

법익적대적 법인문화, 위험관리 실패와 법인의 형사책임*

김 호 기**

국 | 문 | 요 | 약

법인의 형사책임을 검토함에 있어서 커먼로 국가에서는 종래 동일성 이론과 대위책임 이론을 사용하고 있어 왔다. 그런데 동일성 이론과 대위책임 이론에서는, 비록 법인을 형사처벌의 대상으로 보고 있기는 하지만, 범죄는 오로지 자연인만이 범할 수 있다는 전통적인 형사법의 시각은 그대로 유지되고 있었다. 그러나 1990년대 이후 영국이나 호주 등의 국가에서는 법인의 형사책임을 자연인의 형사책임으로부터 분리시키고, 법인 고유의 형사책임을 인정하려는 시도가 행하여졌다. 이러한 시도의 바탕에 놓인 법인처벌이론이 바로 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론이다.

법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 법인이 법인활동으로 인하여 발생하는 위험에 대한 총체적인 지배의무를 부담하고 있으며, 총체적인 위험지배의무의 미이행으로 인하여 발생한 법익침해의 결과에 대하여 당해 법인이 직접 형사책임을 부담하여야 한다고 본다. 법인처벌의 근거가 되는 총체적인 위험지배의무의 내용은 제도적인 측면과 사실적인 측면의 두 가지 측면으로 나누어 검토할 수 있다. 먼저 제도적으로 법인은 업무집행과정에서 발생할 수 있는 위험을 적절히 통제할 수 있는 기술적, 제도적 장치를 마련할 의무를 부담한다. 그리고 사실적으로 당해 법인은 법인 내에서 구성원들이 공유하는 행동방식이 법익친화적으로 형성되도록 할 책임을 부담한다. 법인에 대하여 형사책임을 부과함에 있어서 사실적인 측면을 고려하도록 한 것은 법인 내에 안전문화(Safety Culture)가 올바르게 형성되는 것이 효과적인 법익보호를 위하여 필수적으로 요구된다는 점을 고려한 것이다.

법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 법인처벌의 목적 내지 이유를 일반예방이나 특별예방에서 찾아야 한다고 본다. 그리고 전통적인 형벌부과의 수단을 법인에 대하여 사용하는 것은 적절하지 않다고 본다. 법인에 대하여 자유형을 부과하는 것은 애초부터 상정할 수도 없으며, 벌금형은 일회적으로 효과를 발생시킬 뿐이어서 법인 내부에 적절한 위험관리 시스템을 마련하도록 하거나 구성원의 행동준칙을 법익친화적인 형태로 변환시키는 데에는 그다지 효율적

* 이 논문은 2010년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF - 2010 - 332 - B00474).

**서울시립대학교 법학전문대학원 부교수

이지 않기 때문이다. 이러한 사정을 고려하여 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 보다 직접적으로 법인 내부의 구조를 개선하는 데에 기여할 수 있는 새로운 형벌을 찾아내야 한다고 본다. 최근 들어 많이 논의되고 있는 법인에 대한 보안처분이나 미국에서 사용되는 법인에 대한 기소유예/기소중지 제도 등이 좋은 참고자료가 될 수 있을 것으로 보고 있다.

-
- ❖ 주제어 : 법인의 형사책임, 법익적대적 법인문화, 대위책임이론, 동일성이론, 위험관리, 양벌규정, 법인에 대한 보안처분

I. 서론

전통적으로 형사법에서는 자신의 행위에 의하여 직접 법익침해의 결과를 야기하는 자연인 개인을 위험창출과 위험실현의 주체로 파악하고 있었다. 행위자가 자신의 행위를 통하여 법적으로 허용되지 아니하는 위험을 창출하고, 그 위험이 실현되어 법익침해의 결과가 발생하게 되며, 위험창출과 위험실현의 모든 과정을 행위자가 스스로 지배하고 있다고 보아온 것이다. 따라서 행위자에 대하여 법적으로 허용되지 아니한 위험을 창출하는 행위를 행하는 것을 금지함으로써 법익을 보호할 수 있을 것이라고 보아왔다.¹⁾

그런데 이와 같은 전통적인 형사법의 구상이 법인활동으로 인하여 발생하는 법익침해를 방지하는 데에도 적절히 적용될 수 있는가에 대하여서는 의문이 제기되기 시작하였다. 법인활동으로 인하여 발생하는 법익침해의 위험이 업무집행에 수반하여 발생하는 전형적인 위험에 해당하고, 직접 업무를 집행하는 구성원은 단지 그에게 부과된 임무를 충실히 수행하는 것에 불과하다면, 업무집행을 담당한 구성원이 스스로 그러한 위험을 창출한 것이라고 말하기 곤란하기 때문이다. 나아가 법인활동으로 인하여 발생하는 위험이 사회적으로 승인된 위험에 해당한다면 업무집행자

1) 전통적인 형사법에서 개인을 자율적으로 판단하여 행동하는 주체로 파악하여 온 이유 중의 하나는 바로 그가 스스로의 의지적 결단에 의하여 위험을 창출하거나 하지 않을 수 있는 능력을 보유하고 있음을 강조하기 위한 데에 있다. 이에 관한 논의는 예컨대 Joel Feinberg, *Harm to Self*, 1986, 27이하 참조.

에게 위험을 창출하는 행위를 행하지 말 것을 명하는 것은 상정할 수조차 없게 된다.

법인의 업무가 기능적으로 분화되어 다수의 구성원에 의하여 분업적으로 수행되고 있다면 어느 특정한 구성원 개인을 위험창출자로 볼 수는 없다. 직접 법익침해의 위험을 발생시키는 행위를 행하는 구성원은 스스로 위험을 창출하는 자에 해당하는 것이 아니라, 법인 내에 존재하는 다수의 위험관리자 중의 한 사람에게 해당할 뿐이다. 그렇다면, 법인활동에 수반하여 발생하는 위험에 대하여서는 어느 특정한 개인이 아니라 당해 법인이 그것을 창출하고 실현하는 주체에 해당한다고 보아야 하는 것은 아닌가? 만일 이를 긍정한다면, 법인의 형사책임을 개인의 형사책임으로부터 분리시키고 법인 고유의 형사책임을 인정하여야 하는 것은 아닌가?

2000년대에 들어서면서 영국 등 커먼로 전통을 따르는 몇몇 국가들에서는 법인이 스스로 위험창출 및 위험실현의 주체가 될 수 있음을 인정하고, 법인 내부의 구조적인 흠결로 인하여 법익침해의 결과가 발생한 경우 그 결과를 특정한 구성원 개인이 아니라 법인 자체에 대하여 귀속시키려는 시도가 행하여졌으며, 이러한 시도는 일부 국가에서는 법률로 성문화되기도 하였다. 예컨대 호주의 “Criminal Code Act 1995”²⁾, 영국의 법인살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)³⁾, 캐나다의 형법 개정과정에서 제출되었던 법률안(Bill C-284)⁴⁾ 등이 그 전형적인 예에 해당한다. 이러한 입법례에서는 법인에 대하여 형사책임이 인정되는가를 검토함에 있어서 더 이상 직접적으로 법익침해의 결과를 야기한 개인의 행위가 범죄행위에 해당하는가의 여부나, 그에 대하여 고의, 과실과 같은 전통적인 귀책사유가 인정되는가를 묻지 하였다. 그 대신 법인 내부에 법익침해를 승인, 용인 내

2) 호주의 입법례에 대한 소개는 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호 (2010 봄), 313 이하 참조.

3) 영국의 법인살인법에 대한 소개는 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 2010, 120 이하 참조.

4) 이에 대하여서는 캐나다의 Private Member's Bill C-284, the 1st Session of the 37th Parliament, 467.3 참조. 캐나다 정부가 그 모호성을 이유로 법익적대적 법인문화론을 채택하지 아니하기로 결정함으로써 이 법률안은 입법으로까지 이어지지는 못하였다(캐나다의 Government Response to the Fifteenth Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights (November 2002) 참조).

지 감수하도록 하는 정책, 규칙, 행동방침 또는 관행 등이 존재하고, 그것이 법익침해의 결과로 이어지게 되었음을 입증할 것을 요구하였다.

