기업형법과 양벌규정의 도그마틱 : 양벌규정상의 법인에 대한 형벌부과 요건을 중심으로

김성돈*

국 | 문 | 요 | 약

2007년 헌법재판소에 의해 위헌 선언되기 전까지만 해도 양벌규정에 대한 해석론과 입법론은 다음과 같은 두 가지 논의수준에 머물러 있었다. 첫째, 과실책임론/무과실책임론/부작위감독책임설등으로 대표되는 법인처벌의 근거에 관한 논의, 둘째, 형법에서 범죄능력이 부정된 법인에 대해 형벌을 부과하고 있는 양벌규정에서는 법인의 범죄능력을 긍정하고 있는가 부정하고 있는가라는 법인의 범죄능력에 관한 일반론적 논의.

하지만 2007년 이후 개정된 양벌규정은 단순히 양벌규정이 책임주의원칙과의 조화를 도모한 차원을 넘어서 법인처벌을 둘러싼 장차의 입법론의 전개에 결정적인 잠재력을 가지게 되었다. 양벌규정이 법인의 처벌요건을 자연인의 처벌요건에 상응하게 맞춤으로써 기업(법인 또는 단체)형법의 도그마틱을 개인형법의 도그마틱의 수준에 상응시키는 방향으로 발전시켜 나갈 수 있는 가능성을 보여주고 있기 때문이다.

따라서 이 글은 이와 같은 양벌규정이 가져온 법인 처벌요건상의 변화에 의거하여 '개정된' 양벌규정에 대한 해석론(양벌규정의 도그마틱)을 전개하는 데 주된 목표를 두었다. 그리고 이러한 해석론의 전개에서 초점을 맞춘 것은 법인에 대한 처벌요건을 자연인에 대한 범죄성립요건의 언어(불법과 책임)로 치환하여 분석하는 일에 두었다. 뿐만 아니라 이 글은 현행 양벌규정의 도그마틱을 기초로 삼아 개정된 양벌규정의 태도가 장차 기업형법의 모습에 가져오게 될 패러다임의 변화를 전망하였다. 더 나아가 이 글은 이러한 변화에 대처해야 할 입법자의 과제를 제시하였다. 즉 양벌규정체계의 체계내적 변화에 만족하는 종속모델과 기업형법의 새판을 짜는 독립모델 중 어느 하나를 선택해야 하는데, 만약 후자를 선택할 경우에는 법인의 독자적 불법을 자연인 위반행위로부터 독립시켜 법인처벌을 위한 실체요건으로 규정하고 위반행위의 외연도 형법전의 범죄종류까지 확장해야 할 것으로 보았다.

❖ 주제어: 법인의 형사책임, 양벌규정, 불법, 책임, 준법감시프로그램

* 성균관대학교 법학전문대학원, 교수

I. 들어가는 말

최근 학계는 물론이고 시민사회로부터 나오는 기업 관련 형사입법정책에 대한 요구내용은 두 가지로 압축될 수 있다. 하나는 기업에 대한 형사책임의 강도를 높이거나 그 외연을 넓힐 것을 요구하는 ‘형사정책적 요청’이고, 다른 하나는 기업구성원의 가별성여부와 무관하게 막대한 이익귀속의 주체인 기업에 대한 형사처벌을 가능하게 하려는 ‘정의의 요청’이다. 전자는 기업에게 부과될 수 있는 벌금형의 상한을 높이거나 형사제재의 종류를 다양화하고, 더 나아가 기업처벌의 대상범죄를 확장할 수 있는 방안을 강구해야 한다는 요구로 나타나고, 후자는 기업구성원들의 가별성을 확정할 수 없거나 처벌할 구성원이 없을 경우에도 아무런 책임을 지지 않은 채 이익만 챙기는 기업을 처벌할 수 있는 새로운 입법모델을 개발해야 한다는 요구로 나타나고 있다. 이와 같은 요구들을 반영하도록 압박받고 있는 형사입법자는 양벌규정을 그대로 유지하면서 체계내적인 변화를 도모하든지 양벌규정체계를 뛰어넘는 기업형법의 새판을 짜든지 조만간 정책적 결단을 내리지 않으면 안된다. 하지만 어느 쪽이든 형사정책적 요청과 정의의 요청을 동시에 수용할 수 있는 바람직한 형사입법정책을 모색함에 있어 출발점이 되어야 할 과제가 있다. 그것은 기업을 처벌하고 있는 규범현실, 즉 기업처벌을 가능하게 하는 유일한 규범인 현행의 양벌규정이 기업(법인)¹⁾에 대한 형사처벌을 함에 있어 어떤 실체요건을 요구하고 있는지를 묘사하는 일이다. 현행 형벌법규가 어떤 방식으로 그리고 어떤 요건을 가지고 기업을

1) 종래 양벌규정의 수범자로서 법인이라는 용어가 사용되어왔다. 기업을 “「상법」에 따른 회사와 그 밖에 영리활동을 하는 자”로 정의하고 있는 「기업구조조정촉진법」 제2조 제6호에 따르면 상법상 회사는 모두 법인에 해당하므로 이 한도내에서 기업과 법인은 중첩된다. 하지만 모든 법인이 회사인 것도 아니고 기업에 해당하는 ‘그 밖에 영리활동을 하는 자’가 모두 ‘법인’도 아니다. 뿐만 양벌규정상의 법인에는 지방자치단체도 포함되는 것으로 해석되는 경우도 있고 최근의 양벌규정은 법인 외에 법인격없는 단체도 양벌규정의 수범자로 추가되고 있다(대표적으로, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제70조). 자연인 이외의 형사책임의 귀속주체를 모두 포괄할 수 없는 상위개념(예컨대 단체)을 마련하더라도 동일한 귀속원리 또는 동등한 법리가 적용될 수 있는 공통점이 없는 한 그러한 상위개념을 법적 학문적 용어로 내세우는 일에도 한계가 있다. 따라서 이같은 최근 기업이 이익 추구의 과정에서 개인 또는 사회에 끼친 피해에 대한 사법적인 의미의 책임(형사책임)을 져야 할 주체로서 주목을 받고 있는 점에 초점을 맞추어 기업이라는 용어를 주로 사용하면서 양벌규정의 해석과 관련해서는 ‘법인’이라는 표현과 병용하기로 한다.

처벌하고 있는지를 정확하게 알지 못하면 문제의 소재가 어디인지를 알지 못할 뿐 아니라 문제를 해결하기 위해 어떤 방안이 필요한지를 가늠할 수 없기 때문이다.

주지하다시피 현행법은 ‘형법전’과 ‘양벌규정’이 법인의 형사처벌에 관해 각기 다른 태도를 취하고 있다. 형법전이 형벌부과의 대상을 자연인에 국한시키고 법인에 대한 형사책임을 부정하고 있음에 반해, 양벌규정은 자연인의 위반행위를 전제로 삼아 - 일정한 영역에서 - 법인에 대한 형사책임을 예외적으로 인정하고 있다. 법인에 대한 형사책임을 인정함에 있어 현행법이 보여주고 있는 이중적 태도는 ‘형법’의 해석론상 법인(기업)의 범죄능력(행위능력과 책임능력)이 부정되고 있음에 기인한다. 이 때문에 이와 같은 이중성을 극복할 수 있는지를 가늠하는 일에서 가장 기초가 되는 작업은 법인의 처벌에 관한 근거규정인 양벌규정이 - 형법전에서는 부정되고 있는 - 법인의 범죄능력의 문제를 어떻게 극복 또는 해결하고 있는지를 밝히는 일이다.

종래 우리나라 기업형법론에서는 기업(법인)의 범죄능력에 관한 문제가 양벌규정 속에서 어떻게 극복 또는 해결되고 있는지를 적극적으로 해명하려는 차원의 해석론이 활발하게 전개되지 못했다. 법인의 범죄능력 인정여부를 둘러싸고 총론적인 차원의 찬반론을 전개하여왔을 뿐, 이러한 논의가 ‘양벌규정’속에서 구체적으로 어떻게 전개되고 어떻게 해결되는지가 해석론의 주변부로 밀려나 있었던 것이다. 법인의 범죄능력 부인론은 양벌규정은 그에 대한 예외라고 하거나 양벌규정은 법인에 대한 수형능력만 인정하고 있는 것이라는 진단에 그쳤고, 법인의 범죄능력 긍정론은 양벌규정이 그에 따라 법인을 형사처벌하고 있는 것이라는 사실 확인으로 만족하였다. 그 결과 양벌규정의 내부구조와 그 적용 메카니즘의 체계화, 즉 양벌규정에 대한 도그마틱의 부재상태를 초래하였다. 하지만 최근 그동안 진척이 없었던 양벌규정에 대한 해석론이 새로운 전기를 맞게되는 계기가 생겨났다. 2007년 헌법재판소의 결정²⁾과 그에 따른 양벌규정의 대대적 개정이라는 변화가 그것이다. 2007년 헌법재판소는 개인형법의 도그마틱에서 요구되었던 책임주의원칙을 법인의 형사처벌에서도 관찰시킬 것을 요구하였고, 입법자는 양벌규정의 단서에 법인의 독자적 처벌근거를 규정함으로써 헌법재판소의 요구에 화답하였다. 책임주의원칙이라는 강력

2) 헌법재판소 2007.11.29. 2005헌바10.

한 아우라를 빌어 양벌규정을 위헌선언한 헌법재판소의 태도는 결국 법인에 대한 형벌부과요건을 자연인에 대한 범죄성립요건에 상응하도록 설정하라는 요구로도 평가할 수 있다. 이 때문에 헌법재판소의 요구에 대한 입법자의 응답은 양벌규정의 해석론에 새로운 생기를 불어넣을 수 있는 계기가 된 것이라고 할 수 있다. 개정된 양벌규정이 법인에 대한 형벌부과요건과 자연인에 대한 범죄성립요건과의 상응성을 유지하고 있는지를 확인해 보려면 자연인을 중심으로 한 개인형법의 도그마틱의 언어(행위, 불법, 책임 등)를 사용하여 양벌규정속에 새롭게 규정된 법인에 대한 처벌근거를 체계적으로 해석해 보는 일을 핵심적인 과제³⁾로 삼지 않으면 안되기 때문이다.

기업(법인)에 대한 형벌부과요건이 자연인을 중심으로 한 개인형법의 도그마틱적 표지인 ‘범죄성립요건’과 상응한 수준을 유지하고 있는지를 확인하는 차원에서의 양벌규정에 대한 해석론은 헌법상 평등원칙을 실현하기 위해서도 필요불가결한 일이다. 헌법재판소는 책임주의원칙과의 조화라는 관점에서 접근하였지만, 그 배후에는 법인에 대한 형벌부과요건을 자연인에 대한 형벌부과요건에 상응한 정도로 설정하지 않을 경우 자연인과 법인의 평등취급이라는 ‘헌법상의 평등원칙’에 반할 수 있기 때문이다. 이와 같이 자연인의 범죄성립요건과 법인의 형벌부과요건과의 상응성 요구를 확인해 보는 과정에서 첫 번째 과업은 양벌규정이 법인(기업)에게도 자연인과 같이 ‘행위능력’을 인정하고 있는지를 검토하는 일이다. 모든 범죄는 일차적으로 ‘행위’이어야 하고 형벌은 행위자의 ‘행위’에 대한 것이어야 하는 이상 법인(기업)에 대한 형사책임을 인정하기 위해서도 일차적으로 법인의 행위성 인정여부가 규명되어야 하기 때문이다. 그 다음으로 밝혀져야 할 내용은 개정된 양벌규정이 법인(기업) 처벌을 위해 ‘행위’ 이외의 어떤 다른 실체요건을 규정하고 있는지, 그리고 그러한 실체요건이 개인형법의 도그마틱과 어느 정도의 상응성을 보여주고 있는가 하는

3) 이러한 차원에서 본다면 법인에 대한 형벌부과요건과 관련하여 종래 사용해 왔던 법인의 ‘처벌근거’라는 용어보다는, 자연인에 대한 형벌부과요건인 ‘범죄성립요건’에 상응하여 불법과 책임이라는 용어를 사용할 필요가 있다. 이에 따르면 양벌규정이 법인도 단순히 ‘형벌’만 부과되는 수행자가 아니라 ‘범죄’를 범하는 행위주체성의 지위까지 인정할 것인가 논의의 핵심자리에 오게 된다. 여기에 긍정적인 답변을 할 수 있다면, 종래 법인이 스스로 범죄를 범하는 것이 아니라는 전제하에서 오용되어 온 ‘기업범죄’라는 용어도 비로소 제대로 사용할 수 있게 될 것이다. 이 때문에 법인에 대한 형벌부과요건이 개인형법의 도그마틱적 용어(특히 구성요건을 전제로 한 ‘불법’과 그 불법을 비난의 대상으로 삼는 ‘책임’)로 치환될 수 있는지가 양벌규정의 해석론에서 최우선 과제가 되어야 할 것이다.

점이다. 그러므로 이 글에서는 우선 양벌규정이 법인의 행위능력에 대해 어떤 태도를 취하는지를 간략하게 정리⁴⁾한 후(이하 II), 다음과 같은 두 가지 물음에 대해 답하면서 우리나라 현행 양벌규정이 법인에 대한 형벌부과를 위해 어떤 실체요건을 어떻게 규정하고 있는지를 검토해 본다. 첫째, 양벌규정은 법인의 형사책임을 인정하기 위해 자연인의 행위의 불법과 책임에 상응한 수준으로 법인의 불법과 책임에 관한 내용을 담고 있는가(이하 III). 둘째, 양벌규정의 해석론에 기초가 되는 단서조항은 법인처벌의 실체요건과 관련하여 어떤 의미를 가지는가(이하 IV). 결론적으로 이와 같은 양벌규정에 대한 해석론이 기업형법의 입법론에 어떤 새로운 과제를 던져주는지를 전망해 보기로 한다(이하 V).

II. 법인의 행위능력에 관한 양벌규정의 태도

양벌규정은 자연인의 업무관련적 위반행위를 공통된 전제조건으로 삼고 있으면서 사례유형별로 각기 다른 이론적 기초위에서 법인의 행위성문제를 해결할 수 있는 단초를 제공하고 있다. 먼저, 양벌규정상상의 대표자관련부분(이하 ‘대표자위반행위사례유형’이라고 부른다)에서는 동일시이론을 기초로 삼아 대표자의 위반행위를 곧 법인의 행위로 인정함으로써 법인의 행위성 문제를 해결하고 있다. 이러한 태도의 이면에는 법인이 스스로 행위를 하는 행위주체가 아님을 전제로 삼고서 - 후술 하듯이 - 대표자의 행위(와 불법 및 책임)를 법인의 행위(와 불법 및 책임)로 ‘귀속’시키는 방법을 취하고 있음을 알 수 있다. 반면에 양벌규정의 종업원등관련부분(이하 ‘종업원등위반행위사례유형’이라고 부른다)은 동일시이론을 기초로 삼아 법인의 행위성문제를 해결할 수 있는 근거가 없다. 종업원은 대표자처럼 법인을 대내외적으로 대표할 수 있는 지위와 역할을 하는 주체가 아니기 때문이다. 하지만 2007년 헌법재판소결정 이후에 이 사례유형의 경우에도 법인의 행위성문제를 해결할 수 있는 변화가 생겼다. 헌법재판소가 법인처벌을 위해 ‘법인’ 스스로의 ‘잘못(귀책사유)’

4) 이에 관한 자세한 내용은 김성돈, “기업에 대한 형사처벌과 양벌규정의 이론적 기초 - 법인의 행위성 문제를 중심으로 -”, 『형사법연구』, 제28권 제2호, 한국형사법학회, 2016, 3면 이하 참조.

내지 ‘법인의 독자적 책임’이 있어야 할 것을 요구하였고, 입법자는 이러한 취지를 수용하여 법인에 대한 추가적 처벌근거를 양벌규정 속에 편입시켰는데, 이와 관련하여 법인의 행위성 문제를 해명하기 위한 변수가 생겼기 때문이다. 즉 양벌규정은 단서조항에서 법인이 “상당한 주의와 감독을 게을리”하지 아니한 경우에는 법인을 처벌할 수 없다고 규정하면서 ‘게을리함’의 주체로 법인을 내세워 그 법인이 스스로 잘못된 행위를 하는 독자적 행위능력자인 듯이 표현하고 있고 있기 때문이다.

