

## 산업안전과 형법 : 산업재해의 예방을 위한 형법의 역할\*

우희숙\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

산업안전보건법 제23조 제3항은 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험으로부터 근로자를 보호하기 위하여 사업주의 위험방지조치의무를 규정하고 있다. 이는 사업주가 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등으로부터 발생할 수 있는 위험을 ‘사전에’ 예방하지 않으면, 근로자에게 상해나 사망의 결과가 발생할 수 있다는 것을 전제로 한다. 그리고 이러한 전제를 뒷받침하는 것이 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생 ‘현황’」이다.

이처럼 「산업재해 발생 ‘현황’」을 근거로, ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험을 추상적 위험범 형식을 통해 방지하려는 산업안전정책은 다음과 같은 점을 전제하고 있다. 즉 사업주나 실제 행위자로 하여금 위와 같은 위험에 대한 주의를 환기시키고, (주의)의무위반에 대하여 형벌을 투입하면 산업재해가 감소할 것이라고 말이다. 이는 산업재해의 발생 ‘원인’을 사업주나 실제 행위자의 (주의)의무위반의 문제로 보는 것을 의미한다.

그러나 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생 ‘현황’」은 실질적으로 산업재해 ‘인정’ 통계로서 그 원인을 정확하게 포착하지 못한다. 그리고 이를 근거로 한 전형적인 형법적 대응방안은 구조적 한계로 인하여 실패를 노정할 수밖에 없다. 더욱이 이러한 구조적 한계는 집행의 한계로도 이어지는데, 이 경우 사업장에는 위험방지조치를 반드시 이행하여야 할 필요가 없다는 통념이 형성되어 ‘그 자체’ 유해·위험을 일으키는 잠재적 요인으로 작동할 가능성이 높다. 그러므로 이러한 문제를 해결하고 산업재해를 효율적으로 예방하기 위해서는 인간 공학(human factors)의 관점에서 산업재해의 발생 ‘원인’을 과학적으로 접근하고, 이에 대한 적절한 (형)법적 대응방안을 마련할 필요성이 있다.

❖ 주제어 : 산업재해, 인간 공학, 휴먼 에러, 위반, 위험성평가

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5B5A01014490)

\*\* 주저자, 강원대학교 비교법학연구소 학술연구교수, 법학박사

## I. 문제상황

산업재해가 발생하면 가장 먼저 대두되는 것은 명확한 ‘책임자’ 파악이다. 그리고 그 책임자에게 (형)법적 책임을 지움으로써 산업재해를 예방할 수 있다는 심리적 안정을 얻는다.<sup>1)</sup> 물론 이와 더불어 형벌조항의 신설이나 법정형 가중에 대한 요구는 항상 뒤따른다. 그렇다면 이러한 <산업재해의 발생 → 법의 제정 → 책임자 파악 및 처벌 → 법의 개정>이라는 일련의 구조는 산업재해의 예방에 효율적이었나? 이러한 질문에 정부는 항상 ‘산업재해율’ 및 ‘사고사망만인율’로 답해왔다. 즉 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생현황」에 따르면, 앞의 질문에 대한 답은 ‘(표면적으로는) 그렇다’이다.

〈표 1〉 산업재해 발생현황<sup>2)</sup>

구 분	2010년	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년	2017년 9월말
재해율	0.69	0.65	0.59	0.59	0.53	0.50	0.49	0.37
사고사망 만인율	0.78	0.79	0.73	0.71	0.58	0.53	0.53	0.41

즉 <표 1>을 통해 국내 산업재해율 및 사고사망만인율이 지속적으로 감소하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 그러나 여전히 사고사망만인율은 2014년 OECD 국가 평균인 0.30보다 높은 수준이다. 이에 정부는 2018년 1월 23일 「산업재해 사망사고 감소대책」에서, 2022년까지 사고사망만인율을 0.27로 감축하는 것을 목표로 설정하였다. 그리고 이러한 감축을 위해 ① 주체별 역할·책임 명확화 및 실천, ② 고위험 분야 집중관리, ③ 현장 관리·감독 시스템 체계화, ④ 안전인프라 확충 및 안전중시 문화 확산 4가지를 중점 추진과제로 제시하면서, 이러한 중점 과제가 신속히 이행될 수 있도록 법 개정을 추진한다고 밝혔다.<sup>3)</sup>

1) 정진우, 「안전심리」, 청문각, 2017, 158쪽. 산업안전보건법 또한 제1조에서 ‘산업안전·보건 기준의 확립’과 ‘책임 소재의 명확성’을 통해 산업재해를 예방하고자 하는 목적을 확실하게 밝히고 있다.

2) <표 1>은 2010년부터 2017년 9월말까지 고용노동부가 발표한 산업재해 발생현황을 참조하였다.

3) 관계부처 합동, 「산업재해 사망사고 감소대책」, 2018. 1. 23. 참조.

그리고 위와 같은 법 개정은 산업안전보건법상 사업주의 안전조치의무를 중심으로 진행된다. 예를 들어 발주자(건설)의 안전조치의무의 신설이라든가 도급 사업주의 안전조치의무의 확장 및 위반시 법정형 상향 등이 그것이다. 즉 정부는 산업재해를 2022년까지 절반으로 감소시키기 위하여, 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생현황」을 근거로 책임의 주체를 확장하고 그 의무위반에 대하여 형벌조항을 신설하거나 법정형을 가중하는 방향을 제시하고 있다. 그러나 이러한 전형적인 형법적 대응방안은 산업안전 선진국인 미국, 독일 등과 비교하였을 때 —산업안전 및 형법의 역할에 대한 문화적 차이를 고려하더라도— 의문이 발생한다. 더욱이 사업주 등의 안전조치의무를 법이나 규칙에 ‘사전에’ 규정하고, 추상적 위험범(제67조 제1호)이나 결과적 가중범(제66조의2)의 형식을 통해 규율하려고 하는 것은 이미 구조적 한계로 인하여 실패를 노정할 수밖에 없다. 그리고 이러한 구조적 한계는 더 나아가 집행의 한계로 이어져, 사업주 등으로 하여금 안전조치의무를 준수할 필요가 없다는 통념이 사업장에 형성되어 ‘그 자체’ 산업재해의 원인이 될 가능성이 높다.

이에 이하에서는 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생·현황」의 현실과의 괴리와 이를 근거로 한 형법적 대응방안이 그 구조적 및 집행상의 한계로 인하여 실패할 수밖에 없음을 확인하고자 한다. 그리고 이를 해결하기 위해서는 —고의범에 한정하여— 인간 공학(human factors)의 관점에서 산업재해의 발생 ‘원인’을 과학적으로 파악하고, 그에 대한 적절한 (형)법적 대응방안을 마련할 필요성이 있음을 환기시키고자 한다.

## II. 산업재해의 예방을 위한 현행법상 대응방안

산업재해를 예방하기 위해서는 우선 그 발생 ‘원인’을 (어느 정도) 정확하게 파악하여야 한다. 그러나 현재 (노동·형)법적 차원에서 산업재해의 발생 ‘원인’을 연구한 자료는 거의 찾아볼 수 없다. 다만 정부가 매년 발표하는 「산업재해 발생·현황」 및 현행법상 (형)법적 대응방안을 통해 간접적으로 추측할 수 있을 뿐이다. 이하에서는

지면의 한정으로 인하여, 전체 산업재해 중 가장 많이 발생하는 업종인 건설업을 중심으로, 그 유형 중에서도 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험을 예로 들어 설명하고자 한다. 그리고 이에 대한 현행법상 형법적 대응방안인 산업안전보건법 제23조 제3항을 중심으로 살펴보고자 한다.

