

〈논문〉

산업재해와 형사책임 - 산업안전보건법 제66조의2를 중심으로 -

禹希叔*

요약

산업안전보건법상 산업재해는 ① 근로자, ② 위험 업무 관련성, ③ 상해 또는 사망을 그 개념요소로 하고 있다. 이에 대응한 사업주의 형사책임에는 산업안전보건법 제67조 제1호의 안전 및 보건조치의무위반죄와 제66조의2의 안전 및 보건조치의무위반치사가 있다. 이러한 사업주의 형사책임은 의무위반에 수반된 위험성의 정도에 따라 차등화되지 않고 규정되어 있어 대법원 판례는 그 해석·적용에 있어 소극적인 태도를 보이고 있다. 이에 제67조 제1호 및 제66조의2는 상징적 기능만을 가지고 있으며 이로 인해 집행결손을 수반하고 있다. 이에 사업주의 안전 및 보건조치의무위반에 대한 집행을 강화해야 한다는 주장이 힘을 얻고 있다. 그러나 형법이론적 및 형사정책적으로 산업안전보건법 체계와 대법원 판례의 태도를 구체적으로 분석하고 이에 대한 해석론 및 입법론을 제시하는 것이 선행되어야 한다.

산업안전보건법 제66조의2의 구성요건은 ① 사업주가 ② 규칙에 규정되어 있는 기술기준을 준수하지 않아 ③ 근로자를 사망에 이르게 한 경우이다. 그러므로 ① 범죄능력이 없는 법인 사업주나 구체적·직접적 지휘감독책임이 없는 법인의 대표이사인 주체에서 제외되며, ② (작업) 현장에서 필요한 조치일지라도 기술기준이 규칙에 규정되어 있지 않으면 제66조의2가 성립하지 않고, ③ 행위객체가 사업주와 '실질적 고용관계'를 맺고 있지 않은 경우에는 (작업) 현장에서 위험관련 업무를 수행하는 자(예를 들어 특수형태근로종사자, 현장실습생, 직업훈련생 등)일지라도 산업안전보건법상 보호객체에 포섭되지 않는다. 이로 인해 (작업) 현장에서 산업재해가 발생할지라도 사업주의 형사책임을 물을 수 없는 처벌의 공백상태가 발생한다. 그러나 이러한 형사정책적 한계로부터 사업주의 단순한 의무위반·만·으로 형사책임을 부담시켜야 한다는 주장을 하는 것은 아니다. 즉 사업주의 의무위반이 있더라도 그것에 수반되는 위험성의 정도에 따라 ① 단순한 의무위반의 경우에는 과태료로, ② 업무상 과실로 구체적 위험을 발생시킨 경우에는 행정형벌로, ③ 의무위반으로 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 ②보다 가중된 행정형벌로 전환할 필요가 있다. 이처럼 '사업장에 관계된 업무의 특성'이나 '업무에 내재하는 위험성의 정도'에 따라 사업주의 (형사)책임을 차등화 한다면 산업재해의 예방을 달성하는데 있어 더욱 효율적일 것이다. 또한 이는 형사법상 죄형법정주의 및 책임주의에도 더욱 부합한다고 할 수 있다.

주제어: 부작위범, 결과적 가중범, 업무상 과실치사상죄, 양벌규정, 죄형법정주의

* 강원대학교 법과대학 강사, 법학박사.

I. 문제제기

산업재해란 “근로자가 업무에 관계되는 건설물·설비·원재료·가스·증기·분진 등에 의하거나 작업 또는 그 밖의 업무로 인하여 사망 또는 부상하거나 질병에 걸리는 것”¹⁾을 의미한다. 이러한 산업재해를 예방하기 위하여²⁾ 산업안전보건법(이하 별도의 법령의 표기가 없으면 동법을 가리킨다.)은 사업주에게 주로 의무를 부담시키고, 이러한 의무를 위반할 경우 벌칙조항에 의하여 형사책임을 부과한다(사업주 형법).³⁾ 즉 사업주의 안전 및 보건조치의무에 대한 실효성을 확보하기 위하여 산업안전보건법은 그 의무위반에 대한 벌칙조항을 규정하고, 산업재해율의 증가에 따라 지속적으로 형벌을 상향조정하여 왔으며,⁴⁾ 이에 제67조 제1호의 안전 및 보건조치의무위반죄와 제66조의2의 안전 및 보건조치의무위반치사죄가 있다. 제67조 제1호는 사업주가 제23조 및 제24조, 즉 ‘안전 및 보건조치의무를 위반할 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 처벌한다’고 규정하고 있고, 제66조의2⁵⁾는 ‘사업주가 안전 및 보건조치의무를 위반하여 근로자를 사망에 이르게 할 경우에는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금으로 처벌한다’고 규정하고 있다. 전자는 산업재해의 예방이라는 보호법익을 달성하기 위하여 사업주에게

-
- 1) 산업안전보건법 제2조 제1호. 즉 산업재해는 ① 근로자, ② 위험 업무 관련성, ③ 상해 또는 사망을 그 개념요소로 하고 있다. 이에 대응한 사업주의 형사책임이 제66조의2이다. 그러나 제66조의2는 상해에 대해 규정하고 있지 않다.
 - 2) 산업안전보건법 제1조는 “이 법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 즉 산업안전보건법은 ‘산업재해의 예방’과 ‘근로자의 안전 및 보건의 유지·증진’을 보호법익으로 한다. 이러한 보호법익을 전제로 산업재해에 대한 사업주의 형사책임이 논의되어야 한다. 한편 근로자의 건강권이라는 보호법익의 측면에서 사업주의 건강배려의무를 논의하는 김교숙, “근로자의 건강권”, **노동법논총**, 제19집(한국비교노동법학회, 2010), 172-175쪽.
 - 3) 일반적으로 급속한 경제성장은 ① 산업현장에서 근로자의 부상 또는 사망이라는 결과와 ② 열악한 작업환경으로 인해 근로자의 건강을 해치는 결과를 가져왔다. 이에 산업재해의 예방을 위해 사업주의 행위에 대한 규제의 필요성이 등장하였다. W. Kip Viscusi, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1983), 78-80쪽.
 - 4) 산업안전보건법의 제·개정에 대해서는 조흥학, “산업안전보건법처벌의 사업주 책임에 관한 연구”, **사회법연구**, 제5호(한국사회법학회, 2006), 168-178쪽.
 - 5) 산업안전보건법 제66조의2는 산업재해율의 증가에 따라 사업주에 대한 처벌을 강화하여야 한다는 논의와 맞물려 2006년 3월 24일 법률 제7920호로 신설되었으며 2006년 9월 25일부터 시행되었다.

적극적인 안전 및 보건조치의무를 규정하고 후자는 이러한 의무위반으로 근로자가 사망한 경우 사업주의 가중된 형사책임을 규정하고 있다.⁶⁾ 그러나 근로자의 사망 사고에 대한 사업주의 형사책임을 가중하기 위하여 도입된 벌칙조항 제66조의2는 대법원 판례의 소극적인 태도로 인하여 해석·적용되고 있지 않은 실정이다.⁷⁾ 즉 제66조의2는 상징적 기능만을 가지고 있으며 이로 인해 집행의 결손을 수반하고 있다.⁸⁾ 이와 관련하여 산업재해 예방 등의 실효성을 보장하기 위해서는 제66조의2의 집행을 강화해야 한다는 주장이 있다.⁹⁾ 그러나 집행의 강화 못지않게 산업안전보건법 체계와 대법원 판례의 태도를 구체적으로 분석하고 이에 대한 해석론 및 입법론을 제시하는 것도 형법이론적 및 형사정책적인 측면에서 매우 중요하다고 할 수 있다. 왜냐하면 제66조의2에 대한 대법원 판례의 적용 부재로 인하여 이에 대한 구성요건인 의무위반의 주체와 객체, 의무위반의 유형 등이 구체적이고 명확하게 설명되고 있지 않기 때문이다. 또한 산업안전보건법상 벌칙조항은 고의와 과실에 대한 특별한 규정을 두고 있지 않고, 제66조의2의 적용대상이 되는 제23조 및 제24조는 부작위에 의해서 행해지게 되는데, 이러한 부작위는 고의뿐만 아니라 과실에 의해서도 가능하므로 제66조의2의 법적성격이 문제될 수 있다. 즉 제23조 및 제24조를 고의에 의한 부작위범으로만 한정할 경우에는 사업주의 의무위반에 대한 형사처벌을 통하여 산업재해 예방 등의 실효성이 형사정책적인 측면에서 확보될 수 없다는 한계가 발생하고,¹⁰⁾ 산업안전보건법상 특별한 과실범 처벌규정이 없는 상황에서 과실에 의한 부작위범을 인정할 경우에는 형사법상 죄형법정주의와 책임주의에 반한다는 형법이론적인 문제점이 발생할 수 있다. 그리고 해석상 과실에 의한 부작위를 인정하더라도¹¹⁾ 사업주의 의무위반이 고의에 의한 것인지 아니

6) 그러나 산업안전보건법의 규제가 근로기준법의 성격을 탈피하지 못함으로 인하여 산업안전보건법의 목적을 효율적으로 달성하지 못한다고 비판하는 견해로는 나민오, “산업안전보건법의 체계와 입법방향에 관한 연구”, **노동연구**, 제19집(고려대학교 노동문제연구소, 2010), 19쪽.

