

# 산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구\*

## A Study on the Article 66-2 of the Occupational Safety and Health Act

최 정 학\*\*

Choi, Cheong-Hak

### 목 차

- |                   |              |
|-------------------|--------------|
| I. 머리말            | IV. 행위객체의 문제 |
| II. 제66조의2의 법적 성격 | V. 맺음말       |
| III. 행위주체의 문제     |              |

산업안전보건법은, 여타의 행정법률들과 마찬가지로, 그 내용 가운데 주요 조항을 위반한 사람에 대한 벌칙규정을 제9장, 제66조의2 이하에 마련해 놓고 있다. 이 중 2006년 새로 신설된 제66조의2는 통상적인 행정벌칙 규정과는 달리 일정한 의무위반 행위에 대해 ‘근로자의 사망’이라는 결과의 발생을 요건으로 하여 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금이라는 가중된 형벌을 부과한다. 그런데, 이 조항은 애초의 기대와는 달리 현실에서 별로 활용되고 있지 못하다. 입법 이후 10여년이 지난 2016년 현재까지 이 조항의 위반이 인정된 대법원의 판례는 단 2건에 불과하다.

필자는 이 규정에 대한 위와 같은 (형사)사법 소극주의를 지적함과 동시에 이 조항에 대한 새로운 해석론을 시도해 보고자 한다. 여기에는 이 조항의 법적 성격, 즉 이것을 일반적인 경우와 같이 고의의 기본범죄와 중한 결과가 결합된 결과적 가중범으로 볼 것인가 아니면 다른 어떤 해석이 가능한가 하는 문제와 함께 이 범죄의 주체와 객체에 대한 문제가 포함된다. 범죄의 주체에 대한 문제에서는 다시 두 가지, 즉 이 조항이 양벌규정을 거치지 않고 ‘법인’ 사업주에게도 곧바로 적용될 수 있는가 하는 문제와 사업주가 아닌 행위자도 이 조항의 처벌 대상이 되는가 하는 문제를 검토한다. 범죄의 객체에 대한 문제는 역시 판례가

투고일 : 2016. 12. 26. / 심사외리일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

\* 이 논문은 2015년 3분기 한국방송통신대학교 학술연구비 지원을 받아 작성된 것임.

\*\* 한국방송통신대학교 법학과 교수

Professor, Department of Law, Korea National Open University

이 조항의 ‘근로자’를 사업주와 ‘실질적인 고용관계가 있는’ 근로자로 한정하고 있으므로 이를 좀 더 넓혀 보아야 하지 않는가 하는 점과 함께 수급인의 근로자에 대한 도급사업주의 책임이 이 조항에 포함되어야 한다는 점을 지적한다. 이와 같은 시도가 산업안전보건법의 관련 조항을 체계적으로 해석하고 특히 제66조의2와 같은 형벌 규정의 적용 가능성을 높여 이 법의 제정 취지를 현실에서 조금이라도 더 실현하고자 하는 것임은 말할 나위도 없다.

[주제어] 산업안전보건법, 행정형법, 과실범, 법인처벌, 양벌규정

## I. 머리말

산업안전보건법은 우리나라가 급격한 산업화를 겪으면서 이와 더불어 불가피하게 발생하는 여러 산업재해가 급증함에 따라 근로기준법에서 분리된 독자적인 산업안전보건 대책을 추진하기 위해 1981년 제정되었다.<sup>1)</sup> 이에 따라 이 법률은 (일부 노동자의 의무에 관한 규정을 제외하고는) 주로 사업주에게, 산업재해 예방을 위한 기준을 준수하고, 노동자에게 안전·보건에 관한 정보를 제공하며, 근로조건의 개선과 적절한 작업환경의 조성을 통해 노동자의 생명을 보전하고 안전·보건을 유지 또는 증진하여야 할 의무를 부과한다(제5조). 이 가운데 핵심은 노동자에게 유해하거나 위험한 상황 내지 환경을 예방 또는 개선해야 할 의무를 규정한 이 법의 제4장, 제23조 이하의 규정들이다.

한편, 다른 행정법률들과 마찬가지로 이 법도 이와 같은 핵심 조항을 위반한 사람에 대한 벌칙규정을 제9장, 제66조의2 이하에 마련해 놓고 있다. 이 중 2006년 새로 신설된 제66조의2는 통상적인 행정벌칙 규정과는 달리 일정한 의무위반 행위에 대해 ‘근로자의 사망’이라는 결과의 발생을 요건으로 하여 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금이라는 가중된 형벌을 부과한다. 이 규정의 취지가 형벌을 강화해서라도 산업재해 사망사고를 줄여 노동자의 생명을 보호하겠다는 데에 있음은 말할 나위도 없을 것이다.

1) 당시의 산업재해 발생현황을 간단히 소개하면 다음과 같다. 전 산업의 재해자 수는 1970년 37,752명에서 1980년 113,375명으로 약 3배, 산업재해로 인한 사망자 수는 1970년 639명에서 1980년 1,273명으로 약 2배, 직업병자 수는 1970년 780명에서 1980년 4,828명으로 약 6배, 산업재해로 인한 경제적 손실 추정액은 1970년 92억여원에서 1980년 3,125억여원으로 약 34배 증가하였다고 한다. 이상 산업안전보건법의 제정 취지와 당시 통계는 조흥하, “산업안전보건법 처벌의 사업주 책임에 관한 연구”, 사회법연구 제5호, 한국사회법학회, 2005, 170-171쪽을 참고하였다. 한편 2015년 현재 산업재해자 수는 전체 90,129명이며 사망자는 1,810명이다. 이 통계는 <<https://www.kosha.or.kr/www/boardView.do?contentId=363787&menuId=554&boardType=A2>>에서 구하였다. 검색일: 2016.10.27.

문제는 이 조항이 애초의 기대와는 달리 별로 활용되고 있지 못하다는 데에 있다. 입법 이후 10여년이 지난 2016년 현재까지 산업안전보건법 제66조의2 위반이 인정된 대법원의 판례는 단 2건에 불과하다.<sup>2)</sup> 그러나, 산업재해로 인한 사망자가 한 해 1,800명을 넘는 상황에서 대법원의 이 조항 적용 대상 사례가 10년간 2건밖에 되지 않았다는 것은 무언가 석연치 않은 의심을 갖게 한다.

필자는 이 규정에 대한 위와 같은 (형사)사법 소극주의를 지적함과 동시에 이 조항에 대한 새로운 해석론을 시도해 보고자 한다. 여기에는 이 조항의 법적 성격, 즉 이것을 일반적인 경우와 같이 고의의 기본범죄와 중한 결과가 결합된 결과적 가중범으로 볼 것인가 아니면 다른 어떤 해석이 가능한가 하는 문제와 함께 이 범죄의 주체와 객체에 대한 문제가 포함된다. 범죄의 주체에 대한 문제는 다시 두 가지, 즉 이 조항이 양벌규정을 거치지 않고 ‘법인’ 사업주에게도 곧바로 적용될 수 있는가 하는 문제와 사업주가 아닌 행위자도 이 조항의 처벌 대상이 되는가 하는 문제를 검토해 본다. 범죄의 객체에 대한 문제는 역시 판례가 이 조항의 ‘근로자’를 사업주와 ‘실질적인 고용관계가 있는’ 근로자로 한정하고 있으므로 이를 좀 더 넓혀 보아야 하지 않는가 하는 점과 함께 수급인의 근로자에 대한 도급사업주의 책임이 이 조항에 포함되어야 한다는 점을 지적할 것이다. 이와 같은 시도가 산업안전보건법의 관련 조항을 체계적으로 해석하고 특히 제66조의2와 같은 형벌 규정의 적용 가능성을 높여 이 법의 제정 취지를 현실에서 조금이라도 더 실현하고자 하는 것임은 다언을 요하지 않을 것이다.

## II. 제66조의2의 법적 성격

### 1. 일반적 논의

먼저 제66조의2의 법적 성격에 대해서 논의가 필요하다. 이것은 결국 이 조항을 일반적 인 입장<sup>3)</sup>과 같이 결과적 가중범으로 볼 것인가 아니면 전체적으로 과실범으로 해석할

2) 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013도3242 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009도12515판결; 혹 하급심 판결 가운데는 이 조항의 위반을 인정한 사례가 있을 수도 있을 것이다. 모든 하급심 판결을 검색할 수는 없어 이를 확인하지는 못하였으나, 적어도 검색되는 판례는 없다.

