

設 立 精 神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 **유 상 근**

教 育 方 針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 **현 세 용**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 지속적으로 발간되고 있는 명지법학이 코로나19로 인한 여러 어려움 속에서도 이번에 제19권 제1호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는, “중국 인터넷 가상재산보호의 법적 문제 연구-혼인법을 중심으로”, “음주운전의 범죄에 있어서 입법상 여러 문제점 및 보완에 관한 논의”, “산업안전보건법의 실효성 확보를 위한 사업주 처벌 방안 연구” 등 총 3편의 논문들이 게재되었습니다.

위의 논문들은 내·외 심사위원들의 엄격한 심사를 거쳐 게재가 확정된 논문들입니다. 모두 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 이번호를 채우고 있습니다. 다시 한 번 귀중한 원고를 이번 명지법학에 실을 수 있게 되어 무척 기쁘게 생각합니다.

그 동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교의 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다.

명지법학 제19권 제1호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제19권 제1호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 김주영 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 모든 분들이 올 한해도 더욱 건강하시고 많은 성취 이루시기를 바랍니다.

2020년 7월

명지대학교 법학연구소장 박 영 규

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

산업안전보건법의 실효성 확보를 위한 사업주 처벌 방안 연구..... 김 선 혜 / 1

围绕婚姻法中国网络虚拟财产保护的法律问题研究
..... 유 향 란(俞香兰)/ 23

试论醉酒驾驶犯罪在立法方面的几点问题及对策
..... 장묘묘(张苗苗)·호우평(侯风) / 33

[부 록]

「명지법학」 편집규정	47
「명지법학」 투고규정	50
「명지법학」 연구윤리규정	53
「명지법학」 원고작성 요령	57

산업안전보건법의 실효성 확보를 위한 사업주 처벌 방안 연구

김 선 혜*

논문요지

근로자의 건강 및 안전을 보호하여 산업재해 1위 국가의 불명예를 벗어나고자 하는 강한 의지로 2018년 11월 1일에 산업안전보건법 전부개정법률안이 국회에서 통과되었다. 이는 그동안 산업안전보건법 위반에 대하여 이른바 솜방망이 처벌로 인해 반복되는 근로자의 사망사고를 예방하지 못하고 있다는 비판을 받아들인 결과이자 근로자의 생명과 신체침해의 희생으로 경제적 이익을 얻는 기업·산업의 인식을 전환하기 위하여 처벌강화의 제재를 시행한 것이었으나, 개정된 산업안전보건법 법률은 과잉처벌 및 형평성에 어긋난다는 비판을 받고 있다.

그러나 이러한 다툼에 앞서 먼저 정비해야 할 것은 법률 조항의 구성요건 및 적용범위 등을 명확히 정해놓는 작업이다. 산업안전보건법 위반에 대한 제재 관련 조항들은 위반행위 주체 및 그 적용범위 등이 명확히 정비되어 있지 않아 법규범적으로 미흡한 점이 발견되고 있기 때문이다.

산업안전보건법 위반에 대한 형사적 제재로서 산업안전보건범죄는 고의범 처벌을 기본으로 하므로, 과실범으로 처벌하고자 할 경우에는 죄형법정주의의 원칙상 과실범 규정이 도입되어야 한다. 또한 근로자가 사망하는 사고와 같이 중대재해가 발생하였을 경우에 적용하는 산업안전보건법 제167조에 대하여는 고의의 기본범죄 위반과 과실로 인한 사망이라는 결과가 결합된 결과적 가중범이라는 인식이 명확히 자리 잡아야 한다. 사업주의 관리·감독의무 위반에 대한 제재로 적용되는 양벌규정에 대하여는 사업주가 아닌 자가 사업주를 수범자로 규정한 안전·보건조치의무를 위반하였을 때 이 규정을 근거로 행위자를 처벌하는 것은 맞지 않으므로 별도로 행위자를 처벌하는 규정을 도입하여야 하고, 또 이 규정의 면책 조항을 형식적으로만 해석하면 법인 사업주의 책임 회피의 여지를 주게 되므로 이러한 해석은 지양하여야 한다. 그리고 산업안전보건법 위반행위를 형벌로 처벌할 것인지, 과태료로 처벌할 것인지에 대한 기준을 설정하여 산업안전보건법 위반에 대한 비형사적 제재도 미흡한 구성을 보완하여야 한다. 또한 이번 개정을 통하여 신설된 형벌과 수강명령 등의 병과 규정은 사업주에게 형사적 제재 외에 비형사적 제재로서 산업재해 예방에 필요한 벌칙성 교육을 병과할 수 있도록 한다는 점에서 과잉처벌이 아니라 보안처분의 일종으로 보아야 한다. 이와 같이 산업안전보건법의 규범력 확보를 전제로 하여 사업장에서 근로자의 생명·

* 충남대학교 사회법 박사과정 수료

신체의 안전이 안정적으로 보장되어야 한다.

검색용 주제어: 산업안전보건법, 사업장 안전·보건조치의무, 사업장 관리·감독의무,
산업안전보건법 위반, 사업주에 대한 벌칙

■ 논문접수: 2020.07.03. ■ 심사개시: 2020.07.13. ■ 게재확정: 2020.07.21.

목 차

I. 서론

II. 산업안전보건법 위반에 대한 제재의 유형과 내용

III. 산업안전보건법상 제재의 문제점과 개선방안

IV. 결론

I. 서론

산업안전보건법은 노무를 제공하는 자의 안전 및 보건을 유지·증진하기 위하여 산업 안전 및 보건에 관한 기준을 확립하고, 이러한 기준을 불이행할 경우에는 책임의 소재를 명확하게 하여 사전에 업무상 재해를 예방하는 것을 목적으로 하고 있다. 다시 말하면 산업 안전 및 보건에 관한 기준을 이행하고 예방조치를 취할 자를 명확히 하고, 불이행할 경우에는 처벌 등의 제재를 가하여 책임의 소재를 분명히 한다는 것이다. 따라서 산업안전보건법의 처벌 주체는 사업주이며, 사업주에게 이러한 역할을 하게 하기 위해 동법은 각종 의무 조항을 규정하여 시행하고 있으며, 위반하면 그에 대한 제재를 하게 된다.

정부는 산업재해를 줄이고 근로자가 안전하게 일할 수 있는 여건을 개선하기 위하여 2018년 11월 1일에 산업안전보건법 전부개정법률안을 국회에 제출하였고, 국회에서 통과되어 2020년 1월 16일자로 개정된 법률이 시행되고 있다. 이 전부개정법률안이 제출된 것은 그동안 산업안전보건법 위반에 대하여 이른바 솜방망이 처벌로 인해 반복되는 근로자의 사망사고를 예방하지 못하고 있다는 비판을 받아들인 결과이자 근로자

의 생명과 신체침해의 희생으로 경제적 이익을 얻는 기업·산업의 인식을 전환하기 위하여 처벌강화의 제재를 시행한 것이었으나, 이는 과잉처벌이며 죄형법정주의 위반이자 형평성이 어긋난다는 비판을 받고 있다. 그러나 이번 개정 법률이 과잉처벌이든 혹은 처벌강화의 필요성에 대한 결과물이 되었던 산업안전보건법 위반에 대한 제재 관련 조항은 위반행위 주체 및 그 적용범위 등이 명확히 정비되어 있지 않으므로 법규범적으로 미흡한 점이 우선적으로 보완되어야 한다.

본 연구는 이러한 산업안전보건법의 법규범적 한계를 개선하여 궁극적으로 산업안전보건법 위반에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위한 것이며, II장에서 산업안전보건법 위반에 대한 제재의 유형을 나누어보고, III장에서는 이 유형에 따른 각각의 문제점과 개선방안을 제시하였다.

II. 산업안전보건법 위반에 대한 제재의 유형과 내용

1. 산업안전보건법상 제재의 타당성

근로자가 현장에서 직접 일하는 작업장에서의 산업안전보건법 위반에 관한 제재는 대부분 사업주의 의무위반에 대한 처벌이 적용되는 경우이다. 동법은 법체계상 공법에 속하므로 근로자에 대한 사용자의 사법상의 의무나 사용자에 대한 근로자의 사법상의 권리(청구권)를 규정하고 있지 않으므로 사업주가 동법의 의무를 위반한 경우에 처벌의 적용이 가능하다.* 이처럼 산업안전보건법은 형법의 형벌이론을 근거로 각 노동관계의 특수한 상황에 따라 적용되는데, 일반 형법이론이 법규범적 내용에 의하여 법률규정의 위반여부를 판단하는 것처럼** 1차적으로는 이 법규범적 내용을 먼저 판단하고, 노동법상 지위나 위법성 및 책임성 등을 2차적으로 판단하게 된다.***

그동안 우리나라의 산업안전보건법상 제재는 사업주에 대한 형벌을 강화하는 방향으로 개정이 이루어져 왔다. 그러나 이러한 형벌 강화 추세가 산업안전보건법 체계상 과연 실질적으로 사업주의 의무이행과 주의강화를 촉구하고, 궁극적으로 산업재해발생을 감소시키는 데에 기여할 수 있는 것인지에 대해서는 비판적 견해가 있지만,**** 산업안전

* 산업안전보건법에서 정한 국가에 대한 사업주의 의무(공법상의 의무) 규정은 본래 행정적 단속법규이다. 또한 근로기준법을 민법의 고용에 관한 규정의 특별법이라고 이해하고 있는 것과는 달리 산업안전보건법은 근로계약상의 근로조건의 기준이나 근로자에 대한 사용자의 의무를 직접 규율하고 있는 법률이라고 보기는 어려울 것이다(김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018, 517-518면).

** 이재상 외, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2017, 7면.

*** 노동형법의 형벌이론에 관한 자세한 설명은 조희학, 「산업재해의 사업주 책임에 관한 개선방안」, 한국노동중앙연구원, 2004, 37면 이하 참고.

**** 권혁, “산업안전관련 법제도의 패러다임 변화를 위한 방향 검토”, 『사회법연구』 제25호, 한국사회법학회, 2015, 30면; 또한 이는 과범죄화가 우려되므로 법률명확성의 원칙을 확보하자는 의견으로는 권혁, “고용형태의 다변화와 산업안전법리 개편의 필요성”, 『안전보건이슈리포트』, 상반기호, 산업안전보건연구원, 2018, 26면.

보건법상 제재를 통하여 산재발생과 연관된 책임 주체를 명확히 하고, 특히 사업주의 의무이행을 실효성 있게 하려는 노력을 해 온 것임은 부정할 수 없다.*

2. 형사적 제재

(1) 안전·보건조치의무 위반

산업안전보건법의 안전·보건조치의무 위반에 대한 형사적 제재는 제167조부터 제172조까지 규정되어 있다.** 이 규정을 위반한 경우를 구분하면 다음과 같다.

① 사람의 생명·신체를 침해한 결과발생에 대한 처벌(제167조), ② 법률이 정한 작업·부작업 의무규정을 위반한 것에 대한 처벌, ③ 의무위반에 대한 시정 명령을 이행하지 않은 것에 대한 처벌(제168조 제2호, 제169조 제2호, 제170조 제5호)이다.

이처럼 유형분석을 해 보면, 형법이 금지명령을 부과하고 이를 위반한 경우에 처벌하는 방식을 사용하는 반면에 산업안전보건법은 사업주에게 일정한 작업의무를 부과하고 이를 불이행한 것에 대한 처벌을 한다는 점이 다르다. 또한, 산업안전보건법은 동법 제1조에서 궁극적으로 노무를 제공하는 자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 하고 있으나 근로자의 생명과 신체의 안전을 침해하는 결과가 발생하였을 경우 이를 규율하는 법조항은 적은 편이다. 따라서 근로자가 안전사고 등으로 인해 상해를 입거나 사망하게 되면 형법상 업무상과실치사(상)죄로 조율되는 경우가 많다.***

한편 전부개정을 통하여 일종의 누범 가중 규정을 신설하였는바, 이는 그동안 산업안전보건법의 위반의 사건으로 계속적으로 사망사고가 발생할 경우에 적용할 수 있는 처벌 규정이 없어, 동법 제167조 제2항에 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제1항의 근로자가 사망에 이르게 되는 죄를 범한 자는 형의 2분의 1까지 가중하는 제재를 정한 것이다. 이 조항에 의하면 법인의 경우에도 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 경우에는 그 형의 2분의 1까지 가중될 것이므로 법인 기업에 의한 산업안전보건법 위반죄의 반복을 방지한다는 측면에서 의미가 있다.****

* 김선헌, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노동사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문 (2020. 6. 25. 발표), 6면.

** 자유형은 7년 이하의 징역(제167조), 5년 이하의 징역(제168조), 3년 이하의 징역(제169조), 1년 이하의 징역(제170조)이 있고, 벌금형은 1억원 이하의 벌금(제167조), 5천만원 이하의 벌금(제168조), 3천만원 이하의 벌금(제169조), 1천만원 이하의 벌금(제170조, 제171조), 500만원 이하의 벌금(제172조)이 있다. 이중 제171조와 제172조는 벌금형만을 규정하고 있다.

*** 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 4면.

**** 권오성, “소위 ‘기업살인법’ 도입 논의의 노동법적 함의”, 「노동법포럼」 제28호, 노동법이론실무학회, 2019, 156면.

(2) 관리·감독의무 위반

본래 형벌은 어떠한 주체가 범죄행위를 한 이유로 과하는 법률효과이므로 범죄능력과 형벌능력은 일치한다. 그러나 각종의 행정형법에서는 행위자 이외의 법인을 처벌하는 규정을 두고 있다.* 산업안전보건법에도 법인을 처벌하기 위해 제173조에 양벌규정을 두고 있다. 제173조는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제167조 제1항 또는 제168조부터 제172조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게 다음 각 호의 구분에 따른 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과한다고 규정하고 있다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 형을 면제한다. 즉 관리·감독상의 주의의무를 다했다는 점이 인정되면 헌법상 법치국가원리로부터 도출되는 책임주의 원칙에 따라 처벌하지 않는다.** 이것은 행위자 외에도 사업주가 관리·감독의 의무를 충실히 이행해야 한다는 중요성을 강조하는 것이고, 산업안전보건법에서 의무와 책임이 부과되는 주체는 사업주이므로 사업주가 이 규정에서 정하는 위반행위를 직접 하지 않았더라도 사업주의 책임을 물어 처벌하려는 취지이다.

그러나 기업규모나 개인 사업주, 법인 사업주에 대한 구분 없이 모두 동일한 처벌수준으로 규정하고 있어 특히 기업의 규모나 자산규모가 클수록 법인에게 실제 선고되는 벌금액은 소액인지라 그 형벌의 효과가 미비할 우려가 있어, 법인 사업주에게는 양벌규정의 각 호에 따른 벌금형을 부과하고, 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 부과하는 식으로 양벌규정을 이원화하였다.*** 특히 동법 제167조 제1항을 위반하는 경우인 제1호는 10억원 이하의 벌금을 부과하도록 그 액수를 상향 조정하게 되었다.

3. 비형사적 제재

(1) 과태료 부과

* 행정형법은 형법에 비하여 윤리적 색채가 약하고, 행정목적 달성을 위한 기술적·합목적적 요소가 강조되는 것이므로 행정단속 혹은 기타 행정적 필요에 의하여 법인을 처벌할 수 있다고 한다. 이에 의하면 법인은 범죄능력은 없지만 형벌능력은 긍정하는 견해가 된다(이재상 외, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2017, 100면).