물론 대표자위반행위사례유형의 경우 그 배후에 기초된 ‘동일시이론’과 종업원등 위반행위사례유형의 경우 ‘단서조항의 단편적인 표현’만 가지고는 양벌규정이 법인을 스스로 행위할 수 있는 행위능력자로 취급하고 있는지에 대한 최종적인 판단을 내리기가 어렵다. 피상적으로 양벌규정의 표현만을 판단근거로 삼으면 양벌규정이 두 개의 서로 다른 법인을 전제하고 있는 듯이 보이기도 한다. 종업원 등이 위반행위를 할 때에는 법인이 독자적으로 행위할 수 있는(듯한) 주체로 등장하지만, 그 대표자가 위반행위를 할 때에는 대표자의 행위를 매개로 할 뿐 스스로 행위할 수 없는 주체임을 인정하고 있기 때문이다. 실무에서는 보다 분명히 법인의 독자적 행위 주체성을 부정하고 있다. 양벌규정을 해석하는 대법원이나 헌법재판소가 여러 곳에서 법인은 구성원을 매개로 해서만 행위할 수 있는 존재라고 하고 있기 때문이다.⁵⁾

법인의 행위주체성 문제에 관한 현행 양벌규정의 어정쩡한 태도를 가지고 기업처벌과 관련한 형사정책적 요청과 정의의 요청을 동시에 만족시키기 위해서는 - 입법론적으로 볼 때 - 다음의 두 가지 가운데 어느 한 방향을 선택할 가능성이 높다. 하나는 종업원위반행위사례유형의 경우에도 동일시이론이 기초가 될 수 있도록 단서조항을 새롭게 규정하는 방향이고(법인의 독자적 행위주체성 부정!), 다른 하나는 동일시이론을 버리고 법인의 독자적 행위주체성을 인정하는 전제하에서 법인의 처벌근거에 관한 실체요건을 양벌규정에 새롭게 담는 방향이다(법인의 독자적 행위주체성 긍정!). 이러한 두 가지 방향 가운데 어느 방향으로 가는 것이 바람직한 것인지를 가늠해 보기 위해서는 법인에 대한 형벌부과요건으로서 행위 이외의 다른 실체요건을 어떻게 규정할 것인지, 법인처벌을 자연인의 위반행위에 종속시킬 것인지 독립시킬 것인지 등 다양한 변수들을 종합적으로 평가해 보아야 한다. 이하에서는

5) 헌법재판소 2011. 10. 25. 2010헌바307; 대법원 1961.10.19., 4294형상417 등.

현행 양벌규정이 법인처벌을 위한 실체요건을 어떻게 규정하고 있는지를 분석해 보기로 한다.

Ⅲ. 양벌규정상의 법인에 대한 형벌부과요건: 법인의 불법요소와 책임요소?

법인과 자연인을 자의적으로 차별하지 않아야 한다는 헌법상의 요구에 부응하기 위해서는 일차적으로 법인에 대한 형사책임 인정요건과 개인형법의 자연인에 대한 형사책임의 인정 요건이 상응성을 유지해야 한다. 이를 위해서는 다시 법인에게 인정될 행위가 무엇인지를 설명할 수 있어야 할 뿐 아니라 법인의 불법과 책임을 자연인의 불법과 책임에 상응하도록 근거지울 수 있어야 한다. 종래 형법학계에서는 법인의 ‘처벌근거’라는 이름하에 과실책임설/무과실책임설/부작위감독책임설 등이 해석론으로 전개되기는 하였지만, 법인에 대한 형벌부과요건을 개인형법의 도그마틱에서 요구하는 범죄성립요건에 상응하게 설명하는 시도, 즉 법인에게 형벌을 부과하기 위해 법인의 불법과 책임을 어떻게 근거지울 수 있는지에 관한 구체적인 논의는 없었다. 하지만 앞서 언급했듯이 2007년 헌법재판소 결정이후 양벌규정이 법인의 처벌을 위해, ‘자연인의 업무관련적 위반행위’외에 법인에게도 그 위반행위를 방지하기 위한 ‘상당한 주의와 감독’의무의 위반이라는 법인 자신의 독자적인 잘못(귀책)이 있어야 할 것을 추가적으로 요구함으로써 이 논의가 새로운 물살을 타게 되었다. 이에 따라 법인에게 요구되는 처벌근거인 ‘상당한 주의와 감독의무위반’이라는 요건과 자연인 처벌을 위한 개인형법의 도그마틱에서 요구하는 범죄성립요건과의 직접적인 비교를 통하여 양자 간의 상응성 여부 및 그 정도를 판단해야 할 필요성이 생겨났다. 따라서 이하에서는 상응성 여부를 평가하기 위해 현행 양벌규정이 제공하고 있는 법인의 형사책임 인정요건에 관한 정보를 자연인에 대한 형벌부과요건인 ‘범죄성립요건’으로 치환하여 이를 법인의 불법과 책임으로 설명하는 시도를 해 보기로 한다.

1. 법인의 불법요소

종래 학계나 실무에서 법인을 형사처벌하기 위해 자연인에 대한 범죄성립요건에 상응한 수준의 처벌근거까지 마련해야 한다는 요구로까지 발전하지 못한 데에는 이유가 있다. 독자적인 행위주체성 조차 부여할 수 없는 법인에 대한 형벌부과를 위해 마땅히 내세울 실체요건을 찾기 어려웠기 때문이었다. 법인을 위해 행위하는 자연인의 위반행위, 즉 내부구성원이 일정한 범죄행위를 하면 그로써 법인도 처벌하는 정도에 그쳤기 때문에 법인에 대해 요구될 법인 고유의 실체요건을 요구하는데까지 논의가 진척되지 못했던 것이다. 하지만 앞에서 언급했듯이 헌법재판소는 법인에 대해서도 ‘책임주의원칙’을 관철할 것이 요구될 정도로 법인처벌을 위해 법인의 독자적 귀책사유에 눈을 돌리기 시작하였다. 이점은 법인에 대해 요구되는 형벌부과요건이 그만큼 정교해지기 시작하였음을 의미한다. 따라서 법인에 대한 형벌부과요건이 개인형법의 도그마틱이 요구하는 형벌부과요건과 상응하는지를 구체적으로 해명하기 위해서는, 일반적인 범죄체계론적 관점에서 양벌규정에 대한 해석론을 전개해 볼 필요가 있다.

범죄체계론적 관점에서 양벌규정이 법인을 형사처벌하기 위해 요구하고 있는 실체요건이 무엇인지를 살펴보기 위한 일차적 관철점은 법인이 어떤 행위규범(=구성요건)을 위반한 것인가 하는 점에 있다. 현대 형법이론상 어떤 주체에 대해 형벌을 부과함에 있어 가장 기본적으로 요구되는 것은 법률 ‘구성요건’이기 때문이다. 법인이 실제로 위반행위를 한 자연인이 위반한 구성요건과 동일한 구성요건을 충족시킨 것인지 아니면 그와는 다른 별도의 구성요건을 충족시킨 것인지가 결정적인 관건이 되는 것이다. 양벌규정은 대표자위반행위사례유형과 종업원등위반행위사례유형의 경우 각기 다른 이론적 기초를 출발점으로 삼고 있다. 따라서 법인의 불법과 관련해서도 사례유형별로 나누어 살펴보기로 한다.

가. 대표자위반행위사례유형의 경우: 법인의 불법

종래 대표자위반행위사례유형의 경우 법인에게 적용될 구성요건이 무엇이고 법인의 불법이 어떻게 근거지워질 수 있는지는 학설상 관심의 대상이 되지 않았다. 반

면에 대법원이나 헌법재판소는 대표자위반행위사례유형의 경우 법인의 불법적 측면을 다음과 같이 밝히고 있다.

“법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 책임을 져야 하는 바, (중략) 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임(줄친 부분은 필자에 의한 강조임)을 지는 것이다.”(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 결정; 대법원 2010.9.30. 선고 2009도3876 판결).

이와 같은 해석은 대표자위반행위사례유형이 대표자의 행위를 곧 법인 자신의 행위(와 동일시 내지 귀속되는 것)로 평가하는 이론적 기초를 배경으로 한 논리적 귀결이다. 여기에서 법인이 대표자의 ‘범죄’에 대해 책임을 진다는 의미는 대표자의 행위의 범죄성립요건이 법인의 형사책임인정요건으로 그대로 인정된다는 의미이다. 이에 따르면 대표자 행위의 불법요소도 그대로 법인의 불법요소가 된다. 즉 대표자의 위반행위가 고의행위이면 법인도 고의불법으로 책임을 지고, 대표자의 위반행위가 과실행위이면 법인도 과실불법으로 책임을 지는 것이다.⁶⁾ 이와 같이 실행행위를 한 자연인의 고의 또는 과실과 같은 ‘내부 심리적’인 주관적 요소까지도 법인의 주관적 요소로 귀속시키는 귀속방식을 형법이론상 받아들일 수 있는지를 별론으로 하면,⁷⁾ 대표자위반행위사례유형의 경우 귀속구조상 법인이 실현한 불법은 자연인 대표자의 위반행위의 불법과 동일시 되는 것만은 분명하다.⁸⁾ 이러한 불법 귀속방식에 따르면 대표자가 위반한 행위규범(=구성요건)과 법인이 위반한 행위규범(=구성요

6) 민사책임에서는 과실불법과 고의불법을 구별하지 않고 최소한 과실이 있으면 충분할 것을 요구하지만, 형사책임의 경우는 과실불법과 고의불법은 각각의 불법의 크기와 요건을 달리하는 것이고 이는 결국 수범자에 대한 법정형에 반영되기 때문에 양자를 구별할 것이 요구된다.

7) 형법이론상 범죄의 주관적(내부심리학적) 요소는 타인에게 귀속시킬 수 없는 것이라고 한다면, 대표자사례유형의 경우 자연인에게는 법인의 업무관련행위에 대한 주관적 의사는 인정될 수 있지만, 법인에게는 그 자연인의 위반행위를 자기의 위반행위로 삼으려는 주관적 의사가 있다고 보기 어렵기 때문이다. 이와 관련된 비판은 이 글의 주제를 벗어나는 문제이므로 별도의 기회에 논의하기로 한다.

8) 불법의 양이 법정형에 반영된다는 점에서 보면, 대표자에 대한 법정형과 법인에 대한 법정형은 동일한 것이 되는 바, 양벌규정의 법정형이 이에 따르고 있는지는 후술한다.

진)이 전적으로 일치된다는 결론이 나온다. 이에 의하면 대표자위반행위의 불법이 부정되면 법인의 형사책임은 더 이상 근거지울 수 없다.

나. 종업원등위반행위사례유형의 경우: 법인의 ‘잘못(귀책)’=법인의 불법?

1) 2007년 이전 상황

이 사례유형의 경우에는 종업원 등의 행위를 법인의 행위로 볼 수 있는 이론적 근거가 없다. 대표자위반행위사례유형의 경우와 같이 동일시이론이 채택될 수 없기 때문이다. 따라서 종업원등이 업무관련적 위반행위를 하였더라도 이를 법인의 행위로 귀속할 수 없다면 법인의 불법행위도 근거지울 수 없다. 형사책임을 인정함에 있어 행위불법 없이 결과불법만을 요구하는 이른바 무과실책임론적 태도를 보이게 되면 결과책임을 인정하는 것이 되어 행위책임원칙에 반하기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 법인을 처벌하고 있는 양벌규정은 개인형벌의 도그마틱에서 요구하는 형벌부과요건의 수준에 현저하게 미달되어 있다고 할 수 있다. 이러한 양벌규정의 태도는 개인형벌의 도그마틱과의 상응성을 유지하고 있지 못하므로 형벌 앞에 법인과 자연인을 차별취급하게 된다는 맹점을 보인다. 따라서 양벌규정이 결과책임을 인정한다는 비판이나 개인형법상 범죄성립요건과의 상응성 수준에 미치지 못하고 있다는 문제점을 극복하기 위해서는 양벌규정 속에 법인 자체의 처벌근거를 추가해 넣지 않으면 안된다.

물론 종래 양벌규정들 가운데 이 사례유형의 경우 법인의 형사책임인정과 관련하여 법인의 면책조항을 둬으로써 간접적으로 법인처벌을 위한 실체요건을 규정하고 있었다고 볼 수도 있다.⁹⁾ 하지만 대부분의 양벌규정은 면책사유마저 명시하지 않고 있었다. 이 때문에 실무와 학계는 양벌규정 자체에 나타난 모호한 문제 상황을 해석을 통해 돌파하려는 시도를 하였다. 대법원은 문제되는 당해 양벌규정의 특징에 맞추어 유동적인 태도를 취해왔다. 즉 면책조항을 두고 있는 양벌규정의 해석·적용에 있어서는 법인의 과실을 추정하는 듯한 입장을 취하였고, 면책조항 조차 없는 양벌

9) 종래 일부 양벌규정에 들어 있었던 면책조항은 그 내용적 측면 뿐 아니라 법인처벌을 위한 도그마틱적 의의에서도 2007년 이후 새롭게 정비되기 시작한 양벌규정 속의 면책조항과 다르다. 이에 관해서는 후술한다.

규정을 해석·적용할 경우에는 법인에 대해 무과실책임을 취하는 듯한 입장을 보여 왔다. 학계는 과실책임설/과실추정설/무과실책임설/(부작위)감독책임설/이원설(부작위감독책임설·행위책임설)등으로 견해가 대립하였다.¹⁰⁾ 특히 학계에서는 무과실책임설을 취하는 듯한 대법원의 태도에 대해 해석론적 차원의 소극적인 비판은 있었지만,¹¹⁾ 입법론적으로 법인에 대한 독자적인 처벌근거를 추가해 놓지 않으면 양벌규정이 책임주의원칙에 위배되어 위헌이 될 수 있음을 지적할만큼 적극적인 비판으로까지 나아가지는 않고 있었다.

2) 2007년 이후 상황

이러한 상황에서 2007년 헌법재판소는 면책조항 조차 두고 있지 않은 양벌규정에 대해 위헌 결정을 내렸다. 이러한 결정은 법인처벌의 실제요건에 관한 양벌규정의 불완전한 태도 내지 후진성 그리고 이 때문에 빚어진 해석론의 난맥상을 일거에 해소시켜주는 의미 차원을 가진 것이라고 할 수 있다. 이 결정 및 이와 같은 취지의 결정¹²⁾에 따르면 헌법재판소는 법인에게 “종업원 등의 위반행위와 관련하여 법인에게 선임·감독상의 주의의무를 다하지 못하는 잘못”¹³⁾이 있어야 할 것을 요구한 바, 이는 법인에게 형벌을 부과하기 위해 자연인인 종업원이 위반행위를 하는 것만으로는 충분하지 않고 법인 자신에게 독자적인 ‘책임’(‘잘못’)이 있을 것을 요구하는 진

10) 이 가운데 이원설의 입장만 양벌규정이 예정하고 있는 두 가지 사례유형을 구별하는 전제에서 출발하고 있었고, 나머지 학설은 법인을 형사처벌하기 위해서는 법인에게도 독자적인 처벌근거가 추가적으로 요구될 것인지에 대해 위반행위를 한 자연인의 법인 내 지위와 무관하게 통일적인 처벌근거의 필요성여부를 밝히려는 시도였다고 할 수 있다. 실무는 일찍부터 법인처벌의 근거를 달리하는 두 가지 사례유형을 구별하고 있었지만 종업원위반행위사례유형의 경우 부작위감독책임설 대신에 과실책임설을 취하는 점에서 이원설의 입장과 차이가 있다.

11) 당시의 비판론으로는, 무과실책임은 그 자체로서 뿐만 아니라 이를 통한 입증책임의 전환이 이루어질 경우 책임주의나 무죄추정의 원칙에 반한다(김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거·구조”, 『법학논집』 제24권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 35면 등)는 의견이 주를 이루었다.

