

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

■ 세부과제 시리즈 ■

- 10-17-01
기업범죄에 대한 제재
체계의 현황과 개선방향
- 10-17-02
기업처벌론
- 10-17-03
기업범죄에 대한 새로운
제재 도입방안 연구
- 10-17-04
기업의 사회적 책임(CSR)과
법준수프로그램(CP)에
관한 연구
- 10-17-05
주요 국가의 기업의
형사처벌 방법에 대한 연구

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

137-715 서울시 서초구 태봉로 114
T_02-575-5285 <http://www.kic.re.kr>



연구
총서
10-17-05

연구총서 10-17-05

기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)

기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)
-주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구 -

Criminal Sanction on Corporate Activity(II)
- Corporate Criminal Responsibility :
A Comparative Study of Germany, France, the U.K. and the United States -

김호기 · 김택수 · 최준혁

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

김호기
서울시립대학교 법학전문대학원 교수

김택수
계명대학교 경찰법학과 교수

최준혁
인하대학교 법학전문대학원 교수

연구총서 10-17-05

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(Ⅱ) - 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구 -

Criminal Sanction on Corporate Activity(Ⅱ)

- Corporate Criminal Responsibility :

A Comparative Study of Germany, France, the U.K. and the United States -

김호기 · 김택수 · 최준혁

■ 김호기

서울시립대학교 법학전문대학원 교수

■ 김택수

계명대학교 경찰법학과 교수

■ 최준혁

인하대학교 법학전문대학원 교수

기업은 현대 자본주의사회에서 가장 핵심적인 활동주체라 할 수 있습니다. 기업의 영향력은 사회적, 경제적, 정치적인 측면 등 모든 영역에서 매우 증대하고 있고 그 활동 영역도 광범위하게 확대되고 있어, 일반 국민들의 생활과 기업을 분리하여 생각할 수 없게 되었습니다. 즉 현대사회에서 기업의 다양하고 광범위한 경제활동은 국가와 사회의 발전과 유지에 절대적인 역할을 하고 있다고 할 수 있습니다.

그러나 한편으로는 기업의 경제활동과정에서 무분별한 이윤추구, 첨예한 기업간의 경쟁, 위험을 수반하는 기술의 발전, 복잡하고 난해한 시장거래관계의 새로운 형성 등에 기인한 수많은 범죄행위가 발생하고 있으며 그 심각성이 날로 더 해 가고 있습니다. 기업의 범죄행위는 그 피해의 대규모성, 심각성 등으로 인하여, 좁게는 기업 자체의 존립여부와 근로자의 고용기회를 결정하고, 한편으로는 당해 기업의 거래 상대방 그리고 넓게는 국가와 사회의 발전과 퇴보를 좌우할 수도 있습니다. 아울러 영리추구를 기업의 목적이 되게 하는 자유시장 경제질서 자체를 위협할 수도 있습니다.

이에 이 연구는 기업의 경제활동과 관련하여 발생하는 범죄현상에 대한 현황조사와 대책을 마련하기 위하여 수행되었습니다. 즉 『기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구』는 2개년(2009년 및 2010년) 연구사업으로 진행되었습니다. 1차년도(2009년)에는 기업의 경제활동과정에서 발생하는 기업범죄의 현상 파악을 중심으로 연구가 수행되었고, 금년 2차년도(2010년)에는 기업의 위법행위에 대한 제재체계에 대한 내용을 중심으로 연구하였습니다.

2010년의 『기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II)』는 「기업범죄에 대한 제재 체계의 현황과 개선방향」, 「기업처벌론」, 「기업범죄에 대한 새로운 제재 도입방안 연구」, 「기업의 사회적 책임(CSR)과 법준수프로그램(CP)에 관한 연구」, 「주요 국가의

기업의 형사처벌 방법에 대한 연구』 등 총 5개의 연구로 구성·수행되었습니다. 기업에 대한 공적 제재 - 특히 형사제재 - 가 실효성을 발휘할 수 있도록 현행 기업에 대한 규제체계에 대한 체계적 연구와 새로운 제재수단 도입방안에 대하여 검토하였습니다. 즉 기업의 위법활동에 대한 민사적·행정적·형사적 규제체계에 대한 체계적이고 유기적인 역학관계를 파악해 보고, 더 나아가 새롭게 인식되고 있는 기업의 자율규제 체계에 대한 검토를 하였습니다. 그리고 이러한 규제체계에 대한 기업의 인식도 설문조사를 통해 알아보았으며, 비교법적 연구도 동시에 수행하였습니다. 이러한 검토를 바탕으로 기업에 대한 새로운 제재수단의 도입방안을 다양한 각도에서 연구하였습니다.

이 연구는 향후 지속적으로 발생될 것으로 예상되는 기업의 범죄행위에 대한 입법 및 정책수립에 도움이 될 수 있을 것으로 생각합니다.

끝으로 이 연구를 수행한 이천현 연구위원, 권수진 전문연구원, 김호기 서울 시립대학교 교수, 양천수 영남대학교 교수, 이정민 단국대학교 교수님의 노고를 치하하는 바입니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

CONTENTS

국문요약	9
제1장 서론	15
제1절 연구의 목적	17
제2절 연구의 대상	18
제2장 미국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도	21
제1절 들어가며	23
제2절 미국에서의 기업의 형사책임	26
I. 기업의 형사책임	26
II. 개인의 형사책임	37
제3절 미국에서의 기업범죄에 대한 형사제재	38
I. 연방양형법 및 양형지침	38
II. 기업에 대한 연방양형지침의 형사제재	40
III. 형사제재의 내용	41
IV. 형사제재의 적용현황	43
제4절 기업범죄의 유형	44
I. 들어가며	44
II. 사기	47
III. 증권범죄	52
IV. 자금세탁	59
V. 예비죄	60

VI. 사법질서에 관한 죄	62
VII. 지적 재산권관련 범죄	74
VIII. 조세사기	77
IX. RICO 법(RICO Act)	80
제3장 영국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도	81
제1절 영국의 관련 법제도 개관	83
제2절 대위책임 이론과 동일성 이론	86
I. 대위책임 이론	86
II. 동일성 이론	96
III. 대위책임 이론과 동일성 이론의 적용대상인 범죄의 판단	101
IV. 동일성 이론의 한계와 법인살인법의 제정 요청	106
제3절 법인살인법	120
I. 등장배경	120
II. 법인살인죄의 의의와 성립요건	121
제4장 독일의 법인의 형사처벌에 관한 법제도	135
제1절 독일의 기업의 형사처벌 관련 법제도 개관	137
제2절 질서위반법 제9조(형법 제14조)	139
I. 서론	140
II. 제9조 제1항의 적용요건	144
III. 제9조 제2항의 적용요건(Substitutenhaftung)	150
IV. 대표권/위임행위의 유효성(제9조 제3항)	155
제3절 질서위반법 제30조	157
I. 법적 성질	158
II. 질서위반법 제30조의 적용요건	162
III. 법인 등에 대한 과태료의 부과	174
IV. 과태료의 상한액 및 산정방법	176
제4절 질서위반법 제130조	183

I. 제130조의 법적 의미와 다른 조항과의 관계	184
II. 제130조의 적용요건	187
III. 과태료의 산정	203
IV. 제130조 규정의 보충규정성	204
제5장 프랑스의 법인의 형사처벌에 관한 법제도	205
제1절 법인에 대한 형사책임 인정의 입법과정	207
I. 신형법전 제정이전의 학설과 판례	207
II. 입법상의 쟁점	212
제2절 법인에 대한 형사책임의 구조	215
I. 법인의 범위	215
II. 형사책임의 요건	220
III. 대상범죄	227
IV. 적용형벌	233
제3절 법인의 형사책임과 형사절차	235
I. 법인의 대표	235
II. 사법통제(contrôle judiciaire)	238
제4절 법인의 형사책임과 관련된 부수적 문제점	239
I. 고의의 문제	239
II. 중복기소의 문제	242
III. 소결	243
제6장 결 론	251
참고문헌	259
Abstract	269

본 연구에서는 미국, 영국, 프랑스, 독일의 법인의 형사처벌을 위한 법제도를 검토하였다.

1. 영국의 관련 법제도

18세기 이전 커먼로 하에서는 법인의 형사책임이 인정되지 아니하였다. 법인은 “비난할 수 있는 영혼도, 견어찰 수 있는 신체도 보유하고 있지 않다.”고 보았기 때문이다. 그러나 19세기 중반 이후에는 구성원의 범죄행위에 대하여 법인이 대위책임(vicarious liability)의 형태로 형사책임을 부담할 수 있음을 인정하였다.

객관적 요소(actus reus)의 충족만으로 범죄가 성립하게 되는 엄격책임 범죄(strict liability offense)에 대하여 대위책임 이론을 적용하여 법인의 형사책임을 인정함에 있어서는 별다른 어려움이 없다. 그러나 주관적 요소를 구성요건으로 하는 범죄유형, 예컨대 살인죄에 대하여 대위책임 이론을 적용하여 법인의 형사책임을 인정하기는 곤란하다. 법인은 사람과 같이 스스로 사고하고 판단할 수 있는 능력을 보유하고 있지 아니하므로 주관적 요소를 충족시킬 수 없기 때문이다. 주관적 요소를 요구하는 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하는 것은 동일성 이론이 등장한 이후에 비로소 가능하게 된다.

동일성 이론은 법인의 구성원을 두뇌에 해당하는 자와 수족에 해당하는 자로 나눈다. 그리고 타인의 지시를 받지 않고 독자적인 판단에 따라 행동하는 법인의 경영진(directing mind)의 행위는 곧바로 법인의 행위에 해당한다고 본다. 따라서 경영진의 범죄행위가 있으면 법인도 곧 그에 대하여 형사책임을 부담하여야 한다고 말한다.

동일성 이론이 등장함에 따라 법인에 대하여 주관적 요소를 성립요건으로 하는 범죄가 성립할 수 있는 가능성 자체는 확보되었다. 그러나 동일성 이론이 경영진의 행위와 의사만을 법인의 행위와 의사로 간주하도록 하고 있는 결과, 현실에서 동일성 이론을 적용하여 법인의 형사책임을 인정하는 것은 예외적인 경우에만 가능하였다. 그리고 이로 인하여 동일성 이론은 법인활동으로 인한 법익침해가 급증하는 현실에 대처하기에 적합하지 않다는 비판을 받게 되었다.

영국에서는 다수의 사상자를 수반하는 중대한 재해가 발생하였음에도 불구하고 동일성 이론의 한계로 인하여 법인에 대하여 형사책임을 묻는 것이 불가능한 사태가 반복적으로 일어나게 되자 오랜 기간의 토의를 거쳐 2007년 법인 등에 대하여 살인죄의 형사책임을 물을 수 있도록 하는 법인살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)을 제정하였다.

이 법률에 의하여 법인에 대하여 살인죄의 죄책을 인정하기 위하여서는 법인의 운영 실패(management failure)로 인하여 사망의 결과가 발생하였고, 운영 실패가 법인이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반에 상응하며, 운영 실패가 고위경영진(Senior management)에 의한 것이어야 한다는 세 가지 요건이 모두 충족되어야만 한다. 고위경영진이란 법인 운영에 위한 의사결정을 함에 있어서 중요한 역할을 수행하거나, 법인을 현실적으로 운영하는 데에 있어서 중요한 역할을 수행한 사람을 의미한다.

법인살인법은 법인 등의 고유한 형사책임을 인정하였다는 데에 있어서는 혁신적인 내용을 담고 있는 것으로 평가되지만, 이 법률은 말 그대로 법인 등에 대하여 살인죄의 책임을 묻기 위한 법률이어서 그 적용범위가 매우 제한적이었다. 그러나 이 법률을 제정한 이후에는 법인 등의 고유한 형사책임을 인정하는 논리구조를 다른 영역에 대하여서도 확대적용하려는 시도가 계속 이루어지고 있다.

2. 미국의 관련 법제도

법인에 관한 형사제재의 가능성을 모색하는 과정에서 기업에 대한 형사처벌에 관하여 많은 경험을 가지고 있는 미국은 좋은 비교연구의 대상이 될 수 있다. 또한 미국의 입법례가 기업의 위법행위를 억제하는 전통적인 방법인 기업에 대한

벌금과 개인에 대한 처벌에서 벗어나 기업에 대한 다양한 형사제재방안을 모색하고 있으며 형사제재를 강화하고 있다는 점도 주목할 만하다.

기업의 형사책임을 인정하지 않는 것이 보통법의 원칙이었으나 1909년의 연방대법원의 New York Central & Hudson River Railroad v. United States 판결 이후 기업의 소속 직원의 고의·과실에 의한 위반행위가 있고 그 위반행위가 업무와 관련된 범위 내에서 기업의 이익을 위하여 행해진 경우에, 기업에게 대위책임(respondeat superior)을 인정하여 직접 형벌을 부과하고 있는 것이 주류적 판례의 경향이다. 반면에 미국 모범형법전은 영국판례가 확립한 동일성원칙(the doctrine of identification)을 수용하여 범행이 이사회 또는 그 직무범위 내에서 법인을 대표하는 고위관리직원에게 의하여 승인, 요청, 명령, 수행했거나 부주의하게 감수한 때에는 기업이 형사책임을 진다고 규정하며, 이를 따른 각 주의 입법례도 존재한다. 그리고 기업에 종사하는 개인은 기업이 형사책임을 지는지와 무관하게 형사책임을 진다.

기업에 대한 형사제재는 연방양형법 및 연방양형지침에 규정된 벌금, 피해구제 및 범죄예방을 위한 제재, 보호관찰 등으로서 그중 가장 중요한 제재수단인 벌금은 자연인에 대한 벌금보다 훨씬 많은 액수를 부과할 수 있다. 범죄행위로 인한 피해의 구제를 위한 형사제재는 원상회복, 개선명령, 사회봉사명령, 피해자에 대한 고지가 있으며 범죄예방을 위한 제재는 준법감시 및 윤리프로그램의 시행이 있다.

기업범죄에 관한 처벌규정은 연방형법전에 규정된 범죄들 및 개별 법률에 규정된 처벌조문들로서 다양한 분야에 관한 매우 많은 처벌조문이 존재한다. 연방형법전에 규정된 구성요건 중 특히 기업범죄의 소추 및 처벌에 활용되는 조문은 우편사기이다. 그 외에 전신사기, 은행사기 등 사기죄에 관한 구성요건 및 예비죄, 사법질서에 관한 죄 등이 적용되며 개별법률의 구성요건으로는 증권관련 법률 위반, 조세범죄 및 RICO법 위반 등이 문제가 된다.

3. 독일의 관련 법제도

독일은 책임주의 원칙에 따라 형벌부과의 전제조건이 되는 책임비난은 오로지 자연인에 대하여서만 가능하다고 보고 있다. 따라서 법인이나 법인, 단체(이하

법인 등)의 형사책임을 인정하지 않는다. 그러나 그렇다고 하여 법인 등의 활동으로 인하여 발생하는 법익침해행위에 대한 규제를 포기하고 있는 것은 물론 아니다. 독일에서는 법인 등의 활동으로 인한 법익침해를 규율하기 위하여 질서위반행위에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)이 제정되어 있다.

법인 등의 활동으로 인한 법익침해행위에 대처하기 위한 법률은 누가 행위주체가 될 수 있는가를 기준으로 하여 본다면 다음과 같은 네 가지 형태로 분류할 수 있다.

- 1) 누구나 구성요건을 실현시킬 수 있는 처벌규정의 경우, 법인의 업무집행 과정에서 범죄행위나 질서위반행위를 행한 자는 스스로 그에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 관련 법규정이 형법전과 특별법 등에 산재되어 있다.
- 2) 몇몇 형사처벌규정과 질서위반행위에 대한 처벌규정은 법인도 행위주체가 될 수 있도록 규정되어 있다. 예컨대 사업주(Arbeitsgeber)만이 행위주체가 될 수 있는 경우가 그에 해당한다. 그러나 법인이 사업주인 경우 법인의 범죄능력을 부인하는 독일의 법체계에서 법인이 직접 그러한 처벌규정의 구성요건을 실현하는 것은 불가능하다. 또한 이러한 처벌규정은 신분범이나 의무범에 해당하기에 직접 업무를 집행하는 법인의 기관은, 신분이 결여되어서, 역시 처벌대상이 되지 않는다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 독일에서는 질서위반법 제9조와 형법 제14조를 마련해 놓고 있다. 질서위반법 제9조와 형법 제14조는 동일한 형태로 규정되어 있는데, 법인이 행위주체가 될 수 있는 처벌규정을 법인을 위하여 업무를 집행하는 자연인에 대하여 적용할 수 있도록 하는 기능을 수행한다.
- 3) 질서위반법은 법인에 대하여서 직접 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 책임주의 원칙에 따라 법인에 대하여 형벌을 부과할 수는 없다고 보더라도, 형벌 이외의 다른 제재를 가하는 것은 여전히 가능하기 때문이다. 질서위반법 제30조는 법인의 업무를 집행하는 자연인이 범죄행위나 질서위반행위를 행하였음이 확인된 경우 법인에 대하여서도 과태료를 부과할 수 있도록 규정한다.
- 4) 질서위반법 제130조는 사업주가 선임감독의무를 충실히 이행하지 아니하였고,

이로 인하여 업무집행 과정에서 범죄행위나 질서위반행위가 행하여진 경우 사업주 본인이 질서위반행위를 행한 것으로 보도록 규정한다. 이 규정은 질서위반법 제9조 및 제30조와 결합하여 법인의 업무를 집행하는 구성원이 범죄행위 내지 질서위반행위를 하였을 때 법인, 그리고 법인의 상위경영진을 처벌하기 위한 근거규정으로서 기능한다.

4. 프랑스의 관련 법제도

프랑스는 1789년 혁명이후로 오랫동안 법인의 형사책임을 부정하여 오다가 개별 법률을 통하여 점차 법인의 형사책임을 인정하기 시작했으며, 학설 또한 새로운 범죄현상에 대처하기 위해서 법인의 형사책임을 도입하여야 하며, 기존에 논의된 법인의 비책임론이 정당하지 않다는 점을 주장하게 된다. 이처럼 학설의 발전과 법인의 형사책임을 물을 수 없음으로 인해 비롯되는 문제점들에 대처하기 위해 프랑스는 1994년 신형법전을 제정하면서 법인의 형사책임을 전격 도입하게 이른다. 그러나 최초에는 일정한 범죄에 대하여만 책임을 인정하였으며, 점차 이를 확대하다가 2004년 3월 9일의 법률은 법인의 형사책임을 일반화하여 모든 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하도록 하였다.

법인의 형사책임을 규정한 형법전 제121-2조는 그 요건으로서 첫째, 모든 법인이 형사책임의 주체가 될 수 있지만, 국가가 제외되며, 자치단체와 같은 공법인에 대하여는 그것이 사인과 같이 공역무의위탁계약의 대상이 되는 활동의 수행 중에 발생한 범죄에 대하여 형사책임을 물을 수 있도록 하였다. 둘째, 영미법계의 법인의 형사책임과는 달리 범죄는 법인의 기관 또는 대표자에 의해서 범해질 것을 요건으로 하고 있다. 이것은 일종의 동일체성이론에 입각한 것으로 회사를 대표할 수 있는 권한자에 의하여 범해진 경우에만 법인에게 귀책시킬 수 있다는 것이다. 셋째, 범죄는 법인의 계산으로 행해져야 한다. 즉, 범죄로 인하여 법인이 이익을 향유해야 하는 것으로, 법인의 기관 또는 대표자가 개인의 사적이익을 위한 경우에는 법인의 형사책임은 배제된다. 넷째, 동일한 사안에 대하여 법인의 형사책임이 정범 또는 공범인 자연인의 형사책임을 배제하지 않는다고 규정하고 있다. 이에 따라서 법인이 정범이 되는 경우 범죄를 직접 실행한 자연인이 공범

으로 처벌될 수 있으며, 반대로 자연인이 정범이 되는 경우 법인이 공범으로 처벌될 수 있다. 다만 이 경우 주의를 요할 것은 법인에 대한 처벌을 위하여 자연인이 반드시 특정되거나 유죄처벌을 받아야 하는 것은 아니다. 또한 고의범에 있어서 법인의 과실이 없는 경우에도 자연인의 고의가 인정되는 경우에도 법인은 처벌된다.

법인에 대해 처해질 수 있는 형벌은 형법전 제131-37조 이하에 규정되어 있다. 형법전은 중죄, 경죄 및 위경죄를 구분하여 중죄 및 경죄에 대하여는 벌금형을 원칙으로 하면서 법률이 정하는 경우 법인에게만 적용될 수 있는 특별형벌, 예를 들어 법인의 해산, 직업활동 또는 사회활동의 금지, 영업소폐쇄, 공계약 배재, 기업자금공모금지 등의 형벌을 규정하고 있다. 최근에는 징벌배상형이 신설되었다. 그렇지만 법인에 대하여는 자연인에만 적용가능한 조건부 집행유예 등이 배제된다. 반면에 누범가중, 단순 집행유예, 범죄경력, 복권 등은 특별한 규칙의 적용을 받는다.

형사절차와 관련해서는 형사소송의 모든 단계에서 법인은 자연인에 의해 대표되며, 법인을 대표하는 자연인은 스스로가 형사소추의 대상이 되지 않는다는 원칙이 적용된다.

제1장

서론

제1절 연구의 목적

근래 우리나라에서 진행되고 있는 법인의 형사처벌과 관련된 논의는 크게 보아서 다음의 두 가지 방향으로 진행되고 있다. 하나는 양벌규정의 개선을 위한 시도이다. 현재 각종 특별법에 규정되어 있는 양벌규정의 구조는 그대로 유지하면서, 2007년 헌법재판소의 결정에 따라 양벌규정을 책임주의에 부합하는 형태로 개선하려고 하는 것이다. 다른 하나는 우리나라에서 운용되고 있는 법인의 형사처벌과 관련된 제도 전반을 개선하기 위한 시도이다. 후자의 바탕에 놓인 것은 도대체 왜 법인을 형사처벌하여야 하는가라는 보다 근원적인 질문이다. 논의의 궁극적인 목적이 법인에 대한 적절한 형사법적 규제방안을 마련하는 데에 있다고 본다면, 양벌규정을 책임주의에 부합하는 형태로 개선하는 것만으로는 이러한 목적을 달성하는 데에 적합하지 않다. 이것은 단지 양벌규정에 내재되어 있는 법이론적 문제점을 제거하는 것을 목적으로 할 뿐이어서, 양벌규정이 법인활동으로 인한 법익침해나 법률위반을 방지하는 데에 적합한가에 대한 사항은 고려하고 있지 않기 때문이다. 그렇다면 논의는 도대체 어떠한 형태로 법인을 형사처벌하여야 하는가의 문제로부터 시작되어야만 한다.

전자의 접근방법이 가지는 한계점은 예컨대 다음과 같은 몇 가지 측면만을 살펴본다고 하여도 명확하게 드러난다. 첫 번째는 법인의 형사처벌 영역과 관련된다. 현재 우리나라에는 일반규정으로서의 양벌규정은 존재하지 않는다. 양벌규정은

단지개별법에 규정되어 있을 뿐이다. 즉 법인에 대한 형사처벌 가능성은 양벌규정을 마련해 놓고 있는 개별법이 적용되는 범위로 한정되는 것이다. 지금처럼 법인의 형사처벌의 범위를 개별법이 적용되는 영역으로 제한할 것인가, 아니면 모든 영역에서 법인활동을 형사법적으로 규제할 것인가의 문제는 양벌규정을 책임주의에 부합하는 형태로 개정하는 것만으로는 달성할 수 없다. 두 번째는 법인의 형사처벌 방식과 관련된다. 양벌규정은 법인의 구성원인 자연인이 범죄행위를 범한 경우에 법인도 형사처벌을 받도록 하는, 이른바 종속적 모델에 입각한 법인의 형사처벌 입법례에 해당하는 것으로 평가되고 있다. 그러나 최근에는, 이후 본문에서 영국의 입법례와 같이, 구성원의 범죄행위 성립 여부와 상관없이 법인을 형사처벌하도록 하는 입법례, 즉 독립적 모델에 입각한 입법례도 등장하고 있다. 법인의 형사처벌을 위한 법제도를 지금처럼 종속적 모델에 입각한 형태로 유지할 것인가, 아니면 독립적 모델에 입각하여 새로운 형태의 법률을 제정할 것인가의 문제를 검토하기 위하여서는 법인의 형사책임에 관한 보다 근본적인 논의를 시작하여야만 하는 것이다.

이상과 같은 사정을 고려한다면 법인의 형사처벌과 관련된 논의는 양벌규정의 형식을 유지하면서 이를 어떻게 개선할 것인가의 질문이 아니라, 법인을 형사처벌하기 위한 법제도를 어떠한 형식으로 마련하여야 하는가라는 보다 근원적인 질문으로부터 출발하는 것이 타당하다고 생각된다. 그리고 이를 위하여서는 세계 각국에서 이와 관련하여 어떠한 형태로 법제도를 마련해 놓았는가를 검토하여 볼 필요가 있을 것이다.

본 연구에서는 세계 주요국가의 법인에 대한 형사법적 규제방법이 어떠한가를 비교, 분석함으로써 우리나라의 관련 법제도를 정비하는 데에 있어 유용하게 사용할 수 있는 시사점을 얻는데 그 목적이 있다.

제2절 연구의 대상

본 연구에서는 연구대상 국가를 선정함에 있어서 먼저 대륙법계 국가인 독일을 포함시키기로 하였다. 다만 독일의 경우 법인에 대하여 형벌이 아니라 과태

료만을 부과하고 있음을 고려하여, 본문에서는 주로 질서위반행위에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)의 관련 규정을 검토하였다.

커먼로 국가 중에서는 미국과 영국을 포함시키기로 하였다. 검토대상인 국가에 커먼로 국가를 두 곳이나 포함시킨 것은, 법인 내지 기업의 형사처벌과 관련하여서는 대륙법계 국가보다 커먼로 국가에서 이론적으로는 물론 실무적으로도 보다 오래 전부터, 보다 다양한 형태로 논의가 진행되어 왔기 때문이다.

미국은 기업에 대한 보안처분에서 준법프로그램에 이르기까지 법인에 대한 형사처벌이 매우 빈번하게 사용되는 국가이면서 동시에 법인의 형사처벌에 관한 논의가 가장 활성화된 국가에 해당한다. 따라서 미국의 관련 법제도를 제도를 보다 상세히 살펴볼 필요가 있음을 고려하여 미국을 검토대상 국가로 선정하였다.

미국 이외에 영국을 검토대상 국가로 한 것은 다음과 같은 사정을 고려한 것이다. 첫 번째로 커먼로 국가에서 법인을 형사처벌 하기 위하여 사용하여 왔던 양대 이론적 도구 - 대위책임 이론과 동일성 이론 - 중에서 미국에서는 주로 대위책임 이론만이 이용되고 있음을 고려할 때, 대위책임 이론과 동일성 이론이 각각 영역을 달리하여 사용되고 있는 영국의 관련 법제도를 검토할 필요성이 있다고 보았기 때문이다. 두 번째로 최근 영국은 이른바 법인살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)을 제정하였으며, 이 법률은 운영실패를 구성요건으로 하여 법인을 처벌하도록 한 선구적인 입법례로 평가되고 있는바, 이 법률의 탄생배경과 내용을 보다 상세히 검토해 볼 필요가 있다고 보았기 때문이다.

나아가 본 연구에서는 프랑스의 법인처벌 관련 법제도를 살펴보기로 하였다. 프랑스는 상대적으로 이른 시기인 1990년대 초반 형법을 개정하여 법인의 형사 책임을 인정하였고, 이후 20여년에 걸쳐 관련 법제도를 운영하여 왔다는 점을 고려하여, 관련 법제도의 형태 및 구체적인 운영사례를 살펴볼 필요가 있다고 보았기 때문이다.

제2장

미국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

미국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

제1절 들어가며

기업은 현대 자본주의 시장경제 체제의 중요한 주체로서 사회에서 사회적·경제적·정치적으로 매우 큰 비중을 차지하고 있다. 기업의 활발한 경제활동은 물질적 풍요를 가져왔으나, 기업이 이윤을 추구하는 과정에서 수많은 반사회적 행위들도 나타나고 있다. 이러한 반사회적 행위는 그 특성상 위법행위인지의 여부가 불분명한 경우들이 많은데, 그 중 범죄에 해당하는 반사회적 행위는 기업범죄라고 부를 수 있을 것이다.¹⁾

그런데, 기업범죄에 대하여 개인을 처벌할 때에는 사회적 손해의 정도와 개인의 책임을 조화시킬 수 없어 충분한 응보효과를 달성할 수 없다. 그리고 기업은 전문적이고 효율적인 경제활동을 위하여 구성원의 역할과 책임을 분화하고 있기 때문에, 문제가 발생할 경우 서로 다른 구성원에게 책임을 전가하는 경향을 보이며 그러한 상황에서 개인에 대한 처벌은 효과적이지 못한 경우가 많다.²⁾

이러한 문제점을 인식하여 기업범죄에 효율적으로 대처하기 위한 방안은 두

1) 이천현·임정호·박기석, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(I), 한국형사정책연구원, 2009, 22면.

2) 이승현, “기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안”, 형사정책연구 제20권 제1호(2009), 787-788면.

가지 방향에서 검토되고 있다. 먼저 기업범죄의 주체인 기업 자체에 대한 제재 수단을 마련하는 방법이다. 기업의 의사결정에 종속되어 행위하는 개인에 대한 형사처벌만으로는 기업범죄를 적절히 통제하고 효과적으로 예방할 수 없다는 판단에서이다. 다른 방법은 형사책임의 귀속자인 기업내부자의 범위를 확장하는 방법으로서, 수직적 분업형태라는 기업구조의 특성에서 의사결정에 관여하는 고위관리·감독자에게 감독책임을 부과하고 감독의무위반을 범죄로 규정하는 방식이다.³⁾ 이들 중 전자와 관련하여, 법인의 반사회적 법익침해행위에 대하여 그 직접적 행위자인 개인뿐만 아니라 법인 자체에 대하여도 사회적 비난이 가해지고 있고, 이에 대한 실효성 있는 대응책으로 법인 자체에 대한 법적인 제재수단이 필요하게 되었으며, 그 결과로서 법인에 의한 반사회적 법익침해에 대하여 법인 자체에게 제재를 가하는 것은 세계적인 추세라고 할 수 있다.⁴⁾

법인 자체에 관한 형사제재를 모색하는 과정에서 기업에 대한 형사처벌에 관하여 많은 경험을 가지고 있는 미국은 좋은 비교연구의 대상이 될 수 있다. 헌법재판소도 양벌규정에 관한 한 결정에서 “기업범죄에 대한 형사처벌의 역사가 오래된 미국에서는 ① 법인의 소속 직원의 고의·과실에 의한 위반행위가 있고 ② 그 위반행위가 업무와 관련된 범위 내에서 ③ 법인의 이익을 위하여 행해진 경우에, 그것만으로 법인에게 소위 대위책임(respondeat superior)을 인정하여 법인에 대하여 직접 형벌을 부과하고 있는 것이 주류적 판례의 입장”이라고 언급한다.⁵⁾

그 외에도 미국의 입법례가 기업의 위법행위를 억제하는 전통적인 방법인 기업에 대한 벌금과 개인에 대한 처벌에서 벗어나 기업에 대한 다양한 형사제재방안을 모색하고 있으며 형사제재를 강화하고 있다는 점도 주목할 만하다.⁶⁾

3) 박강우, 기업범죄의 현황과 정책분석, 한국형사정책연구원, 1999, 100면; 천진호, “기업범죄와 형사적 규제”, 경북대학교 법학연구소 법학논고 제16집(2000), 75면.

4) 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정. 유럽의 입법경향에 관하여는 Sara Sun Beale & Adam G. Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability, 8 Buffalo Criminal Law Review 89, 105 (2004).

5) 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정.

6) 그러한 예로 과거에는 기업범죄의 처벌을 위해 주로 이용되는 연방형법조문 중 하나인 전신 사기죄(wire fraud)의 형량은 1,000 달러 이하의 벌금에 지나지 않았다. 18 U.S.C. § 1343(1984).

1990년대 초반 이후 기업에 대한 형사제재에 관한 연방법의 태도는 법원, 검찰 및 기업 등 기업범죄와 관련된 주체들이 임직원의 범죄를 방지하기 위한 기업의 노력에 대하여 관심을 기울이도록 하였다. 기업에 대한 벌금 및 다른 형사제재가 가중됨으로써 기업의 경영자에게는 처벌에 대한 두려움을, 검찰에게는 기업에 대한 형사기소에 대한 의욕을 갖게 하였다. 이러한 상황에서, 기업 내부에서 기업범죄를 방지하기 위해 한 노력을 기업의 형사책임을 면하거나 줄일 수 있는 합법적인 기준으로 인정하기 시작하였다.⁷⁾

비록 미국에서의 기업범죄의 기원은 19세기 초로 거슬러 올라갈 수 있으나⁸⁾ 미국에서의 최근의 논의는 무엇보다도 엔론(Enron)⁹⁾, 월드컴(WorldCom), 타이코(Tyco) 등 거대기업이 관련된 21세기 초의 여러 사건 때문이다. 2001년의 엔론의 회계부정으로 인한 직접적인 피해액은 1,700억 달러로 1999년에 미국에서 발생한 강도와 절도로 인한 피해액(380억달러)의 약 4.5배에 달한다는 보고는 문제의 심각성을 잘 보여준다.¹⁰⁾ 그러나 기업에 대한 형사처벌이 긍정적인 평가를 받은 것만은 아닌데, 이는 기업에 대한 기소가 기업, 노동자, 공급자 및 무고한 제3자에게 미치는 엄청난 영향 때문이기도 하다. 그러한 대표적인 예는 엔론의 회계를 맡았던 아더 앤더슨 사건이다. 아더 앤더슨은 5대 회계법인 중 하나에 속하였으나 엔론 사건과 관련된 문서를 파기했다는 이유로 2002년에 사법방해로 기소되었다. 이는 결국 회사의 폐업으로 이어져 28,000여명의 노동자가 직장을 잃게 되었다.¹¹⁾ 즉, 현대 미국에서 기업에 대한 가장 큰 위협영역은 형사기소라

7) Gruner, "Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities", in: Henry N. Pontell & Gilbert L. Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer 2006, 279.

8) 미국에서의 기업범죄의 역사와 그에 대한 대응에 관한 설명으로 Amitai Etzioni with Derek Mitchell, "Corporate Crime", in: Pontell & Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer 2006, 189.

9) 엔론 사건에 대한 소개로 서영수, "미국 ENRON사 회계부정사건 연구 - 회계부정 유형 및 원인", 형사법의 신동향 제23호(2009/12), 321-375면; 유병규, 기업지배구조와 기업범죄, 한국형사정책연구원, 2004, 75면.

10) 김영현, 기업범죄, 어떻게 예방할 것인가, 삼성경제연구소, 2005, 11면.

11) Assaf Hamdani & Alon Klement, Corporate Crime and Deterrence, 61 Stanford Law Review 271, 273 (2008). 아더 앤더슨 사건에 관한 소개로 박강우, "최근 미국의 기업범죄 실태와 규제동향", 충북대학교 법학연구 제17권 제2호(2006), 310면 이하; 안성조, "2002 아더앤더슨 유죄평결의 의미", 형사법의 신동향 제25호(2010/4), 299-332면.

고 말할 수 있다.¹²⁾

아래에서는 미국법에서의 기업의 형사책임(제2절)과 기업에 대한 형사제재(제3절), 그리고 기업에 대한 처벌조문(제4절)을 검토하는 순서로 논의를 진행하겠다.

제2절 미국에서의 기업의 형사책임

I. 기업의 형사책임

가. 대위책임론

1) 보통법의 입장과 *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* 사건

① 기업의 형사책임에 대한 보통법의 관점 및 변화

미연방법전에 따르면 ‘~한 자(person)’와 ‘누구든(whoever)’는 법률이 명시적으로 다르게 규정하고 있지 않는 한 기업을 포함한다.¹³⁾ 그리고 기업의 활동으로 손해를 입은 자가 기업에 대하여 민사소송을 제기할 수 있는 권리는 미국법에서 오래 전부터 인정되어 왔다.¹⁴⁾

그러나 기업의 형사책임에 관하여는 사정이 달랐으며, 보통법에서는 기업의 형사책임을 인정하지 않았다. 예를 들어 블랙스톤(Blackstone)은 주석서에서 ‘단체는 그 능력과 관련하여 범죄를 저지를 수 없다’고 설명하였으며,¹⁵⁾ 이러한 설명은 미국에서도 동일하였다. 단체에게 형사책임을 물을 수 없는 이유는 다음의 몇 가지가 제시되었다.¹⁶⁾ 먼저, 단체는 가공의 실체로서 개인이 아니다. 둘째,

12) Edward B. Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure, 118 Yale Law Journal 126, 128 (2002).

13) 1 U.S.C. § 1.

14) Etzioni with Mitchell, "Corporate Crime", in: Pontell & Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, 187.

15) Blackstone, Commentaries on the Law of England, 1. Bd. S. 464 (1765)(Markus D. Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, C.H.Beck, 2005, S. 104에서 재인용).

16) Richard D. Hartley, Corporate Crime : a reference handbook, ABC-CLIO, Inc, 2008, 15.

단체가 형법적인 고의를 가질 수 있다고 입증하는데 도덕적인 문제가 있다. 셋째, 단체가 그 정관에 기재하지 아니한 행위에 대하여 형사책임을 진다고 법원이 판단하기는 어렵다는 점이다. 넷째, 형사소송법에 따르면 피고인은 법정에 출석해야 하는데 단체를 출석시킬 수는 없다.

그러나 이러한 원칙의 예외가 인정된 부분은 법적 의무의 불이행(nonfeasance)을 통하여 공적 생활방해(nuisance)를 야기한 경우로서, 철도용 다리를 보수하는 의무처럼 기업 자체에게 법률로서 의무를 부여하는 것이 합리적이며 기업의 구성원에게 의무위반의 책임을 묻기가 어려운 사안이었다. 이러한 위법행위는 엄격책임 범죄로서, 처벌을 위해서 주관적 구성요건요소와 적극적인 행위를 입증할 필요가 없었으며 제재방법도 벌금에 지나지 않아 기업의 형사책임을 인정한다고 하더라도 보통법상의 원칙과 크게 어긋나지는 않았다. 그 후에는 작위행위(misfeasance)를 통하여 엄격책임범죄를 저지른 경우에도, 부작위와 작위를 구별할 합리적인 이유가 없다는 점을 들어 단체의 형사책임을 인정하였다.¹⁷⁾

② New York Central & Hudson River Railroad v. United States 사건과 판례의 입장

엄격책임범죄의 범위를 벗어나 고의를 요구하는 범죄에서도 단체의 형사책임을 인정한 선구적인 판결은 New York Central & Hudson River Railroad v. United States 사건이다.¹⁸⁾ 이 사건에서는, 철도회사의 부운송매니저가 당시 화물운송과 관련하여 경쟁관계에 있던 선박보다 더 많은 화물을 유치하기 위해 이용자에게 불법적인 리베이트를 제공하였다. 당시 엘킨스 법(Elkins Act)에 따르면 운송회사의 매니저, 대리인 또는 종업원의 행위는 회사에 귀속되므로 철도회사는 종업원의 불법행위에 책임을 져야 했다. 그러나 철도회사는 이 법률에 따라 기업이 책임을 져야 한다면 무고한 주주들의 사유재산권이 침해될 수 있다는 이유로 이 법률이 위헌이라고 주장하였다. 그러나 미국연방대법원은 엘킨스 법의 규정이 법인을 제외한 개인의 리베이트만을 처벌한다고 해석하면 리베이트 공여를 금지

17) Wayne R. LaFare, Criminal Law, 3. Edit, West Group, 2000, § 3.10 (a).

18) 212 U.S 481 (1909). 이 사건에 대한 소개로 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책 제20권 제2호(2008), 45-46면.

하려고 하는 법률의 실효성이 문제가 될 수 있다고 보아 종업원의 리베이트 제 공에 대한 철도회사의 형사책임을 인정하였다.

이 판결은 법인의 대위책임을 인정하는 명문규정이 존재하는 특수한 사정에 기초한 것이나, 그 후에도 판례는 대위책임을 인정하는 명문규정이 없는 경우에 고의를 요건으로 하는 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 긍정할 때 이 판례를 빈번하게 인용하였다.¹⁹⁾ 예를 들어 종업원의 행위가 기업의 정책에 반하였거나 종업원의 행위 당시 유효한 준법감시 프로그램이 기업에 존재했던 경우에도 대위책임을 이유로 기업의 형사책임을 인정한 판례를 찾을 수 있다.²⁰⁾

그러나 이러한 원칙이 New York Central & Hudson River Railroad v. United States 사건으로 바로 확립된 것은 아니다. 가령 어떤 법률이 형사제재로 사형 또는 징역형만을 규정하고 있는 때에는 기업에게 그러한 형사제재를 집행할 수 없기 때문에 기소도 할 수 없다고 생각할 수 있다. 이러한 경우에 기업에게 징역의 벌금형을 부과하는 특별한 조문을 신설함으로써 문제를 입법적으로 해결하였다. 또다른 예로 위증죄나 강간죄, 살인죄 등의 범죄는 자연인만 저지를 수 있으며 기업은 저지를 수 없다는 판결들이 있었으나, 기업이 살인죄로 유죄판결을 받을 수 있다는 설시는 현재 확립된 판례의 내용이다.²¹⁾

2) 기업의 형사책임을 인정하기 위한 요건

① 객관적 불법요소

기업의 직원(agent)이 직무의 범위 내에서 적어도 부분적으로 기업의 이익이 되도록 행위한 때에는 원칙적으로 기업은 직원의 행위에 책임을 진다. 그러나 이러한 원칙은 상대화되는데, 가령 연방항소법원은 기업의 형사책임을 묻기 위해 피고용자가 주로 기업의 이익에 관심을 가질 필요는 없는데, 그 이유는 많은 피고용자들이 주로 자신의 이득을 위해서 행위한다는 사실을 법원도 인식하고

19) 이기현·박기석, 법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 26면.

20) Andrew Weissmann with David Newmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, 82 Indiana Law Journal 410, 422 (2007).

21) LaFave, Criminal Law, § 3.10 (a).

있기 때문이라고 판결한다.²²⁾ 하급심 법원도 ‘직원’ 및 ‘이익’이라는 구성요건요소를 넓게 해석해 기업의 형사책임을 인정하고 있다.²³⁾

객관적 불법요소(actus reus)와 관련하여 종업원의 행위는 반드시 그의 직무범위 내에 있어야 하며 직무수행 중 발생하여야 하며, 종업원은 기업을 위하여 범죄를 범하여야 하고, 적어도 기업의 이익을 위한다는 의사를 가지고 범행하여야 한다. 그러므로 기업의 종업원이 직무범위 이외의 행위를 스스로의 이익을 위해서 한 경우에는 기업에게 책임을 물을 수 없으나, 오로지 기업의 이익을 위해서 행위한 경우에만 기업의 책임을 물을 수 있는 것은 아니다.²⁴⁾ 기업의 종업원이 적어도 부분적으로나마 기업의 이익을 위한다는 동기를 가지고 있었다면 그의 행위가 실제로 기업에 해가 되거나 기업의 정책 또는 지침에 명시적으로 반한다고 하더라도 기업의 이익을 위한 의도를 인정할 수 있다.²⁵⁾

② 주관적 불법요소

A. 집단인식론

주관적 불법요소(mens rea)를 필요로 하는 범죄에 대하여도 기업의 형사책임이 인정된 결과로서, 어느 정도의 주관적 불법요소가 있어야만 책임을 인정할 수 있는지의 문제가 제기되었다. 대위책임을 인정하는 판례에서는 기업의 어떠한 구성원도 책임인정에 필요한 주관적 불법구성요소를 가지고 있지 못한 경우에도 집단인식(collective knowledge)의 결과로서 고의가 형성된다는 입장을 밝혀왔다.

U.S. v. Bank of New England, N.A. 사건²⁶⁾에서 연방제1항소법원은 은행의 거래보고의무위반에 대하여 판단하였다. 당시 자금규제법규에 의하면 각 금융기관은 10,000달러를 초과하는 금액의 이전에 관해서는 당국에 보고를 할 의무가 있었다. 그런데, 금액을 처리했던 당시 은행 직원들은 각각 자신들이 처리한 소

22) Weissmann with Newmann, 82 Indiana Law Journal 410, 422 (2007).

23) Diskant, 118 Yale Law Journal 126, 139 (2002).

24) U.S. v. Wagner, 29F.3d264(7th Cir, 1994),

25) United States v. Sun-Diamond Growers of Cal., 138 F.3d 961 (D.C. Cir. 1998); United States v. Basic Constr., 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983).

26) 821 F.2d 844(1st Cir. 1987). 이 사건에 대한 소개로 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 49면.

액의 자금 이전에 관해서는 알고 있었지만 거래내역을 모두 합쳤을 때 10,000달러가 넘는다는 사실은 누구도 알지 못하였다. 그러나 법원은 여러 명의 종업원이 10,000달러 이상 금액의 이전이라는 하나의 사안에 관한 완전한 지식을 보유한 것이 아니라, 각각의 종업원이 각자가 처리한 단편적인 소액의 금액이동이라는 내용만을 인지하고 있었다고 할지라도, 금액이동 업무를 처리한 모든 종업원의 인식을 모두 합쳐 기업의 주관적 불법요소로 간주할 수 있다고 판시하면서, 관련된 종업원의 모든 인식내용을 합하면 신고 없이 10,000달러 이상 금액을 이전한 법률위반행위에 관하여 은행이 인식하고 있었다고 판결하였다.

집단인식을 인정하여 기업에게 책임을 묻은 판례는 많지는 않으나, 판례가 인정하고 있는 대위책임의 원칙을 집단인식론과 결합하면 기업의 형사책임을 인정할 수 있는 범위가 매우 넓어진다는 점은 분명하다.²⁷⁾

B. 엄격책임범죄

주관적 불법요소의 요건을 완화하는 또다른 영역은 엄격책임범죄(strict liability crime)이다. 미국에서는 19세기 중반 이후 특히 주류판매를 규제하는 법규를 중심으로 일정한 규제법 위반사건에 대하여 주관적 불법요소의 증명을 요구하지 않는 판례가 형성되기 시작하였다.²⁸⁾ 그 이후 특히 연방식품의약품안전청(FDA)이 관할하는 분야에 대한 위법행위를 이유로 제약회사 및 식품회사의 경영자가 기소된 사건에서 엄격책임범죄에 관한 선도적 판결들이 나왔다.

그 예로 U.S. v. Dotterweich 사건²⁹⁾에서 피고인은 제약회사의 경영자 및 사장으로서 표시 및 성분이 부정한 의약품을 주간통상을 위해 운송했다는 혐의로 연방식품의약품법 위반으로 회사와 함께 기소되었으며 배심재판 이후 피고인에게만 유죄판결이 선고되었다. 이 사건에서 미국연방대법원은 적용되는 법률이 엄격책임범죄이기 때문에 정부는 피고인의 고의를 입증할 필요성이 없으며 피고인 개인이 책임을 지는지 여부는 주간통상을 위한 책임있는 기여(responsible share)

27) James T. O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, Oxford University Press, 2009, 23.

28) 박강우, “영미형법상 엄격책임의 이해”, 형사정책연구 제18권 제3호(2007), 250면.

29) 320 U.S. 277 (1943).

를 하고 있는지와 관련된다고 설시하였다. U.S. v. Park 사건³⁰⁾에서도 미국연방 대법원은, 소비자를 위한 약품과 식품의 안전성을 유지하는 것이 공중의 건강에 미치는 중요성으로 인해 개인에 대한 처벌의 필요성이 있다고 인정하였으며, 엄격책임범죄로 처벌하기 위해서는 피고인이 회사 내에서의 책임있는 위치로 인해서 위법행위를 방지하거나 신속히 교정할 책임과 권위가 있음에도 불구하고 그렇게 하지 못했다는 점만 입증하면 족하다고 판결하였다. 이 판결의 취지는 환경범죄사건에도 적용되었으며,³¹⁾ 입법자는 이러한 엄격책임범죄를 법률의 억제 효과를 강화하는 수단으로 활용하고 있다.

이론적으로는 엄격책임범죄와 대위책임은 차이가 있다. 엄격책임범죄에서 피고인은 요구되는 작위 또는 부작위에 참여했다는 점이 입증되어야 하나 주관적 불법요소를 입증할 필요는 없는 반면에, 대위책임에서는 행위자의 객관적 불법요소를 입증할 필요가 없으나, 종업원의 행위에 대한 주관적 불법요소는 필요하다는 점에서 그러하다.³²⁾

3) 이론적 접근

① 대위책임에 대한 찬반논거

전통적으로 기업의 형사책임을 인정하거나 부인하기 위하여 제시된 논거는 다음과 같다.³³⁾ 찬성하는 주장은 우선, 기업이라는 실체가 일반화되었으므로 그에 대한 효율적인 규율을 위해서는 기업의 형사책임도 인정할 필요가 있다. 둘째로, 주주에 대한 제재를 통하여 기업의 사업이 타인이나 공중의 권리 또는 선량한 질서를 해하지 않도록 주주가 감시하도록 한다. 셋째, 기업에게 부과된 의무의 부작위로 범죄가 규정되어 있거나 기업 내부에서 책임이 너무 광범위하게 분화하여 어떤 개인이 책임을 져야 할지를 확정하기 어려운 등의 경우에는 결국 기업을 기소할 수 있을 뿐이다. 넷째, 직원 개인을 기소할 수 있다고 하더라도 기업

30) 421 U.S. 658 (1974). 이 판결에 대한 소개로 김종덕, “기업범죄에 있어서 개인의 형사책임”, 한국법학회 법학연구 제18집(2005), 336면.

31) U.S. v. Johnson & Towers, Inc., 741 F.2d 662 (3d Cir. 1984).

32) LaFave, Criminal Law, § 3.9.

33) 아래의 설명은 LaFave, Criminal Law, § 3.10 (b).

전체의 일반적인 관행에 기인하여 범죄가 발생한 경우 그 개인만을 처벌하는 것은 정당하지 않다. 다섯째, 불법한 범죄수익을 방지하기 위해서는 불법한 사업으로 이득을 얻는 당사자에게 벌금을 부과하여야 한다. 여섯째, 개인에 대한 형사절차보다 기업에 대한 형사절차가 범죄를 기업과 관련시키는 인상을 대중에게 줄 수 있다. 일곱째, 대위책임이 정범에 대한 형벌보다 가혹하지 않을 수 있다.

반면에 기업의 형사책임을 반대하는 논거는 다음과 같다. 첫째, 기업에 대한 벌금의 부과는 결국 벌금의 경제적 비용을 소비자에게 높은 가격이나 비용으로 전가하게 되어 이익을 감소시키는 제재로 적절하지 않다. 둘째, 대중적인 기업으로써 주식이 여러 주주에게 분산되어 있는 경우에는 주주가 사업을 통제할 수 없기 때문에 통제에 실패했다는 이유로 주주를 처벌해서도 안 된다. 셋째, 기업에 대한 처벌은, 더 큰 억제효과를 지닐 수 있는 기업의 구성원에 대한 처벌을 회피하는 희생양이 될 수 있다. 넷째, 불법행위자로부터 수익을 박탈하는 것이 형법의 기능이라고 볼 수 없으며, 벌금은 위법한 활동으로 수익을 얻은 자에 대해서가 아니라 주주에 대한 처벌이 될 것이다. 다섯째, 기업에 대한 기소는 대중에게 충분히 알려지지 않기 때문에 기업의 이미지에 대한 손상도 없을 것이다.

② 평 가

대위책임을 통하여 기업의 형사책임을 인정하기 위한 이론은 매우 단순하고 논리적인 것처럼 보인다. 즉, 기업은 실체가 아니라 법률적인 의미에서만 사람이며, 기업이 책임을 져야 하는 피고용자를 통해서만 행위할 수 있다. 그러므로 기업의 형사책임을 존재한다면, 피고용자를 통해서 행위를 하는 기업은 그들의 행위에도 마땅히 책임을 져야 한다는 것이다. 하지만, 이는 이성적인 정책적 판단의 산물이 아니라 “아무도 먹이거나 기르거나 키우지 않았음에도 불구하고 저절로 자라난 것”³⁴⁾으로서 “이론적 정당화 없이 발전하였다.”³⁵⁾ 즉 기업이 법률적인 의미에서의 사람(法人)으로서 그 구성원과 구별된다고 하면서 기업의 형사책임을 묻는다는 것은, 결국 기업과 법률상 구별되는 타인이 행한 범죄행위에 대

34) Gerjard O.W.Mueller, Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Crime Liability, 19 U.Pitt.L.Rev. 21, 21 (1957) (Diskant, 118 Yale Law Journal 126, 172 (2002)에서 재인용).

35) Weissmann with Newmann, 82 Indiana Law Journal 410, 412, 418 (2007).

한 형사책임을 지게 하는 것을 의미한다.³⁶⁾

이러한 논의는 모순적이면서도 실용적이다.³⁷⁾ 가령 어떤 가정의 가장이 이웃 집에서 절도를 하였다고 하더라도 그 가족의 다른 구성원에 대하여 형사소추가 이루어지지 않는음에도 불구하고 기업은 그와 다르게 취급된다. 다르게 취급해야 할 이유는 무엇보다도 그 필요성에서 찾아야 할 것이다. 기업은 매우 강력한 존재이므로 형벌이라는 강력한 수단을 통해서라도 제재할 필요가 있으며, 기업은 개인보다 자력이 풍부하기 때문에 손해를 배상할 능력도 개인보다 높으며, 기업의 의사결정구조가 복잡하여 원인행위자가 누구인지를 파악하기 어려운 상황에서 기업에게 책임을 물을 수 있으며, 기업의 입장에서도 유죄담변협상을 통하여 자신의 책임을 경감받을 수 있다는 등의 주장은 실용주의적인 대응의 전형적인 예이다. 고위관리직원이 행위에 관련되었는지 여부와 관계없이 기업의 형사책임을 인정하는 미국법원의 입장도 기업범죄로부터 대중을 폭넓게 보호하기 위한 실용주의적 접근의 결과이다.³⁸⁾

③ 대위책임에 대한 비판

A. 민사판결과 형사판결의 부조화

이미 서술하였듯이, 기업의 형사책임의 근거는 대위책임으로서 민사법의 불법 행위법에서 발전된 사용자책임이며 20세기 중반에 한 연방항소법원은 “본질적으로는, 고의 또는 잘못된 목적이라는 요소에 기반한 기업의 형사책임과 민사책임은 더 이상 차이가 없다”고 밝혔다.³⁹⁾ 그런데 미국연방대법원은 최근 직장내 성희롱에 관한 몇몇 사건⁴⁰⁾에서 민권법(Civil Rights Act) 제7장⁴¹⁾이 적용될 사안에 민법상의 대위책임을 예외없이 적용할 수는 없다고 판결하였다. 종업원의 행위에

36) Bernd Schünemann, The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective, 8 Buffalo Criminal Law Review 35, 39 (2004).

37) 박강우, “최근 미국의 기업범죄 실태와 규제동향”, 304면.

38) 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 56면.

39) Egan v. U.S. Union Elec. Co. of Mo., 137 F2d, 369, 379(8th Cir.1943). Weissmann with Newmann, 82 Indiana Law Journal 410, 421 (2007)에서 재인용.

40) Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998); Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998); Kolstad v. American Dental Ass'n, 527 U.S. 526 (1999).

41) 42 U.S.C. Chapter 21(Equal Employment Opportunities).

대한 기업의 민사책임을 제한하는 판결들은 형법상의 대위책임도 무제한적으로 인정할 수 없다는 설득력있는 논거가 될 수 있다.

B. 의회의 입법권 침해

대위책임을 인정하는 선구적인 판례인 *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* 사건에서 적용여부가 문제가 되었던 엘킨스 법은 종업원의 행위에 대한 기업의 책임을 명시하고 있었다. 그러므로 연방대법원의 판결은 실제로는 미연방헌법이 보장하고 있는 기업의 형사책임에 관한 의회의 법률제정권을 확인하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 그 이후의 미국연방대법원 및 연방항소법원의 판결들은 기업의 형사책임에 관한 명문규정이 없는 경우에도 선례로 이 판결을 인용하고 있기 때문에 결과적으로 헌법이 보장하고 있는 의회의 권한을 침해하고 있다고 볼 수 있다.⁴²⁾

C. 형사제재로서의 준법감시의 효율성 확보의 어려움

다음으로, 연방양형지침에서는 기업이 법위반을 예방하고 감지할 효과적인 프로그램을 입증할 수 있을 경우에는 위반등급을 감경하고 보호관찰을 명하기 위해서 이러한 프로그램이 있어야 한다고 규정하여 준법감시 및 윤리프로그램의 중요성을 강조하고 있다. 그러나 기업에게 대위책임을 엄격하게 묻는 현재의 체계는 기업이 효과적인 준법감시 프로그램을 시행하기 위한 유인을 제공하지 못한다. 가령 어떤 기업이 최상의 준법감시 프로그램을 가지고 있음에도 불구하고 범죄가 발생했다면 프로그램을 가지고 있다는 사실은 결국 기업에게 아무런 이익이 되지 않는다.⁴³⁾ 실제로 2009회계년에 연방법원에서 재판을 받은 조직 중 효과적인 준법감시 및 윤리프로그램을 갖추고 있다는 이유로 책임점수를 감경받은 사례가 없다는 사실⁴⁴⁾도 이러한 평가를 뒷받침한다. 그렇다면 기업범죄에 대한

42) *United States v. Uonia Management S. A.*, 555 F.3d 303 (2d Cir. 2009) 사건의 피고인 측의 이러한 주장에 관하여 Kathleen F. Brickey, *Corporate and White Collar Crime* 2010, 4, Edit., Aspen Pub, 2009, 16.

43) Weissmann with Newmann, 82 *Indiana Law Journal* 410, 432 (2007). 이를 보여주는 판결로서 *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656 (2d Cir. 1989).

44) U. S. Sentencing Commission, 2009 Annual Report, 43.

현재의 형사제재를 효과적으로 활용하여 기업범죄를 감소시키기 위해서는, 판례가 인정하는 대위책임의 법리를 제한해야 할 필요성이 있다고 보인다.

나. 동일성이론

1) 모범형법전의 규정

모범형법전 제2.07조는 ‘법인, 법인격 없는 사단 및 이들을 대표하여 행위를 하는, 또는 행위를 할 의무가 있는 자들의 책임’이라는 제목으로 기업의 형사책임에 관한 내용을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 모범형법전은 기업의 형사책임이 인정될 수 있는 경우를 세 가지 유형으로 구분하는데,⁴⁶⁾ 먼저 당해 죄가 질서위반행위(violation)이거나 기업에게 형사책임을 귀속시키려는 입법자의 의도가 명백히 법률에 규정되어 있으며 기업의 직원⁴⁷⁾이 기업을 위하여 권한 또는 직무범위 내에서 한 행위에 대하여 기업의 책임이 인정된다.⁴⁸⁾ 이는 가장 넓은 의미의 형사책임을 인정하고 있는 것이나, 엄격책임(절대적 책임)⁴⁹⁾이 부과된 죄 이외에 당해범죄의 주요사실에 대해 감독책임을 지는 고위관리직원이 범행을 방지하기 위하여 상당한 노력을 기울였다는 사실을 우월적 증거로 입증하였을 때에는 기업이 형사책임을 지지 않는다.⁵⁰⁾

둘째로 당해 죄가 법률상 기업에 과하여진 특정한 작위의무의 부작용으로 규정된 경우 기업은 형사책임을 진다.⁵¹⁾

셋째로 당해 범행이 이사회 또는 그 직무범위 내에서 법인을 대표하는 고위관리직원에 의하여 승인, 요청, 명령, 수행했거나 부주의하게 감수한 때에는 기업

45) 번역은 법무부, 미국모범형법·형사소송규칙(법무자료 제50집), 1983, 32면.

46) The American Law Institute, Model Penal Code official Draft and explanatory Notes, 1985, 34.

47) 이때의 직원은 기업이나 사단을 대표하여 행위를 할 권한을 부여받은 이사, 임원, 종업원, 피고용자 기타의 자이며 법인격 없는 사단의 경우에는 동 사단의 구성원을 말한다. Model Penal Code § 2.07(4)(b)

48) Model Penal Code § 2.07(1)(a).

49) 범행에 관하여 절대적 책임이 부과되는 경우에는 반대의 뜻이 명백하게 표현되지 아니하는 한 법인에게 책임을 과한다는 입법목적이 추정된다. Model Penal Code § 2.07(2).

50) Model Penal Code § 2.07(5). 이는 판례가 인정하고 있지 않은 상당한 주의의 항변(due diligence)을 규정한 것이다.

51) Model Penal Code § 2.07(1)(b).

이 형사책임을 진다.⁵²⁾ 이는 영국판례가 확립한 동일성원칙(the doctrine of identification)의 수용이라고 볼 수 있다.⁵³⁾

2) 평 가

모범형법전의 규정은 상대적으로 좁게 규정되어 있다고 할 것이다. 모범형법전에 따르면, 질서위반행위를 제외하면 기업은 고위관리직원의 행위에만 책임을 진다. 반면 보통법 및 판례의 법리에 따르면 직원이 기업을 위하여 행위했다면 직원의 기업 내에서의 지위와 무관하게 기업은 책임을 져야 하며, 이는 민법의 불법행위법에서 발전한 사용자책임(respondeat superior)의 원리를 제한없이 적용한 것이다.⁵⁴⁾ 그리고 사용자책임을 적용할 때에는 입법자의 의도는 고려대상이 아니며, 기업의 직원이 상당한 주의를 기울였는지와 무관하게 책임을 지며, 고위관리직원의 주관적 불법요소라는 개념을 법인의 형사책임을 위해 새롭게 인정할 필요도 없다.⁵⁵⁾

연방판례의 법리는 불법행위법에서 일반화되어 있는 사용자책임을 법인의 형사책임을 일반원리로 도입함으로써 민사책임과 형사책임을 불명확하게 하였다. 이에 반하여 모범형법전은 실질적으로 법인의 의사결정을 맡은 지위에 있는 개인의 책임만을 법인에 귀속함으로써 고유한 책임을 확립하고 있으며,⁵⁶⁾ 모범형법전의 입장을 따라 고위관리직원의 행위가 있을 때만 법인의 형사책임을 인정하는 주의 입법제도 찾을 수 있다.⁵⁷⁾

52) Model Penal Code § 2.07(1)(b). 고위관리직원이란 기업이나 사단의 임원, 조합의 조합원, 또는 기타 그 행위가 당해 법인이나 사단의 정책을 대표한다는 상당한 추정을 받을 정도의 책임과 같은 의무를 부담하는 직원을 말한다. Model Penal Code § 2.07(4)(c)

53) 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정. 동일성원칙에 관한 논의로 이 판결에서의 이공현 재판관의 별개의견.

54) LaFare, Criminal Law, § 3.10 (b).

55) 송기동, “영미 형사책임을의 전개”, 58면.

56) 이기현·박기석, 법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 45면.

57) 그 예의 하나는 애리조나 주 형법전(Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-305)이다. 다른 예는 이천현, “법인의 범죄주체능력과 형사책임”, 형사법연구 제22호 특집호(2004), 60면 참조.

II. 개인의 형사책임

가. 이 론

기업의 형사책임에 관한 논의가 발전되었다고 하더라도 개인이 범죄에 대한 책임을 져야 한다는 근본적인 생각은 달라지지 않았다. 즉, 기업에 종사하는 개인은 기업이 형사책임을 지는지와 무관하게 항상 형사책임을 져 왔다. 따라서 기업에 대한 형사기소는 유책한 개인에 대한 기소의 대체물이 될 수 없으며, 이는 기업이 기소된 경우에도 유책한 개인에 대한 기소가 중요하다고 강조하는 미연방법무부의 정책에서도 드러난다.⁵⁸⁾

기업의 경영자, 관리자, 직원 모두는 기업의 범죄행위와 관련하여 기소의 대상이 될 수 있다. 먼저 개인이 범행에 직접적으로 참여한 때에는 그 행위를 이유로 기소될 수 있으며, 타인의 범행을 도와준 때에는 공범의 책임을 진다.⁵⁹⁾ 반면에, 엄격책임범죄에서는, 이미 언급한 U.S. v. Dotterweich 사건과 U.S. v. Park 사건에서 보듯이, 자신이 책임을 지는 영역에서 발생한 위법행위를 방지하거나 시정하지 못한 경우에는 그러한 행위에 기여하는 어떠한 행위를 하지 않았다고 하더라도 형사책임을 진다.

모범형법전에 의한 개인의 형사책임에 관해서는, 모범형법전이 기업 내부의 개인의 형사책임에 관해서도 대위책임론을 인정하지 않고 있기 때문에 기업의 경영자는 임직원의 행위에 바로 형사책임을 지는 것이 아니라 공범처벌의 일반 원칙에 합치하는 경우에 한하여 책임을 진다는 설명도 있으나⁶⁰⁾ 제2.07조(6)은 기업을 위한 행위에 대하여 개인의 책임을 인정하고 있으므로 공범책임의 원칙을 확장하고 있다고 보아야 한다.⁶¹⁾ 이 조문에 의하면 자기 자신을 위하여 행한 것과 같은 정도로 기업을 위하여 행위한 자는 형사책임을 지며, 법령이 기업에

58) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 41.

59) 그러나 공범의 책임에 관한 기준은 연방항소법원마다 다르며, 심지어 한 항소법원의 판결에서도 서로 다른 내용을 볼 수 있다. 그에 관하여 O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 43.

60) Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, S. 105.

61) The American Law Institute, Model Penal Code official Draft and explanatory Notes, 35.

대하여 어떠한 작위의무를 지게 할 때 그러한 작위의무의 불이행을 방지할 1차적 책임을 지는 개인은 기업의 무모한 부작위에 대하여 형사책임을 진다.

나. 현 황

비록 기업범죄에 대한 정확한 통계자료는 존재하지 않으나,⁶²⁾ 역사적으로 보면 미국에서 기업범죄에 대한 처벌은 많지 않았으며, 기업의 경영진에 대한 처벌이나 법적 제재도 마찬가지였다.⁶³⁾ 기업범죄에서의 이사진의 개인적 책임에 대한 한 연구에 따르면 1968년에서 2003년까지 주주들과의 소송에서 이사진이 스스로의 돈을 댈으로써 사건을 해결한 사례는 4건에 지나지 않았다.⁶⁴⁾

그러나 기업범죄의 발생에 대응하기 위해 2002년에 연방 법무성 기업사기전담팀(Corporate Fraud Task Force)이 구성되었으며 연방 법무성의 2008년 자료에 따르면 기업사기전담팀이 구성된 이후 2008년 4월까지 약 1,300건의 유죄판결을 이끌어냈다. 이 중에는 200명 이상의 기업회장 및 최고경영자, 120명 이상의 부회장, 50명 이상의 회계책임자에 대한 유죄판결이 포함되어 있다.⁶⁵⁾

제3절 미국에서의 기업범죄에 대한 형사제재

I. 연방양형법 및 양형지침

미국에서 1980년대에 양형의 불균형이 사회적 문제가 되자 각 주에서 이를 해결하기 위한 대안으로서 양형기준제가 논의되기 시작하였고, 미국연방의회는 1984년에 양형개혁법(Sentencing Reform Act)을 제정하여 이러한 개혁방향을 구

62) Etzioni with Mitchell, "Corporate Crime", in: Pontell & Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, 188; Hartley, Corporate Crime : a reference handbook, 62.

63) Gruner, "Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities", in: Pontell & Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, 280.

64) 박강우, "최근 미국의 기업범죄 실태와 규제동향", 309면.

65) Corporate Fraud Task Force, Report To The President 2008, iii.

체화하였다.⁶⁶⁾ 이 법률의 목적은 실제로 복역할 기간을 강제하고 부과된 형이 완전히 집행되기 이전에 가석방되지 못하도록 함으로써 양형의 확실성을 증대시키며, 법관에게 양형이유를 제시하도록 요구하고, 양형에서 비례성을 달성하며 정당하지 않은 불균형을 줄이고, 양형에서 법관의 재량을 통제할 지침을 개발하기 위한 양형위원회를 설립하는 것 등이었다. 이에 따라 발족된 연방양형위원회가 작성한 양형지침은 1987년 11월 1일부터 시행되었다.⁶⁷⁾

양형법 및 양형지침에 의하면, 범죄자가 검찰에 충분하게 협조하였거나, 양형위원회가 양형기준법 제정 당시에 적절하게 반영하지 못하였고 양형에 반영되어야 할 가중사유 또는 감경사유가 있다(18 U.S.C. § 3553(b))고 판단한 경우를 제외하면 판사는 양형범위를 벗어난 형을 선고할 수 없었다. 그러나 미국 연방대법원은 2005년의 *U.S. v. Booker*⁶⁸⁾ 판결에서 연방양형기준법의 적용과 관련하여 법정형을 넘어서서 형을 가중하면서 배심원에 의하지 아니하고 판사 혼자서 단순히 증거의 우위에 의하여 증거판단을 하는 것은 배심원에 의하여 재판받을 권리를 규정한 연방수정헌법 제6조에 위배되어 무효라고 판결하였다. 연방양형지침의 기속력에 관한 규정(18 U.S.C. § 3553)은 자연인에 대한 양형지침과 기업에 대한 양형지침을 구분하지 않기 때문에, 부커 판결의 결과로 개인에 대한 양형지침과 마찬가지로 기업에 대한 양형지침은 강제력이 없다.

부커 판결 이후 연방양형지침은 더 이상 강제력을 지니고 있지는 않지만 양형에서 고려해야 할 중요한 요소로 여전히 작용하고 있다.⁶⁹⁾ 실제로도 지방법원 판사들은 이 판결을 통해 회복된 양형재량의 행사를 자제하면서 마치 연방양형기준이 여전히 기속적인 효력을 지닌 것처럼 형을 선고하였으며, 부커 판결 이후 2년간 연방 양형기준제도는 양형기준 범위 이하에서 선고되는 형의 비율만 약간 상승하였을 뿐 전체적으로는 큰 변화가 없었다.⁷⁰⁾

66) 최병문, “미국의 양형제도 - 연방양형기준표와 답변협상 -”, 비교형사법연구 제2권 제2호 (2000), 188면.

67) 오영근·최석윤, 양형의 합리화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 18면.

68) 이 판결에 대한 설명으로 박용철, “미국의 현대 양형 제도 연구 : Blakey 판례와 Booker 판례를 넘어서”, 비교형사법연구 제7권 제2호(2005), 331-372면; 신승호, “Booker 판결 이후 연방 양형 제도의 동향”, 형사법의 신동향 제12호(2008/2), 23면 이하.

69) *Kimbrough v. U.S.*, 128 S.Ct. 558, 564 (2007).

70) 신승호, “Booker 판결 이후 연방 양형제도의 동향”, 29면.

II. 기업에 대한 연방양형지침의 형사제재

기업에 대한 양형과 관련하여 양형개혁법은 두 가지로 작용하였다. 우선, 연방 양형위원회가 창설되어 연방양형지침 및 조직(organization)에 대한 양형지침을 작성하였다. 다음으로 양형개혁법에 따라 조직에 대한 벌금의 체계가 달라졌는데, 조직에 대한 벌금을 상향하였으며 조직에 대하여 자연인보다 중한 벌금형을 부과할 수 있도록 하였다.⁷¹⁾

이는 조직에 대한 기존의 형사제재가 공평하지 못하며 너무 약하다는 관점에서 기인하였다. 양형개혁법 이전에는 연방법은 일반적으로 행위자가 자연인인지 조직인지 여부와 무관하게 동일한 벌금을 부과하였다. 그러나 대기업에 대한 벌금형은 그 액수가 너무 낮아 범죄가 큰 경제적 이익을 가져다 줄 경우에는 억제효과를 가질 수 없다는 문제점이 있었다.⁷²⁾ 양형개혁법은 이러한 문제를 해결하기 위하여 조직에 대한 벌금형의 상한을 크게 올렸다. 예를 들어 양형개혁법 이전에는 우편 사기에 대한 조직의 벌금액수는 중죄임에도 불구하고 공소사실 당 1,000달러 이하였으나 양형개혁법의 제정 및 관련법이 개정된 이후에는 중죄에 대한 벌금액은 50만 달러 이상이 되었으며, 이로써 조직에 대한 제재의 총합은 조직의 범죄행위로 인해 발생한 경제적 손해와 거의 대등한 정도가 되었다.⁷³⁾ 그 외에도 보호관찰에 관한 내용을 명확하게 하였다.⁷⁴⁾

1991년 11월 1일부터 적용된 조직에 관한 연방양형지침인 제8장은 조직이 범한 모든 연방중죄와 A등급 경죄에 적용되며,⁷⁵⁾ 이 지침에 의한 형사제재는 벌금, 피해구제 및 범죄예방을 위한 제재, 보호관찰 등이 있는데, 그중 가장 중요한 제재수단은 벌금이다.