3) 우희숙, “산업재해와 형사책임”, 서울대학교 법학 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 139쪽; 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 강원법학 제34권,

수 있느냐의 문제를 의미하는데, 이에 따라 이 조항의 적용범위가 달라질 수 있기 때문이다.

제66조의2는 “제23조 제1항부터 제3항까지 또는 제24조 제1항을 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정한다. 여기에서 ‘제23조 제1항부터 제3항까지 또는 제24조 제1항을 위반’하는 행위는 ‘근로자의 사망’이라는 결과가 발생하지 않더라도 제67조 제1호에 해당하여 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해지는 범죄가 된다. 그러므로, 제66조의2는 제67조 제1호의 행위를 기본범죄로 하여 근로자의 사망이라는 중한 결과가 더해진 결과적 가중범으로 보아야 한다는 해석은 일견 별 문제가 없어 보인다. 더욱이, 제67조는 (제1호를 포함하여) 관련 규정을 위반한 경우만을 처벌하고 있을 뿐 이를 ‘과실로’ 위반한 경우는 포함하고 있지 않으므로 특별한 이유가 없는 한 이를 엄격히 고의범으로 한정해야 한다는 입장<sup>4)</sup>에 선다면, 기본범죄에 대해서 고의를 요구하는 결과적 가중범의 이론에 부합하게 될 것이다. 그러므로, 논의의 초점은 제66조의2가 아니라 오히려 우선 제67조로 모아진다.

## 2. 판례의 태도

제67조에 대해서 이를 명백히 고의범이라고 실시하는 판례는 없다. 그러나, 아래와 같은 판결을 보면 판례의 입장은 어느 정도 분명해 보인다.

위 법 제67조 제1호, 제23조 제3항 위반죄는 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산업안전기준에 관한 규칙이 정하고 있는 안전조치를 하지 않은 채 제23조 제3항에 규정된 안전상의 위험이 있는 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치를 하지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에 한하여 성립하는 것이지, 단지 사업주의 사업장에서 위와 같은 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치를 하지 않은 채 이루어졌다는 사실만으로 성립하는 것은 아니다.<sup>5)</sup>

강원대학교 비교법학연구소, 2011, 68쪽; 전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 비교노동법논총 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 84쪽.

4) 우희숙, 앞의 논문, 143쪽; 또 행정형법에서 과실범 처벌 규정이 없는 경우에도 이를 처벌할 수 있는가 하는 문제와 관련하여 형법 제14조에 대한 연혁적 분석을 근거로 이를 부정하는 입장으로 신동운, “행정형법과 과실범의 처벌”, 서울대학교 법학 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 129쪽 이하를 참조.

5) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5707 판결; 대법원 2007. 3. 29.

즉, 우리 대법원은 제67조 제1호에 대해 (제23조 제1항부터 제3항까지, 그리고 제24조 제1항을 포함하여) 이것이 규정하고 있는 해당 조항들을, 사업주가 안전조치를 하지 않은 채 작업을 ‘지시’하거나 안전조치가 이루어지지 않았다는 사실을 알면서 이를 ‘방치’한 경우에만 성립하는 것이라고 파악한다. 다시 말해, 제67조 제1호의 범죄가 성립하기 위해서는 사업주의 고의 내지 적어도 미필적 고의가 필요하다는 것이다. 반대로, ‘단지 사업주의 사업장에서 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치를 하지 않은 채 이루어진 사실만 있는 경우’, 달리 말하면 사업주가 필요한 안전조치가 되지 않았다는 사실을 모르고 있었던 경우, 즉 과실로 인한 제67조 제1호의 위반에 대해서는 범죄가 성립하지 않게 될 것이다.<sup>6)</sup>

그런데, 제67조 제1호를 이와 같이 해석하게 되면 법 집행에 있어 중대한 흠결이 생길 여지가 있다. 필요한 안전조치를 취하지 않은 경우, 사업주가 이 사실을 몰랐다는 점이 인정되면 적어도 이 조항과 관련한 형사책임은 지지 않게 되기 때문이다. 이러한 의심은, 특히 이 조항이 특정한 법익의 침해가 없이도 범죄가 성립하는 추상적 위험범으로 해석될 수 있다는 사실과 관련하여 더욱 커진다. 즉, “근로자의 사망 또는 부상의 결과가 발생하지 않았다고 하더라도 산업안전보건법령상의 산업재해예방미조치 사실 그 자체로”<sup>7)</sup> 제67조 제1호의 위반죄는 성립하는 것이므로 이 조항의 처벌범위는 상당히 넓다고 할 수 있다. 그런데 이를 다시 사업주의 고의가 있는 경우로만 한정하는 것이 과연 올바른 해석인가 하는 것이다.

이것은 본래 일반적으로 행정형법에서의 과실범의 문제로서 법률에 과실이 규정되지 않은 경우에도 해석상 이를 인정할 수 있느냐 하는 문제를 의미한다. 이에 대해서는 ① 법령상의 명문에 의하여 과실범 처벌이 명백, 명료한 경우에 한하여 과실범을 처벌할 수 있다는 견해(명문규정설), ② 해당 법률의 입법목적이나 제반 관계규정의 취지를 고려하여 과실범 처벌을 명문으로 규정하지 않아도 과실범을 처벌할 수 있다는 견해(입법취지설), ③ 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우에 과실범을 처벌할 수 있다는 견해(해석상 과실설)가 가능하고,<sup>8)</sup> 각각의 경우에 대응하는 판례도

선고 2006도8874 판결 등.

6) 제67조는 관련조항의 위반만을 요건으로 하고 있을 뿐, 근로자의 상해나 사망과 같은 다른 결과는 규정하고 있지 않다. 그러나, 만약 이와 같은 결과가 발생하였다면, 산업안전보건법 위반은 벌론으로 하고 형법의 업무상과실치상(사)죄가 적용될 수 있을 것이다. 실제 많은 경우에 그렇게 처벌되고 있다.

7) 대법원 2008. 8. 11. 선고 2007도7987 판결의 표현이다.

8) 이상 세 가지 학설의 내용과 명칭은 신동운, 앞의 논문, 134쪽에서 인용하였다.

존재한다.<sup>9)</sup>

이 가운데 이 글의 입장과 관련하여 특히 주목되는 판례는 위의 ② 입법취지설에 따른 92도1136 판결인데 그 내용은 다음과 같다.

구 대기환경보전법(1992.12.8. 법률 제4535호로 개정되기 전의 것)의 입법목적이나 제반 관계규정의 취지 등을 고려하면, 법정의 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하면서 자동차를 운행하는 행위를 처벌하는 위 법 제57조 제6호의 규정은 자동차의 운행자가 그 자동차에서 배출되는 배출가스가 소정의 운행 자동차 배출허용기준을 초과한다는 점을 실제로 인식하면서 운행한 고의범의 경우는 물론 과실로 인하여 그러한 내용을 인식하지 못한 과실범의 경우도 함께 처벌하는 규정이다.

요컨대, 경우에 따라서는 과실범에 대한 규정이 없더라도 과실로 인한 행위를 (고의범과) 함께 처벌해야 하는 행정형법상의 처벌조항이 있을 수 있다는 것인데, 이를 이 글의 분석 대상인 제67조 제1호에 적용해보면 다음과 같은 논의가 가능해진다.

### 3. 제67조 제1호의 법적 성격

#### 3.1 과실범 처벌 규정?

산업안전보건법 제23조와 제24조에 의하면 사업주는 근로자에 대한 특정한 위험 또는 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 일정한 조치를 하여야 할 의무가 있다. 이러한 의무는 일단 산업안전보건법이라고 하는 행정법상의 그것이지만 제67조 제1호의 처벌규정을 통하여 형벌을 통해 강제되고 있다고 할 수 있다.

