

준법지원인제도 비구축에 따른 형법의 개입 개연성 증가가 형법과 형사소송 절차에 미치는 영향 - 독일의 논의를 중심으로 -

김재윤*

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사처벌의 리스크 증가
- III. 기업범죄 내지 경제범죄 수사에 있어 형사소송 절차의 개입권한 확대
- IV. 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사소추 강도의 증가
- V. 맺는 말: 우리나라 준법지원인제도에 주는 시사점

I. 들어가는 말

모든 기업은 현존하는 법규범을 준수하며 기업 활동을 수행해야 한다. 법규범 가운데 특히 형법규범에 대한 준수 요청은 과거와 비교해 볼 때 기업 활동과 관련하여 더 강화되고 있다. 이는 기업에서 형사처벌 리스크를 축소시키고자 내부통제기준과 준법감시인, 준법통제기준과 준법지원인, 컴플라이언스 프로그램 도입 등의 증가된 시도에서 잘 드러난다.¹⁾ 이러한 시도에도 불구하고 한국 사회에서 기업범죄는 끊임없이 발생하고 있다.²⁾ 이에 국민들로부터 기업의

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 금융회사에 적용되는 준법감시인제도와 상법 제524조의13에 따라 자산총액 5천억 원 이상 상장회사에 적용되는 준법지원인제도의 차이점으로 ① 용어의 상이, ② 내부통제기준 내지 준법통제기준의 위반 여부의 점검과 그 결과 보고 대상의 차이, ③ 자격에 관한 규정의 차이, ④ 양벌규정의 탄력성의 차이 등을 언급할 수 있다. 이에 대해 자세히는 박선종, “개정 상법상 준법통제와 준법지원인”, 「저스티스」 통권 제124호, 한국법학원, 2011.6, 242-243면 참조.

여러 활동에 대해 형법이 더 많이 더 자주 개입하라는 요청이 증가하고 있으며, 범죄적 기업 활동과 관련된 형사처벌이 점점 증가하고 있다. 그 결과 기업(법인)과 기업의 고위 경영진이 형사절차에 개입될 리스크가 증가하고, 형사소추의 압박도 증가하고 있다. “기업의 고위 경영진은 한쪽 다리를 감옥에 걸쳐 두고 경영활동을 하며, 법률의 홍수에 빠져있다.”³⁾는 진단은 더 이상 과장된 표현으로 치부할 수 없게 되었다.

기업의 고위 경영진에 대한 형사책임의 강화는 기업에서 자율적 규제로서 컴플라이언스(Compliance) 제도⁴⁾를 도입하여 확립함으로써 기업범죄를 사전에 예방하게 하는 긍정적 효과도 거두지만, 기업 활동 영역에 대한 대표적 자율규제인 형법의 지나친 개입으로 형벌의 정당성에 대한 문제를 불러일으킨다.⁵⁾ 즉 형법에 의한 개입 개연성의 확대는 귀속척도의 확대로 반응하게 되고, 이는 법치국가적 형벌의 경계를 허물어뜨리는 위협으로 다가온다. 또한 이는 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하고 있는 헌법 제119조 제1항을 침해할 수 있다는 헌법적 문제까지도 야기한다. 탈규제화, 비범죄화, 재민영화, 다이버전(Diversion)⁶⁾ 및 형벌폐지론의 경향은 기업 활동에 대한 형벌의 적극적 개입에 비추어 볼 때 이제 과거의 일에 속한 것으로 여겨진다.⁷⁾ 기업범죄 내지 경제범죄와 관련된 현재의

2) 최근의 단적인 예로 역대 금융권 비리 중 범죄에 연루된 금액만 6조 1천억 원(불법대출)으로 금융권 비리 사상 최대를 기록한 2011년 부산저축은행 비리사건을 언급할 수 있다. 이 사건에서 검찰은 42명을 구속 기소하고 34명을 불구속 기소하는 등 총 76명을 기소한 바 있다.

3) Wehnert, “Überlegungen zur Entwicklung der strafrechtlichen Risiken im Unternehmensmanagement”, in: FS-Peter Rieß, Berlin u.a. 2002, 811, 818.

4) 일반적으로 컴플라이언스(Compliance)란 “모든 기업과 기업의 임직원이 업무수행과 관련하여 접하는 법규범, 회사규범, 기업윤리 등 제반 규범상 명시된 요구나 금지를 준수하도록 사전에 상시적으로 통제하고 감독하는 제도”라고 말할 수 있다. 이러한 컴플라이언스의 개념은 형법적 관점에서 볼 때 기업범죄의 사전예방을 위한 법적 조치로서의 성격을 포함하고 있다(김재윤, “형법적 준법지원인의 개념과 역할에 대한 고찰”, 『일감법학』 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017.10, 83면).

5) 자율규제로서 컴플라이언스 제도에 대한 상세한 설명으로는 김재윤, “기업범죄예방과 관련하여 자율규제로서 준법지원인제도의 이해”, 『비교형사법연구』 제21권 제3호, 한국비교형사법학회, 2019.10, 59면 이하 참조.

6) 일반적으로 다이버전이란 특정한 사건을 공식적 사회통제 체계로부터 전환시키거나 우회시켜 절차적으로, 비범죄화 시키는 것으로 법원의 판결이 내려지기 전에 형사사법기관이 통상의 사법처리절차를 중지하는 조치를 의미한다(박봉진, “소년범죄자에 대한 경찰단계 다이버전 효율화방안”, 『법학연구』 제54권, 한국법학회, 2014, 263면).

7) Hassemer, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, ZRP 1992, 378, 381.

형사정책은 본질적으로 신범죄화와 형사제재의 강화의 방향으로 가고 있다고 말해도 과언이 아니다. 더 많은 더 강한 형법에 대한 요청은 오늘날 일반적인 정치적 시대정신과도 일치한다. 이와 관련하여 일찍이 독일의 저명한 형법학자는 독일에서 1989년 피혁스프레이 판결(Lederspray Urteil)⁸⁾이 나오기 이전까지는 기업 고위 경영진에 대한 형사제재 압력의 증가를 거의 찾아볼 수 없음을 적절히 지적하였다.⁹⁾ 그러나 독일에서 피혁스프레이 판결 이후로 상황은 달라졌다. 왜냐하면 이 판결을 통해 기업 고위 경영진의 개인적 형사책임을 적극적으로 묻는 결과를 가져왔기 때문이다. 이에 따라 기업범죄를 사전에 예방하기 위한 컴플라이언스 기능은 더욱 중요해지고 전문화되고 있다.¹⁰⁾

오늘날 기업의 경영활동에 있어 범규범, 특히 형범규범의 준수가 강조됨에 따라 컴플라이언스 제도의 도입 및 구축의 중요성이 날로 강조되고 있다. 그럼에도 불구하고 기업에서 컴플라이언스 제도를 제대로 구축하지 않음으로써 형범규범의 침해, 즉 기업범죄가 발생했을 경우 불가피하게 형법의 개입 개연성이 높아진다. 이러한 형법의 개입 개연성 증가는 기업 및 기업 고위 경영진에게 형사처벌의 리스크를 증가시키고, 기업범죄 수사에 있어 형사소송 절차의 개입권을 확대시켜 형사소추의 강도를 증가시키는 부정적 영향을 초래하게 한다.

