

재난예방에 있어서 형법의 역할 : 조직 등 시스템 운영주체 처벌을 통한 재난 예방의 가능성*

김 호 기**

국 | 문 | 요 | 약

재난은 독립적으로 발생하는 다수의 원인이 결합하여 작용함으로써 야기된다. 즉 재난은 어느 한 개인이 그의 정신작용에 기초하여 발생시킨 위험이 현실화되어 발생하는 것이 아니라, 시스템 위험관리가 총체적으로 실패하여 발생하게 되는 것이다. 그렇다면 재난에 대한 형법적 대응 역시 개인이 아니라 시스템의 차원에서 이루어지는 것이 타당할 것이다.

비교법적으로 본다면 재난예방을 위하여 안전경시문화에 주목하는 경향이 증가하고 있음을 알 수 있다. 예를 들어 안전경시문화가 형성되는 주된 계기에 해당하는 경영자의 위험관리실패를 범죄구성요건으로 하고 있는 영국의 법인살인법이 그 전형적인 예에 해당한다. 그런데 안전경시문화 내지 위험관리의 실패라는 개념이 지극히 모호하다는 점을 고려한다면 이것을 형사처벌의 요건으로 하는 것이 타당한가에 대하여서는 보다 신중한 검토가 진행되어야 할 것이다.

재난에 대한 형법적 대응은 개인에 의하여 야기되는 인적 실패를 방지하는 것이 아니라 적절한 위험관리체계를 형성하는 것을 그 목표로 하는 것이 타당하다. 그리고 이러한 관점에서 볼 때 재난에 앞서 발생하는 사건이나 사고, 준사고 등에 주목할 필요가 있다. 재난발생에 앞서 다양한 사건, 사고, 준사고 등이 선행하여 발생하기 마련인데, 이와 같이 동일한 유형의 사고 등이 반복적으로 발생한다는 사실은 곧 당해 시스템에 존재하는 위험관리체계에 결함이 존재한다는 것을 추정하도록 하는 사실에 해당하기 때문이다. 위험관리체계에 결함이 존재할 때 조직 등 당해 시스템 운영주체에 대하여 위험관리체계의 개선 내지 보완을 강제하는 수단으로서 형벌권의 행사가 이루어진다면 재난예방에 도움을 줄 수 있을 것이다.

❖ 주제어: 세월호, 조직문화, 안전문화, 법인의 형사책임, 기업살인죄

* 이 글은 한국형사정책연구원과 법무연수원이 2015. 9. 3. 주최한 제6회 형사사법포럼에서 발표한 글을 수정, 보완한 것입니다. 발표장에서 다양한 논점을 지적해 지적해주신 토론자분들과 논문심사를 통하여 내용적인 부분은 물론 오·탈자에서 소재목의 적절성 여부까지 세세하게 개선사항을 지적하여 주신 심사자분들께 감사드립니다.

이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A5 A2A01012649)

** 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

2014년 4월 발생한 세월호 침몰 사고는 모든 국민에게 큰 충격을 주었으며, 우리나라의 재난¹⁾방지 시스템이 올바르게 작동하고 있는가에 대한 심각한 의문을 던져주었다. 세월호 침몰로 인하여 막대한 인명과 재산피해가 발생하게 된 원인이 무엇인가에 대한 분석은 아직 진행 중이지만, 감사원에서 발표한 “세월호 침몰사고 대응 및 연안여객선 안전관리감독실태”에 관한 감사 보고서²⁾나 해양안전심판원에서 발간한 “여객선 세월호 전복사고 특별조사 보고서”³⁾에서는 세월호가 침몰하고 그로 인하여 중대한 법익침해가 야기되는 과정에서는 선박의 구조적이고 기술적인 문제는 물론 안전운항을 위하여 마련된 관련 규정의 미준수, 관리감독의 부적절, 재난발생 후 이루어진 초동대응 및 구조활동의 부실, 나아가 부적절한 대책본부 운영에 이르기까지 복합적인 원인이 작용하였음을 지적하고 있다.

그런데 시야를 조금만 더 넓혀본다면 재난⁴⁾이 발생함에 있어서는 거의 언제나 다양한 원인이 복합적으로 작용하게 된다는 점을 쉽게 알 수 있다. 다수의 원인이 중첩적으로 작용하여 재난이 발생하게 된다는 것은 열차 충돌, 항공기 추락, 건축물 붕괴, 원자력 발전소 사고에서 우주왕복선의 폭발에 이르기까지 모든 유형의 재난에서 발견되는 일반적인 현상에 해당하는 것이다.⁵⁾

이와 같이 어느 특정한 개인의 귀책사유에 의하여서가 아니라 위험관리를 위하여 마련된 인적, 기술적, 제도적 장치들이 모두 올바르게 작동하지 아니하여 비로소 재난이 발생하게 된다면, 재난에 대한 형법적 대응 역시 그에 상응하게 이루어져야 할 것이다. 아래에서는 재난의 발생원인 내지 발생경로를 분석한 연구결과를 간략하게 살펴본 후, 그에 기초하여 재난에 대한 형법적 대응방향을 검토해 보려고 한다.

1) 이 글에서 재난은 다층적 위험관리에도 불구하고 위험관리가 실패하여 법익침해가 야기되는 경우를 의미하는 용어로 사용되었다.

2) 감사원 홈페이지(www.bai.go.kr) 자료실에서 다운받을 수 있음. 2015년 10월 20일 확인

3) 해양안전심판원 홈페이지(www.kmst.go.kr)에서 다운받을 수 있음. 2015년 10월 20일 확인

4) 이 글에서 재난은 다층적 위험관리에도 불구하고 위험관리가 실패하여 법익침해가 야기되는 경우를 의미하는 용어로 사용되었다.

5) 다양한 유형의 재난에 있어서 발생원인에 대한 간략한 분석은 예컨대 James Reason, *Human Error*, Cambridge University Press, 1990, 188 이하 참조

II. 재난의 발생원인에 대한 분석 및 형법적 대응의 방향

1. 재난의 발생원인에 대한 분석

사회적·기술적 시스템에서 위험관리가 실패하여 재난이 발생하는 과정을 이해하기 위하여서는 방벽(barrier), 다계층적 방어(defence-in-depth), 재난발생의 직접적 원인이 되는 실패행위(active failure), 재난발생의 잠재적 조건(latent condition), 안전문화(safety culture) 등의 몇 가지 개념의 의미를 이해할 필요가 있다.

일반적으로 재난은 일선에서 위험관리업무를 수행하는 자의 직접적 실패행위가 있는 때에 발생한다. 예를 들어 기장의 조종 실패나 항해사 내지 조타수의 조타 실패가 이러한 재난발생의 직접적 원인이 되는 실패행위에 해당한다.⁶⁾ 사회적·기술적 시스템의 운영과정에서는 이러한 직접적 실패행위가 곧바로 재난으로 이어지지 않도록 하기 위하여 다양한 형태의 대응수단을 마련해 놓고 있는 것이 일반적이다. 이러한 대응수단은 방벽으로 지칭되는데, 방벽은 재난으로 이어질 수 있는 부정적인 사건의 발생을 예방하기 위하여, 또는 일단 재난이 발생한 경우 그것이 야기하게 될 피해를 최소화하기 위하여 설치되는 물리적, 기능적, 상징적, 무형적 위험방지수단을 포괄하여 지칭하는 개념이다.⁷⁾ 시스템 위험관리에 있어서는 어느 하나의 방벽이 실패하는 경우에 대비하기 위하여 다수의 방벽을 중첩적으로 설치해 놓는 것이 일반적이다. 이것은 다계층적 방어로 지칭된다.⁸⁾

다계층적 방어가 이루어지는 시스템에서는 설치된 방벽의 일부가 올바르게 기능하지 아니하는 상태에서 직접적 실패행위가 야기되어도 곧바로 재난이 발생하게 되지는 아니한다.⁹⁾ 그런데 방벽의 일부가 기능하지 않게 되면 재난발생의 가능성이 증가

6) 직접적 실패의 의미에 대하여서는 James Reason, *Managing the Risks of Organizational Accidents*, Ashgate Publishing, Ltd., 1997, 10

7) 방벽의 의미 등에 대하여서는 Erik Hollnagel, *Barriers and accident prevention*, Ashgate Publishing, Ltd., 2004, 68 이하

8) International Nuclear Safety Advisory Group, *Defence in Depth in Nuclear Safety(INSAG-10)*, 1996, 1 이하 내지 International Nuclear Safety Advisory Group, *Basic Safety Principles for Nuclear Power Plants. 75-INSAG-3 Rev. 1(INSAG-12)*, 1999, 17 이하

9) 다계층적 방어가 재난을 완전히 예방할 수 있는 것은 물론 아니다. 일반적으로 방벽은 예견가능한

하게 된다는 점을 부인할 수는 없다. 즉 재난예방을 위하여 설치된 방벽이 올바르게 기능하지 않게 되면 이것은 곧 재난발생의 잠재적 조건으로서 작용하게 되는 것이다.¹⁰⁾ 모든 방벽이 올바르게 기능하지 않게 된 상태에서, 다르게 표현한다면 모든 방벽에 재난발생의 잠재적 조건이 형성되어 있는 상태에서, 일선에서 위험관리업무를 수행하는 자에 의한 직접적이고 적극적인 실패행위가 있게 되면 재난이 발생하게 된다. 재난예방을 위하여 설치된 모든 방벽이 동시에 올바르게 기능하지 않게 되는 것은 시스템 내부의 위험관리가 총체적으로 실패하였다는 것을 의미하는바, 재난은 시스템 위험관리의 총체적 실패가 있는 때에 비로소 발생하게 된다고 말할 수 있을 것이다.

