

환경법에서의 기업책임

- 개정된 양벌규정과 질서위반행위규제법에 근거한 새로운 이론구성의 시론

조 병 선*

차 례

- I. 문제의 제기: 새로운 양벌규정과 질서위반행위규제법에 따른 기업책임
- II. 환경법에서의 기업(영업주)의 감독책임의 법적 성격
- III. 다수의 행위자가 가담한 경우의 과실범의 주의의무위반과의 비교
- IV. 결론: '상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우'에 대한 새로운 이론구성

I. 문제의 제기:

새로운 양벌규정과 질서위반행위규제법에 따른 기업책임

최근 2008년 6월 12일부터 시행된 질서위반행위규제법과 2008년 12월 26일 개정된 69개 법률의 새로운 양벌규정이 적용되게 됨에 따라, 이제 환경법에서 기업책임에 관하여 새로운 검토가 필요하게 되었다. 먼저 양벌규정에 대하여는 최근의 헌법재판소의 양벌규정에 대한 위헌결정이 양벌규정의 개정작업을 촉발시켰다. 2007년 11월 29일 헌법재판소는 '보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990.12.3 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조'와 관련하여 "개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 개인에 대하여도 본조의 예에 따라 처벌한다"고 규정한 부분이 형사법의 기본원리인 책임주의에 반한다는 이유로 위헌결정을 내렸다.¹⁾ 이에 법무부와 대검찰청은 한국형사정책연구

* 청주대학교 법과대학 교수

원에 양벌규정의 개정안에 대한 용역을 주고 개정안에 대한 공청회를 개최하는 등 개정작업을 진행하고 있으며, 최근 2008년 4월 한국형사정책연구원의 연구용역보고서 ‘양벌규정의 개선방안에 관한 연구’²⁾가 완성되었고, 이를 바탕으로 법무부안을 마련하였었고, 이에 대한 2008년 6월의 공청회에서 필자는 검토의견을 발표할 기회를 얻어 대안을 제시하였었다.³⁾ 그 후 법무부는 “영업주가 종업원의 관리 감독상의 주의의무를 다한 경우에는 처벌을 면하게 하는 내용”을 추가한 양벌규정 개정안을 확정하고, 모든 양벌규정의 개정을 추진하여, 2008년 12월 26일 자격기본법등 69개 법률(법률 제9190호부터 제9258호 까지) 1차로 개정되어 공포되었다.⁴⁾ 그 후에도 국회의 규제개혁특위 등에서 288개의 양벌규정 개정 법률안을 심사 중이고, 그 중 국회의회의를 통과된 개정법률안은 현재 임금채권보장법 등 3개에 이른다. 올 해 거의 모든 양벌규정 개정 법률안이 통과될 것으로 보여 양벌규정은 새로운 차원으로 구조가 바뀌게 되었는데, 환경법 영역의 개별법들은 거의 모든 법률들이 양벌규정을 갖고 있기 때문에 환경법에서도 새로이 개정된 양벌규정의 성격을 파악할 필요성이 대두되고 있다. 이미 개정된 69개 법률중 환경법적 성격을 갖는 것으로는 온천법, 오존층 보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률, 남극활동 및 환경보호에 관한 법률을 비롯하여 다수의 에너지관련법들이 있다.

또한 2003년부터 과태료에 대한 일반법의 제정을 추진하던 법무부는 2005년 1월 24일 법무부안(질서위반행위규제법안)을 입법예고⁵⁾ 하였고, 결국 국회에 2006년 8월 30일 정부입법안으로 법안을 제출하여 결국 2007년 12월 21일 ‘질서위반행위규제법’

1) 현재 2007.11.29 결정, 2005헌가10 전원재판부.

2) 한국형사정책연구원 2008년도 대검찰청 연구용역보고서 [박미숙(연구책임자), 탁희성, 임정호(공동연구진)], 양벌규정의 개선방안에 관한 연구, 2008.4.

3) 필자의 대안에 대하여 상세히는 조병선, “양벌규정의 구조와 행위자의 특정”, 법무부(편) 형법개정 및 양벌규정 개선 공청회 (2008. 6. 20) 자료집: 양벌규정 개선 주제발표문, 207-256 참조.

4) 개정되어 공포된 69개 법률은 행정안전부(편), 대한민국정부 관보 제16906호(2008. 12. 26) 참조.

5) 2003년초 벌금이나 범칙금등을 과태료로 전환시키겠다는 법무부장관의 언급이 있은 후, 2003년 7월 법무부에 과태료전환실무위원회가 설치되었는데, 법원, 검찰, 행정각부처, 경찰의 실무자와 교수가 위원으로 구성되었다. 필자는 이 입법위원회의 위원장으로 참여하여 2004년말까지 정부법안의 기초가 된 입법안을 위원들과 함께 작성하였고, 법무부는 2005년 1월 24일 이 안을 바탕으로 법무부안을 입법예고 한 바 있다.

이 제정되어 공포되었다.⁶⁾ 질서위반행위규제법은 그 부칙에 따라 제정된 날로부터 6개월 후인 2008년 6월 22일부터 시행되고 있다. 기업책임과 관련하여 질서위반행위규제법 제11조는 영업주인 법인 또는 개인에 대하여만 과태료를 부과하고, 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원에 대하여는 과태료에 처하지 않는 것으로 하고 있다. 과태료의 경우는 양벌규정과는 전혀 다른 규정을 도입한 것이다. 이러한 질서위반행위규제법이 나오게 된 계기를 살펴본다면, 우선 우리나라에서 1980년대 시작되었다가 한 차례 중단된 후 다시 1990년초부터 꾸준히 제기되고 또 일부 입법작업에 반영되기도 하였던 '벌금형의 과태료로의 전환'이라는 실무추진 목표로부터 시작된다. 거의 15년 가까이 논의되면서 입법실무에도 직접 영향을 미쳤던 이러한 '과태료전환'이란 입법실무는 사실상 벌금형 뿐만 아니라 기존의 실정법상에 다양한 형태로 존재하는 '과태료와 유사한 제재수단'들을 통일적으로 정비하는 차원에서 과태료로 전환한다는 의미로 추진되어 왔다.⁷⁾ 과태료전환은 한편 비대화된 형벌의 비형벌화에도 평행하게 궤를 같이 하여 발전되었다. 특히 우리나라에서 벌금형이 개별법규에 벌칙이라는 형태로 광범위하게 확대되면서, 형벌의 본래의 취지와 달리 형벌의 역기능이 생성되는 것이 아닌지 오래도록 지적되어 왔다. 그러므로 정부에서는 일찍이 1980년대부터 불필요하다고 판단되는 벌금을 과태료로 전환시키는 입법 내지 개정작업을 시도하여 왔고,⁸⁾ 이런 오랜 입법작업이 2003년에도 다시 시작되었던 것이고, 결국 질서위반행위규제법의 제정을 통해 그 오랜 결실을 맺게 되었다.⁹⁾

이 논문은 이렇게 2008년 새로이 개정된 양벌규정과 과태료제도를 계기로 환경법

6) 법률 제8725호.

7) 이에 관하여 상세히는, 조병선, "형벌과 과태료의 기능과 그 한계 - 과태료일반법의 필요성을 중심으로 -" 형사법연구 제22호(2004년 겨울) 특집호, 385-405 참조. 비교법적으로는 趙炳宣, 行政刑法と行政刑法理論に關する韓國と日本の比較法的考察, 姫路法學(姫路獨協大學法學部) 11號(1992), 101-124; Cho, Byung-Sun, Administrative Penal Law and its Theory in Korean and Japan from a Comparative Point of View, in: Tilburg Foreign Law Review(Tilburg University) Vol.2 No.2(1992), 261-277 참조.

8) 1980년대부터의 이 작업에 대하여 상세히는 조병선, 질서위반법, 239 이하 참조.

9) 질서위반행위규제법의 의의에 관하여 상세히는 조병선, "질서위반행위규제법에 관한 연구", 청대학술논집 제9집(2007), 77 이하.

