creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

주식회사의 형사책임에 관한 연구

- 입법적 도입방안을 중심으로 -

지도교수 노 혁 준

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 12월

서울대학교 대학원

법학과 상법전공

조 진 용

조진용의 석사 학위논문을 인준함

2018년 1월

위 원 장 이 상 원 (인)

부위원장 김 하 진 (인)

위 원 노 혁 준 (인)

법학석사 학위논문

주식회사의 형사책임에 관한 연구

- 입법적 도입방안을 중심으로 -

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 상법전공

조 진 용

국 문 초 록

오늘날 주식회사에 의한 범죄는 주식회사의 증가에 비례하여 꾸준히 증가하고 있고 그 정도 또한 개인의 재산적 법익을 침해하는 수준을 넘어서 생명·신체적 법익을 침해하는 수준에 이르고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 형사법제는 여전히 주식회사의 법적 성격이 법인이라는 형식에서 벗어나지 못한 채 양벌규정에 의한 벌금형으로만 주식회사 범죄를 규율하는데 그치고 있다.

그러나 오늘날 법인, 그 중에서도 주식회사는 현대 자본주의 사회의 중추적인 역할을 담당하며 하나의 독자적인 실체로 자리매김하고 있다. 민사법 영역에서는 이미 그 실체의 유무에 관한 다툼이 실익을 잃고 있고, 행정법 영역에서도 주식회사가 제재의 대상이 된다는 점에 의심의 여지가 없다. 형사법 영역에서만 주식회사를 비롯한 법인의 형사책임을 배척해야 할 이유가 없는 것이다.

형사정책 측면에서도 주식회사의 형사책임을 인정할 필요가 있다. 주주는 궁극적으로는 주식회사 이익의 향유 주체이기는 하지만 어디까지나 간접적인 주체라는 한계가 있다. 이사는 주식회사의 범죄행위에 있어 실질적인 행위자라는 점을 고려하면 이사에 대한 강력한 형사제재가 주식회사의 범죄행위 근절에 도움이 될 것처럼 보이기도 하지만, 이는 오히려 전문 경영인의 경영 판단 여지를 축소·위축시키는 부작용을 낳아 자원의 최적 분배 달성이라는 자본주의 사회의 지향점에 역행할 여지가 있을뿐더러 이를 악용하는 주주의 등장으로 이사만 개임되면서 범죄행위를 반복할 우려마저 있다. 결국 범죄행위의 본질적인 책임주체이자 범죄수익의 직접적인 향유 주체인 주식회사를 직접 형사제재 하는 것이야말로 주주로 하여금 범죄수익을 포함한 부당한 이익추구를 단념하게 하고 범죄행위를 할 여지가 있는 이사의 행동을 감시하게 하고, 이사로 하여금 전문가로서 자신의 경영상 판단에 근거하여 최대한의 성과를 거두게 함과 동시에 무리한 수익 추구 과정에서 고

의 또는 부주의로 저지르게 되는 범죄행위를 미연에 방지하게 함으로써 주식회사의 최대 이익 실현과 범죄행위 차단을 동시에 달성할 수 있게 된다.

주식회사의 범죄행위를 형사제재 하는 방법으로는 다양한 유형이 존재한다. 그러나 우리 형법체계가 자연인의 범죄행위에 대한 규율을 주요 목적으로 제정된 것임을 고려할 때 특별법의 제정을 통해 주식회사의 범죄능력·수형능력을 선언할 필요가 있다.

또한 죄형법정주의 원칙상 주식회사의 범죄와 형벌 또한 법률의 제정을 통하여 규율될 필요가 있다. 생각건대 오늘날 주식회사의 범죄행위는 사실상 자연인에 의하여 야기될 수 있는 모든 범죄행위에 이르고 있다는 점을 고려할 때 특정 범죄에 국한할 것이 아니라 우리 법체계에서 규율하는 모든 형사범죄가 주식회사의 대상범죄가 될 수 있다고 보아야 한다. 자연인 행위자의 범위에 있어서도 주식회사의 범죄행위가 단일한 주체에 의하여 이루어지는 것이 아니라 대표·기관을 비롯하여 말단 종업원에 이르기까지 다양한 주체의 가담에 의하여 이루어질 수 있다는 점을 고려하면, 주식회사의 대표·기관·업무집행관여자·종업원 기타 이에 준하는 자연인에 의한 행위 과정에서 업무관련성 있는 행위 과정에서 범죄행위가 저질러졌다면 응당 주식회사에 그 형사책임을 인정함이 타당하다. 또한 자연인 주체가 특정될 수 없거나 특정하기 어려운 경우 각 가담자의 과실 총합이 하나의 범죄를 형성하거나 주식회사의 관리소홀로 인하여 범죄행위를 묵인·조장하는 기업문화가 형성되어 있다는 등의 사정이 있을 경우 주식회사의 형사책임을 인정할 필요가 있다. 주식회사에 적합한 형사제재 방식에 관해서도 획기적인 개선이 필요하다. 벌금형에 의한 규율의 실효성을 부정할 수는 없지만, 종전 양벌규정에 의한 총액벌금제도의 한계를 고려할 때 자연인 행위자와 구별되는 별개의 벌금체계 정립, 일수벌금제도 내지 주식벌금제도의 도입 등 다양한 변용이 필요하다. 또한

자연인의 생명형에 준하는 법인해산, 인허가 취소, 자유형에 준하는 영업정지, 관급공사 수급제한, 명예형에 준하는 공표명령 등의 도입이 필요하며, 현재 발생한 개인 피해의 조속한 회복과 아울러 향후 재범방지를 담보하기 위하여 피해구제명령·원상회복명령, 보호관찰, 수강·이수명령 등의 도입이 필요하다.

그간 우리나라에서도 이와 같은 필요성을 인식하고 다양한 입법시도를 해왔지만, 아직까지 주식회사의 범죄 규율에 대한 획기적인 입법은 전무한 상태이다. 영미법계 국가에서는 종래부터 주식회사의 형사책임을 적극적으로 인정해왔다. 영국의 경우 종래 동일시원칙에서 더 나아가 2007년 「기업의 살인 및 과실치사법」을 도입함으로써 주식회사에 의하여 야기되는 생명침해범죄를 적극적으로 규율하고 있고, 미합중국의 경우 종래 대위책임의 원칙에서 더 나아가 연방 차원의 기소·양형 기준 도입, 주 차원의 개별 입법을 통해서 주식회사의 범죄행위를 규율하고 있다. 대륙법계 국가 내에서도 주식회사의 형사책임을 인정하기 위한 다양한 시도가 이루어지고 있고 실제로 그 성과를 거두고 있는 추세이다. 독일의 경우 법인의 형사책임능력이 인정되지 않는다는 인식하에 질서위반법에 의한 과태료 부과로 주식회사의 범죄행위를 규율했던 종래 체계에서 벗어나 Nordrhein-Westfalen州 법무부에서 발의한 「기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안」 등 주식회사의 형사책임과 그에 상응한 형벌 체계를 정하기 위한 다양한 입법시도가 이루어지고 있다. 프랑스의 경우 1994년 新 형법 도입을 통해 법인의 형사책임과 그에 수반되는 형사제재를 명시적으로 규정함으로써 적극적으로 주식회사의 형사책임을 인정하고 있다.

결국 이론적으로 볼 때 더 이상 주식회사의 형사책임을 배제할 근거는 충분하지 않아 보인다. 실무적으로도 주식회사 범죄의 급증 및 심화, 그로 인한 국민 일반의 주식회사에 대한 적극적인 형사제재 요구, 주식회사에 대한 직접적인 형사제재를 통하여 얻을

수 있는 주식회사 범죄 근절의 실효성이 확인된다. 임상적으로도 영미법계 국가는 물론 대륙법계 국가에 이르기까지 대다수의 국가에서 주식회사를 비롯한 법인의 형사책임을 인정하는 추세를 보이고 있다. 이러한 사정을 고려할 때 우리나라에서도 하루 속히「주식회사의 형사제재 등에 관한 특례법」제정을 통하여 주식회사의 범죄행위를 형사적으로 직접 규율하고, 주식회사의 죄에 상응한 형벌, 피해회복과 재범방지에 적합한 보안처분 도입을 모색하여야 한다.

주요어 : 주식회사의 형사책임, 법인의 형사책임, 양벌규정, 동일성이론(동일시원칙), 대위책임, 상업기업 기소의 일반원칙, Nordrhein-Westfalen 기업 및 기타단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안

학 번 : 2015-21461

목 차

제1장 서설 ····· 1

제2장 주식회사 범죄의 현황 ····· 2

1. 현황 확인의 필요성 ····· 2

2. 주식회사의 증가 ····· 3

3. 2011년부터 2015년까지의 법인체 범죄 발생 추이 ····· 4

가. 입건 및 처리 인원수의 변경 추이 ····· 4

나. 주요 범죄 내용 ····· 6

4. 피의자명을 기준으로 본 사건수의 변동추이 ····· 8

5. 소결 ····· 10

제3장 주식회사에 대한 형사처벌 도입의 기본적 쟁점 ··· 11

1. 법인의 실체와 책임에 관한 견해대립 ····· 11

가. 민사법 영역 - 법인본질론 ····· 11

나. 형사법 영역 - 법인의 형사책임론 ····· 13

1) 서설 ····· 13

2) 법인의 범죄능력 ····· 13

가) 종래의 학설 ····· 13

(1) 부정설 ····· 13

(2) 긍정설 ····· 14

나) 판례의 입장 ····· 14

(1) 종래의 입장 ····· 14

(2) 대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결 ··· 15

(3) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2699 판결 ····· 15
다) 최근 학설의 동향 ····· 16
(1) 서설 ····· 16
(2) 삼벌규정 일원화설 ····· 16
(3) 법인행위책임설 ····· 17
(4) 법인독립처벌설 ····· 17
(5) 기업조직체책임론 ····· 18
라) 소결 ····· 18
3) 법인의 수형능력 ····· 20
가) 견해의 대립 ····· 20
나) 판례의 입장 ····· 20
(1) 대법원 ····· 20
(2) 헌법재판소 ····· 21
다) 소결 ····· 22
2. 주식회사에 대한 형사책임 인정의 필요성 ····· 23
가. 서설 ····· 23
나. 주식회사의 범죄환경 ····· 23
1) 목적-'영리'에서 비롯되는 범죄 유인 ····· 23
2) 조직-'대리문제'에서 비롯되는 범죄취약성 ····· 24
가) 주식회사의 대리구조 ····· 24
나) 이사의 행위로 인한 범죄 발생 ····· 25
다) 주주의 행동으로 인한 범죄 발생 ····· 25
3) 피해의 중대성과 일반 대중의 인식 변화 ····· 26
다. 종래 형사제재 방식의 한계 ····· 28
1) 주식회사에 가담한 자연인 형사제재의 한계 ····· 28
가) 주주 처벌의 불가능성 ····· 28
나) 이사 등 행위자 처벌의 한계 ····· 29
(1) 행위자 특정이 곤란·불가능한 경우의 존재 ····· 29

(가) 행위자 특정이 곤란한 경우 ····· 29
(나) 행위자 특정이 불가능한 경우 ····· 30
(2) 이익과 책임의 불일치와 재범의 위험성 ····· 30
(3) 이사 경영활동의 위축 가능성 ····· 31
2) 형사제재 이외의 규율에서의 한계 ····· 31
가) 민사상 처리방법의 한계 ····· 31
나) 행정제재의 한계 ····· 32
라. 주식회사에 대한 직접적인 형사제재의 효과 ····· 34
1) 이익과 책임에 부합하는 형사제재 실현 ····· 34
2) 법조인의 엄격한 절차에 의한 제재 실현 ····· 35
3) 형사제재를 통한 예방효과 ····· 35
가) 형사 제재 자체에 의한 예방효과 ····· 35
나) 주주에 의한 범죄억지 효과 강화 ····· 36
다) 스튜어드십 코드 강화를 통한 감시·감독 강화 ····· 36
마. 소결 ····· 37
3. 형사책임의 적용요건 ····· 38
가. 대상 범죄 ····· 38
나. 행위자의 인적 범위와 처벌 범위의 확대 ····· 40
1) 주식회사 형사책임의 대상이 되는 인적 범위 ····· 40
가) 대표 또는 기관 ····· 40
나) 업무집행관여자 ····· 41
다) 종업원 ····· 42
2) 처벌 범위의 확대 ····· 42
다. 주식회사의 책임을 인정하기 위한 구성요건 ····· 43
1) 행위책임 ····· 43
가) 객관적 구성요건 요소 ····· 43
나) 주관적 구성요건 요소 ····· 44
다) 과실범에 있어서의 총합에 의한 범죄행위 인정 필요성 ····· 45

2) 관리소홀책임 ····· 46
4. 제재의 유형 ····· 47
가. 서설-죄형법정주의와 새로운 형사제재의 관계 ····· 47
나. 종전 재산형의 문제점 ····· 48
1) 벌금형의 한계 ····· 48
2) 과징금, 과태료와의 이중·과잉제재 문제 ····· 49
3) 벌금형의 개선 : 일수벌금제, 주식벌금제의 도입 ····· 50
가) 법인 사업자에 대한 법정 벌금형 상향조정 ····· 50
나) 벌금 선고 기준의 다변화 ····· 50
다. 생명형에 준하는 제재-법인해산, 인허가 취소 ····· 52
1) 도입의 필요성 ····· 52
2) 법인해산 ····· 53
3) 인허가 취소 ····· 55
라. 자유형에 준하는 제재-영업정지, 관급공사 수급제한 등 ····· 56
마. 명예형에 준하는 제재-공표명령 ····· 57
5. 보안처분의 활용 ····· 59
가. 보안처분의 필요성 ····· 59
나. 피해구제·원상회복명령 ····· 60
다. 보호관찰 ····· 61
라. 그 밖의 명령 ····· 63

제4장 국내외의 입법동향 및 그 시사점 ····· 63
1. 우리나라 ····· 63
가. 양벌규정에 의한 규율과 그 한계 ····· 63
1) 종전의 양벌규정 형태 ····· 63
2) 헌법재판소 2005헌가10 위헌결정 ····· 64
가) 사건의 개요 및 위헌법률심판제청 경위 ····· 64

나) 제청법원의 제청이유와 법무부장관의 의견 ····· 65
다) 헌법재판소 결정의 요지 ····· 66
(1) 재판관 이강국, 김종대, 민형기, 목영준의 위헌의견 ····· 66
(2) 재판관 이공현, 조대현, 김희옥, 송두환의 위헌의견 ····· 66
(3) 재판관 이동흡의 반대의견 ····· 67
라) 위 결정의 영향 ····· 67
3) 최근의 양벌규정 형태 ····· 68
가) 면책규정의 필수적 도입 ····· 68
나) 법인을 고려한 양벌규정의 변용 ····· 69
(1) '금전벌' 양벌규정 일반화 ····· 69
(2) 법인에 대한 벌금형 규정 신설 ····· 69
(3) 양벌규정상 법인과 개인의 벌금 상이화 ····· 70
4) 양벌규정의 한계 ····· 71
가) 양벌규정의 근원적 한계 ····· 71
나) 면책규정의 한계 ····· 72
(1) 입증책임 전환의 문제 ····· 72
(2) '상당한 주의의무'의 불명확성 ····· 72
다) 업무관련성의 한계 ····· 73
5) 소결 ····· 74
나. 국내에서의 입법동향과 그 한계 ····· 74
1) 2013년도 '기업살인처벌법안' 발의 ····· 74
가) 제안경과 및 제안이유 ····· 74
나) 법안의 주요 내용 ····· 75
(1) 기업살인범죄의 규정 ····· 75
(가) 대상 범죄 ····· 75
(나) 중대재해의 의미 ····· 75
(2) 처벌 내용 ····· 76
(3) 입증책임 ····· 77

다) 비판점 ····· 77
(1) 형사처벌 기준에 대한 비판 ····· 77
(2) 과징금 기준에 대한 비판 ····· 77
(3) 기타 비판점 ····· 78
2) 2014년도 법무부 '다중인명피해범죄의 경합범 가중에 관한 특례법' 제정안 발의 ··· 78
가) 제안경과 및 제안이유 ····· 78
나) 주요 내용 ····· 79
다) 비판점 ····· 80
3) 2014년도 대검찰청 '기업책임법' 제안 ····· 81
4) 2017년도 '재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안' 제정안 발의 ··· 82
가) 제안경과 및 제안이유 ····· 82
나) 주요 내용 ····· 83
(1) 의무의 부과 ····· 83
(2) 사업주 및 경영자에 대한 형사처벌 ····· 83
(3) 법인에 대한 형사처벌 및 제재 ····· 84
(4) 공무원의 처벌 ····· 84
(5) 행정제재 및 공표 ····· 85
(6) 법인 또는 기관의 민사상 책임 ····· 85
다) 비판점 ····· 85
2. 외국의 입법례 및 실무 동향 ····· 86
가. 로마시대 법인의 형사책임 ····· 86
나. 영미법계 ····· 87
1) 영국 ····· 87
가) 법인의 형사책임 부인 ····· 87
나) 1940년대 이전까지의 법인 형사처벌 발전 ····· 87
(1) 부작위범인 법인에 대한 형사처벌 ····· 87
(2) 과실범인 법인에 대한 형사처벌 ····· 88
(3) 입법적 해결 - 엄격책임의 추궁 ····· 89

(4) 대위책임에 의한 법인의 범의 인정 ····· 90
다) 동일성 이론의 등장과 법인 고의범 처벌 ····· 91
(1) 도입의 배경 - 3가지 사건 ····· 91
(2) 동일시 원칙(Principle of identification)의 정립 ····· 92
(3) 동일시 원칙의 한계 - Tesco case ····· 93
(4) 소결 ····· 95
라) 「기업의 살인 및 과실치사에 관한 법률」의 등장 ····· 95
(1) 입법 계기 - 사건의 발생과 재판 경과 ····· 95
(2) 입법 경과 ····· 96
(3) 법률의 주요 내용 ····· 98
(가) 구성요건 검토 ····· 98
(나) 제재 방법 ····· 99
(4) 비판 ····· 99
2) 미합중국 ····· 100
가) 영국 법체계의 계수; 과실범인 법인 기업의 형사책임 인정 ··· 100
나) 고의범인 법인 기업의 형사책임 ····· 101
(1) 일반적인 의도의 인정 ····· 101
(2) 법인의 의도(mens rea) 인정 범위의 확장 - 특별한 의도의 인정 ··· 103
다) 대위책임의 인정과 한계 ····· 104
(1) 대위책임의 인정 ····· 104
(2) 대위책임의 한계 ····· 106
라) 입법에 의한 법인 기업의 직접 책임 인정 ····· 107
(1) 미합중국에서의 기업 형사책임 인정에 대한 평가 ····· 107
(2) 모범형법전 - 동일시 원리의 채용 ····· 108
(3) 각 주에서의 법인의 형사책임 인정 ····· 110
(가) 대위책임법 유형 ····· 111
(나) 행위와 권한의 관련성 테스트 유형 ····· 111
(다) 모범형법전 유형 ····· 111

(라) 그 외의 유형 ····· 112
① 루이지애나 ····· 112
② 캘리포니아주 기업형사책임법 ····· 112
(4) 연방의 기소 기준 및 양형 기준 ····· 113
(가) 연방검찰의 기소 기준 ····· 113
① 상업기업 기소의 일반 원칙 ····· 114
② 상업기업에 대한 제재에 있어 고려해야 할 요소 ····· 115
(나) 연방법원의 양형 기준 ····· 116
① 일반 원칙(Introductory Commentary) ····· 117
② 본조의 적용가능성(§8A) ····· 117
③ 범죄로 인한 피해로부터의 회복(§8B1) ····· 118
④ 컴플라이언스 프로그램의 구비와 준수(§8B2) ····· 118
⑤ 벌금의 결정(§8C.) ····· 119
⑥ 조직에 대한 보호관찰(§8D) ····· 121
⑦ 기타 ····· 122
3) 오스트레일리아 ····· 122
가) 입법과정 ····· 122
나) Part 2.5(기업의 형사책임) ····· 123
4) 캐나다 ····· 126
가) 입법배경-웨스트레이 사건 ····· 126
나) 단체의 형사책임법-형법 제217조 제1항 ····· 127
다) 적용대상 및 적용내용 ····· 128
라) 처벌내용 ····· 128
마) 법 제정의 효과 ····· 129
다. 대륙법계 ····· 129
1) 독일 ····· 129
가) 개관 ····· 129
나) 질서위반법에 의한 규제 ····· 131

(1) 규정 체계 ····· 131
(가) 하부로의 귀속(Zurechnung nach unten) ····· 131
① 규정의 취지와 법적 성격 ····· 132
② 제9조 제1항의 구성요건 : 기관 또는 대표자의 형사책임 ·· 133
③ 제9조 제2항의 구성요건 : 수임인의 형사책임 ····· 134
④ 제9조 제3항 : 사실상의 기관 이론의 입법화 ····· 134
(나) 상부로의 귀속(Zurechnung nach oben) : 법인의 책임 ····· 135
① 취지와 법적 성격 ····· 136
② 법인의 질서위반 책임요건 ····· 137
③ 제재의 내용 ····· 138
(다) 소유주의 과태료 책임 ····· 140
① 취지와 법적 성격 ····· 140
② 구성요건 ····· 141
③ 제재의 내용 ····· 142
(라) 소결 ····· 143
(2) 현행 규정의 문제점과 개선 시도 ····· 143
(가) 문제점 ····· 143
(나) 그간의 입법시도 ····· 144
(다) 최근의 입법시도 ····· 144
2) 프랑스 ····· 145
가) 신형법전의 도입 ····· 145
나) 프랑스형법상의 법인 제재에 관한 규율 체계 ····· 147
(1) 법인의 형사책임 성립요건 ····· 148
(가) 주체의 범위 ····· 148
(나) 실제 행위자의 범위 ····· 148
(다) 법인의 계산 ····· 149
(라) 대상범죄의 범위 확장 ····· 150
(2) 법인 제재의 종류 ····· 151

(가) 중죄 및 경죄의 형벌 ····· 151
① 중죄와 경죄 ····· 153
② 벌금형 원칙 ····· 154
③ 다양한 특별형벌의 존재 ····· 154
(나) 위경죄의 형벌 ····· 155
① 위경죄의 의의 ····· 156
② 원칙적인 형벌의 다양화 ····· 156
③ 제5급 위경죄에 대한 처리 ····· 157
(다) 특정 형벌의 내용과 적용방법 ····· 157
다) 비판점 ····· 158
(1) 협소한 실제 행위자 범위 ····· 158
(2) 이익을 향유하지 않는 법인에 대한 제재 부재 ····· 159
3) 일본 ····· 159
가) 법인처벌제도의 변천 ····· 159
(1) 전가벌(轉嫁罰)규정·법인대벌(法人代罰)규정의 시기 ····· 159
(2) 대표자 대벌규정의 시기 ····· 160
(3) 양벌규정의 시기 ····· 161
나) 판례의 변천 ····· 162
(1) 법인의 범죄능력 부인 ····· 162
(2) 법인의 과실책임주의와 법인의 범죄능력 ····· 163
다) 양벌규정의 형태와 평가 ····· 164
(1) 양벌규정의 형태 구별 ····· 164
(2) 양벌규정의 존재형식에 대한 평가 ····· 165
라) 양벌규정의 개선 ····· 166
(1) 벌금 연동의 해제 ····· 166
(2) 삼벌규정 일원화설의 도입 ····· 167
4) 스위스 ····· 168
가) 서설 ····· 168

나) 입법과정 ····· 168
다) 스위스 형법 제100조의4 제1항 ····· 168
(1) 일반적 부수적 책임 ····· 169
(2) 대상 행위 및 행위자 ····· 169
(3) 행위와 목적의 관련성 ····· 170
(4) 조직의 하자 ····· 170
라) 스위스 형법 제100조의4 제2항 ····· 170
(1) 특정적 독립적 책임 ····· 171
(2) 사전적 예방조치의 판단기준 ····· 171
마) 스위스 형법 제100조의4 제3항 및 제4항 ····· 171
라. 기타 유럽국가 ····· 172
마. 소결 ····· 172

제5장 「주식회사의 형사제재 등에 관한 특례법」 도입방안 ·· 173
1. 입법의 필요성 ····· 173
2. 입법의 목적 - 새로운 제재방안의 주요목표 ····· 174
3. 주식회사 등의 형사책임 선언의 필요성 ····· 175
4. 구성요건 규정 ····· 176
가. 주체-주식회사 기타 이에 준하는 영리활동 단체 ····· 176
나. 대상 범죄-일체의 형법위반 사범 및 특별법위반 사범 ····· 176
다. 대상 행위-자연인의 행위 또는 문화의 존재 ····· 177
라. 주식회사 등의 귀책사유 ····· 178
5. 형벌 기타 형사제재 ····· 179
가. 벌금형 부과 기준의 구체화 ····· 179
나. 벌금형 이외의 형사제재의 강화 ····· 179
다. 무형의 이익에 대한 몰수 ····· 180
6. 재범 방지를 위한 보안처분 ····· 182

가. 서설 ····· 182
나. 도입 가능한 보안처분의 유형 ····· 182
7. 내부신고자 보호 ····· 183

제6장 결론 ····· 184

참고문헌 ····· 185
Abstract ····· 192

표 목 차

[표 1] 법인의 전체 범죄 입건·처리 추이 ····· 4
[표 2] 법인의 형법위반 사범 입건·처리 추이 ····· 5
[표 3] 법인의 특별법위반 사범 입건·처리 추이 ····· 5
[표 4] 최근 5년간 죄명별 법인 입건인원수 ····· 6
[표 5] 최근 5년간 죄명별 법인 입건인원비율 ····· 7
[표 6] 피의자명 '주식회사'로 검색된 피의사건 처리건수 ····· 8
[표 7] 피의자명 '법인'으로 검색된 피의사건 처리건수 ····· 9
[표 8] 피의자명 '주식회사'와 '법인'의 사건별 처리건수 비교 ····· 9

제1장 서설

인류는 수렵채집생활에서 농경생활로 그 생활양식을 변모시킨 이후로 상업 활동을 통해서 그 경제 규모를 확장시켜 왔다. 시장은 상행위를 업으로 삼는 '상인'을 낳았고, 상인은 서로간의 동업·동맹을 통하여 원시적인 의미에서의 '회사'를 고안해냈다. 나아가 이들 회사는 그 출자자를 발기인으로 한정짓지 아니하고 외부인들로부터의 투자를 재원으로 삼아 그 사업규모를 확장시키면서 오늘날 시장경제사회에서의 중추적인 역할을 담당하는 '주식회사'의 형태를 꽃피우게 되었다.

하지만 오늘날 이루어지는 주식회사의 모든 활동이 순기능만을 갖는 것은 아니다. 주식회사는 그 본연의 목적이 '영리'에 있는 이상 그 이윤 추구에 수반되는 범죄행위를 통해 그 내부 구성원의 법익을 침해할 수 있음은 물론 소비자와 일반 대중을 포함한 외부인의 법익을 침해할 수도 있기 때문이다. 특히 최근에는 주식회사로 인하여 발생하는 법익 침해가 '불특정 다수인'의 '중대한 법익'을 침해하는 경우가 증가하고 있다는 점에서 그 심각성이 대두되고 있다.

이와 같이 주식회사 범죄에 대한 대응 필요성이 나날이 증가하는 것과 달리 오늘날의 주식회사 범죄에 대한 형사제재는 여전히 주식회사의 법적 성격이 '법인'이라는 대전제에서 벗어나지 못한 채 '양벌규정'에 의한 벌금형 선고에 의해서만 이루어지고 있다. 그러나 '양벌규정'에 의한 주식회사 범죄 규율에도 불구하고 주식회사의 범죄행위가 나날이 증가하는 실정에 비추어 보면 종래 '양벌규정'에 의한 주식회사 범죄 규율은 그 자체로 규율이 불충분했음을 시사한다. 실제로 종래부터 법인의 형사책임을 인정해 온 영미법계 국가는 물론 최근까지도 법인의 형사책임 인정에 소극적인 자세를 취해오던 대다수의 대륙법계 국가들에서도 벌금형 내지 양벌규정에 의한 형사제재의 틀에서 벗어나 보다 실질적이고도 효과적인 법인 내지 주식회사에 대한 형사제재 방안을 고안해내고 있다.

물론 우리 민법과 상법이 규정하고 있는 법인 내지 회사의 유형에 주식회사만 있는 것은 아니다. 그러나 아래에서 살펴보게 되는 바와 같이 실제 우리나라에서의 법인·회사 대부분은 주식회사의 형태를 취하고 있다. 그 범죄 발생빈도 및 범죄로 인한 폐해 또한 주식회사에 의한 범죄들이 주로 문제가 된다. 이러한 점을 고려하면 오늘날 '법인범죄' 내지 '기업범죄'라고 지칭되는 일련의 범죄군은 사실상 '주식회사 범죄'를 의미한다고 볼 것이다. 따라서 본 논문에서는 주식회사의 범죄행위와 그에 대한 형사책임, 바람직한 형사제재 방안에 관하여 중점적으로 다루고자 한다. 이를 위해 우선 오늘날의 법인 범죄, 특히 주식회사 범죄의 증가 추세를 검토하고(제2장), 종래부터 이어져 온 법인에 대한 형사제재 도입의 대전제가 되는 법인의 형사책임 인정론과 부정론, 이를 바탕으로 검토한 주식회사에 대한 형사책임 인정요건, 주식회사에 적합한 형사제재의 유형 및 보안처분 가능성을 살펴본다(제3장). 나아가 우리나라에서의 현행 규율 체계와 그 문제점, 이를 시정하기 위한 다양한 입법시도를 살펴보고, 영미법계의 형사책임 인정 여부와 그 근거 및 적용례, 대륙법계, 특히 독일에서의 입법체계와 새로운 시도, 프랑스에서의 신형법전 도입과 일본에서의 규율 방법 등에 관하여 세부적으로 검토한다(제4장). 이를 바탕으로 우리나라에 적합한 '주식회사 형사제재 등에 관한 특례법'의 입법 필요성과 세부적인 규율 방안에 관하여 제시하고자 한다(제5장).

제2장 주식회사 범죄의 현황

1. 현황 확인의 필요성

주식회사에 대한 규율을 논의하기 위한 첫걸음은 무엇보다도 주식회사 범죄의 실태, 즉 주식회사의 범죄 발생빈도와 주요 범죄 유형, 그에 대한 처분 내지 형사제재 현황 등을 파악하는 것에 있을 것이다. 하지만 국가

기관, 국책연구기관은 물론 사설 연구기관 등에서 제공하는 통계 자료 중에서는 '회사' 또는 '주식회사'의 범죄 통계만을 보여주는 자료가 따로 확인되지 않는다. 이러한 사정으로 인해 기업범죄 혹은 주식회사 범죄에 관하여 논의하고자 하는 대다수의 논문 내지 학술자료는 대검찰청 범죄 통계에 나타나는 '법인체 범죄 현황'을 그 기준으로 삼아 회사 또는 주식회사의 범죄 현황을 제시하는 것이 보통이다. 그러나 아무리 법인체 범죄 현황 내에 주식회사의 범죄 현황이 포함된다고 하더라도 그것만을 두고 주식회사 범죄 현황을 미루어 짐작함에는 일정 부분의 한계가 있는 것이 현실이다.

따라서 본 장에서는 먼저 우리나라 법인 중 주식회사의 비율을 확인하고, 이를 전제로 종래 학술자료에서 확인하는 방법과 같이 법인체에 대한 범죄 통계를 통하여 현재의 주식회사 범죄 추이를 분석한다. 나아가 실무상의 검색 자료를 통하여 피고인 혹은 피의자의 이름별로 각 처분건수를 확인할 수 있다는 점에 착안하여 최근 5년간 검찰에서 처분한 사건 중에서 피의자 이름에 '주식회사' 또는 '법인'이라는 명칭이 들어간 사건 개수의 각 증감추이를 확인하는 방법으로 주식회사 범죄의 현황을 진단한다.

2. 주식회사의 증가

2015년도 국세통계(업태별 가동 법인수)에 의하면 2015년 기준 우리나라의 법인 개수는 총 673,374개이다. 그중 주식회사의 개수는 610,063개로 전체 법인 개수 중 90.59%에 이른다.[1] 전체 법인수 대비 주식회사 비율이 2014년도에는 90.48%(전체 법인 개수 623,411개, 주식회사 개수 564,114개), 2013년도에는 90.70%(전체 법인 개수 576,138개, 주식회사 개수 522,562개)이었음을 고려하면 우리나라에서는 시기에 상관없이 법인 10개 중 9개는 주식회사의 형태를 취하고 있음을 알 수 있다.[2]

---

1) 위 통계에 의하면 유한회사는 28,419개, 합자회사는 3,737개, 합명회사는 898개, 비영리법인은 28,417개, 외국법인은 1,840개로 확인된다.

2) 또한 법인세 신고 법인을 기준으로 할 경우 2015년도 한 해 동안 법인세 신고를

결국 이러한 전제에서 살펴볼 때 이후에 살펴보게 되는 법인체의 범죄 현황, 즉 우리나라에서 '법인 범죄'라고 지칭되는 대다수의 범죄군은 사실상 '주식회사 범죄'라고 해석할 수 있다. 우리나라에서의 '법인 범죄 규율'은 사실상 '주식회사 범죄 규율'로 귀결된다고 볼 수 있는 것이다.

3. 2011년부터 2015년까지의 법인체 범죄 발생 추이

가. 입건 및 처리 인원수의 변경 추이

	입건	기소(명)				불기소(명)				
연도	총계	소계	구공판		구약식	소계	기소 유예	혐의 없음	죄가 안됨	공소권 없음
			구속	불구속						
2011	17,512	7,263	12	2,000	5,251	9,286	4,085	3,494	5	1,702
2012	9,505	2,960	0	339	2,621	5,922	2,036	2,685	11	1,190
2013	10,532	3,648	4	411	3,233	6,258	1,984	3,188	28	1,058
2014	19,728	10,330	0	1,902	8,428	8,462	3,115	3,838	4	1,505
2015	18,833	10,210	0	1,694	8,516	7,856	2,807	3,565	12	1,472

[표 1] 법인의 전체 범죄 입건·처리 추이

2011년도부터 2015년도까지 사이에 대검찰청이 제공한 법인체 피의자에 대한 범죄 통계[3]에 의하면, 2014년도부터 기소 인원수가 대폭 늘어나고, 특히 구약식 비율이 3배 가까이 늘어난 점이 눈에 띈다. 이는 전체적인 범죄 발생 추이에서는 구약식 인원수가 꾸준히 줄어들었던 점[4] 등에 비추어 볼 때 전체적인 약식명령 인원수 대비 주식회사에 대한 약식명령 인원수가 매우 빠른 속도로 증가하고 있음을 보여준다.

한 법인의 개수는 총 591,694개로 확인되는데 이중 주식회사는 560,639개로 위 법인세 신고 법인 중 무려 94.75%에 이른다.

3) 이하의 구체적인 통계 수치는 대검찰청, 2012년~2014년 범죄분석(범죄자 처분 결과) 및 2015년~2016년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리) 참조

4) 위 대검찰청 통계에 의하면, 전체 범죄를 기준으로 한 구약식 인원수는 2011년도 701,212명, 2012년도 631,237명, 2013년 607,389명, 2014년 540,418명, 2015년 539,778명으로 꾸준히 줄어드는 양상이 확인된다.

	입건	기소(명)				불기소(명)				
연도	총계	소계	구공판		구약식	소계	기소 유예	혐의 없음	죄가 안됨	공소권 없음
			구속	불구속						
2011	802	152	5	73	74	577	78	440	1	58
2012	634	97	0	25	72	506	21	457	4	24
2013	866	90	4	35	51	726	31	640	23	32
2014	838	143	0	67	76	631	42	552	1	36
2015	793	143	0	79	64	587	54	491	3	39

[표 2] 법인의 형법위반 사범 입건·처리 추이

법인의 최근 5년간 형법위반 사범 현황을 보면 2012년 한 해를 제외하고는 매해 800건대의 형법위반 사범이 있었던 사실이 확인되는 등 전반적으로 수치의 변동이 없었다는 사실이 확인된다. 전체 입건 인원수 중 약 12% 정도가 기소되었고, 2015년도를 제외하면 대게의 경우 약식명령을 청구한 사례가 불구속 구공판 한 사례보다 더 많았던 것으로 보인다.

한 가지 의아한 점은 형법전에는 '양벌규정'이 없는데도 불구하고 어떻게 법인을 형법 위반으로 제재 할 수 있었는가 여부이다. 생각건대 구체적인 통계자료를 살펴보면 해당 범죄 대부분이 재산범죄였고, 그 외에는 문서위조, 업무상과실치사상 등인 점에 비추어 볼 때[5] 법인에 대해서는 이들 범죄의 직접 행위자에 대한 '공범'의 죄책이 인정되었던 것으로 일응 추정된다.

	입건	기소(명)				불기소(명)				
연도	총계	소계	구공판		구약식	소계	기소 유예	혐의 없음	죄가 안됨	공소권 없음
			구속	불구속						
2011	16,710	7,111	7	1,927	5,177	8,709	4,007	3,054	4	1,644
2012	8,871	2,863	0	314	2,549	5,416	2,015	2,228	7	1,166
2013	9,666	3,558	0	376	3,182	5,532	1,953	2,548	5	1,026
2014	18,890	10,187	0	1,835	8,352	7,831	3,073	3,286	3	1,469
2015	18,040	10,067	0	1,615	8,452	7,269	2,753	3,074	9	1,433

[표 3] 법인의 특별법위반 사범 입건·처리 추이

5) 2015년 법인체의 형법위반 사범 중 기소인원은 총 143명인데 그 중에서 재산범죄는 65건(절도 2건, 사기 43건, 횡령 14건, 배임 6건), 문서위조 10건, 업무상과실치사상 10건, 교통방해 4건이 확인된다. 대검찰청, 2016년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리), 378 참조

최근 5년간 특별법위반 현황을 보면 형법위반 사례와 달리 2014년도부터 입건수, 기소 건수가 급격하게 늘어난 사실이 확인된다. 또한 형법위반의 경우 불구속 구공판 건수와 약식명령 청구 건수가 큰 차이가 없었던 것에 비하여 특별법위반의 경우에는 2015년 기준으로 약식명령 청구 인원수가 불구속 구공판 인원수의 5.2배에 이를 정도로 법인의 특별법위반에 대하여는 약식명령을 청구하는 비율이 매우 높다는 점이 확인된다. 이는 대다수의 특별법, 특히 행정형법의 경우 '양벌규정'을 두어 행위자 이외의 법인을 함께 처벌하는 경우가 빈번하고, 이때의 양벌규정은 예외 없이 '벌금'을 구형하는 경우가 대부분인데다가 법인에 대해서는 별도로 범죄전력 내지 수사경력을 관리하지 아니하고 있기 때문에 언제나 '초범'으로 보아 형사제재를 하게 된다는 점에서 약식명령으로 처리하는 사례가 많기 때문인 것으로 사료된다.

나. 주요 범죄 내용

	2011		2012		2013		2014		2015	
	죄명	입건 인원	죄명	입건 인원	죄명	입건 인원	죄명	입건 인원	죄명	입건 인원
1	도로법 위반	3,104	저작권법 위반	1,584	조세범 처벌법 위반	1,418	산업안전 보건법 위반	4,065	산업안전 보건법 위반	3,804
2	저작권법 위반	1,850	조세범 처벌법 위반	1,254	저작권법 위반	1,182	조세범 처벌법 위반	1,710	저작권법 위반	1,466
3	산업안전 보건법 위반	1,848	자동차 관리법 위반	513	자동차 관리법 위반	666	저작권법 위반	1,414	조세범 처벌법 위반	1,337
4	조세범 처벌법 위반	1,429	건축법 위반	462	대기환경 보전법 위반	424	도로법 위반	1,148	대기환경 보전법 위반	1,038
5	대기환경 보전법 위반	721	대기환경 보전법 위반	292	식품 위생법 위반	303	대기환경 보전법 위반	900	도로법 위반	922

[표 4] 최근 5년간 죄명별 법인 입건인원수

전체 범죄(형법위반 및 특별법위반)를 기준으로 최근 5년간 죄명별 법인 입건인원수를 살펴보면 상위 5개 범죄가 모두 특별법위반인 것으로 확인된다. 특기할만한 점은 2011년도에는 3위, 2012년도와 2013년도에는 5위권

밖에 있었던 산업안전보건법위반 입건인원수가 2014년 들어 급증하였고, 그 후로는 2015년까지도 다른 범죄 대비 월등히 높은 입건인원수를 보인다는 점이다.

	2011		2012		2013		2014		2015	
	죄명	비율	죄명	비율	죄명	비율	죄명	비율	죄명	비율
1	도로법 위반	17.72	저작권법 위반	16.66	조세범 처벌법 위반	13.46	산업안전 보건법 위반	20.61	산업안전 보건법 위반	20.20
2	저작권법 위반	10.56	조세범 처벌법 위반	13.19	저작권법 위반	11.22	조세범 처벌법 위반	8.67	저작권법 위반	7.78
3	산업안전 보건법 위반	10.55	자동차 관리법 위반	5.40	자동차 관리법 위반	6.32	저작권법 위반	7.17	조세범 처벌법 위반	7.10
4	조세범 처벌법 위반	8.16	건축법 위반	4.86	대기환경 보전법 위반	4.03	도로법 위반	5.82	대기환경 보전법 위반	5.51
5	대기환경 보전법 위반	4.12	대기환경 보전법 위반	3.07	식품 위생법 위반	2.88	대기환경 보전법 위반	4.56	도로법 위반	4.90

[표 5] 최근 5년간 죄명별 법인 입건인원비율

위 상위 5개 죄명을 입건인원수를 전체 범죄 대비 비율로 정리하면 위 표와 같다. 2011년도부터 2013년도까지 사이에는 가장 많이 입건된 죄명(도로법위반, 저작권법위반, 조세범처벌법위반)이라 할지라도 단일 죄명의 비율이 20%대를 넘는 경우가 없었고, 두 번째로 많이 입건된 범죄(저작권법위반, 조세범처벌법위반)도 10% 초반대의 비율을 차지하는 등 고른 분포를 보이고 있었다. 그러나 2014년 들어 산업안전보건법위반 사범이 가장 높은 비중을 차지하면서부터는 꾸준히 20%대의 비율을 점하게 된 반면에 오히려 다른 범죄들의 입건인원비율은 상당부분 낮아진 사실이 확인된다.

구체적으로 살펴보면 특히 눈에 띄는 범죄로는 산업안전보건법위반과 대기환경보전법위반이 있다. 산업안전보건법위반을 기준으로 할 때 2011년도만 하더라도 입건된 법인수가 1,848개 법인에 이르러 입건된 범죄 죄명 중 3위를 차지하던 산업안전보건법위반 사범이 2012년도 9개, 2013년도 1개로 급감하다가 2014년, 2015년도에 이르러서는 그 수가 4,065개, 3,804개

법인에 이르는 등 그 위반 사범이 급증하는 경향을 보인다. 그 기소 비율 또한 매우 높아서 2014년에 3,430건(입건 법인수 대비 84.3%), 2015년에 3,244건(입건 법인수 대비 85.2%)에 이르러 같은 기간 전체 입건 수 대비 기소 비율이 2014년 38.14%(1,846,606명 입건, 704,387명 기소) 2015년의 경우 36.7% (1,194,233명 입건, 704,160명 기소)에 그쳤던 것에 비교하여 볼 때[6] 상당히 높은 비율로 기소가 이루어지고 있다. 대기환경보전법위반 사범의 경우 그 순위에 있어서는 매해 4번째 혹은 5번째로 큰 차이를 보이지 않기는 하나, 그 비율에 있어서는 2014년 들어 꾸준히 5% 중·후반대를 점하면서 그 비중이 증가하고 있다.

결국 법인체의 범죄현황을 기준으로 볼 때 법인체 범죄는 양적으로 꾸준히 증가하고 있음을 알 수 있다. 질적으로 보더라도 종래의 법인체 범죄는 도로법위반, 저작권법위반, 조세범처벌법위반 등 경제적인 이익에 관한 범죄가 대다수를 이뤘던 것과 달리 2014년도 이후로는 인간의 생명과 신체, 환경에 대한 범죄로 옮겨가고 있음을 알 수 있다.

4. 피의자명을 기준으로 본 사건수의 변동추이

	2013	2014	2015	2016
구공판	88	185	213	303
구약식	1011	1495	1831	2936
불기소	332	601	719	776
합 계	1431	2272	2763	4014

[표 6] 피의자명 '주식회사'로 검색된 피의사건 처리건수

검찰 결정문 통합검색시스템에서 피의자명 '주식회사'로 검색되는 사건수의 처리건수는 위 표에서 보는 바와 같다. 단순히 보더라도 '주식회사'인 피의자 수가 꾸준히 증가하고 있다는 점은 물론 2016년 들어서는 그 증가 추세가 매우 빨라지고 있음을 알 수 있다.

6) 대검찰청, 2015년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리), 222; 대검찰청, 2016년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리), 226

	2013	2014	2015	2016
구공판	63	98	101	164
구약식	334	338	348	362
불기소	283	346	330	307
합 계	680	782	779	833

[표 7] 피의자명 '법인'으로 검색된 피의사건 처리건수

한편 같은 시스템을 통해서 피의자명 '법인'으로 검색되는 피의사건의 처리건수는 위 표에서 보는 바와 같다. 이때의 '법인'이라 함은 피의자명 중에서 '법인'이 포함되는, 즉 '사단법인', '재단법인', '영농조합법인' 등을 모두 포함하는 것으로서 '회사'라는 단어가 들어가는 법인을 제외한 사실상의 모든 단체에 해당한다. 위 표에 의하면 피의자명에 '법인'이 들어가는 사건 처리건수는 기소와 불기소를 모두 포함하더라도 2016년도까지 833건에 그쳤고, 심지어 2014년도와 2015년도 사이에는 처리건수가 줄어들었다는 사실을 알 수 있다.

처분연도	처분내용	피의자명	
		주식회사	법인
2014	구공판	185	98
	구약식	1495	338
	불기소	601	346
2015	구공판	213	101
	구약식	1831	348
	불기소	719	330
2016	구공판	303	164
	구약식	2936	362
	불기소	776	307

[표 8] 피의자명 '주식회사'와 '법인'의 사건별 처리건수 비교

이상의 두 가지 표, 즉 피의자명이 '주식회사' 또는 '법인'인 사건 처리건수를 비교해보면 피의자명이 '법인'인 사건수도 꾸준히 증가하는 추세

임이 확인되기는 하지만 그 증가 추세에 있어 피의자명이 '주식회사'인 사건수의 증가 속도를 따라갈 수 없는 수준임을 알 수 있다.

5. 소결

앞서 본 통계, 즉 우리나라 법인 중 주식회사의 비중, 법인체의 범죄 추이 및 주식회사의 범죄 추이 등을 종합해보면 몇 가지 사실을 확인할 수 있다. 법인체의 범죄 대부분이 주식회사에 의해 이루어지고 있고, 주식회사의 범죄 대부분은 특별법위반, 그 중에서도 일부 죄목에 집중되고 있으며, 이들 범죄들은 점차 경제적 이익에 관한 범죄를 넘어 인간의 생명·신체, 환경에 영향을 주는 범죄로 확산·심화되고 있다는 것이다.

이러한 경향 분석이 암시하는 또 다른 부분은 현행 규율체계의 실효성에 관한 부분이다. 앞서 살펴본 바와 같이 주식회사의 범죄행위에 대한 형사제재는 형법범의 공범 규정(형법 제30조) 적용 또는 특별법위반의 양벌규정을 통해서만 가능하다. 그러나 주식회사 범죄의 양적 급증, 인간의 생명과 신체마저도 위협하는 질적 심화 등에 비추어 보면 위와 같은 형사제재가 과연 오늘날의 주식회사 범죄를 규율하는데 실효성이 있는지에 관하여 의문을 갖게 된다. 특히 주식회사의 범죄 대부분이 특별법위반에 집중되어 있고, 이들 특별법위반 사범은 곧 '양벌규정'에 의하여 '벌금형'으로 제재되고 있다는 점을 고려한다면 '양벌규정'에 의한 주식회사 범죄의 규율이 실제로 실효성 있는 제재인가에 관하여 근본적인 의문을 품지 않을 수 없다 할 것이다.[7]

이상의 분석에 비추어 볼 때, 종전과 같은 형사제재로는 주식회사 범죄에 대하여 그 실효성을 거둘 수 없다. 최근까지 유지·존속되어 왔던 주식회사의 형사책임에 대한 근본적인 고찰을 되돌아보고, 그 논리 전개가

7) 이는 비단 '형사제재'만의 문제가 아니다. 오늘날 주식회사의 법 위반행위에 대하여 부과되는 일체의 제재, 즉 민사상의 배상책임에 의한 자율적인 규제 방식과 '행정제재'에 의한 규율 방식에 이르기까지 주식회사 규율체계의 근본적인 실효성에 대하여 의문을 품게 하는 부분이기도 하다.

오늘날의 법률 수요 내지 일반인의 법 감정에 부합하는지에 대한 검토를 거친 후 보다 실효적인 주식회사 형사제재 방안이 고안되어야 하는 것이다. 이에 다음 장에서는 종래 주식회사를 포함한 법인의 형사제재에 관한 논의를 살펴보고, 주식회사에 대한 직접적인 형사제재의 필요성과 주식회사에 적합한 형벌, 보안처분의 유형에 관하여 검토한다.

제3장 주식회사에 대한 형사처벌 도입의 기본적 쟁점

1. 법인의 실체와 책임에 관한 견해대립

가. 민사법 영역 - 법인본질론

오늘날 대부분의 국가에서는 주식회사를 비롯한 상업기업(business corporation)을 '법인'으로 다루면서 그 자체의 고유한 권리·의무를 인정함으로써 그 스스로 계약·소송상의 주체가 되도록 하고 있다. 이처럼 '법인'은 그 자체로서 법률적, 경제적으로는 물론 사회적으로도 그 실체가 인정되고 있는 것이 현실이지만, 그 인정에 이르기까지는 '법인'의 실체가 무엇이기에 지구상의 유일한 권리·의무의 주체인 '자연인'과 동등한 위치에 '법인'을 두어 그 주체성을 인정할 수 있는가에 관하여 역사적으로 다양한 고찰이 있어왔다.

교황 이노첸시오 4세(1243~1254) 시대 이래 전통적인 견해로는 사비니(Savigny)가 그의 저서 '현대로마법체계 제2권'을 통해 주창[8]한 것으로도 알려진 법인의제설(fiction theory)이 있다. 이는 로마법의 개인주의 관점에 기초한 것으로[9] 법인은 사회적으로 구별되는 실체임에 틀림없으나, 그 법적 지위는 어디까지나 법에 의하여 생성·의제되는 것일 뿐 독자적인

8) 김용담, 김상호, 민법총칙(1), 주석 민법(제4판), 460 (2010)
9) 김용담, 김상호, 전게서, 459

실체가 있는 것은 아니라는 것이었다.[10] 입법자의 의지에 의하여 시혜적으로 인정된 가설에 불과한 것일 뿐 독자적인 고유의 실체가 인정되는 것이 아니므로 법률의 규정에 의하여 자의적으로 생성, 폐지가 가능한 불완전한 주체라는 것이다.[11]

법인의제설 이후로 게르만의 단체주의적 관습법을 연구한 베절러(Beseler), 오토 폰 기르케(Otto v. Gierke) 등을 거치면서 법인이 권리·의무의 주체로서 온전한 자격을 갖춘 조직적 실체라고 보는 '실재적 단체인격론', 즉 법인실재설(corporation realism)이 등장하였다. 이에 의하면 법인은 그 존재 자체가 독자적이고도 고유한 인격체이고, 법률상의 규정 여부와 관계없이 그 자체로서의 실체를 갖고 있다고 보며 그 법인격은 사회적으로 보이는 실재와 동일하다고 보았다.[12]

한편 법인의 이름으로 계약이 체결되는 등 법인 그 자체가 사회적으로 독자적인 행동을 할 수 있음을 인정하면서도 이는 어디까지나 자연인인 주주들의 계약에 의하여 형성된 연대에 불과하다고 보는 법인명목설(corporation nominalism)이 있다. 이에 의하면 법인격이란 계약 기타 법률행위에 있어 주주 모두의 이름을 기재하는 것이 현실적으로 불가능하다는 거래 실정에 대한 보완책으로써 주주들의 이름을 간략하게 쓰는 방법론에 지나지 않는 것이었다.[13]

---

10) KATSUHITO IWAI, "Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance", 47 Am. J. Comp. L., 584 (1999)

11) 이에 의할 경우 법인은 법기술적인 의제를 통해 구성원과는 별개로 권리·의무의 귀속 주체가 되고, 법인 스스로는 행위능력이 없기 때문에 법인 고유의 불법행위 능력은 부정되지만, 대표기관의 불법행위에 대하여 법률 규정에 의하여 법인이 그 책임을 부담한다고 본다. 김용감, 김상호, 전게서, 461

12) 이에 의할 경우 법인은 구성원들의 유게적인 조직으로 구성된 독자적인 실체에 해당하고, 법인의 행위능력이 인정되는 것과 같이 법인은 대표기관을 통하여 스스로 불법행위를 할 수 있고, 그 책임을 당연히 부담한다고 본다. 김용담, 김상호, 전게서, 463

13) KATSUHITO IWAI, 전게논문, 584

이러한 민법상의 법인본질론에 대한 논의는 오늘날 우리 사회에 있어서는 큰 의미를 갖지 않는다는 견해가 일반적이다. 오늘날 우리 사회에 주식회사로 대표되는 수많은 법인이 존재하고, 또 그들 법인을 통하여 다양한 경제활동, 사회활동이 이루어지고 있다는 현실을 감안한다면 누구도 '법인의 현존과 그 활동'을 부인하려고 할 수는 없을뿐더러 이를 부인할 실익도 없을 것이기 때문이다.[14] 결국 법인은 자연인과 구별되는 독자적인 법률상의 주체로서 권리의무의 당사자가 되므로 그 사회적 실체가 존재한다고 보아야 한다.

나. 형사법 영역 - 법인의 형사책임론

1) 서설

앞서 본 민사법상의 법인본질론과는 별개로 형사법 영역에서는 법인의 형사책임을 인정할 수 있을 것인가에 대한 논의가 있어왔다. 이는 고대 이래 대부분의 형사법 체계가 자연인의 범죄행위와 자연인에 대한 형벌을 기준으로 발전해왔고, 법인의 범죄행위도 결국은 자연인의 행위를 매개로 하여서만 이루어질 수 있다는 사고를 바탕으로 한 의문에서 비롯된 것이었다.

2) 법인의 범죄능력

가) 종래의 학설

(1) 부정설

형법학계에서는 전통적으로 법인의 범죄능력을 부정해왔다.[15] 범죄란

---

14) 이러한 관점에서 독일의 플루메(Flume) 교수는 사비니가 법인의 실체성을 부인한 것이 아니라, 법인은 자연인과 달리 출생 그 자체로 바로 존재가 증명되는 것이 아니라는 점에서 국가의 권리능력 부여라는 별도의 인증이 필요하다고 해석한 것이라고 주장한 바 있다. Flume, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts(1. Bd. 2. Teil)", Die juristische Person, Berlin u.a. 1983, S. 11., (재인용) 김용담, 김상호, 전게서, 467

비난가능성을 전제로 하는 것인데 도덕관념 내지 윤리관념이 없는 법인에 대해서는 '비난가능성'을 인정할 수 없기 때문이다. 나아가 법인의 범죄행위로 보이는 행위도 결국 자연인의 행위에 의하여서만 이루어질 수 있는 것이라는 점에서 그 행위자인 자연인에 대한 비난가능성, 즉 그 자연인에 대한 범죄행위를 규율하는 것으로 충분하다는 인식에서 법인의 독자적인 범죄능력을 인정할 여지는 없다고 본 것이다.[16]

(2) 긍정설

법인의 범죄능력을 인정하는 견해는 법인이 자연인과 마찬가지로 독자적인 권리의무의 주체로서 활동하고 그 이익을 향유하는 이상 독자적인 범죄행위의 주체가 될 수 있다고 본다.[17] 이는 민사상으로는 물론 행정제재에 있어서도 독자적인 책임이 인정되는 법인에 대해서 유독 형사제재에 대하여서만 그 책임을 논할 수 없다고 보는 것은 논리적인 일관성이 결여된다는 점 등을 그 주요한 논거로 든다.