재난에 대한 전형적인 형법적 대응방법은 재난발생의 직접적 원인을 제공한 개인을 과실범으로 형사처벌하는 것이다. 그러나 대부분의 재난 연구자들은 이러한 대응이 적절하지 않다고 주장하고 있다.¹¹⁾ 재난발생의 필요적 조건이 된다는 측면에서 볼 때에는 잠재적 조건과 직접적 실패와 아무런 차이가 없다.¹²⁾ 그럼에도 불구하고 재난이 야기되었을 때 직접적 실패를 야기한 자에 대하여서만 비난을 가하게 된다면 이것은 위험관리체계의 총체적 실패에 대한 책임을 외부로 명확하게 드러난 실패행위를 야기한 자에 대하여서만 부담시키는 것으로서 부당하다고 보아야 하는 것이다.¹³⁾ 나아가 직접적 실패는 대부분 인간의 유한성이나 안전경시적인 작업환경에 기인하여 발생하는 것이어서 형벌의 부과를 통하여 이러한 유형의 실패가 발생

재난의 발생원인에 대응하기 위하여 설치되는 것이므로, 방벽을 설치하는 것만으로는 전혀 예기치 못한 경로로 발생하는 재난을 예방할 수는 없다. 그리고 흔하게 발생하는 것은 아닐지라도 모든 방벽이 동시에 기능하지 않게 되는 상황도 발생할 수 있다. 방벽의 설치를 통한 재난예방의 한계에 대하여서는 James Reason, 각주 6의 책, 9 이하

10) 잠재적 조건의 의미에 대하여서는 James Reason, *The Human Contribution*, Ashgate Publishing, Ltd., 2008, 101 이하

11) 과실범 처벌을 통한 대응이 재난에 대한 형법적 대응방법으로 적합하지 않다는 데에 대하여서는 김호기, “재난에 대한 형법적 대응—과실범, 추상적 위험범 형식의 형벌규정을 이용한 재난에 대한 형법적 대응의 적정성 검토—”, *피해자학연구* 제23권 제2호(2015. 8), 153 이하 참조. 재난을 직접적으로 야기한 자를 중하게 처벌하는 것은 정당하지도 않고 재난예방에 도움이 되지도 않을 것이라는 데에 대하여서는 김호기, “재난발생의 직접적인 원인야기자에 대한 중한 형의 부과를 통한 재난 예방 가능성: 사회적/기술적 시스템에서의 위험지배의 구조와 형벌의 역할”, *형사정책연구* 제25권 제3호(2014년 가을호), 89 이하 참조.

12) James Reason, 각주 6의 책, 10

13) Sidney Dekker, *Just Culture: Balancing Safety and Accountability*. Ashgate Publishing, Ltd., 2012. 25 이하;

하는 것을 예방하는 것은 거의 불가능하며, 재난의 효과적인 예방을 위하여서는 업무수행환경을 개선하고 재난발생의 잠재적 조건이 형성되지 않도록 하는 것이 훨씬 더 효율적이라고 설명하고 있다.¹⁴⁾

최근에는 조직의 운영방향이나 목표의 설정, 자원 배분, 조직 내부에 존재하는 정책이나 방침, 관행, 구성원이 공유하는 가치관념, 구성원들의 안전에 대한 평가 내지 태도 등 안전과 관련된 조직문화가 재난발생에 미치는 영향이 주목을 받고 있다. 다계층적 방어 원칙에 따라 방벽이 다중적으로 설치되어 있는 경우, 어느 하나의 방벽의 실패만으로는 재난이 발생하지 않는다. 재난이 발생하기 위하여서는 모든 방벽이 동시에 올라보 기능하지 않게 되어야 하는 것이다. 그런데 방벽 사이에 기능적 독립성이 유지되고 있다면 어느 하나의 방벽이 실패한다고 하여도 그로 인하여 다른 방벽의 실패가 야기되는 것은 아니다.¹⁵⁾ 즉, 모든 방벽이 동시에 실패하여 재난이 야기될 것인가의 여부는 우연적으로 결정되는 것이다. 그런데 재난 연구자들은 모든 방벽이 동시에 기능하지 않게 되는 사태가 언제나 순수하게 우연적으로 발생하는 것은 아니라고 주장하고 있다. 조직 내부에 안전경시문화가 형성되고 유지되게 된다면 그것이 조직의 모든 구성원에 대하여 포괄적으로 작용하여 결과적으로 개별적인 방벽을 넘어서서 다계층적 방어 그 자체를 허물어뜨리는 결과를 가져오게 된다는 것이다.¹⁶⁾ 조직 등의 내부에 존재하는 안전경시문화가 다계층적 방어의 총체적인 실패를 야기하는 핵심적인 원인에 해당한다고 보고 있는 것이다.

2. 재난에 대한 형법적 대응의 방향

이상에서 간략하게 살펴본 재난의 발생원인에 대한 연구결과를 기초로 하여 지금히 단순화시켜 말한다면 재난에 대한 형법적 대응은 재난을 야기하는 직접적 실패가 발생하지 않도록 하거나, 재난발생의 잠재적 조건이 형성되지 않도록 하거나, 직

14) Jens Rasmussen, "Learning from experience? How? Some research issues in industrial risk management", in : Bernhard Wilpert(ed.)/Thoralf Qvale(ed.), Reliability and Safety in Hazardous Work Systems: Approaches to Analysis and Design, Psychology Press, 1993, 62 이하

15) 방벽 사이의 기능적 독립성에 대하여서는 James Reason, 각주 6의 책, 54 참조

16) James Reason, "Achieving a safe culture: theory and practice", Work & Stress 12/3, 1998, 297

접적 실패 내지 잠재적 조건 형성의 근본적인 원인에 해당하는 안전경시문화가 발생하고 존속하는 것을 억제하는 방향으로 이루어져야 한다고 말할 수 있을 것이다. 그런데 이미 지적한 것처럼 형벌 기타 제재를 가하여 직접적 실패가 발생하는 것을 방지하고 이를 통하여 재난을 예방하려는 시도가 성공하기도 힘들고 바람직하지도 않다고 평가되고 있음을 고려한다면, 나머지 두 가지의 요소인 재난발생의 잠재적 조건이나 안전경시문화의 형성에 대한 대응이 주된 검토대상이 되어야 할 것이다.

그런데 재난발생의 잠재적 조건이나 안전경시문화가 형성되는 것을 방지하기 위하여 형법적 수단의 사용이 어떠한 형태로 기여할 수 있을 것인가를 검토하기에 앞서서, 재난에 대한 형법적 대응은 일선에서 위험관리업무를 수행하는 개인에 대하여서가 아니라 조직 등 시스템 운영주체¹⁷⁾를 대상으로 하여 이루어지는 것이 타당하다는 점을 먼저 지적하여야 할 것이다. 시스템 위험관리 실패를 예방하기 위하여서는 동일한 유형의 오류 내지 실패가 반복되는 것을 방지하고, 오류 내지 실패의 발생이 곧바로 재난으로 이어지지 않도록 위험관리체계를 적절히 형성하고 유지하는 것이 가장 중요한 과제가 되는데¹⁸⁾, 이와 같은 의미에서의 총체적인 위험관리업무를 적절히 수행하도록 할 책임은 어느 특정한 개인이 아니라 조직 등 시스템 운영주체가 부담하는 것이 타당하기 때문이다. 시스템 위험관리업무는 기능적으로 분화되어 다수의 개인이 분업적으로 수행하게 되는바, 구성원 개인은 단지 자신에게 부과된 업무를 수행하는 역할을 담당할 뿐이어서 시스템 위험관리체계를 적절히 형성하고 유지할 총체적인 의무를 부담하는 주체로 파악하기 곤란한 것이다.

이러한 접근방법은 재난에 대한 전통적인 형법적 대응이 원칙적으로 일선에서 위험관리업무를 수행하는 개인을 대상으로 하여 이루어진 것과는 근본적으로 다른 것이다. 이와 같이 재난의 효과적인 예방을 위하여서는 기존에 사용하여 왔던 것과 근본적으로 다른 방법으로 대응이 이루어져야 한다고 보는 것은 시스템 위험관리의 실패로 인하여 재난이 야기되고 법익침해가 발생하는 경로가 기존의 형법학이 전제하는 것과는 전혀 다르다고 보기 때문이다.

