형사정책연구 Korean Criminological Review
제30권 제1호(통권 제117호, 2019・봄)

준법감시, 내부조사 그리고 형사증거법*

임철희**

국 | 문 | 요 | 약

이 글의 주제는 기업범죄의 예방과 준법감시의 형사정책과 관련하여 그동안 충분히 다루어지지 못한 내부조사의 형사소송법적 쟁점과 그 형사정책적 함의이다. '기업범죄의 효율적·실효적 예방'이라는 형사정책은 준법감시와 내부조사의 의무부과를 통해 증거수집을 전단계화함으로써 그 목표를 성공적으로 달성할 수 있는 것처럼 보일 수 있다. 하지만 이런 형사정책은 그 전단계화를 통해 관련자들의 형사소송법적 권리의 보호 시점도 앞당겨짐으로써, 결국 수집된 증거를 형사절차에서 사용할 수 없어 형사처벌을 어렵게 하는 패러독스를 내재하고 있다. 이런 결론을 도출하기 위해 이 글에서는 준법감시와 내부조사를 통해 범죄관련적 정보가 수집되는 과정과 그 수집의 형사소송법적 결과를 형사증거법의 관점에서 분석하였다.

❖ 주제어 : 자기부죄자유권, 진술거부권, 진술거부권 고지의무, 증언거부권, 압수금지, 행정조사, 양벌규정

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5B5A07921279).
** 고려대학교 강사.

Ⅰ. 기업범죄의 예방과 내부조사의 형사정책적 기능

기업범죄에 대하여 기업이 자신의 사업영역에서 발생할 수 있는 범죄를 스스로 예방하도록 하기 위한 준법감시[1]는 이런 자율적 통제를 형사법에 의한 타율적 통제에 기능적으로 결합시킴으로써 기업범죄에 대한 형법적 통제의 밀도와 강도를 향상시키려는 형사정책적 목표를 추구한다.[2] 기업이 범죄를 통해 얻거나 얻을 수 있는 이익은 상대적으로 크지만, 이런 범죄행위가 적발됨으로써 기업이 치르거나 치러야 할 대가, 즉 범죄비용은 상대적으로 낮은 경우에, 경제범죄에 대한 (일반)예방은 실효적으로 이루어지기 어렵다. 공익신고나 자진신고[3]와 마찬가지로 기업의 준법감시는 적발위험과 범죄비용의 상승이 기업의 경제적 합리적 계산에 영향을 미침으로써 (숨은)기업범죄[4]의 예방에 기여할 수 있을 것이라는 기대에 기초하고 있다. 물론 준법감시는 기업이 자신(의 구성원)이 범할 수 있는 범죄를 자율적으로 사전에 예방적으로 그리고 사후에 진압적으로 통제할 수 있는 내부체계를 스스로 구축하고 작동시켜야 할 법적 의무를 부과[5]할뿐만 아니라, 이를 다시 형사소추를 비롯한 국가기관의 공식적 사회통제에 기능적으로 통합시키는 형사정책적 착상, 즉 "규제된 자기규율"(regulierte Selbstregulierung)[6] 모델에 기초하고 있다.

이런 준법감시를 수단으로 한 기업범죄에 대한 형사정책의 설계에서 내부조사(internal investigations)는 자기규율과 타율적 통제를 매개하는 중요한 기능을 수행한다. 기업은 준법감시 프로그램을 통해 기업의 구성원에 의한 (기업을 위한) 범죄의 가능성을 사전에 예방하지 못하고 사후에야 비로소 발견한 경우에, 이런 구체적

1) 그 구체적인 "프로그램"과 내부조사에 대한 개관은 이정민, 기업범죄 억제를 위한 제안으로서 컴플라이언스 프로그램, 법학논총 제34권 제1호 (2010.6), 367, 372면 이하 참조.

2) 준법감시의 이런 형사정책적 목표설정에 대해서는 Kölbel, Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung, MschrKrim 91 (2008), 22, 33면 이하 참조.

3) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2 제1항 참조.

4) 내부조사가 효율적으로 이루어지면 질수록 기업범죄가 더 많이 일어나는 것처럼 보일 수 있는 "통제의 역설"(Kontrollparadox)에 대해서는 Theile, § 34 B II. Interne Ermittlungen aus kriminologischer Sicht, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, §34 단락번호 60 참조.

5) 상법 제542조의13, 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제25조 참조.

6) 이에 대해서는 Kölbel, Criminal Compliance - ein Missverständnis des Strafrechts?, ZStW 125 (2013), 499, 507면 이하 참조.

사태를 계기로 이를 해명하여 준법감시의 효율성과 실효성을 향상시킬 수 있다. 이런 기업의 자율적 내부조사는 문제영역에 직접 접근할 수 있는 내부자가 다른 구성원을 대상으로 실행한다는 점에서, 장차 국가기관의 공식적인 절차에서 그 사태를 해명하는 데에 사용할 가치가 높은 정보를 생산해 낼 수 있다. 준법감시의 일환인 내부조사가 법적 의무로 형성된다면, 국가기관은 이렇게 자율적으로 수집된 증거를 이용하여 국가의 공식적 통제의 강도와 효율성을 향상시킬 수 있는 기회를 얻는다. 바꿔 말해 기업이 준법감시와 내부조사를 통해 획득한 정보가 기업 외부의 국가기관의 조사·수사절차에 전달될 수 있도록 강제함으로써, 기업범죄에 대한 공식적 사회통제의 효율성을 극대화하고, 바로 이런 기능적 매개를 통해 국가기관이 효율적으로 기업범죄에 대하여 대처하는 것이 전제될 때에만 기업의 자율적 통제의 실효성도 담보될 수 있다는 것이다.

이런 관점에서 문제되는 대법원 판결례는 다음과 같다:

- 사례 1 [내부검사 시 거짓말 사건]: 금융회사의 대출과장인 피고인이 상급기관 검사원의 (부실)'대출과 관련하여 금전적인 사례를 받은 사실이 있느냐'라는 질문에 '전혀 없습니다'라고 거짓으로 대답[7]한 경우[8]
- 사례 2 [법률의견서 압수 사건]: 건설회사 직원인 피고인들이 공사 수급을 위해 주택재개발정비조합 조합장 선거에 출마한 자의 선거운동을 금전적으로 지원한 것[9]과 관련하여, "귀사가 조합장 당선을 위해 간접적, 우회적 방법으로 홍보비용을 지원한 사실이 밝혀진다면" 등의 내용을 포함한 법무법인 소속 변호사 작성의 의견서를 검사가 회사에 대한 수색을 통해 압수한 경우[10]

이런 사례들은 내부조사가 형사소추의 기능적 보완물이 된다는 점을 보여준다. 사례 1에서는 내부조사를 통해 내부자의 진술이, 사례 2에서는 일정한 사실관계를

7) 새마을금고법 제85조 제2항 제9호 위반죄, 제86조(양벌규정) 참조.
8) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도3136 판결, 공 2015, 936, 938면; 자세한 사실관계는 제1심 판결인 울산지방법원 2014. 8. 8. 선고 2013고합275 등 판결 참조.
9) 건설산업기본법 제95조의2 제5호(제38조의2 제1항) 위반죄, 제98조 제2항(양벌규정) 참조.
10) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결, 공 2012, 1155, 1159면.

담은 변호사의 법적 평가가 증거로서 수집된다. 준법감시가 기업의 의무로 설정되는 한, 범죄통제를 위한 형사소추의 중심이 증거수집을 수반하는 내부조사로 옮겨간다는 것, 정확히 말해 국가의 형사소추에 민간의 참여가 강제된다는 의미에서 "형사소추의 민영화"[11]가 이루어지는 것이다. 이런 민영화를 추동하는 형사정책적 목표는 기업범죄에 대한 효과적 "범죄투쟁"일 수밖에 없다.

이런 기능적 통합과 달리 기업의 내부조사는 그 주체의 관점에서 볼 때 사인에 의한 조사에 불과하다고 볼 수 있다. 그러나 준법감시의 일환인 내부조사는 기업과 그 내부자 사이의 노동계약을 기초로 형성된 지시·종속관계를 전제로 이루어지는 점을 고려하면, 내부조사를 단순히 (힘의 균형을 전제로 하거나 또는 힘의 불균형이 전혀 고려되지 않는) 사인에 의한 사인에 대한 증거수집으로 취급하기에는 적절하지 않다. 먼저 기업의 준법감시와 내부조사에서 기업 자체의 이윤 획득을 위한 활동과 관련된 기업범죄에서는 상대적으로 느슨하고, 내부조사의 이익과 손해를 세심하게 저울질하는 방향에서 자기통제가 선별적일 수 있는 반면, 기업 내부자의 개인적 이익 취득(과 회사에 대한 직접적 손해발생)과 같은 직업범죄에 대해서는 상대적으로 강도높고 광범위하게 이루어질 수도 있다.[12] 이윤 추구를 목적으로 하는 기업의 본질을 고려하면 준법감시와 내부조사는 언제나 경제적 편익-비용을 고려한 선별성과 비대칭성의 문제를 안고 있는 것이다. 특히 형사책임의 귀속은 (양벌규정에 따른 법인에 대한 형사처벌도) 원칙적으로[13] 자연인인 내부자의 행위를 전제로 하기 때문에, 이런 책임귀속 구조 아래에서는 그 내부자의 행위가 기업의 이윤 취득의 기초가 된다는 점보다는 사태에 연루된 기업의 구성원 개인의 (형사)책임 추궁에 초점이 맞추어 질 수 있는 "책임전가"(Verantwortungstransfer)[14]의 가능성이 존재한다. 예

11) 준법감시의 이런 형사정책적 의미에 대해서는 Saliger, Privatisierung im Strafrecht, in: Professorinnen u. Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht, 2011, 215, 220면 이하, 223면 이하; ders., Grundfragen von Criminal Compliance, RW 2013, 263, 277-8면 참조.

12) Kölbel, 앞의 논문(각주 2), 33-4면; Puschke/Singelnstein, Compliance und Whistleblowing. Neuere Formen sozialer Kontrolle in Unternehmen und Gesellschaft, Neue Kriminalpolitik 2015, 339, 341-2면.

13) 이에 관해서는 뒤의 각주 59 부분 참조.

14) 이 개념에 관해서는 Theile, »Internal Investigations« und Selbstbelastung - Zum Verantwortungstransfer bei Akkumulation privater und staatlicher Ermittlungen -, StV 2011, 381, 382면.