7) 강선희, “사망사고에 대한 산업안전보건법의 형사책임”, **노동법학**, 제42호(한국노동법학회, 2012), 320쪽.

8) 집행결손(Vollzugsdefizite)에 대해서는 배종대·이상돈, **형법정책**(세창출판사, 1998), 202쪽.

9) 강선희, 전제논문, 321쪽.

10) 의무위반은 고의 혹은 과실에 의해 모두 가능하므로 이들 모두 처벌할 경우 효율적이고 충분한 법익보호를 달성할 수 있기 때문이다. 임광주, “과실은 주의의무위반?”, **저스티스**, 통권 제80호(한국법학원, 2004), 64쪽.

11) 대법원 판례는 ‘예외적’으로 행정형법상 해석에 의한 과실범 처벌을 긍정하고 있다. 대법원 1986.7.22. 선고 85도108 판결; 대법원 2010.2.11. 선고 2009도9807 판결.

면 과실에 의한 것인지를 구별하기 어려운 해석·적용상의 문제점도 발생할 수 있다. 이에 이하에서는 제66조의2의 법적 성격(II.)과 구성요건(III.)에 대하여 산업안전보건법 체계의 구조 및 대법원 판례의 태도를 비판적으로 분석·검토하면서 형사법상 죄형법정주의 및 책임주의와 산업재해 예방의 실효성을 보장하기 위한 형사정책적 측면의 조화로운 방안을 모색해보고자 한다.¹²⁾ 왜냐하면 산업재해의 예방 등을 위해 - 산업안전보건 영역에 대한 구체적인 검토 없이 - 제66조의2에 대한 집행을 강화하거나 형벌을 상향조정해야 한다는 주장¹³⁾은 앞서서도 언급했듯이 형사법상 죄형법정주의 및 책임주의에 위반될 가능성이 높기 때문이다.

II. 제66조의2의 법적 성격

산업안전보건법 제66조의2는 “제23조 제1항부터 제3항까지 또는 제24조 제1항을 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자를 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이러한 제66조의2의 법적 성격에 대해 대법원 판례는 명확하게 언급하고 있지 않지만 제66조의2를 업무상 과실치사죄¹⁴⁾의 특수한 형태로 이해하고 있다고 보인다.¹⁵⁾ 왜냐하면 대법원 판례는 제66조의2의 적용대상이 되는 제23조 및 제24조의 의무를 사업주가 ‘과실로’¹⁶⁾ 위반한 경우에도 처벌하는 태도를 보이고 있기 때문이다.¹⁷⁾ 이는 행정형법은 명문상 과실범 처벌규정이 없더라도 ‘해

12) 제66조의2는 그 적용대상을 제23조 및 제24조로 규정하고 있으나 본 논문에서는 주로 제23조를 중심으로 논의를 진행하고자 한다.

13) 산업안전보건영역은 아니지만 행정형벌의 실효성 확보를 위해 벌금형의 상향조정을 - 조심스럽게 - 주장하는 이주희, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰”, **법학연구**, 제47집 (한국법학회, 2012), 252-260쪽.

14) 형법 제268조(업무상과실·중과실치사상) 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

15) 산업안전보건법 제66조의2가 형법 제268조 보다 형량이 더욱 무겁다. 그러나 산업안전보건법 제66조의2가 형법 제268조의 법정형보다 더욱 가중된 규정인지에 대해 의문을 가지는 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, **강원법학**, 제34권(강원대학교 비교법학연구소, 2011), 69-70쪽.

16) 이 경우 대법원 판례는 고의와 과실의 구별을 행위객체가 근로자인지 여부, 사업주의 안전 및 보건조치의무가 규칙에 규정되어 있는지의 여부로 판단한다. 이에 대해서는 III.에서 더욱 자세하게 논의하도록 한다.

17) 대법원 1991.12.10. 선고 91도2642 판결; 서울서부지방법원 2012.4.4. 선고 2011고단1935 판결.

석상 과실범을 처벌할 수 있다¹⁸⁾는 대법원 판례의 태도와 맞닿아 있다. 왜냐하면 대법원 판례는 행정형법상 과실범에 대한 명문규정이 없더라도 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우에는 과실범으로 처벌할 수 있다는 태도를 보이고 있기 때문이다.¹⁹⁾ 그러나 제66조의2는 사업주가 제23조 및 제24조의 의무를 위반하여 근로자의 사망이라는 결과가 발생한 경우에 성립하는 결과적 가중범이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 왜냐하면 제67조 제1호는 특별히 과실을 언급하고 있지 않으므로 고의에 의한 위반행위를 전제하고 있다고 해석할 수 있으므로 제66조의2는 사업주가 ‘고의로’ 안전 및 보건조치의무를 위반하여 근로자의 사망이라는 결과를 발생시킨 경우이기 때문이다. 그렇지 않고 사업주가 ‘과실로’ 안전 및 보건조치의무를 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 경우 제66조의2를 적용할 수 있다고 해석하는 것²¹⁾은 형사법상 죄형법정주의에 위반된다. 이는 산업안전보건법이 사업주의 안전 및 보건조치의무위반죄에 대한 과실범 처벌규정을 두고 있지 않은 것으로부터 도출되는 당연한 결론이라고 할 수 있다. 아래에서는 제67조 제1호의 법적 성격과 근로자의 사망이라는 중한 결과가 발생한 경우 처벌하는 제66조의2의 법적 성격을 차례대로 살펴보고자 한다.

1. 안전 및 보건조치의무위반

산업안전보건법 제23조²²⁾ 및 제24조²³⁾는 사업주의 안전 및 보건에 관한 작위의

18) 대법원 1986.7.22. 선고 85도108 판결; 대법원 2010.2.11. 선고 2009도9807 판결.

19) 과실범은 법률에 명확한 규정이 있을 경우에만 처벌할 수 있다는 점에서 이러한 대법원 판례의 태도를 비판하는 신동운, “행정형법과 과실범의 처벌”, **서울대학교 법학**, 제52권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2011), 140쪽.

20) 같은 견해로 전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, **노동법논총**, 제25집(한국비교노동법학회, 2012), 84쪽; 김성룡, **전개논문**, 68쪽.

21) 물론 대법원 판례는 이 경우 제66조의2를 적용하는 것이 아니라 산업안전보건법 위반과 형법상 업무상 과실치사죄의 상상적 경합을 인정하고 있다. 이처럼 동일한 의무위반에 대하여 산업안전보건법 위반과 형법상 업무상 과실치사죄를 인정하는 것은 ‘과실에 의한 산업안전보건법 의무위반’을 인정하겠다는 것으로 해석된다.

22) 법 제23조(안전조치) ① 사업주는 사업을 할 때 다음 각 호의 위험을 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

1. 기계·기구, 그 밖의 설비에 의한 위험

2. 폭발성, 발화성 및 인화성 물질 등에 의한 위험

3. 전기, 열, 그 밖의 에너지에 의한 위험

② 사업주는 굴착, 채석, 하역, 벌목, 운송, 조작, 운반, 해체, 중량물 취급, 그 밖의 작업을 할 때 불량한 작업방법 등으로 인하여 발생하는 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 사업주는 작업 중 근로자가 추락할 위험이 있는 장소, 토사·구축물 등이 붕괴할

무를 규정하고 이를 위반할 경우에 벌칙조항 제67조 제1호24)에 의해 처벌되는 부작위범이다. 대법원 판례 또한 결과 발생 여부와 상관없이 벌칙조항 제67조 제1호는 사업주가 산업안전보건법상 관련의무를 위반한 경우에 성립한다고 판단하고 있다.

