법인의 형사책임 : 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로*

김 유 근**

국 | 문 | 요 | 약

우리나라는 양벌규정의 적용에 있어서는 법인의 형사책임을 인정하면서도 다른 한편으로 형법이론상 법인의 형사책임을 부인하는 모순적인 상황에 직면하여 있으며 종래의 양벌규정을 통한 법인처벌도 그 효과성에서 의문이 제기되고 있다. 그런데 책임원칙상 법인의 형사책임을 인정하지 않고 있는 독일에서는 2013년 9월 10일 독일 Nordrhein-Westfalen주 법무부가 「기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)」을 발의하여 현재 연방의회에서 논의 중에 있다. 동 법률안은 형사실체법적인 내용 뿐만 아니라 형사소송법적 내용까지를 포괄하는 것으로서 현재 우리나라가 직면해 있는 법인의 형사처벌의 문제에 대하여 많은 시사점을 던져주리라고 생각한다.

❖ 주제어 : 법인처벌, 단체형법, 개인형법, 관리감독책임, 단체책임

* 본 원고는 2014년 7월 3일 한국형사정책연구원과 법무연수원이 주최한 “제5회 형사사법포럼: 경제 범죄의 현황과 형사정책적 과제”에서 발표한 원고를 수정·보완한 것임을 밝혀 둔다.

** 한국형사정책연구원 부연구위원.

I. 서론

최근에 발생한 산업¹⁾ 및 소비자안전(시설,²⁾ 보건, 식품안전) 분야에서의 안전사고, 환경오염,³⁾ 개인정보 유출사고⁴⁾, 관급공사에서의 입찰담합, 민간영역에서의 부정부패(특히 제약·의료 영역에서의 리베이트⁵⁾), 금융기관의 대형금융사고,⁶⁾ 기업의 분식회계나 조세피난처에 설립한 페이퍼 컴퍼니를 통한 비자금의 축적과 역외탈세⁷⁾에 이르기까지 기업의 경영 및 운영에서 발생하는 사건 및 사고들에 대하여 매번 재범방지를 위한 대책들이 제시되고 있으나 그럼에도 불구하고 유사한 사건·사

- 1) 예컨대 2012년 9월 27일 구미 불산가스 누출사고, 2013년 1월, 5월 그리고 7월에 삼성전자 화성사업장에서의 가스누출사고 등. 그 밖에 삼성전자 반도체공장에서의 산업재해로 의심되는 급성 백혈병의 발생 등.
- 2) 예컨대 1994년 10월 21일 발생한 성수대교 붕괴사고, 1995년 6월 29일 발생한 삼풍백화점 붕괴사고, 그리고 최근인 2014년 4월 16일 발생한 세월호 침몰사고 등의 재난사고. 그 밖에 2013년에 안전부품의 시험성적서 위조와 불법납품 사건 등(이에 관한 형사법적 쟁점들에 대해서는 김유근·진상현, 「후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II) - 에너지공학기술과 위험관리 형사정책 : 원자력공학기술을 중심으로 -」, 2014, 27면 이하).
- 3) 예컨대 1995년 7월 23일 전라남도 여천군 앞바다에서의 씨프린스호 기름유출사고, 2007년 12월 7일 충청남도 태안군 앞바다에서 발생한 홍콩 선적 유조선 ‘허베이 스피릿호’와 삼성물산 소속 ‘삼성 1호’의 충돌로 인한 유조선 기름유출사고, 2014년 1월 31일 발생한 유조선 충돌로 인하여 송유관 파열로 인한 기름유출사고 등.
- 4) 예컨대 2008년 2월 옥션에서 약 1,800만건, 2008년 9월 GS칼텍스에서 1,050만건, 2010년 3월 신세계물에서 2,000만건, 2011년 6월 대부업체 등에서 1,900만건, 2011년 7월 싸이월드에서 3,500만건, 2011년 8월 삼성카드 47만건, 2011년 11월 벅스에서 1,320만건, 2014년 KB카드에서 5,300만건, 롯데카드에서 2,600만건, NH카드에서 2,500만건의 개인정보가 유출되었다.
- 5) 2010년 11월 예컨대 「의료법」 제23조의2(부당한 경제적 이익등의 취득 금지), 제88조의2, 「약사법」(법률 제10324호, 2010.5.27., 2010.11.28. 시행) 제47조(의약품등의 판매 질서), 제94조의2, 제97조(양벌규정) 그리고 「의료기기법」; 이른바 “리베이트 쌍벌제”가 도입되는 계기를 제공하였다.
- 6) 2004년부터 2014년까지 총 20건의 대형 금융사고로 인하여 총 1조1,756억원의 피해가 발생했다고 한다. 이는 금융기관 임직원이 횡령, 배임, 공갈, 절도 등 위법·부당행위 등으로 금융기관, 금융거래자에게 손실을 초래했을 때 바로 금융감독원에 보고해야 하는 규정에 따라 보고된 사고들 중 100억원 이상의 규모만 추린 것이라고 한다. 한겨레신문 2014년 6월 24일자(http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/643902.html?_fr=mt5r; 검색일: 2014년 6월 25일).
- 7) 2013년 5월 22일 비영리 독립언론 ‘뉴스타파’와 국제탐사보도언론인협회(ICIJ)가 ‘조세피난처 프로젝트’ 공동 취재의 결과 조세피난처에 페이퍼컴퍼니를 설립한 사람들의 제1차 명단이 공개되면서 사회적 이슈가 되었다. 뉴스타파 관련 기사: <http://newstapa.com/news/2013976> (검색일: 2014년 6월 6일).

고가 끊이지 않고 반복되고 있으며 그럴 때마다 책임의 개별화에 정향된 전통적인 형법의 효과성에 대하여 많은 의문이 제기되고 있다.

그러한 문제제기의 궁극적인 원인을 제공하는 것은 그 동안의 형사법적 대응이 한편으로는 개별적인 안전사고에 직면하여 해당 사안의 해결만을 위한 개인책임의 명확화와 새로운 구성요건의 신설 그리고 다른 한편으로는 법정형의 상향⁸⁾에만 정향되어 있었기 때문이다. 그런데 이러한 개인지향적인 전략은 첫째 형법상 구성요건적 결과가 개인의 책임에 상응하지 않는 경우, 둘째 형법상 구성요건적 결과발생에 대하여 불특정다수의 익명의 행위자가 작위 또는 부작위를 통하여 기여함으로써 구성요건적 결과를 귀속시킬 수 있는 책임있는 개인을 확정하고 개별화시킬 수 없는 경우, 셋째 원인과 결과 간에 시간적·공간적·내용적 거리가 커서 결과발생에 대한 원인을 확정하기 곤란한 경우, 넷째 인적·물적 안전담보시스템(제1차, 제2차, 제3차 백업시스템) 자체의 결함으로 인하여 구성요건적 결과가 발생한 경우, 다섯째 업계의 관행 혹은 기업내부의 기업문화에 의하여 불법의식이 희석되어 자동화⁹⁾ 개인의 작위 또는 부작위에 의하여 구성요건적 결과가 발생한 경우 그리고 여섯째 여기에 조직의 경영진 차원에서 흔히 볼 수 있는 조직화된 무책임(*organisierte Unverantwortlichkeit*)이나 무관심(*organisierte Indifferenz(Unwissenheit)*)에서 오는 안전불감증이 인식있는 과실 혹은 미필적 고의를 구성하는지 아니면 어떠한 주관적 구성요건요소에도 해당하지 않고 단순히 기업운영에서 벌어진 비합리적인 경영판단(그래서 기껏해야 주주에 대해서만 경영상의 민사책임을 부담하는 것)에 불과한 것인지에 대한 일의적인 해답이 없는 경우에는 그 한계에 직면하게 된다.

그렇기 때문에 결과발생의 잠재적 위험을 직접 실현시킨 직접행위자를 넘어 직접 행위자를 지휘·선임·관리·감독하는 자로까지 그 책임의 범위를 확대해 보지만(예

-
- 8) 많은 경우 발생된 결과는 행정법상의 의무위반 자체가 아니라 행정법상의 의무위반에 의하여 실현된 치명적인 형법상의 구성요건적 결과라는 점에서 행정법상의 의무위반에 대한 책임을 강화하고 법정형을 상향한다고 하더라도 그 책임은 행정법상의 의무위반에 의하여 발생한 형법상의 구성요건적 결과와 상응하지 않는다(개인의 책임과 결과의 불일치). 더욱이 행정법상의 의무위반은 기껏해야 복무규칙위반에 그치는 경우가 많기 때문에 이러한 의무위반에 대하여 법정형을 상향하는 데에도 한계가 있다.
- 9) “다 그렇게 해왔으며 지금까지 아무 문제없이 그래 왔으며, 설마 그런 일이 일어날리 없다”라는 불법의식의 희석현상은 미필적 고의를 구성하는 데에도 한계가 있다.

컨대 과실범의 공동정범 등), 결국 이것은 단순히 개별적인 행위자를 복수화시킬 뿐 개별적인 관리감독자의 관리감독능력을 넘어서는 안전규제 시스템 자체의 결함에 대해서는 여전히 대응하지 못하는 문제점이 있으며, 여기에 개인이 아닌 추상화된 법인 또는 기업의 형사책임에 대한 필요성이 제기된다.

그런데 우리나라는 이미 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 인정하고 있음에도 불구하고 여전히 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 둘러싼 논의가 계속되고 있는 것은 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 추궁하는 기존의 양벌규정을 통한 대응방식에는 한계가 있다는 인식에 기인한다. 가장 큰 문제로 제기되고 있는 것은 첫째 형법전에서는 인정되지 않는 법인의 책임능력이 양벌규정에서는 인정되는 이론적 모순이 있는 점, 둘째 개별 행정법규 위반행위에만 정향된 협소한 적용범위로 인하여 형법상 구성요건적 결과에 대해서는 전혀 대응하지 못한다는 점, 그리고 셋째 양벌규정에 정한 벌금형의 예방적 효과가 기대한 만큼 영향력을 발휘하지 못하고 있다는 점이 바로 그것이다.¹⁰⁾ 여기에서 법인 또는 기업의 형사책임에 대한 일반규정에 대한 필요성이 제기되고 있다.

이러한 가운데 법인의 형사책임과 관련하여 전통적인 책임원칙과 책임개념을 고수함으로써 법인의 형사처벌에 대하여 소극적인¹¹⁾ 그래서 행정법영역에서 행정벌을 통해서만 법인에 대하여 제재를 부과하고 있는¹²⁾ 독일에서 (특히 사법당국에서) 법인의 형사책임을 도입하려는 시도¹³⁾는 우리에게 시사하는 바가 크다고 말할 수

10) 김재봉, “양벌규정에서 법인과 행위자의 법정형 분리의 필요성”, 「법과 정책연구」, 제12권 제3호 (2012), 한국법정책학회, 989면 이하.

11) 많은 문헌들 중에서 *Engisch, Karl/Hartung, Fritz*, *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, München 1953, Bd. II, S. E 3 9f.; *Heinitz, Ernst*, *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages(DJT)*, Band I, 1953, S. 68 ff. 참조. 최근의 비판적인 문헌으로서는 *Schünemann ZIS 1/2014 1 ff.*

12) 물론 독일의 경우에도 범죄행위를 범한 법인에 대한 제재가 전혀 없는 것은 아니며, 예컨대 형사상의 제재로서 독일 「형법」 제73조 제3항과 제75조는 정범 또는 공범이 대리 또는 대표관계에서 죄를 범한 때에는 그 본인인 법인에 대해서도 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다(Verfall). 또한 독일 「질서위반에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))」(이하에서는 ‘질서위반법’이라 한다) 제30조와 제130조가 법인에 대한 질서위반금의 부과를 정하고 있으며 각 행정법에서 법인에 대하여 행정벌을 부과할 수 있도록 하고 있다.

있다. 그것은 법인처벌과 관련하여 영미법식 방식은 우리나라의 대륙법계 사법제도 및 범죄체계와의 차이점 때문에 그 도입에 어려움이 있는 반면 대륙법계 법체계에 서의 법인의 형사책임의 도입시도는 합의가능한 면모들을 내포하고 있기 때문이다.

독일에서 법인의 형사책임을 도입하려는 가장 최근의 노력은 여기에서 논의의 대상이 되는 2013년 9월 10일 독일 *Nordrhein-Westfalen*주 법무부가 발의한 「기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안(*Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*)」¹⁴⁾이다. 동 단체형법(*Verbandsstrafgesetzbuch*) 도입법률안은 2013년 11월 14일 제84회 주 법무부장관회의(*Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (JuMiKo)*)의 의결을 거쳐 현재 연방법률안으로 발의되어 연방의회에 계류 중에 있다.¹⁵⁾ 동 법률안은 후술하는 바와 같이 법인의 형사책임과 관련하여 책임귀속방식(범죄유형)이나 벌금의 산정방식 뿐만 아니라 형사소송절차상의 규칙까지도 포괄하는 광범위한 내용을 담은 특별법으로 발의되었다는 점에서 주목할 만한 것이라고 말할 수 있다.

이러한 의미에서 독일의 단체형법 제정법률안은 우리나라의 현행 양벌규정의 실무상의 운영과 관련하여 발생하는 문제점들, 예컨대 행정법규상의 의무위반에 대해서만 제한되어 있는 양벌규정의 적용범위의 협소함으로 인한 법익보호기능의 약화, 법인처벌을 위한 형사소송절차에 관한 규정의 결여(특히 법인인 업무주만을 기소하는

13) 이러한 움직임과 관련하여 학계에서는 법인의 형사책임과 관련한 전통적인 주제인 법인의 책임능력이나 범죄능력에 대한 논의에 집중하기 보다는 오히려 최근에는 미국식 준법감시(통제)프로그램(Compliance Governance)의 도입방안 등에 관한 연구가 급속히 증가하고 있다. 예컨대 *Rotsch, Thomas, Criminal Compliance: Handbuch*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014; ders., *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013; *Engelhart, Marc, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2. Aufl., Dunker & Humblot, Berlin, 2012; *Rathgeber, Christian, Criminal Compliance - Kriminalpräventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012; *Bock, Dennis, Criminal Compliance*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011.

14) 동 법률안의 원문번역은 VIII. 참조.

15) 이에 관해서는 <https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/korruption/index.php> (검색일: 2014년 6월 8일); *Löffelmann, Markus, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, Juristische Rundschau (JR) 5/2014*, S. 186.

경우) 그리고 양벌규정에 정한 법정형의 예방적 효과에 대한 회의 등의 문제점 등을 해소하는데 뿐만 아니라 장래 형사법 전반에 대하여 법인의 일반적 형사책임의 도입가능성을 타진해보는 의미에서도 우리에게 시사하는 바가 크리라고 생각한다.

이하에서는 독일 단체책임법 제정법률안의 내용을 법률안의 배경과 주요내용(II.), 대상범죄(III.), 책임귀속방식(IV.), 형사제재(V.) 그리고 형사소송절차(VI.)의 순으로 검토하고자 한다.

II. 법률안의 배경과 주요내용

1. 배경

단체형법 도입법률안의 핵심적인 내용을 이루는 ‘단체형법(*Verbandsstrafgesetz, VStrG*)’ 법률안(이하 ‘법률안’이라 한다)은 영미법계 형법이론과 달리¹⁶⁾ 법인의 책임능력이나 범죄능력에 대한 일의적으로 합의가능한 해답으로부터 도출된 이론적 귀결에 따른 것이라기 보다는¹⁷⁾ 오히려 전통적인 대륙법계 개인주의적 책임형법의

16) 대륙법계 범죄체계에서보다 영미법계 범죄체계에서 법인의 형사책임이 쉽게 인정될 수 있는 이유는 책임개념이 대륙법계의 개념과 상이하기 때문일 뿐만 아니라 이미 범죄의 주관적 귀책사유에서부터 차이가 나기 때문이다. 예컨대 영국의 범죄체계의 주관적 요소는 대륙법계의 직접적 고의에 상응하는 범의(intention), 인식있는 과실 혹은 경우에 따라서는 간접적·조건적·미필적 고의까지 포괄하는 무모(recklessness) 그리고 (인식있는) 과실에 해당하는 과실(negligence)로 구별되는데, 이 때 Intention과 Recklessness는 (악의라는) 심정적 요소인데 대하여 Negligence는 객관적 행위준칙(objective standard)의 준수여부만을 문제삼는다. 따라서 Negligence의 경우 행위자가 의도적으로 객관적 행위준칙을 위반하든 아니면 의도적이지 않게 위반하든 이를 문제시하지 않으며, 그러한 행위준칙은 자연인이든 아니면 법인이든 행위주체에 상관없이 부과할 수 있고 또한 위반될 수 있다. 그런데 영국 법체계에서도 법인이 심정적 요소, 즉 Intention이나 Recklessness를 가질 수 있는가에 대해서는 논란이 많으나 이를 부인하는 것이 일반적인 견해로 받아들여지고 있는 것 같다(이에 관해서는 *Ormerod, David, Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed., Oxford University Press, 2008, 94면* 이하 참조). 이러한 사정들을 고려해 볼 때 영미법계 법체계에서 법인을 처벌하는 경우에도 심정적 요소를 문제시하여야 하는 Intention이나 Recklessness가 아니라 Negligence로 법인의 형사책임을 추궁하고 있는 것은 영국 법체계에서 본다면 체계정합적인 것이 된다.