따라서 이하에서는 기업에서 컴플라이언스 제도를 제대로 구축하지 않음으로써 형법의 개입 개연성이 높아질 경우 기업 및 기업 고위 경영진, 형법과 형사소송법에 미치는 부정적 영향의 구체적 내용과 관련하여 전개된 독일의 논의를 중심으로 살펴보고, 우리나라에서 2011년부터 개정상법을 통해 도입된 준법지원인제도¹¹⁾와 관련하여 어떠한 시사점을 얻을 수 있는지를 검토하고자 한다.

8) BGHSt 37, 106. 이 판례에 대한 국내의 대표적인 소개·분석으로는 김동률, “형법상 제조물 책임에 있어 기업 경영진에 대한 보증인 지위의 인정근거 - 피혁스프레이 판결을 둘러싼 독일에서의 논의를 중심으로-”, 『한양법학』 제25권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2014.2, 386면 이하 참조.

9) Schünemann, “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität”, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), GS-Armin Kaufmann, Köln u.a. 1989, 629, 631.

10) 컴플라이언스는 다양한 기능을 가지고 있는데, 컴플라이언스를 통해 ① 기업 임직원의 범규위반으로 발생하는 다양한 손해 등으로부터 기업을 보호하고 범죄를 예방하며, ② 기업의 투명성 및 법적 안정성을 확보하며, ③ 고객에 대한 적절한 자문 등을 함으로써 임직원의 질적 능력을 향상시킬 수 있다고 한다. 이러한 컴플라이언스 기능의 핵심적 요소로 예방(Prävention), 교육(Instruktion) 및 억제(Repression)가 언급된다. 이에 대한 상세한 설명으로는 이진국, “기업범죄 관련 준법지원인의 역할과 형사책임”, 『사법』 제24호, 사법발전재단, 2013.6, 10면 참조.

II. 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사처벌의 리스크 증가

기업에서 컴플라이언스 제도를 제대로 구축하지 않을 경우 우선적으로 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사처벌의 리스크가 증가한다. 경제 분야에서 형사처벌의 리스크 증가는 과실범 구성요건의 확대 경향에서 기인한다. 무엇보다 화학물질, 자동차 등 제조물의 생산, 도로교통 등에 있어 기술화는 다수의 과실범 구성요건을 신설하는 계기가 되었다. 이때 신설되는 과실범 구성요건의 목적은 고의범에 의할 경우 요구되는 고의를 대신하여 특별한 감독책임을 근거로 업무상 과실로 대체하는 데 있다.¹²⁾ 이는 고의범과 과실범에 대한 형벌 위협이 거의 비슷하거나 일치할 때 특히 명확해 진다. 그러나 이러한 과실범과 관련하여 독일형법 제324조(수자원오염) 제3항,¹³⁾ 제326조(허용되지 아니한 방법의 위해폐기물 취급) 제5항,¹⁴⁾ 독일형법 제261조(자금세탁, 불법적으로 획득한 재산 가치의 은닉) 제5항,¹⁵⁾ 독일형법 제264조(보조금사기) 제4항¹⁶⁾의 과실범 구성요건에 대해 비판이 제기되고 있다.¹⁷⁾ 왜냐하면 고의 입증의 어려움이라는 형사소송법적 사유로 인해 과실범으로 규정하는 것은 실정형법이 남용되는 것이기

11) 상법상 준법지원인제도에 대한 상세한 분석으로는 김재윤, 앞의 “형법적 준법지원인의 개념과 역할에 대한 고찰”, 83면 이하; 박선중, 앞의 논문, 233면 이하; 박한성, “상법상 준법지원인제도의 개선방안”, 『외법논집』 제38권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014.11, 131면 이하; 윤성승, “개정 상법상 준법지원인 제도의 문제점”, 『기업법연구』 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2011.12, 155면 이하; 주기종, “상법상 준법지원인제도의 문제와 해결”, 『법학연구』 제48권, 한국법학회, 2012, 405면 이하; 정찬형, “2011년 개정상법에 따른 준법경영제도 발전방향 - 집행임원 및 준법지원인을 중심으로-”, 『선진상사법률연구』 통권 제55호, 법무부, 2011.7, 30면 이하 참조.

12) Dannecker, “Fahrlässigkeit in formalen Organisationen”, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, 2000, 209.

13) 독일형법 제324조 제3항 행위자가 과실로 행위한 경우에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

14) 독일형법 제326조 제5항 행위자가 과실로 행위 한 경우에 그 형은 다음과 같다.

1. 제1항 및 제2항의 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금형
2. 제3항의 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금형

15) 독일형법 제261조 제5항 제1항 또는 제2항의 경우에 그 대상물이 제1항에 언급된 위법행위로부터 유래한다는 사실을 증거로 인식하지 못한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

16) 독일형법 제264조 제4항 제1항 제1호부터 제3호까지의 경우에 증거로 행위 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

17) 이에 대해서는 Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991, 132 ff.

때문이다. 이러한 고의 입증의 어려움은 결코 과실범 구성요건을 정당화시키지 못한다. 과실, 즉 주의의무 위반의 요구만으로는 충분하지 않다. 그리고 과실범 자체만을 보더라도 과실로부터 중과실 행위로의 도약 거리는 일반적으로 생각 되는 것보다 훨씬 더 짧다.¹⁸⁾ 나아가 왜 고의범의 행위가 과실범의 행위보다 더 높은 형벌로 처벌되어야 하는지 경제적으로 설명될 수 있어야 한다. 즉 고의 부작위범의 경우 보증인지위와 보증의무 있는 자의 단순한 부작위 결심만으로 충분하다. 그러나 과실로 인한 결과발생에 따른 손해를 회피하기 위해서는 행위자의 단순한 결심만으로는 불충분하고 행위자가 죄의 성립요소에 대한 인식이 있었는지 유무 이외에도 무엇보다 그 실현의 의사가 ‘용인(Billigung)’ 또는 ‘감수(Abfindung)’에 이를 정도까지 있었는지 유무에 대한 상당한 조사와 입증이 필요하다.¹⁹⁾

형사법 실무에서 형벌은 객관적 규범위반에 연결되어 있어 주관적 측면은 거의 문제 삼지 않는다. 그러나 형벌은 객관적 구성요건과 주관적 구성요건 모두의 충족을 전제로 하므로 주관적 구성요건표지, 특히 과실에 대한 더 강한 객관화의 요구가 계속해서 제기되고 있다.²⁰⁾ 이때 과실범의 영역에서 형법의 호소력이 적다는 사실을 쉽게 망각한다. 왜냐하면 이러한 영역에서 ‘위험성(Gefährlichkeit)’에 대한 실질적인 판단과 결정은 종종 ‘사후(ex post)’적 관점에서만 가능하기 때문이다.²¹⁾ 그 결과 과실범에 대한 규범구속성, 책임인식 그리고 법규준수 인식은 점점 침식되고 있으며, 이에 적어도 보통과실에 대해서만 큼은 비범죄화를 하자는 논의가 계속해서 이어지고 있다.²²⁾ 언제 어디서나 주의사항과 고려사항을 이상적 척도까지 끌어올릴 수 있는 사람은 많지 않기 때문이다. 더욱이 엄청나게 빠른 속도의 기술화로 인해 늘어난 주의의무 준수 요구는 사려 깊고 조심성 있는 평균인의 이해력과 집중력을 뛰어넘는 것일 수 있다.²³⁾ 이러한 상황에서 주의의무를 준수하기 위한 의지적 노력이 장기간 지속

18) Otto, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)”, ZStW 1984, 339, 367.