“사업주가 산업안전보건법령상 위험발생의 방지에 필요한 안전조치의무를 다하지 않은 채 붕괴위험이 있는 육교의 해체·철거작업을 진행하다 도괴사고가 발생한 사안에서, 근로자의 사망 또는 부상의 결과가 발생하지 않았다고 하더라도 산업안전보건법령상의 **산업재해예방미조치 사실 그 자체로** 산업안전보건법 제67조 제1호 및 제71조 위반죄가 성립한다.”²⁵⁾

즉 단순한 의무위반‘만’으로 제67조 제1호에 위반된다고 해석하고 있다. 이는 결과 발생을 기준으로 살펴보았을 때, 결과발생을 요구하지 않는 추상적 위험범이다. 그러나 한편 대법원 판례는 제23조 제1항의 성립요건과 관련하여 다음과 같은 ‘지시’(a)나 ‘방치’(b)의 요건을 추가적으로 요구하고 있다.

우려가 있는 장소, 물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 장소, 그 밖에 작업 시 천재지변으로 인한 위험이 발생할 우려가 있는 장소에는 그 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 사업주가 하여야 할 안전상의 조치 사항은 고용노동부령으로 정한다.

23) 법 제24조(보건조치) ① 사업주는 사업을 할 때 다음 각 호의 건강장해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

1. 원재료·가스·증기·분진·흠(fume)·미스트(mist)·산소결핍·병원체 등에 의한 건강장해
2. 방사선·유해광선·고온·저온·초음파·소음·진동·이상기압 등에 의한 건강장해
3. 사업장에서 배출되는 기체·액체 또는 찌꺼기 등에 의한 건강장해
4. 계측감시, 컴퓨터 단말기 조작, 정밀공작 등의 작업에 의한 건강장해
5. 단순반복작업 또는 인체에 과도한 부담을 주는 작업에 의한 건강장해
6. 환기·채광·조명·보온·방습·청결 등의 적정기준을 유지하지 아니하여 발생하는 건강장해

② 제1항에 따라 사업주가 하여야 할 보건상의 조치 사항은 고용노동부령으로 정한다.

24) 산업안전보건법 제67조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제23조 제1항부터 제3항까지, 제24조 제1항, 제26조 제1항, 제28조 제1항, 제33조 제1항, 제37조 제1항, 제38조 제1항, 제38조의4 제1항 또는 제52조 제2항을 위반한 자(밑줄은 필자 주. 이하 동일).

25) 대법원 2008.8.11. 선고 2007도7987 판결(밑줄 및 강조는 필자 주).

“사업주에 대한 산업안전보건법 제67조 제1호, 제23조 제1항 위반죄는 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산업안전기준에 관한 규칙이 정하고 있는 바에 따른 안전조치를 취하지 않은 채 산업안전보건법 제23조 제1항에 규정된 안전상의 위험성이 있는 작업을 하도록 지시(㉠)하거나, 그 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치(㉡)하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에 한하여 성립하는 것이지, 단지 사업주의 사업장에서 위와 같은 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치가 취해지지 않고 이루어졌다는 사실만으로 성립하는 것은 아니다(㉢).”²⁶⁾

이와 같이 대법원 판례는 법 제23조 제1항의 성립요건으로 ‘지시’(㉠)나 ‘방치’(㉡)를 요구하고 있으며 ‘사업주의 사업장에서 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치가 취해지지 않고 이루어졌다는 사실’(㉢)만으로는 범죄가 성립하지 않는다고 해석하고 있다. 즉 대법원 판례는 제23조 및 제24조의 법적 성격이 부작위범임에도 불구하고 (㉢)가 아닌 (㉠)나 (㉡)로 사업주의 의무위반을 판단하고 있다. 한편 제23조 제1항은 ‘사업을 할 때’ 사업주에게 안전조치의무(작위의무)를 부과하고 있는데 이는 사업 전의 ‘사전 조치의무’에 해당한다. 그리고 제23조 제2항 및 제3항은 ‘작업을 할 때’ 혹은 ‘작업 중’에 사업주에게 안전조치의무를 부과하고 있으므로 작업 전의 ‘사전 조치의무’에 해당한다. 즉 성립시점을 기준으로 살펴보았을 때 사업주의 안전조치의무 등은 ‘사전에’ 이루어져야 하는 것으로서 사업주가 제23조를 위반하였는지 여부는 (㉠)나 (㉡)가 아니라 (㉢)가 되어야 한다. 다시 말해 제23조의 의무위반죄는 ‘사업장 시설물의 사전 안전조치의 미비 여부’가 된다.²⁷⁾ 그러므로 사업주가 ‘사업을 할 때’, ‘작업을 할 때’, ‘작업 중’에 사전 안전조치의무를 위반한 경우에는 제67조 제1호가 적용된다. 그러나 결과가 발생하지 않은 단순한 의무위반 ‘만’으로 형사처벌의 정당성이 담보되는 것은 아니다. 이에 대해서는 IV.에서 다시 논의하기로 한다.

26) 대법원 2007.3.29. 선고 2006도8874 판결. 한편 법 제23조 제2항 및 제3항에 관한 판례로는 대법원 2006.4.28. 선고 2005도3700 판결; 대법원 2008.8.11. 선고 2007도7987 판결; 대법원 2008.9.25. 선고 2008도5707 판결.

27) 이에 대한 더욱 자세한 논의로는 우희숙, “안전조치의무위반죄의 성립요건과 형사책임”, **홍익법학**, 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013) 참조.

2. 근로자의 사망이라는 중한 결과 발생

그러나 결과가 발생하지 않은 단순한 안전조치의무위반죄와는 달리 안전조치의무위반치사죄의 경우에는 형사책임의 필요성이 정당화된다. 왜냐하면 근로자의 사망이라는 형사법적 불법요소가 있는 경우이기 때문이다. 그러나 이 경우에도 형사책임이 가중화된 산업안전보건법상 제66조의2를 적용할지 아니면 형법상 업무상과실치사죄를 적용할지는 또 다른 논의가 필요하다. 앞서서도 언급한 것처럼 대법원 판례는 사업주가 안전 및 보건조치의무를 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 경우 벌칙조항 제66조의2를 해석·적용하는데 있어 소극적인 태도를 보이고 있기 때문이다. 즉 대법원 판례는 사업주의 의무위반으로 인하여 근로자의 사망이라는 결과가 발생한 경우 다음과 같은 두 가지 태도를 취하고 있다. ① 산업안전보건법 위반과 형법상 업무상 과실치사(상)죄의 상상적 경합²⁸⁾ 혹은 ② 형법상 업무상 과실치사(상)죄가 바로 그것이다.²⁹⁾ ①은 사업주가 ‘규칙에 규정된 기술기준’을 준수하지 않고 이로 인해 근로자의 사망이 발생한 경우 제66조의2가 아닌 산업안전보건법 위반과 형법상 업무상 과실치사(상)죄의 상상적 경합을 인정하는 것이고, ②는 사업주가 ‘규칙에 규정되지 않은 기술기준’을 준수하지 않아 근로자가 사망에 이른 경우 형법상 업무상 과실치사(상)죄를 인정하는 것이다. 그러나 ①의 경우보다는 ②로 해석·적용하는 경우가 더욱 많다. 즉 제66조의2의 기본범죄인 산업안전보건법상 의무위반을 거의 인정하지 않는 태도를 취하고 있다(고의성립 부정). 이는 산업재해가 -고의보다는- (작업) 현장에서 안전 및 보건조치의 미비와 관련 행위자들의 과실에 의해 발생하는 것이라고 보는 태도에 기인하는 것으로 보인다.

(1) 과실범 처벌규정 여부

대법원 판례가 ① 산업안전보건법 위반과 형법상 업무상 과실치사죄의 상상적 경합을 인정하는 태도는, 사업주의 안전 및 보건조치의무가 과실로 이루어질 수 있다는 것을 -간접적으로- 인정하는 것이다. 왜냐하면 사업주가 ‘규칙에 규정된

28) 대법원 판례는 ‘도로공사 현장소장이 산업안전보건법 제23조 제3항의 위험방지조치를 취하지 아니한 같은 법 위반의 범죄사실과 그와 같은 조치를 취하지 아니한 업무상 과실로 근로자를 사망케 한 업무상 과실치사죄의 죄수관계’를 상상적 경합으로 보고 있다. 대법원 1991.12.10. 선고 91도2642 판결; 서울서부지방법원 2012.4.4. 선고 2011고단1935 판결.

29) 형법 제268조는 산업안전보건법 제66조의2가 포섭하지 못하는 업무관련 사망사고에 적용할 수 있는 보완적 지위에 있다고 하는 전형배, 전계논문, 104쪽.