에서의 기업(영업주)책임의 법적 성격을 파악하기로 한다(이하 II). 다시 말해서 보통 외양으로 볼 때, 기업책임은 기업 자신의 직접적인 행위책임이 아니라 종업원인 타인을 감독하는 주의의무를 부담하는 감독책임으로 이해된다. 그러나 양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 근거가 감독책임의 내용이 없다는데 있게되자, 새로운 양벌규정(이른바 “면책규정의 추가유형”의 양벌규정)은 감독책임의 내용을 충진하려고 의도된 것이다. 그런데 이렇게 위헌요소를 불식시키려고 양벌규정에 추가된 면책규정은 사실상 헌법재판소의 위헌결정 이전에도 일부 법률에 이미 존재하던 유형이었다. 당시 판례는 이 유형(면책규정)을 과실추정의 근거로 보면서 입증책임이 전환된다고 해석하여 왔다. 그렇다면 새로운 입법은 영업주(기업)의 책임을 ‘추정된 과실’로 보아 합헌성의 근거로 삼는 것인데, 필자의 견지에서 그 내용을 엄밀하게 살펴보면 사실상 ‘일반적인 과실과는 다른 책임’이라는 것을 일반적인 과실범과의 비교로부터 논증하였다(이하 III). 그렇다면 기존 판례의 태도와 이를 따르는 학설도 올바른 해석이라 볼 수 없고, 따라서 현재의 개정된 양벌규정도 이와 같은 논증적 오류에 빠져서 충분히 위헌적 요소를 제거하지 못한 불충분한 대안이 될 뿐이다. 이러한 논증의 결론으로서 이 논문은 기존의 판례와 학설이 갖는 이러한 오류를 극복하기 위하여 적어도 개정된 양벌규정의 새로운 해석을 위한 이론구성을 시도하였다: 환경법의 기업 책임을 추정된 과실책임이 아니라 기업조직의 흠결에 기인하는 일종의 단체(고의)책임이 추정되는 시론을 제시하였다. 더불어 양벌의 구조가 아니라 법인에 대하여만 과태료를 부과하는 질서위반행위규제법의 기업책임의 성격도 함께 구명하고자 하였다(이하 IV).

II. 환경법에서의 기업(영업주)의 감독책임의 법적 성격

1. 개정 양벌규정의 문제점: 위헌결정에 대한 대안으로 충분한가?

양벌규정은 ‘법인의 대표자’나 ‘법인 또는 개인의 대리인·사용인·기타종업원’(그 밖에 “법인의 임원·직원 또는 사용인”이라는 표현도 있음)이 ‘제00조의 위반행위’를 한

때에는 ‘행위자’를 벌하는 ‘외에’도 ‘법인 또는 개인(사업주)’도 벌하는 양벌의 입법방식으로 규정되어 있고,¹⁰⁾ 최근에는 위반행위에 과태료를 배제하는 규정이 추가된 양식도 있다.¹¹⁾ ‘법인 또는 개인’이라는 양식에서 벗어나 조문을 분리하여, 양벌규정의 조문에 ‘본인과 사용인의 양자처벌’을 규정하고, 별도의 조문에 법인처벌을 규정한 예도 있다.¹²⁾ 여기에 더하여 이른바 ‘면책규정’이 추가되는 입법방식도 보인다.¹³⁾ 현재 2008년 12월의 새로운 양벌규정은 이미 존재하였던 면책규정을 양벌규정의 입법양식으로 일반화시킨 것으로 보인다.

이러한 다양한 종류의 양벌규정을 입법양식 그 자체로만 보아 행위자·실행행위·처벌대상자를 분석한다면 다음과 같다(면책규정이 추가되었다고 하여 양벌규정의 구조가 달라지는 것은 아니다): 범죄구성요건의 행위자는 ‘법인의 대표자’나 ‘법인 또는 개인의 대리인·사용인·기타종업원’(또는 ‘법인의 임원·직원 또는 사용인’)이다. 실행행위는 ‘제00조의 위반행위’를 하는 것이다. 그런데 처벌은 ‘행위자’에 더하여 ‘법인 또는 개인(사업주)’의 양자에 가해진다. 처벌수단은 보통 제00조의 위반행위에 부과되는 형벌이므로 대개 벌금형이다.

우선 첫째 ‘법인’이라는 용어 그 자체는 명확하므로, 예컨대 벌금형을 법인에게 부과하는 것은 문제가 없으나, 벌금형을 법인에게 부과하는 ‘근거’가 양벌규정의 명문상

10) 양벌규정의 입법방식에 대하여 상세히는 행정원 연구보고서 외에 이상철, “양벌규정연구”, 법제 제491호, 47이하; 박영도, “입법기술의 이론과 실제”, 한국법제연구원 연구보고 97-1, 356이하 참조.

11) 예컨대 관세법 제279조(양벌규정): “다음 각호의 1에 해당하는 자의 사용인이 본인의 업무에 관하여 이 법에 규정한 벌칙에 위반되는 행위를 한 때에는 그 행위자를 처벌하는 외에 본인도 처벌한다. 다만 제277조에 해당되는 때에는 그러하지 아니하다.” 여기서 제277조는 과태료에 처하는 규정이다.

12) 위 각주 관세법 제279조는 본인과 사용인을 규정하고, 동법 제280조(법인처벌)은, “법인의 임원·직원 또는 사용인이 법인의 업무에 관하여 이 법에 규정된 벌칙에 위반되는 행위를 한 때에는 그 행위자를 처벌하는 외에 법인도 처벌한다. 다만 제277조에 해당되는 때에는 그러하지 아니하다.”

13) 위 각주에 인용된 관세법 제281조는 면책규정이다. 제281조(면책) ① 제279조의 경우 본인이 위반행위를 방지하는 방도가 없었음을 증명하는 때에는 처벌하지 아니한다. ② 제280조의 경우 법인의 업무를 집행하는 임원·직원 또는 사용인에 대하여 제1항의 규정에 의한 증명이 있는 때에는 그 법인을 처벌하지 아니한다.

전혀 표현이 없어서 문제가 된다.¹⁴⁾ 양벌규정에 대하여 헌법재판소가 지적한 핵심은 바로 자연인인 업무주를 처벌하는 ‘근거 내지 내용(요건)’이 없다는 것이다. 그렇다면 합헌이 되기 위해서는 법인처벌의 요건을 마련해야 하는데, 법무부가 마련한 새로운 양벌규정은 면책규정을 추가하였을 뿐이다. 면책규정을 추가한 의도는 결국 법인(영업주)의 감독과실의 추정된다고 보는 기존의 과실추정설을 입법에 반영한 것으로 보인다. 판례는 이미 면책규정이 있었던 구 공중위생법 제45조에 대하여 법인에 대한 과실추정으로 보면서 입증책임이 법인에게 전환되는 것으로 보고 있다: “... (구) 공중위생법 제45조에 의하면 ‘법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제42조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형에 처한다’라고 양벌규정을 하면서, 그 단서에 ‘법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원의 부당행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 대하여 상당한 주의와 감독한 것이 증명된 때에는 그 법인 또는 개인에 관하여는 예외로 한다’라는 면책규정을 두고 있다. 이는 법인의 경우, 종업원의 위반행위에 대하여 행위자인 종업원을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하고, 이 경우 법인은 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고, 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는 데 그 목적이 있다.”¹⁵⁾ 그렇다면 판례와 같이 양벌규정의 면책규정을 과실추정의 근거로 보고 입증책임을 전환한 입법으로 볼 것인가? 이미 이렇게 파악하는 학설도 등장하였고, 그 학설은 면책규정이 추가된 양벌규정은 ‘치밀한 입법’으로서 허용되는 듯한 입장을 견지하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 설사 면책규정을 과실추정의 근거로 보더라도 법인의 ‘상당한 주의와 감독’이 ‘과실의 (공동)정범’인지 양벌규정에 의

14) 이러한 의미에서 한 문헌의 입법안(박기석, “양벌규정에 관한 판례분석”, 강의중교수정년기념논문집(2002), 425이하, 436이하의 제1안 및 제2안)이 법인에 대한 다양한 처벌수단을 제시하면서도 자연인의 처벌과 병렬적으로 법인의 처벌만을 규정하는 것은 끝없는 순환론에 빠져, 다시 헌법재판소가 지적한 바와 같은 법인의 처벌근거를 제시하라는 비판을 받게 된다.

15) 대판 1992.8.18, 92도1395. 판례는 구관세법 제197조(현행 제279조)의 면책규정에 대하여도 영업주에 대한 과실추정과 입증책임의 법인으로의 전환으로 보고 있다. 대판 1980.3.11, 80도138.

16) 임용, 형법총론, 개정판(2002), 80. 이 교과서는 (구) 관세법 제281조의 면책규정을 법인의 과실을 전제로 하고 있다고 본다. 그리고 무과실책임설은 이 규정을 설명할 방법이 없다고 한다.

해 창설되는 '순수감독책임'인지 아무것도 명확하게 설명되는 '내용'은 없다. 이런 의미에서 만일 헌법재판소의 위헌결정이 처벌의 '내용'이 없으므로 책임주의의 위반이라고 했다고 보게되면, 2008년 12월의 새로운 양벌규정도 궁극적인 해결책이 되지 못한다. 따라서 법인의 행위가 무엇인지, 어떠한 자연인의 행위를 법인의 행위로 형상화시킬 것인지는, 아직도 새로운 양벌규정에 대한 해석으로도 극복할 수 없는 입법 기술상의 흠결이라고 봐야 할 것이다.

