정질서벌로의 규율은 자칫 산업안전보건법상의 의무들의 무게감을 떨어뜨릴 우려가 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

과중 업무로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제에서 이행을 촉구할 대상 규정은 크게 ① 일반의무 규정에 근거하고 있는 산업안전보건기준에 관한 규칙상의 건강장해 예방조치 규정과 ② 본 논문에서 제안하는 경보체계에와 관련된 규정이 될 것이다. 이하에서 두 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

#### 나. 산업안전보건기준에관한규칙상 건강장해 예방조치 이행 관련

근로자의 정신건강 보호에 관한 정책적 연구들은 건강장해 예방조치에 강행성이 부여되어야 한다는 주장들을 이미 개진한 바 있다.<sup>666)</sup> 이에 따라 위 조치의무 규정 위반 시 제재 규정이 구비되어야 한다면, 먼저 위 규칙 제 669조에서 규정하고 있는 개선대책(1호), 설명의무(5호), 건강증진프로그램(6호) 등 추상적으로 규정되어 있는 규정들의 내용을 구체화하는 지침이 마련되어야 할 것이다.<sup>667)</sup>

건강장해 예방조치에 어떻게 강행성을 부여할지와 관련해서는 ① 위 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조의 모범을 개정 산업안전보건법 제39조(구 산업안전보건법 제23조) 보건조치 규정으로 바꾸어야 한다는 견해와 ②

---

665) 산업안전보건법 위반행위를 보는 관점과 관련하여 영국의 법인기업과실치사법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)이 중요한 시사점을 제공한다. 근로자의 사망사고가 발생한 경우 법인 자체를 처벌하는 것을 내용으로 하는 위 법은, 비록 그 법의 효과에 대해서는 평가가 엇갈리나, 위 법이 갖는 의의로 “사업장에서의 사망을 야기하는 것이 ‘규제적 위반(regulatory offence)’이 아니라 ‘진정한(real) 범죄’라는 점을 인식케 하였다는 점”이 제시된다{심재진(2015c), “사업장 중대안전사고의 규율: 영국의 2007년 법인과실치사법 사례”, 『노동정책연구』 제15권 제1호, 한국노동연구원, 2015, 201면}.

666) 김인아 외, 앞의 보고서, 169면 이하.

667) 권혁 외, 앞의 보고서, 29면; 김인아 외, 위의 보고서, 169면.

별도 조항을 신설해야 한다는 견해가 있다.<sup>668)</sup>

그런데 과중 업무로 인한 스트레스 및 그로 인한 정신건강 예방조치를 현행 보건조치 규정에 신설하는 것은, 의무위반과 제재 사이의 균형 측면에서 적정성 문제를 야기할 수 있다. 보건조치의무 규정이 위반 시 높은 처벌을 예정하고 있기 때문이다. 과중 업무라는 것이 사회심리적 위험의 한 유형으로서 산업안전보건법상의 ‘위험’의 내용에 포섭되고, 건강장해에서의 ‘건강’에 정신적 건강도 해당된다는 점을 생각하면, 안전보건기준에 관한 규칙 제 669조가 보건조치 규정(개정 산업안전보건법 제39조)의 내용으로 들어가는 것 자체는 문제되지 않을 것이다. 그렇지만, 그 위반 시 제재의 정도를 현행 보건조치 위반의 경우와 같이 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 정도로 두는 것이 적정한지는 문제될 수 있다.

이와 비슷한 문제는 최근 신설된 고객응대근로자의 건강장해 예방조치 입법 당시에도 있었던 것으로 보인다. 고객응대근로자의 건강장해 예방조치는 입법 당시 조문의 위치와 관련하여 보건조치를 규정한 제24조의 항목으로 신설할 것인지, 아니면 별도의 조항으로 둘 것인지에 관한 이견이 있었다가<sup>669)</sup> 결국 구 산업안전보건법 제24조의 보건조치 규정에서 함께 규율하지 않고 구 산업안전보건법 제26조의 2에 별도로 신설되었기 때문이다.<sup>670)</sup> 이에 비추어 보면, 과중 업무로 인한 정신건강 침해의 문제도 유사하게 별도의 규정으로 신설하는 것이 바람직할 것이다.

한편 별도의 조항을 신설한다고 하더라도 그 위반시 제재의 유형과 수준은 어떻게 해야 할까? 비교하자면, 개정 산업안전보건법에서는 고객응대근로

668) 김인아 외, 위의 보고서, 169면 이하.

669) 구 산업안전보건법 제24조 제1항 제1호부터 제6호까지의 건강장해는 사업주가 법적·제도적 기준에 따라 객관적인 작업 환경을 통제한다면 예방할 수 있는 건강장해 유형임에 반해, ‘고객 등에 의한 폭언·폭력·괴롭힘에 따른 업무상 스트레스로 발생하는 건강장해’는 상대적으로 사업주가 통제하기 어려운 외적 변수로 인한 것이고, 정신적 건강장해의 주된 원인을 파악하는 것이 용이하지 않은 측면이 있음을 고려할 때 동일한 수준의 처벌 규정을 도입할 수 있을지는 추가 논의가 필요하다는 검토의견이 있었다.

670) 개정 산업안전보건법에서는 보건조치 규정이 제39조, 고객응대근로자 건강장해 예방조치가 제41조에 규정되어 있다.

자에 대한 건강장해 예방조치와 관련하여 사업주가 필요한 조치를 하지 않은 경우에(개정 산업안전보건법 제41조 제2항) 사업주에게 1천만원 이하의 과태료를 부과하고 있다(개정 산업안전보건법 제175조 제4항).

과중 업무로 인해 고통받는 것이 비록 고객응대근로자가 고객의 폭언이나 갑질로 인해 고통받는 것과 동일하지는 않지만 사회심리적 위협으로 인한 노동인격 침해 및 정신건강의 침해문제라는 관점에서 보면, 이는 보건조치 규정에서 정하고 있는 물리적, 화학적 위험요인으로 인한 신체적 건강 측면에서의 건강장해의 모습보다는 고객응대근로자의 건강장해 문제와 가까운 점이 있다고 할 수 있다.

그런데 한편으로 과중 업무는 고객응대근로자가 겪는 폭언 등과는 달리 사용자로부터 비롯되는 것이어서 사용자가 근로자의 업무 상황에 대해 주의 기울인다면 예측, 제어할 수 있는 가능성이 상대적으로 더 크다고 할 수 있다. 그리고 사용자의 과도한 업무지시는 사용자 스스로도 그 업무지시가 효율성의 극대화를 위하여 근로자의 역량을 초과하는 정도를 요구하고 있다거나 근로자를 소위 ‘취어짜 내는’ 것이라는 점을 알거나 알 수 있었을 상황에서 내려지는 경우가 상대적으로 많다.

이러한 점을 고려하면, 과중 업무를 야기하는 업무지시의 경우는 고객응대 근로자에 대한 조치의무 위반의 경우보다는 그 제재의 정도가 좀 더 강해야 할 것이다. 더불어 비록 과태료와 벌금형이 금전을 납부하게 한다는 외관은 유사하더라도, 벌금형은 대상 행위가 사회적으로 비난가능성이 더 높은 범죄 행위에 해당한다는 점을 분명히 인지하게 하는 것이므로, 위하력을 강화한다는 의미에서 벌금형을 부과하는 것이 이행 비율을 높일 수 있는 방법이라고 할 것이다.

그렇다면, 보건조치 규정에서 기존의 제1호 내지 제6호와는 구별하여 제2항에 불합리한 업무지시로 인한 건강장해를 예방하기 위한 조치를 규정하고, 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조를 위 조항의 하위법령으로 규정하며, 이 위반 시의 제재에 대해서는 벌금형을 부과하는 것이 적절할 것이라 생각한다.<sup>671)</sup>

#### 다. 정보체계 하에서의 의무이행 관련

정보체계의 효과적인 시행을 위해 위반 시 제재가 필요한 부분으로는, ① 산업보건의가 비밀유지의무를 위반한 경우, ② 사용자가 정보 목적 이외의 목적으로 근로자의 근로 관련 정보를 이용한 경우, ③ 사용자가 산업보건의의 의견에 따라 근로자에게 취해야 할 필요한 조치를 하지 않은 경우, ④ 근로자가 산업보건의와의 상담신청을 한 것을 이유로 사용자가 근로자에게 불리한 처우를 한 경우, ⑤ 사용자가 산업보건의의 업무수행을 이유로 산업보건의에게 인사상 불리한 처분을 한 경우 등을 들 수 있다.

현행법에서 유사한 상황에서 제재를 규정한 내용을 찾아보면 다음과 같다. 먼저 ① 산업보건의의 비밀유지의무 위반과 관련하여서는 산업안전보건법 제162조 제10호, 제170조 및 의료법 제19조, 제88조 제1호, 개인정보보호법 제60조, 제72조 제3호에서 형사처벌을 규정하고 있다. 그런데 의료법과 개인정보보호법에서는 공통적으로 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금을 규정하고 있는 것과 달리, 산업안전보건법에서는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 규정하고 있어 산업안전보건법상 규정이 상대적으로 가볍다. 그런데 앞으로 산업보건의의 의무가 강화되고 역할의 중요성이 커지게 될 것이므로, 산업안전보건법에서 산업보건의의 직무를 추가하고, 산업보건의의 비밀유지 의무를 의료법과 개인정보보호법에서의 법정형 수준으로 상향하여 균형을 맞출 필요가 있다.

두 번째로 ② 근로자의 근로 관련 정보 목적 외 이용과 관련하여 보면, 산업안전보건법에는 관련 규정이 없지만, 개인정보보호법에 관련 규정이 있다. 개인정보보호법에서는 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한과 관련해서는 제18조, 제71조 제2호에서, 개인정보를 제공받은 자의 이용·제공 제한과 관련해서는 제19조, 제71조 제2호에서 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 그런데 현행 개인정보보호법은 노동의 종속성과 정보의 비대칭이라는 이중의 불균형을 극복할 수 없다는 지적을 받고 있는바,<sup>671)</sup> 경

671) 벌칙을 부과하지는 견해로는 김인아 외, 앞의 보고서, 169면.

보체계 절차 내에서 습득되는 근로자의 정보 이용과 관련하여서는 산업안전보건법 내에서 별도로 규정하는 바람직하며, 개인정보보호법상 제재와 균형을 이루는 범위 내에서 법정형을 규정할 필요가 있을 것이다.

세 번째로 ③ 근로자에게 필요한 조치 미이행에 대해서는, 앞서 본 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조 위반시의 제재를 따르는 것이 타당할 것이다. 경보체계 내에서 산업보건의의 의견에 따라 사용자에게 부여되는 의무도 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조 상의 의무에 해당되기 때문이다.

네 번째로 ④ 근로자가 산업보건의와의 상담을 신청한 것을 사유로 근로자에게 불리한 처우를 한다거나, ⑤ 산업보건의의 업무수행을 이유로 산업보건의에게 인사상 불리한 처분을 하는 것을 방지하기 위한 방안으로는, 기존에 산업안전보건법에서 근로자에 대한 불이익처우 금지 위반에 대해 규정한 제재를 참조할 수 있다. 하나는 고객응대근로자가 사업주에게 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 요구한 것을 이유로 불리한 처우를 하는 것을 금지한 규정을 위반한 경우에 관한 것인데, 제41조 제3항, 제170조 제1호에서 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 다른 하나는 근로자가 사업장에서의 법 위반 사실을 감독기관에 신고한 것을 이유로 불리한 처우를 하는 것을 금지한 규정을 위반한 경우에 관한 것으로 제157조 제3항, 제168조 제1항에서 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다.

근로자가 산업보건의와의 상담을 신청하는 것은 근로자의 정신건강 침해를 예방하고 정신건강을 유지할 수 있는 근로환경에서 근로할 권리를 실현하기 위한 일환으로서, 고객응대근로자가 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에 정신건강 침해를 예방하기 위하여 사용자에게 조치를 요구하는 것과 유사하다. 그러므로 이에 대해서는 제170조 제1호 상의 법정형과 유사하게 규정되는 것이 타당하다.

한편 산업보건의의 업무수행을 이유로 산업보건의에게 인사상 불리한 처

---

672) 양승엽(2016), “근로자 개인정보 처리의 정당성 요건과 한계: 종속성의 관점에서”, 『노동법포럼』 제18호, 노동법이론실무학회, 2016. 66면.

분을 하는 것은 사업장의 위법 사실을 신고한 근로자에게 인사상 불리한 처우를 하는 것과 유사하다. 전자는 근로권에 근거하여 산업안전보건법 내에서 해석되는 사용자의 의무 이행을 좌절시키고, 후자는 위법 사실의 발각과 시정 장치의 작동(법에 명시된 의무 이행)을 좌절시키기 때문이다. 다만 산업보건법의 중립적인 업무수행을 이유로 불이익을 가하는 것은 이미 법 위반 사실이 있는 사업장을 신고한 것에 대해 불이익을 주는 것보다는 가볍다고 할 것이므로, 제168조 제1항에서 정한 형보다는 가벼운 형이어야 타당할 것이다.

## 2. 행정기관에 의한 실현

### 가. 산업안전보건감독관의 감독·조사와 행정지도

노동법 질서는 사용자와 근로자 관계가 시민법적 질서에 의해서만은 규율되기 어렵다는 인식에 근거하여 국가의 근로감독을 전제로 하고 있다.<sup>673)</sup> 국가의 감독 기능은 사용자의 업무지시와 관련한 근로자의 정신건강 보호를 위해서도 작동해야 할 것이다.

사용자의 업무지시와 관련한 문제는 근로조건의 문제이기도 하면서 산업안전보건 사항이기도 하다. 과중 업무는 장시간 근로를 수반하기 때문에 우선 근로시간의 문제이고, 임금(임금의 구성방법·계산방법·지급방법), 휴일 등의 문제이기도 하여 주요 근로조건과 밀접하다. 그런데 다른 한편으로는 업무상 재해의 위험요인으로 작용할 수 있는 것들에 관한 것이라는 점에서 산업안전보건 사항이다.