기술기준'을 준수하지 않은 것을 과실로 보아 형법 제268조를 적용하기 때문이다.³⁰⁾ 그러므로 산업안전보건법상 벌칙조항이 고의범만을 처벌하는 규정인지 아니면 과실범까지 처벌하는 규정인지가 문제될 수 있다. 왜냐하면 부작위범은 고의뿐만 아니라 과실에 의해서도 성립할 수 있기 때문이다. 그러나 산업안전보건법상 벌칙조항은 '과실로 인하여'라는 표지를 규정하고 있지 않으므로 제67조 제1호가 '해석상 과실범도 벌할 뜻이 명백한 경우'에 해당하는지가 문제될 수 있다. 왜냐하면 대법원 판례는 '행정상의 단속을 주안으로 하는 법규의 경우 명시적 규정 없이도 과실범으로 처벌할 수 있는지 여부'가 문제된 사안에서 "명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다"³¹⁾고 언급하고 있기 때문이다. 즉 대법원 판례는 ① 명문의 규정이 있는 경우, ② 명문의 규정이 없더라도 해석상 과실범을 벌할 뜻이 명확한 경우에는 과실범으로 처벌할 수 있다고 해석·적용하고 있는 것이다. 그러나 형법은 과실범을 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다고 규정하고 있으므로³²⁾ 이러한 대법원 판례의 태도는 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 있다. 그러므로 제67조 제1호는 고의에 의한 의무위반·만'을 전제로 한다고 해석할 수 있다. 결국 과실에 의한 의무위반을 처벌하기 위해서는 입법으로 과실범 처벌규정을 두어야 할 것이다.

(2) 고의범과 과실범의 구별기준

한편 대법원 판례는 사업주의 의무위반으로 근로자의 사망이라는 결과가 발생한 경우 ② 형법상 업무상 과실치사(상)죄를 인정하는 태도를 보이고 있다. 그리고 이 때 ①과 ②의 구별기준(고의범과 과실범의 구별기준)은 - III.에서 논의하는 것처럼 - ① 행위객체가 근로자인지 여부, ② 행위유형이 산업안전보건기준에 관한 규칙(이하 '규칙'이라 한다)에 기술기준으로 규정되어 있는지 여부에 따라 달라진다. 예를 들어 ① 행위객체가 사업주와 실질적 고용관계를 맺고 있지 않은 경우, ② 의무위반이 규칙에 규정되어 있지 않은 경우에는 산업안전보건법 위반이 아닌 형법상 업무상 과실치사(상)죄로 해석·적용한다. 이 때 고의범과 과실범의 구별기준은 '근로자인지 여부' 혹은 '기술기준이 규칙에 규정되어 있는지 여부'가 된다.

30) 대법원 1991.12.10. 선고 91도2642 판결; 서울서부지방법원 2012.4.4. 선고 2011고단1935 판결.

31) 대법원 1986.7.22. 선고 85도108 판결; 대법원 2010.2.11. 선고 2009도9807 판결.

32) 형법 제14조(과실) 정상의 주의를 대만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

“산업안전보건법상의 안전조치의무는 당해 현장의 근로자에 대하여만 적용되는 것으로 근로자가 아닌 제3자에게 발생한 사고에 대하여는 형법상 과실치사상의 책임을 묻는 것으로 족하고 일률적으로 산업안전보건법 위반으로 처벌할 수 없다.”³³⁾

즉 대법원 판례는 근로기준법상 근로자로 평가되지 않는 자에 대한 사업주의 안전 및 보건조치의무위반은 산업안전보건법 위반이 아닌 형법상 업무상 과실치사(상)죄로 해석·적용하고 있는 것이다. 그러므로 사업주의 사업장에 편입되어 ‘위험한 업무를 수행하는 자’, 즉 특수형태근로종사자나 현장실습생 등의 상해나 사망이라는 결과가 발생한 경우일지라도 사업주에게 벌칙조항 제67조 제1호 위반³⁴⁾ 혹은 제66조의2의 위반 여부에 대한 형사책임을 물을 수 없다. 그리고 규칙에 기술기준이 규정되어 있지 않은 의무를 위반한 경우에는 형법상 업무상 과실치사상죄로 해석·적용하고 있다.

“... 시공방법상의 잘못된 산업안전기준에 관한 규칙 제8조의2에서 요구하는 안전 진단 실시 등의 안전조치의무 위반에 해당하지 않[으므로], ... 제66조의2, 제23조 제3항 위반죄가 성립하지 않는다. ... 철근 붕괴 예방을 위하여 적절한 수량의 철근 지지대가 충분히 설치되도록 감독하는 등 공사 실시의 관리·감독업무에 관한 주의 의무 위반이 인정[되므로] ... 위 현장소장과 컨소시엄 주관회사 종업원인 현장소장에게 업무상 과실치사죄가 성립한다”³⁵⁾

즉 대법원 판례는 산업안전보건법상 ‘규칙에서 정한 안전조치 외의 다른 가능한 안전조치’를 위반한 경우에는 형법상 업무상 과실치사(상)죄를 해석·적용하고 있다.³⁶⁾ 그러므로 사업주가 비용 등의 문제로 인하여 필요한 안전 및 보건조치를 취하지 않더라도 그것이 규칙에 규정되어 있지 않으면 제67조 제1호 위반이나 제66조의2 위반으로 사업주에게 형사책임을 물을 수 없게 된다. 이는 산업재해와 관련된 위

33) 대구지방법원 2007.2.13. 선고 2006고정3671 판결. 대법원 판례 또한 같은 태도를 유지하고 있으나 지방법원 판결이 더욱 구체적으로 산업안전보건법의 인적 적용범위를 언급하고 있으므로 이를 인용하였다.

34) 그러나 제67조 제1호는 ‘다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자’라고 규정함으로써 그 적용대상이 되는 제23조 및 제24조는 행위객체를 근로자로 한정하고 있지 않다.

35) 대법원 2010.11.11. 선고 2009도13252 판결(밀줄 및 꺾음괄호에 의한 보충은 필자 주).

36) “... 위 규칙에서 정한 안전조치 외의 다른 가능한 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위험성이 있는 작업이 이루어졌다는 사실만으로 산업안전보건법 제66조의2, 제23조 제3항 위반죄가 성립하는 것은 아니다.” 대법원 2006.4.28. 선고 2005도3700 판결, 대법원 2008.8.11. 선고 2007도7987 판결, 대법원 2008.9.25. 선고 2008도5707 판결.

협이 항상 고정되어 있는 것이 아니라 과학기술의 발전에 따라 변화된다는 것을 인정한다면 사업주가 위험과 관련된 사업을 할 때 -결과적으로- 산업안전보건법상의 의무위반을 회피할 수 있도록 한다는 측면에서 산업재해의 예방이라는 실효성이 보장될 수 없다는 것을 의미한다. 물론 이러한 형사정책적 한계로부터 제66조의2가 적용되어야 한다는 것을 주장하는 것은 아니다. 이에 대해서는 III. 3.에서 다시 논의하기로 한다.

III. 제66조의2의 구성요건

산업안전보건법 제66조의2의 구성요건은 ① 사업주가 ② 제23조 및 제24조의 의무를 위반하여 ③ 근로자를 사망에 이르게 한 경우이다. 즉 행위주체는 사업주이며, 행위객체는 근로자이고, 행위유형은 기술기준의 준수이다. 왜냐하면 산업안전보건법 제23조 및 제24조는 안전 및 보건에 대한 필요한 조치의 실질을 고용노동부령에 위임하고 있고 이를 규칙에서 규정하고 있기 때문이다. 이러한 측면에서 보았을 때 산업안전보건법은- 예를 들어 도로교통(형)법, 환경(형)법 등과 같은 - 위험원과 관련된 법령 등에서 나타나는 행정중속성에 관한 형법이론적 및 형사정책적 문제점을 그대로 노정하고 있다. 즉 산업재해의 위험에 대한 행위의 가벌성이 행정법적 의무위반에 의존하게 되어 규칙에 기술기준이 규정되어 있지 않은 (위험) 관련 업무는 사업주에게 허용된 행위로서 나타나는 것이다. 이에 사업주의 안전 및 보건조치의무에 대한 실효성 확보는 한계를 나타낼 수밖에 없다.

