



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

양벌규정에 의한 기업 처벌은  
실효적인 기업불법 통제수단인가  
- 통계분석으로 본 양벌규정 적용 현황 -

2017년 8월

서울대학교 대학원

법학과

권 보 원

양벌규정에 의한 기업 처벌은  
실효적인 기업불법 통제수단인가  
- 통계분석으로 본 양벌규정 적용 현황 -

지도교수 고 학 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함  
2017년 4월

서울대학교 대학원  
법학과  
권 보 원

권보원의 석사 학위논문을 인준함  
2017년 8월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문초록

기업이 이윤을 추구하는 과정에서 사회공동체에 해악을 끼치는 사건·사고가 빈발하고 있다. 유해하거나 위험한 행위를 결정하고 집행한 기업 구성원(행위자) 외에도, 그러한 활동으로 이익을 얻는 기업체 자체를 강하게 처벌하여야 한다는 당위론이 힘을 얻고 있다. 우리 법은 양벌규정에 의하여 벌금형을 부과하는 방식으로 법인기업을 처벌한다. 양벌규정은 현재, 행정단속 목적이 강한 법률 위주로 전체 법률의 약 35~40%에 포함되어 있고, 그 수가 빠른 속도로 증가하고 있다. 책임주의를 선언한 헌법재판소의 2007년 결정 이후 규정형식도 통일되고 있다.

그러나 50년 이상 유지된 양벌규정은 여전히 우리 법제도에 자리 잡지 못하고 있다. 통계적으로 보면, 실제 형사재판에서는 통념 또는 기대와 달리 양벌규정이 거의 활용되지 않고 있다고 하여도 과언이 아니다. 제도적 산물에 불과한 법인을 범죄와 형벌의 주체로 삼는다는 전제가 형사법원칙과 충돌하기 때문이다. 제대로 기능하지 못하는 양벌규정이 면죄부처럼 작동하여, 오히려 기업불법의 효과적 통제를 가로막는 치명적 걸림돌이 되고 있다는 인상마저 받는다. 안타깝게도, 폭증하는 양벌규정은 ‘과잉범죄화’의 한 단면이다. 과잉범죄화는 법의 힘을 떨어뜨리고, 법집행자원의 비효율적 배분을 야기하여 과소처벌이라는 역설을 낳는다.

기업불법을 효과적으로 억지·예방하기 위한 최적 법제는 어떤 것일까? 기업 구성원과 기업체의 민사적, 형사적, 행정법적 책임을 어떻게 배치하여야 할까? 이 글은 형사처벌과 이를 위한 절차를 가급적 자연인에 한정하고, 법인에 대해서는 피해가 실질적으로 원상회복될 수 있는 충분한 손해배상책임이 억지력으로 작용하여

야 한다고 주장한다. 만약 피해를 전보하고도 남는 불법이익이 있다면 과징금, 과태료 등 행정제재 수단을 통하여 환수하여야 한다. 이로써 불법행위의 (기대)비용이 (기대)효용보다 크도록 제도를 설계하여야 한다. 행위 영역별로는 비금전적 행정규제 수단이 사전 예방책으로 활용될 수 있다.

주요어 : 양벌규정, 기업범죄(기업불법), 법인의 형사책임, 법경제학, 과잉범죄  
화, 통계분석, 텍스트 마이닝

학 번 : 2009-21322



가. 사비니(1779~1861) .....	37
나. 기르케(1841~1921) .....	41
다. 법인 본질론 재검토 .....	43
3. 회사법상 기업 본질론 .....	47
가. 기업의 본질(거래비용>조직비용) .....	47
나. 주식회사의 특징 .....	51
다. 법인격 부인 법리 .....	54
4. 소결론 .....	55

### 제 3 장 외국의 기업불법 통제수단 - 비교법적 고찰 .....

제 1 절 전사(前史) - 로마의 경우 .....	57
제 2 절 영국 .....	59
제 3 절 미국 .....	61
제 4 절 독일 .....	65
제 5 절 프랑스 .....	66
제 6 절 그 밖의 유럽국가 .....	67
제 7 절 일본 .....	68
제 8 절 국제뇌물방지법 .....	69
제 9 절 소결론 .....	71

### 제 4 장 범죄와 형벌의 법경제학 .....

제 1 절 범죄란 무엇인가 .....	73
1. 의의 .....	73
2. 피비우스의 띠? .....	74
제 2 절 형사처벌의 목적 .....	77
1. 서설 .....	77

2. 응보론 .....	80
가. 의의 .....	80
나. 배경 .....	80
다. 억지론 비판 .....	82
3. 억지론 .....	85
가. 의의 .....	85
나. 응보론 비판 .....	87

**제 3 절 법경제학적 억지론으로 재구성한 비/범죄화 이론**  
..... 91

1. 서설 .....	91
2. 기능주의적 접근 .....	94
가. 사적집행에 대한 공적집행(행정제재와 형사처벌)의 비교우위 .....	94
나. 행정제재에 대한 형사처벌의 비교우위 .....	97
1) 고의성(행위불법, 행위반가치) .....	97
2) 총피해(결과불법, 결과반가치) .....	101
3) 소결론 .....	105
3. 종합: 범죄화의 필요조건과 범죄유형 .....	106
가. 김일중의 범죄경계선 .....	106
나. a 그룹 .....	109
다. a' 그룹 .....	109
라. b 그룹 .....	110
마. c 그룹 : g 그룹 .....	111
바. d 그룹 .....	113
사. e 그룹 .....	114
아. f 그룹 : h 그룹 .....	114
자. i 그룹 : j 그룹 .....	115

**제 4 절 과잉범죄화 문제** ..... 119

1. 의의 .....	119
-------------	-----



2. 원인 .....	121
3. 세 가지 유형 .....	125
가. 무과실책임 범죄화(I 유형) .....	125
나. 피해가 적은 행위들의 과잉범죄화(III 유형) .....	128
다. 민사사건 및 규제위반 행위들의 과잉범죄화, 과잉형사화(II 유형) .....	130
1) 의의 .....	130
2) 민사의 형사화 .....	134
3) 행정사건의 형사사건화 .....	135
4. 폐해 .....	152
가. 법집행 기준 상실에 따른 법의 기능 저하 .....	152
나. 법집행자원의 비효율적 배분 .....	153
다. 소결론 .....	155

## 제 5 장 양벌규정 적용 사건 현황 - 그 많던 고도는 다 어디로 갔을까? .....

제 1 절 의의 .....	157
제 2 절 문헌에 소개된 법인범죄 통계 .....	157
1. 김재운 .....	157
2. 이승준 .....	159
가. 전체 범죄발생건수 대비 법인체 범죄발생건수 .....	159
나. 죄종별 법인체 범죄발생건수 및 비율 .....	159
3. 이천현, 임정호, 박기석 .....	162
제 3 절 실상 : 통계분석으로 본 양벌규정 적용 현황 ...	163
1. 조사방법 .....	163
가. 의의 .....	163
나. 조사대상 추출방법 .....	166
1) 당사자명 .....	166

2) 제외어 및 검색어 .....	169
가) 재심사건 제외 .....	169
나) 검토 : 도로법 문제 등 .....	171
다) 소결론 .....	178
2. 현황 .....	178
가. 1심 공판사건 중 법인 피고인 사건 수 .....	178
1) 전국 법원 1심 공판사건 수 .....	178
2) 법인 피고인 1심 공판사건 수 및 전체 사건 대비 비중 추정치 .....	179
3) 종전 사법연감 통계와 비교 .....	179
나. 민사, 행정사건의 경우 .....	180
1) 민사사건 .....	181
2) 행정사건 .....	183
3) 소결론 .....	185
다. 구체적 분석 .....	187
1) 서설 .....	187
2) 사건명 일람 .....	188
3) 소관부처별 분류 .....	190
4) 사물관할별 분류 .....	193
5) 판결 내용 .....	195
가) 무죄, 면소, 공소기각 - 지식재산권 침해행위 범죄화 정책 재고 .....	195
나) 선고유예 .....	197
다) 법인에 선고된 벌금 액수 .....	197
라) 법인과 자연인 벌금 액수 비교 .....	201
마) 법인 벌금액과 자연인 벌금액의 관련성 .....	205
바) 자연인 실행 선고 건수 .....	210
사) 조세범처벌법위반 사건 .....	212
아) 독점규제법위반 사건 .....	215

제 4 절 소결론 .....	217
제 6 장 제언 .....	220
제 1 절 죄책성 평가와 비범죄화 .....	220
1. (법인) 비범죄화 .....	220
2. 사람의 것은 사람에게 .....	221
제 2 절 불법행위는 손해배상으로 .....	225
제 3 절 행정규제 .....	229
제 4 절 마치며 .....	234
별지 양벌규정 입법 현황 (2017. 5. 1. 기준) .....	235
참고문헌 .....	247
Abstract .....	288

## 표 목 차

[표 1] 세 번 헤게모니 특징 .....	33
[표 2] 미국 단체피고인 사건 벌금·배상 선고 현황 .....	64
[표 3] 제1종 오류와 제2종 오류 .....	132
[표 4] 경찰청 범죄통계 .....	158
[표 5] 전체 범죄발생건수 대비 법인체 범죄발생건수 .....	159
[표 6] 최종별 법인체 범죄발생건수 및 전체 범죄발생건수 대비 비율 .....	160
[표 7] 법인체 주요범죄 발생건수 및 전체 발생건수 대비 비율 .....	160
[표 8] 전체 법인체 범죄 중 최종별 법인체 범죄 차지 비중 .....	161
[표 9] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 수(?) .....	168
[표 10] 그 외 ‘회사~, 법인~’ 1심 공판사건 수(?) .....	168
[표 11] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 현황 .....	171
[표 12] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 도로법 재심무죄판결 사건 수(?) .....	172
[표 13] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 재심무죄판결 사건 수(?) .....	172
[표 14] 전체 재심무죄판결 중 도로법 재심무죄판결 사건 비중 추정 .....	172
[표 15] 전체 재심무죄판결 중 도로법상 운행제한 위반 사건 비중 추정 .....	177
[표 16] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 “재심”, “결정” 포함 사건 수 .....	178
[표 17] 전국 법원 1심 공판사건 수 .....	179

[표 18] 법인 피고인 1심 공판사건 수 추정 (재심무죄판결 사건 제외) .....	179
[표 19] 1990~2000년 법인 피고인 1심 공판사건 수 .....	180
[표 20] 법인 당사자 1심 민사본안 사건 수 .....	181
[표 21] 전체 민사 1심 사건 중 법인 당사자 사건 수 및 비중 추정 .....	182
[표 22] 법인 당사자 1심 행정본안 사건 수 .....	183
[표 23] 전체 행정 1심 사건 중 법인 당사자 사건 수 및 비중 추정 .....	184
[표 24] 과징금부과처분취소소송 관련 .....	185
[표 25] 분석대상 확정 .....	188
[표 26] 5년간 ‘주식회사~’ 1심 공판사건 사건명 표 .....	189
[표 27] 법인피고인 사건 소관부처별 분류 .....	191
[표 28] 법인에 선고된 벌금액 기술통계량 .....	198
[표 29] 법인에 선고된 벌금액 도수분포표 .....	199
[표 30] 법인에 선고된 벌금액 기술통계량 (조세범, 독점규제법위반 제외) .....	200
[표 31] 법인에 선고된 벌금액 도수분포표 (조세범, 독점규제법위반 제외) .....	201
[표 32] 법인+자연인 선고 벌금액 기술통계량 .....	202
[표 33] 법인+자연인 선고 벌금액 기술통계량 (조세범, 독점규제법위반 제외) .....	202
[표 34] 150건 자연인, 법인 벌금액 회귀분석(?) 표 .....	206
[표 35] 130건 회귀분석 표 .....	208
[표 36] 최종 128건에 대한 회귀분석 표 .....	209
[표 37] 조세범 법인 벌금액 기술통계량 .....	212
[표 38] 법인+자연인 조세범 벌금액 기술통계량 .....	213

[표 39] 독점규제법위반 법인 벌금액 기술통계량 ..... 215

## 그림 목 차

[그림 1] 독일 문헌(1780~2000)상 ‘법인(Juristische Person)’,  
‘단체인(Verbandsperson)’ 용어 사용빈도 ..... 42

[그림 2] 김일중의 범죄경계선(행위 특성별 죄책성 수준 및  
범죄경계) ..... 108

[그림 3] 형법범죄와 특별법범죄 입건 건수 비교(대검찰청)  
..... 120

[그림 4] 과잉범죄화 유형(김일중) ..... 152

[그림 5] 2013년 전체 법인체 범죄 중 죄종별 법인체 범죄  
차지 비중 ..... 161

[그림 6] 2005~2007년 기업범죄 유형(이천현 외) ..... 162

[그림 7] 기업범죄 적용법률 소관부처별 비율 ..... 193

[그림 8] 사물관할별 비율 ..... 194

[그림 9] 법인에 선고된 벌금액 분포  
(조세범, 독점규제법위반 제외) ..... 201

[그림 10] 법인 선고 벌금액 분포(자연인에 대해서도  
벌금형이 함께 선고된 경우) ..... 204

[그림 11] 자연인 선고 벌금액 분포(법인에 대해서도  
벌금형이 함께 선고된 경우) ..... 204

[그림 12] 150건 자연인, 법인 벌금액 산점도 ..... 207

[그림 13] 최종 128건에 대한 회귀분석 산점도 ..... 210

## 제 1 장 서론<sup>1)</sup>

“When my information(facts) changes, I change my mind. What do you do?”

- John Maynard Keynes(?)<sup>2)</sup>

“I have no data yet. It is a capital mistake to theorize before one has data. Insensibly one begins to twist facts to suit theories, instead of theories to suit facts.”

- Sherlock Holmes<sup>3)</sup>

“Data! data! data!” he cried impatiently. “I can’t make bricks without clay.”

- Sherlock Holmes<sup>4)</sup>

“For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”

- Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>5)</sup>

- 
- 1) 필자는 2016년 서울중앙지방법원의 경제범죄사건 전담 형사합의 재판부에서 근무하였다. 그 해에 주심판사로 관여하였던 이른바 ‘카드3사 개인정보 유출 사건’ 등에 대한 사건처리경험이 양벌규정(법인을 형사처벌한다는 것)에 대하여 다시 생각하여 보게 되는 계기가 되었다.
  - 2) 1970년 노벨경제학상을 수상한 폴 새뮤얼슨은 케인즈가 위와 같은 말을 하였다고 회고하였고, 많은 문헌들이 이를 따르고 있으나, 그렇게 볼 증거가 분명하지 않다는 반론이 있다. 단어를 조금씩 달리 쓴 다양한 형태가 존재한다. 상세는 <<http://quoteinvestigator.com/2011/07/22/keynes-change-mind/>>(2016. 11. 27. 확인) 및 <[https://en.wikiquote.org/wiki/Talk:John\\_Maynard\\_Keynes](https://en.wikiquote.org/wiki/Talk:John_Maynard_Keynes)>(2016. 11. 27. 확인) 등 참조.
  - 3) Arthur Conan Doyle, “A Scandal in Bohemia”, *Strand Magazine* (1891. 7.), 63. Mary Whisner, “Data, Data, Data”, *Law Library Journal*, Vol. 108, No. 2 (2016), 313에서 재인용.
  - 4) Arthur Conan Doyle, “The Adventure of the Copper Beeches”, *The Complete Sherlock Holmes Vol. 1* (New York: Barnes & Noble Classics, 2004), 383. Whisner(2016), 313에서 재인용.

“All knowledge is, in the final analysis, history. All sciences are, in the abstract, mathematics. **All judgements are, in their rationale, statistics.**” (강조는 인용자)

- C. R. Rao<sup>6)</sup>

## 제 1 절 우화 혹은 픽션들. 법인을 기다리며<sup>7)</sup>

### 1. Act 1

고도, 노도, 로도를 찾아 압송하라는 명이 떨어졌다.

그들은 마을 사람들의 명찰을 관리하고 있었다. 명찰이 돈이 된다는 소문이 돌면서 호시탐탐 명찰을 노리는 도둑이 들끓었다. 그들은 마을에서 문을 최고로 잘 만든다고 알려진 소도에게 부탁하여 문을 더 튼튼하게 만드는 일을 맡겼다. 그들이 불려오게 된 것은, 소도가, 자신이 고치던 바로 그 문으로 마을에 사는 40만 명의 명찰을 도둑질해갔다는 이유에서였다.

그런데 사람들은 고도, 노도, 로도가 누구인지를 알지 못했다. 감독관은 고도, 노도, 로도에 고용되어 일했던 사람들을 불러서 왜 이런 일이 벌어졌는지를 조사했다. 감독관은 다른 감독관이 심혈을 기울여 집필한 문 백과와 창문 백과를 열심히 연구하여 고도, 노도, 로도가 잘못된 일 100가지를 찾아냈다. 감독관은 고도, 노도, 로도에게 문을 3개월 동안 쓰

---

5) Oliver Wendell Holmes Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8 (1897), 469. Whisner(2016), 313 및 Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics (5th ed.)* (Boston: Pearson Addison Wesley, 2008)[한순구 번역, 법경제학(제5판)(경문사, 2009), 2]에서 재인용.

6) Calyampudi Radhakrishna Rao, *Statistics and Truth: Putting Chance to Work, 2nd ed.* (River Edge, NJ: World Scientific, 1997), x [이재창, 송일성 역, 혼돈과 질서의 만남: 확률법칙의 다리를 넘어(나남출판, 2003), 6].

7) Samuel Beckett, *En attendant Godot* (Paris: Editions de Minuit, 1952); *Waiting for Godot: A tragicomedy in two acts* (New York: Grove Press, 1954)[오증자 번역, 고도를 기다리며(민음사, 2000)]. 이하는 필자가 담당하였던 사건들을 우화로 각색한 것이다.



지 못하게 하는 벌을 내리면서 1명분 명찰 값을 내게 했다. 포도청과 검사관도 고도, 노도, 로도에 고용되어 일했던 사람들을 불러서 왜 이런 일이 벌어졌는지를 조사했다. 고도, 노도, 로도가 어디 갔는지 없다고 하니, 꼬도, 모도, 로또의 입을 빌려 고도, 노도, 로도의 말을 대신하게 하기도 하였다. 검사관은 감독관 조사결과와 문 백과, 규정집을 참고하여 고도, 노도, 로도가 문을 만들고 관리하면서 잘못된 일 50가지를 찾아냈다. 그 중에는 고도, 노도, 로도가 직원들에게 문 백과를 읽히지 아니하였다는 것과, 소도를 부르기 전에 문 단속대책을 세우지 아니하였다는 것, 소도에게 명찰을 흠쳐가지 않겠다는 다짐을 받아두지 아니하였다는 것이 포함되어 있었다. 검사관은 그것이 모두 규정위반이고 따라서 범죄라고 하면서 50가지 잘못을 재판에 넘겼다.

고도, 노도, 로도가 범정에 세워졌다. 사람들은 고도, 노도, 로도가 누구인지를 알지 못하였기 때문에 고도, 노도, 로도에 고용되어 일하고 있는 코도, 오도, 로로가 대신 범정에 세워졌다. 그들은 사건이 있는 뒤에 고용되었거나 사건 당시에 다른 마을에서 일하고 있던 사람들이었기 때문에, 소도가 문을 만들 때 무슨 일이 있었는지를 전혀 알지 못했다. 꼬도, 모도, 로또가 검사관 앞에서 무슨 이야기를 하였는지도 모른다고 했다.

검사관은 고도, 노도, 로도가 50가지를 잘못했다고 했다. 고도, 노도, 로도에 고용된 누가 각각의 업무를 맡았는지가 밝혀져야 했지만, 여하간 고도, 노도, 로도가 그 일을 맡았어야 하는 것은 분명하기 때문에 고도, 노도, 로도에 고용된 모두가 그 일을 맡아야 했고, 따라서 아무도 그 일을 맡지 않아도 되었다. 아무튼 고도, 노도, 로도는 틀림없이 50가지를 잘못했다.