그런데 여기에서 ‘형벌을 통한 강제’의 법적 의미는 무엇일까. 제67조 제1호가 규정하는, 본래는 제23조와 제24조가 규정하는 의무를 사업주가 의도적으로 이행하지 않은 경우 이 조항의 위반이 되고, 따라서 형벌이 부과되는 범죄가 성립한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 문제는 이를 ‘과실로’ 이행하지 않은 때, 즉 과실 부작위의 경우인데, 이러한 의무를 알면서도 이행하지 않았을 때에는 곧바로 고의 부작위가 될 것이므로, 과실 부작위란 대표적으로 작위의무를 잊어버리거나 몰랐던 경우를 의미하게 된다. 즉,

9) 순서대로 ① 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2467 판결, ② 대법원 1993. 9. 10. 선고 92도1136 판결, ③ 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결이다.

여기에는 의무의 미이행 사실을 몰랐거나 착오로 의무가 이행되었다고 생각한 경우, 그리고 작위의무를 갖는 보증인 지위에 착오가 있었던 경우 등이 해당될 수 있다.

먼저 의무이행 사실 인식에 착오가 있었던 때에는, 구성요건의 착오의 하나로 볼 수 있으므로 (이 착오가 법적으로 인정되는 경우에) 고의가 조각되겠지만 이 경우에도 과실책임은 그대로 남게 되므로, 의무의 미이행 사실을 몰랐던 때나 마찬가지로 된다. 따라서, 결국 문제는 사업주가 자신이 해야 할 안전 또는 보건조치가 이루어지지 않았다는 사실을 모르고 있었던 경우이다.

이에 대해 혹여 기업 내의 복잡한 위계구조를 고려할 때 사업주와 같은 최상급의 감독자는 실제 노동 현장에서 벌어지는 일을 자세히 알 수 없다는 점이 안전조치 등이 이행되지 않았다는 사실을 몰랐다는 것을 정당화하는 이유로 들어질지 모르겠다.<sup>10)</sup> 그러나 이러한 주장에 대해서는 다음과 같은 두 가지 반론이 가능하다.

첫째, 사업주가 개인이 아닌 ‘법인 사업주’를 의미하는 한, 안전조치 미이행에 대한 사업주의 불인식을 정당화할 수는 없다. 자연인인 사업주는 그 인식능력의 한계로 인해 위와 같은 불인식에 대한 변명의 여지가 존재하고, 이를 근거로 제67조 제1호에는 (개인) 사업주가 의무위반 사실을 몰랐던 경우가 포함되지 않는다는 해석이 가능할지도 모른다. 그러나 법인에 대해서는 이와 같은 정당화가 이루어지기 어렵다. 법인 사업주는 그 내부에 여러 자연인으로 이루어진 보고 내지 확인절차를 거칠 뿐만 아니라, 무엇보다 모든 보고의 내용이 문서로 기록되고 보존될 것이므로 법인 자체가 이를 몰랐을 가능성은 거의 없을 것이기 때문이다.

둘째, 보고절차의 누락 등으로 개인 사업주 뿐만 아니라 법인의 경우에도 이러한 불인식이 발생할 수 있는 가능성이 전혀 없지는 않다 하더라도, 산업안전보건법은 바로 이러한 경우를 상정하여 사업주에게 책임을 물으려는 것으로 이해할 수 있다. 현대사회에서 안전관리의 실패 또 그로 인한 대규모 재난의 책임은 구체적인 최후의 행위자가 아니라 그 배후에서 작동하는 안전관리 시스템의 담당자에게 물어야 하는 것처럼,<sup>11)</sup> 산업재해에 있어서도 문제는 현장의 근로자나 감독자가 아니라 안전조치 이행에 관해 최종적인 결정권과 감독권을 가지고 있는 사업주에게 있다고 보아야 한다. 바로 이러한

10) 실제로 대법원 1986. 7. 22. 선고 85도108 판결은 이러한 논거로 업무에 직접 관여하지 않은 주식회사의 대표이사에 대해 무죄를 선고하고 있다.

11) 이에 관해서는 제임스 리즌(James Reason), 백주현 옮김, 인제는 이제 그만, GS인터비전, 2014, 13쪽 이하; 김호기, “재난예방에 있어서 형법의 역할: 조직 등 시스템 운영주체 처벌을 통한 재난 예방의 가능성”, 형사정책연구 제26권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015, 5쪽 이하를 참조.

점을 명확히 하고 안전조치가 이행되지 않은 경우 최종적인 법적 책임을 사업주에게 물으려고 하는 것이 산업안전보건법의 취지라고 새긴다면, 의무의 미이행 사실을 몰랐다는 사정이 이러한 책임을 면하게 해준다고 보기는 어렵다. 바꿔 말하면, 산업안전보건법은 사업주에게 노동현장에서 근로자의 안전과 보건을 위한 조치를 취할 의무를 부과하고 이러한 의무가 이행되었는지를 ‘알아야 할 책임’을 묻고 있는 것이다.

다음으로, 작위의무가 있는 보증인 지위에 대해 착오가 있는 경우는, 예컨대 다음과 같은 때를 생각해 볼 수 있다. 즉, 후술하는 바와 같이 사업의 도급이 이루어진 경우 도급사업주는 제29조 제3항에 따라 일정한 경우 수급인의 근로자에 대해 산업재해 예방 조치를 취해야 하는데, 특히 여러 차례 재도급이 이루어진 경우에 이와 같은 도급사업주의 지위를 알지 못했다거나 수급사업주로 착오한 때이다.<sup>12)</sup> 이러한 착오는 일종의 ‘주체의 착오’로서 구성요건 착오의 하나로 보아야 할 것이므로, 역시 이 착오가 법적으로 인정되는 한 고의가 조각되는 효과를 갖는다.<sup>13)</sup> 그렇다면, 다시 과실책임이 남는데, 이러한 경우 산업안전보건법은 행위자의 과실책임을 인정하지 않는 것으로 보아야 할까. 위와 같이 이 법에 따른 사업주의 책임을 포괄적이고 강제적인 것으로 해석한다면 그렇게 볼 수는 없을 것이다. 결국, 제67조 제1호를 포함하여 산업안전보건법의 처벌규정들은 행위자의 고의뿐만 아니라 과실도 요건으로 하는 넓은 적용범위를 갖는 것으로 보아야 한다.

산업안전보건법의 사업주 책임을 위와 같이 해석한다면, 제67조 제1호는 사업주가 이를 의도적으로 위반한 경우뿐만 아니라 과실로 그 위반사실을 몰랐던 경우도 포함하는 것으로 보아야 한다. 즉, 제67조 제1호는 고의범뿐만 아니라 과실범도 처벌하는 규정이다.

12) 물론 이 때에는 제67조 제1호가 아니라 제68조 제2호가 적용된다.

13) 그러나, 사실 이와 같이 자신이 (도급)사업주 인줄 몰랐다는 것과 같은 사례는 실제에서는 발생하기 어려운 것이다. 그보다는 오히려 산업안전보건법이나 산업안전보건규칙에 규정된 정확한 의무 내용을 몰랐거나 혹은 제29조 제1호가 규정하는 도급인의 요건에 착오가 있었다는 주장이 제기될 가능성이 있다. 그러나, 이러한 착오는 구성요건의 착오가 아니라 법률의 착오이므로, 범죄론의 체계상 이미 행위자의 고의와 같은 주관적 구성요건이 입증된 후에 검토되어야 한다. 그리고, 사업주는 당연히 산업안전보건규칙에 규정된 의무의 내용을 자세히 알고 있어야 하고, 제29조 제1호와 같은 법문의 내용이 해석의 여지가 있을 정도로 불명확하지도 않다는 점에서, 특단의 사정이 없는 한, ‘정당한 이유’를 필요로 하는 법률의 착오는 인정되기 어려울 것이다.

### 3.2 형법 제14조의 문제

그러나 위와 같은 해석은 형법 제14조, 즉 원칙적인 고의범의 처벌과 (특별한 규정이 있을 때에만) 예외적인 과실범의 처벌이라는 형법의 원칙을 극복해야 한다는 문제가 있다. 형법 제14조의 문언에 충실하고 또 형법총칙은 모든 법률의 범죄규정에 예외 없이 적용된다는 원칙을 엄격히 준수하는 입장에 선다면, 위의 해석은 규정되지 않은 과실범에 대한 처벌을 허용하는 확대해석으로서 죄형법정주의 위반이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.<sup>14)</sup>

그러나, 행정형법의 입법목적이나 취지를 고려하여 (명문의 규정이 없는) 과실범을 처벌할 수도 있다는 위 대법원 판례는 이러한 엄격해석의 문제점을 잘 보여준다. 요컨대, 해석에 의하여 과실범 처벌이 불가피하다고 판단되는 경우가 존재하며, 이것은 아마도 과도한 행정형법 입법에 따른 입법의 흠결이라고 볼 수도 있을 것이다.