17) 재난발생의 원인이 되는 위험을 야기한 시스템의 운영주체가 법인일 수도 있으나 법인이 아닐 수도 있음을 고려하여 법인이라는 용어 대신 조직 등 시스템 운영주체라는 용어를 사용하였다.

18) David D. Woods, Sidney Dekker, Richard Cook, Leila Johannesen, Nadine Sarter, Behind Human Error, 2nd ed., Ashgate Publishing, Ltd., 2010, 26

기존의 논의에서는 개인이 행위를 통하여 창출하는 위험에 대하여 형법적 대응이 이루어져야 한다고 보아왔다. 그리고 행위는 고의, 과실과 같은 정신적 작용에 근거하여 수행되는 것이기에, 결국 행위자가 자신의 의지적 노력을 통하여 위험 발생 여부는 물론 발생하는 위험의 종류와 성질 등을 스스로 통제할 수 있다고 보아왔다. 그러나 이러한 사고는 시스템 운영과정에서 발생하는 위험에 대한 대응에 있어서는 적절히 사용되기 곤란하다. 이미 지적인 바와 같이 개인이 창출하는 위험에 대한 대응으로는 재난을 효과적으로 예방할 수도 없으며, 위험관리과정에서 개인이 발생시키는 인적 오류 내지 인적 실패는 대부분 일상적으로 발생하는 불가피한 현상이어서 행위자에 대하여 형벌을 부과하는 방식으로 이를 근절하는 것은 불가능하기 때문이다.

재난 예방을 위하여서는 개인이 행위를 통하여 창출하는 위험이 아니라 시스템의 운영과정에서 발생하는 위험에 주목하여야 한다. 그런데 시스템 운영과정에서 발생하는 위험은 시스템의 본질적 속성에 기인하는 것이어서 어느 특정한 개인이 창출하는 것으로 볼 수 없으며, 위험관리가 다계층적 방어 원칙에 따라 이루어지고 있다면 위험실현 여부에 대한 어느 특정한 개인의 배타적인 지배도 인정될 수 없다. 그렇다면 시스템의 운영과정에서 발생하는 위험에 대한 대응은 개인의 차원이 아니라 조직 등 시스템의 차원에서 이루어지는 것이 타당할 것이다.

Ⅲ. 시스템 안전 확보를 위한 형법적 대응방향

1. 안전경시문화를 기초로 하는 형법적 대응

재난발생의 잠재적 조건이 형성되는 계기는 다양하게 존재할 수 있다. 예컨대 애초 예상하지 못한 사유로 안전장비가 정기점검 시기에 앞서 올바로 기능하지 않게 되는 경우도 존재할 수 있고, 업무집행자가 사적인 업무를 처리하기 위하여 위험관리규정을 준수하지 아니하는 경우도 발생할 수 있다. 그러나 이와는 달리 안전을 위하여 투입되는 인적·물적 자원의 부족, 업무집행자에 대한 과중한 업무부과, 시스템

운영주체 내부에 존재하는 안전경시관행 등과 같은 업무수행환경에 기인하여 재난 발생의 잠재적 조건이 형성되는 경우도 있을 것이다. 안전장치가 지속적으로 오작동을 하여 일상적인 업무수행을 위하여 부득이하게 당해 기기를 오프 상태로 해놓은 경우, 주어진 안전관련 지침을 준수하게 되면 자신에게 부과된 업무량을 성공적으로 처리하는 것이 불가능하여 불가피하게 안전관련 지침을 준수하지 아니하는 경우, 조직 등 시스템 내부에 안전장치를 작동시키지 않거나 안전지침을 무시하면서 작업을 수행하는 안전불감증이 널리 퍼져 있고 이러한 관행에 따라 업무를 수행하는 경우 등이 그러한 예에 해당한다.

후자와 같은 유형의 인적·기술적 실패에 적절히 대응하기 위하여서는 안전 확보에 필요한 인적·물적 자원을 추가적으로 공급하거나 과중한 업무부담을 경감시켜 주거나 시스템 운영주체 내부에 존재하는 관행이나 구성원이 공유하는 가치관 등을 보다 안전지향적으로 변화시키는 등의 조치가 취해져야 할 것이다. 재난연구자들은 이러한 대응을 포괄하는 의미에서, 조직 등 시스템 운영주체 내부에 안전문화를 올바르게 형성하는 것이 시스템 위험관리에 있어서 매우 중요한 의미를 갖고 있다는 점을 강조하고 있다. 그리고 비교법적으로 본다면 호주, 영국 등 커먼로 국가를 중심으로 하여 안전경시문화를 형벌권 행사의 요건으로 하려는 시도가 이루어지고 있음을 알 수 있으며, 최근에는 우리나라에서도 안전경시문화를 조직 등 시스템 운영주체의 형사처벌의 근거로 하려는 주장이 제기되고 있다.¹⁹⁾

안전경시문화를 범죄구성요건으로 포섭한 대표적인 사례로는 호주의 사례를 들 수 있다. 호주의 입법례에서는 형벌규정을 기업에 대하여 적용함에 있어서 안전경시문화를 전통적인 범죄구성요건인 고의, 과실 등을 대체하는 요소로 사용하도록

19) 우리나라에서 최근에 나온 몇몇 문헌을 소개하면 다음과 같다. 기업 등 조직내부의 문제점으로 인하여 발생하는 범죄에 대하여서는 부적절한 관리체계 등 조직내부(문화)의 문제점을 근거로 하여 기업 등을 형사처벌하여야 하고 컴플라이언스 프로그램을 책임인정 기준으로 사용할 수 있을 것이라는 견해는 김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 형사법의 신동향 통권 제46호, 2015. 3, 173 참조. 영국의 관련법률을 소개하면서 영국에서와 유사하게 기업에 대하여 과실치사죄를 인정하는 법률을 입법화할 필요성이 있다는 견해는 김재윤, “영국의 기업과 실치사범에 대한 고찰과 시사점”, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014. 12, 181 이하 참조. 기업시스템상의 구조적 결함 등으로 야기된 범익침해의 경우 등과 같이 범죄입증이 어려운 경우에 개인을 매개로 하지 않고 독자적으로 기업의 형사책임을 인정하여야 한다는 견해는 박광민, “기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015, 69 이하 참조.

하고 있다. 즉 호주의 입법례(Criminal Code Act 1995)에서는 기업문화를 당해 조직이나 단체 내에 존재하는 태도, 정책, 규칙, 행동방침 또는 관행(attitude, policy, rule, course of conduct or practice) 등을 의미하는 것으로 정의하면서, 기업문화로 인하여 관계 법령을 준수하지 못하게 되었거나 기업이 관계법령을 준수하도록 하는 기업문화를 형성, 유지하지 못한 경우에는 기업에 대하여 의도 등과 같은 범죄의 주관적 요소가 충족된 것으로 보도록 하고 있다.²⁰⁾ 이와 같은 호주의 입법례에서는 기업 등의 내부에 존재하는 규정이나 방침 등과 같은 성문화된 행동준칙이 아니라 업무를 수행하는 과정에서 구성원들이 실제로 의존하는 행동준칙이 무엇인가에 주목한다. 예컨대 형식적으로 법률 기타 규범을 준수하는 업무 집행이 강조되고 있으나 실제로는 목표를 달성하기 위하여 법률을 위반하는 것이 불가피하고 주어진 목표를 달성하지 못하면 해고되거나 불이익을 받게 되는 경우라면 호주 입법례에 의할 때 당해 기업에 대하여서는 형법적인 의미에서의 고의가 인정된다고 보게 될 것이다. 나아가 호주의 입법례는 안전경시문화의 형성주체에 대하여서도 전혀 고려를 하지 않도록 규정되어 있다.

호주의 입법례가 안전경시문화의 존재를 주관적 범죄구성요건으로 설정하고 있는 것과는 달리 영국의 입법례(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)에서는 안전경시문화가 형성되는 주된 계기가 되는 경영진의 위험관리실패를 살인죄(manslaughter)의 구성요건으로 포섭하고 있다. 고위경영진이 조직 등을 올바르게 구성, 운영하지 못하여 사망의 결과가 발생한 경우, 당해 조직 등을 살인죄로 처벌하도록 하고 있는 것이다(법률 제1조).²¹⁾ 경영자는 조직의 목표 설정, 상벌체계의 운영, 자원의 투입량 조절 등과 같은 다양한 수단을 사용하여 조직 내부문화의 형성에 있어서 중대한 영향력을 행사하게 되는데, 영국의 입법례는 이러한 측면을 고려하여 안전경시문화 그 자체가 아니라 안전경시문화가 형성되는 주된 계기가 되는 경영자의 위험관리실패를 범죄구성요건으로 포섭하고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

20) 호주의 Criminal Code Act 1995, 12.3 (2) (c), (d) 내지 12.3 (6) 참조.

21) 영국(England and Wales)의 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 1 (1)~(3) 참조.