12) 물론, 2007년 당시의 결정은 ‘법인’(즉 법인 사업주)에 대한 것이 아니라 자연인인 ‘개인 사업주’를 겨냥하고 있었지만, 그 이후(특히 헌법재판소 2009. 7. 30. 2008헌가14)부터는 이와 같은 결정의 취지가 ‘법인’에 대해서도 동일하게 적용되는 것임을 인정하였다.

13) 헌법재판소 2011. 10. 25. 2010헌바307; 2011. 6. 30. 2011헌가7·10(병합); 헌법재판소 2011. 4. 28. 2010헌가66; 헌법재판소 2011. 9. 29. 2011헌가12; 헌법재판소 2011. 12. 29. 2011헌가33 등.

일보한 태도를 보였기 때문이다. 이러한 헌법재판소 결정의 취지는 양벌규정의 입법론의 전개에도 결정적인 영향을 미쳐 그에 따른 후속조치로 양벌규정 속에 ‘법인’만을 겨냥하는 독자적인 처벌근거를 만드는 방식의 양벌규정 개정작업이 이루어졌다. 그 결과 오늘날 모든 양벌규정은 “다만, 법인이 자연인의 위반행위를 방지하기 위해 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”는 형식의 단서조항을 두게 되었다. 그리고 이 단서조항에 표현된 법인에 대한 추가적 처벌근거를 헌법재판소는 “선임감독상의 주의의무위반”¹⁴⁾으로 표현하기도 하였고, 대법원은 “법인이 상당한 주의 또는 관리·감독 의무를 게을리한 과실로 인하여 처벌되는 것”¹⁵⁾이라고 설명하고 있다. 최근 헌법재판소는 법인에게 요구되는 추가적인 처벌근거를 “비난의 근거가 되는 독자적인 책임”이라고 표현하기도 한다.¹⁶⁾ 헌법재판소나 대법원 더 나아가 학계에서는 법인에게 요구되는 이와 같은 추가적 처벌근거를 통해서 양벌규정이 비로소 책임주의원칙과 조화되는 수준이 된 것이라고 하면서 긍정적인 평가를 내리고 있다.¹⁷⁾

3) 법인의 독자적 처벌근거의 범죄론상 체계적 지위

2007년 헌법재판소 결정과 그에 따른 양벌규정의 개정 이후, 법인의 처벌을 위해 법인에게 추가적으로 요구되는 처벌근거의 필요성 및 그 내용을 둘러싼 모든 논쟁이 일단락될 듯이 보였다. 하지만 양벌규정의 문언에서 법인이 스스로 행위를 할 수 있는 존재로 표현되었기 때문에 법인의 행위주체성 인정여부가 새로운 쟁점으로 부상되는 계기가 되었다. 뿐만 아니라 법인의 독자적 처벌근거가 양벌규정에 규정됨으로써 상응성문제가 모두 해결되었는지, 더 나아가 자연인의 범죄성립조건과 비교할 때 법인의 독자적 처벌근거를 법인의 ‘불법’요소라고 할 것인지 아니면 ‘책임’요소로 볼 것인지에 관해서도 논의할 필요성이 새롭게 등장하였다.¹⁸⁾ 동일시이론이

14) 헌법재판소 2009. 헌법재판소 2009. 7. 30. 2008헌가17 등.

15) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도9624 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12069 판결 등.

16) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 결정; 대법원 2010.9.30. 선고 2009도3876 판결.

17) 양벌규정과 책임주의원칙의 조화여부 및 책임주의원칙의 두 가지 의미에 관해서는 김성돈, 양벌규정과 책임주의원칙의 재조명, 『형사법연구』 제27권 제3호, 한국형사법학회, 2015, 136~138면 참조.

18) 양벌규정에 규정된 법인의 독자적 처벌근거를 법인의 불법요소로 해석할 것인지 책임요소로 해석

기초되어 있어 대표자의 위반행위의 불법은 물론 책임까지 법인에게 모두 귀속될 수 있는 구조를 가진 대표자위반행위사례유형의 경우와는 달리 종업원등위반행위사례유형의 경우에는 종업원등의 위반행위의 불법 및 책임과 법인의 불법 및 책임은 각자 별도로 근거지워야 하는 것이기 때문이다. 이 때문에 종업원등이 위반행위를 하였을 경우 양벌규정에 새롭게 규정된 법인의 독자적 처벌근거가 법인의 불법을 구성하는 것인지 아니면 법인의 책임을 구성하는 것인지가 해명되어야 하는 것이다.

하지만 종래 법인의 처벌근거와 관련하여 해석론상 논의를 전개해 왔던 학계도 정작 양벌규정에 규정된 법인의 ‘상당한 주의와 감독의무위반’을 개인형법 도그마틱에서 말하는 범죄성립요건 가운데 어느 요건과 상응성을 가진 것이라고 할 수 있는지에 관한 논의차원으로 그 지평을 바꾸고 있지는 못하다. 미루어 짐작하면 종래 법인의 처벌근거와 관련하여 과실책임설을 취해 온 견해들은 ‘상당한 주의와 감독의무위반’을 법인의 독자적 불법요소로 보는 전제하에 있는 것 같다.¹⁹⁾ 2007년 헌법재판소의 결정문에서도 - 비록 반대의견의 표현이긴 하지만, - 이 요소가 과실요소인 동시에 불법요소임을 명시적으로 밝히고 있다.²⁰⁾ (부작위)감독책임설도 상당한 주의와 감독의무위반을 법인의 불법으로 보는 점에서는 과실책임설의 태도와 다르지 않다. 예컨대 (부작위)감독책임설의 입장에서 헌법재판소나 양벌규정의 태도에 대해 법인이 교사하거나 직접적으로 고의를 가지고 묵인하는 경우와 같이 법인에게 고의가 인정되는 경우를 설명하지 못하거나 그러한 경우를 포섭하지 못하는 잘못된 입법이라고 비판²¹⁾하고 있지만, 법인의 추가적 처벌근거로 요구되어야 할 내용인

할 것인지는 도그마틱적으로 단순한 체계론상의 의미만 가지는 것이 아니다. 법인에 대해 예정되어 있는 법정형의 문제와 직결된다. 이에 관해서는 후술한다.

- 19) 이러한 견해는 법인에게 지우게 될 형사책임의 종류도 ‘과실범’으로 보게 된다. 물론 과실책임설을 취하는 견해 중에도 과실을 법인처벌을 위한 최소한의 요건으로 이해하면 법인에게 고의가 있는 경우를 배제해서는 안된다는 견해(오영근, 「형법총론(제3판)」, 박영사, 2014, 93면; 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 「서울대학교 법학」 제48권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2007, 68면)도 있다. 이 견해는 사실상 고의와 과실 모두를 포괄한다는 점에서는 부작위감독책임설과 같지만, 법인의 불법의 특징을 부작위로만 보고 있지 않는다는 점에서는 부작위감독책임설과 다르다.
- 20) 헌법재판소 2007. 11. 29. 2005헌가10 결정의 이동흡 재판관의 반대의견에서는 “‘법인의 종업원 등에 대한 선임·감독상의 과실’이란 것이 법인의 ‘업무’와 종업원 등의 ‘위반행위’를 연결해 주는 주관적 구성요건요소로서 추단될 수 있(다)”고 한다.
- 21) 조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임 -개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로-”, 「법학논총」 제23

과실과 고의를 결국 법인의 불법요소로 이해하는 전제에서 출발하고 있는 것으로 보인다.

하지만 양벌규정 속에 법인의 처벌근거를 새롭게 명문화한 직접적 계기를 만들어 준 헌법재판소의 위헌결정문의 문맥을 따라가 보면 법인에 대한 처벌근거의 범죄체계론상 지위를 불법요소가 아니라 책임요소로 이해한 것으로 볼 여지도 없지 않다. 그 이유는 두 가지 정도로 압축할 수 있다. 첫째, 헌법재판소가 양벌규정에 대한 위헌결정을 내리면서 어김없이 법인의 독자적 ‘책임’이라는 용어를 사용하였다. 둘째, 헌법재판소가 법인처벌을 위해 법인의 ‘독자적 책임’을 추가적으로 요구하는 배경에는 양벌규정을 책임주의원칙과 조화시켜야 한다는 헌법상의 요청을 충족시키기 위한 의도임을 밝히고 있는데,²²⁾ 책임주의원칙에서 말하는 책임을 범죄체계론상 불법 다음에 나오는 책임을 의미하는 것으로 보았을 가능성도 배제할 수 없다.

다른 한편, 법인의 독자적 책임(잘못)을 법인의 독자적 불법요소로 보는 태도를 취하게 된다면 법인이 지게 될 형사책임의 종류 내지 법효과적인 측면 그리고 양벌규정의 법적 성격을 규명하는 일에 치명적인 약점이 생길 수도 있다. 즉 법인의 독자적 책임(불법)을 법인의 독자적 (특히 과실)불법이라고 한다면 자연인의 위반행위의 불법이 고의임에도 법인의 불법이 과실로 되어 양자가 구성요건적으로 불일치하게 된다. 뿐만 아니라 양벌규정에서는 법인(과실범)에 대해 부과될 법정형이 위반행위를 한 자연인(고의범)에 대한 벌금형과 동일한데, 이는 고의범의 불법의 정도와 과실범의 불법의 정도가 달라야 한다는 점을 무시하고 있는 입법인 것을 드러내고 있는 결과가 된다. 법정형에 관한 양벌규정의 태도를 불법이론과 모순되지 않게 하려면 법인의 불법, 즉 자연인이 위반한 구성요건 내지 행위규범이 아닌 법인이 위반한 별개의 구성요건 내지 행위규범이 무엇인지를 밝혀야 할 새로운 난제를 떠안게 된다. 여기서 만약 법인이 위반한 구성요건이 종업원인 자연인이 위반한 불법구성요건과 별개의 것이라는 출발점에 서게 된다면, 법인처벌을 위한 형벌부과요건을 규정하고 있는 양벌규정의 법적 성격(기능)까지도 대표자위반행위사례유형의 경우와 다르게 이해해야 한다. 즉 동일한 양벌규정이 대표자위반행위사례유형의 경우에

집, 숭실대학교 법학연구소, 2010, 296면.

22) 헌법재판소 2009. 7. 30. 2008헌가18.

는 귀속규범적 성격을 띠게 되지만 종업원등위반행위사례유형의 경우에는 새로운 구성요건을 창설하는 기능을 가지게 된다.²³⁾ 양벌규정 속의 법인의 독자적 책임(잘못)을 법인의 불법요소로 해석해야 할 것인지 책임요소로 해석해야 할 것인지는 헌법재판소가 양벌규정에 대해 관철할 것을 요구하는 책임주의원칙이 어떤 내용을 말하는 것인지를 살펴본 후에 최종결론을 내리기로 한다.

2. 법인의 책임요소?

형벌부과의 실제요건을 자연인과 법인에 대해 상응하도록 만들어야 한다는 요구는 불법요소 뿐 아니라 책임요소에 관해서도 요구할 수 있다. 형벌을 부과하기 위한 실제요건으로 책임이 요구되고 따라서 형벌은 책임주의원칙에 터잡아야 한다는 헌법상의 요구는 법인에 대해서도 관철되어야 한다는 요구로 나타난다. 이러한 차원에서 보면 형벌근거책임으로서 ‘책임’없이 형벌없다는 책임주의원칙은 자연인에 대해서 뿐 아니라 법인에 대해서도 요구되어야 한다. 양벌규정이 법인을 처벌하기 위해 법인에 대해 책임을 요구하고 있는지, 있다면 이를 어떻게 근거지우고 있는지도 대표자위반행위사례유형과 종업원등위반행위사례유형의 경우 각각 달리 해석된다.

가. 대표자위반행위사례유형의 경우 법인의 책임: 책임귀속

이 사례유형의 경우 동일사이론에 기초하여 대표자의 위반행위를 법인의 행위로 평가하는 결과, 법인 대표자의 위반행위의 불법뿐 아니라 ‘책임’도 법인의 책임으로 평가된다. 즉 동일사이론이 대표자의 책임을 법인의 책임으로 귀속하는 이론적 기초가 되는 것이다. 양벌규정에 대한 이와 같은 해석에 의하면 대표자의 업무관련적

23) 법인의 불법이 자연인의 위반행위의 불법과 다르고 양자가 구성요건적으로 일치하지 않는다면 양벌규정 자체가 법인을 처벌하기 위한 새로운 구성요건을 창설하는 기능을 하는 것이므로 양벌규정의 법적 성격은 ‘구성요건창설규범적 성격’을 가지게 된다. 반면에 법인의 불법이 자연인의 위반행위의 불법과 동일한 것이라면 양벌규정의 기능은 자연인의 불법을 법인의 불법으로 귀속하기 위한 ‘귀속규범으로서의 성격’을 가지게 된다. 법인처벌에 관한 규범의 법적 성격은 자연인의 위반행위와 법인의 처벌을 위해 요구되는 실제요건을 어떤 수준에서 규정하느냐에 따라 달라진다. 법인처벌 규범의 법적 성격 및 그에 따른 법인처벌을 위한 실제법적 요건과 절차법적 요건의 차이에 관해서는 별도의 연구를 요한다.

위반행위만 있으면 법인에게 아무런 추가적인 처벌근거가 없어도 법인을 처벌할 수 있게 된다. 이러한 맥락에서 헌법재판소와 대법원도 대표자가 위반행위의 주체인 경우에는 뒤에서 설명할 중업원등위반행위사례유형의 경우와는 달리 법인에게 독자적 책임요소를 추가적으로 요구하지 않아도 헌법상 책임주의원칙에 반하지 않는다고 한다.

“따라서 이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이므로 위 양벌규정에 근거한 형사처벌이 형벌의 자기책임원칙(출진 부분은 필자에 의한 강조임)에 반하여 헌법에 위배된다고 볼 수 없다.”(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 결정; 대법원 2010.9.30. 선고 2009도3876 판결).

이러한 태도에 의하면 법인의 형사책임을 인정하기 위해서는 대표자의 위반행위가 그 자체로 범죄성립요건 중 어느 하나라도 결격되지 않아야 할 것이 요구된다. 만약 대표자의 행위가 책임이 조각된다면 법인의 형사책임도 부정된다. 이와 같은 논리는 영국에서와 같이 동일시이론에 따라 법인의 형사책임을 인정되는 경우에도 마찬가지이다. 그에 따르면 기업 내 브레인의 위반행위가 범죄성립요건을 충족시키지 못하면 법인의 형사책임도 그에 귀속될 수 없으므로 결국 법인의 형사책임을 부정된다.²⁴⁾ 심지어 2006년 오스트리아 단체책임법에서는 기업의 결정권자의 위반행위와 관련하여 이러한 요건이 명문으로 명시되어 있다(제3조 제2항²⁵⁾).

이러한 책임‘귀속’방식은 독자적인 책임능력없는 법인에게 대표자의 책임을 귀속시키는 방식이므로 연대책임을 허용하는 민사책임의 법리로 채택하기에는 문제가 없다. 하지만 이러한 귀속방식을 일신전속적 성격을 가진 형사책임의 법리로 인정할 수 있을지 의문이다. 뿐만 아니라 대표자에 대한 행위가 형법적으로 어떻게 평가되는지가 법인의 형사책임의 유불리로 직접 귀결되므로 진정한 의미의 자기책임원칙 내지 책임개별화원칙에 반할 우려가 있다. 더 나아가 이와 같은 책임귀속방식은

24) 영국에서는 이러한 동일시이론에 기초한 법인의 형사책임 인정범위가 가지는 한계 때문에 기업과 실치사죄가 등장하게 된다.

25) 즉 결정권자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하고 책임이 있을 것을 법인처벌의 전제조건으로 규정하고 있다. 오스트리아 「단체책임법」 제3조 ② 단체는 결정권자가 스스로 위법하고 유책하게 범죄를 범한 때에 당해 결정권자의 범죄에 대하여 책임을 진다.