** 2007년 「(구)보건범죄단속에 관한 특별조치법」상 종업원의 위반행위에 대해 양벌조항을 근거로 개인인 영업주에게도 위반행위자와 동일하게 무기 또는 2년 이상의 징역형을 처할 수 있도록 규정한 조항에 대해 형법상 책임주의원칙의 위반을 근거로 위헌결정(헌재 2007.11.29. 선고 2005헌가10)을 내린 후 행정형법상 양벌규정은 면책의 단서조항을 달게 되었다. 이 결정 이후 행정형법상 양벌규정은 전반적으로 개정되었고, 2011년 (구)산업안전보건법상 양벌규정도 위헌결정(헌재 2011.6.30. 선고 2011헌가7)을 받았으며 이에 현행과 같은 양벌규정으로 개정되었다(장유리, “판례분석 시리즈-산업안전보건법의 양벌규정”, 『안전보건 이슈리포트』, 산업안전보건연구원, 2017, 7-8면).

*** 조흥학 외, “산업안전보건법 개정안에 관한 소고”, 『사회법연구』 제36호, 한국사회법학회, 2018, 113면.

과태료는 행정질서벌로서 행정상의 질서유지를 위한 것으로서 범죄에 대한 제재는 아니다. 따라서 형벌과는 그 성질을 달리하지만 형벌을 부과하기 위한 유형과 과태료를 부과하는 위반행위의 유형은 동일하고 실무적으로도 행정형벌과 행정질서벌의 부과 대상이 명확하게 구분되어 있지는 않다.

또한 형벌이 아니므로 과벌절차는 형사소송법에 의하지 않고, 법원이 과태료 재판으로 부과하게 되면 질서위반행위규제법 및 비송사건절차법을 따르고 행정청이 과태료를 부과하게 되면 질서위반행위규제법 및 행정절차법에 따르게 된다.*

산업안전보건법 제175조에는 사업주가 산업안전보건의 예방 의무를 이행하지 않았을 경우 그에 해당하는 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 각각 5천만원 이하의 과태료(제175조 제1항), 3천만원 이하의 과태료(제175조 제2항), 1천 500만원 이하의 과태료(제175조 제3항), 1천만원 이하의 과태료(제175조 제4항), 500만원 이하의 과태료(제175조 제5항)가 있다.

(2) 수강명령제도

산업안전보건법상 사업주 교육에 관한 규정은 1990년 전면개정 때부터 사업주의 인식변화와 직무교육의 필요성이 제기되면서 동법과 동법 시행규칙 등에 사업주의 교육에 관한 의무를 강화하는 내용과 중대재해 발생 사업장 사업주의 벌칙성 교육으로 규정하였으나, 외환위기 당시 기업 활동에 대한 규제를 완화하는 사회적 상황 가운데 벌칙성 교육에 면제조항이 추가되기도 하였다. 그러나 이미 산재발생에 대한 처벌이 이루어진 후에 교육을 부과하는 것에 대하여 이중처벌의 문제가 제기되면서 아예 삭제되기도 하였다.**

이번 전면개정 때 신설된 산업안전보건법 제174조는 산업현장에서 근로자가 사망한 사건에서 안전·보건조치 의무를 위반한 사업주에게 수강과정에 참가하게 하여 준벌의식을 고취시킴으로써 그의 인식 전환에 따른 산업재해의 감소 효과를 기대하고, 교육을 통하여 사업주에게 안전·보건조치 의무를 다하도록 하기 위해 규정하게 되었다.

Ⅲ. 산업안전보건법상 제재의 문제점과 개선 방안

1. 형사적 제재의 규범적 한계

(1) 안전·보건조치 의무 위반 판단

* 정진우, 개정판 『산업안전보건법』, (주)중앙경제, 2019, 410면.

** 산업안전보건법의 사업주 교육제도의 연혁에 대한 자세한 설명은 조흥학, “산업안전보건법에서 사업주 교육의 실효성 확보방안에 관한 연구”, 『사회법연구』 제11집, 한국사회법학회, 2009, 68-71면 참고.

1) 과실과 고의

산업안전보건법 위반에 관한 범죄는 과실 혹은 고의로 판단된다. 그러나 동일한 범죄결과이어도 형벌의 부과는 과실이나 혹은 고의이냐에 따라 차이가 나타나고 있다. 예를 들어, 산업안전보건법의 처벌조항을 다른 법률의 처벌조항과 비교해 보면 산업안전보건법은 형사적 제재를 가하는 이론적 근거가 철저하지 못하여, 중한 결과발생에 대하여 그저 과실범으로 분류되어 경미한 벌금형으로 나타나고 있는데, 하급심 판례 중에도 사업주의 재차 의무위반으로 인해 발생한 근로자의 사망사고 사건에서 사업주(피고인)에 대하여 유사·동종의 전과사실이 있음에도 불구하고 안전조치의무 불이행을 과실로 본 판결이 있다.* 즉 사업주의 안전조치 의무 위반으로 인하여 근로자가 사망에 이르게 된 이 사건에서, 피고인이 사건 발생 약 3년 여 전에 동일·유사한 산업안전보건법상의 안전보호조치의무 불이행으로 유죄를 선고 받고도 또 다시 동일·유사한 의무위반으로 사람을 사망에 이르게 했다는 것은 충분히 미필적 고의 이상의 인식과 의사를 인정할 수 있을 사안이라는 것임에도 불구하고, 법원은 “과실정도 및 죄책이 가법지 않다.”라고 판시하였다.

하지만 형사적 처벌이 예정되어 있는 규정의 경우에 과실행위도 별한다는 특별규정이 있거나 해석상 과실행위도 처벌한다는 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 산업안전보건법 위반은 과실범이 아니라 고의범으로 판단해야 한다.** 왜냐하면 형법의 과실범 처벌은 형법 제14조의 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.”라고 하여 예외적으로 처벌하며, ‘과실로 인하여’라는 문구를 구성요건요소로 규정하고 있기 때문이다. 이와 같이 현행 산업안전보건법 위반죄는 과실범 규정의 형식적 구성요건인 ‘과실로 인하여’라는 규정을 두고 있지 않으므로 산업안전보건법의 각종 명령법규를 과실로 이행하지 아니한 경우 처벌할 근거가 없게 된다.*** 특별히 과실범을 처벌한다는 규정이 없는 경우라면 모든 형벌규정은 고의범 처벌원칙이라는 형법의 기본원칙에 비추어 볼 때, 현행 산업안전보건법에 과실범을 처벌한다는 의사가 표시되지 않은 한 고의범을 상정했다고 보아야 하고, 예를 들어 산업안전보건법 제167조의 ‘제38조 제1항부터 제39조 제1항 또는 제63조를 위반하여’라고 하는 내용은 고의의 위반행위이다.

고의에는 확정적 고의뿐만 아니라 미필적 고의도 포함되는데, 미필적 고의는 고의의

* 울산지방법원 2014.12.30 선고 2014고단2753 판결(트랙터와 스윙퍼를 연결하는 유니버설조인트의 동력전달부 회전축에 덮개 등이 설치-사업주의 업무상주의의무-되지 않은 상태에서 스윙퍼 작업을 하던 중 근로자의 작업복이 고속 회전하는 유니버설조인트의 볼트 부분에 말려 들어가면서 이 유니버설조인트의 회전축에 끼어 사망에 이르게 되었다).

** 정진우, 개정판 『산업안전보건법』, (주)중앙경제, 2019, 395-397면.

*** 이는 죄형법정주의에도 부합한다. 혹시 수범자가 해당 규정을 잘 몰랐다는 항변을 한다고 해도 이것은 법률의 부지를 주장하는 것이 되므로 실제로는 거의 받아들여지지 않는다(전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 14-15면).

약화된 형태로서 조건적 고의라고도 하며, 확정적 고의와 달리 결과발생에 대한 매우 낮은 정도의 인식과 의욕만 있는 경우를 말한다. 대법원 판례도 “사업주가 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 상태에서의 작업이 이루어지고 있고 향후 그러한 작업이 계속될 것이라는 사정을 미필적으로 인식하고서도 이를 그대로 방치하고, 이로 인하여 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 채로 작업이 이루어졌다면 사업주가 그러한 작업을 개별적·구체적으로 지시하지 않았더라도 위 죄는 성립한다”라고 산업안전보건법 위반에 미필적 고의가 포함된다고 판단을 한 바있다.* 미필적 고의의 구성요건으로서 결과발생이 희박하다고 인식하더라도 결과발생의 여부는 행위자의 지배범위에 있기 때문에 성립된다는 전제 하에** 작업 현장에서는 사업주가 사고라는 결과를 발생하지 않도록 노력해야 한다는 것을 알면서도 노력하지 않아서 결국 발생한 사고는 사업주가 인식하고 있었다는 고의로 분류되어 미필적 고의로 판단해야 한다.***

2) 과실범 규정 도입의 필요성

산업안전보건법 위반에 대하여 고의범으로 해석한다면 다음은 과실범을 도입하여야 하는지가 문제가 된다. 즉 형법은 과실범을 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 처벌하지만 산업안전보건법의 경우 대법원 판례는 특별히 규정하지 않아도 해석상 과실범을 벌할 뜻이 존재하는 경우에는 과실범으로 해석 및 적용하고 있는 것이다. 이러한 태도는 죄형법정주의에 위반되는 것이므로, 결국은 과실범으로 의무위반을 제재하기 위해서는 명문상 과실범 처벌규정을 입법적으로 도입하여야 한다.****

과실범의 도입은 일본의 신과실론 이론이 시사하는 내용을 검토하여 도입하는 것을 제시하고자 한다. 신과실론은 과학기술의 고속 발전·보급 및 산업기술의 발전으로 특히 산업 재해에 있어서도 예측하기 어려운 새로운 위험들이 일상적으로 발생함에 따라, 업무상과실치사상죄의 건수가 늘어나고 사고의 양상 또한 복잡해진 현대의 재해위험에

* 대법원 2011.9.29. 2009도12515 판결; 대법원 2010.11.25. 2009도11906 판결; 대법원 2007.3.29. 2006도8874 판결 등.

** 미필적 고의의 적용은 행위자의 결과발생에 대한 태도를 어떻게 보느냐에 따라 판단하고, 이 판단근거로 형법에서는 인용설이 다수설이다. 이때 결과발생을 인용하더라도 결과발생 가능성을 확실하게 인식하며 인용하는 경우와 결과발생이 희박하다고 인식하면서 인용하는 경우로 나뉘게 된다(임웅, 『형법총론』 제10판, 법문사, 2018, 164-165면 참고).

*** 현실적으로도 안전조치가 필요한 사업장을 운영하는 사업주라면 해당 사업장의 산업재해를 발생시킬 수 있는 위험에 대한 안전조치를 취해야한다는 것이나 그 대상인 위험이 어디에 있는가 하는 것은 당연히 인식하고 있어야 한다고 볼 수 있고, 그렇다면 그 조치의무를 제대로 이행하지 않았다는 것은 미필적 고의인 경우가 일반적이라고 할 수 있을 것이다(조흥학, “노동법 처벌규정의 법률적 구속력에 관한 연구”, 『노동법논총』 제13권, 한국비교노동법학회, 2008, 147면; 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 『강원법학』 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 68면 참조).

**** 조흥학, “노동법 처벌규정의 법률적 구속력에 관한 연구”, 『노동법논총』 제13권, 한국비교노동법학회, 2008, 167-168면; 전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 83-85면; 우희숙, “산업재해와 형사책임-산업안전보건법 제66조의2를 중심으로-”, 『서울대학교 법학』, 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 144면.

대하여 기존의 과실론(구과실론)으로는 제재하기 어려운 점을 해소하고자 일본에서 등장한 이론이다. 이전의 구과실론은 행위자의 부주의로 과실범이 발생한 것으로 보고 주관적 측면에만 초점을 맞추었다. 즉 과실은 행위자가 범죄사실을 인식하거나 인용한 것이 아니라, 오로지 부주의에 있다고 해석한 것이다. 이러한 사고방식은 이전에 과실범을 예외적인 것으로 보고, 지금과 같이 복잡하지 않았던 사고에 대한 형사적 제재 기능도 충분히 할 수 있었다.

그러나 현대에는 주관적으로 신중한 태도를 유지하여도 그것이 외부적인 회피행동으로 이어지지 않는다면 타인의 법익을 침해하는 결과발생을 방지하기 어려우므로, 나아가 규정된 사항을 준수하는 것까지가 구성요건적 결과 발생의 예방으로 이어질 수 있다.* 예를 들어 교통수단의 발전으로 인해 생각해볼 수 있는 자동차 운전과 같은 경우, 운전자가 주관적으로 주의를 다하여 운전하는 것에만 그치지 않고 정기적으로 차량을 점검하거나 각종 교통 규칙(규정 속도 지키기 등) 준수와 같은 객관적 조치까지 취하여야만 사고를 예방할 수 있는 것이다.** 따라서 과실범 도입에 있어 주관적 요소와 객관적 요소 양자를 모두 고려하여 평가하는 것이 적절하므로 복잡해진 산업재해라는 결과발생에 있어서 과실범을 판단할 때 신과실론의 이론이 필요하다.

3) 중대재해 발생에 대한 제재

가. 법적 성격

산업안전보건법 제167조***는 사업주의 안전·보건조치의무 위반과 근로자의 사망이라는 결과 사이에 그 인과관계가 인정되는 경우에 한하여 성립하는 결과적 가중범이다. 이때 안전·보건조치의무(제38조 제1항부터 제3항까지, 제39조 제1항 또는 제63조) 위반인 기본범죄에 있어서는 고의범이고, 중한 결과부분의 범죄는 과실범이 된다. 즉 기본범죄의 실행에 의해 사망이라는 결과가 발생한 경우, 기본범죄와 사망이라는 결과를 하나의 범죄로 구성하여 기본범죄보다 형을 가중하게 되는 결과적 가중범인 것이다. 따라서 위반행위자에게 기본범죄에 대한 고의가 없는 경우에는 그에 대하여 이 조항에 따라 처벌할 수 없고, 산업안전보건법 위반죄와 업무상과실치사죄에 대해 특별관계를

* 佐久間修, 『刑法總論』, 成文堂, 2014, 142면.

** 이보다 과실범의 성립을 더 넓게 인정하는 신신과실론(新新過失論)이 주장되기도 했으나 신과실론이 통설이다. 신신과실론은 과실행위를 객관적인 행위준칙위반으로 보고, 결과예견가능성을 결과가 발생할 가능성이 있다는 막연한 불안감이나 위구감이 있다면 바로 긍정하는 입장이다. 예를 들어 화학물질로 인해 발생한 재해를 과학적으로 예견할 수는 없었다고 하더라도, 행위자는 타인이 이 화학물질을 섭취하면 뭔가 문제가 발생할 수도 있다는 위구감은 있었을 것인데(高松高判昭和41年3月31日「判例時報」447号3頁), 이러한 막연한 불안이 있는 것만으로도 과실범으로 보는 것이 신신과실론이다.

*** 이 조항은 산업재해로 근로자가 사망한 사고가 발생한 사업장에서 그 산업재해와 관련하여 안전·보건상 조치의무를 위반한 자에 대하여는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하는 등 본 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위한 취지로 2006년 3월 24일에 신설되었다.