## 1. 산업재해의 발생‘현황’

산업안전보건법 제23조 제3항은 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험으로부터 근로자를 보호하기 위하여 사업주의 위험방지조치의무를 규정하고 있다[추상적 위험법]. 이는 사업주가 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등으로부터 발생할 수 있는 위험을 ‘사전에’ 예방하지 않으면, 근로자에게 상해나 사망의 결과가 발생할 수 있다는 것을 전제로 한다. 그리고 이러한 전제를 뒷받침하는 것이 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생‘현황’」이다.

2016년 「산업재해 발생현황」을 살펴보자.<sup>4)</sup> 2016년 전체 사고 재해자수는 90,656명으로, 이 중 사고 재해자수는 82,780명이다. 이는 전년 대비 0.7%(570명) 증가한 수치이다. 그리고 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험이 두 번째로 많이 발생한 업종은 건설업인데, 이 업종에 종사하였던 재해자는 25,701명으로 전체 재해자수의 31.0%에 해당한다[참고로 가장 많이 발생한 업종은 기타 사업<sup>5)</sup>으로 재해자는 27,510명이며, 전체 재해자수의 33.2%에 해당한다]. 이 중 ‘떨어짐’에 의한 재해자수는 14,679명으로 전체의 17.7%를 차지하였다. 그리고 이러한 ‘떨어짐’에 의한 재해자수는 전년 대비 553명이 증가하였다.

한편 2016년 전체 사망자수는 1,777명으로, 이 중 사고 사망자수는 969명이다. 이는 전년 대비 1.5%(14명) 증가한 수치이다. 그리고 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험이 가장 많이 발생한 업종은 건설업인데, 이 업종에 종사하였던 사망자수는 499명으로 전체 사망자의 51.5%에 해당하며 가장 많이 발생하였다. 이 중 ‘떨어짐’에 의한 사망자수는 366명으로 전체의 37.8%를, ‘부딪힘’에 의한 사망자수는 101명으

4) 고용노동부, 「산업재해 발생현황」, 2016.

5) 기타 사업에는 도·소매업, 보건 및 사회복지사업, 음식·숙박업 등이 포함되어 있다.

로 전체의 10.4%를 차지하였다. 그리고 이러한 ‘떨어짐’에 의한 사망자수는 전년 대비 27명이, ‘부딪힘’에 의한 사망자수는 전년 대비 5명이 증가하였다.

이러한 특징은 가장 최근인 2017년 9월말에 고용노동부가 발표한 「산업재해 발생현황」에서도 확인할 수 있다.<sup>6)</sup> 사고사망자를 예로 들면, 건설업에 종사하였던 사망자수는 400명으로 전체 사망자의 53.0%에 해당하여 가장 많이 발생하였고, 사망 유형으로는 ‘떨어짐’에 의한 사망자수가 288명으로 전체의 38.1%에 해당하였다. 이에 정부는 2018년 1월 23일 「산업재해 사망사고 감소대책」에서, 건설 등 고위험 분야를 중심으로 사고원인별 대책을 마련하고 이에 대한 집중 관리가 필요하다고 발표하였다.<sup>7)</sup>

이처럼 건설업종에서 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험에 의한 재해자수와 사망자수가 많이 발생한다는 통계는 결국 사업주로 하여금 이러한 위험을 방지하기 위한 필요한 조치를 취하도록 하는 법제화로 연결될 수밖에 없다. 왜냐하면 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 취하지 않는 행위는 —위 통계에 근거할 때— ‘법질서가 긍정적으로 평가한 행위에 나아가지 않은 것(혹은 법질서가 부정적으로 평가한 행위에 나아간 것)’이기 때문이다. 그런데 이와 같은 통계는 다음과 같은 이유로 산업재해의 발생 ‘원인’을 정확하게 포착하지 못한다.<sup>8)</sup> 첫째, 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생현황」은 산업재해로 인정되어 산업재해보상보험법에 의해 소정의 산재보험금을 수령한 ‘산업재해 인정 통계’ 내지 ‘산재보험금 수령자 통계’라는 것이다. 이는 산업재해 발생 ‘현황’을 사실 그대로 나타내주지 못한다. 둘째, 더욱이 이러한 ‘산업재해 인정 통계’는 의사의 자문에 기초를 두고 결정되므로, 단지 산업재해의 ‘여부’만이 결정되는 것이지 —이와 별도로 산업재해 조사를 통해 원인을 밝혀내지 않는 한— 그러한 산업재해가 ‘왜’ 발생했는지 모른다는 것이다. 그러므로 고용노동부가 매년 발표하고 있는 ‘산업재해 인정 통계’ 내지 ‘산재보험금 수령자 통계’는 산업재해의 예방을 위한 정책적 도구로 활용되기에는 부족하다. 이에 산업재해를 효율적으로 예방하기 위해서는 그 발생 ‘원인’에 대한 별

6) 고용노동부, 「산업재해 발생현황」, 2017. 9.

7) 관계부처 합동, 각주 3)의 보도자료, 3쪽.

8) 김윤배, 「한국 산업안전 불평등 보고서」, 한울 아카데미, 2017, 26-32쪽.

도의 연구가 필요하다.

한편 「산업재해 발생현황」에 근거한 위험 등으로부터 사람을 보호하기 위한 산업안전정책은 여전히 필요한데, —산업재해의 발생‘원인’에 대한 별도의 연구 필요성과 마찬가지로— 그 대응방안 또한 별도의 연구를 통해 신중하게 접근할 필요성이 있다. 왜냐하면 법적 보호의 필요성으로부터 당연히 형벌 투입의 정당성이 도출되는 것은 아니기 때문이다. 그러나 현행 산업안전보건법은 —도입부에서도 언급한 바와 같이— 추상적 위험범 형식을 통해 건설업종에서 가장 많이 발생하는 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험으로부터 ‘근로자’를 보호하고자 한다. 그리고 2017년 헌법재판소는 ‘보호의 필요성’<sup>9)</sup> 외에 ‘사업주와 근로자의 구조적 특징’을 근거로 추상적 위험범 형식을 통한 형벌의 투입을 긍정하고 있다.

## 2. 현행법상 (형)법적 대응방안

건설업종에서 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등에 의한 위험을 방지하기 위한 현행법상 (형)법적 대응방안을 살펴보면, 산업안전보건법 제23조 제3항(안전조치)<sup>10)</sup>과 제41조의2 제1항(위험성평가)<sup>11)</sup>이 있다. 전자는 사업주가 제23조 제4항<sup>12)</sup>에 따라 산업안전보건기준에 관한 규칙(이하 ‘규칙’이라 한다)에 열거된 기술기준을 준수하지 않

9) 헌법재판소는 “산업안전보건법 제23조 제3항은 근로자의 안전을 유지하는 것을 목적으로 하고, 신체의 완전성은 인간 존엄의 기반이 되므로 이를 보호하는 것은 중요한 공익에 해당된다. 산업안전보건법 제23조 제3항 위반행위는 그러한 행정목적과 공익을 침해하는 정도가 크고, 그 가능성 또한 높기 때문에 행정목적과 공익을 직접적으로 침해하는 행위에 해당된다.”고 언급하면서, 그 현실적 이유로 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해의 발생현황」을 제시하고 있다(헌법재판소 2017. 10. 26. 자 2017헌바166 결정).