를 들어 위에서 언급한 사례 1, 2에서 사업모델에 편입되어 대체가능한 내부자의 행위가 기업의 이윤추구에 도움이 됨에도 불구하고 (오로지) 내부자가 그 책임(의 중요부분)을 떠맡게 될 가능성이 없지 않다. 이런 내부조사의 특성과 위험은 무엇보다 조사자와 조사대상자 사이에 존재하는 권력관계와 힘의 불균형에서 비롯된다. 문제되는 특정 사태를 계기로, 내부조사는 기업의 최상층부의 결정을 통해 시작되고 내부의 법률전문가에 의해 - 경우에 따라서는 외부의 법률전문가가 직접 또는 그의 도움을 받아 - (정보통신)기술적 수단을 투입하여 포괄적이고 체계적으로 실행되는 반면, 피조사자는 노동계약에 따라 이 조사에 (성실히) 임하지 않는 경우에는 징계(해고)의 위험을 감수해야 하고,[15] - 위 사례 1이 보여주듯 - 경우에 따라서는 조사 비협조만으로도 형사절차에 연루될 가능성이 존재한다. 피조사자의 관점에서 보면 내부조사는 힘의 불균형 속에서 자신의 부당한 행위를 진실하게 고백하여 그에 따른 제재를 받거나 아니면 조사에 협조하지 않아 그에 대한 (사실상의, 노동법적, 형사법적) 제재를 감수해야 하는 강제상황에서 진행될 수 있다.[16]

기업의 관점에서 볼 때에도 준법감시의 일환으로 진행되는 내부조사는 강제된 선택의 상황에 놓일 수 있다. 내부조사의 과정에서 외부 전문가, 특히 법률전문가 등의 도움이 필요한 경우에 그의 충분한 조력을 받기 위해서는 그와의 신뢰관계가 전제되어야 한다. 이런 신뢰관계는 기업이 해당 외부 전문가에게 내부조사의 계기가 된 사태에 관한 기업 내부의 정보가 충분히 전달되고 이를 바탕으로 그가 생산한 정보도 외부로 누출되지 않을 가능성이 보장되는 경우에만 형성되고 유지될 수 있다. 기업이 내부조사의 과정에서 외부 전문가와 소통한 정보가 외부로 유출될 가능성이 존재한다면, 기업이 내부조사의 과정에서 필요한 (진실한) 정보가 유통되지 않을 수 있고, 이는 다시 내부조사의 실현가능성과 실효성을 저하시키는 역기능으로 이어질 수 있다. 나아가 이런 자문계약 또는 조사계약이 기업과 외부전문가 사이만의 법률관계로 이해된다면, 이들 사이의 신뢰계가 조사를 받는 기업 내부자의 권리보호에 영향을 미칠 수 있는지 여부도 문제된

15) Choi/Hong/Kim, Korea, in: Nicolas Bourtin (ed.), The International Investigations Review, 8. Edition, 2018(https://thelawreviews.co.uk/edition/1001195/the-international-investigations-review-edition-8, 최종방문 2019.2.24.), 199, 201면은 변호사의 도움을 받아 조사에 응하겠다는 경우에도 계약위반의 가능성이 있음을 지적한다.

16) 자세히는 Zerbes, Unternehmensinterne Untersuchungen, ZStW 125 (2013), 551, 568-9면 참고.

다. 나아가 앞의 사례 2가 보여주듯 국가의 공식적인 통제절차가 시작되기 이전에 이런 신뢰관계가 형성되고 이를 전제로 정보가 전달되는 경우에, 그 신뢰관계 속에서 형성된 정보는 압수금지(형사소송법 제112조)와 같은 보호필요성이 없는 것인지 그리고 그 범위는 어디까지인지도 (실무상으로) 중요한 문제[17]로 등장한다.

이렇게 준법감시와 내부조사에 걸쳐있는 형사정책적 목표 설정과 형사절차에 관련된 기업과 사람들의 권리 보호 사이의 순기능적/역기능적 상관관계가 현재까지 충분히 해명되었다고 보기 어렵다. 이는 준법감시에 관한 형사법학계의 지대한 관심에 비추어 볼 때 매우 이례적이다. 이 글에서는 준법감시와 내부조사의 형사소송법적 그리고 기업범죄 예방이라는 형사정책적 목표와 관련된 문제를 해명하기 위해 먼저 내부조사를 통해 어떻게 기업범죄 관련 증거들이 수집될 수 있는지를 개관하고(아래의 II), 이렇게 수집된 증거가 형사절차에서 사용될 수 있는지를 형사소송법 해석에 비추어 살펴본 다음(아래의 III), 마지막으로 이런 내부조사와 관련된 형사소송법의 구체적 적용이 준범감시와 내부조사를 통한 기업범죄의 효율적 예방이라는 형사정책적 목표에 상응하는 것인지를 압축적으로 논의해 보기로 한다(아래의 IV).

Ⅱ. 증거수집

내부조사를 통한 또는 내부조사에 기초한 증거의 수집은 - 반드시 이런 시간적 순서대로 진행되는 것은 아니지만 - 기업의 내부조사, 행정기관의 조사·수사기관의 수사, 법원의 증거조사의 세 단계로 나누어 볼 수 있다:

1. 내부조사

기업은 기업 내부의 일상적인 준법감시, 내·외부자의 공익신고, 언론기관의 보도,

17) 이와 관련된 변호사실무의 뜨거운 관심을 보여주는 대한변호사협회, 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회(2016.9.27.) 자료집; 국회의원 나경원/대한변호사협회, 변호사 비밀유지권 관련 토론회(2017.11.23.) 자료집 참고.

행정(감독)기관의 검사·조사, 수사기관의 수사 등을 계기로 회사 내부자에 의해 이루어진 일정한 (회사에 대한 또는 회사를 위한) 범죄관련적 사태를 해명하기 위해 조사를 개시할 수 있다. 이 때 문제되는 구체적 사태는 통상 회사 내부자의 범죄 등과 같은 위법한 행위이지만, 단지 내부통제기준에서 정하고 있는 "부당행위"[18]와 관련된 행위일 수도 있다. 기업의 관점에서 볼 때 내부조사는 관련자에 대한 징계(해고), 손해배상책임의 추궁, 형사고소·고발뿐만 아니라, 외부에 알려질 또는 이미 알려진 경우에 발생할 수 있는 유·무형적 손해의 예방·축소, 회사(내부자)에 대한 행정(감독)기관의 검사·조사 및 제재에 대한 대응[19], 회사(내부자)에 대한 (장래의) 수사기관의 수사에 대한 대비 등 다양한 목적으로 이루어질 수 있다.

물론 이런 다양한 동기와 목표는 무엇보다 해당 사태와 관련된 내부조사의 경제적 의미, 즉 내부조사를 통해 얻을 수 있는 기업의 편익과 비용에 관한 형량에 좌우된다.[20] 기업의 관점에서 보면 내부조사는 국가형벌권을 실현하기 위한 것이 아니라 기업의 이윤 추구 맥락에 놓인 (비공식적이고 자율적인) 활동이므로, 그 내부조사는 문제되는 사태를 의문의 여지가 없을 정도로 남김없이 해명하는 (공식적이고 중립적·객관적으로 이루어져야 할 수사기관의) "실체적 진실 발견"과 같은 목표를 추구하지 않는다. 그래서 기업이 실행하는 내부조사의 개시 여부, 양태 및 강도는 일률적이지 않고, 기업(경영자)의 구체적 사정들, 문제되는 사태의 경제적 의미, 타율적 통제의 존재, 개시 여부 및 강도 등을 고려하여 내부조사의 실행을 결정하는 자가 그 조사에 관해 갖는 이해관계의 판단에 따라 달라지며, 이런 이해관계는 내부조사를 통해 문제되는 사태의 "진실"을 재구성하는 과정에도 중대한 영향을 미친다.

내부조사는 실행자를 기준으로 볼 때 기업 내부의 준법감시기관에 의해 이루어질

18) 금융감독원, 은행 내부통제 및 준법감시인 제도 모범규준(2015.9) 제22조 제3항 참조.

19) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제51조의2 제2항 제1호는 조사 또는 심의 대상 사업자가 시정방안을 담은 "동의의결"을 신청할 때, 그 신청서에 "해당 행위를 특정할 수 있는 사실관계"도 기재하여야 한다고 규정한다. 이런 내용을 기재하기 위해서는 내부조사가 선행되어야 할 것이다. Choi/Hong/Kim, 앞의 글(각주 15), 207면 각주 40은 이런 과정에서 해당 기업이 공정거래위원회와 "협의"하는 것이 가능하다고 본다.

20) 이에 관한 범죄학 이론과 경험적 연구로는 Kölbel, 앞의 논문(각주 2), 32면; Kölbel, 앞의 논문(각주 6), 504-5면; Theile/Gatter/Wiesenack, Domestizierung von Internal Investigations?, ZStW 126 (2014), 803, 818면 이하 참조.

수도 있지만, 사안에 따라서는 법무법인 등 기업 외부의 (법률)전문가에 의해 이루어질 수도 있다.[21] 기업 내부자가 기업에 대하여 범죄 등을 행한 것으로 보이는 경우에 내부조사가 기업의 내부기관에 의해 이루어지는 것과 달리, 기업의 내부자가 기업을 위하여 행한 (범죄)행위, 즉 기업의 이윤 획득을 위한 목적으로 (특히 회사기관의 결정 또는 승인에 기초하여 범죄적) 일탈행위가 이루어지는 경우에 기업 내부 기관에 의하여 내부조사가 이루어지는 것이 얼마나 실효적일 수 있는가라는 의문[22]이 제기될 수 있다. 외부 전문가 조사 참여의 투명성 및 효율성 등의 문제와 상관없이, 기업의 내부조사가 외부의 전문가에 의해 이루어지거나 최소한 그 조사에 외부 전문가가 참여할 때, 그 외부자에게 전달되고 그가 생산하는 정보를 이후에 진행될 공식적 형사절차에서 어떻게 다루어야 하는지 문제된다(앞의 사례 2 참조). 한편으로 기업의 내부조사에 참여하는 외부 전문가와 해당 기업 사이에 형성된 (또는 형성될) 신뢰관계는 내부조사를 통한 사태의 해명을 촉진하는 방향으로 작용할 수 있지만, 다른 한편으로 이런 신뢰관계를 바탕으로 한 정보처리에 이어져 형사절차가 진행될 때 그 형사절차가 더 효율화될 수 있지만 신뢰관계를 보호하지 않게 됨으로써 다시 내부조사의 형사정책적 순기능을 저하시킬 수도 있기 때문이다.

기업의 내부조사를 위해 동원되는 구체적인 조사 수단으로는 사안과 관련된 장부나 보고서 등의 내부문서 수집과 분석, 기업이 운영하는 정보통신시스템이나 정보저장매체에 대한 조사, 해당 업무 담당자·지시자의 진술이나 통신기록에 대한 조사 등[23]이 동원될 수 있다. 이렇게 (선별적으로) 수집, 분석, 평가된 사실관계를 기초로 (근거자료가 첨부된) 내·외부 전문가의 법적 평가를 담은 조사결과보고서가 작성될 수 있다. 내부조사의 과정에서 사용되는 수단이 투입 가능한 것인지 여부 그리고

21) Choi/Hong/Kim, 앞의 글(각주 15), 200면은 우리나라에서 내부조사가 상당 부분 기업의 내부(준법감시)기관에 의해 이루어지고, 기업 외부의 법률전문가 등의 조력은 자문의 형태로 이루어진다고 지적한다.

22) Kölbel, 앞의 논문(각주 2), 32면은 기업을 위한 내부자의 범죄행위를 해명하려는 자기통제의 유인책으로 형벌을 포함한 국가적 제재의 감면이 결부될 수 있음을 지적한다. 이런 관점에서 설명할 수 있는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2 제1항(자진 신고/조사 협조), 같은 법 시행령 제35조 제1항 참조.

