미국의 RCO 원칙(the responsible corporate officer doctrine)에 대한 연구

김 호 기*

국 | 문 | 요 | 약

미국에서는 연방대법원이 Park 판결, Dotterweich 판결 등을 통하여 이른바 RCO 원칙을 정립하여 기업활동 과정에서 법률위반이 야기되는 경우 경영자에게 위법상태를 개선할 형법적 의무를 부과하고 있다. RCO 원칙에 근거한 경영자의 형사책임은 일종의 대위책임이고 엄격책임범죄에 대하여서도 적용이 가능하여 이 원칙을 적용하게 된다면 - 적어도 이론적으로는 - 경영자가 자신이 수행하지 아니한 위법행위에 대하여 그러한 위법행위가 수행된다는 사실을 알지도 못한 상태에서도 형사책임을 부담하게 되는 매우 가혹한 결과가 발생할 수도 있다. 이 글에서는 미국에서 기업 경영자에 대하여 이와 같이 매우 엄격한 형사책임을 부담시키는 RCO 원칙이 등장하여 발전하는 과정, 적용요건, 이론적 배경, 찬반론 등을 살펴보고, 감독의무 위반에 근거하여 경영자를 처벌하는 모델(독일의 질서위반법)과 비교한 후, 그것이 우리나라 형사법을 개선·보완함에 있어서 갖는 시사점을 검토하여 보았다.

❖ 주제어 : 대표자의 형사책임, 경영자의 형사책임, 질서위반법, RCO 원칙

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

오늘날 경제활동에서 기업이 차지하는 역할이 증가함에 따라 기업활동에 수반하여 발생하는 전형적인 위험에 대한 형법적 대응방향에 대한 논의도 더욱 활발히 이루어지고 있다. 우리나라에서는 다수의 개별 법률에서 기업활동 과정에서 발생하는 위험을 적절히 관리하기 위하여 사업주 등 법인에 대하여 다양한 의무를 부과하고 있으며, 벌칙규정을 마련하여 의무를 이행하지 아니한 자를 형사처벌 하도록 하고 있다. 이때 법률은 형식적으로는 사업주 등 법인에 대하여 의무를 부과하고 있으나 우리 형사법은 법인의 범죄능력을 부인하고 있어서 의무불이행이 있어도 곧바로 당해 법인에 대하여 형벌을 부과할 수는 없다. 법인에 대하여 부과된 의무의 불이행이 있을 때 누구를 형사처벌할 것인가의 문제는 일반적으로 양벌규정에 의하여 규율되고 있다.

양벌규정은 법인에 부과된 의무를 현실적으로 이행할 책임을 부담하는 개인을 행위자로서 형사처벌하는 동시에, 상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우 당해 법인을 형사처벌 하도록 규정하고 있다. 그런데 대법원은 양벌규정에 처벌대상으로 규정된 행위자는 일선에서 업무를 수행하면서 법률이 부과하는 의무를 이행하기 위하여 필요한 실질적인 조치를 취할 의무를 부담하는 개인을 의미하는 것으로 보아 관리·감독 책임을 부담하는 대표자는 행위자에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.¹⁾ 기업의 대표자는 지휘·감독을 올바로 하지 아니한 것일 뿐 스스로 위법행위를 수행하지는 아니하므로 양벌규정이 정하는 행위자 개념에 포섭될 수 없다는 것이다.²⁾ 형법학에서 행위자 형상을 스스로의 의사에 기초하여 결과 발생 여부 내지 결과가 발생하기까지의 과정을 사실상 지배하고 있는 자와 결부시켜 이해하고 있다는 점을 고려한다면 이러한 대법원의 판시는 해석론으로는 불가피한 것으로 보인다. 그러나 형사정책적 관점에서 본다면 대표자를 형사처벌의 대상에서 배제하는 것은 타당하다고 볼 수 없을 것이다.

1) 예를 들어 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도2887 판결 참조.

2) 예를 들어 대법원 1991. 11. 12. 선고 91도801 판결 참조. 이와 동일한 설명으로는 예를 들어 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려대학교 법학연구 제51권, 2008, 315

대표자는 일반적으로 기업의 업무수행을 위하여 필요한 일체의 행위를 수행할 권리와 책임을 부여받은 자로서, 특별한 사정이 없는 한 법률이 법인에 대하여 부과한 의무를 스스로 이행하거나 의무이행 책임을 타인에게 위임하고 그로 하여금 의무를 이행하도록 할 수도 있다.³⁾ 전자의 경우 대표자가 오히려 의무를 이행하지 아니한 때에는 당연히 위반행위의 주체인 행위자로서 형사처벌을 받게 될 것이다. 그런데 의무를 이행할 책임을 타인에게 위임하고 행위자의 지위에서 벗어나 관리감독자의 지위에 서게 되었다고 하여 형사책임을 부담하지 않게 된다고 본다면 이것은 곧 사 인간의 합의를 통하여 형벌권의 행사범위에서 벗어나도록 허용하는 것이어서 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 개인의 자유로운 의사결정의 결과물인 합의에 의하여 국가 형벌권 행사가 무력화되는 것을 방지하려면 법률이 부과하는 의무를 이행할 책임을 타인에게 위임한 이후에도 - 위임 이전과 비교하여 그 구체적인 내용은 다를지라도 - 대표자는 여전히 당해 의무가 오히려 이행되도록 할 형법적 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

나아가 법률이 사업주 등에 대하여 부과하는 의무의 올바른 이행을 위하여서는 경영자의 적극적 노력이 요구된다는 점을 고려할 때에도 대표자 등 경영자를 형사처벌의 대상에서 배제하는 것은 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 예를 들어 법률이 업무집행자가 어느 특정한 유형의 위험에 노출되는 것을 방지하기 위하여 사업주에 대하여 일정한 안전조치를 취할 것을 요구하고 있는 경우, 당해 의무를 오히려 이행하기 위하여서는 먼저 업무가 수행되는 작업장에서 법률이 정하고 있는 위험이 발생할 우려가 있는지의 여부를 평가하고, 위험 방지를 위하여 요구되는 구체적인 조치를 취하여야 하며, 구체적인 조치를 취하기 위하여 필요한 인적·기술적·조직적 수단이 마련되어야 하고, 위험성 평가 및 필요한 조치의 이행 여부에 대한 정기적이고 지속적인 점검이 이루어져야만 한다. 이 모든 행위가 결합하여 충실하게 이행될 때 비로소 법률이 사업주에 대하여 부과하고 있는 의무에 대한 올바른 이행이 있게 된다는 점을 고려한다면, 행위자로 포섭될 수 있는 자, 즉 일선에서 업무를 수행하

3) 의무이행 책임을 다른 구성원 등에게 위임하여야만 하는 경우도 있을 것이다. 예를 들어 산업안전보건법은 안전관리자 등 위험관리업무를 담당하는 자를 두도록 규정하고 있다. 법률에 특별한 규정이 없는 경우에도 위험관리에 전문적인 지식이 필요한 때에는 의무의 충실한 이행을 위하여서는 관련 분야의 전문가를 선임하여 그로 하여금 위험관리업무를 수행하도록 하여야 할 것이다.

는 자에 대하여서만 의무불이행에 대한 형사책임을 부담시키는 것은 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 업무수행자, 관리감독자 등을 선임하고, 안전관리의무의 올바른 이행을 위하여 필요한 인적·기술적·조직적 수단이 제공되도록 하고, 위험관리가 적절히 이행되고 있는지의 여부를 지속적으로 관리·감독하여야 하는 지위에 있는 경영자에 대하여서도 형사책임을 부담시킬 필요가 있는 것이다.⁴⁾ 그리고 이와 같은 사정을 고려한다면 대표자가 임의로 업무를 수행할 책임을 제3자에게 위임한 경우에는 물론 법률이나 이사회 결의 등에 의하여 업무집행자를 반드시 별도로 지정하여야만 하는 사정이 있어서 대표자가 직접 업무수행행위를 수행하지 않는 경우에도 대표자에게 일정한 책임을 부담시키는 것이 타당하다고 보아야 할 것이다.

물론 경영자에 대하여 부담시키는 형사책임의 구체적인 내용은 입법례에 따라 상이할 수 있을 것이다. 이 글에서 특히 검토하고자 하는 것은 미국에서 판례를 통하여 형성된 RCO 원칙(the responsible corporate officer doctrine)이다. 미국 연방대법원은 *Dotterweich* 판결⁵⁾과 *Park* 판결 등을 통하여 RCO 원칙을 선언한 이후, 대위책임 이론의 연장선상에 있으면서도 기존의 대위책임과는 구별되는 독특한 이론 체계를 형성하여 구성원의 위법행위에 대하여 기업 대표자 등 경영자에 대하여 매우 무거운 형사책임을 부담시키고 있다. RCO 원칙이 적용되면 기업의 대표자 등 경영자는 의무이행 책임을 부담하는 자와 그에 대한 관리감독자를 별도로 지정해 놓은 경우에도 위법행위가 반복적으로 발생하게 되면 형사책임을 부담하여야 한다. 나아가 구성요건요소로서 고의, 과실 등의 주관적 요소를 규정해 놓고 있지 아니한 이른바 엄격책임 범죄에 대하여서도 RCO 원칙이 적용될 수 있는 것으로 보고 있어

4) 예를 들어 주식회사를 기준으로 하여 살펴본다면 우리나라에서는 이사회가 “주주총회의 권한으로 되어 있는 것(기초적 사항)을 제외한 일체의 업무집행사항에 대하여 결정권”을 보유하고 대표이사는 “주주총회나 이사회가 결정한 사항을 대내적으로 집행하고 대외적으로 대표”하도록 되어 있어서 본문에서 열거한 사항 중의 일부에 대하여서는 원칙적으로 이사회에서 결정권을 보유하고 있다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 현실적으로는 “이사회는 그 권한사항 중 중요한 부분에 대해서만 결정하고 나머지 사항에 대하여는 대표이사”에게, 그리고 “대표이사는 다시 이를 업무집행이사나 상업사용인에게” 위임하는 것이 불가피하다. 따라서 본문에서 열거한 사항에 대하여 실질적으로는 대표이사가 이를 결정할 권한을 행사하게 될 것이다. 이 각주에서 인용부호로 인용한 내용은 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장”, 인권과 정의 제408호, 2010. 8., 408 이하 참조

5) “*Dotterweich*”의 발음에 관하여서는 도터위치, 도터바이히, 도터바이크 등의 다양한 발음례가 소개되고 있어서 이곳에서는 부득이 영어 이름을 그대로 표시하였으며, 일관된 체계를 유지하고자 다른 인명의 경우에도 원어 그대로 표시하였다.

