

법인의 범죄능력 - 법 이론과 형법정책의 측면에서 -

양 천 수*

국문요약

이 글은 법인의 범죄능력에 관한 문제를 법이론과 형법정책의 시각에서 접근하는 것을 목표로 한다. 이를 통해 기존 연구가 간과하고 있는 논점을 분명히 하고, 법인의 범죄능력에 관한 문제는 궁극적으로는 일정한 형법정책의 관점과 밀접하게 관련되어 있음을 밝히고자 한다. 말하자면, 법인의 범죄능력에 관한 쟁점을 일종의 '체계비판적' 관점에서 분석하는 것을 주된 목표로 하고자 한다.

우선 왜 법인의 범죄능력을 인정해야 할 필요가 있는지 검토하였다(II). 이어서 법인의 본질에 대한 논의를 통해 법인이 안고 있는 이중적인 지위를 살펴보았다(III). 법인의 본질에 관해서는 크게 법인의제설과 법인실제설이 대립하였는데, 이 글은 독일의 법사회학자인 군터 토이브너의 견해를 수용하여, 법인은 의제적인 측면과 실제적인 측면을 모두 갖추고 있다는 결론을 내렸다. 그 다음으로 법인의 범죄능력에 관한 쟁점을 범철학과 법이론의 시각에서 분석하였다(IV). 특히 독일의 형법학자 야콥스의 최근 주장을 비판적으로 검토하였다. 이 연구에 따르면, 행위론·귀속론·수행능력·형벌수단선택 등을 이유로 하여 법인의 범죄능력을 부정하고자 하는 시도는 그리 성공적이지 못하다. 오히려 법인의 범죄능력을 판단하는 데 결정적인 논거는 형법정책적인 논거라고 이 연구는 말한다(V). 이에 따르면, 자유주의적인 형법정책을 지향하면, 법인의 범죄능력을 인정하는 것은 위험하다는 결론에 이르게 된다. 반면 기능주의적·예방지향적 형법정책을 지향하면, 법인의 범죄능력을 더욱 손쉽게 인정할 수 있다. 그러나 결정적인 문제는 두 형법정책 중에서 무엇이 더 타당한지 쉽게 판단할 수 없다는 것이다. 그 때문에 법인의 범죄능력에 관한 문제는, 결국 어떤 형법정책을 지향하느냐에 따라 달라진다(VI).

* 영남대학교 법과대학 전임강사, 법학박사.

I. 서론

자연인이 아닌 법인이 범죄능력을 갖는가 하는 문제는, 객관적 구성요건 요소인 주체와 관련해서 가장 논란을 빚고 있는 문제라 할 수 있다. 이 문제에 대해서는 그 동안 많은 연구가 진행되었지만, 여전히 통일된 합의에 이르지는 못하고 있다.¹⁾ 이 문제는 법인에 대한 형사처벌 필요성은 더욱 증가하고 있지만, 이러한 형사처벌 필요성을 논리일관 되고 설득력 있는 형법 도그마틱으로 논증하는 것이 쉽지는 않다는 점에서 여전히 중요성을 얻고 있다. 그런데 기존의 연구를 일별하면, 많은 연구가 형법 도그마틱이라는 ‘체계내재적’인 측면에서 이 문제에 접근하고 있음을 파악할 수 있다.²⁾ 이와 달리, 법이론(Rechtstheorie)이나 형법정책(Strafrechtspolitik)의 측면에서 법인의 범죄능력을 논하는 연구는 그리 많지 않아 보인다. 그 때문인지 법인의 형사책임에 관한 논의는 일정한 범주나 유형에서 크게 벗어나고 있지 않은 것처럼 보인다.

이 글은 법인의 범죄능력에 관한 문제를 법이론과 형법정책의 시각에서 접근하는 것을 목표로 한다. 이를 통해 기존 연구가 간과하고 있는 논점을 분명히 하고, 법인의 범죄능력에 관한 문제는 궁극적으로는 일정한 형법정

1) 많은 연구 중에서 몇 가지만을 언급하면, 배종대, “법인의 범죄능력”, 『고시연구』 (1991.9), 155-166쪽; 조병선, “양벌규정과 법인의 형사책임”, 『형사판례연구』 [3], 박영사, 1995, 1-21쪽; 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 『안암법학』 제3권(1995. 11), 325-350쪽; 한국형사정책연구원, 『법인범죄에 대한 효율적 제재방안』, 한국형사정책연구원, 1996; 한국형사정책연구원, 『법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구』, 한국형사정책연구원, 1996; 법인의 범죄능력과 관련된 주제를 다루는 박사학위논문으로 강동범, 『우리나라의 경제형법에 관한 연구: 형법총론의 범죄론과 관련하여』, 서울대 법학박사 학위논문, 1994; 박기석, 『환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구』, 한양대 법학박사 학위논문, 1997 등 참고.

2) “체계내재적” 그리고 이에 대비되는 “체계비판적” 용어에 대해서는 W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt/M. 1973, S. 19 ff.

책의 관점과 밀접하게 관련되어 있음을 밝히고자 한다. 그런 점에서 이 글은 기존 연구에서 많이 다루었던 비교법적 논의나 법인의 형사책임에 대한 일반론 등은 가급적 다루지 않기로 한다.³⁾ 그리고 이 글은 법인의 범죄능력에 대해 어떤 태도를 취하는 것이 타당한지 결론을 제시하는 것을 목표로 하지도 않는다. 법인의 범죄능력에 관한 쟁점을 일종의 ‘체계비판적’ 관점을 통해 분석하는 것을 주된 목표로 하고자 한다.

II. 법인의 범죄능력 인정 필요성

법인에게 과연 범죄능력이 있는지 다루기 위해서는, 그 전에 먼저 법인의 범죄능력을 굳이 인정해야 할 필요성이 있는지 살펴보아야 한다. 이에 관해 현대 사회에서 점점 더 법인에 대해 형벌을 부과해야 할 필요성이 증대하고 있다는 점을 우선적인 근거로 제시할 수 있다. 그 이유는 현대 사회에서 개인이 법인을 통하지 않고 그 어떤 행위를 한다는 것을 생각하기 쉽지 않게 되었기 때문이다. 특히 자본주의가 고도로 성장하면서, 법인은 오히려 개인보다 더욱 중요한 자리를 차지하게 되었고, 그 결과 개인의 자유와 이익마저 위협하는 막강한 존재로 대두하게 되었다. 이러한 이유에서 민법은 법인이 “법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 된다”고 함으로써 법인의 권리주체성을 인정하는 동시에, 일정한 경우 법인에게 불법행위능력도 부여한다(민법 제34-35조). 나아가 회사법 영역에서 주식회사로 대변되는 법인은 상법상 개인적인 상

3) 비교법적인 분석에 관해서는 한국형사정책연구원, 『법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구』, 한국형사정책연구원, 1996.

인보다 더욱 중요한 법적 주체로 취급된다. 또한 공법에서도 법인은 한편으로는 기본권 주체로⁴⁾, 다른 한편으로는 행정처분의 대상으로 그 지위를 누린다. 또한 민법과 노동법에서 법인은 가장 대표적인 사용자로서 근로관계의 주체가 된다. 그런데 이러한 법 영역에서 법인이 권리능력의 주체가 된다는 것에 큰 반론을 제시하지는 않는다. 다만 회사법상 일정한 경우에만 “법인격 부인이론”이라는 법도그마틱 아래 법인격을 제한하는 경우가 있긴 하다.⁵⁾ 그렇지만 일반적으로 법인은 공법 및 사법 영역에서 권리능력의 주체로 인정받고 있다. 그 이유는 - 앞에서 보았듯이 - 법인을 법률관계의 주체로 그리고 일정한 법적 책임을 귀속시켜야 할 주체로 볼 필요가 있기 때문이다.

그러나 형사법에서는 그렇지 않다. 형법 도그마틱상으로는 법인의 형사 책임을 부정하는 것이 지배적인 것 같다.⁶⁾ 이렇게 법인의 형사 책임을 부정하는 이유는, 오직 자연인인 인간만이 범죄의 주체가 될 수 있다는 점에 근거를 둔다. 또한 범죄의 결과로 부과되는 형벌로서 현행 형법은 주로 자유형을 염두에 두고 있다는 점도, 법인의 형사 책임 부정론을 뒷받침하고 있는 것으로 보인다. 하지만 현대 사회에서는 거대한 힘을 가진 법인 때문에 개인의 법익이 조직적·체계적으로 침해될 우려가 증가하고 있다. 예를 들어, 거대 언론기업 때문에 개인의 사생활이 날날이 파헤쳐지는 것이나, 오염물질을 배출하는 기업 때문에 환경이 오염되고 이를 통해 인근 주민들의 법익이 침해되는 것, 혹은 백화점 등과 같은 거대 유통기업 때문에 정상적인 거래관계가 파괴되는 것 등을 거론할 수 있다. 전통적으로 사적

4) 이 문제를 심도 깊게 분석하는 신우철, 『헌법과학』, 동헌출판사, 2002, 제3장 “‘법인’의 ‘기본권주체성’” 참고.

