

법인의 형사책임에 관한 현행 양벌규정의 문제점

- 미국 FCPA법 및 영국 뇌물법과의 비교법적 검토를 중심으로 -*

Problems of Joint Penal Provision on the Juristic Person's Criminal Accountability

- Focused On The Comparative Jurisprudential Research of FCPA of USA and UK Bribery Act(2010) -

김세환(Kim, Se Hwan)** · 배성호(Bae, Sung Ho)***

ABSTRACT

As the activities of the juristic person represented by the company are expanding and of great importance in social life offenses by corporations have been increasing gradually. In addition the claim that criminal penalties against juristic person should be enforced is raised strongly.

If the constitutional values of the Korean Constitution is infringed by the natural person's or juristic person's corruptinal behavior, The Korean Constitution orders to the National Parliament to fix the infringement.

So the National Parliament has the right to make the law to penalize the juristic person's corruptinal behavior in order to protect the constitutional values. Our lawmaker choose the method to keep the penal on juristic person through Joint Penal Provision.

Key words: Criminal Penalty against Juristic Person, Joint Penal Provision, Fine Penalty, Criminal Accountability of Juristic Person, Discretionary Authority of the National Parliament, FCPA of USA, UK Bribery Act(2010)

* 이 논문은 2015년 11월 27일 한국부패학회 추계학술대회에서 발표한 글을 제목 및 내용을 전폭적으로 수정·보완한 것입니다.

** 영남대학교 천마인재학부 교책직원교수(제1저자)

*** 영남대학교 법학전문대학원 교수(교신저자)

I. 들어가며

최근 헌법재판소가 내린 일련의 양벌규정에 대한 위헌결정의 의미는 양벌규정 그 자체가 위헌적인 것이 아니라, 행정목적 달성을 위해 형벌체계상 합리적인 근거가 있으면 합헌이지만 법인의 고의나 과실의 유무를 따지지 않고 단지 종업원의 범죄행위가 발생하면 그 범죄를 행한 종업원과 함께 법인에 대해서도 필요적으로 처벌하는 것이 헌법에 위반된다는 취지였다.¹⁾ 즉 어떠한 경우에도 법인의 면책규정을 두지 않고 법인 임직원의 범죄행위로 인해 필요적으로 법인을 처벌하는 양벌규정은 형벌의 책임주의원칙에 위배되어 위헌이라는 것이었으며, 이러한 헌법재판소의 결정에 따라 법무부는 대부분의 양벌규정에서 면책규정을 확일적으로 신설하는 것으로 양벌규정을 보완하여 왔다. 그러나 이러한 시도에 대해서는 다양한 행위유형을 양벌규정으로 처리하려다 보니 각각의 행위유형에 고유한 사정을 감안할 수 없다는 비판에 직면하고 있다. 또한 우리 대법원이나 헌법재판소가 법인의 책임을 행위 책임이 아닌 감독책임으로 이해하는 한 법인에 대한 형벌로서 부과하는 벌금액의 대폭적인 상향 조정은 책임과 형벌간 비례의 원칙을 위배하게 될 가능성이 크기 때문에, 현실적으로 급증하는 기업범죄에 대한 범죄예방적 차원에서 그 실효성도 문제되고 있다.

한편 우리보다 앞서 국내의 반부패법제를 정비해온 미국과 영국 등은 국제 상거래에서의 다국적기업들에 의한 반부패행위를 규제하기 위한 노력의 일환으로써 통일적인 국제규범을 제정하기 위해 노력해왔다.

미국의 경우, 록히드 사건²⁾을 계기로 미국기업이 외국의 공무원에게 제공하는 뇌물제공 행위를 규율하기 위해 해외부패관행규제법(Foreign Corrupt Practices Act(이하 FCPA라 함))을 제정하였다.³⁾ 그러나 동 법의 시행결과 국제상거래에서 오히려 미국기업을 역차별하

1) 헌결 99헌바73; 헌결 2005헌가10; 2008헌가10 등.

2) 록히드 뇌물 사건(Lockheed bribery scandals)은 미국의 록히드 사가 1950년대 후반부터 1970년대까지 F-104 스타파이터를 포함한 자사의 항공기를 팔기 위해서 서독, 이탈리아, 네덜란드, 일본, 사우디아라비아 등 해외 고위직 공무원에게 뇌물을 제공한 사건으로서 동 사건의 여파로 록히드는 거의 파산할 뻔 했다. 동 사건과 관련하여 일본의 경우에는 현직 다나카 수상을 포함하여 정치인과 고위직 공무원들이 뇌물 수수 혐의로 구속되었고, 네덜란드의 경우에는 율리아나 여왕의 남편인 베른하르트 공이 구속되었으며 여왕은 퇴진 압력을 받았다. 자세한 내용은 Paul Emil Erdman, *The last days of America*, G.K. Hall, 1982; Jurg Gerber, Eric L. Jensen, *Encyclopedia of white-collar crime*, Greenwood Publishing Group(2007)을 참고할 것). 동 사건을 계기로 지미 카터 대통령은 1977년 12월 19일 해외부패관행규제법(Foreign Corrupt Practices Act)에 서명하였다.

3) 15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.; FCPA는 'Foreign Corrupt Practices Act'의 약어이지만, 'An Act to amend the Securities Exchange Act of 1934 to make it unlawful for an issuer of securities registered pursuant to section 12 of such Act or an issuer required to file reports pursuant to section 15(d) of such Act to make certain payments to foreign officials and other foreign persons, to require such issuers to maintain accurate records, and for other purposes'란 매우 긴 이름을 가진 법률이며, 동 법률은 그 명칭에서도 알 수 있듯이 외국공무원에 제공하는 뇌물증여 뿐만 아니라 미국 국내의 부패범죄와 미국내 증권거래관련 불법행위에 대해서도 규제하고 있다.

게 되어 미국기업의 국제경쟁력이 떨어진다는 미국내 비판을 받게 되자, 미국은 FCPA를 개정하는 작업과 함께 공정한 국제거래질서를 확립하고자 아예 통일된(또는 미국의 기준에 부합되는) 국제규범을 제정하고자 하였다. 전자의 노력의 결과물이 현재 시행되고 있는 FCPA이며, 후자의 노력물의 결과가 OECD 뇌물방지협약⁴⁾이다. 그런데 특이한 것은 FCPA가 제정된 이후 최근까지 동법이 적용되어 규율된 사례가 별로 없었으나, 2008년 지멘스(Siemens) 사건을 계기로 미국 당국⁵⁾은 기업 특히 외국 다국적기업에 의한 뇌물공여행위 및 회계위반행위를 규제하기 위해 동법을 적극 활용하고 있다는 것이다. 또한 실제 법인에 부과되는 벌금을 포함한 행정적·민사적 제재금인 벌과금⁶⁾의 액수도 우리 법제에서는 상상할 수도 없을 만큼 큰 금액이어서 법인 범죄에 대한 억제력에 있어서도 그 실효성을 기하고 있다.⁷⁾ 본 논문의 사례에서 거론되는 독일 기업 지멘스(16억 달러)를 위시하여 프랑스의 알스톰(Alstom, 7억7천만 달러), 토탈SA(Total SA, 4억 달러) 및 영국 기업 BAE(4억 달러) 등은 FCPA 위반으로 엄청난 벌과금을 부과받았으며, 하나같이 벌과금 부과 후 내부의 준법경영준수체제(Compliance Program)를 더욱 공고히 확립하였는데, 이러한 준법경영준수체제의 확립이 양형협상(guilty plea agreement)의 한 조건이기도 하였다.⁸⁾

- 4) OECD 뇌물방지협약은 세계 각국이 외국공무원에게 뇌물을 주는 것에 대해 상대적으로 처벌이 약한 점을 시정하기 위해 1997년 미국이 주도하여 제정한 협약으로서, 우리나라도 이에 맞춰 ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물 방지법(1999)’을 제정하였다.
- 5) FCPA 집행기관은 미국 법무부(Department Of Law; DOL)와 증권거래위원회(Security and Exchange Commission; SEC)이다. 양 기관은 영국, 독일, 프랑스 등 타국의 사법당국과 공조하여 동법 위반행위를 한 기업 및 개인에 대해 능동적으로 규제하고 있다.
- 6) 동 벌과금의 성격은 징벌적 손해배상금과도 틀린 것으로서, 이 벌과금은 보통 미국 법무부와 양형협상의 결과 부과되는 벌금 및 범죄수익환수금 등의 형사벌적 측면과 미국 증권거래위원회(SEC)가 부과하는 행정벌적·민사벌적 측면이 모두 포함된다.
- 7) FCPA의 적용 요건 및 집행에 대해서는 뒤에서 상술하겠지만, 우리나라와 같은 개방형 경제구조하의 기업들 특히 다국적 기업의 성격을 띠고 있는 대기업 및 중소기업들은 FCPA의 적용 요건인 미국의 금융시스템을 직간접적으로 이용할 수 밖에 없는 현실을 감안하면 동법에서 규율하고 있는 범죄구성요건을 자세하게 알고 있어야 할 것이다.
- 8) BAE Systems PLC는 2010년 미국에 자회사를 두고 있었던 유럽의 최대 군사물품업체이자 다국적 방위산업계약자로서, 2001년 5월 이래로 미국 정부의 감시를 회피하기 위해 사우디아라비아, 체코, 헝가리, 탄자니아 등에서 역외 페이퍼 회사를 만들어 거래하도록 하였을 뿐만 아니라, “marketing advisors”로 불리는 중개인을 고용해 이들로 하여금 역외(영국령 버진아일랜드)에 페이퍼 회사를 설립하여 대금을 지급받도록 하였다.¹⁾ 이것은 대금 수수에 따른 세금을 회피하고, 중개인이 누구이며, 그들이 받는 돈이 얼마인지를 숨기기 위한 것이었다. 법원은 BAE가 이러한 일련의 거래를 통해 1억 3천 5백만 파운드 이상을 중개인에게 지급하였고, 이러한 중개인들이 군사물품구매에 관한 외국정부의 결정에 있어서 사업권을 획득하고자 이렇게 지급된 대금의 일부가 사용된다는 것을 BAE가 알았을 것(a high probability)이라고 판단하였다. 왜냐하면 BAE는 이러한 중개인에게 지급되는 일련의 절차에서 요구되는 회사내 준법감시프로그램을 따르지 않았을 뿐만 아니라 미 국무성이 요구하는 무기거래 및 군사물품거래에 관련된 자격요건도 따르지 않았기 때문이었다. 결국 BAE는 비밀계좌 개설 및 중개인에 대한 뇌물제공 등 고의적으로(knowingly and willfully) FCPA를 위반²⁾한 혐의로 기소되어 4억 달러의 벌금형을 부과받았다. 동 벌금형은 FCPA 위반만이 아니라 무기수출통제법(Arms Export Control Act(AECA))과 국제무기거래규제법(International Traffic in Arms Regulations