나) 판례의 입장

(1) 종래의 입장

종래 대법원은 회사 소유의 부동산을 이중으로 양도한 경우에 소유권이전등기 의무는 회사 그 자체에 있는 것이므로 대표이사에게는 배임죄가 인정되지 아니한다고 판시하고[18], 아파트 소유권이전등기의무자는 법인의 대표가 아닌 법인 그 자체이므로 법인의 대표는 배임죄의 주체가 되지 않는다고 판시[19] 하는 등 법인 그 자체가 배임죄의 주체가 되는 듯한 판시를 보여 왔다.

---

15) 김성돈(2009), 149(부분적 긍정설); 박상기(2009), 70; 배종대(2008), 212; 오영근(2009), 146(부분적 부정설); 이재상(2008), 97; 이정원(2004), 82; 이형국(2007), 87; 정영일(2007), 80; 조준현(2004), 158; 진계호・이존걸(2007), 127
16) 박재윤, 이상, 신동운, 형법총칙(1), 주석 형법(제2판), 142 (2011)
17) 김성천·김형준(2005), 147; 김일수·서보학(2006), 137; 이영란(2008), 125; 임웅(2008), 76(부분적 긍정설); 정성근·박광민(2005), 85.
18) 대법원 1982. 2. 9. 선고 80도1796 판결
19) 대법원 1983. 2. 22. 선고 82도1527 판결

(2) 대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결

이후 대법원은 건설회사의 대표이사가 다른 사람에게 먼저 분양해주어 그 대금 일체를 완납 받았는데도 이중으로 분양해주어 배임죄 성립여부가 문제된 사안을 다루면서 명시적으로 그 견해를 밝혔다.

다수의견은「형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 된다.」고 판시하였다. 이는 대법원이 명시적으로 법인의 범죄능력을 부정한 것이라고 평가된다.

반면 소수의견은「법인은 사법상의 의무주체가 될 뿐 법인은 범죄능력이 없다고 하나 바로 이 사법상의 의무 주체가 배임죄의 주체가 되는 것이므로 이것을 떠나서 배임죄는 성립할 수 없는 것이며 사법상의 의무주체와 범죄주체를 따로 파악하는 것은 이해하기 어렵다. 법인에 범죄능력이 없기 때문에 그 대표행위를 하는 대표기관을 배임죄로 다스린다는 것은 임무위반행위가 없는 자를 처벌하는 것이 되어 죄 없는 자를 처벌하자는 것과 같은 결론이 된다.」고 판시하였다. 이는 법인도 사법상의 권리·의무의 주체인 이상 범죄의 주체가 될 수 있다고 보아 법인의 범죄능력을 인정 가능성을 보여준 것으로 평가된다.

(3) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2699 판결

또한 대법원은 법인이 관세법 제195조의 적용대상인지 여부가 문제된

사안에서 「관세법 제195조는 본문에서 "다음 각 호의 1에 해당하는 자의 사용인이 본인의 업무에 관하여 이 법에 규정한 벌칙에 위반되는 행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 본인도 처벌한다."라고 규정하면서 "1. 특허보세구역의 설영인, 2. 수출·수입 또는 운송을 업으로 하는 자, 3. 관세사, 4. 개항장 안 용달업자" 등을 열거하고 있을 뿐이고, 또 같은 법 제196조 본문에서는 법인에 관하여 별도로 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 제195조에서의 "다음 각 호의 1에 해당하는 자"나 "본인"은 자연인만을 의미하는 것이고 법인은 여기에 해당하지 않는다」라고 판시하였다. 이는 양벌규정 형태의 조문에서 '행위자', '본인'이 그 책임의 주체로 규정된 경우에도 해석상으로는 '법인'이 위 '행위자'나 '본인'에 해당하지 않을 수 있다는 것으로 법인의 범죄능력은 원칙적으로 인정될 수 없다는 입장을 견지하고 있는 것으로 평가된다.[20]

다) 최근 학설의 동향

(1) 서설

종래의 학설 대립, 판례의 실무적인 해석만으로는 기업처벌 시스템의 근본적인 검토를 시도한 사례는 거의 없었던 것이 사실이다. 이에 최근 학설 중에는 기업처벌 입법론으로써 법인 자체의 책임을 인정하는 근거를 제시하는 다양한 시도를 보이고 있다.[21]

(2) 삼벌규정 일원화설

이는 현행 양벌규정을 삼벌규정으로 일원화하자는 안으로 법인의 업무에 관하여 위반행위가 실행된 경우 자연인 행위자 및 법인 사업주와 함께 법인의 대표자도 처벌하는 방안이다. 이는 일본 법령 일부에서 도입된 바 있다.[22]

---

20) 박재윤, 이상, 신동운, 전게서, 141
21) 이하의 논의는 川崎友巴, 企業の刑事責任, 成分堂, 70-74 (2014)를 참고하였다.
22) 대표적으로는 노동기준법 제121조, 선원법 제153조, 직업안정법 제67조, 선박직

(3) 법인행위책임설

이는 현행 영국 판례에서와 같이 동일시 원리에 근거하여 법인의 형사책임을 인정한다. 법인과 동일시 가능한 지위에 있는 일정한 자연인의 행위책임에서 법인 자신의 행위책임을 끌어내는 것이다. 이 견해에 의하면 법인 대표자의 고의·과실행위에 대해서 보다 넓은 법인의 행위책임 인정 여지가 생긴다. 다만 말단 종업원의 고의·과실행위에 대해서도 대표자 등의 감독책임으로부터 법인의 감독책임을 이끌어내는 것이 가능한가에 관해서는 학설 내부적으로도 긍정설과 부정설이 대립된다.[23]

(4) 법인독립처벌설

이는 양벌규정 해석론과 법인행위책임설이 법인 대표자 등의 행위를 법인의 범죄라고 해석하는 것이 하나의 가설(fiction)에 지나지 않는다고 보고, 법인 자체의 범죄를 관념하여야 한다고 주장한다. 확실히 형법상의 범죄 중에는 고의, 적극적인 동작의 존재와 그에 따른 피해발생을 전제로 하는 범죄가 존재하는바 이러한 범죄를 법인 자체가 저지른다고 상정하는 것은 사실상 불가능하다. 하지만 의무위반을 범죄의 본질로 하는 과실범의 경우에는 법인의 과실에 의한 가해행위라는 관념이 가능하므로 법인 자체가 자신의 행위에 의해 형사상의 책임을 부담하는 것이 충분히 가능하다는 것이다. 즉 그 場에서의 안전 확보를 위한 행동기준 위반이 당해 범죄의 본질이라고 이해한다면 법인 자체가 육체적인 거동을 하는 것은 불가능하다고 하더라도 법인의 의무위반으로 인해 일반 공중에 위해를 끼칠 가능성이 있는 활동을 한 자에 대해서는 개개의 구체적인 업무활동을 담당하는 개인의 행동기준과는 별개로 법인의 조직체로서의 행동기준을 상정할 수 있다는 것이다.[24]

원안정법 제69조 등이 있다.

23) 宇律呂英雄, “法人處罰の在り方”, 現代刑罰法大系第一券—現代社會における刑罰の理論, 181

24) 藤木英雄, 行政刑法, 學陽書房, 49 (1976)

이 학설에 의하면 법인의 조직체로서의 활동이 그 활동에서 생기는 위해를 방지하기 위해서 부과되는 개개의 안전 기준으로서의 주의의무를 만족시키지 못했다고 판단될 경우 법인의 조직활동 자체가 과실이 된다. 그 과실이 없었다면 피해가 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 이상 법인 조직체 그 자체가 당해 피해에 대하여 과실에 의한 범죄를 저지른 것이라고 해석하는 것이다.

(5) 기업조직체책임론

기업범죄에 있어 조직활동을 분담하는 각 개인, 즉 경영자, 관리자, 현장노동자 등의 행위를 개별적으로 살펴보면 누구에 대해서도 형사책임을 추급하는 것이 불가능한 경우가 있다. 기업체의 활동 전체를 기준으로 볼 때 사회적으로 비난받아 마땅함에도 불구하고 정작 기업체 스스로는 책임을 지지 아니하고 그 책임이 일반 주민 또는 소비자에게 전가되는 것이다.

기업조직체책임론은 이러한 불합리를 해소하고 기업체의 조직활동을 분담하는 각 개인의 인권을 위협하지 아니하면서도 기업체의 불법활동을 억지하기 위해서는 사회통제의 수단으로서 법인 등 기업체의 조직활동 전체를 하나의 행위로 보아 이를 대상으로 형사제재를 과하자는 것이다. 이는 법인이 개개의 구성원을 초과한 사회적인 실체이고, 그 조직체로서의 활동이 있는 것은 전법률적인 사회 현실이라는 점에 근거한다.[25]

라) 소결

주식회사를 포함한 법인의 범죄능력을 부정하는 대표적인 논거는 법인에게 도덕관념이 없어 주체적으로 윤리적 자기결정을 할 수 없기 때문에 법인에 대하여 형벌의 전제가 되는 비난가능성을 인정하기 어려우므로 그 범죄능력 또한 인정될 수 없다는 것이다.

---

25) 板倉宏, “企業体と刑事責任”, 企業犯罪の理論と現實, 20-24 (1975)

그러나 앞서 법인본질론을 통해 살펴본 바와 같이 오늘날의 주식회사는 하나의 사회적 실체로서 자연인인 개인과는 별개로 그 존재를 인정받고 있다. 주식회사를 포함한 법인의 의사결정이 자연인에 의한 것이라고 하더라도 주식회사는 '개인인 자연인'으로서의 의사와는 구별되는 '주식회사의 기관으로서의 자연인'의 의사에 의하여 움직이게 된다. 특히 주식회사의 경우에는 서로 다른 이해관계를 갖는 주주들로 구성된 주주총회, 주식회사 내부·외부에서 경영에 대한 전문성을 갖춘 이사·사외이사 등으로 구성된 이사회, 위 이사회의 행위를 감시하는 감사 등 다양한 기관의 의사 총합을 통하여 그 운영방향이 결정된다는 점에서 자연인 1인의 의사판단보다 훨씬 고도하고 전문적인 의사판단이 가능하다. 이 과정에서 주식회사는 단순히 이익 실현에만 국한되지 아니하고 그 스스로 '윤리경영'을 표방하며 다양한 사회공헌, 공익활동 등을 통해 기업 이미지를 제고하고자 노력하게 된다. 주식회사 내부의 의사결정 메커니즘을 통하여 시장과 소비자의 평가를 적극적으로 의식하는 '지각능력'을 갖추는 것이다. 이러한 사정들을 종합한다면 오늘날의 주식회사는 독자적으로 윤리적 비난가능성에 대한 판단능력을 갖추는 정도에 이르기까지 성장했다고 보아야 할 것이다. 비난가능성이 없음을 전제로 법인의 범죄능력을 부인한 과거의 논거는 더 이상 큰 효용이 없는 것이다.

오늘날의 주식회사는 자연인과 동등하게 고유한 의사를 갖출 수 있고, 그 과정에서 윤리적 판단을 충분히 가미할 수 있는 정도에 이르렀다. 민사법 영역에서도 법인의 불법행위능력(민법 제35조), 회사의 손해배상책임(상법 제389조 제3항, 제210조) 등을 인정하고 있다. 이러한 사정을 종합할 때 주식회사에 대한 사회 통념, 민사법상의 행위능력·책임능력 유무에 대한 해석과 달리 유독 형사책임 유무에 관해서만 달리 해석할 이유는 없다. 오히려 이와 같은 해석이 민사상 책임 있는 주식회사를 형사상으로는 끝까지 비호한다는 오해를 자아낼 수도 있다는 점을 고려한다면 주식회사에 대한 범죄능력은 당연히 인정된다고 보는 것이 타당하다.

3) 법인의 수형능력

가) 견해의 대립

범죄능력과 수형능력은 일치하는 것이 원칙이다. 형벌을 부여한다는 자체가 곧 범죄능력 있는 자의 범죄행위에 대한 형사상의 책임을 부과하는 것이기 때문이다.

법인의 범죄능력을 인정하는 견해에서는 특별한 이견 없이 법인의 수형능력을 인정하고 있다. 법인에 대하여 벌금형만을 부과하는 것은 입법정책에 의한 문제일 뿐 생명형에 해당하는 법인해산, 자유형에 해당하는 영업정지, 자격형에 해당하는 관급공사 수급제한, 명예형에 해당하는 공표명령 등 다양한 형사제재 방안의 도입을 통해 충분히 법인에 대한 형사처벌이 가능하다고 본다.

반면 법인의 범죄능력을 부정하는 견해에서는 논리 일관하여 법인의 수형능력도 부정하는 견해[26]가 있는가 하면, 다수의 행정형법에서 양벌규정을 통하여 행위자 외에도 사업주인 법인을 처벌하는 규정을 두고 있는 실정을 고려하여[27] 일반적으로는 법인의 수형능력을 부정하면서도 행정형법에 대하여는 수형능력을 인정하는 견해[28]가 있다.

나) 판례의 입장

(1) 대법원

대법원은 법인인 피고인에게 양벌규정을 적용함에 있어 그 수형능력에 관하여는 언급하지 아니하였으나, 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근

---

26) 이형국 연구, 166; [재인용] 이재상, 형법총론(제8판), 97에서 재인용

27) 관세법 제297조; 대외무역법 제57조; 마약류관리에관한법률 제68조; 문화재보호법 제102조; 선원법 제148조; 수도법 제86조; 약사법 제97조; 조세범 처벌법 제18조; 하천법 제97조; 항공법 제179조 등이 여기에 해당한다는 견해로 이재상, 전게서, 97(각주 2) 참조

28) 유기천 108; 정영석 80; 진계호 98; 황산덕 78; 이재상 97

거에 관해서는 법인의 과실이 추정되기 때문이라고 판시[29]하거나, 법인 또는 자연인이 위반행위를 분담하지 아니한 경우에도 처벌할 수 있다고 판시[30]한 바 있다. 이에 비추어 볼 때 그 명확한 근거는 별론으로 하더라도 적어도 법인에게 양벌규정에 의한 수형능력 자체는 인정하고 있다고 해석할 수 있을 것이다.

(2) 헌법재판소

한편 헌법재판소는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제6조(양벌규정)에 대한 위헌여부를 심판하면서 '양벌규정이 종업원의 범죄행위에 대하여 아무런 책임이 없는 영업주에 대해서까지 처벌할 수 있는 가능성을 열어 놓고 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정한 것은 책임주의에 반하므로 법치국가의 원리와 헌법 제10조의 취지에 위반하여 헌법에 위반된다'고 결정[31]한 것을 기점으로 수산업법[32], 아동복지법[33]에서 '개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 위반행위를 한 때에는 그 개인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다'고 규정한 양벌규정은 헌법에 위반된다고 판시하였다.

이는 법인에 대해서도 마찬가지여서 법인의 종업원 등이 법인의 업무에 관하여 범죄행위를 하면 그 법인에게도 동일한 벌금형을 과하도록 규정하고 있는 '수질 및 수생태계 보전에 관한 법률' 제81조[34], 종업원등의 범죄 행위에 대하여 법인도 동일한 형으로 함께 처벌하는 구 자동차손해배상보장법(1999. 2. 5. 법률 제5793호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제9065호로 개정되기 전의 것) 제39조 중 "법인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제38조 제3항의 위반행위를 한 때에는

29) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결
30) 대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1219 판결
31) 헌법재판소 2007. 11. 29. 2005헌가10 결정
32) 헌법재판소 2010. 9. 2. 2009헌가11 결정
33) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2010헌가94 결정
34) 헌법재판소 2010. 11. 25. 2010헌가88 결정

그 법인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.”는 부분 및 구 산업안전보건법(2006. 3. 24. 법률 제7920호로 개정되고, 2009. 2. 6. 법률 제9434호로 개정되어 2009. 8. 7. 시행되기 전의 것) 제71조 본문 중 “법인의 대리인·사용인(관리감독자를 포함한다) 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제66조의2, 제68조 제2호의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.”는 부분[35] 등이 책임주의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 결정하였다.

이상의 결정 취지를 살펴볼 때 헌법재판소는 양벌규정에 대하여 ‘책임주의 원칙’을 근거로 그 위헌여부를 결정함으로써 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근거는 어디까지나 법인인 사업주 고유의 책임에 기인하는 것임을 밝힌 것이라고 평가할 수 있다.

다) 소결

주식회사를 포함한 법인의 범죄능력을 부인하는 학계의 다수 견해와 대법원 판례, 헌법재판소의 결정례에 의하더라도 주식회사를 포함한 법인이 양벌규정에 의한 벌금형에 대한 수형능력이 있음은 큰 다툼 없이 인정되고 있는 것으로 보인다. 그러나 여전히 ‘법인의 범죄능력을 인정하지 아니하면서 수형능력을 사실상 인정한다’는 식의 양벌규정 형태와 ‘법인이 양벌규정에 의하여 형사처벌을 받는 것은 법인 자체의 책임에 기인한 것이다’라는 식의 해석론은 그 자체로 논리 모순이 될 것이다. 책임 없는 자의 수형능력을 인정하면서도 그 처벌의 근거를 책임 없는 자의 책임으로 돌리는 것이기 때문이다.

결국 이러한 논리모순을 극복하고 주식회사를 포함한 법인의 온전한 형사책임을 추궁하기 위해서는 앞서 살펴본 것과 같이 법인 고유의 범죄능력을 바탕으로 법인 고유의 수형능력을 인정하면서, 그에 적합한 다양한 형사제재를 고안해 내는 것이 그 해결책이 될 것이다.

---

35) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2010헌가73 결정

2. 주식회사에 대한 형사책임 인정의 필요성

가. 서설

앞서 본 바와 같이 주식회사는 독자적인 형사책임능력을 갖는다. 하지만 '형사책임능력이 있다'는 문제와 '형사책임을 물어야 할 필요가 있다'는 문제는 별개이다. 형사책임능력의 존재와는 별개로 그 형사책임 인정의 필요성에 관한 고찰이 필요한 것이다.

따라서 이 부분에서 고려해야 할 것은 국가 형벌권 행사의 형사정책적 목적이다. 국가는 범죄행위로 평가되는 사회적·공적 반가치 행위에 대하여 헌법과 법률이 정하는 범위에 한정하여 징벌적 기능(응보형론 하에서의 책임주의), 범죄 예방적 기능(일반예방론 하에서의 일반인의 규범의식 강화, 형벌 하한선의 규정 및 범죄자의 재사회화)의 실행을 목적으로 형사제재를 과한다.[36] 결국 주식회사에 대한 형사제재는 곧 주식회사의 목적, 조직, 기타 환경적 요인과 그 폐해 등에 비추어 볼 때 주식회사에 직접적으로 형벌 또는 보안처분을 과함으로써 형벌 고유의 기능, 즉 징벌적 기능과 범죄 예방적 기능의 수행이 가능한가의 여부에 관한 논의로 연결되는 것이다.

따라서 이하에서는 주식회사의 목적과 직결되는 범죄의 유인, 주식회사의 조직적 특성에서 비롯되는 범죄 취약성, 주식회사의 범죄행위로 인한 중대한 폐해 및 주식회사를 대상으로 한 형사제제에 대한 일반 대중의 인식 변화 등을 통해 주식회사 특유의 범죄환경을 살펴보고, 그간 행해져왔던 제재방식의 한계를 논의함으로써 주식회사에 대한 직접적인 형사제재 부과의 필요성을 논의하고자 한다.

나. 주식회사의 범죄환경

1) 목적-'영리'에서 비롯되는 범죄 유인

36) 박상기, 손동권, 이순래, 형사정책(제11판), 293, 296

회사의 본질적인 존재 이유는 '영리의 추구'에 있다. 영리의 추구를 위해서는 어떠한 수단과 방법도 가리지 않을 유인이 발생하는 것이다. 그 중에서도 주식회사는 그 영리 목적의 달성을 위해 조직과 자본의 규모를 키우고 전문성을 강화시켜 왔다는 점에서 현행법이 인정하는 가장 크고 보편화된 영리 목적 추구 단체라고 할 것이다.

그러나 주식회사의 유한책임 원칙상 주주는 자신이 출자한 금원 이외에는 어떠한 민사책임도 지지 않게 된다. 형사책임 또한 주주가 이사로써 사업 활동에 직접 나서지 않는 이상 직접 행위자인 이사, 양벌규정 상의 사업주인 법인(주식회사)만 부담할 뿐 주주가 부담하는 경우는 사실상 없다. 이는 주주가 이사에 대한 임면권, 인센티브의 부여 등 다양한 당근과 채찍을 이용하여 자신의 이익을 최대한 실현시키기 위한 방편으로 이사의 범죄활동을 부추길 수 있는 가능성을 보여준다는 점에서 매우 강력한 범죄의 유혹으로 작용하게 된다. 나아가 이러한 유혹은 주주와 이사가 주식회사를 통해 계속적·반복적으로 영리활동을 하면서 종전의 영리 추구 과정에서 저지른 범죄를 재범하면서 그 이익을 극대화하려고 들 가능성으로도 연결된다.[37]

2) 조직-'대리문제'에서 비롯되는 범죄취약성

가) 주식회사의 대리구조

주식회사의 소유자, 즉 주주는 이사를 임명하면서 그 사업활동을 위임하게 되고, 이사는 그 대리인 자격으로 주식회사의 사업활동을 영위하게 된다. 이사의 사업활동으로 인한 이익은 주식회사에게 귀속되고 주주는 배당 또는 주식의 매각 등을 통하여 주식회사가 얻은 이익을 궁극적으로 향유하게 된다. 이는 소유자가 아닌 전문경영인을 통해 전망 있는 사업에 대한 전문적이고도 조직적인 투자·관리가 가능하다는 점에서 회사 이익

37) 주식회사 스스로의 자정능력을 의심하기 때문이라기보다 그 자정작용 자체가 곧 '비용'에 해당하기 때문이다.

가치 실현의 극대화 내지 자원의 최적 배분이라는 이상을 실현할 수 있다는 장점을 지니고 있다.

그러나 주주가 아닌 이사의 경영활동은 대리인인 이사의 결정 내지 행동 여하에 따라 본인인 주주의 복지가 결정된다는 점에서 어떻게 하면 대리인이 그 자신이 아닌 본인의 이익을 위하여 행동하게 할 것인가에 관한 문제, 즉 대리문제(agency problems) 내지 본인-대리인문제(principal-agent problems)'를 야기하게 된다.

나) 이사의 행위로 인한 범죄 발생

이사가 자신의 이익, 즉 자신에 대한 회사 내부 내지 시장에서의 평판, 경영실적으로 인하여 자신이 받게 될 인센티브 등 금전적인 이익 극대화를 위해 무리한 경영을 시도할 경우에는 그와 같은 과도한 영리추구 과정에서 범죄행위를 일으킬 가능성이 높아진다. 이 경우 이사는 충분히 주의했더라면 회피 가능했을 범죄행위를 조장·방치하면서 그 범죄행위에 수반된 이익을 추구할 가능성이 있다. 반대로 이사가 주식회사의 발전에 따른 이익이 궁극적으로는 자신이 아닌 주주에게 귀속된다는 점에 착안하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하지 아니할 경우에는 주식회사의 내부관리 소홀, 제도화된 과실의 고착화, 조직체계 붕괴 등으로 인한 범죄행위가 발생할 가능성이 높아지게 된다. 나아가 이사가 주식회사의 발전, 주주의 이익이 아닌 이사 자신의 사적 이익을 추구하려고 들 경우 주식회사는 최적의 범죄수단으로 탈바꿈할 가능성마저 생기는 것이다.

결국 이사가 자신의 가치 입증을 위하여 무리하게 사업활동을 하거나, 지나친 무관심으로 인해 사업활동을 방치하게 되는 경우 또는 부당하게 이사 자신의 사적 이익만을 추구하는 경우에는 필연적으로 주식회사에 의한 범죄가 발생하게 되는 것이다.

다) 주주의 행동으로 인한 범죄 발생

대리문제를 역으로 보았을 때 주주의 행동으로 인하여 범죄가 발생하는 경우도 상정할 수 있다. 예를 들어 주주가 단순히 성과주의를 표방하는 것을 넘어서서 사실상 범죄행위를 수반하는 이익 추구를 종용하는 경우 주주의 입과 이사의 손을 통해 범죄행위가 발생할 수 있는 것이다. 이 경우 이사는 자신의 임명권자인 주주의 뜻에 거슬러 특단의 결정을 하는 데에 한계가 있고 오히려 주주의 눈에 들어 재신임 받기 위해서라면 주주의 부당한 요구에도 불구하고 주식회사 그 자체의 궁극적인 이익보다 주주의 사적 이익을 극대화하기 위한 노력의 일환으로 범죄행위를 범할 유인이 발생할 수 있다.

나아가 주주는 집행기관인 이사의 범죄행위로 인해 이사가 처벌되는 경우에도 정작 그 이익 귀속의 주체인 주주 자신은 어떠한 형사적인 책임도 부담하지 않는다는 점을 악용하여 계속해서 '범죄행위를 저지른 이사'를 개임하고 새로운 이사에게 종전과 같은 범죄행위를 조장·장려하면서 이익을 추구하려 들 가능성도 배제할 수 없다.

3) 피해의 중대성과 일반 대중의 인식 변화

주식회사의 범죄는 다른 어떤 주체에 의한 범죄보다도 피해자의 수가 많고 그 피해의 정도 또한 매우 중대하다. 주식회사는 영리 추구 과정에서 그 자신이 계약의 당사자가 되어 소비자, 근로자, 거래처 등을 상대로 다양한 거래계약을 체결하게 된다. 이 과정에서 주식회사가 범죄를 저지를 경우 그 피해자의 수는 주식회사의 활동 범위는 물론 그 상대방과 거래한 다른 거래주체에 이르기까지 기하급수적으로 늘어나게 되고, 피해의 정도 또한 국민경제에 돌이킬 수 없는 결과를 야기할 수 있을 정도로 매우 중한 편에 해당한다. 실제로 주식회사의 범죄행위는 과거 업무상횡령, 배임과 같은 재산범죄가 주류를 이루었던 것과 달리, 최근에는 세월호 사건, 가습기 살균제 사건 등에서 확인되는 것처럼 인명을 살상하는 범죄로까지 그 종류와 범위가 확대, 심화되는 양상을 보이고 있다.[38]

이러한 범죄양상에 발맞추어 일반 대중 또한 주식회사에 대한 직접적인 처벌 필요성에 공감하고 있다. 주식회사가 자연인이 하는 것과 동일한 범죄행위를 저지르고, 자연인의 범죄행위에 따른 결과보다 더 큰 해악을 끼치는 경우에도 오로지 '개인이 아닌 단체'라는 이유만으로 처벌할 수 없다는 식의 설명은 더 이상 국민 일반의 법 감정에 부합하지 않게 된 것이다.[39]

국민 일반의 법 감정과 실제 법 집행이 서로 부합하지 아니하는 대표적인 예시가 바로 최근 문제되었던 세월호 사건이다. 검찰은 지난 2014. 4. 16. 세월호 침몰사고로 세월호 운항 책임자는 물론 그 船社인 청해진해운 주식회사를 상대로 광범위한 수사를 진행하고 임직원 합계 399명을 입건, 154명을 구속하였다.[40] 그러나 정작 청해진해운 주식회사에 대하여는 업무상과실치사상 등의 죄책을 묻지 못한 채 해양환경관리법 제130조에 규정된 '기름유출에 따른 양벌규정'에 의거, 벌금 3,000만 원을 구형하였다. 이에 담당 법원(광주지방법원 제11형사부) 또한 판결[41]을 통하여 선장에 대하여 징역 36년을 선고하는 등 자연인 피고인들에 대하여는 피해자들의 사망에 대한 죄책을 포함한 각각의 죄책에 따라 징역형 내지 벌금형을 선고하였지만, 청해진해운 주식회사에 대해서는 위 양벌규정에 따라 벌금 1,000만 원을 선고하는데 그치고 말았다. 법률수요자인 국민은 즉각적으로 책임 있는 법인(주식회사)에 대한 강력한 처벌을 원하고 있음에도 불구하고 입법의 미비로 인하여 사고 선박의 실소유자인 주식회사가 승객의 사상에 대해서는 어떠한 책임도 지지 않는 결과가 발생한 것이다.

---

38) 권수진, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원 연구총서 10-17-02, 32 (2010)
39) 권수진, 전게서, 29, 33
40) 대검찰청, 세월호 침몰사고 관련 수사 설명자료·보도자료, 1 (2014. 10. 6.)
- 세월호 침몰사고와 직접적인 관계가 있는 113명 입건, 61명 구속
- 사고 후 구조과정에서의 위법행위에 가담한 공무원 등 17명 입건, 5명 구속
- 해운업계 전반의 구조적 비리 관련자로 269명 입건, 88명 구속(보도자료 4면)
41) 광주지방법원 제11형사부, 판례번호는 광주지방법원 2014. 11. 11. 선고 2014고합180, 2014고합384(병합)

결국 국민 일반의 법 감정에 부합하는 '주식회사에 대한 책임추궁'이 이루어지기 위해서는 '자신의 범죄행위에 대해서는 자신이 직접 형사책임을 부담한다'는 보편타당한 논리가 주식회사에 대해서도 동일하게 적용되어야 하는 것이다.

다. 종래 형사제재 방식의 한계

1) 주식회사에 가담한 자연인 형사제재의 한계

가) 주주 처벌의 불가능성

주주는 주식회사의 범죄행위를 포함한 모든 활동을 통하여 창출된 이익의 궁극적인 귀속주체가 된다. 범죄수익 또한 주주에게 귀속될 여지가 있다는 점을 감안한다면 주주의 형사책임을 고려해 볼 수 있을 것이다.

그러나 이익의 궁극적인 귀속 주체가 주주라고 해서 모든 주식회사의 행위를 그대로 주주의 행위라고 볼 수는 없다. 주식회사의 활동으로 인한 모든 이익은 1차적으로 주식회사 그 자체에게 귀속되는 것이지 주주에게 바로 귀속되는 것은 아니기 때문이다. 오히려 주주는 어떠한 경우에도 범죄수익을 향유한다고 보기 어려운 경우도 발생한다. 단순히 주식을 가지고 있는 상태만으로는 범죄수익 상당의 이익이 추가된 주식회사 재산에 대한 지분만을 가지고 있는 셈이므로 실제 그 수익이 그대로 주주에게 귀속되었다고 할 수 없고, 위 주식을 매각하는 시점에는 그 사이의 다양한 사정들을 고려한 시장가치의 반영이 있을 것이기 때문에 주식매매가격이 당연히 범죄수익이 실현된 것이라고 보기도 어렵기 때문이다.

결국 당해 주식회사가 1인회사가 아닌 이상 주식회사의 범죄행위로 인한 이익은 문제가 된 주주 한 사람에게만 귀속되는 것이 아니라 전체 주주들에게 귀속된다는 점을 고려할 때 범죄수익의 궁극적인 귀속주체라는 이유만으로 형사책임을 부담하는 자를 결정하는 것은 무리가 있다고 보인다.

나아가 주주가 직접 이사 등으로 활동하지 아니하는 이상 주주의 행위가 곧 주식회사의 행위가 될 수도 없을뿐더러 주주로서는 주식회사의 기관인 이사의 행위에 의하지 아니하고서는 자신의 의사대로 주식회사를 이끌고 가기 어렵다는 한계가 있다. 주주가 독자적으로 주식회사를 매개체로 하는 범죄행위를 저지르는 것은 사실상 불가능한 것이다. 결국 주식회사의 범죄행위에 있어 주주의 형사처벌은 그 논의 실익이 크지 않다.

나) 이사 등 행위자 처벌의 한계

(1) 행위자 특정이 곤란·불가능한 경우의 존재

(가) 행위자 특정이 곤란한 경우

오늘날 주식회사의 행위 중에서 단수의 이사 또는 단수의 종업원에 의하여 이루어지는 경우는 거의 없다. 종업원의 경우 내부 조직 체계에 따라 자신이 담당한 업무를 수행할 뿐 자신의 업무영역 외의 다른 부분에 대해서는 알지 못하는 경우가 대부분이다. 대표이사를 비롯한 이사의 경우에도 그 업무량의 과다 등으로 인해 실제 그 각각의 업무에 대해서는 충분히 숙지하지 못한 채 하위 결재라인에서 기안되어 온 서류만을 보고 사업 활동에 관한 중요한 사항을 결정하는 경우가 다수 있다.

문제는 이와 같이 조직화·분업화 된 기업조직에서는 양벌규정에서의 처벌 대상이 되는 '행위자인 자연인'을 특정하기가 현실적으로 곤란하다는 것이다. 통상적으로 1인의 대표이사 또는 직원에게 오롯이 그 책임을 지울 수 있는 경우는 거의 없다. 각자의 기여에 따라서 책임을 묻기에는 그 행위에 가담한 대표이사 또는 종업원이 법익 침해의 인식·의사를 가진 경우를 상정하기도 어렵다. 상호간에 공동가공의 의사를 가졌다고 보기도 어려울뿐더러 법익 침해를 예견했다고 보는 것조차 어렵다. 결국 조직화되고 전문화된 주식회사일수록 필연적으로 행위자들의 책임이 희석된다는 문제를 안게 된다.

더 큰 문제는 이와 같이 행위자의 특정이 불가능할 경우 현행 양벌규정 하에서는 주식회사를 비롯한 법인 사업주를 처벌할 가능성도 거의 없다는 것이다. 분명 주식회사의 행위로 인하여 법익 침해가 야기되었고, 그 정도가 통상의 자연인에 의한 그것보다 매우 중대한데도 불구하고 오롯이 책임지는 자연인 행위자를 특정할 수 없다는 이유만으로 주식회사조차도 책임지지 않는다는 모순된 상태가 발생하는 것이다.

(나) 행위자 특정이 불가능한 경우

나아가 행위자의 특정 자체가 불가능한 경우라고 하더라도 주식회사의 형사책임이 인정되어야 하는 경우도 존재한다. 행위자의 행위와 무관하게 기업 자체의 관리시스템이 갖추어지지 아니하였거나 조직구조상의 결함으로 인하여 생명, 신체, 재산 기타 법익 침해가 야기되는 경우가 그 대표적인 예시이다.[42] 이는 비록 주식회사에 대하여 특정 범죄행위에 대한 고의나 과실이 있다고 보기는 어렵지만 주식회사 내부적으로 손쉽게 관리시스템을 개선하거나 조직구조의 결함을 시정하는 방법을 통해 법익 침해를 충분히 막을 수 있었음에도 불구하고 그러하지 아니한 경우에 있어 주식회사에 대한 형사책임을 추궁할 필요성이 인정되는 것이다.

(2) 이익과 책임의 불일치와 재범의 위험성

이사를 비롯한 전문경영인 등의 경영성과는 모두 주식회사의 이익으로 귀속된다. 이는 그 성과가 적법한 행위에 의한 것인지 범죄행위에 의한 것인지를 가리지 아니한다. 따라서 이사 등 행위자에게 형사책임을 추궁하게 될 경우 당해 행위자는 범죄수익을 직접 향유해보지도 못하고 자신의 행위만을 기준으로 형사책임을 부담하게 된다. 형사책임이 어디까지나 범죄행위에 대한 책임이라는 점에서 이사 등 행위자의 형사책임 자체가 문제될 것은 없다고 하더라도 그 이익이 고스란히 주식회사 법인에게 남

42) 권수진, 전게서, 35

겨져 있음에도 주식회사에 대해서는 어떠한 형사적 제재도 가해지지 않는다는 점은 납득하기 어렵다. 특히 주식회사의 범죄수익이 특정 가능한 상황에서는 주식회사에 대한 몰수·추징의 고려 또한 필요한 것인데, 현행 제도 하에서는 이 또한 고려하기 어렵다는 점에서 한계가 있다. 이러한 문제점은 앞서 본 바와 같이 주주의 입장에서 볼 때 이사 등 행위자만 형사책임을 부담하게 된다면 주식회사는 어떠한 책임도 지지 아니한 채로 그 이익만 계속 누리게 된다는 점에서 '이사(또는 관련 종업원)만 바꾸고 계속해서 같은 범죄행위를 통해 수익을 창출할 수 있다'는 인식을 갖게 되는바, 재범의 우려로 연결된다.

(3) 이사 경영활동의 위축 가능성

이사 등 행위자 개인에게 직접적으로 책임을 묻게 될 경우에 가장 큰 문제는 최적의 판단력을 상실하게 되는(judgement-proof) 불상사가 발생할 수도 있다는 점이다. 만약 적극적인 사업활동 과정에서 형사적인 문제가 발생할 경우에 그 책임을 이사에게 부담하도록 한다면 이사로서는 조금이라도 그 책임을 피하기 위해서라도 위험성이 있는 투자 대부분을 회피하게 된다. 이는 곧 진취적이고도 모험적인 사업 구상을 실현하고자 하는 이사 기타 전문경영인을 보호하지 못하게 되는 결과를 낳게 되고, 적극적인 M&A 내지 공격적인 투자전략의 구현 등을 통해서 전체의 부가 더 확장될 수 있는 기회를 놓치게 된다는 부작용으로 귀결된다. 결국 이사 등 개인이 형사책임을 추궁당할 수 있다는 '위험성'만으로도 해당 주식회사는 물론 전체 사회의 입장에서 볼 때 바람직한 수준을 넘어서 비효율적으로 생산비용을 부담하게 된다는 문제를 안게 된다.[43]

2) 형사제재 이외의 규율에서의 한계

가) 민사상 처리방법의 한계

---

43) V. S. Khanna, "Corporate Criminal Liability: What purpose does it serve?", Vol. 109, Harvard Law Review, 1495-1496 (1996)

일각에서는 주식회사의 불법행위 내지 범죄행위에 대한 규율은 민사책임의 부담을 통해 해결되어야 하는 부분이고 형사적인 제재는 최소화할 필요가 있다고 지적한다.

하지만 주식회사에 대한 규율을 민사책임에 의존하게 될 경우 피해자가 없거나 피해자를 특정할 수 없는 불법행위 내지 범죄행위에 대해 주식회사는 어떠한 책임도 지지 아니하면서 종래와 같이 영리활동을 계속할 수 있다는 폐해가 남게 된다. 주식회사 스스로 민사상 책임을 단순히 비용으로 인식한 채 만연히 위법한 영리활동을 계속할 우려도 남게 된다. 민사상의 구제절차를 통해 피해의 회복을 해주는 것만으로 그 책임을 면하게 된다면 최대한의 이익 실현을 추구하는 이사로서는 다수의 피해자가 양산되고 그 피해가 매우 중대한데도 불구하고 민사상 책임 비용만을 인식한 채 범죄행위를 계속할 가능성이 있기 때문이다. 오히려 주식회사는 민사상 책임 비용을 '경제활동 과정에서의 원가에 포함'시키고 그 불이익을 주식회사가 아닌 소비자, 주주, 채권자에게 방사시킬 우려도 있다는 점에서[44]에서 주식회사에 대한 형사제재는 자칫 '이익만능주의'로 대변될 수 있는 주식회사의 방만한 경영행태를 제지하는 최후의 보루로 작용할 것을 기대할 수 있다.[45]

나) 행정제재의 한계

다른 한 편에서는 주식회사를 비롯한 법인의 범죄행위를 형사적으로 제재하기보다 행정제재를 통해서 규율하는 것이 타당하다고 지적하기도 한다. 이는 주식회사의 범죄행위 대부분이 특별법위반, 더 정확하게는 양벌규정을 포함하여 행정법령상의 벌칙규정 적용대상인 점, 행정행위에

---

44) 권수진, 전게서, 36

45) 오히려 실무적으로 보면 형사제재의 가능성, 기소의 가능성은 곧 가해자인 주식회사가 먼저 나서서 피해자와의 합의를 성사시키기 위한 동기 부여로서의 의미를 지닌다는 점에서 주식회사 자체에 대한 형사제재는 피해자의 피해회복을 위한 최선의 방책으로서의 의미도 지니게 될 것이다.

대해서는 행정청이 보다 전문성을 갖추고 있다는 점, 실제로 행정청에서는 과징금, 과태료, 인허가 취소 등을 통해서 주식회사 등 법인의 행정법규 위반행위를 규율하고 있다는 점 등을 그 근거로 제시한다.

그러나 주식회사의 범죄행위에 대한 규율을 행정청의 행정제재에 맡긴다는 것은 다양한 측면에서 불합리한 부분이 있다. 먼저 자연인과 법인을 기준으로 할 때 동일한 범죄행위를 저질렀음에도 불구하고 자연인은 형사제재의 대상이 되는 것과 달리 법인만은 행정제재의 대상으로 삼는다는 것은 불필요한 형평을 고려하는 것이 된다. 특히나 법인의 범죄행위가 인정되는 경우에도 형법이 아닌 행정법으로 규율한다고 함은 형법의 존재 취지를 몰각시킨다는 비판을 피하기 어렵다.

불이익의 크기와 절차의 엄정함에 있어서도 불합리한 부분이 있다. 오늘날 형사재판 절차에서는 법인이 범죄행위를 저지른 경우 검사의 엄격한 증명에 의하여 범죄사실이 인정되는 경우에 한하여 '벌금형'을 부과할 수 있다. 이와 달리 행정제재로 부과할 수 있는 고액의 과징금, 인허가 취소 등은 벌금형보다도 훨씬 무거운 제재에 해당할 여지가 충분히 존재함에도 불구하고 검사의 엄격한 증명 절차가 아닌 행정기관의 처분에 의하여 이루어지게 된다는 점에서 '더 무거운 제재를 더 간이한 절차를 통해 부과한다'는 불균형을 낳게 된다. 불이익한 국가작용임에도 불구하고 그 권한이 법조인이 아닌 행정기관에게 부과된다는 점은 자칫 국민의 또 다른 권리침해의 가능성을 남기는 것이 될 수 있다.

나아가 통일된 기준의 존재 여부와 저항 가능성의 측면에서도 한계가 있다. 예를 들어 어느 한 지방의 관공서에서 법인에 대하여 불이익한 행정처분을 하는 경우를 고려해보자. 법원이나 검찰의 경우 전국적으로 통일된 구형 기준, 양형 기준 등을 갖추고 사안을 처리하게 되므로 전국 어디에서든 예견 가능한 범위 내에서의 기소와 판결을 기대할 수 있다. 그러나 지방의 관공서 등에서 과태료나 과징금 기타 불이익을 부과함에

있어서는 모든 경우에 있어 전국적으로 통일된 하나의 기준이 마련되어 있다고 단정하기 어렵다는 점에서 다소 불명확한 기준 하에 행정처분이 이루어질 가능성이 남게 된다. 더 큰 문제는 이에 대하여 불이익한 처분을 받은 법인 등 사업자가 저항하기는 쉽지 않다는 것이다. 자칫 사소한 행정행위에서 저항하였을 경우 추후 인허가 절차 등에서 암묵적인 불이익이 있을지도 모른다는 우려가 남게 되기 때문이다. 오히려 반대로 보았을 때에는 지방의 행정기관과 지방의 법인 사업자가 결탁하여 법인 사업자에 대해 기준보다 경한 처분을 내릴 가능성 또한 배제할 수 없다는 점에서도 우려가 남게 된다.

이러한 사정들을 고려해 보았을 때 법인의 위법행위에 대한 규율을 행정제재에 맡기는 것은 전국적으로 통일되지 않은 규율 기준을 전제로 법조인이 아닌 행정기관에 의하여 형사재판절차보다 덜 엄격한 절차를 통하여 더욱 무거운 제재를 발하는 것이라는 점에서 불합리하다.

라. 주식회사에 대한 직접적인 형사제재의 효과

1) 이익과 책임에 부합하는 형사제재 실현

앞서 본 바와 같이 오늘날의 주식회사는 독자적인 권리의무주체로서의 가치를 인정받고 있다. 또한 주식회사가 실현한 모든 종류의 이익은 정당한 이익인지 범죄행위로 인한 이익인지를 묻지 아니하고 고스란히 주식회사에 귀속된다. 적어도 주주가 배당 또는 주식처분을 하기 전까지, 이사가 급여를 수령하거나 기타 인센티브를 받기 전까지 그 모든 이익은 주식회사 그 자체에 남게 되는 것이다.

이와 같이 주식회사가 거둔 이익에 비례하여 민사상·행정상의 책임을 부담하는 것은 물론 형사상의 책임까지도 부담하는 것이 주식회사의 실체에 가장 부합하는 책임분담이 될 것이다. 이를 통해 주식회사를 매개체로 이익을 추구하고자 했던 주주 또는 이사는 '주식회사 범죄'를 통한

이익 실현의 유인을 상실하게 됨으로써 그 범죄 억지 효과를 기대할 수 있다.

2) 법조인의 엄격한 절차에 의한 제재 실현

또한 주식회사의 범죄행위에 대하여 민사상의 배상책임만으로는 국가와 사회 일반에 미친 해악을 충분히 해소할 수 없을 뿐만 아니라 그 자체로 과도한 비용이 발생하게 된다. 행정제재는 비법조인의 덜 엄격한 절차에 의한 중한 제재라는 점에서 불균형적인 측면이 있다. 결국 주식회사에 대한 직접적인 제재의 가장 효과적인 형태는 '형사제재'라고 보아야 할 것이다. 법조인이 엄격한 증명 절차를 통하여 전국적으로 통일된 규율 하에 최적의 제재를 부과하는 형사재판 절차에 의하는 것이 가장 타당한 것이다.

3) 형사제재를 통한 예방효과

가) 형사 제재 자체에 의한 예방효과

서두에서 언급한 것처럼 형사제재는 개인이 부담할 수 있는 가장 무거운 형태의 책임부담이다. 따라서 일반 대중의 입장에서는 특정 행위로 인하여 기소되어 형사재판에 계류되었다는 사정만으로도 그 위험성과 무게감을 실감하게 된다.

이러한 견지에서 볼 때 주식회사의 특정 행위에 대한 형사제재는 해당 주식회사에 대하여 다시는 그와 같은 행동을 하지 아니하도록 지도하는 '특별예방효과'를 기대할 수 있다. 이를 지켜보는 동종업계 주식회사들에 대해서도 같은 행동을 하지 아니하게 하는 '일반예방효과'를 기대할 수 있다. 형사제재를 받은 주식회사에 대한 시장의 평가는 해당 주식회사의 주가 하락, 매출 감소 등을 통해 재산상의 불이익을 가져온다는 점에서도 주식회사에게 실질적인 부담으로 작용하게 된다. 이러한 점을 고려할 때 주식회사의 범죄행위에 대한 형사제재는 다른 어떠한 제재 형태보다도 재범 근절에 최적화된 제재라고 볼 것이다.

나) 주주에 의한 범죄억지 효과 강화

주식회사에 대한 직접적으로 형사책임을 추궁할 경우 예상되는 주요한 효과 중 하나는 주주의 감시 기능 강화를 통해 범죄행위를 사전에 억지할 수 있다는 것이다.

주식회사의 주주는 주식회사에 대하여 갖는 지분을 기준으로 주식회사의 사업활동으로 인하여 생기는 재산상의 이익을 향유하게 된다. 따라서 주식회사의 사업활동에 제약이 발생하거나 주식회사가 얻은 사업상의 이익을 상실하게 되는 경우에 그 불이익은 사실상 주주에게 귀속된다. 뿐만 아니라 이와 같은 사정으로 인하여 주식회사의 주가가 하락하게 될 경우 주주는 자신의 투하자본을 회수하는 길마저 가로막히게 된다는 불이익을 안게 된다.

이러한 상황에서 주주는 법령을 준수하고 윤리적으로 주식회사를 경영할 수 있는 사람 중에서 보다 전문성 있는 사람을 이사 등으로 선임하여 주식회사의 사업을 이끌어가도록 위탁할 행동 유인이 발생한다. 또한 고용·위임계약의 수정, 인센티브의 지급 등을 통하여 이사 등에게 직접적인 영향력을 행사함으로써 범죄행위를 미연에 방지할 수 있게 된다. 그 과정에서 주주는 주식회사 이익의 극대화, 나아가 자기 이익의 극대화를 위하여 지속적으로 이사 등의 사업 활동이 적법·타당한지 관심을 갖게 되고, 그 과정에서 주식회사의 사업 과정에 범죄행위가 발생하지는 않는지 살피게 되며, 이사 등이 법령에 위배하는 경영활동을 함으로써 주식회사에 손해가 발생할 우려가 있는 경우에는 해당 이사 등을 해임하는 등의 방법으로 주식회사의 범죄 가능성을 사전에 차단하게 될 것이다.

다) 스튜어드십 코드 강화를 통한 감시·감독 강화

이는 최근 도입된 스튜어드십 코드(기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙)를 통하여 실현하고자 하는 가치와도 일맥상통한다. 스튜어드십 코

드란 기관투자자가 타인 자산을 관리·운용함에 있어 투자대상회사의 중장기적인 가치 향상과 지속가능한 성장을 추구함으로써 고객과 수익자의 중장기적인 이익을 도모할 책임을 가리킨다.[46] 스튜어드십 코드는 수탁자 책임 이행 활동의 범위를 의결권 행사로 한정하지 아니하고 기업 경영전략과 성과, 위험관리, 지배구조 등 핵심 경영사항에 대한 점검과 이사회 등과의 협의를 포함하며, 주주 제안과 소송 참여 등 보다 적극적인 형태의 활동을 포괄할 것을 주문하고 있다[47]. 우리나라에서는 2016. 12. 19. 스튜어드십 코드 제정 이후로 꾸준히 기관투자자들의 스튜어드십 코드 참여·이행을 활성화시키기 위해 노력하고 있다.[48]

향후 기관투자자인 주주들이 스튜어드십 코드에 따라 적극적으로 경영활동에 참여하게 된다면 이사 등의 행위에 대한 적극적인 감시·감독을 통하여 주식회사에 형사책임이 부과됨으로써 고객·수익자에게 손해가 될 여지가 있는 이사 등의 행위를 사전에 차단하고, 그러한 행위를 하는 이사 등을 해임하는 등 기관투자자가 먼저 나서 주식회사의 범죄행위를 저지하는 동기 부여가 될 것으로 기대된다.

마. 소결

오늘날 꾸준히 증가·심화되고 있는 법인 범죄의 대부분은 주식회사에 의한 것이다. 이는 주식회사 고유의 유한책임과 대리의 법리, 영리성에 비추어 볼 때 필수불가결한 부작용이다. 국민은 더 이상 주식회사가 '법인'이라는 사정만으로 그 처벌 가치가 없다는 논의에 동의하지 않는다. 주식회사에 대한 직접적인 응보를 통해 당해 회사는 물론 동종 업계의 다른 주식회사에 대해서도 강력한 메시지를 보이고, 다시는 그와 같은 범행을 저지르지 않도록 개도할 필요성이 있다고 본다.

---

46) 스튜어드십 코드 제정위원회, 기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙, 1 (2016)
47) 한국기업지배구조원, 한국스튜어드십코드 제1차 해설서, 7 (2017)
48) 금융위원회, 스튜어드십 코드에 따른 주주활동을 위한 법령해석집 배포, 보도자료, 1 (2017. 6. 9.)

그렇다고 해서 주식회사에 대한 형사처벌이 주식회사와 그 이해관계자에게 불리한 효과만 주는 것은 아니다. 오히려 주주와 이사 기타 대리인 사이에 더욱 효율적인 위험분산을 이끌어낼 수 있다. 주주는 적극적으로 이사 등의 경영활동을 감시·감독하면서 주식회사를 통하여 자신에게 귀속될 이익을 최대한 실현하기 위해 노력할 것이다. 이사 등은 저위험 저수익 사업에 안주하지 아니하고 자신이 가진 전문성을 바탕으로 더욱 적극적으로 경영성과를 고양시키는데 주력하여 주식회사의 최대한의 이익을 실현하게 되고, 주주를 상대로 그 성과에 대한 프리미엄을 요구하는 방식의 선순환을 이끌어낼 수 있다. 결국 주식회사에 대한 직접적인 형사제재는 위험의 재분배를 통하여 주주의 감시·감독을 강화시키고 이사 등의 경영 성과 고취를 끌어냄으로써 주식회사의 위법행위를 억지시키고자 하는 목표는 물론 사회 전체적인 이익을 실현하는데 일조하게 되는 것이다.

3. 형사책임의 적용요건

가. 대상 범죄

오늘날 주식회사가 범죄행위에 가담하는 경우는 그 가늠이 어려울 정도로 다양한 유형에 이른다. 그러나 현재의 규정으로는 특별형법(대부분의 경우 행정형법)을 위반하는 경우로써 양벌규정을 두고 있는 경우에 한정하여 주식회사가 그 책임을 부담하게 될 뿐 단독범으로 형법을 위반하는 경우나 특별형법 중에서 양벌규정을 두지 않고 있는 경우에는 주식회사에 대하여 그 책임을 추궁할 수 없다. 따라서 주식회사에 대하여 형사책임을 추궁하기 위한 첫 번째 단계는 '주식회사에 대하여 형사책임을 부과할 수 있는 범죄유형을 명확히 하는 것'이다.

주식회사의 범죄유형을 명확히 하는 방법으로 먼저 생각해 볼 수 있는 방법은 모든 범죄에 대하여 주식회사의 형사책임을 규정하는 유형이 있다. 구체적으로는 형법총칙 규정에 '주식회사는 주식회사의 기구 또는 대표가 주식회사를 위하여 행한 범죄에 관하여 형사상 책임이 있다'는 규정을

두는 방법[49]과 주식회사의 처벌에 관한 특별법을 제정하면서 위와 같은 규정을 두는 방법[50]을 고려해 볼 수 있다.

주식회사가 저지를 수 있는 범죄의 유형을 특정하는 방법도 고려될 수 있다. 이는 대게의 경우 특정 범죄를 저지르는 주식회사를 처벌하고자 하는 목적에서 규정되는 것이므로 형법각론상의 일부 범죄에 대하여 개별적으로 주식회사의 처벌 규정을 두기보다는 특별법의 형태로 규율하게 될 것이다.[51]

생각건대 현재 우리가 사용하고 있는 형법전은 그 제정 당시부터 자연인의 범죄를 그 규율 대상으로 고안된 것임을 감안할 때 주식회사의 형사책임은 형법과는 별개로 특별법의 제정을 통해서 명시할 필요가 있다. 이는 범죄와 형벌은 법률에 규정을 두어야 한다는 우리 헌법상의 '죄형법정주의' 원칙을 기준으로 하더라도 당연히 요구되어야 하는 부분이다. 다만 특별법 제정에 있어 주식회사에 적용될 범죄를 열거하고자 한다면

---

49) 대표적인 예시로는 프랑스 형법 제121-2조(법인의 형사책임)가 있다.
① 국가를 제외한 법인은 제121-4조 내지 제121-7조의 구별에 따라 법인의 기구 또는 대표가 법인을 위하여 행한 **범죄에 관하여** 형사상 책임이 있다. ② 전항의 규정에도 불구하고 지방자치단체 및 그 연합기구는 위탁협약의 대상이 되는 공공서비스 제공1)의 업무수행 중에 이루어진 범죄에 관하여만 형사상 책임이 있다. ③ 법인의 형사책임은 제121-3조 제4항 규정의 유보 하에 동일한 사실에 대하여 정범 또는 공범이 되는 자연인의 형사책임을 배제하지 아니한다(번역은 법무부, 프랑스형법, 2008. 11. 참조).

50) 대표적인 예시로는 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안 제1조가 있다.
② 이 법에서 위반행위란 **형법에 반하는 행위**로서 국가권력작용의 행사와 관련되지 아니한 위반행위를 말한다. 위반행위를 범하여 단체에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 위반행위를 통하여 부당한 이익을 얻었거나 그러한 이익을 얻기로 예정되어 있던 때에는 당해 위반행위는 단체관련성이 있는 것으로 본다.

51) 대표적인 예시로는 영국의 기업 과실치사 및 기업 살인에 관한 법률(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)
1 The offence (1) An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised－
(a) causes a person's death, and
(b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased.