5) 이 문제에 대해서는 정동윤, “법인격부인이론의 적용요건과 근거 - 최근의 대법원판결을 중심으로 하여 -”, 『민사재판의 제문제』 제6권, 한국사법행정학회, 1991 참고.

6) 가령 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2006, 205쪽.

자치가 지배하는 사법 영역에서 대기업이 부리는 횡포로부터 소비자를 보호하기 위해 보통거래약관이나 각종 경제적 규제를 마련한 것만 보더라도, 법인이 어떻게 개인의 법익을 침해하거나 위협할 수 있는지 알아차릴 수 있다. 그러나 사법상의 손해배상(민법 제750조 등)이나 행정법상의 행정처분만으로는 국가기관과 맞먹을 정도로 성장하고 있는 법인기업을 통제하기 어려운 것이 현실이다. 바로 이러한 이유에서 법인으로부터 개인의 법익을 더욱 효과적으로 보호하기 위해 가장 강력한 법적 제재수단인 형법을 생각할 수 있을 것이다. 특히 형법은 사회적인 낙인효과 혹은 일반예방적 효과가 다른 민법이나 행정법보다 강력하고, 이 때문에 기업의 사회적·법적 일탈행위를 단기적으로 신속하게 제재할 수 있다는 점에서, 법인을 규제하는 데 유용할 수 있다. 바로 이러한 이유에서 법인의 범죄능력을 인정할 필요성이 대두한다.

Ⅲ. 법인의 이중적인 지위

법인의 범죄능력에 관해 많은 논란이 벌어지는 것은, 법인이 갖고 있는 이중적인 지위와 무관하지 않다. 따라서 법인의 범죄능력에 관해 전개되고 있는 학설대립의 맥락을 정확하게 파악하려면, 법인의 이중적인 법적 지위를 짚고 넘어갈 필요가 있다고 생각한다.

법인이 갖고 있는 이중적인 법적 지위는, 이른바 ‘법인의 본질’이라는 이름 아래 전개되는 학설대립에서 찾아볼 수 있다. ‘법인의 본질’에 관한 논쟁은, 자연인처럼 법인을 실재하는 존재로 볼 것인가, 아니면 법인은 단지 법이 필요해서 인위적으로 만들어낸 픽션으로 볼 것인가에 관한 논쟁

이라 할 수 있다. 19세기 독일 사법학에서 전개된 이 논쟁은 - 사법학에 한해 보면 - 지금은 거의 극복한, 논의할 실익이 적은 논쟁이라 할 수 있다. 왜냐하면, 사법학은 법인을 자연인과 동등한 권리능력 주체로 인정할 뿐만 아니라, 일정한 경우 법인에 대해서도 불법행위책임을 인정하기 때문이다(민법 제35조). 그렇지만 이러한 사법학과는 달리, 형법학에서는 법인의 범죄능력이 여전히 문제가 되고 있다는 점에서, 이 논쟁을 간략하게 검토할 필요가 있다.

이 논쟁은 서로 상반되는 두 견해를 통해 전개되었다.⁷⁾ 첫 번째 견해인 “법인의제설”은 법인을 자연인과는 다른 그 무엇으로 이해한다. 왜냐하면, 정신과 육체를 지닌 자연인과는 달리, 법인은 일정한 신체도 그렇다고 정신적인 의사도 갖추고 있지 않기 때문이다. 다만 법적 관계를 간명하게 하고, 책임귀속을 원활하게 하기 위해 법률이 창조해낸 것이 바로 법인이라고 파악한다.⁸⁾ 즉 법인은 법률이 일정한 목적을 위해 ‘의제’한 것에 지나지 않는다는 것이다. 이 견해는 19세기 독일의 로마법학자인 사비니(F. C. v. Savigny)가 제시한 것인데, 이 견해에서 우리는 인간의 자율적인 의사를 통해 사법체계 전체를 근거 지으려 했던 사비니의 시각을 읽을 수 있다.⁹⁾ 결국 이 견해는 법인은 실재하지 않는 것으로서 법적 픽션에 지나지 않는다고 본다.¹⁰⁾ 이에 상반되는 두 번째 견해인 “법인실재설”은 자연인처럼 법인 역시 사회적으로 실재하는 존재로 파악한다. 19세기 독일의 대표

7) 이를 간단하게 설명하는 라인홀트 치펠리우스, 김형배 역, 『법학입문』, 삼영사, 1993, 81-84쪽; 또한 김형배, 『민법학강의』 제2판, 신조사, 2001, 56-57쪽.

8) 이에 관해서는 명순구, 『민법학기초원리』, 세창출판사, 2002, 190-191쪽.

9) 사비니의 법인론에 대한 상세한 설명은 이기수, “법인의 본질 - Savigny이론의 올바른 해석을 위하여-”, 『상법논총(인산 정희철선생 정년기념논문집)』, 박영사, 1985 참고.

10) 민법 교과서에서 설명하는 “법인부인설”(김형배, 『민법학강의』, 57쪽)은 법인을 실재하지 않는 것으로 파악한다는 점에서, 궁극적으로는 법인의제설과 차이가 없다고 말할 수 있다.

적인 게르만법학자였던 기르케(O. v. Gierke)가 이 견해를 주장하였는데, 그는 법인이 '사회적 유기체'로서 사회에서 실재한다고 보았다.

이렇게 서로 대립하는 두 견해 가운데 어떤 견해가 타당한지 판단하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면, 법인은 이 두 가지 속성을 모두 지니고 있기 때문이다. 한편으로 존재적인 측면에서 보면, 법인은 자연인처럼 실재하는 존재는 아니다. 법인이라는 존재는 단지 '법'이라고 하는 관념적이며 규범적인 세계에서만 존재할 뿐이다. 그러나 다른 한편 우리는 사회 속에서 법인이 존재하고 있음을 인식할 수 있다. 다시 말해, 우리는 사회 속에서 법인을 '경험'할 수 있는 것이다. 예를 들어, '삼성'이나 '현대' 혹은 'LG'와 같은 주식회사 법인이 현재의 사회 속에서 실재하고 있음을, 우리는 사회 곳곳에서 경험하고는 한다. 바로 이러한 이유에서 법인의제설과 법인실제설 중에서 어떤 견해가 타당한지 판단하는 것은 쉽지 않다. 다만 사법학에서는 입법적인 결단을 통해 법인에게 권리능력과 불법행위책임 능력을 인정하고 있기 때문에, 이러한 견해 대립은 큰 실익을 얻지 못하고 있다. 그러나 형법학에서는 상황이 다르다. 민법과 달리, 형법은 법인의 범죄능력을 명문으로 긍정하지는 않는다. 물론 각 특별형법에서 "양벌규정"을 통해 일정한 경우 법인에 대해서도 형벌을 부과하는 하지만, 이러한 양벌규정이 법인의 범죄능력을 명문으로 규정한 것이라고 보기는 어렵다.¹¹⁾ 따라서 법인의 본질에 관해 어떤 견해를 취하는가에 따라, 법인의 범죄능력을 인정할 수도, 반대로 부정할 수도 있는 것이다.

이러한 문제 상황에서 독일의 법사회학자이자 사법학자인 군터 토이브너(G. Teubner)는 법인의 본질에 관해 흥미로운 견해를 제시하였다.¹²⁾ 토

11) 이 문제에 대해서는 배종대, "법인의 범죄능력", 『고시연구』 (1991. 9), 155-166쪽.

12) G. Teubner, Unternehmenskorporatismus - New Industrial Policy und das "Wesen" der Juristischen Person, in: *KritV* (1987), S. 61-85.