17) 법인의 형사책임은 전통적인 형법이론으로는 설명하기가 어렵다는 점에 대해서는 김유근, “기업형

한계에 직면하여 특히 기업의 경제범죄에 대한 효과적인 형사정책적 대응의 필요성에서 내려진 형사정책적 결단에 근거하는 것이라고 말할 수 있다.^{18), 19)}

그리고 유럽 각국에서 미국식 법인의 형사책임이 성공적으로 정착되고 있는 것도 동 법률안이 발의된 한 동인으로 작용한 것으로 보인다.²⁰⁾ 예컨대 유럽연합 차원에서 가이드라인 뿐만 아니라 네덜란드(1950(경제범죄에 한정), 1976년부터는 대상 범죄에 제한을 두지 않음), 아이슬란드(1972), 포르투갈(1984), 스웨덴(1986), 노르웨이(1991), 프랑스(1994), 핀란드(1995), 벨기에(1999), 슬로베니아(1999), 에스토니아(2001), 말타(2002), 스위스(2003), 리투아니아(2003), 크로아티아(2003), 헝가리(2004), 마케도니아(2004), 라트비아(2005), 오스트리아(2006), 루마니아(2006), 룩셈부르크(2010), 스페인(2010), 슬로바키아(2010), 리히텐슈타인(2011) 그리고 체첸공화국(2012) 등이 이미 법인의 형사책임을 도입하였다.²¹⁾ 그리고 행정벌로도 법인을 제재하지 않았던 이탈리아는 2001년에 범죄를 범한 법인에 대한 행정제재를 도입하기에 이르렀다(Decreto Legislativo no. 231/2001).²²⁾ 그리고 영국의 경우 2007년에 「법인과실치사 및 법인가살에 관한 법률(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, CMCH Act)」(이하에서는 ‘법인과실치사법’이라 말한다)을 제정한 바 있다.^{23), 24)}

별과 형벌이론간의 괴리”, 「비교형사법연구」, 제9권 제1호(2009), 한국비교형사법학회, 307면 이하. 최근의 문헌으로는 *Schünemann ZIS 1/2014, S. 1 ff.*

18) Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, 2013, S. 20 ff. (http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzesentwurf.pdf (검색일: 2014년 6월 7일)) (이하에서는 ‘Gesetzesantrag’으로 인용한다).

19) 이에 대하여 비판적인 견해로는 *Kindhäuser ZIS 1/2014 1 (10)*.

20) Gesetzesantrag S. 26.

21) Gesetzesantrag S. 26.

22) 吉中 信人, 「イタリア刑法における企業犯罪の法的規制」, 『広島法学』, 34卷3号(2011), 192-174頁; 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 70면 이하. 이탈리아 2001년 제231호 법률의 규정은 <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/45508054.pdf> (검색일: 2014년 6월 16일)에서 확인 가능하다.

23) 이에 관한 상세한 것은 영국 법무성의 자료 “*Understanding the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*”(http://www.hseni.gov.uk/manslaughterhomicideact07.pdf)(검색일: 2013년 5월 28일)와 “*A guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*”(http://www.hseni.gov.uk/guidetomanslaughterhomicide07.pdf)(검색일: 2014년 6월 7일).

물론 법인의 형사책임을 입법화하려는 노력이 독일에서 전혀 없었던 것은 아니다.²⁵⁾ 예컨대 1997년 Hessen주는 법인의 형사책임을 규정한 「형법」 제76b조 내지 제76h조의 개정안을 제안하여 1997년 6월 제68회 주 법무부장관회의에서 의결되어 1998년 연방의회에서 논의된 바 있으나 관철되지 못했고,²⁶⁾ 1998년에는 SPD가 기업의 형사책임에 관한 논의를 연방의회에 제기한 바 있으나 이 논의도 입법으로 결실을 거두지 못했다.²⁷⁾ 또한 2000년에는 기업의 형사책임을 논의하기 위한 위원회가 연방정부에 의하여 설치되어 운영되었으나 결국 2000년 3월에 기업의 형사책임을 도입하는 데에 반대하고 질서위반법을 통한 제재를 확대하는 것을 내용으로 하는 최종보고서가 제출된 바 있다.²⁸⁾ 최근인 2013년에는 SPD에서 경제범죄에 대한 효과적인 대응을 위하여 기업의 형사책임을 제안하였으나 회기만료로 자동폐기되었다.²⁹⁾

그 밖에 동 법률에 대한 상세한 설명으로는 *Richard Matthews, Blackstone's Guide to The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, Oxford University Press, 2008; *Smith and Hogan Criminal Law*, 12th ed., Chap. 15.3; *James Gobert, The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in the making but was it worth the Wait?*, in: *The Modern Law Review*, Vol. 71 No. 3, 2008, 413-463면 참조.

- 24) 법인처벌을 규정한 주요 입법례들 중 오스트리아, 프랑스, 스위스, 영국, 스페인, 폴란드 그리고 중국의 관련규정의 발췌 및 번역은 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, *한양법학*, 제24권 제3호(2013.8.), 83면 이하에 수록되어 있다.
- 25) 이하의 연혁에 대해서는 *Löffelmann, Markus*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, *Juristische Rundschau (JR)* 5/2014, S. 186.
- 26) BR-Drucks. 690/98. 이에 대한 비판적 견해로는 *Krekeler, Wilhelm*, Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?, in: *Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus/Wahle, Eberhard* (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin 1999, S. 653 ff.
- 27) BT-Drucks. 13/11425 (“*Besondere Verantwortlichkeit von Unternehmen - Probleme kriminalrechtlicher Verantwortlichkeit juristischer Personen und Personenvereinigungen*”).
- 28) 최종보고서 “Einführung einer Unternehmenssanktionierung im Bereich des klassischen Kriminalstrafrechts”, 2000.3. (<http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (검색일: 2014년 6월 8일)).
- 29) BT-Drucks. 17/13087.

2. 주요내용

단체형법 제정법률안은 독일 「질서위반법에 관한 법률(*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)*)」(이하에서는 ‘질서위반법’이라 한다) 제30조 및 제130조 그리고 「형사소송규칙」의 관련규정들과 무엇보다도 오스트리아 「범죄행위에 대한 단체의 책임에 관한 법률(*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG)*)」(이하에서는 ‘단체책임법’이라 한다)을 모범으로 하여³⁰⁾ 구상되었다.

동 법률안은 2개 편(Teil) 총 22개 조문으로 구성되어 있다. 제1편에서는 단체범죄(*Verbandsstraftaten*)라는 표제 하에 단체의 죄와 형과 같은 형사실체법적 규정들을 그리고 제2편은 “형사소송절차(*Strafverfahren*)”라는 표제 하에 형사소송절차에 관하여 정하고 있다. 그 내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다:

제1조(인적·물적 적용범위)에서는 형사처벌의 대상이 되는 단체의 범위(제1항), 단체범죄의 개념정의(제2항), 단체의 형사책임의 연결점이 되는 직접행위자(행위책임의 경우) 또는 지휘·선임·관리·감독자(지휘·선임·관리·감독책임의 경우(이하에서는 “관리감독자”, “관리감독책임” 또는 “관리감독의무”라 한다))의 범위(제3항) 그리고 단체의 분할·합병 시의 권리·의무의 승계자와 피승계자의 동일성(제4항)에 관하여 정하고 있다.

제2조(단체범죄)는 단체에게 형사책임을 추궁하는 형식에 관하여 정하면서 제1항에서는 단체의 행위책임에 관하여 그리고 제2항에서는 관리감독책임에 관하여 정하고 있다. 또한 외국에서 범한 단체범죄(제3항)와 단체의 분할·합병 시의 형사제재의 승계의 문제(제4항)에 관한 규정들도 있다.

제3조는 “일반규정”으로서 형법총칙의 적용(제1항), 공소시효(제2항) 그리고 고소불가분의 원칙(제3항) 등을 규정한다.

제4조부터 제12조까지는 단체에 대한 형사제재에 관하여 정하고 있는데, 단체에 대한 형사제재는 크게 단체형벌(*Verbandsstrafen*)과 단체보안처분(*Verbandsmaßregeln*)으로 구분된다(제4조).

30) Gesetzesantrag S. 26 f.

형사소송절차와 관련하여 제13조(일반원칙)는 단체에 대한 형사소송절차(수사상의 강제조치나 공판 등)에 대해서는 원칙적으로 형사소송규칙과 법원조직법을 적용할 것을 정하고 있으며, 특별히 단체범죄에 대한 형사소송절차와 관련하여 기소법정주의(제14조), 법원의 토지관할(제15조), 법관의 제척(제16조), 소송대리와 송달(제17조), 피고인의 권리와 변호권(제18조), 필요적 변호(제19조), 형사소송절차의 확실성을 보전하기 위한 강제수단(제20조), 공판(제21조) 그리고 마지막으로 형사제재의 집행(제22조)에 관하여 정하고 있다.

동 법률안의 특징을 한마디로 요약하자면 전통적인 개인주의적 책임형법을 개인형법(*Individualstrafrecht*)이라고 말한다면 동 법률안은 이에 대응하는 단체형법을 구상한 것이라는 점이다. 이러한 의미에서 모든 영역에서 개인주의적 형법에 상응하도록 단체형법(*Kollektiv- oder Verbandsstrafrecht*)을 구성하고 있다.³¹⁾ 이러한 구상은 이미 *Günter Heine*가 교수자격논문인 “*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*,” Nomos Verlag, 1995”³²⁾에서 주장했던 내용이기도 하다.

이러한 특징은 단체책임을 때로는 단체책임을 촉발시키는 개인의 범죄행위(단체 관련 위반행위)에 대한 개인책임과는 단절하여 독립적으로, 때로는 후자에 종속적으로 추궁하도록 하는 요인으로 작용하며, 이것은 법률안에도 그대로 반영되어 있다. 즉 단체책임을 다시금 개인의 책임으로 환원되지 않는 단체에게 고유한 책임(*Organisationsmangel*)을 인정하려는 것이지만 그럼에도 불구하고 단체책임을 촉발시키는 것은 어디까지나 개인의 범죄행위이기 때문이다. 그래서 예컨대 단체의 책임귀속방식과 관련해서도 개인의 범죄행위에 종속적인 단체의 행위책임이나 관리감독책임을 구성할 수밖에 없으면서도(연계) 관리감독책임과 관련해서는 직접행

31) 이와 같이 개인형법(*Individualstrafrecht*)에 대응하는 단체형법(*Kollektiv- oder Verbandsstrafrecht*)에 대하여 비판적인 견해로는 *Kim, Yookeun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen*, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 174 ff.; *Vogel, Joachim, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht*, in: *Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), Unternehmensstrafrecht*, de Gruyter, 2012, S. 207; *Schünemann ZIS 1/2014 1(10)*.

32) S. 197 ff.

위자의 특정을 요하지 않는 것으로 보고 있다(분리).³³⁾ 이러한 단체의 책임귀속방식의 분리와 연계는 단체에 대한 형사제재와 형사소송절차에도 그대로 반영되어 있다. 예컨대 단체에 대한 벌금형은 개인의 범죄행위에 정한 법정형에 종속되지 않고 독립적으로 정하도록 하면서도 단체의 책임과 함께 개인의 범죄행위의 경중을 참고하도록 하고 있다(제6조). 그리고 형사소송절차와 관련하여 개인범죄의 피고인과는 별도로 단체를 대리할 대리인을 선임하도록 하고, 만약 당해 대리인이 개인범죄(단체관련 위반행위나 관리감독의무의 위반행위)로 인하여 기소된 때에는 다른 대리인을 선임하도록 하고 있다(분리(제18조 제2항)). 그러나 다른 한편으로 개인범죄와 단체범죄는 병합심리하도록 하고 개인과 단체는 공동피고인이 된다(연계(제18조 제1항)). 또한 개인범죄가 법률상의 이유로 인하여 불기소되거나 또는 기소중지된 경우라도 단체에 대하여 형사소송절차를 진행할 수 있으나(분리) 개인범죄에 대한 고소, 권한위임 또는 고소의 흡결은 단체범죄에 대한 형사소송절차를 중지시킨다(연계(제3조 제3항)). 그 밖에 단체범죄의 공소시효는 개인의 범죄행위의 공소시효를 기준으로 한다(제3조 제2항).

또 다른 특징으로는 기존의 독일 「질서위반법」이 금전적 징벌(질서위반금)과 부당이득환수(과징금)만을 두고 있던 것에 대하여 법률안은 다양한 형사제재를 도입하고 있다는 점이다.

이하에서는 이러한 특징을 고려하면서 쟁점이 되는 부분들에 관하여 상세하게 검토하고자 한다.

Ⅲ. 대상범죄

동 법률안에 따른 “단체범죄(*Verbandsstraftaten*)”란 단체의 의사결정권자가 직접 행위자로서 행위한 범죄행위(행위책임; 제2조 제1항)와 단체내 종업원의 범죄행위의 계기를 마련하거나 혹은 이를 방지하지 아니한 의사결정권자 또는 단체 자체의 관리감독의무의 위반행위 또는 조직구조상의 결함(동조 제2항)을 말한다. 그렇다고

33) Gesetzesantrag S. 46.

하여 형법에 정한 모든 범죄구성요건의 위반행위, 즉 단체구성원인 개인의 모든 범죄행위가 단체의 형사책임을 촉발시키는 것이 아니라 단체의 형사책임을 연결점이 되는 개인의 범죄행위, 즉 행위책임의 경우 의사결정권자의 범죄행위와 관리감독책임의 경우 그 선행범죄가 되는 종업원의 범죄행위(그 행위가 국가권력작용인 경우를 제외하고)³⁴⁾ “단체관련 위반행위(*verbandsbezogene Zuwiderhandlungen*)”(대상범죄)를 구성하는 때에 비로소 단체는 형사책임을 부담하게 된다(제1조 제2항 전단). 이 때 이 단체관련성은 ①범죄를 범하여 단체에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 ②범죄를 통하여 부당한 이익을 얻었거나 ③그러한 이익을 얻기로 예정되어 있던 때에 인정된다(후단). 이 때 세 번째의 행위유형은 부당한 이익을 현실적으로 얻지 않았다고 하더라도 그 미수단계의 행위이면 족하다.³⁵⁾ 동 규정은 독일 「질서위반법」 제30조 제1항의 규정내용을 그대로 수용한 것이다.

이 때 단체의 이익을 위하여 범죄가 범해졌음을 그 요건으로 하는 입법례로는 예컨대 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제1항 제1호,³⁶⁾ 스위스 「형법」 제102조 제1항,³⁷⁾ 스페인 「형법」 제31-bis조 제1항,³⁸⁾ 프랑스 형법 제121-2조 제1항³⁹⁾, 폴란드 「형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률」 제3조⁴⁰⁾ 등이 있으며 중국 형법 제30조와 관련해서도 이렇게 해석되고 있다.⁴¹⁾

34) 법률안 제1조 제1항에 따르면 단체란 공·사법상의 법인과 법인격없는 재단 및 사단을 포함한다.

35) 독일 「질서위반법」 제30조와 관련하여 KK-OWiG-Rogal Rn. 87 ff. §30.

36) “1. 범죄가 단체의 이익을 위하여 범하여졌거나 또는 2. 범죄를 통하여 단체에 부과된 의무를 위반한 경우”.