주식회사의 범죄능력과 수형능력이 인정되는데도 불구하고 그 형사책임을 부담하는 범죄유형이 제한된다는 논리적 모순이 발생하게 된다. 또한 주식회사에 대한 비난가능성이 높아지는 신종범죄가 출현할 때마다 법령을 개정해야 한다는 문제점도 우려된다. 이러한 점들을 고려할 때 특별법은 형법과 특별형법이 규정한 일체의 범죄행위에 대하여 주식회사의 형사책임을 대외적으로 천명하는 방법을 통해 종래부터 적용되어 온 형법 및 특별형법과의 조화로운 해석을 모색할 필요가 있다.

나. 행위자의 인적 범위와 처벌 범위의 확대

1) 주식회사 형사책임의 대상이 되는 인적 범위

종전의 주식회사를 비롯한 법인에 대한 형사제재는 '양벌규정'에 의해 왔다. 그러나 양벌규정은 실제 행위자인 자연인에 대한 처벌을 대전제로 그 사업주인 주식회사 내지 법인을 처벌하는 형태이다. 이러한 특성상 실제 행위자의 특정이 곤란하거나 불가능한 경우 등에서 주식회사 내지 법인 등 사업주에 대해서도 책임을 물을 수 없다는 문제가 야기된다. 따라서 주식회사 자체에 대하여 직접 형사책임을 추궁하기 위해서는 '어떤 구성원이 주식회사의 대상범죄를 행한 경우에 주식회사가 고유의 형사책임을 부담하는가'라는 기준이 설정될 필요가 있다.

가) 대표 또는 기관

주식회사의 구성원으로써 가장 먼저 생각해 볼 수 있는 인적 범위로는 주식회사의 대표자(대표이사, 대표사원)에 한정하여 주식회사 고유의 형사책임을 부담하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 주식회사의 대표자의 행위가 곧 주식회사의 행위라는 점에 대해서는 사실상 해석의 이견이 없기 때문이다.

그 다음으로 생각해 볼 수 있는 행위자로는 대표자 이외의 주식회사의 기관(이사, 감사 등)이 있다. 오늘날 주식회사는 다양한 역할분담에 따라

대표자가 아닌 기관이라고 하더라도 사실상 대표자와 같은 입장에서 주식회사를 위해 행동하거나 주식회사의 업무와 밀접한 관련성 있는 행위를 하는 경우가 다수 있다. 이들의 행위로 인한 이익은 곧 주식회사의 이익으로 귀속되고, 이들의 행위로 인한 손해는 주식회사의 배상책임 대상이 된다. 따라서 대표자가 아닌 주식회사 기관의 행위가 범죄행위에 해당하는 것으로써 주식회사를 위한 것이었거나 주식회사의 업무와 밀접한 관련성이 있는 행위의 경우라면 그로 인한 형사책임은 주식회사가 부담하게 된다고 봄이 상당하다.

나) 업무집행관여자

주식회사의 구성원이 아니면서도 문제가 되는 대표적인 경우로는 업무집행관여자(상법 제401조의 2)와 같이 이사 기타 주식회사의 기관이 아니면서 이사와 같은 역할을 수행하는 경우가 있다. 업무집행관여자로는 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하는 업무집행지시자(제1호), 이사의 명의로 직접 업무를 집행하는 무권대행자(제2호), 업무집행권한이 있는 듯한 명칭을 사용하여 업무를 집행하는 표현이사(제3호)가 있다. 우리 상법은 이들 업무집행관여자가 지시하거나 집행한 업무로 인하여 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임이 발생하는 경우 위 업무집행관여자를 이사와 동일하게 보고 있으며(제1항), 업무집행관여자의 행위에 가담한 이사의 연대책임을 인정하고 있다(제2항). 이는 업무집행관여자의 권한과 그에 따른 책임을 일치시키기 위하여 그 책임주체를 확대하는데 그 의의가 있다.[52]

민사상의 책임주체 확대의 필요성과 이들의 행위가 곧 주식회사의 범죄행위가 되는 경우에 있어서의 형사책임범위 확대 필요성을 고려할 때 업무집행관여자의 행위가 범죄행위가 된다면 주식회사의 대표자가 아닌 기관에서와 같이 취급함이 상당할 것이다.

---

52) 김건식, 노혁준, 천경훈, 회사법(제2판), 470

다) 종업원

주식회사의 대표, 기관, 업무집행관여자가 아니더라도 주식회사를 위하여 행위를 하는 주체로는 종업원이 있다. 주식회사에 소속되어 자신의 직분에 따라 행동하는 종업원이 직접적으로 범죄행위를 저지른 경우에는 그 자체로 주식회사의 형사책임을 인정하는 것이 어렵지 않다.[53] 하지만 대다수의 주식회사 조직을 고려해 볼 때 종업원은 대표나 기관의 명을 받아 주식회사 업무의 일부를 수행하는 것이 보통이다. 따라서 단수 종업원의 행위가 그대로 객관적 구성요건은 물론 주관적 구성요건까지 온전히 갖추어 주식회사의 형사책임이 인정되는 경우는 현실적으로 상정하기 어려울 수 있다. 그러나 조직 내에서의 업무지시에 의하여 이루어진 종업원 개개인의 행위가 결합하여 하나의 범죄행위를 구성하는 경우라면 이는 주식회사의 형사책임 영역에 포섭하기에 충분할 것이다.

2) 처벌 범위의 확대

위와 같은 해석에 의하여 주식회사가 형사책임을 부담하게 될 경우 실제 행위자 또는 자연인 대표자의 형사책임은 어떻게 취급할 것인지에 대한 의문이 남게 된다. 이에 대하여는 주식회사 법인이 처벌된 이상 실제 행위자를 처벌함은 이중 처벌에 해당하기 때문에 허용될 수 없다는 해석이 가능한가 하면, 실제 행위자의 행위가 범죄에 해당하는 이상 주식회사의 처벌과 별개로 실제 행위자도 처벌할 필요가 있다는 해석도 가능할 것으로 보인다.

생각건대 원칙적으로 주식회사가 처벌 대상이 된다는 점에서 실제 행위자와 대표자는 처벌대상이 되지 않는다. 실제 행위자와 대표자의 의사와 행위는 그 개인의 의사와 행위라고 해석하기보다 주식회사의 의사와 행위라고 해석함이 타당하기 때문이다. 사람을 처벌하면서 머리와 손, 발을

53) 종업원이 주식회사의 매뉴얼에 따라 기계를 조작·운용하였음에도 불구하고 인명을 살상하는 결과를 초래한 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

따로 처벌하지 않는 것과 같은 이치이다. 다만 주식회사 범죄에 있어 실제 행위자와 대표자의 모든 형사책임이 당연히 면제되는 것은 아니다. 주식회사에게 책임이 있다고 보기 어려운 경우에는 실제 행위자 또는 대표자의 개인적 일탈에 해당하여 형사책임이 인정될 수 있다. 또한 실제 행위자나 대표자가 주식회사의 기관이자 동시에 그 스스로 독자적인 주체가 되어 범행한 경우라면 주식회사의 범행에 가담한 것으로 해석하여 공범으로 처벌하는 것도 검토할 수 있다. 그러나 이는 어디까지나 주식회사의 형사책임이 인정되지 아니하는 경우 또는 주식회사에 형사책임이 인정되는 것과 별개로 대표자 개인의 범죄행위가 성립되는 경우에 한하여 인정될 여지가 있다는 점에서 예비적 내지 부수적 형사책임에 한정된다.

다. 주식회사의 책임을 인정하기 위한 구성요건

1) 행위책임

가) 객관적 구성요건 요소

주식회사가 자연인 주체, 즉 대표, 기관, 업무집행관여자, 종업원의 모든 행위에 대하여 형사책임을 부담해야 하는 것은 아니다. 주식회사는 자연인 주체의 행위 중에서도 업무관련성 있는 범죄행위 한하여 형사책임을 부담한다. 이때의 업무관련성은 크게 목적, 이익귀속, 주식회사의 관여도 등을 기준으로 인정할 수 있다.

먼저 자연인 주체의 행위가 주식회사의 이익을 목적으로 한 행위라면 주식회사의 형사책임 범위에 들어간다. 이는 실제 행위자인 자연인 주체의 인식과 의사가 모두 주식회사를 위한다는 목적 하에서 이루어진 것이라는 점에서 궁극적으로 주식회사에 그 비난가능성이 인정될 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 범죄행위의 목적이 주식회사를 위한 것이 아니라 오롯이 행위자 자신을 위한 것이라면, 이는 주식회사의 형사책임을 물을 대상 범죄라고 보기 어렵다. 같은 취지에서 비록 처음 범죄행위를 할 때에는

주식회사를 위한다는 목적이 없었다고 하더라도 주식회사에 그 범죄행위로 인한 수익이 귀속되었다면 여전히 주식회사에 형사책임을 물음이 타당하다. 주식회사의 체계는 의사결정과 집행, 감시·감독 체계를 갖추어 주식회사로 유입되는 범죄수익을 사전에 차단할 수 있는 능력이 있다고 보아야 한다. 부주의한 범죄수익의 취득이 형사책임의 대상이 되는 다수의 범죄(업무상과실취득죄, 범죄수익처벌법위반 등) 유형에 비추어 볼 때 자연인보다 발전된 책임주체인 주식회사에게 동일한 형사책임을 묻는 것도 당연히 가능하다고 볼 것이다.

또한 주식회사가 내부 절차를 거쳐 자연인 주체의 범죄행위에 이르렀다면 당해 범죄행위에 대한 주식회사의 가담을 인정할 수 있을 것이다. 주식회사 스스로 내부 절차를 거쳐 범죄행위를 위임, 허가한 경우라면 그 내부 승인이 곧 그 범죄행위에 대한 내부적인 정당성을 부여한 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 그와 같은 승인은 그 행위로 인하여 얻게 되는 이익과 같은 플러스 효과의 수인만을 용인한 것이 아니라 그로 인하여 야기되는 모든 민·형사상의 책임을 감수하겠다는 취지의 마이너스 효과의 귀속도 함께 받아들인 것이라고 보아야 한다. 이익은 주식회사에게, 책임은 실제 행위자에게 각각 귀속시킨다는 발상은 받아들여질 수 없다.

나) 주관적 구성요건 요소

자연인 주체가 업무관련성을 인식하면서 주식회사의 구성원 일부라는 자격으로 행동한다는 인식하에 일정한 범죄행위를 하였다면 자연인 주체에게 그 범죄행위에 해당하는 고의나 과실이 인정되는 이상 주식회사의 형사책임을 인정할 수 있다.

앞서 본 것처럼 자연인 주체의 행위에 업무관련성이 인정된다면 자연인 주체는 해당 범죄행위가 주식회사를 위한 것인지, 그 이익이 주식회사에게 귀속되는지, 그와 같은 행위를 하기 위해 주식회사 내에서 어떠한 절차를 거쳐야 하는지 충분히 알거나 알 수 있었다고 볼 것이다. 따라서 자연인

주체가 그 행위의 업무관련성을 인식할 여지가 있었던 이상 실제 그 범죄가 고의범인지 과실범인지를 불문하고 형사책임을 부담한다고 볼 것이다.

다) 과실범에 있어서의 총합에 의한 범죄행위 인정 필요성

앞서 본 바와 같이 오늘날 주식회사 체계가 조직화·전문화 되어가면서 주식회사의 범죄, 특히 과실범의 경우에는 단일한 자연인 주체에 의하여 이루어지는 경우가 거의 없다고 볼 수 있을 정도로 흔치 않다. 따라서 각각의 자연인 주체의 행위로는 단일한 범죄를 구성할 수 없는데도 그 각 행위를 모았을 때에는 충분히 범죄의 주의의무 내지 회피의무의 위반과 그에 따른 피해를 인정할 수 있는 경우가 다수 확인된다.

이 경우 각각의 자연인 주체에게 형사책임을 부과하는 것은 현실적으로 불가능하다. 각각의 행위와 전체 범죄행위 사이의 직접적인 인과관계, 각각의 행위자의 개별 범죄행위에 대한 인식 내지 의사, 각각의 행위자 사이에 공모관계에 기초한 실행행위의 분담을 입증한다는 것은 실로 불가능하기 때문이다. 물론 대법원 판례[54] 중에는 행위공동설의 입장에서 과실범의 공동정범을 인정한 사례가 있다. 하지만 이는 고의범의 공동정범 성립 근거가 '범죄행위'의 공모와 실행행위의 분담에 두는 것과 달리 과실범의 공동정범 성립 근거를 '적법행위'에 대한 실행행위 분담의 측면에서 과실범의 공동정범을 인정한다는 점에서 여전히 많은 비판에 당면하고 있다는 점을 고려할 때 위 판례를 근거로 주식회사 내의 자연인 주체 사이의 공모관계를 인정할 근거라고 인정하기 어렵다.

따라서 자연인 주체에 의한 각각의 인식과 주의의무 내지 회피의무 위반이라는 조각들의 총합이 전체적으로 보았을 때 주식회사의 범죄행위라고 인정하기에 족하고, 그로 인한 결과가 범죄의 결과라고 인정하기에 충분하다면 자연인 주체 각각의 행위의 총합으로써 주식회사의 범죄행위를 인정함이 타당하다.

---

54) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1741 판결

2) 관리소홀책임

오늘날 주식회사는 조직화·전문화된 영리활동을 특징으로 한다. 이는 역할의 분산, 나아가 책임의 분산을 초래한다. 문제는 주식회사에 의한 범죄의 대다수가 책임의 분산을 넘어 책임의 희석으로, 더 나아가서는 책임의 소멸로 이어진다는 것이다. 실제로 주식회사의 대표나 기관에게 직접적으로 특정 범죄행위에 대한 고의·과실의 책임을 묻는 것은 입증하기 어려운 경우가 대부분이다. 그럼에도 불구하고 종전의 형사책임 개념대로 실제 행위자에 대해 엄격한 의미의 고의·과실을 요구한다면 사실상 주식회사의 범죄 대부분을 처벌하기 어렵게 된다는 문제가 발생한다. 따라서 주식회사 내에서 범죄와 연관된 행위를 지시, 권장, 준수하게 하는 기업문화에 대하여는 주식회사의 관리소홀책임을 들어 형사제재의 대상으로 삼을 필요가 있다.

이는 레나 슈타인저(Rena Steinzor)가 자신의 저서 '왜 감옥에 가지 않는가?(What not jail?)'에서 언급한 '제도화된 부주의(institutionalized recklessness)'로도 설명될 수 있다. 오늘날 주식회사를 비롯한 법인에 의하여 이루어지는 다수의 범죄는 대표 또는 기관의 면밀한 관리를 통해 충분히 미연에 방지할 수 있는 것들이 대다수이다. 그럼에도 불구하고 대표 또는 기관은 스스로 비용 기타 다양한 요소의 고려 하에 그와 같은 관리의무를 의도적으로 외면(Willful Blindness)하게 된다. 이러한 경향이 제도화 된다면 비록 주식회사나 그 대표, 기관 등이 당해 범죄행위에 대하여 직접적인 고의·과실이 없었던 경우라고 하더라도 종전의 의도적 외면에 따른 제도화된 부주의가 곧 주식회사의 주관적 구성요건요소에 해당한다고 보는 것이다.[55]

따라서 주식회사로 인한 범죄행위가 발생하는 경우에 그 대표 또는 기관에게 그 특정 범죄행위에 대한 주관적 구성요건이 입증되지 아니한다고

55) Rena Steinzor, 'Why not Jail?', 243-245 (2012)

하더라도 평상시부터 누적되어 온 제도화 된 부주의가 범죄행위에 밀접한 연관성을 지닌다는 사정이 입증된다면 해당 주식회사를 형사제재의 대상으로 삼는 것이 타당하다.

4. 제재의 유형

가. 서설-죄형법정주의와 새로운 형사제재의 관계

우리 헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서의 처벌은 우리 형법 제41조에서 규정하는 바와 같이 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수의 9종으로 되어 있다. 따라서 주식회사에 대한 새로운 형사제재 방안을 논의함에 앞서 그와 같은 형사제재의 도입이 헌법이 규정한 죄형법정주의에 반하는 것은 아닌지에 대한 검토가 선행될 필요가 있다.

살피건대 고대에서부터 현대에 이르기까지 형벌의 종류와 내용은 수없이 많이 변경되어 왔다. 그 시대에는 적합하다고 여겨졌던 수많은 형벌이 오늘날의 관점에서 볼 때는 잔혹하여 허용될 수 없는 경우가 있듯이 형벌의 종류와 내용은 만고불변의 고정된 개념이 아니라 헌법과 법률의 규정을 통해 개정, 변동될 수 있는 것이라고 보아야 한다. 결국 헌법과 형법이 형의 종류를 한정하여 규정함은 현재의 형벌만을 형벌로 인정하겠다는 의미가 아니라 국민으로 하여금 불측의 형벌이 부과됨으로써 불이익을 받는 경우를 막기 위한 것이라고 보아야 하는 것이다.

이러한 측면에서 볼 때 현재의 형법체계는 주식회사의 형사제재에는 부적합한 부분이 있다. 앞서 보았듯이 주식회사를 비롯한 법인에게 형사제재를 과할 수 있는지 여부도 불분명한 상태에서 주식회사에게도 형법 제41조가 규정하고 있는 유형의 형벌이 적용되는지 여부 내지 새로운 형태의 제재를 과할 수 있는지 여부 또한 불분명하기 때문이다.

결국 주식회사에 대한 형사제재를 위해서는 필요 불가결한 조건으로 법령의 제·개정을 통해서 주식회사에게 적합한 형사제재 유형의 설정이 필요하다. 이하에서는 종전 제재방식의 한계와 새로운 제재방식 등을 검토한다.

나. 종전 재산형의 문제점

1) 벌금형의 한계

현행법상 주식회사에 대하여 형사제재를 가할 수 있는 거의 유일한 근거는 '양벌규정'이다. 약 400여개의 특별형법 및 행정법규 처벌조항이 '양벌규정'을 두어 법인의 형사책임을 추궁하고 있다. 법인 구성원의 행위가 형사상의 책임을 구성하게 될 경우 그 행위자를 처벌함과 동시에 그 사업주인 법인에 대하여 벌금형을 부과하는 것이다.

처음 주식회사를 포함한 법인에 대하여 '행위자의 행위로 벌금형에 처한다'는 법제를 고안하였을 때까지만 하더라도 '행위자의 행위'가 그대로 '행위자'에 대한 형벌의 근거가 됨과 동시에 '법인'에 대한 형벌의 근거가 된다는 점을 고려하면 동일한 기준에 의한 벌금형의 부과는 당연하게 받아들여졌을 것으로 보인다. 이는 행위책임의 원칙상 같은 행위를 한 사람에 대하여 같은 책임을 부과시켜야 한다는 명제에 비추어 볼 때 일응 타당해 보이는 부분이기도 하다. 하지만 양벌규정은 벌금형 외의 대안을 제시하지 못함으로써 법인으로 하여금 '위법행위를 할 경우에 얻을 수 있는 이익'과 '적발되었을 때 선고되는 벌금액 상당의 불이익'을 비교형량해본 뒤 조금이라도 자신에게 이익이 될 수 있다면 벌금형을 감수하고라도 위법행위를 자행할 수 있다는 점에서 그 실효성에 의문이 제기된다.

다수의 양벌규정이 실제 행위자에게 적용되는 벌금형을 그대로 개인 또는 법인 사업주에게 원용하고 있다는 점도 문제가 된다. 앞서 본 바와 같이 법인의 구성원인 개인이 부담할 수 있는 벌금의 액수와 그 범죄행

위를 통하여 얻게 된 이익의 최종적인 귀속주체인 법인이 부담할 수 있는 벌금의 액수 사이에는 차이가 있을 것임이 분명함에도 현행 양벌규정 중에는 행위자에게 부과되는 법정 벌금형이 법인 사업주에게 그대로 원용되는 경우가 다수 남아있다.

개인 사업주와 법인 사업주의 부담능력에는 큰 차이가 있음이 자명한데도 불구하고 양자 사이에 법정 벌금형에 차이를 두지 않고 있다는 점 또한 한계로 지적된다. 개인 사업주의 경우 그 매출 내지 수익 규모 등에서 법인 사업주를 따라가지 못하는 경우가 빈번하다. 오히려 법인 사업주의 경우에는 위 벌금을 '회계처리상의 손실' 내지 '비용'으로 처리하면서 세제혜택을 누리게 되는 등 다수의 부작용을 양산함에도 불구하고 우리 법에서는 개인 사업주와 법인 사업주를 구별하지 아니한 채 일률적으로 양자를 동일한 기준으로 묶어 같은 법정 벌금형 범위 내에서 의율하고 있는바 그 형평에 있어 부당하다는 지적이 제기된다.[56]

2) 과징금, 과태료와의 이중·과잉제재 문제

벌금 이외의 다른 금전벌이 중첩되는 부분도 문제가 된다. 이에 대하여 헌법재판소는 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있다고 하더라도 이중처벌금지원칙에 반하지 않는다고 보고, 더 나아가 비례성의 원칙에 반한다고 보기도 어렵다고 결정함으로써[57] 기초적 사실관계가 동일한 하나의 행위에 대한 벌금, 과징금, 과태료의 중과가 가능하다고 해석하고 있다. 결국 현행 법령에 의할 경우 벌금, 과징금, 과태료 등의 금전벌이 중첩적으로 부과될 수 있는 경우의 수는 다수 산재하고 있을 것으로 보인다.

---

56) 아래에서 살펴보는 바와 같이 디자인보호법 등 산업재산권보호영역에서는 법인에게 부과되는 벌금형의 상한을 자연인에게 부과되는 그것보다 상향조정하는 입법이 제시되고 있다. 그러나 산업재산권보호영역 외의 다수의 법제에서는 아직도 자연인과 법인의 벌금 상한액이 동일하게 규정되어 있어 주식회사를 포함한 법인으로 하여금 '죄에 상응한 형벌의 부과'를 실현하지 못하고 있다.

57) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 전원재판부

그러나 주식회사를 비롯한 법인의 관점에서 볼 때 벌금, 과징금, 과태료는 그 이름이 다를 뿐 자신들의 위법한 행위에 대하여 금전벌이 부과된다는 점에서는 다르지 않다. 따라서 이들 금전벌이 복수로 부과되는 것은 법률전문가가 아닌 일반 국민의 관점에서 볼 때 사실상 '같은 사건을 두고 수차례 벌을 받는 것'과 같은 착각을 일으키게 되고, 이는 곧 법 집행에 대한 불신으로 연결된다. 결국 이들 금전벌 사이의 관계 정립 또한 입법적인 장치를 통하여 해결이 필요한 부분이라 할 것이다.

3) 벌금형의 개선 : 일수벌금제, 주식벌금제의 도입

법인, 특히 영리를 목적으로 존재하는 주식회사에게 가장 유용하면서도 그 집행의 측면에서도 용이한 형사제재가 '벌금형'이라는 사실은 부인할 수 없다. 그러나 그 실효성을 높이기 위해서라면 종래의 벌금구조를 개정할 필요성이 있다.

가) 법인 사업자에 대한 법정 벌금형 상향조정

우선 양벌규정의 벌금연동을 깰 필요가 있다. 법인 사업자, 특히 주식회사에 걸맞은 수준의 법정 벌금형 상향조정이 필요하다.[58] 단순히 소득규모를 비교하더라도 법인인 주식회사의 벌금과 행위자인 자연인의 벌금을 그대로 연동하는 것은 그 실효성에 의문이 있다. 또한 주식회사의 소득수준과 개인사업자의 그것을 비교해보더라도 주식회사를 비롯한 법인에 대한 벌금형은 그 상향조정이 요구된다.

나) 벌금 선고 기준의 다변화

현재의 양벌규정이 채택하는 벌금형은 '총액벌금제'를 원칙으로 한다. 일정액의 벌금을 선고하고 이를 총액으로 하여 그 납부의무를 부담시키는

58) 스웨덴에서는 법인에 대하여 300만 크로네 이하의 벌금을 과할 수 있도록 규정하여 개인의 벌금보다 고액의 벌금을 부과하고 있다는 설명으로 오경식, 일수벌금형제도의 도입방안에 관한 연구, 형사정책연구원, 41 (2012)

것이다.[59][60] 위와 같은 벌금제도는 오롯이 범죄행위와 그에 따른 결과만을 기준으로 벌금액수를 정하게 된다는 점에서 일응 책임주의 원칙에 부합해 보인다. 그러나 해당 주식회사의 규모나 수익 구조 등을 고려하지 아니하고 벌금액수를 정하는 것은 오히려 형평을 해함으로써 진정한 의미의 책임주의 원칙에 반한다는 평가도 가능하다. 주식회사의 소득규모를 고려한 벌금형 선고를 통해서 죄에 상응한 체감 고통이 가해질 필요가 있다는 것이다.

물론 경기가 좋은 경우나 대규모의 주식회사의 경우라면 일시불 또는 분할 납부하도록 하는 벌금형의 부과가 주식회사에 큰 영향을 주지 않을 수도 있다. 그러나 영세한 업체의 경우에는 벌금형의 부과 자체로 기업의 존망을 가르는 결론을 초래할 수도 있다. 오히려 반대로는 벌금형의 부과만으로 영향을 받지 아니하는 주식회사에게 종전과 같은 일시불 벌금 납부는 그저 비용 지출에 불과한 것으로 치부될 수도 있다. 이는 '죄에 상응하는 형벌의 실현'이라는 형사법상의 대원칙이 유독 주식회사의 범죄에 한하여 이루어지지 않고 있다는 폐해를 낳을 여지가 있다.

따라서 벌금형을 선고함에 있어서도 주식회사의 소득과 재산에 따라 벌금액수에 차등을 두거나, 범행의 경중에 따라 일수를 정하고 문제가 된 주식회사의 수입상황을 고려하여 일수당 정액을 결정한 뒤 일수에 일정액을 곱하는 방법으로 벌금형을 부과하는 '일수벌금제(차등벌금제)'를 도입하는 방법도 검토할 필요가 있다.[61] 이는 주식회사의 소득과 재산 규모가 크면 클수록 사회적으로도 더 무거운 책임을 부담한다고 보는 것이 상당하다는 점을 고려하더라도 그 타당성이 충분히 인정될 수 있을 것이다.

---

59) 오경식, 전게논문, 형사정책연구원, 6

60) 1975년부터 독일(형법 제40조), 오스트리아(형법 제19조), 1983년부터 프랑스(형법 제131조의5), 2008년부터 스위스(형법 제34조)에서 총액벌금제가 일수벌금제로 대체되었다는 취지로 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=44403 (최종검색일 : 2017. 10. 30.)

61) 박상기, 손동권, 이순래, 전게서, 317

또한 주식회사의 범죄에 대하여 '주식'을 벌금으로 부과하는 형태의 '주식벌금제'의 도입도 검토해 볼 수 있다. 주식회사에 대하여 '주식'을 벌금으로 부과하고, 이를 정부의 범죄피해보상기금 등으로 관리하면서 주식수익이 극대화되는 시점에 현금화하는 것이다.[62] 이는 과도한 벌금으로 인하여 잠재적인 해고위험에 놓이게 되는 직원들을 구제하고, 벌금액수에 비례하여 소비자가 부담하게 되는 비용 상당의 간접손해를 줄이면서[63] 범죄행위를 통하여 수익을 얻은 지배주주의 지분을 희석시킴과 동시에 국가에 그 이익상당액을 귀속시키게 될 수 있다는 장점이 있다.

다. 생명형에 준하는 제재-법인해산, 인허가 취소

1) 도입의 필요성

재범의 방지와 일반예방의 측면에서만 본다면 양벌규정의 보완과 개선을 통하여 주식회사의 재산범죄에 대하여 범죄수익 일체를 박탈시키고, 추가적인 부담, 즉 고액의 벌금형을 부과하거나 관급 공사의 수급을 제한시키는 등의 제재를 가하는 방법으로 재범하지 않도록 유인할 여지도 있어 보인다. 그러나 재산범죄에 대한 경제적 유인의 제거와 달리 생명 또는 신체적 법익을 침해하는 범죄의 경우 대부분이 산업안전보건법상의 주의의무 위반과 같은 과실범에 그치는 경우가 많다는 점에서 확인되는 것과 같이 '사전에 경제적 유인을 제거'하는 것으로 주식회사 차원에서의 범행의사를 단념시키는 경우의 수를 상정하기 어렵다는 한계가 있다. 또한 수차례 동종 범행을 통해서 다수인의 생명·신체를 해치는 주식회사에 대해서는 그 존재를 제거함으로써 확실한 응보와 더불어 재범가능성을 일소할 필요성도 인정된다. 이는 곧 주식회사에 대하여 벌금형 이외의 직접적이고도 강력한 형벌의 부과를 통해 사전에 주의의무를 다하도록 유도할 필요성이 있음을 의미한다.

---

62) 이정민, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 118
63) 이정민, 전게서, 118

따라서 주식회사의 범죄행위로 인하여 야기된 법익 침해의 정도가 중한 경우에는 형사재판 과정을 통하여 해당 주식회사의 존폐에 관한 중대한 결정을 할 수 있도록 규정할 필요가 있다.

2) 법인해산

주식회사의 범죄행위에 대하여 가장 최고의 제재로 고안할 수 있는 것은 '법인해산'이다. 주식회사의 법인격 자체를 박탈시킴으로써 더 이상의 존립을 허용하지 않는 것이다. 해당 주식회사는 즉시 청산절차를 거치면서 남은 재산으로 범죄피해자에게 그 손해를 배상하거나 범죄행위로 인하여 야기한 환경오염 등의 결과에 대하여 그 피해회복에 상응하는 조치를 취하게 하는 등의 방법을 설정함으로써 벌금 기타 금전벌을 이행하게 되는 형태를 취하는 것을 고려할 수 있다.

실제로 우리 상법은 이사 또는 회사의 업무를 집행하는 사원이 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 경우에 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 또는 직권으로 회사의 해산을 명할 수 있다는 규정을 두고 있다.[64] 주식회사가 범죄행위를 하였다면 이는 '이사 또는 회사의 업무를 집행하는 사원이 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때'에 해당할 여지가 있으므로 이 경우 이해관계인이나 검사는 법원에 위 기업의 해산명령을 구할 수

---

64) 상법 제176조(회사의 해산명령)

① 법원은 다음의 사유가 있는 경우에는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 또는 직권으로 회사의 해산을 명할 수 있다.

1. 회사의 설립목적이 불법한 것인 때
2. 회사가 정당한 사유 없이 설립 후 1년 내에 영업을 개시하지 아니하거나 1년 이상 영업을 휴지하는 때
3. 이사 또는 회사의 업무를 집행하는 사원이 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때

② 전항의 청구가 있는 때에는 법원은 해산을 명하기 전일지라도 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 또는 직권으로 관리인의 선임 기타 회사재산의 보전에 필요한 처분을 할 수 있다.

③ 이해관계인이 제1항의 청구를 한 때에는 법원은 회사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다.

④ 회사가 전항의 청구를 함에는 이해관계인의 청구가 악의임을 소명하여야 한다.

있고, 법원은 위 청구 또는 직권으로 기업의 해산을 명할 수 있다.[65] 이사 또는 업무집행사원의 위법행위가 사기죄를 비롯하여 상대방(피해자)이 특정되는 경제범죄인 경우에는 물론 환경오염 등과 같이 제3자나 공익을 위하여 청구할 수도 있다.

그러나 현행 조문으로는 해당 이사나 업무집행사원을 교체함으로서 시정할 수 있는 하자의 경우에는 회사의 존속을 허용할 수 없는 때에 해당한다고 보지 않는다. 이사와 주주, 사원의 인적 구성 등을 종합적으로 고려할 때 조직법적으로 위반행위를 견제하지 못하는 상황에 이르러야 그 해산을 구할 수 있고, 행위의 주체를 '이사 또는 업무집행사원'으로 한정하고 있기 때문에 위 각 주체에 해당하지 아니하는 주식회사 구성원의 행위로는 그 법익침해의 정도가 아무리 중대하다고 하더라도 해산명령을 구할 수 없다는 한계가 있다.[66] 나아가 위 조문을 통해 해산을 구하는 절차는 형사재판과정이 아니므로 그 입증관계 내지 증거법상의 판단 기준 등에서도 차이가 있다.

결국 현행 상법 규정에 의하여 주식회사 법인해산을 기대하기는 어렵다고 사료된다. 따라서 주식회사의 범죄행위를 처단하는 형사재판 과정에서 주식회사에 대하여 자연인의 사형을 선고할 만한 범죄행위를 하는 경우에는 형사법정에서 '법인해산'을 선고하고 법인으로 하여금 청산절차에 들어가 그 즉시 주식회사의 재산으로 피해자를 구제하는 등의 조치를 취하도록 강제함이 타당하다.[67]

---

65) 해산명령의 확정으로 회사는 해산된다. 은행을 비롯한 일부 산업의 경우 주주총회 결의에 의한 해산에 대하여 감독관청의 인가를 요구하기도 하지만, 법원의 해산명령에 대하여는 추가적인 인가 절차 등을 요하지는 않는다. 김건식, 노혁준, 천경훈, 회사법(제2판), 881

66) 김건식, 노혁준, 천경훈, 전게서, 881; 이철송, 회사법강의(제17판), 112

67) 실제로 다수의 기업을 상대로 '기업해산 및 영업정지'의 도입 필요성에 대한 의견을 조사한 결과 매우 필요하다는 의견은 6.5%, 필요하다는 의견은 38.7%에 그친 반면에 불필요하다는 의견이 43.5%, 매우 불필요하다는 의견이 9.7%에 이르는 것이 확인된다. 이처럼 다수의 기업에서 '기업해산 및 영업정지'의 도입을 꺼린다는 점은 그 자체로 매우 강력한 효력이 있다는 반증으로서의 의미도 있어 보인다. 이천현, 송효종, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업범죄에 대한 제재체계의 현황과 개선방향-, 119 [도표 4-53] 참조

3) 인허가 취소

현행 행정법규에서는 주식회사의 위법행위가 발견될 경우 '행정제재'의 형태로 법인설립 내지 영업의 인허가를 취소시키고 있다. 의료법 제51조[68]의 설립허가 취소, 식품위생법 제75조[69]의 영업허가취소 또는 영업소 폐쇄, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제64조[70]의 등록취소가 그 대표적인 예시이다.[71]

주식회사가 범죄행위를 저지른 경우에 있어 그 법인 자체를 소멸시킬 만큼 큰 범죄는 아니라고 하더라도 특정한 인허가를 전제로 하는 행위에 있어 범죄행위가 야기된 경우에는 그 인허가를 제한하는 방법으로 주식회사에 형사제재를 가하는 것을 고려할 수 있다. 그런데 위 예시를 비롯한 대부분의 행정법규는 그 인허가, 영업 및 등록취소의 사유를 해당 법

---

68) 제51조(설립 허가 취소) 보건복지부장관 또는 시·도지사는 의료법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 설립 허가를 취소할 수 있다.
1. 정관으로 정하지 아니한 사업을 한 때
2. 설립된 날부터 2년 안에 의료기관을 개설하지 아니한 때
3. 의료법인이 개설한 의료기관이 제64조에 따라 개설허가를 취소당한 때
4. 보건복지부장관 또는 시·도지사가 감독을 위하여 내린 명령을 위반한 때
5. 제49조제1항에 따른 부대사업 외의 사업을 한 때

69) **제75조(허가취소 등)** ① 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가 또는 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄(제37조제4항에 따라 신고한 영업만 해당한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다.** (각호 생략)
② 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 **제1항에 따른 영업정지 명령을 위반하여 영업을 계속하면 영업허가 또는 등록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다**.
③ 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 영업허가 또는 등록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다**. (각호 생략)

70) 제64조 (등록의 취소 등) ① 환경부장관은 폐수처리업자가 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다**. (각호 생략)
② 환경부장관은 폐수처리업자가 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다**. (각호 생략)
③ 환경부장관은 폐수처리업자가 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다**. (각호 생략)

71) 이천현, 송효종, 전게서, 34

령에 제한적으로 '열거'하고 있기 때문에 그에 해당하지 않는 사유가 발생한 경우에는 그것이 아무리 큰 법익침해, 즉 범죄행위라고 하더라도 위와 같은 강력한 제재를 할 수 없다는 한계가 있다. 따라서 주식회사의 범죄행위에 대한 제재를 논함에 있어 형사법정에서 주식회사의 범죄행위와 밀접한 연관성이 있는 인허가의 취소를 선고할 수 있도록 하여 당해 주식회사가 같은 범죄행위를 저지르지 아니하도록 제한할 필요가 있다.

이에 대하여는 종전의 행정법규상의 인허가 취소와 새로운 형사제재로서의 인허가 취소는 형식적으로는 구별될지 모르나 사실상 동일한 내용이어서 본질적으로 구별의 실익이 없다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 본고에서 형사제재로서 부과하고자 하는 인허가 취소는 전국이 공통된 기준 하에 검사의 기소에 의하여 구형되고 형사 법정에서의 판결에 의하는 것으로써 그 부과의 근거와 과정에 있어 본질적인 차이가 있다. 형사제재로서의 인허가 취소는 범죄전력으로 남겨져 지속적으로 관리를 받게 될 것이고 추후 동종 범죄가 발생하였을 경우에는 유력한 양형자료로 사용될 것이다. 또한 형사제재로서의 인허가 취소와 행정법규에서의 인허가 취소는 그 구성요건을 달리하는 별개의 제재이기 때문에 그 구별에 있어서도 어려움이 없을 것으로 보인다는 점에서 별도의 형사제재로 부과함이 상당하다.

라. 자유형에 준하는 제재-영업정지, 관급공사 수급제한, 기업자금 공모제한 등

주식회사의 범죄행위가 법인해산이나 인허가 취소를 하여야 할 정도로 심각하지 아니한 경우라고 하더라도 그 활동의 자유를 일정 부분 제한함으로써 당해 법인체를 제재하고 나아가 일반적인 예방효과를 도모할 수도 있다. 이러한 방법으로 생각할 수 있는 대표적인 예시로는 영업정지, 관급공사 수급제한, 증자 제한, 수표 발행금지 및 법인카드 사용정지 등이 있다.[72] 이는 주식회사의 존립을 유지시킴으로써 기존의 고용관계와 계약

관계를 그대로 가지고 갈 수 있게 하면서도 일정 기간 동안의 패널티를 통하여 범죄행위로 인해 빚어진 결과를 해소시키고 재범의 가능성을 미연에 차단시킬 수 있다는 의의가 있다.

따라서 주식회사의 범죄행위를 보다 체계적으로 규율하기 위해서는 새로운 입법을 통하여 위와 같은 유형, 즉 자유형에 준하는 형태의 특별형벌을 부과하도록 할 필요가 있다. 이를 근거로 검찰과 법원은 형사적으로 주식회사의 범죄행위가 특정한 영업활동 과정에서 발생한 것인지, 자금공모 혹은 회계 처리과정에서 발생한 것인지 등을 살펴보고, 그에 가장 부합하는 특별형벌의 부과를 통해 '죄에 상응하는 형벌의 실현'이라는 대원칙을 고수함은 물론 재범의 여지를 미연에 차단할 수 있도록 할 필요가 있다.

마. 명예형에 준하는 제재-공표명령

이상과 같은 생명형, 자유형에 준하는 형사제재 이외에도 주식회사로 하여금 자신의 범죄사실을 공표하도록 명령하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이는 해당 범죄사실의 공표를 통하여 추가 피해자의 양산을 방지하는 것은 물론 암장된 피해내역이 세상 밖으로 드러나게 함으로써 그 피해전보 및 후속대책 마련의 단서를 제공하는 계기로서의 의미가 있다. 또한 범죄사실의 공표를 통해 간접적으로 주식회사의 사회적 평가를 감손시킴으로서 해당 주식회사의 시장가치, 즉 주식 가치의 추락을 유인할 수 있다는 점에서 주식회사는 물론 이를 제대로 감시하지 못한 주주(특히 지배주주를 포함한 대주주)의 불이익을 유발하게 되므로 보다 철저한 주주 감시를 도모할 수 있다는 이점이 있다.[73]

과거 국민건강보험법 제85조의3을 비롯한 일부 법률 규정[74]에서는 행

---

72) 프랑스 형법 제131-39조는 위에서 언급한 것과 같은 특별형벌을 법인에게 적용하도록 하고 있다.

73) 한국형사정책연구원에서 2010. 10. 21.경부터 2010. 11. 11.경까지 사이에 서울 및 경기지역에 위치한 기업 317개를 대상으로 시행한 설문조사에서 58.1%의 업체가 유죄판결 공표명령의 도입이 필요하다고 답변하였다. 이천현, 송효종, 전게서, 119 [도표 4-53] 참조

정관청이 직접 그 위법행위를 공표하는 '행정상 공표'를 규정한 경우가 다수 있었으나, 오늘날의 입법에서는 '공표명령'을 통하여 기업 스스로가 자신의 구성원으로 인하여 야기된 '시정명령'을 받은 사실을 '공표'하도록 하고 있다. 이는 주로 경제법령 관련에서 활용되고 있는데, ① 일반대중 또는 거래 상대방을 포함한 다수의 이해관계자들로 하여금 기업의 위법행위에 대한 충분한 정보를 신속하게 얻을 수 있도록 함으로써 위법한 상태가 지속되는 상황을 방지하도록 조치를 취할 필요가 있고, ② 관련 정보의 공개를 통하여 일반대중 및 이해관계자들에게 그 위험성을 널리 알림으로써 공공의 손해를 방지하고 추후 발생할 수 있는 위법성을 제거시킬 필요가 있기 때문이다.[75]

다만 위 공표명령의 경우에도 행정제재로서 이루어지고 있는 관계로 ① 행정법규에 열거된 사유에 해당하는 경우에 한하여 이루어질 수 있고 ② 기업이 위 명령 자체에 대하여 다투는 경우에는 행정심판, 행정소송 절차 등을 거치는 과정에서 시일이 소요될 수 있으므로 자칫 유효하고도 적절한 공표시점을 놓치게 된다는 문제의 여지가 있다.

따라서 향후 입법에서는 주식회사에 대한 형사제재의 일환으로 '공표명령' 및 그 불이행에 대한 추가 제재를 규정함으로써 포괄적이고도 일반적인 형사제재의 한 유형으로서 '공표명령'을 인정할 필요가 있다. 또한 제도의 취지를 고려할 때 주식회사에 대한 형사제재로서 입법을 통하여 '공표명령'을 도입하게 된다면 그 공표명령의 대상은 '범죄사실'에 국한시킬 것이 아니고 그에 대한 해결책, 즉 손해배상 내지 손실보상 계획과 재범 방지 계획 등을 함께 공표하도록 함으로써 현재 당면한 문제를 해결함과 아울러 새로운 범행을 미연에 차단하도록 도모할 필요가 있다. 이는 단순히 무죄의 추정을 받고 있는 재판 확정 전 단계에서의 공표가

74) 그 예시로는 식품위생법 제65조의2(2005. 1. 27. 신설), 에너지이용합리화법 제17조 제3항(2007. 12. 27. 신설), 자원의 절약과 재활용 촉진에 관한 법률 제26조(1992. 12. 8. 신설) 등이 있다.

75) 이천현, 송효종, 전게서, 43

아니라 형사재판절차가 완료되고 난 이후, 즉 판결이 확정되고 난 이후의 공표라는 점에서 '법위반사실 공표명령은 위헌'이라는 취지의 헌법재판소 결정과도 조화롭게 해석 가능할 것으로 보인다.[76]

5. 보안처분의 활용

가. 보안처분의 필요성

오늘날 주식회사에 대한 형사제재의 의의는 주식회사에 대한 분풀이로써의 응보에 그치지 아니한다. 오히려 주식회사가 계속해서 존속하고 활동하는 이상 그 주식회사가 영리만을 추구한 채 다시금 같은 범죄를 저지르지 아니하도록 하는 데에 더 큰 의의가 있다. 이를 위해서라면 주식회사를 대상으로 한 '맞춤형 보안처분'을 통하여 재범의 가능성을 원천 차단할 필요가 있다. 실제로 한국형사정책연구원에서 2010. 10. 21.부터 같은 해 11. 11.까지 사이에 서울 및 경기도 지역에 위치한 317개 업체를 대상으로 시행한 기업의 인식에 대한 설문조사에 따르면, 기업에 대하여 보호관찰 도입이 필요하다는 견해가 77.4%, 원상회복명령 도입이 필요하다는 견해가 79%, 사회봉사명령이 필요하다는 견해가 79%, 개선명령의 도입이 필요하다는 견해가 91.9%에 이르는 등 대다수의 기업들이 다양한

---

76) 이에 대하여 공정거래법위반에 따른 '법위반사실 공표명령'은 일반적 행동의 자유 및 명예권을 과도하게 침해하며, 무죄추정의 원칙에 위반되므로 위헌이라는 취지의 헌법재판소 결정(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49 [위헌])이 있었는바, 현행 공정거래법에서는 '시정명령을 받은 사실을 공표'하도록 하는 내용의 시정조치를 할 수 있도록 하고 있다.
공정거래법 제16조(시정조치 등) ①공정거래위원회는 제7조제1항, 제8조의2제2항부터 제5항까지, 제8조의3, 제9조, 제9조의2, 제10조의2, 제11조, 제11조의2부터 제11조의4까지 또는 제15조를 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 해당 사업자 … 또는 위반행위자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 시정조치를 명할 수 있다.
1.~5. 생략
6. 시정명령을 받은 사실의 공표
7~8. 생략
또한 **소비자보호법 제17조의5**는 위 한정위헌 결정의 영향으로 2003. 7. 29. '법위반사실의 공표'부분을 '시정명령을 받은 사실의 공표'로 개정된 바 있다.

유형의 보안처분 도입에 긍정적인 입장을 보이고 있다.[77] 이는 지속적으로 경제활동을 해야 하는 주식회사가 1회적인 형벌만으로 제재를 면하게 된다면 당장의 문제점을 근본적으로 해결하지 못한 상태로 방치될 수도 있을뿐더러 그 이후로도 상당기간동안 관리하지 아니하게 된다면 다시금 종래의 기업 관행 내지 위법행위에 대한 묵인이 재발함으로 인하여 더 큰 재앙을 낳는 재범이 될 수 있다는 점에서 보안처분이 주식회사의 범죄행위에 대한 실질적인 제재가 될 수 있다는 의의가 있다. 이에 이하에서는 주식회사에 적용할 수 있는 보안처분을 통해 피해를 회복하고 재범을 방지할 수 있는 방안을 고려해본다.

나. 피해구제·원상회복명령

우리나라의 소송촉진 등에 관한 특례법은 제1심 또는 제2심에서 유죄판결을 선고하는 경우 형사재판과정에서 직접 피해자나 그 상속인에게 배상명령을 하도록 하고 있다(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조). 형사절차를 통해서 피해자의 민사적 권리 구제를 도모하는 것이다. 그러나 위 조문에 의하더라도 그 배상 대상 범죄가 한정되어 있는데다가[78] 관행적으로 같은 법 제32조 제1항에 의하여 각하결정 되는 경우가 다수 있어 피해자나 그 상속인의 권리구제를 위해서는 불가피 민사소송을 다시 제기해야 하는 경우가 다수 있다. 주식회사에 대한 형사책임이 인정된다고 하더라도 형사재판 과정에서 피해자의 피해를 직접 구제하는 데에는 한계가 있는 것이다. 그러나 주식회사에 의하여 야기되는 범죄 중 피해자를 특정할 수 있는 범죄에 대하여는 지체 없는 손해배상이 모든 사법절차의 대전제가 되어야 한다. 또한 주식회사의 범죄행위는 다수의 피해자에게 중대한 손해를 가하는 경우가 많기 때문에 신속하고도 확실한 피해구제가

---

77) 이천현, 송효종, 전게서, 119 도표 4-53

78) 실제로 이들 범죄는 모두 형법상 범죄, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반죄, 아동·청소년의성보호에관한법률위반죄를 대상으로 하고 있어서 '양벌규정'을 두고 있지 아니한 이들 범죄에 대하여는 주식회사를 비롯한 법인에 대한 배상명령이 나올 여지가 없다.

요구된다. 이러한 사정을 고려하면 주식회사에 대한 보안처분 중 가장 우선시 되어야 할 것은 피해구제 명령이라 할 것이다.

한편 환경오염, 자본시장 교란과 같이 피해자가 없거나 특정될 수 없는 범죄에 대해서는 아무도 그 회복에 관심을 기울이지 않게 될 가능성이 있다. 따라서 이러한 경우에 있어 국가는 소정의 절차를 통해 책임이 있는 주식회사에 대하여 원상회복을 강제할 필요가 있다. 이는 이미 발생한 손해를 전보하기 보다는 현재 발생하고 장래에 예견되는 방해를 제거·예방하기 위한 일련의 조치를 강제하는 것을 의미한다. 환경오염 문제를 야기한 주식회사가 조속히 환경오염물질을 수거·제거하도록 하거나, 인명을 살상하는 성분이 담긴 생산품을 조속히 회수하고 그에 따른 보상을 실시하는 등이 그 대표적인 예시에 해당할 것이다.

따라서 주식회사를 제재함에 있어서는 형사법원으로 하여금 주식회사에 대한 형사책임이 인정되는 경우 재판과정을 통하여 확인된 피해자를 대상으로 지체 없는 피해구제명령을 발하고, 만약 피해자가 없는 범죄로써 현재까지 방해가 계속되고 있어 앞으로의 방해 상황이 유지될 것으로 예견된다면 원상회복명령을 발할 수 있도록 하는 입법 노력이 필요하다.

다. 보호관찰

현재 우리나라에서는 형의 집행을 유예하는 경우(형법 제62조의2 제1항) 또는 일정한 범죄(소년범, 성폭력사범, 가정폭력사범 등)에 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있도록 되어 있다. 이는 자연인에 대하여서만 적용되는 것으로써 주식회사를 포함한 법인에 대한 보호관찰은 인정되지 않는다.[79]

그러나 주식회사가 범죄행위를 저지른 경우 해당 법인체에 직접적인 형사제재를 가함으로 인하여 우려되는 파급 효과, 주식회사의 범죄행위

79) 실제로 법인에 대하여는 벌금형 이외의 형사처벌을 하지 아니하고 있다는 점만 보더라도 법인에 대한 집행유예를 상정할 수 없는 이상 그 부가처분에 해당하는 보호관찰을 상정하는 것도 불가능할 것이다.

대다수가 실제 행위자를 특정할 수 없는 경우가 많고 주식회사의 문화 자체가 범죄행위를 조장, 방조하는 경우도 다수 존재한다는 사정 등을 고려하면 주식회사의 활동을 보장하면서 동시에 재범의 방지와 준법 경영을 이끌어내도록 지도·감독할 필요가 인정된다. 이는 곧 국가기관의 지도·감독, 즉 보호관찰을 통한 주식회사의 개도의 필요성을 의미하는 것이 된다. 이러한 관점에서 최근 들어 주식회사의 범죄행위를 방지하기 위한 방법으로 종래 개인을 대상으로 하던 '보호관찰' 제도를 주식회사를 포함한 법인 단위에까지 확장 적용하자는 취지의 논의가 대두되고 있다. 특히 2018년 1월 7일부터 시행 예정인 형법 개정안에 의하면 500만 원 이하의 벌금형을 선고하면서 그 집행을 유예할 수 있도록 하고 있음을 고려할 때, 주식회사에 벌금형에 대한 집행유예를 선고하면서 그에 상응한 보호관찰을 부가하는 것도 함께 고려해 볼 수 있다.[80]

이때의 보호관찰은 단순한 '감시'가 아니라 준법경영을 유도하기 위한 국가의 '보조'로서의 성격을 함께 갖는다. 주식회사에 대한 보호관찰은 주식회사로 하여금 보호관찰 기간 동안에 범죄를 저지르지 못하도록 억지하는 것은 물론 주식회사 내부적으로 모르고 처리해왔던 다양한 관행들을 개선할 수 있는 기회를 제공해주어야 하는 것이다. 예를 들어 사법당국은 주식회사에 적합한 컴플라이언스 프로그램을 자체적으로 구비, 준수할 수 있는 기회를 제공함과 동시에 지속적으로 그 이행 내용을 제출하도록 명령함으로써 보호관찰 기간 동안에 위 컴플라이언스 프로그램이 주식회사 내에 뿌리내릴 수 있도록 유도할 수 있다. 또한 주식회사에 부과하는 공표명령, 원상회복 등의 다양한 부가 조치를 성실히 수행할 것을 담보함으로써 자칫 형사판결의 선고 이후에 흐지부지 될 수 있는 피해자의 피해회복에도 충분히 대처할 수 있다.

현행 상법상으로는 주식회사의 설립단계에서 법원이 검사인을 통해 설

---

80) http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=40098, "2018년부터 벌금형도 집행유예", 법률저널(2016. 4. 11.자), 최종검색일 : 2017. 12. 9.

립의 적정 여부를 검사하는 것 외에는 법원 기타 국가기관이 주식회사의 운영·관리에 개입하는 경우가 없지만, 형사책임을 부담하게 되는 주식회사에 대해서는 법원 또는 검찰이 기업의 개별 상황에 맞추어 회계사, 법조인, 기술자, 화학자 등의 전문가 집단으로 '관찰인단'을 구성하여 주식회사 에 파견함으로써 위반요소들을 지속적으로 감시·제어하고, 관찰인단의 조언에 응하지 아니할 경우에는 해당 보호관찰을 취소하면서 보류되었던 주형, 즉 벌금형 등을 이행하도록 함과 동시에 그 비용 일체를 기업이 부담하게 함으로써 주식회사로 하여금 관찰인단의 말에 따르도록 할 필요가 있다는 것이다. 이는 주식회사로 하여금 현실적인 감시·감독 하에서 그 범죄의 가능성을 원천적으로 차단 봉쇄시킨다는 측면에서 매우 큰 의미를 지닐 것으로 보인다.

라. 그 밖의 명령

이 밖에도 주식회사에 대해서는 사회봉사명령을 통하여 자신의 범죄행위로 인하여 지역사회에 야기한 폐해에 대하여 속죄하도록 하고, 수강명령 내지 이수명령을 통하여 자신들이 범한 범죄내용은 물론 이와 유사한 범죄내용을 숙지하고 다시는 재범하지 않도록 재교육시키는 것도 고려해 볼 여지가 있을 것이다.

제4장 국내외의 입법동향 및 그 시사점

1. 우리나라

가. 양벌규정에 의한 규율과 그 한계

1) 종전의 양벌규정 형태

현재 우리나라에서는 약 400여개의 특별형법 및 행정법규 처벌조항에

‘양벌규정’을 두어 주식회사를 포함한 법인의 형사책임을 규율하고 있다. 이는 앞서 본 것과 같이 법인 구성원이 법인을 위하여 하는 행위가 형사상의 책임을 구성하게 될 경우 그 행위자를 처벌함과 동시에 그 사업주인 법인에 대하여 벌금형을 부과하는 형태이다.

불과 몇 년 전까지만 하더라도 법인을 규율하는 양벌규정은 면책 가능성에 관한 규정을 두지 않는 경우가 다수 있었다.[81] 그로 인하여 행위자 처벌과는 별개로 위 ‘법인’에 해당하는 이상 법인의 과실 유무를 묻지 아니하고 당연히 법인이 처벌된다는 점에서 자기책임의 원칙에 반한다는 문제가 있었다.

2) 헌법재판소 2005헌가10 위헌결정

가) 사건의 개요 및 위헌법률심판제청 경위

피고인 A는 치과의사면허 없이 기공소에서 치과치료를 해주고 그 대가로 돈을 받아 무면허 치과의료행위를 업으로 하였고, 피고인 B는 위 기공소를 운영하면서 그 사용인인 A가 위 범죄사실과 같이 치과의료행위를 하였다는 취지로 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)로 공소제기 되었다. 당시 피고인 B는 보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조(양벌규정)에 의하여 기소되었는바 해당 조문은 아래와 같이 규정하고 있었다.

법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제2조 내지 제5조[82]의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 예에 따라 처벌한다.

81) 전형적인 형태는 다음과 같았다.
제○조(양벌규정) ① 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관해 제○조부터 제○조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 **그 법인에도** 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다.

