



시 간	주 요 내 용
13:30~14:00	등 록
14:00~14:20	개회사 · 박상옥 (한국형사정책연구원장) · 이득홍 (법무연수원장)
	· 사 회 : 신의기 산업경제범죄연구실장(한국형사정책연구원)
14:20~15:20	제1주제 공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점 · 발 표 : 이석환 연구위원 (법무연수원) · 토 론 : 이천현 선임연구위원 (한국형사정책연구원) 정 완 교수 (경희대학교 법학전문대학원) · 질의 및 응답
15:20~16:20	제2주제 역외탈세의 법적 쟁점과 정책과제 · 발 표 : 박미숙 선임연구위원 (한국형사정책연구원) · 토 론 : 김태운 검사 (서울중앙지방법검찰청 외사부) 강석훈 변호사 (법무법인 율촌) · 질의 및 응답
16:20~16:40	휴 식
16:40~17:40	제3주제 법인의 형사책임 · 발 표 : 김유근 부연구위원 (한국형사정책연구원) · 토 론 : 김종민 연구위원 (법무연수원) 신석훈 박사 (전국경제인연합회 기업정책팀장) · 질의 및 응답



CONTENTS

개 회 사

- 박상옥 한국형사정책연구원장 3
- 이득홍 법무연수원장 4

제1주제

- 공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점 5

이석환 법무연수원 연구위원

제2주제

- 역외탈세의 법적 쟁점과 정책과제 35

박미숙 한국형사정책연구원 선임연구위원

제3주제

- 법인의 형사책임 55

김유근 한국형사정책연구원 부연구위원



개 회 사

■ ■ 제5회 형사사법포럼

한국형사정책연구원장 개회사

안녕하십니까. 올해로 다섯 번째로 법무연수원과 한국형사정책연구원이 공동주최하는 형사사법포럼에 참석해주신 여러분께 진심으로 감사드립니다.

그리고 오늘 행사가 성공적으로 개최될 수 있도록 지원해 주신 이득홍 법무연수원장님과 관계자 여러분께도 감사드립니다.

오늘 형사사법포럼의 주제는 “경제범죄의 현황과 형사정책적 과제”로 공정거래법상 전속고발제도, 역외탈세, 법인의 형사책임과 관련된 쟁점과 정책적 과제를 살펴보는 자리가 될 것입니다.

최근, 경제민주화 요구와 반기업 정서의 표출로 기업의 사회적 책임과 윤리경영이 강조되고 있고, 내국기업의 해외진출 등 국제거래가 활발해 지면서 역외탈세 문제로 대기업들이 수사와 재판을 받고 있어 경제범죄에 대한 국민적 관심이 어느 때 보다 높다고 하겠습니다.

아울러 성장과 복지의 양립, 대기업과 중소기업의 상생에 대한 목소리가 커지면서 기업의 공정한 경쟁을 추구하기 위한 공정거래법의 역할이 점점 커져가고 있습니다.

이러한 상황에서 여러 경제범죄의 현황과 형사정책적 대응방안을 살펴보고 다양한 전문가의 의견을 교환하는 자리를 갖는 것은 매우 시의적절하고 중요하다고 하겠습니다.

아무쪼록 경제범죄에 대한 본질과 쟁점을 심도있게 논의함으로써 경영현실과 괴리되지 않으면서도 경제정의에 부합하는 균형감있고 일관된 기준과 방향이 정립되는 계기가 되기를 바랍니다.

법무·검찰의 중추적인 연구기관이자 교육기관인 법무연수원과 국가 형사정책 수립의 중심 연구기관인 한국형사정책연구원은 앞으로도 형사사법포럼을 통해 형사사법 실무와 형사정책의 발전에 지속적으로 기여할 수 있기를 기대합니다.

특히 오늘 포럼과 같은 학술 교류의 장을 통하여 국가·사회·경제 문제와 관련된 다양한 형사정책적 과제들이 심도있게 논의되어, 우리 모두가 “안전한 국가, 행복한 국민, 통합된 사회”를 만드는 데 함께 노력할 수 있기를 희망합니다.

끝으로 오늘 사회 및 발표와 토론을 해주신 여러분, 그리고 오늘 행사 준비와 진행을 위해 수고를 해 주신 법무연수원과 한국형사정책연구원의 관계자 여러분들께 깊이 감사드립니다.

그리고, 이 자리에 참석하신 여러분 모두와 여러분의 가정에 건강과 행운이 늘 충만하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2014년 7월 3일

한국형사정책연수원장 박 상 옥

법무연수원장 개회사

오늘 한국형사정책연구원과 법무연수원이 공동으로 이곳 대검찰청에서 제5회 형사사법포럼을 개최하게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다.

먼저, 바쁘신 가운데 이 행사를 위해 애써 주신 발표자와 토론자 여러분, 그리고 참석해 주신 모든 분들께 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

우리나라 형사사법의 여러 문제점을 되짚어 보고 바람직한 발전 방향을 함께 논의하고자 시작된 형사사법포럼이 어느덧 5회 째를 맞이하였습니다.

근래 우리의 사회·경제 규모와 상황이 엄청나게 팽창하고 복잡다단해졌을 뿐만 아니라 세계화의 진전으로 국가간의 인적·물적 교류가 활발해지면서 국가정책으로서의 형사정책과 형사사법제도 정비의 중요성도 더욱 커지고 있습니다.

그동안 한국형사정책연구원과 법무연수원이 공동으로 연구하고 발전시켜온 형사사법포럼은 이러한 시대 변화에 맞춘 의미있는 노력이었고 그 성과를 정책과 실무에 반영할 수 있었던 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

오늘 포럼에서는 우리 사회에서 가장 많은 관심 속에 논의되고 있고 정책적으로도 중요한 “경제범죄의 현황과 형사정책적 과제”에 관해 살펴보게 되었습니다.

최근, 우리의 경제 규모가 커지면서 경제민주화, 경제정의에 대한 요구와 논쟁의 목소리가 높습니다.

국가경제를 발전시키는 정책 못지 않게 그에 수반되는 비리의 척결과 공정하고 투명한 경쟁을 통한 경제정의의 실현도 매우 중요한 문제가 아닐 수 없습니다.

이러한 시기에 경제범죄와 관련된 뜨거운 이슈에 대해 심도있게 논의하는 오늘 포럼의 장이 그 어느 때보다 의미 있다고 하겠습니다.

앞으로도 형사사법포럼을 통해 우리나라 형사사법과 형사정책에 관한 다양한 쟁점과 정책 과제들이 심도있게 논의되어, 우리나라 발전에 기여할 수 있기를 기대합니다.

끝으로 이 행사 준비에 관심과 성원을 아끼지 않으신 박상옥 한국형사정책연구원장님과 관계자 여러분들께 깊이 감사드리며,

참석하신 모든 분들과 가정에 건강과 행운이 늘 함께하기를 기원합니다.

감사합니다.

2014년 7월 3일
법무연수원장 이 득 홍



제 1 주제

공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점

■ 제5회 형사사법포럼

이석환 법무연수원 연구위원

공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점

이 석 환

법무연수원 연구위원

목 차

- | | |
|--|--|
| I. 서론 | 3. 2013년 공정거래법 개정(고발요청권자 확대, 고발의무 규정 신설) |
| II. 전속고발제도의 변화 과정 | IV. 2013년 공정거래법 개정 관련 쟁점 |
| 1. 전속고발제도의 의의 | 1. 고발요청 대상사건, 요건, 효과 |
| 2. 해외 입법례 | 2. 자진신고자(리니언시) 등에 대한 고발면제와 고발요청권 행사의 문제 |
| 3. 전속고발제도의 찬반론 | |
| 4. 전속고발권 행사 관련 논란 사례 | V. 향후 개선 방안 |
| III. 전속고발권의 견제장치 도입 및 확대경과 | 1. 기관 간 협조의 문제 |
| 1. 서론 | 2. 검찰의 전담부서 신설과 전문성 확보 필요 |
| 2. 1996년 공정거래법 개정(고발요청제도 도입, 전속고발권의 내재적 한계 규정) | 3. 행위자 개인에 대한 처벌 문제 |

I 서론

공정거래법¹⁾ 위반사건에 대한 공정거래위원회의 전속고발권에 대하여 폐지 논란이 계속되어 오던 중, 2012년 대통령 선거에서 전속고발권 폐지가 공약으로 채택되었고 그에 대한 이행으로 2013년 6월 공정거래법 중 전속고발제도가 규정된 제71조가 개정되었다. 주요내용은 공정거래위원회에 대한 고발요청기관이 기존 검찰총장 외에 감사원장, 중소기업청장, 조달청장으로 확대된 것이고, 고발요청을 받은 공정거래위원장에 고발의무가 부여된 것이다. 이와 별도로 제22조의2 제1항에 부당한공동행위 자진신고자 등에게 형사고발을 면제할 수 있는 규정도 신설되었다.

이로서 전속고발제도는 고발요청권자인 검찰총장 등에 대하여는 사실상 폐지라는 커다란 변화를 맞이하게 되었고 이와 아울러 고발요청권의 범위, 그 효과, 자진신고자 등에 대한 형사고발 면제 규정과의 관계 등과 관련 여러 가지 해석이 필요한 상황이 되었다.

1) 법의 정식 명칭은 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’이나 통칭인 공정거래법이라 한다.

그동안 전속고발제도는 공정거래위원회의 소극적 행사 내지 자의적인 행사라는 논란 속에서 제도가 위헌이 아닌 지, 폐지하여야 하는 것이 아닌 지, 존치한다면 어떻게 견제할 것인가 등이 논의되어 왔다. 그래서 이 논문에서는 전속고발제도와 논란이 되었던 과정에 대하여 살펴보고 이에 따라 전속고발제도를 견제하기 위한 제도의 변화과정을 검토한다. 그 이후 개정된 공정거래법 제71조 해석과 관련하여 논의가 될 쟁점 검토 및 향후 개선방안을 모색해 본다.

II

전속고발제도의 변화 과정

1. 전속고발제도의 의의

전속고발제도는 일정한 범죄에 관하여 소추기관인 검사가 공소를 제기하려면 반드시 전제되어야 하는 특정 행정기관에 의한 고발이 있어야 하는 것을 말한다. 이러한 전속고발은 형사소송법상 공소제기원칙 즉 국가소추주의, 기소독점주의, 그리고 기소편의주의에 배치되는 것이다. 공정거래법 제71조 제1항에서는 “제66조와 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다”고 공정거래위원회의 전속고발권을 규정하고 있다.^{2) 3)}

1981년 공정거래법 제60조로 도입된 공정거래위원회의 전속고발제도는 행정작용을 규율하는 법 영역에서 발생하는 범위반행위를 통제함에 있어서 행정강제나 행정제재만으로는 효과적으로 통제하기 어려운 행위 유형에 대하여 한편으로는 범죄로 규정하여 형사처벌이 가능하도록 하면서 다른 한편으로는 행정기관이 그 행위의 형사처벌 여부를 결정할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 행정기관에 의한 자율적 통제를 확보하기 위한 것이다.⁴⁾

공정거래위원회에서 설명하는 전속고발제도 도입취지는 다음과 같다.

첫째, 공정거래사범은 일반 형사범죄와 달리 범위반 여부가 행위 자체에 의해 결정되는 것이 아니라, 행위가 시장에 미치는 경쟁제한의 효과 즉 경제적 효과에 따라 달라지는 특수성을 가진다. 따라서 공정거래법 위반여부를 사법당국에서 곧 바로 형사사건화하는 것은 문제가 있다.

둘째, 공정거래법상 위법하다고 규정된 행위들은 절도·사기와 같은 반윤리적 범죄가 아니기 때문에 법 위반 여부가 바로 확정되는 것은 아니다.

셋째, 범위반으로 판단된 경우에도 행정조치로 충분한 지, 형사제재까지 필요한 지 여부는 전문성·기술성을 보유하고 있는 담당 행정기관이 일차적으로 판단하는 것이 합리적이다.

2) 선종수, 공정거래위원회의 전속고발권과 검사의 공소제기, 형사법의 신동향(제36호), 대검찰청(2012.9.), 227쪽

3) 이와 같은 공정거래위원회의 전속고발권은 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 하도급거래공정화에 관한 법률에서도 인정되고 있으며, 타 행정청의 전속고발권을 인정하고 있는 법률로는 조세범처벌법, 지방세법, 출입국관리법, 해운법, 항공법, 전투경찰대설치법, 교정시설경비교도대설치법, 물가안정에관한법률, 석탄산업법 등이 있다.

4) 최병각, 전속고발제도에 관한 연구, 연구총서(22호), 한국형사정책연구원(1998). 39쪽

2. 해외 입법례

전속고발제도는 일본의 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(이하 독점금지법이라 한다) 제96조 제1항의 영향을 받은 것이다. 일본 독점금지법 제96조 제1항에서는 “제89조에서 제91조까지의 죄는 공정취인위원회의 고발을 가지고 이를 논한다.”라고 규정하여 공정취인위원회의 전속고발권을 인정하고 있다.

그 외 다른 나라에서는 경쟁당국의 전속고발제도가 운영되고 있는 입법례가 없다.

미국의 경우 공정거래법 집행은 법무부(Department of Justice : 이하 DOJ라 한다) 독점금지국(Anti-trust Division)과 연방거래위원회(Federal Trade Commission : 이하 FTC라 한다)를 통하여 이원적 구조 속에서 경쟁과 균형 하에 이루어지고 있는데, 서면법의 집행을 담당하고 있는 DOJ가 기본적인 소추기관으로 형사절차 및 민사절차에 대한 독점적 권한을 가지고 있으므로 전속고발권의 문제는 발생하지 않는다.

캐나다에서 경쟁법 집행기관은 경쟁국, 경쟁위원회, 연방검찰이 있는데, 민사적 규제는 경쟁국과 경제위원회가 담당하고, 형사적 규제는 연방검찰이 담당한다.⁵⁾

영국, 프랑스, 아일랜드 등 경쟁법에 형벌규정을 두고 있는 나라들은 형사처벌에 관하여는 검찰의 판단에 의하여 기소여부를 결정하므로 경쟁당국의 전속고발제도가 없다.

경제협력개발기구(OECD) 국가중 경쟁법에 형벌규정이 없는 독일, 스페인 등의 국가에서는 전속고발권의 문제가 발생하지 않는다.

참고할 만한 것은 일본의 경우 경쟁에 친하지 않은 문화적 분위기로 독점금지법 위반 사건에 대하여 고발하는 사례가 매우 적었으나 이를 극복하기 위한 노력을 지속적으로 해왔다는 것이다. 즉 1990년 6월 고발방침을 발표하여 적극적으로 형사고발하기로 하였고, 검찰과 ‘고발문제협의회’를 설치하여 운영해왔다. 2005년 10월에는 다시 ‘고발·범칙조사운용방침’을 공표하여 적극적인 형사고발을 꾀하고 이를 위한 공정취인위원회의 범칙조사권을 도입하였다

또 한가지는 경쟁법위반행위에 대하여 형사적 집행을 강화해 나가는 것이 세계적 추세라는 점이다. 대부분의 국가의 경쟁법이 모범으로 생각하고 있는 미국의 서면법이 카르텔 등을 형사범죄로서 처벌대상으로 규정하여 형사제재를 매우 적극적으로 하고 있고, 캐나다의 경우에도 형사적 집행이 차지하는 부분이 크다.

종래 경쟁법 위반행위에 관하여 형사벌을 과하지 않고 있던 영국, 아일랜드, 호주 등이 형사처벌 조항을 신설하였다.⁶⁾

3. 전속고발제도의 찬반론

공정거래법 위반사건에 대한 전속고발제도에 관한 논란은 대체로 전속고발권을 가지고 있는 공정거래위원회에서 고발권을 소극적으로 행사해왔다는 점에서 출발한다. 공정거래위원회가 너

5) 황철규, 카르텔에 대한 공적집행의 개선방안 연구, 한양대학교 박사학위 논문(2009). 89쪽

6) 김두진, 공정거래법 집행의 이원화를 통한 효율성 강화방안, 법조(제57권 11호), 법조협회(2008.11.), 131쪽 : OECD 경쟁위원회 '07년 2월회의 결과보고서, 공정거래위원회, 13쪽 내지 14쪽

무 소극적으로 고발권을 행사하여 공정거래법의 목적이 제대로 실현될 수 없게 되었다는 의견이 많았다. 특히 사안이 중하고 피해발생이 큰 사건에 대하여 과징금 또는 시정조치 등 행정제재만 하고 형사고발을 하지 않은 경우, 담합사건을 고발하면서 자진신고 및 조사협조를 이유로 담합의 주도자이거나 대기업을 고발하지 않은 경우, 사업자인 기업을 고발하면서 책임이 중한 기업의 임원 등을 고발하지 않은 경우 등이 주로 문제되어 왔다.

이에 따라 전속고발제도를 유지하는 것이 맞는지에 대한 논의가 지속되어 왔다.

가. 존치론

존치론은 공정거래법 위반행위의 판단은 시장분석 등 전문적인 심사가 필요하기 때문에 공정거래법 전문가 집단인 공정거래위원회가 담당해야 한다는 것을 논거로 하고 있다. 그리고 전속고발권이 폐지될 경우 과도한 고발로 인하여 기업 활동이 위축되어 단순한 공정거래법 위반행위도 형사처벌을 받을 수 있다. 또한 형사소송법상 고발은 누구든지 가능하도록 되어 있으므로 고발이 오·남용될 가능성을 내포하고 있다. 이에 더하여 과도한 고발은 공정거래위원회에 비하여 공정거래법 관련 전문적 지식이 부족한 검찰과 사법부에게 과도한 업무 부담으로 작용하여 공정거래법 위반행위를 처리함에 있어서 공정성·신속성을 담보할 수 없게 된다. 현실적인 경쟁제한성 판단은 공정거래위원회의 협력이 절대적으로 필요하며 전문성을 어느 정도 갖춘다고 하더라도 성질상 상당한 시일을 요하는 많은 사건들을 감당할 수 있을 지도 의문이라고 한다.

전속고발권의 문제는 경제 분야의 불공정거래사건에 있어서 독자적인 공정거래위원회의 권한을 인정하여 검찰을 대신할 만한 고발재량권을 인정하여 공정거래위원회가 기술적 전문인력으로 조사활동을 벌이는 만큼 일반 형사사건의 형사소추를 다루는 검찰을 대신하여 독자적 전속고발권을 인정하여야 한다는 주장이다.⁷⁾

나. 폐지론

공정거래위원회가 고발권한을 과도하게 제한적으로 행사하는 경우 피해 당사자의 재판을 받을 권리 또는 재판절차상 진술권을 침해할 수 있다. 다시 말해 검사의 공소권 행사를 제한함으로써 공정거래법상 형벌권 행사에 장애가 된다. 그리고 공정거래법 위반행위의 피해자를 일반범죄 피해자와 차별대우하는 것으로 평등의 원칙이나 소추기관인 검찰의 기능을 침해하는 권력분립의 원칙에도 반하는 결과를 초래할 수 있다는 입장이다.⁸⁾ 현실적으로도 공정거래위원회의 고발기준이 불분명하다는 점, 너무 소극적으로 고발권 행사해왔다는 비난이 있었고 일본을 제외한 모든 국가에서 전속고발권을 인정하지 않고 있다는 점도 지적한다.

이와 관련 2012년 제출되었던 2개의 전속고발제 폐지 입법안에서는 전속고발제는 헌법상 피해자의 형사재판을 받을 권리 또는 재판절차 진술권을 침해하고, 공정거래법 위반행위의 피해자와 일반범죄 피해자 간을 차별하여 평등권에 위배될 수 있는 점, 1981년 이후 2012년까지 공정

7) 선종수, 앞의 논문, 235쪽, 이천현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서 (2006년) 재인용

8) 선종수, 앞의 논문, 233쪽

거래위원회의 고발이 적발건수 65,481건 대비 573건인 0.9%로에 불과하여⁹⁾ 제도가 유명무실해졌고, 피해를 입은 당사자에 대한 고려없이 공정거래위원회의 자의적인 판단에 따른 결정의 우려가 있다는 점 등을 지적하였다.¹⁰⁾

다. 부분적 폐지론

경쟁을 실질적으로 제한하는 행위 등에 한정하여 공정거래위원회의 전속고발권을 인정하고, 공정거래법위반사건 중 위법성이 명백하고 경제적 분석이 크게 필요없으며 국민경제와 소비자에게 미치는 영향이 크다고 인정되는 경성카르텔 사건이나 시장지배적 지위남용 사건에 관하여는 전속고발제도를 폐지하여 누구나 고발할 수 있도록 하자는 주장이다.¹¹⁾

4. 전속고발권 행사 관련 논란 사례

전속고발제가 시행된 이후, 공정거래위원회에서 조사했던 사안에 대하여 행정조치만 하고 검찰에 형사고발하지 않은 것과 관련하여 고발권 불행사가 부적정하다는 논란과 함께 구체적으로 그 당부에 관한 논란이 된 사례들이 여러차례 있었다.

검찰에서는 고발되지는 않았으나 형사처벌함이 상당하다고 판단되는 사업자나 행위자에 대하여 형사처벌하기 위하여 형법상 사기죄나 입찰방해죄로 기소하고, 고소불가분의 원칙을 유추적용하여 기소하여 전속고발권을 견제하려는 노력을 하였다. 또한 공정거래법위반으로 인한 피해자가 공정거래위원회의 고발권 불행사를 문제삼아 헌법재판소에 헌법소원을 제기한 바도 있다. 그 과정에서 전속고발제도의 효과와 한계가 어디까지인지에 관한 법원의 판결 및 헌법재판소의 결정이 있었고, 공정거래위원회의 전속고발권을 견제하기 위한 제도로써 검찰총장의 고발요청제도가 도입되기도 하였다.

가. 백화점 변칙세일 사건

시내 유명 백화점에서 종전에 출하한 적이 없던 신상품에 대하여 첫 출하 시부터 허위로 종전가격 및 할인가격을 비교 표시하여 특정한 할인판매기간에 한하여 특별히 할인된 가격으로 싸게 판매하는 것처럼 광고 등을 통하여 허위 선전함으로써 소비자들을 유인한 후 판매고를 높였던 사건이었다.¹²⁾

이에 대하여 공정거래위원회는 구 공정거래법상(1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전문개정되기 전의 것) 제15조 제1항 제6호 소정의 불공정거래행위가 성립한다고 판단하여 당해 백화점사업자에 대하여 시정명령을 하였고, 형사처벌은 불필요하다는 이유로 검찰 고발은 하지 않았다.

이에 검찰은 위와 같은 행위는 백화점 이용자들에 대한 명백한 범죄이므로 형사처벌받아야 한다고 판단하였으나, 위 백화점에 대하여는 공정거래위원회의 고발이 없어 공정거래법위반죄

9) 공정거래위원회, 2012년 통계연보, 32쪽

10) 이견목·이정남, 불공정행위의 현황과 대책, 형사정책(제22권 제2호), 한국형사정책학회(2010), 25쪽

11) 김두진, 앞의 논문, 150쪽; 2010년 조영택 의원 및 2012년 이용섭 의원의 공정거래법 개정안도 같은 취지임

12) 황철규, 앞의 논문, 89쪽

로 기소하지 못하고 담당자들만을 사기죄로 기소하였는데, 1심 법원은 “변칙세일행위는 공정거래법 위반행위에 불과하고 사기죄의 구성요건인 기망행위에 해당되지 않는다”는 이유로 무죄를 선고하였다.¹³⁾ 그러나 대법원에서는 “가격조건에 관하여 기망이 이루어진 것으로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 기망이 이루어진 것”이라며 사기죄의 성립을 인정하고 유죄 판결하였다.¹⁴⁾

나. 백화점 식품가공일자 허위표시사건

(1) 사건의 개요

서울시내 유명 백화점에서 전날 판매하다 남은 정육, 해산물, 야채 등 포장식료품의 가공일을 허위 표시하여 새로 들어온 신선한 상품인 것처럼 위장하여 그 다음날 다시 판매하였다. 서울지방검찰청 북부지청은 위 각 백화점의 식료품 가공일자 변조행위를 인지하고 각 백화점의 식료품 담당자 수명을 사기죄로 입건하는 한편 위 행위가 구 공정거래법(1999. 2. 5. 법률 제5814호로 일부개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제6호¹⁵⁾ 소정의 불공정거래 행위라고 판단하여 공정거래위원회에 대하여 위 각 백화점 사업자에 대한 고발을 요청하였다. 그러나 공정거래위원회는 위 각 백화점 사업자에 대하여 식품가공일자 허위표시행위의 중지 및 범위반사실의 공표를 명하는 시정조치를 명함과 동시에 각각 과징금을 부과하는 처분을 하였으나, 형사처벌을 위한 고발은 하지 아니하였다.¹⁶⁾ 그리하여 북부지청에서는 위 각 백화점 사업자에 대하여는 공정거래법위반죄로 기소하지 못하고, 식품담당 직원 6명만 사기죄로 기소하여 유죄판결을 받았다.¹⁷⁾

이에 소비자인 청구인들은 공정거래법위반죄에 대하여 공정거래위원회의 고발을 소추요건으로 규정한 공정거래법 제71조에 의하여 직접 청구인들에게 헌법상에 보장된 재판청구권 등의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 헌법재판소의 결정

헌법재판소는 이에 대하여 공정거래법 제71조는 공정거래법 위반죄의 소추요건을 규정하고 있는 것에 불과하고, 그 규정 자체만으로는 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해와 관련한 어떠한 내용도 이를 포함하고 있다고 볼 수 없고, 공정거래위원회가 구체적인 공정거래법 위반행위에 대하여 공정거래법 제71조에 근거하여 형사처벌을 위한 고발권을 현실적으로 행사하거나 행사하지 아니하였을 때, 그로 인하여 당해 공정거래법 위반행위 관련들의 기본권이 침해되었다고 볼 수 있는 것인가의 여부는 별론으로 하고, 위 조항 자체

13) 서울형사지방법원 89고단1111호 판결

14) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도 2994 판결

15) 구 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각호의 1에 해당되는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다.)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

6. 사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고(상호의 사용을 포함한다.)를 하는 행위

16) 황철규, 앞의 논문, 91쪽: 김두진, 앞의 논문, 186쪽, 공정거래위원회는 검찰의 고발요청을 전례가 없다는 이유로 거절하였다.

17) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도 1157 판결

를 대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 직접 관련성이 결여된 부적법한 것이라고 하여 심판청구를 각하하였다.¹⁸⁾

즉 제71조 규정 자체는 위헌이 아니라고 하면서도, 고발권 불행사가 위헌인지 여부에 관하여는 별론이라고 하여 판단하지는 않은 것이다.

다. 에이스침대의 대리점 계약해지사건

(1) 사건의 개요

(주)에이스침대와 대리점계약을 체결하고 가구판매를 하던 청구인은 판매부진 등을 이유로 에이스침대로부터 대리점계약해지를 당했다. 그래서 공정거래위원회에 일방적인 대리점계약해지 행위를 바로잡아 달라는 탄원서를 제출하였는데, 공정거래위원회에서는 공정거래법 제23조 제1항 제1호에 위반된다고 하여 에이스침대에 시정명령을 발하면서 청구인의 요구에도 불구하고 에이스침대에 대한 형사고발은 하지 않았다.

이에 청구인은 헌법재판소에 공정거래위원회의 고발권 불행사로 인하여 헌법상 보장된 평등권과 재판을 받을 권리를 침해당하였다는 취지로 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 헌법재판소의 결정

이에 헌법재판소는 “공정거래법은 제71조에서 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정한 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다. ... 그러나 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 않으면 안된다고 할 것이다. ... 결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.¹⁹⁾

단, 본건에 대하여는 “객관적으로 보아 형벌을 가할 정도로 중대한 공정거래법 위반행위로 보기 어렵다”는 이유로 기각 결정하였다.

헌법재판소는 공정거래위원회의 전속고발권에 관하여 재량행위임을 인정하면서도, 재량권의 내재적 한계를 가지는 합목적적 재량이라고 하면서 이를 위반한 고발권 불행사는 피해자의 헌법상 평등권과 재판절차진술권 침해행위라고 적시한 매우 의미있는 결정을 한 것이다. 특히 전속고발권의 내재적 한계에 관하여 “법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으

18) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마 191 결정(독점규제및공정거래에관한법률제71조위헌확인사건)

19) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마 136 전원재판부 결정

로 상당한 사안”이라고 구체적으로 적시하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 이 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여 공정거래법상 전속고발제도 시행이후 최초의 견제 장치라 할 수 있는 공정거래위원회의 고발의무 규정과 검찰총장의 고발 요청제도가 생기게 되었다.

라. 일부만 고발된 담합사건에서 고발되지 않은 사업자 및 행위자를 기소한 사건

(1) 사안의 개요

공정거래위원회에서는 2007년 폴리프로필렌 제조·판매사업자의 담합사건에서 호남석유화학이 가격조정안을 작성하여 가격 담합의 기준을 설정하는 적극적으로 담합을 주도하였음에도 314억 9천여만 원의 과징금을 부과한 후 자진신고자라는 이유로 과징금을 100%로 면제하고 고발도 하지 않았다. 또한 같은 해 제당업체 담합사건에서도 227억 여원의 과징금을 부과받은 CJ에 대하여 담합을 주도하였음에도 조사협조자라는 이유로 과징금을 50% 감경한 후 고발을 하지 않았다. 아울러 담합에 관여한 관련 회사 임원들에 대하여 고발하지 않았다.

이에 검찰에서는 담합의 주도자인 경우, 자진신고 내지 조사협조자라 할 지라도 형사 처벌함이 상당하고, 사안의 규모에 비추어 담합을 주도적으로 이끈 회사의 임원들도 같이 형사 처벌함이 상당하다고 판단하고 고발된 회사 및 고발 면제된 회사 및 임원들 간에는 고발불가분의 원칙이 적용된다는 논거를 가지고 고발이 면제된 사업자 및 행위자에 대하여도 기소하였다.

(2) 법원의 판단

공정거래법 제66조 위반은 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는데, 고발이 없었으므로 공소제기절차가 법률의 규정에 위반되어 무효인 경우에 해당한다는 이유로 공소기각 판결을 선고하였다.

아울러 형사소송법 제233조의 ‘고소불가분의 원칙’을 유추 적용하여 이른바 ‘고발 불가분의 원칙’을 인정할 수 없다고 판시하였다.

그 이유로는 형사소송법이 고소불가분에 관한 제233조를 고발에 준용하는 규정을 두지 않고 있는데, 이를 적용하면 죄형법정주의에 반한다는 점, 전속고발(권)의 취지에 비추어 법인의 대표자나 사용인 등이 공정거래법위반행위를 한 경우 그 실제 행위자와 법인을 모두 고발하여 형벌의 적용을 요구할 것인지 아니면 법인만 고발함으로써 실제 행위자는 형벌을 받지 않도록 할 것인지 여부를 결정할 권한이 공정거래위원회에 있다고 봄이 상당하다는 점 등을 적시하였다.²⁰⁾

검찰총장이 고발요청권을 가지고 있다고는 하나 공정거래위원회에서 고발을 거절하면 암련 소용이 없는 당시의 법 체제에서, 검찰이 공정거래위원회의 고발권 불행사가 부당하다고 보여지는 사안에 관하여 기존 형사소송법의 고소불가분의 원칙을 적극적으로 해석하여 기소함으로써 견제를 시도하였으나 실패한 전형적인 사례로 남게 되었다.²¹⁾

20) 서울중앙지법 2008. 2. 12. 선고 2007고단6909 판결 : 같은 날 선고 2007고단7030 판결 : 2008. 9. 11. 선고 2007고단 5496, 6203(병합) 판결 : 서울중앙지방법원 2008. 5. 16. 선고 2008노734 판결: 2008. 6. 13. 선고 2008노842 판결: 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도4762 판결

마. 고발되지 않은 담합사건에 대한 검찰의 입찰방해죄 기소

(1) 사안의 개요

공정거래법상 입찰담합에 의한 부당한 공동행위로 인정되는 사안에서 입찰의 공정을 해하였다고 볼 수 있는 경우에는 형법 제315조 소정의 입찰방해죄로 처벌할 수 있고, 건설업자의 경우 건설공사의 입찰에 있어 부당한 이익을 취득하거나 공정한 가격결정을 저해할 목적으로 입찰자간에 공모하여 미리 조작한 가격으로 입찰하는 행위를 하면 건설산업기본법 제95조에 따라 처벌된다.²²⁾

서울중앙지방법검찰청은 2008년 8월에 지난 2005년 8월경 서울도시철도공사가 발주한 시각장애인용 음성유도기 제작설치 입찰 건에서 입찰담합한 (주)휴○케어 등 4개 제조회사 임원들을 입찰방해죄로 약식 기소하였다. 그 이전인 2006년 6월에 공정거래위원회는 위 사건에 관하여 조사하여 (주)휴○케어에 대하여는 담합에 가담하지 않은 것으로 판단하였고, 나머지 3개 회사에 대하여는 담합행위를 인정하고 시정명령과 함께 과징금부과처분을 하고 검찰고발은 하지 않았다.

그러나 검찰은 위 사건 수사를 통하여 (주)휴○케어가 가격담합에 주도적인 역할을 하였음을 새로이 밝혀 낸 다음 공정거래위원회가 과징금 처분만하고 고발하지 않은 3개사와 새로 혐의가 드러난 (주)휴○케어의 임원을 기소하였다. 즉 검찰에서는 공정거래위원회에서 고발하지 않은 사안에 대하여 독자적으로 조사한 후 별도의 고발요청을 하지 않고 형법 제315조 소정의 입찰방해죄를 적용하여 기소한 것이다.²³⁾

이는 입찰담합에 관하여 규정하고 있는 공정거래법과 형법상 입찰방해죄를 선택적으로 적용하여 처벌이 가능한가의 문제인데 이에 관하여 대체로 큰 이견이 없었으나, 일부 학자들은 공정거래위원회의 전속고발권의 취지를 무색하게 할 수 있으므로 검찰과 공정거래위원회가 상호 적극적인 협의를 통해서 대처하는 것이 바람직하다는 의견을 낸 바 있었다.²⁴⁾

(2) 재판결과

이 사건 재판에서 피고인 측은 공정거래위원회가 공정거래법위반의 점에 대하여 고발을 하지 아니하기로 결정하였고, 그 후 새로이 밝혀진 사실이 없음에도 검사가 이 사건 공소를 제기한 것은 소추재량권을 일탈한 것으로 공소권 남용에 해당하여 무효라는 주장을 하였으나, 공정거래위원회가 고발을 하지 아니하기로 결정한 것은 사실이지만, 그 후 검사가 새로운 수사를 하여 범죄사실을 인정한 다음 그 수사결과에 터잡아 재량권을 행사하여 공소를 제기한 것이므로 공소권 남용에 해당하지 않는다고 판결하였다.²⁵⁾

21) 일본 형사소송법은 제238조 제1항에서 “친고죄에 있어서 공범의 일인 혹은 수인에 대한 고소 또는 그 취소는, 다른 공범에 대하여도 그 효력이 있다”라고 하여 고소불가분의 원칙을 천명하고, 제2항에서 “전항의 규정은 고발 또는 청구가 있어야 수리하여야 할 사건에서 고발 또는 청구 및 그 취소의 경우에 이를 준용한다.”라고 하여 고소불가분의 원칙을 고발의 경우에 준용하고 있다. 그래서 일본의 경우 위 건과 같은 경우, 고발 면제된 담합의 공범을 기소하는데 문제가 없다.

22) 공정거래법 제66조는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금, 형법 제315조는 2년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금, 건설산업기본법 제95조는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금을 규정하고 있다.

23) 김형욱, 카르텔 자진신고 감면제도에 관한 연구 -형사적 제재의 합리적 개선방안을 중심으로-, 형사법의 신동향(제21호), 대검찰청(2009.8.), 181쪽

24) 김형욱, 앞의 논문, 183쪽에서 재인용, 신현윤, 법률신문(제3675호), 2008. 8. 20. 자

25) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도4940 판결, 원심판결 서울중앙지법 2010. 4. 16. 선고 2009노4076 판결

III

전속고발권의 견제장치 도입 및 확대경과

1. 서론

전항에서 살펴본 바와 같이 전속고발제도에 도입 이후 논란이 되어 왔던 부분은 공정거래위원회의 고발권을 행사하지 않은 사안에 대한 적정성에 관한 것이었다. 행정조치만 하고 전혀 고발하지 않은 경우, 자진신고 등을 이유로 일부만 고발한 경우 및 행위자에 대한 불고발의 경우에 대한 것이었다.

그러한 논의가 지속되는 가장 큰 이유는 공정거래위원회가 고발권 행사에 너무 소극적이었다는 점이다.