71) Timothy A. Johnson, Sentencing Organizations After Booker, 116 Yale Law Journal 632, 640 (2006).

72) 이기현·박기석, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안, 58면.

73) Johnson, 116 Yale Law Journal 632, 641 (2006).

74) 김재봉, “기업에 대한 보호관찰의 도입가능성 검토”, 비교형사법연구 제8권 제2호(2006), 809면; 천진호, “기업범죄와 형사적 규제”, 77-78면.

75) USSG § 8A1.1.

III. 형사제재의 내용

가. 벌금

제8장 중 벌금에 관한 규정은 재산상의 손해가 쉽게 산정될 수 있는 사기, 절도, 조세범죄 등에 한하여 적용된다.⁷⁶⁾ 그 외에도 반독점법 위반이나 뇌물죄 등에는 조직에 관한 벌금산정에 관한 특별규정이 있다.⁷⁷⁾ 반면에 연방양형지침은 환경오염, 식품,약품, 농산물과 소비재, 개인의 권리에 관한 죄, 사법질서에 관한 죄(음모, 사법방해, 위증 등) 및 국가적 법익에 관한 죄에 관하여는 벌금규정을 두고 있지 않다. 이러한 범죄에 대하여는 18 U.S.C. § 3553, 3572에 따라 적절한 벌금 액수를 정한다.⁷⁸⁾

연방양형지침에 의한 벌금액의 산정은 기준벌금액의 산정, 죄책평가에 의한 벌금액의 상한과 하한의 산출, 산출벌금액의 조정과 구체적인 벌금액의 결정이라는 과정을 거쳐서 정해진다. 양형지침은 연방법전의 범죄구성요건을 열거하며 각각의 범죄마다 수치를 매겨두고 있다. 이는 기준위반등급(base offence level)이라고 하며 구체적 형량을 산정하기 위한 출발점이 된다. 기업에 대해서도 위반등급에 따라 기준벌금액(base fine)이 산정되는데, 최저위반등급인 ‘6점 이하’인 경우에는 기준벌금액이 5,000달러이고, 최고위반등급인 ‘38점 이상’에 달하는 경우에는 72,500,000 달러이다.⁷⁹⁾

나. 피해구제 및 범죄예방을 위한 제재

범죄행위로 인한 피해의 구제를 위한 형사제재는 원상회복, 개선명령, 사회봉사 명령, 피해자에 대한 고지가 있다. 원칙적으로, 법원은 범죄로 인해 발생하거나 발생할 위험이 있었던 손해를 조직이 피해자에게 전보하거나 다른 방법으로 손

76) USSG § 8C2.1.

77) USSG § § 2B4.1(c); 2C1.1(d); 2R1.1(d).

78) 양형지침에 따른 벌금액의 산정방법에 대한 설명은 이기현·박기석, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안, 62면 이하.

79) USSG § 8C2.4.

해를 구제할 수 있는 모든 방안을 요구하여야 한다. 원상회복이나 원상회복을 내용으로 하는 보호관찰은 범죄피해자를 확정할 수 있을 때의 보상이 될 수 있다. 개선명령이나 사회봉사명령을 내용으로 하는 보호관찰은 발생하거나 발생할 위험이 있었던 손해가 다른 방법으로는 구제할 없을 때 손해를 제거, 감소 또는 복구할 수 있다. 피해자에 대한 고지는 범죄피해자를 확정할 수 없을 때 사용할 수 있다.⁸⁰⁾

법원은 피고인에 대하여 주형 또는 보호관찰이나 감독부석방의 준수사항으로 원상회복을 선고하여야 하며, 벌금과 원상회복을 동시에 명한 경우 피고인이 납부할 금액은 우선적으로 원상회복을 위해 사용해야 한다.⁸¹⁾ 개선명령은 원상회복이 피해자에 대한 구제를 위해 불충분한 경우에 보호관찰의 준수사항으로 선고될 수 있다.⁸²⁾ 사회봉사명령은, 범죄로 인해 발생한 손해를 회복하기에 적절하게 구성되어 있는 경우에 보호관찰의 준수사항으로 선고될 수 있다.⁸³⁾ 피해자에 대한 고지는 개인 및 기업에 공통된 형사제재방법으로서, 법원은 피고인에게 피해자에 대한 고지를 위한 통지비용을 부담하게 할 수 있다.⁸⁴⁾

범죄예방을 위한 제재는 준법감시 및 윤리프로그램의 시행이 있다. 기업이 위반을 예방하고 감지할 효과적인 프로그램을 입증할 수 있을 경우에는 위반등급이 3점까지 감경된다. 특히 50명 이상의 근로자가 일하는 기업에 대하여 보호관찰을 부과하기 위해서는 그 기업이 이러한 프로그램을 가지고 있어야 한다.⁸⁵⁾

다. 보호관찰

보호관찰은 ① 피해배상의 확보, 구제명령의 실시, 사회봉사명령의 이행을 위해 필요한 경우, ② 기업에 대하여 피해배상, 벌금, 특별부과금 등 재산형이 선고되

80) USSG § 8B1. Introductory Commentary.

81) USSG § 8B1.1.

82) USSG § 8B1.2.

83) USSG § 8B1.3.

84) USSG § 8B1.4, § 5F1.4.

85) 준법감시의 내용에 관한 설명으로 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호(2010년 봄), 78면.

었으나 즉시 완납되지 않은 상태에서 추후의 이행을 확보하기 위해 일정한 활동 제한이 필요한 경우, ③ 기업이 준법감시 또는 영리경영 프로그램을 구비하지 않은 경우, ④ 기업이 과거 5년 이내에 유사한 위법행위를 행한 경우, ⑤ 기업의 고위임원 또는 부서가 위법행위에 가담하고, 그 자가 과거 5년 이내에 유사한 위법행위를 행한 경우, ⑥ 장차 범죄의 가능성을 감소시키는 기업내 변화를 확보하기 위하여 필요한 경우, ⑦ 기업에 부과된 보호관찰에 벌금이 포함되지 않은 경우, ⑧ 양형개혁법에 열거된 양형목적의 달성에 필요한 경우에 명해져야 한다.⁸⁶⁾

IV. 형사제재의 적용현황

2009회계년에 재판을 받은 조직의 수는 177개로 2008회계년(198개)과 비교하였을 때 10.6 % 감소하였으며 2007회계년(196개)과 비교하면 9.7% 감소하였다. 이 중 96%(170개)가 유죄판결을 받았으며 7개(4.0%)는 배심재판에서 유죄판결을 선고받았다.⁸⁷⁾

2009회계년에 선고된 177건 중 원상회복은 52건(29.4%)이었으며 벌금형은 131건(74.0%)에서 부과되었다. 원상회복액의 중간값은 310,053달러이고 벌금액의 중간값은 119,000달러였다. 가장 높은 벌금은 식품의약품법을 위반한 제약회사에 대한 5억1500만달러였다. 두 번째(4억4850만달러) 및 세 번째(4억200만달러)로 높은 벌금액은 뇌물죄를 저지른 건설회사에 부과되었다. 원상회복으로 선고된 가장 높은 액수는 1550만달러로서 사기죄를 저지른 조직에게 부과되었다.

원상회복 및 벌금형 이외에도 177개의 조직 중 131개(74.0%)가 1개월 이상의 보호관찰을 선고받았으며 9개(5.1%)는 준법감시 또는 기업윤리개선을 명령받았다.⁸⁸⁾

86) USSG § 8D1.1.

87) U. S. Sentencing Commission, 2009 Annual Report, 42.

88) U. S. Sentencing Commission, 2009 Annual Report, 43.

제4절 기업범죄의 유형

I. 들어가며

가. 입법기술: 관할과 기소

미 연방헌법 제1조 VIII ③은 ‘합중국의회는 외국과의, 각 주 상호간 및 인디언 종족과의 통상을 규율하는 권한을 갖는다’고 규정한다.⁸⁹⁾ 이러한 주간통상(interstate commerce) 조항은 많은 연방법률에서 적용대상을 확정하는 준거로서 이용된다. 예를 들어서 전신사기죄(18 U.S.C. § 1343)를 적용하기 위한 요건 중 하나는 주간통상이다. 리코 법(RICO Act)은 기소를 위해서 ‘주간 통상 또는 해외 거래에 참여한 사업이나 그에 영향을 미치는 활동’을 요구하며(18 U.S.C. § 1962) 홉스 법(Hobbes Act)도 강도 또는 강요가 통상에 영향을 미쳤을 것을 요구한다. 그리고 우편 및 조세에 대한 합중국의회의 법률제정권(연방헌법 제1조 VIII ①, ⑦)에 기반한 우편사기(18 U.S.C. § 1341) 및 조세범죄(26 U.S.C. § 7601-7607) 등의 처벌조문도 기업범죄의 처벌을 위해 활용된다.

그러나 어떠한 행위는 주 안에서 이루어졌음에도 불구하고 연방법률 위반으로 기소될 수 있다. 예를 들어 *Perez v. U.S.* 사건⁹⁰⁾에서 연방대법원은 소비자신용보호법 위반(Consumer Credit Protection Act: 18 U.S.C. § 891 이하)을 이유로 한 기소에 관하여 판단하면서, 비록 신청인의 고리대금업은 주 안에서 이루어졌다고 하더라도 고리대금업은 조직범죄로서 연방의회가 법률을 제정할 대상이므로 신청인은 통상에 영향을 미치는 강요적인 신용거래에 참여한 자 중 하나라고 판단하였다.

다음으로 하나의 행위는 연방법률 위반과 주법률 위반으로 동시에 기소될 수 있다. 연방과 주는 독립된 주체로서 모두 주권을 보유하고 있어 어떠한 행위를 처벌할 것인가에 대하여 독자적으로 결정할 수 있기 때문이며, 원칙적으로 이중 기소의 문제는 발생하지 않는다.

89) 번역은 최대권, 영미법(개정중보판), 박영사, 1991, 388면.

90) 402 U.S. 146 (1971).

나. 처벌조문의 개관

기업범죄에 관한 처벌조문은 크게 두 가지로 구분할 수 있는데, 하나는 연방 형법전에 규정된 범죄들(Title 18 Offences)이며 다른 하나는 개별 법률에 규정된 처벌조문들이다. 매우 많은 처벌조문이 다양한 분야에 규정되어 있는데, 2004년의 한 연구에 따르면 4,000여개의 범죄가 약 27,000명의 연방법전에 기재되어 있다.⁹¹⁾

연방형법전에 규정된 모든 구성요건이 기업범죄의 소추 및 처벌에 이용되지는 않는데, 그 중 특히 선호되는 조문은 우편사기이다. 이는 우편사기죄 조문의 적용범위의 광범위함과 입증의 간편함 때문인데,⁹²⁾ “화이트칼라 범죄를 수사하는 연방검사에게, 우편사기에 관한 처벌조문은 스트라디바리우스⁹³⁾이며 콜트 45⁹⁴⁾이고 루이스빌 슬러거⁹⁵⁾이고 퀸아트⁹⁶⁾이며 진정한 사랑이다”⁹⁷⁾라는 표현은 우편사기의 선호도를 잘 보여준다.

우편사기는 도산법(Bankruptcy Act), 랜드럼-그리핀 법(Landrum-Griffin Act), 쟁킨스 법(Jenkins Act), 연방장물법(National Stolen Property Act), 소비자신용보호법(Truth in Lending Act) 등으로 기소될 수 있는 범죄를 처벌하는데 이용되며 증권법 위반행위에 대한 처벌에도 활용된다. 미국연방대법원은 Edwards v. U.S. 사건⁹⁸⁾에서, 증권법위반이 성립할 경우 우편사기죄의 적용이 배제된다는 주장에 관하여 두 법률은 모두 유효한 법률로써 함께 적용된다고 판결하였다.

환경범죄 및 컴퓨터범죄 등 새로운 유형의 범죄들도 기업범죄를 규율하는 도구가 된다. 연방양형위원회의 연례보고서에 따르면, 조직에 관한 2009회계년의 연방법원의 177건의 판결에서 가장 많이 적용된 범죄는 사기(65건: 36.7%)이다.

91) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 47.

92) Ellen S. Podgor & Jerold H. Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 4, Edit., 2009, 58.

93) 바이올린의 명기 중 하나.

94) 권총 중 하나.

95) 프로야구 선수들이 쓰는 나무방망이 중 하나.

96) 조리용품 제조회사의 이름.

97) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 48에서 재인용.

98) 312 U.S. 473 (1941).

그 외에 중요한 범죄는 환경오염(19.2%), 자금세탁(7.3%), 수출입관련범죄(5.6%) 및 반독점법 위반(5.1%) 등이다.⁹⁹⁾

다. 최근의 입법례

1) 사베인-옥슬리 법(Sarbanes-Oxley Act)

2002년의 사베인-옥슬리 법(공공회사개혁및 투자보호법: Public Company Reform and Investor Protection Act)은 엔론, 월드컴 등 대형사건에 대한 법률적 대응으로서 기업회계보고의 투명성, 독립적인 감사제도 운영을 통해 기업회계부정과 경제범죄에 대처하는데 주된 목적을 두고 있다. 최고경영자와 최고재무책임자가 기업의 회계보고서에 책임을 지게 함으로써 경영진의 책임범위를 확대하였으며, 증권사기에 관한 형사처벌을 강화하는 등 기업범죄에 대한 감독과 처벌을 강화하였다.¹⁰⁰⁾

2) 독점행위 가중처벌 및 개혁에 관한 법률

독점행위에 대한 입법은 새로운 것은 아닌데, 예를 들어 1890년의 셔먼법(Sherman Antitrust Act)은 독점적인 경제관행에 대하여 제동을 걸기 위하여 제정되었다. 그러나 이 법률이 거의 시행되지 않고 있던 상황에서 2004년에 독점행위 가중처벌 및 개혁에 관한 법률(Criminal Antitrust Penalty Enhancement and reform Act)이 새롭게 제정되었다. 이 법률은 기업범죄의 형벌의 상한을 상향하여 기소된 개인에 대한 형벌은 백만 달러의 벌금과 10년의 징역형, 반독점법을 위반한 기업에 대한 벌금형은 1억달러로 하였다.¹⁰¹⁾

99) U. S. Sentencing Commission, 2009 Annual Report, 42.

100) 유병규, 기업지배구조와 기업범죄, 99면.

101) Hartley, Corporate Crime : a reference handbook, 21.

II. 사 기

가. 우편사기 및 전신사기

1) 개 관

18 U.S.C. § 1341¹⁰²⁾ (우편사기) 사취하거나 허위 또는 부정한 표시, 거짓 약속 등의 방법으로 재물이나 재산상 이익을 취득하거나, 위조품, 위폐, 위조 증권 등을 팔거나 공급하거나 부정한 목적으로 획득할 계획을 고안하거나 고안할 의도가 있는 자가 그러한 계획을 실현시키기 위해 우편서비스에 의해 배달될 어떤 것이라도 우체국 등에 보내거나 보관시키거나 그러게 되도록 야기시키거나 그곳으로부터 그것을 받거나 할 경우에는 20년 이하의 징역에 처하거나 이 편에 따라 벌금에 처하거나 병과할 수 있다. 금융기관을 해한 때에는 100만달러 이하의 벌금에 처하거나 30년 이하의 징역에 처하거나 병과할 수 있다.

18 U.S.C. § 1343¹⁰³⁾ (전신, 라디오 또는 텔레비전에 의한 사기) 사취하거나

102) Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

103) Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more

허위 또는 부정한 표시, 거짓 약속 등의 방법으로 재물이나 재산상 이익을 취득할 계획을 고안하거나 고안할 의도가 있는 자가 그러한 계획을 실현시키기 위해 중간통상 또는 외국과의 통상의 수단인 전신, 라디오, 텔레비전 등의 방법으로 어떤 글이나 그림, 소리 등을 전송할 경우에는 20년 이하의 징역에 처하거나 이편에 따라 벌금에 처하거나 병과할 수 있다. 금융기관을 해한 때에는 100만달러 이하의 벌금에 처하거나 30년 이하의 징역에 처하거나 병과할 수 있다.

우편사기 조문은 원래 1872년에 개정된 우편법(Postal Act)의 일부로서, 위조의 계획에 우편제도가 남용되는 것을 방지하기 위해 제정되었으며, 전신사기에 관한 처벌조문은 1952년에 도입되었으며 우편사기와 동일하게 적용된다.

2) 적용요건

우편 및 전신사기로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 사기의 계획(scheme)에 참여하였으며, ② 사기의 고의가 있었고, ③ 사기의 계획을 실행하기 위해 우편이나 전신을 사용하였는 점을 입증하여야 한다.

사기의 계획에 관한 개념은 보통법의 사기개념에 제한되지 않으며 속임수, 기망, 꾀변 등을 통하여 재산적 가치 있는 대상을 사취하는 행위는 모두 사기의 계획에 포함되나 폭행·협박은 이에 해당하지 않는다.¹⁰⁴⁾

행위자에게는 사기의 고의가 필요하나 어느 정도의 고의를 요구하는지에 대해서는 법원의 판결이 엇갈리는데, 처벌을 위해 특별한 고의(specific intent)가 입증되어야 한다는 판결도 있으나 무모하게 행동하기만 하면 족하다는 판결도 있다. 그러나, 처벌을 위해 행위자에게 타인에게 경제적 손해를 가하거나 재산권에 피해를 입힐 의도가 있었다는 점을 입증해야 할 필요는 없다.¹⁰⁵⁾

다음으로 사기의 계획을 실행시키기 위해 피고인이 우편을 보냈거나 우편을 보내도록 유발하였어야 한다. 1994년의 법률개정에 의해 편지뿐만 아니라 우편

than 30 years, or both.

104) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 60.

105) U.S. v. Welch, 327 F.3d 1081 (10th Cir. 2003).

서비스를 이용한 어떤 수단을 사용하여도 되기 때문에 소포, 택배 등을 이용한 때에도 우편사기의 적용대상이며, 피고인이 직접 우편을 보낼 필요는 없으며 공범이 보낸 경우도 족하다. 다만 우편사기를 인정하기 위해서는 사기의 계획과 우편 사이의 연관성(nexus)이 인정되어야 한다. 이는 우편이 사기의 계획을 조장하기 위하여(infurthurance) 사용되어야 한다는 요건이 언제 충족되었는지에 관한 문제로서, 미국의 판례는 우편의 이용이 사기의 계획과 충돌하는 경우, 주의 강제적 명령에 의해 우편을 보낸 경우, 사기의 계획의 착수 이전에 우편을 이용한 경우 또는 계획의 실현 이후에 우편을 보낸 경우에는 연관성을 인정하지 않았다. 하나의 예로 U.S. v. Maze 사건¹⁰⁶⁾의 피고인은 룸메이트의 신용카드를 훔쳐서 사용했는데 가맹점이 우편을 이용해 매출전표를 신용제공자에게 보냈는데, 미국 연방대법원은 매출전표의 발송이 피고인의 사기의 계획과 충돌하며 사기의 계획이 실현된 이후에 매출전표가 발송되었다는 이유로 우편사기죄를 인정하지 않았다. 그런데 1989년 미국 연방대법원은 Schmuck v. U.S. 사건¹⁰⁷⁾에서 연관성 인정을 위한 새로운 기준을 제시하면서, 우편이 행위자가 행위 당시 의도한 계획실행의 일부분일 경우에는 사기의 계획을 조장하기 위해서 사용된 것으로 보아야 한다고 판단하였다.

그 외에도 우편사기를 인정하기 위해서는 중요성(Materiality)이 필요한데, 중요성은 우편사기 이외의 다른 사기죄의 구성요소이기도 하다.¹⁰⁸⁾

3) 적용범위

18 U.S.C. § 1346¹⁰⁹⁾ ('사기의 계획'에 대한 정의) 이 장의 적용에서, '사기의 계획'은 공적 신뢰라는 타인의 무형의 권리를 사취하는 계획을 포함한다.

우편사기 및 전신사기죄의 적용범위에 관한 조문은 18 U.S.C. § 1346이다. 원

106) 414 U.S. 395 (1974).

107) 489 U.S. 705 (1989).

108) Neder v. United States, 527 U.S. 1 (1999).

109) For the purposes of this chapter, the term "scheme or artifice to defraud" includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services.

래 사기죄는 재산권을 보호하기 위한 범죄이나 1940년대 이후 1987년의 *McNally v. U.S.* 사건¹¹⁰⁾ 전까지 법원들은 우편사기 및 전신사기죄를 피해자의 금전 및 재산권을 사취하는 행위뿐만 아니라 연방공무원에 대한 공적 신뢰(honest services) 등 피해자의 무형의 권리(intangible rights)를 사취하는 행위에도 적용하였다. 비록 연방대법원이 *McNally v. U.S.* 사건에서 우편사기 조문은 재산상 권리를 보호하는 범위로 한정된다고 판시하면서 연방검찰의 과감한 의율에 대해 제동을 걸었으나, 1988년 연방의회는 무형의 권리를 사기죄의 보호범위에 포함하기 위해 18 U.S.C. § 1346을 도입하였다.

그 후 20여년 동안 무형의 권리에 관한 사기죄는 공무원 또는 기업의 경영진이 공공의 이익 또는 주주의 이익을 희생하여 스스로의 이득을 추구하는 계획을 처벌하기 위한 유용한 조문으로 이용되었으나¹¹¹⁾ 이 조문의 위헌성에 대하여는 논의가 계속되었다. 가령 *U.S. v. Brown* 사건¹¹²⁾에서 연방제5항소법원은 피고용자가 기업주의 지시에 따라 기업의 이익을 위해서 일하였을 때는 무형의 권리에 대한 사기죄로 처벌할 수 없다고 보았으며, 최근 연방대법원은 *Skilling v. U.S.* 사건¹¹³⁾에서 무형의 권리에 관한 사기죄는 뇌물이나 리베이트(kickback)의 계획이 있는 사건에만 적용하여야 한다고 판결하였다.

무형의 재산권이 우편사기죄의 보호대상이 되는지의 문제는 *McNally v. U.S.* 판결 후 얼마 지나지 않아 연방대법원이 선고한 *Carpenter v. U.S.* 사건¹¹⁴⁾의 쟁점이었다. 피고인인 Winans는 *Wall Street Journal*의 투자조언칼럼 ‘*Heard on the Street*’의 저자였다. 그는 월스트리트 저널의 사칙에 따르면 기사의 내용은 기사가 게시되기 전에는 회사의 비밀 정보에 해당한다는 점을 알면서도, 주식브로커인 Felis, Brant 등과 공모하여 기사가 나가기 전에 이들에게 기사의 내용과

110) 483 US 350 (1987).

111) *U.S. v. Williams*, 441 F.3d 716 (9th Cir. 2006).

112) 553 F.3d 768 (5th Cir. 1996).

113) 130 S.Ct. 2896 (2010). 이 판결에 대한 보도로 *Chicago Tribune*, “Supreme Court limits use of fraud law, siding with ex-Enron CEO Skilling”(June 24, 2010) (http://articles.chicagotribune.com/2010-06-24/business/chi-honest-services-ruling_1_honest-services-ceo-skilling-convictions: 2010. 9. 28. 최종방문) 등.

114) 484 U.S. 19 (1987).

기사가 나갈 일시 등을 알려 주고, 주식브로커들이 그 기사가 시장에 미칠 영향을 고려하여 주식거래를 한 후 그 이익을 함께 배분하였다. 이에 검찰은 피고인들의 행위가 우편사기에 해당한다고 기소하였고 연방대법원은 유죄판결을 확정하였는데, 이 사건에서 연방대법원은 우편사기죄가 재산권을 보호하는 범죄라고 제한적으로 해석해야 하나, 그러한 재산권이 유형적일 필요는 없다고 보았다.

다. 은행사기

18 U.S.C. § 1344¹¹⁵⁾ (은행사기) 고의로 (1) 금융기관을 기망하거나 (2) 허위 또는 사취적인 행위, 표시, 약속을 통해 금융기관의 소유 또는 관리의 대상인 금전, 펀드, 신용, 자산, 증권 또는 다른 재산을 취득하기 위한 계획을 실행하거나 실행하려고 시도한 자는 100만달러 이하의 벌금 또는 30년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

이 조문은 은행사기의 증가를 처벌하기 위하여 1984년에 새롭게 도입되었다. 은행사기로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 은행 또는 다른 금융기관에 대한 사기의 계획에 참여하였으며, ② 행위자에게 사기의 고의가 있었고, ③ 행위 당시 금융기관의 계좌가 연방예금보험공사(Federal Deposit Insurance corporation)에 의해 보호되고 있었다는 점이 입증되어야 한다.¹¹⁶⁾

사기의 계획은 우편사기 및 전신사기에서와 같은 의미이다. 은행사기로 처벌하기 위해서는 피해자가 은행이나 금융기관이어야 하며, 사기계획의 희생자가 은행에서 돈을 인출하게 한 경우는 이 조문의 적용대상이 아니다. 그러나 은행사기로 처벌하기 위해서 금융기관에게 실제로 손해가 발생할 필요는 없다.¹¹⁷⁾

115) Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice -

(1) to defraud a financial institution; or

(2) to obtain any of the moneys, funds, credits, assets, securities, or other property owned by, or under the custody or control of, a financial institution, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises;

shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

116) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 49.

117) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 75.

라. 건강보험사기

18 U.S.C. § 1347¹¹⁸⁾ (건강보험사기) 정을 알면서 의도적으로 건강보험급여의 지급과 관련하여 (1) 건강보험급여 프로그램을 사기하거나 (2) 허위 또는 사취적인 행위, 표시, 약속을 통해 건강보험급여 프로그램의 소유 또는 관리의 대상인 금전 또는 재산을 취득하기 위한 계획을 실행하거나 실행하려고 시도한 자는 이 장에 규정된 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하거나 병과한다. 범행의 결과 중상해가 발생한 때에는 이 장에 규정된 벌금 또는 20년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다. 사망의 결과가 발생한 때에는 이 장에 규정된 벌금 또는 종신형에 처하거나 양자를 병과한다.

건강보험사기로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 고의와 의도를 갖고 건강보험급여 프로그램을 사기하기 위한 계획을 실행하거나 실행하려고 시도하였다는 점과 ② 행위와 건강보험급여의 지급과의 관련성이 입증되어야 한다.¹¹⁹⁾

Ⅲ. 증권범죄

가. 개관

미국의 증권법의 근간을 이루는 양대 법인 1933년 증권법(Securities Act of 1933)과 1934년 증권거래소법(Securities Exchange Act of 1934)은 1929년의 미국

118) Whoever knowingly and willfully executes, or attempts to execute, a scheme or artifice -
(1) to defraud any health care benefit program; or

(2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any of the money or property owned by, or under the custody or control of, any health care benefit program,
in connection with the delivery of or payment for health care benefits, items, or services, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both. If the violation results in serious bodily injury (as defined in section 1365 of this title), such person shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both; and if the violation results in death, such person shall be fined under this title, or imprisoned for any term of years or for life, or both.

119) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 50.

증권시장 붕괴의 결과로 제정되었으며, 증권산업에 대한 정부의 실질적인 감시 기능을 마련해 주고, 민사 및 형사적 제재수단을 정하여 증권투자를 보호하는 것이 법률의 제정목적이었다. 증권법 제24조(15 U.S.C. § 77x)는 증권법 및 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission)의 규정을 의도적으로 위반한 행위를 형사처벌의 대상으로 하였으며, 증권거래소법도 동법의 민사규정을 의도적으로 위반한 행위를 형사처벌의 대상으로 규정하였다.¹²⁰⁾ 2002년의 서베인-옥슬리 법은 연방형법전에 증권사기에 관한 처벌조문을 신설하면서 징역형의 상한을 25년까지 상향하였고, 사기범죄의 미수 및 예비죄에 관한 처벌조문도 두었다.

증권사기는 그에 관한 규정으로만 기소되는 것은 아니며, 우편사기나 전신사기, 허위진술, 위증, 사법방해, 장물의 주간통상, 예비 등 다른 구성요건도 증권사기를 기소하고 처벌할 때 활용되는 규정들이다.

나. 증권법에 의한 처벌

1) 증권사기에 관한 규정

증권사기와 관련하여 가장 많이 적용되는 조항은 1934년 증권거래소법 10(b) 즉, 15 U.S.C. § 78j(b) 및 증권거래규칙 10(b)-5 즉, 17 C.F.R. § 240.10b-5이다.

15 U.S.C. § 78j¹²¹⁾ (시세조종적이고 사기적인 수단) 누구든지 직접·간접으로

120) 그 외의 증권규제를 위한 연방법률에 관하여 김건식·송옥렬, 미국의 증권규제, 18면.

121) 15 U.S.C. § 78j Manipulative and deceptive devices

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange—

(a)(1) To effect a short sale, or to use or employ any stop-loss order in connection with the purchase or sale, of any security registered on a national securities exchange, in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

(2) Paragraph (1) of this subsection shall not apply to security futures products.

(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered, or any securities-based swap agreement (as defined in section 206B of the Gramm-Leach-Bliley Act), any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the

주간통상의 방법 또는 수단이나 우편을 사용하거나 증권거래소의 시설을 이용하여, 다음의 행위를 하는 것은 위법이다.

(a)(1)위원회가 공익이나 투자자보호를 위하여 필요·적절하다고 인정하여 정하는 규정에 위반하여 증권거래소에 등록된 증권에 관하여 공매를 행하거나 매매 시 가격역지정주문을 행하는 것

(b)위원회가 공익이나 투자자보호를 위하여 필요·적절하다고 인정하여 정하는 규정을 위반하여, 증권거래소에서의 등록증권이나 비등록증권의 매매에 관하여 시세조종적이거나 사기적인 수단 또는 책략을 이용하는 것

그러나 15 U.S.C. § 78j(b)은 증권거래위원회가 정하는 규정을 위반하여 사기적인 방법을 사용하는 것은 위법이라고 선언하고 있기 때문에 그 자체로서 사기행위를 금지하는 조문이 아니라 증권거래위원회가 규정을 제정해야만 적용할 수 있다. 그 규정인 17 C.F.R. § 240.10b-5의 내용은 다음과 같다.

17 C.F.R. § 240.10b-5¹²²⁾ (시세조종적 및 사기적 수단의 사용) 증권의 매수 또는 매도와 관련하여, 직접 또는 간접적으로, 주간통상의 수단이나, 우편, 전국적 증권거래소의 시설을 이용하여 다음과 같은 행위를 하는 것은 위법이다.

(a) 사기를 위한 수단, 계략 또는 술책을 사용하는 것

(b) 중요한 사실에 관해 허위표시를 하거나 또는 표시가 행하여진 당시 상황에 비추어 오해를 방지하기 위하여 필요한 중요한 사실의 표시를 누락하는 것

public interest or for the protection of investors.

122) 17 C.F.R. § 240.10b-5 Employment of manipulative and deceptive devices.

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

(a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud,

(b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or

(c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security.

(c) 타인에 대하여 사기 또는 기망이 되거나 될 수 있는 행위, 관행 또는 영업 방법을 행하는 것.

이 규정은 증권의 매수 또는 매도에 관한 부실표시 또는 사기행위에 대하여 적용되는데, (b)는 부실표시에 관하여, (a) 및 (c)는 사기행위에 관하여 규정하고 있다. 그런데, 증권법에서는 일반적으로 부실표시도 사기의 개념에 포함된다고 보기 때문에 이 규정은 증권의 매매와 관련된 사기에 대하여 적용된다고 요약할 수 있다. 그리고 이 규정은 증권을 등록하였는지, 계속공시의무를 이행하는지 여부와 상관없이 모든 증권의 매매에 적용되며, 발행회사가 공개회사인 경우는 물론 폐쇄회사인 경우, 발행주체가 회사가 아닌 경우에도 적용되며 국공채에도 적용되기 때문에 일단 증권에 관한 거래가 존재하면 모든 경우에 적용된다고 볼 수 있다.¹²³⁾

증권의 매매는 통상적인 의미보다 넓게 해석하여 회사가 주식을 발행하는 행위도 매도에 해당하며 합병의 경우에도 소멸회사 주식의 매도와 존속회사 주식의 매수가 있는 것으로 보며, 모회사가 주주에게 자신이 보유하는 자회사주식을 분배하는 행위도 매도에 해당한다.¹²⁴⁾ 다음으로, 사기는 매매와 관련되어야 하는데, 이 요건은 매매와 사기 사이에 인과관계가 있어야 한다는 의미가 아니라 사기의 구체적인 내용이 매매와 관련을 맺고 있어야 한다는 의미이다.¹²⁵⁾ 또한 정보의 중요성은 강제공시와 사기금지 모두에서 요구되는 핵심적인 개념이다. 연방대법원은 부실표시와 관련하여 누락된 사실이 합리적인 주주라면 자신의 투표의 의사결정에서 중요하다고 생각할 실질적 개연성이 있는 경우에 중요하다고 보아야 하며, 이러한 중요성은 정보의 전체적인 맥락을 고려하여 결정하여야 한다고 판단하였으며,¹²⁶⁾ 이러한 원칙은 사기에도 적용된다고 보았다.¹²⁷⁾

사기에 해당하기 위해서는 시세조종적이거나 사기적인 수단 또는 책략을 사용

123) 김진식·송옥렬, 미국의 증권규제, 301면.

124) Rubin v. United States, 449 U.S. 424(1981).

125) 김진식·송옥렬, 미국의 증권규제, 311면.

126) TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438 (1976).

127) Basic, Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988).

해야 하며(15 U.S.C. § 78j), 사기 또는 부실표시에 해당해야 하는데(17 C.F.R. § 240.10b-5) 그에 관한 정의규정은 없으나 증권법의 일반적인 용어사용에 따라 중요한 정보의 부실표시 또는 누락을 의미하는 것으로 볼 수 있다.¹²⁸⁾ 다음으로 사기가 성립하기 위해서는 행위자에게 주관적 요소가 있어야 하는데(인식: scheinter) 단순한 과실만으로는 이를 인정할 수 없다.¹²⁹⁾

2) 내부자거래에 관한 규정

미국에서는 내부자거래를 직접 규제하는 법규정은 없으며, 앞에서 설명한 1934년 증권거래소법 제10조 (b)항과 규칙 10b-5조를 근거로 증권거래소법상의 사기행위로 처벌하였으나 증권거래위원회는 2000년에 내부자거래 문제를 해결하기 위하여 규칙 10b5-1과 10b5-2를 제정하였으며, 그 내용은 다음과 같다.

17 C.F.R. § 240.10b5-1¹³⁰⁾ (내부자거래중 미공개중요정보를 이용한 거래)

(a) 개요

법 제10조(b)와 규칙 10b-5에서 금지하는 “시세조종적이고 사기적인 수단”이라 함은 유가증권 발행인, 주주 또는 중요미공개정보 제공자에 직접, 간접 또는 파생적으로 부여된 신의성실의무를 위반하면서 당해 유가증권이나 발행인에 관한 중요 미공개정보를 이용하여 이루어진 유가증권의 매수 또는 매도를 포함한다.

17 C.F.R. § 240.10b5-2¹³¹⁾ (정보유용 내부자거래에 있어서의 신의성실의무)

128) 김진식·송옥렬, 미국의 증권규제, 321면.

129) Ernst & Ernst v. Hochfelder, 425 U.S. 185 (1976).

130) 17 C.F.R. § 240.10b5-1 Trading “on the basis of” material nonpublic information in insider trading cases.

(a) General.

The “manipulative and deceptive devices” prohibited by Section 10(b) of the Act (15 U.S.C. 78j) and § 240.10b-5 thereunder include, among other things, the purchase or sale of a security of any issuer, on the basis of material nonpublic information about that security or issuer, in breach of a duty of trust or confidence that is owed directly, indirectly, or derivatively, to the issuer of that security or the shareholders of that issuer, or to any other person who is the source of the material nonpublic information.

131) 17 C.F.R. § 240.10b5-2 Duties of trust or confidence in misappropriation insider trading cases.

(a) Scope of Rule.

(a) 적용범위

이 조항은 신의성실의무에 반하여 부정사용된 미공개중요정보를 이용하여 유가증권에 매수 또는 매도함으로써 법 10(b)와 규칙 10b-5를 위반하는 경우에 적용된다.

(b) 신의성실의무

이 조항에서의 신의성실의무는 다음 상황에서 발생한다.

- (1) 개인이 정보를 비밀로 유지할 것을 동의하는 경우
- (2) 정보제공자와 정보수령자가 비밀을 공유한 일정한 과거, 행태, 실무관행을 가진 경우. 정보제공자가 정보수령자에게 비밀을 유지할 것을 기대한다는 것을 정보수령자가 알거나 알 수 있을 정도의 과거, 행태, 실무관행을 말한다.
- (3) 개인이 미공개정보를 배우자, 부모, 자녀, 형제로부터 받은 경우. 다만, 정보수령자가 당해 정보와 관련하여 신의성실의무에 대하여 준수 의무가 없었음을 주장하는 경우에는 그러하지 아니하다. 이 경우 최초 정보제공자가 정보수령자에게 당해 정보를 비밀로 해 줄 것을 기대한다는 것을 정보

This section shall apply to any violation of Section 10(b) of the Act (15 U.S.C. 78j(b)) and § 240.10b -5 thereunder that is based on the purchase or sale of securities on the basis of, or the communication of, material nonpublic information misappropriated in breach of a duty of trust or confidence.

(b) Enumerated “duties of trust or confidence.”

For purposes of this section, a “duty of trust or confidence” exists in the following circumstances, among others:

- (1) Whenever a person agrees to maintain information in confidence;
- (2) Whenever the person communicating the material nonpublic information and the person to whom it is communicated have a history, pattern, or practice of sharing confidences, such that the recipient of the information knows or reasonably should know that the person communicating the material nonpublic information expects that the recipient will maintain its confidentiality; or
- (3) Whenever a person receives or obtains material nonpublic information from his or her spouse, parent, child, or sibling; provided, however, that the person receiving or obtaining the information may demonstrate that no duty of trust or confidence existed with respect to the information, by establishing that he or she neither knew nor reasonably should have known that the person who was the source of the information expected that the person would keep the information confidential, because of the parties' history, pattern, or practice of sharing and maintaining confidences, and because there was no agreement or understanding to maintain the confidentiality of the information.

수령자가 알지 못하였고 알 수도 없었음을 입증하여야 하며, 입증의 근거는 비밀정보를 공유·유지하는 정보제공자와 수령자 양 당사자간의 과거, 행태, 실무관행을 이유로 하거나 당해 정보를 비밀로 유지한다는 계약이나 이해가 없었음을 이유로 하여야 한다.

다. 연방형법전의 증권사기

18 U.S.C. § 1348¹³²⁾ (증권사기) 정을 알면서 (1) 증권거래소법 제12조 (15 U.S.C. 78l)에 의해 발행인이 등록되었거나 증권거래소법 제15조(d) (15 U.S.C. 78o(d))에 따라 보고가 요구되는 증권과 관련하여 타인을 사기하려고 하거나(2) 허위 또는 사취적인 행위, 표시, 약속을 통해 증권거래소법 제12조 (15 U.S.C. 78l)에 의해 발행인이 등록되었거나 증권거래소법 제15조(d) (15 U.S.C. 78o(d))에 따라 보고가 요구되는 증권의 매매와 관련하여 금전 또는 재산을 취득하기 위한 계획을 실행하거나 실행하려고 시도한 자는이 장에 규정한 벌금 또는 25년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

증권사기로 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 고의로 사기의 계획을 실행하거나 실행하려고 시도하였으며, ② 증권거래소법 제12조에 의해 등록된 증권과 관련성이 있거나 증권거래소법 제15(d)조에 따른 증권거래위원회에 대한 보고가 요구되어야 한다.

132) Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice -

- (1) to defraud any person in connection with any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); or
- (2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both.

IV. 자금세탁

자금세탁에 관한 연방형법전의 제1956조와 제1957조는 1986년의 약물남용규제법(Anti-Drug Abuse Act)에 의해 형법전에 도입되었으며 그 중 제1956조(a)(1)이 미국 내에서의 자금세탁에 관한 조문이다.

자금세탁 및 자금이동보고의무위반에 관한 구성요건은 불법활동원조¹³³⁾, 조세법위반¹³⁴⁾, 은폐 또는 위장¹³⁵⁾, 보고의무위반¹³⁶⁾의 넷으로 나눌 수 있다.

18 U.S.C. § 1956 (a)(1)¹³⁷⁾ (통화수단의 세탁) (a)(1) 금융거래에 관련된 재산이 어느 불법활동의 수익에서 유래했다는 정을 알면서

(A)(i) 특정불법활동의 실행을 촉진할 의도 또는

(ii) 내국세법 제7201조(조세포탈) 또는 제7206조(허위신고) 위반에 참여하려는 의도로

사실상 특정불법활동의 수익을 포함하고 있는 금융거래를 실행하거나 실행하려고 시도한 자 또는

(B) 금융거래가 전체적 또는 부분적으로

(i) 특정불법활동의 수익의 본질, 위치, 출처, 소유 또는 통제를 은폐하거나 위

133) 18 U.S.C. § 1956 (a)(1)(A)(i)

134) 18 U.S.C. § 1956 (a)(1)(A)(ii)

135) 18 U.S.C. § 1956 (a)(1)(B)(i)

136) 18 U.S.C. § 1956 (a)(1)(B)(ii)

137) (a)(1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity -

(A)(i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or

(ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or

(B) knowing that the transaction is designed in whole or in part -

(i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or

(ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both.

장하기 위해서 또는

(ii) 연방법 또는 주법에 따른 금융거래보고를 회피하기 위해서

구성되었음을 알면서 위의 행위를 한 자는 50만 달러 또는 금융거래에 관련된 재산의 두 배 중 다액의 벌금 또는 20년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

불법활동원조로 행위자를 처벌하기 위해서는 ① 피고인은 고의로 금융거래를 행하거나 행하려고 시도하였으며, ② 거래에 관련된 재산이 특정불법활동의 수익과 관련되었으며, ③ 피고인은 거래에 관련된 재산이 어느 불법활동의 수익에서 유래했다는 사실을 알았으며, ④ 피고인은 특정불법활동의 실행을 촉진할 의도로 거래에 참여하였다는 점이 입증되어야 한다.

조세법위반으로 처벌되기 위해서는 위의 ①, ②, ③ 이외에 ④ 피고인이 조세 포탈 또는 허위신고에 참여하려는 의도로 금융거래에 참여하였다는 점이 입증되어야 한다.

은폐 또는 위장으로 처벌되기 위해서는 위의 ①, ②, ③ 이외에 ④ 행위자가 금융거래가 특정불법활동의 수익의 본질, 위치, 출처, 소유 또는 통제를 은폐하거나 위장하려는 목적으로 구성되었다는 점을 인식해야 한다.

보고의무위반으로 처벌되기 위해서는 위의 ①, ②, ③ 이외에 ④ 금융거래가 연방 또는 주에 대한 금융거래보고의무를 회피하려는 목적으로 구성되었다는 점을 행위자가 인식하여야 한다.¹³⁸⁾

V. 예비죄

가. 개 관

미국연방법전에는 예비죄를 처벌하는 다수의 조문이 있으며 연방형법전에도 개별구성요건에 대한 예비죄가 존재하기는 하나 18 U.S.C. § 371은 예비죄에 관한 일반구성요건으로서, 국가에 대한 죄 또는 국가나 그 공무원에 대한 사기 죄에 대한 예비행위를 처벌한다.

138) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 50.

18 U.S.C. § 371¹³⁹⁾ (미국에 관한 죄 또는 미국에 대한 사기죄를 저지르기 위한 예비) 2인 이상의 자가 어떤 방식이나 목표로 미국에 관한 죄 또는 미국이나 그 공무원에 대한 사기를 저지르기로 음모하고 그중 1인 이상이 음모의 대상에 영향을 미칠 행위를 한 때에는 각자를 이 장의 벌금형 또는 5년 이하의 징역형에 처하거나 양자를 병과한다. 그러나 그 음모의 대상이 된 범행이 경죄일 때는 예비에 대한 처벌의 정도는 그 경죄에 대한 처벌을 초과해서는 아니된다.

나. 요 건

예비죄로 처벌하기 위해서는 ① 피고인이 적어도 1인 이상의 타인과 법률위반을 결의하였으며, ② 공모자 중 1인이 음모의 대상에 영향을 미칠 명백한 행위를 하였으며, ③ 피고인은 예비의 본질적인 목표를 알았으며, ④ 피고인은 정을 알면서 자발적으로 참가하였고, ⑤ 공모자들은 예비의 범위 내에서 그들의 실질적인 이익을 위해서 함께 행위하기로 의도하였다는 점을 입증하여야 한다.

예비죄의 핵심요소는 결의이다. 그러나 이러한 결의가 말이나 서면에 의해 명시적으로 행해질 필요는 없으며 사건의 사실관계 및 상황에 따라 추정될 수 있다.¹⁴⁰⁾ 공모자들이 계획의 본질적인 부분에 합의했다는 점은 합리적 의심의 여지없이 입증되어야 한다. 그러나 이때 모든 공모자들이 계획의 모든 상세한 부분이나 다른 예비자들의 참가 여부를 알고 있을 필요는 없다.¹⁴¹⁾

다음으로 예비죄가 성립하기 위해서는 2인 이상이 범행을 결의하여야 하나, 그렇다고 하더라도 예비한 자 모두가 기소되어야 하는 것은 아니다.

예비의 대상은 미국에 대한 죄 또는 미국이나 그 공무원에 대한 사기이다. 전

139) If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

140) Iannelli v. U.S. 420 U.S. 770 (1975).

141) Blumenthal v. U.S. 332 U.S. 539 (1947).

자는 다른 민법 또는 형법위반을 의미하는 것으로서, 가령 우편사기의 예비 또는 사범방해죄의 예비는 이 조문으로 처벌된다. 반면에 특정한 법률위반이 아니라 미국에 대한 사기행위의 예비를 처벌하기 위해서는, 재산상 또는 재정상의 손해가 실제로 발생할 필요는 없으며 정부의 부서의 법적 기능이 침해되거나 장애를 입으면 충분하다.

예비죄는 인식과 특별한 고의(specific intent) 모두를 요구한다. 행위자는 결의의 존재 및 예비의 대상에 대한 인식이 있어야 한다. 인식 이외에 예비에 참여하려는 의욕이 있어야 하며, 의욕의 정도는 예비의 대상이 되는 개별범죄가 요구하는 정도에 의한다.

제371조는 리코법이나 자금세탁법과 달리 예비죄처벌을 위해 공모자 중 1인의 명백한 행위를 요구한다. 그러나 이때의 명백한 행위는 형법에 위반하는 행위일 필요는 없으며, 예비죄로 기소된 자에 의해 행해졌을 필요도 없다.

VI. 사법질서에 관한 죄

가. 개요

사법질서에 관한 죄는 기업범죄에서의 특별한 영역이다. 마샤 스튜어트(Martha Stewart)나 스쿠터 리비(Scooter Libby) 등 저명인사가 기소된 최근의 사건에서 드러나듯이, 원래의 수사가 밝히고자 했던 혐의에 대한 기소가 이루어지지 않는다고 하더라도 수사과정에서의 피의자의 행위를 사법질서에 관한 죄로 기소하는 경우가 자주 발생하기 때문이다.¹⁴²⁾

나. 위증죄

1) 개 관

18 U.S.C. § 1621¹⁴³⁾ (일반위증) (1) 법률이 정한 바에 따라 선서를 주재할

142) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 53.

143) Whoever -

권한이 있는 재판부나 공무원 또는 개인에게 진실만을 증언하겠다고 선서하였거나 서면진술에 서명한 자가 선서 내용에 반하여 의도적으로 기억과 다른 실질적 사실을 진술하였거나 기술했을 때, 또는

(2) 28 U.S.C. § 1746에 따라 위증의 벌을 받는 선서에 갈음하는 진술을 한 자가 의도적으로 기억과 다른 실질적 사실을 진술한 때에는

법률이 다르게 규정한 경우를 제외하고 위증죄로서 이 장에 의한 벌금형 또는 5년 이하의 징역형을 선고하거나 양자를 병과한다. 이 조문은 진술 또는 서술이 미국 내 또는 미국 외에서 행해진 경우에 적용한다.

18 U.S.C. § 1623¹⁴⁴⁾ (대배심 또는 법원에서의 위증) (a) 선서(28 U.S.C. §

(1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or

(2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States.

144) (a) Whoever under oath (or in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code) in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury of the United States knowingly makes any false material declaration or makes or uses any other information, including any book, paper, document, record, recording, or other material, knowing the same to contain any false material declaration, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

(b) This section is applicable whether the conduct occurred within or without the United States.

(c) An indictment or information for violation of this section alleging that, in any proceedings before or ancillary to any court or grand jury of the United States, the defendant under oath has knowingly made two or more declarations, which are inconsistent to the degree that one of them is necessarily false, need not specify which declaration is false if -

(1) each declaration was material to the point in question, and

(2) each declaration was made within the period of the statute of limitations for the offense charged under this section. In any prosecution under this section, the falsity of a declaration set forth in the indictment or information shall be established sufficient for conviction by proof that the defendant while under oath made irreconcilably contradictory declarations material to the point in question in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury. It shall be a defense to an indictment or

1746에 따라 위증의 벌을 받는 선서에 갈음하는 진술을 포함)한 자가 정을 알면서 미국의 법원 또는 대배심에서의 절차 또는 그 부속절차에서 허위의 실제진술을 하거나 허위의 실제진술이 포함된 사실을 알면서 책, 종이, 서류, 녹음 또는 다른 자료 등 정보를 제공한 자는 이 장에 의한 벌금 또는 5년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.(이하 생략)

일반위증죄와 대배심 또는 법원에서의 위증죄의 차이는 우선 적용범위에 있다. 일반위증죄는 권한있는 재판부, 공무원 어떠한 자에 대한 허위진술을 적용 대상으로 하나 대배심 또는 법원에서의 위증죄는 법원이나 대배심 앞에서 또는 그 보조절차에서의 허위진술을 적용대상으로 한다. 다음으로 대배심 또는 법원에서의 위증죄는 일반위증죄와 달리 입증을 위해 두 명의 목격자를 요하지 않는다.¹⁴⁵⁾

2) 적용요건

위증죄로 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 선서 후 증언하였으며, ② 증언이 허위였으며, ③ 행위자의 증언이 실질적인 문제와 관계되며, ④ 행위자는 증언이 허위라는 사실을 알았다는 점을 입증하여야 한다.

선서는 위증죄의 핵심적인 구성요소로서 법률(28 U.S.C. § 1746)에 규정된 형태로 대신할 수 있으며 선서를 주재할 권한이 있는 자 앞에서 행해져야 한다.

허위성 요건과 관련하여 판례는 실질적인 허위성이 필요한다고 한다. 그러므로 오해의 여지가 있으나 문자적으로 진실한 진술은 허위가 아니며, 다양한 해석이

information made pursuant to the first sentence of this subsection that the defendant at the time he made each declaration believed the declaration was true.

- (d) Where, in the same continuous court or grand jury proceeding in which a declaration is made, the person making the declaration admits such declaration to be false, such admission shall bar prosecution under this section if, at the time the admission is made, the declaration has not substantially affected the proceeding, or it has not become manifest that such falsity has been or will be exposed.
- (e) Proof beyond a reasonable doubt under this section is sufficient for conviction. It shall not be necessary that such proof be made by any particular number of witnesses or by documentary or other type of evidence.

145) Hammer v. U.S., 271 U.S. 620 (1926).

가능한 모호한 질문도 위증의 기초가 된다고 볼 수 없다.¹⁴⁶⁾ 다음으로 진술은 실질적인 문제와 관련되어야 하나 진술이 실제로 재판부에 영향을 미치거나 조사를 방해할 필요는 없으며 그러한 결과가 일어날 가능성만 있으면 충분하다.

주관적 불법요소와 관련하여, 행위자는 진술의 허위성을 인식하여야 한다. 비록 일반위증죄와 대배심 또는 법원에서의 위증죄는 서로 다른 표현을 쓰고 있으나, 판례¹⁴⁷⁾는 이 두 조문을 적용하기 위해서는 진술 당시에 허위라는 사실을 행위자가 믿었어야 한다고 설시한다.

다. 허위진술죄

1) 개 관

18 U.S.C. § 1001¹⁴⁸⁾ (일반허위진술) (a) 이 조에서 달리 규정된 경우를 제외하고는 미 연방행정부, 입법부, 사법부의 관할권에 속하는 어떠한 사항에 대하여

146) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 164.

147) U.S. v. Reveron Martinez, 836 F.2d 684 (1st Cir. 1988).

148) (a) Except as otherwise provided in this section, whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully -

- (1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material fact;
- (2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or
- (3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry; shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years or, if the offense involves international or domestic terrorism (as defined in section 2331), imprisoned not more than 8 years, or both.

(b) Subsection (a) does not apply to a party to a judicial proceeding, or that party's counsel, for statements, representations, writings or documents submitted by such party or counsel to a judge or magistrate in that proceeding.

(c) With respect to any matter within the jurisdiction of the legislative branch, subsection (a) shall apply only to -

- (1) administrative matters, including a claim for payment, a matter related to the procurement of property or services, personnel or employment practices, or support services, or a document required by law, rule, or regulation to be submitted to the Congress or any office or officer within the legislative branch; or
- (2) any investigation or review, conducted pursuant to the authority of any committee, subcommittee, commission or office of the Congress, consistent with applicable rules of the House or Senate.

알면서 의도적으로 다음 각호의 행위를 하는 자는 이 장에서 정한 벌금형이나 5년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

- (1) 위계, 계략, 계책에 의하여 중요한 사실을 위조, 은닉, 은폐하는 행위
- (2) 중요한 사실에 관하여 허위, 가공, 사기의 진술이나 표시를 하는 행위
- (3) 중요한 사실에 관하여 허위, 가공, 사기의 진술이나 기재를 포함한 허위 문서 혹은 자료를 알면서 작성하거나 사용하는 행위

(b) 위 (a)는 사법절차에 있어서 소송의 당사자나 대리인이 그 절차 내에서 판사나 치안판사에게 진술, 표시, 서류나 문서를 제출한 경우 그 당사자나 대리인에 대해서는 적용하지 않는다.

(c) 입법부의 관할에 속한 사항에 관하여 (a)는 다음의 경우에만 적용된다.

- (1) 지급청구를 포함한 행정적인 문제, 재산과 용역의 확보, 인사 또는 고용관행, 조달행정, 또는 법률, 명령이나 규칙에 의하여 의회나 입법부의 공무원에게 제출하도록 되어 있는 서류
- (2) 위원회, 소위원회 기타 의회 공무원의 권한 내에서 상하 양원의 규정에 맞추어 실시되는 수사 혹은 재심리 (생략)

허위진술을 처벌하는 여러 조문이 연방형법전에 존재하고 있으나, 제1001조의 일반허위진술죄는 입증의 간편성 및 처벌정도의 실질성으로 인하여 기업범죄의 처벌을 위해 많이 활용되는 조문이다.¹⁴⁹⁾ 일반허위진술죄는 세 가지 유형의 행위를 그 대상으로 하고 있다. 그것은 ① 위계, 계략, 계책에 의하여 중요한 사실을 위조, 은닉, 은폐하는 행위, ② 중요한 사실에 관하여 허위, 가공, 사기의 진술이나 표시를 하는 행위, ③ 중요한 사실에 관한 허위, 가공, 사기의 진술이나 기재를 포함하고 있는 문서라는 사실을 알면서 그러한 서류나 문서를 작성하거나 사용하는 행위이다. 세번째 유형의 범죄에 속하는 사건들은 다시 네 가지 유형으로 나눌 수 있다. 그것은 (a) 금전적, 또는 재산상의 이익을 얻기 위해 허위

149) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 145.

정보를 제공하는 행위, (b) 허위정보를 제공하여 정부에 대한 배상의무를 다투는 행위, (c) 허위정보를 이용하여 고용이나 비밀정보의 사용허가와 같은 특권을 얻으려는 행위, (d) 적법한 업무집행을 방해하는 허위정보를 제공하는 행위이다.

2) 적용요건 및 관련범죄

허위진술로 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 허위진술을 하였으며, ② 연방정부의 입법, 사법, 행정 영역의 문제에 관하여 진술하였으며, ③ 진술은 실질적이었으며, ④ 행위자는 고의를 가지고 의도적으로 진술하였다는 점이 입증되어야 한다.

진술은 구술 또는 서면일 수 있으며 선서 후의 진술이거나 선서 없는 진술일 수 있으며 그 내용은 과거, 현재, 미래의 활동과 관련된다.

적극적인 허위의 진술 또는 실제의 사실을 은폐하는 것 모두 허위의 진술이 될 수 있다. 그러나 사실의 은폐가 허위진술로 처벌되기 위해서는 정보를 공개해야 할 법적인 의무가 존재하여야 한다.

허위진술죄에 대한 구성요건은 일반적으로 조달사기를 처벌하기 위해 활용되었는데, 조달사기에 적용되는 조항으로는 허위주장(False claim: 18 U.S.C. § 287)¹⁵⁰⁾도 있다. 그러나 허위주장죄는 정부에 대한 허위주장만을 처벌한다는 점에서 허위진술죄보다 적용범위가 좁다. 허위주장으로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 연방정부에 대한 잘못된 주장을 제기하였으며, ② 소는 허위였거나 사기적이었으며, ③ 피고인은 주장이 사기적이라는 사실을 알았으며, ④ 피고인은 사기의 고의로 행위하였다는 점이 입증되어야 한다.

150) Whoever makes or presents to any person or officer in the civil, military, or naval service of the United States, or to any department or agency thereof, any claim upon or against the United States, or any department or agency thereof, knowing such claim to be false, fictitious, or fraudulent, shall be imprisoned not more than five years and shall be subject to a fine in the amount provided in this title.

라. 사법방해

1) 개 관

사법방해란 법과 정의를 정당하게 집행하는 것을 방해하는 일체의 행위를 말한다. 수사 및 재판절차와 관련하여 증거물을 훼손하거나 증인·배심원 등 재판관계자에게 부당한 영향력을 행사하거나 재판절차에서 허위진술을 하는 것 등이 전형적인 사법방해 행위이다.

연방법률의 사법방해죄는 18 U.S.C. § 1501-1521에 규정되어 있다. 그 중 역사적으로 빈번하게 적용되어 온 규정은 ① 사법절차 관련자들의 직무집행을 방해하거나 정당한 법집행 자체를 방해하는 행위를 처벌하는 제1503조, ② 행정부 소속 각 기관에서 주관하는 각종 절차와 관련된 법집행을 방해하는 행위를 처벌하는 제1505조, ③ 뇌물을 이용하여 수사기관에 대한 범죄정보 제공을 방해하는 행위 등을 처벌하는 제1510조, ④ 1982년의 범죄피해자 및 증인보호법(Victim and Witness Protection Act)에 따라 신설되어, 증인·피해자·정보원에 대한 회유 및 보복행위를 처벌하는 제1512조 및 제1513조이다.¹⁵¹⁾ 그리고 정부 각 기관의 조사를 방해할 목적으로 증거물을 변경·파손하는 행위를 처벌하는 제1519조, 회사의 회계 관련 서류들을 파기하는 행위를 처벌하는 제1520조가 있는데, 이 조문들은 사베인-옥슬리법에 따라 새롭게 규정한 구성요건이다.¹⁵²⁾

일반사법방해 (18 U.S.C § 1503)¹⁵³⁾: (a) 누구든지 부정하게(corruptly) 또는

151) 그에 관한 설명으로 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999, 87면 이하.

152) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 93-98.

153) (a) Whoever corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication, endeavors to influence, intimidate, or impede any grand or petit juror, or officer in or of any court of the United States, or officer who may be serving at any examination or other proceeding before any United States magistrate judge or other committing magistrate, in the discharge of his duty, or injures any such grand or petit juror in his person or property on account of any verdict or indictment assented to by him, or on account of his being or having been such juror, or injures any such officer, magistrate judge, or other committing magistrate in his person or property on account of the performance of his official duties, or corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to

협박·위력·위협적인 편지 기타 매체를 통하여 미합중국 법원의 대배심원, 소배심원, 법원공무원, 미합중국 치안판사가 주관하는 심리 기타 사법절차에 종사하는 공무원들에 대하여 그 직무수행에 영향을 미치거나 그들을 협박하거나 그들의 직무수행을 방해하려고 시도하는 자, 또는 부정하게 혹은 협박·위력·위협적인 편지 기타 매체를 통하여, 정당한 법의 집행에 영향을 미치거나 이를 방해하거나 그와 같은 영향·방해를 시도하는 자는 (b)에 규정된 바에 따라 처벌된다. 만약 본조에서 규정한 범행이 재판이나 형사사건에서 발생하였고 본조의 규정을 위반한 행위가 육체적 폭력이나 폭력의 위협을 수반하였다면, 징역형의 상한은 그 경우에 적용될 다른 범죄로 인한 징역형의 상한보다 높아야 한다.

(b) 본조에 의한 범행에 대한 처벌은 아래와 같다.

- (1) 사람을 죽인 때에는 제1111조 및 제1112조에 규정된 바와 같이 처벌한다.
- (2) 살인미수 또는 소배심에 대한 A, B급 중죄로 기소된 때에는 20년 이하의 징역, 본법에 따른 벌금 또는 양자를 병과한다.
- (3) 그 밖의 경우에는 10년 이하의 징역형 또는 본장에 따른 벌금형을 과하거나 양자를 병과한다.

이 조문은 1831년 3월 2일 법률에 의해 도입되었으며 원래는 증인, 당사자, 배심원 또는 법원공무원에 대한 방해행위를 사범방해죄로 처벌하는데 목적을 두었다 그러나 범죄피해자 및 증인보호법에 따라 증인 및 당사자에 대한 방해행위에 대한 독자적인 처벌조문이 도입되었기 때문에, 이 조문에서 처벌하는 행위는

influence, obstruct, or impede, the due administration of justice, shall be punished as provided in subsection (b). If the offense under this section occurs in connection with a trial of a criminal case, and the act in violation of this section involves the threat of physical force or physical force, the maximum term of imprisonment which may be imposed for the offense shall be the higher of that otherwise provided by law or the maximum term that could have been imposed for any offense charged in such case.

(b) The punishment for an offense under this section is -

- (1) in the case of a killing, the punishment provided in sections 1111 and 1112;
- (2) in the case of an attempted killing, or a case in which the offense was committed against a petit juror and in which a class A or B felony was charged, imprisonment for not more than 20 years, a fine under this title, or both; and
- (3) in any other case, imprisonment for not more than 10 years, a fine under this title, or both.

배심원이나 법원공무원의 직무수행에 부정한 영향을 미치거나 그 직무수행과 관련하여 그들을 협박하는 행위 및 배심원들이나 법원공무원들의 직무수행과 관련된 보복행위를 처벌하고 있다. 그러나 이 조문은 일반조항으로서 정당한 법집행을 부정하게 또는 위협적 수단을 통해 방해하고자 시도하는 행위도 처벌하고 있으며 사법방해죄에서의 핵심적인 규정이라고 할 수 있다.

2) 적용요건

사법방해로 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 사법의 적법절차에 영향을 미치거나 협박하거나 방해하였으며, ② 행위자는 정을 알면서 행위하였고, ③ 그 행위는 사법의 적법절차를 방해하겠다는 목적으로 부정하게 행해졌다는 점을 입증하여야 한다.

일반적으로 법원은, 사법방해죄로 행위자를 처벌하기 위해서는 피고인이 부정하게 행위하였거나 특정한 유형의 협박이나 위력을 행사하였다는 두 행위유형 중 하나만 입증되면 충분하다고 해석하였다.¹⁵⁴⁾ 그러나 ‘부정하게’가 독자적인 요건으로서 증거에 의해 입증되어야 하는가에 대해서는 논란이 있다. 예를 들어 U.S. v. Ogle 사건¹⁵⁵⁾에서 연방제10항소법원은 배심원의 의무행사에 영향을 미치려고 하거나 정당한 법집행에 영향을 미치거나 방해하려는 노력은 그 자체가 불법적으로서 부정한 행위와 같은 뜻이라는 사실심법원의 판결을 확인하였으나, 다른 항소법원은 U.S. v. Ryan 사건¹⁵⁶⁾에서 피고인이 사악한 의도로 행위했다는 점이 입증되어야 부정하게 행위하였다고 볼 수 있다고 하였다. 다음으로 사법방해죄가 성립하기 위해서는 사법방해의 결과가 실제로 발생할 필요는 없으며 행위자가 사법방해를 위해 노력(endavor)했다는 점을 입증하면 충분하다.

허위진술에 기하여 사법방해죄가 성립하기 위해서는 허위진술과 사법행정의 방해 사이의 관련성이 입증되어야 한다. 연방대법원은 U.S. v. Aguilar 사건¹⁵⁷⁾

154) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 100.

155) 613 F.2d 233 (10th Cir. 1979).

156) 455 F.2d 728 (9th Cir. 1971).

157) 515 U.S. 593 (1995).

에서 이러한 관련성을 인정하기 위해서는 행위가 사법행정과 시간적, 인과적 또는 논리적 관계가 있어야만 한다고 선고하였다. 엔론의 회계를 담당했던 아더 앤더슨이 회사의 기록보존규칙에 따라 관련서류를 폐기한 행위로 인해 제1512조 위반으로 기소된 *Arthur Anderson, LLP v. U.S.* 사건¹⁵⁸⁾에서도 연방대법원은 배심원에 대한 원심의 재판관의 설시가 위법행위를 입증하기 위해 인식이 필요하다는 점을 전달하지 않았을 뿐만 아니라 서류폐기와 특정한 사법행정 사이에 어떠한 관련성도 필요하지 않다고 잘못 인식하게 하였다고 판단하였다.

마. 증인에 대한 불법접촉

18 U.S.C. § 1512(b)¹⁵⁹⁾ 누구든지 고의로 타인을 협박하거나 부정하게 설득하거나 그러한 시도를 하거나 타인에 대한 기망행위에 가담하고, 그러한 행동이 (1) 공식절차에서의 타인의 증언에 영향을 미치거나 이를 미루거나 저지하기 위한 경우, 또는 (2) 타인으로 하여금 (A) 공식절차에서의 증언이나 증거물 제출을 저지하거나 또는 (B) 공식절차에 사용될 증거물의 진정성이나 형태를 저해할 목적으로 그 물건을 변경, 파괴, 은닉하거나 또는 (C) 공식절차에서의 증인출석명령이나 증거제출명령을 회피하도록 하거나 적법하게 소환된 절차에 불출석하게

158) 544 U.S. 696 (2005).

159) (b) Whoever knowingly uses intimidation, threatens, or corruptly persuades another person, or attempts to do so, or engages in misleading conduct toward another person, with intent to -

(1) influence, delay, or prevent the testimony of any person in an official proceeding;

(2) cause or induce any person to -

(A) withhold testimony, or withhold a record, document, or other object, from an official proceeding;

(B) alter, destroy, mutilate, or conceal an object with intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding;

(C) evade legal process summoning that person to appear as a witness, or to produce a record, document, or other object, in an official proceeding; or

(D) be absent from an official proceeding to which such person has been summoned by legal process; or

(3) hinder, delay, or prevent the communication to a law enforcement officer or judge of the United States of information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation, supervised release, parole, or release pending judicial proceedings; shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both.

하거나, (3) 범죄사실이나 집행유예·감독조건부 석방 등의 준수사항 불이행에 관한 사실을 미국 법집행기관이나 법원에 신고하는 것을 방해, 지체, 저지하기 위한 목적으로 이루어지는 경우에는 이 법에 의한 벌금 또는 10년 이하의 징역형을 선고하거나 양자를 병과한다.

증인에 대한 불법접촉으로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 고의로 ② 타인을 협박하거나 부정하게 설득하거나 그렇게 하려고 시도하였으며, ③ 공식절차에서의 타인의 증언에 영향을 미치거나 이를 미루거나 저지하기 위하였거나, 타인으로 하여금 공식절차에서의 증언이나 증거물 제출을 저지하거나 공식절차에 사용될 증거물의 진정성이나 형태를 저해할 목적으로 그 물건을 변경, 파괴, 은닉하거나 공식절차에서의 증인출석명령이나 증거제출명령을 회피하도록 하거나 적법하게 소환된 절차에 불출석하게 하거나 범죄사실이나 집행유예·감독조건부 석방 등의 준수사항 불이행에 관한 사실을 미국 법집행기관이나 법원에 신고하는 것을 방해, 지체, 저지하기 위한 목적을 입증하여야 한다.

바. 증거에 대한 불법접촉

18 U.S.C. § 1512(c)¹⁶⁰: 부정하게 (1) 공식절차에서의 대상의 상태 또는 사용가능성을 해할 의도로 기록, 서류 또는 다른 대상물을 변경, 파괴, 훼손, 은닉하거나 그러한 행위를 하려고 시도한 자, 또는 (2) 다른 방법으로 공식절차를 방해하거나 영향을 미치거나 그러한 행위를 하려고 시도한 자는 이 장의 벌금 또는 20년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

증거에 대한 불법접촉으로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 부정하게 ② 기록,

160) (c) Whoever corruptly -

(1) alters, destroys, mutilates, or conceals a record, document, or other object, or attempts to do so, with the intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding; or
(2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.

서류 또는 다른 대상을 변경, 파괴, 훼손, 은닉하거나 그러한 행위를 하려고 시도하였으며, ③ 공식절차에서의 대상의 상태 또는 사용가능성을 해할 의도가 있었음을 입증하여야 한다.

사. 증인에 대한 보복

18 U.S.C. § 1513(b)¹⁶¹⁾ (증인에 대한 보복) 다음의 행위를 한 타인에게 보복할 의도로 고의로 타인에게 상해를 가하거나 타인의 재산에 손해를 가하거나 또는 그렇게 할 것을 협박하는 자, 또는 이를 하려고 시도하는 자는 이 장의 벌금 또는 20년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과한다.

- (1) 공식절차에 증인이나 당사자로 출석, 증언을 하거나 다른 증거물을 제출하거나
- (2) 법집행공무원에게 연방범죄가 범하여졌거나 범할 가능성이 있다는 정보를 주거나, 보호관찰 또는 감독조건부 석방의 준수사항 위반 또는 계속중인 사법절차위반에 대한 정보를 주는 것.

증인에 대한 보복으로 처벌하기 위해서는 ① 행위자가 고의로, ② 타인에게 상해를 가하거나 타인의 유형의 재산에 손해를 가하거나 또는 그렇게 할 것을 협박하였으며, ③ 공식절차에 증인이나 당사자로 출석하거나 증언하거나 정보를 제공한 자에게 보복할 의도가 있었음을 입증하여야 한다.

동조는 단지 적법한 법집행으로써 공공의 이익을 보호하는 데에만 그 목적이

161) (b) Whoever knowingly engages in any conduct and thereby causes bodily injury to another person or damages the tangible property of another person, or threatens to do so, with intent to retaliate against any person for -

- (1) the attendance of a witness or party at an official proceeding, or any testimony given or any record, document, or other object produced by a witness in an official proceeding; or
- (2) any information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation, supervised release, parole, or release pending judicial proceedings given by a person to a law enforcement officer; or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.

있는 것이 아니라, 연방법원에서 소환되었거나 또는 소환장 없이 증언함으로써 야기될 보복으로부터 증인을 보호하기 위한 것으로 결국 연방수사 또는 사법절차에 도움을 주는 개인을 보호하는데 그 목적이 있다고 하겠다. 예컨대 연방법원에서 증언했다는 것을 이유로 상해를 가한 경우 동조가 적용된다.