둘째로 실행행위자(행위주체)로 표현된 '법인의 대표자'나 '법인 또는 개인의 대리인·사용인·기타종업원'이 처벌대상자로 표현된 '행위자'와 일치한다고 볼 수만은 없다는 점이 양벌규정에 대한 오해를 일으키기 쉽다. 이는 과거의 양벌규정이나 면책규정이 추가된 새로이 개정된 양벌규정이나 동일하게 문제가 된다. 다시 말해서 양벌규정에서 표현된 '행위자'는, 해석의 여지가 제로인 확정된 규정이 아니라, 다양한 접근이 가능한 해석의 문제가 된다. 다시 말해서 행위주체로서 표현된 대상은 위로부터는 법인의 대표자부터 시작하여 아래로 법인의 대리인·사용인·기타종업원에 이르기까지 법인의 전범위의 조직원을 총체적으로 일컫고 있다. 그 중에서 '제00조의 위반행위'의 '행위자'를 특정(特定)하는 것이다. 이러한 수직 라인에서 행위자를 특정할 때, 직접행위자가 주로 명령을 받아 수행하는 하위조직원이라는 점에 착안하여 아래로부터 시작하여 행위자를 찾아나가면 '다운업(down-up) 고찰방식'이 되고, 그 역이면 '탑다운(top-down)의 고찰방식'이 된다. 양벌규정과 관련하여 행위자의 특징이 결정적인 역할을 한다는 점은 이미 실무에서 오래전에 선우영 변호사가 지적한 바 있다.¹⁷⁾ 선우 변호사는 형사실무에서는 위반법조의 내용, 조직체의 현황과 업무분담규정, 해당업무의 성격 등을 고려하여 행위자를 특정하지만 어느 정도 실무상의 정책적인 측면이 있다는 것을 진솔하게 서술하고 있다. 이때 주로 행위자는 직접 실행행위를 물리적으로 수행한 자를 기점으로 업무의 성격과 종업원의 역할 등을 고려하여 상향조정되다가 어느 직위의 지점에서 정착되게 될 것이다. 대체로 아래에서 위로 올라가는 방향이 될 것이다.

17) 선우영, "환경보전법 제70조의 행위자" 형사판례연구회(편), 형사판례연구[1], 286이하 참조.

셋째 ‘행위자를 벌하는 이외에’라는 표현으로 미루어 여기서의 행위자는 종업원등의 주로 하위직위에 있는 직접적인 구성요건적 행위(‘제00조의 위반행위’)를 한 자연인이고, 함께 처벌되는 법인 또는 개인(업무주)은 여기에 포함될 수 없다는 고정관념 내지 논리이다.¹⁸⁾ 이러한 고정관념을 전제로 하면 흔히 “자연인(종업원등)→법인(또는 업무주)”의 ‘순차적용’¹⁹⁾이 된다. 순차적용은 종업원을 행위자로 특정하고, 그 다음 비로소 양벌규정에 근거하여 법인까지 처벌이 확장된다고 하는 이는 주로 ‘다운업(down-up) 고찰방식’에 근거하게 될 것이다. 그 동안 양벌규정의 법적 성격을 두고 전개된 학설은 바로 순차적용을 전제로 하여 대개 법인 또는 업무주의 형사책임의 근거로서 ‘제00조의 위반행위를 저지하지 못한 관리감독상의 책임 그 자체’를 형사책임으로 하는 구조로부터 과실의제설, 과실추정설, 과실책임설, 부진정부작위법설이 전개되었다. 그러나 이와는 반대로 행위자를 보다 규범적으로 파악하여 위로부터 내려온다면 ‘탑다운(top-down)의 고찰방식’에 근거하여 법인(또는 업무주)을 행위자로

18) 이러한 점에서 한 국내문헌(윤영철, “사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고”, 형사정책연구 제13권 제1호(2002), 209이하)이 양벌규정은 함께 처벌되는 사업주의 귀속모델로서는 부당하다고 비판하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 특히 쉬네만의 지배모델을 들면서 “직접 유책하게 실행한 종업인의 자기책임”을 고려할 때 사업주에게 귀속시키는 것은 부당하다고 비판한다. 그러나 이러한 비판은 결국 ‘행위자의 기능적 특정’을 주목하지 않은데서 오는 결론이라고 생각된다. 우리 판례는 이미 성수대교 붕괴사고나 삼풍백화점 붕괴사고 같은 대형사고에서 행위자를 기능적으로 특정하고 있어 현장에서 직접 행위를 한 자 뿐만 아니라 현장소장, 사장 등 기업책임자의 주의의무위반(과실책임)을 인정하고 있어 주목된다. 이는 자기책임이 아닌 감독책임이 아니라 정범으로서의 감독책임이다. 필자의 수범자의 영역에 따른 ‘행위자의 특정’의 논증에 관하여 趙炳宣, 兩罰規定と法人の刑事責任, 札幌學院法學(札幌學院大學法學部), 17권1호(2000), 158-183; 조병선, 양벌규정과 법인의 형사책임, 형사판례연구 제3권, 1-21; 조병선, 환경형사판례에 대한 비판적 검토 -특히 양벌규정과 감독책임에 관하여, 형사판례연구 제1권, 295-322 참조.

19) 위 문헌은 다시 “...양벌규정이 직접행위자의 과실 또는 고의에 의한 위반행위를 전제로 하므로, 이는 사업주 자신의 불법이 아닌 타인의 불법에 대한 처벌로서 형법의 기본원칙인 자기책임의 원칙을 완전히 파괴하는 규정”이라고 비판한다. 이는 양벌규정의 구조상 행위자의 범주 밖에 있는 경우, 즉 순수한 법인감독행위가 양벌규정에 의해 처벌되는 ‘일부사례’에만 해당된다. 이러한 연유로 독일에서는 질서위반법 제130조를 두어 감독책임 그 자체를 규정하고 있다. 양벌규정에 따라 처벌되는 법인에 부과되는 형벌이 주로 벌금형인 점도 법인의 수행능력을 고려한 점 외에도 불법의 강도가 낮다는 점에도 있는 것이다. 윤영철교수와 유사한 관점은 이정원, “기업에 의한 환경범죄의 형사정책에 관한 연구”, 경남법학 제12집(1996), 163-182. 그러나 양벌규정의 구조 속에서 기업이 직접행위자가 될 수도 있는 사례도 얼마든지 존재한다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.

특정하고, 그 다음에 비로소 양벌규정에 의하여 종업원까지 처벌을 확장하는 “법인(또는 업무주)→자연인(종업원등)”의 ‘역적용’이라는 공식이 도출된다. 그러나 순차적용 내지 역적용의 관점은 구성요건적 행위(“제00조의 위반행위”)의 해석에서 가장 중요한 요소인 수범자(Adressaten)를 충분히 검토하여 행위자를 특정하지 않으면 아무런 의미가 없다. 그러나 우리 판례의 대부분은 행위자를 특정한다는 명시적인 표현이 없이 행위자와 법인의 양자를 처벌한다고 하고 있다.²⁰⁾

우리 판례에서 판례 자체가 표현을 하지 않았더라도 본조의 규범을 분석하고 해석할 때, 규범의 수범자가 법인이 분명한 경우 역적용사례로 볼 수 있을 것이다. 그런데 최근 역적용사례임을 명시한 판례가 등장한 것은 획기적인 일로 볼 수 있다. 최근 김대휘 판사가 양벌규정에 관한 판례를 분석한 예에서 보듯이, 대법원도 이른바 역적용사례를 고려한 것으로 보인다. 대법원은 종전의 대법원판례를 변경한 1997년의 판례를 통하여, 업무를 실제 집행하는 자에게 까지 ‘업무주 처벌규정’을 양벌규정을 통하여 ‘확장’시키는 취지라고 선언하였고²¹⁾ 이러한 관점, 즉 양벌규정을 통한 역적용사례에서의 수범자확장의 기능이라는 해석에 대한 지지자도 증가하고 있다.²²⁾ 문헌들은 최근에 등장한 역적용사례를 두고 수범자가 아닌 실제행위자(종업원이나 대리인)를 처벌하는 근거에 대하여, 수범자가 아니므로 처벌이 불가능하다고 하는 처벌부정설²³⁾과 양벌규정에 의하여 비로소 행위자의 처벌이 가능해진다고(처벌의 확장) 이해하는 처벌긍정설²⁴⁾ 내지 창설적 효력설²⁵⁾이라는 견해가 대립된다. 역적용사례로 분명해지는 점은 양벌규정이 ‘처벌확장(一罰에서 兩罰로)규정’이 된다는 점이다. 다만

20) 우리 판례의 최근의 경향에 대하여 상세히는 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 60이하.