법인이 스스로 범죄의 주관적 요소를 충족하지 않고 있음에도 불구하고 자연인의 주관적 요건을 법인에게 귀속시키기 때문에 형법이론적으로 정당화되기 어렵다. 이 때문에 직접 행위로 나아가지 않은 법인으로 하여금 자연인인 대표자의 행위를 매개로 형사책임을 부담하게 하는 방식은 법인의 형사책임을 순수한 ‘의제’ 내지 ‘허구’에 기초하고 있는 태도라고 비판할 수도 있다. 양벌규정에 대한 비판은 여기에 그치지 않는다. 대표자위반행위사례유형의 경우 결정적으로 양벌규정의 태도가 헌법상 진정한 의미의 책임주의원칙과 조화되는지도 의문이다.

나. 종업원등위반행위사례유형의 경우: 법인의 독자적 책임?

1) 법인에게 요구되고 있는 ‘책임’의 의의

대표자위반행위사례유형의 경우와는 달리 동일시이론에 기초하지 않은 이 사례 유형의 경우 법인의 책임을 근거지우기 위해서는 법인의 불법요소를 이해하는 일과는 또 다른 차원의 난관을 헤쳐 나가야 한다. 개인형법의 도그마틱에서도 불법귀속(중속)까지는 인정할 수 있지만 책임은 책임개별화원칙 때문에 애당초 ‘귀속’과는 거리가 먼 관념이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이 사례유형의 경우 어떤 식으로든 법인의 ‘책임’을 근거지우지 않으면 안된다. 법인에 대한 형사책임인정에 있어서 책임주의원칙의 문제를 어떻게든 극복하더라도 자연인에게 요구하는 책임에 상응한 ‘책임’을 법인에 대해 요구해야 할 헌법상의 평등요구를 저버려서는 안되기 때문이다.²⁶⁾

양벌규정이 이러한 요구를 충족하고 있는지를 검토함에 있어 가장 먼저 착수해야 할 일이 있다. 2007년 이후 양벌규정 속에 새롭게 추가된 법인의 독자적 처벌근거를 법인의 독자적 ‘책임’요소로 해석할 수 있는지를 확인하는 일이다. 하지만 앞서 언급했듯이 양벌규정 속의 법인의 처벌근거를 법인의 불법요소로 보아야 할지 법인의 책임요소로 보아야 할지는 여전히 분명하지 않다. 헌법재판소의 결정문의 외양만 두고 보면 양벌규정에 새롭게 규정된 법인의 추가적 처벌근거를 법인의 책임요소로 파악할 여지가 있긴 하다. 헌법재판소가 종래의 양벌규정에 대해 법인의 ‘책

26) 이 점에 기초한 비판은 앞서 언급한 대표자위반행위사례유형의 책임귀속방식에 대해서도 타당하다.

임'유무를 묻지 않고 법인에 대해 형벌을 부과하는 것은 법인이 자신의 잘못이 아니라 '타인의 잘못'에 대해 책임지는 것이고 이러한 태도는 헌법상의 '책임주의원칙'에 반하는 것이라고 하면서 '책임'이라는 용어를 누누이 등장시키고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 책임주의원칙을 고수하기 위해 법인의 "독자적 책임"²⁷⁾이 요구된다고 하면서도 책임이라는 표현을 명시적으로 사용하고 있다. 양벌규정의 입법자가 이러한 취지에 따라 법인을 처벌하기 위한 근거로서 법인에게 '상당한 주의와 감독의무위반'을 요구한 것임을 미루어 짐작해 보아도 '상당한 주의와 감독의무위반'을 법인의 독자적 책임이라고 볼 여지가 있다.

하지만 헌법재판소에 의해 언급되고 있는 '책임' 또는 '책임주의원칙'이 등장하는 문맥이나 양벌규정상 '상당한 주의와 감독의무위반'이라는 요건의 등장배경을 고려하면 그와 같은 결론은 성급하다고 하지 않을 수 없다. 먼저, 헌법재판소가 상정하고 있는 법인의 독자적 책임은 범죄체계론상 불법과 구별되는 형벌근거책임이 아니다. 헌법재판소가 여러 차례 사용하고 있는 법인의 '책임'의 의미는 종업원이 야기한 법익침해의 결과에 기여한 "잘못"(내지 귀책)이고 이와 같은 법인의 '잘못'(귀책)은 법인의 "행위반가치"적 측면을 의미²⁸⁾하기 때문이다. 이러한 행위반가치적 의미의 법인의 잘못(내지 귀책)은 책임비난의 대상인 '불법'을 의미하는 것일 뿐 책임비난 그 자체를 의미하는 것은 아니다. 양벌규정 단서조항의 '법인의 상당한 주의와 감독의무위반'이라는 처벌근거가 새롭게 도입된 배경을 음미하더라도 이를 법인의 '책임'으로 평가하기는 어렵다. 주지하다시피 양벌규정의 단서조항은 행위성조차 근거지우기가 어려운 법인을 '타인의 잘못'을 근거로 처벌하지 않기 위해 자연인의 위반행위 외에 법인의 독자적 처벌근거를 추가적으로 규정한다는 차원에서 마련된 것이다. 즉 입법자는 이 단서조항을 통해 법인도 자신의 잘못(귀책 또는 넓은 의미에서의 '죄')이 없이는 처벌되지 않는다는 점을 표현한 것이므로, '잘못(범죄)없으면 형벌없다'는 차원의 죄형법정주의원칙 내지 법치국가원칙에서 나오는 넓은 의미의 책임주의원칙을 양벌규정 속에 구현한 것일 뿐이라고 할 수 있다. 무엇보다도 이러한 차원의 잘못(귀책)은 그 자체가 책임비난을 구성하는 것이 아니라 책임비난의

27) 헌법재판소 2010.7.29., 2009헌가18 등.

28) 헌법재판소 2007. 11. 29. 2005헌가10.

‘객체’, 즉 불법을 의미하는 것에 지나지 않는 것이라고 볼 수도 있다.

2) 책임능력과 진정한 의미의 책임주의원칙

법인에 대해 형벌을 부과하기 위해서는 법인이 잘못을 범해야 한다는 귀책적 의미의 광의의 책임을 요구하는 것으로 족한가, 아니면 자연인에 대한 범죄성립요건과 전적으로 상응하게 법인에게도 범죄체계론상의 책임(형벌근거책임)까지 요구해야 하는가? 이 물음은 자연인에게 형벌을 부과하는 경우와 마찬가지로 법인에 대해 형벌을 부과하는 경우에도 책임비난을 위해서는 법인이 책임능력있는 주체일 것을 요구하는가, 만약 그렇다면 양벌규정은 과연 법인의 책임능력을 인정하고 있는가 하는 물음으로 바뀌어질 수 있다.

주지하다시피 책임능력이란 책임비난을 가하기 위한 전제조건으로서 행위 주체가 규범준수적 행위를 할 수 있었음에도 불구하고 불법행위로 나아갔다는 책임비난에 직면하여 스스로 행한 불법을 회피하고 규범준수적인 행위로 나올 수 있는 ‘가능성’을 의미한다. 여기서 불법행위를 피하고 적법한 행위를 선택할 수 있는 가능성이 있다고 하기 위해서는 법과 불법을 판단하고 그에 따라 의사결정을 할 수 있는 정신적인 ‘능력’이 있어야 한다. 만약 자연인의 집합체 내지 조직체인 법인에게도 이러한 정신적인 능력을 인정할 수 없다면, 이러한 법인에 대해 형벌을 부과하는 양벌규정의 태도는 책임비난의 전제조건인 책임능력없는 자, 즉 책임비난을 할 수 없는 자에게 형벌을 부과하는 것이 된다.

법과 불법을 변별하고 스스로 의사결정을 할 수 있는 책임능력있는 자에 대해서만 형벌을 부과하는 이유는 형벌에 내포되어 있는 사회윤리적 차원의 비난이 가지고 있는 의미 때문이다. 형벌은 다른 범영역에서의 법효과와는 달리 사회윤리적 비난을 내포하고 있으므로 최후수단으로서만 투입될 것을 요구하는 등 엄격한 제한을 받아야 한다. 사회윤리적 비난인 형벌을 부과하려면 형벌에 내포된 비난의 의미를 이해할 수 있는 인격적 주체인 개인의 책임능력을 전제로 해야 하는 것도 이러한 제한 가운데 하나에 해당한다. 전통적 의미의 책임개념이 인간의 의사자유를 전제로 한 윤리적·도덕적 차원의 책임개념을 기반으로 하고 있음도 바로 이 때문이다. 의사자유를 가진 인격적 주체인 책임능력있는 자에게만 책임비난을 가하고 형벌을

부과하는 것이 인간의 존엄과 가치의 보호를 선언하고 있는 헌법적 가치질서에 부합하는 바, 형법의 한계원리로서 헌법이 보장하는 ‘진정한 의미의 책임주의원칙’인 것이다.

전통적으로 이러한 차원의 형벌이 전제로 하는 책임개념 및 책임능력을 법인에 대해서는 인정하지 않는 것이 형법이론학의 확립된 태도였다. 법인에 대해서는 사법상 불법행위능력도 부여되고 있고, 공법상 기본권의 주체로서의 지위나 일정한 범죄의 경우 범죄피해자의 지위도 인정될 수도 있다. 하지만 법인은 책임비난의 전제인 의사자유를 가진 존재가 아닐 뿐 아니라, 규범위반이 가지는 사회윤리적 차원의 의미맥락을 이해할 수 있는 존재가 아니므로 형벌부과 및 책임비난의 전제조건인 책임능력은 인정될 수 없는 것으로 여겨져 왔다.

3) 양벌규정과 책임주의원칙

이와 같이 형벌부과의 전제조건으로서의 책임능력은 자연인에게만 인정될 수 있다는 점이 법인의 형사책임 인정에 결정적인 장애요소로 작용한다. 헌법재판소도 이러한 의미의 책임능력이 법인에게 인정될 수 있을 가능성에 대해서는 철저히 탐구하고 있다. 입법자도 법인에게 ‘형벌’을 부과하고 있는 양벌규정이 법인의 책임능력을 규범적으로 가정하거나 전제하고 있다는 근거를 제시하고 있지도 않고 암묵적인 암시조차도 주고 있지 않다. 양벌규정상의 단서조항은 법인에게 책임능력을 인정하기 보다는 단순히 법인도 처벌받기 위해서는 자연인과 마찬가지로 귀책사유가 있어야 할 것을 요구하고, 그러한 귀책사유를 ‘상당한 주의와 감독의무위반’으로 규정하고 있을 뿐이다. 타인의 잘못이 아니라 스스로의 잘못(귀책 또는 넓은 의미의 죄)이 있어야 처벌의 대상이 될 수 있다는 점은 진정한 의미의 책임주의원칙이 아니라 책임주의원칙의 다른 측면인 ‘불법이 있어야 책임이 있다’는 점을 확인하고 있을 뿐이다. 이러한 관점에서 보면 양벌규정은 법치국가원칙과 죄형법정주의에 뿌리를 가지고 있는 행위책임원칙 내지 책임개별화원칙과 조화될 수 있을 뿐이다. 법인의 책임능력에 관해서는 한마디도 하지 않고 있는 헌법재판소가 양벌규정도 책임주의원칙을 관철시켜야 할 것을 요구하고 있음도 불법관련적 책임주의의 원칙의 단면을 의미하고 있을 뿐이라고 해야 한다.²⁹⁾ 요컨대 법인의 책임능력을 적극적으로 인

정하는 전제에 서지 않는 한 양벌규정은 인간의 존엄성에 뿌리를 가진 진정한 의미의 책임주의원칙과 조화를 이루고 있다고 말할 수 없는 것이다.³⁰⁾ 이와 같이 형법전의 범죄와 관련해서는 법인에게 형벌을 철저히 봉쇄하고 있으면서도 양벌규정으로 포섭되는 위반행위와 관련해서는 법인에게 형사처벌의 문을 활짝 열어두고 있는 현행법체계가 보여주고 있는 이중성(이원성)은 어떻게 극복할 수 있는가? 양벌규정이 여전히 법인의 책임능력문제를 해결하지 못하고 있다는 점이 앞서 서두에서 언급한 ‘근본적인 한계’에 해당하는 것이다.

다. 보론: 양벌규정체계를 유지하기 위한 새로운 해석방안?

양벌규정은 법인에 대한 형벌부과요건의 전제조건을 규정하고 있을 뿐 아니라 일정한 이론적 기초 하에 - 그리고 적어도 종업원등위반행위사례유형의 경우 - 법인에게 독자적 처벌근거까지 요구하고 있음으로써 책임주의원칙의 한 측면을 고려하는 수준까지 발전하였다. 이와 같은 현행의 양벌규정의 태도가 형벌 앞에서 자연인과 법인을 평등취급하라는 헌법적인 요구와 조화될 수 있는가? 전통적 의미의 책임개념 및 진정한 의미의 책임주의원칙은 원칙적으로 ‘인간’(자연인)에게만 요구될 수 있고, 법인의 본질과 기능에 부합하는 동시에 형사정책적 차원의 합목적성을 고려하면 양벌규정은 ‘법치국가원칙 및 죄형법정주의’에 뿌리를 둔 책임주의원칙과 조화를 이루는 것으로 충분하다고 할 수 있는가?³¹⁾ 책임주의원칙이 자연인과 법인에 대해 각기 다른 정도로 형벌권의 한계원리로 기능할 수 있다고 양벌규정의 해석론

29) 책임주의원칙은 두 가지 내용을 가지고 있다. 2007년 헌법재판소 결정 및 그 이후의 결정에서 말하는 책임주의원칙은 “법치국가의 원리 또는 죄형법정주의에서 도출”되는 원칙으로서 잘못이 없으면 책임을 지지 않는다는 의미 또는 다수 관여자가 있을 경우 타인의 잘못에 대해서는 책임지지 않는다는 의미 차원에서 말하는 책임개별화원칙 내지 자기책임원칙을 지칭하는 것일 뿐, 스스로 자기결정을 할 수 있는, 즉 책임능력있는 인격적 주체로서의 인간에 대해서만 형벌을 부과할 수 있다는 의미에서 “인간의 존엄성에서 도출되는 책임주의원칙”을 지칭하는 것은 아니라고 할 수 있다.

30) 이에 관해서는 김성돈, 앞의 논문, 137면. 독일의 입법자가 유럽국가 가운데 유일하게 법인에 대해 형벌이 아니라 질서위반금(과태료)부과로 대응하는데 그치고 있음도 이와 같은 의미차원의 책임주의원칙을 법인에 대해 요구할 수 없음을 인정하고 있기 때문이다. 독일학계에서도 법인에게는 책임능력을 부정하는 것이 다수견해이다.

31) 시도될 수 있는 새로운 해석론 및 이에 대한 비판으로는 김성돈, 앞의 논문, 138면.

을 전개할 수 있다면, 이는 법인으로 하여금 의사의 자유를 전제로 하는 윤리적·도덕적 의미맥락을 가진 책임주의원칙의 굴레로부터 벗어나게 할 수 있을 것이다. 진정한 의미의 책임주의원칙이 ‘인간’의 존엄성에서 나오는 원칙이고 기본적으로 ‘자연인’을 겨냥해서 구상된 원칙이라면 이를 ‘법인’에 대해서 요구하는 것은 그 자체로 불가능을 요구하는 것이 된다. 이 때문에 법인에 대해서는 예외적으로 법치국가원칙 및 죄형법정주의원칙에서 나오는 행위책임원칙 내지 책임개별화원칙의 준수만 요구하는 것으로 만족할 수도 있다. 법인과 자연인은 본질적으로 다른 존재이기 때문에 책임주의원칙을 동일하게 적용하지 않더라도 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 의미의 평등원칙에는 위배되지 않기 때문이다. 하지만 상응성요구가 이와 같은 방식으로 충족된다고 하더라도 예외조항으로서의 양벌규정이 헌법적으로 정당화될 수 있는가? 이 물음에 답하기 위해서는 책임이외의 다른 형벌부과요건인 법인의 ‘불법’의 내용을 어떻게 이해할 것인지를 구체적으로 살펴보자.

