

〈논문〉

형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임*

趙炳宣**

요약

형법에서 단체책임의 이론은 혼하지 않다. 9·11사태를 계기로 플레취 교수는 국가의 형사책임을 구성하는 새로운 시도를 하였는데, 그 이론의 시사점을 단체책임에 반영하여, 최근 2008년 12월 26일 개정된 69개 법률의 새로운 양벌규정에 대하여 새로운 단체책임의 이론구성을 시도하였다. 개정법률의 양벌규정으로 추가된 면책규정의 내용이 기업의 '관리감독상의 주의의무'라는 내용을 갖고 있으므로 추정된 과실은 관리감독상의 과실을 의미하는 것으로 보이지만, 기존의 과실판례로 보더라도 사실상 '일반적인 과실과는 다른 책임'이다. 기업의 형사책임은 양벌규정의 본조가 결과범인 경우는 본조책임이고, 추상적위험범(거동범)인 경우는 순수감독책임이 되며, 기업의 단체책임의 내용(근거)은 따라서 추정된 과실책임이 아니라 기업조직의 흠결에 기인하는 일종의 단체(고의)책임이다.

주제어: 개인책임, 단체책임, 양벌규정, 감독책임

* 이 논문은 2009. 2. 20 서울대학교 BK21법학연구단 비교한국법센터가 주체한 2009년 제1차 학술대회(단체법의 제문제)에서 형법영역에서 발표된 주제발표논문을 가필한 것이다. 형법상 단체책임이라는 새로운 주제의 발표기회를 주고 비판과 조언을 아끼지 않은 서울대학교 비교한국법센터 및 형법교수님들께 진심으로 감사드린다.

** 청주대학교 법과대학 법학부 교수.

I. 문제의 제기: 개인책임과 단체책임

우리 형법에 ‘행위자’라는 개념이 명확하게 정립되어 사용되는 것은 아니지만, 형법전 이외의 개별법률의 별칙의 이른바 ‘양벌규정’에는 사용되고 있다. 그런데 ‘행위자’의 정의를 시도해 본다면, 개별법의 양벌규정에 한정하지 않고 사실상 범죄구성요건을 실현하는 ‘실행행위자’로서 ‘정범’과 ‘공범’을 포괄하는 개념으로 보는 것이 무방할 것이다. 그리고 이러한 행위자의 단위가 ‘자연인’에게 한정되는지는 국내외를 막론하고 학설상 논쟁이 있어 왔다. 우리나라에서는 양벌규정에서 법인등도 처벌하도록 규정하고 있으므로, 최소한 양벌규정이 적용되는 실정법에서는 일단 법인도 행위자의 범주에 포함시킬 여지는 있다. 이 때, 자연인이 정범 내지 공범의 형사책임을 지는 것은 ‘개인책임(individual guilt; Individuelle Zurechnung)’이지만, 법인이 행위자로서 형사책임을 지는 것은 ‘단체책임(collective guilt; Kollektive Zurechnung)’이라고 구분할 수도 있을 것이다. 그러나 우리 형법 그 자체에 ‘개인책임’과 ‘단체책임’이라는 용어가 명시적인 경우는 없었고, 학설상 범죄론적으로도 정립된 것은 아니므로, 특히 ‘단체책임’이라는 용어는 새로이 학설적으로 접근할 때 가능한 용어가 될 것이다. 그런데 형법의 범죄론은 책임주의에 입각하여 엄격하게 형성되어 발전되어 왔으므로 보통 형법에서 책임이라고 할 때는 개인책임을 의미하는 것이 통상적일 것이다.

그러면 먼저 우리 형법에서 행위자, 자연인, 법인, 공범, 정범, 개인책임, 단체책임, 양벌규정, 이러한 용어들이 자주 사용되는 상황을 보자. 자연인 행위자 하나 또는 다수의 자연인 행위자들의 문제라면, 공범과 정범의 규정 내지 이론을 적용할 것이고, 이를 개인책임으로 이해할 것이다. 문제는 현대산업사회에서는 다수의 행위자가 서로 유기적으로 조직화되어 의사결정부터 행위에 이르기까지 한 부분 부분에 지나지 않고, 마치 퍼즐을 맞추듯 전체를 조합해봐야 형법상 행위가 되고 결과가 되는 경우가 흔해졌다는 상황이다. 여기서 누구를 행위자로 할지, 과연 행위자는 직접적인 실행행위자인지, 의사결정권을 갖고 명령을 내린자인지, 의사결정권의 분산으로 인하여 의사결정권의 상층부에 해당하는 결재라인의 상위 몇 명을 다수의 행위자로 볼지, 그렇다면 이러한 다수의 행위자는 서로 정범인지 공범인지, 아니면 차라리 이 모든 과정을 총괄하여 조직체를 행위자단위로 보아 조직체의 책임(단체책임)을 인정할지, 이러한 복잡한 문제들이 제기된

다. 그런데 특히 여기서 단체책임의 문제는 다른 어떤 문제보다도 복잡하다. 단체책임이란 개념은 형법의 범죄론의 발전과정에서 볼 때, 최근 특수한 경우에 겨우 형성되기 시작하였다. 국제적으로 제노사이드(genocide)범죄에 대한 국가책임(responsibility of state)에 대하여 ‘제노사이드범죄의 방지 및 처벌에 관한 조약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)’ 제9조¹⁾에 규정되었는데, 이 조문에 명시된 국가의 형사책임은 개인책임이 아니라 단체책임(collective guilt)라고 이해되면서 형법상 단체책임의 개념도 가능한 첫 사례가 되었다. 이러한 연장선상에서 최근 국제테러가 종교적·이념적 대립으로 국지전의 양상으로까지 발전하여 커다란 국제문제가 되면서, 형법상 단체책임의 개념의 필요성 여부가 학문적으로 다시 논의되기 시작하였다.²⁾ 이 논문에서는 먼저 최근 국제적으로 활성화되기 시작한 단체책임의 개념을 검토하고(이하 II), 그 의미를 간접적으로 살려 우리의 양벌규정에 따른 기업의 책임을 단체책임으로 해석할 수 있는지 구조적으로 분석하고(이하 III), 결론적으로 단체책임의 개념을 적용시킨 양벌규정의 해석론을 제시한다(이하 IV).

II. 형법상 단체책임의 개념의 가능성

지금까지 대륙법계나 영미법계를 막론하고 형법 고유의 특성으로 인하여 개인책임이 아닌 단체책임을 본격적으로 논하는 이론은 거의 없었다고 해도 과언은 아니다. ‘단체’라는 개념에 근접하여 이론을 형성할 수 있는 유일한 경우가 겨우 법인·기업의 형사책임(corporate criminal liability)의 영역일 것이지만, 기업형사책임에서 조차 왜 개인이 아닌 단체가 형사책임을 지는지 실정법적 해석이 아닌 순수한 이론정립은 거의 없었다. 그런데 최근 유고전범재판(밀로세비치 재판)이나

1) Jan. 12, 1951, 78 U.N.T.S. 277.

2) 단체책임(collective guilt)의 문제를 학문적으로 활성화시킨 계기는 플레취(Fletcher) 교수가 예일대 법과대학원에서 2001년 저명한 스톨스(Storrs) 강연회의 일환으로 발표한 “전시의 자유주의자와 낭만주의자: 집단책임의 문제”를 계기로 활성화되었다. 다음 해 출판된 이 논문에 대하여 그 후 많은 반박과 토론이 있었다. George P. Fletcher, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problems of Collective Guilt*, 111 *Yale L. J.* 1499 (2002) 참조. 이 논문을 보다 상세하게 서술하여 출판된 단행본도 있다. 단행본은 다음의 각주 4 참조.