23) 법무부/한국상장회사협의회, 상장회사 표준준법통제기준(2019.1), 제17조 제2항의 참고 부분은 "준법점검의 방식으로 해당 업무 담당자에 대한 인터뷰, 현장 확인, IT 방법에 의한 점검"을 언급한다(https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/1715241, 최종방문: 2019.2.24.).

투입된 수단을 통해 수집된 증거가 이후의 공식적인 형사절차에서 적법하게 사용될 수 있는지 여부는 - 내부조사를 직접 대상으로 하여 규율하는 법률이 없기 때문에 - 개별적인 조사 방법이나 수단을 규율하는 법령(예: 정보보호법과 노동법[24]) 및 기업 내부의 규정(의 형사소송법적 효력)에 좌우될 수 있다.

이런 조사 수단의 투입과 관련하여 앞의 사례 1은 내부조사를 통해 조사 대상자의 진술이 수집되는 과정을, 사례 2는 외부 전문가인 변호사가 일정한 사실관계를 전제로 내린 법적 판단이 수집되는 과정을 보여준다. 전자의 경우처럼 (흔히 "문답"이라고도 불리는) 내부조사의 일환인 "인터뷰"에서 조사자와 피조사자의 관계가 노동계약에 근거하고 있어 노동계약, 취업규칙, 기업 내규 자체 등과 그에 대한 해석(예: 신의성실)을 바탕으로 사용자에 대한 피조사자의 진술의무를 인정할 수 있다면, 이런 계약상의 진술의무가 자신의 또는 회사의 범죄행위에 대해서까지 미치는지, 이렇게 전제하면 진술의무가 (징계 등의 제재를 통해) 강제되는 상황에서 행해진 진술이 형사절차에서 어떤 의미를 지닐 수 있는지 등이 중요한 문제로 등장한다. 또한 사례 2의 경우에는 기업이 내부조사 자체 또는 그 일환으로 일정한 (법률)관계에 대한 자문을 변호사 등의 외부전문가에 의뢰한 경우에 (원칙적으로 기업과의 관계에서 신뢰관계를 형성하고 있는) 그가 취득하여 보관하고 있는 (기업이 생산한) 자료나 정보 그리고 그가 생산(하여 보유하고 있거나 또는 기업에 송부)한 자료나 정보를 대상으로 국가기관에 의한 공식적인 (기업과 그 행위 관련자에 대한) 조사나 수사가 이루어질 수 있는지 여부와 그 범위가 문제된다.

2. 행정조사와 수사

기업범죄의 (그리고 기업을 둘러싼 범죄의) 예방과 진압이라는 공식적 통제를 담당하는 국가기관이 내부조사를 통해 수집된 이런 정보에 대하여 매우 큰 관심을 가질 수밖에 없다는 것은 너무나 당연하다.[25] 내부조사를 통해 생산된 정보는 (왜곡과

24) 이점을 언급하는 Choi/Hong/Kim, 앞의 글(각주 15), 207면 참조.

25) 행정감독실무와 관련하여 이 점을 언급하는 최영익, 변호사의 자문 받은 법률의견서, 금감원이 제출을 요구하면, 법률신문 제4286호, 2015.1.15. 자(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal

조작의 가능성이 배제되지 않는 경우에도) 그 자체로 국가기관의 조사나 수사의 출발점이 될 수 있을 뿐만 아니라, 이후의 조사나 수사의 구체적 방향과 방법을 설정하는 데 기여함으로써, 공식적 통제의 실효성과 효율성이 - 특히 그 동원가능한 시간적, 인적, 물적 자원의 한계를 고려할 때 - 향상될 수 있기 때문이다.

가. 행정조사

먼저 행정(감독)기관은 대상 기업의 일상적 신고·보고나 (정기)검사 등 일상적인 감독활동의 과정에서뿐만 아니라, 언론보도, 기업 내·부외자의 (공익·자진) 신고, 특정 사실에 관한 기업의 신청·보고 등을 계기로 해서, 특정 사안과 관련된 기업(내부자)의 (형)법위반행위에 대한 조사를 개시할 수 있다.

"행정조사"는 문제되는 사태를 해명하기 위해 필요한 (증거로서의) 정보를 수집하는 데에 초점이 맞추어진다. 행정기관은 감독 대상인 특수한 규율영역에서 발생한 위법한 사태를 해명하기 위해 사업장 출입, 자료나 물건의 조사, 장부, 서류, 그 밖의 물건의 제출 명령과 영치, 관련자에 대한 진술서 제출 요구, 출석 요구, 질문, 진술의 청취 등의 권한을 행사한다. 행정기관은 그 대상 영역과 관련하여 "감독"을 통해 (장래의) 위험을 예방하기 위한 목적뿐만 아니라, 이미 발생한 (과거의) 범죄행위 등의 "위반행위"를 사후에 진압하기 위한 목적으로도 이런 권한을 행사할 수 있다.[26] 이런 영역에서 조사권한은 예방과 진압이라는 이중적 목적을 (동시에) 달성하기 위해 투입되고, 후자의 경우에 행정조사는 수사의 전단계로서의 기능, 즉 수사기관에 의한 수사를 위해 증거를 미리 수집함으로써 발생한 범죄에 대한 공식적 사회통제를 앞당기는 기능을 수행하게 된다.[27]

이런 수사의 전단계로서 기능하는 행정조사는 원칙적으로 - 위험예방을 목적으로 한 경우와 마찬가지로 - 그 개시 요건이 구체적 사실을 기초로 한 형사소송법 제195조, 제196조 제2항의 "범죄혐의"보다 낮게 설정될 수 있다. 위반행위에 대한 조사

-Info-View?serial=138862&kind=CC02&key=&page=5, 최종방문: 2019.2.24.) 참조.

26) 예를 들어 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제426조 제1항 참조.

27) 이에 관해서는 박혜림, 수사단계의 적법절차원리에 대한 고찰, 법학논총 제20집 제2호 (2013.8), 581, 588면 이하 참조.

는 "법의 시행을 위하여 필요하다고 인정"[28]되는 경우에 개시될 수 있고, 조사의 대상이 되는 행위가 반드시 범죄이어야만 하는 것은 아니다[29]. 이런 행정조사는 기능적인 관점에서 보면 형사절차에서의 증거수집과 기능적으로 동일할 뿐만 아니라, 수집된 증거가 드물지 않게 이후의 형사절차에서 증거로 사용된다. 그럼에도 불구하고 조사 개시의 요건으로 (수사 개시의 법치국가적 한계인) "범죄혐의"가 요구되지 않지만, 조사에 대한 피조사자 및 제3자의 협조가 (사실상 또는 법적으로[30]) 강제된다. 바꿔 말해 행정조사에서 동원되는 권한은 수사와 비교할 때 기능적으로 동일하(거나 경우에 따라서는 더 강력[31]하)지만, 피조사자의 강제된 협조나 동의를 전제로 쉽게 사용될 수 있는 반면, 그 조사절차에서 피조사자의 권리보호 절차가 명시적으로 규정되지 않은 경우에 그 피조사자는 그 조사절차에서나 이후의 형사절차에서 전혀 보호받지 못하거나[32] 또는 최소한 그 지위가 매우 불안한 상황에 놓이게 된다.[33] 반대로 행정조사가 범죄혐의에 기초하여 진행되거나 또는 범죄혐의를 근거짓기 위해 이루어지거나 또는 범죄혐의를 밝히기 위한 수사로 이어질 수 있는 구조적 가능성[34]이 있어, 행정조사는 실질적으로 볼 때 수사로 이해될 수 있는 반면, - 그 행정조사가 공식적으로 형사절차가 개시되지 않았거나 또는 수사기관이 조사를 하는 것이 아니라는 이유로 피조사자의 권리를 보장하지 않은 상태에서 이루어질

28) 예를 들어 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조 제1항, 제2항 참조.

29) 예를 들어 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제449조 제39호부터 제39의4호 (제180조부터 제180의3) 위반행위에 대하여 과태료를 부과하기 위한 제426조 제1항, 제3항("조사") 및 제427조 제1항("심문", "압수", "수색") 참조.

30) 예를 들어 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제67조 제9호(징역/벌금), 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제445조 제48호(징역/벌금), 제449조 제3항 제8호, 제8의4호 (과태료), 제43조 제2호, 제53조 제2항 제3호, 제4호(계약 취소 요구 등) 참조.

31) 예를 들어 수사기관은 증거물에 대하여 제출명령을 할 수 없지만, 행정조사기관은 할 수 있다; 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제426조 제2항 제3호, 제3항 제1호, 제4항 참조.

32) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결, 공 2014, 421, 423면은 선거범죄와 관련하여 진술거부권을 고지하지 않고 이루어진 조사 과정에서 작성된 문답서의 증거능력을 인정한다.

33) 진술거부권과 그에 관한 고지의무와 관련하여 이런 점들을 지적하는 견해로는 박지현, 행정상 진술거부권과 그 제한, 민주법학 제33호 (2007.3), 289, 298면 이하; 이근우, 행정조사의 형사법적 한계설정, 고려법학 제72호 (2014.3), 351, 378면 이하; 이정민, 공정거래위원회 사건처리절차의 합리화, 외법논집 제40권 제4호 (2016.11), 255, 262-3면 참조.

34) 예를 들어 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제426조와 제427조를 비교하면, 특별사법경찰관리의 기능을 수행하는 공무원 등에 의한 조사와 수사 사이의 기능적 결합성을 확인할 수 있다.

때에는 - 사실상 수사규범을 우회하여 탈법적으로 수사가 이루어질 수 있는 (법치국가적) 위험이 발생한다.

나. 수사

내부조사 및 행정조사를 통해 밝혀진 사실들은 기업이 직접 고소, 고발하는 경우 또는 그 기업의 임직원이 보고의무를 이행함으로써[35] 또는 행정조사를 행한 행정기관의 통보, 수사의뢰, 고발 등을 거쳐 형사절차에서 범죄혐의를 근거짓는 사실로 이해되고, 이에 대한 수사를 통해서 해명되어야 한다. 수사는 피의자를 기준으로 할 때, 해당 범죄를 저지른 기업 내부자에 대해서 그리고 - 개별 법률의 양벌규정을 근거로 - 기업 자체를 대상으로 진행될 수 있고, - 형사소송법 제195조 및 제196조 제2항에 규정되어 있듯이 - 구체적 사실을 기초로 인정될 수 있는 최초혐의가 인정되는 경우에 개시될 수 있다. 수사는 그 계기가 내부조사나 행정조사라고 하더라도 기업범죄나 직업범죄가 아닌 경우와 마찬가지로 통상적인 (임의수사와 강제수사를 동원한) 절차에 따라 진행된다.