가지는 법조경합의 관계에 있다고 해석할 수밖에 없게 된다.*

하급심 판례 중에도 안전·보건조치의무의 불이행을 미필적으로 인식하는 고의범이라고 파악하는 동시에 안전·보건조치의무의 불이행으로 인하여 사망이라는 중한 결과가 발생한 경우에 제167조가 적용되어 결론적으로는 결과적 가중범이라 해석하고 있다. 밸브에서 가스가 미세하게 누출되고 있는 맨홀 아래 지하에 있는 가스 밸브를 점검하고 그 보수작업을 하는 경우, 도급 사업주 피고인은 공사 중에 작업자의 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 하여 사고를 미리 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있었으나, 이러한 조치를 게을리 하여 작업자1을 가스누출로 인한 질식으로 사망에 이르게 하고, 작업자2는 저산소증에 의한 뇌병증으로 의식불명에 이르는 상해를 입게 하여 산업재해 예방을 위한 조치를 하지 아니한 사안에서 법원은 “사업주가 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 상태에서의 작업이 이루어지고 있고 향후 그러한 작업이 계속될 것이라는 사정을 미필적으로 인식하고서도 이를 그대로 방치하고, 이로 인하여 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 채로 작업이 이루어졌다면 사업주가 그러한 작업을 개별적·구체적으로 지시하지 않았더라도 죄는 성립한다.**”라고 하여 그 고의를 인정하였다.

나. 법적 구조

제167조를 결과적 가중범으로 이해한다면 그 성립을 위해서는 먼저 본 조항에서 규정하고 있는 기본범죄가 인정되어야 한다. 기본범죄는 법령이 부과하고 있는 작위의무를 사업주가 이행하지 않은 것을 처벌하는 내용으로 하는 부작위범이다. 다음으로 사망이 기본범죄의 위반행위에 의한 것인지 그 인과관계를 객관적으로 평가하고, 행위자에게 사망이라는 중한 결과발생에 대한 과실이나 예견가능성이 있었느냐를 판단하게 된다. 이에 앞서 본 조항의 행위의 주체 및 객체를 살펴보고자 한다.

① 행위의 주체 및 객체의 해석 검토

제167조에서 규정하는 그 기본범죄가 되는 제38조나 제39조를 보면 행위주체를 사업주로 규정하고 있다. 규정의 형식만 살펴보면 제167조를 실행할 수 있는 행위주체는 사업주로 한정된다고 해석하여야 하나, 판례는 제173조의 양벌규정을 가져와 사업주

* 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 68면; 강선희, “사망사고에 대한 산업안전보건법의 형사책임”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012, 320-321면; 전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 「노동법논총」 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 83-85면; 우희숙, “산업재해와 형사책임-산업안전보건법 제66조의2를 중심으로-”, 「서울대학교 법학」, 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 139면; 최정학, “산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구”, 「일감법학」 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 341면; 정진우, 개정판 『산업안전보건법』, (주)중앙경제, 2019, 402면.

** 서울남부지방법원 2014. 7. 3. 선고 2013고단2610 판결.

이외에 실제로 기본범죄를 위반한 자도 처벌의 대상으로 삼고 있다. 예를 들어 실제 행위자도 의무위반의 주체로 인정하고(양벌규정의 이중적 기능 인정), 법인의 대표이사는 일반적·추상적 지휘감독책임만이 있을 뿐 구체적·직접적 지휘감독책임이 없으므로 양벌규정의 실제 행위자로도 해석·적용되지 않고 있다.* 안전·보건조치의무위반으로 인하여 근로자가 사망한 경우에 법인 사업주 및 대표이사에게는 벌칙조항이나 양벌규정과 같은 형사책임을 물을 수 없는 공백이 발생하게 되는데, 이에 대해서는 (2) 관리·감독의무 위반 판단에서 논의하겠다.

한편 행위의 객체가 되는 근로자는 대법원 판례에 의하면 산업안전보건법의 보호법익으로 근로자의 안전 및 보건의 유지·증진으로 삼으면서 이때 근로자는 근로기준법상 사업주와의 '실질적 고용관계'가 인정되는 자로 그 인적 적용범위를 제한하고 있다. 만약 이 경우 사업장에서 위험관련 업무를 수행하고 있는 근로자 중, 사업주와 근로계약을 체결한 근로자뿐만 아니라 특수형태근로종사자나 직업훈련생, 현장실습생 등도 포함되어 있을 경우 이러한 유형의 자는 산업안전보건법 제167조의 행위객체로 인정하지 않고 있어 문제가 되어 왔다. 왜냐하면 대법원 판례는 그 행위객체가 근로자이면 산업안전보건법 위반으로, 근로자로 인정되지 않은 경우에는 형법상 업무상 과실치사(상)죄로 적용·해석하여 고의범과 과실범의 구별기준을 근로자성 여부로 판단하고 있는 것이다. 이 경우 사업주의 형사책임 여부가 달라진다.** 이에 대해서는 최근 동법에 제166조의2(현장실습생에 대한 특례)*** 조항이 신설되어 사업주의 안전·보건조치의무 위반에 대해 제166조의2에서 준용하는 경우도 포함하여 앞으로 현장실습생이 사망할 경우 벌칙조항을 적용하는 해석이 가능하게 되었다.****

② 기본범죄의 해석 검토

대법원 판례는 기본범죄의 부작위를 해석함에 있어 일반적인 부작위범의 이론과는 달리 엄격한 기준을 제시하고 있다. 예를 들어 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서

* 우희숙, “산업재해와 형사책임-산업안전보건법 제66조의2를 중심으로-”, 「서울대학교 法學」, 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 146면.

** 근로기준법상 근로자 개념에 기인한 인적 적용범위의 대상을 산업안전보건법상 장소적 적용범위의 대상으로 확장하자는 것이다(대법원 2010.6.24., 선고 2010도2615 판결; 우희숙, “산업재해와 형사책임-산업안전보건법 제66조의2를 중심으로-”, 「서울대학교 法學」, 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 148면).

*** 산업안전보건법[시행 2020. 6. 9.] [법률 제17433호, 2020. 6. 9., 일부개정] 제166조의2(현장실습생에 대한 특례) 제2조제3호에도 불구하고 「직업교육훈련 촉진법」 제2조제7호에 따른 현장실습을 받기 위하여 현장실습산업체의 장과 현장실습계약을 체결한 직업교육훈련생(이하 “현장실습생”이라 한다)에게는 제5조, 제29조, 제38조부터 제41조까지, 제51조부터 제57조까지, 제63조, 제114조제3항, 제131조, 제138조제1항, 제140조, 제155조부터 제157조까지를 준용한다. 이 경우 “사업주”는 “현장실습산업체의 장”으로, “근로”는 “현장실습”으로, “근로자”는 “현장실습생”으로 본다. [본조신설 2020. 3. 31.][시행일 : 2020. 10. 1.]

**** 김선헌, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문(2020. 6. 25. 발표), 13면.

안전조치를 취하지 않은 채 작업을 하도록 지시하거나, 그 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 방치하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정하는 경우에 한하여 산업안전보건법 제167조의 위반죄가 성립하는 것이고, 단지 사업주의 사업장에서 위와 같은 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치가 취해지지 않은 채 이루어졌다는 사실만으로 성립하는 것은 아니라고 하여 사업주에게 안전·보건조치의무 위반행위를 인정할 수 없어 무죄판결이 내려지기도 한다.* 이는 사업장에서의 안전 및 보건에 관한 관리·감독이 실질적으로는 사업주에게 고용된 근로자 혹은 제3자에 의하여 행하여진다는 점을 고려하여 1차적으로 사망에 관한 책임을 사업주에게 귀속시키지 않겠다는 의사를 표명한 것처럼 보인다. 또한 안전·보건조치의무 위반은 법률이 규정한 의무의 이행을 하지 않으면 곧바로 성립하는 진정 부작위범이라는 점을 강조하면 사업주가 알면서도 방치하거나 적극적으로 부작위를 지시한 경우에만 범죄가 성립한다는 해석론은 부작위범의 일반적인 기본이론에 부합하지 않는 것으로 보인다. 이와 같이 엄격히 해석하게 되면 작업 현장에서 이루어지는 부작위는 대부분 현장의 관리감독자에 의한 위반행위가 되고, 당초 제167조가 규율의 대상으로 삼았던 사업주는 사실상 수범의 대상에서 제외되는 결과를 가져오게 된다.**

(2) 관리·감독의무 위반 판단

1) 의무주체와 행위주체의 불일치

일반적으로 행위자의 위반행위는 별도의 처벌구조에서 규정하고, 양벌규정에서는 행위자가 아닌 자의 처벌만을 규정하는 구조이지만 산업안전보건법의 양벌규정은 이와 다르다. 산업안전보건법의 의무이행주체는 대부분 사업주이므로, 사업주가 아닌 행위자는 의무이행주체가 아님에도 양벌규정에 의해 처벌되는 구조로 되어 있기 때문이다. 이와 관련하여 산업안전보건법의 벌칙규정상 의무·금지규정 등의 의무주체를 사업주로 한정하지 아니한 경우에 그 의무·금지규정 등을 위반한 자가 사업주가 아니라 행위자일 경우 벌칙규정에 의하여 처벌하면 그와 일정한 관계가 있는 법인이나 개인을 양벌규정에 의해 처벌하는 데는 문제가 없으나, 의무규정이 그 수범자를 사업주로만 한정할 경우에는 사업주가 아닌 행위자는 해당 규정을 적용하여 처벌할 수 없고, 만약 직접 행위자를 처벌할 수 없다면 양벌규정을 적용하여 법인이나 개인사업주도 처벌할 수 없는 어려움이 발생하게 된다.

이에 대해 산업안전보건법 제173조의 “그 행위자를 벌하는 외에”라는 부분을 해석

* 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도8874 판결(전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 「노동법논총」 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 92면).

** 전형배, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 「노동법논총」 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 94면.

할 때 사업주에게만 의무규정이 있고 실제 행위자에게는 의무규정이 없을 때에 한하여 양벌규정은 실제 행위자에게도 의무위반의 주체성을 확장하여 인정하는 예외적 처벌이므로 행위자도 처벌할 수 있다는 견해*가 있으며, 판례도 “이 규정의 취지는 각 본조의 위반행위를 사업자인 법인이나 개인이 직접 하지 아니하는 경우에는 그 행위자나 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙 규정의 적용대상이 된다.”**라고 판시한 바 있다. 그러나 이와 같이 실제 행위자를 처벌하는 창설적 규정이라고 보는 견해와 판례 등에 대하여, 법문이 위반행위의 주체를 사업주로 한정하고 있는 이상 문언의 가능한 범위를 넘어 피고인에게 불리한 가벌성을 확장하는 유추해석이라는 견해***가 있다.

살펴보면 산업안전보건법의 양벌규정의 본래 취지는 위반행위를 한 직접행위자만을 처벌할 경우에 사업주는 이들을 고용하여 사실상의 이익을 얻는 자임에도 처벌받지 않는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 개인 사업주뿐만 아니라 특히 법인의 범죄능력을 부정하는 기존의 통설과 판례의 입장에 대한 예외로서 법인에 대해서도 수형능력을 인정하여 각각의 행정법규의 실효성을 강화하기 위한 것이다.**** 즉 산업안전보건법이 안전·보건조치 의무를 사업주에게 부과하고 있고, 해당 의무의 위반이 발생하였을 경우 사업주에게 1차적인 책임을 묻고 처벌하도록 하는 형식으로 그 벌칙규정을 두고 있다는 점을 상기한다면,***** 산업안전보건법의 양벌규정은 사업주인 법인이나 개인이 직접 의무위반행위를 하지 않았더라도 사업주에게 관리·감독의 책임이 존재하고 있다는 것을 강조하는 규정임을 알 수 있다.

결론적으로는 두 의견 모두 사업주의 책임을 묻기 위한 의도라는 점에서 큰 문제가 없다고 생각하지만,* 여전히 산업안전보건법의 사업주만을 의무주체로 규정한 특수성을 고려하지 않고 모든 일반인을 의무주체로 하는 일반적인 양벌규정의 조문형식을 그대로 차용하는 것과 같은 양벌규정의 역적용 사례에 있어 직접 행위자의 처벌근거의 문제를 해결하려면 향후 법률에 그 주체가 명확히 표현되는 방향으로 검토가 필요하다.**

* 이는 보통의 양벌규정은 실제 행위자의 처벌만으로는 해당 법의 목적을 달성할 수 없는 경우 사업경영 이익을 소유하는 사업주도 함께 처벌 한다는 취지에서 규정되었으나, 산업안전보건법상의 양벌규정은 이와 비교하면 실제 행위자도 함께 처벌하기 위한 취지이기 때문이다(손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 「안암법학」 제3권, 고려대학교 법학연구원, 1995, 348면; 손동권, “이중기능적 양벌규정”, 「민주사회를 위한 변호」, 역사비평사, 1995, 145면).

** 대법원 2011.9.29. 선고 2009도12515 판결; 대법원 2010.9.9. 선고 2008도7834 판결; 대법원 2004.5.14. 선고 2004도74 판결; 대법원 1995.5.26. 선고 95도230판결.

*** 김재윤, “기업 경영진의 형사책임에 관한 연구”, 「법제연구」 제40호, 한국법제연구원, 2011, 400-401면 참고.

**** 김재윤, “기업 경영진의 형사책임에 관한 연구”, 「법제연구」 제40호, 한국법제연구원, 2011, 401면.

***** 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 「안암법학」 제28호, 안암법학회, 2008, 292-293면.

* 김선헌, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노동사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문 (2020. 6. 25. 발표), 15면.

2) 법인 사업주와 개인 사업주의 불평등한 처벌

가. 법인 대표이사와 개인 사업주의 처벌의 형평성 문제

개인 사업주를 두고 있는 소규모 사업장에서 사업주가 아닌 자가 직접행위자로서 안전조치의무 등을 위반했을 경우 개인 사업주는 양벌규정에 근거하여 종업원에 대해 상당한 주의나 관리·감독을 이행하지 않는 한 벌금형의 처벌이 가능하다. 반면, 법인의 경우 대표이사는 전반적인 경영의 조직구성권, 업무지시권, 인사권 등 포괄적이고 실질적인 의사결정과 정책집행을 하면서 한편으로는 안전관리총괄책임자로서 공장장 혹은 현장소장 등을 두고 있으므로 현장소장, 종업원 등만이 직접위반행위자로서 법인과 함께 처벌될 뿐, 만약 직접행위자로 인정되지 않는다면 처벌에서 제외되는 불평등을 보이고 있다.*

이처럼 개인 사업주는 종업원의 위반행위에 대해 상당한 주의 및 관리·감독을 하지 않는 한 바로 처벌되지만, 기업의 대표이사는 공장장, 현장소장 등 안전보건관리총괄책임자를 두고 있기 때문에 양벌규정에 의해 처벌되지 않는다는 것이다. 경영전반을 아우르는 포괄적인 의사결정만을 하는 법인의 대표자에게 특정 의무의 불이행이라는 결과는 인정하기 어렵다고 볼 수도 있지만, 사실 기업의 대표자는 개인 사업주에 비해 실질적인 의사결정과 집행이 가능하다. 또한 개인 사업주가 벌금을 납부하지 않게 되면 노역장 유치를 해야 하는 경우가 생길 수 있는데, 이 또한 징역형이 불가능한 법인인 사업주와의 처벌결과에 차이가 발생하므로 이 또한 입법적으로 해결해야 할 과제이다.**

산업재해 예방책임의 주체는 사업주라는 산업안전보건법의 제정 목적과 작업 도중 산업재해로부터 예방하기 위해 관리·감독의 책임을 지는 법인과 개인 사업주를 처벌하려는 산업안전보건법의 양벌규정의 취지를 묵상해 본다면, 법인 사업주와 개인 사업주를 사업주로서는 동등하게 여겨도 처벌 결과는 각각 차이를 보이는 것은 문제 삼지 않

** 의무규정 등의 수범자가 사업주로 한정되어 있더라도, 산업재해를 예방하여 근로자의 안전·보건을 유지하려는 산업안전보건법의 양벌규정의 입법취지를 지키기 위해서는 양벌규정의 개정을 통해 사업주가 아닌 자에게도 사업주를 의무주체로 한정된 의무규정을 위반하였을 때 형사처벌이 가능하도록 별도로 근거를 마련해야 한다는 의견(이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2008, 292-293면; 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 『강원법학』 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 23면; 정진우, 개정판 『산업안전보건법』, (주)중앙경제, 2019, 419면).