서, 이론적으로 본다면 스스로 위법행위를 행하지도 아니하였고 사전에 위법행위 여부를 인식하거나 예견하지 못한 때에도 기업 대표자는 RCO 원칙에 의하여 형사 처벌을 받을 수 있게 된다. 이러한 의미에서의 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임은 대위형사책임을 널리 인정하고 있는 여타의 커먼로 국가에서도 찾아볼 수 없는 독특한 입법례에 해당한다. 그런데 특히 흥미로운 점은 미국에서 RCO 원칙의 사용이 점차 감소하거나 쇠퇴하기는커녕 오히려 오늘날 점점 더 활발히 이용되고 있으며, 추가적인 행정제재와 결합하여 유죄판결을 받은 경영자가 동종업계에 취업하는 것을 사실상 금지하는 결과를 가져오고 있어서 오늘날 기업의 경영자를 처벌하는 매우 강력한 수단으로 폭넓게 사용되고 있다는 점이다.

이 글에서는 RCO 원칙의 등장 및 발전과정, RCO 원칙에 의한 형사책임의 인정요건, 정당성에 대한 논의 등을 살펴보고, 그것을 감독의무 위반을 근거로 하여 경영자를 형사처벌하는 독일의 질서위반법 모델과 비교한 후, 우리나라의 형사법 체계를 개선함에 있어서 RCO 원칙이 갖는 입법론적 의미를 간략히 살펴보려고 한다.

II. 미국의 RCO 원칙에 의한 기업 대표자의 형사책임

1. RCO 원칙의 등장과 발전

가. Dottweweich 판결

RCO 원칙은 입법을 통하여서가 아니라 다수의 법원 판결을 통하여 형성되었다. 1943년 판시된 *Dotterweich* 판결은 RCO 원칙을 최초로 선언한 선구적인 판결로 인용된다. 이 사건에서는 제약회사와 그 회사의 대표자인 *Dotterweich*가 적합한 품질을 갖추고 있지 않거나 올바른 정보가 함께 제공되지 아니한 의약품을 주간(州間) 거래한 혐의로 미국 연방식품의약품화장품법(the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 이하 FDCA) 위반으로 기소되었는데, 재판 결과 *Dotterweich*에 대하여서만 유죄판결이 내려지게 되었다.⁶⁾ *Dotterweich*에 대하여 유죄판결이 내려지는 과정에서 가장 문제가 되었던 것은 최고경영자로서 경영을 담당하였을 뿐이며

스스로 위법행위를 수행하지도 아니하였고 다른 구성원의 위법행위에 적극적으로 가담하지도 아니한 Dotterweich 개인을 FDCA 위반으로 형사처벌하는 것은 적절한가 내지 정당한가의 여부였다. FDCA 위반 범죄는 엄격책임범죄에 해당하는 것으로 이해되고 있어서 경영자를 FDCA 위반으로 형사처벌하는 경우 이것은 곧 경영자에게 자신이 행하지도 아니한 위법행위에 대하여, 그러한 행위가 행하여진다는 사실을 알지도 못하였음에도 불구하고 형사책임을 부담하도록 하는 매우 가혹한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.⁷⁾

이에 대하여 미국 연방대법원은 FDCA에 규정된 범죄가 이른바 공공복리범죄(the public welfare offense)에 해당한다는 점을 강조하였다. 공공의 이익을 충실히 보호하기 위하여서는 스스로를 보호할 능력이 없는 사회 일반구성원이 아니라 소비자 보호를 위하여 마련된 법규 위반 여부에 대하여 정보를 입수하고 적절한 대응조치를 취할 수 있는 위치에 있는 제조자에게 보다 무거운 의무를 부과하는 것이 타당하며⁸⁾, 위법행위가 이루어진다는 사실을 알지 못하여 아무런 불법의식이 없는 Dotterweich에게 형사책임을 부담하도록 것은 분명 가혹한 측면이 있지만 그가 위법행위가 발생한 데에 대하여 책임을 부담하는 지위(responsible share, responsible relation)에 있음을 고려할 때 그를 형사처벌하는 것이 부당하지는 않다고 판시하였다.⁹⁾

나. Park 판결

RCO 원칙의 인정근거와 적용요건 등은 Dotterweich 판결이 나오고 나서 30여 년이 흐른 이후 판시된 Park 판결에서 보다 더 구체화되었다. 이 사건에서 Park은 3만 6천여 명의 근로자를 고용하고 있고 900여 개의 판매점을 운영하는 대기업의 최고경영자였는데, 적절한 품질을 갖추고 있지 아니한 식품을 주간(州間) 수송되도록 한 혐의로 FDCA 위반으로 기소되었다.¹⁰⁾

판결문에서 미국 연방대법원은 RCO 원칙이 공공복리범죄 이론에 근거하고 있다

6) United States v. Buffalo Pharmacal Co., Inc. 131 F.2d 500 (2d Cir. 1942), 501

7) United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943), 286

8) 320 U.S. 277 (1943), 285

9) 320 U.S. 277 (1943), 284~285

10) 421 U.S. 658 (1975), 660

는 점을 재확인하였다.¹¹⁾ 그리고 FDCA는 기업 내에서 책임 있는 지위에 서 있는 자에 대하여 사후적으로 법률위반 여부를 발견하고 찾아내서 그것을 개선하여야 하는 의무를 부과하는 동시에 사전적으로 법률위반이 이루어지지 아니하도록 예방조치를 취할 의무도 함께 부과하고 있다고 판시하였다.¹²⁾ 기업의 경영자에게 이러한 의미에서의 사전예방의무를 부과하는 것은 분명 그에게 큰 부담을 지우는 것이 되지만, 공공의 건강과 안녕에 중대한 영향을 미치는 서비스를 제공하거나 재화를 공급하는 기업에서 자발적으로 매우 높은 수준의 권한과 책임을 부여받는 지위를 담당한 자에 대하여 그러한 무거운 주의의무를 이행할 것을 기대하는 것은 부당한 것은 아니라고 판시하였다.¹³⁾

이 판결에서도 미국 연방대법원은 Park에게 형사책임을 부담시킬 수 있는 근거로서 그가 기업활동 과정에서 위법행위가 발생한 데에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있다는 점을 강조하였다. RCO 원칙을 적용하여 개인을 유죄판결하기 위하여서는 기업 내에서의 지위에 비추어 볼 때 대상자가 법률에 위반하는 결과가 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 교정할 수 있는 권한과 책임을 보유하고 있으며, 그럼에도 불구하고 사전예방 내지 사후교정에 성공하지 못하였다는 점이 입증되어야 하는데, Park에 대하여서는 이러한 요건이 충족된 것으로 보아야 한다는 것이다.¹⁴⁾

이 사건에서는 법률위반상태를 시정할 책임을 부담하는 구성원이 별도로 지정되어 있다는 사실이 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임 판단 과정에서 어떠한 영향을 미치는가의 문제도 함께 다루어졌다. Park은 자신이 위생관리를 담당하는 구성원을 지정해 놓았으며, 미국식품의약국(the U.S. Food and Drug Administration, 이하 FDA)으로부터 법률위반이 있음에 대한 통지를 받은 후 신뢰할만한 다른 구성원에게 문제를 해결할 책임을 위임하였고, 그들이 위임받은 의무를 올바르게 이행하지 않을 것이라고 의심할만한 아무런 사정이 존재하지 않았기에, 자신을 형사처벌하는 것은 부당하다고 주장하였다.¹⁵⁾ 당해 기업의 모든 직원이 자신의 일반적인 지휘를

11) United States v. John R. Park, 421 U.S. 658 (1975), 671

12) 421 U.S. 658 (1975), 672

13) 421 U.S. 658 (1975), 672

14) 421 U.S. 658 (1975), 669 이하 내지 673 이하

15) 421 U.S. 658 (1975), 664 및 676

받는 관계에 있는 것은 사실이지만, 기업의 업무집행은 기능적으로 분화되어 수행되어 있고 각각의 기능이 수행되는 단계에 따라 그에 대하여 책임을 부담하는 자가 별도로 지정되어 있으므로, 하위구성원의 법률위반행위에 대하여 경영자에게 직접 형사책임을 부담시키는 것은 적절하지 않다고 주장한 것이다.¹⁶⁾

이러한 주장에 대하여 일단 미국 연방대법원은 법률이 경영자에 대하여 객관적으로 불가능한 것을 이행하도록 요구할 수는 없다고 판시하여 RCO 원칙에 의하여 기소된 경영자에 대하여 이른바 객관적 불가능의 항변을 인정하였다. 경영자는 자신이 법률위반상태가 발생하는 것을 예방하거나 이를 개선하는 것이 객관적으로 불가능하였다는 사실을 입증함으로써 형사책임을 면할 수 있다고 판시한 것이다.¹⁷⁾ 그러나 이 사건에서는 객관적 불가능의 항변을 받아들이지 아니하는데, 그것은 기존의 위험관리 시스템이 올바르게 작동하고 있지 아니함에도 불구하고 Park이 동일한 시스템에 의존하여 법률위반상태를 개선하려고 시도하는 데에 그치고 추가적으로 어떠한 조치를 취하지는 아니하였음을 고려하였기 때문인 것으로 생각된다.¹⁸⁾

다. 객관적 불가능 항변의 발전

객관적 불가능의 항변이 인정되기 위하여 경영자가 어느 정도로 노력하여야 하는가에 대하여서는 보다 구체적인 기준이 제시될 필요가 있을 것이다. 일부 견해는 행위 당시 당해 경영자의 위치에 있는 합리적인 일반인의 관점에서 객관적 불가능 여부를 판단하여야 한다고 주장한다.¹⁹⁾ 커먼로 국가의 형사법에서는 오래 전부터 어느 행위가 범죄에 해당하는가를 판단함에 있어서 합리적인 인간 기준이 매우 널리 사용되고 있어왔다. 행위 당시 행위자의 위치에 있는 합리적인 인간도 당해 행위자와 동일한 방식으로 행위하였을 것으로 판단되는 경우라면 당해 행위는 범죄에 해당하지 않는다고 보는 것이다.²⁰⁾ 객관적 불가능 항변의 성립 여부를 합리적 인간

16) 421 U.S. 658 (1975), 663

17) 421 U.S. 658 (1975), 673 이하 및 676 이하

18) 421 U.S. 658 (1975), 664 이하

19) Laurie L. Levenson, "Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes", *Cornell Law Review*, March, 1993, 461

20) 합리성 개념이 커먼로 국가의 형사법에서 갖는 의미에 대하여서는 George P. Fletcher, "The Right

을 기준으로 판단하려는 견해는 위와 같은 커먼로 형사법의 일반원칙을 RCO 원칙의 적용과정에서도 그대로 사용하려는 견해에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 미국 연방대법원이 Park 판결에서 FDCA의 적용을 받는 기업에 대하여 통상적으로 요구되는 것보다 훨씬 더 높은 수준의 주의의무(the highest standard of foresight and vigilance)가 부과된다는 점을 강조하고 있음을 고려한다면²¹⁾, 합리적인 인간 기준이라는 일반원칙에 근거하여 객관적 불가능 항변의 인정 여부를 판단하지는 아닐할 것으로 추측할 수 있을 것이다. 실제로도 미국 법원은 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로만 받아들이고 있는 것으로 보인다.