물론 내부조사와 관련된 수사는 형사절차 개시 이전에 형사절차가 아닌 기업 내부의 조사 및 행정기관의 조사 과정에서 이루어진 증거수집의 불법성이 수사에 영향을 미치는지 여부가 문제될 수 있다는 점에 그 특징이 있다. 이는 - 공판절차에서의 증거사용금지 이전에 이미 - 무엇보다 선행절차의 불법이 후행절차인 수사의 불법으로 이어져서는 안된다는 증거이용금지의 문제로 이해될 수 있다. 수사절차에서 고유한 문제로는 - 앞에서 언급한 사례 2에서 알 수 있듯이 - 신뢰관계를 전제로 형성된 기업-변호사-관계에서 이루어진 소통과정에서 전달된 정보와 그 매체들이 수사기관의 압수·수색으로부터 보호되는지 여부와 그 한계를 어떻게 설정할 것인지가 문제된다. 더 나아가 증언거부권을 행사할 수 있는 변호사에 대한 압수금지의 문제와 방어권의 핵심을 구성하는 변호인에 대한 보호의 문제도 서로 구별해야 한다.

35) 예를 들어 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제12조 제2항 참조.

3. 증거조사

검사의 수사를 통해 수집된 증거는 공소제기 후 검사의 증거신청과 법원의 증거조사를 거쳐 공판정으로 "현출"된다. 이 과정에서는 주로 인증과 서증을 통한 (증거로서의) 정보 수집이 문제된다. 먼저 인증과 관련해서는 피고인으로서 - 양벌규정을 고려할 때 - 법인인 기업[36]과 자연인인 그 기업의 구성원, 그리고 증인으로서 공소사실에 관하여 증언을 할 수 있는 기업의 (피고인이 아닌) 내부자와 행정감독기관의 직원 그리고 - 앞의 사례 2가 보여주듯 - 기업의 외부자인 변호사 등으로 나누어 볼 수 있다. 이런 인증의 문제는 결국 자연인이 진술거부권 또는 증언거부권을 행사할 수 있는지의 문제로 환원될 수 있다. 이와 달리 내부조사, 행정조사 및 수사의 과정에서 작성된 서류의 경우에는 전문증거의 문제[37]와 경우에 따라서는 - 증거수집의 절차가 위법하지 않은 경우에도 피고인의 자유(예: 자기부죄로부터의 자유)에 대한 침해를 이유로 한 - (독립적) 증거사용금지도 살펴보아야만 한다.

Ⅲ. 증거금지

내부조사를 기초로 하여 수집한 정보들이 형사소송에서 증거로 사용될 수 있는지 여부를 살펴보기 위해서는 그 전제로 내부조사 그 자체는 사인에 의한 조사로서 허용되는 것일 뿐만 아니라, 준범감시와 관련된 형법 이외의 법률들, 부수형법의 양벌규정 그리고 회사에 손해를 가한 자에 대한 손해배상청구와 배임의 문제 등을 고려할 때 오히려 기업은 원칙적으로 준법감시와 내부조사의 법적 의무를 진다고 보는 것으로부터 출발해야 한다. 또한 피의자·피고인이 기업인 경우와 그 기업의 내부자인 경우에 법인과 자연인은 서로 다른 법적 주체이므로, 각각의 범죄와 관련하여 형사소송법의 적용범위도 구별하여 판단할 필요가 있다:

36) 형사소송법 제27조 제1항에 따르면 법인의 대표자가 소송행위를 "대표"하므로 인증은 결국 자연인과 관련된다.

37) 이 글에서 이를 자세하게 다루지 않는다. 이에 대해서는 김우진, 변호인 작성의 법률의견서의 증거능력, 형사판례연구 [21], 2013, 487, 501면 이하 참조.

1. 진술과 자기부죄로부터의 자유

가. 해석

앞의 사례 1의 대법원 판결이 인용하고 있는 결정에서, 헌법재판소는 헌법 제12조 제2항 후단에 규정된 진술강제금지의 내용을 "자기부죄 거절의 권리"라고 이해하고, 이 권리는 형사절차만이 아니라 "행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에게 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지" 않아야 할 영역에서 폭행 등과 같은 사실상의 강제뿐만 아니라 "법률"과 같은 규범적 강제로부터도 보호되어야 한다고 본다.[38] 또한 헌법재판소에 따르면 이런 자기부죄로부터의 자유는 "인간의 존엄성과 가치"와 "공정한 재판의 이념"[39]에 근거하고 있다. 이 후자의 근거는 먼저 형사소추기관이 강제수단 등[40]을 통하여 직접 피의자나 피고인으로 하여금 자신의 범죄를 밝히도록 하는 것뿐만 아니라, 형사절차 이외의 다른 절차 "어디에서나" 강제된 형사상 불리한 진술을 그에 대한 (이후의) 형사절차에서 사용하는 것도 형사절차의 공정성을 침해하는 것으로 볼 수 있다는 점에서 특히 강조할 필요가 있다. 형사상 불리한 진술을 거부할 수 있는 자기부죄로부터의 자유가 이렇게 형사절차 이전의 (또는 이외의) 단계로까지 확장되어야 하는 이유는 그렇지 않으면 형사절차에서 진술거부권을 행사하여 자기부죄로부터 자유로워질 수 없고, 이런 점에서 그 형사절차가 불공정해 질 수 있기 때문이다. 즉 형사절차 이외의 절차에서 자신의 범죄행위에 관하여 말할 수밖에 없다면, 이제 형사절차에서 이미 말한 것과 관련하여 침묵하거나 또는 그 내용과 다른 또는 심지어 그 내용을 뒤집는 진술을 하는 것은 그 진술의 신빙성을 스스로 떨어뜨리는 것에 불과한 것으로 평가될 위험성이 높다. 이런 경우에 피의자·피고인은 형사절차에서 소극적으로 침묵하거나 또는 (직접 또는 변호인을 내세워) 적극적으로 말함으로써 자신의 혐의에 대하여 실효적으로 방어권을 행사하기 어렵게 된다. 이런 진술거부권과 실

38) 헌재결 1990. 8. 27. 89헌가118 사건, 헌집 2, 222, 229-30면; "언어적 표출" 이외에 그 "등가물"도 진술의 범위에 포함된다고 보는 헌재결 2005. 12. 22. 2004헌바25 사건, 헌집 17-2, 695, 706면 참조.

39) 후자의 측면에 대한 지적은 헌재결 1997. 3. 27. 96헌가11 사건, 헌집 9-1, 245, 256면.

40) 헌법 제12조 제7항에 규정된 강제 이외의 "기망 기타의 방법" 참조.

효적 방어 사이의 기능적 상관성은 다시 자기부죄로부터의 자유가 형사절차의 주참여자("주체")에게 "의사소통적 자율성"(kommunikative Autonomie)[41]이 보장될 때에 형사절차가 비로소 공정할 수 있다는 점도 분명히 해준다. 헌법재판소는 이런 의미의 진술거부권을 "형사소송의 목적인 실체적 진실발견(...)이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호"된다고 보므로,[42] 일종의 절대적 보호영역, 즉 이익형량이 허용되지 않는 영역으로 이해한다. 따라서 이런 의미에서 진술을 강제하는 것은 위헌이고, 이런 강제를 통해 획득된 진술은 헌법 제12조 제2항 후단, 제7항, 형사소송법 제308조의2, 제309조에 따라 증거로 사용할 수 없다.

이와 달리 형사절차 이외의 절차에서 진술이, 특히 진술을 통해 범죄에 대한 수사가 개시될 수 있는 진술이 - 예를 들어 "신고" 등의 형태로 규정된 진술의무를 이행하지 않는 것만으로도 형사처벌 또는 과태료를 부과함으로써 - 법적으로 강제되는 경우가 있다. 하지만 그런 법률이 그 자체로 위헌은 아니다. 헌법재판소는 그런 법률의 경우에도 진술의무를 강제함으로써 달성될 수 있는 목적이 헌법적으로 정당하고, 이런 목적을 달성하기 위해서는 진술의무자의 진술을 통한 정보의 제공이 반드시 필요한 경우에는, 그 진술의무를 법적으로 강제하는 것 자체만으로는 자기부죄로부터의 자유를 침해하는 것은 아니라고 본다.[43] 그러나 이런 관점은 자기부죄에 이를 수 있는 진술의무를 인정하는 결론에 이를 수밖에 없고, 이런 결론을 뒷받침하는 것은 결국 이익형량[44]에 불과하다는 점에서 문제가 있다. 위에서 언급한 이전 결정과 명백히 충돌되는 이런 관점은 - 독일 연방헌법재판소의 "예방적 보호조치"(Schutzvorkehrungen)[45] 논리를 원용하여 - 다음과 같은 보충적 (헌법)해석을 통해 그 모순을 해결할 수 있다: 형사절차 이외의 절차에서 일정한 (행정)목적을 달성하기 위해 의무자가 자신의 형사상 불리한 정보도 제공하도록 강제되는 것이 헌법

41) 이 개념과 관련 문헌은 Böse, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes »Nemo tenetur se ipsum accusare«, GA 2002, 98, 111, 117, 119면 각주 180.

42) 앞의 결정(각주 38), 229면; 괄호는 인용자.

43) 예를 들어 헌재결 2005. 12. 22. 2004헌바25 사건, 헌집 17-2, 695, 706면 이하 참조.

44) 헌재결 2005. 12. 22. 2004헌바25 사건, 헌집 17-2, 695, 707면: "정치자금의 투명한 공개라는 공익은 불법 정치자금을 수수한 사실을 회계장부에 기재하고 신고해야 할 의무를 지키지 않은 채 진술거부권을 주장하는 사익보다 우월하다".

45) BVerfG, Beschluss 13.01.1981 - 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, 단락번호 16, 26 이하 참조.

적으로 정당화될 수 있다면, 이렇게 강제된 정보는 오로지 그 절차의 목적 달성을 위해서만 사용될 수 있고, 이런 사용 목적을 벗어나는 경우, 특히 이후의 그 정보제공의무자에 대한 형사절차에서는 사용되어서는 안된다는 증거사용금지가 헌법적으로 요구된다. 이런 증거사용금지원칙을 매개로 정보제공에 대한 강제를 통한 공익달성과 피의자·피고인의 자기부죄로부터의 자유가 서로 조화롭게 실현될 수 있다.