2. 안전경시문화를 기초로 하는 형법적 대응의 문제점

가. 안전문화 개념의 불명확성

안전경시문화를 형벌권 행사의 요건으로 도입하고 있는 호주나 영국의 입법례는 재난의 발생원인에 대한 실증적 연구에 기초하여 시스템 위험관리실패가 발생하게 되는 가장 근원적인 요소를 범죄구성요건화하는 시도로서 그 의미를 인정받을 수 있을 것이다. 그러나 그 출발점 자체의 타당성을 별론으로 한다면, 안전경시문화에 기초하여 조직이나 단체 등을 형사처벌하는 것이 타당한가 내지 적절한가에 대하여서는 다양한 의문이 제기될 수 있을 것이다. 가장 먼저 등장하는 문제는 안전경시문화의 의미의 불명확성과 관련된다.

오늘날 재난 연구자들 사이에서는 재난예방에 있어서 안전문화가 갖는 의미의 중요성이 점점 더 강조되고 있으나, 그 의미는 - 문화라는 개념으로부터 이미 짐작할 수 있는 것처럼 - 여전히 매우 추상적이고 불명확한 상태에 머무르고 있다. 안전문화를 구성하는 요소인 안전과 문화는 모두 그 의미가 상당히 불명확하며, 둘 중에서 어느 것을 강조하여 안전문화를 정의하는가에 따라 안전문화라는 개념에는 매우 다양한 의미가 부여될 수 있기 때문이다.²²⁾ 일반적으로 안전문화는 구성원이 공유하는 가치에 관계되는 것으로서, 조직의 구성원 모두가 그 형성에 관여하고 이와 동시에 업무수행 과정에서 언제나 그로부터 영향을 받게 되며, 상대적으로 안정적으로 지속하며 쉽게 변화하지 아니하는 등의 특징이 있다고 설명되고 있다.²³⁾ 그리고 시스템 내부에 존재하는 상벌체계, 시스템 운영과정에서 발생하는 다양한 사건 내지 사고에 대한 대응방법 등을 통하여 안전문화가 어떻게 형성되어 있는지를 보다 명확하게 인식할 수 있게 된다고 설명된다.²⁴⁾ 그러나 이러한 설명만으로 안전문화의 의미가 형벌권의 행사를 정당화할 수 있을 정도로 충분히 명확하게 되었다고 보기는 곤란할 것이다. 안전문화 개념에 조직 내부에 존재하는 안전관련 제도와 관행,

22) 안전문화의 무수히 많은 정의에 대하여서는 예컨대 Douglas A. Wiegmann, Hui Zhang, Terry L. von Thaden, Gunjan Sharma, Alyssa Mitchell Gibbons, "Safety Culture: An Integrative Review", *The International Journal of Aviation Psychology* 14(2), 2004, 121 이하 참조

23) 위 각주의 글, 123

24) 위 각주의 글, 123

성문화된 업무처리방법과 현실에서 구성원들이 준수하는 사실상의 행동준칙, 경영자 기타 의사결정권자의 조직 운영방법, 시스템에서 사용되고 있는 전체 자원 대비 안전 확보를 위하여 투입되는 자원의 비율 등 안전문화가 형성되는 계기가 되는 사실관계를 포함시키게 되면 안전문화의 의미의 모호성은 더욱 증가하게 될 것이다.

안전문화를 안전의 중요성에 대하여 구성원이 공유하고 있는 관념, 구성원의 행동방식의 근거에 놓여있는 가치관념 등 외부로 드러나지 아니한 요소에 의하여 정의하게 된다면 어느 조직 내부의 문화가 안전중시적인지 아니면 안전경시적인지를 판단하는 것은 매우 어려운 과제가 된다. 지금까지 제시된 방법에 의한다면 당해 조직의 운영과정에서 발생한 안전관련 사건, 사고, 준사고 등에 대한 케이스 분석, 구성원에 대한 설문분석, 실제 업무수행방법에 대한 관찰, 시스템 운영과정에서 사용되는 사물에 대한 분석(artifact analysis)²⁵⁾, 인터뷰와 그룹 토의, 구성원에 대한 심층면접 등의 방법이 조직문화가 안전중시적인지 아니면 안전경시적인지를 판단하기 위한 방법으로 사용되고 있거나 제안되고 있다고 한다.²⁶⁾ 이와 같은 안전문화 개념의 추상성 내지 모호성, 그리고 그것을 확정하기 위한 지표 내지 기준의 불명확성은 안전문화라는 개념을 형벌권 행사의 요건으로 하는 것이 적절한가에 대한 심각한 의문을 제기하는 계기가 될 것이다.

나. 허용되지 않는 안전경시문화의 한계점 판단

안전경시문화의 존재를 근거로 하여 조직 등 시스템 운영주체에 대하여 형사책임을 묻기 위하여서는 허용될 수 없는 안전경시문화와 허용되는 안전문화의 한계가 확정될 수 있어야만 한다. 그런데 안전경시문화 개념은 그 내용이 매우 불명확하여, 이러한 허용되지 아니하는 안전경시문화의 시작점을 확정하는 것이 매우 어려울 것으로 보인다. 재난에 대한 실증적 연구를 수행하는 연구자 사이에서도 안전문화를 평가하기 위한 경험적 지표가 무엇인가에 대하여 충분한 합의가 이루어지고 있지

25) 예를 들어 시스템 운영주체에서 사용하는 문서에서 안전을 어느 정도로 강조하고 있는지의 여부, 작업장에 안전 관련 표지가 명확히 되어있는가의 여부 등이 사물분석의 예에 해당한다.

26) Eduardo Salas, Florian Jentsch (Ed.), Human Factors in Aviation, 2nd ed., Academic Press, 2010, 106 이하

아니하다는 점을 고려한다면, 관련된 실증적 전문지식을 보유하고 있지 아니한 법학 분야에서 안전경시문화의 존재 여부를 판단하기 위한 고유의 판단기준을 제시하는 것은 쉽지 않을 것이다.

사업의 종류와 성질에 따라 안전확보를 위하여 소요하여야 하는 비용이나 노력 등이 매우 상이할 수 있으며, 동일한 사업을 수행하는 조직 사이에서도 안전의 확보와 효율성의 추구 사이에서 선택하는 타협점은 조직 경영자의 가치관이나 시장상황 등에 따라 매우 다르게 될 수 있을 것이다. 일반적으로 말한다면 안전 확보와 이윤 극대화라는 두 가지 목표는 서로 상충하게 되고, 어느 하나만을 달성하고자 한다면 그것이 안전이던 이윤극대화가던 기업은 파산할 수밖에 없다고 보게 될 것이다. 이윤을 극대화하려는 사고에 의한다면 재난발생을 회피할 수 없어서, 안전을 극대화하고자 한다면 경영효율을 높일 수 없어서 시장에서 퇴출될 것이기 때문이다.²⁷⁾ 따라서 모든 기업은 이윤 극대화와 안전 극대화의 중간 지점에서 타협점을 찾아야만 한다. 서비스나 재화의 공급 과정에 수반하여 발생하는 위험이 낮은 경우에는 안전 확보를 위하여 투자하는 비용을 줄이고 이를 효율성 제고를 위하여 투자할 수 있을 것이며, 그러한 위험이 높은 경우에는 이와는 반대의 전략을 선택하여야 할 것이다.

문제가 되는 것은 양자 사이의 절충점은 어느 하나만이 존재하는 것은 아니라 일정한 영역의 형태로 매우 넓게 분포하게 되고²⁸⁾, 이러한 넓은 선택가능한 범위 내에서 어느 지점에서 타협점을 찾을 것인가는 기업이 추진하는 사업의 종류와 성격, 경쟁기업의 존재 여부, 시장 상황, 기업 운영자의 가치관 등에 의하여 다르게 결정될 수 있다는 점이다. 안전과 효율 사이에 존재하는 수없이 많은 타협점 중에서 어느 것을 선택할 것인가는 고도의 경영판단을 요하는 사정에 해당할 것이라는 점을 고려한다면, 그러한 판단에 대하여 국가가 형벌권을 행사하여 그 허용한계치를 심사하는 것이 바람직한가에 대하여서도 의문이 제기될 수 있을 것이다.²⁹⁾ 성문의 법률을 적용하는 것을 주된 임무로 하는 법원에서 이와 같은 모든 사정을 고려하여

27) James Reason, 각주 6의 책, 4 이하

28) James Reason, 각주 6의 책, 4 이하

29) 위험과 이윤추구 사이의 한계영역에 대한 판단은 고도의 경영판단으로서 그것이 지나치게 어느 한 측면에 치우치지 않는 한 사법심사의 대상에서 배제될 가능성이 높다. 배임죄 성부와 관련하여 이러한 문제를 심사한 판결로는 예컨대 대법원 2004. 07. 22. 선고 2002도4229 판결 참조.

효율과 안전의 한계점을 확정하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다.