공정거래법위반 사건의 성격이 형사처벌을 위주로 제재하는 것이 적합하지 않는 경우가 많고, 경제적 판단, 경쟁제한성에 대한 전문적 분석이 필요하다는 점을 고려하더라도 너무 소극적으로 고발권을 행사하였다는 비판은 피하기는 어려울 것이다. 특히 카르텔의 경우, 그 자체로 위법성이 인정되고 행정제재보다는 형사제재가 적합하다고 인정되고 있고, 형사제재가 세계적 추세임에도 1981년 이후 2012년 사이 행정제제한 사건 총 899건중 불과 6%에 불과한 54건에 대하여만 고발하였음은 전속고발권 행사가 적정치 않았음을 보여 준다고 할 것이다.²⁶⁾

그래서 공정거래위원회의 전속고발권의 폐지 내지 견제 필요성에 대한 공감대가 형성되면서 1996년에 전속고발제도에 대한 견제장치로 고발요청제도가 도입되었고, 전속고발권의 내재적 한계에 관하여 공정거래법에 명시하게 되었다.

그 이후도 전속고발권의 소극적 행사가 지속적으로 논란이 되었고 2013년 6월에 이르러 공정거래법이 개정되어 고발요청권자가 감사원장, 조달청장, 중소기업청장으로 확대되고 고발요청을 받은 공정거래위원장에게 고발의무를 부담하도록 하기에 이르렀다.

2. 1996년 공정거래법 개정(고발요청제도 도입, 전속고발권의 내재적 한계 규정)

가. 도입과정

위에서 살펴본 바와 같이 공정거래위원회의 고발권 불행사에 대한 논란이 있어오던 중, (주)에이스침대 사건에서 헌법재판소가 “행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있다”고 결정함으로써 공정거래위원회의 전속고발권이 재량이기는 하나 그 운용에 있어서는 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량이라는 점이 분명해 졌다.

이러한 헌법재판소의 결정에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법을 개정하면서 전속고발권의 내재적 한계를 명시하는 규정과 전속고발권을 견제하기 위한 장치로 검찰총장의 고발요청권을 신설하게 되었다.

26) 공정거래위원회, 2013년판 공정거래백서, 183쪽

나. 주요 내용

(1) 전속고발권의 내재적 한계 규정

공정거래법 제71조 제2항에 “공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.”라는 규정이 신설되었다.

즉 공정거래위원회에서는 전속고발권을 행사할 수 있지만 “객관적으로 명백”, “중대”, “경쟁질서를 현저히 저해”라는 3가지 요건이 충족되는 사안의 경우에는 고발을 하여야 하는 의무를 가지게 되었다.

이에 따라 공정거래위원회는 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침』을 제정하였다. 위 지침에 따르면 위반행위의 내용이나 정도에 따라 일정점수를 부여하고 기준점수 2.5 내지 2.7 이상이면 고발하는 것을 원칙으로 하게 되었다.

(2) 검찰총장의 고발요청권

공정거래법 제 71조 제3항에 “검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다.”는 고 규정이 신설되었다.

공정거래위원회에서 객관적으로 명백하고 중대하며 경쟁질서를 현저히 저해하는 사건임에도 고발하지 않는 경우 검찰총장으로 하여금 이를 견제하기 위해 고발요청권을 행사할 수 있도록 권한을 부여한 것이다. 공정거래위원회에서 처리한 사건은 물론, 검찰 자체에서 수사 중 발견된 중대·명백한 공정거래법위반 사건에 관하여 고발요청권을 행사할 수 있게 된 것이다.

(3) 관련 문제

공정거래법 제71조 제2항의 ‘중대·명백한 사안’인지 여부에 관한 판단은 위 규정의 해석상 공정거래위원회에서 하게 된다. 즉 공정거래위원회에서 중대·명백한 사안이 아니라고 판단하여 고발하지 아니하면 이를 시정할 방법이 없다는 의미이다. 또한 검찰총장이 고발요청을 하였다 하더라도 공정거래위원회에서 검찰의 판단과 달리 ‘중대·명백한 사안’이 아니라고 하여 고발요청을 받아 주지 않으면 똑같은 결과에 이르게 된다.

검찰총장의 고발요청으로 실제로 공정거래위원회에서 고발한 사례도 많지만 위에서 본 폴리프로필렌 담합사건, 제당 담합사건, 시각장애인용 음성유도기 제작설치 입찰 담합사건에서 보듯이 공정거래위원회의 전속고발권과 검찰총장의 고발요청권 문제는 갈등상태를 유지해 왔다.²⁷⁾ 아울러 공정거래위원회의 전속고발권의 소극적 행사는 지속되었다.

27) 위 에이스칩대 사건이 헌법재판소에 계류 중이던 1995. 4. 1. 검찰과 공정거래위원회는 고발여부를 논의하기 위해 ‘공정거래사법협의회’를 구성하여 운영하였으나, 큰 효과는 보지 못한 것으로 평가된다.

3. 2013년 공정거래법 개정(고발요청권자 확대, 고발의무 규정 신설)

가. 도입과정

지난 이명박 정부에서는 여러 국회의원들이 전속고발제도를 폐지하는 의견 또는 시장지배적 지위의 남용과 담합에 관하여 전속고발제도를 폐지하는 의견으로 의원입법을 발의한 바 있다. 그 이후 2012년 공정거래위원회에서 4대강 담합사건에서 담합에 가담한 8개 건설회사에 대하여 1,115억원의 과징금을 부과하면서도 고발을 하지 않았는데, 이에 대한 비판여론에 따라 대통령 선거 시 여·야 후보 모두 공정거래위원회의 전속고발제도의 폐지를 공약으로 내세우게 되었다. 2013년에는 위 공약에 대한 이행으로 전속고발제도를 사실상 폐지하는 내용으로 공정거래법을 개정하게 된 것이다.

나. 주요 내용

2013년 6월 개정된 공정거래법에서는 제71조 제4항과 제5항을 신설하여 고발요청권자를 기존 검찰총장에서 감사원장, 조달청장, 중소기업청장으로 확대하고, 고발요청을 받은 공정거래위원장에게 고발의무를 부여하였다.²⁸⁾

즉, 제4항에서는 “공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다.”고 규정하여 고발요청권자를 확대하였다.

제5항에서는 “제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있을 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.”고 규정하여 고발요청에 따른 공정거래위원장의 고발의무를 신설하였다.

이와 별개로 제22조의2(자진신고자 등에 대한 감면 등) 제1항 후단에 “..., 제71조에 따른 고발을 면제할 수 있다.”는 내용을 추가하여 자진신고자 등에 대하여 과징금 등의 감면 외에 형사 고발을 면제할 수 있는 근거규정을 신설하였다.

공정거래법의 개정에 따라 고발의무의 내용이 무엇인지에 대한 해석에 관하여 논란의 소지가 발생하였다. 고발요청권을 모든 공정거래사건에 대하여 행사할 수 있는 것인지, “사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로”는 무엇을 의미하는 것인지, 고발요청권 행사의 효과는 무엇인지, 자진신고자에 대한 형사고발 면제와 고발요청권 행사가 충돌할 때 어떻게 해석하여야 하는지 등이다.

구체적인 내용은 항을 바꾸어 설명한다.

28) 전속고발제도가 있는 하도급법, 대규모유통업법, 표시광고법, 가맹사업법 위반사건에도 감사원장 등에게 고발요청권이 부여되었으며, 다만 조달청장의 경우 위 4개법 중 표시광고법 위반사건에 대하여만 고발요청권이 부여되었다.

IV

2013년 공정거래법 개정 관련 쟁점

1. 고발요청 대상사건, 요건, 효과

가. 고발요청 대상사건

(1) 검찰총장의 경우

이에 대한 규정이 개정된 바 없으므로 사안이 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되면 사건이 공정거래위원회에서 조사했던 지 여부, 검찰에 수사 중인 지 여부에 상관없이 고발요청권을 행사할 수 있다.

검찰의 경우, 공정거래위원회와는 별개로 공정거래사건의 피해자로부터 혹은 시민단체로부터 고발이나 진정을 접수하여 수사하게 되는 경우도 있고, 다른 사건을 수사하는 과정에서 공정거래법 위반사실을 발견하기도 한다. 이러한 경우 증거관계가 분명한지, 사안의 중대성 등을 판단하여 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있는 것이다. 이 부분에 관하여는 종전과 달라진 점이 없다.

2013년 검찰에서는 원전비리 수사 중 전선담합비리를 적발하여 공정거래위원회에 고발요청을 한 바 있고, 피해자의 고발 등을 통해 수사 중이던 남양유업 사건, 신세계 부당지원 사건 등에 대하여도 고발요청을 한 바 있다. 위 사건 모두 공정거래위원회의 고발을 받아 관련 형사범죄와 함께 공정거래법위반 등으로 기소하였다.

(2) 감사원장 등의 경우

공정거래법 제71조 제4항에서 “공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도…”라고 규정하고 있고, 제2항은 “제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.”고 규정하고 있어 모든 사건이 아닌 ‘공정거래위원회에서 결정한 사건’ 특히 ‘위법하다고 인정한 사건’의 범위 내에서 고발요청권을 행사할 수 있다고 해석된다.

제71조 제2항이 최소한 위법이 인정되는 것을 전제로 그 위반 결과를 가지고 고발여부를 판단하도록 되어있기 때문이다. 즉 공정거래위원회가 조사한 후 위법하다고 인정은 하였으나, 과징금·시정명령 등의 행정처분만 하고 고발에 이르지 않은 사건 중에서 고발 요청권을 행사할 수 있다는 것이다. 공정거래위원회에 조사 및 판단을 거치지 않은 사건, 즉 감사원 등이 관련 조사 중 발견하여 공정거래법에 위반된다고 판단하는 사건은 고발요청권의 대상이 되지 않는 것이다. 이러한 사건이 발견되면 공정거래위원회에 조사의뢰나 이첩을 하여 공정거래위원회의 판단을 기다려 봐야 할 것이다. 아울러 공정거래위원회가 위법하다고 판단하지 않은 사건 즉 무혐의 의결을 한 사건도 고발요청대상이 되지 않는다. 즉 사건의 위법여부에 대한 판단 권한은 공정거래위원회에 있는 것이다.

공정거래위원회의 사무처는 사건조사 후 그 혐의가 인정되고 제재가 필요한 경우, 전원회의나 소회의에 심사 회부하여 제재조치를 결정을 받기도 하지만, 그 전 단계에서 심사불개시, 무혐의, 심의절차종료, 경고, 시정권고 처분을 하고 사무처장 혹은 심사관 전결로 자체 종결하기도 한다.²⁹⁾ 이러한 공정거래위원회 사무처의 처분으로 종결된 사건에 대하여도 고발요청을 할 수 있는 지 여부가 논의될 수 있다. 즉 위에서 말하는 ‘공정거래위원회에서 결정한 사건’에 해당하는 하는 것이다.

공정거래위원회 사무처의 위와 같은 종결조치는 전원회의 및 소회의가 의결하여 처리하여야 할 것을³⁰⁾ 사건절차규칙 제52조의 2(심사관의 전결 등) 규정에 의하여 전결하는 것으로 실제로는 전원회의나 소회의의 의결을 대신하는 것이므로 ‘공정거래위원회의 결정’에 해당된다고 할 것이다.

다만, 위 처분 중 위법하다고 인정되는 결정에 해당되는 경고, 시정권고 처분한 사건이 그 대상이 될 것이다.

나. 고발요청권 행사 요건

(1) 검찰총장의 경우

제71조 제3항에서 “검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다”고 규정하고 있으므로 “위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우”이어야 할 것이다. 즉 객관적인 명백·중대·경쟁질서에 대한 현저한 저해 등이 그 요건이라 할 것이다.

우선 위 세 가지 요건이 모두 충족되어야 할 것이다. 객관적으로 명백하기는 하지만 중대하지 아니하거나 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는데 객관적으로 명백하지 않은 경우는 해당되지 않을 것이다.

그러면 어떤 경우에 객관적 명백·중대·경쟁질서에 대한 현저한 저해에 해당되는가에 대한 해석이 필요할 것이다.

이는 첫째 앞에서 거시한 (주)에이스침대 사건에서 헌법재판소의 결정내용인 “...행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적³¹⁾의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안...”이 그 기준이 될 것이다.

둘째로 구체적인 기준은 공정거래위원회가 고발지침에 거시한 세부평가지준이 참고가 될 것이다.

위반행위의 내용으로는 시장지배적 지위남용 행위 중 시장진입·참가의 배제·기존경쟁사업자에 대한 퇴출 등 경쟁제한성이 현저히 큰 경우, 부당한 공동행위 중 가격·생산량·거래지역·거

29) 공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 제46조 내지 51조, 제53조의 2

30) 위 규칙 제 46조 내지 제51조에서 “각 회의는 ... 의결할 수 있다”라고 규정하고 있고, 제53조의 2 제1항, 제4항에서는 이를 심사관 및 사무처장이 전결할 수 있음을 규정하고 있다. 단, 위원회에서 의결할 사항을 위원회를 보좌하는 사무부처장이 전결하는 것이 가능한 지는 의문이다.

31) 공정거래법 제1조(목적) 이 법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

대상대방의 제한, 입찰담합 등이 해당되겠고, 위반행위의 정도에 따른 기준으로는 시장점유율, 지역적 범위, 위반기간, 관여정도 등이 중한 경우가 그 일응의 기준이 될 것이다.³²⁾

(2) 감사원장 등의 경우

제71조 제4항에서 “사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다.”고 검찰총장의 고발요청권 행사 요건과 달리 규정되어 있다. 이는 감사원장 등의 고발요청권 행사는 이미 공정거래위원회 위법하다고 인정하면서도 중대·명백하지 않다고 판단하고 고발하지 않은 사건에 대하여 행사하는 것이므로 감사원 등에서 그 외에도 사유를 들어 고발요청권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것으로 보인다.

공정거래위원회에서는 고발요청권자 별로 그 기관의 업무와 관련하여 별도의 요건을 규정하려 했던 것으로 보인다. 즉 감사원장은 사회적 파급효과, 조달청장은 국가재정에 끼친 영향, 중소기업청장은 중소기업에 미친 피해 등을 이유로 각자 고발요청권을 행사할 수 있는 것으로 규정하려 한 것이다.³³⁾

그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공정거래법 제71조 제4항은 “감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다.”고 규정하고 있어 감사원장 등은 각자 거시된 3가지 사정을 이유로 고발을 요청할 수 있다고 해석해야 할 것으로 보인다.

그렇다면 제4항의 “사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정”은 어떤 것인가.

검찰총장의 고발요청권 행사요건은 위반의 ‘행위적 요소’에 중점이 있다고 하면, 감사원장 등의 고발요청권 행사요건은 위반의 ‘결과 내지 피해 즉 결과적 요소’에 중점이 있다고 구분할 수 있겠다.

감사원장 등 각 기관은 공정거래위원회와 달리 각 담당업무를 수행하는 입장에서 공정거래법 위반사건이 야기한 피해를 좀 더 구체적으로 파악할 수 있을 것이다. 예를 들어 공공부분 입찰 담합사건으로 국가의 재정적 손실이 얼마인지, 백화점이나 홈쇼핑 회사의 소위 ‘갑’질로 얼마나 많은 중소기업이 얼마나 많은 금액의 피해를 입었는지를 판단하여 고발요청권을 행사할 수 있을 것이다.

그러나 위 요건의 구체적 내용이 무엇인가 그리고 ‘중대·명백한 사안’과의 차이가 무엇인지가 불분명한 것이 사실이다. 추가되는 고발요청권자의 기관의 특성을 고려하여 고발요건을 규정하는 과정에서 그 해석이 모호한 내용이 포함된 것으로 보이나 향후 개정이 필요한 것으로 보인다.

32) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침 별표 1 내지 4

33) 공정거래위원회 2013. 6. 25. 보도참고자료(공정위 전속고발권 폐지 법률안 국회 본회의 통과)중 3개 기관 고발요청 권한 부여현황

다. 고발요청권 행사의 효과

검찰총장, 감사원장 등이 고발요청권을 행사하였을 경우, 공정거래위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.(공정거래법 제71조 제5항)

즉 공정거래위원장은 고발요청권 행사요건 충족여부에 대한 판단을 할 권한없이 고발의무만을 갖는다고 할 것이다. 공정거래위원장은 중대·명백한 사안이 아니라는 이유로 혹은 사회적 파급효과가 크지 않다는 이유로 고발요청을 거부할 수 없는 것이다. 개정전 공정거래법에서는 고발요청권자인 검찰총장이 고발요청을 할 수 있다고만 규정하고 이에 대한 공정거래위원회의 의무규정이 없었다. 그래서 공정거래위원장이 고발요청을 거부하였을 때, 이를 다룰 방법이 없어 전속고발권에 대한 견제장치로서인 고발요청권의 실효성이 부족하였는데, 이를 전면 개선한 것이다.

전속고발권에 관한 규정인 제71조 제1항과 고발의무에 관한 규정인 제2항에서는 그 주체를 “공정거래위원회”라고 표현하고 있음에 반하여, 고발요청권 행사에 따른 고발의무에 관한 규정인 같은 조 제5항에서는 의무의 주체를 공정거래위원회가 아닌 “공정거래위원장”이라고 규정한 것은 위와 같은 고발요청권 행사에 관하여 기관인 공정거래위원회의 판단이나 의결에 따라서가 아닌, 고발요청을 받은 공정거래위원회의 기관장인 “공정거래위원장”이 즉시 고발토록 하기 위한 것으로 보인다.

그래서 고발요청권 행사에 따른 고발 의무의 주체는 공정거래위원회가 아니라 공정거래위원장이 될 것이고, 공정거래위원회의 개최는 필요없이 기관장인 공정거래위원장이 검찰총장에게 즉시 고발하여야 할 것이다.³⁴⁾

이는 대통령 공약사항인 공정거래위원회의 “전속고발권 폐지”를 이행하는 취지의 개정과정에서 규정된 것이라는 점에 비추어도 입법취지에도 맞는 해석이라고 본다.³⁵⁾

2. 자진신고자(리니언시) 등에 대한 고발면제와 고발요청권 행사의 문제

가. 문제점

이번 공정거래법 개정 이전에는 자진신고자 등에 대하여 과징금을 감면할 수는 있으나 형사고발을 면제하는 규정이 없었다. 그래서 공정거래위원회에서는 자진신고자 감면제도의 운용의 효과를 유지하기 위해서 형사고발 여부에 관하여는 공정거래위원회 내부규정인 『부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시』 제20조(고발여부) “위원회는 이 고시

34) 이에 관하여 공정거래법 제71조 제1항에서 고발권의 행사 주체를 “공정거래위원회”라고 규정하고 있음에도 신설된 제5항에서 고발의무 주체를 “공정거래위원장”으로 표현한 것은 입법적 실수가 아닌가 하는 의견이 있을 수 있으나, 오히려 이는 공정거래위원회의 별도의 의결이 필요없음을 분명히 하기 위한 것으로 보여진다.

아울러, 위 제1항에 따라 고발권 행사주체가 “공정거래위원회”인데, “공정거래위원장”이 고발할 수 있는가하는 의문이 있을 수 있으나, 공정거래위원회의 기관장인 공정거래위원장이 공정거래위원회를 대표해서 고발하면 되는 문제라고 본다.

35) 2013. 6. 25. 공정거래위원회 보도 참고자료(공정위 전속고발권 폐지 법률안 국회 본회의 통과)에서는 “이번 법 개정을 통해 공정위의 전속고발제는 사실상 폐지되었으며, 앞으로 공정거래 관련 법 위반 행위의 고발이 늘어날 것으로 예상됨”이라고 적시하였다.

에 의한 지위확인을 받은 사업자에 대해서는 검찰에 고발하지 아니한다.”고 규정에 근거하여 고발을 면제해 왔다.

이에 관하여 자진신고자에 대하여 형사고발까지 면제하는 것이 타당한가에 대한 비판과 법률의 근거도 없이 공정거래위원회 내부규정에 근거하여 형사고발을 면제하는 것은 타당하지 않다는 학계의 많은 비판이 있었다.³⁶⁾

2003년 공정거래법 개정 시 제22조의 2(자진신고자 등에 대한 감면 등) 제1항 후단에 “제71조(고발)에 따른 고발을 면제할 수 있다”라는 내용이 추가되어 형사고발을 면제할 수 있는 근거가 마련되었다.

하지만 이 규정에 따라 공정거래위원회가 자진신고자 등에 대하여 고발을 면제하더라도 검찰총장 등 고발요청권자들이 이들에 대한 고발요청을 할 수 있는 지가 문제될 수 있다.

나. 해석론

이는 공정거래위원회의 고발의무와 공정거래위원장의 고발요청권에 따른 고발의무가 자진신고자 형사고발 감면과의 관계에서 어느 것이 우선하느냐의 문제라고 할 것이다.

(1) 고발요청 대상에서 제외되어야 한다는 입장

공정거래법상 제71조가 있는 상태에서 이 부분을 손대지 않고 제22조의2 규정에 고발면제를 추가된 것을 감안하면 제71조의 적용 여부를 가리지 않고 공정거래위원회가 자진신고 담합에 대해 고발을 면제할 수 있다는 주장이다.³⁷⁾ 제22조의2의 규정에서 ‘71조의 고발’을 면제할 수 있다고 규정하였으므로, 제71조에서 규정하는 중대·명백한 경우는 물론 검찰총장의 고발 요청이 있는 경우에도 자진신고자 등에 대하여 고발을 면제할 수 있다는 취지이다. 갈수록 은밀해지는 담합을 적발함은 물론 담합 구도 자체를 깨기 위해서는 자진신고제도가 활성화되어야 하는데 현실적으로도 형사고발 면제가 보장되지 않는 자진신고제도는 사실상 효과가 없이 형해화될 것이라는 것이 공정거래위원회의 입장으로 보인다.³⁸⁾

아울러 적발이 미미했던 담합사건이 자진신고자 감면제도 운용을 통해 적발 실적이 전과 비교할 수 없을 정도로 향상된 점, 이러한 적발향상을 꾀하고 담합기도자들간의 불신을 초래하여 담합의 구도 자체를 깰 수 있는 좋은 효과가 있다는 점 등에 비추어,³⁹⁾ 이러한 제도를 도입한 입법 정책적인 선택을 존중해야 한다는 점 등을 근거로 할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

(2) 고발요청권 행사가 가능하다고 보는 입장

기존에 있던 제71조 제2항은 담합 등 행위가 “객관적으로 명백하고 중대해 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우”에는 공정거래위원회가 검찰총장에게 “고발하여야 한다”고 정하고

36) 황철규, 앞의 논문, 100쪽

37) 법률신문(제4204호), 2014. 3. 6.자 공정거래위원회 입장

38) 국민일보, 2014. 3. 3.자 기사

39) 박영동, 독점규제법상 형사적 제재에 관한 연구, 서울대학교 석사학위 논문(2011), 66쪽

40) 이에 대한 공식적인 학계 입장이 없어 중전 전속고발제에 관한 논문 등에서의 논리를 기초로 서술한다.

있다. 따라서 이 조항에 따라 개정된 제22조의 2를 적용해 공정거래위원회가 고발을 면제할 수 있는 대상은 “객관적으로 명백하고 중대해 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우”를 제외한 자진신고자에 한정된다고 보는 입장이다.⁴¹⁾

또 지난 해 신설된 같은 조 제4항은 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 않는다고 결정하더라도 감사원장이나 조달청장, 중소기업청장이 고발을 할 수 있고, 이 경우 공정거래위원회는 의무적으로 고발하도록 규정하고 있다. 그 동안 공정거래위원회가 사안이 중대·명백하여 고발해야 했음에도 하지 않은 사례가 많아 이런 맥락에서 공정거래위원회 전속고발권을 사실상 폐지하는 내용으로 법이 개정된 만큼 자진신고 담합의 경우에도 제71조에 따른 고발요청이 있다면 공정거래위원회가 이를 거부하지 못한다는 입장이다.⁴²⁾

다. 형사처벌 면제에 관한 외국 입법례

(1) 미국

미국은 법무부(Department of Justice, 이하 DOJ라 함)와 연방거래위원회(Fair Trading Commite, 이하 FTC라 함)가 공동으로 경쟁법을 집행하여 오고 있는데, DOJ는 형사제재와 민사제재(금전벌)을 하고, FTC는 시정명령 등 행정제재를 담당하고 있다. 자진신고자 감면제도는 최초 미국 DOJ에서 카르텔에 대한 효과적인 수사를 위해 도입한 제도로써 형사기소권을 가지고 있는 DOJ가 독점적으로 담당 운영하고 있어 우리나라와 같이 검찰과 경쟁당국 간의 이견 문제가 발생되지 않는다.

(2) 일본

일본은 자진신고자에 대한 과징금 면제규정만 있을 뿐 형사처벌 면제규정은 없다.

단, 형사처벌이 두려워 자진신고자 감면제도 이용을 꺼려하는 것을 우려하여 일본 공정취인위원회에서는 국회에서 첫 번째 자진신고자에 대하여는 사업자와 그 임직원에게 대하여 형사고발을 실시하지 않을 방침이라고 표명한 바는 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾

일본의 경우 고소불가분의 원칙이 고발에도 준용되기 때문에 공정취인위원회에서 일부 고발을 하지 않더라도 검찰이 고발 면제된 공범에 대하여 기소하는데 방해가 받지 않는다.

41) 이와 같은 논리로 ‘검찰총장이 제71조 제2항에 해당하는 사실을 알려 고발요청을 한 때에는 전속고발의 재량이 0에 가까워 고발의무가 있다고 할 수 있다. 법 위반사실이 중대하고 시장의 경쟁에 대한 침해의 파급효과가 큰 객관적으로 명백한 부당한 공동행위 가담자들에 대하여는 고발 불행사라는 재량이 제71조 제2항과의 충돌로 제한될 수 있다.’라는 주장이 있다.(이상현, 공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분의 원칙 적용가능성, 법조(제59권 제11호), 법조협회(2010), 253쪽)

42) 법률신문 3. 6. 법무부 입장, 단 이 논의는 공정거래위원회가 공정거래법 제22조의2의 고발면제와 관련한 시행령 개정안을 입법예고하였는데, 위 개정안의 내용이 일정한 경우에는 의무적으로 고발을 면제하는 내용으로 되어 있어 이에 대한 반대 의견을 피력하면서 나온 의견이다.

43) 정윤경, 자진신고자 책임감면제도의 문제점과 개선방안, 고려대학교 법무대학원 석사학위 논문(2011), 40쪽

44) 손영화, 공정거래법상 리니언시 제도 연구, 기업법연구(제24권 제2호), 한국기업법학회(2010. 6.) 311쪽, 당시 공정취인위원회의 다케시마 위원장이 2005년 3월 11일 경제산업위원회의 심의에 있어서 첫 번째로 신청한 사업자 관해서는 임원·종업원을 포함하여 형사고발을 하지 않는다고 하는 방침을 표명하였다. 한편 두 번째, 세 번째의 신청자의 취급에 관하여는 사례별로 형사고발도 있을 수 있다고 하였다.
일본 법무부도 하나의 사건에 있어서 복수의 위반행위자 가운데 일부를 굳이 고발하지 않는다고 하는 공정거래위원회의 판단이 이루어졌을 경우 그것을 존중한다고 하였다.

(3) 영국

영국에서 카르텔법 집행은 검찰의 역할을 하는 중대범죄수사청(Serious Fraud Office, 이하 SFO라 한다)과 경쟁당국 역할을 하는 공정거래청(Office of Fair Trading, 이하 OFT라 한다)이 담당하고 있다.

OFT가 카르텔에 대한 형사기소를 할 수 있지만, 두 기관이 양해각서(MOU)를 체결하여 ‘중대하고 복잡한 사기사건(serious and complex fraud)’에 해당하면 SFO에 사건을 고발 방식으로 이관하고, 이관된 사건에 관하여 OFT와 SFO 직원이 사건 전담팀을 구성할 수도 있다.

양 기관은 MOU를 체결하여 OFT가 사전조사 단계를 담당하도록 하고 있고, 자진신고 감면신청이 OFT에 접수되면 초기단계부터 SFO와 협의하여 처리하는데,⁴⁵⁾ OFC가 SFO에 자진신고자에 대하여 기소하지 말아달라는 내용의 문서(no-action letter)를 보낸다.⁴⁶⁾

(4) 캐나다

경쟁위원회가 감면신청을 접수하여 법무부에 형벌감면을 권고하면 법무부가 형벌감면여부를 최종적으로 결정하는데 경쟁위원회의 권고를 대부분 수용하고 있다.⁴⁷⁾

(5) 호주

호주경쟁소비자위원회(ACCC)가 감면신청을 받으면 검찰청(CDPP)에 형벌면제를 권고하고 검찰청에서 감면여부를 최종결정한다.⁴⁸⁾

라. 소결

(1) 전속고발제도는 세계적으로 우리나라와 일본에만 있는 제도이다. 그리고 전속고발제도의 위헌론과 소극적인 전속고발권 행사문제로 끊임없이 폐지 논란이 있어왔다.

그런 논란과 관련하여 1995년 헌법재판소는 전속고발권이 재량행위이지만 내재적 한계를 가지고 있다고 판시하였고, 그러한 결정내용을 공정거래법에 반영한 것이 제71조 제2항의 내용 즉 “명백·중대·경쟁질서의 현저한 저해”이다.

이러한 점을 감안하여 공정거래위원회에서는 2013년 공정거래법 개정 이전에는 『부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시』 제20조(고발여부) 후단에서 “... 고발하지 아니한다. 다만, 당해 공동행위가 법 제71조(고발) 제2항에 해당하거나 동 제3항에 의하여 검찰총장이 위원회에 고발요청을 한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 자진신고자에 대하여도 전속고발권의 내재적 한계 범위 내에서만 운영하겠다는 방침을 유지했다. 즉 자진신고자라 하여도 사안이 “명백·중대·경쟁질서의 현저한 저해”라고 인정되는 경우에는 고발면제를 하지 않고, 아울러 이를 사유로 검찰총장이 고발요청하는 경우 공정거래위원장은 고발하

45) 위 OECD경쟁위원회 ‘07년 2월회의 결과보고서’, 공정거래위원회, 12쪽

46) 박영동, 앞의 논문, 68쪽

47) 박영동, 앞의 논문, 68쪽

48) 박영동, 앞의 논문, 69쪽

여야 한다는 것이다.

그 후인 2013년 전속고발제도를 고발요청권자인 검찰총장 등 4개 기관에 한하여는 폐지하는 의미로 제71조 제3항, 제4항 규정을 두게 되었다.

결국 공정거래위원회 자진신고자 등에 대한 형사고발 면제 규정도 “명백·중대·경쟁질서의 현저한 저해”하지 않은 사안의 범주 내에서 운영되어야 할 것이고 이를 이유로 한 검찰총장의 고발요청권 행사에 대하여는 제71조 제4항의 규정에 따라 응해야 할 것으로 이해된다.

공정거래위원회에서는 제22조의2의 개정내용이 “제71조의 고발”을 면제한다고 되어 있으므로 중대·명백한 사안은 물론 검찰총장 등의 고발요청한 사안도 고발 면제할 수 있다는 주장이나, 이는 전속고발권 행사의 내재적 한계를 벗어나 헌법상 피해자의 평등권, 재판에서의 진술권을 침해하는 위헌적 결과를 야기하는 것이고, 내재적 한계인 ‘중대·명백’에 대한 최종적인 판단은 검찰총장이 고발요청권 행사라는 방식으로 하도록 법 개정되었으므로 검찰총장이 중대·명백한 사안이 되는 자진신고자 등에 대하여 고발요청할 수 있다고 하는 것이 법 개정취지에 부합할 것이다.

(2) 아울러 위에서 살펴본 바와 같이 세계 각국의 입법례에서도 경쟁당국에서 기소권을 갖고 있는 검찰과의 의사 교환없이 자진신고자에 대하여 형사제재를 임의로 감면하는 경우는 찾아볼 수 없다.

공정거래법위반에 따른 행정처분을 할 수 있을 정도의 입증과 형사처벌이 가능한 정도의 입증은 매우 다르다. 증거관계도 많이 차이 날 수 밖에 없다. 그럼에도 단순히 행정처분만이 가능한 공정거래위원회의 조사에 협조했다고 하여 형사처벌이 가능한 증거확보 여부 등을 고려하지 않고 공정거래위원회에서 일방적으로 형사처벌까지 감면해주는 것이 타당하다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그런 이유 때문에 위에서 살펴본 바와 같이 다른 나라 경쟁당국들이 형사처벌 감면을 검찰과 사전에 협의해오고 있는 것은 당연한 이치라 하겠다.⁴⁹⁾ 자진신고자나 조사협조자에 관하여 공정거래위원회에서는 행정처분에 필요한 신고 및 증거제출을 하였던 지를, 검찰에서는 공범의 형사처벌에 필요한 증거제출하였는 지를 판단하여 최종적으로 형사제재 여부를 결정하여야 할 것이다.

결국 입법론적으로도 공정거래위원회에서 자진신고의 형사제재여부를 최종적으로 결정하는 것은 적절하지 않을 것이다.

(3) 이 문제와 관련하여, 입법 정책적 차원에서 자진신고자 제도 운영으로 인한 성과와 장점을 유지하기 위하여 규정된 것이고, 형사제재에 대한 면제없이 자진신고제도가 유명무실화될 수 있다는 주장에 대해서는 다른 관점에서 판단해 볼 필요가 있다고 본다.

49) 여러나라가 경쟁당국에게 공정거래법위반자에 대한 금전적 제재, 시정명령 등 강력한 제재권을 주는 이유는 경쟁당국의 전문성 문제도 있지만, 형사제재로 갈 경우, 입증의 어려움을 감안하여 행정기관인 경쟁당국이 좀 더 유연한 입증을 통해 공정거래법집행을 용이하게 하려는 취지도 있다. 그런데, 경쟁당국의 제재에 필요한 정도의 신고 내지 조사협조를 했다고 해서 훨씬 엄격한 증명의 책임이 있는 검찰의 입장을 배제하고 고발면제를 한 경우, 나머지 공범에 대한 입증문제는 어떻게 할 것인지 생각해 볼 필요가 있다. 결국 자진신고자 등의 신고, 증거제출에 대한 판단, 감면여부를 검찰과 같이 논의해야할 이유가 여기 있는 것이다.

그 동안 자진신고자 감면제도 운영에 관하여는 훌륭한 성과에도 불구하고 여러 가지 비판이 있었다. 즉 죄질이 중한 담합의 주도자, 특히 대기업이 대체로 자진신고를 통하여 과징금 제재를 면하는 사례가 많았고, 자진신고로 적발하여 부과한 과징금에서 자진신고로 감면받은 과징금이 2012년 한해동안에는 51.5%에 이르렀으며⁵⁰⁾ 여기에 형사고발까지 면제받았으니 부적절한 법집행이라는 지적이 그것이다.

결국 이번 전속고발권의 사실상 폐지도 이러한 지적이 한가지 이유라고 할 것인바, 그러한 점에 비추어 보면 오히려 자진신고자 감면에 대하여도 검찰총장의 고발요청권에 의하여 견제되어야 한다고 해석하는 것이 오히려 개정취지에 부합한 해석이라 생각된다.

아울러 자진신고에 대한 형사제재 면제의 필요성 여부와 공정거래위원회가 고발 면제하여야 하는가의 문제는 구별하여야 한다. 즉 자진신고자에 대한 형사제재 면제의 필요성이 있다고 해서 꼭 공정거래위원회가 고발면제를 할 수 있어야 하는 것은 아니기 때문이다. 공정거래위원회와 검찰이 상호기준을 정한 다음, 형사처벌의 필요성이 없는 자진신고자의 경우 고발을 하지 않기로 결정하면 자진신고자에 대한 형사처벌까지 면제해 주는 결과가 되어 자진신고제도의 장점을 유지 할 수 있을 것이다. 결국 자진신고자에 대한 형사제재는 면제되는 것이고 절차만 달라질 뿐이다.

마. 감사원장 등의 고발요청권 행사 가능여부

형사고발 면제된 자진신고자에 대하여 감사원장 등도 고발요청권을 행사할 수 있는가에 관한 문제이다. 이 논의는 검찰총장과 감사원장 등의 고발요청권 행사요건이 다르다는 점에서 출발한다.

위에서 본 바와 같이 자진신고자 등에 관하여는 전속고발제도의 내재적 한계인 중대·명백한 경우에는 고발면제를 자제해야 하고 검찰총장의 고발요청권 행사는 위와 같은 중대·명백 등을 이유로 이루어지는 것이고, 공정거래위원장은 고발의무를 지므로 고발요청을 받은 공정거래위원장은 고발하여야한다고 해석했다.

그러나 감사원장 등의 고발요청권 행사요건은 이와 다르게 사회적 파장, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업의 피해 등의 사정이기 때문에 다르다고 할 것이다. 다만, 법규정상 명백·중대 여부에 관한 1차적 판단은 공정거래위원회에 있다고 할 것이므로 감사원장등은 사회적 파장 등 다른 정책적 고려에서만 고발요청권을 행사하는 것이기 때문에 형사고발 면제된 자진신고자 등에 대하여 고발요청권을 행사하는 것은 적절치 않다고 보여진다.