그 날 무슨 일이 있었는지를 아는 사람이 없었기 때문에 이미 재판을 받고 옥에 갇혀 있었던 소도가 불러왔다. 소도는 앞서 감독관, 포도관, 검사관한테 같은 얘기를 또 하고 또 한 상태였다. 자신의 잘못에 관해서도 같은 얘기를 또 하고 또 했고, 고도, 노도, 로도의 잘못에 관해서도 같은 얘기를 또 하고 또 했다. 알고 봤더니 소도는 마을 주민 500명이 고도, 노도, 로도에게 명찰 값을 물어내라고 제기한 소송에서도 같은 얘기를 또 하고 또 해, 고도, 노도, 로도에 대하여 500명 전원에게 명찰 값

을 물어내라는 판결이 선고된 상태였다. 나머지 마을 주민 39만 9,500명도 명찰 값을 받고 싶어 했다. 소도는 힘들어하면서 한숨을 쉬었지만, 자신의 잘못으로 빚어진 사태였기 때문에 이번에도 문 전문가답게 같은 얘기를 또 하고 또 했다.

규정집에 따르면 고도, 노도, 로도가 범죄를 저질렀다는 것이 밝혀질 경우 별로 1명분 명찰 값을 내게 하고 있었다. 1명분 명찰 값은 너무 약한 것이 아니냐는 마을 사람들의 목소리가 높아지자, 주민 대표들은 마을회관에 모여 2명분 명찰 값을 내게 하는 것으로 규정을 바꾸었다. 하여튼 이전의 규정은 별로 1명분 명찰 값을 내도록 하고 있었다. 이것은 명찰을 도둑맞지 않더라도 감독관에게 내야 하는 3명분 명찰 값과는 별개였다.

고도, 노도, 로도 입장을 대변하기 위해 법정에서 온 토도는 고도, 노도, 로도가 실수한 것은 맞지만, 일부러 도둑맞은 것이 아니라면 고도, 노도, 로도를 죄인이라고 볼 수 없다고 주장했다. 검사관은 고도, 노도, 로도가 실수로 도둑맞았더라도 죄인이라고 주장했다. 고도, 노도, 로도 대신 법정에서 온 코도, 오도, 로로는, 무슨 일이 있었는지, 뭐가 잘못되었는지는 모르지만 어쨌든 고도, 노도, 로도를 대신해서 사과한다고 하면서 3개월 동안 문도 못 쓰고, 40만 명분 명찰 값을 물어내게 생긴, 불쌍한 고도, 노도, 로도의 사정도 잘 참작해달라고 호소했다.

심판관이 규정집을 봤더니 중요한 내용은 문 백과를 보아야 한다고 쓰여 있었다. 그래서 문 백과를 열었더니 문 백과는 무한히 갈라지는 각주를 가지고 있는 해설서였다. 심판관은 백과 속의 백과, 그 백과 속의 백과를 끝없이 열고 들어갔다. 백과 중간 중간에는 외국어로 된 백과도 있었고, 외계어로 된 백과도 있었다. 백과의 백과의 백과의 백과는 다시 처음의 문 백과로 이어져 있었다. 결정적으로 그 백과의 백과의 백과의 백과의 백과의 백과는 규정집이 아니라 참고도서일 뿐이었다.

심판관은, 감독관, 포도관, 검사관과 옆 건물 심판관이 그랬던 것과 똑같이 집에도 안 가고 고민한 끝에, 검사관이 지목한 50가지 잘못 중에서, 규정집에 확실하게 잘못이라고 규정되어 있는 잘못 중에서, 소도의 도둑질로 이어진 5가지 잘못만을 인정하여 규정에 따라 고도, 노도, 로도에게 각 1명분 명찰 값을 내라는 판결을 선고하였다. 코도, 오도, 로도와

도도는 살짝 실망하는 기색이었지만 옆 건물 법정에서는 자칫 그 40만 배 명찰 값을 물어낼 수도 있게 된 판국이라 얼른 옆 건물 법정으로 옮겼다. 옆 건물 법정에서도 백과의 백과의 백과의 백과의 백과의 백과를 보아야 하는 것은 마찬가지였지만, 참고도서로서도 충분한 의미가 있었다. 검사관은 검사관 나름으로 심판관이 고도, 노도, 로도의 45가지 잘못에 대해 면죄부를 준 것이 아니냐고 불만을 가졌다. 검사관은 마을 주민들로부터 50가지 잘못에 대해 면죄부를 준 것이 아니냐는 항의를 받고 있던 터였다. 정작 중요한 옆 건물 법정에서는 100가지 잘못이 모두 고려될 수도 있었기 때문에 마을 주민들의 불만은 타당한 것이었다. 의욕적으로 문 백과를 집필한 감독관이 나중에 소식을 전해 듣고는, “내가 할 걸. 더 잘 할 수 있는데…….”라고 생각하며 모든 것을 쏟아 부은 문 백과가 실제로 중요한 때 기준이 될 수 없었다는 것에 아쉬워했다.

고도, 노도, 로도를 처벌하면 고도, 노도, 로도가 다시는 잘못을 저지르지 않을 줄 알았는데, 명찰 값은 명찰 값대로 받지 못하고, 어디가 있는지 보이지도 않는 고도, 노도, 로도는 눈 하나 깜짝하지 않았다는 흥흥한 소문이 돌았다. 마을 사람들은 숨어만 있는 껌뻌한 고도, 노도, 로도에게 적어도 20명분 명찰 값은 내게 했어야 하는 것 아니냐고 울분을 토했다. 마을의 현인들도 마을 사람들의 의견에 공감하면서 10명분 명찰 값을 내게 해도 좋고, 재판을 거쳐 고도, 노도, 로도가 문 단계 하는 벌을 내리거나 문을 잘 관리하고 있는지 감시하는 방법도 효과가 있을 것이라고 조언하였다.

고도, 노도, 로도는 여전히 보이지 않았다.

## 2. Act 2 Scene 2

고도는 오지 않았다.

고도와 함께 기소된 도도는 자신이 고도의 운영자라고 했다. 고도의 세금을 안 낸 것도 자신이라고 했다. 심판관은 도도의 말에는 아랑곳하지 않고, 고도가 나올 수 없으면 호도라도 찾아 나오게 해달라고 도도에게 말했다. 호도는 고도의 대표로 되어 있었다. 도도는 호도가 고도의 바지를 입고 있었을 뿐이고, 지금은 바지를 입고 도망을 가 어디 갔는지

알 수 없다고 말했다.

심판관은 방을 붙여 고도를 수소문했다. 고도 편을 들어줄 토도를 소개해준다고도 했다. 그래도 고도는 오지 않았다. 고도를 찾을 수 없으면 고도의 바지라도 데려다 달라고 애원했다. 토도는 바지 대신 보릿자루를 꾸어다 주었다. 어차피 토도는 자신도 재판을 받고 있었기 때문에 고도의 바지가 나오든 보릿자루가 나오든 아무런 상관도 없었다. 고도의 보릿자루는 있다가도 없었고, 없다가도 있었다. 아무도 보릿자루에 관심을 갖지 않았고, 보릿자루도 아무에게도 관심을 갖지 않았다. 절차는 단지 말 없는 보릿자루가 있는지 없는지에 따라 분리되고 병합되기를 반복했다. 사람들은 50년 동안 고도는 우리 마음속에 충분히 자리 잡고 있었기 때문에, 지금 계속 고도를 기다리는 것도 전혀 아무런 문제가 없다고 했다. 발이 아프면 발이 잘못된 것이지, 멀쩡한 구두를 탓하지 말라고 짐짓 짐짓 충고했다.<sup>8)</sup>

심판관도 고도란, 있다고 생각하면 있는 것이라고 믿기로 했다. 실은 검사관도 고도를 만나지 못한 채 고도를 기소한 것이었다. 심판관은 이미 있는 고도를 더 이상 기다리지 않고 판결을 선고했다. 토도는 고도 뭍까지 벌금을 두 배로 냈다.

고도는 끝내 오지 않았다.

## 제2절 문제의 제기

### 1. 양벌규정 연혁과 최근 경향

양벌규정은 일본 입법형식을 차용하여 구 관세법(법률 제67호, 1949. 11. 23.) 제210조에<sup>9)</sup> 도입된 이래 1961년부터 경제법 영역에 자리 잡기

---

8) Beckett(2000) 중 블라디미르의 대사 “There’s man all over for you, blaming on his boots the faults of his feet.”

9) **구 관세법 제209조** 좌의 각호의 1에 해당하는 자의 사용인 기타의 종업원이 본인의 업무에 관하여 본법에 규정한 벌칙에 저촉하는 행위를 한 때에는 당해 행위자를 처벌하는 외에 본인도 처벌한다.

1. 특허보세구역의 설명인
2. 수출, 수입 또는 운송을 업으로 하는 자

시작하였다. 1984년에는 법제처에서 양벌규정 모형을 정하였다.<sup>10)</sup> 현재 유효한 총 1,402개 법률(2017. 5. 1. 기준)<sup>11)</sup> 중 특히 행정단속 목적이 강한 법률<sup>12)</sup> 위주로 500여 개 법률에 규정되어 있는 것으로 파악된다(별지 참조).<sup>13)</sup> 전체 약 35~40% 법률에 포진해있는 양벌규정은 “특별형법에

### 3. 세관화물취급인

**제210조** 법인의 사원 혹은 직원, 사용자 기타 종업원이 법인의 업무에 관하여 본법에 규정한 벌칙에 저촉하는 행위를 한 때에는 당해 행위자를 처벌하는 외에 법인도 처벌한다.

- 10) 윤장근, “양벌규정의 입법례에 관한 연구”, 법제, 제438호 (1994. 6.); 김용섭, “양벌규정의 문제점 및 개선방안”, 행정법연구, 제17호 (2007. 5.), 206; 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학, 제48권 제3호 (2007. 9.), 60 등.  
 11) 법제처 통계 <<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/status/statusReport?yr=2016&x=8&y=6>>(2017. 3. 31. 확인).

- 12) 대법원 관례 용어는 다음과 같다. “**행정상의 단속을 주안으로 하는 법규**라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결, 1986. 7. 22. 선고 85도108 판결 등).”(강조는 인용자)

강학상 행정단속을 위한 형벌법규를 가리켜 ‘행정형법(Verwaltungsstrafrecht)’ 혹은 형법전 외에 규정된 형벌법규라는 뜻으로 ‘부수형법(Nebenstrafrecht)’이라는 용어를 사용하기도 한다. 양벌규정도 대개는 행정형법, 부수형법, 특별형법의 문제라고 보는 견해가 많다. 그러나 지칭의 편의 외에 ‘행정형법’ 개념을 따로 인정할 필요가 있는지, 따로 인정하는 것이 타당한지는 의문이다. 그와 상통하는 견지에 선 이근우, “행정형법의 재구성 -개념, 구조, 절차”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문 (2008); 이근우, “행정형법론의 비판적 검토”, 형사법연구, 제21권 제3호 (2009); 조병선, “형벌과 행정벌의 구별과 정비”, 형사법연구, 제22호 특집호 (2004. 12.), 385-387; 신동운, “행정형법과 과실범의 처벌 -2010. 2. 11. 2009도9807 판결을 계기로-”, 서울대학교 법학, 제52권 제1호 (2011); 박정훈, “협의의 행정벌과 광의의 행정벌 -행정상 통제수단과 법치주의적 안전장치”, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1](박영사, 2005) [서울대학교 법학, 제41권 제4호 (2001)] 등 참조.

- 13) 법제처 국가법령정보센터 <<http://www.law.go.kr/main.html>> 및 대한민국 법원 종합법률정보 검색결과를 종합하여 별지와 같이 512개로 집계하였다(2017. 5. 9. 확인). 양벌규정은 표제도 ‘양벌규정’인 것이 다수이기는 하나, ‘벌칙’ 조항 등에 녹아 들어가는 경우도 있어 대다수 법률에 공통적으로 들어가는 법문인 “행위자를”로 1차 검색을 한 뒤, 군사법원법(제68조의4 제2항 감치 등에 관한 규정) 등 양벌규정과 무관하게 검색결과에 포함된 법률은 제외하고, 공증인법(제89조)과 같이 그 “행위자” 부분이 구체적인 직책으로 특정되어 있다는 등의 이유로 검색에서 누락된 법률은 보완하였다. 하지만 여전히 간과한 법률이 있을 수 있다.

이순옥, “법인의 양벌규정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (2016. 2.), 97은 행정형법(부수형법, 특별형법) 중에서 벌칙규정이 있지만 양벌규정이 없는 법률을 총 463개, 양벌규정이 있는 법률을 총 554개로 파악하였는데, 전체 목록이 수록되어 있지 않아 필자가 파악한 결과와 대조하여 볼 수는 없었다. 서거석, 송문호, 신 **형법총론**(전북대학교출판문화원, 2017), 76은 양벌규정을 둔 행정형법이 300여 개 정도로 추산된다고 하였는데, 위와 같이 500개를 넘는다. 법무부가 2008. 6. 20. 개최한 ‘형법개정 및 양벌규정 개선’ 공청회 자료에 따르면, 당시 총 424개 법률에 양

관한 한 사실상 총칙규정으로서의 위치를 구축하고 있다”는 평가를 받는다.<sup>14)</sup> 특히 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정<sup>15)</sup> 이후, 책임주의원칙에 부합하기 위한 지속적 개정작업을 통하여, 각 법률에 규정된 양벌규정이 다음과 같은 통일적 형태를 띠게 되었다.<sup>16)</sup>

제○○조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제△△조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이

---

벌규정이 있었던 것으로 추산되었다. 배종대, **형법총론(제12판)**(홍문사, 2016), 206; 한편 법제처 입법 자료인 윤장근(1994), 94에 따르면, 당시 시행 중이던 법률 중 240~250여 건의 법률에 양벌규정이 포함되어 있었다고 한다. 20여 년 만에 두 배가 된 셈이다.

- 14) 신동운, **형법총론(제8판 보정판)**(법문사, 2015), 111; 정금천, “양벌규정과 법인의 형사책임: 부수형법의 구성요건적 특징을 중심으로”, **형사판례의 연구: 지송 이재상 교수 화갑기념 논문집**(박영사, 2004), 138도 같은 취지.
- 15) “보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조 중 ‘개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 개인에 대하여도 본조의 예에 따라 처벌한다’고 규정한 부분은, ① 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 ‘종업원 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우’라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이(이상 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준 의견의 논거), 또는 ② 문언상 종업원 범죄에 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대해서도 그 처벌가능성을 열어두고 있을 뿐만 아니라, 가사 위 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상 과실 있는 영업주만을 처벌하는 규정으로 보더라도, 과실 밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일하게 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 법정형으로 처벌하는 것은 그 책임 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하는 것이므로(이상 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희욱, 재판관 송두환 의견의 논거), 형사법 기본원리인 책임주의에 반한다(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정).”
- 16) 이로써 법인이나 사업주의 공범책임이나, 면책규정 유무를 기준으로 한 중전 3유형론이나 7유형론 등은 큰 의미가 없어졌다고 할 수 있다. 헌법재판소 결정 전까지의 ‘양벌규정 유형론’을 정리한 포괄적인 문헌으로는 김용섭, “양벌규정의 입법유형에 관한 법적 검토”, **인권과 정의**, 통권 제375호 (2007. 11.); 김창준, “기업범죄에 있어서 벌금형제도에 관한 비교법적 고찰 -한국과 중국의 제도를 중심으로-”, 전북대학교 대학원, 박사학위논문 (2009), 117-127; 이천현, 윤지영, 임정호, **불법행위로 이득을 취득한 기업의 형사책임에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 2014), 23-28 등.

그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.<sup>17)</sup>

17) 이상과 같은 표준형과 표현상 차이가 있는 90개 법률에 대한 분석은 이순욱(2016), 96-114. 위 글에 따르면, ① 법인 양벌규정과 개인 양벌규정을 구분하여 규정한 경우(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 디자인보호법, 민간임대주택에 관한 특별법, 방사성폐기물 관리법, 불공정무역행위 조사 및 산업 피해구제에 관한 법률, 사료관리법, 송유관 안전관리법, 수도권 대기환경개선에 관한 특별법, 식물방역법, 어선법, 최저임금법, 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률, 풍수해보험법, 화물자동차 운수사업법, 환경기술 및 환경산업 지원법, 환경보건법, 환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률), ② 위반행위 유형에 따라 벌금액을 달리 정한 경우(개인정보 보호법, 건설기술 진흥법, 건설산업기본법, 도로법, 마약류 관리에 관한 법률, 마약류 불법거래 방지에 관한 특별법, 보건범죄 단속에 관한 특별조치법, 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 시설물의 안전관리에 관한 특별법, 식품위생법, 실용신안법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 연구실 안전환경 조성에 관한 법률, 원자력안전법, 위험물안전관리법, 저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률, 전력기술관리법, 전자금융거래법, 주택법, 청소년 보호법, 특허법, 후천성면역결핍증 예방법) 항을 나누거나 벌금액을 달리 정한 경우(양자를 결합한 건축법, 상표법), ③ 위반행위 본조에 벌금형이 없어 양벌규정에서 새로이 벌금형을 정한 경우(매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률, 문화재보호법, 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률), ④ 개인 양벌규정만 정한 경우(건축사법, 근로기준법, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률)와 ⑤ 법인 양벌규정만 정한 경우(국내재산 도피 방지법, 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법, 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률, 병역법, 상법, 세무사법, 향교재산법), ⑥ 법인 뿐 아니라 기관(기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률), 단체(경찰제복 및 경찰장비의 규제에 관한 법률, 기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률, 노동위원회법, 노동조합 및 노동관계조정법, 농수산물조급의 조성 및 운용에 관한 법률, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률, 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률, 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률, 전자단기사채등의 발행 및 유통에 관한 법률, 축산자조금의 조성 및 운용에 관한 법률, 통계법), 조합(산림조합의 구조개선에 관한 법률, 소비자생활협동조합법, 수산업협동조합의 구조개선에 관한 법률, 신용협동조합법), 법인격 없는 단체(독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 보험업법, 식품·의약품분야 시험·검사 등에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률)에 대한 규정을 둔 경우, ⑦ 국가와 지방자치단체를 명시적으로 제외한 경우(국제항해선박 및 항만시설의 보안에 관한 법률), ⑧ 실행행위자의 명칭을 달리 정한 경우(공인노무사법, 공인중개사법, 공증인법, 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률, 법무사법, 변리사법, 병역법, 선원법, 협동조합 기본법), ⑨ ‘당해 단체가 한 것으로 보아’(정치자금법), ‘그 행위자를 벌할 뿐만 아니라’(국토의 계획 및 이용에 관한 법률), ‘죄를 범한 자가 법인인 경우에’(구 증권거래법) 등 다른 표현을 사용한 경우, ⑩ 벌칙에 벌금형 뿐 아니라 과료를 정한 경우(국민기초생활 보장법, 산림보호법, 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률), 임의적 감면 규정을 둔 경우(방문판매 등에 관한 법률), 소송법 규정을 둔 경우(보험업법), ⑪ 단서 규정이 아직 없는 경우(노동위원회법, 노동조합 및 노동관계조정법, 배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률, 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률), ⑫ 단서에 준법지원인이라는 문구가 들어간 경우(상법), ⑬ 행정범이라기보다는 형법범에 가까운 범죄를 다룬 경우(국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법) 등이 있다고 한다.

위 예시규정은, 법인기업에 대한 부분(“법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제△△조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”)과, 개인기업에 대한 부분(“개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제△△조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”)으로 분해하여 볼 수 있다.<sup>18)</sup>

그런데 기업활동과 관련한 범죄에서 다수 관련자가 모두 자연인인 경우, 즉 개인기업의 경우에는, 양벌규정이 아니더라도 형법 제30조 이하의 공범규정과, 관련 법리에 의하여 문제를 해결할 수 있는 가능성이 있다 (특히 사업주에게 범법행위에 대한 고의가 있는 경우).<sup>19)</sup> 종래에는 자연

18) 신동운(2015), 110.