37) “기업 내에서 영업활동을 수행함에 있어서 법인의 목적범위 안에서”.

38) “법인의 이름으로 또는 법인의 위임을 받거나 또는 법인을 위하여 범한 이 법에 정한 범죄”.

39) “법인을 위하여 행한 범죄”.

40) “집단주체는 전적으로 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자연인의 행위에 대해서만 책임을 부담한다:

1. 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 또는 자신에게 부여된 권한범위 내에서 행위하거나, 기업내부의 감시에 관한 결정이나 조치를 취함에 있어서 기업을 대표하여 행위하거나 또는 자신의 권한을 초과하여 행위하는 자연인, 또는
2. 집단주체를 위하여 행위하고 자신의 권한을 초과하여 행위할 권한을 부여받은 제1호의 의미에서의 기타 그 밖의 자연인, 또는
3. 기타 그 밖의 자연인과의 동의 또는 인지 하에 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 행위하는 제1호의 의미에서의 자연인, 또는
4. 기업경영자”.

이러한 규정방식의 목적은 기업에 대한 범죄행위로 인하여 기업 스스로가 피해자가 되는 범죄행위에 대해서까지 해당 기업이 형사책임을 부담하게 되는 불합리한 결과(피해자가 가해자가 되는 결과)가 초래되는 것을 회피하려는 데 있다. 이와 관련하여 우리나라 판례는 법인의 관리·감독책임이 문제된 사안에서 “객관적 외관상으로 그 사용자의 업무에 관한 행위이고 종업원이 그 사용자의 업무를 수행함에 있어서 위법행위를 한 것이라면 그 위법행위의 동기가 종업원 기타 제3자의 이익을 위한 것에 불과하고 사용자의 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 사용자는 그 감독해태에 대한 책임을 면할 수 없는 것”⁴²⁾이라고 밝힘으로써 설령 기업이 종업원의 범죄행위에 의하여 피해자가 되는 경우에도 기업은 관리·감독책임을 면할 수 없는 듯한 인상을 주고 있는 것과도 구별된다. 물론 양벌규정의 대상행위는 행정법규에 정한 의무규정의 위반행위이기 때문에 직접 기업이 피해자가 되는 경우는 드물다고 하더라도 이것을 행위책임이나 혹은 기업을 대상으로 한 범죄에 대해서까지 일관적으로 관철하게 되면 피해자가 가해자의 행위에 책임을 부담하여야 하는 불합리한 결과가 발생하게 될 것이다.

그러나 다른 한편으로 많은 경우 기업을 위한 범죄인지 아니면 직접행위자의 개인적 이익을 위한 범죄인지를 구별하는 것은 용이하지 않으며, 경우에 따라서는 기업은 자신의 형사책임을 회피하기 위하여 기업 내에서 발생한 범죄행위를 행위자의 독단적인 단독행위 혹은 초과행위(*Excesstat*)로 강조함으로써 기업 스스로를 피해자로 만들게 될 것이라는 것도 간과할 수 없는 문제이다.

따라서 영국 「기업과실치사법」과 같이 기업이 기업활동을 수행하는 과정에서 사람을 사망에 이르게 한 때에는 기업의 중대한 주의의무의 위반행위(“*a gross breach of a relevant*”)가 입증되는 한 기업의 이익과는 상관없이 기업에 대하여 발생된 결과에 대하여 책임을 추궁하도록 하는 것은 적어도 합의가능한 부분이 아닌가라고 생각한다.

또한 단체의 형사책임을 촉발시키는 대상범죄를 특정할 것인지 아니면 특정하지 않을 것인지를 문제는 입법자의 입법재량에 맡겨져 있는 것인가 아니면 형법이론적

41) 카오민선 주권·한상돈 역, 「중국 형법총론 연구」, 한국형사정책연구원, 2009, 335면 이하.

42) 대법원 2002.1.25. 선고 2001도5595 판결; 대법원 1977.5.24. 선고 77도412 판결. 또한 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결 참조.

인 문제, 즉 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙상 대상범죄의 특징은 요청되는가의 여부가 문제된다.⁴³⁾

외국의 주요 입법례를 살펴보면 예컨대 오스트리아 「단체책임법」의 경우 대상범죄를 특정하지 않을 뿐만 아니라 대상범죄에 대하여 단체관련성을 요구하지도 않아 독일의 법률안보다 훨씬 개방적인 구성요건으로 규정되어 있는가 하면, 프랑스 「형법」과 중국 「형법」⁴⁴⁾은 단체의 형사책임을 유발할 수 있는 대상범죄를 형법각칙의 개별 범죄구성요건에 정하고 있으며, 스위스 「형법」 제102조는 기업의 보충적 책임(*subsidiäre Verantwortlichkeit*)의 경우에는 대상범죄의 범위를 제한하지 않는 반면 기업의 관리감독책임에 대해서는 대상범죄를 열거하는 방식을 취한다. 또한 단체범죄에 대하여 행정제재를 규정한 이탈리아 제231호 법률도 대상범죄를 구체적으로 열거하고 있다.

물론 대상범죄를 특정하는 경우 법적용의 유연성이 감소하는 것은 사실이지만, 대상범죄는 단체범죄의 가벌성을 결정하는 핵심적인 내용이라는 점 그리고 단체범죄의 대상범죄(단체관련 위반행위)의 표지만을 규정한 정의규정(제1조 제2항)은 여전히 해석의 폭이 너무 넓다는 점에서 대상범죄를 특정하지 않는 것은 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다.

IV. 책임의 귀속원리로서의 단체범죄 구성요건

단체형법 제정법률안은 구체적인 법익침해행위를 정하여 형벌을 규정한 것이라기 보다는 오히려 개인이 기업조직 내에서 발생시킨 법익침해의 결과(구성요건적 결과)를 어떤 요건 하에서 당해 개인의 책임을 넘어 기업 자체에도 귀속시킬 것인가를 정하는 책임의 귀속원리를 정한 것이다(*Zurechnungsmodell* ⁴⁵⁾).⁴⁶⁾

43) 물론 양벌규정은 양벌규정 내에 이미 대상범죄 또는 대상 위반행위(“제〇〇조부터 제〇〇조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면”)가 규정되어 있기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않는다.

44) 이에 관해서는 *Zhang, Yingjung, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, Beijing Law Review, 2012.3.*, pp. 103; 김창준, “중국형법상 기업의 처벌제도”, 「비교형사법연구」, 제13권 제1호(2011), 318면 이하.

이러한 규정방식은 법인의 형사책임을 규정하고 있는 입법례에서는 흔히 찾아볼 수 있는데, 예컨대 오스트리아 「단체책임법」 제3조, 스위스 「형법」 제102조, 영국 「기업과실치사법」 제1조 제1항, 스페인 「형법」 제31-bis조, 폴란드 「형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률」 제3조 및 제5조, 프랑스 「형법」 제121-2조 제1항 또는 중국 「형법」 제30조 등이 그렇다. 그리고 우리나라, 일본 그리고 대만 등에서 활용되고 있는 양벌규정도 비록 개별 행정법규의 위반행위에 대하여 규정되어 있기는 하지만 그 기본형태는 종업원의 행정법규 위반행위를 어떤 요건 하에서 자연인 또는 법인인 업무주에게 귀속시킬 것인가라는 책임의 귀속원리를 정하고 있다. 그리고 이러한 규정방식은 법인에 대한 행정제재를 정한 독일 「질서위반법」 제30조와 제130조의 규정방식이기도 하다.

법률안 제2조는 단체의 책임귀속형식과 관련하여 “단체범죄(*Verbandsstraftaten*)”라는 표제 하에 제1항에 단체의 행위책임을 그리고 제2항에 관리감독책임을 규정하고 있는데, 각국의 주요 입법례를 살펴보면 다양한 책임귀속형식들이 채택되고 있음을 알 수 있다. 예컨대 오스트리아 「단체책임법」 제3조, 스페인 「형법」 제31-bis조 제1항 및 제2항 그리고 폴란드 「형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률」 제3조 및 제5조 등이 단체의 행위책임과 관리감독책임을 규정하고 있는데 대하여 스위스 「형법」 제102조는 개인책임의 귀속이 불가능한 경우에만 기업에 대하여 책임을 추궁하는 보충적 책임(*subsidiäre Verantwortlichkeit*)(제1항)과 관리감독책임(제2항)을 규정하고, 프랑스 「형법」 제121-2조 제1항과 중국 「형법」 제30조는 법인의 행위책임에 대해서만 규정한다.

그리고 법률안 제2조는 단체의 행위책임에서의 행위주체와 관리감독의무에서의 행위주체를 모두 단체의 의사결정권자로 규정하고 있기 때문에 단체의 행위책임 뿐만 아니라 관리감독책임까지도 자연인인 의사결정권자의 책임에 종속되어 있어서 결과적으로 양자 모두 법인의 형사책임과 관련하여 종속모델(*akzessorisches Model*)을 취하고 있다고 말할 수 있다. 즉 단체의 행위책임의 경우 의사결정권자의

45) *Löffelmann JA 5/2014 183 (186 f.)*. 독일 「질서위반법」 제30조와 관련해서는 *KK-Rogal Rn. 2 f. zu §30*. 스위스 「형법」 제102조와 관련하여 *BSK StGB-Niggli/Gfeller N 19 zum Art. 102*.

46) 따라서 *Löffelmann JA 5/2014 183 (191)*이 단체형법이 법익보호에 기여하는가라는 질문을 하면서 단체형법이 염두에 두고 있는 법익은 불명확하다고 말하는 것이 타당한가에 대해서는 의문이다.

범죄행위에 대하여 단체는 직접행위자로서의 책임을 그리고 단체의 관리감독책임의 경우에는 종업원의 범죄행위에 대한 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위에 대하여 관리감독의무의 직접위반자로서의 책임을 부담한다(따라서 단체의 관리감독책임도 엄밀한 의미에서는 일종의 행위책임이 된다). 이러한 단체의 책임귀속 형식은 영미법계의 동일시이론(*Identification theory*)을 그 이론적 배경으로 삼고 있다고 말할 수 있다.⁴⁷⁾

그 귀결로서 단체의 고의와 과실은 자연인인 의사결정권자의 고의와 과실에 의하여 결정된다. 이것은 단체의 형사책임과 관련하여 종속모델을 취하고 있는 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제3항이 단체의 주관적 구성요건요소를 단체의 의사결정권자를 기준으로 판단하도록 규정하고 있는 것과 같다.

법률안 제2조에 규정된 단체의 책임귀속형식에 대한 상세한 것은 다음과 같다.

1. 행위책임

독일 단체형법 법률안 제2조는 “의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위(*verbandsbezogene Zuwiderhandlung*)를 범할 때에는 단체에 대하여 단체제재(*Verbandssanktion*)를 과한다”고 규정하여 단체의 의사결정권자의 범죄행위를 단체의 범죄행위와 동일시하여 단체에 대하여 직접행위자로서의 책임을 추궁한다. 이로써 의사결정권자가 과실범 뿐만 고의범을 범하는 것처럼 단체는 과실범과 고의범 모두를 범할 수 있다.

이러한 행위책임을 규정하고 있는 것은 독일 「질서위반법」 제30조 제1항 외에도 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제1항 및 제2항, 프랑스 「형법」 제121-2조 제1항, 스페인 「형법」 제31-bis조 제1항 및 제2항, 폴란드 「형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률」 제3조, 중국 「형법」 제30조 등에서 엿볼 수 있다.

그러나 행위책임과 관련해서는 다음과 같은 문제가 제기된다.

첫째 단체의 행위와 동일시되어야 하는 직접행위자인 의사결정권자의 행위는 구

47) 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제2항에 정한 행위책임과 관련하여 *Sautner, Lyane, Grundlagen und Herausforderungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Österreich, ÖJZ 2012/58, S. 548 f.*

성요건에 해당하고 위법한 것이면 충분한 것인지 아니면 의사결정권자의 책임까지 입증되어야 하는 것인지 아니면 심지어는 그 처벌까지 전제되는 것인지의 여부, 즉 단체의 형사책임은 개인인 의사결정권자의 형사책임에 어느 정도까지 종속적인 것 이어야 하는가라는 문제이다(종속모델(*akzessorisches Model*)).⁴⁸⁾ 이에 관하여 법률안 제안이유서는 침묵하고 있다.⁴⁹⁾ 이와 관련하여 스페인 「형법」 제31-bis조는 “실제로 죄를 범한 자 또는 필요한 관리·감독을 게을리함으로써 범죄행위를 가능하게 한 자에게 책임능력에 영향을 미치거나 또는 그의 책임을 가중하는 사정들이나 또는 이 자가 사망하거나 또는 사법당국의 수사가 미치지 못하게 되었다는 사실은 다음 항들에 규정된 규정들에도 불구하고 법인의 형법상의 책임을 배제하지도 그리고 수정하지도 아니한다”고 규정함으로써 직접행위자 또는 관리감독자와 단체와의 관계를 공범에 유사한 관계로 파악하고 있는 것 같다.

그런데 범죄성립과 관련하여 순수논리적으로 생각한다면 직접행위자의 행위가 단체의 ‘범죄’행위와 동일시되어야 한다면(단체의 행위와 동일시되어야 하는) 직접행위자의 행위는 필연적으로 ‘범죄’를 구성하여야 하고 그러한 의미에서 의사결정권자의 행위는 범죄의 단계구조에서 처벌조건까지 충족하여야 하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 유책하게 행하여졌을 필요가 있게 된다. 이 때 단체책임에 공범의 책임을 유추하여 직접행위자인 의사결정권자의 행위는 구성요건에 해당하고 위법성만 입증되면 족하고 책임까지 입증될 필요가 없다고 말할 수 있는 것도 아니다. 왜냐하면 단체의 행위책임은 공범이 제3자(정범)의 행위에 대하여(자신의) 책임을 부담하는 형식과는 달리 직접행위자와 단체의 행위가 동일시되기 때문에 직접행위자의 책임(*Schuld*)이 입증되지 않으면 단체에게 귀속시킬 책임(*Schuld*)이 없어지기 때문에 단체는 책임(*Schuld*)이 없음에도 불구하고 형사책임을 부담하게 되는 결과가 되기 때문이다. 이것은 단체의 관리감독 책임을 종속모델에 따라 구성한 법률안 제2조 제2항에 대해서도 동일하게 적용된다. 즉 직접행위자인 종업원의 특정을 필요로 하든 아니든 간에 의사결정권자의 관

48) 법인처벌 유형들 중에서 종속모델의 문제점에 관한 상세한 것은 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 「한양법학」, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 71면 이하.

49) Gesetzesantrag S. 43 f.

리감독의무의 위반행위의 범죄성이 입증된 경우에 한하여 의사결정권자의 관리감독책임이 단체의 관리감독책임으로 간주될 수 있다. 역으로 말하면 종속모델에서는 단체의 책임이 개인(의사결정권자)의 책임으로 반드시 환원될 수 있을 때에만 가능할 수 있는 것이다.

따라서 예컨대 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제2항이 행위책임을 규정하면서 “의사결정권자의 범죄행위와 관련하여 단체는 의사결정권자가 스스로 위법하고[위법성조각사유의 부존재] 유책하게[책임조각사유의 부존재] 죄를 범한 때에 당해 의사결정권자의 범죄에 대하여 책임을 진다”고 규정함으로써 의사결정권자의 행위가 완전하게 범죄로서 성립되었을 때 의사결정권자의 행위와 동일시되는 단체의 행위도 비로소 범죄로 성립될 수 있다고 본 것은 당연한 귀결이었을 것이다. 또한 동 법률안의 모델이 된⁵⁰⁾ 독일 「질서위반법」 제30조 제1항⁵¹⁾의 형식과 관련해서는 독일 「형법」 제19조 내지 제21조에 상응하는 「질서위반법」 제12조(책임(*Verantwortlichkeit*)))에 따라 의사결정권자의 행위는 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 책임까지 입증되어야 한다고 해석되고 있다.⁵²⁾

그러나 이와 같이 단체의 형사책임을 자연인인 의사결정권자의 책임에까지 종속시키는 경우 동 규정은 기업의 의사결정권자인 기업대표나 경영자가 직접 범죄를 범할 수 있는 단순하고 명확히 입증될 수 있는 사건들에서만 의미를 가질 수 있을 뿐이다.⁵³⁾

둘째 단체의 행위책임과 관련하여 독일 「형법」 제25조 이하에 정한 정범과 공범 규정이 적용되는가의 문제가 제기된다. 즉 의사결정권자가 정범에 대하여 공범관계(공동정범, 교사 그리고 중범)가 성립되는 경우 단체도 공범으로 처벌되는가의 문제

50) Gesetzesantrag S. 43면.