이 글에서는 이와 같이 법인 내부에 존재하는 법익적대적인 정책, 규칙, 행동방침 또는 관행 등으로 인하여 법익침해의 결과가 야기된 경우 법인 고유의 형사책임을 인정하려는 시도, 즉 법익적대적 법인문화에 기초한 법인처벌론이 등장한 배경과 그 의미 등을 분석하고, 그것이 우리나라에서 어떠한 의미를 가질 수 있는가를 간략하게 검토해보려고 한다.⁵⁾

II. 법익적대적 법인문화론의 등장 배경

1. 현실적, 이론적 배경

가. 법인 고유의 형사책임을 인정 이유

영국 등의 커먼로 국가에서 법익적대적 법인문화론이 등장하고 국가에 따라서는 그것이 입법으로까지 이어지게 된 근본적인 이유는 현실에서 법인활동으로 인하여 대규모의 법익침해의 결과가 발생하였음에도 불구하고 기존의 형사법적 수단에 의하여서는 그 누구도 처벌하지 못하는 결과가 발생하였고, 이러한 상황을 개선하기 위하여서는 법인 고유의 형사책임을 인정할 필요성이 있다는 인식이 널리 받아들여지게 되었다는 데에 있다. 그리고 그 바탕에는 법인의 업무집행에 수반하여 발생하는 위험은 어느 특정한 개인이 창출하는 위험과는 다른 성질을 지니고 있으며, 따라

5) 본격적인 논의에 앞서 이 글에서는 법인활동과 결합되어 발생하는 기술적인 위험과 인적/법적 위험 중에서 주로 기술적인 위험을 그 논의대상으로 하고 있다는 점을 밝혀야 할 것이다. 그것은 이 글에서 주로 논의하고자 하는 법익적대적 법인문화에 기초한 법인처벌론이 인적/법적 위험보다는 기술적 위험의 적절한 통제방법을 찾는 과정에서 등장, 발전한 것이기 때문이다. 기술적 위험이란 법인의 업무집행과 불가분적으로 결합되어 있는 위험으로서, 누가 업무를 집행하는가의 여부와 상관없이 당해 업무집행과 더불어 언제나 발생하는 위험을 의미한다. 예컨대 열차나 선박의 운행과정에서 기계적 결함으로 인하여 재해가 발생할 수 있는 가능성이 이에 해당한다. 인적/법적 위험이란 업무와 관련하여 구성원이 위법한 행위를 행할 가능성을 의미한다. 예컨대 기업의 경영자가 회계를 조작하도록 하거나 업무집행과 관련하여 뇌물을 수수하는 행위 등이 이에 해당한다.

서 그에 대한 대처방법도 서로 달라져야 한다는 고려가 놓여 있다.

전통적인 형사법에서는 위험창출의 주체를 자연인으로 한정하였다. 즉 행위자가 의도적으로 법익침해의 위험을 발생시키거나, 위험발생을 묵인 내지 감수하거나 자신에게 부과된 주의의무를 충실히 이행하지 아니함으로써 법익침해의 위험이 발생하도록 하고, 그것이 결과로 실현됨으로써 법익침해의 결과가 야기된다고 보는 것이다. 행위자의 행위에 의하여 비로소 법익침해의 위험이 발생하는 것이라면 형벌규정을 통하여 위험을 발생시키는 작위 내지 부작위행위가 행하여지는 것을 방지함으로써 법익보호의 목적을 달성할 수 있게 될 것이다. 이러한 접근방법은 개인에 대하여 의무를 부과하고 이행을 강제함으로써 법익을 보호하려고 하는 것이므로 “의무부과/이행강제 모델”이라고 지칭할 수 있을 것이다. 커먼로 국가에서 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론이 등장하기 전까지 법인을 형사처벌하기 위하여 사용하여 왔던 동일성 이론이나 대위책임 이론도 이와 같은 의무부과/이행강제 모델에 기초하고 있다. 동일성 이론이나 대위책임 이론에서는 그 구성원이 작위명령이나 부작위명령에 위반하는 행위를 하여 법익침해의 결과가 발생한 경우에만 당해 법인을 형사처벌할 수 있다고 보고 있기 때문이다.⁶⁾

그런데 의무부과/이행강제 모델은 법인활동으로 인하여 발생하는 법익침해에 대처하기 위한 수단으로 사용하기에는 적합하지 아니한 것으로 밝혀졌다. 의무부과/이행강제 모델의 가장 큰 문제점은 이 모델이 위험지배의무가 적절히 분배되지 아니한 경우에 대하여서는 아무런 대비책을 제공해주지 못한다는 데에 있다. 의무부과/이행강제 모델에 의한 법익보호가 효과적으로 수행되기 위하여서는 법인활동으로 인하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 그것을 적절히 관리할 의무를 부담하는 주체가 지정되어 있어야만 한다. 그런데, 의무부과/이행강제 모델에 의하는 경우, 법인활동으로 인하여 발생하는 위험에 대한 지배의무가 적절히 분산되지 아니하여서 그 누구도 지배의무를 부담하지 아니하는 위험영역이 남게 되고, 그러한 위험영역에서 법익침해의 결과가 발생한 때에는 그에 대하여서는 누구도 책임을 부담하지 않게 되는 것이다.⁷⁾

6) 동일성 이론이나 대위책임 이론에 대한 상세는 김호기/김택수/최준혁, 각주 3)의 책,

7) 다만 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 실령 위험지배의무가 적절히 분산되어 있다고 하더라도 이것만으로는 법인활동으로 인하여 발생하는 위험에 대하여 충분히 효과적으로 대처할

이러한 의무부과/이행강제 모델의 난점을 극복하기 위하여서는 개별적인 위험지배의무 이외에, 법인활동으로 인하여 발생하는 위험에 대한 지배의무를 적절히, 그리고 남김없이 분배할 의무가 인정되어야만 할 것이다. 그리고 위험분배의무는 개별적인 위험지배의무보다 상위에 있는 의무에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 전자의 의무가 이행됨으로써 비로소 후자의 의무가 발생하게 되기 때문이다. 나아가 위험분배의무는 어느 특정한 위험이 아니라 법인활동으로 인하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여, 이를 구성원 개개인에게 적절하게 분배하여야 하는 의무를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 의미에서의 위험분배의무는 법인활동으로 인하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 그 성질을 올바르게 파악하고 적절히 관리할 의무, 즉 총체적인 위험지배의무의 한 내용이 되는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 법익적대적 법인문화에 기초한 법인처벌론에서는 총체적인 위험지배의무는 어느 특정한 구성원 개인이 아니라 당해 법인이 부담하여야 한다고 본다. 직접 업무를 수행하는 주체의 지위에 서게 되는 당해 법인이 그로 인하여 발생하는 위험의 성격을 가장 잘 파악할 수 있으며, 당해 법인이 업무집행을 통하여 이익을 얻게 되는 이상 업무집행과 결합하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 이를 지배할 의무를 부담하도록 하는 것이 합리적이기 때문이다.

의무부과/이행강제 모델로는 법인활동으로 인하여 발생하는 위험으로부터 법익을 보호하기에 충분하지 않다고 보는 또 다른 이유는 의무부과/이행강제 모델에 의하여서는 인적 실패로 인하여 발생하는 법익침해에 적절히 대처할 수 없다는 데에 있다. 인간의 한계에 비추어 볼 때 인적 오류를 지속적으로 제로 수준으로 유지하는 것은 현실적으로 가능하지 않다. 따라서 업무집행과정에서 이를 담당하는 구성원이 자신에게 부과된 주의의무를 충실히 이행하지 못하여 법익침해의 결과가 발생할 수 있다는 것은 - 업무집행과정에서 사용하는 기술적 도구가 언제든지 오작동을 할 수 있다는 것과 마찬가지로 - 사전에 충분히 예측할 수 있는, 업무에 수반하는 전형적인 위험의 한 종류에 해당하는 것으로 보아야 한다.⁸⁾ 이와 같이 인적 오류의 위험이

수 없다고 본다는 점도 지적하여야 할 것이다. 후술하는 바와 같이 법인활동으로 인하여 발생하는 위험을 적절히 관리하기 위하여서는 다층의 위험관리장치가 마련되어야 한다고 보기 때문이다. 이에 대하여서는 James Reason, "Achieving a Safe Culture: Theory and Practice", *Work & Stress*, 1998, Vol. 12, No. 3, 296 참조.

업무와 결합되어 발생하는 전형적인 위험의 한 종류에 해당한다면, 당해 법인은 인적 오류로 인하여 발생할 수 있는 위험에 대하여서도 이를 적절히 관리할 수 있는 제도적, 기술적 장치를 마련할 의무를 부담한다고 보아야만 한다.⁹⁾ 예컨대 법인은 구성원의 인지기능이나 판단기능을 보완하여 줄 수 있는 기술적 수단을 마련하거나, 특히 법익침해의 위험성이 높은 업무에 대하여서는 복수의 업무집행자 내지 관리자를 지정하는 등의 사전조치를 취할 의무가 있다고 보는 것이다.

보다 일반화시켜 말한다면, 어느 특정한 개인에 의하여 창출되는 위험과 비교하여 볼 때 법인활동으로 인하여 발생하는 위험이 보다 중대하고 광범위한 법익침해를 야기할 수 있는바, 당해 법인은 업무집행으로 인하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 다층의 지배구조를 갖춰놓아야 하는 의무를 부담하는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁰⁾ 인적 오류에 대처하기 위한 적절한 위험관리수단을 마련해 놓아야 한다는 것은 법인이 다층적인 위험지배의무를 부담한다는 것을 나타내주는 하나의 예에 해당한다. 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 업무집행과 결합되어 발생하는 위험에 대한 다층의 지배구조를 갖춰놓을 의무는 총체적인 위험지배의무의 한 내용에 해당하는 것으로서, 이를 어느 특정한 구성원 개인에게 귀속시키는 것은 적절하지 않다고 본다. 어느 개인에게 그러한 의무를 귀속시키는 경우에는, 적절한 위험관리가 이루어질 것인가의 여부가 - 여전히 인적 오류의 가능성이 상존하는 - 구성원 개인의 능력에 의하여 좌우되는 결과가 발생할 것이기 때문이다.