VII. 지적 재산권관련 범죄

가. 산업스파이

산업스파이법은 영업비밀의 형사적 보호를 연방차원에서 실현하기 위해 제정되었다. 당시 산업스파이의 증가에 따른 손실은 연간 최소 18억 달러에서 최대 250억 달러로 추산되었으며 산업스파이의 수도 1992년에서 1996년 사이에 323%나 증가하였다. 그러나 각 주의 경우 사건의 조사를 위한 자원이 부족하고 주의 경계를 넘어선 사건에서는 관할 문제가 발생하며, 영업비밀침해죄를 규정하는 많은 주법은 이를 경죄로 하고 있어서 억제효과를 기대하기 어려운 상황이었다. 이러한 상황에서 연방의회의 법안에 1996년 클린턴 대통령이 서명함으로써 산업스파이법이 제정되었다.¹⁶²⁾

18 U.S.C. § 1831¹⁶³⁾ (산업스파이) (a) 일반규정

162) 김재봉, “영업비밀의 형사법적 보호방안”, 형사정책 제14권 제1호(2002), 175면. 아래 산업스파이죄와 영업비밀절도죄의 번역은 현대호, 영업비밀의 보호에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2004, 161면 이하를 수정함.

163) (a) In General. - Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly -

- (1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;
- (2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret;
- (3) receives, buys, or possesses a trade secret, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;
- (4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); or
- (5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, shall, except as provided in subsection (b), be fined not

누구든지 범죄행위를 통하여 외국의 정부, 정부기관 또는 정부관리를 이롭게 하기 위하여 또는 이롭게 함을 알면서도 고의로 다음의 행위를 하는 때에는 (b)의 경우를 제외하고 50만 달러 이하의 벌금 또는 15년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과할 수 있다.

- (1) 영업비밀을 절도, 무단이용, 획득, 제거, 은닉이나 사기, 계약 또는 기만행위를 통하여 취득하는 경우
- (2) 영업비밀을 무단으로 복사, 복제, 스케치, 도안, 사진, 다운로드, 업로드, 변경, 파괴, 사진촬영, 모사, 발송, 전달, 전송, 우편발송, 의사교환을 하거나 전하는 경우
- (3) 영업비밀을 무단으로 절도, 이용, 취득 또는 횡령된 것임을 알면서도 수취, 구매 또는 소유하는 경우
- (4) (1) 내지 (3)에서 규정하고 있는 범죄를 하고자 시도하는 경우
- (5) (1) 내지 (3)에서 규정하고 있는 범죄행위를 하기 위하여 한 명 또는 그 이상의 자와 공모하고, 공모한 자 중 한 명 이상의 자가 실제로 공모의 목적을 실행하기 위한 행위를 하는 경우

(b) (a)에서 규정하고 있는 범죄를 행한 단체는 천만 달러 이하의 벌금에 처한다.

산업스파이죄로 행위자를 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 영업비밀을 절취 혹은 사취하였으며, ② 행위자는 영업비밀을 횡령하려고 의도하였으며, ③ 행위자는 자신의 행위가 외국정부, 정부기관 또는 정부관리의 이익이 된다는 사실을 알았거나 의도하였다는 점을 입증하여야 한다.

more than \$500,000 or imprisoned not more than 15 years, or both.
 (b) Organizations. - Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$10,000,000.

나. 영업비밀절도

18 U.S.C. § 1832¹⁶⁴⁾ (영업비밀절도) (a) 주 또는 국제간의 상거래를 위하여 생산되었거나 제공되는 상품과 관련된 내지 포함된 영업비밀을 그 소유자 이외의 자의 경제적 이익을 위하여 횡령할 목적으로, 동법의 범죄행위를 통하여 그 영업비밀권자에게 손해를 야기하기 위하여, 또는 손해를 야기함을 알면서 고의로 다음의 행위를 하는 경우에는 (b)에서 규정하고 있는 경우를 제외하고 본조에 따라 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과할 수 있다.

- (1) 이들 정보를 절도, 무단이용, 획득, 제거, 은닉이나 사기, 계약 또는 기만 행위를 통하여 획득하는 경우
- (2) 이들 정보를 무단으로 복사, 복제, 스케치, 도안, 사진, 다운로드, 업로드, 변경, 파괴, 사진촬영, 모사, 발송, 전달, 전송, 우편발송, 의사교환을 하거나 전하는 경우
- (3) 이들 정보를 무단으로 절취, 이용이나 취득 또는 횡령된 것임을 알면서 수취, 구매 또는 소유하는 경우
- (4) (1) 내지 (3)에서 규정하고 있는 범죄를 저지르고자 시도하는 경우
- (5) (1) 내지 (3)에서 규정하고 있는 범죄를 저지르기 위하여 한 명 또는 그

164) (a) Whoever, with intent to convert a trade secret, that is related to or included in a product that is produced for or placed in interstate or foreign commerce, to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret, knowingly -

- (1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains such information;
- (2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys such information;
- (3) receives, buys, or possesses such information, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;
- (4) attempts to commit any offense described in paragraphs (1) through (3); or
- (5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, shall, except as provided in subsection (b), be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.

(b) Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$5,000,000.

이상의 자와 공모하고 공모한 자 중 한 명 이상의 자가 실제로 공모의 목적을 실행하기 위한 행위를 하는 경우

(b) (a)에서 규정하고 있는 범죄를 행한 단체는 500만달러 이하의 벌금에 처한다.

영업비밀절도로 행위자를 처벌하기 위해서는 ① 행위자는 영업비밀을 절취 혹은 사취하였으며, ② 행위자는 영업비밀의 보유자 외의 타인의 경제적 이익을 위해 영업비밀을 횡령하려고 의도하였으며, ③ 행위자는 행위가 영업비밀 보유자의 해가 된다는 사실을 알았거나 의도하였다는 점이 입증되어야 한다.

VIII. 조세사기

가. 조세포탈죄

26 U.S.C. § 7201¹⁶⁵⁾ (조세포탈) 어떠한 방법으로든 내국세법상의 조세의 부과와 납부를 의도적으로 포탈 또는 침해하려고 한 자는 법률에 규정된 다른 벌칙 이외에도 중죄로서 5년 이하의 징역 또는 10만 달러 이하의 벌금(법인은 50만 달러 이하)에 처하며 양자를 병과할 수 있다. 형사소송비용도 부과한다.

행위자를 조세포탈죄로 처벌하기 위해서는 행위자가 ① 의도적으로, ② 이미 납부하였거나 신고한 내용에 추가하여 내국세법에 따라 납부해야 할 조세를 ③ 포탈하거나 침해하려고 시도하였다는 점을 입증하여야 한다.

의도는 조세사기범죄에서 일반적으로 요구하는 주관적 불법요소로서 전통적으로 ‘악한 목적이나 악질적 동기’ 라고 이해되고 있으나, 피고인이 법률상 의무를 알고 있음에도 불구하고 자발적이고 의도적으로 의무를 위반했다는 점을 입

165) Any person who willfully attempts in any manner to evade or defeat any tax imposed by this title or the payment thereof shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$100,000 (\$500,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 5 years, or both, together with the costs of prosecution.

증하면 의도를 인정할 수 있다.¹⁶⁶⁾

다음으로 조세포탈을 위한 적극적인 행위나 그러한 행위의 시도가 있어야 한다. 적극적인 행위란 단순히 고의적인 불납부 또는 불신고가 아니라 조세를 포탈하려는 의도를 직접적으로 실행하는 행위로서 계속적인 과대공제, 가명 또는 차명의 재산보유, 개인적인 용도로 법인자산을 전용하는 행위, 은행계좌의 은닉 등이 대표적인 행위유형이다.¹⁶⁷⁾

조세포탈죄로 처벌하기 위해서는 납세부족액, 즉 이미 납부한 세액과 정당세액과의 차이가 존재해야 한다. 판례에 따르면 납세부족액은 실질적이어야 하며¹⁶⁸⁾ 실제로 납세부족액이 상당히 크다는 점을 입증하기 어려운 사건은 거의 기소되지 않는다.

나. 원천징수의무불이행 및 불납부

26 U.S.C. § 7202¹⁶⁹⁾ (원천징수의무불이행 및 불납부) 법률상 조세를 징수하여 그 명세서를 작성, 납부할 의무가 있는 자가 고의로 이를 징수하지 아니하거나 성실히 이에 대한 명세서를 작성하여 납부하지 아니하는 경우에는 중죄로서 법률에 규정된 다른 벌칙 이외에 1만달러 이하의 벌금 또는 5년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과할 수 있다. 형사소송비용도 부과한다.

이 조항은 조세징수의무에 기한 탈세기도를 처벌하기 위한 규정으로서 개인 또는 법인이 정부를 대신하여 사회보장세, 입장세, 도박세, 원천세 기타 소비세를 징수할 의무를 이행하지 않을 때 적용된다.¹⁷⁰⁾

166) Podgor & Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 177;

167) 오영근·조현지, 조세범죄의 유형과 대처방안, 한국형사정책연구원, 1996, 46면.

168) U.S. v. Marashi, 913 F.2d 724 (9th Cir. 1990).

169) Any person required under this title to collect, account for, and pay over any tax imposed by this title who willfully fails to collect or truthfully account for and pay over such tax shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$10,000, or imprisoned not more than 5 years, or both, together with the costs of prosecution.

170) 오영근·조현지, 조세범죄의 유형과 대처방안, 49면.

원천징수의무불이행 및 불납부로 처벌하기 위해서는 행위자가 ① 의도적으로, ② 이미 납부하였거나 신고한 내용에 추가하여 내국세법에 따라 기한이 된 조세를, ③ 징수하지 않거나 성실하게 명세서를 작성하지 않고 납부하였다는 점을 입증하여야 한다.¹⁷¹⁾

다. 신고·납부의무불이행

26 U.S.C. § 7203¹⁷²⁾ (신고·납부의무불이행) 고의로 기한 내에 조세를 납부하지 아니하거나 고의로 법규에 의하여 요구되는 신고서의 제출, 기록의 비치, 소정 과세자료의 제출 등의 행위를 이행하지 않은 자는 경죄로서 1년 이하의 징역 또는 2만 5천달러 이하의 벌금(법인은 10만 달러 이하)에 처하거나 병과할 수 있다. 형사소송비용도 부과한다.

신고·납부의무불이행죄로 처벌하기 위해서는 행위자가 ① 의도적으로 ② 내국세법 또는 시행규칙에 따른 의무가 존재함에도 불구하고, ③ 신고·납부·기장·과세정보의 제출의무를 이행하지 않았다는 점을 입증해야 한다.

171) O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, 56.

172) Any person required under this title to pay any estimated tax or tax, or required by this title or by regulations made under authority thereof to make a return, keep any records, or supply any information, who willfully fails to pay such estimated tax or tax, make such return, keep such records, or supply such information, at the time or times required by law or regulations, shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a misdemeanor and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$25,000 (\$100,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 1 year, or both, together with the costs of prosecution. In the case of any person with respect to whom there is a failure to pay any estimated tax, this section shall not apply to such person with respect to such failure if there is no addition to tax under section 6654 or 6655 with respect to such failure. In the case of a willful violation of any provision of section 6050I, the first sentence of this section shall be applied by substituting "felony" for "misdemeanor" and "5 years" for "1 year".

IX. RICO 법(RICO Act)

조직범죄를 처벌하기 위한 목적으로 제정된 RICO법(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)은 1970년의 조직폭력규제법(Organized Crime Control Act)의 일부로 18 U.S.C. § 1961 ~ § 1968이다. 그러나 RiCO법 위반으로 기소되기 위하여 피고인이 범죄조직의 일원임을 입증할 필요는 없다.¹⁷³⁾

이 법률은, 살인, 납치, 방화, 강도 등 9개의 연방범죄와 1년 이상의 징역형이 부과될 수 있는 30여개의 주범죄를 조직범죄로 폭넓게 규정한다(18 U.S.C. § 1961 (1)). 그리고 이러한 조직범죄행위를 하는 기업(enterprise)¹⁷⁴⁾에 투자하였거나 이해관계를 가지고 있거나 그의 업무에 종사하는 행위는 금지되는데, 이러한 행위가 경향(pattern)을 띠면 리코법위반으로 처벌할 수 있다고 규정하며, 경향을 인정하기 위해서는 그 중 2개 이상의 범죄를 10년 안에 저지르면 족하다.

이 법률을 적용하기 위해서는 주간통상이 있어야 하는데 U.S. v. Robertson 사건¹⁷⁵⁾에서 연방대법원은 조직이 주간통상에 관여하거나 주간통상에 실질적인 영향을 주면 리코법의 적용대상이 된다고 판결하였다.

한편 그 민형사상 처벌 역시 강력한데 우선 형사상으로는 20년 이하의 징역형(해당 범죄행위에 대한 처벌조항에 종신형이 포함되어 있다면 종신형) 혹은 25,000달러 이하의 벌금형에 처하거나 양자를 병과할 수 있으며, 그 수익에 대해 몰수나 추징이 가능하다. 민사적으로도 피해액의 3배까지 손해배상청구가 가능하며, 해당 기업에 대한 해산처분도 가능하다.

173) U.S. v. Mandel, 415 F.Supp. 997 (D.Md. 1976).

174) 기업(enterprise)이란 개인, 조합, 회사, 협회 또는 기타 법적 단체 그리고 비록 법적 단체가 아니라도 사실상 연합된 개인들의 조직이나 그룹을 포함한다(18 U.S.C. § 1961 (4)).

175) 514 U.S. 669 (1995).

제3장

영국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

영국의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

제1절 영국의 관련 법제도 개관

오늘날 영국에서는 법인의 활동으로 인한 법익침해나 의무위반에 대처하기 위하여 다음과 같은 다양한 법적 수단이 사용되고 있다.¹⁷⁶⁾ 먼저 법인의 대표자나 기타 구성원 개인이 범죄를 범한 경우 그들은 당연히 관련규정에 의하여 형사처벌을 받게 된다. 예컨대 기업의 대표자가 공무원 등에게 뇌물을 제공한 경우 그는 뇌물죄로 처벌된다. 법인의 구성원이 직접 범죄행위를 수행하지 아니한 경우에도 법인과 더불어 그를 처벌할 수 있도록 하는 법률이 마련되어 있는 경우도 있다. 예컨대 “법인이 범죄를 범하였고, 그 범죄가 경영자의 동의, 묵인 또는 과실에 의하여 범해진 것으로 입증된다면 법인만이 아니라 당해 경영자도 해당 범죄로 처벌되어야만 한다.”는 형태의 형벌규정이 마련되어 있는 경우, 해당 범죄에 대하여 법인과 경영자가 모두 처벌대상이 된다.¹⁷⁷⁾

176) 주지하는 바와 같이 영국은 잉글랜드, 스코틀랜드, 웨일즈, 아일랜드로 이루어진 연방국가이며, 각 자치국가의 법률이 서로 완전히 동일한 것은 아니다. 따라서 엄밀하게 본다면 이와 같이 영국이라는 단일한 명칭으로 네 자치국가를 통칭하는 것은 적절하지 않을 것이다. 이 글에서는 편의상 영국이라는 명칭을 사용하였으나, 이는 경우에 따라서는 잉글랜드 등 네 개 자치국가를 모두 포함하는 의미로, 경우에 따라서는 그 중의 일부, 특히 잉글랜드와 웨일즈를 지칭하는 의미로 사용되었다.

177) 예컨대 “Trade Descriptions Act 1968” 제20조 제1항이 이러한 규정에 해당한다. 이 규정은

법인의 형사책임이 어떠한 요건 하에서 인정되는가에 관하여서는, 적용여부가 문제되는 형벌규정의 성격에 따라 이를 몇 가지로 나누어 검토하는 것이 일반적이다. 먼저 엄격책임 범죄(strict liability offense)의 경우에는 이를 곧바로 법인에 대하여 적용할 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 엄격책임 범죄란 일정한 행위만 있으면 곧 구성요건이 충족되는 범죄로서, 그 성립에 주관적 요소가 요구되지 않는 범죄이다. 예컨대 관련 법률이 “누구도 의사의 처방 없이는 A 약품을 타인에게 판매하여서는 안된다.”는 형태의 엄격책임 범죄를 마련해 놓은 경우, 갑이 스스로 위조한 의사의 처방전을 약사 을에게 제출하였고, 을이 이 처방전이 진짜라고 믿고 갑에게 A 약품을 판매하였다면, 을은 - 그가 처방전이 위조된 것임을 알지 못했고, 그에 대하여 과실이 없는 경우에도 - 위 범죄위반으로 형사 처벌을 받게 된다.¹⁷⁸⁾ 엄격책임 범죄는 그 성립을 위하여 주관적 요소를 필요로 하지 아니하므로 법인에 의한 법익침해에 대처하기 위한 수단으로 사용하기에 적합하며, 실제로도 흔히 사용되고 있다.

엄격책임 범죄는 성문법에 명문으로 규정되어 있는 경우가 대부분이다. 그러나 영국과 같은 커먼로 국가에서는 모든 범죄가 성문법에 명시적으로 규정되어 있는 것은 결코 아니다. 커먼로 국가에서 범죄는 크게 보아서 살인죄(murder, manslaughter)와 같이 오랜 기간 법원의 판례를 통하여 발전되어 온 범죄와 성문법이 규정하는 범죄의 두 가지로 나눌 수 있다. 성문법에 의하여 새로 제정된 범죄 중에서 입법자가 특히 법인을 그 주체로 예정하고 있는 범죄의 경우, 법인 그 자체가 처벌대상이 된다. 산업안전보건법(Health and Safety at Work Act 1974) 제2조가 그 전형적인 사례에 해당한다. 이 법률 제2조 제1항은 “모든 사업주는 합리적으로 보아 실현가능한 범위 내에서 모든 근로자의 안전과 복지를 보장해줄 의무를 부담한다.”고 규정하고 있으며, 이러한 의무를 오히려 이행하지

다음과 같은 형식으로 규정되어 있다.: “Where an offence under this Act which has been committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent and connivance of, or to be attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, or any person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate shall be guilty of that offence and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly.”

178) 사례는 David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 150 참조

아니한 경우 사업주는 같은 법 제33조에 의하여 처벌받게 된다. 입법목적에 비추어 볼 때 사업주는 개인이 아니라 법인, 그 중에서도 기업을 의미하는 것임이 분명하므로, 동 규정은 법인에 대하여서도 직접 적용될 수 있다고 본다.¹⁷⁹⁾

엄격책임 범죄도 아니고 입법자가 법인에 대하여 적용할 의도로 제정한 범죄에 해당하지도 않는 범죄의 경우, 이를 법인에 대하여 적용함에 있어서는 대위책임 이론과 동일성 이론의 두 가지 이론구조가 사용된다. 특히 범죄성립요건으로서 의도, 경솔함 등과 같은 주관적 요소가 요구되는 경우에는 동일성 이론이 사용되고 있다. 최근에는 대위책임 이론과 동일성 이론의 난점을 보완하기 위하여 법인살인법과 같은 특별법을 제정하기도 하였다.

다만 유의하여야 하는 것은, 위에서는 편의상 엄격책임 범죄, 법인에 대하여 적용될 것을 예정하고 있는 성문법의 범죄, 대위책임 이론 내지 동일성 이론의 논리구조에 의하여 법인에 대하여 적용되는 범죄 등을 서로 분리하여 놓았으나, 실제 적용과정에서는 어느 범죄가 어떠한 유형에 속하는가의 문제가 불분명한 경우가 많다는 점이다. 실제 사례를 살펴보면 법인에 대하여 적용하기 위한 목적으로 제정된 범죄가 엄격책임 범죄인 경우도 많으며, 엄격책임 범죄의 성립여부를 검토하는 과정에서 대위책임 이론이 사용되기도 하고, 대위책임 이론의 적용이 부정되면 곧 동일성 이론을 적용할 수 있는지를 검토하기도 한다. 이러한 혼란이 발생하는 것은, 대륙법계 국가의 법제도가 하나의 통일된 법체계를 형성하고 있는 것과는 달리, 영국의 법제도는 특정한 사례에 대하여 구체적 타당성 있는 결론을 도출해내는 데에 도움이 되는 논점 중심으로 형성되어 있기 때문이 아닌가 싶다.

아래에서는 영국의 문헌들이 채택하고 있는 설명방법에 따라 대위책임 이론 내지 동일성 이론에 입각한 법인의 처벌방법, 법인살인법에 의한 법인의 처벌방법을 차례대로 살펴보고자 한다. 영국에서 법인을 형사처벌하기 위하여 사용되는 대위책임 이론과 동일성 이론이 오랜 기간 판례를 통하여 발전해왔다는 점을 고려하여, 추상적인 이론에 대한 설명보다는 영국 법원이 구체적으로 이를 어떻게 적용하고 있는가를 소개하는 형태로 논의를 진행하려고 한다.

179) Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2009, 148

제2절 대위책임 이론과 동일성 이론

I. 대위책임 이론

가. 의 의

18세기 이전 커먼로 하에서는 법인의 형사책임이 인정되지 아니하였다. 기업은 “비난할 수 있는 영혼도, 견어찰 수 있는 신체도 보유하고 있지 않다.”고 보았기 때문이다.¹⁸⁰⁾ 그러나 19세기 중반 이후에는 구성원의 범죄행위에 대하여 법인에 대하여 형사책임을 인정하기 위한 이론구성이 시도되었다. 그 출발점이 된 것은 민사법의 대위책임 이론이다. 민사법 분야에서 고용인이 피고용인의 행위에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 대위책임 이론이 확립되자 고용인을 법인으로, 피고용인을 법인의 구성원으로 대체함으로써 이를 형사처벌의 수단으로 이용할 수 있게 된 것이다.¹⁸¹⁾

대위책임 이론은 엄격책임 범죄를 법인에 대하여 적용함에 있어서 흔히 사용된다. 그러나 대위책임과 엄격책임이 서로 동일한 것은 아니다. 대위책임 이론이 엄격책임 범죄를 법인에 대하여 적용하는 경우에만 사용되는 것은 결코 아니며, 엄격책임 범죄라고 하더라도 언제나 대위책임 이론을 적용할 수 있는 것도 아니다. 어떠한 범죄에 대하여 대위책임 이론이 적용될 수 있는가의 문제는 개별 처벌규정의 해석에 의하여 판단된다.¹⁸²⁾

아래에서는 대위책임 이론이 일반적으로 어떻게 운용되고 있는가를 살펴보면 서, 그것이 법인의 형사책임과 관련하여 어떠한 형태로 사용되고 있는가를 함께 검토해 보려고 한다.

180) 영국에서 18세기 이전 기업에 대하여 형사책임을 인정하지 아니하였음을 말하는 데에 있어서 흔히 인용되는 문구이다. 예컨대 John C. Coffee, Jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment," Michigan Law Review, vol. 79, 1981, 386 참조.

181) Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001, 88 이하 참조.

182) Jonathan Herring, Criminal Law, Text, Case, and Materials, 3.th. ed., 2008, 760

나. 사용자의 대위책임이 인정되는 범죄

1) 대위책임 이론이 적용될 수 있는 범죄인가의 여부를 판단하는 기준

사용자가 피용자의 범죄행위에 대하여 언제나 대위책임을 부담하는 것은 아니다. 즉 모든 범죄에 대하여 대위책임 이론이 적용되지는 않는다. 따라서 대위책임 이론을 적용함에 있어서 가장 먼저 문제가 되는 것은 도대체 어떠한 범죄에 대하여 이 이론을 적용할 수 있는가를 판단하는 것이다. 법률이 명시적으로 사용자에게 대위책임을 인정하는 경우도 있다. 예컨대 법률에 “스스로 또는 그가 사용하는 자 내지 대리인(by himself or by his servant or agent)”이 일정한 행위를 행한 경우 이를 처벌하도록 규정되어 있는 경우가 그러한 예에 해당한다. 그러나 이와 같이 법률이 명시적으로 사용자의 대위책임을 인정하고 있는 경우는 드물다.

어느 범죄에 대하여 사용자에게 대위책임을 인정할 것인가의 여부는 일반적으로 실정법 규정에 의하여서가 아니라 법원의 해석에 의하여 결정된다. 대위책임 이론을 적용하여야 하는가를 판단함에 있어서는 법률의 목적, 당해 법규정의 규정형식, 부과된 의무의 성질, 누구에 대하여 어떠한 의무가 부과되어 있는가에 관한 사항, 일반적으로 누가 그 의무를 이행하는가에 관한 사항, 의무위반이 있을 때 벌칙이 부과되는 대상 등을 고려하여야 한다.¹⁸³⁾ 법원에서는 사용자에게 피용자의 법률위반행위에 대한 대위책임을 인정하는 근거로 흔히, 사용자에게 대위책임을 인정하지 아니하면 당해 법률이 “무의미하게 될 것(rendered nugatory)”이라는 논거를 제시하곤 한다.¹⁸⁴⁾

사용자에게 대위책임을 물을 수 있는 범죄는 크게 보아서 다음의 두 가지 형태로 구별된다. 하나는 사용자가 법률상 자신에게 부과된 임무의 수행을 타인에게 위임한 경우이며, 다른 하나는 물리적으로 보아 행위가 타인에 의하여 행하여졌지만 법적으로 본다면 그것이 사용자의 행위에 해당하는 것으로 보아야 하는 경우이다.

183) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 261

184) 예컨대 아래에서 인용되는 Allen v Whitehead, [1930] 1 K.B. 211 판결 참조.

2) 위임원칙(The delegation principle)

대위책임 이론이 적용되는 가장 전형적인 사례는 사용자와 피용자 사이에 위임관계가 존재하는 경우이다. 영국의 문헌들은 위임원칙에 의하여 사용자에게 대위책임을 부담하도록 한 가장 전형적인 사례로 Allen v. Whitehead 사례를 들고 있다.¹⁸⁵⁾ 영국의 “The Metropolitan Police Act 1839” 제44조는 음료판매소(refreshment house)의 관리자가 “음료(refreshment)가 판매, 소비되는 장소에서 매춘부나 평판이 좋지 못한 사람들이 서로 만나거나 머무르는 것을 알면서도 이를 허락하거나 묵인” 하는 것을 금지하고 있었다. A는 직접 카페운영의 허가를 받았으나 실제 운영은 B에게 위임하고 있었다. B는 매춘부들이 카페에 머무르는 것을 묵인하였고, 이로 인하여 A는 위 법률 위반으로 기소되었다. A는 카페의 모든 운영은 그가 고용한 B가 담당하고 있고 자신은 단지 일 주일에 한 번이나 두 번 정도 카페에 들러보았을 뿐이기에 자신은 B가 구내에 매춘부 등이 머무르는 것을 묵인하였음을 알지 못했다고 주장하였다. 또한 A는 자신이 B에게 위 법률을 준수할 것을 지시하였다고 주장하였다. 사건의 조사과정에서 A가 직접 카페에 방문하였던 그 순간에 위 법률위반행위가 행하여졌다는 증거는 발견되지 아니하였다.¹⁸⁶⁾

법원은 A의 이와 같은 주장에도 불구하고 A에 대하여 위 법률위반을 인정하고 유죄판결을 하였다. 법원은 B가 행한 행위와 B에게 인정되는 주관적 구성요소(카페에 매춘부가 머무르고 있음을 알고 있었고 이를 묵인하였다는 것)가 모두 A에게 귀속될 수 있다고 판시하였다. 법원이 이와 같은 귀속의 근거로 제시한 것은 B가 A의 피용자라는 사실이 아니라, A가 B에게 카페의 운영을 위임하였다는 사실이다. 법원은 만일 A가 카페의 운영을 B에게 위임하였고, 이로 인하여 카페의 운영이 A가 아니라 B에 의하여 이루어졌으며, A가 위와 같은 법률위반행위가 행하여지고 있음에 대하여 알지 못했음을 이유로 하여 A를 무죄판결한다면 위 법률이 실질적으로 무의미해진다는 점을 강조하였다.¹⁸⁷⁾ 누구나 자신

185) Allen v Whitehead, [1930] 1 K.B. 211

186) 자세한 사실관계는 Allen v Whitehead, [1930] 1 K.B. 211, 212 이하 참조.

187) Allen v Whitehead, [1930] 1 K.B. 211, 220

의 업무를 타인에게 위임함으로써, 스스로 업무를 집행하였더라면 부담하여야만 하였을 형사책임으로부터 벗어날 수 있게 되기 때문이다.

위임원칙에 입각하여 사용자에게 대위책임을 인정함에 있어서 어느 경우에 유효한 위임이 있다고 볼 것인가와 관련하여 다양한 논의가 진행 중이다. 예컨대 영국 법원은 사용자에게 대위책임을 인정되기 위하여서는 일반적으로 사용자가 영업허가를 얻은 장소에서의 사업운영을 피용자에게 위임하고 자신은 더 이상 이에 관여하지 아니하여야만 한다고 본다. 이러한 영국 법원의 해석론에 의한다면 사용자가 해당 장소에 머무르고 있었던 경우에는 대위책임을 인정되지 않을 수 있다. 예컨대 위 사례에서 법률위반행위가 발생하는 동안 A가 카페의 다른 층에 머물렀거나 다른 방에 있었더라면 - 대위책임을 발생시킬 수 있는 정도의 - 충분한 위임이 존재하지 아니한 것으로 보아 A가 대위책임을 부담하지 아니한다고 판단할 수도 있는 것이다.

위임의 유효성과 관련된 논의를 진행하면서 가장 흔히 인용되는 판결은 *Vane v. Yiannopoulos* 판결이다.¹⁸⁸⁾ 영국의 “the Licensing Act 1961”은 면허소유자가 면허의 규정을 위반하여 주류를 판매하는 행위(knowingly sells or supplies)를 범죄로 규정하고 있었다. A는 레스토랑의 소유자로서, 레스토랑에서 식사를 하는 손님들에게 주류를 판매할 수 있는 면허를 보유하고 있었다. 즉 A가 소유한 면허는 레스토랑을 방문하는 모든 손님에게 주류를 판매할 수 있는 면허가 아니라, 레스토랑에서 식사를 하는 손님들에게만 주류를 판매할 수 있는 면허인 것이다. 그런데 A가 레스토랑의 조리장소에 있는 동안 종업원 B가 식사를 주문하지 않은 손님들에게 주류를 판매하였고, 이로 인하여 A는 위 법률 위반으로 기소되었다. B가 손님들에게 주류를 제공하는 동안 A는 같은 건물의 두 층이 높은 곳에 머물고 있었다.¹⁸⁹⁾

이 사건에서 A는 당해 손님들이 식사를 주문하지 아니하고 주류만을 주문하였다는 사정을 알지 못하였지만, B는 이러한 사정을 알고 있었다. 따라서 A 본

188) 이 판결은 원문을 찾을 수 없어 아래의 문헌에 인용된 내용을 참조로 하여 정리하였다.: R. W. L. Howells, “The House of Lords and the Licensing Acts”, *The Modern Law Review*, Vol. 28, No. 2 (Mar., 1965), 227 이하

189) R. W. L. Howells, “The House of Lords and the Licensing Acts”, *The Modern Law Review*, Vol. 28, No. 2 (Mar., 1965), 227

인을 기준으로 살펴본다면 위 범죄의 구성요건은 충족되지 아니한 것으로 보아야 한다. 위 법률은 그러한 사정을 알고 있었던 경우(knowingly)에만 적용되기 때문이다. 하지만 B는 손님들이 식사를 주문하지 아니하고 주류만을 주문하였음을 알고 있었으므로, B의 행위는 - 행위주체에 관한 요건을 제외한 - 법률의 구성요건을 충족시킨다. 결국 이 사례에서 A는 스스로 구성요건을 실현한 것은 아니지만, 그의 사용자인 B가 범죄의 구성요건을 실현하였으므로 대위책임의 형태로 책임을 부담하여야 한다고 볼 수도 있다. 문제되는 것은 A와 B 사이에 유효한 위임관계가 존재하는가의 여부이다. 즉 A의 B에 대한 위임이 존재한다면 A는 B의 법률위반행위에 대하여 대위책임을 부담하여야 하지만, 그러한 위임이 존재하지 않는다면 A는 처벌되지 않게 되는 것이다. 영국 판례에 의한다면 위임 원칙이 적용되기 위하여서는 면허소유자가 사업장소의 운영에 전혀 관여하지 않아야 한다. 그러나 이 사례에서는 A가 비록 다른 공간이기는 하지만 같은 레스토랑 내에 머물고 있었기에 그러한 정도의 위임이 있다고 보기는 곤란하다. 따라서 위 사례에서는 A가 B의 행위에 대한 대위책임을 부담하지는 않는다고 보게 된다.¹⁹⁰⁾

3) 법률이 판매(sell), 소유(possess), 사용(use)행위를 처벌하도록 하고 있는 경우

사용자가 누군가에게 업무를 위임한 경우가 대위책임 이론이 적용될 수 있는 전형적인 사례에 해당하지만, 언제나 사용자와 피용자 사이에 위임/피위임 관계가 인정되어야만 대위책임 이론이 적용될 수 있는 것은 아니다. 영국 문헌들은 비록 행위가 물리적으로는 피용자에 의하여 행하여졌으나 실제로는 그것을 사용자의 행위로 보는 것이 타당한 경우에도 사용자에게 대위책임이 인정된다고 설명한다. 해당 범죄는 판매(sell), 소유/소지(possess), 사용(use) 등과 같은 행위를 구성요건적 행위로 하고 있는 경우가 많다.

예컨대 법률이 A 상품을 미성년자에게 판매하는 행위를 금지하면서 이를 위반하면 형사처벌하도록 하도록 하고 있고, 피용자가 법률에 위반하여 A 상품을 미성년자에 대하여 판매한 경우가 이러한 형태의 대위책임이 인정될 수 있는 전

190) A.P. Simester/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th. ed., 2007, 249 이하

형적인 사례에 해당한다. 이와 같은 사례에서 영국 법원은 흔히 법률의 취지에 비추어 볼 때 사용자에게 책임이 묻는 것이 타당하다고 판시하면서, 사용자와 피용자 사이에 유효한 위임관계가 존재하는가를 묻지 아니하고 곧바로 사용자의 책임을 인정하고 있다. 문헌은 이러한 사례에서 사용자에게 책임을 묻는 것은 대위책임 이론에 입각한 것이라고 설명한다. 사용자가 스스로 판매, 소유 등의 행위를 행하지 아니하였음에도 불구하고 형사처벌을 받는 것은 타인이 행한 판매, 소유 등의 행위에 대하여 대위책임을 부담하기 때문이라고 설명하는 것이다.¹⁹¹⁾ 다만 위임 여부와 상관없이 사용자에게 책임이 인정된다는 점에서 위임 원칙에 입각하여 대위책임을 인정되는 경우와는 다르다고 본다.

Coppen v. Moore 사건이 이러한 형태의 대위책임을 인정된 대표적인 사례로 인용된다.¹⁹²⁾ 이 사례에서 A는 여섯 개의 식품점을 운영하면서 미국 햄을 판매하고 있었으며, B는 A에 의하여 고용되어 그 식품점들 중의 하나에서 햄의 판매를 담당하고 있었다. 어느 날 손님 Z는 B가 판매를 담당하고 있는 식품점에 들어가 B에게 영국 햄을 구입하고 싶다고 하였다. B는 진열된 햄이 스코틀랜드 햄이라고 하면서 이를 Z에게 판매하였다. A는 “Merchandise Marks Act 1887” 제2조 제2항 위반으로 기소되었다. 당해 규정은 위조된 상표 내지 허위의 상표가 붙어있는 물품을 판매하는 행위를 형사처벌하도록 하면서, 피용자가 이러한 판매행위를 한 경우에는, 피용자가 자신에게 주어진 업무집행권한의 범위 내에서 행위한 것이라면 설령 그러한 행위가 사용자의 지시에 반하는 것이라고 할지라도 사용자가 형사책임을 부담하여야 한다고 규정한다. 단 사용자가 선의였으며, 피용자가 이러한 범죄를 범하는 것을 예방하기 위하여 합리적으로 볼 때 수행할 수 있는 모든 조치를 취한 경우에는 형사책임을 부담하지 않도록 규정하고 있다.¹⁹³⁾

A는 자신이 종업원들에게 햄을 “아침식사용 햄”이라는 명칭 하에 판매하여야 하고, 특정 장소에서 생산된 햄이라는 명칭 하에서 판매하지는 말 것을 지시하

191) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008, 264

192) Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306

193) 법률은 원문을 찾지 못하여 Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306에 인용된 부분을 참조하였다.

였음을 이유로 무죄임을 주장하였다. 즉 B가 자신의 지시에 위반하여 행위한 이상 피용자가 자신에게 주어진 업무집행권한의 범위 내에서 행위한 경우에 해당하지 아니하고, 따라서 위 법률이 적용될 수 없다고 주장한 것이다.¹⁹⁴⁾ A의 주장의 바탕에 놓인 것은 누구도 타인의 행위에 대하여서는 이를 지시하거나 그에 대하여 동의한 경우가 아니면 책임을 부담하지 않는다는 일반적 법원칙이다 (nemo reus est nisi mens sit rea).

이러한 A의 주장에 대하여 영국 법원은 먼저 위와 같은 법원칙이 일반원칙에 해당한다는 점을 확인하였다. 그러나 이 원칙에도 예외가 있을 수 있으며, 이 사례가 일반원칙이 적용되는 사례에 해당하는가 아니면 예외로 다루어야 하는 사례에 해당하는가를 판단해 보아야 한다고 보았다.¹⁹⁵⁾ 법원은 이 법률의 문구, 적용범위, 목적 등을 고려할 때 입법자의 의도는 피용자의 법률위반행위가 있을 때에 사용자에게 형사책임을 묻고자 하는 데에 있으며, 설령 피용자가 그러한 행위를 수행할 권한을 부여받지 아니하였거나 사용자가 그러한 행위를 명시적으로 금지하였던 경우에도 마찬가지인 것으로 보아야 한다고 판시하였다.¹⁹⁶⁾ “비록 거래가 피용자에 의하여 이루어졌다고는 하지만 피고인이 문제되는 햄을 팔았다는 사실에 대하여서는 의문의 여지가 없”으며, 따라서 “피고인이 실제 판매자(salesman)는 아니지만, 그가 판매인(Seller)”에 해당한다고 판시하였다.¹⁹⁷⁾ 그러므로 A는, 비록 판매행위를 B가 하였음에도 불구하고, “Merchandise Marks Act 1887” 제2조 제2항 위반에 대하여 책임을 부담하여야 한다고 보았다. 다만 A는 당해 규정이 정하는 바에 따라 자신이 선의였다는 것 등을 입증함으로써 형사책임으로부터 벗어날 수 있지만, 이 사례에는 적용되기 곤란하다고 판시하였다.

이와 같은 법원의 태도에 비추어 본다면 해당 법률이 물건의 판매, 소유/소지, 사용과 같은 행위를 구성요건적 행위로 규정하고 있는 경우에는 - 위임원칙이 적용되는 경우와 비교하여 볼 때 - 사용자는 더 넓은 범위에서 피용자의 법률위

194) Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306 이하 참조.

195) Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306, 312

196) Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306, 312

197) Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306, 313

반행위에 대한 대위책임을 부담하게 된다. 왜냐하면 사용자는 피용자에게 해당 행위를 수행할 수 있는 권한을 부여하지 아니하였던 경우는 물론 그러한 행위를 하는 것을 명시적으로 금지하였던 경우에도 피용자의 법률위반행위에 대하여 대위책임을 부담하여야만 하기 때문이다. 다만 위 사건에서 그러했던 것처럼 당해 법률이 사용자가 위반행위를 방지하기 위하여 충분한 노력을 기울였던 경우 형사책임에서 벗어날 수 있도록 하고 있는 경우, 사용자가 그러한 요건이 충족되었음을 주장할 수 있음은 물론이다.

이와 같은 논리는 물론 법인과 그 구성원 사이의 관계에도 그대로 적용된다. 예컨대 식품판매를 담당하는 A 기업은 그 구성원인 B가 관련 법률을 준수하지 아니하면서 해당 식품을 판매한다면, B의 행위에 대하여 책임을 부담하여야만 한다. 이때 A 기업이 부담하는 책임은 대위책임에 해당한다. 직접적인 판매행위를 수행한 것은 A 기업이 아니라 A 기업과는 별개의 법인격을 가진 B이기 때문이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 영국의 문헌들은 법률이 물건을 판매, 소유 등의 행위를 구성요건행위로 규정하고 있고, 사용자가 피용자의 판매행위로 인하여 책임을 부담하는 경우를 일반적으로 대위책임 이론이 적용되는 경우로 분류하여 설명하고 있다. 그러나 이러한 사례에서 실질적으로는 사용자가 자기책임을 부담하는 것이라고 보는 것이 더 타당해 보인다. 예컨대 영국 법원이 *Coppen v. Moore* 판결에서 사용자가 실제 판매자(salesman)는 아니지만, 그가 법률이 규정하는 판매인(Seller)에는 해당한다고 판시한 것은 사용자가 피용자의 책임을 대신 부담하는 것이 아니라 자기책임을 부담하는 것임을 명백히 한 것이라고 볼 수 있기 때문이다.¹⁹⁸⁾

4) 법률이 행위자가 되기 위하여서는 직접 행위할 것을 요구하는 경우 (자수범?)

어느 물건을 판매(sell)하기 위하여 반드시 판매자 본인이 물건판매행위를 행하여야 하는 것은 아니다. 물건을 구입자에게 건네주고 그에 대한 반대급부를 수령하는 것은 타인을 통하여서도 충분히 이행할 수 있다. 소유(possess)의 경우

198) A.P. Simester/G.R. Sullivan, *Criminal Law, Theory and Doctrine*, 3th. ed., 2007, 252

역시 마찬가지이다. 물건을 소유하기 위하여 반드시 소유자가 그 물건을 점유하고 사용, 수익하고 있어야만 하는 것은 아니다. 타인이 점유하고 있는 물건이나 타인이 사용, 수익하고 있는 물건을 소유하는 것도 가능하다. 따라서 특정한 물건의 소유, 판매를 금지하는 법률이 존재하는 경우, 법률위반이 인정되기 위하여 반드시 본인이 직접 당해 물건을 소유하거나 이를 타인에게 판매하여야만 하는 것은 아니다. 즉 범죄구성요건으로 판매나 소유와 같은 행위유형이 규정되어 있는 경우, 당해 범죄의 성립을 검토함에 있어서 대위책임 이론이 적용될 수 있다는 데에 대하여서는 별다른 이의가 제기되지 않는다.

그러나 구성요건이 충족되기 위하여서는 반드시 행위자 본인이 구성요건적 행위를 수행하여야만 한다고 보아야 하는 경우도 존재할 수 있다. 예컨대 차량의 사용행위(using a motor vehicle)가 그러한 예에 해당한다. 사용은 판매나 소유와는 달리 반드시 행위자 본인이 이를 실현해야만 한다고 볼 여지가 존재하기 때문이다. 이렇게 본다면 예컨대 법률이 차량을 사용하면서 관련 법규를 위반한 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있고, 피용자가 운전 도중 관련 법규를 위반한 경우, 사용자는 자신이 직접 운전한 것이 아니므로 자신을 위 법률에 의하여 처벌하는 것은 부당하다고 주장할 수도 있을 것이다.¹⁹⁹⁾ 이와 같이 스스로 구성요건적 행위를 수행하여야만 구성요건이 충족될 수 있는 범죄가 존재하는 경우, 이는 대위책임 이론의 적용한계로 기능하게 된다.

그러나 육체적 활동을 지칭하는 용어가 사용되었다고 하여 언제나 대위책임이 부정되는 것은 아니다. “이용하다(use)”라는 개념이 사용된 처벌규정을 적용함에 있어서 대위책임 이론을 사용하는 것이 가능한가의 문제가 논의된 대표적인 판결로는 James & Son Ltd v. Smee 판결을 들 수 있다.²⁰⁰⁾ 영국의 “the Motor vehicles (Construction and Use) Regulation 1951” 제101조는 동 규정이 정하는 사항을 충족시키지 못하는 차량을 “이용하거나, 이용하도록 하거나, 이용하는 것을 허락한 자(any person uses or causes or permits to be used)”에 대하여 벌금을 부과하도록 규정하고 있다. James & Son Ltd v. Smee 사건에서는 A 기업

199) A.P. Simester/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th. ed., 2007, 253

200) James & Son Ltd v. Smee, [1955] 1 Q.B. 78

의 구성원 B가 브레이크가 고장 난 차량을 운전하였음을 이유로 하여 A 기업에 대하여 위 법률 위반으로 인한 책임을 물을 수 있는지가 문제되었다.²⁰¹⁾

영국의 “the Motor vehicles (Construction and Use) Regulation 1951” 제101조가 “이용하다”이라는 표지와 “이용하도록 하거나 이용을 허락하다”라는 표지를 병렬적으로 규정하고 있는 것을 고려한다면, 동 규정에 위반하는 차량을 이용하였음을 이유로 하여 벌금을 부과하기 위하여서는 행위자가 스스로 차량을 이용해야만 한다고 해석하는 것이 문헌에 합치하는 해석일 것으로 생각된다. 그리고 그렇게 보게 된다면 A 기업은 신체가 없어서 직접 운전을 할 수 없으므로 결국 A 기업에 대하여 브레이크가 고장 난 차량을 “이용하였음”을 이유로 하여 유죄판결을 하는 것은 불가능하다고 보게 될 것이다. 하지만 물론 A 기업을 위 법률이 규정한 “이용을 허락”하였음을 이유로 유죄판결하는 것은 여전히 가능할 것이다.

문제가 되는 것은 “이용”하였음을 이유로 하여 유죄판결을 하는 경우와 “이용을 허락”하였음을 이유로 유죄판결을 하는 경우에는 그 범죄구성요건이 서로 달라질 수 있다는 점이다. “이용하다”라는 표지는 행위자에게 이용의사가 존재하는가를 묻지 않고 충족될 수 있지만, “이용을 허락”하기 위하여서는 반드시 주관적 요소가 존재하여야만 한다고 주장할 수도 있기 때문이다.²⁰²⁾ 이와 같이 보게 된다면 A 기업으로서는 회사관계자가 브레이크 고장을 전혀 알지 못한 상태에서 이용을 허락한 것이므로 자신(A 기업)에 대하여서는 당해 범죄가 성립하지 않는다고 주장할 수 있게 될 것이다. 다만 이 사건에서 영국 법원은 법인의 구성원이 차량을 이용한 것은 곧 법인이 차량을 이용한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.²⁰³⁾

다. 대위책임 이론의 적용한계

범죄의 성립요건을 객관적인 범죄행위와 주관적인 귀책사유로 나누어 검토한

201) 상세한 사실관계는 James & Son Ltd v. Smee, [1955] 1 Q.B. 78, 80 이하 참조.

202) James & Son Ltd v. Smee, [1955] 1 Q.B. 78, 81 이하 참조

203) James & Son Ltd v. Smee, [1955] 1 Q.B. 78, 89 이하 참조

다면²⁰⁴⁾, 행위는 누구나 수행할 수 있는 일반적인 성격을 갖고 있음에 반하여, 주관적인 귀책사유는 보다 일신전속적인 성격을 갖고 있어서 당해 행위자와 불가분적으로 결합되어 있다고 말할 수 있다. 즉 A에게 B가 행한 범죄행위에 대한 책임을 부담하라고 말하는 것은 가능하지만, A에게 B의 주관적 귀책사유에 대한 비난을 대신 감수하라고 하는 것은 적절하지 않은 것이다.²⁰⁵⁾ 그렇다면 주관적 요소를 성립요건으로 하는 범죄에 대하여 대위책임 이론을 적용하기는 곤란하다라고 보아야 한다. 주관적 요소를 성립요건으로 하는 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하기 위하여서는 대위책임 이론과는 다른 형태의 이론이 필요하다. 이러한 필요에 의하여 등장한 것이 동일성 이론이다.

II. 동일성 이론

가. 동일성 이론의 의의

동일성 이론은, 대위책임 이론이 법인으로 하여금 타인인 구성원의 행위에 대하여 책임을 부담하도록 하는 것과는 달리, 일정한 구성원의 범죄행위를 곧 법인의 범죄행위로 간주함으로써 법인의 형사책임을 인정하려고 하는 이론이다. 동일성 이론은 법인의 구성원을 두뇌에 해당하는 자와 수족에 해당하는 자로 나눈다. 그리고 타인의 지시를 받지 않고 독자적인 판단에 따라 행동하는 법인의 경영진(directing mind)의 귀책사유와 행위는 곧바로 법인의 귀책사유와 행위에 해당한다고 본다. 따라서 경영진의 범죄행위가 있으면 법인도 곧 그에 대하여 형사책임을 부담하여야 한다고 말한다.

“사람은 인식, 의도, 과실과 같은 마음을 갖고 있으며, 자신의 의도를 수행할 수 있는 손도 갖고 있다. 그러나 기업은 이러한 것들 중 어느 하나도 갖고 있지

204) 이와 같은 설명은 범죄행위를 주관과 객관의 일체로 파악하는 우리나라의 형법학의 태도와는 일치하지 않는다. 그러나 영국의 문헌에서 흔히 이와 같은 설명방법을 채택하고 있어서 여기에서도 편의상 그러한 용어사용법에 의했다.

205) 예컨대 R. v The Great North of England Railway Company, [1846] 115 E.R. 1294, 1299 참조.

못하다. 기업은 사람을 통하여서만 행위할 수 있을 뿐이다. 기업이 사람을 통하여 행위를 하게 될 때 실제로 행위를 하는 사람은 그 기업을 위하여 행위하는 것이 아니다. 그는 기업으로서 행위를 하는 것이고, 그의 행위를 지시하는 그의 마음은 곧 기업의 마음이다. 그는 기업의 대리인이 아니며, 그가 곧 기업이다.”²⁰⁶⁾

동일성 이론을 적용함에 있어서는 다음과 같은 몇 가지의 판단이 중요한 의미를 지니게 된다. 하나는 행위자가 법인의 경영진에 해당하는가 아니면 단순한 종업원이나 대리인에 불과한가의 구분이다. 수족에 해당하는 구성원의 범죄행위에 대하여서는 동일성 이론이 적용되지 않기에, 그러한 자의 범죄행위에 대하여서는 법인은 단지 경우에 따라 대위책임의 형태로 형사책임을 부담하게 될 뿐이다. 동일성 이론을 적용함에 있어서는 법인과 동일시되는 경영진의 범위를 법인의 정책을 결정할 수 있는 최고위층에 한정할 것인가 아니면 직접적으로 업무를 수행하는 자에 대한 선임감독권한을 보유한 자에까지 확대할 것인가의 문제도 중요한 의미를 지닌다. 영국 법원은 동일성 이론을 적용함에 있어서 법인과 동일시되는 경영진이 최고위층에 한정되는 것으로 이해하였으며, 이와 같은 제한은 동일성 이론의 적용가능성을 심각하게 제한하는 결과를 가져오게 되었다.²⁰⁷⁾ 뒤에서 상세히 살펴보는 바와 같이 이러한 영국 법원의 동일성 이론에 대한 제한적 적용은 법인살인법이 탄생하는 배경이 되었다.

나. 동일성 이론의 적용요건

1) 고위경영진(directing mind)의 행위가 범죄의 객관적 요건을 충족시킬 것

동일성 이론을 현실에서 사용하기 위하여서는 먼저 법인의 구성원 중에서 누가 경법인과 동일시할 수 있는 경영진에 해당하는가의 문제가 해결되어야만 한

206) 동일성 이론을 적용한 대표적인 판결로 인정되는 영국의 Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass 사건의 판결문의 일부를 번역한 것이다. 일부를 생략하거나 의역하였으며, 본문 내용을 그대로 번역한 것은 아니다. Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass [1972] A.C. 153, 170 이하 참조.

207) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008, 249

다. 법인과 동일시될 수 있는 경영진과 그렇지 아니한 단순한 구성원을 구별하는 기준을 제시한 대표적인 판결로는 Tesco Supermarkets Ltd v Natrass 판결이 제시된다.²⁰⁸⁾

Tesco 슈퍼마켓(법인)에서는 A라는 세제를 정상이격보다 낮은 가격으로 판매하기로 하였으며, 이에 따라 Tesco 슈퍼마켓의 한 지점에서는 외부 유리에 이를 알리는 광고문구를 부착한 후 세일판매용 A 세제를 판매하기 시작하였다. 그런데 세일판매용 A 세제가 전부 판매되자 해당 지점 슈퍼마켓 직원인 B는 정상이격으로 판매하는 A 세제를 진열해 놓고, 손님들에게 A 세제를 정상이격으로 판매하였다. 손님들은 A 세제를 세일가격으로 구입한다고 생각하였으나, 실제로는 정상이격에 이를 구입하게 된 것이다. 이로 인하여 위 체인점을 소유한 Tesco Supermarket은 판매가격에 관한 허위광고를 금지하는 “Trade Descriptions Act 1968” 제11조 제2항 위반 위반으로 기소되었다.²⁰⁹⁾

영국의 “Trade Descriptions Act 1968” 제11조 제2항은 재화를 공급하는 자가 실제로 그 재화를 공급하는 가격보다 더 낮은 가격으로 공급하는 것과 같은 표시를 하는 행위를 범죄행위로 규정하고 있는데, 이 사건에서는 위와 같은 법률에 대한 위반행위가 있었다는 사실 자체에는 별다른 이의가 제기되지 아니하였다. 이 사건에서 문제가 된 것은 이 사건에 대하여 같은 법률 제24조 제1항이 적용될 수 있는가의 여부였다. “Trade Descriptions Act 1968” 제24조 제1항은 설령 당해 법률에 대한 위반행위가 행하여진다고 하여도 그것이 타인의 귀책사유에 의한 것이고, 기소된 자 본인 또는 그의 지휘를 받는 자가 이와 같은 범죄가 범해지는 것을 방지하기 위하여 충분한 조치를 취했던 경우 그를 처벌하지 않도록 규정하고 있기 때문이다. Tesco 슈퍼마켓(법인)은 첫 번째로 이와 같은 범죄를 행한 것이 아니라 타인(해당 지점의 매니저)이며, 두 번째로 자신은 이와 같은 범죄가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 충분한 노력을 하였다고 주장하였다.²¹⁰⁾

208) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153

209) 상세한 사실관계는 Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153, 156 이하 참조.

210) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153 이하; 이 사례를 검토함에 있어 유의할 것은, 흔히 동일성 이론을 법인의 고위경영진이 범죄행위를 하였을 때 당해 법인에 대하여

어느 한 지점의 매니저 역시 기업의 일부에 대한 경영을 담당하는 자이다. 동일성 이론의 이분법에 따라 생각해 본다면 기업의 일부인 어느 한 지점의 운영을 담당하는 자 역시 고위경영진에 해당한다고 보아야 하는 것은 아닌가? 하지만 동일성 이론이 기업의 고위경영진과 그 밖의 기업 구성원이라는 이분법을 채택하고 있음을 고려한다면 지점의 경영자를 당해 기업의 경영자라고 하기는 곤란한 것은 아닐까? 이 사건에서 기소된 Tesco 슈퍼마켓은 수백 개의 체인점을 보유하고 있었다. 그렇다면 체인점의 어느 하나를 운영하는 자를 당해 기업의 경영자로 보는 것은 부당하지 않은가? 이 사건에서는 어떠한 요건이 갖추어졌을 때 동일성 이론이 적용될 수 있는가에 관한 문제가 심도 있게 논의되었다. 제1심에서는 한 지점의 매니저가 기업 그 자체의 고위경영진에 해당한다고 보아 제 24조 제1항을 적용할 수 없다고 판시하였다. 그러나 항소심에서는 제1심과는 달리 개별 지점의 매니저를 기업 그 자체와 동일시할 수는 없다고 판시하였으며, 영국 상원(House of Lords)도 항소심의 견해에 찬성하였다.²¹¹⁾

상원의 판결에서 지점의 매니저를 동일성 이론에서 말하는 기업의 고위경영진으로 볼 수 없다고 판단한 이유는 재판관(상원의원)에 따라 다르다. 예컨대 Pearson정은 이 사건에서 모기업은 수백 개의 슈퍼마켓 지점을 보유하고 있기에, 개별 지점의 경영자를 기업의 경영자라고 말할 수는 없다고 주장하였다.²¹²⁾ Reid정은 동일성 이론에 따라 기업과 동일시될 수 있는 경영자는 당해 기업을 체화한 존재로 볼 수 있는 자이어야 함을 강조하면서 예컨대 이사회 구성원 등이 그러한 자에 해당할 수 있음을 강조하였다.²¹³⁾ 그리고 물론 경우에 따라서는 이사회에서 경영권을 타인에게 전적으로 위임할 수 있으며, 그러한 위임을 받은 자가 스스로의 판단에 따라 독립적으로 활동할 수 있다면 그러한 위임을 받은

그에 대한 책임을 부담시키기 위한 이론으로 이해하고 있으나, 이 사건에서 볼 수 있는 바와 같이 동일성 이론이 언제나 기업에 대하여 형사책임을 근거지우기 위하여서만 사용되는 것은 아니라는 점이다.

211) 영국에서는 상원이 상소재판을 일부 담당하여 왔으나, 2009년 영연방 대법원(Supreme Court of the United Kingdom)이 설립된 이후 대법원이 상원의 재판기능을 인수하였다. 이에 관하여서는 다음 사이트를 참조하기 바란다. (최종확인날짜 2010년 10월15일(<http://news.parliament.uk/business/news/2009/07/from-house-of-lords-to-supreme-court/>))

212) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153, 188 이하

213) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153, 171

범위 내에서는 당해 기업과 동일시될 수 있는 경영자에 해당할 수 있다고 보았다.²¹⁴⁾ 그러나 본 사례의 경우 지점의 경영자는 여전히 상위 경영자로부터 지시를 받고 있었기에 그러한 정도의 위임이 이루어지지 아니하였고, 따라서 동일성 이론에서 의미하는 경영자로는 볼 수 없다고 판시하였다.²¹⁵⁾

2) 고위경영진의 행위가 그에게 부여된 권한의 범위 내에서 이루어졌을 것

동일성 이론에 의하여 법인에 대하여 책임을 묻기 위하여서는 고위경영진이 행한 범죄행위가 그에게 부여된 권한의 범위 내에서 이루어졌어야만 한다.

3) 고위경영진이 범죄의 주관적 요건을 충족시킬 것

일단 기업과 동일시할 수 있는 경영진이 누구이며, 그가 범죄의 객관적 요건을 실현한 것으로 판단된다면, 그 다음으로는 당해 경영진이 범죄의 주관적 요건을 충족시키는가를 검토하여야 한다.

동일성 이론에 의하여 법인에 대하여 형사책임을 묻기 위하여서는 특정한 경영자 개인에 대하여 범죄의 객관적 요건과 주관적 요건이 모두 충족됨이 확인되어야만 한다. 따라서 이른바 총합원칙(aggregation principle)의 적용은 거부된다. 총합원칙의 주장자들은 예컨대 법률이 성립요건으로 중대한 주의의무 위반을 요구하는 경우, 경영진 개개인을 분리하여 살펴본다면 단지 경미한 주의의무 위반이 존재할 뿐이지만 경영진을 전체로 볼 때에는 중대한 주의의무 위반이 있다고 판단된다면 당해 법률을 적용할 수 있다고 주장한다. 그러나 미국 법원이 이를 받아들이는 것과는 달리 영국 법원은 총합원칙의 적용을 거부하였다.²¹⁶⁾

214) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153, 171

215) Tesco Supermarkets Ltd v Natrass, [1972] A.C. 153, 174

216) R. v H. M. Coroner for East Kent, (1989) 88 Cr. App. R. 10, 14 이하 참조

III. 대위책임 이론과 동일성 이론의 적용대상인 범죄의 판단

가. 적용상의 혼란

일반적인 설명에 의한다면 어느 경우에 대위책임 이론이 적용되고 어느 경우에 동일성 이론이 적용되는가에 관하여서는 다음과 같은 원칙이 적용된다. 법인에 대하여 엄격책임 범죄의 성립여부를 검토하는 과정에서는 대위책임 이론이, 주관적 요소를 요구하는 범죄의 성립여부를 검토하는 과정에서는 동일성 이론이 적용된다. 또한 법인의 경영진에 해당하는 자의 범죄행위와 관련된다면 동일성 이론이, 법인의 피용자나 단순 근로자의 행위가 문제된다면 대위책임 이론이 적용된다. 나아가 커먼로에 의하여 인정되는 전통적인 범죄가 아니라 성문법이 규정하는 현대형 범죄의 적용이 문제된다면 동일성 이론이 아니라 대위책임 이론이 적용될 가능성이 보다 높다.

그러나 실제 사례에서는 언제나 이와 같은 판단기준이 지켜지는 것은 아니다. 양자의 중간적 성질을 가지고 있는 범죄유형의 존재는 대위책임 이론과 동일성 이론 중에서 어느 것을 적용하여야 하는가의 판단 문제를 더욱 어렵게 만들고 있다. 영국의 실정법이 규정하고 있는 몇몇 범죄들은 그 성립요건으로 주관적 요소를 요구하지는 않는다는 측면에서는 분명 엄격책임 범죄에 해당하지만, 피고인이 감독의무를 성실하게 이행하였음을 입증함으로써 형사책임을 면하도록 하는 입증책임의 전환 규정이 함께 규정되어 있다는 측면에서 주관적 요소를 요구하는 범죄로서의 성질도 함께 가지고 있다.²¹⁷⁾ 이러한 범죄의 경우에는 범죄구성요건의 충족 여부를 검토함에 있어서는 대위책임 이론이 적용되지만, 면책규정을 적용함에 있어서는 동일성 이론이 적용된다.

예컨대 *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* 판결에서 그 적용여부가 문제되었던 “Trade Descriptions Act 1968”이 이와 같이 대위책임 이론과 동일성 이론이 모두 적용될 수 있는 전형적인 사례에 해당한다. 이미 살펴본 바와 같이 이 법률 제11조 제2항은 재화를 공급하는 자가 그가 실제로 그 재화를 공급하는 가격보다 더 낮은 가격으로 공급하는 것과 같은 표시를 하는 행위를 처벌하도록 하

217) Celia Wells, *Corporations and Criminal Liability*, 2th. ed., 2001, 101

고 있으며, 제24조 제1항은 위반행위가 행하여졌다고 하여도 그것이 타인의 귀책사유에 것이고, 재화공급자가 의무위반행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 충분한 주의를 기울인 경우 면책되도록 규정하고 있다. 전단은 재화공급자에 대하여 엄격책임을 부과하고 있는바, 이에 해당하는가를 판단하는 과정에서는 대위책임 이론이 적용된다. 그리고 후단이 적용되기 위하여서는 이미 살펴본 바와 같이 당해 법인과 동일시할 수 있는 고위경영진이 주의의무를 충실히 이행하였음이 입증되어야 하는데, 이러한 논증 과정에서는 동일성 이론이 사용된다.

사용자에 대하여 일정한 의무를 부과하고 이를 이행하지 아니한 경우 범죄가 성립하도록 규정되어 있으나, 사용자가 직접 위반행위를 행한 자에 대하여 감독의무를 성실하게 이행하였음을 입증함으로써 형사책임을 면제받을 수 있도록 하는 면책규정은 마련되어 있지 아니한 경우에는 어떠한 이론이 적용된다고 보아야 하는지가 문제된다. 예컨대 “Health and Safety at Work etc. Act 1974”의 제3조는 사업주에게 사업체를 운영함에 있어서 합리적으로 실행가능한 범위 내에서 제3자가 위험에 노출되지 않도록 하여야 하는 의무를 부담시키고 있으며, 제33조는 사업주가 이와 같은 의무를 이행하지 아니한 경우 범죄가 성립한다고 규정한다. 하지만 사업자가 제3자에 대하여 위험을 발생시킨 자에 대하여 충실히 감독의무를 이행하였음을 입증함으로써 형사처벌을 받지 않을 수 있는 가능성은 마련해 놓고 있지 않다. 만일 위 법률을 적용함에 있어서 대위책임 이론을 적용한다면 위반행위가 있을 때 사업주인 법인은 거의 언제나 책임을 부담하여야 한다고 보게 될 것이다. 하지만 이와는 달리 동일성 이론을 적용한다면 사업주인 법인은 당해 법률위반행위가 고위경영진에 의한 것이 아니므로 위 형사책임을 부담하지 않는다고 주장할 수 있게 될 것이다.

대위책임 이론과 동일성 이론의 적용범위를 결정하기 위하여 사용되는 몇 가지 원칙 내지 관행이 있음을 이미 살펴보았다. 그리고 그러한 원칙 내지 관행에 입각하여 볼 때 “Health and Safety at Work etc. Act 1974”는 사업체의 하위구성원에 의한 적절한 업무집행이 아니라 고위경영진에 의한 적절한 사업체 운영을 담보하기 위하여 마련된 것이므로, 위와 같은 의무에 대한 위반행위가 있는가를 판단함에 있어서는 동일성 이론을 적용하는 것이 타당하다고 볼 수도 있다. 동일성 이론을 적용한다면 먼저 사업주인 법인과 동일시할 수 있는 구성원

이 위 법률위반행위를 하였는가를 검토하여야만 한다. 그리고 당해 법인은 고위 경영진이 위 법률행위를 행하지 아니하였음을 입증함으로써 당해 법률위반의 책임으로부터 벗어날 수 있을 것이다. 그러나 이와는 달리 위 범죄는 엄격책임 범죄에 해당하므로 대위책임 이론이 적용되어야 한다고 주장할 수도 있을 것이다. 대위책임 이론이 적용된다면 경영진이 제3자의 안전과 건강을 보장하기 위한 충분한 조치를 취하였음을 입증함으로써 당해 법인이 형사책임을 부담하지 않을 가능성은 사라지게 된다.²¹⁸⁾

R. v British Steel Plc 사건에서는 바로 이와 같은 문제, 즉 사업주인 법인이 “Health and Safety at Work etc. Act 1974”의 제3조가 규정한 의무를 위배하였는가의 여부를 판단함에 있어 대위책임 이론과 동일성 이론 중 어떠한 이론을 적용하여야 하는지가 문제되었다. 이 사건에서 피고인측은 Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass 사건에서 법원이 채택한 논리에 비추어 볼 때 당해 기업의 경영진으로 분류할 수 있는 자가 충분한 주의의무를 이행하였으므로 사업주인 법인에 대하여 위 법률 위반에 대한 책임을 물을 수 없다고 주장하였다.²¹⁹⁾ 그러나 법원은 면책규정을 별도로 마련해 놓지 아니한 “Health and Safety at Work etc. Act 1974”의 입법형식에 비추어 볼 때 제3조는 엄격책임을 규정해 놓은 것이라고 하여 피고인측의 주장을 받아들이지 아니하였다.²²⁰⁾ 즉 이 사건에서 법원은 대위책임 이론을 적용하면서, 동일성 이론을 적용할 것인가 아니면 대위책임 이론을 적용할 것인가의 문제를 실정법률의 규정형식에 의하여 판단하여야 한다고 본 것이다.

동일성 이론과 대위책임 이론의 적용한계에 관한 혼란을 보여주는 또 다른 대표적인 판결로는 Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport 판결을 들 수 있다.²²¹⁾ 이 사건에서 선박정비를 담당한 엔지니어는 비록 오랜 경력을 지니고 있었으나 당해 선박에 대하여서는 충분한 지식을 갖고 있지 못하였고, 따라서 선박을 올바르게 정비할 수 없었다. 그러나 그럼에도 불구하고 당해 엔지

218) Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001, 102

219) Regina v British Steel Plc, [1995] 1 W.L.R. 1356

220) Regina v British Steel Plc, [1995] 1 W.L.R. 1356, 1362

221) Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport, [1994] 1 W.L.R. 541

니어는 선박의 출항에 동의하였고, 선박은 정비불량으로 인하여 항해 도중 침몰하였다. 검찰은 선박이 충분한 안전조치 없이 항해를 시작하였음을 이유로 하여 선박의 소유자인 법인을 “Merchant Shipping Act 1988” 제31조를 위반한 혐의로 기소하였다. 이 법률 제31조 제1항은 선박소유주가 선박이 안전하게 운항할 수 있도록 하기 위하여 필요한 모든 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있으며, 제3항은 이와 같은 의무를 이행하지 아니한 경우 선박소유주를 처벌하도록 규정하고 있다.

이 사건에서 선박 소유주가 법인이며, 법인의 고위경영진이 아니라 하위구성원이라 할 수 있는 엔지니어의 과실행위가 사고발생의 원인이 되었고, 적용되는 범죄가 살인죄와 같은 전통적인 커먼로상의 범죄가 아니라 성문법이 규정하는 현대형 범죄라는 점을 고려한다면, 선박 소유주인 회사에 대한 책임을 묻는 과정에서는 대위책임 이론을 적용하는 것이 적절할 것으로 보인다. 그러나 실제 이 판결에서는 법인의 고위경영진이 아닌 엔지니어의 실수로 인하여 사고가 발생하였음에도 불구하고 법인에 대하여 책임을 묻은 하급심의 판결이 정당한가의 여부가 논의되었다.²²²⁾ 즉 하급심이 동일성 이론을 적절히 적용하였는지가 문제되었던 것이다.

나. Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission

1995년의 Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission 판결²²³⁾은 동일성 이론과 대위책임 이론 사이의 적용범위가 불명확하다는 문제점을 직시하고, 새로운 해결방법을 제안한 판결로 주목을 받고 있다.

추밀원 사법위원회(Judicial Committee of the Privy Council)의 Hoffman 경은 이 판결에서 법인이 존재할 수 있는 것, 법인이 일정한 권리와 의무를 부담할 수 있는 것은 모두 관련 내용을 규율하는 법규정이 있기 때문이라는 점을 강조

222) Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport, [1994] 1 W.L.R. 541, 546; A.P. Simister/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th. ed., 2007, 261

223) Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission, [1995] 2 A.C. 500; 이 사건 자체는 뉴질랜드의 사건이며, 영국의 추밀원 사법위원회가 일종의 상급 법원으로 판단한 것이다.

한다. 그는 어떠한 행위를 법인의 행위로 볼 것인가, 법인의 행위가 어떠한 절차와 방식을 거쳐서 행하여져야 하는가 등에 관한 문제 역시 모두 관련사항을 정해놓은 규칙(귀속규칙, rules of attribution)이 존재하기에 비로소 해결할 수 있는 것이라고 주장한다. 예컨대 “회사의 경영은 이사회에 의결에 의한다.”는 규칙이 존재하기에, 회사의 경영관련 행위는 이사회를 통하여서만 이루어질 수 있다고 보는 것이다. 이와 같은 규칙이 바로 위에서 말한 귀속규칙의 전형적인 예에 해당한다.²²⁴⁾ Hoffman 경은 법인 그 자체가 존재하지 않는 것처럼, 어느 것이 법인의 행위이고 어느 것이 법인의 행위가 아닌가를 판단할 수 있는 절대적인 기준은 존재하지 않는다고 주장한다. 법인이 법인일 수 있는 것은, 어느 행위가 법인의 행위에 해당한다고 말할 수 있는 것은 모두 그것을 가능하게 해주는 규칙이 존재하기 때문이라고 주장한다.²²⁵⁾

이와 같은 전제 하에서 그는 어떠한 방법으로 해당 법인에 대하여 책임을 물을 것인가의 문제는, 그 사례에 적용하고자 하는 법령의 문구나 그것이 달성하고자 하는 목적을 고려할 때 어떠한 귀속규칙을 사용하는 것이 가장 적절한가에 의하여 판단되어야 한다고 주장한다.²²⁶⁾ 즉 어떠한 사례에 대하여 동일성 이론을 적용하고, 어떠한 사례에 대하여 대위책임 이론을 적용할 것인가의 문제를 일률적으로 판단할 수는 없으며, 그 판단은 개별 사례에 따라, 적용되는 법규정의 입법목적에 따라 달라질 수 있다고 보는 것이다.

이와 같은 태도에 의한다면 Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass 판결에서 제시된 고위경영진과 그 밖의 구성원을 구별하기 위한 기준은 단지 그 사례에 대하여서만 적용되는 기준에 해당할 뿐이라고 보게 될 것이다. 즉 적용하려고 하는 범죄가 커먼로상의 범죄라고 하여 법인의 형사책임을 묻기 위하여 언제나 동일성 이론을 사용할 필요는 없다고 보는 것이다. 나아가 Hoffman 경의 주장을 받아들인다면 사례에 따라서는 법인의 형사책임을 묻기 위하여 동일성 이론과 대위책임 이론의 중간적인 성격을 갖는 새로운 이론이 고안되는 것도 물론 가능하다고 보게 될 것이다.