10) 제23조 (안전조치) ③ 사업주는 작업 중 근로자가 추락할 위험이 있는 장소, 토사·구축물 등이 붕괴할 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.

11) 제41조의2 (위험성평가) ① 사업주는 건설물, 기계·기구, 설비, 원재료, 가스, 증기, 분진 등에 의하거나 작업행동, 그 밖에 업무에 기인하는 유해·위험요인을 찾아내어 위험성을 결정하고, 그 결과에 따라 이 법과 이 법에 따른 명령에 의한 조치를 하여야 하며, 근로자의 위험 또는 건강장해를 방지하기 위하여 필요한 경우에는 추가적인 조치를 하여야 한다.

12) 제23조 (안전조치) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 사업주가 하여야 할 안전상의 조치 사항은 고용노동부령으로 정한다.

는 경우 동법 벌칙조항 제67조 제1호, 제66조의2, 제71조에 따라 형사처벌될 수 있다. 그러나 후자는 사업주가 위험성평가를 실시하지 않더라도 이에 대한 현행법상(형)법적 대응방안은 존재하지 않는다. 이에 전자의 경우만을 표로 정리하면, 다음과 같다.

〈표 2〉 산업재해의 예방을 위한 현행법상 형법적 대응방안

주체	행위 유형	결과 발생	적용 법조
사업주	㉠ 산안법 제23조 제3항 위반	×	산안법 제67조 제1호 <sup>13)</sup>
	㉡ 산안법 제23조 제3항 위반	사망	산안법 제66조의2 <sup>14)</sup>
	㉢ 산안법 제23조 제3항 위반	상해	산안법 제67조 제1호와 형법 제268조의 상상적 경합 <sup>15)</sup>
	㉣ 상당한 주의와 감독 위반	-	산안법 제71조 <sup>16)</sup>
실제 행위자	㉤ 산안법 제23조 제3항 위반	×	산안법 제71조
	㉦ 산안법 제23조 제3항 위반	상해	산안법 제67조 제1호(제71호에 근거)와 형법 제268조의 상상적 경합
	㉧ 정상의 주의태만	사망 또는 상해	형법 제268조

〈표 2〉에서 ㉠ 유형은 사업주가 위험방지조치의무 ‘그 자체를’ 위반한 경우(결과 발생 ×)이며, ㉡ 유형은 사업주의 위험방지조치의무위반으로 인하여 ‘근로자’에게 사망이라는 결과가 발생한 경우이며, ㉢ 유형은 사업주의 위험방지조치의무위반으로

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

1. 제23조 제1항부터 제3항까지 ... (중략)...

14) 산업안전보건법 제66조의2 (벌칙) 제23조 제1항부터 제3항까지 또는 제24조 제1항을 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

15) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2642 판결. 이러한 대법원 판결에 대해 법조경합으로 형법상 업무상과실치사죄만 인정해야 한다고 비판하는 박기석, “형벌법규의 경합과 그 적용”, 형사판례연구 8권, 박영사, 2000, 각주 48) 본문 내용 참조.

16) 산업안전보건법 제71조 (양벌규정) 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(㉠ 유형) 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다(㉡ 유형). 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

인하여 ‘근로자’에게 상해라는 결과가 발생한 경우이다. 그리고 ㉔ 유형은 사업주가 실제 행위자의 위험방지조치에 대한 상당한 주의와 감독을 게을리하여 근로자에게 상해 또는 사망이라는 결과를 발생시킨 경우이다. 여기서 ㉔ 내지 ㉑ 유형에 그 행위객체를 근로자로 한정된 것은, 산업안전보건법이 제1조에서 그 보호대상을 ‘근로자’라고 규정하고 있기 때문이다.<sup>17)</sup> 이에 사업주의 위험방지조치의무위반으로 ‘근로자 아닌 자’에게 상해 또는 사망이라는 결과가 발생하여도 산업안전보건법은 적용되지 않는다.<sup>18)</sup> 반면 ㉑ 내지 ㉒ 유형은 (주체만 다를 뿐) ㉔ 내지 ㉑ 유형과 동일하다. 이는 대법원이 양벌규정(제71조)에 근거하여 수범자의 범위를 실제 행위자까지 확장했기 때문이다.<sup>19)</sup> 이에 산업안전영역에서 위험을 창출하고 그 위험의 실현과정을 전체적으로 지배하는 것은 사업주뿐만 아니라 실제 행위자 또한 포함된다.

한편 ㉓, ㉑ 유형의 경우 산업안전보건법 제67조 제1호에 따라 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금’(추상적 위험범)에, ㉒, ㉑ 유형의 경우 산업안전보건법 제66조의2에 따라 ‘7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금’(결과적 가중범)에, ㉑, ㉒ 유형의 경우에는 (대법원에 따라) 산업안전보건법 제67조 제1호와 형법 제268조의 상상적 경합에, ㉑ 유형의 경우에는 제71조 본문에 따라 제66조의2 또는 제67조 제1호 등의 벌금형에 처해진다. 그리고 ㉑ 유형의 경우 실제 행위자는 (사업주와 달리) 형법 제268조에 따라 ‘5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금’에 처해진다.

이처럼 산업안전보건법은 건설업에서 가장 많이 발생하는 산업재해의 유형 중 ‘떨어짐’과 ‘부딪힘’ 등의 위험을 방지하기 위하여 제23조 제3항에 사업주의 위험방지조치의무를 규정하고 결과발생 여부 및 그 정도에 따라 법정형을 다르게 규정하고 있다. 이는 (예를 들어) 근로자의 사망이라는 중한 결과를 발생시킨 행위는 그렇

17) 산업안전보건법 제1조 (목적) 이 법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 한다. 이에 대한 비판으로 우희숙, “안전조치의무위반죄의 성립요건과 형사책임”, 홍익법학 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 295-299쪽; 심재진, “산업안전보건법의 실효성 증대를 위한 규율방식”, 노동법연구 제39호, 서울대노동법연구회, 2015, 5-13쪽.

18) 즉 대법원은 사업주와 실질적 고용관계에 있는 근로자‘만’을 그 객체로 인정하고 있다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결).

19) 이에 대한 비판으로 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012 참조.

지 아니한 경우보다 상대적으로 더 무거운 범죄에 해당하며, 이러한 행위에는 보다 중한 형을 부과함으로써 산업재해를 예방하고 ‘근로자의 신체의 완전성’이라는 법익침해의 결과발생을 방지할 수 있을 것이라는 인식이 전제되어 있다. 즉 사업주에게 보다 중한 형벌을 부과한다면 사업주가 보다 충실하게 위험방지조치의무를 이행할 것이며, 이를 통하여 산업재해를 예방하고 법익을 보호할 수 있다는 것이다.<sup>20)</sup> 이는 형벌의 위하적 효과를 통해 ‘근로자의 신체의 완전성’이라는 법익을 보호하려는 형법의 전형적인 접근방법에 해당한다.