르완다전범재판과 관련하여 개인책임과는 별개로 ‘단체책임’을 고려해야 한다는 주장이 나오면서 형법상 단체책임의 개념이 다시 활성화되고 있다.³⁾ 이와 관련하여 단체책임에 대한 새로운 시각을 제기한 플레취(Fletcher) 교수의 이론이 커다란 반향을 불러일으키고 있는데, 단체책임 그 자체의 이론형성이라는 점에서 참조할 만한 시각이기에 여기서 검토하고자 한다. 그는 우선 형법의 근원적 시각을 양분하여 자유주의철학의 형법과 낭만주의철학의 형법을 대립시키고 있다. 그에 따르면, 지금까지의 형법이론은 거의 자유주의적 전통에 입각한 것이다. 그러나 최근 전통적인 자유주의적 형법의 단점이 극명하게 드러났다고 주장한다. 다시 말해서 형법이론이 개인주의적이고 자유주의적인 전통적 관념에 따라 범죄이론을 전개하여 왔지만, 이러한 자유주의형법이 완벽한 것은 아니고 전부터 늘 특별한 경우에는 단점을 내포할 수밖에 없었던 형법이라고 한다. 그는 최근 자유주의형법의 단점을 노출시키는 특별한 경우가 드러나기 시작했다고 한다. 그러한 단점을 노출시킨 특별한 경우란 최근 미국이 9.11사태를 계기로 ‘테러와의 전쟁’을 선언하였던 경우와 같은 일종의 전시를 의미한다. 그에 따르면 보통 형법이론은 스스로 자유주의형법인지도 모를 정도로 모든 개념을 자유주의형법관을 기초로 정립하여 온 것에 지나지 않는다. 그가 부각시키는 전통적인 형법개념은 개인주의형법 내지 자유주의형법인데, 자유주의형법은 자신도 모르는 사이에 고정개념 위에 축적되어 발전된 것이라는 점이다. 그러면 어떻게 그 고정개념이 단점을 드러낼까? 너무도 당연시 되던 개념이기 때문에 특정한 사건을 계기로 파열되기 전까지는 아무도 몰랐다는 것인데, 9.11 사태같은 특별한 사건으로 드러난 단점이 ‘파열된 고정개념의 혼란’이라는 것이다. 예컨대 판타나모 테러리스트 수용시설과 같이 미국의 형사사법의 이중성이 드러난 근저에는 이러한 자유주의형법의 단점이 있다. 이른바 ‘악의 축’에 대항하는 ‘정의의 사도’(자유주의형법)는 개인적 정의와 개인적 공정성에 기초하여 법적 개념(예컨대 ‘형사책임’이라는 개념)을 형성하려고 하지만, 이러한 법적 개념은 문화의 상대주의적 관점에서 보면 도덕적 갈등을 불러올 수 있고, 결국 갈등을 해결하려는 개념의 정립은 또 다른 개념적 혼란을 불러와서 ‘개념의 늪(conceptual morass)’에 빠진다고 한다.⁴⁾ 왜냐하면 보다 근본적으로는 ‘자유주의자의 동경(romantic aspirations)’과 ‘낭만주의자

3) Fletcher, supra note 2, at 1537.

4) Fletcher, *Romanticizing Guilt: Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton: Princeton University Press, 2002).

의 충동(Romantic impulses)'은 '국가(nation)'라는 개념을 두고 완전히 다른 접근을 하고 있기 때문이라고 한다. 그의 논거는 상당 부분 자유주의형법의 역사적 발전과정을 현대형법이론적 용어로 정리한 것이 아니기 때문에, 필자 나름으로 풀어서 정리한다면 다음과 같다: 자유주의형법은 개인의 자유를 전제로 이성(reason)에 근거한 보편성을 강조하기 때문에, 개인이 아닌 국가가 형사책임의 영역에 개입될 여지가 없다. 그러나 낭만주의철학에 입각한다면 전혀 다르다. 철학사적으로 볼 때, 낭만주의는 계몽주의를 다소 급진적으로 극복하면서 감각적인 충동의 세계와 내면의 세계를 부각시켰고, 자유주의철학의 꽃인 칸트의 '선형적 이성(transcendent reason)'만이 진리에 접근하는 유일한 방도라는 구도를 깨버렸다고 본다.⁵⁾ 낭만주의 철학자들에게 국가란 자유주의자들이 생각하는 바와 같이 단순히 정치적·법적 제도에 따라 정의할 수 있는 개념이 아니라, 역사적으로 볼 때 국가 그 자체가 유기적 행위자(organic actor)로서 국민의 권리와 의무의 집합체 그 이상의 것이라고 한다. 자유주의철학자들은 인간의 존엄 내지 인권을 언급하는데 반하여, 영국의 시인 바이론(Byron)과 같은 낭만주의철학자들은 국가란 경험의 대상이다. 즉 우리는 우리의 역사를 통하여 실제로 국가의 영광 또는 국가의 수치를 '경험'한다(experience glory and grandeur as well as humiliation)고 말하게 된다. 플레취 교수가 이렇게 조금은 지루하게 다소 법학과는 무관한 듯한 낭만주의의 철학, 문학까지 들춰가면서 자유주의와 낭만주의의 관점의 대립의 중요성을 강조하는 이유는 무엇일까. 국가도 책임을 지닌 '자(책임단위)'가 될 수 있다는 관점의 전환을 요구하기 때문이다. 즉 개인과 국가가 어떻게 응집되어 하나의 단위가 될 수 있는지 설명한다. 여기서 내적 응집은 매우 중요한 연계적 개념이 된다. 플레취의 논증은 국가 자체도 충분히 '책임을 지는 자(bearer of guilt)'가 될 수 있다는 것이고, 그 논증의 근거는 '개인자아 및 국가의 내적인 응집(the internal cohesion of self and nation)'이다. 여기서 주의할 점은 플레취 교수가 단체책임의 개념을 형사책임의 어떤 새로운 유형으로서 창시하려는 것은 아니라는 점이다. 그는 책임개념을 새로이 정립하여 형사책임론을 새로이 구성한다든가 하는 이론적 성과를 거두려는 것이 아니라, 지금까지 너무 당연시 여겨왔던 칸트적 의미의 '선형적 이성'의 세계 위에 정립된 형법상 책임개념은 구체적 사건을 통하여 감각적이고 경험적인 내면의 세계를 통하여 그 범주를 넓힐 수도

5) Fletcher, supra note 4, pp. 17-21.

있다는 것이다. 왜 개인의 집합체를 개인으로 분해해서만 보려고 하는가, 개인만이 선형적 이성을 가져서 인가, 개인은 개인들끼리 얽혀서 응집될 수 없다는 것인가, 이러한 질문을 수없이 던진다. 개인들의 집합체를 외적으로 파악하는 것은 의미가 반감된다고 보면서, 개인자아(여기에 선형적 이성이 기초한다)가 외부세계와 소통하면서 그 선형적 이성에 영향을 주어 새로운 자아를 형성해간다는 사실을 왜 부정하는가는 질문을 던진다. 플레취 교수는 그러한 특수한 경우에는, 즉 개인자아가 자신의 선형적 이성의 세계를 초월하여 외부사건과 소통하면서 국가개념과 내적으로 응집되어 새로운 자아를 형성하는 경우에는, 국가도 형사재판의 피고인이 될 수 있으며 그럼으로써 개인책임에도 영향을 미칠 수 있다고 본다. 예를 들면 세계2차대전 유대인학살의 전범인 아이히만(Eichmann)이나 대량학살을 자행한 유고전범인 밀로세비치(Milosevic)는 국제법상 반인륜범죄자로 인정할 수 있지만, 범죄자는 개인 말고도 ‘나치(히틀러)독일’과 ‘밀로세비치의 세르비아’도 책임자로서의 국가(단체)로서 인정해야 한다고 한다. 당시의 국가사회공동체는 집단고의를 갖고 그 고의를 실행하기 위하여 각각 두 사람의 범죄행위를 조장하였으며 격려하기까지 하였기 때문이다.⁶⁾ 따라서 플레취 교수는 아이히만과 나치독일의 내적인 응집 및 밀로세비치의 세르비아와의 내적 응집에 근거한 이러한 논거의 결과로서 두 사람은 당시의 국가와 범죄책임을 공유하기 때문에 그 책임은 경감되어 사형은 면해야 된다고 주장한다.⁷⁾ 필자가 보기에 약간 아이로니칼한 점은 개인주의 내지 자유주의의 형법의 단점을 보완시키려고 단체책임을 인정하지만, 결과적으로는 개인책임을 경감시키게 된다. 그러나 단체책임을 보다 엄격하게 양정함으로써, 그와 응집되어 있었던 불가결한 요소인 개인자아의 개인책임이 정밀하게 분석되는 장점을 가져온다. 결국 낭만주의형법은 개인주의형법이 파악할 수 없었던 부분까지 고려하여 개인주의형법의 꽃인 책임주의를 오히려 더 충실하게 원칙에 가깝게 만들어준다. 단체가 개인에 미친 영향을 고려하여 단체책임을 개인책임의 부분에서 제거하여 개인이 그 자신의 행위에 대하여만 책임을 진다는 책임주의원칙에 보다 충실한 이론이 되기 때문이다.⁸⁾ 플레취 교수의

6) Fletcher, supra note 4, pp. 72-74, 82-83, 94-95, 166-67.