위 사건에서 피고인 A는 1심에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년, 벌금 100만 원을 선고받은 후 항소 포기하여 그 판결이 확정되었으나, 피고인 B는 위 A의 치과의료행위가 '객관적으로 외형상 치과기공업무에 포함되지 않는다'는 이유로 무죄판결을 받았다. 이에 검사가 피고인 B에 대한 무죄판결에 대하여 항소하였는바, 항소심 법원은 위 '보건범죄단속에 관한 특별조치법' 제6조의 양벌규정 중 개인인 사업주에 대하여 벌금형 외에 무기 또는 2년 이상의 징역형까지 부과하도록 한 규정이 형벌과 책임 간의 비례성의 원칙에 위반된다며 그 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

나) 제청법원의 제청이유와 법무부장관의 의견

제청법원은 (1) 이 사건 법률조항은 다른 양벌조항이 '각 본조에 규정된 벌금형을 과한다'고 규정하는 것과 달리 '각 본조의 예에 따라 처벌한다'고 규정하여 징역형의 수형능력이 없는 법인 사업주가 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금형에만 처해지는 것과 달리, 개인인 사업주는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처해지고 여기에 위와 같은 벌금형이 필요적으로 병과되는 점 (2) 이는 사업주의 고의가 아닌 선임·감독상의 과실을 근거로 처벌을 하면서도 법정형의 하한을 징역 2년으로 정하고 있어 형벌이 책임에 비해 지나치게 과도한 점, 즉 사업주가 사용인의 무면허 의료행위를 알지 못하였다 하더라도 선임·감독상의 과실 없음을 증명하지 못하는 이상, (법률상 감경사유가 없는 경우 작량감경을 하여) 적어도 징역 1년 이상에 처해지게 된다는 점 (3) 만약 피고인에게 선고유예나 집행유예가 허용되지 아니하는 사정이 있는 경우에는 자신이 알지 못하였던 사용인의 행위로 인해 징역 1년 이상의 실형을 복역할 수밖에 없는 불합리한 결과가 발생

---

82) 보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제5조(부정의료업자의 처벌)의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 **의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를**, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 **업으로 한 자**는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.
의료법 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다.(이하생략)

한다는 점 등을 이유로 이 사건 법률조항이 헌법 제10조, 제37조 제2항에 반하여 위헌이라고 주장하였다.

이에 대하여 법무부장관은 (1) 이 사건 법률조항이 국민보건을 해하는 위법행위의 근절을 도모하기 위한 것으로서 영업주가 선임감독상의 주의의무 이행을 해태한 것에 대한 비난가능성이 매우 크고 (2) 어느 범죄에 대한 법정형의 하한은 여러 가지 기준의 종합적 고려에 의하여 정하여지는 것이며 (3) 법률상 감경사유가 없어도 집행유예를 선고할 수 있고 작량감경할 경우 선고유예도 가능하고 (4) 헌법 제36조 제3항의 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무 이행이라는 중대한 법익을 추구하는 점에 비추어 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 법인의 수형능력에 비추어 볼 때 개인인 영업주와 법인인 영업주 간의 평등원칙에도 위배되지 아니한다는 의견을 제시하였다.

다) 헌법재판소 결정의 요지

(1) 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 위헌의견

위 재판관들은 이 사건 법률조항에 대하여 '영업주가 비난받을 만한 행위를 하였는지 여부와 관계없이 당연히 영업주를 처벌'하도록 규정하는 점과 문언의 범위를 벗어나 '종업원의 범죄행위에 대하여 영업주의 선임감독상의 과실 기타 영업주의 귀책사유가 인정되는 경우'에 한정하여 형사처벌한다고 해석하는 것은 문리해석의 범위를 초과하는 것으로 허용될 수 없다는 점 등을 이유로 법정형에 나아가 판단할 것 없이 형사법의 기본원리인 '책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의 원칙에 반한다고 판단하여 위헌의견을 제시하였다.

(2) 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 위헌의견

위 재판관들은 이 사건 법률조항이 그 문언상 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대하여도 그 처벌의 가능성을 열어두고 있는 점, 위 법률조항을 종업원에 대한 선임 감독상의 과실 있는 영업주만 처벌하는 규정으로 해석한다고 하더라도 과실밖에 없는 영업주를 고의범인 행위자와 동일한 기준의 법정형으로 처벌함은 책임에 비해 무거운 법정형을 규정한 것이라는 점 등을 이유로 위 법률조항이 책임주의 원칙에 반하여 위헌이라는 의견을 제시하였다.

(3) 재판관 이동흡의 반대의견

한편 위 재판관은 위 법률조항이 업무관련성 있는 위반행위에 대하여서만 영업주를 처벌하는 점, 대법원 판례를 통하여 영업주의 선임감독상의 과실이 있는 경우에만 처벌하도록 해석함은 문리해석 범위 내에서의 합헌적 법률해석이라고 보이는 점, 이에 의할 경우 위 법률조항은 책임주의 원칙을 준수하고 있고, 국민건강이라는 보호법익의 중대성과 영업주라는 지위에 대한 비난가능성을 고려할 때 설령 영업주와 행위자에게 동일한 법정형을 규정하였다고 하더라도 그 책임과 형벌의 비례성 원칙에 반하지도 않는다는 취지의 의견을 제시하였다.

라) 위 결정의 영향

위 각 재판관들의 의견을 통하여 확인되는바와 같이 위 사건은 재판관 8인의 위헌의견으로 위헌결정이 내려졌다. 비록 재판관 8인이 둘로 나뉘어 각각의 의견을 제시하기는 했지만 이는 행위자와 영업주에게 동일한 법정형을 적용하는 것에 대한 판단을 함께 하였는가 여부에서만 차이가 있을 뿐 "영업주의 귀책사유 존부와 관계없이" 영업주를 처벌하는 법제 자체가 위헌적 요소를 지니고 있다는 점에서는 8인의 재판관 모두가 공감한 것으로 보인다. 결국 위 결정은 양벌규정에 의하여 처벌되는 기업 기타 영업주도 그 행위자의 선임과정, 선임 이후의 관리 감독 과정에서 주의의무를 다하지 못한 경우에 한하여, 즉 기업 기타 영업주 고유의 과실이

인정되는 경우에 한하여 그 기업 기타 영업주를 처벌할 수 있다는 '과실 책임주의' 원칙을 재확인한 것으로 해석할 수 있다.

위와 같은 결정으로 인하여 법무부는 2008년 7월 양벌규정 개선을 위하여 (1) 종업원의 범죄행위를 방지하기 위해 관리·감독의무를 다한 경우에는 법인 혹은 개인 영업주의 형사책임을 면제하고 (2) 종래 관리·감독상의 과실이 있는데 불과한 영업주에 대하여도 징역형을 부과하는 양벌규정을 두고 있던 문화재보호법, 공직선거법 등 15개 법률에 개정하여 해당 징역형을 모두 폐지하였으며 (3) 양벌규정의 적용 범위를 '업무에 관한' 위반행위로 한정하도록 함으로써 법인 혹은 개인 영업주의 영업과 무관한 행위자의 행위에 대하여는 책임을 부담하지 않도록 관련 규정을 개정하였다.[83]

3) 최근의 양벌규정 형태

가) 면책규정의 필수적 도입

앞서 본 위헌결정 및 법무부의 개정 노력 이후에 신설·개정된 양벌규정에서는 단서 조항에 면책규정을 두기 시작하였다.[84] 나아가 종전에 '법인에 대한 양벌규정'과 '개인에 대한 규정'을 별도의 항으로 규정했던 것과 달리 신설·개정되는 양벌규정에서는 입법경제상의 효율성을 도모하여 법인 사업주와 개인사업주를 묶어 하나의 양벌규정으로 규율하도록 하였다.[85]

---

83) 이천현, 송효종, 전게서, 26

84) 이때의 면책규정은 '다만, 그 위반행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 태만히 하지 아니하였을 때에는 그 법인 또는 자연인을 벌하지 아니한다'는 형태를 취한다.

85) **[하천법]**
제97조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제93조부터 제96조까지의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과(科)한다. 다만, **법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다**.

나) 법인을 고려한 양벌규정의 변용

(1) '금전벌' 양벌규정 일반화

종전 일부 행정법규에서는 양벌규정에 의하여 행위자 이외에도 영업주에게 징역형을 부과할 수 있도록 규정한 경우가 있었다. 그러나 이는 위 '영업주'에 주식회사를 포함한 법인이 속한다는 점을 간과한 것이었다. 이에 법령 개정 과정에서는 다수의 양벌규정에서 징역형을 삭제하도록 하였다.[86]

(2) 법인에 대한 벌금형 규정 신설

범죄행위자에 대한 벌칙이 자유형만으로 규정된 경우에는 법인 등에게 양벌규정을 적용하기 어려운 경우가 있다. 이러한 경우에는 양벌규정에 별도의 벌금형을 규정하는 방법으로 처리하였다.[87]

[자격기본법(2008. 12. 16. 개정)]
제42조(양벌규정) 법인 또는 단체의 대표자나 법인·단체 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제39조, 제40조(5호를 제외한다) 또는 제41조의 어느 하나의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, **법인·단체 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다**.

86) [가축전염병예방법]
제59조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제56조부터 제58조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 **법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다**. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
[관세법(2008. 12. 26. 개정)]
제279조(양벌규정) ① 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제11장에서 규정한 벌칙(제277조의 과태료는 제외한다)에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 **그 법인 또는 개인에게도 해당조문의 벌금형을 과한다**. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
위 조문 이외에도 **법인 또는 개인에게 벌금 또는 과료**를 과하도록 한 도로교통법 제159조, **벌금 또는 과태료**를 과하도록 한 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제8조 등이 법인에 대한 양벌규정을 고려하여 금전벌을 특정한 예시이다.

(3) 양벌규정상 법인과 개인의 벌금 상이화

최근 입법에서는 입법 경제적 고려로 인해 하나의 조항 내에 법인과 개인을 함께 규율하는 형태의 양벌규정을 두고 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 법인과 개인의 경제적 능력, 범죄로 인한 폐해의 파급효과 등을 고려할 때 개인보다 법인에게 더 고액의 벌금형을 과함이 상당한 경우가 다수 확인된다. 이러한 전제에서 최근에 제·개정된 법률 중에는 양벌규정에서 개인 사업주에게는 행위자와 동일한 벌금형을, 법인 사업주에게는 양벌규정에서 정한 별도의 고액 벌금형을 선고할 수 있도록 규정한 경우가 다수 확인된다.[88]

---

87) **[아동·청소년의 성보호에 관한 법률]**
제20조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제8조제4항·제5항, 제11조제3항, 제12조제2항·제3항 또는 제19조제3항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)하고, 제8조제1항·제2항·제6항·제7항, 제9조, 제11조제1항·제2항·제4항 또는 제12조제1항의 어느 하나에 해당하는 **위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 5천만 원 이하의 벌금에 처한다**. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

88) **[디자인보호법(2008. 12. 26. 개정)]**
제87조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제82조제1항, 제84조 또는 제85조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 제82조제1항의 경우 : 3억 원 이하의 벌금
2. 제84조 또는 제85조의 경우 : 6천만 원 이하의 벌금

[상표법(2008. 12. 26. 개정)]
제97조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제93조, 제95조 또는 제96조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니한다.
1. 제93조의 경우: 3억 원 이하의 벌금
2. 제95조 또는 제96조의 경우: 6,000만 원 이하의 벌금

4) 양벌규정의 한계

가) 양벌규정의 근원적 한계

양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 것의 가장 큰 문제점은 그 처벌 근거가 법인 고유의 형사책임에 기한 것이 아니라는 점이다. 양벌규정은 어디까지나 행위자 처벌에 附帶하여 법인을 비롯한 사업주의 형사책임을 인정하는 것이다. 따라서 수사 또는 재판 과정에서 그 행위자의 혐의를 입증할 수 있는 증거가 불충분하거나 기판력의 발생과 같은 다른 특별한 사정으로 인하여 구성요건 또는 위법성이 인정되지 아니할 경우에는 범죄행위에 따른 이익을 향유한 법인에 대해서도 형사책임을 물을 수 없다는 문제가 발생한다. 행위자 개인에 대한 면죄부가 그대로 법인에 대한 면죄부가 되는 것이다.

이는 법인의 법률행위에 다수의 행위자가 개입하는 과정에서 더 큰 문제가 된다. 대부분의 주식회사에서는 실무 담당자들의 기안·보고, 결재권자의 결재를 거쳐 다시 실무 담당자의 집행·실행 등의 프로세스를 거쳐 업무가 처리된다. 의사결정과 직접적인 실행 사이에 복수의 부서, 담당자 및 결재권자의 개입이 발생하는 것이다. 이는 비단 주식회사를 비롯한 법인의 정당하고 옳은 행위에만 국한되는 메커니즘이 아니다. 법인이 범죄행위를 하는 경우, 특히 과실에 의한 범죄행위를 야기하는 경우에서도 동일한 양상을 보이게 된다. 그런데 이러한 다수인의 개입은 범죄행위의 책임을 단수의 특정 개인에게 귀속시킬 수 없게 한다는 문제를 야기하게 된다. 앞서 든 예시를 기준으로 할 때 기안자, 결재자, 실행행위자 중에서 그 누구도 오롯이 완전한 책임을 지는 '행위자'라고 단정하기 어려울 것이다. 따라서 오늘날 주식회사에 의하여 야기되는 다수의 범죄행위에 있어 단수의 개인 구성원을 범죄행위자라고 특정할 수 없게 됨에 따라 특정 행위자를 처벌할 수 없게 되는 한계로 인하여 궁극적으로는 주식회사를 비롯한 사업주마저도 책임을 지지 않게 되는 모순이 발생하는 것이다.

나아가 이와 같은 모순은 법인을 구성하는 개인 구성원의 책임을 희석시키는 효과를 낳게 된다. 전체 의사결정 및 실행 과정 중 일부에만 가담하게 되는 단수 개인 구성원이 혼자서 범죄행위의 객관적 구성요건 및 고의·과실을 충족시킬 것을 기대하기는 어렵기 때문이다. 따라서 전체 과정의 일부에만 가담하는 구성원들은 자신들의 행위가 누적되어 궁극적으로는 범죄행위를 구성하게 되는 경우라고 하더라도 그 책임을 부담하지 않게 된다는 문제가 발생한다.

나) 면책규정의 한계

(1) 입증책임 전환의 문제

헌법재판소의 결정과 제·개정 추세에 의하면 최근의 양벌규정에서는 면책규정을 두어 자연인은 물론 법인에 대해서까지도 '과실책임주의'를 명확히 하고 있다.[89] 그러나 동시에 위와 같은 해석론은 주식회사를 비롯한 법인에 대하여 '관리·감독상의 의무를 충실히 이행하였음을 법인 스스로 입증해야 할 부담을 안게 된다'는 부작용을 낳았다. 사실상 입증책임이 검사에서 피고인인 주식회사 기타 사업주로 전환된다는 문제를 야기하게 되는 것이다.[90]

(2) '상당한 주의의무'의 불명확성

또한 위와 같은 면책규정은 '상당한 주의의무'를 기울인 경우를 면책의 대상으로 삼으면서도 정작 입법적으로는 그 '상당한 주의의무'의 의미에 관한 어떠한 가이드라인도 제시하지 아니하고 있다. 물론 이 부분 해석은 개별 사례의 특수성 등에 비추어 판례에 의한 보충을 기대할 여지도 있

---

89) 이하에서는 이천현, 송효종, 전게서, 61-70면에서 제기되는 문제점들을 바탕으로 논의를 정리하였다.

90) 이는 종전 판례의 입장이 면책규정에 의하여 과실에 대한 추정이 행하여지거나(대법원 1992 8. 18. 선고 92도1395 판결), 그 입증책임을 법인에 부과하는 쪽으로 해석해왔다는 점(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001도5595 판결 등) 등을 근거로 한다는 지적으로 이천현, 송효종, 전게서, 61-62

지만, 수범자의 입장에서 보았을 때 그 불분명한 해석의 여지는 여전히 수범자인 주식회사 기타 사업주의 예견가능성을 지나치게 해한다는 비판에 직면할 여지가 있다.[91] 또한 면책규정에 의한 책임감경의 기준, 책임면제의 기준도 명확하지 아니하여 법인으로서는 사실상 그 구성원의 행위에 대한 전적인 책임을 부담하는 상황에서 유일하게 면책될 수 있는 여지를 막연하고도 추상적인 규정 상태로 방치해둠으로써 최악의 경우 주식회사 스스로 자신의 행위 통제를 포기하게 할 우려를 안고 있다.[92]

다) 업무관련성의 한계

주식회사를 비롯한 모든 법인에 있어 구성원 등의 모든 범죄행위를 법인에게 귀속시킬 수는 없다. 법인은 어디까지나 구성원 등의 행위가 법인의 이익을 위한 행동으로써 그 자신의 업무와 연관성이 있는 경우, 즉 '업무관련성'이 있는 경우에 한하여 책임을 부담해야 한다. 그럼에도 불구하고 이 부분 '업무관련성' 또한 그 인정기준이 제시되지 아니하고 있다. 이는 아래에서 확인할 다수의 외국 입법례의 경우 일정 수준 이상의 판단기준을 제공하고 있는 것과 사뭇 다른 부분이다.[93] 이는 주식회사 등의 죄책을 인정하기 위해서 반드시 요구되는 '구성요건적 요소'에 해당한다고 볼 수 있을 만큼 그 중요성이 부각되는 특성이라는 점에서 명확한 기준 제시가 필요하다.[94]

---

91) 한국형사정책연구원에서 2010. 10. 21.경부터 2010. 11. 11.경까지 사이에 서울 및 경기지역에 위치한 기업 317개를 대상으로 시행한 설문조사에서 형사제재관련 현행법내용 중 가장 문제라고 생각하는 부분은 불명확하고 복잡한 규정이라는 의견이 전체의 40.1%, 현실적으로 준수하기 어려운 규정이라는 의견이 39.4%를 차지하였다. 이천현, 송효종, 전게서, 115 도표 4-48 참조

92) 다만 공정거래위원회의 '공정거래 자율준수프로그램 운영 및 유인 부여 등에 관한 규정(2010. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2010-2호) 등을 참조할 수 있을 것이라는 견해로 이천현, 송효종, 전게서 64

93) 이에 대하여 판례는 객관적으로 볼 때 사업주의 업무에 해당하는 행위로서 위 사업주를 위한 행위일 것을 요하지만(대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도1639 판결), 그 행위 동기에 있어 반드시 사업주의 영업에 이로운 행위에 한정되는 것은 아니어서 달리 사업주의 이익을 위한 것일 필요는 없다고 해석한다(대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213 판결).

94) 이는 개별 사안에 따라서 업무의 표지와 관련성의 표지를 구체적, 세부적으로

5) 소결

이상에서 보는 바와 같이 주식회사를 비롯한 법인이 야기하는 범죄행위에 대하여는 직접적인 규제, 특히 형사적인 규제가 절실히 요구되는데도 불구하고 우리나라에서의 규율은 아직까지도 불완전한 양벌규정에 그치고 있다. 그나마도 벌금액수가 가벼운데다가 그 면책규정 내지 업무관련성의 해석 기준조차 명확하지 아니함으로 인하여 형벌로서의 실효성마저 의심스러운 실정이다. 이하에서는 이러한 문제점을 해결하기 위해 그간 국내에서 있었던 다양한 입법시도를 구체적으로 살펴본다.

나. 국내에서의 입법동향과 그 한계

1) 2013년도 '기업살인처벌법안' 발의

가) 제안경과 및 제안이유

김선동 의원 등 11인의 국회의원은 2013년 12월 24일경 기업살인처벌법안(의안번호 1908721)[95]을 발의하였고, 이는 2013년 12월 26일경 국회 환경노동위원회 전문위원회로 회부되었다.[96]

이 법안은 우리나라의 산업재해 사망자수가 OECD 가입국 중 1위에 해당할 만큼 심각한 산업재해국가임에도 불구하고 '산업안전보건법'과 '형법'상의 업무상과실치사죄만으로는 사업주의 과실로 인한 산업재해에 대처하기 어렵고, 이는 곧 산업재사 감소라는 일반예방적 효과로서의 규

판단할 필요가 있고, 이는 곧 기업을 비롯한 행위자들의 행위에 대한 지침으로서의 성격을 갖게 된다는 점에 비추어 볼 때 대통령령 이하 하위 법령에 의한 입법적 해결 방안을 모색할 필요성이 제기된다.

95) 제정안의 제명은 영국의 기업과실치사 및 기업살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act)을 참고한 것으로 보인다는 의견으로 국회 환경노동위원회 전문위원(입법조사관 김정규), 기업살인처벌법안 검토보고서, 4 (2014)

96) 이 당시 국회 환경노동위원회에는 위 제정안과 유사한 내용을 담고 있는 '산업안전보건범죄의 단속 및 가중처벌 등에 관한 법률안(의안번호 1905659, 심상정 의원 대표발의)이 계류 중이었는바, 병합 심사가 필요하다고 보았다. 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 5

제가 이루어지지 않고 있다는 점에서 그 보완이 필요하기 때문에 제안된 것이었다. 산업재해사고에 대한 책임자와 법인에 대한 처벌, 양벌 규정을 강화하는 등의 방법을 통하여 사업주 스스로 산업재해의 예방을 위해 노력하도록 하는 것을 입법목표로 한다.[97]

나) 법안의 주요 내용

(1) 기업살인범죄의 규정

(가) 대상 범죄

법안은 근로자 및 사업장에서 노무를 제공하는 사람의 생명과 신체에 위해를 가하는 행위, 보다 구체적으로는 '산업안전보건법 제23조 제1항부터 제3항까지, 제24조 제1항, 제26조 제1항, 제29조 제1항부터 제4항까지를 위반하여 근로자 또는 종사자에게 중대재해를 야기하는 행위'를 기업살인범죄로 정의하였다(안 제2조제1호).[98] 산업안전보건법에 규정된 위험 예방을 위한 안전조치(법 제23조), 건강장해 예방을 위반 보건조치(법 제24조), 급박한 위험 또는 중대재해에 대한 작업 중지 및 근로자 대피(법 제26조), 기타 도급사업시의 안전 및 보건조치(법 제29조) 의무 위반 행위를 그 의율 대상으로 하는 것이다.

(나) 중대재해의 의미

법안은 대상범죄에 해당하는 행위로 중대재해를 야기한 경우에 해당 기업을 처벌하도록 하고 있다. 이때의 중대재해는 ① 사망자가 1명 이상 발생한 경우 ② 3개월 이상 요양을 요하는 부상자가 동시에 2명 이상 발생한 경우 ③ 부상자가 동시에 10명 이상 발생한 경우 ④ 직업성 질병자가 최근 5년 내에 10명 이상 발생한 경우 등을 가리킨다(안 제3조).[99] 이는

97) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 1-2
98) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 6
99) 사망 이외의 결과도 규율한다는 점에서 제명에 '살인'이라는 표현을 쓰는 것은 추가적인 논의가 필요하다는 의견으로 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 5

산업안전보건법이 위 ① 내지 ③은 동일하게 중대재해로 규정하면서도 ④에 관해서는 '최근 5년 이내에' 직업성 질병자가 10명 이상 발생할 것을 요하고 있다는 점에서 제정안의 중대재해의 범위가 산업안전보건법에서의 그것보다 더 넓다고 평가된다.[100]

(2) 처벌 내용

법안은 기업살인범죄를 저지른 사람에 대하여 근로자, 종사자가 사망한 경우에는 7년 이상의 징역, 상해를 입은 경우에는 5년 이상의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하는 등 가중 처벌하도록 하고 있다(안 제4조). 이는 동종 행위에 대하여 적용되는 산업안전보건법상의 처벌기준(사망에 이르게 한 경우에는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금, 그 외의 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금)에 비하여 매우 강화된 것이다.

양벌규정을 두어 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 종업원 등이 그 법인 혹은 개인과 관련한 업무로 인해 기업살인범죄를 저지른 경우 행위자를 벌하는 외에 법인 또는 사용자인 개인에 대하여 (가) 피해자가 사망하였다면 직전 사업연도 매출액의 1000분의 10에 해당하는 금액 이하의 과징금(직전 사업연도 매출액이 10억 미만인 경우에는 10억 원 이하의 과징금) (나) 피해자가 상해를 입은 경우에는 직전 사업연도 매출액의 1000분의 5에 해당하는 금액 이하의 과징금(직전 사업연도 매출액이 5억 원 미만인 경우에는 5억 원 이하의 과징금)을 부과하도록 하여 행위자 외에 그 법인 또는 개인에게도 과징금을 부과하도록 규정하였다(안 제5조).[101] 다만 앞서 보았던 헌법재판소 결정 내용 등을 고려하여 과실책임주의 원칙에 따라 법인 또는 사용인인 개인이 위반행위 방지를 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 않은 경우에는 그

100) 다만 '최근 5년 이내'라는 표현이 불명확한 측면이 있다는 지적으로 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 9
101) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 9

러하지 아니하다는 취지의 면책규정을 두고 있다.

또한 기업살인범죄를 저지른 행위자와 그를 고용한 법인, 개인은 피해를 입은 근로자에게 사고로 인해 발생한 손해의 3배 이상을 배상하도록 하고 있다(안 제6조). 관계 행정기관장으로 하여금 행정처분을 하도록 함은 물론 공공기관이 시행하는 사업에 대한 참여를 제한하며(안 제8조) 기업살인범죄 행위자의 처벌사실과 해당 사업에 대한 행정조치 결과를 해당 부처에서 공표하도록 하였다(안 제9조).

(3) 입증책임

법안은 그 입증책임의 분담에 있어서도 산업안전보건법에 따른 현장안전을 위한 역학조사를 사업주가 거부·방해·기피하여 발생한 손해는 사업주에 의한 것으로 간주하도록 규정함으로써(안 제7조) 그 입증책임을 피고인인 사업주에게 전가시켰다.

다) 비판점

(1) 형사처벌 기준에 대한 비판

위와 같은 형사처벌 기준에 대하여 국회 환경노동위원회 전문위원(이하 '전문위원'이라 한다)은 상해의 부위나 경위 등을 고려하지 아니하고 5년 미만의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금을 선고할 수 없도록 규정함은 과도한 처벌이 될 수 있고, 동시 부상자 10명 이상이라는 기준 또한 부상자 9명 이하의 중대재해에서는 가중처벌을 면할 수 있게 된다는 점에서 그 형평에 의문을 제시하였다.[102]

(2) 과징금 기준에 대한 비판

전문위원은 과징금 부과의 기준에 관해서는 1) 과징금은 주로 경제법상 의무 위반을 대상으로 부과하는 것으로써 법인 또는 개인에게 부과하는

102) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 9

사례는 없는 것으로 파악되고 2) 피해자가 상해를 입은 경우에 사업주(법인 또는 개인)는 직전 연도 매출액에 따라 5억 원을 넘는 과징금을 부과 받을 수 있어 행위자가 5억 원 이하의 벌금에 처해지는 것에 비교하여 볼 때 행위자보다 더 큰 형사책임을 부담하게 된다는 모순점이 있으며 3) 위 제정안의 기준만으로는 과징금 산정 기준이 되는 매출액이 기업 전체 매출액을 기준으로 하는 것인지 아니면 중대재해가 발생한 그 사업장의 매출액을 기준으로 하는 것인지 불명확하다는 점 등을 검토 과제로 지적하였다.[103]

(3) 기타 비판점

위와 같은 비판 이외에도 '하도급거래 공정화에 관한 법률'의 경우 원사업자가 부당한 하도급대금 결정(법 제4조), 부당한 위탁취소(법 제8조 제1항), 부당반품(법 제10조), 부당한 감액(법 제11조 제1, 2항), 기술자료 제공 요구 금지(법 제12조의3) 등을 위반하여 손해를 입은 자가 있는 경우에 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 않는 범위에서의 배상책임을 부담하도록 하고 있는바(법 제35조 제2항), 제정안과 같이 실제 손해 범위를 넘어서서 최소 3배의 배상책임을 부담하도록 함은 필요 최소한의 범위를 초과한 제재라는 비판이 있고, 역학조사의 거부에 대해서는 그 거부 자체를 형벌 등의 제재로 다스리면 될 것이지 이를 두고 당연히 인과관계를 간주할 것은 아니라고 보았다.[104]

2) 2014년도 법무부 '다중인명피해범죄의 경합범 가중에 관한 특례법' 제정안 발의

가) 제안경과 및 제안이유

법무부는 현행 형법상 경합범 규정에 의하면 다수의 생명 침해를 야기하는 중대범죄가 발생한 경우에도 상상적 경합은 가장 중한 죄로 흡수되

103) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 10
104) 국회 환경노동위원회 전문위원, 전게서, 11, 12

어 처벌되고, 실체적 경합은 가장 중한 죄의 2분의 1만이 가중되어 처벌됨으로써 '책임에 상응하는 엄정한 형벌 부과'가 어려운 측면이 있음을 지적하고, 특히 대규모 인명피해를 야기한 범죄로써 그 불법 및 책임이 현저히 증가하므로 다수인의 사망의 결과를 야기한 범죄의 경우에는 경합범 처벌에 관한 특례를 규정하여 가중 처벌함으로써 국민이 안전하게 생활할 수 있는 사회를 만드는데 기여할 필요가 있다는 고려에서 2014년 6월 5일 '다중인명피해범죄의 경합범 가중에 관한 특례법(의안번호 11020)'을 입법예고 하였다.[105]

나) 주요 내용

이 법안은 고의 또는 과실로 2명 이상 사망의 결과를 야기한 범죄로서 1개의 행위로 여러 개의 죄를 범하거나 여러 개의 행위로 여러 개의 죄를 범한 경우를 '다중인명피해범죄'로 정의하면서 고의에 의한 살인은 물론 과실에 의한 사망을 포함하여 모든 유형의 인명침해 범죄를 포괄하도록 하였다(안 제2조).[106]

그 처벌에 있어서는 다중인명피해범죄의 경합범을 동시에 판결하는 경우에는 합산주의에 의하여 처단형을 정하고, 다중인명피해범죄와 그 외의 범죄의 경합범을 동시에 판결하는 경우에는 다중인명피해범죄에 정한 형의 합산형과 다중인명피해범죄를 포함한 모든 죄에서 가장 중한 죄에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중한 형을 비교하여 그 중 더 중한 형으로 처벌하도록 하였다(안 제4조). 또한 상상적 경합범의 경우에도 1개의 행위로 다중인명피해범죄를 저지른 경우에는 합산주의에 의하여 처단형을 정하고, 1개의 행위로 다중인명피해범죄와 그 외의 범죄를 저지른 경우에는 다중인명피해범죄 각 죄에 정한 동종 형의 장기

105) 구체적으로는 다중인명피해범죄의 경합범 가중처벌 등에 관한 특례법안(의안번호 11020), 1 참조
106) 구체적으로는 다중인명피해범죄의 경합범 가중처벌 등에 관한 특례법안(의안번호 11020)' 1-3 참조

또는 다액을 합산하고 이종의 형을 병과한 형과, 다중인명피해범죄를 포함한 각 죄에서 가장 중한 죄에 정한 형을 비교하여 그 중 더 중한 형으로 처벌하도록 하였다(안 제5조).

나아가 유기징역 또는 유기금고를 선고하면서 형을 가중하는 경우에는 그 상한을 100년까지로 하고, 법률상 감경을 하는 경우 사형은 무기 또는 50년 이상 100년 이하의 징역이나 금고로, 무기징역 또는 무기금고는 30년 이상 100년 이하의 징역 또는 금고로 하도록 규정하면서, 무기징역 또는 무기금고의 경우 40년, 유기징역 또는 유기금고의 경우 형기의 3분의 1이 지난 후에 비로소 가석방을 할 수 있도록 하였다(안 제6조 내지 제8조).

다) 비판점

위 법률안에 대하여는 다중인명피해범죄를 규율한다는 이유로 2인 이상의 인명침해가 발생하는 모든 범죄를 적용대상으로 하여 그 적용범위가 지나치게 광범위하다는 비판이 있다. 이 법률안을 과실범에 대하여도 동일하게 적용할 경우 책임주의에 반하는 형사책임을 묻게 된다는 점에서 과하다고 볼 여지가 있으며, 이와 같은 문제는 형법상 과실치사, 업무상 과실·중과실치사의 법정형을 가중하고, 개별 법률로 '인명침해범죄'를 신설하여 법정형을 제고하는 등의 안전조치를 취함으로써 해결해야 할 것이지 섣불리 형법상의 경합범 처벌에 관한 기본원칙을 포기해서는 안 된다는 취지의 비판도 있다.[107]

나아가 이를 주식회사 범죄의 측면에서 살펴보았을 때, 2000년 이후 위 법률이 발의되기 전까지 있었던 주요 다중 피해사건의 경우[108] 그 주체가 법인체, 주식회사인 경우가 절대 다수임에도 불구하고 기업에게 위와

107) 이근우, "다중인명피해범죄에 대한 법무부 안에 대한 비판적 검토", 가천법학 제9권 제4호, 103-120 (2016. 12.)

108) 대표적인 예시로는 2000년 씨랜드 화재 사건(23명 사망, 4명 부상), 2003년 대구 지하철 화재 사건(192명 사망, 140명 사망), 2013년 태안반도 해병대 캠프 사건(5명 사망) 등이 있다. 이근우, 전게논문, 87면 참조

같은 형벌을 적용할 수 있는 것인지, 기업이 어떠한 책임을 부담하는지 등에 관하여 충분한 대안을 제시하지 못하고 있다는 점에서 불완전한 법률안이었다는 비판이 있다.

3) 2014년도 대검찰청 '기업책임법' 제안

대검찰청은 세월호 참사와 같이 기업의 이윤추구활동 과정에서 발생한 대형안전사고로 인한 국가적·사회적 피해가 심각한 상황에서 사고를 유발하는 기업에 대한 처벌이 필요한데도 불구하고 위와 같은 대형재난이 발생하는 경우에도 직접 행위자의 처벌을 전제하는 '양벌규정'에 의하지 않고서는 기업을 처벌할 수 없다는 현재의 법령상으로는 기업 처벌에 한계가 있다는 점에서 기업 자체에 독립된 형사책임을 인정하는 법조의 도입이 필요하다고 보아 기업책임법(가칭) 도입을 검토하였다.

이를 위해 대검찰청 미래기획단(단장 김진숙 부장검사)은 2014년 10월 10일부터 2014년 12월 31일까지를 연구기간으로 하여 사단법인 한국형사소송법학회(책임연구원 김성룡 교수)에 '정책연구(외국의 기업책임법제 및 도입가능성에 관하여 연구)'를 의뢰한 후[109] 2014년 12월 22일 평가보고회(평가전문위원 정응석 교수)를 갖게 되었고,[110] 대검찰청 형사부(부장 조은석 검사장)는 2014년 11월 3일 '안전사고 관련 법령 검토 결과'를 법무부를 통해 국무총리실에 제출하였다.

위 기업책임법(가칭)은 기업의 상위경영진에 의하여 관리·구성된 활동으로 인하여 사람에 대하여 사상의 결과를 초래한 경우, 주의의무 위반 등으로 사람의 사상의 결과에 기여한 경우에 있어 기업 구성원의 책임여부와 관계없이 기업 자체를 처벌하도록 하고 있다.[111] 그러나 위 법률도

---

109) 김재윤, 영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점, 형사정책연구 제25권 제4호, 207 (2014. 겨울); 위 연구용역에 의하여 작성된 사단법인 형사소송법학회, 외국의 기업책임법제 및 도입가능성 연구(2014. 12.) 참조

110) 정책연구 평가 결과서(정책연구과제명 외국의 기업책임법제 및 도입가능성 연구)

111) 이하는 김재윤, 전게논문, 207에서 인용하고 있는 대검찰청, 기업책임법 도입 제안서, 55를 요약한 것임

기업의 '상위경영진'을 그 규율 대상으로 삼고 있다는 점에서 '상위경영진' 이외의 구성원에 의한 행위의 규율이 불충분하다는 비판을 면하기 어렵고, 오히려 최근 일본에서 논의되고 있는 삼벌규정(三罰規程)에 의하여 기업과 실제 행위자는 물론 관리자까지 함께 책임을 묻도록 함이 상당하다는 비판이 제기될 여지가 있다.

4) 2017년도 '재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안' 제정안 발의

가) 제안경과 및 제안이유

이상과 같이 기업에 의한 재해사건에 대한 수많은 법률안들이 논의되어 왔음에도 불구하고 이들 제정안이 국회를 통과하지 못한 사이에 우리 사회에서는 다수의 대형재해 사건이 발생하였다. 그 대부분의 사건들 역시 기업, 특히 주식회사의 영리 활동 과정에서 발생한 것이었다. 그럼에도 불구하고 종전 '산업안전보건법' 등 개별 법률에서 사상의 결과에 대하여 법인에 과태료 또는 벌금을 부과하는 규정을 두고 있기는 하지만 이는 처음부터 인명피해를 염두에 두고 규정한 것이 아닌 사례도 다수 있어 피해에 비해 처벌의 정도가 약하다는 비판이 있었다.[112]

이에 노회찬 의원 등 11인의 국회의원은 "기업 등이 불특정다수의 시민이 이용하는 시설에 대한 안전관리·보건조치의무를 위반하거나, 위험한 원료 및 제조물을 취급하면서 안전관리·보건조치의무를 위반하여 인명사고가 발생한 경우, 해당 기업의 사업주와 경영책임자 및 기업 자체에 대한 형사책임을 묻는 특별법을 제정하여 헌법이 보장하는 시민의 안전권을 확보하고, 기업의 조직문화 또는 안전관리 시스템 미비로 인해 일어나는 중대재해사고를 사전에 방지"하기 위한 목적으로 2017년 4월

112) 대표적인 예시로 세월호 참사를 일으킨 기업 '청해진해운'의 경우 과실로 선박 기름을 유출한 점에 대하여 '해양환경관리법위반'으로 벌금 1,000만 원을 선고받은데 그쳤다는 지적으로 노회찬 의원 외 10인, 재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안, 1-2 (2017) 참조

14일 '재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안'을 발의하였다.[113]

나) 주요 내용

(1) 의무의 부과

위 제정안에 의하면, 사업주 및 경영책임자 등은 사업주나 법인이 소유·운영·관리하는 사업장, 공중이용시설, 공중교통수단에서 사람이 생명·신체의 안전에 위해를 입지 않도록 위험을 방지할 의무를 부담하고, 사업장에서 취급하거나 생산·제조·판매·유통 중인 원료나 제조물로 인해 사람이 생명·신체의 안전 또는 보건상의 위해를 입지 않도록 위험을 방지할 의무를 부담한다(안 제3조). 또한 사업주나 법인이 제3자에게 임대·용역·도급 등을 행한 경우, 그 사업주나 법인(원청사업주)과 제3자는 공동으로 안 제3조에서 규정한 안전조치의무 및 보건조치의무를 부담한다(안 제4조).

(2) 사업주 및 경영자에 대한 형사처벌

만약 사업주 및 경영책임자가 이 법에 따른 안전조치의무 및 보건조치의무를 위반하여 사람을 사상에 이르게 한 경우에는 사업주 및 경영책임자를 형사처벌하고, 해당 법인에게도 벌금을 부과한다.

즉 사업주 및 경영책임자 등이 안 제3조의 의무를 위반하여 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에(안 제5조 제1항), 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하며(안 제5조 제2항), 2명 이상의 피해자로 하여금 사상에 이르게 한 경우에는 형법 제38조(경합범과 처벌례)에도 불구하고 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산하는 방법으로 가중처벌하도록 하여 합산주의를 채택하였다(안 제5조 제3항).

---

113) 노회찬 의원 외 10인, 전게서, 2-3

(3) 법인에 대한 형사처벌 및 제재

사업주 및 법인의 경영책임자 등[114]이 안 제5조와 같은 위반행위를 한 경우(안 제6조 제1항 제1호), 법인이 소유·운영·관리하는 사업장, 공중이용시설 또는 공중교통수단에서 그 법인의 경영책임자 등, 대리인, 사용인, 종업원이 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상하게 한 경우(안 제6조 제1항 제2호) 및 법인의 경영책임자 등, 대리인, 사용인, 종업원이 업무상 과실 또는 중대한 과실로 원료를 취급하거나 결함이 있는 제조물을 제조하여 사람을 사상에 이르게 한 경우(안 제6조 제1항 제3호)에는 법인에게 10억 원 이하의 벌금을 부과한다(안 제6조 제1항).

나아가 안 제6조 제1항과 같이 법인을 처벌하는 경우 법인이 업무상 과실 또는 중대한 과실을 범한 행위자에 대하여 법인의 경영책임자 등이 명시적·묵시적으로 사람의 생명·신체의 안전 또는 보건 상의 위험 방지 의무를 소홀히 하도록 지시한 경우(안 제6조 제2항 제1호), 법인 내부에 사람의 생명·신체의 안전 또는 보건 상의 위험 방지 의무를 소홀히 하는 것을 조장·용인·방치하는 조직문화가 존재하는 경우(안 제6조 제2항 제2호)에 대하여는 해당 법인의 전년도 연 매출액 또는 해당기관의 전년도 수입액의 10분의 1의 범위에서 벌금을 가중할 수 있다(안 제6조 제2항).

아울러 위와 같이 법인에 대하여 형벌을 부과하는 경우, 법원은 5년 이내의 영업의 일부 또는 전부에 대한 영업정지, 5년 이하의 보호관찰, 무기 또는 1년 이상의 공계약의 배제, 무기 또는 1년 이상의 자금 공모 금지 등을 병과할 수 있다(안 제6조 제3항).

(4) 공무원의 처벌

114) 위 '사업주 및 경영책임자'에는 법인의 대표이사 및 이사에 국한되지 아니하고 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 당, 지방공기업의 장 및 공공기관의 장 등이 포함된다. 나아가 법인의 대표이사나 이사가 아닌 자로서, 해당 법인의 사업상의 결정에 상당한 영향을 미치거나 그러한 결정에 실질적으로 관여하는 지위에 있는 자도 위 사업주 및 경영책임자의 범위에 포함된다(안 제2조 제5호).

사업장이나 공중이용시설에 대한 감독의무 또는 인허가 권한을 가진 공무원이 직무를 유기하여 사람을 사상에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 징역이나 3,000만 원 이상 3억 원 이하의 벌금에 처한다(안 제7조).

(5) 행정제재 및 공표

법무부장관은 범죄의 형이 확정 되는대로 그 범죄사실을 관계 행정기관에 통보하여 영업의 취소 등 필요한 제재를 가할 것을 요청하여야 하고, 관계 행정기관의 장은 소관 법령에 따라 필요한 조치를 취한 후 그 사실을 법무부장관에게 통보하여야 한다(안 제8조 제1항 내지 제2항), 위 절차에 의하여 영업이 취소된 자는 취소된 날로부터 3년간 해당 업무에 종사하지 못한다(안 제8조 제4항). 또한 법무부장관은 처벌의 결과 및 행정 제재에 따른 조치 결과를 공표하여야 한다(안 제9조).

(6) 법인 또는 기관의 민사상 책임

사업주나 법인 또는 기관의 경영책임자 등, 대리인, 사용인, 종업원이 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 하여 해당 법인 또는 기관이 손해배상의 책임을 지게 되는 경우 그 손해액의 10배를 넘지 않는 범위 내에서 배상할 책임을 부담한다(안 제10조 제1항).[115] 이 경우 법원은 I) 법인 또는 기관이 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 ii) 위반행위로 인한 피해 규모 iii) 그로 인한 가해자의 경제적 이익 iv) 처벌 수준 v) 위반 기간 및 횟수 vi) 가해자의 재산상태 vii) 가해자의 피해구제 및 재발방지 노력의 정도 등을 고려하여 그 배상액을 결정하여야 한다(안 제10조 제2항).

다) 비판점

가장 최근에 제안된 위 법률안은 주식회사를 포함한 법인에 대하여 명

115) 다만 사업주나 법인 또는 기관이 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다(안 제10조 제1항 단서).

시적인 안전조치의무·보건조치의무를 부과하고, 다양한 종류의 형사제재를 부과함으로써 주식회사를 포함한 법인의 제재를 보다 현실화했다는 점에서 의의가 있다. 그러나 여전히 사상의 결과가 발생한 범죄에 한하여 규율하고 있다는 점에서 주식회사로 인해 야기되는 다양한 재산범죄 기타 경제범죄에 능동적으로 대응하지 못하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

2. 외국의 입법례 및 실무 동향

가. 로마시대 법인의 형사책임

고대 로마에서도 오늘날의 법인과는 다소 다르지만 단체에 의한 행동을 법률상 유효한 행위로 인정했던 것으로 보인다. 다만 이러한 단체는 어디까지나 민사상의 재산권의 주체가 될 뿐이지 자연인과 같은 사고능력을 갖추었다거나 독자적인 의욕의 주체가 아니라는 점에서 범죄를 저지를 수도 없고, 형사법의 규제대상이 될 수도 없다고 해석하였다.[116]

그러나 로마에서도 반역과 같은 일부 범죄에 대해서는 그 단체 구성원에게 개별적인 책임이 있는지 여부와 관계없이 해당 단체, 즉 특정 도시나 그 도시의 전체 시민에 대하여 집단책임, 연대책임을 부과하는 경우가 있었다.[117] 예를 들어 로마에 복속한 지방자치단체가 그 스스로 로마에 대하여 반역을 꾀하는 경우, 로마의 적을 지원한 경우 기타 중대한 범죄를 저지른 경우 등에 있어서는 해당 지방자치단체를 하나의 범죄 집단으로 보아 성벽을 파괴, 철거시키는 등 도시를 황폐화 시키고, 해당 주민들을 강제이주 시킨 사례-대표적으로는 포에니 전쟁에서 패한 카르타고-가 있다. 그 외로도 지방자치단체 소유의 재산권을 박탈하고 해당 지역을 별도의 속주로 편입시키거나 적대적인 도시 전체주민의 권리능력을 제한하기도 하였다.

다만 이와 같은 조치는 지방자치단체인 법인에 대하여 형사책임을 물

116) 조규창, 로마형법, 고려대학교 출판부, 36 (1998)
117) 조규창, 전게서, 37

었다고 보기 보다는 영토 확장과 지배권 장악을 위한 대외정책의 성격을 지닌 것이라는 점에서 오늘날의 법인의 형사책임에 관한 논의와는 다소 차이가 있다.[118]

나. 영미법계

1) 영국

가) 법인의 형사책임 부인

16세기 초부터 17세기에 이르기까지 법인에 대한 형사책임은 '법인에게는 비난할 수 있는 영혼도, 걷어찰 수 있는 신체도 없다'는 말로[119] 대표되는 바와 같이 ① 법인의 존재는 법률상의 가설에 불과하다는 전제에서 ② 법인에게는 범죄를 저지르기 위한 의사(intent)나 책임으로서의 도덕적 비난가능성(moral blameworthiness)이 있다고 보기 어려우며 ③ 법원이 법인에 대해 책임을 추궁할 수 있는 구체적인 근거가 없을뿐더러(ultra vires doctrine) ④ 형사소송법상 피고인은 물리적으로 법정에 출석할 의무가 있는데 직접 출석할 수 없다는 점 등을 이유로 법인에 대한 형사책임이 부정되었다.[120]

나) 1940년대 이전까지의 법인 형사처벌 발전

(1) 부작위범인 법인에 대한 형사처벌

영국에서 처음으로 법인의 형사책임을 인정한 것은 지방자치단체와 같은 유사 공공기업(quasi-public corporation)이 공적 시설물 등의 유지에 있어서 충분한 주의의무를 기울이지 아니한 부작위(nonfeasances; omission)를 공적 불법방해(Public nuisance)로 보아 그 책임을 추궁한

---

118) 이승준, 기업범죄론, 충북대학교 인문사회 연구총서, 충북대학교 출판부, 250 (2015)
119) John C. Coffee, Jr., "No soul to damn; No body to kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment", Michigan Law Review, vol. 79, 386 (1981)
120) V. S. Khanna, 전게논문, 1479-1480

것이었다. 이후 법원은 1800년대 초반부터 공적 불법방해에 대한 형사책임 적용범위를 확장하여 상업기업에 의한 공적 불법방해에 이르기까지 법인인 기업의 형사책임을 인정하기 시작하였다.

상업기업의 형사책임을 인정한 최초의 사례는 1842년도에 있었던 Queen v. Birmingham and Gloucester Railway Co.[121] 사건이었다. 위 사건은 철도회사인 Birmingham and Gloucester Railway Co.가 철도를 부설하면서 그 부설로 인하여 분단되는 지역을 연결하는 육교를 건설할 제정법상 의무를 게을리 하여 육교를 건설하지 아니하였다는 것이었다. 이에 대하여 법원은 부작위범에 관하여 형사책임을 인정하는 종래의 기준은 법인 기업에 대해서도 그대로 적용된다는 취지로 판단하여 피고인 회사에 유죄를 선고하였다. 이때까지만 하더라도 사법당국은 법인 그 자체의 처벌여부에 대해서만 판단하는데 그친 것이어서 법인의 구성원인 개인의 책임 유무에 관하여는 별도로 논단하지 아니하였다. 그로 인해 위 판결에서 제시된 법인 처벌의 근거가 법인 구성원인 개인의 위법행위에 대한 전가책임인지, 대위책임인지 등에 관해서는 불분명한 부분이 있다.[122] 하지만 적어도 이 당시 영국에서의 법인 형사책임의 발전은 판결만에 의한 것이 아니라 입법의 공적이 크다고 평가할 수 있다.[123]

(2) 과실범인 법인에 대한 형사처벌

1800년대 중반부터는 법인기업 등의 성장으로 인해 법인이 '부작위'에 대해서 뿐만 아니라 고의를 요하지 않는 범죄, 즉 '과실범(misfeasance; positive act)'인 경우에도 형사처벌을 할 수 있는지에 관한 의문이 제기되었다. 대표적으로 문제가 되었던 사건은 1846년경에 있었던 The Queen v. Great North of England Railroad Co. 사건[124]이었다.

---

121) 3 QB 223
122) Khanna, 전게논문, 1480-1481
123) Thomas J. Bernard, The Historical Development of Corporate Criminal Liability, 22 Criminology 3, 3 (1984)
124) US. Eng. Rep. 1294 (Q. B. 1846); Khanna, 전게논문, 1481

위 사건에서 Great North of England Railroad Co.는 공도(公道)의 일부를 지나는 위법한 형태로 철도를 건설하고, 법률이 정한 기준에 미달하게 육교를 건설한 혐의로 기소되었다. 이에 대해 위 회사는 법인에 대한 부작위는 이미 형사처벌의 대상이 되고 있음을 전제로 '처벌의 대상이 되는 부작위'와 '본건 피고인들이 범행한 과실범'은 구별할 필요가 있다고 주장하며 법인은 적극적인 행위를 통한 범행, 즉 (과실에 의한) 작위범이 될 수 없다는 취지로 다투었다. 그러나 법원은 작위와 부작위는 항상 구별되는 것이 아닐뿐더러 모든 범죄에 관해서 작위와 부작위의 구별이 가능하다고 하더라도 그러한 이론적 이해가 일정한 범죄에 대해서는 법인이 유책하고, 그 외의 범죄에 대해서는 유책하다고 볼 수 없다는 근거가 되는 것은 아니라고 판단하여 위 회사에 대한 유죄를 선고하였다.

위 판결 과정에서 재판관 Lord Denmon은 '과실(작위)에 대하여도 법인 기업의 형사책임이 인정된다'[125]고 판단하였다. 다만 '다양한 종류의 범죄 중에서도 범죄자의 부도덕한 정신에 기한 것으로 사람 및 국민에 내재하는 사회적 의무의 위반에 해당하는 반역죄, 중죄, 위증죄, 인신에 대한 죄 및 도덕상의 부정행위를 범하는 죄는 법인이 저지를 수 없다'라고 판단함으로써 법인이 저지를 수 있는 범죄와 그렇지 못한 범죄를 구별하였다. 이는 상업기업의 범죄행위가 Lord Denmon이 언급한 이외의 범죄에 해당한다면 그것이 '범의(mens rea)'를 요하는 범죄일지라도 처벌할 수 있다는 의미로 해석된다.[126] 결국 위 판례는 법인 기업이 '과실범인 작위범'이 될 수 있음을 물론 일반적인 의사를 주관적 구성요건으로 하는 '고의범인 작위범'도 될 수 있다는 가능성을 제시하였다는 점에서 종전 보통법(common law) 하에서 상업기업의 형사책임을 추궁에서의 이론적 장애물을 제거하였다고 평가할 수 있다.

(3) 입법적 해결 - 엄격책임의 추궁

125) Khanna, 전게논문, 1480-1481
126) 川崎友巴, 전게서, 123

이러한 법원의 적극적인 움직임과 19세기 후반의 산업화, 도시화는 영국 의회로 하여금 다양한 법률 제정을 통해 질서 유지를 도모하게 하는 유인을 제공하였다. 위반하는 경우에는 '공공복지범(public welfare offence)'으로 처벌하였다. 효과적인 법집행을 목적으로 객관적인 구성요건요소의 구비와 그에 따른 결과의 발생만을 범죄의 성립요건으로 규정할 뿐 주관적인 구성요건요소를 요하지 아니하였다. 엄격책임(strict liability)을 묻는 것이었다.

영국 의회가 제정한 질서유지에 관한 법률은 상업 기업에 대해서도 공통적으로 적용되었다. 공공질서에 반하는 법인의 행위는 그 행위 자체와 결과만을 기준으로 형사처벌의 대상이 되었다. 이는 '법인의 범의 유무'에 관한 해석의 여지를 피함과 동시에 법인의 범죄행위를 규율하게 된다는 점에서 법인의 형사책임을 추궁하는 효용성이 매우 컸다.[127]

(4) 대위책임에 의한 법인의 범의 인정

하지만 종래 주관적 구성요건요소의 구비를 요하는 유형의 범죄에 대하여 형사책임을 묻는데는 상당한 시간이 소요되었다.[128] 비록 입법에 의하여 일부 해결된 부분이 있지만 이는 '주관적 구성요건요소'를 요하지 아니하는 범죄를 입법으로 규율한 것일 뿐, 종래부터 범의를 요해왔던 범죄에 있어 여전히 법인의 범의가 필요한지, 필요하다면 어떻게 인정될 수 있는 것인지에 대하여는 입법적으로 해결되지 않은 상태였으므로 여전히 법원의 해석을 통해 그 해결이 필요하기 때문이었다. 이러한 분쟁에 다시금 불씨를 집힌 것이 1917년도에 있었던 Mousell Brothers Limited v. London and Northwestern Railway Co.[129]이었다. Mousell

---

127) Bernard, 전게서, 2-4, [재인용] 川崎友巴, 전게서, 124

128) 한편 영국에서는 기업에 대하여 고의범의 죄책을 인정하는데 보다 긴 시간이 소요되었다. Khanna, 전게논문, 1482; James R. Elkins, *Corporations and the Criminal Law: An Uneasy Alliance,* 65 Ky. LJ. 89

129) 2 KB 836

Brothers Limited의 대리인은 정규 운송요금 지급을 피하기 위하여 상품의 부정표시를 행하였다. 다만 이를 규율하는 법조항은 '요금의 지불을 면하려는 의도'라는 주관적 구성요건요소를 요한다. 따라서 대리인의 행위에 관하여 법인의 형사책임을 물을 수 있는가가 문제되었다. 이에 대하여 법원은 입법취지에 착안하여 당해 제정법은 법인이 책임을 묻는 것을 의도하였는가 여부를 기준으로 판단하였는바, 당해 법률의 조문 및 입법 목적에 비추어 볼 때 입법자가 금하는 행위가 종업원에 의하여 직무의 범위 내에서 실행되는 경우에도 입법자는 고용주에게 준범죄행위(quasi-criminal)에 대한 책임을 부담시키는 것을 의도한 것이라고 보인다고 판단하고, 이러한 판단 하에서 법인(유한회사)과 다른 고용주와의 사이에 차이가 없다고 보아 대리인의 의도가 인정되는 이상 범의를 성립요건으로 하는 범죄에 관해서도 법인 자신의 범의는 따로 문제 삼을 것 없이 그 책임이 법인에게 귀속된다고 판단함으로써 위 회사에 대하여 유죄를 선고하였다.[130] 이는 대리인의 행위가 범죄의 객관적 구성요건요소를 충족함은 물론 주관적 구성요건요소를 충족하는 경우에는 해당 법률의 입법취지에 비추어 고용주인 법인에 대하여 책임을 인정하는 것인바 '대위책임(vicarious liability)'을 인정한 것이다.