2013년 12년 공정거래위원회는 조달청, 중소기업청과 고발요청권 행사와 관련 MOU를 체결하면서 자진신고자 등에 대하여는 고발요청권을 행사하지 않기로 하였다.⁵¹⁾

50) 강기정의원 보도자료, 2013. 10. 15. 공정거래위원회 국정감사

2005년부터 2011년 8월 사이 자진신고 감면을 통해 감면된 이후 실제로 부과된 과징금액은 1조 3,013억 원이고, 자진신고감면을 통한 과징금 감면액은 9,628억 4천만 원으로 최초 부과된 과징금에서 거의 42.5%에 달하는 과징금이 자진신고 감면액으로 제외되었다. 아울러 2008년 이후 2011년 8월까지 대기업이 담합행위로 부과된 과징금은 7,175억 8천만 원인데, 자진신고를 통해 과징금을 면제받은 과징금액은 3,890억 9천만 원으로 54.2%에 이른다. (권수진·신영수·김호기, 담합행위에 대한 형사법적 대응방안, 형사정책연구원(2011), 123, 124쪽의 표12(김정 국회의원 보도자료), 표13(유원일 국회의원 보도자료)에서 재인용)

51) 공정거래위원회 2013. 12. 10.자 보도자료, 고발요청제 운영을 위한 3개 기관 협약 체결

V

향후 개선 방안

1. 기관 간 협조의 문제

가. 고발기준에 관한 정립

공정거래법 개정으로 고발요청권자의 고발요청이 있으면 공정거래위원장은 고발하여야 하는 의무를 가지게 되었다. 고발요청권 행사요건 충족에 대한 최종적 판단권한을 고발요청권자가 가지게 된 것이다.

그런데 공정거래법의 집행을 직접 담당하고 있는 공정거래위원회의 판단과 고발요청권자의 판단에 많은 차이가 생길 경우, 즉 공정거래위원회에서 행정조치로 마무리된 사건이 수시로 고발요청을 받아 형사처벌되는 경우, 국민 및 기업들에게 많은 혼선을 줄 뿐 아니라 공정거래위원회의 법 집행에 대한 신뢰에 상당한 장애를 초래할 수도 있을 것이다. 이런 상황이 발생되지 않기 위해서는 공정거래위원회와 고발요청기관 특히, 고발요청권 행사 범위에 제한이 없는 검찰은 고발기준 정립과 운영에 관한 상호 협조관계를 형성하여야 할 것으로 보인다.⁵²⁾

현재 공정거래위원회에서는 위에서 본 바와 같이 고발지침을 두고 각 요건을 합산한 점수가 2.5점 내지 2.7점이 이상이 되면 고발하는 것으로 내부 방침을 세우고 있다. 그러나 위 지침이 자체로도 추상적인 부분이 많아 전속고발제도가 대폭 개정된 현 상황에서 새로운 고발기준 즉 고발요건 해당 사안 기준을 모색해야 할 것이다.

위 기준은 결국 ‘명백·중대·경쟁질서의 현저한 저해’한 사안이 무엇인가에 대한 것이 될 것으로, 필자 개인적으로는 그동안 학계나 실무에서 형사제재가 합당한 사안이 무엇인가 혹은 종전에 전속고발권을 배제해야할 대상이 무엇인가에 대한 의견들을 기초로 하여 기준을 세워나갈 수 있을 것이라고 본다. 제시되는 기준들은 다음과 같다.

첫째, 공정거래법상의 수범자에 따라 형사제재여부를 정하는 방안이다. 실질적인 시장지배력이 높아 경쟁제한성이 강한 기업집단의 위법행위는 형사처벌하는 방안이다.

둘째, 공정거래위원회의 시정조치 이행여부에 따라 정하는 방법이다. 공정거래위원회의 시정조치를 이행하지 않은 경우 형사처벌하는 방안이다.

셋째, 전속고발권 적용대상을 시정조치 유형이나 행정처분의 금액(과징금)의 정도에 따라 구분하는 방법이다. 즉 중한 시정조치 처분이나 일정 금액 이상의 과징금 처분을 받은 사업자를 형사처벌하는 방안으로 기준은 명백하나 공정거래위원회의 처분에 종속된다는 문제가 있다.

넷째, 법 위반행위 유형에 따라 구분하는 방안이다. 공정거래법 위반행위는 시장지배적 지위 남용, 기업결합, 경제력 집중, 불공정거래행위, 부당한 공동행위, 재판매가격유지행위 등으로 구

52) 미국의 경우, DOJ와 FTC가 상호 업무가 중복됨에도 불구하고 법집행의 혼선을 막기 위해 공동의 법집행지침을 발표하기도 하고 조사개시전 상호 통보(Clearance)를 통해 업무중복을 막으며 수시로 협의절차를 진행한다. 일본의 경우 ‘고발문제협의회’ 구성하여 고발여부에 관하여 사전에 상호협의하고, 검사 3명 및 수사관 2명 등 상호 파견근무를 시키고 있으며 필요시 특별수사팀을 구성하여 공동수사를 하는 경우도 있다.

분되는데 이중 일정 유형을 형사처벌하는 방안이다.⁵³⁾ 이 방안은 경성카르텔 즉, 가격고정, 입찰 담합, 시장분할 등에 대하여는 위법이 명백하고 사회·국가적 피해가 크므로 전속고발권을 폐지 하자는 많은 의견들과 그 궤를 같이 한다.⁵⁴⁾

다섯째, 고발을 하기위한 기준 중 즉 형사처벌에 합당한가 여부에 대한 판단 기준에 ‘공정거래법상 위반행위에 대한 사회적 책임’을 도입하고 세부평가요소로 ‘위법행위로 인한 피해발생 정도’를 고려하자는 의견도 있었는데,⁵⁵⁾ 이를 계량화해서 기준으로 하는 방안이다. 감사원장 등의 고발요청권 행사 요건의 내용과 유사한 것으로 보인다.

공정거래위원회 및 고발요청기관들이 위와같은 다양한 기준을 종합하여 형사제재함이 합당한 사안에 대한 구체적 의사합치를 이루어 나갈 필요가 있다고 본다.

나. 자진신고자 형사고발 면제 문제에 관한 상호 협조

자진신고자 등에 대한 형사고발 면제와 고발요청권이 충돌하는 문제와 관련하여 공정거래위원회가 가장 우려하는 부분은 ‘불확실성’의 요인 발생으로 인하여 성공적으로 운용되고 있는 자진신고자 등에 대한 감면제도가 성과에 타격을 입을 것이라는 점이다. 그러나 검찰과 공정거래위원회와의 원활한 협조로서 풀어갈 수 있는 문제라고 보여 진다.

앞에서 본 바와 같이 담합에 관하여 형사 처벌규정이 있는 국가에서 경쟁당국이 일방적으로 형사처벌을 감면하는 입법례는 없다. 대부분 경쟁당국이 검찰과 긴밀한 협의를 통해서 대처해 나가고 있다.

영국이나 일본 등 대부분 국가에서는 조사 초기단계에서부터 협조를 해나가면서 자진신고사건은 물론, 사건의 원활한 입증 등을 위해 협조관계를 유지해오고 있다.

전항에서 살펴본 바와 같이 자진신고자 형사고발면제에 대한 기준을 공유하고 구체적 사안에 관하여는 초기에 상호 협력하고 소통하여 신속히 신고자 자격부여에 대한 결정을 해 줌으로써 불확실성을 해소할 수 있을 것이다.

아울러 담합에 대한 강력한 조사와 제재가 오히려 더 많은 자진신고를 유도할 수 있는 요인이라 할 수 있다. 공정거래위원회는 전문성을 가지고 있으나 임의조사권밖에 가지고 있지 않은 반면, 검찰에서는 강제수사권은 물론 전문적인 수사능력을 가지고 있으므로 필요시에는 조사 초동단계부터 공조조사를 하는 등 상호 협력하여⁵⁶⁾ 담합에 대하여 조사와 처벌을 하면서도 명확한 기준을 가지고 자진신고자 등에 대한 신속한 결정을 해 나간다면 담합범죄에 대한 효과적인 대응은 물론 자진신고제도의 운영에서 필히 요구되어지는 ‘예측가능성’과 ‘투명성’을 동시에 만족시키는 방안이 될 것이라고 본다.

53) 이건목·이정님, 앞의 논문, 32쪽 내지 33쪽

54) 김두진, 앞의 논문, 150쪽; 권수진·신영수·김호기, 담합행위에 대한 형사법적 대응방안, 형사정책연구원(2011), 253쪽

55) 이건목, 이정님, 앞의 논문, 39쪽

56) 2013년 설치된 증권범죄합동수사단의 경우, 검찰, 금융위, 금감원, 한국거래소 등이 합동하여 사건조사는 물론 사건 초동단계에 신속히 공조를 통해 범죄에 대한 조속하고 효과적 대응을 하고 있어 정부 부처 간 모범적 협업사례로 평가받고 있다.

2. 검찰의 전담부서 신설과 전문성 확보 필요

학계와 실무계에서는 종전부터 전속고발제도의 문제점을 지적하면서도 존치론을 유지하여야 하는 가장 큰 이유 중 하나로 검찰의 전문성 부족을 지적하여 왔다.⁵⁷⁾ 실제로 검찰은 서울중앙지검 형사6부를 전담부서로 운영하고 있으나 타 업무와 병행하고 있어 공정거래업무에 집중할 수 없는 입장이고, 그 동안 고발 건수가 적어 사건처리 경험 축적 또한 되지 못한 것이 사실이다.

그러나 개정 공정거래법에 따라 전속고발제도의 사실상 폐지로 공정거래법 위반행위에 대한 형사적 제재에 있어 검찰의 역할이 커지고 중요해졌다. 공정거래위원회의 고발건수가 대폭 증가하는 것은 물론, 공정거래사건의 피해자들이 강제수사권을 갖고 있고 효과적인 고발요청권을 갖게 된 검찰에 진정, 고소 등을 접수하는 사례도 늘어날 것으로 예상된다. 대기업의 일감몰아주기는 처벌규정이 신설되거나 구성요건 완화로 인하여 사건처리 부담이 가중될 것이다. 나아가 도입검토 중인 공정거래법위반에 대한 집단소송제도 등 민사적 구제절차까지 강화된다면 관련 사건의 실체발견의 책무를 지는 검찰의 공정거래분야 수사의 전문화 요구는 더욱 증대될 전망이다.

이와 같은 점을 볼 때 검찰에서는 급증하는 사건을 신속·정확하게 처리할 수 있어야 할 것인데 이를 위하여는 전담부서를 조속히 설치하고 전담인력 보강은 물론 전문인력 양성을 위한 노력을 서둘러야 할 것이다.

3. 행위자 개인에 대한 처벌 문제

공정거래법 위반사건 특히 카르텔 사건에 있어 행위자 개인에 대한 처벌의 중요성은 날로 강조되어 지고 있다.⁵⁸⁾ 미국에 경우는 카르텔사건에 대하여 형사처벌을 원칙으로 하고 사업자 이상으로 개인의 신체형 처벌에 비중을 두고 있다. 1999년 이후 담합에 책임있는 경영진 및 임직원들에 대해 징역형 부과를 원칙으로 하여, 2000년 이후 징역형을 받은 임직원이 꾸준히 증가할 뿐 아니라 이들이 평균 감옥에서 보내는 기간도 지속적으로 증가하는 추세이다.⁵⁹⁾

이는 범죄 억지 효과는 결국 행위자 개인을 처벌함에서 온다는 확신 때문이라고 할 것이다. 아울러 자진신고자 감면제도의 성공도 행위자 개인에 대한 강력한 처벌을 통해서 이루어 질 수 있다. 처벌의 두려움이 자진신고를 유도할 수 있기 때문이다.

우리나라에서도 공정거래법위반행위 근절을 위해서는 사업자 이외에 행위자에 대한 적극적인 형사처벌이 이루어져야 할 것이다.

종전에 공정거래위원회는 행위자 개인에 대한 형사고발에 매우 소극적이었으나 2013년에는

57) 이진목·이정남, 앞의 논문, 29쪽, 우리나라의 검찰은 전속고발제도의 폐지와 더불어 담당하여야 할 공정거래영역에 대한 전문성과 경험의 부족으로 사전준비 없이 전속고발제도를 폐지할 경우 경쟁법 위반 행위에 대한 형사소추권이 과도하게 시행될 가능성을 염두에 두지 않을 수 없다.

같은 취지: 최승재, 공정거래법상 전속고발권 제도에 대한 연구, 변호사(42집), 대한변호사협회(2012), 313쪽 등 다수

58) 박영동, 앞의 논문, 71쪽

59) 정혁준, 미법무부 반독점국 Amnesty Program 연구, 해외연수검사 논문집(제28집), 법무연수원(2013.), 40쪽,

행위자 개인에 대한 형사고발을 적극적으로 하겠다고 천명한 바도 있다.

이와 관련 자진신고자 감면제도의 개선이 필요하다. 새로 도입된 자진신고자 형사고발면제는 사업자와 행위자 개인을 구분하지 않고 있다. 결국 항상 고발 면제 여부가 같이 판단되어지는 것이다.

그러나 실제로 사업자와 행위자 개인의 이해관계가 다른 경우도 많으며⁶⁰⁾, 자진신고자 감면 제도가 공모자간의 신뢰를 깨는 것을 목적으로 한다는 측면에서 보면 더욱, 사업자와 행위자 개인의 감면여부를 구분하여 운영하는 것이 타당할 것이다.

개정된 공정거래법 시행령이나 지침을 개정할 때 이러한 내용을 포함시키는 것이 필요하다고 본다.⁶¹⁾

연도	징역형 선고 비율 (%)	평균 복역 개월수 (개월)
1990년대	37	8
2000	38	10
2001	46	15
2002	53	18
2003	50	21
2004	71	12
2005	67	24
2006	68	9
2007	87	31
2008	61	25
2009	80	24

60) 예를 들자면, 사업자는 자진신고하고 싶은데 행위자가 협조하지 않은 경우, 반대로 행위자가 퇴사한 후 처벌을 면하기 위해 자진신고 하고자 하는 경우이다. 이때 형사고발면제여부를 구분하여야 할 것이다.

61) 황철규, 앞의 논문, 126쪽, 미국은 1994년에 ‘개인에 대한 자진신고자 면제 지침’을 제정하여 개인의 자격으로 자진신고를 한 경우에도 그 개인에 대한 면책을 부여하게 하였다. 면책요건은 ①개인이 자진신고할 당시 반독점국은 신고범죄행위에 대한 정보를 취득하지 못하고 있었을 것, ②개인이 같은 범죄행위에 대하여 이미 회사의 대리인으로서 자진신고 한 경우가 아닐 것, ③신고한 개인은 범죄행위를 솔직하고 완전하게 신고하고 반독점국의 조사전 과정에서 협조할 것, ④신고한 개인이 다른 가담자에게 범죄행위에 가담하도록 하거나, 범죄행위의 유일하고 명백한 주도자가 아닐 것 등이다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오승, 경제법 11판, 법문사, 2014
 권오승외 7, 독점규제법 3판, 법문사, 2014
 권오승, 독점규제법 30년, 법문사, 2011
 고건호, 입문자를 위한 공정거래법 해설과 판례, 일진사, 2013.
 공정거래법, 사법연수원, 2012
 공정거래위원회, 2012년 통계연보
 공정거래위원회, 2013년판 공정거래백서

2. 논문

- 권수진·신영수·김호기, 담합행위에 대한 형사법적 대응방안, 형사정책연구원 연구총서(2011)
 권민용, 공정거래위원회의 고발제도에 대한 연구, 저스티스(제34권 제1호), 한국법학원(2001. 2.)
 김두진, 공정거래법 집행의 이원화를 통한 효율성 강화 방안, 법조(5권11호), 법조협회(2008. 11.)
 김두진, 공정거래법 위반행위에 대한 형사처벌에서 공정거래위원회의 역할 -전속고발제도를 중심으로-, 경제법판례연구(제2권), 법문사(2005)
 김형욱, 카르텔 자진신고 감면제도에 관한 연구 - 형사적 제재의 합리적 개선방안을 중심으로-, 형사법의 신동향(통권 제21호), 대검찰청(2009. 8.)
 김형준, 공정거래위원회 전속고발권과 형사고발 면제에 관한 소고, 법조(제55권 제12호) 법조협회(2006. 12.)
 박영동, 독점규제법상 형사적 제재에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문(2011)
 선종수, 공정거래위원회의 전속고발권과 검사의 공소제기, 형사법의 신동향(제36호), 대검찰청(2012. 9.),
 손영화, 공정거래법상 리니언시제도에 관한 연구, 기업법연구(제24권 제2호), 한국기업법학회(2010. 6.)
 이건목·이정념, 불공정행위의 현황과 대책 -전속고발권을 중심으로-, 형사정책(제22권 제2호), 한국형사정책학회(2010)
 이상현, 공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분의 원칙 적용가능성, 법조(59권 제11호), 법조협회(2010)
 이천현·이승현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 공정거래위원회 용역보고서(2006)
 정완, 공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰, 외법논집(제30집), 한국외국어대학교(2008.)

정윤경, 자진신고자 책임감면제도의 문제점과 개선방안, 고려대학교 법무대학원 석사학위 논문 (2011)

정혁준, 미법무부 반독점국 Amnesty Program 연구, 해외연수검사 논문집(제28집), 법무연수원 (2013)

최병각, 전속고발제도에 관한 연구, 연구총서(제22호), 한국형사정책연구원(1998),

최승재, 공정거래법상 전속고발권 제도에 대한 연구, 변호사(제42집), 서울지방변호사회(2012)

최승재, 형사벌에 의한 공정거래법 집행, 2011 상반기 법경제분석그룹 연구보고서, 한국공정거래조정원(2011. 7.)

황철규, 카르텔에 대한 공적집행의 개선방안 연구, 한양대학교 박사학위 논문(2009)

황태희, 현행 카르텔 자진신고자 감면제도의 문제점과 개선방안, 경쟁법연구(제16권), 한국경쟁법학회(2007.11.)

3. 기타

OECD경쟁위원회 ‘07년2월회의 결과보고서

공정거래위원회, 2013. 6. 25. 보도자료(공정위 전속고발권 폐지 법률안 국회 본회의 통과)

공정거래위원회, 2013. 12. 10.자 보도자료(고발요청제 운영을 위한 3개 기관 협약체결)

법률신문 (제3675호) 2008. 8. 20.자, (제4204호) 2014. 3. 6.자



제 2 주제

역외탈세의 법적 쟁점과 정책과제

■ 제5회 형사사법포럼

박미숙 한국형사정책연구원 선임연구위원

역외탈세의 법적 쟁점과 정책과제

박 미 숙

한국형사정책연구원 선임연구위원

I 서론

1. 문제제기

2013년 중순경 ‘뉴스타파’라는 인터넷 언론이 국제탐사 보도협회¹⁾로부터 건네받은 특정 조세 피난처 소재 한국인 소유의 의혹계좌를 추적하여 대기업 경영자, 유명인사 등 명단을 순차적으로 발표함으로써 국민의 이목이 집중되었고, 사각지대인 조세피난처에 있던 특수목적법인(이하 SPC) 설립 존재들이 드러나고 그 거래내역이 공개되기에 이른다. 본격적으로 조세피난처 이용 조세회피 문제가 사회적으로 대두된 것이다. 그 후 1년여 동안 이들 조세피난처 법인은 60%정도 증가하였으며, 세계 다국적 기업들의 페이퍼컴퍼니가 대거 운집한 케이만군도 소재 법인은 1년 만에 2배 이상 폭증하였다고 한다.

조세피난처는 법인의 실제 발생소득 전부 또는 상당부분에 대해 조세를 부과하지 않거나 법인의 부담세액이 실제 발생소득보다 훨씬 낮은 국가 또는 지역을 말한다. 조세피난처는 그곳의 주권에 의해 그곳의 세금을 낮게 설정하고 있으므로 우리나라로서는 관여할 일이 아니고, 또한 지주회사의 설치 자체도 세법상 납세에 아무런 문제없으며, 이는 선택의 문제라고 한다.²⁾ 그런데도 이들 지역은 탈세의 온상으로 지목되고 있다. 특히 다국적 기업들에 의한 조세피난처를 이용한 탈세 또는 세금회피 행위는 도를 넘어서고 있고 전혀 세금이 없거나 세율이 낮은 자국 이외의 국가로 이익을 빼돌리기를 통해 세금을 회피함으로써 자국의 조세제도를 무력화시킨다는 것이다. 이처럼 자신들의 소득과 수익을 조세회피 지역으로 유출시킨 행위는 납세자들에게 불공평하고, 또 경제에도 악영향을 끼치므로 이에 대한 대응이 필요하다는 데 대하여 광범위한 공감대를 얻고 있다.³⁾

1) <http://www.icij.org>.

2) 오윤, 조세피난처를 이용한 조세회피와 탈세대응방안, 역외탈세의 현안 및 대책 세미나, 법무연수원, 2013.11.28, 18면.

3) 이미 2002년에 경제범죄의 새로운 양상으로서 논의된 바 있다. 이천현, 경제범죄의 새로운 양상과 대응방안, 2002, 73면 이하 참조.

이를 위하여 국제적으로 조세협약 등을 통해 국가간 상호정보공유 등을 통해 소위 역외거리에 대하여 세수확보차원에서 적극적인 과세권을 행사하는 방향으로 이해관계가 형성되고 있으며, 조세회피처와 관련된 연구는 은행의 비밀주의의 해제와 정보의 공개와 관련된 방향으로 이루어졌다.⁴⁾ 또한 비협조적인 조세피난처 지정을 위한 공조움직임은 있었으나, 지정제도는 운영되고 있지 않다. 또한 현행 대부분의 국가는 조세피난처 법인이 얻은 소득을 국내의 지배주주에게 직접 귀속하는 것으로 보아 과세하는 제도를 두고 있을 뿐이다.⁵⁾

종래 국제적으로 조세회피처와 이를 이용한 자금세탁 등에 대한 문제가 꾸준히 제기되어 왔음에도 최근에 조세회피처에 대한 문제가 최근 다시금 크게 부각되게 된 계기는 미국, 유럽 각국, 일본 등의 국가들이 재정난을 겪게 되면서부터이다.⁶⁾ 그리하여 경제협력개발기구(OECD)는 1998년 유해조세경쟁 보고서⁷⁾를 통해 조세피난처 문제 인식하고 이를 해결할 통일적 기준 및 절차를 마련할 필요성을 제기한 바 있다. 여기서는 조세피난처 리스트 공개, 유해세제 국가 판정 기준 마련 등 조치를 제안하였다.

다만 현재까지 조세피난처를 이용하여 조세를 회피하는 행위에 대하여 조세법상 과세대상으로만 볼 것이 아니라, 형법적으로 대응할 것인가에 대하여 아직 일반화된 법규는 없다.⁸⁾ 조세회피행위의 불법성과 그에 대한 형사처벌 여하는 주로 국내 형법적용상 논의 영역으로서 이에 따라 규율될 수 밖에 없다.

2. 역외탈세 관련 개념정리 및 현행규정

가. 탈세, 조세회피, 조세포탈

역외탈세사건을 처벌할 것인가에 대하여 우선 전제는 조세회피와 조세포탈은 엄격히 구분해야 한다는 점이다.

먼저 조세포탈행위는 조세법 가운데 의무위반행위 가운데 비난가능성이 가장 높은 행위에 대하여는 형사적인 제재까지 가능하도록 하여 조세채권의 실현을 강제하기 위한 제도로써, 조세법 처벌법 제3조를 위반하는 탈세행위이다. 따라서 현행법상 조세포탈범은 탈세에 더하여 사기 기타 부정한 행위 요건을 필요로 하는, 즉 ‘사기 및 기타 부정한 행위에 의한 탈세’를 의미한다.⁹⁾ 이 때문에 조세포탈범을 협의의 탈세라고 부르기도 한다. 다만 현행법상 탈세의 개념정의는 별도로 두고 있지 않다. 그런데 이러한 개념 사용으로 인하여 조세회피, 조세포탈 그리고 탈세행위가 명확하게 구분되지는 않으며, 용어사용이나 법해석 및 법집행상 적지 않게 혼란이 초래되

4) 박미숙/강우예, 조세회피처를 이용한 범죄행위 유형에 대한 연구, 2013, 91면 이하 참조.

5) 오윤, 19면.

6) 박미숙/강우예, 20면.

7) OECD, *Hamful Tax Competition : An Emerging Global Issue*, 1998.

8) 페이퍼컴퍼니를 이용한 역외탈세에 대한 대응관련 OECD 모델협약은 국내법규정을 우선하는 것으로 해석되고 있다. 즉 조세납용을 방지하기 위한 국내법 규정은 조세조약과 충돌하지 않는 점, 그 근거인 실질과세원칙 등은 조세조약을 적용하기 전 단계인 납세의무 발생 요건사실 등 사실관계를 확정하는 기능을 하므로 조약에 의한 영향을 받지 않는 점, 마지막으로 이들 규정에 대하여 조세조약에 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점 등을 그 이유로 한다.

9) 이준봉/이재호/오윤, 역외탈세의 개념, 조세학술논문집 제30집 제1호, 2014.1, 38면

고 있는 것 같다.

그 다음으로 국제 조세회피는 소득의 해외이전, 또는 소득의 해외유보라는 통상 과세권이 미치는 지역한계를 넘는 문제로 나타나는 것이 통상적이다. 1987년 OECD 보고서인 「국제조세회피와 탈세」((International Tax Avoidance and Evasion))에서 국제적 조세회피를 적법한 수단에 의하여 과세국경을 넘는 인적·물적 이동으로 납세의무를 감면하는 행위로 정의하고 있다. 이러한 입장에서는 조세회피를 허용되는 것과 허용되지 않는 것으로 분류하고, 그 사용된 수단의 적법성 여부에 의하여 국제적 조세회피 여부를 판단하는 것이다. 허용되지 않는 조세회피 개념으로서 조세피난처 이용 자체는 여기에 해당하지 않는다고 보고 있다. 허용할 수 없는 조세회피에 대한 전형적인 특징으로서 인위적, 비밀성, 입법취지에 반할 것 등을 들고 있다.¹⁰⁾ 즉 조세피난처를 이용한 국제거래가 통상 이루어지지 않는 이상한 법형식을 선택하였다고 인정되는 경우는 허용되지 않는다. 조세피난처의 조세회피가 허용될 수 있는 경우는 기업진출, 투자, 거주지를 결정하는 경제적 합리성이 있다고 인정되는 경우 등이다.¹¹⁾ 그리고 수단의 적법성 여부를 판단하는 기준으로서는 동기, 민법상 형성의 인위성, 행위로부터 실제 경감된 세액 또는 조세상 이익, 과세당국에 의한 결정, 널리 채택되는 입법·사법·행정부의 배제규정을 들고 있다.¹²⁾ 조세회피 행위는 직접적으로 법규정을 위반한 것은 아니나, 우회적인 수단을 이용하여 법이 금지하고 있는 내용을 실질적으로 실현한 경우이며, 따라서 사법상으로는 적법한 행위라는 점에서 탈세와 구분된다. 다만 조세회피행위에 의해 회피된 조세부분은 원래 세법의 목적상 과세가 의도되었던 것이고, 또 회피행위를 하지 않았다면 과세되었을 부분이므로, 조세회피는 형식적 적법성에도 불구하고 과세의 공평을 깨뜨리는 행위로서 비난가능성이 있다.¹³⁾ 이러한 개념정의에 의하면 조세회피는 탈세와 조세포탈, 그리고 절세 사이의 중간개념으로서 어떤 요인에 의하여 합법으로 내지 불법으로 평가될 수 있다.¹⁴⁾

나. 현행법상 조세회피 규제

조세회피행위는 형식적으로 개별 세법규정의 구성요건에 포섭되지 않는 행위이지만, 한편으로 완전히 배제되지도 않는다. 즉 조세회피행위는 실질과세의 규율대상이다(국조법 제2조의2, 국세기본법 제14조 제3항). 과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의 일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용하며(국세기본법 제14조 제1항), 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 “부당하게 받기 위한 것”으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다(동조 제3항). 즉 실질과세 원

10) OECD, International Tax Avoidance and Evasion, OECD, 1987, 15-16면.

11) 조세피난처 이용의 동기에 대한 자세한 사항은 윤현식, 국제적 조세회피 방지를 위한 연구, 현안분석 2005-, 54면 이하 참조.

12) 그러나 아직까지 이를 실질적으로 강제할 수단을 마련하지 못하고 있어서 집행결핍이라는 현실적인 문제는 여전히 남아 있다. 박혜림, 초국가적 조세회피범죄에 대한 형사정책, 이화여자대학교 법학논집 제16권 제3호, 2012.3, 243면.

13) 오경석, 국제조세회피와 국제조세조정에 관한 법률, 조세법실무연구 II, 2010, 661면.

14) 이준봉/이재호/오윤, 38면.

칙이 적용되는 행위는 바로 부당성, 즉 조세회피목적에 있다고 할 것이다.¹⁵⁾

대법원은 판례를 통해 실질과세원칙을 확고한 법원칙으로 확립하고 있다. 즉 ‘실질과세의 원칙에 의하여 납세의무자의 거래행위를 그 형식에도 불구하고 조세회피행위라고 하여 그 효력을 부인할 수 있으려면 조세법률주의 원칙상 법률에 개별적이고 구체적인 부인규정이 마련되어 있어야 한다.

조세회피에 대하여 실질과세가 적용된다는 점에서는 탈세행위와 다를 바 없다.¹⁶⁾ 다만 실질과세가 적용되지 않은 조세회피도 있다는 점에서는 차이가 있다. 실질과세가 적용되지 않는 조세회피행위는 결과적으로는 위법행위가 아니고, 절세와 다를 바 없다.¹⁷⁾ 절세는 세법규정에 반하지 아니하고 조세부담을 경감시키는 것이라는 점에서 조세포탈과는 구분되나, 조세회피와는 그 한계가 분명하지 않다. 통상 절세란 조세의 목적과 무관하며, 애초 입법단계에서부터 과세대상에서 제외시켜 놓은 것이다.

다. 기능적 개념으로서의 역외탈세

역외탈세 개념은 법률 용어는 아니며, 일반적으로 대한민국 영토 밖에서 이루어진 탈세사건을 두루 일컫는 개념으로 보인다. 즉 역외탈세는 주로 세금이 없거나 저세율 지역으로 분류되는 조세피난처에 유령회사를 만든 뒤 그 회사를 통해 거래한 것으로 하여 소득을 감추어두거나 세금을 내지 않은 국내 소득을 해외로 유출시켜 탈세하는 것을 일컫는 의미로 사용되고 있다. 역외탈세 문제는 일반적으로 소득의 실질적인 귀속자가 국내거주자인데도 명목이나 형식은 비거주자나 외국단체인 것처럼 위장하는 데에서 기인한다. 그 소득을 과세당국에 제대로 신고하고 세금을 냈더라면 문제가 되지 않는 경우들이다.

역외탈세 개념을 사용하는 논의의 틀이나 범위 등을 보면 세법논의영역에서의 국제적 조세회피 개념과 같은 의미로 보이지만, 직접적인 증거는 부족하지만 탈세 또는 조세회피의 의도가 있다는 것이 정황에 의해서 강하게 추정되고, 피의자의 변소가 신빙성이 부족하다고 판단되는 경우에도 적극적으로 해석하여 기소할 필요성이 크다¹⁸⁾는 처벌 효과를 겨냥하는 맥락 하에서 기능적 개념¹⁹⁾으로 보는 것이 타당할 것이다.

따라서 실무 처리상 가장 문제되는 영역은 통상의 역외탈세 개념 하에서 포섭되는 모든 행위라기보다는 조세피난처에 가공회사를 설립한 후 그 회사가 수익을 올린 것처럼 관계서류를 조작해 국내에 세금을 납부하지 않거나 그 납세의무를 축소하려는 행위이며, 통상 이러한 탈세행위만을 역외탈세 개념하에서 포섭하고 있다.²⁰⁾

15) 이준봉/이재호/오윤, 40면.

16) 이준봉/이재호/오윤, 39면.

17) 이준봉/이재호/오윤, 39면.

18) 법률신문, 신년 특별좌담회, 특수목적법인(SPC)을 이용한 역외탈세의 법적 문제점, 2014.1.15.

19) 이준봉/이재호, 4면.

20) 염웅철/나강민, 역외탈세와 관련된 법리적 문제에 관한 고찰, 공송업무자료, 제15집, 74면.

3. 연구의 대상과 범위

조세회피, 조세포탈 등의 용어가 혼재되어 사용되고 있는 상황에서 역외탈세라는 용어를 사용하는 한 이는 불법이라는 개념을 내포하고 있다. 즉 조세회피 행위 중 불법적 포탈을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 결국 현행법하에서 역외탈세의 문제는 실질과세가 적용되는 조세회피행위가 조세포탈행위가 될 수 있는지 하는 문제영역이다.²¹⁾ 본 연구는 실무처리상 문제되는 조세피난처에 페이퍼컴퍼니를 설립하여 소위 조세회피를 하는 행위를 그 연구대상으로 한다.

연구범위로서는 우선 역외탈세를 둘러싼 법적 쟁점을 정리함으로써 정책과제를 도출해보고자 한다. 조세회피행위를 조세포탈로 포섭하기 위한 관련 법적 쟁점은 결국 조세포탈법의 구성요건 해당성 문제이다. 그 다음으로 역외탈세 관련 문제사례에 대하여 법적 쟁점을 적용 검토하여 문제의 소재를 분명히 하고자 한다. 마지막으로 역외탈세 문제에 대응하는데 필요한 주요 정책과제에 대하여 제시하기로 한다.

II

역외탈세 관련 법적 쟁점

1. 역외탈세와 국제조세조정에관한법률(이하 국조법이라 함)

우리나라에서 국제조세회피를 규율할 수 있는 일반적인 규정은 없다. 다만 국세기본법 제14조 제1항, 법인세법 제4조 제1항, 국조법 제2조의2 등에서 개별적으로 규제되는 행위를 규율하고 있다. 여기서는 국조법상의 기본원칙과 조세회피방지방안에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 국조법상 실질과세원칙

‘조세회피’를 해석론상 대응하기 위해 법원에 의해 주로 활용되는 세법조항은 국세기본법 제14조 제1항의 실질과세원칙조항이다. 이는 원래 조세회피방지의 목적으로 도입된 것은 아니지만 과세대상의 귀속주체의 판단과 과세대상의 과세표준의 계산상 실질을 중시하라는 해당 조문의 특성상 과세관청이 그 실질을 보면 납세자의 외적행위만 따를 때의 세금보다 많은 세금을 부과할 수 있을 경우 바로 그 납세자의 외적 행위가 ‘조세를 부당하게 감소하는 조세회피행위’라고 하면서 실질과세원칙의 적용을 주장하고 이 주장을 법원이 수용한 사례가 적지 않게 발견된다.

조세회피행위의 부인의 법적 근거라 할 수 있는 실질과세원칙은 국세에 관한 기본규정으로서 국제조세에도 마찬가지로 적용되고, 국제적 적용에 관한 특별법의 형태로 국조법 제2조의2에서 이를 규정하고 있다. 즉 ‘국제거래에서 과세의 대상이 되는 소득 수익 재산 행위 또는 거래의 귀

21) 이준봉/이재호/오윤, 39면.

속에 관하여 사실상 귀속되는 자가 명의자와 다른 경우에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 조세조약을 적용한다(국조법 제2조의2 제1항).

국조법은 국제거래와 관련된 과세에 있어 국가간의 이중과세 및 조세회피를 방지하는 것을 주된 목적으로 한다(동법 제1조). 또한 국제거래와 관련된 과세는 실질적인 기준으로 하겠다는 점(동법 제2조의2)을 규정하여 국내법상 실질과세원칙을 국제거래 과세에도 적용됨을 명확히 하고 있다. 국조법은 이러한 실질과세원칙에 따라 도관회사를 실질적 귀속자로 보지 않고 도관회사의 출자자나 지급비용을 통한 소득이전의 경우에는 수령자인 관련 기업을 실질적 귀속자로 보아 납세의무를 지우고 있다. 다만 이 경우에도 조세회피의 목적은 요구하지 않는다.

다만 국조법은 국제 조세회피행위를 주된 규제대상으로 하면서도 비거주자 또는 외국법인의 국내원천소득의 구분은 국내법이 아니라 조세조약을 우선하도록 함으로서 국제적으로 형성된 조세질서에 국내법을 역행하는 방향으로 적용하지 않겠다는 의지를 분명히 하고 있다. 또한 국조법은 역외탈세방지를 위해 필요한 정보공개를 형사처벌하고 있다. 역외탈세방지를 위해서는 정보공개가 무엇보다 요구되는 점에 비추어보면 국조법상 금융비밀주의 보호는 그에 역행될 우려도 있다.