224) Meridian Global Funds Management Asia Ltd, v Securities Commission, [1995] 2 A.C. 500, 506

225) Meridian Global Funds Management Asia Ltd, v Securities Commission, [1995] 2 A.C. 500, 506

226) Meridian Global Funds Management Asia Ltd, v Securities Commission, [1995] 2 A.C. 500, 512

그러나 영국 법원이 Hoffman 경의 위와 같은 주장을 받아들이고 있지는 아니한 것으로 보인다.²²⁷⁾ 오히려 Hoffman 경이 Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission 판결에서 제시한 견해 중의 일부는 Great Western Trains 사건에서 항소법원(Court of Appeal)에 의하여 그 적용이 명시적으로 거부되기도 하였다.²²⁸⁾

IV. 동일성 이론의 한계와 법인살인법의 제정 요청

가. 이론적 한계²²⁹⁾

동일성 이론이 등장함에 따라 법인에 대하여 주관적 요소를 성립요건으로 하는 범죄가 성립할 수 있는 가능성 자체는 확보되었다. 그러나 동일성 이론이 경영진의 행위와 의사만을 법인의 행위와 의사로 간주하도록 하고 있는 결과, 현실에서 동일성 이론을 적용하여 법인의 형사책임을 인정하는 것은 예외적인 경우에만 가능하였다. 예컨대 영국에서는 1992년부터 2005년 사이에 산업재해와 관련되어 법인이 중과실에 의한 살인죄(manslaughter by gross negligence)²³⁰⁾로 기소된 숫자가 34건이지만, 그 중에서 단지 6건에 대하여서만 유죄판결이 내려졌으며, 그것도 모두 일인기업이나 중소기업을 상대로 한 사건이었고, 대기업에 대하여 살인죄를 이유로 한 유죄판결이 내려진 경우는 없다고 한다.²³¹⁾ 그리고 이로 인하여 동일성 이론은 법인활동으로 인한 법익침해가 급증하는 현실에 대처하기에 적합하지 않다는 비판을 받게 되었다.

동일성 이론이 가지고 있는 한계는 그것을 규모가 큰 기업에 대하여 적용하는

227) A.P. Simester/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th. ed., 2007, 261

228) Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001, 105

229) 이 단락은 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 310 이하 참조.

230) 우리나라의 용어사용법에 의할 때 중과실에 의하여 살인죄를 범하는 것은 불가능하며, 중과실에 의하여서는 단지 과실치사죄만이 성립할 수 있을 뿐이다. 그러나 종래 manslaughter를 살인죄 내지 고살죄로 번역하여 왔음을 고려하여 이곳에서는 이를 살인죄로 번역하였다.

231) 이에 관하여서는 Home Office, Corporate Manslaughter: The Government's Draft Bill for Reform, Cm 6497, 2005, 8 참조.

경우에 생각해본다면 쉽게 알 수 있다. 일정 규모 이상인 기업의 경우 그 활동은 고도로 분업화되어 수행된다. 기업의 경영진은 주로 의사결정과 거시적인 경영에만 관여할 뿐이고, 구체적이고 개별적인 행위는 여타 다른 구성원에 의하여 수행된다. 기업의 경영진은 개별적인 업무집행행위가 언제 어디에서 누구에 의하여 수행되는가에 관하여서는 알지도 못하는 경우가 대부분일 것이다. 따라서 예컨대 대기업의 근로자인 갑이 작업 도중 을의 사망을 야기한 경우, 이사인 병이 을의 사망을 의도하였다거나, 이를 인식하였다거나, 또는 경솔하게 인식하지 못하였다고 말할 수 있는 경우는 거의 존재할 수 없다. 즉 일정 규모 이상의 기업인 경우 기업활동으로 인하여 사망의 결과가 발생하여도 고위경영진에 대하여서는 살인죄의 주관적 요건이 충족될 수 없는 경우가 대부분인 것이다. 그리고 동일성 이론에 의한다면 경영진 개인에 대하여 살인죄의 주관적 요소가 충족되지 않는 이상 기업에 대하여서도 살인죄의 형사책임을 물을 수 없게 된다. 동일성 이론은 그 내재적 한계로 인하여 소규모 기업에 대하여서만, 그것도 제한적으로만 적용될 수 있는 것이다.²³²⁾

나. Herald of Free Enterprise 사건

영국에서 1900년대 후반 발생한 몇몇 대형 재해는 동일성 이론이 가지고 있는 난점을 보다 명확하게 드러내는 계기가 되었다. 이 글에서는 그러한 대표적인 예에 해당하는 Herald of Free Enterprise 사건과 Great Western Trains 사건의 구체적인 판결내용을 중심으로 하여 왜 동일성 이론만으로는 충분하지 않다고 보게 되었는가를 검토해보려고 한다. 그리고 본격적인 검토에 앞서 영국의 살인죄(manslaughter)에 대한 일반론을 간략하게 살펴보려고 한다.

영국에서 살인죄(manslaughter)는 성문법이 아니라 커먼로에 의하여 인정된 범죄유형이다. 커먼로는 다양한 형태의 살인죄를 인정하고 있어 왔는데, 크게 본다면 의도적인 살인(voluntary manslaughter)과 의도적이지 아니한 살인(involuntary manslaughter)으로 나누어 볼 수 있다. 후자는 또 다시 불법한 행위

232) 예컨대 Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 2009, 149 이하 참조

에 의한 살인(manslaughter by an unlawful act), 중과실에 의한 살인(manslaughter by gross negligence), 주관적인 경솔함에 의한 살인(manslaughter by subjective recklessness)으로 나뉜다. 다만 이 세 가지의 범죄유형은 서로가 서로를 배척하는 것이 아니어서 피고인이 세 가지 범죄 모두에 대하여 유죄판결을 받을 수도 있다.²³³⁾ 각각의 의미를 살펴보면 아래와 같다.

- ① 불법한 행위에 의한 살인(manslaughter by an unlawful act) : 행위자가 살해의 의도는 없었으나 의도적으로 불법한 행위를 하였고, 이로 인하여 타인이 사망한 경우에 성립한다. 예컨대 우리 형법상의 “...치사죄”가 일반적으로 이 유형의 범죄에 해당한다. 다만 커먼로상의 불법한 행위에 의한 살인죄와 우리 형법상 ...치사죄가 서로 반드시 일치하는 것은 결코 아니다.²³⁴⁾
- ② 주관적인 경솔함에 의한 살인(manslaughter by subjective recklessness) : 행위자가 자신의 행위로 인하여 타인이 사망할 개연성이 있음을 인식하고 있음에도 불구하고 그러한 위험을 감수하고 행위한 결과 타인이 사망한 경우에 성립한다. 주관적인 경솔함에 의한 살인죄가 사용되는 경우는 그다지 많지 않다. 왜냐하면 이 범죄가 성립하는 경우에는 다른 두 유형의 살인죄의 요건도 충족되는 경우가 많고, 그러한 경우에는 다른 두 유형의 살인죄가 주로 사용되기 때문이다.²³⁵⁾
- ③ 중과실에 의한 살인(manslaughter by gross negligence) : 중과실에 의한 살인죄는 행위자의 중대한 부주의나 무능력으로 인하여 사망의 결과가 발생한 경우 성립한다. 중과실에 의한 살인죄가 성립하는 전형적인 사례는 의사, 경찰, 선장 등과 같이 주로 전문기술을 요하는 직업에 종사하는 자 내지 특수한 주의의무를 부담하는 자가 그들에게 기대되는 주의의무 기준을 충

233) Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171, 14면과 21면 참조.

234) 이에 관하여서는 David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 516 이하

235) A.P. Simester/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th, ed., 2007, 384

죽시키지 못하여 사망의 결과가 발생한 경우이다. 물론 일반인도 예컨대 사냥이나 운전 등 법적으로 허용된 행위를 하던 도중 충분히 주의를 기울이지 아니하여서 타인이 사망한 경우에는 본죄의 적용대상이 될 수 있다.²³⁶⁾ 커먼로의 발전 과정에서 이 범죄는 중과실과 경솔함(recklessness)을 동의어로 보는 경향으로 인하여 경솔함에 의한 살인죄로 불리기도 하였다.²³⁷⁾ 이미 앞에서 지적한 바와 같이 우리나라의 용어사용법에 의할 때 (중)과실에 의하여 고의범인 살인죄를 범하는 것은 불가능하다. 그러나 우리나라에서 종래 manslaughter를 살인죄의 일종으로 보아 왔으며, corporate manslaughter를 흔히 기업 “살인” 죄로 번역하여 왔음을 고려하여 이 글에서도 manslaughter by gross negligence를 중과실에 의한 “살인” 죄로 번역하였다. 영국에서 법인에 대하여 살인죄가 성립하는가를 검토함에 있어서는 거의 언제나 중과실에 의한 살인죄의 적용 여부가 문제되게 된다. 따라서 이 글에서 살인죄라는 용어가 사용되는 경우 별다른 다른 지시가 없는 한 그것은 중과실에 의한 살인죄를 의미한다.

영국에서는 오랜 기간 법인을 중과실에 의한 살인죄로 기소할 수는 없다고 보았다. 그러나 1900년대 후반 법인 활동으로 다수의 사람들이 사망하는 재해가 발생하자 법인을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하고자 하는 시도가 행하여지게 되었다. 예컨대 P & O European Ferries (Dover) Ltd 사건이나 Great Western Trains Co Ltd 사건이 그 예에 해당한다. 이러한 사건들에서는 비록 법인을 중과실에 의한 살인죄로 기소하여 유죄판결을 받아내는 데에는 실패하였으나, 이러한 시도를 통하여 동일성 이론이 지니고 있는 난점이 극명하게 드러나게 되었으며, 이는 결국 2007년 법인 등에 대하여 살인죄의 형사책임을 물을 수 있도록 하는 법인살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)이 제정되는 계기가 되었다.

236) Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171, 14 참조.

237) Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171, 15 참조.

P & O European Ferries (Dover) Ltd 판결에서 문제된 사안은 다음과 같다: 1987년 3월 6일 Herald of Free Enterprise호는 항해를 시작하려고 하던 도중 항구를 벗어나자마자 전복되었고 이로 인하여 192명의 승객과 선원 등이 사망하였다. 선수문의 개폐를 담당한 보조갑판장(assistant bosun)이 잠이 들어 버렸기에 Herald of Free Enterprise호는 선수문을 닫지 아니한 채로 항해를 시작하게 되었고, 이로 인하여 항해를 시작한지 얼마 되지ado 않아 전복되어 버린 것이다. 선수문이 닫혀 있음을 확인할 의무를 부담하고 있는 일등항해사(chief officer) 역시 이를 제대로 확인하지 아니하였음이 밝혀졌다. 함교에 있는 선장으로서는 선수문이 올바르게 닫혔는가를 확인하는 것이 불가능하였다.²³⁸⁾

이 사건에서 선박의 소유주인 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하여야 한다는 주장이 제기된 것은, 사고에 대하여 조사를 진행한 결과 사고의 원인을 단순히 어느 한 개인의 귀책사유로 돌릴 수는 없다는 결론에 도달하게 되었기 때문이다. Herald호 전복 사고의 원인이 단순히 어느 한 개인의 귀책사유에 있는 것이 아니고 Herald호를 운영하는 기업의 내부구조에 기인하는 것이라면, 형사법적인 대응도 그에 상응하는 형태로 이루어져야만 한다. 따라서 관련당사자만이 아니라 Herald호를 운영하는 기업 역시 중과실에 의한 살인죄에 의하여 처벌되어야 한다고 보게 된 것이다. 이러한 사정은 사건조사보고서를 통하여 다음과 같은 형태로 표현되었다.

“언뜻 보기에는 Herald of Free Enterprise호가 전복된 원인은 선장, 일등항해사, 보조갑판장이 자신들에게 주어진 의무를 올바르게 이행하지 아니하였으며, 선장이 명료하게 지시를 하고 이를 집행하지 아니하였다는 데에 있는 것처럼 보인다. 그러나 재난이 발생하게 된 상황을 보다 깊이 조사해 본다면 필연적으로 보다 근원적인 원인은 회사의 상층부에 있다는 결론에 도달하게 된다. ... 이사회 구성원으로부터 하위 관리자에 이르기까지 모든 관리자들에게 책임이 있으며, 이들 모두가 운영 실패에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 회사의 상층부에서 하층부까지 모두가 불감증(sloppiness)이라는 질병에 감염되어 있는 것이다.”²³⁹⁾

238) 상세한 사실관계는 Sheen Report (1987), mv Herald of Free Enterprise, Report of Court No. 8074, Dept of Transport (London: HMSO), Part I 참조.

이 사건에서는 당해 기업을 포함하여 관련자 여덟 명이 기소되었다. 선박 소유회사를 중과실에 의한 살인죄로 처벌할 수 있는가와 관련하여서는, 무엇보다도 먼저 도대체 기업을 중과실에 의한 살인죄로 기소하는 것이 가능한가 내지 법인살인죄라는 범죄형식이 인정될 수 있는가의 문제가 등장하였다. 이 사건을 담당한 제1심 법원(예심법원)의 법관인 Turner J는 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하는 것도 물론 가능하지만, 동일성 이론에 따라 회사와 동일시할 수 있는 자가 중과실에 의한 살인죄의 주관적 요건과 객관적 요건을 모두 충족시켜야 한다고 판시하였다.²⁴⁰⁾ 중과실에 의한 살인죄가 주관적 요소를 성립요건으로 하는 범죄라는 점을 고려하여 대위책임 이론이 아니라 동일성 이론을 적용하여야 한다고 본 것이다.

동일성 이론을 적용하여 기업에 대하여 중과실에 의한 살인죄가 성립하는가를 검토하기 위하여서는 기소된 자 중에 기업과 동일시할 수 있는 자가 있어야만 하는데, 기소된 자들 중 적어도 두 명은 위 선박 소유사와 동일시할 수 있을 정도의 고위 경영진에 해당하였다.²⁴¹⁾ 따라서 당해 기업에 대하여 중과실에 의한 살인죄가 성립하기 위하여서는 먼저 그들에게 중과실에 의한 살인죄의 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 충족됨이 확인되어야만 한다. 이 사건에서는 특히 경영진에게 경솔함(recklessness)이 인정될 수 있는지가 문제되었다.²⁴²⁾

영국 커먼로 발전과정에서는 경솔함의 인정여부를 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가와 관련하여 오랜 기간에 걸쳐 다양한 기준이 제시되었다. 이번 Herald of Enterprise 사건에서 적용된 기준은 이전에 Lawrence 사건²⁴³⁾과 Caldwell 사건²⁴⁴⁾, Syemour 사건²⁴⁵⁾을 통하여 확립된 판단기준이다. 이 기준을

239) 있는 그대로의 직역은 아니며, 어느 정도 의역을 하였다. Sheen Report (1987), mv Herald of Free Enterprise, Report of Court No. 8074, Dept of Transport (London: HMSO), para. 14.1

240) R. v P & O European Ferries (Dover) Ltd, [1991] 93 Cr. App. R. 72, 88

241) Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001, 109

242) Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001, 109 이하 참조.

243) R. v Lawrence (Stephen Richard), [1982] A.C. 510

244) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341

245) R. v Seymour (Edward John), [1983] 2 A.C. 493

적용한 대표적인 사건이 Lawrence 사건과 Caldwell 사건이어서, 이 기준은 흔히 Lawrence 경솔함(Lawrence recklessness) 또는 Cadlwell 경솔함(Caldwell recklessness)이라고 불린다.²⁴⁶⁾ 경솔함은 누군가가 자신의 행위로 인하여 위험이 발생할 것을 알고 있으면서도 의도적으로 행위를 행하거나, 그러한 위험이 발생할 것임이 명백함에도 불구하고 이를 외면하고 행위로 나아간 때에 인정된다.²⁴⁷⁾ 문제가 되는 것은 이때 과연 누구를 기준으로 하여 그러한 판단을 할 것인가이다. 경솔함을 주관적으로 이해한다면 행위자 본인이 기준이 될 것이지만, 이를 객관적으로 이해한다면 행위자가 아니라 사회의 평균적인 일반인이 기준이 될 것이다. 영국 법원은 Caldwell 사건 이전까지는 경솔함을 주관적으로 정의하여 왔으나, Cadlwell 사건에서는 주관과 객관을 혼합한 경솔함의 정의를 제시하였다.

Caldwell 사건에서 법원은 먼저 경솔함은 주관적 요건이고, 주관적 요건은 그 정의상 피고인의 심적 상태를 의미하는 것이며 어떠한 가상적인 제3자의 심적 상태를 의미하는 것이 아니라고 판시하였다.²⁴⁸⁾ “주관적 요소는 그 정의상 객관적 구성요건을 충족시키는 육체적 행위를 하던 시점의 피고인 자신의 내적 마음 상태를 의미한다. 주관적인 요소가 실제로는 존재하지 않는, 가상적인 사람의 정신적 상태를 의미할 수는 없”다고 보았기 때문이다.²⁴⁹⁾ 하지만 법원은 이와 동시에 행위자가 경솔하였는가를 판단하기 위하여서는 신중한 일반인이라면 어떻게 행동하였을 것인가의 여부도 함께 고려하여야 한다고 판시하였다. 신중한 제3자의 입장에서 행위상황을 판단하여 볼 때 타인의 생명, 신체, 재산에 대하여 위험을 발생시킬 수 있는 사정이 전혀 존재하지 않았더라면, 행위자가 그러한 위험발생의 가능성을 고려하지 않았다고 하여도 그가 경솔하게 행위한 것이라고는 말할 수 없기 때문이다.²⁵⁰⁾

Caldwell 기준에 의한다면 경솔함이 인정되기 위하여서는 ① 행위로 인하여

246) Lawrence/Caldwell 경솔함 판단기준은 오늘날에는 더 이상 중과실에 의한 살인죄 성립여부 판단기준으로 사용되지 않는다. 현재 사용되는 기준에 관하여서는 R. v Adomako, [1995] 1 A.C. 171 참조. Adomako 기준은 이후 본문에서 다시 검토할 예정이다.

247) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341, 352 이하

248) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341, 354

249) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341, 354

250) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341, 354

타인의 생명, 신체, 재산에 대한 명백하고 심각한 위험이 발생할 것임에도 불구하고 ② 행위자가 업무를 집행함에 있어 그러한 위험이 발생할 것이라는 것을 전혀 인식하지 못하였거나, 어느 정도 위험이 발생할 수 있다고 생각하였음에도 불구하고 행위로 나아갔어야만 한다.²⁵¹⁾ 그리고 이와 동시에 신중한 제3자가 유사한 상황에서 어떻게 행동하였을 것인가를 추가적으로 고려해 보아야만 한다.²⁵²⁾

Caldwell 경솔함 판단기준을 Herald of Free Enterprise호 사건에 대하여 적용하여 본다면, 해당 기업에 대하여 중과실에 의한 살인죄가 성립하기 위하여서는 고위경영진에 해당하는 피고인에게 다음과 같은 요건이 충족되어야만 한다.: 당해 사건이 발생할 당시를 기준으로 하여 판단할 때, 선수문을 열어 놓은 채로 이물의 홀수를 깊게 하고 항해를 하게 된다면 선박이 전복되어 승객이 사망하게 될 명백하고 심각한 위험이 발생할 것임에도 불구하고, 그러한 위험이 발생할 것이라는 사실에 대하여 전혀 생각을 해보지 아니하였거나, 또는 어느 정도 위험이 발생할 수 있다고 생각하면서도 항해하도록 하였어야만 한다. 그리고 역시 당해 사건이 발생할 당시를 기준으로 하여 볼 때 그들의 위치에 있는 제3자라면 선수문을 열어놓고 항해하게 된다면 선박이 전복될 위험성이 있으며, 그러한 경우 승객이 사망할 수 있음을 인식하고 그에 대한 적절한 대처를 취했을 것으로 판단되어야만 한다.

이 사건을 담당한 제1심 법원(예심법원)의 법관인 Turner J는 법적으로 판단할 때 피고인 개개인의 경솔함을 입증할 수 있는 적절한 증거가 제출되지 아니하였다고 판단하여 피고인들을 모두 무죄방면하였다.²⁵³⁾ 이로 인하여 선박소유주인 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하고자 하는 시도는 실패하게 되었다. 동일성 이론에 의한다면 먼저 기업의 고위경영진 개인에 대하여 중과실에 의한 살인

251) R. v Lawrence (Stephen Richard), [1982] A.C. 510, 527

252) R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341, 354

253) Herald of Enterprise에 관한 판결인 R. v. Stanley and others, 19 October 1990, (CCC) transcript pp 9E,10B 참조. 이 판결은 공간되지 아니한 것으로 보이며, 원문을 입수하지 못하여 여기에서는 Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171, para. 6.53에 인용된 부분을 참조하였다.

죄가 성립하여야 비로소 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌할 수 있게 되기 때문이다. 이와 같이 이 사건에 대하여 본격적으로 동일성 이론에 입각한 살인죄 성부가 논의되지는 아니하였으나, 설령 본격적인 논의가 이루어졌다고 하더라도, 그것이 긍정되었을 가능성은 거의 없을 것으로 생각된다. 당해 기업의 고위경영진 개인에 대하여, 위에서 살펴본 바와 같은 의미에서의 중과실이 인정될 여지는 거의 없기 때문이다.

Herald of Free Enterprise 사건에서는 관련행위자들이 모두 무죄방면됨에 따라 선박의 소유주인 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하는 것 역시 불가능하게 되었다. 하지만 이 사건을 통하여 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌할 수 있는 가능성 자체는 긍정되었다. 단지 어떠한 이론구성을 통하여 이를 달성할 것인가의 문제만이 남게 된 것이다.

다. Great Western Trains 사건

1997년 9월 19일 오후 1시경 스완지(Swansea)에서 런던으로 향하던 고속열차가 화물열차와 충돌하여 7명이 사망하고 100여 명이 넘는 사람이 부당당하는 사고가 발생하였다. 이 고속열차의 기관사는 사고 당일 오전 7시에 런던에서 스완지까지 같은 열차로 운행하였으며, 역방향으로 운행하여 오던 중 사고가 난 것이었다. 사고의 직접적인 원인이 된 것은 기관사가 도착에 대비하여 짐을 챙기느라 신호등을 제대로 보지 못하여 열차가 신호를 무시하고 운행되었기 때문이었다. 열차는 한 명의 기관사에 의하여 운행되고 있었고, 열차에는 기관사가 신호를 보지 못하고 지나치는 것을 방지하기 위하여 자동경보장치(A.W.S.)와 자동열차보호장치(A.T.P.)가 설비되어 있으나 양자 모두 작동이 중지된 상태였으며, 기관사도 이와 같은 사실을 알고 있었던 것으로 밝혀졌다.²⁵⁴⁾

Herald of Free Enterprise 호 사건 이후 법인도 중과실에 의한 살인죄를 범할 수 있다는 점은 일반적으로 인정되어 있었기에 이 사건에서는 법인이 중과실에 의한 살인죄를 범할 수 있는가의 여부에 관하여서는 별다른 논의가 진행되지 아

254) 상세한 사실관계는 The Southall Rail Accident Inquiry Report, Prof. J. Uff, UK Health and Safety Executive Books, 2000, para. 1.1. 이하 참조.

니하였다. 이 사건에서 중점적으로 검토된 것은 법인을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하기 위하여서는 어떠한 요건이 충족되어야 하는가에 관한 것이었다. 이 사건에서 기관사에게 중과실에 의한 살인죄가 성립한다는 데에 대하여서는 의문이 제기되지 않았다. 검사측에서는 열차 운영회사인 기업(Great Western Trains, 이하 GWT)에 대하여서도 중과실에 의한 살인죄가 성립한다고 주장하면서, 동일성 이론을 적용하는 대신 중과실에 의한 살인죄에서 요구하는 중과실 개념을 기업에 맞는 형태로 변형시키려는 시도를 하였다. 그것은 물론 검사가 동일성 이론을 적용하여서는 GWT에 대하여 중과실에 의한 살인죄에 대한 유죄판결을 받아내는 것이 거의 불가능하다고 생각하였기 때문일 것이다. 이 사례에서 직접적인 행위자인 기관사는 당해 회사와 동일시할 수 있는 고위경영진에 해당하지 않기에 그에게 중과실에 의한 살인죄가 성립한다고 하여 곧바로 당해 기업에 대하여서도 중과실에 의한 살인죄가 성립하는 것은 결코 아니다. GWT를 중과실에 의한 살인죄로 처벌하기 위하여서는 검사가 GWT의 고위경영진이 당해 사고의 발생 내지 그로 인한 사망의 결과를 예견하였음을 입증하여야만 한다. 그러나 현실적으로 어느 특정한 고위경영진 개인이 당해 사고의 발생가능성을 예견하였을 가능성은 거의 존재하지 아니하며, 설령 그렇다 하더라도 이를 입증하는 것 역시 거의 불가능하다. 따라서 검사로서는 동일성 이론을 벗어난 이론구성을 시도할 수밖에 없었던 것이다.

검사는 이 열차사고의 원인은 두 가지로 분석하였다. 열차사고의 원인 중의 하나는 물론 기관사가 신호를 제대로 보지 못하였다는 데에 있다. 그러나 검사는 GWT가 자동경보장치와 자동열차보호장치가 작동하지 않고 있음에도 열차를 운행하도록 하였음은 물론, 열차운행을 보조기관사 없이 혼자 담당하도록 한 것 역시 열차사고의 원인이 되었다고 보았다.²⁵⁵⁾ 기관사를 중과실에 의한 살인죄로 처벌하는 과정에서는 첫 번째의 사고원인, 즉 기관사가 신호를 제대로 보지 못하였다는 사실이 중요한 근거가 된다. 그러나 GWT를 중과실에 의한 살인죄로 처벌함에 있어서는 두 번째의 원인이 보다 중요한 의미를 지니게 된다.

만일 보조기관사가 있었거나, 안전장치 둘 중의 어느 하나가 작동하였더라면

255) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802

사고를 예방할 수 있었을 것이다. 그러나 사고 당시에는 보조기관사도 없었고, 안전장치가 두 개 모두 작동하지 않는 상태였다. 검사측에서 특히 주목한 부분은 이러한 상태에서 열차를 운행하는 것이 최고경영자나 이사회 수준에서 마련된 GWT의 내부 규칙에 부합하는 것이었다는 점이다.²⁵⁶⁾ 기관사가 열차신호를 제대로 보지 못하고 지나칠 위험이 매우 크고, 그러한 현상이 흔히 발생할 수 있음이 널리 알려져 있었다.²⁵⁷⁾ 따라서 GWT는 열차가 신호를 간과하고 진행하는 경우에 대처하기 위하여 적절한 안전관리 시스템을 갖춰놓아야만 한다. 예컨대 GWT는 내부 규칙으로 안전장치가 작동하지 아니하는 경우 다음 역에서 당해 열차를 정차시키고 다른 열차로 승객을 옮겨 타도록 하거나, 누군가가 보조기관사로서 함께 열차를 운행하도록 하거나, 또는 두 개의 안전장치 중의 어느 하나가 작동할 때까지 기관사 한 명이 열차를 운행하는 것을 금지하는 규칙을 제정해 놓을 수도 있었다. 검사는 GWT가 이러한 규칙을 마련하지 아니하였음을 지적하면서²⁵⁸⁾, 그러한 규칙을 마련해 놓지 아니하였다는 사실 자체가 중과실에 해당한다고 주장하였다.²⁵⁹⁾ 범죄의 성립요건인 (중)과실은 일반적으로 당해 사건의 결과발생에 대한 예견가능성을 의미한다. 그러나 위에서 제시된 중과실의 개념은 이와는 전혀 다르다. 검사측이 위와 주장을 하기 위하여 중과실 개념에 대하여 이전까지와는 다른 의미를 부여하고 있다는 점에 유의하여야 하는 것이다.

이미 살펴본 바와 같이 영국 법원은 일정 기간 중과실 내지 경솔함 여부를 판단하기 위하여 이른바 Caldwell 기준 내지 Lawrence 기준을 사용하였다. 그러나 이후에 영국 법원은 이 기준을 폐기하고 그 대신 이른바 Adomako 기준을 사용하게 된다. 그리고 Great Western Trains 사건에 대하여서도 Adomako 기준이 사용되었다. Adomako 기준에 의한다면 형법상의 중과실의 인정되는가를 검토함에 있어서는 먼저 과실판단에 관한 민법상의 일반원칙에 비추어 볼 때 어느 행위가 주의의무 위반행위에 해당하는가를 판단하여야 한다. 민법의 일반원칙에

256) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802

257) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802

258) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802

259) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 803

비추어 주의의무 위반행위가 있었음을 확인된다면 다음에는 그것으로 인하여 사망의 결과가 야기되었는가의 여부를 판단하여야 한다. 그리고나서는 주의의무 위반이 중대한 것이어서 범죄로 평가될 수 있는 것인가를 검토해 보아야 한다.²⁶⁰⁾ Caldwell/Lawrence 기준이 행위자의 주관적 인식을 기초로 하여 그것이 중과실에 해당하는가를 판단하려고 함에 반하여, Adomako 기준은 행위자의 객관적 행위가 중과실행위에 해당하는가를 기준으로 하여 중과실 여부를 판단하려고 하는 것이다.

이 글의 맥락과 관련하여 중요한 것은 Adomako 기준이 자연인의 주의의무 위반행위가 있음을 전제로 하여서만 적용될 수 있는 것이라는 점이다. Adomako 기준을 적용하여 형법상 중과실이 존재하는가를 판단함에 있어서는 무엇보다도 먼저 어느 자연인의 행위가 민법상의 과실행위에 해당하는가의 여부가 판단되어야만 하기 때문이다. 따라서 Adomako 기준을 적용한다면 기업 내부의 안전관리 시스템의 흠결 내지 하자 그 자체를 형법상의 중과실로 평가하는 것은 불가능하다.²⁶¹⁾ 이러한 사정을 고려하여 검사측에서는 GWT를 중과실에 의한 살인죄로 기소하면서 안전관리 시스템의 흠결 그 자체를 중과실에 상응하는 것으로 보아야 한다고 주장한 것이다. 이와 같은 검사 측의 주장이 받아들여진다면 GWT는 기관사나 기타 그 구성원이 중과실로 사람을 사망에 이르게 하였기 때문이 아니라, GWT가 적절한 안전관리 시스템을 마련하지 아니하였고 그로 인하여 사람이 사망하기 때문에 중과실에 의한 살인죄로 처벌을 받는 결과가 발생할 것이다. 즉 검사는 GWT에 대하여 중과실에 의한 살인죄를 적용함에 있어서 대위책임이나 동일성 이론을 적용하지 아니하고, GWT 자체의 자기책임(personal liability)을 인정하여야 한다고 주장한 것이다.²⁶²⁾

나아가 검사는 법원이 위와 같은 주장을 받아들이지 아니할 경우를 대비하여 다음과 같은 예비적 공소제기를 하였다.: 이 사건에서 GWT에게 승객을 보호하기 위하여 충분한 조치를 취할 주의의무가 부과되어 있다는 점이나, 이러한 의무가 올바르게 이행되지 아니하였고 이로 인하여 사고가 발생하여 승객들이 사망

260) R. v Adomako, [1995] 1 A.C. 171, 187 이하 참조.

261) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 796

262) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 804

하였다는 점에는 의문의 여지가 없다. 만일 GWT 자체가 아니라 GWT의 고위경영진에게 위와 같은 의무가 부과되는 것이라면, 그가 누구이던 간에 고위경영진에 해당하는 누군가가 이와 같은 의무를 성실하게 이행하지 아니하였음은 명확하다. 따라서 비록 그가 누구인지가 밝혀지지 않더라도 기업과 동일시할 수 있는 고위경영진이 중과실에 의한 살인죄를 범하였음이 추정(infer)되어야만 한다.²⁶³⁾ 나아가 만일 승객을 보호할 의무를 부담하는 자가 지정되어 있지 않다면, 이와 같이 안전관리 담당자가 지정되어 있지 않다는 사실 자체가 이미 누군가 고위경영진이 자신에게 주어진 의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 사실을 입증하게 된다.²⁶⁴⁾ 고위경영진은 발생할 것으로 예상되는 위험을 적절히 관리하기 위하여, 그것을 관리할 담당자를 지정할 의무를 부담한다고 보아야 하기 때문이다.

동일성 이론을 적용하여 범인에 대하여 형사책임을 묻기 위하여서는 먼저 범인과 동일시할 있는 고위경영진에 대하여 범죄가 성립함을 입증하여야 한다. 즉 고위경영진에 해당하는 자연인 중의 누군가가 특정되어야만 하는 것이다. 그러나 이 사건에서 검사측에서는 예비적 공소제기를 하면서 누군가를 특정하지 아니한 채로, 그것이 누구이던 간에 고위경영진에 해당하는 누군가가 자신에게 부여된 의무를 불이행하였음이 명확한 이상 GWT가 중과실에 의한 살인죄를 범한 것으로 보아야 한다고 주장한 것이다. 이와 같은 이론 구성은 기존의 대위책임 이론으로도, 동일성 이론으로도 설명할 수 없는 새로운 시도에 해당한다. 그리고 영국에서 중과실에 의한 살인죄가 커먼로, 즉 판례법에 의하여 인정되는 범죄라는 점을 고려할 때, 법원이 이러한 이론구성을 받아들일 수 있으려면 그것이 기존의 선판례에 의하여 지지되는 것이어야만 한다는 점은 당연하다.

검사측에서는 Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission 판결을 이와 같은 새로운 이론구성을 뒷받침하는 근거로 제시하였다. Meridian 판결에서 Hoffman 경은 이미 살펴본 바와 같이 어떠한 사례에 대하여 동일성 이론을 적용하고, 어떠한 사례에 대하여 대위책임 이론을 적용할 것인가의 문제는 일률적으로 판단할 수 없으며, 개별 사례에 따라, 적용되는 법

263) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 805

264) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 805

률의 입법목적에 따라 달라질 수 있다고 주장하였다. Great Western Trains 사건에서 검사측에서는 자신의 이론구성이 Meridian 판결에서 Hoffman경이 제시한 견해에 따른 것이라고 주장하였다.²⁶⁵⁾

그러나 당해 사건의 법원은 선판례에 비추어 볼 때 법인에 대하여 중과실에 의한 살인죄 성립 여부를 검토하면서 동일성 이론을 벗어나는 이론구성이 시도되고 있다고 볼 근거가 없다고 하면서 검사측의 주장을 받아들이지 아니하였다.²⁶⁶⁾ 이로 인하여 검사의 첫 번째 주장, 즉 GWT가 적절한 안전관리 시스템을 갖춰놓지 아니하였다는 사실이 곧 중과실에 해당한다는 주장은 받아들여질 수 없게 되었다. 동일성 이론을 적용하는 경우 중과실에 의한 살인죄의 성립요건인 중과실은 Adomako 기준에 의하여 판단되어야만 하는데, Adomako 기준에 의한다면 특정한 자연인의 행위만이 형법상의 중과실행위에 해당할 수 있기 때문이다. 나아가 법원이 법인에 대하여 중과실에 의한 살인죄 성부를 검토함에 있어서 전통적인 동일성 이론을 적용할 것을 요구함으로써 검사의 두 번째 주장, 즉 그가 누구인지가 특정되지 아니하더라도 고위경영진 중의 누군가에 대하여서는 결과발생에 대한 중과실이 인정될 것이므로 당해 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌할 수 있다는 주장 역시 받아들여질 수 없게 되었다. 동일성 이론에 의한다면 그것을 적용하기 위하여서는 반드시 회사와 동일시할 수 있는 고위경영진 중의 특정한 누군가가 범죄를 범하였음이 확인되어야만 하기 때문이다.²⁶⁷⁾ 법원은 Meridian 판결에서 Hoffman경이 제시한 견해 역시, 모든 사례에 대하여 동일성 이론이 적용될 수는 없다고 하는 것일 뿐, 동일성 이론 그 자체를 부인한 것은 아니라고 판시하였다.²⁶⁸⁾ 이외에도 검사측에서는 이 사례에 대하여 총합원칙(aggregation principle)이 적용될 여지도 있다고 주장하였으나, 이 주장 역시 배척되었다.²⁶⁹⁾

265) Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 805

266) R v. Great Western Trains Co Ltd, [2001] B.C.C. 210, 231

267) R v. Great Western Trains Co Ltd, [2001] B.C.C. 210, 231

268) R v. Great Western Trains Co Ltd, [2001] B.C.C. 210, 232

269) R v. Great Western Trains Co Ltd, [2001] B.C.C. 210, 230

제3절 법인살인법

I. 등장배경

Herald of Free Enterprise 사건에서도, Great Western Trains 사건에서도 다수의 사상자가 발생하였다. 이러한 재난이 발생하게 된 직접적인 원인은 물론 당해 기업의 어느 특정한 구성원이 자신에게 맡겨진 의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 데에서 찾을 수 있다. 그러나 다른 한편으로 본다면 사고가 발생한 것은 당해 기업에 적절한 위험관리 시스템이 마련되어 있지 않았기 때문이라고 말하는 것 역시 가능하다. 왜냐하면 Herald of Free Enterprise 사건과 Great Western Trains 사건에서는 모두 기업의 활동 과정에서 흔히 발생할 수 있는, 즉 당해 기업의 업무활동과 불가분적으로 결합되어 있는 위험이 현실화된 것이기 때문이다.

그러나 두 사건 모두에서 기업을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하고자 하는 시도는 실패하였다. 동일성 이론을 적용함에 있어서는 기업 내부에 적절한 위험관리 시스템이 마련되어 있는가 내지 그것이 정상적으로 작동하고 있는가의 여부는 전혀 고려되지 않기 때문이다. Herald of Free Enterprise 사건과 Great Western Trains 사건의 발생을 전후하여 몇 건의 유사한 사고가 발생하였으나, 그에 대한 처리결과는 그다지 다르지 않았다.²⁷⁰⁾ 이러한 배경 하에서 영국에서는 동일성 이론이 가지는 한계를 극복하고, 위험관리 시스템의 실패로 인하여 사망의 결과가 발생한 경우 보다 용이하게 당해 기업 자체에 대하여 살인죄를 인정할 수 있도록 하기 위하여 새로운 형사처벌규정, 즉 법인살인죄를 마련하여야 한다는 주장이 제기되기 시작하였다.

법인살인죄가 등장하게 된 또 다른 배경이 된 것은 산업재해로 인한 사상에 대하여 보다 엄격하게 대처하여야 한다는 요청이 제기되었기 때문이다. 산업재해로 인하여 다수의 사망자가 발생하고 있음에도 불구하고 기업 내지 기업관계자가 그에 대하여 책임을 부담하는 경우가 거의 없었다. 따라서 이와 같은 상황을 개선하기 위하여서는 보다 강력한 입법이 필요하다는 요청이 제기되었으며,

270) 이에 관하여서는 Saleem Sheikh, "Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Bill: Part 1", International Company and Commercial Law Review, 2007, 261 이하 참조

이를 실현하기 위한 방안의 하나로서 법인살인죄의 도입이 요구되었던 것이다.²⁷¹⁾

이러한 연장선상에서 1996년 발간된 법률위원회(Law Commission) 보고서는 법인살인(Corporate Killing)이라는 새로운 범죄유형을 도입할 것이 제안하였고²⁷²⁾, 2000년 영국 정부 역시 법인살인죄를 도입할 필요가 있음을 인정하였다.²⁷³⁾ 영국 정부는 법인살인죄를 제정한다면 법인의 활동으로 사상의 결과가 발생하였을 때 당해 법인이 책임을 부담하여야 한다는 일반 대중의 믿음이 옳다는 것을 확인하고, 산업재해가 법인의 경영과 직결되는 문제라는 사실을 명확히 하는 데에 도움이 될 것이라고 보았다.²⁷⁴⁾ 2006년 영국 정부는 법인살인죄를 입법하기 위한 법안을 제출하였으며, 이 법안은 많은 토의를 거쳐 입법화된 후 2008년 4월 6일 시행되게 되었다. 영국에서 시행된 법인살인법의 공식적인 명칭은 “Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007”이다.

II. 법인살인죄의 의의와 성립요건

가. 법인살인죄의 의의

우리나라에서는 지금까지 관행적으로 “Corporate Manslaughter”, “Corporate Homicide”, “Corporate Killing” 등을 기업살인으로 번역하여 왔다. 그러나 이러한 용어는 법인살인으로 번역하는 것이 보다 정확한 번역에 해당할 것이다. 영국의 “Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007”은 명문의 규정을 통하여 당해 법률이 단지 영리를 목적으로 하는 기업에 대하여서만이 아니라 법인격을 가진 단체에 대하여 일반적으로 적용된다는 것을 밝히고 있기 때문

271) 이에 대하여서는 예컨대 Celia Wells, *Corporations and Criminal Liability*, 2th. ed., 2001, 120 이하 참조.

272) Law Commission, *Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237*, HC (1995-96) 171, para. 8.1. 이하. 본 보고서에서는 영국의 살인죄 전반을 개선하여야 한다고 주장하고 있으며, 법인살인죄의 도입은 그러한 개혁의 일환에 해당한다.

273) *Reforming The Law on Involuntary Manslaughter: The Government's Proposals*, May 2000

274) *Reforming The Law on Involuntary Manslaughter: The Government's Proposals*, May 2000, para. 3.19.

이다. 그렇다면 영국의 “Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007”는 법인살인법이라고 번역하여야 할 것이다.

다만 위 법률을 법인살인법이라고 번역하여도 동 법률의 내용을 충분히 정확하게 표현해주지는 못한다는 점을 지적하여야 할 것이다. 왜냐하면 위 법률이 규정하는 법인살인죄는 그 명칭과는 달리 행위주체가 법인에 한정되는 것이 결코 아니기 때문이다. 위 법률은 명문으로 법인이 아닌 단체도 행위주체가 될 수 있도록 하고 있다. 따라서 보다 엄격하게 표현하고자 한다면 위 법률이 규정하는 범죄는 “단체살인죄” 내지 “법인 등에 의한 살인죄”라는 용어를 사용하여 표현하여야 할 것이다. 다만 이 글에서는 위 법률의 명칭이 법인살인죄로 되어 있는 것을 고려하여 이 법률이 규정하는 범죄를 법인살인죄로 지칭하였다.

이 법률 제1조는 법인 등의 운영 내지 조직방법(the way in which its activities are managed and organised)의 실패로 인하여 사망의 결과가 발생하고, 그러한 운영방법의 실패가 고위경영진에 의한 것으로서 당해 법인이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반에 해당하는 것일 때에는 법인살인죄가 성립한다고 규정한다. 영국의 문헌들은 법인살인죄의 성립요건을 설명함에 있어서 일반적으로 “법인 등의 운영 내지 조직방법의 실패”라는 개념을 간략하게 “운영실패(management failure)”라고 표현하고 있다. 그것은 1996년 법률위원회가 법인살인죄 제정을 제안하면서 이러한 운영 내지 조직방법의 실패를 운영실패라고 지칭한 데에 기인한다.²⁷⁵⁾ 이 글에서도 이러한 용어사용례에 따라 운영실패라는 개념을 사용하려고 한다.

나. 법인살인죄의 성립요건

제1조가 규정한 법인살인죄의 요건을 보다 상세히 분석한다면 다음과 같다.

- 1) 행위주체가 법률이 규정하는 법인 등의 단체(organisation)에 해당하고,

275) 법률위원회가 제안한 법률안은 Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171 참조.

- 2) 법인 등이 피해자에 대하여 주의의무를 부담하고 있으며,
- 3) 법인 등에 의한 주의의무의 위반이 법인 등의 운영실패에 의한 것이며,
- 4) 운영실패가 고위경영진에 의한 것이고,
- 5) 주의의무의 위반이 중대하며,
- 6) 주의의무 위반과 피해자의 사망 사이의 인과관계가 존재하여야 한다.

아래에서는 이상과 같은 법인살인죄의 성립요건의 의미를 하나하나 살펴보겠다.

1) 법인살인죄의 주체 - 단체(organisation)

2007년 제정된 법인살인법이 도입한 범죄는 오로지 이 법률이 규정하는 단체만이 범할 수 있으며, 자연인은 이를 범할 수 없다. 이 법률이 갖고 있는 특징은 중의 하나는 바로 이와 같이 자연인이 아니라 법인 등이—단체만이 범할 수 있는 범죄유형을 도입하였다는 데에 있다.

법인살인죄를 범할 수 있는 단체의 의미는 제1조 제2항에 설명되어 있다. 이에 의한다면 법인은 당연히 법인살인죄의 주체인 단체에 포함된다. 나아가 경찰조직(police force)에 대하여서는 물론, 동 법률에 첨부된 목록 1(Schedule 1)에 열거되어 있는 공공기관 역시 법인살인죄의 주체가 될 수 있다.²⁷⁶⁾ 이외에도 파

276) 법 제정 당시 Schedule 1에 열거된 국가기관은 다음과 같다: Assets Recovery Agency, Attorney General's Office, Cabinet Office, Central Office of Information, Crown Office and Procurator Fiscal Service, Crown Prosecution Service, Department for Communities and Local Government, Department for Constitutional Affairs (including the Scotland Office and the Wales Office), Department for Culture, Media and Sport, Department for Education and Skills, Department for Environment, Food and Rural Affairs, Department for International Development, Department for Transport, Department for Work and Pensions, Department of Health, Department of Trade and Industry, Export Credits Guarantee Department, Foreign and Commonwealth Office, Forestry Commission, General Register Office for Scotland, Government Actuary's Department, Her Majesty's Land Registry, Her Majesty's Revenue and Customs, Her Majesty's Treasury, Home Office, Ministry of Defence, National Archives, National Archives of Scotland, National Audit Office, National Savings and Investments, National School of Government, Northern Ireland Audit Office, Northern Ireland Court Service, Northern Ireland Office, Office for National Statistics, Office of the Deputy Prime Minister, Office of Her Majesty's Chief Inspector of Education and Training in Wales, Ordnance Survey, Privy Council Office, Public Prosecution Service for Northern Ireland, Registers of Scotland Executive Agency, Revenue and Customs Prosecutions Office, Royal Mint, Scottish Executive, Serious Fraud

트너쉽(partnership), 노동조합(trade union)과 경영자협회(employers' association) 역시 그들이 사용자로서의 지위를 가지는 한 법인살인죄의 주체가 될 수 있다. 경찰조직, 파트너십, 노동조합 등의 보다 정확한 의미는 제25조에 정의되어 있다.

2) 법인이 피해자에 대하여 주의의무를 부담할 것

법인살인죄가 성립하기 위하여서는 운영실패가 법인이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반으로 평가될 수 있어야만 한다. 이때 주의의무란 아래에 예시된 것들 중의 어느 하나에 해당하는 것으로서, 민법의 과실법(law of negligence)에 의하여 당해 법인에 대하여 부과되는 것을 의미한다(제2조 제1항).

- ① 당해 법인이 피용자 또는 당해 기업을 위하여 일하거나 서비스를 제공하는 자에 대하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 a) : 이 조항은 예컨대 작업장에서 위험관리가 적절히 이루어지지 아니하여 피용자가 사망한 경우 당해 법인에 대하여 법인살인죄 책임을 묻는 근거규정으로 작동할 수 있다.²⁷⁷⁾ 법률은 단순한 서비스 제공자라고 할지라도 당해 법인의 지시를 받는 자에 해당한다면 그가 사망한 경우 법인살인죄가 성립할 수 있도록 규정하고 있다.
- ② 당해 법인이 대지 내지 건축물의 관리자로서 부담하는 의무 (제2조 제1항의 b) : 예컨대 법인은 자신이 소유하는 건물을 안전한 상태로 관리할 의무를 부담하는바, 이러한 의무의 중대한 위반으로 인하여 사망사고가 발생한 경우 법인살인죄가 성립할 수 있다.
- ③ 당해 법인이 재화나 서비스를 공급하는 등 상업적인 업무를 수행하는 경우 이와 관련하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 c, (i)) : 이 조항은 예컨대 당해 법인이 열차운행이나 선박운행을 담당하는 경우에 적용된다.
- ④ 당해 법인이 건축업무 내지 건축물 등의 유지, 관리업무를 수행하는 경우

Office, Treasury Solicitor's Department, UK Trade and Investment, Welsh Assembly Government

277) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 540. 이하에서 각 주의 의무 위반의 구체적인 사례 역시 같은 문헌을 참조로 하여 제시한 것이다.

이와 관련하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 c, (ii)) : 건축업무 내지 건축물 등의 관리업무의 보다 명확한 의미는 제2조 제7항에 정의되어 있는데, 예컨대 건물이나 구조물 등의 건설, 설치, 변경, 확장, 개선, 수선, 유지 등을 포괄하는 매우 넓은 개념이다. 다만 이 조항의 적용범위는 위의 (3)에서 제시한 재화나 서비스의 공급과 부분적으로 겹치게 되는데, 그럼에도 불구하고 건축업무 내지 건축물 등의 유지관리 업무를 별도로 규정해 놓은 것은 이와 같은 업무가 상업적인 목적으로 이루어지지 아니하는 경우에도 이 법률이 적용된다는 것을 명백하게 하기 위함이다.²⁷⁸⁾

- ⑤ 당해 법인이 그 밖의 어떠한 업무를 상업적인 목적으로 수행하는 경우 이와 관련하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 c, (iii)) : 이 규정은 법인이 위의 ‘다’에서 제시한 재화나 서비스의 공급을 통하여 포괄할 수 없는 업무를 수행하는 경우 이를 포섭하기 위하여 마련된 규정이다. 즉 동 규정은 포괄 규정으로 작동하게 된다.
- ⑥ 당해 법인이 플랜트나 운송수단, 기타 다른 물건을 사용하거나 유지하는 업무를 수행하는 경우 이와 관련하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 c, (iv)) : 이 규정의 적용범위는 “기타 다른 물건”이라는 요건으로 인하여 매우 넓혀져 있다. 예컨대 공공운송을 담당하는 기관이 버스나 열차 등을 올바르게 관리하지 못하는 경우에 이 규정이 적용될 수 있다.
- ⑦ 법인이 구치 내지 구금, 수용된 자에 대하여 부담하는 의무 (제2조 제1항의 d) : 동 조항의 적용대상이 되는 자는 제2조 제2항에 보다 상세히 규정되어 있다. 예컨대 수용된 환자에 대하여 법인이 부담하는 의무가 그 예에 해당한다(제2조 제2항의 e).

일반적으로는 커먼로에 의하여 이와 같은 의무가 부과되지만, 커먼로에 의하여 부과되던 의무가 실정법적 의무로 대체된 경우에는 실정법에 의하여 이와 같은 의무가 부과될 수도 있다.²⁷⁹⁾ 즉 제2조 제1항이 말하는 민법상의 과실법(law of

278) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 541

279) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th, ed., 2008, 540

negligence)은 일반적으로 선판례에 의하여 형성된 판례법을 의미하지만, 경우에 따라서는 실정법률을 의미할 수도 있는 것이다. 제2조 제7항은 “Occupiers’ Liability Act 1957” 등 몇몇 실정법률이 법인살인법이 규정하는 민법상의 과실법에 포함된다는 점을 명시적으로 밝히고 있다. 다만 이와 관련하여 유의하여야 하는 부분은, 법인살인법이 법인에 대하여 이전까지는 존재하지 아니하였던 새로운 의무를 부과하고 있지는 않다는 점이다. 법인살인법이 적용되기 위한 요건으로서의 주의의무는, 그것이 실정법률에 의하여 인정된 것이든 아니면 커먼로에 의하여 인정된 것이든 간에, 기존에 이미 인정되어 왔던 의무에 한정된다.

이미 살펴본 바와 같이 Adomako 기준에 따라 중과실행위가 행하여졌는가를 판단함에 있어서는 먼저 과실판단에 관한 민법상의 일반원칙에 비추어 주의의무 위반행위가 있는가를 판단하고, 이것이 긍정된다면 주의의무 위반이 중대한 것이어서 범죄로 평가될 수 있는 것인가를 검토해 보아야 한다.²⁸⁰⁾ 즉 Adomako 기준에 의할 때 중과실에 의한 살인죄의 성립요건이 되는 중과실과 민법상 과실 사이에는 어떠한 질적인 차이는 존재하지 아니하며, 단지 양적인 차이가 있을 뿐이다. 법인살인법에서 법인살인죄가 성립하기 위하여서는, 민법의 과실법에 비추어 볼 때 당해 법인이 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반행위가 있어야 한다고 규정하고 있는 것 역시, Adomako 기준에 입각하고 있는 것으로 보인다.

법인이 누구에 대하여 어떠한 주의의무를 부담하는가의 여부는 사실판단의 문제가 아니라 법적 판단과 관련된 문제에 해당한다(제2조 제5항). 따라서 배심원이 아니라 법관이 이를 판단하여야 한다. 배심재판을 하는 경우 사실판단은 일반적으로 배심원의 권한에 속한다. 하지만 법인의 주의의무에 관한 사항을 판단하기 위하여 필요한 경우에는 법관이 사실판단을 해야만 한다(제2조 제5항).

3) 고위경영진에 의한 운영실패

법인살인법은 법인살인죄의 성립요건으로서 고위경영진에 의한 당해 법인 등의 운영실패가 있을 것을 요구한다. 성립요건으로서 중과실 대신 운영실패를 요구

280) Rex v. Bateman, [1927] 19 Cr.App.R. 8, 10 이하; R. v. Adomako, [1995] 1 A.C. 171, 187 이하 참조.

하는 것은 물론 동일성 이론이 가지는 한계를 극복하기 위한 것이다. 동일성 이론에 의한다면 법인을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하기 위하여서는 법인과 동일시킬 수 있는, 어느 특정한 고위 경영자에게 중과실이 인정되어야만 한다. 특정한 경영자가 어떠한 행위로 인하여 사망의 결과가 발생할 것임을 인식하였거나 인식할 수 있었어야만 하는 것이다. 그러나 특히 규모가 큰 법인의 경우에는 경영자는 법인의 구성원 중에서 누가 어떠한 업무를 수행하는지조차도 제대로 알지 못할 것이다. 즉 규모가 큰 법인의 경우 경영자에 대하여 중과실이 인정될 여지는 거의 없으며, 따라서 동일성 이론을 적용하여 법인을 중과실에 의한 살인죄로 처벌하는 것 역시 사실상 거의 불가능한 것이다. 이와 같은 난점을 극복하기 위하여 법인살인법은 중과실 대신 운영실패라는 요건을 들여온 것이다.

운영실패는 사고의 직접적인 원인이 된 행위자의 귀책사유와는 전혀 다른 개념이다. 후자가 당해 결과에 대한 행위자의 인식 내지 예견, 예견가능성 등을 의미하는 것이라면, 전자는 법인의 내부에 적절한 안전관리 시스템이 마련되어 있는가 내지 법인이 위험을 적절히 관리할 수 있도록 운영되고 있는가의 여부 등과 관계된 것이기 때문이다. 예컨대 A 법인의 구성원인 화물트럭의 운전자가 운전 도중 사고를 발생시키고 이로 인하여 행인을 사망에 이르게 한 경우, 당해 운전자에게 과실이 인정되는가의 여부와 당해 법인의 운영실패가 인정되는가의 여부는 서로 직접적으로 관련되어 있지는 않다. 운전자에게 과실이 인정되어도 운영실패가 부정될 수 있으며, 반대로 운전자에게 과실이 부정되어도 운영실패는 인정될 수도 있다. 운영실패가 인정되는가를 확인하기 위하여서는 사고 당시의 상황만이 아니라 당해 법인의 운영방법에 관한 사항들을 추가적으로 고려해 보아야 한다. 예컨대 A 법인이 당해 운전자에게 과도한 업무를 부담시켰고 이로 인하여 운전자가 과로상태에 있지는 아니하였는가의 여부를 심사해 보아야만 하는 것이다.²⁸¹⁾ 동일성 이론의 한계와 관련하여 살펴 본 Herald of Free Enterprise호 전복사고나 Great Western Train 사고의 사례 역시 해당 법인이 적절히 위험을 관리하지 못하여 운영실패가 인정되는 전형적인 사례에 해당한다.

281) Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171, para. 8.21

법률은 운영실패가 고위 경영진에 의한 것이어야 한다고 규정한다. 고위경영진이란 법인 활동 전반 내지 중요한 부분이 어떻게 운영되고 조직되어야 하는가에 대한 판단을 함에 있어서 중요한 역할을 수행하거나, 법인 활동 전반 내지 중요한 부분을 직접 운영하거나, 그것을 조직함에 있어서 중요한 역할을 수행하는 자를 의미한다(제1조 제4항의 (c)). 그러나 이와 같이 법률이 경영 실패가 고위경영진에 의한 것이어야 한다는 점을 요구하고 있는 것에 대하여서는 비판이 가해지고 있다. 고위경영진이 아니라 하위경영진의 경영 실패에 의하여 사망의 결과가 발생하였음을 이유로, 또는 고위경영진으로부터 위임을 받은 대리인의 행위에 의하여 그러한 결과가 발생하였음을 이유로 하여 당해 법인이 형사책임으로부터 면책될 수 있는 여지가 발생하게 되었기 때문이다.²⁸²⁾

4) 주의의무의 중대한 위반

법인살인죄가 성립하기 위하여서는 고위경영진의 운영실패로 인하여 당해 법인 등이 피해자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 위반이 발생하여야 한다. 그리고 이러한 주의의무의 위반은 중대한 것이어야만 한다. 주의의무에 대한 중대한 위반이란, 의무의 이행정도가 당해 행위상황에서 법인 등에 대하여 합리적으로 기대가능한 정도에 훨씬 미치지 못한 경우를 의미한다(제1조 제4항의 b).

제8조는 배심원이 중대한 주의의무 위반이 있었는가를 판단함에 있어서 고려하여야 하는 사항을 열거하고 있다. 제8조 제2항은 배심원은 주의의무에 대한 중대한 위반이 있는가를 판단함에 있어서 법인이 건강 및 안전에 관한 법령(health and safety legislation)²⁸³⁾의 관련규정을 준수하였는가, 준수하지 못하였다면 그 위반 정도가 얼마나 심각한가, 그리고 그러한 위반으로 인하여 어느 정도에 해당하는 사망의 위험이 발생하였는가 등을 반드시 고려하여야만 한다고 규정한다. 동 규정을 해석함에 있어 유의하여야 하는 점은 제8조 제2항에 의할

282) 예컨대 James Gobert, "The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in the making but was it worth the wait?", *Modern Law Review*, 2008, 427 이하 참조.

283) 우리나라의 산업안전보건법에 관련된 법령에 해당한다. 우리나라에서는 영국의 "The Health and Safety at Work Act"를 흔히 산업안전보건법으로 번역한다.

때 배심원의 판단대상이 되는 것은 고위 경영진이 관련 규정을 준수하였는가의 여부가 아니라, 당해 법인이 관련 규정을 준수하였는가의 여부라는 점이다. 이로 인하여 운영실패 여부를 판단함에 있어서 고위경영진 이외의 다른 구성원의 행위를 고려하여야 한다는 주장이 제기될 수 있게 되었다.²⁸⁴⁾

제8조 제3항은 배심원이 주의의무에 대한 중대한 위반이 있는가를 판단함에 있어서 당해 법인 내에 존재하는 태도, 정책, 시스템이나 승인된 관행(attitudes, policies, systems or accepted practices) 등이 건강 및 안전에 관한 법령 위반에 기여하였는가에 대한 사항을 고려하여도 된다고 규정한다. 제8조 제2항에서 열거하는 사항은 배심원들이 주의의무에 대한 중대한 위반이 있는가를 판단함에 있어서 반드시 고려하여야 하는 사항에 해당함에 반하여, 제8조 제3항이 열거하는 사항은 배심원들이 판단과정에서 고려할 수 있는 사항에 해당한다.

제8조 제3항은 호주의 “Criminal Code Act 1995”의 영향을 받아 마련된 것이다.²⁸⁵⁾ 호주의 “Criminal Code Act 1995”는 당해 법률이 규정하는 모든 범죄를 자연인만이 아니라 법인도 범할 수 있다고 규정하면서²⁸⁶⁾, 법인에 대하여 전통적인 의미에서의 고의, 과실, 경솔함 등과 같은 주관적 요소가 충족될 수 없음을 고려하여 이를 대체하기 위하여 법인문화(corporate culture)라는 개념을 새로 도입하고 있다. 법인문화란 법인 내에 존재하는 태도, 정책, 규칙, 행동방침 또는 관행(attitude, policy, rule, course of conduct or practice) 등을 의미하는 것으로서, 법인 전반에 걸쳐 존재하는 것은 물론 법인의 일부에서만 발견되는 것을 포함한다.²⁸⁷⁾ 호주의 “Criminal Code Act 1995”는 법인 내부에 존재하는 법적대적 문화(corporate culture)²⁸⁸⁾로 인하여 관계 법령을 준수하지 못하게 되었거나, 법인이 법친화적 문화를 형성, 유지하지 못한 경우에는 법인에 대하여 범죄의 주

284) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008, 544

285) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008, 544

286) Criminal Code Act 1995, 12.1

287) Criminal Code Act 1995, 12.3 (6) 참조. 호주의 관련법제도에 대한 소개는 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 313 이하 참조.

288) 의미를 보다 분명하게 전달하기 위하여 corporate culture를 단순히 기업문화라고 번역하지 아니하고 경우에 따라 법적대적 (법인)문화 내지 법친화적 (법인)문화로 번역하였다.

관적 요소가 충족된 것으로 간주한다.²⁸⁹⁾ 영국의 법인살인법은 호주의 “Criminal Code Act 1995”와는 달리 범죄의 성립요건으로 법적대적 법인문화 대신 운영실패를 요구하고 있다. 다만 배심원들이 운영실패가 주의의무에 대한 중대한 위반에 해당하는가를 판단하면서 법적대적 법인문화의 존부를 추가적으로 고려할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.²⁹⁰⁾

5) 사망의 결과 발생

법인살인죄가 성립하기 위하여서는 반드시 사망의 결과가 발생하여야만 한다. 즉, 상해의 결과가 발생한 것만으로는 부족하다. 그러나 사망자가 반드시 법인의 구성원이어야 하는 것은 아니다. 법인이 주의의무를 부담하는 자라면 제3자가 사망한 경우에도 법인살인죄가 성립할 수 있다. 예컨대 입법을 추진하는 계기가 된 사건들에서처럼 열차나 선박 등의 운행으로 승객이나 행인이 사망한 경우에도 법인살인죄가 성립할 수 있는 것이다.

다만 법인살인법이 사망의 결과가 발생한 경우에만 적용되도록 한 것이 적절한가에 대하여서는 입법과정에서 논란이 있었다. 일부 견해는 사망과 상해가 서로 큰 차이가 나지 않는다는 점이나, 특히 근로자의 보호라는 측면을 고려할 때 사망의 결과만이 아니라 상해의 결과 역시 방지되어야 함을 근거로 하여 동 법률이 상해의 결과가 발생한 경우에도 적용될 수 있도록 규정하여야 한다고 주장하였다.²⁹¹⁾ 이와는 달리 일부 견해는 상해의 결과가 발생한 경우에는 현행 산업안전보건에 관한 규정으로 적절히 대처할 수 있고, 행정력의 남용과 낭비를 막기 위하여서는 동 법률의 적용범위를 제한할 필요가 있다고 하면서 이에 반대하였다.²⁹²⁾

289) Criminal Code Act 1995, 12,3 (2) (c), (d) 참조.

290) House of Commons, Home Affairs and Work and Pensions Select Committees, First Joint Re-port of Session 2005-06, Draft Corporate Manslaughter Bill, HC Paper No,540 I (Session 2005-06), 129 참조.

291) 입법과정에서의 이와 같은 논의에 대하여서는 House of Commons, Home Affairs and Work and Pensions Select Committees, First Joint Re-port of Session 2005-06, Draft Corporate Manslaughter Bill, HC Paper No,540 I (Session 2005-06), 21 이하 참조.

292) House of Commons, Home Affairs and Work and Pensions Select Committees, First Joint

6) 주의의무 위반과 사망 사이의 인과관계

사망의 결과는 주의의무 위반으로 인하여 발생한 것이어야만 한다. 즉 주의의무 위반과 사망 사이에는 인과관계가 존재하여야만 하는데, 그 판단은 인과관계 판단을 위하여 사용되는 일반원칙에 의한다.²⁹³⁾

다. 법인살인법이 적용되지 않는 영역

법인살인법 제3조에서 제7조는 법인살인법이 적용되지 아니하는 경우를 열거해 놓고 있다

제3조는 주로 공공기관(public authority)에 대하여 적용되는 규정으로서, 예컨대 공공기관의 - 특히 공공자원의 분배, 대립하는 공공이익의 교량을 포함하여 - 공공정책과 관련된 판단으로 인하여 누군가가 사망하게 된다고 하여도 법인살인죄는 성립하지 않는다는 점 등을 밝혀놓고 있다(제3조 제1항).

제4조는 군사적 활동에 대하여 법인살인죄가 성립하지 아니하는 경우를 규정한다. 예컨대 특수부대 구성원의 작전수행 중의 행위에 대하여서는 설령 그러한 행위 도중 누군가가 사망하여도 국방부를 법인살인죄로 처벌할 수 없다(제4조 제3항).

제5조는 경찰력의 행사와 관련된 예외규정에 해당한다. 예컨대 테러행위에 대처하기 위하여 경찰권이 행사된 경우, 경찰권 행사과정에서 누군가가 사망하여도 법인살인죄가 성립하지 않는다(제5조 제1항의 a와 제5조 제2항의 a).

제6조는 긴급상황에 대한 예외규정이다. 예컨대 소방당국이 긴급상황에 대응하는 과정에서 사망자가 발생하여도 법인살인죄가 성립하지 않는다(제6조 제1항과 제6조 제2항의 a).

제7조는 아동보호와 보호관찰과 관련된 예외규정이다.

법률은 이상과 같은 경우 각 기관이 해당상황에서 부담하는 주의의무는 법인살인죄의 성립요건으로 요구되는 주의의무에 해당하지 않는다고 규정하고 있다.

Re-port of Session 2005-06, Draft Corporate Manslaughter Bill, HC Paper No.540 I (Session 2005-06), 21 이하 참조.

293) David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008, 544

라. 다른 범죄와의 관계

커먼로에 의하여 인정되어 온 중과실에 의한 살인죄는 법인살인법이 적용되는 범위 내에서 폐지된다(제20조). 즉 법인에 대하여 살인죄 성립을 주장할 때에는 커먼로에 의하여 인정되어 온 중과실에 의한 살인죄의 법리를 적용할 수는 없으며, 언제나 법인살인법을 적용하여야만 하는 것이다. 그러나 물론 법인살인법이 제정되었다고 하여 종래 사용되어 온 동일성 이론이 무의미하게 되는 것은 결코 아니다. 법인살인법이 적용되지 아니하는 영역에서는 여전히 동일성 이론이 사용되어야 하기 때문이다.

개인을 법인살인죄에 대한 공범으로 처벌하는 것은 금지된다(제18조 제1항). 그러나 법인살인죄의 성립에 관련된 자는 일반원칙에 따라 형사책임을 부담하여야만 한다. 예컨대 운영실패로 인하여 법인이 법인살인법에 의하여 처벌되는 경우, 당해 법인의 경영자에게 커먼로에 의한 (중과실에 의한) 살인죄가 성립하는 경우도 존재할 수 있다.

법인이 법인살인죄로 유죄판결을 받은 때에도 정의실현을 위하여 요구되는 경우에는 건강과 안전에 관한 법령에 위반을 이유로 하여 또 다시 당해 법인을 기소할 수 있다(제19조 제2항). 이미 살펴본 바와 같이 법인살인죄가 도입되어야 한다는 주장이 제기되는 과정에서 그 근거로서, 산업재해로 인하여 근로자나 제3자가 사망하는 사고가 빈번하게 발생하고 있음에도 불구하고 현행 법령으로는 그에 대한 대처가 충분하지 않다는 점이 지적되곤 하였다. 이와 같은 맥락에 비추어 본다면 법인살인죄를 제정하면서 그 성립요건으로 건강과 안전에 관한 법령 위반을 요구할 수도 있었으나, 현행 법인살인법은 그 대신 민법상의 주의의무 위반을 요구하는 형태로 제정되었다. 그 결과 법인살인법과 산업안전보건과 관련된 법령 사이에 어떠한 관계가 존재한다고 보아야 하는가에 관하여 의문이 제기될 수 있게 되었는데, 법인살인법은 원칙적으로 양자가 동시에 적용될 수 있도록 하면서, 약간의 제한을 설정해 놓은 것이다. 법인살인법 제8조는 배심원이 주의의무에 대한 중대한 위반이 있었는가를 판단함에 있어서 당해 법인이 건강 및 안전에 관한 법령을 준수하였는가 여부를 판단해 볼 것을 요구하고 있다.

마 법인살인죄가 규정하는 처벌의 방법

법인살인죄가 규정하는 법인에 대한 처벌방법은 벌금과 시정명령, 위반사실의 공표의 세 가지로 구성되어 있다.

1) 벌금형의 선고

먼저 법인살인죄가 인정되는 경우 해당 법인은 벌금형을 선고받게 된다. 벌금의 상한에는 제한이 없다(제1조 제6항).

2) 시정명령

법원은 제1조가 규정하는 주의의무에 대한 중대한 위반행위, 그 위반행위로 인하여 발생한 것으로 보이는 사항으로서 사망의 결과를 야기한 원인으로 생각 되는 문제, 위 위반행위를 야기한 것으로 보이는 법인의 정책, 시스템 또는 관행의 문제점으로서 건강 및 안전과 관련된 것을 시정할 것을 명령할 수 있다(제9조 제1항).

3) 위반사실의 공표

법원은 유죄판결을 받은 법인에 대하여 법인살인죄로 유죄판결을 받았다는 사실, 범죄사실에 관한 상세한 사항, 부과된 벌금액수, 시정명령을 받은 경우 그에 대한 사항 등을 공표할 것을 명할 수 있다(제10조).

제4장

독일의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

독일의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

제1절 독일의 기업의 형사처벌 관련 법제도 개관

독일은 책임주의 원칙에 따라 형벌부과의 전제조건이 되는 책임비난은 오로지 자연인에 대하여서만 가능하다고 보고 있다. 따라서 법인의 형사책임을 인정하지 않고 있다.²⁹⁴⁾ 그러나 그렇다고 하여 법인의 활동으로 인하여 발생하는 법익침해행위에 대한 규제를 포기하고 있는 것은 물론 아니다. 독일에서는 법인 활동으로 인한 법익침해를 규율하기 위하여 형법에 법인을 위하여 업무를 집행하는 자연인을 처벌할 수 있도록 하는 규정을 마련해 놓고 있으며, 이와 동시에 “질서위반행위에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 이하 OWiG 내지 질서위반법으로 지칭함)”에도 법인활동을 적절히 규제하기 위한 규정을 마련해 놓고 있다. 법인활동으로 인한 의무위반행위 내지 법익침해행위에 대처하기 위한 독일의 관련규정은 다음과 같은 네 가지 형태로 분류할 수 있다.²⁹⁵⁾

294) 이에 대하여서는 예컨대 Thomas Weigend, “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST? A German Perspective”, Journal of International Criminal Justice, November, 2008, 927 이하 참조.