3. 소결: 양벌규정과 법인의 불법요소(종속적 불법+독자적 불법)

앞에서 양벌규정과 책임주의원칙과의 관계를 검토해 본 바에 의하면 양벌규정상의 - 종업원등위반행위사례유형의 경우³²⁾ - ‘감독의무위반’이라는 법인의 추가적 처벌근거는 법인의 ‘책임’을 근거지우는 요소라고 할 수 없다. 감독의무위반을 추가적으로 양벌규정에 명문화한 것은 타인의 잘못을 근거로 해서가 아니라 법인 자신의 독자적 잘못이 있을 경우에만 형벌을 부과할 수 있다는 원칙(책임개별화원칙)을 구현하기 위함이고, 이 경우 법인의 감독의무위반은 법인의 독자적 책임을 근거지우기 보다는 법인의 불법을 근거지우는 요소라고 하는 것이 합리적인 해석이기 때문이다.

물론 그렇다고 해서 ‘감독의무위반’이라는 법인의 처벌근거를 법인의 유일하고도 ‘독자적’ 불법요소라고 단정할 것은 아니다. 이를 법인의 ‘독자적’ 불법요소로 본다면 종업원의 위반행위의 불법과 법인의 불법이 전혀 별개의 불법이라는 결론이 되

32) 대표자위반행위사례유형의 경우 동일시이론에 기초하여 대표자의 위반행위의 불법이 법인에게 귀속되는 것이므로 법인의 불법을 근거지우는 일에 관한 한 이론적으로는 문제가 생기지 않는다.

고 말기 때문이다. 이러한 결론은 다시 종업원의 행위의 불법과 법인의 불법이 - 위반한 행위구범의 맥락에서 말하면 - 구성요건적으로도 별개일 것이 전제되는 경우에만 가능할 것이다. 하지만 법인이 종업원의 위반행위와 전혀 다른 구성요건을 충족시키고 있는 것이라면 새로운 의문을 해결해야 한다. 즉 자연인이 아닌 법인은 도대체 어떤 '구성요건'을 충족시켰음을 근거로 형벌을 부과받는 것인가? 양벌규정의 내용과 체계상의 위치를 보면 양벌규정은 법인이 어떤 구성요건을 충족시키고 있는지를 확실하게 말하고 있지 않다. 양벌규정상 종업원등이 위반행위를 한 경우 종업원등의 위반행위의 불법은 해당되는 개개의 벌칙조항에서 지시되는 위반행위 자체 이상의 것도 아니고 그 이하의 것도 아니다. 이러한 경우는 개개의 벌칙조항의 위반행위 그 자체가 종업원등이 충족시키는 구성요건에 해당한다. 하지만 법인에 대해서는 개개의 벌칙조항이 아니라 양벌규정 속에 처벌근거가 규정되어 있다. 여기에서는 법인이 어떤 '위반행위'를 범했는지가 규정되어 있지 않고, 종업원등의 '위반행위의 방지'와 관련한 의무위반에 관해서 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 법인이 범한 불법내용의 판단은 종업원등의 위반행위 및 그 위반행위의 방지라는 측면을 종합적으로 고려하는 방식으로 이루어져야 한다.

먼저 법인의 불법은 종업원등의 '위반행위' 그 자체로만 볼 수는 없다. 만약 '방지의무위반'을 근거로 삼게 되면 법인이 범한 불법의 성격은 순수 의무위반적 성격을 띠게 된다. 이렇게 본다면 양벌규정이 법인에게 고유한 의무위반적 - 혹은 과실을 근거로 한 - 독자적 구성요건을 창설하고 있는 규정으로 이해될 수 밖에 없게 된다. 반면에 '위반행위의 방지와 관련한 의무위반'에서 법인의 불법을 구체적으로 살펴보면 법인의 불법은 종업원등의 위반행위가 발생시킨 결과반가치적 측면에 관한 한 종업원의 위반행위의 불법과 공유면을 가지고 있음을 알 수 있다. 그리고 이와 같은 공유면은 법인처벌의 전제조건으로서 종업원의 위반행위의 '법인업무관련성'을 통해 근거지워질 수 있다. 이러한 관점에서 보면 법인의 불법은 종업원의 위반행위의 불법과 전적으로 독립된 독자적 불법이 아니라 종업원의 위반행위의 불법에 일정부분 - 적어도 결과반가치적 측면에 - '종속'되어 있다고 하지 않을 수 없다.³³⁾ 법인의 불법이 종업원의 위반행위의 불법과의 공유면 내지 접점을 가지고 있

33) 아니면 적어도 종업원의 위반행위 그 자체는 법인의 관점에서 법인의 결과반가치라고 할 수 있다.

는 보다 분명한 근거는 양벌규정상 법인에게 예정되어 있는 ‘법정형’(벌금형)에 있다. 대부분의 양벌규정에서는 - 경우에 따라 법인에 대한 법정형을 가중하고 있는 경우도 있지만 - 법인에 대한 법정형을 종업원에 대해 예정되어 있는 법정형과 동일하게 적용하고 있다. 법정형은 불법을 기초로 하고 그 정도는 불법의 크기에 비례한다는 점에서 보면 법인의 불법은 종업원의 위반행위의 불법과 원칙적으로 동일한 것이고 양자에게 적용될 구성요건도 일치하는 것임을 전제로 한다고 해석할 수 있다.

이와 같이 법인에 대해 적용될 법정형을 종업원에게 적용될 법정형과 기본적으로 동일하게 인정하고 있는 양벌규정의 태도는 종업원의 위반행위의 불법이 법인의 불법으로 종속되는 것으로 해석하지 않으면 설명될 수 없다. 이러한 해석에 따르면 종업원의 위반행위가 만들어내는 종속적 불법(결과반가치)과 법인의 감독의무위반이 만들어내는 독자적 불법(행위반가치)의 결합이 ‘법인’의 처벌근거가 된다. 이와 같은 종속적 불법을 기초로 한 법인의 처벌근거는 그 구조상 공범의 처벌근거에서 혼합적 야기설에서 말하는 처벌근거와 유사하다.

이러한 기초위에서 보면 양벌규정상 법인에 대한 형벌을 부과하기 위해 자연인의 위반행위의 범죄성립요건(불법 및 책임)과 법인의 형벌부과요건(불법 및 책임)의 관계는 다음과 같이 파악될 수 있다. 먼저 대표자위반행위사례유형의 경우에는 동일 시이론에 기초하여 대표자의 위반행위는 불법뿐 아니라 책임까지 인정되어야 비로소 이를 기초로 법인의 불법과 책임이 귀속방식에 의해 근거지워진다. 법인에 대한 이와 같은 귀속방식의 형벌부과는 - 공범종속성설과 비교할 때 - 극단종속형식과 유사한 것으로 파악할 수 있다. 반면에 종업원등위반행위사례유형의 경우는 양벌규정에 명문화된 법인의 ‘감독의무위반’이 종업원의 위반행위의 불법과 공유면 내지 접점을 가지고 있고, 이를 기초로 법인의 불법을 근거지울 수 있으므로 법인을 처벌하기 위해서는 종업원의 행위가 적어도 구성요건에 해당하고 위법한 행위(불법)일 것이 요구된다. 이에 따르면 종업원의 위반행위가 책임이 조각되는 경우라도 종업원의 종속적 불법과 법인의 독자적 불법을 기초로 삼아 법인의 불법을 근거지울 수 있다. 따라서 이러한 종속방식에 따른 법인에 대한 형벌부과는 - 공범종속성설과

이는 방조범이나 교사범의 경우 정범의 행위 그 자체가 방조자나 교사자라는 공범의 결과반가치에 해당하는 것이라는 점과 맥락을 같이 한다.

비교할 때 - 제한종속형식과 유사한 것으로 파악할 수 있다. 물론 이와 같이 법인에 대한 형벌부과가 반드시 종업원의 처벌을 전제로 하는 것은 아니라고 해서 양벌규정의 법인처벌이 ‘독립모델’³⁴⁾에 입각해 있는 것으로까지 해석³⁵⁾해서는 안된다. 뿐만 아니라 종업원의 위반행위가 법인처벌을 위한 단순한 ‘객관적 처벌조건’에 불과하다고 평가해서도 안된다. 종업원의 위반행위가 존재하여야 할 뿐 아니라 그 위반행위가 최소한 불법까지는 인정되어야 하고, 거기에 법인의 불법이 종속할 수 있고 더 나아가 법인에게 적용될 구성요건을 확정할 수 있기 때문이다.

이와 같이 혼합적 불법구조 내에서 종속적 불법에 결합될 독자적 불법이라는 의미차원을 가지는 감독의무위반을 - 종업원등위반행위사례유형의 경우 - 입법자는 단서조항에서 법인에 대한 형벌부과를 위한 적극적 요소의 형식으로 규정하고 있지 않다. 법인에 대한 형벌을 배제하기 위한 소극적 요건의 형식으로 규정하고 있다. 이러한 입법방식을 두고 양벌규정의 단서조항을 ‘면책조항’이라고 파악하거나 그 내용을 순수하게 ‘과실’로만 이해하는 태도가 있다. 하지만 이러한 해석태도는 모두 근거가 없거나 오해에 기인한 것이다. 이에 관해서는 항목을 바꾸어 설명하기로 한다.

34) 법인에 대한 형사처벌을 위해 자연인의 위반행위에 어느 정도로 ‘의존’하느냐에 따라 법인처벌을 위한 입법모델의 형식이 결정된다. 자연인의 위반행위와 전혀 무관하게 전적으로 독립되어 법인을 처벌할 수 있도록 법인에 대한 형벌부과요건을 규정하는 경우를 ‘독립모델’이라고 하고, 자연인의 위반행위가 범죄성립요건을 완전히 충족시킬 것을 전제로 삼아 법인에 대한 형벌부과요건을 규정하는 경우를 ‘종속모델’이라고 한다. 양극단의 사이에 다양한 변형 모델이 존재한다. 우리나라 양벌규정의 경우 대표자위반행위사례유형의 경우는 극단 종속모델에 입각하고 있다. 종업원등위반행위사례유형의 경우에는 해석론상 다양한 견해가 주장될 수 있겠지만, 앞에서 설명한 바와 같이 법인의 불법과 종업원의 위반행위의 불법이 구성요건적으로 일치할 것을 요구하는 한, 완화(또는 제한)된 종속모델에 입각한 것으로 해석하는 것이 바람직하다.

35) 법인 영업주에 관한 사안이 아니라 개인 영업주에 관한 사안이긴 하지만 대법원이 개인 영업주에 대한 처벌을 위해 반드시 종업원이 처벌될 필요는 없다는 태도를 취하고 있는데(대법원 2006.2.24. 2005도7673; 대법원 1987.11.10.87도1213), 이를 두고 일부 견해(이원형, 행정형벌법규에서의 양벌규정의 해석과 문제점, 316면)가 양벌규정이 종속모델을 벗어나 독립모델을 취한 것이라고 평가하기도 한다. 하지만 이러한 평가는 종속모델과 독립모델에 대한 올바른 이해에 기초한 평가가 아닌 것으로 생각된다.

IV. 양벌규정 속의 단서조항의 도그마틱적 의의

법인처벌의 근거(감독의무위반)를 규정하고 있는 양벌규정의 단서조항을 면책조항의 형식으로 보면서 입증책임의 전환을 도모한 규정으로 보고 있는 견해³⁶⁾도 있고, 이를 입법자(정부)의 실책이라고 비판하는 견해³⁷⁾도 있다.³⁸⁾ 양벌규정의 단순한 면책조항으로 이해하는 태도는 이 조항이 과거 일부의 양벌규정 속에 이미 들어 있었던 면책조항과 유사한 형식을 취하고 있기 때문이고, 단서조항을 입법자의 실책으로 보는 태도는 단서조항이 법인처벌의 근거를 소극적인 형식으로 규정한 점을 과소평가하고 있기 때문인 것으로 보인다.

1. 입증책임의 전환규정인가?

양벌규정의 단서조항을 입증책임의 전환효과를 도모한 규정으로 보는 견해는 법인이 감독의무를 다한 것을 입증하면 형사책임을 받지 않게 됨을 근거로 내세운다. 양벌규정의 단서조항을 단순한 면책조항으로 이해한 태도는 2007년 헌법재판소 결정 이전의 대법원의 해석태도이기도 했다. 당시는 면책조항을 두고 있는 양벌규정과 그렇지 않은 양벌규정이 병존하던 시기였다. 이 때문에 대법원은 면책조항이 마련되어 있지 않았던 양벌규정에 대한 해석론을 전개함에 있어 무과실책임설의 취지에 따르지 않을 수 없었다. 다른 한편 면책조항을 두고 있었던 양벌규정에 대해서도 면책조항이 없는 양벌규정과의 균형을 맞추기 위해 과실책임설이 아닌 과실추정설을 취할 수밖에 없었다. 이와 같이 과실추정설에 따르는 한 추정된 과실책임으로부

36) 장한철, “양벌규정에 관한 현재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰”, 『한양법학』 제23권 제3집, 한양법학회, 2012, 128면, 한성훈, “법인의 감독책임의 명확화에 관한 소고”, 『한양법학』 제23권 제4집, 한양법학회, 2012, 48면; 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 『한양법학』 제20권 제4집, 한양법학회, 2009, 106면.

37) 조명화·박광민, 앞의 논문, 291면 이하.

38) 가장 선결되어야 할 문제는 양벌규정 단서조항속의 법인처벌근거가 종업원등사례유형의 경우 법인의 형벌부과요건으로서만 인정되고, 대표자위반행위사례유형의 경우 단서조항에 내포된 추가적인 처벌근거가 법인에 대한 형벌부과요건으로 인정되지 않는다는 점이다. 이러한 형식은 두 사례유형이 기초하고 있는 이론적 기초를 수용하는 한, 별도의 규정 속에 규율하는 방법으로 간단하게 해결할 수 있을 것이기 때문에 별도로 논의의 대상으로 삼지 않기로 한다.

터 벗어나기 위해서는 법인이 스스로 과실이 없었음을 입증해야 하기 때문에 단서 조항은 입증책임의 전환을 선언한 규정으로 이해되는 것이 자연스러웠던 것이다.³⁹⁾ 하지만 현재의 단서조항의 내용과 그 배경을 보면 이를 입증책임의 전환규정으로 이해해서는 안된다. 즉 2007년 이후 양벌규정의 개정에 따라 모든 양벌규정에 단서 조항을 두고 있고, 그 문언도 종래의 면책조항에서의 문언과 차이가 난다.⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 단서조항은 책임주의원칙을 관철시킨다는 명목 하에 법인처벌을 위한 독자적 처벌근거를 규정한다는 차원에서 마련된 것이다. 따라서 현행의 양벌규정상 의 단서조항은 법인의 형사처벌의 근거로서 감독의무위반을 소극적으로 규정한 것이므로 감독의무위반의 존재는 검사에 의해 적극적으로 입증되어야 하고 이를 입증하지 못할 경우 법원은 법인에 대해 형사책임을 물을 수 없게 된다. 최근 대법원도 양벌 규정의 단서조항이 입증책임의 전환규정이 아님을 분명히 밝히면서⁴¹⁾ 법인이 주의 감독의무를 게을리하였음을 검사가 입증해야 하는 것임을 확인해주고 있다. 요컨대 양벌규정의 단서조항은 법인에 대한 형사처벌의 요건 가운데 법인의 독자적 가벌성의 요건을 입법기술상 소극적인 형식으로 규정⁴²⁾하고 있는 것이므로 이를 면책조항으로 이해해서는 안된다.

2. 법인처벌을 위한 필요조건

이와 같이 양벌규정의 법인처벌방식이 법인에게 요구된 어떤 의무 내지 책무를

39) 대법원 1980. 3. 11, 선고 80도138 판결; 대법원 1992. 8. 18, 선고 92도1395 판결; 대법원 1995. 7. 25, 선고 95도391 판결; 대법원 2002. 1. 25, 선고 2001도5595 판결 등.

40) 종래의 면책조항은 처분을 받거나 피해를 보상한 때 감면을 규정한 입법례(구 방문판매등에관한법률 제57조 제2항), 감독의무를 해태하지 않은 경우 면책을 규정한 입법례(구 전당포영업법 제37조), 위반행위방지를 위하여 필요한 조치를 한 경우 면책을 규정한 입법례(구 산업안전보건법 제71조), 위반행위의 방지의 방도가 없는 경우 등에 대해 감면하는 입법례(관세법 제281조) 등 지금의 모습과는 달리 다양한 형태를 갖추고 있었다(김용섭, “양벌규정의 입법유형에 관한 법적 검토”, 「인권과 정의」 375호, 대한변호사협회, 2007, 64면 이하; 윤장근, “양벌규정의 입법례에 관한 연구”, 법제 통권 제438호, 법제처, 1994, 48면 이하 참조).