1. 행위주체로서 사업주의 의미

현행 산업안전보건법상 의무위반의 주체는 사업주이다. 산업안전보건법은 사업주를 제2조 제3호에 의해 “근로자를 사용하여 사업을 하는 자”로 정의하고 있다. 그리고 대법원 판례는 사업주를 “사업에서의 경영주체를 말하는 것으로서 개인 기업에 있어서는 그 사업주 개인, 회사 등 법인에 있어서는 법인 그 자체”³⁷⁾라고 해석하고 있다. 그러므로 산업안전보건법상 의무 위반의 주체는 실질적으로 범죄능력이 있는 개인 사업주로 한정된다. 물론 법인 사업주는 ‘대외적으로 회사를 대표하고,

37) 수원지방법원 1994.12.15. 선고 94노1347 판결; 대법원 1995.5.26. 선고 95도230 판결.

대내적으로 업무집행을 담당'하는 대표이사가 의무위반의 주체가 될 수 있다. 왜냐하면 대법원 판례는 양벌규정³⁸⁾의 이중적 기능을 인정하여 '실제 행위자'도 의무위반의 주체로 인정하고 있기 때문이다.³⁹⁾ 그러나 법인의 대표이사는 '일반적·추상적 지휘감독책임'만이 있을 뿐⁴⁰⁾ '구체적·직접적 지휘감독책임'이 없으므로⁴¹⁾ 양벌규정의 실제 행위자로도 해석·적용되지 않고 있다.⁴²⁾ 그러므로 법인 사업주 및 대표이사가 산업안전보건법상 안전 및 보건조치의무를 위반한 경우에도 벌칙조항 및 양벌규정을 적용할 수 없는 처벌의 공백상태가 발생할 수 있다. 즉 (작업) 현장에서 안전 및 보건조치의무위반으로 인하여 근로자가 사망한 경우, 법인 사업주 및 대표이사에게는 (형사)책임을 물을 수 없는 것이다. 이 경우 양벌규정의 이중적 기능을 인정하여 '처벌의 공백상태를 최소화한다'⁴³⁾는 대법원 판례의 태도⁴⁴⁾는 모

38) 산업안전보건법 제71조 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조의2, 제67조, 제67조의2 또는 제68조부터 제70조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”

39) “[양벌]규정의 취지는 각 본조의 위반행위를 사업주인 법인이나 개인이 직접하지 아니한 경우에 그 행위자나 사업주 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업주가 아닌 행위자도 사업주에 대한 각 본조의 벌칙 규정의 적용대상이 된다.” 대법원 2011.9.29. 선고 2009도12515 판결. 양벌규정의 이중적 기능에 대한 비판으로는 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, **법학논고**, 제40집 (경북대학교 법학연구소, 2012), 662-666쪽.

40) 대법원 1989.11.24. 선고 89도1618 판결.

41) 대법원 판례에 의할 경우 '구체적·직접적 지휘감독책임'은 (공사) 현장의 현장소장에게 있게 된다. “도로공사의 현장소장은 지반의 붕괴 등에 의하여 근로자에게 위험을 미칠 우려가 있는 때에는 그 위험을 방지하기 위하여 지반을 안전한 경사로 하고 낙하의 위험이 있는 도석을 제거하거나 옹벽 및 흙막이 지보공 등을 설치하여야 함에도, 이러한 위험방지조치를 취하지 아니함으로써 산업안전보건법 제23조 제3항의 규정에 위반하였다.” 대법원 1991.12.10. 선고 91도2642 판결.

42) 경제영역에서 법인 대표이사의 형사책임 귀속에 관한 형법이론적 논의로는 원혜옥, “기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구”, **형사법연구**, 제19권 제3호(한국형사법학회, 2007), 195-196쪽.

43) 수범자의 범위를 확장하는 것이 법인 등에 대한 처벌의 공백을 최소화하고, 법인처벌을 통해 장래범죄의 예방효과를 강화하기 위한 것이라는 견해로 이백휴, “양벌규정의 확대 적용에 대한 비판적 고찰”, **법과 정책연구**, 제10권 제3호(한국법정책학회, 2010), 7쪽; 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, **한양법학**, 제20권 제4집(한양법학회, 2009), 110쪽.

44) 이러한 대법원 판례의 태도에 대한 긍정적인 논의로는 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, **고려법학**, 제51호(고려대학교 법학연구원, 2008), 293쪽; 서희중, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, **대법원판례해설**, 제16호

순적이라고 할 수 있다. 그러므로 법인의 대표이사를 산업안전보건법상 의무위반의 주체로 해석하는 방안이나 산업안전보건법 제2조 제3호의 사업주의 적용범위를 근로기준법상 사용자⁴⁵⁾와 동일한 정도로 개정하는 방안이 모색되어야 할 것이다. 왜냐하면 양벌규정상 실제 행위자에 대한 (형사)책임의 귀속만으로는 산업재해의 예방 등에 적극적으로 대처할 수 없기 때문이다. 즉 법인 사업주의 관점에서 보았을 때 형사처벌의 대상이 되는 실제 행위자는 다른 종업원 등으로 대체될 수 있으며 (대체 가능의 용이성), 종업원 등의 위반행위에 대한 감독책임이 인정되는 경우 부과되는 벌금형은 법인의 비용으로 산정되기 때문에 실질적으로 산업재해의 예방이라는 실효성을 형사정책적인 측면에서 담보할 수 없기 때문이다.⁴⁶⁾ 물론 이러한 주장이 곧바로 형벌 등의 상향조정으로 연결되지는 않는다. 이에 대해서는 IV.에서 다시 논의하기로 한다.

2. 행위객체로서 근로자의 의미

산업안전보건법 제66조의2는 행위객체로서 근로자를 규정하고 있다. 그리고 이러한 근로자는 산업안전보건법 제2조 제2호에서 ‘근로기준법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자’로 정의되고 있다. 이에 대법원 판례는 근로자를 근로기준법상 사업주와의 ‘실질적 고용관계’가 인정되는 자로 해석함으로써 그 인적 적용범위를 제한하고 있다. 즉 행위객체로서 근로자는 ‘근로의 실질에 있어 근로자가 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 사정이 인정되는 경우’⁴⁷⁾에 한하여 인정될 수 있다고 한다. 이는 대법원 판례가 -사업주에게 안전 및 보건조치의무를 부과하고 이에 위반할 경우 형사책임을 부과하는- ‘근로자의 안전 및 보건의 유지·증진’을 산업안전보건법의 보호법익으로 해석하고 있기 때문이다.⁴⁸⁾ 그러나 산업안전보건법 제3조는 “이 법은 모든 사업 또는 사업장에 적용한다”고 규정하고 있다. 그리고 이러한 사업장에는 사업주와 근로계약을 체결한 근로자뿐만 아니라 특수형태근로종사자나

(법원도서관, 1991), 725-727쪽.

45) 근로기준법 제2조 제2호 “사용자”란 사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.

46) 같은 견해로 원혜옥, 전제논문, 204쪽.

47) 대법원 2010.6.24. 선고 2010도2615 판결.

48) 즉 대법원 판례는 “사업주가 소속 근로자를 보호하기 위하여 안전조치를 취하여야 할 의무를 전제로 하는 것”이기 때문에 사업주와 근로자 사이에 실질적 고용관계가 요구된다고 한다. 대법원 2010.6.24. 선고 2010도2615 판결.

직업훈련생, 현장실습생 등⁴⁹⁾도 위험 관련 업무를 수행한다. 그러므로 산업안전보건법 제66조의2의 행위객체에는 이러한 유형의 자도 포함되어야 한다. 이는 근로계약을 체결한 근로자와 마찬가지로 ‘사업장의 위험과 관련된 업무를 수행하는 자’이기 때문이다.⁵⁰⁾ 이는 근로기준법상 근로자 개념에 기인한 인적 적용범위의 대상을 산업안전보건법상 장소적 적용범위의 대상으로 확장하자는 것이다. 왜냐하면 대법원 판례는 그 행위객체가 근로자이면 산업안전보건법 위반으로, 근로자 이외의 자이면 형법상 업무상 과실치사(상)죄로 적용하는 해석론을 펼치고 있기 때문이다. 즉 고의범과 과실범의 구별기준을 근로자성 여부로 판단하고 있는 것이다. 그러나 대법원 판례가 근로자 여부를 판단함에 있어 -노동법 영역에서 지속적으로 비판되어 오는 것과 같이⁵¹⁾ - 특수형태근로종사자나 직업훈련생, 현장실습생 등에 대하여는 소극적인 태도를 보이거나 자의적인 태도를 보임으로 인하여 -결과적으로- 사업주의 형사책임 여부도 이에 따라 달라질 수 있다. 그러므로 입법으로 제66조의2의 행위객체를 근로자뿐만이 아니라 -근로자로 해석되지 않는⁵²⁾ - 특수형태근로종사자 등을 규정하여야 할 것이다.