무엇보다 국조법은 국제 조세회피행위를 주된 규제대상으로 하고 있음에도 불구하고, 이에 대하여 어떠한 형사법적인 수단을 동원하지 않고 있다. 국제조세회피 행위가 위법한 탈세행위에 해당한다고 할 때 조세포탈죄에 해당하는 것은 아닌지 검토해보아야 할 것이다.

나. 조세회피방지 규정

국조법 제17조 제1항은 조세회피방지 규정을 두고 있다. 국조법 제17조 제1항에 의하면 “법인의 부담세액이 실제발생소득의 100분의 15 이하인 국가 또는 지역에 본점 또는 주사무소를 둔 외국법인에 대하여 내국인이 출자한 경우에는 그 외국법인 중 내국인과 특수관계(제2조제1항제8호가목의 관계에 해당하는지를 판단할 때에는 대통령령으로 정하는 비거주자가 직접 또는 간접으로 보유하는 주식을 포함한다)가 있는 법인(이하 "특정외국법인"이라 한다)의 각 사업연도 말 현재 배당 가능한 유보소득(유보소득) 중 내국인에게 귀속될 금액은 내국인이 배당받은 것으로 본다”고 규정하여 특정외국법인의 유보소득의 배당간주규정을 두고 있다. 즉 법인의 부담세액이 당해 실제발생소득의 15% 이하인 국가 또는 지역을 조세피난처로 간주하고, 이러한 조세피난처에 본점, 주사무소 또는 실질적 관리장소를 둔 외국법인에 대하여 내국인이 출자한 경우 그 외국법인과 내국인 사이에 특수관계가 존재한다면 그 외국법인은 특정외국법인이 된다. 이 특정외국법인의 배당가능유보소득 중 특정외국법인 총 발행 주식의 10%를 직·간접으로 소유하고 있는 내국인에 대해서는 이를 실제로 배당하지 않더라도 각 사업연도 종료일 다음 날부터 60일이 지나면 그 내국인에게 귀속될 금액이 배당된 것으로 보고 그 내국인에 대하여 소득세나 법인세를 과세한다.

그러나 특정외국법인이 조세피난처에 사업을 위하여 필요한 사무실, 점포, 공장 등 고정된 시설을 가지고 그 법인이 스스로 사업을 관리하거나 지배 또는 운영을 하며 그 곳에서 주로 사업을 하는 경우, 즉 능동적 소득에 대하여는 원칙적으로 해외 유보소득의 배당간주 규정을 적용하

지 아니한다(국조법 제18조).

특정외국법인이 주식 또는 채권의 보유, 지적재산권의 제공, 선박·항공기·장비의 임대, 투자신탁 또는 기금에 대한 투자 사업을 통한 소득은 조세회피의 목적에서 나온 것으로 보아 고정시설이나 실질적 사업영위 유무와 관계없이 해당간주 규정을 적용하고, 조세피난처에 고정시설을 두고 실질적으로 사업을 영위하더라도 위와 같은 요건에 해당하면 조세회피의 의도가 있다고 보고 그 유보소득을 과세한다.

이처럼 조세피난처에 소재하는 특정외국법인의 배당가능유보소득을 내국법인에게 배당한 것으로 간주하여 과세하는 것은 기업회계상 법인의 수익으로 할 수 없는 것을 소득으로 보아 과세하는 것이므로 회계상의 차이에 해당한다.²²⁾ 따라서 그에 대한 미신고나 과소신고가 있다 하더라도 포탈소득에 해당한다고 할 수 없다.²³⁾ 그러나 조세피난처에 있는 자회사 등이 유령회사로서 실질상 거래가 이전가격조작 등의 방편으로 인정되는 경우에는 배당소득간주 규정과는 별도로 조세포탈이 성립할 수 있는데, 실질과세의 원칙상 이러한 경우에는 내국법인이 직접 거래를 한 것으로 인정되기 때문이다.²⁴⁾ 특히 해외를 통한 매출누락액이나 매입의 과대계상에 의한 소득액을 국내에 다른 명목으로 위장하여 반입하거나 해외에서 기업주의 개인용도로 유용되거나 다른 용도로 비자금화되었을 때에는 조세포탈의 범의와 부정행위를 인정할 수 있다.²⁵⁾

그리고, 역외펀드(offshore funds)는 제3국에서 조성되는 주식투자용 기금을 말하는데, 대부분 주식양도차익에 대한 과세가 없고, 자산운용에 대한 법적 규제가 없는 조세피난처에 소재지를 두고 있다. 이러한 역외펀드의 주식투자는 합법적으로 볼 수 있으나, 그 역외펀드를 국내에서 내국법인이 우회적으로 출자하여 운영하면서 유가증권 양도차익 등이 있는데도 이를 신고 납부하지 아니하는 것은 조세포탈이 성립할 수 있다. 이러한 역외펀드가 페이퍼컴퍼니에 불과하여 그 수익은 실질과세의 원칙상 국내법인에 귀속되어야 하기 때문이다.²⁶⁾

다. 조세피난처에 페이퍼컴퍼니 설립

조세피난처에 소재하고 있는 회사는 그 법인으로서의 실질을 가지지 않는 경우가 많은데, 이를 “페이퍼 컴퍼니(Paper Company)” 혹은 “명목회사”라고 불린다. 즉, 명목회사는 회사법상 법인의 외형만 갖고 있을 뿐이며 그것의 설립자가 의도하는 법적 거래의 명의를 제공하는 도관(Conduit Companies)으로서의 역할만 하는 것을 의미한다.²⁷⁾

이처럼 현행법은 명목회사가 비록 도관으로서의 역할을 하지만 그것의 존재를 바로 부인하지 않는 태도를 취하고 있다. 그렇다면 역외조세회피방지를 위한 규정에 저촉될 경우에는 해당 규정에 의하여 과세되는데, 조세회피방지규정 위반이 곧 역외탈세인가 하는 점이 문제된다. 이 문제는 조세피난처는 과세관할 바깥으로서 사실상 국내의 은신처와 같은 곳으로서 그곳에 무언가

22) 안대희, 조세형사법, 2005, 523면.

23) 안대희, 523면.

24) 안대희, 524면.

25) 안대희, 524면.

26) 안대희, 524면.

27) 이에 대한 상세는 오윤, 조세피난처를 이용한 조세회피와 탈세 대응방안, 조세학술논문집 제30집 제1호, 2014, 143면.

를 두는 행위, 예컨대 페이퍼컴퍼니 등을 두는 행위가 바로 ‘사기 기타 부정한 행위’의 한 유형인 ‘은폐’ 또는 ‘은닉’에 해당하는가 하는 점이다.

앞에서 본 바와 같이 국조법상으로 유보소득 배당간주규정에 의하여 역외에서 소득을 거류시키는 것은 세법상 조세회피의 하나로서, 거류시킨 소득을 특정외국법인세제에 따라 국내에 신고하지 않은 경우, 단순 무신고로서 가산세의 부과대상이 될 뿐이다. 다만 이러한 배당간주에 의한 과세를 회피하기 위하여 내국인이 특정외국법인의 유보소득 배당간주요건에 해당하는 실질을 갖추고 있음에도 불구하고 이를 명의위장 등의 방법으로 은폐한 경우에는 탈세행위가 문제될 여지가 있다. 특정외국법인세제의 적용을 받지 않기 위해 타인의 명의로 특정외국법인 지분을 보유하여 특정외국법인세제에 의한 과세를 사기 기타 부정한 행위에 해당하는가를 판단함에 있어서 중요한 것은 지분보유 내국인인 특정외국법인의 껍데기를 이용하여 자신의 존재를 은폐할 것이라고 볼 것인가에 달려 있으며, 이를 긍정할 경우에는 조세회피방지규정을 위반한 조세회피행위이면서 동시에 조세포탈범이 성립될 수 있다.²⁸⁾

2. 역외탈세의 조세포탈범 성립 여하

조세포탈범 성립요건으로서는 객관적 구성요건인 범죄의 주체인 납세의무자가 사기 기타 부정한 행위로서 조세포탈의 결과를 발생시켜야 하며, 사기 기타 부정한 행위와 조세포탈의 결과 사이에 인과관계가 있어야 하고, 또 그 주관적 구성요건으로서, 이미 성립한 조세채권을 사기 기타 부정한 행위로서 침해하여 조세포탈의 결과를 발생하게 한다는 인식으로서의 고의가 있어야 한다. 따라서 역외탈세가 조세포탈범에 해당하는가 하는 점은 첫째 납세의무자로서 거주자 판단 여하와 둘째 사기 기타 부정한 행위의 해당성 여하 문제이다.

가. 납세의무자로서 거주자 판단 여하

(1) 문제의 소재

역외탈세 쟁점과 관련하여 조세포탈범 성립 여하가 문제되는데, 조세범처벌법의 조세포탈죄의 행위주체는 조세를 포탈하거나 조세의 환급 및 공제받은 자 즉 납세의무가 있는 자이다. 납세의무자에 대하여는 법인에 대하여는 법인세법, 개인에 대하여는 소득세법 등에서 규율하고 있으며, 법인세법에서는 내국법인과 외국법인으로 구분하고(동법 제1조), 소득세법에서는 거주자와 비거주자로 구분하고 있다(동법 제1조의2). 앞에서 살펴본 바와 같이 역외탈세는 역외라는 장소적 개념이 중요한 의미를 가지며, 이는 대한민국 영토밖에서 이루어진다는 표지를 설명하는 용어로 이해된다. 통상 역외탈세에 있어서 소득의 실질적인 귀속자가 국내거주자인데도 명목이나 형식은 비거주나 외국단체인 것처럼 위장하기도 하는데, 비거주자로 판단되면 과세대상이 되지 아니하므로 거주자 판단은 매우 주요한 쟁점이다.²⁹⁾ 이런 점에서 역외탈세는 역내

28) 이준봉/이재호/오윤, 44면

29) 박주영/이상신, 거주지국 변경에 의한 조세회피사례의 평가 및 그 시사점에 관한 연구 - 선박왕과 완구왕사례를 중심으로 - 세무와 회계저널 제15권 제1호, 2014.2, 33면.

거주자의 역외 과세대상에 관한 문제이다.³⁰⁾

현행 세법은 거주자에 해당하면 전세계 소득에 대하여 무제한 납세의무를 부담하는 것을 원칙으로 한다. 즉 거주지주의 과세제도를 채택하고 있다. 납세의무자가 거주자가 아닐 경우에는 과세대상이 문제되지 않는다. 따라서 거주자인지 여부에 따라 과세대상에 있어 큰 차이가 있게 된다.

특히 우리나라의 경우 역외탈세 사안 대부분이 과세관할이 문제인 거주자 문제가 쟁점이 되고 있다는 데 특징이 있다. 예컨대 주요 역외탈세사건으로 거론되고 있는 ‘선박왕’ 사례의 경우³¹⁾ 납세의무자로서 거주자임을 부인하거나 이중거주자로서 다른 나라에 납세의무가 있는 거주자라고 주장하는 경우이다. 나아가 이중거주자로서 납세의무자로 인정될 수 있는 자가 거주국으로 주장하는 국가에도 세금을 신고하지 않았거나 그 나라에서 쟁점소득에 대하여 사실상 과세하지 않는 경우에는 전 세계에 납부하는 세금이 없어지는 결과를 초래하기도 한다. 특히 이중거주자 사안의 경우에는 국가 간의 과세권 분쟁으로 비화될 가능성이 농후한 민감한 문제이기 때문에, 조세법 처벌에 있어서 우리나라의 납세자로서 ‘거주자’인지 여부를 우선 명확히 확정하고, 우리나라뿐만 아니라 외국 거주자로도 인정되는 ‘이중거주자’에 해당하면 조세조약이 정한 기준에 따라 어느 국가에 과세권을 인정할 것인지 검토하여야 한다.

(2) 현행법상 거주자 판단

1) 거주자 의미

우리나라는 자국의 거주자에 대하여 포괄적인 과세권을 행사하고 있다. 거주자 여부에 대한 판단은 전적으로 국내법 해석에 의한다. 거주자여부를 판단하기 위해서는 국내법 거주자 규정에 따라 거주자 해당성 여부를 판단하고, 이중거주자일 경우에는 해당국가와의 조세조약에 따라 최종 거주지국을 결정하면 된다.

개인인 거주자의 의미에 대하여는 소득세법 제1조의2 제1항 제1호에서 규정하고 있다. 이에 의하면 ‘거주자란 국내에 주소를 두거나 1년 이상의 거소를 둔 개인을 말한다.’ 그리고 같은 법 시행령 제2조 제1항, 제2항은 ‘소득세법 제1조의 규정에 의한 주소는 국내에서 생계를 같이하는 가족 및 국내에 소재하는 자산의 유무 등 생활관계의 객관적 사실에 따라 판정하며, 거소라 함은 주소지 이외의 장소 중 상당기간에 걸쳐 거주하는 장소로서 주소와 같이 밀접한 일반적 생활관계가 형성되지 아니하는 장소를 말한다’고 규정하고 있다.

30) 이준봉/이재호/오윤, 43면.

31) 소위 ‘선박왕’ 사건(서울고등법원 2014. 2. 21. 선고 2013노874)에서 피고인은 ① ‘과세기간 중 국내 체류기간이 연 183일 미만이라 국내에 1년 이상 거소를 둔 것이 아니므로 국내 거주자가 아니고, 계속해서 1년 이상 국외에 거주할 것을 통상 필요로 하는 직업을 가진 때에 해당하여 소득세법 시행령 제2조 제4항 제1호에 따라 국내에 주소가 없는 것으로 간주되므로 비거주자로 인정되어야 한다’, ② ‘과세기간에 일본 체류일수가 국내 체류일수보다 많고 주요 사업을 일본에서 영위하여 왔으며, 우리나라보다 일본에 더 밀접한 생활근거지를 형성했으므로 일본 거주자이다’라고 주장하였다.

2) 거주자 판단 관련 쟁점

가) 주소와 거소 구분

현행법상 거주자는 국내에 주소를 두거나 “1년 이상의 거소를 둔 개인”으로서, 단순히 주민등록부의 주소를 유지한 것만으로는 국내에 주소를 두었다고 보기는 어렵다. 주소는 “국내에서 생계를 같이 하는 가족 및 국내에 소재하는 자산의 유무 등 생활관계의 객관적 사실에 따라 판정”하므로(동법 시행령 제2조 제1항), “생활관계의 객관적 사실”에 의해 판단하여야 한다.

국내에 주소를 두지 않은 경우 1년 이상 거소를 둔 경우에도 국내거주자로 될 수 있으며, 이 경우 거소는 “주소지 외의 장소 중 상당기간에 걸쳐 거주하는 장소로 주소와 같이 밀접한 생활관계가 형성되지 아니한 장소”(동법 시행령 동조 제 2항)이다. 그러나 국내에 “1년 이상” 거소를 두었는지 여부를 판단하는 것 또한 쉽지 않다. 그 판단 대상이 되는 기간이 언제부터인지, 계속된 연도인 경우 기간간의 가중치를 주어야 하는지 등이 명확하지 않기 때문이다.³²⁾

나) 생활관계의 객관적 사실의 의미 및 판단기준

주소와 거소는 생활관계의 객관적 사실에 따라 구분되는 개념으로서, 개인과 장소의 밀접성의 정도에 따라 주소와 거소가 구분된다. 문제는 어느 정도의 밀접성이 있어야 주소로 볼 수 있는지 하는 점이다. 소득세법 시행령에 의하면 주소는 ‘국내에서 생계를 같이 하는 가족 및 국내에 소재하는 자산의 유무 등 생활관계의 객관적 사실에 따라 판정한다’고 규정하고(제2조 제1항) 생활관계의 객관적 사실이 중요한 판단근거가 된다. 그런데 생활관계의 객관적 사실 판단의 기준으로 들고 있는 생계를 같이 하는 가족, 국내소재 재산상황 및 직업 등의 요소 등의 구체적인 의미 내지 판단기준이 명확히 제시되어 있으며,³³⁾ 그 구체적 해석은 법원에게 맡겨져 있다. 법원의 해석기준으로 제시된 것을 보면 직업 활동, 주민등록상 주소, 가족관계, 체류일수, 재산보유 여부, 세무신고 여부, 복지혜택 수혜 장소 등이며, 사건마다 여러 가지 사실관계를 고려한 후 이를 종합적으로 판단해 거주자를 판정하고 있다.³⁴⁾ 그러나 여전히 개인의 거주자 지위를 판정함에 있어서 “국내에 주소를 가지거나 또는 1년 이상 거소를 가진다”는 등으로 명확히 판단하기 보다는 포괄적으로 판단하는 것으로 보인다.³⁵⁾

현행법처럼 거주자 판단에 대한 포괄적 규정하에서는 거주자 판정 관련 요소에 대한 평가가 사안마다 다를 수 있고, 이러한 불명확성으로 인한 피해는 결국 납세의무자에게 귀착된다. 따라서 구체적으로 주소 판정 기준인 가족, 자산 및 직업에 관하여 기존 판례와 해석례 등을 반영하여 그 범위와 비중에 대한 규정을 분명히 할 필요가 있다.³⁶⁾ 예컨대 주소에 근거한 거주자와 거소에 근거한 거주자는 그 내용과 요건이 상이할 뿐만 아니라, 거주자로 인정되는 시점에서도 차이가 있으므로 양자를 구분하거나, 주소기준에 따른 거주자지위를 판단할 경우에도 ‘생활관계의 객관적 사실’이라는 규정을 좀 더 구체화하는 방안이 필요하다.³⁷⁾

32) 박주영/이상신, 52면.

33) 박주영/이상신, 53면.

34) 박주영/이상신, 53면.

35) 정상환, 국제조세법상 거주자 지위와 관련된 쟁점, 역외탈세의 현안 및 대책 세미나, 2013.11.28, 52면.

36) 박주영/이상신, 54면 참조.

다) 체류일수 기준

거소기준에 의한 거주자 판단의 경우에도 현행법은 체류목적이나 주거의 형태 등을 문제삼지 않고 단순히 납세자가 어느 나라에 체류한 일수만을 따진다. 당사자의 의사도 문제되지 않는다. 과세기간 중 어느 한 국가에 체류하는 전체일수만이 문제되는 것이므로 반드시 어느 국가의 어느 특정장소에서 체재하여야 할 필요도 없다.³⁸⁾

이처럼 거주자 판정시에 당사자의 국내체류일수를 우선적 고려사항으로 보고 있으면서도 주소기준에 의하여 거주자로 인정하기 위해서는 국내에 실제로 얼마나 체류해야 하는가 판단이 쉽지 않다. 실제 체류일수 요건이 충족되면 곧 거주자로 판단되는 것도 아니며, 가족관계, 생활관계의 객관적 요소 등도 아울러 고려하여 판단하고 있다.³⁹⁾ 주소판정기준으로서 최소한의 체류일수를 명확히 할 필요가 있으며, 체류일수와 생활관계의 객관적 사실과의 우선순위도 규정할 필요가 있다.⁴⁰⁾ 또한 거주자 판정에 있어서 인적관계로서 생계를 같이 하는 가족의 거주지가 중요한 요소인데, 거주자 판단과 관련하여 가족들의 공동거주 여부에 대하여 아무런 고려가 없다.⁴¹⁾

라) 다른 나라에서의 세금 납부

다른 나라에서 세금을 납부하였는지 여부도 거주자 판단과 관련한 중요한 요소이다. 이에 대하여 국내에서 발생한 소득이나 제3국에서 발생한 소득에 대한 세금을 거주하는 외국에 자진 납부하였다면 거주자 판정과 관련한 의미있는 자료로서 인정될수 있다는 입장⁴²⁾과, 어느 나라에서도 납세의무를 부담하지 않는 상황에서 거주자로서의 가능성이 있는 2개 나라가 존재할 경우 어느 일방국가에서 과세권을 행사하지 않으면 그 외 다른 나라에서 거주자로서 과세를 할 수 있는지 여부가 문제되며, 다른 나라에서 과세하지 않는 것이 일방국가에서 과세할 근거는 되지 않으며, 이는 조세법률주의의 엄격해석 원칙에 반한 우려가 있다는 입장⁴³⁾ 등이 있다.

(3) 거주자 지위 회피전략

거주자 지위에서 오는 조세부담을 회피하기 위해 세무전략 컨설팅을 받은 사실이 객관적으로 확인되는 경우에 이를 근거로 주소를 기준으로 한 거주자 인정의 근거로 삼을 수 있는가 하는 점도 문제된다. 이를 인정하는 입장⁴⁴⁾에서는 당사자의 의도가 거주자 지위를 벗어나기 위해 그 국가와의 연고를 사실상 절연하는 것이 아니라 절연의 외관을 만들거나 과세기관을 호도하려는 것이라면 당사자가 스스로 거주자라고 생각하고 있는 것을 반증하는 것으로 거주자 인정시 고려요소가 된다고 한다. 법원은 과세권을 회피하기 위한 개인의 거주지 이전에 대하여 법리상 비거주자에 해당하지만 그 의도를 중시하여 적극적으로 거주자 개념을 확대 적용한 사례는 없

37) 정상환, 52-53면.

38) 정상환, 53면.

39) 박주영/이상신, 52면.

40) 박주영/이상신, 54면.

41) 정상환, 58면.

42) 정상환, 78면.

43) 박주영/이상신, 56면.

44) 정상환, 81면.

다.⁴⁵⁾ 다만 당사자나 관련자들의 내부 문건 등을 통해서 당사자들이 조세회피의 의도로 거주자 판정과 관련하여 호도하는 외관을 위한 것이 객관적으로 인정된다면 거주자 인정을 위한 참고 자료는 될 수 있다.⁴⁶⁾ 이와 관련한 하급심 판례에 의하면 법인이 과세위험에 대비하기 위하여 세무자문을 받거나 절세방안에 관하여 내부적 논의를 가지는 것 자체가 ‘사기 기타 부정한 행위’에 해당한다고 볼 수는 없으나, 이로써 피고인 피고인의 경영진이 과세위험을 의식하고 이를 회피하려는 목적이 있었다는 점을 인정할 수는 있다⁴⁷⁾고 한다.

나. 사기 기타 부정한 행위 해당성 여하

(1) 사기 기타 부정한 행위 유형

조세범처벌법 제9조 제1항에 의하면 ‘사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈하거나 조세의 환급 공제를 받는 행위’를 조세포탈로 규정하고 각종 조세범에서 가장 무거운 처벌을 하고 있다.

오늘날 조세포탈법은 그 본질상 과세방식에 있어서 신고납부방식의 확대 및 공동사회의 유지를 위한 납세의무의 인식 등으로 납세윤리가 확립됨에 따라 그 반사회적 행위에 대한 비난가능성이 커지게 됨으로써 조세형법의 책임주의화 내지 조세범의 일반형사범화 경향을 보이고 있다.⁴⁸⁾

현행법상 조세포탈행위의 구체적인 유형으로서는 "사기나 그 밖의 부정한 행위"란 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 적극적 행위로서 구체적으로 1. 이중장부의 작성 등 장부의 거짓 기장 2. 거짓 증빙 또는 거짓 문서의 작성 및 수취 3. 장부와 기록의 파기 4. 재산의 은닉, 소득·수익·행위·거래의 조작 또는 은폐 5. 고의적으로 장부를 작성하지 아니하거나 비치하지 아니하는 행위 또는 계산서, 세금계산서 또는 계산서합계표, 세금계산서 합계표의 조작 6. 「조세특례제한법」 제24조제1항제4호에 따른 전사적 기업자원관리설비의 조작 또는 전자세금계산서의 조작 7. 그 밖에 위계(偽計)에 의한 행위 또는 부정한 행위 등을 말한다(조세범 처벌법 제3조 ⑥ 제1항).

학설상으로는 조세포탈 구성요건의 핵심적인 요소인 실행행위로서 조세포탈과 단순한 조세의 과소신고 또는 미신고와는 부정행위의 여부에 따라 구분한다. 즉 단순히 조세를 면하였다는 사실만으로는 조세를 포탈하였다고 할 수 없고 그러한 면탈행위가 부정행위에 해당되어야 조세포탈로 인정된다. 단순 허위신고, 미신고는 조세범처벌법상 벌금형에 해당하는 경미한 범죄로 처벌되는데 비하여(제13조 제2호), 조세포탈법에 대하여는 징역형의 처벌이 가능하고 포탈세액에 따라 특가법으로써 가중처벌되는데, 그 처벌상의 차이로 인하여 종래부터 조세포탈법 성립에 있어서 부정행위의 성립여하가 핵심적 쟁점사항이다.

대법원은 조세범처벌법 제9조 제1항의 ‘사기 기타 부정한 행위’라 함은 조세의 부과 징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다고 일관되

45) 정상환, 82면 참조.

46) 정상환, 82면.

47) 서울중앙지법 2013.2.12. 선고 2011고합1291 판결.

48) 최형기, 판례를 중심으로 한 조세포탈법의 성립요건과 문제점, 재판자료 제50집, 431면; 윤재운, 조세포탈법의 성립과 적극적 부정행위, 형사판례연구3, 1995, 323-324면.

게 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 또한 단순무신고, 단순과소신고와 구별되는 조세포탈법의 징표로서 사전소득은닉행위라는 개념요소를 따로이 설정, 이를 수반하지 않는 무신고나 과소신고는 모두 부정행위에 해당하지 않는다고 보고 있다.⁵⁰⁾ 사전소득은닉행위를 수반하는 경우에는 무신고의 경우까지도 적극적 행위로 본다.⁵¹⁾

따라서 부정한 행위는 조세포탈의 적극적 의도를 갖고 행해져야 한다. 위계 기타 부정한 행위가 적극적 행위가 개입되지 않은 단순 무신고의 경우에는 세수감소가 초래된다고 하더라도 객관적으로 용이하게 소득의 흐름을 추적하여 과세할 수 있는 반면, 위계 기타 부정한 적극적 행위가 개입된 조세포탈은 소득의 추적을 어렵게 하여 국가의 과세권을 현실적으로 침해한다는 점에서 차이가 있기 때문에 단순 무신고를 조세포탈죄와 같은 수준의 처벌로 다스리지 않겠다는 의도인 것으로 보인다.⁵²⁾

적극성의 의미는 행위의 내용이나 실체적인 면에서 보아 조세포탈을 목적으로 한 고도의 계획적 행위를 뜻한다.⁵³⁾ 적극적인 은닉의 유형으로서 대법원은 수표 등 지급수단의 교환반복 행위, 여러개의 차명계좌를 반복적으로 이용하는 행위, 타인명의 주식보유 행위 자체는 부정행위에 해당하지 않으나 타인 명의를 빌려 위장사업체를 설립하여 매출을 분산하는 행위, 자금세탁을 하거나 인출할 수표를 현금으로 교환하는 행위, 세금계산서를 교부하지 아니하였다가 부가가치세 확정신고시에 고의로 그 매출액을 신고에서 누락하는 행위 등을 제시하고 있다. 즉 이들 행위의 경우에는 추가적인 조세포탈의 의사에 의한 적극적인 행위가 부가된 것으로 보아 부정행위 등에 해당하는 것으로 본다.

생각건대 판례가 이처럼 부정행위를 해석하는 것은 국가의 과세권을 침해하는 강도가 높고 뚜렷한 정도의 윤리적 비난가능성이 있는 행위를 처벌의 대상으로 삼는다는 취지이다.⁵⁴⁾ 따라서 장부조작없이 재무재표만 허위기재하거나, 단순 장부비치 의무 위반, 단순 타인명의이용 거래, 단순 차명계좌 사용⁵⁵⁾ 등은 부정행위에 해당하지 아니한다.⁵⁶⁾ 이처럼 적극성 요건을 요구하는 것은 조세회피와의 한계를 긋는 중요한 표지로서 이해될 수 있다.⁵⁷⁾

49) 대법원 1978.11.28. 선고 78ㄷ2308 판결; 대법원 1984.5.29. 선고 81도373 판결; 대법원 2000.4.21. 선고 99도 5355 판결; 대법원 2004.2.21. 선고 99도5355 판결 등. 적극적 행위가 없는 허위신고도 그 자체로는 부정행위에 해당하지 않는다.

50) 대법원 1994.6.28. 선고 94도759 판결; 대법원 1998.5.8. 선고 97도2429 판결; 대법원 2003.2.14. 선고 2001도3797 판결 등 다수. 이러한 판례의 정당성에 대하여는 최형기, 439-440면 참조.

51) 이에 대한 비판적 논의에 대하여는 최형기, 442면.

52) 최형기, 442면; 오영근/이종교/김진수, 조세범처벌법 개정방향에 관한 연구, 한국조세연구원, 2008, 130면. 같은 취지, 이준봉/이재호/오윤 41-42면.

53) 윤재윤, 335면.

54) 최형기, 436면; 안대희, 263면.

55) 법원 2009.05.29. 선고 2008도9436 판결; 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려 예금하였다는 사실만으로 구체적 행위의 동기, 경위 등 정황을 떠나 어느 경우나 적극적인 소득은닉 행위가 된다고 단정할 것은 아니라 할 것이지만, 차명계좌의 예입에 의한 은닉행위에 있어서도 여러 곳의 차명계좌에 분산 입금한다거나 순차 다른 차명계좌에의 입금을 반복하거나 단 1회의 예입이라도 그 명의자와의 특수한 관계 때문에 은닉의 효과가 현저해지는 등으로 적극적 은닉의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 만든 것으로 인정할 수 있다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결 등 참조). 물론 이러한 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부는 조세납부의무의 존재를 당연히 전제로 하는 것이다.

56) 안대희, 263면.

57) 이준봉/이재호/오윤, 41면 참조.

특히 조세포탈범 성립에 있어서 적극성 요건은 조세정책과 국민의 납세윤리에 따라 변화의 폭이 넓은 탄력적 개념으로서, 적극성 요건을 통하여 조세범죄의 대응에 대한 조정 및 통제작용이 이루어지고 있다.⁵⁸⁾ 즉 국민의 납세윤리가 높아지고 조세정책이 엄격해질수록 그와 비례하여 적극성 개념은 넓게 인정되고, 반대의 경우에는 적극성의 인정범위는 좁아지게 된다. 그리고 위계를 사기에 대신하여 부정행위의 예시로 적시한 것은 신고납세방식하에 포탈까지도 포섭할 수 있는 의미로 이해된다.⁵⁹⁾

부정행위는 조세포탈의 객관적 행위요소이다. 부정행위는 불확정개념이라고 할 수 있으며,⁶⁰⁾ 어떠한 행위가 부정행위인가 하는 것은 객관적으로 존재하는 사회의 일반적 규범에 비추어 판단할 수 밖에 없다.⁶¹⁾ 다만 판례상 부정행위의 정의에 의해서도 부정행위의 개념은 여전히 포괄적이고도 실질적인 것이어서 불명확성을 면하기 어렵다는 비난이 가능하다.⁶²⁾

생각건대 조세포탈범 성립의 부정행위 개념은 조세법의 성격, 전문적인 영역으로 인식되어 있는 조세법, 형사법의 대원칙인 조세죄형법정주의 원칙 등과의 관계에서 그 해석상 어려움이 필연적으로 뒤따르게 된다. 부정행위의 개념을 엄격히 해석하지 않으면 구성요건의 보장적 기능이 침해될 우려가 있다.⁶³⁾

(2) 부정행위와 페이퍼컴퍼니 미신고 혹은 허위신고

거주자가 조세피난처에 소재하고 있는 법인에 대하여 지배의 사실을 국내에 신고하지 않거나 허위신고를 하는 경우 사기 기타 부정한 행위로서 그 한 유형인 은폐 또는 은닉 등의 조세포탈죄를 구성하는지 여부가 문제된다. 위에서 본 바와 같이 판례는 무신고나 허위신고에 대하여 원칙적으로 사기 기타 부정한 행위에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.

우리나라의 경우에는 미신고나 허위신고에 대한 별도의 규정을 두고 있지 아니하여 미신고나 허위신고 그 자체를 조세범처벌법상 ‘사기 기타 부정한 행위’에 포섭하여 은폐 또는 은닉으로 보기는 어려울 것이다. 그리고 실질과세의 원칙상 실질과세가 적용되는 조세회피 행위의 경우에도 사기 기타 부정한 행위에 해당하여야 한다. 해외특수목적법인의 경우 특정 법인인 자회사가 모회사를 통해 거래를 한 경우 자회사가 실질로 거래를 한 것으로 ‘보고’ 이를 기준으로 하여 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것으로 판단하는 것이 적절한가 하는 점이 문제되는데, 실질과세원칙과의 관계에서 조세포탈범이 성립하기 위해서는 당초 거래 자체가 이미 발생한 납세의무를 피하기 위한 적극적 행위로서 가공거래에 해당하거나 가장 또는 은폐행위를 하였는가의 판단 여부가 중요한 표지가 되는 것이 타당하다.⁶⁴⁾

어떤 행위가 단순 무신고에 해당하는지 아니면 사기 기타 부정한 행위에 해당하는지 여부는 각 사안에서 조세의 종류, 행위태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 정할 수 밖에 없다. 위

58) 윤재운, 335면.

59) 최형기, 437면; 윤재운, 327면; 안대희, 264면.

60) 오영근/이종교/김진수, 129면.

61) 최형기, 435면.

62) 최형기, 436면.

63) 최형기, 436면.

64) 이준봉/이재호, 42면. 같은 취지: 오영근/이종교/김진수, 130면.

에서 살펴본 바와 같이 단순무신고 등과 구분되는 조세포탈범의 징표로서 적극적 소득은닉행위가 요구된다⁶⁵⁾는 점에서 단순히 조세피난처에 페이퍼컴퍼니를 설립하였다는 사실만으로는 그 구체적 행위의 동기, 경위 등을 떠나서 어느 경우에도 적극적인 소득행위가 있다고 보기는 어려울 것이다. 법원 또한 ‘조세피난처 페이퍼컴퍼니의 투자구조나 해외거래에 있어서 기본적으로 페이퍼컴퍼니의 소득 및 납세의무의 귀속주체성을 부정하고 나아가 페이퍼컴퍼니가 이용되면 세법을 집행함에 있어서 어려움이 커질 수 있으므로 그러한 페이퍼컴퍼니의 이용 자체가 부정행위에 해당한다’는 주장을 받아들이지 않고 있다.⁶⁶⁾

거주자의 조세피난처 법인에 대한 지배의 사실을 국내에 신고하지 않은 것이 단순한 무신고에 불과하다면 그에 대하여 탈세로 제재할 수 없다. 이는 무신고가 적법한 것은 아니지만, 조세범처벌법상 조세포탈죄를 구성하는 것은 아니다. 이 경우에도 적극적으로 조세피난처의 법인을 이용하여 자신의 소득발생사실을 은닉하고자 한 것이라면 조세포탈의 고의가 입증될 수도 있을 것이지만, 과세관청이 조사하여도 용이하게 발견할 수 없도록 다단계로 적극적으로 명의를 위장한 정황이 필요하다. 예컨대 조세회피처에서의 위장법인의 설립이나 차명계좌의 개설 등을 이용하여 적극적으로 조세회피를 한 경우에는 조세포탈죄의 구성요건에 해당할 가능성을 배제하기 어렵다.⁶⁷⁾

III

향후 정책과제

1. 국제적 조세경쟁 환경의 변화와 대응의 기본원칙

이미 전세계적으로 은행비밀주의가 쇠퇴하고 조세정보교환이 활발해지면서 우리나라 조세행정에서도 역외탈세가 주요 과제로 자리잡았다. 이처럼 역외탈세에 대한 대응은 경제상황 및 해외투자형태가 많이 변화되면서 국내 자금이 해외투자 등 명목으로 소위 해외 조세피난처를 찾아다니면서 본격적으로 논의되기 시작하였다. 국조법 제정 당시 조세회피방지를 위한 조세피난과세제도를 포함시키면서 국제적 조세회피에 적극적으로 대응하고자 한 것은 기업경영의 합리화하는 측면에서 정상적인 해외투자를 적극 장려하되, 자본도피 목적의 해외진출 또는 국외원천소득의 신고누락을 통한 조세회피를 방지하려는 정책적 의지가 반영되어 있다.⁶⁸⁾ 이 점에서 개

65) 대법원 1999.4.9. 선고 98도667 판결.

66) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다85980 판결, “특수목적회사라 하더라도 이를 이용한 거래행위가 곧바로 조세포탈을 위한 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고는 보기 어렵다. 특수목적회사는 일시적인 목적을 달성하기 위하여 최소한의 자본출자요건만을 갖추어 인작·물적 자본 없이 설립되는 것이 일반적이기 때문에 특수목적회사가 그 설립목적 달성하기 위하여 설립지의 법령이 요구하는 범위 내에서 최소한의 출자재산을 가지고 있다거나 특수목적회사를 설립한 회사의 직원이 특수목적회사의 임직원을 겸임하여 특수목적회사를 운영하거나 지배하고 있다는 사정만으로는 특수목적회사의 독자적인 법인격을 인정하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반한다고 할 수는 없다.”