19) 신동운(2015), 110; 이상돈, **형법강의**(법문사, 2010), 110; 정영일, **형법강의[총론]**(제3판)(학림, 2017), 63.

이순욱(2016), 125-126은 자연인 업주에 대한 양벌규정 부분을 ‘상당한 주의와 감독 해태’를 불법요소로 하는 특수한 공범성립 규정으로 본다. 그런데 그 중 (특히 결과범의 경우에 결과를 예견하여 회피할) 상당한 ‘주의’를 게을리 한 경우는, 일반적 과실범(형법 제14조 “정상의 주의를 태만함으로 인하여” 부분 참조)과 크게 다르지 않다. 과실범에 대해서도 공동정범 성립을 인정하는 것이 확고한 실무이므로, 이 부분(사업주에게 범법행위에 대한 과실이 있는 경우)도 양벌규정만의 독자적 의의가 있는 부분이라고는 할 수 없다.

특히 기업활동과 관련한 범죄에서, 기소되는 피고인은 기능적, 정책적으로 특정되는 면이 있고(조직적 무책임의 연쇄적 결합이 필연적으로 불운을 만나 어떤 임계를 넘어갈 때 현실화되는 대형사고의 경우, 피고인 특징이 희생양 찾기 식으로 이루어질 가능성이 더 크다), 기업조직의 구조상 그렇게 특정된 피고인들에게 결과의 원인이 된 주의의무 위반(행위자성)이 전혀 없다고 할 수 있는 경우는 거의 없는 것이 솔직한 현실이다[그리하여 일단 검사의 선택을 받은, ‘사회를 보호하기 위하여’ 희생되어도 족한 그 피고인(들)이 형사책임을 면하기란 대단히 어렵다. 그러나 그들은 무책임의 사슬 중 사고에 상대적으로 근접한 일부 고리만을 나누어 맡고 있었을 뿐이다].

“이 사건 성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합치되면 교량이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 참여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한



인 업주에 대하여 무과실 형사책임을 지울 수 있다는 것에서 양벌규정의 의의를 찾기도 하였으나,<sup>20)</sup> 책임주의를 선언한 헌법재판소 결정으로 인하여 더 이상 그러한 의미는 유효하지 않게 되었다.<sup>21)</sup>

사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다고 봄이 상당하다 할 것이다. 이 사건의 경우, 피고인들에게는 트러스 제작상, **시공 및 감독의 과실**이 인정되고, 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 한 원인이 되었으며, 한편 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인들 사이에는 이 사건 업무상 과실치사상등죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다고 보아야 할 것이다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결).”, “피고인 3은 이 사건 **공사현장의 시공업무 전반을 관리, 감독하는 한국전력공사 지중선사업처 지소장**으로서 이 사건 공사구간이 낙동강변이고 제방 안쪽에서 제방 밖으로 이어지는 지점이어서 지층구조가 갑자기 바뀔 가능성이 높은 곳인데다가 중요시설물인 경부선 철도 밑을 굴착하게 되어 있었고 1992.8.월의 세창지질의 지질조사 시 철로 밑부분에 대하여는 당초의 예정과는 달리 수평보오링을 실시하지 못하였으며 피고인 2에게 실무자와 협의하여 구체적인 계획을 세우고 시공변경절차에 따를 것을 조건으로 지중선사업처로부터 하달된 설계변경안과는 달리 우측으로 선형변경할 것을 승인하였으므로 위 조건의 이행 여부를 확인하고 공사의 진행 정도를 정확히 파악하여 철로 밑부분에 이르게 되면 막장 전방에 대하여 수평보오링을 실시하여 암반상태를 확인하거나 철도청측과 협의하여 기차의 운행시간에 맞추어 발파시기를 조정하고 **또는 피고인 2에게 이에 관한 주의를 환기시키는 등으로 사고를 미연에 방지할 업무상의 주의의무**가 있음에도 이를 게을리한 탓으로 피고인 2, 공동피고인 1 등으로 하여금 위 우측선형 변경으로 공사거리가 짧아졌음에도 이를 간과하고 종전의 설계에 따라 막장의 위치를 파악하고 아직 철로와는 30미터 이상의 거리가 남아있는 것으로 잘못 알고 그대로 공사를 진행하게 한 과실이 있다는 원심의 인정판단은 정당(대법원 1994. 5. 24. 선고 94도660 판결, 터널굴착공사를 도급받은 건설회사의 현장소장과 위 공사를 발주한 한국전력공사의 지소장에게 과실범의 공동정범을 인정한 사례).” 등 참조(강조는 인용자, 특히 ‘감독상 과실’도 주의의무위반으로 보고 있는 것에 유의).

이상 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자”, **형사판례연구**(1)(박영사, 1993), 290-294; 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, **형사정책**, 제21권 제1호(2009); “형법에서 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학, 제50권 제2호(2009) 등. 법인들 간에 공동정범 성립을 인정한 듯한 대법원 1983. 3. 22. 선고 81도2545 판결도 참조.

20) 일본에서는 공범규정이 적용되지 않는 영역에서 자연인 사업주를 형사처벌하기 위한 보충적 처벌규정(반침접시)이라는 의미로, ‘수명적(受皿的) 구성요건 설정기능’이라는 표현을 사용하였다. 이순욱(2016), 125.

21) 그렇다면 사업주가 개인인 경우에 관하여 양벌규정의 남는 의의는, (결과범이 아닌) 추상적 위험범 내지 거동범의 경우에, (어떤 결과가 아니라) 종업원의 위반행위 자체를 방지하지 못한 ‘순수한 감독책임’(행위자 범주의 밖에 있다는 의미에서) 위반을 이유로 개인사업주를 처벌할 수 있다는 정도일 것이다(즉, ‘감독’을 게을리 한 경우).

그러나 보통은 그 사업주가 해당 규범의 수범자로서 양벌규정이 아니라 벌칙 본조의 책임을 지고, 종업원에 대하여 양벌규정에 의한 수범자 확대 내지 구성요건(행위주체)의 유추적 확장이 가능한지가 문제될 뿐이다. 개인사업주에 대한 처벌을 벌칙 본조에 의한 처벌과 양벌규정에 의한 처벌로 나누어, 전자는 고의의 자기행위에 대한 책임이고, 후자는 타인의 고의행위에 대한 선임·감독상의 책임으로서 그 근거가 서로

양벌규정의 실질적 의미는 법인처벌의 근거규정이라는 점에서 찾을 수 있다.<sup>22)</sup> 이 글의 초점도 양벌규정 중 법인기업에 대한 부분에 놓인다.<sup>23)</sup>

최근 들어 기업책임을 물어야 하고, 나아가 기업(법인) 자체를, 그것도 중하게 처벌하여야 할 것만 같은 재난재해, 환경오염, 개인정보 유출 사고, 금융사고, 분식회계와 탈세, 제조물 결함 사고, 식품안전사고 등이 빈발하면서, ‘기업을 처벌하여야 한다’는 당위는 신앙고백의 대상처럼 되어버렸다. 앞서 본 ‘양벌규정 표준화 경향’과 맞물려, “각론적 문제가 총론에 영향을 미쳐 새로운 형법이론이 전개되는 역현상이 생겨나고 있는 바, (무수한 양벌규정에도 불구하고 다수설과 판례<sup>24)</sup>는 여전히 법인의 범죄주체성을 부정하고 있는데, 법인의 범죄능력을 부정하여야 할 결정적인 이유는 존재하지 않고 오히려 긍정하는 것이 타당하므로,<sup>25)</sup> 법인처

---

다르다고 보는 견해도 있다(그러나 본조에는 징역형이 규정되어 있기도 하지만, 양벌 규정에는 의하여서는 낮은 벌금형만 선고될 수 있는 경우가 대부분이다). 이 글 뒤에서 보는 것처럼 양벌규정 활용도가 낮다보니, 실무에서도 벌칙 본조와 양벌규정의 관계(누구를 기소할 것인가, 적용법조를 어떻게 적시할 것인가)에 대한 혼란스러운 이해가 존재하는 것이 사실이다. 사건으로는 벌칙 본조 규정의 합리적 해석을 통하여서도 실무상 문제를 대부분 해결할 수 있다고 생각하나(앞서 본 법정형의 불균형 때문에라도), 끊임없는 혼란을 야기하고 있는 양벌규정 대신 독일 형법 제14조와 같은 입법적 해결을 하는 것이 가장 명확할 것이다. 김대휘, “양벌규정의 해석”, *형사판례의 연구: 지송 이재상 교수 화갑기념 논문집*(박영사, 2004), 114 이하 참조.

22) 신동운(2015), 110; 정금천(2004), 139-140 등.

23) 기업 구성원이 업무를 처리하는 과정에서 행한 범죄라도, 기업의 이익을 위한 것이 아니라 개인적 이익을 위해 저지르는 이른바 ‘좁은 의미의 화이트칼라 범죄’는 이 글의 논의대상에서 제외한다. 기업 구성원이 회사에 대하여 하는 행위, 예컨대, 회사 자금 횡령 등은 ‘직업상 범죄(occupational crime)’로 이 글의 주제와 무관하다. ‘기업범죄’의 개념 규정에 관하여는 Jennifer Arlen, “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, A. Harel & K. Hylton (ed.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (Northampton, MA: Edward Elgar, 2012), 191; 노명선, “기업범죄에 대한 제재방안 및 검찰의 대응 방안 연구”, 대검찰청, 연구보고서 (2010), 3-8 등.

24) “형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 의무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인 사무에 관하여는 법인이 배임죄 주체가 될 수 없고, 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄 주체가 된다(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결 등).”(강조는 인용자)

25) 많은 문헌들이 본문과 같은 동어반복적 근거를 바탕으로 결론을 도출하고 있다.

벌의 정당성과 당위성을 확보하기 위하여) 양벌규정을 ‘형법총칙’에 규정하는 것이 바람직하다.”는 식의 주장이나,<sup>26)</sup> 여기서 나아가 “단체형법 등 독립적 형사책임법제를 도입하자.”는 주장도 제기된다.<sup>27)</sup>

양벌규정이 적어도 ‘규정형식’ 측면에서 급격하게 수렴하고 있음은 사실이다. 표준 양벌규정 덕분에, ‘뭔가 조금이라도 나쁜 행위(에 따른 결과)’가 벌어질 상황을 예상할 수 있지만 하면(많은 경우는 사고가 발생한 뒤에),<sup>28)</sup> 별다른 고민을 하지 않고도 손쉽게 양벌규정을 포함시킬 수 있게 되었다. 사회의 요구를 좇은 각종 규제법안이 도입될 때, ‘부칙’ 바로 앞에는 항상 ‘벌칙’ 장이 삽입되고, 거기에는 자연인 수범자에 대한 처벌규정이 법정형이 무거운 순으로 묶여서 나열된다. ‘덜 나쁜’ 행위들은 과태료 부과대상으로 묶여 열거되고, ‘벌칙’ 규정과 ‘과태료’ 규정 사이에는 ‘양벌규정’이라는 제목 하에 위와 같은 표준적 형태의 규정이 끼워 넣어진다. 이렇게 구색을 갖추는 것은 어느덧 자동화된 ‘루틴’처럼 되어버렸

26) 김운곤, “환경범죄에서 형사책임의 주체”, 한국법학회 법학연구, 제41집 (2011. 2.). 권순현, “양벌규정에 대한 책임원칙과 입법론”, **홍익법학**, 제15권 제3호 (2014); 이천현(2014); 임정호, “형법상 법인처벌규정 도입가능성 검토를 위한 대륙법 국가법제 비교연구 -자연인 행위의 총합과 책임주의 원칙간 간극을 중심으로-”, **강원법학**, 제44권 (2015. 2.); 조국(2007), 67; 이순욱(2016), 222 이하도 형법 제8조의2를 입법하는 것이 필요하다고 하고, 독일 형법 제14조와 같은 명시적인 수범자 확대 규정 도입도 검토할 필요가 있다고 한다. 이기현, 박기석, **법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구**(한국형사정책연구원, 1996), 117-118도 같은 취지.

27) 김성룡, 권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, **형사법의 신동향**, 통권 제46호 (2015. 3.); 이승준, **기업범죄론**(충북대학교 출판부, 2015) 등. 한편 김유근 연구위원은 “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, **비교형사법연구**, 제9권 제1호 (2007. 7.); “양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여”, **형사법연구**, 제23권 제2호 (2011)에서 양벌규정을 대륙법 체계 내에서 조화롭게 설명하기가 쉽지 않다고 지적하면서도, “법인의 형사책임: 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로”, **형사정책연구**, 제25권 제3호 (2014. 9.)에서 법인을 형사처벌하지 않는 독일에서 노르트라인 베스트팔렌 주 법무부가 발의한 ‘기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)’이 연방법률안으로 발의되어 논의되고 있다고 소개하였는데, 기업처벌 강화를 주장하는 많은 문헌들에서 인용되고 있다. 독일의 상황에 관하여, 조병선, “기업형사책임과 책임원칙: 양벌규정에 대한 위헌결정의 파장과 책임원칙의 재조명”, **형사법연구**, 제22권 제1호 (2010), 6도 참조.

28) 많은 경우 규제입법은, 과거에 어느 누군가가 그것이 없음을 악용하여 부당한(비난 받아 마땅한, 즉 사회적 합의가 중요한 기준이 된다) 이익을 얻었거나, 혹은 그 대가를 사회 구성원들에게 부당하게 전가시켰음을 의미하고, 그러한 사후약방문은 어느 정도는 불가피하다.

다. 그러한 짜임새가 주는 어떤 ‘미감(美感)’ 때문인지, 양벌규정은 무비판적 증가일로를 겪고 있다. 위험사회의 행정국가화와 더불어 위와 같은 수렴 및 양벌규정 폭발 현상은 가속화될 것으로 보인다.<sup>29)</sup>

## 2. 일반이론은 가능한가?

그러나 지금쯤이면 더 손 댈 곳이 없을 정도로 완벽해졌어야 할 양벌규정이, 형사법정에만 들어오면 오지 않는 법인을 50년째 기다리는 부조리극의 쪽대본으로 굴절된다. 법정 바깥에서 고도를 엄벌하라는 목소리가 높아질수록 블라디미르와 에스트라공은 더 간절히 고도를 기다려야 하고, 부조리성은 더 커진다. 임금님은 벌거벗고 있는데, 그 누구도 임금님이 벌거벗고 있다고 말하지 않는다.

표준 양벌규정은 일반화할 수 없는 것을 일반화하고 있다. 그 기준은 분명하지 않다. 예컨대, 별지 순번 1 “2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법(2016. 5. 29. 개정, 2016. 8. 30. 시행, 이하 ‘평창올림픽법’이라 한다)”은 조직위원회 승인을 받지 아니한 휘장·마스코트 등을 사용하는 법인을 처벌한다.<sup>30)</sup> 반면 “2011대구세계육상선수권대회, 2013충주세계조정선수권대회, 2014인천아시아경기대회, 2014인천장애인아시아경기대회 및 2015광주하계유니버시아드대회 지원법(2016. 1. 19. 개정, 2016. 8. 12. 시행, 이하 ‘국제대회지원법’이라 한다)”

29) 김한균, 임정호, 김정연, **형사사법 분야 의원입법의 성과와 한계**(한국형사정책연구원, 2016), 135-154에 따르면, 제19대 국회 의원입법안 중에 행정법규와 관련한 의무부과, 처벌규정 신설은 많지만, 기존 행정형벌규정을 폐지하거나 행정형벌에서 행정질서벌로 대체하는 입법안, 즉 ‘비범죄화’ 방향의 입법안은 그다지 많지 않다고 한다.

30) **평창올림픽법 제25조(대회 휘장 등의 사용)** 조직위원회가 지정한 휘장·마스코트 등 대통령령으로 정하는 대회 관련 상징물 등을 사용하고자 하는 자는 사전에 조직위원회의 승인을 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제89조(벌칙)** 제25조를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

**제91조(양벌규정)** 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제89조 또는 제90조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

은 양벌규정을 두지 아니하였다.<sup>31)</sup> 둘의 차이는 무엇일까. 2018년 평창 동계올림픽이 더 큰 대회여서 ‘성공적으로 개최’할 필요성이 훨씬 크고, ‘올림픽 유산을 공고히’ 한다는 목적이 더하여지기 때문일까.<sup>32)</sup> 위 각 법은 또 조직위원회와 비슷한 명칭을 사용하는 경우를 과태료에 처하도록 하고 있다.<sup>33)</sup> 휘장·마스코트 무단사용이 그와는 무슨 도저히 비교할 수 없을 정도로 큰 불법성이 있기에, 사이에 건널 수 없는 강을 과 징역형까지 처하게 한 것일까.<sup>34)</sup> 휘장·마스코트 무단사용으로 징역형까지 살아

31) **국제대회지원법 제31조(대회 휘장 등의 사용)** 조직위원회가 지정한 휘장·마스코트 또는 이와 비슷한 것으로 대회를 상징하는 것을 상품 등에 표시하거나 광고, 그 밖에 영리를 목적으로 사용하고자 하는 자는 조직위원회의 승인을 받아야 한다. 다만, 「상표법」 및 「디자인보호법」에 따라 등록된 권리자가 사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제34조(벌칙)** 제31조를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

사실 위 법 자체가 2015년 제28회 광주하계유니버시아드대회를 끝으로 사실상 그 목적을 다하였다고 보아야 할 것이다. 2014. 10. 15. 위 벌칙규정상 벌금형 2천만 원에서 5천만 원으로 상향한 외에는 이후에는 계속 타법개정에 의한 개정만 이루어지고 있다.

**제1조(목적)** 이 법은 2011년에 개최되는 제13회 세계육상선수권대회, 2013년에 개최되는 제42회 세계조정선수권대회, 2014년에 개최되는 제17회 아시아경기대회·제11회 장애인아시아경기대회 및 2015년에 개최되는 제28회 하계유니버시아드대회의 성공적 개최를 지원함으로써 국민체육을 진흥하고 국가발전에 이바지함을 목적으로 한다.

이상과 같이 유사한 법률 중에도 양벌규정이 있는 법률과 없는 법률이 있어 균형이 맞지 않으므로, 양벌규정이 없는 법률에도 양벌규정을 추가하여야 한다는 견해가 있을 수 있으나, 불법성 평가 없이 단지 구색을 맞추는 식의 대책에는 동의하기 어렵다.

32) **평창올림픽법 제1조(목적)** 이 법은 2018년에 개최되는 제23회 동계올림픽대회 및 제12회 동계패럴림픽대회의 성공적인 개최를 지원함으로써 국민체육을 진흥하고 올림픽 유산을 공고히 하여 국가 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

33) **평창올림픽법 제24조(유사명칭의 사용금지)** 조직위원회가 아닌 자는 “2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 조직위원회” 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하여서는 아니 된다.

**제92조(과태료)** ① 제24조를 위반한 자에게는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다.

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관이 부과·징수한다.

국제대회지원법 제32조(유사명칭의 사용금지) 조직위원회가 아닌 자는 “2011대구세계육상선수권대회조직위원회”, “2013충주세계조정선수권대회조직위원회”, “2014인천아시아경기대회조직위원회”, “2014인천장애인아시아경기대회조직위원회” 및 “2015광주하계유니버시아드대회조직위원회” 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하여서는 아니 된다.

**제35조(과태료)** ① 제32조를 위반한 자에게는 300만 원 이하의 과태료를 부과한다.

34) 캐릭터(상품)의 저작권법적 보호에 입법취지가 있다고 보는 견해로는 정상조, 박준석, 지식재산권법(제3판)(홍문사, 2013), 303.