3. 행위유형으로서 기술기준의 준수 의무

산업안전보건법 제23조 제1항, 제2항, 제3항은 “사업주는 ... 필요한 조치를 하여야 한다”고 규정하고 제4항에 의해 필요한 조치의 실질적 내용을 고용노동부령에 위임하고 있다. 그리고 이러한 의무의 실질은 대부분 규칙에서 ‘기술기준’의 내용으로 채워지고 있다. 즉 사업주의 안전조치의무는 ‘기술기준의 준수 의무’라고 할 수 있다. 여기서 기술기준이란 산업재해의 예방을 위해 고용노동부에서 정한 산업안전 및 보건에 관한 기준이라고 할 수 있다. 그러나 산업재해의 위험(근로자의 생명 혹은 신체 침해)과 관련하여 규칙에 규정된 기술기준과 규정되지 않는 기술기준의 범위가 과연 명확하게 설정되어 있는지는 의문이다.⁵³⁾ 왜냐하면 가별성의 전제가 되는 안전

49) 산업재해보상보험법 제123조와 제125조는 각각 현장실습생, 특수형태근로종사자에 대한 특례조항을 두고 있다. 즉 현장실습생, 특수형태근로종사자는 근로기준법상 근로자로 평가되지 않음에도 불구하고 산업재해보상보험법에 의해 ‘사업에 의해 사용되는 근로자’로 된다.

50) 즉 산업안전보건법상 인적 적용범위를 모든 일반인으로 확장하자는 것이 아니라 ‘위험 업무 관련성’을 가진 사업주의 사업장에 편입되어 있는 자로 확장하자는 것이다.

51) 우희숙, 노동행법의 정당성에 관한 연구, 석사학위논문, 고려대학교(2005, 8), 32-39쪽.

52) 만약 특수형태근로종사자가 대법원 판례에 의해 근로자로 해석될 경우에는 제66조의2의 행위객체는 문제가 되지 않기 때문이다.

및 보건조치의무위반과 관련된 기술기준은 위임입법의 형식을 빌린 것이기 때문에 제·개정 필요성에 따라 항상 변화하기 때문이다. 그러므로 대법원 판례는 구체적 사안을 검토할 때 위반된 기술기준이 규칙에 규정되어 있는지의 여부에 초점을 맞출 것이 아니라 기술기준이 구체적 사안에 적합하도록 구체화되어 있는지의 여부에 중점을 두어 판단하여야 한다. 그러나 대법원 판례는 ‘교량기초케이슨 및 교각제작공사의 하도급업체 근로자가 철근조립작업 중 철근지지대의 수량부족 등으로 인해 넘어진 수직철근에 머리를 부딪쳐 사망한 사안’(A사안)에서 다음과 같이 판단하였다.

“수직철근 설치작업의 진행단계에 따른 적절한 철근지지대의 설치 개수나 설치 순서 등의 작업방법을 정하지 않은 시공방법상의 잘못된 산업안전기준에 관한 규칙 제8조의2에서 요구하는 안전진단실시 등의 안전조치의무위반에 해당하지 않는다는 이유로 위 하도급업체와 그 업체 종업원인 현장소장에게 구 산업안전보건법 제66조의2, 제23조 제3항 위반죄가 성립하지 않는다.”⁵⁴⁾

또한 ‘아파트 건설 현장에서 비계구조물 해체작업을 하도급 받아 수행하던 수급인의 근로자가 추락 사망한 사안’(B사안)에서 대법원 판례는 다음과 같이 판단하였다.

“피고인이 작업의 편리성 등에 치중하여 3m 간격으로 설치되어 있던 추락방지망을 제거하고 매트리스를 설치하는 등 추가적인 위험방지조치를 강구하지 않았다고 하더라도, 규칙에서 그와 같은 추락방지망 등을 설치할 의무에 관하여 따로 규정하고 있지 않는 이상, 법 제23조 제3항 소정의 안전조치의무를 위반한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.”⁵⁵⁾

즉 대법원 판례는 ‘규칙에서 정한 안전조치 외의 다른 가능한 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위험성이 있는 작업이 이루어졌다는 사실’⁵⁶⁾은 제66조의2의

53) 환경영역에서 이러한 의문을 제기하는 김재윤, “현대산업사회에 있어 과실범의 재조명”, **형사정책**, 제21권 제2호(한국형사정책학회, 2009), 359쪽.

54) 대법원 2010.11.11. 선고 2009도13252 판결.

55) 대법원 2009.5.28. 선고 2008도7030 판결.

56) 대법원 2006.4.28. 선고 2005도3700 판결; 대법원 2008.8.11. 선고 2007도7987 판결; 대법원 2008.9.25. 선고 2007도5707 판결.

성립요건이 되지 않는다고 보고 있다. 다시 말해서 고의범과 과실범의 구별기준이 규칙에 규정되어 있는 기술기준의 준수 여부에 따라 달라지는 것이다. 예를 들어 사업주가 (작업) 현장에서 위험과 관련된 필요한 조치를 이행하지 않아 근로자의 사망이라는 결과가 발생하여도 산업안전보건법 위반으로 보지 않는 해석론(고의범 부정)을 펼치고 있는 것이다. 이는 규칙에 규정된 기술기준이 마치 ‘고의범의 마그나 카르타’와 같이 원용되는 결과라고 평가할 수 있다(기술기준의 행정종속성).⁵⁷⁾ 왜냐하면 규칙에서 사업주가 준수하여야 할 기술기준을 규정함으로써, 규칙에 규정되지 않은 기술기준은 사업주의 입장에서는 허용된 것으로 볼 수 있기 때문이다. 즉 근로자의 상해나 사망이라는 결과가 발생하지 않은 이상 사업주가 비용 등의 이유로 (작업) 현장에 필요한 조치를 취하지 않아도 이는 산업안전보건법의 적용 대상이 되지 않는다. 그러나 고의범과 과실범의 구별기준은 이러한 ‘기술기준의 준수’ 여부에 따라 달라지는 것이 아니다. 오히려 대법원 판례의 태도대로 사업주가 규칙에서 요구하는 기술기준을 준수하였다면, 즉 객관적으로 요구되는 주의의무를 다하였다면 근로자의 사망이라는 결과가 발생하였다도 그에 대한 형사책임(형법상 업무상 과실치사상죄)을 사업주에게 귀속시킬 수 없는 것이다.⁵⁸⁾ 그러므로 대법원 판례의 태도처럼 이원적으로 규칙에 기술기준이 규정되어 있는지의 여부에 따라 고의범과 과실범을 구별해서는 안 된다. 그리고 이 경우 과실에 의한 형사책임을 인정하기 위해서는 산업안전보건법상 벌칙조항에 과실범에 대한 특별한 규정을 두어야 할 것이다.

한편 규칙에 규정된 모든 기술기준이 과연 형사법적 불법요소를 포착하고 있는지도 의문이다. 즉 산업재해의 위험을 발생시킬 가능성이 높은 기술기준으로만 규정되어 있는냐는 것이다. 왜냐하면 고용노동부는 기술기준을 규칙에 규정할 때 행정편의 혹은 기업의 경영활동의 자유라는 이익⁵⁹⁾도 배제할 수 없기 때문이다. 그러므로 대법원 판례는 규칙에 기술기준이 규정되어 있지 않은 경우에도 사업주가 위험관련 사업이나 작업을 할 때 해당 주의의무의 특성과 필요성을 개별적·구체적으로 검토

57) 과학기술의 발달은 주의규정을 더욱 세분화함으로써 허용된 위험의 범위를 확장시키고 있는데 이로 인해 이러한 허용된 위험이 마치 과실범의 마그나 카르타와 같이 원용되는 결과를 초래한다고 비판하는 김재윤, 전제논문, 359쪽.

58) 물론 규칙에 규정된 기술기준과 주의의무의 범위가 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉 사업주가 규칙에 규정된 기술기준을 준수한 경우에도 주의의무위반이 존재할 수 있다.

59) 사업주에게 광범위한 기술기준을 준수하도록 규칙을 규정할 경우에는 ‘근로자의 생명·신체’라는 보호법익의 목적달성에는 -어느 정도- 근접할 수 있으나 결과적으로 사업주의 책임도 확대되어 경영활동을 위축시킬 위험성이 있기 때문이다.