67) 박미숙/강우예, 90면.

68) 이경근/서덕원/김범준, 2014 국제조세의 이해와 실무, 2014, 371면.

별국가간의 조세제도는 국내의 제도로서의 의미를 벗어나 필연적으로 상호영향을 주고 받을 수 없다는 점을 고려해야 할 것이다.

2. 역외탈세 판단기준 명문화

우리나라에서 ‘조세회피’를 제재하기 위한 해석론은 해당 사안에 관한 세법조항 문구의 목적론적 해석이 주된 것이다. 역외탈세 관련 사건의 경우에도 이를 조세포탈범으로 처벌하기 위해서는 세법관련 처벌요건인 납세의무자에 해당하는지 여부, 조세포탈법 성립요건인 “사기 그 밖의 부정한 행위” 해당성 여부의 목적론적 해석이 주를 이루어왔다.

앞으로는 정당한 SPC 이용 해외거래들을 기업활동으로 보장하여 기업경쟁력을 강화하고, 탈세와 정당한 사업목적 사이의 경계를 분명히 하고 이들 행위에 대한 기준설정을 명확히 하여야 한다. 물론 일반규정이 없더라도 실질과세원칙이나 기타 세법상의 기본원칙하에 조세회피 판단이 가능하다는 입장도 없지 않으나, 앞에서 살펴본 바와 같이 그 개별 판단은 쉽지 않다.

다만 조세회피의 형태를 띠고 있는 탈세행위를 국내법상의 조세포탈죄에 포섭시켜 형사처벌로 해결하는데 있어서 분명한 점은 조세회피행위를 일률적으로 형사제재의 대상으로 삼는 것은 형법상의 책임원칙에 부합하지 않는다는 점이다. 적어도 역외탈세 행위의 성립요건을 유형화한 후 그에 비례하여 제재수단을 결정하는 것이 비례성 원칙에 합치한다. 즉 국가별 상이한 제도를 이용하여 과세가 적은 지역에서 자회사를 설립하거나 조세피난처를 통하여 국제무역을 하는 경우에는 조세를 최소화하려는 기업의 합리적인 경영행위의 일종으로 볼 수 있는 사안과, 사기 기타 부정한 행위를 통해 조세의 징수를 아예 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하기 위해 위계 기타 부정한 적극적인 행위로 볼 수 있는 사안을 구분하여야 한다.⁶⁹⁾

즉 단순히 사안의 구조가 조세회피행위에 포섭된다는 점만으로 획일적으로 형사처벌의 대상으로 규정하는 것이 아니라, 사안에 따라 사기 기타 부정한 정도의 불법성이 있는 행위의 경우에는 기존의 조세포탈죄, 관세포탈죄와 포섭하여 형사처벌의 대상이 되도록 하고 그에 미치지 않는 행위의 경우에도 장기적으로 반복되어 조세체계의 기능을 위태화할 개연성이 높은 행위와 단기적으로 일회적이어서 조세체계의 기능을 위태화할 개연성이 낮은 행위를 구별하는 등 유형 구별기준을 마련할 필요가 있다.⁷⁰⁾ 이로써 해외목적법인이 탈세나 자금세탁을 위한 것이 아니라 경영상 목적이나 필요 등 정당한 사업목적으로 법적으로 명확히 규정해 기업들이 예측가능성을 가지도록 하는 것이다.⁷¹⁾ 대법원 또한 실질과세의 원칙에 의하여 당사자의 거래행위를 그 법형식에도 불구하고 조세회피행위라고 하여 그 행위계산의 효력을 부인할 수 있으려면 조세법률주의의 원칙상 법률에 개별적이고 구체적인 부인규정이 마련되어 있어야 한다⁷²⁾고 한 점은 이런 점에서 이해된다.

69) 박혜림, 239면.

70) 박혜림, 240면.

71) 오운, 역외탈세의 현안 및 대책 세미나,

72) 법원 1999.11.9. 선고 98두14082 판결

3. 해외특수목적법인을 이용한 거래행위의 조세포탈범 해당표지와 그 한계

현행세법은 해당 해외 특수목적법인의 존재를 사실로 인정하고 그 토대위에서 과세하는 구조를 취하고 있으며, 다만 이러한 과세를 사기 등 부정한 행위로 회피하는 경우에 조세포탈범으로 처벌할 수 있다. 따라서 거래행위의 법적 외관과 경제적 실질이 다른 경우 그 사실 자체만으로는 해당 거래행위가 조세포탈행위가 되는 것이라고 보기는 어려우며, 적극적인 은닉행위가 있고 이로 인해 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 만드는 경우 사기 기타 부정한 행위가 있다고 보는 것이 타당하다.

다만 페이퍼컴퍼니 등 특수목적해외법인을 이용한 역외탈세문제를 대응하는데 있어서 국제적인 자금흐름이나 기업의 해외투자활동 여부, 국제공조 여하, 그리고 금융비밀주의와의 갈등 등을 고려하여 이나 국제공조의 어려움 가능성 우려 등이 충분히 고려되어야 한다.

4. 거주자 판단의 명확화

거주자개념의 규정목적은 과세관할 설정에 있는 것이며, 과세권 보호에 있는 것은 아니다. 절세와 탈세의 구분 기준도 명확하지 않은 상태에서 거주자 요건 회피를 통한 세무계획에 대하여 거주자개념을 확대적용하는 방향으로 대응하는 것은 무리가 있다.⁷³⁾ 거주자 판단기준을 구체화하여 예측가능성을 보장하도록 하는 관점에서 거주자 판단문제를 법률에 명문화할 필요가 있다.

5. 사기 기타 부정한 행위의 해석 기준

조세포탈범 성립요건으로서 부정행위는 불확정개념으로서 적어도 형벌의 대상으로 삼을만한 가치가 있을 정도의 그 불법성이 큰 행위여야 한다. 통상 납세자는 다소간 세금을 덜 내려고 하기 때문이다. 부정행위 개념이 불확정 개념이라는 것을 고려한다면 이는 엄격히 해석하지 않으면 구성요건의 보장적 기능이 침해될 가능성도 있음을 고려하여야 한다.⁷⁴⁾ 법은 사기를 예시한 것으로서 부정행위라고 인정하여야 할 한도를 명시하였다고 해석하여야 할 것이다.⁷⁵⁾

부정행위를 넓게 인정할 경우 조세법의 처벌을 통한 조세징수권 확보에는 도움이 되겠지만, 대다수 국민을 잠재적 범죄자자로 만들 우려가 있다. 반면 지나치게 좁게 인정할 경우 조세법의 처벌이 약해져 조세법 운영에 어려움을 가져올 수도 있다. 따라서 국민의 조세의식수준과 국가의 현실적인 재정상황을 고려하여야 하며, 위 부정행위 해석은 단순히 개념분석적·윤리적 차원이 아니라 현실과 이론의 양면을 엄밀히 조정하는 차원에서 이루어져야 한다.⁷⁶⁾

73) 박주영/이상신, 59면.

74) 윤재운, 324면 참조.

75) 최형기, 436면.

76) 윤재운, 325면.

6. 조사 및 국제공조 강화

역외탈세, 즉 국제조세회피는 합법적인 방법으로 국가간 거래에서 인적 또는 물적 이동에 의해 각국의 세법상 허점을 이용하여 조세를 감면하는 행위이므로 이를 규제함에 있어서 국제적 상호협력이 이루어져야 한다는 것은 당연하다.⁷⁷⁾ 서론에서 말한 바와 같이 국세청 조사와 이에 따른 적발건수도 증가하고는 있기는 하지만 구체적인 정보 부족으로 조사에 어려움이 적지 않다. 역외소득 파악은 쉽지 않아 장부 등 세무자료의 조작여부를 쉽게 확인할 수 없는 상황에서 고의적으로 허위 보고하였다는 정황이 확인된다면 허위보고 자체를 납세의무자의 위법행위의 핵심으로 보아 적극적인 은닉행위로서 조세포탈죄로 처벌할 필요성 논의도 이런 현실을 반영한 점을 부인하기 어렵다. 따라서 역외탈세 사건 적발 및 수사에 국제공조를 강화하여 정보를 공유하여 실질적 과세정보를 확보하도록 하여야 할 것이다.

IV

결론

이상으로 역외탈세 관련 법적 쟁점을 살펴보면서 향후과제를 제시해보았다.

우리나라의 경우 조세범처벌법규가 납세 관련 무신고나 허위신고에 대하여 상당히 관용적임을 알 수 있다. 이와 같은 행위에 대한 처벌여하는 법원의 판단에 달려 있는 것으로 보인다. 나아가 조세범 처벌체계내에서 역외탈세 문제와 조세회피와의 개념 구분도 명확하게 구분되지 않고 있다. 따라서 합법적인 무신고 행위 등과 불법적인 조세피난처 이용 조세회피 행위 등에 대한 경계를 확실히 할 필요가 있다. 이런 점에서 역외탈세와 관련한 명확한 입법체계를 갖추는 것이 중요하며 특히 형사사건 대상으로서의 조세회피 유형과 그 판단기준을 보다 구체화·명확화하는데 노력을 기울여야 할 것이다. 다만 조세회피 행위 그 자체는 기업의 경영활동 범위내에서 합법적인 행위라는 점을 감안하여 사업목적이나 경영활동 등을 부당하게 제한한다는 의심을 받지 않도록 해야 할 것이다. 향후 조세현실에 탄력적으로 대응하면서 동시에 보장적 기능을 다할 수 있는 역외탈세 관련 법리개발이나 정책방안이 제시될 것을 기대해본다.

77) 오경석, 659면.



제 3 주제

법인의 형사책임

■ ■ 제5회 형사사법포럼

김유근 한국형사정책연구원 부연구위원

법인의 형사책임

- 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의
형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로 -

김 유 근

한국형사정책연구원 부연구위원

I 서론

최근에 발생한 산업¹⁾ 및 소비자안전(시설,²⁾ 보건, 식품안전) 분야에서의 안전사고, 환경오염,³⁾ 개인정보 유출사고,⁴⁾ 관급공사에서의 입찰담합, 민간영역에서의 부정부패(특히 제약·의료 영역에서의 리베이트⁵⁾), 금융기관의 대형금융사고,⁶⁾ 기업의 분식회계나 조세피난처에 설립한 페이퍼 컴퍼니를 통한 비자금의 축적과 역외탈세⁷⁾에 이르기까지 기업의 경영 및 운영에서 발생하는 사건 및 사고들에 대하여 매년 재범방지를 위한 대책들이 제시되고 있으나 그럼에도 불구하고 유사한 사건·사고가 끊이지 않고 반복되고 있으며 그럴 때마다 책임의 개별화에 정향된 전통적인

- 1) 예컨대 2012년 9월 27일 구미 불산가스 누출사고, 2013년 1월, 5월 그리고 7월에 삼성전자 화성사업장에서의 가스누출 사고 등. 그 밖에 삼성전자 반도체공장에서의 산업재해로 의심되는 급성 백혈병의 발생 등.
- 2) 예컨대 1994년 10월 21일 발생한 성수대교 붕괴사고, 1995년 6월 29일 발생한 삼풍백화점 붕괴사고, 그리고 최근인 2014년 4월 16일 발생한 세월호 침몰사고 등의 재난사고. 그 밖에 2013년에 안전부품의 시험성적서 위조와 불법납품 사건 등(이에 관한 형사법적 쟁점들에 대해서는 김유근·진상현, 『후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II) - 에너지공학기술과 위험관리 형사정책: 원자력공학기술을 중심으로 -』, 2014, 27면 이하).
- 3) 예컨대 1995년 7월 23일 전라남도 여천군 앞바다에서의 씨프린스호 기름유출사고, 2007년 12월 7일 충청남도 태안군 앞바다에서 발생한 홍풍 선적 유조선 ‘허베이 스피릿호’와 삼성물산 소속 ‘삼성 1호’의 충돌로 인한 유조선 기름유출사고, 2014년 1월 31일 발생한 유조선 충돌로 인하여 송유관파열로 인한 기름유출사고 등.
- 4) 예컨대 2008년 2월 옥션에서 약 1800만건, 2008년 9월 GS칼텍스에서 1050만건, 2010년 3월 신세계물에서 2000만건, 2011년 6월 대부업체 등에서 1900만건, 2011년 7월 싸이월드에서 3500만건, 2011년 8월 삼성카드 47만건, 2011년 11월 넥슨에서 1320만건, 2014년 KB카드에서 5300만건, 롯데카드에서 2600만건, NH카드에서 2500만건의 개인정보가 유출되었다.
- 5) 2010년 11월 예컨대 『의료법』 제23조의2(부당한 경제적 이익등의 취득 금지), 제88조의2, 『약사법』(법률 제10324호, 2010.5.27., 2010.11.28. 시행) 제47조(의약품등의 판매 질서), 제94조의2, 제97조(양벌규정) 그리고 『의료기기법』; 이른바 “리베이트 쌍벌제”가 도입되는 계기를 제공하였다.
- 6) 2004년부터 2014년까지 총 20건의 대형 금융사고로 인하여 총 1조1756억원의 피해가 발생했다고 한다. 이는 금융기관 임직원인 횡령, 배임, 공갈, 절도 등 위법·부당행위 등으로 금융기관, 금융거래자에게 손실을 초래했을 때 바로 금융감독원에 보고해야 하는 규정에 따라 보고된 사고들 중 100억원 이상의 규모만 추린 것이라고 한다. 한겨레신문 2014년 6월 24일자(http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/643902.html?_fr=mt5r; 검색일: 2014년 6월 25일).
- 7) 2013년 5월 22일 비영리 독립언론 ‘뉴스타파’와 국제탐사보도언론인협회(ICIJ)가 ‘조세피난처 프로젝트’ 공동 취재의 결과 조세피난처에 페이퍼컴퍼니를 설립한 사람들의 제1차 명단이 공개되면서 사회적 이슈가 되었다. 뉴스타파 관련 기사: <http://newstapa.com/news/2013976> (검색일: 2014년 6월 6일).

형법의 효과성에 대하여 많은 의문이 제기되고 있다.

그러한 궁극적인 문제제기의 원인을 제공하는 것은 그 동안의 형사법적 대응이 한편으로는 개별적인 안전사고에 직면하여 해당 사안의 해결만을 위한 개인책임의 명확화와 새로운 구성요건의 신설 그리고 다른 한편으로는 법정형의 상향⁸⁾에만 정향되어 있었기 때문이다. 그런데 이러한 개인지향적인 전략은 첫째 형법상 구성요건적 결과가 개인의 책임에 상응하지 않는 경우, 둘째 형법상 구성요건적 결과발생에 대하여 불특정다수의 익명의 행위자가 작위 또는 부작위를 통하여 기여함으로써 구성요건적 결과를 귀속시킬 수 있는 책임있는 개인을 확정하고 개별화시킬 수 없는 경우, 셋째 원인과 결과 간에 시간적·공간적·내용적 거리가 커서 결과발생에 대한 원인을 확정하기 곤란한 경우, 넷째 인적·물적 안전담보시스템(제1차, 제2차, 제3차 백업시스템) 자체의 결함으로 인하여 구성요건적 결과가 발생한 경우, 다섯째 업계의 관행 혹은 기업내부의 기업문화에 의하여 불법의식이 희석되어 자동화된⁹⁾ 개인의 작위 또는 부작위에 의하여 구성요건적 결과가 발생한 경우 그리고 여섯째 여기에 조직의 경영진 차원에서 흔히 볼 수 있는 조직화된 무책임(*organisierte Unverantwortlichkeit*)이나 무관심(*organisierte Indifferenz(Unwissenheit)*)에서 오는 안전불감증이 인식있는 과실 혹은 미필적 고의를 구성하는지 아니면 어떠한 주관적 구성요건요소에도 해당하지 않고 단순히 기업운영에서 벌어진 비합리적인 경영판단(그래서 기껏해야 주주에 대해서만 경영상의 민사책임을 부담하는 것)에 불과한 것인지에 대한 일의적인 해답이 없는 경우에는 그 한계에 직면하게 된다.

그렇기 때문에 결과발생의 잠재적 위험을 직접 실현시킨 직접행위자를 넘어 직접행위자를 지휘·선임·관리·감독하는 자로까지 그 책임의 범위를 확대해 보지만(예컨대 과실범의 공동정범 등), 결국 이것은 단순히 개별적인 행위자를 복수화시킬 뿐 개별적인 관리감독자의 관리감독능력을 넘어서는 안전규제 시스템 자체의 결함에 대해서는 여전히 대응하지 못하는 문제점이 있으며, 여기에 개인이 아닌 추상화된 법인 또는 기업의 형사책임에 대한 필요성이 제기된다.

그런데 우리나라는 이미 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 인정하고 있음에도 불구하고 여전히 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 둘러싼 논의가 계속되고 있는 것은 법인 또는 기업 자체의 형사책임을 추궁하는 기존의 양벌규정을 통한 대응방식에는 한계가 있다는 인식에 기인한다. 가장 큰 문제로 제기되고 있는 것은 첫째 형법전에서는 인정되지 않는 법인의 책임능력이 양벌규정에서는 인정되는 이론적 모순이 있는 점, 둘째 개별 행정법규 위반행위에만 정향된 협소한 적용범위로 인하여 형법상 구성요건적 결과에 대해서는 전혀 대응하지 못한다는 점 그리고 셋째 양벌규정에 정한 벌금형의 예방적 효과가 기대한 만큼 영향력을 발휘하지 못하고 있다는 점이 바로 그것이다.¹⁰⁾ 여기에서 법인 또는 기업의 형사책임에 대한 일반규정에 대한 필요성

8) 많은 경우 발생된 결과는 행정법상의 의무위반 자체가 아니라 행정법상의 의무위반에 의하여 실현된 치명적인 형법상의 구성요건적 결과라는 점에서 행정법상의 의무위반에 대한 책임을 강화하고 법정형을 상향한다고 하더라도 그 책임은 행정법상의 의무위반에 의하여 발생된 형법상의 구성요건적 결과와 상응하지 않는다(개인의 책임과 결과의 불일치). 더욱이 행정법상의 의무위반은 기껏해야 복무규칙위반에 그치는 경우가 많기 때문에 이러한 의무위반에 대하여 법정형을 상향하는 데에도 한계가 있다.

9) “다 그렇게 해왔으며 지금까지 아무 문제없이 그래 왔으며, 설마 그런 일이 일어날리 없다”라는 불법의식의 희석현상은 미필적 고의를 구성하는 데에도 한계가 있다.

10) 김재봉, “양벌규정에서 법인과 행위자의 법정형 분리의 필요성”, 『법과 정책연구』, 제12권 제3호(2012), 한국법정책

이 제기되고 있다.

이러한 가운데 법인의 형사책임과 관련하여 전통적인 책임원칙과 책임개념을 고수함으로써 법인의 형사처벌에 대하여 소극적인¹¹⁾ 그래서 행정법영역에서 행정벌을 통해서만 법인에 대하여 제재를 부과하고 있는¹²⁾ 독일에서 (특히 사법당국에서) 법인의 형사책임을 도입하려는 시도¹³⁾는 우리에게 시사하는 바가 크다고 말할 수 있다. 그것은 법인처벌과 관련하여 영미법식 방식은 우리나라의 대륙법계 사법제도 및 범죄체계와의 차이점 때문에 그 도입에 어려움이 있는 반면 대륙법계 법체계에서의 법인의 형사책임의 도입시도는 합의가능한 면모들을 내포하고 있기 때문이다.

독일에서 법인의 형사책임을 도입하려는 가장 최근의 노력은 여기에서 논의의 대상이 되는 2013년 9월 10일 독일 Nordrhein-Westfalen주 법무부가 발의한 『기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)』¹⁴⁾이다. 동 단체형법(Verbandsstrafgesetzbuch) 도입법률안은 2013년 11월 14일 제84회 주 법무부장관회의(Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (JuMiKo))의 의결을 거쳐 현재 연방법률안으로 발의되어 연방의회에 계류 중에 있다.¹⁵⁾ 동 법률안은 후술하는 바와 같이 법인의 형사책임과 관련하여 책임귀속방식(범죄유형)이나 벌금의 산정방식 뿐만 아니라 형사소송절차상의 규칙까지도 포괄하는 광범위한 내용을 담은 특별법으로 발의되었다는 점에서 주목할 만한 것이라고 말할 수 있다.

이러한 의미에서 독일의 단체형법 제정법률안은 우리나라의 현행 양벌규정의 실무상의 운영과 관련하여 발생하는 문제점들, 예컨대 행정법규상의 의무위반에 대해서만 제한되어 있는 양벌규정의 적용범위의 협소함으로 인한 법익보호기능의 약화, 법인처벌을 위한 형사소송절차에 관한 규정의 결여(특히 법인인 업무주만을 기소하는 경우) 그리고 양벌규정에 정한 법정형의 예방적 효과에 대한 회의 등의 문제점 등을 해소하는데 뿐만 아니라 장래 형사법 전반에 대하여 법

학회, 989면 이하.

- 11) 많은 문헌들 중에서 Engisch, Karl/Hartung, Fritz, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, München 1953, Bd. II, S. E 3 9f.; Heinitz, Ernst, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages(DJT)*, Band I, 1953, S. 68 ff. 참조. 최근의 비판적인 문헌으로서는 Schönemann ZIS 1/2014 1 ff.
- 12) 물론 독일의 경우에도 범죄행위를 범한 법인에 대한 제재가 전혀 없는 것은 아니며, 예컨대 형사상의 제재로서 독일 『형법』 제73조 제3항과 제75조는 정범 또는 공범이 대리 또는 대표관계에서 죄를 범한 때에는 그 본인인 법인에 대해서도 추징할 수 있도록 하고 있다. 또한 독일 『질서위반법에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))』(이하에서는 ‘질서위반법’이라 한다) 제30조와 제130조가 법인에 대한 질서위반금의 부과를 정하고 있으며 각 행정법에서 법인에 대하여 행정벌을 부과할 수 있도록 하고 있다.
- 13) 이러한 움직임과 관련하여 학계에서는 법인의 형사책임과 관련한 전통적인 주제인 법인의 책임능력이나 범죄능력에 대한 논의에 집중하기 보다는 오히려 최근에는 미국식 준법감시(통제)프로그램(Compliance Governance)의 도입방안 등에 관한 연구가 급속히 증가하고 있다. 예컨대 Thomas Rotsch, *Criminal Compliance: Handbuch*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014; ders., *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013; Engelhart, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2. Aufl., Dunker & Humblot, Berlin, 2012; Rathgeber, Christian, *Criminal Compliance – Kriminalpräventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012; Bock, Dennis, *Criminal Compliance*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011.
- 14) 동 법률안의 원문번역은 VIII. 참조.
- 15) 이에 관해서는 <https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/korruption/index.php> (검색일: 2014년 6월 8일); Löffelmann, Markus, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, *Juristische Rundschau (JR)* 5/2014, S. 186.

인의 일반적 형사책임의 도입가능성을 타진해보는 의미에서도 우리에게 시사하는 바가 크리라고 생각한다.

이하에서는 독일 단체책임법 제정법률안의 내용을 법률안의 배경과 주요내용(II.), 책임귀속방식(IV.), 형사제재(V.) 그리고 형사소송절차(VI.)의 순으로 검토하고자 한다.

II 법률안의 배경과 주요내용

1. 배경

단체형법 도입법률안의 핵심적인 내용을 이루는 ‘단체형법(Verbandsstrafgesetz, VStrG)’ 법률안(이하 ‘법률안’이라 한다)은 영미법계 형법이론과 달리¹⁶⁾ 법인의 책임능력이나 범죄능력에 대한 일의적으로 합의가능한 해답으로부터 도출된 이론적 귀결에 따른 것이라기 보다는¹⁷⁾ 오히려 전통적인 대륙법계 개인주의적 책임형법의 한계에 직면하여 특히 기업의 경제범죄에 대한 효과적인 형사정책적 대응의 필요성에서 내려진 형사정책적 결단에 근거하는 것이라고 말할 수 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾

그리고 유럽 각국에서 미국식 법인의 형사책임이 성공적으로 정착되고 있는 것도 동 법률안이 발의된 한 동인으로 작용한 것으로 보인다.²⁰⁾ 예컨대 유럽연합 차원에서의 가이드라인 뿐만 아니라 네덜란드(1950(경제범죄에 한정), 1976년부터는 대상범죄에 제한을 두지 않음), 아이슬랜드(1972), 포르투갈(1984), 스웨덴(1986), 노르웨이(1991), 프랑스(1994), 핀란드(1995), 벨기에(1999),

16) 대륙법계 범죄체계에서보다 영미법계 범죄체계에서 법인의 형사책임이 쉽게 인정될 수 있는 이유는 책임개념이 대륙법계의 개념과 상이하기 때문일 뿐만 아니라 이미 범죄의 주관적 귀책사유에서부터 차이가 나기 때문이다. 예컨대 영국의 범죄체계의 주관적 요소는 대륙법계의 직접적 고의에 상응하는 범의(intention), 인식있는 과실 혹은 경우에 따라서는 간접적·조건적·미필적 고의까지 포괄하는 무모(recklessness) 그리고 (인식있는) 과실에 해당하는 과실(negligence)로 구별되는데, 이 때 Intention과 Recklessness는 (악의라는) 심정적 요소인데 대하여 Negligence는 객관적 행위준칙(objective standard)의 준수여부만을 문제삼는다. 따라서 Negligence의 경우 행위자가 의도적으로 객관적 행위준칙을 위반하든 아니면 의도적이지 않게 위반하든 이를 문제시하지 않으며, 그러한 행위준칙은 자연인이든 아니면 법인이든 행위주체에 상관없이 부과할 수 있고 또한 위반될 수 있다. 그런데 영국 법체계에서도 법인이 심정적 요소, 즉 Intention이나 Recklessness를 가질 수 있는가에 대해서는 논란이 많으나 이를 부인하는 것이 일반적인 견해로 받아들여지고 있는 것 같다(이에 관해서는 Ormerod, David, Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed., Oxford University Press, 2008, 94면 이하 참조). 이러한 사정들을 고려해 볼 때 영미법계 법체계에서 법인을 처벌하는 경우에도 심정적 요소를 문제시하여야 하는 Intention이나 Recklessness가 아니라 Negligence로 법인의 형사책임을 추궁하고 있는 것은 영국 법체계에서 본다면 체계정합적인 것이 된다.

17) 법인의 형사책임은 전통적인 형벌이론으로는 설명하기가 어렵다는 점에 대해서는 김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, 『비교형사법연구』, 제9권 제1호(2009), 한국비교형사법학회, 307면 이하. 최근의 문헌으로는 Schünemann ZIS 1/2014, S. 1 ff.

18) Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, 2013, S. 20 ff. (http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzesentwurf.pdf (검색일: 2014년 6월 7일)) (이하에서는 ‘Gesetzesantrag’으로 인용한다).

19) 이에 대하여 비판적인 견해로는 Kindhäuser ZIS 1/2014 1 (10).

20) Gesetzesantrag S. 26.

슬로베니아(1999), 에스토니아(2001), 말타(2002), 스위스(2003), 리투아니아(2003), 크로아티아(2003), 헝가리(2004), 마케도니아(2004), 라트비아(2005), 오스트리아(2006), 루마니아(2006), 룩셈부르크(2010), 스페인(2010), 슬로바키아(2010), 리히텐슈타인(2011) 그리고 체첸공화국(2012) 등이 이미 법인의 형사책임을 도입하였다.²¹⁾ 그리고 행정벌로도 법인을 제재하지 않았던 이탈리아는 2001년에 범죄를 범한 법인에 대한 행정제재를 도입하기에 이르렀다(Decreto Legislativo no. 231/2001).²²⁾ 그리고 영국의 경우 2007년에 『법인과실치사 및 법인살인에 관한 법률(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, CMCH Act)』(이하에서는 ‘법인과실치사법’이라 말한다)을 제정한 바 있다.²³⁾

물론 법인의 형사책임을 입법화하려는 노력이 독일에서 전혀 없었던 것은 아니다.²⁴⁾ 예컨대 1997년 Hessen주는 법인의 형사책임을 규정한 『형법』 제76b조 내지 제76h조의 개정안을 제안하여 1997년 6월 제68회 주 법무부장관회의에서 의결되어 1998년 연방의회에서 논의된 바 있으나 관철되지 못했고,²⁵⁾ 1998년에는 SPD가 기업의 형사책임에 관한 논의를 연방의회에 제기한 바 있으나 이 논의도 입법으로 결실을 거두지 못했다.²⁶⁾ 또한 2000년에는 기업의 형사책임을 논의하기 위한 위원회가 연방정부에 의하여 설치되어 운영되었으나 결국 2000년 3월에 기업의 형사책임을 도입하는 데에 반대하고 질서위반법을 통한 제재를 확대하는 것을 내용으로 하는 최종보고서가 제출된 바 있다.²⁷⁾ 최근인 2013년에는 SPD에서 경제범죄에 대한 효과적인 대응을 위하여 기업의 형사책임을 제안하였으나 회기만으로 자동폐기되었다.²⁸⁾

2. 주요내용

단체형법 제정법률안은 독일 『질서위반법에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))』

21) Gesetzesantrag S. 26.

22) 吉中信人, 『イタリア刑法における企業犯罪の法的規制』, 『広島法学』, 34卷3号(2011), 192-174頁; 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 70면 이하. 이탈리아 2001년 제231호 법률의 규정은 <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/45508054.pdf> (검색일: 2014년 6월 16일)에서 확인가능하다.

23) 이에 관한 상세한 것은 영국 법무성의 자료 “Understanding the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007” (<http://www.hseni.gov.uk/manslaughterhomicideact07.pdf>) (검색일: 2013년 5월 28일)와 “A guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007” (<http://www.hseni.gov.uk/guidetomanslaughterhomicide07.pdf>) (검색일: 2014년 6월 7일). 그 밖에 동 법률에 대한 상세한 설명으로는 Richard Matthews, *Blackstone's Guide to The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, Oxford University Press, 2008; Smith and Hogan *Criminal Law*, 12th ed., Chap. 15.3; James Gobert, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 - Thirteen years in the making but was it worth the Wait?*, in: *The Modern Law Review*, Vol. 71 No. 3, 2008, 413-463면 참조.

24) 이하의 연혁에 대해서는 Löffelmann, Markus, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, *Juristische Rundschau (JR)* 5/2014, S. 186.

25) BR-Drucks. 690/98. 이에 대한 비판적 견해로는 Krekeler, Wilhelm, Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?, in: Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus/Wahle, Eberhard (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin 1999, S. 653 ff.

26) BT-Drucks. 13/11425 (“Besondere Verantwortlichkeit von Unternehmen - Probleme kriminalrechtlicher Verantwortlichkeit juristischer Personen und Personenvereinigungen”).

27) 최종보고서 “Einführung einer Unternehmenssanktionierung im Bereich des klassischen Kriminalstrafrechts”, 2000.3. (<http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (검색일: 2014년 6월 8일)).

28) BT-Drucks. 17/13087.

(이하에서는 ‘질서위반법’이라 한다) 제30조 및 제130조 그리고 『형사소송규칙』의 관련규정들과 무엇보다도 오스트리아 『범죄행위에 대한 단체의 책임에 관한 법률(Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG)』(이하에서는 ‘단체책임법’이라 한다)을 모범으로 하여²⁹⁾ 구상되었다.

동 법률안은 2개 편(Teil) 총 22개 조문으로 구성되어 있다. 제1편에서는 단체범죄(Verbandsstraftaten)라는 표제 하에 단체의 죄와 형과 같은 형사실체법적 규정들을 그리고 제2편은 “형사소송절차(Strafverfahren)”라는 표제 하에 형사소송절차에 관하여 정하고 있다. 그 내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다:

제1조(인적·물적 적용범위)에서는 형사처벌의 대상이 되는 단체의 범위(제1항), 단체범죄의 개념정의(제2항), 단체의 형사책임의 연결점이 되는 직접행위자(행위책임의 경우) 또는 지휘·선임·관리·감독자(지휘·선임·관리·감독책임의 경우(이하에서는 “관리감독자”, “관리감독책임” 또는 “관리감독의무”라 한다))의 범위(제3항) 그리고 단체의 분할·합병 시의 권리·의무의 승계자와 피승계자의 동일성(제4항)에 관하여 정하고 있다.

제2조(단체범죄)는 단체에게 형사책임을 추궁하는 형식에 관하여 정하면서 제1항에서는 단체의 행위책임에 관하여 그리고 제2항에서는 관리감독책임에 관하여 정하고 있다. 또한 외국에서 범한 단체범죄(제3항)와 단체의 분할·합병 시의 형사제재의 승계의 문제(제4항)에 관한 규정들도 있다.

제3조는 “일반규정”으로서 형법총칙의 적용(제1항), 공소시효(제2항) 그리고 고소불가분의 원칙(제3항) 등을 규정한다.

제4조부터 제12조까지는 단체에 대한 형사제재에 관하여 정하고 있는데, 단체에 대한 형사제재는 크게 단체형벌(Verbandsstrafen)과 단체보안처분(Verbandsmaßregeln)으로 구분된다(제4조).

형사소송절차에 관련하여 제13조(일반원칙)는 단체에 대한 형사소송절차(수사상의 강제조치나 공판 등)에 대해서는 원칙적으로 형사소송규칙과 법원조직법을 적용할 것을 정하고 있으며, 특별히 단체범죄에 대한 형사소송절차와 관련하여 기소법정주의(제14조), 법원의 토지관할(제15조), 법관의 제척(제16조), 소송대리와 송달(제17조), 피고인의 권리와 변호권(제18조), 필요적 변호(제19조), 형사소송절차의 확실성을 보전하기 위한 강제수단(제20조), 공판(제21조) 그리고 마지막으로 형사제재의 집행(제22조)에 관하여 정하고 있다.

동 법률안의 특징을 한마디로 요약하자면 전통적인 개인주의적 책임형법을 개인형법(Individualstrafrecht)이라고 말한다면 동 법률안은 이에 대응하는 단체형법을 구상한 것이라는 점이다. 이러한 의미에서 모든 영역에서 개인주의적 형법에 상응하도록 단체형법(Kollektiv- oder Verbandsstrafrecht)을 구성하고 있다.³⁰⁾ 이러한 구상은 이미 Günter Heine가 교수자격논문인 “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

29) Gesetzesantrag S. 26 f.

30) 이와 같이 개인형법(Individualstrafrecht)에 대응하는 단체형법(Kollektiv- oder Verbandsstrafrecht)에 대하여 비판적인 견해로는 Kim, Yookun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmen und Unternehmen, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 174 ff.; Vogel, Joachim, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, in: Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, de Gruyter, 2012, S. 207; Schünemann ZIS 1/2014 1(10).

von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Nomos Verlag, 1995”³¹⁾에서 주장했던 내용이기도 하다.

이러한 특징은 단체책임을 때로는 단체책임을 촉발시키는 개인의 범죄행위(단체관련 위반행위)에 대한 개인책임과는 단절하여 독립적으로, 때로는 후자에 종속적으로 추궁하도록 하는 요인으로 작용하며, 이것은 법률안에도 그대로 반영되어 있다. 즉 단체책임을 다시금 개인의 책임으로 환원되지 않는 단체에게 고유한 책임(Organisationsmangel)을 인정하려는 것이지만 그럼에도 불구하고 단체책임을 촉발시키는 것은 어디까지나 개인의 범죄행위이기 때문이다. 그래서 예컨대 단체의 책임귀속방식과 관련해서도 개인의 범죄행위에 종속적인 단체의 행위책임이나 관리감독책임을 구성할 수밖에 없으면서도(연계) 관리감독책임과 관련해서는 직접행위자의 특정을 요하지 않는 것으로 보고 있다(분리).³²⁾ 이러한 단체의 책임귀속방식의 분리와 연계는 단체에 대한 형사제재와 형사소송절차에도 그대로 반영되어 있다. 예컨대 단체에 대한 벌금형은 개인의 범죄행위에 정한 법정형에 종속되지 않고 독립적으로 정하도록 하면서도 단체의 책임과 함께 개인의 범죄행위의 경중을 참고하도록 하고 있다(제6조). 그리고 형사소송절차와 관련하여 개인범죄의 피고인과는 별도로 단체를 대리할 대리인을 선임하도록 하고, 만약 당해 대리인이 개인범죄(단체관련 위반행위나 관리감독의무의 위반행위)로 인하여 기소된 때에는 다른 대리인을 선임하도록 하고 있다(분리(제18조 제2항)). 그러나 다른 한편으로 개인범죄와 단체범죄는 병합심리하도록 하고 개인과 단체는 공동피고인이 된다(연계(제18조 제1항)). 또한 개인범죄가 법률상의 이유로 인하여 불기소되거나 또는 기소중지된 경우라도 단체에 대하여 형사소송절차를 진행할 수 있으나(분리) 개인범죄에 대한 고소, 권한위임 또는 고소의 흠결은 단체범죄에 대한 형사소송절차를 중지시킨다(연계(제3조 제3항)). 그 밖에 단체범죄의 공소시효는 개인의 범죄행위의 공소시효를 기준으로 한다(제3조 제2항).