41) 대법원 2010.7.8, 2009도6968도.

42) 형법전의 가벌성의 요건도 원칙적으로 항상 소극적으로 묘사되고 있다. 예컨대 형법 제13조의 고의요건의 경우에도 “죄의 성립요소인 사실에 대한 인식이 없으면 벌하지 아니한다”라고 되어 있지, 그 반대로 ‘그러한 요소가 있어야 벌한다.’라는 형식으로 되어 있지 않다.

법인이 적극적으로 다하지 못하였을 때 법인을 처벌한다는 식으로 규정하지 않고, 일정한 의무 내지 책무를 다하였으면(즉 ‘정상의 주의와 감독을 게을리하지 않았을 경우’) 가벌성이 탈락된다는 식으로 소극적으로 규정한 것은 그 의무 내지 책무가 가벌성 요건의 필요조건일 뿐 충분조건은 아님을 선언하는 의미를 가지고 있다. 이렇게 본다면 만약 - 다수 견해와 같이 - 감독의무위반을 과실로 이해하더라도 법인의 책임형식을 과실범으로 국한시킬 필요가 없다. 단서조항은 최소한 과실이 없으면 법인의 가벌성이 탈락된다는 것이지, 법인이 종업원의 위반행위에 대해 알고서 의욕하는 경우에도 얼마든지 가벌성을 인정할 수 있는 것으로 해석하는 것이 가능해지기 때문이다.⁴³⁾ 이러한 점에서 보면 대법원과 헌법재판소가 법인의 형사책임을 과실범으로 이해 - 했거나 - 할 수 있는 여지를 주고 있어도, 양벌규정의 입법자는 법인을 고의범으로도 처벌할 수 있는 가능성을 열어둔 것이라고 이해할 수 있다. 즉 양벌규정의 단서조항에서 법인이 “(종업원의 위반행위를 방지하기 위한) 상당한 주의와 감독을 다하지 않았다”는 점을 근거로 처벌된다는 것은 법인이 종업원의 위반행위가 범해지는 것을 알고 일부러 저지하지 않거나 그에 동조한 경우든 종업원의 위반행위가 범해지는 것을 모르는 상태에서 이를 저지하지 못한 것이든 상관없이 그 요구된 주의 및 감독을 다하지 못했다는 점에서 법인에 대한 비난의 초점이 맞추어져 있음을 의미하기 때문이다. 이러한 점을 기초로 하고 보면, 양벌규정은 법인의 과실을 넘어서 고의까지 포섭할 수 있을 뿐 아니라 행위태양의 관점에서 법인의 부작위 뿐 아니라 작위도 포섭할 수 있는 여지를 제공해 주고 있음을 알 수 있다.

3. 단서조항과 준법감시프로그램과의 관계

법인(기업)처벌의 실체요건에 관해 정보를 주고 있는 양벌규정의 단서조항을 이른바 ‘준법감시프로그램’과 연계시킬 수 있는지가 문제된다. 준법감시프로그램은 기업과 관련하여 생길 수 있는 법익침해 및 법익위태화를 방지 내지 예방하기 위한 일정한 의무를 기업에게 부과해 놓고 이러한 의무를 준수한 기업에 대해 형사책임

43) 이는 형법 제13조의 해석상 ‘죄의 성립요소인 사실의 인식’은 고의인정의 필요조건이지 고의인정의 충분조건은 아니라고 해석하면서 인식설이 아니라 의사설을 고의의 본질이라고 해석할 수 있는 것과 같은 논리구조를 가지고 있다.

을 면하게 하거나 감경하는 법효과를 부여하는 제도적 장치이다. 이와 같은 차원의 준법감시프로그램은 법인에게 미리 일정한 준수 의무를 부과한 전제하에서 그것을 충실히 준수한 법인에 대해 ‘불법’을 탈락시키거나 ‘책임’을 탈락시키는 사유로 인정할 수 있는 규범적 토대를 전제로 한다. 준법감시프로그램을 이러한 차원에서 본다면 기업(법인)의 입장에서 이를 양벌규정의 단서조항과 연계시켜 기업(법인)에 대해 면책의 가능성을 넓힐 것을 요구할 수도 있다. 같은 맥락에서 이미 우리나라가 도입하고 있는 준법감시인제도도 준법감시프로그램의 일환이므로 준법감시프로그램과 양벌규정의 단서조항을 직접 연계시키려는 주장이 현실화되는 방향으로 한 걸음 나아간 것처럼 보이기도 한다. 예컨대 법인이 충분한 준법감시프로그램(물론 준법감시프로그램이 법인 내에 변호사 자격을 갖춘 준법감시인을 두는 것만을 의미하지 않음)을 마련해 두고 이러한 프로그램을 준수하였을 때에는 법인이 양벌규정상 “종업원의 위반행위를 방지하기 위한 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 않은 것”으로 보아 법인의 ‘불법’이나 ‘책임’을 탈락시킬 수 있는 근거로 삼을 수 있다고 볼 수 있기 때문이다. 실제로 준법감시프로그램을 이와 같이 법인의 불법탈락 또는 책임탈락사유로 활용할 수 있는 가능성을 적극적으로 인정하는 입장도 없지 않다.⁴⁴⁾

하지만 이와 같이 현행 양벌규정상 법인이 게을리 하지 말아야 할 “상당한 주의와 감독”의 내용 및 범위는 준법감시프로그램의 내용 및 범위와 서로 지평을 달리 하므로 양자를 직접 연계시킬 수 없는 한계가 있다. 준법감시프로그램은 원래 영미 법계의 전통에서 기업에 대한 형사처벌이 광범위하게 인정되고 있는 규범 환경에서 탄생한 제도이다. 이러한 환경속에서 발전된 준법감시프로그램은 기업에 대한 형사처벌의 문턱이 매우 낮은 상황에서 터져 나오는 기업의 반발을 무마하기 위한 차원에서 마련된 일종의 인센티브제도이다. 미국의 준법감시프로그램도 이러한 맥락에서 논의되고 있다. 이에 따르면 기업이 처벌되기 위해서는 종업원의 위반행위만 존재해서는 안되고 기업의 독자적 불법이 존재해야 한다. 하지만 고의범의 경우 기업에게 범죄의 주관적 요건인 고의가 인정되는 것이 쉽지 않은 상황에서 기업처벌을

44) 이러한 입장으로는 김성규, “양벌규정의 개정에 따른 법인처벌의 법리적 이해”, 「외법논집」 제35권 제1호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2011, 163-164면; 김혜경, “기업범죄에 방을 위한 내부통제로서 준법지원인제도”, 「비교형사법연구」 제15권 제2호, 한국비교형사법학회, 2013, 401면 이하.

가능하게 하기 위해서는 기업의 고의인정 요건을 완화하는 입론이 이른바 ‘집합적 고의’ 또는 ‘전략적 고의’라는 이름으로 형성되었다. 이에 따르면 범죄의 주관적 요건인 고의가 기업에게도 인정되어야 한다는 요청에 규범적으로 부응하기 위해 - 하지만 그 요청을 사실상 뛰어넘기 위해 - 종업원 각자가 위반행위에 대해 전부 알고 있을 필요는 없고 종업원 각자가 위반행위의 ‘일부’에 대해서만 알고 있고 그 총합이 위반행위 사실의 ‘전체’에 해당한다면 이를 토대로 삼아 기업의 고의를 인정할 수 있게 된다. 이러한 집합적 고의이론이 기업의 형사책임의 요건을 상당부분 느슨하게 만들기 때문에 기업처벌을 상대적으로 손쉽게 만드는 측면이 있다. 뿐만 아니라 영미에서는 원칙적으로 코먼로상의 범죄- 우리나라의 형법전칙의 범죄 -를 포함한 모든 범죄에 대해 기업의 형사책임을 인정한다. 반면에 우리나라에서는 영미에서와 같은 변칙적 이론이 통용되고 있지도 않고, 동일시이론이 적용되는 대표자위반행위 사례유형의 경우조차도 대표자의 위반행위가 구성요건에 해당하고 위법하고 책임있는 행위라는 엄격한 범죄성립요건을 갖추어야 법인이 처벌되므로 법인처벌의 문턱이 영미의 그것과 비슷한 정도로 낮지만도 않다. 이와 같은 국가간 법질서를 둘러싼 규범 환경의 차이를 고려하지 않고 법효과적 측면에만 초점을 맞추어 영미식 준법감시프로그램을 법인처벌의 요건으로 치환하여 양벌규정 속에 담는 것은 - 오랫동안의 암흑 상태를 벗어나 - 이제야 제대로 조명을 받기 시작하고 있는 양벌규정의 법인에 대한 형벌부과요건의 발전방향을 거꾸로 돌리는 일일 수도 있다.⁴⁵⁾ 특히 우리나라의 양벌규정은 법인이 처벌될 수 있는 영역이 환경, 정보, 경제영역에 제한되어 왔을 뿐 아니라 최근 양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 취지를 반영하여 법인의 처벌을 위해 법인의 독자적 처벌근거까지 요구함으로써 오히려 종래보다 그 문턱이 높아지고 있다. 이 때문에 법인에 대한 준법감시프로그램의 형식적·기계적 준수를 조건으로 하여 법인으로 하여금 형사책임에서 벗어나게 할 가능성을 폭넓게 인정하는 것은 기업처벌을 하지 말자는 것과 다를 바 없다. 뿐만 아니라 양벌규정의 주의감독의무와 준법감시프로그램은 그 내용과 지향점도 다르다. 전자는 자연인의 위반행위를 방지하기 위한 구체적인 행위관련적 의무이고, 후자는 기업경영

45) 뿐만 아니라 미국의 연방양형지침에서도 법인(기업)의 준법감시프로그램의 준수는 양형사유로 인정되고 있을 뿐이다. United States Sentencing Manual(U.S.S.G.) § 8C2.4-D1.1 참조.

상 요구되는 일반적 조직체계상의 의무이다. 전자는 행위당시의 기울여야 할 행위 관련적 의무이고, 후자는 예방적 차원에서 기업 내에서 상시적으로 기울여지는 일반화된 의무이다. 이러한 관점에서 본다면 법인의 구체적인 행위관련적 주의감독의 무의 내용과 준법감시프로그램의 포괄적인 내용이 보여주는 간극을 좁히지 않고서는 기업의 준법감시프로그램을 양벌규정의 단서조항에 연계시키기는 어려울 것으로 보인다. 만약 그러한 연계가능성이 논의되는 시기가 온다면 그 시기는 구체적인 위반행위와 관련한 법인의 ‘주의감독의무위반’을 기업의 인사·조직·운영 등 시스템화된 ‘경영상의 불법’으로 양벌규정의 불법구조가 바뀌어진다는 전제가 수용된 이후가 될 것이다.

V. 나오는 말

1. 양벌규정의 도그마틱

지금까지 법인의 형사책임을 근거지우기 위해 양벌규정이 법인의 행위성을 근거지우고 있는지, 법인에 대한 어떤 형벌부과요건을 규정하고 있는지, 그리고 이를 개인형법의 도그마틱적 용어로 치환해 볼 때 자연인에 대한 범죄성립요건과의 상응성을 유지하고 있는지를 살펴보았다. 이러한 문제에 답하기 위해 제시된 양벌규정에 대한 해석은 법인에 대해 형벌을 부과하기 위해 양벌규정이 어떤 실체요건을 규정하고 있어야 할 것인가라는 차원의 입법론적 ‘주장’이 아니다. 양벌규정에 대한 해석은 양벌규정속에 들어 있는 법인의 처벌근거에 관한 체계화로서 양벌규정의 현재 상태에 대한 ‘묘사’에 불과하다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 양벌규정은 자연인의 위반행위를 전제로 삼아 법인의 형사책임을 근거지움에 있어 업무관련적 위반행위를 하는 자연인의 법인 내 지위를 기준으로 삼아 두 가지 사례유형을 규율하면서 그 각각에 맞는 법인에 대한 형벌부과요건을 규정하고 있다. 대표자위반행위사례유형의 경우는 대표자의 행위가 곧 법인의 행위라고 보는 동일시이론을 기초로 한다. 이에 따르면 대표자의 업무관련적 위반행위의 불법과

책임이 그대로 법인의 불법과 책임으로 귀속될 수 있게 된다. 이로써 양벌규정은 법인에 대한 형벌부과요건으로 하여금 자연인에 대해 형벌을 부과하기 위한 수준과 상응성을 유지하게 된다. 반면에 종업원등위반행위사례유형의 경우에는 종업원 등의 행위가 법인의 행위와 동일시될 수 없으므로 종업원등의 위반행위의 불법과 책임을 법인의 불법과 책임으로 귀속시킬 수 있는 이론적 근거가 없었다. 이 때문에 2007년 이후부터 양벌규정은 - 특히 법인에 대한 형벌부과요건을 자연인의 범죄성립요건과 상응하도록 하려는 취지 및 책임주의원칙의 관철 요구를 반영하여 - 법인에 대해 형벌을 부과할 수 있도록 하기 위해 법인의 ‘감독의무위반’을 종업원의 위반행위 외에 추가적인 ‘법인의 독자적 잘못’으로 규정하게 되었다.

둘째, 양벌규정 속에 새롭게 편입된 법인의 감독의무위반이라는 요소 때문에 양벌규정이 법인을 독자적인 행위능력자로 취급한 것인지를 둘러싸고 새로운 논란의 여지가 생겼다. 뿐만 아니라 법인의 감독의무위반이 - 자연인에 대한 범죄성립요건의 언어로 표현할 때 - 법인의 불법요소에 해당하는지 아니면 법인의 책임요소에 해당하는지가 양벌규정의 해석론상 새로운 쟁점으로 떠올랐다. 학계는 위 두 가지 쟁점을 아직 본격적으로 논의하고 있지 않다. 앞의 쟁점과 관련해서는 양벌규정이 종업원등위반행위사례유형의 경우에만 법인이 스스로 잘못을 범하는 주체로 표현되어 있기 때문에 일반적으로 법인의 행위능력을 전면적으로 인정한 것으로 결론내리기 어렵다. 대표자위반행위사례의 경우에는 동일시이론이 기초되어 있기 때문에 법인은 여전히 독자적 행위주체성이 없고 대표자의 행위를 매개로 삼아 그의 행위를 법인의 행위로 귀속하는 태도를 취하고 있기 때문이다. 감독의무위반의 범죄체계론상의 지위와 관련해서는 이를 법인의 책임요소가 아니라 불법요소라고 해석할 수 밖에 없는 한계가 있다. 감독의무위반을 법인의 처벌근거로 양벌규정 속에 편입한 배경부터가 이러한 결론을 뒷받침해 준다. 헌법재판소가 법인이 처벌되기 위해서는 법인 스스로의 잘못(내지 귀책)이 있어야 하고, 이와 같이 타인의 잘못이 아니라 자신의 잘못을 근거로 처벌되어야 책임주의원칙과 조화될 수 있다고 하였는데, 여기에서 법인 자신의 잘못(내지 귀책)은 법인의 책임이 아니라 불법을 의미하는 것으로 해석할 수 밖에 없기 때문이다. 이에 따르면 양벌규정의 헌법합치성의 근거로 거론되고 있는 책임주의원칙도 인간의 존엄성을 기초로 한 진정한 의미의 책임주의원칙

이 아니라 스스로 잘못(불법)을 범하지 않은 한 책임을 지우지 못한다는 의미의 책임개별화원칙을 관철시키려는 의미에 불과하다. 양벌규정의 내용을 보더라도 단서조항의 감독의무위반을 법인의 책임이 아니라 법인의 불법으로 이해하는 것이 타당하다. 양벌규정은 법인에게 책임을 인정하기 위해 책임비난의 전제조건에 해당하는 책임능력이 법인에게 인정될 수 있는지에 대해서는 한마디도 언급하고 있지 못하다. 양벌규정 속에서 법인에 대한 법정형이 위반행위를 행한 종업원등에 대한 법정형과 동일할 것을 원칙으로 규정하고 있는 것을 보더라도 감독의무위반을 법인의 책임이 아니라 불법으로 해석하는 것이 타당하다. 감독의무위반을 법인의 독자적 책임으로 보게 되면 종업원등의 위반행위의 불법과 법인의 불법이 ‘구성요건’적으로 서로 달라지게 되어 법인의 불법을 근거지우는 요소가 순수 감독의무위반에 불과하게 되고, 이렇게 되면 법인의 불법은 종업원등의 위반행위의 불법을 방지하지 못한 경미한 불법으로 밖에 볼 수 없고, 그 결과 양자의 법정형은 서로 현격하게 달라져야 할 것이기 때문이다.