한편 영국의 경우에는 2010년에 법인의 뇌물죄와 관련하여 법인의 범죄행위능력 및 책임능력을 인정하는 뇌물법을 제정하였다. 동법에 따르면 사인 및 공무원 뿐만 아니라 단체(법인)의 뇌물수수에 관한 범죄행위가 그 규율대상인데, 동법은 능동적으로 뇌물을 제공하는 범죄와 수동적으로 뇌물을 제공받는 범죄를 규정하고, 영리단체의 뇌물범죄도 능동적 뇌물죄와 수동적 뇌물죄로 유형화하여 규정하고 있으며, 특히 동법 제7조에서는 단체(법인)의 범죄능력을 인정하고 있다. 이러한 영국의 뇌물법은 뇌물죄 규율과 관련하여서는 EU 어느 국가보다도 더 강력하다고 알려져있다.

그리하여 이하에서는 먼저 법인의 형사책임을 인정하는 미국과 영국의 부패관련법 중 법인의 범죄행위능력을 인정하고 이에 터잡아 법인에게 중과하는 미국 FCPA법 및 영국 뇌물법의 주요내용에 대해서 살펴보고 난 후, 이러한 미국 및 영국의 경우와는 달리 법인의 범죄행위능력을 부정하는 입장에서 주로 행정목적을 달성하기 위한 행정벌의 일종으로서 법인에게 벌금형만을 부과하고 있는 우리의 현행 양벌규정이 가지고 있는 문제점 중 특히 책임주의원칙과의 조화여부 및 양벌규정의 범죄억제책으로서의 실효성에 대해서 이들 미국 FCPA 및 영국 뇌물법과의 비교법적 분석을 통해서 살펴보고자 한다.

II. 미국 FCPA법 및 영국 뇌물법의 주요 내용

1. 미국 FCPA법상 범죄구성요건

앞에서도 언급한 바 있지만, 록히드 사의 뇌물제공 사건을 계기로 외국공무원에 대한 뇌물관행을 근절시키고 미국 기업회계시스템의 공적 신뢰를 회복하기 위하여 제정된 FCPA는⁹⁾ 1988년과 1998년 2차에 걸쳐 개정되어 현재에 이르고 있다. 1차 개정에서의 핵심 사항은 미국 이외 국가의 경우 외국공무원에게 뇌물을 준 경우를 처벌하지 않음에도 불구하고 미국기업만 처벌한다면 이는 역차별로 간주되어 미국기업의 부담을 완화시켜주기 위해서 범죄구성요건의 완화¹⁰⁾ 및 적극적 항변사유(affirmative defenses)와 같은 방어수단을 도입

(ITAR)) 위반 등도 동시에 적용된 결과였다.¹¹⁾ 또한 BAE는 동 사의 준법감시프로그램을 평가하기 위해 3년간 독립된 준법감시인의 감시를 받을 것과 법무부에 이에 관한 보고서를 제출할 것에도 합의하였다(United States v. BAE Systems plc, 10-CR-035-JDB); 또한 BAE Systems는 영국에 본사를 두고 있었는데 동 사건으로 영국 뇌물법(2010) 위반으로 영국에서도 기소되어 4억 5천만 달러의 벌금형을 선고받았다.

9) 당시에 미국은 세계 여러나라에 상품을 파는 것 이상으로 미국 문화의 우수성을 수출한다는 의식을 가지고 있었기 때문에 미국 의회의 입장으로서 이러한 부패행위가 미국에 대한 인상을 나쁘게 한다고 받아들였다.

10) 첫 번째 개정은 the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988에 의해서 이루어졌는데, 개정 내용 중 핵심사항은 “알면서 또는 알 수 있었던 이유가 있는(knowing or having reason to

하는 것이었으며,¹¹⁾ 2차 개정의 주요한 사항은 국적관할을 신설하여 미국 이외의 지역에까지 관할권을 확대하고,¹²⁾ 외국공무원에 공적 국제기구 직원을 포함시키는 등 인적 적용대상을 확대하는 것이었다.¹³⁾

이러한 FCPA의 범죄구성요건은 크게 뇌물방지규정(Anti Bribery Provisions)과 내부회계통제시스템(internal accounting control system)의 완비 및 유지 의무를 부과하고 있는 회계규정(Accounting Provisions)으로 구성된다.

먼저 뇌물방지규정에 대해서 살펴보면, 뇌물방지규정은 미국 증권시장에 증권이 상장되어 있거나 미국 증권거래위원회에 공시를 하도록 되어 있는 증권발행기업(issuer)이 ADR¹⁴⁾을 위한 목적으로 금전 또는 가치있는 것(money or anything of value)을 제공하는 것을 금지하고 있다.¹⁵⁾ 그러므로 우리나라 기업이 미국에 주식예탁증서를 발행하고자 할 때는 동법의 적용대상이 되므로 우리나라 기업에게도 직접적으로 동법이 적용될 수 있음에 유의하여야 한다. 실제로 현재 POSCO 등의 기업이 미국증권시장에 ADR을 발행하여 거래하고 있

know)”에서 “또는 알 수 있었던 이유가 있는(or having reason to know)”이란 문구를 삭제하고 ‘knowing’만으로 범죄구성요건을 삼도록 한 것을 말한다. 여기서 ‘knowing’이란 ‘알면서 무시하는(conscious disregard)’, ‘악의적인 회피(willful blindness)’를 포함하는 것이다. 이에 관한 자세한 사항은 오택림, 미국 Foreign Corrupt Practices Act에 관한 연구, 법조 2012·6(vol. 669), 58면-59면 참고할 것.

- 11) 외국공무원에게 제공된 편의제공이 신의칙(bona fide)과 합리적인(reasonable) 기준에 근거하여 해당 외국법에 의해 정당화된다면 면책되도록 하였다.
- 12) 15 U.S.C. §78dd-1(g), 15 U.S.C. §78dd-2(i).
- 13) 15 U.S.C. §78dd-1(f).
- 14) ADR(American depository receipts)이란 미국에서 발행한 주식예탁증서를 말한다. 미국주식예탁증서(ADR)는 미국 회계기준에 맞춰 미국시장에서만 발행되며, 원주의 소유권을 표시하고 있기 때문에 원주 자체를 움직이지 않고서도 미국에서 주식을 자유롭게 거래할 수 있다. 미국 투자자들이 용이하게 비미국기업의 주식에 대하여 투자할 수 있도록 하고, 미국의 자본시장에 접근하고자 하는 비미국 기업을 지원하려는 목적으로 1920년대에 처음 발행되었으며, 국내 기업으로서는 삼성전자가 지난 1991년 룩셈부르크에 상장한 것이 DR의 효시고, 미국에는 1994년 4월 사모의 형태로 발행됐지만 뉴욕거래소에 정식으로 상장된 것은 1994년 포항제철의 ADR이었다. 발행절차는 발행회사(예를 들면 포철)가 현지의 예탁기관(뉴욕은행)과 계약을 하고 국내보관기관(증권예탁원)에 주식을 맡기면 예탁기관은 현지통화(달러)로 표시된 보관영수증을 발행하고 일반 주식처럼 유통시장에 내놓으면 거래된다(네이버 지식백과 2015년 11월 2일 검색).
- 15) 금전적인 가치는 수령자 입장에서 주관적 가치가 있으면 된다. 최근에는 Lucent Technologies 사건에서와 같이 외국 공무원들을 위한 견학 명목의 여행비 제공, 향응 제공 등도 처벌 대상에 포함된다. 한편 합리적 출장비용 등 여행경비 등의 편의제공과 관련하여 외국공무원에게 지불한 편의제공이 선의(bona fide)이며 합리적(reasonable)인가에 대한 미국 법무부의 유권해석에 따르면, 출장은 반드시 업무와 관련되어야 하며, 개인에게 현금 지급은 금지하되 숙식과 교통 등과 관련하여 사후에 지불할 수 있지만 반드시 영수증이 징구되어야 하고, 이 외의 모든 비용은 호텔, 식당 등에 직접 지급하여야 한다. 그리고 외국 공무원의 배우자 등 가족동반을 금지하며, 편의를 제공하는 기준은 해당 공무원 소속기관 및 편의제공 회사의 출장규정에 정해진 한도내에서 이루어져야 한다. 또한 편의가 제공되는 공무원의 선발은 반드시 공무원 소속기관에서 정하여야 하며 편의를 제공하는 회사가 정하면 안된다. 무엇보다 중요한 것은 이렇게 지급된 편의제공은 지급회사의 회계기준에 따라 투명하고도 공정하게 기록되어야 한다는 것이다; 오택림, 앞의 논문, 58면-60면.