또 다른 특징으로는 기존의 독일 『질서위반법』이 금전적 징벌(질서위반금)과 부당이득환수(추징)만을 두고 있던 것에 대하여 법률안은 다양한 형사제재를 도입하고 있다는 점이다.

이하에서는 이러한 특징을 고려하면서 쟁점이 되는 부분들에 관하여 상세하게 검토하고자 한다.

III 대상범죄

동 법률안에 따른 “단체범죄(Verbandsstraftaten)”란 단체의 의사결정권자가 직접행위자로서 행위한 범죄행위(행위책임; 제2조 제1항)와 단체내 종업원의 범죄행위의 계기를 마련하거나 혹은 이를 방지하지 아니한 의사결정권자 또는 단체 자체의 관리감독의무의 위반행위 또는 조직구조상의 결함(동조 제2항)을 말한다. 그렇다고 하여 형법에 정한 모든 범죄구성요건의 위반행위, 즉 단체구성원인 개인의 모든 범죄행위가 단체의 형사책임을 촉발시키는 것이 아니라 단체

31) S. 197 ff.

32) Gesetzesantrag S. 46.

의 형사책임의 연결점이 되는 개인의 범죄행위, 즉 행위책임의 경우 의사결정권자의 범죄행위와 관리감독책임의 경우 그 선행범죄가 되는 종업원의 범죄행위가 (그 행위가 국가권력작용인 경우를 제외하고)³³⁾ “단체관련 위반행위(verbandsbezogene Zuwiderhandlungen)” (대상범죄)를 구성하는 때에 비로소 단체는 형사책임을 부담하게 된다(제1조 제2항 전문). 이 때 이 단체관련성은 ①범죄를 범하여 단체에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 ②범죄를 통하여 부당한 이익을 얻었거나 ③그러한 이익을 얻기로 예정되어 있던 때에 인정된다(후단). 이 때 세 번째의 행위유형은 부당한 이익을 현실적으로 얻지 않았다고 하더라도 그 미수단계의 행위이면 족하다.³⁴⁾ 동 규정은 독일 『질서위반법』 제30조 제1항의 규정내용을 그대로 수용한 것이다.

이 때 단체의 이익을 위하여 범죄가 범해졌음을 그 요건으로 하는 입법례로는 예컨대 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제1항 제1호,³⁵⁾ 스위스 『형법』 제102조 제1항,³⁶⁾ 스페인 『형법』 제31-bis조 제1항,³⁷⁾ 프랑스 형법 제121-2조 제1항³⁸⁾, 폴란드 『형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제3조³⁹⁾ 등이 있으며 중국 형법 제30조와 관련해서도 이렇게 해석되고 있다.⁴⁰⁾

이러한 규정방식의 목적은 기업에 대한 범죄행위로 인하여 기업 스스로가 피해자가 되는 범죄행위에 대해서까지 해당 기업이 형사책임을 부담하게 되는 불합리한 결과(피해자가 가해자가 되는 결과)가 초래되는 것을 회피하려는 데 있다. 이와 관련하여 우리나라 판례는 법인의 관리·감독책임이 문제된 사안에서 “객관적 외관상으로 그 사용자의 업무에 관한 행위이고 종업원이 그 사용자의 업무를 수행함에 있어서 위법행위를 한 것이라면 그 위법행위의 동기가 종업원 기타 제3자의 이익을 위한 것에 불과하고 사용자의 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 사용자는 그 감독해태에 대한 책임을 면할 수 없는 것”⁴¹⁾이라고 밝힘으로써 설령 기업이 종업원의 범죄행위에 의하여 피해자가 되는 경우에도 기업은 관리·감독책임을 면할 수 없는 듯한 인상을 주고 있는 것과도 구별된다. 물론 양벌규정의 대상행위는 행정법규에 정한 의무규정의 위반행위이기 때문에 직접 기업이 피해자가 되는 경우는 드물다고 하더라도 이것을 행위책임이나 혹은 기업을 대상으로 한 범죄에 대해서까지 일관적으로 관철하게 되면 피해자가 가해자의 행위에 책임을 부담하여야 하는 불합리한 결과가 발생하게 될 것이다.

33) 법률안 제1조 제1항에 따르면 단체란 공·사법상의 법인과 법인격없는 재단 및 사단을 포함한다.

34) 독일 『질서위반법』 제30조와 관련하여 KK-OWiG-Rogal/Rn. 87 ff. §30; Bohnert OWiG.

35) “1. 범죄가 단체의 이익을 위하여 범하여졌거나 또는 2. 범죄를 통하여 단체에 부과된 의무를 위반한 경우”.

36) “기업 내에서 영업활동을 수행함에 있어서 법인의 목적범위 안에서”.

37) “법인의 이름으로 또는 법인의 위임을 받거나 또는 법인을 위하여 범한 이 법에 정한 범죄”.

38) “법인을 위하여 행한 범죄”.

39) “집단주체는 전적으로 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자연인의 행위에 대해서만 책임을 부담한다:

1. 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 또는 자신에게 부여된 권한범위 내에서 행위하거나, 기업내부의 감시에 관한 결정이나 조치를 취함에 있어서 기업을 대표하여 행위하거나 또는 자신의 권한을 초과하여 행위하는 자연인, 또는
2. 집단주체를 위하여 행위하고 자신의 권한을 초과하여 행위할 권한을 부여받은 제1호의 의미에서의 기타 그 밖의 자연인, 또는
3. 기타 그 밖의 자연인과의 동의 또는 인지 하에 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 행위하는 제1호의 의미에서의 자연인, 또는
4. 기업경영자”.

40) 카오민센 주편·한상돈 역, 『중국 형법총론 연구』, 한국형사정책연구원, 2009, 335면 이하.

41) 대법원 2002.1.25. 선고 2001도5595 판결; 대법원 1977.5.24. 선고 77도412 판결. 또한 대법원 1987.11.10. 선고 87도 1213 판결 참조.

그러나 다른 한편으로 많은 경우 기업을 위한 범죄인지 아니면 직접행위자의 개인적 이익을 위한 범죄인지를 구별하는 것은 용이하지 않으며, 경우에 따라서는 기업은 자신의 형사책임을 회피하기 위하여 기업 내에서 발생한 범죄행위를 행위자의 독단적인 단독행위 혹은 초과행위(Exzesstat)로 강조함으로써 기업 스스로를 피해자로 만들게 될 것이라는 것도 간과할 수 없는 문제이다.

따라서 영국 『기업과실치사법』과 같이 기업이 기업활동을 수행하는 과정에서 사람을 사망에 이르게 한 때에는 기업의 중대한 주의의무의 위반행위(“a gross breach of a relevant”)가 입증되는 한 기업의 이익과는 상관없이 기업에 대하여 발생된 결과에 대하여 책임을 추궁하도록 하는 것은 적어도 합리적인 부분이 아닌가라고 생각한다.

또한 단체의 형사책임을 촉발시키는 대상범죄를 특정할 것인지 아니면 특정하지 않을 것인지를 문제는 입법자의 입법재량에 맡겨져 있는 것인가 아니면 형법이론적인 문제, 즉 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙상 대상범죄의 특징은 요청되는가의 여부가 문제된다.⁴²⁾

외국의 주요 입법례를 살펴보면 예컨대 오스트리아 『단체책임법』의 경우 대상범죄를 특정하지 않을 뿐만 아니라 대상범죄에 대하여 단체관련성을 요구하지도 않아 독일의 법률안보다 훨씬 개방적인 구성요건으로 규정되어 있는가 하면, 프랑스 『형법』과 중국 『형법』⁴³⁾은 단체의 형사책임을 유발할 수 있는 대상범죄를 형법각칙의 개별 범죄구성요건에 정하고 있으며, 스위스 『형법』 제102조는 기업의 보충적 책임(subsidiäre Verantwortlichkeit)의 경우에는 대상범죄의 범위를 제한하지 않는 반면 기업의 관리감독책임에 대해서는 대상범죄를 열거하는 방식을 취한다. 또한 단체제재에 대한 행정제재를 규정한 이탈리아 제231호 법률도 대상범죄를 구체적으로 열거하고 있다.

물론 대상범죄를 특정하는 경우 법적용의 유연성이 감소하는 것은 사실이지만, 대상범죄는 단체범죄의 가별성을 결정하는 핵심적인 내용이라는 점 그리고 단체범죄의 대상범죄(단체관련 위반행위)의 표지만을 규정한 정의규정(제1조 제2항)은 여전히 해석의 폭이 너무 넓다는 점에서 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다.

IV

책임의 귀속원리로서의 단체범죄 구성요건

단체형법 제정법률안은 구체적인 법익침해행위를 정하여 형벌을 규정한 것이라기 보다는 오히려 개인이 기업조직 내에서 발생시킨 법익침해의 결과(구성요건적 결과)를 어떤 요건 하에서 당해 개인의 책임을 넘어 기업 자체에도 귀속시킬 것인가를 정하는 책임의 귀속원리를 정한 것이다(Zurechnungsmodel⁴⁴⁾).⁴⁵⁾

42) 물론 양벌규정은 양벌규정 내에 이미 대상범죄 또는 대상 위반행위(“제〇〇조부터 제〇〇조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면”)가 규정되어 있기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않는다.

43) 이에 관해서는 Zhang, Yingjung, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, *Beijing Law Review*, 2012.3., pp. 103; 김창준, “중국형법상 기업의 처벌제도”, 『비교형사법연구』, 제13권 제1호(2011), 318면 이하.

이러한 규정방식은 법인의 형사책임을 규정하고 있는 입법례에서는 흔히 찾아볼 수 있는데, 예컨대 오스트리아 『단체책임법』 제3조, 스위스 형법 제102조, 영국 『기업과실치사법』 제1조 제1항, 스페인 『형법』 제31-bis조, 폴란드 『형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제3조 및 제5조, 프랑스 『형법』 제121-2조 제1항 또는 중국 『형법』 제30조 등이 그렇다. 그리고 우리나라, 일본 그리고 대만 등에서 활용되고 있는 양벌규정도 비록 개별 행정법규의 위반행위에 대하여 규정되어 있기는 하지만 그 기본형태는 종업원의 행정법규 위반행위를 어떤 요건 하에서 자연인 또는 법인인 업무주에게 귀속시킬 것인가라는 책임의 귀속원리를 정하고 있다. 그리고 이러한 규정방식은 법인에 대한 행정제재를 정한 독일 『질서위반법』 제30조와 제130조의 규정 방식이기도 하다.

법률안 제2조는 단체의 책임귀속형식과 관련하여 “단체범죄(*Verbandsstraftaten*)”라는 표제 하에 제1항에 단체의 행위책임을 그리고 제2항에 관리감독책임을 규정하고 있는데, 각국의 주요 입법례를 살펴보면 다양한 책임귀속형식들이 채택되고 있음을 알 수 있다. 예컨대 오스트리아 『단체책임법』 제3조, 스페인 『형법』 제31-bis조 제1항 및 제2항 그리고 폴란드 『형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제3조 및 제5조 등이 단체의 행위책임과 관리감독책임을 규정하고 있는데 대하여 스위스 『형법』 제102조는 개인책임을 귀속이 불가능한 경우에만 기업에 대하여 책임을 추궁하는 보충적 책임(*subsidiäre Verantwortlichkeit*)(제1항)과 관리감독책임(제2항)을 규정하고, 프랑스 『형법』 제121-2조 제1항과 중국 『형법』 제30조는 법인의 행위책임에 대해서만 규정한다.

그리고 법률안 제2조는 단체의 행위책임에서의 행위주체와 관리감독의무에서의 행위주체를 모두 단체의 의사결정권자로 규정하고 있기 때문에 단체의 행위책임 뿐만 아니라 관리감독책임 까지도 자연인인 의사결정권자의 책임에 종속되어 있어서 결과적으로 양자 모두 법인의 형사책임과 관련하여 종속모델(*akzessorisches Model*)을 취하고 있다고 말할 수 있다. 즉 단체의 행위책임의 경우 의사결정권자의 범죄행위에 대하여 단체는 직접행위자로서의 책임을 그리고 단체의 관리감독책임의 경우에는 종업원의 범죄행위에 대한 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위에 대하여 관리감독의무의 직접위반자로서의 책임을 부담한다(따라서 단체의 관리감독책임도 엄밀한 의미에서는 일종의 행위책임이 된다). 이러한 단체의 책임귀속형식은 영미법계의 동일시이론(*Identification theory*)을 그 이론적 배경으로 삼고 있다고 말할 수 있다.⁴⁴⁾

그 귀결로서 단체의 고의와 과실은 자연인인 의사결정권자의 고의와 과실에 의하여 결정된다. 이것은 단체의 형사책임과 관련하여 종속모델을 취하고 있는 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제3항이 단체의 주관적 구성요건요소를 단체의 의사결정권자를 기준으로 판단하도록 규정하고 있는 것과 같다.

44) Löffelmann JA 5/2014 183 (186 f.). 독일 『질서위반법』 제30조와 관련해서는 KK-Rogal/Rn. 2 f. zu §30. 스위스 형법 제102조와 관련하여 BSK StGB-Niggli/Gfeller N 19 zum Art. 102.

45) 따라서 Löffelmann JA 5/2014 183 (191)이 단체형법이 법익보호에 기여하는가라는 질문을 하면서 단체형법이 염두에 두고 있는 법익은 불명확하다고 말하는 것이 타당한가에 대해서는 의문이다.

46) 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제2항에 정한 행위책임과 관련하여 Sautner, Lyane, Grundlagen und Herausforderungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Österreich, ÖJZ 2012/58, S. 548 f.

법률안 제2조에 규정된 단체의 책임귀속형식에 대한 상세한 것은 다음과 같다.

1. 행위책임

독일 단체형법 법률안 제2조는 “의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위(*verbandsbezogene Zuwiderhandlung*)를 범한 때에는 단체에 대하여 단체제재(*Verbandsstrafe*)를 과한다”고 규정하여 단체의 의사결정권자의 범죄행위를 단체의 범죄행위와 동일시하여 단체에 대하여 직접행위자로서의 책임을 추궁한다. 이로써 의사결정권자가 과실범 뿐만 고의범을 범하는 것처럼 단체는 과실범과 고의범 모두를 범할 수 있다.

이러한 행위책임을 규정하고 있는 것은 독일 『질서위반법』 제30조 제1항 외에도 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제1항 및 제2항, 프랑스 『형법』 제121-2조 제1항, 스페인 『형법』 제31-bis조 제1항 및 제2항, 폴란드 『형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제3조, 중국 『형법』 제30조 등에서 엿볼 수 있다.

그러나 행위책임과 관련해서는 다음과 같은 문제가 제기된다.

첫째 단체의 행위와 동일시되어야 하는 직접행위자인 의사결정권자의 행위는 구성요건에 해당하고 위법한 것이면 충분한 것인지 아니면 의사결정권자의 책임까지 입증되어야 하는 것인지 아니면 심지어는 그 처벌까지 전제되는 것인지의 여부, 즉 단체의 형사책임은 개인인 의사결정권자의 형사책임에 어느 정도까지 종속적인 것이어야 하는가라는 문제이다(종속모델(*akzessorisches Modell*)).⁴⁷⁾ 이에 관하여 법률안 제안이유서는 침묵하고 있다.⁴⁸⁾ 이와 관련하여 스페인 『형법』 제31-bis조는 “실제로 죄를 범한 자 또는 필요한 관리·감독을 게을리함으로써 범죄행위를 가능하게 한 자에게 책임능력에 영향을 미치거나 또는 그의 책임을 가중하는 사정들이나 또는 이 자가 사망하거나 또는 사법당국의 수사가 미치지 못하게 되었다는 사실은 다음 항들에 규정된 규정들에도 불구하고 법인의 형법상의 책임을 배제하지도 그리고 수정하지도 아니한다”고 규정함으로써 직접행위자 또는 관리감독자와 단체와의 관계를 공범에 유사한 관계로 파악하고 있는 것 같다.

그런데 범죄성립과 관련하여 순수논리적으로 생각한다면 직접행위자의 행위가 단체의 ‘범죄’ 행위와 동일시되어야 한다면 직접행위자의 행위는 필연적으로 ‘범죄’를 구성하여야 하고 그러한 의미에서 의사결정권자의 행위는 범죄의 단계구조에서 처벌조건까지 충족하여야 하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 유책하게 행하여졌을 필요가 있게 된다. 이 때 단체책임에 공범의 책임을 유추하여 직접행위자인 의사결정권자의 행위는 구성요건에 해당하고 위법성만 입증되면 족하고 책임까지 입증될 필요가 없다고 말할 수 있는 것도 아니다. 왜냐하면 단체의 행위책임은 공범이 제3자(정범)의 행위에 대하여 (자신의) 책임을 부담하는 형식과는 달리 직접행위자와 단체의 행위가 동일시되기 때문에 직접행위자의 책임

47) 법인처벌 유형들 중에서 종속모델의 문제점에 관한 상세한 것은 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점-”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 71면 이하.

48) Gesetzesantrag S. 43 f.

(*Schuld*)이 입증되지 않으면 단체에게 귀속시킬 책임(*Schuld*)이 없어지기 때문에 단체는 책임(*Schuld*)이 없음에도 불구하고 형사책임을 부담하게 되는 결과가 되기 때문이다. 이것은 단체의 관리감독책임을 종속모델에 따라 구성한 법률안 제2조 제2항에 대해서도 동일하게 적용된다. 즉 직접행위자인 종업원의 특징을 필요로 하든 아니든 간에 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위의 범죄성이 입증된 경우에 한하여 의사결정권자의 관리감독책임을 단체의 관리감독책임으로 간주될 수 있다. 역으로 말하면 종속모델에서는 단체의 책임이 개인(의사결정권자)의 책임으로 반드시 환원될 수 있을 때에만 기능할 수 있는 것이다.

따라서 예컨대 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제2항이 행위책임을 규정하면서 “의사결정권자의 범죄행위와 관련하여 단체는 의사결정권자가 스스로 위법하고[위법성조각사유의 부존재] 유책하게[책임조각사유의 부존재] 죄를 범한 때에 당해 의사결정권자의 범죄에 대하여 책임을 진다”고 규정함으로써 의사결정권자의 행위가 완전하게 범죄로서 성립되었을 때 의사결정권자의 행위와 동일시되는 단체의 행위도 비로소 범죄로 성립될 수 있다고 본 것은 당연한 귀결이었을 것이다. 또한 동 법률안의 모델이 된⁴⁹⁾ 독일 『질서위반법』 제30조 제1항⁵⁰⁾의 형식과 관련해서는 독일 『형법』 제19조 내지 제21조에 상응하는 『질서위반법』 제12조(책임(Verantwortlichkeit))에 따라 의사결정권자의 행위는 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 책임까지 입증되어야 한다고 해석되고 있다.⁵¹⁾

그러나 이와 같이 단체의 형사책임을 자연인인 의사결정권자의 책임에까지 종속시키는 경우 동 규정은 기업의 의사결정권자인 기업대표나 경영자가 직접 범죄를 범할 수 있는 단순하고 명확히 입증될 수 있는 사건들에서만 의미를 가질 수 있을 뿐이다.⁵²⁾

둘째 단체의 행위책임과 관련하여 독일 『형법』 제25조 이하에 정한 정범과 공범규정이 적용되는가의 문제가 제기된다. 즉 의사결정권자가 정범에 대하여 공범관계(공동정범, 교사 그리고 종범)가 성립되는 경우 단체도 공범으로 처벌되는가의 문제이다. 이와 관련하여 프랑스 『형법』 제121-2조 제1항은 법인의 형사책임에도 제121-4조 내지 121-7조에 정한 미수와 공범규정을 준용하도록 명문으로 규정하고 있다.⁵³⁾

그런데 문제는 행위책임이 자칫 단체의 관리감독책임을 무의미하게 만들 수 있다는 점이다. 왜냐하면 행위책임은 다양한 범죄유형에 의한다면 얼마든지 관리감독책임을 포함할 수 있기 때문이다. 즉 개인의 영역에서 종업원에 대한 상급자 또는 기업주의 관리감독책임은 (업무상)과실범의 단독정범이나 과실에 의한 부진정부작위범의 단독정범의 형태에 의한 정범으로도 그리고 (과실범의 공동정범을 인정하는 견해에 따르면) 이들 범죄유형의 공동정범이나 종범의 형태로도

49) Gesetzesantrag S. 43면.

50) 독일 『질서위반법』 제30조 【법인 및 사단에 대한 질서위반금】

(1) 다음 각호에 해당하는 사람이 범죄 또는 질서위반행위를 범하여 법인 또는 인적 회사에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 이를 통하여 부당한 이익을 얻거나 얻은 것이 명백한 때에는 법인 및 인적 회사(Personengesellschaft)에 대하여 질서위반금을 부과한다.

[생략]

51) 독일 『질서위반법』 제30조의 해석과 관련하여 Bohnert OWiG Rn. 7 zu §30.

52) 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면.

53) 프랑스의 법인처벌규정과 관련한 문제제기에 대해서는 Zieschang ZStW 115(2003) 117(124 f.).

얼마든지 구성할 수 있다는 점 그리고 이 때에도 그 책임은 상급자 또는 기업주 자신의 책임(*Schuld*)에 근거한 것이라는 점에 대해서는 학설이나 판례에서 이론이 없다.⁵⁴⁾ 따라서 기업운영에 실질적인 지배력을 가지는 의사결정권자가 형법상 중요한 관리감독의무를 위반하는 한 그것은 의사결정권자 자신의 형사책임으로 연결되고 이것은 단체책임에서는 행위책임이 된다. 따라서 단체의 관리감독책임은 의사결정권자(대표이사이든 이사회이든)에게 형법상의 책임을 추궁할 수 없는 관리감독의무의 위반행위가 문제가 되거나 혹은 단체 자체의 책임(*originäre Verantwortlichkeit*)에 근거했을 때에만 의미를 가질 수 있게 된다. 그런데 형법상 무의미한 관리감독의무의 위반행위를 근거로 단체에게 형사책임을 부담시키는 것은 결과적으로 단체에게 결과책임을 부담시키는 것이 되어 (단체)책임원칙에 반한다. 또한 단체는 의사결정권자의 행위를 중개하여 행위할 수밖에 없다면 단체 자체의 관리감독책임을 의사결정권자의 관리감독책임과 무관하게 구성할 수 없으며 동 법률안 제2조 제2항도 단체 자체가 아닌 자연인인 의사결정권자의 관리감독의무 위반이 단체의 형사책임에 연결됨을 명문으로 규정하고 있다.

따라서 법률안 제2조 제2항에 규정한 단체의 관리감독의무가 의미를 가질 수 있다면 그것은 후술하는 바와 같이 개인의 영역에서 의사결정권자의 관리감독의무의 준수와 결과발생의 방지 간에 요구되는 엄격한 가설적 인과관계를 현저하게 완화해줄 수 있다는 데에서 찾을 수 있을 것이다.

2. 관리감독책임

법률안 제2조 제2항은 “의사결정권자가 지휘·선임·관리·감독을 위한 기대가능한 조치, 특히 기술적, 조직적 또는 인적 조치를 취했다면 당해 범죄행위를 방지하거나 또는 당해 범죄행위의 발생을 본질적으로 곤란하게 할 수도 있었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 인하여 이러한 조치를 취하지 아니하여 단체의 업무와 관련하여 단체관련 위반행위가 발생한 때에는 단체에 대하여 단체제재를 과한다”고 규정하여 단체의 지휘·선임·관리·감독책임(이하 “관리감독책임”이라 한다)을 규정한다. 이처럼 단체의 관리감독책임을 종속모델로 구성한 입법례로는 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제3항 제2호와 독일 『질서위반법』 제130조 제1항 등을 들 수 있다.⁵⁵⁾

이 때 법률안 제안자는 단체의 관리감독책임을 단체 내의 영역에 국한하지 않고 자(子)회사에 대하여 실질적인 지배력을 행사하는 한 모(母)회사의 자회사에 대한 관리감독의무까지를 포괄하는 것으로 이해하고 있다.⁵⁶⁾ 이러한 해석을 가능하게 하는 것은 무엇보다도 의사결정권자를

54) 이에 관한 상세한 것은 김유근, “선임감독자의 ‘일반적인’ 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형 - 부진정부작위범과 업무상과실범을 중심으로 -”, 『형사법연구』, 제22권 제2호(2010 여름), 187면 이하 참조.

55) 이에 대하여 폴란드 『형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제5조는 1. 집단주체가 제3조 제2호 또는 제3호에 정한 자연인을 필요한 주의를 기울이지 아니하고 선임하거나 또는 충분히 감시하지 아니하거나, 2. 제3조 제1호 또는 제4호에 정한 자연인의 범죄가 집단주체 측의 불충분한 근로조직구성에 의하여 가능했거나 또는 3. 집단주체가 정상적 주의를 기울였다면 해당 범죄를 방지할 수 있었을 것이라는 사실이 인정되는 때에 단체의 형사책임을 인정함으로써 선임상의 주의의무위반, 조직상의 책임(*Organisationsverschulden*) 그리고 관리·감독상의 주의의무위반을 구분하여 구체적으로 규정하고 있다.

56) Gesetzesantrag S. 47 f.

그 형식을 불문하고 실질적인 지배력을 행사하는 의사결정권자로 규정하고 있는 점(제1조 제3항 d)⁵⁷⁾) 그리고 관리감독의무의 준수로 인하여 개인의 단체관련 위반행위의 발생을 현저하게 곤란하게 하는 정도의 가설적 인과관계만으로도 단체에게 형사책임을 부과할 수 있도록 하여 입증책임을 완화하고 있다는 데에서 찾을 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 법률안 제2조 제2항에 정한 단체의 관리감독책임은 단체가 자연인인 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위에 대하여 관리감독의무의 직접위반자로서의 책임을 부담하는 종속적인 형태를 가지고 있다. 따라서 앞서 단체의 행위책임과 관련하여 종속모델에 대하여 제기한 문제점들은 여기에서도 그대로 적용된다. 물론 법률안의 제안자들은 단체의 책임을 단체 내에서 범죄행위가 발생할 수 있도록 허용하거나 용이하게 하거나 또는 심지어 조장하도록 한 조직구조상의 흠결(*Organisationsverschulden*)에서 찾고⁵⁸⁾ 객관적·주관적 구성요건요소가 다수의 의사결정권자에게 분산된 경우에도 종합적으로 판단할 때 구성요건해당성을 인정할 수 있다고 보고 직접행위자인 종업원이 반드시 특정될 필요가 없다고 보고 있지만, 단체에게 책임을 귀속시키기 위해서는 의사결정권자의 관리감독의무의 위반행위는 반드시 입증되어야 한다.

이처럼 단체의 관리감독책임을 종속모델로 구성하는 경우에 나타나는 문제점들을 극복하기 위해서 단체 스스로의 독립적인 관리감독책임을 구성하고 있는 것이 바로 스위스 『형법』 제102조 제2항, 스페인 형법 제31-bis조 제1항 후단 또는 폴란드 『형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』 제5조에 정한 독립모델(*originäres Model*)이다. 즉 동 규정은 당해 기업이 해당 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 당해 기업을 자연인의 처벌과는 상관없이 처벌하도록 함으로써 의사결정권자의 책임으로 환원되지 않는 기업의 관리감독책임을 추궁한다.

단체의 관리감독책임과 관련하여 또 다른 문제는 단체의 관리감독책임을 법률안 제2조 제2항의 방식으로 규정할 때 그 법적 성격이 무엇인가라는 문제이다. 즉 동 규정의 관리감독의무의 위반행위의 범죄유형은 결과범인가 아니면 거동범인가 그리고 침해범인가 아니면 위험범인가라는 문제가 바로 그것이다.

종래의 논의에 따르면 법인의 관리감독책임은 종업원의 범죄행위를 전제로 한다는 점에서 결과범이고, 법인은 종업원이 고의 또는 과실로 범죄행위를 발생시키는 것을 방지하기 위하여 기대가능한 모든 인적·물적·조직적 조치를 취했어야 함에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 않았다는 부작위에 대한 책임을 추궁하는 것이라는 점에서 부진정부작위범이며, 관리감독의무는 부진정부작위범의 주관적 작위의무이자 객관적 주의의무라는 점에서 과실범으로 구성하는 것이 일반적이었다⁵⁹⁾(특히 스위스 형법 제102조 제2항).

그러나 종래의 법인의 형사책임의 구성방식과 동 규정의 규정방식은 정확히 일치하지는 않는다.

57) 의사결정권자의 범위와 관련하여 제1조 제3항 d)는 다음과 같이 규정하고 있다: “법인 또는 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적인 지배력을 행사하는 지위에서 경영을 감독하거나 또는 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다”.

58) Gesetzesantrag S. 27 f.

59) 대표적으로 Heine, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos Verlag, 1995, S. 248 ff..

동 규정은 당해 관리감독의무의 이행으로 종업원의 범죄행위의 발생을 방지할 수 있었을 것이라는 사실이 인정되는 경우에만 부작위에 대한 책임을 추궁하는 것이 아니라 설령 관리감독의무의 이행이 종업원의 범죄행위를 현실적으로 방지할 수 없는 것이라고 하더라도 결과발생을 “본질적으로 곤란하게 했을 것”이라는 사실이 인정되는 때에는 부작위에 대한 책임을 추궁함으로써 관리감독의무의 준수와 결과발생의 방지 간의 가설적 인과관계에 대한 입증책임을 현저히 완화하고 있다.⁶⁰⁾ 이러한 의미에서 동 규정은 그 실질에 있어서 부진정부작위범을 결과범 뿐만 아니라 거동범에게까지 확대하고⁶¹⁾ 작위와 결과발생 간의 인과관계와 관련해서는 위험감소이론(*Risikoverringerungslehre*)⁶²⁾을 적용한 것과 마찬가지로의 결과가 되기 때문에(예컨대 행위자의 작위에 의하여 결과발생의 위험을 감소시킬 수 있었을텐데라는 가설적 인과관계) 결과범으로 규정된 독일 『형법』 제13조의 부진정부작위범으로는 동 규정의 관리감독책임을 설명할 수 없게 된다.⁶³⁾ 그런데 이 때 과실로 관리감독의무를 이행하지 아니한 경우 과실로 인하여 거동범을 범하는 범죄유형이 되어 그 실질에 있어서는 결국 추상적 위험범의 형식을 가지게 되어 종국적으로는 부작위에 의한 추상적 위험범이라는 범죄유형이 된다. 이렇게 본다면 동 규정은 추상적 위험범을 통하여 법익보호기능을 결과범에 비하여 훨씬 이전단계로 앞당김으로써 단체에게 가중된 책임을 부과시키고 있다고 볼 수 있다.

이러한 의미에서 독일의 학설의 지배적인 견해⁶⁴⁾가 동 규정의 모범이 된 독일 『질서위반법』 제130조 제1항을 진정부작위범이자 추상적 위험범으로 해석하고 있는 것도 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 그리고 오스트리아 『단체책임법』 제3조 제3항 제2호가 “의사결정권자가 특히 범죄를 방지하기 위하여 기술적, 조직구조적 또는 인적으로 본질적인 조치를 취하지 않는 등, 상황에 따라 요구되고 기대가능한 주의를 게을리함으로써 범죄의 실행을 가능하게 하거나 또는 본질적으로 용이하게 한 경우”에 단체에 대하여 관리감독책임을 부담시키고 있는 것도 동 법률안의 관리감독책임을 규정방식과 유사한 것이라고 말할 수 있다.

마지막으로 동 법률안 제안이유서는 다수의 행위자가 구성요건적 결과발생에 관여한 경우 실제로 구성요건적 결과를 발생시킨 직접행위자의 특징을 요하지 않는다고 서술하고 있는데⁶⁵⁾ 이것은 단체책임을 인정하는 중요한 이유들 중의 하나가 개인의 책임귀속상의 어려움 때문에 발생하는 가벌성의 흠결이라는 점에 착안한 것이다. 또한 동일한 이유 때문에 스페인 『형법』 제31-bis조 제2항은 구체적인 책임있는 자연인이 확인될 수 없거나 또는 이 자에 대하여 공소가 제기되지 아니한 때에도 단체는 형사책임을 부담하도록 규정하고 있다.

60) Gesetzesantrag S. 47.

61) 부진정부작위범을 결과범 뿐만 아니라 거동범에 대해서까지 확대하고 있는 입법례로는 스위스 『형법』 제11조 제2항을 들 수 있다.

스위스 『형법』 제11조 제2항 “의무에 반하여 행위하지 아니한 자란 다음 각호에 정한 근거에 의하여 부여된 자신의 법적 지위상 형법의 보호법익에 대한 위험이나 침해를 방지할 의무가 있음에도 불구하고 이를 방지하지 아니한 자를 말한다”.

62) 위험감소이론에 대해서는 Roxin AT §11 Rn 53 f.; Kindhäuser AT §11 Rn. 13 ff.

63) 또한 진정부작위범과 부진정부작위범의 구별과 관련하여 형식설을 취하는 경우에도 독일 『형법』 제13조는 단체형법 법률안 제2조 제2항에 적용될 여지는 없을 것이다.

64) 이에 관한 상세한 것은 KK-Rogal/Rn. 15 zu §130; Bohnert OWiG Rn. 2 zu §130.

65) Gesetzesantrag S. 46.

그런데 만약 그렇다면 직접행위자의 특정불가능성으로 인하여 범죄성립요건인 구성요건해당성이나 위법성을 심사하여야 할 대상이 없어지기 때문에 애초부터 범죄의 성립 자체를 입증할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다. 따라서 발생한 제3자에 대한 피해가 범죄에 의한 것인지 사고에 의한 것인지 아니면 자연현상에 의한 것인지를 여부를 판단할 수 없게 되어 결국 단체는 발생한 피해에 대하여 절대적인 결과책임을 부담하는 것과 동일한 결과가 발생하게 된다.

그런데 법인의 형사책임을 인정하려는 가장 중요한 이유들 중의 하나가 기업으로부터 발생한 구성요건적 결과는 많은 경우 일 개인의 책임으로 귀속시킬 수 없거나 또는 귀속시킬 개인을 찾을 수 없는 경우가 많다는 데에 있다고 본다면, 동 법률안 제2조 제2항에 정한 단체의 관리감독책임은 애초부터 찾기 곤란한 개인을 찾아내어야 하는 과제를 해결하여야 하는 문제에 직면하게 된다.⁶⁶⁾ 즉 개인의 책임귀속상의 문제를 해소하기 위하여 도입한 관리감독책임이 역설적으로도 개인의 책임귀속상의 문제를 해결하지 않고서는 적용할 수 없게 되어 결국 개인의 책임귀속상의 문제가 법인처벌에 의하여 해결된 것이 아니라 단순히 법인처벌의 문제로 옮겨갔을 뿐이라는 점이다.⁶⁷⁾ 이러한 문제는 우리나라의 양벌규정에서 직접행위자가 특정될 필요가 없다고 보는 경우⁶⁸⁾에도 동일하게 발생하는 문제이다.⁶⁹⁾

3. 형사책임의 승계

본래 형사제재의 일신전속적인 성격 때문에 개인의 경우 형사제재의 승계라는 것은 전혀 인정될 수 없는 것에 대하여 법률안은 단체구성원의 교환가능성 및 단체의 독립성을 근거로하여 단체 사이에서 형사제재를 승계할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 동 법률안 제2조 제4항은 단체의 분할·합병으로 인하여 설립된 단체가 기존의 단체의 권리·의무를 승계하는 경우 승계자가 권리·의무의 이전의 시점에 피승계자의 범죄행위의 전부 또는 일부를 알고 있었거나 또는 중과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 단체제재를 승계자에게 부과할 수 있도록 하는 한편(전단), 피승계자에게 부과된 제재는 승계자에게도 미치도록 하고 있다(후단). 그러나 이 때 단체의 승계자가 해당 단체가 단체범죄를 범했다는 사실을 알고 있거나 중과실로 알지 못했다는 사실만으로 형사책임을 승계받는 것은 아니며 단체의 승계자에게 피승계자와의 경제적 동일성과 단일

66) 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면.

67) 김유근, 앞의 글.

68) 법인의 선임감독상의 과실과 관련하여 “양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다”. 대법원 2006.2.24. 선고 2005도7673 판결[미간행]; 대법원 1987.11.10. 선고 87도1213 판결. 우리나라에 법인처벌을 도입하는 경우 법인의 책임을 자연인의 행위에 종속시켜서는 안된다는 견해로는 이천현, “법인의 범죄주체능력과 형사책임”, 형사법연구, 제22호(2004 겨울) 특집호, 한국형사법학회, 65면 이하, 77면; 김종덕, “기업범죄에 있어서 개인의 형사책임”, 법학연구, 제18집(2005), 한국법학회, 334면 이하. 같은 취지로는 박기석, “판례와 사례 분석을 통한 기업범죄 처벌의 개선방안”, 형사정책, 제20권 제2호(2008), 한국형사정책학회, 85면 이하. 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책, 제21권 제1호(2009.6.), 한국형사정책학회, 356면 이하.