19) Adams/Shavell, “Zur Strafbarkeit des Versuchs”, GA 1990, 337, 356 f.

20) Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen - Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, BadenBaden 1995, S. 259.

21) Schwartz, Strafrechtliche Produkthaftung Grundlagen, Grenzen und Alternativen, Frankfurt a.M. u.a. 1999, S. 113 f.

22) Dannecker, 앞의 논문, 227.

될 경우 피로현상을 초래하고, 이는 그 자체가 위험요소가 되어 사고를 회피하기 위한 효과를 방해하기까지 한다. 그리고 업무수행 의지가 크면 클수록 갑작스런 위험이 발생할 경우 사고위험도 더 커진다. 그렇기 때문에 사회 환경이 더 촘촘히 짜여 있고 기술화가 빠르게 진행될수록 궁극적 손해를 예방하기 위한 실질적 조치를 철저히 준비하도록 해야 한다.

다른 한편으로, 과실범 구성요건의 신범죄화를 통한 형벌화의 요청은 오늘날 인간과 기술 상호 간의 관계성에 대한 높아진 인식에서도 기인하는데, 이때 인식은 우연성이 지배하던 영역을 가능한 한 축소시키고 탈신비주의를 가능케 한다. 하지만 기술화의 진전에 따른 위험에 대한 인식이 커다랗게 증대하였다고 하여 위험 회피전략이 그에 비례하여 증가한 것은 결코 아니다. 이에 위험에 대한 객관적 인식가능성으로부터 개개인의 회피가능성에 대한 추론은 그 설득력을 점점 상실해가고 있다.²⁴⁾ 따라서 중과실이 아닌 보통과실은 경미한 사회윤리적 불법을 그 내용으로 하므로 질서위반 정도의 불법으로 이해하는 것이 적절하다고 본다.²⁵⁾

과실범 구성요건의 확대 경향을 컴플라이언스 제도와 관련하여 비추어볼 때, 기업에게 요구하는 다양한 감독조치는 감독의무와 조직구성의무와 관련된 일반조항의 강화를 통해 기업과 기업 고위 경영진에 대한 형사처벌 리스크를 증가시킨다. 입법자는 거의 매년 사업주에게 기업 활동과 관련된 새로운 의무를 부과시키고 있다고 해도 과언이 아니다. 이는 사회적으로 떠들썩한 기업의 부정부패 사건과 기업 파산을 접하면서 기업과 기업 고위 경영진에 대해 더욱 엄격한 형사책임을 요구하는 시민들의 목소리를 반영한 결과이기도 하다. 이러한 시민들의 목소리는 2008년 세계 금융위기 이후에 더욱 높아지고 있다.

23) Prittwitz, Strafrecht und Risiko - Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 308.

24) Roth, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, Berlin 1996, S. 13, 15 f.

25) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl., München 2006, § 2 Rn. 99.

Ⅲ. 기업범죄 내지 경제범죄 수사에 있어 형사소송 절차의 개입권한 확대

환경범죄, 기업범죄, 경제범죄, 마약범죄, 테러범죄 등 현대 사회에서 표출되고 있는 여러 사회문제를 법, 특히 형법으로 해결하려는 경향은 형법뿐만 아니라 형사소송 절차에도 영향을 미치고 있다. 오늘날 국가의 ‘내적 안전(innere Sicherheit)’의 강조는 시민이 향유하는 국가로부터의 자유로운 영역의 축소를 통해, 그리고 시민의 사적 영역에 대한 국가적 통제의 강화를 통해 ‘자유로부터 안전’으로의 이동을 가능케 한다.²⁶⁾ 사회 전체의 시스템을 보호하려는 예방적 사고는 더 이상 범죄자 개인이 아닌 사회집단 혹은 생활기반에 혐의를 둔다. 법치국가라는 개념의 개방성과 확장성은 안전에 대한 요구의 강조를 허용한다. 이 경우 사회 전체의 시스템을 위협하는 범죄, 예컨대 환경범죄, 기업범죄, 경제범죄, 마약범죄, 테러범죄 등의 진압이 중요하게 다루어진다. 이러한 범죄의 진압과 관련된 행정부(특히 경찰청, 검찰청로 대표되는 수사기관)의 일상인 요구에 대한 반응으로서 장래의 필요에 대비하여 대규모의 권한위임 규범이 만들어진다. 민법 규정으로는 범죄 진압이라는 목적을 결코 달성할 수 없기 때문에 국가적으로 허용 가능한 잔여리스크를 남겨 둘 수 있는지 여부를 고려하지 않은 채 폭넓은 범죄 진압활동을 전개해 나가기 위해 계속해서 새로운 접근법과 대안이 등장하고 있다.²⁷⁾ 그러나 이와 같은 방식의 가벌성의 확대는 형사소송 절차에 있어 개별 사안의 입증 부담을 현저히 증가시킨다. 이때 사법부는 법치국가적 형식성을 대거 완화하고 축소시킴으로써 형사소송 절차에 있어 정형성을 벗어나 소송촉진을 돕는다.²⁸⁾

형법과 형사소송법은 두 개의 수레바퀴와 같이 상호 의존적 관계에 있다. 형법과 형사소송법의 이러한 상호 의존성은 서로 영향을 미치며 작용한다. 즉 앞서 언급한 과실범 형태의 형벌구성요건의 확대는 예컨대 독일형사소송법 제102조(피의자와 관련한 수색), 제105조(수색 절차), 제108조(다른 물건의 압수)에 따라 검찰의 사전 개입을 위한 입구로서 기능하도록 한다.²⁹⁾ 그러한 점에서 볼

26) 이에 대한 상세한 설명으로는 김재윤, “형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰”, 『비교형사법연구』 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004.7, 1면 이하 참조.

27) Krauß, “Sicherheitsstaat und Strafverteidigung”, StV 1989, 315, 317 ff.

28) Albrecht, “Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts”, KritV 1993, 163, 164.

29) Volk, “Strafrecht und Wirtschaftskriminalität”, JZ 1982, 90.