앞서 본 바와 같이 과중 업무를 야기하는 업무지시는 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있으므로, 이 경우 괴롭힘과 관련한 근로감독 관련 규정이 동일하게 적용될 것이다. 근로감독관 직무규정에서는 사업장 감독 중 특별감독(노동관계법령 위반사실을 수사하기 위해 실시하는 근로감독) 대상 사업장으로 ‘폭

<sup>673)</sup> 김홍영(2013), 앞의 글, 572면.

언, 폭행, 직장내 성희롱, 괴롭힘 등 근로자에 대한 부당한 대우로 사회적 물의를 일으킨 사업장'을 규정하고 있고{근로감독관집무규정(고용노동부 훈령 제291호 일부개정 2019. 8. 30.) 제12조 제3호 라목}, 직장내 괴롭힘 사건의 경우 전담 근로감독관을 지정하여 별도의 독립된 공간에서 조사하도록 규정하고 있다(동 규정 제37조의2).<sup>674)</sup> 그리고 고용노동부에서는, 본래 직장내 괴롭힘법이 자체적 해결을 도모하고 있음에도 불구하고 괴롭힘의 가해자가 사용자인 경우에는 자체적인 해결을 기대할 수 없다는 이유로 근로감독관이 직접 조사하도록 하고 있는데,<sup>675)</sup> 업무지시가 괴롭힘에 해당하는 경우도 이러한 예외가 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

한편 과중 업무를 야기하는 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당하지 않더라도, 근로자가 육체적·정신적으로 건강한 환경에서 근로하도록 배려할 의무를 사용자가 위반하여 근로자에게 정신적 피해를 야기하는 경우에 해당될 수 있으므로 이는 산업안전보건의 영역에서도 규율되어야 할 부분이다. 그리고 본 논문에서 제안하는 경보체계를 시행하는 것은, 사용자의 업무지시로 인한 근로자의 노동인격권 침해 방지를 위해 취하는 사전적인 조치에 해당한다. 그렇기에 위 체계가 원활하게 시행되고 있는지를 감독 또는 점검하는 것은 산업안전감독의 대상이 된다.

한편 그동안 근로감독 및 산업안전감독에 대해서는, 감독이 일회적으로 이루어지는 경우가 많고 계속적·상시적 감독이 부재하다는 지적이 많았다.<sup>676)</sup> 경보체계가 사전예방적 접근의 중요성에 근거하여 제안된 제도인 만큼 이에 대한 정기적, 계속적 감독은 매우 중요하다고 할 것이다. 그리고 근로감독관 집무규정에서 사건 유형별로 특유의 조사관과 조사 방법을 규율하고 있는 점이나,<sup>677)</sup> 산업안전보건감독관집무규정에서 산업안전보건에 관한 학식과 경

674) 직장내 괴롭힘에 대한 진정·신고 사건과 관련하여 현재 185명의 전담 근로감독관을 지정·운영중이라고 한다(최태호, “직장내 괴롭힘 노동청 제보유형과 해결과정” 토론문, 『사례를 통해 본 직장내 괴롭힘 금지법의 의미와 개선방안』자료집(2019. 9. 19.), 직장갑질119·재단법인 공공상생연대기금·더불어민주당 한정애 의원·정의당 이정미 의원, 2019, 78면)

675) 최태호, 위의 글, 79면.

676) 김홍영(2013), 앞의 글, 579면.

험이 있는 사람을 우선적으로 감독관으로 배치하도록 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때<sup>678)</sup> 경보체계 이행에 대한 감독도 전통적인 사업장의 위험과는 달리 사회심리적 위험에 관한 감독인 만큼 특유의 조사·감독 방법을 강구하는 것이 바람직할 것이다.

#### 나. 조치의무(안전배려의무) 위반기업 공표

조치의무를 위반한 기업을 공표하는 방법도 생각해볼 수 있다. 이는 근로자의 정신건강 보호를 위한 의무이행에 불성실한 사업주를 일반인에게 알림으로써 사업주가 사회적 평가를 스스로 의식하도록 하고, 간접적으로 의무불이행을 시정시키고자 하는 것이다.<sup>679)</sup>

유사한 국내법상 규정으로는 장애인고용촉진 및 직업재활법에서 일정 비율의 장애인을 의무고용해야 하는 사업주가 정당한 사유 없이 장애인 고용계획의 수립 의무 또는 장애인 고용 의무를 현저히 불이행할 시 그 내용을 공표할 수 있다고 규정한 경우를 예로 들 수 있다(제29조 제3항).<sup>680)</sup> 그렇지만 국내 산업안전보건법은 법상 조치의무 위반 사업장에 대한 공표를 규율하고 있지는 않다.

물론 산업안전보건법이 산업재해 발생 건수, 재해율 또는 그 순위 등에 대해서는 공표하도록 규정하고 있기는 하나(법 제10조), 이는 일부 사업장을 대상으로 하고 있다는 사실을 별론으로 하더라도(시행령 제10조) 정신건강 침해 예방 측면에서는 큰 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 왜냐하면 이와 같이 공표되는 산업재해는 ① 정신건강의 침해요인이 현실화되어 실제 질병으로

677) 직장내 성희롱 사건은 전담 근로감독관이나 피해자와 동일한 성(性)의 근로감독관이 조사(근로감독관 직무규정 제37조의 2 제1항), 직장내 괴롭힘 사건은 전담 근로감독관을 지정(동조 제2항)

678) 기술직, 이공계열 전공자, 국가기술자격법에 의한 기술 분야의 산업기사 이상 국가기술자격증 소지자, 산업안전보건 분야의 직무교육(1주 이상)을 받은 자 등을 우선적으로 배치하고 있다(근로감독관 직무규정(산업안전보건) 제4조 제1항).

679) 야마카와 류이치(山川隆一), 앞의 글, 58면 참조.

680) 야마카와 류이치(山川隆一), 위의 글, 58면



의 이환 등 건강장해 발생이라는 결과로 나타난 경우에 한한 것이고(보통 의학적 진단을 필요로 함), ② 그 건강장해가 업무와 관련성이 있다는 사실을 근로복지공단이나 법원에 의해 인정받았다는 점이 충족되어야만 집계될 수 있는 것이기 때문이다. 그렇기에 위 공표제도는 정신건강 침해 문제에 있어서는 아주 일부의 경우만 포섭하고 있을 뿐이라고 할 수 있다.

그렇기에 기업공표를 근로자 정신건강 보호를 위한 실효성 확보 차원에서 활용하기 위해서는 조금 다른 차원의 접근이 필요하다. 장애인고용촉진 및 직업재활법에서 ‘의무 불이행’ 기업을 공표하는 것처럼 산업안전보건의 영역에서도 업무상 재해가 발생했을 때에만 공표 대상으로 하는 것이 아니라 산업안전감독을 통해 ‘조치의무 불이행’ 사실이 확인되는 기업을 공표하는 방안을 생각할 수 있다.

일본은 노동기준법에 기업명 공표의 근거 규정이 없어도 종전부터 노동기준법 위반 사업장에 대해 검찰 송치 시에 공표해 왔으며, 최근에는 장시간 근로나 과로사에 대한 경각심의 발로로, 시정지도 단계에서도 일정한 요건을 충족하면 검찰송치가 되기 이전이라도 기업명 공표를 하고 있다.<sup>681)</sup> 이러한 사례를 참조하여 산업안전감독과 함께 연동하여 조치의무 불이행 사업장을 공표하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다.

### Ⅲ. 자주적 법 준수 촉진 도모

자주적 법 준수를 촉진하는 것도 필요하다. 그 이유는 ① 근로관계가 계속적 관계여서 현실적으로 관계자가 매일 규율에 따라 행동할 것이 중요하다는 점, ② 노사의 교섭력 격차로 인하여 근로자가 사후적 대응을 구하기에는 상당한 부담이 있을 수 있다는 점, ③ 강제력이 동반되는 규율을 제정함에 있어서 노사 관계자의 이해충돌 가능성이 상당할 것이라는 점 등 때문이다.<sup>682)</sup> 자발적인 법 준수를 촉진하기 위한 방법으로 경제적·사회적 인센티브

681) 야마카와 류이치(山川隆一), 위의 글, 69면.

682) 야마카와 류이치(山川隆一), 위의 글, 56면.

와 패널티를 설정하는 방법을 생각해볼 수 있다.<sup>683)</sup>

## 1. 인센티브의 설정

경제적·사회적 인센티브는 노동법을 준수한 기업에 대해 정부가 그 사회적 평가를 제고하는 조치를 취하여 상품시장이나 노동시장에서 우위를 점하도록 하는 것이다.<sup>684)</sup>

국내에서 이러한 인센티브를 부여하는 것으로는, 고용노동부에서 정하는 ‘강소기업’ 브랜드 선정을 예로 들 수 있다(고용노동부와 그 소속기관 직제 시행규칙 제6조의2 제10항 제6호).<sup>685)</sup> 고용노동부는 2016년부터 매년 강소기업을 지정해 고용노동부의 브랜드를 부여하고, 선정된 기업에게 취업 지원, 기업홍보, 재정·금융 우대, 선정·선발 우대 등의 지원을 하고 있다.<sup>686)</sup> 위 ‘강소기업’은 7가지 선정 결격 사유를 두고 있는데, 그 중 노동법 위반과 관련한 결격 사유로는 ① 최근 3년 이내 체불명단 공개기업(사업주), ② 신청시 기준 3년 이내 2회 연속 동종업종·규모별 평균 대비 ‘고용유지율’이 낮은 기업, ③ 신청시 기준 3년 이내 ‘산재사망’ 발생 기업에 각 해당하는지 여부이다.<sup>687)</sup>

그런데 후술하는 바와 같이 체불임금, 고용유지율, 산재사망을 결격 사유로 고려하는 것만으로는 과중 업무로 인한 근로자의 정신건강 침해를 예방하기에 충분하다고 보기 어렵다.

먼저 ① 급여체계를 어떻게 정하느냐에 따라 장시간 근로나 격무가 발생하여도 그것이 초과근로에 대한 수당으로 연결되지 않도록 약정되는 경우가

683) 야마카와 류이치(山川隆一), 위의 글, 63-64면.

684) 야마카와 류이치(山川隆一), 위의 글, 64면.

685) 정부는 아니지만 상공회의소법에 근거하여 설립된 법정 민간 경제단체인 대한상공회의소에서 한국고용정보원, 한국기업데이터, 사람인, 잡플래닛의 5개 기관 및 학계와 공동으로 기업을 평가하여 정하는 ‘일하기 좋은 중소기업’ 선정도 유사한 예로 들 수 있다.

686) 고용노동부 선정 『강소기업』 신청 접수 공고(고용노동부공고 제2020 - 95호).

687) 고용노동부 선정 『강소기업』 신청 접수 공고(고용노동부공고 제2020 - 95호).

매우 많기 때문에 체불임금 여부에 대한 판단이 달라질 수 있다. 그리고 ② 정신건강의 침해가 극단적으로 과로사나 자살의 형태로 근로자의 ‘사망’을 야기할 수는 있으나, 이것이 모든 경우에 나타나는 필연적인 결과인 것은 아니다. 그리고 다른 전통적 위험이 현실화되어 사망이 발생하는 경우에 비하면 오히려 그 비율이 낮다는 점에서 산재사망 발생 여부를 고려하는 것이 근로자 정신건강 보호를 위한 측면에서 더 특별한 의미가 있다고 보기는 어렵다. 또한 ③ 고용유지율을 고려하는 것은, 정신건강 침해를 입은 근로자가 그 대응으로 퇴사를 선택하는 비율이 적지 않다는 점을 고려했을 때에는 체불임금이나 산재사망 발생 여부를 고려하는 것보다 더 나은 방법일 수 있으나, 고용유지율이 낮은 데에는 기업의 비정규직 채용 증가 경향으로 인한 것일 수도 있는 등 다양한 원인이 존재할 수 있으므로 이 역시 충분하다고는 할 수 없을 것이다.

그러므로 ‘강소기업’ 결격 사유의 요건을 좀 더 추가할 필요가 있다. 예를 들어 최근 3년 이내 경보체계 이행률, 사업장별 고충 신고비율, 근로감독 및 산업안전보건 감독 결과, 근로자들이 정신질환 발병률(업무상 재해로의 인정 여부 불문), 사업장 내 건강관리를 위한 정책 이행 등 노력 정도 등을 지표로 활용하는 방안을 생각할 수 있다.

## 2. 패널티의 설정

법 위반 사업장이 구인시장에서 제한을 받도록 하는 방법도 생각할 수 있다. 이는 앞서 행정기관에 의한 실현 방법으로 보았던 ‘법 위반 사업장의 공표’에 따른 결과로 수반되는 효과일 수도 있다. 그런데 이에 더 나아가 적극적인 방법으로 정부 산하 또는 민간 직업소개소에서 ‘법 위반 사업장으로 공표된 사업장’의 구인정보를 받지 않고, 기업 소개 등 구인활동을 제한할 의무를 부여한다면 사업주들의 의무이행을 확보하는 보다 강력한 방안이 될 수 있을 것이다.

일본의 경우, 일본의 공공직업소개소 ‘헬로 워크’에서는 2016년 3월부터

노동 관련 법령 위반으로 연간 2회 이상 당국의 지도를 받은 기업의 구인정보는 받지 않는다.<sup>688)</sup> 이러한 사례들을 참조하여 기업의 생리와 경제적 동기를 적절히 활용하는 방안을 강구할 수 있을 것이다.