다. 그런데 동법의 조항은 분쟁시 내용을 명료하게 밝혀주는 정의조항이 없는 경우가 많아 문제가 되고 있으며, 더욱이 수사 중에 피내사기업은 불기소를 조건으로 또는 기소를 연기하는 것을 조건으로 수사당국과 양형협상을 하는 것이 관례여서 법원이 구체적인 적용과정을 명확히 밝힌 사례가 많이 없다는 것이 문제이다.¹⁶⁾

그리고 미국 증권거래위원회에 증권이 등록되었는지 그 여부에 상관없이, 미국기업이 외국의 공무원(외국정당, 정당공무원 또는 공직후보자; 이하 외국공무원 등이라 한다)의 의사결정과정에 영향력을 끼치기 위하여 또는 사업을 획득하고 유지하도록 외국공무원 등의 영향력을 이용하기 위하여, 외국공무원 등에게 금전(money)이나 가치있는 것(anything of value)을 지급하기 위하여 미국의 메일이나 주간통상(interstate commerce) 수단을 이용하면 동 법에 저촉된다. 또한 기업의 임직원 등이 외국공무원에게 그의 영향력을 행사하여 사업을 획득하고 유지하기 위해 금전을 지급하는 것을 해당 기업이 알았거나 알 수 있었다면, 기업 임직원의 이러한 금전지급행위도 기업의 책임이 됨을 규정하고 있다.¹⁷⁾ 이에 따라 기업의 임직원 및 대리인(대행기관)¹⁸⁾이 외국공무원에게 뇌물을 제공하면 기업고유의 책임을 적극적으로 묻고 있는데, 이것은 행위자인 종업원을 먼저 처벌하고 기업에게는 종업원의 위법행위에 대한 선임감독상에 대한 과실책임만을 묻는 우리의 양벌규정과는 차이가 있다. 또한 동법에 의하면 기업의 임직원 등이 외국공무원에게 뇌물제공을 할 수 없도록 기업에게 적절한 조치 이틀테면 준법경영준수와 같은 조치를 강구하도록 강제하고 있는데, 사실 이러한 기업의 형사책임에 대한 강화가 FCPA가 제정된 이유이며 동시에 FCPA의 핵심사항이자 목적이라고 할 수 있다.

16) 뒤의 FCPA 위반 사례에 나오는 기업 모두가 양형협상을 통해 유죄를 인정하였다.

17) 15 U.S.C. §78dd-1과 15 U.S.C. §78dd-2 참조.

18) 최근 연방법원 1심에서 대행기관(instrumentality)의 의미에 대해서 “대행기관이라 함은 외국정부에 의해 그 자신처럼 행위하는 기능을 가진, 외국정부에 의해 통제되는 기관(entity)”이라고 판시하였다. 이러한 판시내용에 따르면 대행기관에 해당되기 위해서는 외국정부가 대행기관을 통제할 수 있어야 하며, 그 대행기관은 마치 외국정부와 같이 수행하는 기능을 가지고 있어야 한다고 할 수 있다. 이러한 요소에 해당되는 구체적인 요소를 법원은 밝히고 있는데 이에 따르면, 외국정부가 당해 기관에 투자한 지분이 50%+1주 이상이어야 하고, 당해 기관의 주요 임직원을 외국정부가 임명하거나 해임할 수 있어야 하며, 당해 기관의 수익 여부가 외국정부의 재정에 직접적으로 영향을 끼칠 수 있어야 하고, 당해 기관이 수익을 창출하지 못할 경우에는 외국정부가 그 기관에 재정을 지원할 수 있어야 당해 기관은 그 외국정부의 대행기관이라 할 수 있다. 사실 이러한 판시는 OECD 협약상의 정의와 별반 다르지 않다. 또한 추가적인 판단기준으로서 법원은 외국정부가 그 대행기관의 업무제공에 대한 경비를 보조하는지 여부, 그 대행기관의 업무성격이 공적인지 여부, 국민 대중이 대행기관의 기능이 공적기능으로서 인식하고 있는지 여부 등도 들고 있다. 그리하여 법원은 아이티 텔레코사의 정보통신 사업에서의 독점적 지위, 세제 혜택과 아이티 대통령의 동 사의 이사회 의장과 이사 전원에 대한 선임권한에 비추어 보아 텔레코사는 아이티 정부의 대행기관이며 따라서 그 직원은 FCPA상 외국공무원임을 인정한 다음, Esquenazi and Rodriguez가 그들의 채무 감액에 대한 보상으로 텔레코 직원들에게 지불약정을 맺고 지불한 것은 외국공무원에게 뇌물을 제공한 것이 되고 FCPA를 위반하였다고 판결하였다(The US v. Joel Esquenazi, Case: 11-15331).

이에 해당하는 대표적인 사례로는 아마도 알코아 사건일 것이다.¹⁹⁾ 동 사건에서 알코아는 뇌물을 제공할 때 소위 ‘뇌물의 아웃소싱’이라고 지칭될 만큼 복잡한 방식을 사용하였는데, 이것은 미국 FCPA 법을 고의적으로 우회하기 위한 것이었다.²⁰⁾ 즉 알코아의 자회사인 호주 알코아는 바레인 국유기업인 알루미늄 바레인 B.S.C.와 알루미늄 장기 공급계약을 체결하는 과정에서 동 사업의 입찰을 담당하는 바레인 왕족 중 한 명의 리베이트(kickbacks) 지급요구에 따라 그 왕족과 가까운 런던에 있는 중개상을 선정하여 그 중개상으로 하여금 명목상 회사를 설립케하고 그 회사와의 허위 판매계약을 통해 리베이트를 수수하였다. 그리고 중개상이 설립한 이름뿐인 유명회사는 알루미늄 가격을 연차적으로 인상하여 수천만 달러에 이르는 리베이트를 지급하였으며, 이러한 불법 리베이트 수수를 숨기기 위해 중개상은 건지아일랜드, 룩셈부르크, 리히텐슈타인 및 스위스 등의 다양한 차명의 역외계좌를 이용하였다.²¹⁾ 그리하여 런던에 있는 중개업자를 통하여 바레인 공무원들에게 수백만 달러의 뇌물을 제공한 혐의로 미국 법무부가 알코아를 기소하였는데, 알코아는 유죄를 순수히 인정하고 2억 9백만 달러의 벌금형과 14백만 달러의 몰수형을 받아들이고 글로벌 수준의 부패방지 준법프로그램을 실시하기로 하는 양형협상을 종결지었다.²²⁾ 더불어 미국 증권거래위원회 1억 6천 1백만 달러의 범죄수익환수금 조치도 추가적으로 받아들였다. 이러한 벌과금을 합한 총액은 3억 8천 4백만 달러에 이르는 엄청난 액수였지만 동 금액은 알코아가 사법당국의 수사에 적극 협력한 대가로 감액된 결과였다.

두 번째 회계규정에 대해서 살펴보면, 우선 회계규정은 미국 증권시장에서 증권을 발행한 기업(issuer)에게만 적용된다는 점에서 뇌물방지규정과는 차이가 있다. 그러므로 미국기업 또는 외국기업 누구라도 미국 증권시장에서 ADR을 발행하였다면 동 법이 적용되는 것이다.

회계조항이 적용되는 미국기업과 외국기업은 그의 자산에 대해 정확하게 회계장부를 작성하고 유지해야 할 의무가 있으며, 기업 내부적으로도 회계장부를 정확하게 작성하고 그 기록을 유지하기 위한 내부통제장치(internal controls)를 마련하여야 한다. 동 규정이 뇌물방지규정과는 별개로 적용되기 때문에 법무부나 증권거래위원회가 수사대상기업의 뇌물방지규정의 위반 여부에 대해 입증하기 어려울 때에는 동 회계규정을 무기로 삼아 수사대상기업과 양형협상을 하는 것이 실무임을 감안할 때 실질적으로 회계규정은 미국 사법당국의 홀룡하고도 강력한 반부패장치로 기능하고 있다.

이에 대한 대표적인 사례는 지멘스 사건에서 잘 나타난다. 독일에 본사를 두고 있으며, 당시 미국 뉴욕증시에 상장되어 있었던 주식회사 지멘스(Siemens Aktiengesellschaft(AG))

19) United States v. Alcoa World Alumina LLC, 14-CR-00007.

20) FCPA는 사업을 획득할 목적으로 제3자에게 지급한 금원이 외국공무원에게 전부 또는 일부 금액이 직·간접적으로 전달된다는 것을 알면서 제공하는 것을 금지하고 있다.

21) 위의 판결, exhibit 3 statement of facts.

22) 위의 판결, paras. 32-35.

는 1990년대 중반부터 체계적으로 내부통제규정을 위반하고 회계장부를 조작하였으며, 이러한 회계장부조작을 통해 2001년부터 2007년까지 약 14억 달러의 비자금을 마련하여 아프리카, 유럽과 중동 및 아메리카 등지의 외국 공무원에게 자회사를 통하여 뇌물로 제공하였다.²³⁾ 구체적으로는 이라크 정부관리들에게 계약금액을 10% 부풀리는 방법을 통해 리베이트를 제공하였으며 이렇게 제공된 뇌물을 회계조작을 통해 비용으로 처리하였다. 또한 아르헨티나에서는 10억 달러 규모의 신분증 사업을 수주하는 대가로 31백만 달러를 아르헨티나 공무원에게 뇌물로 제공하였으며 마찬가지로 회계조작을 통해 이러한 뇌물을 회계처리하였다.²⁴⁾ 지멘스는 한편 2006년 미국과 독일 검찰의 조사가 시작되자 변호사를 고용하여 자체적으로 조사를 진행하고 여기에서 획득된 정보를 미국 및 독일 사법당국과 공유함과 동시에 범죄를 시인하였을 뿐만 아니라 이에 더 나아가서 내부의 비위자를 가려내는 데 사법당국과 긴밀히 협조하였다.²⁵⁾ 이 후 지멘스는 양형협상을 통해 448백만 달러의 형사 벌금과 3억 5천만 달러의 범죄수익환수금 등 총 8억 달러의 벌과금 부과에 합의하였다.²⁶⁾ 이러한 벌과금 액수는 당시로서는 FCPA 집행 역사상 가장 큰 금액이었는데, 동 금액은 지멘스가 사법당국에 적극 협력한 결과 감액되었다는 점을 감안한다면 실로 엄청난 액수의 벌과금이라고 하겠다. 또한 향후 4년 동안의 독립된 기관에 의한 지멘스의 준법경영준수에 대해 감독을 받는 데에도 합의하였다.²⁷⁾

이와 달리 사법당국의 수사에 협조하지 않아 벌금액수가 상향된 사례로는 알스툼(Alstom SA) 사건이 있다.²⁸⁾ 알스툼은 프랑스의 전력 및 교통사업 회사로서 75백만 달러 이상을 외국공무원에게 뇌물을 공여한 혐의를 인정하고 FCPA법 적용상 가장 큰 벌금액인 772백만 달러의 벌금형에 사법당국과 합의하였다.²⁹⁾ 또한 알스툼은 인도네시아, 사우디아라비아, 이집트, 타이완 그리고 바하마의 공무원들에게 공여한 뇌물을 회계처리하기 위하여 회계장부를 조작한 혐의도 인정하였다.³⁰⁾ 알스툼이 뇌물을 제공하고 따낸 사업은 40억 달러 상당의 전력발전사업이고 동 사업에서 3억 달러 이상의 이익을 보았다고 전해지고 있다.³¹⁾ 그리고 알스툼의 외국공무원에 대한 뇌물공여는 전 세계에 걸쳐서 10여년 이상 지속되어 행해진 관행화된 조직적인 부패였다.³²⁾ 예를 들면 본 사건에서 알스툼 본사 뿐만 아니라 스위스 자회사인 Alstom Network Schweiz AG와 미국 자회사인 Alstom Power and Alstom Grid

23) United States v. Siemens Aktiengesellschaft, 08-CR-367-RJL.