이브너의 견해는 법인의제설과 법인실제설을 설득력 있게 모두 종합하고 있다는 점에서 눈에 띈다. 우선 토이브너는 자연인과 법인 사이에는 존재 방식이라는 점에서 분명 차이가 있음을 긍정한다. 법인은 자연인처럼 육체를 갖추고 실재하지는 않는다. 이 점에서 보면, 법인은 분명 법이 만들어진 픽션에 지나지 않는다. 그러나 토이브너는 이러한 법인이 사회적으로 분명 존재한다고 말한다. 물론 법인이 자연인이 존재하는 방식처럼 사회 속에서 존재하는 것은 아니다. 그러나 법인은 다른 존재방식을 통해 존재한다고 한다. 즉 법인은 사회 속에서 이루어지는 ‘의사소통’ 속에서 그리고 이러한 의사소통을 통해 형성되는 ‘기대’(Erwartung) 속에서 존재한다는 것이다. 바꿔 말해, 법인은 일종의 ‘과정’과 ‘절차’ 속에서 존재한다는 것이다. 토이브너는 이러한 주장을 이론적으로 뒷받침하기 위해, 사회학자인 루만(N. Luhmann)의 체계이론을 끌어들인다. 루만에 따르면, 사회는 다양한 사회체제로 구성된다. 이러한 사회체계는 사회를 구성하면서, 사회 속에서 실재한다. 더 나아가 루만은 이러한 체계가 독자적인 행위주체가 된다고 말한다. 그러나 이러한 사회체계는 - 인간처럼 - 눈으로 보고, 감각으로 느낄 수 있는 그런 존재가 아니다. 루만에 따르면, 사회체계는 의사소통으로 구성되고, 기대를 통해 구조가 마련되며, 독자적인 기준과 절차를 통해 작동할 뿐이다. 쉽게 말해, 사회체계는 눈에 보이지는 않는 의사소통과 기대를 통해 생성되는 것이지만, 이는 분명 사회 속에서 실재하고 있다는 것이다.¹³⁾ 토이브너는 이러한 루만의 체계이론을 법인에 원용하여, 법인 역시 한편으로는 자연인과는 다른 법적 관념이기는 하지만, 다른 한편으로 그것은 분명 사회 속에서 실재한다고 말한다.

13) 루만의 체계이론에 관한 개관은 N. Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie*, 2. Aufl., Heidelberg 2004.

이러한 토이브너의 견해는 법인의 범죄능력을 판단하는 데, 특히 법인의 형사책임을 긍정하는 데 결정적인 기여를 할 수 있다. 왜냐하면, 우리는 토이브너를 원용하여, 사회적으로 실재한다는 것의 의미를, 자연주의적인 존재론을 넘어서 더욱 확장할 수 있기 때문이다.

IV. 법인의 범죄능력에 관한 쟁점

여기서는 위의 II.와 III.에서 다룬 논의를 전제로 하여, 법인의 범죄능력에 관해 지금까지 전개된 쟁점을 분석하도록 한다. 이를 통해 각 견해가 던지고 있는 타당성 주장(Geltungsanspruch)을 검토하도록 한다. 특히 여기서는 법철학과 법이론의 성과를 원용하여 이 작업을 수행하도록 한다.

1. 행위론과 관련된 쟁점

법인이 과연 범죄능력을 갖는가 하는 점은, 우선적으로 법인이 범죄‘행위’를 할 수 있는가 하는 문제로 전개된다. 법인의 범죄능력을 부정하는 견해는, 보통 자연인과는 달리 법인은 범죄‘행위’를 저지를 수 없다는 논거를 원용한다. 가령 배중대 교수는 다음과 같이 법인의 범죄능력을 부정한다.

“법인은 범죄능력이 없다. 법인은 형법의 ‘사람’이 아니기 때문에 형법의 행위능력이 없고 따라서 책임능력과 형벌능력도 인정될 수 없다(부정설 타당). ‘민법의 사람’, 법인은 그를 만든 민법에서 해결해야 할 문제이다.”¹⁴⁾

14) 배중대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2006, 212쪽.

만약 법인의제설을 철저히 고수한다면, 이러한 견해가 타당할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 견해는 행위 개념에 대해 일정한 조건 혹은 전제를 부여할 때만 타당하다. 즉 범죄‘행위’를 ‘자연주의적’인 시각에서 볼 때만, 달리 말해 “인과성”(Kausalität)이나 “유의성”(Willkürlichkeit)을 행위의 본질적인 징표로 이해할 때만, 오직 정신과 육체를 지니고 있는 자연인만이 범죄행위를 저지를 수 있다고 볼 수 있는 것이다. 독일에서 전개된 행위론의 역사를 살펴보면, 리스트(F. v. Liszt)등이 제시한 “인과적 행위론”(kausale Handlungslehre)이 이러한 행위 개념을 주장했다는 것을 파악할 수 있다. 그러나 이러한 인과적 행위론이 오늘날 더 이상 지지를 받지 못하고 있다는 것은, 국내의 다수 형법 교과서도 인정하고 있다.¹⁵⁾ 물론 인과적 행위론을 지지하면서, 법인의 행위능력을 부정하고자 한다면, 이는 논리 일관된 태도로서 어느 정도 타당성을 주장할 수 있다. 그렇지만 만약 “사회적 행위론”(soziale Handlungslehre)의 관점에서 행위 개념을 이해하고자 한다면, 법인의 행위능력을 무조건 비판하기는 어렵다. 그 이유를 다음과 같이 설명할 수 있다.

사회적 행위론은 “사회적인 현저성”(Sozialerheblichkeit) 혹은 “사회적 유의미성”을 행위 개념의 본질적인 징표로 이해한다.¹⁶⁾ 즉 사회적 행위론은 사회적인 관점에서 행위 개념을 파악하려 한다. 이러한 사회적 행위론은 행위 개념이 사회적 관계를 초월해 미리 전제되어 있는 것이 아니라, 사회적 관계 속에서 비로소 ‘구성되는 그 무엇’이라는 시각을 전제로 한다.¹⁷⁾ 그런데 이러한 사회적 행위론에 따라 행위 개념을 파악하면, 자연인뿐만

15) 예를 들어, 김일수, 『형법총론』 제6판, 박영사, 1998, 114쪽; 다만 배종대, 『형법총론』, 166-167쪽은 인과적 행위론을 비판하는 데 신중한 태도를 취한다.

16) 사회적 행위론에 대한 일반적인 설명은 심재우, “사회적 행위론”, 『법조』 제24권 제7호(1975), 55쪽 아래 참고.

17) 양천수, “법존재론과 형법상 행위론”, 『법철학연구』 제9권 제1호(2006), 162쪽.

아니라 법인에 대해서도 행위 개념을 인정할 여지가 보인다. 왜냐하면, 법인이 기관을 통해 외부적·사회적으로 산출하는 작용은, 사회적으로 ‘현저한’ 혹은 사회적으로 ‘중대한 의미’를 갖는 것일 수 있기 때문이다. 특히 형법의 측면에서 보면, 법인이 기관을 통해 사회적으로 미치는 작용은, 형벌 필요성이라는 시각에서 결코 간과할 수 없는 의미를 가질 수 있다. 요컨대, 형사정책의 측면에서 법인의 외적·사회적 작용은 ‘사회적인 현저성’을 가질 수 있는 것이다. 이를 다음과 같은 도식으로 표현할 수 있다.

법인을 통한 사회적 일탈행위 증가 → 법인에 대한 처벌 필요성 증가 →
 법인의 외적·사회적 작용의 사회적 유의미성 증가 → 기관을 통한 법인의
 외적 작용이 행위 개념으로 전환

위의 도식이 보여주는 것처럼, 이제 법인이 기관을 통해 분출하는 작용은 일종의 사회적인 행위 개념으로 파악할 수 있다. 독일의 형법학자인 클라우스 록신(C. Roxin) 역시 사회적 행위론에 따라 행위 개념을 이해하면, 법인의 작용을 행위 개념으로 파악할 수 있음을 인정한다.¹⁸⁾ 이러한 점에서 보면, 자연인과 법인의 존재적 차이를 들어 그리고 자연주의적인 행위 개념을 원용하여 법인의 행위능력을 부정하려는 시도는 그리 타당할 수 없음을 알 수 있다.¹⁹⁾ 더군다나 토이브너처럼 법인 자체를 체계이론의 시각에서 보면, 행위 개념 역시 사회적 의사소통을 통해 구성되는 개념으로 파악할 수 있고, 따라서 법인의 행위능력 역시 긍정할 수 있다.²⁰⁾

18) C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, S. 249; 그러나 여기서 주의해야 할 것은, 록신 자신은 사회적 행위론을 비판하는 맥락에서 이 점을 지적하였다는 것이다. 록신 자신은 법인의 범죄능력을 부정한다(S. 263).

19) 그러나 김일수 교수는 한편으로는 법인의 행위능력을 인정하면서, 이러한 결론이 사회적 행위론의 필연적인 결과인 것은 아니라고 한다. 김일수, 『형법총론』, 141쪽.

20) 위의 III. 참고.