#### IV. 기타

그 외 근로자 정신건강 보호를 실현할 수 있는 방안으로, 공공단체가 민간 기업과 계약을 체결함에 있어 일정한 노동법상 의무 준수를 충족시킬 것을 조건으로 하거나 계약체결의 판단 고려요소로 하는 방법 등을 생각할 수 있다. 이와 관련하여 건설업 영역에서 시행되고 있는 입찰참가자격 사전심사(Pre-Qualification, 이하 ‘PQ’) 제도에서 산업재해 예방 관련 지표를 심사 기준으로 삼고 있는 점을 참조할 수 있을 것이다. ‘PQ’ 제도는 입찰 전에 입찰참가자격을 미리 심사하여 경쟁 입찰에 참가할 수 있는 적격자를 선정하고 이들에게 입찰참가자격을 부여하는 제도를 말한다.<sup>689)</sup> 이는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제13조, 동법 시행규칙 제23조, 기획재정부 회계예규 입찰참가자격사전심사요령 제6조, 조달청 입찰참가자격사전심사세부기준, 산업안전보건법 시행규칙 제3조의 2 제1항 제7호 등을 근거로 하고 있다.

위 PQ 제도에서 적격자 선정은 경영상태 부문과 기술적 공사이행능력 부문에서의 심사로 이루어지는데, 기술적 공사이행능력 부문에서 ‘신인도 분야’를 하나의 심사 부문으로 하여 평가하고 있다(입찰참가자격사전심사요령 제6조). 이 신인도에는 ‘최근 3년간 노동부장관이 산정한 평균환산재해율의 가중평균 대비 환산재해율의 가중평균’이 반영된다(조달청 입찰참가자격사전심사세부기준 제5조 제4항 제4호). 이에 따라 산업재해발생을 및 산업재해 발생 보고의무 위반 여부에 따라 점수가 부여된다. 재해율 및 산재발생 보고의

---

688) 朝日新聞. 2015. 12. 26. “ブラック求人門前払いに”.(김영, 앞의 글, 255면에서 재인용).

689) 이명구, 『산재보험수지율의 환산재해율 반영 등에 관한 연구』, 산업안전보건연구원, 2008, 43면.

무 위반율의 상승은 신인도 감점으로 이어져 PQ 점수에 영향을 주게 된다.

이 제도에 부작용이 없는 건 아니지만<sup>690)</sup> 이 제도에 따른 PQ 점수는 경쟁업체와의 관계에서 낙찰 여부를 결정하는 중요한 요소로 작용하고 있다. 연구에 의하면 제도 도입 이전보다 건설업체의 재해발생률이 상당 수준 감소한 것으로 평가되었다.<sup>691)</sup> 이 PQ 제도의 아이디어에 착안하여 위 제도와 유사하게 국가에서 추진, 발주하는 사업의 입찰에 참여하는 기업을 평가하는, 산재발생률에 준하는 지표로서 ‘근로자 정신건강확보를 위한 의무위반율 또는 조치 이행률’을 점수화하여 포함시키는 방법을 생각해 볼 수 있다.<sup>692)</sup> 구체적인 판단 기준으로는 경보체계 이행률, 사업장별 고충 신고비율, 근로감독 및 산업안전보건감독 결과, 정신질환 발병률, 근로자 이직율, 사업장내 건강관리 정책 이행 등 노력 정도 등을 지표로 하는 것이 필요하다.

## 제4절 소결

1. 과중 업무로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제를 방지하기 위해서는 먼저 산업안전보건법이 노동인격을 중요한 보호법익으로 하고 있음을 명확히 할 필요가 있다. 이에 산업안전보건법의 목적을, ‘산업 안전 및 건강에

---

690) 예컨대 위 제도로 인하여 재해율이 낮은 건설업체의 수주 가능성이 높아진 것은 사실이지만, 재해율 지표가 산업안전 관리능력을 반영하기도 하나 산재 은폐 능력에 따라 좌우되기도 한다는 점에 비추어 보면 재해율이 낮다는 의미가 실제 재해 발생이 적었다는 사실을 대변하는 것이 아닐 수도 있다는 점이 지적되었던 바 있다(이명구, 위의 보고서, 8-9면).

691) 2014년 기준 건설업체의 재해발생률 산정제도를 도입할 당시인 1991년도(건설업 전체 재해율은 1.61% 수준)보다 45.3%가 감소하였다고(2014년 재해율은 0.73%) 한다(박용규·정성춘, 『건설업체 산업재해발생률 산정·평가 제도 개선에 관한 연구』 연구보고서, 안전보건공단연구원, 2015, 12면; 이명구, 위의 보고서, 21면; 권창영(2019b), 앞의 토론문, 75면).

692) 비슷한 취지로 기업의 사회적 책임의 이행 정도를 입찰참가자격자의 평가항목에 포함하는 방안을 제안하는 견해로 김인재(2005), “노동분야의 기업의 사회적 책임(CSR)과 노동법적 과제-기업의 국제적 행동규범을 중심으로-”, 「노동법연구」 제18호, 서울대학교 노동법연구회, 2005, 298면.

관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 업무상 재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 자의 안전 및 육체적·정신적 건강을 보호·유지 증진'하는 것으로 변경할 필요가 있다.

사업주 등의 의무 규정과 관련하여서는, 산업안전보건기준에 관한 규칙 제 669조에서 대상 업무 제한을 폐지하고 조치의무의 구체적, 세부적 지침을 마련할 필요가 있다. 법 제5조 제1항 제3호와 관련해서는 '안전보건에 관한 정보'를 '근로자의 안전과 신체적·정신적 건강에 영향을 줄 수 있는 물리적, 화학적, 생물학적, 사회심리적 위험 요인 전반에 관한 정보'로 변경할 필요가 있다.

도급인의 안전조치 및 보건조치를 규정한 법 제63조에서는 도급인의 조치의무가 요청되는 경우를 현행법에서의 '도급인의 사업장에서 작업을 하는 경우'만으로 두지 않고 '도급인의 결정이 관계수급인 근로자의 근로조건 악화에 상당한 영향을 미치는 작업을 하는 경우'까지 포함하는 것이 바람직할 것이며, '산업재해를 예방하기 위하여'를 '업무상 재해를 예방하기 위하여'로, '안전조치 및 보건조치'를 '안전조치 및 건강보호 조치'라고 변경하는 것을 제안한다. 나아가 사용자의 고유 권한으로서 인정되는 지시권 행사나 사실상의 경영상 권한 행사가 근로자의 정신건강을 침해하는 괴롭힘이 될 수 있다는 점과 금지되어야 할 업무지시의 행위 태양에 관한 다양한 예시 및 판단 기준 등을 내용으로 하는 의무 교육 규정을 신설할 필요가 있다.

더불어 본 논문에서는 근로자의 정신건강 침해 예방·방지를 위한 제도로서 이른바 경보체계의 도입을 주장하였다. 이는 근로자의 근로시간과 업무량 등에 관한 기록과 관찰, 근로자와의 면접상담 등을 근거로 하여, 근로자에게 과중 업무로 인한 정신건강 침해가 발생했다고 볼 수 있는 경우 업무의 중단 또는 조정, 근로자의 관리 등을 위해 중립적인 제3자가 사용자에게 문제제기 및 의견 개진을 하도록 하여 적절한 조치가 내려지도록 하는 제도이다.

이러한 경보체계는 근로자 정보의 기록, 보관, 경보체계 관리자의 선제적 알림 또는 근로자의 요청, 산업보건과의 상담, 사용자에게 대한 통지를 통한 문제제기와 시정조치 요구를 내용으로 한다. 위 체계에 따라 근로자의 근로

기록에 근거하여 과중 업무 수행의 위험이 있는 근로자에게 주의 취지로 알림을 할 수 있는데, 이때의 알림은 예방의 의미로 발령하는 것이므로 객관적인 지표가 어느 수준에 다다르면 가능하도록 해야할 것이다.

반면, 이렇게 알림을 받은 근로자가 산업보건의의 상담을 받으면 산업보건의의 객관적인 자료들 및 근로자와의 면접을 통해 알게 된 여러 정보들을 근거로 근로자의 동의를 받아 사용자에게 근로자의 상태를 통지하고 필요 조치를 취할 것을 요청할 수 있는데, 이때 사용자에게 근로자의 건강 상태를 알릴 것인지를 판단하는 기준은 정신건강이 침해되었음을 주장하는 근로자를 중심으로 고려하되, 같은 처지에 있는 근로자가 합리적인 사람이라면 정신건강의 침해를 입으리라 예상되는 상황인지를 기준으로 판단하여야 한다. 합리적인 근로자가 보았을 때 정신건강 침해가 발생하지 않았으리라는 점이 명백한 경우가 아닌 한, 근로자에 대한 조치의 필요성을 쉽게 부정할 수는 없을 것이다. 근로자가 정신적 고통을 호소하지 않는 경우에도, 그것이 혹여 자신이 정신적 고통을 호소함에 따라 받을 수 있는 불이익을 염려하여 그런 것은 아닌지도 유념해야 한다.

한편 위 경보체계의 시행에 있어 산업보건의가 매우 중요한 주체가 되며, 위험성 파악과 적시의 적절한 대응을 위해서는 근로자의 개별적 참여뿐 아니라 집단적 참여도 중요하다.

현행 산업보건의는 채용 의무 규정이 기업규제에 관한 특별법으로 인하여 유연화되어 있는 점, 산업보건의의 직무 범위가 모호하게 규정되어 있고 그 채용방식도 재량적으로 규정되어 있는 점, 자격 요건 규정에서 전문성을 담보하기 어렵게 만들 수 있는 여지를 두고 있는 점, 정신건강 보호에 있어 중요하게 강조되고 있는 1차 예방의 접근은 이루어지지 못하고 있다는 점 등의 한계를 갖고 있다.

이를 개선하기 위해 산업보건의의 채용 유연화 규정을 삭제하고, 산업보건의의 권한을 구체적으로 명시하며 그 직무 수행을 위해 필요한 사업주의 의무를 구체적으로 규정함으로써 산업보건의의 권한을 강화하는 방향으로 입법이 이루어져야 할 것이다. 그리고 근로자의 정신건강 침해요인을 평가할

의무를 직무 내용으로 추가함으로써 1차 예방 접근이 강화되도록 해야 할 것이다. 더불어 본 논문에서 제안하는 경보체계의 효과적인 작동을 위해 산업보건법의 의무 중 근로자의 정보와 관련된 비밀유지 의무를 강화하고, 정신건강 영역에서의 전문성 또한 강화해야 할 필요가 있다.

산업안전보건위원회와 근로자대표의 개선 또한 필요하다. 먼저 그동안 많이 지적되어 왔던 대표성과 관련된 한계와 여러 대표기구와의 관계에서 갖는 법적 지위와 규범의 우위 문제가 정리되어야 할 것이다.

그리고 노사 간 이견의 소지가 큰 정신건강 문제에 있어 사용자가 개별 근로자들의 정신건강 침해의 원인을 정확하게 파악할 수 있도록 하기 위해, 근로자의 적극적인 참여를 보장해야 한다. 이를 위해 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해의 예방을 위해 필요한 사항들을 산업안전보건위원회 심의·의결사항으로 명시할 필요가 있다.

더불어 체계상 균형을 위해 위 심의·의결사항과 관련 있는 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률상의 노사협의회 협의사항들을 의결사항으로 변경하는 것이 필요하다. 나아가, 산업안전보건위원회 설치사업장 기준을 상시근로자 수 100명 이상 사업장, 300명 이상 사업장 등으로 구분하고 있었던 기존의 분류도 합리적으로 조정해야 할 것이다.

2. 다음으로 근로기준법에서는 먼저 직장 내 괴롭힘 규정의 하위법규에 사용자의 업무지시가 직장내 괴롭힘에 해당할 수 있음을 명시하고 판단 기준을 구체화할 필요가 있다. 더 나아가 목적 조항을 변경하여 근로자의 신체적·정신적 건강을 보호할 수 있는 근로조건을 통해 지속가능한 노동양식을 추구하는 것이 근로기준법의 현대적 역할임을 보여줄 필요도 있다.

그리고 적지 않은 근로자들이 정신건강의 침해를 받는 상황에서 사직을 통해 근로계약을 종료하는 선택을 하게 되는 현실을 고려하였을 때, 사용자의 업무지시가 야기한 과중 업무로 정신적 고통을 받던 근로자가 그 상황을 견디지 못하여 사직한 경우, 이를 해고로 간주하여 해고 구제에 관한 법리와 절차가 적용되도록 하는 의제해고 법리를 도입할 필요가 있다. 이는 근로자



가 자신의 육체적, 정신적 건강을 지키기 위해 생계의 수단까지 포기하게 되는 반면, 이와 같이 사직을 한다고 하여 근로자가 입었던 인격권의 침해, 정신건강 침해의 문제가 해결되는 것은 아니며, 근로자 입장에서 자신의 귀책 사유도 아닌 이유로 근로관계를 종료함에 따라 입게 되는 불이익을 전적으로 부담하게 하는 것은 타당하지 않기 때문이다. 그리고 이 경우 원칙적인 구제명령의 모습은 강화된 금전보상제로 하는 것이 요청된다.

근로자의 사직서 제출이 부당해고로 인정되는 경우, 근로자는 원칙적으로 금전보상을 받게 된다. 이는 먼저 근로자가 정신건강 침해 요인으로부터 해방한다는 의미를 갖는다. 그리고 의제해고의 완화된 입증책임과 강화된 금전보상명령이 야기하는 부담은 사용자로 하여금 업무지시를 제어하도록 하는 기제로 작용함으로써 근로자의 정신건강 침해를 방지하고 예방할 수 있다.

3. 근로자의 정신건강은 법적 규율을 마련하는 것뿐 아니라 그 규율이 실질적으로 집행되어야만 달성될 수 있다. 노동법의 실현 방법은 다양하나 본 논문에서는 공법적 수단에 의한 실현 방법, 자주적 법 준수 촉진을 꾀하는 방법, 공계약 체결 시 당사자 사업주의 노동법상 의무 이행을 계약의 주요 내용 또는 계약 당사자 선정에서의 고려사항으로 두는 방법 등을 제안한다.