객관적 불가능 항변에 대하여 판시한 대표적인 판결로 인용되는 U.S. vs Y. Hata & Company 판결에서는 조류가 식품창고로 침입하는 것을 방지하는 것이 객관적으로 불가능하였는지의 여부가 심사되었다. 기업의 대표자인 Hata는 FDA로부터 법률위반상태의 개선 요구가 있는 이후 다양한 수단을 사용하여 조류의 접근을 막아보려고 하였으나 계속 실패하게 되자 식품창고 전체를 거대한 철망으로 뒤덮기로 하고 이를 주문하였는데, 주문한 물건이 아직 도착하지 아니하여 부득이하게 조류의 침입이 계속 이루어지는 상태에서 또 다시 FDA의 조사가 이루어지게 되었으므로 위법상태의 통지 후 재조사가 이루어지기까지의 기간 동안 조류의 침입을 막는 것이 객관적으로 불가능하였다고 주장하였다.²²⁾ 그러나 법원은 철망이 새로운 발명품인 것도 아니고, 조금만 주의를 기울였다면 FDA에 의한 재조사가 이루어지기 훨씬 이전 시점에 철망의 필요성을 인식할 수 있었을 것이며, 어느 곳으로부터도 철망을 입수하는 것이 불가능하여 재조사 이전 시점에 철망을 설치하지 못하였다는 사정을 입증할 수 있는 아무런 증거도 제출되지 아니하였으므로 객관적 불가능 항변의 인정 여부에 대하여서는 심사를 할 필요가 없다고 판시하였다.²³⁾

U.S. vs Starr 사건에서는 식품 저장창고로 들쥐가 들어왔고, 이로 인하여 저장창고 관리의무를 부담하고 있는 기업의 경영자(secretary-treasurer)인 Starr가 FDCA 위반으로 기소되었다. 이 사건에서 Starr는 먼저 저장창고에 들쥐가 들어와 오염이

and The Reasonable”, Harvard Law Review 98, 1985, 949 이하 참조.

21) 421 U.S. 658 (1975), 673

22) United States v. Y. Hata & Company, 535 F.2d 508 (9th Cir.1976), 511

23) 535 F.2d 508 (9th Cir.1976), 511

발생하게 된 것은 자연현상에 의한 것이어서 이를 방지하는 것은 그에게 객관적으로 불가능하였다고 주장하였다.²⁴⁾ 인근에서 경작지를 갈아엎는 작업이 이루어져서 들쥐가 저장창고로 피해를 수박에 없었다는 것이다. 이에 대하여 법원은 최소한의 주의의무만을 이행하였더라도 인근 경작지에서 진행되는 작업으로 인하여 들쥐가 저장창고로 침입해 들어올 것을 예상할 수 있었으므로 객관적 불가능 항변이 인정될 수 없다고 판시하였다.²⁵⁾ 다음으로 Starr는 기업의 위생을 담당하는 구성원에 대하여 문제를 해결할 것을 지시하였으나 그가 지시를 충실히 이행하지 아니하여 법률위반상태가 발생한 것이라고 주장하면서 자신은 아무런 책임이 없다고 주장하였다.²⁶⁾ 그러나 이에 대하여 법원은 단순히 다른 구성원에게 문제해결을 위임하는 것만으로는 경영자가 그에게 부과된 의무를 충분히 이행한 것으로 평가할 수 없다고 판시하였다. 위임을 받은 자가 위임사무를 올바르게 처리하지 못하는 경우를 예상하여 이를 보완하기 위한 조치를 취할 의무도 함께 이행하여야만 한다고 본 것이다.²⁷⁾

2. RCO 원칙에 의한 기업 대표자의 형사책임 인정요건

가. 책임을 부담하는 주체

Dotterweich 판결이나 Park 판결에서는 최고경영자 내지 대표자가 RCO 원칙의 적용대상이 되었으나, RCO 원칙이 적용되는 대상이 최고경영자 등에 한정되는 것은 아니다. 미국 연방대법원은 Dotterweich 판결에서 위법행위가 행하여진 데에 대하여 책임을 부담하는 지위(responsible share, responsible relation)에 있는 자가 RCO 원칙에 의한 형사처벌의 대상이 된다는 점을 명확히 밝히고 있기 때문이다.²⁸⁾ 미국 연방대법원은 구체적으로 누가 기업활동 과정에서 발생하는 법률위반에 대하여 책임을 부담하는 자에 해당하는가에 대하여서는 어떠한 일률적인 판단기준을 제시하지 아니하고, 이 문제는 검사, 판사, 배심원 등 재판에 관여하는 자의 판단에게

24) United States v. Starr, 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

25) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

26) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

27) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 516

28) 320 U.S. 277 (1943), 284

맡기는 것이 타당하다고 보았다.²⁹⁾ Park 판결에서는 책임 있는 지위에 있는 자에 해당하기 위하여서는 기업 내에서의 지위에 비추어 볼 때 대상자가 법률에 위반하는 결과가 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 개선할 수 있는 권한과 책임을 보유하고 있어야 한다는 점을 강조하였다.³⁰⁾

이와 같은 판시에 비추어 본다면 일선에서 업무를 수행하는 자가 미국 연방대법원이 제시한 책임 있는 지위에 있는 자에 해당하지 않는다는 점은 분명해 보이지만, 위 판시만으로는 어느 정도의 권한을 부여받고 어느 정도의 책임을 부담하는 자에 대하여 RCO 원칙이 적용되는가의 문제를 해결하기에 충분한 기준이 제시되었다고 보기는 곤란할 것이다. 예컨대 기업에 다층적 관리감독관계가 존재하는 경우 어느 단계에 있는 자를 책임 있는 지위에 있는 자로 파악할 것인가 등과 같은 문제에 대하여 보다 심층적인 논의가 진행되어야 할 것이다. 그러나 아직까지는 판례에서는 물론 문헌에서도 이와 관련하여 본격적인 논의가 진행되고 있지는 아니한 것으로 보인다.³¹⁾

나. 대위책임 vs 부작위책임

RCO 원칙이 경영자에게 타인의 범죄행위에 대하여 대위책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 것인지, 아니면 법률위반상태를 개선하여야 하는 본인의 의무를 이

29) 320 U.S. 277 (1943), 285; 이에 대하여서는 비판론도 제시되고 있는데, 예를 들어 Dotterweich 판결에서 소수의견은 명문의 규정도 없이 그를 형사처벌하는 것은 부당하다고 주장하였다. Dotterweich가 위법행위가 행하여진다는 사실을 사전에 알았다거나 그러한 위법행위에 관여하였다는 아무런 증거도 제출되지 아니하였다는 사정을 고려한다면 이때 형벌은 오로지 Dotterweich가 기업의 경영자라는 지위에 있다는 사실에 근거하여 부과되는 것이어서 부당하다는 지적이다(320 U.S. 277 (1943), 286) 소수의견은 어느 행위가 범죄행위에 해당하고 누가 범죄행위의 주체가 될 수 있는지를 정할 수 있는 권한은 오로지 국회만이 보유하고 있으며, 법원이 아니라는 점을 강조하면서, FDCA가 경영자에 대한 형사책임을 명시하고 있지 아니한 것은 그들을 형사책임으로부터 면제하기 위한 것으로 볼 수 있다고 주장하였다(320 U.S. 277 (1943), 286 이하) 다수의견이 RCO 원칙에 의할 때 기업의 어떤 구성원이 형사책임을 부담하여야 하는지를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하지 못하는 것은 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석론으로 기업의 구성원을 형사처벌하려고 시도하여 발생한 부적절한 결과라고 비판하였다(320 U.S. 277 (1943), 292 이하).