셋째, 양벌규정에 - 종업원등위반행위사례유형의 경우 - 새로 편입된 감독의무위반을 법인의 불법요소로 이해하면, 법인의 불법구조는 다음과 같이 파악할 수 있다. 즉 종업원의 위반행위가 법인의 결과반가치(종속적 불법)로 되고, 종업원의 위반행위의 방지와 관련한 법인의 감독의무위반이 법인의 행위반가치(독자적 불법)로 되어 - 공범종속성을 기초로 한 공범의 처벌근거에 관한 이론인 혼합적 야기설의 불법구조와 유사하게 - 법인의 불법은 혼합적 불법이 된다. 법인의 불법이 종업원의 위반행위의 불법과 구성요건적으로 별개의 것이 아닌 한 법인처벌을 위해서는 - 대표자위반행위사례유형의 경우는 물론이고 종업원등위반행위사례유형의 경우에도 - 종업원의 위반행위의 불법이 법인의 불법으로 일정부분 종속되지 않을 수 없다. 이에 따르면 종업원등위반행위사례유형의 경우 법인에 대해 형벌을 부과하기 위해서는 종업원의 위반행위가 책임까지 충족시킬 필요는 없지만 최소한 불법까지는 충족시켜야 한다. 반면에 대표자위반행위사례유형의 경우는 대표자의 위반행위의 책임까지 법인에게 귀속되는 것이므로 법인에 대해 형벌을 부과하기 위해서는 대표자의 위반행위가 불법만 충족시키는 것으로는 부족하고 책임까지 충족시켜야 한다.

넷째, 감독의무위반이라는 법인의 불법을 규정하고 있는 단서조항을 법인을 위한

단순한 면책조항으로 이해해서는 안된다. 이를 면책조항으로 파악하게 되면 감독의무를 위반하지 않았음을 증명하는 입증책임을 법인에게 지우게 되는 입증책임의 전환규정이 되고 만다. 하지만 단서조항은 법인의 불법을 근거지우기 위해 법인에게만 고유한 형벌부과요건을 규정한 것으로 이해해야 한다. 이러한 형벌부과요건의 하나로서 ‘감독의무위반’을 법인처벌을 위한 적극적 요건이 아니라 감독의무위반이 없으면 법인처벌을 탈락시키는 소극적 요건의 형식으로 규정하고 있는 것이다.⁴⁶⁾ 이 때문에 대법원도 2007년 이후에는 법인의 감독의무위반을 적극적으로 입증해야 하는 것이 검사임을 밝히고 있다. 뿐만 아니라 감독의무위반 그 자체를 법인의 과실범을 근거지우는 요소로 해석해서도 안된다. 처벌근거를 소극적으로 규정하고 있는 단서조항의 특성상 법인을 처벌하기 위해서는 법인이 감독의무를 소홀히 하는 경우 뿐 아니라 법인이 보다 능동적으로 종업원의 위반행위를 사주하거나 용인하는 경우 등도 법인처벌을 위한 요건으로 포섭할 수 있다고 해석할 수 있기 때문이다. 이에 따르면 법인에게 과실이 있는 경우 뿐 아니라 고의가 있는 경우에도 법인의 처벌을 근거지울 수 있다.

다섯째, 이상의 내용을 종합하면 양벌규정의 법적 성격과 양벌규정의 법인처벌모델에 대한 결론이 도출될 수 있다. 먼저 양벌규정은 법인을 처벌하기 위해 자연인의 위반행위를 전제로 하고 있고, 자연인이 나아간 그 위반행위의 범죄성립요건의 전부 또는 일부를 법인에 대한 형벌부과요건으로 귀속시키는 역할을 하고 있다. 이에 따르면 자연인에 대해 적용될 ‘구성요건’과 법인에 대해 적용될 ‘구성요건’이 달라지지 않는다. 따라서 양벌규정은 법인에게 적용될 새로운 구성요건을 규정하고 있는 ‘구성요건창설규범’적 성격을 가지는 것이지, 자연인의 범죄성립요건을 법인처벌을 위한 형벌부과요건으로 귀속하는 기능을 하는 ‘귀속규범’적 성격을 가지는 것이 아니다. 이러한 맥락에서 보면 자연인의 위반행위와 법인처벌의 상호관계성이라는 측면에서 양벌규정은 자연인의 위반행위와 전적으로 독립시켜 법인에 대해 형사책임을 부과하는 ‘독립모델’에 입각하고 있는 것이 아님을 알 수 있다. 양벌규정은 법인처벌을 위해 자연인의 위반행위의 범죄성립요건의 전부 또는 일부를 법인에게 귀

46) 이점을 고려하면 단서조항과 ‘준법감시프로그램’과 연계하여 법인에 대해 광범위한 면책의 기회를 허용하도록 하는 입법의 방향성은 바람직하지 않다.

속 내지 종속시키고 있으므로 ‘종속모델’에 입각하고 있는 것이다.

2. 양벌규정의 도그마틱에 대한 평가

법인처벌의 실체요건을 새롭게 추가하고 있는 양벌규정은 - 종업원등위반행위사례유형의 경우에 국한되어 있긴 하지만 - 법인처벌을 위해 법인의 독자적 불법요소를 요구함으로써 양벌규정 도그마틱의 수준을 한 단계 격상시킨 것으로 평가할 수 있다. 법인처벌의 도그마틱을 개인형법의 도그마틱에 상응하게 만들어가고 있기 때문이다. 물론 이와 같은 개정 양벌규정의 태도는 1954년 제정 당시부터 사용자의 손해배상책임을 인정하기 위해서 사용자의 선임감독상의 과실을 추가적인 요건으로 요구했던 민법의 태도와 비교해 볼 때 그다지 내세울만한 일은 아니다.⁴⁷⁾ 하지만 분명한 것은 2007년 이후 개정된 양벌규정의 태도 및 그 이론적 근거에 관한 한, 법인처벌을 용이하게 할 수 있는 방향의 입법개선을 위해 우리가 자주 원용하는 외국의 입법례 및 그 이론적 배경을 모두 포괄하고 있다는 점이다. 양벌규정에는 법인처벌을 위한 이론적 기초로 영국의 동일시이론 뿐 아니라 영미의 사용자책임법리 내지 대위책임법리도 이미 채용되어 있었다. 뿐만 아니라 양벌규정의 단서조항이 법인에 대한 형벌부과를 위해 법인의 독자적 잘못(귀책)요소를 요구하고 있음은 독일의 독자적 조직책임이론이나 스위스의 독자적 기업책임모델의 태도에도 접근⁴⁸⁾

47) 앞에서 언급했듯이 동일시이론은 민법 제35조와 양벌규정에서 이미 50년대부터 입법화되어 있었다. 민법 제756조의 사용자책임이론(내지 대위책임이론)이 2007년 이후에야 양벌규정에서 입법화된 것은 만사지탄의 일이긴 하다. 하지만 이 보다 더 유감스러운 것은 동일시이론과 대위책임이론이 우리나라에서 엄연히 입법화되어 적용되고 있음에도 불구하고 이에 따라 법인의 형사책임을 근거지우고 있는 외국의 모델을 모범모델로 삼아 선망의 대상으로 삼으려는 태도가 여전히 계속되고 있다는 점이다. 우리나라의 많은 분야에서 보여지고 있는 자기부정일자 자기비하적인 태도일 뿐 아니라 사대적 태도이기도 한다.

48) 그럼에도 불구하고 양벌규정이 출발점으로 삼고 있는 법인처벌의 이론적 기초에 관한 구체적인 해석론이 전개되고 있지 않았기 때문에 국내의 학자들의 외국의 법인(기업)처벌 모델에 대한 막연한 비교와 동경으로 이어져 왔다. 즉 양벌규정의 입법론을 전개하고 있는 문헌에서는 영국의 동일시이론이나 영미의 사용자책임법리(또는 대위책임이론) 또는 독일의 독자적 조직책임이론 및 스위스의 독자적 기업책임모델에 관한 소개가 예외 없이 이루어지는 가운데, 우리나라의 양벌규정의 태도가 이러한 이론이나 입법수준에 미치지 못하다는 뉘앙스를 전제로 깔고 있는 듯하다. 하지만 앞에서 검토해 보았듯이 우리나라의 양벌규정과 이 규정체계에서 만들어진 도그마틱이 우리가 모범적 모델로 비교하고 있는 외국입법의 이론적 배경 및 도그마틱과 크게 차이가 나지 않는 것은

해 가고 있다고 평가할 수 있다.⁴⁹⁾

하지만 양벌규정은 법인처벌과 관련한 형사정책적 요청이나 정의의 요청이라는 관점에서 볼 때 내용적인 한계점과 구조적인 취약점도 동시에 가지고 있다. 가장 가시적인 한계와 취약점은 새로운 문제상황에서 양벌규정의 규율범위와 규율방법에서 처벌의 흠결을 보이는 부분에 있다. 먼저 양벌규정의 규율범위상의 한계는 자연인의 위반행위가 - 형법전의 범죄를 제외시키고 있음으로 인해 - 그 자체로 제한되어 있는 점에서 오는 법인에 대한 형사처벌의 흠결이다. 양벌규정이 법인처벌에 관한 외국입법례와 결정적인 차이점을 보이는 것도 바로 이 부분이다. 기업처벌의 형사정책적 요구를 수용하는 최근의 외국입법례들은 - 비록 서로 다른 이론적 기초나 법인처벌모델에 입각해 있지만 - 기업처벌의 대상범죄에 관한 한 우리나라의 양벌규정처럼 제한적이지 않다.⁵⁰⁾ 다음으로 규율방법상의 취약점은 자연인의 위반행위가 드러나지 않거나 처벌되지 않을 경우 법인의 처벌 자체가 불가능하게 된다는 점에서 오는 종속모델의 취약점을 의미한다. 이와 같은 두 가지 한계와 취약점이 서로 중첩되어 나타나는 문제점이 바로 ‘조직화된 무책임사례’에 대한 양벌규정의 무기력이다. 이러한 무기력은 최근 대형재난사고에서 위반행위의 자연인 주체에게는 개별적으로 책임을 물을 수 없거나 책임을 묻는 일이 어렵거나 불가능하지만, 총체적으로 볼 때 그 자연인의 집합체인 기업(법인 또는 그 외의 단체)에게 조직 내지 단체책임이 인정될 수 있는 경우, 그리고 그것이 조직화된 무책임에 의해 야기된 경우라고 볼 수 있는 사례에서 드러난다. 조직화된 무책임사례에 대한 정의의 요청을 실현하기 위해서는 두 가지 방향전환이 요구된다. 하나는 기업형법의 도그마틱에서 개인형법적 색채를 과감하게 벗어던지고 법인처벌의 요건을 단체책임(내지 조직책

로 보인다.

- 49) 물론 그 문인의 표현만을 두고 보면 독일의 독자적 조직책임이론이나 스위스의 독자적 기업책임모델의 수준과는 차이가 있다. 독자적 조직책임이론이나 독자적 기업책임모델에서는 ‘기업(법인)’ 자체의 불법이 위반행위의 방지와 관련한 의무위반과 같은 개인적 차원의 불법을 내용으로 하고 있지 않고 기업의 조직화나 운영과 같은 ‘경영상의 잘못’이나 조직화결함과 같은 ‘시스템 불법’ 등 단체나 조직 자체의 불법을 내용으로 하고 있기 때문이다.
- 50) 미국의 연방법도 원칙적으로 법인을 처벌함에 있어 그 대상범죄를 제한하지 않고, 오스트리아의 기업책임법도 마찬가지이다. 스위스는 독자적 기업책임모델의 경우에는 일정한 목록범죄로 제한하고 있지만 보충적 기업책임모델의 경우에는 모든 범죄에 대해 기업의 형사책임을 인정하고 있다.

임)에 적합한 언어⁵¹⁾를 사용하여야 한다. 이를 통해 기업에 대한 불법과 책임비난을 무책임상태를 야기한 조직상의 경영실패 또는 조직의 인적·구조적 결함(시스템의 실패)에 정조준할 것이 요구된다. 다른 하나는 법인처벌을 조직 내 자연인의 위반행위에 종속시키는 종속모델의 틀을 벗어나서 독립모델로 나아가야 할 것이 요구된다. 이러한 두 가지 전제조건이 충족되는 경우에는 법인처벌이 개인형법의 도그마틱과는 달리 단체형법에 고유한 처벌원리를 구축할 수 있는 출발점에 설 수 있게 될 것이다.⁵²⁾

3. 기업형법의 입법론적 과제

양벌규정은 법인에게 독자적 처벌근거를 규정하고 있지 못하다고 하면서 위헌선언한 2007년 헌법재판소의 결정으로 결정적인 진화의 계기를 맞이하였다. 법인의 처벌요건을 자연인의 처벌요건에 상응하게 맞춤으로써 기업(법인 또는 단체)형법의 도그마틱을 개인형법의 도그마틱의 수준에 상응시키는 방향으로 발전시켰기 때문이다. 이와 같은 법인 처벌의 요건상의 변화는 앞에서 개관한 것과 같은 도그마틱상의 변화에 그치지 않고, 장차 양벌규정체계를 뛰어 넘어 기업형법의 모습에 새로운 패러다임의 변화를 가져올 수 있다. 이러한 변화의 흐름 앞에서 기업처벌에 대한 형사정책적 요구와 정의의 요구를 동시에 수용하기 위해서 다음과 같은 새로운 과제를 수행해야 한다.

첫째, 법인의 독자적 잘못을 인정한 양벌규정의 변신에는 기업형법 분야에서 양

51) 자연인의 위반행위를 매개로 삼는 종속모델이 아니라 독립모델에 기반하여 법인을 처벌하려면, 법인의 본질에 대한 이해부터 바뀌어야 한다. 즉 자연인을 매개로 하여 행위하는 존재가 아니라 독자적인 행위능력이 있는 존재임을 인정해야 한다.

52) 이와 같은 전향적인 자세의 일단은 헌법재판소가 - 비록 반대의견이기는 하지만 - 대표자책임사례 유형의 경우 대표자의 책임을 법인의 책임과 동일시하여 이를 법인의 형사책임의 근거로 삼으려는 태도와 관련하여 법인의 독자적 지위를 다음과 같이 설명하고 있다. “법인은 인적 구성원과 물적 구성분자를 가지고 구성원인 개인의 의사와는 독립된 일정한 방침과 목적을 위하여 자신의 명의로 사회적 기능을 하는 존재이므로, 특정 개인의 의사와 행위가 아닌 법인 고유의 독자적인 의사결정 과정과 행위방식에 의하여 법인의 업무를 수행하도록 예정되어 있다. 그러므로 법인의 책임은 형사상은 물론 민사상으로도 그 구성원인 개인의 책임과 엄격히 구별되어 판단되고 있다.”(헌법재판소 2013. 10. 24., 2103헌가18).