때 형법에 대한 요청은 종종 형사소송법에 대한 요청이기도 하다. 기업범죄, 경제범죄 등과 관련된 실정형법 규정이 분명히 존재하고 있지만 빠르게 그 집행 결손이 나타나고 있으며, 그 결과 무엇보다 피의자 개인의 정보에 대한 자기결정권을 다소 희생시켜서라도, 예컨대 압수·수색·검증 등과 같은 불가피하지만 꼭 필요한 강제처분 권한의 확대를 강조하게 한다.³⁰⁾

형사소송법에서 수사기관의 강제처분 권한이 확대되면 될수록 형사소송 절차를 위협할 가능성은 더욱 증가한다. 뿐만 아니라 은행, 증권회사 등 금융기관은 물론이고 일반 기업에서 컴플라이언스 처리과정에 있어 그 위반의 입증과 관련된 논의가 더욱 활발해 질 것이다. 왜냐하면 해당 금융기관 내지 기업 전체의 조직구조와 리스크 관리가 논의의 중심에 세워질 가능성이 높기 때문이다. 수사기관은 공판단계에서 처하게 될 이러한 입증의 어려움을 해소하기 위해 수사단계에서 보다 광범위하고 더 효과가 있는 강제처분 수단을 적극적으로 행사하여 다량의 증거를 수집하고자 할 것이다.

다른 한편으로, 형사소추 기관으로서 독일 검찰은 일정 정도 폐쇄된 조직 형태로 운영되는 기업을 형사소추하기 위해 해당 기업에 대한 특별한 이해를 필요로 한다. 형사소추 대상인 기업과 관련된 특별한 이해는 어느 누구도 진심으로 검찰과 경찰에게 넘겨주고 싶지 않은 정보의 수집을 통해 이루어지는데, 수사기관은 이러한 기업 내부의 폐쇄된 정보를 수집할 수 있도록 하는 특별한 강제처분 권한을 요구한다.³¹⁾ 이러한 특별한 강제처분 권한과 관련하여 무엇보다 전기통신 감청에 대한 권한의 확대가 요구되고 있다. 독일형사소송법 제100조의a(통신감청) 제2항에서 규정하고 있는 전기통신 감청 목록에 대한 확대의 필요성은 특히 기업의 부정부패 사건과 관련해서 제기된다.³²⁾ 왜냐하면 이러한 기업범죄는 흔히 전화통화, E-메일, 트위터, 페이스북과 같은 소셜 네트워킹 서비스(SNS) 등 통신대화를 통해 이루어지기 때문이다.³³⁾ 이때 조직범죄에 대처

30) Ransiek, Unternehmensstrafrecht - Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, Heidelberg 1996, S. 218.

31) Seelmann, "Risikostrafrecht Die »Risikogesellschaft« und ihre »symbolische Gesetzgebung« im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht", KritV 1992, 452, 457.

32) 독일형사소송법 제100조의a 제2항은 형법, 세법, 의약품법, 망명절차법, 외국인체류법, 무역법, 마약류법, 마약재료감시법, 전쟁무기통제에 관한 법률, 국제형법, 무기법 등 총 11개 법률에서 중범죄로 열거된 범죄에 대해 당사자가 알지 못하더라도 통신을 감청 및 녹음할 수 있도록 하고 있다.

33) Bannenber, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, Neuwied und Kriftel 2002, S. 427.

하기 위해 고안된 기술적 수단의 투입이 기업범죄의 수사에 있어서도 손쉽게 장려된다.³⁴⁾

그러나 형사소송 절차에서 기업범죄, 경제범죄, 마약범죄, 테러범죄 등에 적극적으로 대처한다는 미명아래 기술적 수단의 무분별한 투입, 비밀정보기관과 유사한 증거수집 방법을 대거 허용할 경우 이는 근대 초기 규문주의 시대에 횡횡했던 ‘비밀주의 원칙(Heimlichkeitsmaxime)’의 승리로 귀결될 것이라는 견해는 타당하다고 본다.³⁵⁾ 이는 법치주의국가에서 오랜 기간 시민의 투쟁으로 어렵게 확보한 강제처분 조치의 한계 설정이 얼마나 빠르게 허물어질 수 있는지를 보여주는 대표적인 예이다. 더욱이 기술적 진보가 이루어진다고 하더라도 피의자에게 보장된 권리의 침해의 방지와 경감을 위한 기술적 수단은 결코 동일한 속도로 투입되지 않는다고 한다.³⁶⁾ 나아가 독일형사소송법은 물론이고 우리나라 형사소송법에서 여러 조항에 걸쳐 상세히 규정된 압수·수색·검증 조치는 이미 제재로서의 성격을 가진다. 미결구금 또한 피의자로 하여금 자백 등을 유도하기 위한 조치로 사용되고 있다. 즉 미결구금은 다양한 효과를 갖는데, 구금 경험이 없는 기업범죄 내지 경제범죄 피의자로 하여금 미결구금의 압박하에 자백과 아울러 공범자 내지 진정한 배후자에 대한 진술을 확보하기 위해 활용되고 있다.

IV. 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사소추 강도의 증가

1. 이해관계자(Stakeholder)의 민감성 증가

형법을 수단으로 한 범죄예방, 특히 기업범죄 예방 조치가 얼마만큼 효과성을 달성할 수 있는지는 범죄행위에 대한 적발 개연성과 실제 형사처벌의 개연성에 크게 의존한다. 특히 형사처벌의 개연성이 얼마만큼 높아질 수 있는가는 형사소추를 위해 관련 인적·물적 자원이 얼마만큼 많이 그리고 효과적으로 투

34) Kersten, “Wirtschaftskriminalität als Strukturkriminalität, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption BKA-Herbsttagung 2002, München 2003, 31, 38.

35) Schünemann, “Prolegomena zu einer jeden künftigen Verteidigung, die in einem geheimdienstähnlichen Strafverfahren wird auftreten können”, GA 2008, 314, 316 f.

36) Schünemann, 위의 논문, 322.

입될 수 있는가에 따라 달라진다. 뿐만 아니라 개별 형법규범의 위반에 대해 일반 시민, 특히 이해관계자가 얼마만큼 민감하게 반응하는가에 의해서도 달라진다.

우선 기업의 ‘이해관계자(Stakeholder)’란 경제 체계에서 기업과 직접·간접적으로 이해관계를 가지는 개인 혹은 그룹을 말하는데, 예컨대 주주, 채권자, 이사, 직원, 소비자, 하청업체, 노동조합 등이 이에 속한다. 이들은 자신의 이해관계가 결부된 기업이 발전할수록 커다란 이익을 얻을 수 있는 기회를 갖는다. 특히 이러한 이해관계자가 기업 관련 범죄행위를 중요하게 평가하면 할수록 개별 경제주체(기업, 개인, 정부, 외국 등)에게 더 많은 압력을 행사할 것이다. 이와 관련하여 최근 기업 관련 범죄행위에 대한 이해관계자의 민감성이 계속해서 증가하고 있다. 성숙하고 높은 수준의 교육을 받은 다수의 시민들은 기업의 경영활동에 대해 다른 시민들보다 더 날카롭고 비판적인 시각으로 관찰한다. 이처럼 이해관계자의 기업 관련 범죄행위에 대한 증가된 민감성은 기업의 부정부패 스캔들을 방지하는 데 크게 기여한다. 그리고 기업범죄에 의한 피해자들도 기업범죄 행위자에 대한 처벌보다 효과적인 컴플라이언스 프로그램의 구축을 통해 이를 사전에 예방함이 더 중요하다는 인식의 전환이 이루어지고 있다.³⁷⁾