30) 421 U.S. 658 (1975), 671 내지 673

31) Katrice Bridges Copelanda, "The Crime of Being in Charge: Executive Culpability and Collateral Consequences", American Criminal Law Review, 51, 2014, 815

행하지 아니한 부작위에 대하여 책임을 부담시키는 것인지에 대하여서는 상반된 견해가 제시되고 있다. RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 대위책임의 한 유형으로 설명하는 문헌도 다수 존재하지만³²⁾, 이를 전형적인 대위책임의 한 유형으로 이해하기는 곤란할 것으로 보인다. RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임이 대위책임에 해당한다면 경영자에게 형사책임을 부담시키기 위하여서는 먼저 기업의 구성원 중에서 누가 위법행위를 하였는지의 여부를 확인하여야만 한다. 구성원의 위법행위가 존재하지 않는다면 경영자가 대신 부담하여야 하는 형사책임이라는 것은 상정할 수조차 없기 때문이다. 그러나 Dotterweich 판결이나 Park 판결에서는 재판과정에서 누가 위법행위를 하였는가의 여부에 대하여 전혀 심사가 이루어지지도 아니하여서, RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 대위책임의 한 유형으로 분류하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.³³⁾

미국 연방대법원이 여러 판시를 통하여 RCO 원칙이 경영자가 자신에게 부과된 의무, 즉 법률위반이 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 개선하여야 하는 의무를 올바르게 이행하지 아니하였다는 사실에 기초하여 그에게 형사책임을 인정하는 것이라는 점을 명시적으로 밝히고 있음을 고려한다면, 동 원칙은 대위책임을 인정한 것이라기보다는 경영자가 본인에게 부과된 형법적 작위의무를 이행하지 아니한 데에 대하여 형사책임을 부담시키는 것이라고 보는 것이 타당할 것이다. 즉, RCO 원칙에 의한 형사책임을 인정하기 위하여서는 경영자가 형법적 작위의무를 이행하지 아니하였다는 사실(부작위)이 입증되어야 하는 것이다. 그런데 여기에서 한 걸음 더 나아가서, RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 전형적인 부작위범의 한 유형으로 보는 것이 타당하다는 주장도 제기된다. 기업과 체결한 계약에 기초하여 경영자는 구성원의 위법행위를 방지하여야 하는 형법적 작위의무를 부담하게 되는데, 이러한 작위의무의 불이행에 대한 책임이 곧 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임에 해당한다는 것이다.³⁴⁾ 이와 같이 RCO 원칙을 전형적인 부작위범의 한 유형으로

32) 예를 들어 대표적으로 Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 5th Updated edition, 2010, §13.4(c) 참조

33) Kathleen F. Brickey, "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses - Another View", *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, 1349

34) Todd S. Aagaard, "A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine", *The Journal of Criminal*

파악한다면 RCO 원칙을 인정하는 이론적 근거, 그 적용대상 등을 보다 명료하게 확정할 수 있게 된다고 주장한다.³⁵⁾ 그러나 이러한 시도는 아래에서 다시 살펴보는 바와 같이 RCO 원칙에 대한 미국 연방대법원의 판시방향과는 일치하지 않는 것으로 보인다. RCO 원칙을 부작위범 이론에 기초하여 이해하게 된다면 그 적용요건이나 적용대상인 범죄 등에 있어서 미국 연방대법원이 판시한 것과는 전혀 다른 결론에 도달하게 되기 때문이다.³⁶⁾ 미국 연방대법원은 경영자에게 RCO 원칙에 근거하여 형사책임을 부담시키는 근거를 부작위범 이론이 아니라 공공복리범죄 이론으로부터 가져오고 있음을 반복하여 밝히고 있다는 점을 고려할 때에도 RCO 원칙을 부작위범으로 이론구성하는 것은 판시의 취지에 부합하지 않는 것으로 생각된다.

다. 엄격책임 vs 과실책임

RCO 원칙이 경영자에게 엄격책임을 부담시키는 것인지 아니면 적어도 객관적 주의의무 위반으로서의 과실(negligence)의 존재를 요하는 것인지에 대하여서도 견해가 나뉘고 있다. 미국 연방대법원이 RCO 원칙의 이론적 근거를 설명하면서 공공복리범죄나 엄격책임범죄에 대하여 판시한 다른 판결을 다수인용하고 있음을 고려한다면, 미국 연방대법원은 RCO 원칙에 의한 형사책임을 엄격책임의 일종으로 이해하고 있다고 볼 수도 있을 것이다. 이러한 맥락에서 RCO 원칙이 실질적으로 경영자에 대하여 엄격책임을 인정하는 것이라고 보는 견해가 오래 전부터 주장되고

Law and Criminology, 2006, 1282 이하

35) Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1281 이하

36) 후술하는 바와 같이 미국의 연방대법원은 RCO 원칙을 이른바 공공복리범죄(the public welfare offense) 이론의 연장선상에서 이해하면서 그 적용대상인 범죄를 비교적 가벼운 형벌이 부과되는 범죄에 한정하고 있으나, RCO 원칙을 부작위범 이론에 근거하여 이해하게 된다면 그 적용대상인 범죄를 그와 같이 제한할 이유는 존재하지 않게 된다. 기업이나 조직 등으로부터 구성원의 위법행위를 방지할 권한과 책임을 부여받았음에도 불구하고 이러한 권한과 책임을 완수하지 못한 자에 대하여 범죄의 종류에 관계없이 형사책임을 부담시킬 수 있게 될 것이기 때문이다(Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1286) 나아가 일반적으로 RCO 원칙을 적용하여 경영자에게 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시킬 수도 있다고 보고 있으나, RCO 원칙을 부작위범 이론의 연장선상에서 이해한다면 동 원칙을 적용하기 위하여서는 고의, 과실 등 경영자의 귀책사유가 인정되어야 한다고 보게 될 것이다. 기존의 부작위범 이론에 의한다면 부작위에 의한 형사책임을 인정하기 위하여서는 자신에게 작위의무가 부과되었음을 인식하고 있으면서도 이를 이행하지 아니하였다는 사실이 입증되어야 하기 때문이다(Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1287 이하).

있어왔다.³⁷⁾

그러나 이와는 달리 RCO 원칙이 경영자 등에 대하여 엄격책임을 부과하고 있는 것은 아니라는 주장도 제기된다. 그 출발점이 되는 것은 미국 연방대법원이 Dotterweich 판결이나 Park 판결에서 경영자에게 범죄행위에 대한 현실적 인식이 결여되었다고 하여도 형사책임을 부담시킬 수 있다는 점을 강조하고 있을 뿐, 고의 이외에 객관적 주의의무 위반으로서의 과실이나 기타 주관적 요소의 존재가 요구되는가에 대하여서는 명확히 언급하고 있지 않다는 점이다. Park 판결에서는 최고경영자인 Park에게 유죄판결을 하는 근거로서 그가 위법상태가 지속되고 있음을 인식하고 있었음에도 불구하고 충분한 개선조치를 취하지 아니하였다는 사실을 강조하고 있는데, 이와 같은 판시내용도 RCO 원칙이 엄격책임을 인정하는 것은 아니라는 주장의 논거로 사용되고 있다.³⁸⁾ 만일 RCO 원칙이 경영자에 대하여 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 것이라면 Park이 위법상태의 발생 내지 존속을 인식하고 있었는지의 여부는 전혀 고려될 필요조차 없을 것이기 때문이다.³⁹⁾ 나아가 Park 판결에서 다수의견은 경영자에게 매우 높은 수준의 주의의무(the highest standard of foresight and vigilance)가 부과된다고 강조하였는데, 이것 역시 RCO 원칙에 의한 책임이 엄격책임이 아니라 과실책임(negligence)에 해당한다고 보는 근거로서 제시되고 있다.⁴⁰⁾ Park 판결에서 소수의견도 위와 같이 경영자에게 높은 수준의 주의의무가 부과된다는 다수의견의 판시는 과실책임을 설명하는 데에 있어서 사용되는 전형적인 표현에 해당하는 것이라고 주장하기도 하였다.⁴¹⁾

미국 연방대법원이 RCO 원칙을 적용함에 있어서 객관적 불가능 항변을 인정하고 있는 것 역시 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 과실책임으로 보는 것이 타당하다는 주장의 논거가 된다. 경영자가 최선을 다하였음에도 불구하고 법률위반이 야기되는 것을 예방하거나 사후적으로 시정하는 것이 불가능하였던 경우에는 형

37) Norman Abrams, "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses - A Comment on Dotterweich and Park", UCLA Law Review, 28, 1980, 464 내지 477 이하

38) 421 U.S. 658 (1975), 677

39) Andrew C. Baird, "The New Park Doctrine: Missing The Mark", North Carolina Law Review, 91, 2013, 973

40) 421 U.S. 658 (1975), 673

41) 421 U.S. 658 (1975), 679

사책임이 인정되지 않는 것이라면, 즉 동 원칙이 경영자가 최선의 노력을 다하지 아니한 사례에 대하여서만 적용되는 것이라면 이러한 형사책임은 과실책임의 일종으로 보는 것이 타당하다는 주장이다.⁴²⁾ RCO 원칙을 과실책임의 한 유형으로 이해한다면 객관적 불가능 여부는 당연히 행위 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 미국 연방대법원은 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로만 인정하고 있으며, 행위 당시를 기준으로 하여서가 아니라 판단 시점을 기준으로 하여 사건 전체를 사후적으로 개관하면서 법률위반상태가 발생하는 것을 예방하거나 이미 발생한 법률위반상태를 개선할 수 있는 수단이 객관적으로 존재하였는가의 여부를 심사하는 형태로 판시하고 있다. 이러한 미국 법원의 판시에 비추어 본다면, 객관적 불가능 항변에 근거하여 RCO 원칙을 과실책임의 한 유형으로 이해하는 것은 그다지 큰 의미를 갖지 않게 될 것이다. 후술하는 바와 같이 RCO 원칙에 의한 형사책임을 과실책임의 일종으로 보려는 주된 이유는 동 원칙의 인정 근거, 적용요건 등을 과실범과 동일하게 보려는 데에 있다. 즉 경영자가 위법상태의 발생 내지 사후적인 개선 과정에서 그에게 부과된 주의의무를 충실히 이행하지 아니하였기 때문에 형벌을 부과하는 것이라고 설명하려는 것이다. 그런데 미국 법원이 판시하는 바와 같이 객관적 불가능 판단을 행위 당시를 기준으로 한 개연성/비개연성 판단이 아니라 판결 시점을 기준으로 한 논리적 가능성/논리적 불가능성 판단으로 이해하게 된다면 미국 법원이 객관적 불가능 항변을 인정하고 있다는 데에 근거하여 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 과실책임으로 이해하는 것은 별다른 의미를 갖지 못하게 될 것이다. 객관적 불가능 항변은 명목상 경영자가 자신에게 부과된 의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 사실에 기초하여 형벌을 부과하는 것이라고 보는 근거로서 경영자에 대한 형벌 부과를 사후적으로 정당화시켜주는 역할을 수행할 수는 있으나, 실질적으로는 거의 모든 사례에서 객관적 불가능 항변이 받아들여지지 않게 되어서 경영자가 자신에게 부과된 의무를 충실히 이행하지 아니한 데에 대하여 형사책임을 부담시키는 것이라고 보는 근거로서 기능하기는 힘들 것이기 때문이다.⁴³⁾ 현실적으로 RCO 원칙에 근거한 형사책임을 엄격책임으로 보