결국 법원은 법인 기업에게 책임을 부과하는 방법이 아니고서는 단속·강제가 저해되는 다양한 영역에서 의회가 제정한 법령에서 '명시적인 고의'를 요구하는 경우에 그 대위책임을 인정함으로써 강간, 살인, 중혼, 해의에 의한 범죄를 제외한 대부분의 범죄에 대해서 법인 기업의 형사책임을 인정하기에 이른 것으로 해석할 수 있다.

다) 동일성 이론의 등장과 법인 고의범 처벌

(1) 도입의 배경 - 3가지 사건

앞서 살펴본 바와 같이 영국에서는 형법상 법인을 자연인과 동일하게

130) 川崎友巴, 전게서, 125

소추하는 것이 가능하다. 법인과 동시에 책임을 지는 법인의 구성원을 소추하는 것도 가능하다.[131] 이는 법인의 작위 또는 부작위로 인하여 사람이 사망한 경우는 물론 법인의 과실에 의하여 사람이 사망한 경우에도 그 법인이 형사소추의 대상이 된다는 점에서 자연인과 차이가 없다.

그러나 앞서 본 바와 같이 대위책임에 의하여 법인을 형사처벌한다고 하더라도 여전히 처벌의 공백이 남게 된다. 즉 부작위범과 과실범에 대하여는 판례에서 종래 인정해오던 그대로, 엄격책임 범죄에 대해서는 법률이 정한대로, 준범죄(Quasi- criminal) 경우에는 대위책임의 형태로 법인을 형사처벌하면 되지만, 특별한 형사책임을 요하는 경우, 예를 들어 명예훼손을 비롯한 일부 제정법상의 범죄에 한하여 적용할 수 있었기 때문에 보통법상의 범죄인 고살(故殺, manslaughter) 등의 경우에는 대위책임조차 추궁할 수 없어 형사처벌이 사실상 불가능했던 것이다.

그러나 이러한 한계는 20세기 중반에 들어오면서부터 점차 완화되기 시작하였고, 1944년도의 3가지 사건(D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd. 사건[132], Haulage Ltd. 사건[133], Moor v. I. Bresler Ltd. 사건[134])을 계기로 새로운 패러다임의 제시를 요구받게 되기에 이른다. 그 과정에서 1927년도에 있었던 Cory Bros Ltd 사건[135]의 비판 이론으로 제시되었던 '동일시 이론'이 그 대안으로 제시되었다.

(2) 동일시 원칙(Principle of identification)의 정립

---

131) David Feldman et.al., English Public Law. Oxford : Oxford University Press, 1241-1252 (2004)

132) 1 KB 146. 본건은 회사의 이사가 회사가 기름을 얻도록 하기 위하여 거짓 증명서를 발급하고, 법인인 회사는 이사가 기름을 얻기 위해 거짓문서를 제공한다는 사실을 인식하고 있었던 사례. 이태협, 안전사고에 있어서 과실범의 성립 및 책임범위 연구, 2016 국외훈련검사 연구논문집 제31집, 832

133) 1 KB 551

134) 2 All ER 515

135) 1 KB 810. 법인에 대한 고살죄의 적용을 부정한 사례. 동일시 원칙은 위 판례에 대한 비판으로 등장하였다. 川崎友巴, 전게서, 127 참조

위 3개의 사건에서 법원은 범죄성립에 주관적 구성요건요소의 충족을 요하는 범죄들에 대하여 법인의 형사책임을 긍정하고, 법인 자신에 대하여 유죄판결을 선고하였다. 즉 범의의 충족을 요하는 범죄에 대하여 동일시 원리를 채용함으로써 법인 내의 일정 지위 이상의 상급자의 주관적 구성요건요소와 행위를 법인 자신의 그것으로 간주하고 법인 자신의 형사책임을 인정하는 이른바 '동일시 원칙'을 명시적으로 인정한 것이다. 이는 H L Bolton Co Ltd v. T J Graham & Sons Ltd 1 QB 172 case에서 Lord Denning 판사가 회사와 동일시 할 수 있는 자연인을 '회사에 책임을 귀속시킬 수 있는 회사의 분신(alter ego)은 바로 회사의 두뇌를 의미하는 인물'이라고 정의함으로써 그 의미가 명확해졌다.[136]

따라서 법인 구성원의 행위가 범죄를 구성하는 경우에 법인이 그 책임을 부담하기 위해서는 행위자인 법인 구성원이 그 법인의 분신(alter ego)에 해당할 것을 요한다. 이때 법인은 그 구성원의 책임을 전가 내지 대위하여 책임을 부담하게 된다. 따라서 '법인의 분신'이라고 인정하기 위해서는 그 행위를 한 사람이 법인 조직 내에서 상위 직급에 종사하는 자일 것을 요하게 된다. 나아가 대위책임은 본래의 행위자가 범죄의 객관적 구성요건은 물론 주관적 구성요건을 모두 구비하여 완전한 형사책임을 부담하는 것을 법인이 대신하여 그 책임을 부담하게 되는 것이므로 적어도 1명 이상의 행위자가 구성요건에 해당하는 행위를 완성하고, 당해 범죄행위에 대한 완전한 고의 또는 과실을 갖추고 있을 것이 요구된다.

(3) 동일시 원칙의 한계 - Tesco case

이후 위 '동일시 원칙'은 1972년도 Tesco Supermarket Ltd. v. Nattrass 사건[137]을 통하여 법인과 동일시 할 수 있는 고위경영진과 종업원을 구별하는 기준을 제시하게 된다.

---

136) 이태협, 전게논문, 833
137) AC 153

Tesco 슈퍼마켓(법인)의 Northwich 지점에서는 유리 벽면에 특정 상품(세재)을 정상가보다 저렴하게 판매한다는 취지의 광고를 하였다. 이후 세일 판매하던 해당 제품이 품절되자 위 지점 종업원은 같은 판매대에 세일 판매하지 않는 같은 제품을 진열하였다. 이에 손님들은 같은 판매대에서 구매한 상품이 세일된 것으로 착각하고 정상적인 가격을 지불하고 해당 상품을 구매하였다. 이에 위 체인점의 소유주인 Tesco Supermarket Ltd.는 판매가격에 관한 허위의 광고를 금지하는 1968년도 상품판매법(The Trade Description act 1968) 제11조 제2항[138] 위반으로 기소되었다.[139]

본건 재판 과정에서 종업원의 행위가 위 법률 제11조 제2항 위반이라는 점은 크게 다투어지지 아니하였다. 오히려 위 법률 제24조 제1항은 위 법률 위반행위가 있었다고 하더라도 그것이 다른 사람(지점장 또는 종업원)의 귀책사유에 의한 것이고, 기소된 사람(법인) 혹은 그 지휘를 받는 사람(대표이사)이 범죄를 방지하기 위하여 충분한 조치를 취하였을 경우에는 이를 처벌하지 않도록 하는 면책 규정을 두고 있었는바 본건이 위 조항에 해당하여 면책의 대상이 되는가 여부, 즉 지점장 혹은 종업원이 위 법률에서 규정하는 다른 사람(another person)에 해당하는지, 해당한다면 법인은 상당한 주의의무를 다하였는지 여부가 문제되었다.

법원은 범의를 구성요건으로 하는 범죄의 경우 법인에 대하여 유죄 판결을 선고하기 위해서는 관리자(controlling officer)에게 범의가 있을 것이 입증될 것을 요한다고 판단하였다. 따라서 수백여 개에 달하는 지점의 한 지점장은 법인의 관리운영에 관하여 권한을 갖지 못하고, 법인과 동일시 할 수 없으므로 위 면책규정이 정하는 '타인'에 해당한다고 보았

138) 해당 조문은 "재화를 공급하는 자가 실제로 그 재화를 공급하는 가격보다 더 낮은 가격으로 공급하는 것처럼 표시하는 행위를 처벌한다"는 취지로 규정되어 있다. 한국형사정책연구원, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)-주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구-, 98 (2014) 참조

139) 한국형사정책연구원, 전게서, 98; 川崎友巴, 전게서, 127 참조

다. 또한 법인은 정기적인 감독을 행하면서 위반방지에 유효한 시스템을 적절하게 운영하였는바, 상당한 주의의 항변이 인정되어 무죄를 선고하였다.[140]

(4) 소결

처음 동일시 원칙을 채용할 때만 하더라도 이는 '범의가 필요한 범죄에 대하여 법인에게 유죄를 선고하기 위한 교두보'로서의 역할을 해줄 것이라고 보았고, 실제 상당부분 목적을 달성하였다. 하지만 사회의 진보에 따라 고위 관리자의 행위에 한하여 법인 기업과 동일시 할 수 있다는 대전제는 아이러니컬하게도 동일시 원칙의 적용 한계를 드러내는 결정적인 취약점으로 작용하게 되는바, 이후 새로운 입법에의 요구로 연결되기에 이른다.

이를 더욱 구체적으로 살펴보다면, 종전의 대위책임(사용자 책임)은 명예훼손죄 비롯한 기타 제정법상의 범죄(statutory offence 또는 statutory crime)에만 적용될 뿐 형법, 판례법(common law)상의 범죄에는 적용되지 않았고,[141] 대위 책임이 적용되지 않는 경우에 동일시 원칙을 적용하는데, 운영자와 동일시되는 개인이 직접적인 책임을 지는 것을 설명할 필요가 발생한다는 한계가 있었다. 그러나 대규모인데다가 기능이 광범위하게 넓은 조직의 경우 그 증명이 곤란하고, 안전관리의 분산, 위탁 등에 의하여 책임을 회피하는 것이 가능하게 된다는 문제가 있었다.[142]

라) 「기업의 살인 및 과실치사에 관한 법률」의 등장

(1) 입법 계기 - 사건의 발생과 재판 경과

일부 법령과 동일성 이론의 도입 등을 통해서 법인의 형사책임을 인정

140) 川崎友巴, 전게서, 127
141) The Law Commission, Legislating the Criminal Code: involuntary manslaughter (Law Com No.237) HC 171, (1996. 3.)
142) The Law Commission, 전게논문, HC 171

해오던 영국에서는 1987년도부터 2002년 11월에 이르기까지 위 사건을 비롯하여 철도, 선박 등에 의한 대규모 살상사고가 다수 발생하였고 그 사망자 수 또한 451명에 이름에 따라 새로운 입법 필요성이 대두되었다.[143] 특히 이들 사건의 경우 대다수가 회사의 안전 관리 시스템상의 문제로 인하여 인명살상의 중대한 결과를 야기했다는 사정이 밝혀졌음에도 불구하고 당국은 대규모 사고를 일으킨 대기업에 동일시원칙의 운영자에 해당하는 개인을 특정하기 어렵다는 이유로 그 어느 사례에 대하여도 고살의 책임을 묻지 못하였다. 고의범죄에 있어서도 법인 기업을 형사처벌할 수 있도록 그 범위를 확대하고자 한 동일성 원리가 오히려 법인 기업의 처벌을 못하게 만드는 제약 조건이 된 것이다.

(2) 입법 경과

위와 같은 제약으로 인하여 법인의 대규모 살상에 대한 기소, 유죄 선고가 불가능하게 되자 국민들의 법체계에 대한 불신이 고조되었다. 이에 당국은 '동일성 원리의 채택이 검찰의 기소 부담을 가중시킨다'는 비판을 받아들여 1996년 법률위원회(Law Commission)의 '형사법의 제정 : 비고의살'[144]을 통하여 (1) 비고의살을 미필적 고의에 의한 살인(reckless killing)과 중대한 부주의에 의한 살인(killing by fross carelessness)의 두 종류로 분할하고 (2) 법인에 대하여는 후자에 대응하는 법인고살죄(corporate manslaughter)를 제정할 것을 권고하였다.

이에 노동당은 1997년 10월 총선을 통해 정권을 획득한 후 당 대회에서 관련 법제 개혁 의사를 천명하고 2000년 5월 '비고의살에 관한 법률 개혁' 협의서를 발표하였다.[145] 위 협의서는 위 법률위원회 제안에 찬성

---

143) 대표적인 사건으로는 1987년도에 발생한 페리 전복사건(193명 사망)과 King's Cross 지하철역 화재사건(31명 사망), 1988년도 북해 Piper Alpha 유정굴착기지 폭파사건(167명 사망), 1989년도 Thames강 레저보트 충돌사건(승객 51명 사망), 1997년도 사우스올 열차충돌사건(7명 사망, 150명 부상) 등이 있다.

144) The Law Commission, Op. cit. (4)

145) Home Office, Reforming the Law on Involuntary Manslaughter: The Government's

하면서 그 적용범위를 국왕의 기관(crown body; 정부의 성, 청 및 설립을 정한 수권법에서 국왕의 대리로 규정된 기관; 면책특권 보유)까지 확대하면서 그 운영책임자를 포함한 법인 구성원을 처벌대상으로 할 것을 제안하였다. 다만 그 처벌 수위에 관해서는 '경영자격을 정지'하는 정도에 그쳤고, 구금형 적용 등에 대해서도 소극적인 입장이었다.

이러는 가운데 법인책임센터은 2001년 기준으로 연간 평균 300명 넘는 사람이 직장에서의 사고로 사망한다고 발표하고[146] 위생안전집행위원회(Health and Safety Executive)에서도 1997년도부터 2001년도까지 사이에 약 1,500명이 직장에서 사망한 것으로 추정하였다.

반면 노동조합 추계로 약 350개 법인 기업이 법률의 불비로 인하여 소추를 면하였다.[147] 운송, 일반노동자 사무국장 Tony Woodleym의 2006. 7, 24.자 가디언지 투고에 의하면 위 위생안전위원회는 과거 30년간에 발생한 1만 명의 직업 관련 사망 사고 중에 70% 가량이 관리의 흠결에서 기인한 것이라고 인정하였음에도 불구하고 운영책임자가 실제로 유죄 선고를 받은 예는 11건, 나아가 투옥에 이른 건은 채 5건에 지나지 않는다고 한다.[148]

이러한 상황 하에서 3회에 걸친 제출기한 연장(① 2003. 5., ② 2004. 봄, ③ 2004. 가을) 끝에 2005. 3. 23.경 법인고살법안초안(Draft Corporate Manslaughter Bill)을 포함한 공개협의서가 제출되었다.[149] 이후 2006. 7. 「기업의 살인 및 과실치사에 대한 법률(안)(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 이하 '기업살인법'이라 한다)」이 제출되어 2007. 7. 26. 제정되었고, 2008. 4. 6.부터 시행되기에 이른다.

Proposals, 2000. <http://www.homeoffice.gov.uk/docs/invmans.html>

146) http://www.corporateaccountability.org/statsdeaths.htm

147) Mark Tran, "Corporate killing bill unveiled." The Guardian, Nov. 23, 2004.

148) Tony Woodleym, "Letters: Manslaughter bill must ensure justice for those killed at work.", The Guardian, (2006. 7. 24.)

149) Home Office, Op. cit. (8)

(3) 법률의 주요 내용

(가) 구성요건 검토

29개 조문과 2개의 부칙으로 구성된 본법은 제1조에서 “기업 등의 운영 내지 조직방법의 실패로 인하여 사망의 결과가 발생하고, 그러한 운영 방법의 실패가 상급관리자에 의한 것으로서 당해 기업이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반이 있는 경우에는 기업의 살인(과실치사)죄가 성립한다”고 규정한다.[150] 이는 ① 행위주체가 법률이 규정하는 법인 등의 단체에 해당하고 ② 법인 등이 피해자에 대하여 주의의무를 부담하며 ③ 법인 등에 의한 주의의무 위반이 법인 등의 운영실패 내지 조직방법의 실패에 기인하고 ④ 그러한 실패가 상급관리자에 의한 것으로 ⑤ 의무 위반이 중대하고 ⑥ 의무 위반과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 존재하여야 한다.[151]

‘행위주체’에 주식회사가 포함된다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없어 보인다. 주식회사가 부담하는 ‘주의의무’로는 피용자에 대하여 부담하는 의무(제2조 제1항 a), 대지 또는 건축물 관리자로서의 의무(제2조 제1항 b), 상업적인 업무 수행 과정에서 부담하는 의무제2조 제1항 c(i)], 건축·건축물 유지·관리업무 수행 과정에서 부담하는 의무[제2조 제1항 c(ii)], 공장, 운송수단, 기타 다른 물건의 사용·유지 업무 과정에서의 의무[제2조 제1항 c(iv)] 등이 있다. 실제 행위자가 되는 ‘상급관리자’는 기업경영에 관한 의사결정, 기업을 현실적으로 경영·조직하는데 있어 중요한 역할을 하는 사람일 것을 요한다(제1조 제4항 c).[152]

특징적인 부분은 법인에게 책임을 묻는 기준이 ‘고의, 과실과 같은 귀책사유’가 아니라 ‘운영실패 내지 조직방법의 실패’라는 점이다.[153] 이는

150) 김재윤, 영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점, 195
151) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 124
152) 이태협, 전게논문, 844
153) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 127; 이태협, 전게논문, 844

기업 내부에 유효적절한 안전관리시스템이 있는지, 기업이 적절한 관리 의무를 다하고 있는지 등 '관리소홀책임' 여부를 기준으로 법인의 책임을 묻는다는 점에서 단순히 '동일시 원리'에 의하여 상급관리자의 행위를 법인의 행위로 간주하는 것보다 한층 진화된 양태를 보인다.

(나) 제재 방법

법인의 살인 또는 과실치사가 인정되는 경우 법원은 법인에 대하여 상한이 없는 벌금(제1조 제6항)[154], 시정명령(제9조 제1항), 위반사실의 공표명령(제10조) 등을 선고할 수 있다.

(4) 비판

위 법률은 법인의 형사책임을 명시적으로 인정했다는 점에서 큰 의미가 있으나 한편으로는 그 한계를 보이는 부분도 있다. 대표적인 것이 '살인·과실치사'에 한정하여 법인의 책임을 인정하는 것이다. 법인의 범죄행위로 인하여 사람이 '상해·중상해'를 입은 경우와 '살인·과실치사'에 이른 경우에 있어 범죄능력 내지 수형능력 등에 다른 취급을 할 필요는 없어 보이기 때문이다. 나아가 법인의 범죄행위로 상해 또는 중상해를 입은 사람이 장기간의 치료 중 사망하게 될 경우를 가정해 볼 때 과연 위 법률로서 의율할 수 있을지 의문이 든다는 점에서도 위 법률은 대상범죄에 있어 큰 한계를 지니고 있다.

동일성 이론에서 벗어나지 못한 한계도 있다. 상급관리자의 책임이 인정되는 경우에 법인의 책임을 인정하도록 하는 부분이다. 실제 인명을 살상하는 결과는 상급관리자가 아닌 하급관리자 또는 기타 종업원에 의하여 발생할 수도 있다는 점에서 이 부분 또한 한계로 지적될 것이다.

---

154) 양형평의회(Sentencing council)의 양형기준(Sentencing Guideline)에 의하면 벌금액은 기업의 최근 3년간의 연간 평균매출액의 5%를 기준으로 부과하되 가중·감경요인을 고려하여 2.5~10% 사이의 벌금을 부과하도록 한다(The Sentencing council, 2007 ; 이태협, 전게논문, 845에서 재인용).

2) 미합중국

가) 영국 법체계의 계수; 과실범인 법인 기업의 형사책임 인정

아메리카 대륙의 영국 식민지였던 미합중국은 독립전쟁 끝에 1774년 7월 6일 비로소 영국의 지배로부터 독립하게 되면서부터 독자적인 법체계를 형성하기 시작하였다. 하지만 미합중국이 독립하였다고는 하더라도 그 뿌리는 영국에 두고 있었고, 당시의 영국은 세계 최강대국으로써 세계사회의 질서를 규율하는 위치에 있었으므로 그 법체계 또한 당시 세계에서 범용성 있는 것이었기에 미합중국의 법체계 또한 영국의 법체계를 상당 부분 계승·차용할 수밖에 없었다.

따라서 앞서 본 것과 같이 영국의 경우 오랜 시간을 거치며 점차적으로 법인의 형사책임능력을 인정해 왔던 것과 달리 미합중국은 그 독립 시점부터 영국 법체계에서 인정되어 왔던 법인의 형사책임능력 부분을 그대로 계수하게 되었다. 이때, 즉 1700년대 후반부터 1800년대 초반의 영국은 부작위범인 법인의 형사처벌을 인정한 것을 뛰어 넘어 과실범인 법인, 나아가 법인기업의 형사처벌 단계에 이른 만큼 미합중국에서는 그 후의 법인의 형사책임을 인정하는데 더욱 적극적인 입장을 취하게 되었다. 이러한 측면에서 1832년[155]과 1854년[156] 미합중국에서도 위 영국의 선례에 따라 기업이 과실에 의한 적극적인 행동(affirmative action)이 공적 불법방해를 야기한 경우 그 기업에 대하여 형사책임을 인정하는 판례가 이어지면서 '고의가 없는 범죄에 대하여 기업의 형사책임을 인정할 수 있다'는 보편적인 인식이 자리 잡기 시작하였다.[157] 미합중국에서는 20세기 초반까지만 하더라도 주관적 구성요건을 요건으로 하지 않는 범죄에 한하여 기업의 형사책임을 인정한 것이다.

---

155) State v. Morris & Essex Railroad Co., 23 NJL, 360 (1832); Khanna, 전게논문, 1481
156) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 68 Mass. (2 Gray) 339 (1854); Khanna, 전게논문, 1481
157) Khanna, 전게논문, 1481

나) 고의범인 법인 기업의 형사책임

(1) 일반적인 의도의 인정

19세기에 이르러 미합중국 사회에서는 법인 기업이 꽃을 피우면서 그들이 사회 일반에 해를 끼칠 수 있는 잠재적인 가능성에 대하여 주목하기 시작하였다. 나아가 20세기 들어서면서 산업혁명으로 인하여 미합중국인들의 생활에 있어서의 법인 기업들의 역할이 부각됨에 따라 법인의 불법행위를 규율하고 처벌해야 하는 메커니즘의 필요성이 더욱 명확해지게 되었다.[158]

초창기 법인 기업에 대하여 고의범을 인정한 사례로 꼽는 사건은 1909년도에 미합중국 연방대법원에서 다루었던 New york Central & Hudson River Railroad v. United States 사건[159]이다.

[사건의 개요]

1907년도 Elkins Act 제1조는 철도운송에 관한 리베이트의 공유를 금지하고 있다. 그럼에도 불구하고 New york Central & Hudson River Railroad 회사의 종업원은 제당소에 리베이트를 제공하였다. 이에 검찰은 위 회사가 리베이트를 제공하여 위 법에 위반한 것이라고 판단, 위 회사를 피고인으로 공소를 제기하기에 이르렀다.[160]

[피고인 회사의 주장]

검찰의 공소제기에 대하여 피고인 회사는 종업원의 행위에 대하여 법인의 대위책임을 인정하는 위 Elkins Act 제1조는 위헌이고, 법인에 벌

---

158) Edward B. DisKant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure, The Yale Law Journal, 135 (2008)
159) 212 U.S. 481 (1909)
160) 川崎友巴, 전게서, 159

금을 과하는 것은 무관계한 주주를 벌하는 것이므로 적법절차의 원칙에 반하는 것이라는 취지로 주장하였다.[161]

특기할 점은 종전의 이론적인 대립에 비추어 볼 때 피고인 회사로서는 "리베이트 제공은 고의범에 해당하는데, 법인은 그 자체의 독자적인 의사를 형성할 수 없기 때문에 위 법률위반에 해당하는 주관적 구성요건요소를 충족시킬 수 없다"는 취지로 다투어 볼 여지도 있었으나 그렇지 아니하였다는 점이다. 하지만 이는 반대로 생각해 보자면 이미 법인의 독자적인 의사형성에 대하여 법체계 내에서 일정 수준의 공감대가 이미 형성되어 있었다고 해석할 수 있을 것으로 보인다.

[법원의 판단]

이에 대하여 법원은 법 또는 공공정책의 견지에서는 의회가 그러한 책임을 운송회사에 과하는 것이 위헌이라는 근거를 찾을 수 없다고 판시하였다. 이를 전제로 법원은 본안판단에 이르러 (1) 영리 목적의 거래 대부분이 법인에 의하여 행하여지고 있다는 사실을 간과해서는 아니 된다는 점[162] (2) 법인이 범죄를 범할 수 없다는 고전적인 사고방식을 고수한다면 입법자는 법인의 위법행위를 컨트롤하기 위하여 유일한 효과적인 수단을 잃게 되는바, 법률에 의한 강제는 기업의 불법적인 방법에 의한 이익이 형사소추의 대상이 되는 경우에 비로소 효력이 있다고 보고, 만약 기업에 형사책임 추궁으로 인한 면역력이 갖추어진다면 의회는 기업의 위법행위를 막을 수 있는 효율적인 수단을 상실하게 된다는 점 (3) 법인이 권한을 부여한 대리인의 의도 내지 목적이 곧 법인 자체를 유책하다고 보게 되는 요소이며, 법인이 이를 컨트롤 할 수 없다고 하면 법인에의 대응으로서는 후퇴를 의미하는 것이 된다는 점[163] (4) 법인이 행할 수 없는 범죄가 존재함은 인정되나, 본건에서 문제되는 범죄는 제정법에

161) 川崎友巴, 전게서, 159
162) 212 U.S. 481, 495, [재인용] 川崎友巴, 전게서, 160
163) 212 U.S. 496, [재인용] 川崎友巴, 전게서, 160

의하여 일정한 목적을 위해 금지하는 범죄유형에 속하는바 이러한 유형의 범죄는 곧 권한 범위 내에서 행위한 대리인의 범죄행위에 대하여 법인에 책임을 부과할 것을 이론적 내지 정책적으로 명하는 것이라고 보아야 한다는 점 등을 근거로 본건에 대하여 New york Central & Hudson River Railroad의 유죄를 선고하였다. 이러한 판시에 대하여 법원이 기업의 책임 인정에 실패하는 것은 법의 강제와의 타협에 해당하는 것이고, 의회가 법률에 명시적으로 '고의의 존재'를 요구하는 사안임에도 불구하고 기업에게 책임을 인정했다는 점에서 이 사건을 독특하게 다루었다는 평가도 있다.[164] 그러나 이 판례 이후로 미합중국에서는 일반적인 의도를 요건으로 하는 범죄에 관하여 법인의 형사책임을 인정하는 판례가 많아졌고,[165] 그 과정에서 위 판례의 판시내용을 그대로 인용하면서 사실상의 법원으로 굳어지게 되었다.[166]

(2) 법인의 의도(mens rea) 인정 범위의 확장 - 특별한 의도의 인정

미합중국에서 범죄의 주관적 구성요건요소는 '일반적인 의도'로서의 고의와 '특별한 의도'로서의 고의로 구별된다. 앞서 본 판례는 법인에 대하여 '일반적인 의도'로서의 고의를 인정한 것이었다. 하지만 법인에게도 사람과 같이 주관적 구성요건요소를 인정할 수 있다고 규정하기 시작한 이상 '특별한 의도'로서의 고의를 인정하는 것은 시간문제에 불과하였다.

이러한 차원에서 연방대법원은 (1) 법정모독[167] (2) 연방 및 주(州)의 반독점금지법 (anti-trust) 위반죄에서의 공모[168] 등의 특별한 의도를 요

164) Brickey, 전게논문, 413-14; Khanna, 전게논문 1483; 이에 대하여 당시의 정치적인 환경이 이와 같은 판시가 가능하게 해주었다는 취지로 John C. Coffee, Jr., *Corporate Criminal Responsibility, in* 1 ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND JUSTICE, 254 (Sanford H. Kadish ed., 1983)

165) 川崎友巴, 전게서, 160

166) Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation,* 60 WASH. U. L.Q. 1981, 414

167) Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth, 172 Mass. 294, 52 N.E. 445 (1899), [재인용] 川崎友巴, 전게서, 160

168) United States v. MacAndrews and Forbes Co., 149 F. 823 (C.C.S.D.N.Y.

건으로 하는 범죄에 대하여도 법인의 형사책임을 인정하기 시작하였다. 그 결과 법인의 형사책임의 적용범위는 비약적으로 확대되기 시작하였고, 이러한 의도(mens rea)를 성립요건으로 하는 범죄에 법인의 형사책임을 물음에 있어 법인의 대리인과 종업원들이 위법행위를 함에 있어 의도가 있었던 것으로 법인의 주관적 구성요건요소를 충족하는 것으로 보게 되었다. 이처럼 법인에 형사책임을 과하는 요건으로서의 자연인 행위자의 주관적 구성요건요소는 곧 법인의 의도(corporate mens rea)라고 불리며 이후 법인에의 귀책원리의 발전과 함께 변용을 보이게 된다.[169]

다) 대위책임의 인정과 한계

(1) 대위책임의 인정

1908년 이후로 미합중국에서는 대위책임의 법리를 광범위하게 채용하면서 New york Central & Hudson River Railroad 판례에서의 요건에 해당하면 법인에 형사책임을 귀속시키는 것이 인정된다고 보게 된다.[170] 그렇다면 이 때 법인이 부담하는 형사책임의 법적 성격은 어떻게 보아야 할 것인가. 이는 대리인 또는 종업원의 행위에 대하여 법인이 대신하여 책임을 지는 '사용자 책임(respondeat superior, 상급자책임)'의 응용, 즉 '대위책임'에 해당한다고 볼 것이다.

법인에게 대위책임이 인정되기 위해서는 우선 (1) 구성원에 의한 불법행위(the actus reus)와 그에 필요한 행위자의 주관적 요건(the mens rea)을 갖추어야 한다. 여기서 구성원은 그 기업 내에서의 직급의 상하를 묻지 않는다는 점에서 영국에서의 논의와 차이가 있다. 또한 1인 행위자가 가지고 있는 정보만으로는 범행에 불충분하다고 하더라도 수인의 행위자의 지식이 모여 범죄행위를 구성할 수 있다면 책임을 물을 수 있다

1906); Chicago, Wilmington and Vermilion Coal Co. v. Pepe, 214 III. 421, 73 N.E. 770 (1905), [재인용] 川崎友巴, 전게서, 160

169) 川崎友巴, 전게서, 160

170) 川崎友巴, 전게서, 161

는 점에서도 영국의 대위책임과는 차이를 보인다. 또한 (2) 구성원의 행위가 자신에게 부여된 권한 범위 내에서의 행위여야 한다. 이에 대하여 미합중국 연방대법원을 비롯한 각급 법원은 '고용·위임 범위 내에서의 모든 범위에 있어 사용자책임을 인정한다'는 대전제 하에 행위자의 고용과 관련된 일체의 행위는 물론 그로부터 파생되는 일련의 행위를 포함하는 개념이라고 넓게 해석하고 있는바, 법인이 그 불법행위를 금지시킨 경우라고 하더라도 그 구성원이 그에 해당하는 범죄행위를 저지른 이상 법인에게 책임을 부담시킨다는 특징을 보인다. 나아가 (3) 구성원의 행위가 법인의 이익을 위한 행위일 것을 요한다. 이는 구성원 개인이 오롯이 자신의 이익을 위하여 범행한 경우에까지 법인에게 책임을 묻는 것은 자기책임의 원칙에 비추어 가혹하다는 측면에서 제한을 두는 것이다.

나아가 최근 연방대법원에서는 위 3가지 요건을 보다 덜 엄격하게 해석함으로써 법인 기업의 형사책임을 적극적으로 과하는 경향을 보인다.[171] 기존 판례와 같이 대위 책임을 인정하기 위해서라면 그 실제 행위자가 특정되어야 할 것인데 대리인 중에서 어느 누군가가 위법행위를 실행하였다는 것만 증명하면 충분한 것으로 본다.[172] 복수의 대리인의 행위가 범죄 성립요건의 일부를 구성하는 경우 이들 요건의 결합에 의하여 하나의 범죄가 성립되는 것으로 해석하고, 주관적 구성요건도 1명의 기관 또는 종업원이 온전히 범죄의 실행에 대한 충분한 인식과 의사를 갖고 있지 않더라도 복수의 기관 또는 종업원의 단편적인 인식을 모아 기업의 범죄 인식을 인정하는 '집합적 인식(collective knowledge)'을 통해 주관적 구성요건을 필요로 하는 범죄에 대하여도 기업에게 그 책임을 인정하는 것이다.[173]

---

171) Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Liability : A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agenrs Vol. 1, 89-145 (1992); Ann Crady, Corporate Criminal Liability 22 Am. Crim. L. Rev., 1053-1063 (1996); 川崎友巳, 전게서, 81

172) United States v. American Stevedores, Inc., 301 F 2d 47, 48(2d Cir. 1962); 川崎友巳, 전게서, 81

또한 최근 판례 중에는 임원이나 관리직원 등에 의하여 위법행위가 명확히 금지되고 범죄발생의 예방에 기업이 성실하게 임한 경우라고 하더라도 일단 위법행위가 행하여졌다면 당해 행위는 직무의 범위 내에서 있었던 것으로 본다는 취지의 판시가 있고,[174] 실제로 기업이 이익을 얻지 않은 경우라도 기업의 유책성을 인정하는 취지의 판시가 있었다.[175]

(2) 대위책임의 한계

미합중국의 판례는 19세기경부터 기업에 대한 살인죄 적용 여부를 검토하기 시작하면서 주로 (1) 기업은 범죄의 주체에 포함될 수 있는지(기업의 범죄능력) (2) 기업은 주관적 구성요건으로서의 의사(mens rea)를 가질 수 있는지(기업의 범의) (3) 기업에 형벌을 과하는 것이 가능한지(기업의 수형능력) 등에 관하여 연구해왔다.[176] 이는 (1) 미합중국의 경우 연방과 각 주가 독립된 사법권을 갖고 있기 때문에 각 주별로 판례의 자세가 확립되었다고 보기 어려운 부분이 있고, (2) 1960년대 후반부터 각 주의 형법전 개정으로 그 이전의 선례에 구속력을 인정하기 어려운 경우가 많아졌기 때문이었다.[177]

그러나 대위책임은 직접 행위자가 아닌 자를 처벌한다는 점에서 형법의

---

173) Inland Freight Lines v. United States, 191 F. 2d 313, 315 (10th Cir. 1951); United states v. Bank of New England, N.A, 821 F. 2d 844 (1st Cir. 1987) *cert. denied,* 484 U.S. 943 (1987); 川崎友巳, 전게논문, 82

174) United States v. Hilton Hotels Co., 467 F. 2d 1000 (9th Cir. 1972), cert. denied 409 U.S. 1125 (1973); United States v. American Radiator & Standard Sanitary Co., 433 F. 2d 174 (3rd Cir. 1970); United States v. Armour 168 F. 2d 342 (3d Cir. 1948); 川崎友巳, 전게논문, 82

175) United States v. Carter, 311 F. 2d 934, 942 (6th Cir. 1963), cert. denied, 373 U.S. 915 (1963); United States v. Empire Packing Co., 174 F. 2d 16, 20 (7th Cir. 1949), cert. denied, 373 U.S. 959 (1949); Old Monastery v. United States, 147 F. 2d 905, 908 (4th Cir. 1945), cert. denied, 326 U.S. 734 (1945); 川崎友巳, 전게논문, 82

176) 川崎友巳, <研究ノート> 企業殺人(corporate homicide)と企業の刑事責任-英米における企業への殺人罪の適用が意味するもの, 同志社大學四九券四号, 84

177) 川崎友巳, 전게논문, 78-79

대원칙인 '책임주의'의 예외에 해당하므로 그 인정 범위를 좁힐 필요가 있다는 비판이 고조되었다. 나아가 앞서 확인한 바와 같이 영국에서도 1940년대부터 판례를 통해 '동일시원칙'을 채용, 법인의 직접적인 형사책임을 인정하게 되면서 미합중국의 입법, 사법도 그 영향을 피할 수 없었다. 이러한 배경 하에 연방대법원은 점차 대위책임을 기업책임 인정의 매개체로 삼는 종전의 기준을 무시하기 시작하였고, 의회도 1960년대부터 1970년대 사이에 기업범죄가 지속적으로 증가함에 따라 계속해서 기업의 형사책임을 직접 인정하는 입법을 실시하였다. 이러한 역사적 발전을 통하여 미합중국 사법당국은 지속적으로 그 범위를 넓혀나가게 되었고, 1960년대까지만 하더라도 기업에 대한 형사책임을 대위책임의 형태로 예외적으로 인정하는데 그쳤던 반면 1970년대부터는 적극적으로 기업에 대한 형사책임을 인정하는 경향을 보이기 시작한다.

라) 입법에 의한 법인 기업의 직접 책임 인정

(1) 미합중국에서의 기업 형사책임 인정에 대한 평가

초창기 기업에 형사책임을 직접 인정할 수 있는가에 대한 의문에도 불구하고 미합중국의 사법당국은 꾸준히 기업의 형사책임 인정 범위를 늘려가는 추세로 발전해왔다. 이러한 경향은 결국 기업의 형사 사안에 대한 대리책임의 확장, 고의범죄에서의 기업의 책임의 확장에 대한 다툼으로 이어지는데, 일부 학자들의 경우에는 법원이 기업의 형사책임을 추구한 다수의 사례에서 그 형사책임을 인정하는 근거로 상급자 책임 내지는 사용자 책임과 같은 민사책임의 이론을 끌어들여 설명한 경우가 다수 있었음을 이유로 기업에 민사상 책임을 부과하는 것이 가능함에도 불구하고 형사책임을 물어야 하는 이유에 대하여 근원적인 의문을 제시하기도 하였다.[178]

---

178) Khanna, 전게논문, 1485; Nathaniel Linville, On the Principles Which Govern the Criminal and Civil Responsibilities of Corporations (March 30, 1857), *in* 2 PAPERS READ BEFORE THE JURIDICAL SOCIETY 31, 35 (London,

하지만 대부분의 초기 기업형사책임의 예시가 공공에 대한 불법행위를 대상으로 한 것이어서 민사소송 절차에 의한 사적 강제를 기대하기 어려운 것이었다는 점에서 결과적으로 공적 강제가 곧 기업과 그 행위자의 행동이 보다 사회에 부합되도록 연결시켰다는 점에서 사법당국이 1600년대 후반부터 1900년대 초반까지 형사절차를 통해서 공적 강제를 시행하게 되었다는 점을 고려해야 한다. 즉 광범위한 공적 민사 제재가 없었던 1900년대 초반까지만 하더라도 기업에 대한 형사 제재는 공적 강제와 기업 책임의 추궁이라는 두 가지 측면을 충족시키는 거의 유일한 선택지였던 것이다. 결국 이 당시를 기준으로 볼 때 기업에게 형사적인 책임을 부과하는 것은 매우 유용한 목적 달성의 수단이었다.

(2) 모범형법전 - 동일시 원리의 채용

이러한 전제에서 미국법률협회(American Law Institute)는 1962년 모범형법전(Model Penal Code)에서 동일시 원리를 채용하였다. 모범형법전에서는 (1) 보통법상의 범죄에 대해서 동일시 원리에 의하여 형사책임을 인정하였고 (2) 주관적 구성요건요소를 성립요건으로 하는 범죄에 대한 대위책임을 인정하였으며 (3) 엄격책임의 범죄(주관적 구성요건요소를 성립요건으로 하지 않는 범죄)에 대한 대위책임을 인정하고 (4) 제정법상의 작위의무의 위반에 대한 책임을 채용하였다.[179]

다만 법인을 기소하는 하기 위해서는 법인 구성원 중에서도 높은 지위에 있는 사람이 직접적으로 관여하였음을 증명할 것을 요구함으로써 법인의 형사책임의 범위를 한정하고 있다.[180] 구체적인 규정 내용은 아래 번역과 같다.[181]

William Maxwell 1863); Charles F. Adams, Jr., *A Chapter of Erie, in* HIGH FINANCE IN THE SIXTIES 20, 115-16 (Frederick C. Hicks ed., 1929).

179) 川崎友巴, 전게서, 161

180) Model Penal Code, §2.07(1)(c), [재인용] 川崎友巴, 전게서, 163

181) 이하의 번역은 川崎友巴, 전게서, 162-163을 한역(韓譯)하였음

제2.07조 [법인, 법인격 없는 단체 및 이들을 위하여 행위하는, 또는 행위할 의무를 갖는 자의 책임]

(1) 다음 각 호의 경우 법인은 실행한 범죄에 대하여 기소될 수 있다.

(a) 그 범죄가 질서위반행위인 경우, 또는 그 범죄가 본 법전 이외의 제정법에 규정되어 법인에 형사책임을 과하는 입법취지가 명확하고, 행위가 법인을 위하여 법인의 대리인에 의하여 직무의 범위 또는 고용계약의 범위 내에서 이루어진 경우. 다만 그 범죄를 정하는 법률이 법인의 책임을 인정하는 대표자의 행위의 범위 또는 사정을 규정하고 있는 경우에는 이 규정을 적용한다.

(b) 적극적 이행을 내용으로 하는 특별한 의무가 법률에 의하여 법인에 과하여져 그 불이행이라는 부작위가 범죄가 되는 경우

(c) 이사회가 그 법인의 수행을 재가, 요구, 명령, 수행 내지 경솔하게 용인하는 경우. 또는 법인을 위하여 행위하는 상급관리직원이 그 직무권한 또는 고용계약의 범위 내에서 이들 행위를 한 경우

(2) 범죄의 실행에 대하여 절대적인 책임을 과하는 경우, 반대의 취지가 명확한 경우를 제외하고는 법인에게 형사책임을 과하는 입법취지를 정하는 것으로 본다.

(3) 다음 각 호의 경우 법인격 없는 사단은 실행한 범죄에 대하여 기소될 수 있다.

(a) 당해 범죄가 본 법전 이외의 제정법에 규정되어 법인격 없는 단체에 형사책임을 과하는 취지가 명확하고, 행위가 단체의 대리인에 의하여 단체를 위하여 직무 범위 내 또는 고용계약의 범위 내에서 이루어진 경우

(b) 적극적 행위를 내용으로 하는 특별한 의무가 법률에 의하여 단체에 과하여져 그 불이행, 즉 부작위가 범죄가 되는 경우

(4) 본조에서 사용되는 용어의 의미는 다음 각 호와 같다.

(a) 법인(corporation)이란 정부의 시책의 실시를 위하여 정부기관에 의하여 또는 정부기관으로서 구성되는 조직을 포함하지 않는다.

(b) 대리인(agent)이란 이사(director), 임원(officer), 사용인(servant), 종업원(employee) 또는 그 외의 법인 또는 단체를 위하여 행위하는 권한을 부여받은 자를 의미한다. 법인격 없는 단체에서는 그 구성원을 포함한다.

(c) 상급관리직원(high managerial agent)이란 법인 또는 법인격 없는 단체의 임원, 파트너십상의 파트너 또는 행위가 법인 또는 단체의 방침을

대표하는 자라고 간주되는 것이 상당하다고 할 정도의 중요한 직무권한을 갖는 법인 또는 단체의 그 외의 대리인을 의미한다. (5) 엄격책임이 과하여지는 범죄를 제외하고는 제1항의 (a) 또는 제3항의 (a)에 해당하는 범죄의 실행에 관하여 법인 또는 법인격이 없는 단체가 기소되는 경우 그 범죄의 내용이 되는 사항에 관하여 감독책임이 있는 상급관리자에 의하여 범죄의 실행을 방지하기 위하여 상당한 주의를 다하였음을 피고인이 증명하는 경우에는 이를 항변으로 받아들인다. 다만 그 범죄를 정하는 입법취지와 명확하게 반대되는 경우에는 이 규정을 적용하지 않는다. (6) (a) 누구도 법인 또는 법인격 없는 단체로서, 또는 법인 또는 법인격 없는 단체를 위하여 실행한, 또는 실행된 행위에 관해서는 그 자신으로써 또는 자신을 위한 행위를 한 경우와 동일하게 법적 책임을 부담한다. (b) 법률이 법인 또는 법인격 없는 단체에 대하여 작위의무를 과하는 경우에는 그 의무의 이행에 관하여 1차적인 책임을 지는 법인 또는 법인격 없는 단체가 무모(reckless)에 의하여 작위의무를 게을리 한 경우에는 법률이 그 의무를 자신에게 과한 경우와 동일하게 법적 책임을 부담한다. (c) 법인 또는 법인격 없는 단체의 행위에 관하여 법적 책임을 근거로 하여 유죄를 인정하는 사람에 대하여는 자연인이 당해 등급의 범죄에 관하여 유죄를 선고받은 경우에 과하는 형을 과한다.

위 모범형법전은 이후로 각 주에서의 법인의 형사책임 인정여부 및 그 정도 등에 관하여 큰 영향을 끼치고 있는바, 이하에서는 미합중국의 각 주에서의 법인에 대한 형사책임에 관한 입법례를 확인한다.

(3) 각 주에서의 법인의 형사책임 인정

현재 미합중국에서는 살인죄를 포함한 보통법(common law)상의 범죄에 관하여 원칙적으로 각 주에서 규제권한을 갖고 있다. 미합중국의 50개 주 중 8개 주[182]의 경우 기업의 형사책임의 문제를 어떻게 취급하는지에 관하여 성문법은 물론 공간된 판례집에서도 명확하게 확인되지 않고 있다.[183]

182) 앨라배마, 코네티컷, 메릴랜드, 네바다, 뉴멕시코, 사우스캐롤라이나, 버몬트, 와이오밍 이상 8개 주

183) 川崎友巳, 전게논문, 107

그러나 각 주의 입법체계를 구별하면 아래 5가지 유형으로 분류된다.[184]

(가) 대위책임법 유형

14개 주[185]와 콜롬비아 특별구는 연방과 유사하게 대위책임의 법리를 채용하여 위법행위를 한 기관이나 종업원의 지위를 불문하고 기업에 그 책임을 전가한다.[186]

(나) 행위와 권한의 관련성 테스트 유형

매사추세츠 주와 플로리다 주 등 2개 주에서는 종업원의 지위와 관계없이 위법행위와 종업원의 직무상의 권한에 일정한 관련성이 인정된다면 그 위법행위의 책임을 기업에 전가한다.[187]

(다) 모범형법전 유형

25개 주[188]의 경우 미합중국법률협회가 1962년도에 제창한 모범형법전(Model Penal Code)의 기준을 채용하였는데, ① 보통법상의 범죄에 대하여는 기업과 동일시 가능한 자의 위법행위에 대하여 기업에 책임을 묻는 '동일시이론'에 의한 책임을, ② mens rea, 즉 주관적 구성요건이 요구되는 범죄[189]와 엄격책임 범죄에 대하여는 행위자의 지위에 관계없이 '대위책임'을, ③ 제정법상의 작위의무 위반에 대하여는 그 명문상의 책임을 인정하고 있다. 다만 모범형법전을 채용한 대

---

184) 이하의 유형분리 형태에 관해서는 川崎友巴, 전게서, 164-169 참조
185) 캘리포니아, 캔자스, 미시간, 미시시피, 네브래스카, 뉴햄프셔, 노스캐롤라이나, 오클라호마, 로드아일랜드, 사우스다코타, 테네시, 버지니아, 웨스트버지니아 및 위스콘신 이상 14개 주
186) 川崎友巳, 전게논문, 83
187) 川崎友巳, 전게논문, 83
188) 알라스카, 애리조나, 아칸소, 하와이, 아이다호, 일리노이, 인디애나, 아이오와, 콜로라도, 델라웨어, 조지아, 켄터키, 메인, 미네소타, 미주라, 몬태나, 유저지, 뉴욕, 노스다코타, 오하이오, 오리건, 펜실베이니아, 텍사스, 유타, 워싱턴 이상 25개 주
189) 다만 기업이 상당한 주의의무를 다하였음을 입증하는 경우에는 책임을 지지 아니한다. 川崎友巳, 전게서, 83

부분의 주에서 모범형법전상의 규정보다 범죄성립요건을 완화하는, 다시 말해서 기업의 형사책임을 보다 용이하게 인정하는 경향을 보이고 있다.[190] 대표적인 예로 현재 모범형법전을 그대로 채용한 주는 하와이, 켄터키, 뉴저지, 펜실베이니아, 텍사스, 유타 그리고 아래에서 설명할 루이지애나로 총 7개 주에 불과하다.[191]

(라) 그 외의 유형

① 루이지애나

루이지애나 주에서는 모범형법전의 기준 중 동일시이론만을 채용하였는데 그나마도 법인 기업과 동일시할 수 있는 사람을 대표이사와 일부 상급 임원으로 한정하여 다른 어떤 주보다도 엄격한 요건하에서 법인 기업의 형사책임을 인정하고 있다.[192]

② 캘리포니아주 기업형사책임법

캘리포니아주는 연방 수준과 같이 대위책임을 채용함과 동시에 특정 영역에 있어서는 이와 다른 기준을 채용하여 넓게 법인의 형사책임을 인정하고 있다. 1989년에 기업형사책임법(Corporate Criminal Liability Act of 1989)을 제정하여 법인에 대하여 직장에서의 위험의 발견, 보고 및 제거를 의무로 부과한 것이다.[193] 그리하여 일정의

---

190) 예를 들어, 모범형법전(Model Penal Code) §2.07(1)(c)는 법인의 동일시가 가능한 행위자를 '이사회' 또는 '임원'에 한정하고 있지만, 위 모범형법전을 채용한 오리건 주 Rev. Stat. §161. 170(2), 콜로라도 주 Rev. Stat. § 18-1-606, 델라웨어 주 Code Ann. tit 11, §284(b) 등의 경우 일정한 하위 관리직원에 대해서도 기업과의 동일시를 인정하는 규정을 두고 있다; 川崎友巳, 전게서, 107

191) 川崎友巴, 전게서, 170

192) 이에 대하여는 루이지애나 주가 프랑스의 식민지였고, 최근까지도 기업의 형사책임을 인정하지 않았던 프랑스 형법의 영향에 의한 것이라는 견해가 있으나(川崎友巳, 전게서, 84), 프랑스에서는 1992년도에 신형법전을 제정하면서 각론상의 개별 범죄에 대하여 기업 등 법인의 형사책임을 인정하는 규정을 둔 것이었다는 점에서 동일시이론이 인정되는 일체의 범죄에 대하여 기업의 형사책임을 인정한 루이지애나 주 형법과는 대별점이 있다.

193) Calif. Criminal law §387

의무에 관계되는 관리직원이 직장에서의 중대한 위험의 가능성을 인식하고, 인식 후 15일 이내에 위험성의 경감 또는 공적 기관에의 위험성의 보고 및 종업원에의 위험의 고지를 게을리 한 경우에는 관리직원가 함께 법인에도 형사책임이 과하여지도록 규정하고 있다.[194]

이처럼 캘리포니아주에서 노동, 안전, 위생이라는 특정 영역에 대하여 완화된 요건에 기하여 법인에의 형사책임의 부과를 인정하게 된 계기는 구체적인 사건을 통하여 보고자의 손해의 중대성에 더하여 합리적인 피해자 보호의 수단이 그때까지만 하더라도 존재하지 않는 것이 명백해졌기 때문이었다. 이 때문에 본법에 의하여 관리직원의 안전관리에 대한 의식의 향상과 적절한 대응을 만족하는 것을 목표하게 된 것이다.

(4) 연방의 기소 기준 및 양형 기준

오늘날 미합중국에서는 앞서 본 연방 차원에서의 입법 노력 및 각 주에서의 규율 등에 힘입어 법인 기업에 대한 공적 민사 강제가 실현가능해지면서 정부가 공적으로 민사·형사 제재를 동시에 부과할 수 있게 되었다. 그러나 민사책임이 완전히 형사책임의 역할을 대체할 수 있는 것은 아니었으므로 계속해서 법인 기업에 대한 형사책임을 인정하게 되었다.[195] 이에 연방정부에서는 법인 기업을 기소하고자 하는 경우에 고려해야 할 요소, 법인 기업에 대하여 유죄판결을 선고할 경우의 양형 기준 등을 제시함으로써 법인 기업에 대한 일관성 있는 규율을 도모하고 있다.[196]

(가) 연방검찰의 기소 기준

미 법무부는 1999. 6. 16. 법무부차관(Deputy Attorney General) 에릭

194) Calif. Criminal law §387(b)(4)
195) 이에 대하여는 시간이 지나면서 민사 제재와 형사 제재 사이에 강제력의 차이가 거의 줄어들었기 때문에 오늘날의 문제를 야기한다는 취지로 Khanna, 전게논문, 1487
196) U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL §8 (1995).

홀더(Eric Holder)가 발표한 '법인 피의자에 대한 형사 기소(Bringing Criminal Charges Against Corporate)'라는 memorandum[197] 등을 바탕으로 미합중국 연방검사 업무지침인 USAM(United States Attorney Manual) 제9장에서 Business Organization, 즉 주식회사를 비롯한 상업기업에 대한 기소 원칙을 밝히고 있다.[198]

① 상업기업 기소의 일반 원칙(General Considerations of Corporate Liability)

연방검사는 경제 및 자본시장의 완전성 보호, 불공정한 영리행위로부터의 소비자, 투자자 및 사업체 보호, 환경법 위반 방지 및 반사회적 불법행위를 자행하는 사업체를 저지하는 것을 목표로 상업기업의 범죄행위를 규율한다. 이를 위하여 연방검사는 기업의 부정행위 조사 초기부터 개인의 범죄행위를 면밀히 조사할 필요가 있다. 기업은 개인을 통해서만 행동하기 때문에 개인의 행동을 조사하는 것이야말로 기업의 범죄행위의 사실과 범위를 결정하는 가장 효율적이고도 효과적인 방법이 되기 때문이다.[199][200]

다만 법인에 대한 수사 및 기소절차로 해당 불법행위의 직접 행위자에 대한 형사책임이 대체되는 것은 아니다. 개인에 대한 규율 또한 기업범죄의 저지에 영향을 줄 수 있기 때문이다.[201] 또한 해당 법인

---

197) 일반적으로는 비공식적 외교적 의사소통을 의미하는 단어인데, 행정부처의 정책적 관점의 요약, 전달이라는 의미로 쓰였다는 설명으로 조아라, 미국 연방검찰·법원의 법인에 대한 형사 처분 운용실무, 국외훈련검사연구논문, 2013, 622 각주 9

198) https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations# 9-28.010 (최종 검색일 : 2017. 10. 28.)

199) USAM 9-28.200

200) 실제로 2015년도의 예이츠 메모(Yates memo), 파크주의 등은 범죄행위를 방지할 권한 내지 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 직원이나 임원에 대한 더욱 강력한 처벌을 구하고 있다. 다만 이와 같은 개인의 책임 강화가 곧 법인 책임의 약화 내지 완화를 의미하는 것은 아니라는 점에서 Holder memo와 그에 따른 USAM은 여전히 중요한 의미를 차지한다고 볼 것이다.

201) USAM 9-28.210

이 실제 금전적인 이익을 얻었는가의 여부는 형사책임 성부에 영향을 주지 않는다.[202]

② 상업기업에 대한 제재에 있어 고려해야 할 요소(Factors to Be Considered)

자연인을 대상으로 형사제재를 하기 위해서 검사는 충분한 증거의 구비, 재판에서의 성공가능성, 재판의 잠재적 억지력, 재활가능성 및 다른 문제해결 방법 등을 고려한다.[203] 그러나 상업기업에 대해서는 그 인격적 특성과 아울러 형사정책적 목적 달성의 필요성 등을 바탕으로 다음과 같은 요소들을 고려해야 한다.[204][205]

1. 범죄의 성격과 그 심각성
2. 기업 경영자의 부당 행위에 대한 공모, 묵인을 포함한 회사 내부적인 범죄행위의 만연여부
3. 형사, 민사상의 전력 등 법인의 유사 위법행위 전력
4. 수사에 협조하고자 하는 법인의 노력
5. 기업의 컴플라이언스 프로그램 구비여부
6. 법인의 범죄행위에 대한 시의 적절하고 자발적인 공개
7. 기업의 손해배상, 책임경영을 위한 노력
8. 주주, 연금수령자, 직원 기타 과실이 있다고 보기 어려운 개인에게 불측의 손해를 가하거나 기소로 인하여 일반 국민에게 미치는 영향을 포함한 부수적인 결과의 존부
9. 민사 또는 행정상 규제조치의 적절성
10. 법인의 범죄행위에 책임이 있는 개인에 대한 기소의 적절성

202) “이익이라는 것은 범죄의 책임을 묻기 위한 시금석이 아니며, 이익을 얻는다는 것이 형사처분 대상이 된다는 사실을 뒷받침하는 하나의 증거로 기능할 수는 있으나, 이것이 반드시 필요한 것은 아니다. 대리인이 회사에 이익이 되고자 하는 의도로 행동하도록 요구하는 기본적인 목적은 오히려 기업의 이익에 부합하지 아니하거나 전적으로 대리인의 이익을 위하여 이루어진 행위일 경우 기업을 면책시키는데 그 목적이 있는 것이다.” Old Monastery Co. v. United States, 147 F.2d 905, 908 (4th Cir.)cert. denied, 326 U.S. 734 (1945).