24) *ibid.*

25) 위의 판결, para. 10.

26) 위의 판결, paras. 3-5.

27) 위의 판결, paras. 11-12. 지멘스는 이 외 독일 검찰과도 양형협상을 통해 약 8억 유로의 벌과금을 지급하는 데에도 합의를 함으로써 지멘스가 부과한 벌과금 액수는 총 16억 달러가 넘게 되었다.

28) United States v. Alstom S. A., 14-CR-00246-JBA.

29) 위의 판결, paras. 15-18.

30) *ibid.*

31) 위의 판결, B1, exhibit 2 statement of facts.

32) 위의 판결, para. 18.

도 3억 7천 5백만 달러 상당의 인도네시아의 발전, 그리드 및 교통 사업권을 획득하기 위해 본사와 공모하여 인도네시아 공무원(의원 및 국유기업 임직원)에게 뇌물을 공여하였음을 인정하였다.³³⁾ 한편 알스툼이 이렇게 최고의 벌금형을 부과한 이유는 지멘스의 경우와는 달리 동 사에 대해 수 년간에 걸친 미국 법무부의 수사에 알스툼이 협조하지 않았을 뿐만 아니라, 오히려 그 반대로 알스툼은 기업 컨설턴트³⁴⁾들을 고용하여 자기의 뇌물제공행위를 은폐하려고 하였기 때문이다.³⁵⁾

2. 영국 뇌물법상 범죄구성요건

2011년 7월 1일부터 시행된 영국 뇌물법이 제정되기 이전에는 산재된 법률에 의해 개별적으로 뇌물 관련 범죄가 규율되고 있었다. 그리하여 뇌물의 제공과 수수에 관련한 대상을 보다 명확히 규정하고, 그 적용대상을 영국에서 설립한 단체뿐만 아니라 영국에서 사업을 수행하는 외국기업도 포함하여 그 적용대상을 확대시키기 위해 제정된 영국 뇌물법은 총 20개의 조문 및 별표1과 별표2로 구성되어 있다.³⁶⁾ 구체적으로 보면, 동법 제6조를 통해 사업이나 사업활동상 이익을 획득하거나 유지할 목적으로 외국공무원에게 뇌물을 제공하는 외국공무원에 대한 뇌물공여죄 조항을 신설하였고, 특히 단체(법인)의 범죄능력을 인정하여 제7조에는 단체를 대신하여 단체와 관련있는 자가 영리단체의 사업 획득 또는 유지, 또는 영리단체를 위한 사업의 수행에 있어 이익의 획득 또는 유지를 위한 목적으로 뇌물을 제공하는 행위를 영리단체가 미리 막지 못하였을 경우에는 이를 단체의 책임으로 책임지우되, 만약 단체와 관련있는 자의 뇌물제공을 예방하기 위해 영리단체가 적절한 조치를 취하였음을 입증하면 책임을 면할 수 있는 면책규정을 두고 있다.³⁷⁾ 그런데 동조와 관련하여 ‘관련 있는 자’의 의미 및 법인이 면책될 수 있는 ‘적절한 조치’가 무엇인가에 대해서 문제되고 있다. 전자에 대해서는 동법 제8조에서 규정하고 있으나, 후자에 대해서는 동법 제7조에서 명확히 밝히지 않고 동조를 해석하고 있는 ‘영리단체의 부패예방을 위한 뇌물법 이행지침

33) 위의 판결, B1, exhibit 2 statement of facts.

34) 이러한 컨설턴트들은 “Mr Geneva”, “Mr Paris”, “London”, “Quiet Man” 그리고 “Old Friend” 등의 암호로 불리워졌다.

35) 위의 판결, paras. 18-20; 현재 알스툼의 전력개발사업부를 GE가 인수하였지만 합병계약시 벌금은 알스툼이 지급하도록 하였다.

36) 영국 뇌물법에 대한 자세한 내용은 김경석, Bribery Act 2010의 시행과 우리기업의 대처방안, 동아법학 제53호, 495면-518면; 국민권익위원회, 영국뇌물법(2010)을 참고할 것.

37) 이는 우리의 양벌규정상 법인의 책임면제의 형식과 비슷한 것이다; 영국의 경우 해외공무원에게 뇌물을 제공한 혐의로 기소한 첫 번째 사례는 ‘Mabey & Johnson’ 사건인데, 영국의 교량공사 기업인 ‘Mabey & Johnson’은 이라크의 후세인 정권, 자메이카 및 가나 등지에서 현지 공무원 등에게 뇌물을 제공했다는 혐의로 중대범죄수사청(Serious Fraud Office; SFO)이 영국 뇌물법(Bribery Act, 2010) 제6조 외국공무원에 대한 뇌물공여 및 제7조 기업의 뇌물예방 책임에 근거하여 기소하였다.

(Guidance to help commercial organisations prevent bribery)’에서 규정하고 있다.

먼저 ‘관련있는 자(관계자)’란 동법 제8조에 따르면, 영리단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행한 사람을 영리단체와 관계가 있는 것으로 보는데, 영리단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행하는 관계자의 지위는 문제되지 않는다. 그러므로 관계자는 영리단체의 직원, 대리인 또는 자회사도 될 수 있다.³⁸⁾ 그리고 관계자가 영리단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행하는 사람인지 여부는 단순히 관계자와 영리단체 간의 관계가 갖는 성격에만 국한하지 않고 모든 관련 정황에 의거하여 결정해야 한다고 규정함으로써 관계자의 정의를 폭 넓게 규정하고 있으며, 또한 관계자가 영리단체의 직원인 경우, 직원이 아니란 것을 입증하지 않는 한, 관계자가 영리단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행한 것으로 추정하는 조항도 두고 있다.³⁹⁾

그리고 두 번째로 법인이 면책될 수 있는 ‘적절한 조치’가 무엇인가에 대해서는 앞서 말한 바와 같이 뇌물법 이행지침에서 규정하고 있다. 그러나 동 법을 적용받는 영리단체의 태양이 다양하기 때문에 지침이 모든 사항에 적용될 수 있을 만큼 명확하지 않다는 것을 지침 스스로 밝히고 있지만, 어쨌든 지침은 ‘적절한 절차’에 해당되는 뇌물제공방지를 위한 6개의 기본원칙을 들고 있다. 여기에 따르면 첫째 영리단체는 관계자에 의해 자행되는 뇌물공여를 방지하기 위한 절차를 해당 단체가 당면한 뇌물위험 및 단체의 사업활동의 속성, 규모, 복잡성에 비례하여 마련하여야 한다.⁴⁰⁾ 둘째 이러한 뇌물제공을 방지하기 위해서 단체의 최고경영진이 적극적으로 참여하여야 한다.⁴¹⁾ 셋째는 위험도 평가로서, 영리단체는 관계자에 의한 내·외부의 잠재적 뇌물위험에 노출되는 경우 그 속성과 범위를 평가해야 하며 이러한 평가는 정기적으로 실행하여야 하고 공지되어야 하며, 문서로 기록되게끔 해야 한다.⁴²⁾ 넷째로는 파악된 뇌물위험을 완화할 수 있도록 영리단체는 단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행하거나 앞으로 수행할 인력에 대해 위험에 따른 상당한 주의의무를 다할 수 있는 절차를 마련하여야 한다.⁴³⁾ 다섯째 영리단체는 당면한 위기에 비례하는 훈련 및

38) 영국 뇌물법 제8조(3).

39) 영국 뇌물법 제8조(4) 및 (5).

40) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 1 Proportionate procedures; A commercial organisation's procedures to prevent bribery by persons associated with it are proportionate to the bribery risks it faces and to the nature, scale and complexity of the commercial organisation's activities.

41) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 2 Top-level commitment; The top-level management of a commercial organisation (be it a board of directors, the owners or any other equivalent body or person) are committed to preventing bribery by persons associated with it.

42) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 3 Risk Assessment; The commercial organisation assesses the nature and extent of its exposure to potential external and internal risks of bribery on its behalf by persons associated with it. The assessment is periodic, informed and documented.

43) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 4 Due diligence; The commercial organisation applies due diligence procedures, taking a proportionate and risk based approach, in respect of persons who perform or will perform services for or on behalf of the organisation, in order to mitigate

내·외부의 의사소통을 통해 단체 전반에 걸쳐 뇌물방지정책과 절차를 확립시키고 이를 구성원들에게 이해시키고자 노력하여야 한다.⁴⁴⁾ 마지막으로 영리단체는 관계자에 의한 뇌물 위반을 방지하기 위해 수립된 절차를 감시하고 검토하며, 필요에 따라 개선하여 실시하여야 한다.⁴⁵⁾

3. 소결

상기에서 우리는 미국이 FCPA를 위반한 기업에게 기업의 존립에도 영향을 끼칠만큼 엄청난 금액을 매우 가혹하게 부과하는 것을 보았다. 사실 FCPA 위반으로 벌금을 중과받은 기업들 대다수는 준법경영감시체제를 확립하여 유사 사례가 재발되지 않도록 노력하고 있고, 만일 유사 사례가 재발할 때에는 법인의 책임을 면책받기 위해 이러한 준법경영감시를 엄격히 시행하고 있다.