42) Amy J. Sepinwall, "Responsible Shares and Shared Responsibility: in Defense of Responsible Corporate Officer Liability", *Columbia Business Law Review*, 2014, 388

43) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 978 참조

는 것과 이를 과실책임으로 보면서도 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로 인정하는 것 사이에는 큰 차이가 존재하지 아니할 것으로 생각된다. 엄격책임범죄는 형식적으로는 아무런 귀책사유 없는 자에 대하여 형벌을 부과하는 범죄에 해당하지만, 실질적으로는 처벌대상이 되는 자에 대하여 위법행위가 행하여지지 않도록 할 매우 높은 수준의 작위의무를 부과하는 범죄에 해당하는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.⁴⁴⁾

RCO 원칙이 경영자에게 엄격책임으로서의 형사책임을 부담시키는 것인가의 여부는 RCO 원칙을 어떠한 원리에 근거하여 정당화할 것인가의 문제와 직결되어 있다. RCO 원칙을 적용하기 위하여서는 경영자의 고의, 과실 등 귀책사유가 입증되어야 한다고 본다면 전통적인 형사법의 원칙에 의하여 RCO 원칙에 근거한 경영자의 형사책임을 정당화할 수 있을 것이다. 경영자가 법률위반을 인식하였거나 인식할 수 있었음에도 불구하고 이를 예방하거나 시정하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 데에 대하여 비난가능성이 인정되고, RCO 원칙은 이러한 비난가능성에 근거하여 경영자에게 형사책임을 부담시키는 것이라고 설명할 수 있기 때문이다. 이와는 달리 RCO 원칙이 엄격책임을 인정한 것이라면 행위자에 대한 비난가능성이 아니라 다른 측면으로부터 정당화 원리를 찾아내야만 한다. 이미 기술한 바와 같이 미국 연방대법원은 RCO 원칙의 인정 근거를 설명하면서 엄격책임범죄 내지 공공복리범죄를 다른 대표적인 판결을 반복하여 인용하고 있는데, 이러한 판시 내용에 비추어 본다면 미국 연방대법원은 RCO 원칙에 의한 형사책임을 원칙적으로 엄격책임의 한 유형으로 보려고 하는 것으로 생각된다.⁴⁵⁾

44) 예컨대 미성년자에 대하여 특정한 마약류의 약품을 판매하는 행위를 처벌하는 범죄가 엄격책임범죄라면 판매자는 형사처벌을 피하기 위하여서는 가능한 모든 수단을 동원하여 구입하려는 자가 미성년자인지의 여부를 조사하여야만 할 것이다. 이와는 달리 당해 범죄가 엄격책임 범죄는 아니지만 구입자가 미성년자인다는 사실을 확인하는 것이 객관적으로 불가능하였던 때에만 범죄가 성립하지 않게 된다고 보는 때에도 판매자는 형사처벌 대상이 되지 않으려면 지극히 높은 수준의 의무를 이행하여야 한다고 보게 될 것이다. 즉 판매자가 지극히 높은 수준의 의무를 이행하여야 한다는 점에 있어서 양자 사이에는 별다른 차이가 없는 것이다.

45) Kathleen F. Brickey, 각주 33의 글, 1378

3. RCO 원칙의 정당화 근거 – 공공복리범죄 이론과 엄격책임 이론

RCO 원칙은 경영자에 대하여 법률위반 발생을 방지하고 이미 발생한 법률위반을 개선할 매우 무거운 의무를 부과하고 있다. 그런데 스스로 위법행위를 수행하지도 아니한 경영자에 대하여 이러한 중한 의무를 부과하는 법적 근거가 무엇인가에 대하여 논의할 필요가 있을 것이다. RCO 원칙을 대위책임의 한 유형으로 보는 때에도 이러한 논의가 필요한데, 그것은 기존의 대위책임 이론에 의하여서는 RCO 원칙의 정당화 근거를 충분히 설명할 수 없기 때문이다. 커먼로 국가에서 오래 전부터 피고용자의 위법행위에 대한 사용자의 대위형사책임을 인정하여 왔으며⁴⁶⁾, 이러한 법리는 기업과 피고용자 사이에서도 그대로 적용된다.⁴⁷⁾ 그러나 기존의 대위형사책임 이론이 기업 구성원의 위법행위에 대하여 경영자에게 형사책임을 부담시키는 근거를 설명하기 위한 직접적인 이론적 토대가 될 수는 없다. 경영자 역시 사용자인 법인의 한 구성원일 뿐이고 본인이 사용자의 지위에 서는 것은 아니기 때문이다. 따라서 구성원의 위법행위에 대하여 스스로 위법행위를 수행하지 아니한 경영자에게 매우 무거운 형사책임을 부담시키는 이론적 근거에 대한 논의가 추가적으로 이루어질 필요가 있는 것이다.⁴⁸⁾

경영자를 처벌할 필요성이 있는가에 대하여서는 Dotterweich 판결에서 개인이 FDCA에 규정된 범죄의 주체가 될 수 있는가와 관련하여 상세히 검토되었다. 이 판결에서 미국 연방대법원은 FDCA는 원칙적으로 기업을 처벌대상으로 하고 있으나 경영자 기타 기업의 구성원을 당해 법률에 의하여 형사처벌하는 것이 가능하다고 판시하였다.⁴⁹⁾ 논거로서는 기업은 개인을 통하여 행위할 수밖에 없다는 법인본

46) 커먼로 국가에서의 대위형사책임 이론의 발전과정에 대하여서는 Francis Bowes Sayre, "Criminal Responsibility for the Acts of Another", *Harvard Law Review*, 5/43, 1930, 689 이하 참조

47) 미국에서의 기업의 대위형사책임 이론의 발전과정에 대하여서는 Sara Sun Beale, "Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, 126/1, 27 이하 참조

48) 다만 기존의 대위형사책임 이론과 RCO 원칙은 모두 공공복리범죄 이론이나 엄격책임 범죄 이론에 근거하고 있어서, 먼저 등장한 대위형사책임 이론이 RCO 원칙의 형성 및 발전과정에 중대한 영향을 주었다는 점을 부인할 수는 없을 것으로 보인다.

49) 320 U.S. 277 (1943), 280 이하

질론적 관점, 관련 법률이 개인 이외에 기업 그 자체를 형벌부과의 대상으로 하는 방향으로 발전하여 왔으나 이러한 흐름이 개인을 형사처벌의 대상에서 배제시키기 위한 것은 아니라는 연혁적 관점, 개인을 형사처벌의 대상에서 배제한다면 기업에 대하여 부과되는 벌금은 단지 영업활동에 수반하여 발생하는 수수료의 의미를 가질 수밖에 없어서 범죄억지효과를 발생시키지 못할 것이라는 예방적 관점 등을 제시하였다.⁵⁰⁾

RCO 원칙이 기업의 경영자에 대하여 이례적으로 무거운 형사책임을 부담시키는 근거를 설명함에 있어서는 미국 연방대법원은 RCO 원칙이 공공복리범죄 이론 및 그것과 불가분적으로 결합되어 있는 엄격책임 이론의 연장선상에서 있는 것이라는 점을 강조하고 있다.⁵¹⁾ 따라서 RCO 원칙을 올바르게 이해하기 위하여서는 이러한 이론의 등장배경이나 의미 등에 대하여 간략하게 검토할 필요가 있을 것이다.

공공복리범죄 이론 및 엄격책임 이론에 대하여 판시한 판결로는 *Morissette* 판결이 널리 인용되는데, 이 판결은 *Park* 판결에서도 여러 차례 인용되었다. *Morissette* 판결에서 미국 연방대법원은 범죄성립을 위하여 주관적 요소를 필요로 한다는 형사법의 원칙은 인간이 자유의지를 보유하고 있으며 그에 상응하여 정상적인 일반인이 라면 선함과 악함 중 어느 것을 선택할 것인지를 스스로 판단할 수 있는 능력이 있고 또한 선함을 선택할 의무를 부담한다는 보편타당한 전제에 근거하고 있음을 강조하였다.⁵²⁾ 그리고 범죄는 주관적인 범죄의사와 객관적인 범죄행위의 결합으로서 이해되며, 입법자가 법률에 범죄구성요건으로서 주관적 요소를 명시적으로 규정하고 있지 아니하더라도 원칙적으로 당연히 주관적 요소를 필요로 하는 것으로 이해하여야 한다고 판시하였다.⁵³⁾

그런데 이와 같은 원칙은 현대에 새로 등장한 범죄유형에 대하여서는 적용되지 않는다고 판시하였다. 예를 들어 식품이나 의약품 등을 제조, 공급하는 행위는 공공의 이익에 대하여 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 국가는 관련 안전규정을 상세하게 마련해 놓고 제조자 등에 대하여 이를 준수할 것을 요구하고 있는데, 이러한 안

50) 320 U.S. 277 (1943), 281 이하

51) 320 U.S. 277 (1943), 281; 421 U.S. 658 (1975), 670

52) *Morissette V. United States*, 342 U.S. 246 (1952), 250

53) 342 U.S. 246 (1952), 251 이하

전규정이 준수되도록 강제하기 위하여 형법적 수단을 사용함으로써 공공복리범죄라는 새로운 유형의 범죄가 등장하게 되었다고 설명한다.⁵⁴⁾ 미국 연방대법원은 공공복리범죄는 본질적으로 사회의 편익의 증진을 위하여 형벌을 부과하는 것이어서 국가, 개인의 생명·신체·재산, 사회윤리 등에 대한 공격행위를 처벌하고자 하는 전통적인 범죄와는 전혀 다른 성질의 범죄에 해당한다고 판시하였다.⁵⁵⁾ 따라서 공공복리범죄는 전통적인 범죄와는 다른 원칙을 따르게 되며, 주관적 요소를 요하지 아니하는 엄격책임범죄는 바로 공공복리범죄 이론이 적용되어 탄생한 결과에 해당한다는 것이다. 다만 주관적 요소가 입증되지 아니함에도 불구하고 형벌을 부과하게 된다면 처벌되는 자에게는 지나치게 가혹한 결과를 가져오게 될 것이라는 점을 고려하여 미국 연방대법원은 엄격책임범죄를 인정하기 위한 요건을 몇 가지 제시한다. 먼저 처벌대상이 되는 자는 합리적으로 기대되는 수준의 주의의무를 이행함으로써 법률위반이 발생하는 것을 방지할 수 있는 지위에 있는 자이어야 하며, 나아가 상대적으로 보아 가벼운 형벌을 부과하는 경우로서 유죄판결이 내려져도 대상자의 사회적 평판을 중대하게 훼손하지 않는 경우이어야 한다는 것이다.⁵⁶⁾