야 하게 되는 경우는 어떤 경우이고, 그 사람이 속한 법인은 반드시 양벌규정이 따로 있어야만 그러한 위반행위를 하지 않게 되는 것일까. 최근 많은 사건들에서 유사수신행위가 문제되었다. 유사수신행위의 규제에 관한 법률(이하 ‘유사수신행위법’이라 한다)은 유사수신행위를 한 자에 대하여 회장·마스코트 무단사용행위와 동일한 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금’, 그 법인은 위 ‘5천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 하고 있다. 하지만 정녕 양자가 비슷한 정도의 불법성을 가진 행위일까.<sup>35)</sup>

35) “형벌의 부정확한 배분은 하나의 모순을 야기한다. 법이, 형벌 자체가 만든 범죄를 처벌한다는 모순이다. (...) 만일 사회에 피해를 끼치는 정도가 다른 두 범죄에 대해 똑같은 형벌을 적용한다면, 더 중한 범죄에 대한 더 강한 억지력은 존재하지 않을 것이며, 그 경우 사람들은 그 중한 범죄를 저지르는 것이보다 이익이라고 생각하게 될 지도 모른다.” Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (Monaco, 1764)[한인섭 번역, *범죄와 형벌*(박영사, 2006), 31]<[https://books.google.co.kr/books?id=3XB24I1-3IA\\_C&dq=cesare%20beccaria&hl=ko&pg=PA1#v=onepage&q=cesare%20beccaria&f=false](https://books.google.co.kr/books?id=3XB24I1-3IA_C&dq=cesare%20beccaria&hl=ko&pg=PA1#v=onepage&q=cesare%20beccaria&f=false)>(2016. 9. 22. 확인). ‘형법 분야에서 더 이상 추구될 것을 남겨두지 않았다’는 평가를 받는 이 위대한 저작은 여전히 충분히 흥미되지 않은 것 같다. 글 중간 중간에 소개해두었지만, 이 글의 많은 생각, 특히 ‘(형벌에 대한) 범경제학 논의’가 실은 베카리아(그리고 벤담)의 것이기도 하다. 위 책을 인용할 경우 국문 번역본의 번역을 그대로 따르지는 않고, 영문본과 이탈리아어 원문을 대조하여 번역을 다시 한 것이 많다.

본 학위논문엔 인용된 나머지 책들도 구글북스(<http://books.google.com>)로 원문을 확인하여 대체로 다시 번역·인용하였다. 구글은 2004년 ‘세상의 모든 책’을 디지털화, 조직화하겠다는 야심찬 프로젝트를 가동하였고, 현재까지 지구상 그 어떤 도서관이 보유한 장서량보다도 많은, 3,000만 권 이상의 책을 디지털화한 것으로 추산된다(그러나 물질적 물체로서 ‘책’의 정의 자체가 모호하기 때문에 이러한 장서 수는 큰 의미가 없다고도 할 수 있다). 그 덕분에 필자는 저작권 존속기간이 만료되었음에도 이미 절판되었거나 한국에 수입되지 아니하여 이전에는 구경조차 할 수 없었을 책들에, 시공간에 묶인 물질적 존재로서 육체의 한계를 넘어, 그야말로 ‘자유롭게’ 접근할 수 있었다(심지어 ‘초판’들에까지). 여러 논문에서 ‘재인용’ 형태로만 존재하였던 많은 문헌들을 일일이 확인하였고, 확대재생산되고 있던 오류를 일부 바로 잡기도 하였다.

구글북스는 저작권 존속기간이 만료되지 아니한 저작물에 대해서도 사용자가 그 중 일부[‘Snippet’, 출판협회(APP, Association of American Publishers)와 합의된, 책의 20% 분량]를 열람할 수 있게 해두었다. 미 연방대법원은, 작가조합[Authors Guild, 『아웃라이어』 작가 말콤 글래드웰, 2003년 노벨문학상 수상자 존 콧시(John Maxwell Coetzee) 등 참여]이 구글북스를 상대로 제기한 저작권침해 소송에서, 2016. 4. 18. 작가조합 측 상고청원(petition for a writ of certiorari)을 받아들이지 아니함으로써 “구글북스는 저작물의 공정한 이용에 해당하고, 책의 가치를 더하여준다.”는 1심과 연방항소법원[Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 721 F.3d 132 (2d Cir, 2013)] 결론을 유지하였다. 미국에서 공정이용(fair use, 영국에서는 ‘fair dealing’이라 한다)의 법리는 1976년 개정된 미국 저작권법 제107조에서 처음 명문화되었는데, 우리는 종래 저작권법 제23조 이하에서 유형별로 상세한 ‘저작권재산권 제한’ 규정을 두고 있다가 2011. 12. 2. 개정을 통하여 미국과 같은 포괄적 공정이용조항인 제35조의3을 도입하였다.

통일규정이 수립된 만큼 일반적 설명이 시도되는 것은 당연하다. 그러나 그 규정은 500여 개 법률이 적용될 다종다기한 국면과 사연을, 너무나 간단히 두 문장으로 한꺼번에 정리하고 있다. 우리 법체계상 다른 원칙이나 제도들과도 조화되기가 쉽지 않다. 간극과 충돌을 그럴 듯하게 매워내려는 해석론은 구체적·개별적 고찰을 출발점에서부터 막고 있다.<sup>36)</sup> 그러나 규율영역이 다르고, 위반행위 성격이 다르고, 수범자의 조직형태가 다르다면, 양벌규정이 언제나 동일한 방식으로 성공적으로 기능해주는 만능열쇠가 될 수 있을까.

세상은 급변하고 이를 따라잡으려는 행정목적도 변화무쌍한 것이기 때문에, 그 목적을 ‘일관성 있게’ 달성하려고 마련한 수단인 양벌규정이 사안별로 마냥 논리정연하고 매끄럽게 적용될 수 없는 것은 당연하다는 반론이 있을 수 있다. 일반조항과 개별 사안이 만든 틈새야말로 ‘운용의 묘’를 살려야 하는 ‘판단여지’가 아니겠느냐는 것이다. “다만, 양벌규정이 현재까지 큰 실효성을 달성하지 못하고 있었던 것은 사실이고 그것은 턱없이 낮은 벌금형(‘숨방망이 처벌’) 때문이었던 만큼, 우선 자연인과 법인의 벌금형 연결을 분리해 법인에 대한 벌금형을 상향조정하고, 벌금액을 이익액, 매출액, 자산규모 또는 피해액에 연동시키는 방안이나 주식벌금제, 일수벌금제, 단위벌금제, 분납제 및 보호관찰에 의한 감시제 도입을 검토하며, 준법지원인제도 도입에 따른 형사적 인센티브를 제공하고, 법인해산, 영업정지, 영업소 폐쇄, 전화·전기·수도 공급거부, 공적 계약에서 배제, 기업자금 공모금지, 수표발행 금지 또는 신용카드 사용금지, 인·허가 제한, 보호관찰, 사회봉사명령, 강제적 자기규제, 범위반사실 공표, 개선명령, 범죄피해자에 대한 고지, 원상회복, 부당이득금 사회 환원, 징벌 배상형 등 다양한 형사제재를 도입하여야 한다.”는 등의 처방도 제시된

---

위 조항에 따르면, 공정이용에 해당하는지를 판단할 때 ① 이용의 목적 및 성격, ② 저작물의 종류 및 용도, ③ 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, ④ 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 고려하여야 한다.

36) 지금까지의 양벌규정 해석론은 법 ‘내용’이 아니라, 법조문 자구와 체계라는 ‘형식적 측면’에서만 주로 ‘유형화’를 시도하였다. 양벌규정은 너무 많은 법에 흩어져 있고, 각각의 법들이 규율하는 개별 영역이 대개는 ‘법’을 다루는 사람들의 전문영역이 아니었기 때문이다. 다시 한 번 별지의 법률들을 보라. 최근에 시행된 법률 중에는 공항시설법(순번 58), 병원체자원의 수집·관리 및 활용 촉진에 관한 법률(순번 186), 해양산업클러스터의 지정 및 육성 등에 관한 특별법(순번 482)과 같은 것들이 있다.

다.<sup>37)</sup>

그러나 문제의 근원이, ‘형사재판’에 법인을 피고인으로 세워 양벌규정을 적용시키는 방식 자체에 있었던 것이라면, 양벌규정을 그대로 둔 채 ‘형사처벌 방식과 강도’만 다양화·강화한다고 하여 문제가 해결될까. 양벌규정에 의한 법인의 형사처벌 자체가 과연 목적달성에 적합한 수단인지부터 근본적으로 고민해보아야 하는 것은 아닐까. “습관이 우리 모두의 이성을 무디게 한 것은 아닐까.”<sup>38)</sup>

37) 권수진, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업처벌론-(한국형사정책연구원, 2010), 141-148; 김재윤, 기업의 형사책임(마인드맵, 2015), 393-530; 김창준(2009); 김호기, “법익적대적 법인문화, 위험관리 실패와 법인의 형사책임”, 형사정책연구, 제22권 제4호 (2011); 박강우, “기업범죄에 대한 형사제재”, 한일형사법의 과제와 전망(2000. 8.); 박미숙, “법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안”, 형사정책연구, 제20권 제1호 (2009. 3.); 박상용, “기업의 준법활동 활성화를 위한 제도개선 방안 고찰”, 송실대학교 법학논총 (2012. 7.); 옥필훈, “경제범죄의 실태와 대책에 관한 연구”, 전북대학교 대학원, 박사학위논문 (2006); 옥필훈, “경제범죄에 있어서 법인에 대한 효율적인 제재방안에 관한 연구”, 한국법학회 법학연구, 제27집 (2007); 이기현, 박기석, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안(한국형사정책연구원, 1997); 이보영, “기업범죄의 문제점과 형사법적 규제 방안”, 한국 형사법학의 이론과 실천: 정암 정성진 박사 고회기념 논문집 (2010); 이승준(2015); 이정민, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업범죄에 대한 새로운 제재 도입방안 연구-(한국형사정책연구원, 2010); 이주희, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰: 법인에 대한 벌금형 증가를 중심으로”, 한국법학회 법학연구, 제47집 (2012. 8.); 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구, 제21권 제1호 (2010); 이천현, 송효중, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업범죄에 대한 제재체계의 현황과 개선방향-(한국형사정책연구원, 2010); 이천현(2014), 126-182; 임석원, “법인의 범죄능력인정을 위한 새로운 해석의 필요성 -기업의 생명침해에 대한 대응을 중심으로-”, 형사정책연구, 제18권 제3호 (2007); 조국(2007); 천진호, “경제범죄에 대한 정책적 대응방안”, 형사정책, 제18권 제1호 (2006. 6.) 등.

그러나 현란하다고 할 정도로 다양하게 열거된 형사제재의 라인업은, 우리가 무언가 본질을 놓치고 잘못된 방향으로 나아가고 있는 것이 아닌가 하는 의구심을 강하게 가지게 한다.

38) Beckett(2000) 중 블라디미르 대사 “(H)abit is a great deadener.”



## 제 2 장 법인 성립사와 법인 본질론 - 역사적 고찰

### 제1절 방법론 서설

법은 언제나 사람의 ‘실제 삶, 살림살이’를 다룬다. 행위규범으로서, 사람의 개인적, 사회적 삶을 규율하고, 재판규범으로서, 그 생활상 다툼을 해결하는 기준으로 작용한다. 그래서 “법의 본질은 어떤 관점에서 바라본 인간의 삶 그 자체”이다.<sup>39)</sup>

이론(理論, Θεωρία, theoria)은, 그 복잡다단한 삶의 얽힘에 내재된 결(理),<sup>40)</sup> 즉 보편적 이법(理法, 原理, λόγος, logos, αρχή, archê, ratio)을 궁구(窮究, 포착, 인식, 관조)하고자 하는 궁리(窮理)의 활동이다. 이는 논리(論理, logic)적·체계적 완결성을 지향한다. 가변적 상황에 따라 흔들리지 않는 형상(形相, eidos, idea, form)을 추출하기 위해 개별적 차이를 사상(捨象), 등질화하여(이론은 곧 일반화이고, 일반이론을 지향하는 것은 이론의 숙명이다), 마찰 없는 진공상태(갈릴레이),<sup>41)</sup> 국가 이전의 자연상태(홉스),<sup>42)</sup> 원초적 입장 혹은 무지의 베일(롤즈)<sup>43)</sup>, 0의 거래비용(코

39) “(Das Recht hat nämlich kein Daseyn für sich), sein Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen.” Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814), 30. <<https://books.google.co.kr/books?id=EgOZB9FQrIkC&dq=Von%20Beruf%20unsrer%20Zeit%20fur%CC%88%20Gesetzgebung%20und%20Rechtswissenschaft%201814&pg=PP5#v=onepage&q&f=false>>(2016. 10. 3. 확인). 이하부터는 열람 가능한 더 나은 사이트가 있을 경우 구글북스 주소는 따로 기재하지 아니하기도 하였다. 위 링크는 사비니, 『입법 및 법학에 관한 우리 시대의 소명』의 초판이다.)

40) ‘理’는 구슬 옥(玉) 변에 땅에 나 있는 마을의 구획, 즉 결을 의미하는 ‘뿔’을 붙인 것으로, 옥에 나 있는 결, 다시 말해 어떤 사물의 심층적 구조를 의미한다.

41) Galileo Galilei, *Discorsi e dimostrazioni matematiche: intorno à due nuoue scienze attenenti alla meccanica i movimenti locali* (Leida: Appresso gli Elsevirii, 1638)[이무현 번역, 새로운 두 과학(사이언스북스, 2016)]<<https://books.google.co.kr/books?id=zB5aAAAACAAJ&dq=Discorsi%20e%20dimostrazioni%20matematiche&pg=PP3#v=onepage&q=Discorsi%20e%20dimostrazioni%20matematiche&f=false>>(2016. 10. 3. 확인).

42) Thomas Hobbes, *Leviathan, or, The Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil* (London, 1651)[진석용 번역, 리바이어던(나남출판, 2008)]<<https://books.google.co.kr/books?id=L3FgBpvIWRkC&dq=inauthor%3A%22Th>

스)44)과 같은 가설적 상황을 상정한다. 이는 현실을 보다 잘 이해하기 위한 것이다. 그로써 수립한 이론, 즉 개념과 체계가 특히 신학, 의학, 법학과 같이 ‘실무’와 ‘실무가’가 있는 학문에서는, ‘도그마틱(Dogmatik)’이 되어 학문과 실무를 연결한다. 도그마틱이 수행하는 가장 중요한 역할은, 실무 판단과정에서 매번 본질적 문제에 천착하지 아니하여도 되도록, 구체적 판단기준과 방법을 제시하여주는 ‘부담경감기능(Entlastungs-funktion)’이다.45)

그런데 이론과 실무의 유기적 상호작용이 끊어지게 되면, 위와 같은 가정(假定)에 더 잡은 ‘이론’은 진공상태의 폐쇄적·자족적 논리체계로 유리(遊離)되고(개별성을 요약·생략한 도그마틱이 도그마에 빠지게 되고), ‘실무’는 저마다의 상황과 결단에 의존하는 스펙터클로 전락한다. 법학이

[omas%20Hobbes%22%20leviathan&pg=PP20#v=onepage&q=inauthor:%22Thomas%20Hobbes%22%20leviathan&f=false](#)>(2016. 10. 3. 확인).

- 43) ‘무지의 베일’은 『정의론』의 기본적 가정으로 잘 알려져 있으나, 롤즈는 실은 노벨경제학상 수상자인 하사니를 언급하고 있다. 롤즈는 ‘무지의 베일은 아주 자연스러운 조건으로, 그와 같은 것은 누구에게나 생각나게 마련’이라고 하면서 칸트, 『실천이성 비판』의 정언명령에까지 거슬러 올라간다. 그리고 하사니의 논문을 인용하면서, ‘정보에 대한 그와 같은 제한을 이용하여 공리주의 이론을 전개하고 있다’고 설명하고 있다. 하사니의 다음 논문은 『정의론』에서 총 네 번 인용되었다. John C. Harsanyi, “Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking”, *Journal of Political Economy*, Vol. 61, No. 5 (1953); John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971)[황경식 번역, 정의론(이학사, 2003), 195].
- 44) Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (1960).
- 45) 알렉시는 그 외에도 안정화기능, 진보기능, 기술적 기능, 통제기능, 휴리스틱 기능을 법도그마틱의 기능으로 들었다. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976)[변종필, 최희수, 박달현 공역, 법적 논증 이론(고려대학교출판부, 2007)] 여기서 ‘통제기능’은 개념법학의 산물이다. 법률의 개념을 정확하고 치밀하게 세우고 그 요건과 효과를 미리 정하여 둠으로써, 실무가들이 삼단논법을 통해 기계적·논리적으로 적용하기만 하면 결론을 얻을 수 있도록, 그리하여 법을 적용하는 과정에서 개별 실무가의 독자적 판단이 개입되지 못하도록 하는 기능이라고 할 수 있다. 법관을 단순한 ‘포섭자동기계’로 간주하는 것이다. 이상 박정훈, “행정법에 있어서의 이론과 실제”, 행정법의 체계와 방법론[행정법 연구 1](박영사, 2005), 3-6에서 재인용[이하 위 글은 박정훈(2005)로 인용한다].

한편 ‘카주이스틱(Kasustik)’은 추상적 일반성보다 구체적 실례에 더 관심을 가진다. 가톨릭 신학에서는 도덕률을 문자 그대로 엄격하게 적용하기보다 문제의 미묘함을 인정하면서 그것을 좀 더 신축성 있게 해석하려는 태도를 가리켰고, 법조문보다 판례를 더 중시하는 영미법계의 방법론을 지칭하기도 한다. 콕차섬, 마키아벨리즘과 근대 국가의 이념(현상과 인식, 1996), 68.

‘실제적 관련성’을 회복하기 위해서는 다음과 같은 네 가지 차원의 고찰이 필요하다. 첫째, 개념적·체계적 관점이다. 이는 ‘협회의 법학’ 혹은 법 해석학이 수행하는 가장 기본적 임무에 해당한다. 하지만 여기에 그칠 경우 법은 ‘생활세계’로부터 고립된다. 둘째, 실제적 관점, 특히 분쟁을 실제로 해결하기 위한 소송의 관점이다. 이 때 동시대의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 맥락이 고려되어야 한다. 셋째, 비교법적 고찰이다. 이를 통하여 내가 선 곳의 좌표를 확인할 수 있다. 넷째, 역사적 고찰이다. 법은 고정불변의 구성물이 아니라 시대와 영향을 주고받는 실체이기 때문이다.<sup>46)</sup>

이하에서는 양벌규정의 ‘실체’를 입체적으로 그리고 솔직하게 바라보기 위하여, 먼저 법인제도가 어떤 배경에서 성립하였는지를 개관한 뒤, 법인 이론의 본격적 출발점이 된 법인 본질 논쟁을 살펴본다. 여기까지가 역사적 고찰에 해당하는 부분이다. 이어서 각국의 법인불법에 대한 대응양상을 비교법적으로 고찰한다. 양벌규정 적용 현황을 살펴보기에 앞서 이를 정확하게 인식하기 위한 이론들을 점검한다. 이 글에서는 법경제학의 사고와 방법론을 많이 차용할 것이다.<sup>47)</sup> 이론적 토대가 닳이고 나면, 실

46) 박정훈(2005), 6-51. “법률가에게는 이중의 감각이 있어야 한다. 하나는 역사적 감각이다. 각 시대와 개개 법형식의 특수성을 이해하기 위함이다. 둘째는 체계적 감각이다. 모든 개념과 문장을 전체 체계와의 생생한 연결과 상호작용 속에 올바르게 자연스럽게 고찰하기 위함이다(Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigentümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. h. in dem Verhältnis, welches das allein wahre und natürliche ist).” Savigny(1814), 48.