* 김재윤, “기업 경영진의 형사책임에 관한 연구”, 『법제연구』 제40호, 한국법제연구원, 2011, 402면; 조흥학, “산업안전보건법의 위반과 처벌제도”, 『東亞法學』 제69호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 133-134면(전반적인 경영의 포괄적인 의사결정만을 하는 기업의 대표자에게 특정 의무불이행이라는 결과에 대한 인과관계를 인정할 수 없기 때문인데, 사업주인 법인의 실제적인 경영진에 대하여 책임을 물음으로써 처벌의 실효성을 확보하는 방안에 대하여 검토가 필요하다).

** 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, 『법학논고』 제40집, 경북대학교 법학연구소, 2012, 678면.

을 수 없다.*

나. 법인 사업주 및 대표이사의 책임 공백

개인 사업주와 달리 법인의 대표이사 등 경영진은 산업안전보건법에서 규정된 안전상 위험이 있는 작업을 하도록 직접 지시하거나 고의적으로 안전조치를 하지 않은 상태에서 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 방치하는 등 직접행위자로 인정되지 않는 한, 법인의 사업주도 아니고 직접 행위자도 아니므로 처벌할 수 없는 공백이 발생한다. 예를 들어 동법 제167조의 벌칙이 적용될 산업재해가 발생했을 경우 해당 규정의 행위주체는 사업주로 한정되나, 동법 제173조의 양벌규정의 ‘그 행위자를 벌하는 외에’를 행위자를 벌할 수 있는 것으로 해석해 버리고, 사업주의 관리·감독의 책임을 묻는 과정에서는 법인의 대표이사는 일반적·추상적 지휘감독 책임만이 있다는 전제하에 책임의 공백이 발생하는 것이다.

대법원 판례는 “형법의 자기책임의 원칙을 고수하며 여러 전반적인 사정을 고려하여 상당한 주의 또는 관리·감독 의무를 게을리 하였는지 여부를 판단하여야 한다.”**고 하나, 실제로는 이 법리가 기업에 대해서는 무죄판결을, 고용된 근로자에게는 유죄판결을 하는 방식으로 나타난다. 근로자가 속한 법인에게 형사적 제재를 가하는 문제는 근로자의 위반행위에 대한 책임을 법인에게 귀속시킬 수 있는지를 평가하여야 하는 것인데, 근로자만 처벌이 되고 그를 고용한 법인은 직접 그 업무를 담당하지 않았다는 주장을 함으로써 면책을 받게 되는 것이다.*** 이런 식으로 안전·보건조치의무 위반으로 중대재해가 발생한 경우 법인 사업주 및 대표이사에게 형사책임을 물을 수 없게 되면 산업재해의 예방 등에 적극적으로 대처할 수 없다. 실질적으로 경영전반에 걸친 의사결정과 집행을 담당하는 법인의 대표이사 등 경영진에 대한 형사책임을 묻지 않은 채 현장소장 등 근로자만을 처벌하는 상황에서 산업재해 예방효과를 얼마나 담보할 수 있을지 의문이다. 왜냐하면 산업안전보건은 근로자와 같이 개인의 책임을 묻는 것이 아니라 해당 산업을 영위하여 경제적 이익을 얻는 기업에게 안전·보건상의 의무를 부담시켜 산업재해를 방지하려는 범영역이므로 체계적이고 조직적인 관리를 위한 비용의 부담 없이는 산업안전보건의 입법 목적을 달성할 수 없기 때문에 법은 사업주인 기업의 책임귀속을 중시하기 때문이다.****

* 김선헌, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문 (2020. 6. 25. 발표), 16면.

** 대법원 2010.9.9. 선고 2008도7834 판결(수급인 회사의 근로자가 추락하여 사망한 경우 수급인 회사와 그 대표 및 도급인 회사는 각 무죄취지의 판결을 선고받고, 도급인 회사의 근로자-안전보건관리자-만 유죄판결을 받음).

*** 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 24면.

**** 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 9면; 이에 대해 양벌규정의 단서 조항과 대표이사 등에게 의무를 부과하고 형사처벌을 하는

결론적으로 산업안전보건법상 의무를 이행해야 하는 주체는 사업주이며 안전관리자 등을 선임하고 업무를 위임한 것만으로 사업주가 강구하여야 할 구체적인 안전·보건조치 의무 이행의 책임이 그 근로자에게 이전되어 법인의 대표이사에게 면제되는 식의 해석은 지양해야 한다. 앞에서 계속 강조했듯이 산업안전보건법상의 의무를 행위자가 위반하는 경우 그러한 위반 자체가 사업주의 관리·감독의무 위반에 따른 결과로 이해해야 한다.*

2. 비형사적 제재의 규범적 한계

(1) 과태료 부과

1) 문제점

산업안전보건법의 과태료 규정은 영세기업과 같이 산업재해가 발생하였는데 확일적으로 형사 처벌하기에는 어려움이 있거나, 산업안전보건법 위반의 경우 이를 수사하고 검사에게 송치하여도 불기소처분이 되거나 기소가 되어도 무죄판결이나 소액의 벌금형 처벌을 받고 있는 경우가 많아 오히려 형사처벌보다 과태료를 부과하고 적절한 지도·감독을 하는 것이 더 실효성이 있을 것으로 보는 측면으로 확대하여 정립되었다.** 산업안전보건법 위반행위를 형사적 제재를 가할 것인지 아니면 과태료를 부과할 것인지 대해서는 여러 가지 논의가 있으나*** 아직까지 확고히 받아들여지는 논리적인 기준은 없다.

한편, 원래 산업안전보건법 위반에 대한 제재로서의 과태료는 위반사실 적발 시 시정기회를 부과한 후 개선되지 않을 시에 부과하는 형태였으나, 2011년 이후로 시정기회 없이 바로 부과되는 방식으로 전환되었다. 이른바 ‘즉시 과태료 부과’ 방식은 법 위반에 대한 경각심을 제고하여 사업주의 의무이행을 확보하기 위한 의도에서 이루어진 것이었다. 즉 근로감독관이 수시 또는 불시에 현장을 점검해서 산업안전보건법 위반사

상법의 조항에서 실마리를 찾아 최고경영자에게 ‘안전보건경영의무’ 이행을 요구하고 해당 의무사항이 이행되지 않았을 경우 형사처벌을 입법하는 안을 고려한 연구로는 전형배, “산업안전보건법의 적용범위 확대와 대표이사에 대한 책임 강화”, 「노동법포럼」 제22호, 노동법이론실무학회, 2017참고.

* 김선혜, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노동사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문 (2020. 6. 25. 발표), 17면.

** 참고로 산업안전보건법은 산업재해를 예방하고, 작업장에 종사하는 근로자 및 관계자의 생명 및 신체를 보호하기 위한 입법 목적을 가지고 있으므로 이를 보장하여야 하는 최소한의 규제영역 하에서는 형벌로서 제재해야 하고 확정하여야 한다(전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 25-26면).

*** 행정법의 탈범죄화 경향으로 형벌이 부과되는 위반행위의 실제 성질이 행정범이라고 한다면 형벌로 부과하지 않고 과태료로 전환할 수 있는 근거가 될 수 있다. 즉 비범죄화의 방향에 맞추어 과태료로도 제재할 수 있는 행정범에 대해서는 형벌을 폐지하고 과태료로 처리하자는 것이다(김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011, 85-88면 참고).

항이 발생할 경우에 과태료 부과 전 한 번의 시정기회를 부여하였던 것이었으나, 이러한 시정기회 부여를 악용하여 그 이행을 지체하는 사업주의 단일한 안전예방 인식을 막기 위한 조치인 것이다. 그러나 시정기회를 부여하지 않고 의무위반이 발견되면 즉시 과태료를 부과하는 방식은 의무이행확보수단임에도 처벌에 치우치게 되는 문제가 생긴다. 이에 대한 대안으로 과거의 의무에 대한 제재인 행정벌과는 다른, 장래 그 의무이행을 확보하기 위해 금전적인 불이익을 부과하는 행정상 간접적인 강제수단인 이행강제금의 도입이 제시되어 왔다.

2) 이행강제금 도입

이행강제금은 그 의무의 불이행이 근로자의 신체와 건강에 급박한 위험을 초래하지 않는 영역에서 행정명령에 대한 불이행의 경우를 중심으로 도입한다는 전제 하에 사전적인 의무이행확보 수단으로서 행정강제 역할을 하게 되고, 형사처벌과 과태료 부과는 사후적 조치로서 그 처벌수위를 상승시킬 수 있다.

따라서 이행강제금만으로도 그 이행을 충분히 담보할 수 있는 상황에서 다시금 위반 행위에 대하여 행정벌을 부과하는 처벌을 하는 것보다 해당 의무의 중요성 및 목적을 고려하여 형벌 및 과태료 부과 대상에서 제외 또는 전환하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 행정벌은 의무불이행에 있어 위반자의 고의나 과실과 같이 주관적 요소가 필요하나 이행강제금은 장래의 이행을 강제하는 수단이므로 해당 의무불이행이라는 객관적 사실만을 필요로 하며, 공소제기 등 검찰의 판단과 같이 엄격한 사법절차가 요구되는 행정벌과는 달리 행정청의 판단만을 필요로 하는 등 충분한 실효성이 담보되기 때문이다.*

이와 같이 이행강제금은 산업안전보건법의 산업재해 예방이라는 입법 목적에서 본다면 과거 의무불이행에 대한 제재보다는 향후 체계적인 안전성 확보계획을 수립하여 의무이행을 유도할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

(2) 수강명령제도

1) 문제점

수강명령제도가 제대로 이루어지지 않을 경우 산업재해예방을 위한 처벌규정의 상징적 의미가 축소되고, 실행의 선고가 미미한 상태에서 정작 실제 처벌이 이루어질 수 없다는 우려가 있다. 그러나 소극적으로 해석하여 적용되는 처벌규정보다는 교육제도가 더 실효성 있는 규제이므로 이를 통해 사업주에게 안전보건조치의무의 책임을 더 효과적으로 부과할 수 있다. 사업주로 하여금 안전보건조치를 취하지 않은 자신의 태

* 박지순, “산업안전보건체계의 문제점과 과제”, 경제사회발전노사정위원회, 제10차 산업안전혁신위원회 전체회의 자료 발제문(출처:www.eslc.go.kr), 2015, 17면.

도가 개인 혹은 사회적으로 어떠한 영향을 미칠 것인지에 대하여 인식하게 하는 등 규범을 내면화하는 수단이기 때문이다.* 또한 과실범에 대해 수강명령을 부과하고 이를 필요적 병과 대상으로 하는 것은 가혹한 제재로 보일 수 있지만 이미 앞에서 산업안전보건법의 수강명령 대상 범죄는 과실범이 아니라 고의범임을 확인하였으므로 이 자체가 문제가 있는 접근이다.**

마지막으로 이 제도는 전과 횡수가 많은 산업안전보건법 위반사건에서 재범의 여지를 줄이고자 도입된 정책적 대안이긴 하나, 형벌규정에 병과하여 교육을 포함하면 이는 이중처벌이 될 수 있다는 비판이 있다. 이에 대해서는 다음의 대법원의 태도를 참고하여 적정성을 검토한다.

2) 보안처분성 판단

대법원은 “아동·청소년대상 성범죄를 범한 자에 대하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과하여야 한다. 이러한 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 된다.”***라고 하여 소급효의 적용여부나 불이익변경금지원칙의 위배여부를 판단할 때 피고인에게 유리하게 해석하는 것일 뿐, 수강명령을 형벌로 보고 있지는 않다. 보안처분인 수강명령은 ‘보호관찰 등에 관한 법률’에서 규정하고 있고, 동법 제59조 단서에서는 형법 제63조의2에 따른 수강명령 외에, “다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에서 정하는 바에 따른다.”고 하여 형법 외의 법률에서 수강명령을 규정하는 것과 집행유예시 수강명령과는 다른 조건 하의 수강명령이 가능한 경우도 상정하고 있다.

이처럼 수강명령제도는 보안처분의 일종으로 보는 것이 대법원의 입장이다. 형벌이 아니므로 형벌과 필요적 혹은 임의적으로 병과 될 수 있다. 따라서 산업안전보건법에서 사망사고가 발생한 사업장의 사업주는 안전조치 의무위반으로 검찰에 의해 기소는 되나 처벌이 경미한 상태이므로 형사처벌 대상 사업주에게 형사처벌 외에 산재예방에 필요한 별칙성 교육을 병과할 수 있도록 한다는 점에서 긍정적으로 판단된다.****

나아가 중대재해 발생 사업장의 사업주에게 부가형으로 사업주 교육을 받도록 하는 규정을 포함하거나 또는 형사처벌을 감경하는 조건으로 산업안전보건법 제174조를 통

* 이진국 외, 「산업안전보건법상 수강명령제도 도입에 따른 제도 마련에 관한 연구」, 산업안전보건연구원, 2018, 71면.

** 김성룡, “산업안전보건법 형사적 제재 강화에 대하여”, 「월간 노동법률」, 8월호(vol.327), 2018.

*** 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014도3390 판결.

**** 김선혜, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문(2020. 6. 25. 발표), 18면.

하여 산재예방에 필요한 벌칙성 교육을 받도록 하는 개정이 필요할 것이다.*

IV. 결론

본 논문은 사업주의 산업안전보건법 위반에 대한 제재와 관련된 현행법의 문제점을 검토하고 규범력 확보를 위한 개선 방안을 제시하였다.

산업안전보건범죄는 고의범 처벌을 기본으로 하나, 실제로 형사적 제재에서 행위자의 고의를 인정할 수 없다는 취지에서 불기소 혹은 무죄판결을 하는 경우가 발생하므로 법률에 명문으로 고의와 과실을 구분하는 규정을 도입하여야 한다. 특히 현대의 새로운 유형의 기업조직체의 산업안전보건법 위반 및 예측하기 어려운 복잡한 산업재해가 발생하는 가운데, 행위자의 주관적 부주의만 고려하는 전통적 과실론(구과실론)으로는 결과 발생에 있어 과실범으로 파악하는 것은 맞지 않으므로, 이 주관적 부주의라는 책임비난에 앞서 산업안전보건법에서 요구하는 객관적 주의의무를 위반한 태도에서부터가 위법성이 있다고 보는 일본의 신과실론의 입장으로 과실범 규정을 도입해야 한다.

또한 근로자의 사망과 같이 중대재해가 발생했을 경우에 적용하는 산업안전보건법 제167조에 대하여는 고의의 기본범죄 위반과 과실로 인한 사망이라는 결과가 결합된 결과적 가중범이라는 인식을 명확히 할 것이 요구된다.

양벌규정의 적용과 관련해서는 사업주가 아닌 자(행위자)가 사업주를 수범자로 규정한 안전·보건조치의무를 위반하였을 때 양벌규정을 근거로 행위자를 처벌하는 것은 맞지 않으므로 별도로 행위자를 처벌하는 규정을 도입하여야 한다. 또 양벌규정의 면책조항을 형식적으로만 해석하여 법인 사업주의 책임 회피의 결과를 낳게 되므로 이러한 해석은 지양하여야 한다.