51) “독일 「질서위반법」 제30조 【법인 및 사단에 대한 질서위반금】

(1) 다음 각호에 해당하는 사람이 범죄 또는 질서위반행위를 범하여 법인 또는 인적 회사에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 이를 통하여 부당한 이익을 얻거나 얻은 것이 명백한 때에는 법인 및 인적 회사(Personengesellschaft)에 대하여 질서위반금을 부과한다.

[생략].

52) 독일 「질서위반법」 제30조의 해석과 관련하여 *Bohnert OWiG Rn. 7 zu §30*.

53) 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 「한양법학」, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면.

이다. 이와 관련하여 프랑스 「형법」 제121-2조 제1항은 법인의 형사책임에도 제 121-4조 내지 121-7조에 정한 미수와 공범규정을 준용하도록 명문으로 규정하고 있다.⁵⁴⁾

그런데 문제는 행위책임이 자칫 단체의 관리감독책임을 무의미하게 만들 수 있다는 점이다. 왜냐하면 행위책임은 다양한 범죄유형에 의한다면 얼마든지 관리감독책임을 포함할 수 있기 때문이다. 즉 개인의 영역에서 종업원에 대한 상급자 또는 기업주의 관리감독책임은(업무상)과실범의 단독정범이나 과실에 의한 부진정부작위범의 단독정범의 형태에 의한 정범으로도 그리고(과실범의 공동정범을 인정하는 견해에 따르면) 이들 범죄유형의 공동정범이나 종범의 형태로도 얼마든지 구성할 수 있다는 점 그리고 이 때에도 그 책임은 상급자 또는 기업주 자신의 책임(*Schuld*)에 근거한 것이라는 점에 대해서는 학설이나 판례에서 이론이 없다.⁵⁵⁾ 따라서 기업운영에 실질적인 지배력을 가지는 의사결정권자가 형법상 중요한 관리감독의무를 위반하는 한 그것은 의사결정권자 자신의 형사책임으로 연결되고 이것은 단체책임에서는 행위책임이 된다. 따라서 단체의 관리감독책임은 의사결정권자(대표이사이든 이사회이든)에게 형법상의 책임을 추궁할 수 없는 관리감독의무의 위반행위가 문제가 되거나 혹은 단체 자체의 책임(*originäre Verantwortlichkeit*)에 근거했을 때에만 의미를 가질 수 있게 된다. 그런데 형법상 무의미한 관리감독의무의 위반행위를 근거로 단체에게 형사책임을 부담시키는 것은 결과적으로 단체에게 결과책임을 부담시키는 것이 되어 (단체)책임원칙에 반한다. 또한 단체는 의사결정권자의 행위를 중개하여 행위할 수밖에 없다면 단체 자체의 관리감독책임을 의사결정권자의 관리감독책임과 무관하게 구성할 수 없으며 동 법률안 제2조 제2항도 단체 자체가 아닌 자연인인 의사결정권자의 관리감독의무위반이 단체의 형사책임에 연결됨을 명문으로 규정하고 있다.

따라서 법률안 제2조 제2항에 규정한 단체의 관리감독의무가 의미를 가질 수 있다면 그것은 후술하는 바와 같이 개인의 영역에서 의사결정권자의 관리감독의무의

54) 프랑스의 법인처벌규정과 관련한 문제제기에 대해서는 *Zieschang ZStW* 115(2003) 117(124 f.).

55) 이에 관한 상세한 것은 김유근, “선임감독자의 ‘일반적인’ 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형 - 부진정부작위범과 업무상과실범을 중심으로 -”, 「형사법연구」, 제22권 제2호(2010 여름), 187면 이하 참조.

준수와 결과발생의 방지 간에 요구되는 엄격한 가설적 인과관계를 현저하게 완화해 줄 수 있다는 데에서 찾을 수 있을 것이다.

2. 관리감독책임

법률안 제2조 제2항은 “의사결정권자가 지휘·선임·관리·감독을 위한 기대가능한 조치, 특히 기술적, 조직적 또는 인적 조치를 취했다면 당해 범죄행위를 방지하거나 또는 당해 범죄행위의 발생을 본질적으로 곤란하게 할 수도 있었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 인하여 이러한 조치를 취하지 아니하여 단체의 업무와 관련하여 단체관련 위반행위가 발생한 때에는 단체에 대하여 단체제재를 과한다”고 규정하여 단체의 지휘·선임·관리·감독책임(이하 “관리감독책임”이라 한다)을 규정한다. 이처럼 단체의 관리감독책임을 종속모델로 구성한 입법례로는 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제3항 제2호와 독일 「질서위반법」 제130조 제1항 등을 들 수 있다.⁵⁶⁾

이 때 법률안 제안자는 단체의 관리감독책임을 단체 내의 영역에 국한하지 않고 자(子)회사에 대하여 실질적인 지배력을 행사하는 한 모(母)회사의 자회사에 대한 관리감독의무까지도 포괄하는 것으로 이해하고 있다.⁵⁷⁾ 이러한 해석을 가능하게 하는 것은 무엇보다도 의사결정권자를 그 형식을 불문하고 실질적인 지배력을 행사하는 의사결정권자로 규정하고 있는 점(제1조 제3항 d)⁵⁸⁾ 그리고 관리감독의무의 준수로 인하여 개인의 단체관련 위반행위의 발생을 현저하게 곤란하게 하는 정도의

56) 이에 대하여 폴란드 「형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률」 제5조는 1. 집단주체가 제3조 제2호 또는 제3호에 정한 자연인을 필요한 주의를 기울이지 아니하고 선임하거나 또는 충분히 감시하지 아니하거나, 2. 제3조 제1호 또는 제4호에 정한 자연인의 범죄가 집단주체 측의 불충분한 근로조직구성에 의하여 가능했거나 또는 3. 집단주체가 정상의 주의를 기울였다면 해당 범죄를 방지할 수 있었을 것이라는 사실이 인정되는 때에 단체의 형사책임을 인정함으로써 선임상의 주의 의무위반, 조직상의 책임(Organisationsverschulden) 그리고 관리·감독상의 주의의무위반을 구분하여 구체적으로 규정하고 있다.

57) Gesetzesantrag S. 47 f.

58) 의사결정권자의 범위와 관련하여 제1조 제3항 d)는 다음과 같이 규정하고 있다: “법인 또는 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적인 지배력을 행사하는 지위에서 경영을 감독하거나 또는 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다”.

가설적 인과관계만으로도 단체에게 형사책임을 부과할 수 있도록 하여 입증책임을 완화하고 있다는 데에서 찾을 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 법률안 제2조 제2항에 정한 단체의 관리감독책임은 단체가 자연인인 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위에 대하여 관리감독의무의 직접위반자로서의 책임을 부담하는 종속적인 형태를 가지고 있다. 따라서 앞서 단체의 행위책임과 관련하여 종속모델에 대하여 제기한 문제점들은 여기에서도 그대로 적용된다. 물론 법률안의 제안자들은 단체의 책임을 단체 내에서 범죄행위가 발생할 수 있도록 허용하거나 용이하게 하거나 또는 심지어 조장하도록 한 조직구조상의 흠결(*Organisationsverschulden*)에서 찾고⁵⁹⁾ 객관적·주관적 구성요건요소가 다수의 의사결정권자에게 분산된 경우에도 종합적으로 판단할 때 구성요건해당성을 인정할 수 있다고 보고 직접행위자인 종업원이 반드시 특정될 필요가 없다고 보고 있지만, 단체에게 책임을 귀속시키기 위해서는 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위는 반드시 입증되어야 한다.

이처럼 단체의 관리감독책임을 종속모델로 구성하는 경우에 나타나는 문제점들을 극복하기 위해서 단체 스스로의 독립적인 관리감독책임을 구성하고 있는 것이 바로 스위스 「형법」 제102조 제2항, 스페인 형법 제31-bis조 제1항 후단 또는 폴란드 「형사법에 대한 집단단체의 책임에 관한 법률」 제5조에 정한 독립모델(*originäres Model*)이다. 즉 동 규정은 당해 기업이 해당 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 당해 기업을 자연인의 처벌과는 상관없이 처벌하도록 함으로써 의사결정권자의 책임으로 환원되지 않는 기업의 관리감독책임을 추궁한다.

단체의 관리감독책임과 관련하여 또 다른 문제는 단체의 관리감독책임을 법률안 제2조 제2항의 방식으로 규정할 때 그 법적 성격이 무엇인가라는 문제이다. 즉 동 규정의 관리감독의무의 위반행위의 범죄유형은 결과범인가 아니면 거동범인가 그리고 침해범인가 아니면 위협범인가라는 문제가 바로 그것이다.

종래의 논의에 따르면 법인의 관리감독책임은 종업원의 범죄행위를 전제로 한다는 점에서 결과범이고, 법인은 종업원이 고의 또는 과실로 범죄행위를 발생시키는

59) Gesetzesantrag S. 27 f.

것을 방지하기 위하여 기대가능한 모든 인적·물적·조직적 조치를 취했어야 함에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 않았다는 부작위에 대한 책임을 추궁하는 것이라는 점에서 부진정부작위범이며, 관리감독의무는 부진정부작위범의 주관적 작위의무이자 객관적 주의의무라는 점에서 과실범으로 구성하는 것이 일반적이었다⁶⁰⁾(특히 스위스 「형법」 제102조 제2항).

그러나 종래의 법인의 형사책임의 구성방식과 동 규정의 규정방식은 정확히 일치하지는 않는다.

동 규정은 당해 관리감독의무의 이행으로 종업원의 범죄행위의 발생을 방지할 수 있었을 것이라는 사실이 인정되는 경우에만 부작위에 대한 책임을 추궁하는 것이 아니라 설령 관리감독의무의 이행이 종업원의 범죄행위를 현실적으로 방지할 수 없는 것이라고 하더라도 결과발생을 “본질적으로 곤란하게 했을 것”이라는 사실이 인정되는 때에는 부작위에 대한 책임을 추궁함으로써 관리감독의무의 준수와 결과발생의 방지 간의 가설적 인과관계에 대한 입증책임을 현저히 완화하고 있다.⁶¹⁾ 이러한 의미에서 동 규정은 그 실질에 있어서 부진정부작위범을 결과범 뿐만 아니라 거동범에게까지 확대하고⁶²⁾ 작위와 결과발생 간의 인과관계와 관련해서는 위험감소 이론(*Risikoverringerungslehre*)⁶³⁾을 적용한 것과 마찬가지로 결과가 되기 때문에 (예컨대 행위자의 작위에 의하여 결과발생의 위험을 감소시킬 수 있었을텐데라는 가설적 인과관계) 결과범으로 규정된 독일 「형법」 제13조의 부진정부작위범으로는 동 규정의 관리감독책임을 설명할 수 없게 된다.⁶⁴⁾ 그런데 이 때 과실로 관리감독의

60) 대표적으로 Heine, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos Verlag, 1995, S. 248 ff..

61) Gesetzesantrag S. 47.

62) 부진정부작위범을 결과범 뿐만 아니라 거동범에 대해서까지 확대하고 있는 입법례로는 스위스 「형법」 제11조 제2항을 들 수 있다.

스위스 「형법」 제11조 제2항 “의무에 반하여 행위하지 아니한 자란 다음 각호에 정한 근거에 의하여 부여된 자신의 법적 지위상 형법의 보호법익에 대한 위험이나 침해를 방지할 의무가 있음에도 불구하고 이를 방지하지 아니한 자를 말한다”.

63) 위험감소이론에 대해서는 Roxin AT §11 Rn 53 f.; Kindhäuser AT §11 Rn. 13 ff.

64) 또한 진정부작위범과 부진정부작위범의 구별과 관련하여 형식설을 취하는 경우에도 독일 「형법」 제13조는 단체형법 법률안 제2조 제2항에 적용될 여지는 없을 것이다.

무를 이행하지 아니한 경우 과실로 인하여 거동범을 범하는 범죄유형이 되어 그 실질에 있어서는 결국 추상적 위험범의 형식을 가지게 되어 종국적으로는 부작위에 의한 추상적 위험범이라는 범죄유형이 된다. 이렇게 본다면 동 규정은 추상적 위험범을 통하여 법익보호기능을 결과범에 비하여 훨씬 이전단계로 앞당김으로써 단체에게 가중된 책임을 부과시키고 있다고 볼 수 있다.

이러한 의미에서 독일의 학설의 지배적인 견해⁶⁵⁾가 동 규정의 모범이 된 독일 「질서위반법」 제130조 제1항을 진정부작위범이자 추상적 위험범으로 해석하고 있는 것도 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 그리고 오스트리아 「단체책임법」 제3조 제3항 제2호가 “의사결정권자가 특히 범죄를 방지하기 위하여 기술적, 조직구조적 또는 인적으로 본질적인 조치를 취하지 않는 등, 상황에 따라 요구되고 기대가능한 주의를 게을리함으로써 범죄의 실행을 가능하게 하거나 또는 본질적으로 용이하게 한 경우”에 단체에 대하여 관리감독책임을 부담시키고 있는 것도 동 법률안의 관리감독책임을 규정방식과 유사한 것이라고 말할 수 있다.

마지막으로 동 법률안 제안이유서는 다수의 행위자가 구성요건적 결과발생에 관여한 경우 실제로 구성요건적 결과를 발생시킨 직접행위자의 특징을 요하지 않는다고 서술하고 있는데⁶⁶⁾ 이것은 단체책임을 인정하는 중요한 이유들 중의 하나가 개인의 책임귀속상의 어려움 때문에 발생하는 가벌성의 흠결이라는 점에 착안한 것이다. 또한 동일한 이유 때문에 스페인 「형법」 제31-bis조 제2항은 구체적인 책임있는 자연인이 확인될 수 없거나 또는 이 자에 대하여 공소가 제기되지 아니한 때에도 단체는 형사책임을 부담하도록 규정하고 있다.

그런데 만약 그렇다면 직접행위자의 특정불가능성으로 인하여 범죄성립요건인 구성요건해당성이나 위법성을 심사하여야 할 대상이 없어지기 때문에 애초부터 범죄의 성립 자체를 입증할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다. 따라서 발생된 제3자에 대한 피해가 범죄에 의한 것인지 사고에 의한 것인지 아니면 자연현상에 의한 것인지를 여부를 판단할 수 없게 되어 결국 단체는 발생된 피해에 대하여 절대적인 결과책임을 부담하는 것과 동일한 결과가 발생하게 된다.

65) 이에 관한 상세한 것은 KK-Rogal Rn. 15 zu §130; Bohnert OWiG Rn. 2 zu §130.

66) Gesetzesantrag S. 46.

그런데 법인의 형사책임 인정하려는 가장 중요한 이유들 중의 하나가 기업으로부터 발생된 구성요건적 결과는 많은 경우 일 개인의 책임으로 귀속시킬 수 없거나 또는 귀속시킬 개인을 찾을 수 없는 경우가 많다는 데에 있다고 본다면, 동 법률안 제2조 제2항에 정한 단체의 관리감독책임은 애초부터 찾기 곤란한 개인을 찾아내어야 하는 과제를 해결하여야 하는 문제에 직면하게 된다.⁶⁷⁾ 즉 개인의 책임귀속상의 문제를 해소하기 위하여 도입한 관리감독책임이 역설적으로도 개인의 책임귀속상의 문제를 해결하지 않고서는 적용할 수 없게 되어 결국 개인의 책임귀속상의 문제가 법인처벌에 의하여 해결된 것이 아니라 단순히 법인처벌의 문제로 옮겨갔을 뿐이라는 점이다.⁶⁸⁾ 이러한 문제는 우리나라의 양벌규정에서 직접행위자가 특정될 필요가 없다고 보는 경우⁶⁹⁾에도 동일하게 발생하는 문제이다.⁷⁰⁾

3. 형사책임의 승계

본래 형사제재의 일신전속적인 성격 때문에 개인의 경우 형사제재의 승계라는 것은 전혀 인정될 수 없는 것에 대하여 법률안은 단체구성원의 교환가능성 및 단체의

67) 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 「한양법학」, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면.