마지막으로 자기부죄로부터의 자유와 관련해서는 진술거부권 고지의무의 헌법적 근거를 살펴볼 필요가 있다. 형사소송법이 규율하는 수사절차 이외의 절차에서 - 최근 입법경향이 변화되고 있지만 - 형사상 불리한 진술이 사실상 또는 법적으로 강제됨에도 불구하고, (진술거부권 또는 증언거부권은 보장되지만) 그 절차의 대상자에게 진술거부권·증언거부권이 고지되지 않은 상태에서 그의 진술이 수집되는 경우[46]가 있다. (대)법원실무는 이런 경우에 법률에 진술거부권 고지의무가 규정되어 있지 않다는 매우 형식적인 논리로 진술증거 수집이 적법하다고 본다. 더 나아가 헌법재판소는 법률에 대상자에게 "진술거부권을 고지받을 권리가 인정되지 않으므로 (...) 헌법상 진술거부권이 제한된다고 볼 수 없다"고까지 본다.[47] 그러나 법률에 진술거부권이 규정되어 있지 않은 것으로부터 헌법상의 자기부죄로부터의 자유 또는 진술거부권을 보장하지 않은 것이 위헌인지 아닌지 여부를 결정할 수는 없다. 위에서 언급한 예방적 보호조치의 관점에서 보면 국가기관이 주도하는 절차에서 대상자에 대한 진술거부권 고지의무의 이행은 - 단순히 입법정책의 문제가 아니라 - 헌법적 효력을 지닌 진술거부권을 실효적으로 보장하기 위한 헌법적 장치로 이해될 수 있다. 이런 관점은 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항 제1문)를 규정하면서 그에 대한 고지의무를 규정한 헌법 제12조 제5항 제1문을 상기하면 쉽게 알 수 있다. 변호인의 조력을 받을 권리가 있다는 것을 알고 있는 피의자가 신문을 받을 때 그 조력을 받으려고 대동하였지만 수사기관이 변호인의 참여를 막고 신문한 것과 변호인의 조력을 받을 권리가 있다는 것 자체를 모르는 피의자에 대하여 수사기관이 변호인의 조력을 받을 수 있다는 점을 고지하지 않고 신문한 것은 기본권 보장의 관점에서 볼 때 피의자의 권리를 침해하는 것이라는 점에서 아무런 본질적 차이

46) 예를 들어 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결, 공 2014, 421, 423면 참조.
47) 헌재결 2015. 9. 24. 2012헌바410 사건, 헌집 27-2상, 528, 534면.

가 없다. 변호인으로부터 조력받을 권리는 피의자의 방어권의 핵심이다.[48] 헌법 제12조 제5항 제1문은 이런 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장함으로써 피의자·피고인의 방어권이 실효적으로 행사되기 위해서는 수사기관이 그에게 그런 권리가 있다는 것을 수사행위 전에 알려주어야 한다는 사고를 바탕으로 하고 있다.

피의자·피고인의 방어권 행사에서 이런 변호인의 조력을 받을 권리와 함께 그 핵심을 이루는 것이 바로 피의자의 진술거부권이다. 진술거부권이 고지되지 않으면, - 예를 들어 진술거부권의 존재를 알지 못하는 경우에 - 진술자는 진술의 자유가 있다는 것, 즉 적극적으로 (유리한 사실을) 진술함으로써만이 아니라 소극적으로 (불리한 사실 등을) 진술하지 않음으로써 자신의 혐의지움에 대하여 (수사기관에 협조하지 않는 방식으로) 스스로를 방어할 수 있는 행위의 대안이 있다는 점을 알지 못하고, 이런 한도 내에서 그의 (진술의 또는 자기부죄로부터의) 자유가 축소된다. 그래서 이런 경우에는 방어권이 실효적으로 행사되기 어렵기 때문에[49] 형사절차도 불공정한 것이다.[50] 바꿔 말해 강제된 진술과 진술이 강제되지 않는다는 것을 모르고 한 진술은 자기부죄로 이를 수 있다는 점에서 그 효과가 동일할 뿐만 아니라, 이런 효과는 피의자·피고인이 그 진술의 자유를 온전히 행사할 수 없었다는 점으로부터 기인한 것이며, 형사소추기관은 작위나 부작위를 통해 이런 자유를 침해한다. 여기서 형사소추기관의 작위의무, 즉 진술거부권 고지의무는 방어권의 실효적 보장을 통한 (헌법적) 형사절차의 공정성원칙으로부터 도출된다.[51] 따라서 헌법상의 자기부죄로부터의 자유 또는 진술거부권이 형사절차 이외의 국가의 공식적인 (통제)

48) 헌재결 1992. 1. 28. 91헌마111 사건, 헌집 4, 51, 59-60면; 최근의 결정으로는 헌재결 2018. 5. 31. 2014헌마346 사건, 헌집 30-1하, 166 176면 참조.

49) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결, 공 2011, 2605, 2608면: “피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것”이다.

50) 이런 관점을 전개하는 BGH, Beschluss vom 14.05.1974 - 1 StR 366/73, BGHSt 25, 325, 단락번호 14; BGH, Beschluss vom 27.02.1992 - 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 단락번호 16도 참조.

51) Amelung, Probleme der Einwilligung im strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257, 263면은 수사기관이 일정한 처분을 함으로써 만들어진 사태로부터 발생할 수 있는 착오의 위험은 수사기관이 부담해야 하는 것이므로, 그 착오를 제거할 의무도 국가가 부담해야 한다고 본다. 따라서 당연히 수사기관이 그 상황에 관한 대상자의 권리를 고지해 주어야 한다고 본다.

절차에서도 보장되어야만 한다면, 이런 헌법적 요청은 진술거부권 고지의무의 헌법적 인정을 통해서도 뒷받침되어야 한다. 특히 행정기관에 의해 이루어지는 행정조사가 형사절차와 기능적으로 연결된 경우에 - 예를 들어 행정조사를 담당하는 공무원이 동시에 특별사법경찰관인 경우나 행정조사가 일정한 행정법상 제재를 넘어 조사과정에서 획득된 정보가 형사절차로 이전될 가능성이 제도화된 경우(예: 고발의무)에 - 진술거부권이 보장되어야 한다면, 해당 법률에 진술거부권 고지의무가 실정법화되어 있는지 여부와 상관없이, 이런 진술거부권 고지의무는 이행되어야 하고,[52] 이행되지 않는 경우에 - 개별 법률이 없는 경우에는 - 직접 헌법으로부터[53] 취득한 진술에 대한 증거사용금지원칙을 도출할 수 있다.

나. 적용

이런 해석을 바탕으로 하면 - 형사절차에서는 논의할 필요가 없을 정도로 명백하고 - 기업의 준법감시와 내부조사에 (기능적으로) 연결된 행정조사에서 (범죄)혐의와 관련된 기업의 내부자에 대한 진술 청취 또는 진술서의 제출 등과 관련하여 조사대상자에게 자기부죄로부터의 자유가 보장되어야 한다는 것, 특히 진술의 자유를 실효적으로 보장하기 위한 진술거부권 고지의무가 규율되어 있는지 여부와 상관없이 그 자유가 보장되어야 한다는 점, 따라서 이런 자유가 보장되지 않은 행정조사를 통해 수집한 진술은 (그 해당 절차에서 뿐만 아니라) 그에 대한 형사절차에서 증거로 사용될 수 없다는 것은 분명하다.

---

52) 이런 경우 행정조사행위는 형사소송법을 기준으로 판단해야 한다는 관점으로는 Böse, Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, ZStW 119 (2007), 848, 863면; Gleß, Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: Christian Fahl u. a. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, 723, 731면 이하 참조.

53) 그 근거를 헌법 제12조 제1항에서 찾는 정한중, 행정조사와 진술거부권 고지의무, 외법논집 제38권 제2호 (2014.5), 53, 68면도 참조.

1) 기업 내부자의 진술의무와 강제

문제는 이런 관점이 기업의 내부조사 과정에서 수집되는 진술과 관련해서도 적용될 수 있느냐 하는 것이다. 사례 1의 제1심 판결[54]은 헌법재판소의 진술거부권에 관한 결정을 원용하면서, 수사기관에 대한 검사기관의 신고의무에 비추어 볼 때 피고인이 상급기관의 검사 과정에서 자신의 수재에 관한 사실을 있었던 그대로 말한다면 이로써 자신의 "형사책임 추급을 위한" 진술을 하는 자기부죄의 결과가 초래된다는 점을 지적(하면서 그에게 적용하면 위헌이므로 헌법합치적 해석을 통해 무죄판결을 선고)한다. 이런 관점은 자기부죄로부터의 자유가 국가기관-시민 사이에서만 적용되는 것이 아니라, 사인-사인 사이의 관계에서도 적용될 수 있다는 점을 보여주는 주목할 만한 견해이다. 특히 이 견해는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제12조 제2항의 수사기관에 대한 감독기관의 보고의무, 즉 내부조사에서의 진술과 형사절차 진행 사이의 기능적 연관성 요소를 언급한다는 점에서도 자세한 논의를 필요로 한다. 왜냐하면 혐의자의 진술과 형사절차 개시 가능성 사이의 연관성은 이런 형태의 법률 규정이 존재하지 않는 경우에도, 예를 들어 통상적인 피해자와 가해자 사이에 행위 이후에 (증거수집을 위해) 대화하는 경우에도 사실상 인정될 여지가 없지 않기 때문이다. 따라서 중요한 것은 금융기관 내부의 상급기관으로부터 검사를 받는 과정에 자신의 (범죄)혐의에 관한 질문에 대하여 허위진술을 한 경우에 형사처벌을 받게 되는 것이 진술거부권을 침해하게 된다는 것보다는, 거꾸로 진술을 거부하는 형태로 행사할 수 있는 진술의 자유가 있음에도 불구하고 이를 형벌로 강제하는 방식으로 진술의무를 부과하는 것[55]이기 때문에 헌법으로 보장되는 진술의 자유와 진술거부권이 침해된다는 점이다.[56]

이렇게 자기부죄로부터의 자유가 문제되는 선택과 갈등의 상황, 예를 들어 진실을 말하면 형사처벌의 위험이 발생되고, 이런 위험으로부터 벗어나려면 진술하지 않으면 되는데 진술해야 할 의무로부터 벗어날 수 없고 이를 이행하지 않으면 그

54) 울산지방법원 2014. 8. 8. 선고 2013고합275 등 판결.

55) 새마을금고법 제85조 제2항 제9호 위반죄 참조.

56) 이 사건은 검사 과정에서 작성된 문답서가 형사소송절차에서 진술이 강제되었다는 점을 증명하는 사실로 사용되고 있다는 점에서 위법수집증거배제원칙이 피고인에게 유리한 경우에는 적용되지 않는다는 점도 보여준다.

것만으로 (형사)제재를 받을 수 있고, 그렇기 때문에 이런 제재를 피하면서도 자기 부죄의 위험을 지지 않으려면 거짓 진술을 할 수밖에 없는 선택과 갈등 상황의 중심에는 내부조사의 과정에서 조사대상자인 기업의 내부자가 사용자인 기업에 대하여 노동계약상의 진술의무[57]를 진다는 점이 자리잡고 있다. 통상적인 사인에 대한 사인에 의한 조사의 경우라면 말하지 않거나 그런 선택 상황을 단순히 피할 수도 있는 반면, 내부조사의 경우에는 조사를 받아야만 하고 대답해야만 한다는 점에서 그의 자유가 축소되는 것이다. 또한 위에서 언급한대로 내부조사가 뒤에 이어지는 행정조사와 형사절차에 기능적으로 통합되어 있다는 점에서 - 사례 1에서와 달리 신고의무가 없는 경우에도 - 형사처벌의 위험이 없다고 말할 수 없다.[58] 특히 이는 준법감시와 내부조사가 법적인 의무로 형성된 영역에서 타당하다. 따라서 이렇게 형사처벌의 위험이 남아 있는 한, 내부조사의 과정에서 - 최소한 진술거부권을 고지하지 않고 - 그 대상자인 기업 내부자로부터 취득된 진술은 그에 대한 형사절차에서 증거로 사용될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

2) 기업의 방어권과 진술거부권

이와 구별되어야 할 문제는 기업 내부자의 진술이 그에 대한 형사절차가 아니라 - 개별 문제영역을 규율하는 법률의 양벌규정을 근거로 - 그가 속한 기업 자체에 대한 형사절차에서 증거로 사용될 수 있는지 여부이다. 자연인과 법인은 법적으로 서로 다른 사람이므로, “양벌규정”이라는 개념 자체가 보여주듯 형벌은 서로 다른 법적 인간에게 그의 개별적 책임을 근거로 각각 (다르게) 부과될 수 있고, 부과되어야 한다. 이 점은 양벌규정에 따라 처벌받는 사업주가 자연인인 경우를 생각해 보면 분명히 알 수 있다. 대법원은 양벌규정에 따른 사업주의 형사처벌은 “독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다”고 본다.[59] 이런 관

57) 앞의 II. 1. 부분 참조.