69) 이처럼 직접행위자의 불특정성으로 인한 가벌성의 흠결을 보충하기 위하여 구상된 것이 바로 스위스 『형법』 제102조 제1항에 정한 기업의 보충적 책임(subsidiäre Verantwortlichkeit)이다. 이에 관한 상세한 것은 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 73면 이하.

성이 인정되는 때에 국한된다(제1조 제4항⁷⁰⁾).

이것은 단체관련 위반행위 또는 관리감독의무의 위반행위의 혐의를 받고 있거나 혹은 이미 기소된 단체가 기존의 단체를 해소하고 그 경제적 동일성과 단일성을 유지한채(제1조 제4항) 분할·합병을 통하여 설립된 단체를 구성함으로써 변칙적으로 형사책임을 회피하는 것을 방지하기 위한 조치이다.⁷¹⁾⁷²⁾

이러한 책임의 승계 내지 연대책임은 새로운 것은 아니다. 즉 예컨대 우리나라 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』 제55조의5는 (비록 행정벌이기는 하지만) 과징금과 관련한 연대납부의무를 규정하고 있다. 즉 동조 제1항은 과징금을 부과받은 회사인 사업자가 분할 또는 분할합병되는 경우(부과일에 분할 또는 분할합병되는 경우를 포함한다) 그 과징금은 1. 분할되는 회사, 2. 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 3. 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우의 그 다른 회사가 연대하여 납부할 책임을 진다고 규정하고 있다. 또한 과징금을 부과받은 회사인 사업자가 분할 또는 분할합병으로 인하여 해산되는 경우(부과일에 해산되는 경우를 포함한다) 그 과징금은 1. 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 2. 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우의 그 다른 회사가 연대하여 납부할 책임을 진다(동조 제2항).

V

형사제재

단체에 대한 형사제재는 크게 단체형벌(Verbandsstrafen)과 단체보안처분(Verbandsmaßregeln)으로 구분된다(제4조). 단체형벌에는 단체벌금(제6조), 형의 선고유예(제7조) 그리고 판결의 공시(제9조) 등이 있으며, 단체보안처분에는 보조금의 제한(제11조), 정부조달사업에서의 입찰의 제한(제10조) 그리고 단체의 해산(제12조) 등이 있으며, 그 밖에 형의 면제(제5조)와 보호관찰과 보호관찰시의 의무사항 및 준수사항(제8조)에 관한 규정들을 두고 있다.

1. 형사제재의 면제

형사제재와 관련하여 법률안 제5조는 형사제재의 면제에 관하여 정하고 있다. 즉 ① 단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취하거나,

70) 법률안 제1조 “(4) 이 법에서 승계자란 포괄승계 또는 분할(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제123조)에 의한 부분적 포괄승계의 방식으로 다른 단체로 대체된 단체를 말한다. 다른 종류의 기업변동 내지 특정승계라고 하더라도 양수인이 양도인의 모든 본질적인 경제적 재산을 양도받고 양도받은 경제적 재산을 본질적으로 동일한 방식으로 사용하는 때에는 이들 기업변동과 특정승계는 포괄승계와 같은 것으로 본다”.

71) Gesetzesantrag S. 50.

72) 그 밖에 법률안은 단체가 형사책임을 회피하는 것을 방지하고 단체에 대한 형사소송절차와 형사제재의 확실성을 담보하기 위한 조치로서 일정한 요건 하에서 단체의 과거 3 사업연도의 총액 평균의 100분의 10에 해당하는 가액을 압류할 수 있도록 하고(제20조 제1항) 단체의 자의에 의한 해산을 금지한다(제20조 제3항).

② 중대한 피해가 발생하지 아니하거나 ③ 피해의 대부분을 회복시킨 때에는 법원은 단체제재를 면제할 수 있다(동조 제1항). 또한 ④ 단체가 자발적인 노력으로 단체범죄가 규명될 수 있도록 협력하고 그리고 죄의 입증을 위한 증거를 수사기관에 제공하는 데에 본질적으로 기여한 때에도 법원은 형을 면제할 수 있는데,⁷³⁾ 이 때에도 단체는 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취하여야 한다(제2항). 이 때 단체가 죄의 입증을 위한 증거를 공판개시명령(형사소송법 제207조) 이후에 제공한 때에는 형을 면제하지 아니한다. 그리고 단체는 요청이 있는 때에는 이 때 취하게 되는 조직적 그리고 인적 조치에 관하여 석명하여 이를 입증할 의무를 부담한다(제3항).

이에 대하여 오스트리아 『단체책임법』 제19조는 다이버전(*Diversion*, 형사소추의 정지)을 정하여 이미 검찰의 수사단계에서 검사가 형사소추를 정지시킬 수 있도록 하고 있는데 다이버전은 본래 오스트리아 『형사소송규칙』 제198조 내지 제209b조에 규정되어 있는 것을 단체책임법에 도입한 것이다. 독일의 경우 형사소송규칙에 다이버전을 규정하고 있지 않기 때문에 기소법정주의의 예외에 해당하지 않는 한 형사소추를 정지시킬 수 없는 것과는 대조된다.

2. 단체형벌

① 단체벌금은 일수벌금제에 따라 일수(日數)로 판결하도록 되어 있다(제6조 제1항). 이 때 일수정액은 단체의 과거 3 사업연도의 총액의 평균의 100분의 10을 360으로 나눈 가액으로 하되 일수정액의 하한은 100유로로 한다(동조 제4항). 이 때 부당이득환수의 의미를 가지는 추징(*Verfall*)은 징벌적 성격을 갖는 벌금과 달리 병과할 수 있다. 이와 관련하여 프랑스 『형법』 제132-12조 이하는 단체범죄의 누범에 대한 가중처벌규정을 두고 있는데 동 법률안에는 이러한 누범 또는 상습범 가중처벌규정을 두지 않고, 다만 단체해산의 사유로만 고려하고 있다(제12조). 특히 기업범죄의 경우 일회성의 범죄행위보다 상습적인 불법행위가 문제가 된다는 의미에서 프랑스의 입법례는 합리적인 것이라고 생각된다.

② 형의 선고유예는 범죄의 전체적인 정황을 고려하여 형의 선고가 필요하지 않으며, 준수사항이나 의무사항으로도 장래 재범가능성이 없고 그리고 법질서의 방어를 위하여 형벌이 필요하지 않다는 사실이 인정되는 때에 내릴 수 있다. 이 때 추징, 몰수 또는 판결공시를 병과할 수 있다. 그리고 형의 선고를 유예하는 때에는 법원은 1년 이상 3년 이하의 유예기간을 정하여(제8조 제1항) 보호관찰을 명하여야 한다(동조 제2항). 이 때 준수사항 또는 의무사항을 유죄의 선고를 받은 단체의 동의를 받아 명할 수 있다(동조 제3항). 그리고 법원은 1. 범행으로부터 발생한 피해를 회복하거나, 2. 공익시설 또는 국고에 일정 금액을 기부하거나 또는 3. 유사한 단체범죄

73) 이와 관련하여 기업에 대한 사건수사에 대한 협조를 실질적으로 강제하는 입법례도 있다. 예컨대 스위스 『형법』 제102조 제1항은 기업 내에서 발생한 범죄행위의 구성요건적 결과를 특정 개인에게 귀속시킬 수 없는 경우 기업에 대하여 개인의 책임귀속을 곤란하게 한 원인을 제공한 기업조직의 흠결에 대한 책임을 물어 기업에 대하여 형사책임을 부담하도록 하고 있는데(보충적 책임(*subsidiäre Verantwortlichkeit*)), 이것은 본래 기업구조를 합리화하고 투명하게 함으로써 기업 내의 책임소재를 명확히 할 것을 요구하는 것이지만, 다른 한편으로 기업으로 하여금 직접행위자의 특징을 위하여 사건수사에 적극적으로 협조할 의무를 부담시키는 것과 동일한 효과를 부여한다.

가 장래 발생하지 않도록 하기 위한 조직적 또는 인적 조치를 취하고 법원 또는 법원이 정한 감정인에게 정기적으로 이 조치에 관하여 보고하도록 명할 수 있다(동조 제3항).

③ 판결공시는 다중의 피해자가 발생한 때에 선고할 수 있다.

3. 단체보안처분

단체보안처분은 단체의 행위책임(제2조 제1항)이 문제될 때, 즉 단체의 의사결정권자가 직접 행위자로서 단체관련 위반행위를 범한 때에 내려진다.

① 단체의 의사결정권자가 조달, 건설 또는 서비스제공의 의무이행과 관련된 의무를 위반함으로써 단체관련 위반행위를 범하고 이로 인하여 단체가 180일수 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 법원은 단체가 응시자 또는 입찰자로서 경쟁제한(방지)법(GWB) 제98조 제1호 내지 제3호, 제5호 및 제6호에 정한 공공사업의 조달, 건설 또는 서비스제공에서의 입찰에 참여하는 것을 1년 이상의 기간을 정하여 전부 또는 일부 제한할 수 있다(제10조).

② 의사결정권자의 고의에 의한 단체관련 위반행위로 인하여 단체가 180일수 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 정부보조금의 전부 또는 일부의 지급을 제한할 수 있다. 다만 이미 청구권이 발생한 정부보조금에 대해서는 그러하지 아니한다(제11조).

③ 단체의 의사결정권자가 단체관련 위반행위를 상습적으로 범하고 단체의 범행의 정황과 조직을 종합적으로 판단할 때 단체가 존속하는 한 그 의사결정권자가 계속적으로 심각한 동종의 위반행위를 범할 위험이 있다고 인정되는 때에는 법원은 민법이 허용하는 한 단체의 해산을 명할 수 있다(제12조).

VI 형사소송절차

단체에 대한 형사소송절차는 원칙적으로 개인에 대한 형사소송절차를 정한 독일 『형사소송규칙(Strafprozessordnung)』과 『법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz)』을 단체범죄라는 특성을 감안하여 준용하도록 하고 있으며, 그렇기 때문에 자연인에게만 적용될 수 있는 규정들은 단체에 대한 형사소송절차에는 적용되지 않는다(제13조 제1항).⁷⁴⁾

이하에서는 단체에 대한 형사소송절차와 관련하여 주요내용만을 언급하도록 한다.

첫째 법률에서 달리 정하지 아니하는 경우 검사는 개인범죄의 경우와 마찬가지로(독일 『형사소송규칙』 제152조) 반드시 단체범죄를 기소하여야 하고(기소법정주의, 제14조 제1항) 이 때 단체관련 위반행위를 범한 직접행위자와 의사결정권자(행위책임의 경우) 그리고 관리감독의무를 위반한 의사결정권자도 공동피고인으로 기소된다.⁷⁵⁾ 단체에 대한 형사소송절차에서 기소법정주

74) 동 규정은 오스트리아 『단체책임법』 제14조 제1항 및 제2항을 그대로 받아들인 것이다. Gesetzesantrag S. 65.

75) 중국의 경우에도 단체와 직접행위자는 동시에 처벌된다고 한다(양벌제도). 까오민셴 주편·한상돈 역, 『중국 형법총

의를 취하고 있다는 점에서는 스위스와 오스트리아의 경우⁷⁶⁾와 크게 다르지 않으나, 미국이 기업의 기소와 관련하여 매우 상세한 매뉴얼⁷⁷⁾을 마련하고 있는 것과는 차이가 있다.

이와 관련하여 우리나라 양벌규정과 관련해서는 특별히 정한 바가 없다. 즉 양벌규정은 업무주의 관리감독책임과 관련하여 종업원의 행정법규 위반행위에 대한 관리감독책임을 개인인 업무주 “또는” 법인인 업무주에게 부담시킬 수 있도록 함으로써 어떤 요건 하에서 법인을 기소할 것인가에 대한 기준이 명확하지 않아 개인인 업무주를 기소할 것인지 아니면 법인을 기소할 것인지의 여부 자체가 전적으로 검사의 기소재량에 맡겨져 있다. 더욱이 문제는 개인의 기소와 법인의 기소가 양자택일적이고 배타적인 것인지 아니면 양자를 모두 기소할 수 있는 것인지의 여부조차 명확하지 않다. 만약 선택적인 것이라면 하나의 범죄행위에 대하여 형벌을 부과받을 자가 특정되어 있지 않아 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다. 즉 범죄구성요건에서 형벌의 부과대상은 행위시에 이미 특정되어 있어야 하는 것이지 사후에 선택적으로 정할 수 있는 것이어서는 안된다. 그렇다고 하여 개인인 업무주를 기소할 때 법인을 공동피고인으로 공소장에 기재하여 개인인 업무주의 관리감독 위반행위에 대한 입증이 자동으로 법인에 대한 양벌규정의 적용으로 귀결되는 것은 (특히 관리감독책임의 경우) 애초에 개인의 책임과는 구별되는 법인의 독자적인 관리감독책임을 인정하는 양벌규정의 취지(개인의 책임과 법인의 책임(*Criminal Compliance*의 위반)과의 구별)와도 조화되지 않을 뿐만 아니라 법인에 대해서는 대리인을 선임하도록 하고 있지 않기에 때문에 개인인 업무주는 자신의 면책을 위하여 법인에게 불리한 진술을 할 우려가 있는 것은 물론이다. 더욱이 양벌규정의 적용에서 직접행위자가 특정될 필요가 없다고 보거나 법인인 업무주만을 양벌규정에 의하여 기소하는 경우에는 심각한 문제를 야기한다. 즉 법인을 위하여 누구를 피고인석에 앉힐 것인가의 문제 뿐만 아니라 기업에 대한 형사소송절차에서 기업의 대표이사를 진술거부권이 없는 증인으로 채택할 수 있는가의 문제가 제기되는데, 만약 이를 긍정하게 되면 법인은 형사소송법상의 진술거부권과 자기부죄거부의 특권(*Nemo tenetur se ipsum accusare*)을 침해받게 된다.

둘째 단체의 행위책임과 관리감독책임을 추궁하게 되는 단체범죄(*Verbandsstraftaten*)에 대한 형사소송절차는 단체의 형사책임(행위책임과 관리감독책임)을 촉발시키는 기초가 되는 개인의 단체관련 위반행위(*verbandsbezogene Zuwiderhandlungen*)를 기준으로 정해진다. 이것은 단체범죄와 개인범죄인 단체관련 위반행위가 그 책임의 소재와 근거에서 서로 상이하기는 하지만⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 서로 분리해서 다룰 경우 단체와 개인에 대한 형사소송절차를 중복해서 진행하여야 하는 문제점이나 단체범죄의 규명을 위해서는 개인의 단체관련 위반행위의 규명이 전제되어야 한다는 등의 이유에서 오는 것으로 보인다. 예컨대 피해자의 소송참가와 관련하여 단체범죄의

론 연구』, 한국형사정책연구원, 2009, 338면.

76) 오스트리아 『단체책임법』 제13조(형사소송절차의 개시) 및 제18조(기소재량) 참조.

77) U.S. Attorneys' Manual (USAM) §§9-27.000 및 §§9-28.000 (http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9; 검색일: 2014년 6월 23일). 이에 관한 상세한 것은 Doyle, Charles, *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, Oct. 30. 2013, pp.8 참조.

78) 단체범죄의 경우 단체 자체의 책임인 조직상의 하자(Organisationsverschulden, Organisationsmangel)인데 대하여 개인범죄인 단체관련 위반행위의 경우 개인의 책임이라는 점에서 책임의 소재와 그 근거가 상이하다는 것은 법인의 형사책임을 인정하는 가장 중요한 근거들 중의 하나로 주장되는 것이다.

법익은 개인의 단체관련 위반행위에 의하여 결정되기 때문에 예컨대 개인의 단체관련 위반행위로 인하여 개인적 법익을 침해받은 사람은 『형사소송규칙』 제374조 및 제376조에 따라 검사에게 고소할 필요없이 사인기소(*Privatklage*)를 통하여 단체를 단체범죄로 기소할 수 있고 동법 제395조에 따라 단체에 대한 형사소송절차에 보조기소인(*Nebenkläger*)으로서 소송에 참가할 수 있도록 한 것은 이러한 고려가 반영된 것이라고 볼 수 있다.⁷⁹⁾

셋째 단체는 개인이 아니기 때문에 단체 자체가 피고인석에 앉을 수 없으며, 따라서 단체를 위한 대리인을 선임하도록 하고 있는데 단체에 대하여 포괄적인 (많은 경우 민사상의)⁸⁰⁾ 대리권을 가지고 있는 자(단체의 의사결정권자, 대표이사 등)가 대리인이 되며(제17조 제1항), 대리인은 단체를 위하여 형사소송법상의 피고인의 권리를 향유한다(제18조).

그런데 이 때 단체의 대리인이 단체관련 위반행위의 혐의를 받고 있거나 법률안 제2조 제2항에 의하여 관리감독 의무위반의 혐의를 받고 있는 경우 단체를 대리할 수 없고(제17조 제1항 제2문) 다른 대리인을 선임하거나 법정대리인을 선임받아야 한다(제19조). 이것은 오스트리아 『단체책임법』 제16조 제2항을 그 모델로 한 것으로서⁸¹⁾ 스위스 『형사소송규칙』 제112조 제3항도 동일한 규정을 두고 있다. 이것은 무엇보다도 공동피고인인 대리인과 단체 간의 이익충돌을 회피하기 위한 조치이다. 즉 대리인이 단체관련 위반행위나 또는 관리감독의무의 위반행위로 인하여 기소된 경우 단체에 대한 형사소송절차에서 공동피고인이 되기 때문에(제18조 제1항), 단체의 대리인이 동시에 단체에 대한 형사소송절차에서의 공동피고인이 되는 경우 단체에 대한 형사소송절차에서의 대리인의 증인적격의 문제가 발생하고 그리고 대리인이 자신의 면책을 위하여 단체에 대하여 불리한 진술을 할 수 있기 때문이다.⁸²⁾

넷째 단체에게 피고인의 모든 권리가 인정되는가와 관련하여 특히 자기부죄거부의 특권(*nemo tenetur se ipsum accusare*)을 인정할 것인가에 대하여 많은 논란이 있었으나 법률안 제18조 제1항은 단체는 자연인을 매개하여 행위한다는 점에 착안하여 “단체범죄로 인한 단체에 대한 형사소송절차에서는 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인도 피고인으로서 신문을 받는다”고 규정함으로써 간접적으로 단체에게 피고인의 모든 권리를 인정하고 있다.⁸³⁾ 법률안 제안이유서는 공정한 재판을 받을 권리를 규정한 유럽인권선언 제6조 제1항은 일정한 경우 법인에게도 보장되어야 한다는 유럽인권재판소의 결정⁸⁴⁾과 학설의 견해에 따라 단체에게 자기부죄거부의 특권을 단체에게 부여하는 것이 필요하다는 점을 밝히고 있다.⁸⁵⁾

이와 관련하여 스위스의 경우 2011년 1월 1일 통일 『형사소송규칙』이 시행되기 전까지의 스위스 (구)『형법』 제102a조 제2항은 “형사소송절차에서 기업을 대리하는 자는 피고인과 동등한 권리와 의무를 가진다. 제1항에 정한 자들 중 다른 사람들[기업에 대하여 민사상 전권위임을 받

79) Gesetzesantrag S. 65 f.

80) 스위스 『형사소송법』 제112조 제1항도 기업에 대하여 민사법상의 법률행위의 전권을 위임받은 자가 대리인이 되는 것으로 정하고 있다. 그 밖에 프랑스 『형사소송법』 제706-43조 제1항 참조.

81) Gesetzesantrag S. 72.

82) Gesetzesantrag S. 72; 스위스의 경우 BSK StPO-Engler N 52 zu Art. 112.

83) Gesetzesantrag S. 75.

84) EuGH, Rechtssache 374/87, Slg, 1989, S. 3343.

85) Gesetzesantrag S. 73 f.

은 자들 중에서 형사소송절차에서 기업의 대리인이 되지 아니한 자들]은 기업에 대한 형사소송 절차에서 증언할 의무를 부담하지 아니한다”고 규정함으로써 명문으로 자기부죄거부의 특권을 포함한 피고인의 권리를 단체에게 인정하고 있었으나⁸⁶⁾ 이 규정은 『형사소송규칙』에는 포함되지 않았다. 그것은 『형사소송규칙』 입법자들은 이러한 명문의 규정이 없더라도 단체에게 형사소송법상의 피고인의 권리를 인정하는 것은 당연한 것이라고 생각했기 때문이다.⁸⁷⁾

이에 대하여 미국의 경우 단체에 대해서는 수정헌법 제1조(표현의 자유), 제4조(위법한 압수·수색의 금지), 제5조(적정절차와 일사부재리의 원칙), 제6조(변호인의 도움을 받을 권리, 배심재판을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 자신에게 불리한 증인과 대면할 권리, 자신에게 유리한 증인을 확보하기 위하여 강제수단을 동원할 권리 등) 그리고 제8조(잔인하고 비통상적인 처벌의 금지(과도한 벌금))에 정한 권리들이 인정되지만, 수정헌법 제5조와 관련해서는 적정절차(*due process*)와 일사부재리의 원칙(*double jeopardy*)을 제외하고 대배심을 받을 권리(*Grand jury indictment*)와 자기부죄거부의 특권은 인정되지 않는 것으로 해석되고 있다.⁸⁸⁾

다섯째 자연인인 직접행위자 또는 관리감독자가 법률상의 이유로 인하여 형사소추되지 아니한 때에도 단체에 대한 형사소송절차는 진행시킬 수 있도록 함으로써 한편으로는 개인에 대한 형사소송절차와 분리되며, 다른 한편으로 다만 고소, 권한위임 그리고 처벌요구가 없이는 논할 수 없는 죄의 경우에는 이들 권리를 개인의 형사소송절차와 분리하여 단체에 대하여 행사할 수 없도록 함으로써 단체에 대한 형사소송절차를 개인에 대한 형사소송절차에 종속시키고 있다(제3조 제3항).⁸⁹⁾

독일 『질서위반법』 제30조 제4항은 원칙적으로 개인에 대하여 형사소송절차가 진행되지 아니하는 경우에도 개인에 대한 형사소송절차 또는 질서위반소송절차와 분리하여 법인에 대하여 단독으로 질서위반금을 부과할 수 있도록 규정하면서도(제1문 및 제2문),⁹⁰⁾ 개인을 “법률상의 이유”로 소추할 수 없는 때에는 법인에 대하여 단독으로 질서위반금을 부과할 수 없도록 규정하고 있는데(제3문), 법률안 제3조 제3항은 이 예외를 회피하기 위한 규정이다.⁹¹⁾ 따라서 단체에 대한 형사소송절차는 개인의 형사소추에서의 법률상의 이유로 인하여 정지되지 않으며 그 유일한 예외로서 고소, 권한위임 그리고 처벌요구의 행사만이 인정된다.

그런데 이 규정에서 특기할 만한 것은 우리나라(『형사소송법』 제233조)⁹²⁾나 스위스(『형법』 제32조 및 제33조 제3항)⁹³⁾와 같이 고소의 불가분성에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은 독일의 경우 고소의 주관적·객관적 불가분성은 부인되고 있는데 대하여,⁹⁴⁾ 동 법률안은 단체에

86) BSK StGB-Niggli/Fiolka N 80 ff. zu Art. 102a.

87) Botschaft 2005c, 1168. 이에 관한 상세한 것은 BSK StGB-Niggli/Fiolka N 83. zu Art. 102a.

88) 이에 관한 상세한 것은 Doyle, Charles, *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, Oct. 30. 2013, pp. 15.

89) Gesetzesantrag S. 52 f.

90) 이에 관한 상세한 것은 KK-Rogal/Rn 141 f. zu §30; Bohnert OWiG Rn. 49 zu §30.

91) Gesetzesantrag S. 52 f.

92) 양벌규정과 관련하여 대법원 1996.3.12. 선고 94도2423 판결. 고발(특히 전속고발)과 관련하여 판례는 주관적·객관적 불가분성을 인정하지 않는다(대법원 2004.9.24. 선고 2004도4066 판결). 이와 관련하여 이상돈, 『형법강의』, 113면은 양벌규정은 법인 중업원의 선임감독상의 과실을 처벌하는 데 그 본질이 있으므로 중업원의 범죄행위와 법인의 범죄행위는 별개의 범죄주체에 의해 별개의 범죄행위가 되며, 고소도 별개로 이루어져야 한다고 비판한다.

93) 이에 관해서는 BSK StGB-Riedo N 22 ff. zu §32.

대한 형사소송절차에서 이를 인정하고 있다는 점이다. 이것은 단체에 대한 형사소송절차는 개인의 형사소송절차에 어느 정도 종속적일 수밖에 없다는 점을 나타낸 것이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 예컨대 일본 『형사소송법』 제238조⁹⁵⁾가 고소의 (주관적) 불가분성에 대하여 규정하면서도 특히 각 법률의 양벌규정에 고소의 불가분성을 명문으로 규정하고 있는 것도 이러한 고려에 근거한 것이라고 볼 수 있다.⁹⁶⁾

이러한 점에서 우리나라의 경우 고소와는 달리 예컨대 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』 제71조, 『하도급거래 공정화에 관한 법률』 제32조 또는 『대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률』 제42조 등의 고발의무자의 전속고발권⁹⁷⁾의 불가분성이 인정되지 않고 있는 것을 입법적으로 해결하는 것도 고려할 만한 것이라고 생각한다.

다섯째 개인의 경우 재판의 확실성을 담보하기 위하여 구속상태에서 재판을 받도록 하는 것과 마찬가지로 법률안 제20조는 단체가 형사소송절차를 회피하지 못하도록 형사소송절차의 확실성을 담보하기 위한 조치를 강구하고 있다.⁹⁸⁾ 즉 단체에게 단체범죄에 대한 고도의 혐의가 인정되고 그 정황상 단체의 의사결정권자가 단체의 재산을 처분하려고 하거나 또는 단체에 대하여 형사소송절차가 진행되는 것을 회피할 목적으로 단체를 해산하려고 한다는 고도의 혐의가 인정되는 때에는, 단체의 최근 3 사업연도에 취득한 총 매출의 평균의 100분의 10까지의 재산에 대하여 압류를 명하거나(제1항), 해산등록을 금지하도록 명할 수 있도록 하고 있다(제3항).

VII

결론

이상에서는 독일 단체형법 제정법률안을 검토하였다.

동 법률안이 장래 우리나라에서 법인의 형사책임을 도입하는 하나의 모델로 기능할 수 있는가에 대해서는 긍정적인 측면과 부정적인 측면이 있음을 알 수 있다.

긍정적인 측면으로서는 동 법률안은 대륙법계 형법에서도 법인의 일반적인 형사책임을 도입하기 위한 하나의 방식을 제시하였다는 점 그리고 전통적인 형법이론과 조화시킬 수 있는 가능성을 제시하였다는 점이다.

다른 한편으로 부정적인 측면으로는 동 법률안은 형법이론으로부터 도출된 이론적 귀결이라기 보다는 오히려 경제범죄 분야에서 죄를 범한 기업에 대한 당벌성의 요구와 형사정책적 결단

94) Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben Rn 42 ff. zu §77.

95) 이에 관해서는 白鳥祐司, 『刑事訴訟法 第7版』, 日本評論者, 2012, 96頁以下.

96) 예컨대 일본 『특허법』 제201조 제2항 “전항의 경우 당해 행위자에 대한 전조 제2항의 고소는 그 법인 또는 개인[업무주]에 대해서도 효력을 가지며, 법인 또는 개인에 대한 고소는 당해 행위자에 대해서도 효력을 갖는다”.

97) 물론 전속고발권의 문제점과 관련하여 2013년 7월 16일의 개정으로 고발의무가 신설되고 고발권자의 범위가 확대되기는 했다. 예컨대 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』 제71조 제4항과 제5항: ④ 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다. ⑤ 제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.

98) Gesetzesantrag S. 80 ff.

에 근거한 것이기 때문에 그런 만큼 전통적인 형법이론과의 충돌은 회피하기 어려우며 이상에서도 단체의 대상범죄의 규정, 책임귀속방식, 형사제재 그리고 형사소송절차에서 많은 문제점들이 지적되었다는 점이다. 물론 단체의 일반적 형사책임을 도입할 것인가의 여부는 많은 경우 정책입안자의 형사정책적 고려에 크게 좌우되는 것이 사실이지만, 문제는 형사법이론과의 괴리를 좁히지 못하는 한 그 실제적인 적용과정에서 많은 해석상의 문제들이 노출될 것으로 예상된다는 점이다. 따라서 보다 법인의 일반적 형사책임을 보다 정치한 이론구성에 기반을 두지 않는 한 형법체계와의 조화를 달성하기는 어려울 것이다.

VIII

참고자료

본 참고자료는 본 원고의 이해를 돕기 위하여 법인의 형사책임과 관련한 외국의 주요 입법례를 번역한 것이다. 이 중에서 독일 단체형법과 질서위반법을 제외하고, 오스트리아, 프랑스, 스위스, 영국, 스페인, 폴란드 그리고 중국의 관련규정의 발췌는 본 논고의 이해를 위하여 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 한양법학, 제24권 제3호(2013.8.), 83면 이하에 수록되어 있던 것을 그대로 옮겨 놓은 것이다.

1. 독일

가. 『단체형법 (Verbandsstrafgesetzbuch)』

단체형법 (Verbandsstrafgesetzbuch, VerbStrG)

제1편 단체범죄(Verbandsstraftaten)

제1조 【인적 및 물적 적용범위】

- (1) 이 법에서 단체(Verband)란 사법상 또는 공법상 법인, 권리능력없는 사단 및 재단(nicht rechtsfähiger Verein) 또는 권리능력있는 인적 회사(rechtsfähige Personengesellschaft)를 말한다.
- (2) 이 법에서 위반행위(Zuwiderhandlung)란 형법에 반하는 행위로서 국가권력작용의 행사와 관련되지 아니하는 위반행위를 말한다. 위반행위를 범하여 단체에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 위반행위를 통하여 부당한 이익을 얻었거나 그러한 이익을 얻기로 예정되어 있던 때에는 당해 위반행위는 단체관련성(verbandsbezogen)이 있는 것으로 본다.
- (3) 이 법에서 의사결정권자(Entscheidungsträger)란 다음 각 호에 해당하는 사람을 말한다.
 - a) 법인의 경우 대표권을 가지는 기관 또는 기관의 구성원
 - b) 권리능력없는 사단 및 재단의 경우 이사 또는 이사진의 구성원

- c) 권리능력있는 인적 회사의 경우 대표권을 가지는 사원
 - d) 법인 또는 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적인 지배력을 행사하는 지위에서 경영을 감독하거나 또는 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다.
- (4) 이 법에서 승계자란 포괄승계 또는 분할(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제123조)에 의한 부분적 포괄승계의 방식으로 다른 단체로 대체된 단체를 말한다. 다른 종류의 기업변동 내지 특정승계라고 하더라도 양수인이 양도인의 모든 본질적인 경제적 재산을 양도받고 양도받은 경제적 재산을 본질적으로 동일한 방식으로 사용하는 때에는 이들 기업변동과 특정승계는 포괄승계와 같은 것으로 본다.

제2조 【단체범죄(Verbandsstraftaten)】

- (1) 의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위(verbandsbezogene Zuwiderhandlung)를 범한 때에는 단체에 대하여 단체제재(Verbandssanktion)를 과한다.
- (2) 의사결정권자가 지휘·관리·감독을 위한 기대가능한 조치, 특히 기술적, 조직적 또는 인적 조치를 취했다면 당해 범죄행위를 방지하거나 또는 당해 범죄행위의 발생을 본질적으로 곤란하게 할 수도 있었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 인하여 이러한 조치를 취하지 아니하여 단체의 업무와 관련하여 단체관련 위반행위가 발생한 때에는 단체에 대하여 단체제재를 과한다.
- (3) 제2항의 경우 범죄행위가 외국에서 범해진 때에는 당해 범죄행위가 그 소재지가 이 법의 적용범위에 있는 단체와 관련있는 경우에 한하여 단체제재를 과한다. 이 때 형법 제3조 내지 제7조의 적용에는 영향을 미치지 아니한다.
- (4) 승계자가 권리이전의 시점에 범죄행위의 전부 또는 일부를 알고 있었거나 또는 중과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 단체제재를 승계자에게 과한다. 피승계자에게 부과된 제재는 승계자에게도 미친다.

제3조 【일반규정】

- (1) 형법총칙은, 그 규정이 자연인에만 적용될 수 있는 규정이 아니하는 한 그리고 이 법이 달리 정하지 아니하는 한, 제2조 제1항 및 제2항(단체범죄)에 정한 죄에 적용한다.
- (2) 단체범죄의 공소시효는 단체가 범한 죄의 법정형에 따른 공소시효에 따르되, 해당 법정형은 형법총칙에 따른 형의 가중 또는 감경규정이나 특히 중한 또는 경한 경우⁹⁹⁾에 적용되는 형의 가중 또는 감경규정을 고려하지 아니한다. 시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다. 범죄행위의 구성요건에 속하는 결과가 사후에 발생한 때에는 시효는 이 시점으로부터 진행한다. 단체에 대하여 형법 제78c조 제1항에 정한 행위가 있는 때에는 공소시효는 정지된다.
- (3) 단체관련 위반행위가 고소, 권한위임 또는 처벌요구가 있어야 공소를 제기할 수 있는 죄인 때에는 이러한 권리들은 분리하여 행사할 수 없다.

99) besonders schwere oder minder schwere Fälle.

제4조 【단체제재】

- (1) 단체형벌(Verbandsstrafen)의 종류는 다음과 같다.
 1. 단체벌금(Verbandsgeldstrafe)
 2. 형의 선고유예(Verbandsverwahrung mit Strafvorbehalt)¹⁰⁰⁾
 3. 판결공시
- (2) 단체보안처분(Verbandsmaßregeln)의 종류는 다음과 같다.
 1. 보조금 지급의 제한
 2. 공공사업에의 입찰참여의 제한
 3. 단체의 해산

제5조 【제재의 면제】

- (1) 단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취하거나, 또는 중대한 피해가 발생하지 아니하거나 피해의 대부분을 회복시킨 때에는 법원은 단체제재를 면제할 수 있다.
- (2) 단체가 자발적인 공개를 통하여 단체범죄가 규명될 수 있도록 하고 그리고 죄의 입증을 위한 증거를 수사기관에 제공하는데 본질적으로 기여한 때에는, 단체가 장래 유사한 단체범죄의 발생을 방지하기 위하여 충분한 조직적 또는 인적 조치를 취한 경우에 법원은 형을 면제할 수 있다.
- (3) 단체는 요청이 있는 때에는 제1항과 제2항의 조직적 그리고 인적 조치에 관하여 설명하여 이를 신뢰할 수 있도록 하여야 한다.
- (4) 제2항의 경우 단체가 죄의 증명을 위한 증거를 공판개시명령(형사소송법 제207조) 이후에 제공한 때에는 형을 면제하지 아니한다.

제6조 【단체벌금】

- (1) 단체벌금은 일일벌금 일수(Tagessätze)로 산정하여 선고한다. 단체벌금의 하한은 5일수로 하고 법률에 달리 정하지 아니하는 때에는 그 상한은 360일수로 한다.
- (2) 판결에서 일일벌금 일수와 일수정액을 선고한다.
- (3) 양형에서 법원은 단체에 대하여 긍정적이거나 부정적인 정황들을 상호 양정한다. 이 때 예컨대 단체관련 위반행위의 경중과 영향, 단체의 조직상의 하자(Organisationsmangel)의 종류, 경중 그리고 조직상의 하자가 지속된 기간, 유사한 범죄의 방지를 위하여 단체가 취한 모든 조치들, 재범가능성 그리고 범행 후의 정황, 특히 피해회복을 위한 노력 등을 고려한다.
- (4) 일일벌금의 일수정액은 단체의 수입에 따라 정하되 그 밖의 경제능력을 고려한다. 일일벌금의 일수정액은 연 수입을 360으로 나눈 가액을 기준으로 정하되 일수정액의 하한은 100 Euro¹⁰¹⁾

100) “Verbandsverwahrung mit Strafvorbehalt”는 “형의 선고유예부 단체에 대한 경고”로 직역할 수 있으나 독일 형법 제 59조 이하에 정한 “Verwahrung mit Strafvorbehalt”를 형의 선고유예로 번역되고 있기 때문에(법무부, 독일형법, 2008.5., 43면 이하) 여기에서도 “형의 선고유예”로 번역하기로 하고 번역하기로 한다.

101) 2014년 5월 30일 현재 100유로는 138,943원이다.

로 한다. 단체형벌은 기업 또는 그룹의 총 매출의 평균의 100분의 10을 초과하지 못한다.

(5) 수입과 총 매출은 추산될 수 있다. 조사의 대상이 되는 것은 판결확정 직전 최근 3 사업연도의 국내외의 매출이 되며 이 때 경제적 동일성(단일체)로 인정될 수 있는 한 모든 자연인과 법인의 매출을 포함한다.