영국의 경우에도 미국의 경우와 마찬가지로 뇌물법 제7조와 제8조 및 동 조항들의 해석을 위한 ‘영리단체의 부패예방을 위한 뇌물법 이행지침’에서 법인의 책임을 인정하는 것 뿐만 아니라 이러한 책임의 범위를 더욱 확장하고 있음을 살펴보았다.

이렇듯 미국 및 영국의 경우에는 법인의 범죄행위능력을 인정함으로써 그에 상응한 책임을 지우도록 하고 있다. 그리하여 법인에 대해 가혹할 정도로 중한 벌과금의 부여는 법인의 부패범죄 예방에도 실질적인 효과를 거둠으로써 범죄억제책에도 상당한 기여를 하고 있는 것으로 사료된다.⁴⁶⁾ 이하에서는 법인에 대해 기본적으로 범죄행위능력을 인정하지 않는 우

identified bribery risks.

44) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 5 Communication (including training); The commercial organisation seeks to ensure that its bribery prevention policies and procedures are embedded and understood throughout the organisation through internal and external communication, including training, that is proportionate to the risks it faces.

45) 영국 뇌물법 이행지침 Principle 6 Monitoring and review; The commercial organisation monitors and reviews procedures designed to prevent bribery by persons associated with it and makes improvements where necessary.

46) 한국IBM-Korea와 LG-IBM이 우리 정부로부터 5000만 달러 규모의 컴퓨터 조달사업권을 따내기 위해 한국 내 16개 정부기관 주요공무원에게 20만 달러 이상의 현금을 쇼핑백에 넣어 뇌물로 지급한 것이 적발된 사건이 있었는데, 미국 증권거래위원회(SEC)와 IBM 미국 본사가 1000만 달러 상당의 민사벌과금 부과에 합의하였다. 그러나 정작 한국에서는 미국 IBM에 대한 사법처리가 전무해서 미국 IBM이 더 놀랐다는 웃지못할 일이 있었다(법률신문 뉴스, 2011. 11. 12일자 참조). 이와는 달리 FCPA를 위반한 법인과 개인은 벌금, 징역형, 민사과징금 및 몰수형 등을 부과받는데, 개인은 물론 그 법인에 대해 부과되는 벌과금 액수가 우리의 법체계에서는 도저히 상상할 수 없을 만큼 큰 액수이기 때문에 기업 입장에서는 이렇듯 엄청난 벌과금을 부과당하면 기업의 존속을 염려해야 할 것이다. 그러므로 역설적으로 기업입장에서는 그 임직원의 뇌물수수행위를 강력하게 규제할 동인(動因)이 생기게 되는 것이다. 최근 미국 법무부와 증권거래위원회가 그 조직의 확대 및 강화를 통해서 더욱 더 강력하게 FCPA를 집행할 것을 천명하고 있다. 최근 5년 동안에 문제된 FCPA 위반사건이 FCPA 제정 후 5년 전까지 보다 많은데, 상기에서 든 사례들 중 지멘스 사건을 제외하고는 모두가

리의 양벌규정이 책임주의원칙과 조화하는지 그리고 양벌규정에서 과하는 벌금형이 범죄억제책으로서의 위하력을 가지고 있는지, 만약 위하력이 없다면 현행 양벌규정상 벌금형의 대폭적인 상향조정이 책임주의원칙에 위배되지는 않는지에 대해서 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 우리의 현행 양벌규정상 문제점

1. 양벌규정의 의의

양벌규정이란 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 위법행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 업무의 주체인 ‘개인’에게도 형벌을 과하도록 하는 경우, 또는 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 위법행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 업무의 주체인 ‘법인’에도 형벌을 과하는 것을 말한다. 그런데 여기에서 문제가 되는 것은 개인의 경우에는 자연인이므로 범죄행위능력 및 책임능력의 인정에는 별 문제가 없으나, 문제는 과연 법인에도 이러한 범죄행위능력 및 책임능력을 인정할 수 있는 가이다.

전통 형법학은 법인은 범의를 스스로 형성할 수 없고 범죄행위를 행할 수 없기에 법인에게 형사책임을 지울 수가 없다는 규범주의적 시각을 고수해왔으며, 우리 형법의 경우도 이러한 태도를 따라서 법인의 범죄행위능력에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 다만 형법 및 개별 특별형법과 행정형법에서 산발적으로 흩어져 있는 양벌규정을 통해서 임시방편적으로 법인을 처벌해오고 있다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

전통적으로 법인의 범죄능력에 대한 인정여부에 대해서 우리 대법원은 82도2595 판결에서 규범주의적 입장에서 법인의 범죄능력을 부정한 이래⁴⁹⁾ 부정적 입장을 견지해오고 있으

2010년 이후에 집행된 사건들이다. 한편 2015년 9월 현재 법원에서 재판 중인 주요한 사건은 다음과 같다; United States v. Vadim Mikerin/United States v. James McClung/United States v. Richard Hirsch/United States v. Louis Berger International Rubizhevsky/United States v. Daren Condrey/United States v. James Rama /United States v. Boris Rubizhevsky/United States v. Dmitrij Harder 등이다.

47) 조국 교수는 이렇게 여러 곳에 산재해 있는 양벌규정을 형법총칙에 규정하고, 적어도 여러 표현형식을 갖고 있는 양벌규정의 형식을 통일하는 것, 그리고 다양한 법인제제가 도입되는 것이 필요하다고 한다(조국, 법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 74면 참조).

48) 이에 반해서 우리 민법은 형법의 태도와는 달리 법인의 불법행위능력을 제35조에서 규정하고 있다. 그러나 법인의 책임에 대하여 우리 민법이 취하고 있는 사실상의 무과실책임은 형법에서 그대로 적용되기에는 무리가 있다. 왜냐하면 형법에서는 범죄능력이 인정되기 위해서는 최소한 행위자 자신의 과실책임은 인정되어야 한다는 것 즉 자기책임의 원칙이 관철되어야 하기 때문이다.

49) 대법원은 82도2595 판결에서 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이어서 배임죄의 주체는 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 주체가 되지 법인이 배임

며,⁵⁰⁾ 이러한 법인의 범죄행위능력을 부정하는 것이 통설의 입장이기도 하다.⁵¹⁾ 판례 및 통설의 주된 논지는 법인은 그 기관인 자연인을 통해서만 행위할 수 있으며, 법인에 대한 사회윤리적 책임비난은 의미가 없고, 법인의 기관으로서 실제 행위자인 자연인을 처벌하는 것으로 충분하다는 것으로 정리될 수 있으며, 우리나라를 비롯하여 주로 대륙법계 국가에서 이러한 견해를 따르고 있다.

한편 양벌규정을 두어 법인을 처벌하는 경우에도 이러한 법인 처벌의 근거가 무엇인지에 대해서 무과실책임설, 과실책임설, 과실추정설 등 다양한 견해가 있어왔다. 대법원은 과실책임설에 입각해서 “영업주의 처벌은 그 자신의 종업원에 대한 ‘선임·감독상의 과실’로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다”고 판시하였는가 하면,⁵²⁾ 무과실책임설에 입각하여 판결한 경우도 있고,⁵³⁾ 과실추정설에 근거하여 판시하기도 하는 등⁵⁴⁾ 판례가 일관적이지는 않다. 과실책임설에 근거하여 판시한 것은 대법원 87도1213 판결을 그대로 따른 것으로서,⁵⁵⁾ 동 판결에 의하면 법인의 처벌대상이 무과실책임설에 입각한 경우보다도 법인의 책임을 더 넓게 인정할 수 있을 것이지만, 여기에서 주의해야 할 점은 과실책임설에 의하던지 무과실책임설에 의하던지 상관없이 여전히 법인의 범죄능력을 부인하는 입장이 그 전제가 되어 있다는 점이다. 즉 대법원이 법인의 형사책임을 바라보는 견지는 여전히 규범주의적 시각에 머물러 있다고 보아야 하며, 이것은 법인의 범죄능력을 부인하는 입장에 서 있음을 의미하는 것이다.

2. 양벌규정과 책임주의원칙과의 조화문제

헌법재판소는 도로법 제83조 제2호 등 위헌소원 사건에서 “행정형벌법규에서 양벌규정으

로의 주체가 될 수는 없다고 판시하였다. 그러나 이러한 대법원의 견해는, 배임죄의 주체가 되는 대표기관인 자연인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 임무가 있다는 그 임무는 법인에 대하여 지고 있는 임무이지 타인에 대하여 지고 있는 임무가 될 수는 없다는 점에서 재고의 여지가 많다고 할 것이다(동 판결에서의 소수의견 참고).

50) 대법원 83도1375 판결, 대법원 87도1213, 대법원 93도1483 판결, 대법원 96도524 판결 등 참고할 것.
51) 박상기, 형법총론, 2004, 71면; 배중대, 형법총론, 2005, 213면; 이재상, 형법총론, 2003, 96면; 이형국, 형법총론, 1996, 110면 ; 성낙현, 형법총론, 2010, 109면-110면; 정영일, 형법총론, 2007, 81면.

52) 대법원 2005도7673 판결.

53) 대법원 91도801 판결; 대법원 90도1219 판결 등.

54) 대법원 92도1395 판결. 과실추정설은 주로 법인이 선임·감독상의 과실이 없음을 입증하지 않는 한 면책되지 않는다는 것을 말한다.

55) 이러한 진정과실책임설에 입각하여 판결한 또 다른 판결로서는 대법원 87도1213 판결을 들 수 있다. 동 판결에서는 “...타인의 고용인으로서 타인으로부터 보수를 받고 있다 하더라도 객관적·외형상으로 영업주의 업무를 처리하고 영업주의 종업원을 통하여 간접적으로 감독통제를 받는 자라면 위에 포함된다”고 하여 영업주는 종업원과는 독립하여 처벌되는 것이므로 영업주의 과실책임을 묻는 경우 금지위반행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격의 유무에 불구하고 영업주의 범죄성립에는 아무런 지장이 없다고 판시하였다.