58) 공정거래(형)법의 영역에서 이런 문제점에 관해서는 박혜림, 동의의결의 법적 성격에 대한 고찰, 서울법학 제22권 제3호 (2015.2), 365, 375면 이하, 397면 참조.

59) 예를 들어 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결 참조.

점은 사업주의 행위를 종업원과의 공동정범으로 또는 정범인 종업원의 행위에 고의로 가담한 (교사, 방조)행위가 아니라(정범 우위/공범 종속성), 단지 "과실"의 형태로 그 종업원의 행위와 관련되어 있다는 점에서 "독립된" 행위를 염두에 둔 것 또는 이런 경우에만 타당할 수 있다고 보면,[60] 그 사업주가 자신의 감독책임에 대하여 스스로를 방어할 필요성이 있다는 점과 그래서 그에게 방어권의 핵심인 진술거부권이 보장되어야 한다는 것도 분명하다.

이렇게 방어권의 보장을 위해 진술거부권을 인정할 필요가 있다는 점이 그 사업주가 자연인이 아닌 법인이라고 해서 달라질 수는 없다. 법인에게 그 법인에 속한 자연인의 범죄행위를 이유로 (하지만 "종업원의 범죄성립이나 처벌"을 전제로 하지 않고) 형사책임을 부과하면서도, 법인이 그 혐의에 대하여 방어하기 위해 진술을 거부할 수 없다면, 그런 형사절차는 불공정한 것일 수밖에 없다. 물론 자기부죄로부터의 자유와 진술거부권 보장의 근거를 (오로지) "인간의 존엄성"에서 찾는다면, '법인의 존엄성'이란 인정될 수 없는 것이어서 법인에게 진술거부권을 보장하기란 쉽지 않다.[61] 하지만 자기부죄로부터의 자유와 진술거부권을 형사절차의 공정성과 이를 위한 "의사소통적 자율성" 보장의 관점에서 바라보면,[62] 형사책임 귀속의 대상이 되는 자연인과 별도로("독립적") 법인에게 진술거부권을 보장할 수 있고, 보장할 필요가 있다. 형사소송법 제27조 제1항은 피의자 또는 피고인인 법인을 위하여 그 대표자가 소송행위를 대표한다고 규정하고 있으므로, 그 대표자는 - 그 개인으로서 진술거부권이 인정되는 경우가 아니더라도 - 자신이 대표하는 법인인 기업의 진술거부권을 행사할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이는 법인이 기관의 행위를 통하여 비로소 자신의 의사를 형성하고 행위를 하며, 자연인의 행위에 의해 발생하는 법률효과가 그 법인에게 귀속된다는 점에서 이해할 수 있다.[63] 법인이 자신에 대한 혐의

60) 이 점에 관한 분석은 김유근, 양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여, 형사법연구 제23권 제2호 (2011.6), 53, 78면 이하 참조.

61) 이런 견해로는 홍영기, 형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화, 고려법학 제67호 (2012.12), 243, 248-9면; BVerfGE 95, 220, 단락번호 83-4; Arzt, Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen, in: Christian Grafl/Ursula Medigovic(Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, 2004, 221, 226면 이하, 229면 이하 참조.

62) 이런 맥락에서 자기부죄로부터의 자유와 절차적 기본권의 상관성을 강조하는 Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, 195면 이하 참조.

에 대하여 방어하기 위해 침묵할 수 없다면, 피의자·피고인이 아니거나 자기부죄의 위험이 없는 한 그 법인의 대표자는 현행법상 제3자(형사소송법 제221조 제1항)나 증인(형사소송법 제148조)으로 이해할 수밖에 없게 된다.[64] 이는 결국 법인의 대표자로 하여금 그 피의자·피고인인 법인을 "대표"함으로써 그 형사소송법적 결과를 법인에게 귀속시키는 형사소송법 제27조 제1항을 형해화하는 결과에 이른다.[65]

2. 변호사의 조언과 압수금지

내부조사에 기초하여 수집된 증거의 사용 문제와 관련하여 중요한 두 번째 문제는 내부조사의 과정에 변호사가 관여된 경우에, 의뢰인-변호사-관계에서 신뢰관계를 바탕으로 소통된 정보가 기업에 대한 그리고 기업의 내부자에 대한 행정조사나 형사절차에서 강제처분의 대상이 되는지 여부와 그에 따른 증거사용금지 여부이다. 문제되는 정보로는 기업으로부터 받은 자료 이외에도 내부조사 과정에서 변호사가 작성한 문답서, 보고서, 관련 (전자)데이터, 조사과정을 기록한 변호사의 (개인)기록물 등이다. 앞의 사례 2는 이런 신뢰관계와 의뢰인-변호사 사이의 의사소통에 수사기관이 개입하는 문제를 보여주는 실제 판결례에 해당한다.

이 사건과 관련하여 대법원은 "아직 수사나 공판 등 형사절차가 개시되지 아니하여 피의자 또는 피고인에 해당한다고 볼 수 없는 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대하여도 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 그 비밀의 공개를 거부할 수 있는 의뢰인의 특권을 도출할 수" 없다고 본다.[66] 변호사가 작성한 법률의견서는 그 자체로 증거로 사용할 수 없다는 독립적 증거사용금지원칙

63) 자세한 설명은 Zerbes, „Nemo tenetur se ipsum accusare“: Moderne Ansprüche an alte Ideen am Beispiel des Verbandsstrafrechts, ZStW 129 (2017), 1035, 1043면 이하; Geth, Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht - Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, ZStW 126 (2014), 105, 107면 이하 참조.

64) 그래서 법인 대표자에게 피의자의 지위를 인정하는 오스트리아와 스위스 입법을 지적하는 Zerbes, 앞의 논문(각주 63), 1044면 이하 참조.

65) 진술거부권의 보장을 근거지을 수 있는 헌법적 논거는 Dannecker, Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 127 (2015), 370, 389면 이하 참조.

66) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결, 공 2012, 1155, 1158-9면.

이 적용될 수 없고, 또한 그 수집절차인 압수절차가 위법한 경우도 아니므로 이 사안에서 비독립적 증거사용금지원칙도 적용될 수 없다고 보는 것은 일관된 결론이다. 전자의 증거사용금지원칙에 대한 대법원의 주장은 이 사건의 제1심 법원이 헌법 제12조 제4항에 관한 해석, 즉 "변호인"과 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 형법, 형사소송법, 변호사법의 규정들의 취지 및 한계를 고려할 때, 헌법 제12조 제4항의 변호인의 보호영역에는 "변호인"과 의뢰인 사이에서 이루어진 의사 교환의 내용을 의뢰인이 거부할 수 있는 "특권"도 속한다고 본 것[67]을 부정하는 것이다. 여기서 제1심 법원은 - 앞의 사례 2에서 알 수 있듯이 – 변호사를 "변호인"이라고 칭하면서 - 단순한 착오나 무의식적인 실수가 아니라고 전제하면 - 형사소송법이 변호인(예: 제30조 이하)과 변호사(예: 제112조, 제149조)를 구별하고 있는 것과 헌법 제12조 제4항이 "변호인"이라는 문언을 사용하는 것과 다른 기초에서 출발한다는 점에 주목할 필요가 있다. 이런 구별의 관점에서 보면 제1심 법원이 "의뢰인이 범죄를 구성할 수 있는 자신의 행위에 대하여 형사소추의 위험에 대비하고 강제수사에 대항한다는 측면에서 변호인의 조력을 충분히 받기 위해서는 변호인과의 사이에 비밀보장이라는 신뢰가 전제되어야" 한다고 언급하는 사례는 다른 논거가 제시되지 않는다면 - 대법원이 이렇게 평가하듯 - 현행(헌)법에 관한 다른 해석을 설득력있게 근거짓은 것이라고는 보기 어렵다. 현행법의 해석과 관련해서는 다음과 같이 나누어 살펴보는 것이 타당하다고 본다.

가. 방어권과 변호인의 조력

먼저 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리는 방어권의 실효적 행사를 보장함으로써 형사절차의 공정성을 구성하는 기본권이라고 보고,[68], "수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지" 보장되며,[69], 이런 권리

67) 서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결, 무죄부분 2. 나. (3) (다) 부분; 이와 유사한 박용철, 변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력 - 대법원 2012. 5. 17. 2009도6788 판결 -, 형사법연구 제24권 제2호 (2012.6), 3, 27면; 송시섭, 변호사 법률의견서의 증거능력, 동아법학 제58호 (2013.2), 401, 410면 이하; 윤종행, 변호사와 의뢰인간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권, 홍익법학 제14권 제2호 (2013.6), 707, 724-725면 참조.

68) 헌재결 2004. 9. 23. 2000헌마138 사건, 헌집 16-2상, 543, 554면.

를 “충분”하게[70] 보장하는 것은 “변호인(과)의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있”을 때 가능하다[71]고 본다. 이런 관점은 변호인의 조력이 없다면 형사절차에 휘말린 피의자·피고인이 자신에 대한 혐의에 대하여 적절한 방어를 하기 위한 실질적 힘을 가질 수 없다는 것, 바꿔 말해 변호인의 도움이 없으면 법적 의사소송 과정에 자율적 결정을 기초로 참여하기 어렵고, 따라서 - 국가기관의 객관의무를 고려하더라도 - 국가를 상대로 한 방어과정에서 “무기대등”이 실현될 수 있을 것이라고는 기대하기 어렵다는 것을 근거로 한다. 혐의에 대한 방어는 진술거부권을 행사하여 (불리한 사실에 관하여) 침묵하는 소극적 방식으로 또는 (유리한 사실에 관한) 진술을 함으로써 적극적 방식으로 이루어질 수 있지만, 피의자·피고인은 형사절차에서 변호인의 도움이 없다면 방어권을 수동적이고 단편적으로 행사할 수밖에 없어 자신을 효과적으로 방어할 수 없게 된다. 또한 피의자·피고인이 변호인의 도움을 받기 위해서는 - 진실은 신뢰관계를 형성하기 위한 전제조건이므로 - 그에게 혐의사실과 관련된 ‘진실’을 말할 필요가 있다. 만약 변호사에게 전달된 정보를 국가기관이 - 예를 들어 수색을 통해 - 수집할 수 있거나 실제로 수집한다면, 국가기관이 피의자·피고인의 진술을 얻기 위해 직접 그에 대하여 강제력을 행사하는 것은 아니지만 우회적으로 피의자·피고인의 (진실한) 진술을 획득할 수 있게 되고 피의자·피고인의 방어권 행사(준비)가 수사기관에 노출된다. 이렇게 국가기관이 피의자·피고인으로부터 우회적으로 그의 진술을 수집하지 못하게 함으로써 그의 방어권을 실효적으로 보장하려면, 피의자·피고인과 변호인 사이에 이루어지는 의사소통과 정보의 전달과정이 국가기관의 침해로부터 보호되어야 하고, 그 소통과 전달의 결과도 형사소추기관의 침해로부터 자유로운 영역에 남겨져 있어야 한다. 왜냐하면 변호인의 조력을 받아 자신을 방어하려는 피의자·피고인은 그 변호인에게 전달한 정보가 수사를 통해 수사기관으로 넘겨지고 다시 이런 정보가 자신에 대해 불리하게 사용될 수 있다면,

69) 헌재결 2004. 9. 23. 2000헌마138 사건, 헌집 16-2상, 543, 557면; 헌재결 2013. 8. 29. 2011헌마122 사건, 헌집 25-2상, 494, 503면.