이상에서 살펴본 바와 같은 공공복리범죄 이론은 *Dotterweich* 판결이나 *Park* 판결에서도 그대로 발견된다. 예컨대 *Dotterweich* 판결에서는 공공복리범죄 이론을 설명한 또 다른 대표적인 판결로 들어지고 있는 *Balint* 판결을 인용하면서 *Dotterweich*를 기소하는 것은 익히 알려져 있는, 안전규정이 효과적으로 준수되도록 하기 위하여 형사처벌을 하는 공공복리범죄 이론에 기초한 것이라고 판시하였다.⁵⁷⁾ 그리고 *Park* 판결에서는 위법행위가 수행되는 데에 있어서 책임 있는 지위에 있는 자를 형사처벌하는 것은 기존에 있어왔던 이론을 적용한 결과임을 강조하면서 *Morissette* 판결을 인용하고

54) 342 U.S. 246 (1952), 254 이하; 이러한 판시는 무엇을 범죄의 구성요건요소를 규정할 것인가의 문제는 전적으로 입법부가 입법정책적으로 결정하는 문제에 해당하는바, 고의, 과실이 반드시 범죄 구성요건요소로 포함될 필요는 없다고 보는 것을 전제한다(*Liparota v. United States*, 471 U.S. 419 (1985), 424 참조). 우리나라 헌법재판소가 책임주의 원칙에 근거하여 형벌의 부과를 위하여서는 언제나 행위자에게 고의, 과실 등 귀책사유가 인정되어야 한다고 보는 것과는 전혀 다른 입장에서 있는 것이다.

55) 342 U.S. 246 (1952), 256; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922), 252

56) 342 U.S. 246 (1952), 256

57) 320 U.S. 277 (1943), 280 이하

있다.⁵⁸⁾ 나아가 Dotterweich나 Park은 유죄판결을 받았으나 상대적으로 가벼운 형을 선고받았음을 고려한다면, 공공복리범죄에 해당하기 위하여서는 낮은 수준의 형벌이 부과되어야 한다는 요건도 충족된 것으로 볼 수 있을 것이다. Dotterweich는 500 달러의 벌금과 6일의 보호관찰(probation)을 선고받았으며, Park은 250 달러의 벌금을 선고받는 데에 그쳤기 때문이다.⁵⁹⁾

4. RCO 원칙에 대한 비판

RCO 원칙에 대한 주된 비판은 크게 보아서 다음의 두 가지로 나뉘볼 수 있다. 하나는 기업활동이 분업적으로 수행되는 현실에 비추어 볼 때 경영자에게 법률위반이 발생하는 것을 방지하거나 위법상태를 개선하기 위하여 직접 개별적이고 구체적인 조치를 취하여야 하는, 타인에게 위임할 수도 없는 의무를 부담시키는 것은 적절하지 않다는 것이며, 다른 하나는 RCO 원칙에 의하여 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 경우 경영자는 자신이 행하지도 아니한 위법행위에 대하여 위법행위가 이루어진다는 사실을 알지도 못하면서 형사처벌을 받는 부당한 결과가 발생하게 된다는 것이다.

후자의 비판은 이론적으로는 충분히 타당한 비판에 해당하지만, 실제로는 그러한 우려가 현실화되고는 있지 아니한 것으로 보인다. 현실적으로는 경영자가 사전에 법률위반을 알고 있었거나 알 수 있었던 경우에만 RCO 원칙에 의한 기소가 이루어지고 있다고 하고 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 미국 연방대법원이 RCO 원칙에 의하여 경영자에게 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시킬 수 있는 가능성을 열어둔 것은 기업활동 과정에서 발생하는 법률위반에 대하여 경영자에게 형벌을 부과하는 취지를 관철시키기 위한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 법률위반을 현실적으로 인식하였거

58) 421 U.S. 658 (1975), 670

59) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 981

60) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 974; 보다 일반적인 시각에서 본다면 개인이 아니라 기업 등 산업체가 적용대상이 되는 때에는 여타의 엄격책임범죄의 경우에도 통상 사전에 관계자가 법령위반 사실을 인식할 수 있는 계기가 존재하였던 경우에만 적용되고 있다는 연구결과도 있다. 이에 대하여서는 Richard G. Singer, "The Resurgence of Mens Rea III - The Rise and Fall of Strict Criminal Liability", Boston College Law Review, 30, 1989, 391 이하

나 인식가능하였던 경우에만 경영자에게 형사책임을 부담시킬 수 있다고 한다면, 경영자로서는 다층적인 관리감독관계를 형성하고 의도적으로 법률위반 여부에 대한 정보가 보고되지 못하도록 함으로써 형벌권 행사대상에서 빠져나올 수 있게 될 것이기 때문이다.

전자의 비판도 일단 타당한 것으로 생각된다. 규모가 큰 기업에서는 통상적으로 직접 일선에서 특정한 조치를 취할 의무는 물론 관리감독의무도 경영자가 직접 이행하지 아니하고 다른 구성원에게 위임하여 이를 이행하도록 하는 경우가 대부분일 것이다. 그렇다면 경영자에 대하여 관리감독의무만이 아니라 일선에서 발생하는 개별적인 업무집행행위의 적법성 여부를 심사할 것을 요구하거나 법률위반을 방지하거나 개선하기 위하여 필요한 개별적이고 구체적인 조치를 취할 것을 요구하는 것은 적절하지 않다고 볼 여지가 크기 때문이다.⁶¹⁾ 다만 후술하는 것처럼, 중대하거나 광범위한 법익침해의 위험이 존재하는 사례에서는 예외적으로 경영자에게 적극적으로 개입하여 개별적인 조치를 취할 의무를 부과하는 것이 타당하다고 볼 여지도 있다고 생각된다.

오늘날에는 RCO 원칙이 탄생하던 당시와 비교하여 볼 때 법 적용 환경이 근본적인 변화하여서 과거의 법적, 사회적 상황을 토대로 하여 발전한 RCO 원칙을 별다른 제한 없이 적용하는 것은 타당하지 않다는 비판도 제기되고 있다. Dotterweich 판결과 Park 판결이 나온 이후 FDCA 위반범죄에 대하여 부과되는 벌금이 수백 달러 수준에서 수천만 달러 수준으로 높아졌으며, 자유형이 부과될 수 있도록 법률이 개정되었고, 위 법률위반으로 유죄판결을 받은 자는 연방의 보건 관련 프로그램에 참여할 수 없게 되어 결과적으로 동종 업계에 취업하는 것이 현실적으로 불가능하게 되었는데, 이러한 사정을 고려한다면 오늘날에는 RCO 원칙은 지극히 제한된 범위에서만 사용하는 것이 타당하는 것이다.⁶²⁾

20세기 후반 공공복리범죄가 지나치게 증가하고 있으며, 이러한 경향은 민사법과 형사법의 경계를 허물어뜨리고 형벌권의 남용을 가져오게 될 것이라는 보다 근원적인 비판도 제기되고 있다.⁶³⁾ 이러한 지적에 따르면 RCO 원칙을 확대하여 적용하

61) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 994

62) Jennifer Bragg/John Bentivoglio/Andrew Collins, "Onus of Responsibility: The Changing Responsible Corporate Officer Doctrine", Food & Drug Law Journal, 2010, 533 이하

는 것 역시 형벌권의 행사범위를 종래 민사법으로 규율하던 영역으로까지 확장하는 것이어서 타당하지 않다고 보게 될 것이다.

Ⅲ. RCO 원칙과 감독의무 위반 모델(독일 질서위반법)의 비교

1. 감독의무 위반에 근거하여 경영자를 처벌하는 모델(독일 질서위반법)

대표자 등 경영자는 지침·방침·행동준칙 등을 정하는 것과 같은 보다 직접적인 방법에 의하여서는 물론, 기업 목표의 설정, 상대적인 자원투입 비율 조정, 상벌체계의 운영 등과 같은 일체의 경영행위를 통하여 기업에 특정한 형태의 내부문화가 형성되도록 하고 구성원이 이러한 문화에 순응하여 업무를 집행하도록 하는 것과 같은 간접적인 방법에 의하여 기업활동 전반에 대하여 중대한 영향력을 행사한다. 그러나 이러한 영향력의 행사를 직접적으로 법률에 위반하는 행위로 볼 수는 없어서 글의 서두 부분에서 살펴본 바와 같이 경영자를 위법행위의 주체, 즉 행위자로 파악할 수는 없다. 나아가 특히 다층적인 관리감독관계가 존재하는 경우 경영자가 일선에서 이루어지는 개별적인 위법행위의 발생을 사전에 인식하는 것은 사실상 불가능하며 그것에 대한 인식가능성도 부인되는 경우가 대부분일 것이어서 경영자를 위법행위에 대한 공범으로 포섭하는 것도 현실적으로 가능하지 않은 경우가 많을 것이다. 경영자에게 기업활동 과정에서 발생한 위법행위에 대한 형사책임을 부담시키기 위하여서는 또 다른 이론적 도구가 마련되어야만 하는 것이다.