47) 경제(經濟)란 경세제민(經世濟民)의 줄임말이다. ‘經’은 실 사(糸) 변에 배틀 모양을 본뜬 물줄기 경(壘) 자가 합쳐진 글자로, 씨줄 위(緯)에 대비해 ‘날줄’을 나타내는 글자이다. ‘濟’는 물길을 여럿이 손잡고 건너가는 것을 표현한 글자이다. 경세라는 말은 『장자(莊子)』 ‘제물론(齊物論)’에 나오는 다음 구절, “春秋經世先王之志, 聖人議而不辯(춘추는 세상을 다스리는 선왕들의 뜻을 적은 책으로서, 성인은 이를 논하여 그 의미를 새기기는 하여도 그 시시비비를 따지지는 아니한다).”에 처음 쓰인 것으로 알려져 있다. 여기서 ‘經’은 ‘다스리다’는 뜻으로 사용되었고, ‘濟’는 ‘구제하다’는 뜻으로 쓰였다. 나아가 ‘濟’ 안에 포함된 ‘齊’는 ‘고르게 하다, 하나로 하다, 가지런히 하다, 같다’는 뜻이다. 결국 ‘제물론’은 사물을 고르게 하는 것에 관한 이론이다. 이는 세상의 시비와 진위를 상대적인 것으로 보아 그 분별을 넘어서고 하나의 체계 속으로 망라한다는 의미를 갖고 있다. 우리 인식이 분별상(分別相)에 매달린 분별지(分別智)에 불과하다는 사실을 깨우쳐, 모든 사물은 서로가 서로에게 스며들어 있음을, 서로가 서로의 존재조건이 됨을 깨닫는 것이다. 莊周, 김갑수 번역, 장자(글항아리, 2015) 등 참조.

서구 어원을 보더라도 ‘economics’라는 단어는 그리스어 ‘oikos(οἶκος, 가정, 살림)’

무상 양벌규정이 어떻게 구사되고 있는지, 근본적 방향전환이 필요한 것은 아닌지 전체 법체계와 연관 하에 고민해보기로 한다.

## 제2절 법인 성립사 개관

### 1. 법의 역사는 모듬살이의 역사이다

사람은 자연과 사회라는 주객관적 장(場) 속에 살아간다. 나와 타인, 우리와 다른 우리, 가족, 사회, 국가, 세계, 우주 사이에 성립하는 무수한 관계와, 그 관계의 시공간(카오스모스 chaosmos)에서 벌어지는 다채로운 사건의 울림들이 우리 삶을 수놓고 있다. 그리하여 인간을 ‘사회적 관계

---

와 ‘nomos(νόμος, 법/관습, 나누다, 관리하다)’가 합쳐진 말로써 ‘집안 살림’ 나아가 ‘공동체(국가) 관리’라는 뜻을 담고 있다. 즉, 특정한 ‘관계’ 속에서 그 내용이 규정되는 것이 ‘경제’이다. Xenophon, 오유석 번역, *경영론-향연*(부북스, 2015).

이상의 어원이 보여주는 것처럼, ‘경제학’이란 곧 ‘(사회적) 연관학’이다. 도덕철학자이자 법학박사였던 아담 스미스가 ‘고전경제학 창시자’라 불리게 된 것도 그 보이지 않는 사회적 연관을 최초로 정식화, 체계화하였기 때문이다. ‘보이지 않는 손’은 적어도 『국부론』에서는 딱 한번 등장하는 비유이지만, 그 토대 위에 후세(주류)경제학이 세워졌다 해도 과언이 아닐 정도로 강력한 영향력을 발휘하였다. 하지만 아담 스미스는 알려진 것과 달리 이기적 이윤동기만 찬양한 것은 아니었다. 오히려 아담 스미스는 공감능력, 법질서, 상공업 발달을 함께 강조하였다. ‘인간 심성에 존재하는 역지사지 능력 덕분에 이기심이 내적으로 상당 부분 자제되고(윤리), 공감원리로 제어되지 아니한 이기심은 정의원리에 의하여 억제된다(법). 그리하여 밖으로 나온 나머지 이기심은 시장에서 교환원리를 통하여 국부 증대라는 공동선을 낳는다.’는 것이다. 아담 스미스에게 법질서(보이는 손)와 시장질서(보이지 않는 손)는 통일적으로 파악되고 있었다. Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (London, 1759)[박세일 번역, 도덕감정론(개역판)(비봉출판사, 2009)]<<https://books.google.co.kr/books?id=xVkoAAAQAAJ&dq=the%20theory%20of%20moral%20sentiments%201759&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>>(2016. 10. 3. 확인); *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms, delivered in the University of Glasgow, reported by a student in 1763, and ed. with and Introduction and notes by Edwin Cannan* (Oxford: Clarendon Press, 1869)[정명진 번역, 정의에 대하여(부클북스, 2016)]<<http://oll.libertyfund.org/titles/2621>>(2016. 10. 3. 확인); *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (London, 1776)[김수행 번역, 국부론(비봉출판사, 2007)]<<https://books.google.co.kr/books?id=xTpFAAAAYAAJ&dq=inauthor%3A%22Adam%20Smith%22&pg=PP13#v=onepage&q&f=false>>(2016. 10. 3. 확인); 이상 박세일, “아담 스미스의 도덕철학체계 -신학, 윤리학, 법학, 경제학의 내적 연관에 대한 통일적 파악을 위하여-”, 조순 외, 아담 스미스 연구(민음사, 1989), 29-62.

들의 양상블’이라 한다.<sup>48)</sup>

‘관계’를 규율하기 위하여 탄생한 것이 법이다. 사람이 서로 관계를 맺고 무리지어 생활하면서부터 규범이 필요하였고, 모든 법/관습은 그 단체생활에 관한 약속을 다룬다. 그리스어로 ‘법/관습’을 뜻하는 ‘nomos (νόμος)’는<sup>49)</sup> 원래 ‘배열하다, 배치하다, 배분하다’ 등 뜻을 가진 말로 개념상 공동체를 전제한다. ‘스스로 그러한’ 본성(自然, “~하고 싶다.”)과 필연성(“~할 수밖에 없다.”)이 지배하는 자연(physis) 세계와 달리, 노모스(nomos) 세계에서는 “~하여야 한다.”는 ‘당위’가 새로운 차원으로 더하여진다. 공동체 존속과 번영을 위함이다.<sup>50)</sup> 요컨대 법은, 개체들이 가진 자유, 욕망, 주체성, 자생성, 개체성을 모두의 이익(공공선)을 위하여 인위적(자의적)으로 조율(調律)<sup>51)</sup>하는 ‘선(善)과 형평의 기술’이다(강조는 인용자).<sup>52)</sup>

---

48) 칼 마르크스의 포이어바흐에 관한 여섯 번째 테제 참조. 독일 단체법론을 정초한 오토 폰 기르케도 “사람이 무엇인가 하는 것은, 사람과 사람 사이의 결합에 의하여 결정된다(Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch).”고 하였다. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* (Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1868), 1. 책 첫 문장이다. <[https://books.google.com/books/about/Das\\_Deutsche\\_Genossenschaftsrecht.html?id=uchDAAAACAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com/books/about/Das_Deutsche_Genossenschaftsrecht.html?id=uchDAAAACAAJ&redir_esc=y)>(2016. 10. 1. 확인). 이는 “인간은 사회적 동물 혹은 정치적 동물”이라는 흔히 알려진 명제를 떠올리게도 하나, 아리스토텔레스의(?) 해당 구절은 “인간은 본성상 국가공동체(폴리스)를 구성하는 동물(ζῷον πολιτικόν)이다.”라고 번역하는 것이 본래 뜻에 더 부합한다고 한다. Aristoteles, 천병희 번역, *정치학*(숲, 2013), 20; 이창우, 김재홍, *강상진 공역, 니코마코스 윤리학*(이제이북스, 2007a), 28.

49) 라틴어로는 ‘lex’이다. 그 단수 2격이 ‘legis’로, legal, legislation, legitimate 같은 단어들에 흔적이 남아 있다.

50) “본디[pephykenai=자연(의 이치, physis)에 따르면(kata physin)=자연적으로는(physei)] 부정한 것을 저지르는 것이 좋은(agathon) 것이고, 부정한 것을 당하는 것은 나쁜(kakon) 것이지만, 그것을 당함으로써 겪는 나쁨이 그것을 저지름으로써 얻는 좋음을 월등히 능가하기 때문에, 사람들은 (...) 서로 간에 부정한 것을 저지르거나 당하지 않도록 약정을 맺는 것이 이익이 되겠다고 생각한 것입니다. 바로 이러한 이유로, 사람들은 자신들의 법률(nomoi, nomos의 복수형)과 약정(계약, synthēkē)을 제정하기 시작하였으며, 이 법/관습(nomos)에 의한 제약이 합법성과 정당성을 얻은 것입니다.” Platon, 박종현 번역, *국가*(서광사, 2005), 126-127 (358e-359a).

51) ‘律’은 법이자, 음악이다.

52) **Digesta(로마법대전 중 『학설취찬』) 1.1.1pr. Ulpianus 1 inst. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.** [법을 공부하려는 사람은 먼저 법(ius)이라는 말이 어디서 유래하였는지를 알아야만 한다. 그것은 정의(iustitia)로부터 나온 말이다. 즉, 켈수스가 정교하고 우아하게 규정한 것처럼, 법은

## 2. 법인과 기업의 역사

### 가. 법인의 목적

사람이 만든 여러 조직체 중, 법률 규정에 따라 권리능력을 인정받은 것을 법인(法人, juristische Person, legal person)이라 한다.<sup>53)</sup> 즉, 법인은 법인격 있는 단체이다.<sup>54)</sup> 이와 같은 법형상(Rechtsfigur)을 인정하는 이유는 첫째, 일정한 목적을 위하여 다수인이 ‘모인’ 단체 혹은 ‘모은’ 재산을 둘러싼 법률관계를 간명하게 처리하고, 둘째, 단체에 속하는 재산과, 그 개별 구성원 혹은 출연자들 재산을 분리하여 개인책임을 제한하기 위한 것이라고 설명된다[이른바 ‘분리의 원칙(Trennungsprinzip)’].<sup>55)</sup>

---

‘선과 형평(정의)의 기술’이다.]<<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>>(2016. 10. 1. 확인). 이 때 ‘선’이란 ‘좋음’ 혹은 ‘효용’을 의미한다. 각주 50, 245 참조.

53) **민법 제31조(법인성립의 준칙)** 법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다.

**제32조(비영리법인의 설립과 허가)** 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.

**제33조(법인설립의 등기)** 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

**제34조(법인의 권리능력)** 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.

**제39조(영리법인)** ① 영리를 목적으로 하는 사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 이를 법인으로 할 수 있다.

54) 최근에는, 법인과 비법인의 엄격한 구별은 단체의 실질적 활동상과 이에 대한 법의 태도에 비추어 경계가 모호할 뿐만 아니라 큰 의미가 없다는 견해도 제기된다. 남기운, “사법상 법인개념의 새로운 구성 -새로운 법인이론의 제안-”, *저스티스*, 통권 제 70호 (2002. 12.) 등. 위 글은 ‘권리능력 없는’은 모순된 부가어로, 등기 여부에 따른 구별이 있을 따름이라고 한다. 제철웅, “단체와 법인: 사회적 기능의 유사성과 적용법리의 상이의 합리적 조정을 위한 시론”, *민사법학*, 제36호 (2007. 5.), 91도 유사한 취지. 본 학위논문이 비판적으로 바라보고 있는 법인차별론은 법인과 다른 단체를 달리 취급하는 명확한 근거를 제시하지 못한다는 점에서도 논리적 정합성이 떨어진다.

55) 제철웅(2007), 91은 “공동목적을 위해 타인과 결합하거나, 특정목적을 위해 재산을 출연하여 운영하는 경우에, 그러한 활동을 자신의 다른 영역 삶과 분리하지 않는 한, 그 목적의 지속적 실현이 어렵다.”고 한다.

John Armour, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “What is Corporate Law” in Reinier Kraakman (ed.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach (2nd ed.)* (Oxford: Oxford University Press, 2009)[[김건식 번역, “회사법이란 무엇인가”, *회사법의 해부*(소화, 2015), 29]는 이를 ‘재산 분리(separate patrimony)’ 혹은 ‘조직 격리(entity shielding)’라고 부른다.

## 나. 로마법

자연인 아닌 일정한 형상에 대하여 구성원과 분리된 권리주체성을 인정하는 태도는 로마법에까지 거슬러 올라간다. 우선 국가 또는 공공자치단체가 재산능력을 가졌다. 그러나 이들의 소유권이나 채권관계는 사인(私人)의 그것과 동일하게 파악되지는 아니하였으며, 일종의 공법상 권리관계로 이해되었다. 사단(社團)<sup>56)</sup>으로는 비영리단체인 종교단체, 친목단체와 영리단체인 징세조합<sup>57)</sup> 등 공공조합, 해운업조합, 어업조합, 제빵업조합, 정육업조합 등 직업조합이 있었다. 그러나 로마법의 바탕에 깔린 개인주의적 인격개념으로 인하여, 독립한 다수 개인(singuli)의 결합이라는 것을 넘어선 단체의 단일성, 독자성은 철저하게 사고되지 아니하였던 것으로 보인다[단체를 일동 전원(一同 全員), 성원 총원(成員 總員)이라는 의미로 ‘universi’로 표현].<sup>58)</sup> 재단법인 개념은 존재하지 아니하다가, 트리아누스 황제 때부터 국고(國庫)를 사법상 권리주체로 본 것이(그러나 공법이 적용되었고, 금고 유지·경영 권한은 황제가 독점하였다) 재단법인의 기원이 되었다. 이상과 같이 로마법에서부터 불충분하게나마 법인이라는 관념의 단초가 등장한다.<sup>59)</sup> 영국의 18세기 법률가, 윌리엄 블랙스톤(1723~1780)은 인공적 인격 개념에 터 잡은 기업이라는 발명품은 전적으로 로마인들에게 그 영광이 돌아가야 한다고 찬탄하였다.<sup>60)</sup>

## 다. 교회법

그리스도교 교회는 콘스탄티누스 황제 때부터 독자적 재산능력의 주

- 
- 56) 그 명칭은 *societas*, *ordo*, *sodalitas*, *collegium*, *corpus*, *universitas* 등으로 다양하다.  
57) 이를 오늘날 법인의 기원으로 보는 견해는 김창성, “로마 공화정 후기 청부회사의 조직과 위상”, 서양고대사연구, 제37집 (2014. 4.), 71.  
58) 최병조, 로마법강의(박영사, 1999), 313.  
59) 이상 현승중, 조규창, 로마법(법문사, 1996), 390-400. 위 책은 “로마법상 ‘법인 문제’는 해결하기 어려운 가장 곤혹스러운 문제에 해당한다.”고 하면서, “로마에서 법인의 본질 또는 법적 성질이 규명되거나, 법인이론이 구성된 바는 없었지만, 법인 관념이 로마법에서부터 형성·발달했음은 의심할 여지가 없다.”고 한다.  
60) Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765-1769), Book 1, Chapter 18 <<https://books.google.co.kr/books?id=jP4zAQAAAJ&pg=PP5#v=onepage&q&f=false>>(2016. 10. 2. 확인).

체로 승인되었다. 그러나 이를 ‘의제된 인격(persona ficta)’으로 이해하는 관념을 확산시킨 것은 볼로냐 대학에서 법학을 공부하고 교회법 교수로 재직하다가 1243년 교황이 된 인노첸시오 4세(?~1254)라고 알려져 있다. 그는 교황이 된 뒤에 쓴 교회법 주석서에서 다음과 같이 서술하였다. “사단체(universitas)는 무형의 존재이기 때문에 범죄를 저지를 수 없고, 기소될 수도 처벌받을 수도 없다.”<sup>61)</sup> 수도원 등에 대하여 구성원들과 구별되는 인격을 인정할 수 있게 된 덕분에, 교단이 개별 구성원들의 비행과 무관하게 영속할 수 있었고, ‘단체의 시설 소유 및 경제활동’과 ‘수도자들의 청빈 서약’이 조화를 이룰 수도 있었다.<sup>62)</sup> 수도원은 구두를 만들고, 목재를 가공하고, 맥주와 포도주를 생산하였고, 자체적으로 소비하고 남는 것을 저렴한 가격에 시장에 내다 팔기도 하였다. 수도원은 최초로 노동력을 조직적으로 이용한 기관이었다고 할 수 있다.<sup>63)</sup> 그러나 위 ‘universitas’ 개념은 엄밀한 의미의 법기술적 개념은 아니었다. 단체 재산을 성원 공동 재산으로 보고, 단체 채무 상환을 위한 성원들에 대한 징세를 허용하는 등, 여전히 ‘취합’의 의미가 강하였다. 특기할 만한 것은 중세에는 단체 등 개념적 구성물을 의인화 등 비유나 상징으로 사고하는 경향이 있었다는 것이다.<sup>64)</sup>

61) Papa Innocentius IV(Sinibaldo dei Fieschi), *Apparatus in quinque libros Decretalium* (1245).

62) John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, *Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 6 (1926), 655, 665-669; Ignatius Theodore Eschmann, “Studies on the Notion of Society in St. Thomas Aquinas I. St. Thomas and the Decretal of Innocent IV Romana Ecclesia: Centrum”, *Mediaeval Studies*, Vol. 8 (1946) (뒤의 글에서 재인용); Miguel Tamen, “Kinds of Persons, Kinds of Rights, Kinds of Bodies”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, Vol. 10, No. 1 (1998), 14-15 등. 교회관 사농공‘상(商)’ 이데올로기의 반영이겠지만, ‘손과 마음을 더럽히는(?)’ 이윤추구 활동을, 단체의 이름으로 한다(수도자들은 단체 뒤에 숨어 ‘돈을 벌었다’는 죄책감을 던다)는 의미에서, 또 다른 의미의 ‘분리의 원칙’이라 할 수 있을 것이다(사건).

63) 이재규, *기업과 경영의 역사*(사과나무, 2006), 68-70.

64) Johan Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen: Studie over levens- en gedachtenvormen der veertiende en vijftiende eeuw in Frankrijk en de Nederlanden* (Leiden, 1919)[이종인 번역, *중세의 가을*(연암서가, 2012), 383-405] <[http://www.dbnl.org/tekst/huiz003herf01\\_01/index.php](http://www.dbnl.org/tekst/huiz003herf01_01/index.php)>(2016. 10. 3. 확인); 최병조 “사법상 단체에 관한 일반론 -단체법론의 역사적 발전과정을 중심으로-”, *민사판례연구*, 제19집 (1997), 535-537에서 재인용.



## 라. 중세도시

11세기에는 베네치아 같은 항구도시에서 해외교역을 위한 장기간 항해에 투자하는 ‘코멘다(Commenda)’가 출현하였고(이를 보통 상업상 유한책임원칙의 시초라고 한다),<sup>65)</sup> 내륙에서는 12세기 피렌체 등지에서 ‘콤파니아(Compagnia)’라는 가족기업이 등장하였다.<sup>66)</sup> 이후에도 회사를 의미하는 말로 쓰이게 된 이 단어는, 라틴어 ‘cum(같이)’과 ‘panis(빵)’의 합성어로서 ‘빵을 같이 나누어 먹는 사람들(食口)’을 뜻한다. 그들로부터 ‘복식부기’가 차츰 다듬어져, 1340년 제노바 중앙 원장에 기록된 야코부스 데 보니카의 후추 교역 거래에 관한 계좌에서 이미 그 완성된 형태가 발견된다. 교역 증대에 따라 동업자나 대리인에 의존하는 경우가 많아지자, 내부 책임성 제고, 이익배분 측정을 위하여 자연스럽게 개발된 것이었다.<sup>67)</sup> 콤파니아는 ‘방키(Bangchi)’라고 불린 고리대금업자들의 업무와 밀접한 연관을 맺고 있었는데,<sup>68)</sup> 대부분은 전당포 수준을 넘지 못하였지만 국제적 조직망을 갖추는 경우도 생겨났다. 당시 신용거래가 널리 보급된 이유는 상품교역과도 관련이 있었지만, 주화의 복잡성 때문이기도 했다.<sup>69)</sup> 1397년 조반니 디 메디치(1360~1429)가 설립한 ‘메디치 은행’은

65) 합명회사의 한 형태로, (보통은 늘어서) 더 이상 항해가 힘든 상인이 실질적으로 교역을 담당한 다른 상인에게 자본을 제공하는 방식이었다. 일반적으로 해상무역에 관하여 ‘계약’이 체결되었으나, 육상무역에도 적용되었고, 일회적 모험(순회여행)에 국한되는 것이 보통이었지만, 그 여정이 성공적일 경우 동일한 파트너 사이에 후속 계약이 체결되는 경우도 있었다. 이윤의 4분의 3은 “놀고먹는” 자본가에게, 나머지는 실질적으로 활동한 파트너에게 분배되었다고 한다. Rondo Cameron & Larry Neal, *A Concise Economic History of the World: From Paleolithic Times to the Present*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, Inc., 2003)[이현대 번역, 간결한 세계 경제사(에코피아, 2008), 77-78].