70) 헌재결 1992. 1. 28. 91헌마111 사건, 헌집 4, 51, 59면; 2003. 3. 27. 2000헌마474 사건, 헌집 15-1, 282, 288면.

71) 헌재결 1992. 1. 28. 91헌마111 사건, 헌집 4, 51, 60면.

미리 변호인에게 진실을 말하지 않음으로써 실효적인 조력을 받지 못할 위험을 감수하는 형태로 그의 방어권이 침해될 수 있기 때문이다. 따라서 이런 피의자·피고인-변호인-관계(변호관계)에서 정보의 송·수신자가 누구인지, 정보를 담고 있는 매체가 무엇인지 그리고 그 매체가 누구에게 보관되어 있는지 여부는 방어권 보장의 관점에서 볼 때 각각 다르게 취급해야 할 이유가 없다. 피의자·피고인의 진술거부권과 방어권을 실효적으로 보호하기 위해서는 모든 우회적 접근 방법을 차단해야 하는 것이다.[72] 따라서 이런 방어권과 형사절차의 공정성에 비추어 볼 때 형사절차가 개시된 이후에야 이런 포괄적인 보호가 필요하다는 점도 납득할 수 있다. 결론적으로 말하면 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자·피고인의 방어의 관점에서 설명되어야 하고, 이런 점에서 피의자·피고인-변호인-관계에서 처리되는 정보를 "강제처분"을 통해 획득하는 것은 그에게 진술을 강제하는 것과 동등하게 평가할 수 있다. 헌법 제12조 제4항 제1문은 이런 방어권의 보호영역과 관련하여 단지 변호인의 조력을 받을 권리의 영역만을 명시적으로 규정하고 있는 것이다. 물론 이 경우에 피의자·피고인의 방어권을 침해하는 압수는 위헌으로서 위법하다.[73] 그래서 앞의 사례 2에서 대법원이 변호사가 작성한 법률의견서에 대한 압수가 헌법이나 형사소송법을 위반한 것이 아니라는 관점은 결과적으로 타당하다. 그 법률의견서에 담긴 정보는 피의자·피고인-변호인-신뢰관계가 아니라 의뢰인-변호사-신뢰관계에서 형성된 정보이기 때문이다.

나. 방어권과 변호사의 자문

이런 대법원의 관점에 비판적인 견해들이 제기하는 주장의 핵심은 사실 변호관계의 보호가 시간적으로 앞당겨질 수 있는 것은 아닌지라는 문제[74]로 바꿔 이해할 수 있다. 공식적인 형사절차가 개시되지 않아 피의자라고 볼 수 없는 사람이 수사 이전에 방어준비를 하는 것이 방어의 실효성을 더 높이는 것이라고 볼 수 있기 때문이

72) 유사한 관점으로는 차진석, 헌법으로부터 Attorney-Client Privilege의 도출, 한국헌법학회·사법정책연구원 공동학술대회 - 직무상 비밀에 대한 헌법상 보호, 2016.12.2, 100, 111-2면 참조.

73) 이와 다른 견해로는 김우진, 앞의 논문(각주 37), 499-500면 참조.

74) 이 점에 대한 지적은 서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결.

다. 이런 경우에 고려될 수 있는 형사소송법 제112조와 제149조는 변호인의 조력과 비교할 때 그 보호범위가 훨씬 더 좁다. 앞의 사례 2가 보여주듯 이 사건에서 형사절차가 개시되기 이전에 법률의견서를 작성한 변호사는 직무를 수행하면서 그 의뢰인[75]과의 사이에 형성된 신뢰관계를 바탕으로 알게 된 사실에 관하여 증언거부권을 행사할 수 있을 뿐이고, 이런 사실을 알려 줄 수 있는 "물건"을 의뢰인으로부터 받아 자신의 지배영역에 두고 있는 경우("소지 또는 보관")에만 압수를 "거부"할 수 있다. 바꿔 말하면 증언거부권과 압수거부권의 보호영역이 상응하지 않는다. 앞의 사례 2에서 법률의견서에 담긴 정보 가운데 범죄혐의 관련 사실을 담은 정보는 의뢰인으로부터 전달된 것이 분명함에도 그 의견서는 그로부터 받은 물건과 동일하지 않고, 변호사가 아니라 의뢰인이 보관하고 있었던 것이어서 압수거부의 대상도 아니며, 압수를 거부할 수도 없었던 것이다. 만약 이런 법률의견서가 헌법 제12조 제4항 제1항의 보호영역에 해당될 수 있었더라면, 그 압수는 방어권의 핵심을 침해하는 행위로서 위법하다고 평가할 수 있었을 것이다.

이런 보호범위의 차이는 형사소송법의 증언거부권과 압수거부권 규정이 피의자·피고인의 방어권이 아니라, (오로지) 의뢰인과 변호사 사이에 형성된 신뢰관계 가운데 변호사만을 보호하려는 (형사입법자의) 관점에서 비롯된 것은 아닌지 생각해 볼 수 있다. 이는 압수거부가 공간의 관점에서 볼 때 그가 지배하는 공간으로 제한되고, 대상의 관점에서 볼 때 물건에 국한되는 것[76]에서 분명히 확인할 수 있다. 증언거부권과 압수거부권 규정은 – 다른 전문 직업군과 함께 규정되어 있는 것에서 알 수 있듯이 - 변호관계를 전제하지 않으므로 시간적 관점에서 보면 매우 이른 시점에서부터 신뢰관계와 보호영역이 시작됨에도 불구하고, 이후에 피의자·피고인이 된 사람과 관련된 보호는 효과적으로 이루어지지 않는 것이다.

물론 이런 상황에서도 (장래의) 피의자·피고인에게 방어의 필요성을 인정할 수도 있고, 이 경우 규범적 관점에서 정당화할 수 있는 여지가 없지 않다. 이는 바로 이 글에서 문제되는 내부조사와 행정조사의 경우이다. 내부조사나 이를 기초로 한 행정

75) 이 사건에서 서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결은 자문을 의뢰한 기업뿐만 아니라 그 소속의 자연인도 의뢰인의 범위에 포함시킨다.

76) 그래서 의뢰인으로부터 들은 사실은 증언을 거부할 수 있지만, 그의 진술을 받아 적어 기록한 수첩이나 자료는 압수를 거부할 수 없다고 볼 수 있을지도 모른다.

조사의 경우에 기업의 내부자는 - 그에 대하여 형사소추기관에 의한 형사절차가 최소한 형식적으로는 개시되지 않았을 수 있지만 - 내용적으로 볼 때 이후의 형사절차에서 문제될 사태에 대하여 방어해야 한다. 이런 형사절차화의 위험은 준법감시 체계 안에서 내부조사, 행정조사, 형사절차가 서로 기능적으로 연결됨으로써 내부조사나 행정조사가 형사소추의 기능적 대체물이 될 수 있고, 이를 통해 형사소추가 실제로는 공식적 형사절차가 아닌 (이전)단계에서 이미 시작되기 때문에 발생한다. 특히 내부조사의 경우 - 양벌규정을 고려하더라도 - 기업의 관점에서 보면 문제되는 행위에 대한 책임을 그 내부자에게 전가하면 할수록 기업 자신은 감독과 관련된 형사책임으로부터 자유로워질 수 있는 가능성이 상승하는 반면, 이에 비례하여 기업의 내부자는 이런 (잠재적인) 이익충돌의 상황에서 자신을 실효적으로 방어할 가능성[77]이 저하될 수 있다는 점을 고려해야 한다. 이런 상황에서 그 기업의 내부자가 내부조사 과정에서 노동법상의 진술의무에 근거하여 사용자인 기업에 진실을 말해야만 하고, 그의 진술을 기재한 서류가 이후의 절차에서 (경우에 따라서는 압수와 같은 강제수단을 통해) 수집되고, 결국 이런 진술이 형사절차에서 자신에게 불리하게 사용될 수 있다면, 그 내부자의 (장래의) 방어권은 이미 내부조사 절차의 단계에서 실질적으로 침해된다고 볼 수 있다.[78] 그래서 이런 절차에서 그 내부자에 대한 형사절차가 아직 공식적으로 시작되지 않았다는 것만으로 그 내부자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하지 않으면 - 게다가 진술거부권도 인정하지 않으면 -, 그의 진술은 자기부죄에 이를 수밖에 없다. 이 단계에서 내부자에게 자기부죄로부터의 자유를 인정하기 위해 형사절차에서와 같이 진술거부권이 보장되어야 한다고 보면, 이 과정에서 변호사로부터 조언이나 상담을 받은 것도 변호인의 조력으로 이해할 필요가 있다.[79] 결론적으로 말하면 장래에 형사처벌될 위험을 감수할 수밖에 없는 형사절차 이외의 조사 과정에서 그 사실을 진술해야 할 의무가 있는 사람이 변호사의 조력을 받는 경우에,

77) 이런 관점은 공범자들 사이의 이익충돌 상황과 국선변호인을 통한 실질적 방어의 강화 필요성을 다룬 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도9951 판결, 공 2016, 257, 258면에서도 확인할 수 있다.

78) 공정거래조사절차에서 이런 위험성을 지적하는 Mehle/Mehle, Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen - insbesondere in Kartellverfahren, NJW 2011, 1639, 1641면 참조.

79) 이런 관점을 취하는 LG Braunschweig, Beschluss vom 21.07.2015 - 6 Qs 116/15, NStZ 2016, 308, 309면.

이 사람과 변호사 사이의 관계는 변호관계라고 볼 수 있고, 이에 대한 (사후의) 침해는 형사절차의 불공정성을 근거짓는다. 이에 따르면 앞의 사례 2의 경우에 – 사실관계를 정확히 파악하기 어려워 자문 시점과 수사의 개시여부를 정확히 판단할 수 없다는 점을 전제로 - 형사처벌의 위험과 보호의 필요성이 자문의 시점에서 존재한다고 볼 수 없어 변호관계를 인정할 수 없다면, 그 법률의견서를 (변호사의 사무실에 대한 수색을 통해 압수했더라도) 그 압수는 위법하지 않다.