다. 사후적으로 안전경시문화의 존부를 판단함에 따르는 문제점

안전경시문화를 구성원이 공유하는 가치관념이나 태도 등으로 정의하는 이상 그 자체만으로는 아무런 법익침해 내지 법익침해의 위험성을 발생시킬 수 없다고 보게 될 것이다. 따라서 재난 등 법익침해의 결과가 발생하거나 그에 준하는 사건이 발생하지 아니하는 한 어느 조직 등의 내부에 안전경시문화가 형성되어 있다고 하여도 그러한 사실만으로 형벌권을 행사할 수는 없을 것이다. 안전경시문화는 재난이나 이에 준하는 사건 등이 발생한 경우에 비로소 형벌권 행사의 요건이 될 수 있다고 보아야 하는 것이다. 그런데 재난이 발생한 이후 사후적으로 안전경시문화의 존재 여부를 심사하게 된다면 거의 언제나 당해 조직 등 시스템 운영주체 내부에 안전경시문화가 존재하였다는 결론으로 이어질 우려가 크다는 점을 지적하여야만 할 것이다. 지극히 예외적인 경우를 제외한다면 재난은 다계층적 방어가 올바르게 기능하지 아니하고 위험관리체계가 총체적으로 실패한 때 비로소 발생하게 되는데, 재난이 발생하였다는 사실이 곧 안전경시문화의 존재를 추정하도록 하는 가장 강력한 근거가 되기 때문이다.

재난이 발생하였다는 사실을 고려대상에서 제외한다고 하여도 법원이 사후적으로 심사를 하는 과정에서 조직문화의 인식근거가 되는 다양한 행동규범과 관행, 경영지침, 방침 등의 요소 중에서 안전을 경시하는 요소를 발견해내는 것은 그다지 어려운 일이 아닐 것이다. 사전적 관점에서 판단한다면 조직 등 시스템 운영주체 내부에 존재하는 무수히 많은 안전친화적인 요소와 안전경시적 요소 중에서 어느 것이 보다 더 구성원의 구체적인 행동방식에 영향을 미치는가를 판단하는 것이 매우 어려울 것이지만, 재난 발생 이후의 사후적인 심사과정에서는 안전경시적인 요소가 존재하였다는 사정만이 강조될 위험성이 큰 것이다. 결과적으로 본다면, 안전경시문화를 조직 등 시스템 운영주체를 형사처벌하기 위한 요건으로 도입한다면 이것은 거의 언제나 당해 조직 등에 대한 형사처벌을 가능하게 하고 이를 정당화시켜주는 역할을 하게 되는 결과로 이어질 우려가 있는 것이다.

이에 대하여서는 형법상 과실 판단에서와 동일하게 행위 당시를 기초로 하여 객

관적 사후예측의 방법으로 안전경시문화의 존부를 판단한다면 사후적 판단으로 인하여 야기되는 문제점을 극복할 수 있을 것이라는 반론이 제기될 수도 있을 것이다. 행위 당시 행위자의 위치에 있는 신중한 일반인의 입장에서 여러 요소를 고려하여 판단할 때, 시스템 운영주체 내부의 문화가 안전중시적인 것인지 아니면 안전경시적인 것인지를 여부를 판단하도록 하자는 주장이 제기될 수 있는 것이다.³⁰⁾ 그러나 경험적 연구결과에 의한다면 이와 같은 형태의 주장은 현실에서는 타당성을 인정받기 곤란할 것으로 보인다.

재난연구자들은 사후적 판단이 가지는 한계를 설명하기 위하여 흔히 피쉬호프(Baruch Fischhoff)의 사후적 판단의 오류(hindsight bias)에 관한 연구를 인용한다. 이 연구에서는 일단 어떠한 결과가 발생하였는지에 대한 정보를 습득하게 된다면 판단자는 본인의 의지 여부와 무관하게 사건진행과정을 예측함에 있어서 자신이 습득한 정보를 고려하게 된다는 점을 실증적 실험을 통하여 보여준다.³¹⁾ 판단자가 행위 당시 행위자의 입장으로 돌아가서 발생한 결과를 고려하지 않고 사건의 진행과정을 예측하려고 노력한다고 하여도 결과적으로는 언제나 자신이 알고 있는 사건의 진행과정 내지 발생한 결과에 대한 정보를 고려하여, 즉 발생한 결과에 부합하는 방향으로 판단을 내리게 된다는 것이다. 이것은 곧 사후적으로 판단을 하게 된다면 정보선별에 있어서 결코 공정한 판단을 내릴 수 없다는 것을 의미하게 된다. 행위 상황에는 무수히 다양한, 서로 상충하는 결론으로 이어질 수 있는 정보가 동시에 존재하지만, 사건이 실제로 어떻게 진행했는지를 알고 있는 판단자의 입장에서는 행위 상황에 존재하는 정보 중에서 실제 발생한 결과로 이어지게 되는 정보만을 선별하여 그러한 정보에 대하여 다른 정보보다 더 중요한 가치를 부여하게 된다는 것이다.

사후적 판단의 오류 이론에 의한다면 객관적 사후예측의 방법을 통하여 시스템 운영주체 내부에 존재하는 문화가 안전친화적인 것이었는지 안전경시적인 것이었는지를 여부를 객관적으로 판단하려고 시도한다고 하여도, 결과적으로 판단자는 시스템 운영주체 내부의 문화가 안전경시적인 것이었다고 판단하게 될 가능성이 매우

30) 객관적 사후예측에 대하여서는 Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, 11/40 이하 참조.

31) Baruch Fischhoff, "Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty", *Journal of Experimental Psychology: Human perception and performance*, 1(3), 1975, 288 이하

높을 것이다. 안전경시문화를 형벌권 행사의 요건으로 하는 경우 이것은 범죄현상과 비범죄현상을 구별하는 기준으로 작동하기 보다는, 형벌권 행사를 사후적으로 정당화시켜주는 역할만을 수행하게 될 위험성이 있는 것이다.

라. 처벌을 통한 안전중시문화의 형성가능성

재난 예방에 있어서 조직 내부에 존재하는 안전문화가 갖는 중요성은 이른바 고신뢰조직(HRO, high reliability organization)에 대한 연구를 통하여 더욱 강조되게 되었다.³²⁾ 연구자들은 고신뢰조직에서는 조직 차원에서는 물론 위험관리자 개인의 차원에서도 변화하는 현실을 고려하면서 기존의 위험관리방법을 개선·보완하고 새로운 위험관리방법을 고안해내는 작업이 지속적으로 이루어지고 있으며, 위험에 대한 이러한 적극적인 대응이 고신뢰조직이 오랜 기간 안전성을 유지할 수 있는 근원적 원인에 해당한다고 설명하고 있다.³³⁾ 그리고 이와 같은 적극적인 대응은 조직이나 단체의 구성원 모두가 안전중시문화를 공유하고 있기에 가능한 것이라고 설명한다.³⁴⁾

조직 등 시스템 운영주체 내부에 형성되어 있는 안전경시문화에 대하여 형법적 대응이 이루어져야 한다고 본다면 그 목적은 안전경시문화가 형성되는 것을 방지하고 더 나아가 안전중시문화가 형성되도록 하는 데에 있을 것이다. 그런데 해악의 부

32) 성공적인 시스템 위험관리를 위하여서는 시스템 운영과정에서 발생하는 가벼운 사건이나 사고 등을 통하여 위험관리체계의 문제점을 밝혀내고 이를 수정, 보완하는 작업이 끊임없이 진행되어야만 한다. 그런데 일부 사회적·기술적 시스템에서는 시스템 내부의 부분적인 실패가 곧바로 재난으로 이어질 가능성이 매우 높아서 시행착오 이외의 다른 전략을 통하여 시스템의 안전을 확보할 것이 요구된다. 이러한 조직에 해당하면서도 오랜 기간 별다른 재난을 야기하지 아니하고 안전을 유지하여 온 조직들이 있는데, 재난 연구자들은 이러한 조직을 고신뢰조직(HRO, high reliability organization)으로 지칭하고 있다. 고신뢰조직의 의미 등에 대하여서는 Todd R. LaPorte, Paula M. Consolini, "Working in Practice but Not in Theory: Theoretical Challenges of High-Reliability Organizations", *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART* 1(1), 1991, 19 이하 참조

33) Todd R. LaPorte, Paula M. Consolini, 위 각주의 글 19 이하; Karl E. Weick, Kathleen M. Sutcliffe, David Obstfeld, "Organizing for High Reliability: Processes of Collective Mindfulness", in: Arjen Boin (ed.), *Crisis Management Volume III*, SAGE Publications Ltd, 2008, 36 이하 참조

34) Karl E. Weick, Kathleen M. Sutcliffe, David Obstfeld, 위 각주의 글, 36 이하

과라는 형벌의 성질에 비추어 볼 때 형벌 부과를 통하여 고신뢰조직 내부에서 이루어지는 것과 같은 적극적이고 창조적인 활동을 이끌어낼 수 있을 것인지에 대하여 의문이 제기될 수 있을 것이다. 해악으로서의 형벌을 부과하는 것은 행위자에 대하여 사회적으로 보아 승인될 수 없는 행위유형을 선택가능한 행위유형 중에서 배제하도록 강제하는 데에 그 목적이 있는 것인데, 형벌이 이것을 넘어서서 바람직한 행위를 선택하도록 하는 기능을 수행하기는 곤란해 보이기 때문이다.