(나) 연방법원의 양형 기준

미합중국 양형위원회는 연방양형기준(Federal Sentencing Guideline)을 통하여 기업(organization)[206]의 불법행위에 대한 처벌 기준을 제시하고 있다.[207] 이는 위법행위가 있을 경우 컴플라이언스 프로그램(compliance program), 즉 내부적인 준법감시 체제를 갖추고 윤리프로그램을 구축하고 있으며 이와 같은 프로그램이 효과적으로 운영되고 있을 경우에는 최고 95%까지의 형사책임을 감경하고 있다.[208] 이후 사베인스 옥슬리법[209]의 영향으로 위 컴플라이언스 프로그램에 윤리강령이 추가되는 형태로 가이드라인 수정안[210]이 제시되기도 하였다.[211] 이하에서는 2016년 최종

---

203) USAM 9-27.220
204) USAM 9-27.300
205) 이하 도표 내 1. 내지 10.은 각각 USAM 9-27.400 내지 USAM 9-27.1300에서 구체적으로 규정한다.
206) 미 연방 법무부가 상업기업(Business Organization)에 대해서 기소 기준을 밝힌 것과 달리 미 연방 양형위원회는 조직(Organization)에 대한 양형 기준을 밝혔다는 점에서 보다 폭넓은 적용 범위를 보이고 있다.
207) https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8#NaN (최종검색일 : 2017. 10. 29.)
208) Federal Sentencing Guideline § 8C2, 5(f)(g), § 8C4. 10 등 참조. 이천현, 송효종, 전게서, 63-64
209) Sarbanes-Oxley Act 65
210) U.S.S.G § 8B2.1.(b)(1) 내지 (7)
- 위법행위를 예방하고 감지하기 위한 기준과 절차를 마련하여야 한다.
- 기업의 최고경영자는 컴플라이언스와 윤리프로그램의 내용과 운영에 대하여 정통하여야 하고, 프로그램의 실행과 실효성과 관련하여 효과적인 감독을 수행하여야 한다. 그리고 고위 임원들은 효과적인 컴플라이언스 프로그램과 윤리프로그램을 보장하여야 하고 그에 대한 책임을 져야 하다. 이러한 책임을 지기 위해서 개인에게는 적절한 권한 등이 주어져야 한다.
- 기업은 불법적인 행동을 할 개연성이 높은 개인이 실질적인 임원진에 포함되지 않도록 합리적인 노력을 기울여야 한다.
- 컴플라이언스 프로그램은 종업원과 임원이 함께 논의하는 합리적인 절차를 거쳐 구성되어야 한다.
- 감시, 감사, 평가, 프로그램의 홍보도 합리적인 절차를 거쳐야 한다.
- 조직 전체를 통해 프로그램을 발전, 강화시켜 나가야 한다.
- 불법행위가 감시된 후 합리적인 절차를 거쳐 유사행위를 방지할 수 있는 장치를 마련하여야 한다.
211) 이하 가이드라인의 해석은 이천현, 송효정, 전게서, 64을 차용함

개정된 연방양형기준을 통해 제시되는 양형기준 및 보호관찰의 구체적인 내용을 살펴본다.

① 일반 원칙(Introductory Commentary)

무엇보다도 법원은 실행이 가능한 이상 언제든지 해당 조직으로 하여금 피해자에게 해당 범죄로 인한 손해를 배상하도록 명령해야 한다.

만약 벌금을 부과하게 되는 경우에는 조직이 주로 범죄 목적으로 운영되거나 범죄의 수단으로 사용된다면 벌금은 조직의 모든 자산을 형해화 시킬 수 있을 만큼 높은 액수로 설정되어야 한다. 벌금의 부과액수는 범죄의 심각성과 비난의 정도에 의하여 결정되어야 한다. 조직의 관여·묵인, 조직의 과거 전력, 행정기관이 발한 명령이나 제재의 위반, 수사나 재판에 반하는 행위 등은 처벌가중요소로 작용하게 되고, 컴플라이언스 프로그램의 존재와 준수, 자발적인 보고와 수사기관에의 협력은 처벌감경요소로 작용하게 된다.

보호관찰은 법인인 피고인으로 하여금 다른 제재를 완전히 이행하도록 하거나 향후 재범을 방지하게 함에 있어 유효·적절한 수단이 될 수 있다.

② 본조의 적용가능성(§8A)

본조는 중죄(felony)와 A급 경죄(Class A misdemeanor offenses)에 대하여 적용된다(§8A.1.1.). 만약 법인인 피고인이 중죄나 A급 경죄 이외의 죄를 범한 경우에는 벌금형으로 다스리게 되는데 벌금 지불능력(§8C2.2), 범죄 수준 및 죄수 (§8C2.3), 기본이 되는 벌금(§8C2.4), 컴플라이언스 프로그램의 구비·준수 여부(§8B2.1), 비난가능성을 점수로 환산한 값(§8C2.6), 벌금 액수 범위(§8C2.8) 및 벌금 인상이 필요한가 여부(§8C2.9) 등을 고려하여 벌금액을 결정하게 된다.

③ 범죄로 인한 피해로부터의 회복(§8B1)

법원은 피해자의 특정이 가능하다면 조직에 대하여 원상회복명령(restitution order)을 내리는 것을 원칙으로 한다[§8B1.1(a)(1)]. 다만 피해자의 수가 너무 많거나 그 인과관계의 판단이 어렵다는 등의 사정이 있는 경우에는 따로 원상회복명령을 내리지 않을 수 있다[§8B1.1(a)(2)]. 조직에 벌금형과 원상회복명령이 동시에 내려질 경우 조직이 납부하는 금원은 원상회복명령 부분에 먼저 충당된다[§8B1.1(c)]. 이러한 피해자 구제의 일환으로 법원은 조직이 어떤 범죄로 어떤 판결을 받게 되었는지 피해자에게 통지할 의무를 부담할 수도 있다[§8B1.4].

법원은 구제명령(remedial orders)을 내릴 수도 있다[§8B1.2(a)]. 이는 위 원상회복명령에 언급되지 아니한 보호관찰의 조건으로, 원상회복이 이미 발생한 손해에 대한 재산적 환산을 통한 피해 전보에 초점이 맞추어져 있는 것과 달리, 구제명령은 범죄로 인한 현재에도 계속 중이고 장래에도 계속될 여지가 있는 위험 내지 손해를 즉시 제거, 방지하도록 요구하는 것을 의미한다는 점에서 구별된다.

보호관찰의 조건으로써 조직에게 지역사회에서의 봉사활동(Community service)을 명하는 것도 가능하다[§8B1.3]. 조직이 피해를 복구할 수 있는 고유한 지식, 시설 또는 기술을 가지고 있는 경우 피해 복구를 위한 지역사회에서의 봉사활동은 문제를 해결할 수 있는 가장 효율적인 수단에 해당하기 때문이다.

④ 컴플라이언스 프로그램의 구비와 준수(§8B2)

컴플라이언스 프로그램이 양형요소로 인정되기 위해서는 범죄행위를 방지하고 탐지하기 위한 실사를 지속적으로 수행할 것 혹은 윤리적인 행위를 장려하고 준법정신을 도모하는 조직문화(organizational culture)를 두어야 한다[§8B21.1(a)].

이러한 사정이 인정되기 위하여 조직은 범죄행위를 방지하고 탐지하기 위한 기준과 절차, 즉 컴플라이언스 프로그램을 사전에 수립하

고, 조직의 의사결정권자는 컴플라이언스 프로그램의 내용과 운영을 잘 알고 있으면서 이를 합리적으로 감독하여야 한다. 또한 조직이 알거나 알 수 있는 범죄행위에 가담하는 개인에게 조직 내부의 권한을 부여하지 아니하도록 합리적인 노력을 다하여야 하고, 지속적으로 조직 내부 구성원들에게 컴플라이언스 프로그램을 훈련시켜야 한다. 나아가 모니터링 및 감사 등을 통하여 컴플라이언스 프로그램이 계속해서 준수될 수 있도록 보장하고 그 효과를 정기적으로 평가하여 개선해 나가며 익명성·기밀성을 갖춤으로써 조직 구성원 누구나 보복에 대한 두려움 없이 범죄행위를 보고할 수 있는 체계를 갖추어야 한다. 이를 어기는 조직원에 적용할 수 있는 징계 조치를 두어야 하고, 그럼에도 불구하고 범죄행위가 발생하는 경우에는 컴플라이언스 프로그램의 수정을 포함하여 유사한 범죄행위 방지를 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다[§8B21.1(b)].

⑤ 벌금의 결정(§8C.)

조직이 범죄 목적으로 또는 범죄의 수단으로 사용되고 있는 경우 법원은 조직의 물적 기반을 허물어뜨리는 수준의 벌금을 선고할 의무가 있다. 만약 조직의 총자산 규모가 확인되지 않는다면 법정 최고형 벌금을 선고해야 할 것이다[§8BC1]. 다만 조직이 벌금을 낼 자력이 없는 경우에는 벌금형을 선고하지 않는다[§8BC2.2].

조직이 책임을 지게 되는 범죄 등급(Offence Level)은 연방양형기준 제2장의 것을 준용하는데, 이때 '피고인'은 조직 그 스스로가 아니라 실제 행위자인 대표 또는 기관 등을 기준으로 한다[§8BC2.3].

기본 벌금의 결정은 범죄등급에 따라 산정되는 기본 벌금[212], 범죄로 인하여 얻은 조직의 이익, 그에 대응하는 피해자의 손해[213]를 기준으로 정한다[§8BC2.4]. 여기에 비난가능성 점수(Culpability Score)

212) 연방양형기준 §8C2.4(d)에서 규정한 범죄 등급에 따른 기본 벌금액은 아래 표와 같다.

를 곱한 값이 권고 벌금 산정액이 되는데 (법인 규모에 따라) 범죄행위의 관여 또는 용인 여부, 범죄 전력(Prior History), 명령의 위반(Violation of Order), 수사·기소·재판 등 사법절차 방해(Obstruction of Justice), 컴플라이언스 프로그램의 구비여부 및 준수여부, 수사기관에 대한 협조 등에 따른 점수의 가감을 통해 산정하게 된다 [§8BC2.5 (a)~(g)].[214]

이상을 기준으로 권고 벌금형이 산정되면 법원은 범죄의 중대성과 대중 보호필요에의 요구, 범행에 있어 조직의 역할, 유죄 인정에 따른 민사재판 등 부수적인 결과, 범죄행위로 인한 손해, 피해자의 범행 취약 여부, 가담·묵인·무시한 조직 또는 조직 고위 직원의 과거 형사기록, 동종 유사 전력 이외의 민·형사상 전력, 10을 초과하거나 0 미만의 비난가능성 점수 및 위 비난가능성 점수에 반영되지는 못했지만 참작할 요소 등을 포괄적으로 고려하여 최종적으로 선고할 벌금액을

Offense Level	Amount	Offense Level	Amount	Offense Level	Amount
6 or less	$8,500	17	$450,000	28	$10,000,000
7	$15,000	18	$600,000	29	$15,000,000
8	$15,000	19	$850,000	30	$20,000,000
9	$25,000	20	$1,000,000	31	$25,000,000
10	$35,000	21	$1,500,000	32	$30,000,000
11	$50,000	22	$2,000,000	33	$40,000,000
12	$70,000	23	$3,000,000	34	$50,000,000
13	$100,000	24	$3,500,000	35	$65,000,000
14	$150,000	25	$5,000,000	36	$80,000,000
15	$200,000	26	$6,500,000	37	$100,000,000
16	$300,000	27	$8,500,000	38 or more	$150,000,000.00

213) 이때의 손해는 고의, 인식, 부주의 등을 묻지 아니한다. 조아라, 전게논문, 650-651

214) 연방양형기준 §8C2.6에서 규정한 최소, 최대승수는 아래 표와 같다.

Culpability Score	Minimum Multiplier	Maximum Multiplier	Culpability Score	Minimum Multiplier	Maximum Multiplier
10 or more	2	4	4	0.8	1.6
9	1.8	3.6	3	0.6	1.2
8	1.6	3.2	2	0.4	0.8
7	1.4	2.8	1	0.2	0.4
6	1.2	2.4	0 or less	0.05	0.20.
5	1	2			

산정하게 된다[§8BC2.8(a)(1)~(9)]. 만약 조직이 피해회복을 이행하지 않았을 경우에는 그 부분도 벌금액에 합산한다[§8BC2.9].

⑥ 조직에 대한 보호관찰(§8D)

연방양형기준은 조직에 대하여 의무적으로 보호관찰을 부과해야 하는 8가지 경우를 규정하고 있다.

배상금 지급(§8B1.1), 개선명령시행(§8B1.2), 지역사회봉사의 이행완료(§8B1.3)가 필요한 경우, 벌금이 완전히 납부되지 아니하여 그 이행을 담보하기 위한 제한이 필요한 경우, 선고 당시에 조직이 50명 이상의 직원을 보유하고 있거나 법률에 다른 효과적인 컴플라이언스 프로그램 구비가 요구되는 경우로써 조직에 그러한 프로그램이 없는 경우, 선고 5년 이내에 조직 또는 조직의 고위 임원에게 동종 유사 전력이 있었던 경우, 향후 재범의 방지를 위해서 조직 내 변경이 보장되어야 하는 경우, 조직이 형사책임을 부담하는 범죄의 법정형 중에 벌금형이 없는 경우 기타 18 U.S.C. §3553(a)가 규정한 양형의 일반목적을 달성하기 위하여 필요한 경우가 여기에 해당한다[§8D1.1(a)]. 이 경우 법원은 중죄의 경우 1년 이상 5년 이하, 그 외의 경우에는 5년을 넘지 않는 한도 내에서 보호관찰을 선고한다[§8D1.2.].

보호관찰을 부과할 경우 법원은 보호관찰 기간 동안에 범죄를 저지르지 않을 것을 조건으로 포함해야 한다. 중범죄에 대한 형사책임을 부담하는 조직에 대하여 벌금형을 선고하지 아니하는 경우에는 반드시 원상회복 또는 지연사회 봉사활동 중 하나를 조건으로 포함해야 한다. 그밖에도 법원은 범죄의 성격과 상황, 조직의 역사와 특성 등에 따라 관련 조건을 추가로 부과할 수 있다[§8D1.3.].

연방양형위원회가 권장하는 부과 조건으로는 공표명령, 컴플라이언스 프로그램의 구비, 제출명령 등이 있다. 특히 컴플라이언스 프로그램의 경우 조직에서 스스로 그 시행일정을 포함한 컴플라이언스 프로그램을 만들어 법원에 제출하고, 법원의 승인을 받은 뒤 직원과 주주

들에게 범죄행위 내용 및 컴플라이언스 프로그램을 통보하야야 한다[§8D1.4.(b)(1)-(2)]. 제출명령이 부과될 경우 조직은 주기적으로 법원 또는 보호관찰관에게 조직의 재정상태 및 사업운영결과, 컴플라이언스 프로그램 시행에 따른 조직의 개선내용, 조직에 대해 제기된 민·형사상의 소추내용 등을 제출해야 한다[§8D1.4.(b)(3)]. 사업 또는 재무 상태상의 중대·불리한 변경, 파산절차 개시 내지 민·형사상의 소추내용의 경우에는 주기에 관계없이 발생 즉시 법원 또는 보호관찰관에게 통보하여야 한다[§8D1.4.(b)(4)]. 그 외에도 조직은 정기 또는 부정기적 회계감사에 따른 자료를 법원 또는 보호관찰관에게 제출해야 하고[§8D1.4.(b)(5)], 법원이 정하는 바에 따라 정기적으로 금원을 납부하여 원상회복, 벌금, 기타 금전적 제재에 충당하도록 하여야 한다[§8D1. 4.(b)(6)].

만약 조직이 보호관찰 조건을 위반할 경우 법원은 보호관찰 기간 연장, 보호관찰 취소 등을 검토할 수 있다[§8F1.1].

⑦ 기타

조직에 대하여 연방양형기준 §5E1.4의 적용을 통해 몰수형을 선고할 수 있다[§8E1.2]. 또한 소송비용을 조직으로 하여금 부담하게 하는 것도 가능하다[§8E1.3].

3) 오스트레일리아

가) 입법과정

오스트레일리아에서는 국가, 지방자치단체, 연방 법무장관 상임위원회의 분과위원회(이하 '분과위원회'라 한다)를 통하여 기업(Corporate)의 형사책임 도입을 논의하기 시작하였다. 분과위원회의 보고서는 기업의 지배구조가 더욱 분산·전문화 되고 있고, 기업 내부적으로도 하급 관리자(junior officer)에 대한 위임이 늘어나면서 더 이상 영국 법원에서 천명

한 Tesco 원칙[215]에 따라 기업의 형사책임을 엄격하게 해석함은 적합하지 아니하다고 보았다. 보고서는 Tesco 원칙 하에서의 좁은 책임을 인정하는 것보다도 기업의 독자적인 범죄행위를 인정하여 기업에 대한 직접적인 형사책임을 인정하는 것이 타당하다고 보았다. 이에 분과위원회에서는 "가능한 한도 내에서 현재 기업에 적합한 형사책임을 도입"하여 책임제도를 발전시키는 것을 목표하게 되었고, 이는 현행 형법전 Part 2.5로 규정되기에 이르렀다. 이후 분과위원회의 제안은 1995. 3. 15.경 형법전 개정을 통하여 기업의 형사책임이 도입하는 내용의 재가를 얻었고, 1997. 1. 1.경 공표되었다. 그러나 그 시행에는 5년이 더 걸려 2011. 12. 15.경부터 비로소 적용되기 시작하였다.[216]

나) Part 2.5(기업의 형사책임)

형법전 Part 2.5는 "기업의 형사책임"이라는 제목 아래 12.1 일반적인 원칙, 12.2 객관적 요소, 12.3 과실 이외의 결함요소, 12.4 과실, 12.5 사실의 오류(엄격한 책임)로 구성된다.

Section 12.1(일반적인 원칙)은 오스트레일리아 형법전이 개인에게 적용되는 것과 같이 기업에도 직접 적용된다는 점을 선언하고 있다. 나아가 개인에 대하여 적용되는 형법상의 조문도 그 필요 등에 의한 수정으로 법인에 직접 적용될 수 있음을 시사하고 있다. 다만 위 조문에 의하여 기업의 형사책임이 인정된다고 하더라도 기업의 피고용인은 기업의 형사처벌 여부와 무관하게 징역형을 포함한 어떠한 범죄로도 유죄 판결을 받을 가능성이 여전히 남아 있게 된다.

---

215) 범죄행위의 객관적 요소는 반드시 법인의 고위 임원에게 귀속되는 것이어야 한다는 원칙을 의미한다.

216) 오스트레일리아 수도 준주(Australian Capital Territory, ACT)에서는 이보다 앞선 2003년도부터 산업살인법[Crimes (Industrial Manslaughter) Amendment Act 2003./ 형법 1900 수정]이 도입되어 도급업체는 물론 하도급업체를 포함한 기업에 대해서도 노동자가 사망, 부상한 경우 형사처벌(125만 호주달러 이하의 벌금)을 하고 있다는 취지로 민주노총 노동안전보건국, 한국의 기업 살인법, 중대재해 기업처벌법 이제는 제정되어야 한다, 21

Section 12.2(객관적 요소)는 주관적 요소에 대응되는 개념으로서 어떠한 종류의 범죄행위를 기업의 형사책임 범위로 귀속시킬 것인가를 규정하고 있다. 예를 들어 범죄행위의 물리적인 요소가 피고용인이나 직원 또는 회사 임원이 자신의 고용범위 또는 권한범위 내에서 저질러진 것이라면 이는 기업에 직접 귀속된다. 다른 법제와 비교해 볼 때 특징적인 부분은 법인에 해당하는 범죄를 특정하지는 않고 있다는 점이다.

Section 12.3(과실 이외의 결함요소)은 피고용인이나 직원, 회사 임원의 행위를 기업의 형사책임으로 귀속시키기 위한 기업의 행위 요소를 규정하고 있다. 기업은 피고용인 등이 고의, 인식 있는 과실 또는 무모함 등으로 인하여 범죄행위를 저지른 경우 중에서도 기업이 명시적으로나 묵시적으로 그와 같은 행위를 위임하거나 허가한 경우에 한하여 형사책임을 부담한다. 기업이 '명시적으로, 묵시적으로 또는 암암리에 피고용인 등의 범죄행위를 승인 또는 허가를 하였을 것을 요한다'는 것이다.

기업의 위임 또는 허가가 인정되는 가장 기본적인 모델은 해당 법인의 이사회나 기업의 임원이 고의적으로 또는 무모하게 관련 행위를 수행하였거나, 명시적으로 또는 묵시적으로 그 범죄의 위임을 허가한 경우가 있다. 이는 앞서 언급한 Tesco 원칙에도 부합하는 모델이기도 하다.

그러나 위와 같이 엄격하게 해석할 경우 기업으로서는 '개성이 강한 고위 임원의 일탈'이라고 주장함으로써 기업의 책임을 면할 가능성이 발생한다. 이에 오스트레일리아 형법에서는 기업 내에 그와 같은 범죄행위를 지시, 권장, 준수하게 하는 '기업 문화(corporate culture)'가 존재하거나, 기업이 본조와 관련된 필요적인 준수사항을 만들어내고 유지하는 '기업 문화'를 만들어내는데 실패한 경우에도 기업의 형사책임을 인정하도록 규정하고 있다. 이때의 '기업 문화'란 일반적으로 또는 관련 활동이 이루어지는 기업의 내부 또는 일부에 존재하는 태도, 정책, 규칙, 행위, 관행을 가리킨다.

다만 기업문화를 이유로 기업을 형사처벌할 경우에는 그 가발성의 범위가 넓어진다는 점에서 일정 부분 제한의 필요성이 있다. 이에 본조에서는 기업의 임원이 범죄행위와 관련된 행위를 수행 또는 위임하는 경우에 기업 자체적으로 범죄행위의 수행 또는 위임을 방지하기 위하여 상당한 주의의무를 기울였음을 증명할 경우에 기업을 면책한다. 또한 기업문화를 이유로 기업에 책임을 묻기 위해서는 기업의 임원 기타 관리자에게 문제가 되는 행위와 동일 또는 유사한 성격의 범죄행위를 저지를 권한이 주어져 있었는지, 범죄행위를 저지른 피고용인 등이 합리적인 근거를 믿었거나 합리적인 기대치를 충족한 경우여서 기업의 고위임원으로서도 범죄행위의 수행 내지 위임을 승인·허용했을 것으로 보이는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 한다. 한편 범죄행위에 대한 고의 또는 인식이 있었던 경우에는 이사회 또는 고위 임원 등의 부주의한 관여 내지 부주의한 승인 또는 허용으로 기업에게 고의 또는 인식이 있었다고 인정할 수 없다.

Section 12.4(과실)는 기업의 과실, 부주의에 대한 판단 기준을 제시한다. 전체적인 관점에서 볼 때 기업의 과실 또는 부주의가 범죄행위를 구성하는 구성요건이 되고, 피고용자, 직원 또는 기업의 임원에게 개인적인 책임이 인정되지 않는다면 그에 따른 책임은 기업 그 자체에 귀속된다고 보는 것이다. 이 경우 기업의 과실의 내용은 범죄행위가 실질적으로 피고용자, 직원 또는 대리인 중 한 명 이상의 행동에 대한 부적절한 기업관리·감독 혹은 관련 정보를 기업의 관련자에게 전달할 수 있는 적절한 시스템을 마련하지 못한 것이 된다.

Section 12.5(사실의 오류)는 면책조항을 두고 있다. 기업은 원칙적으로 본조의 책임을 부담한다. 그러나 그와 같은 행위를 수행하는 직원, 대리인 또는 임원이 존재하지 않았다면 그와 같은 범죄행위가 발생하지 않았을 것이라는 점에 합리적인 의심이 없고, 기업 스스로 불법행위를 방지하기 위하여 상당한 주의의무를 기울였음이 입증된다면 Section 9.2[217]

에서와 같이 기업에 귀책사유가 있었음을 엄격하게 입증하는 경우에 한하여 기업에게 책임을 귀속시킬 수 있다. 직원 등의 개인적인 특성으로 인해 발생한 범죄행위를 무조건 기업에 귀속시키는 것은 불합리하고, 기업 스스로 충분히 주의의무를 다하였음에도 발생한 일탈에 대해서도 기업에 책임을 묻기 어렵기 때문이다. 하지만 피고용자, 직원 또는 대리인 중 한 명 이상의 행동에 대하여 부적절한 기업 관리 내지 감독이 있었다거나 관련 정보를 기업의 관련자에게 전달할 수 있는 적절한 시스템을 마련하지 못하였다면 그 자체로서 상당한 주의의무를 기울이지 아니하였음이 입증되는 것으로 볼 수 있다.

Section 12.6(관련사건)은 Section 10.1(intervening conduct or event)에 대한 예외 규정이다. Section 10.1은 책임질 수 없는 사유로서 인하여 발생한 사실에 관하여는 책임을 지지 아니한다는 규정이다. 이에 대하여 본조는 형법상 피고용자, 대리인 또는 임원에 의하여 저질러진 범죄행위에 대한 기업의 책임을 인정하기 위하여 기업과 다른 인격체인 피고용자, 대리인 또는 임원의 행위에 대한 책임을 기업이라는 법인체에 귀속시키는 것이다. 즉 원칙적으로 Section 10.1에 의하여 타인의 행위에 대해서는 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이지만, Section 12.6은 엄격한 의미에서 타인에 해당하는 피고용자, 대리인, 임원 등의 행위에 대하여 별개의 인격체인 법인에게 그 책임을 인정하는 예외를 인정한다.

4) 캐나다

가) 입법배경-웨스트레이 사건

1992. 3. 9. 캐나다 노바 스코티아(Nova Scotia) 주에 있는 Plymouth에서 사고로 흘러나온 메탄가스가 폭발을 일으키며 큰 화재를 일으키는 바람에 웨스트레이 광산에서 일하고 있던 28명의 광산노동자가 일산화탄소 중독으로 사망한 이른바 '웨스트레이' 사건이 발생하였다.

---

217) 사실의 착오에 대하여 엄격한 책임을 묻는 규정

노바 스코티아 주정부의 조사 결과, 위 광산은 (1) 적절한 내부 환기장치를 갖추지 못한 상태에서 그 유지·보수조차 제대로 하지 않은 상태여서 메탄가스의 안전 수치를 지키지 못하고 있는 등 내부 시스템상의 하자로 인해 안전보건법을 위반하고 있었고 (2) 충분히 안전한지 확인되지 않은 탄광에서 이윤 추구만을 위하여 광부들에게 해고하겠다고 위협을 하는 등의 협박으로 위 탄광의 위험한 곳에까지 들어가 일하도록 강요하는 등 노동법을 위반하고 있었으며 (3) 메탄가스가 위험수치에 도달할 경우에 이를 알려주는 '경보장치'도 꺼놓은 상태로 광부들에게 작업을 시키는 등 그 관리상태가 허술했고 (4) 이러한 문제점들을 정부에서 확인하지 못할 정도로 허술하게 관리감독 하는 등 총체적인 문제점들이 이 사건과 같은 재앙을 일으키게 된 것임이 확인되었다.[218]

이에 캐나다의 철강노동조합을 비롯한 노동조합에서는 "NO MORE WESTRAY" 투쟁을 전개하면서 이른바 '기업살인법'의 제정을 촉구하기에 이르렀고, 이는 10여 년간의 투쟁 끝에 2003년도 형법 개정을 통해 "단체의 형사책임법(An act to amend the Criminal Code(Criminal liability of organization)" 조항을 두기에 이르렀다.

나) 단체의 형사책임법-형법 제217조 제1항

다른 사람에게 업무를 수행하게 하거나 업무를 수행하는 방법을 지시하는 권한을 가진 모든 사람은 작업 또는 작업으로 인해 그 사람이나 다른 사람에게 신체적 상해를 입히지 않도록 합당한 조치를 취할 법률상 의무를 부담한다.

캐나다 형법 제217조 제1항[219]은 위와 같은 규정을 두어 업무를 수행

218) Peter Richard, "The Westray Story: A Predictable Path to Disaster", Province of Nova socotia

219) 217.1 Every one who undertakes, or has the authority, to direct how another person does work or performs a task is under a legal duty to take reasonable steps to prevent bodily harm to that person, or any other

하게 하거나 업무 수행 방법 지시에 책임 또는 권한 있는 모든 자에 대하여 그 사람들 또는 다른 모든 사람들에게 일이나 업무로 발생하는 위험을 방지할 법적 의무를 부여하였다.

다) 적용대상 및 적용내용

위 법은 산업재해는 물론 업무수행 과정에서 발생하는 일반적인 재해에 있어서도 적용되고, 그 피해자의 범위에 '종사자(worker)'는 물론 일반시민도 포함된다는 점에서 종사자 및 하청 노동자, 재택근로자, 수습생, 자원봉사자 등의 산업재해에 대해서만 적용되는 오스트레일리아의 '산업살인법'과 비교된다.

위 규정에 의하여 업무를 지시한 기업, 공공단체, 법인, 원청업체 등은 그 스스로 위법행위에 대한 형사책임을 부담하게 된다. 검사는 단체 대표자 중 1인이 위법행위의 당사자이거나 대표자 중 2인 이상의 작위 또는 부작위 행위와 위법행위가 연관성이 있다면 그 부주의를 입증하여 위 공공단체 등을 기소할 수 있다. 또한 권한 범위 내에서 행위하는 상급관리자가 위법행위의 당사자이거나 위법행위를 구체화하는 행위 내지 부작위를 지시하였음을 입증하여 위 공공단체 등을 기소하는 것도 가능하다. 이는 단체의 대표자가 위법행위의 당사자가 되거나, 그러한 상황을 인식하고도 방치하는 등 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우에도 적용될 수 있다.

라) 처벌내용

기업 등의 위법행위로 인하여 피해자가 부상당한 경우 행위자 개인은 최대 10년의 징역에 처해질 수 있고, 피해자가 사망한 경우라면 최대 무

---

person, arising from that work or task.
217.1 Il incombe à quiconque dirige l'accomplissement d'un travail ou l'exécution d'une tâche ou est habilité à le faire de prendre les mesures voulues pour éviter qu'il n'en résulte de blessure corporelle pour autrui.

기징역에 처해질 수도 있다. 나아가 한도의 정함이 없는 벌금형의 선고와 최대 15할의 피해자 과징금이 부과될 수 있다.

한편 기업에 대해서는 개인의 경우와 같이 한도의 정함이 없는 벌금형의 선고와 최대 15할의 피해자 과징금이 부과될 수 있다. 또한 위 전과기록이 보존되고 보호관찰을 받게 된다.

위와 같은 형사처벌 이외에도 기업과 그 행위자 개인은 (1) 손실 내지 손해배상 책임을 부담하고 (2) 단체의 추가적인 위법행위 가능성을 줄이기 위한 정책, 기준, 절차를 마련할 것을 강제당하며 (3) 정책, 기준, 절차를 대표자와 논의하여 그 이행을 법원에 보고하고, 이를 준수할 상급관리자를 지정하게 되고 (4) 일반인에게 위법행위, 법원의 판결 내용, 재발 방지를 위한 정책 및 기준, 절차 등을 공표하는 등의 제재를 추가로 받을 수 있다.[220]

마) 법 제정의 효과

이 법을 제정하던 2003년도만 하더라도 6.10에 이르던 사망만인률(死亡萬人率)[221]이 2004년도에 이르러 5.80으로 줄어들었다.[222]

다. 대륙법계

1) 독일

가) 개관

독일에서는 도의적 책임론에 근거하여 형벌의 대전제를 “책임을 다하지 않은데 대한 비난”이라고 본다.[223] 또한 개인주의 형법관을 기초로

220) 민주노총 노동안전보건국, 전게서, 22
221) 사망자수의 1만 배를 전체 근로자 수로 나눈 값. 전 산업에 종사하는 근로자 중 산재로 사망한 근로자가 어느 정도 되는지 파악할 때 사용하는 지표
222) 민주노총 노동안전보건국, 전게서, 22
223) “형벌은 책임을 전제하는 것이고, 책임이란 비난가능성이다. 행위자가 적법하게 행위할 수 있었고 옳은 것을 행하기로 결심할 수 있었음에도 불구하고 불법하

형벌은 자연인에 대해서만 부과할 수 있는 것이지 법인은 그 대상이 될 수 없다고 본다. 즉 법인의 형사책임을 인정하지 아니하는 것이다.[224]

그렇다고 해서 독일에서 법인의 범죄행위 규율을 포기한 것은 아니다. 현행 독일법령상으로는 형법 제73조 제3항, 제75조가 대표나 대리인으로서의 자격을 가진 자가 정범 또는 공범인 경우에는 그 소속 법인에 대하여 과태료를 부과하도록 하고 있다. 또한 질서위반에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 약칭 OWiG, 이하 '질서위반법'이라 한다)에 의하여 법인의 범죄행위를 규율하고 있다.

한편 독일에서도 법인의 형사책임을 인정하고자 하는 노력이 없는 것은 아니다. 그 대표적인 예시가 2013. 9. 10. 독일 Nordrhein-Westfalen 주 법무부가 발의하여 현재 독일연방의회에서 논의 중인 '기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwort- lichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)이다.

이하에서는 현행 질서위반법에 의한 법인의 규율 매커니즘의 규정체계와 그 문제점을 파악하고 Nordrhein-Westfalen 주 법무부 발의안의 주요 내용을 검토하고자 한다.

나) 질서위반법에 의한 규제

게 행위하였고 옳지 않은 것을 행하기로 마음먹었다는 데에 대하여 비난을 가하는 것이다. 이는 인간이 스스로 자유롭게, 책임을 부담하면서 윤리적으로 판단할 수 있으므로 옳은 것을 행하고, 옳지 않은 것을 행하지 않기로 결정할 수 있는 능력, 나아가 자신의 행동방식을 결정하고 법이 금지하고 있는 것을 회피할 수 있는 능력을 가지고 있다는 사정에 기초한다." BGHSt, NJW, 1952, 594 [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) 159 각주 337

224) Thomas Weigend, SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST? A German Perspective, Journal of International Criminal Justice, 927 (2008. 11.) 이하 [재인용] 한국형사정책연구원, 기업의 경제활동에 관한 형사법제연구(II)-주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구-, 137 이하

독일 질서위반법은 제9조, 제30조, 제130조를 통하여 법인의 범죄행위를 규율하고 있다. 이중 제9조는 업무를 집행하는 자연인에 대한 형사책임을, 제30조는 위 자연인이 책임을 부담함에 따라 법인에게 과태료를. 제130조는 법인을 포함한 사업주의 선임감독상의 주의의무 위반 등을 이유로 사업주에게 과태료를 부과하는 근거 규정이 된다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

(1) 규정 체계

(가) 하부로의 귀속(Zurechnung nach unten)

제9조[225] ① 처벌규정이 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황(이하 '특별한 인적 표지'라 한다)을 처벌요건으로 하는 경우, 다음 각 호의 1에 해당하는 자격으로 행위한 자에 대하여는 설령 그 표지가 본인에게만 충족되고 행위자에게는 충족되지 않는 경우에도 (행위자에게) 당해 처벌규정을 적용한다. 1. 법인의 대표권 있는 기관 또는 그러한 기관의 구성원 2. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권이 있는 사원 3. 타인의 법정대리인 ② 처벌규정이 특별한 인적 표지를 구성요건으로 하고 있는 경우, 사업주 또는 기타 그에 대한 권한을 보유한 자로부터 다음 각 호의 1에 해당하는 위임을 받고 그 위임에 근거하여 행위한 자에 대하여는 설령 그러한 표지가 수임인에게는 존재하지 아니하고 사업주 등에게만 존재하는 경우에도 당해 처벌규정을 적용한다. 1. 사업체의 전부 또는 일부의 운영을 위임받은 경우 2. 사업주에게 부과된 업무를 자기 자신의 책임으로 이행할 것을 명시적으로 위임받은 경우 기업체는 제1문에 의한 사업체로 본다.[226] 위임에 근거하여, 또는 공공행정업무를 수행하는 지위에 있는 자를 위하여 행위하는 자에 대하여서도 제1문을 적용한다. ③ 제1항과 제2항은 대표권 내지 대리권을 부여하거나 위임관계를 발생시키는 법적 행위가 무효인 경우에도 적용한다.

① 규정의 취지와 법적 성격

일부 형벌규정은 그 행위 주체를 '사업주(Arbeitsgeber)'로 규정하고 있다. 그러나 법인이 사업주인 경우에는 앞서 본 바와 같이 범죄능력을 인정할 수 없어 위 형벌 규정을 적용할 수 없다. 이에 독일의 입법자는 처벌공백을 막기 위하여 질서위반법 제9조(형법 제14조)를 두었다. 법인의 업무를 집행하는 자연인에게 위 형벌 규정 문언상의 신분이 인정되는 것은 아니지만, 실제 행위자인 자연인에게 당해 처벌 규정을 적용하도록 한 것이다. 이러한 특성으로 인해 제9조는 상부(법인)에서 하부(구성원)로 책임을 귀속(Zurechnung nach unten; 하부로의 귀속)시켜 가벌성을 확장하는 조문이라고 해석한다.

이러한 가벌성 확장의 이론적 근거로는 실제 행위자인 자연인이 본인, 즉 법인을 비롯한 사업주에게 부여된 법률상의 의무를 본인에 갈음하여 혹은 본인과 공동으로 부담하는 것이기 때문이라고 보는 견해(의무설)와 실제 행위자인 자연인은 신분자인 사업주(법인)가 사회생활영역에서 보유하는 지배권능을 사실상 인수하여 보증인 지위를 인수한 것이기 때문이라고 보는 견해(보증인설)가 있다. 두 견해는 대리관계 외에도 사회생활영역에서의 지배권능 이전 여부가 문제되는가에 있어서 해석상의 차이를 보일 뿐 어느 견해에 의하든 자연인의 형사책임을 인정하는데 대해서는 다툼이 없다.[227]

② 제9조 제1항의 구성요건 : 기관 또는 대표자의 형사책임

---

225) 독일 형법 제14조도 이와 같은 내용으로 되어 있다. 이하 조문의 번역은 김호기, 김택수, 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) 제4장 및 법무부 법무국, 법무자료 제269집 : 질서위반행위규제법과 각국의 입법례, 5-84를 참고함

226) 사업체와 기업체의 의미에 관해서는 기업체가 보다 상업적인 의미를 가지는 데에 반하여 사업체는 보다 기술적인 의미를 가지고, 전자는 법적 경제적 단일체를 의미하는 반면 후자는 기술적 조직적 단일체를 의미한다고 이해한다는 견해로 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 9-68 (2006); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 153 각주 322

227) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 138, 139-143

제9조 제1항은 특별한 인적표지를 이유로 범죄가 성립되는 경우, 즉 '신분범'에 대하여 적용한다. 그 신분을 갖는 사람이 법인, 권리능력 있는 인적 회사(이하 '법인 등'이라 한다)인 경우에 처벌의 공백을 매우기 위하여 적용되는 것이다. 법인 등은 위 신분범에 해당하지만, 법인 등이라는 특성으로 인하여 형사책임을 부담하지 아니한다. 그 대신 법인 등의 행위도 결국 자연인인 업무집행자, 즉 기관·대표자에 의하여 이루어지는 것이라는 점에서 그들의 기관·대표자의 행위가 범죄 또는 질서위반행위에 해당할 경우에 기관·대표자에게 그 형벌 또는 과태료를 부과하도록 하는 것이다.

주식회사를 기준으로 볼 때 제9조 제1항 제1호가 규정하는 '대표권 있는 법인의 기관 또는 그러한 기관의 구성원'은 이사회와 회원총회 이외에 감사회(AktG 제95조)를 가리킨다. 같은 항 제3호가 규정한 '그 밖의 법정대리인'으로는 파산관재인을 생각해 볼 수 있다.[228] 수인이 업무집행자연인에 해당하는 경우 그 처벌 범위가 문제될 수 있는데 독일의 다수견해는 모든 기관, 모든 사원이 법인 등에 대하여 부과된 의무이행의 주체가 된다고 본다. 이에 대해서는 가벌성을 지나치게 확장시키게 된다는 비판[229]과 아울러 과실범이 문제되는 경우에는 신뢰의 원칙에 따라 다른 기관들의 책임을 제한하여야 한다는 견해 등이 제시되고 있다.[230]

기관·대표자의 행위가 본인, 즉 주식회사를 비롯한 법인을 위한 행위여야 하는가에 관하여는 오로지 본인의 이익을 위하거나 또는 행위자 자신은 물론 본인의 이익을 위하는 경우일 것을 요한다는 견해(이익설)와 행위의 성질상 대표권 또는 대리권의 행사이기만 하면 족하다는 견해(기능설)의 견해가 대립된다. 예를 들어 합자회사의 대표권 있는 사원이 회사가 파산위기에 처하자 오로지 자신의 이익을 위하여 회사의 재산을 은

228) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 144-146
229) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007, 14-53; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 149 각주 314
230) Klaus Rogall, 전게서, 9/64; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 149 각주 316

닉한다면, 이익설의 입장에서는 합자회사의 이익을 위한 행위가 아니었기 때문에 배임죄만이 성립하게 되는 반면, 기능설의 입장에서는 외견상 대표의 행위이기 때문에 강제집행면탈죄의 성립이 가능하게 될 것이다.[231]

③ 제9조 제2항의 구성요건 : 수임인의 형사책임

제9조 제2항은 위와 같은 기관 또는 대표자가 자신의 권한 전부(제1문 제1호) 혹은 일부(제1문 제2호)를 위임한 경우를 규율한다. 수임인을 실제 행위자로 보아 처벌규정을 적용하는 것이다. 다만 수임인이 책임을 부담한다고 하여 본래의 의무자인 기관 또는 대표자가 당연히 면책된다고 볼 것은 아니다. 이는 제9조 제2항 제1문 본문이 '신분표지를 갖추지 못한 수임인 등에 대하여도 역시(auch) 적용된다'는 규정이지 위임인에 대한 면책규정의 성격을 갖는 것은 아니기 때문이다.[232]

④ 제9조 제3항 : 사실상의 기관 이론의 입법화

대리, 수임의 대전제인 '대표권 내지 대리권의 부여'가 법률상 효력이 없는 경우에도 행위자는 사실상의 기관 이론(Lehre vom Faktischen Organ)에 의하여 책임을 부담한다. 다만 이때 행위자는 적어도 기관 또는 대표자의 묵인 내지 동의하에 사실상의 대표 또는 수임인으로써 활동하였을 것을 요한다.[233] Henning Radtke 교수는 독일 판례상 주식회사의 사실상의 대표기관에 해당하려면 ㉮ 행위자가 회사 내외부적으로 유효한 의사결정을 내려 모든 업무집행과정에 영향력을 미쳐야 하고 ㉯ 그러한 행위가 대표권을 부여할 권한 있는 자의 양해 하에 이루어져야 하며 ㉰ 그 행위자에게 법률상 유효한 대표기관보다 더 높은 지위가 인정되어야 한다고 본다.[234]

---

231) 한편 독일연방대법원은 강제집행면탈죄(파산죄라고도 해석된다. 제283조)외 배임죄(제266조)의 상상적 경합을 인정하고 있으므로(BGH, NJW 1981, 1793), 일응 기능설의 입장에 가깝다고 볼 여지가 있다.

232) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 154

233) BGHSt 21, 101 (NJW 1966, 2225); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 156 각주 327

(나) 상부로의 귀속(Zurechnung nach oben) : 법인의 책임

제30조[235] ① 다음 각 호의 1의 지위에 있는 자가 범죄행위나 질서위반행위를 하였고, 이로 인하여 법인이나 인적 단체에 대하여 부과된 의무가 침해되었거나, 당해 법인 내지 인적 단체가 이익을 얻었거나, 그러한 행위가 법인이나 인적 단체에 이익을 부여하기 위한 목적으로 행하여진 경우에는, 당해 법인이나 인적 단체에 대하여 과태료를 부과할 수 있다. 1. 법인이 대표권 있는 기관 또는 그 기관의 구성원 2. 권리능력 없는 사단의 이사회 또는 그 이사회의 구성원 3. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원 4. 법인이나 제2호 내지 제3호에서 열거한 단체의 포괄대리권을 가진 상업사용인, 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인 5. 법인이나 제2호 내지 제3호에서 열거한 단체의 사업체 내지 기업체를 운영할 책임을 부담하는 자. 운영자의 지위에서 업무집행을 감시하거나 기타 감독권한을 행사하는 자를 포함한다. ② 1. 고의에 의한 범죄행위의 경우에는 백만 유로 이하, 2. 과실에 의한 범죄행위인 경우에는 오십만 유로 이하의 과태료를 부과한다. 질서위반행위의 경우 과태료 부과의 상한액은 당해 질서위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액에 의한다. 제2문은 하나의 행위가 범죄행위인 동시에 질서위반행위에 해당하고, 그러한 질서위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액이 제1문에 의한 상한액을 초과하는 경우에도 적용한다. ④ 범죄행위 또는 질서위반행위에 이를 처벌하기 위한 절차가 개시되지 않거나, 중지되었거나, 행위자에 대한 형이 면제된 경우에는 법인이나 인적 단체에 대하여 독자적으로 과태료를 부과할 수 있다. 이상의 요건에 해당하지 않더라도 법인 및 인적 단체에 대하여서 독자적으로 과태료를 부과할 수 있도록 법률로 정할 수 있다. 법적인 사유로 인하여 범죄행위나 질서위반행위를 처벌하기 위한 절차를 개시할 수 없는 경우에는 법인이나 인적 단체에 대하여 독자적으로 과태료를 부과할 수 없다. 이러한

234) Henning Radtke, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 1. Aufl., 2003, 14/114; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 157 각주 335

사정에도 불구하고 제33조 제1항 제2문은 그대로 적용된다. ⑤ 법인이나 인적 단체에 대하여 과태료를 부과하는 경우, 같은 행위를 이유로 하여 형법 제73조 또는 제73조의 a, 또는 질서위반법 제29조의 a에 의하여 박탈을 선고할 수 없다.

① 취지와 법적 성격

독일에서도 법인에 대하여 형벌 이외의 다른 제재를 가하는 것은 가능하다고 본다. 이에 질서위반법 제30조는 업무집행 자연인이 범죄행위 또는 질서위반행위(이하 '범죄행위 등'이라 한다)를 하였을 경우에 본인인 법인에 대하여 과태료를 부과하는 규정을 두고 있다. 이는 하부(구성원)에서 상부(법인)로 책임을 귀속(Zurechnung nach oben; 상부로의 귀속)시키는 가벌성 확장 규정에 해당한다.

이때 법인의 형사처벌 근거에 관해서는 구성원의 행위와 그에 따른 책임이 법인에 귀속되기 때문이라는 견해(Zurechnungsmodell, 귀속모델)[236]와 법인 등은 그 구성원의 범죄행위 등을 방지해야 할 주의의무를 부담하므로 이를 게을리 한데 따른 조직책임(Organisationsverschulden)을 부담하는 것이라고 보는 견해(조직책임론)[237]가 있다. 전자의 견해는 질서위반법 제30조가 영미법상의 동일성 이론을 명문화 한 것이라고 보며 자연인의 행위에 따른 책임을 법인에게 귀속시킨다는 논리라는 점에서 종전 책임이론의 큰 틀을 유지하고 있는 반면에, 후자의 견해는 법인에 대응되는 독자적인 책임개념을 형성하였다는 점에서 차이가 있다.

② 법인의 질서위반 책임요건

235) 이하 조문의 번역은 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 157-158 및 법무부 법무국, 법무자료 제269집 : 질서위반행위규제법과 각국의 입법례, 5-84를 참고함

236) Günther Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 221, (1995); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 160 각주 338

237) Klais Tiedemann, Dir Bebußung von Unternehmen, NJW 1172 (1988) ; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 161 각주 342

제30조에서 과태료 부과의 대상이 되는 주체는 법인, 권리능력 없는 사단, 권리능력 있는 인적 회사[합병회사(OHG), 합자회사(KG) 등]로 주식회사가 그 적용대상임에는 다툼이 없다.

제1항의 각 호는 실제 행위자, 즉 업무집행 자연인을 명시적으로 규정하고 있는데 주식회사의 경우에는 ㉮ 대표권 있는 기관이나 그 기관의 구성원(제1호) ㉯ 포괄적 대리권을 가진 상업사용인, 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인(제4호) ㉰ 법인 등의 사업체의 운영에 대하여 책임을 부담하는 자(제5호)를 생각해 볼 수 있다. 대표권 있는 기관이나 그 기관의 구성원으로는 이사회, 이사, 대리이사(독일 주식회사법 제94조), 법원이 임명한 이사(제85조)를 생각해 볼 수 있다. 특기할만한 점은 앞서 질서위반법 제9조에서는 주식회사의 범죄행위 등에 따른 책임귀속 주체를 기관 또는 대표자로 한정했던 것과 달리 본조에서 법인에 대한 과태료의 부과 대상이 되는 실제 행위자의 범위는 종업원에 해당하는 사용인과 우리나라의 업무집행지시자 등을 포함한다는 것이다.[238] 비록 명시적으로 규정은 없지만 질서위반법 제9조 제3항에서와 같이 대리권이나 대표권을 부여하는 원인행위의 법률상 효력이 소멸하는 경우에도 이와 같은 책임원리는 그대로 유지된다.[239]

법인은 위 업무집행 자연인의 범죄행위 등으로 인하여 ㉮ 법률이 법인 등에게 부여한 사업상의 의무를 준수하지 아니하거나 사업수행 과정에서 일반적인 의무를 위배하는 등 사업관련성이 충족되는 경우(제1항 전단) ㉯ 해당 범죄행위가 재산범죄인가의 여부와 관계없이 그와 같은 행위로 인하여 법인이 이익을 얻은 경우[240] 혹은 그와 같은 행위가 애초부터 법

238) 이는 본래 법인이 형사책임을 부담하여야 할 범죄행위 등에 대하여 업무집행 자연인에 대한 책임추궁의 범위는 좁게 하고 오히려 법인에 대한 과태료 부과 범위는 넓힘으로써 사실상 법인에게 책임을 묻겠다는 입법자의 의지가 반영된 것으로 볼 여지도 있을 것이다.

239) Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 562 (1993); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 168 각주 358

인의 이익을 위하여 행하여진 경우(제1항 후단)[241]일 것을 요한다. 질서위반법 제9조에서 당해 범죄행위 등이 본인(법인)의 이익을 위한 행위여야 하는지에 관하여 이익설과 기능설의 대립이 있었던 것과 달리 제30조 제1항은 후단이 '이익'의 관점에서 법인의 책임을 규율하고 있으므로 제30조 제1항 전단에 대해서는 학설과 판례 모두 '기능설'의 입장을 취하고 있다. 따라서 법인의 대표기관이 비록 자신의 이익을 위한 것이었다고 하더라도 객관적으로 볼 때 대표행위에 해당한다면 제30조 제1항 전단에 의하여 법인에게 그 책임을 물을 수 있다.[242] 한편 전단은 법률이 법인에게 부과한 사업상의 의무와의 관계에 비추어 볼 때 법인의 사업수행영역 내에서 이루어져야 하는 반면에, 후단은 사업수행영역인가의 여부와 관계없이 적용된다.[243]

③ 제재의 내용

이상의 구성요건을 충족할 경우 법인은 원인행위자 본인과 함께 혹은 독자적으로 과태료를 부과 받을 수 있다. 제30조 제4항 제1문에 의하여 ㉮ 행위자 혹은 선임감독의무를 위반한 기관·대표자가 특정되지 아니하여 행위자에 대한 소추절차가 개시되지 않은 경우 ㉯ 행위자에 대한 불기소처분(형사소송법 제153조 이하), 기소유예처분(질서위반법 제47조)에 의하여 소추절차가 중지된 경우 ㉰ 형이 면제된 경우(형법 제60조[244], 제158조[245]) ㉱ 다른 법률에서 독자적인 소추를 허가하는 규정이 존재하

240) 독일 판례는 경제적 재산개념을 채택하고 있음에도 불구하고(Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 263/16) 간접적인 이익, 예컨대 뇌물을 제공하여 경쟁자보다 우위에 서게 되는 경우도 제30조의 이익에 해당한다는 견해로 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 30/82 (2006)

241) 이는 법인의 범죄행위 등이 미수에 그친 경우를 상정한 것이라는 설명으로 Klaus Rogall, 전게서, 30/87; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 172 각주 372

242) Klaus Rogall, 전게서, 30/90

243) Klaus Rogall, 전게서, 30/91

244) 법원은 행위자에게 발생한 범죄행위의 결과가 형의 판결이 명백히 잘못된 정도로 중한 경우에는 형을 면제한다. 이는 행위자가 범죄행위로 1년 이상의 자유형을 선고받은 경우에는 적용되지 아니한다. 법무부, 독일형법, 45 (2008. 5.)

는 경우에는 법인에 대하여 독자적으로 과태료 책임을 물을 수 있다.

이 경우 과태료는 고의에 의한 범죄행위에 대해서는 100만 유로 이하, 과실에 의한 범죄행위에 대해서는 50만 유로 이하, 질서위반행위인 경우에는 질서위반법상의 과태료 상한액을 기준으로 그 이하의 과태료를 부과한다(질서위반법 제30조 제2항, 제17조[246])[247]). 또한 개정 전 질서위반법 제17조 제4항은 대가(Entgelt) 내지 이득(Gewinn)을 기준으로 과태료를 산정했던 것과 달리 현행 규정은 경제적 이익으로 규정함으로써 그 범위를 넓혔다는 점에서 과태료의 부과 기준 또한 법인이 간접적으로 얻게 되는 경제적 이익을 포함하여 산정되어야 한다고 볼 것이다.[248]

---

245) 법원은 증인이나 감정인이 위증 또는 선서 없는 허위진술을 한 경우로서 행위자가 친족 또는 자기가 처벌받거나 자유박탈보안처분을 받을 위험을 면하기 위하여 허위의 사실을 진술한 경우에는 형을 작량하여 감경(제49조 제2항)하고, 선서 없는 허위 진술의 경우에는 그 형을 면제할 수 있다.

246) 질서위반법 제17조(과태료의 액수) ① 과태료는 최저 5유로이고, 법률에 다른 규정이 없는 한 최고 1,000유로이다.
② 법률이 고의행위와 과실행위를 그 최고액에 관하여 구별하지 않고서 과태료로 제재하는 경우 과실행위는 그 상한에 있어서는 과태료로 과하여진 최고액의 반액으로만 처벌할 수 있다.
③ 과태료는 당해 질서위반행위의 중요성과 행위자에 대한 비난을 기초로 하여 산정한다. 행위자의 경제적 사정을 고려하지만 경미한 질서위반행위에 대해서는 고려하지 않는다.
④ 과태료는 행위자가 당해 질서위반행위로 얻은 경제적 이득을 상회하여야 한다. 법률이 정하는 최고액이 이에 미달되는 때에는 그 최고액을 초과할 수 있다.