Ⅳ. 결론을 대신하여 - 준법감시 형사정책의 패러독스

지금까지 기업범죄에 대한 투쟁의 효율화라는 형사정책적 목표를 지닌 준법감시와 내부조사가 실제 형사절차에서 어떻게 관철될 수 있는지를 살펴보았다. 전체적으로 보면 준법감시의 형사정책은 패러독스라고 말할 수 있다. 한편으로 잠재적 위험원인 기업에게 스스로 준법감시와 내부조사를 통해 사업영역에서 발생할 수 있는 기업범죄(와 직업범죄)를 자율적으로 통제할 의무를 부과하고, 이를 기초로 하여 행정조사나 형사소추와 같은 공식적 사회통제가 이루어짐으로써 범죄예방의 효율성을 상승시키려는 형사정책적 목표는 바로 그 절차에 연루된 기업과 그 내부자에게 진실을 밝히도록 강제한다는 점 때문에 이후 형사절차에서 수집된 정보를 증거로 사용하기 어렵게 되어 달성되기 어렵게 된다. 기업범죄에 대한 공식적 통제의 일부가 그 대상인 기업에게 옮겨감으로써 통제 절차와 수단이 전단계화되면 그 대상자에 대한 법치국가적 보장장치도 수반되어야 하기 때문이다. 다른 한편으로 자기부죄로부터의 자유를 보장하지 않는 상태에서 내부조사, 행정조사 그리고 형사소추가 이루어진다면, 이런 절차에 편입된 사람들이 형사처벌의 위험을 감수하면서까지 스스로 진실을 밝힘으로써 기업범죄 예방의 효율성을 향상시키는 데에 동참하려는 동기를 형성하기 어렵다. 결국 기업범죄에 대한 통제를 전단계화하더라도 그 단계에서 이미 형사처벌의 위험이 발생한다면 그 절차에서 진실한 정보가 수집됨으로써 사태를 해명하는 작업은 적절히 이루어지기 어렵다. 이는 결국 다시 자율적 통제에 대한 타율적 통제의 약화로 이어질 수밖에 없다. 바꿔 말해 기업범죄에 대해 효과적

으로 투쟁하기 위해서는 이미 내부조사의 단계에서 진실한 정보가 유통되어야 하고, 이는 그 과정에서 수집된 정보가 (더 강력한 제재를 수반하는) 다른 절차로 이행되지 않는다는 것이 보장되어야만 하지만, 그렇게 되면 그 진실한 정보는 형사절차에서 사용될 수 없게 된다. 그럼에도 불구하고 그 정보를 형사절차에서 사용하게 되면, 이전의 내부조사 절차에서 진실이 은폐되거나 왜곡되거나 거짓 정보가 수집될 가능성이 높아지고, 이는 다시 결국 내부조사에 기초한 형사소추의 실효성을 저하시킬 수 있다. 이런 패러독스는 근본적으로 준법감시와 내부조사의 기능적 효율성이 상당 부분 기업의 자발성에 좌우되지만, 이런 자발성은 윤리적 관점이 아니라 경제적 합리성, 즉 편익과 비용의 관점에 따라 좌우된다는 점으로부터 생겨난다. 범죄의 경제적 분석에 바탕을 둔다면, 이런 자발성을 강제하기 위해서는 통제의 가능성을 높인다는 관점에서 - 기업으로 하여금 스스로 통제할 의무를 부과하는 것을 넘어서서 - 준법감시 의무의 이행을 관철시키기 위해 다시 제재의 강도를 높여 협상을 유도하는[80] 정책[81]이 수반되어야 한다고 볼 지도 모른다. 그러나 자율적 통제를 강화하기 위해 다시 제제수단 자체를 강화하는 방식으로 타율적 통제를 강화하는 것이 - 법정형을 무작정 높일 수는 없다는 점은 일단 제쳐두더라도 - 얼마나 효과가 있을지는 가늠하기 매우 어렵다.[82] 결국 국가가 아니라, 기업 스스로 준법감시와 내부조사의 경제적 편익과 비용을 고려하기 때문이다. 이런 점에서 다음과 같은 베버

80) 미국에서 높은 형사처벌 수준이 기업의 자율적인 준법감시와 국가기관과의 협조의 동기를 상승시킨다는 지적은 Arzt, Siemens: Vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte, in: Matthias Jahn u. a. (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, 15, 25면 참조. 이런 맥락에서 준법감시와 양벌규정과 관련된 제재상의 "인센티브"(이진국, 기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의, 형사정책연구 제21권 제1호 (2010.3), 65, 83면 이하; 김재윤, 준법지원인제도의 도입에 따른 형사법적 인센티브, 인권과정의 제425호 (2012.5), 87, 94면 이하; 김혜경, 기업범죄예방을 위한 내부통제로서 준법지원인제도, 비교형사법연구 제15권 제2호 (2013.12), 393, 409면 이하)의 형사정책적 의미를 이해할 필요가 있다. 내부조사의 대상자인 노동자의 자발적 협조를 이끌어내기 위해 진술에 대한 증거사용금지와 제재감면을 고려할 수 있어야 한다는 지적은 Kölbel, Kriminalsoziologische Analysen zur Ermittlungskonkurrenz und -kooperation von Internal Investigations, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, 281, 296면 이하 참조.

81) 대안적으로 이승현, 기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안, 형사정책연구 제20권 제1호 (2009.3), 785, 794면 이하는 새로운 유형의 제재 가능성과 다양화를 검토한다.

82) 이 점에 대한 지적은 Kölbel, 앞의 논문(각주 6), 532면.

(Max Weber)의 말이 타당할 수 있다:

"경제적 기회를 포기하고 단지 합법적으로 행동하려고 하는 경향이 드물다는 것은 자명하다".[83)]

83) Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., 1972(2002), 197면.

참고문헌

김우진, 변호인 작성의 법률의견서의 증거능력, 형사판례연구 [21], 2013, 487면.

김유근, 양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여, 형사법연구 제23권 제2호 (2011.6), 53면.

김재윤, 준법지원인제도의 도입에 따른 형사법적 인센티브, 인권과정의 제425호 (2012.5), 87면.

김혜경, 기업범죄예방을 위한 내부통제로서 준법지원인제도, 비교형사법연구 제15권 제2호 (2013.12), 393면.

박용철, 변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력 - 대법원 2012. 5. 17. 2009도6788 판결 -, 형사법연구 제24권 제2호 (2012.6), 3면.

박지현, 행정상 진술거부권과 그 제한, 민주법학 제33호 (2007.3), 289면.

박혜림, 수사단계의 적법절차원리에 대한 고찰, 법학논총 제20집 제2호 (2013.8), 581면.

박혜림, 동의의결의 법적 성격에 대한 고찰, 서울법학 제22권 제3호 (2015.2), 365면.

송시섭, 변호사 법률의견서의 증거능력, 동아법학 제58호 (2013.2), 401면.

윤종행, 변호사와 의뢰인간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권, 홍익법학 제14권 제2호 (2013.6), 707면.

이근우, 행정조사의 형사법적 한계설정, 고려법학 제72호 (2014.3), 351면.

이정민, 기업범죄 억제를 위한 제안으로서 컴플라이언스 프로그램, 법학논총 제34권 제1호 (2010.6), 367면.

이정민, 공정거래위원회 사건처리절차의 합리화, 외법논집 제40권 제4호 (2016.11), 255면.

이진국, 기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의, 형사정책연구 제21권 제1호 (2010.3), 65면.

이승현, 기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안, 형사정책연구 제20권 제1호(2009.3), 785면.

정한중, 행정조사와 진술거부권 고지의무, 외법논집 제38권 제2호 (2014.5), 53면.

차진석, 헌법으로부터 Attorney-Client Privilege의 도출, 한국헌법학회・사법정책연

구원 공동학술대회 - 직무상 비밀에 대한 헌법상 보호, 2016.12.2., 100면.
홍영기, 형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화, 고려법학 제67호 (2012.12), 243면.
Amelung, Knut, Probleme der Einwilligung im strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257면.
Arzt, Gunther, Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen, in: Christian Grafl/Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, 2004, 221면.
Arzt, Gunther, Siemens: Vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte, in: Matthias Jahn u. a. (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, 15면.
Böse, Martin, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes »Nemo tenetur se ipsum accusare«, GA 2002, 98면.
Böse, Martin, Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, ZStW 119 (2007), 848면.
Böse, Martin, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005.
Dannecker, Christoph, Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 127 (2015), 370면.
Geth, Christopher, Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht - Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, ZStW 126 (2014), 105면.
Gleß, Sabine, Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: Christian Fahl u. a. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, 723면.
Kölbel, Ralf, Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung, MschrKrim 91 (2008), 22면.
Kölbel, Ralf, Criminal Compliance - ein Missverständnis des Strafrechts?, ZStW 125 (2013), 499면.

Kölbel, Ralf, Kriminalsoziologische Analysen zur Ermittlungskonkurrenz und - kooperation von Internal Investigations, in: Stephan Barton u. a. (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, 281면.

Mehle, Bastian/Mehle, Volkmar, Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen - insbesondere in Kartellverfahren, NJW 2011, 1639면.

Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias, Compliance und Whistleblowing. Neuere Formen sozialer Kontrolle in Unternehmen und Gesellschaft, Neue Kriminalpolitik 2015, 339면.

Saliger, Frank, Privatisierung im Strafrecht, in: Professorinnen u. Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht, 2011, 215면.

Saliger, Frank, Grundfragen von Criminal Compliance, RW 2013, 263면.

Theile, Hans, »Internal Investigations« und Selbstbelastung - Zum Verantwortungstransfer bei Akkumulation privater und staatlicher Ermittlungen -, StV 2011, 381면.

Theile, Hans/Gatter, Marcello Janina/Wiesenack, Tobias C., Domestizierung von Internal Investigations?, ZStW 126 (2014), 803면.

Theile, Hans, § 34 B II. Interne Ermittlungen aus kriminologischer Sicht, in: Thomas Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, 1260면.

Zerbes, Ingeborg, Unternehmensinterne Untersuchungen, ZStW 125 (2013), 551면.

Zerbes, Ingeborg, „Nemo tenetur se ipsum accusare“: Moderne Ansprüche an alte Ideen am Beispiel des Verbandsstrafrechts, ZStW 129 (2017), 1035면.

Compliance, internal investigations and criminal procedural law of evidence

Yim, Chul-hee

The subject of this article is the criminal procedural issues and its criminal political implications in the context of criminal compliance and internal investigations that has not been sufficiently covered in the discussion of criminal compliance and prevention of corporate crimes. A criminal policy with the set purpose of a more efficient and effective prevention of corporate crimes puts the crime control forwards through its partial privatization, including an imposted obligation of compliance and internal investigations. But that policy, at least in theory, paradoxically leads to reverse results, due to difficulties of the criminal punishment because of the expanded protection of employee's and corporation's rights prior to the criminal prosecution itself.

❖ Key word: privilege against self-incrimination, right to silence, duty to inform of right to silence, right to refuse to testify, ban on seizure, administrative investigations, criminal liability of corporation

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 14일 / 게재확정일 : 3월 14일