산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조에서 규정한 건강장해예방조치 위반에 대해서는 위 조치의 내용을 좀 더 구체화한 후, 벌금형을 부과하는 방법을 제안한다. 그리고 본 논문에서 제안하는 경보체계의 이행을 위해 비밀유지의무나 정보 수집·보관·처리·이용에 관한 의무, 근로자나 산업보건의의 관련 행위를 사유로 불리한 처우를 하지 않을 의무 등의 위반 시 형사적 제재를 마련할 것을 제안한다. 그 제재의 정도는 유사 관련 규정들에서 정한 형과 균형을 이루는 범위 내에서 정할 수 있다.

그리고 근로감독관과 산업안전감독관의 감독 업무의 내용도 추가되어야 할 것이다. 특히 경보체계 이행과 관련된 감독 업무에 있어 사회심리적 위협 평가 영역에 있어 전문적 역량을 갖춘 감독관을 전담으로 배치하는 방법을 강구해볼 수 있고, 위반기업에 대해 공표하는 방법을 통해 의무이행을 간접

적으로 강제할 수 있을 것이다.

또한 새롭게 정비되는 제도와 그에 따른 의무의 자발적 준수를 촉진할 수 있는 방법으로는 성실준수 기업에 고용시장상 또는 재정·금융상 인센티브를 제공하거나, 미준수기업에 대해 구인시장 등에서 패널티를 제공하는 방법을 생각할 수 있다. 나아가 건설업에서 산재예방 조치 일환으로 활용하였던 PQ 제도에서의 발상을 활용하여, 공공단체가 민간기업과 계약을 체결함에 있어 일정한 노동법상 의무 준수를 충족시킬 것을 계약의 조건으로 하거나 계약 체결의 판단 고려요소로 두는 방법을 제안한다. 이때 고려해야 할 사항으로는 경보체계 이행률, 사업장별 고충 신고비율, 근로감독 및 산업안전보건감독 결과, 정신질환 발병률, 근로자 이직율, 사업장내 건강관리 정책 이행 등 노력 정도 등을 들 수 있을 것이다.

## 제5장 결론

### 제1절 정리

제2장에서는 근로자의 정신건강의 개념과 근로자 정신건강에 대한 노동법적 개입의 필요성, 그리고 법적 기초를 검토하였다.

본 논문에서는 정신건강의 개념을, ‘자신의 적성과 능력에 비추어 자신이 할 수 있다고 선택한 근로를 함으로써 가치를 창출하고, 노동을 통해 스스로 물질적 기초를 마련할 뿐만 아니라 그 과정에서 발생할 수 있는 고통스러움과 수고로움을 감당할 수 있으며, 더 나아가 노동을 통한 사회와의 상호작용 속에서 자신의 존재와 역할을 느끼고 자아실현감을 느낄 수 있는 상태’로 규정하였다.

인간의 존엄과 가치의 침해가 있는 경우나 인격권이 침해된 경우 정신건강의 침해가 있다고 할 수 있다. 근로자의 인격권은 일반적인 인격권 외에 근로제공을 통해서 자아를 실현하고 정체성을 유지하며, 또 부수적 결과로서 향상된 직업 능력을 가지는 것, 그리고 그 과정을 통해 자아실현감과 보람을 느끼는 것을 내용으로 하는 노동인격권을 포함한다. 그렇다면, 근로자가 근로의욕 및 에너지를 상실하거나, 자신이 하는 일에서 직업적 효용감 또는 만족감을 느끼지 못한다면 이러한 모습은 노동인격권이 침해된 모습이라고 할 것이고, 근로자는 ‘일을 하면서 기대하였던, 또는 그동안 느껴왔던 자아실현감’을 느끼지 못하게 될 것이므로, 정신건강이 침해된 것이라고 할 수 있을 것이다.

사용자의 업무지시가 야기한 과중 업무는 그 과정에서 인간이 객체화, 사물화되면서 근로자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다. 근로자는 과중 업무지시 속에서 노동의 의미를 잃어버리고 인격을 상실하면서 정신건강 침해를 입을 수 있다. 그러므로 이러한 경우 근로자의 정신건강 침해 방지를

위한 법적인 보호가 필요하다. 이러한 보호는 근로자가 정신적으로 건강한 상태에서 일할 수 있는 근로환경을 조성하는 것의 일환으로 국가와 사용자의 보호, 배려의무를 규율하는 것에서 시작하며, 그 이론적 근거는 근로권에서 찾을 수 있다.

제3장에서는 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인해 근로자의 정신건강이 침해될 수 있는 상황이 근로기준법, 산업안전보건법에서 어떻게 규율될 수 있는지, 그리고 근로계약 관계 내에서는 어떻게 해석될 수 있는지를 검토하였다.

사용자의 업무지시는 업무상 불가피한 사정이 없음에도 근로자에게 물리적으로 필요한 최소한의 시간마저도 허락하지 않는 등의 방식으로 이루어지는 경우에 괴롭힘에 해당할 수 있다. 그런데 사용자의 업무지시가 특정 근로자에게 특정한 업무지시를 내리는 것으로 나타나기보다 사업장 전반의 신조로 나타나거나 일반적·추상적인 업무지시로 나타나는 경우나, 사용자가 거래관계상의 상대적 열위로 인하여 무리한 거래조건으로 거래를 체결함에 따라, 그 무리한 거래조건으로 인한 부담이 근로자의 근로조건 악화 및 정신건강 침해로 연결되는 경우 등에는 근로자가 정신적 고통을 받을 수 있음에도, 그런데 현행 직장내 괴롭힘에 관한 해석론에 의하면 괴롭힘 규정 내에서 주장할 수 있을지는 단언하기 어려웠다.

이에 본 논문에서는 제도적 괴롭힘을 명시적으로 승인하고 있는, 프랑스의 경우를 참고로 하여 더 다양한 모습의 업무지시가 국내의 괴롭힘 규정에 포섭될 수 있는 가능성을 확인하였다. 그리하여 반드시 특정인의 퇴출을 목적으로 하는 인사상 처분만이 아니라, 사용자의 비용 절감 및 근로자의 노동력 활용 극대화 전략이 투영된 조직문화와 분위기, 그러한 조직문화를 바탕으로 하여 상시적으로 높은 강도에서 일할 수밖에 없게 하는 일상적인 업무지시, 그러한 경향성이 반영된 사용자와 고객사(원청사업주)와의 거래조건과 그러한 거래조건을 내용으로 한 거래행위 등도 직장내 괴롭힘으로 이해할 수 있다는 해석론을 개진하였다.

다음으로 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해 문제가 산업안전보건법의 취지와 성격, 산업안전보건법 제5조의 해석, 최근 고객응대근로자에 대한 건강장해예방조치가 신설된 점 등을 근거로 산업안전보건법에서 규율될 수 있는 문제로 해석할 수 있음을 확인하였다. 그리고 이와 관련하여 도출할 수 있는 사용자의 구체적인 의무에는 근로시간 파악 의무, 근로자의 상황을 반영하여 업무를 조정할 의무, 지시할 업무에 대한 정확한 이해와 숙지 의무, 고객사와의 거래조건을 근로자에게 알릴 의무, 고객의 추가적 잔업 요청 확인·감독 의무 등이 포함된다고 보았다. 나아가 과중 업무로 인한 정신건강 문제가 사용자뿐 아니라 제3자에 의해 유발, 심화되는 경우라면 계약조건이나 내용 결정에 있어 이들이 갖는 우월적인 지위 및 도급인의 안전·보건조치에 기대어 이들에게도 조치의무가 있다고 해석할 수 있음을 보았다.

과중 업무로 인한 정신건강 침해 문제는 근로자가 근로를 중단하고 휴식을 취해야만 실질적인 예방이 가능한 경우가 적지 않으나 산업안전보건법상의 작업중지권의 요건을 충족하기 어렵다. 이에 실정법상의 권리·의무 규율을 보완한다는 차원에서 계약법상의 안전배려의무에서 접근할 필요성도 존재하는바, 안전배려의무 위반시의 효과로 노무급부거절권을 행사할 수 있는지를 검토하였다.

사용자의 안전배려의무는 근로자의 ‘급부의무’인 ‘근로제공의무’의 전제이자 사용자 지시권의 내재적 제한으로 작용한다는 점에서 본질적인 의무이며, 그 위반 시에 노무급부거절권 행사가 가능하다. 안전배려의무 위반시는 사용자의 지시권 제한의 위반이 있는 경우이며, ‘근로자가 겪고 있는 업무 부담 정도를 사용자가 알고 있어서(또는 알 수 있는 상태여서) 자신의 초과 업무의 지시가 큰 부담이 될 것이라는 점을 알면서 지시한 것이었는지’를 기준으로 할 수 있을 것이다. 이러한 요건은 완화된 요건으로서의 의미를 갖는바, 보완적인 수단으로서 의미가 있다고 할 수 있다.

제4장에서는 산업안전보건법과 근로기준법의 틀 내에서 근로자의 정신건

강 보호를 위한 법제도적 개선방안을 모색하였다.

먼저 산업안전보건법이 노동인격을 중요한 보호법익으로 하고 있음을 명확히 할 필요가 있다고 제안하였다.

그 다음으로 산업안전보건법 내의 규율방법으로서 경보체계의 도입을 주장하였다. 이는 근로자의 근로 관련 기록을 바탕으로 과중 업무로 인해 정신건강 침해 가능성이 예상되는 경우 선제적으로 근로자에게 알림을 보내어 근로자에게 산업보건과의 상담할 수 있도록 하고, 조치가 필요한 경우 사용자에게 알려 업무를 중단(휴식을 통한 근로시간 계속의 차단)시키거나 업무를 조정(업무량의 조정을 통한 미래 근로시간 감소)하는 것을 내용으로 한다. 이는 일본에서 시행되고 있는 스트레스 검사 제도를 참고하였으나, 위 제도가 형식적으로 운용되고 있다는 지적을 받고 있는 점을 고려하여 보다 실질적인 예방 효과를 낼 수 있는 방안으로서 개선한 것이다.

경보체계의 효과적인 시행을 위하여 산업보건의 제도의 재정비가 필요하다. 산업보건의 채용 유연화 규정을 삭제하고, 산업보건의의 권한을 구체적으로 명시하며 산업보건의의 의무 수행을 위해 필요한 사업주의 의무를 구체적으로 규정함으로써 산업보건의의 권한을 강화하는 방향의 입법이 이루어져야 할 것이다. 그리고 정신건강 침해요인을 평가할 의무를 직무로 추가함으로써 1차 예방 접근이 강화되도록 해야 할 것이고, 산업보건의의 의무 중 근로자의 정보와 관련된 비밀유지 의무를 강하게 요청해야 할 것이다. 나아가 산업보건의의 자격 요건을 강화하면서 정신건강 영역에서의 전문성 요건도 자격요건으로 추가해야 할 필요가 있다.

산업안전보건위원회와 근로자대표 제도의 재정비도 필요하다. 먼저 산업안전보건위원회의 심의 또는 의결 사항에 관하여, 위원회 미설치 사업장의 경우에는 근로자대표의 의견청취(심의사항의 경우) 또는 동의(의결사항의 경우) 방식이 아닌, 근로자 과반수의 의견청취 또는 집단적 동의로 바꾸는 것이 필요할 것이다. 그리고 과중 업무를 야기하는 사용자의 업무지시로 인한 정신건강 침해의 예방을 위하여, 그리고 경보체계의 효과적 시행을 위하여 필요한 사항들을 산업안전보건위원회 심의·의결사항으로 명시할 필요가 있고, 산

업안전보건위원회 설치사업장 기준을 상시근로자수 100명 이상 사업장, 300명 이상 사업장 등으로 구분하고 있었던 기존의 분류를 합리적으로 조정해야 할 것이다.

근로기준법 내 규율 방법으로는, 먼저 현행법의 법문만으로는 다양한 형태의 업무지시가 직장내 괴롭힘에 포섭될 수 있음에도 불구하고 이에 대한 판단이 획일적이지 않고 예측하기 어려운 측면이 있으므로, 하위법규에 괴롭힘의 유형이나 판단 기준, 예시 등을 규정하여 괴롭힘의 모습을 구체화할 필요가 있다.

그리고 근로자가 정신적으로 고통받는 경우 현실적으로 취하는 방법이 사직하여 그 사업장에서 벗어나는 경우로 나타난다는 점에 주목하여, 근로자가 사직한 경우 이를 해고로 의제하여 구제신청을 할 수 있도록 하고, 부당해고 구제명령으로서 보상의 내용이 강화된 금전보상 명령을 원칙적인 모습으로 하는 법리의 도입을 제안하였다.

그리고 이러한 제도의 도입 및 정비와 더불어 노동 영역에서의 근로자의 안전보건과 건강은 법적 규율뿐 아니라 법의 실질적 집행을 위하여, 형사벌 또는 행정벌적 제재에 의한 방법, 근로감독 및 산업안전감독에 의한 방법, 자주적 법 준수 촉진을 꾀하는 방법, 공계약 체결 시 당사자 사업주의 노동법상 의무 이행을 계약의 주요 내용 또는 계약 당사자 선정에서의 고려사항으로 두는 방법 등을 제안하였다.

## 제2절 함의와 과제

본 논문이 갖는 함의는, 먼저 정신건강을 규범적으로 접근하였다는 점, 근로자 정신건강 보호라는 것을 경영 및 인사·노무관리의 관점에서보다는 근로자의 인격 보호의 관점에서 접근하였다는 점을 들 수 있다.