하여야 한다. 즉 앞서서도 언급했듯이 사업장에 안전 및 보건조치를 하여야 할 사업주가 규칙에 규정되어 있는 기술기준이 아니더라도 (작업) 현장에서 비용 및 편리성 등을 이유로 위험한 작업과 관련된 필요한 조치를 취하지 않거나 이미 취한 조치를 제거하는 경우에는 고의에 의한 산업안전보건법 위반으로 판단하여야 할 것이다.⁶⁰⁾ 즉 위의 사안에서 ‘적절한 철근지지대’를 작업 중에 설치하지 않는 것은 비용 등의 문제로 근로자를 산업재해의 위험에 방치하는 것이며, ‘추락방지망의 제거’는 작업의 편리성을 이유로 행한 것이므로 이 또한 근로자를 산업재해의 위험에 방치하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 안전조치의 미비는 규칙에 기술기준으로 규정되어 있지 않더라도 제23조의 필요한 조치에 해당하는 것으로서 고의에 의한 의무위반으로 평가되어야 한다. 그렇지 않은 경우 산업재해 등의 발생과 관련되는 새로운 위험이 -탄력적으로 신속하게- 규칙에 반영되지 않는 경우 사업주가 그러한 안전조치를 비용 등의 이유로 이행하지 않아도 (형사)책임에서 벗어난다는 점에서 형사정책적 효율성에 반한다는 문제점이 있기 때문이다. 다시 말해서 대법원은 A 및 B사안을 검토할 때 위반된 기술기준이 규칙에 규정되어 있는지의 여부에 초점을 맞출 것이 아니라 이러한 기술기준이 A 및 B사안에 적합하도록 구체화되었는지 여부에 중점을 두어 판단하여야 한다. 물론 이 경우에도 사업주의 (형사)책임 판단은 산업안전보건법상 보호법익에 대한 위험성의 정도에 따라 유형화해야 할 것이다.

IV. 결 론

산업안전보건법 제66조의2의 법적 성격(II.)과 구성요건(III.)에 대한 대법원 판례의 태도를 비판적으로 분석·검토한 결과, 산업안전보건법은 다음과 같은 방향으로 개정될 필요성이 있다. 즉 산업재해의 예방과 관련된 사업주의 의무위반에 대한 (형사)책임은 위험성의 정도에 따라 차등화되어야 한다. 다음의 <표 1>은 산업안전보건법상 벌칙조항인 제67조 제1호와 제66조의2의 해석·적용에 대한 대법원

60) 이러한 측면에서 산업안전보건법은 의무위반의 유형화에 따라 형사책임을 부과하는 형식에서 벗어나 -사업주와 근로자가 자율적으로 채택하고 국가에 의해 감독을 받는 전제하에- 의무위반에 수반된 위험성의 정도에 따라 (형사)책임을 부과하는 형식으로 전환되어야 한다.

판례의 태도와 그에 대한 개정방향을 정리한 것이다.

<표 1> 의무위반에 수반되는 위험성 정도와 (형사)책임의 차등화

주관적 요소	결과발생 여부	(현) 적용법령	개정방향
고 의	① 결과발생 ×	산안법 제67조 제1호	과태료 전환
	② 구체적 위험발생 ○	산안법 제67조 제1호	산안법 제67조 제1호
	③ 상해·사망 발생 ○	산안법 제67조 제1호, 형법 제268조의 상상적 경합	제66조의2
과 실	④ 구체적 위험발생 ○	형법 제268조	행정형벌 ⁶¹⁾ 입법
	⑤ 상해·사망 발생 ○	형법 제268조	행정형벌 입법

즉 대법원 판례는 현재 ① 산업재해의 결과가 발생하지 않은 경우에도 벌칙조항 제67조 제1호에 의하여 사업주에게 형사책임을 부과하고 있다. 그러나 이처럼 결과가 발생하지 않은 경우 -부작위범에 대한 대법원 판례의 태도를 일단 제쳐놓더라도- 사업주의 단순한 의무위반‘만’으로 형사책임을 부과하는 것은 형법이론적으로 문제가 있다. 왜냐하면 산업안전보건법상 단순한 의무위반에 대한 제재로서 형벌을 부과하는 것은 행정목적 달성의 효율성에만 집중한 것이기 때문이다.⁶²⁾ 그러나 이는 앞서서도 언급했듯이 상징적 의미만을 가질 뿐 그 집행의 효율성에 있어서는 의문이 제기된다. 그러므로 의무위반에 수반되는 위험성의 정도에 따라 (형사)책임을 차등화할 필요성이 있다.⁶³⁾ 즉 ① 단순한 의무위반의 경우에는 과태료 처분(업무에 내재한 위험이 발생하지 않은 경우, 추상적 위험범)으로, ② 시정지시 이후에도 반복된 의무위반으로 산업재해의 위험이 구체적으로 나타나는 경우⁶⁴⁾(업무에 내재한

61) 행정형벌과 형사벌의 구분에 대해서는 박정일, “행정질서벌에 대한 재고”, **원광법학**, 제25권 제4호(원광대학교 법학연구소, 2009), 232쪽; 설계경, “행정형벌과 형사벌의 구별에 관한 소고”, **법학연구**, 제32집(한국법학회, 2008), 50-56쪽.
 62) 아마도 이러한 이유 때문에 대법원 판례 또한 사업주의 안전 및 보건조치의무위반죄의 적용에 신중한 태도를 기하는 것일지도 모른다.
 63) Ostrom의 자율관리이론 중 누적적 처벌제도를 산업안전보건영역에 도입함으로써 사업주가 산업안전보건법상 의무위반을 한 경우 ‘위반 횟수가 누적될수록 점점 처벌의 강도를 높여가야 한다’고 언급하는 소영진, “한국의 산업안전보건규제 개선방안 연구”, **한국정책학회보**, 제8권 제2호(한국정책학회, 1999), 200쪽; Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institution for Collective Action* (New York: Cambridge Univ. Press, 1990), 88-102쪽.

위험이 근로자의 생명·신체에 대해 구체적으로 발생하는 경우, 구체적 위험범)에는 형사책임 부과가 그것이다. 왜냐하면 ②와 같은 반복적인 안전 및 보건조치의무위반은 산업재해의 위험이 구체적으로 발생할 가능성이 높기 때문이다. 다만 반복적인 의무위반으로 구체적인 위험조차도 발생하지 않은 경우에는 과태료를 증액하여 부과하는 방안이나 이행강제금을 부과⁶⁵⁾하는 방안이 함께 고려될 수도 있다.⁶⁶⁾ 그리고 과태료의 반복적 부과에도 불구하고 사업주가 관련 의무를 이행하지 않는 경우에는 -업무에 내재하는 위험성의 정도에 따라- 산업안전보건법 제51조의2⁶⁷⁾와 같은 영업정지의 요청을 부과할 수 있는 방안도 고려될 수 있다.

한편 의무위반에 수반된 위험성의 정도에 따라 차등화된 (형사)책임을 부과하는 법으로는 ‘시설물의 안전관리에 관한 특별법’(이하 ‘시설물 안전관리법’이라 한다)을 들 수 있다. 즉 시설물 안전관리법은 별칙조항에서 행정법적 의무위반에 대해서는

-
- 64) 2011년 개정된 ‘산업안전보건 업무담당 근로감독관 직무규정’은 형사책임이 문제되는 위반행위에 대하여 ① 즉시 수사와, ② 시정지시 후 불이행한 경우 수사로 구분하여 규정하고 있다. 시정지시에 대한 논의로는 전형배, “산업안전보건법 별칙규정의 현황과 과제”, **강원법학**, 제34권(강원대학교 비교법학연구소, 2011), 17-20쪽.
- 65) 현행 산업안전보건법 집행이 개별사항 위반에 대한 조사와 처벌이라는 전통적 명령 및 감독체계라는 점을 비판하고 자율적인 재해예방시스템의 구축과 감독체계를 제시하면서 부적절한 위험관리에 대한 시정조치와 의무를 이행하지 않는 경우 과태료와 이행강제금 제도를 활용하여 그 실효성을 확보하자고 언급하는 나민오, **전계논문**, 110-111쪽. 한편 근로기준법은 2007년 개정을 통하여 부당해고에 대한 형사처벌 규정을 삭제하고 금전 보상제도와 함께 이행강제금 제도를 도입하였다. 이에 대해서는 우희숙, **노동형법의 패러다임 변화와 노동형법정책의 방향**, 박사학위논문, 고려대학교(2010. 8), 102-109쪽.
- 66) 현행 산업안전보건법은 위반행위의 횟수에 따라 과태료를 증액하여 부과하도록 규정하고 있다. 그러나 법 제23조 및 제24조의 의무위반은 형벌만이 규정되어 있을 뿐 과태료는 규정되어 있지 않다.
- 67) 산업안전보건법 제51조의2(영업정지의 요청 등) ① 고용노동부장관은 사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 산업재해를 발생시킨 경우에는 관계 행정기관의 장에게 관계 법령에 따라 해당 사업의 영업정지나 그 밖의 제재를 가할 것을 요청하거나 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제4조에 따른 공공기관의 장에게 그 기관이 시행하는 사업의 발주시 필요한 제한을 해당 사업자에게 가할 것을 요청할 수 있다.
1. 제23조·제24조 또는 제29조를 위반하여 많은 근로자가 사망하거나 사업장 인근 지역에 중대한 피해를 주는 등 대통령령으로 정하는 사고가 발생한 경우
 2. 제51조 제6항 또는 제7항에 따른 명령을 위반함에 따라 근로자가 업무로 인하여 사망한 경우
- ② 제1항에 따라 요청을 받은 관계 행정기관의 장 또는 공공기관의 장은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 하며, 그 조치 결과를 고용노동부장관에게 통보하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 영업정지 등의 요청 절차나 그 밖에 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