중전에 다수의 사소한 경미범죄는 그 유해성에 대한 사회적 인식이 결여되어 있어 무의식적으로 허용되곤 하였다. 하지만 이제는 더 이상 금기시되지 않고 형사처벌이 요구되고 있다.³⁸⁾ 그리고 예컨대 대기오염, 수질오염 등을 발생시킨 환경 관련 기업의 경영실패가 어떠한 결과를 낳는지에 대해 지속적이고 깊이 있게 보도하는 언론매체, 경찰과 검찰의 관련 최종 수사결과 보고서, 그리고 사법부의 재판결과에 대한 상세한 대국민 공보활동을 통해 국민들이 더 잘 인식하게 되었고, 그로인해 환경보호에 대한 국민들의 인식이 고양되었다. 하지만 늘어난 경미범죄 사건과 기업에 의한 환경범죄, 기업범죄, 경제범죄 사건들로

37) Freisitzer, “Gesellschaftliche Bedingungen der Korruption Versuch einer verhaltenswissenschaftlichen Deutung”, in: Brüner (Hrsg.), Korruption und Kontrolle, Wien u.a. 1981, 151, 155.

38) 독일은 경미범죄를 질서위반법(OWiG)을 통해 규율하고 있다. 독일 질서위반법 제111조부터 131조까지에서는 경미범죄의 유형을 상세히 규정하고 있는데 대표적으로 질서위반행위(제111조), 공연한 선동(제116조), 허용되지 않는 소음(제117조), 일반대중에 대한 민폐행위(제118조), 비속행위 및 민폐행위(제119조), 금지된 매음의 실행과 매음광고(제120조), 위험한 동물의 사육(제121조), 만취상태에 이른 명정(제122조) 등이 있다. 독일 질서위반법에 대해 상세한 설명으로는 김재광 외 5인, 「경범죄처벌법 전문개정방안 연구」, 한국법제연구원, 2016 참조.

인해 발생한 무분별한 형사소추 현상과 항상 투명하지만은 않은 사법적 선별메커니즘은 문제로 지적된다.³⁹⁾

그러나 이와 같은 비판에도 불구하고 기업은 시민들, 특히 이해관계자로부터의 기업에 대한 증가된 형사소추 압력에 주목할 필요가 있으며, 경제적 이유에서도 컴플라이언스 제도의 도입과 구축 노력을 게을리 하면 안 된다.

2. 형사소추 기관의 전문화

형사소추 기관으로서 독일 검찰은 법적 강제처분 권한뿐만 아니라 수사와 기소, 공소유지에 관한 뛰어난 역량과 전문성을 갖추고 있다. 이에 따라 기업범죄 내지 경제범죄에 대한 형사소추의 강도가 높아지고 있고, 그 결과 기업은 형법적 규범준수를 의미하는 형법적 컴플라이언스(Criminal Compliance)⁴⁰⁾의 문제에 대해 더 큰 관심을 갖게 되었다.

기업범죄 내지 경제범죄는 이른바 ‘통제범죄(Kontrolldelikte)’에 속하는데,⁴¹⁾ 형사소추 기관의 노력 여하에 따라 실제적 진실규명과 소추의 효율성에 커다란 영향을 미친다. 통제범죄와 관련하여 검사, 검찰수사관, 사법경찰관리 등 인적 자원의 부족과 뒤떨어진 기술적 장비에 대한 비난은 시간을 초월해서 계속해서 제기되고 있다. 이에 인원 충원에 대한 요구는 계속되지만 예산 문제로 인해 좀처럼 달성되지 않는다. 때문에 제한된 인적 자원의 효율적 투입이 개선된 방향으로 이루어지고 있다. 또한 현대적 기술을 갖춘 장비도 점차 갖추어지고 있다. 그러나 무엇보다 기업범죄 내지 경제범죄 사건을 다루는 데 있어 경제 관련 지식이 필수적으로 요구된다. 이를 위해 경제 분야에 보다 정통하도록 검사, 검찰수사관, 사법경찰관리 등의 전문화를 위한 교육이 점차 개선되고 있다. 비록 기업범죄 내지 경제범죄 통계를 오래전부터 작성해 왔지만 법률교육에 따른 기업형법 또는 경제형법적 교육과 훈련은 부족했던 것이 사실이다. 하지만 이

39) Hamm, “Deutschland ein Fall für den Staatsanwalt?”, NJW 2004, 1301.

40) 형법적 컴플라이언스란 “일반적 컴플라이언스의 특수한 부분, 즉 기업의 최종의사결정자인 최고경영자(CEO)나 그 밖의 임직원에 의한 범죄행위를 방지해야 하는 일체의 조치 또는 감독의무”로 이해된다. 형법적 컴플라이언스의 개념에 대한 상세한 설명으로는 김재윤, 앞의 “형법적 준법지원인의 개념과 역할에 대한 고찰”, 86-91면 참조.

41) Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München 2007, 1. Kapitel, Rn. 20.

러한 어려운 상황은 형사소추 기관의 전문화 및 인력과 장비의 집중화를 통해서서히 변하고 있다.⁴²⁾

한편 형사소추 기관은 그들의 역량을 이른바 ‘커다란 물고기(große Fische)’로 전환하여 집중하고, 검사의 객관의무에도 불구하고 실제적 진실규명이라는 형사소추자로서 본래의 역할을 다 하고자 한다. 형사소추 기관은 정치·경제·사회의 지도층의 범죄행위에 대해 단호한 조치를 취하기 위하여 그 동안의 소극적 태도에서 벗어나 적극적 자세로 임하고 있다. 그리고 형사재판부 판사의 전문화도 독일법원조직법 제74조의c(경제범죄 형사부)에 따라 성공적으로 진행되고 있다. 경제범죄 전담 형사부의 수가 증가함에 따라 엄격한 판결실무가 자주 목격된다.⁴³⁾

그리고 여전히 부족한 것으로 비판을 받고 있지만,⁴⁴⁾ 형사소추 기관의 국내·외 협력과 공조도 개선되고 있다.⁴⁵⁾ 기업범죄 내지 경제범죄 관련 사건의 수사를 진행함에 있어 일반적인 경험의 상호교환, 공동 예방 프로젝트, 상호협력 작업 등이 자주 수행되고 있다. 특히 환경범죄 사건에서 경찰, 검찰 그리고 환경 관련 정부기관의 참여 하에 개최되는 3자 대책회의, 다국적 기업에서 벌어진 분식회계 사건에서 관련 국가의 국세청, 관세청 그리고 공정거래위원회의 국제적 협력이 이루어지고 있다. 이전에 특히 어려웠던 국제적 법률구조도 보다 효과적으로 진행되고 있는 것은 고무적이다.