247) 제17조 제4항의 준용에 의하여 과태료가 '범죄수익 박탈'의 성격을 지닌다는 점에서 같은 법 제29조 a상의 몰수 규정은 위 과태료 부과로 범죄수익을 환수할 수 없는 경우에 보충적으로 적용한다는 해석으로 Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 29a/2 (2006); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 179 각주 381
한편 제17조 제4항의 과태료 부과에서의 범죄수익은 '순수익 원칙(Nettopronzip)'에 의하는 반면, 제29조의 a에 의한 범죄수익은 '총수익 원칙(Bruttoprinzip)'에 의하므로 실무상으로도 제17조 대신 제29조 a를 적용하기 위하여 과태료 부과를 위한 소추절차가 중단되는 경우가 다수 있다는 설명으로 Matthias Korte, "Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – 2008 –", NStZ, 22 (2010); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 179-181

248) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 30/39b (2009); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 182 각주 392

(다) 소유주의 과태료 책임

제130조[249] ① 사업체 또는 기업체의 소유주가, 그가 사업주라는 지위에 기하여 부담하고 있으며 그 위반이 있을 때 형벌이나 과태료를 부과하도록 되어 있는 의무의 침해행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 필요한 감독조치를 고의 또는 과실로 이행하지 아니한 때에는, 만일 그러한 의무침해행위가 실제로 행하여졌고, 사업주의 적절한 감독이 있었더라면 의무침해행위를 방지할 수 있었거나 이를 행하는 것이 매우 어려워졌을 경우에 해당한다면, 질서위반행위를 행한 것이 된다. 감독자를 선임하는 조치, 감독자를 신중하게 선정하는 조치, 그리고 감독자를 감시하는 조치 역시 필요한 감독조치에 해당한다. ② 공법상의 기업체도 제1항의 사업체 또는 기업체에 해당한다. ③ 제1항의 질서위반행위에 대하여서는, 의무침해행위가 형사처벌의 대상이 되는 행위인 경우에는, 백만 유로 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 의무침해행위가 과태료 부과대상인 행위인 경우 감독의무 위반에 대하여 부과되는 과태료의 상한액은 의무위반행위에 대하여 부과되는 과태료의 상한액에 의하여 결정된다. 제2문은 의무위반행위가 범죄행위가 동시에 질서위반행위에 해당하고, 그 의무위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액이 제1문에 의한 상한액을 초과하는 경우에도 적용한다.

① 취지와 법적 성격

사업체 또는 기업체의 소유자가 선임감독의무를 충실하게 이행하지 않음으로서 업무집행과정에서 범죄행위 등이 발생한 경우 이를 소유자 본인의 질서위반행위로 보아 과태료를 부과할 수 있게 된다. 즉 선임감독의무를 이행하지 아니하거나 불완전하게 이행한 것을 두고 질서위반행위라고 해석하는 것이다. 이때의 소유자에는 주식회사를 비롯한 법인이 포함되므로 본 조항은 '법인에게 질서위반행위 책임을 묻는 근거조항'이 된다. 아울러 업무집행 자연인의 행위에 의한 책임이 일정 요건을 거쳐 법인 등 소유자에게 귀속된다는 점에서 하부(구성원)에서 상부(법인)로 책임

249) 이하 조문의 번역은 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 183 및 법무부 법무국, 법무자료 제269집 : 질서위반행위규제법과 각국의 입법례, 5-84를 참고함

을 귀속(Zurechnung nach oben; 상부로의 귀속)시키는 가벌성 확장 규정에도 해당한다. 또한 본조는 '사업체 또는 기업체의 소유자'가 '필요한 감독조치를' 불이행 또는 불완전 이행한 경우를 그 규율 대상으로 삼고 있는데, 자기 자신에 대한 선임감독상의 주의의무를 상정하기는 어렵다는 점에서 '위임'을 대전제로 한 규정이라고 해석할 수 있다.[250]

② 구성요건

본조의 주체는 사업체 또는 기업체의 소유자(Inhaber)이다. 이때의 소유자란 물적 기반을 제공하는 사람을 가리키는 의미보다는 사업체나 기업체에 부과된 의무를 부담하는 사람이라는 의미로 해석한다.[251] 또한 '위임'을 대전제로 하는 규정 형식에 비추어 볼 때 업무집행자와 선임감독자가 서로 별도의 주체로 존재하고, 업무집행자는 선임감독자의 지휘감독을 받는 관계에 있어야 한다.

사업체 또는 기업체의 소유자에 대하여 본조를 근거로 질서위반행위를 인정하기 위해서는 ㉮ 범죄행위 등 의무침해행위가 발생할 것 ㉯ 사업체 또는 기업체의 소유자가 고의 또는 과실로 인하여 선임감독상의 주의의무를 다하지 아니한 경우로써 소유자의 적절한 감독이 있었더라면 의무침해행위를 방지할 수 있었거나 이를 행하는 것이 어려웠을 것을 요한다. 의무침해행위의 의미에 관해서는 독일연방대법원과 학설의 다수견해는 이때의 의무침해행위의 법적 성격을 '구성요건'이 아닌 '객관적 처벌조건'이라고 본다.[252] 그 앞서 살펴본 질서위반법 제9조, 제30조와 달리 그 실제 행위자에 대한 제한이 없으므로 사업체 또는 기업체의 구성원에 의한 행위인가 여부와 상관없이 소유자의 책임을 물을 여지가 있다.[253] 행위자가 누구인지 여부가 특정되지 아니한다고 하더라도 마찬가지이

250) Klaus Rogall, 전게서, 130/2; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 184 각주 396
251) Klaus Rogall, 전게서, 130/23; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 188 각주 403
252) Klaus Rogall, 전게서, 130/18; BGH, NStZ 2004, 699
253) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 130/19 (2009)

다.[254] 선임감독상의 주의의무는 의무침해행위 방지에 필요·적합한 행위로서 소유자 스스로 수인 가능할 것을 요한다.[255] 이에 대하여 독일 법원은 적극적으로 선임감독의무를 정의내리고 규명하기보다는 사업주의 조치들이 의무위반행위 방지에 적합했는가의 여부를 소극적으로 심사하는데 주력하고 있다는 평가가 있다.[256] 선임감독의무 위반이 곧 의무위반행위로 이어질 것을 요하지는 않는다. 의무위반행위의 고의·과실여부를 불문하고 가정적으로 선임감독의무를 충실히 수행하였다면 의무위반행위를 막을 수 있었는지 여부를 기준으로 판단한다.

문제는 사업체 또는 기업체의 소유자가 주식회사를 비롯한 법인인 경우이다. 앞서 살펴본 바와 같이 독일에서는 법인이 직접 범죄행위 등을 저지른다는 것을 상정할 수 없기 때문이다. 이러한 이유로 법인에 의한 범죄행위 등은 질서위반법 제9조와 제130조를 함께 적용하는 것이 요구된다. 즉 하위구성원이 잘못을 할 경우 사업주인 주식회사가 책임을 져야 하는데 법인은 형사책임을 부담할 수 없으므로 질서위반법 제9조 제1항에 의하여 대표 또는 기관이 책임을 부담하게 되는 것이다.

③ 제재의 내용

고의범이 의무위반행위가 되는 경우에는 100만 유로 이하의, 과실범이 의무위반행위가 경우에는 50만 유로 이하의 과태료를 부과한다(질서위반법 제130조 제3항 제1문, 제17조 제2항). 의무위반행위가 곧 질서위반행위인 경우에는 당해 의무위반행위에 대하여 부과되는 과태료의 상한액 이하의 과태료를 부과한다(질서위반법 제130조 제3항 제2문).

(라) 소결

---

254) Erich Göhler, 전게서, 130/20
255) 필요성(Erforderlichkeit), 적합성(Geeignetheit), 수인가능성(Zumutbarkeit) ; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 151 (1999)
256) Klaus Rogall, 전게서, 140/41

결국 독일에서는 주식회사의 하위 구성원(종업원 등)에 의하여 범죄행위 등이 발생한 경우 사업주인 주식회사가 책임을 져야 할 것이지만(질서위반법 제130조), 주식회사 그 자체는 형사책임능력이 없으므로 그 대표 또는 기관이 책임을 부담하게 되고(질서위반법 제9조), 이와 같은 대표 또는 기관의 형사책임 부담은 곧 일정요건 하에서 주식회사의 질서위반행위를 인정하고 과태료를 부과할 수 있게 된다(질서위반법 제30조). 그러나 이와 같은 규정 방식은 아래에서 보는 것과 같은 다양한 문제점을 내포하고 있다.

(2) 현행 규정의 문제점과 개선 시도

(가) 문제점

앞서 설명한 바와 같이 독일에서는 '형벌은 자연인에게만' 부과할 수 있는 것인 반면 '과태료는 법인에게도' 부과할 수 있다고 보고 있다. 그러나 형벌과 과태료는 그 규정 근거가 되는 법률이 형법인지 그 외의 법률인지의 차이밖에 없다. 형벌 중에서도 벌금형의 경우에는 '범죄행위에 대하여 금전적인 불이익을 가하는 것'이라는 점에서 과태료와 근본적인 차이를 찾아보기 어렵다. 그럼에도 불구하고 여전히 '법인은 형사책임을 부담할 수 없다'는 논리로 인해 법인에 대해서는 질서위반법의 두 개 이상의 조문을 거쳐서야 비로소 과태료를 부과할 수 있도록 규정된 현행 규정은 지나치게 형식논리에 치우친 것이 아닌가 하는 우려를 낳게 한다.

또한 법인에 대하여 다양한 종류의 제재를 하지 못함으로 인하여 주식회사를 비롯한 법인들이 야기하는 다양한 범죄행위에 대하여 능동적으로 대응하지 못하는 점도 한계로 지적된다. 현행 체계상의 과태료 처분만으로 그 재범을 막을 수 있다고 단정할 수 없기 때문이다.

(나) 그간의 입법시도

이러한 배경에서 독일 내부적으로도 법인의 형사책임을 입법화하기 위

한 다양한 노력이 있어왔다. 우선 1997년도에는 Hessen주에서는 형법 제76b조 내지 제76h조의 개정을 통해 법인의 형사책임을 규정하고자 1997. 6. 제68회 주 법무부장관회의의 의결을 거쳐 1998년도 독일연방의회에 이를 상정하였지만 받아들여지지 아니하였다. 같은 해 SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands, 사회민주당)에서도 기업의 형사책임에 관한 논의를 시도하였지만 입법에 이르지는 못하였다. 이후 SPD는 2013년에 재차 경제범죄에 대한 대응을 목적으로 기업의 형사책임을 제안하였지만 이 또한 회기 만료로 자동 폐기된다.[257][258] 오히려 독일과 같은 법체계를 가진 오스트리아에서는 2006년도에 범죄행위에 대한 단체의 책임에 관한 법률[Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbanden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG, 이하 '단체형법'이라 한다)]을 제정하여 주식회사를 비롯한 단체의 범죄행위를 규율하기 시작하였다.[259]

(다) 최근의 입법시도

최근 독일에서는 오스트리아 단체형법의 영향을 받아 Nordrhein-Westfalen주 법무부(장관 Thomas Kutschaty)는 2013년 9월 18일 베를린에서 '기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안(Entwurfeines Gesetzes zur Einfürung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von UnternehmenundsonstigenVerbäden)'의 요지서를 제출하고, 2013년 11월 14일 주 법무부장관회의[Konferenz der Justizministe-rinnen und Justizminiter

257) 그 사이에 독일연방정부는 2000년도에 기업의 형사책임을 논의하기 위한 위원회를 설치, 운영하였지만 동 위원회는 2000년 3월경 기업의 형사책임 도입에 반대하고 오히려 종전 질서위반법에 의한 통제 확장 의견으로 정리한 최종 보고서를 제출한 바 있다. "Einführung einer Unternehmenssanktionierung im Bereich des klassischen Kriminal strafrechts", 2000.3. (https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf) (최종 검색일 : 2017. 10. 22.)

258) 김유근, "법인의 형사책임 ; 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로", 형사정책연구 제25권 제3호, 12

259) 송유근, 전게논문, 11

(JuMiKo)]에 위 법률안을 제출하였다.[260]

22개 조문으로 구성된 위 법률안은 의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위를 범한 경우에 단체에 대하여 단체제재를 가하고(제2조 제1항), 의사결정권자가 지휘·관리·감독을 위한 기대 가능한 조치를 취했다면 범죄행위를 방지·곤란하게 할 수 있었음에도 고의·과실로 조치를 취하지 아니한 경우에도 단체제재를 과하도록 한다(제2조 제2항). 단체에 대한 제재로는 단체형벌(Verbandsstrafen) [단체벌금(Verbandsgeldstrafe, 제6조), 형의 선고유예(Verbandsverwahnung mit Strafvorbehalt, 제7조, 제8조), 판결공시(제9조)]과 단체보안처분(Verbandsmaßregeln) [보조금 지급 제한(제11조), 공공사업에의 입찰참여 제한(제10조), 단체 해산(제12조)] 등을 규정하고 있다(제4조).[261]

그러나 위 법률안 제출 이후로 다양한 논의가 있어왔음에도 불구하고 현재까지 주식회사를 비롯한 법인에 대한 형사제재를 규정하는 어떠한 입법도 이루어지고 있지 아니한 실정인바, 향후 귀추가 주목된다.[262]

2) 프랑스

가) 신형법전의 도입

구체제(Ancien Régime) 하의 프랑스에서는 1670년 루이14세의 '형사대칙령(Ordonnnace criminelle de 1670)' 제21편(Titre XXI. De la Manière de faire le procès aux Communautés des Villes, Bourgs et Villages)에 의하여 공동체 등 집단에 대한 형사책임을 인정하였다.[263]

프랑스혁명 이후 최초의 형법전은 1791년도 혁명법전이었다. 이후 '나

260) 김성룡, 권창국, 연구용역보고서(외국의 기업책임법제 및 도입 가능성 연구), 68
261) 조문의 해석은 송유근, 전게논문, 40-45를 참고함
262) Jamie Nowak, Corporate criminal liability in Germany, Norton Rose Fulbright, April. 2016, 26-27
263) 이천현, 윤지영, 임정호, 불법행위로 이득을 취한 기업의 형사책임에 관한 연구, 59 (2014)

폴레옹 형법전'이라고도 불리는 '제국형법전'이 1810. 2. 12. 제정되었다. 이는 수차례의 개정을 거치면서도 1994. 2. 28.까지 그 명맥을 유지해왔는데, 개인주의 형법관을 기반으로 제정·개정되어 종전과 같은 '집단에 대한 형사책임'을 인정하지는 않고 있었다.[264] 프랑스 대법원 또한 '법률에 규정된 특별한 예외를 제외하고, 벌금은 형벌이며, 모든 형벌은 개별적이다. 따라서 형벌은 법인에 대하여는 선고될 수 없으며, 법인은 민사책임만을 진다'고 설시함으로써 법인의 형사책임을 원천적으로 부정해왔다.[265] 다만 예외적으로 고의와 관계없이 처벌할 수 있는 형식범(infractions matérielles)의 경우에는 고용주, 대표자에게 가해진 벌금의 납부를 법인에게 부담시키는 방법 등으로 법인 또는 집단의 형사책임을 예정한 법률 규정을 확대하였다.[266]

1994. 3. 1.에 이르러 신형법전(le Nouveau Code Pénal)이 도입되었다. 이는 단순히 제국형법전의 일부 개정이 아니라 충분한 형사입법과정에서의 숙고, 이에 수반된 입법 준비단계를 거쳐 새로운 형법전의 형태로 발현된 것으로[267] 법인의 형사책임을 전격적으로 도입했다는 점에서 "형법개혁 중에서 가장 획기적인 사건"이라는 평가를 받고 있다.[268]

나) 프랑스형법상의 법인 제재에 관한 규율 체계

---

264) Frédéric Desportes, "Responsabilité pénale des personnes morales", Juris Classeur Pénal Code Article 121‐2, 2001, n° 4; Leonard Orland/Charles Cachera, "Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities(Personnes Morales) under the New French Criminal Code(Nouveau Code Penal)", 11 Conn. J. Int'l L. 111, University of Connecticut School of Law, 115 (1995); [재인용] 이천현, 윤지영, 임정호 전게서 58 각주 154

265) Cass, 8 mars 1833:DP 1884, 1, p.428 ; 2 déc. 1905: S. 1, p.558.; 10 janv. 1929: DH 1929, p. 164; 27 févr. 1968: Bull. crim., n°69; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 208 각주 448

266) Bernard Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 274 (2009); [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 210

267) 법무부, 프랑스형법, 3/6, (2008. 11.)

268) Leonard Orland/Charles Cachera, Id., pp. 112‐114; [재인용] 이천현, 윤지현, 임정호, 전게서 59 각주 159

프랑스 형법은 제121-1조에서 자기행위의 책임이라는 표제로 '누구든지 자신의 행위 이외의 행위에 대하여는 형사상 책임이 없다'는 규정을 두면서 제121-2조로 법인의 형사책임에 관하여 규정하고 있는바, 그 구체적인 규정은 다음과 같다.

제121-2조【법인의 형사책임】[269] ① 국가를 제외한 법인은 제121-4조 내지 제121-7조[270]의 구별에 따라 법인의 기구 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 관하여 형사상 책임이 있다. ② 전항의 규정에도 불구하고 지방자치단체 및 그 연합기구는 위탁협약의 대상이 되는 공공서비스 제공의 업무수행 중에 이루어진 범죄에 관하여만 형사상 책임이 있다. ③ 법인의 형사책임은 제121-3조 제4항[271] 규정의 유보 하에 동일한 사실에 대하여 정범 또는 공범이 되는 자연인의 형사책임을 배제하지 아니한다.

269) 법무부, 전게서, 18

270) **제121-4조(정범)** 범죄의 정범은 다음 각 호의 자로 한다.
1. 범죄를 실행한 자
2. 중죄 또는 법률에서 정하는 경우 경죄를 실행하려고 한 자

제121-5조(미수) 실행에 착수하였으나 행위자의 의사와 관계없는 상황의 이유로 중단되거나 그 결과가 발생하지 아니한 경우에는 미수를 구성한다.

제121-6조(공범의 처벌) 제121-7조에서 규정하는 공범은 정범과 동일한 형으로 처벌한다.

제121-7조(공범의 범위)
① 중죄나 경죄의 공범이라 함은 정을 알면서 원조나 지지에 의하여 중죄나 경죄의 준비 또는 실행을 용이하게 한 자를 말한다.
② 공여, 약속, 협박, 명령 또는 직권이나 권한의 남용에 의하여 범죄의 실행을 교사하거나 지시한 자도 공범으로 본다.

271) **제121-3조(고의처벌의 원칙)**
③ 법률이 정하는 경우에 부주의, 태만 또는 법령에 규정된 신중 또는 안전의 의무를 게을리 한 때에도 경우에 따라 자신의 임무 또는 직무의 속성, 자신의 능력 및 그가 처분할 수 있었던 권한 및 수단들을 고려하여 행위자가 정상적인 주의를 다하지 않았다는 것이 입증된 때에는 마찬가지로 경죄가 성립한다.
④ 전항의 경우에 직접적으로 피해를 초래하지 않았지만 피해의 실현을 가능하게 한 상황에 기여하였거나 그런 상황을 조성한 자연인 또는 그것을 회피하기 위한 조치들을 취하지 않은 자연인이 명백하게 의도적으로 법령에 규정된 신중 또는 안전의 특별의무를 위반하거나 또는 타인에게 무시할 수 없는 특별히 중대한 위험에 처하도록 하는 구체적 과실을 범한 것이 입증된 때에는 형사상 책임이 있다.

(1) 법인의 형사책임 성립요건

(가) 주체의 범위

프랑스 형법이 전제하는 형사책임을 부담하는 법인은 크게 공법인, 사법인으로 나뉜다. 공법인 중에서 국가는 어떠한 경우에서도 형사책임을 부담하지 아니하고 지방자치단체, 연합기구 등은 한정적으로 형사책임을 부담하게 된다. 이와 달리 사법인은 모두 형사책임의 주체로 인정되고 있는바, 주식회사의 형사책임능력에 관해서는 다툼의 소지가 없어 보인다.

(나) 실제 행위자의 범위

법인이 형사책임을 부담하게 되는 실제 행위자는 '법인의 기구(기관) 또는 대표'로 한정하고 있다. 대표에 의한 행위책임(responsabilité du fait personnel par représentation)이라고 해석할 수 있다.[272] 이때의 대표에는 언론사의 편집장[273], 임시이사, 기관의 권한을 '포괄적으로' 위임받은 자 등이 포함된다.[274]

이 경우 '종업원'이나 '법인의 대표 또는 기관으로서의 권한 이외의 권한을 위임받은 대리인'의 행위에 대하여는 법인의 형사책임이 인정되지 아니하는가가 문제된다. 이에 대하여 입법자는 법문에 대표 또는 기관의 행위를 명시함으로써 대표나 기관 이외의 자의 행위에 대하여는 법인의 형사책임을 인정하지 않을 의도였다고 보여진다. 그러나 프랑스 대법원은 법인으로부터 보건, 안전에 관한 권한을 위임받은 종업원은 법인의 대표자"라고 판시하여 종업원의 규정 위반 행위가 생명 또는 신체의 완전성을 침해하는 범죄를 야기한 경우 법인의 형사책임을 물을 수 있다고 판시[275]하여 대표 또는 기관의 권한 일부를 위임받은 경우에 있어서도

---

272) Frédéric Desportes, 전게서, n°105; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 220 각주 477
273) 언론의 자유에 관한 1881. 7. 29. 법률 제6조
274) 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 221

법인의 형사책임을 인정하였다. 또한 여러 기업들로부터 위임을 받은 건설현장의 소장에 대해서도 동일한 취지에서 법인 대표자로서의 책임을 인정하였다.[276]

나아가 실제 행위자가 누구인가 특정이 필요한지에 관하여 프랑스 대법원은 1988년도 연례보고서를 통하여 "모든 요소를 통하여 기관 또는 대표자에 의하여 범죄행위가 이루어졌다고 확신할 수 있으면 족하다"는 취지를 밝힘으로써 특정 행위자의 존재를 요하지는 아니하는 견해를 명확히 하였다.[277]

결국 프랑스 대법원은 위 법문의 존재에도 불구하고 대표나 기관의 권한을 일부라도 위임받은 종업원, 대리인의 행위에 대해서도 법인의 형사책임을 인정하고, 그 행위자가 누구인지 특정되지 아니한다고 하더라도 전체적으로 보았을 때 법인의 범죄행위로 볼 수 있는 경우라면 법인의 형사책임을 적극적으로 인정하고 있다고 해석할 수 있을 것이다.

(다) 법인의 계산

법인이 법인의 대표나 기관, 또는 그 위임을 받은 사람의 모든 행위에 대하여 책임을 부담하는 것은 아니다. 이 부분에서 프랑스 형법은 '법인의 계산으로 행하여진 범죄'에 한하여 법인의 형사책임을 인정하고 있다. 이때의 '법인의 계산'이란 법인의 이익 내지 영리를 위하여 이루어진 것을 의미하는 것으로 행위자 개인의 이익을 위하여 행한 것은 본조의 법인의 형사책임 영역에 포함되지 아니함을 뜻한다. 다만 행위자 개인의

---

275) Cass. crim., 30 mai 2000, Bull. crim., n°206; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 222 각주 482

276) Cass. crim., 14 déc. 1999, Bull. crim., n°306; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 222 각주 483

277) Rapp. C. cass. 1998, 303; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 223 각주 485 아울러 이는 유럽평의회 1988. 10. 20. 권고안 R 88-18 "기업의 책임은 … 자연인의 신원확인 없이도 물을 수 있어야 한다"는 것에 부합한다는 견해로 Frédéric Desportes, 전게서, n°157; [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 223 각주 486

이익과 아울러 법인의 이익을 함께 추구한 경우라면 '법인의 계산'의 범주에 들어간다고 보아야 할 것이다.

(라) 대상범죄의 범위 확장

처음 법인의 형사책임을 인정하던 당시에는 형법 제121조의2 제1항을 통하여 일부 범죄[278]에 대해서만 법인의 형사책임을 인정하였다.[279] 이는 신형법전의 도입을 통해 법인의 형사책임을 인정한 것만 하더라도 급진전으로 평가되는 당시의 정황상 '전면적으로 모든 범죄에 대하여 즉시 법인의 형사책임을 인정'하게 될 경우 사회 일반은 물론 법조계에서도 그 적응 과정에 상당한 부작용이 예상되기 때문이었을 것으로 보인다. 이후 프랑스에서는 다양한 특별법 제정 과정에서 법인의 형사책임을 인정하는 규정을 두는 등[280] 그 형사책임 범위를 확장하여 왔다.

---

278) 이때 인정되는 일부 예시는 다음과 같다.
① 구형법전 제428조(예술가단체에 의한 저작권 침해) ② 적과 협력한 언론기업의 처벌에 관한 1945. 5. 5. 명령(ordonnance) ③ 사법상 법인의 계산으로 범죄할 경우 법인의 직업활동의 수행을 제한·금지할 수 있게 한 1945. 6. 30. 명령 ④ 흡연 및 알콜의 억제장치에 관한 1991. 1. 10. 법률 ⑤ 산업재해의 방제에 관한 1976. 12. 6. 법률 제19 내지 20조 ⑥ 담합행위에 관한 1977. 7. 9. 법률 ⑦ 가격 및 경쟁에 관한 1986. 12. 1. 법률 등. 이상 Bernard Bouloc, 전게서, 275-276 [재인용] 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서, 211-212

279) **(개정 전) 프랑스 형법 제121조의2 제1항**
국가를 제외한 법인은 제121‐4조 내지 제121‐7조의 구별에 따라 그리고 **법률 또는 규칙에 규정된 경우에** 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 관하여 형사상 책임이 있다(Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121‐4 à 121‐7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants). 이천현, 윤지현, 임정호, 전게서 59 각주 161 표 2 참조

280) 법인의 형사책임이 확장되는 특별법 분야는 다음과 같다.
① 1992. 12. 16. 법률 : 공정경쟁, 파산, 상품위조, 생명의학연구, 오락기기, 대기오염 및 악취의 대처, 자연 및 물의 보호에 관한 범죄
② 1993. 1. 29. 법률에 의하여 비리의 예방
③ 1994. 12. 20. 법률에서 인간 신체의 존중에 관한 분야
④ 1996. 5. 13. 법률에 의하여 자금세탁 분야
⑤ 1996. 7. 1. 손실판매 분야. 이상 김호기, 김택수, 최준혁, 전게서 230 참조

현재는 2004. 3. 9. 범죄의 진화에 따른 사법적 대응에 관한 법률(Loi n° 2004‐204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, 2005. 12. 31. 시행)에 의하여 위 형법 제121조의2 제1항[281]이 모든 형사범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하도록 하고 있다.

(2) 법인 제재의 종류

프랑스 형법은 제2절에서 '법인에게 적용되는 형벌'이라는 장을 두고 있다. 이는 다시 제1관 중죄 및 경죄의 형벌, 제2관 위경죄의 형벌, 제3관 특정형벌의 내용과 적용방법에 관한 규정으로 나뉘어진다.[282]

(가) 중죄 및 경죄의 형벌

제131-37조【법인에게 적용되는 중죄, 경죄의 형벌】 ① 법인에 대하여 선고할 수 있는 중죄 또는 경죄의 형벌은 다음과 같다.

1. 벌금형
2. 법률이 정하는 경우 제131-39조에 규정된 형벌

② 경죄에 있어 법인은 또한 제131-39-1조에 규정된 징벌배상형을 선고받는다. <2007. 3. 5. 개정, 법률 2007-297>

제131-38조【법인에게 적용되는 벌금형의 액】 ① 법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사법률이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.
② 자연인에 대하여 벌금형이 규정되어 있지 않은 중죄의 경우에 법인에 대한 벌금은 100만 유로이다. <2004. 3. 9. 개정, 법률 2004-204>

---

281) **(현행) 프랑스 형법 제121조의 2 제1항**
국가를 제외한 법인은 제121‐4조 내지 제121‐7조의 구별에 따라 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 **범죄에 관하여** 형사상 책임이 있다(Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121‐4 à 121‐7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants).

282) 이하의 프랑스 형법 번역은 법무부, 전게서, 46-50 참조

제131-39조【법인에게 적용되는 특별형벌】 ① 법률이 규정하는 경우 법인에 대하여 선고할 수 있는 중죄 또는 경죄의 특별 형벌은 다음 각 호 중 하나 또는 수개로 한다.

1. 범죄를 범할 목적으로 하여 법인이 설립되었거나 또는 중죄나 자연인이 범한 경우 5년 이상의 구금형에 처하는 경죄에 대하여는 범죄를 범할 목적으로 그 설립취지를 일탈한 때에는 법인의 해산
2. 직업 활동 또는 사회활동 중 하나 또는 수개에 대한 영구적 또는 5년 이하의 직접 또는 간접적 수행금지
3. 5년 이하의 사법감시
4. 범죄행위에 제공된 기업의 영업소중 하나, 수개 또는 전부에 대한 영구적 또는 5년 이하의 폐쇄
5. 영구적 또는 5년 이하의 공계약 배제
6. 영구적 또는 5년 이하의 기업자금공모금지
7. 5년 이하의 수표 발행금지 또는 지불카드 사용금지. 다만, 발행인이 지급인으로부터 자금을 회수하기 위한 수표 및 지급보증된 수표는 그러하지 아니하다.
8. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수
9. 언론출판물이나 전자적 방식의 모든 대중매체에 의한 판결의 게시나 공고
10. 범죄를 범하기 위하여 사용되었거나 범죄의 대상이 되었던 동물의 몰수
11. 영구적 또는 5년 이하의 동물소지금지

② 전항 제1호 및 제3호에 규정된 형은 형사책임을 추급할 수 있는 공법상의 법인에는 적용되지 아니하며, 정당, 정치단체 또는 노동조합에 대해서도 동일하다. 전항 제1호에 규정된 형벌은 종업원 대의기관에는 적용되지 아니한다. <2007. 3. 5. 개정, 법률2007-297>

제131-39-1조【징벌배상형】 ① 경죄에 있어 법원은 법인에게 선고될 수 있는 벌금형에 대신하여 또는 동시에 제131-8-1조에 규정된 세부절차에 따른 징벌배상형을 선고할 수 있다.

② 전항의 경우 법원은 벌금의 최고금액을 정한다. 단 이 벌금은 75,000유로를 초과할 수 없으며 또한 해당 경죄에 대하여 법인에게 선고될 수 있는 벌금을 초과할 수 없다. 유죄판결을 받은 자가 배상의 의무를 준수하지 않은 경우 형벌적용판사는 형사소송법 제712-6조에 규정된 조건하에서 이 벌금의 전체 또는 일부의 집행을 명령할 수 있다. <2007. 3. 5. 신설, 법률 2007-297>

① 중죄와 경죄

프랑스의 범죄는 그 경중에 따라 중죄, 경죄 및 위경죄로 분류된다.[283] 이중 중죄(le crime)는 법익 침해가 중대한 범죄이고, 경죄(le délit)는 중죄에 비하여 법익 침해가 경미한 범죄를 가리키는데, 형법에 의하여 범죄와 형벌이 정하여진다.[284]

중죄의 대표적인 예시로는 살인, 강도, 강간 등이 있다. 이는 무기징역형 또는 10년 이상 30년 이하의 징역형으로 처단되는데(프랑스 형법 제131-1조)[285] 중죄법원(la cour d'assises)에서 관할한다. 경죄의 대표적인 예시로는 사기, 절도, 폭행 등이 있다. 10년 이하의 징역형 또는 3,750유로 이상의 벌금형 등으로 처단되며(프랑스 형법 제131-4조) 경죄법원(le tribunal correctionnel)에서 관할한다.[286]

② 벌금형 원칙

중죄 또는 경죄에 해당하는 법인에 부과되는 대표적인 형벌은 벌금형이다. 다만 법인에 대해서 벌금형을 부과하면서 자연인의 그것과 동일한 형을 기준으로 선고하게 된다면 법인의 규모, 조직, 재정 등의 다양한 요

283) 프랑스 형법 제111-1조(범죄의 분류) 범죄는 그 경중에 따라 중죄, 경죄 및 위경죄로 분류한다.
284) 프랑스 형법 제111-2조(범죄 및 형벌의 규정) ① 중죄와 경죄에 해당하는 범죄 및 그 행위자에게 적용되는 형벌은 법률로 정한다.
285) 사형제도는 1980년에 폐지되었다. 박재억, 프랑스의 예심제도 실무, 5 (2007. 8. 20.)
286) 법무부, 전게서, 4

소에 비추어 볼 때 그 실효성이 충분히 확보된다고 보기 어렵다. 프랑스의 입법자 또한 그와 같은 견지에서 법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 자연인에 대하여 정하는 액수의 5배로 하도록 규정한 것으로 보인다(프랑스 형법 제131-38조 제1항). 나아가 자연인에 대하여 벌금형이 규정되지 아니한 중죄에 대해서는 '100만 유로'의 정액 벌금을 규정하고 있는바(프랑스 형법 제131-38조 제2항), 자연인의 징역형을 벌금형으로 대체하도록 하는 것으로 보인다.

③ 다양한 특별형벌의 존재

또한 프랑스의 입법자는 벌금형에 국한되지 아니하고 다양한 종류의 '법인 특화 형벌'들을 규정하고 있다. 프랑스 형법 제131-39조에서 확인되는 바와 같이 법인이 중죄 또는 경죄를 범한 경우에 법원은 법인의 해산, 수행금지, 사법감시, 영업소 폐쇄, 공계약 배제(관급공사 수급 제한), 기업자금 공모금지, 수표 발행 및 카드 사용 금지, 몰수, 판결의 게시·공고, 동물의 몰수·소지금지 등을 과할 수 있다. 이에 대하여 형벌과 행정벌의 구분이 몰각됐다는 취지의 비판이 있을 수도 있지만, 형벌이란 국가가 범죄에 대한 법률효과로서 범죄자에 대하여 그의 책임을 근거로 부과하는 법익의 박탈 일체를 가리키는 것일 뿐 특정한 유형의 제재만이 형벌에 해당한다고 볼 것은 아니고[287], 죄형법정주의의 관점을 고려하더라도 '죄와 형이 법률에 규정'되어 있으면 족한 것이지 반드시 '형법'에 규정되어 있을 것을 요하는 것은 아니라는 점에서 우리가 통상적으로 봐왔던 형벌 이외 유형의 형벌이 규정된다고 문제될 것은 아니다.

위와 같은 특별형법 이외에도 법인이 경죄를 범한 경우에는 벌금형에 갈음한 징벌배상형을 선고하는 것도 가능하다. 다만 법인이 배상의무를 준수하지 못하는 경우가 발생할 수도 있는 만큼 위 징벌배상형과 함께 75,000유로 이하의 벌금을 선고하여 배상을 다하지 못할 경우에 예비적

287) 박재윤, 이상, 김대휘, 주석 형법, 형법총칙(2), 433

으로 벌금형을 집행할 수 있도록 한다.

(나) 위경죄의 형벌

제131-40조【법인에게 적용되는 위경죄의 형벌】 ① 법인에 대하여 선고할 수 있는 위경죄의 형벌은 다음과 같다.

1. 벌금형
2. 제131-42조에 규정된 권리박탈형 또는 권리제한형
3. 제131-44-1조에 규정된 징벌배상형

② 전항의 형은 제131-43조에 규정된 하나 또는 수개의 보충형과 병과할 수 있다. <2007. 3. 5. 개정, 법률 2007-297>

제131-41조【위경죄의 벌금액】 법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사처벌명령이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.

제131-42조【제5급 위경죄에 대한 벌금대체형】 제5급 위경죄에 대한 벌금형은 다음의 권리박탈형 또는 권리제한형의 하나 또는 수개로 대체될 수 있다.

1. 1년 이하의 수표발행금지 또는 지불카드사용금지. 다만, 발행인이 지급인으로부터 자금을 회수하기 위한 수표 및 지급보증된 수표는 그러하지 아니하다.
2. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수

제131-43조【특별보충형】 위경죄를 처벌하는 명령은 피고인이 법인인 경우 제131-16조 제5호[288], 제10호[289] 및 제11호[290]에 규정된 보충형을 정할 수 있으며, 제5급 위경죄에 대하여 제131-17조 제1항[291]에 규정된 보충형을 정할 수 있다. <2007. 3. 5. 개정, 법률 2007-297>

제131-44조【보충형의 선고방법】 위경죄가 제131-43조에 규정된 하나 또는 수개의 보충형으로 처벌되는 경우 법원은 보충형만을 선고하거나 하나 또는 수개의 보충형만을 선고할 수 있다.

제131-44-1조【징벌배상형】 ① 제5급의 위경죄에 대하여 법원은 법인에게 선고될 수 있는 벌금형에 대신하여 또는 동시에 제131-8-1조에 규

정된 세부절차에 따른 징벌배상형을 선고할 수 있다.
② 전항의 경우 법원은 벌금형의 최고금액을 정한다. 단 이 벌금은 7,500 유로를 초과할 수 없다. 유죄판결을 받은 자가 배상의 의무를 준수하지 않은 경우 형벌적용판사는 형사소송법전 제712-6조에 규정된 조건하에서 이 벌금의 전체 또는 일부의 집행을 명령할 수 있다. <2007. 3. 5. 신설, 법률 2007-297>

① 위경죄의 의의

프랑스 형법 제111-2조 제2항은 위경죄(la contravention)에 해당하는 범죄 및 그 행위자에게 적용되는 형은 법률이 정하는 한계 내의 구별에 따라 명령으로 정한다고 규정한다. '국사원 명령은 위경죄를 규정하며 법률에 의해 정해진 범위 내에서 위경죄 위반자에게 적용할 형벌을 결정한다'고도 해석된다. 가장 경한 정도인 제1급에서부터 가장 중한 정도인 제5급으로 나뉘게 되는데,[292] 경찰법원(Tribunal de police)에서 관할한다.[293]

② 원칙적인 형벌의 다양화

위경죄를 범한 법인에 대하여도 원칙적으로는 벌금형을 부과한다. 이때 벌금액의 상한은 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 하는데, 그 해석은 앞에서 본 중죄, 경죄에서의 벌금액을 높이는 것과 같은 이유에서라고 보인다.

벌금형 이외에도 법원은 위경죄를 범한 법인에 대하여 특별보충형으로

288) 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수
289) 범행에 이용되거나 대상이 된 동물의 몰수
290) 3년 이하의 동물 점유 금지
291) 제5급 위경죄를 규정하는 명령은 3년 이하의 수표 발행금지를 보충형으로 정할 수 있다. 다만, 발행인이 지급인으로부터 자금을 회수하기 위한 수표는 그러하지 아니하다.
292) 박재억, 전게서, 6
293) 법무부, 전게서, 4

범죄행위에 제공되었거나 제공되려고 한 물건 및 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수, 범행에 이용되거나 범행의 대상이 되는 동물의 몰수 및 3년 이하의 동물 점유 금지를 선고할 수 있다. 이들 보충형은 보충형만 선고될 수도 있고 벌금형에 부가하여 하나 또는 수개의 보충형이 선고될 수도 있다.

③ 제5급 위경죄에 대한 처리

위경죄 중에서도 가장 중한 제5급 위경죄에 대해서는 벌금형을 권리박탈형, 권리제한형으로 대체할 수도 있다(프랑스 형법 제131-42조). 이 경우 법인은 1년 이하의 기간 동안 수표발행·지불카드사용이 금지되거나, 범죄행위에 제공되었거나 제공되려고 한 물건 및 범죄로 인하여 생긴 물건을 몰수당할 수 있다. 또한 벌금형에 대신하여 징벌배상형을 선고할 수도 있는데(프랑스 형법 제131-44-1조), 중죄 및 경죄의 경우에서와 같이 배상의무를 준수하지 아니할 경우에 대비하여 7,500유로 이하의 벌금을 선고하게 된다.[294]

(다) 특정 형벌의 내용과 적용방법

프랑스 형법은 별도의 관을 두어 위 법인에 대한 형벌의 내용 및 그 적용방법을 규정하고 있는바, 그 구체적인 조항은 다음과 같다.

제131-45조【법인해산결정의 효과】 법인해산 결정이 있는 경우, 법인의

294) 한편 법인의 제5급 위경죄에 대하여 제131-42조는 '1년 이하의 수표발행 금지'를 벌금형에 대한 대체 형벌로 규정하면서. 동시에 제131-43조는 법인의 제5급 위경죄에 대하여 제131-17조 제1항에 규정된 보충형, 즉 제5급 위경죄를 규정하는 명령이 3년 이하의 수표 발행금지를 규정할 수 있음을 규정하고 있어 일응 '조문 부조화'로 보일 여지가 있다.

그러나 제131-42조는 이미 규정을 두고 있는 벌금형에 대한 대체형벌로써 1년 이하의 수표발행 금지가 가능하다는 의미인 반면에 제131-43조가 준용하는 제131-17조는 향후 국사원 명령에서 위경죄를 규정하게 될 경우 3년 이하의 수표발행 금지를 보충형으로 정할 수 있다는 의미라고 해석되므로 그 자체에 논리모순은 없다 할 것이다.

해산을 위한 사건은 재산청산절차를 관할하는 법원으로 이송된다.

제131-46조【법인의 사법감시】 ① 법인을 사법감시에 처하는 판결을 선고할 때에는 감시업무의 수행자를 지명하고 구체적 임무를 정하여야 한다. 이 임무는 범죄가 행하여진 활동 또는 범죄의 기화가 된 활동에 한정된다. 감시업무 수행자는 최소 6개월마다 그 임무수행의 결과를 형벌적용판사에게 보고하여야 한다.
② 전항의 보고를 받은 형벌적용판사는 사법감시를 선고한 법원에 의견을 제시할 수 있으며, 이 경우 사법감시를 선고한 법원은 법인에 대하여 새로운 형을 선고하거나 사법감시 선고를 취소할 수 있다. <1992. 12. 16. 개정, 법률92-1336>

제131-47조【기업자금공모금지의 효과】 자금공모의 금지는 명칭 여하를 불문하고 증권 또는 주식을 운용하기 위하여 신용기관, 금융기관 또는 증권회사에 위탁하는 것 또는 모든 공모절차에 의뢰하는 것을 금지한다.

제131-48조【보충형의 내용】 ① 하나 또는 수개의 직업 활동이나 사회활동의 수행을 금지하는 형의 금지범위는 제131-28조에 규정된 바와 같다.
② 하나 또는 수개의 영업소 폐쇄형의 경우는 제131-33조에 규정된 바와 같다.
③ 공계약 배제형의 경우는 제131-34조에 규정된 바와 같다.
④ 수표 발행금지형의 경우는 제131-19조 제1항에 규정된 바와 같다.

다) 비판점

(1) 협소한 실제 행위자 범위

프랑스 형법전에 의하더라도 법인이 형사책임을 지는 범위는 '법인의 대표 또는 기관'에 의한 행위에 한정하고 있다. 이는 영미법계에서 논의되는 '동일성 이론'에서와 같은 견지에서 '법인과 동일시 할 수 있는 사람의 행위'에 한정하여 법인의 형사책임을 인정하고자 하는 것으로 해석된다. 이에 대하여 프랑스 대법원은 다양한 법해석을 통하여 그 범위를 넓히려는 시도를 보이고 있기는 하지만, 현실적으로 법인의 대표나 기관이 아님에도 불구하고 법인의 형사책임을 추궁함이 타당할 것으로 사료되는 다양한 행위주체(업무집행관여자, 종업원, 현장감독자 등)의 행위에

대해서는 법인의 형사책임을 물을 수 없게 될 우려가 있다는 점에서 문제의 소지가 남아 있다 할 것이다.

(2) 이익을 향유하지 않는 법인에 대한 제재 부재

또한 실제 행위자의 행위와 법인의 접점을 '법인의 계산'으로 한정한 것 또한 한계로 지적할 수 있다. 법인이 대표나 기관 기타 실제 행위자의 범죄행위에 이용되는 과정에서 그 내부의 관리소홀 등 책임으로 인하여 그 위법성이 더욱 강화되는 경우가 있을뿐더러, 법인이 직접 이익을 향유하지 않지만 '범죄행위와 법인 사이의 업무관련성에 근거하여' 그에 준하는 처벌가치가 있는 경우를 얼마든지 생각해 볼 수 있을 것이기 때문이다.

3) 일본

가) 법인처벌제도의 변천

(1) 전가벌(轉嫁罰)규정·법인대벌(法人代罰)규정의 시기

일본은 메이지 13년(1880년) 7월 17일 태정관 포고 제36호로 근대적인 의미의 형법을 제정하였으나[295] 메이지 20년대까지만 하더라도 법인을 처벌하는 규정을 두지 않고 있었다. 다만 가족이나 피고용자가 영업에 관하여 위반행위를 행한 때에는 영업자(사업주)를 처벌하는 제도를 두고 있었다. 이러한 방식의 아래에서는 종업원 등의 위반행위에 대한 책임은 경영주에게 전가되므로 이를 '전가벌규정(轉家罰規定)'이라 한다.[296] 이 제도에 따르면 경영주는 경영에 따른 종업원 등의 위반행위에 관하여 그 귀책 여부를 묻지 아니하고 모든 책임을 부담하게 되었다.

---

295) 국립국회도서관 일본법령색인(http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewEnkaku.do;jsessionid=295B485E95C1EBC5D70DAEE654C75057?i=WLHYWMUJylGjJIcVgifhGw%3d%3d), (최종검색일 : 2017. 5. 10.)

296) 메이지 13년의 주세법, 메이지 16년의 고물거래조례, 메이지 17년의 질실취급조례, 메이지 29년의 담배전매법 등

이러한 경과를 거쳐, 실정법상 법인처벌이 처음 도입된 것은 메이지 33년(1900년)의 '법인에 있어 조세 및 담배 전매에 관한 사범이 발생한 경우에 관한 법률(法人ニ於テ租稅及葉煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル法律)'[297]이었다. 위 법인처벌 규정은 법인의 대표자 또는 고용인 외의 종업원이 법인의 업무에 관하여 당해 법규에 위반하는 행위를 할 경우에 각 조문에 규정된 벌칙을 법인에 적용하는 것이었다. 여기서의 처벌의 대상은 자연인인 위반행위자나 대표자가 아니라 법인이 처벌되는 구조가 되어 책임주의가 간과되었다는 문제가 있었다. 그럼에도 불구하고 이러한 형태의 법률은 위 법률을 준용하는 형태[보험업법(메이지 33년 법률 제69호) 제100조의2, 광업법(메이지 38년 법률 제45호) 제106조, 어업법(메이지 43년 법률 제58호) 제65조, 매약법(다이쇼 3년 법률 제14호) 제19조 등], 혹은 대벌규정을 채용하는 형태[전신법(메이지 33년 법률 제59호) 제42조, 독물극물영업감독규칙(메이지 33년 내무성령 제5호) 제20조, 도장법(도축법; 메이지 39년 법률 제32호) 제16조, 중앙도매시장법(다이쇼 12년 법률 제33호) 제25조 등]의 형태로 다른 법률에서도 일반적으로 나타났다.[298]

(2) 대표자 대벌규정의 시기

다이쇼 말기에 이르러 수출생사검사법(輸出生糸檢査法)[299], 전기사업법(電氣事業法)[300] 등에서 법인의 대표자 그 외의 임원을 처벌하는 규정 방식, 즉 '대표자 대벌규정'의 방식이 도입되었다. 이는 본법에 의하여 적용되는 벌칙을 받게 되는 사람이 법인일 경우 이사나 임원 기타 그 법인

297) 국립국회도서관 디지털 컬렉션(http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/788016/64), (최종검색일 : 2017. 5. 10.)
298) 神山敏男, 日本の経濟犯罪ーその實情と法的對応, 274 (1996); 川崎友巳, 전게서, 27
299) 大正15年3月29日法律第35号, 구체적으로는 국립국회도서관 일본법령색인(http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/searchSeitei.do), (최종검색일 2017. 5. 10.)
300) 大正5年2月8日法律第5号, 구체적으로는 국립국회도서관 일본법령색인(http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewEnkaku.do?i=HbsEQLPcvsPBUSm%2fuUPV3w%3d%3d), (최종검색일 : 2017. 5. 10.)

의 업무를 담당하는 사람이 그 벌칙을 받도록 하고 있다. 이러한 입법의 배경에는 법인의 범죄능력 부정설의 영향이 있었을 것으로 보인다.[301]

이 시기의 대표자처벌의 입법은 법인 업무에 관한 위법행위의 책임을 법인의 대표자 등에 해당하는 자연인이 부담하는 점에서 주목할 필요가 있다. 그러나 여기에서도 전근대적인 잔재로부터 탈피하지 못하고 무과실책임이 채용되었다는 비판이 따른다.[302]

(3) 양벌규정의 시기

쇼와초기에 이르러 법인의 업무에 관한 위반행위에 대하여 위반실행자와 법인의 양자를 처벌하는 이른바 '양벌규정'의 방식이 도입된다. 최초로 도입된 것은 쇼와 7년(1932년)에 제정된 '자본도피방지법(資本逃避防止法)'[303]으로 '법인의 업무에 관하여 ○조의 위반행위를 할 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여 ○조의 벌금형을 과한다'는 규정형식을 취하고 있었다. 그 후로 각종 특별법의 법인 처벌규정은 이러한 방식을 채용하여 오늘날에 이르고 있다.[304]

이러한 입법방식의 배경에는 외국에서의 입법, 판례, 학설의 움직임, 그리고 그 영향을 받은 일본의 형법학자의 주장 등이 있었다. 이러한 규정방식에서는 법인과 위법행위자가 처벌되어 실행자가 아닌 법인의 책임자, 즉 이사 기타 임원 등은 처벌받지 않게 되었다는 점이 특징적이다.[305]

현재의 법인 처벌 규정에서는 이 '양벌규정'의 방식이 원칙이 되었고, 예외적으로 독점금지법(獨占禁止法) 제95조, 제95조의2와 같이 위반행위자와 대표자, 법인의 제3자를 처벌하는 삼벌규정방식(三罰規定方式), 노

---

301) 神山敏男, 전게서, 274
302) 神山敏男, 전게서, 274
303) 昭和7年7月1日法律第17号, 구체적으로는 국립국회도서관 일본법령색인(http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/ searchSeitei.do), (최종검색일 : 2017. 5. 10.)
304) 神山敏男, 전게서, 274
305) 神山敏男, 전게서, 275

동조합법 제31조 제2항과 같이 대표자등을 처벌하는 방식을 채용하는 법률도 있다.[306]

이러한 양벌규정 하에서 학설의 주류적인 입장은 '업무주인 자연인 및 법인은 어떠한 형태로든 과실이 없는 한 처벌되지 않는다'는 이른바 '과실책임설'을 취하게 되었다. 판례 또한 장기간에 걸쳐 무과실책임의 입장에 입각해왔지만, 쇼와40년(1965년)에 이르러 과실추정설을 채용하게 되었다.[307]

나) 판례의 변천

(1) 법인의 범죄능력 부인

일본 판례는 대심원의 메이지 36년 판결 이래 메이지, 다이쇼, 쇼와를 통틀어 법인의 범죄능력을 부정해왔다. 쇼와 10년대의 판례에서도 '우리나라 법제에서 범죄의 주체는 자연인만 가능하고 법인은 범죄능력을 갖는 것이 불가능하다'(대심원 판례 쇼와 10년 11월 25일, 쇼와 15년 9월 2일)는 취지의 판시를 통해 이를 확인하였다.[308]

그러나 이와 같이 법인의 범죄능력을 부정해도 법인을 처벌하는 특별법이 등장하는 등 다수의 법인처벌규정이 나타났다. 대심원은 물론 그 후신인 일본최고재판소에서는 이와 같은 '법이론'과 '현실'의 괴리를 무시할 수 없었다. 이에 대심원에서는 이러한 특별규정이 있는 경우 '법인에 범죄능력이 있기 때문에 형벌을 과하는 것이 아니라, 종업원의 위반행위에 관하여 법인에 벌칙을 적용한다'는 고안이 생겼다.

---

306) 神山敏男, 전게서, 275
307) 神山敏男, 전게서, 275
308) 이 시대에는 법인이 刑法典 상의 무고죄, 명예훼손죄, 사기죄, 횡령죄 등과 같은 형벌범에 의해서도 처벌되는가"도 재판의 대상으로서 문제가 되었다. 판례는 계속하여 법인의 형사책임을 부정하였는바, 그 근거는 법인처벌이 법규상 규정된 것 외에는 법인에 범죄능력이 결여되었다는 것이었다. 현재는 실무상 법인이 형법전상의 범죄를 범할 수 있는가 아닌가를 재판상 문제시하는 경우는 거의 없다.

현재 일본 학계에서는 법인처벌규정을 두고 있는 범위 내에서 법인에 형벌을 과하는 이상 법인의 추상적인 범죄능력 유무를 논함은 큰 실익이 없다고 보고, 오히려 “어떠한 요건 하에서 법인을 처벌하는가”에 관한 연구로 논의의 중심이 옮겨가고 있다.

(2) 법인의 과실책임주의와 법인의 범죄능력

대심원의 판례는 양벌규정 하에서 종업원의 위번행위에 관하여 사업주인 사람 및 법인에 대하여 무과실책임을 인정해왔다(대심원 판례 쇼와 17년 7월 24일, 쇼와 18년 3월 29일 등). 그러나 최고재판소는 사업주인 자연인에 관하여 대심원 이래의 무과실책임설과 결별하고 과실추정설을 채용하는 획기적인 새로운 판례를 선보였다(최고재 판례 쇼와 32년 11월 17일). 즉 사업주가 선임감독상의 과실이 없었음을 입증하면 사업주는 책임을 면하게 되는 것이다.

과실책임주의를 차용한 위 최고재판소 판례는 그 후의 재판소 판결에서 그대로 답습되었다. 이러한 판결 경향에 대하여 법인의 구성원에 의한 결과에 대하여 법인이 무조건 형사책임을 지게 되는 불합리함을 벗어났다는 점에서 지지하는 의견이 있는가 하면, 본디 형사재판에 있어서 구성요건에 해당하는 ‘과실’의 존부는 검사가 그 입증책임을 부담하는 것인데도 불구하고 유독 법인의 형사처벌에 관해서는 피고인인 법인이 과실이 없었음을(혹은 선임·감독상의 주의의무 위반이 없었음을) 입증할 책임을 부담하게 된다는 점에서 ‘진정한 의미의 책임주의’가 실현된 것은 아니라는 취지로 비판하는 의견도 있었다.

그 후로도 최고재판소는 위 판례의 취지를 사업주인 법인, 즉 기업에 대해서도 그대로 적용함으로써 기업범죄에 대하여 과실추정설을 채용하기에 이르렀다. 즉 최고재판소는 사업주가 사람인 경우의 양벌규정에 관해서는 그 대리인, 사용인, 그 외의 종업원의 위반행위에 대하여 사업주에게 위 행위자들의 선임, 감독 그 외의 위반행위를 방지하기 위하여 필

요한 주의를 다하지 못한 과실의 존재를 추정하게 되므로, 사업주가 위와 같은 주의의무를 다하였음을 입증하지 못하는 이상 사업주도 또한 형사책임을 면할 수 없는 것이고, 이는 본건과 같이 사업주가 법인(주식회사)인 경우로서 행위자가 그 대표자가 아닌 종업원인 경우에서도 당연히 적용될 수밖에 없다(최고재 판례 쇼와 40년 3월 26일)는 취지로 이어져 오늘날에까지 이르고 있다.

결국 법인의 과실추정이라고 해도, 구체적으로는 자연인인 기관에 선임, 감독의 과실이 있는지 아닌지가 검토되는 것이 되기 때문에 이 판례는 법인에 범죄능력을 인정한 것과 다름없는 것이 된다.

다) 양벌규정의 형태와 평가

(1) 양벌규정의 형태 구별

일본의 양벌규정은 크게 3가지 형태로 구별된다.