그러나 이러한 현행법상 형법적 대응방안에 대해서는 ‘그 자체로’ 다음과 같은 비판이 가능하다. ① 사업주의 위험방지조치의무위반으로 발생한 결과가 사망이 아닌 상해인 경우에는 그 객체가 근로자이든 사람이든 산업안전보건법이 적용되지 않는다는 점, ② 사업주의 위험방지조치의무위반으로 근로자 아닌 자의 사망이 발생한 경우에는 산업안전보건법이 아닌 형법상 과실범에 의해 처벌받는다는 점 등이 그것이다. 그렇다면 ① 내지 ②와 같은 경우가 위의 <표 2> 유형에서 발생하는 위험창출 및 실현행위(㉓ 내지 ㉔ 유형)와 비교하였을 때 ‘법익침해의 정도’ 및 ‘그 발생가능성’이 낮은 가에 대한 의문이 발생할 수 있다.<sup>21)</sup> 그러나 2016년 「산업재해 발생현황」에서 확인하였듯이, 건설업에서 ‘떨어짐’에 의해 발생한 재해자‘수’는 사망자‘수’보다 훨씬 많았다. 더욱이 2017년 헌법재판소는 사업주와 근로자 관계가 ‘이윤추구’와 ‘근로제공을 통한 생계유지’라는 구조적 특징을 가지고 있기 때문에, 만약 사업주의 의무위반에 대하여 형사처벌과 같은 엄격한 제재를 가하지 않는다면 안전상의 공백이 커질 수밖에 없기 때문에 형사처벌의 정당성이 긍정된다고 하였다.<sup>22)</sup> 그렇다면 (이에 한정해서 볼 때) ① 내지 ②와 같은 유형을 포함하지 않는

20) 김호기, “재난발생의 직접적인 원인야기자에 대한 중한 형의 부과를 통한 재난예방 가능성”, 형사정책연구 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014, 92쪽.

21) 헌법재판소는 행정형벌의 정당성과 관련하여 ‘법익침해의 정도’와 ‘법익침해의 발생가능성’이 필요하다고 언급하고 있다. 즉 “어떤 행정법규 위반행위가 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있어서 행정질서벌을 과하여야 하는지, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해하여서 행정형벌을 과하여야 하는지는 당해 위반행위가 행정법규의 보호법익을 침해하는 정도와 가능성에 따라 정하여야 한다. 나아가 어떤 행정법규 위반행위에 대해 행정형벌을 과하여야 하는 경우, 법정형의 종류와 형량을 정하는 것은 형벌 본래의 기능과 목적 달성에 필요한 정도를 현저히 일탈하는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 헌법상 허용되는 입법자의 재량이다.”고 하였다. 헌법재판소 2014. 1. 28. 자 2011헌마174 결정.

것은 산업안전정책에 처벌의 공백이 발생한 것이고, 이러한 한에서 <표 2>에 의한 산업안전정책은 실패했다고 비판받을 수밖에 없다.

### Ⅲ. 형벌을 통한 산업재해 예방의 한계와 그 대응방안

「산업재해의 발생현황」을 근거로, ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험을 추상적 위험범 형식을 통해 방지하려는 산업안전정책은 다음과 같은 점을 전제하고 있다. 즉 사업주나 실제 행위자로 하여금 위와 같은 위험에 대한 주의를 환기시키고, (주의)의무위반에 대하여 형벌을 투입하면 산업재해가 감소할 것이라고 말이다. 이는 산업재해의 발생‘원인’을 사업주나 실제 행위자의 (주의)의무위반의 문제로 보는 것을 의미한다. 그리고 이러한 인식은 2018년 1월 23일 「산업재해 사망사고 감소대책」에서도 여전히 확인할 수 있다.

그러나 인간 공학(human factors)의 관점에서 바라보았을 때, 산업재해의 발생은 휴먼 에러(human error)에 초점이 맞추어져 있다. 그리고 이러한 휴먼 에러가 발생하는 배경에는 여러 가지 요인이 복합적으로 얽혀 있다. 그러므로 이러한 요인들을 최대한 과학적으로 밝혀내고, 그에 적합한 대응방안을 마련하여야 산업재해를 효율적으로 예방할 수 있다.

#### 1. 형벌을 통한 산업재해 예방의 한계

형벌을 통한 산업재해 예방의 한계로는 ‘범죄의 신설 및 법정형 상향에 의한 예방의 한계’와 ‘기술기준의 열거적 규율방식에 의한 구조적 한계’ 등이 있다.

##### 가. 범죄의 신설 및 법정형 상향에 의한 예방의 한계

산업안전보건법 제23조 제3항의 보호법익은 ‘근로자의 신체의 완전성’이다. 그리

22) 헌법재판소 2017. 10. 26. 자 2017헌마166 결정.

고 이러한 법익을 침해하는 행위에 대한 전형적인 형법적 대응방안은 ① 새로운 범죄의 신설과 ② 법정형의 상향 조정이다. 사업주의 안전조치의무(제23조 제3항)의 신설 및 법정형의 상향 조정을 연역적으로 간략하게 살펴보면, 다음과 같다. 산업안전보건법은 1981년 12월 31일 법률 제3532호로 제정되었는데, 당시 제44조(벌칙조항)는 안전조치의무(제17조 제3항<sup>23)</sup>) 위반에 대하여 ‘2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있었다. 그러나 산업안전보건법이 1990년 1월 13일 법률 제4220호로 개정되면서 제44조는 제67조(벌칙)로 변경되고, 그 법정형 또한 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금’으로 상향 조정되었다. 이후 산업안전보건법이 1996년 12월 31일 법률 제5248호로 개정되면서 제67조(벌칙)는 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’으로 상향 조정되었고, 이러한 법정형은 현재까지 동일하게 유지되고 있다. 그리고 이처럼 법정형을 상향한 이유에 대해서는 “산업재해의 실효성을 높이기 위함”이라고 언급하고 있다.<sup>24)</sup> 이는 헌법재판소가 사업주의 안전조치의무위반에 대하여 엄하게 처벌하는 이유를 ‘산업재해의 발생가능성’으로 언급한 것과 맥락을 같이 한다.<sup>25)</sup> 한편 산업안전보건법은 2006년 3월 24일 법률 제7920호로 개정하면서 제66조의2(벌칙)를 신설하였다. 이러한 안전조치의무위반치사죄의 법정형은 ‘7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금’이다.<sup>26)</sup> 이 또한 산업재해율의 증가에 따라 사업주에 대한 처벌을 강화하여야 한다는 논의와 맞물려 신설된 것이다.<sup>27)</sup> 즉 안전조치의무위반으로 인하여 근로자를 사망에 이르게 한 경우에는 사업주를 더 중하게 처벌함으로써 산업재해를 예방할 수 있다는 것이다. 그러나 산업안전 선진국 중 미국과의 형벌조항을 비교해보면, 범죄의 신설

23) 제정 산업안전보건법 제17조 제3항은 (현행법 제23조 제3항과 달리) ‘물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 장소’, ‘작업 시 천재지변으로 인한 위험이 발생할 우려가 있는 장소’는 열거하고 있지 않았다. 이러한 유형의 장소는 1990년 개정 시 추가되었다.

24) [개정이유] “산업재해의 실효성을 높이기 위하여 안전·보건조치 의무위반자에 대한 벌칙을 상향조정함”

25) 헌법재판소 2017. 10. 26. 자 2017헌바166 결정.

26) [개정이유] “근로자가 산업재해로 사망한 사고가 발생한 사업장에서 그 산업재해와 관련하여 안전상의 조치의무 또는 보건상의 조치의무를 위반한 자에 대하여는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”

27) 우희숙, “산업재해와 형사책임”, 서울대학교 법학 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 136쪽 각주 5) 참조.

및 법정형의 상향이 반드시 산업재해의 예방을 가져오는 것은 아니라는 것을 확인할 수 있다.