나. 법인 고유의 형사책임의 내용

법익적대적 법인문화에 기초한 법인처벌론에서는 당해 법인이 법인활동으로 인하여 발생하는 위험에 대한 총체적인 지배의무를 부담한다고 본다. 그것은 한편으로는 당해 법인이 업무수행으로 인한 이익을 얻게 되는 이상 그로 인하여 발생하는

8) James Reason, "Human Error: Models and Management", British Medical Journal 2000 March 18, 768

9) 인적 오류의 적절한 관리는 위험관리에서 중요하게 다루어지는 과제 중의 하나에 해당한다. 이에 관하여서는 James Reason, Human Error, 1990, 217 이하 참조.

10) 다층의 위험관리구조가 필요함을 설명하기 위하여 흔히 인용되는 스위스 치즈 모델에 대하여서는 James Reason, Managing the Risks of Organizational Accidents, 1997, 9 이하 참조.

위험에 대한 지배의무를 부담한다고 보는 것이 합리적이라는 점을 고려한 것이지만, 다른 한편으로는 효과적인 법익보호를 위하여서는 당해 법인이 총체적인 위험관리 의무를 부담하는 것이 가장 적절하다고 보기 때문이다. 업무집행으로 인하여 발생하는 위험의 종류와 성질을 가장 잘 파악할 수 있는 지위에 있는 자는 국가가 아니라 당해 사업주(법인)이기 때문이다.¹¹⁾ 법인이 부담하는 총체적인 위험지배의무의 구체적인 내용은 기술적, 제도적인 측면과 사실적인 측면으로 나뉘어서 검토할 수 있다.

법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 먼저 당해 법인이 업무집행과정에서 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 이를 적절히 관리하기 위한 기술적, 제도적 장치를 마련할 의무를 부담한다고 본다.¹²⁾ 경보장치와 같은 위험관리기구를 설치하는 것이나 위험을 수반하는 업무의 집행방법 내지 그에 대한 관리방법을 지침화하는 것 등이 그러한 의무의 전형적인 내용에 해당한다. 나아가 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 당해 법인 내에 존재하는 법인문화가 법익친화적인 형태로 형성되어야 있어야 한다는 점을 강조한다. 그것은 법인 내부에 적절한 위험관리를 위한 기술적, 제도적 장치가 마련되어 있다고 하여도 그것만으로는 효과적인 법익보호를 달성하기에 부족하다고 보기 때문이다.

법인의 구성원은, 그가 법인의 구성원으로 활동하는 한에 있어서는, 자신의 행동 방식을 결정함에 있어서 법인 내부에 존재하는 행동준칙으로부터 영향을 받게 된다.

11) David Walters (ed.), *Regulating Health and Safety Management in the European Union - A Study of the Dynamics of Change*, 2002, 44 이하 내지 242 이하 참조. 의무부과/이행강제 모델에서는 국가가 총체적인 위험지배의무를 부담하는 주체에 해당하는 것으로 보게 될 것이다. 법률을 통하여 개인에 대하여 일정한 작위의무, 부작위의무를 부과하는 주체는 바로 국가이기 때문이다.

12) 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서 이와 같이 개인에 대하여 어떠한 작위/부작위의무를 부과할 것인가의 여부가 아니라 법인 내부에 위험을 관리할 수 있는 적절한 시스템이 마련되어 있는가에 주목하는 것은 오늘날 법인활동으로 의하여 발생하는 위험에 대한 통제방법이 개인에 대한 의무부과 및 이행강제 모델로부터 위험관리의 절차적인 측면을 강조하는 위험성 평가 및 위험관리 모델(Risk Assessment and Risk Management)로 이행하고 있음을 고려한 것이기도 하다. 위험관리 모델의 구체적인 내용은 위에서 보다 상세히 검토하였다. 의무부과/이행강제 모델에서 위험관리 모델로의 변천에 대하여서는 Sandra Dawson/Paul Willman/Alan Clinton/Martin Bamford, *Safety at Work : The Limits of Self-Regulation*, 1988, 3 이하 참조. 법인의 형사책임을 위험성 평가 및 관리와 연관시켜 설명하는 글로는 Celia Wells, "Corporations: culture, risk and criminal liability", *Criminal Law Review*, 1993, 553 이하 참조.

이러한 행동준칙에 규칙이나 지침과 같은 성문화된 준칙이 포함되는 것은 물론이다. 그러나 이와 같이 성문화된 규칙이나 지침만이 구성원의 행동준칙으로 작동하게 되는 것은 결코 아니다. 당해 법인의 경영방침이나 정책, 제도, 나아가 당해 법인을 지배하고 있는 관행이나 분위기와 같은 요소도 구성원들이 자신들의 행동방향을 결정하는 데 있어서 중대한 영향을 미치게 된다. 규칙이나 지침 기타 구성원의 행동 방식에 영향을 주게 되는 모든 요소를 총칭하는 개념으로서 흔히 법인문화(corporate culture)라는 개념이 사용되고 있다.¹³⁾

위험관리와 관련하여서는 법인 내에 존재하는 안전문화(safety culture)가 가지는 중요성이 강조되고 있다.¹⁴⁾ 위험의 효과적인 관리를 위하여서는 구성원들이 공유하고 있는 안전에 대한 총체적인 가치관념, 인식이나 태도, 행동방식 등이 법익친화적으로 형성되어 있어야만 한다는 것이다.¹⁵⁾ 만일 법인 내에 안전문화가 올바르게 형성되지 아니하였거나 오히려 법익침해를 용인하거나 감수하는 문화가 형성되어 있다면, 이것은 개개의 구성원이 업무집행 과정에서 법익침해를 묵인하거나 감수하는 방향으로 행동하게 될 개연성을 높이는 기능을 수행하게 된다.¹⁶⁾ 법인 내에 존재하는 법익적대적 문화로 인하여 구성원이 자신에게 부과된 의무를 올바르게 이행하지 아니하였고 그것이 법익침해로 이어진 경우라면, 의무위반 행위자를 처벌하는 것만으로는 동일한 유형의 법익침해가 반복되는 것을 방지하기에 충분하지 않게 된다. 특정인을 처벌한다고 하여도 그것만으로는 법익침해를 야기하거나 감수하도록 하는 관행이나 행동방식 등의 변화를 이끌어낼 수는 없고, 그러한 관행이나 행동방식 등이 남아있는 한 동일한 유형의 위반행위가 또 다시 행하여질 가능성도 역시 남아 있게 되기 때문이다. 효과적인 법익보호를 위하여 법인 내부에 법익친화적인 문화

13) 법인문화는 조직문화(organizational culture)의 한 유형이다. 조직문화의 의미에 관한 일반적인 논의는 Edgar H. Schein, *Organizational Culture and Leadership*, 2010, 13 이하 참조.

14) 안전문화는 법인문화의 하위유형에 해당한다. 안전문화의 의미, 기타 관련 논의에 관하여서는 M. D. Cooper, "Towards a Model of Safety Culture", *Safety Science* 36, 2000, 113 이하; A. Ian Glendon/Sharon G. Clarke/Eugene F. Mckenna, *Human Safety and Risk Management*, 2th. ed., 2006, 363 이하 등 참조.

15) James Reason, 각주 7)의 글, 294 참조. 위험관리와 관련하여 안전문화가 가지는 중요성이 본격적으로 논의되기 시작한 것은 IAEA의 *Safety Culture*, *Safety Series No. 75-INSAG-4*, 1991이 발간된 이후로 보고 있다.

16) James Reason, 각주 10)의 책, 191 이하 참조.

가 형성되도록 할 필요성이 있다면, 누군가에게 법인 내부에 법익적대적 문화가 형성되는 것을 방지하고 법익친화적 문화가 형성되도록 노력할 의무를 부과하여야 할 것이다. 그런데 법인문화는 어느 특정한 개인에 의하여 형성되는 것이 아니므로 그러한 의무는 개인이 아니라 당해 법인에 대하여 부과되어야 하는 것이다.

전통적인 의무부과/이행강제 모델과 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론 사이의 차이점을 예를 들어 살펴본다면 아래와 같다. 예컨대 열차운행을 담당하는 기관사가 정지신호를 간과하고 그대로 열차를 운행할 위험성은 열차운행에 수반하는 전형적인 위험에 해당한다. 그런데 이와 같은 위험이 현실화되어 재난으로 이어진 경우 의무부과/이행강제 모델에 의한다면 일반적으로 안전하게 열차를 운행할 의무를 부담하는 당해 기관사나 운행 중인 열차의 신호준수 여부를 관리할 의무를 부담하는 자 등만을 형사처벌의 대상으로 할 수 있을 뿐이었다.¹⁷⁾ 그러나 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 그러한 재난이 예컨대 법인 내의 위험관리 시스템의 흠결에 기인한 것이라면 - 기관사 등에 대한 처벌가능성과는 전혀 별도로 - 당해 법인을 직접 형사처벌하여야 한다고 본다. 열차는 한정된 선로 위에서 운행되기 때문에 기관사가 신호를 간과하고 열차를 운행하는 경우 치명적인 사고가 발생할 가능성이 매우 높다. 그리고 기관사가 신호를 간과하고 열차를 운행할 위험성은 열차운행에 전형적으로 결합된 위험으로서, 열차운행과 더불어 상존한다. 그렇다면 열차운행에 종사하는 법인은 기관사의 인적 실패로 인하여 발생하게 되는 신호미준수의 위험을 적절히 관리하기 위한 기술적, 제도적 장치를 마련해야 할 의무를 부담한다고 보아야 한다. 예컨대 복수의 기관사가 함께 열차를 운행하도록 하거나, 열차가 신호를 준수하지 아니하고 운행하는 경우 경보를 울리는 장치와 같은 기계적 장치를 부착하는 등의 조치를 취하여야만 하는 것이다. 법익적대적 법인문화론에서는 만일 이와 같은 기술적, 제도적 장치가 마련되어 있지 아니하다면, 설령 여타의 사유로 인하여 기관사를 형사처벌할 수 없는 경우에도, 당해 법인이 그에 대한 책임을 부담하여야 한다고 본다.