7) Fletcher, supra note 4, p. 163.

8) 플레취 교수는 영미법계의 형법학자이지만 일찍부터 독일형법의 불법과 책임을 구별하고, 공범의 책임을 경감시켜야 한다는 주장을 하는 등 미국에서는 전통적으로 인정되지 않던 독일형법에 가까운 이론을 제기하여 미국형법학계의 주목을 받아왔다. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston · Toronto, Little, Brown and Company, 1978).

이론에 대한 외부의 대체적인 평가도 그러하지만 필자가 보기에 가장 중요한 이론적 의의는 ‘피해자에 대한 상징적 의미’이다. 단체책임을 인정하지 않는 자유주의형법의 커다란 단점은 역사적으로 일어난 가장 큰 사건을 개인단위로 인수분해하여 그 의미를 상실시켜 버린다는 점이다. 플레취 교수의 이론은 국가형사책임의 개념을 형성할 수 있으므로 국가라는 이름으로 자행된 범죄의 집단책임을 인정함으로써 피해자에게 커다란 의미를 부여하는데 있다고 보겠다. 왜냐하면 플레취 교수에 따르면 집단책임을 인정은 범죄를 기억하는 것을 체계화시키고 기록을 남기게 되어, 그 결과 화해(reconciliation)의 길을 터주기 때문이다.⁹⁾ 이러한 논지를 알기 쉽게 설명하기 위하여 집단종족학살(제노사이드)의 사례를 들어보자. 유대인학살과 같은 제노사이드에 대하여 개인책임만을 몰어 개인만을 처벌하면, 당시의 히틀러독일을 용서하지 않는다고는 하지만 히틀러나 아이히만 같은 개인의 개인책임이 부각되면서 결국은 그 당시 지배적인 사회문화의 살인 역할에 대하여 용서 내지 관면하는 것이 될 위험이 있다는 것이다. 그러나 그와는 반대로 개인책임 이외에도 별도로 집단책임을 인정하면, 당시 독일사회가 처했던 문제점이 부각되는 결과가 되고, 따라서 다시는 이러한 집단의 광기가 형성되지 않도록 국가 뿐만 아니라 개인에게도 국가라는 이름으로 행해질 수 있는 범죄에 대하여 재사회화시키는 효과가 생기면서 그 피해자에게도 용서를 구하고 포용할 수 있는 기능이 이루어진다는 것이다.¹⁰⁾ 이 때 개인의 범죄에 대하여 형벌을 경감시키는 것도 이러한 국가사회적 책임을 부각시키는 역할을 오히려 순기능적으로 부각시킬 수 있다고 본다.

이제 이렇게 집단책임을 개념이 중요한 사회적 기능을 수행한다면, 그러면 그 집단책임 그 자체는 어떻게 형성되는 것일까. 필자가 보기에는 이에 대하여 플레취교수는 정밀한 논증이라고 하기에는 미흡하지만, 철학사적으로 설명하면서 이성적이 아니라 낭만주의적 충동에 의하여 국가라는 단체로 개인적 자아(individual self)가 확장(expansiveness)되어 동일시되고 응집된다는 역사적 사실의 철학적 평가에 근거한 설명을 하고 있다.¹¹⁾ 예컨대 영국의 시인 워즈워드 같은 낭만주의자의 시의 세계를 보면 시적 상상력을 동원하여 개인의 내면의 세계 속에

9) Fletcher, supra note 4, p. 209.

10) Fletcher, supra note 4, p. 203.

11) Fletcher, supra note 4, pp. 22-24.

만 머무는 것이 아니라 개인감정을 외부세계로 적극적으로 투사시키면서 개인자아의 시대사조와의 내적 응집을 보여준다고 한다.¹²⁾ 그 시대의 사조는 마치 용광로에서 쇠를 단조하듯이 개인을 사회 속에 용화시키고 응집시킨다고 한다.¹³⁾ 다소 법학과는 무관한 듯한 용어같아 보이지만, 낭만주의자들의 이러한 ‘상상력(imagination)’은 사회의 낭만적 사조와 함께 매우 중요한 의미를 갖는다. 결국 플레취 교수에게 상상력이란 개인자아와 시대와의 상호소통을 말하고, 자아란 선형적 이성에 의해서만 파악되는 것이 아니라 충동과 경험을 통해 어떻게 형성되어가는지 잘 표현하는 용어라는 것이다. 이러한 개념을 법적으로 평가하는 것은, 선형적 이성의 자유주의형법의 책임원칙을 파기하는 것이 아니라 ‘보완’하는 것이다. 따라서 상상력과 같은 차원의 개념은 국가 또는 단체의 고의개념의 형성과정도 무관하지 않다. 또한 플레취 교수는 민사적 불법행위영역(tort)에서의 과실(negligence)을 비교법적으로 고찰하면서 그 과실의 특징은 상대적 인과관계에 근거하여 책임을 배분하는 역할을 수행하는데 있다고 주장한다. 그리고는 그러한 법이론의 역사적 발전과정의 검토를 통하여, 그러한 과실개념의 형성과정은 동일하게 유사한 영역에 역사적 발전과정이라는 형태로 유추할 수 있다고 한다. 그러면서 특정 한 시기에 노출된 형사적 집단책임도 책임배분의 역할을 수행해야 한다고 주장한다. 다만 민사과실과 다른 점은 형사적 집단책임은 그 내용에 비추어 ‘상상력’이 표현되어야 하기 때문에 고의범에 한정되는 점이라고 한다.¹⁴⁾ 플레취 교수의 형사책임의 이론은 어느 사회의 그 당시 시대사조가 요구하고 있는 국가의 영광을 위하여 개인적 자아가 국가사회로 응집되어간다는 경험적 관찰을 전제로 하여, ‘국가라는 단체성(nationhood)’을 단위로 하고 있으며, 예컨대 ‘전쟁도 불사한다’는 상상력의 표현으로 구성된다. 그의 이론구성과정은 필자에게는 무척 낯설은 논증방법인데, 누구도 시도하지 않았던 이론적 시도이기에 논증의 과정을 추적하면서 형법개념과 철학적 개념, 형법사조와 시대적 철학사조의 관련을 생각하여 보게 된 계기가 되었다. 형사책임이라는 개념을 엄밀하게 정립해온 우리형법의 범죄론적 관점에서 보면 플레취 교수의 이론구성의 완결성은 다소 애매하거나 부족한 것으로 보일 수밖에 없지만, 한편 그가 말하는 바와 같이 그의 논증의 책임개념의 ‘대체’가 아니라 ‘보완’이고, 완결성을 보이는 현재 우리의 범

12) Fletcher, supra note 4, p. 18.

13) Fletcher, supra note 4, p. 148.

14) Fletcher, supra note 4, p. 158.