295) 독일의 관련법제도를 검토하는 과정에서 사용한 용어의 의미와 관련하여서는 다음과 같은 사항을 미리 지적할 필요가 있을 것이다. ① 아래에서 범죄행위라는 개념은 형사처벌의 대상이 되는 행위를 의미하는 개념으로 사용되었다. 즉 범죄행위와 질서위반행위를 서로 엄격히 구분하려고 하였다. 따라서 과태료가 부과되는 행위는 범죄행위라는 용어 대신 법익

- 1) 법인의 업무집행 과정에서 범죄행위나 질서위반행위를 행한 자는 스스로 그에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 관련 법규정이 형법전과 특별법 등에 산재되어 있다.
- 2) 몇몇 형사처벌규정과 질서위반행위 처벌규정은 법인도 행위자가 될 수 있도록 규정되어 있다. 예컨대 사업주(Arbeitsgeber)가 행위주체로 규정된 경우가 그러한 예에 해당한다. 그러나 법인이 사업주인 경우 법인의 범죄능력을 부인하는 독일의 법체계에서 법인이 직접 그러한 처벌규정의 구성요건을 실현하는 것은 불가능하다. 또한 이러한 처벌규정은 신분범이나 의무범에 해당하기에 직접 업무를 집행하는 법인의 기관은 - 신분이 결여되어서 - 역시 처벌대상이 되지 않는다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 독일에서는 질서위반법 제9조와 형법 제14조를 마련해 놓고 있다. 질서위반법 제9조와 형법 제14조는 동일한 형태로 규정되어 있는데, 행위주체가 법인인 경우 당해 규정을 법인을 위하여 업무를 집행하는 자연인에 대하여 적용할 수 있도록 하는 기능을 수행한다. 원래 법인에게 부과되어야 하는 처벌을 법인을 위하여 업무를 집행하는 구성원에게 부과되도록 하는 규정에 해당하므로, 흔히 이 규정은 하부로의 귀속(Zurechnung nach unten)을 가능하게 하는 규정이라고 말해진다.
- 3) 질서위반법은 법인에 대하여서 직접 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 책임주의 원칙에 따라 법인에 대하여 형벌을 부과할 수는 없다고 보더라도, 형벌 이외의 다른 제재를 가하는 것은 여전히 가능하다고 보아야 하기 때문이다. 질서위반법 제30조는 법인의 업무를 집행하는 자연인이 범죄행위나 질서위반행위를 행하였음이 확인된 경우 법인에 대하여서도 과태

침해행위 내지 의무위반행위로 표현하였다. ② 우리나라에서는 흔히 Strafbarkeit를 가벌성으로 번역하고 있다. 이러한 용어사용법에 의한다면 가벌성이라는 개념은 형법상의 범죄행위와 관련하여서만 사용되어야 할 것이다. 그러나 이 글에서 독일의 관련법제도를 검토하는 과정에서는 범죄행위만이 아니라 질서위반행위에 대하여서도 가벌성이라는 개념을 사용하였다. 그것은 종래 우리나라에서 “벌”이라는 개념에 범죄행위에 대하여 부과되는 형벌이 아니라 과태료 등과 같은 행정상의 제재도 포함되는 것으로 보아왔다는 점을 고려한 것이다. ③ 처벌규정이라는 개념은 범죄행위에 대한 처벌규정(형사처벌규정)과 질서위반행위에 대한 처벌규정을 통칭하는 의미로 사용되었다. ④ 신분범, 의무범 등은 그것이 형사처벌규정에 해당하는가 아니면 질서위반행위 처벌규정에 해당하는가에 관계없이 사용되었다. 즉 신분범, 의무범이 반드시 형사처벌규정의 그에 해당하는 규정을 의미하는 것은 아니다.

료를 부과할 수 있도록 규정한다.

- 4) 질서위반법 제130조는 사업주가 선임감독의무를 충실히 이행하지 아니하였고, 이로 인하여 업무집행 과정에서 범죄행위나 질서위반행위가 행하여진 경우 사업주 본인이 질서위반행위를 행한 것으로 보도록 규정한다. 이 규정은 질서위반법 제9조 및 제30조와 결합하여 법인의 업무를 집행하는 구성원이 범죄행위 내지 질서위반행위를 하였을 때 법인, 그리고 법인의 상위경영진을 처벌하기 위한 근거규정으로서 작동하게 된다. 따라서 이 규정은 흔히 상부로의 귀속(Zurechnung nach oben)을 가능하게 하는 규정이라고 말해지고 있다.

이 글이 법인의 처벌을 위한 관련법제도를 검토하기 위한 것이라는 점을 고려하여 아래에서는 위 1)의 부분은 검토하지 않을 것이다. 2)의 경우에도 법인이 주체가 될 수 있는 처벌규정을 하나하나 검토하지는 않으려고 한다. 그러한 처벌규정이 특별히 법인에 대하여 적용되기 위하여 마련된 것은 아니기 때문이다. 이하에서는 법인의 활동을 규제하기 위하여 사용되는 대표적인 규정으로 열거되고 있는 질서위반법 제9조(형법 제14), 제30조, 제130조의 의미내용을 살펴보려고 한다. 이 세 조항 사이의 관계에 관하여서는 제130조를 해석하면서 보다 상세히 설명해 놓았다.

제2절 질서위반법 제9조(형법 제14조)

제1항 처벌규정이 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황(“특별한 인적 표지”로 총칭함)을 처벌요건으로 하고 있는 경우, 다음 각호의 1에 해당하는 자격으로 행위한 자에 대하여서는, 설령 그러한 표지가 본인에게만 충족되고 행위자에게는 충족되지 아니한 경우에도 당해 처벌규정을 적용한다.

1. 법인의 대표권 있는 기관 또는 그러한 기관의 구성원
2. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권이 있는 사원
3. 타인의 법정대리인

제2항 처벌규정이 특별한 인적 표지를 구성요건으로 하고 있는 경우, 사업주 또는 기타 그에 대한 권한을 보유한 자로부터 다음 각호의 1에 해당하는 위임을 받고 그 위

임에 근거하여 행위한 자에 대하여서는, 설령 그러한 표지가 표지가 수임임에게는 존재하지 아니하고 사업주 등에게만 존재하는 경우에도 당해 처벌규정을 적용한다.

1. 사업체의 전부 또는 일부의 운영을 위임받은 경우

2. 사업주에게 부과된 업무를 자기 자신의 책임으로 이행할 것을 명시적으로 위임받은 경우

기업체는 제1문에 의한 사업체로 본다. 위임에 의하여, 공공행정업무를 수행하는 지위에 있는 자를 위하여 행위한 자에 대하여서도 제1문을 적용한다.

제3항 제1항과 제2항은 대표권 내지 대리권을 부여하거나 위임관계를 발생시키는 법적 행위가 무효인 경우에도 적용한다.

I. 서 론

가. 취 지

독일에서는 특정한 자만이 행위자가 될 수 있도록 규정된 신분범이나 의무범 등의 구성요건을 그러한 자를 위하여 행위한 제3자에 대하여서도 적용할 수 있도록 하기 위하여 질서위반법 제9조와 형법 제14조를 마련해 놓고 있다. 질서위반법 제9조와 형법 제14조는 범죄행위나 질서위반행위가 행하여졌음에도 불구하고 그 누구도 처벌하지 못하는 처벌의 흠결이 발생하는 것을 방지하는 데에 기여한다. 이와 같은 규정이 존재하지 않는다면 구성요건이 예정하는 행위주체는 직접 행위를 수행하지 아니하였기에, 실제로 행위를 수행한 자는 구성요건이 요구하는 행위적격을 구비하지 아니하였기에 그 누구도 처벌할 수 없는 결과가 발생하게 될 것이기 때문이다.

이러한 규정이 가지는 실천적 중요성은 간단한 예를 들어본다면 쉽게 알 수 있다. 예컨대 독일 형법 제288조는 강제집행이 임박한 상태에서 채무자가 채권자의 채권실현을 방해할 목적으로 자신의 재산을 매각하거나 숨기는 행위를 한 경우 이를 처벌하도록 하고 있다. 즉 독일 형법 제288조의 죄는 채무자만이 행위주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다. 그런데 만일 채무자가 자신이 직접 재산매각행위를 하지 아니하고 타인에게 대리권을 부여한 후 이를 하도록 한 경우라면 제288조만으로는 채무자도, 그리고 채무자로부터 대리권을 수여받아 재산

을 매각한 자도 처벌할 수 없게 된다. 채무자는 스스로 자신의 재산을 매각하지 아니하였으므로 제288조가 요구하는 행위를 행하지 아니하였고, 대리인은 채무자가 아니므로 신분이 결여되어서 제288조의 죄를 범할 수 없기 때문이다. 형법 제14조는 이러한 경우에 직접 매각행위를 실행한 대리인에 대하여서도 신분표지가 충족되는 것으로 간주하도록 함으로써 결국 대리인을 제288조에 의하여 처벌할 수 있도록 하는 것이다.

이 글의 맥락과 관련하여서 본다면 질서위반법 제9조와 형법 제14조는 법인이 행위주체가 되는 경우 발생할 수 있는 형사처벌의 흠결을 방지하는 데에 기여하게 된다고 말할 수 있다. 간단한 예를 들어 살펴보면 다음과 같다.: 독일 형법 제226조의 a는 사업주인 자(wer als Arbeitgeber)가 사회보장보험의 근로자 부담부분을 부당하게 납부하지 아니한 경우 이를 처벌하도록 하고 있다. A 기업이 근로자의 사회보장보험 부담부분을 부당하게 납부하지 아니하는 경우, 제266조의 a에 규정된 사업주인 자는 물론 당해 기업이다. 그러나 독일에서는 법인의 범죄주체성을 부인하고 있으므로 당해 기업을 제266조의 a에 의하여 처벌하는 것은 불가능하다. 그리고 제266조의 a만으로는 대표이사와 같이 당해 법인에서 위와 같은 업무의 집행을 담당하고 있는 자연인을 처벌하는 것도 가능하지 않다. 왜냐하면 그는 제266조의 a가 정하고 있는 행위자, 즉 사업주에 해당하지 않기 때문이다. 바로 이 지점에서 독일 형법 제14조가 존재의의를 가지게 된다. 동 규정에 의하여 근로자의 사회보장보험 부담부분 납부를 게을리 한 행위를 하게 된 기업의 대표권 있는 기관 내지 그 구성원을 제266조의 a에 의하여 처벌하는 것이 가능하게 되기 때문이다.²⁹⁶⁾

독일에서는 흔히 질서위반법 제9조(및 형법 제14조)가 질서위반법 제30조 및 같은 법 제130조와 더불어 독일에서 기업범죄에 대처하기 위하여 사용되는 가장 핵심적인 규정 중의 하나에 해당한다고 말해지고 있다.²⁹⁷⁾

296) 주지하는 바와 같이 우리 대법원은 관련규정이 없음에도 불구하고 해석론을 통하여 독일의 경우와 동일한 결론에 도달하고 있다(대법원 1984.10.10. 선고 82도2595 전원합의체 판결 참조). 그러나 이와 같은 대법원의 태도는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 부당하게 형사처벌의 범위를 확장하는 것이 되어 죄형법정주의에 반하는 것이라고 보아야 한다.

297) Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/2; 질서위반법 제9조, 제30조, 제130조 사이의 관계에 대하여서는 제130조를 검토하면서 보다 상세하게 설명하였다.

나. 법적 성질

질서위반법 제9조와 형법 제14조의 법적 근거가 무엇인가에 대하여서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 이에 관하여서는 법률에 당초 처벌대상으로 규정된 행위자에게 부과된 의무를 누군가가 대신 이행하게 된다면 애초 행위자가 부담하여야 하는 책임도 당연히 그가 부담하여야 한다는 형태의 논거나²⁹⁸⁾, 현대의 분업화된 경제구조 하에서는 그 위반이 있으면 처벌이 가해지는 의무의 수행 역시 타인에게 위임할 수밖에 없으며, 이러한 경우에는 의무이행을 위임받은 자가 그 의무위반에 대한 책임도 부담하여야 한다는 논거도 제시되고 있다.²⁹⁹⁾ 그러나 이러한 지적만으로는 형법 제14조 내지 질서위반법 제9조의 법적 성질을 충분히 설명하기 곤란하다. 위와 같은 논거는 단지 형사정책적인 관점에서 볼 때 대리인 등을 처벌하여야 하는 필요성이 인정된다는 점을 강조하고 있거나, 현재 사회에서는 의무의 위임이 흔히 발생하고 있다는 사실 그 자체를 지적하는 것에 불과하기 때문이다.

질서위반법 제9조와 형법 제14조에 의하여 가벌성을 확장하는 법적, 이론적 근거를 설명하기 위하여서 제시되는 대표적인 견해로는 의무설과 보증인설을 들 수 있다. 의무설(Pflichttheorie)의 입장에서는 형법 제14조 내지 질서위반법 제9조가 신분을 보유하지 아니한 자에 대하여 책임을 확장하는 근거를 애초에 본인에게 부여된 법적 의무를 대리인이 본인에 대신하여 또는 본인과 공동으로 부담하게 되었다는 데에서 찾는다.³⁰⁰⁾ 그 구체적인 내용은 그 주장자에 따라 약간씩 다른데, 의무설의 주장자들은 형법 제14조 내지 질서위반법 제9조에 의하여 대리인 등이 의무불이행에 대한 법적 책임을 부담하는 경우에도 본인 등이 책임으로부터 면책되는 것은 아니라는 점을 강조한다.³⁰¹⁾

298) Lenckner/Perron, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, 14/1

299) Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, 23 VIII 3

300) 의무설에 관하여서는 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 9/15 참조.

301) 예컨대 Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, 27/98 이하 참조

이와는 달리 보증인설(Garantentheorie)에서는 대리인이 본인의 보증인지위를 사실상 인수한다는 데에서 제9조의 법적 근거를 찾을 수 있다고 본다. 범죄가 일정한 사회생활영역에서만 발생할 수 있는 경우 그러한 사회생활영역을 통제하고 관리할 수 있는 지위에 있는 자만이 범죄를 범할 수 있다. 신분범은 바로 이와 같은 경우를 염두에 두고 마련된 규정에 해당한다. 즉 신분범은 사물의 속성상 신분자 이외의 다른 사람은 그러한 범죄를 범할 수는 없는 경우에 해당한다. 그러나 누군가가 신분자에 대신하여 행위하는 경우에는 이와는 달리 보아야 한다. 이 경우 대리인 등은 신분자로부터 애초에 신분자가 당해 영역에 대하여 보유하고 있던 지배권능을 사실상 인수하게 된다. 따라서 대리인 등은 사물논리적으로 볼 때 당연히 당해 영역에서 발생하는 범죄행위에 대하여서 책임을 부담하여야만 한다. 즉 보증인설은 질서위반법 제9조와 형법 제14조 규정이 임의적인 가벌성의 확장규정에 해당하는 것이 아니라, 사회현상에 비추어 당연히 존재하여야 하는 규정에 해당한다고 보는 것이다.³⁰²⁾ 의무설이 대리관계가 성립함으로써 애초 본인에게 부과된 법적인 의무의 이행 주체가 바뀌게 된다는 점을 강조한다면, 보증인설은 대리관계의 성립과 더불어 사실적으로도 당해 사회영역에 대한 지배권능의 이전이 일어난다는 데에 주목하는 견해에 해당한다.

일부 견해는 이와 같은 학설의 대립이 현실에서 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조를 적용함에 있어서는 별다른 의미를 갖지 않는다고 지적하기도 한다.³⁰³⁾ 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조의 적용요건 내지 적용범위가 법률에 명확히 규정되어 있기 때문이다. 그러나 양자의 견해 중에서 어느 것을 채택하는가에 따라 질서위반법 제9조과 형법 제14조의 취지 내지 합헌성 여부와 관련하여 서로 다른 관점을 제시하게 됨은 물론, 예컨대 같은 조 제3항을 해석함에 있어서도 서로 다른 결론을 도출해내게 된다는 점 등을 고려할 때 위와 같은 지적은 그다지 타당하지 않은 것으로 보인다.

302) 보증인설에 관하여서는 Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007, 14/10 이하 참조.

303) Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2007, 14/1

II. 제9조 제1항의 적용요건

가. 적용법률

질서위반법 제9조가 적용되기 위하여서는 질서위반행위 처벌규정의 구성요건이 행위주체를 “특별한 인적 표지를 보유한 자”로 한정하고 있어야만 한다. 즉 신분법에 대하여서만 제9조가 적용될 수 있다. 구성요건에 이와 같은 “특별한 인적 표지”를 갖춘 자만이 행위자가 될 수 있도록 규정하고 있지 아니하여서 누구나 행위의 주체가 될 수 있는 범죄라면 법인의 기관이나 대리인 등은 제9조와 무관하게 당연히 당해 처벌규정의 적용대상이 된다.

특별한 인적 표지는 당해 조항에 규정된 것처럼 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황을 포괄하는 개념이다. 따라서 정신적, 육체적, 법적 표지로서 일정 기간 이상 지속되는 일신적 표지만이 아니라, 사회적 관련성은 물론 업무성, 상습성과 같은 인적 상태를 포괄하게 된다. 예컨대 고용주(Arbeitsgeber)나 주최자(Veranstalter) 등도 이에 해당한다.

법인의 기관이나 대리인 등은 행위 당시 이와 같은 사정 - 법인 내지 본인 등에게 이와 같은 표지가 존재한다는 사실 - 을 인식하고 있어야만 한다. 그렇지 않으면 고의가 부정될 것이다. 물론 고의가 부정되어도 과실범으로의 처벌가능성은 남아 있게 된다.

나. 기관 또는 대리인

1) 대표권 있는 법인의 기관 또는 그러한 기관의 구성원

제9조에 의하여 처벌규정이 요구하는 신분을 보유하고 있지 아니함에도 불구하고 처벌대상이 되는 자로는 먼저 대표권 있는 법인의 기관이나 그러한 기관의 구성원을 들 수 있다(제9조 제1항 제1호).

기관이란 법인의 결의를 담당하는 개인 또는 개인으로 구성된 위원회를 의미한다. 예컨대 사단의 경우에는 이사회(BGB 제26조 참조)와 사원총회(BGB 제32조 참조)가, 주식회사의 경우에는 이사회와 회원총회 이외에 감사회(AktG 제95

조 이하 참조)가 기관에 해당한다.

제9조는 “대표권 있는 기관으로 행위하는 자”가 본 규정의 적용대상에 해당한다고 하고 있다. 대표권이 있다고 말할 수 있으려면 당해 기관이 대내적으로는 물론 대외적으로도 법인의 업무를 집행할 수 있는 권한을 보유하고 있어야만 한다. 예컨대 주식회사의 경우에는 이사회가 여기에 해당하며, 회원총회나 감사기관은 여기에 해당하지 않는다.

법적으로 유효한 대표권을 부여받지는 못하였지만 사실상 대표기관으로서 활동하는 자가 제9조 제1항 제1호가 정하는 기관에 해당하는가에 관하여서는 많은 논란이 있으며, 이에 대하여서는 후술하기로 한다.³⁰⁴⁾

2) 권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원

권리능력 있는 인적 회사란 합명회사(Offene Handelsgesellschaft - OHG), 합자회사(Kommanditgesellschaft - KG) 등을 의미하며, 민법상 조합은 여기에 해당하지 않는다. 이러한 인적 회사는 비록 법인은 아니지만 권리의무의 주체가 될 수 있으며, 부동산을 소유할 수 있고, 소송의 주체가 될 수 있다. 따라서 입법자는 권리능력 있는 인적 회사가 신분법의 행위주체인 사업주, 채무자 등이 되는 경우가 발생할 수 있음을 고려하여 제9조 제1항 제2호에서 이를 규정해 놓고 있다(예컨대 BGB 제14조 제2항 참조).

다만 이와 같은 입법이 적절한가에 대하여서는 비판이 제기되고 있다. 인적 회사는 법인이 아니어서 구성원 개개인이 직접 당해 인적 회사가 부담하는 권리의무의 주체가 된다. 즉 구성원 개개인이 곧 채무자, 사업주 등의 지위에 서게 되는 것이다. 비판론에서는 제9조 제1항에 “권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원”이 나열되어 있지 아니하여도 당해 구성원에 대하여 직접 신분법 규정이 적용되므로 결국 이와 같은 명문의 규정은 실질적으로는 별다른 의미를 갖지 않는다고 주장한다.³⁰⁵⁾ 다만 이와 같은 비판론이 적절하지 않다는 견해도 주

304) 아래 질서위반법 제9조 제3항에 관한 설명 부분 참조.

305) Lenckner/Perron, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, 14/20-21

장되고 있다. 재비판론에서는 위와 같은 비판론이, 제9조 제1항 제2호가 대표권 있는 사원만이 책임을 부담하도록 함으로써 책임제한기능을 수행하고 있음을 충분히 인식하지 못하고 있다고 주장한다.³⁰⁶⁾

동 규정은 권리능력 있는 인적 회사의 사원 중에서 대표권 있는 자에 대하여서만 적용된다. 따라서 예컨대 합명회사의 경우에는 모든 사원이 적용대상이 되지만(HGB 제125조), 합자회사의 경우 무한책임사원만이 그 적용대상이 된다(HGB 제161조, 제170조 참조)

3) 그 밖의 법정대리인

제9조 제1항 제3호가 규정하는 그 밖의 법정대리인은 부모와 같은 자연인의 법정대리인만이 아니라, 파산관재인(Insolvenzverwalter) 등을 포함하는 포괄적인 개념이다.

다. 위 1) ~ 3)에 해당하는가를 판단함에 있어서 유의할 점

1) 행위는 본인의 이익을 위한 것이어야 하는가?

제9조 제1항이 적용되기 위하여서는 행위자가 위 “나.”의 1) ~ 3)이 정하는 자에 해당하여야 한다. 그러나 행위자에게 형식적으로 이러한 지위가 인정되는 것만으로는 부족하며, 실질적으로도 행위자가 그러한 지위에서 행위를 하였음이 확인되어야만 한다. 이것은 곧 위 1) ~ 3)에 해당하는 지위에 있는 자라고 할지라도 행위자가 기관으로서, 사원으로서, 또는 대리인으로서 행위하지 아니하고 다른 자격으로서 행위한 경우에는 제9조 제1항이 적용되지 않는다는 것을 의미한다. 당해인이 기관으로서, 사원으로서, 또는 대리인으로서 행위하였다고 하기 위하여서는 어떠한 요건이 충족되어야 하는가에 관하여서는, 특히 당해인의 행위가 법인 등 피대리인, 즉 본인의 이익을 한 것이어야만 하는가와 관련하여 논의가 진행되고 있다.

306) Klaus Tiedemann, “Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung”, NJW 1986, 1844

이익설(Interessentheorie)은 위의 “나.”의 1) ~ 3)에 해당하는 지위에 있는 자가 오로지 본인의 이익을 위하여 행위한 경우는 물론, 자신의 이익만이 아니라 본인의 이익을 위하여서 행위한 경우에도 제9조 제1항이 적용될 수 있다고 본다. 즉 행위자가 오로지 자기 자신의 이익을 위하여 행위한 경우에는 제9조 제1항이 적용되지 않는다는 것이다. 독일의 연방대법원은 이익설의 입장에서 있다. 자신에게 부여된 직위를 이용하여 오로지 자기 자신의 이익을 추구하기 위하여 행위한 경우에는 당해인이 기관으로서, 사원으로서, 또는 대리인으로서 행위한 것이 아니므로 제9조의 적용이 부인되어야 한다는 것이.³⁰⁷⁾ 이와는 달리 기능설(Funktionstheorie)의 지지자들은 행위의 성질에 비추어 볼 때 행위자가 그에게 수여된 대표권 내지 대리권을 행사한 것으로 볼 수 있다면 곧 행위자가 기관 등으로서 행위한 것으로 보아야 한다고 주장한다.³⁰⁸⁾

이와 같은 견해대립이 가지는 의미를 설명하기 위하여 파산죄와 배임죄 사이의 한계 설정에 관한 예를 들어보려고 한다. 독일 형법 제283조는 채무가 초과되거나 지급불능상태가 된 후, 또는 그러한 위험이 발생한 후 파산절차가 개시되면 파산재단에 속하게 될 재산을 은닉한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 합자회사의 대표권 있는 사원이 회사가 파산의 위기에 처하게 되자 오로지 자신의 이익을 위하여 회사의 재산을 은닉한 경우를 예로 들어 본다면, 이 경우 당해 사원은 형법 제14조에 의거하여 제283조의 적용대상이 된다. 하지만 이와 동시에 위 대표사원의 행위는 제266조가 규정하는 배임죄에도 해당하게 된다. 그는 자신에게 부여된 권한을 남용하거나 의무에 반하는 행위를 함으로써 타인에게 재산상의 손해를 주었기 때문이다.

그런데 이익설에 의한다면 이와 같은 사례에서 제283조는 적용될 수 없다. 왜냐하면 제283조에 의하여 대표사원의 행위를 처벌하기 위하여서는 추가적으로 형법 제14조가 적용되어야 하지만, 대표사원이 오로지 자신의 이익을 위하여 행위한 경우에는 제14조의 적용이 불가능하기 때문이다. 이익설의 논리에 의한다면 이 경우에는 제266조가 규정하는 배임죄가 성립하게 된다. 이와는 달리 기능

307) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/50

308) 예컨대 Lenckner/Perron, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, 14/26

설에 의한다면 대표사원의 재산은닉행위가 객관적으로 판단할 때 그에게 수여된 대리권 행사범위 내에 속하게 된다면 제283조에 의하여 대표사원을 처벌하는 것이 가능하다고 보게 될 것이다. 독일의 연방대법원은 제283조와 제266조의 범죄가 상상적으로 경합할 수 있다고 판시한다.³⁰⁹⁾

이익설의 주장자들은 행위자가 오로지 자기 자신의 이익을 위하여 행위한 경우에는 더 이상 제9조가 요구하는 요건 - “기관 등으로 행위할 것” - 을 충족시킬 수 없으므로 법률의 명문의 규정에 비추어 볼 때 기능설을 채택하기는 힘들다고 주장한다.³¹⁰⁾ 그러나 이에 대하여 기능설의 주장자들은 무엇보다도 먼저 이익설로는 제283조가 규정하는 몇몇 행위양식을 올바르게 설명해낼 수 없다고 비판을 가한다. 제283조는 재산을 은닉한 경우만이 아니라 파괴하거나 손괴하거나 사용할 수 없게 만든 경우(zerstören, beschädigen, unbrauchbar machen)에도 적용되는데, 대표사원이 재산을 파괴하거나 손괴하거나 사용할 수 없게 만드는 행위가 오로지 그의 이익을 위한 행위에 해당한다고 말하기는 곤란하기 때문이다.³¹¹⁾ 기능설의 주장자들은 대표권 있는 자 내지 대리인 등이 객관적으로 볼 때 그가 대표기관으로서 또는 대리인으로서 부담하는 의무를 위반하였는가의 여부가 판단기준이 되어야 한다고 주장한다.³¹²⁾

기관으로서, 사원으로서, 또는 대리인으로서 행위하는 자가 여러 명인 경우 그들 중 누구를 질서위반법 제9조 제1항, 형법 제14조 제1항이 말하는 기관, 사원, 대리인 등에 해당하는 것으로 보아야 하는가의 질문이 제기될 수 있다. 예컨대 법률이 법인에 대하여 일정한 작위의무를 부과하고 있으나 이를 이행하지 아니한 경우, 다수의 대표권 있는 기관이나 그 구성원 중에서 누구를 처벌할 것인가의 문제이다.

다수설은 민법의 원칙에 비추어 볼 때 모든 기관, 모든 사원이 질서위반법 제9조 제1항에 의거하여 형사책임을 부담하여야 한다고 주장한다. 그리고 내부적

309) BGH, NJW 1981, 1793; Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/28 이하 참조.

310) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007, 14/51

311) Henning Radtke, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, 14/64

312) Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/31

으로 누가 그 업무를 수행할 것인가에 관하여 합의를 하였던 경우라고 할지라도 당해 업무를 담당하지 아니하기로 한 기관이나 사원의 형사책임이 배제되는 아니라고 본다.³¹³⁾ 법인이나 인적 회사에 대하여 부과되는 의무는 매우 다양하여서 누가 어떠한 의무를 이행하여야 하는가에 관하여 내부적인 합의가 존재하는 것이 일반적이다. 따라서 일반적으로는 어떠한 의무의 해태가 있으면 그 의무를 이행하기로 하였던 기관이나 사원만이 책임을 부담하게 된다. 그러나 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조를 적용함에 있어서는 모든 기관, 모든 사원이 법인이나 인적 회사 등에 대하여 부과된 의무이행의 주체가 된다고 보는 것이다.³¹⁴⁾ 다만 이와 같은 해석론에 대하여서는 가벌성을 지나치게 확장시키게 된다는 비판이 제기되고 있다.³¹⁵⁾ 과실범의 성립이 문제되는 경우에는 신뢰의 원칙에 따라 다른 기관이나 대리인의 책임이 제한될 수 있다는 주장도 제기되고 있다.³¹⁶⁾

2) 대리인 등의 지위에 있는 자는 언제나 제9조 제1항에 의하여 책임을 부담하는가?

대표권 있는 법인의 기관이나 대리인 등에 해당한다고 하여 언제나 제9조 제1항에 의하여 책임을 부담하여야만 하는 것은 아니다. 즉 대표권 있는 기관에 해당한다는 이유만으로, 대리인이라는 이유만으로 제9조 제1항에 의한 책임이 발생하는 것은 아니며, 동 규정이 적용될 수 있으려면 일반원칙에 따라 위반행위가 대표권 있는 자에 대하여, 대리인에 대하여 귀속될 수 있어야만 한다. 예컨대 법인인 사업주에게 일정한 의무가 부과되어 있는데 당해 법인의 하위구성원이 이를 위반하였음을 이유로 하여 법인의 대표자에 대하여 제9조 제1항을 적용하여 책임을 묻기 위하여서는, 법인의 대표자가 그러한 행위를 지시하였거나, 행위를 묵인하였거나, 적어도 그러한 행위가 행하여지는 것을 알고 있었기에 이를 저지할 수 있었어야만 한다.³¹⁷⁾

313) 다수설에 대한 소개는 Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/53

314) 이에 대한 소개는 Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/53

315) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/53

316) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 9/64

III. 제9조 제2항의 적용요건(Substitutenhaftung)

가. 운영권 내지 업무의 위임

사업주나 기타 그에 대한 권한 있는 자로부터 사업체의 운영에 관한 권한을 전반적으로 또는 부분적으로 위임받거나(제9조 제2항 제1문 제1호), 사업주에게 부과된 업무를 자기 자신의 책임으로 이행할 것을 명시적으로 위임받은 자 역시 질서위반법 제9조의 적용대상이 된다(제9조 제2항 제1문 제2호). 제9조 제2항 제1문의 적용대상이 되는 자는 사업주로부터 권한을 위임받아 사업체의 운영할 수 있는 지위에 서게 된 자와 개별적인 업무를 위임받은 자의 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

1) 사업주에 의한 운영권의 위임(제9조 제2항 제1문 1호)

제9조 제2항이 적용되기 위하여서는 사업주나 기타 그에 대한 권한이 있는 자로부터 사업체 운영권한 내지 개별적인 업무집행권한의 위임이 있어야 한다. 누가 사업주에 해당하는가는 사업체가 법적으로 보아 어떠한 형태를 가지는가에 의하여 결정된다. 자연인이 사업주일 수도 있지만, 경우에 따라서는 법인이나 인적 회사가 사업주일 수도 있다. 후자의 경우라면 운영권 내지 개별 업무의 위임은 법인의 기관이나 인적 회사의 대표권 있는 사원에 의하여 이루어져야 한다. “기타 그에 대한 권한이 있는 자”란 일반적으로 애초에 권한을 보유한 자로부터 권한부여를 위임받은 자를 의미하지만, 경우에 따라서는 예컨대 사업체에서 그가 차지하고 있는 지위에 비추어 그러한 권한을 보유하게 되는 자를 의미할 수도 있다.

사업체 운영권한의 위임이 있는가를 판단함에 있어서는 당해인이 사업주로부터 독립하여 사업체를 자신의 책임 하에 처리할 수 있는 권한을 부여받았는가의 여부, 인적, 물적, 조직적으로 보아 다양한 선택가능성이 존재할 때 그것들 중에서 어느 것을 선택할 것인가를 스스로 판단할 수 있는 권한을 부여받았는가의

317) OLG Jena, NStZ 2006, 533

여부 등이 중요한 판단기준이 된다.³¹⁸⁾ 이와 같은 권한이 부여되어 있다면 그들이 사업체 내에서 형식적으로 어떠한 명칭으로 불리는가에 관계없이 제9조 제2항 제1문에서 규정하는 “사업체의 운영권한을 위임받은 자”에 해당하게 된다. 물론 사업주는 사업체의 운영권한을 전부 위임하는 대신 일부만을 위임하고 나머지 부분은 스스로 이를 행사하는 것도 가능하다.

사업체를 부분적으로만 운영할 수 있는 권한을 부여받은 자는 다음의 두 가지 종류로 구별할 수 있다. 하나는 지점과 같이 공간적으로, 그리고 조직적으로 분화된 사업체의 일부를 운영하는 자이며, 다른 하나는 판매, 운송, 조직관리 등과 같이 하나의 사업체 내의 한 사업부에 대한 운영을 담당하는 자이다. 다만 사업체 운영권한을 위임받았다고 할 수 있기 위하여서는 당해 지점 내지 당해 사업부를 독립적으로 운영할 수 있는 권한을 부여받았어야만 한다는 점에 유의하여야 한다.

입법자는 운영(Leitung)이라는 개념을 사용함으로써 의도적으로 감독 내지 감시의무를 부여받은 자(Aufsichtsperson)를 제9조 제2항 제1문 제1호의 적용범위에서 배제하였다.³¹⁹⁾ 따라서 감독 내지 감시의무를 부담하는 자는 제9조 제2항 제1문 제2호에 해당하는 경우에만 책임을 부담한다.

2) 업무의 위임(제9조 제2항 제1문 제2호)

제9조 제2항 제1문 제2호는 그 적용요건으로서 첫 번째로 위임이 명시적으로 이루어져야 함을, 그리고 두 번째로 업무를 위임받은 자가 자신의 책임 하에 업무를 수행하여야 함을 요구하고 있다. 즉 동 규정은 적용요건으로서 위임의 명시성과 수임자의 업무집행의 자기책임성을 요구하고 있는 것이다.

법률이 업무위임의 명시성을 요구하는 것은 의무가 올바르게 이행되지 아니한 경우 누가 책임을 부담하여야 하는가의 문제를 명확하게 판단할 수 있도록 하기 위함이다. 법해석의 일반원칙에 비추어 볼 때 일반원칙업무수행의 위임이 “명시

318) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 9/17

319) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 9/76

적”이어야 한다고 하여서, 그것이 반드시 문서의 형태로 이루어져야 한다거나, 외부에 대하여 공개적으로 이루어져야 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 당해 위임을 받는 자에 대하여만 명시적으로 업무의 위임이 이루어지는 것으로 족하다. 그러나 적어도 그에게 어떠한 성질의 임무가 어떠한 범위 내에서 위임 되는지가 명확하게 전달되어야만 한다. 다만 이에 대하여서는, 현실에서 이와 같은 명시적인 위임이 있지 아니한 경우도 많음을 고려할 때 위임의 명시성을 요구하는 것은 적절하지 않다는 입법론적 비판이 제기된다.³²⁰⁾

제9조 제2항 제1문 제2호는 자기책임성을 요구함으로써 위임을 받은 자가 일정한 한도 내에서 독립적으로, 그리고 스스로의 판단에 따라 행동할 수 있는 권한을 부여받아야 함을 요구하고 있다. 위임받은 업무를 독립적으로 처리할 수 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 업무를 처리하기에 앞서 권한 있는 자에게 어떠한 방향으로 업무를 수행하여야 하는가에 관하여 문의하여야 하는가의 여부가 하나의 판단기준이 될 수 있을 것이다.³²¹⁾ 물론 매번 사업주나 상위의 권한 있는 자에게 업무집행방향에 관하여 문의하여야 한다면 동 규정이 요구하는 자기책임성 요건은 충족되기 힘들 것이다. 이와는 달리 사후적으로 업무수행이 적절하였는가에 대한 통제가 이루어지는가의 여부는 업무수행의 독립성 여부를 판단함에 있어 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다.

제9조 제2항 제1문 제2호를 적용함에 있어서는 행위자가 당해 사업체의 구성원인가의 여부는 중요하지 않다. 예컨대 변호사나 세무전문가 등과 같이 당해 사업체의 구성원이 아닌 자도 사업주 등으로부터 업무처리를 위임받았고, 이러한 위임이 명시성과 자기책임성의 요건을 충족시키는 경우에는 동 규정의 적용 대상이 될 수 있다.

3) 사업체와 기업체의 동등한 취급 (제9조 제2항 제2문)

제9조 제2항 제2문은 기업체(Unternehmen)를 제1문이 규정하는 사업체(Betrieb)

320) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 148 이하

321) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 9/80 참조

와 동일하게 보도록 규정한다. 이와 관련하여 사업체와 기업체가 서로 어떻게 구별되는지에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 기업체가 보다 상업적인 의미를 가지는 데에 반하여 사업체는 보다 기술적인 의미를 가지며, 전자가 법적, 경제적 단일체를 의미함에 반하여 후자가 기술적 조직적, 단일체를 의미하는 것으로 이해할 수도 있다.³²²⁾ 그러나 일반적으로는 양자 사이에 별다른 의미차이가 존재하지는 아니하며, 법률이 기업체를 사업체와 동일하게 보도록 규정하고 있는 것은 당해 단체가 사업체에 해당하던 기업체에 해당하던 어느 경우이나 당해 조항이 적용될 수 있음을 명백하게 하기 위한 것이라고 이해하고 있다.³²³⁾

4) 공공행정영역에서 이루어지는 행위에 대한 적용(제9조 제2항 제3문)

위임에 의하여 공공행정업무를 수행하는 지위에 있는 자를 위하여 행위하는 자에 대하여서도 제9조 제2항 제1문을 적용한다.(제9조 제2항 제3문) 공공행정 영역에서 집행되는 업무에 대하여서는 사업주가 존재할 수 없다. 그러나 그러한 영역에서 이루어지는 행위에 대하여서도 사적 영역에서 이루어지는 행위와 동일하게 법적인 통제가 이루어져야 한다. 따라서 제9조 제2항 제3문에 이와 같은 특별규정을 마련해 놓고 있는 것이다. 국가기관만이 아니라 사적인 기관도 제9조 제2항 제3문의 적용대상이 될 수 있음은 물론이다.

나. 사업주의 책임

사업체의 운영권한을 위임받은 자 내지 업무처리를 위임받은 자가 그러한 위임에 기하여 행위한 경우, 특별한 인적 표지를 구성요건으로 하는 처벌규정을 적용함에 있어서는 설령 그러한 표지가 본인에게만 충족되고 행위자에게는 충족되지 아니하는 경우에도 당해 법률을 행위자에 대하여서도 적용한다(제9조 제2항 제1문). 그러나 이러한 요건이 충족되어 행위자에게 책임을 묻는 것이 가능하다고 하여 운영권한 내지 업무처리권한을 위임한 사업주 본인의 책임이 면제

322) Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 9/68

323) Bernd Schünemann, *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 12.Aufl., 2007, 14/57

되는 것은 결코 아니다. 제9조 제2항 제1문은 사업주를 행위주체로 예정하고 있는 신분범이나 의무범 형태의 처벌규정이 신분표지를 갖추지 못한 대리인 등에 대하여서도 “역시(auch)” 적용된다고 규정하고 있기 때문이다. 즉 제9조가 사업주를 형사책임으로부터 배제시키는 기능을 수행하는 것은 결코 아니다.

운영권을 위임하거나 업무처리를 위임한 경우에도 사업주 역시 여전히 해당 규범의 수범자로 남게 된다. 그러므로 사업주가 적극적인 작위를 통하여 범죄행위나 질서위반행위의 구성요건을 실현할 수 있음은 물론, 운영권한 내지 업무처리권한을 위임받는 자가 의무위반행위를 행하려 하고 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 고의, 과실로 이를 방치하는 경우 당해 법률위반에 대한 책임을 부담하여야 한다. 운영권한 내지 업무집행의 위임에도 불구하고 여전히 사업주 본인이 책임을 부담하여야 한다고 보는 이유는 제9조의 법적 성질을 보증인설에 의하여 설명하는가 아니면 의무설에 의하여 설명하는가에 따라 다르게 될 것이다. 보증인설에서는 대리인에게 사업 운영 등을 위임하였음에도 불구하고 사업주가 여전히 사업의 책임자로서 사업체로부터 발생하는 위험을 방지할 의무를 부담하므로 제9조 제2항에 의하여 사업주의 책임이 면제되는 것은 아니라고 설명하게 될 것임에 반하여³²⁴⁾, 의무설에서는 운영권한 내지 업무집행의 위임이 있으면 사업주가 수임인이나 대리인과 공동으로 의무를 이행할 책임을 부담하게 되므로 위임에도 불구하고 사업주가 여전히 책임을 부담하게 된다고 설명하게 될 것이다.³²⁵⁾ 다만 어느 학설에 의하든 간에 사업체의 운영 내지 업무집행을 다른 사람에게 위임하였음에도 불구하고 사업주가 이러한 위임을 전혀 하지 아니한 경우와 동일하게 책임을 부담한다고 보기는 곤란할 것이다.

사업주가 위험발생을 방지하기 위하여 어떠한 범위 내에서 어떠한 조치를 취하여야 하는가는 개별 사례에 따라 다르게 판단될 것이다. 예컨대 식품 판매를 위임한 경우에는 자동차 정비를 위임한 경우보다 사업주의 책임이 인정될 범위도 넓어진다. 자동차 정비업소의 운영과 관련하여 사업주가 부담하는 책임이 대

324) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/67

325) 예컨대 Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, 27/98 이하. Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/67은 제9조 제2항 제1문이 “auch”라는 단어를 사용하고 있는 것이 의무설의 실정법적 근거가 된다고 보고 있다.

리인 등의 선임, 감독에 관한 책임에 한정된다면, 식료품 판매와 관련하여서는 사업주가 이보다는 더 나아간 책임을 부담한다고 보는 것이다.³²⁶⁾

대리인 등이 그들에게 부과된 의무를 충실히 이행하고 있지 아니함을 알게 되었거나, 그들이 의무위반행위를 행할 우려가 있음을 알게 된 경우 사업주는 직접 개입하여 의무위반을 방지하기 위한 행위를 하여야만 한다. 사업체의 규모가 커서 다수의 대리인이나 수입인이 존재하고 그들 사이의 권한이 부분적으로라도 서로 겹치는 경우, 사업주는 누가 어느 범위에서 업무처리의 권한과 책임을 부담하는지를 명확히 하고 이를 대리인 등에게 알려주어야 하는 의무도 부담한다. 사업주가 이와 같은 의무를 올바르게 이행하지 아니하여 조직적인 흠결(Organisationsmangel)이 발생하였고, 이로 인하여 의무위반의 결과가 발생한다면 사업주는 최소한 선임감독의무를 위반한 것에 대한 책임을 부담하여야 한다.

IV. 대표권/위임행위의 유효성(제9조 제3항)

대표권 내지 대리권을 부여하거나 사업체의 운영권한 내지 업무집행권한을 위임하는 근거가 되는 법적 행위가 무효인 경우에도 제9조 제1항과 제2항을 적용함에 있어서는 아무런 문제가 되지 아니한다(제9조 제3항). 제9조 제3항은 법적으로 대리권이 부여되지는 아니하였으나 사실상 대리인으로 행위하는 자 내지 기관이 아니지만 사실상 기관으로서 활동하는 자에 대하여서도 제9조 제1항 내지 제2항을 적용하도록 하고 있는 것이다. 이 조항은 이른바 사실상의 기관 이론(Lehre vom faktischen Organ)을 입법화한 것에 해당한다.

대표권 부여행위 등이 일단 이루어졌으나 법적인 하자로 인하여 그것이 무효인 경우에 제9조 제3항이 적용될 수 있음은 물론이다. 그러나 그와 같은 대표권 부여행위 등이 전혀 이루어지지 아니한 경우에도 제9조 제3항을 적용할 수 있는가에 대하여서는 견해가 갈린다. 예컨대 법적으로 보아 아무런 임명절차가 진행되지는 아니하였으나 회사의 주요 기관, 예컨대 감사회의 목인 내지 동의 하에 사실상 이사로서 활동한 자에 대하여 제9조 제3항을 적용할 수 있는지가 문제되

326) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 9/37ff

는 것이다.

독일 연방대법원은 명목상의 기관을 내세워 법적용을 회피하는 행위를 규제하기 위하여서는 이러한 경우에도 제9조 제3항을 적용하여야만 한다고 판시한다.³²⁷⁾ 현실적으로 업무집행을 담당하였음에도 불구하고 법적으로 유효한 임명행위가 없었음을 이유로 하여 처벌대상에서 배제하는 것은 형사정책적으로 부당하다는 점을 고려한 것이다.³²⁸⁾ 다만 독일 연방대법원의 판시에 의한다면 제9조 제3항이 적용되기 위하여서는 대리인이나 업무를 위임받은 자가 적어도 사업주 등 권한 있는 자의 동의하에 행위를 하였어야 한다.³²⁹⁾ 이러한 연방대법원의 태도가 적절한가에 대하여서는 찬반론이 갈리고 있다.

제9조 제3항은 대표관계 내지 대리관계나 위임관계를 발생시키는 법적 행위가 “유효하지 아니한 경우”에도 제9조 제1항과 제2항이 적용된다고 규정하고 있다. 일부 견해는 이와 같은 법률의 규정형식에 충실하게 일단 원인설정행위가 행하여졌으나, 그러한 원인설정행위가 여하간의 사유로 유효하지 아니한 경우에만 동 규정을 적용할 수 있다고 본다.³³⁰⁾ 동 규정이 제9조의 적용범위를 확장시키는 예외규정이라는 점을 고려할 때 유추해석금지원칙에 따라 엄격하게 해석하여야 한다고 주장한다. 이 견해는 제9조 제3항이 사실상의 기관 이론의 적용범위를 형사법적인 관점에서 제한하는 기능을 수행한다고 말한다.³³¹⁾

그러나 제9조의 법적 성질과 관련하여 보증인설을 주장하면서 이에 반대하는 견해도 제시된다. 이 견해는 제9조 제3항이 동조 제1항과 제2항에 대한 예외규정에 해당하는 것이 아니라고 주장한다.³³²⁾ 오히려 제9조의 제1항에서 제3항까지가 모두 보증인설을 구체화하기 위하여 일체를 이루고 있는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 보증인설에 의한다면 대리권 부여행위 등이 법적으로 유효한가의 여부와 일정한 사회생활영역을 지배할 수 있는 권한이 사실상 이전되었는가

327) BGHSt 21, 101 (NJW 1966, 2225) 이 사례에서는 일인회사가 문제되었다.

328) BGHSt 21, 101 (NJW 1966, 2225)

329) BGHSt 21, 101 (NJW 1966, 2225)

330) Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/41

331) Marxen/Böse, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 14/41

332) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/70ff

의 여부는 서로 별개의 문제에 해당한다. 따라서 전자가 무효이어도 후자는 사실상 사업주로부터 대리인 등에게 유효하게 이전될 수 있다. 그러므로 대리인 등은 설령 원인설정행위가 법적으로 무효일지라도 사실상 지배영역을 인수한 이상 보증인지위에 서게 되는바, 그러한 경우를 규율하기 위하여 제9조 제3항을 마련해 놓은 것이라고 본다.³³³⁾

다만 이와 같은 견해대립이 실제 적용과정에서는 큰 차이를 가져오지는 않는다는 지적도 제기된다. 양자의 견해 모두 제9조 제3항이 적용되기 위하여서는 사실상 기관으로 활동하는 자와 대리권 등을 부여할 권한을 보유한 자 사이에 적어도 양해가 존재하여야만 한다는 독일 연방대법원의 판시에는 찬성하기 때문이다. 나아가 양자의 견해 모두 누군가가 대리권 등을 부여받지 아니한 상태에서 스스로 대리인으로 행동한다고 하여서 그에 대하여 제9조 제3항을 적용할 수 없다고 보는 데에도 견해가 일치한다.³³⁴⁾

독일 법원은 사실상의 기관, 특히 주식회사의 사실상의 대표기관에 해당할 수 있으려면 다음과 같은 몇 가지의 요건이 충족되어야 한다고 판시한다.³³⁵⁾ 첫 번째로 당해인이 회사의 내부적으로는 물론 외부적으로도 유효한 의사결정을 내리고 모든 업무집행과정에 대하여 영향력을 행사하고 있어야 하며, 두 번째로 당해인이 대표권을 부여할 권한 있는 자의 양해 하에 업무를 집행하여야 하고, 세 번째로 법적으로 유효하게 임명된 대표기관이 존재하는 경우 사실상의 대표기관의 지위에 있는 자에게 더 높은 지위가 인정되어야만 한다는 것이다.

제3절 질서위반법 제30조

제1항 다음 각호의 1의 지위에 있는 자가 범죄행위나 질서위반행위를 하였고, 이로 인하여 법인이나 인적 단체에 대하여 부과된 의무가 침해되었거나, 당해 법인

333) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/70ff

334) Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12.Aufl., 2007, 14/71

335) 아래의 정리는 다음 문헌을 참조함: Henning Radtke, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 1. Aufl., 2003, 14/114

내지 인적 단체가 이익을 얻었거나, 그러한 행위가 법인이나 인적 단체에 이익을 부여하기 위한 목적으로 행하여진 경우에는, 당해 법인이나 인적 단체에 대하여 과태료를 부과할 수 있다.

1. 법인이 대표권 있는 기관 또는 그 기관의 구성원
2. 권리능력 없는 사단의 이사회 또는 그 이사회의 구성원
3. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원
4. 법인이나 제2호 내지 제3호에서 열거한 단체의 포괄대리권을 가진 상업사용인, 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인
5. 법인이나 제2호 내지 제3호에서 열거한 단체의 사업체 내지 기업체를 운영할 책임을 부담하는 자. 운영자의 지위에서 업무집행을 감시하거나 기타 감독권한을 행사하는 자를 포함한다.

제2항 1. 고의에 의한 범죄행위의 경우에는 백만 유로 이하, 2. 과실에 의한 범죄행위인 경우에는 오십만 유로 이하의 과태료를 부과한다. 질서위반행위의 경우 과태료 부과 상한액은 당해 질서위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액에 의한다. 제2문은 하나의 행위가 범죄행위인 동시에 질서위반행위에 해당하고, 그러한 질서위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액이 제1문에 의한 상한액을 초과하는 경우에도 적용한다.

제3항 제17조 제4항과 제18조를 준용한다.

제4항 범죄행위 또는 질서위반행위에 이를 처벌하기 위한 절차가 개시되지 않거나, 중지되었거나, 행위자에 대한 형이 면제된 경우에는 법인이나 인적 단체에 대하여 독자적으로 과태료를 부과할 수 있다. 이상의 요건에 해당하지 않더라도 법인 및 인적 단체에 대하여서 독자적으로 과태료를 부과할 수 있도록 법률로 정할 수 있다. 법적인 사유로 인하여 범죄행위나 질서위반행위를 처벌하기 위한 절차를 개시할 수 없는 경우에는 법인이나 인적 단체에 대하여 독자적으로 과태료를 부과할 수 없다. 이러한 사정에도 불구하고 제33조 제1항 제2문은 그대로 적용된다.

제5항 법인이나 인적 단체에 대하여 과태료를 부과하는 경우, 같은 행위를 이유로 하여 형법 제73조 또는 제73조의 a, 또는 질서위반법 제29조의 a에 의하여 박탈을 선고할 수 없다.

I. 법적 성질

질서위반법 제30조는 법인의 기관 등이 범죄행위나 질서위반행위를 행한 경우에 일정한 요건 하에서 법인 자체에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있다.

이 규정의 법적 성질을 검토하기에 앞서 먼저 법인의 처벌과 책임주의 원칙 사이의 관계에 관한 일반적인 논의상황을 살펴볼 필요가 있다.

독일 형사법의 해석 및 적용에 있어서는 책임은 형벌이 부과되기 위한 절대적인 전제조건에 해당한다고 본다. 책임이 부인된다면 형벌이 아니라 보안처분만이 부과될 수 있을 뿐이다. 그러나 법인의 경우 전통적인 의미에서의 책임이 인정될 여지는 없다. 책임은 적법한 행위에 대한 기대가능성이 인정됨에도 불구하고, 의식적으로 이와는 다르게 행위하기로 결심한 데에 대한 비난으로 이해되지만, 법인은 윤리적으로 비난받을 수 있는 결정을 내릴 수 있는 능력을 보유하고 있지 못하기 때문이다. 독일에서는 이러한 책임주의 원칙의 요청을 고려할 때 법인에 대하여 형벌을 부과하는 것은 허용되지 않는다고 보고 있다.³³⁶⁾ 독일 연방대법원 역시 일관되게 형벌을 부과하기 위하여서는 위에서 설명한 것과 같은 의미에서의 책임이 인정되어야만 한다고 판시하고 있다. 독일 연방대법원이 책임주의 원칙을 선언한 다음의 판시는 매우 유명하다.

“형벌은 책임을 전제한다. 책임이란 비난가능성이다. 책임에 관한 불법판단과 더불어 행위자에 대하여서는, 그가 적법하게 행위할 수 있었고 옳은 것을 행하기로 결심할 수 있었음에도 불구하고, 불법하게 행위하였고 옳지 않은 것을 행하기로 결심하였던 것에 대한 비난이 가해지게 된다. 책임비난의 보다 기초가 되는 사정은, 인간은 스스로 자유롭게, 책임을 부담하면서, 윤리적으로 판단하는 존재이며, 따라서 인간은 옳은 것을 행하기로, 그리고 옳지 않은 것을 행하지 않기로 결정할 수 있는 능력을, 나아가 법적 당위규범이 요구하는 바에 따라 자신의 행동방식을 결정하고 법적으로 금지하고 있는 것을 회피할 수 있는 능력을 보유하고 있다고 보는 데에 있다.”³³⁷⁾

형법상의 책임 개념이 질서위반법에서도 그대로 적용될 수 있는가에 대하여서는

336) 이에 대하여서는 예컨대 Thomas Weigend, “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST? A German Perspective”, *Journal of International Criminal Justice*, November, 2008, 927 이하 참조.

337) BGHSt, NJW 1952, 594

논란이 있다. 질서위반법 제12조는 책임이라는 용어 대신 답책성(verantwortlichkeit)이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 이 규정과 형법 제19조 및 제20조 사이의 구조적 유사성을 고려할 때 답책성이 책임과 무관한 개념이라고 보기는 곤란할 것이다. 나아가 질서위반법 제12조가 질서위반행위를 행위자의 의지적 결단의 결과에 해당하는 것을 전제로 하여 규정된 것이라는 점을 고려한다면 질서위반법의 답책성 개념은 그 용어상의 차이에도 불구하고 형법상의 책임개념과 동일하거나 적어도 유사한 개념이라고 보는 것이 타당할 것이다. 그렇다면, 형법에서와 동일하게, 질서위반법 제30조가 법인에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있는 것은 어떻게 이해하여야 하는가의 질문이 제기될 수 있다. 제30조의 법적 성질을 설명하기 위하여서는 다양한 시도가 행하여지고 있는바, 이곳에서는 중요한 몇 가지의 견해만을 살펴보려고 한다.

귀속모델(Zurechnungsmodell)에 의한다면, 그 내부적으로는 다양한 견해가 존재하지만, 제30조는 구성원의 행위, 그리고 구성원의 책임을 법인에 대하여 귀속시키는 역할을 수행할 뿐이다.³³⁸⁾ 이러한 측면을 고려한다면 제30조는 제9조와 유사한 기능을 수행한다고 말할 수 있다. 제9조가 형사정책적인 측면을 고려하여 본인에게만 존재하는 특별한 인적 표지를 대리인에게 귀속시킴으로써 그러한 표지가 충족되어야만 하는 범죄의 적용범위를 대리인에게까지 확장시키는 것과 동일하게, 제30조는 자연인의 행위를 법인에 대하여 귀속시킴으로써 법인의 처벌을 가능하게 하는 규정이라고 보는 것이다.³³⁹⁾ 귀속이론에 의한다면 질서위반법 제30조가 법인 등에 대하여 과태료를 부과하도록 하고 있는 것이 책임주의 원칙을 침해하는 것은 아니다. 왜냐하면 제30조는 법인 등이 스스로 질서위반행위를 행하였음을 이유로 하여서가 아니라, 타인인 자연인이 질서위반행위를 행하였음을 이유로 하여 법인에 대하여 과태료를 부과하도록 하고 있는 것이기 때문이다.³⁴⁰⁾

338) 귀속모델에 대한 일반적인 소개는 Günther Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 221 이하 참조.

339) Joachim Bohnert, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2007, 30/1ff

340) 이에 관한 논의는 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/2 이하 참조.

커먼로 국가에서 법인에 대하여 형사책임을 묻기 위하여 고안한 동일성 이론의 의미를 떠올려본다면 귀속이론의 의미를 보다 쉽게 이해할 수 있다. 동일성 이론에 의한다면 법인은 고위경영진의 범죄행위에 대하여서 책임을 부담한다. 왜냐하면 고위경영진과 법인은 서로 동일시할 수 있기 때문이다. 동일성 이론에서는 이와 같은 동일함(=)의 근거를 찾기 위하여 법인을 인간에 비유한다. 인간의 신체에서 의사결정이 이루어지는 부분은 두뇌이고, 고위경영진은 두뇌와 같은 기능을 수행하므로 결국 고위경영진의 의사결정 및 행위는 법인 그 자체의 의사결정 및 행위로 볼 수 있다고 주장하는 것이다.³⁴¹⁾ 커먼로 국가의 동일성 이론이 동일함(=)의 근거를 법인과 인간의 비유로부터 이끌어내는 것과는 달리, 독일 질서위반법 제30조를 귀속모델에 의하여 해석하는 학자들은 질서위반법 제30조 명문의 규정이 바로 이러한 동일함(=)의 근거를 제공해주는 역할을 담당하고 있다고 보는 것이다.

그러나 질서위반법 제30조가 범죄행위 내지 질서위반행위를 직접 수행한 구성원 개개인에 대한 소추절차가 개시되거나 진행되지 아니하여도 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있다는 점을 고려하여, 제30조가 가지는 법적 의미를 이와는 다르게 해석하려고 하는 견해도 주장된다. 이 견해에 의한다면 법인 등은 그 구성원에 의하여 범죄행위나 질서위반행위가 행하여지는 것을 방지해야 할 의무를 부담한다. 따라서 만일 이와 같은 의무를 게을리하여 범죄행위 등이 행하여진 경우 법인 등은 그에 대한 책임을 부담하여야 한다. 이 견해는 이러한 형태의 책임을 조직책임(Organisationsverschulden)이라고 지칭한다.³⁴²⁾ 전통적인 책임개념이 개인의 그릇된 판단에 대한 윤리적인 비난가능성이 기초하여 형성되었다면, 조직책임 개념은 예방적 관점을 고려하여 형성된 것이며, 전자가 자연인에 대하여 적용되는 책임개념이라면 후자는 법인에 대하여 적용되는 책임 개념에 해당한다고 주장한다.³⁴³⁾ 질서위반법 제12조는 담책성(Verantwortlichkeit)이라는 표제 하에 형법상 책임규정과 유사한 내용을 규정해

341) Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass [1972] A.C. 153, 170 이하 참조. 또는 영국의 동일성 이론 부분 참조.

342) Klaus Tiedemann, Die Bebußung von Unternehmen, NJW 1988, 1172

343) Klaus Tiedemann, Die Bebußung von Unternehmen, NJW 1988, 1172

놓고 있다. 조직책임을 주장하는 견해는 질서위반법이 제12조에서 책임(Schuld)이라는 개념 대신 답책성 개념을 사용함으로써 기존에 형법에서 사용하던 책임 개념과는 다른 의미를 가지는, 법인에 대하여서만 인정되는 독자적인 책임개념을 형성할 수 있는 법적 근거가 마련되었다고 본다.³⁴⁴⁾

귀속모델은 제30조 규정이 단지 법인 등에 대하여 자연인의 행위 그리고 행위로 인한 결과를 귀속시키는 규정이라고 해석함으로써 법인 등에 대하여 과태료를 부과하도록 한 것이 전통적인 책임주의를 침해하지 않도록 이론구성하였다. 조직책임론은 법인 등에 대하여 적용되는 독자적인 책임개념을 형성함으로써 법인 등에 대한 처벌과 책임주의가 조화될 수 있다고 보고 있다. 귀속모델과 조직책임론 모두 법인에 대한 과태료부과가 책임주의 원칙에 반하지 않는다고 주장하고 있는 것이다. 이와는 달리 제30조를 정당화하기 위하여서는 책임주의 이외에 또 다른 정당화원리가 사용되어야 한다고 보는 견해도 있다. 예컨대 긴급피난과 유사한 요건이 충족되는 경우에만 법인 등을 처벌할 수 있다고 보는 견해가 여기에 해당한다.³⁴⁵⁾

II. 질서위반법 제30조의 적용요건

가. 과태료 부과 대상인 단체

제30조에 의한다면 법인, 권리능력 없는 사단, 그리고 권리능력 있는 인적 회사에 대하여 과태료가 부과될 수 있다.

1) 법인

법인은 과태료부과의 대상이 된다. 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 공법상의 법인(공법상의 사단, 영조물, 재단)이 동 규정에 의한 과태료 부과 대상이 되는가이다. 제30조는 단순히 법인이라고 규정하고 있을 뿐이므로 조문의

344) Klaus Tiedemann, Die Bebußung von Unternehmen, NJW 1988, 1172

345) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 236

형태만을 고려한다면 공법상의 법인이 본 규정의 적용대상에서 배제되어야 한다고 볼 이유는 없다. 그러나 권력분립의 원칙에 근거하여 볼 때 공법상의 법인을 규제하는 것은 국회나 헌법재판소, 행정재판소가 담당하여야 하므로 제30조의 적용대상에서 공법상의 법인을 제외하여야 한다는 주장도 제기된다.³⁴⁶⁾

하지만 이러한 견해에 대하여서는, 오늘날 행정작용에 대하여서도 광범위한 사법심사가 허용되고 있음을 고려할 때 공법상의 법인에 대한 사법심사가 이루어진다고 하여서 권력분립원칙이 침해되는 것으로 볼 수는 없다는 비판이 제기된다.³⁴⁷⁾ 그리고 이러한 연장선상에서, 동일한 행정작용이 그것을 집행하는 행정기관의 선택에 따라 사법적인 형식으로는 물론 공법적인 형식으로도 행하여질 수 있다는 점을 고려할 때 공법상의 법인을 과태료 부과대상에서 배제하는 것은 적절하지 않다고 보는 것이 일반적인 견해이다.³⁴⁸⁾ 나아가 질서위반법 제130조 제2항이 공법상의 법인과 사법상의 법인을 동등하게 대우하도록 규정하는 것을 고려할 때에도 공법상의 법인을 제30조의 적용대상에서 배제할 이유가 없다고 본다.³⁴⁹⁾

그러나 물론 공법상의 단체에 대하여 과태료를 부과하는 것이 불가능한 경우도 존재한다. 예컨대 과태료 부과를 담당하는 행정기관이 자신에 대하여 과태료를 부과할 수는 없을 것이다. 또한 국가에 대하여 과태료를 부과하는 것도 불가능할 것이다.³⁵⁰⁾

2) 권리능력 없는 사단

권리능력 없는 사단은 일정기간 이상 존속하는 인적 결합체로서, 그 존속 여

346) Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, ZStW 107, 1995, 308

347) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/33

348) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/33

349) Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, 553

350) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/34

부가 구성원의 변경에 의하여 좌우되지 아니하고 일정한 공동목적을 달성하기 위하여 존재하는 것을 의미한다. 권리능력 없는 사단은 기본규약(정관)을 보유하고 있음은 물론 이사회나 사원총회와 같은 기관을 보유하고 구성원과는 구별되는 독립한 실체로서 활동하게 된다. 권리능력 없는 사단의 경우에도 종종 상당한 재산을 보유하기도 하고 있으며, 사원 활동을 통하여 얻게 되는 이익의 대부분이 또 다시 사단 자체의 재산으로 편입되고 해당 사원 개인에게 귀속되는 것이 아니어서, 사단 자체에 대하여 과태료를 부과할 필요성이 인정된다는 점을 고려하여 제30조는 권리능력 없는 사단을 그 적용대상으로 하고 있다.³⁵¹⁾

3) 권리능력 있는 인적 회사

권리능력 있는 인적 회사의 대표적인 예는 합명회사(OHG), 합자회사(KG) 등이다. 권리능력 없는 인적 회사에 대하여 과태료를 부과함에 있어서는 이중처벌이 되지 않도록 유의하여야 한다는 지적이 제기된다. 권리능력 없는 인적 회사에 대하여 과태료를 부과하는 경우에는 흔히 과태료를 부과하게 된 계기가 되는 행위를 한 사원 본인을 처벌할 수 있는 경우도 많기 때문이다. 이와 같은 이중처벌을 피하기 위하여서는 권리능력 없는 인적 회사만을 처벌하거나 아니면 범죄행위나 질서위반행위를 행한 사원만을 처벌하는 것만으로도 과태료 부과 목적을 달성할 수 있는지를 심사해 보아야 한다고 본다.³⁵²⁾

나. 행위자

동 법률에 따라 법인 등에 대하여 과태료를 부과하기 위하여서는 법인을 대표할 권한이 있는 자 등이 범죄행위나 질서위반행위를 행하였어야만 한다. 누가 이러한 행위를 행하였어야 하는가에 대하여서는 제30조 제1항 제1호 내지 제5호에 명시적으로 규정되어 있다.

351) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/6

352) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/39

1) 법인의 대표권 있는 기관이나 그 기관의 구성원(제30조 제1항 제1호)

제30조 제1항 제1호는 법인의 대표권 있는 기관이나 그러한 기관의 구성원이 범죄행위나 질서위반행위를 행하였을 때에 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있다고 규정한다. 어느 기관이 법인의 대표권 있는 기관 내지 그 구성원에 해당하는가의 여부는 해당 법률이 정하는 바에 의하여 결정된다. 예컨대 주식회사의 경우에는 이사회 그리고 이사가 여기에 해당한다. 독일 주식회사법 제94조에 의한 대리이사는 물론, 동법 제85조에 의하여 법원이 임명한 이사도 질서위반법 제30조 제1항 제1호가 규정하는 법인을 대표할 권한이 있는 기관에 해당하게 된다.

2) 권리능력 없는 사단의 이사회 또는 이사(제30조 제1항 제2호)

권리능력 없는 사단의 이사회 또는 이사가 범죄행위나 질서위반행위를 하였을 때에도 제30조가 적용된다. 권리능력 없는 사단과 관련하여서는 특히 독일 민법 제30조가 규정하는 특별대리인이 범죄행위나 질서위반행위를 행한 경우에도 당해 권리능력 없는 사단에 대하여 과태료를 부과할 수 있는지가 문제된다.

독일 민법 제30조는 법인의 경우 정관으로 이사회와는 별도로 일정한 업무에 관하여 특별대리인을 선임할 수 있다고 규정하고 있는데, 이와 같은 특별대리인은 권리능력 없는 사단에 대하여서도 선임될 수 있기 때문이다. 질서위반법 제30조 제1항 제2호가 이사회 또는 이사라고 명문으로 규정해 놓은 것을 고려할 때 이러한 특별대리인의 행위에 대하여 제30조 제1항 제2호를 적용하는 것은 불가능하지만, 제30조 제1항 제4호나 제5호는 적용할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.³⁵³⁾

3) 권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원 (제30조 제1항 제3호)

예컨대 합명회사의 경우에는 모든 사원이, 합자회사의 경우에는 무한책임사원이 여기에 해당한다. 법률의 규정에 비추어 당해 회사를 대표할 권한을 보유한

353) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 30/60

것으로 인정되는 이상 내부적으로 대표권이 제한되어 있는가의 여부 등은 제30조를 적용함에 있어서 아무런 영향을 미치지 않는다.

4) 포괄대리권을 가진 상업사용인(Generalbevollmächtigte), 지배인(Prokurist), 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인(Handlungsbevollmächtigte) (제30조 제1항 제4호)

법인 또는 제1호 내지 제3호에서 열거한 단체의 포괄대리권을 가진 상업사용인, 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 범죄행위나 질서위반행위를 행하는 경우 법인 등에 대하여 과태료가 부과될 수 있다.

포괄적 대리권을 가진 사용인의 경우 대리권은 무제한적임에 반하여, 지배인이나 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인의 경우 법률(HGB 제49조, 제54조)에 의하여 대리권의 범위가 정해진다. 그러나 지배인이나 부분적 포괄대리권을 부여받은 상업사용인의 대리권의 범위가 법률로 정해져있다는 사실과, 그들이 제30조 위반행위의 주체가 될 수 있다는 사실 사이에는 아무런 관련이 없다. 즉 그들이 대리권이 인정되는 범위 내에서 행위하였는가의 여부는 제30조를 적용함에 있어서 아무런 영향을 미치지 않는다.³⁵⁴⁾

5) 법인 등의 사업체의 운영에 대하여 책임을 부담하는 자(제30조 제1항 제5호)

법인이나 제1호 내지 제3호에서 열거한 단체의 사업체 내지 기업체를 운영할 책임을 부담하는 자의 범죄행위나 질서위반행위가 있을 때에도 당해 법인 등에 대하여 과태료가 부과된다. 운영자의 지위에서 업무집행을 감시하거나 기타 감독권한을 행사하는 자도 법인 등을 운영할 책임을 지는 자에 해당한다(제30조 제1항 제5호 후단).

누가 제30조 제1항 제5호가 의미하는 자에 해당하는가를 검토함에 있어서는, 당해인이 법적으로 보아 법인 등에서 어떠한 지위를 차지하고 있는지가 아니라, 사실상 그가 법인 등을 관리하고 있는가의 여부 내지 사실상 그가 업무집행을

354) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 30/62

감시하거나 기타 감독권한을 행사하고 있는가의 여부가 결정적인 판단기준이 된다. 이와 같이 본다면 제1호에서 제4호에서 열거한 자는 단지 제5호에 해당하는 자를 예시해 놓은 것이라고도 말할 수 있다. 즉 제5호는 일반규정에 해당하고, 제1호에서 제4호는 예시규정에 해당하는 것이다.³⁵⁵⁾

6) 제1호~제5호 적용과 관련된 유의점

행위자가 제1호에서 제6호에 규정된 자에 해당하는가를 판단함에 있어서는 다음과 같은 부분에 유의하여야만 한다. 먼저 제1호와 제3호에 규정되어 있는 “대표권 있는(vertretungsberechtigt)”의 해석과 관련하여서는, 이러한 표지는 단지 행위자가 법인 등에서 해당 지위에 있어야 한다는 것을 의미하는 것일 뿐이라고 이해하는 것이 일반적이다.³⁵⁶⁾ 법률은 행위자가 대표권을 보유하여야 한다고 함으로써 예컨대 사원총회가 그 적용대상이 아님을 명백히 하고 있는 것이라고 이해하는 것이다. 나아가 내부적으로 특정한 법률행위를 행할 수 있는 권한이 제한되어 있는가의 여부 역시 제30조를 적용함에 있어 아무런 고려대상이 되지 않는다고 본다.³⁵⁷⁾ 다만 “대표권 있는”이라는 표지의 해석과 관련하여, 행위자가 법적으로 보아 대표권 있는 자이면 언제나 제30조를 적용할 수 있는가, 아니면 나아가 그의 행위가 대표권의 행사행위로 간주될 수 있는 경우에만 제30조가 적용될 수 있는가의 문제가 남게 되는데, 이 문제는 제30조 제1항 후단을 해석하면서 살펴보기로 하겠다.

대표권을 갖지 아니한 자의 범죄행위나 질서위반행위에 대하여서도 제30조 제1항 제5호의 일반규정에 의하여 법인 등이 책임을 부담하는 경우도 발생할 수 있다. 예컨대 대표권을 갖지 아니한 주식회사의 감사위원회 내지 감사는 당해 주식회사의 업무집행을 감시하거나 기타 감독권한을 행사하고 있는 자에 해당하므로, 그들이 범죄행위나 질서위반행위를 행하게 되면 당해 주식회사는 제30조 제1항 제5호에 의하여 책임을 부담하여야 하는 것이다.

355) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/13

356) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/12b

357) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/12b

어느 행위자가 제1호에서 제6호에서 규정하는 자에 해당하려면 그에게 대표권이나 대리권을 부여하는 행위가 법적으로 유효한 것이어야만 하는가의 여부도 문제된다. 이에 대하여서는 이른바 사실적 고찰방법에 따라 대리권이나 대표권을 부여하는 원인설정행위가 반드시 법적으로 유효할 필요는 없다고 보는 것이 일반적이다.³⁵⁸⁾ 위에서 이미 살펴본 질서위반법 제9조 제3항을 제30조에 대하여서도 유추적용할 수 있다고 보는 것이다. 그러나 제30조를 적용함에 있어서 제9조 제3항을 유추적용하는 것은 부당하다는 비판도 제기된다. 형법 제14조 제3항 내지 질서위반법 제9조 제3항은 민사법의 해석론을 형법 내지 질서위반법에 들여오기 위하여 마련된 예외적인 규정에 해당하므로 이를 처벌규정의 해석을 위한 일반원칙으로 받아들일 수는 없고, 따라서 제30조를 적용함에 있어서 제9조 제3항을 유추적용한다면 이는 유추해석금지의 원칙에 반하는 결과가 된다는 것이다.³⁵⁹⁾

다. 행 위

법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있기 위하여서는 위에서 열거한 자들이 범죄행위나 질서위반행위를 범하였어야만 한다. 그리고 이와 같은 범죄행위나 질서위반행위로 인하여 법인 등에게 부여된 의무가 침해되었거나, 그러한 행위로 인하여 법인 등이 이익을 얻었거나, 그러한 행위가 법인 등에게 이익을 제공할 목적으로 행하여졌어야만 한다. 그리고 나아가 이러한 범죄행위나 질서위반행위가 구성요건에 해당하고 위법하다는 것만으로는 부족하며, 그러한 행위에 대하여 제1호에서 제5호 사이에 열거한 자들에게 형법상의 책임 내지 질서위반법상의 답책성이 인정되어야만 한다.³⁶⁰⁾ 법인에게 과태료를 부과하기 위하여서는 원인이 되는 행위가 그 자체로서 범죄행위 내지 질서위반행위에 해당하여야

358) Hans W. Töbrens, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten", NStZ 1999, 6

359) Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, 562

360) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/71

만 한다고 보는 것이다.³⁶¹⁾

제30조의 적용요건이 되는 원인행위는 법인 등에게 부여된 의무를 침해하는 행위와, 법인 등에게 이익을 부여하였거나 법인 등에게 이익을 제공할 목적으로 행하여진 행위의 두 가지로 나뉘서 검토할 수 있다.