21) 대법원, 1997.7.15 선고, 95도2870, 전원합의체판결.

22) 김대휘, “양벌규정의 해석”, 한국형사판례연구회(편), 형사판례연구[10], 15이하.

23) 김우진, “행정형벌법규와 양벌규정”, 형사판례연구 [6], 397이하; 박강우, “양벌규정과 감독자 책임”, 형사판례연구 [8], 143이하; 박기석, “양벌규정에 의한 판례분석”, 형사정책연구소식 제33호, 33이하.

24) 김대휘 판사는 다수의 견해로 소개하면서 주석특별법 제1권, 249이하를 들고 있다(김대휘, “양벌규정의 해석”, 형사판례연구 [10], 28이하). “의무규정의 주체성”을 확대한다는 의미에서 이 경우에 포함시킨다면, 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학 제3호(1995), 347.

25) 진정훈, “양벌규정에 의한 신분없는 행위자처벌의 문제점”, 제주판례연구 제1집(1997), 212이하.

헌법재판소의 판례와 같이 처벌확장의 근거(내용)가 없으면 책임주의에 반하므로 그 책임내용을 밝히는 것은 여전히 - 개정된 양벌규정에서도 - 합헌적 해석의 몫이다.

2. 새로운 양벌규정의 '상당한 주의와 감독을 게을리한 경우'에 대한 해석

앞에서 본 바와 같이 새로운 양벌규정의 유형인 "면책규정 추가유형"은 이미 일부 법률에 존재하였지만, 그 때마다 표현은 조금씩 달랐다. 그러나 2008년 12월에 개정된 69개의 법률에는 동일한 표현의 유형으로 입법되었으므로, 현재 심의중인 288개의 법률도 동일한 표현으로 개정될 것이다. 이러한 "면책규정 추가유형"의 양벌규정의 실례로서 2008년 12월 26일 개정된 한 환경법규의 양벌규정을 보자.

'오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률'²⁶⁾ 제31조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제28조부터 제30조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(과)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. [전문개정 2008.12.26]

위 조항의 문언대로라면, 법인이 처벌되지 않는 경우가 '상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우'이므로, 반대로 법인의 처벌은 '상당한 주의와 감독을 게을리한 경우'일 것이다. 그 표현으로 미루어보면, 과실범의 요건인 '주의의무위반'이라는 데 의문의 여지가 없다. 그러나 '감독'이라는 표현이 더 추가되어 있음에 주목한다면, 보통 과실범에서 말하는 '해당 결과를 방지하기 위한 주의의무' 외에 '해당 결과를 방지하기 위한 감독의무'도 포함되고 있음을 알 수 있다. 그런데 우리 국어문법상 "주의"와 "감독", 즉 'and'로서 주의와 감독이 병렬적으로 연결되어 있으므로, 합목적적인 해석에 앞서 엄밀한 문언해석에 의존한다면, 결과방지를 위한 주의의무와 감독의무

26) 법률 제9238호, 2008년 12월 26일 제정.

를 병행하는 것을 의미한다고 봐야 한다. 그런데 ‘결과방지를 위한 주의의무’는 과실범 전반에 해당하는 일반적인 원칙이고, ‘결과방지를 위한 감독의무’는 그 주의의무 중에서도 특별한 ‘감독의무’로 좁은 범위를 갖는 것으로 볼 수 있다. 그런데 형법상 과실범은 보통 법익침해의 결과가 발생할 것을 전제로 하는 ‘결과범’이 보통이다. 즉 과실범의 주의의무위반은 중대한 형법상의 법익침해, 예컨대 과실치사와 같이 사망이라는 법익침해의 결과를 방지할 주의의무를 태만히 하였다는데 비난의 초점이 있다.

그러나 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’에서는 과실범의 주의의무의 대상인 ‘결과방지’는 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’에 상응된다. 그런데 위반행위는 제28조의 예를 들면,

“1. 제4조제1항 본문을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 제조업을 영위하거나 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 제조업의 허가 또는 변경허가를 받은 자, 2. 제9조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 특정물질을 제조한 자, 3. 제10조제1항을 위반하여 허가를 받지 아니하고 허가제조수량을 초과하여 특정물질을 제조한 자, 4. 제11조제1항을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 특정물질을 수입한 자”

와 같이 이른바 ‘추상적 위험범’인 것이 보통이다. 즉 위반행위는 추상적 위험범의 형태를 띠고 있기 때문에 그 자체로서는 과실범이 성립될 수 없으므로, 실제로 위 법률에도 과실범의 처벌규정이 별칙이 없다. 그런데 우리 판례가 ‘감독책임의 해태’를 주의의무위반 즉 과실범으로 파악한 경우는 ‘사고발생원인에 직접 관여한 구체적이고 직접적인 주의의무위반’이라는 기준이 충족되었을 경우로 한정하고 있다. 다시 말해서 ‘감독의무위반’이 일반적인 ‘주의의무위반’으로 인정되는 경우는, 중대한 사고를 야기시킨 ‘결과범’을 그 전제로 하여 사고발생원인에 대한 구체적이고 직접적인 (인과관계상 연결되는) 주의의무위반에 한정된다. 그러나 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’에서는 ‘종업원의 위반행위’가 법익침해에 이르는 ‘결과

범'이 아니라 '추상적 위험범' 또는 '거동범'에 불과하다. 그러므로 새로운 양벌규정의 법인의 과실(추정)책임은 어떠한 결과를 방지하지 못한데에 초점이 있는 것이 아니라 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 것이다. 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 (계율리한) 행위는 '순수한 감독책임'에 지나지 않는다. 이 점을 분명히 하기 위하여 다음 장에서 순수한 감독책임이 아니라 결과에 원인을 제공한 '(과실)정범'으로서의 영업주의 형사책임을 파악하는 우리 판례의 접근방법을 보면 이 점이 보다 명확해질 것이다.

Ⅲ. 다수의 행위자가 가담한 경우의 과실범의 주의의무위반과의 비교

우리 판례는 이미 대형사고에서 행위자를 업무를 다각적으로 분석하여 기능적으로 행위자를 특정해오고 있다. 우리나라에서 판례의 대상이 되었던 대형사고는 특정 조직체(주로 기업조직체나 기타 조직체)의 다수의 행위자가 가담하여 발생한 경우가 많고, 이런 점에서 양벌규정의 처벌대상인 행위자와 법인(사업주)도 기업조직체 속에서 다수가 가담하여 발생하므로 양자는 유사점이 있다. 그런데 양벌규정의 범죄라는 이유만으로 기업범죄의 행위자의 특정과는 달리 고찰하는 경향이 있다. 양벌규정은 형법의 공범규정과 다른 규정이지만, 형법이론의 관점에서 볼 때 그 구조는 상당히 유사하므로 행위자의 특정과 대형사고의 판례에서 나타나는 이른바 '감독책임'을 비교하는 것도 의미가 크다. 단 여기서의 감독책임은 주의의무위반(과실범)의 내용으로서 과실의 공동정범을 인정여부를 두고 논의된 것이므로, 양벌규정의 순차적용사례에서의 법인의 처벌근거로서의 감독책임과 동일하게 볼 것인지는 보는 견지에 따라 다를 것이다.

1994년 10월 21일의 성수대교붕괴사건²⁷⁾에서 판례는 과실과 관련하여 주의의무가

27) 서울시에서 발주하여 동아건설이 1977년 시공하였던 성수대교가 1994.10.21 오전 7시 30분경부터 붕괴되어 32명 사망, 17명 부상이 발생하였다.

‘어느 시점, 어느 정도’에 이르러야 구체적이고 직접적인 주의의무위반이 되는지에 대한 언급은 없이 ‘직접적이고 구체적인 주의의무위반’²⁸⁾으로 보면서, 비록 관리감독자로서 성수대교의 철구조물(트러스)의 제작을 직접 하지 않았다고 하더라도, 트러스를 설계도면대로 정밀하게 제작하도록 지휘·감독하여야 할 구체적이고 직접적인 주의의무가 있으므로 트러스제작에 ‘직접 관여’하였다고 보아서 ‘사고발생원인에 대한 직접 관여’²⁹⁾하였다고 인정하였다. 트러스를 사용하여 성수대교를 건설한 시공현장소장에 대하여는 제1심에서는 피고인의 입장에서 볼 때 이미 철구조물은 부평공장에서 품질 검사를 거쳤기 때문에 다시 그 철구조물을 검사할 의무가 없다는 이유로 무죄를 선고하였으나, 제2심은 설계도면과 달리 제작된 철구조물에 대하여는 설계자나 전문가의 조언을 받아 시공이 되도록 해야 할 의무가 있다는 점을 들어 그러한 확인이 없이 (주의의무위반) 부실 철구조물을 그대로 시공한 과실을 인정하였다. 이는 대법원에서도 확인되었다.³⁰⁾ 또한 서울시청 도로과 공무원으로 공사현장에서 공사감독업무를 담당하던 3인에 대하여도, 성수대교는 국내최초로 건설하는 공법에 의한 공사이기 때문에 시공현장에서 설계도와 특별시방서 그 대로 시공되도록 현장감독을 철저히 해야 할 의무가 있다고 하여 주의의무위반(구체적으로는 용접공의 자격확인, 방사선

28) “... 피고인들은 ... 이 사건 트러스(철구조물) 제작에 직접 관여하였다고 할 것이므로 트러스를 설계도면대로 정밀하게 제작하도록 지휘·감독하여야 할 직접적이고 구체적인 주의의무가 있으며 ...”(성수대교 붕괴 사고 항소심, 서울지방법원 95노2918).