근로자의 정신건강과 관련한 기존 연구들의 관점은, ‘근로자들의 정신건강으로 인해 사업장의 비용과 손실이 상당하므로 근로자의 정신건강이 보호되

어야 생산성이 증대되고 기업활동의 효율성이 제고되고 국가·사회적으로도 바람직하다’는 인식에서 비롯된 경우가 많았다.<sup>693)</sup> 이러한 비용·편익의 관점도 중요하고 필요하지만, 본 논문에서는 보다 근로자의 관점에서 노동이 인간에게 갖는 의미와 노동의 인격적인 측면에 초점을 두고 정신건강을 언급하고자 하였다. 그러한 관점을 견지하면서 ‘근로자의 정신건강’이라는 것을 질병으로서의 정신질환, 정신병이 발생되지 않도록 하는 것을 의미하는 데에 국한하지 않고, ‘노동인격의 훼손 없이 노동을 함으로써 노동을 통한 인격적 실현을 가능하게 한다’는 의미로 이해하고자 하였다. 인격적 실현을 가능하게 하는 노동을 함으로써 노동과정에서의 스트레스에 대응, 관리할 수 있게 되고 과도한 스트레스로 인한 육체적, 정신적 건강상 장애의 발생도 예방할 수 있을 것이라고 보았다.

많은 사람들이 ‘직장은 그냥 돈 벌러 다니는 곳이지 직장에서 어떤 의미를 찾으려고 하면 안 된다’라고 말한다. 이렇게 말하는 사람들이 처음부터 자신의 노동에 대해 이 정도의 의미밖에 부여하지 않았던 것은 아니었을 것이다. 이는 사업장 내 여러 요인에 의해 내상을 입게 된 많은 근로자들의 자조와 체념을 보여주는 말이라 생각한다. 자신의 노동을 통해 보람을 느끼고 자신의 정체성을 확인하며, 사회에 기여함으로써 인격적 측면이 충족되는 노동이 관념 속에서만 존재하는 것이 아니라 고되고 치열한 노동 현실에서도 구현될 수 있으리라 생각하였다. 그것이 곧 정신적으로 건강한 근로자의 모습일 것이다.

본 논문의 두 번째 함의를 찾자면, 노동법의 대상이 되는 종속노동의 본질

---

<sup>693)</sup> 사업자에서의 근로자의 정신건강을 논의하고 있는 WHO나 ILO에서의 주된 논의의 흐름은 ‘많은 수의 근로자들이 정신건강으로 고통을 겪고 있다→ 그 결과 사업장에서는 근로자의 결근(absenteesim) 또는 이직(turnover)의 증가하고 보상 비용으로도 상당한 지출이 나간다. → 이것이 생산성 저하 및 경제적 손실을 가져온다→ 근로자의 정신건강을 증진시키는 것은 사업장의 생산성에 이득이 된다(benefit productivity)’로 나타난다(예를 들어, World Health Organization, Mental Health in the Workplace information sheet, 2019. 5., [https://www.who.int/mental\\_health/in\\_the\\_workplace/en/](https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/en/) 최종접속일: 2020. 5. 28.). 이는 지극히 사용자 중심의 관점이라고 할 수 있다.



을 구성하는 사용자의 지시권 행사와 그 지시권에 대한 복무를 언제나 당연하게 감내해야 하는 것으로 보지 않고, 그 중 근로자의 정신건강을 침해하는 한 요인, 나아가 사업장 내의 위험으로 작용할 수 있는 경우를 문제 상황으로 상정하였다는 점에 있다.

과중 업무는 그동안 과로 또는 장시간 근로의 영역에서 주로 다루어져 왔고, 그에 대한 해결방안도 근로시간 규제를 통한 방안이 주를 이루었다. 그런데 근로자의 장시간 근로가 결국 근본적으로는 근로자 스스로 결정할 수 없는 사용자와의 역학관계와 사용자의 지시권 행사에서 비롯된다는 점을 생각할 때에 사용자의 업무지시도 업무상 재해의 위험으로 볼 수 있다.

사용자의 업무지시를 하나의 위험으로 보고, 산업안전보건에서의 관리 및 제어의 대상으로 보았을 때, 그동안 산업재해보상보험법에서 업무상 과로 및 스트레스 등으로 인해 발병한 정신질환의 문제를 업무상 재해로 인정하기 위한 심도 있는 고민이 있었던 점은 부정할 수 없지만, 사전적 예방 방안에 관한 논의는 상대적으로 부족했던 측면이 있다. 본 논문은 근본적으로는 일하다가 다치지 않도록 하는 보호방안이 필요하다는 문제의식 하에, 위 과중 업무와 관련한 정신건강 문제를 산업안전보건 체계 내에서 회복, 보상 및 배상의 관점보다는 발생방지, 예방의 관점에서 접근하고자 하였다.

그렇지만 본 논문은 아이디어 제시의 차원에서 시론적 성격을 갖는 연구라고 할 것이고, 향후 지속적인 연구가 필요하다. 우선 본 논문에서 제안한 산업안전보건법상 제도로 주장하고 있는 경보체계가 의미를 갖기 위해서는 정보의 보안과 주체의 독립성 문제가 해결되어야 한다. 산업보건의 독립성과 중립성을 확보하고, 산업보건의 제도가 사업장 내에서 활성화될 수 있는 방안에 대한 연구가 요청된다.

또한 경보체계를 통해 수집되는 근로자의 정보 처리와 관련하여서도 현존하는 개인정보보호법이 담지 못하는 노동관계에서의 역학관계를 반영한 특별법적 법제 구상이 필요하다. 그리고 현행 법제가 다양한 근로자 대표기구를 예정하고 있음에도 그 대표성이나 정통성, 기능과 규범적 효력 등에서의 난맥상을 겪고 있는 상황을 어떻게 통일시킬지에 대한 일반론적인 고민과

더불어, 사용자의 업무지시로 인한 근로자의 정신건강 침해 문제에 대한 집단적 차원의 대응이 어떠해야 하는지에 추가적인 고민이 필요하다. 나아가 원청사업주 등과 같이 정신건강 침해 위험 요인의 발생, 확산에 기여하는 이해관계자들의 의무와 책임까지 구현할 수 있기 위한 여러 방면에서의 고민이 계속 요청된다고 하겠다.

그리고 근로기준법상 제도로서 제안한 의제해고와 관련하여서는, 의제해고 입증책임 완화의 측면에서 ‘근로자가 업무지시를 못 견디고 사직할 수 있으리라는 점에 대한 인식과 그에 대한 내심의 용인 의사’가 있었음을 추정케 하는 간접사실들이 되는 사용자의 사실행위 등을 여러 사례조사를 통해 수집하는 작업과 금전보상 명령의 내용을 세밀화하는 작업이 필요하다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

[단행본]

강동목 외, 『직무스트레스의 현대적 이해』 제2판 부분개정, 고려의학, 2016.

강희원, 『노동법 기초이론』, 동림사, 2004.

권영성, 『헌법학원론』 개정판(2010년판), 법문사, 2010.

고용노동부, 『산업안전보건법 제·개정사』, 고용노동부, 2015.

김철수, 『헌법학신론』 제21전정신판, 박영사, 2013.

김형배, 『노동법』 제24판(전면개정판), 박영사, 2015.

노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 III』, 박영사, 2018.

문홍주, 『신헌법요론』, 문화각, 1964.

박일경, 『신헌법』, 일명사, 1978.

이병태, 『최신 노동법』 제8전정판, (주)중앙경제, 2008.

이상윤, 『노동법』 제4판, 법문사, 2009.

이준희, 『직장에서의 괴롭힘 - 법적 쟁점과 과제』, 신조사, 2019.

임종률, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016.

정진우, 『산업안전보건법상 근로자의 법적 지위』, 한국학술정보, 2012.

\_\_\_\_\_, 『산업안전보건법론』, 한국학술정보, 2014.

최기원, 『상법학신론(상)』 제20판, 박영사, 2014.

한수웅, 『헌법학』 제8판, 법문사, 2017.

허 영, 『한국헌법론』 전정 15판, 박영사, 2019.

[번역서]

- 김기선 외(편역), 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013.
- 니시타니 사토시(한국노동법학회·한국비교노동법학회 편역), 『노동법의 기초구조』, 박영사, 2016.
- 니키 하트(엄영진 · 문창진 번역), 『보건과 의료의 사회학』(The Sociology of Health and Medicine), 열음사, 1991.
- 데이비드 하비(최병두 번역), 『신자유주의』, 한울아카데미, 2014.
- 로라 쿠브잔스키·이치로 가와치(신영전 외 번역), “정동상태와 건강”, 『사회역학(Social Epidemiology)』, 한울아카데미, 2003.
- 알랭 쉬피오(박제성 번역), 『프랑스노동법(Le Droit Du Travail)』, 도서출판 오래, 2011.
- \_\_\_\_\_ (박제성 번역), 『노동법비판』, 도서출판 오래, 2017.
- \_\_\_\_\_ (박제성 번역), 『숫자에 의한 협치』, 한울아카데미, 2019.
- 프랑코 비포 베라르디(송섬별 번역), 『죽음의 스펙터클(Heroes: Mass Murder and Suicide)』, 반비, 2016.
- 후고 진쯔하이머(이원희 번역), 『노동법원리』, 관악사, 2004.

[논문, 발표문 등]

- 강선희·정진우, “사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무”, 『고려법학』 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012.
- 강성태, “현행 재량근로제의 내용과 문제점”, 『노동법연구』 제11호, 서울대학교 노동법연구회, 2001.
- \_\_\_\_\_, “VI. 근로조건과 근로환경”, 『노동판례리뷰』, 한국노동법학회, 2010.

- \_\_\_\_\_, “노동권의 의의와 과제”, 『헌법이 말하는 노동권을 찾아서』, 민주사회를위한변호사모임·국회의원 은수미, 2012.
- \_\_\_\_\_, “노동조합의 근로자 대표성에 관한 단상”, 『월간 노동리뷰』, 2015년 3월호, 한국노동연구원, 2015.
- \_\_\_\_\_, “새 노동헌법의 배경과 원칙들”, 『노동헌법을 논(論함)』자료집 (2017. 9. 20.), 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017.
- 강준혁, “심리적 부검 연구에 관한 논고: 한국 심리적 부검 연구방법에 대한 비판적 검토”, 『보건사회연구』 제35권 제2호, 한국보건사회연구원, 2015.
- 강현주, “영국의 부당해고 구제제도”, 『노동법연구』 제14호, 서울대학교 노동법연구회, 2003.
- 구은희, “화이트칼라 노동시간의 특성 연구 - H 자동차 실태조사를 중심으로”, 『노동연구』 제29집, 고려대학교 노동문제연구소, 2015.
- 권오성, “판례의 변천으로 본 노동자 건강권”, 『2019 건강권 포럼』, 2019 노동자 건강권 포럼 공동기획위원회, 2019.
- 권창영a, “작업중지권의 요건과 효과”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』, 노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회(2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀, 2019.
- \_\_\_\_\_, b, “노동법의 실현수단 - 일본법의 동향과 과제”에 관한 지정토론문, 『일본 노동법의 최근쟁점』 서울대학교 법학연구소·서울대학교 노동법연구회 2019년 춘계공동학술대회, 서울대학교-동경대학 제5회 비교노동법세미나, 2019.
- 김교숙, “사업주의 안전배려의무 - 법리의 변천을 중심으로”, 『노동법에 있어서 권리와 책임(김형배교수 화갑기념 논문집)』, 박영사,

- 1994.
- \_\_\_\_\_, “근로자의 건강권”, 『노동법논총』 제19권, 한국비교노동법학회, 2010.
- 김근주, “영국해고법제에 관한 연구”, 한양대학교 법학석사학위논문, 2006.
- 김기선, “산업안전보건의 현대적 과제”, 『노동법학』 제55호, 한국노동법학회, 2015.
- 김나영, “근로자의 정신건강 보호 관련 호주·일본 입법례”, 『최신 외국입법정보』 2020-6호(통권 제120호), 국회도서관, 2020.
- 김명중, “일본 스트레스 검사 제도의 개요”, 『국제노동브리프』 2015년 3월호, 한국노동연구원, 2015.
- 김병옥, “사업주의 안전배려의무의 사정(射程) 범위에 관한 소고”, 『법학연구』 제28권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2017.
- 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격- 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014.
- 김선수, “노동헌법 개정안 제안”, 『노동헌법을 논(論함)』자료집(2017. 9. 20.), 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017.
- 김선호·양정애, “갑질문화 해부”, 『Media Issue』 제1권 제1호, 한국언론진흥재단 연구센터, 2015.
- 김세준, “여행주최자의 주된 급부의무로서의 안전배려의무”, 『법학연구』 제26권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2018.
- 김 영, “일본 블랙기업 노무관리 연구: 청년 노동자 갈아서 버리기의 기법과 확산배경”, 『산업노동연구』 제22권 제2호, 한국산업노동학회, 2016.