나아가 재난 연구자들은 형벌과 같은 제재수단의 사용이 안전중시문화가 아니라 안전경시문화를 형성하는 방향으로 작용하게 된다고 주장하고 있다는 사실도 지적하여야 할 것이다. 예컨대 웨스트럼(Ron Westrum)은 안전문화의 형성에 있어서 안전관련 정보의 자유로운 교환이 매우 중요하다는 점을 강조하면서, 조직 내부에서 안전관련 정보가 원활하게 유통되는가의 여부에 따라 조직문화를 병리적 문화, 관료적 문화, 생성적 문화로 분류하였다.³⁵⁾ 그리고 인적·기술적 실패가 발견되었을 때 제재수단을 통하여 이에 대응하는 것을 병리적 문화의 대표적인 현상으로 제시하였다. 실패에 대하여 제재를 가하게 되면 이것은 구성원들로 하여금 실패원인을 규명하기 위하여 필요한 정보를 은폐하도록 하는 결과를 가져오게 되어 결국 실패를 통한 위험관리체계의 개선을 사실상 불가능하게 만들 것이기 때문이다.

인적·기술적 실패를 야기한 자에 대하여 제재가 부과하게 되면 이것은 곧 중립적인 조사기관에 의하여 이루어지는 재난발생의 원인에 대한 조사과정에서 정보수집을 어렵게 만들고, 결과적으로 재난발생의 원인을 올바르게 규명하는 데에도 장애가 될 것이라는 점도 강조되고 있다.³⁶⁾ 이와 같이 제재수단의 사용이 올바른 안전문화 형성에 있어서 역기능을 유발할 수도 있음을 고려한다면, 가장 강력한 제재수단에 해당하는 형벌권을 행사함에 있어서는 더욱 더 신중한 접근이 필요하다고 보아야 할 것이다.

35) 이하의 설명은 Ron Westrum, "Cultures with requisite imagination", Verification and validation of complex systems: Human factors issues, 1993, 402 이하 참조

36) Sidney Dekker, 각주 13의 책, 103 이하

3. 위험평가 및 관리의무의 올바른 이행 여부에 기초한 형법적 대응

가. 조직 등 시스템 운영주체가 부담하는 총체적 위험지배의무

조직 등 시스템 운영주체 내부에 안전경시문화가 존재하고 있으며, 직접적으로든 간접적으로든 그것이 위험관리 실패를 야기하고 결국 법익침해의 결과를 발생시키게 되었다는 것을 확인하는 것은 존재하는 사실관계를 확정하는 작업에 해당한다. 그런데 사실관계의 존재 그 자체에 대하여 형벌을 부과하는 것이 합목적적이지 않다는 점을 고려한다면, 안전경시문화가 존재하고 그로 인한 법익침해의 결과가 발생하였음을 확인하는 것만으로는 형벌을 부과하기에 충분하다고 할 수 없을 것이다. 예방적 관점에서 볼 때 형벌은 과거의 의무불이행에 대한 제재로서, 그리고 장래 의무이행을 확보하기 위한 강제수단으로서 사용될 때에만 그 의미를 인정받을 수 있는바, 재난에 대한 형법적 대응방안을 마련하기 위하여서는 누가 어떠한 의무를 이행하지 아니하여 방벽이 올바르게 기능하지 않게 되고 다계층적 방어가 허물어지게 되는지를 확인할 필요가 있을 것이다.

시스템 위험관리 과정에서는 다수의 개인이 관여하게 되지만, 개인은 단지 개별화되고 구체화된 위험관리의무를 부담할 뿐이며 시스템 위험관리가 올바르게 이루어지도록 할 포괄적인 의무 그 자체를 부담하는 것으로 볼 수는 없다. 특정한 개인이 아니라 조직 등 시스템 운영주체가 시스템 운영과정에서 발생하는 위험을 올바르게 평가하고 관리할 총체적이고 포괄적인 의무, 즉 총체적 위험지배의무를 부담하는 것이다.³⁷⁾ 총체적 위험지배의무는 형식적으로 위험을 적절히 관리할 수 있는 체계를 마련할 의무와 실질적으로 안전을 중시하는 내부문화의 형성을 유도할 의무로 나누어 볼 수 있을 것이다.

총체적 위험지배의무의 형식적인 측면은 위험평가 및 관리의무로 구체화된다. 위험평가의무가 시스템의 운영과정에서 발생하는 위험의 종류와 성질을 올바르게 파악할 의무를 의미한다면, 위험관리의무는 위험을 적절히 관리되기 위하여 필요한 일체의 조치를 취할 의무를 의미하게 된다. 위험관리의무에는 예컨대 위험의 효과적

37) 이하에서 소개하는 총체적 위험지배의무의 내용에 대한 보다 상세한 설명은 김호기, “법익적대적 법인문화, 위험관리 실패와 법인의 형사책임”, 형사정책연구 제22권 제4호, 2011, 18 이하 참조

이고 체계적인 관리를 가능하도록 하는 위험관리체계를 형성할 의무, 위험관리업무를 적절히 개별화하고 구체화하여 이를 개개의 구성원들에게 분배할 의무, 개별적인 위험관리업무가 올바르게 수행되고 있는지를 지속적으로 관리·감독할 의무 등이 포함된다. 사용가능한 자원의 수급상황, 자연환경, 시장의 경쟁상황, 시스템 운영인력의 숙련도 등 시스템이 운영되는 환경은 끊임없이 변화하게 되며 이와 더불어 시스템 운영과정에서 발생하는 위험의 종류나 성질도 함께 변화하게 된다. 따라서 위험이 적절히 관리되기 위하여서는 지속적으로 위험에 대한 평가가 이루어지고 평가 결과에 상응하도록 위험관리방법이 끊임없이 개선되고 보완되어야만 한다. 즉 위험 평가 및 관리의무는 시스템이 운영되는 동안 지속적으로 이행되어야 하는 것이다. 총체적 위험지배의무의 사실적인 측면은 적극적으로 조직 등 시스템 운영주체 내부의 문화가 안전지향적으로 형성되도록 할 의무와 소극적으로 안전경시문화가 형성되는 것을 방지할 의무로 나뉘볼 수 있을 것이다. 후자는 특히 조직 등 시스템 운영주체에 대하여 안전을 경시하는 하부문화가 형성되지 않도록 할 의무를 부과할 것인가와 관련하여 중요한 의미를 갖게 된다.

적절한 위험관리체계를 형성하고 유지할 의무는 총체적 위험지배의무의 형식적인 측면에 해당하는 반면, 조직 등 시스템 운영주체 내부에 안전을 중시하는 문화가 형성되도록 할 의무는 총체적 위험지배의무의 실질적인 측면에 해당하는바, 양자는 원칙적으로 서로 구별되어야 한다. 그런데 경우에 따라서는 안전경시문화의 존재를 추정하도록 하는 사실이 적절한 위험관리체계를 형성, 유지하여야 하는 의무가 올바르게 이행되고 있지 아니함을 추정할 수 있도록 하는 사실에도 해당할 수 있다. 예를 들어 안전을 확보하기 위하여 설치된 기계장치가 오작동을 반복하여 이를 오프 상태로 해놓고 업무를 수행하는 것이 관행화되어 있다는 사실은 안전경시문화의 존재를 추정하도록 하는 사실에도 해당하고, 위험관리체계가 적절히 형성, 유지되고 있지 아니함을 추정하도록 하는 사실에도 해당할 것이다.

그러나 총체적 위험지배의무의 형식적인 측면과 실질적인 측면은 내용적으로도 구별되며, 각각의 의무이행을 위하여 요구되는 구체적인 조치도 다르기에 양자는 분리하여 파악하는 것이 타당하다. 예컨대 올바른 위험관리체계의 형성, 유지에 있어서는 경영자 기타 의사결정권자와 같이 시스템 조직구조 자체에 대하여 영향을

미칠 수 있는 지위에 있는 자의 역할이—일선에서 위험관리업무를 수행하는 자의 역할과 비교하여 볼 때—훨씬 더 중대한 의미를 지니게 된다. 그러나 안전중시문화의 형성에 있어서는 구성원 전체의 협력이 필수적으로 요구된다. 나아가 위험평가 및 관리가 올바르게 이루어지고 있는가를 판단하는 자료가 되는 사실관계와 안전경시문화가 형성되어 있는가의 여부를 판단하는 자료가 되는 사실관계가 언제나 서로 일치하는 것도 결코 아니다. 예컨대 조직의 특정한 부서에 속하는 구성원들 사이에 안전을 도외시하고 성과만을 강조하는 업무집행관행이 만연해 있다는 사실이나 경영자가 성과지상주의에 입각하여 조직을 운영하여 왔다는 사실 등은 안전경시문화의 존재를 추정하도록 하는 사실에는 해당하지만, 그것만으로 조직 등 시스템 운영주체가 위험평가 및 관리의무를 올바르게 이행하지 아니하였다고 말할 수는 없을 것이다. 그러한 사정은 시스템 운영과정에서 발생하는 위험에 대한 평가 내지 관리와 직접적으로 결합되어 있지는 않기 때문이다.