로 사업주인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 위반행위를 한 피용자에 대한 선임·감독의 책임을 물음으로써 행정규제의 목적을 달성하려는 것이므로 형벌체계상 합리적인 근거가 있다고 할 것이나, ... 형법상 책임주의의 원칙에 반하는 것이다”⁵⁶⁾라고 하여 법인의 형사책임의 근거를 과실책임설에 입각하여 판시하였고, 이 후 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제정 사건⁵⁷⁾, 청소년보호법 제54조 위헌제정 사건⁵⁸⁾ 등에서 책임주의 원칙에 위배된다는 이유로 내려진 위헌결정도 모두가 선임·감독상의 과실책임을 묻고 있다는 점에서 과실책임설에 입각해 있다고 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 그러나 양벌규정상 법인의 처벌근거가 과실책임에 입각해 있다는 헌법재판소의 이러한 견해가 곧 법인의 범죄행위능력을 인정하는지에 대해서는 명확하지 않다. 하지만 이제까지의 판시사항을 검토해보면 헌법재판소는 감독책임설에 입각해서(행위책임설에 입각해있지 않고) 법인의 형사책임을 인정하고 있다고 사료된다.⁶⁰⁾ 특히 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 사건에서 헌법재판소는 오늘날 법인의 반사회적 범익침해활동에 대해 법인 자체에 직접적인 제재를 가할 필요성을 인정하였지만,⁶¹⁾ 동 사건에서 위헌 결정의 이유는 이러한 제재의 필요성이 인정된다고 할 지라도 면책규정을

56) 헌결 99헌바73.

57) 헌결 2005헌가10.

58) 헌결 2008헌가10.

59) 2008헌가10 결정 등에서 헌법재판소는 “책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 범죄국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다. 이 사건 법률조항은 영업주가 고용한 종업원 등이 그 업무와 관련하여 위반행위를 한 경우에, 그와 같은 종업원 등의 범죄행위에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원 등의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있다. ...이 사건 법률조항은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하므로 헌법에 위반된다”고 하여 책임주의 원칙에 근거하여 위헌으로 결정하였지만, 그러한 책임주의 위배의 근거로 삼고 있는 논지는 법정의견에서도 언급한 법인의 ‘선임감독상의 책임’(한편, 이 사건 법률조항을 ‘영업주가 종업원 등에 대한 선임감독상의 주의의무를 위반한 과실 기타 영업주의 귀책사유가 있는 경우에만 처벌하도록 규정한 것’으로 해석할 수 있는지가 문제될 수 있으나, 합헌적 법률해석은 법률조항의 문언과 목적에 비추어 가능한 범위 안에서의 해석을 전제로 하는 것이므로 위와 같은 해석은 허용되지 않는다)인 것이다. 이 점은 재판관 이공현의 별개의견 및 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견에서도 분명히 드러나고 있다.

60) 헌법재판소는 그 속성상 자연인만이 향유할 수 있는 기본권을 제외하고는 법인에게도 당연히 기본권 보유 주체성을 인정하고 있으며, 기본권의 침해시 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있는 청구인 능력도 인정하고 있다. 그리고 이에 더 나아가 기본권의 수범자인 공법인의 경우에도 예외적으로 기본권의 주체성을 인정하고 있다. 이러한 견지에서 헌법재판소는 2005헌가10, 2008헌가10 등의 결정에서 사용주의 고의나 과실을 따지지 아니하고 무조건 양벌규정을 적용하는 것은 책임주의에 위배된다는 취지로 위헌결정을 내림으로써 이에 따라 법무부는 양벌규정을 책임주의에 위배되지 않게 면책규정을 도입하는 방향으로 전면적으로 개편하였던 것이다.

61) 현재 2008헌가14; 특히나 동 사건에서의 이공현의 별개의견에 따르면 법인의 경영방침이나 주요의사를 결정하거나 그 법인의 전체업무를 관리감독할 수 있는 지위에 있는 기관이나 종업원의 행위는 그 법인의 행위와 동일시할 수 있으므로 법인 자체에 형사책임을 귀속시킨다고 하여 책임원칙에 위배되지 않는다고 하였다.

두지 않고 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과하는 것이 책임주의 원칙에 위배된다는 것이었다.⁶²⁾ 위와 같은 헌법재판소의 입장은 종업원의 위법행위로 인한 법인의 책임과 대표자의 위법행위로 인한 법인의 책임으로 나누어보아야 한다. 먼저 대표자의 위법행위는 곧 법인의 불법행위로 간주되어 법인의 독자적 행위책임을 인정할 수 있다고 하지만, 종업원의 위법행위로 인한 법인의 책임은 법인에게 고의의 책임을 물을 수는 없으며 단지 위법행위를 한 종업원에 대한 선임·감독상의 과실책임만을 물을 수 있을 뿐이라고 한다.

한편 이러한 규범적 책임개념에서의 책임은 비난가능성과 동의어이다.⁶³⁾ 다시 말하면 형벌을 부과할 수 있는 범죄자에 대한 비난가능성은 ‘행위자가 비난의 대상인 불법을 회피하지 않고 그러한 불법으로 나아갔다는 점에 대한 비난’을 의미한다. 그러므로 당연한 논리의 결과 행위자는 법과 불법을 가려낼 수 있는 판단능력이 있어야 하며 이러한 판단능력은 당연히 행위자의 자유의지가 전제되어야만 한다. 이를 책임능력이라고 하며 이러한 책임능력을 가진 자에게만 책임을 지울 수 있다는 원칙을 책임주의원칙이라고 한다. 이러한 책임능력에 대해 헌법재판소는 구 폐기물관리법 제67조 제1항 위헌제청 사건에서 이와 같은 책임주의원칙이 법인의 경우에도 관철된다고 판시하였는데,⁶⁴⁾ 이러한 결정이 과연 헌법재판소가 법인의 책임능력 즉 법인에게도 비난가능성을 지울 수 있으며 법인은 그러한 비난가능성을 회피할 수 있는 책임능력이 있다는 것을 전제로 하는 지에 대해서는 명확하지 않다. 왜냐하면 헌법재판소의 판시에 따르면 “... 법인이 고용한 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채,...”라고 하여 법인의 책임능력을 인정하는 듯한 표현을 하였지만, 곧이어 “단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 법치국가의 원리 및

62) 이러한 법정의견에 대해 반대의견은 “법률조항의 문언상 ‘법인의 종업원에 대한 선임감독상의 과실 기타 귀책사유’가 명시되어 있지 않더라도 그와 같은 귀책사유가 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석할 수 있다”고 하며, 그 이유로서 “종업원의 위법행위에 대한 법인의 위와 같은 선임감독상의 주의의무위반 등에 대하여 강력한 처벌을 하려는 입법자의 의지를 반영한 것이기 때문”이라고 하였다. 그러므로 반대의견 역시 법정의견과 마찬가지로 감독책임설에 입각해 있다고 보아야 할 것이다.

63) 왜냐하면 규범적 책임개념에서 책임은 심리를 기준으로 평가할 수 없고 ‘가치평가로서의 비난(가능성)’이라고 이해하기 때문이다.

64) 현재 2009헌가18·33·34, 2010헌가48·58(병합2010헌가48); 동 결정에서 헌법재판소는 “형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리”라고 하였다.

죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반하여 헌법에 위반된다”고 판시하였는데, 후문의 의미는 책임능력 즉 형법상 책임주의원칙을 말한 것이 아니라 ‘책임개별화의 원칙’을 밝히고 있다고 보아야 하기 때문이다.⁶⁵⁾ 다시 말하면 형법학에서 말하는 책임능력이라는 것은 자기의 행위가 어떠한 사회윤리적 의미를 지니는지 행위주체가 스스로 판단하고, 사회윤리적으로 받아들여지지 않는 불법으로 나아가지 않는 능력을 의미하는 것이다. 그리고 이러한 책임능력에 대한 우리 형법의 태도는 법인을 상정한 것이 아니라 자연인을 상정한 것이다. 그것은 우리 형법 제10조에서는 책임능력이라는 직접적인 표현 대신에 제1항에서 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다”고 하여 심신장애를, 제2항에서는 ‘심신미약자’의 행위를 규정함으로써 책임능력을 간접적인 방식으로 규정하고 있으나 이는 명백히 자연인을 전제로 하고 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 이것이 행위자인 자연인의 책임과는 별도로 법인 자체에 대해 책임지워야 할 근거를 현행 형법 조항에서는 찾을 수 없고 양벌규정에 의할 수밖에 없는 것이기도 하다. 그러므로 실제로 행위자 뿐 아니라 법인도 함께 처벌하는 현행 양벌규정이 책임주의원칙과 조화되기 위해서는 별도의 이론적 근거를 제시해야만 한다. 왜냐하면 최소한 입법론적으로는 법인을 처벌하고 있는 양벌규정이 그 형벌능력을 인정하고 있기 때문이다.⁶⁷⁾

그러므로 법인의 형사책임을 꼭 존재론적 이해에 몰입되어 규범주의적 시각에서만 바라볼 것은 아니고 현실주의적 시각⁶⁸⁾으로 바라볼 필요도 있을 수 있다. 즉 법인은 단순히 추상적으로 의제되어 존재하는 것이 아니라 현실적인 행위의 능력자로 실재하는 것이며, 이러

65) ‘책임개별화의 원칙’이란 다른 사람의 잘못만으로 자신이 책임지지 않는다는 것이다(김성돈, 양벌규정과 책임주의원칙의 재조명, 형사법연구, Vol.27 No.3, 2015, 127면 참조)

66) 형법 제22조에서 긴급피난을 규정하면서 “위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다”(제2항)고 ‘책임’이라는 표현을 쓰고 있으나 이는 책임능력과는 전혀 다른 의미이다.

67) 같은 취지로, 현행 양벌규정에서 규정하고 있는 법인에 대한 처벌조항을 책임주의원칙의 적용이 없는 예외규칙으로 본다고 하더라도 최소한 이러한 양벌규정의 규범력을 유지하기 위해서는 자연인에 인정되는 형벌부과요건과는 다른 새로운 법인만의 형벌부과요건이 만들어져야 할 것이라는 주장에 대해서는 김성돈, 앞의 논문, 153면을 참조할 것.