벌규정 체계를 뛰어넘을 잠재력이 내재되어 있다. 이러한 잠재력을 어느 방향으로 현실화시킬 것인지를 가늠하는 첫 번째 방향키는 법인의 독자적 행위능력 인정여부에 있다. 법인에게 독자적 행위능력을 부정하는 방향으로 입법적 결단을 내린다면 양벌규정은 모두 동일사이론에 기초하여 법인의 행위성문제를 해결하도록 바꾸어야 하고, 종업원등위반행위사례유형의 경우 종래의 ‘종업원등의 위반행위-법인의 형사책임인정’이라는 2자간 구도를 바꾸어 ‘종업원등의 위반행위-대표자 및 관리자의 주의감독의무위반-법인의 형사책임인정’과 같은 3자간 구도를 인정하도록 정비해야 할 것이다. 하지만 동일사이론에 터잡은 법인처벌모델은 법인이 귀속방식에 의해 처벌되므로 자연인 위반행위에 철저히 종속되어 자연인의 위반행위를 확정할 수 없거나 불가별이 될 경우에는 법인을 처벌하는 길이 막히는 한계가 있다. 이러한 한계를 벗어나려면 입법자는 독자적 행위능력을 인정하는 방향으로 입법적 결단을 내림으로써 동일사이론에 터잡은 대표자위반행위사례유형의 규정방식을 - 법인의 행위주체성을 부정하는 전제하의 이론이므로 - 도태시키고 오히려 종업원등위반행위사례유형의 규정방식으로 바꾸어나갈 수 있는 가능성과 그 구체적 방안을 적극적으로 모색해야 할 것이다. 이러한 규정방식에 따라 법인의 독자적 불법을 규정하고, 그에 기하여 법인의 독자적 책임을 인정한다면, 자연인의 위반행위를 확정할 수 없거나 자연인 위반행위를 처벌할 수 없는 경우라도 법인을 처벌하는 것이 가능하게 되어 법인처벌에 대한 ‘정의의 요청’을 충족시키는데 유리한 고지를 점령할 수 있기 때문이다. 예컨대 이른바 법인의 ‘조직화된 무책임’영역에서 법인의 ‘시스템 결함’이나 ‘조직상의 실패’ 등을 이유로 한 독자적 조직책임이론의 차원에서 법인의 독자적 불법을 근거지우는 것이 훨씬 용이해지는 것이다.

둘째, 입법자가 종속모델에 입각하여 법인을 처벌할 것인지 아니면 독립모델에 입각하여 법인을 처벌할 것인지를 결단함에 있어서 법인의 행위주체성인정여부가 논리필연적인 관계에 있는 것은 아니다. 독립모델을 취하더라도 자연인의 위반행위의 존재 그 자체를 - 적어도 객관적 처벌조건으로라도 - 요구하는 규율방식을 취할 수 있고, 종속모델을 취하더라도 - 현행 양벌규정의 해석으로 가능한 바와 같이 - 법인처벌을 자연인의 위반행위에 일부만 종속시키고 법인의 독자적 불법도 일부 인정함으로써 혼합적 불법을 통해 법인처벌을 근거지우는 방식도 가능하기 때문이다.

이와 같이 극단적 종속모델과 극단적 독립모델의 사이에 존재하는 다양한 스펙트럼 사이에 어떤 모델을 택할 것인지는 여러 가지 고려사항을 반영해야 한다. 극단적 독립모델은 법인처벌규범을 ‘귀속규범’으로 보지 않고 ‘독자적 구성요건창설규범’으로 만들게 되는 결과 법인에게 적용될 구성요건이 자연인에게 적용될 구성요건과 일치하지 않게 되고 그 결과 법인의 불법을 구성요건적으로 만드는 일이 어렵게 된다. 이러한 모델하에서는 자연인의 위반행위를 감독하지 못한 과실불법에 지나지 않는 것으로 보게 될 가능성이 높아지는데, 이렇게 되면 법인처벌 강화를 둘러싼 최근의 형사정책적 요구를 외면하는 결과가 될 수도 있다. 이러한 결과는 극단 종속모델을 취하더라도 마찬가지이다. 극단 종속모델은 법인처벌 규범을 순수 귀속규범으로 만들고 법인이 위반한 구성요건이 자연인이 위반한 구성요건과 일치되는 결과 법인의 불법이 자연인의 불법과 동일하게 되는데, 이렇게 되면 법인에 대한 법정형을 높여야 한다는 형사정책적 요구를 수용할 수 없게 되기 때문이다. 법인에 대한 처벌의 강도 뿐 아니라 형사제재의 종류를 다양화하여야 한다는 차원의 형사정책적 요구를 수용하기 위해서는 적어도 극단적 종속모델과 극단적 독립모델은 지양되어야 하는 것임을 알 수 있다.⁵³⁾ 이와 같은 관점에서 보면 자연인 위반행위자에 대한 법정형과 기업(법인)에 대해 적용될 법정형을 - 양자의 불법을 다르게 파악함으로써 - 차별화할 수 있는 규범적 토대를 마련하는 일이 중요하다. 물론 이러한 입법화를 함에 있어 기업(법인)의 잘못을 - 양벌규정의 태도와 같이 - 단순히 과실불법만 포착할 수 있도록 함으로써 최근의 형사정책적 요청과 반대로 법인에 대한 법정형을 오히려 하향조정해야 하는 결론에 이르지 않게 해야 한다. 이를 위해, 기업(법인)의 독자적 잘못을 현행 양벌규정의 단서조항에서와 같이 과실로 오해하거나 자연인의 행위를 묘사하는 듯한 용어의 사용은 지양되어야 한다. 과실불법과 고의불법 그리고 부작위에 의한 법익침해(및 그 위험성)와 작위에 의한 법익침해(및 위험성)를 모두 포괄하면서도 그러한 불법행위의 주체가 자연인이 아니라 조직체임을 분명히 할 수 있는 표현을 사용하면서 기업(법인)의 불법의 양을 높이고자 하는 ‘형사정책적 요

53) 더 나아가 법인이 가지고 있는 경영상 결함이나 구조적 결함을 기초로 하면, 법인의 독자적 불법을 인정하지 않고 자연인의 위반행위가 그대로 법인의 불법으로 된다고 하더라도 법인 자체의 경영상의 실패나 시스템 내지 구조적 결함을 불법 가중요소로 삼아 종업원의 법정형과 차등화가 가능한 돌파구를 마련할 수 있을 것이다.

청'을 충족시키는 방향으로 바꾸어나가야 할 것이다.

셋째, 법인처벌규범을 동일시이론에 터잡아 만들 것인지 아니면 법인의 독자적 행위능력을 인정하는 전제하에서 법인의 독자적 불법을 증명하는 입장으로 출발할 것인지와 별도의 차원에서 결단이 내려져야 할 보다 중요한 문제가 있다. 법인처벌의 대상범죄의 종류를 어디까지 확장해야 할 것인가 하는 문제이다. 이 문제는 법인에 대한 형사처벌과 관련한 형사정책적 요구와 정의의 요구를 동시에 충족시키는 문제이다. 생각건대 종속모델 보다는 독립모델에 가까운 스펙트럼을 찾는 것이 유리한 입지를 다지는 방안인 것으로 보인다. 법인의 처벌을 위해 법인 내 자연인의 처벌을 전제로 삼을 필요가 없게 되면, 결국 법인의 불법에 골레지워져 있던 위반행위의 범위가 제한되지 않고 확대될 수 있는 발판이 마련될 수 있기 때문이다. 법인에 대한 처벌을 법인 내 자연인의 위반행위에 종속시키고 있는 법인에 대한 형사책임을 인정하는 일에 자연인의 위반행위의 한계를 뛰어넘을 수 없다. 그리고 자연인의 위반행위는 양벌규정을 포함하는 특별법에서 규율하고 있는 행정법률상의 일정한 명령위반 또는 의무위반사항에 국한되어 있는 한 양벌규정이 적용될 경우 이와 같은 위반사항 이외에는 법인에 대해 형벌을 부과할 수 없다. 하지만 오늘날 기업과 관련된 개인 또는 사회의 피해를 보면 법인의 경영관리상의 잘못이나 잘못된 의사결정 또는 이윤추구에 집착한 기업경영의 실패가 직간접적으로 연관되어 있다. 이러한 맥락에서 기업에 대한 형사책임을 기업 독자적인 불법에 근거하여 인정할 필요성 뿐 아니라 기업의 형사책임을 인정하는 외연을 더욱 넓혀 생명이나 신체라는 법익침해에 대해서도 법인의 형사책임을 인정하라는 요구를 수용해야 할 필요가 있다. 이러한 필요성 때문에 법인에 대해 형사책임을 인정할 수 있는 범죄의 종류를 형법전의 범죄로 확대하는 것은 법인에 의한 법익침해(및 그 위험성)를 예방하기 위한 '형사정책적 요청'상 필요불가결한 일일 뿐 아니라 돈과 사람의 생명을 맞바꾼 기업에 대해 책임을 물어야 하는 것은 '정의의 요청'상 당연한 일이다.

넷째, 극단적 종속모델이나 극단적 독립모델의 중간 어느 지점에서 법인처벌을 위한 정당한 형사입법모델을 구축함에 있어 가장 근본적인 결단은 기존의 양벌규정의 체계를 유지할 것인가 아니면 양벌규정체계를 뛰어넘은 법인처벌을 위한 새로운 규범체계를 만들어낼 것인가 하는 문제이다. 만약에 법인처벌의 대상범죄를 확장하

는 방향성을 적극적으로 수용한다면 기존의 양벌규정 체계를 유지하여 개별 형벌법규에 양벌규정을 추가하는 방식보다는 양벌규정과 같은 형식으로 법인처벌의 실체요건을 만들어 이를 공범규정과 같이 형법총칙규정에 추가하는 방안이 손쉬운 방법이다.⁵⁴⁾ 이러한 방안을 취하더라도 형법전의 모든 범죄종류에 대해 법인을 처벌할 정도로 급격한 변화를 도모하지 않는다면 입법기술상 미수범 형식과 같이 형법각칙 본조에 개별적으로 법인처벌의 근거규정을 추가하는 방식을 가미하는 것도 수용가능한 방법이다.⁵⁵⁾ 오스트리아의 단체책임법이나 2013년 독일의 노르트라인 베스트팔렌 주의 기업책임법(안)과 같이 특별법을 만드는 방법도 고려할 수 있다.⁵⁶⁾

기업에 대한 형사책임을 인정함에 있어서 형사정책적 요청과 정의의 요청을 합리적인 범위에서 수용해야 할 과제수행에 직면하고 있는 입법자가 위와 같은 - 다소 급진적인 방향의 - 입법정책을 어느 정도 수용할 것인지는 현재로서는 예측하기 힘들다. 하지만 기업의 형사책임을 확장하기 위한 법리상의 변화나 외국의 입법모델 가운데 독립모델의 수용여부 및 법인처벌의 범위확장의 정도 등에 관해 입법자가 결단을 내려야 할 시기가 점점 임박해 오고 있는 것만은 분명하다. 이러한 입법적 결단을 어느 방향으로 내려야 할지에 대해 결정적인 역할을 하는 것은 바로 다른 아닌 현행 양벌규정의 태도가 기업형법의 좌표 선상에서 어느 지점에 위치하고 있는가 하는 점이다. 이 글이 현행 양벌규정의 해석론(도그마틱)에 천착한 이유도 바로 여기에 있다.

54) 스위스의 형법전이 이러한 태도를 취하고 있다. 스위스 형법 제102조(가벌성) ① 기업내에서 기업의 목적범위안에서 영업활동을 수행함에 있어서 중죄 또는 경죄가 범해지고, 그리고 이 행위가 기업의 결함있는 조직구조로 인하여 자연인 어느 누구에게도 귀속될 수 없을 때에는 그 중죄 또는 경죄는 그 기업에게 귀속된다. 이 경우 기업은 500만 스위스 프랑 이하의 과료에 처한다. ② 범죄조직, 테러에 의한 재정적 지원, 자금세탁, 금융기관의 주의위반과 신고의무, 뇌물공여 또는 외국공무원에 대한 부정처사를 위한 뇌물공여 또는 1986년 12월 19일 불공정거래에 관한 연방법 제4a조 제1항 a에 정한 죄의 경우, 그 기업이 이러한 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 그 기업을 자연인의 처벌과는 무관하게 처벌한다.

55) 프랑스 형법전이 이러한 태도를 취하고 있다.

56) 이 법률안에 대한 평가는 김유근, “법인의 형사책임 - 독일 Nordrhein-Westfalen 주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로-”, 『형사정책연구』 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014, 10면 이하 참조; 김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 『형사법의 신동향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015, 161-163면 참조.

참고문헌

- 김성규, “양벌규정의 개정에 따른 법인처벌의 법리적 이해”, 「외법논집」 제35권 제1호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2011.
- 김성돈, “양벌규정과 책임주의원칙의 재조명”, 「형사법연구」 제27권 제3호, 한국형사법학회, 2015.
- 김성돈, “기업에 대한 형사처벌과 양벌규정의 이론적 기초”, 「형사법연구」 제28권 제2호, 한국형사법학회, 2016.
- 김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 형사법의 신동향 제46권, 대검찰청, 2015.
- 김용섭, “양벌규정의 입법유형에 관한 법적 검토”, 「인권과 정의」 375호, 대한변호사협회, 2007.
- 김유근, “법인의 형사책임 -독일 Nordrhein-Westfalen 주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로-”, 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014
- 김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거·구조”, 「법학논집」 제24권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 김혜경, “기업범죄예방을 위한 내부통제로서 준법지원인제도”, 「비교형사법연구」 제15권 제2호, 한국비교형사법학회, 2013.
- 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 「한양법학」 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.
- 오영근, 「형법총론(제3판)」, 박영사, 2014
- 윤장근, “양벌규정의 입법례에 관한 연구”, 법제 통권 제438호, 법제처, 1994
- 장한철, “양벌규정에 관한 현재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰”, 「한양법학」 제23권 제3집, 한양법학회, 2012.
- 조 국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 「서울대학교 법학」 제48권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2007.
- 조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임 - 개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로 -”, 「법

학논총」 제23집, 송실대학교 법학연구소, 2010.

한성훈, “법인의 감독책임의 명확화에 관한 소고”, 「한양법학」 제23권 제4집, 한양법학회, 2012.

Unternehmensstrafrecht und Dogmatik von der sog. “Vorschrift fuer zweiseitige Bestrafung”

Kim Seong-don*

Bevor im Jahr 2007 das koreanische Verfassungsgericht“ sog. die Vorschrift fuer zweiseitige Bestrafung”(unten als “die Vorschrift” bezeichnet) als verfassungswidrig erklart hatte, stellte sich die lege lata und die lege farena gegen “die Vorschrift” auf folgende zwei Aspekte ein: Strafgrund von juristischen Personen einerseits und Handlungs- und Schuldfaehigkeit von juristischen Personen andererseits.

Seitdem in der Folge “die Vorschrift” revidiert worden ist, hat aber sie schlagkraeftiges Potenzial fuer die kuenftige Gesetzgebung sowohl im Rahmen der Verstaerkung von kriminalrechtliche Sanktionen gegen juristischen Personen als auch der Erweiterung der Umfang von ihre Bestrafung. Dieses Potenzial ist auf die Umwandlun von “die Vorschrift” zurueckzufuehren, die den Strafgrund von juristischen Personen entsprechend dem Strafgrund von natuerlichen Personen modulliert.

Von daher zielt vorliegende Arbeit auf die Beschreibung von “Vorschrift-Dogmatik” um den Wechsel im Rahmen der Auslegung von “die Vorschrift” festzustellen. Diese Beschreibung wird vor allem dadurch ausgefuehrt, dass der Strafgrund von juristischen Perseonen durch den Wort von Verbrechenslehre im Kontext von Individualstrafrecht-Dogmatik ersetzt wird. Und dann hat diese Arbeit eine Aussicht ueber die zukuenftige Paradigmawechsel von Unternehmensstrafrecht. Schliesslich zeigt diese Arbeit

* Sungkyunkwan University

die Aufgabe von Gesetzgeber vor, die auf solche Veraenderungen vorzubereiten hat. Dabei handelt es sich um Auswahl zwischen ‘Akzessoritaetsmodell,’ das mit der system-immanente Umwandelungenn von “der Vorschrift” zufrieden soll, und ‘Unabhaengigkeitsmodell,’ das nicht nur die materiale Strafgrund von juristischen Personen schaffen sondern auch den Umfang der anwendbaren Widerhandlungen erweiteren soll.

- ❖ Keywords: Strafbarkeit von juristischen Personen, die Vorschrift fuer die zweiseitige Bestrafung, Unrecht, Schuld, compliance program