독일의 질서위반법은 우리나라 형법학에서도 별다른 이의 없이 받아들여지고 있는 보증인지위에 관한 이론이나 신뢰의 원칙에 근거하여 감독의무 불이행을 요건으로 하여 경영자를 처벌하도록 하고 있다. 이 법률 제130조는 사업주의 감독의무 불이행을 질서위반행위로 규정하고 있는데, 사업주가 법인인 경우 같은 법률 제9조에

63) John C. Coffee, Jr., "Does 'Unlawful' Mean 'Criminal'? Reflections on The Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law", Boston University Law Review, March, 1991, 193 이하

의하여 당해 법인의 대표자 등을 처벌하도록 하고 있다. 즉 제130조에 규정된 감독의무는 형식적으로는 사업주인 법인에 대하여 부과된 것이지만, 그것을 이행할 실질적인 책임은 법인의 대표자가 부담하게 되는 것이다. 사업주의 감독의무 위반을 질서위반행위로 보아 처벌하는 근거를 설명함에 있어서는, 타인에게 업무수행을 위임함으로써 자신의 활동영역을 확대하고 이를 통하여 이익을 향유하게 되는 자는 당초 자신이 이행하여야 하였던 의무가 피위임인에 의하여 올바르게 이행되도록 보장하여야 하는 일종의 보증인지위에 서게 된다는 점이 강조된다.⁶⁴⁾ 그리고 법률이 사업주에 대하여 부과한 의무를 그 대표자에게 이행하도록 하는 제9조의 이론적 근거로서도, 대표자는 법적인 측면에서는 물론 사실적인 측면에서도 기업활동 전반에 대하여 지배권능을 행사하는 지위에 있는 자로서 법인활동 과정에서 법률위반이 발생하지 않도록 할 보증인지위에 서게 된다는 설명이 제시되고 있다.⁶⁵⁾

독일 질서위반법 제130조는 사업주에 대하여 법률이 부과하는 의무를 직접 이행할 책임이 아니라 이러한 의무이행 책임을 위임받은 자를 적절히 감독할 책임을 부과하고 있다. 다르게 표현한다면, 적절한 감독이 이루어졌다면 위법행위에 대하여서는 행위자가 스스로 책임을 부담하여야 하며 사업주가 그것에 대한 책임을 부담하지는 아니한다고 규정하고 있는 것이다. 이것은 사업주와 의무이행을 위임받은 자 사이에 신뢰의 원칙이 적용된 결과에 해당한다.⁶⁶⁾ 기업활동이 기능적으로 세분화되어 다수의 구성원에 의하여 분업적으로 수행되는 경우 사업주가 개별적이고 구체적인 업무수행방법을 세세히 지시하거나 감독하는 것은 사실상 불가능하여 업무집행자가 법률을 준수하면서 업무를 수행할 것이라고 신뢰할 수밖에 없기 때문이다. 기업의 규모가 크거나 관리감독을 위하여 전문지식이 필요한 경우 등과 같이 사업주가 스스로 감독의무를 이행할 수 없을 때에는 적절한 자를 선임하여 감독의무를 수행하도록 하여야 할 것이다. 이러한 사정을 고려하여 질서위반법 제130조는 사업주에게 감독자를 선정할 의무, 감독의무를 이행하기에 적합한 자를 감독자로 선정할

64) Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit Begründung, BTDrucks, V/1269, 68 이하의 입법이유 설명 참조.

65) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, 95 이하

66) Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage 2014, 130/51

의무, 감독자에 대한 감독의무 등을 부담시키고 있다.

우리나라 형법학에서도 독일과 매우 유사한 형태의 보증인지위 이론이나 신뢰의 원칙 등이 널리 받아들여지고 있어서 이론적인 측면에서만 살펴본다면 감독의무 위반에 근거하여 대표자를 처벌하는 독일의 입법례는 크게 수정하지 않고도 우리나라 형사법에 통합될 수 있을 것으로 보인다. 이에 반하여 공공복리범죄 이론이나 엄격 책임 범죄 이론 등은 우리나라에서는 전혀 받아들여지고 있지 않아서, 이러한 이론적 근거에 기초하여 발전한 RCO 원칙을 받아들이는 것은 체계적으로도 가능하지 않으며 이를 비교법적으로 검토하는 것 역시 별다른 의미를 갖지 않을 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 보다 세부적으로 검토하게 된다면 독일의 입법례와 RCO 원칙 사이에 존재하는 차이는 애초 생각하였던 것만큼 크지 않음을 알 수 있다.

2. RCO 원칙과 감독의무 위반 모델(독일 질서위반법)의 비교

일단 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 모두 경영자의 형사책임을 위법행위를 수행한 자의 형사책임에 종속시키지 아니하고 경영자 고유의 형사책임을 인정하고 있다는 점에서는 공통점이 있다. RCO 원칙에서 경영자에게 형사책임을 부담시키는 근거는 경영자가 스스로 법률위반상태를 개선할 의무를 이행하지 아니하였다는 데에 있으며, 독일 질서위반법에서도 경영자는 본인에게 부과된 감독의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 데에 근거하여 처벌이 이루어지게 되고 현실적으로 위법행위가 이루어졌다는 사실은 객관적 처벌조건으로서 기능하게 될 뿐이기 때문이다.⁶⁷⁾ 하지만 시각을 달리하여 RCO 원칙이 대표자에 대하여 업무집행자를 적절히 선임·감독할 의무가 아니라 법률위반상태를 개선하기 위하여 필요한 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있다는 점에 주목한다면 RCO 원칙과 감독의무 모델은 서로 전혀 다른 입법례에 해당하는 것처럼 보이기도 한다.

그러나 이러한 차이는 RCO 원칙이 독일의 질서위반법과는 달리 위법행위가 이미 발생하였고 반복적으로 발생하고 있다는 비정상적인 상황을 전제로 하여 적용된다는 점에 기인한 것으로서, RCO 원칙과 독일의 질서위반법을 서로 전혀 다른 법

67) 독일 질서위반법 제130조 참조.

제도로 파악하여야 하는 근거가 될 수는 없을 것이다. 독일의 질서위반법에 의할 때에도 위법행위가 행하여지고 있는 것과 같은 비정상적인 상황에서는 사업주에게 보다 가중된 감독의무가 부과되는 것으로 보고 있는데⁶⁸⁾, 이러한 가중된 감독의무에는 동일한 유형의 위법행위가 반복적으로 발생하는 것을 방지하거나 그러한 행위로 인하여 형성된 법률위반상태를 개선하기 위한 조치를 취할 의무가 당연히 포함되는 것으로 보게 될 것이다. 그렇다면 RCO 원칙이 위법상태의 발생 및 존속을 전제로 하여 경영자에게 법률위반을 개선하기 위한 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것과 질서위반법이 비정상적인 상황에서 사업주에게 평상시보다 더 가중된 관리감독의무를 부과하는 것 사이에는 별다른 차이가 존재하지 않는다고 보는 것이 더 적절할 것이다.

독일 질서위반법 제130조에 규정된 감독의무에는 한편으로는 예컨대 적합한 능력을 갖춘 자를 업무집행자로 선임하고, 다수의 업무집행자가 선임된 경우 위험관리의 권한과 책임을 적절하게 그리고 남김없이 분배하고, 업무집행과정에서 준수하여야 하는 법령의 내용 등을 알려주고 지속적으로 재교육하며, 표본조사와 같은 방법으로 업무집행의 적정성 여부를 계속하여 감시하는 것과 같이 특정한 업무집행자 내지 특정한 업무집행행위를 적절히 감독할 의무가 포함된다.⁶⁹⁾ 그러나 다른 한편으로 감독의무는, 특히 규모가 큰 기업의 경우에는, 기업 내부에 적절한 위험관리체계를 형성할 의무를 포함되게 된다. 예를 들어 위법행위가 발생하는 것을 예방하거나 가능한 이른 시기에 이를 발견하여 적절한 대응조치를 취하는 등의 감독의무를 전담하는 부서를 두는 것이 가장 전형적인 예에 해당한다.⁷⁰⁾ 문헌이나 판례에는 명확히 나타나 있지 않지만, 주로 소규모의 기업에서는 전자의 특정한 업무집행자 내지 특정한 업무집행행위에 대한 감독의무가 강조되고, 대규모의 기업에서는 후자의 적절한 위험관리체계를 형성하고 유지할 의무가 강조될 것이다. 그런데 독일의 질서위반법과는 달리 RCO 원칙은 대규모 기업에 있어서 경영자가 위험관리 시스템을 적절히 형성하고 유지할 의무를 부담한다는 점을 특별히 강조하고 있지 아니하

68) 각주 66의 책, 130/68

69) 각주 66의 책, 130/53 이하

70) 각주 66의 책, 130/56

여서, 이러한 측면에서 볼 때 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 서로 다른 입장에서 있다고 볼 수도 있다.

그러나 실제로는 RCO 원칙에 근거하여 경영자를 형사처벌함에 있어서도 위험관리체계의 결함 여부가 심사대상이 되고 있다. 예컨대 Park 판결에서 미국 연방대법원은 대표자에 대하여 형사책임을 부담시키는 근거로서, 위법상태가 반복적으로 발생하고 있어서 기존의 위험관리 시스템으로 위법상태가 개선될 것으로 신뢰할 수 없음에도 불구하고 여전히 기존의 시스템에 의존하여 문제를 해결하려고 하였다는 점을 강조하고 있다.⁷¹⁾ 나아가- 이론적으로는 일회적으로 위법상태가 발생한 경우에도 RCO 원칙을 적용하는 것이 가능하지만- 현실적으로는 위법상태가 반복적으로 발생하고 있는 때에만 RCO 원칙을 적용하여 경영자에게 형사책임을 부담시키고 있는데⁷²⁾, 일반적으로 위험관리체계의 결함이 있는 경우에 위법상태가 반복적으로 발생하게 될 것이라는 점을 고려한다면 RCO 원칙을 적용하여 경영자를 형사처벌함에 있어서도 실질적으로는 위험관리체계의 결함 여부가 중요한 심사대상이 되고 있다고 볼 수 있을 것이다.

RCO 원칙이 독일의 입법례와 비교하여 갖는 중대한 차이점 중의 하나는 그것이 엄격책임의 형태로도 적용될 수 있다는 데에서 찾을 수 있을 것이다. 전통적인 의미에서의 책임주의 원칙을 형사법의 대원칙으로 받아들이고 있는 독일에서는 고의, 과실 등의 귀책사유를 구성요건요소로 요구하고 있지 않는 범죄는 상정할 수 없을 것이기 때문이다. 다만 이것은 엄격책임이라는 형태의 형사책임을 인정할 것인가라는 형사법 체계의 차이에 기인하는 것이어서 RCO 원칙과 질서위반법이 규정하는 사업주의 책임 사이의 차이라고 말하기는 곤란한 측면이 있다.

또 다른 차이점은 독일 질서위반법 제130조가 사업체의 업무수행이 기능적으로 분화되어 수행되고 있음을 전제로 하여 사업주에 대하여 적절한 선임·감독의무의 이행을 요구하고 있는 것과는 달리 RCO 원칙은 경영자에 대하여 객관적으로 불가능한 것이 아닌 이상 상정가능한 모든 개별적이고 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하면서 이러한 의무를 타인에게 위임할 수도 없다고 보고 있는 부분일 것이다.