1) 법인 등에게 부과된 의무를 침해하는 범죄행위나 질서위반행위

어느 의무가 법인 등에게 부과된 의무에 해당하기 위하여서는 그것이 당해 법인 등의 사업과 관계된 것이어야만 한다. 예컨대 법률이 법인 등에 대하여 그것이 고용주, 시설물의 소유자, 상품의 생산자나 판매자 등에 해당함을 이유로 하여 특별한 의무를 부과하고 있는 경우, 그러한 의무가 곧 제30조에서 규정하는 사업관련성이 인정되는 의무에 해당한다. 법인의 대표기관 등이 이러한 의무를 위반하는 행위를 하게 된다면 직접 행위를 수행한 자는 제9조에 의하여 당해 벌칙규정을 직접 적용받게 되고, 법인 등은 제30조에 의하여 과태료를 부과받게 된다.

법인 등에 대하여 의무를 부과하는 형사처벌규정이나 질서위반행위 처벌규정이 반드시 신분범이나 의무범에 해당하여야만 하는 것은 결코 아니다. 누구나 주체가 될 수 있는 비신분범죄의 구성요건 실현행위가 있는 경우에도, 즉 누구에게나 부과되는 의무에 대한 위반이 있는 경우에도 그것이 법인 등의 사업수행 과정에서 발생한 것이라면 제30조가 요구하는 사업관련성이 충족될 수 있다. 예컨대 법인이 사업주로서 근로자를 고용한 경우, 당해 법인은 근로자를 근로행위와 관련된 위험으로부터 보호할 의무를 부담한다. 따라서 만일 근로자가 근로행위 도중 상해를 입었고, 법인의 대표자가 이를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니하였더라면, 대표자가 업무상 과실치상죄로 처벌되는 이외에 당해 법인도 제30조에 따라 과태료 부과처분을 받게 된다. 업무상 과실치상죄 규정에 담겨 있는 의무, 즉 타인에게 과실로 상해를 입히지 말아야 한다는 의무는 모든 사람에게 부과된 일반적인 의무에 해당하지만, 그러한 의무에 대한 위반이 법인 등의 사업수행과 관련하여 발생하였다면 제30조가 요구하는 사업관련성이 인정

361) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/71

되는 의무위반행위에 해당하게 되는 것이다.³⁶²⁾

사기죄를 또 다른 예로 들어보기로 하자. 거래상 중요한 사실을 상대방에게 고지하지 아니한 경우에는 기망행위가 존재하여 사기죄가 성립할 수 있다. 이때 거래상 중요한 의미를 지니는 사실을 상대방에게 고지할 의무는 거래행위를 하고자 하는 자라면 누구나 부담하는 일반적인 의무에 해당한다. 그런데 만일 법인의 대표자가타인과 거래를 하면서 고지의무를 올바로 이행하지 아니한 경우에는 대표자에게 형법상 사기죄가 성립하는 이외에 당해 법인에 대하여 질서위반법 제30조 위반이 인정될 수 있다. 거래상대방에게 중요사실을 고지할 의무는 거래당사자라면 누구에게나 인정되는 의무에 해당하지만, 이때에도 그러한 의무위반이 법인 등의 사업수행과정에서 발생하였다면 그것은 제30조가 요구하는 사업관련성이 인정되는 의무위반에 해당하게 되는 것이다.

2) 범죄행위나 질서위반행위를 통하여 법인 등이 이익을 얻었거나, 그러한 행위가 법인 등에게 이익을 제공할 목적으로 행하여졌을 것.

제30조는 설령 원인행위로 인하여 법인 등에게 부과된 의무위반이 발생하지 아니하여도 그 행위로 인하여 법인 등이 이익을 얻은 경우, 또는 법인 등에 대하여 이익을 제공할 목적으로 그러한 행위가 행하여진 경우 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 이것은 제30조의 입법취지가 단순히 법인 등을 처벌하는 데에만 있는 것이 아니라, 당해 법인 등이 범죄행위나 질서위반행위를 통하여 이익을 얻은 경우 이를 환수하도록 하는 데에도 있음을 나타낸다.³⁶³⁾

법인에게 이익을 부여하거나 이익을 부여할 목적으로 행하여진 범죄행위나 질서위반행위는 일체의 범죄행위나 질서위반행위를 의미하는 것으로서, 그것이 반드시 재산과 관련된 범죄행위일 것을 요하지 아니한다.³⁶⁴⁾ 따라서 예컨대 법인

362) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/20

363) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/79

364) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/79

의 대표자가 뇌물죄로 처벌되는 경우에도, 뇌물제공행위를 통하여 법인 등이 사실상 이익을 얻게 되었거나, 뇌물제공행위가 법인에게 이익을 제공할 목적으로 행하여진 것이라면 여기에서 말하는 범죄행위에 해당할 수 있다.

질서위반법 제30조가 규정하고 있는 이익(Bereicherung)은 형법 제263조 사기죄에 규정된 재산적 이익(Vermögensvorteil)과 동일한 의미를 가진다.³⁶⁵⁾ 형법 제263조의 재산적 이익을 어떻게 해석할 것인가에 관하여서는 법률적 재산개념과 경제적 재산개념, 법률적/경제적 재산개념의 세 가지 관점이 제시되고 있는데, 독일의 판례는 경제적 재산개념을 채택하고 있다.³⁶⁶⁾ 경제적 재산개념에 의한다면 재산은 어느 개인이 사실상 보유하고 있는 재화의 금전적 가치의 총합으로 정의된다.³⁶⁷⁾ 따라서 사기행위를 통하여 어느 개인이 보유한 재화의 금전적 가치의 총합이 증가하게 되면, 재산적 이익이 발생한 것으로 보게 된다. 경제적 재산개념에 의한다면 재산가치를 산정함에 있어 어느 재화의 보유가 법적으로 정당한 것인가의 여부는 고려대상이 되지 않는다. 따라서 극단적으로는 예컨대 절도범이 절취한 물건도 절도범의 재산에 포함되며, 원소유자가 이를 탈취하는 경우 이것은 곧 절도범의 재산을 감소시키는 행위에 해당하게 된다.³⁶⁸⁾ 질서위반법 제30조의 이익을 형법상 재산적 이익과 동일하게 본다면, 경제적 가치를 높이는 것은 무엇이든 제30조의 이익에 해당할 수 있게 된다. 따라서 간접적인 이익, 예컨대 뇌물을 제공함으로써 경쟁에서 보다 유리한 위치를 차지하게 되는 것도 제30조의 이익에 해당한다.³⁶⁹⁾

법인이 대표자의 범죄행위나 질서위반행위에 의하여 이익을 얻었음을 이유로 당해 법인에 대하여 과태료를 부과할 수 있으려 물론 양자 사이에는 인과관계가 인정되어야만 한다. 어떠한 이익을 대표자 등의 범죄행위 내지 법률위반행위로

365) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/82

366) 형법상 재산개념에 관하여서는 Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 263/16 이하 참조

367) Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 263/23

368) Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, 263/23

369) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/82

인하여 얻은 이익에 해당한다고 볼 것인가, 즉 양자 사이에 존재하는 인과관계를 어떻게 판단할 것인가와 관련하여서는 규범의 보호목적 이론을 적용할 수 있는가 내지 어느 범위에서 적용할 수 있는가의 문제가 논의되고 있다. 예컨대 법인의 대표자가 법인에 이익이 되는 계약을 체결하기 위하여 과속으로 승용차를 운행하였고, 이로 인하여 교통법규를 위반하게 된 경우 당해 법인에 대하여 제30조에 의하여 과태료를 부과할 수 있는가의 문제가 규범의 보호목적론 적용여부를 검토함에 있어서 등장하는 전형적인 사례에 해당한다. 일부 견해는 이 문제를 제47조에 의하여 법인을 기소유예함으로써 적절히 해결할 수 있다고 보고 있으나³⁷⁰⁾, 규범의 보호목적 이론을 적용하려는 견해는 과속을 금지하는 교통관련법규는 계약체결을 가능하게 하거나 금지하는 데에 그 목적이 있지 않기 때문에 이러한 사례에서는 제30조의 적용이 애초부터 배제된다고 본다.³⁷¹⁾

제30조는 범죄행위나 질서위반행위가 법인 등에게 이익을 제공하기 위한 목적으로 행하여진 경우에도 적용될 수 있도록 규정되어 있다. 이것은 범죄행위나 질서위반행위가 미수에 그친 경우에도 법인을 처벌할 수 있도록 하기 위한 규정에 해당한다.³⁷²⁾ 미수행위에 대하여서도 제30조가 적용될 수 있도록 규정된 취지를 고려할 때 설령 법인이나 인적 결합체가 아무런 이익을 얻지 못한 경우에도 과태료가 부과될 수 있음은 물론이다. 다만 이때 미수행위는 형벌이나 과태료가 부과될 수 있는 행위이어야만 하므로, 예컨대 환각범의 경우에는 그 적용이 배제된다.

3) 행위자가 법인 등의 대표자 등의 지위에서 행위하였어야 하는가

제30조 제1항 전단을 적용함에 있어서는, 즉 원인행위가 법인 등에 대하여 부과된 의무를 침해하였음을 이유로 하여 당해 법인에 대하여 과태료를 부과하기 위하여서는 행위자가 법인의 대표기관 등의 지위에서 수행하였을 것이 요구된

370) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/27

371) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/86

372) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/87

다. 더 나아가 행위자가 당해 법인의 이익을 위한 목적으로 행위하였어야 하는 지가 문제될 수 있으나, 이는 부정하는 것이 일반적이다. 즉 제9조를 해석하는 경우와는 달리 제30조 제1항 전단을 해석함에 있어서는 이익설과 기능설의 대립이 발생하지 않고 있다. 그것은 행위자가 법인 등의 이익을 위하여 행위한 경우를 규율하기 위하여 제30조 제1항 후단에서 별도의 규정을 마련해놓고 있기 때문이다. 즉 학설과 판례는 모두 제30조 제1항 전단을 기능설에 의하여 해석하고 있다.³⁷³⁾

따라서 예컨대 법인의 대표기관이 객관적으로 볼 때 그에게 부여된 대표권을 행사하기 위하여 행위한 경우에는 설령 그것이 오로지 자기 자신만의 이익을 위한 것이었어도 제30조 제1항 전단을 적용할 수 있다. 그러나 단순히 대표권을 행사할 수 있는 기회를 이용하여 그러한 행위를 행한 경우에는 이를 대표기관의 지위에서 행한 것으로 볼 수는 없다. 예컨대 법인의 대표자가 법인을 위하여 계약을 체결하면서 상대방에게 뇌물을 제공한 경우에는 그가 법인의 대표기관으로서 행위한 것으로 보아 제30조를 적용할 수 있다. 그러나 만일 법인의 대표자가 그러한 계약과정에서 상대방에게 무엇인가를 절취한 경우에는 이를 대표자가 법인의 대표기관으로 수행한 것으로 볼 수는 없으므로 제30조의 적용이 부인되어야 한다.³⁷⁴⁾

하나 더 지적해야만 하는 것은 제30조 제1항 전단을 적용하기 위하여서는 당해 범죄행위나 질서위반행위가 법인의 사업수행영역 내에서 이루어져야만 한다는 것이다. 그렇지 않다면 법인에게 부과된 의무가 침해되었다고 말할 수 없을 것이기 때문이다. 즉 법인의 사업수행영역 밖에서 범죄행위나 질서위반행위가 행하여진다면 그러한 행위를 이유로 하여 법인에게 제30조 제1항 전단에 따라 과태료를 부과할 수는 없다.

제30조 제1항 후단을 적용함에 있어서는, 즉 범죄행위나 질서위반행위가 법인 등에게 이익을 부여하였거나, 법인 등에게 이익을 제공할 목적으로 그러한 행위가 행하여졌음을 이유로 하여 법인 등에게 과태료를 부과함에 있어서는, 그러한

373) Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 30/90

374) Erich Göhler, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 15. Aufl., 2009, 30/24

범죄행위나 질서위반행위가 당해 법인 등의 사업수행영역 내에서 행하여졌을 것이 요구되지 않는다고 보는 것이 일반적이다.³⁷⁵⁾ 제30조 제1항 후단은 당해 행위가 법인 등에게 이익을 부여할 의도로 행하여진 이상 당해 법인 등에게 부과된 의무가 침해되었는가의 여부에 상관없이 적용될 수 있도록 규정되어 있기 때문이다. 따라서 예컨대 어느 법인의 업무영역이 정관에 의하여 법률서적의 출판으로 제한되어 있는 경우, 대표권을 가진 자가 법인의 이익을 위하여 법률서적이 아니라 형사처벌의 대상이 되는 내용의 서적을 출판하였던 경우에도 제30조 제1항 후단을 적용할 수 있다.³⁷⁶⁾ 다만 만일 개별적인 사안을 검토한 결과 대표권을 가진 자가 법인의 업무영역과 전혀 무관한 행위를 하였고, 이로 인하여 당해 법인을 처벌하는 것이 부적절하다고 판단되는 경우라면 제47조가 허용하는 범위 내에서 기소유예를 함으로써 당해 법인에 대하여 과태료가 부과되지 않도록 할 수 있을 것이다.³⁷⁷⁾

III. 법인 등에 대한 과태료의 부과

가. 범죄행위 내지 질서위반행위의 처벌절차와 하나의 절차에 의하여 처리할 것.

제30조의 요건이 충족되면 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있다. 원인행위자 본인이 처벌되는 경우 원칙적으로 원인행위자를 처벌하기 위한 절차와 동일한 절차에서 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 것인가의 여부를 결정한다. 이것은 제30조 제4항 제1문의 규정을 해석한 결과이다. 제30조 제4항 제1문은 범죄행위 또는 질서위반행위를 행한 자를 처벌하기 위한 절차가 개시되지 않거나, 중지되었거나, 행위자에 대한 형이 면제된 경우에만 법인 등에 대하여 과태료 부과하기 위한 독자적인 절차를 개시할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다.

이상의 요건에 해당하지 않더라도 법률에 과태료 부과 절차가 독자적으로 개

375) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/91

376) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/27

377) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/92

시되기 위한 요건이 규정되어 있는 경우에는 법인 등에 대하여 과태료를 부과하기 위한 절차가 행위자에 대한 절차와는 별도로 개시될 수 있다(제30조 제4항 제2문). 법률상의 이유로 인하여 범죄행위나 질서위반행위를 행한 자를 소추할 수 없는 경우에는 법인 등에 대한 과태료 부과절차를 독자적으로 개시할 수는 없다(제30조 제4항 제3문).

나. 법인에 대한 과태료 부과절차를 독립적으로 개시할 수 있는 경우

제30조 제4항 제1문은 다음과 같은 요건이 충족되는 경우에만 법인 등에 대하여 과태료를 부과하기 위한 독자적인 절차를 개시할 수 있도록 규정하고 있다.

1) 행위자에 대한 소추절차가 개시되지 아니한 경우

다수의 기관이나 대리인 중의 어느 한 사람이 범죄행위나 질서위반행위를 행한 것이 확인되었으나, 그들 중에서 누가 그러한 행위를 행한 것인지가 밝혀지지 아니하는 경우가 그러한 전형적인 사례에 해당한다. 예컨대 A, B, C 중의 어느 누군가가 범죄행위나 질서위반행위를 하였음이 확실성에 가까운 정도의 개연성으로 인정되지만 구체적으로 누가 그러한 행위를 하였는지가 불분명하고, 그들은 모두 법인을 대표할 권한을 가지고 있기에 그들 중의 누가 그러한 행위를 행하였더라도 제30조의 요건이 충족되는 경우가 여기에 해당한다.

제130조의 선임감독의무 위반이 있음이 확인되었으나 법인 내부의 업무분화가 충분히 이루어지지 아니하여서 법인의 대표권을 가진 자 중에서 누가 그러한 의무를 이행할 책임이 있는 것으로 보아야 하는지가 불분명한 경우도 제30조 제4항 제1문이 규정하는 “행위자에 대한 소추절차가 개시되지 아니한 경우”에 해당할 수 있다. 이러한 경우라면 당해 의무가 이행되지 아니한 데에 대하여서는 원칙적으로 대표권을 가진 자 모두가 공동으로 책임을 부담한다고 보아야 한다.³⁷⁸⁾

위와 같은 경우이더라도 범죄행위 내지 질서위반행위를 범한 것으로 추정되는

378) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/40

자들에게 법적인 소추장애사유가 존재하지 아니한 것으로 확인된 때에만 법인 등에 대한 독자적인 과태료 부과절차가 진행될 수 있다(제30조 제4항 제3문).

2) 행위자에 대한 소추절차가 중지된 경우

예컨대 형사소송법 제153조 이하의 규정에 의하여 불기소처분되거나, 질서위반법 제47조에 의하여 기소유예가 이루어진 경우가 여기에 해당한다.

3) 행위자에 대한 형이 면제된 경우

이 요건을 충족시키기 위하여서는 행위자가 질서위반행위가 아니라 범죄행위를 범하였어야만 한다. 형의 면제는 법률이 정하고 있는 경우에만 허용될 수 있다. 예컨대 형법 제60조나 형법 제158조가 그 예에 해당한다.

4) 법인 등에 대한 독자적인 소추를 허락하는 별도의 법규정이 존재하는 경우

이러한 경우에 해당하는가의 여부는 관련 법률의 규정에 의하여 판단된다.

IV. 과태료의 상한액 및 산정방법

가. 과태료의 상한액

법인에 대하여 부과되는 과태료의 상한액은 원인행위가 범죄행위인가 아니면 질서위반행위인가에 따라 달라진다. 원인행위가 고의에 의한 범죄행위인 경우에는 100만 유로, 과실에 의한 범죄행위인 경우에는 50만 유로이며, 원인행위가 질서위반행위인 경우에는 법률이 당해 질서위반행위에 대하여 부과하도록 규정한 과태료의 상한액이 법인에 대하여 부과할 수 있는 과태료의 상한액이 된다(제30조 제2항)

과태료의 상한액에 관하여서는 질서위반법 제17조에 일반규정이 마련되어 있으며, 제30조에 의하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과함에 있어서도 제17조가 정하는 원칙이 그대로 적용된다. 과태료를 부과하도록 한 법률이 고의행위와 과

실행위를 구별하지 않고 일률적으로 과태료의 상한액을 정해놓고 있는 경우, 만일 과실행위를 이유로 과태료를 부과하게 된다면 이때에는 법률이 정한 상한액의 절반이 그 상한액에 해당하게 된다(질서위반법 제17조 제2항). 과태료는 행위자가 질서위반행위를 통하여 얻은 경제적 이익을 초과하여야 한다(질서위반법 제17조 제4항 제1문). 따라서 만일 상한액의 제한으로 인하여 법인 등이 당해 범죄행위나 질서위반행위를 통하여 얻은 이익을 모두 환수하는 것이 불가능한 경우에는 상한액 이상의 과태료를 부과할 수도 있다(질서위반법 제17조 제4항, 제30조 제3항).

나. 과태료의 산정방법

1) 질서위반법 제17조 제3항의 적용가능성

과태료의 산정기준에 관하여서는 질서위반법 제17조 제3항이 규정하고 있다. 제17조 제3항은 질서위반행위가 가지는 중요성과 행위자에 대한 비난의 정도를 고려하여 과태료를 산정하여야 하며, 경미한 질서위반행위를 이유로 과태료를 부과하는 경우 이외에는 행위자의 경제적 상태도 고려하여야 한다고 규정한다. 질서위반법 제17조 제3항은 원칙적으로 행위자가 자연인인 경우를 예정하여 규정된 것이지만, 제30조에 의하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과하는 경우에도 이를 적용될 수 있다고 본다. 다만 제17조 제3항을 법인 등에 대하여 과태료를 부과함에 있어 적용하는 때에는 이를 적절히 수정하여야 한다.

첫 번째로 제17조 제3항은 과태료를 산정함에 있어서 “질서위반행위가 가지는 중요성”을 고려하도록 규정하고 있지만, 당해 규정을 제30조에 의하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과함에 있어서 적용할 때에는 이를 “범죄행위나 질서위반행위가 가지는 중요성”을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.³⁷⁹⁾ 두 번째로 제17조 제3항이 규정하는 “행위자에 대한 비난”에서의 행위자는 제30조를 적용함에 있어서는 원인행위인 범죄행위나 질서위반행위를 행한 행위자(자연인)를 의

379) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/115

미하는 것으로 보아야 하고, 법인 그 자체를 의미하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 이것은 물론 제30조가 법인 등의 고유한 책임을 인정하는 것이 아니라고 전제 위에서 살펴본 결과이다. 세 번째로 제17조 제3항에 의하여 고려대상이 되는 “행위자의 경제적인 상태”는 원인행위를 행위자(자연인)의 경제적인 상태를 의미하는 것이 아니라, 법인 등의 경제적인 상태를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

2) 위반행위에 대한 제재로서의 의미

제17조 제3항에 의한다면 과태료를 산정함에 있어서 무엇보다도 먼저 원인이 되는 범죄행위 내지 질서위반행위가 가지는 중요성을 고려하여야 한다. 이것은 곧 질서위반법에 의한 과태료 부과 목적이 위반행위에 대한 제재에 있다는 것을 밝히고 있는 것이다.

원인이 되는 질서위반행위 내지 범죄행위가 갖는 불법의 내용 및 그것이 침해하게 되는 규범영역 등이 과태료를 산정함에 있어서 중요한 고려사항이 될 수 있을 것이다. 불법의 내용을 판단함에 있어서는 물론 원인행위가 고의에 의한 것인가 아니면 과실에 의한 것인가, 원인행위가 범죄행위와 질서위반행위 중 어느 것에 해당하는가, 행위의 불법성의 정도, 의무위반의 중대성 여부, 의무위반의 횟수 등이 그 판단기준이 될 수 있을 것이다.³⁸⁰⁾

3) 부당하게 얻은 이익의 환수 - 순수익원칙의 적용

그러나 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 이유가 오로지 위반행위를 제재하는 데에만 있는 것은 결코 아니다. 과태료를 부과하는 또 다른 목적은 행위자가 부당하게 얻은 이익을 환수하는 데에서 찾을 수 있다.

질서위반법 제30조 제3항은 제17조 제4항을 준용하도록 하고 있는바, 제17조 제4항은 행위자가 질서위반행위를 통하여 얻은 경제적 이익보다 더 많은 과태료

380) Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 30/117 참조

가 부과되어야 하며, 과태료의 상한액이 행위자가 얻은 경제적 이익보다 더 낮게 규정된 경우 법률이 정한 상한액보다 더 많은 과태료를 부과할 수 있다고 규정한다. 질서위반법의 입법자는 제17조 제4항을 통하여 과태료가 “부당한 이익의 환수”라는 기능을 수행할 수 있어야만 함을 명확히 하고 있는 것이다. 이와 같은 질서위반법의 취지에 비추어 본다면 과태료는 법인 등이 당해 범죄행위나 질서위반행위를 통하여 얻은 이익을 전혀 남기지 않을 정도로 부과되어야만 한다. 그렇다면 행위를 통하여 법인이나 인적 결합체가 얻은 경제적 이익은 과태료 부과액에 해당한다고 말할 수 있을 것이다.

형법 제73조는 정범이나 공범이 그 범죄행위를 위하여 또는 그 범죄행위를 통하여 무엇인가를 획득한 경우 법원이 이에 대하여 박탈선고(Verfall)를 하도록 하고 있다. 이와 같은 형법의 규정에 상응하게 질서위반법은 제29조의 a에서 박탈에 관한 일반규정을 마련해 놓고 있다. 다만 형법 제73조와는 달리 질서위반법 제29조의 a는, 행위자가 과태료 부과 대상이 되는 행위를 위하여 또는 그러한 행위를 통하여 무엇인가를 획득한 경우라고 할지라도 행위자에 대하여 과태료가 부과되지 않는 경우에만 획득한 것에 상응하는 금액을 박탈할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 질서위반법은 제29조의 a에서 행위자가 얻은 이익을 박탈할 수 있는 법적 근거를 마련해 놓고 있으나, 그러한 이익을 환수하기 위하여 원칙적으로 박탈이 아니라 과태료라는 수단을 사용하도록 하고 있는 것이다. 따라서 질서위반법 제29조의 a는 과태료 부과를 통하여 행위자가 부당하게 얻은 이익을 환수할 수 없는 경우에 비로소 적용되는 보충적 규정에 해당한다고 이해하는 것이 일반적이다.³⁸¹⁾

이러한 제29조의 a의 해석론과 제17조 제4항을 결합시켜 본다면 질서위반법이 과태료에 대하여 부과하고 있는 또 다른 기능을 알게 된다. 이미 위에서 살펴본 바와 같이, 행위를 통하여 행위자가 얻은 경제적 이익은 과태료 부과액에 해당한다고 보는 것이 타당한 것이다. 행위자에 대하여서는 그가 얻은 경제적 이익을 초과하는 과태료가 부과되어야만 하며, 그 초과부분에 해당하는 과태료는 곧 행위자가 위반행위를 행한 것에 대한 징벌적인 의미를 지니는 것이다.

381) Wolfgang Mitsch, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 29a/2

법인 등에 대하여 부과되는 과태료 액수를 산정함에 있어서 특히 문제가 되는 것은 제17조 제4항이 규정하는 “행위자가 질서위반행위로부터 얻은 경제적 이익(wirtschaftliche Vorteil)”이라는 문구를 어떻게 해석할 것인가의 문제이다. 이 표시의 해석과 관련하여 가장 먼저 등장하는 문제는 제17조 제4항을 순수익원칙(Nettoprinzip)과 총수익원칙(Bruttoprinzip) 중의 어느 것에 따라 해석하여야 하는가의 문제이다. 현재의 다수설은 제29조의 a에 의하여 행위자가 얻은 이익을 박탈함에 있어서는 총수익원칙이 적용되지만, 제17조에 의하여 과태료를 부과함에 있어서는 순수익원칙이 적용된다고 본다.³⁸²⁾ 그 근거로서는 제17조 제4항과 제29조의 a가 서로 다른 형태로 규정되어 있다는 점을 들고 있다.

현행 질서위반법 제29조의 a는 “행위자가 과태료 부과 대상이 되는 행위를 위하여 또는 그러한 행위를 통하여 무엇인가(etwas)를 획득한 경우”라고 규정하고 있다. 그러나 1992년 개정 이전에는 동 규정은 무엇(etwas)이라는 개념 대신 “재산상의 이익(Vermögensvorteil)”이라는 개념을 사용하고 있었다. 학자들은 1992년의 법개정을 통하여 제29조의 a를 개정하면서 “재산상의 이익”이 아니라 “무엇”이 박탈의 대상이 되도록 한 것은, 행위자가 질서위반행위를 통하여 얻은 것이라면 그것이 무엇이것 간에, 즉 그것이 그의 재산을 증가시켰는가 아니면 감소시켰는가와 상관없이 행위자가 얻은 것에 해당하는 이상 이를 박탈하도록 하기 위함이라고 보고 있다.³⁸³⁾ 제29조의 a에 의한 박탈은 총수익원칙에 따라 이루어져야 한다고 보고 있는 것이다.

독일의 법원 역시 제29조의 a에 의한 박탈이 총수익원칙에 따라 행하여져야 한다는 데에 대하여 의문을 제기하고 있지 않은데, 그 직접적인 판단의 근거가 된 것은 독일 형법 제73조의 해석론이다. 독일 형법 제73조는 행위자가 범죄행위를 위하여 또는 범죄행위를 통하여 무엇인가를 획득한 경우(etwas erlangt) 이를 몰수하도록 규정하고 있으며, 독일 대법원은 이러한 문구가 총합원칙에 의하여 해석되어야 한다고 선언하였다.³⁸⁴⁾ 그리고 독일의 법원은 같은 형식으로 규정된

382) Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 30/122

383) Wolfgang Mitsch, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 29a/2

질서위반법 제29조의 a 제1항을 해석함에 있어서도 동일한 원칙이 적용되어야 한다고 보고 있다.³⁸⁵⁾

그런데 이 글의 맥락과 관련하여 중요한 것은, 위에서 살펴본 바와 같이 1992년 질서위반법 개정 당시 제29조의 a에 규정된 “재산상의 이익(Vermögensvorteil)”이라는 개념이 무엇(etwas)이라는 개념으로 대체된 것과는 달리, “경제적 이익(wirtschaftliche Vorteil)”이라는 개념을 사용하고 있는 질서위반법 제17조 제4항에 대하여서는 아무런 개정이 이루어지지 아니하였다는 점이다. 학자들은 입법자가 제29조의 a를 개정하면서도 제17조 제4항을 개정하지 아니하였다는 사정에 비추어 볼 때 제17조 제4항은 순수익원칙에 따라 해석되어야 한다고 보고 있다.³⁸⁶⁾ 독일의 법원 역시 행위자가 질서위반행위로 얻은 수익에 대하여 세금이 부과되었던 경우 과태료를 부과함에 있어서는 세금에 해당하는 액수만큼 감해주어야 한다고 판시함으로써 제17조 제4항을 순수익원칙에 따라 해석하고 있다.³⁸⁷⁾

다만 이와 같은 해석으로 인하여 제17조 제4항을 적용하는 경우와 제29조의 a를 적용하는 경우 서로 다른 원칙이 적용되도록 되어 버렸다는 비판이 제기될 수 있게 되었다. 제29조의 a를 적용할 때에는 행위자가 얻은 것을 전부 박탈할 수 있지만, 제17조 제4항을 적용하는 경우에는 행위자가 실제로 얻은 이익에 해당하는 정도로만 과태료를 부과할 수 있게 되기 때문이다.³⁸⁸⁾ 실무상으로는 제17조 대신 제29조의 a를 적용하기 위하여서 과태료 부과를 위한 소추절차가 중지되는 경우가 많다고 한다.³⁸⁹⁾

질서위반법 제17조 제4항은 현재의 형태로 개정되기 이전에는 경제적 이익(wirtschaftliche Vorteil)이라는 개념 대신 대가(Entgelt) 내지 이득(Gewinn)이라는

384) BGH, NStZ 1996, 539

385) BayOBLG, NStZ-RR 1997, 339

386) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/122

387) BFH, DSiR 1999, 1518

388) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/122

389) Matthias Korte, “Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2008 -”, NStZ 2010, 22

개념을 사용하여 규정되어 있었다. 개정 이전과 비교하여 본다면 현행 질서위반법 제17조 제4항은 그것이 포괄할 수 있는 범위가 이전보다 현저히 넓어진 것으로 평가할 수 있다.³⁹⁰⁾ 경제적 이익이란 단순히 금전적인 형태로만 존재하는 것이 아니기 때문이다. 예컨대 경쟁자를 배제시킴으로써 시장에서 보다 나은 지위를 얻게 된다면 그것은 곧 기업의 가치를 높이는 것이기 때문에 경쟁자의 배제를 통하여서도 제17조 제4항이 정하는 경제적 이익을 얻은 것으로 볼 수 있다.³⁹¹⁾ 행위자가 질서위반행위를 통하여 직접적으로 얻은 이익만이 아니라 간접적으로 얻은 이익도 제17조 제4항에 따른 과태료 부과대상이 되는 것이다.

간접적으로 얻게 되는 경제적 이익에 대하여서도 과태료를 부과하여야 한다는 것은 질서위반법을 체계적으로 해석한 결과이기도 하다. 질서위반법 제30조 제5항은 대표자 등이 범죄행위나 질서위반행위를 행하였음을 이유로 하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과하는 경우에는, 동일한 행위를 이유로 하여 형법 제73조, 제73조의 a 그리고 질서위반법 제29조의 a에 의하여 박탈을 선고하지 못하도록 규정하고 있다. 그런데 형법 제73조 제2항은 행위자가 박탈의 대상이 되는 취득물을 매각하여 얻은 것은 물론, 취득물의 파괴, 손상, 일실 등으로 인하여 얻은 대체물, 나아가 범죄행위를 통하여 획득한 권리를 행사하여 얻은 물건도 박탈하여야 한다고 규정한다. 즉 질서위반법 제30조 제5항이 제30조에 의하여 법인 등에 대하여 과태료가 부과되는 경우 형법상 박탈에 관한 규정이 배제되도록 한 것에 비추어 본다면, 질서위반법에 의한 과태료의 부과대상이 적어도 형법상 박탈이 인정되는 범위를 포섭할 수 있을 정도로 넓어야만 하는 것이다. 그리고 이와 같이 살펴본다면 행위자가 질서위반행위를 통하여 직접적으로 얻은 이익만이 아니라, 간접적으로 얻은 이익 역시 과태료를 통하여 회수되어야만 한다고 보는 것이 타당한 것이다.³⁹²⁾

순수익원칙에 따라 과태료 액수를 산정하는 이상 행위자가 경제적 이익을 획득하는 과정에서 지불한 비용은 차감되어야만 한다. 세금을 납부한 경우에도 그

390) Karl Brenner, "Das Bruttoprinzip gilt für den Einzeltäter und für Unternehmen, nicht nur für den unschuldigen Täter oder Dritten", ZStZ 2004, 256

391) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 17/40

392) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/39b

금액만큼 차감되어야 하는데, 아직 지불하지 아니한 세금들, 예컨대 소득세의 경우에도 그것을 계산하는 것이 가능하다면 과태료 산정과정에서 이를 차감하여야 하는가에 대하여서는 견해가 대립한다.³⁹³⁾ 행위자가 법규에 합치하는 행위를 하였을 때 얻게 되었을 가상의 이익은 과태료 산정에서 고려하지 않는다.³⁹⁴⁾

여기에서는 과태료 산정과 관련된 문제를 매우 간략히 소개하였는데, 이외에도 제17조 제4항에 따른 과태료 산정과 관련하여서는 다양한 문제가 논의되고 있다.³⁹⁵⁾

제4절 질서위반법 제130조

제1항 사업체 또는 기업체의 소유주가, 그가 사업주라는 지위에 기하여 부담하고 있으며 그 위반이 있을 때 형벌이나 과태료를 부과하도록 되어 있는 의무의 침해 행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 필요한 감독조치를 고의 또는 과실로 이행하지 아니한 때에는, 만일 그러한 의무침해행위가 실제로 행하여졌고, 사업주의 적절한 감독이 있었더라면 의무침해행위를 방지할 수 있었거나 이를 행하는 것이 매우 어려워졌을 경우에 해당한다면, 질서위반행위를 행한 것이 된다. 감독자를 선임하는 조치, 감독자를 신중하게 선정하는 조치, 그리고 감독자를 감시하는 조치 역시 필요한 감독조치에 해당한다.

제2항 공법상의 기업체도 제1항의 사업체 또는 기업체에 해당한다.

제3항 제1항의 질서위반행위에 대하여서는, 의무침해행위가 형사처벌의 대상이 되는 행위인 경우에는, 백만 유로 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 의무침해행위가 과태료 부과대상인 행위인 경우 감독의무 위반에 대하여 부과되는 과태료의 상한액은 의무위반행위에 대하여 부과되는 과태료의 상한액에 의하여 결정된다. 제2문은 의무위반행위가 범죄행위가 동시에 질서위반행위에 해당하고, 그 의무위반행위에 대하여 부과하도록 정해진 과태료의 상한액이 제1문에 의한 상한액을 초과하는 경우에도 적용한다.

393) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/124

394) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 17/41b

395) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 30/124 이하 참조.

I. 제130조의 법적 의미와 다른 조항과의 관계

가. 제130조의 법적 의미와 특징,

사업주가 선임감독의무를 올바로 이행하지 아니하여 질서위반행위나 범죄행위가 행하여진 경우, 선임감독의무의 미이행 내지 불충분한 이행은 질서위반행위에 해당한다(질서위반법 제130조).

법률은 사업주에 대하여 매우 다양한 형태의 의무를 부과하고 있어서 사업주 본인이 스스로 그 모든 의무를 이행하는 것은 불가능하다. 따라서 사업주는 법률이 그에게 부과하고 있는 의무의 이행을 타인에게 위임할 수밖에 없다. 그러나 그러한 위임이 있다고 하여 사업주가 의무이행의 주체 지위에서 완전히 배제되는 것으로 보는 것은 부당하다. 하지만 이와는 반대로, 위임이 있었음에도 불구하고 사업주가 의무이행에 대한 여전히 위임이 없었던 경우와 동일한 형태로 책임을 부담한다고 보는 것 역시 타당하지 않다. 이와 같은 사정을 고려하여 법률은 사업주가 자신에게 부과된 의무의 이행을 타인에게 위임하는 경우에도 최소한 선임감독의무를 올바로 이행할 것을 요구하면서, 그 이행을 담보하기 위하여 제130조 규정을 마련해 놓은 것이다. 이와 같은 입법은, 사업주가 타인을 고용하여 자신의 행위범위를 넓히고 이익을 얻는 이상 그에 대한 책임을 부담하여야 한다는 점으로부터 정당화될 수 있다.³⁹⁶⁾

제130조는 그 규정형식에 비추어 볼 때 사업주가 선임감독의무를 타인에게 위임하지 아니하고 직접 이를 수행하는 경우에는 적용되지 않는다.³⁹⁷⁾

396) 이상의 설명은Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/2 이하에 의한 것이다. 이와 같은 설명은 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조에 관한 의무설의 설명과 유사하다. 위 두 조항을 보증인지위와 연관시켜 해석하는 입장에서는 제130조의 취지 역시 이와는 다르게 설명할 것이다. 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조의 취지를 보증인지위와 관련시켜 해석하려는 입장에 선다면, 의무이행을 위임한다고 할지라도 여전히 사업주에게는 법률위반 내지 법익침해의 결과발생에 대한 지배가능성이 인정되므로 제130조 규정을 마련해 놓은 것이라고 설명하게 될 것이다. 이에 관하여서는 Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 95 이하 참조.

397) OLG Hamm, NStZ 1992, 499; Lothar Senge, in: Georg Erbs/Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl., 2009, OWiG 130/2

나. 제130조와 다른 조항과의 관계

제130조의 행위주체는 사업주이다. 물론 법인도 사업주에 해당할 수 있다. 그러나 법인의 범죄능력을 부인하는 이상 제130조의 구성요건이 충족된다고 하여 당해 법인이 질서위반행위를 행한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 제130조에 의하여 법인에 대하여 과태료를 부과하는 것은 허용되지 않는다. 하지만 예컨대 법인의 대표권 있는 자가 질서위반행위를 행하는 경우 그는 제9조 제1항 제1문에 의하여 제130조의 적용을 받게 된다. 그리고 이와 동시에 당해 법인은 제30조 제1항에 의하여 과태료를 부과받게 된다. 즉 제130조, 제9조, 제30조가 함께 결합하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과하기 위한 근거규정으로 작동하게 되는 것이다. 위 세 조항의 관계를 보다 쉽게 설명하면 다음과 같다.

제130조 제1항은 사업주가 고의 또는 과실로 범죄행위 내지 질서위반행위를 방지하기 위한 감독조치를 취하지 아니하였고, 이로 인하여 범죄행위 내지 질서위반행위가 행하여진 경우, 사업주의 선임감독의무 미이행이 질서위반행위에 해당한다고 규정한다. 그런데 법인이 사업주인 경우 - 법인의 범죄능력 내지 행위능력을 부인하는 이상 - 법인 그 자체가 선임감독의무를 위반한 것이라고 말할 수는 없다. 법인이 아니라 법인의 대표기관이 그러한 감독조치를 취할 의무를 부담한다고 보아야 하기 때문이다. 하지만 대표기관은 사업주가 아니므로 제130조를 직접 대표기관에 대하여 적용할 수는 없다. 여기에서 제9조 제1항이 등장한다. 당해 대표기관은 제9조 제1항에 의하여 제130조의 책임을 부담하게 된다. 제9조 제1항은 법인의 대표권 있는 기관 내지 그 기관의 구성원의 지위에서 행위한 자에 대하여서는, 처벌규정이 성립요건으로 특별한 인적 표지를 요구하고 있고 그러한 표지가 본인(법인)에 대하여서만 충족되고 당해 행위자에 대하여서는 충족되지 아니한 경우에도, 그러한 처벌규정을 적용할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다. 즉 대표기관은, 제9조 제1항이라는 통로를 통하여, 제130조 제1항이 규정하는 질서위반행위를 행한 것이 된다. 그리고 이로 인하여 당해 법인은 제30조에 의하여 과태료 부과처분을 받게 된다. 제30조 제1항은 법인의 대표권 있는 기관이나 그 기관의 구성원이 질서위반행위를 행한 경우 당해 법인에 대하여 과태료를 부과할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다. 즉 법인이 사업주

인 경우 제130조가 규정하는 선임감독의무의 위반이 있으면 선임감독의무를 실제로 집행할 의무를 부담하는 대표기관은 제130조에 의하여, 당해 법인은 제30조에 의하여 처벌되는 것이다.³⁹⁸⁾ 물론 위의 세 조항 사이의 연결효과가 발생하는 것은 행위자가 제9조 제1항 내지 제2항이 규정하고 있는 적용대상인 동시에 제30조 제1항이 규정하는 적용대상인 경우에 한한다.

제130조가 적용되기 위하여서는 원인행위로서의 질서위반행위 내지 범죄행위, 그리고 사업주의 선임감독의무 위반행위라는 두 가지의 행위가 요구된다. 제130조는 원인행위를 행한 자가 법인 등의 상위관리자일 것을 요구하지 않고 있다. 즉 원인행위를 행한 자가 법인 등의 하위구성원임을 이유로 하여 제130조의 적용이 배제되어야 한다고 주장할 수 있는 여지는 처음부터 입법적으로 배제된 것이다. 이로 인하여 제130조에 의하여 사업주에게 책임이 인정될 여지는 매우 확장되었으며, 결국 법인이 사업주인 경우 제30조에 의하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있는 여지도 함께 확장되었다.

독일 질서위반법은 제9조, 제30조, 제130조를 마련함에 있어서 법인 그 자체, 법인의 운영진 내지 경영진, 그리고 하위구성원의 세 가지 층위를 서로 구분하고 있다. 제9조, 제30조, 제130조는 범죄성립을 위하여 요구되는 표지 내지 행위를 서로 다른 층위로 귀속시키고, 이를 통하여 처벌가능성을 확대시키는 기능을 수행하게 된다.³⁹⁹⁾

첫 번째로 제9조 제1항 및 제2항은 법인만이 충족시킬 수 있는 표지를 법인의 운영진 내지 경영진에 귀속되도록 함으로써 책임을 하부로 확장시키는 역할을 수행한다(첫 번째 층위에서 두 번째 층위로의 처벌가능성의 확장).⁴⁰⁰⁾ 두 번째로 제30조 제1항은 그곳에서 열거한 자의 위법행위에 대하여 법인 자체에 대하여 책임을 묻도록 함으로써 책임을 상부로 확장시키고 있다(두 번째 층위에서 첫

398) 다만 제130조의 사업주가 제30조 제1항 제1호 내지 제5호가 규정하는 자에 해당하는가를 판단하는 문제가 남는다. 이 부분에 관하여서는 뒤에서 검토하겠다.

399) 이에 관한 상세한 설명은 Hans W. Töbrens, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten", NStZ 1999, 7 이하 참조.

400) Hans W. Töbrens, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten", NStZ 1999, 8

번째 층위로의 처벌가능성의 확정). 세 번째로 제130조는 하위구성원의 위법행위에 대하여 사업주에 대하여 과태료를 부과하도록 함으로써 역시 책임을 상부로 확장시키고 있다.⁴⁰¹⁾ 이때 위에서 이미 살펴본 바와 같이 법인의 운영진이나 경영진이 제9조에 의하여 처벌되게 된다(세 번째 층위에서 두 번째 층위로 처벌가능성이 확장됨). 나아가 하위구성원의 위법행위로 인하여 제130조에 의하여 법인의 운영진이나 경영진이 위법행위를 범한 것이 되면 그것은 그 자체로서 또 다시 제30조를 적용하도록 하는 연결고리로서 기능하게 된다. 제30조에 의하여 운영진 내지 경영진의 위법행위에 대하여 법인이 책임을 부담하게 되는 것이다. (세 번째 층위와 두 번째 층위에서 첫 번째 층위로서의 처벌가능성의 확장).⁴⁰²⁾

II. 제130조의 적용요건

제130조가 적용되기 위하여서는 다음과 같은 몇 가지 요건이 충족되어야만 한다. 먼저 사업체 또는 기업체의 사업주가, 그가 사업주라는 지위에 기하여 부담하고 있으며, 그 위반이 있을 때 형벌이나 과태료가 부과되도록 규정된 의무의 침해행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 필요한 감독조치를 고의 또는 과실로 이행하지 아니하였어야만 한다. 두 번째로 그러한 의무침해행위가 실제로 행하여졌어야만 한다. 세 번째로 사업주의 적절한 감독이 있었더라면 의무침해행위가 행하여지는 것을 방지할 수 있었거나 이를 행하는 것이 매우 어려워졌을 것임이 입증되어야만 한다.

가. 사업주

1) 사업체 내지 기업체의 사업주

제130조가 규정하는 행위주체는 사업주이다. 법률에는 사업체 내지 기업체의

401) Hans W. Töbrens, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten", NStZ 1999, 8

402) Hans W. Töbrens, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten", NStZ 1999, 8

소유주(Inhaber des Betriebes oder Unternehmens)라는 형태로 규정되어 있는 바, 사업체(Betrieb)와 기업체(Unternehmen)가 서로 어떻게 구별되는지에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 다만 이 부분은 제9조 제2항과 관련하여 이미 검토하였으므로 여기에서 또 다시 논의하지는 않겠다.

소유주(Inhaber) 개념에 관하여서도 논란이 발생할 수 있다. 예컨대 주식회사의 경우 그 소유자는 주주이지만, 소유와 경영이 분리되어 있는 주식회사의 특징을 고려할 때 주주는 개별적으로는 물론 전체로서도 제130조가 규정하는 선임감독의무를 부담하지 아니한다고 보아야 한다. 즉 자본형성에 기여하였다는 이유로 제130조가 규정하는 소유주에 해당한다고 말할 수는 없다. 제130조의 규정 취지에 비추어 본다면 동 규정이 정하는 소유주는 사업체나 기업체에 대하여 그 물질 기반을 제공한 자를 의미하는 것이 아니라, 사업체나 기업체에 부과된 의무를 이행하여야 하는 책임을 부담하는 자로 보아야 한다.⁴⁰³⁾

물론 법인도 사업주, 즉 사업체나 기업체의 소유주가 될 수 있다. 법인을 사업주로 보는 경우 주의하여야 하는 것은 법인 그 자체가 제130조가 규정하는 질서위반행위를 행할 수는 없다는 점이다. 현재의 통설적 견해에 의할 때 독일의 질서위반법은 법인의 범죄능력 내지 행위능력을 부인하는 전제 위에 서 있기 때문이다. 제130조는 사업주만이 주체가 될 수 있는 범죄에 해당한다. 즉 사업주라는 특별한 인적 표지를 보유한 자만이 범죄주체가 될 수 있는 것이다. 따라서 선임감독의무의 위반이 있으면 당해 법인이 아니라, 제9조 제1항이 정하고 있는 당해 법인의 대표권 있는 기관이나 그 기관의 구성원 등이 제130조를 범한 것으로 보게 된다.

제130조의 규정형식에 비추어 볼 때 사업주로 인정받기 위하여 반드시 법인격을 보유하여야만 하는 것은 아니다. 그렇다면 어떠한 단체가, 어떠한 요건을 충족하면 제130조의 사업주에 해당한다고 볼 것인가의 문제가 등장하게 된다. 질서위반법은 사업주의 의미에 관하여 별도로 정의를 내리고 있지 않다. 따라서 사업주의 의미는 법해석의 일반원칙에 의하여 정의되어야 한다. 독일의 학설, 판례는 제130조의 사업주 개념을 정의함에 있어 당해 규정의 입법취지 내지 그

403) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/23

것이 수행하고 있는 기능을 고려한 목적적 해석방법을 사용한다.

이미 설명한 바와 같이 사업체가 일정 규모 이상인 경우 사업주가 스스로 자신에게 부여된 모든 의무를 수행할 수는 없으며, 결국 그러한 의무의 이행을 타인에게 위임할 수밖에 없게 된다. 그런데 법률이 사업주 본인에게 다양한 의무를 부과하고 있음에도 불구하고 그 이행을 타인에게 위임하였다는 이유만으로 사업주가 의무불이행에 대하여 아무런 책임을 부담하지 않는다고 보는 것은 부당하다. 사업주가 타인을 자신의 이익을 위하여 사용하는 이상, 그의 행위에 대하여서도 그에 상응하는 책임을 부담하는 것이 옳기 때문이다. 즉 사업주는 적어도 자신이 업무집행을 위임한 자를 감독하여야 하는 의무는 여전히 부담한다고 보는 것이 타당하다. 질서위반법 제130조는 이와 같은 사정을 고려하여 사업주의 선임감독의무의 충실한 이행을 확보하기 위하여 마련된 처벌규정에 해당한다.⁴⁰⁴⁾

사업주가 어느 한 개인이 아니라 단체인 경우에도 이러한 논리가 동일하게 적용된다. 다만 사업주가 단체인 경우에는, 사업주가 어느 구성원에게 업무집행을 위임하였다고 말할 수 있기 위하여서는 당해 단체가 그 구성원으로부터 독립하여 독자적인 정체성을 보유하고 있어야만 한다는 점에 유의하여야 한다. 단체가 그 구성원으로부터 분리되어 자신만의 고유한 정체성을 보유하고 있지 못한 경우에는 구성원이 다른 구성원에 대하여 업무집행을 위임할 수 있을 뿐, 단체 자체가 어느 구성원에 대하여 업무집행을 위임할 수는 없기 때문이다. 즉 제130조가 적용되기 위하여서는 업무집행자와 선임감독자가 서로 분리되어 있고, 전자가 후자의 감시, 감독, 지휘를 받고 있어야만 한다. 나아가 선임감독자가 단체라면 당해 단체는 그 구성원으로부터 분리되어 자신만의 고유한 정체성을 보유하고 있어야만 한다. 이와 같은 사정을 고려한다면 제130조 제1항이 규정하는 사업주를 법인격을 보유한 단체로 한정할 필요는 없다는 점은 분명해진다. 설령 어느 단체가 법인격을 보유하고 있지 못하더라도 구성원으로부터 독립하여 법적 실체를 가지고 있다면 제130조 제1항의 사업주에 해당한다고 보는 것이 타당한 것이다.

404) 이미 지적한 바와 같이 이와 같은 설명은 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조에 관하여 의무설을 채택하는 입장에 의한 것이며, 보증인설을 채택하게 된다면 이와는 다르게 설명하게 될 것이다.

이와 관련하여서는 특히 민법상의 조합이나 권리능력 없는 사단이 사업주에 해당하는가에 대하여 논의가 진행되고 있다. 전통적으로 민법상의 조합은 조합원들 사이의 계약관계에 불과하며, 그것이 독자적인 법적 지위를 갖지는 아니한다고 보아왔다. 그러나 학자들은 오래 전부터 민법상의 조합을 조합원으로부터 분리된 독자적인 법적 단체로 파악하여야 한다는 견해를 주장하여 왔다. 그리고 시간이 흐르면서 이와 같은 주장은 독일의 연방대법원에 의하여서도 받아들여지게 되었다. 독일 연방대법원은 2001년 판결을 통하여 민법상의 조합(그 중에서도 특히 Aussengesellschaft des bürgerlichen Rechts)에 대하여 권리능력과 당사자능력을 무제한적으로 인정하였다.⁴⁰⁵⁾ 이와 같이 학설과 판례가 민법상의 조합에 대하여 그 구성원으로부터 독립한 독자적인 단체성을 긍정하고 있음을 고려한다면, 질서위반법을 해석함에 있어서도 민법상의 조합이나 권리능력 없는 사단도 제130조 제1항이 규정하는 사업주에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.⁴⁰⁶⁾ 그리고 그러한 경우 대표권 있는 조합원이나 사원은 제9조 제1항 내지 제2항에 의하여 당해 민법상의 조합이나 권리능력 없는 사단 자체에 부과된 의무의 불이행에 대한 책임을 부담하는 주체에도 해당하게 된다고 보아야 할 것이다.⁴⁰⁷⁾

제130조 제2항은 공법상의 기업체(Öffentliche Unternehmen)를 제1항이 정하는 사업체(Betrieb) 내지 기업체(Unternehmen)와 동일한 것으로 보도록 규정하고 있다. 공법상의 기업체란 그것이 법인격을 보유하는가와 상관없이 경제활동에 참여하는 단체로서 행정기관이 운영하는 모든 형태의 단체를 의미한다.⁴⁰⁸⁾ 이러한 의미에서의 공법상 기업체에는 행정기관이 운영하는 법인격 없는 단체는 물론, 권리능력 있는 공영조물, 경제적인 관점에서 볼 때 행정기관이 운영하는 것으로 볼 수 있는 사법상의 회사 등이 모두 포함된다.⁴⁰⁹⁾ 행정기관이 공법상의

405) 조합에 대한 권리능력을 인정하여야 하는가에 대한 독일의 학설과 판례의 발전 내지 변천사에 관하여서는 예컨대 Peter Ulmer, Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2009, 705/301 이하 참조.

406) Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, 550 참조.

407) Hans Achenbach, "Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen", Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, 550 참조.

408) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/30

사업체를 직접 운영하는 경우 당해 행정기관의 장이 사업주가 된다. 공영조물 내지 사법상의 회사의 형태로 공법상의 기업체가 운영되는 경우에는 그것의 법률상의 대표자, 기관 내지 사원이 사업주가 된다.⁴¹⁰⁾

나. 선임감독의무의 미이행

1) 제130조의 법적 성격

제130조가 적용되기 위하여서는 사업주가, 그가 사업주라는 지위에 기하여 부담하고 있으며 그 위반이 있을 때 형벌이나 과태료가 부과되는 의무의 위반행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 필요한 감독조치를 고의 또는 과실로 이행하지 아니하였어야만 한다. 그리고 그러한 의무침해행위가 실제로 행하여졌고, 사업주의 적절한 감독이 있었더라면 의무침해행위를 방지할 수 있었거나 이를 행하는 것이 매우 어려워졌을 것임이 입증되어야만 한다(제130조 제1문).

제130조 제1문의 후단이 규정하고 있는 “의무침해행위가 실제로 행하였을 것”이라는 요건은 그 규정형식에 비추어 볼 때 제130조가 규정하는 질서위반행위의 구성요건에 해당하는 것이 아니며, 객관적 처벌조건에 해당하는 것으로 보아야 한다는 데에 견해가 일치한다.⁴¹¹⁾ 독일 연방대법원도 의무위반행위가 행하여져야 한다는 요건이 객관적 처벌조건에 해당한다고 판시한 바 있다.⁴¹²⁾ 제130조를 목적으로 해석하는 경우에도 위의 요건을 질서위반행위의 구성요건으로 보는 것은 적절하지 않다는 결론에 도달하게 된다. 만일 “의무침해행위가 실제로 행하였을 것”이라는 요건이 구성요건요소의 일부에 해당한다면 제130조는 위험범이 아니라 침해범에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 그런데 형법의 일반적인 해석론에 의한다면 범죄의 주관적 요소인 고의, 과실이 인정되기 위하

409) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/30

410) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/23

411) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/18

412) BGH, NStZ 2004, 699 참조.

여서는 행위자가 행위 당시에 모든 구성요건요소를 인식하거나 인식할 수 있었어야만 한다. 질서위반행위 처벌규정 역시 처벌규정에 해당하는 이상 이와 같은 일반적인 해석론이 그대로 적용된다. 즉 제130조를 침해범으로 이해한다면 제130조의 구성요건이 충족되기 위하여서는 사업주가 선임감독의무를 이행하지 아니하면서 장래 그로 인하여 특정한 의무위반행위가 행하여질 것이라는 사실을 인식하거나 인식할 수 있었어야만 한다. 하지만 제130조의 취지가 사업체의 하위구성원에 의하여 위반행위가 행하여진 경우에도 사업주에게 책임을 물을 수 있도록 하는 데에 있다는 점을 고려한다면 이와 같은 해석론은 적절하지 않다고 보아야 할 것이다. 업무가 고도로 분업화되어 수행되는 경우 사업주가 하위구성원이 행하는 개별적이고 구체적인 행위의 내용을 인식하거나 인식할 수 있는 경우는 거의 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 제130조를 침해범이 아니라 위험범에 해당하는 것으로 볼 때에도 당해 규정을 추상적 위험범으로 볼 것인가 아니면 구체적 위험범으로 볼 것인가는 별도로 검토하여야 한다. 일부 견해는 제130조 제1항의 규정형식에 비추어 볼 때 당해 규정은 추상적 위험범 규정에 해당한다고 주장하지만⁴¹³⁾, 이와는 달리 제130조 규정이 구체적 위험범에 해당하는 것으로 보아야 한다는 주장도 제기된다.⁴¹⁴⁾

제130조 제1항을 구체적 위험범으로 해석하는 견해는 “의무위반행위가 행하여졌을 것”이라는 요건을 구성요건의 해석론으로부터 완전히 분리하는 것은 적절하지 않다는 점을 강조한다. 이 견해는 사업주가 제130조에 의하여 처벌되는 이유는, 그가 무엇이건 간에 그에게 부과된 감독의무를 오히려 이행하지 아니하였기 때문이 아니라, 당해 의무침해행위의 발생을 방지할 수 있는 감독의무를 오히려 이행하지 아니하였기 때문이라고 보아야 한다는 점을 강조한다.⁴¹⁵⁾ 그리고

413) 이러한 견해에 대한 소개는 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/15 이하 참조

414) 이하의 내용은 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/16 이하; Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 30/9 이하 참조.

415) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/17

이와 같이 본다면 제130조의 구성요건에 해당하는 감독의무의 내용도 제한적으로 해석되어야 한다고 주장한다.⁴¹⁶⁾ 이 견해에 의한다면 사업주는 선임감독의무를 올바르게 이행하지 아니함으로써 그에게 부과된 의무가 침해될 위험을 창출하게 된다. 그리고 이러한 위험은 이후 범죄행위나 질서위반행위의 형태로 구체화되게 된다.

제130조 제1항의 질서위반행위 처벌규정을 추상적 위험범으로 볼 것인가 아니면 구체적 위험범으로 볼 것인가의 여부는 특히 주관적 요소의 존부판단과 관련하여 차이를 발생시킬 수 있을 것이다. 후자의 견해에 의한다면 “선임감독의무 위반으로 인하여 의무침해행위가 행하여질 수 있는 위험이 발생하였을 것”이 당해 처벌규정의 구성요건에 해당하는 것으로 보아야 하므로, 제130조가 적용되기 위하여서는 사업주가 자신의 선임감독의무 미이행으로 인하여 이러한 위험이 발생할 수 있음을 인식하였거나 인식할 수 있었음이 입증되어야만 하는 것이다.

2) 선임감독의무의 인정범위

의무위반행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여 필요한 선임감독조치의 구체적 내용이 무엇인가에 관하여는 제130조는 아무런 규정을 마련해 놓고 있지 않다. 다만 제130조 제1항 제2문에서, 감독자의 신중한 선택과 감독자에 대한 적절한 관리감독 역시 사업주가 수행하여야 하는 감독의무의 내용이 된다고 규정하고 있을 뿐이다. 제130조 제1항 제2문이 “감독자의 적절한 선임 ... 역시 (auch)” 사업주가 수행하여야 하는 선임감독의무의 내용에 포함된다고 규정하고 있음을 고려할 때, 사업주가 부담하는 선임감독의무에는 이보다 더 많은 내용이 포함되는 것으로 이해하여야만 할 것이다.

제130조가 사업주가 부담하는 선임감독의무의 구체적인 내용을 규정해 놓지 않은 것은 그 구체적인 내용이 개별 사례에 따라 다를 수 있다고 보았기 때문이다. 사업체의 종류, 크기, 형태, 사용가능한 감독방법, 준수해야 하는 규범의 다양성과 중요성 등이 필요한 감독의무의 내용을 결정하기 위한 판단기준이 된

416) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/17

다.⁴¹⁷⁾ 미국을 중심으로 발전한 이른바 준법프로그램(compliance program) 역시 필요한 감독의무의 내용이 될 수 있다.⁴¹⁸⁾

사업주에게 인정되는 선임감독의무의 내용 내지 인정범위를 체계적으로 설명하기 위하여 독일의 문헌들은 필요성(Erforderlichkeit), 적합성(Geeignetheit), 수인가능성(Zumutbarkeit)의 세 가지 개념을 사용하고 있다.⁴¹⁹⁾ 사업주가 취하여야 하는 조치는 관련 법규가 부과하고 있는 의무의 이행을 확보하기 위하여 필요하고 적합한 것이어야 하고, 나아가 그러한 조치들이 업무집행자의 입장에서 볼 때 수인가능한 것이어야만 한다는 것이다.

어떠한 선임감독조치가 의무위반행위의 발생을 방지하는 데에 필요하고 적합한 것인가의 문제는 개별사례에 따라, 즉 당해 사업체의 운영과정에서 전형적으로 발생할 수 있는 위반행위가 무엇인가에 따라 다르게 판단될 것이다. 독일 법원은 일반적으로 어떠한 선임감독조치가 필요한가를 적극적으로 확인하는 대신, 사업주가 실제로 행한 조치들이 의무위반행위를 방지하는 데에 충분하지 아니하였다 는 형태로 소극적으로 판시하고 있다.⁴²⁰⁾ 독일의 판례에 비추어 볼 때 사업주가 부담하는 선임감독조치의 내용으로는 예컨대 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

- ① 어떠한 내용의 선임감독의무가 인정되는가의 판단은 개별 사례에 따라 달라진다. 일반적으로는 법인 등의 종류, 규모, 운영하는 사업의 유형, 준수하여야 하는 법률의 종류와 중요성, 업무집행을 담당하는 자에 대한 감시 가능성 및 수인가능성, 업무집행자가 전문지식을 보유하고 있는가의 여부 내지 그 범위 등이 중요한 판단요소로 고려된다.⁴²¹⁾

417) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/10

418) 최근 독일에서는 준법프로그램에 관한 문헌이 무수히 나오고 있다. 독일의 최근 판례와 연결시켜서 준법 프로그램이 갖는 의미를 검토한 글로는 예컨대 Christian Pelz/Ingo Theusinger/Thomas Klindt, "Compliance im Spiegel der Rechtsprechung", NJW 2010, 2385 참조.

419) 이러한 개념은 판례에서도 종종 사용된다. 수인가능성에 관하여서는 예컨대 OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1999, 151 참조.

420) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 140/41

421) Lothar Senge, in: Georg Erbs/Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl., 2009, OWiG 130/12 참조.

- ② 선임감독의무에는 적절한 자를 구성원으로 선발하고, 그들에게 합당한 지위를 부여하여야 하는 의무가 포함된다. 사업주는 보다 큰 권한과 의무를 부담하는 지위에서 근무하게 되는 자일수록 보다 더 주의를 기울여서 선정하여야만 한다. 나아가 사업주는 정기적으로 그들이 그러한 직위에서 근무하기에 적절한가를 확인할 의무를 부담한다.⁴²²⁾
- ③ 사업주는 업무집행을 담당하는 구성원 개개인에 대하여, 그들 각자에게 부여된 업무가 무엇이며, 그들이 책임을 부담하는 범위가 어디까지인지를 명확하게 알려줄 의무를 부담한다. 만일 일정한 영역에서 발생하는 업무를 처리할 의무를 부담하는 구성원이 다수인데, 모두 다른 구성원이 당해 업무를 처리할 것이라고 생각하여서 결국 누구도 이를 이행하지 아니하였다면 사업주에게 선임감독의무 위반이 인정될 수 있다.⁴²³⁾
- ④ 사업주는 업무집행자들에 대하여, 그들의 담당 업무와 관련하여 중요한 의미를 지니는 법규에는 무엇이 있으며, 그것이 어떠한 의미를 지니고 있는가를 알려주어야 한다. 특히 안전과 관련된 분야에서는 관련 법규정을 일회성으로 고지하거나 교육하는 것만으로는 감독의무를 충분히 이행한 것으로 볼 수 없으며, 사업주는 관련 법률의 개폐가 있는 경우 추가적으로 관련된 내용을 알려주어야 할 의무를 부담한다.⁴²⁴⁾
- ⑤ 사업주는 스스로 선임감독의무를 충실히 이행하기 곤란하다고 판단하는 경우 적절하고 신뢰할 수 있는 자를 선임감독자로 임명하여야 한다. 사업주는 사전 예고 없이 임의로 표본을 추출하여 업무집행이 적법하게 이루어지고 있는가를 확인할 의무를 부담한다. 이와 같은 선임감독방법이 적절하지 아니한 경우에는 물론 적절한 다른 방법을 사용할 수도 있다.⁴²⁵⁾
- ⑥ 타인에게 감독의무의 이행을 위임하였다고 하여서 사업주가 감독의무로부터 완전히 면제되는 것은 결코 아니다. 사업주는 감독의무를 위임받은 자가

422) Lothar Senge, in: Georg Erbs/Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl., 2009, OWiG 130/13

423) OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1999, 151

424) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 140/55

425) BGH, NSTZ 1986, 34

자신의 업무를 충실히 수행하는가를 감독할 의무를 부담한다.⁴²⁶⁾

- ⑦ 사업주는 피용자들이 법령이 부과하는 의무를 올바르게 준수하지 아니하고 있음을 발견하거나 업무집행이 정상적으로 이루어지고 있지 아니함을 발견하게 된다면 업무집행과정을 이전까지보다 더 엄격하게 감독하여야 한다. 예컨대 고객들로부터 불만사항이 접수되거나, 경험이 없는 피용자가 업무를 처리하게 되거나, 법령준수 여부를 감독할 의무 있는 자가 과중한 업무를 처리하게 되는 등의 사정이 있다면 사업주는 이전과 비교하여 볼 때 보다 더 높은 수준의 감독의무를 이행하여야 한다.⁴²⁷⁾ 업무집행이 정상적으로 이루어지고 있지 아니한가를 판단함에 있어서 판단기준이 되는 것은 위반행위가 몇 건 발생하였는가의 절대적인 수치가 아니라, 사업체의 규모와 활동영역에 비추어 볼 때 위반행위가 어떠한 의미를 지니는가이다. 위반행위가 갖는 의미는 그것이 어떠한 법규범을 침해하는가, 어떠한 영역에서 발생하였는가 등에 따라 다르게 평가될 것이다.⁴²⁸⁾

사업주가 취하여야 하는 선임감독조치는 업무집행자들이 수인가능한 것이어야 한다. 제130조는 수인가능성이라는 개념을 사용하고 있지는 않다. 그러나 제130조 제1항이 2문이 “적절한 선임감독(gehörige Aufsicht)”이라는 개념을 사용하고 있는 것에 비추어 볼 때, 선임감독조치가 그 대상자들에 대하여 수인가능한 것이어야 한다고 보고 있으며, 독일 연방대법원 역시 사업주는 자신의 감독의무를 수인가능한 방법으로 이행하여야 한다고 판시하고 있다.⁴²⁹⁾ 어떠한 선임감독조치가 수인가능한가 내지 수인가능하지 아니한가 역시 구체적인 사안을 고려하여 판단할 수밖에 없다. 일반적으로는 어떠한 조치가 오로지 대상자에게 해악을 주기 위한 의도로 행하여지거나, 대상자의 존엄성을 해하는 경우에는 그것은 수인가능한 범위를 벗어나는 것이라고 말할 수 있을 것이다. 따라서 예컨대 모든 장

426) BayObLG, NJW 2002, 766

427) Lothar Senge, in: Georg Erbs/Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl., 2009, OWiG 130/18

428) OLG Düsseldorf, LSK 2007, 170316

429) BayObLG, NJW 2002, 766; Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/49

소를 비디오로 감시하거나 모든 전화통화를 감청하는 것은 수인가능하지 않다고 보아야 할 것이다.⁴³⁰⁾

다. 업무집행관련성이 인정되는 의무를 침해하는 행위

1) 의무침해행위의 의미

제130조 제1항은 사업주의 감독의무가, “사업주가 사업주라는 지위에 기하여 부담하는 의무로서, 그것을 이행하지 아니하면 과태료와 형벌이 부과되는 의무를 침해하는 행위(Zu widerhandlung gegen Pflichten, die den Inhaber als solchen treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist)”를 방지하기 위하여 필요한 것이어야 한다고 규정하고 있다. 이때 법률이 “위법한 행위(rechtswidrige Tat)”라는 개념 대신 “침해행위(Zu widerhandlung)”이라는 개념을 사용한 것은 직접적으로 의무위반행위를 행하게 되는 자가 신분을 갖추지 못하고 있음을 고려한 것이다. 사업주에게 부과되는 의무는 사업주라는 신분을 보유한 자만이 침해할 수 있는 것인데, 직접적으로 의무위반행위를 하는 자에게는 그러한 신분이 결여되어 있기 때문이다.⁴³¹⁾

제130조가 적용되기 위하여서는 형벌이나 과태료에 의하여 그 이행을 강제하고자 하는 의무를 침해하는 행위(원인행위)가 있는 것으로 족하며, 그로 인하여 원인행위를 행한 행위자 본인에게 형벌이나 과태료가 부과되어야만 하는 것은 아니다. 의무이행을 확보하기 위하여 마련된 처벌규정이 직접 당해 행위자에 대하여 적용될 수는 없을 것이기 때문이다. 의무는 사업주에게 부과된 것이기에 그러한 신분을 갖지 아니한 직접적인 행위자가 의무위반행위를 행하는 것은 불가능한 것이다. 따라서 외부적인 사건의 경과에 비추어 볼 때 원인행위가 범죄행위가 질서위반행위에 해당하는 것으로 평가될 수 있는 것으로 족하다.⁴³²⁾ 다

430) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/50

431) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/5

432) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/21

만 질서위반법 제9조나 형법 제14조에 의하여 행위자에 대하여 당해 처벌규정이 적용되는 경우가 존재할 수 있음은 물론이다.

2) 의무침해행위와 업무집행 관련성 - 제130조가 규정하는 의무의 발생근거는 신분 범죄에 한정되는가?