66) 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, *경상대학교 법학연구*, 제23권 제2호 (2015. 4.), 97-99.

67) Jacob Soll, *The Reckoning : Financial Accountability and the Making and Breaking of Nations* (London: Allen Lane, 2014)[정해영 번역, 회계는 어떻게 역사를 지배해왔는가(메멘토, 2016), 35-42]

68) 단테 『신곡』의 지옥편 제17곡(제7환 제3원)에는 고리대금업자들이 고통받는 장면이 묘사된다. Dante Alighieri, *The Divine Comedy*, trans. by Henry Wadsworth Longfellow, Vol. 1 [Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1867(1308-1320)], 73-77 [최민순 번역, 단테의 신곡(상)(가톨릭출판사, 2013)]<<https://books.google.co.kr/books?id=WegNAAAAQAAJ&dq=dante%20divine%20comedy&pg=PR5#v=onepage&q=dante%20divine%20comedy&f=false>>(2016. 10. 3. 확인).

69) Cameron(2008), 77-79.

교황과 관련된 모든 사업을 장악하면서 4명 교황과 2명 프랑스 왕비를 배출하였고, 중세 문예부흥을 후원하였다.<sup>70)</sup>

북쪽에서도 이탈리아 도시들과 교류를 통하여 상업이 발달한다. 오늘날까지 남아있는 많은 기업들이 이 때 탄생하였는데, Corporation of London,<sup>71)</sup> Aberdeen Harbour Board,<sup>72)</sup> 스웨덴 Stora<sup>73)</sup> 등이 그것이다. 그러나 중세 전반을 통하여 가장 활발했던 조직체는 동업자조합(Guild) 이었고, 한자(Hansa) 같은 거대한 연맹체로 성장하기도 하였다.<sup>74)</sup>

#### 마. 주식회사의 변천

15세기 장기적 경기침체를 거치면서 봉건 귀족세력이 약화되었고, 16세기에 들어오면서 왕들은 지배력을 점차 강화하기 시작하였다. 왕 아닌 제3의 존재가 개인을 지배하는 것은 곧 왕권 약화를 의미하였기 때문에 법인 성립과 활동은 전반적으로 정체되었다. 그러나 상사회사만은 국가의 부를 증대시키는 유익한 존재로 생각되었고, 왕은 도시상인의 경제력을 귀족세력 견제에 활용하였다. 상사회사는 ‘구성원들 간 계약관계’로 이해되었고, 그러한 한에서는 왕의 허가 없이도 적법성을 인정받았다(허

70) Tim Parks, *Medici Money: Banking, Metaphysics, and Art in Fifteenth-Century Florence* (New York: W. W. Norton & Co., 2005)[황소연 번역, 메디치 머니(청림출판, 2008)]; George Frederick Young, *The Medici* (London: J. Murray, 1909)[이길상 번역, 메디치(현대지성사, 2001)]; Christopher Hibbert, *The House of Medici: Its Rise and Fall* (New York: Morrow, 1975)[한은경 번역, 메디치 스토리(생각의 나무, 2001)] 등.

71) 1067년 정복왕 윌리엄으로부터 독립을 보장받음. 1215년 마그나 카르타에서 자유를 재확인받음. 2006년 City of London Corporation으로 개칭. City of London Corporation 홈페이지 <<http://www.cityoflondon.gov.uk/things-to-do/visit-the-city/our-history/Pages/default.aspx>>(2016. 10. 2. 확인)

72) 1136년 스코틀랜드 왕 데이비드 1세 허가를 받음. Aberdeen Harbour 홈페이지 <<http://www.aberdeen-harbour.co.uk/about-us/history/>>(2016. 10. 2. 확인)

73) 구리 광산업으로 출발, 1288년 베스테로스 주교에게 지분 12.5%에 해당하는 주식 발행. 1998년 핀란드 제지회사 Enso와 합병하여 Stora Enso가 됨. Stora Enso 홈페이지 <<http://www.storaenso.com/about/history>>(2016. 10. 2. 확인) Stora를 최초의 주식회사로 보는 견해가 있다. Gittleson, Kim, “Can a company live forever?”, *BBC News* (New York, 2012. 1. 19.) <<http://www.bbc.com/news/business-16611040>>(2016. 10. 2. 확인)

74) John Micklethwait & Adrian Wooldridge, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea* (New York: Modern Library, 2004)[유경찬 번역, 기업, 인류 최고의 발명품(을유문화사, 2011), 34-42]; Cameron(2008), 74.

가를 얻을 경우 비로소 법인격 취득).<sup>75)</sup>

중상주의는 정부로부터 특수한 사업, 특히 많은 자금이 필요한 신행로 개척과 해외상권 장악을 위임받은 ‘수탁회사(Chartered Company, 공인합자회사)’를 탄생시켰다.<sup>76)</sup> 그런데 당시에 항로 개척에 투자하는 것은 오늘날 우주 개발에 투자하는 것만큼이나 위험스러운 일이었다. 사업자금을 끌어 모으기 위해서는 투자금을 보호할 방안이 필요하였다. 여러 사고(事故)를 겪은 뒤 수탁회사는 ‘독립된 법인격, 공개시장에서의 주식매매, 유한책임원칙’이라는 변화를 꾀하게 된다. 위와 같이 설립된 대표적 회사가 1600년 엘리자베스 여왕으로부터 허가받은 영국 동인도 회사(EIC, East India Company)이고, 1602년에는 네덜란드 동인도회사(VOC, Vereenigde Oost-Indische Compagnie)가, 난립해있던 여러 ‘벤처’ 원거리무역 회사(verre compagnie)들을 통합하면서 정부로부터 아시아 무역독점권을 따냈다.<sup>77)</sup> 동인도회사 주식과 채권을 거래하기 위하여 암스테르담 증권거래소(Bourse),<sup>78)</sup> 런던 왕립증권거래소(Royal Exchange) 등이

75) 남효순, “프랑스법에서의 법인의 역사 -법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사-”, 서울대학교 법학, 제40권 제3호 (1999. 12.), 154.

76) 영국인들은 법인격을 부여받는 것을 꺼렸다고 한다. 국가에 의하여 법인이 되는 순간 법인제도에 따른 각종 제재를 받아들여야 하기 때문이다. 영국인들에게 단체가 법인격 없이 존속할 수 있는 토대는 ‘신탁제도’가 제공해주었다. 영국 법학원(Inns of Court), 로이드 커피하우스, 자키 클럽 같은 법인격 없는 사단들은 ‘신탁이 제공하는 보호장벽’ 뒤에서 전통적 법인이론으로부터 자신들을 숨겼다고 한다. Frederic William Maitland, “Trust und Korporation” in C. S. Grünhut (Hrsg.), *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht, Band 32* (1905)[현병철, 최현태 공역, 신탁과 법인의 역사(세창출판사, 2007)]

77) Micklethwait(2011), 45-58.

78) 세계 최초 증권거래소로 보는 것이 일반적이다. 주식 양도는 주권 수수 없이 장부기제를 수정함으로써 이루어졌고, 주주는 수년에 한 번씩 배당금을 받는 투자자일 뿐 주주가 회사의 주인이라는 관념이 없었으며, 파생상품 거래가 주를 이루었고, 법이 아니라 상인들 간의 신뢰가 증권 거래의 토대가 되었다. Lodewijk Petram, *De bakermat van de beurs: hoe in zeventiende-eeuws Amsterdam de moderne aandelenhandel ontstond* (Amsterdam: Atlas, 2011)[조진서 번역, 세계 최초의 증권거래소: 가장 유용하고 공정하며 고귀한 사업의 역사(이콘, 2016), 15-16]. 그러나 페르낭 브로델은 1328년 이전부터 베네치아, 피렌체, 제노바에서 증권이 거래되었고, 15세기 한자동맹 도시들에서도 그러하였으나, 암스테르담 거래소에 새로운 점이 있다면 양과 유동성, 공개성의 측면이고, ‘투기적 거래의 자유’가 있다는 점이 달랐을 뿐이라고 하면서 위와 같은 일반적 견해에 의문을 표한다. Fernand Braudel, *Civilisation Matérielle, Économie et Capitalisme, XVe-XVIIIe siècle. Tome 2: Les Jeux de l'échange* (Paris: Armand Colin, 1979)[주경철 번역, 물질문명과 자본주의 II-2: 교환의 세계 下(까치, 1996), 614-646].

생겨났고, 네덜란드에서는 선물거래 열풍이 1636년 말부터 1637년 초 사이에 튜립 광기(tulipomania, 1637. 2. 붕괴)를 초래했다.<sup>79)</sup> 1688년 에드워드 로이드(1648~1713)가 런던 타워 스트리트에 연 커피하우스에서 상인, 항해사, 선주들이 거래 위험을 인수하고 정보를 교환한 것이 보험업의 시작이 되었다.<sup>80)</sup>

네덜란드 동인도회사가 1602년 받은 특허장 내용을 보면 전쟁포고, 조약체결, 요새건설, 징병, 행정관료 지명 등 국가나 다를 바 없는 기능을 부여받고 있다. 즉, 이 시기 회사는 국가의 전폭적 지원 하에 군사기능과 상업기능을 통합하고 있었다. 네덜란드 헤게모니 시기(16세기 말~18세기에 걸친 이른바 ‘장기 17세기’)<sup>81)</sup> 조직혁명의 이러한 특징(해군력을 앞세운 원거리무역 독점)을 ‘보호비용 내부화’라고 규정하기도 한다.<sup>82)</sup> ‘제국 안의 또 다른 제국’이라 불린 영국 동인도회사 역시 마찬가지였다. 그러나 대규모 수탁회사들의 비리와 권력남용이 점차 많은 비판을 받았고,<sup>83)</sup> 미시시피 주식회사(Mississippi Company, 프랑스, 1719. 12. 투기 절정, 1720. 5. 붕괴),<sup>84)</sup> 남해(대서양) 주식회사(The South Sea

79) 15길더였던 ‘아드미랄’이 175길더가 되고, 45길더였던 ‘비자르텐’이 550길더가 되고, 1633년 500길더였던 ‘썬페르 아우구스투스’는 1637년에는 1만 길더가 되었다. 당시 나온 팜플렛에는 “3천 길더짜리 꽃 한 송이로 살찐 돼지 8마리 240길더, 살찐 황소 4마리 480길더, 살찐 양 12마리 120길더, 24톤의 밀 448길더, 48톤의 호밀 558길더, 와인 2통 70길더, 맥주 6백 리터 32길더, 버터 2톤 192길더, 치즈 450킬로그램 120길더, 은 술잔 60길더, 옷감 1팩 80길더, 매트리스와 침구가 딸린 침대 100길더, 배 1척 500길더를 ‘모두’ 살 수 있다.”고 기재되어 있었다고 한다. 꽃 한 송이로 집 한 채를 살 수 있다는 말이 과장이 아니었던 셈이다. Mike Dash, *Tulipomania: The Story of the World's Most Coveted Flower & the Extraordinary Passions It Aroused* (New York: Three Rivers Press, 2000)[정주연 번역, 튜립, 그 아름다움과 투기의 역사(지호, 2002)]; 주경철, 네덜란드: 튜립의 땅, 모든 자유가 당연한 나라(산치럼, 2003), 238에서 재인용.

80) 김종현, *경제사*(경문사, 2007), 268.

81) Immanuel Wallerstein, “The Three Instances of the Hegemony in the History of the Capitalist World-Economy”, *International Journal of Comparative Sociology*, Vol. 24, No. 1-2 (1983) 등; 백승욱, “역사적 자본주의와 자본주의의 역사 -세계체계 분석을 중심으로”, *경제와사회*, 제52권 (2001. 12.), 8, 22에서 재인용.

82) Giovanni Arrighi, *The Long Twentieth Century (2nd ed.)* (New York: Verso, 2010)[백승욱 번역, 장기 20세기(개정판)(그린비, 2014), 258-280].

83) 아담 스미스 역시 신랄한 비판을 가하였다. Smith(2007) (하), 55-138.

84) 당시 주식을 발행한 Banque royale에 대한 악몽 때문에, 그 때부터 프랑스인들은 ‘banque’라는 말 대신 Société générale과 같이 ‘société’를 쓰거나, Crédit suisse와 같이 ‘crédit’를 쓴다고 한다. 세일러, *불편한 경제학*(위즈덤하우스, 2010), 105.

Company, 영국, 1720. 4. 투기 절정, 1720. 9. 붕괴)<sup>85)</sup> 버블붕괴를 겪으면서 영국에서는 1720년 왕의 허가 없이 주식회사(joint stock company)를 설립하지 못하도록 하는 ‘거품법(Bubble Act)’이 통과되었다. 제한된 자금이, 난립하는 법인의 주식 청약대금으로 흩어지는 것을 막기 위한 조치였다.<sup>86)</sup> 영국 대법관 에드워드 설로 경(Sir Edward Thurlow, 1731~1806)의 말은 당시 영국인들의 인식을 대변한다. “기업에게는 저주할 영혼도, 걷어찰 몸도 없는데, 어떻게 기업의 양심을 기대할 수 있겠는가 (Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked)?”<sup>87)</sup>

나폴레옹 전쟁을 거치면서 영국은 네덜란드에 이어 ‘세계의 공장이자 은행’(로스차일드 가문)으로 부상하였다. 산업혁명 전까지 영국에서는 법인 설립을 위하여 대단히 엄격한 요건을 충족하여 국왕 허가(royal charter)나 의회 특별법(special act of Parliament)에 의한 허가를 받아야 했기 때문에 법인 수 자체가 많지 않았다. 설립목적은 공익 목적에만 한정하여, 영리를 추구하는 기업체가 법인격을 취득한다는 것은 매우 어려웠다. 그러나 1825년 거품법을 폐지하였고, 1855년 드디어 주식회사에 대하여 일반적으로 유한책임을 인정하는 ‘유한책임법(Limited Liability Act)’이 통과되었다.<sup>88)</sup> 이로써 주식회사 이름에는 ‘Ltd.’가 붙게 된다. 영

85) 1720년 주가가 한창 오르고 있을 때 아이작 뉴턴(1642~1727)도 7,000파운드(현재 우리 돈으로 약 7억 원 정도?)를 투자하여 100% 투자수익을 올렸다. 그런데 뉴턴이 주식을 팔고나서도 주가는 탄탄한 상승세를 이어갔고, 급기야 남해 주식회사가 영국 정부가 지브롤터 해협 식민지를 스페인에 반환하는 대가로 받을 남미 지역 무역독점권을 갖게 될 것이라는 ‘정보’까지 돌기 시작하였다. 위대한 과학자는 일생일대 기회를 바보같이 놓칠 순 없다는 생각에 재차 투자에 나섰고, 결국 2만 파운드(20억 원) 손실을 입었다. 뉴턴이 투자한 시점이 정확히 ‘상투’였던 셈이다. 너무 큰 충격을 받은 뉴턴은 그 뒤로 자기 앞에서 ‘South Sea’나 ‘주식’ 얘기는 꺼내지도 못하게 하였고, 다음과 같은 말을 남겼다. “나는 천체의 운동을 계산할 수는 있어도, 사람들의 광기는 계산할 수 없다.” John Carswell, *The South Sea Bubble* (London: Cresset Press, 1960), 131; 세일러(2010), 109-110.

86) Micklethwait(2011), 58-68. 톨립 광기, 미시시피 주식회사 버블, 남해 주식회사 버블 등 역사적 금융위기에 대한 보다 체계적인 분석은 Charles Poor Kindleberger & Robert Zelwin Aliber, *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises(7th ed.)* (Basingstoke, NY: Palgrave Macmillan, 2015)[김홍식 번역, 광기, 패닉, 붕괴: 금융위기의 역사(굿모닝북스, 2006)].

87) John C. Coffee Jr., “No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (1981), 386.

국은 인도 식민지와 기계제를 바탕으로 영토주의와 산업자본주의를 결합시켰고, 자유무역주의를 통해 민족국가들을 세계시장으로 연결하였다. 영국 헤게모니 시기(18세기 말~20세기 초에 걸친 이른바 ‘장기 19세기’)의 조직혁명(식민지와 기계제를 통한 원료, 노동력 비용 절감)을 ‘생산비용 내부화’라 한다.<sup>89)</sup> 영국의 인도 지배가 확립되면서 역설적으로 이를 주도한 동인도회사는 급격히 붕괴되었다. 작은 기업들이 동인도회사 독점권의 폐지를 요구하자 1813년 독점권 박탈, 1833년 국영기업 전환 등 과정을 거친 끝에 1857년 위탁계약기간 만료로 257년 역사를 마감한다[네덜란드 동인도회사는 그보다 앞서 1799년 국유화 및 해산 수순을 밟았다. 네덜란드가 미국 독립을 부추기고 승인하였다는 이유로 발발한 4차 영란 전쟁(1780~1784) 등으로 더 이상 정부 지원이 힘들어졌기 때문이다.].<sup>90)</sup>

#### 바. 법인자본주의

영국이 1873년부터 1896년까지 장기침체와 금융적 팽창을 겪는 동안, 독일은 ‘수평적 통합’(카르텔, 트러스트 등 동일한 시장 내 경쟁관계에 있는 기업을 통합하여 규모의 경제를 추구)의, 미국은 ‘수직적 통합’(거래단계를 달리하는 기업을 통합하여 거래비용을 절감하고 이를 조직비용으로 대체, 범위의 경제를 추구)의 길을 걸으며 경쟁한다. 양차 세계대전을 겪은 뒤 미국식 법인자본주의(corporate capitalism)는 오늘날 경제활동 조직방식을 대표하는 이름이 된다. 미국 헤게모니 시기(19세기 말~현재에 걸친 이른바 ‘장기 20세기’) 조직혁명은 바로 ‘거래비용 내부화’이다.<sup>91)</sup>

법인자본주의는 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, 속도의 경제이다. 시장단계별로 분절되었던 과정들이 하나의 기업 안으로 통합되어 의사결

88) 상세한 과정은 이성웅(2015), 101-106.

89) Arrighi(2010), 307-409. 칼 마르크스는 『자본(론) Das Kapital』 III-1권 제27장 ‘자본주의적 생산에서 신용의 역할’에서, 주식회사를 ‘최고 단계 자본주의적 생산의 결과 (Resultat der höchsten Entwicklung der kapitalistischen Produktion/result of the highest development of capitalist production)’라고 칭송(?)하였다.

90) Micklethwait(2011), 54-58; 주경철, 대항해시대: 해상 팽창과 근대 세계의 형성(서울대학교 출판부, 2008), 86-112; 주경철(2003), 266-279 등.

91) Arrighi(2010), 413-503.