그렇다면 만약 “인격적 행위론”(personale Handlungslehre)에 따라 행위 개념을 파악하면, 어떨까? 이렇게 행위 개념을 이해하면, 법인의 행위능력을 부정할 수 있을까? 록신은 바로 이러한 근거에서 인격적 행위론을 인용하여 법인의 행위능력을 부정한다.²¹⁾ 록신이 제시한 인격적 행위론에 따르면,²²⁾ “인격성을 표현”(Persönlichkeitsäußerungen)하는 외적 작용만이 행위로 인정될 수 있다. 그러나 록신에 따르면, 법인은 이러한 인격성을 표현할 수 없고, 따라서 법인이 산출하는 작용은 행위 개념에 포함시킬 수 없다. 록신은 말한다.

“독일 형법에 따르면, 법인의 작용(Akte) 역시 행위가 아니다. 법인에게서 심리적-정신적인 실체가 결합되어 있기 때문에, 법인은 스스로 인격성을 표현할 수 없다. 법인은 오직 인간으로 구성되는 ‘기관’의 작용을 통해서만 행위할 수 있을 뿐이다. 이러한 기관은 처벌될 수 있지만 그렇다고 해서 법인이 처벌될 수 있는 것은 아니다.”²³⁾

이러한 록신의 논증은 얼핏 보면 타당한 것처럼 보이지만, 법이론적으로 좀 더 파고들면, 허점이 보인다. 록신은 인격(Person) 개념이 중립적인 것이라고 말한다.²⁴⁾ 그러나 여러 비중 있는 학자들이 대변한 것처럼, 인격 개념은 ‘사회적 행위’ 개념처럼 사회적인 관계망 속에서, 더욱 정확하게 말해 사회적 의사소통을 통해 구성되는 개념이다.²⁵⁾ 달리 말해, 인격 개념

21) C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, S. 263.

22) 물론 록신 이전에 이미 아르투어 카우프만(Arth. Kaufmann)이 인격적 행위론의 선구적인 형태를 제안하였다. Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, in: *Festschrift für H. Mayer*, 1966, S. 79 ff.

23) C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, S. 262-263.

24) C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, S. 260-261.

25) 대표적으로 G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Aufl., Berlin 1999, S. 29 ff.

역시 행위 개념과 마찬가지로 사회적인 관계 혹은 관점으로부터 자유롭지 못하다. 인격 개념 자체는 이미 일정한 규범적인 요소를 담고 있다. 이러한 측면은 특히 관계존재론과 사회적 행위 개념을 유기적으로 연결한 마이호퍼(W. Maihofer)의 이론체계에서 찾아볼 수 있다.²⁶⁾ 이러한 주장이 타당하다면, 인격적 행위론 자체는 - 마치 사회적 행위론이 그런 것처럼 - 일정한 순환논증에 빠져 있는 셈이다. 왜냐하면, 인격적 행위론은 ‘인격성을 표현’하는가 여부를 통해 행위 개념을 규정하려 하는데, 이러한 인격 개념 역시 또 다른 기준에 의해 미리 판단해야 하기 때문이다. “해석학적 순환”(hermeneutischer Zirkel)이 보여주는 것처럼²⁷⁾, 록신은 이미 법인은 행위능력을 갖지 못한다는 “선이해”(Vorverständnis)를 통해 법인의 인격성을 부정한 후, 다시 여기서 법인은 인격성을 표현할 수 없으니 행위능력을 가질 수 없다는 결론을 도출하고 있는 것은 아닐까? 여하간 인격적 행위론을 원용하여, 법인의 행위능력을 부정하려는 록신의 시도도 그리 설득력이 있다고 말할 수 없다. 이 점은 한편으로는 인격적 행위론을 수용하면서도, 다른 한편으로는 법인의 행위능력을 인정하는 김일수 교수의 태도에서 간접적으로 추론할 수 있다.²⁸⁾

한편 “의지”(Wille)를 행위의 본질적인 징표로 이해하려는 헤겔 철학을 원용하여 법인의 행위능력을 부정하려는 논증을 생각할 수 있다.²⁹⁾ 그런

26) 이에 대해서는 양천수, “법존재론과 형법상 행위론”, 『법철학연구』 제9권 제1호(2006), 145쪽 아래; 여기서 “관계존재론”이란 쉽게 말해 (인간)존재의 의미가 선형적으로 미리 규정되어 있는 것이 아니라, 사회적인 관계 속에서 비로소 규정되는 것이라고 파악하는 존재론을 뜻한다.

27) 이 개념에 관해서는 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 201쪽 아래.

28) 한편으로 김일수 교수는 록신과 마찬가지로 인격적 행위론을 수용하지만(김일수, 『형법총론』, 119쪽 아래), 다른 한편으로는 법인의 행위능력을 인정한다(김일수, 『형법총론』, 141쪽)

29) G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt/M. 1970, S. 46 ff.

데 “의지”는 행위론 뿐만 아니라, 책임론 혹은 귀속론과도 밀접한 관련이 있으므로, 이러한 논증은 다음 2.에서 상세하게 다루도록 한다.

2. 귀속론과 관련된 쟁점

두 번째로 책임론 혹은 귀속론과 관련하여 범인이 범죄능력을 갖는지 논란이 벌어진다. 아직까지도 지배적인 견해로 인정받고 있는 ‘규범적 책임 개념’에 따르면, 책임의 본질적인 표지는 ‘비난가능성’이다. 즉 행위자는 자유로운(혹은 자율적인) 의지를 통해 합법의 세계로 나아갈 수 있었는데, 그렇게 하지 않았기 때문에 비난받을 수 있고, 그 때문에 책임이 인정된다는 것이다. 이러한 규범적 책임 개념에 따르면, 행위자가 자유로운 의지를 갖고 있을 것을 전제로 한다. 만약 행위자가 자유의지를 갖고 있지 않다면, 형법상 책임은 성립할 수 없다.³⁰⁾ 형법이 강요된 행위(형법 제12조)에 대해서 책임을 부정하는 것도 바로 이 이유 때문이다. 그렇다면 문제는 범인이 자유로운 의지를 갖고 있는가 하는 점이 될 것이다.

이 문제에 대해서는 두 가지 방식으로 대처할 수 있다. 첫 번째 방식은 자유의지를 필수적인 요건으로 삼지 않는 새로운 책임 개념을 근거 짓는 것이다. 예를 들어, 독일의 형법학자인 야콥스(G. Jakobs)가 초기에 내놓았던 ‘기능적 책임’ 개념을 통해 형사책임을 이해한다면, 굳이 자유의지를 끌어들이지 않아도 책임을 말할 수 있다.³¹⁾ 그렇다면 범인의 형사책임도

30) 최근 독일에서 전개된 이 문제를 분석하는 K. Günther, Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: Institut für Kirminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt/M. 2007, S. 71 ff.

31) 이를 깊이 있게 분석한 문헌으로 김성돈, 『책임개념의 기능화와 적극적 일반예방이론 - 독일에서의 논의를 대상으로 - 』, 성균관대 법학박사 학위논문, 1993 참고.

손쉽게 인정할 수 있을 것이다. 그러나 기능적 책임 개념 자체는 많은 비판을 받았고³²⁾, 이 때문에 형법의 정당성마저 허물어질 수 있다는 근본적인 문제가 있다. 따라서 이 방식은 그리 적절한 것은 아니라고 생각한다.

두 번째 방식은 규범적 책임 개념을 유지하면서, 법인에게서도 자유의지를 찾을 수 있다고 논증하는 것이다. 그러나 만약 행위 개념처럼 자유의지 역시 자연주의적으로 이해하면, 법인과 같이 독자적인 정신과 육체를 갖고 있지 못한 존재에게서 자유의지를 찾는 것은 불가능할 것이다. 나아가 자유의지를 인정하기 위해서는 그 전제로서 ‘의식’(Bewußtsein)이 존재해야 하는데, 법인이 이러한 의식을 갖고 있다고 말하기도 쉽지 않다. 야콥스는 바로 이러한 점에 착안하여, 법인의 형사책임을 인정하던 초기의 태도를 버리고, 법인의 형사책임을 부정하는 쪽으로 선회하였다. 그러면 과연 구체적으로 어떤 이유에서 야콥스는 자신의 태도를 바꾼 것인가?

법인의 범죄능력에 대해 야콥스가 보인 태도전환은, 그가 2002년 『클라우스 뢰더센 기념논문집』(*Festschrift für Klaus Lüderssen*)에 기고한 논문 “법인의 가벌성?”(*Strafbarkeit juristischer Personen?*)에서 찾아볼 수 있다.³³⁾ 이 논문에서 귄터 야콥스는 법인에 대해 형벌을 부과할 수 있는지 의문을 제기한다. 종래 야콥스는 그의 『형법총론』 교과서에서 법인의 범죄능력을 긍정하였다.³⁴⁾ 그러나 이 논문에서 야콥스는 견해를 변경하여, 법인에 대해서는 형사처벌을 할 수 없다는 견해를 피력한다. 종래 기능적 책임 개념을 주장하고, 이를 통해 기능적 형법이론을 근거 지었던 그의 태도에

32) 비판에 대해서는 무엇보다도 H. Frister, *Die Struktur des “voluntativen Schuldlements”*, Berlin 1993 참고.