앞에서 살펴본 바 있는 안전경시문화에 기초한 시스템 운영주체 형사처벌론은 조직 등 시스템 운영주체가 부담하는 총체적 위험지배의무의 내용 중에서도 안전을 중시하는 내부문화를 형성하고 유지할 의무에 주목하는 이론이라고 말할 수 있을 것이다. 그러나 안전경시문화의 의미의 추상성 등의 문제를 고려해 본다면 총체적 위험지배의무의 또 다른 내용에 해당하는 위험평가 및 관리의무의 불이행 여부에 주목하는 것이 보다 바람직할 것이다.

나. 사건, 사고, 준사고 등의 반복적 발생과 위험평가 및 관리의무의 이행 여부

다계층적 방어가 이루어지는 시스템에서는 인적·기술적 실패가 발생하여 위험관리의 국지적 실패가 있게 되어도 시스템의 안전 그 자체가 위협받지는 않게 된다. 그리고 이로 인하여 시스템 운영과정에서 인적·기술적 실패가 발생하여도 이를 묵인 내지 간과하고 넘어가는 상황이 발생할 수도 있다. 그런데 이와 같은 인적·기술적 실패의 발생 및 그에 대한 부적절한 대응이 오랜 기간 지속되거나 반복적으로 발생하게 된다면 이와 더불어 설치된 모든 방벽에서 인적·기술적 실패가 동시에 발생하고 결국 재난이 야기될 가능성도 증가하게 될 것이다. 다계층적 방어는 재난발생을 예방하는 핵심적인 기능을 수행하지만, 이와 더불어 그 자체에 이미 다계층적

방어가 실패하고 재난이 발생하는 방향으로 작용할 수 있는 계기가 포함되어 있는 것이다.³⁸⁾ 이러한 다계층적 방어에 내재하는 역기능에 대응하기 위하여서는 인적·기술적 실패가 발생하였을 때 그러한 발생사실을 탐지해내고, 발생원인을 분석하고, 그러한 실패가 반복되지 않도록 시스템 위험관리체계를 개선하는 작업이 지속적으로 이루어져야만 한다.

시스템 운영과정에서 인적·기술적 실패가 발생하였음에도 불구하고 그러한 발생 사실 자체가 외부로 알려지지 않고 있거나 실패에 대응하기 위한 적절한 조치가 취해지지 않고 있다면 이것은 조직 등 시스템 운영주체가 총체적 위험지배의무를 올바르게 이행하고 있지 않다는 것을 의미하게 될 것이다. 조직 등 시스템 운영주체가 부담하는 총체적 위험지배의무의 내용에 해당하는 위험관리의무에는 시스템 내부에서 인적·기술적 실패가 발생하였을 때 이를 탐지하고 동일한 실패가 반복하여 발생하는 것을 방지할 수 있도록 위험관리체계를 개선하고 보완하여야 하는 의무가 포함되어 있다고 보아야 하기 때문이다.

이러한 관점에서 볼 때 총체적 위험지배의무의 내용이 되는 위험평가 및 관리의무의 이행 여부를 판단함에 있어서는 재난에 앞서 발생하는 사건, 사고 내지 준사고(incident, accident, near miss; 이하에서는 “사고 등”으로 지칭함) 등에 주목할 필요가 있을 것이다. 정상적으로 기능하던 다계층적 방어가 어느 시점에 돌연히 실패하여 재난이 야기되는 것은 이례적인 현상에 해당하며, 재난이 발생하기에 앞서 경미한 사고에서 재난에 준하는 사고에 이르기까지 무수히 많은 사고 등이 발생하는 것이 보다 일반적인 현상에 해당한다. 이와 같은 재난발생과정의 특징을 설명함에 있어서는 하나의 중대한 재난이 발생하기에 앞서 29개의 근소한 법익침해를 수반하는 사고가 발생하고, 이에 앞서 300개의 아무런 법익침해를 수반하지 아니하는 사고가 발생한다는 하인리히(Herbert William Heinrich)의 삼각형 모델이 흔히 인용되곤 한다.³⁹⁾ 그런데 이와 같이 시스템 운영과정에서 사고 등이 반복적으로 발생하고 있음에도 불구하고 그에 대한 대응이 올바르게 이루어지고 있지 않다면 그것은 총

38) Jens Rasmussen, 각주 14의 글, 45 이하

39) 다만 오늘날의 연구결과에 따르면 하인리히의 피라미드 설명이 현실에 부합하는 것은 아니라고 한다. 이에 대하여서는 예를 들어 Fred A. Manuele, “Reviewing Heinrich: Dislodging two myths from the practice of safety”, Professional Safety 56/10, 2011, 52 이하 참조

체적 위험지배의무, 그 중에서도 특히 위험평가 및 관리의무가 올바르게 이행되지 않고 있음을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 동일하거나 유사한 유형의 사고 등이 반복적으로 발생하고 있다는 사실은 곧 시스템 내부에 존재하는 위험관리체계가 그러한 유형의 위험을 관리하기에 적절하지 아니한 형태로 형성되어 있다는 사실을 추정할 수 있게 해주는 강력한 근거에 해당하기 때문이다.

물론 위험평가 및 관리체계가 적절히 형성되어 있는 때에도 불가피하게 사고 등이 발생하는 경우도 존재하는바, 사고 등이 발생하였다는 사실이 곧 위험관리체계의 하자 내지 흠결을 의미하는 것으로 해석할 수는 없을 것이다. 시스템이 환경의 변화에 대응하는 과정에서 예측하지 못한 인적·기술적 실패가 발생하는 것은 사회적·기술적 시스템의 운영과정에 수반하는 불가피한 현상에 해당하기 때문이다. 따라서 사고 등이 단지 일회성으로 발생한 경우에는 그것만으로 곧바로 위험관리의무의 불이행이 있다고 보는 것은 적절하지 않을 것이다. 사회적·기술적 시스템의 운영과정에서 발생하는 위험에 대하여 다계층적 관리가 이루어지고 있다는 사정을 고려할 때에도 일회성의 인적·기술적 실패에 대하여 형법적으로 대응하여야 할 필요성은 크지 않다고 보아야 할 것이다. 물론 경우에 따라서는 일회적인 사건, 사고에 대하여서도 그것이 위험관리체계의 중대한 흠결 내지 미비에 기인한 것이라면 예외적으로 형벌권의 행사가 필요하다고 볼 여지도 있을 것이다. 이와는 달리 유사한 유형의 사고 등이 반복적으로 발생하는 경우에는 조직 등 시스템 운영주체가 그에게 부과된 위험평가 및 관리의무, 즉 총체적 위험지배의무를 충실히 이행하고 있지 아니하다고 볼 여지가 클 것이다.

위험관리체계의 결함에 기인하여서가 아니라 위험관리업무를 수행하는 자의 개인적 귀책사유에 의하여 인적 실패가 야기된 때에는 시스템 운영주체에 대하여 형사책임을 부담시킬 필요성이 부인되는 경우가 많을 것이다. 예컨대 업무 효율을 높이기 위하여 적절한 안전장치를 사용하지 아니하고 업무를 수행하던 도중 사고가 발생하였는데 그것이 가능한 이른 시간 내에 업무를 종료하고 나머지 시간에 사적인 업무를 처리하고자 하는 업무집행자의 개인적 동기에 의한 것이었던 경우가 그러한 예에 해당한다. 다만 이러한 유형의 사건 내지 사고라고 할지라도 그것이 오랜 기간 반복적으로 발생하고 있음에도 불구하고 그에 대응하기 위한 조치가 취해지지

않고 있었더라면 시스템 운영주체가 위험관리의무가 충실히 이행하지 않고 있다고 판단할 여지가 증가하게 될 것이다.

시스템 운영과정에서 무수히 많은 유형의 사고 등이 발생할 수 있음을 고려한다면 형벌권 행사는 원칙적으로 재난발생 여부와 밀접하게 결합되어 있는 중대한 사고 등이 발생하는 경우, 즉 총체적 위험지배의무에 대한 중대한 위반이 있는 경우에만 허용된다고 보아야 할 것이다. 경미한 위반에 대하여서는 행정적 수단 등을 통하여서도 적절히 대응할 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 위험관리체계의 구조적 문제로 인하여 사건이나 사고 등이 반복하여 발생하고 있음이 확인되면 현실에서 재난이 야기되었는가의 여부와 상관없이 형법적 수단의 사용이 가능하다고 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾ 재난 발생을 형벌권 행사를 위한 요건으로 보는 것이 아니라 형을 가중하는 사유에 해당하는 것으로 보는 것이다.