첫 번째 유형은 소득세법 제244조 제1항과 같이 '법인의 대표자 또는 법인이나 사람의 대리인 그 외의 종업원이 그 법인 또는 사람의 업무 또는 재산에 관하여 ○조의 위반행위를 한 경우에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 사람에 대하여 당해 각조의 벌금형을 과한다'고 규정하는 것이다. 이러한 규정 형식에 의할 경우 법인을 처벌하기 위하여 법인에게 고의가 있을 것이 요구되는지, 과실이 있는 경우에도 법인이 처벌대상이 되는지 등에 관하여는 명확하지 않다.[309]

두 번째 유형은 수산자원보호법 제41조와 같이 '법인의 대표자 또는 법인이나 사람의 대리인, 사용인 그 외의 종업원이 그 법인이나 사람의 업무 또는 재산에 관하여 ◯조의 위반행위를 할 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 사람에 대하여 각 본조의 벌금형을 과한다. 단 법인 또는 사람의 대리인, 사용인, 그 외의 종업원의 당해 위반행위를 방지하

309) 神山敏男, 전게서, 275

기 위하여 당해업무에 대하여 상당한 주의 및 감독을 기울였다는 증명이 있는 경우에는 그 법인 또는 사람에 관해서는 해당하지 아니 한다'고 규정하는 것이다. 이러한 규정형식 하에서 법인은 과실이 있는 경우에 한하여 처벌된다.[310]

세 번째 유형으로는 어선법 제31조와 같이 '법인의 대표자 또는 법인이나 사람의 대리인, 사용인 그 외의 종업원이 법인 또는 사람의 업무에 관하여 ○조의 위반행위를 한 경우에는 그 법인 또는 사람이 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 취하지 않았을 경우, 위반행위를 알고 그 시정이 필요한 조치를 강구하지 아니한 경우, 또는 위반을 교사한 경우에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 사람에 대하여 각 본조의 벌금형을 과한다'고 규정하는 것이다. 이러한 규정형식 하에서 법인은 종업원등의 위반 계획이나 위반행위를 고의로 방지하지 아니하거나 이러한 위반을 고의로 교사한 경우에 한하여 처벌된다.[311]

(2) 양벌규정의 존재형식에 대한 평가

이상의 3가지 유형 중에서 제1유형은 원칙적인 모양이기는 하지만 책임원칙고의 관계에서 문제가 된다. 왜냐하면 법인 측의 고의 내지 과실이 없는 경우에도 법인 처벌이 가능한지 여부에 관하여 법이 침묵하는데다가 과실범을 처벌하는 취지의 명문규정 없이 과실범을 처벌하는 것에 관해서는 죄형법전주의와의 관계에서도 의문이 있기 때문이다. 오늘날 판례와 학설에서 과실책임주의에 의하는 점을 고려하면 위와 같은 규정형식이 법인에 대한 무과실책임을 인정하는 근거로 작용할 가능성은 높지 않아 보이지만 여전히 과실의 문제는 남아있다 할 것이다.[312] 최근의 행정법규, 경제법규는 제2유형을 채용하는 경향이 있는바, 형법전과 같이 명문으로 과실범을 규정하는 방법과 궤를 같이 한다는 점에서 높이 평가

310) 神山敏男, 전게서, 275
311) 神山敏男, 전게서, 276
312) 神山敏男, 전게서, 276

할만하다. 제3유형은 규정상 명확하게 고의행위를 전제하고 있어 고의범에 한정된다.[313]

법인처벌규정은 종래 경제법규와 그 외의 행정법상의 결과침해를 수반하지 않는 형식범에 대해서만 도입되어 형법전과 이에 준하는 특별형법에는 도입되지 않았지만, '사람의 건강에 관한 공해범죄의 처벌에 관한 법률'은 형식범을 넘어 실질범인 과실치사상에 관해서도 법인을 처벌하는 돌파구를 열었다. 그러나 이에 관해서는 형법상의 과실치사상과의 관계와 그 외의 분야에서의 법인처벌과의 관계에서 문제가 있다. 이에 대하여 위 법률상의 규정이 현실에 적용되지 아니하여 전혀 기능하지 않는다고 보는 견해도 있었다.[314] 나아가 그 후의 입법에서는 그와 같은 형식의 입법은 없었다.

라) 양벌규정의 개선

(1) 벌금 연동의 해제

이러한 관점에서 일본에서는 1990년대 이후 증가된 증권범죄를 비롯한 기업범죄에 대처하기 위하여 1991년 "양벌규정에서 위반행위자와 법인 업무주(사업주)에 대한 벌금형 상한을 연동하여 분리하는 것이 가능하다"는 법제사법심의회 형사법부 벌금형검토소위원회의 해석에 근거하여 증권거래법 및 독점금지법(1992년), 부정경쟁방지법(1993년), 폐기물처리및청소에관한법률(1997년) 등에서 자연인과 기업을 포함한 법인의 벌금 상한을 달리 정한 바 있다.[315]

(2) 삼벌규정 일원화설의 도입

---

313) 神山敏男, 전게서, 276
314) 神山敏男, 전게서, 276
315) 山本和昭, 양벌규정에 있어서의 업무주에 대한 벌금액과 자연인에 대한 벌금액의 연동의 단절에 관하여, 판례시보, 제1042호, 3, (1992. 1.); 岩橋義明, 양벌규정에 있어 벌금의 연동의 단절에 관하여, 판례타임즈, 제773호, 61, (1992. 3.); 이천현, 송효정, 전게서, 66

기존의 양벌규정에 의한 형사처벌 구조는 행위자인 당사자와 그 사업주인 법인을 처벌하는데 그칠 뿐 사업주인 법인을 실질적으로 컨트롤하는 법인의 대표자에 대한 처벌이 미진하다는 비판이 있었다. 결국 법인과 당사자를 처벌한다고 하더라도 궁극적으로 법인의 대표자를 처벌하지 않는 이상 같은 범죄가 반복될 수밖에 없다는 것이다.[316]

이러한 문제를 해결하기 위해 최근 일본에서는 행위자와 법인 외의 '법인의 대표자'도 함께 처벌하도록 하는 '삼벌규정(三罰規定)'이 일부 도입되었다. 이는 법인의 종업원이 직접적으로 범죄행위를 행한 경우에 법인의 대표자가 기관으로서 주의감독의무를 해태한 과실을 범한 것이 되므로 이를 법인의 기관의 행위로서의 법인의 범죄, 정확하게는 법인의 과실범이 되는 것이라고 해석하는 것이다. 나아가 단순히 행위자만을 규율하는 데에 그치지 아니하고 그 대표자를 직접 규율하는 것이야말로 직접적인 관리감독의무 강화 효과를 이끌어낼 수 있다고 본데서 그 근거를 찾는다.[317] 현재는 노동기준법 제121조, 선원법 제153조, 직업안정법 제67조, 선박직원안정법 제69조 등에서 채용되고 있다.[318]

4) 스위스

가) 서설

---

316) 川崎, 전게서, 42-46, [재인용] 김재윤, 전게서, 276-277

317) 八木胖, 法人の犯罪能力, 良書普及會, 1948, 134

318) 노동기준법 제121조 제1항은 아래 해석과 같다(이하 본문에 인용된 다른 조문도 같은 구조를 취한다).
【이 법률의 위반행위를 한 자가 당해 사업의 노동자에 관한 사항에 있어 사업주를 위하여 행위한 대리인, 사용인 그 외의 종업원인 경우에는 사업주에 대해서도 각 본조의 벌금형을 과한다. 단, 사업주(사업주가 법인인 경우에는 그 대표자, 사업주가 영업에 관하여 성년자와 동일한 행위능력을 갖지 않는 미성년자 또는 성년피후견인인 경우에는 그 법정대리인(법정대리인이 법인인 경우에는 그 대표자)을 사업주로 한다. 다음 항에서도 같다.)가 위반의 방지에 필요한 조치를 한 경우에는 해당하지 아니한다.】
http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=322AC0000000049#212 (최종검색일 : 2017. 12. 9.)

우리나라와 같은 대륙법계에 속하고 독일과 동일한 법률문화를 갖고 있는 스위스는 2003년 이후 형법총칙에 기업처벌규정을 둠으로써 주식회사를 비롯한 기업의 형사상 책임을 물을 수 있게 되었다.

나) 입법과정

스위스는 다른 독일법계 국가들과 마찬가지로 "단체는 범죄를 저지르지 못한다"는 법원칙대로 형법에 있어 주식회사 기타 법인 기업의 행위주체성을 부인해왔다. 그러나 행정형법을 비롯한 기타 영역에서는 형벌로 처벌하여 왔다.[319] 다만 이는 법인을 처벌하는 개별 규정 중 하나에 불과하여 모든 기업에 적용되는 보편타당한 법적 근거는 여전히 결여된 상태였다. 이러한 상황에서 스위스는 영미법계의 법질서와 기업처벌의 확대를 요구하는 유럽연합, 유럽의회 및 경제협력개발기구 등의 영향을 받아 2002년 형법전에 제100조의4 기업처벌규정, 제100조의5 기업의 형사소송절차에 관한 규정을 도입하였고, 그 규정이 2003년부터 효력을 발생함으로써 기업처벌의 일반적 근거가 마련되었다.[320]

다) 스위스 형법 제100조의4 제1항

① 기업에서 기업목적과 관련된 영업업무의 수행으로 중죄 또는 경죄가 행하여지고, 이 행위가 하자 있는 기업조직으로 인하여 특정한 자연인에게 귀속될 수 없는 때에는 이러한 중죄와 경죄는 기업에게 귀속된다. 이 경우 기업은 최고 500만 스위스 프랑으로 처벌한다.

(1) 일반적 부수적 책임

319) 예를 들어 스위스 행정형법 제7조는 "최고 5,000 스위스 프랑의 벌금이 예상되고 제6조에 의해 처벌되는 행위자를 수사할 때 필요한 처분이 부과될 형벌에 비추어 지나치게 과도한 경우에는 이러한 행위자에 대한 수사를 하지 아니하고 그에 대신하여 법인, 합명회사, 합자회사 또는 개인회사를 벌금으로 처벌할 수 있다"라고 규정하여 주식회사를 포함한 법인의 형사책임을 인정하였다.

320) 松原久利, スイス新刑法典における企業處罰規定, 同志社法學 57券6号, 171-176

본조의 가장 큰 의의는 범죄행위를 한 자연인이 누구인지 구체적으로 밝혀낼 필요가 없다는 점이다. 즉 행위자인 자연인이 누구인지 명확한 경우에는 이 행위자를 행위에 상응한 형벌로 처벌하는 것으로 종결되지만, 그 행위자가 불분명한 경우에는 본조에 의하여 그 소속 법인을 처벌하도록 하는 것이다. 이는 주식회사를 비롯한 법인의 지배구조 및 결재과정이 복잡 다기화하면서 이에 가담하는 각각의 자연인 구성원의 책임소재를 명확하게 구분 짓는 것이 현실적으로 어려워지고, 가사 그 책임이 각각의 가담자에게 일부 인정된다고 하더라도 현실적인 공모관계 내지 기능적 행위 지배를 인정할 수 없는 이상 각 가담만을 두고 '공동정범'의 죄책을 지워 개개인을 처벌할 수도 없다는 현실적인 한계에 비추어 볼 때 그 의의가 있다. 즉 본조는 다수인이 각각 구성요건의 일부 영역을 실현하고 그 각각의 행위가 누적, 결합되어 하나의 구성요건을 실현한 경우에도 그 법인을 처벌하도록 하는 이른바 '총합에 의한 범죄행위'를 인정한다는 데에 의의가 있다.[321]

(2) 대상 행위 및 행위자

본조의 적용 대상 행위는 그 실행행위자에게 직접적인 결정권이 있는가 여부 등을 묻지 아니하고 그 행위 자체만을 기준으로 '법인목적과 관련된 영업업무의 수행 여부'만을 판단한다. 따라서 주식회사 기타 법인의 고용범위 내지 권한범위 내의 행위라면 누구든 본조가 규정하는 행위자가 될 수 있다.[322]

(3) 행위와 목적의 관련성

본조의 적용 대상 행위는 그 자체로서 주식회사 기타 법인의 목적달성과 연관성이 있어야 한다. 구성원이 한 모든 행위가 법인의 책임으로 귀결되는 것을 막기 우위해서이다. 이에 덧붙여 스위스 학설에서는 "기업

321) 松原久利, 전게논문, 176
322) 松原久利, 전게논문, 178

의 전형적 위험"이라는 기준을 추가적으로 고려하여 이러한 전형적인 위험이 범죄행위로 실현된 경우에 한하여 기업이 처벌될 수 있다고 보고 일반적인 위험, 즉 기업의 이익에 반하는 행위로서 기업 자체가 피해자가 되는 경우, 기업의 수익을 기대할 수 없이 오로지 개인의 이익만을 추구하는 행위, 기업조직의 행위를 기화로 행해지는 범죄에 대하여는 위험이 실현되는 경우에도 기업에게 그 책임을 묻지 않는다고 본다.[323]

(4) 조직의 하자

또한 본조가 성립하기 위해서는 '조직의 하자'로 인하여 책임 있는 행위자를 알아내는 것이 불가능한 경우여야 한다. 조직구조의 결여, 불분명한 권한위임관계, 인사기록 부재 등이 그 예시에 해당한다. 다만 위 규정만으로는 조직구성에 대한 특별한 표준을 알 수 없으므로 법인 기타 주식회사는 자신이 속한 영업 분야에서 통용되는 규율들을 준수하며 적법한 업무처리를 관철시킬 의무와 이러한 의무와 관련하여 인정되는 범죄행위를 억제할 의무만 부담한다고 볼 것이다.[324]

라) 스위스 형법 제100조의4 제2항

② 관건이 되는 범죄행위가 제260조의3, 제260조의4, 제305조의2, 제322조의3, 제322조의4 또는 제322조의7에 해당할 경우 법인은 자연인의 처벌과 상관없이 처벌된다. 이 경우 이러한 범죄행위의 억제를 위해 필요하고 기대가능한 모든 사전적 예방조치를 취하지 않았다는 것에 대해 기업을 비난할 수 있어야 한다.

(1) 특정적 독립적 책임

본조는 조직범죄, 돈세탁, 부정부패, 테러방지 등의 경우 기업이 범죄억제를 위한 사전적 조치를 취하지 아니하여 범죄가 발생하였다면 그 행

323) 松原久利, 전게논문, 178
324) 松原久利, 전게논문, 179

위자인 개인을 처벌하는 것과 별개로 기업도 중복해서 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

(2) 사전적 예방조치의 판단기준

이때의 '사전적 예방조치'의 의무가 불분명하다는 점에서는 앞서 본 기업의 일반적 부수적 주의의무의 모호함과 큰 차이가 없다. 이에 표준으로 삼을 수 있는 것으로 은행 및 저축은행에 관한 연방법률을 비롯한 금융 감독을 위해 제정된 특별법들이 제시되고 있지만, 금융업무와 무관한 범죄에 대해서는 아무런 기준이 없는 실정이다. 따라서 위 '사전적 예방조치'란 결국 해당 기업의 활동영역, 영업의 종류, 경제능력 등을 기준으로 하여 종합적으로 결정하여야 할 것이다.[325]

마) 스위스 형법 제100조의4 제3항 및 제4항

③ 법원은 특히 행위의 정도, 조직하자와 발생한 손해의 정도, 기업의 지불능력에 따라 벌금액을 산정한다. ④ 사법상 법인, 자치단체를 제외한 공법상 법인, 회사, 1인 회사는 본조에서의 기업으로 볼 수 있다.

스위스 형법에서는 기업의 정의를 명시적으로 하지는 아니하면서 본조에 해당하는 단체를 기업으로 볼 수 있다고 한다. 그러나 제1항에서 보는 바와 같이 '기업목적'과 관련된 '영업수행' 중에 저질러지는 범죄를 본조의 대상으로 삼고 있는 점에 비추어 보았을 때 본조가 규율하는 '기업'이란 영리를 목적으로 하는 일체의 단체를 가리킨다고 볼 것이다.

라. 기타 유럽국가

종래 대부분의 유럽 국가에서는 법인과 같은 사법적 허구로서의 가설이 형법의 응용을 통하여 형사책임을 부담하게 된다는 이론적 전개가 터

325) 松原久利, スイス新刑法典における企業處罰規定, 同志社法學 57권6호, 181-183

무니없다는 전제 하에 법인에 대하여 형사책임을 물을 수 없다고 인식하면서 법인은 공적 복지나 행정 관리 영역에 있어서 행정규제의 대상이 되는데 그친다고 보았다.

그러나 1976년부터 2002년까지 사이에 1988년도 유럽의회 지침[326]에서 법인 형사책임을 인정한 것을 비롯하여 네덜란드를 비롯한 23개국[327]에서 법인의 형사책임을 인정하고 있다. 특히 네덜란드의 경우 법인이 그 구성원으로 하여금 당해 행위를 할 것인가 여부를 결정할 힘이 있는지, 구성원의 그와 같은 행동을 받아들였는지 등을 기준으로 형사책임을 인정한다는 점에서 앞서 논의와는 차이점을 보인다.

마. 소결

앞서 대다수의 사례에서 확인되는 바와 같이 오늘날 대부분의 국가에서는 주식회사를 비롯한 법인의 형사책임을 인정하고 이를 직접 처벌하고자 다양한 노력을 보이고 있다. 이는 종래에 판례법과 그 해석에 의존하던 것을 시작으로 영국과 같이 특정 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하는 경우를 뛰어 넘어 프랑스와 같이 형법전에서 명시적으로 법인의 형사책임과 형벌 등을 세부적으로 규정하고 미합중국과 같이 기소와 양형의 가이드라인을 작성하는 등 그 책임의 내용과 실체가 보다 구체화되고 명확해지는 추세이다.

앞서 살펴본 것과 같은 주식회사 범죄의 추세, 형사처벌의 필요성 및 세계적인 형사처벌 추세는 우리로 하여금 조속히 법인에 대한 형사책임 근거를 명확히 하고, 법인에게 적합한 형벌의 부과를 통하여 법인의 범죄행위를 규율할 것을 요구하고 있다. 이는 성문법 국가인 우리나라로서

---

326) 김유근, 전게논문, 11

327) 현재 법인의 형사책임을 인정하는 나라로는 네덜란드, 아이슬란드, 포르투갈, 스웨덴, 노르웨이, 프랑스, 핀란드, 벨기에, 슬로베니아, 에스토니아, 말타, 스위스, 리투아니아, 크로아티아, 헝가리, 마케도니아, 라트비아, 오스트리아, 루마니아, 룩셈부르크, 스페인, 슬로바키아, 리히텐슈타인이 있다. 이승준, 전게서, 297; 김유근, 전게논문, 11

는 입법에 의하여야만 해결할 수 있는 문제이지 단순히 해석의 변경, 판례의 변경만으로는 그 본질적인 문제를 해결할 수 없는 것이다.

제5장 「주식회사의 형사제재 등에 관한 특례법」 도입방안

1. 입법의 필요성

앞서 본 바와 같이 주식회사의 범죄에 대해서는 형사책임의 인정이 강력하게 요구되고 있다. 이는 영미법계 국가와 대륙법계 국가를 불문하고 같은 경향을 보이고 있다. 그러나 현행 우리 법체계 하에서 단순히 형법 기타 특별형법의 개정만으로 주식회사에 대한 새로운 형사제재 방안을 도입하기는 어려워 보인다.

먼저 현행 법체계에서는 주식회사를 포함한 법인의 형사책임능력, 더 정확하게는 '범죄능력' 및 '수형능력' 유무에 관한 명확한 규정이 없다. 실무적으로는 제2장의 통계에서 확인한 바와 같이 주식회사를 형법위반, 양벌규정에 의한 특별법위반으로 의율하여 형사제재를 과하는 등 사실상 그 형사책임능력을 인정하고 있어 그 이론과 실무 사이에 괴리를 보인다.

규범력에 있어서도 국가가 형사제재의 대상으로 삼는 행위와 행정제재로 삼는 행위에 겹치는 부분이 생기면서 수범자로서는 마치 형사제재와 행정제재가 이중 부과되는 것으로 오인할 만한 경우가 발생하기도 한다. 나아가 종전의 형사법 체계 하에서는 기업의 위험관리 시스템 부재와 안전 불감의 조직문화로 인하여 발생한 '현대형 중대재해'에 대하여 안전관리의 실질적인 주체인 법인이나 경영자에게 형사책임을 묻기가 어려운 것이 현실이다. 현대 기업의 특성상 기업 내에 다양한 업무를 담당하는 수많은 조직이 존재하고 특히 안전관리업무에 관여하는 사람 또한 다수

존재한다는 점에서 형법상 업무상과실치사상죄를 적용하는 데에 한계가 있기 때문이다. 결국 이러한 한계는 피해자 사상의 결과를 초래한 직접 행위자인 일선 노동자 또는 중간관리직급에 있는 사람들만을 처벌하는데 그쳤을 뿐 해당 기업으로 하여금 위험관리 시스템을 갖추고 재발을 방지하도록 유도하기 위한 근본적인 대안을 제시하지는 못하였다.

이러한 일련의 문제를 불식시킴과 동시에 오늘날 우리 사회에서 요구되는 새로운 형태의 주식회사 형사제재를 도모하기 위해서는 새로운 입법을 통하여 문제를 해결할 필요가 있다. 나아가 위 입법에는 수범자인 주식회사, 법을 집행하는 국가기관에 대해서 명확한 양형 가이드라인을 제시함으로써 가장 극대화된 예방효과를 도모하여야 한다. 이러한 전제하에 이하에서는 앞서 한 논의를 바탕으로 「주식회사의 형사제재 등에 관한 특례법(안)」이 담아야 할 구체적인 내용들을 제시하기로 한다.

2. 입법의 목적 - 새로운 제재방안의 주요목표

이 법은 주식회사 또는 이에 준하는 단체(이하 ‘주식회사 등’이라 한다)의 구성원이 주식회사 등을 위한 활동 과정에서 범죄행위에 이른 경우 해당 주식회사 등에 대한 형사제재 기준을 명확히 함으로써 국민의 생명, 신체를 보호하고 법인의 재범을 방지하는 것을 목적으로 한다.

새로 제정하고자 하는 법률안의 기본적인 목표는 주식회사 또는 이에 준하는 단체(이하 ‘주식회사 등’이라 한다)의 형사책임을 인정함으로써 주식회사 등에 의하여 야기되는 범죄행위를 규율하고, 이를 통하여 국민의 생명과 신체를 보호하는 것을 목표로 하여야 한다. 나아가 주식회사 등의 직접적인 행위가 아니라고 하더라도 부주의와 무관심으로 인하여 범죄행위가 야기된 경우에도 주식회사가 직접 행위한 것과 동일한 것으로 취급함으로써 ‘그 누구도 부담하지 않는 형사책임’이 발생하지 않도록 할 필요가 있다.

3. 주식회사 등의 형사책임 선언의 필요성

주식회사 등은 그 구성원이 법인 등의 이익을 위하여 고의 또는 과실로 저지른 범죄행위에 대하여 형사책임을 부담한다.

앞서 본 바와 같이 주식회사 등이 형사책임을 부담할 수 있음을 선언함은 종래의 학설과 판례의 대립을 종식시키고 하나의 법률로서 통일적인 규율을 도모할 수 있다는 점에서 실익이 있다.

이러한 고려에서 독일 Nordrhein-westfalen 법률안 제2조 제1항에서는 "의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체 관련 위반행위(verbandsbezogene Zuwiderhandlung)를 범한 때에는 단체에 대하여 단체제재(Verbandssanktion)를 과한다."는 규정을 두었고, 프랑스 신형법 제121-2조에서도 "국가를 제외한 법인은 … 법령에 규정된 경우에 자신의 계산으로 자신의 기관 또는 대표자에 의해 범해진 범죄에 대하여 형사상 책임을 진다"는 규정을 두었다.

따라서 새로운 법률안의 경우에도 주식회사 등이 그 구성원의 행위에 대하여 형사책임을 부담할 수 있음을 선언하고, 이때 부담하게 되는 책임은 주식회사 고유의 책임이라는 취지를 선언할 필요가 있다.

4. 구성요건 규정

가. 주체-주식회사 기타 이에 준하는 영리활동 단체

국내에서의 다양한 입법시도 및 외국의 다양한 사례에서 확인되는 바와 같이 주식회사 등을 형사적으로 규율하는 대부분의 국가는 상법상의 회사와 같이 법인격이 있는 단체에 국한하지 아니하고 법인격 없으나 실질적으로는 단체로서 행동하는 모임을 다수 포함하고 있다.[328)]

---

328) '공공기관'을 포함할 것인가의 여부에 관해서는 영국의 경우와 같이 배제하는 경우가 있는가 하면, 독일 Nordrein-westfalen 법률안과 같이 사법상 또는 공

생각건대 이 법률안의 주된 규율 목적은 주식회사의 영리활동에서 수반되는 범죄행위에 대하여 당해 주식회사를 형사제재 하는 데에 있다. 따라서 주식회사가 아니라고 하더라도 일정한 단체가 영리활동 과정에서 범죄행위를 한다면 이 법의 적용대상으로 볼 수 있다. 즉 이 법의 적용대상은 "주식회사 기타 이에 준하는 영리활동 단체"라고 봄이 상당하다.

나. 대상 범죄-일체의 형법위반 사범 및 특별법위반 사범

영국의 경우 기업의 살인 및 과실치사에 대한 법률의 적용대상 범죄를 '법인 등의 운영 내지 조직방법의 실패로 인하여 사망의 결과가 발생하고, 그러한 운영방법의 실패가 고위경영진에 의한 것으로서 당해 법인이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반에 해당하는 것의 경우[329]로 한정함으로써 중대한 상해의 경우나 기타 사회적으로 비난 가능성이 매우 큰 범죄를 포함하지 못하였다는 비판을 받게 되었다. 스위스의 경우 일반적인 범죄행위의 경우와 특정 범죄행위의 경우를 구별하여 규율하고 있는바, 그와 같은 구별의 실익이 큰가에 대해서는 의문이 남는다.

따라서 주식회사 등이 저지를 수 있는 범죄행위를 각론상의 구성요건 요소의 형태로 열거하는 것보다는 독일 Nordrhein-westfalen 법률안, 프랑스 신형법, 오스트레일리아 형법에서 보는 바와 같이 일련의 형법위반 사범, 특별법위반 사범을 포괄하도록 하면서 다만 주식회사 등의 가담행위의 양태를 한정지음으로써 주식회사 등의 귀책 여부를 규정함이 상당할 것이다.

다. 대상 행위-자연인의 행위 또는 문화의 존재

법상 법인, 권리능력 없는 사단 및 재단 또는 권리능력 있는 인적회사를 모두 포함하거나 스위스의 경우와 같이 사법상 법인, 지방자치단체는 물론 공법상의 법인 등을 모두 포함하는 경우도 존재한다.

329) 한국형사정책연구원, 전게서, 122 (2010)

앞서 살펴본 바와 같이 대다수의 입법례가 동일성이론 내지 대위책임을 근거로 법인과 사실상 동일한 인격체라고 볼 수 있는 사람, 즉 대표자인 자연인을 기준으로 그 책임 유무를 나누고 있다. 그러나 조직의 분업화 및 전문화, 위임을 통한 책임 전가의 가능성 등을 고려할 때 인적 적용범위는 대표, 기관은 물론 그 종업원으로써 주식회사 등을 위하여 행동하는 자를 포괄하여야 한다. 실제로 대다수의 조직에서 위임전결규정 등을 통해 대표의 권한이 분산되고 있을뿐더러 일정 규모 이상의 주식회사 등의 경우 사실상 실무자들의 기안 내용을 토대로 대표자는 큰 틀에서의 결정만을 하는 경우가 다수 있기 때문이다. 이 경우에까지 실무자인 행위자를 배제하고 대표자만을 기준으로 형사책임을 부과한다는 것은 책임주의 원칙에 부합하지 않는 것으로 보인다는 점도 고려할 필요가 있다.

이때의 행위자는 1인으로 특정되지 아니하여도 된다. 각자가 역할 분담에 따라 업무를 수행한 것이고 여기에 어떠한 범죄의 고의·과실도 없었다고 하더라도 그 인식과 의사, 주의의무 내지 회피의무의 위반의 총합이 범죄행위의 결과를 야기하게 되었다면 주식회사 등은 그대로 형사책임을 부담한다. 또한 행위자의 행위는 주식회사 등과의 업무관련성이 인정되는 한 그 직무범위를 초과하여 범행한 것인지, 주식회사 등의 이익을 위하여 범행한 것인지 여부를 불문하고 행위자의 고의·과실이 그대로 주식회사 등의 그것으로 인정된다고 봄이 상당하다. 주식회사 등은 행위자에게 업무관련성의 외관 내지 실질을 부여했다는 점에 대하여 관리책임을 부담한다고 보아야 하므로 주식회사 등이 지휘·관리·감독 과정에서 충분히 조치를 취하였을 경우에 발생을 방지할 수 있는 범죄였음에도 불구하고 그 관리소홀로 인하여 주식회사 등의 업무를 기화로 하여 범죄행위가 야기되었다면 주식회사 등이 그 형사책임을 부담한다고 보아야 한다.

나아가 범죄행위를 야기하게 된 자연인의 행위가 특정되지 않는 경우

에도 주식회사 등은 자체적인 기업문화 또는 기업관행을 통하여 사실상 범죄행위를 지시, 권장해왔던 사정이 인정된다면 이를 이유로 형사책임을 부담한다고 보아야 한다. 이는 제도화된 기업의 부주의에 대한 책임을 묻는 것이므로 그 자체로서 독자적인 형사책임을 구성함에 충분하다고 볼 것이다.

라. 주식회사 등의 귀책사유

다만 주식회사 등 스스로 최선의 관리의무를 다했음에도 불구하고 일부 자연인 행위자의 일탈로 인해 범죄행위가 발생한 경우에까지 그 형사책임을 부담하도록 하는 것은 지나치게 가혹한 측면이 있다. 이러한 경우의 주식회사 등에 대해서는 그 형사책임을 감경 또는 면제할 당위성이 있다.

따라서 주식회사가 그 스스로 컴플라이언스 제도를 도입·운용하고 있었음에도 불구하고 범죄행위가 발생한 경우라면 그 컴플라이언스 제도가 유효·적절하게 운용되고 있었는가 여부에 따라 주식회사의 형사책임을 감면하는 방안을 고려할 수 있다. 나아가 범죄행위가 발생된 이후에 기소 또는 판결에 이르기 전까지 사이에 문제의 원인을 파악하고 이를 해결하기 위한 컴플라이언스 프로그램을 도입·운용함으로써 재범의 가능성을 일소시킨다면 이는 양형요소로써 반영될 필요가 있다.

5. 형벌 기타 형사제재

가. 벌금형 부과 기준의 구체화

벌금형은 여전히 주식회사 등에 대한 주요 형사제재 수단 중 하나로서의 지위를 점하고 있다. 따라서 국가가 주식회사 등의 규율에 벌금형을 유용함에 있어서는 그 명확한 기준이 제시될 필요가 있다. 또한 당해 주식회사 등의 수준에 맞는 벌금형을 부과함으로써 실질적인 제재가 이루어지도록 해야 한다.

가장 이상적인 방법인 미국 연방양형기준과 같이 각 범죄수준에 따른 기준 벌금형을 규정하고, 당해 범죄행위의 내용과 결과, 형사책임자인 주식회사 등의 조직 규모와 수익 수준 등을 각각의 양형인자로 가감하여 처단형을 정한 뒤 구체적인 벌금액수를 선고하도록 함이 상당하다.[330]

아울러 여전히 다수의 행정법규에 산재되어 있는 다양한 과징금, 과태료가 이중처벌 내지 과잉처벌로 인식될 여지가 있으므로 먼저 부과되는 금전벌에 대하여 그 후에 과하고자 하는 다른 금전벌이 흡수된다고 보거나, 형법 제37조 후단 경합범과 같은 사후적 경합관계를 인정하여 양형을 조정하는 등 주식회사 등에 대하여 부과하는 벌금형과 과징금 및 과태료 사이의 중복된 처분을 막을 수 있는 장치를 고안할 필요가 있다.

나. 벌금형 이외의 형사제재의 강화

또한 주체를 기준으로 보았을 때 벌금형의 실익이 없는 경우(규모와 수익이 매우 커서 벌금형의 선고로는 영향을 받지 않는 정도로 거대한 주식회사, 규모와 수익이 매우 적어 미약한 벌금형만으로도 사업의 존폐가 달라지는 정도로 영세한 주식회사), 행위 및 결과를 기준으로 보았을 때 벌금형이 적합하지 않은 경우에는 다른 방법에 의한 형사제재가 요구된다.

따라서 새로운 법률안에는 주식회사 등에 대한 생명형에 준하는 법인해산, 자유형에 준하는 제재로서 인허가 취소, 일정기간 동안의 영업정지, 관급공사 수급제한, 증자제한 및 수표 발행·법인카드 사용정지 등의 다양한 형사제재를 도입함으로써 주식회사 등에 가능한 형벌의 내용을 명확히 할 필요가 있다. 또한 명예형에 준하는 공표명령을 통하여 주식회사 등의 범죄사실과 피해회복 계획 등을 스스로 공표하도록 하는 방안

330) 나아가 주식회사의 지배주주가 사적 이익을 얻기 위하여 주식회사 등을 유용한 범죄행위의 경우에는 주식벌금제도의 활용을 통하여 해당 지배주주의 지배권을 희석시키고 그 범죄수익 상당액을 국가가 피해자들을 위하여 사용할 수 있도록 도모하는 방법도 함께 고안해 볼 여지가 있다.

도 함께 도입함이 상당하다.

이때의 새로운 제재들은 앞서 형사제재와 행정제재의 차이점에 관해서 논의한 바와 같이 검사의 엄격한 증명을 통해 인정된 사실관계를 바탕으로 부과되고, 범죄전력으로 분류·관리되며, 그 집행을 형 집행기관인 검찰에서 처리한다는 점에서 행정제재로서의 그것과 대별된다고 할 것이다. 따라서 새로 도입되는 형사제재로서의 법인해산 등은 종전의 행정법규 위반에 따른 법인해산 등과 그대로 병존하되, 그 절차와 관리를 달리한다고 볼 수 있을 것이다.

다. 무형의 이익에 대한 몰수

주식회사 등이 위법한 행위를 통하여 얻은 이익을 획기적으로 몰수 또는 추징할 수 있게 된다면 범죄 유인을 줄일 수 있게 된다는 이점이 생긴다. 그러나 현행 규정은 어디까지나 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건, 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건, 위 물건들의 대가로 취득한 물건에 한정하여 몰수를 인정하고 있고(형법 제48조 제1항), 이에 상응하는 대가에 대한 추징만을 허용하고 있는바(형법 제48조 제2항), 주식회사 등이 범죄에 의하여 취득된 독과점 지위, 생산비용 절감 등의 무형의 이익을 제거하는 데에는 한계가 있다. 물론 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 의하면 범죄수익 등을 몰수·추징할 수 있는 근거 규정[331]을 두고 있으나, 이는 특정범죄와 관련

---

331) **제8조(범죄수익등의 몰수)** ① 다음 각 호의 재산은 몰수할 수 있다.
1. 범죄수익
2. 범죄수익에서 유래한 재산
3. 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익등
4. 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산
5. 제3호 또는 제4호에 따른 재산의 과실 또는 대가로 얻은 재산 또는 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 그 재산의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산

② 제1항에 따라 몰수할 수 있는 재산(이하 "몰수대상재산"이라 한다)이 몰수대상재산 외의 재산과 합쳐진 경우 그 몰수대상재산을 몰수하여야 할 때에는

된 범죄수익에 한정하여 적용가능하고[332] 앞서 언급한 '무형의 이익'을 완전히 제거시키기에 충분하지 못하다는 점에서 한계가 있다. 따라서 이 부분 또한 입법 개선을 통하여 기업이 범죄를 통하여 얻은 유형의 이익은 물론 무형의 이익에 대하여도 그 환산 가치를 파악해냄으로써 해당 가액을 추징할 수 있도록 특례규정을 둘 필요가 있다.

6. 재범 방지를 위한 보안처분

합쳐짐으로써 생긴 재산[이하 "혼화재산"(混和財産)이라 한다] 중 몰수대상재산(합쳐지는 데에 관련된 부분만 해당한다)의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다.

③ 제1항에도 불구하고 같은 항 각 호의 재산이 범죄피해재산(재산에 관한 죄, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2제1항제1호·제2항제1호의 죄 또는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제650조·제652조 및 제654조의 죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산을 말한다. 이하 같다)인 경우에는 몰수할 수 없다. 제1항 각 호의 재산 중 일부가 범죄피해재산인 경우에는 그 부분에 대하여도 또한 같다.

제9조(몰수의 요건 등) ① 제8조제1항에 따른 몰수는 몰수대상재산 또는 혼화재산이 범인 외의 자에게 귀속(歸屬)되지 아니하는 경우에만 할 수 있다. 다만, 범인 외의 자가 범죄 후 그 정황을 알면서 그 몰수대상재산 또는 혼화재산을 취득한 경우(그 몰수대상재산 또는 혼화재산의 취득이 제4조 단서에 해당하는 경우는 제외한다)에는 그 몰수대상재산 또는 혼화재산이 범인 외의 자에게 귀속된 경우에도 몰수할 수 있다.

② 지상권·저당권 또는 그 밖의 권리가 설정된 재산을 제8조제1항에 따라 몰수하는 경우 범인 외의 자가 범죄 전에 그 권리를 취득하였을 때 또는 범죄 후 그 정황을 알지 못하고 그 권리를 취득하였을 때에는 그 권리를 존속시킨다.

제10조(추징) ① 제8조제1항에 따라 몰수할 재산을 몰수할 수 없거나 그 재산의 성질, 사용 상황, 그 재산에 관한 범인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정으로 인하여 그 재산을 몰수하는 것이 적절하지 아니하다고 인정될 때에는 그 가액(價額)을 범인으로부터 추징할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 제8조제1항의 재산이 범죄피해재산인 경우에는 그 가액을 추징할 수 없다.

332) **제2조(정의)**

"특정범죄"란 재산상의 부정한 이익을 취득할 목적으로 범한 죄로서 별표에 규정된 죄(이하 "중대범죄"라 한다)와 제2호나목에 규정된 죄를 말한다. 이 경우 중대범죄 및 제2호나목에 규정된 죄와 다른 죄가 「형법」 제40조에 따른 상상적 경합(想像的 競合) 관계에 있는 경우에는 그 다른 죄를 포함하며, 외국인이 대한민국 영역 밖에서 한 행위가 대한민국 영역 안에서 행하여졌다면 중대범죄 또는 제2호 나목에 규정된 죄에 해당하고 행위지(行爲地)의 법령에 따라 죄에 해당하는 경우 그 죄를 포함한다.

가. 서설

주식회사에 대한 형사책임 추궁의 목표는 자연인인 개인에 대한 그것과는 다른 성격을 지닌다. 즉 자연인인 개인에 대하여는 그 행위에 대한 대가를 치르게 함으로써 '응보'로서의 성격을 강하게 보인다는 점에서 '과거에 대한 징벌'로서의 성격이 강하다고 본다면, 기업을 포함한 법인에 대하여는 피해자들의 피해내역을 조속히 전보시키고 추후 재범을 방지함과 아울러 일련의 제재를 통하여 사전에 책임 있는 기업 활동을 할 수 있도록 유도하는 '예방'으로서의 성격을 더 강하게 지닌다는 점에서 '미래에 대한 대책'으로서의 성격이 강하다. 앞서 형법상의 대원칙을 통해 본 바와 같이 '응보'란 도덕적으로 비난 가능한 자를 대상으로 자신의 위법행위에 대한 대가를 치르는 것에 해당하는바, 의사의 총합으로서의 실체를 지니는 법인 기업에 '응보'로서의 형벌을 부과한다는 것은 법인 기업 스스로가 도덕적·윤리적 판단을 할 수 있다는 전제가 아니고서는 불가능하기 때문이다. 따라서 새로운 법률안은 법인 등에 대한 실효성 있는 처벌, 재범을 막을 수 있는 보안처분을 통하여 보다 실질적인 규율을 도모하여야 한다.

나. 도입 가능한 보안처분의 유형

무엇보다도 시급하게 도입되어야 할 보안처분은 피해구제명령과 원상회복명령이다. 대부분의 주식회사에 의한 범죄행위 피해자들은 민사상 손해배상청구소송의 결과가 확정될 때까지 특별한 보상도 받지 못한 상태로 방치되는 경우가 다수 있다. 이는 국가의 형벌권 행사가 국민의 생명과 신체를 지키는 것에 최우선 목표를 두어야 한다는 점에서 절차가 실체를 앞질러버리는 우를 범하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 주식회사의 형사제재에 관하여는 피해구제명령과 원상회복명령을 통하여 종전의 손해와 현재의 방해, 앞으로 예견되는 방해를 전보, 제거, 예방하도록 강제할 필요가 있다.

또한 보호관찰 제도를 통하여 적극적으로 주식회사 등을 감시·감독할 필요가 있다. 전문가의 파견을 통하여 범죄행위가 발생할 수 있는 요소를 사전에 차단·억제시키도록 하고 법원 또는 검찰의 요구에 응하여 그 이행상황을 수시로 보고하도록 하여 실질적인 보호관찰을 도모한다. 나아가 보호관찰 과정을 통해 피해구제명령과 원상회복명령이 제대로 이행되고 있는지, 당해 주식회사에 적합한 컴플라이언스 제도가 도입·준수되고 있는지 감시·감독함으로써 재범의 가능성을 원천 봉쇄함이 상당하다.

그 외에도 새로운 법률안에는 사회봉사명령, 특정 범죄행위에 대한 수강명령, 이수명령, 나아가 전체 주식회사 임직원을 상대로 하는 강의명령 등 다양한 유형의 부가명령을 통하여 그 주식회사에 가장 적합한 보안처분을 가할 수 있도록 해야 한다.

7. 내부신고자 보호

오늘날 주식회사 등에 의한 범죄는 외부적으로 드러나서 그 규율을 논할 정도에 이르면 이미 다수의 피해자가 양산되고 중대한 손해가 발생한 경우가 다수 있다. 따라서 내부신고자에 대한 보상과 보호를 통해서 주식회사의 범죄행위를 사전에 차단할 수 있는 명문 규정을 둘 것을 고려해야 할 필요가 있다.

제6장 결론

얼마 전까지만 하더라도 우리 법조계에서는 주식회사를 비롯한 법인에 대한 직접적인 형사처벌은 사실상 어렵다고 보는 견해가 다수였다. 법인은 민사상의 주체일 뿐 형사상의 주체가 될 수 없다는 대전제 때문이었다. 그러나 영국과 미국을 포함한 대다수의 국가들에서 이미 주식회사를 비롯한 법인의 형사제재를 시행하고 있고, 보다 세분화되고 구체화된 기

준을 가지고 보안처분을 과하고 있다. 일반 국민들의 감정으로도 더는 '그 회사 사장 나쁘다'라는 말로 그치지 아니하고 '그 회사 나쁘다', '그 회사를 처벌해야 한다'는 말이 당연하게 나올 수 있을 만큼 주식회사를 비롯한 법인의 형사제재 가능성에 대해서는 이미 충분한 공감대가 형성되었다.

이러한 전제에서 우리도 주식회사를 더 이상 '법전 안에 있는 실체'라고 볼 것이 아니라 '현재 사회에서 생활하고 있는 실체'로서 인식하고 실존하는 주체로서 사법상의 권리의무의 주체가 되는 것은 물론 그 자체로 범죄능력과 수형능력을 갖는 형사상의 주체라는 사실을 받아들일 필요가 있다. 「주식회사의 형사제재 등에 관한 특례법(안)」의 입법은 주식회사의 범죄행위에 대하여 형사처벌을 통해 주식회사 스스로 책임을 지게 하고, 보안처분을 통해 재범을 막음으로써 주식회사의 적법한 영리활동을 보장하고, 전체 사회를 풍요롭게 하며, 나아가 사회 공공의 안녕과 질서유지에 이바지하게 될 것이다. 끝.

참 고 문 헌

국어문헌

단행본

- 김건식, 노혁준, 천경훈, 회사법(제2판), 박영사, 2017
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교, 2008
- 김성천, 김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998
- 김용담, 김상호, 주석 민법, 민법총칙(1)(제4판), 2010. 8.
- 김일수, 서보학, 형법총론(제11판), 박영사, 2006
- 김재윤, 영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점, 2014. 12.
- 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2009
- 박상기, 손동권, 이순래, 형사정책(제11판, 9쇄), 한국형사정책연구원, 2016
- 박재윤, 이상, 신동운, 주석 형법, 형법총칙(1)(제2판), 2011. 11. 30.
- 박재윤, 이상, 김대휘, 주석 형법, 형법총칙(2)(제2판), 2011. 11. 30.
- 박재억, 프랑스의 예심제도 실무, 2007. 8. 20.
- 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008
- 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002
- 유기천, 개정 형법학(총론강의), 일조각, 1980
- 이승준, 기업범죄론, 충북대학교 인문사회 연구총서, 충북대학교 출판부, 2015
- 이영란, 형법학(총론강의), 형설출판사, 2008
- 이정원, 형법총론, 문영사, 1998
- 이재상, 형법총론(제8판), 박영사, 2016
- 이형국, 형법총론, 법문사, 1990
- 임웅, 형법총론(개정판보정), 법문사, 2005
- 정성근, 박광민, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008
- 정영석, 형법총론(제5전정판), 법문사, 1987
- 정영일, 형법총론(개정판), 박영사, 2007
- 조규창, 로마형법, 고려대학교 출판부, 1998

- 조준현, 형법총론, 법원사, 1998
- 진계호, 신고 형법총론, 대왕사, 1984
- 황산덕, 형법총론(제7정판), 방문사, 1982

논문

- 국회 환경노동위원회 전문위원(입법조사관 김정규), 기업살인처벌법안 검토보고서, 2014
- 권수진, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원, 2010
- 김재윤, 영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014. 겨울
- 김성룡, 권창국, 연구용역보고서(외국의 기업책임법제 및 도입 가능성 연구). 2014
- 김유근, 법인의 형사책임 ; 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로, 형사정책연구 제25권 제3호, 2014
- 김호기, 김택수, 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 2009
- 법무부, 독일형법, 2008. 5.
- 법무부, 프랑스형법, 2008
- 법무부 법무국, 법무자료 제269집 : 질서위반행위규제법과 각국의 입법례, 2005
- 사단법인 형사소송법학회, 외국의 기업책임법제 및 도입가능성 연구, 2014. 12.
- 오경식, 일수벌금형제도의 도입방안에 관한 연구, 형사정책연구원, 2012
- 이근우, 다중인명피해범죄에 대한 법무부 안에 대한 비판적 검토; 가천법학 제9권 제4호, 2016. 12.
- 이정민, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원, 2010
- 이천현, 송효종, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원, 2010

- 이천현, 윤지영, 임정호, 불법행위로 이득을 취한 기업의 형사책임에 관한 연구, 2014
- 이태협, 안전사고에 있어서 과실범의 성립 및 책임범위 연구, 국외훈련검사 연구논문집 제31집, 2016
- 조아라, 미국 연방 검찰·법원의 법인에 대한 형사 처분 운용실무, 국외훈련검사연구논문, 2013
- 한국형사정책연구원, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)-주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구-, 2014

통계, 보고자료

- 대검찰청, 2012년 범죄분석(범죄자 처분 결과)
- 대검찰청, 2013년 범죄분석(범죄자 처분 결과)
- 대검찰청, 2014년 범죄분석(범죄자 처분 결과)
- 대검찰청, 2015년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리)
- 대검찰청, 2016년 범죄분석(범죄발생 검거 및 처리)
- 대검찰청, 기업책임법 도입제안서
- 대검찰청, 세월호 침몰사고 관련 수사 설명자료, 보도자료(2014. 10. 6.)
- 금융위원회, 스튜어드십 코드에 따른 주주활동을 위한 법령해석집 배포, 보도자료(2017. 6. 9.)
- 민주노총 노동안전보건국, 한국의 기업 살인법, 중대재해 기업처벌법 이제는 제정되어야 한다, 2016
- 스튜어드십 코드 제정위원회, 기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙 (2016. 12. 16.)
- 한국기업지배구조원, 한국스튜어드십코드 제1차 해설서(2017. 6.)

영어, 독일어, 불어 문헌

- Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007
- Bernard Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 2009

- Charles F. Adams, Jr., A Chapter of Erie, in HIGH FINANCE IN THE SIXTIES 20, (Frederick C. Hicks ed., 1929)
- David Feldman et.al.,English Public Law.Oxford : Oxford University Press, 2004
- Edward B. DisKant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure, The Yale Law Journal, 2008
- Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009
- Frédéric Desportes, "Responsabilité pénale des personnes morales", JurisClasseur Pénal Code Article 121 - 2, 2001
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts(1. Bd. 2. Teil), Die juristische Person, Berlin u.a. 1983, S. 11.
- Günther Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995
- Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993
- Henning Radtke, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 1. Aufl., 2003
- Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Liability : A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agenrs Vol. 1, 1992; Ann Crady, Corporate Criminal Liability 22 Am. Crim. L. Rev. 1996
- KATSUHITO IWAI, Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance, 47 Am. J. Comp. L., 1999
- Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006,
- Klais Tiedemann, Dir Bebußung von Unternehmen, NJW 1988
- Leonard Orland/Charles Cachera, "Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities(Personnes Morales)

under the New French Criminal Code(Nouveau Code Penal)", 11 Conn. J. Int'l L. 111, University of Connecticut School of Law, 1995
- Jamie Nowak, Corporate criminal liability in Germany, Norton Rose Fulbright, April. 2016
- John C. Coffee, Jr., "No soul to damn; No body to kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment", Michigan Law Review, vol. 79 ,1981
- John C. Coffee, Jr., Corporate Criminal Responsibility, in 1 ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND JUSTICE 254 (Sanford H. Kadish ed., 1983)
- Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation, 60 WASH. U. L.Q. 1981
- OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1999
- Mark Tran, "Corporate killing bill unveiled." The Guardian, Nov. 23, 2004.
- Matthias Korte, "Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2008 -", NStZ 2010
- Nathaniel Lindley, On the Principles Which Govern the Criminal and Civil Responsibilities of Corporations (March 30, 1857), in 2 PAPERS READ BEFORE THE JURIDICAL SOCIETY 31, 35 (London, William Maxwell 1863)
- Peter Richard, "The Westray Story: A Predictable Path to Disaster", Province of Nova socotia
- Rena Steinzor, 'Why not Jail?', 2012
- Thomas J. Bernard, The Historical Development of Corporate Criminal Liability, 22 Criminology 3, 1984
- The Law Commission,Legislating the Criminal Code: involuntary manslaughter (Law Com No.237)HC 171, March, 1996
- Thomas Weigend, SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST? A German Perspective, Journal of International Criminal Justice, Noverber, 2008

- Tony Woodleym, “Letters: Manslaughter bill must ensure justice for those killed at work.”The Guardian, Jul. 24, 2006
- Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010
- V. S. Khanna, Corporate Criminal Liability: What purpose does it serve?, Vol. 109, Harvard L. Rev. 1996
- Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006

일어문헌

- 川崎友巴, 企業の刑事責任, 成分堂, 2014
- 川崎友巳, <研究ノート> 企業殺人(corporate homicide)と企業の刑事責任 -英米における企業への殺人罪の適用が意味するもの, 同志社大學四九券四号, 1996. 1.
- 宇律呂英雄, 法人處罰の在り方, 現代刑罰法大系第一券—現代社會における刑罰の理論
- 藤木英雄, 行政刑法, 學陽書房, 1976
- 板倉宏, 企業体と刑事責任, 企業犯罪の理論と現實, 1975
- 神山敏男, 日本の経濟犯罪ーその實情と法的對応, 1996
- 山本和昭, 兩罰規定における業務主に對する罰金額と行爲者に對する罰金額の連動の切離しについて, 判例時報, 第1042号, 1992. 1.
- 岩橋義明, 兩罰規定における罰金の連動の切離しについて, 判例タイムズ, 第773号, 1992. 3.
- 八木胖, 法人の犯罪能力, 良書普及會, 1948
- 松原久利, スイス新刑法典における企業處罰規定, 同志社法學57券6号, 2006

인터넷 참고자료

- https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=44403
- http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=40098
- http://www.homeoffice.gov.uk/docs/invmans.html

- http://www.corporateaccountability.org/statsdeaths.htm
- https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations# 9-28.010
- https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8#NaN
- https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der- komm-strafreform.pdf
- http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=322AC0000000049#212
- http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewEnkaku.do;jsessionid=295B485E95C1EBC5D70DAEE654C75057?i=WLHYWMUJylGjJIcVgifhGw%3d%3d
- http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/788016/64
- http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/searchSeitei.do
- http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewEnkaku.do?i=HbsEQLPcvsPBUSm%2fuUPV3w %3d%3d
- http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/searchSeitei.do

Abstract

Criminal Liability of the Company

- Focusing on legislative introduction -

Jin-yong, Jo(趙晋庸)

Law Department

The Graduate School

Seoul National University

Today, crime by company is steadily increasing in proportion to the increase of corporations. In the past, it was only infringing on personal property rights, but recently it is infringing on life and body. Nonetheless, the criminal law system in Korea still does not escape from the form of a 'corporation', but regulates company crimes only in the form of fines by dual liability.

However, corporations, among them the company, play a pivotal role in the modern capitalist society and have become a unique entity. In the realm of civil law, its existence is already recognized. In the area of administrative law, corporations are subject to direct sanctions. In the criminal law area, there is no reason to reject criminal responsibility of corporations including corporations.

It is necessary to recognize criminal responsibility of corporation as criminal policy.

Shareholders are ultimately the beneficiaries of the profits of corporations, but they are only indirect entities. The director is a

real actor of the criminal act of a corporation. However, if the director is strongly criminally sanctioned, various side effects may occur. As a result of the lack of judgment as a professional manager, the company can not actively engage in management activities and thus can defeat the goal of capitalist society, which is 'optimal allocation of resources'. In addition, there is even a concern that a criminal act will be repeated as the director is moved on by the appearance of shareholders who abuse it. Therefore, direct criminal sanctions on company can cause shareholders to discourage unfair profits, including criminal profits, and to monitor the actions of directors who are likely to commit criminal acts. In addition, It is possible to accomplish the maximum profit of the corporation and block the criminal act by preventing the criminal act which is carried out intentionally or carelessly in the course of excessive profit pursuit.

There are various types of criminal sanctions for corporations. However, considering that Korean criminal law system is established for the natural persons criminal act, it is necessary to declare the criminal liability of the company through the enactment of the special law.

Also, as a principle of 'nulla poena sine lege', crime and punishment of a company need to be regulated through legislation of the national assembly. First, all kinds of criminal offenses can be committed by company. In the scope of the actor, it should be considered that the criminal act of the company is not only made by a single entity but by the participation of various subjects from the representative to the employee. Therefore, if representative of the company or an employee commits an offense during the business related act, the company is criminally liable for that member's

criminal act. Also, if the actor can not be specified or difficult to identify, and if the fault of each participant is combined to form a corporate culture that tolerates or encourages member's criminal activities due to solitary confinement of company, the company also be criminally liable for that crime.

A breakthrough in the criminal sanctioning system suitable for the company is also needed. The fine penalty is one of the most effective sanction. But considering the limit of total fine by dual liability amendment, it is necessary to examine various measures such as establishment of separate fines system from human actors, introduction of stock fines or daily fines system(in German, Tagessatz). Also it is necessary to introduce the dissolution of corporations like death penalty, the cancellation of license and permit, the suspension of commercial activities like detention, the restriction of supply and demand of public construction etc. And it is necessary to introduce injunctive relief orders, restitution orders, probation, attendance and completion orders to promote the rapid recovery of personal injury and to prevent recidivism.

In the meantime, Korea has been aware of such necessity and has made various legislative attempts, but there is no breakthrough legislation on the criminal discipline of the company yet. In the United Kingdom and the United States, criminal liability has been actively recognized from the past. In the UK, it has been actively regulating life crimes committed by corporations by introducing the "Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act". In the United States, company crime is regualted by the prosecution and sentencing standards at the federal level, and each state has legislation about corporation crime and punishment. Also there is a lot of attempts to recognize the criminal responsibility of the

company in the continental law country too. In the past Germany, company has no criminal liability, so the system that regulates the criminal act of the company was by imposing a penalty by disorder act(Ordnungswidrigkeitengesetz). Currently, however, there is a lot of attempt to directly recognize the criminal liability of the company like 'Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden' Ministry of jusitice, Nordrhein-Westfalen state. In France, the criminal liability of the corporation is explicitly defined through the adoption of the new criminal law in 1994, thereby clearly recognizing the criminal liability of the company.

In the end, theoretically, there seems to be no reason not to admit the criminal liability of the company any longer. Practically, it is confirmed that the increase and deepening of the company crime, the demand from the people who want to punish the company directly, and the possibility of company crime elimination through direct company sanction. Clinically, there is a tendency to recognize the criminal liability of corporations, including companies, in most countries, from countries such as Anglo-American countries to continental law countries. Thus, Korea also should establish「The Special Act on the Criminal Sanctions of the corporation」. Through this law, the criminal act of the company must be directly criminally managed, and seek to introduce security measures appropriate for recovery, and prevention of recidivism.

keywords : Criminal liability of company(corporation), Dual liability

Student Number : 2015-21461