이 글은 산업안전보건법 제67조 제1호가 우선 이와 같은 해석에 의한 과실범 처벌규정이라고 주장하지만, 이외에도 같은 해석이 적용될 수 있는 다른 조항이 또 있을 수 있을 것이라고 생각한다. 예컨대, 아래에서 보는 바와 같이 이 법률의 제29조 제3항은 제23조와 마찬가지로의 안전조치에 관한 사용자의 의무를 규정한 것이므로 그 위반에 대해 형벌을 부과하고 있는 제68조 제2호는 역시 마찬가지로 과실범을 포함한 처벌규정이라고 보아야 한다. 요컨대, 적어도 조문의 구조상 범죄의 내용이 다른 조항에서 규정한 일정한 의무의 위반일 때에는 과실범의 처벌여지가 존재한다. 그 의무가 과실범에서 요구하는 주의의무로 해석될 수 있기 때문이다.

비슷한 다른 법률의 예를 한 가지 들어본다면 다음과 같다. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 제28조에서 개인정보를 처리하는 정보통신서비스 제공자 등에게 개인정보의 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손을 방지하고 개인정보의 안전성을 확보하기 위하여 일정한 기술적·관리적 조치를 하여야 할 의무를 부과하고, 제73조 제1호에서 이러한 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손한 자를 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 이 때 이 범죄가 고의범인 것은 물론이지만 과실로 이러한 조치가 이루어지지 않고 그에 따라 위의 결과가 발생한 경우에도 이 규정에 해당한다고 보아야 하지 않을까 하는 생각이다.

14) 신동운, 앞의 논문, 140쪽.

이러한 구조를 가진 조항 또는 그 밖에 해석에 의해 과실범의 처벌이 반드시 필요하다고 여겨지는 경우가 그렇게 많지는 않을 것이라고 생각한다. 또 당연히 이런 경우에는 해당 규정에 과실범 처벌이 포함된다는 점이 분명하게 논증되어야 한다. 사실, 현실적으로는 특히 행정형벌의 경우 고의 또는 미필적 고의에 대한 입증 정도를 완화함으로써 이 문제가 상당부분 해결될 수도 있을 것이다. 실제 사례에서 미필적 고의도 입증하지 못하는 경우에는 과실도 인정하기 어려운 경우가 많을 것이기 때문이다.<sup>15)</sup> 하지만, 반대로 보면 (미필적)고의 없이 과실만으로 이러한 범죄결과가 발생하는 것이 가능하다는 것이고, 이것은 적어도 법리적으로 해결해야 할 처벌의 공백이 된다. 또 절차적으로도 고의의 입증부담을 경감시켜 준다는 장점이 있을 것이다.

게다가, 이른바 법인범죄에서 범죄성립을 위해 필요한 주관적 구성요건을 완화시키기 위해 제시되어온 이론들을 참고할 필요가 있다. 종래 영미국가를 중심으로 주관적 구성요건을 가질 수 없다고 생각되어 온 법인에 대해서 이를 인정하기 위해 ‘(무과실)엄격책임범죄(strict liability offense)’, ‘대위책임이론(vicarious liability theory)’, ‘동일성원칙(identification principle)’ 등이 주장되었거니와,<sup>16)</sup> 최근에는 한 발 더 나아가 ‘총합모델(aggregation model)’이 등장하였다. 총합모델이란 법인의 구성원 중 일부가 갖는 범죄사실에 대한 인식을 -즉, 고의 또는 과실- 모두 더하면 법인 전체에 대해 범죄의 주관적 요건을 인정할 수 있다고 보는 주장을 말한다.<sup>17)</sup> 아래에서 보는 바와 같이 산업안전보건법을 직접 법인을 처벌하는 법이라 보고 이와 같은 주장을 적용한다면, 법인 구성원들의 부분적인 고의 또는 과실들이 여럿 모여 법인에게 하나의 전체적인 고의 또는 과실을 생성시켰다고 볼 수 있을 것이므로, 굳이 이 조항을 고의범만으로 한정된다고 해석할 필요는 없게 될지도 모른다.

15) 이러한 지적으로 박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌: 행정상 제재수단과 법치주의적 안전장치”, 서울대학교 법학 제41권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 287쪽 참조.

16) (무과실)엄격책임범죄는 주관적 요건이 없이 객관적 요건만으로 성립하는, 따라서 무과실의 경우에도 성립하는 범죄가 있다는 설명이고, 대위책임론은 종업원의 책임을 법인이 대위하여 진다는 이론이며, 동일성 원칙은 특정직급 이상의 종업원의 주관적 요건을 곧바로 법인의 그것으로 인정할 수 있다고 보는 입장이다. 각각의 개념에 대해 더 자세한 내용은 이기현/박기석, “법인의 형사책임에 대한 비교법적 연구”, 연구총서 제11호, 한국형사정책연구원, 1995, 31쪽 이하; 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄 검토: 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010, 308쪽 이하를 참조.

17) 총합모델의 개념과 이것이 적용된 사례에 대해서는 Eli Lederman, “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation toward Aggregation and the Search for Self-Identity”, *Buffalo Criminal Law Review* Vol.4 No.1, University of California Press, 2000, p. 661 이하를 참조.

#### 4. 제66조의2의 법적 성격

제67조 제1호를 위와 같이 과실범을 포함하는 규정으로 해석한다면 제66조의2에 대해서도 위의 일반론과는 다른 해석이 가능해진다. 요컨대, 기본범죄를 과실범으로 하는 결과적 가중범은 있을 수 없으므로, 제66조의2는 제67조 제1호의 고의 또는 과실범이 ‘근로자의 사망’이라는 중한 결과를 낳은 경우, 즉 보다 중한 결과가 발생한 과실범에 지나지 않게 된다.

결국 제67조 제1호와 제66조의2의 법적 성격은 다음과 같이 정리된다. 제67조 제1호는 고의 또는 과실로 제23조와 제24조가 규정한 의무를 다하지 못한 경우에 성립된다. 이때 더 이상의 아무런 결과를 요구하지 않으므로 제67조 제1호는 추상적 위험범이라고 할 수 있다. 이러한 상황에서 ‘근로자의 사망’이라는 결과가 발생하게 되면 제66조의2가 적용된다. (만약 고의에 의한 것이라면 살인죄가 적용되어야 할 것이므로) 이러한 결과는 당연히 행위자의 과실에 의한 것이다. 따라서 제66조의2는 고의와 과실이 결합된 결과적 가중범의 형식일 뿐만 아니라 전체적으로 과실로 인해 결과가 발생한 일반 과실범이라고도 볼 수 있다.

### III. 행위주체의 문제

#### 1. 사업주의 의미-법인의 처벌?

제66조의2의 행위주체는 “제23조 제1항부터 제3항까지 또는 제24조 제1항을 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자”이므로 결국 제23조 또는 제24조를 위반한 자이고 이 조항들의 의무주체는 명시적으로 ‘사업주’로 규정되어 있으므로, 제66조의2의 주체 또한 사업주에 한정된다고 할 수 있을 것이다. 이 때 사업주에 개인 사업주와 함께 법인 사업주도 포함된다는 것은 분명하다. 이를 제외할 특별한 이유가 없을 뿐만 아니라 이른바 양벌규정인 제71조를 통하여 법인이 제66조의2의 위반죄로 처벌될 수 있기 때문이다.

여기에서 다음과 같은 두 가지 문제가 발생할 수 있다. 첫째, 법인 사업주가 제66조의2를 위반한 경우에 제71조를 통하여 처벌되는가 아니면 제66조의2가 곧바로 적용될 수 있는가 하는 것이다. 둘째, 사업주 이외의 구체적인 행위자 -즉, 제71조가 규정하는 ‘법인

의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원<sup>1)</sup>에게도 제66조의2가 적용될 수 있는가 하는 것이다.