68) 영미법계 국가에서는 19세기가 시작될 무렵 기업범죄로부터 대중과 사회를 방어하기 위하여 법인의 형사책임을 인정하여 왔다. 즉 영국에서는 동일성 이론하에서 또 다른 법인의 자아라고 인정될 수 있는 법인의 고위 임직원의 행위가 있을 때, 그리고 미국에서는 영국보다도 더 광범위하게 법인의 책임을 인정하는 대위책임론에 근거하여 19세기 초부터 법인의 범죄를 인정하여 왔다. 그러나 영국에서는 동일성 이론이 법인의 책임을 너무나 협소하게 제한한다는 비판으로 2007년 제정된 법인살인법(Corporate Manslaughter(England, Wales and Northern Ireland) and Corporate homicide (Scotland) 2007)을 통하여 법인의 책임을 확대하였고, 미국의 경우에는 종업원의 직무행위와 관련한 범죄행위는 ‘무조건’ 법인의 행위로 귀속될 수 있다는 비판으로 모범형법전(The Model Penal Code(MPC))에 주의의무(due diligence) 규정을 도입함과 동시에 고위 관리직 내지 집행임원의 범의가 법인의 범의를 구성한다고 하여 영국의 동일성 이론을 일부 도입하여 법인의 책임을 축소하고 있다. 이에 관해서는 송기동, 기업범죄 형사책임의 전개, 형사정책 제20권 제2호(2008), 41면-70면 참고할 것.

한 시각에서 바라보면 법인 범죄로부터 사회와 그 구성원을 방어하기 위해서 법인 그 자체를 처벌하는 것이야말로 책임주의 원칙을 관철하는 것이 될 것이다.⁶⁹⁾ 또한 종업원의 위법행위로 인한 이익의 귀속주체는 법인이며, 또한 종업원의 위법행위가 그 법인의 내부기관의 묵인·방치 내지 넓게는 종업원의 위반행위의 방지를 감독하기에 부족한 법인의 운영체계의 하자 등으로 인하여 발생 또는 강화될 가능성이 높아 법인에 대한 비난가능성이 높은 경우, 그리고 법인에 대한 비난가능성이 높음에도 불구하고 법인의 조직 및 업무구조의 특성상 그 책임소재를 명백히 가려내기 어려워 어느 한 두명의 자연인에게 형사책임을 묻는 것이 책임개별화의 원칙에 맞지 않는 경우를 감안하면, 그리고 오늘날 법인에 의해 자행되는 조직적인 범죄에 의해 침해되는 공익의 폐해가 매우 크고 광범위하다는 점 및 이 경우 법인에 소속된 개인 한 두명을 처벌하더라도 법인은 여전히 존속하여 더욱 큰 해악을 끼친다는 사실에 비추어보면 결국 법인 자체를 처벌할 수 있는 근거를 마련할 필요성이 절실해지게 된다.

이러한 점에서 영국 뇌물법(2010년)과 미국의 FCPA법은 우리에게 커다란 시사점을 준다. 즉 영국 뇌물법은 외국공무원에 대한 뇌물공여죄를 뇌물죄에서 통일적으로 규율하면서,⁷⁰⁾ 법인의 책임에 대해서는 별도로 제7조 내지 제9조에서 독립적으로 규정하고 있다. 즉 동 법 제7조 ‘영리단체의 뇌물예방 실패’에서는 관련 영리단체와 ‘관계있는 자’가 영리단체의 사업 획득 또는 유지, 또는 영리단체를 위한 사업의 수행에 있어서 이익의 획득 또는 유지를 목적으로 타인에게 뇌물을 제공한 경우에는 영리단체 그 자체에 책임을 묻고 있다. 여기서 ‘관계있는 자’란 영리단체를 위하여 또는 대리하여 업무를 수행한 사람을 통칭한다는 것을 앞에서 살펴보았다.

그리고 미국의 FCPA는 미국 ‘기업’의 해외에서의 사업수행시 외국공무원에 대한 뇌물방지를 목적으로 제정되었다는 것을 상기하면 그 주된 규율대상이 개인이 아니라 법인 또는 기업이기 때문에 법인의 범죄행위능력 인정이 당연히 전제되고 있으며, 법인의 형사책임은 개인의 형사책임과는 독자적으로 규율되고 있다.

한편 OECD 뇌물방지협약 제2조⁷¹⁾는 법인의 책임을 체약국의 법체계에 따라 책임을 부과하도록 하고 있지만, 동 협약은 법인의 범죄능력을 기본적으로 인정하는 바탕위에서 각 체약국의 국내법질서에 맞추어 법인을 처벌하라는 것이므로, 그리고 OECD 뇌물방지협약의 체결을 주도하는 국가가 바로 미국이라는 점을 감안하면 OECD 뇌물방지협약도 법인의 독

69) 형법전에서 법인의 행위주체성을 인정한 입법례로서는 앞서 서술한 영국 및 미국의 경우 외에도 프랑스 형법 제121-2조에서, 그리고 스위스 형법 제102조에서도 규정하고 있다.

70) 영국 뇌물법(2010) 제1조(뇌물공여죄)와 제2조(뇌물수수죄) 및 제6조(외국공무원에 대한 뇌물공여죄)에서 함께 규정하고 있다. 법체계성 및 수범자의 이해가능성 측면에서 보면 영국 뇌물법과 같이 통일적으로 규율하는 방식이 바람직한 것으로 사료된다.

71) OECD 뇌물방지협약 제2조는 다음과 같다; 각 체약국은 외국공직자에 대한 증뢰행위에 대하여 법인에 대한 책임을 부과할 수 있는 조치를 자국의 법원칙과 부합하도록 취해야 한다.

자적인 범죄능력을 인정하는 전제에 있다고 보아야 할 것이다.

오늘날 법인 내지 기업에 의해 자행되는 부패범죄를 포함한 범죄행위로 인하여 입게되는 공익의 침해를 감안하면 현행 양벌규정만으로 법인의 책임을 규율하는 것은 한계가 있으며, 법인 자체의 범죄능력을 인정하고 그 바탕위에서 더욱 실효를 거둘 수 있는 방안 이를테면 법인의 형사책임 인정의 독자적인 근거조항 마련 등이 모색되어야 할 것이다.⁷²⁾

3. 양벌규정의 실효성 확보 미흡

다양하게 산재해 있는 양벌규정을 통해서 실제상 법인을 처벌하고 있으므로 법인의 범죄능력을 부인하는 입장에 있다 하더라도 법인을 처벌할 수 없는 것은 아니지만 이는 어디까지나 법인의 범죄능력을 부인하는 전제에서 법인에게 그 선임·감독상의 책임 내지 법인의 의사결정 내지 행위구조의 하자에 대한 책임을 묻고 있다는 것을 앞에서 살펴보았다.

그리고 양벌규정과 법인에 대한 형벌책임주의원칙이 조화되지 못한다 하더라도 또는 현행 양벌규정이 존재하는 한 이러한 양벌규정을 책임주의원칙의 적용의 예외규칙으로 볼 수 밖에 없다고 하더라도, 현행 양벌규정상 법인에게 부과되는 벌금액의 대폭적인 상향이 우리 법제에서 가능할 것인가도 문제가 된다. 그러나 이러한 문제도 결국 책임주의 원칙으로 다시금 귀결될 문제이다. 왜냐하면 책임주의 원칙은 한편으로는 ‘책임없는 형벌은 없고’, 다른 한편으로는 ‘책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다’는 두 가지 의미를 내포하기 때문이다. 그러므로 일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 법률이 정당화되려면 범죄에 대한 귀책사유를 의미하는 책임이 인정되어야 하고, 그 법정형 또한 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야만 할 것이다.⁷³⁾

비교법적으로 보면 영국 뇌물죄의 경우에는 국내의 뇌물수수죄 및 해외공무원에 대한 뇌물공여죄의 경우 아예 벌금액의 상한이 없고,⁷⁴⁾ 미국 FCPA상으로는 뇌물방지규정 위반시에는 200만달러까지, 회계규정 위반시에는 250만달러까지 부과할 수 있으나, 이것은 형벌상 벌금(fine)의 경우이고 이외에 범죄수익환수(disgorgement)와 민사벌(civil penalty) 등의 벌과금의 액수를 합하면 법인이 감당하기에도 무거운 금액이 된다. 그러므로 영국이나 미국에서 국내뇌물죄 또는 해외뇌물죄를 적용받는 기업의 입장에서는 기업 자체의 자율준수프로그램(Compliance Program)을 마련하여 기업 임원이나 종업원의 뇌물수수행위를 금지하기 위해 총력을 기울일 수 밖에 없다. 왜냐하면 벌금액이 너무 커서 법 위반 여부에 의해

72) 이러한 견지에서 루만의 체계이론은 한 시사점을 주고 있다. 루만의 체계이론에 의하면 인간과 기업은 기능적으로 동일하다고 전제하므로 기업에게도 책임능력을 인정할 수 있기 때문이다(김성돈, 앞의 논문, 147면 참조).

73) 헌결 2005헌가10.

74) 영국 뇌물죄(2010) 제11조 참고.

기업의 생사가 달려있다고 해도 과언이 아니기 때문이다. 여기에는 분명히 범죄의 억제유발 요인이 강력히 작용한다고 볼 수 밖에 없다. 이러한 의미에서 우리의 현행 양벌규정상 법인에 대해 과하고 있는 벌금액의 액수에 대해서는 다시금 재고해 보아야 할 것이다. 우리의 경우 법인에 부과하는 벌금액이 영국과 미국에 비교하면 벌금이라고 하기에 너무 적어서,⁷⁵⁾ 이러한 법적 풍토에서는 기업의 자율준수프로그램 마련 및 동 프로그램의 준수를 위한 동인(動因)이 크지 않아 결과적으로 기업범죄의 예방효과는 크지 않다고 할 수 있다. 즉 편익-비용 분석에 따라 부패로 인한 이익이 그 반작용으로 주어지는 형벌보다 훨씬 커서 역설적이게도 합리적인 경제주체라면 오히려 부패하는 편이 낫다는 결론에 이르게 된다는 말이다.