(6) 단체벌금을 승계자에게 부과하는 때에는 권리이전 시점에서의 피승계자의 경제능력에 따라 정한다.

제7조 【형의 선고유예】

(1) 법원은 다음 각호의 요건을 모두 충족하는 경우에 유죄를 선고하고 벌금을 정한 후 형의 선고를 유예할 수 있다.

1. 범행을 종합적으로 판단하면서 단체의 의무위반의 종류와 규모 그리고 의사결정권자의 신뢰성을 고려할 때 벌금형의 선고가 필요하지 아니하는 경우
2. 의무사항 또는 준수사항의 선고만으로도 장래의 단체범죄를 예방할 수 있다고 기대할 수 있는 경우
3. 범질서의 방위를 위하여 형의 선고가 요구되지 아니하는 경우

(2) 선고유예와 함께 추징, 몰수 또는 폐기를 명할 수 있다. 판결공시를 명할 수 있다.

제8조 【보호관찰기간, 의무사항 그리고 준수사항】

(1) 법원은 보호관찰기간을 정한다. 보호관찰기간은 1년 이상 3년 이하로 한다.

(2) 법원은 형의 선고를 유예받은 단체에 대하여 다음 각호의 사항을 명할 수 있다.

1. 범행으로부터 발생한 피해의 회복
2. 공익시설 또는 국고에 일정 금액의 납부
3. 유사한 단체범죄가 장래 발생하지 않도록 하기 위한 조직적 또는 인적 조치를 취하고 법원 또는 법원이 정한 감정인에게 정기적으로 이 조치에 관한 보고를 할 것

(3) 제2항 제3호에 정한 준수사항은 유죄판결을 받은 단체의 동의를 얻어 명할 수 있다. 이 때 형법 제59b조와 제59c조를 준용한다.

제9조 【판결공시】

(1) 단체범죄로 인하여 다수의 사람들이 피해를 입은 때에는 법원은 판결의 공시를 명할 수 있다.

(2) 공시의 종류는 판결에 명시하여야 한다.

제10조 【공공사업에의 입찰참여의 제한】

(1) 단체가 이 법 제2조 제1항에 정한 죄를 범하여 180일수 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는, 그 죄가 조달, 건설 또는 서비스제공의 의무이행과 관련된 의무위반에 의하여 범해진 경우, 법원은 단체가 응시자 또는 입찰자로서 경쟁제한(방지)법(GWB)¹⁰² 제98조 제1호 내지 제3호, 제5호 및 제6호에 정한 공공사업의 조달, 건설 또는 서비스제공에서의 입찰에 참여하는 것을 전

부 또는 일부 제한할 수 있다.

(2) 공공사업에의 입찰참여의 제한기간은 1년 이상으로 한다. 제한기간의 상한에 대해서는 중앙 기록원과 교정기록원에 관한 법률(BZRG)¹⁰³⁾ 제46조를 준용한다.

제11조 【보조금 지급의 제한】

(1) 단체가 고의의 위반행위에 의하여 이 법 제2조 제1항의 죄를 범하여 180일수 이상의 벌금형을 선고받는 때에는, 법원은 형법 제264조에서 정한 보조금의 지급을 전부 또는 일부 제한하도록 함께 선고할 수 있다. 다만, 신청한 보조금에 대한 청구권이 이미 존재하는 때에는 그러하지 아니한다.

(2) 보조금 지급의 제한기간은 1년 이상으로 한다. 제한기간의 상한에 대해서는 중앙기록원과 교정기록원에 관한 법률(BZRG) 제46조를 준용한다.

제12조 【단체의 해산】

이 법 제2조 제1항의 죄를 상습적으로 범하고 단체의 범행의 정황과 조직을 종합적으로 판단할 때 단체가 존속하는 한 그 의사결정권자가 계속적으로 심각한 동종의 위반행위를 범할 위험이 있다고 인정되는 때에는 법원은 민법이 허용하는 한 단체의 해산을 명할 수 있다.

제II 편 단체에 대한 형사소송절차

제13조 【기본원칙】

(1) 이 법에서의 단체에 대한 형사소송절차에 대해서는 형사소송절차에 관한 일반법률들, 예컨대 형사소송규칙(StPO)¹⁰⁴⁾과 법원조직법(GVG)¹⁰⁵⁾의 규정을 준용한다. 다만, 해당 규정이 자연인에게만 적용되는 것이거나 또는 이 법에서 달리 정한 때에는 그러하지 아니한다.

(2) 형사소송절차에 대한 피해자의 참여에 대해서는 단체관련 위반행위라는 점을 고려하여 형사소송규칙 제5편의 규정을 준용한다.

(3) 형사소송규칙에 따른 수사처분이 특정한 범죄행위에 대한 혐의가 있는 경우에만 허용되는 경우, 동 처분 또는 다른 법률에 따른 처분에 의하여 획득된 개인관련 정보는 형사소송규칙에 따라 내려진 동 처분이 특정범죄와 관련있는 단체관련 위반행위의 규명을 위하여 내려진 것이었거나 또는 해당 처분이 단체관련 위반행위의 규명을 위하여 신청되었을 때에도 그와 같은 처분이 허용되었을 것이라고 인정되는 때에는, 당사자의 동의없이도 증거목적으로 사용할 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제100i조 제2항 제2문과 제108조 제2항 및 제3항을 준용한다.

102) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

103) Gesetz über das Zentralregister und Erziehungsregister (BZRG).

104) Strafprozeßordnung (StPO).

105) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

제14조 【기소법정주의】

- (1) 단체범죄에 대한 공소는 검사가 제기한다.
- (2) 법률에 달리 정하지 아니하는 때에는 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 한 형사소추가 능한 모든 단체범죄에 대하여 공소를 제기하여야 하는 의무를 진다.
- (3) 위반행위가 이 법의 장소적 적용범위 밖에서 범하여지고 그리고 외국에서 동죄로 인하여 형의 확정판결을 받았거나 또는 받을 예정이고 그리고 동 형벌이 단체에 대한 징벌로서 충분하고 법질서의 방위를 위하여 충분하다고 인정되는 때에는, 검사는 형사소추하지 아니할 수 있다. 공소가 이미 제기된 때에는 법원은 검찰의 신청에 의하여 형사소송의 모든 단계에서 소송절차를 잠정적으로 정지시킬 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제154조 제3항 내지 제5항을 준용한다.

제15조 【법원의 관할권】

- (1) 단체의 사무소 또는 지점이 있는 구역을 관할하는 법원에 토지관할이 있다.
- (2) 단체의 업무와 관련하여 정범 또는 공범으로서 단체관련 위반행위를 범한 자연인인 피고인의 죄와 단체범죄는 형사소송규칙 제3조에 정한 관련성이 있는 것으로 본다.
- (3) 단체보안처분의 선고가 예상되거나 또는 검사가 법원조직법 제24조 제1항 제3호에 따라 주법원(Landgericht)에 소를 제기한 때에는 주법원 형사부가 제1심 법원이 된다. 이 때 단체관련 위반행위라는 점을 고려하여 법원조직법 제74조 제2항, 제74a조, 제74b조 그리고 제74c조를 준용한다.
- (4) 단체관련 위반행위가 주 고등법원(Oberlandesgericht)의 관할에 속하는 때에는 주 고등법원이 법원조직법 제120조에 따라 제1심 법원으로서 공판과 판결을 관할한다.

제16조 【법관의 제척】

- (1) 법관은 다음 각호에 해당하는 경우에 법률에 의하여 직무집행에서 제척된다.
 1. 법관 스스로 또는 그 배우자 또는 사실혼관계에 있거나 또는 그러한 관계에 있었던 사람이 단체에 대하여 권리·의무관계에 있는 경우.
 2. 법관의 직계 혈족 또는 그의 배우자의 직계혈족, 3촌까지의 방계 혈족 또는 2촌까지의 인척이거나 또는 그러한 관계에 있었던 사람이 단체에 대하여 권리·의무관계에 있는 경우.
 3. 법관이 당해 사안에서 단체의 소송대리인이거나 법률고문인 경우 또는 법정대리인이거나 그러한 지위에 있던 경우.
 4. 법관이 단체의 의사결정권자이거나 또는 그러한 지위에 있었던 경우.
- (2) 형사소송규칙 제22조의 적용에는 영향을 미치지 아니한다. 이 때 위반행위를 고려하여 형사소송규칙 제22조 제2호 및 제3호를 준용한다.

제17조 【소송대리와 송달】

- (1) 민사소송규칙(ZPO)¹⁰⁶⁾ 제51조에 정한 사람이 단체를 대리한다. 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항에 정한 부작위로 기소되거나 또는 기소되었던 사람은 형사소송절차에서 단체를 대리

하지 못한다.

(2) 판결의 선고는 법정대리인이나 또는 법정대리인에 대한 송달을 통하여 단체에게 통지된다. 이 때 송달의 절차에 대한 것은 민사소송규칙의 규정들을 준용한다.

(3) 단체에 대한 송달을 다수의 관련자에게 하는 때에는 기간은 가장 마지막에 송달받은 사람을 기준으로 계산한다.

제18조 【피고인의 권리와 방어권】

(1) 단체범죄로 인한 단체에 대한 형사소송절차에서는 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인도 피고인으로서 신문을 받는다. 이들은 형사소송의 모든 단계에서 변호사를 선임할 수 있다. 이 때 형사소송규칙 제133조 내지 제136a조를 준용한다.

(2) 변호인은, 변호임무에 반하지 않는 한, 단체범죄로 기소된 단체와 단체관련 위반행위 또는 제2조 제2항의 부작위로 기소된 자연인을 동시에 변호할 수 있다(공동변호). 이 때 형사소송규칙 제146a조를 준용한다.

(3) 공동변호의 경우 해당 단체와 피고인과 관련되는 사안에 관한 송달은 한 당사자에게 송달하는 것으로 충분하다.

제19조 【필요적 변호】

(1) 단체에게 법정대리인이 없거나 또는 단체의 모든 법정대리인이 단체관련 위반행위로 인하여 기소된 때에는 소송대리가 없는 상태가 단체에게 불리하다고 인정되는 경우 검사 또는 단체의 구성원의 신청에 의하여 소송대리 없는 상태를 제거하기 위하여 단체에게 소송을 위한 특별대리인으로서 국선변호인¹⁰⁷⁾을 선정한다. 대리인의 선정과 관련해서는 공소가 제기되기 전에 단체의 소재지 또는 지점이 있는 구역의 구(區)법원(Amtsgericht)에서 관할한다.

(2) 특별대리인은 지체없이 소송에서 단체를 정식으로 대리하는데 필요한 조치를 취하여야 한다. 적정한 대리인의 선정으로 변호인 선정절차는 종료된다.

(3) 이 때 형사소송규칙 제140조 제1항 제1호와 제8호 그리고 동조 제2항의 적용에는 영향을 미치지 아니한다. 이 때 형사소송규칙 제141조 제4항 제1문을 준용한다.

제20조 【공판진행의 확실성을 보전하기 위한 조치】

(1) 단체에게 단체범죄에 대한 고도의 혐의가 인정되고, 그리고 특정사실에 근거하여 그리고 개별사안들의 정황을 판단할 때 의사결정권자가 단체의 재산을 처분하려고 하거나 또는 단체에 대하여 형사소송절차가 진행되는 것을 회피할 목적으로 단체를 해산하려고 한다는 고도의 혐의가 인정되는 때에는, 단체의 과거 3 사업연도에 취득한 총 매출의 평균의 100분의 10까지의 재산에 대하여 압류를 명할 수 있다. 총 매출은 추산될 수 있다.

106) Zivilprozessordnung (ZPO).

107) 본문은 “Pflichtverteidiger”로 규정되어 직역하면 “의무변호인”이 되지만 여기에서는 편의상 국선변호인으로 번역하였다.

- (2) 압류는 문서로 된 법원의 결정으로 명한다. 이 때 형사소송법 제162조를 준용한다. 결정문에는 단체, 혐의사실이 되는 죄, 단체관련 위반행위의 시간과 장소, 범죄행위의 구성요건과 적용법조, 그리고 국가안전보장을 위협하지 않는 한 범죄혐의와 가압류의 근거가 되는 사실들을 기재하여야 한다.
- (3) 단체가 [해산 또는 합병의] 등록을 신청한 때에는 법원은 제1항의 경우에 단체의 해산 또는 합병의 등록을 금지하도록 명할 수 있다(등록제한조치). 결정은 등록사무를 관할하는 법원에게 통지한다.
- (4) 형사소송규칙 제120조와 제310조 제1항 제1호를 준용한다. 단체에게는 항고할 수 있는 권리가 있다는 사실을 문서로 고지하여야 한다.
- (5) 민사소송규칙 제923조, 928조, 제930조 내지 제932조, 제934조 제1항 그리고 형사소송규칙 제111f조 제3항 내지 제5항을 준용한다.
- (6) 단체가 자신의 변호사비용을 충당하기 위하여 담보물을 필요로 하는 때에는 단체의 신청으로 강제집행을 취소한다.

제21조 【공판】

- (1) 단체의 법정대리인이 적법절차에 따라 소환되고 소환장에 그의 배석없이 공판이 진행될 수 있다는 사실이 명시된 때에는 공판은 단체의 법정대리인 없이 진행할 수 있다. 이 경우 법정대리인의 법정신문에 관한 조서는 공판에서 낭독한다. 이 때 형사소송규칙 제235조를 준용한다.
- (2) 단체의 법정대리인의 변론은 형사소송규칙 제254조에 따라 낭독할 수 있다.
- (3) 배석하지 아니한 법정대리인에게는 소송의 진행상황을 고지받을 권리는 인정되지 아니한다. 다만, 법원은 신청에 의하여 법정대리인에게 고지할 수 있다.
- (4) 법원은 사건의 규명을 위하여 단체의 법정대리인이 직접 참석하도록 명할 수 있다. 법정대리인이 경우에 따라서는 구인될 수 있음을 송달을 통하여 고지받고 소환된 경우 정당한 사유없이 소환에 응하지 아니하는 때에는 법원은 그의 구인을 명할 수 있다.

제22조 【단체제재의 집행】

- (1) 단체벌금의 집행과 관련해서는, 형사소송절차에 관한 일반법률에 달리 정하지 아니한 때에는, 사법집행규칙(Justizbetriebsordnung)의 규정들을 준용한다.
- (2) 벌금이 납부되지 아니하거나 형사소송규칙 제459c조에 따른 집행이 가능하지 아니한 때에는 집행관청은 파산규칙(Insolvenzordnung) 제14조에 따른 파산절차의 개시를 신청할 수 있다.
- (3) 제12조에 정한 단체에 대한 보안처분을 선고받고 단체가 등록부에의 등록을 신청한 때에는 집행관청은 확정판결에 근거하여 등록법원에 단체의 해산을 고지한다. 집행관청은 단체의 청산을 위하여 관할법원에 청산인 또는 파산관리인의 선임을 신청한다. 그 밖의 절차에 관해서는 민법의 규정들을 준용한다.

나. 『질서위반행위에 관한 법률 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))』

제30조 【법인 및 사단에 대한 질서위반금】

(1) 다음 각호에 해당하는 사람이 범죄 또는 질서위반행위를 범하여 법인 또는 인적 회사에게 부과된 의무를 위반하거나 또는 이를 통하여 부당한 이익을 얻거나 얻은 것이 명백한 때에는 법인 및 인적 회사(Personengesellschaft)에 대하여 질서위반금을 부과한다.

1. 법인의 경우 대표권을 가지는 기관 또는 기관의 구성원
2. 권리능력없는 사단 및 재단의 경우 이사 또는 이사진의 구성원
3. 권리능력있는 인적 회사의 경우 대표권을 가지는 사원
4. 법인 또는 제2호 또는 제3호에 정한 단체의 포괄대리인 또는 실질적으로 지배력을 행사하는 지위에서 지배인 또는 상사대리인으로서 일하는 사람.
5. 기타 법인 또는 제2호 또는 제3에 정한 단체의 사업이나 기업의 운영에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있는 사람으로서 여기에는 실질적으로 지배력을 행사하는 지위에서 경영의 감독 또는 그 밖에 감사의 권한을 행사하는 사람도 포함된다.

(2)¹⁰⁸⁾ 질서위반금은 다음 각호의 구분에 따라 부과한다.

1. 고의에 의한 범죄행위일 때 10,000,000 Euro¹⁰⁹⁾ 이하의 질서위반금
2. 과실에 의한 범죄행위일 때 5,000,000 Euro 이하의 질서위반금

해당 행위가 질서위반행위에 해당하는 경우 그 상한은 당해 질서위반행위에 정해진 질서위반금의 상한에 따른다. 다른 법률에서 이 규정을 준용하도록 하고 있는 때에는 당해 법률에 규정된 구성요건에 대해서는 제2문의 질서위반금의 상한의 10배를 그 상한으로 한다. 하나의 행위가 동시에 범죄행위와 질서위반행위에 해당하는 때에는 질서위반행위의 상한이 제1문의 상한을 초과하는 때에도 제2문을 적용한다.

(2a)¹¹⁰⁾ 당해 단체가 포괄승계 또는 분할에 의한 부분적 포괄승계(기업재편법(Umwandlungsgesetz) 제123조 제1항)된 때에는 제1항과 제2항에 정한 질서위반금은 승계자에게 부과할 수 있다. 이 경우 질서위반금은 승계받은 재산 또는 피승계자에게 부과된 질서위반금의 상한을 초과하지 못한다. 질서위반소송절차에서는 승계자는 승계절차가 진행되고 있던 기간 동안에 피승계자가 점하고 있던 소송당사자의 지위를 승계한다.

(3) 제17조 제4항과 제18조를 준용한다.

(4) 범죄행위로 인한 형사소송절차 또는 질서위반행위로 인한 질서위반소송절차가 개시되지 않거나, 중단되거나 또는 형의 선고가 유예된 때에도 질서위반금은 단독으로 부과할 수 있다. 기타 다른 경우에도 질서위반금을 단독으로 부과할 수 있도록 법률로 정할 수 있다. 그러나 범죄행위 또는 질서위반행위가 법률상의 이유로 인하여 기소할 수 없는 때에는 법인 또는 단체에

108) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 동조 제2항 제1문 제1호 및 제2호의 질서위반금의 상한이 각각 10배 상향되었다. 즉 고의에 의한 범죄행위의 경우 1,000,000 Euro에서 10,000,000 Euro로 그리고 과실에 의한 범죄행위에 경우 500,000 Euro에서 5,000,000 Euro로 상향되었다. 그리고 제3문이 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

109) 2014년 현재 약 139억원 정도.

110) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

대하여 질서위반금을 단독으로 부과할 수 없다; 이 때 제33조 제1항 제2문은 준용한다.

(5) 법인 또는 단체에 대하여 질서위반금을 부과한 때에는 동일한 죄로 인하여 형법 제73조 및 제73a조 또는 본법 제29a조에 정한 추징(Verfall)을 명할 수 없다.

(6)¹¹¹⁾ 질서위반금의 결정을 선고하는 때에는 질서위반금의 납부를 담보하기 위하여 형사소송법 제111d조 제1항 및 제2항을 적용한다. 이 때 판결의 선고는 질서위반금의 선고로 본다.

제130조 【사업 또는 기업에서의 관리·감독의무의 위반】

(1) 사업이나 기업의 소유자에게 부과된 의무로서 그 위반행위에 대하여 형벌 또는 질서위반금이 부과된 의무가 사업이나 기업에서 위반되지 않도록 하는데 필요한 관리·감독조치를 사업 또는 기업의 소유자가 고의 또는 과실로 인하여 취하지 아니하고 그리고 해당 의무의 위반행위가 적정한 관리·감독을 다했다면 발생하지 않았거나 또는 본질적으로 곤란하게 했을 것이라는 사실이 인정되는 때에는 그러한 [관리·감독의무의 위반]¹¹²⁾ 행위는 질서위반행위에 해당한다.

(2) 제1항에 정한 사업 또는 기업에는 공기업도 포함된다.

(3) [관리·감독의무의 위반으로 인하여 발생함]¹¹³⁾ 해당 의무위반행위의 법정형이 형벌인 때에는 [관리·감독의무 위반행위를 이유로 하는]¹¹⁴⁾ 질서위반행위에 대하여 1,000,000 Euro 이하의 질서위반금을 부과할 수 있다. 이 때 제30조 제1항 및 제2항을 준용한다. 해당 의무위반행위의 법정형이 질서위반금인 때에는 [관리·감독의무의 위반행위를 이유로 하는] 질서위반금의 상한은 해당 의무위반행위의 법정형으로 정해진 질서위반금의 상한으로 한다. 하나의 의무위반행위에 대하여 법정형으로서 동시에 형벌과 질서위반금이 규정되어 있는 때에는 해당 의무위반행위에 대한 질서위반금의 상한이 제1문의 상한을 초과하는 때에도 제3문을 적용한다.

2. 오스트리아 『단체책임법』 제3조 (책임)

제3조

(1) 단체는 동조 제2항 또는 제3항에 정한 요건을 충족하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 범죄에 대하여 책임을 진다.

1. 범죄가 단체의 이익을 위하여 범하여졌거나 또는
2. 범죄를 통하여 단체에 부과된 의무를 위반한 경우.

(2) 의사결정권자의 범죄행위와 관련하여 단체는 의사결정권자가 스스로 위법하고 유책하게 죄를 범한 때에 당해 의사결정권자의 범죄에 대하여 책임을 진다.

(3) 사원(Mitarbeiter)의 범죄행위와 관련하여 단체는 다음 각호에 정한 요건을 충족하는 때에 사원의 범죄에 대하여 책임을 진다.

1. 사원이 형벌규정에 정한 구성요건을 위법하게 실현하고(이 때 단체는 사원이 고의로 행

111) 2013년 6월 26일의 개정법률에 의하여 신설되었다 (BGBl. I S. 1738).

112) 역자 주.

113) 역자 주.

114) 역자 주.

위한 경우에 한하여 고의범의 죄책을 진다; 단체는 상황에 따라 요구되는 주의를 게을리한 경우에 한하여 과실범의 죄책을 진다) 그리고

2. 의사결정권자가 특히 범죄를 방지하기 위하여 기술적, 조직구조적 또는 인적으로 본질적인 조치를 취하지 않는 등, 상황에 따라 요구되고 기대가능한 주의를 게을리함으로써 범죄의 실행을 가능하게 하거나 또는 본질적으로 용이하게 한 경우.

(4) 의사결정권자 또는 사원의 범죄에 대한 단체의 책임과 당해 행위로 인한 의사결정권자 또는 사원의 처벌은 서로 영향을 미치지 아니한다.

3. 프랑스 『형법』 제121-2조¹¹⁵⁾

형법 제121-2조

- ① 국가를 제외한 법인은 제121-4조부터 제121-7조까지의 구별에 따라 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 대하여 형사책임을 부담한다.
- ② 전항의 규정에도 불구하고 지방자치단체 및 그 연합체는 위탁계약의 대상이 되는 공공서비스 제공의 업무수행 중에 이루어진 범죄에 대해서만 형사책임을 부담한다.
- ③ 법인의 형사책임은 동일한 죄에 대하여 정범 또는 공범이 되는 자연인의 형사책임을 배제하지 아니한다. 다만, 제121-3조 제4항이 적용되는 때에는 그러하지 아니한다.

4. 스위스 『형법』 제102조 (기업의 책임: 가벌성)

제102조 【기업의 책임: 가벌성】

1 기업 내에서 영업활동을 수행함에 있어서, 기업의 목적범위 안에서, 중죄 또는 경죄가 범하여지고 그리고 당해 행위가 기업의 결함있는 조직구조로 인하여 특정한 자연인에게 귀속될 수 없는 때에는 동 중죄 또는 경죄는 당해 기업에게 귀속된다. 이 경우 기업은 500만 스위스 프랑 이하의 범칙금(Busse)에 처한다.

2 이 때 형법 제260^{ter}조[범죄조직], 제260^{quinquies}조[테러에 대한 경제적 지원], 제305^{bis}조[돈세탁], 제322^{ter}조[금융기관의 주의의무위반과 신고의무], 제322^{quinquies}조[뇌물공여] 또는 제322^{septies}조 제1문[외국 공무원에 대한 부정처사를 위한 뇌물공여] 또는 1986년 12월 19일 불공정거래에 관한 연방법 제4a조 제1항 a.[증재]에 정한 죄의 경우, 당해 기업이 해당 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 당해 기업을 자연인의 처벌과는 상관없이 처벌한다.¹¹⁶⁾

[생략]

115) 프랑스 형법전의 번역은 *Bauknecht, Gesine/Lüdicke, Lieslotte(Übers.), Das französische Strafgesetzbuch Code pénal in Kraft getreten am 1. März 1994, 2. Aufl. nach dem Stand vom 1. Juni 2009, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009, S. 26 f.*에 독일어로 번역되어 있는 것을 다시 한국어로 번역한 것이다. 그 밖에 법무부, 프랑스 형법, 2008 참조.

116) “[]”은 저자에 의한 것임.

5. 영국 『2007년 법인과실치사 및 법인고살에 관한 법률』 제1조

제1조

- (1) 본조의 적용대상이 되는 단체(organisation)는 자신의 경영방식 또는 조직방식이 다음 각호의 경우에 해당하는 때에 범죄로 인하여 유죄가 된다 -
- (a) 단체의 경영방식 또는 조직방식으로 인하여 사람을 사망에 이르게 하고 그리고
 - (b) 단체의 경영방식 또는 조직방식이 단체가 피해자에 대하여 기울여야 하는 정상의 주의 의무(relevant duty of care)에 대한 중대한 위반(gross breach)에 해당하는 때.
- (2) 본조의 적용대상이 되는 단체는 -
- (a) 기업;
 - (b) 별첨 1(Schedule 1)에 정한 국가기관 또는 기타 그 밖의 단체(body);
 - (c) 경찰;
 - (d) 경영협력, 거래연합 또는 고용주연합 등 고용주.
- (3) 경영진(senior management)의 경영방식 또는 조직방식이 제1항에 정한 위반행위에서 본질적인 부분을 구성하는 때에 한하여 단체는 제1항에 따라 범죄로 인하여 유죄가 된다.
- (4) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다 -
- (a) “정상의 주의의무”의 의미는 제2조에 정하고 그 구체적인 내용은 제3조부터 제7조에 정한다.
 - (b) 주의의의 위반행위에 해당한다고 의심되는 행위가 구체적인 상황 하에서 단체에게 합리적으로 기대가능한 정도의 것을 훨씬 미치지 아니하는 때에 단체에 의한 주의의무 위반 행위는 “중대한” 침해로 본다.
 - (c) 단체와 관련하여 “경영진(senior management)”이란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함에 있어서 주요한 역할을 수행하는 자를 말한다 -
 - (i) 단체의 경영방식 또는 조직방식의 전체 또는 주요부분에 관한 결정을 내리거나 또는
 - (ii) 단체의 활동의 전체 또는 주요부분을 실질적으로 경영 또는 조직하는 행위.
- (5) 본조에서 범죄란 -
- (a) 법인과실치사죄(corporate manslaughter: 잉글랜드, 웨일즈 또는 북아일랜드 법에 따라 범죄를 구성하는 때에 한하여)
 - (b) 법인고살(corporate homicide: 스코틀랜드 법에 따라 범죄를 구성하는 때에 한하여)
- (6) 법인과실치사 또는 기업고살로 인하여 유죄의 선고를 받은 단체는 벌금형에 처한다.
- (7) 법인고살죄는 [스코틀랜드] 최고법원(High Court of Justiciary)에만 공소를 제기할 수 있다.
- 스페인 『형법』 제31-bis조 (법인의 형사책임)¹¹⁷⁾

117) 동 규정은 *Carbonell Maten/Juan Carlos*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen: Überlegungen zur „Dogmatik“ und zum System der Reform des spanischen Strafgesetzbuchs 2010, *ZStW* 123 (2011), S. 57 Fn. 20에 독일어로 번역되어 있는 것을 다시 한국어로 번역한 것이다.

제31-bis조 【법인의 형사책임】

① 법인은 법인의 사실상 또는 법률상의 대리인과 경영자가 법인의 이름으로 또는 법인의 위임을 받거나 또는 법인을 위하여 범한 이 법에 정한 범죄에 대하여 형사책임을 부담한다.

전단의 자연인의 지휘·감독을 받는 자가 기업과 관련한 활동을 수행하면서 법인의 위임을 받거나 또는 법인을 위하여 죄를 범한 경우에 이 자에 대하여 구체적인 경우에 필요한 관리·감독을 이행하지 않았기 때문에 죄를 범할 수 있었다는 사실이 인정되는 때에는 법인은 이 자의 범죄에 대하여 형사책임을 부담한다.

② 전항에 정한 지위와 기능을 갖는 자라면 누구에 의해서든 죄를 범할 수 있었다는 사정이 인정되는 때에는 법인은 언제나 형사책임을 부담한다. 이것은 구체적인 책임있는 자연인이 확인될 수 없거나 또는 이 자에 대하여 공소가 제기되지 아니한 때에도 이와 같다. 동일한 범죄로 인하여 법인과 자연인에게 벌금형을 부과하는 때에는 법원과 법원은 죄의 경중에 상응하도록 각각의 벌금액을 정한다.

③ 실제로 죄를 범한 자 또는 필요한 관리·감독을 게을리함으로써 범죄행위를 가능하게 한 자에게 책임능력에 영향을 미치거나 또는 그의 책임을 가중하는 사정들이나 또는 이 자가 사망하거나 또는 사법당국의 수사가 미치지 못하게 되었다는 사실은 다음 항들에 규정된 규정들에도 불구하고 법인의 형법상의 책임을 배제하지도 그리고 수정하지도 아니한다.

[생략]

7. 폴란드 『형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률』

폴란드 “형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률”에서 집단주체의 처벌요건은 다음과 같다.¹¹⁸⁾

형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률 제3조의 주요내용은 다음과 같다:

집단주체는 전적으로 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자연인의 행위에 대해서만 책임을 부담한다:

1. 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 또는 자신에게 부여된 권한범위 내에서 행위하거나, 기업내부의 감시에 관한 결정이나 조치를 취함에 있어서 기업을 대표하여 행위하거나 또는 자신의 권한을 초과하여 행위하는 자연인, 또는
2. 집단주체를 위하여 행위하고 자신의 권한을 초과하여 행위할 권한을 부여받은 제1호의 의미에서의 기타 그 밖의 자연인, 또는
3. 기타 그 밖의 자연인과의 동의 또는 인지 하에 집단주체의 이름으로 또는 그 이익을 위하여 행위하는 제1호의 의미에서의 자연인, 또는
4. 기업경영자

118) 폴란드 “형사법에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률”에서의 법인처벌의 요건은 *Weigend, Ena/Namysłowska-Gabrysiak, Barbara*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht, *ZStW* 116(2004), S. 544 f.에 소개된 내용을 그대로 번역한 것이다.

집단주체는 동법 제5조에 정한 다음 사실들이 입증되는 때에 처벌된다:

1. 집단주체가 제3조 제2호 또는 제3호에 정한 자연인을 필요한 주의를 기울이지 아니하고 선임 하거나 또는 충분히 감시하지 아니한 사실, 또는 [선임상의 주의의무위반]
2. 제3조 제1호 또는 제4호에 정한 자연인의 범죄가 집단주체 측의 불충분한 근로조직구성에 의하여 가능했다는 사실 [조직책임(Organisationsverschulden)] 그리고
3. 집단주체가 정상의 주의를 기울였다면 해당 범죄를 방지할 수 있었을 것이라는 사실 [관리·감독상의 주의의무위반].

8. 중국 『형법』 제30조 및 제31조¹¹⁹⁾

제30조

회사, 기업, 사업단위, 기관 또는 단체가 사회에 위해를 가하는 행위를 행한 경우 법률이 당해 행위를 단위범죄로 규정하고 있는 때에는 형사책임을 부담하여야 한다.

제31조

단위가 죄를 범한 경우 당해 단위는 벌금형에 처하고 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임자는 형벌에 처한다. 본 법의 각칙과 기타 법률에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

119) 중국 형법 제30조 및 제31조의 번역은 까오밍셴 편/한상돈 역, 중국 형법총론 연구, 한국형사정책연구원, 329면 이하; 甲斐克則/劉建利(編訳), 『中華人民共和國刑法』, 成文堂, 2011, 80頁; 박흥식, 중국 단위범죄의 주체에 관한 연구, 『법조』, 2011.12., 법조협회, 214면; 김창준, 중국형법상 기업의 처벌제도, 『비교형사법연구』, 제13권 제1호(2011), 한국비교형사법학회, 304면 이하 참조.

참고문헌

- 독일 Nordrhein-Westfalen주의 법률안 (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden) : http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzenwurf.pdf (검색일: 2014년 6월 7일).
- 스위스 『형사소송규칙』 제정 이유서 (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005 (BBl 2006 1085)).
- 이탈리아 2001년 제231호 법률: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/45508054.pdf> (검색일: 2014년 6월 16일)
- 오영근, 『형법총론』, 제2판, 박영사, 2012.
- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 이상돈, 『형법강의』, 법문사, 2010.
- 까오민셴 주편·한상돈 역, 『중국 형법총론 연구』, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김남우, “현행 과징금 제도의 주요 쟁점과 그 해결방안”, 『경제법연구』 제10권 제2호(2011), 77-97면.
- 김유근·진상현, 『후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II) - 에너지공학기술과 위험관리 형사정책 : 원자력공학기술을 중심으로 -』, 2014.
- 김유근, “기업의 형사법적 책임 - 책임귀속상의 문제점 -”, 『한양법학』, 제24권 제3호(2013.8.), 한양법학회, 59-93면.
- 김유근, “양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여”, 『형사법연구』, 제23권 제2호(2011 여름), 53-102면.
- 김유근, “선임감독자의 ‘일반적인’ 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형 - 부진정부작위범과 업무상과실범을 중심으로 -”, 『형사법연구』, 제22권 제2호(2010 여름), 187-232면.
- 김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, 『비교형사법연구』, 제9권 제1호(2009), 한국비교형사법학회, 307-342.
- 김재봉, “양벌규정에서 법인과 행위자의 법정형 분리의 필요성”, 『법과 정책연구』, 제12권 제3호(2012), 한국법정책학회, 989-1017면.
- 김재봉, “양벌규정과 기업처벌의 근거, 구조”, 『법학논총』, 제24권 제3호(2007), 한양대학교, 31-48면.
- 김창준, “중국형법상 기업의 처벌제도”, 『비교형사법연구』, 제13권 제1호(2011), 301-331면.
- 이주희, 양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰 - 법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로 -, 『법학연구』, 제47집(2012.8.), 239-268면.

- 白鳥祐司, 『刑事訴訟法 第7版』, 日本評論者, 2012.
- 吉中信人, “イタリヤ刑法における企業犯罪の法的規制”, 『広島法学』, 34卷3号(2011), 192-174頁.
- Bohnert, Joachim, *OWiG: Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2010 (“Bohnert OWiG”로 인용한다).
- Doyle, Charles, *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, Oct. 30. 2013.
- Engelhart, Marc, *Saktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- Engisch, Karl/Hartung, Fritz, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages(DJT)*, Band II, 1954, S. E 3 7-41.
- Heine, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos Verlag, 1995.
- Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, de Guyter, 2012.
- Heinitz, Ernst, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages(DJT)*, Band I, 1953, S. 68 ff.
- Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus(Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, de Guyter, Berlin/Boston, 2012.
- Kim, Yookeun, *Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen*, Helbing & Lichtenhahn, 2007.
- Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Nomos, 2009.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich(Hrsg.), *Nommoskommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Nomos Verlag, 2013 (“NK³-저자”로 인용한다).
- Krekeler, Wilhelm, Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?, in: Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus/Wable, Eberhard (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin 1999, S. 639 ff.
- Löffelmann, Markus, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, *Juristische Rundschau (JR)* 5/2014, S. 185-199.
- Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht I: Art. 1 – 110 StGB*, 2. Aufl., 2007, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel (“BSK StGB-저자”로 인용한다).
- Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011(“BSK StPO-저자”로 인용한다).
- Ormerod, David, *Smith and Hogan Criminal Law*, 12th ed., Oxford University Press, 2008.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlgaen . Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, 2006.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., C.H. Beck, 2014(“Sch/Sch/저자”로 인용한다).
- Schünemann, Bernd, Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie,

- Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 1/2014, S. 1-18 (“ZIS”로 인용한다).
- Senge, Lothar*(Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Auf., Verlag C.H. Beck,, München, 2006 (“KK-OWiG-저자”로 인용한다).
- Vogel, Joachim*, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, in: *Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus*(Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, de Guyter, 2012, S. 205-215.
- Zhang, Yingjung*, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, *Beijing Law Review*, 2012.3., pp. 103-108.
- Zieschang, Frank*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland?, *ZStW* 115 (2003), 117-130.