33) G. Jakobs, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 559-575.

34) G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1991, 6/44; 야콥스는 이 논문(*Strafbarkeit juristischer Personen?*, S. 560 Fn. 7)에서 종전의 태도를 포기한다고 밝히고 있다.

서 볼 때, 이러한 태도변화는 다소 의외라고도 할 수 있다. 그러면 과연 어떤 근거에서 야콥스는 법인의 형사책임을 부정하는가? 우선 야콥스는 루만이나 토이브너 또는 켈젠을 원용하여, 인격 개념이 사회적인 의사소통을 통해 구성되는 상대적인 개념임을 인정한다.³⁵⁾ 그러나 야콥스는 이렇게 인격 개념이 상대적인 개념이라고 해서, 더 나아가 법인 역시 한 인격으로 인정할 수 있다고 해서, 법인에 대해 모든 유형의 형사책임을 인정하는 것은 타당하지 않다고 한다. 야콥스는 가장 결정적인 근거로서, 법인의 경우에는 ‘의식의 동일성’을 인정할 수 없다는 점을 든다. 물론 법인의 경우에도 심리적인 공감대를 형성할 수는 있지만, 이것은 의식의 동일성과는 다른 것이라고 한다.³⁶⁾ 이러한 공감대는 기껏해야 정관(Verfassung)을 통해 인정되는 것에 불과하다고 한다. 야콥스는 말한다.

“책임이란 규범에 대한 충실(Normtreue)로서 (범죄자에게) 귀속될 수 있는 것이다. 범죄자는 객관적인 기준에 따라 범죄자에게 요청되는 규범에 대한 충실을 충분히 수행하지 않은 것이다. 단순히 어떤 규범으로부터 이탈하는 것이 문제가 되는 것은 아니다. 도구 역시 규범으로부터 이탈할 수 있고 그 때문에 비난을 받을 수는 있다. 오히려 문제가 되는 것은, 규범에 대해 일정한 입장을 제시하는 것, 즉 의사소통적인 의미를 가진 작용(Akt)을 한다는 것이다. 이렇게 입장을 제시하는 것은, 가령 책임을 질 수 없는 아동의 경우에서도 볼 수 있는 것처럼, 모종의 의식과 표현능력(Äußerungsfähigkeit)을 단순히 결부시키는 것만을 전제로 하지는 않는다. 오히려 의사소통적으로 규범의 효력을 파악하고 이러한 규범을 자기 자신의 일부로 만들거나 혹은 자기 자신으로부터 제거하는 - 그래서 책임귀속의 대상이 되는 - 능력을 담고 있는 의식을 표현능력과 결부시키는 것을 전제로 한다. 의사소통적 권한을 가진 자의 의식을 지니고 있는 인격만이 유책하게 행위할 수 있고, 오늘날의 - 그러나

35) G. Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, S. 561.

36) G. Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, S. 568-569.

불변하는 것은 아닌 - 이해에 따르면, 가령 아동이나 동물은 이러한 인격성을 갖고 있지 않아 유책하게 행위할 수 없는 것이다.”³⁷⁾

이러한 책임 개념과 의식 개념에 바탕을 두어, 야콥스는 법인의 범죄능력을 부정한다. 왜냐하면, 법인은 “의사소통적 권한을 가진 자기의식”을 지닐 수 없고, 따라서 유책하게 행위할 수 없기 때문이다.³⁸⁾

그러나 필자는 야콥스가 펼친 논증에 동의하지 않는다. ‘의식’ 개념을 반드시 자연인과 같은 개인에게만 연결해야 하는 것은 아니라고 생각하기 때문이다. ‘집단의식’ 혹은 ‘집단무의식’이라는 말이 있듯이, 의식 개념은 단체에 대해서도 사용할 수 있는 개념이라 생각한다. 그러면 어떻게 그럴 수 있을까? 의식 개념에 대한 문제는 그 자체로 독자적인 그리고 어려운 철학적·심리학적인 문제이므로, 여기에서 상세하게 다룰 수는 없다. 다만 어떤 단일한 의식이 실체적으로 존재한다고 하는 - 데카르트(R. Descartes)의 ‘심신이원론’에 충실한 - 믿음은, 오늘날 여러 학자들에 의해 비판을 받고 있다는 점을 거론할 수 있을 것 같다. 실체적인 의식 혹은 정신 개념을 비판하는 진영은, 이러한 의식은 일종의 “성향”(Disposition) 개념이고, 이러한 성향은 바로 언어 속에서 찾을 수 있다고 말한다.³⁹⁾ 즉 의사소통 속에서 의식은 형성되고 존재하며 지탱한다는 것이다. 이와 유사하게 의식을 기대와 연결하면서, 개인을 넘어서는 체계 역시 일정한 기대구조를 형성할 수 있다고 말하기도 한다. 이러한 논증을 원용하면, 자연인을 넘어서는 법인에 대해서도 어떤 단일화된 의식 혹은 공감대를 말할 수 있다.⁴⁰⁾ 또한 굳이

37) G. Jakobs, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, S. 568.

38) G. Jakobs, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, S. 569-571.

39) 대표적으로 G. Ryle, *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart 1969, S. 153 ff.

40) 이러한 관점에서 인격성을 유인원뿐만 아니라, 이른바 ‘사이보그’까지 확장하는 G. Teubner, *Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des*

이러한 현대 이론을 거론하지 않더라도, 우리 법학이 수용한 고전적인 이론에서 이와 유사한 논증을 찾을 수 있다. 가령 독일의 공법학자 스멘트(R. Smend)는 유명한 “통합이론”을 통해 국가를 일종의 통합과정으로 보고, 헌법이 담고 있는 객관적 가치질서를 통해 이러한 통합이 가능할 수 있다고 한다.⁴¹⁾ 그런데 여기서 국가가 통합된다고 하는 것은, 국가라는 일종의 유기적인 존재(혹은 법인)가 ‘공감대’를 향해 나아간다는 것을 뜻한다. 이는 - 좀 비약일 수 있지만 - 국가가 헌법을 통해 ‘공감대’라고 하는 일종의 단일화된 의식을 획득할 수 있음을 시사한다고 말할 수 있지 않을까? 가령 헌법이 규정하는 기본권은 ‘객관적 가치질서’로서 국가를 통합하는 데 기여한다고 하는데, 그 이유는 기본권이 전체 국민의 ‘의식’ 속에서 정당한 것으로 승인되었기 때문에, 다시 말해 전체 국민이 기본권을 정당한 가치질서로 승인하는 ‘공동의식’을 지니고 있기 때문이라고 말할 수 있지 않을까? 사실이 그렇다면, 야콥스처럼 법인은 의식을 갖지 않아 책임능력이 부정된다고 말하는 것은, 그리 설득력 있는 논증이라 할 수는 없을 것이다. 한편 법인은 기관을 통해 사회적인 행위를 하는 것이고, 이 기관은 법인을 대표하는 단일한 의사를 자유롭게 형성할 수 있으므로, 법인에게 자유로운 의지가 없다고 선불리 판단하는 것은 그리 적절하지 않다고 생각한다. 만약 법인이 자유로운 의지를 형성할 수 없다고 한다면, 법인은 사법상으로도 법률행위를 전혀 할 수 없다고 보아야 하지 않을까?⁴²⁾

Akteurstatus in Recht und Politik, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 27 (2006), S. 5-30.

- 41) 통합이론에 대해서는 계획열, “통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고”, 『법학논집』 29(1993. 12) 참고.
- 42) 물론 이러한 주장에 대해 민법과 형법은 다른 것이라는 반론을 제기할 수 있다. 그러나 민법이라고 해서 당연히 법인에게 자연인과 같은 능력이 부여된다고 말할 수는 없다. 민법 역시 ‘의사능력’을 일정한 ‘구성 개념’으로 파악하기 때문에, 법인에 대해 권리 능력과 거래능력을 부여할 수 있는 것이 아닐까?