죄론의 한계를 제시한다는 점에서 의의가 있다고 본다. 필자의 이와 같은 긍정적 평가는 필자 개인의 판단에 그치는 것만은 아니다. 그의 논증은 추상적 용어를 사용하여 계속 개념적으로 구축해나가는 전통적인 법학방법론을 답습하지 않고 있으며, 매우 실용적이고 구체적으로 위에서 이미 언급한 낭만주의문학 이외에도 또한 성서(Bibles)에서부터 시작하여 유대교, 이슬람교의 종교이론, 소포클레스(Sophocles), 도스토예프스키(Dostoyevsky)나 필립 로스(Philip Roth)와 같은 고전문학, 칼 야스퍼스(Karl Jaspers)의 독일의 전범책임에 대한 담론, 민사불법행위의 비교법적 고찰을 동원한 그의 논증은 허버트 모리스(Herbert Morris) 같은 저명학자에 의해서도 높은 평가를 받고 있다.¹⁵⁾ 이러한 플레취 교수의 단체책임의 개념을 이 논문에서 소개만 할 것이 아니라 다른 영역으로 일반화시킬 수 있을지는 아직까지는 필자의 능력의 한계로 인하여 미지수이다. 다만 필자는 플레취 교수의 이론은 대륙법계의 우리 형법에도 무한한 가능성을 열어줄 수 있다고 판단하였다. 우리 형법에서 ‘개인의 응집·집합’(단체)을 하나의 단위로 하여 행위자라고 특정할 수 있을지에 대하여, 대개 여러 이유를 들어 가능하다고 하는 논증은 많지만, 어떻게 개인을 넘어서 단체가 형성되고 그 단체는 어떻게 고의를 갖으며, 그 결과 어떠한 형태로 형사책임을 지게 되며, 그 단체형사책임은 개인형사책임과는 어떠한 관련성을 갖는지 - 예컨대 책임을 배분하는 사회적 기능과 피해자와 사회 그 자체의 재사회화의 기능 - 여러 가지 시사점을 주는 이론은 없었기 때문이다. 플레취 교수의 논증은 차원은 다르지만 이러한 새로운 ‘시사점’을 주기에는 충분하다고 판단하여 간략하게 소개하고 필자의 관점으로 정리하여 보았다. 혹자는 전혀 차원이 다른 논증을 무리하게 원용하려고 한다고 필자의 시론을 비판할지도 모르겠다. 플레취 교수도 이 주제로 이미 많은 논문들을 발표하면서 대개 제목에 ‘전시(at war)’를 붙이는 경우도 많은 것을 볼 때, 아마도 그의 이론은 국가의 전쟁책임과 관련된 것으로 한정된 느낌을 주기도 한다. 그러나 필자가 보기에 그 내용을 보면 ‘전시’라는 설정이 사례를 든 것이지 반드시 전시로 한정된 것으로 아니라고 판단된다. 아마 미국의 9·11사태에 따른 테러와의 전

¹⁵⁾ Herbert Morris, Propter Honoris Respectum: George Fletcher and Collective Guilt: A Critical Commentary on the 2001 Storrs Lectures, 78 *Notre Dame L. Rev.* 731 (2003), at 731-32. 원래 플레취 교수는 영미법계의 형법학자 중에는 가장 독일형법학에 근접한 정교한 이론체시를 하는 것으로 정평이 있었으나, 최근에 단체책임의 이론을 제시하면서 법철학적 논증을 포함하여 법학방법론의 지평을 넓히고 있는데, 그의 이론형성 및 그 방법론에 대하여 모리스 교수는 매우 긍정적으로 평가하고 있다.

쟁, 아프가니스탄 공격이나 이라크전쟁 등을 염두에 두고 서술한 것만은 분명하다. 플레취 교수 자신은 그의 이론을 기업범죄와는 전혀 연결시킨 바 없는 것도 확실하다. 그러나 필자는 전혀 차원은 다르지만, 일단 형법상 단체책임의 개념을 처음으로 시도하였다는 점에 의의를 두고 플레취 교수의 위의 매우 중요한 시사점을 음미하면서 우리나라의 양벌규정에 대하여 단체책임의 이론을 구성하고자 한다.

III. 양벌규정과 책임구조

1. 양벌규정의 위헌결정에 따른 개정

2007년 11월 29일 헌법재판소는 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 3 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조’와 관련하여 “개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 개인에 대하여도 본조의 예에 따라 처벌한다”고 규정한 부분이 형사법의 기본원리인 책임주의에 반한다는 이유로 위헌결정을 내렸다.¹⁶⁾ 법무부는 헌법재판소의 위헌결정에 따른 개정안을 검토하면서,¹⁷⁾ “상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 처벌을 면하게 하는 내용”을 추가한 양벌규정 개정안을 확정하고, 모든 양벌규정의 개정을 추진하여, 2008년 12월 26일 자격기본법 등 69개 법률(법률 제9190호부터 제9258호 까지) 1차로 개정되어 공포되었다.¹⁸⁾ 그 후에도 국회의 규제개혁특위 등에서 288개의 양벌규정 개정 법률안을 심사 중이고, 그 중 국회 본회의를 통과된 개정법률안은 현재 임금채권보장법 등 3개에 이른다. 이렇게 현재 69개 법률의 새로운 양벌규정이 적용되게 됨에 따라, 이제 양

16) 헌재 2007. 11. 29 결정, 2005헌가10 전원재판부.

17) 그동안 법무부와 대검찰청은 2008년 4월 한국형사정책연구원에 연구용역(한국형사정책연구원 2008년도 대검찰청 연구용역보고서 [박미숙(연구책임자), 탁희성, 임정호(공동연구진)], **양벌규정의 개선방안에 관한 연구**, 2008. 4)도 의뢰하였고, 2008년 6월의 공청회도 개최하였다. 공청회의 주제발표와 토론에 대하여 상세히는, 조병선, “양벌규정의 구조와 행위자의 특징”, 법무부(편) **형법개정 및 양벌규정 개선 공청회 (2008. 6. 20) 자료집**: 양벌규정 개선 주제발표문, 207-256 참조.

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

벌규정에 관하여 새로운 검토가 필요하게 되었다.

그런데 언론사에 제공된 법무부의 보도자료(2008. 7. 24)를 보면, 제목이 “양벌 규정 392개 법률 개정, 행정형벌 151개 과태료 전환 -전과자 연간 10만명 감소 예상-”으로서, 양벌규정과 과태료 전환은 친기업적 규제완화의 여건을 마련한다는 취지임을 분명히 하고 있다.¹⁹⁾ 보통 외양으로 볼 때, 기업책임은 기업 자신의 직접적인 행위책임이 아니라 종업원인 타인을 감독하는 주의의무를 부담하는 감독책임으로 이해된다. 그러나 양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 근거를 볼 때, 기업을 처벌한다는 규정만 있지 왜 처벌하는지 그 형사책임의 내용, 다시 말해서 ‘감독책임’의 구체적 내용이 없다는데 있게 되자, 새로운 양벌규정(이른바 “면책규정의 추가유형”의 양벌규정)은 감독책임의 내용을 충진하려고 의도된 것으로 보인다. 그런데 이렇게 위헌요소를 불식시키려고 양벌규정에 추가된 면책규정은 사실상 헌법재판소의 위헌결정 이전에도 일부 법률에 이미 존재하던 유형이었다. 만일 우리가 면책조건이 추가된 양벌규정을 글자 그대로 문언해석을 한다면, 이미 존재하였던 면책규정에 대하여 판례가 언급한대로, 이 유형(면책규정)을 과실추정의 근거로 보면서 입증책임이 전환된다고 해석하여도 무방할 것이다. 더욱이 기존의 이 유형에 대하여 판례가 이렇게 해석하였기 때문에 과실추정으로 해석될 가능성은 더욱 커진다. 결국 법무부의 의도(입법동기)²⁰⁾도 이러한 판례를 염두에 두었을 것이므로 양벌규정의 새로운 개정입법은 영업주(기업)의 책임을 ‘추정된 과실’로 보아 합헌성의 근거로 삼는 것이라고 볼 수 있다. 그동안 양벌규정의 해석을 두고 학설은 다양하게 전개되었었지만, 이제는 헌법재판소의 위헌결정과 이에 따른 개정의 여파로 과실추정설로 굳어질 가능성이 커 보이게 되었다.

19) 이 보도자료에는 “... 2008. 7. 24 국가경쟁력강화위원회 제5차 회의에서 대통령님께 보고하고, 금년 연말까지 추진할 예정임 ...”이라고 되어 있는데, 이에 따라 결국 개정되어 공포된 69개 법률은 행정안전부(편), **대한민국정부 관보** 제16906호(2008. 12. 26)에 게재되었다.