제130조는 사업주가 감독의무를 올바르게 이행하지 아니하였고, 이로 인하여 범죄행위나 질서위반행위와 같은 의무침해행위가 행하여진 경우에 비로소 적용된다. 이때 범죄행위나 질서위반행위는 사업주의 적절한 감독이 있었다라면 방지될 수 있는 것이었어야만 한다. 그렇다면 당해 범죄행위나 질서위반행위와 업무집행 사이에는 긴밀한 관련성이 존재하여야만 한다고 보는 것이 타당할 것이다. 사업주가 자신에게 부여된 감독의무를 아무리 충실히 이행한다고 하여도 업무집행과 무관하게 발생하는 범죄행위나 질서위반행위를 방지할 수는 없을 것이기 때문이다. 이와 같이 본다면 제130조가 규정하는 사업주에게 부과되는 의무는 일정한 신분자만이 범할 수 있는 신분범죄에 의하여 발생하는 의무에 한정된다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 그러나 다수설은 신분범죄만이 아니라 비신분범죄에 의하여 발생하는 의무도 제130조가 규정하는 사업주에게 부과된 의무에 해당할 수 있다고 본다. 예컨대 사업체의 구성원이 형법상의 과실치사상죄를 범한 경우에도 경우에 따라서는 사업주를 제130조에 의하여 처벌할 수 있다고 보는 것이다. 사업체의 구성원이 공공에 대하여 손해를 발생시킬 수 있는 위험한 물건을 유통시켰고, 이로 인하여 사상의 결과가 발생한 경우가 그 전형적인 예로 들어진다.⁴³³⁾

그러나 제130조가 “사업주에게 사업주라는 지위에 기하여 부과되는(Pflichten, die den Inhaber als solchen treffen)” 의무라는 표현을 쓰고 있음에도 불구하고, 당해 의무에 사회구성원 모두에게 부과되는 의무도 포함되는 것으로 이해하는 것은 부당하다는 비판도 제기된다. 특히 제130조의 규정형식을 제30조와 비교하여 본다면 다수설의 해석론이 적절하지 않다는 점이 명확하게 드러난다고 주장

433) 이에 대한 소개는 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/79

한다. 제30조가 “법인 내지 인적 단체에 대하여, 법인이나 인적 단체라는 지위에 기하여 부과되는 의무(Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung als solche treffen)”라는 표현을 쓰지 않고 단순히 “법인이나 인적 단체에 대하여 부과되는 의무(Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen)”라고 규정하는 것과 비교하여 본다면, 제130조가 규정하는 의무의 범위는 보다 좁게 해석하는 것이 타당하다는 것이다.⁴³⁴⁾ 나아가 질서위반법에 제130조를 둔 것은 다수의 특별법에서 개별적으로 규정하고 있었던 선임감독의무 위반에 대한 처벌규정을 하나로 통합하기 위한 것이며, 형사법을 관통하는 새로운 귀속원칙을 마련하기 위한 것이 아님에도 불구하고 다수설은 이러한 입법취지를 무시하고 있다는 비판도 제기되고 있다.⁴³⁵⁾

다수설에 대한 비판론은 문구에 충실하게 제130조는 사업주를 행위주체로 하는 신분범죄에 의하여 발생하는 의무에 대한 위반이 있는 경우에만 적용되어야 한다고 주장한다.⁴³⁶⁾ 사업체의 구성원이 사업주에게만 부과되는 의무가 아니라 모든 사회구성원에 대하여 부과되는 의무를 위반한 경우, 예컨대 사업체의 구성원이 업무상 과실치사상죄를 범한 경우에는 질서위반법 제130조를 적용할 필요는 없으며, 단지 경우에 따라 사업주를 업무상 과실치사상죄(Nebentäter)로 처벌하는 것으로 족하다고 보는 것이다.

신분범죄 의무발생의 근거가 되는 경우에는 물론 사업주가 당해 신분을 보유하고 있어야만 한다. 하지만 이외의 모든 구성요건표지는 직접 의무위반행위를 행한 행위자가 충족시켜야 한다. 예컨대 신분범죄 구성요건요소로서 고의를 요구하는 경우 실제로 의무위반행위를 행하는 자에게 고의가 인정되어야만 한다. 그에게 고의가 인정되지 아니한다면 경우에 따라 사업주를 간접정범으로 처벌할 수 있을 뿐이다. 의무위반행위는 위법해야 하지만, 실제 의무위반행위를 행하는 자에게 책임이 인정되어야만 하는 것은 아니다. 예컨대 사업주가 타인에게 일정한 행위를 수행할 것을 지시하면서 그러한 행위가 법률위반에 해당할 수 있음을

434) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 113

435) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 114

436) 비판론 및 이외의 절충적인 견해에 대한 소개는 Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 130/80.

충분히 설명해주지 아니한 경우 행위자에게는 금지착오가 인정될 수도 있게 되는데, 이러한 경우에도 제130조가 적용될 수 있는 것이다. 제130조는 “그 위반이 있을 때 형벌 또는 과태료가 부과되는 의무에 대한 침해행위”라고 규정하고 있을 뿐이므로 물론 경우에 따라서는 의무발생의 근거가 되는 범죄가 과실범의 형태로 규정되어 있을 수도 있다.

3) 의무침해행위자는 사업체의 구성원이어야 하는가?

제130조가 적용되기 위하여 요구되는 원인행위로서의 의무위반행위의 주체가 사업체의 구성원으로 한정되는가의 여부도 문제된다. 사업체의 구성원이 그 주체가 될 수 있음은 물론이다. 특히 논의의 대상이 되는 것은 사업체의 구성원이 아닌 자도 제130조의 의무위반행위의 주체가 될 수 있는가의 여부이다. 제130조는 의무위반행위의 주체에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않다. 따라서 사업주에게 부과된 업무를 직접 수행하는 자는 그가 사업체의 구성원에 해당하는가에 상관없이 제130조의 의무위반행위의 주체가 될 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 단지 일시적으로만 업무집행을 위임받은 자는 물론, 그러한 위임을 받지 아니하였어도 당해 사업주를 위하여 활동하는 자는 제130조의 의무위반행위의 주체가 될 수 있다고 본다.⁴³⁷⁾ 다만 제130조를 적용하기 위하여서는 의무위반행위자가 사업주의 감독을 받는 지위에 있어야만 한다. 이와 같이 본다면 제130조가 규정하는 의무위반행위가 존재하는가를 판단함에 있어서는 누가 그러한 행위를 행하였는지가 아니라, 그러한 행위를 행한 자에 대하여 사업주가 선임감독할 수 있는 권한과 의무를 부담하는지가 보다 중요한 의미를 가진다고 보아야 할 것이다.⁴³⁸⁾

의무위반행위자가 사업주로부터 업무집행의 방법 등에 대하여 감독을 받는 위치에 있어야 한다고 하여 사업주와 의무위반행위자 사이에 반드시 상하관계가 존재하여야 하는 것은 아니다. 만일 상하관계가 존재할 때에만 사업주에게 제

437) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/19

438) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/92 이하

130조에 의한 책임을 인정할 수 있다고 한다면 사업주는 대등한 관계에 있는 제3자에게 자신에게 부과된 의무의 이행을 전부 위임함으로써 제130조의 책임으로부터 면제될 수 있을 것이기 때문이다. 사업주가 자신에게 부과된 의무의 이행을 그가 전혀 감독권을 행사할 수 없는 제3자에게 모두 위임하게 된다면, 그러한 위임행위 자체가 이미 제130조가 규정하는 선임감독의무의 위반에 해당한다고 보게 될 것이다.⁴³⁹⁾

3) 행위자는 확정되어야 하는가?

의무위반행위를 행한 행위자가 누구인지가 확인되지 아니하여도 제130조를 적용할 수 있다.⁴⁴⁰⁾ 예컨대 어떠한 작위의무의 미이행이 인정되는데, 업무분담이 적절히 이루어지지 아니하여서 누가 그러한 작위의무를 이행하였어야 하는지가 밝혀지지 않는 경우가 그러한 경우에 해당한다. 다수인의 행위가 결합하여 비로소 사업주에게 부과된 의무를 침해하게 된 경우에도 제130조가 적용될 수 있다고 본다.⁴⁴¹⁾

라. 인과관계

사업주에게 제130조에 의하여 과태료를 부과할 수 있으려면 사업주가 적절한 선임감독을 하였더라면 의무위반행위가 행하여지는 것을 방지할 수 있었거나 또는 의무위반행위가 행하여지는 것이 현저히 곤란하게 되었을 것임이 입증되어야만 한다. 즉 제130조는 선임감독의무 위반으로 인하여 의무위반행위가 행하여져야 한다고 규정하고 있지는 않다. 이것은 제130조의 적용여부는 의무위반행위가 행하여진 이후에 비로소 검토대상이 되는 것이기 때문에 사후적으로 선임감독의무 위반과 의무위반행위 사이에 인과관계가 존재함을 입증하는 것이 곤란함을 고려한 것이다. 일부 견해는 제130조가 이른바 위험증대이론을 채택하여 인과관계의

439) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/19

440) Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009, 130/20

441) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/94

입증의 정도를 완화하고 있는 것이라고 주장하기도 한다.⁴⁴²⁾

법률의 규정형식에 의한다면 제130조를 적용하기 위하여서는 사안이 사업주가 감독의무를 이행하였더라면 위반행위를 방지할 수 있었던 경우에 해당하거나 감독의무를 이행하였더라면 위반행위의 이행이 현저히 곤란해졌을 경우에 해당한다는 점이 입증되어야만 한다. 그러나 후자가 인정되는 경우에 비로소 전자가 인정될 수 있다는 점을 고려한다면, 실제로 제130조를 적용함에 있어 전자의 형태로 인과관계를 입증하는 경우는 거의 존재하지 아니할 것이다.

제130조는 “현저히(wesentlich)”라는 개념을 사용함으로써 선임감독의무를 이행하였더라면 위반행위가 행하여질 위험성이 일정 수준 이상으로 감소하였을 경우에만 사업주에게 질서위반행위가 성립할 수 있도록 규정하고 있다. 어느 경우에 현저한 위험감소가 있다고 볼 것인가는 구체적인 사례를 판단하는 과정에서 확정될 것이지만, 적어도 행위자가 의도적으로 위반행위를 행한 경우에는 설령 선임감독의무가 충실히 이행되었다고 할지라도 그러한 위반행위의 수행이 현저히 곤란하게 되지는 아니하였을 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁴³⁾ 따라서 업무집행자가 의도적으로 의무위반행위를 행한 경우에는 제130조를 적용하기는 곤란할 것이다.

현저한 위험감소가 인정되는가를 판단함에 있어서는 규범의 보호목적 이론이 적용된다. 이것은 제130조의 의무위반행위가 업무집행과 관련된 것이어야 한다고 보는 것의 논리적 귀결에 해당한다. 규범의 보호목적 이론을 적용하게 된다면 설령 선임감독의무의 위반이 있고 의무위반행위가 행하여졌더라도 경우에 따라서는 양자 사이의 인과관계가 부인되는 경우가 발생할 수 있다고 보게 될 것이다. 예컨대 사업주가 적합한 자질을 갖추지 못한 자에 대하여 특정한 업무집행을 위임하였고, 당해인이 업무집행과정에서 의무위반행위를 행한 경우에도, 선임감독의무 위반과 의무위반행위 사이에 인과관계가 인정되기 위하여서는 업무집행자가 적합한 자질을 갖추지 못하였기에 그러한 의무위반행위가 행하여졌음이 입증되어야만 하는 것이다.⁴⁴⁴⁾

442) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/07

443) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/101

마. 주관적 구성요건요소

사업주는 고의로 선임감독의무를 이행하지 아니한 경우만이 아니라, 과실로 이를 이행하지 아니한 경우에도 제130조에 의하여 처벌을 받게 된다. 제130조는 이를 명문으로 규정해 놓고 있다. 이와 관련하여 주목하여야 하는 것은 제130조가 사업주가 적극적인 작위를 통하여 의무를 침해하는 경우보다 부작위로 의무 위반을 방지하지 못한 경우 보다 더 엄격하게 처벌하도록 규정하고 있다는 점이다. 만일 사업주가 의무이행을 위임하지 아니하고 직접 이를 수행한 경우, 그가 과실로 의무를 이행하지 못하였더라면 처벌을 면하게 될 경우가 많을 것이다. 과실범 규정은 단지 예외적인 경우에만 마련되어 있기 때문이다. 그러나 만일 의무이행을 타인에게 위임한 경우에는 사업주는 설령 선임감독의무 위반이 과실에 의한 것인 때에도 제130조에 의하여 책임을 부담하여야만 하는 것이다.⁴⁴⁵⁾

III. 과태료의 산정

의무위반행위가 형사처벌의 대상이 되는 경우에는 백만 유로 이하의 과태료를 부과한다(제130조 제3항 제1문). 그러나 이와 같이 백만 유로 이하의 과태료를 부과하게 되는 것은 형사처벌의 대상인 의무위반행위가 고의에 의하여 행하여진 경우에 한정되며, 만일 과실로 그러한 행위가 행하여진 경우라면 오십만 유로 이하의 과태료를 부과하게 된다(제17조 제2항).

의무위반행위가 질서위반행위인 경우, 사업주에 대하여 제130조에 의하여 과태료를 부과함에 있어서 그 상한액은 당해 의무위반행위에 대하여 부과되는 과태료의 상한액에 의하여 결정된다(제130조 제3항 제2문).

의무위반행위에 대하여 형벌과 과태료를 모두 부과할 수 있도록 되어 있고, 의무위반행위에 대하여 부과될 수 있는 과태료의 상한액이 제130조 제3항 제1문

444) Klaus Rogall, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, 130/102; 질서위반법 제130조의 적용과 규범의 보호목적론 사이의 관계에 대한 보다 나아간 논의는 Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 119 이하 참조

445) Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 117

에 의한 과태료 상한액을 초과하는 경우에는, 의무위반행위에 대하여 부과할 수 있는 상한액이 제130조 제1항에 의하여 부과할 수 있는 과태료의 상한액이 된다(제130조 제3항 제3문).

IV. 제130조 규정의 보충규정성

명문으로 규정되어 있지 않으나 제130조 규정은 이른바 포괄적 구성요건(Auffangtatbestand)에 해당하므로 보충적으로 적용되어야 한다고 보는 것이 일반적이다.⁴⁴⁶⁾ 독일의 법원 역시 제130조를 포괄적 구성요건으로 파악하고 있다. 따라서 의무위반행위가 범죄행위이고 사업주가 당해 범죄행위에 대하여 정범이나 공범으로 처벌되거나, 의무위반행위가 질서위반행위이고 사업주가 질서위반법 제14조에 따라 당해 질서위반행위의 정범(Nebentäter)으로 처벌되는 경우에는 제130조는 적용되지 않으며, 각각 해당 처벌규정이 우선적으로 적용된다. 따라서 예컨대 선임감독의무자가 과실에 의한 질서위반행위의 정범(Nebentäter)으로 처벌된다면 설령 고의로 선임감독의무를 위반하였다고 하여도 제130조의 적용은 배제된다.

446) Klaus Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, 130/108

제5장

프랑스의 법인의 형사 처벌에 관한 법제도

프랑스의 법인의 형사처벌에 관한 법제도

제1절 법인에 대한 형사책임 인정의 입법과정

I. 신형법전 제정이전의 학설과 판례

가. 학 설

1) 법인의 비책임론

1994년 3월 1일의 신형법전에 의해 도입된 법인의 형사책임은 형법개혁 중에서도 가장 획기적인 사건으로 꼽힌다. 이미 구체제에 있어서도 1670년 루이 14세의 형사대칙령에 의해 공동체, 마을, 촌락 등의 집단에 대한 형사상 책임이 인정되었으며, 벌금 및 몰수의 형벌과 특히 시(市)의 경우에 벽이나 울타리를 허무는 것과 같은 응보적인 형벌까지 예정되었다. 그러나 1789년의 프랑스 혁명은 이러한 형태의 형사책임을 폐지하였다.⁴⁴⁷⁾

1994년 신형법전의 제정까지 법인은 단지 민사책임만을 졌으며, 일정한 경우에 징계상의 행정책임을 졌다. 프랑스 대법원이 사용하였던 판시형식을 보면

447) Frédéric Desportes, Responsabilité pénale des personnes morales, JurisClasseur Pénal Code Art. 121-2, 2001, n° 4.

“법률에 규정된 특별한 예외를 제외하고 벌금은 형벌이며, 모든 형벌은 개별적이다. 따라서 형벌은 법인에 대하여는 선고될 수 없으며, 법인은 민사책임만을 진다.”는 것이다.⁴⁴⁸⁾ 이것은 자기 행위에 대하여만 책임을 진다는 행위책임의 원칙에 충실한 모습을 보여주고 있다.

법인의 비책임론에 대한 진전된 주장은 “societas delinquere non potest”(단체는 형사책임을 질 수 없다)라는 법언을 통하여 다음의 네 가지에 근거를 하고 있다. 첫째, 집단은 법률상의 허구로서, 형사책임의 불가결한 조건으로서 개별적 의사능력이 결여되어 있다는 것이다. 둘째, 민법에서 집단에 대한 법률상 인정은 사회적 목적(objet social)이 존재한다는 것을 전제하며, 어떠한 경우에도 범죄의 실행에 있지 않다는 것이다. 셋째, 집단은 형벌의 대상이 될 수 없으며, 형벌은 그 속성상 자연인에 대하여만 적용이 가능하다는 것이다. 넷째, 법인의 형사책임은 집단의 모든 구성원들을 구별함이 없이 처벌하게 됨으로써 형벌의 개별원칙을 침해하게 된다는 것이다.

2) 법인의 책임론

이에 반해 19세기 말부터 20세기에 걸쳐 전술된 주장들은 점점 더 다수를 차지하는 학계의 일부로부터 배척되었다.⁴⁴⁹⁾ 우선, 법률상의 허구라는 주장에 대하여, 이 이론은 이미 민법에서 포기되었으며, 형법에서도 이것을 유지할 이유가 없다는 것이다. 법인은 실제상 법률적 관점에서 고유한 의사를 가질 수 있으며 이것은 집단의 기관을 통하여 표시되는 것으로, 마찬가지로 집단의 기관을 통하여 표시되는 구성원 각자의 개별적 의사와는 구별된다는 것이다. 둘째, 범죄의 실행이 법인의 신고된 목적에 들어가지는 않지만 법인의 활동은 범죄의 실행의 기회를 제공할 수 있으며, 범죄는 법인의 숨겨진 목적을 구성하거나 우연히 생

448) 예를 들어, Cass., 8 mars 1833: DP 1834, I, p.428. ; 2 déc. 1905: S. I, p.558.; 10 janv. 1929: DH 1929, p.164. ; 27 févr. 1968: Bull. crim., n°69.

449) 예를 들어, Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*: 3e éd., n°262 이하 ; Durand et Vitu, *Traité de droit du travail* Dalloz, t. III, n°140; Faivre, *Rev. sc. crim.* 1958, p.547 ; R. et A. Vitu, *Traité de droit criminel*: 1988, t. I, n°605; J. Pradel, *Droit pénal général*: Cujas, 1992, n°487 ; M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*: PUF, 1990, p.108.

길 수 있다는 것이다. 셋째, 형벌과 관련한 반대론은 법인은 권리와 재산(patrimoine)을 보유함으로써 권리를 없애거나 제한하는 형벌 또는 재산권을 침해하는 형벌의 대상이 될 수 있다는 것이다. 넷째, 개별책임(행위책임)의 원칙에 대한 침해 주장은 이 원칙을 통하여 상대화되고 반박되었다. 반대론의 주장은 형벌의 개별원칙에 대한 잘못된 이해에 기인한다는 것이다. 모든 처벌은 무고한 제3자에 대하여도 영향을 줄 수 있는데, 범죄자를 구금하거나 무거운 벌금형을 가하는 것은 가족들로부터 소득을 박탈시킬 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에도 형벌의 개별원칙을 위반하는 것은 아니다. 왜냐하면 처벌은 직접적으로 그 가족 구성원들에 대하여 집행력이 있는 것이 아니기 때문이다. 구성원에 대한 처벌과 구별되는 법인에 대한 처벌은 따라서 어떠한 경우에도 집단책임으로의 회귀에 해당하지 않는다.⁴⁵⁰⁾

이 외에도 다른 주장들이 제기 되었는데, 그것은 법인의 형사책임을 인정하는 것이 형사책임의 부재로 인해 초래된 불공평하면서도 모순된 해결책들을 재정립할 수 있는 유일한 방안이라는 것이다. 실제로 법인의 형사책임이 없음으로 인해 상사기업들의 행위에 대한 모든 형사적 결과의 무게는 경영자에게 이동되는데 이들은 위법사실을 전혀 인식하지 못하며 아무런 개인적 이익을 얻지 않는 경우가 있다. 게다가 실무상 기업은 배임죄에 해당함에도 불구하고 종종 대표자에게 가해진 벌금을 대신 지불한다. 이러한 관행은 어쨌든 진정한 책임의 소재를 밝혀주는 것이다.

그러나 법인의 형사책임을 인정해야 할 필요성은 법이론적인 문제보다도 형사정책적 차원에서 찾을 수 있다. 법인에 대하여 형사제재를 가하는 것은 범죄자를 교정한다는 정상적인 형벌의 목적을 벗어나는 것이라는 비판이 제기될 수 있지만, 실제로 형벌은 단지 유죄의 선고를 받은 자에 대한 교정기능에 국한되지는 않는다. 그것은 예방적 기능도 가지고 있으며 어떠한 처분(법정관리)들은 법인의 일상적 행동에서의 교정을 가져올 수도 있다. 또한 고려해야 할 사항들은 우리시대에 있어서 많은 범죄들, 예를 들어 사기, 횡령, 회사법률 또는 담합금지 규정에 대한 위반 등은 점점 더 법인 또는 회사의 이름으로 자연인에 의해서 범

450) Frédéric Desportes, 전제글, n° 6.

해진다는 것이다. 이 경우 회사의 대표가 지불능력이 없다면, 이 대표자의 형사책임과 아울러 비록 벌금형이지만 법인의 형사책임을 물어야 할 실익이 존재한다. 이처럼 법률적 고려와 범죄현상의 현실고려라는 영향을 받아 오늘날의 프랑스 학계는 법인의 형사책임에 대하여 이를 긍정하게 된 것이다.⁴⁵¹⁾

나. 판례

1) 원칙

앞서 본 바와 같이 1810년 형법전의 침묵 속에서 과거 판례는 “벌금은 형벌이므로 법인인 상사기업을 대상으로 선고될 수 없으며, 법인은 금전을 포함하여 형사책임을 지지 않으며, 민사책임만을 진다.”고 하였다. 이 원칙을 적용하면, 범죄가 외관상 법인에 의해 범해진 경우에도 법인의 경영자가 개인의 자격으로 소추되어, 형사처벌을 받아야 한다.⁴⁵²⁾

2) 예외

대법원은 이러한 원칙에 대한 몇 가지 예외를 인정하였다. 그것이 대법원이 모든 고의와 독립하여 처벌할 수 있는 형식범(infractions matérielles)에 대하여 오랫동안 고용자 또는 대표자에게 가해진 벌금의 납부를 법인에게 부담시킨 점이다. 마찬가지로 대법원은 소유자와 같이 자연인과 집단에 공통되는 법률상 자격에 의해 책임 있는 자를 지정한 규정들에 근거하여 법인의 비책임원칙의 예외를 인정했다. 이처럼 대법원은 일정한 경우에 명시적으로 법인 또는 집단의 형사책임을 예정한 법률의 규정을 확대하였던 것이다.⁴⁵³⁾

451) Bernard Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 2009, 274면.

452) Bernard Bouloc, 전계글, 274면.

453) Bernard Bouloc, 전계글, 275면.

다. 실정법(법률)

예술가단체에 의해 범해진 저작권과 관련된 몇 가지 범죄를 처벌하는 구형법전 제428조 및 동일하게 폐지된 다른 규정을 경우를 제외하고 무엇보다 1945년 명령 및 뒤에 이어진 몇몇의 법률들에 의해서 법인이 합법적으로 소추되고 형사 제재를 받게 되었다.

적과 협력한 언론기업의 처벌에 관한 1945년 5월 5일 명령(ordonnance)은 “운영 또는 행정기관에 의해 전시(戰時)에 시행중인 형사법률을 침해하는 언론, 출판, 정보 또는 광고와 관련된 모든 법률상 또는 사실상 회사, 단체 또는 노조”를 지목하고 있다. 이 가정하에서 법인은 정범 또는 공범의 자격으로 소추될 수 있으며, 법인의 해산 또는 재산에 대한 몰수형에 처해질 수 있었다.⁴⁵⁴⁾ 경제분야에서, 1945년 6월 30일의 명령(1986년 12월 1일 폐지)은 만일 범죄가 자신의 계산으로 범해진 경우에 판사가 한시적 또는 영구적으로 사법상의 법인에 대하여 직업활동의 수행금지를 선고할 수 있도록 하였다.

시행중인 최근의 법률들 중에서 흡연 및 알코올의 억제장치에 관한 1991년 1월 10일의 법률은 경영주 또는 대표자에게 부과된 벌금 및 소송비용의 납부에 대한 법인의 연대책임을 판사가 선고할 수 있도록 하였다. 이것은 실제로는 간접적인 형사책임에 해당한다.⁴⁵⁵⁾

이 외에도 산업재해의 방지에 관한 1976년 12월 6일의 법률 제19조(현행 노동법전 제4741-2조)는 과실치사상을 초래한 노동법전 제4741-1에 열거된 범죄로 대표자 또는 종업원에게 선고된 벌금의 납부를 법인을 포함한 고용주에게 부담하도록 하였다. 동 법률 제20조(노동법전 제4741-11조)는 형법전 제221-6조, 제221-19조 및 제221-20조를 근거로 소추된 자연인에 대하여 법원이 무죄를 선고하는 경우에 기업으로 하여금 정상적 보전 및 근로안전의 조건을 갖추기 위한 모든 조치들을 취할 것을 기업에게 부과하도록 하였다. 이것도 마찬가지로 엄격하게 말하자면 형사책임에 관한 것은 아니다.

경제 및 간접적으로 소비자들에게 중대한 해가 되는 불법담합 및 독과점 폐해에

454) Bernard Bouloc, 전계글, 275-276면.

455) Bernard Bouloc, 전계글, 275-276면.

대처하기 위해 공권력은 다양한 기술들을 내놓았다. 1977년 7월 9일의 법률은 경제부장관이 특별한 사유가 있는 경우에 제50조에 규정된 금지행위(담합행위, 협약, 사전모의 등등)를 위반한 모든 기업 또는 법인에 대하여 금전적 제재(세금을 제외하고 매출액의 최고 5%까지)를 가할 수 있도록 하였다. 가격 및 경쟁에 관한 1986년 12월 1일의 법률은 마찬가지로 시장접근 또는 자유경쟁을 제한하는 여러 형태의 담합행위와 독과점행위를 금지하였다. 만일 이러한 행위들이 정당화되지 않으면 공정거래위원회로부터 기업 또는 위반자에 대하여 매출액의 최고 5%까지 그리고 위반자가 기업이 아닌 경우에는 최고 천만 프랑의 금전적 제재를 받게 된다. 이와 같은 금전적 제재는 분명 형사법원에 의해 선고되는 것은 아니라 파리 고등법원 및 대법원 상사(商事)부의 통제 하에 독립된 행정기관에 의해 선고되는 것이다. 법인 그 자체의 행위는 담합행위에 관한 규칙을 위반한 사유로 개별적으로 비난 받으며, 공정거래위원회에 심사를 받게 되는 것이다.⁴⁵⁶⁾

이 밖에도 입법자들은 이 경우에 형사판사가 법인에 대하여 처벌을 하도록 구상하였으나 동일한 행위에 대하여 행정적 제재를 가하고 동시에 벌금형으로 처벌하는 것은 적절하지 않아 계획을 포기하였다. 이 분야에서 공정거래위원회가 선고한 제재는 본질적으로 형사적인 성격을 가지고 있기 때문이다.

II. 입법상의 쟁점

가. 경과과정

법인의 형사책임을 인정하는 것이 학계의 대세였지만 일부의 학자들은 여전히 회의적이었다. 그러나 인정론의 도약은 거스를 수 없게 되었으며, 1934 Matter 교수의 형법안과 많은 국제회의, 1978 및 1983년 형법초안(avant-projets)에 의해 확인되었다. 더욱이 1981년과 1988년 기업범죄에 관한 유럽평의회 각료회의 권고안 12 및 18의 대상이 되기도 하였는데, 이 권고안에는 회원국들로 하여금 “만일 범죄의 성격, 기업과실의 중대성, 사회에 미친 결과 및 다른 범죄에 대한 예방의 필요성 등이 요구하는 경우 기업의 책임과 처벌을 적용할 것”을 권고하였다.⁴⁵⁷⁾

456) Bernard Bouloc, 전계글, 277면.

게다가 미국, 캐나다, 영국, 네덜란드는 비록 해결방안이 판례에 기인한 것이기는 하지만 오래전부터 법인에 대하여 형사적 처벌의 가능성을 인정하여 왔다.

법인의 형사책임의 인정을 위한 이론적 주장을 벗어나서 1986년 제출된 형법안의 이유서는 본질적으로 실무상의 이유가 개혁의 주체들에게 이러한 책임제도를 도입하도록 이끌었음을 보여준다. 우선 범죄학의 실상으로부터 결론을 끌어내는 것으로, 이유서가 잘 보여주고 있다. “법인에 대한 현재의 면책은 법인이 보유하고 있는 수단들의 영향에 의해 종종 공중보건, 환경, 경제 또는 기업법률에 대한 중대한 침해의 원인이 된다는 점에서 매우 충격적이다. 더욱이 범죄의 원인이 되는 결정은 기업기관 그 자체에 의해 내려진 것이다. 따라서 일정한 경우에 금전적 형벌 또는 적정한 권리의 박탈을 통하여 법인의 책임을 문제삼는 것이 타당하다.”

입법자들은 형평성의 문제도 고려를 하였다. 개혁을 통해 추구된 두 번째 목표는 “누구도 자신의 행위에 대하여만 형사상 책임을 진다”(형법 제121-1조)는 행위책임원칙의 준수를 더욱 보장하기 위하여 기업경영자들의 개별책임의 정확한 한계를 설정하자는 것이다. 형법안의 이유서는 이 점에서 분명하다. 이를 보면, 법인의 형사책임제도를 통하여 “현재 사실상 종종 그 존재자체를 모르는 범죄들에 대하여 경영자에게 가해지고 있는 형사상 책임추정이 사라질 것이다.”라는 것이다. 이것은 입법자들의 의도를 잘 보여주는 대목이다. 이처럼 개혁은 사회의 기본적 가치에 어떠한 침해가 되지 않으면서도 형법의 틀 안에서 일종의 행정형벌을 구성하는 기술적 규칙들을 위반하는 일정한 범죄들에 좀 더 적합한 처벌을 가능하도록 하기 위한 것이다.

형법전의 시행시기에 법인의 형사책임이 헌법에 부합하는지의 문제는 헌법재판소에 회부되지 않았으므로 결론이 나지 않았으나⁴⁵⁸⁾, 그러한 책임이 앞서 언급한 이유로 형벌의 개별성 원칙을 침해하는 것이 아닌지 또는 일정한 법인은 형법전 제121-2조의 적용범위에서 제외됨으로써 평등성의 원칙을 침해하는 것이 아닌지에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 그러나 형법전의 시행 이전 또는 이후

457) Frédéric Desportes, 전계글, n° 8.

458) 프랑스는 법률의 시행이전 단계에서 헌법재판소의 위헌법률심사를 받는 형태를 취하고 있다.

의 헌법재판소의 결정을 보면, 법인의 형사책임은 어떠한 상위원칙과 충돌하지 않는다는 것이다. 예를 들어 1982년 7월 30일의 결정에서, 헌법재판소는 헌법상의 어떠한 원칙도 벌금이 법인에 대하여 가해지는 것에 대치되지 않는다고 하였으며, 마찬가지로 1998년 5월 5일의 결정⁴⁵⁹⁾에서도 입법자들이 추구한 목표는 자연인뿐만 아니라 법인에도 적용될 수 있는 형사제재의 체계를 정당화할 수 있다고 보았다.⁴⁶⁰⁾

나. 법인의 형사책임규정

1789년 최종초안에서는 “상사적, 산업적 또는 금융적 성격의 활동을 가지는 집단의 형사책임”(제37조)로 규정하여 회사, 이익집단 등과 같이 대부분이 법인이 여기에 포함되었다. 그러나 이 경우에도 법인의 형사책임은 범죄가 “그의 기관이 법인의 이름으로 집단적 이익을 위하여 결의된 의사(volonté délibérée)에 의해 범해진” 경우에만 물을 수 있도록 하였다.

1983년의 초안에는 법인의 성격을 불문하고 법인의 형사책임을 물을 것을 제안하였다(제30조). 그러나 이 경우에도 법률에 규정된 경우로 대상범죄를 한정하였다.

1986년의 개정안은 형법 제121-2조에 공적단체 및 그 결합체를 제외하고 법률에 규정된 경우에 한하여, 자신의 계산으로, 법인의 기관 또는 대표자에 의해 실현된 범죄에 대하여 형법전 제121-4조부터 제121-7조의 구별(정범, 교사범, 공범)에 따른 법인의 형사책임을 예정하였다. 다양한 개정안이 하원과 상원에서 채택되었으나, 비례동수위원회에서는 국가를 제외하고 지방자치단체와 그 결합체에 대하여 공역무위탁계약의 대상이 될 수 있는 경우에만 법인의 형사책임을 물을 것을 제안하였으며, 이 법률안이 최종적으로 채택되었다.

1994년 개정된 신형법전은 법인의 형사책임과 관련하여 제121-2조⁴⁶¹⁾에서 다

459) D.C. 5 mai 1998, Journal officiel du 12 mai 1998, 7092면.

460) Frédéric Desportes, 전계글, n° 13-14.

461) Article 121-2

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.
Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables

음과 같이 규정하였다.

- ① 국가를 제외한 법인은 제121-4조부터 제121-7조까지의 구별에 따라 그리고 법령에 규정된 경우에 자신의 계산으로 자신의 기관 또는 대표자에 의해 범해진 범죄에 대하여 형사상 책임을 진다.
- ② 지방자치단체 및 그 연합체는 사인에 대하여 공역무위탁계약의 대상이 될 수 있는 활동의 수행 중에 발생한 범죄에 대하여만 형사상 책임을 진다.
- ③ 법인의 형사책임은 동일한 사안에 대하여 정범 또는 공범인 자연인의 형사책임을 배제하지 아니한다.

제2절 법인에 대한 형사책임의 구조

I. 법인의 범위

가 공법상의 법인

형법전 제121-2조는 “법인은 제121-4조부터 제121-7조까지의 구별에 따라 (...) 자신의 기관 또는 대표자에 의하여 자신의 계산으로 범해진 범죄에 대하여 형사상 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정으로부터 법인은 기수범 또는 미수범으로 처벌될 수 있으며 법인은 범죄의 정범이 되거나 방조 또는 교사에 의한 중범이 될 수 있음을 알 수 있다. 즉, 법인은 자연인과 동일하게 취급된다. 반면에 법률은 세 가지를 명시하고 있다. 우선 제121-2조의 적용을 받는 법인의 결정이며, 법인의 책임을 물을 수 있는 행위들이며, 마지막으로 법인의 형사책임을 물을 수 있는 분야들이다.⁴⁶²⁾

책임을 지는 법인을 결정하는 것은 형법개정위원회에서만 아니라 의회에서

pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

462) Bernard Bouloc, 전계글, 279면.

도 주요논의의 대상이었다. 상업, 산업 또는 금융목적에 갖는 법인의 형사책임 원칙은 일부 의원들이 법인에 대한 형사책임 자체에 대해 반대하였지만 신속히 인정을 받게 되었다. 반면에 논쟁은 우선 사법상의 비영리법인(단체, 정당, 정치 집단, 노조 등)과 다른 한편으로는 공법상의 법인(자치단체, 영조물법인 등)과 관련하여 격렬하게 전개되었다.

결론적으로 다른 사정들보다 평등의 원칙에 따라 의회는 법인의 형사책임을 좀 더 넓게 받아 들였다. 제121-2조는 공법상 또는 사법상, 영리 또는 비영리, 프랑스 또는 외국을 불문하고 모든 법인에 대하여 적용되게 되었다. 이 원칙은 그러나 몇 가지 예외와 한계를 가지고 있다.⁴⁶³⁾

첫째, 형법 제121-2조는 법인의 형사책임을 긍정하면서도 국가를 제외시키고 있다. 국가는 집합적이든 개별적이든 일반이익의 보호를 보장하고, 범죄자에 대한 소추와 처벌을 임무를 맡고 있기 때문이다. 즉, 국가형벌권을 실행하는 역할이 국가에 맡겨져 있으며, 형벌권을 독점하고 있기 때문에 법률적이든 정치적이든 스스로 처벌을 받는다는 것은 적절하지 않다는 것이다. 게다가 일부는 국가에 대하여 형사책임을 묻게 되는 경우 행정활동 전체가 형사법원의 통제하에 놓이게 되며, 결국에 권력분립의 원칙이 훼손될 수 있다는 점을 논거로 들었다.⁴⁶⁴⁾

둘째, 형법전의 일반규정에 관한 법률안은 자치단체의 형사책임을 예정하지 않았다. 정부는 이것을 고려하고 있었으며, 국사원(Conseil d'Etat)에서 제기된 반대의 이유로 결론적으로 포기하였다. 국사원은 공법상의 법인은 “성질상 그리고 공권력의 소지자라는 면에서 거기에 부착된 특권을 가지고 있으며”, “형사법원의 통제하에 두는 것은 권력분립의 원칙에 대한 특히 심각한 침해를 수반하게 된다.”고 판단하였었다.⁴⁶⁵⁾ 의회는 국사원의 반대를 무시하지 않으면서도 법률안의 평등성원칙을 주장하려는 의지가 있었다. 따라서 “공역무위탁계약의 대상이 될 수 있는 활동의 수행에서 범해진 범죄”로 한정하여 자치단체 및 그 결합체에 대한 형사책임을 도입하게 되었다. 입법자들은 자치단체는 사적영역에 속하는 활동을 직접 수행하는 경우에 사법상의 법인과 동일한 책임을 져야 하며,

463) Frédéric Desportes, 전계글, n° 21.

464) Frédéric Desportes, 전계글, n° 24.

465) Frédéric Desportes, 전계글, n° 26.

반면에 고유한 활동의 수행에 있어서 일종의 형사면책권을 가져야 한다는 의견을 가지고 있었다.⁴⁶⁶⁾ 따라서 의회에 의해 도입된 규정은 부당한 차별행위를 피하는 것이 목적이었다.

자치단체 및 그 연합체(광역도, 도, 코뮌)는 공역무(service public)의 위탁계약의 대상이 될 수 있는 즉, 다른 인격에 의해 행해질 수 있는 활동의 수행과정에서 범해진 범죄들에 대하여 책임을 물을 수 있다. 규정 자체는 단순하지만 구체적 적용은 공역무의 위탁에 대한 법적 정의가 부재하여 그 개념을 행정법에서 차용해야 한다는 점에서 그렇게 단순하지 않다. 형사판사의 관점에서 본질적 질문은 공역무의 위탁이 무엇인지가 아니라 ‘위탁될 수 있는 활동’이 무엇인지를 결정하는 것이다. 예를 들어 자치단체의 형사책임을 물을 수 있는지를 결정하기 위해서는 판사는 단지 당해 역무의 집행을 위하여 위탁이 가능한지를 따져보기만 하면 된다.⁴⁶⁷⁾ 공역무의 위탁은 오래전부터 자치단체에 의해 이뤄지던 관리방식을 지칭한다. 그러나 학설에서 출발한 용어는 1992년 2월 6일의 공화국 자치행정에 관한 법률과 1993년 1월 29일의 비리방지 및 경제생활 및 공공질차에 관한 법률을 통해서 비로소 채택이 되었다. 1993년 위 법률에 관한 국사원의 의견에 따르면, 공역무의 위탁은 공역무를 담당하는 공인(personne publique)이, 그 선택여부가 자신에게 달려 있는 타인에게 맡기는 경우를 상정한다. 이 법률은 적용대상에 공역무가 역무의 구성을 맡고 있는 기관에 의해 그 집행의 임무를 맡게 될 자에게 위탁되는 경우를 포함하고 있다. 위탁은 특허계약(concession), 직접경영(régie intéressée), 관리위탁(affermage), 업무집행(gérance) 등 다양한 행정계약의 형태로 나타난다.⁴⁶⁸⁾

입법자들이 위탁가능에 대한 기준을 제시하지 않았지만, 법률에 의해 추구된 목표를 고려하건데 공권력의 특권수행(l'exercice de prérogatives de puissance publique)로부터 기준을 제시할 수 있을 것이다. 이러한 특권의 수행을 전제로 하는 활동의 과정에서 범해진 범죄들은 사법상의 법인에 위탁될 수 없기 때문이다. 반대로 그러한 특권을 포함하지 않는 활동의 수행 중에 범해진 범죄들에 대

466) Frédéric Desportes, 전계글, n° 27.

467) Frédéric Desportes, 전계글, n° 28.

468) Frédéric Desportes, 전계글, n° 30.

하여는 자치단체의 형사책임을 물을 수 있을 것이다.⁴⁶⁹⁾ 이 기준이 진실의 상당 부분을 감추고 있음에도 불구하고 실정법의 결론들을 고려할 수 있을 지가 의문시 되고 있다. 1986년 10월 7일의 의견에서 국사원이 지적한 바와 같이, 그것은 작동이 공권력의 특권수행을 내포하지 않으면서도 그것의 성질과 입법자들의 의지를 이유로 위탁될 수 없는 공역무들이 해당된다.⁴⁷⁰⁾

그런데 1993년 5월 14일의 적용에 관한 행정지침과 질의답변은 위탁될 수 있는 많은 수의 관리들을 직접 언급하고 있다. 여기에는 대중교통, 학교급식, 가정쓰레기 수거, 상수도공급, 폐수의 종말 및 처리, 공원주차, 견인 및 시장에서의 노점상 관리, 회의 또는 전시개최 등등이다. 예를 들어, 기초자치단체가 대중교통의 역무를 제공하고 있을 때, 법인의 형사책임은 위임회사가 책임을 지는 것과 마찬가지로 이 활동의 수행 중에 범해진 범죄에 대하여 책임을 물을 수 있다.⁴⁷¹⁾

셋째, 공역무위탁계약의 유보아래 모든 다른 공법상의 법인은 모든 영역에서 형사책임을 진다. 그러나 이들의 형사책임은 일정한 형벌의 경우 형법전 제 131-39조 마지막 항에 따라 적용될 수 없다는 점에서 간접적으로 완화되어 있다. 해산 및 법적감시 조치는 공법상의 법인에 대하여는 헌법상의 이유로 인해 선고될 수 없다. 따라서 여기에 해당하는 법인에는 어떤 것들이 있는지 확정할 필요가 있다. 일단 영조물법인과 공익단체들은 이 범주에 속한다. 그러나 준국영회사, 공기업, 직업협회와 같은 혼합법상의 법인에 대하여는 정리할 필요가 있는데, 대법원은 이미 스키장건설 허가를 받은 준국영회사와 SNCF의 형사책임을 문제 삼은 사건들에 대한 판결을 한 바가 있다.⁴⁷²⁾

나. 사법상의 법인

사법상의 법인에 대하여는 영리의 추구여부를 불문하고 모두 법인의 형사책임을 물을 수 있다. 이로부터 관련 이익을 불문하고 단체, 노조, 상사회사, 물적회

469) Frédéric Desportes, 전계글, n° 33.

470) 위탁이 가능한 영역과 불가능한 영역 및 그 기준 등에 대하여는 Frédéric Desportes, 전계글, n° 35-46 참조.

471) Frédéric Desportes, 전계글, n° 35.

472) Frédéric Desportes, 전계글, n° 48.

사들은 법률의 적용범위에 들어간다. 사람들의 집합은 법인격을 갖지만 회사단체는 그러하지 않다. 게다가 해산 중의 경우와 설립 중에 있는 법인의 형사책임을 묻는 것은 어렵다. 회사의 병합 또는 흡수의 경우 흡수를 하는 회사는 흡수되는 회사의 행위에 대하여 책임이 있다고 할 수 없다.⁴⁷³⁾

형법전 제121-2조는 국내법인과 외국법인을 구별하고 있지 않기 때문에 외국법인도 당연히 형사책임을 지는 것은 당연하다. 형법전에 의해 확인된 형법상의 속지주의에 의해 프랑스 영토내에서 범죄를 범한 외국의 법인은 범해진 행위에 대하여 형사상 책임이 있다고 선고될 수 있으며, 외국에서 범해진 경우에도 형법전 제113-1조 이하에서 규정된 경우 및 요건하에서 형사책임을 물을 수 있다. 외국에서 범해진 범죄와 관련하여 우선 법인의 국적이 문제될 수 있는데 이것은 민법, 상법 및 형법의 원칙들에 대한 적용을 통하여 결정될 수 있다.⁴⁷⁴⁾ 상호적으로 외국에서 범죄를 범한 프랑스 회사는 프랑스에서 소추될 수 있다. 중죄는 언제든지 처벌이 가능하지만 경죄의 경우 프랑스와 외국에서 동시에 처벌되는 경우에만 소추가 가능하므로, 프랑스 회사는 범죄지에서 법인을 처벌하는 규정이 없으면 합법적으로 소추될 수 없다. 이 경우 외국법이 법인에 대하여 형사처벌을 하지 않는다는 사실의 입증책임은 피고인측에 있으며, 검사는 범죄사실에 대한 증거만을 제출하면 된다. 이에 대하여는 반대하는 의견도 있다.⁴⁷⁵⁾ 또한 관련국에 존재할 수 있는 초형법적 성질의 일정한 행정상 책임을 법인의 형사책임에 준용하자는 주장도 있다.⁴⁷⁶⁾ 외국법인의 책임을 인정하더라도 프랑스 영토 내에 지속적인 시설이 없는 상태에서 소추 및 형벌의 집행이라는 예민한 문제를 제기한다. 그러나 이러한 실무상의 문제는 형의 선고를 받은 법인의 경우를 명시한 형사처벌의 집행에 관한 유럽공동체 협약에 1991년 11월 13일 프랑스가 서명함으로써 어느 정도 해소되었다.

473) Bernard Bouloc, 전계글, 280면.

474) 회사법은 프랑스법의 규율을 받는 회사에 국한된다. : Crim. 3 juin 2004, Bull. crim, n° 152.

475) Delmas-Marty, *Les personnes morales étrangères et françaises*, Rev. Sociétés, 1993, 225면 et 259면.

476) Frédéric Desportes, 전계글, n° 58.

II. 형사책임의 요건

가. 개 관

법인의 형사책임은 간접적 성격을 가진다. 자연인에 있어서 객관적 행위(작위 또는 부작위)와 관련하여 요구되는 주관적 구성요건이 충족되는 경우에만 형사 책임을 물을 수 있다면, 법인에 있어서는 이 기준은 법인이 자연인을 매개로 하여 행위를 하며 자연인의 의무불이행을 원인으로 부작위를 하게 되므로 유지될 수 없다. 이러한 문제를 해결하기 위해 형법전 제121-2조는 법인은 본인의 계산으로 자신의 기관 또는 대표자에 의해 범해진 범죄에 대하여 책임이 있다고 명시하고 있다. 법인의 형사책임은 공범의 책임 및 대리인의 행위에 대한 본인의 책임과 구별된다. 법인의 형사책임은 ‘대표에 의한 행위책임’(responsabilité du fait personnel par représentation)이라고 할 수 있다.⁴⁷⁷⁾

법인은 실체가 없는 법률상의 존재이므로 스스로는 범죄를 범할 수 없다. 형법전 제121-2조는 법인이 범죄를 범할 수 있다는 것을 인정하는 것이 아니며, 자연인에 의해 범해진 범죄가 법인에게 귀책될 수 있는 조건들을 규정할 뿐이다. 따라서 법인에 대하여서가 아니라 자연인인 기관 또는 대표에 대하여 범죄의 성립요건이 갖춰질 것을 요한다. 형사법원은 법인이 위법한 결과발생을 원했는지 또는 법인이 과실을 범했는지를 찾지 않는다. 법인의 형사책임은 따라서 간접적 또는 반사적이라고 할 수 있다.⁴⁷⁸⁾

형법전 제121-1조가 규정하는 기본적 원칙인 형사책임의 개별적 성격(행위책임의 원칙)은 자연인과 마찬가지로 법인에도 동일하게 적용된다. 이 원칙을 준수하기 위해 입법자들은 형법전 제121-2조에서 법인의 “기관 또는 대표자”만이 법인의 형사책임을 이룰 수 있다고 규정하고 있다. 이 자연인들은 법인의 의사를 표출함으로써 법인에 생명을 넣어주며, 따라서 법인에게 있어 형사책임은 이 자연인들의 행위 또는 부작위로부터 기인하는 것으로 타인의 행위에 대한 책임은 아니다.⁴⁷⁹⁾

477) Frédéric Desportes, 전계글, n° 105.

478) Frédéric Desportes, 전계글, n° 106.

나. 기관 또는 대표에 의해 범해질 것

법률상 기관의 개념은 단체계약에 관한 1901년 7월 1일의 법률 제5조의 표현을 빌리자면 개별적으로 또는 집단적으로 법률 또는 법인의 정관에 의해 법인의 이름으로 행위하고 행정 또는 지휘하는 권한을 부여받은 모든 사람을 지칭한다. 자치단체의 기관은 자치법전(Code général des collectivités territoriales)에 의해 시장, 시의회, 시의장, 지역의회의장, 구의회 등등이다. 노조 및 단체에 있어서는 위원장, 사무실, 총회 등이다. 상사회사에 관하여는 상사법전이 해결책을 제시하고 있다. 합명회사, 유한회사(SARL)에서 기관은 지배인(gérant)이다. 주식회사에 있어서는 이사회가 있는 경우 기관의 자격은 이사회, 의장 및 대표이사에게 인정돼야 한다. 또한 주주총회는 회사의 기관으로 간주된다.⁴⁸⁰⁾

‘대표자’라는 용어는 1986년 법무부장관인 Robert Bandinter가 제출한 법안에 처음 등장한다. 대부분의 경우 법인의 기관은 법률상 법인을 대표하는 대표기관임에 틀림이 없다. 반면에 대표자의 개념을 법률상 대표로 축소하는 것은 타당하지 않다. 따라서 법률상의 기관에 해당하지 않으면서 법인의 대표자에 무엇이 있는지를 확정해야 한다. 우선 법률에 의해 기업의 경영을 맡고 있는 자는 법인의 대표자로 간주될 수 있다. 예를 들어 언론자유에 관한 1881년 7월 29일 법률 제6조에 근거한 언론사의 편집장이 여기에 해당한다. 다음으로 임시관리인과 같이 특수한 상황에서 사법상의 결정으로 법인을 대표할 임무를 받은 모든 자도 대표자로 봐야 한다. 명시적으로 사실상의 경영자를 규정하고 있지 않지만, 이 경우에도 법인의 형사책임을 물을 수 있을 것으로 보인다.

대표자의 자격은 기관의 권한을 위임받은 자에게도 인정된다. 프랑스 판례에 의하면 권한의 위임은 기업의 경영자가 봉급자에게 기업의 특정분야에서 법령상의 준수사항의 이행여부를 감시하는 역할을 부여하는 행위로 이해된다. 그러나 위임이 적법하기 위해서는 특별하고, 권한을 받은 자가 동의를 해야 하며, 부여된 임무의 수행에 필요한 권한과 수단을 가지고 있어야 한다. 적법한 위임은 그 결과로 피위임자에게 형사책임을 이전시키는 효과를 가져 오며, 따라서 위임과

479) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, 7e éd. 1997, t. I, n°645.

480) Frédéric Desportes, 전제글, n° 116.

관련된 분야에서 범죄가 범해진 경우에 위임자의 가담행위가 없음을 전제로 위임자의 형사책임을 면제시키게 된다. 그런데 이러한 경우에 피위임자가 법인의 기관으로 간주되며 궁극적으로 법인의 형사책임을 물을 수 있는지가 문제된다.

입법자들은 대표자에 봉급자 또는 대리인(préposé)을 포함시키는 것을 원하지 않았으며, 특별한 권한 또는 위임의 권한을 부여 받은 자에 대하여도 마찬가지였다. 이것은 미국법 또는 네덜란드법이 단순한 종업원의 행위에 대해 법인의 형사책임을 허용하는 것과 매우 다르다. 예를 들어 공장 또는 생산부서의 지배인은 법인의 대표권한을 부여받음이 없었던 경우에 봉급자 또는 대리인(préposé)으로 남아있으므로 법인의 형사책임을 문제되지 않는다.

그러나 대법원은 초기에 불명확한 입장을 취하다가 Sata⁴⁸¹⁾와 Cécométal⁴⁸²⁾ 판결에서 명시적으로 피위임자를 대표자로 간주하였다. Cécométal 사건에서 대법원은 “보건과 안전분야에서 권한의 위임을 받은 회사의 종업원은 형법전 제 121-2조상 법인의 대표자이다. 따라서 위임에 의거하여 준수하도록 해야 할 규칙을 위반함으로써 생명 또는 신체의 완전성에 대한 침해를 발생시킨 경우에 법인의 형사책임을 물을 수 있다.”고 판시하였다. 위임에 의해서 법인의 형사책임이 면제되지 않는다는 것은 중요한 의미를 담고 있다. 만일 반대의 결론의 경우에 실무상 넓게 이용되고 있는 권한의 위임은 형사소추로부터 법인의 형사책임을 벗어나게 함으로써 법인의 형사책임을 도입한 입법목적을 달성할 수 없게 만든다.

이러한 결론은 형사책임을 확장하는 효과를 가져 온다. 예를 들어 대법원은 참여하는 여러 기업들로부터 위임을 받은 건설현장의 소장은 근로사고의 피해자인 종업원이 속한 다른 회사의 대표자라는 판시를 하였다.⁴⁸³⁾ 즉, 다른 기업에 속하는 자연인의 권한을 위임받은 자는 자신이 속하지 않은 회사의 형사책임을 불러올 수 있다는 것이다. 법인의 형사책임 유무를 판단하기 위해서는 기관 또는 대표자의 행위가 특정돼야 한다. 단순히 결과발생만으로 법인에게 직접 책임을 귀책시킬 수 없으며, 판사는 법인의 기관 또는 대표자에 의해 범해진 고의

481) Cass. crim., 9 nov. 1999, Bull. crim., n° 252.

482) Cass. crim., 30 mai 2000, Bull. crim., n° 206.

483) Cass. crim., 14 déc. 1999, Bull. crim., n° 306.

또는 과실을 명시해야 할 의무가 있다.⁴⁸⁴⁾

범죄가 법인의 계산으로 기관 또는 대표자에 의해 범해진 것이 입증되면, 법인의 형사책임은 기관 또는 대표자가 실질적으로 소추되거나 유죄를 선고받지 않더라도 인정된다. 따라서 기관 또는 대표자가 형사처벌을 받음이 없이 법인이 단독으로 처벌을 받는 경우를 볼 수 있다. 형법전 제121-2조는 이중책임을 규정하고 있지 않기 때문이다. 마찬가지로 법인을 처벌하기 위하여 기관 또는 대표자인 자연인을 반드시 특정해야 하는 것도 아니다. 1998년 대법원 연례보고서에 “판사는 모든 요소에서 기관 또는 대표자에 의해 범죄가 범해졌다는 확신을 얻을 수 있으면 충분하다.”⁴⁸⁵⁾고 분명하게 밝히고 있다. 이러한 입장은 유럽평의회(Conseil de l'Europe)가 1988년 10월 20일 권고안 R. 88-18에서 “기업의 책임은 범죄를 구성하는 행위 또는 부작위를 범한 자연인의 신원확인 없이도 물을 수 있어야 한다.”는 것과 부합되는 것이다.⁴⁸⁶⁾

다. 법인의 계산으로 행해질 것

형법전 제121-2조에 따르면 법인의 기관 또는 대표자가 ‘법인의 계산’(pour leur compte)으로 행위한 경우에만 법인의 형사책임을 물을 수 있다. 즉, 행위가 경영자 또는 다른 사람의 계산으로 행해진 경우 법인의 책임을 물을 수 없다는 뜻이다. 이것은 법인의 이해관계 또는 영리를 위해 실현된 사실을 의미한다. 예를 들어 파산의 경우, 회사의 자금을 횡령한 경영자는 피해자인 법인의 형사책임을 이끌지는 못한다. 그러나 이익을 얻게 되는 다른 회사의 기관 또는 대표자의 지시에 의하여 행위를 하였다면 이 회사의 형사책임을 물을 수 있다. ‘자신(법인)의 계산’이라는 문구는 1978년 개정초안에서 “법인의 이름으로” 및 “법인의 집단이익으로”라는 표현보다는 완화된 것이다. 이러한 조건은 법인의 입장에서 형사책임의 개별원칙을 준수할 것을 보장하는 장치이기도 하다.

484) Bernard Bouloc, 전계글, 281면.

485) Rapp. C. cass. 1998, 303면.

486) Frédéric Desportes, 전계글, n° 157.

라. 구체적인 판결사례

공사현장에서 발생한 추락사망사고와 관련하여 대법원이 회사의 법인책임을 인정한 구체적인 판결문의 전문을 소개한다.

프랑스 국민의 이름으로 프랑스 공화국

Mazzotti 회사가 근로와 관련한 과실치사로 350,000프랑의 벌금과 판결문의 공고명령 및 민사이익에 대하여 선고한 1997년 1월 6일 파리 고등법원 제11부의 판결에 대해 제기한 상고를 기각한다.

대법원이

상고이유서를 보건대,

상고이유는 형법전 제111-4조, 제121-2조, 제121-3조 및 제221-6조, 노동법전 제263-2조, 형사소송법전 제593조를 위반함으로써 이유가 없으며, 법률상 근거가 없다는 것으로,

“Mazzotti 회사에 대하여 근로의 보건과 안전분야의 규칙을 준수하지 않음에 의한 과실치사의 유죄를 선고한 원심판결은

“난간주변에 직접 설치된 집단보호가 Sepia 회사가 개입할 당시, 즉각 이 회사가 설치하기로 한 것으로 대체되도록 공사장을 조직하는 것은 Mazzotti 회사에 속한다는 것. 제공된 진술 및 서류의 내용으로부터 이 목적을 위해 Mazzotti 회사가 어떠한 조치도 취해지지 않았음을 알 수 있다는 것. 공사장을 조직하는데 있어 이러한 과실은 Y씨의 증언이 입증하는 바와 같이 X씨가 널빤지를 밑으로 내려 보기 위해 사용하려고 했던 권양기의 줄을 잡으려다 균형을 잃어 공중으로 추락하고 사망하였다는 것 등을 그 이유로 들고 있다.”

“그러나 한편으로 형법 제121-2조에 의하면, 법인의 형사책임은 법령에 규정된 경우에 한하여 자신의 계산으로, 자신의 기관 또는 대표자에 의하여 범해진 경우에 처벌된다. 또한 노동법전 제L263-2조은 개별적 과실에 의하여 근로의 보건과 안전분야의 규정들을 위반한 시설의 장, 지배인, 경영자 또는 피고용인만을 열거하고 있다. 법률에 규정되지 않은 이 경우에 법인의 책임을 묻은 고등법원은 앞서 언급한 규정과 형사법률의 엄격한 해석의 원칙을 위반한 것이다.”

“다른 한편으로 이 사안에서 적용될 수 있는 경한 법률의 적용원칙을 명시한 형법전 제121-3조의 규정에 의하면, 처분이 가능한 수단을 고려하여 정상적인 주의를 하였는지를 찾음이 없이 안전에 관한 의무를 위반하였다는 것으로 고등법원은 Mazzotti 회사를 처벌하였다. 또한 사고의 원인이 된 권양기가 Mazzotti 회사가 모르는 상태에서 세피아 회사의 종업원들에 의해 제거된 것이 아니라는 것이 받아들임으로써 고등법원의 결정은 법적근거가 결여되었다.”

원심판결에 의하면 Mazzotti 회사에 맡겨진 공사장에서 이 회사에 고용된 임시노동자는 보호 울타리가 없이 건축중인 건물의 난간 위에서 밧줄의 도움을 받아 널빤지를 밑으로 내려 보내는 일을 맡고 있었으며, 약 15미터 높이에서 추락하였다. 이 사건으로 Mazzotti 회사는 과실치사죄로 기소되었다.

하도급업자의 책임을 거론하는 회사의 주장을 배척하고 이 죄의 유죄를 선언하면서 고등법원은 공사장의 안전을 조직하고 특히 난간에 피해자의 추락을 방지하는데 적합한 집단보호 장치의 설치를 감시해야 하는 것은 주된 원청회사의 자격으로서 그 회사(Mazzotti)에 속한다는 것을 받아 들였다. 판사들은 피고용인에 의해 사용된 권양기는 묶여있는 밧줄을 잡기 위해 빈 공간위로 몸을 숙일 수밖에 없도록 만든 개념의 결여를 보여주는 것임을 덧붙였다.

부족함이 없는 이러한 이유들을 보건대, 회사의 대표이사 또는 안전분야에서 위임을 받은 자는 이 분야에서 법인에게 부과되는 규칙을 준수하도록 할 모든 정상적인 주의를 다하지 못하였다는 결론에 도달한다. 고등법원이 형법전 121-2

조 및 제121-3조 제3항에 따른 결정은 정당하다.

상고이유로 제기된 것과 달리, 과실치사죄 하나에 대하여만 기소된 Mazzotti 회사의 책임은 노동법전 제263-2조에 의해 처벌되는 근로규율에 대한 위반죄에 대하여는 인정되지 않았다.

따라서 사실면에서 상고이유는 배척되어야 하며, 형식면에서도 원심을 정당하므로 항고를 기각한다.⁴⁸⁷⁾

위 판결에 대한 분석을 해 보면, 이 사건은 건축공사의 일부를 맡은 하도급업체의 임시직으로 고용된 피해자가 건물의 난간에서 보호철책이 없이 널빤지를 밧줄에 달린 권양기를 통해 밑으로 내려 보내는 작업을 하는 과정에서 몸을 기울여 밧줄을 잡으려고 몸을 숙이다가 균형을 잃어 바닥으로 추락하여 사망한 사고이다. 원심은 하도급업체가 아닌 원청회사에 대하여 전반적으로 발생할 수 있는 안전사고를 방지하도록 안전시설의 설치를 감시할 책임이 있다는 것을 전제로 노동법전에서 규정하고 있는 안전과 관련한 정상적인 주의를 다하지 못함으로써 법인인 회사가 과실치사의 죄에 대하여 형사상 책임이 있음을 인정하였으며, 대법원은 상고인이 노동법전에서는 법인에 대한 책임규정이 없으며, 행위책임에 따라 행위자에 대하여 처벌할 것을 규정하고 있음으로 경한 법률의 적용원칙에 따라 법인의 형사책임을 인정할 수 없다고 주장하였으나 대법원이 이를 받아들이지 않은 사안이다. 이 판결을 통하여 알 수 있는 것은 공사의 시행을 맡고 있는 회사가 공사의 일부를 타 회사에 하도급을 주었다 하더라도 공사현장에서 발생한 사고와 관련하여 형사책임을 면할 수 없다는 것이며, 이것은 동일한 사안에 대하여 다른 법률에서 법인의 형사책임을 인정하지 않는 경우에도 형법전의 제121-3조의 규정만을 가지고 법인의 기관 또는 그 대표자의 행위로 인하여 범죄가 범해진 경우 법인의 형사책임을 물을 수 있다는 점을 분명하게 보여주고 있는 사례이다.

487) Cass. crim., 1 déc., 1998, Bull., crim. n° 325.

III. 대상범죄

가. 특별원칙

형법전에 규정된 모든 범죄에 대하여 자연인이 비판을 받는 것과 달리, 1994년 형법 개정자들은 법인의 형사책임을 일반화하지 않고 모든 범죄를 대상으로 하지 않았다. 형사처벌요건이 충족되면 법인은 규정이 명시적으로 열거하는 경우에만 소추되도록 하였다. 이것을 특별원칙(*principe de spécialité*)이라고 칭해진다. 형법전 제121-2조 제1항은 “법인은 (...) 법령에 규정된 경우에 (...) 형사상 책임이 있다”고 규정하였다. 이것은 법인의 형사책임을 묻기 위해서는 그것이 범죄를 규정하고 처벌하는 법령에 특별히 규정된 경우에만 가능하다는 의미이다. 이것은 범죄가 중죄 또는 경죄에 해당하는 경우에는 법률이며, 위경죄에 해당하는 경우에는 법규명령(*règlement*)이다. 특별원칙으로부터 법인의 형사책임을 법령이 해당범죄에 대하여 규정을 하지 않은 경우에 물을 수 없다는 결론이 도출된다. 대법원은 형사법률의 엄격한 해석의 원칙을 제시한 형법전 제111-4조를 들어 ‘모든 사람’을 처벌하는 것으로 한정하는 텍스트는 법인의 형사책임을 묻는 것을 허용하지 않는다고 판시하였다. 따라서 법인을 처벌하고자 하는 경우에 입법자들이 채택하는 통상적 모델에 따라 이러한 방향에서의 명시적 규정이 필요하다.⁴⁸⁸⁾

나. 범죄의 종류

대인중죄 및 경죄(Livre II)

신형법전을 검토해 보면 법인이 형사책임을 지게 되는 경우는 매우 다양하였다. 우선 제2권에 규정된 인(人)에 대한 중죄 또는 경죄분야에서 법인의 형사책임을 신형법전 시행당시 관련 범죄의 약 3분의 1에 대하여 예정되었다. 그러나 특히 사이버종교 활동의 예방과 처벌의 강화에 관한 2001년 6월 12일의 법률과 함께 매우 중대한 확장이 이뤄진다.⁴⁸⁹⁾

488) Frédéric Desportes, 전계글, n° 81.

2004년 법인의 형사책임이 일반화되기 이전에 적용되는 범죄들은 다음과 같다.

- 반인도적 범죄(제213-3조)
- 생명에 대한 고의적 침해: 모살 및 독살(제221-5-1조, 2001년 개정)
- 과실치사(제221-7조)
- 신체의 완전성에 대한 고의적 침해 : 고문 및 야만적 행위, 폭력 및 협박(제222-6-1조, 제222-16-1조, 제222-18-1조, 2001년 개정)
- 신체의 완전성에 대한 비고의적 침해(제222-21조)
- 강간 및 성적가해(제222-33-1조, 2001년 개정)
- 마약유통 및 자금세탁(제222-42조)
- 타인에 대한 위험유발(제223-2조)
- 원조조치방해 및 구조의무불이행(제223-7-1조, 2001년 개정)
- 불법의료실험(제223-9조)
- 자살교사(제223-15-1조, 2001년 개정)
- 무지 또는 식약상태의 기만적 남용(제223-15-4조, 2001년 개정)
- 차별행위(제225-4조)
- 포주행위(제225-12조)
- 사자명예에 대한 침해(제225-18-1조, 2001년 개정)
- 인간의 존엄성에 반하는 근로 및 기숙조건(제225-16조)
- 집단괴롭힘(제225-16-1조)
- 사생활 및 인상침해(제226-7조 및 제226-9조)
- 무고(제226-12조)
- 전산자료 또는 처리에 의한 대인적 침해(제226-24조)
- 유전자연구 또는 식별에 의한 대인적 침해(제226-30조)
- 부양의무불이행(제227-4-1조)
- 친자관계에 대한 침해(제227-14조)
- 미성년자 건강 위험, 취학의무불이행(제227-17-2조), 미성년자에 대한 범죄행위 교사, 미성년자 타락조장, 미성년자 이미지 제작·배포, 폭력 또는 성적 메

489) Frédéric Desportes, 전제글, n° 83.

시지의 배포, 15세미만의 미성년자에 대한 비폭력적 성적 침해(제227-28-1조)

대물 중죄 및 경죄(Livre III)

- 절도(제311-16조)
- 강요 및 공갈(제312-15)
- 사기 및 경매·입찰의 방해(제313-9조)
- 횡령, 질물 또는 압류물의 유용, 강제집행면탈(제314-12조 및 제314-13조)
- 장물 및 유사범죄(제321-12조)
- 손괴, 훼손 및 효용상실(제322-17조)
- 전산정보처리장치에 대한 침해(제323-6조)
- 자금세탁(제324-9조)

국가 및 공적평온에 대한 중죄 및 경죄(Livre IV)

- 제1편 및 제2편에 각각 규정된 국가의 기본적 이익에 대한 침해(제414-7조)
및 테러행위(제422-5조)
 - 국가의 권위에 대한 침해와 관련한 제3편의 일부범죄
 - 무장단체조직
 - 해산무장단체재건
 - 수뢰
 - 공공사업집행저항
 - 직무 또는 자격의 남용
 - 자격의 부정사용
 - 유럽공동체 또는 국제사회에서의 부패
 - 공직신뢰에 대한 침해와 관련한 제4편의 모든 범죄
 - 위조
 - 화폐위조 및 공공기관으로부터 교부받은 자격 또는 공적마크의 위조

기타 중죄 및 경죄(Livre V) : 생명의학분야의 범죄들에 대하여 법인의 형사책임이 규정되어 있다.

위경죄(Livre VI) : 형법전 시행령은 자연인 또는 법인의 완전성에 대한 침해, 경미한 손괴, 인종차별에 대한 교사, 판매, 계량의 조작, 제복의 착용, 화폐에 대한 침해분야에서 법인의 형사책임을 규정하고 있다.

1992년 12월 16일의 적용법률에 기인하여 법인의 형사책임을 문제된다. 여기에는 공정경쟁, 파산, 상품위조(지적재산법전 제335-2조 이하), 생명의학연구, 오락기기, 대기오염 및 악취의 대처, 자연 및 물의 보호에 관한 범죄들이 있다. 비리의 예방에 관한 1993년 1월 29일의 법률은 법인을 예정하고 있으며, 1994년 12월 20일의 법률은 인간신체의 존중분야에서, 1996년 5월 13일의 법률은 자금 세탁의 분야에서 그리고 1996년 7월 1일의 법률은 손신판매의 분야에서 법인의 형사책임을 묻고 있다.

다. 법인책임의 일반화

1) 특별원칙에 대한 평가

특별원칙을 옹호하는 입장에서는 일부의 범죄들은 성질상 법인에게 귀책될 수 없다는 점을 종종 강조하였다. 실상 법인이 성적가해, 살인, 폭력행위에 대하여 유죄의 판결을 받을 수 있다는 것을 가정하는 것은 일응 모순돼 보인다. 따라서 개연성의 범위내에 있기 위해서 범죄들 사이에서 추출하는 것이 문제가 된다. 반면에 이러한 정당화는 법인의 형사책임을 실현하는 메카니즘에 대한 부정확한 분석에서 기인하고 있어 설득력이 없다. 이러한 책임은 직접적인 것이 아니다. 법인의 계산으로 그의 기관 또는 대표인 자연인에 의해 범해진 범죄에 대하여만 물을 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 정범 또는 중범으로서 자연인에 의해 범해질 수 있는 모든 범죄들은 정범 또는 중범으로서 법인에게 귀책될 수 있다. 예를 들어, 여행사의 경영자는 그의 활동목적이 “섹스관광”이라면 15세미만의 미성년자에 대한 강간, 성적가해 또는 성적침해의 공범으로서 법인의 형사책임을 끌어낼 수 있다. 마찬가지로 극단적인 정치 또는 종교조직의 지도자는 조직의 교리 또는 정강을 실현함에 있어 반대자를 직접 제거 또는 제거하게 하였다면 고살(故殺)의 정범 또는 중범으로 법인의 형사책임을 끌어낼 수 있다.

더욱이 입법자들 스스로 특별원칙에 대한 정당성을 배척하였다. 사이비종교 활동의 예방 및 처벌강화를 위한 2001년 6월 12일의 법률에 의해 법인의 형사책임을 생명에 대한 고의적 침해, 폭행, 성적가해 등 법인에 대하여 책임을 물을 수 없을 것으로 판단됐던 모든 종류의 범죄들에까지 확장하였다. 다른 한편으로 입법자들이 법인의 형사책임을 일반화하는 것을 거부한 것은 신중을 기하고 법인의 책임에 대한 경과를 살펴보려는 의도가 담겨져 있다. 그러나 이러한 주장도 법인의 형사책임이 일부의 범죄에 국한된 것이 아니라 대다수의 범죄가 관련되어 있다는 점에서 설득력이 떨어진다.⁴⁹⁰⁾

2) 특별원칙의 문제점과 입법적 해결

특별원칙은 법인의 형사책임이 예정되어야 할 범죄를 정하는 것이 가능하도록 하는 이성적 기준을 제시해야하는 어려움과 입법자들이 개개의 범죄별로 판단함으로써 광범위하게 문제를 해결하는 것이 불가능하다는 이유로 인해 필연적으로 흠결과 불일치의 원천이 되고 있다. 예를 들어 형법전에서 보건대 차별행위 및 중죄죄의 경우에 예정된 법인의 형사책임이 왜 사법권행사분야(제434-9조 제2항)에서 및 공무원에 의한 차별행위(제432-7조)에는 예정되어 있지 않은지에 대한 것이다. 마찬가지로 살인, 성적가해, 폭력, 협박죄에 대하여는 예정되어 있으면서 감금, 영업비밀침해, 통신의 비밀침해(제226-13조 및 제226-15조)에 대하여는 예정되어 있지 않다. 이러한 문제들은 특히 형법전 밖에서 더욱 심각했다. 특히 노동형법분야에서 수많은 범죄들은 기업주 또는 피위임자를 상정하면서 법인의 형사책임은 극히 일부에 대하여만 인정하였다. 또한 동일한 차별행위가 형법전에서는 법인의 형사책임이 긍정되지만 노동법전에서는 그렇지 않으며, 근로현장에서의 과실치사에 대하여 회사가 책임을 지면서(형법전 221-7조), 이 범죄를 특정하는 안전규칙의 위반에 대하여는 그러하지 않다(노동법전 제263-2조에서 제263-2까지).