첫 번째 문제와 관련하여 통상 법인에 대해서는 당연히 제71조를 통하여 제66조의2가 적용되는 것으로 해석한다. 제71조는 바로 이런 경우를 대비한 것이라고 보기 때문이다. 즉, 전통적인 형법의 행위주체론에 따라 제66조의2와 같은 일반범죄의 주체는 자연인만 해당될 수 있을 뿐이며 법인이 이를 행하는 것은 불가능하다고 본다. 법인은 결국 구체적인 행위자를 통해서만 제66조의2를 위반할 수 있을 뿐이며, 이러한 때에 적용되는 조항이 바로 제71조 양벌규정이라는 것이다.

그러나 이러한 전통적인 해석은 이제 조금 달리 볼 수도 있다고 생각한다. 법인의 행위주체 여부와 관계없이 법인이 처벌의 주체가 될 수 있다는 것은 제71조에 의해 명백하다. 또 본래의 의무규정인 제23조와 제24조의 주체에 법인이 포함된다는 것도 분명하다. 결국 산업안전보건법의 취지는 개인 또는 법인 사업주에게 일정한 의무를 부과하고 이를 지키지 않을 경우 형벌을 부과하겠다는 것이라 할 수 있고, 이를 나타내는 조항들이 제66조의2이하 벌칙 규정인 것이다. 따라서, 제66조의2와 같은 조항들의 주체에 법인을 포함시켜 보는 것이 자연스럽고 간명하다. 굳이 제71조를 통하여 다시 제66조의2가 적용될 필요는 없는 것이다.

이와 같은 생각은 법인은 범죄능력이 없고, 다만 양벌규정에 의해서 형벌능력이 의제되어 처벌될 수 있을 뿐이라는 전통적인 관념과는 다른 것이다. 법인의 범죄능력 인정여부에 관해서는 더 많은 별도의 논의가 필요하겠지만, 최근 영미는 물론 유럽의 여러 나라에서도 법인에 형사책임을 인정하는 새로운 입법들이 이루어지고 있는 것이 사실이고<sup>18)</sup> 우리나라에서도 이미 여러 학자들이 이를 인정해야 한다는 주장을 계속해온 바 있다.<sup>19)</sup> 그렇다면 법인의 형사책임을 굳이 양벌규정을 통해서만 인정해야 하는 것은 아니라고 생각한다.<sup>20)</sup> 산업안전보건법과 같이 법이 부과하는 의무의 주체와 형벌규정의 주체가 법인인 경우, -사실, 이런 법은 산업안전보건법 이외에도 노동법이나 특히 행정법의 영역에 다수 있을 것인데- 양벌규정에 의하지 않고 형벌규정에서 곧바로 법인에게

18) 최근 외국의 입법경향에 대해서는 김재운, 기업의 형사책임, 마인드맵, 2015, 139쪽 이하를 참조.

19) 대표적으로 조병선, “법인의 형사책임”, 법학논고 제19집, 청주대학교 법과대학법학회, 1992, 25쪽 이하; 김일수/서보학, 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 86쪽 이하; 이기현/박기석, 앞의 보고서, 121쪽 이하 등

20) 사실 일반적으로 범죄의 주체를 자연인에 제한하고 법인은 양벌규정을 통해서 처벌하는 입법방식은 일본에 의해 처음 시작된 것이며 대만과 우리나라가 이를 받아들인 것에 지나지 않는다. 이와는 달리 영미권은 처음부터 범죄의 주체와 처벌의 주체에 법인이 포함되는 것으로 보았던 것이다. 관련내용으로 조병선, 위의 논문, 35-36쪽을 참조.

형사책임을 인정하자는 것이다.

통상의 해석에 의하더라도 법인 사업주에 대해 (제71조에 의해) 결국 제66조의2가 적용된다는 점에서 위의 논의가 전통적인 해석과 실질적인 차이가 없다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 이러한 해석은 제66조의2의 위반주체가 법인이 될 수 있다는 점을 분명히 한다는 장점이 있다. 개인보다는 법인 사업주가 훨씬 더 많은 현실에서 산업안전보건법은 이러한 법인 사업주를 주 대상으로 제정된 법이다. 이들은 이 법이 강제하는 의무의 주체일 뿐 아니라 이를 어겼을 경우 제재의 대상이 되기도 한다. 그렇다면 이 법인 사업주들에게 형벌 규정의 행위주체성도 인정하는 것이 자연스러운 해석 아닐까. 이를 근거로 다음과 같은 제71조의 수정 제안도 가능해진다.

## 2. 제71조 양벌규정의 입법론

위의 두 번째 문제, 그러니까 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인 등 구체적인 행위자는 사업주가 아니므로 제66조의2가 적용될 수 없다는 문제에 대한 판례<sup>21)</sup>의 해결책은 다음과 같다.

우선 제71조의 문언을 보면 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조의2, … 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다”고 되어있다. 여기에서 사업주가 아닌 구체적인 행위자를 벌할 수 있는 근거가 되는 부분은 ‘그 행위자를 벌하는 외에’인데, 이를 통하여 본래는 사업주로 한정되어 있었던 제66조의2의 구성요건이 행위주체를 확대하는 방향으로 수정된 것으로 해석한다.<sup>22)</sup> 또 이러한 해석은 비단 산업안전보건법에 한정되는 것이 아니다. 오히려 그 이전부터 이와 동일한 형식의 양벌규정을 가지고 있었던 여러 법률들, 즉 원래의 의무조항에는 그 주체가 한정되어 있고 이를 위반한 행위자를 처벌하는 조항에서도 역시 그 주체가 한정되며 구체적인 행위자에 대한 처벌은 양벌규정에 비로소 명시되어 있는 법률들, 예컨대 구 건설업법, 구 건축법, 구 석유사업법, 구 중기관리법, 구 환경보전법<sup>23)</sup> 등에 대해서도 마찬가지로

21) 대표적으로 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결.

22) 서희중, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, 사법행정 제33권 제3호, 한국사법행정학회, 1992, 96쪽에 의하면 이러한 해석론은 본래 일본의 판례이자 통설이며 이것이 옳고 이를 우리 대법원이 받아들인 것으로 서술하고 있다.

23) 해당 판례는 순서대로 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도534 판결; 대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 판결; 대법원

적용되어 왔다.<sup>24)</sup>

그런데 이와 같은 판례의 논리는 무엇인가 주종이 뒤바뀌어 있다는 느낌을 갖게 한다. 사실 이 문제는 제71조의 규정 자체에서 비롯된 것이다. 즉, 제71조는 “... 행위자를 벌하는 외에”, “그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다”라고 하고 있어 마치 행위자를 처벌하는 것이 원칙이고 법인과 개인 사업주는 부가적으로 처벌되는 듯한 인상을 준다. 하지만, 위에서 본 것처럼 이러한 생각은 산업안전보건법의 취지와는 정반대되는 것이다. 산업안전보건법은 법인을 포함한 사업주에게 의무를 부과하고 형벌으로써 이를 강제하는, 따라서 본조의 의무주체와 형벌규정의 처벌주체가 모두 사업주에 한정되는 구조를 가지고 있다. 따라서, 제66조의2의 경우에도 사업주가 행위 및 처벌의 주체가 되어야 함은 이미 위에서 살펴본 바와 같다.

제71조의 규정, 그리고 판례와 같은 전통적인 해석은, 위에서도 지적한 것처럼, 법인의 범죄능력을 엄격히 부인하는 입장으로부터 나온 것이다. 제66조의2가 명백히 사업주를 대상으로 하고 있음에도 불구하고 법인의 행위 및 처벌주체성을 인정할 수 없다면 또 다른 별도의 법인처벌규정이 필요해진다. 전통적인 양벌규정의 형식을 통해 이를 해소하려는 제71조는 “행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다”라고 함으로써 법인 사업주에게 형벌의 근거를 마련해 줌과 동시에 (뜻하지 않게) 행위자에 대해서도 새로운 처벌의 근거가 되었다.