20) 법무부 보도자료 2008. 7. 24 참조. 이 보도자료에 따르면 “종업원의 범죄행위를 방지하기 위해 관리·감독의무를 다한 경우에는 법인·개인 영업주의 형사책임을 면제하고, 관리·감독상의 과실이 있을 뿐인 영업주에게 징역형까지 부과하는 양벌규정을 개선하여 징역형을 폐지하며, 양벌규정의 적용범위를 ‘업무에 관한’ 위반행위로 한정하여 업무와 무관한 종업원의 행위에 대하여는 영업주가 책임지지 않도록 관련 법률 총 392개를 모두 개정할 예정임”이라고 하고 있다.

2. 개정된 양벌규정의 해석상의 문제점: 과실추정설의 입법화?

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

우선 첫째 ‘법인’이라는 용어 그 자체는 명확하므로, 예컨대 벌금형을 법인에게 부과하는 것은 문제가 없으나, 벌금형을 법인에게 부과하는 ‘근거’가 양벌규정의 명문상 전혀 표현이 없어서 문제가 된다.²¹⁾ 양벌규정에 대하여 헌법재판소가 지적한 핵심은 바로 자연인인 업무주를 처벌하는 ‘근거 내지 내용(요건)’이 없다는 것이다. 그렇다면 합헌이 되기 위해서는 법인처벌의 요건을 마련해야 하는데, 법무부가 마련한 새로운 양벌규정은 면책규정을 추가하였을 뿐이다. 면책규정을 추가한 의도는 결국 법인(영업주)의 감독과실의 추정된다고 보는 기존의 과실추정설을 입법에 반영한 것으로 보인다. 판례는 이미 면책규정이 있었던 구 공중위생법 제45조에 대하여 법인에 대한 과실추정으로 보면서 입증책임이 법인에게 전환되는 것으로 보고 있다.

“... (구) 공중위생법 제45조에 의하면 ‘법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제42조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형에 처한다’라고 양벌규정을 하면서, 그 단서에 ‘법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원의 부당행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 대하여 상당한 주의와 감독한 것이 증명된 때에는 그 법인 또는 개인에 관하여는 예외로 한다’라는 면책규정을 두고 있다. 이는 법인의 경우, 종업원의 위반행위에 대하여 행위자인 종업원을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하고, 이 경우 법인은 엄격한 무과실책임은 아

21) 이러한 의미에서 한 문헌의 입법안(박기석, “양벌규정에 관한 판례분석”, **강의중교수정 년기념논문집**(2002), 425 이하, 436 이하의 제1안 및 제2안)이 법인에 대한 다양한 처벌수단을 제시하면서도, 자연인의 처벌과 병렬적으로 법인의 처벌만을 규정하면 결국 끝없는 순환론에 빠지기 쉽게 될 우려가 있어서, 또 다시 헌법재판소가 지적한 바와 같이 법인의 처벌근거를 제시하라는 비판을 받게 된다.

니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고, 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는 데 그 목적이 있다 ...”²²⁾

그렇다면 위 판례의 논지와 같이 양벌규정의 면책규정을 과실추정의 근거로 보고 입증책임을 전환한 입법으로 볼 것인가? 이미 이렇게 파악하는 학설도 등장하였고, 그 학설은 면책규정이 추가된 양벌규정은 ‘치밀한 입법’으로서 허용되는 듯한 입장을 견지하고 있다.²³⁾ 그러나 설사 면책규정을 과실추정의 근거로 보더라도 법인의 ‘상당한 주의와 감독’이 ‘과실의 (공동)정범’인지 양벌규정에 의해 창설되는 ‘순수감독책임’인지 아무것도 명확하게 설명되는 ‘내용’은 없다. 이런 의미에서 만일 헌법재판소의 위헌결정이 처벌의 ‘내용’이 없으므로 책임주의의 위반이라고 했다고 보게 되면, 2008년 12월부터 입법되기 시작한 새로운 양벌규정도 궁극적인 해결책이 되지 않는 것이다. 따라서 법인의 행위가 무엇인지, 어떠한 자연인의 행위를 법인의 행위로 형상화시킬 것인지, 아직도 새로운 양벌규정에 대한 해석론으로 완전히 해소시키기 어려운 ‘불완전한 입법’이라고 봐야 할 것이다.

둘째로 실행행위자(행위주체)로 표현된 ‘법인의 대표자’나 ‘법인 또는 개인의 대리인·사용인·기타종업원’이 처벌대상자로 표현된 ‘행위자’와 일치한다고 볼 수만은 없다는 점이 양벌규정에 대한 오해를 일으키기 쉽다. 이는 과거의 양벌규정이나 면책규정이 추가된 새로운 개정된 양벌규정이나 동일하게 문제가 된다. 다시 말해서 양벌규정에서 표현된 ‘행위자’는, 해석의 여지가 제로인 확정된 규정이 아니라, 다양한 접근이 가능한 해석의 문제가 된다. 다시 말해서 행위주체로서 표현된 대상은 위로부터는 법인의 대표자부터 시작하여 아래로 법인의 대리인·사용인·기타종업원에 이르기까지 법인의 전범위의 조직원을 총체적으로 일컫고 있다. 그 중에서 ‘제00조의 위반행위’의 ‘행위자’를 특정(特定)하는 것이다. 이러한 수직 라인에서 행위자를 특정할 때, 직접행위자가 주로 명령을 받아

22) 대판 1992. 8. 18, 92도1395. 판례는 (구) 관세법 제197조(현행 제279조)의 면책규정에 대하여도 영업주에 대한 과실추정과 입증책임의 법인으로의 전환으로 보고 있다. 대판 1980. 3. 11, 80도138.

23) 임웅, **형법총론**, 개정판(2002), 80. 이 교과서는 (구) 관세법 제281조의 면책규정을 법인의 과실을 전제로 하고 있다고 해석한다. 그리고 무과실책임설은 이 규정을 설명할 방법이 없다고 한다.

수행하는 하위조직원이라는 점에 착안하여 아래로부터 시작하여 행위자를 찾아 나가면 ‘다운업(down-up) 고찰방식’이 되고, 그 역이면 ‘탑다운(top-down)의 고찰방식’이 된다. 양벌규정과 관련하여 행위자의 특징이 결정적인 역할을 한다는 점은 이미 실무에서 오래전에 선우영 변호사가 지적한 바 있다.²⁴⁾

셋째 ‘행위자를 벌하는 이외에’라는 표현으로 미루어 여기서의 행위자는 종업원등의 주로 하위직위에 있는 직접적인 구성요건적 행위(‘제00조의 위반행위’)를 한 자연인이고, 함께 처벌되는 법인 또는 개인(업무주)은 여기에 포함될 수 없다는 고정관념 내지 논리이다.²⁵⁾ 이러한 고정관념을 전제로 하면 흔히 “자연인(종업원등)→법인(또는 업무주)”의 ‘순차적용’²⁶⁾이 된다. 그러나 우리 판례의 대부분은 행위자를 특정한다는 명시적인 표현이 없이 행위자와 법인의 양자를 처벌한

24) 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자” **형사판례연구회(편), 형사판례연구 [1]**, 286 이하 참조.