<표 3> 미국 산업안전보건법 제17조와의 비교

구분	적용 법조	법정형	
한국	제67조 제1호	5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금	
	제66조의2	7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금	
미국	제17조	㉠ 고의적·반복적 위반	민사금전벌
		㉡ 중대한 위반	
		㉢ 경미한 위반	
	㉣ ㉠로 인한 근로자 사망	- 10,000달러 이하의 벌금 또는 6개월 이하의 징역(벌과) - 반복적 위반의 경우 20,000달러 이하의 벌금 또는 1년 이하의 징역(벌과)	

<표 2>와 <표 3>을 비교해보면, 우리나라 산업안전보건법은 (주로) 제23조 및 제24조를 통해 사업주에게 안전 및 보건조치의무를 규정하고, 이를 위반하는 경우 벌칙조항 제67조 제1호(추상적 위함법), 제66조의2(결과적 가중법) 등에 의해 사업주에게 형벌을 부과한다. 그러나 미국 산업안전보건법(Occupational Safety and Health Act)은 제5조 및 제6조를 통해 사용자의 일반적 의무(general duty) 및 산업안전보건기준(occupational safety and health standards)을 규정하고, 이를 위반하는 경우 제17조에 의해 사용자에게 민사금전벌(civil penalty) 및 형벌을 부과한다. 간략하게 설명하면, 사용자가 제5조 및 제6조를 ‘고의적’으로 위반한 경우(㉠)에는 5,000 달러 이상 70,000 달러 이하의 민사금전벌을, ‘반복적’으로 위반한 경우에는 (㉡) 70,000 달러 이하의 민사금전벌을, 그 위반이 ‘중대한’ 경우(㉢)와 ‘경미한’ 경우(㉣)에는 7,000 달러 이하로 그 상한이 동일하지만, 사망이나 중대한 신체적 위해를 야기할 가능성이 있는 경우에는 중대한 경우로 간주하여 경미한 경우보다 훨씬 많은 금액의 민사금전벌을 부과한다.<sup>28)29)</sup> 그리고 고의로 제6조를 위반하여 근로자

28) 우희숙, “형법을 통한 산업안전관리의 한계와 위험성평가 제도의 도입”, 비교형사법연구 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016, 268-272쪽.

29) 참고로 미국 산업안전보건법에 규정되어 있는 민사금전벌은 (형벌이 아닌 금전벌로서) 권한이 있는 행정청이 법에 규정되어 있는 의무를 위반한 자에게 일정 금액을 부과·징수하는 별이므로, 우리나라

의 사망을 야기한 경우에는 ‘6개월 이하의 징역 또는 10,000 달러 이하의 벌금’을 부과하며, 이러한 위반이 반복되는 경우에는 ‘1년 이하의 징역 또는 20,000 달러 이하의 벌금’을 부과한다. 이러한 경향은 다른 산업안전 선진국인 독일의 산업안전보건법(ArbSchG<sup>30)</sup>) 제26조에서도 찾아볼 수 있다. 간략하게 설명하면, 사용자 등이 산업안전 및 보건조치에 관한 법규명령을 위반한 경우에는 제25조 제2항에 따라 과태료(최대 25,000 유로)를 부과한다. 그러나 이러한 과태료의 부과에도 불구하고 사용자 등이 전자의 행위를 함으로써 근로자의 생명 또는 건강을 위태롭게 한 경우에는 제26조에 따라 최대 1년의 자유형 또는 벌금형을 부과한다.

결국 산업안전 선진국인 미국 및 독일 등과 비교할 때 사업주의 행위유형은 (상대적으로) 비슷하지만, 그 대응방식에 있어서는 다음과 같은 차이점이 존재한다. 즉 사업주의 안전조치의무위반에 대하여 미국 및 독일은 원칙적으로 과태료를 부과하되, 그 위반으로 인하여 근로자의 사망 등이 발생한 경우에는 형벌을 부과하지만 그 법정형의 상한은 그리 높지 않다는 점이다. 물론 이러한 비교법적 분석을 통하여 우리나라 산업안전보건법 제67조 제1호를 폐지하고, 제66조의2의 법정형 상한을 낮추자고 주장하는 것은 아니다. 이는 산업안전과 형법의 역할에 대한 문화적 차이가 나라마다 다르기 때문이다. 그러나 이러한 분석이 여전히 유의미한 것은 —그러한 문화적 차이를 고려하더라도— 범죄의 신설이나 법정형의 상향이 반드시 산업재해의 예방에 효율적인 것은 아니라는 것이다. 그러므로 (정부가 2022년까지 목표로 한 산업재해 감소대책을 ‘실효성’ 있게 달성하기 위해서는) 산업안전보건법의 벌칙 조항을 재정비하고 그 법정형을 조정할 필요성이 있다.

#### 나. 기술기준의 열거적 규율방식에 의한 구조적 한계

한편 이러한 비교법적 검토 외에도 산업안전보건법 제23조 제3항과 같은 추상적 위험범 형식을 통한 산업재해의 예방은 다음과 같은 한계를 가질 수밖에 없다. 규칙

라 행정질서벌에 해당하는 과태료와 유사한 성격을 가진다. 홍정선, 「행정법 특강」, 박영사, 2012, 406쪽.

30) Gesetz über die Durchführung von Massnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit.

에 열거된 기술기준과 실제 작업방식 및 작업환경에 적합한 기술기준의 괴리 현상이 바로 그것이다. 실제 사례를 들어보자[사안 A].

**[범죄사실]** 피고인 甲은 주식회사 A의 비계팀장으로 소속 근로자의 안전관리책임자이다. 피고인 甲은 2006. 12. 9. 9:00경 구미시 ○○ 신축공사현장에서 근로자가 추락할 위험이 있는 장소에서 작업을 함에 있어 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 의무가 있음에도 불구하고, 크린룸 화물엘리베이터 내부의 22m 높이에서 비계 해체 작업을 함에 있어 작업에 방해가 된다는 이유로 3m 간격으로 설치해 둔 안전망을 모두 철거한 후에 피해자 乙로 하여금 비계 해체 작업을 지시하였다. 이에 피해자 乙이 비계 해체 작업을 하던 중 지상으로 추락하여 두개골 골절로 사망하였다.

위 [사안 A]의 쟁점은 비계 해체 작업을 하는 과정에서 추락방지망을 설치할 의무가 사업주에게 있는지 여부이다. 이와 관련하여 원심은 피고인 甲의 산업안전보건법 위반에 대하여 “비계 해체 작업에 앞서 추락방지망을 설치하는 등 근로자의 추락을 방지하기 위한 조치를 할 의무가” 甲에게 있음을 근거로 유죄를 선고하였으나,<sup>31)</sup> 대법원은 “규칙에서 그와 같은 추락방지망 등을 설치할 의무에 관하여 따로 규정하고 있지 않”음을 근거로 무죄를 선고하였다.<sup>32)</sup> 이러한 대법원의 태도는 <표 2>의 ㉠ 내지 ㉡ 유형이 성립하기 위한 필수조건이 된다. 왜냐하면 대법원은 죄형법정원칙에 따라 ‘규칙에서 정한 안전조치 외의 다른 가능한 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위험성이 있는 작업이 이루어졌다는 사실’<sup>33)</sup>은 (산업안전보건법 별칙조항 제67조 제1호 및 제66조의2의 ‘기본’ 범죄구성요건인) 제23조 제3항에 포섭하지 않기 때문이다. 그러므로 사업주가 (예를 들어) 산업안전보건법 제41조의2 제1항에서 규정하고 있는 위험성평가를 실시하지 않더라도, 동법 제23조 제4항에 따라 규칙에 열거된 ‘최소한’의 기술기준을 준수하는 한 — [사안 A]의 대법원 판단과 같이 — 사업주는 형법적 책임에서 자유롭다.