71) 421 U.S. 658 (1975), 664

72) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 974

이미 살펴본 바와 같이 RCO 원칙이 경영자에 대하여 이와 같은 의미에서의 가중된 의무를 부과하는 것은 기업의 현실을 고려하지 않는 것이라는 비판을 피해갈 수 없을 것이다. 하지만 만일 의무불이행으로 인하여 중대하고 광범위한 법익침해의 발생이 예상되는 등의 특히 예외적인 사정이 존재하는 경우만을 한정하여 판단한다면, 경영자에게 상정가능한 모든 수단을 시도해볼 것을 요구하거나, 타인에게 의무이행을 위임하는 데에 그치지 말고 스스로 위법상태를 개선하기 위하여 적극적인 조치를 취할 것을 요구하는 것이 반드시 부당하다고 볼 수만은 없을 것이다. 기업의 규모를 고려하지 않고 언제나 경영자에 대하여 무거운 의무를 부담시키는 것은 공공의 이익 보호를 강조하는 미국의 법문화에 근거한 것으로 보이지만, 요건을 적절히 설정한다면 이러한 의무를 가중된 감독의무의 내용으로 포섭하는 것이 반드시 부적절하다고만 볼 수는 없는 것이다.

IV. 결론 - RCO 원칙이 우리 형사법 운용에 대하여 가지는 의미에 대한 입법론적 검토

공공복리범죄 이론이나 엄격책임 이론은 우리나라 형사법에서는 논의조차 되고 있지 않기에 이러한 이론적 토대 위에서 발전한 RCO 원칙은 우리에게는 낯설게 느껴질 수밖에 없으며, 단순히 비교법적 참고자료에 그칠 뿐이고 우리나라 형사법의 입법과정에서 참조하기는 힘든 입법례에 해당하는 것으로 보일 수도 있다. 그러나 오늘날 산업화된 사회에서는 - 그 사회에 존재하는 형사법 체계가 어떠한 전통을 따르는가에 상관없이 - 기업활동 과정에서 발생하는 법익침해에 대응하기 위하여 기업이나 그 경영자에게 적극적인 역할 수행이 요구되고 있다는 점을 고려한다면 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임론을 우리와는 무관한 제도로 바라보는 것은 적절하지 않을 것이다. 오히려 구체적인 모습은 다를지라도 독일의 입법례에서는 물론 미국의 입법례에서도 기업활동으로 인하여 위법행위가 발생하는 것을 방지하기 위하여 경영자에 대한 처벌가능성을 마련해두고 있다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다.

우리나라에서 기업활동으로 발생하는 위험에 대응하기 위한 수단으로 사용되는 양벌규정에서는 경영자를 형사처벌 대상에서 배제하고 있으나, 업무집행환경의 형성, 업무집행자 및 관리감독자의 선임, 법인 내부문화의 형성 과정에 있어서 “법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 행위”⁷³⁾가 직접적, 간접적으로 중대한 영향을 미치게 된다는 점을 고려한다면 경영자를 형사처벌의 대상에서 배제하고 있는 것은 입법론적으로는 타당하지 않은 것으로 보인다. 그 구체적인 내용을 어떻게 설정할 것인지에 대하여서는 논의가 필요하겠지만, 특히 법익침해의 위험이 중대하거나 광범위한 법익침해가 야기될 위험이 있는 등의 사례에서는, 경영자에 대하여 보다 적극적인 형법적 작위위무를 부과할 필요가 있을 것이다.

미국의 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 약간씩 상이하기는 하지만 기본적으로 위법행위나 위험을 발생시키는 행위, 그러한 행위에 대한 개별적이고 구체적인 감독조치의 이행 여부, 적절한 위험관리체계의 존재 여부 등을 주된 검토대상으로 한다는 점에서는 별다른 차이가 없다. 그런데 이와 같은 입법방식은 기업활동 과정에서 발생하는 모든 유형의 위험에 대하여 적절한 대응수단이 되지 않는다는 점도 지적하여야 할 것이다. 예를 들어 지속적으로 과중한 업무가 부과되고 있으며 내부적으로 정해진 기간 내에 주어진 업무를 완수하여야만 하는 업무환경이 존재하여 부득이하게 업무수행과정에서 법령, 규칙, 지침 등을 준수하지 못하게 되었다면, 그러한 위반행위를 시정할 것을 지시하거나 관리감독 시스템을 마련하는 것만으로는 동일한 위법행위가 반복적으로 발생하는 것을 방지할 수 없을 것이기 때문이다. 물론 관리감독을 엄격하게 시행한다면 일시적으로는 위법행위의 발생을 억제할 수 있을 것이지만, 업무량을 줄이거나 인적 보강이 이루어지는 등의 보다 근원적인 조치가 취해지지 않는 이상 장기적으로는 동일한 위법행위가 반복적으로 발생하는 결과를 피할 수 없을 것이다.

일선 업무집행자는 주어진 업무집행환경을 그대로 받아들여야 하고 스스로 업무집행환경을 개선할 수 있는 권한과 책임을 부여받지 못하는 경우가 대부분이어서 일선 업무집행자의 개인적인 노력만으로 불합리한 업무수행환경으로 인하여 야기되는 위험을 방지하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 부적합한 업무수행환경으

73) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25,29,36,2010헌가6,25(병합) 전원재판부 결정

로 인하여 법률위반이 발생하는 것이라면 시정조치를 하도록 지시하거나 표본조사를 더 자주 시행하는 것과 같은 방법이 아니라 업무수행환경 자체를 개선하는 조치가 취하여야만 하며, 이를 위하여서는 경영자의 적극적인 역할이 필수적으로 요구된다. 경영자의 노력 없이는 업무수행환경의 개선에 더 많은 자원을 투입하고 보다 안전친화적이고 법을 준수하는 기업문화를 만들어가는 것은 사실상 불가능하기 때문이다.

이와 같은 사정을 고려한다면 기업이나 기업의 대표자 등 경영자의 형사책임을 검토함에 있어서도 보다 근원적으로 안전친화적이고 법규범을 준수하는 업무수행환경을 조성하기 위하여 충분히 노력하였는가의 여부에 주목할 필요가 있다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다. 물론 이에 대하여서는 안전지향적이고 법규범을 준수하도록 하는 업무수행환경이라는 개념은 매우 포괄적이고 추상적인 의미를 담고 있어서 그것을 형사처벌의 요건으로 포섭하는 것은 타당하지 않다는 비판론이 제기될 수 있을 것이다. 이러한 반론은 물론 타당하지만, 경영자가 이러한 의무를 올바르게 이행하였는지를 직접 판단하지 아니하고 그러한 의무가 올바르게 이행되지 아니한 때 외부로 드러나는 현상에 주목하게 된다면 비판을 상당 부분 피해갈 수 있을 것으로 생각된다. 이와 같은 방향에서 보다 구체적인 입법이 이루어지기 위하여서는 추가적인 연구가 필요할 것이다.

참고문헌

[우리나라 논문]

- 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장”, 인권과 정의 제408호, 2010. 8.
이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려대학교
법학연구 제51권, 2008

[외국 단행본]

- Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag
KG, 1979
Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage 2014
Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 5th Updated edition, 2010

[외국 논문]

- Laurie L. Levenson, “Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes”,
Cornell Law Review, March, 1993, 401~
George P. Fletcher, “The Right and The Reasonable”, *Harvard Law Review* 98,
1985, 949~
Katrice Bridges Copelanda, “The Crime of Being in Charge: Executive Culpability
and Collateral Consequences”, *American Criminal Law Review*, 51, 2014,
799~
Kathleen F. Brickey, “Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability
Offenses—Another View”, *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, 1337~
Todd S. Aagaard, “A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine”, *The
Journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, 1245~

- Norman Abrams, “Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses—A Comment on Dotterweich and Park”, *UCLA Law Review*, 28, 1980, 463~
- Amy J. Sepinwall, “Responsible Shares and Shared Responsibility: in Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, *Columbia Business Law Review*, 2014, 371~
- Francis Bowes Sayre, “Criminal Responsibility for the Acts of Another”, *Harvard Law Review*, 5/43, 1930, 689~
- Sara Sun Beale, “Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1/126, 2014, 27~
- Richard G. Singer, “The Resurgence of Mens Rea III—The Rise and Fall of Strict Criminal Liability”, *Boston College Law Review*, 30, 1989, 337~
- Jennifer Bragg/John Bentivoglio/Andrew Collins, “Onus of Responsibility: The Changing Responsible Corporate Officer Doctrine”, *Food & Drug Law Journal*, 65, 2010, 525~
- John C. Coffee, Jr., “Does “Unlawful” Mean “Criminal”? Reflections on The Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law”, *Boston University Law Review*, 71, 1991, 193~

Criminal Liability of Corporate Officers and the Responsible Corporate Officer Doctrine by the US Supreme Court

Kim, Ho-Ki*

Under the RCO doctrine, which originated in the U.S. Supreme Court decisions such as *U.S. v. Dotterweich* and *U.S. v. Park*, corporate executives can be held criminally liable for certain crimes of their corporation. This doctrine imposes on corporate officers not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The U.S. Supreme Court adopted strict liability for the breach of these duties, so the government may prosecute and punish corporate officers for the crimes without proof that they acted with intent or negligence. Moreover, corporate officers could be exempted from criminal responsibility only when it is objective impossible to prevent or correct the violation. The U.S. Supreme Court decided that corporate executives have duties to “anticipate and counteract the shortcomings of delegees”, so it is not enough to delegate duties and responsibilities to take necessary corrective measures to another employee. It cannot be denied that corporate executives should take full responsibility for the work of all other managers and employees, but it could not be expected that every action of the corporation could be fully overseen by the corporate executives. Moreover, it does not correspond to the reality that duties imposed by the government or other authorities should be fulfilled personally by the corporate officers. This article explores the reason why the U.S. Supreme Court has developed such a harsh criminal liability of the corporate officers, and compares the theoretical fundamentals of the RCO doctrine with that of the corporate executives’ liability based on the breach of supervisory duties.

* Professor, School of Law, University of Seoul

- ❖ Keyword: criminal liability of corporate officer, the Responsible Corporate Officer Doctrine, the RCO doctrine, Aufsichtspflicht im Unternehmen