- 김인아, “장시간 노동이 건강에 미치는 영향”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』(2010년 제45차 추계학술대회), 대한직업환경의학회, 2010.
- 김인재, “근로기준법상 근로자대표의 법적 지위”, 『노동법연구』 제8호, 서울대학교 노동법연구회, 1999.
- \_\_\_\_\_, “노동분야의 기업의 사회적 책임(CSR)과 노동법적 과제-기업의 국제적 행동규범을 중심으로-”, 『노동법연구』 제18호, 서울대학교 노동법연구회, 2005.
- 김종덕, “법에 있어서의 인간상에 관한 고찰”, 『법학연구』 제16권 제1호 (통권 제61호), 한국법학회, 2016.
- 김홍영, “부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항”, 『조정과 심판』 제28호, 중앙노동위원회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “포괄임금제 법리의 새로운 검토”, 『성균관법학』, 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011.
- \_\_\_\_\_, “영세사업장의 비공식 고용과 근로감독 제도”, 『성균관법학』 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013.
- 노상헌, “산업안전보건법상 작업중지권”, 『노동법포럼』 제16호, 노동법이론실무학회 2015.
- 노호창a, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011.
- \_\_\_\_\_, b, “고용보험법상 고용유지지원금제도에 관한 연구 - 근로권과 고용보장의 현대적 재조명을 중심으로-”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011.
- \_\_\_\_\_, “브라질 해고제도에 관한 연구”, 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “페루 노동입법에 관한 개관과 특징에 관한 검토”, 『법학연구』

- 제17권 제2호(통권 66호), 한국법학회, 2017.
- 도재형, “근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도”, 『노동법연구』 제 37호, 서울대학교 노동법연구회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “간접적 고용조정 관련 노동법적 쟁점”, 「무분별한 구조조정 방지와 고용안정 입법과제 마련을 위한 정책토론회」(2014. 9. 24.), 국회의원 김기준·국회의원 이인영·국회의원 은수미·국회의원 한명숙·전국사무금융서비스노동조합·전국건설기업노동조합, 2014.
- \_\_\_\_\_, “노동분쟁의 새로운 경향과 미래”, 『노동분쟁해결절차의 법적현실과 미래제안』 심포지엄, (사)노동법연구소 해밀·한국노동법학회·사법정책연구원, 2016.
- 로익 르루즈(Loïc Lerouge), “프랑스 노동법에서의 직장내 괴롭힘”, 『국제노동브리프』 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014.
- \_\_\_\_\_(Loïc Lerouge), “프랑스의 작업장에서의 사회심리적 위험과 정부의 예방전략”, 『국제노동브리프』, 2016년 12월호, 한국노동연구원, 2016.
- 류문호·안성호·류도향, “‘갑을노동(甲乙勞動)’에 대한 시론적 연구-개별적 근로관계에서의 노동기본권에 대한 소고-”, 『법학연구』 제23권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2015.
- 류재율, “근로자 인격권 침해에 대한 구제”, 『안암법학』 제58권, 안암법학회, 2019.
- 마리 바르티아(Maarit Vartia), “EU의 직장내 괴롭힘”, 『국제노동브리프』 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014.
- 말고자타 밀차레크·엠마뉴엘 브룬(Malgorzata Milczarek·Emmanuelle Brun), “EU에서 새롭게 제기되는 사회심리학적 위험”, 『국제노동브리프』 2011년 1월호, 한국노동연구원, 2011.
- 문강분, “사직의 해고정당성과 의제해고법리의 검토”, 『노동법학』 제26



- 호, 한국노동법학회, 2008.
- 문준혁, “직장내 괴롭힘에 대한 노동법적 검토”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2016.
- 문형구·최병권·고육, “직무스트레스 연구의 동향과 향후 방향”, 『조직과 인사관리 연구』 제34집 제3권, 한국인사관리학회, 2010.
- 박귀천, “독일법상 사용자의 근로자 감시·통제에 관한 문제”, 『노동법연구』 제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010.
- 박수경a, “일본에서의 직장 내 괴롭힘으로 인한 정신건강대책에 대한 연구”, 『사회법연구』 제34호, 한국사회법학회, 2019.
- \_\_\_\_\_ b, “직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안 - 직장내 괴롭힘법의 법적 쟁점과 개선방안-”, 『사회법연구』 제38호, 한국사회법학회, 2019.
- \_\_\_\_\_ c, “일본 개정 노동안전위생법의 동향 - 일하는방식 개혁법과 관련하여-”, 『최근 산업안전보건법의 과제와 미래』, (사)한국비교노동법학회·아주대학교 법학연구소·산업안전보건연구원 공동학술대회(2019. 6. 1.), 2019.
- 박은정, “전자적 수단에 의한 사업장 감시시스템의 성격에 대한 노동법적 고찰”, 『노동정책연구』 제7권 제4호, 한국노동연구원, 2007.
- 박일훈, “안전배려의무의 적용실태와 약간의 검토”, 『비교노동법논총』 제3권, 한국비교노동법학회, 2000.
- 박제성, “사회적 형평화, 사회적 양극화 그리고 사회적 연대”, 『노동법연구』 제20호, 서울대학교 노동법연구회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “디지털 노동관계와 노동법 - 반응하는 신체의 관찰권 문제”, 『노동법연구』 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017.
- 박형오, “우리 헌법상 근로권의 보장방향”, 『공법학연구』 창간호, 한국비교공법학회, 1999.

- 방강수a, “감정노동자에 대한 고객의 괴롭힘-고객의 의무와 책임을 중심으로-”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019.
- \_\_\_\_\_b, “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2019.
- 방준식, “사내하도급 관계에 있어서 사용자의 안전배려의무”, 『안암법학』 제25권, 안암법학회, 2007.
- 배규식, “한국 장시간 노동체제의 지속요인”, 『경제와 사회』 통권 제95호, 비판사회학회, 2012.
- 손미정, “근로자 건강진단시 정신검진항목의 도입여부에 관한 법적 연구 -이른바 ‘감정노동 근로자’의 건강검진을 중심으로”, 『동아법학』 제81호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
- \_\_\_\_\_, “근로자 건강진단시 정신검진항목의 도입 여부에 관한 법적 연구 II: 산업안전보건법 제26조의 2 ‘고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치’ 규정에 대한 함의”, 『동아법학』 제85호, 동아대학교 법학연구소, 2019.
- 송윤희 외, “일부 중권 노동자의 우울증상과 스트레스 및 노동 강도의 상관성”, 『대한직업환경의학회지』 제20권 제4호, 대한직업환경의학회, 2008.
- 신권철, “헌법상 노동권 소고(小考)-개별근로관계 사례를 중심으로-”, 노동법연구 제22호, 서울대노동법연구회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “정신질환자 개념의 규범적 고찰”, 『법조』 제59권 5호, 법조협회, 2010.
- \_\_\_\_\_, “노사협의회의 법적 지위와 역할”, 『노동법연구』 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “취업규칙을 넘어 - 판례 법리와 그 비판-”, 『노동법연구』 제41호, 서울대학교 노동법연구회, 2016.
- \_\_\_\_\_a, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호,

- 서울대학교 노동법연구회, 2017.
- \_\_\_\_\_ b, “노동법에 있어서의 경영권의 비판적 고찰”, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “직장내괴롭힘의 법적 개념과 요건”, 『노동법학』 제69호, 한국노동법학회, 2019.
- 신용인, “동학의 시천주 사상과 헌법상의 인간 존엄성”, 『법과 정책』 제20권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014.
- 신은중, “화이트칼라 근로자의 근로시간 관리규범에 대한 새로운 모색-미국 White-Collar Exemption 제도를 중심으로-”, 『산업관계연구』 제21권 제1호, 한국고용노사관계학회, 2011.
- 신혜림, “정신건강 측면에서 본 산업안전보건 현황과 법적 과제”, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, 2019.
- 신현화, “근로자건강센터의 설치배경과 운영 현황”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』(2013년 제51차 가을학술대회), 대한직업환경의학회, 2013.
- 심재진a, “사내하도급근로자의 건강과 안전에 대한 도급사업주의 책임: 영국의 사례”, 『노동법연구』 제38호, 서울대학교 노동법연구회, 2015.
- \_\_\_\_\_ b, “산업안전보건법의 실효성 증대를 위한 규율방향-영국과 호주의 사례와의 비교-”, 『노동법연구』 제39호, 서울대학교 노동법연구회, 2015.
- \_\_\_\_\_ c, “사업장 중대안전사고의 규율: 영국의 2007년 법인과실치사법 사례”, 『노동정책연구』 제15권 제1호, 한국노동연구원, 2015.
- 야마카와 류이치(山川隆一), “노동법의 실현 방법-일본법의 동향과 과제”, 『일본 노동법의 최근 쟁점』, 서울대학교 법학연구소·서울대학교 노동법연구회 2019년 춘계공동학술대회, 서울대학교-동경대학

- 제5회 비교노동법세미나, 2019.
- 양승광, “헌법상 근로권 체계의 재구성-헌법 제32조 제2항 및 제3항의 재발견-”, 『노동법연구』 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018.
- \_\_\_\_\_, “미취업청년의 노동권보장에 관한 연구”, 『노동법학』 제69호, 한국노동법학회, 2019.
- 양승엽, “근로자 개인정보 처리의 정당성 요건과 한계: 종속성의 관점에서”, 『노동법포럼』 제18호, 노동법이론실무학회, 2016.
- \_\_\_\_\_, “직장 괴롭힘 방지 입법에 대한 프랑스 법제의 시사점 - 노동의 지속가능성을 위해”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2017.
- 양승엽·박수경, “직장괴롭힘과 경영·인사관리의 한계: 노동 인격에 대한 존중”, 『산업관계연구』 제28권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2018.
- 오민애, “산업안전보건법 전부개정 법률의 의의와 한계, 향후 과제”, 『민주사회를 위한 변론』 제112호, 민주사회를위한변호사모임, 2019.
- 오상호, “산업안전보건법상 도급인 사업주의 책임 인정기준과 유형”, 『노동법포럼』 제23호, 노동법이론실무학회, 2018.
- 왕은자, “근로자지원프로그램(EAP) 제공기관의 상담운영 실태 및 쟁점 탐색”, 『상담학 연구: 사례 및 실제』, Vol. 1., No. 2., 한국상담학회, 2016.
- 우광호, “화이트칼라 근로시간제도 설계를 위한 실증분석-화이트칼라 이그젼션과 기간제법 예외조항 준용”, 『산업관계연구』 제25권 제1호, 한국고용노사관계학회, 2015.
- 우희숙, “산업안전과 형법: 산업재해 예방을 위한 형법의 역할”, 『형사정책 연구』 제29권 제1호, 한국형사정책연구원, 2018.
- 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아대학교 법학박사학위는

문, 1992.

- 유정원·송인한, “임금근로자의 고용의 질이 우울에 미치는 영향”, 『정신건강과 사회복지』 제44권 제1호, 한국정신건강사회복지학회, 2016.
- 이경미·김인아·송재철, “경찰 112, 117, 182 센터 종사자의 감정노동 및 작업장 폭력과 우울, 불안수준 관련성”, 『대한직업환경의학회 학술대회 논문집』(2016년도 제57차 추계학술대회), 대한직업환경의학회, 2016.
- 이경희, “정신질환의 업무상 재해 인정 기준: 기존 정신질환 악화의 업무기인성 판단을 중심으로”, 『산업관계연구』 제26권, 한국고용노사관계학회, 2016.
- 이나경, “‘일본 개정 노동안전위생법의 동향: 일하는 방식 개혁법과 관련하여’ 토론문”, 『최근 산업안전보건법의 과제와 미래』, (사)한국비교노동법학회·아주대학교 법학연구소·산업안전보건연구원 공동학술대회, 2019.
- 이달휴, “산업재해의 예방과 산업안전보건법의 현장친화력 제고방안”, 『사회법연구』 제28호, 한국사회법학회, 2016.
- 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 한국법학원, 2005.
- 이상윤, “과로로 인한 자살의 헌법적 문제-일본의 경우를 소재로 하여-”, 『공법학연구』 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007.
- 이성균, “한국 임금근로자의 스트레스에 관한 연구 패널자료 분석”, 『한국사회학』 제50집 제4호, 한국사회학회, 2016.
- 이승길·이주호, “스마트기기를 활용한 근로와 근로시간의 쟁점 및 개선 방안-퇴근 후 카톡금지법을 중심으로-”, 『노동법논총』 제38권, 한국비교노동법학회, 2016.

- 이승욱, “독일의 변경해지제도”, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, 2002.
- \_\_\_\_\_, “노사협의회의 의결사항의 효력”, 『노동법학』 제9호, 한국노동법학회, 2007.
- 이원희, “진쓰하이머의 노동법론과 그 업적”, 『노동법연구』 제5호, 서울대학교 노동법연구회, 1996.
- 이은영, “산업재해와 안전의무”, 『부동산법학의 제문제: 석하 김기수 교수 화갑기념논문집』, 석하김기수 교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1992.
- 이을터, “긴장 유발 인사시스템과 기업성과에 관한 탐색적 실증 연구”, 『인적자원개발연구』 제20권 제4호, 한국인적자원개발학회, 2017.
- 이준희, “직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점”, 『노동법논총』 제46권, 한국비교노동법학회, 2019.
- 이철수, “단체교섭의 대상사항과 이른바 ‘경영전권사항’”, 『가산 김치선 박사 고회기념 논문집』, 박영사, 1993.
- \_\_\_\_\_, “독일법상 충실의무(Treuepflicht)의 역사적 전개와 구체적 범리”, 『법학논집』 제9권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004.
- \_\_\_\_\_, “개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가”, 『노동법연구』 제22호, 서울대학교 노동법연구회, 2007.
- 이호근, “정신보건법 및 아동청소년 복지법상 정신건강 관련 규정의 개선과 관련 ‘통합법’ 제정 필요성에 대한 고찰”, 『법학연구』 제36권, 전북대학교 법학연구소, 2012.
- 이흥재, “해고제한범리”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988.
- \_\_\_\_\_, “고용보장의 법적 구조에 관한 시론-그 이념적 방향정립을 위한 서설적 모색”, 『서울대학교 법학』 제32권 1·2호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 1991.