과태료 규정에 대하여는 산업안전보건법 위반행위를 형벌로 처벌할 것인지, 과태료로 처벌할 것인지에 대한 기준 설정이 요구되며, 추가로 논의된 이행강제금이 도입된다면 근로자에게 급박한 위험을 초래하지 않는 주로 행정관리적인 측면에서 적용하는 것이 바람직하다.

이번 개정을 통하여 신설된 형벌과 수감명령 등의 병과 규정은 형사처벌 대상 사업주에게 형사적 제재 외에 산재예방에 필요한 벌칙성 교육을 병과할 수 있도록 한다는 점에서 긍정적으로 판단된다.

* 조흥학, 『산업안전보건법 해설』, 신광문화사, 2020, 435면.

[참고문헌]

- 강선희, “사망사고에 대한 산업안전보건법의 형사책임”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012.
- 권오성, “소위 ‘기업살인법’ 도입 논의의 노동법적 함의”, 「노동법포럼」 제28호, 노동법이론실무학회, 2019.
- 권 혁, “산업안전관련 법제도의 패러다임 변화를 위한 방향 검토”, 「사회법연구」 제25호, 한국사회법학회, 2015.
- _____, “고용형태의 다변화와 산업안전법리 개편의 필요성”, 「안전보건이슈리포트」, 상반기호, 산업안전보건연구원, 2018.
- 김선희, “산업안전보건법의 처벌제도에 관한 소고”, 한국고용노사관계학회 하계학술대회 자료집 발제문(2020. 6. 25. 발표), 2020.
- 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011.
- _____, “산업안전보건법 형사적 제재 강화에 대하여”, 「월간 노동법률」, 8월호(vol.327), 2018.
- 김재윤, “기업 경영진의 형사책임에 관한 연구”, 「법제연구」 제40호, 한국법제연구원, 2011.
- 김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018.
- 박지순, “산업안전보건체계의 문제점과 과제”, 경제사회발전노사정위원회, 제10차 산업안전혁신위원회 전체회의 자료 발제문(출처:www.eslc.go.kr), 2015.
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 「안암법학」 제3권, 고려대학교 법학연구원, 1995.
- _____, “이중기능적 양벌규정”, 「민주사회를 위한 변론」, 역사비평사, 1995.
- 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론”, 「법학논고」 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012.
- _____, “산업재해와 형사책임-산업안전보건법 제66조의2를 중심으로-”, 「서울대학교 法學」, 제54권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2013.
- 이재상 외, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2017.
- 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 「안암법학」 제28호, 안암법학회, 2008.
- 이진국 외, “산업안전보건법상 수강명령제도 도입에 따른 제도 마련에 관한 연구”, 산업안전보건연구원, 2018.
- 임 응, 『형법총론』 제10판, 법문사, 2018.
- 장유리, “판례분석 시리즈2-산업안전보건법의 양벌규정”, 「안전보건 이슈리포트」, 산업안전보건연구원, 2017.
- 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 「강원법학」 제34권, 강원대학교 비교법학연구소, 2011.
- _____, “산업안전보건법상 사업주의 형사책임”, 「노동법논총」 제25집, 한국비교노동법학회, 2012.
- _____, “산업안전보건법의 적용범위 확대와 대표이사에 대한 책임 강화”, 「노동법포럼」 제22호, 노동법이론실무학회, 2017.
- 정진우, 개정판 『산업안전보건법』, (주)중앙경제, 2019.

- 조흥학, 「산재발생의 사업주 책임에 관한 개선방안」, 한국노총 중앙연구원, 2004.
- _____, “노동법 처벌규정의 법률적 구속력에 관한 연구”, 「노동법논총」 제13권, 한국비교노동법학회, 2008.
- _____, “산업안전보건법에서 사업주 교육의 실효성 확보방안에 관한 연구”, 「사회법연구」 제11집, 한국사회법학회, 2009.
- _____, “산업안전보건법의 위반과 처벌제도”, 「東亞法學」 제69호, 동아대학교 법학연구소, 2015.
- _____, 외, “산업안전보건법 개정안에 관한 소고”, 「사회법연구」 제36호, 한국사회법학회, 2018.
- _____, 『산업안전보건법 해설』, 신광문화사, 2020.
- 최정학, “산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구”, 「일감법학」 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017.

佐久間修, 『刑法總論』, 成文堂, 2014.

高松高判, 「判例時報」447号, 判例時報社, 1966.

<Abstract>

A Study on the Penalty against an Employer for the Violation of the Law for Effectiveness of the Occupational Safety and Health Act

*Kim, Seon-Hye**

On November 1, 2018, the National Assembly passed the full amendment to the Occupational Safety and Health Act with a strong will to escape the disgrace of the No. 1 country in industrial accidents by protecting the health and safety of workers. While this has been a result of accepting criticism that the light punishment does not prevent repeated deaths of workers due to the violation of the Occupational Safety and Health Act. In order to convert, the sanctions were enforced to strengthen the punishment, but the revised Occupational Safety and Health Act was criticized for being against excessive punishment and equity.

However, prior to this dispute, the first thing to be overhauled is to clearly define the components and scope of the legal provisions of the law. This is because the provisions related to sanctions on violations of the Occupational Safety and Health Act are not clearly maintained, and the scope of violations are found to be insufficient by law.

Therefore, it is hoped that Korea will continue to make efforts to enhance the effectiveness of the sanctions by clearly defining each obligatory entity in the Occupational Safety and Health Act and clarifying the scope of the sanctions imposed on violation of its obligations, thereby removing the stigma of being a country with many industrial accidents and ensuring the safety of workers' lives and bodies in a stable manner.

Keywords : Occupational Safety and Health Act, Duty to take the safety and health measures of Workplace, Duty to manage and supervise for Workplace, Violation of the Occupational Safety and Health Act, Penal Provisions on the Employer

* A Candidate for the Ph.D. in Law, Chungnam National University

围绕婚姻法中国网络虚拟财产保护的法律问题研究
(중국 인터넷 가상재산보호의 법적 보호문제 연구 - 혼인법을 중심으로)

유향란(俞香兰)*

논문요지

날이 갈수록 유행하는 인터넷 가상재산은 우리 일상생활에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있고 사람들도 가상재산의 중요성을 인식하고 있다. 네트워크 가상재산은 전통적인 재산으로부터 파생되어 인터넷에 존재하는 거래가치가 있는 전자 데이터이다. 인터넷 가상재산은 전통재산과 크게 다른바 인터넷 가상재산의 범위가 계속 넓혀지고 있고 종류 또한 다양해지면서 발생하는 분쟁도 복잡해지고 있다. 분쟁의 초점은 인터넷 참여자와 인터넷 운영업체, 소프트웨어 개발업체간의 갈등으로부터 서서히 혼인법에서 제기되는 인터넷 가상 재산에 대한 보호 과정까지 확대 되면서 인터넷 가상 재산에 대한 분쟁도 점점 많아지고 있다. 이런 분쟁에 관련된 법적 문제 및 해결조치가 법학계에서 화제로 되고 있다.

중국은 현재 인터넷 가상재산 관련 입법이 상대적으로 낙후하기 때문에 이런 문제에 대한 연구는 일치한 의견을 이루지 못했다. 이러한 시점에서 본 연구는 인터넷 가상 재산보호에 직면한 문제 있어서 외국의 사례들을 참고하여 그 해결방안과 여러 가지 건의를 제시하였다.

검색용 주제어: 인터넷, 인터넷 가상재산, 전통재산, 법적보호

■ 논문접수: 2020.6.15. ■ 심사개시: 2020.7.13. ■ 게재확정: 2020.7.21.

* 中国浙江工商大学 法学院·知识产权学院副教授, Seoul National University 博士

目 录

- 一、问题的提出
- 二、网络虚拟财产的概念
- 三、国内外网络虚拟财产保护所遇到的问题
- 四、网络虚拟财产保护的解决方案
- 五、结论

一、问题的提出

随着互联网产业的迅速发展，从一开始的一间房子般大小的巨无霸电脑到现在的手提笔记本，从一开始的板砖大哥大到现在一掌足似的智能手机，互联网从一开始的科研到现在的生活，商业、教育、医学、娱乐等方方面面融入到我们的生活。网络，正以前所未有的速度冲击着人们的思维模式，也潜移默化的影响着人们的生活方式。网络虚拟财产已经被绝大多数人们所接受，但是许多人仅仅只是接受，认识了解而已，还是把游戏看成游戏，把道具看成道具，并没有认识到这是他们宝贵的私人财产。现在网站是最广为接受的虚拟财产了，人们都知道有一个家喻户晓的域名意味着的是巨额的财富，因此人们开始疯狂地保护这个虚拟财产。现金的身影在我们的日常生活中越来越少，手机支付逐渐代替了现金支付。

支付宝、微信成了家喻户晓的付款方式，与此同时，一种新兴产业正在逐渐壮大—淘宝天猫京东等电商。这种新兴产业代表了一种新型财产—虚拟财产。

对于网络虚拟财产的保护国外已经遥遥领先于中国了，例如美国的电商法是领先于全世界的，可以说是第一部较为完整的关于虚拟财产的法律。虚拟财产在国外已成为合法财产的同时，在中国虚拟财产也正走向经济的大舞台。*2003年在北京朝阳区李宏晨提起了第一

件网络虚拟财产维权的诉讼案件^{*}，以此拉开了中国的网络虚拟财产保护的序幕。虚拟财产和传统财产的区别就在于，虚拟财产是存在于网络之中在现实中没有实体，本质上它是一串电磁数据。网络虚拟财产是现实财富的变种，它同样是人们的劳动和奋斗所得，理应受到保护。很多人在游戏中为了获得装备，提升战力、在直播中为了获得人气和礼物、在淘宝中为了获得更高的评价星级，投入了大量的人力，物力和财力。虚拟财产在本质上是依附于服务器上而存在的电磁数据，但是网络运营者和玩家用户们的投入以及精力赋予了虚拟财产的金钱价值。网络虚拟财产是无体物，一定程度上属于物权，同时虚拟财产具有价值性和可交易性，应当适用相关的财产法。网络虚拟财产纠纷解决，其中具有浓重色彩的是网络虚拟财产在婚姻中的分割保护问题。最高人民法院联合国家发改委共同发布《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》。意见提出，要加强产权司法保护，夯实市场经济有效运行的制度基础。加强对数字货币、网络虚拟财产、数据等新型权益的保护，充分发挥司法裁判对产权保护的价值引领作用。^{**}本文结合现阶段社会国内外对于婚姻的网络虚拟财产的保护现状，对于网络虚拟财产在婚姻中双方的保护措施、分割的原则、意见和方法等方面提出建议。

二、网络虚拟财产的概念

网络虚拟财产又称虚拟财产,是指在网络游戏中为玩家所拥有的,存储于网络服务器上的,以特定电磁记录为表现形式的无形财产。网络虚拟世界里含有多种虚拟财产，主要包括：游戏ID（包括游戏人物的等级、职业等特点）、虚拟货币（在游戏中所使用的钱币）、虚拟装备(武器、饰品、护甲等)、虚拟动植物（一些游戏玩家的宠物，采集的材料）等。

根据《中华人民共和国虚拟财产保护法》第二、三、四、五条规定虚拟财产，是指网民、网络游戏玩家在网络游戏中的帐号(ID)及积累的"货币"、"装备"、"宠物"等"财产"。

"虚拟"不是指这种财产的价值是虚幻的，更不是指此种财产的法律性质是虚幻的，而是为了与传统的财产形态形成适当的区分，表明虚拟财产因网络虚拟空间而存在。虚拟财产独立于服务商而具有财产价值，受法律保护。运营商只是为游戏玩家的这些私有财产提供一个存放的场所，无权对其肆意删改。虚拟财产同样可以被占有、使用、收益、处分，成为法律关系的客体。

网络虚拟财产如果仅仅只能在网络中存在，那么什么金钱价值都是毫无意义的，因为人

* 李复达.《论网络虚拟财产保护的法律问题》，兰州大学，2016[5]

* 周颖. 虚拟财产的法律界定与立法保护. 法学, 2014, 2(3): 15-18.

** 腾讯网,《最高法、发改委：加强对数字货币、网络虚拟财产等新型权益的保护》，2020.7.22

是现实存在的，不可能依靠0和1这些电磁数据生存，而网络虚拟财产之所以被称为财产是因为它可以用现实货币来衡量，在美国的弗吉尼亚州通过的《电脑刑法》修正案，对不经允许向他人发送垃圾邮件的行为做出了如下惩罚规定：因为大量电子邮件的传输而遭受损害的电子信箱用户和ISP，可以在律师费和实际损失、每封邮件10美元或每天2.5万美元三者择其一而请求赔偿。^{*}在中国台湾也有这些例子。比如台湾中视“数字游戏王”电视节目开设一周“虚拟宝物盘市行情分析”栏目，邀请游戏厂商、电玩杂志、网站及老手玩家共同罗列热门道具排行表。^{**}无一不证明了网络虚拟财产可以用现实的货币进行衡量与交易。^{***}

财产是具有金钱价值、并受到法律保护的权利的总称。大体上财产有三种，即动产、不动产和知识产权。网络虚拟财产，顾名思义，指的在现实生活中不存在的，只有依附于网络才存在的财产，是一种能够为人所拥有和支配并且具有一定价值的数字化、非物化的网络虚拟物，主要包括网络游戏账号、游戏金币、虚拟装备以及网民的电子信箱、网络寻呼等一系列的信息类产品。网络虚拟财产一般表现为如下的特征：

1、虚拟性。虚拟性又被称为无形性，是网络虚拟财产的最大特征。由于网络环境具有虚拟性，网络财产便不可避免的带上了同样的特性。网络虚拟财产产生于网络，它在本质上是一种保存在网络服务器上的数字信息，无体无形。

2、依附性。网络虚拟财产不能独立于网络，其产生、灭失及价值的体现都须借助于网络，是依附于网络的一种财产。

3、价值性。价值性是决定某一财产能否成为法律财产并受法律保护的重要因素。网络虚拟财产，是游戏玩家将大量时间、精力、体力甚至金钱投入游戏之中获得的，它凝结了游戏玩家的体力或脑力劳动，具有一定的稀缺性，从而具有一定的使用价值和交换价值。

4、可转换性。只有网络虚拟财产与我们现实社会在某些方面存在联系，可以在现实生活中找到相应的对价，才有可能在现实中被人们所关注，从而被确认为法律意义上的财产。具体来说，就是网络中的某一虚拟物要能和现实中的物品之间具有可比性，与现实财产之间可以实现自由转换。

5、合法性。网络虚拟财产的合法性，指的是财产获得方式的合法性，而非指虚拟财产

*杨立新、王中合：《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，国家检察官学院学报，2004，12（6）：3-13