그런데 문제는 바로 이 지점에서 발생한다. 물론 그러한 문제는 형법적 관점에서

31) 대구지방법원 2008. 7. 17. 선고 2008노1468 판결.

32) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

33) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5707 판결; 대법원 2008. 8. 11. 선고 2007도7987 판결; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결 등 참조.

바라 본 죄형법정원칙이 아닌, 산업안전정책에서 바라 본 ‘현실적’인 산업재해의 예방이다. 왜냐하면 현재 규칙에 열거되어 있는 기술기준은 —그 통계에 대한 비판에도 불구하고— 「산업재해 발생현황」에 근거한 일정한 행위유형을 열거한 것이기 때문이다. 즉 규칙은 ‘과거에’ 발생한 일정한 행위유형을 규정하거나 ‘미래에’ 발생할 일정한 행위유형을 예견하여 규정한 것이므로, (예를 들어) 건설업종에서 가장 많이 발생하는 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험을 방지하기 위한 ‘모든’ 행위유형을 규칙에 열거할 수는 없다.<sup>34)</sup> 더욱이 사업장 작업방식 및 작업환경의 다양성과 급격한 기술변화 등으로 인하여 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등의 위험을 방지할 수 있는 새로운 기술기준을 규칙에 신속하게 반영하는 것도 쉽지 않다. 결국 사업장에서 발생할 수 있는 새로운 위험에 적절히 대응할 수 없는 현실적인 문제가 발생하는 것이다.

더 나아가 이러한 기술기준의 열거적 방식에 의한 구조적 한계는 집행의 한계로도 연결된다. 2016년 「산업재해 발생현황」에서도 보듯이, 건설업종에서 ‘떨어짐’이나 ‘부딪힘’ 등에 의한 재해자수 및 사망자수는 각 25,701명(31.0%), 969명(51.5%)임에도 불구하고, 2016년 대검찰청이 발간한 검찰연감 및 2016년 법원행정처가 발간한 사법연감을 비교하면, 산업안전보건법 위반에 대한 기소 및 처벌율은 극히 저조하다.<sup>35)</sup> 물론 이러한 결과에는 (예를 들어) 객체가 근로자가 아니라거나, 혹은 문제된 기술기준이 규칙에 열거되어 있지 않다가나 등의 범죄구성요건 충족이 문제되는 경우도 있지만, 산업안전영역에서도 행정형법에서 일반적으로 발생하는 집행의 결손, 즉 상징형법의 부정적 측면이 나타나고 있는 것이다.<sup>36)</sup> 그러나 이러한 문제는 단순히 여기서 그치지 않는다. 이처럼 집행의 결손이 지속되면, 사업장에는 규칙을 반드시 준수할 필요가 없다는 통념이 형성되어 ‘그 자체’ 유해·위험을 일으킬 잠재적 요인으로 작동할 가능성이 높아진다.<sup>37)</sup> 그러므로 산업재해의 예방을 위해서는

34) 같은 인식으로 김호기, “재난에 대한 형법적 대응”, 피해자학연구 제23권 제2호, 한국피해자학회, 2015, 167쪽.

35) 대검찰청, 「검찰연감」, 2016 참조; 법원행정처, 「사법연감」, 2016 참조.

36) 산업안전보건법의 집행의 결손에 대한 비판으로는 정진우, “산업안전보건법의 집행상의 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 노동법논총 제40집, 한국비교노동법학회, 2017 참조. 동법 제66조의2에 대한 비판으로는 최정학, “산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구”, 일감법학 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017 참조.

37) 이에 대한 지적으로 김호기, 각주 34)의 논문, 167-168쪽.

(헌법재판소 결정과 같이) 「산업재해 발생현황」 및 「사업주와 근로자의 구조적 특징」에만 근거하여 형벌의 투입을 정당화할 것이 아니라, 산업재해의 발생 ‘원인’에 대한 정확한 연구와 그에 적합한 (형)법적 대응방식을 마련하여야 할 것이다.

## 2. 산업재해의 예방을 위한 형법의 역할

산업재해를 예방하기 위하여 그 발생 ‘원인’을 과학적인 차원에서 접근한 것은 하인리히(Heinrich)의 도미노 이론(Domino Theory)이 처음이었다. 이후 도미노 이론을 수정한 버드(Bird)의 신도미노 이론, 리즌(Reason)의 스위스 치즈(Swiss Cheese) 모델, 도우허티(Dougherty)의 재해원인구조, 미국 NTSB(National Transportation Safety Board)의 4M 방식 등이 (산업)재해의 발생 ‘원인’에 대하여 언급하고 있다.<sup>38)39)</sup> 본고에서는 지면의 한계로 인하여 이 이론들을 다 설명할 수 없지만, 이 이론들의 공통점은 산업재해가 물적 원인(불안전 상태)과 인적 원인(불안전 행동)이 복잡하게 얽혀 발생한다고 지적한다. 전자는 “사고·재해를 일으킬 것 같은 또는 그 요인을 만들어 낸 물리적 상태 또는 환경”을 의미하며, 후자는 “사고·재해를 일으킬 것 같은 또는 그 요인을 만들어 낸 [작업자]의 행동”을 의미한다.<sup>40)</sup> 특히 후자의 인적 원인, 즉 불안전 행동<sup>41)</sup>에는 휴먼 에러(human error)와 위반(violation)이 포함되는데, 휴먼 에러란 일인간 공학(Human Factors)의 관점에서— ‘의도하지 않고 저지른 실수’를 의미하므로,<sup>42)</sup> (예를 들어) 사업주나 실제 행위자가 규칙에 열거된 기술기준을 ‘의도적으로 준수하지 않는 경우’를 의미하는 위반과는 구별된다. 그러므로 불안전 행동에 따른 (형)법적 대응방안은 달라질 수밖에 없다. 예를 들어 Reason은 불안전 행동을 의도 유무에 따라 의도하지 않은 행동과 의도한 행동으로 구별한다. 그리고 전자에는 잘못(slip)과 망각(lapse)을, 후자에는 실수(mistake)와

38) 산업재해 이론에 대한 설명으로는 나승훈·양광모·박재현, 「생산시스템에서의 산업안전」, 청목출판사, 2017, 79-87쪽.

39) 4M 방식에 따른 안전 공학적 실천방식의 구체적 논의에 대해서는 나카무라 마사요시(김영석 옮김), 「안전의식과 안전공학적 실천방안」, 시그마프레스, 2016 참조.

40) 정진우, 「산업안전보건관리론」, (주)중앙경제, 2015, 108-109쪽.

41) 정진우, 각주 1)의 책, 130-133쪽.

42) 정진우, 각주 1)의 책, 40쪽.