1994년부터 일부의 학자들은 특별원칙의 포기를 제안하였으나 다른 학자들은 법인의 형사책임을 인정할 필요성 및 그 영향에 대하여 질문해 보는 것이 적합

490) Frédéric Desportes, 전제글, n° 97.

할 것이라고 보았다. 이것은 이미 1992년의 형법전 및 1992년 적용법률의 검토 작업에서 실시된 것이었다. 이후 덜 상세하지만, 입법자들은 법인이 자연인과 동일하다는 원칙을 발전시켰다. 일부가 일정한 불일치를 강조하였다는 것은 사실이다. 이러한 불일치를 없애기 위해 특별원칙을 뒤집을 것인가에 대하여 조직 범죄에 관한 수정법률안의 심사과정에서 상원의 의원들은 그렇다고 판단하였으며, 하원의원들도 이를 따랐다.

책임의 병과원칙을 적응 또는 적용하기 위해서 2004년 3월 9일의 법률은 제 121-2조의 “법률에 특별히 규정한 경우에”라는 문구를 삭제하면서 이 규정이 2005년 12월 31일부터 적용한다고 명시하였다. 분명히, 이 일자이후에 행해진 범죄들은 법인에 대하여 형사책임을 물을 수 있으며, 사전의 행위로부터 이 일자이후에 나타난 피해에 대하여는 그러하지 않게 된다. 결론적으로 특별원칙은 실제로 있어서 형벌을 결정하는데 있어서 정당화될 수 있다. 벌금 이외의 형벌은 법률 또는 시행령이 명시적으로 특정된 범죄에 대하여 예정한 경우에만 법인에 대하여 선고될 수 있기 때문이다.⁴⁹¹⁾

3) 법인의 형사책임 인정사례(최초 100건 기준)

1994년 법인의 형사책임을 포함한 신형법전이 시행된 이후 법인의 형사책임을 인정한 첫 판례는 1994년 11월 18일의 리용 경죄법원이 선고한 사건이며, 1997년 12월 31일까지 총 100건의 판결이 법인의 형사책임을 인정하였으며, 그에 따라 법인범죄경력서에 그 기록이 남게 되었다. 100건의 판결에 대한 간단한 분석을 살펴보면, 57건에서 법인만이 기소가 되었으며, 43건은 5명이 무죄판결을 받은 것을 제외하고 자연인과 동시에 기소되었다. 다양한 법인에 대하여 기소가 이뤄졌으나 대부분의 경우 즉 94건은 사법상의 법인과 관련된 것으로 영리법인(유한회사 34건, 익명회사 26건 등)이 대부분이다. 2건이 사법상 비영리법인인 상업인단체에 관한 것이다. 6개의 공법상 법인이 처벌을 받았는데 3개가 기초자치단체, 1개가 기초자치단체노동조합, 2개가 영조물법인이었다. 관련된 범죄를 보면, 대체로 다양한 편으로 가장 빈번한 범죄는 불법취업(35개), 과실치상(19

491) Frédéric Desportes, 전계글, n° 103.

개), 비정상적세금계산서발행(13개) 등이었다. 많은 유죄선고가 음용수 오염 또는 오염시설분야에서의 규정위반 등 환경침해행위(11개)였다. 또한 과실치사(8개), 상품위조(5개), 횡령(2), 문서위조(2), 재물효용상실(2), 가격미게시(1), 강제집행면탈(1), 기타 등이다. 특히 과실치사상죄와 관련하여 대부분의 범죄(27개 중 19개)는 근로안전사고를 통하여 범해졌다.⁴⁹²⁾

IV. 적용형벌

법인에 대하여 새롭게 처벌될 수 있는 범죄들에 대하여 선고될 수 있는 형벌은 벌금형뿐이다. 이 벌금형의 최고는 형법전 제131-38조⁴⁹³⁾ 및 제131-41조⁴⁹⁴⁾에 따라 자연인에게 선고될 수 있는 최고액의 5배까지 가능하다. 그런데 2004년 개정법률은 자연인에 대하여 벌금형이 규정되지 않은 중죄의 경우에 법인에 대하여 선고할 수 있는 최고액을 100만 유로로 정함으로써 처벌의 공백을 없앴다. 반면에 특별한 법령상의 규정이 없기 때문에, 형법전 제131-39조, 제131-43조에 따라 법인에 대하여 적용된 다른 형벌들은 선고될 수 없다.

형법전 제131-39조에 따라 법률이 특별히 규정하는 경우에 법인에 대하여 선고할 수 있는 중죄 또는 경죄의 특별형벌은 다음 중에 하나 또는 수 개이다.⁴⁹⁵⁾

1. 범죄를 범할 목적으로 하여 법인이 설립되었거나 또는 중죄나 자연인이 범한 경우 5년 이상의 구금형에 처하는 경죄에 대하여는 범죄를 범할 목적으로

492) Premier bilan de l'application des dispositions du nouveau Code pénal concernant la responsabilité pénales des personnes morales, Circulaire du ministère de la Justice en date du 26 janvier 1998.

493) 제131-38조 제1항 “법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사법률이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.”, 제2항 “자연인에 대하여 벌금형이 규정되어 있지 않은 중죄의 경우에 법인에 대한 벌금은 100만 유로이다.”

494) 제131-41조 “법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사처벌명령이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.”

495) 다만, 제131-389조 제2항에 따라 제1호 및 제3호에 규정된 형은 형사책임을 추급할 수 있는 공법상의 법인에는 적용되지 아니하며, 정당, 정치단체 또는 노동조합에 대해서도 동일하다. 또한 제1호에 규정된 형벌은 종업원 대의기관에는 적용되지 아니한다.

- 그 설립취지를 이탈한 때에는 법인의 해산
2. 직업 활동 또는 사회활동중 하나 또는 수개에 대한 영구적 또는 5년 이하의 직접 또는 간접적 수행금지
 3. 5년 이하의 사법감시
 4. 범죄행위에 제공된 기업의 영업소중 하나, 수개 또는 전부에 대한 영구적 또는 5년 이하의 폐쇄
 5. 영구적 또는 5년 이하의 공계약 배제
 6. 영구적 또는 5년 이하의 기업자금 공모금지
 7. 5년 이하의 수표 발행금지 또는 지불카드 사용금지. 다만, 발행인이 지급인으로부터 자금을 회수하기 위한 수표 및 지급보증된 수표는 그러하지 아니하다.
 8. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수
 9. 언론출판물이나 전자적 방식의 모든 대중매체에 의한 판결의 게시나 공고
 10. 범죄를 범하기 위하여 사용되었거나 범죄의 대상이 되었던 동물의 몰수
 11. 영구적 또는 5년 이하의 동물소지금지

반면에 위경죄 5급의 범죄에 대하여 제131-42조에 규정된 수표발행금지 또는 몰수는 벌금형을 대체하여 선고될 수 있다. 법인에 대하여 선고될 수 있는 벌금액은 형법전 제132-24조에 따라 범죄의 정황과 범인의 성행, 즉 법인에 대하여는 그 특성, 특히 수입과 부담을 고려하여 결정돼야 한다.⁴⁹⁶⁾

범죄예방에 관한 2007년 3월 5일의 법률은 경죄에 적용되는 새로운 형벌인 “징벌배상형(sanction-réparation)”을 마련하였다. 금고형에 처해지는 경죄에 대하여 법원은 금고형을 대신하여 또는 동시에 징벌배상형을 선고할 수 있다. 이 형벌은 경죄가 벌금형으로만 규정된 경우에도 가능하다. 이 형벌은 유죄를 선고받은 자로 하여금 판사가 정한 기간 및 세부절차에 따라 피해자가 입은 손해를 배

496) Circulaires relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénales des personnes morales.

상하도록 하는 것이다. 피고인과 피해자의 동의에 의하여 현물로 집행될 수 있다. 즉, 범죄에 의해 손해를 입힌 재물을 원상회복 시키는 것이다. 배상에 대한 집행은 검사 또는 그의 위임을 받은 자에 의해 확인된다. 법원은 이러한 처분을 선고하면서 6월을 초과하지 않는 범위내에서 금고형의 최장일 또는 1,500유로를 초과하지 않는 범위내에서 벌금액을 정하며, 만일 배상의무를 이행하지 않은 경우 형적용판사(juge de l'application des peines)가 형사소송법전 제712-6조의 요건하에서 전체 또는 일부에 대한 집행을 명하게 된다. 만일 원인되는 경죄가 벌금형으로만 규정된 경우에 법원은 벌금만을 정할 수 있다. 재판장은 유죄선고를 받은 자에게 판결의 선고 후에 그것을 통지한다.⁴⁹⁷⁾ 그런데 이와 같은 징벌배상형은 법인에 대하여도 선고될 수 있다. 형법전 제131-39-1조는 경죄에 있어 법원은 법인에게 선고될 수 있는 벌금형에 대신하여 또는 동시에 제131-8-1조에 규정된 세부절차에 따른 징벌배상형을 선고할 수 있도록 하였으며, 이 경우 법원은 75,000유로를 초과하는 벌금액을 정할 수 없으며 또한 해당 경죄에 대하여 법인에게 선고될 수 있는 최고벌금액을 초과하여 선고할 수 없다. 마찬가지로 배상의 의무를 준수하지 않은 경우 형벌적용판사는 형사소송법 제712-6조에 규정된 조건하에서 이 벌금의 전체 또는 일부의 집행을 명령할 수 있다

제3절 법인의 형사책임과 형사절차

I. 법인의 대표

1994년 형법개정에 의한 법인의 형사책임 신설은 형사실체법뿐만 아니라 절차법에서 법인을 자연인과 동일하게 취급할 수 없기 때문에 불가피한 수정을 초래하게 된다. 이것이 신형법의 시행과 필요한 경과조치에 관한 1992년 12월 16일의 법률 제78조가 형사소송법전 제4권에서 제13장(titre)을 신설하여 제706-41조부터 제706-46조까지의 법인에 대하여 적용되는 특별절차들을 규정하게 된 이유이다. 여기에 덧붙여 형사소송법전 제550조 이하의 규정과 소추된 법인의 대표

497) Bernard Bouloc, 전계글, 449-450면.

자에게 공판기일을 통지할 것을 규정한 제131-49조 및 시행령 제131-36조를 포함시켜야 한다.

우선 형사소송법전의 여러 규정에 따라 형사소송의 모든 단계에서 법인은 자연인에 의해 대표되며, 법인을 대표하는 자연인은 스스로가 형사소추의 대상이 되지 않는다는 원칙이 적용된다. 형사소송법전 제706-43조는 형사절차에서 법인이 대표되는 조건을 규정하고 있는데 그것은 법률상의 대표자, 위임을 받은 자, 재판상 대리인의 방식에 의한다.⁴⁹⁸⁾ 이 조항은 원칙적으로 법인에 대한 공소제기는 소추시의 법률상 대표자에게 제기되며, 법률상 대표자는 모든 소송행위에 대하여 법인을 대표한다고 규정하고 있다(제1항). 이처럼 법률은 자연인이 그 자격으로서 책임이 있음을 보여 준다. 또한 법률상 대표자가 소추 중에 변경된 경우 새로운 대표자가 판사에게 등기우편에 의하여 신고를 하도록 하고 있다(제3항). 법인의 대표를 용이하기 위하여 형사소송법전 제706-43조 제2항은 법인으로 하여금 “법률 또는 정관에 의하여 이를 위한 권한을 위임받은 모든 사람”에 의해 대표할 수 있도록 하였다. 이를 위하여 법인의 대표의 변경과 마찬가지로 등기우편에 의하여 수소법원에 자신의 인적사항을 통지하여야 한다. 이 규정은 법인, 특히 큰 규모의 회사에 대하여는 특별한 이점을 있다. 피위임자의 선택에 대하여 아무런 규정이 없지만 법인의 구성원, 피고용인, 제3자 및 변호사도 위임을 받을 수 있다.⁴⁹⁹⁾ 법률상 대표자와 위임에 의한 대표에도 불구하고 법인을 대표할 자가 없는 경우에 재판상 대리인을 지정하게 되는데, 검사, 예심판사 또는 사당사자의 청구에 의해 지방법원장이 지명을 한다(제4항). 이것은 예를 들어, 법인의 대표자가 도망을 하거나 사망한 경우에 적용될 수 있는 것이다.

법인의 형사책임은 그 기관 또는 대표자에 의해 범해진 경우에 문제되는 것이므로 법인의 대표자는 형사절차에서 법인을 대표하는 위치에 있기도 하다. 그런데 법인의 형사책임과 법원에서 법인을 대표하는 자연인의 형사책임을 혼동해서는 안 된다. 형사소송법전은 이와 관련하여 법원에서 법인의 대표자는 자연인으

498) Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, JurisClasseur Procédure pénale) Art. 706-41 à 706-46, 2002, n° 6-7.

499) Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 전계글, n° 17.

로서 소추된 것이 아니라는 것을 명시하고 있으며, 이와 관련하여 법률상 대표자가 개인적 자격으로 소추된 경우에 있어서 해결방안을 제시하고 있다. 형사소송법전 제706-44조는 소추된 법인의 대표자를 위하여 일종의 면책권을 설정하고 있다.⁵⁰⁰⁾ 이 조항은 소추된 법인의 대표자는 “이 자격으로서 증인에게 적용될 수 있는 처분을 제외하고 어떠한 강제처분의 대상이 될 수 없다.”고 명시하고 있다. 따라서 법인의 법률상 대표자는 이 자격으로 사법통제, 구속·구인·체포 영장의 대상이 될 수 없다. 다만 증인에게 가해질 수 있는 강제의 대상이 될 뿐이며, 예를 들어 출석을 거부한 경우에 예심판사 또는 판결법원이 형사소송법전에 따라 경찰력에 의해 구인할 수 있게 된다.

법률상 대표자와 법인이 동시에 소추되는 것은 법인의 형사책임의 요건과 형법전 제121-2조의 마지막항의 규정에 의한 중복책임의 원칙에 따라 빈번하게 나타난다. 그런데 동일한 사안에 대하여 법인에 대한 소추와 개인에 대한 소추의 혼동가능성을 피해야 하는데 형사소송법전 제706-43조 제1항은 “동일한 사안 또는 관계된 사안으로 소추가 법률상 대표자에게 이뤄진 때에” 법인은 지방법원장에 의해 지명된 대리인에 의해 대표된다고 명시하고 있다. 이것은 일종의 특별대리인(tuteur ad hoc)에 해당하는 것이다.⁵⁰¹⁾ 그런데 1994년에 신설된 이 규정은 단순히 지방법원장이 특별대리인을 지명한다고 명시할 뿐 그 절차에 대하여는 아무런 명시를 하지 않았다. 이에 대해 대법원은 소추가 법인 및 그 법률상 대표자에게 동시에 이뤄진 경우에 법인의 대표자는 의무적으로 지방법원에 의해 지명된다고 판시하였다.⁵⁰²⁾ 비로소 2000년 7월 10일의 법률은 이러한 모호한 규정의 해석과 관련하여 발생할 문제에 종지부를 찍었다. 즉 법률상 대표자가 지방법원장에게 대리인의 지명을 청구할 수 있도록 한 것이다(제706-43조 제1항 단서).⁵⁰³⁾ 그러나 법인과 법인의 대표자에 대한 동시기소가 빈번함에도 불구하고 이 규정이 적용되기 보다는 제706-43조 제2항의 규정을 통하여 법인의 대표자가 재판상 법인을 대표하기 위하여 대리인을 직접 지정하는 것이 일반적이라

500) Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 전계글, n° 44.

501) Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 전계글, n° 50.

502) Cass. crim., 9 déc. 1997 : Bull. crim., n° 420.

503) Bernard Bouloc, 전계글, 285면.

할 수 있겠다. 따라서 제706-43조에 의해 제시된 규칙은 형사법원에서 법인을 대표해야 할 자가 개인의 자격으로 소추된 경우에 특별대리인을 지명하도록 한 것이며, 개인의 자격으로 소추된 법인의 대표자가 형사법원에서 법인을 대표하지 않는 경우를 포함하지는 않는다.⁵⁰⁴⁾

II. 사법통제(contrôle judiciaire)

예심대상의 법인은 형사소송법전 제706-45조에 의한 사법통제의 대상이 될 수 있다. 예심이 행해지는 경우는 프랑스의 범죄 삼분체제상 모든 중죄에 대하여 의무적이며 사안이 복잡한 경죄에 대하여도 예심이 행해진다. 예심제도에 따라 검사가 도입기소장에 의하여 예심판사에게 예심개시를 청구함으로써 실질적인 수사의 주도권은 예심판사에게 이전되며, 예심판사는 사법경찰관의 도움을 받아 임의수사와 강제수사를 통하여 진실발견과 증거의 수집 등을 하게 된다.

인신구속의 수단인 구속은 자연인에게 적용될 수 있는 강제처분이지만, 법인에 대하여는 그 실체가 없기 때문에 구속이 불가능하다. 그러나 구속의 대체수단으로 인정되는 사법통제는 법인에 대하여도 적용될 수 있다. 법인에 대한 사법통제의 요건을 살펴보면, 우선 형식적 요건으로 형사소송법전 제139조 및 제140조가 법인에게 적용된다. 즉, 사법통제는 예심의 모든 단계에서 결정될 수 있으며, 그 해제는 직권 또는 검사, 법인의 대표자의 청구에 의해 가능하다. 실체요건을 보면, 형사소송법전 제137조 및 제138조의 규정이 그대로 법인에게 적용될 수 있다. 즉, 사법통제는 예심수사의 필요에 의하여 또는 보안처분으로서 일정한 의무를 부과될 수 있다. 자연인에게 부과되는 조치들에는 17가지가 있으나 법인에 대하여 부과될 수 있는 것들에는 5가지가 있다. 여기에는 ① 보증금의 납부, ② 피해자의 권리를 보장하기 위한 담보물 또는 연대보증의 구성, ③ 수표발행 또는 지불카드사용의 금지, ④ 만일 범죄가 일정한 직업적 또는 사회적 성격의 활동수행 또는 그 기회에 범해진 경우에 해당 직업적 또는 사회적 성격의 활동금지, ⑤ 6개월 동안(갱신가능) 예심판사가 지명한 재판상 대리인을

504) Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 전계글, n° 51.

통제하에 두는 것 등이 있다.

그런데 자연인에 대하여는 예심대상자가 일정한 의무사항을 이행하지 않은 경우 예심판사가 석방구금판사에게 구속영장을 청구하여 구속영장을 발부받아 구속하게 되지만, 법인에 대하여는 이러한 처분이 불가능하므로 형사소송법전은 제 706-45조에서 형법전 434-47조 및 제434-43조의 규정이 적용됨을 명시하고 있다. 이 조항들은 법인에 대하여 선고된 형의 집행을 방해하는 행위들을 처벌하고 있는데, 이를 근거로 사법통제상의 의무를 준수하지 않는 행위는 자연인뿐만 아니라 법인에 대한 소추를 정당화한다. 자연인이 2년 이하의 금고 및 30,000유로의 벌금에 처해지는 것과 달리 법인은 150,000유로이며, 해산을 제외하고 제131-39조에 열거된 전체형벌에 처해질 수 있다. 마지막으로 법률은 소환장의 발부에 관한 규정을 두고 있다(제550, 555, 559, 562조).

제4절 법인의 형사책임과 관련된 부수적 문제점

I. 고의의 문제

가. 고의의 개념

프랑스의 일반적 범죄체계에 의하면 주관적 구성요건에 해당하는 고의는 intention 또는 dol로서 표현된다. 고의에 대한 정의규정은 없으나 학설에 따르면 “행위자가 법률에 의해 정의된 범죄를 범하려는 의사(volonté)와 법률상의 금지규정을 위반하고 있다는 인식(conscience)”을 의미한다. 따라서 고의는 금지된 행위를 실현하려는 의사와 행위의 불법성에 대한 인식을 포함하는 개념이다.⁵⁰⁵⁾ 우리의 경우와 달리 행위가 법규범에 의해 금지되고 있다는 인식이 고의의 요소로서 파악되고 있는 특징이 있다. 프랑스의 범죄 삼분법에 따르면 모든 중죄와 대부분의 경죄는 고의를 필요로 하지만, 대부분의 위경죄는 형식범으로서 고의를 요하지 않으나 일부의 위경죄에는 고의를 요한다. 고의를 세분하면 dol

505) 강현철 외, 프랑스법령용어집, 법제연구원, 2008.460면.

général(일반고의)와 dol spécial(특수고의)로 구분된다. 일반고의는 금지된 행위를 실현하려는 의사로서 범위반에 대한 추상적 관념을 지칭하며, 특수고의는 특정한 결과의 실현이라는 구체적 관념을 지칭한다. 고의범의 경우에 일반고의가 반드시 필요하다면, 명예훼손, 살인, 절도와 같은 경우에는 일반고의 이외에 명예훼손, 사망, 불법영득이라는 결과실현에 대한 특수고의가 추가로 필요하다.⁵⁰⁶⁾

나. 법인과 고의

범죄가 예를 들어 불법영득과 같이 특별고의를 요건으로 하는 경우 일단 이것의 존재를 입증하는 것은 기관 또는 관련된 대표자가 없이는 불가능할 것으로 보인다. 그러나 이러한 신원특정은 모든 경우에 요구되는 것은 아니다. 차별행위 또는 상품위조와 같이 경죄가 법인에 의해서 반복적으로 범해짐으로써 회사 또는 상업정책의 요소들과 같은 정도가 되는 경우 기관 또는 대표자의 관여는 충분히 분명한 것으로 간주되며 행위자를 특정하는 것이 불필요해진다.⁵⁰⁷⁾

범죄가 일반고의를 요건으로 하는 경우, 누구도 법률의 무지를 주장할 수 없으므로 행위자를 특정하는 것이 불필요해진다. 따라서 법인을 처벌하기 위해서 법인 또는 기관의 대표가 객관적 구성요건에 해당하는 행위를 하였다는 것을 입증하는 것으로 충분하다. 그러나 이것이 비고의범죄 전체에 대하여 기업의 경영자가 기업내에서 일어난 모든 일에 대하여 책임을 진다는 것을 의미하는 것은 아니다. 경영자에 대한 귀책은 개인적 과실(faute personnelle)을 전제로 하며, 그가 개인적으로 의무를 준수하도록 할 법령상의 규칙을 위반한 것 이외에 단지 사고의 발생으로부터 도출되는 것은 아니다. 따라서 어떠한 기관 또는 대표자가 부주의 또는 태만을 범하였다는 것이 입증되는 것이 중요하다. 대법원은 보행인이 기차에 치인 사건과 관련하여 이러한 것을 찾으려 하지 않았다고 하여 SNCF(프랑스국영철도회사)의 형사책임을 인정한 원심을 파기하기도 하였다.⁵⁰⁸⁾

위의 결론은 법인의 형사책임의 본질과 관련하여 기관 또는 대표자의 개인적

506) 강헌철, 전계서, 320면.

507) Frédéric Desportes, 전계글, n° 158.

508) Cass. crim., 18 janv. 2000, Bull. crim., n° 28.

과실과 구별되는 법인의 과실(faute)이 입증돼야 법인의 형사책임을 물을 수 있는 것이 아닌가라는 논란과 관련이 된다. 신형법전이 시행되면서 이러한 혼란은 하급심판결에서 상반된 입장으로 표출됐다. 1995년 7월 12일의 Verdun 경죄법원은 “법인의 형사책임을 그의 기관이 객관적 구성요소 및 주관적 구성요소를 범한 경우에 물을 수 있다.”고 판시하면서 여기에 덧붙여 “Level씨의 형사책임이 입증되었으며, 조합도 마찬가지로 예방의 차원에서 형사책임을 물을 수 있다.”고 판시하였다. 이러한 입장은 학설상 반사책임(responsabilité de reflet)에 해당하는 입장이다. 반면에 1997년 10월 9일의 리옹 지방법원은 “법인의 형사책임을 인정하기 위해서는 그에 대하여 기소된 범죄의 전체 구성요소, 즉 한편으로는 객관적 구성요소 다른 한편으로는 의도적 부작위 또는 행위의 실현이라는 주관적 구성요소가 법인에 대하여 입증될 것이 요구되며, 이것이 물론 법인의 기관에게 귀책될 수 있지만 범죄의 실행에 참여한 자연인에게 비난할 수 있는 그것과는 구별이 된다. 다른 결론은 실무상 자신의 계산으로 행위하는 경영자의 행위에 대하여 법인의 형사책임을 허용하도록 할 것이다.”고 판시하였다. 이것은 학설상 법인의 독립된 과실책임을 인정하는 주장과 일치한다. 그런데 1997년 12월 2일 프랑스 대법원은 이 문제에 대한 해결책을 제시하였다. 부당해고와 관련하여 해고자의 과실을 입증하는 사문서(확인서)를 제출한 두 명의 근로자와 회사를 상대로 고소를 하여 원심이 이들을 벌금형으로 유죄판결을 선고하였으나 대법원에 상고된 사건이다. 대법원은 고등법원이 회사의 지배인(directeur)이 개별적으로 확인서에 언급된 사실의 부정확성을 알고 있었는지를 검토하지 않았다는 이유로 원심판결을 파기하였다.⁵⁰⁹⁾ 이것은 법인은 경영자가 범죄의 주관적 요소를 실현한 경우에만 책임이 있다는 것을 잘 보여주는 것이다. 즉, 대법원은 반사책임론을 지지하고 있다.⁵¹⁰⁾ 반사책임론을 주장하는 일부 학자들은 다음과 같이 설명한다.

“회사는 절도 또는 테러행위를 범할 수 없지만 일정한 조건하에서 자연인에 의해 범해진 이러한 범죄들은 회사에 대하여 책임을 물을 수 있다. 또한 이러한

509) Cass. crim., 2 déc., 1997.

510) Jean Pradel, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français quelques questions*, Rev. Pénitentiaire et de Droit pénal, 1998, N° 3-4, 158면.

범죄들의 구성요소는 객관적이든 주관적이든 자연인에 대하여 수집되어야 하며, 법인에 대한 것이 아니다. 특히, 법원은 고의범죄와 관련하여 법인이 범죄의 실행을 의도하였는지 또는 과실범죄와 관련하여 과실(faute)을 범하였는지를 물을 필요가 없다. 이러한 질문들은 아무런 합리성이 없다.”⁵¹¹⁾

그러나 이러한 결론이 앞서 언급한 바와 같이 범행을 직접 실행한 행위자의 신원이 특정될 것을 요구하고 있는 것은 아니다.

II. 중복기소의 문제

법인의 형사책임 인정이 자연인의 형사책임을 떨쳐내는 것으로 오해할 소지가 있다. 그것은 형법전 제121-2조 제3항 “법인의 형사책임은 정범 또는 공범인 자연인의 형사책임을 배제하지 않는다.”는 규정이 의미하는 관점이 아니다. 예를 들어, 법인과 경영주를 동시에 소추하는 것은 구별되는 과실이 있음을 필요로 한다. 분명히 형법전 개정작업과정에서 “법인의 형사책임은 경영자가 기업에 대한 책임을 지고 있다는 이유로 하여 경영자의 책임을 묻는 것을 피할 수 있다”고 하였다. 이것은 부주의 또는 태만에 의한 범죄들의 경우에 그러하다. 이것은 제3자 책임에 의존하는 것을 불필요하게 만든다. 그러나 법률은 그렇게 자세하지 않으며, 구체적 사건의 상황에 따라 결정하도록 법원에 맡겨져 있다. 따라서 과거의 판례들을 유지하여 기업주의 책임을 여전히 인정하면서 여기에 법인의 책임을 덧붙이는 것을 염려할 수 있다. 자연인에 대한 과실책임과 구별되는 책임이 부재함에도 불구하고 법인의 소추가 이뤄질 수 있다는 점에서 더욱 그러하다. 형법전 제111-4조의 엄격해석의 원칙에 따라 판사는 자연인의 책임을 고의에 의한 행위로서 자신의 계산으로 범죄의 구성, 조직 또는 실행에 있어서 개별적이며 중요한 역할을 한 경우에만 담합 또는 독과점분야에서 법률이 분명하게 언급하는 것과 같이 인정할 수 있다. 그렇지 않다면 새로운 법률은 추구된 사법의 목표를 충족시킴이 없이 처벌만을 증가시키게 된다.

이와 같은 중복기소의 문제는 앞서 살펴본 바와 같이 법인의 형사책임의 성격

511) F. Desportes et F. Le Gunehec, Le nouveau droit pénal. I - Droit pénal général, Economica, 1997, n° 600.

은 법인의 독자적 과실에 기인한 책임이 아니라 반사책임이라는 판례와 다수설의 입장에 의할 때 기업주에 대한 처벌과 동시에 법인에 대한 처벌이 동시에 이행될 가능성을 증가시킨다. 이러한 문제점에 봉착하여 법무부는 법인의 기관 또는 대표자인 자연인에 대한 처벌에 있어 신중을 기할 것을 요구하고 있다. 즉, 고의범의 경우 법인의 기관 또는 대표인 자연인의 행위를 특정함으로써 법인의 책임을 묻는 것이 어렵지 않지만, 비고의범 또는 기술적 성격의 범죄의 경우에는 상황이 다르다. 이러한 범죄들의 경우에 고의는 대법원의 오래된 판례에 따르면 원인을 인식하면서도 특별규정에 대한 단순한 비준수로부터 도출될 수 있다. 이 경우 법인에 대하여만 소추하는 것이 우선시 되며, 자연인을 문제삼는 것은 개별적 과실이 형사처벌을 정당화할 정도로 충분히 입증된 경우에 한하여만 가능하다.⁵¹²⁾

III. 소 결

프랑스는 1789년 혁명이후로 오랫동안 법인의 형사책임을 부정하여 오다가 개별법률을 통하여 점차 법인의 형사책임을 인정하기 시작했으며, 학설 또한 새로운 범죄현상에 대처하기 위해서 법인의 형사책임을 도입하여야 하며, 기존에 논의된 법인의 비책임론이 정당하지 않다는 점을 주장하게 된다. 이처럼 학설의 발전과 법인의 형사책임을 물을 수 없음으로 인해 비롯되는 문제점들에 대처하기 위해 프랑스는 1994년 신형법전을 제정하면서 법인의 형사책임을 전격 도입하게 이른다. 그러나 최초에는 일정한 범죄에 대하여만 책임을 인정하였으며, 점차 이를 확대하다가 2004년 3월 9일의 법률은 법인의 형사책임을 일반화하여 모든 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 인정하도록 하였다. 법인의 형사책임을 규정한 형법전 제121-2조는 그 요건으로서 첫째, 모든 법인이 형사책임의 주체가 될 수 있지만, 국가가 제외되며, 자치단체와 같은 공법인에 대하여는 그것이 사인과 같이 공역무의위탁계약의 대상이 되는 활동의 수행 중에 발생한 범죄에 대하여 형사책임을 물을 수 있도록 하였다. 둘째, 영미법계의 법인의 형사책임

512) Circulaires relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénales des personnes morales.

과는 달리 범죄는 법인의 기관 또는 대표자에 의해서 범해질 것을 요건으로 하고 있다. 이것은 일종의 동일체성이론에 입각한 것으로 회사를 대표할 수 있는 권한자에 의하여 범해진 경우에만 법인에게 귀책시킬 수 있다는 것이다. 셋째, 범죄는 법인의 계산으로 행해져야 한다. 즉, 범죄로 인하여 법인이 이익을 향유해야 하는 것으로, 법인의 기관 또는 대표자가 개인의 사적이익을 위한 경우에는 법인의 형사책임은 배제된다. 넷째, 동일한 사안에 대하여 법인의 형사책임이 정범 또는 공범인 자연인의 형사책임을 배제하지 않는다고 규정하고 있다. 이에 따라서 법인이 정범이 되는 경우 범죄를 직접 실행한 자연인이 공범으로 처벌될 수 있으며, 반대로 자연인이 정범이 되는 경우 법인이 공범으로 처벌될 수 있다. 다만 이 경우 주의를 요할 것은 법인에 대한 처벌을 위하여 자연인이 반드시 특정되거나 유죄처벌을 받아야 하는 것은 아니다. 또한 고의범에 있어서 법인의 과실이 없는 경우에도 자연인의 고의가 인정되는 경우에도 법인은 처벌된다.

법인에 대해 처해질 수 있는 형벌은 형법전 제131-37조 이하에 규정되어 있다. 형법전은 중죄, 경죄 및 위경죄를 구분하여 중죄 및 경죄에 대하여는 벌금형을 원칙으로 하면서 법률이 정하는 경우 법인에게만 적용될 수 있는 특별형벌, 예를 들어 법인의 해산, 직업활동 또는 사회활동의 금지, 영업소폐쇄, 공계약 배재, 기업자금공모금지 등의 형벌을 규정하고 있다. 최근에는 징벌배상형이 신설되었다. 그렇지만 법인에 대하여는 자연인에만 적용가능한 조건부 집행유예 등이 배제된다. 반면에 누범가중, 단순 집행유예, 범죄경력, 복권 등은 특별한 규칙의 적용을 받는다. 형사절차와 관련해서는 형사소송의 모든 단계에서 법인은 자연인에 의해 대표되며, 법인을 대표하는 자연인은 스스로가 형사소추의 대상이 되지 않는다는 원칙이 적용된다.

- 추 록 (법인형사책임 관련 실체법) -

형법전 제121-2조(형벌 포함)

① 국가를 제외한 법인은 제121-4조부터 제121-7조까지의 구별에 따라 자신의

계산으로 자신의 기관 또는 대표에 의해 범해진 범죄에 대하여 형사상 책임을 진다.

- ② 지방자치단체 및 그 연합체는 사인에 대하여 공역무위탁계약의 대상이 될 수 있는 활동의 수행 중에 발생한 범죄에 대하여만 형사상 책임을 진다.
- ③ 법인의 형사책임은 동일한 사안에 대하여 정범 또는 공범인 자연인의 형사책임을 배제하지 아니한다.

형법전 제131-37조

제131-37조

- ① 법인에 대하여 선고할 수 있는 중죄 또는 경죄의 형벌은 다음과 같다.
 - 1. 벌금형
 - 2. 법률이 정하는 경우 제131-39조에 규정된 형벌
- ② 경죄에 있어 법인은 또한 제131-39-1조에 규정된 징벌배상형을 선고받는다.
(2007.03.05. 개정, 법률2007-297)

제131-38조

- ① 법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사법률이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.
- ② 자연인에 대하여 벌금형이 규정되어 있지 않은 중죄의 경우에 법인에 대한 벌금은 100만 유로이다. (2004.03.09. 개정, 법률2004-204)

제131-39조

- ① 법률이 규정하는 경우 법인에 대하여 선고할 수 있는 중죄 또는 경죄의 특별 형벌은 다음 각 호 중 하나 또는 수개로 한다.
 - 1. 범죄를 범할 목적으로 하여 법인이 설립되었거나 또는 중죄나 자연인이 범한 경우 5년 이상의 구금형에 처하는 경죄에 대하여는 범죄를 범할 목적으로 그 설립취지를 일탈한 때에는 법인의 해산
 - 2. 직업 활동 또는 사회활동중 하나 또는 수개에 대한 영구적 또는 5년 이하의 직접 또는 간접적 수행금지

3. 5년 이하의 사법감시
 4. 범죄행위에 제공된 기업의 영업소중 하나, 수개 또는 전부에 대한 영구적 또는 5년 이하의 폐쇄
 5. 영구적 또는 5년 이하의 공계약 배제
 6. 영구적 또는 5년 이하의 기업자금공모금지
 7. 5년 이하의 수표 발행금지 또는 지불카드 사용금지. 다만, 발행인이 지급인으로부터 자금을 회수하기 위한 수표 및 지급보증된 수표는 그러하지 아니하다.
 8. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수
 9. 언론출판물이나 전자적 방식의 모든 대중매체에 의한 판결의 게시나 공고
 10. 범죄를 범하기 위하여 사용되었거나 범죄의 대상이 되었던 동물의 몰수
 11. 영구적 또는 5년 이하의 동물소지금지
 - ② 전항 제1호 및 제3호에 규정된 형은 형사책임을 추급할 수 있는 공법상의 법인에는 적용되지 아니하며, 정당, 정치단체 또는 노동조합에 대해서도 동일하다. 전항 제1호에 규정된 형벌은 종업원 대의기관에는 적용되지 아니한다.
- 〈2007.03.05. 개정, 법률2007-297〉

제131-39-1조

- ① 경죄에 있어 법원은 법인에게 선고될 수 있는 벌금형에 대신하여 또는 동시에 제131-8-1조에 규정된 세부절차에 따른 징벌배상형을 선고할 수 있다.
- ② 전항의 경우 법원은 벌금의 최고금액을 정한다. 단 이 벌금은 75,000유로를 초과할 수 없으며 또한 해당 경죄에 대하여 법인에게 선고될 수 있는 벌금을 초과할 수 없다. 유죄판결을 받은 자가 배상의 의무를 준수하지 않은 경우 형벌적용판사는 형사소송법 제712-6조에 규정된 조건하에서 이 벌금의 전체 또는 일부의 집행을 명령할 수 있다.〈2007.03.05. 신설, 법률2007-297〉

제131-40조

- ① 법인에 대하여 선고할 수 있는 위경죄의 형벌은 다음과 같다.

1. 벌금형

2. 제131-42조에 규정된 권리박탈형 또는 권리제한형

3. 제131-44-1조에 규정된 징벌배상형

② 전항의 형은 제131-43조에 규정된 하나 또는 수개의 보충형과 병과할 수 있다. <2007.03.05. 개정, 법률2007-297>

제131-41조

법인에 대하여 선고하는 벌금형의 상한은 형사처벌명령이 자연인에 대하여 정하는 액의 5배로 한다.

제131-42조

제5급 위경죄에 대한 벌금형은 다음의 권리박탈형 또는 권리제한형의 하나 또는 수개로 대체될 수 있다.

1. 1년 이하의 수표발행금지 또는 지불카드사용금지. 다만, 발행인이 지급인으로 부터 자금을 회수하기 위한 수표 및 지급보증된 수표는 그러하지 아니하다.
2. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 또는 범죄로 인하여 생긴 물건의 몰수

제131-43조

위경죄를 처벌하는 명령은 피고인이 법인인 경우 제131-16조 제5호, 제10호 및 제11호에 규정된 보충형을 정할 수 있으며, 제5급 위경죄에 대하여 제131-17조 제1항에 규정된 보충형을 정할 수 있다. <2007.03.05. 개정, 법률2007-297>

제131-44조

위경죄가 제131-43조에 규정된 하나 또는 수개의 보충형으로 처벌되는 경우 법원은 보충형만을 선고하거나 하나 또는 수개의 보충형만을 선고할 수 있다.

제131-44-1조

- ① 제5급의 위경죄에 대하여 법원은 법인에게 선고될 수 있는 벌금형에 대신

하여 또는 동시에 제131-8-1조에 규정된 세부절차에 따른 징벌배상형을 선고할 수 있다.

② 전항의 경우 법원은 벌금형의 최고금액을 정한다. 단 이 벌금은 7,500유로를 초과할 수 없다. 유죄판결을 받은 자가 배상의 의무를 준수하지 않은 경우 형벌적용판사는 형사소송법전 제712-6조에 규정된 조건하에서 이 벌금의 전체 또는 일부의 집행을 명령할 수 있다. <2007.03.05. 신설, 법률2007-297>

제131-45조

법인해산 결정이 있는 경우, 법인의 해산을 위한 사건은 재산청산절차를 관할하는 법원으로 이송된다.

제131-46조

① 법인을 사법감시에 처하는 판결을 선고할 때에는 감시업무의 수행자를 지명하고 구체적 임무를 정하여야 한다. 이 임무는 범죄가 행하여진 활동 또는 범죄의 기화가 된 활동에 한정된다. 감시업무 수행자는 최소 6개월마다 그 임무수행의 결과를 형벌적용판사에게 보고하여야 한다.

② 전항의 보고를 받은 형벌적용판사는 사법감시를 선고한 법원에 의견을 제시할 수 있으며, 이 경우 사법감시를 선고한 법원은 법인에 대하여 새로운 형을 선고하거나 사법감시 선고를 취소할 수 있다. <1992.12.16. 개정, 법률92-1336>

제131-47조

자금공모의 금지는 명칭 여하를 불문하고 증권 또는 주식을 운용하기 위하여 신용기관, 금융기관 또는 증권회사에 위탁하는 것 또는 모든 공모절차에 의뢰하는 것을 금지한다.

제131-48조

① 하나 또는 수개의 직업 활동이나 사회활동의 수행을 금지하는 형의 금지범위는 제131-28조에 규정된 바와 같다.

② 하나 또는 수개의 영업소 폐쇄형의 경우는 제131-33조에 규정된 바와 같다.

- ③ 공계약 배제형의 경우는 제131-34조에 규정된 바와 같다.
- ④ 수표 발행금지형의 경우는 제131-19조 제1항에 규정된 바와 같다.
- ⑤ 몰수형은 제131-21조에 규정된 요건에 따라 선고한다.
- ⑥ 판결의 게시 또는 공고의 형은 제131-35조에 규정된 요건에 따라 선고한다.

제131-49조

제131-45조 내지 제131-47조의 규정을 적용하기 위한 세부절차 및 종업원 대표에 대한 공판기일 통지의 요건은 국사원령으로 정한다.

제6장

결론

비교법적으로 볼 때 법인활동으로 인한 법익침해 내지 의무위반에 대처하기 위하여 가장 널리 사용되고 있는 방법은 그 구성원이 법익침해행위 내지 의무위반행위를 하였음을 이유로 하여 당해 법인에 대하여서도 일정한 책임을 묻는 것이다. 이러한 접근방법은, 구성원이 법익침해행위나 의무위반행위를 행하는 경우 그가 법인 내에서 어떠한 위치에 있는가에 상관없이 언제나 당해 법인을 처벌하도록 하는가 아니면 경영진에 해당하는 구성원이 그러한 행위를 행한 경우에만 당해 법인을 처벌하도록 하는가에 따라 두 가지로 나눌 수 있다. 본문에서 살펴본 대위책임 이론에 의한 법인처벌이 전자의 전형적인 예에 해당한다면, 동일성 이론에 의한 법인처벌은 후자의 전형적인 예에 해당한다.

그런데 특히 법인의 업무집행이 고도로 분업화되어 진행되는 경우에는 업무수행자가 법익침해행위나 의무위반행위가 행하였다고 하여 법인이 곧바로 책임을 부담하여야 한다고 보는 것은 부당하다는 주장이 제기될 수 있다. 개별적인 구성원의 업무집행행위에 대한 법인의 감독, 통제가능성은 제한적으로만 인정되기 때문이다. 구체적인 업무집행은 직접 이를 수행하는 구성원의 책임 하에 이루어지며, 법인은 단지 구성원들에게 적절히 업무를 분배하고 그들을 정기적으로 관리감독하는 방법으로만, 즉 단지 간접적인 방법으로만 개별적인 업무집행행위에 영향을 미칠 수 있을 뿐이다. 이와 같은 사정을 고려한다면 합리적으로 보아 기대가능한 모든 감독의무를 이행하였음에도 불구하고, 단지 법익침해행위나 의무위반행위를 행한 자가 법인의 구성원이라고 하여 당해 법인을 처벌하는 것은 부

당하다고 주장할 수 있는 것이다. 이러한 주장에 의한다면 법인에 대하여 책임을 묻기 위하여서는 외부적으로 법익침해행위나 의무위반행위가 행하여진 것만으로는 부족하며, 내부적으로 그러한 행위를 행한 구성원에 대한 선임감독의무 위반이 인정되어야만 한다고 보게 될 것이다.

이와 같은 접근방법에 따라 법인의 책임을 묻기 위한 체계를 형성하는 경우에는 어떠한 경우에 감독의무 위반이 있다고 보아야 하는가의 문제가 가장 중요한 논의대상이 될 것이다. 그리고 이 문제를 판단함에 있어서는 먼저 기업 내부에 업무집행과정에서 법익침해행위나 의무위반행위가 행하여지는 것을 방지하기 위한 제도적 장치가 마련되어 있는가를 중심으로 하여 보다 일반적인 관점에서 접근할 수도 있을 것이다. 그러나 이와는 달리 누가 선임감독의무를 부담하는가를 확정한 후, 그러한 의무를 부담하는 자가 당해 법익침해행위 내지 의무위반행위를 행한 행위자에 대하여 충분한 감독을 하였는가를 중심으로 하여 보다 구체적인 접근할 수도 있을 것이다. 본문에서 살펴본 독일의 질서위반법은 후자의 구체적인 접근방법을 채택한 입법례에 해당한다.

이상에서 살펴본 커먼로 국가의 동일성 이론이나 대위책임 이론, 독일의 접근 방법에서는 언제나 법인의 책임을 자연인인 행위자의 책임으로부터 이끌어내려고 한다. 즉 법인의 책임을 자연인인 행위자의 책임에 종속시키는 것이다. 그 결과 이러한 접근방법들에서는 종래 자연인의 책임을 검토함에 있어서 사용하던 형사법의 제원칙들이 그대로 사용되게 된다. 예컨대 위에서 제시한 법제도의 바탕에는 어느 특정한 개인이 법익침해의 결과발생 여부를 지배하고 있다는 고전적인 지배가능성 개념이 놓여 있다. 경영진이나 업무집행자 내지 감독의무를 부담하는 자와 같은 특정한 자연인이 결과발생 여부를 지배하고 있으며, 따라서 그들이 올바르게 자신에게 부과된 업무를 집행하였더라면 법익침해 내지 의무위반의 결과가 발생하지 아니하였을 것임에도 불구하고, 그들이 자신들의 귀책사유로 인하여 업무를 적절히 집행하지 못하여서 법익침해 내지 의무위반의 결과가 발생하였다는 점을 근거로 하여 당해 법인이 책임을 부담하여야 한다고 보는 것이다.

그러나 이와 같은 논리구조를 법인의 형사책임을 검토함에 있어서 그대로 적용하는 것이 적절한가에 대하여서는 비판이 제기된다. 현대의 (대)기업구조는 기

능적 분화와 분업을 그 특징으로 한다. 구체적인 업무집행을 담당하는 기관과, 그 업무에 결합되어 있는 위험을 평가하고 이를 적절히 관리할 수 있는 방침을 마련할 의무를 부담하는 기관이 서로 분화되어 있는 것이다. 업무집행을 담당하는 구성원은 주어진 지침을 수행하는 역할을 할 뿐이다. 따라서 예컨대 위험평가가 적절히 이루어지지 아니하였거나 위험관리방법이 적절하게 지침화되지 아니하였고, 이로 인하여 직접 업무를 집행하는 구성원이 법익침해 내지 의무위반의 결과가 발생하는 것을 방지하는 것이 현실적으로 불가능하였더라면, 그가 위험실현 여부를 지배하고 있다고 말하는 것은 타당하지 않다. 즉 이러한 경우에는 직접적으로 결과를 야기한 자가 아니라 위험성의 평가 및 관리를 담당한 기관이 위험실현 여부를 지배하고 있는 것이다. 나아가, 법인의 내부기능이 충분히 분화되어 있다면, 어느 업무집행행위에 결합되어 있는 위험이 적절히 평가되고 관리되고 있는가의 여부 역시 어느 한 개인이 그에게 부과된 의무를 충실히 이행하고 있는가에 의하여 판단되어서는 안될 것이다. 위험평가 및 관리가 충실히 이루어지고 있던 그렇지 아니하던 그 원인은 이를 실현하기 위하여 적절한 제도적 장치가 마련되어 있는가 내지 그것이 올바르게 작동하고 있는가의 여부에서 찾아야 하는 것이다.

보다 일반화시켜 말한다면 법인의 업무집행과정이 분화될수록, 업무집행으로 인한 법익침해의 발생원인은 어느 한 개인이 아니라 기업의 업무집행 과정을 통괄하는 시스템의 문제로 보게 될 여지가 커지게 된다고 말할 수 있다. 어느 한 개인이 결과발생 여부를 지배하는 것이 아니라, 당해 법인에 존재하는 위험관리 체계가 적절한가에 의하여 결과발생 여부가 좌우되는 것이다. 그렇다면 법인처벌의 요건이 충족되었는가 역시 어느 한 구성원에게 고의, 과실과 같은 귀책사유가 인정되는가에 의하여서가 아니라, 당해 기업에 적절한 위험관리 시스템이 갖추어져 있는가의 여부에 의하여 판단되어야만 할 것이다. 영국의 법인살인법은 바로 이와 같은 고려 하에 제정된 법률에 해당한다.

커먼로 국가의 동일성 이론이나 대위책임 이론, 영국의 법인살인법, 독일이나 프랑스의 관련법제도는 법인을 처벌하기 위하여 사용할 수 있는 대표적인 예에 해당한다. 그러나 법인의 형사책임을 인정하는 법제도가 반드시 이러한 국가에서 채택하는 법제도 중의 어느 하나의 형식을 가져야만 하는 것은 결코 아니다.

법인의 책임을 인정하기 위한 이론적 틀은 형성함에 있어서 고려가능한 요소는 매우 다양하게 존재하며, 어떠한 요소를 어떻게 고려하는가에 따라 법인을 처벌하기 위한 법제도는 매우 상이한 형태를 가지게 될 것이다. 예컨대 형사책임의 주체를 법인에 한정할 것인가 아니면 나아가 이외에도 자기정체성을 보유한 단체에까지 확장할 것인가, 만일 자기정체성을 보유한 단체에 대하여서도 형사책임능력을 인정하려고 한다면 이때 자기정체성의 보유 여부는 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가, 위험관리의 실패 내지 법익침해를 용인하는 기업문화의 존재 등과 같이 법익침해 그 자체와 직접적으로 관련되어 있지는 않지만 법익침해의 결과가 발생하게 된 보다 근원적인 원인이 된 요소를 범죄구성요소로 받아들일 것인가, 관련 법제도를 형성함에 있어 관리감독의무 불이행 여부를 고려할 것인가, 이를 고려하기로 한 경우 관리감독의무의 불이행을 법인의 형사책임의 성립요건으로 포섭할 것인가 아니면 관리감독의무의 성실한 이행을 법인의 형사책임을 배제시키는 면책요소로 볼 것인가, 직접적으로 법익침해를 야기한 자에게 귀책사유가 존재하는 경우에만 법인의 형사책임을 물을 수 있도록 할 것인가, 법인의 형사책임을 검토함에 있어서도 전통적인 인과관계 개념을 그대로 사용할 것인가 아니면 위험중대이론과 같은 새로운 척도를 사용할 것인가, 법익침해행위가 법인에 대하여 이익을 가져온 경우에만 당해 법인을 처벌하도록 할 것인가, 직접적인 법익침해행위가 업무집행과 관련된 경우에만 법인에 대하여 형사책임을 인정할 것인가 아니면 법인의 구성원이 범죄를 범한 경우 보다 넓은 범위에서 법인에 대하여 형사책임을 물을 수 있도록 할 것인가 등이 고려가능한 다양한 요소에 해당한다. 그리고 이러한 사항들 중에서 어떠한 요소를 어떻게 고려하는가에 따라 법인의 형사책임을 인정하기 위한 이론적 틀의 모습은 서로 전혀 다른 형태를 가지게 될 것이다.

법인의 형사책임을 인정하기 위한 법제도는 수없이 다양한 형태로 존재할 수 있다. 그리고 그러한 상정가능한 다양한 형태의 법제도 중에서 어느 것을 선택하여야 하는가에 대한 고정된, 주어진 정답과 같은 것은 존재하지 않는다. 시간과 공간을 초월하여 어느 사회에나 타당하게 적용될 수 있는 법제도란 존재하지 아니하기 때문이다. 다른 것들에 비하여 본질적으로 우월한 법제도가 아니라, 사회의 요구를 충족시키기에 더 적합한 법제도만이 존재할 수 있을 뿐이다. 예

컨대 영국의 법인살인법이 채택하는 접근방법이 보다 최근에 개발되었으나, 그렇다고 하여 그것이 반드시 이전의 접근방법에 비하여 나은 것이라고 말할 수도 없다. 법인 내부의 시스템에 주목하는 법인살인법의 접근방법은 소규모의 기업에는 적용되기 곤란하기 때문이다. 우리가 법인의 형사처벌을 위한 법제도를 어떻게 구성할 것인가의 문제는 우리 사회에서 당해 법제도가 어떠한 목적을 달성할 수 있도록 형성하여야 하는가에 의하여 결정되어야 한다. 이러한 사정을 고려한다면 현재 우리나라에서 사용되고 있는 양벌규정의 형태를 그대로 유지하여야 할 논리필연성은 인정되지 않지만, 그렇다고 하여 양벌규정의 형식을 반드시 포기하여야만 하는 것도 아니라고 보아야 할 것이다. 양벌규정을 유지할 것인가, 아니면 전혀 새로운 형태의 법제도를 형성할 것인가를 판단하기 위하여서는 우리가 왜 법인을 처벌하려고 하는가, 그리고 그러한 목적달성을 위하여 양벌규정을 유지하는 것으로 충분인가의 질문을 해보아야 할 것이다.

형법은 당해 사회가 맞닥뜨린 문제를 해결하기 위한 하나의 도구에 불과하기에, 사회의 변화에 따라 형법의 내용도 변할 수밖에 없다. 그렇다면 법인의 형사처벌을 위한 법제도를 마련함에 있어서는 “법인이 범죄주체성을 보유하는가?”와 같은 형식적이고 추상적인 질문으로부터가 아니라, 우리 사회에서 문제되고 있는 구체적인 사안으로부터 출발하는 것이 적절할 것이다. 우리는 도대체 어떠한 형태의 사회문제를 해결하기 위하여 법인을 형사처벌하려고 하는가, 이를 통하여 우리가 달성하고자 하는 목적은 무엇인가를 물어보아야만 하는 것이다. 논의의 출발점이 되는 사회문제를 분석함에 있어서는 예컨대 당해 사안이 발생한 분야가 경제분야인지 아니면 산업안전과 관련된 분야인지, 그리고 사안에서 처벌 여부가 문제된 기업이 대기업인지 아니면 중소기업인지와 같은 구체적인 사정들이 보다 심도 있게 분석되어야 할 것이다. 그러한 분석을 통하여 비로소 문제를 해결하기 위한 출발점을 확보할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 분석, 그리고 분석에 바탕한 법제도의 정비 과정에서는 물론 본 연구와 같은 비교법적 연구자료가 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다. 이론적이고 추상적인 질문이 아니라, 우리가 맞닥뜨린 문제가 모든 논의의 출발점이 되어야 하는 것이다.

참고문헌

1. 미국의 관련 법제도에 관한 참고문헌

국내 단행본

- 강석구, 주요 국가의 불법자금 추적체계 분석, 한국형사정책연구원, 2005.
- 김진식·송옥렬, 미국의 증권규제, 홍문사, 2001.
- 김영현, 기업범죄, 어떻게 예방할 것인가, 삼성경제연구소, 2005.
- 박강우, 기업범죄의 현황과 정책분석, 한국형사정책연구원, 1999.
- 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999.
- 법무부, 미국모범형법·형사소송규칙(법무자료 제50집), 1983.
- 성주목·강석민·강선일·강성용·이장준·정재진, 기업범죄의 이론과 실제, 세창출판사, 2010.
- 오영근·최석윤, 양형의 합리화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 오영근·조현지, 조세범죄의 유형과 대처방안, 한국형사정책연구원, 1996.
- 유병규, 기업지배구조와 기업범죄, 한국형사정책연구원, 2004.
- 이기현·박기석, 법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 1996.
- 이기현·박기석, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안, 한국형사정책연구원, 1997.
- 이상복, 기업범죄와 내부통제, 삼우사, 2004.
- 이천현·임정호·박기석, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(I), 한국형사정책연구원, 2009.
- 최대권, 영미법(개정증보판), 박영사, 1991.
- 최인섭·최영신, 화이트칼라범죄에 관한 연구 - 유형과 사례분석을 중심으로 -, 한국형사정책연구원, 1996.
- 현대호, 영업비밀의 보호에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2004.

국내 논문

- 김재봉, “영업비밀의 형사법적 보호방안”, 형사정책 제14권 제1호(2002), 169-196면.
- 김재봉, “기업에 대한 보호관찰의 도입가능성 검토”, 비교형사법연구 제8권 제2호(2006), 805-820면.
- 김종덕, “기업범죄에 있어서 개인의 형사책임”, 한국법학회 법학연구 제18집(2005), 327-353면.
- 도중진, “기업범죄의 피해유형과 피해자 구제방안에 관한 소고”, 피해자학연구 제15권 제2호(2007.10), 311-332면.
- 박강우, “최근 미국의 기업범죄 실태와 규제동향”, 충북대학교 법학연구 제17권 제2호(2006), 303-326면.
- 박강우, “영미형법상 엄격책임의 이해”, 형사정책연구 제18권 제3호(2007), 247-264면.
- 박기석, “판례와 사례분석을 통한 기업범죄 처벌의 개선방향”, 형사정책 제20권 제2호(2008), 71-98면.
- 박용철, “미국의 현대 양형 제도 연구 : Blakey 판례와 Booker 판례를 넘어서”, 비교형사법연구 제7권 제2호(2005), 331-372면.
- 서영수, “미국 ENRON사 회계부정사건 연구 - 회계부정 유형 및 원인”, 형사법의 신통향 제23호(2009/12), 321-375면.
- 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책 제20권 제2호(2008), 41-70면.
- 신승호, “Booker 판결 이후 연방 양형제도의 동향”, 형사법의 신통향 제12호(2008/2), 1-61면.
- 안성조, “2002 아더앤더슨 유죄평결의 의미”, 형사법의 신통향 제25호(2010/4), 299-332면.
- 오택림, 미국 White Collar Crime에 관한 연구, 해외연수검사연구논문집 제22권 제2집(2006), 645면 이하.
- 이승현, “기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안”, 형사정책연구 제20권 제1호(2009), 785-805면.
- 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호(2010년 봄), 65-89면.

- 이천현, “법인의 범죄주체능력과 형사책임”, 형사법연구 제22호 특집호(2004), 58-82면.
- 이천현, “기업범죄의 억제를 위한 최근의 정책동향과 과제”, 형사정책 제20권 제2호(2008), 11-39면.
- 조병선, “형법에서의 행위자 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학 제50권 제2호(2009), 591-614면.
- 천진호, “기업범죄와 형사적 규제”, 경북대학교 법학연구소 법학논고 제16집 (2000), 69-86면.
- 최병문, “미국의 양형제도 - 연방양형기준표와 답변협상 -”, 비교형사법연구 제2권 제2호(2000), 173-198면.

외국 단행본

- The American Law Institute, Model Penal Code official Draft and explanatory Notes, 1985.
- Kathleen F. Brickey, Corporate and White Collar Crime 2010, 4. Edit., Aspen Pub, 2009.
- Tracy L. Coenen, Essentials of corporate Fraud, John Wiley & Sons, 2008.
- Markus D. Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, C.H.Beck, 2005.
- Richard D. Hartley, Corporate Crime : a reference handbook, ABC-Clio, Inc, 2008.
- Wayne R. LaFave, Criminal Law, 3. Edit. West Group, 2000.
- Ellen S. Podgor & Jerold H. Israel, White Collar Crime in a Nutshell, 4. Edit., 2009.
- Henry N. Pontell & Gilbert L. Geiz(edit), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer 2006.
- James T.O'Reilly, Punishing corporate crime: legal penalties for criminal and regulatory violations, Oxford University Press, 2009.

외국 논문

- Sara Sun Beale & Adam G. Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability, 8 Buffalo Criminal Law Review 89 (2004).
- Edward B. Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure, 118 Yale Law Journal 126 (2002).
- George P. Fletcher, The Storrs Lectures: Liberals and Romantic at War: The Problem of Collective Guilt, 111 Yale Law Journal 1499 (2002).
- Assaf Hamdani & Alon Klement, Corporate Crime and Deterrence, 61 Stanford Law Review 271 (2008).
- Roland Hefendehl, Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy, 8 Buffalo Criminal Law Review 51 (2004).
- Timothy A. Johnson, Sentencing Organizations After Booker, 116 Yale Law Journal 632 (2006).
- Bernd Schünemann, The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective, 8 Buffalo Criminal Law Review 35 (2004).
- Andrew Weissmann with David Newmann, Rethinking Criminal Corporate Liability, 82 Indiana Law Journal 410 (2007).

외국 기타

- Chicago Tribune, “Supreme Court limits use of fraud law, siding with ex-Enron CEO Skilling” (June 24, 2010) (http://articles.chicagotribune.com/2010-06-24/business/chi-honest-services-ruling_1_honest-services-ceo-skilling-convictions: 2010. 9. 28. 최종방문)
- Corporate Fraud Task Force, Report To The President 2008 (<http://www.justice.gov/archive/dag/cftf>: 2010. 9. 28. 최종방문)

U. S. Sentencing Commission, 2009 Annual Report(<http://www.ussc.gov/annrpts.htm>: 2010. 9. 27. 최종방문)

2. 영국의 관련 법제도에 관한 참고문헌

논 문

- 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 310
- James Gobert, "The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in the making but was it worth the wait?", Modern Law Review, 2008, 427
- John C. Coffee, Jr., "'No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment," Michigan Law Review, vol. 79, 1981, 386
- R. W. L. Howells, "The House of Lords and the Licensing Acts", The Modern Law Review, Vol. 28, No. 2 (Mar., 1965), 227
- Saleem Sheikh, "Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Bill: Part 1", International Company and Commercial Law Review, 2007, 261

단행본

- A.P. Simester/G.R. Sullivan, Criminal Law, Theory and Doctrine, 3th. ed., 2007
- Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 2009, 148
- Celia Wells, Corporations and Criminal Liability, 2th. ed., 2001
- David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law, 12th. ed., 2008
- Jonathan Herring, Criminal Law, Text, Case, and Materials, 3.th. ed., 2008

기 타

- Allen v Whitehead, [1930] 1 K.B. 211
- Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999), Court of Appeal, 15 February [2000] Q.B. 802
- Coppen v Moore, [1898] 2 Q.B. 306
- Home Office, Corporate Manslaughter: The Government's Draft Bill for Reform, Cm 6497, 2005, 8
- House of Commons, Home Affairs and Work and Pensions Select Committees, First Joint Re-port of Session 2005-06, Draft Corporate Manslaughter Bill, HC Paper No,540 I (Session 2005-06), 129 참조.
- James & Son Ltd v. Smee, [1955] 1 Q.B. 78
- Law Commission, Legislating the Criminal code: Involuntary Manslaughter: Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law: Report No 237, HC (1995-96) 171
- Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v Securities Commission, [1995] 2 A.C. 500
- R v. Great Western Trains Co Ltd, [2001] B.C.C. 210
- R. v Adomako, [1995] 1 A.C. 171
- R. v Caldwell (James), [1982] A.C. 341
- R. v H. M. Coroner for East Kent, (1989) 88 Cr. App. R. 10
- R. v Lawrence (Stephen Richard), [1982] A.C. 510
- R. v P & O European Ferries (Dover) Ltd, [1991] 93 Cr. App. R. 72
- R. v Seymour (Edward John), [1983] 2 A.C. 493
- R. v The Great North of England Railway Company, [1846] 115 E.R. 1294
- R. v. Stanley and others, 19 October 1990, (CCC) transcript pp 9E. 10B
- Reforming The Law on Involuntary Manslaughter: The Government's Proposals, May 2000
- Regina v British Steel Plc, [1995] 1 W.L.R. 1356
- Rex v. Bateman, [1927] 19 Cr.App.R. 8

- Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport, [1994] 1 W.L.R. 541
 Sheen Report (1987), mv Herald of Free Enterprise, Report of Court No.
 8074, Dept of Transport (London: HMSO)
 Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass [1972] A.C. 15
 The Southall Rail Accident Inquiry Report, Prof. J. Uff, UK Health and Safety
 Executive Books, 2000

3. 독일의 관련 법제도에 관한 참고문헌

논 문

- Christian Pelz/Ingo Theusinger/Thomas Klindt, “Compliance im Spiegel der
 Rechtsprechung”, NJW 2010, 2385
 Hans Achenbach, “Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen
 Unternehmen”, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum
 70. Geburtstag, 1993, 553
 Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen,
 ZStW 107, 1995, 308
 Hans W. Többens, “Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die
 Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten”,
 NStZ 1999, 6
 Karl Brenner, “Das Bruttoprinzip gilt für den Einzeltäter und für
 Unternehmen, nicht nur für den unschuldigen Täter oder Dritten”,
 ZStZ 2004, 256
 Klaus Tiedemann, “Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung”,
 NJW 1986, 1844
 Klaus Tiedemann, Die Bebußung von Unternehmen, NJW 1988, 1172
 Matthias Korte, “Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten -
 2008 -”, NStZ 2010, 22

Thomas Weigend, “SOCIETAS DELINQUERE NON POTES? A German Perspective”, Journal of International Criminal Justice, November, 2008, 927

단행본

Adolf Schönke/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006

Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007

Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003

Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., 2009

Georg Erbs/Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl., 2009

Günther Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995

Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996

Joachim Bohnert, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2007

Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2007

Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003

Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010

기 타

BayObLG, NJW 2002, 766

BayObLG, NJW 2002, 766

BayOBLG, NStZ-RR 1997, 339

BFH, DStR 1999, 1518

BGH, NJW 1981, 1793

BGH, NStZ 1986, 34

- BGH, NStZ 1996, 539
 BGH, NStZ 2004, 699
 BGHSt 21, 101 (NJW 1966, 2225)
 BGHSt, NJW 1952, 594
 OLG Düsseldorf, LSK 1990, 150172
 OLG Düsseldorf, LSK 2007, 170316
 OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1999, 151 참조.
 OLG Frankfurt, NJW-RR 1993, 231
 OLG Hamm, NStZ 1992, 499
 OLG Jena, NStZ 2006, 533

4. 프랑스의 관련 법제도 참고문헌

논 문

- Frédéric Desportes, Responsabilité pénale des personnes morales, *JurisClasseur Pénal Code* Art. 121-2, 2001.
 Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, *JurisClasseur Procédure pénale* Art. 706-41 à 706-46, 2002.
 Delmas-Marty, Les personnes morales étrangères et françaises, *Rev. Sociétés*, 1993.
 Jean Pradel, La responsabilité pénale des personnes morales en droit français quelques questions, *Rev. Pénitentiaire et de Droit pénal*, 1998, N° 3-4.

단행본

- 강현철 외, 프랑스법령용어집, 법제연구원, 2008.
 Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparé*, 3eéd.

Durand et Vitu, Traité de droit du travail Dalloz, t. III.

R. et A. Vitu, Traité de droit criminel: 1988, t. I.

J. Pradel, Droit pénal général: Cujas, 1992.

M. Delmas-Marty, Droit pénal des affaires: PUF, 1990.

Bernard Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 2009.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 1998.

F. Desportes et F. Le Guehrec, Le nouveau droit pénal. I - Droit pénal général, Economica, 1997.

기타

Premier bilan de l'application des dispositions du nouveau Code pénal concernant la responsabilité pénales des personnes morales, Circulaire du ministère de la Justice en date du 26 janvier 1998.

Circulaires relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénales des personnes morales.

Criminal Sanction on Corporate Activity(Ⅱ)

- Corporate Criminal Responsibility : A Comparative Study of Germany, France, the U.K. and the United States -

Kim, Ho-Ki, Choi Jun Hyouk, Kim Taek-Su

A corporation has a legal personality in itself and can accordingly sue and be sued, hold property and transact. However, a corporation exists as an artificial form, created and managed by human beings. It is, hence, not easy to imagine that a corporation can commit a crime. Our common sense and philosophical individualism that underlies the criminal law system have prohibited the introduction of a corporate criminal responsibility for a long time. However, as the number of corporations and accordingly damage and injury corporations caused to property and person have dramatically increased over the last century, the public perception of corporations has moved toward recognizing corporations as a legal entity that can be held criminally liable on the basis of its own fault. The old rule that corporations cannot be held criminally responsible (*societas delinquere non potest*) is gradually abandoned. Since the 1990s, some countries like UK, Australia have enacted legislations which make a corporation criminally liable on the ground of management failure or corporate culture.

In the UK, two theoretical instruments, vicarious liability and identification principle, have been developed for attributing to a corporation the acts and states of mind of individuals it employs. According to the vicarious liability standard, a corporation is vicariously liable for an offence of its servants or agents. The logic of the vicarious liability of a corporation is very simple: a corporation, being merely a person in law only, and not a real one, can act only through its agents or employees, so it may be held criminally responsible for the offences of its agents or employees. The notion that a corporation could be directly liable for committing a criminal offence was developed in the mid-19th century. This new form of liability, known as the alter ego theory or identification principle, was based on the idea that the company itself can be identified with its senior officers, because, as the House of Lords said in *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass*, “normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company are an embodiment of the company or, one could say, they hear and speak through the persona of the company, within their appropriate sphere, and their mind is the mind of the company.”

Under the identification doctrine, only if the individual who is the embodiment of the company is found guilty, the company can be convicted. Where there is insufficient evidence to convict the individual, any prosecution of the company must fail. So only few corporations could be successfully prosecuted in applying the identification principle. To overcome such limitations of the identification principle, “The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007” was brought into force in 2008. The act creates a new offence called corporate manslaughter. An organization will be guilty of the new offence if the way in which its activities are managed or organized causes a death and amounts to a gross breach of a duty of care to the deceased.

The structural foundations of corporate liability have developed differently in

the United States federal jurisdiction. In the United States, the criminal liability of a corporation is acknowledged primarily on the basis of the vicarious liability. But, contrary to the UK, where the vicarious liability of a corporation is restricted to strict liability cases and statute offenses, a vicarious form of liability applies in mens rea offenses as well as strict liability cases in the United States. That is, a corporation is criminally liable if a member of the corporation commits a crime within the scope of employment and at least in part with the motive to benefit the corporation and the act and intent can be imputed to the corporation, even if the offence requires mens rea.

If corporations are found guilty, they are punished pursuant to the Organizational Sentencing Guidelines promulgated by the U.S. Sentencing Commission. Also, when a corporation is convicted of an offence, the court may impose a fine which is calculated based on either the victim's loss or the defendant's gain multiplied by a factor set forth in the United States Sentencing Guidelines. The United States Supreme Court has held that the Guidelines are advisory only, but the district courts must consult those Guidelines and take them into account when sentencing.

Whereas corporate criminal responsibility has had a relatively long history in common law jurisdictions, Germany is reluctant to attribute criminal liability to collective entities including corporations and other organizations. In Germany, only administrative fine (Geldbuße) can be imposed on a corporation under the condition that an organ, a representative or a person with control functions of the legal person committed a criminal offence or an administrative infraction by which an obligation of the corporation was violated or the corporation was enriched.

In the German criminal law system, the criminal liability is regarded as something ethical, that is, only an individual and not an organization can commit a crime, because the criminal liability presupposes the ability of autonomy and self-determination. The German Federal Court of Appeals

repeatedly declares that “man is directed toward free, responsible moral self-determination” and that only for that reason moral and legal blame can be imposed on him when he commits a crime. The Court also declares that this principle of guilt, the *Schuldprinzip*, is deeply rooted in the protection of human dignity and the right to develop one’s personality. In this perspective, a corporation cannot be blamed and consequently cannot be criminally liable because it doesn’t have a mental state. It is said that criminal responsibility is an alien concept where, like Germany, criminal responsibility is considered as the result of moral fault.

The basis for corporate criminal liability in French law is codified in Article 121-2 of the new French penal code. Under Article 121-2 of the Code, a corporation is criminally liable if an employee or agent of the corporation commits a crime on its behalf, when the provision that has been breached explicitly declares that the law applies to a corporation. The criminal liability of a corporation does not exclude that of the natural person who can be convicted either as a principal or accomplice for the crime. Also, there are three basic requirements for liability to be imposed under Article 121-2. First, the French legislature must have enacted a criminal offense which a corporation can contravene. Second, a corporation’s representatives or its organs must commit such an offence. Third, the act must have been committed for the benefit of the corporation.

연구총서 10-17-05

기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(Ⅱ)
- 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구 -

발 행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

(02)575-5285

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / 삼일기획

(02)503-4800

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 10,000원

ISBN 978-89-7366-869-4 93360