3. 수형능력에 관한 쟁점

법인의 범죄능력을 인정하고자 하는 견해 중에는 법인의 범죄능력과 수형능력을 구분하여, 법인은 자연인과는 달리 범죄능력은 없지만, 형벌을 부과 받을 수 있는 수형능력은 있다는 논증을 구사하기도 한다.⁴³⁾ 그러나 배종대 교수가 적절하게 비판하는 것처럼, 이러한 논증은 논리가 일관되지 못한 것으로 타당하지 않다.⁴⁴⁾ 범죄와 형벌은 애초부터 유기적으로 연결되어 있는 것이고, 따라서 범죄능력과 수형능력을 구분한다는 것 자체가 너무 작위적이다. 이보다는 아예 범죄능력을 인정하는 것이 더욱 간명하고 타당한 해법이라고 생각한다.

4. 형벌수단 선택에 관한 쟁점

법인의 범죄능력을 부정하는 견해 가운데는, 종래의 형벌이 자연인을 염두에 둔 자유형 중심으로 체계화되어 있고, 이러한 형벌은 법인에게 부과할 수 없다는 근거를 제시하기도 한다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 논증 역시 그리 타당하다고 말할 수 없다. 그 이유는 현행 형법은 징역, 금고와 같은 자유형뿐만 아니라, 벌금형 같은 비자유형 형벌도 마련하고 있기 때문이다. 형벌이 자유형을 주된 것으로 삼은 것은 일종의 역사적 배경 때문이지, 어떤 논리필연적인 이유 때문에 이렇게 한 것은 아니다. 더군다나 오늘날의 형법은 자유형을 대신한 새로운 형벌체계를 적극적으로 도입하려고 있다는 점에서, 형벌수단선택 문제를 들어 법인의 범죄능력을 부정하

43) 예를 들어, 황산덕, 『형법총론』 제7전정판, 방문사, 1982, 78쪽.

44) 배종대, 『형법총론』, 209-210쪽.

45) 예를 들어, 이재상, 『형법총론』 제5판, 박영사, 2003, 7/10.

는 것은 그리 설득력 있는 논증이라고 볼 수 없다. 이에 대해 법인에 대한 형사처벌을 반대하는 진영에서는 벌금형 대신에 사법상 손해배상이나 행정법상 과태료 혹은 과징금을 부과하는 것이 더욱 낫고, 그 결과도 동일하다고 주장하기도 한다. 이 논거는 궁극적으로 법인에 대한 형법정책과 관련을 맺는 것으로서, 일정한 근본관점을 그 배후근거로 하고 있다. 즉 형법은 보충적인 최후수단이므로, 다른 법적 수단을 통해 문제를 해결할 수 있으면, 굳이 형법이 개입할 필요가 없다는 것이다. 이 논거를 분석하거나 혹은 비판하기 위해서는, 법인에 대한 형법정책의 방향까지 언급해야 하므로, 이 문제는 다음 V.에서 상세하게 다루기로 한다.

5. 형법정책에 관한 쟁점

지금까지 살펴본 쟁점에서 분명하게 확인할 수 있는 것은, 행위론·귀속론·수형능력·형벌수단선택 등을 이유로 하여 법인의 범죄능력을 부정하는 것은 결정적인 힘을 가질 수 없다는 것이다. 앞에서 논증한 것처럼, 법이론의 측면에서 법인의 범죄능력을 근거 짓는 것은 그리 어려운 일이 아니다. 따라서 법인의 범죄능력 인정여부를 결정하는 가장 궁극적인 논거는 법이론이나 법도그마틱의 차원이 아닌 다른 곳에서 찾을 수 있다고 생각한다. 바로 형법정책의 차원이 그것이다.⁴⁶⁾ 배종대 교수가 정확하게 지적하고 있듯이, 법인의 범죄능력을 인정할 것인가 하는 문제는, 궁극적으로는 법인에 대해 어떤 형법정책을 취할 것인가에 달려있다.⁴⁷⁾ 이 쟁점은 법인의 범죄능력을 평가하는 데 결정적인 역할을 하므로, 다음 V.에서 자세하게 다루도록 한다.

46) 형법정책에 관해서 이상돈, 『헌법재판과 형법정책』, 고려대학교출판부, 2005, 13-14쪽.

47) 배종대, 『형법총론』, 206-208쪽

V. 형법정책의 측면에서 본 법인의 범죄능력

1. 문제점

형법정책의 시각에서 법인의 범죄능력을 인정할 것인가 하는 문제는, 형법이론 전체와 관련을 맺는 근본적인 문제이다. 왜냐하면, 이 문제는 ‘위험형법’, ‘개인적 귀속과 집단적 귀속’, ‘자유주의적 형법이론과 기능주의적·예방지향적 형법이론’, ‘형법의 보충성 원칙에 대한 이해’, ‘형벌의 목적과 상징적 기능’ 등과 같은 형법의 근본적인 문제와 연결되기 때문이다. 그러나 여기서 이 모든 문제를 본격적으로 다룰 수는 없다. 그것은 이 글의 성격에 그리 부합하지 않을뿐더러, 필자의 역량을 넘어서는 일이다. 따라서 각각의 형법이론에 관한 문제는 이미 수행된 개별 연구에 맡기고⁴⁸⁾, 여기서는 형법정책의 시각에서 법인의 범죄능력을 인정할 수 있는지 간략하게 다루도록 한다.

2. 논거 분석

형법정책의 시각에서 법인의 범죄능력을 부정하는 견해는 보통 다음과

48) 기존 연구 중에서 “위험형법”에 관해서는 K. Seelmann, 최석운 역, “위험형법(Risikostrafrecht): ‘위험사회’ 그리고 환경형법과 마약형법에서 위험사회의 ‘상징적 입법,’” 『형사정책연구』 제33권(1998.3), 237-260쪽; 류전철, “위험사회(Risikogesellschaft)와 위험형법(Risikostrafrecht),” 『법률행정논총』 제18권(1998.12), 227-250쪽; 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리,” 『법철학연구』 제3권 제2호(2000.12), 151-170쪽; 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무,” 『비교형사법연구』 제5권 제2호(2003.12), 1-31쪽; 김재운, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰,” 『비교형사법연구』 제7권 제1호(2005.7), 29-52쪽; “상징형법”에 관해서는 김학태, “상징형법의 의미와 기능,” 『외법논집』 제6권(1999. 4), 61-84쪽; 최석운, “위험사회와 상징형법,” 『범죄방지포럼』 제11호(2002.8), 94-100쪽 등 참고.

같은 논거를 인용한다. 즉 법인의 범죄능력을 인정하는 것은, 형법의 보충성 원칙에 합치하지 않고, 형법을 기능화하여 자칫 형법의 법치국가성을 파괴할 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾ 이러한 견해는 좀 더 넓은 맥락에서 보면, 법인의 범죄능력을 인정하는 것이 자유주의적 형법이론과는 대립하는 기능주의적·예방지향적 형법이론을 수용하는 것이고, 더 나아가 이는 현대적 위험에 형법이 적극적으로 대응할 것을 강조하는 ‘위험형법’과 연결된다고 보는 듯 하다. 왜냐하면, 법인의 범죄능력을 인정하는 것은 일종의 ‘집단적 귀속’을 인정하는 것이고, 이는 ‘개인적 귀속’을 강조하는 자유주의적 형법이론에 분명 반하는 것일 수 있기 때문이다. 또한 현대 위험사회에서 많은 위험이 집단적 조직체인 법인과 밀접하게 연결되어 발생하는 경우가 많고, 따라서 법인의 범죄능력을 인정하는 것은, 법인이 창출하는 현대적 위험에 적극적으로 대응하는 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 이 논증의 타당성을 검토하려면, 다음 세 가지 문제를 다루어야 한다. 첫째, 법인의 범죄능력을 인정하는 것은, 일종의 위험형법에 해당하는가, 둘째, 법인의 범죄능력을 인정하는 것은 자유주의적 법치국가 형법과 조화를 이룰 수는 없는 것인가, 셋째, 법인의 범죄능력을 인정하는 것은 형법의 보충성 원칙을 파괴하는 것인가?

법인의 범죄능력을 긍정하는 것은, 결국 ‘위험형법’을 수용하는 것인가? 그렇지는 않다고 생각한다. 얼마 전까지 일종의 유행 개념이었던 ‘위험형법’은 넓은 외연을 갖추고 있다. 프리트비츠(C. Prittwitz)에 따르면, 위험형법은 현대 위험사회에 적극적으로 대처하기 위해 등장한 형법이론으로서, 이 이론에 따르면 형법은 “거대조종”(Großsteuerung)을 자신의 임무로 삼고, “상징형법”의 모습으로 나타나기도 한다.⁵⁰⁾ 여기서 형법이 “거대조

49) 이러한 시각을 보여주는 임철희, 『경제체계의 기능보호와 형법의 효율성지향』, 고려대 법학석사 학위논문, 1998, 88쪽 아래.