정 속도, 자본 회전 속도가 빨라졌다. 둘째, 기업규모가 커져 대량생산과 대량유통이 결합되었다. 셋째, 정보비용이 감소하였다. 시장정보를 분석하는 부서를 만들 여력이 생겨 예측을 통하여 시장변화에 대처해나가게 되었다. 넷째, 현금유입이 증가하였다. 생산과 유통의 마디마디마다 결제를 할 필요가 없어져 기업 내 거래가 있다고 하더라도 장부상으로만 나타나고 현금이 재무부서에 집중되었다. 이를 투자 목적으로 활용하기도 수월해졌다. 다섯째, 소유와 경영 분리로 전문경영인이 등장하였다. 기업 규모가 커지면서 조직위계가 강해졌다. 생산관리, 노무관리, 재무회계, 마케팅 부서의 중요성이 높아졌고, 테일러주의와 포드주의가 도입되었다. 기업 내부에 관리해야 할 대상이 늘어나 이전과 같이 한두 명 가족구성원에 맡겨 해결할 수가 없게 되었다.<sup>92)</sup> 관료적 조직체의 관리층을 전문적으로 육성하는 ‘경영학’이라는 신생학문이 등장하였다. 여섯째, 해외진출이 늘어났고, 일곱째, 기술장벽보다 조직장벽이 중요해졌다.<sup>93)</sup>

### 3. 소결론

법인제도가 처음부터 오늘날과 같은 모습을 띠었던 것은 아니었다. 역사를 통해 알 수 있는 것처럼, 그것은 거래를 편리하게 하고, 사람과 자금을 모으기 위한, ‘사람들의 경제생활상 필요’가 고안하고 다듬어낸 법기술이자 조직방식이다. 국가(법)의 규율태도 역시 그 시대 사회경제적 요구에 부응하여 변화를 겪었다.<sup>94)</sup> 큰 틀에서 그 과정은 인격 독립성

92) 양벌규정 적용과 관련하여, 법인화 이전의 개인기업 혹은 가족기업의 경우에, 순전히 감독책임 위반만 문제되어, 공법규정을 적용하는 것으로는 도저히 적정한 해결이 불가능한 사안이 과연 얼마나 될까(실령 그러한 경우라도, 민사상 사용자책임을 묻는 외에 소액의 벌금형을 부과하는 것이 큰 의미가 있을까).

93) 백승욱, 자본주의 역사 강의(개정판)(그린비, 2006), 333-337.

94) **[표 1] 백승욱(2001), 25. 세 번 헤게모니 특징**

	네덜란드	영국	미국
물질적 팽창기	1640-1750	1790s-1873	1930s-1968/1973
금융적 팽창기	1750-1790s	1873-1930s	1968/1973-현재
중심도시	암스테르담	런던	뉴욕
경합국	에스파냐	프랑스	독일
축적체제원리	보호비용 내부화	생산비용 내부화	거래비용 내부화

과 그 쌍으로서 유한책임원칙이 강화되는 방향이었다고 할 수 있다. 그런데 법인제도가 ‘사람들이 경제활동을 영위하는 한 방식’이라는 평범한 진실은 ‘법인도 법적으로는 사람’이라는 도그마에 갇혀 종종 잊힌다. 19세기 독일의 법인 본질 논쟁은 법인에 대한 체계적 인식의 출발점이 되었지만, 한편으로는 법인과 기업을 성립·발달시키는 원동력이 된 ‘경제적 동기’와 그 작동방식을 간과하게 만들었다. 이야기는 자연법론에 대한 반동으로 등장한 역사법학(법역사학과) 창시자, 사비니로부터 시작된다.

### 제3절 법인 본질 논쟁

#### 1. 의의

국내 형법 교과서들은 ‘법인의 형사책임’ 문제를, ‘범죄(행위) 주체’ 또는 ‘(객관적) 구성요건요소’ 항목에서 ‘법인 본질론’을 소개한 뒤, ‘법인의 범죄능력(행위능력, 책임능력, 수형능력)’, ‘양벌규정 해석론’ 순서로 다루

기업형태	공인합자회사	가족기업	법인기업
세계경제 조직원리	제해권 장악 하 공인합자회사 통한 원거리 무역 독점	상업적·영토적 해외팽창 토대로 세계의 공장화, 자본통제 하 생산활동	초국적법인기업의 수직적 통합망
핵심산업	무역업, 조선업, 상품작물	면직업, 철강, 석탄	자동차, 철강, 소비재, 군수산업, 항공우주
국제금융체계		금본위제	고도금융 대한 통제, 금-달러→달러본위제
국가간체계	세력균형 하 전쟁 지속	유럽의 평화, 제국주의적 식민지 확장	양극체제하 냉전, 민족국가 공동체
상징적 제도	베스트팔렌조약	Concert of Europe	브레튼우즈, UN
자유주의형태	실용적 공화주의	의회 자유주의	뉴딜적 자유주의 민족국가 단위 발전주의
중간계급 포섭전략	엘리트 과두제	정착민 식민지 건설, 선거권	보통선거권, 복지국가, 민족국가 독립
헤게모니위기 양태	英-佛 중상주의 경쟁, 프랑스혁명	美-獨경쟁 따른 양차대전, 파시즘과 사회주의	신자유주의 하 민족국가 위기, 자유주의 위기



는 것이 일반적이다.<sup>95)</sup>

하나의 정형으로 자리 잡은 이러한 체재(體裁)는 대단히 논리적인 설명방식이나, 학설들이 제기된 치열한 바탕으로부터는 멀어져, 형식화되어 버린 느낌이 없지 않다. 논의의 실익이 적다는 판단 때문인지, 각 학설들은 단순한 형태로 쪼그라들어 대체로 다음과 같은 도식으로 정리된다.

“법인의제설은 로마법학자(Romanisten) 사비니(Friedrich Carl von Savigny)가 주장하였고, 법인실제설은 게르만법학자(Germanisten) 기르케(Otto von Gierke)가 주장하였다. 법인의제설 입장에서는 법인 범죄능력을 부정하고, 법인실제설 입장에서는 법인 범죄능력을 인정하는 것이 논리적이다. 그러나 비교법적으로 법인의제설에 입각한 영미법계에서 오히려 법인 범죄능력을 인정하고, 법인실제설이 지배적인 대륙법계(독일)에서는 법인 범죄능력을 부정하는 입장이 다수이다. 결국 법인 본질론과 법인 범죄능력 인정 여부는 필연적 연관을 가지지 않는다.”<sup>96)97)</sup>

95) 김성돈, **형법총론(제4판)**(성균관대학교출판부, 2015), 162-183; 김성천, 김형준, **형법총론(제6판)**(소진, 2014), 78-80; 김일수, 서보학, **새로 쓴 형법총론**(박영사, 2014), 86-92; 박상기, **형법총론(제9판)**(박영사, 2012), 75-80; 배종대(2016), 192-210; 손동권, 김재윤, **새로운 형법총론**(울곡출판사, 2011), 104-116; 신동운(2015), 107-118; 오영근, **형법총론(제3판)**(박영사, 2014), 89-95; 이재상, **형법총론(제6신판)**(박영사, 2010), 91-101; 이정원, **형법총론(법지사, 1999)**, 73-77; 임웅, **형법총론(제7정판)**(법문사, 2015), 85-95; 정성근, 박광민, **형법총론(전정판)**(성균관대학교출판부, 2012), 106-115; 정웅석, 백승민, **형법강의(개정제4판)**(대명출판사, 2014), 102-111; 진계호, 이준걸, **형법총론(제8판)**(대왕사, 2007), 125-132; 천진호, **형법총론**(준커뮤니케이션즈, 2016), 323-331; 권수진(2010), 27-65; 김재윤(2015), 65-137 등 참조.

96) 민법 교과서들도 유사하다. 즉, 법인의 본질에 관하여 ‘법인의제설’[예링(Rudolf von Jhering, 1818~1892)의 향익자주체설, 브린츠(Alois von Brinz, 1820~1887)의 목적재산설, 홀더(Eduard Hölder, 1847~1911)의 관리자주체설 등으로 나누는 ‘법인부인설’이 추가되기도 한다]과 ‘법인실제설’을 대립시키면서, 각각에 사비니와 기르케의 법인론을 대표적 이론으로 대입한 뒤, 법인의제설에 따르면 법인의 ‘불법행위능력’이 부정되고, 법인실제설에 따르면 인정된다고 설명하는 것이 대체적이다. 오늘날 법인의 실재성과 권리주체성은 의심할 여지가 없어졌으므로, 법인본질론은 큰 의미가 없고, 단체에 법률효과를 귀속시키기 위한 법기술로 이해하면 족하다는 결론이 덧붙여지기도 한다[고상룡, **민법총칙(제3판)**(법문사, 2003), 165-175; 광윤직, **민법총칙(제7판)**(박영사, 2002), 119-121; 광윤직 편집대표, **민법주해 (I)**(박영사, 1992), 426, 454-462 (이주홍 집필부분); 김상용, **민법총칙(제3판)**(화산미디어, 2014), 224-232; 김용담 편집대표, **주석 민법[총칙(1)](제4판)**(한국사법행정학회, 2010), 450, 459-468 (송호영 집필부분); 김용한, **민법총칙론(재전정판)**(박영사, 1992), 144-151; 김주수, 김상용, **민법총칙(제7판)**(삼영사, 2013), 182-188; 김준호, **민법총칙(제10판)**(법문사, 2015), 121-124; 김증한,

‘실용적’ 관점에서 법인 본질론을 생략하는 경우도 발견된다. 법 적용 현장에서 ‘있는 법(양벌규정)’에 압도된 나머지, 그 이론적 배후는 진지하게 음미되지 않고 있다(이러한 경향이 법체계의 ‘통합성’을 무시한 편의주의적 법해석을 낳기도 한다).<sup>98)</sup>

양벌규정에 대한 비판과 대안이 백가쟁명 식으로 쏟아져 나오고 있는 이 시점에서, 증상에 대한 대응에 급급하지 않는 근본적 처방을 고민하기 위하여, 문제의 뿌리인 법인 본질론을 다시 더듬어 보는 작업이 실천적으로 전혀 무익하지만은 않을 것이다. 법인 본질 논쟁은 민사법에 줄 대고 있다. 민법학의 논의를 먼저 살펴본다.

나아가 오늘날 법인의 대표적 형태는 (주식)회사이고, 모든 회사는 법인이다.<sup>99)</sup> 상법학계에서는 경제학 이론을 원용한 ‘기업 본질론’이 상세하

김학동, 민법총칙(제9판)(박영사, 1994), 156-160; 김형배 외 공저, 민법학강의(제15판)(신조사, 2016), 117-119; 명순구, 민법총칙(법문사, 2005), 160-163; 백태승, 민법총칙(제7판)(집현재, 2016), 183-190; 서광민, 박주영, 민법총칙(제2판)(신론사, 2014), 212-220; 송덕수, 민법총칙(박영사, 2011), 572-578; 이영준, 새로운 체계에 의한 한국 민법론[총칙편](박영사, 2003), 771-774; 이은영, 민법총칙(제5판)(박영사, 2009), 228-236; 정기웅, 민법총칙(제4판)(법문사, 2015), 151-156; 정환담, 민법총칙(수정증보판)(형설출판사, 2003), 197-208; 지원림, 민법강의(제12판)(홍문사, 2013), 104-106; 한삼인, 민법총칙(개정판)(화산미디어, 2015), 160-165 등].

그러나 이은영(2009), 228-236은 의제설과 실재설의 대립은 역사적 의미만 갖는 것이 아니라, 현재에도 법해석을 위한 의미를 가진다고 하면서, 법인의제설 관점으로 민법상 법인 법제를 설명하고 있다. 정환담(2003), 207-208도 같은 취지.

97) 플루메(Werner Flume)는 법인의제설과 법인실재설을 소개하는 것이 의무처럼 되어 버렸다고도 지적한다. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 2, Die juristischen Person* (Berlin: Springer-Verlag, 1983), 1, 24. 송호영, 법인론(제2판)(신론사, 2015), 37에서 재인용.

98) 박은정, “‘있는 법’과 ‘있어야 할 법’의 연관성”, 법철학연구, 제12권 제1호 (2009), 281 참조. 배종대(2016), 192-210은 많은 학설이 법인 범죄능력을 부정하면서도 양벌규정 존재를 이유로 법실증주의적 타협을 하였다(이른바 ‘양벌규정설’)고 일갈한다. 예외가 형사법원칙을 무너뜨린 상황을 사후적으로 정당화할 것이 아니라, 원칙을 관철하여 현재 있는 양벌규정을 비판하여야 한다고 한다.

99) **상법 제169조(회사의 의의)** 이 법에서 ‘회사’란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다(강조는 인용자, 이하 같다).

그러나 2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전 구법은 상법 제정 당시부터 다음과 같이 규정하고 있었다.

**구 상법 제169조(의의)** 본법에서 회사라 함은 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립한 사단을 이른다.

대신 회사의 법인성을 규정한 다음과 같은 조문을 따로 두고 있었다.

**구 상법 제171조(회사의 법인성, 주소)** ① 회사는 법인으로 한다.

역시 상법 제정 당시부터 있었던 조항이다.

게 전개되고 있다. 지배주주(개인 또는 모회사)가 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 법인격 장막 뒤에 숨거나, 채무자인 개인 또는 회사가 채무를 면탈할 목적으로 새로운 회사를 설립하여 법인격을 남용 또는 형해화하는 경우에, 법인격(유한책임원칙)을 상대화하여 끝내 책임을 추궁할 수 있는지에 관한 모색이 ‘법인격 부인론’ 문제로 논의되고 있다. 이들을 이어서 살펴본다.

## 2. 민사법상 법인 본질론 - 19세기 독일 논쟁을 중심으로

### 가. 사비니(1779~1861)

전통적 법인이론에 대한 새로운 해석론은 주로 사비니의 법인이론에 관한 것이다. 플루메(1908~2009)는 사비니의 학설을 법인의제설(Fiktionstheorie)로 이해하는 것은<sup>100)</sup> 명백한 오해라고 지적한다.<sup>101)</sup> 오해는 사비니의 『현대 로마법체계』 제2권에<sup>102)</sup> 담긴 다음과 같은 언급에서 비롯된다.

100) 비악커(Franz Wieacker)는 사비니가 의제설의 “창시자(Begründer)”라고 한다. [Franz Wieacker, “Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts”, *Festschrift für Ernst Rudolf Huber: zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973* (Göttingen: O. Schwartz, 1973), 339, 361. 이기수, “법인의 본질 -Savigny 이론의 올바른 해석을 위하여-”, *상법논총(인산 정희철 선생 정년기념논문집)*(박영사, 1985), 79, 82, 각주 19에서 재인용.]

101) 플루메는 진정한 의미의 법인의제설은 빈트샤이트(Bernhard Windscheid, 1817~1892)에 의하여 주창되었다고 한다. 사비니 법인이론을 재검토하는 플루메의 주장은 Werner Flume, “Savigny und die Lehre von der juristischen Person”, *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1978), 340에서 제기되었다. 위 논문은 플루메의 주저인 Flume(1983), 1에 재수록되었다. 이하에서는 후자를 기준으로 인용한다. 곽윤직(1992), 454; 김용담(2010), 466; 이기수(1985); 송호영(2015), 34; 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제 - 법인본질논쟁 극복을 위한 하나의 시론-”, *민사법학*, 제31호 (2006. 3.), 3, 6-13 등에서 재인용. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862), 124-137 <<http://dlib-pr.mpg.de/mfer-cgi/kleioc/0010MFER/exec/books/%22298533%22>>(2016. 9. 17. 확인)도 참조.

102) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts, Band 2* (Berlin: Veit und Comp., 1840) <<https://archive.org/details/systemdesheutig04savigooq>>(2016. 9. 17. 확인).

“권리능력은, 위에서 본 것처럼, 개별 자연인 개념과 일치하는(또는 연결되는) 개념이다(§ 60).<sup>103)</sup> 우리는 이제 권리능력을, 순수한 의체(Fiction)만에 의하여 인정된 인공적 주체에 대하여도 확장한다(강조는 인용자). 그러한 인공적 주체를 ‘법인’이라 한다. 다시 말해, 법인은 순전히 법적 목적을 위하여 인정된 인(人) 개념이다. 우리는 여기서 자연인 개념과 더불어, 법률관계가 귀속되는 또 하나의 담지자(Träger)를 발견하게 된다.”<sup>104)</sup>

사비니는 법인을 ‘자연적 또는/또한 필수적 존재(ein natürliches oder auch notwendiges Dasein)’인 부락(Gemeinde), 도시(Stadt), 마을(Dorf) 등과, ‘인공적 또는 임의적 존재[ein künstliche oder willkürliches

103) “모든 권리는 각 개인에 내재하는 도덕적 자유를 실현하기 위하여 존재한다. 그러므로 본래의 인(人) 또는 권리주체 개념은 자연인(인간) 개념과 일치하지 않으면 안 된다. 이들 개념의 본래적 일치성은 다음과 같은 공식으로 표현될 수 있다: 각각의 자연인이, 그리고 그러한 자연인만이 권리능력을 가진다. (Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.)” Savigny(1840), 2. **민법 제3조(권리능력의 존속기간)** 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다. 참조.

사비니의 논급에 대하여, 인간을 ‘도덕적으로 자유로운 존재’로 본 칸트 인성론 및 로마법 개인주의적 법률관에 기반을 둔 ‘자연인 존중 사고’가 깔려 있다는 설명이 많다. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Leipzig: Quelle & Meyer, 1932)[최종고 번역, **법철학(제3판)**(삼영사, 2008), 180-185]; 박윤직(1992), 454; 김용담(2010), 461; 송호영(2015), 33-58; 송호영(2006), 6; 제철웅, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로”, **중앙대학교 법학논문집**, 제24집 제1호 (2000. 2.), 247, 265. 최종고, 위대한 **법사상가들 (I)**(학연사, 1984), 163은 사비니의 *System des heutigen Römischen Rechts, Band 1* (Berlin: Veit und Comp., 1840), 29에 나오는 다음과 같은 구절이 링컨보다 23년을 앞섰다고 한다. “국가는 인민 속에서, 인민에 의하여, 인민을 위하여 처음부터 당연히 생겨난다[(Wir müssen wiederholt behaupten), dass der Staat ursprünglich und naturgemäß in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk entsteht].”

104) “Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen(§ 60). Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiction angenommene Subjecte. Ein solches Subject nennen wir eine juristische Person, d.h. eine Person welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.” Savigny(1840), 236. 번역은 송호영(2006), 8을 참고하였다.