17) 이하의 설명은 영국의 Great Western Trains 사건의 처리과정을 통하여 드러난 논점을 기초로 하여 의무부과/이행강제 모델과 법익적대적 법인문화 모델 사이의 차이점을 간략하게 정리한 것이다. 영국의 Great Western Trains 사건에 대한 소개는 김호기/김택수/최준혁, 각주 3)의 책, 114 이하 참조.

나아가 법익적대적 법인문화론에서는, 기관사가 신호를 간과하고 열차를 운행할 위험을 예방하기 위하여 복수의 기관사가 함께 열차를 운행하도록 하는 지침을 제정해 놓았거나 경보장치와 같은 기술적 수단을 마련해 놓았던 경우라고 할지라도 그것만으로 곧바로 법인이 법익침해의 결과에 대한 책임을 면하는 것은 아니라고 본다. 예컨대 법인 내부의 안전지침에서 복수의 기관사가 운행하도록 규정하고 있음에도 불구하고 현실에서는 한 명의 기관사가 운행을 담당하여 왔거나, 신호위반을 간과하고 진행하는 경우 경보를 울리는 기술적 장치가 마련되어 있으나 기관사가 임의로 그것을 작동시키지 아니하고 운행하던 도중 사고가 난 경우에도, 그러한 지침위반행위 내지 기술적 수단의 미사용이 법인 내에서 구성원들이 공유하고 있는 행위준칙 내지 행위관행에 부합하는 것이었다라면 당해 법인이 책임을 부담하여야 한다고 보는 것이다.

2. 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론을 정당화하려는 노력

법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서는 법인의 업무집행과 관련하여 발생한 법익침해의 결과에 대하여, 일정한 조건이 충족됨을 전제로 하여, 법인이 스스로 책임을 부담하여야 한다고 본다. 이것은 종래의 용어사용법에 따르면 법인에 대하여 형사책임의 귀속주체로서의 지위를 인정하는 데에서 한 걸음 더 나아가, 범죄행위의 주체로서의 지위를 인정하는 것에 해당한다. 그런데 이러한 결론은 오로지 자연인만이 범죄행위의 주체가 될 수 있다고 보는 전통적인 형사법의 태도와 모순된다. 이러한 이론적 문제점을 극복하고 구성원 개인의 형사책임으로부터 독립한, 법인 고유의 형사책임을 인정하여야 하는 합리적인 이유를 설명하기 위하여 일부 학자들은 낭만주의¹⁸⁾와 같은 철학적 조류나 시스템 이론이나 기능주의¹⁹⁾, 조직이

18) 낭만주의를 집단 내지 단체책임의 이론적 근거로 제시하려 한 시도는 예컨대 George P. Fletcher, "The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt", Yale Law Journal, May, 2002, 1499 이하. 이 글의 논지를 소개하고 이를 법인책임론에 적용하려는 시도로는 조병선, "형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임", 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009, 591 이하 참조.

19) 시스템 이론의 논리를 이용하여 법인의 독자적인 형사책임을 인정하기 위한 시도는 예컨대 Klaus Rogall, Karlsruhe Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl., 30/10 이하 참조.

론²⁰⁾과 같은 사회학 이론 등 다른 학문의 성과를 일정 부분 차용하기도 하였다. 시스템이론 등을 법인처벌론과 결합하려고 시도한 학자들은 대체적으로 개인이 집단이나 단체의 구성원으로서 행위하는 경우 그는 그 집단이나 단체의 구성분자에 불과할 뿐 독자적인 정체성을 가지는 것이 아니며, 고유한 정체성을 갖고 행동하는 것은 바로 그 집단이나 단체 자체라고 주장하면서, 이러한 주장으로부터 조직이나 단체는 스스로 범죄를 범할 수 있고 그에 대한 책임도 스스로 부담하여야 한다는 결론을 도출하려고 시도하였다.

이러한 이론적 시도는 주체성 내지 정체성 개념을 자연인 개인에 대하여서만 한정적으로 적용하려고 하였던 종래의 관점을 극복하기 위한 시도라는 데에서 그 의의를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 견해들은 법인을 형사처벌할 필요성이 있는가에 대한 형사법적 논의를 진행함에 있어서는 제한적으로만 그 유용성을 인정받을 수 있을 뿐이다. 철학, 사회학 등 여타의 학문에 의할 때 단체에 대하여 정체성을 인정할 수 있으므로 형사법적으로도 법인을 형사처벌하는 것이 정당화될 수 있다는 형태의 논증은 존재론적인 근거를 제시하는데 그칠 뿐이어서, 왜 법인을 형사처벌하여야 하는가라는 규범적 질문에는 답을 해주지 못하기 때문이다.

형사처벌의 필요성 여부에 대한 판단이 철학이나 기타 다른 학문분야에서 인정된 원리에 의하여서가 아니라, 형법학의 기본원칙이나 형법학이 추구하는 목적에 비추어 이루어져야 한다면²¹⁾, 법인 고유의 형사책임을 인정할 것인가의 문제 역시 형사법의 목적에 비추어 판단되어야만 한다. 그렇다면 법인 고유의 형사책임을 인정하여야 하는가의 문제는 법인에게 자기정체성이 인정되는가에 의하여서가 아니라, 효과적인 법익보호를 위하여 법인 자체를 형사처벌의 대상으로 보아야 하는가에 의하여 결정되어야 한다고 보는 것이 타당할 것이다. 설령 법인이나 기타 단체에 대하여 자기정체성이 인정된다고 하여도 그 구성원을 형사처벌함으로써 형벌부과의 목적을 충분히 달성할 수 있다면 법인이나 단체 그 자체를 처벌할 필요성은 전혀 존재하

20) 법인의 형사책임 능력을 검토하면서 다양한 조직이론을 소개한 정리한 문헌으로는 Brent Fisse/John Braithwaite, *Corporation, Crime and Accountability*, 1993, 101 이하 참조.

21) 김호기, “형법학에서의 인과관계의 의미와 객관적 귀속론”, 형사법연구 제26권 특집호 (2006 겨울), 536 이하; Richard M. Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, *Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, 1930, 181면 이하 참조.

지 아니하는 것이다.

시스템 이론이나 조직 이론, 낭만주의적 시각을 받아들여서 법인 고유의 형사책임을 인정하여야 한다는 결론을 이끌어내려는 시도가 갖고 있는 보다 큰 문제는 그것을 우리 형사법 체계 안으로 들여오는 경우 우리 형법의 근간이 되는 개인책임의 원칙이 근본적으로 파괴되는 결과가 발생할 수 있다는 데에 있다. 시스템 이론이나 조직 이론, 낭만주의적 시각을 형사법에 도입하려는 견해가 채택하는 논리구조에 의한다면 어느 조직이나 단체가 자기정체성을 갖고 있는 것으로 인정된다면, 즉 구성원의 변동과 상관없이 유지되는 고유한 행동준칙을 가지고 있는 것으로 판단된다면, 그것이 어떠한 조직 내지 어떠한 단체에 해당하는가에 상관없이 그 자체가 형사처벌의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 이러한 논리에 따라 사고한다면 법인은 물론, 마을공동체와 같은 소규모 공동체에서 국가와 같은 대규모 집단에 이르기까지, 형사책임을 부담하여야 하는 범위를 임의로 결정할 수 있게 될 것이다. 이것은 곧 집단책임이나 단체책임을 형사법의 기본원칙의 하나로 받아들이는 것이 되지만, 우리 형사법이 구성원 사이의 연대성이 아니라 개인의 자율성을 그 출발점으로 하고 있다는 사실, 즉 누구나 스스로 행한 행위, 그리고 그로 인하여 발생한 결과에 대하여서만 책임을 부담한다는 개인책임의 원칙을 그 출발점으로 하고 있다는 사실을 고려한다면 이는 용인할 수 없는 결론에 해당한다. 이후 상세히 살펴보는 바와 같이 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론에서 법인 그 자체를 형사처벌의 대상으로 보려 하는 것은 효과적인 법익보호를 위하여 개인책임의 원칙을 제한적으로 수정하려는 것이지, 단체책임 내지 집단책임을 일반화하려는 것은 결코 아닌 것이다.

III. 법익적대적 문화의 판단기준

법익적대적 법인문화는 법익침해를 용인, 묵인, 감수하도록 하는 법인 내부의 정책, 규칙, 행동방침, 분위기, 관행 등을 총칭하는 개념이다. 법익적대적 법인문화의 구체적인 내용은 제도화 내지 지침화된 요소와 제도화되지 아니한 상태에서 구성원의 행동방식에 영향을 주는 사실적인 요소로 나눌 수 있다. 법인에 대하여 부과되는 총체적 위험지배의무의 내용도 이에 상응하게 위험을 적절히 관리할 수 있는 제도적 장치를 마련할 의무와 법익친화적인 내부문화의 형성을 유도할 의무로 나누어 검토해볼 수 있다.