동시에 개인 사업주의 경우에는 두 개의 각각 다른 법적 책임이 발생할 수 있게 된다. 즉, 개인 사업주가 자신 스스로의 (고의)행위에 의해 제66조의2의 구성요건을 충족시킨 때에는 해당 조항이 직접 문제되지만, 다른 행위자를 매개로, 다시 말해 대리인이나 사용인의 행위로 인해 같은 결과가 발생하고 개인 사업주는 이에 대해 관리·감독상의 (과실)책임을 질 때에는 제71조의 과실책임만이 문제될 뿐이다.<sup>25)</sup> 하지만, 이러한 해석론은 제66조의2에 이미 최소한 중한 결과에 대한 과실이 포함되어 있고, 이것이 구체적인 행위자에 대한 관리·감독상의 과실과 겹칠 수 있다는 점에 대해서 또 다른 해명을 해야 할 것이다.<sup>26)</sup>

1980. 12. 9. 선고 80도384 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 93도35 판결; 대법원 1991. 11. 21. 선고 91도801 판결.

24) 이러한 법률들은 모두 개정 이후, 현재에도 같은 형식의 양벌규정을 유지하고 있다.

25) 이러한 해석론으로는 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학 제3권, 안암법학회, 1995, 347쪽; 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려법학 제51호, 고려대학교 법학연구원, 2008, 319쪽.

그러므로, 이러한 모든 문제를 보다 쉽게 해결하는 방법은 (법인)사업주에 대해 제66조의2를 곧바로 적용하는 것이다. 이렇게 되면 지금과 같은 법인처벌을 위한 양벌규정은 필요 없게 된다. 사업주 이외에 구체적인 행위자를 처벌하는 것이 굳이 필요하다면 산업안전보건법의 제71조는 다음과 같은 내용으로 충분하다. “법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조의2 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자에 대하여도 같은 조문의 형을 과한다.”<sup>27)28)</sup>

## IV. 행위객체의 문제

### 1. ‘특수형태근로종사자’의 근로자성 문제

제66조의2는 행위객체를 ‘근로자’로 규정하고 있다. 이 때 근로자란 ‘근로기준법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자’이며(산업안전보건법 제2조 제2호), 따라서 판례는 이를 근로기준법상 사업주와 ‘실질적 고용관계’가 인정되는 사람, 즉 ‘근로의 실질에 있어서 근로자가 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 사정이 인정되는 경우’로 한정하고 있다.<sup>29)</sup>

이에 따라, 예컨대 ‘회사가 덤프트럭을 기사와 함께 임차한 다음 현장소장의 지휘감독

26) 이 글의 입장과 같이 제66조의2를 전제적으로 하나의 과실범으로 본다면, 선임·감독상의 과실과 이 과실의 중복가능 범위는 더욱 넓어지게 될 것이다.

27) 보다 일반적인 해결책으로 형법총칙에 독일형법 제14조와 같은 타인을 위한 행위에 대한 ‘처벌확장사유’를 규정하면 된다는 지적은 물론 타당하다. 손동권, 앞의 논문, 344-345, 350쪽. 독일형법 제14조는 자연인인 법인의 기관이 기관으로서 행위하거나 타인의 위임을 받은 사람이 그 위임에 기초한 행위를 한 경우에, 인적요소를 근거로 형벌을 부과하는 법률은 그 인적요소가 실제행위자가 아니라 본인, 즉 법인이나 위임자에게만 존재하는 경우에도 적용된다는 내용을 담고 있다. 이러한 일반규정이 마련된다면 구체적인 행위자에게 형벌의 근거를 만들려 하는 위와 같은 (산업안전보건법을 포함한) 특별법의 규정들은 더 이상 필요없게 될 것이다.

28) 사족이지만, 만약 전통적으로 법인의 범죄능력을 부정하는 입장을 도저히 포기할 수 없다면 현재와 같은 내용의 양벌규정이 유지되어야 하겠지만, 그 때에도 그 규정형식은 다음과 같이 바뀌어야 한다고 생각한다. 즉, 제71조는 다음과 같이 개정되어야 한다. “법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조의2 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 사업주인 법인 또는 개인을 벌하는 외에 그 행위자에 대하여도 같은 조문의 형을 과한다.” 사업주의 처벌이 주 대상이고 행위자의 처벌은 부수적이라는 점을 분명히 하여야 한다는 것이다. 비슷한 취지로 이주원, 앞의 논문, 321쪽; 손동권, 위의 논문, 350쪽.

29) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결.

하에 작업하게 하였고 이 때 임대차 계약은 작업하는 날마다 임대료를 받기로 하는 일일 임대차 계약이었는데 우천으로 작업할 수 없는 상황에서 현장소장으로부터 작업요청을 받지도 않은 기사가 임의로 덤프트럭을 점검하던 중 사고가 발생한 경우'라면, 이 사고 당시 회사와 기사 사이에는 실질적인 고용관계가 없어 산업안전보건법은 적용되지 않는다.<sup>30)</sup> 마찬가지로 건설회사가 건설공사 중 타워크레인의 설치작업을 전문업자에게 도급주었는데 이 작업 중 발생한 사고에 대해서는 건설회사 및 그 현장대리인에게 산업안전보건법상의 주의의무는 인정되지 않는다.<sup>31)</sup>

그러나 고용 형태가 복잡해지고 근로자와 독립사업자의 한계영역에서 노무를 제공하는 이른바 '특수형태근로종사자'가 점점 많아지는 상황에서 이와 같이 전통적인 근로기준법의 판단이 그대로 적용되어야 하는지는 의문이다. 특수형태근로종사자란, 예컨대 보험설계사, 화물트럭기사, 대리운전기사 등과 같이 근로계약이 아닌 자유로운 고용계약에 따라 노무제공의 의무를 부담하므로 사업주의 지시나 지휘감독에 구속되지는 않지만, 오로지 일신상으로 노무를 제공함으로써 사업주에게 경제적으로 의존되어 있으며 시장의 수요에 따라 자신의 노동력을 처분할 수 있는 가능성이 사실상 없다는 점에서 근로자와 유사한 사회적·경제적 조건에 있는 사람들을 가리키는 말이다. 따라서, 이들은 비록 형식적인 사용자종속관계가 없기 때문에 법적으로 근로자로서의 지위가 인정되지는 않지만 현실적인 보호의 필요성이 강하게 요청된다고 할 수 있고, 이에 따라 노동법의 적용에 대한 새로운 이론과 기준도 필요하다고 할 것이다.<sup>32)</sup>

특히 '노무제공자의 안전과 보건에 관한 보호는 노동법의 범위에 한정되는 것은 아니'며, 따라서 '사업주가 제공하는 장소 또는 그가 제공하는 수단과 재료를 가지고 업무를 수행하는 경우에는 근로자와 특수형태근로종사자를 구별함이 없이 노무제공자의 생명과 건강을 보호해야 할 필요성이 인정된다.'<sup>33)</sup> 그러므로, 산업안전보건법의 경우에도 이렇게 형식적인 근로종속성이 아니라 실질적인 안전과 보건에 관한 보호 필요성을 기준으로 근로자성을 판단하는 것이 법률의 제정 취지에 맞다고 보아야 할 것이다.

30) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1264 판결; 이와 거의 비슷한 사안으로 대구지방법원 2007. 2. 13. 선고 2006고정 3671 판결.

31) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도3108 판결.

32) 특수형태근로종사자의 개념 및 현실에서 이들이 늘어나는 상황과 이유, 그리고 이에 대해 근로자 개념의 변화나 혹은 노동법 적용의 다원화와 같은 노동법의 대응이 필요하다는 점에 대한 개괄적인 설명으로 김형배, 노동법, 박영사, 2011, 1210-1215쪽을 참조.

33) 김형배, 위의 책, 1219쪽.

같은 맥락에서 산업재해보상보험법 제125조는 근로기준법에 의해 근로자성이 인정되지 않는 일정한 특수형태근로종사자에 대해 특례규정을 두어 같은 법이 적용되도록 하고 있다. 산업안전보건법을 해석함에 있어서도 이러한 규정을 참고로 하여 근로자의 범위를 확대해서 보려는 보다 적극적인 입장이 요청된다.