68) 김유근, 앞의 글.

69) 법인의 선임감독상의 과실과 관련하여 “양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다”. 대법원 2006.2.24. 선고 2005도7673 판결[미간행]; 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결. 우리나라에 법인처벌을 도입하는 경우 법인의 책임을 자연인의 행위에 종속시켜서는 안된다는 견해로는 이천현, “법인의 범죄주체능력과 형사책임”, 형사법연구, 제22호(2004 겨울) 특집호, 한국형사법학회, 65면 이하, 77면; 김종덕, “기업범죄에 있어서 개인의 형사책임”, 법학연구, 제18집(2005), 한국법학회, 334면 이하. 같은 취지로는 박기석, “판례와 사례 분석을 통한 기업범죄 처벌의 개선방안”, 형사정책, 제20권 제2호(2008), 한국형사정책학회, 85면 이하. 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책, 제21권 제1호(2009.6.), 한국형사정책학회, 356면 이하.

70) 이처럼 직접행위자의 불특정성으로 인한 가벌성의 흠결을 보충하기 위하여 구상된 것이 바로 스위스 「형법」 제102조 제1항에 정한 기업의 보충적 책임(subsidiäre Verantwortlichkeit)이다. 이에 관한 상세한 것은 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 「한양법학」, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면 이하.

독립성을 근거로 하여 단체 사이에서 형사제재를 승계할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 동 법률안 제2조 제4항은 단체의 분할·합병으로 인하여 설립된 단체가 기존의 단체의 권리·의무를 승계하는 경우 승계자가 권리·의무의 이전의 시점에 피승계자의 범죄행위의 전부 또는 일부를 알고 있었거나 또는 중과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 단체제재를 승계자에게 부과할 수 있도록 하는 한편(전단), 피승계자에게 부과된 제재는 승계자에게도 미치도록 하고 있다(후단). 그러나 이 때 단체의 승계자가 해당 단체가 단체범죄를 범했다는 사실을 알고 있거나 중과실로 알지 못했다는 사실만으로 형사책임을 승계받는 것은 아니며 단체의 승계자에게 피승계자와의 경제적 동일성과 단일성이 인정되는 때에 국한된다(제1조 제4항⁷¹⁾).

이것은 단체관련 위반행위 또는 관리감독의무의 위반행위의 혐의를 받고 있거나 혹은 이미 기소된 단체가 기존의 단체를 해소하고 그 경제적 동일성과 단일성을 유지한체(제1조 제4항) 분할·합병을 통하여 설립된 단체를 구성함으로써 변칙적으로 형사책임을 회피하는 것을 방지하기 위한 조치이다.^{72), 73)}

물론 이러한 책임의 승계 내지 연대책임은 새로운 것은 아니다. 즉 예컨대 우리나라 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제55조의5는 (비록 행정벌이기는 하지만) 과징금과 관련한 연대납부의무를 규정하고 있다. 즉 동조 제1항은 과징금을 부과받은 회사인 사업자가 분할 또는 분할합병되는 경우(부과일에 분할 또는 분할합병되는 경우를 포함한다) 그 과징금은 1. 분할되는 회사, 2. 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 3. 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우의 그 다른 회사가 연대하여 납부할 책임을 진다고 규정하고 있다. 또한 과징금을 부과받은 회사인 사업자가 분할 또는 분할합병으로 인하여 해

71) 법률안 제1조 “(4) 이 법에서 승계자란 포괄승계 또는 분할(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제 123조)에 의한 부분적 포괄승계의 방식으로 다른 단체로 대체된 단체를 말한다. 다른 종류의 기업 변동 내지 특정승계라고 하더라도 양수인이 양도인의 모든 본질적인 경제적 재산을 양도받고 양도 받은 경제적 재산을 본질적으로 동일한 방식으로 사용하는 때에는 이들 기업변동과 특정승계는 포괄승계와 같은 것으로 본다”.

72) Gesetzesantrag S. 50.

73) 그 밖에 법률안은 단체가 형사책임을 회피하는 것을 방지하고 단체에 대한 형사소송절차와 형사제재의 확실성을 담보하기 위한 조치로서 일정한 요건 하에서 단체의 과거 3 사업연도의 총액 평균의 100분의 10에 해당하는 가액을 압류할 수 있도록 하고(제20조 제1항) 단체의 자의에 의한 해산을 금지한다(제20조 제3항).

산되는 경우(부과일에 해산되는 경우를 포함한다) 그 과징금은 1. 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 2. 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우의 그 다른 회사가 연대하여 납부할 책임을 진다(동조 제2항).

V. 형사제재

단체에 대한 형사제재는 크게 단체형벌(*Verbandsstrafen*)과 단체보안처분(*Verbandsmaßregeln*)으로 구분된다(제4조). 단체형벌에는 단체벌금(제6조), 형의 선고유예(제7조) 그리고 판결의 공시(제9조) 등이 있으며, 단체보안처분에는 보조금의 제한(제11조), 정부조달사업에서의 입찰자격의 제한(제10조), 그리고 단체의 해산(제12조) 등이 있으며, 그 밖에 형의 면제(제5조)와 보호관찰과 보호관찰시의 의무사항 및 준수사항(제8조)에 관한 규정들을 두고 있다.

1. 형사제재의 면제

형사제재와 관련하여 법률안 제5조는 형사제재의 면제에 관하여 정하고 있다. 즉 ①단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취하거나, ②중대한 피해가 발생하지 아니하거나 ③피해의 대부분을 회복시킨 때에는 법원은 단체제재를 면제할 수 있다(동조 제1항). 또한 ④단체가 자발적인 노력으로 단체범죄가 규명될 수 있도록 협력하고 그리고 죄의 입증을 위한 증거를 수사기관에 제공하는 데에 본질적으로 기여한 때에도 법원은 형을 면제할 수 있는데,⁷⁴⁾ 이 때에도 단체는 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분

74) 이와 관련하여 기업에 대한 사건수사에 대한 협조를 실질적으로 강제하는 입법례도 있다. 예컨대 스위스 「형법」 제102조 제1항은 기업 내에서 발생한 범죄행위의 구성요건적 결과를 특정 개인에게 귀속시킬 수 없는 경우 기업에 대하여 개인의 책임귀속을 곤란하게 한 원인을 제공한 기업조직의 흠결에 대한 책임을 물어 기업에 대하여 형사책임을 부담하도록 하고 있는데(보충적 책임(*subsidiäre Verantwortlichkeit*)), 이것은 본래 기업구조를 합리화하고 투명하게 함으로써 기업 내

한 조직적 또는 인적 조치를 취하여야 한다(제2항). 이 때 단체가 죄의 입증을 위한 증거를 공판개시명령(형사소송법 제207조) 이후에 제공한 때에는 형을 면제하지 아니한다. 그리고 단체는 요청이 있는 때에는 이 때 취하게 되는 조직적 그리고 인적 조치에 관하여 석명하여 이를 입증할 의무를 부담한다(제3항).

이에 대하여 오스트리아 「단체책임법」 제19조는 다이버전(Diversion, 형사소추의 정지)을 정하여 이미 검찰의 수사단계에서 검사가 형사소추를 정지시킬 수 있도록 하고 있는데 다이버전은 본래 오스트리아 「형사소송규칙」 제198조 내지 제209b조에 규정되어 있는 것을 단체책임법에 도입한 것이다.

2. 단체형벌

① 단체벌금은 일수벌금제에 따라 일수(日數)로 판결하도록 되어 있다(제6조 제1항). 이 때 일수정액은 단체의 과거 3 사업연도의 총액의 평균의 100분의 10을 360으로 나눈 가액으로 하되 일수정액의 하한은 100유로로 한다(동조 제4항). 이 때 부당이득환수의 의미를 가지는 과징금(Verfall)은 징벌적 성격을 갖는 벌금과 달리 병과할 수 있다. 이와 관련하여 프랑스 「형법」 제132-12조 이하는 단체범죄의 누범에 대한 가중처벌규정을 두고 있는데 동 법률안에는 이러한 누범 또는 상습범 가중처벌규정을 두지 않고, 다만 단체해산의 사유로만 고려하고 있다(제12조). 특히 기업범죄의 경우 일회성의 범죄행위보다 상습적인 불법행위가 문제가 된다는 의미에서 프랑스의 입법례는 합리적인 것이라고 생각된다.

② 형의 선고유예는 범죄의 전체적인 정황을 고려하여 형의 선고가 필요하지 않으며, 준수사항이나 의무사항으로도 장래 재범가능성이 없고 그리고 법질서의 방어를 위하여 형벌이 필요하지 않다는 사실이 인정되는 때에 내릴 수 있다. 이 때 과징금, 몰수 또는 판결공시를 병과할 수 있다. 그리고 형의 선고를 유예하는 때에는 법원은 1년 이상 3년 이하의 유예기간을 정하여(제8조 제1항) 보호관찰을 명하여야 한다(동조 제2항). 이 때 준수사항 또는 의무사항을 유죄의 선고를 받은 단체의 동

의 책임소재를 명확히 할 것을 요구하는 것이지만, 다른 한편으로 기업으로 하여금 직접행위자의 특정을 위하여 사건수사에 적극적으로 협조할 의무를 부담시키는 것과 동일한 효과를 부여한다.

의를 받아 명할 수 있다(동조 제3항). 그리고 법원은 1. 범행으로부터 발생한 피해를 회복하거나, 2. 공익시설 또는 국고에 일정 금액을 기부하거나 또는 3. 유사한 단체범죄가 장래 발생하지 않도록 하기 위한 조직적 또는 인적 조치를 취하고 법원 또는 법원이 정한 감정인에게 정기적으로 이 조치에 관하여 보고하도록 명할 수 있다(동조 제3항).

③ 판결공시는 다중의 피해자가 발생한 때에 선고할 수 있다. 법인이나 기업의 입장에서 본다면 판결공시는 자신의 이미지를 실추시키는 효과가 있다는 점에서 벌금형보다 형벌감수성이 보다 강한 것이라고 볼 수 있다.

3. 단체보안처분

단체보안처분은 단체의 행위책임(제2조 제1항)이 문제될 때, 즉 단체의 의사결정권자가 직접행위자로서 단체관련 위반행위를 범한 때에 내려진다.

① 단체의 의사결정권자가 조달, 건설 또는 서비스제공의 의무이행과 관련된 의무를 위반함으로써 단체관련 위반행위를 범하고 이로 인하여 단체가 180일수 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 법원은 단체가 응시자 또는 입찰자로서 경쟁제한(방지)법(GWB) 제98조 제1호 내지 제3호, 제5호 및 제6호에 정한 공공사업의 조달, 건설 또는 서비스제공에서의 입찰에 참여하는 것을 1년 이상의 기간을 정하여 전부 또는 일부 제한할 수 있다(제10조).

② 의사결정권자의 고의에 의한 단체관련 위반행위로 인하여 단체가 180일수 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 정부보조금의 전부 또는 일부의 지급을 제한할 수 있다. 다만 이미 청구권이 발생한 정부보조금에 대해서는 그러하지 아니한다(제11조).

③ 단체의 의사결정권자가 단체관련 위반행위를 상습적으로 범하고 단체의 범행의 정황과 조직을 종합적으로 판단할 때 단체가 존속하는 한 그 의사결정권자가 계속적으로 심각한 동종의 위반행위를 범할 위험이 있다고 인정되는 때에는 법원은 민법이 허용하는 범위 내에서 단체의 해산을 명할 수 있다(제12조).

VI. 형사소송절차

단체에 대한 형사소송절차는 원칙적으로 개인에 대한 형사소송절차를 정한 독일 「형사소송규칙(*Strafprozessordnung*)」과 「법원조직법(*Gerichtsverfassungsgesetz*)」을 단체범죄라는 특성을 감안하여 준용하도록 하고 있으며, 그렇기 때문에 자연인에게만 적용될 수 있는 규정들은 단체에 대한 형사소송절차에는 적용되지 않는다(제13조 제1항).⁷⁵⁾

이하에서는 단체에 대한 형사소송절차와 관련하여 주요내용만을 언급하도록 한다.

첫째 법률에서 달리 정하지 아니하는 경우 검사는 개인범죄의 경우와 마찬가지로(독일 「형사소송규칙」 제152조) 반드시 단체범죄를 기소하여야 하고(기소법정주의, 제14조 제1항) 이 때 단체관련 위반행위를 범한 직접행위자와 의사결정권자(행위책임의 경우) 그리고 관리감독의무를 위반한 의사결정권자도 공동피고인으로 기소된다.⁷⁶⁾ 단체에 대한 형사소송절차에서 기소법정주의를 취하고 있다는 점에서는 스위스와 오스트리아의 경우⁷⁷⁾와 크게 다르지 않으나, 미국이 기업의 기소와 관련하여 매우 상세한 매뉴얼⁷⁸⁾을 마련하고 있는 것과는 차이가 있다.

이와 관련하여 우리나라 양벌규정과 관련해서는 특별히 정한 바가 없다. 즉 양벌규정은 업무주의 관리감독책임과 관련하여 종업원의 행정법규 위반행위에 대한 관리감독책임을 개인인 업무주 “또는” 법인인 업무주에게 부담시킬 수 있도록 함으로써 어떤 요건 하에서 법인을 기소할 것인가에 대한 기준이 명확하지 않아 개인인 업무주를 기소할 것인지 아니면 법인을 기소할 것인지의 여부 자체가 전적으로 검

75) 동 규정은 오스트리아 「단체책임법」 제14조 제1항 및 제2항을 그대로 받아들인 것이다. Gesetzesantrag S. 65.

76) 중국의 경우에도 단체와 직접행위자는 동시에 처벌된다고 한다(양벌제도). 까오민셴 주판·한상돈 역, 「중국 형법총론 연구」, 한국형사정책연구원, 2009, 338면.

77) 오스트리아 「단체책임법」 제13조(형사소송절차의 개시) 및 제18조(기소재량) 참조.

78) *U.S. Attorneys' Manual (USAM) §§9-27.000 및 §§9-28.000* (http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9; 검색일: 2014년 6월 23일). 이에 관한 상세한 것은 *Doyle, Charles, Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, Oct. 30, 2013, pp.8 참조.

사의 기소재량에 맡겨져 있다. 더욱이 문제는 개인의 기소와 법인의 기소가 양자택 일적이고 배타적인 것인지 아니면 양자를 모두 기소할 수 있는 것인지의 여부 조차 명확하지 않다. 만약 선택적인 것이라면 하나의 범죄행위에 대하여 형벌을 부과받을 자가 특정되어 있지 않아 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다. 즉 범죄구성요건에서 형벌의 부과대상은 행위시에 이미 특정되어 있어야 하는 것이지 사후에 선택적으로 정할 수 있는 것이어서는 안된다. 그렇다고 하여 개인인 업무주를 기소할 때 법인을 공동피고인으로 공소장에 기재하여 개인인 업무주의 관리감독 위반행위에 대한 입증이 자동으로 법인에 대한 양벌규정의 적용으로 귀결되는 것은 (특히 관리감독책임의 경우) 애초에 개인의 책임과는 구별되는 법인의 독자적인 관리감독책임을 인정하는 양벌규정의 취지(개인의 책임과 법인의 책임(*Criminal Compliance*의 위반)과의 구별)와도 조화되지 않을 뿐만 아니라 법인에 대해서는 대리인을 선임하도록 하고 있지도 않기 때문에 개인인 업무주는 자신의 면책을 위하여 법인에게 불리한 진술을 할 우려가 있는 것은 물론이다(이익충돌의 문제). 더욱이 양벌규정의 적용에서 직접행위자가 특정될 필요가 없다고 보거나 법인인 업무주만을 양벌규정에 의하여 기소하는 경우에는 심각한 문제를 야기한다. 즉 법인을 위하여 누구를 피고인석에 앉힐 것인가의 문제 뿐만 아니라 기업에 대한 형사소송절차에서 기업의 대표이사를 진술거부권이 없는 증인으로 채택할 수 있는가의 문제가 제기되는데, 만약 이를 긍정하게 되면 법인은 형사소송법상의 진술거부권과 자기부죄거부의 특권(*Nemo tenetur se ipsum accusare*)을 침해받게 된다.