1. 위험을 적절히 관리할 수 있는 시스템을 마련할 의무

법인에게 부과되는 총체적인 위험지배의무의 한 내용으로서 당해 법인은 위험을 적절히 관리할 수 있는 시스템을 마련할 의무를 부담하게 된다. 이와 관련하여서는 당해 법인이 법인활동에 수반하여 발생하는 위험의 종류와 성질을 적절히 평가하고 이를 관리할 수 있는 제도적 장치를 마련하였는가의 여부, 즉 위험성 평가 및 관리(Risk Assessment and Risk Management) 의무를 적절히 이행하였는가의 여부가 중대한 의미를 갖는다.²²⁾

위험평가의무는 법인활동으로 인하여 법익침해를 야기할 수 있는 위험성이 발생하게 되는가, 그것이 어떠한 법익침해를 야기할 수 있으며, 그러한 법익침해는 얼마나 심각한 것인가, 나아가 법익침해가 현실화될 개연성이 어느 정도인가 등을 밝혀내고 정리하여야 하는 의무를 의미한다. 위험성 평가는 위험의 사실적인 측면을 규명하는 것을 그 목적으로 하는 것이기 때문에 원칙적으로 과학적인 방법으로 이루어져야만 한다. 나아가 당해 사업주(법인)는 위험성 평가를 통하여 얻은 정보를 바탕으로 하여 위험을 적절히 관리하기 위하여 필요한 기술적, 제도적 장치를 마련할

22) 위험성 평가 및 관리에 관한 일반론은 다음의 문헌들을 참조할 것.: The National Academy of Science (U.S.), Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process Working Papers, 1983; The National Academy of Science (U.S.), Science and Judgment in Risk Assessment, 1994

의무를 부담한다. 이것은 총체적 위험지배의무의 내용으로서의 위험관리의무에 해당한다. 예컨대 법인 내에 위험관리를 담당할 인력이나 기구를 마련할 의무, 위험관리에 충분한 자원을 사용할 의무, 구성원에 대하여 위험관리에 대한 정기적인 교육을 실시하여야 할 의무 등이 위험관리의무의 전형적인 내용에 해당할 수 있다.

위험성 평가 결과 법인활동으로 인하여 발생하는 위험이 지극히 크거나, 이를 적절히 관리하는 것이 어렵다는 사실이 밝혀지게 된다면 사업주(법인)는 그러한 활동 자체를 수행하지 아니할 것이 요구된다. 이러한 경우에는 이른바 사전예방원칙(Precautionary Principle)이 적용되는 것이다.²³⁾ 사전예방원칙이 적용되어야 하는 것으로 판단되는 경우에는 사업주(법인)가 그러한 업무수행행위를 행한 것 자체가 위험관리의무를 올바르게 이행하지 아니한 것이 된다. 그러나 일단 창출되는 위험이 사회적으로 승인된 수준 이내에 머무를 것으로 예견되고 그것의 적절한 관리가 가능한 것으로 판단된다면, 이때에는 더 이상 위험창출 그 자체를 방지하는 것이 아니라 창출된 위험을 적절히 관리하는 것이 주된 과제가 된다. 이러한 경우 사업주는 창출된 위험을 적절히 관리할 수 있는 기술적, 제도적 장치를 마련하고 이것이 현실에서 올바르게 작동하도록 함으로써 법인활동으로 인하여 발생하는 위험을 최소화하기 위하여 충분한 노력을 하여야 할 의무를 부담한다. 이때 “최소화”라는 개념은 현재 기술적으로 달성가능한 최소화를 의미하는 것이 아니라, “합리적으로 보아 실현할 수 있는 가장 낮은 정도(as low as reasonably practicable)”를 의미하는 것으로 보아야 한다.²⁴⁾ 위험의 최소화 요건을 전자의 의미로 이해한다면 이것은 사실상 법인에 대하여 위험을 수반하는 활동 자체를 금지하는 것과 동일한 결과를 가져올 것이기 때문이다.

법인활동으로 인하여 법익침해의 결과가 발생하였는데 당해 법인 내에서 위험성

23) 물론 어느 정도의 위험을 사회적으로 승인된 것으로 볼 것인가에 대하여서는 언제나 사업자가 스스로 이를 판단하는 것으로 족하다고 할 수는 없으며, 경우에 따라서는 국가가 사회적으로 허용 가능한 위험의 범위를 정하여야 하는 경우도 존재한다. 사전예방원칙에 대한 개관은 예컨대 European Commission, Communication from the Commission on the Precautionary Principle, 2000 참조.

24) “합리적으로 보아 실현할 수 있는 가장 낮은 정도(as low as reasonably practicable)”의 의미에 관하여서는 예컨대 다음의 사이트를 참조할 것: <http://www.hse.gov.uk/risk/theory/alarp.htm> (최종 확인날짜 - 2011년 10월 25일)

평가 및 관리가 전혀 이루어지고 있지 아니하거나 올바르게 이루어지고 있지 아니하다면, 또는 합리적으로 보아 발생하는 위험의 수준을 보다 더 낮출 수 있을 것으로 기대됨에도 불구하고 높은 수준의 위험발생을 용인하고 있었더라면, 곧 당해 법인이 포괄적인 위험지배의무를 올바르게 이행하지 아니한 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 이러한 경우에는, 법익침해행위를 수행한 개인에 대한 형사처벌 가능성과는 별도로, 당해 법인에 대하여 형사책임을 부과하여야 한다고 보게 될 것이다.

2. 법익친화적인 내부문화의 형성을 유도할 의무

(1) 법인의 경영방침 등이 법익친화적인가의 여부

당해 법인 내에 안전문화가 올바르게 형성되어 있지 아니하거나 법익적대적 행동방식을 감수하도록 하는 행동준칙이 형성되어 있다면, 설령 법인 내부에 위험성을 평가하고 관리하기 위한 적절한 기술적, 제도적 장치가 마련되어 있다고 하여도, 법인 활동으로 인하여 발생하는 위험성이 충분히 관리되고 있다고 볼 수 없다. 기술적, 제도적 장치들은 구성원의 행위를 통하여 간접적으로만 법익보호에 기여할 수 있을 뿐이기 때문이다. 효과적인 법익보호를 달성하기 위하여서는 구성원들이 스스로 법익친화적으로 행위할 것이 요구되며, 법인은 이를 위하여 내부문화가 안전지향적으로 형성되도록 유도할 책임을 부담한다.²⁵⁾

올바른 안전문화가 형성되는 데에 있어서는 당해 법인의 경영방침이나 경영진의 위험관리 태도 등이 중대한 영향을 미치게 된다. 이와 관련하여 특히 중요한 고려대상이 되는 것은 법인 내에 법률위반행위 내지 법익침해행위에 대한 제재수단이 적절히 마련되어 있는가 내지 과거에 발생한 그러한 행위에 대하여 당해 법인이 어떠한 방식으로 반응하였는가에 대한 부분이다. 예컨대 법인의 내부구조가 법률위반행위 내지 법익침해행위가 있을 경우 누군가가 어떠한 형태로든 책임을 부담하는 형태로 형성되어 있는가의 여부는 구성원들이 법익친화적인 방향으로 행동할 것인가를 판단함에 있어서 큰 영향을 미치게 된다.²⁶⁾ 법인활동으로 인하여 법익침해 내지

25) A. Ian Glendon/Sharon G. Clarke/Eugene F. McKenna, 각주 14)의 책, 370 이하 참조.

26) Pamela H. Bucy, "Corporate Ethos: A Standard For Imposing Corporate Criminal Liability",

의무위반의 결과가 발생하는 경우에도 경영진은 사실상 언제나 면책되도록 하는 형태로 내부규정을 마련해 놓을 수도 있을 것인데, 이와 같이 경영진에 대하여 상시 면책을 보장해주는 구조를 갖추어놓게 된다면 이것은 법익침해를 장려, 권장, 묵인하는 법익적대적 문화의 형성을 유도하는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 이외에도 예컨대 과거에 위반행위가 반복되는 것을 방지하기 위하여 당해 법인이 일정한 조치를 취하였는가의 여부, 위반행위자에 대하여 어떠한 조치를 취하였는가의 여부, 재해가 반복적으로 발생하는 작업장에 대한 관리자를 누구로 임명했는가와 같은 사항도 고려대상이 될 수 있을 것이다.²⁷⁾

그러나 법인 내에 법익친화적인 문화가 형성되어 있는가를 판단함에 있어서 고려하여야 하는 사항이 위법행위나 위반행위에 대하여 당해 법인이 어떻게 대응하고 있는가와 같이 법익침해와 직접적으로 관련되어 있는 사항에 한정되는 것은 결코 아니다. 예컨대 당해 법인의 경영진이 분기별 목표를 합리적으로 보아 달성가능하지 아니한 정도로 높게 설정하여 놓고 그것을 달성할 것을 구성원에게 끊임없이 강요하는 경우, 그것은 안전문화 형성에 부정적인 영향을 미치고 구성원들로 하여금 위법행위를 하도록 유도하는 하나의 요소에 해당한다고 평가하게 될 것이다.²⁸⁾

(2) 법익적대적 하부문화

법익적대적 문화의 형성주체를 경영진으로 한정할 것인가, 법인의 일부 구성원만이 법익적대적 행동준칙을 공유하는 경우에도 당해 법인 자체를 처벌할 것인가와 관련하여서는 서로 다른 견해가 제기될 수 있을 것이다. 호주의 “Criminal Code Act 1995”는 법익적대적 문화에 법인 전반에 걸쳐 존재하는 것은 물론 법인의 일부에서만 발견되는 것도 포함된다고 함으로써 법익적대적 문화의 형성주체에 제한을 두지 않고 있으며, 일부 구성원만이 공유하는 관행 등도 법인처벌의 근거가 되는 법익적대적 문화에 해당할 수 있음을 명확히 밝히고 있다.²⁹⁾ 그러나 영국의 법인살

Minnesota Law Review, 1991, 1140

27) Pamela H. Bucy, 위 각주의 글, 1138

28) Pamela H. Bucy, 위 각주의 글, 1133

29) 호주의 Criminal Code Act 1995, 12.3 (6) 참조.