29) 성수대교 붕괴사고 1심에서 인정된 피고인 중 이규대는 동아건설 회사 내에서 부평공장 기술담당 상무이 사로서 성수대교에 소요되는 트러스 제작에 관한 사항을 전부 통할·감독하는 업무에 종사하였었다. 피고인은 비용을 절감하기 위하여 철구조물제작에 필요한 용접공을 충분히 채용하지 않고 외부용접공으로의 하도급이 금지되었는데도 외부용접공에게 하도급을 주었다. 1심에서 업무상과실치사상죄로 유죄를 선고받은 피고인 이규대가 항소이유로 내세운 “... 자신은 당시 부평공장의 상무로서 그 직제나 업무내용상 위 공장 전반의 일반적이고 행정적인 업무만 담당하였을 뿐 구체적인 제작과정에 관여하지 않았기 때문에 구체적이고 직접적인 주의의무가 없었다...”고 한 항변에 대하여 항소심법원은 “... 피고인이 트러스가 설계도와 특별시방서에 따라 정밀하게 제작되도록 철구부장인 피고인 박효수를 통하여 지휘·감독할 책임이 있었던 점, 외부 용접공의 사용승인, 이상보고를 받고 시공현장에 기사를 파견하도록 승인, 특서스 제작에 관한 실행예산 및 공정표를 결제하는 등 트러스 제작에 관여한 사실, 트러스 제작에 사용된 용접방법과 실제 용접과정에 대하여도 구체적으로 진술하고 있는 점 등을 들어 피고인 이 트러스 제작에 직접 관여하였다”고 보아 피고인의 항소를 배척하였다(성수대교 붕괴사고 항소심, 서울지방법원 95노2918).

30) 대판 1997.11.28 선고, 97도1740, 집45(3)형, 792; 공 1998.1.1 (49), 184.

검사를 통한 용접공사, 가조립공사에서의 철저한 현장확인을 하지 않을 사실을 적시 함)을 인정하였다. 성수대교의 보수 및 유지관리를 담당하는 서울시 도로국 산하 동부건설사업소의 소장과 직원 6인에 대하여도, 정기적으로 성수대교를 점검할 때 교량구조물의 균열 및 부식진행상태 등을 직접 확인하거나 점검을 위임하더라도 치밀하게 점검되었는지 확인할 의무가 있다는 것을 이유로 주의의무위반을 인정하였다.³¹⁾ 그러나 당시 서울시장에 대하여는 검찰이 이미 기소대상에서 제외하였는데, 그 검토내용은 “서울시장이 성수대교를 특정하여 안전에 이상이 없다는 보고를 받았다면 그 보고가 허위라고 볼 만한 특단의 사정이 없는 한, 구체적 근거가 없는 언론 등의 외부정보보다 내부보고를 더 신뢰할 것이 통상이므로 예견가능성이 희박하고, ..., 설사 예견가능성이 있다고 상정하더라도 서울시장의 방대한 업무량으로 보아 성수대교가 위험하다는 급박한 보고가 없는 이상 부하직원에 대하여 일반적인 점검시만 하고 보다 적극적이고 구체적인 조치를 취하지 아니하였더라도 이를 두고 서울시장에게 결과발생 회피의무가 있다고 할 수 없다”고 하였다.

1996년 12월 16일의 우방타워 압사사고³²⁾에서도 우방타워랜드의 지원본부장이 공개방송의 안전관리책임자로서 대공연장의 적정수용인원에 맞게 입장권발매를 조정하고 행사당일의 혼잡을 피하기 위해 사전에 적절한 숫자의 경비병력을 배치하고 안내방송을 통하여 청소년들을 진정시키거나 철책통로 등을 설치하는 등으로 만일의 사태에 대비해야 할 업무상의 주의의무가 있다고 인정하였다.³³⁾

삼풍백화점 붕괴사고³⁴⁾에서도 서울지방법원은 삼풍건설의 대표이사 겸 삼풍백화

31) 대판 1997.11.28 선고, 97도1741, 공 1998.1.1 (49), 191.

32) 우방타워랜드 압사사고는 1996.12.16 대구 달서구 두류2동 소재 우방랜드 대공연장에서 대구MBC 주최 ‘별이 빛나는 밤에’ 공개녹화방송을 하면서 우방랜드 측에서 입장권을 과다발매하고 적절한 경비병력을 배치하지 않은 과실로 오후 4시 50분경 입장하는 관객들이 밀려서 넘어지는 바람에 3명이 압사한 사고이다.

33) 피고인 최태선은 항소심에서 “... 피고인이 담당하는 지원본부는 영업본부의 영업을 지원하는 것에 불과하며, 우방랜드의 안전관리자로서 선임되어 있는 공소의 이원렬은 편의상 지원본부에 소속되어 있을 뿐 피고인의 지시를 받지 않고 부사장, 전무 등으로부터 직접 지시를 받는 바, 피고인은 형사책임을 질 지위에 있지 않다”라고 주장하였으나, 항소심은 여러 증거들을 근거로 피고인이 우방랜드의 안전관리의 책임을 맡고 있는 자로서의 지위를 인정하였다.

점 회장인 피고인이 삼풍백화점 건물 신축공사 및 유지관리에 관한 업무를 총괄한다고 인정하고, 단순히 발주회사의 경영자로서 일반적이고 추상적인 지휘·감독만을 한 것이 아니라, 피고인의 경우 20여년과 건축에 관한 경험과 지식을 쌓아 왔던 자로서 수급회사가 골조공사를 할 때부터 공사현장에 자주 나가 공사현장에 직접 관여하였으므로 “직접적이고 구체적인 주의의무”가 인정된다고 하였다. 삼풍건설의 상무 겸 삼풍백화점 사장인 피고인에 대하여도 공사현장에 상주하면서 현장소장을 지휘·감독 하였으므로, 주무부서의 책임자나 그 소속직원들을 지휘·감독하여 부실공사가 행하여지는 것을 막아야 할 ‘직접적이고 구체적인 주의의무’를 부담한다고 하였다.³⁵⁾ 삼풍건설로부터 발주를 받아 직접 시공을 담당하였던 건설회사의 골조공사담당 책임자도 슬래브의 두께를 정상보다 얇게 시공한 점, 철근배근작업 및 형틀작업 담당자도 철근공과 형틀공에 대한 철저한 업무지시 및 감독을 해태한 점을 들어 주의의무위반을 인정하였다. 추후에 백화점건물의 구조에 영향을 미치는 추가공사를 한 삼풍건설의 건축부장과 설비부장, 설비부 대리도 각각 코아 옹벽을 절단하면서 보강조치를 하지 않은 점, 냉각탑을 이전하면서 슬래브에 아무런 조치를 하지 않아 과다한 과중을 준 점, 배기타트를 별도의 보강조치 없이 설치하여 벽체의 내력을 저하시킨 점을 들어 주의의무위반을 인정하였다. 붕괴당일과 관련하여서도 위 회장과 사장, 그리고 백화점의 시설이사로서 건물의 유지관리 및 시설안전업무를 총괄하였던 3인은 구체적인 지휘·감독권을 행사하여온 자로서 비록 구조전문가로부터 야간부터 보강공사에 착수하면 문제없다는 말을 들었더라도 더 많은 주의를 기울여 만약의 사태에 대비하여 인명을 시속하게 대피시킬 주의의무를 부담한다고 하였다. 그 외 건축구조기술사(건축구조연구소 소장)도 설계시의 계산의 오류나 안전점검 중역회의에서 당장 붕괴될 우려는 없다는 잘못된 보고, 종합건축사무소를 경영하는 건축사도 위 구조기술사의 냉각탑설치에 대한 구조계산을 받지 않고도 확인이 없이 구조설계도면을 작성하고 형식적인 감리만을 시행한 점을 들어 주의의무위반을 인정하였다.³⁶⁾ 이는 대법원에서 확인되었다.³⁷⁾

34) 삼풍건설이 발주하여 우성건설에게 하도급을 주어 건축된 삼풍백화점이 1995.6.29 오후 5시 57분부터 5층 부분이 붕괴되기 시작하여 471명 사망, 718명 부상을 발생시켰다.