**张磊：《关于网络虚拟财产的民法思考》，西南科技大学学报（哲学社会科学版），2006，23（1）：21-23

***余俊生：《网络虚拟财产法律问题研究》，中国政法大学，2008

本身必须是属于现行法律规定的财产。

三、国内外网络虚拟财产保护所遇到的问题

根据《婚姻法》第十七条、十八条、十九条规定，只要是夫妻共同经营的财产都是夫妻共同财产，并没有要求一定是有体物，所以夫妻共有的网络虚拟财产属于夫妻共有财产，共同享有占有、使用、收益、处分的权利。在中国，婚姻里网络虚拟财产有以下三种情况。第一，婚后用双方身份注册共同创造的网络虚拟财产：夫妻双方婚后以双方名义注册创造的网络虚拟财产毋庸置疑是属于夫妻共同财产的，比如两人共同注册经营的淘宝店，网站；那么如果是双方共同注册，但不是共同创造的呢？是否属于夫妻共同财产，在婚姻存续期间，这也是夫妻共同财产，因为当仅由一方经营时，另一方对家庭的贡献是无法忽视的，在夫妻存续期间，不能只考虑单单一方，夫妻双方是以家庭为一体的；第二，婚后用一方身份注册共同创造的网络虚拟财产：婚后用一方身份注册共同创造的网络虚拟财产属于夫妻共同财产，虽然只是由一方注册，但该网络财产是夫妻双方共同创造的，在实务中这种情况就像是夫妻双方开了一家早餐店，但是注册的时候只写了丈夫或者是妻子的名字，随后两人一起经营。当夫妻离婚时，这家早餐店以及营业以来的创收都是夫妻共同财产；第三，婚前用一方身份注册共同创造的网络虚拟财产：婚前用一方身份注册共同创造的网络虚拟财产属于夫妻共同财产；虽然是婚前一方注册的，但是在夫妻双方结婚后，双方共同经营，那么对于家庭而言，两人共同经营创造的虚拟财产属于共同财产。^{*} 那就，保护婚姻里网络虚拟财产，遇到哪些问题呢？

1、国内情况

1) 网络虚拟财产的价值确定较难

网络虚拟财产纠纷发生以后，财产价值的确定是解决纠纷赔偿问题的关键。目前网络虚拟财产价值的评估、计算还没有统一标准，纠纷发生后很难得到公平赔偿。对于网络虚拟财产的价值问题是实践过程中难以确定的问题，有些网络虚拟财产还是可以根据市场价格来确定，如淘宝商店。但是绝大多数的网络虚拟财产是没有任何相应的标准来确定其价值的，比如游戏中的游戏装备，装备的价格每天都在浮动，且许多的装备有着特别的含义，全服第一把，那么这件装备的价值或许就要增值成百上千倍，但是这种增值在实践中是否能被人所接受依旧一个很大的问题。而现今正直线上升的直播主播、抖音网红、微博大V，这些的价值就更加的复杂，没有一套能被社会所接受的衡量标准。因此一个能被社会所接受的衡量标准是至关重要的。^{**}

^{*} 刘 婷：《互联网时代背景下关于离婚案件中网店分割的法律问题研究——以C2C交易模式下的淘宝网为视角》，法律适用，2016（6）：87-91

2) 举证困难

网络虚拟财产案件由于其自身的特点，在证据的确认上有许多不同于普通案件之处。从本质上来讲，网络虚拟财产只不过是存储在电脑当中的一组数据，它的一个特点就是可以无限的复制。另一方面，由于游戏服务器是无时无刻不处于高速运动状态，这就给证据的固定带来了相当大的困难，而网络虚拟财产一旦消失或者被运营商删除，再去找与案件相关的证据也不容易。《民事诉讼证据的若干规定》第69条明确规定，下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：“(四)无法与原件、原物核对的复印件、复制品。”就网络虚拟财产来讲，原被告双方提供的以网络虚拟财产本身、图片、截图等为表现形式的证据，原件和复制品是很难加以区分的。显然，网络虚拟财产案件在证据确认上难以适用现有的证据规则。要很好的解决这一问题，有赖于在立法或者司法解释上对现有的证据规则的突破。在实践中，法官审理案件对于夫妻双方的网络虚拟财产的保护判断是无法凭空论断或者仅仅听取双方的意见作出判决，法律和社会是无法允许案件审理如此的草率的，判决最重要的依据就是证据。但是在网络虚拟财产保护案件中举证却是一个非常困难的事情。因为对于夫妻双方来说在婚姻存续期间创造的网络虚拟财产，很少有家庭会特地的去保留证据，这无疑是对双方的信任考验，对于很多家庭来说这是一个分崩离析的信号。法院判决需要证据，证据不足无法做出判决，这对于夫妻双方来说是自己的合法权益没有收到保护，对于司法判决来说是民事判决的难题。*

3) 保全和执行困难

在实践问题还不仅仅只有举证困难这一样，诉讼过程中，除了举证困难，对于网络虚拟财产的保全和执行的困难对于司法来说也是一个巨大的挑战。网络虚拟财产的保全不像普通现实财产那么简单方便，汽车、房屋、现金这些有体物只需要冻结、查封、扣押就可以解决保全问题。但是网络虚拟财产本质上是一串代码，是由0和1组成的电磁记录，网络技术中存在着许多的bug，有很多的方式可以做到更改、删除、隐藏等目的。即便法院可以要求运营商来进行固定，往往运营商对于虚拟财产的固定需要一个复杂的程序，且少许的几个数据要做到保全可能会影响一连串的牵连数据，运营商为了自己的利益会拖延执行等情况。因此保全和执行也是网络虚拟财产分割问题中的严峻挑战。**

2、国外情况

例如美国、德国、韩国等国家在对待虚拟财产的保护和处置等问题已领先于中国，大多有初步完善的法律法规；有大量可以为之借鉴的司法判例；以及公民普遍的维权意识。但

** 王莹.《网络虚拟财产法律属性及价值认定研究——以婚姻关系解除财产分割为例》，江西师范大学，2014[6]

*李许娟.《网络虚拟财产的民事法律问题研究——以三个典型案例为例》，贵州民族大学，2017[5]

**陈康、吴仙桂.《我国虚拟财产继承的法律问题研究》，湖南人文科技学院学报，2018（6）

是这些国家在面对夫妻离婚时虚拟财产分割问题上也面临着各种各样与中国大同小异的问题。第一，虽然国外有初步完善的法律法规，但是虚拟财产毕竟是一种新型财产，在发展过程中伴随着意想不到的问题，这也意味着外国的法律法规需要不断地改进和完善。其中具有代表性的国家—韩国，韩国制定的与电子竞技相关的虚拟财产的法律是极其完善的，但是虚拟财产包括但不限于电子竞技方面，且随着游戏的不断开发和推陈出新，这也意味着他们的法律也要相应的随之修改；第二，美国对于虚拟财产的认识与保护比中国更近步一些，这会导致美国在离婚分割时会更加的难以协商与调解。美国是一个以判例法为重要判决依据的国家，这对于法官的自由心裁的考验是无比艰难的。第三，就是虚拟财产的价值性难以评估。在全世界，对于虚拟财产都缺乏一个公认的标准和一个权威的评估机构，加上虚拟财产的时间性和地域性的特点，一串变化的电磁数据他的价值是难以确定的。随着虚拟财产交易的出现，它所带来的纠纷就不断发生。虚拟财产交易过程中的问题主要表现在：第一，交易安全系数小。虚拟世界的身份的不可知性和信息的不对称性给实施侵权行为提供了可乘之机，而且使得法律责任的究责率极低。第二，交易规则的缺失使得纵多交易过程中可能出现的违约和欺诈无法可依。因此，唯一可行的办法是积极通过法律来引导规制虚拟财产的交易，促进网游业的健康发展。立法上，明确交易双方的权利义务和纠纷解决机制，既可以引导交易双方的交易行为，又便于事后发生纠纷时易确定其应当承担的责任。交易平台上，建立虚拟财产的网络交易平台与网下交易平台，实现虚拟财产交易的有序化和规范化。

四、网络虚拟财产保护的解决方案

1、完善网络虚拟财产的登记制度

对于网络虚拟财产之所以成为难解之题的原因，在于网络虚拟财产本质上是属于电磁记录，且依附于服务器存在。我们可以建立一个网络虚拟财产登记制度，分门别类的将公民所拥有的网络虚拟财产登记在册，这样就将对于我们来说无法触摸的虚拟财产固定下来，变为一个可以看得见摸得着的事物了。

2、建立健全网络虚拟财产相应的评估标准

对于网络虚拟财产，最重要的就是它的价值性，了解它就是了解它的价值。因此我们还需要制定一个健全的针对网络虚拟财产的价值评估标准。就像中国的ISO9001标准一样，能够准确的衡量相应的网络虚拟财产的价值，最重要的是这个标准要能被社会所接受。

3、完善婚姻中网络虚拟财产的保全措施和举证规则

网络虚拟财产的保护问题，我们还需要做的是完善对于网络虚拟财产的保全措施和举证规则。现在越来越多的年轻家庭以淘宝等职业为生，那么网络虚拟财产就是维系他们生存

和发展至关重要的资产。因此做好网络虚拟财产的保全措施是至关重要的。虽然由于网络虚拟财产是电磁记录，并不真实存在，但是在严谨的法律法规和健全的登记评估机制下，我们可以做到像保全现实资产一样的保全网络虚拟财产。同时在完善保全措施的同时，也要制定完善的举证规则；否则当财产保全了，但是由于证据不足，导致虚拟财产的分割无法进行，损害了当事人的利益也违背了法律的保护当事人合法权益的宗旨。可能网络虚拟财产的举证是困难的，“谁主张谁举证”这一原则也许并不合适，因为一般来说主张的人都是对于网络虚拟财产不是那么了解，处于弱势地位，而不是处于一种对于网络虚拟财产拥有主动权的地位，难以掌握相应的证据，因此我们要根据实际情况制定完备的举证规则，已达到保护当事人合法权益的目的。

五、结论

虚拟财产日益增多，是未来社会的必然趋势。司法机关和有关部门应进一步完善相关规定，促进虚拟财产保护。网络虚拟财产作为一种新的财产权其欠缺法律保护的问题已非常突出，这就需要物权法具有开放性，能够将虚拟财产一类的财产利益纳入物权法的保护范畴。举证困难，价值的评估需要一个权威的机构和一个认可的标准，对于刚刚兴起的虚拟财产，确定其相应的价值标准已经是迫在眉睫的事情了；案件审理以后的保全和执行也是一个严峻的问题，也是我们需要解决的。微信，Q币等存在与手机互联网中的虚拟货币具有庞大的占有比例，而《中华人民共和国虚拟财产保护法》和《民法总则虚拟财产的保护条例》可以说是给虚拟财产的纠纷案例有了法律依据，从过去的无从下手到现在有了保护依据，对于虚拟财产和虚拟世界的规范性做出了更大的要求和规定。

[参考文献]

- [1] 杨立新,王中合.论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则[J].国家检察官学院学报,2004,(6).
- [2] 郑重.论网络虚拟财产的民法保护[J].法制与社会,2009,(20).
- [3] 赵玉意.建立我国独立监事制度的构想[J].安庆师范学院学报(社会科学版),2008,(11).
- [4] 许洱多,谢东旭.网络夫妻演出"离婚"闹剧[J].政府法制,2008,(4).
- [5] 罗慧连.网络虚拟财产应受法律保护[J].池州师专学报,2007,(1).
- [6] 吕岩峰.物权法律冲突与物之所在地法原则的适用[J].河南师范大学学报(哲学社会科学版),2006,(4).
- [7] 施凤芹.对"网络虚拟财产"问题的法律思考[J].河北法学,2006,(3).
- [8] 陈良,刘满达.虚拟财产的财产属性界定-兼析虚拟财产的所有权归属与价值衡量[J].宁波大学学报(人文科学版),2005,(3).
- [9] 寿步,徐彦冰,王秀梅.网络游戏虚拟物的财产权定位[J].电子知识产权,2005,(5).
- [10] 李复达.论网络虚拟财产保护的法律问题[D].甘肃:兰州大学,2016.
- [11] 刘婷.互联网时代背景下关于离婚案件中网店分割的法律问题研究-以C2C交易模式下的淘宝网店为视角[J].法律适用,2016,(6):87-91.
- [12] 张磊.关于网络虚拟财产的民法思考[J].西南科技大学学报(哲学社会科学版),2006,(1):21-23.
- [13] 余俊生.网络虚拟财产法律问题研究[D].北京:中国政法大学,2008.
- [14] 王莹.网络虚拟财产法律属性及价值认定研究-以婚姻关系解除财产分割为例[D].江西:江西师范大学,2014.
- [15] 李许娟.网络虚拟财产的民事法律问题研究-以三个典型案例为例[D].贵州:贵州民族大学,2017.
- [16] 陈康,吴仙桂.《我国虚拟财产继承的法律问题研究》[J].湖南人文科技学院学报,2018,(6).
- [17] 周颖.虚拟财产的法律界定与立法保护[J].法学,2014年,(3):15-18.
- [18] 吴汉东,胡开忠著.无形财产权制度研究[M].法律出版社,2001.

<Abstract>

Study on the legal Issues of the Protection of
Virtual Properties on the Internet in China

Yu,Xianglan*

With the development of internet, virtual properties come out. However, they are distinctive from those traditional properties of civil law. The rising network virtual property plays an increasingly important role in our daily life. People also realize the importance of virtual property. Network virtual property is a kind of electromagnetic data which is born from traditional property and has transaction value in the network. The network virtual property is very different from the traditional property. The scope of the network virtual property is constantly expanding, and the style is constantly diverse, and the resulting disputes are also more complex. The focus of the dispute is from the contradiction between network participants, network operators and software developers, and also gradually expanded to the process of the protection of network virtual property in marriage law. There are more and more disputes about the protection of network virtual properties. The legal issues and solutions involved in these disputes have become a hot topic in the legal field. Due to the relatively backward legislation of network virtual property in China, there is still no consensus on the research and discussion of these problems. This paper proposes solutions and several suggestions for the problems faced by the protection of network virtual properties, drawing on foreign experience. Simultaneously, it is important to improve relative legislation so as to protect virtual properties which can make sure that the net economy can develop o healthily and orderly.

Keywords : Internet; Virtual Properties; Traditional Properties; Legal protection

*中国浙江工商大学 法学院·知识产权学院副教授 , Seoul National University博士

试论醉酒驾驶犯罪在立法方面的几点问题及对策
(음주운전의 범죄에 있어서 입법상 여러 문제점 및 보완에 관한 논의)

장묘묘(张苗苗)* · 허우평(侯风)**

논문요지

음주운전 문제는 중국이 시급히 해결해야 할 큰 사회적 문제 중의 하나이다. 경제 발전과 더불어 교통수단은 신속하게 증가하게 되었고, 특히 자가용의 수량이 많이 증가하게 되었다. 하지만 불량한 술문화로 인하여 음주운전 현상이 빈번하게 나타나고 있어서 “차 사고는 맹호 보다 더 무섭다”라는 말이 돌고 있다. 최근 몇 년의 대형 교통사고는 전 사회의 관심을 모으고 있으며 우려의 목소리가 날로 높아지고 있다. 중국은 제8차의 수정 형법을 통하여 음주운전 행위가 형법에 범죄로 입법화된 후 양호한 교육적 역할을 하여 음주운전의 행위도 현저하게 억제되고 있는 결과 보고가 있는 반면에 음주운전 관련 입법의 문제점으로 인하여 사법 및 실무에 여러 난제를 주고 있는 것도 사실이다. 본문은 이러한 점에 대해서 분석 및 검토하여 보완의 대책을 제시하려고 한다. 특히 법률을 통하여 음주운전의 행위에 대한 강제성을 보장하고, 음주운전 사건의 발생을 억제하며, 음주운전에 대한 경계심을 강화하여 법의 적용과 실효성을 제고 할 것을 주장하고자 한다. 그 궁극적 목적은 음주운전과 관련한 입법상의 결함과 부족점을 검토하여 상응한 보완의 대책을 건의하는 데에 있다.

키워드: 음주운전, 주취인정, 입법의 문제점, 대책, 보완

· 논문접수: 2020.06.30 · 심사개시: 2020.07.13. · 게재확정: 2020.07.21.