중”을 자신의 임무로 삼는다는 것은, 형법이 개인의 행위를 규율하기보다는 사회적 하부체계의 기능을 유지하고 조종하는 것을 자신의 임무로 한다는 것을 뜻한다. 나아가 법익 개념의 차원에서 볼 때, 위험형법은 개인적 법익보다는 보편적 법익을 선호하고, 범죄구조의 측면에서는 침해범보다 추상적 위험범의 구조를 선호한다. 귀속론의 측면에서는 개인적 귀속보다 집단적 귀속을 선택한다.⁵⁰⁾ 이러한 위험형법의 개념표지를 분석하면, 법인의 범죄능력을 인정하는 것이 위험형법의 한 내용이 될 수 있는 것처럼 보인다. 왜냐하면, 법인의 범죄능력을 긍정하는 것은, 일종의 집단적 귀속을 인정하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 그렇다고 해서 법인의 범죄능력을 긍정하는 것이 곧 위험형법을 수용하는 것이라고 단정 짓는 것은 타당하지 않다. 위험형법이 법인의 범죄능력을 인정하여 집단적 귀속을 확장하는 속성을 지니고는 있지만, 법인의 범죄능력을 인정한다고 해서 곧장 위험형법을 허용하는 것이라고 볼 수는 없기 때문이다. 물론 법인의 범죄능력이 주로 문제되는 영역이, 경제형법, 환경형법 등과 같은 새로운 범죄영역이라는 점은 인정할 수 있다. 그렇지만 명예훼손죄 같은 기존의 범죄 역시 법인이 저지를 가능성이 없지 않다. 또한 법인을 처벌하는 것은, 위험예방과는 무관하게 현대 사회에서 점차 강대해지고 있는 법인을 견제하려는 의도도 갖고 있다. 즉 사회적 하부체계를 염두에 둔 거대조종이 문제가 되는 것이 아니라, 기업을 대상으로 하는 기업규제가 문제되는 것이다. 물론 기업을 규제하는 것과 경제체계를 조종하는 것은 서로 유기적인 관계를 맺고 있기는 하다. 그렇지만 전자와 후자는 분명 구별할 수 있다. 그러므로 법인의 범죄능력을 부정하기 위해, 위험형법과 같은 거대

50) C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt/M. 1992, S. 242 ff.

51) 이를 잘 요약해서 설명하는 W. Hassemer, 배종대·이상돈 편역, 『형법정책』, 세창출판사, 1998, 단락번호 [7] “현대형법의 특징과 위기” 참고.

이론을 끌어들이는 것은 그리 적절하지 않다고 생각한다. 어떤 문제를 해결하기 위해 거대이론을 쉽게 끌어오는 것은, 자칫 ‘일반화의 오류’에 빠질 우려가 있음을 자각해야 한다.

두 번째 법인의 범죄능력을 인정하는 것은 자유주의적인 법치국가 형법과 조화를 이룰 수 없는 것인가? 분명 근대 법치국가 형법은 생명, 신체, 재산과 같은 개인적 법익을 주된 보호객체로 보았고, 이러한 법익을 침해하는 행위자(Täter)로 자연인을 염두에 두었다. 따라서 법인을 행위주체로 파악하고자 하는 것은, 이와 상충하지 않을 수도 있다. 그러나 근대 법치국가 형법에서도 행위주체를 확장하여 집단적 귀속을 실현하려는 도그마틱을 갖고 있었다. 공동정범 도그마틱이 그것이다. 특히 기능적 범행지배론에 따르면, 범죄구성요건 전체를 실행하지 않더라도, 공동정범을 인정할 수 있다. 그렇다면 집단적 귀속 자체를 수용한다고 해서, 이것이 곧 근대 자유주의적인 법치국가 형법을 파괴하는 것이라고 결론내리는 것은 성급해 보인다.

결국 이 두 번째 문제는 세 번째 문제를 통해 판단할 수밖에 없다. 즉 법인의 범죄능력을 인정하는 것은, 형법의 보충성 원칙에 반하는 것인가? 그러나 이 문제도 일률적으로 판단할 수는 없다고 생각한다. 보충성 원칙이 구체적으로 무엇을 뜻하는지에 대해서는 학자에 따라 다를 수 있기 때문이다.⁵²⁾ 하쎄머(W. Hassemer)를 중심으로 한 독일의 프랑크푸르트 학파는, 비형법적인 수단으로써 문제를 해결할 수 있을 때는 형법을 투입하지 않는 것이 형법의 보충성을 뜻하는 것이라고 이해한다.⁵³⁾ 그러나 가령 야콥스는 형법적인 수단과 비형법적인 수단을 통해 문제를 해결할 수 있을 때, 비형법적인 수단만을 투입해야 하는 것이 보충성 원칙을 뜻하는 것

52) 이에 관한 포괄적인 연구로는 박달현, 『형법상 보충성원칙에 관한 연구』, 고려대 법학박사 학위논문, 1996 참고.

53) W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990.

은 아니라고 본다.⁵⁴⁾ 이렇게 보충성 원칙을 이해하는 방식이 서로 다른 상황에서, 보충성 원칙을 근거로 하여 법인의 범죄능력을 부정하는 것은 그리 타당하지 않다고 생각한다. 핵심은 법인을 규제하는 데 형벌이라는 수단이 유용한 수단이 될 수 있는가 하는 점이다. 이 문제는 법인을 처벌하는 것이 상징형법에 해당하는가, 그리고 법인을 처벌하는 것이 비례성 원칙에 합치하는가와 관련을 맺는다.

우선 법인을 처벌하는 것은 상징형법에 해당하는가? 상징형법을 비판하는 시각도 있지만, 수범자들을 기망하기 위해 의도적으로 상징형법을 제정하지 않은 한, 상징형법을 무조건 비판하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 왜냐하면, 정당한 형벌이 수행하는 상징적인 효과는 그 자체로 가치가 있는 것이기 때문이다.⁵⁵⁾ 더군다나 법인을 형사처벌하는 것은 단순한 상징적인 효과를 넘어 실제적인 효과를 얻을 수도 있다. 막중한 벌금형은 - 법경제학의 측면에서 볼 때 - 법인에게 어느 정도 일반예방적 효과를 미칠 수 있기 때문이다.⁵⁶⁾

그렇다면 법인을 형사처벌하는 것은 비례성 원칙에 합치하는가? 적합성의 차원에서 형벌이라는 수단이 법인을 제재하는 데 효과적일 수 있는지 의문을 제기할 수 있다. 만약 장기적인 차원에서 보면, 이러한 비판이 타당할 수 있을 것이다. 형벌을 통한 억압보다, 점진적인 구조개혁 정책이 문제를 근본적으로 해결하는 데 더 도움이 될 수 있기 때문이다. 그러나

54) G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1. Aufl., Berlin 1983, S. 38.

55) K. Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe - Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 205 ff.

56) 형벌집행의 적절성, 즉 형벌수단 선택의 비례성이 주어진 상황이나 대상에 따라 달리 판단될 수 있음을 지적하는 J. Harrison, 명순구 역, 『법경제학』, 세창출판사, 2006, 198쪽 아래 참고.

단기적인 차원에서 보면 그 결과가 달라질 수 있다. 즉 장기적인 차원에서는 형법 투입을 줄이는 것이 더 바람직할 수도 있지만, 단기적인 차원에서는 형법을 투입하는 것이 사회적인 맥락에 더 맞을 수도 있다. 이렇게 형법 투입의 합리성 혹은 적합성을 판단할 때는, 시간의 차원과 사회적 맥락이라는 차원을 동시에 고려해야 한다. 특히 한국처럼 경제체계와 정치·행정체계가 서로 밀접하게 연결되어 있는 경우에는, 권력분립의 관점에서도 행정적인 규제수단과 형법적인 규제수단을 병존시키는 것이 나올 수 있다. 왜냐하면, 이렇게 함으로써 경제체계 - 행정체계 - 검찰사법체계 - 시민사회 사이에서 일종의 권력분립이 형성될 수 있기 때문이다. 나아가 필요성의 차원에서 형벌이라는 수단은 경우에 따라 기업해산이나 영업정지보다 법인에게 덜 가혹할 수 있다는 점에서, 법인을 형사처벌하는 것이 필요성 원칙에 반하는 것도 아니다. 마지막으로 좁은 의미의 비례성 차원에서 볼 때, 법인을 처벌하는 것이 문제될 수 있는데, 이 문제는 일률적으로 판단하기 어렵다. 왜냐하면, 법인을 형사처벌함으로써 얻을 수 있는 이익을 계량화하는 것이 힘들기 때문이다. 그러나 그렇다고 해서 법인을 처벌하는 것이 곧바로 좁은 의미의 비례성 원칙을 침해한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 문제는 법인을 처벌하는 것에 관해 어떤 '선이해'를 갖는지에 따라 달리 판단할 수 있다.