35) 서울지방법원 95고합764.

36) 서울고등법원 1996.4.26 선고 96노118, 1996.5.10 선고, 96노118.

아현동 가스폭발사고³⁸⁾에서는 대법원은 ‘적용법규의 취지’를 근거로 하여 하도급을 준 도급자의 감독책임을 긍정하고 있어 주목을 끈다. 한국가스공사 경인관로사무소장인 피고인은 가스점검공사를 시행하면서 한국가스기술공업주식회사 수도권사업소에 용역을 주었다. 피고인은 “... 위 공사를 한국가스기술공업회사 수도권사업소에 용역을 주었으므로 공사의 안전관리책임은 위 회사 수도권사업소에 있는 것이고, 피고인으로서의 단지 도급인으로서의 감독권한만 갖고 있으므로, 밸브조작과 관련하여 안전담당자가 배치되지 않는 등의 안전책임은 전적으로 한국가스기술공업회사에 있다”고 주장하였으나, 제2심은 “... 본건과 같은 공사의 시행에 항상 경인관로사무소에서 운전원이나 공사감독원을 배치시켜 왔으므로, 사정이 그러하다면 피고인에게는 위 공사를 감독하여야 할 의무가 있다”고 하였고,³⁹⁾ 대법원은 “... 한국가스공사 관로사무소가 가스누설점검작업을 가스기술공업주식회사 수도권사업소에 도급을 주었다고 하더라도, 도시가스사업법과 그 시행령 및 한국가스공사 안전관리규정의 각 관계 규정의 취지에 비추어 보면, 도급인인 한국가스공사 직원들에게도 과실책임이 인정된다”고 하였다.⁴⁰⁾ 이는, 판례상 언급은 짧지만, 도시가스사업법의 수범자를 한국가스공사 관로사업소로 보아 행위자를 특정한 것으로 볼 수 있다.

최근 2005년 10월 3일의 상주 MBC가요컨서트 녹화장 압사사고에서도 2006년 2월 17일 제1심인 대구지방법원 상주지원 형사부는 감독책임을 물어 상주시 시장, 행정지원국장, 새마을과장, 새마을과 자전거문화담당계장의 시장부터 담당공무원까지 전부 업무상과실치사상죄의 공동정범을 인정하고, 행사의 진행을 맡은 관련자들인 국제문화진흥협회 회장, 부회장, 그 자회사인 주식회사 유닉스커뮤니케이션의 사장, 경비업체 사장, 주식회사 문화방송(MBC) 가요컨서트 담당 프로듀서 모두의 업무상과실치사상죄의 공동정범을 인정하였다.⁴¹⁾ 상주시장과 행사담당회사 사장, 경비업체

37) 대법원 1996.8.23 선고, 96도1231, 집44(2)형, 821; 공1996.10.1(19), 2937.

38) 서울 마포구 아현동 소재 아현가스공급기지에서 가스점검공사를 한국가스공사 경인관로사무소에서 한국가스기술공업주식회사에 용역을 주어 시행하였는데, 가스점검공사를 하던 중인 1994.12.7 오후 2시 52분경 가스가 분출되어 폭발하였고, 이로 인해 8명 사망, 44명이 부상이 발생하였다.

39) 서울지법 1995.8.29 선고, 95노3280.

40) 대판 1996.1.26 선고, 95도2263, 공 1996.3.15(6), 841.

41) 대구지법 상주지원 2006.2.17 선고, 2005고합29[업무상과실치사], 2005고합30(병합)[업무상과실치사], 2005

사장, MBC가요컨서트 PD를 모두 행위자를 특정한 점은 획기적인 판결이라고 평가된다. 제1심판결에 대하여 2006년 7월 27일의 대구고등법원 제1형사부의 판결⁴²⁾과 2006년 10월 26일의 대법원의 판결⁴³⁾ 모두 피고인들의 주문의 형량변경 정도는 있었으나 유죄판결을 그대로 유지하였다.

반면에 대구가스폭발사고⁴⁴⁾에서는 제1심에서는 “피고인(표준개발의 대표이사)은 이사나 현장소장등을 직접 지휘·감독·명령하면서 공사시공에 관한 최종결정권을 행사하였고, 아울러 표준개발에서 시공하는 모든 공사현장의 공사진척정도를 수시로 보고 받고 그 시공방법 등 구체적인 전문적인 사항들도 직접 지휘·감독하였는 바, 폭발 등 사고발생을 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 그라우팅 공사시행에 있어서 제반안전조치 등을 강구한 다음 공사를 시행하는지에 대한 점검 등을 하지 아니한 채 위 공사를 하도록 방치하는 등으로 주의의무를 태만히 한 과실이 있다”고 인정하였으나, 항소심에서 “주식회사 표준개발은 ... 공사현장이 36곳, 지구언이 180여명에 달하며 그 경영체제는 대표이사 산하에 부사장, 그 아래 공무부, 공사관리부, 지질부, 엔지니어링사업부, 총무부, 경리부, 안전관리부 등의 조직을 갖추어 각 부의 임원들이 각 공사현장에 파견된 현장소장들과 함께 공사내역별로 책임을 맡아 공사업무를 수행하도록 되어 있는 사실, 피고인(대표이사)은 경영자로서 신규사업계획, 공사수주, 자본관리, 조직 및 인사관리 등 경영상 중요한 사항만 결정하고 공사현장의 공정문제에 관하여는 공정관리부가, 기술적인 문제에 관하여는 엔지니어링사업부가, 자재문제에 관하여는 총무부가 각 현장소장들의 보고를 받아 세부적인 지휘·감독을 하는 등 시공방법, 안전대책에 대한 전문적·기술적 사항은 각부의 임원들과 현장소장들에게 일임되어 있으며, 매주 월요일에 개최되는 임원회의에서 임원들이 간략하게 주요업무를 보고하였을 뿐인 사실을 각 인정할 수 있다. 위 인정 사

고합35(병합)[경비업법위반], 2005고합36(병합)[뇌물수수, 뇌물공여].

42) 대구지법 2006.7.27 선고, 2006노86 [업무상과실치사, 업무상과실치상, 경비업법위반, 뇌물수수, 뇌물공여].

43) 대판 2006.10.26 선고, 2006도5388 [업무상과실치사, 업무상과실치상, 경비업법위반, 뇌물수수, 뇌물공여].

44) 대구백화점에서 발주한 대백프라자 신축공사를 대백종합건설이 공사를 맡고 기초공사인 토공사 및 흙막이 공사에 관하여 표준개발에 하도급을 주었는데, 표준개발이 공사중 외부로부터 유입된 도시가스가 폭발사고를 일으켰다(101명 사망, 200명 부상).

실에 의하면 피고인은 위 회사의 직원들에 대한 일반적·추상적인 지휘·감독책임은 있을지언정 더 나아가 이 사건 공사현장을 포함한 36곳의 모든 공사현장에 대하여 앞서 본 바와 같은 제반안전조치를 취하여야 할 구체적이고 직접적인 주의의무는 없다고 할 것이며, 한편 이 사건 소방도로상에 그라우팅공사를 실시하겠다는 보고를 받은 적이 있다는 점만으로는 그러한 구체적이고 직접적인 주의의무가 발생한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 공사현장대리인을 이 사건 공사현장에 파견하지 아니하였다는 점은 이 사건 폭발사고와는 직접적인 상당인과관계가 없고 달리 위 피고인에게 위와 같은 주의의무가 있음을 인정할 아무런 증거가 없다. ...”고 하여 무죄를 선고하였다.⁴⁵⁾ 그러나 대법원은 피고인에게 직접적이고 구체적인 주의의무가 있지 않다는 것은 인정하면서도 공사현장대리인을 공사현장에 파견하지 않는 행위는 사고와 인과관계에 있다고 보면서 주의의무위반을 인정하였다.⁴⁶⁾ 또한 하도급을 준 대구백화점의 건축총괄본부장인 피고인에게도 제1심은 “신축공사의 시공 등에 대한 지휘·감독을 총괄하게 됨에 따라 현장소장 등으로부터 매주 1회씩, 건축차장인인 공소의 오상달로부터는 매일 아침 신축공사의 공사 진행상황에 대한 구체적인 보고를 받아 왔는바, 소방도로에서의 그라우팅 작업시 현장직원들을 철저히 지휘·감독하여 제반안전조치를 미리 취하여야 함에도 이를 대만히 한 과실이 있다”고 하여 유죄를 인정하였다. 그러나 항소심은 “피고인 ... 은 이 사건 토공사 및 흙막이공사에 관하여 그 시공방법, 안전대책 등의 세부사항을 일일이 검토한 다음 직접 구체적인 지휘·감독을 할 수 있는 책임과 능력이 없었고, 다만 앞으로 시행할 백화점 신축공사와 관련하여 공사의 조정을 조정하고 공사의 운영 및 시공의 정도가 설계도 또는 시방서대로 시행되고 있는가를 확인·점검하며 공사비를 정산할 목적으로 감리적인 관리·감독을 하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 주식회사 대구백화점 및 대백종합건설의 직원들에 대한 일반적·추상적인 지휘·감독책임은 있을지언정 더 나아가 하도급업체인 주식회사 표준개발의 현장소장이나 주식회사 대백종합건설의 현장소장에 대하여 앞서 본 바와 같은 제반안전조치를 취하도록 할 구체적이고 직접적인 주의의무는 없다”고 과실범의 성립을 부정하여 무죄를 선고하였다.⁴⁷⁾ 대법원도 이에 대하여는 그대로 확인

45) 대구고법 1996.2.14 선고, 95노692 판결.