둘째 단체의 행위책임과 관리감독책임을 추궁하게 되는 단체범죄(*Verbandsstraftaten*)에 대한 형사소송절차는 단체의 형사책임(행위책임과 관리감독책임)을 촉발시키는 기초가 되는 개인의 단체관련 위반행위(*verbandsbezogene Zuwiderhandlungen*)를 기준으로 정해진다. 이것은 단체범죄와 개인범죄인 단체관련 위반행위가 그 책임의 소재와 근거에서 서로 상이하기는 하지만⁷⁹⁾ 그럼에도 불구하고 서로 분리해서 다룰 경우 단체와 개인에 대한 형사소송절차를 중복해서 진행하여야 하는 문제점이나 단

79) 단체범죄의 경우 단체 자체의 책임인 조직상의 하자(*Organisationsverschulden, Organisationsmangel*) 인데 대하여 개인범죄인 단체관련 위반행위의 경우 개인의 책임이라는 점에서 책임의 소재와 그 근거가 상이하다는 것은 법인의 형사책임을 인정하는 가장 중요한 근거들 중의 하나로 주장되는 것이다.

체범죄의 규명을 위해서는 개인의 단체관련 위반행위의 규명이 전제되어야 한다는 등의 이유에서 오는 것으로 보인다. 예컨대 피해자의 소송참가와 관련하여 단체범죄의 법익은 개인의 단체관련 위반행위에 의하여 결정되기 때문에 예컨대 개인의 단체관련 위반행위로 인하여 개인적 법익을 침해받은 사람은 「형사소송규칙」 제 374조 및 제376조에 따라 검사에게 고소할 필요없이 사인기소(*Privatklage*)를 통하여 단체를 단체범죄로 기소할 수 있고 동법 제395조에 따라 단체에 대한 형사소송 절차에 보조기소인(*Nebenkläger*)으로서 소송에 참가할 수 있도록 한 것은 이러한 고려가 반영된 것이라고 볼 수 있다.⁸⁰⁾

셋째 단체는 개인이 아니기 때문에 단체 자체가 피고인석에 앉을 수 없으며, 따라서 단체를 위한 대리인을 선임하도록 하고 있는데 단체에 대하여 포괄적인(많은 경우 민사상의)⁸¹⁾ 대리권을 가지고 있는 자(단체의 의사결정권자, 대표이사 등)가 대리인이 되며(제17조 제1항), 대리인은 단체를 위하여 형사소송법상의 피고인의 권리를 향유한다(제18조).

그런데 이 때 단체의 대리인이 단체관련 위반행위의 혐의를 받고 있거나 법률안 제2조 제2항에 의하여 관리감독 의무위반의 혐의를 받고 있는 경우 단체를 대리할 수 없고(제17조 제1항 제2문) 다른 대리인을 선임하거나 법정대리인을 선임받아야 한다(제19조). 이것은 오스트리아 「단체책임법」 제16조 제2항을 그 모델로 한 것으로서⁸²⁾ 스위스 「형사소송규칙」 제112조 제3항도 동일한 규정을 두고 있다. 이것은 무엇보다도 공동피고인인 대리인과 단체 간의 이익충돌을 회피하기 위한 조치이다. 즉 대리인이 단체관련 위반행위나 또는 관리감독의무의 위반행위로 인하여 기소된 경우 단체에 대한 형사소송절차에서 공동피고인이 되기 때문에(제18조 제1항), 단체의 대리인이 동시에 단체에 대한 형사소송절차에서의 공동피고인이 되는 경우 단체에 대한 형사소송절차에서의 대리인의 증인적격의 문제가 발생하고 그리고 대리인이 자신의 면책을 위하여 단체에 대하여 불리한 진술을 할 수 있기 때문이다.⁸³⁾

80) Gesetzesantrag S. 65 f.

81) 스위스 「형사소송법」 제112조 제1항도 기업에 대하여 민사법상의 법률행위의 전권을 위임받은 자가 대리인이 되는 것으로 정하고 있다. 그 밖에 프랑스 「형사소송법」 제706-43조 제1항 참조.

82) Gesetzesantrag S. 72.

83) Gesetzesantrag S. 72; 스위스의 경우 BSK StPO-Engler N 52 zu Art. 112.

넷째 단체에게 피고인의 모든 권리가 인정되는가와 관련하여 특히 자기부죄거부의 특권(*nemo tenetur se ipsum accusare*)을 인정할 것인가에 대하여 많은 논란이 있었으나 법률안 제18조 제1항은 단체는 자연인을 매개하여 행위한다는 점에 착안하여 “단체범죄로 인한 단체에 대한 형사소송절차에서는 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인도 피고인으로서 신문을 받는다”고 규정함으로써 간접적으로 단체에게 피고인의 모든 권리를 인정하고 있다.⁸⁴⁾ 법률안 제안 이유서는 공정한 재판을 받을 권리를 규정한 유럽인권선언 제6조 제1항은 일정한 경우 법인에게도 보장되어야 한다는 유럽인권재판소의 결정⁸⁵⁾과 학설의 견해에 따라 단체에게 자기부죄거부의 특권을 단체에게 부여하는 것이 필요하다는 점을 밝히고 있다.⁸⁶⁾

이와 관련하여 스위스의 경우 2011년 1월 1일 통일 「형사소송규칙」이 시행되기 전까지의 스위스 (구)「형법」 제102a조 제2항은 “형사소송절차에서 기업을 대리하는 자는 피고인과 동등한 권리와 의무를 가진다. 제1항에 정한 자들 중 다른 사람들 [기업에 대하여 민사상 전권위임을 받은 자들 중에서 형사소송절차에서 기업의 대리인이 되지 아니한 자들]은 기업에 대한 형사소송절차에서 증언할 의무를 부담하지 아니한다”고 규정함으로써 명문으로 자기부죄거부의 특권을 포함한 피고인의 권리를 단체에게 인정하고 있었으나⁸⁷⁾ 이 규정은 「형사소송규칙」에는 포함되지 않았다. 그것은 「형사소송규칙」 입법자들은 이러한 명문의 규정이 없더라도 단체에게 형사소송법상의 피고인의 권리를 인정하는 것은 당연한 것이라고 생각했기 때문이다.⁸⁸⁾

이에 대하여 미국의 경우 단체에 대해서는 수정헌법 제1조(표현의 자유), 제4조(위법한 압수·수색의 금지), 제5조(적정절차와 일사부재리의 원칙), 제6조(변호인의 도움을 받을 권리, 배심재판을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 자신에게 불리한 증인과 대면할 권리, 자신에게 유리한 증인을 확보하기 위하여 강제수단을 동원할 권리 등) 그리고 제8조(잔인하고 비통상적인 처벌의 금지(과도한 벌금))에 정한

84) Gesetzesantrag S. 75.

85) EuGH, Rechtssache 374/87, Slg, 1989, S. 3343.

86) Gesetzesantrag S. 73 f.

87) BSK StGB-Niggli/Fiolka N 80 ff. zu Art. 102a.

88) Botschaft 2005c, 1168. 이에 관한 상세한 것은 BSK StGB-Niggli/Fiolka N 83. zu Art. 102a.

권리들이 인정되지만, 수정헌법 제5조와 관련해서는 적정절차(*due process*)와 일사부재리의 원칙(*double jeopardy*)을 제외하고 대배심을 받을 권리(*Grand jury indictment*)와 자기부죄거부의 특권은 인정되지 않는 것으로 해석되고 있다.⁸⁹⁾

다섯째 자연인인 직접행위자 또는 관리감독자가 법률상의 이유로 인하여 형사소추되지 아니한 때에도 단체에 대한 형사소송절차는 진행시킬 수 있도록 함으로써 한편으로는 개인에 대한 형사소송절차와 분리되며, 다른 한편으로 다만 고소, 권한위임 그리고 처벌요구가 없이는 논할 수 없는 죄의 경우에는 이들 권리를 개인의 형사소송절차와 분리하여 단체에 대하여 행사할 수 없도록 함으로써 단체에 대한 형사소송절차를 개인에 대한 형사소송절차에 종속시키고 있다(제3조 제3항).⁹⁰⁾

독일 「질서위반법」 제30조 제4항은 원칙적으로 개인에 대하여 형사소송절차가 진행되지 아니하는 경우에도 개인에 대한 형사소송절차 또는 질서위반소송절차와 분리하여 법인에 대하여 단독으로 질서위반금을 부과할 수 있도록 규정하면서도(제1문 및 제2문),⁹¹⁾ 개인을 “법률상의 이유”로 소추할 수 없는 때에는 법인에 대하여 단독으로 질서위반금을 부과할 수 없도록 규정하고 있는데(제3문), 법률안 제3조 제3항은 이 예외를 회피하기 위한 규정이다.⁹²⁾ 따라서 단체에 대한 형사소송절차는 개인의 형사소추에서의 법률상의 이유로 인하여 정지되지 않으며 그 유일한 예외로서 고소, 권한위임 그리고 처벌요구의 행사만이 인정된다.

그런데 이 규정에서 특기할 만한 것은 우리나라(「형사소송법」 제233조)⁹³⁾나 스위스(「형법」 제32조 및 제33조 제3항)⁹⁴⁾와 같이 고소의 불가분성에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은 독일의 경우 고소의 주관적·객관적 불가분성은 부인되고 있는

89) 이에 관한 상세한 것은 *Doyle, Charles, Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, Oct. 30. 2013, pp. 15.

90) Gesetzesantrag S. 52 f.

91) 이에 관한 상세한 것은 KK-Rogal Rn 141 f. zu §30; Bohnert OWiG Rn. 49 zu §30.

92) Gesetzesantrag S. 52 f.

93) 양벌규정과 관련하여 대법원 1996.3.12. 선고 94도2423 판결. 고발(특히 전속고발)과 관련하여 판례는 주관적·객관적 불가분성을 인정하지 않는다(대법원 2004.9.24. 선고 2004도4066 판결). 이와 관련하여 이상돈, 「형법강의」, 113면은 양벌규정은 법인 종업원의 선임감독상의 과실을 처벌하는 데 그 본질이 있으므로 종업원의 범죄행위와 법인의 범죄행위는 별개의 범죄주체에 의해 별개의 범죄행위가 되며, 고소도 별개로 이루어져야 한다고 비판한다.

94) 이에 관해서는 BSK StGB-Riedo N 22 ff. zu §32.

데 대하여,⁹⁵⁾ 동 법률안은 단체에 대한 형사소송절차에서 이를 인정하고 있다는 점이다. 이것은 단체에 대한 형사소송절차는 개인의 형사소송절차에 어느 정도 종속적일 수밖에 없다는 점을 나타낸 것이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 예컨대 일본 「형사소송법」 제238조⁹⁶⁾가 고소의 (주관적) 불가분성에 대하여 규정하면서도 특히 각 법률의 양벌규정에 고소의 불가분성을 명문으로 규정하고 있는 것도 이러한 고려에 근거한 것이라고 볼 수 있다.⁹⁷⁾

이러한 점에서 우리나라의 경우 고소와는 달리 예컨대 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제71조, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제32조 또는 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」 제42조 등의 고발의무자의 전속고발권⁹⁸⁾의 불가분성이 인정되지 않고 있는 것을 입법적으로 해결하는 것도 고려할 만한 것이라고 생각한다.

여섯째 개인의 경우 재판의 확실성을 담보하기 위하여 인신구속 상태에서 재판을 받도록 하는 것과 마찬가지로 법률안 제20조는 단체가 형사소송절차를 회피하지 못하도록 형사소송절차의 확실성을 담보하기 위한 조치를 강구하고 있다.⁹⁹⁾ 즉 단체에게 단체범죄에 대한 고도의 혐의가 인정되고 그 정황상 단체의 의사결정권자가 단체의 재산을 처분하려고 하거나 또는 단체에 대하여 형사소송절차가 진행되는 것을 회피할 목적으로 단체를 해산하려고 한다는 고도의 혐의가 인정되는 때에는, 단체의 최근 3 사업연도에 취득한 총 매출의 평균의 100분의 10까지의 재산에 대하여 압류를 명하거나(제1항), 해산등록을 금지하도록 명할 수 있도록 하고 있다(제3항).

95) Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben Rn 42 ff. zu §77.

96) 이에 관해서는 白鳥祐司, 『刑事訴訟法 第7版』, 日本評論者, 2012, 96頁以下.

97) 예컨대 일본 「특허법」 제201조 제2항 “전항의 경우 당해 행위자에 대한 전조 제2항의 고소는 그 법인 또는 개인[업무주]에 대해서도 효력을 가지며, 법인 또는 개인에 대한 고소는 당해 행위자에 대해서도 효력을 갖는다”.

98) 물론 전속고발권의 문제점과 관련하여 2013년 7월 16일의 개정으로 고발의무가 신설되고 고발권자의 범위가 확대되기는 했다. 예컨대 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제71조 제4항과 제5항. ④ 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 과급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다. ⑤ 제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.

99) Gesetzesantrag S. 80 ff.

VII. 결론

이상에서는 독일 단체형법 제정법률안을 검토하였다.

동 법률안이 장래 우리나라에서 법인의 형사책임을 도입하는 하나의 모델로 기능할 수 있는가에 대해서는 긍정적인 측면과 부정적인 측면이 있음을 알 수 있다.

긍정적인 측면으로서는 동 법률안은 대륙법계 형법에서도 법인의 일반적인 형사책임을 도입하기 위한 하나의 방식을 제시하였다는 점 그리고 전통적인 형법이론과 조화시킬 수 있는 가능성을 제시하였다는 점이다.

다른 한편으로 부정적인 측면으로는 동 법률안은 형법이론으로부터 도출된 이론적 귀결이라기 보다는 오히려 경제범죄 분야에서 죄를 범한 기업에 대한 당벌성의 요구와 형사정책적 결단에 근거한 것이기 때문에 그런 만큼 전통적인 형법이론과의 충돌은 회피하기 어려우며 이상에서도 단체의 대상범죄의 규정, 책임귀속방식, 형사제재 그리고 형사소송절차에서 많은 문제점들이 지적되었다는 점이다. 물론 단체의 일반적 형사책임을 도입할 것인가의 여부는 많은 경우 정책입안자의 형사정책적 고려에 크게 좌우되는 것이 사실이지만, 문제는 형사법이론과의 괴리를 좁히지 못하는 한 그 실제적인 적용과정에서 많은 해석상의 문제들이 노출될 것으로 예상된다는 점이다. 따라서 법인의 일반적 형사책임을 보다 정치한 이론구성에 기반을 두지 않는 한 형법체계와의 조화를 달성하기는 어려울 것이다.

VIII. 참고자료

본 참고자료는 본 원고의 이해를 돕기 위하여 독일 「단체형법」 법률안과 「질서위반법」 제30조와 제130조를 번역한 것이다.

1. 「단체형법 (Verbandsstrafgesetzbuch)」

단체형법 (Verbandsstrafgesetzbuch, VerbStrG)

제 I 편 단체범죄(Verbandsstraftaten)

제1조 【인적 및 물적 적용범위】

- (1) 이 법에서 단체(Verband)란 사법상 또는 공법상 법인, 권리능력없는 사단 및 재단(nicht rechtsfähiger Verein) 또는 권리능력있는 인적 회사(rechtsfähige Personengesellschaft)를 말한다.
- (2) 이 법에서 위반행위(Zuwiderhandlung)란 형법에 반하는 행위로서 국가권력 작용의 행사와 관련되지 아니하는 위반행위를 말한다. 위반행위를 범하여 단체에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 위반행위를 통하여 부당한 이익을 얻었거나 그러한 이익을 얻기로 예정되어 있던 때에는 당해 위반행위는 단체관련성(verbandsbezogen)이 있는 것으로 본다.
- (3) 이 법에서 의사결정권자(Entscheidungsträger)란 다음 각 호에 해당하는 사람을 말한다.
 - a) 법인의 경우 대표권을 가지는 기관 또는 기관의 구성원
 - b) 권리능력없는 사단 및 재단의 경우 이사 또는 이사진의 구성원
 - c) 권리능력있는 인적 회사의 경우 대표권을 가지는 사원
 - d) 법인 또는 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적인 지배력을 행사하는 지위에서 경영을 감독하거나 또는 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다.