인법은 위험관리 실패가 고위경영진(senior management)에 의한 것이어야 한다고 명시함으로써 호주의 입법례와는 다른 태도를 취하고 있다.³⁰⁾ 다만 영국의 법인살인법 제8조 제3항은 - 그것이 경영진의 운영실패 내지 위험관리 실패에 의하여 형성된 것인가를 묻지 않고 - 당해 법인 내에 존재하는 태도, 정책, 시스템이나 승인된 관행 등이 위험관리 실패에 영향을 주었는가를 심사하도록 함으로써 호주의 입법례를 어느 정도 반영하고 있다.

경영진 이외에 법인의 하부조직이나 업무집행을 담당하는 구성원도 법익적대적 문화의 형성주체에 해당하는 것으로 볼 것인가의 문제는 법인의 의사결정구조를 어떻게 파악하는가의 문제와도 관련되어 있다.³¹⁾ 예컨대 인간을 자신의 효용을 극대화하는 방향으로 행동하는 합리적 존재로 파악하는 것과 동일하게, 법인을 이윤이나 기타 그것이 추구하는 가치를 극대화하기 위하여 가능한 한 합리적으로 행동하는 단일체로 파악할 수도 있을 것이다(Rational Actor Model).³²⁾ 이러한 입장에 선다면 법인이 추구하는 이윤극대화라는 목표는 법인의 정책, 방침, 지침 등을 통하여 구체화되며, 이와 같은 정책 등은 당해 법인의 경영진에 의하여 결정되므로, 결국 법익적대적 문화의 형성주체는 경영진에 한정된다고 보게 될 것이다.

그러나 현실적으로는 경영진에서 제시하는 법인의 목표나 방침 등을 법인의 모든 구성원이 공유할 것이라고 기대할 수는 없으며, 경영진이 추구하는 목적과 구성원들이 실제로 의사결정을 함에 있어서 준거로 하는 행동준칙은 서로 다를 수 있다는 지적이 제기되고 있다. 예컨대 어느 한 부서에서는 안전을 보다 중요한 가치로 간주하고 있음에 반하여, 다른 부서에서는 이와는 달리 효율성이나 실적을 보다 더 중요한 가치로 볼 수도 있다는 것이다.³³⁾ 이러한 지적을 하는 입장에서는 규모가 크고 그 구조가 분화된 법인일수록 법인을 하나의 통일된 단일체로 파악하는 것은 현실에 부합하지 아니한다고 주장한다. 법인은 하나의 단일체가 아니라 독자적인 의사결정권한을 가진 조직들의 결합체에 해당하며, 그 의사결정은 다양한 층위에서 그

30) 영국의 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 1 (1) ~ (3) 참조.

31) 이하에 소개하는 모델은 Brent Fisse/John Braithwaite, 각주 20)의 책, 102 이하 참조. 글의 맥락과 관련하여 의미를 지니는 일부 모델만을 소개하였다.

32) Brent Fisse/John Braithwaite, 각주 20)의 책, 73 이하 참조.

33) M. D. Cooper, 각주 14)의 글, 112

곳에 존재하는 의사결정준칙에 따라 이루어진다는 것이다(Organisational Process Model).³⁴⁾ 이러한 모델에서는 법익적대적 문화의 형성주체를 경영진에 한정하지 않으려고 할 것이다. 근래의 연구결과는 법인의 규모나 업무의 성격에 따라 법인 내부에 다양한 하부문화가 존재할 수 있다는 점을 입증해주고 있다.³⁵⁾

당해 법인이 법인활동으로 인하여 발생하는 모든 종류의 위험에 대하여 적절히 대처하여야 할 의무를 부담한다는 점을 고려한다면, 법익적대적 문화의 형성주체가 경영진인가 아니면 여타의 구성원인가의 문제는 별다른 의미를 갖지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 나아가 일부 구성원들만이 공유하고 있다고 하더라도 법인 내에 법익적대적 법인문화가 형성되었다면 이것은 곧 당해 법인이 그에게 부과된 포괄적인 위험지배의무를 충실히 이행하지 아니한 것으로 판단할 수 있는 하나의 근거가 될 수 있을 것이다.

IV. 법익적대적 문화에 기초한 법인의 형사처벌의 목적과 방법

자연인의 범죄행위에 대하여 형벌을 부과하는 이유가 무엇인가에 대하여서는 다양한 견해가 존재한다. 그런데 많은 견해들은 인간의 본질적 속성을 정의한 후, 그로부터 형벌을 부과하는 목적을 추론해내는 형태로 이를 설명하려고 한다. 예컨대 형벌을 사회윤리적 비난으로 파악하는 견해에서는 인간은 누구나 자신의 행위가 불법임을 인식한다면 그러한 행위를 회피하고 적법한 행위를 선택하는 윤리적 존재에 해당한다고 전제하고 있으며³⁶⁾, 형벌을 해악으로 이해하는 견해는 인간이 장래 자신에 대하여 고통이나 해악을 발생시키게 되는 행동을 최소화하는 형태로 행동방식을 결정하는 합리적 존재에 해당한다고 전제한다.³⁷⁾ 이러한 양자의 견해는 서로 다

34) Brent Fisse/John Braithwaite, 각주 20)의 책, 102 이하 참조.

35) A. Ian Glendon/Sharon G. Clarke/Eugene F. Mckenna, 각주 14)의 책, 374 이하 참조.

36) 예컨대 Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., 1976, 127

37) 예컨대 공리주의에 입각한 Jeremy Bentham의 견해가 이러한 입장에 해당한다. Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, CASES UNMEET FOR PUNISHMENT, § 1. General view of cases unmeet for punishment 부분 참조.

른 인간상을 전제로 하지만, 형벌이 단지 간접적으로만 인간의 행동방식에 영향을 줄 수 있을 뿐이라고 보는 데에는 견해가 일치한다. 형벌은 단지 행위자의 의사결정 과정에 영향을 미침으로써 간접적으로만 장래의 행위방향을 제시해주게 된다고 보는 것이다. 반대로 말한다면, 형벌이 간접적인 방법으로 인간의 행동방식에 영향을 미칠 수 있는 것은 형벌부과의 대상인 인간이 윤리적 존재이거나, 합리적인 존재에 해당한다고 보기 때문이다. 즉, 인간이 윤리적 존재에도, 합리적인 존재에도 해당하지 않는다면 형벌이 행위자에 대하여 간접적으로라도 영향을 미칠 것이라는 보장은 어디에도 존재하지 아니하는 것이다.

그런데 법인은 윤리적 존재에 해당하지도 않으며, 법인의 의사결정이 경영진에 의하여서만 이루어지는 것이 아니라 다양한 하부조직에서 그곳을 지배하는 행동준칙 내지 의사결정준칙에 따라 이루어지는 것이라면(organisational process model), 법인을 합리적 판단자로 볼 수도 없다. 그렇다면 법인에 대하여 전통적인 의미에서의 형벌을 부과한다고 하여도 그것이 적절한 위험관리 시스템이나 바람직한 안전문화를 형성을 유도하는 효과를 발생시킬 것이라고 볼 수 있는 근거는 존재하지 않는다.³⁸⁾ 즉 윤리적 인간상 내지 합리적 인간상에 기초하여 형사처벌의 이유를 설명하여 왔던 종래의 논의구조를 “법인 고유의 형사책임을 인정하는 이유가 무엇인가?”라는 질문에 대하여 답을 함에 있어서 그대로 사용할 수는 없는 것이다. 법인의 고유한 형사책임을 인정하는 이유는 법인의 본질론으로부터가 아니라 형벌의 기능으로부터 도출해낼 수밖에 없을 것이다. 즉 법인의 고유한 형사책임을 인정하는 목적은 법인활동으로 인하여 발생하는 위험을 적절히 지배함으로써 효과적인 법익보호를 달성하고자 하는 데에 있다고 보아야 하는 것이다.

문제가 되는 것은 법인에 대하여 형벌을 부과한다고 하여 그것이 법인 내에 적절한 위험관리제도나 올바른 안전문화가 형성되도록 하는 기능을 수행할 것이라고 단정할 수는 없다는 데에 있다. 예컨대 기업은 일정 수준 이하의 벌금을 부과 받는 경우를 대비하여 이를 영업손실로 처리하도록 하는 지침을 마련해놓을 수 있으며, 이러한 경우라면 벌금은 단지 기업을 운영함에 있어서 발생하는 비용으로서의 의미

38) 전통적인 형벌이 법인에 대하여 효과적이지 아니한 이유에 대한 설명은 예컨대 Sally S. Simpson, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, 2002, 45 이하 참조.