형사소추를 언론 등을 통해 공개적으로 진행하는 최근의 경향은 긍정적인 평판에 상당히 의존하는 기업에게 특히 폭발력이 있다. 이는 무제한적으로 보도 자료를 배포하는 방식이 아닌 진행 중인 수사상의 조치들에 대한 방송 등을 통한 정보전달의 방식으로 이루어진다. 다만 이것이 피의자에게 공개적 비난여론을 형성하여 무죄추정의 원칙에 위반될 경우 그러한 방식의 언론 작업은 공개적으로 윤리적·사회적·경제적 사형집행으로 이어질 수 있음에 주의해야 한다.⁴⁶⁾

42) Dannecker, 앞의 책, 1. Kapitel, Rn. 126.

43) Rönnau, “Untreue als Wirtschaftsdelikt”, ZStW 2007, 887

44) Busch, Unternehmen und Umweltstrafrecht, Osnabrück 1997, S. 262 ff.

45) Kersten, 앞의 논문, 31, 39.

46) Schünemann, 앞의 논문, GA 2008, 314.

3. 전문화된 감독기관의 형사소추 기능 분담

독일 연방감사원((Bundesrechnungshof), 독일 금융감독원(BaFIN) 등 전문화된 감독기관들은 형사소추에 있어 중요한 의미를 갖는다. 이들 감독기관은 개별 법령의 위반행위를 감지하고, 그와 관련된 정보를 수집하며, 관련 피감독기관의 질의에 답을 한다. 이들 감독기관에 의해 수집된 데이터의 일반화 작업과 검찰로의 이송 임무는 고발의무를 통해 이행된다. 또한 정보처리 직무 담당자에 대한 형사처벌을 수단으로 하여 정보 유출을 사전에 차단·방지하고자 한다. 이에 따라 폭넓은 법적 고발의무에 대한 요구가, 예컨대 독일 금융감독원 혹은 독일 연방환경부(BMU)를 중심으로 계속해서 제기되고 있다. 이러한 감독기관으로 하여금 피감독기관에게 위반행위의 시정에 대한 경제적·정치적 압력을 행사하도록 함이 형사소추에 의해 기나 긴 형사소송 절차를 밟게 하는 것보다 훨씬 더 용이하고 기업으로서도 경제적 측면에서 유리하다. 왜냐하면 이들 감독기관은 전속고발권을 가지고 법적 의무를 충족시키도록 피감독기관을 감독·지시할 수 있기 때문이다. 그러나 전문화된 감독기관의 형사소추 기능 분담을 통한 형사소추의 기능 확대는 형법적 사회통제를 수단으로 하여 경제적 삶의 터전에 더 넓고 빈번한 침투 내지 개입으로 이어질 위험성이 있음에 유의해야 한다.⁴⁷⁾

4. 사인의 형사소추 기능 분담: 사인과 형사소추 기관의 협력

마지막으로, 기업 활동에 대한 형법적 규제의 강화는 사인의 지식의 활용을 통해서도 이루어진다. 비록 국가는 범죄행위에 대한 형사소추 권한을 원칙적으로 개별 시민이 아닌 검찰에게 맡기고 있으나, 시민의 협력을 빈번히 활용한다. 그 대표적으로 예로 독일형사소송법 제163조 제3항⁴⁸⁾에 따른 증인의 증언의무를 언급할 수 있다. 또 다른 예로 사인의 ‘고발의무(Anzeigepflicht)’를 언급할 수 있다. 이는 예외적인 경우로 한정되어 있기는 하지만 독일형법 제138조(범

47) Busch, 앞의 책, S. 274 ff.

48) 독일형사소송법 제163조 제3항 증인은 검찰수사관의 출석요가 검찰의 위임에 근거하는 경우에 그 출석요구에 따라 검찰수사관에게 출석하여 사안에 관하여 진술할 의무가 있다. 달리 정한 바가 없는 한, 제1편 제6장의 규정을 준용한다. 선서에 의한 신문은 법원에 유보되어 있다.

죄불고지)에서 규정한 범죄에 국한하여 인정하고 있다.

이처럼 사인으로 하여금 형사소추 기능을 일부 분담시킴으로써 사인과 형사소추 기관과의 협력의무가 증가되고 있다. 이러한 사인과 형사소추 기관과의 협력을 통한 사인의 전문지식과 사인에 의해 축적된 데이터의 활용은 예컨대 자금세탁범죄, 문서위조범죄, 컴퓨터범죄 등의 형사소추에 있어 중요한 요소로 자리 잡고 있다.⁴⁹⁾ 심지어 국가에 대한 사인의 정보 우위의 결과는 리스크 관련 지식의 독점화 단계에까지 이르고 있다. 이에 따라 경제를 감시하는 사인의 고발의무를 보다 확대할 필요가 있다는 의견이 계속해서 제기되고 있는 실정이다. 이는 기업의 입장에서 보면 이제 기업범죄 내지 경제범죄에 대한 대응 상대가 전통적 형사소추 기관인 검찰 이외에도 사인에게까지 확대됨을 의미한다.

5. 소결

요컨대, 기업에서 컴플라이언스 제도가 제대로 구축되지 않았을 경우 단지 기업 내부의 윤리·준법경영 위반의 문제를 넘어서 ① 이해관계자의 기업범죄에 대한 적극적 감시활동, ② 형사소추 기관의 기업범죄 내지 경제범죄에 대한 교육 강화를 통한 전문화 및 해외 수사기관과의 공조 및 국제협력 개선, ③ 독일 연방감사원, 독일 금융감독원 등 전문화된 감독기관의 기업의 위반행위에 대한 고발의무 강화, 그리고 ④ 사인의 전문지식과 데이터의 적극적 활용 등을 통한 형사소추 기능의 분담과 협력에 의해 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사소추의 강도가 높아진다.

V. 맺는 말: 우리나라 준법지원인제도에 주는 시사점

우리나라는 2011년 「상법」 제542조의13에 따라 기업의 윤리·준법경영과 기업 내부의 의사결정이나 업무집행 과정에서 발생할 수 있는 법률 리스크를 사전 예방함으로써 기업의 경쟁력을 높이고 사회적 책임의 강화를 위해 준법지원인제도를 자산총액 5천억 원 이상 상장회사에 대하여 의무적으로 도입하도록

49) Sieber, "Grenzen des Strafrechts", ZStW 2007, 1, 29.