IV. 결론

이 글에서는 재난의 효과적인 예방을 위하여서는 일선에서 위험관리업무를 수행하는 개인에 대하여 비난을 가하고 이를 통하여 인적 오류 내지 인적 실패가 발생하지 않도록 심리적 강제를 가하는 것이 아니라 적절한 위험관리체계가 형성되고 유지되도록 하는 것이 타당하다는 전제 위에서 재난에 대한 형법적 대응방향을 검토하였다. 그리고 조직 등 시스템 운영주체가 시스템 운영과정에서 발생하는 위험에 대한 총체적이고 포괄적인 의무를 부담한다고 보아야 하며, 위험관리체계가 적절히 형성·유지되지 못하여 발생하는 재난에 대하여서는 개인이 아니라 조직 등 시스템 운영주체가 책임을 부담한다고 한다고 주장하였다. 이러한 주장의 연장선상에서 재난에 대한 형법적 대응방안을 모색함에 있어서는 조직 등 시스템 운영주체의 고유한 형사책임을 인정하는 방향으로 나아가는 것이 적절하다고 보았다. 그리고 이를 실현하기 위한 구체적인 방법으로 지금까지는 조직 등 내부에 존재하는 안전

40) 안전경시문화 그 자체에 주목하게 된다면 안전경시문화 개념의 모호성을 고려할 때 그것으로 인하여 재난 등 법익침해결과가 발생한 때에 비로소 형벌권의 행사가 가능하다고 보게 될 가능성이 높다.

경시문화가 주된 검토대상이 되고 있어왔으나, 시각을 전환하여 평상시 발생하는 사건이나 사고, 준재난 등에 대하여 적절한 대응이 이루어지고 있는지의 여부에 주목할 것을 제안하였다. 유사한 사고 등이 반복적으로 발생하고 있다는 사실은 곧 위험관리체계에 결함이 있음을 추정하도록 하는 사실에 해당하기 때문이다.

이 글에서는 일선에서 위험관리업무를 수행하는 개인에 대하여 형벌을 부과하는 것은 시스템 위험관리의 현실을 고려하지 않는 것으로서 적절하지 아니하고 재난예방에도 별다른 도움이 되지 않을 것이라고 보았다. 그런데 이와 더불어, 시스템 위험관리 실패에 대하여 조직 등 시스템 운영주체의 형사책임이 인정되는 경우 보다 효과적으로 위험관리체계가 개선되도록 하기 위하여 추가적으로 경영자 기타 의사결정권자에 대하여서도 형사책임을 부담시키는 것이 타당한가의 여부가 검토될 필요가 있을 것이다. 일선에서 위험관리업무를 수행하는 개인이 시스템 위험관리체계의 단지 일부 기능을 담당하는 데에 그치는 것과는 달리 경영자 기타 의사결정권자는 올바른 위험관리체계의 형성 여부 자체에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음을 고려할 때 경영자 기타 의사결정권자에 대한 형사처벌 가능성을 마련한다면 보다 효과적인 시스템 위험관리가 가능해질 것이라는 주장이 제기될 수도 있기 때문이다. 경영자에게 적절한 위험관리체계를 형성하고 유지하도록 하는 형법적 의무를 인정하는 것이 가능하고 필요한가를 둘러싼 여러 문제들에 대하여서는 지면의 제약을 고려하여 별도의 연구를 통하여 보다 상세히 살펴보려고 한다.

참고문헌

- 감사원, “세월호 침몰사고 대응 및 연안여객선 안전관리감독실태”, 2014. 10.
- 해양안전심판원, “여객선 세월호 전복사고 특별조사 보고서”, 2014. 12.
- 김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 형사법의 신동향 통권 제46호, 2015. 3, 113~181
- 김재윤, “영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점”, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014. 12, 181~218
- 김호기, “법외적대적 법인문화, 위험관리 실패와 법인의 형사책임”, 형사정책연구 제22권 제4호, 2011, 5~35
- 김호기, “재난발생의 직접적인 원인야기자에 대한 중한 형의 부과를 통한 재난예방 가능성: 사회적/기술적 시스템에서의 위험지배의 구조와 형법의 역할”, 형사정책연구 제25권 제3호(2014년 가을호), 89~125
- 김호기, “재난에 대한 형법적 대응—과실범, 추상적 위험범 형식의 형벌규정을 이용한 재난에 대한 형법적 대응의 적정성 검토—”, 피해자학연구 제23권 제2호(2015. 8), 153~174
- 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토: 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 305~328
- 김호기·김택수·최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)—주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2010
- 박광민, “기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015, 69~96
- 원혜옥, “기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 195~222
- International Nuclear Safety Advisory Group, Basic Safety Principles for Nuclear Power Plants. 75-INSAG-3 Rev. 1(INSAG-12), 1999

- International Nuclear Safety Advisory Group, Defence in Depth in Nuclear Safety (INSAG-10), 1996
- National Transportation Safety Board, “Accident Report, NTSB/AAR-14/01, PB2014-105984”, June 24, 2014
- United States. President’s Commission on the Accident at Three Mile Island, “The need for change, the legacy of TMI: report of the President’s Commission on the Accident at Three Mile Island”, 1979. 10.
- Jens Rasmussen, “Learning from experience? How? Some research issues in industrial risk management”, in: Bernhard Wilpert(ed.)/Thoralf Qvale(ed.), Reliability and Safety in Hazardous Work Systems: Approaches to Analysis and Design, Psychology Press, 1993.
- Baruch Fischhoff, “Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty”, Journal of Experimental Psychology: Human perception and performance, 1(3), 1975, 288~299.
- Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971.
- Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007.
- Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., Munchen: C. H. Beck, 2006.
- David D. Woods, Sidney Dekker, Richard Cook, Leila Johannesen, Nadine Sarter, Behind Human Error, 2nd ed., Ashgate Publishing, Ltd., 2010.
- Douglas A. Wiegmann, Hui Zhang, Terry L. von Thaden, Gunjan Sharma, Alyssa Mitchell Gibbons, “Safety culture: An integrative review”, The International Journal of Aviation Psychology 14(2), 2004, 117~134.
- Eduardo Salas, Florian Jentsch (Ed.), Human Factors in Aviation, 2nd ed., Academic Press, 2010.
- Erik Hollnagel, Barriers and accident prevention, Ashgate Publishing, Ltd., 2004
- Fred A. Manuele, “Reviewing Heinrich: Dislodging two myths from the practice

- of safety”, *Professional Safety* 56/10, 2011, 52~61.
- James Reason, “Achieving a safe culture: theory and practice”, *Work & Stress* 12/3, 1998, 293~306.
- James Reason, *Human Error*, Cambridge University Press, 1990.
- James Reason, *Managing the Risks of Organizational Accidents*, Ashgate Publishing, Ltd., 1997.
- James Reason, *The Human Contribution*, Ashgate Publishing, Ltd., 2008.
- Karl E. Weick, Kathleen M. Sutcliffe, David Obstfeld, “Organizing for High Reliability: Processes of Collective Mindfulness”, in: Arjen Boin (ed.), *Crisis Management Volume III*, SAGE Publications Ltd, 2008, 31~66.
- Klaus Marxen/Martin Böse, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1*, 3. Aufl., 2010.
- Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 4. Aufl., 2014.
- Ron Westrum, “A typology of organisational cultures”, *Quality and safety in health care* 13(suppl II), 2004, ii22~ii27.
- Ron Westrum, “Cultures with requisite imagination”, *Verification and validation of complex systems: Human factors issues*, 1993, 401~416.
- Todd R. LaPorte, Paula M. Consolini, “Working in Practice but Not in Theory: Theoretical Challenges of High-Reliability Organizations”, *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART* 1(1), 1991, 19~48.

The Role of Criminal Law in the Context of Risk Management of Complex Systems

Kim, Ho-Ki*

Accidents happen when multiple layers of defense collapse. That is, the emergence of accidents should be attributed not to culpable acts committed by those at sharp end, but to the total failure of risk management. If it is accepted that appropriate measures should be taken to improve the current criminal justice system to control the risk of complex systems, it should be oriented not to individuals, but to organizations which are in charge of the proper operation of a system. Criminal response with regard to accidents should be aimed to strengthen the system invulnerability, not to blame and punish those who work at sharp end.

Safety culture, understood as assembly of characteristics and attitudes in organizations and individuals, is regarded as playing a crucial role in accident causation. Accordingly the corporate culture model has been developed or adopted in some legislations to create a novel form of organizational criminal liability. But, considering the vagueness and overbreadth of organizational culture, it might not be appropriate to resort to the notion of culture to establish the criminal responsibility of organizational entities.

It would be better to pay more attention to incidents and near-misses in the pre-accident phase. Most accidents are preceded by many, or at least several, far less serious events. When same kinds of incidents and near misses occur repeatedly, it is considered as symptoms which indicate that there are some holes in the risk management plan. To make up for the holes in the defensive layers, close call events such as incidents and near-misses should be reported and carefully

* Associate Professor, Law School, University of Seoul.

investigated. It could help make a system more invulnerable to accept the criminal liability of organizational entities for the failure to detect erroneous states and take the necessary measures to avoid negative consequences

❖ Keyword: Sewol ferry, corporate culture, safety culture, corporate criminal liability, corporate manslaughter, corporate homicide