를 갖게 될 뿐이어서 위반행위의 방지 내지 억제와 같은 효과를 발생시킬 수 없을 것이다. 나아가 만일 의사결정이 경영진에 의하여서만이 아니라 다양한 하부조직 내부에서 이루어지는 것이라면(organisational process model), 당해 법인에 대하여 벌금을 부과한다고 하여 그것이 곧바로 법인 내부에서 이루어지는 모든 의사결정과정을 애초에 의도하였던 대로 변화시킬 수 있을 것이라고는 기대할 수도 없을 것이다. 또한 종래의 형사법에서는 일회적인 형벌의 부과가 행위자의 행동방식을 변화시키는 효과를 발생시킬 것이라고 보아왔지만, 이러한 전제가 법인에 대하여서는 그대로 유효하게 적용될 수 없다는 점도 지적하여야 할 것이다. 예컨대 구성원들의 행동준칙으로 기능하고 있는 관행과 같은 법인문화는 다양한 요소와의 상호작용을 통하여 점진적으로 변화할 수 있을 뿐, 어느 한 순간 뒤바뀔 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다.³⁹⁾ 그렇다면 법인 내부에 존재하는 법익적대적 문화를 개선하기 위하여서는 지속적으로, 그리고 보다 직접적으로 그에 대하여 작용할 수 있는 수단을 강구할 수밖에 없을 것이다.⁴⁰⁾

이러한 사정으로 인하여 법인을 처벌할 필요성이 증대되면서 전통적인 형벌 대신 준법프로그램(compliance program)⁴¹⁾이나 법인에 대한 보안처분⁴²⁾, 조건부 기소유예 내지 조건부 불기소처분(DPA - Deferred Prosecution Agreements, NPA - Non-Prosecution Agreements)⁴³⁾ 등이 가지는 의미가 강조되고 있다. 다만 형벌이

39) James Reason, 각주 7)의 글, 293 참조..

40) Christopher A. Wray, "Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines", Yale Law Journal, June, 1992, 2020 이하 참조.

41) 준법 프로그램에 대한 개략적인 소개는 Paul E. McGreal, "An Overview of Corporate Compliance and Ethics Programs", in: Advanced Corporate Compliance and Ethics Workshop 2009 (Practising Law Institute), 139 이하 참조.

42) 법인에 대한 보안처분과 관련된 우리나라의 글로는 예컨대 김재봉, "기업에 대한 보호관찰의 도입 가능성 검토", 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, 805 이하; 박미숙, "법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안", 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 769 이하; 이승현, "기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안", 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 786 이하 참조.

43) 법인범죄에 대한 조건부 기소유예 내지 불기소처분에 관한 상세는 Michael R. Sklaire/Joshua G. Berman, "Deferred Prosecution Agreements: What is the Cost of Staying in Business?", Legal Opinion Letter (Washington Legal Foundation), 2005. 6. 3.; Christopher A. Wray/Robert K. Hur, "Corporate Criminal Prosecution in a post-Enron World: the Thompson Memo in Theory and Practice", American Criminal Law Review, 2006, 1103 이하 등 참조.

특별예방만이 아니라 일반예방에도 기여하여야 한다는 점을 고려한다면 형사처벌의 대상이 되는 법인의 내부구조를 개선하는 것을 주된 목적으로 하는 이러한 제도만으로는 부족하다는 점을 지적하여야만 할 것이다. 위에서 열거한 제도들은 주로 위반행위를 행한 것으로 인정되는 당해 법인이 또 다시 그러한 위반행위로 나아가는 것을 방지하기 위한 목적으로 사용되고 있기 때문이다.

V. 양벌규정과 법익적대적 법인문화론

법익적대적 법인문화론을 우리나라의 양벌규정의 해석론으로 사용할 수 있을까? 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론은 법인의 형사책임을 구성원의 형사책임으로부터 독립시키고, 법인 고유의 형사책임을 인정하기 위한 시도를 하는 과정에서 탄생하였다. 이에 반하여 우리나라의 양벌규정은 법인의 형사책임을 구성원인 개인의 형사책임에 종속시키고 있다. 따라서 일단 구조적으로 본다면 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론이 양벌규정의 해석론으로 사용되기는 힘들 것으로 보인다.

하지만 근래 우리나라에서는 법익적대적 법인문화론을 양벌규정의 해석론으로 받아들이려는 시도가 행하여지고 있다. 이와 같은 입장에서는 양벌규정이 규정하고 있는 “종업원의 위반행위를 방지하기 위한 상당한 주의 또는 감독을 게을리 한 경우”가 당해 법인 내에서 위반행위 방지시스템이 제대로 가동되지 않은 경우를 의미하는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다.⁴⁴⁾ 그리고 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”가 곧 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근거가 되는 행위에 해당한다고 주장한다.⁴⁵⁾

우리나라의 개정된 양벌규정은 “위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하

44) 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임 : 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책 제21권 제1호, 2009, 362 이하.

45) 조병선, 위 각주의 글, 362; 이외에도 미국의 연방양형지침(Federal Sentencing Guidelines)을 양벌규정의 단서 해석론으로 들어오려는 시도는 이정민, “기업범죄 억제를 위한 제안으로서 컴플라이언스 프로그램”, 단국대학교 법학논총 법학논총 34 (2010), 367 이하; 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 한양법학 제20권 제4집, 2009, 108 이하 및 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호, 2010, 81 이하 등.

여 상당한 주의와 감독”을 행할 의무를 부담하는 주체를 경영자나 기타 자연인이 아니라 당해 법인으로 규정함으로써, 그 해석과정에서 법익적대적 문화에 기초한 법인처벌론을 받아들일 수 있는 여지를 남겨 놓고 있다. 그러나 주의감독의무를 이행할 주체가 법인으로 되어 있다고 하여서 주의감독의무의 미이행이 곧 “총체적인 위반행위 방지시스템의 결여”를 의미한다고 해석하여야만 하는 것은 결코 아니다. 개정된 양벌규정의 단서가 경영진이 아니라 법인을 주의감독의무를 부담하는 주체로 보고 있는 것은 경영진만이 아니라 법인의 모든 층위에 있는 자를 대상으로 하여 주의감독의무의 올바른 이행여부를 심사하겠다는 점을 밝히고 있는 것이라고 해석할 수도 있다. 또는 개정된 양벌규정의 단서가 주의의무의 이행주체를 법인으로 하고 있는 것은 어느 특정한 경영자를 기준으로 보았을 때 주의감독의무의 불이행이 없더라도, 다수의 경영자를 하나로 묶어서 판단하는 경우 주의감독의무의 불이행이 인정된다면 당해 법인을 처벌할 수 있도록 하기 위한 것이라고 볼 수도 있다.⁴⁶⁾ 나아가 개정된 양벌규정의 단서가 법인이 “당해” 업무에 대하여 상당한 주의와 감독을 행하였는가를 심사하도록 하고 있는 점을 고려할 때에도 법익적대적 법인문화론을 양벌규정의 해석론으로 받아들이기는 곤란할 것으로 보인다. 위반행위 방지시스템이 갖춰져 있는가의 여부는 특정한 업무에 대하여 관리감독이 적절히 이루어졌는가에 관계없이 일반적으로 판단될 수 있는 것이기 때문이다.

양벌규정의 단서가 규정하는 상당한 주의감독의무의 이행 여부를 당해 법인 내에 위반행위 방지시스템이 존재하는가에 의하여 판단한다면 이것은 곧 - 우리나라 법인의 대다수를 차지하는 - 소규모 법인에 대하여서는 언제나 양벌규정에 의한 처벌을 가능하게 하는 부당한 결과를 발생시킬 것이라는 점도 지적하여야만 할 것이다. 내부적으로 충분히 기능의 분화가 이루어지지 아니한 소규모 기업에 대하여서는 내부에 위반행위 방지시스템을 갖춰놓을 것을 기대할 수 없기 때문이다. 경우에 따라서는 일정 규모 이상의 기업에 대하여서만 양벌규정 단서규정을 법익적대적 법인문화론의 접근방법에 의하여 해석하여야 한다는 주장이 제기될 수도 있을 것이지만, 기업의 규모에 따라 양벌규정의 단서에 규정된 주의의무의 내용을 다르게 파악하여야 한다고 볼 아무런 법적 근거가 없다는 점에서 이러한 주장은 받아들일 수 없을

46) 커먼로 국가에서 논의되는 총합원칙(aggregation principle)을 의미한다.

것이다.