이상의 논거를 분석하면, 형법정책의 측면에서도 법인의 범죄능력을 부정할 만한 확실한 논거를 찾기 힘들다는 점을 확인할 수 있다. 그렇다면 궁극적으로 이 문제는 어떤 시각과 선이해로 형법정책을 보느냐에 따라 달리 해결될 수 있다. 요컨대, 법인에 범죄능력 인정여부에 관한 쟁점은, 어떤 노선과 방향의 형법정책을 선택할 것인가 하는 형법정책 논쟁과 결부되어 있는 것이다.

VI. 글을 맺으며

이상으로 법인의 범죄능력 인정여부에 관한 각종 쟁점을 법이론과 형법정책의 측면에서 검토하였다. 여기서 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 우선 행위론이나 책임론 등과 같은 논거를 통해 법인의 범죄능력을 부정하는 것은 - 법이론의 시각에서 볼 때 - 그리 성공할 수 없다는 것이다. 오히려 현대 법이론과 범사회학이 내놓은 성과를 원용하면, 법인의 범죄능력을 인정할 가능성이 더 높다. 따라서 법인의 범죄능력을 인정할 것인가 하는 문제는 결국 형법정책적인 논증으로 판단할 수밖에 없다는 결론이 나온다. 그러나 위에서 살핀 것처럼, 형법정책적인 논증은 어떤 노선과 방향에서, 달리 말해 어떤 선이해에서 형법정책을 보는가에 따라 그 결론이 달라진다. 더군다나 아직까지는 확실하게 정답이 될 수 있는 형법정책적인 논증이나 논거를 찾기도 어렵다. 그렇다면 법인의 범죄능력을 인정할 것인가 여부는, 서로 다른 노선과 방향을 추구하는 상이한 형법정책 사이의 논쟁이라 할 수 있고, 그 논쟁은 아직도 진행 중이라고 말할 수밖에 없을 것 같다.

참고문헌

1. 단행본

- 강동범, 『우리나라의 경제형법에 관한 연구: 형법총론의 범죄론과 관련하여』, 서울대 법학박사 학위논문, 1994.
- 김성돈, 『책임개념의 기능화와 적극적 일반예방이론 - 독일에서의 논의를 대상으로 -』, 성균관대 법학박사 학위논문, 1993.
- 김일수, 『형법총론』 제6판, 박영사, 1998.
- 김형배, 『민법학강의』 제2판, 신조사, 2001.
- 명순구, 『민법학기초원리』, 세창출판사, 2002.
- 박기석, 『환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구』, 한양대 법학박사 학위논문, 1997.
- 박달현, 『형법상 보충성원칙에 관한 연구』, 고려대 법학박사 학위논문, 1996.
- 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2006.
- 신우철, 『헌법과학』, 동현출판사, 2002.
- 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005.
- 이상돈, 『헌법재판과 형법정책』, 고려대학교출판부, 2005.
- 이재상, 『형법총론』 제5판, 박영사, 2003.
- 임철희, 『경제체계의 기능보호와 형법의 효율성지향』, 고려대 법학석사 학위논문, 1998.
- 황산덕, 『형법총론』 제7전정판, 방문사, 1982.
- 한국형사정책연구원, 『법인범죄에 대한 효율적 제재방안』, 한국형사정책

- 연구원, 1996.
- 한국형사정책연구원, 『법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구』, 한국형사정책연구원, 1996.
- 라인홀트 치펠리우스, 김형배 역, 『법학입문』, 삼영사, 1993.
- Frister, H., *Die Struktur des "voluntativen Schuldlements"*, Berlin 1993.
- Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt/M. 1973.
- Hassemer, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990.
- Hassemer, W., 배종대 · 이상돈 편역, 『형법정책』, 세창출판사, 1998.
- Harrison, J., 명순구 역, 『법경제학』, 세창출판사, 2006.
- Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt/M. 1970.
- Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1. Aufl., Berlin 1983.
- Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin 1991.
- Jakobs, G., *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Aufl., Berlin 1999.
- Luhmann, N., *Einführung in die Systemtheorie*, 2. Aufl., Heidelberg 2004.
- Prittwitz, C., *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt/M. 1992.
- Ryle, G., *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart 1969.
- Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., München 2006.

2. 논 문

- 계희열, “통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고”, 『법학논집』 29(1993. 12).
- 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 『법철학연구』 제3권 제2호 (2000. 12).
- 김재운, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 제1호(2005. 7).
- 김학태, “상징형법의 의미와 기능”, 『외법논집』 제6권(1999. 4).
- 류전철, “위험사회(Risikogesellschaft)와 위험형법(Risikostrafrecht)”, 『법률행정논총』 제18권(1998. 12).
- 배종대, “법인의 범죄능력”, 『고시연구』 (1991. 9).
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 『인암법학』 제3권(1995. 11).
- 심재우, “사회적 행위론”, 『법조』 제24권 제7호(1975).
- 양천수, “법존재론과 형법상 행위론”, 『법철학연구』 제9권 제1호(2006).
- 이기수, “법인의 본질 - Savigny이론의 올바른 해석을 위하여 -”, 『상법논총(인산 정희철선생 정년기념논문집)』, 박영사, 1985.
- 정동윤, “법인격부인이론의 적용요건과 근거 - 최근의 대법원판결을 중심으로 하여 -”, 『민사재판의 제문제』 제6권, 한국사법행정학회, 1991.
- 조병선, “양벌규정과 법인의 형사책임”, 『형사판례연구』 [3], 박영사, 1995.
- 최석윤, “위험사회와 상징형법”, 『범죄방지포럼』 제11호(2002. 8).
- 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호 (2003. 12).
- Günther, K., Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe - Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in:

Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002.

Günther, K., Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt/M. 2007.

Jakobs, G., Strafbarkeit juristischer Personen?, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002.

Kaufmann, Arth., Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, in: *Festschrift für H. Mayer*, 1966.

Seelmann, K., 최석훈 역, “위험형법(Risikostrafrecht): ‘위험사회’ 그리고 환경형법과 마약형법에서 위험사회의 ‘상징적 입법,’” 『형사정책연구』 제33권(1998. 3).

Teubner, G., Unternehmenskorporatismus - New Industrial Policy und das “Wesen” der Juristischen Person, in: *KritV* (1987).

Teubner, G., Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 27 (2006).

192 형사정책연구 제18권 제2호(통권 제70호, 2007·여름호)

Strafbarkeit juristischer Personen - Aus rechtstheoretischer und strafrechtspolitischer Sicht -

Chun-Soo Yang*

Die vorliegende Arbeit zielt darauf, die Problematik der Strafbarkeit juristischer Personen aus rechtstheoretischer und strafrechtspolitischer Sicht zu behandeln. Damit will die Arbeit versuchen, die Punkte, von denen die bisherigen Untersuchungen abgesehen haben, aufzuklären und die These aufzustellen, dass sich die Problematik der Strafbarkeit juristischer Personen letztendlich mit der Strafrechtspolitik eng verbindet. Eine Zusammenfassung: Die vorliegende Arbeit will darauf zielen, sich der Problematik der Strafbarkeit juristischer Personen aus 'systemkritischer' Sicht zu nähern.

Zunächst geht die vorliegende Arbeit darauf ein, warum es der Strafbarkeit juristischer Personen bedarf (II.). Danach betrachtet die Arbeit sozusagen das 'Wesen' juristischer Personen (III). Dabei beruft sie sich auf die Theorie von Gunther Teubner. Auf Grund der vorhandenen Betrachtungen geht die vorliegende Arbeit darauf ein, die Streitpunkte über die Problematik der Strafbarkeit juristischer Personen aus rechtsphilosophischer und rechtstheoretischer Sicht zu analysieren (IV). Insbesondere behält die Arbeit kritisch die neue These von

* Professor, School of Law, Yeungnam University, Ph.D. in Law.

Jakobs im Auge. Nach der Analyse der vorliegenden Arbeit ist der Versuch, die Strafbarkeit juristischer Personen aus Gründen der Handlungslehre, der Zurechnungslehre usw. zu verneinen, nicht erfolgreich. Vielmehr stellt die vorliegende Arbeit die These auf, dass die Strafbarkeit juristischer Personen letztendlich von strafrechtspolitischen Argumenten abhängt (V.).

주제어 : 법인의 범죄능력, 행위론, 인격, 의식, 형법정책, 야콥스

Keywords : Strafbarkeit juristischer Personen, Handlungslehre, Person, Bewußtsein, Strafrechtspolitik, Jakobs