하였다. 그럼에도 불구하고 2016년 기준 적용대상 311개 기업 중 전체의 약 41%인 128개사가 준법지원인을 선임하지 않고 있으며,⁵⁰⁾ 준법지원인을 선임한 기업에서도 기업범죄의 사전적 예방 기능을 달성하기 위한 효과적인 컴플라이언스 프로그램이 구축되어 운영되고 있는지는 다소 의문스럽다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 기업에서 컴플라이언스 조직과 시스템을 견고하게 구축하지 않을 경우 우선적으로 기업 및 기업 고위 경영진에게 형사처벌의 리스크가 증가하게 된다. 뿐만 아니라 해당 기업의 거래처, 고객, 일반 투자자, 나아가 전체 국민 경제 등 여러 이해관계자에게 다양한 유·무형의 피해를 끼치게 된다. 그로인해 한편으로 손해배상 또는 과태료나 과징금 등의 부과를 통해 기업에게 재산상 손실을 가져오고, 다른 한편으로 시장에서 기업 지위의 하락, 고객의 상실 또는 기업 브랜드 가치 순위의 하락 등의 형태로 기업의 사회적 명성이나 평판과 관련한 손해가 발생하게 된다.⁵¹⁾

다음으로, 우리나라에서처럼 다수의 기업에서 준법지원인제도가 구축되지 않아 기업범죄 내지 경제범죄가 빈번히 발생할 경우 자유로워야 할 기업의 경영활동에 형법이 과도하게 개입할 개연성이 증가하는데, 이는 형법과 상호 의존적 관계에 있는 형사소송 절차에서도 강제처분 권한의 확대라는 결과는 초래한다. 하지만 형사소송 절차에서 기업범죄 내지 경제범죄 등에 적극적으로 대처하기 위한 수단으로 기업 경영활동과 관련된 전화통화, E-mail 등에 대한 감청과 압수·수색이 광범위하게 이루어질 경우 법치주의국가에서 오랜 기간 동안 시민의 투쟁으로 어렵게 확보한 강제처분 조치의 한계 설정이 손쉽게 허물어질 우려가 있다.

더 나아가 준법지원인제도의 비구축은 기업 관련 범죄행위에 대해 주주, 소비자 등으로 대표되는 이해관계자의 적극적 감시활동, 형사소추 기관의 기업범죄 수사에 대한 전문성 제고, 감사원 등 전문화된 감독기관의 고발의무 강화를 통한 형사소추 기능 분담 그리고 사인과 수사기관의 협력 강화에 의해 기업 및 기업 고위 경영진에 대한 형사소추 강도가 더욱 더 높아지게 한다.

50) 준법지원인의 의무선임 대상회사임에도 불구하고 준법지원인을 선임하지 않은 이유로 ① 실효성이 없을 것 같아서, ② 준법지원인의 보수 등의 비용이 과도하게 들어서, ③ 형사제재의 감면이나 세금감면 등과 같은 인센티브가 없어서, ④ 기타 사유(처벌규정이 없어서, 선임예정이어서 등)의 순서로 파악되고 있다고 한다(한국상장회사협의회, 상장회사의 준법지원인제도 도입 및 운영현황, 2014.7, 12면).

51) 이진국, 앞의 논문, 11면.

결국 기업에서 컴플라이언스 조직과 시스템의 견고한 구축은 윤리·준법경영을 위한 단순한 형식적 업무가 아니라 기업의 영속적 발전과 성장을 저해하는 최대 요인으로서 기업범죄, 즉 기업 내부에서 임직원에 의한 기업에 대한 범죄 행위(예컨대 업무상횡령죄, 업무상배임죄 등)를 방지하고 기업 외부에서 제3자(예컨대 당해 기업의 거래당사자 또는 고객)에 의한 기업의 법익침해의 위험을 사전에 예방하기 위해 반드시 필요한 핵심 업무임을 재인식할 필요가 있다. 이러한 인식을 바탕으로 기업에서 컴플라이언스 제도가 구축되어 효과적으로 운용될 경우 일차적으로 기업 및 기업 고위경영진으로 하여금 형사처벌의 리스크를 감소시켜 줄 뿐만 아니라 부차적으로 기업의 경영활동에 대한 형법의 개입 개연성의 증가로 인해 초래될 수 있는 형법과 형사소송 절차의 부정적 영향을 해소하는데 기여할 수 있다고 본다.

투고일 : 2019.11.27. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

[참고문헌]

- 김동률, “형법상 제조물 책임에 있어 기업 경영진에 대한 보증인 지위의 인정근거 - 피엑스프레이 판결을 둘러싼 독일에서의 논의를 중심으로-”, 『한양법학』 제25권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2014.2.
- 김재광 외 5인, 『경범죄처벌법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2016.
- 김재윤, “형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰”, 『비교형사법연구』 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004.7.
- _____, “형법적 준법지원인의 개념과 역할에 대한 고찰”, 『일감법학』 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017.10.
- _____, “기업범죄예방과 관련하여 자율규제로서 준법지원인제도의 이해”, 『비교형사법연구』 제21권 제3호, 한국비교형사법학회, 2019.10.
- 박봉진, “소년범죄자에 대한 경찰단계 다이버전 효율화방안”, 『법학연구』 제54권, 한국법학회, 2014.
- 박선중, “개정상법상 준법통제와 준법지원인”, 『저스티스』 통권 제124호, 한국법학원, 2011.6.
- 박한성, “상법상 준법지원인제도의 개선방안”, 『외법논집』 제38권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014.11.
- 윤성승, “개정 상법상 준법지원인 제도의 문제점”, 『기업법연구』 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2011.12.
- 이진국, “기업범죄 관련 준법지원인의 역할과 형사책임”, 『사법』 제24호, 사법발전재단, 2013.6.
- 정찬형, “2011년 개정상법에 따른 준법경영제도 발전방향 - 집행임원 및 준법지원인을 중심으로-”, 『선진상사법률연구』 통권 제55호, 법무부, 2011.7.
- 주기중, “상법상 준법지원인제도의 문제와 해결”, 『법학연구』 제48권, 한국법학회, 2012.
- 한국상장회사협의회, 상장회사의 준법지원인제도 도입 및 운영현황, 2014.7.
- Adams/Shavell, “Zur Strafbarkeit des Versuchs”, in: GA 1990, S. 337-364.
- Albrecht, “Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts”, in: KritV 1993, S. 163-182.
- Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, Neuwied und Kriftel 2002.

- Busch, Unternehmen und Umweltstrafrecht, Osnabrück 1997.
- Dannecker, "Fahrlässigkeit in formalen Organisationen", in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, S. 209-237.
- _____, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München 2007.
- Freisitzer, "Gesellschaftliche Bedingungen der Korruption Versuch einer verhaltenswissenschaftlichen Deutung", in: Brüner (Hrsg.), Korruption und Kontrolle, Wien u.a. 1981, S. 151-163.
- Hamm, "Deutschland ein Fall für den Staatsanwalt?", in: NJW 2004, S. 1301-1303.
- Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", in: ZRP 1992, S. 378-383.
- Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, BadenBaden 1995.
- Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991.
- Kersten, "Wirtschaftskriminalität als Strukturkriminalität", in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption BKA-Herbsttagung 2002, München 2003, S. 31-42.
- Krauß, "Sicherheitsstaat und Strafverteidigung", in: StV 1989, S. 315-325.
- Otto, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)", in: ZStW 1984, S. 339-375.
- Prittitz, Strafrecht und Risiko - Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1993.
- Ransiek, Unternehmensstrafrecht - Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, Heidelberg 1996.
- Rönnau, "Untreue als Wirtschaftsdelikt", in: ZStW 2007, S. 887-926.
- Roth, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, Berlin 1996.
- Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl., München 2006.
- Schünemann, "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", in:

Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), GS-Armin Kaufmann, Köln u.a. 1989, S. 629-649.