그러나, 이러한 주장 또한 해석에 의한 객체의 확대, 따라서 허용되지 않는 처벌범위의 확장이라는 비판을 받을 여지가 있다. 결국, 이 문제의 근본적인 해결을 위해서는 근로기준법상의 근로자 개념이 바뀌어야 하겠지만, 이러한 변화에 적지 않은 시간이 걸릴 것이라는 점을 고려한다면 우선 산업안전보건법에 위의 산업재해보상보험법과 같은 특례규정을 두는 방안도 검토될 수 있을 것이다.

## 2. 도급인의 책임

제66조의2의 행위객체와 관련된 또 하나의 문제는 수급인의 근로자에 대한 도급인의 책임에 관한 것이다. 도급사업 시의 안전·보건조치에 관해 산업안전보건법은 제29조에서 ① 사업의 일부를 분리하여 도급을 준 경우와 ② 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 때 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 준 경우에는 일정한 산업재해 예방조치를 하여야 한다고 규정한다. 다만, 이 때 도급사업주의 근로자와 수급인의 근로자가 같은 장소에서 작업을 하는 상황이어야 하고, 사업의 내용은 사무직에 종사하는 근로자만 사용하는 사업을 제외한 것으로 한정된다(산업안전보건법 시행령 제26조 제2항). 또 일부가 아닌 전부에 대해서 도급을 준 경우에는 수급업자 스스로의 책임이 우선하므로 도급인에게 위와 같은 예방조치 의무까지 인정되지는 않는다.<sup>34)</sup>

본래 도급인에게 이러한 의무를 부과한 취지는 경제력이 열악한 수급 사업자에게 상당한 비용이 수반되는 안전조치를 맡기는 것이 현실적으로 쉽지 않으며, 사실상 근로 현장에 대한 지배력이 있는 도급사업주가 이와 같은 의무를 담당하는 것이 근로자들의 안전과 보호를 위해 필요하다는 판단 때문이다. 그렇다면 이러한 조치의 미이행에 따른 (형)법적 책임 또한 도급사업주가 진다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>35)</sup>

34) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

35) 나아가, (도급)사업주가 소속 근로자로 하여금 사업주로부터 도급을 받은 제3자가 수행하는 작업을 현장에서 감시·감독하도록 지시한 경우에도 그 감시·감독 작업에 제23조 제1항이 규정하는 안전상의 위험성이 있는 때에는 같은 조가 규정하는 안전조치 의무를 다하여야 하며 이를 위반하였을 경우에는 제67조 제1호의 책임을 져야 한다는 판례로 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014도3542 판결이 있다.

의무로 규정된 예방조치의 내용은 안전·보건에 관해 수급인과 협의체를 구성, 운영 하고, 작업장을 순회점검하며, 제42조 제1항에 따라 작업환경을 측정하는 등 여러 가지이다(제29조 제2항). 문제는 일정한 위험이 있는 때, 즉 ‘수급인이 사용하는 근로자가 토사 등의 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 … 산업재해 발생위험이 있는 장소에서 작업을 할 때’에는 ‘안전·보건시설의 설치 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 조치를 하여야 한다’고 규정한 같은 조 제3항의 경우이다.

제3항에서 예시한 산업재해 발생위험이 있는 때는 제23조가 전제하는 위험한 상황과 사실상 같으며 이에 따라 취해져야 할 안전조치 또는 산업재해 예방조치도 고용노동부령, 즉 ‘산업안전보건기준에 관한 규칙’에서 규정한 내용으로 같다(산업안전보건기준에 관한 규칙 제1조). 그렇다면 제29조 제3항이 부과한 예방조치 의무는 제23조 제4항이 정한 안전조치 의무와 같은 것이라고 볼 수 있으며, 다만 그 조치의 대상이 수급인이 사용하는 근로자로 확대된 것이라고 보면 될 것이다. 따라서 제23조의 의무위반을 범죄의 내용으로 하고 있는 제66조의2에는 당연히 제29조 제3항의 의무위반도 포함되는 것으로 보아야 한다. 다만, 현재 제29조 제3항의 위반이 제66조의2의 구성요건으로 규정되지 않은 상황에서 이를 해석에 의해 포함시키는 것은 죄형법정주의에 어긋나는 처벌범위의 확대라는 지적을 받을 것이므로, 추후 빠른 시일 내에 이와 같은 입법의 미비가 보완되어야 할 것이라고 생각한다.

## V. 맺음말

지금까지 산업안전보건법 제66조의2에 관해 몇 가지 해석론적 쟁점을 살펴보았다. 또 필요한 경우에는 간단한 입법의 제안도 하였다. 요약하자면, 이 조항은 통상의 경우와는 달리 결과적 가중범이 아니라 하나의 과실범으로 볼 수 있고, 또 반드시 양벌규정을 통해서만이 아니라 법인을 포함한 사업주에게 직접 적용될 수 있다는 것이다. 그 밖에 이 조항의 객체가 사업주와 직접 근로계약을 맺은 근로자 뿐만 아니라 특수형태근로종사자나 수급인의 근로자까지 해당될 수 있다고 보는 적극적인 해석 또는 법률의 개정이 필요하다.

이와 같은 새로운 해석이 현실에서 얼마나 타당한지, 또 이렇게 보았을 때 과연 이 조항의 실효성이 크게 높아질 수 있을 것인지에 대해서 분명한 확신이 있는 것은 아니다. 그러나, 말할 필요도 없이, 이러한 시도는 이 조항이 다만 상징적 입법에 그치는 것을

막고 노동현장에서 근로자의 생명을 보호한다는 본래의 취지를 다하게 하기 위한 것이다. 지나치게 과도한 범죄화가 갖는 여러 가지 부작용 가운데 하나로서, 형벌을 부과한 행정형법의 규정들이 현실에서 별로 적용되지 않고 있는 것은 작지 않은 제도적 문제이다. 하지만, 이들을 억지와 예방이 필요한 범죄행위의 하나로 보는 입법적 결단을 포기할 수 없다면, 그 취지와 목적에 맞게 관련 규정을 해석하고 집행하려는 노력이 이루어져야 할 것이다.

여기에서 더 덧붙일 말은 없다. 다만, (이 조항을 기업범죄의 하나로 볼 수 있다면) 본문에서 다루지 못한, 기업범죄 일반에 관해서 필요하다고 여겨지는 세 가지 문제점을 지적하는 것으로 이 글을 마무리하려 한다.

첫째, 법인의 대표자, 즉 중요한 의사결정을 책임지고 담당하는 기업의 최고경영자나 그와 유사한 지위에 있는 사람들에 대해 형사책임을 물으려는 노력이 필요하다. 안전·보건의 경우에도 물론 마찬가지이지만, 구체적인 최종 행위자에게 법적인 책임을 묻는 것만으로 문제가 해결될 수는 없다. 기업은 자신의 행위를 결정하는데 있어 여러 사람이 관여하는 조직적인 시스템을 가지고 있어 최종 행위자의 판단이 순전히 자신의 의사에만 따른 것이라고 볼 수 없기 때문이다. 따라서, 궁극적인 책임은 이 시스템을 유지·관리하는 사람들, 즉 기업의 의사에 대한 최고결정권자 또는 그를 보좌하는 사람들에게 돌아가야 한다. 산업안전보건법을 포함한 대부분의 양벌규정들은 ‘법인의 대표자’를 행위주체의 하나로 규정하고 있지만 처벌을 위해서는 이들이 직접 행위에 간여하였다는 점이 입증되어야 한다.<sup>36)</sup> 문제는 기업의 내부구조로 인해 이러한 입증이 쉽지 않다는 것이고, 따라서 이를 제도적으로 해결하기 위해 아예 법인의 대표자 등에게 법인 자신과 같이 최종 행위자에 대한 부작위 감독책임을 묻는 내용을 양벌규정에 포함시키자는 주장도 있다.<sup>37)</sup> 하지만, 이를 위해서는 법인의 대표자 등에게 종업원 등의 범죄행위를 방지해야 할 일반적인 보증인 의무가 인정되어야 할 것이다.<sup>38)</sup> 다른 한편, 현재의 형법이론으로도 이들을 처벌할 수 있는 방법이 전혀 없다고는 할 수 없으므로, (형법이론의 문제보다는) 이들을 처벌하고자 하는 수사 또는 법집행 당국의 의지가 강조될 필요도 있다.<sup>39)</sup>

36) 이러한 문제를 보여주는 대표적 사례로 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결이 있다.