과태료로 제재하고, 과실에 의한 의무위반에 대해서는 행정형벌로, 더 나아가 사람을 사상에 이르게 한 경우에는 가중된 행정형벌로 처벌한다고 규정하고 있다. 이를 별칙조항을 중심으로 살펴보면 다음과 같다. 시설물 안전관리법은 ① 제6조 제1항에 따른 안전점검을 실시하지 아니하거나 성실하게 수행하지 아니한 자는 300만원 이하의 과태료(제44조 제1항 제2호),⁶⁸⁾ ② 업무상 과실로 제39조 제1항 각 호의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역이나 금고 또는 5천만원 이하의 벌금, ③ 제6조 제1항에 따른 안전점검을 실시하지 아니하거나 성실하게 실시하지 아니함으로써 시설물에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 자는 10년 이하의 징역(제39조 제1항 제1호)에 처한다고 규정하고 있다. 즉 의무위반에 수반된 위험성의 정도에 따라 ① 단순한 의무위반의 경우에는 과태료, ② 업무상 과실로 위험을 발생하게 한 경우에는 행정형벌, ③ 의무위반으로 구체적 위험을 발생하게 한 경우에는 ②보다 가중된 행정형벌을 부과하도록 규정하고 있다. 그리고 시설물 안전관리법은 과실범에 대한 특별한 규정을 함으로써(②) 그것이 목적으로 하는 ‘재해·재난의 예방’과 ‘공중의 안전 확보 및 국민의 복리증진’에 대한 실효성을 확보하고자 한다.⁶⁹⁾ 이처럼 산업안전보건법도 사업주의 의무위반이 있다고 하더라도 ‘사업장에 관계된 업무의 특성’이나 ‘업무에 내재하는 위험성의 정도’에 따라 그 (형사)책임의 정도를 차등화하는 것이 산업재해의 예방을 달성하는데 있어 더욱 효율적이라고 할 수 있다.⁷⁰⁾ 또한 이는 형사법상 죄형법정주의 및 책임주의에도 더욱 부합한다는 측면에서 타당하다고 할 수 있다.

투고일 2013. 1. 30

심사완료일 2013. 2. 25

게재확정일 2013. 2. 27

68) 단 법 제44조 제1항 단서조항에 의하여 제39조 제1항 제1호에 따라 형벌을 받은 자는 제외한다.

69) 시설물의 안전관리에 관한 특별법 제1조(목적) 이 법은 시설물의 안전점검과 적절한 유지관리를 통하여 재해와 재난을 예방하고 시설물의 효율을 증진시킴으로써 공중의 안전을 확보하고 나아가 국민의 복리증진에 기여함을 목적으로 한다.

70) 같은 견해로 김성룡, 전계논문, 70쪽.

참고문헌

- 강선희, “사망사고에 대한 산업안전보건법의 형사책임”, **노동법학**, 제42호, 한국노동법학회, 2011.
- 김교숙, “근로자의 건강권”, **노동법논총**, 제19집, 한국비교노동법학회, 2010.
- 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, **강원법학**, 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011.
- 김재윤, “현대산업사회에 있어서 과실범의 재조명”, **형사정책**, 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2009.
- 나민오, “산업안전보건법의 체계와 입법방향에 관한 연구”, **노동연구**, 제19집, 고려대학교 노동문제연구소, 2010.
- 박정일, “행정질서벌에 대한 재고”, **원광법학**, 제25권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2009.
- 배종대·이상돈(편역), **형법정책**, 세창출판사, 1998.
- 이백휴, “양벌규정의 확대 적용에 대한 비판적 고찰”, **법과 정책연구**, 제10권 제3호, 한국법정책학회, 2010.
- 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, **고려법학**, 제51호, 고려대학교 법학연구원, 2008.
- 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, **한양법학**, 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.
- _____, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰”, **법학연구**, 제47집, 한국법학회, 2012.
- 임광주, “과실은 주의의무위반?”, **저스티스**, 통권 제80호, 한국법학원, 2004.
- 우희숙, 노동형법의 정당성에 관한 연구, 석사학위논문, 고려대학교, 2005.
- _____, 노동형법의 패러다임 변화와 노동형법정책의 방향, 박사학위논문, 고려대학교, 2010.
- _____, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, **법학논고**, 제40집, 경북대학교 법학연구소, 2012.
- _____, “안전조치의무위반죄의 성립요건과 형사책임”, **홍익법학**, 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013.
- 원혜욱, “기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구”, **형사법연구**, 제19권

제3호, 한국형사법학회, 2007.

신동운, “행정형벌과 과실범의 처벌”, **서울대학교 법학**, 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011.

소영진, “한국의 산업안전보건규제 개선방안 연구: 자율규제 개념을 중심으로”, **한국 정책학회보**, 제8권 제2호, 한국정책학회, 1999.

서희중, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, **대법원판례해설**, 제16호, 법원도서관, 1991.

설계경, “행정형벌과 형사벌의 구별에 관한 소고”, **법학연구**, 제32집, 한국법학회, 2008.

조흠학, “산업안전보건법처벌의 사업주 책임에 관한 연구”, **사회법연구**, 제5호, 한국 사회법학회, 2006.

전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 책임”, **강원법학**, 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011.

_____, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, **노동법논총**, 제25집, 한국비교노동법학회, 2012.

Ostrom, Elinor, *Governing the Commons: The Evolution of Institution for Collective Action*, New York: Cambridge Univ. Press, 1990.

Viscusi, W. Kip, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 1983.

<Abstract>

Industrial Accidents and Criminal Responsibility

- Focused on the Article 66-2 of OSHA -

Woo, Hee Sook*

Industrial accidents are unforeseen incidents that are not scheduled or planned and cause injury to employees. Occupation Safety and Health Act (OSHA) regulates that business owner have a duty and criminal responsibility to prevent industrial accidents. If the business owner breach the duty, the owner will be sentenced to imprisonment for not more than five years or a fine not exceeding fifty million one according to Art. 67. And if the employee is dead, the owner will be sentenced to imprisonment for not more seven years or a fine not exceeding one hundred million won according to Art. 66-2. So OSHA can be defined as criminal law of business owner. But the Supreme Court show a passive attitude towards application of Art. 66-2. So the elements of Art. 66-2 are not clear. And the legal characteristics of Art. 66-2 may be an issue. Because Art. 23 or 24 are done by omission that is possible not only negligence but intention. The Supreme Court may understand that it is a special form of professional negligence resulting in death. But Art. 67 is not regulate a penalty clause about negligence criminal, it's legal characteristics is an aggravated crime. Therefore if the owner breach the duty and the employee is dead, the owner will be punished in accordance with Art. 66-2. But in that case, the owner should not be punished for simple violation of duty. In other words it should be revised an administrative penalty as the Special Act on the Safety Management of Facility. It may be summarized as follows. ① a simple violation of duty – administrative penalty, ② a repeatable violation of duty – corrective measures and administrative punishment, ③ an intentional violation of duty – administrative punishment. In that case, I think that the principle of legality harmonizes with benefit and protection of OSHA.

Keywords: omission, aggravated crime, a charge of professional negligence resulting in death, joint penal provisions, principle of legality

* Lecturer, Department of Law, Kangwon National University, Ph. D in Law.