위반(violation)을 위치시킨다. 그리고 앞에서 언급했듯이 잘못, 망각, 실수‘만’을 휴먼 에러로 파악한다. 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

<표 4> Reason에 의한 불안전 행동의 분류<sup>43)</sup>

의도 유무	유 형	
×	① 잘못(slip)	• 기술 기반 행동(skill-based behavior)
	② 망각(lapse)	
○	③ 실수(mistake)	• 규칙 기반 행동(rule-based behavior)
		• 지식 기반 행동(knowledge-based behavior)
	④ 위반(violation)	• 의도적으로 부적절한 행위를 하는 것

<표 4>의 Reason의 분류는 Rasmussen의 SRK 모델을 수용한 것이다.<sup>44)</sup> 간략하게 살펴보면, 지식 기반 행동은 비지동적 행동으로서 (예를 들어) 어떠한 일을 처음 겪을 때 자신이 가지고 있는 지식을 총동원하는 것이다. 그러나 이 단계를 넘어 점점 익숙해지게 되면 특징을 파악하고, 그에 따라 대처하게 되는데 이를 규칙 기반 행동이라고 한다. 이는 규칙에 따른다는 점에서 ‘모방적’ 행동이라고 할 수 있다. 기술 기반 행동이란 (규칙 기반 행동) 보다 더욱 익숙해지는 단계로서, 숙련된 행동이다. 이러한 점에서 ‘습관적’ 행동이라고 할 수 있다. 그러므로 이러한 ① 내지 ③과 같은 행위, 즉 휴먼 에러에 의해 발생하는 산업재해는 형벌의 투입에 의해서는 예방될 수 없다. 물론 이에 대해서는 과실범에 의해 예방할 수 있다는 반박이 가능하다. 그러나 휴먼 에러에 관한 연구자인 고마츠바라 아키노리는 휴먼 에러와 형법에서 전제하고 있는 ‘인간상’의 차이로 인하여, 휴먼 에러에 대한 형법적 대응방식의 효율성에 의문을 제기한다.<sup>45)</sup>

반면 ④의 위반은 ‘의도적으로 부적절한 행위를 하는 것’으로서 —① 내지 ③과는 달리— 형법적 대응방식이 효율적일 수 있다. 왜냐하면 위반은 사업주나 실제 행위자가 ‘규칙에 열거된 기술기준’을 위반한다는 사실을 알면서도 의도적으로 준

43) J. Reason, *Human Error*, Cambridge University Press, 1990, p. 207.

44) 고마츠바라 아키노리(권창희·홍성현 옮김), 「인적 오류」, 세진사, 2016, 59-60쪽; 정진우, 각주 1)의 책, 165-168쪽.

45) 본 논문에서는 지면의 한정으로 인하여 과실범에 관한 논의는 향후에 이어가도록 한다.

수하지 않는 것이기 때문이다. 그리고 이러한 의도적 행동에는 —헌법재판소가 적절히 지적하였듯이— 사업주의 ‘이윤 추구라는 영업활동의 본질’이 전제되어 있다. 즉 “사업주는 산업재해 예방을 위한 안전조치나 산업재해 발생을 인간의 존엄성 문제보다는 영업비용증가의 문제로 인식하기 쉽”<sup>46)</sup>다는 것이다. 왜냐하면 (앞에서도 언급하였듯이) 산업안전영역에서는 집행의 결손으로 인하여 근로자의 상해나 사망이라는 결과가 발생하지 않는 한, 사업주나 실제 행위자의 기술기준의 준수는 영업비용의 증가로 이어지기 때문이다. 이에 산업재해가 발생하는 경우 (사업주의 입장에서) ‘운’의 문제로 인식되기도 한다.

그렇다면 이처럼 의도적으로 발생한 위반의 경우에는 형법적 대응방식에 의하여 산업재해가 효율적으로 예방될 수 있는가? 그러나 이는 [Ⅲ. 1]에서 이미 확인한 바와 같이 그 구조적 한계로 인하여 실패를 노정할 수밖에 없다. 즉 고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생현황」에서 제시하는 통계로부터 사업장에서 발생하는 유해·위험의 종류와 성격을 ‘사전에’ 모두 파악하여 규칙에 열거하는 데에는 한계가 있다는 것이다. 그리고 설사 규칙에 모두 열거할 수 있는 방안을 마련하였다고 하더라도, 그러한 기술기준이 실제 각 사업장의 작업‘방식’ 및 작업‘환경’에 적합한 것인지는 의문의 여지가 있다.

이에 현행 산업안전보건법은 제41조의2 제1항에 위험성평가를 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 이러한 위험성평가란 “유해·위험요인을 파악하고 해당 유해·위험요인에 의한 부상 또는 질병의 발생 가능성(빈도)과 중대성(강도)을 추정·결정하고 감소대책을 수립하여 실행하는 일련의 과정”<sup>48)</sup>을 의미한다. 즉 이는 사업주의 일반적 의무를 규정한 것으로서, —규칙에 열거된 기술기준 이외에— 사업장에서 건설물, 기계·기구, 설비, 원재료, 가스, 증기, 분진 등에 의하거나 작업행동, 그 밖에 업무에 기인하는 유해·위험요인을 찾아내어, 허용 불가능한 위험성을 합리적으로 실천 가능한 범위에서 가능한 한 낮은 수준으로 감소시키기 위한 대책을 수립하고 실행하는 것을 말한다. 그러나 여기서 주의할 점은 산업재해의 발생‘원인’을 위와 같은 방식에 의해 밝혀냈다고

46) 헌법재판소 2017. 10. 26. 자 2017헌바166 결정.

47) 산업안전영역에서 위험성평가에 대한 자세한 설명으로는 정진우, 「위험성평가 해설」, (주)중앙경제, 2017, 40-68쪽 참조.

48) 사업장 위험성평가에 관한 지침 제3조 제1호.

하더라도, 이에 대한 대응방식이 형법적 차원에서 이루어지는 것은 아니라는 것이다. 예를 들어 위험성평가에는 작업방법 등에 관한 요소도 포함될 수 있는데, 만약 이를 제23조 제3항과 같이 형벌의 투입에 의해 규율하고자 한다면 앞에서 언급한 기술기준의 구조적 한계와 동일한 문제가 발생한다.<sup>49)</sup> 더욱이 위험성평가는 ‘자율규제에 의한 예방정책’으로 기존의 ‘명령·통제에 의한 예방정책’을 보완하기 위하여 도입되었으므로, 제도의 취지를 제대로 발휘하기 위해서는 (기존의 대응방식이 아닌) 새로운 방식이 필요하다. 산업안전 선진국인 미국과 독일의 그것을 예로 들 수 있겠다. 그렇다면 <표 2>에서 ㉠ 내지 ㉣ 유형, ㉤ 내지 ㉦ 유형과 같은 위반(violation) ‘그 자체’에 대한 형사책임인 제67조 제1호를 삭제하고, 그 정도에 따라 차등화하여 과태료를 부과하는 방식으로 전환하는 방안을 마련할 필요가 있다. 그리고 이러한 과태료 부과와 함께 정부의 관리감독 전환도 이루어져야 한다. 왜냐하면 현행과 같은 관리감독의 미비는 결국 집행의 결손으로 이어져, 위험성평가 또한 상징적으로 남을 수밖에 없기 때문이다. 한편 과태료 부과에도 불구하고 사람에게 상해나 사망이라는 결과를 발생시킨 경우에는 기존과 동일하게 제66조의2를 적용하되 법정형의 상한을 재정비할 필요가 있다. 물론 이를 위해서는 산업안전 선진국인 미국 및 독일 이외에 다른 나라의 비교법적 검토가 충분하게 이루어져야 한다.<sup>50)</sup>

## IV. 결론

고용노동부가 매년 발표하는 「산업재해 발생현황」은 실질적으로 산업재해 ‘인정’ 통계로서, 별도의 연구 없이는 그러한 산업재해가 ‘왜’ 발생하였는지 확인할 수 없

49) 즉 작업방법 등이 사전에 규정되어 있지 않으면 역시 사업주 및 실제 행위자에게 형법적 책임을 물을 수 없다. 예를 들어 「교량기초케이슨 및 교각제작공사의 하도급업체 근로자가 철근조립작업 중 철근지지대의 수량부족 등으로 인해 넘어진 수직철근에 머리를 부딪쳐 사망한 사안」에서, 대법원은 “수직철근 설치작업의 진행단계에 따른 적절한 철근지지대의 설치 개수나 설치 순서 등의 작업방법을 정하지 않은 시공방법상의 잘못은 산업안전기준에 관한 규칙 제8조의2에서 요구하는 안전진단 실시 등의 안전조치의무 위반에 해당하지 않는다는 이유로 위 하도급업체와 그 업체 종업원인 현장소장에게 구 산업안전보건법 제66조의2, 제23조 제3항 위반죄가 성립하지 않는다.”고 판단하였다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도13252 판결)

50) 이에 대해서는 본고를 바탕으로 향후 논의를 이어가고자 한다.