법익적대적 법인문화론에 의할 때 법인을 처벌하기 위하여서는 먼저 법인에 대하여 총체적인 위험지배의무가 부과되고, 당해 법인이 그러한 의무를 올바르게 이행하지 아니하였음이 입증되어야 한다. 이때 총체적인 위험지배의무는 형벌권을 발생시키는 요건에 해당하므로 법률에 그 근거규정이 존재하여야만 한다. 그러나 우리나라에서 양벌규정을 포함하고 있는 개별법률이 법인에 대하여 포괄적인 위험지배의무를 부과하고 있는 경우는 거의 없는 것으로 보인다.⁴⁷⁾ 우리나라의 법률은 일반적으로 업무집행과정에서 준수되어야만 하는 개별적인 의무를 열거한 후, 구성원이 그러한 의무를 이행하지 아니하면 구성원을 처벌하는 이외에 당해 법인도 함께 처벌하도록 하고 있을 뿐이다. 즉 위험평가 및 관리 모델이 아니라 의무부과/이행강제 모델을 채택하고 있는 우리나라 법체계에서는 법익적대적 법인문화론을 채택하기 위한 전제가 아직 충족되지 아니한 것으로 보아야 할 것이다.

VI. 결론

이 글에서는 법익적대적 법인문화론과 관련된 내용을 개관하여 보았다. 법익적대적 법인문화론과 관련하여 검토되어야 하는 사항은 이외에도 무수히 많다. 법인과 같은 집단이나 단체에 대하여 형사책임능력을 인정하는 것이 타당한가 내지 책임주의 원칙에 비추어 허용되는가, 비난이 아닌 예방을 위한 형벌의 부과가 정당화될 수 있는가 등과 같이 오래전부터 논의된 주제를 제외한다고 하여도, 과연 법익적대적 문화라는 개념이 범죄구성요건으로 사용될 수 있을만큼 명확한 의미를 담고 있는가와 같은 실천적인 문제도 나아간 검토를 요한다.

책임주의 원칙에 비추어 법인의 형사책임능력을 부인하여야 한다는 주장의 바탕에는 그것이 집단책임이나 단체책임을 일반화함으로써 우리 형사법의 기본원칙인 개인책임의 원칙을 파괴하고, 결국은 형사법이 추구하는 자유주의적 이념을 무력화

47) 사업주(법인)의 위험성 평가 및 위험관리 의무가 명문화된 법률은 예컨대 산업안전보건법 제5조 참조.

시킬 것이라는 우려가 놓여 있다. 그러나 이러한 우려는 이 글에서 살펴본 바와 같은 법익적대적 법인문화론에 의하여 법인을 처벌하는 경우에는 상당부분 완화될 수 있을 것이다. 본문에서 살펴본 바와 같이 법익적대적 법인문화론은 집단책임이나 단체책임을 형사법의 지도원칙 중의 하나로 격상시키려고 하는 것이 아니라, 효과적인 법익보호를 위하여 개인책임을 기반으로 한 전통적인 형사법의 결함을 보완하려고 시도하는 것이기 때문이다.

법인 고유의 형사책임을 인정하는 것에 동의한다고 하여도 법익적대적 문화라는 개념을 형벌구성요건으로 사용하는 것이 적절한가에 대하여서는 보다 나아간 논의를 진행해 보아야 할 것으로 생각된다. 나아가 법인 고유의 형사책임을 인정하는 것이 구성원 - 특히 고위경영진 - 의 면책의 수단으로 사용되는 것을 방지하려면 법인의 형사책임과 구성원의 책임 사이의 관계를 어떻게 형성할 것인가에 관하여서도 논의를 더 해보아야 할 것이다.

참고문헌

우리나라의 문헌

단행본

김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구 (II), 2010

논문

김재봉, “기업에 대한 보호관찰의 도입가능성 검토”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006

김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거, 구조”, 한양대학교 법학논총 제24집 제3호, 2007

김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호 (2010 봄)

김호기, “형법학에서의 인과관계의 의미와 객관적 귀속론”, 형사법연구 제26권 특집호 (2006 겨울)

박미숙, “법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009

이승현, “기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009

이정민, “기업범죄 억제를 위한 제안으로서 컴플라이언스 프로그램”, 단국대학교 법학논총 법학논총 34 (2010)

이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 한양법학 제20권 제4집, 2009

이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호, 2010

조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임 : 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책 제21권 제1호, 2009

조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009

외국의 문헌

단행본 및 보고서

A. Ian Glendon/Sharon G. Clarke/Eugene F. McKenna, Human Safety and Risk Management, 2th. ed., 2006

Brent Fisse/John Braithwaite, Corporation, Crime and Accountability, 1993

Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health/National Research Council, Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process Working Papers, 1983 (미국)

David Walters (ed.), Regulation Health and Safety Management in the European Union - A Study of the Dynamics of Change, 2002

Edgar H. Schein, Organizational Culture and Leadership, 2010

European Commission, Communication from the Commission on the Precautionary Principle, 2000

Home Office, Corporate Manslaughter: The Government's Draft Bill for Reform, Cm 6497 (영국)

IAEA, Safety Culture (Safety Series No. 75-INSAG-4), 1991

Joel Feinberg, Harm to Self, 1986

Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl.

Niklas Luhmann, Soziale Systeme, 1987

Sally S. Simpson, Corporate Crime, Law, and Social Control, 2002

Sandra Dawson/Paul Willman/Alan Clinton/Martin Bamford, Safety at Work : The Limits of Self-Regulation, 1988

The National Academy of Science (U.S.), Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process Working Papers, 1983 (미국)

The National Academy of Science (U.S.), Science and Judgment in Risk Assessment, 1994 (미국)

논문

- Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802 (영국)
- Celia Wells, "Corporations: culture, risk and criminal liability", Criminal Law Review, 1993
- Christopher A. Wray, "Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines", Yale Law Journal, June, 1992
- Christopher A. Wray/Robert K. Hur, "Corporate Criminal Prosecution in a post-Enron World: the Thompson Memo in Theory and Practice", American Criminal Law Review, 2006
- George P. Fletcher, "The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt", Yale Law Journal, May, 2002
- James Reason, "Achieving a Safe Culture: Theory and Practice", Work & Stress, 1998, Vol. 12, No. 3
- James Reason, "Human Error: Models and Management", British Medical Journal 2000 March 18
- James Reason, Human Error, 1990
- James Reason, Managing the Risks of Organizational Accidents, 1997
- Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789
- M. D. Cooper, "Towards a Model of Safety Culture", Safety Science 36, 2000
- Michael R. Sklaire/Joshua G. Berman, "Deferred Prosecution Agreements: What is the Cost of Staying in Business?", Legal Opinion Letter (Washington Legal Foundation), 2005. 6. 3.
- Pamela H. Bucy, "Corporate Ethos: A Standard For Imposing Corporate Criminal Liability", Minnesota Law Review, 1991
- Paul E. McGreal, "An Overview of Corporate Compliance and Ethics Programs", in: Advanced Corporate Compliance and Ethics Workshop 2009 (Practising

Law Institute)

Richard M. Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 1930

Robert Chia, “Organizational Theory as a Postmodern Science”, in: Haridimos Tsoukas/Christian Knudsen, The Oxford Handbook of Organization Theory - Meta-Theoretical Perspectives, 2005

Corporate Culture, Failure of Risk Management and Corporate Criminal Liability

Kim, Ho-Ki*

To determine when a corporation should be criminally liable, commonwealth jurisprudence has employed two major standards, namely "vicarious liability" and "identification principle" which locate its criminal liability derivatively through the culpability of individual actors. But since the 1990s, some countries have enacted legislations which make a corporation criminally responsible on the basis of management failure or corporate culture. In such statutes a corporation can be prosecuted and convicted if its management failure directed, encouraged, tolerated or led to an offence or a corporate culture existed in the corporation that encouraged, tolerated or led to that management failure, without asking if a director or officer be convicted of an offence.

According to the corporate culture model, a corporation can be prosecuted if an offence is occurred due to the failure in its safety system, or if there isn't any safety system established in the corporation at all. It should be also examined whether the goal set by a corporation encourages, or discourages, illegal activity by corporate employees. If top management places the utmost priority on maximizing the value of a corporation and doesn't take safety seriously, these factors are weighed in favor of finding a corporation criminally liable. It is still disputed if a corporation can be held criminal responsible when corporate culture that encourages or tolerates an offense is shared only in its subdivisions. Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 in the U.K. focuses on management failures at a senior level, whereas the Australian Criminal Code

*Associate Professor, Law School, University of Seoul

Act 1995 declares that corporate culture only found in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place should be also attributed to a body corporate. Accepting that a corporation should be responsible for controlling, reducing, or eliminating all sorts of risk it creates, it's not important to examine if a corporate culture which led to an offense existed in a corporation generally or just in part of it.

The punishment of a corporation cannot be justified with the traditional retributive model of criminal liability which links sanctions to the blameworthiness of an individual, because a corporation lacks the capacity to be morally blameworthy. From the point of view of a corporate culture model, the role of corporate criminal liability should be understood from the perspective of rehabilitation and deterrence rather than retribution.

The corporate culture model of a corporate criminal liability would require that an attitude, policy, rule, practice etc. within a corporation that led to an offense be changed and a corporation develop an appropriate and functional safety culture. The problem is that traditional sanctions such as fines and incarceration are not adequate to protect legal interest (Rechtsgut) from corporate offense. Incarcerating a corporation is unimaginable, and it is well known that fines does not work properly for a corporation. Sanctions like fines and incarceration could deter individuals from illegal behavior, but it is unclear that the imposition of such sanctions would effectively force corporations to develop a proper safety culture. Also, we need a new sentencing option to ensure a convicted corporation to take steps toward a safety-oriented culture.

❖ Key Word : corporate criminal liability, corporate culture, safety culture, identification principle, vicarious liability