- 이희성, “작업장 내에서의 전자메일 및 CCTV의 감시와 근로자의 프라이버시 보호”, 『비교사법』 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003.
- 이희자, “과로성 정신질환·자살과 업무상 재해”, 『산업관계연구』 제21권 제4호, 한국노사관계학회, 2011.
- 장현자, “근로자의 정신질환에 대한 업무상 재해 인정기준-법원 판례 분석을 중심으로”, 『사회보장법연구』 제8권 제2호, 2019.
- 전경자·최은숙·박미진, “사무직 근로자의 사회심리적 업무환경과 자기효능감이 정신건강에 미치는 영향”, 『한국직업건강간호학회지』 제22권 제3호, 2013.
- 전윤구, “노동법의 과제로서의 근로자인격권 보호”, 『노동법연구』, 제33호, 서울대학교 노동법연구회, 2012.
- 전형배, “안전배려의무의 내용과 과제”, 『노동법학』 제55호, 한국노동법학회, 2015.
- \_\_\_\_\_, “중소규모 사업장 안전보건법제 검토”, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, 2018.
- 정광수, “수급인의 피용자에 대한 도급인의 안전배려의무”, 『안암법학』 제23권, 안암법학회, 2006.
- 정진우, “산업안전보건법상 알 권리에 관한 비교법적 연구”, 『노동법학』 제46호, 한국노동법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “산업안전보건법상의 행정명령과 도급규제의 문제점에 대한 고찰”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』(노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회, 2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소해밀, 2019.
- 조규준, “2018년 화학섬유식품노조 IT 기업 노조조직화의 동기와 특징”, 『월간 노동리뷰』, 2019년 7월호, 한국노동연구원, 2019.
- 조상욱·송연창, “직장 내 괴롭힘에 관한 주요 실무문제에 대한 소고·회

- 사의 가학적 인사관리 및 상급자에 의한 개인적 괴롭힘을 중심으로”, 『법학평론』 제7권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2017.
- 조임영, “프랑스의 ‘노동에 있어 정신적 괴롭힘’의 규제에 관한 법리”, 『노동법논총』 제22권, 한국비교노동법학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “직장내 괴롭힘과 프랑스 노동법”, 『노동법논총』 제25권, 한국비교노동법학회, 2012.
- 조재호, “연결차단권에 대한 검토”, 『노동법연구』 제46호, 서울대학교 노동법연구회, 2019.
- 조흥학, “산업안전보건법상의 행정명령과 도급규제의 문제점에 대한 고찰에 관한 토론문”, 『근로자의 안전권 보장을 위한 노동법상 과제』(노동법이론실무학회·노동법연구소 해밀 공동학술대회, 2019. 10. 11.), 노동법이론실무학회·노동법연구소해밀, 2019.
- 최봉경, “민법에서의 유추와 해석”, 『법철학연구』 제12권 제2호, 한국법철학회, 2009.
- 최태호, “직장내 괴롭힘 노동청 제보유형과 해결과정” 토론문, 『사례를 통해 본 직장내 괴롭힘 금지법의 의미와 개선방안』 자료집 (2019. 9. 19.), 직장갑질119·재단법인 공공상생연대기금·더불어민주당 한정애 의원·정의당 이정미 의원, 2019.
- 클라라 로렌스·다니엘 오르티즈 드 비야시안(Clara Llorens · Daniel Ortiz de Villacian), “EU의 업무 관련 스트레스와 노사관계”, 『국제노동브리프』, 2011년 1월호, 한국노동연구원, 2011.
- 한인상, “근로권의 의의와 주요 입법과제”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014,
- \_\_\_\_\_, “감정노동에 대한 노동법적 규율방안”, 『노동법논총』 제35권, 한국비교노동법학회, 2015.



\_\_\_\_\_, “노동헌법 개정안 제안’을 중심으로” 제1토론문, 『노동헌법을 논(論함)』자료집(2017. 9. 20.), 국회의원 이인영 의원실·(사)한국 공법학회· (사)노동법연구소 해밀, 2017.

한희진, “조르주 캉귈렘의 의철학에서 ‘정상성(normalite)’의 개념”, 『의철학연구』 제14권, 한국의철학회, 2012.

황재훈, “프랑스의 번아웃증후군 예방을 위한 시도”, 『국제노동브리프』 2018년 9월호, 한국노동연구원, 2018.

황태운·류문호·안성호, “‘심리적 부검’에 의한 공무상 질병의 판단 - 대상 판결: 서울고법 2013. 12. 19. 선고 2012누27505 판결-”, 『법과정책』 제20권 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014.

[연구보고서 등]

강현철 외, 『정보통신기기에 의한 노동인권 침해 실태조사』, 국가인권위원회, 2013.

권두섭 외, 『직장 갑질 사건 법률지원 매뉴얼』, 서울지방변호사회, 2019.

권 혁 외, 『근로자 정신건강 장애 예방을 위한 제도화 방안 연구』, 부산대학교 산학협력단, 2018.

김인아 외, 『과로사(과로자살) 예방을 위한 정책연구(2)』, 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2018.

박용규·정성준, 『건설업체 산업재해발생을 산정·평가 제도 개선에 관한 연구』, 안전보건공단연구원, 2015.

박제성 외, 『장시간 노동과 노동시간 단축(II)』, 한국노동연구원 2011.

박준식 외, 『사업장 감시시스템이 노동인권에 미치는 영향』(2005년도 인권상황실태조사 연구용역보고서), 한국노동사회연구소, 2005.

박지순 외, 『근로자에 대한 가학적 인사관리 등 관련 사례 분석 및 입법례 연구』, (사)노동법이론실무학회, 2014.

- 서춘희 외, 『근로자 직무스트레스 예방활동 지침개발 연구』, 산업안전보건연구원, 2014.
- 이경희·김기선, 『스마트기기 사용이 근로자의 일과 삶에 미치는 영향』, 한국노동연구원, 2015.
- 이명구, 『산재보험수지율의 환산재해율 반영 등에 관한 연구』, 산업안전보건연구원, 2008.
- 이문호·노광표·곽상신, 『사무직 근로자의 근로시간 실태조사 및 개선방안 연구-IT 업종을 중심으로-』, (사)한국노동사회연구소, 2013.
- 이수일, 『사업장의 산업의학적 보건서비스 실태조사』, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2008.
- 이철수 외, 『상시적 구조조정에 따른 외국의 법/제도 사례연구 - 금융부문을 중심으로』, 노사정위원회, 2006.
- 장홍근 외, 『2017년 노사관계 국민의식조사 연구』, 한국노동연구원, 2017.
- 정동관 외, 『사무직 근로시간 실태와 포괄임금제 개선방안』, 한국노동연구원, 2016.
- 조흥학 외, 『법제사적 의미에서 산업안전보건법의 역할과 지위에 관한 연구』, 한국산업안전보건공단, 2011.
- 직장갑질 119, 『2019 직장인 의식조사 보고서』, 2019.

[기타 자료]

- 경제사회노동위원회, 탄력근로제 개선을 위한 경사노위 노사정 합의문 (2019. 2. 19.)
- 고용노동부(2005), 상시 10인 미만 사업장의 취업규칙의 효력에 관한 자문 및 검토 결과(2005. 12. 22, 근로기준팀)
- 고용노동부(2007), “노사관계 선진화 입법 설명자료”, 2007. 1.

고용노동부(2019a), “직장내 괴롭힘 판단 및 예방대응 매뉴얼”, 2019. 2.  
고용노동부(2019b), “직장내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 가이드”, 2019. 7.  
고용노동부(2019), “재량간주근로시간제 운영가이드”(2019. 7. 31.)  
고용노동부(2020), 고용노동부 선정 『강소기업』 신청 접수 공고(고용노동부공고 제2020 - 95호)  
안전보건공단, 직무스트레스관리 교육미디어 자료(2012-교육미디어-946), 2012.  
직장갑질 119 보도자료, “대한민국 직장갑질 감수성 D”, (2019. 7. 7.)  
한국경제연구원 보도자료, “포괄임금제 활용 기업 중 70.8% 포괄임금제 원칙적 금지에 반대”, 고용창출팀, (2019. 2. 12.)

[법률안, 검토보고서, 회의록]

김삼화 의원 대표발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 5152, 2017. 1. 18.)

임이자 의원 대표발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 6122, 2017. 3. 10.)

한정애 의원 대표발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 3055, 2016. 10. 28.)

이정미 의원 대표발의, 산업안전보건법 일부개정법률안(의안번호: 10005, 2017. 11. 3.)

환경노동위원장 제안, 산업안전보건법 일부개정법률안(대안)(의안번호: 12780, 2018. 3.)

과학기술정보방송통신위원장 제안, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안(대안) (의안번호: 24957, 2020. 5)

환경노동위원회, 산업안전보건법 일부개정법률안 검토보고서( 한정애 의

원 대표발의, 의안번호: 3055, 2017. 2.)

환경노동위원회, 산업안전보건법 일부개정법률안 검토보고서(이정미 의원 대표발의, 의안번호: 10005, 2018. 2.)

법제사법위원회, 산업안전보건법 전부개정법률안(대안) 검토보고서(환경노동위원장 제안, 의안번호: 17834, 2018. 12.)

과학기술정보방송통신위원회 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안 검토보고서(정부제출, 의안번호: 16944, 2019. 3.)

과학기술정보방송통신위원회, 소프트웨어산업 진흥법 전부개정법률안 심사보고서(과학기술정보방송통신위원장 제안, 의안번호: 24957, 2020. 5.)

제20대 국회 제358회 국회(임시회) 제1차, “환경노동위원회(고용노동소위원회) 회의록(2018년 3월 15일)” 제1호.

제20대 국회 제358회 국회(임시회) 제2차, “환경노동위원회 회의록(2018년 3월 20일)” 제2호.

제20대 국회 제365회 국회(임시회), 제2차 “법제사법위원회회의록(2018년 12월 27일)” 제2호.

[신문기사]

뉴스핌, “‘시사기획 창’, 직장 내 괴롭힘 보고서 ‘인격 없는 일터’...과다한 업무량·과도한 감시 ‘심각’”(2015. 2. 17.) <http://www.newspim.com/news/view/20150217000071> 최종접속일: 2020. 7. 22.

이용구, “칼럼 - 변호사의 업무상 재해 인정 요인과 스트레스”, 『변호사가 알아야 할 노무』, 대한변협신문(2014. 2. 25.), <https://academynext.lawnb.com/Info/ContentView?sid=N001D22D652DA17C> 최종접속일: 2020. 7. 22.

임세원, “[지금!괜찮으십니까]⑫‘칼퇴근’은 직장인에게 행복을 가져다줍니

다”, 경향신문(2017. 8. 22.) [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201708222122015&code=900303](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201708222122015&code=900303) 최종접속일: 2020. 5. 29.

하영삼, “한자뿌리뽑기 47: 노(勞)와 동(動)”, 동아일보(2004. 4. 29.)

#### [디지털 자료]

고용노동부 <http://www.moel.go.kr>, 최종접속일: 2020. 3. 22.

농촌진흥청, 농업용어사전. <http://www.rda.go.kr/main/mainPage.do> 최종접속일: 2020. 1. 12.).

세계법제정보센터 <http://world.moleg.go.kr> 최종접속일: 2020. 5. 5.

철학사전편찬위원회 외 30인, 『철학사전』, 중원문화, 2009. <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=388632&cid=41978&categoryId=41985> 최종접속일: 2020. 7. 27.

우리말샘 <https://www.korean.go.kr/front/search/searchAllList.do> 최종접속일: 2020. 2. 27.

표준국어대사전 <https://stdict.korean.go.kr> 최종접속일: 2020. 7. 27.

PMG 지식엔진연구소, 『시사상식사전』, 박문각, <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1965625&cid=43667&categoryId=43667> 최종접속일: 2020. 7. 12.

## 2. 외국문헌

#### [논문, 발표문 등]

Brishen Rogers, “Toward Third-Party Liability for Wage Theft,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol.31., No.1., 2010.

- Glynn, Timothy. "Taking the Employer out of Employment Law? Accountability for Wage and Hour Violation in an Age of Enterprise Disaggregation," *Employee Rights and Employment Policy Journal*, Vol. 15., Iss. 1., 2011.
- Henry Weihofen, "The Law and the Mentally Ill: the Definition of Mental Illness," *OHIO State Law Journal*, Vol. 21., No. 1., 1960.
- Johannes Siegrist, "Adverse Health Effects of High-Effort/Low-Reward Conditions," *Journal of Occupational Health Psychology*, Vol. 1., 1996.
- J. Rick·R. B. Briner, "Psychosocial Risk Assessment: Problems and Prospects," *Occupational Medicine*, Vol. 50., 2000.
- Karasek, Robert A. "Job demands, Job Decision Latitude and Mental Strain: Implications for Job Redesign," *Administrative Science Quarterly*, Vol. 24, 1979.
- Loïc Lerouge, "Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: a Legal Perspective," *Workplace Bullying and Harassment - 2013 JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment-(JILPT REPORT No. 12)*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2013.
- Michael Rawling·Sarah Kaine, "Regulating Supply Chains to Provide a Safe Rate for Road Transport Workers," *Australian Journal of Labour Law*, Vol. 25., Iss. 3., 2012.
- Nossar, Igor·Amoresano, Luigi, *Working Paper: Delivering "safe rates" in Today's Road Transport Supply Chains*, 2019.
- Richard Lewis, "OCAW v. American Cyanamid : The Shrinking of the Occupational Safety and Health Act," *University of Pennsylvania*

*Law Review*, Vol. 133.

Rosanna Cousins et al., “‘Management Standards’ and Work-related Stress in the UK: Practical Development,” *Work&Stress*, Vol. 18., No. 2., 2004.

Salin, Denise, “The Prevention of Workplace Bullying as a Question of Human Resource Management: Measures Adopted and Underlying Organizational Factors,” *Scandinavian Journal of Management*, Vol. 24, No. 3, 2008.

Selye, H. “Confusion and Controversy in the Stress Field,” *Journal of Human Stress*, Vol. 1., Iss. 2., 1975.

Silvana Galderisi et al., “Toward a New Definition of Mental Health,” *World Psychiatry* Vol. 14., Iss.2, 2015.

[기타 자료]

Elke Ahlers, “Flexible and Remote Work in the Context of Digitization and Occupational Health”, *Psychosocial Risks, Stress and Violence in the World of Work*(International Journal of Labour Research), Vol. 8., Iss. 1-2, International Labour Office, Geneva, 2016.

Emmanuelle Brun·Malgorzata Milczarek, *Expert Forecast on Emerging Psychosocial Risks related to Occupational Safety and Health*, European Agency for Safety and Health at Work, Belgium, 2007.