* 청도대학교 법과대학 중일한법학연구센터 연구조교.

** 청도시황도구인민법원 부장판사.

目 录

- 一、 前言
- 二、 醉酒驾驶犯罪概述
- 三、 醉酒驾驶犯罪在立法方面的几点问题
- 四、 关于以上醉酒驾驶犯罪在立法方面几点问题的对策
- 五、 结语

一、前言

在中国，随着经济的发展，交通工具快速增加，私家车的数量也随之增加，再加之酒文化的传承，醉驾现象屡见不鲜，“车患猛于虎”的现象也逐渐令人忧心。近年来，各种醉酒驾驶惨案触目惊心：张明宝醉酒驾车，酿成5死4伤的惨剧；高晓松醉酒驾车，与前车追尾，造成四车连环相撞；“我爸是李刚”案更是令社会公众一片哗然。一系列惨重的后果，却没有给群众带来足够的警示的作用，驾驶人员仍然不顾后果醉酒驾驶。为了从根源上解决问题，规制醉驾现象，“防患于未然”，刑修八将醉驾纳入刑法规制范围。自醉驾入罪以来，各地严格执法，对打击醉驾现象起到了一定的作用，然而在实践中也逐渐暴露出一些问题，并不能完全遏制醉酒驾驶行为。

为了保证法律的强制性，我们要找出相关法律存在的问题，并及时找出对策对法律予以完善，以保证更好地惩治醉酒驾驶行为，降低醉酒驾驶惨案的发生频率，保障社会群众的人身安全、道路交通安全以及社会公共财产安全，实现量刑的规范化，在立法上做到宽严相济。

二、醉酒驾驶犯罪概述

1. 醉酒的定义及标准

根据医学方面的权威研究，醉酒学名叫酒精中毒，是指一次饮用大量的酒精类饮料（含乙醇）对人的中枢神经系统产生先兴奋后抑制作用的现象，表现为一系列的精神障碍，比

如语无伦次、口齿不清、颠三倒四等，重度中毒可使呼吸、心跳抑制而死。醉酒在医学上分为病理性醉酒和生理性醉酒，在刑法上病理性醉酒属于精神病犯罪的范畴，因此这里的“醉酒”指的是生理性醉酒。

不是所有喝酒的人驾驶机动车都构成本罪，根据2004年中国质监局发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》规定：驾驶员每100毫升血液中酒精含量在20-80毫克之间为酒后驾驶，超过80毫克即为醉酒驾驶，同时还规定了呼气酒精含量和血液酒精含量的换算标准，即呼气酒精浓度大于或等于0.0909mg/l时为饮酒驾驶，大于或等于0.3636mg/l时为醉酒驾驶。由此可以见得，当机动车驾驶者血液内酒精含量达到80mg/100ml及以上时，该驾驶人员即属于醉酒驾驶。

醉酒驾驶犯罪就是指机动车驾驶者因醉酒驾驶导致不能正常回避危险，而威胁公共安全的行为。醉酒驾驶罪危险犯，只要行为人有醉酒后在陆路交通道路上驾驶机动车就构成本罪，本罪的客体是刑法所保护的潜在的陆路交通道路安全和秩序，也就是说本罪是为了避免醉酒驾驶机动车存在的危险状态。*

2. 醉酒驾驶入罪的原因及目的

醉酒驾驶给人民群众带来了严重的损失，也一直都是人们关注的焦点。醉酒驾驶入罪的原因大致包括以下几点：首先，多起因行为人醉酒驾驶而发生的惨案是醉酒驾驶入罪的原因之一；其次，因醉驾发生交通事故导致死亡的人数多至万人，引起的财产损失高达数亿元，造成的惨重的人身伤害和财产损失，是醉酒驾驶入罪的直接原因；最后，在当时的特定环境下一些典型案件对社会大众的影响对规制醉驾行为有着密不可分的关系，大部分社会群众都对因醉驾发生交通事故的行为怒气填胸、社会舆论压力突然迅速增长也是醉酒驾驶入罪的原因。为了防范社会风险、稳定社会秩序、保护群众法益，《刑法修正案（八）》正式将醉酒驾车行为规定为犯罪行为，醉驾入刑是对民意的回应，也是保障社会稳定的必要方式。**

3. 醉酒驾驶行为的犯罪构成分析

1) 主体分析

根据中国刑法规定可知，年满16周岁且精神方面完全正常的人犯罪应负刑事责任。年满16周岁的人在精神方面不存在任何障碍才能对自己的行为有完全的辨识和认知，对自己的作为承担责任。换言之，纵使行为人年满16周岁，然而其精神方面存在一定障碍，那么他对自己行为便只能有部分的辨识和认知，乃至无法辨识和控制自己的行为，其仍然不能成为刑法意义上的犯罪主体。

在醉驾行为主体的认定方面，刑法学界存在两种不同意见，一种观点认为是一般主体，即

* 万彬彬.浅析醉酒驾驶罪[J].法律博览, 2012(4): 22.

** 孙铜阳.论醉酒驾驶行为的刑法立法完善[J].黑河学刊, 2017(5): 114-115.

年满16周岁且具备刑事责任能力的驾驶机动车的自然人；另一种观点则认为是特殊主体，即具有机动车驾驶证的自然人，将无机动车驾驶证的人员排除在外。^{*}但由于刑法对醉酒驾驶行为的规定是在道路上驾驶机动车，并未对主体加以明细的限定，故笔者认为醉酒行为的主体理应界定为一般主体，即年满16周岁且具备刑事责任能力的自然人，无论其是否具备机动车驾驶证。

2) 主观方面分析

依照刑法关于醉驾的条规我们能够看出，只要行为人醉酒后在道路上驾驶机动车即可构成此罪。这表明醉酒驾驶犯罪属于实行犯，构成此罪只要求行为人实行了这一行为，并不要求发生特定的危害结果。据此我们也可以发现“醉酒”这个行为是行为人在清醒状态下作为的。一个精神完全正常的16周岁以上的人，应当知晓自己醉酒后会意识恍惚、行为不受控制、驾驶技术也不可能与清醒时相比，也应清楚在此情况下开车极有可能会发生交通事故造成危害社会安全的后果。是以，笔者认为，不论行为人是否为自愿饮酒而导致醉酒的结果，亦不论其是否为故意醉酒，其在清醒状态时都应当知道醉酒状态下开车上路极易发生交通事故，行为人明知自己处于醉酒状态依旧开车上路，即是一种故意的行为，据此可以断定本罪的主观方面是故意。

3) 客体分析

从醉驾行为的客体方面来说，某人醉酒之后开车上路，他的自我控制能力已然降低甚至丧失，对自己的行为亦不具备辨识能力，也无法预见自己开车上路之后可能发生的结果，行为人在此情况下如果发生事故时是无法在某一特定地点针对特定人实施侵害行为的，即驾驶人在发生事故时是毫无意识地、盲目地对不确定的人、事、物实施侵害，直到损伤结果发生之际，才知道其侵害的对象是谁，据此我们能够分析出该罪行为人实施危害行为时产生的危害结果是不确定的。是以，笔者认为，本罪的客体应为公共安全，即不特定人群的人身财产安全及其他安全。

4) 客观方面分析

从醉酒驾驶犯罪的客观方面来说，表现为行为人醉酒后开车上路，由于其自我控制能力下降，即使没有发生具有的危害后果，但对不特定人群的人身财产安全及其他安全造成了威胁，并有可能对他人的财产安全酿成损伤，这种危害状态也认为是对社会公共安全的危害。^{**}醉酒驾驶犯罪的客观方面首先必须有酒后驾驶汽车行为，即言之，本罪是一种作为犯罪，其次必须有对公共安全造成威胁的行为，最后这种对公共安全的威胁是由醉酒驾驶机动车的行为引起的。^{***}

^{*} 黄培志.醉酒驾驶行为探讨[D].厦门：厦门大学，2011.

^{**} 杨时泰.关于“醉酒驾驶”犯罪的适用问题研究[D].青岛：山东科技大学，2012.

^{***} 林媛.醉酒驾驶犯罪的立法及其完善[D].南昌：南昌大学，2012.

三、醉酒驾驶犯罪在立法方面的几点问题

中国经济持续发展,人民生活质量不断提升,汽车拥有者的数量也呈不断增加的趋向。据有关资料显示,中国因醉酒驾车发生的交通事故层先迭出,此外醉驾行为的增长趋势依然保持在较高的频率,对公民的人身和财产安全产生了严重的威胁。最近几年来一系列由醉驾行为导致的重大惨案不停上演,对社会大众的熏染十分恶劣,社会舆论压力不断增长,然则人们对醉酒驾车的警惕心理并没有因为这些不断上演的惨案而提高。这些醉酒驾驶案件的发生,是由于一些司机蔑视他人生命、缺乏安全认知而造成的,然则这些人漠视法律准则的原因在于内地并没有一套完善系统的相关规定来规制这些行为,同时说明中国有关法律准则对醉驾行为的规制让然存在一定的漏洞和弊端。

1. 立法模糊

中国醉驾入罪的具体实施过程中存在很多问题,其中一个原因就是并未将醉酒驾驶行为明确入罪,这样使得监管部门在对酒驾行为进行查处的过程中没有足够的依据。*刑修八规定:“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。”这条条文并未明细地规定情节严重或情节恶劣的前提条件,然则依照刑法总则第13条规定的原则,危害社会情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。**这就留下了一个混沌地带,该条条文并未确凿地解释醉酒驾驶犯罪哪些情节属于显著轻微、哪些情节属于危害不大,而对群众来说理解到底哪些情况属于情节显著轻微危害不大便更加不易。倘若要依据刑法总则第13条来阐释,那么法律理当精确限定关于醉驾犯罪哪些属于显著轻微、哪些属于一般情况,二者的区分应当依据什么标准。假使没有精确的限定,也没有更深层次的司法解释,便无法与现存的行政法规进行完美对接,这种情况下各地交警在执法过程中判断醉酒驾驶情节严重与否时不免会出现偏差,更严峻的是这些法律的混沌地带易被一些心存恶意的人钻空子,最终导致出现司法不公的结果。此外就是在执行程序方面上并没有更为详尽的规定,假使醉酒驾驶犯罪不把酒精量作为唯一的判断准绳,那么应当有更明确的司法解释,中国法律实施过程中被质疑最大的就是自由裁量权过大,而公众最憎恨最顾虑的就是法律被权利、官职、金钱和人情扭曲。***况且刑修八只规定了醉驾未造成实害的情况,对于实施这两个行为又构成其他犯罪的,“依照处罚较重的规定定罪处罚”,据此可知,刑修八只对醉酒驾驶没有造成实害结果的行为作出了规定,对于造成实害结果的则依处罚较重的规定定罪处罚。****

* 钟新.醉酒驾驶犯罪的刑法完善研究[J].法制与社会,2017(2):57-58.

** 李皓.危险驾驶行为出罪的必要性分析及路径选择——兼论刑法但书之功能定位[J].武汉交通职业学院学报,2017,19(02):5-8.

*** 梁会静.浅析中国醉酒驾驶的若干法律问题[J].商,2016(18):244.

**** 唐书娟,张正线.危险驾驶罪中醉酒驾驶行为刑法规范的不足与完善[J].民营科技,2016(8):258.

在这些境况下由于对醉驾行为缺少针对性的打击，这样一方面对执法人员严格执法有弊无利，另一方面也不利于驾驶者按照明细的法律法规进行严厉的自我限制。而且鉴于每个案件都是独立且复杂的个体，以及不同地区的执法方式存在差异，致使每个不同的醉驾案件都会有不同的判决结果，倘若司法部门想要对各种醉酒案件的审理进行统一的管理和规定也实属不易，这种情况下就很难对打击醉驾有所保障了。

2. 醉酒状态确定标准过于宽松

中国现行法律界定醉酒驾驶犯罪时并不以犯罪情节恶劣为要件，既然犯罪情节恶劣并不是定罪量刑的标准，那么精确判定司机的“醉酒状态”便成为了醉酒驾驶犯罪定罪量刑的极其重要的环节。在中国目前的司法实践中，界定驾驶员开车时是否处于醉酒状态的方法主要有两种：一是通过设备测试，二是抽血化验。根据相关规定我们可以得知，驾驶员开车时每100ml的血液中的酒精含量为20-80毫克（0.2%-0.8%）为酒驾，80毫克（0.8%）以上即为醉驾。然而从全世界范围来看，美国的酒驾标准为0.08%，日本为0.05%，德国为0.03%，瑞典为0.02%。与这几个国家的数据相对比，不难看出中国的酒驾标准明显过于宽松。而基于这样宽松的标准，民众则更不会对酒驾保持警戒之心，乃至对醉酒驾车持放任纵容的态度，这种情况明显对中国打击酒驾、醉驾等违法驾驶行为有弊无利，同时相关法律的震慑作用也无法充分发挥，民众的人身财产安全自然也得不到应有的保障。

3. 未对醉驾人员逃避酒精检测进行明确规定

在日常生活中，某些驾驶者在开车上路过程中遇到交警例行公事进行呼气酒精测试时经常紧闭车窗，拒绝下车，对交警的要求和阻拦也不予理会，拒绝配合进行检测，这种场景随处可见；另一场景则是驾驶者在开车时发现交警所设的检查点后，并没有选择配合交警检查，而是选择强行冲卡或者倒车绕路，但这种行为很容易引发交通事故，即使执勤交警依法可以对逃窜者进行强行围堵，但一旦令其逃离，要想探明其是否饮酒驾车也再无他法。^{*}交警若想查获酒后驾驶并不容易，取证也同样不易，与其他交通违法行为对比来说难度系数都更大一些，由于酒后驾驶并没有什么明显特征，而且驾车司机逃避酒精测试的现象比比皆是，一部分行为人可能会刻意拖延时间，甚至拒绝或逃避检测，坚决不配合交警的检查工作；一部分行为人提前发现检查点后便迅速调头逃避，不仅败坏社会风气，而且对交通产生了威胁。而至于醉酒驾驶，一部分醉酒驾驶人员也无明显特征，如果其以上述第二种逃避酒精测试那么对交通安全产生的威胁及行人的人身财产安全造成的危险性远大于酒后驾驶。^{**}在这一方面中国的法律现状不容乐观，中国法律对酒驾人员逃避酒精检测并没有具有威慑力的规定加以制裁，对酒驾人员阻碍执法的行为无法兼具法理与情理的限制，不仅给酒后驾驶查处和取证工作带来了困难，而且降低了人民群众的警惕心以及安

* 朱秋旻.中国对驾驶人员酒精测试若干法律问题研究[D].北京：对外经济贸易大学，2012.