25) 이러한 점에서 한 국내문헌(윤영철, “사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고”, **형사정책연구** 제13권 제1호(2002), 209 이하)이 양벌규정은 함께 처벌되는 사업주의 귀속 모델로서는 부당하다고 비판하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 특히 쉬네만의 지배 모델을 들면서 “직접 유책하게 실행한 종업인의 자기책임”을 고려할 때 사업주에게 귀속시키는 것은 부당하다고 비판한다. 그러나 이러한 비판은 결국 ‘행위자의 기능적 특징’을 주목하지 않은데서 오는 결론이라고 생각된다. 우리 판례는 이미 성수대교 붕괴사고나 삼풍백화점 붕괴사고 같은 대형사고에서 행위자를 기능적으로 특정하고 있어 현장에서 직접 행위를 한 자 뿐만 아니라 현장소장, 사장 등 기업책임자의 주의의무위반(과실책임)을 인정하고 있어 주목된다. 이는 ‘자기책임이 아닌 감독책임’을 의미하는 것이 아니라 ‘정범으로서의 감독책임’을 말하는 것이다. 필자의 수범자의 영역에 따른 “행위자의 특징”의 논증에 관하여 趙炳宣, 兩罰規定と法人の刑事責任, **札幌學院法學(札幌學院大學法學部)**, 제17권 제1호(2000), 158-183; 조병선, “양벌규정과 법인의 형사책임,” **형사판례연구** 제3권, 1-21; 조병선, “환경형사판례에 대한 비판적 검토 -특히 양벌규정과 감독책임에 관하여,” **형사판례연구 [1]**, 295-322 참조.

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

다고 하고 있다.²⁷⁾

우리 판례에서 판례 자체가 표현을 하지 않았더라도 본조의 규범을 분석하고 해석할 때, 규범의 수범자가 법인이 분명한 경우 역적용사례로 볼 수 있을 것이다. 그런데 최근 역적용사례임을 명시한 판례가 등장한 것은 획기적인 일로 볼 수 있다. 최근 김대휘 판사가 양벌규정에 관한 판례를 분석한 예에서 보듯이, 대법원도 이른바 역적용사례를 고려한 것으로 보인다. 대법원은 종전의 대법원판례를 변경한 1997년의 판례를 통하여, 업무를 실제 집행하는 자에게까지 ‘업무주 처벌규정’을 양벌규정을 통하여 ‘확장’시키는 취지라고 선언하였고²⁸⁾ 이러한 관점, 즉 양벌규정을 통한 역적용사례에서의 수범자확장의 기능이라는 해석에 대한 지지자도 증가하고 있다.²⁹⁾ 문헌들은 최근에 등장한 역적용사례를 두고 수범자가 아닌 실제행위자(종업원이나 대리인)를 처벌하는 근거에 대하여, 수범자가 아니므로 처벌이 불가능하다고 하는 처벌부정설³⁰⁾과 양벌규정에 의하여 비로소 행위자의 처벌이 가능해진다고(처벌의 확장) 이해하는 처벌긍정설³¹⁾ 내지 창설적 효력설³²⁾이라는 견해가 대립된다. 역적용사례로 분명해지는 점은 양벌규정이 ‘처벌확장(一罰에서 兩罰로)규정’이 된다는 점이다. 다만 헌법재판소의 판례와 같이 처벌확장의 근거(내용)가 없으면 책임주의에 반하므로 그 책임내용을 밝히는 것은 여전히 - 개정된 양벌규정에서도 - 합헌적 해석의 몫이다.

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

28) 대법원, 1997. 7. 15 선고, 95도2870, 전원합의체판결.

29) 김대휘, “양벌규정의 해석”, **형사판례연구** [10], 15 이하.

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

31) 김대휘 판사는 다수의 견해로 소개하면서 **주석특별법**, 제1권, 249 이하에 문헌들을 소개하고 있다(김대휘, “양벌규정의 해석”, **형사판례연구** [10], 28 이하). “의무규정의 주체성”을 확대하는 견해도 처벌긍정설에 포함시킨다면, 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, **안암법학**, 제3호(1995), 347도 여기에 포함될 수 있을 것이다.

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

3. 새로이 추가된 면책규정: ‘본조책임’인가 ‘순수한 감독책임’인가?

앞에서 본 바와 같이 새로운 양벌규정의 유형인 “면책규정 추가유형”은 이미 일부 법률에 존재하였지만, 그 때마다 표현은 조금씩 달랐다. 그러나 2008년 12월부터 개정되기 시작한 69개의 법률에는 동일한 표현의 유형으로 입법되었으므로, 현재 국회에서 심의중인 288개의 법률도 동일한 표현으로 개정될 것이다. 이러한 “면책규정 추가유형”의 양벌규정의 실례로서 2008년 12월 26일 개정된 오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률의 제31조(양벌규정)을 ‘제00조에서 제00조의 위반행위’까지 포함하여 다시 한번 상세히 살펴보자.

위 조항의 문언대로 라면, 법인이 처벌되지 않는 경우가 ‘상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우’이므로, 반대로 법인의 처벌은 ‘상당한 주의와 감독을 게을리한 경우’일 것이다. 그 표현으로 미루어보면, 과실범의 요건인 ‘주의의 무위반’이라는데 의문의 여지가 없다. 그러나 ‘감독’이라는 표현이 더 추가되어 있음에 주목한다면, 보통 과실범에서 말하는 ‘해당 결과를 방지하기 위한 주의의무’ 외에 ‘해당 결과를 방지하기 위한 감독의무’도 포함되고 있음을 알 수 있다. 그런데 우리 국어문법상 “주의 ‘와’ 감독”, 즉 ‘와(and)’로서 주의와 감독이 병렬적으로 연결되어 있으므로, 합목적적인 해석에 앞서 엄밀한 문언해석에 의존한다면, 결과방지를 위한 주의의무와 감독의무를 병행하는 것을 의미한다고 봐야 한다. 그런데 ‘결과방지를 위한 주의의무’는 과실범 전반에 해당하는 일반적인 원칙이고, ‘결과방지를 위한 감독의무’는 그 주의의무 중에서도 특별한 ‘감독의무’로 좁은 범위를 갖는 것으로 볼 수 있다. 그런데 형법상 과실범은 보통 법익침해의 결과가 발생할 것을 전제로 하는 ‘결과범’이 보통이다. 즉 과실범의 주의의무 위반은 중대한 형법상의 법익침해, 예컨대 과실치사와 같이 사망이라는 법익침해의 결과를 방지할 주의의무를 태만히 하였다는데 비난의 초점이 있다.

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

“1. 제4조 제1항 본문을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 제조업을 영위하거나 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 제조업의 허가 또는 변경허가를 받은 자,

2. 제9조 제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 특정물질을 제조한 자, 3. 제10조 제1항을 위반하여 허가를 받지 아니하고 허가제조수량을 초과하여 특정물질을 제조한 자, 4. 제11조 제1항을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 특정물질을 수입한 자”

와 같이 이른바 ‘추상적 위험범’인 것이 보통이다. 즉 위반행위는 추상적 위험범의 형태를 띠고 있기 때문에 그 자체로서는 과실범이 성립될 수 없으므로, 실제로 위 법률에도 과실범의 처벌규정이 별척이 없다. 그런데 우리 판례가 ‘감독책임의 해태’를 주의의무위반 즉 과실범으로 파악한 경우는 ‘사고발생원인에 직접 관여한 구체적이고 직접적인 주의의무위반’이라는 기준이 충족되었을 경우로 한정하고 있다.³³⁾ 다시 말해서 ‘감독의무위반’이 일반적인 ‘주의의무위반’으로 인정되는 경우는, 중대한 사고를 야기시킨 ‘결과범’을 그 전제로 하여 사고발생원인에 대한 구체적이고 직접적인 (인과관계상 연결되는) 주의의무위반에 한정된다. 그러나 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’에서는 ‘종업원의 위반행위’가 법익침해에 이르는 ‘결과범’이 아니라 ‘추상적 위험범’ 또는 ‘거동범’에 불과하다. 그러므로 새로운 양벌규정의 범인의 과실(추정)책임은 어떠한 결과를 방지하지 못한데에 초점이 있는 것이 아니라 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 것이다. 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 (계을리한) 행위는 ‘순수한 감독책임’에 지나지 않는다. 다수의 행위자가 가담한 과실범의 사례를 잘 보여주는 우리나라의 대형사고판례를 분석한다면, 과실범의 기준으로 ‘사고발생원인에 직접 관여한 구체적이고 직접적인 주의의무위반’이 정립되었다.³⁴⁾ 결국 다수의 행위자가 가담한 경우(기업범죄)의 과실범이란 순수한 감

33) 예컨대 1994년의 성수대교붕괴사건에서 판례는 과실과 관련하여 주의의무가 ‘어느 시점, 어느 정도’에 이르러야 구체적이고 직접적인 주의의무위반이 되는지에 대한 언급은 없이 총괄적으로 파악하여 ‘직접적이고 구체적인 주의의무위반’으로 판단하고 있다. “... 피고인들은 ... 이 사건 트러스(철구조물) 제작에 직접 관여하였다고 할 것이므로 트러스를 설계도면대로 정밀하게 제작하도록 지휘·감독하여야 할 직접적이고 구체적인 주의의무가 있으며 ...”(성수대교 붕괴사고 항소심, 서울지방법원 95도2918). 이는 대법원에서도 그대로 인정되었다. 대판 1997. 11. 28 선고, 97도1740, 집45(3)형, 792; 공 1998. 1. 1 (49), 184. 이는 삼풍백화점붕괴사고의 판례에도 동일하다. 대법원 1996. 8. 23 선고, 96도1231, 집44(2)형, 821; 공1996. 10. 1 (19), 2937.