다. 그럼에도 2017년 헌법재판소는 「산업재해 발생현황」을 현실적 이유로 하여 산업안전보건법 제23조 제3항이 ‘근로자의 신체의 완전성’이라는 법익을 침해하는 정도가 크고 그 가능성 또한 높다고 판단하였다. 그리고 사업주와 근로자의 구조적 특징으로 인하여 형벌을 투입하지 않을 경우에는 안전상의 공백이 커지기 쉽다고 하였다. 그러나 이처럼 추상적 위험범 형식을 통한 법익 보호는 오히려 그 구조적 한계로 인하여 실패를 노정할 수밖에 없다. 왜냐하면 규칙에 열거된 기술기준은 ‘과거에’ 발생한 유해·위험 요인을 유형화거나 혹은 ‘미래에’ 발생할 그것을 예견하여 유형화한 것이므로, 산업재해를 예방하기 위한 모든 위험방지조치를 규칙에 규정할 수 없기 때문이다. 더욱이 이러한 구조적 한계는 집행의 한계로도 이어져, 사업주 및 실제 행위자 사이에는 규칙에 열거된 기술기준을 반드시 준수할 필요가 없다는 통념이 사업장에 실현될 수 있다. 그리고 이러한 사업장 통념은 결국 ‘그 자체’ 산업재해를 발생시킬 수 있는 잠재적 요인으로 작동할 가능성이 높아진다.

한편 이러한 전형적인 형법적 접근을 해결하기 위해, 정부는 2013년 6월 12일 법률 제11882호로 산업안전보건법을 개정하면서 위험성평가(제41조의2)를 도입하였다. 이러한 위험성평가는 ‘자율규제에 의한 예방정책’으로 기존의 ‘명령·통제에 의한 예방정책’을 보완하는 기능을 한다. 즉 산업재해를 예방하기 위하여 사업주는 건설물, 기계·기구, 설비, 원재료, 가스, 증기, 분진 등에 의하거나 작업행동, 그 밖에 업무에 기인하는 유해·위험요인을 찾아낸다. 그리고 이러한 유해·위험요인을 방지하기 위한 대책을 자율적으로 수립하고 실행한다. 이는 인간 공학의 관점과도 동일한 맥락을 가진다. 그러나 이러한 위험성평가는 현행 산업안전보건법에 별칙조항이 실현되어 있지 않는데, 이로 인하여 정부는 그 이행을 확보하기 위하여 ‘미이행 시 벌칙 부과 등 강제화 방안 마련’을 제안하고 있다.<sup>51)</sup> 다만 그 내용을 정확히 언급하고 있지 않은데, 이러한 강제화 방안은 기존의 형법적 대응방안이 아닌 산업안전 선진국인 미국 및 독일과 같이 그 행위유형을 차등화하여 과태료를 부과하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 왜냐하면 기존의 기술기준 준수의무와 같은 형법적 접근방안은 구조적 및 집행상의 한계로 인하여 산업재해를 효율적으로 예방할 수 없기 때문이다.

51) 관계부처 합동, 각주 3)의 보도자료, 3쪽.

## 참고문헌

- 김호기, “재난에 대한 형법적 대응”, 피해자학연구 제23권 제2호, 한국피해자학회, 2015
- \_\_\_\_\_, “재난발생의 직접적인 원인아기자에 대한 중한 형의 부과를 통한 재난예방 가능성”, 형사정책연구 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014
- 김윤배, 『한국 산업안전 불평등 보고서』, 한울 아카데미, 2017
- 나승훈·양광모·박재현, 『생산시스템에서의 산업안전』, 청목출판사, 2017
- 박기석, “형벌법규의 경합과 그 적용”, 형사판례연구 8권, 박영사, 2000
- 심제진, “산업안전보건법의 실효성 증대를 위한 규율방향”, 노동법연구 제39호, 서울대노동법연구회, 2015
- 우희숙, “형법을 통한 산업안전관리의 한계와 위험성평가 제도의 도입”, 비교형사법연구 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016
- \_\_\_\_\_, “산업재해와 형사책임”, 서울대학교 법학 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013
- \_\_\_\_\_, “안전조치의무위반죄의 성립요건과 형사책임”, 홍익법학 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013
- \_\_\_\_\_, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구소, 2012
- 정진우, “산업안전보건법의 집행상의 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 노동법논총 제40집, 한국비교노동법학회, 2017
- \_\_\_\_\_, 『안전심리』, 청문각, 2017
- \_\_\_\_\_, 『위험성평가 해설』, ㈜중앙경제, 2017
- \_\_\_\_\_, 『산업안전보건관리론』, ㈜중앙경제, 2015
- 최일호, “산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구”, 일감법학 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017
- 홍정선, 『행정법 특강』, 박영사, 2012

고용노동부, 『산업재해 발생현황』, 2016

관계부처 합동, 『산업재해 사망사고 감소대책』, 2018

대검찰청, 『검찰연감』, 2016

법원행정처, 『사법연감』, 2016

고마츠바라 아키노리(권창희·홍성현 옮김), 『인적오류』, 세진사, 2016

나카무라 마사요시(김영석 옮김), 『안전의식과 안전공학적 실천방안』, 시그마프레스, 2016

J. Reason, *Human Error*, Cambridge University Press, 1990

## Criminal Liability in Relation to Occupational Safety: The Role of Criminal Law in Industrial Accident Prevention\*

Woo, Hee-sook\*\*

The Clause 3 of Section 23 of the Occupational Safety and Health Act(hereafter 'OSHA') provide that employer take a measure for preventing dangers to protect employee from dangers like the 'fall' or 'bump'. The regulation mean that employee may cause death or personal harm, if not prevented the dangers before they occur. And the Occurrence of Industrial Accident that the Ministry of Employment and Labor release related statistics, support this regulation annually.

According to the Occurrence, the policy of the industrial safety try to prevent the dangers using the type of abstrakte Gefährdungsdelikte. The policy call the employer's attention to the danger. And the policy mean that the industrial accident will decline, if the employer who violate their duty like the Clause 3 of Section 23 of OSHA will be penalty. This means that the cause of Occurrence is violations for employer.

But the Occurrence can not find the cause of industrial accident precisely. Because of this problem, to punish employer who violate their duty have failed by the structural limit. Moreover the limit can lead to the matter of law enforcement. In this case, there are those who believe employer don't need to keep the OSHA. And the idea become a key factor in the industrial accident. Therefore, this problem requires a scientific approach using the Human Factors. And there is a need of

---

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2015S1A5B5A01014490)

\*\* Research Professor, Kangwon National University Institute of Comparative Legal Studies, Ph. D in Law

prepare the (criminal) law policy.

❖ Keyword: industrial accident, human factors, human error, violation, risk assessment