그러므로 향후 실질적인 범죄 예방의 효과가 나타날 수 있도록 법인에게 부과하는 벌금액을 대폭 상향 조정할 필요가 있지만, 법인의 독자적 범죄행위능력 및 책임능력을 인정하지 아니하고 현행 양벌규정에 의해 법인을 처벌하는 구조하에서는 이러한 벌금의 대폭 상향은 어렵다고 볼 수 있다. 왜냐하면 우리 대법원 및 헌법재판소는 현행 양벌규정상 법인의 책임을 법인 자체의 행위책임이라기 보다는 (종업원 위반행위의 경우)선임감독상의 책임으로 인식하고 있기 때문이다. 예를 들면 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청 사건’에서 헌법재판소는 종업원의 위반행위에 대하여 양벌조항으로써 개인인 영업주에게도 동일하게 무기 또는 2년 이상의 징역형의 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있는 부분이 “종업원의 범죄에 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대해서도 그 처벌가능성을 열어두고 있을 뿐만 아니라, 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일하게 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 법정형으로 처벌하는 것은 그 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하기 때문에 형벌에 관한 책임원칙에 반한다”⁷⁶⁾라고 판단하였는데, 이러한 헌법재판소의 견해는 다른 사건에서도 그대로 유지된다.

그리고 현행 형법하에서는 법인에게서는 이러한 자유형이 가능하지 않기 때문에 이러한 자유형을 대체하는 벌금형만이 가능하며, 고의가 아닌 선임감독상의 과실책임만 있는 법인을, 고의로 범죄를 행한 그 종업원보다 훨씬 중하게 처벌할 수 없다. 이러한 인식하에서 법인에게 부과되는 벌금액의 대폭적인 상향은 ‘책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다’는 책임주의 원칙의 위배가 될 소지가 있으므로 양벌규정으로 법인의 책임을 묻고 있는 현행 법제에서는 영국과 미국에서와 같은 벌금액의 대폭적인 상향이 어렵다고 볼 수 있다. 또한 우리의 현행 양벌규정은 법인만을 처벌하도록 고안되어 있지도 않다. 즉 우리의 양벌규정의 구조에 따르면 “...행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인(업무주)을 ... 벌한다”라고 규정

75) 우리의 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법 제4조에서는 법인의 경우 10억원 이하의 벌금 또는 범죄행위로 얻은 이익이 5억원을 초과할 때에는 그 이익의 2배에 해당하는 금액 이하의 벌금형에 처한다고 규정하고 있으나, 동 법에 의해 처벌된 사례가 거의 없고, 국제상거래가 아닌 개별법률 위반의 경우에는 상표법에서 정하고 있는 3억원 정도가 최고한도가 될 것이다.

76) 헌결 2005헌가10.

하고 있으므로 현행 양벌규정은 종업원의 업무주(법인 또는 개인)를 처벌하기 위해서 고안된 규정이다. 이러한 처벌구조에서는 과실의 선임감독상의 책임만 인정되는 법인에게 고액의 벌금형을 부과할 수 없다. 한 예로 자연인과 법인의 벌금형을 분리하여 법인에게 자연인보다 대략 3배의 벌금형을 부과하고 있는 상표법 제235조에 의하면 최고한도가 3억원 정도이다.⁷⁷⁾ 중소기업의 경우에는 동 벌금액이 고액일지는 몰라도 대기업의 경우에는 특히나 부패범죄의 경우에는 이러한 금액도 그다지 범죄에 대한 위하력을 발휘할 것 같지 않다. 그러므로 미국과 영국의 경우에서와 같이 벌금액의 대폭적인 상향을 통해서 법인 범죄를 예방하는 효과를 거두기 위해서는 법인의 범죄행위능력과 그 책임을 독립적으로 인정하는 독자적인 근거 규정을 마련하는 방안을 모색하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅳ. 나오며

우리 헌법이 그 전문에서부터 본문에 이르기까지 도처에서 부패에 대해 단호한 태도를 보이고 있다는 것은 재론의 여지가 없다. 즉 헌법 전문에서 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하여 조국의 민주개혁을 이루도록 하고 있으며, 헌법 제1조에서 우리 대한민국은 정의가 실현되어야 하는 민주국가임을 천명하고 있고, 헌법 제7조에서 공무원은 ‘국민 전체에 대한 봉사자’로 규정하여 국민에 대한 책임을 지도록 하고 있으며, 헌법 제43조 및 제46조에서는 국회의원의 국민의 대표로서 이해에 반하는 겸직금지의무 및 청렴의무 등을 규정하고 있다. 또한 헌법 제66조 제2항에서는 대통령의 헌법준수의무를, 그리고 무엇보다도 우리 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 자유와 권리는 최대한 존중되고 보호되어야 하지만 이러한 국민의 자유와 권리도 우리 헌법이 지향하는 가치와 충돌한다면 그 권리와 자유의 본질적인 부분을 침해하지 않는 한 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이렇듯이 우리 헌법은 헌법적 가치가 자연인에 의해서든 법인에 의해서든 부패행위에 의해 침해될 가능성이 있다면 그 주체를 가리지 않고 이러한 침해를 바로잡고 방지하기 위해서 입법부에게 법률로써 그 수단을 강구해야할 의무를 부과하고 있다고 보아야 하며, 이 때 헌법이 명령하고 있는 헌법가치의 보호의무를 입법부가 이행할 때에는 이러한 입법부의 입법형성권이 인정된다고 보아야 한다. 그러므로 우리 국회는 법인에게 그 형사책임을 적극적으로 물을 수 있고, 또한 법인에게 부과되는 벌금액을 미국 FCPA나 영국 뇌물법의 경우에서와 같이 현실성있게 대폭 상향 조정하는 것도 결코 입법재량권을 남용하는 것이 아님을 헌법에서 직접 그 근거를 찾을 수 있다.

77) 법인에 대한 벌금형 중과에 따른 부작용에 대한 자세한 내용은 이주희, 양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰-법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로-, 법학연구 제47집(2012.8.25), 254면-260면을 참고할 것.

결론적으로 현대 사회에서 만연해있는 법인 특히 기업에 의해 자행되는 부패범죄를 억제하고 효과적으로 대응하기 위해서는 법인에게 그 형사책임을 직접 물을 수 있어야 하며, 이러할 때 법인에 대해 부과하는 실효성 있는 형벌 이를테면 벌금액의 대폭적인 상향 조정도 책임주의 원칙에 위배되지 않을 것이다.

참고문헌

- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2012.
- 배중대, 형법총론, 홍문사, 2013.
- 이상돈, 『형법강의』, 법문사, 2010.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2006.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 2007.
- 성낙현, 형법총론, 동방문화사, 2010.
- 정영일, 형법총론, 박영사, 2007.
- 김성돈, 양벌규정과 책임주의원칙의 재조명, 형사법연구, Vol.27 No.3, 2015.
- 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회.
- 김재봉, “양벌규정에서 법인과 행위자의 법정형 분리의 필요성”, 『법과 정책연구』, 제12권 제3호(2012), 한국법정책학회.
- 김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거, 구조”, 『법학논총』, 제24권 제3호(2007), 한양대학교.
- 김경석, Bribery Act 2010의 시행과 우리기업의 대처방안, 동아법학 제53호.
- 송기동, 기업범죄 형사책임의 전개, 형사정책 제20권 제2호(2008).
- 오택림, 미국 Foreign Corrupt Practices Act에 관한 연구, 법조 2012·6(vol. 669).
- 윤충원, 미국 FCPA 반뇌물규정과 미국기업의 실무적 대응, 무역학회지, Vol.36 No.2, 2011.
- 이재방, 법인의 범죄능력 인정과 법인처벌 방안, 홍익법학 제11권 제1호(2010).
- 이주희, 양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰-법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로-, 법학연구 제47집(2012.8.25).
- 조국, 법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2007. 9월.
- 지유미, 법인의 형사책임에 관한 현행법제의 개선방안-형법전상 법인의 형사책임귀속을 위한 기준 정립을 중심으로-, 법학연구 제22권 제2호(2014. 4).
- Jurg Gerber, Eric L. Jensen, Encyclopedia of white-collar crime, Greenwood Publishing Group, 2007.
- Paul Emil Erdman, The last days of America, G.K. Hall, 1982.
- UK Bribery Act(2010).
- The Foreign Corrupt Practices Act of 1977(FCPA): 15 U.S.C. §78dd-1, 15 U.S.C. §78dd-2.
- United States v. Siemens Aktiengesellschaft, 08-CR-367-RJL
- United States v. ALSTOM S.A., 14-CR-00246-JBA.
- United States v. BAE Systems plc, 10-CR-035-JDB.
- United States v. Alcoa World Alumina LLC, 14-CR-00007.

투고일자 : 2016. 09. 12

수정일자 : 2016. 09. 29

게재일자 : 2016. 09. 30

<국문초록>

법인의 형사책임에 관한 현행 양벌규정의 문제점
- 미국 FCPA법 및 영국 뇌물법과의 비교법적 검토를 중심으로 -

김세환 · 배성호

우리 헌법은 헌법적 가치가 자연인에 의해서든 법인에 의해서든 부패행위에 의해 침해될 가능성이 있다면, 입법자가 이러한 침해를 바로잡고 방지하기 위해서 법률로써 그 수단을 강구해야할 의무를 부과하고 있다고 보아야 한다. 이 때 헌법이 명령하고 있는 헌법가치의 보호의무를 입법자인 국회가 이행할 때에는 국회의 입법형성권이 인정되므로 국회가 법인에게 그 형사책임을 적극적으로 물을 수 있고, 또한 법인에게 부과하는 벌금액을 미국 FCPA나 영국 뇌물법의 경우에서와 같이 현실성있게 대폭 상향 조정하는 것도 결코 입법재량권을 남용하는 것이 아님을 헌법에서 직접 그 근거를 찾을 수 있다.

그러므로 현대 사회에서 만연해있는 법인 특히 대기업에 의해 자행되는 부패범죄를 억제하고 효과적으로 대응하기 위해서는 법인에게 그 형사책임을 직접 물을 수 있어야 하며, 이럴 때 비로소 법인에 대해 부과하는 벌금액의 대폭적인 상향 조정도 책임주의 원칙에 위배되지 않을 것이다.

주제어: 법인의 범죄행위능력, 법인의 책임능력, 양벌규정, 미국 FCPA법, 영국 뇌물법, 국회의 입법형성권