_____, Prolegomena zu einer jeden künftigen Verteidigung, die in einem geheimdienstähnlichen Strafverfahren wird auftreten können, in: GA 2008, S. 314-334.

Schwartz, Strafrechtliche Produkthaftung Grundlagen, Grenzen und Alternativen, Frankfurt a.M. u.a. 1999.

Seelmann, "Risikostrafrecht Die »Risikogesellschaft« und ihre »symbolische Gesetzgebung« im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht", in: KritV 1992, S. 452-471.

Sieber, "Grenzen des Strafrechts", in: ZStW 2007, S. 1-68.

Volk, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", in: JZ 1982, S. 85-92.

Wehnert, "Überlegungen zur Entwicklung der strafrechtlichen Risiken im Unternehmensmanagement", in: FS-Peter Rieß, Berlin u.a. 2002, S. 811-826.

[국문초록]

준법지원인제도 비구축에 따른 형법의 개입 개연성 증가가 형법과 형사소송 절차에 미치는 영향 - 독일의 논의를 중심으로 -

김재윤*

모든 기업은 현존하는 법규범을 준수하며 기업 활동을 수행해야 한다. 법규범 가운데 특히 형법규범에 대한 준수 요청은 과거와 비교해 볼 때 기업 활동과 관련하여 더 강화되고 있다. 이는 기업에서 형사처벌 리스크를 축소시키고자 내부통제기준과 준법감시인, 준법통제기준과 준법지원인, 컴플라이언스 프로그램 도입 등의 증가된 시도에서 잘 드러난다. 이러한 시도에도 불구하고 한국 사회에서 기업범죄는 끊임없이 발생하고 있다. 이에 국민들로부터 기업의 여러 활동에 대해 형법이 더 많이 더 자주 개입하라는 요청이 증가하고 있으며, 범죄적 기업 활동과 관련된 형사처벌이 점점 증가하고 있다. 그 결과 기업(법인)과 기업의 고위 경영진이 형사절차에 개입될 리스크가 증가하고, 형사소추의 압박도 증가하고 있다. “기업의 고위 경영진은 한쪽 다리를 감옥에 걸쳐두고 경영활동을 하며, 법률의 홍수에 빠져있다”는 진단은 더 이상 과장된 표현으로 치부할 수 없게 되었다.

기업의 고위 경영진에 대한 형사책임의 강화는 기업에서 자율적 규제로서 컴플라이언스(Compliance) 제도를 도입하여 확립함으로써 기업범죄를 사전에 예방하게 하는 긍정적 효과도 거두지만, 기업 활동 영역에 대한 대표적 타율규제인 형법의 지나친 개입으로 형벌의 정당성에 대한 문제를 불러일으킨다. 즉 형법에 의한 개입 가능성의 확대는 귀속적도의 확대로 반응하게 되고, 이는 범치국가적 형법의 경계를 허물어뜨리는 위협으로 다가온다. 탈규제화, 비범죄화, 재민영화, 다이버전(Diversion) 및 형벌폐지론의 경향은 기업 활동에 대한 형법의 적극적 개입에 비추어 볼 때 이제 과거의 일에 속한 것으로 여겨진다. 기업범죄 내지 경제범죄와 관련된 현재의 형사정책은 본질적으로 신범죄화와 형사

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

제재의 강화의 방향으로 가고 있다고 말해도 과언이 아니다. 더 많은 더 강한 형법에 대한 요청은 오늘날 일반적인 정치적 시대정신과도 일치한다. 이와 관련하여 일찍이 독일의 저명한 형법학자인 쉬네만(Schünemann)은 독일에서 1989년 피혁스프레이 판결(Lederspray Urteil)이 나오기 이전까지는 기업 고위 경영진에 대한 형사제재 압력의 증가를 거의 찾아볼 수 없음을 적절히 지적하였다. 그러나 독일에서 피혁스프레이 판결 이후로 상황은 달라졌다. 왜냐하면 이 판결을 통해 기업 고위 경영진의 개인적 형사책임을 적극적으로 묻는 결과를 가져왔기 때문이다. 이에 따라 기업범죄를 사전에 예방하기 위한 컴플라이언스 기능은 더욱 중요해지고 전문화되고 있다.

오늘날 기업의 경영활동에 있어 법규범, 특히 형법규범의 준수가 강조됨에 따라 컴플라이언스 제도의 도입 및 구축의 중요성이 날로 강조되고 있다. 그럼에도 불구하고 기업에서 컴플라이언스 제도를 제대로 구축하지 않음으로써 형법규범의 침해, 즉 기업범죄가 발생했을 경우 불가피하게 형법의 개입 개연성이 높아진다. 이러한 형법의 개입 개연성 증가는 기업 및 기업 고위 경영진에게 형사처벌의 리크스를 증가시키고, 기업범죄 수사에 있어 형사소송 절차의 개입권을 확대시켜 형사소추의 강도를 증가시키는 부정적 영향을 초래하게 한다.

따라서 이 글에서는 기업에서 컴플라이언스 제도를 제대로 구축하지 않음으로써 형법의 개입 개연성이 높아질 경우 기업 및 기업 고위 경영진, 형법과 형사소송법에 미치는 부정적 영향의 구체적 내용과 관련하여 전개된 독일의 논의를 중심으로 살펴보고, 우리나라에서 2011년부터 상법개정을 통해 도입된 준법지원인제도와 관련하여 어떠한 시사점을 얻을 수 있는지를 검토하였다.

주제어 : 컴플라이언스, 준법지원인, 기업범죄, 경제범죄, 피혁스프레이 판결

[Abstract]

A Study on the Impact of Non-Compliance on Criminal Law
and Criminal Procedure

- With Focus on German Discussions -

Kim, Jae-Yoon*

All companies have to conduct business activities in compliance with existing laws and regulations. In particular, requests for compliance with Criminal Code are being strengthened in relation to business activities compared with the past. This is due to increasing attempts to reduce criminal risk in corporations.

Normally 'Compliance' can be defined as "System for regularly supervising and regulating enterprises and its employee in advance to comply with demands and prohibitions specified in various norms such as laws, company rules, business ethics". This concept of compliance has its character as a legal action for preventing corporate crime in the perspective of criminal law.

Today, the importance of introducing and building compliance officer system is being emphasized as companies comply with relevant laws - especially criminal law -, policies and regulations. Nevertheless, non-compliance in corporations will inevitably increase the probability of intervention by criminal law when a corporate crime occurs. This increased probability of intervention in criminal law raises the risk of criminal penalties to corporate itself and senior executive and the negative impact of increasing the intensity of criminal prosecution by expanding the right to intervene in criminal procedure in investigations of corporate crime.

Therefore, this article reviews the details of the negative impact on corporate itself and senior executive, criminal law and criminal procedure that result from non-compliance. And this paper examines what implications can be obtained regarding the compliance officer system introduced in the New

* Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law.

Korean Commercial Code Amendment since 2011.

Key words : Compliance, Compliance Officer System, Corporate Crime, Economic Crime,
Leather Spray Judgment