37) 김재윤, 앞의 책, 535-536쪽.

38) 원혜옥, “기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 207-209쪽

39) 예컨대, 매우 단순히 말해서 이들이 구체적 행위자의 범죄사실을 알고 있었다면 (공모)공동정범 또는 조직지배를 통한 간접정범으로, 모르고 있었지만 이에 대한 인식·예견의 가능성이 있었다면 감독책임을 다하지

둘째, 기업의 복잡한 의사결정구조로 인해 이러한 자연인들에 대한 처벌이 쉽지 않은 탓으로 법인 자산에 대한 처벌이 주장된다. 하지만, 현재의 법인처벌은 그 형량이 지나치게 낮아 예방효과를 전혀 기대할 수가 없다. 더군다나, 벌금으로 부과된 액수에 대해 기업의 비용이나 상품가격으로의 전환도 가능하다. 따라서, 기업범죄에 대한 법정형도 현실에 맞게 올려야 하겠지만,<sup>40)</sup> 이와 함께 꼭 바뀌어야 하는 것은 실제 사건에서 선고되는 벌금액수를 높이는 것이다. 현재 양벌규정을 통해 기업에 부과되는 형벌은 대부분의 사건에서 기껏해야 수백만원에 그치고 있는데,<sup>41)</sup> 이것은 민사손해배상 또는 행정법상 과징금과 같은 제재가 이미 기업에 부과되었거나 혹은 앞으로 부과될 사정을 고려한 것이라고 한다. 하지만, 이러한 너그러운 배려(?)는 기업범죄에 대해 형벌이 갖는 경고기능이나 최소한의 책임추구를 통해 달성되는 범죄예방효과를 무력화할 뿐이다. 위에서도 언급한 바와 같이, 과태료와 같은 행정제재의 대상과 그 불법의 내용이 구별되지도 않고 반드시 필요하지 않아 현실에서 별로 쓰여지지도 않는 과도한 행정형법의 규정들은 과감하게 정리될 필요도 있을 것이다.<sup>42)</sup> 하지만, 범죄와 형벌 규정이 갖는 사회적·도덕적 의미와 이를 통해 달성하려 하는 응보와 예방기능을 유지하려 한다면 -즉, 어떠한 행위를 (기업)범죄로 규정하는 한- 그에 걸맞는 최소한의 형벌이 규정되고 또 집행되어야 할 것이라고 생각한다.

셋째, 이렇게 기업범죄에 대한 처벌을 활성화하기 위해서는 (자연인만을 상대로 적용되었던) 지금까지의 범죄성립요건을 재검토할 필요가 있다. 본문에서도 잠시 기업의 주관적 구성요건을 인정하기 위한 몇 가지 새로운 이론구성을 소개하였거니와, 기업이 라고 하는 조직적 주체에 맞는 범죄이론이 고안, 개발되어야 할 것이다.<sup>43)</sup> 산업안전보건

---

못한 과실범 또는 부작위범으로 벌할 수 있을 것이다. 이와 관련해서는 원혜옥, 위의 논문, 206쪽 이하를 참조. 결국 최고경영자 등을 처벌하기 위해 필요한 것은 이들이 범죄에 간여했다는 사실을 ‘입증’하는 것인데, 한국사회의 현실을 고려할 때 이것은 수사기관의 매우 강한 의지를 필요로 하는 것이라고 생각한다.

40) 최근 법인에 대한 법정형이 상향조정된 양벌규정들이 있다. 하지만, 아직도 다수의 법인처벌 규정은 행위자와 같은 액수의 벌금형을 정하고 있을 뿐이다.

41) 권보원, “양벌규정에 의한 형사처벌은 실효적인 기업불법 통제수단인가”, 형사제재의 다양화, 대법원 형사법 연구회/한국형사법학회 2016 공동학술대회, 2016, 190쪽에 의하면 2011년부터 5년간 법인(보다 정확하게는 주식회사이다)에게 벌금형이 선고된 255건의 형사사건에서 평균 벌금액수는 377만 원이며, 이 가운데 일반적으로 선고액이 높은 조세범처벌법과 독점규제법을 제외하면 벌금형을 선고받은 사건 중 94.5%가 1000만원 이하의 형이었다고 한다.

42) 이러한 관점으로 권보원, 위의 논문, 198쪽 이하.

43) 예컨대, 현재 우리나라의 양벌규정을 기업의 ‘단체책임’으로 해석하는 조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 591쪽 이하

법 제66조의2가 직접 법인을 대상으로 하는 규정이며 고의에 의한 기본범죄 뿐만 아니라 과실에 의한 경우도 포함한다고 해석한 이 글의 주장도 이러한 노력의 하나로 이해되었으면 하는 바램이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

김일수/서보학, 형법총론 제12판, 박영사, 2014.

김재운, 기업의 형사책임, 마인드맵, 2015.

김형배, 노동법, 박영사, 2011.

James Reason, 백주현 옮김, 인재는 이제 그만, GS인터비전, 2014.

### 2. 학술지

김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 강원법학 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 61-111쪽.

김호기, “재난예방에 있어서 형법의 역할: 조직 등 시스템 운영주체 처벌을 통한 재난 예방의 가능성”, 형사정책연구 제26권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015, 5-32쪽.

\_\_\_\_\_, “커먼로 국가의 기업살인죄 검토: 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010, 305-328쪽.

박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌: 행정상 제재수단과 법치주의적 안전장치”, 서울대학교 법학 제41권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 278-322쪽.

서희종, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, 사법행정 제33권 제3호, 한국사법행정학회, 1992, 94-97쪽.

손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학 제3권, 안암법학회, 1995, 325-350쪽.

신동운, “행정형벌과 과실범의 처벌”, 서울대학교 법학 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 129-145쪽.

우희숙, “산업재해와 형사책임”, 서울대학교 법학 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 135-157쪽.

원혜욱, “기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 195-222쪽.

이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려법학 제51호, 고려대학교 법학연구원, 2008, 285-325쪽.

전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 비교노동법논총 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 79-111쪽.

조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 591-614쪽.

\_\_\_\_\_, “법인의 형사책임”, 법학논고 제19집, 청주대학교 법과대학법학회, 1992, 25-40쪽.

조흥학, “산업안전보건법 처벌의 사업주 책임에 관한 연구”, 사회법연구 제5호, 한국사회법학회, 2005, 143-229쪽.

Eli Lederman, “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation toward Aggregation and the Search for Self-Identity”, *Buffalo Criminal Law Review* Vol.4 No.1, University of California Press, 2000, pp. 641-708.

### 3. 보고서 및 자료집

권보원, “양벌규정에 의한 형사처벌은 실효적인 기업불법 통제수단인가”, 형사제재의 다양화, 대법원 형사법연구회/한국형사법학회 2016 공동학술대회, 2016.

이기현/박기석, “법인의 형사책임에 대한 비교법적 연구”, 연구총서 제11호, 한국형사정책연구원, 1995.

[ Abstract ]

## **A Study on the Article 66-2 of the Occupational Safety and Health Act**

Choi, Cheong-Hak\*

The Article 66-2 of the Occupational Safety and Health Act was enacted in 2006. This clause says “A person who has caused the death of a worker in violation of Article 23 (1) through (3), or Article 24 (1) shall be punished by imprisonment for not more than seven years or a fine not exceeding 100 million won.” The experience of the past ten years, however, shows that the Criminal Justice Offices (including the Court) have hardly applied this clause.

This essay, therefore, aims to develop a new interpretation about the Article 66-2. The interpretation is made up of three points. Firstly, about the legal requirements of the Article 66-2, this essay says it does not necessarily ask the actor’s intention. Negligence also can make the actor a criminal. Secondly, on the subject, this Article can be applied directly to the corporation itself, not through the Article 71 which is the joint penal provision related with both the actor and the corporation. Thirdly and finally, the object of the Article should be broadened to include both the laborers in special types of employment and the workers employed by the first employer’s contractor.

**[Key Words]** Occupational Safety and Health Act, Article 66-2, Negligence, Corporation Punishment, Joint Penal Provision

---

\* Professor, Department of Law, Korea National Open University