46) 대법원 1997.1.24 선고, 96도776, 집45(2)형, 599; 공 1997.3.1(29), 701.

47) 대구고법 1996.2.14 선고, 95노692 판결.

하였다.⁴⁸⁾ 이와 비슷하게 1993년의 구포역 열차전복사고⁴⁹⁾에서도 삼성건설의 대표 이사에게 일반적이고 추상적인 경영상의 책임은 있을지언정 사고와 관련하여 구체적이고 직접적인 어떠한 주의의무도 존재하지 않는다고 하였다. 삼성건설의 토목사업 본부장과 토목지원담당이사는 제1심에서는 과실이 인정되었으나 제2심에서는 구체적이고 직접적인 주의의무가 없다는 이유로 무죄가 되었다. 삼성건설의 현장소장과 공사과장은 업무전반을 지휘·감독하는 자로 인정되어 지질조사 없이 선형을 변경하고 계측 없는 폭파공법을 강행하였으며 다량의 용수가 분출되는데도 불구하고 대책 없이 공사를 강행하였다는 점에서 과실이 인정되었다. 한진건설의 실질적 사장은 제1심에서는 유죄를 선고받았으나, 제2심에서는 구체적이고 직접적인 주의의무가 없다는 이유로 과실이 인정되지 아니하였고, 한진건설의 현장소장과 토목기사만이 지질조사가 없는 상태에서 발파작업을 강행하였고, 화약류 관리보안책임자면허가 없는 자로 하여금 발파작업을 계속하게 하였다는 이유로 제1심부터 과실이 인정되어 대법원에서 확정되었다. 공사현장의 천공 및 발파업무 담당책임자와 공사현장의 화약류 관리보안책임자도 과실이 시종일관 인정되었지만, 흥미로운 점은 실제 발파실행행위를 한 공사현장의 발파작업반장은, "... 사실상 자신의 고용주인 천공·발파업무 담당 책임자에게 막장의 상태를 보고하는 외에 더 나아가 별도의 안전조치를 강구해야 할 업무상 주의의무는 없다"고 보아 무죄가 확정되었다. 우리 판례가 현장에서 발파실행행위를 한 자를 행위자로 특정하지 않은 점으로 보아, 행위자를 보다 기능적 지배의 관점에서 파악하려고 하는 경향을 볼 수 있다. 결국, 우리나라의 대형사고판례를 정리하면, 과실범의 기준으로 '사고발생원인에 직접 관여한 구체적이고 직접적인 주의의무위반'이 정립되었다.⁵⁰⁾

48) 대법원 1997.1.24 선고, 96도776, 집45(2)형, 599; 공 1997.3.1(29), 701.

49) 전력구 공사작업과 관련하여 삼성종합건설이 한국전력공사로부터 도급받아 다시 이를 한진건설에 하도급을 주었는데, 1993.3.28 철로 중심으로부터 2.4미터 접근한 터널막장에서 발파한 과실로 터널이 함몰되면서 마침 이 철로를 달리던 열차가 탈선·전복되어 77명 사망, 175명 부상이 발생하였다.

50) 비교법적으로 볼 때 이러한 기준은 헤르츠베르크(Herzberg)의 정범귀속이론과 유사하여 흥미롭다. 그는 '무가치행위자의 귀납(Verschiebung des Unwertakzents)'은 행위 그 자체로부터 '결과의 원인이 된 의무위반(schadensursächliche Pflichtverletzung)'으로 이전시켜야 한다고 주장한다. Herzberg, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Kurt Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates,

우리 판례의 이러한 접근방법으로 볼 때, 사고등의 결과가 없이 단순히 의무위반의 형태를 띠는 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’는 행위자 - 영업주든 종업원이든 - 가 범할 수 있는 과실범의 주의의무위반의 범주에 포함될 수 없다.

IV. 결론: ‘상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우’에 대한 새로운 이론구성

지금까지의 필자의 논증은 결국 새로이 개정된 양벌규정에 도입된 면책규정의 표현인 ‘상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우’는 그 문언에도 불구하고 ‘과실’로 추정되는 경우가 아니라는 것이다. 더욱이 예로 든 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’의 본래의 행위자 - 규범의 수범자 - 는 해석상 영업주인 법인 또는 개인이다. 그렇다면 영업주인 기업의 형사책임은 기업의 ‘감독책임 그 자체’이다. 이는 “기업의 범죄적 태도(criminal corporation attitude)”를 표시하는 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”이다.⁵¹⁾ 양벌규정에 표현된 ‘종업원의 위반행위를 방지하기 위한 상당한 주의 또는 감독을 게을리 한 경우’는 ‘위반행위 방지시스템’이 제대로 가동되지 않은 경우에 해당될 뿐이다. 형법의 행위개념에 비추어보면 ‘과실행위(작위)’보다는 ‘부작위’에 가까울 것이나, 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’가 대부분 의무위반행위로 구성된 ‘추상적 위험범’ 또는 ‘거동범’이므로 형법상 ‘부작위범’이라고 볼 수도 없다. 그러므로 이러한 의미에서 기업의 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”는 양벌규정에 의해 처벌되는 범죄행위로서 일종의 ‘단체책임’이라고 볼 수 있다.⁵²⁾ 양벌규정은 개정된 입법을 통해서 분명히 “총체적인 위

der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33-53.

51) 필자의 이러한 이론구성에 대하여 상세히는 Byung-Sun Cho, The Corporate and Individual Criminal Liability for the Pollution of the Environment, in: Conference on Environmental Crimes at Renmin University Research Center of Law and Politics in 2009 (publication in preparation).

52) 단체책임에 대한 필자의 견지에 대하여 상세히는 조병선, “형법에서의 행위자의 특정: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 BK21법학연구단 비교한국법센터 주체 2009년도 제1차 학술대회 ‘단체법의 제문제’ 자료집

반행위 방지시스템의 결여”라는 형태의 단체책임이 추정된다고 보는 것이 적절할 것이다. 2008년 6월 22일부터 시행되고 있는 질서위반행위규제법 제11조는 영업주인 법인 또는 개인에 대하여만 과태료를 부과하고, 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원에 대하여는 과태료에 처하지 않는 것으로 하고 있다. 과태료의 경우는 양벌규정은 전혀 다른 (일벌)규정을 도입한 것이다. 형벌에 비하여 비난의 정도가 약한 과태료가 개인책임을 포기하고 단체책임으로서 기업에게만 과태료의 책임을 묻는 것도, 이러한 특수한 형태의 책임 - 우리의 기존 법체계에 없던 새로운 단체책임 - 으로 이해한다면, 그 이유가 설득력있게 제시될 수 있을 것이다. 우리나라 입법실무상 법인에 대한 과태료 규정은 다수 있으나 종업원의 위반행위로 법인과 종업원 모두에게 부과하는 양벌규정을 두고 있는 법률은 유일하게 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’ 1개만 있는 실정이다. 실제로 과태료 양벌규정을 두었다가 폐지한 법률이 상당수 있다.⁵³⁾ 결론적으로 예로 든 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 새로운 양벌규정에 따라 처벌되는 기업의 형사책임은 기존의 과실범의 개념에 포섭되는 과실(추정)책임이 아니라, 종업원의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’(추상적 위험범 내지 거동범)를 방지하지 못한 ‘(추정된) 감독책임 그 자체’의 책임을 묻는 ‘기업의 범죄적 태도’이다. 다시 말해서 “총체적인 위반행위 방지시스템이 결여된” 고의범으로 추정되는 것이다.

(2009.2.20), 31-64 참조.