Geoffrey King·Mark James, “Key Findings of the Marchand-Durand Study on Mental Health in the Workplace”, The Standard Life Assurance Company of Canada, 2012.

Health and Safety Executive, *Managing the Causes of Work-related Stress - A Step-by-Step Approach using the Management Standards-*, HSE

Books, 2007.

ILO, *ILO Standards-related Activities in the Area of Occupational Safety and Health: An In-depth Study for Discussion with a view to the Elaboration of a Plan of Action for Such Activities*. Report IV of the International Labour Conference, 91<sup>st</sup> session, 2003, International Labour Office, Geneva, 2003.

ILO, *Safety and Health at the Heart of the Future of Work - Building on 100 Years of Experience*, International Labour Office, Geneva, 2019.

International Training Centre of the ILO, *International Labour Law and Domestic Law- A Training Manual for Judges, Lawyers and Legal Educators: Occupational Safety and Health*, Turin, 2018.

Joint ILO·WHO Committee on Occupational Health, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control*, Occupational Safety & Health series, No. 56, International Labour Office, Geneva, 1986.

M. Debout, 'Le harcèlement moral au travail', Avis du Conseil économique et social, Les éditions des journaux officiels, 2001.

Melisa Pang, "Current Issues in Mental Health in Canada : Psychological Health and Safety in the Workplace(In Brief)", 2013-78-E, Library of Parliament, Ottawa, 2013.

Melvyn Freeman·Soumitra Pathare, *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation*, World Health Organization, 2005.

Tom Hansen et al., *Psychosocial Working Environment: Workplace Inspection of the Psychosocial Working Environment in the Nordic Countries*, TemaNord 2015:508. Denmark, 2015.

Valentina Forastieri, "Prevention of psychosocial Risks and Work-related



Stress”, *Psychosocial Risks, Stress and Violence in the World of Work*(International Journal of Labour Research), Vol. 8., Iss. 1-2, International Labour Office, Geneva, 2016.

Véronique Daubas-Letourneux · Annie Thébaud-Mony, *Work Organisation and Health at Work in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2002.

WHO, *Promoting Mental Health: Concepts, Emerging Evidence, Practice(Summary Report)*, World Health Organization, Geneva, 2004.

[협약 등]

Constitution of the World Health Organization(Signed at the International Health Conference, New York, 22, July, 1946)

UN Economic and Social Council, The Right to Work General Comment No. 18.,(Adopted on 24 November 2005)

C. 167. Safety and Health in Construction Convention, 1988.

C. 174. Prevention of Major Industrial Accidents Convention, 1993.

C. 176. Safety and Health in Mines Convention, 1995.

C. 184. Safety and Health in Agriculture Convention, 2001.

C. 187. Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006.

R 197. Promotional Framework for Occupational Safety and Health Recommendation, 2006.

Convention Concerning the Elimination of Violence and Harassment in the World of Work.

Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour

Organisation (DECLARATION OF PHILADELPHIA)

ILO Centenary Declaration for the Future of Work, adopted by the Conference at its One Hundred and Eighth session, Geneva, 21 June, 2019.

“How to Manage Work Health and Safety Risks”, Code of Practice, May 2018.

[디지털 자료]

IBM. 2016. What is Watson?, <http://www.ibm.com/smarterplanet/us/en/ibmwatson/what-is-watson.html> 최종접속일: 2020. 5. 11.

Leonard Holmes, “The Characteristic of Mental Health”, *Verywell Mind*, 2019. 9. 14.(updated on 2020. 2. 24.), <https://www.verywellmind.com/what-is-mental-health-2330755> 최종접속일: 2020. 5. 14.)

“What is Mental Health?”, Medical News Today, <https://www.medicalnewstoday.com/articles/154543.php> 최종접속일: 2019. 12. 18.

World Health Organization, Mental Health in the Workplace information sheet, 2019. 5., [https://www.who.int/mental\\_health/in\\_the\\_workplace/en/](https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/en/) 최종접속일: 2020. 5. 28.

WHO, Burn-out an “occupational phenomenon”: International Classification of Disease., 2019. 5. 28. [https://www.who.int/mental\\_health/evidence/burn-out/en/](https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/) 최종접속일: 2020. 5. 28.

## ABSTRACT

# **A Study on the Legal Regulation in Labor Law for the Protection of Laborers' Mental Health**

Shin, Hyerim

School of Law

Seoul National University

A laborer's burnout syndrome has become one of the serious issues these days. It causes the feeling of energy depletion or exhaustion, increases mental distance from the job, negativism or cynicism related to the job, reduces professional efficacy, and loses willpower and empathy. It might not exist except in one's minds that a laborer reaches self-realization or feels worthy or happy through labor, Under these circumstances, the discussion on countermeasures is needed in advance to protect laborers' mental health from getting devastated due to a heavy workload.

Though the mental health of laborers has become an important topic, discussions on it have mainly been around the issues such as violence, bullying, discrimination, sexual harassment, and so on. An employer's work directive, by the way, can be the factor that harms a laborer's mental health. For example, depending on the way the work order is exercised, it can bring out burnout syndrome to laborers. Specifically, such a work

directive includes imposing a laborer excessive work, pressuring a laborer, and assigning a laborer additional tasks that were not planned at all at the beginning. Such a directive deepens the labor intensity of the laborers, provokes higher level of stress, and, in severe cases, causes a variety of diseases. The laborer may be mentally damaged like losing the willpower to work and getting depersonalized along the way.

This dissertation discussed methods of resolution to protect laborers' mental health from getting damaged due to the employer's directive imposing a heavy workload,

First of all, since the legal concept of 'a laborer's mental health' is not settled clearly, although it is commonly used, this dissertation established the concept of 'the mental health of a laborer.' By definition, 'a laborer is mentally healthy' means 'a laborer is at the state of being able to create value, to lay the material foundation, to cope with laboriousness that can be generated along the way, and more than that, to feel his/her existence, role, and a sense of self-realization in social interaction through labor.'

It was found that the judicial precedents acknowledged the existence of mental anguish or psychological damage when a 'Personality Right'(hereinafter referred to as 'personality right') or 'Human Dignity and Value' is violated. Therefore, it is assured that the case that a laborer's mental health is violated is when the laborer's personality right is violated. The personality right of a laborer, here, means both the one as a general personality right and the other as a characteristic personality right as a laborer. And the personality right of a laborer(so-called 'personality right in labor') is a specific right in the labor realm, which includes that a laborer could achieve self-fulfillment, maintain his/her identity, obtain improved occupational ability, and feel worthwhile, happy, and self-realized through labor. If so, when a laborer loses his/her willpower to work and becomes

exhausted, or fails to feel efficacy or satisfaction, it would show that the laborer's personality right in labor is violated. In this case, the laborer would not be able to feel a sense of self-actualization that he/she has expected or has been feeling by laboring. Then, the laborer gets out of the state of being mentally healthy, which one may say he/she is at the state of mental health violated.

The employer's excessive directive, which is originated from the perspective of maximizing the utilization of laborers' time, as a byproduct of cost reduction management system today, objectifies human beings and violates their dignity. The laborer, swamped with tons of tasks to be done, comes to lose meaning of the personal aspect of labor, which leads to the violation of personality right in labor and mental health. In this respect, the legal intervention from the perspective of Labor Law is required. This intervention in Labor Law starts from regulating government and employers to take care of laborers in order for them to be able to work at the environment that enables them to maintain their mental health as well as their physical health. The theoretical ground of regulating such obligation to take consideration for a laborer's mental health can be found in the interpretation of Right to Work.

Based on the discussion above, this study examined how the problem of a laborer's mental health caused by an employer's excessive directive can be regulated in the current laws and labor contract relationships.

Firstly, some of employer's excessive directives may constitute workplace harassment in Labor Standard Act according to the present interpretation, when the directive is exercised in inappropriate situations, even though there was no unavoidable circumstances, not allowing even the minimum amount of time physically required, and so on. However, there was an interpretative problem as to whether an organizational culture or atmosphere where an

employer's cost-minimization and efficacy-maximization strategy are reflected, and an ordinary directive based on that culture or atmosphere that impels laborers to fulfill intensified and excessive tasks habitually, could be viewed as workplace harassment. This study found more diverse directives can be interpreted into workplace harassment with reference to cases in France.

Secondly, this study confirmed the problem of a laborer's mental health infringement caused by an employer's excessive directive can be regulated under the Occupational Safety and Health Act, based on the purpose and characteristics of the Occupational Safety and Health Act, the interpretation of the Article 5 of the Act, the implication of the recent legislation on the measures for prevention of customer service laborer's health disorder. Then, the study has drawn specific obligations of the employer that can be imposed on the employer's excessive directive, such as the obligation to identify laborer's working hours, to understand and be well-informed of tasks the employer would order, to give information on the contract conditions decided between the employer and the client company(contractor) regarding the business that can be the aim of the employer's directive, to check and supervise whether there is any extra work from a client company(contractor) in a supply chain such as an additional request or a changed request that a contractor directly orders to a laborer. Furthermore, the study examined that these obligations can be imposed on those who are not employers but carry weight with the employers, if the problems of a laborer's mental health caused by excessive directive are brought about from them or get aggravated by them, based on the dominant status they have in making a decision on the contract conditions or contents regarding the contractual right-obligation.

Based on this interpretation, the study asserted that the provisions on purpose, duties of Business Owners, etc and the subordinate regulations, and

duties of contractor are needed to be revised and the provisions on compulsory education are needed to be established.

In addition, the study claimed that a new system should be planned. Since precedent literatures regarding the protection of laborers' mental health have emphasized so-called 'primary prevention,' meaning improving physical and psychosocial environments and changing stressors, the study suggests the system which tries to satisfy that point of view. This system recommends the laborer whose mental health is likely to be violated due to a heavy workload to take counsel from an industrial health doctor, allows the doctor to inform the employer of the laborer's status and advises him regarding some measures needed, if a certain standard is satisfied in the doctor's judgment based on the records of the laborer's work and counseling space(so called 'alarm system'). This system has a legal issue on the possibility of violation of the Right to Informational Self-Determination. If thorough compliance is assured on the security of information recorded, collected, and kept by the 'alarm system,' neutrality and independence of the administrator, confidentiality obligation, and the benefit as protection of laborer's mental health that could be obtained through this system would predominate over the degree of the Right to Informational Self-Determination restricted through implementing this system.

In order for the system to be effectively implemented, a reorganization of the system of industrial health doctor is required. A legislation is needed in the direction to strengthen the authority of the industrial health doctor. Also an approach in the prospect of primary prevention should be strengthened, by adding the employer's obligation to estimate factors which violate laborers' mental health. An obligation of confidentiality regarding laborers' information also needs to be strongly requested. A qualification requirement needs to be stricter, too.

Additionally, a reorganization of the Occupational Safety and Health Committee and 'Representative of Employees' is required. First of all, regarding important matters requiring to be deliberated or to resolved, in the place of business where no Occupational Health and Safety Committee is established, the way to make decision should be turned into hearing opinions and obtaining collective consent of more than half of laborers, respectively from the current way hearing opinions, obtaining consent from the 'Representative of Employees' only. Also, for the prevention of mental health from being violated due to the employer's directive imposing a heavy workload, the points which are necessary for the effective implementation of the 'alarm system' should be specifically stated as matters that are required to be deliberated or resolved. The standard for setting up an Occupational Safety and Health Committee needs to be reasonably adjusted, too.

As for measures that can be realized in the Labor Standard Act, the study suggests that the act should supplement the provision on workplace harassment, revise the provision on purpose and introduce a new principle on dismissal regulation. Based on the actual condition where a number of laborers have been suffering from mental health violations due to the employer's excessive directive and come to resign in response to it, this study proposes introducing a law that requires laborers to be subjected to unfair dismissal and relief procedures, if they resigned after suffering from mental anguish due to the employer's directive imposing a heavy workload. In this case, remedial order should be the monetary compensation in principle. When the submission of resignation is admitted as an unfair dismissal, the laborer comes to be compensated in money. It not only provides laborers with liberation from and compensatory justice from the factors that infringe mental health, but also functions as a mechanism that prevents the laborer's mental health from getting damaged, making the



employer control his/her directives voluntarily with the burden of strengthened compensation.

As a method of alleviating the burden of proof to enhance the possibility of his/her resignation being acknowledged as a constructive dismissal, this study suggests several methods: (i) once a laborer gives prima-facie evidences of a series of facts which demonstrate that the employer didn't take any measure in the situation where he could recognize the laborer suffered from a heavy workload, a significant violation of a labor contract by an employer is estimated, (ii) once a constructive dismissal is acknowledged, the dismissal is estimated as unjust, and (iii) the employer should give disproof that proves his/her directive was justifiable to such an extent to break the presumed facts in order not for the laborer's submission of retirement to be acknowledged as unjust constructive dismissal.

The implication of this study is as follows. While other precedent literatures seem to have focused on the cost-benefit analysis of protecting laborer' mental health and increasing productivity through management, this study focused more on the meaning of labor to man and the personality aspect of labor from the perspective of laborers. It also tried to establish a normative concept of mental health, which is not limited to the level that just prevents mental disorder but enables a laborer to reach self-realization through labor, without the damages of personality right in labor.

In addition, this study attempted to deal with overwork or long work hours within a framework of occupational safety and health, beyond the discussion in the realm of working conditions under the Labor Standard Act. Since laborers' long work hours, overwork, and such are on the back of an employer's exercised directive, under which a laborer cannot help doing so, such a directive is a serious occupational hazard. This study also took an approach from the perspective of ex ante prevention, rather than the

perspective of recovery, compensation, or reparation.

Key Words: burnout syndrome, laborer's mental health, personality right in labor, employer's directive, directive imposing a heavy workload, obligation to take measures (duty of care) of an employer, stress check system, constructive dismissal

***Student Number : 2014-31365***