- (4) 이 법에서 승계자란 포괄승계 또는 분할(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제 123조)에 의한 부분적 포괄승계의 방식으로 다른 단체로 대체된 단체를 말한다. 다른 종류의 기업변동 내지 특정승계라고 하더라도 양수인이 양도인의 모든 본질적인 경제적 재산을 양도받고 양도받은 경제적 재산을 본질적으로 동일한 방식으로 사용하는 때에는 이들 기업변동과 특정승계는 포괄승계와 같은 것으로 본다.

제2조 【단체범죄(Verbandsstraftaten)】

- (1) 의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위(verbandsbezogene Zuwiderhandlung)를 범한 때에는 단체에 대하여 단체제재(Verbandssanktion)를 과한다.
- (2) 의사결정권자가 지휘·관리·감독을 위한 기대가능한 조치, 특히 기술적, 조직적 또는 인적 조치를 취했다면 당해 범죄행위를 방지하거나 또는 당해 범죄행위의 발생을 본질적으로 곤란하게 할 수도 있었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 인하여 이러한 조치를 취하지 아니하여 단체의 업무와 관련하여 단체관련 위반행위가 발생한 때에는 단체에 대하여 단체제재를 과한다.
- (3) 제2항의 경우 범죄행위가 외국에서 범해진 때에는 당해 범죄행위가 그 소재지가 이 법의 적용범위에 있는 단체와 관련있는 경우에 한하여 단체제재를 과한다. 이 때 형법 제3조 내지 제7조의 적용에는 영향을 미치지 아니한다.
- (4) 승계자가 권리이전의 시점에 범죄행위의 전부 또는 일부를 알고 있었거나 또는 중과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 단체제재를 승계자에게 과한다. 피승계자에게 부과된 제재는 승계자에게도 미친다.

제3조 【일반규정】

- (1) 형법총칙은, 그 규정이 자연인에만 적용될 수 있는 규정이 아니하는 한 그리고 이 법이 달리 정하지 아니하는 한, 제2조 제1항 및 제2항(단체범죄)에 정한 죄에 적용한다.
- (2) 단체범죄의 공소시효는 단체가 범한 죄의 법정형에 따른 공소시효에 따르되,

해당 법정형은 형법총칙에 따른 형의 가중 또는 감경규정이나 특히 중한 또는 경한 경우¹⁰⁰⁾에 적용되는 형의 가중 또는 감경규정을 고려하지 아니한다. 시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다. 범죄행위의 구성요건에 속하는 결과가 사후에 발생한 때에는 시효는 이 시점으로부터 진행한다. 단체에 대하여 형법 제78c조 제1항에 정한 행위가 있는 때에는 공소시효는 정지된다.

- (3) 단체관련 위반행위가 고소, 권한위임 또는 처벌요구가 있어야 공소를 제기할 수 있는 죄인 때에는 이러한 권리들은 분리하여 행사할 수 없다.

제4조 【단체제재】

- (1) 단체형벌(Verbandsstrafen)의 종류는 다음과 같다.

1. 단체벌금(Verbandsgeldstrafe)
2. 형의 선고유예(Verbandsverwahrung mit Strafvorbehalt)¹⁰¹⁾
3. 판결공시

- (2) 단체보안처분(Verbandsmaßregeln)의 종류는 다음과 같다.

1. 보조금 지급의 제한
2. 공공사업에의 입찰참여의 제한
3. 단체의 해산

제5조 【제재의 면제】

- (1) 단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취하거나, 또는 중대한 피해가 발생하지 아니하거나 피해의 대부분을 회복시킨 때에는 법원은 단체제재를 면제할 수 있다.
- (2) 단체가 자발적인 공개를 통하여 단체범죄가 규명될 수 있도록 하고 그리고 죄의 입증을 위한 증거를 수사기관에 제공하는데 본질적으로 기여한 때에는,

100) besonders schwere oder minder schwere Fälle.

101) “Verbandsverwahrung mit Strafvorbehalt”는 “형의 선고유예부 단체에 대한 경고”로 직역할 수 있으나 독일 형법 제59조 이하에 정한 “Verwahrung mit Strafvorbehalt”를 형의 선고유예로 번역되고 있기 때문에(법무부, 독일형법, 2008.5., 43면 이하) 여기에서도 “형의 선고유예”로 번역하기로 한다.

단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취한 경우에 법원은 형을 면제할 수 있다.

- (3) 단체는 요청이 있는 때에는 제1항과 제2항의 조직적 그리고 인적 조치에 관하여 설명하여 이를 신뢰할 수 있도록 하여야 한다.
- (4) 제2항의 경우 단체가 죄의 증명을 위한 증거를 공개개시명령(형사소송법 제 207조) 이후에 제공한 때에는 형을 면제하지 아니한다.

제6조 【단체벌금】

- (1) 단체벌금은 일일벌금 일수(Tagessätze)로 산정하여 선고한다. 단체벌금의 하한은 5일수로 하고 법률에 달리 정하지 아니하는 때에는 그 상한은 360일수로 한다.
- (2) 판결에서 일일벌금 일수와 일수정액을 선고한다.
- (3) 양형에서 법원은 단체에 대하여 긍정적이거나 부정적인 정황들을 상호 양정한다. 이 때 예컨대 단체관련 위반행위의 경중과 영향, 단체의 조직상의 하자(Organisationsmangel)의 종류, 경중 그리고 조직상의 하자가 지속된 기간, 유사한 범죄의 방지를 위하여 단체가 취한 모든 조치들, 재범가능성 그리고 범행 후의 정황, 특히 피해회복을 위한 노력 등을 고려한다.
- (4) 일일벌금의 일수정액은 단체의 수입에 따라 정하되 그 밖의 경제능력을 고려한다. 일일벌금의 일수정액은 연 수입을 360으로 나눈 가액을 기준으로 정하되 일수정액의 하한은 100 Euro¹⁰²⁾로 한다. 단체형벌은 기업 또는 그룹의 총 매출의 평균의 100분의 10을 초과하지 못한다.
- (5) 수입과 총 매출은 추산될 수 있다. 조사의 대상이 되는 것은 판결확정 직전 최근 3 사업연도의 국내외의 매출이 되며 이 때 경제적 동일성(단일체)로 인정될 수 있는 한 모든 자연인과 법인의 매출을 포함한다.
- (6) 단체벌금을 승계자에게 부과하는 때에는 권리이전 시점에서의 피승계자의 경제능력에 따라 정한다.

102) 2014년 5월 30일 현재 100유로는 138,943원이다.

제7조 【형의 선고유예】

- (1) 법원은 다음 각호의 요건을 모두 충족하는 경우에 유죄를 선고하고 벌금을 정한 후 형의 선고를 유예할 수 있다.
 1. 범행을 종합적으로 판단하면서 단체의 의무위반의 종류와 규모 그리고 의사 결정권자의 신뢰성을 고려할 때 벌금형의 선고가 필요하지 아니하는 경우
 2. 의무사항 또는 준수사항의 선고만으로도 장래의 단체범죄를 예방할 수 있다고 기대할 수 있는 경우
 3. 법질서의 방위를 위하여 형의 선고가 요구되지 아니하는 경우
- (2) 선고유예와 함께 과징금, 몰수 또는 폐기를 명할 수 있다. 판결공시를 명할 수 있다.

제8조 【보호관찰기간, 의무사항 그리고 준수사항】

- (1) 법원은 보호관찰기간을 정한다. 보호관찰기간은 1년 이상 3년 이하로 한다.
- (2) 법원은 형의 선고를 유예받은 단체에 대하여 다음 각호의 사항을 명할 수 있다.
 1. 범행으로부터 발생한 피해의 회복
 2. 공익시설 또는 국고에 일정 금액의 납부
 3. 유사한 단체범죄가 장래 발생하지 않도록 하기 위한 조직적 또는 인적 조치를 취하고 법원 또는 법원이 정한 감정인에게 정기적으로 이 조치에 관한 보고를 할 것
- (3) 제2항 제3호에 정한 준수사항은 유죄판결을 받은 단체의 동의를 얻어 명할 수 있다. 이 때 형법 제59b조와 제59c조를 준용한다.

제9조 【판결공시】

- (1) 단체범죄로 인하여 다수의 사람들이 피해를 입은 때에는 법원은 판결의 공시를 명할 수 있다.
- (2) 공시의 종류는 판결에 명시하여야 한다.

제10조 【공공사업에의 입찰참여의 제한】

- (1) 단체가 이 법 제2조 제1항에 정한 죄를 범하여 180일수 이상의 벌금형의 선

고를 받은 때에는, 그 죄가 조달, 건설 또는 서비스제공의 의무이행과 관련된 의무위반에 의하여 범해진 경우, 법원은 단체가 응시자 또는 입찰자로서 경쟁 제한(방지)법(GWB)¹⁰³⁾ 제98조 제1호 내지 제3호, 제5호 및 제6호에 정한 공기업의 조달, 건설 또는 서비스제공에서의 입찰에 참여하는 것을 전부 또는 일부 제한할 수 있다.

- (2) 공공사업에의 입찰참여의 제한기간은 1년 이상으로 한다. 제한기간의 상한에 대해서는 중앙기록원과 교정기록원에 관한 법률(BZRG)¹⁰⁴⁾ 제46조를 준용한다.

제11조 【보조금 지급의 제한】

- (1) 단체가 고의의 위반행위에 의하여 이 법 제2조 제1항의 죄를 범하여 180일수 이상의 벌금형을 선고받는 때에는, 법원은 형법 제264조에서 정한 보조금의 지급을 전부 또는 일부 제한하도록 함께 선고할 수 있다. 다만, 신청한 보조금에 대한 청구권이 이미 존재하는 때에는 그러하지 아니한다.
- (2) 보조금 지급의 제한기간은 1년 이상으로 한다. 제한기간의 상한에 대해서는 중앙기록원과 교정기록원에 관한 법률(BZRG) 제46조를 준용한다.

제12조 【단체의 해산】

이 법 제2조 제1항의 죄를 상습적으로 범하고 단체의 범행의 정황과 조직을 종합적으로 판단할 때 단체가 존속하는 한 그 의사결정권자가 계속적으로 심각한 동종의 위반행위를 범할 위험이 있다고 인정되는 때에는 법원은 민법이 허용하는 한 단체의 해산을 명할 수 있다.

제 II 편 단체에 대한 형사소송절차

제13조 【기본원칙】

- (1) 이 법에서의 단체에 대한 형사소송절차에 대해서는 형사소송절차에 관한 일

103) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

104) Gesetz über das Zentralregister und Erziehungsregister (BZRG).

반법률들, 예컨대 형사소송규칙(StPO)¹⁰⁵⁾과 법원조직법(GVG)¹⁰⁶⁾의 규정을 준용한다. 다만, 해당 규정이 자연인에게만 적용되는 것이거나 또는 이 법에서 달리 정한 때에는 그러하지 아니한다.

- (2) 형사소송절차에 대한 피해자의 참여에 대해서는 단체관련 위반행위라는 점을 고려하여 형사소송규칙 제5편의 규정을 준용한다.
- (3) 형사소송규칙에 따른 수사처분이 특정한 범죄행위에 대한 혐의가 있는 경우에만 허용되는 경우, 동 처분 또는 다른 법률에 따른 처분에 의하여 획득된 개인관련 정보는 형사소송규칙에 따라 내려진 동 처분이 특정범죄와 관련있는 단체관련 위반행위의 규명을 위하여 내려진 것이었거나 또는 해당 처분이 단체관련 위반행위의 규명을 위하여 신청되었을 때에도 그와 같은 처분이 허용되었을 것이라고 인정되는 때에는, 당사자의 동의없이도 증거목적으로 사용할 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제100i조 제2항 제2문과 제108조 제2항 및 제3항을 준용한다.

제14조 【기소법정주의】

- (1) 단체범죄에 대한 공소는 검사가 제기한다.
- (2) 법률에 달리 정하지 아니하는 때에는 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 한 형사소추가능한 모든 단체범죄에 대하여 공소를 제기하여야 하는 의무를 진다.
- (3) 위반행위가 이 법의 장소적 적용범위 밖에서 범하여지고 그리고 외국에서 동죄로 인하여 형의 확정판결을 받았거나 또는 받을 예정이고 그리고 동 형벌이 단체에 대한 징벌로서 충분하고 법질서의 방위를 위하여 충분하다고 인정되는 때에는, 검사는 형사소추하지 아니할 수 있다. 공소가 이미 제기된 때에는 법원은 검찰의 신청에 의하여 형사소송의 모든 단계에서 소송절차를 잠정적으로 정지시킬 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제154조 제3항 내지 제5항을 준용한다.

105) Strafprozeßordnung (StPO).

106) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

제15조 【법원의 관할권】

- (1) 단체의 사무소 또는 지점이 있는 구역을 관할하는 법원에 토지관할이 있다.
- (2) 단체의 업무와 관련하여 정범 또는 공범으로서 단체관련 위반행위를 범한 자연인인 피고인의 죄와 단체범죄는 형사소송규칙 제3조에 정한 관련성이 있는 것으로 본다.
- (3) 단체보안처분의 선고가 예상되거나 또는 검사가 법원조직법 제24조 제1항 제3호에 따라 주법원(Landgericht)에 소를 제기한 때에는 주법원 형사부가 제1심 법원이 된다. 이 때 단체관련 위반행위라는 점을 고려하여 법원조직법 제74조 제2항, 제74a조, 제74b조 그리고 제74c조를 준용한다.
- (4) 단체관련 위반행위가 주 고등법원(Oberlandesgericht)의 관할에 속하는 때에는 주 고등법원이 법원조직법 제120조에 따라 제1심 법원으로서 공판과 판결을 관할한다.

제16조 【법관의 제척】

- (1) 법관은 다음 각호에 해당하는 경우에 법률에 의하여 직무집행에서 제척된다.
 - 1. 법관 스스로 또는 그 배우자 또는 사실혼관계에 있거나 또는 그러한 관계에 있었던 사람이 단체에 대하여 권리·의무관계에 있는 경우.
 - 2. 법관의 직계 혈족 또는 그의 배우자의 직계혈족, 3촌까지의 방계 혈족 또는 2촌까지의 인척이거나 또는 그러한 관계에 있었던 사람이 단체에 대하여 권리·의무관계에 있는 경우.
 - 3. 법관이 당해 사안에서 단체의 소송대리인이거나 법률고문인 경우 또는 법정대리인이거나 그러한 지위에 있던 경우.
 - 4. 법관이 단체의 의사결정권자이거나 또는 그러한 지위에 있었던 경우.
- (2) 형사소송규칙 제22조의 적용에는 영향을 미치지 아니한다. 이 때 위반행위를 고려하여 형사소송규칙 제22조 제2호 및 제3호를 준용한다.

제17조 【소송대리와 송달】

- (1) 민사소송규칙(ZPO)¹⁰⁷⁾ 제51조에 정한 사람이 단체를 대리한다. 단체관련 위

반행위 또는 제2조 제2항에 정한 부작위로 기소되거나 또는 기소되었던 사람은 형사소송절차에서 단체를 대리하지 못한다.

- (2) 판결의 선고는 법정대리인이나 또는 법정대리인에 대한 송달을 통하여 단체에게 통지된다. 이 때 송달의 절차에 대한 것은 민사소송규칙의 규정들을 준용한다.
- (3) 단체에 대한 송달을 다수의 관련자에게 하는 때에는 기간은 가장 마지막에 송달받은 사람을 기준으로 계산한다.

제18조 【피고인의 권리와 방어권】

- (1) 단체범죄로 인한 단체에 대한 형사소송절차에서는 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인도 피고인으로서 신문을 받는다. 이들은 형사소송의 모든 단계에서 변호사를 선임할 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제133조 내지 제136a조를 준용한다.
- (2) 변호인은, 변호임무에 반하지 않는 한, 단체범죄로 기소된 단체와 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인을 동시에 변호할 수 있다(공동변호). 이 때 형사소송규칙 제146a조를 준용한다.
- (3) 공동변호의 경우 해당 단체와 피고인과 관련되는 사안에 관한 송달은 한 당사자에게 송달하는 것으로 충분하다.