34) 비교법적으로 볼 때 이러한 기준은 헤르츠베르크(Herzberg)의 정범귀속이론과 유사하여 흥미롭다. 그는 ‘무가치행위자의 귀납(Verschiebung des Unwertakzents)’은 행위 그 자체로부터 ‘결과의 원인이 된 의무위반(schadensursächliche Pflichtverletzung)’으로 이 전시켜야 한다고 주장한다. Herzberg, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen

독책임이 아니라 결과에 원인을 제공한 ‘(과실)정범’으로서의 영업주의 형사책임을 파악하는 것이 우리 판례의 접근방법이라고 할 것이다. 그렇다면, 우리 판례의 이러한 접근방법으로 볼 때, 사고등의 결과가 없이 단순히 의무위반의 형태를 띄는 위 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위(본조의 위반행위)’는 행위자 - 영업주든 종업원이든 - 가 범할 수 있는 과실범의 주의의무위반의 범주에 포함될 수 없다. 다시 말해서 양벌규정에 따른 영업주(기업)의 형사책임은 ‘순수감독책임’의 형태로는 절대로 과실범이 될 수 없다. 만일 영업주의 책임이 본조책임으로서 고의범이라면 외양적으로는 관리감독의 행태이지만 정범으로서 행위지배를 갖는 행위 또는 의무법적 의미에서 형법외적 의무를 부담하는 지위에서의 위반행위가 될 것이다. 양벌규정의 영업주의 책임으로 만일 이러한 본조의 위반행위에 대한 책임(본조책임)이 없다고 판단되는 경우라면, 비로소 순수감독책임이 될 것이다. 본조의 위반행위가 주로 추상적 위험범으로서의 고의범이기 때문에 애초부터 영업주(기업)는 감독책임으로서의 주의의무위반의 형태로 과실범죄를 범할 수가 없는 것이다. 혼치는 않지만 만일 본조의 범죄가 결과범이라고 할지라도(혹시 앞으로 이러한 형태의 양벌규정이 입법된다면) 영업주의 과실책임은 본조의 과실범도 처벌한다는 규정이 있을 것을 전제로 대형사고판례에서 정립된 ‘결과원인에 대한 직접적이고 구체적인 주의의무위반’이 있어야 한다. 앞에서 이미 언급한 양벌규정에 관한 비교적 최근의 1997년 대법원판례(95도2870)에서 인정된 경우인 이른바 ‘역적용사례’의 경우는 기업(영업주)이 정범(직접행위자)로 특정되는 직접행위책임(본조책임)이고, 그 외의 경우에는 영업주(기업)의 책임은 순수감독책임이 된다.

IV. 결론: 양벌규정에서의 단체책임의 구성을 위한 시론

미국의 9·11사태와 관련하여 단체책임의 가능성을 제시한 플레취 교수의 시론을 검토하면서, 흔히 시대사조로 표현되는 사회의 집단적 의사를 인정하여 개인적 자아의 응집된 형태의 국가 그 자체의 범죄(단체)책임을 구성할 수 있음을

Organisationen, in: Kurt Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 33-53.

시사하였다. 그러면 우리 양벌규정의 해석과 관련하여 어떠한 시사점을 갖을 수 있을 것인가. 우선 개정된 양벌규정에 추가된 ‘상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우’의 해석은 그 문언에도 불구하고 ‘과실’로 추정되는 경우가 아니라, ‘XX 법률’ 제00조(양벌규정)의 ‘제00조에서 제00조까지의 위반행위’의 본래의 행위자(본조책임) 또는 순수감독책임을 지는 것으로 해석하는 것이다. 필자가 양벌규정에 대하여 지금까지 시도한 바와 같이 행위자의 특징이라는 구조로 보는 논증(앞의 III)뿐만 아니라, 한편 단체책임은 과실로는 불가능하다는 플레취교수의 시사점을 반영한 것이다. 단체책임은 개인자아를 단체로 응집시킬 수 있는 정도의 ‘상상력’이 개인자아의 내적 영역에 소통의 형태로 영향을 미쳐야 하기 때문이다. 구체적으로 표현하면 어떤 회사의 회사정책이 회사구성원 개인자아와 내적으로 응집되어 행동지침이 될 정도에 이르러야 한다. 이는 회사구성원 개인의 형법상 개인책임을 보충하는 기능을 수행한다. 회사라는 것은 회사구성원과 내적 응집이 이루어질 때 의미가 있는 것이므로, 회사의 인과적 기여에 의한 법률본조의 책임이거나 회사원개인들로 구성된 내적 응집 그 자체에 유사한 순수감독책임이다. 이같이 단체가 갖는 고의의 본조책임 또는 순수감독책임을 전제로 하여, 다음으로 그 책임의 근거가 되는 기업의 행위는 “기업의 범죄적 태도(criminal corporation attitude)”를 표시하는 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”로 본다.³⁵⁾ 개인적 자아가 기업이라는 단체에 응집된 것으로 본다면, 기업이라는 단체는 그 자체로서 외부에 자신의 의사를 표시하는 단위가 된다. 기업의 법규준수태도는 그 의사 표시의 하나가 되기에 충분하다. 즉 양벌규정에 표현된 ‘종업원의 위반행위를 방지하기 위한 상당한 주의 또는 감독을 게을리 한 경우’는 ‘위반행위 방지시스템’이 제대로 가동되지 않은 경우에 해당될 뿐이다. 형법의 행위개념에 비추어보면 ‘과실행위(작위)’보다는 ‘부작위’에 가까울 것이나,³⁶⁾ 예컨대 위에서 예로 든 ‘오존층보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률’의 ‘제28조에서 제30조까지의 위반행위’가 대부분 의무위반행위로 구성된 ‘추상적 위험범’ 또는 ‘거동범’

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

36) 과실과 부진정부작위의 구별에 관한 이른바 ‘평가적 관찰방법’에 대하여는 조병선, “대형사고사례에서의 작위사안·부작위사안의 구별 - 과실범인가 부진정부작위범인가” *고시계*, 2009년 5월호, 100 이하 참조.

이므로 형법상 ‘부작위범’이라고 볼 수도 없다. 그러므로 이러한 의미에서 기업의 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”는 양벌규정에 의해 처벌되는 범죄행위로서 일종의 ‘단체책임’이라고 볼 수 있다. 양벌규정은 개정된 입법을 통해서 분명히 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”라는 형태의 단체책임을 도입한 것으로 보는 것이 적절할 것이다. 참고로 2008년 6월 22일부터 시행되고 있는 질서위반행위규제법 제11조는 영업주인 법인 또는 개인에 대하여만 과태료를 부과하고, 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원에 대하여는 과태료에 처하지 않는 것으로 하고 있다.³⁷⁾ 과태료의 경우는 양벌규정과는 전혀 다른 일종의 ‘(일벌)규정’을 도입한 것이다. 형벌에 비하여 비난의 정도가 약한 과태료가 개인책임을 포기하고 단체책임으로서 기업에게만 과태료의 책임을 묻는 것도, 이러한 특수한 형태의 책임 - 우리의 기존 법체계에 없던 새로운 단체책임 - 으로 이해한다면, 그 이유가 설득력있게 제시될 수 있을 것이다.