** 吴家林.关于进一步完善“危险驾驶罪”的思考[J].商丘师范学院学报，2015（10）：98-101.

全感。*

4. 处罚规定单一、难以变通

主观应与客观相符合是构罪定刑的重要准绳。据此，应结合当事人主观上的过错及客观上所实行行为的不同，判定其刑事责任的轻重及刑罚的级别与档次。目前国内刑法关于醉驾构罪行为的规定为单一刑，即处以拘役刑的同时并罚罚金。同时这也是目前国内刑法现存的仅有的一处单一刑，因此不可避免地显现出了该规定在实务中适用的一些先天性的缺陷与瑕疵。刑法总则明文规定了五种主刑，即管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。^{**}其中有期的刑罚被应用的相对较多一些，这也符合老百姓对于刑罚的认为“人一旦犯了罪就得蹲大牢”的传统观念。醉后开车是仅有的未被设立有期罪的罪名，只设立了拘役作为唯一刑种，规定过于单一难免会使刑罚的适用变得难以变通，会损害刑罚框架的灵活性和统一性。

通过对多件醉驾判决的搜集与剖析可以得知，醉驾受到的处罚仅限于拘役刑别无他选，在实践中也逐渐暴露其缺陷。由于法定刑最高为拘役六个月，所以生活中不少案件存在着量刑偏轻的问题，以及其他与罪责刑不相适应的现象，对醉驾造成多人轻伤后果、多次造成他人轻伤或较大财产损失后果的醉驾行为，无法给予重罚。^{***}

四、关于以上醉酒驾驶犯罪在立法方面几点问题的对策

1. 明确立法

由于中国立法中关于醉酒驾驶犯罪的规定并不明确，那么这便要求司法部门尽快发布一些针对醉酒驾驶犯罪出台更为具体详细的司法解释，以及当醉驾人员规避法律责任时的应对措施，这样执法者才能有法可依、有章可循。为了更好地惩办醉驾行为，可以考虑将其从交通肇事罪中抽离出来单独定罪。中国相关法律法规并未对醉驾行为予以明确的规定，只有当这种行为酿成了严峻的后果时才被规定为交通肇事罪，因此，为了给驾驶者带来更好地警示作用，让其对醉驾行为予以更多的关注、对醉驾更加重视，把该罪脱离出来单独定罪应当是一个有力的待选措施。

关于醉驾情节的认定，可以从下列几个角度考虑。

首先，可以根据醉驾行为发生的地点来界定。比如司机醉酒后开车行驶在行人车辆比较密集的闹市区，那么很明显他这种行为的危险性是相对大的；又如司机醉酒后开车行驶在荒无人烟的偏远街道上，那么在不考虑其他影响因素的情况下这样的行为可以被认定为情节轻微；换言之，不论什么时间只要驾驶员在醉酒状态下开车上路对一种路人的安全产生了

* 郑星.办理危险驾驶案件的几点思考[J].法制博览, 2017(28):148.

** 袁林, 杨再明.刑法学上册:刑法总论[M].四川人民出版社, 2005

*** 张岱.醉酒驾驶刑法适用问题[D].石家庄:河北师范大学, 2014.

一定的威胁，那么就应当认定为醉酒驾驶，而不能归属于情节轻微的情况。

其次，可以考虑在前一点的基础上结合行为人被抓后的态度来界定。也就是说，如果醉驾者是在前面所举例描述的荒无人烟的偏远道路上行使，而且其意识状态并未陷入模糊尚能保持清醒，并有意识地保持安全驾驶，再者其认罪态度诚恳，主动领受刑罚，那么这种情况可以认定为情节轻微。

最后，可以借鉴其他国家立法，将醉驾行为导致的实害直接规定为危险驾驶罪的结果加重犯，针对各种不同的损害结果规定与其相应的法定刑。*

2. 提高醉酒标准，规范检测制度

根据相关医学理论可知，当每100毫升人体血液的酒精含量达到50-100毫克时，人的判断能力会出现偏差；达到100-200毫克时，人的行为举动会出现失衡。**举例来说，司机驾车时其血液酒精含量超过50mg/100ml，那此时其判断能力、反应能力及行为举动都受到一定影响，发生交通事故的概率也大大提升，造成的安全隐患不容小觑。而中国目前的醉酒状态检测标准相对于其他国家来说过于宽松，有待于适当提高标准，以减少交通事故发生的概率。

此外，在认定醉驾时，不能只单纯地依靠血液酒精含量来检测，同时应当与行为人其时的意识状态相结合，毕竟单靠酒精含量来确定是缺乏科学性的，而且对行为人来说也略失公平。现实情况往往比较复杂，每个人的酒量不同，而且由于个人体质的差异，每个人对酒精的分解速度也不尽相同，而生活中这几类人的数量都不在少数，举例来说，AB两人体内酒精含量等同，半小时后，A体内酒精含量从100mg/100ml降到50mg/100ml，而B只能降到80mg/100ml，然而此时AB两人仍处于意识模糊的状态中，如果依旧按照血液酒精含量检测，明显是不妥当的。这样看来，在认定醉驾的程序中，应结合被检测者的意识状态综合考虑。

同时也要加强普法力度，大力宣传醉驾已入刑，让民众能够了解到如若醉驾自己将面临的严重后果，打消其侥幸心理。

3. 明确规定拒绝酒精检测的刑事责任

我们经常可以看到前文所描述的场景，驾车司机紧闭车门车窗，拒不配合交警执法，逃避酒精检测，带来了许多不必要的困扰。若要确定驾驶者为醉酒驾驶罪，那么需首先确定其状态为“醉酒”，这就需要交警的配合，执法必严，但如果驾驶者拒不配合检测，执法人员也难以对其进行有力的惩处，所以为了避免此类现象的出现，应当规定拒绝酒精检测要负刑事责任。***

* 洪媛.中日醉驾肇事案件比较研究[J].经济研究导刊, 2014 (8) : 293-294.

** 董进.论危险驾驶罪[D].南昌:南昌大学, 2014.

*** 马乐明.关于对醉酒驾车刑法规制的反思及立法构想[J].中共银川市委党校学报, 2011, 13 (2) : 80-82.

对于拒检者和借酒闹事者，应当规定详细的举措，不能放任其试探法律的底线，纵使法律对醉驾者的惩处作出了相应的规范，然而都只是事后处罚措施，对于解决滋事时各种麻烦的作用不足轻重。既然如此，在此状况下就需要实施对其有效的措施，将其影响尽量降到最低，倘若行为人不同意打开车门接受检测，那么可以考虑允许执法人员在适当限度以内损害其合法权益，强行打开车门进行检测；倘若行为人当街撒野吵闹甚至对交警进行谩骂殴打，那么，为了保持交通畅通及他人的正常出行，可以允许将其强行带至附近警务室进行检测。此外，为了避免给交警带来无须有的麻烦，同时保护行为人的合法权益，采用这些举措时应有工作人员对检测现场进行录音录像。

4. 规范刑罚设置

法定刑的设置是立法活动的关键内容，法定刑的合理性与正确配置直接表现出立法的良善，更影响到司法公正与否，最终对刑罚预期目的造成一定影响，刑罚设置是建立在罪刑相适应原则的基础上，而不是由立法者任意支配的。^{*}在中国，醉驾犯罪的刑罚略显单一，仅处拘役并处罚金，惩处力度较低；醉驾犯罪的法定刑单一，带来很多弊端，这是不容置喙的，是以，关于醉驾的定罪量刑可以适当性地增加有期徒刑、资格刑、缓刑以及其他多样性刑罚。^{**}

规制醉驾行为是一个比较棘手的问题，是以，世界上很多国家都选择了有期徒刑的方式来规制醉驾，譬如美国，在国外，以有期徒刑规制醉驾是比较寻常的，足以证明打击醉驾的重要性。我们可以合理学习国外的立法技术，设置自由刑，但需在中国司法实践相结合的基础上。为了把刑罚体系系统化地联系起来，可以以交通肇事罪的量刑作为参照物，设置醉驾的自由刑。醉酒驾驶行为属于危险犯，交通肇事属于实害犯，醉驾犯罪比交通肇事罪社会危害性低，是以，醉酒驾驶犯罪的法定刑在三年以下为妥。^{***}从刑法所有体系看，醉驾已经入刑，然而刑法中并没有吊销驾照的规定。而且根据中国相关规定，有驾照的人醉驾五年后才能再次申请驾照，而无驾照醉驾的人刑罚结束以后申请驾照没有时间限制，这显现了中国刑罚的不足与漏洞。^{****}是以，可在与相关法规相承接的基础上，增设醉驾犯罪资格刑。

此外，国外的各种辅助措施也很值得学习，例如哥伦比亚将醉驾者送去观看交通肇事题材的电影。为了防止醉驾引发各类交通事故，为了更有力地阻止醉驾行为，应合理借鉴国外立法，采取一系列有效的辅助措施。

五、结语

* 林国，吕约合，虞纯纯.增配醉酒驾驶犯罪有期徒刑之考量[J].东方企业文化，2012（18）：198-199.

** 陈卫山.醉酒驾驶形式法律适用问题研究[D].西宁：青海民族大学，2016.

*** 王其生.危险驾驶罪法律适用问题研究[J].江西警察学院学报，2013（6）：87-91.

**** 文霄潇.醉驾型危险驾驶罪若干问题研究[D].长沙：湖南大学，2014.

在中国，对醉驾行为进行惩处的根本目的，是对醉驾者进行警示，防止其再次实施违法行为，同时对其他公众发挥教育作用。刑修八将“醉驾”纳入刑法规制范畴之内，对维护公民人身财产安全、公共交通安全秩序以及社会公共财产安全具有重要的积极意义，也较好的规范和指引了公民养成尊重社会交通秩序的良好习惯。但由于语言的局限性以及法律的滞后性，存在不足也是难免的，对于这些不足就要及时得修正和完善，以保障法律对限制醉酒驾驶行为的强制性，降低醉酒驾驶案件发生的频率，增强公民对醉酒驾驶行为的警惕心理，真正发挥刑法的惩戒作用，保持法律的适用性和时效性。

[参考文献]

- [1] 万彬彬, 浅析醉酒驾驶罪[J], 法律博览, 2012 (4) .
- [2] 孙铜阳, 论醉酒驾驶行为的刑法立法完善[J], 黑河学刊, 2017 (5) .
- [3] 黄培志, 醉酒驾驶行为探讨[D], 厦门大学毕业论文库, 2011.
- [4] 杨时泰, 关于“醉酒驾驶”犯罪的适用问题研究[D].青岛, 山东科技大学毕业论文库, 2012.
- [5] 林媛, 醉酒驾驶犯罪的立法及其完善[D].南昌, 南昌大学毕业论文库, 2012.
- [6] 钟新, 醉酒驾驶犯罪的刑法完善研究[J], 法制与社会, 2017 (2) .
- [7] 李皓, 危险驾驶行为出罪的必要性分析及路径选择——兼论刑法但书之功能定位[J], 武汉交通职业学院学报, 2017, 19 (02) .
- [8] 梁会静, 浅析中国醉酒驾驶的若干法律问题[J].商, 2016 (18) .
- [9] 唐书娟, 张正线.危险驾驶罪中醉酒驾驶行为刑法规范的不足与完善[J], 民营科技, 2016 (8) .
- [10] 朱秋旻, 中国对驾驶人员酒精测试若干法律问题研究[D].北京, 对外经济贸易大学毕业论文库, 2012.
- [11] 吴家林, 关于进一步完善“危险驾驶罪”的思考[J].商丘师范学院学报, 2015 (10) .
- [12] 郑星, 办理危险驾驶案件的几点思考[J], 法制博览, 2017 (28) .
- [13] 袁林, 杨再明.刑法学上册: 刑法总论[M], 四川人民出版社, 2005.
- [14] 张岱, 醉酒驾驶刑法适用问题[D], 石家庄: 河北师范大学, 2014.
- [15] 洪媛, 中日醉驾肇事案件比较研究[J], 经济研究导刊, 2014 (8) .
- [16] 董进, 论危险驾驶罪[D], 南昌: 南昌大学, 2014.
- [17] 马乐明, 关于对醉酒驾车刑法规制的反思及立法构想[J].中共银川市委党校学报, 2011, 13 (2) .
- [18] 林国、吕约合、虞纯纯, 增配醉酒驾驶犯罪有期徒刑之考量[J], 东方企业文化, 2012 (18) .
- [19] 陈卫山, 醉酒驾驶形式法律适用问题研究[D], 西宁: 青海民族大学, 2016.
- [20] 王其生, 危险驾驶罪法律适用问题研究[J], 江西警察学院学报, 2013 (6) .
- [21] 文霄潇, 醉驾型危险驾驶罪若干问题研究[D], 长沙: 湖南大学, 2014.
- [22] 陈晓宇, 危险驾驶罪立法问题研究[D], 吉林大学, 2019.
- [23] 石林熙, 抽象危险视域下的危险驾驶罪研究[D], 西南大学, 2018.

<中文抄錄>

试论醉酒驾驶犯罪在立法方面的几点问题及对策

张苗苗 · 侯风

醉酒驾驶问题一直以来都是中国亟待解决的一大问题。随着经济的发展，交通工具快速增加，私家车的数量也随之增加，再加之酒文化的传承，醉驾现象屡见不鲜。近年来频发的车祸惨案引起了社会的密切关注。醉驾入刑以来，对社会各界起到了良好的教育引导作用，酒后驾驶行为明显受到抑制。但由于语言的局限性以及法律的滞后性，存在不足也是难免的。对于这些不足就要及时得修正和完善，以保障法律对限制醉酒驾驶行为的强制性，降低醉酒驾驶案件发生的频率，增强公民对醉酒驾驶行为的警惕心理，真正发挥刑法的惩戒作用，保持法律的适用性和时效性。文章着重探析醉酒驾驶存在的立法方面的缺陷和不足，最后给出醉酒驾驶犯罪的改善建议，旨在为醉酒驾驶罪更好地体现其惩治犯罪的社会效益提供一点参考建议。

关键词：醉酒驾驶；醉酒认定；公共安全；立法问题；立法完善

<Abstract>

**A Tentative Analysis of Some Problems in the Legislation of Drunk Driving
and its countermeasures**

Zhangmiaomiao* · Houfeng**

The problem of drunk driving has always been regarded as one of the most urgent problems to be solved in China. With the development of the economy, the number of vehicles has increased rapidly, the number of private cars has also increased. Coupled with the inheritance of wine culture, drunk driving becomes commonly. The tragedy of car accidents that have occurred frequently has aroused close attention from the society in recent years. Since drunk driving into the punishment, it played a good education in the social from all walks of life to guide, drunk driving behavior has been restrained obviously. However, due to the limitations of language and the lag of law, it is inevitable that there are deficiencies. These shortcomings must be corrected and improved in time to protect the law's compulsory restrictions on drunk driving: reduce the frequency of drunk driving cases, enhance citizens' vigilance against drunk driving, play the punishment role of criminal law totally and maintain the applicability and timeliness of the law. This article focuses on the defects and deficiencies in the legislation of drunk driving, and finally gives some Suggestions for the improvement of the crime of drunk driving, aiming to provide some suggestions for the crime of drunk driving to better reflect its social benefits.

Keywords: drunk driving; drunk identification; public safety; legislative issue; improving suggestions

* Assistant researcher, China Japan Korea Law Research Center, School of law, Qingdao University

** Judge and chief judge of the people's Court of Huangdao District, Qingdao City, Shandong Province

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구의 학술적 완성도
 4. 연구결과의 학문적 기여도
 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불

가로 구분한다.

- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위,

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 논문투고에 관한 문의와 투고논문의 제출처는 다음과 같다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0803
- 팩스: 02-300-0804

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

제3조(기능) 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조(구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조(회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조(연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조(기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여

할 수 없다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조(진술기회의 보장) 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조(조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사자 실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정 논문의 게재취소
 - 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
 - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

제11조(결과의 통지)

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

제12조(재심의)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비) 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램을 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)

- 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.
- 3) 각주의 표기는 다음과 같다.
- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
 - 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
 - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
 - 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
 - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합
- 6) 글자모양
- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10
- 7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
 - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)
노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)
선정원 (명지대학교 법과대학 교수)
송재일 (명지대학교 법과대학 교수)
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
이철기 (가천대학교 법과대학 교수)
최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 김주영(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 박화영(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제19권 제1호)

=====

2020년 7월 31일 인쇄

2020년 7월 31일 발행

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

板 權
所 有

=====

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585