제19조 【필요적 변호】

- (1) 단체에게 법정대리인이 없거나 또는 단체의 모든 법정대리인이 단체관련 위반행위로 인하여 기소된 때에는 소송대리가 없는 상태가 단체에게 불리하다고 인정되는 경우 검사 또는 단체의 구성원의 신청에 의하여 소송대리 없는 상태를 제거하기 위하여 단체에게 소송을 위한 특별대리인으로서 국선변호인¹⁰⁸⁾을 선정한다. 대리인의 선정과 관련해서는 공소가 제기되기 전에 단체의 소재지 또는 지점이 있는 구역의 구(區)법원(Amtsgericht)에서 관할한다.

107) Zivilprozessordnung (ZPO).

108) 본문은 “Pflichtverteidiger”로 규정되어 직역하면 “의무변호인”이 되지만 여기에서는 편의상 국선변호인으로 번역하였다.

- (2) 특별대리인은 지체없이 소송에서 단체를 정식으로 대리하는데 필요한 조치를 취하여야 한다. 직정한 대리인의 선정으로 변호인 선정절차는 종료된다.
- (3) 이 때 형사소송규칙 제140조 제1항 제1호와 제8호 그리고 동조 제2항의 적용에는 영향을 미치지 아니한다. 이 때 형사소송규칙 제141조 제4항 제1문을 준용한다.

제20조 【공판진행의 확실성을 보전하기 위한 조치】

- (1) 단체에게 단체범죄에 대한 고도의 혐의가 인정되고, 그리고 특정사실에 근거하여 그리고 개별사안들의 정황을 판단할 때 의사결정권자가 단체의 재산을 처분하려고 하거나 또는 단체에 대하여 형사소송절차가 진행되는 것을 회피할 목적으로 단체를 해산하려고 한다는 고도의 혐의가 인정되는 때에는, 단체의 과거 3 사업연도에 취득한 총 매출의 평균의 100분의 10까지의 재산에 대하여 압류를 명할 수 있다. 총 매출은 추산될 수 있다.
- (2) 압류는 문서로 된 법원의 결정으로 명한다. 이 때 형사소송법 제162조를 준용한다. 결정문에는 단체, 혐의사실이 되는 죄, 단체관련 위반행위의 시간과 장소, 범죄행위의 구성요건과 적용법조, 그리고 국가안전보장을 위협하지 않는 한 범죄혐의와 가압류의 근거가 되는 사실들을 기재하여야 한다.
- (3) 단체가 [해산 또는 합병의] 등록을 신청한 때에는 법원은 제1항의 경우에 단체의 해산 또는 합병의 등록을 금지하도록 명할 수 있다(등록제한조치). 결정은 등록사무를 관할하는 법원에게 통지한다.
- (4) 형사소송규칙 제120조와 제310조 제1항 제1호를 준용한다. 단체에게는 항고할 수 있는 권리가 있다는 사실을 문서로 고지하여야 한다.
- (5) 민사소송규칙 제923조, 928조, 제930조 내지 제932조, 제934조 제1항 그리고 형사소송규칙 제111f조 제3항 내지 제5항을 준용한다.
- (6) 단체가 자신의 변호사비용을 충당하기 위하여 담보물을 필요로 하는 때에는 단체의 신청으로 강제집행을 취소한다.

제21조 【공판】

- (1) 단체의 법정대리인이 적법절차에 따라 소환되고 소환장에 그의 배석없이 공판이 진행될 수 있다는 사실이 명시된 때에는 공판은 단체의 법정대리인 없이 진행할 수 있다. 이 경우 법정대리인의 법정신문에 관한 조서는 공판에서 낭독한다. 이 때 형사소송규칙 제235조를 준용한다.
- (2) 단체의 법정대리인의 변론은 형사소송규칙 제254조에 따라 낭독할 수 있다.
- (3) 배석하지 아니한 법정대리인에게는 소송의 진행상황을 고지받을 권리는 인정되지 아니한다. 다만, 법원은 신청에 의하여 법정대리인에게 고지할 수 있다.
- (4) 법원은 사건의 규명을 위하여 단체의 법정대리인이 직접 참석하도록 명할 수 있다. 법정대리인이 경우에 따라서는 구인될 수 있음을 송달을 통하여 고지받고 소환된 경우 정당한 사유없이 소환에 응하지 아니하는 때에는 법원은 그의 구인을 명할 수 있다.

제22조 【단체제재의 집행】

- (1) 단체벌금의 집행과 관련해서는, 형사소송절차에 관한 일반법률에 달리 정하지 아니한 때에는, 사법집행규칙(Justizbeitreibungsordnung)의 규정들을 준용한다.
- (2) 벌금이 납부되지 아니하거나 형사소송규칙 제459c조에 따른 집행이 가능하지 아니한 때에는 집행관청은 파산규칙(Insolvenzordnung) 제14조에 따른 파산절차의 개시를 신청할 수 있다.
- (3) 제12조에 정한 단체에 대한 보안처분을 선고받고 단체가 등록부예의 등록을 신청한 때에는 집행관청은 확정판결에 근거하여 등록법원에 단체의 해산을 고지한다. 집행관청은 단체의 청산을 위하여 관할법원에 청산인 또는 파산관리인의 선임을 신청한다. 그 밖의 절차에 관해서는 민법의 규정들을 준용한다.

2. 「질서위반행위에 관한 법률 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))」

제30조 【법인 및 사단에 대한 질서위반금】

(1) 다음 각호에 해당하는 사람이 범죄 또는 질서위반행위를 범하여 법인 또는 인적 회사에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 이를 통하여 부당한 이익을 얻거나 얻은 것이 명백한 때에는 법인 및 인적 회사(Personengesellschaft)에 대하여 질서위반금을 부과한다.

1. 법인의 경우 대표권을 가지는 기관 또는 기관의 구성원
2. 권리능력없는 사단 및 재단의 경우 이사 또는 이사진의 구성원
3. 권리능력있는 인적 회사의 경우 대표권을 가지는 사원
4. 법인 또는 제2호 또는 제3호에 정한 단체의 포괄대리인 또는 실질적으로 지배력을 행사하는 지위에서 지배인 또는 상사대리인으로서 일하는 사람
5. 기타 법인 또는 제2호 또는 제3에 정한 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적으로 지배력을 행사하는 지위에서 경영의 감독 또는 그 밖에 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다.

(2)¹⁰⁹⁾ 질서위반금은 다음 각호의 구분에 따라 부과한다.

1. 고의에 의한 범죄행위일 때 10,000,000 Euro¹¹⁰⁾ 이하의 질서위반금
 2. 과실에 의한 범죄행위일 때 5,000,000 Euro 이하의 질서위반금
- 해당 행위가 질서위반행위에 해당하는 경우 그 상한은 당해 질서위반행위에 정해진 질서위반금의 상한에 따른다. 다른 법률에서 이 규정을 준용하도록 하고 있는 때에는 당해 법률에 규정된 구성요건에 대해서는 제2문의 질서위반금의 상한의 10배를 그 상한으로 한다. 하나의 행위가 동시에 범죄행

109) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 동조 제2항 제1문 제1호 및 제2호의 질서위반금의 상한이 각각 10배 상향되었다. 즉 고의에 의한 범죄행위의 경우 1,000,000 Euro에서 10,000,000 Euro로 그리고 과실에 의한 범죄행위에 경우 500,000 Euro에서 5,000,000 Euro로 상향되었다. 그리고 제3문이 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

110) 2014년 현재 약 139억원 정도.

위와 질서위반행위에 해당하는 때에는 질서위반행위의 상한이 제1문의 상한을 초과하는 때에도 제2문을 적용한다.

- (2a)¹¹¹⁾ 당해 단체가 포괄승계 또는 분할에 의한 부분적 포괄승계(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제123조 제1항)된 때에는 제1항과 제2항에 정한 질서위반금은 승계자에게 부과할 수 있다. 이 경우 질서위반금은 승계받은 재산 또는 피승계자에게 부과된 질서위반금의 상한을 초과하지 못한다. 질서위반소송절차에서는 승계자는 승계절차가 진행되고 있던 기간 동안에 피승계자가 점하고 있던 소송당사자의 지위를 승계한다.
- (3) 제17조 제4항과 제18조를 준용한다.
- (4) 범죄행위로 인한 형사소송절차 또는 질서위반행위로 인한 질서위반소송절차가 개시되지 않거나, 중단되거나 또는 형의 선고가 유예된 때에도 질서위반금은 단독으로 부과할 수 있다. 기타 다른 경우에도 질서위반금을 단독으로 부과할 수 있도록 법률로 정할 수 있다. 그러나 범죄행위 또는 질서위반행위가 법률상의 이유로 인하여 기소할 수 없는 때에는 법인 또는 단체에 대하여 질서위반금을 단독으로 부과할 수 없다; 이 때 제33조 제1항 제2문은 준용한다.
- (5) 법인 또는 단체에 대하여 질서위반금을 부과한 때에는 동일한 죄로 인하여 형법 제73조 및 제73a조 또는 본법 제29a조에 정한 과징금의 부과(Verfall)를 명할 수 없다.
- (6)¹¹²⁾ 질서위반금의 결정을 선고하는 때에는 질서위반금의 납부를 담보하기 위하여 형사소송법 제111d조 제1항 및 제2항을 적용한다. 이 때 판결의 선고는 질서위반금의 선고로 본다.

제130조 【사업 또는 기업에서의 관리·감독의무의 위반】

- (1) 사업이나 기업의 소유자에게 부과된 의무로서 그 위반행위에 대하여 형벌 또는 질서위반금이 부과된 의무가 사업이나 기업에서 위반되지 않도록 하는 데 필요한 관리·감독조치를 사업 또는 기업의 소유자가 고의 또는 과실로 인하

111) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

112) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

여 취하지 아니하고 그리고 해당 의무의 위반행위가 적정한 관리·감독을 다했다면 발생하지 않았거나 또는 본질적으로 곤란하게 했을 것이라는 사실이 인정되는 때에는 그러한 [관리·감독의무의 위반]¹¹³⁾ 행위는 질서위반행위에 해당한다.

- (2) 제1항에 정한 사업 또는 기업에는 공기업도 포함된다.
- (3) [관리·감독의무의 위반으로 인하여 발생한]¹¹⁴⁾ 해당 의무위반행위의 법정형이 형벌인 때에는 [관리·감독의무 위반행위를 이유로 하는]¹¹⁵⁾ 질서위반행위에 대하여 1,000,000 Euro 이하의 질서위반금을 부과할 수 있다. 이 때 제30조 제1항 및 제2항을 준용한다. 해당 의무위반행위의 법정형이 질서위반금인 때에는 [관리·감독의무의 위반행위를 이유로 하는] 질서위반금의 상한은 해당 의무위반행위의 법정형으로 정해진 질서위반금의 상한으로 한다. 하나의 의무위반행위에 대하여 법정형으로서 동시에 형벌과 질서위반금이 규정되어 있는 때에는 해당 의무위반행위에 대한 질서위반금의 상한이 제1문의 상한을 초과하는 때에도 제3문을 적용한다.

113) 역자 주.

114) 역자 주.

115) 역자 주.

참고문헌

- 독 일 Nordrhein-Westfalen주의 법률안 (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden) : http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf (검색일: 2014년 6월 7일).
- 스위스 「형사소송규칙」 제정 이유서 (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005 (BBl 2006 1085)).
- 이탈리아 2001년 제231호 법률 : <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/45508054.pdf> (검색일: 2014년 6월 16일)

국내문헌

- 오영근, 「형법총론」, 제2판, 박영사, 2012.
- 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010.
- 까오민셴 주편·한상돈 역, 「중국 형법총론 연구」, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김남우, “현행 과징금 제도의 주요 쟁점과 그 해결방안”, 「경제법연구」 제10권 제2호 (2011), 77-97면.
- 김유근·진상현, 「후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II) - 에너지공학과 위험관리 형사정책 : 원자력공학기술을 중심으로 -」, 2014.
- 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 「한양법학」, 제24권 제3호 (2013.8.), 한양법학회, 59-93면.
- 김유근, “양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여”, 「형사법연구」, 제23권 제2호(2011 여름), 53-102면.
- 김유근, “선임감독자의 ‘일반적인’ 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형 - 부진정 부작위범과 업무상과실범을 중심으로 -”, 「형사법연구」, 제22권 제2호(2010 여

름), 187-232면.

김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, 「비교형사법연구」, 제9권 제1호(2009), 한국비교형사법학회, 307-342.

김재봉, “양벌규정에서 법인과 행위자의 법정형 분리의 필요성”, 「법과 정책연구」, 제12권 제3호(2012), 한국법정책학회, 989-1017면.

김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거, 구조”, 「법학논총」, 제24권 제3호(2007), 한양대학교, 31-48면.

김창준, “중국형법상 기업의 처벌제도”, 「비교형사법연구」, 제13권 제1호(2011), 301-331면.

이주희, 양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰 - 법인에 대한 벌금형 증가를 중심으로 -, 「법학연구」, 제47집(2012.8.), 239-268면.

외국문헌

白鳥祐司, 『刑事訴訟法 第7版』, 日本評論者, 2012.

吉中信人, 「イタリア刑法における企業犯罪の法的規制」, 『広島法学』, 34卷3号(2011), 192-174頁.

Bohnert, Joachim, OWiG: Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2010 (“Bohnert OWiG”로 인용한다).

Doyle, Charles, Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law, Congressional Research Service, Oct. 30. 2013.

Engelhart, Marc, Saktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

Engisch, Karl/Hartung, Fritz, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, Verhandlungen des vierzigsten Deutschen

- Juristentages(DJT), Band II, 1954, S. E 3 7-41.
- Heine, Günter, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Nomos Verlag, 1995.
- Heintz, Ernst, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages(DJT), Band I, 1953, S. 68 ff.
- Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, de Guyter, Berlin/Boston, 2012.
- Kim, Yookeun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Helbing & Lichtenhahn, 2007.
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Nomos, 2009.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.), Nommoskommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Nomos Verlag, 2013 (“NK3-저자”로 인용한다).
- Krekeler, Wilhelm, Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?, in: Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus/Wahle, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin 1999, S. 639 ff.
- Löffelmann, Markus, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, Juristische Rundschau (JR) 5/2014, S. 185-199.
- Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht I: Art. 1 - 110 StGB, 2. Aufl., 2007, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel (“BSK StGB-저자”로 인용한다).
- Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011(“BSK StPO-저자”로 인용한다).
- Ormerod, David, Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed., Oxford University Press,

2008.

- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlgaen·Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, 2006.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., C.H. Beck, 2014 (“Sch/Sch/저자”로 인용한다).
- Schünemann, Bernd, Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie, Zeitschrift für Internationae Strafrechtsdogmatik (ZIS), 1/2014, S. 1-18 (“ZIS”로 인용한다).
- Senge, Lothar(Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auf., Verlag C.H. Beck., München, 2006 (“KK-OWiG-저자”로 인용한다).
- Vogel, Joachim, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, in: Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, de Guyter, 2012, S. 205-215.
- Zhang, Yingjung, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, Beijing Law Review, 2012.3., pp. 103-108.
- Zieschang, Frank, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland?, ZStW 115 (2003), 117-130.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen
- in Bezug auf den “Entwurf eines Gesetzes zur Einführung
der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und
sonstigen Verbänden” von Nordrhein-Westfalen
in Deutschland

Kim, Yookeun*

Das koreanische Strafrecht ist seit jeher in ein Dilemma geraten, in dem es auf der einen Seite strafrechtstheoretisch die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen verneint, jedoch sie bei der Anwendung von Sondervorschriften zur Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen wohl anerkennt. Darüberhinaus stellen sich die Zweifel an der Anschlussfähigkeit und Effektivität dieser Sondervorschriften selbst auf. Unter diesen Umständen ist es für das koreanische Strafrecht bedeutsam, dass das deutsche Strafrecht ebenfalls die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen verneint, aber das Justizministerium von Nordrhein-Westfalen am 10.9.2013. den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ verfasste und im Moment im Parlament darüber diskutiert. Der Entwurf beinhaltet nicht nur die materialrechtliche Regelungen, sondern die prozessrechtlichen, was grosse Einflüsse auf das koreanische Strafrecht geben könnte.

❖ Key words: Strafbarkeit juristischer Person, Kollektivstrafrecht,
Individualstrafrecht, Verbandsverantwortlichkeit

투고일 : 8월 29일 / 심사(수정)일 : 9월 19일 / 게재확정일 : 9월 19일
--

* Korean Institute of Criminology, Researcher