53) 과태료 양벌규정을 두었다가 폐지한 법률로 향교재산법, 상호신용금고법, 구 단기금융업법, 구 출판사 및 인쇄소 등록에 관한 법률, 농업기계화촉진법 등등 다수가 존재한다. 정부의 법안해설서도 이렇게 현행 과태료부와 관행을 존중하면 종업원은 처벌하지 않는 것이 상당하다고 하고 있다. 이에 대하여 법무부, 질서위반행위규제법과 각국의 입법례 (2005.12), 196 참조.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김대휘, “양벌규정의 해석”, 형사판례연구 제10권, 2002, 박영사, 28 이하.
- 김우진, “행정형벌법규와 양벌규정”, 형사판례연구 제6권, 1998, 박영사, 397이하.
- 박강우, “양벌규정과 감독자 책임”, 형사판례연구 제8권, 2000, 박영사, 143이하.
- 박기석, “양벌규정에 의한 판례분석”, 형사정책연구소식 제33호, 33이하.
- 박기석, “양벌규정에 관한 판례분석”, 강의중교수정년기념논문집(2002), 425이하.
- 박영도, “입법기술의 이론과 실제”, 한국법제연구원 연구보고 97-1, 356이하.
- 법무부, 질서위반행위규제법과 각국의 입법례 (2005.12).
- 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자” 형사판례연구회(편), 형사판례연구 제1권, 박영사, 1993, 286이하.
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학 제3호(1995), 347.
- 윤영철, “사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고”, 형사정책연구 제13권 제1호 (2002), 209이하.
- 이상철, “양벌규정연구”, 법제 제491호, 47이하.
- 이정원, “기업에 의한 환경범죄의 형사정책에 관한 연구”, 경남법학 제12집(1996), 163이하.
- 임 용, 형법총론, 개정판(2002), 법문사.
- 조 국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 60이하.
- 조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 BK21법학연구단 비교한국법센터 주체 2009년도 제1차 학술대회 ‘단체법의 제문제’ 자료집(2009.2.20), 31이하.
- 조병선, “형벌과 과태료의 기능과 그 한계 - 과태료일반법의 필요성을 중심으로 -” 형사법연구 제22호(2004년 겨울) 특집호, 385이하.
- 조병선, “양벌규정의 구조와 행위자의 특징”, 법무부(편) 형법개정 및 양벌규정 개선

- 공청회 (2008. 6. 20) 자료집: 양벌규정 개선 주제발표문, 207이하.
- 조병선, “질서위반행위규제법에 관한 연구”, 청대학술논집 제9집(2007), 77이하.
- 조병선, 질서위반법, 한국형사정책연구원 출판부, 1990.
- 조병선, 양벌규정과 법인의 형사책임, 형사판례연구 제3권, 1995, 박영사, 1이하.
- 조병선, 환경형사판례에 대한 비판적 검토 -특히 양벌규정과 감독책임에 관하여, 형사판례연구 제1권, 1993, 박영사, 295이하.
- 진정훈, “양벌규정에 의한 신분없는 행위자처벌의 문제점”, 제주판례연구 제1집 (1997), 212이하.
- 한국형사정책연구원 2008년도 대검찰청 연구용역보고서 [박미숙(연구책임자), 탁희성, 임정호(공동연구진)], 양벌규정의 개선방안에 관한 연구, 2008.4.

2. 외국문헌

- Cho, Byung-Sun, The Corporate and Individual Criminal Liability for the Pollution of the Environment, in: *Conference on Environmental Crimes at Renmin University Research Center of Law and Politics* in 2009 (publication in preparation).
- Cho, Byung-Sun, Administrative Penal Law and its Theory in Korean and Japan from a Comparative Point of View, in: *Tilburg Foreign Law Review (Tilburg University)* Vol.2 No.2(1992), 261-277.
- Herzberg, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Kurt Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 33 ff.
- 趙炳宣, 行政刑法と行政刑法理論に關する韓國と日本の比較法的考察, 姫路法學(姫路獨協大學法學部)11號(1992), 101-124.
- 趙炳宣, 兩罰規定と法人の刑事責任, 札幌學院法學(札幌學院大學法學部), 17권1호 (2000), 158-183.

[Abstract]

Corporate Liability in Environmental Law

– A New Theoretical Approach Based on Recently Revised Joint Penal Provisions
and New Enactment of Administrative Regulatory Act

Byung-Sun Cho

In Korean environmental law there is in general the possibility of corporate criminal liability pursuant to ‘joint penal provision (two-sides penal provision)’. Recently in November 2007, the Korean Constitutional Court held that a joint penal provision in which the individual employer is punished when his or her employee is determined to have committed a crime was unconstitutional, because the joint penal provision had no contents for the culpability of an individual employer and thus violated the constitutionally protected principle of culpability. Therefore, it is today impossible to try to explain ‘joint penal provision’ with using the idea of vicarious liability. After the Korean Constitutional Court’s expression of the unconstitutionality over joint penal provision in November 2007, since December 2008 the Ministry of Justice began to change the old joint penal provision into the new revised joint penal provision. On 26 December 2008, the old joint penal provisions of 69 laws were revised. The new revised jointpenal provision adds only an additional sentence: “If a juristic person, an entity or an individual perform due care and supervision over its employee for the prevention of such a crime, it will be exempted from the punishment”. The new revised joint penalprovision seems to declare that the criminal liability of employer is based on the presumption of negligence, because the inserted sentence means the presumption of negligence. Probably the new form of penal provision, that is understood to be a kind of the presumption of negligence, could let the burden of proof be changed from the public prosecutor to the accused, in other words

employer-side. My paper raises the question of how we could determine who is perpetrator in an organizational hierarchy, and how we should restrict the number of individuals whose actions may trigger the corporation's liability. A decision of the Korean Supreme Court provides a useful example for such difficulties. The Supreme Court justified the punishment of two-sides with the following explanation: When the actor is a representative, his acts are presumed to be the conducts of a corporation itself and thus a corporation has to be punished. When the actor is not a representative, his conduct cannot be presumed to be the conduct of a corporation. However, when the actor who is not a representative violates a law, he should be still 'additionally' punished besides a corporation pursuant to joint penal provision. Therefore, the punishment of a representative means the 'expansion' of punishment that is based on the joint penal provision. When the actor is not a representative, the actor is punished because of his own criminal conduct and a corporation is fined because of its negligence of the supervisory duty. At first glance, the argument of the Supreme Court seems to be sufficient for those cases. However, this argument has a premise that it is not difficult to find an actor. The fine against a corporation is usually not sufficient to deter corporate misbehavior. The orientation of this way of thinking lies merely in an individual (natural person) from the naturalistic point of view. Recent Korean courts' precedents have affirmed the possibility of co-perpetrator based on negligence. In 1994, a middle section of Seongsu Bridge fell into the Han River in Seoul during the morning rush-hour, killing 32 people and injuring 17. The bridge was built by Dongah Construction. Investigators found that the company made many omissions in the welding and its construction management and inspection methods were remarkably slipshod. The Korean Supreme Court stated in the case of Seongsu Bridge Accident that criminal liability of several perpetrators could be based on joint previous omission of 'direct and concrete' due care as long as the causal nexus was given. Another disaster hit the construction industry less than a year later. Sampoong Department Store in southern Seoul collapsed on June 29, 1995. With 501 killed and 937 injured, it was the worst peacetime disaster in South Korean history. Again, shoddy engineering practices and government corruption were blamed for the accident.

In this case the Korean Supreme Court accepted the concept of 'negligent co-perpetrator', as long as there exist two important premises: the joint previous omission of 'direct and concrete' due care and the casual nexus. However, corporate criminal liability pursuant to joint penal provision is quite different from typical criminal negligence. We need to change from a point of individualistic view to a point of collectivistic view. Because a criminal corporate attitude would pervade the 'team spirit' of the corporation, a general, as well as a specific preventive effect is extremely unlikely if the members of a corporation have been influenced and reflected by a criminal corporation attitude. In my opinion, therefore, a corporation could be held liable for the crime its employee committed because of an organizational failure of the corporation. In order to determine corporate criminal liability, it should not focus on individual behavior but rather on collective mechanisms of control. My explanation on joint penal provision requires both the commission of an offense in the interest of the corporation and an organizational failure on the part of the corporation. In my opinion, the new approach I described so far, though not complete, is much more comprehensive than the other approaches that have been developed under the limitation of the classical criminal law theory.

주 제 어 환경형법, 양벌규정, 질서위반행위규제법, 단체책임, 개인책임, 과실의 공동정범, 주의 의무위반, 감독책임, 상당한 주의와 감독

Key Words environmental criminal law, corporate criminal liability, joint penal provision, administrative regulatory act, determination of perpetrator, presumption of negligence, negligent co-perpetrator, criminal corporate attitude, collective responsibility, individual responsibility, principle of culpability, direct and concrete due care