투고일 2009. 5. 21	심사완료일 2009. 6. 15	게재확정일 2009. 6. 16
-----------------	-------------------	-------------------

37) 질서위반행위규제법 제11조는 “제11조(법인의 처리 등) ① 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.”라고 하고 있다. 우리나라 입법실무상 법인에 대한 과태료 규정은 다수 있으나 종업원의 위반행위로 법인과 종업원 모두에게 부과하는 양벌규정을 두고 있는 법률은 유일하게 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’ 1개만 있는 실정이다. 실제로 과태료 양벌규정을 두었다가 폐지한 법률이 상당수 있다. 과태료 양벌규정을 두었다가 폐지한 법률로 향교재산법, 상호신용금고법, 구 단기금융업법, 구 출판사 및 인쇄소 등록에 관한 법률, 농업기계화촉진법 등등 다수가 존재한다. 정부의 법안해설서도 이렇게 현행 과태료부과 관행을 존중하면 종업원은 처벌하지 않는 것이 상당하다고 하고 있다. 이에 대하여 법무부, **질서위반행위규제법과 각국의 입법례** (2005. 12), 196 참조.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김대휘, “양벌규정의 해석”, **형사판례연구** 제10권, 2002, 박영사, 28 이하.
- 김우진, “행정형벌법규와 양벌규정”, **형사판례연구** 제6권, 1998, 박영사, 397 이하.
- 박강우, “양벌규정과 감독자 책임”, **형사판례연구** 제8권, 2000, 박영사, 143 이하.
- 박기석, “양벌규정에 의한 판례분석”, **형사정책연구소식** 제33호, 33 이하.
- 박기석, “양벌규정에 관한 판례분석”, **강의중교수정년기념논문집(2002)**, 425 이하.
- 박영도, “입법기술의 이론과 실제”, **한국법제연구원 연구보고** 97-1, 356 이하.
- 법무부, **질서위반행위규제법과 각국의 입법례** (2005. 12).
- 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자” **형사판례연구회(편)**, **형사판례연구** 제1권, 박영사, 1993, 286 이하.
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, **안암법학** 제3호(1995), 347.
- 윤영철, “사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고”, **형사정책연구** 제13권 제1호(2002), 209 이하.
- 이상철, “양벌규정연구”, **법제** 제491호, 47 이하.
- 이정원, “기업에 의한 환경범죄의 형사정책에 관한 연구”, **경남법학** 제12집(1996), 163 이하.
- 임웅, **형법총론** 개정판(2002), 법문사.
- 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, **서울대학교 법학** 제48권 제3호, 60 이하.
- 조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, **서울대학교 BK21 법학연구단 비교한국법센터 주체 2009년도 제1차 학술대회 ‘단체법의 제문제’ 자료집**(2009. 2. 20), 31 이하.
- 조병선, “대형사고사례에서의 작위사안·부작위사안의 구별 - 과실범인가 부진정 부작위범인가” **고시계** 2009년 5월호, 100 이하.
- 조병선, “양벌규정의 구조와 행위자의 특징”, **법무부(편) 형법개정 및 양벌규정 개선 공청회** (2008. 6. 20) **자료집: 양벌규정 개선 주제발표문**, 207 이하.
- 조병선, “질서위반행위규제법에 관한 연구”, **청대학술논집** 제9집(2007), 77 이하.
- 조병선, “형벌과 과태료의 기능과 그 한계 - 과태료일반법의 필요성을 중심으로 -” **형사법연구** 제22호(2004년 겨울) 특집호, 385 이하.
- 조병선, 양벌규정과 법인의 형사책임, **형사판례연구** 제3권, 1995, 박영사, 1 이하.

조병선, “환경형사판례에 대한 비판적 검토 -특히 양벌규정과 감독책임에 관하여,” **형사판례연구** 제1권, 1993, 박영사, 295 이하.

조병선, **질서위반법**, 한국형사정책연구원 출판부, 1990.

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

한국형사정책연구원 2008년도 대검찰청 연구용역보고서 [박미숙(연구책임자), 탁희성, 임정호(공동연구진)], **양벌규정의 개선방안에 관한 연구**, 2008. 4.

2. 외국문헌

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

Cho, Byung-Sun, Administrative Penal Law and its Theory in Korean and Japan from a Comparative Point of View, in: *Tilburg Foreign Law Review (Tilburg University)* Vol. 2 No. 2(1992), 261-277.

Fletcher, George P., The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problems of Collective Guilt, 111 *Yale L. J.* 1499 (2002)

Fletcher, George P., *Romanticizing Guilt: Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton: Princeton University Press, 2002)

Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law* (Boston · Toronto, Little, Brown and Company, 1978)

Herzberg, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Kurt Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 33-53.

Morris, Herbert, Propter Honoris Respectum: George Fletcher and Collective Guilt: A Critical Commentary on the 2001 Storrs Lectures, 78 *Notre Dame L. Rev.* 731 (2003)

趙炳宣, 兩罰規定と法人の刑事責任, **札幌學院法學(札幌學院大學法學部)**, 제17권 제1호(2000), 158-183.

趙炳宣, 行政刑法と行政刑法理論に關する韓國と日本の比較法的考察, **姫路法學(姫路獨協大學法學部)** 第11號(1992), 101-124.

<Abstract>

The Determination of Perpetrator in Criminal Law: Individual Guilt and Collective Guilt

Byung-Sun Cho*

So far the term ‘collective guilt’ has been not well developed in the area of criminal law. However, the necessity to build the firm conception of collective guilt has been growing. Recently Professor Fletcher has developed the new concept of collective guilt. The first step in Fletcher’s argument is to reveal what he perceives as the shortcomings of a liberal tradition embraced by most criminal law theorists. Finally he has developed a concept of the nation as a collective agent and as a potential bearer of guilt. The author tried to apply some implications of Fletcher’s approach to the corporate criminal liability in Korea. In Korean there is in general the possibility of corporate criminal liability pursuant to ‘joint penal provision (two-sides penal provision)’. Recently in November 2007, the Korean Constitutional Court held that a joint penal provision in which the individual employer is punished when his or her employee is determined to have committed a crime was unconstitutional, because the joint penal provision had no contents for the culpability of an individual employer and thus violated the constitutionally protected principle of culpability. After the Korean Constitutional Court’s expression of the unconstitutionality over joint penal provision in November 2007, since December 2008 the Ministry of Justice began to change the old joint penal provision into the new revised joint penal provision. On 26 December 2008, the old joint penal provisions of 69 laws were revised. The new revised jointpenal provision adds only an additional sentence: “If a juristic person, an entity or an individual perform due care and supervision over its employee for the prevention of such a crime, it will be

* Professor, College of Law, Chongju University.

exempted from the punishment”. The new revised joint penal provision seems to declare that the criminal liability of employer is based on the presumption of negligence, because the inserted sentence means the presumption of negligence. Probably the new form of penal provision, that is understood to be a kind of the presumption of negligence, could let the burden of proof be changed from the public prosecutor to the accused, in other words employer-side. My paper raises the question of how we could determine who is perpetrator in an organizational hierarchy, and how we should restrict the number of individuals whose actions may trigger the corporation’s liability. In my opinion, corporate criminal liability pursuant to joint penal provision is quite different from typical criminal negligence. We need to change from a point of individualistic view to a point of collectivistic view. Because a criminal corporate attitude would pervade the ‘team spirit’ of the corporation, a general, as well as a specific preventive effect is extremely unlikely if the members of a corporation have been influenced and reflected by a criminal corporate attitude. In my opinion, therefore, a corporation could be held liable for the crime its employee committed because of an organizational failure of the corporation. In order to determine corporate criminal liability, it should not focus on individual behavior but rather on collective mechanisms of control. My explanation on joint penal provision requires both the commission of an offense in the interest of the corporation and an organizational failure on the part of the corporation. In my opinion, the new approach I described so far, though not complete, is much more comprehensive than the other approaches that have been developed under the limitation of the classical criminal law theory.

Key words: individual guilt, collective guilt, joint penal provision, supervisor responsibility