(Dasein)]'인 재단(Stiftung), 사단(Gesellschaft)으로 구분하였다.<sup>105)</sup> 플루

105) Savigny(1840), 242. 이와 같은 유형화는 퇴니스의 『공동체와 이익사회』, 막스 베버의 미완성 유고로 20세기의 가장 중요한 사회학 저술로 꼽히는 『경제와 사회』로 이어진다[국제사회학회(International Sociological Association)는 1997년, 20세기 사회학 유산에 대한 비판적 평가 작업의 일환으로 회원들을 상대로 ‘세기의 책(Books of the Century)’ 조사를 실시하였는데, ‘사회학자로서 자신의 작업에 가장 큰 영향을 끼친 책 다섯 권을 뽑아 달라’는 질문에 대하여 회원 2,785명 중 455명이 답하였고, 『경제와 사회』가 전체 표 중 20.9%를 얻어 1위를 차지하였다(박성환 교수에 따르면, 독일어로 된 『Wirtschaft und Gesellschaft』가 아니라, 영역본인 『Economy and Society』가 1위를 차지한 것으로 보아야 한다고 한다). 베버의 『프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신』이 4위에 들었고(김덕영 교수의 번역이 단연 훌륭하다), 그밖에 찰스 라이트 밀즈, 『사회학적 상상력』(2위, 13.0% 득표), 피터 버거, 토마스 루크만, 『실재의 사회적 구성』(5위, 2014년 국역본이 나왔다), 부르디외, 『구별짓기』(6위), 엘리야스, 『문명화과정』(7위), 하버마스, 『의사소통행위이론』(8위), 어빙 고프만, 『자아연출의 사회학』(10위, 2016년 국역본이 나왔다) 등이 꼽혔다(이상은 국역본 제목에 따른 것이고, 로버트 머튼(Robert King Merton, 1997년 노벨경제학상 수상자인 Robert Cox Merton은 그 아들이다)의 『Social Theory and Social Structure』가 3위, 탈콧 파슨스의 『The Structure of Social Action』이 9위였다). <<http://www.isa-sociology.org/en/about-isa/history-of-isa/books-of-the-xx-century>>(2017. 4. 27. 확인)]. 퇴니스가 ‘공동체(Gemeinschaft)’를 개인적, 감정적 유대를 통해 구성되는 관계로, ‘이익사회(Gesellschaft)’를 합목적적 관계로 보았다면, 베버는 ‘공동체’를 다양한 사회적 관계를 포괄하는 일반적 개념으로 보아 모든 시대와 문명을 포괄하는 광범위하고 고도화된 유형론을 발전시켰다. Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen* (Leipzig: Fues's Verlag, 1887)<[http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/toenniesgemeinschaft\\_1887](http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/toenniesgemeinschaft_1887)>(2016. 9. 17. 확인)]. 『경제와 사회』는 유작이기 때문에, 그 주된 문제의식과 구성을 둘러싸고 후세에 많은 논쟁이 있었고, 편집자(부인인 Marianne Weber, Johannes Winkelmann, Guenther Roth/Claus Wittich, Wolfgang J. Mommsen)에 따라 글의 배열순서가 다르다. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., Studienausgabe, besorgt von Johannes Winkelmann* [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1972][박성환 번역, 경제와 사회 1(문학과지성사, 2003)]; *Wirtschaft und Gesellschaft: Die Wirtschaft und die gesellschaftliche Ordnung und Mächte. Nachlaß, Teilband 1, Gemeinschaften, hrsg. von Wolfgang J. Mommsen mit Michael Meyer(Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 22-1)* [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2001][박성환 번역, 경제와 사회: 공동체들(나남출판, 2009)]; *Grundriss der Socialökonomik III. Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft (hrsg. von Mariannes Weber)* [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922]<<https://archive.org/details/wirtschaftundges00webeuoft>>(2017. 4. 27. 확인) 등(『경제와 사회』의 판본과 편제에 대하여는 위 각 국역본에 실린 역사 서문 및 해제 참조). 신고전파 경제학 개념들의 사회학적 일반화를 꾀한 베버(그리고 마르크스와 뒤르켐)의 ‘사회경제학’ 내지 ‘경제사회학’은 칼 폴라니, 탈콧 파슨스 등으로 이어졌고, 1970년대 이후 닐 스멜서, 리처드 스웨드버그 등에 의하여 전성기를 맞는다. Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (New York: Farrar & Rinehart, 1944)[홍기빈 번역, 거대한 전환: 우리 시대의 정치·경제적 기원(길, 2009)]; Neil Smelser & Richard Swedberg, *The Handbook of Economic*

메에 따르면, 사비니는 국가 이전에 존재하는 전자와 달리<sup>106)</sup> 후자가 필수적(notwendig)인 것이 아니라고만 하였을 뿐, 후자의 실재성(Realität)까지 부인한 것은 아니라고 한다.<sup>107)</sup> 사비니는 출생과 동시에 이미 육체현시(顯示) 자체가 공시기능을 하여 존재성과 권리능력이 자연히 인증(natürliche Beglaubigung)되는 자연인과 달리, 법인은 국가권력 의사로 권리능력을 부여하여 인공적 권리주체로 만듦으로써만이 그와 같은 인증을 보충할 수 있다고 말한다.<sup>108)</sup> 즉, 법인은 허가와 같은 국가의 승인, 확증을 통하여 권리능력을 가진다. 플루메 주장대로, 이것은 법인 설립에 별도 공시방법이 필요하다는 법인의 특성을 강조한 것일 뿐 그로써 법인의 실재성까지 부정하였다고 보는 것은 비약일 수 있다.<sup>109)</sup> 사비니는 공적 인증절차가, 승인권을 사적 자의(Privatwillführ)에 맡길 경우 발생할 수 있는 ‘법률관계의 불확실성과, 오용 가능성’을 제거하여 준다고 한다.<sup>110)</sup>

국가 승인을 통하여 법인에 부여되는 권리능력은 재산능력(Vermögensfähigkeit)으로 한정된다.<sup>111)</sup> 그리고 법인은 행위능력을 가지지 않는다. 행위는 ‘생각하고 의욕하는 존재(ein denkendes und wollendes Wesen)’를 전제로 하나, 의제에 불과한 법인은 그러한 존재가 아니기 때문이다. 권리능력과 행위능력 사이 불일치(Widerspruch)는 대리 또는 대

---

*Sociology* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994); Richard Swedberg (ed.), *Max Weber Essays in Economic Sociology* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999). 이상 정주연, “경제보다 더 넓은 경제의 분석: 사회경제학”, (박만섭 위음), *경제학, 더 넓은 지평을 향하여*(이슈투데이, 2012); 서이중, “경제와 사회의 현대적 의미”, (서울대학교 사회과학연구원 기획, 김세균 위음), *사회과학 명저 재발견 1*(서울대학교출판문화원, 2012).

106) 광윤직(2002), 117은 개인보다도 부락이나 가족단체가 법률생활 단위로 먼저 나타났고, 따라서 권리주체로서는 법인이 자연인보다도 앞선다고 한다.

107) 이하 Flume(1983), 5-12. 광윤직(1992), 454; 김용담(2010), 466-467; 이기수(1985), 83; 송호영(2015), 39-51; 송호영(2006), 5-7 등에서 재인용.

108) Savigny(1840), 277-278. 광윤직(1992), 455; 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, *인권과 정의*, 통권 제383호 (2008. 7.), 94, 101-103; 이기수(1985), 88; 송호영(2006), 7 등에서 재인용.

109) 비약키는 “사비니의 의제(Fiktion)와 국가 허가(staatliche Konzession)는 서로 맞물려 있다(ineinander verschränkt).”고 설명한다. Wieacker(1973), 366.

110) Savigny(1840), 278. 그러나 최병조(1997), 540은, 사비니도 관습법 및 학문적 합의에 의한 (목적) 승인을 인정하였으므로, 일견 보이는 것과는 달리 철저하게 국가실증주의에 경도된 것은 아니었다고 한다.

111) Savigny(1840), 236-239.

표(Vertretung)를 통하여 해결되는데, 그것이 자연인에게는 후견제도(Vormundschaft)로, 법인에는 **조직(Verfassung)**으로 나타난다(강조는 인용자).<sup>112)</sup> 사비니는 같은 이유로 법인의 불법행위능력 내지 범죄능력도 부정한다. 형법은 생각하고, 의욕하고, 느끼는 존재로서 자연인과 관련되는데, 재산을 가지는 존재일 뿐인 법인은 완전히 형법 영역 밖에 있기 때문이다. 모든 불법행위는 고의 또는 과실(dolus oder culpa)을 전제로 하고, 그리하여 의욕과 책임귀속(Gesinnung und Zurechnung)이 뒤따라야 하는데, 법인에는 그러한 것이 거의 없다고도 한다.<sup>113)</sup>

#### 나. 기르케(1841~1921)

기르케에 따를 때, 법인(단체인 Verbandsperson)<sup>114)</sup>은 개별인(Enzelperson)과 마찬가지로, 실재하는 완전한 인(eine wirkliche und volle Person)이다.<sup>115)</sup> 단, 개별인과 달리 하나의 합성된 인(eine zusammengesetzte Person)이다.<sup>116)</sup> 단체는 초개인성을 특징으로 하기 때문에, 단체에는 개인법(Individualrecht)이 아니라 단체법(Sozialrecht) 원리가 적용되어야 한다. 예컨대, 단체설립행위는 계약이 아니라 편면적 합동행위(einseitiger Gesamttakt)이다.<sup>117)</sup>

법인격(단체인격 Verbandspersönlichkeit) 취득은 법적 승인(Anerkennung)을 필요로 한다.<sup>118)</sup> 여기서 법은 관습법을 포함한다. 기르케는 승인 방법을 세 가지로 분류한다. 첫째, 존재 자체에 의한 인격 취득(Persönlichkeit kraft Daseins). 자연인이 출생과 동시에 권리능력을 가지듯이, 부락 등은 법규정이 단체의 존재 자체를 근거로 법인격을 부

112) Savigny(1840), 282-283.

113) Savigny(1840), 312-317.

114) 기르케가 ‘법인(juristische Person)’ 대신 ‘단체인(Verbandsperson)’이라는 표현을 쓴 것은, 법인의 본질을 ‘가공 또는 허구의 인’으로 본 기존 관덕텐 법학자들에 대한 반발로, 용어상 차별을 두려 한 것이라는 견해가 있다. 송호영(2015), 43; 송호영(2006), 11. 기르케는 ‘법인’이라는 용어는 내용이 없거나 혼란만 초래할 뿐(nichtssagend oder irreführend)이라고 한다. Gierke, *Deutsches Privatrecht, Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig: Duncker & Humboldt, 1895), 469 <[http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22143555\\_00000001.gif%22](http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22143555_00000001.gif%22)> (2016. 9. 17. 확인). 그러나 양자의 실질적인 차이는 없고, 아래 [그림 1]과 같이 독일 문헌에서도 ‘단체인’이라는 용어는 일반적으로 자리 잡은 표현은 아니라고 보인다. 이 글에서는 혼란을 피하기 위하여 ‘법인’으로 통일하여 번역하기로 한다.

[그림 1] 독일 문헌상 '법인(juristische Person)', '단체인(Verbandsperson)' 사용빈도  
 Google Books Ngram Viewer



구글 엔그램 뷰어(Google Ngram Viewer)는 구글북스에 등록된 3,000만 권의 책 중 800만 권을 검색해 특정 단어가 지난 500년간 사용된 빈도 추이를 그래프로 보여주는 프로그램이다. 방대한 데이터로 인간의 역사와 문화를 분석하는 이 새로운 분야를 ‘Culturomics’라 한다. 상세는 Jean-Baptiste Michel, Yuan Kui Shen, Aviva Presser Aiden, Adrian Veres & Matthew K. Gray, “Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books”, *Science*, Vol. 331 (2011) (Published online ahead of print: 12/16/2010); Erez Aiden & Jean-Baptiste Michel, *Uncharted: Big Data as a Lens on Human Culture* (New York: Riverhead Books, 2013)[김재중 번역, 빅데이터 인문학: 진격의 서막(사계절, 2015)]. 위와 같이 구글 엔그램 뷰어를 학술대립 상황을 관찰하는 데 응용할 수도 있을 것 같다(2016. 9. 17. 확인).

115) 플루메는 법인이 자연인과 동일하게 의사능력과 행위능력을 가진다고 보는 기르케의 학설이야말로 오히려 의제설이라고 비판한다. Flume(1983), 18, 송호영(2015), 45에서 재인용. 고상룡(2003), 171도 자본주의가 고도로 발전하던 시기에 독일 민족의 혈연 공동체성을 강조하면서 탄생한 유기체설(법인실체설)은, 단체를 생물처럼 보아 자연인과 동일성을 발견하려는 것으로서, 하나의 의제라고 지적한다. 이렇듯 법인실체설은 일정 정도 바그너(Wilhelm Richard Wagner, 1813~1883)로 대표되는 게르만 민족주의의 산물이다. 안인희, 게르만 신화 바그너 히틀러(민음사, 2003) 등 참조. 바그너를 위한 변명(?)으로는 우선, Alain Badiou, Slavoj Žižek, Susan Spitzer, *Five Lessons on Wagner* (London: Verso, 2010)[김성호 번역, 바그너는 위험한가: 현대 철학과 바그너의 대결(북인더잡, 2012)].

- 116) Gierke(1895), 470.
- 117) Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* (Berlin: Weidmann, 1887), 133. <[https://archive.org/details/bub\\_gb\\_rq3AAAAMAAJ](https://archive.org/details/bub_gb_rq3AAAAMAAJ)>(2016. 9. 17. 확인); 오세혁, *법철학사*(세창출판사, 2004), 200-201.
- 118) 이하 Gierke(1895), 487-490. 송오식, *단체법: 민법상 사단을 중심으로*(전남대학교출판부, 2015), 16-17; 송호영(2015), 44-45 등에서 재인용.



여한다. 둘째, 특별한 공시를 통한 경우(Persönlichkeit kraft besonderer Kundmachung)이다. 당시 제국법에 의할 때 주식회사, 유한회사, 영리협동조합 등은 공적 장부에 등록함으로써 법인격을 취득하였다. 셋째, 국가가 법인격을 부여하는 경우(Persönlichkeit kraft Verleihung)이다. 당시 수공업단체와 식민회사는 허가 등 국가의 공포에 의하여 법인격을 취득하였다. 단체가 금지법규(Verbotsgesetz)를 위반하였을 경우에는 법적 승인이 이루어지지 않는다. 그 경우 단체는 (비록 실재하지만) 법인(Verbandsperson)으로 질적 전환을 할 수 없다.<sup>119)</sup>

#### 다. 법인 본질론 재검토

법인 본질 논쟁은 법인이 그것을 구성하는 자연인이나 재산을 떠나 ‘권리의무 주체’가 될 수 있는 ‘독자적 실체’를 가지고 있는지, 즉 법에 선재(先在)하고, 법 바깥에 존재하는 본체(vorjuristische Wesenheit, metajuristische Substrat)가 존재하는지에 초점을 두고 전개되었다. 법체계가, 민법은 ‘(권리주체인 인간의) 의사표시를 요소로 하는 **법률행위**’, 형법은 ‘(행위주체인 인간의 의사에 의하여 지배를 받는) 구성요건에 해당하고 위법하고 책임 있는 **행위**’를 주춧돌 삼아 쌓아올려진 상황에서는, 흔들리지 않는 명석판명한 주체로서 인간에 대응되는 알리바이가 필요할 수밖에 없었을 것이다. 그리하여 법인(法人, juristische Person, legal person)이라는 용어 자체는 태생부터 의인화(擬人化, Personifikationstheorie), 다시 말해 픽션(Fiktion)의 산물이었다.<sup>120)</sup>

119) 이상의 분류는 법인설립에 관한 다양한 입법주의를 예비한다. 송호영(2006), 12.

120) ‘법인’이라는 용어는 후고(Gustav Hugo, 1764~1844)가 자신의 자연법 교과서에서 도덕인(moralische Person)에 대응하여 기업(Körperschaft)을 지칭하기 위하여 처음 사용한 것으로 알려져 있다. 그러나 자연인 아닌 독자적 권리주체라는 의미로 ‘법인’ 개념을 최초로 정립한 사람은, ‘**법률행위(Rechtsgeschäft)**’라는 개념을 처음 사용한 하이제(Arnold Heise, 1778~1851)였다. Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privat-Rechts* (Berlin: August Mylius, 1798), 45. <<https://archive.org/details/lehrbuchdesnatu00hugooog>>(2016. 9. 17. 확인); Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* (Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1807) <<https://books.google.co.kr/books?id=LZdDAAAACAAJ&dq=arnold%20heise%20grundriss&hl=ko&pg=PP5#v=onepage&q=arnold%20heise%20grundriss&f=false>>(2016. 9. 17. 확인); Fritz Rittner, *Die werdende juristische Person:*

그리고 관계의 매듭점으로서 ‘주체’를 중심에 놓는 그와 같은 전제를 유지하는 한, 나아가 점차로 활발해지는 기업활동이라는 ‘사회적 사실’을 받아들이는 한, 법인의제설과 법인실제설의 대립(?)은 처음부터 법인실제설의 승리로 귀결될 수밖에 없는 논쟁이었다.<sup>121)</sup> ‘본질(Wesen)’을 찾고야 말겠다는 질문에서부터 ‘실재[실체 존재(Wesen)]’라는 답은 예정되어 있었다.<sup>122)</sup> “법인이론을 논의하는 시대는 지났다.”는 선언이나,<sup>123)</sup> 의제설

---

*Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht* (Tübingen: Mohr, 1973), 180. 이상 송호영(2015), 13; 이기수(1985), 80-81; 최병조(1997), 539 등에서 재인용.

121) 송호영(2015), 46은, 법인실제설이 인류학적, 생물학적 방법론을 도입하여 법인을 자연인과 유사한 생물체로 보는 과감한 입장을 택한 까닭은, 19세기 말부터 단체활동이 급격히 늘어나자 국가가 억압적 태도를 취하였고, 국가권력에 대항하여 법인도 자연인과 동일한 보호를 받아야 함을 강조하기 위해서였다고 설명한다. 최병조(1997), 541-542도, 기르케의 연구가 ‘독일 통일’과, 결사의 자유를 인간의 원초적 자유권으로 인식하는 ‘협동조합(Genossenschaft) 운동’이라는 맥락에서, ‘노동계급의 경제적 독자성 쟁취’와 같은 실천적 과제에 대한 해답을 모색하기 위한 작업이었다고 서술한다. 다만 단체라는 사회적 현실태와 법인격이라는 법률개념을 혼합하였다는 비판을 받는다고 덧붙인다.

이상과 같이 법인실제설은, 일정한 정치적 목표를 가지고 탄생한 측면이 있다. 최근 국내외에서 반향을 불러일으킨 플레처 교수의 유기적 행위자(organic actor)론 내지 집단책임론 역시, 전쟁과 테러라는 특수한 국면에서 국가와 단체의 책임을 부각하기 위하여 고안된 이론이라 할 수 있다(그러나 정치적·역사적 책임과 법적 책임, 더군다나 형법적 책임은 구별되어야 하는 것이 아닐까). George P. Fletcher, “The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt”, *Yale Law Journal*, Vol. 111, No. 7 (2002); *Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002) 참조.

122) ‘실체(實體, ousia, esse, substance)’라는 말은 타자에 복속되지 않고 ‘자체로서 존재’하는 것(on kath’hauto)’이라는 뜻을 가진다. 여기서 ‘ousia’는 그리스어에서 영어 ‘be 동사’에 해당하는 ‘einai동사’의 여성분사인 ‘ousa’의 명사형으로, ‘존재한다’는 뜻을 내포하고 있다[영어로 ‘being-ness’ 정도로 번역할 수 있다. ‘einai’의 또 다른 분사형인 ‘on’에서 ‘ontology(존재론)’이라는 말이 나왔다.]. 바꾸어 말해, ‘실체는 (스스로) 존재하는 것이다.’ 스피노자는 이러한 의미를 보다 명확히 하여 실체를 자기원인(causa sui)으로 정의하였다. ‘substance’라는 말은 엄밀히는 위 ‘ousia’와는 어원이 다른 것이나(hypokeimenon), ‘substantive(주어)’라는 말과 어원을 공유한다. 그렇게 자체로서 존재하는 것에 ‘부대하여 존재하는 것(on kata symbebêkos)’을, 맥락에 따라 성질, 속성, 술어, 빈사 등으로 부른다. 실체-성질 구도(존재론), 주어-술어 구조(언어학), “S(substantive) is P(predicate)”라는 형식(논리학)은, 서양철학사의 뿌리 깊은 습관이자, 그 위에 길게 드리운 그림자이다.

그런데 ‘~이다’(↔‘아니다’)와 ‘있다’(↔‘없다’) 개념의 위와 같은 혼재(‘실체이다’, ‘실체로서 존재한다’)는, 존재론에 가치론이 섞여들 여지를 만든다. ‘~이다’의 부정으로서 ‘아니다’는 ‘상대적’ 무(無) 또는 부재(不在)로 해석될 수 있기 때문에, ‘~이다’, ‘아니다’하는 것은 ‘얼마만큼’ 있느냐의 문제로 치환될 수 있다. 스스로 존재한다는 실체 개념과 연관지어 예를 들어 보면, “신은 100점 존재, 인간은 90점, 호랑이는 50점, 아

을 과거 이론으로 치부하는 태도는<sup>124)</sup> 강학상 선명한 도식에 따른 쉬운 결론이다. 오히려 법인은 아직 인간만큼이나 규명되지 않았다.<sup>125)</sup> 지나간 유행가처럼 되어버린 법인 본질 논쟁은 종결(abgeschlossen)되었다기보다는 포기(aufgegeben)된 상태로 있다.<sup>126)</sup>

사비니와 기르케의 학설을 비교하면서 알 수 있는 것은, 적어도 두

---

메마는 10점”과 같은 식으로 위계를 지을 수 있다. 신과 인간 사이를 채우기 위해 ‘천사’라는 개념을 만들 수도 있다. 그리고 그 천사 안에도 등급을 나눌 수 있다(0점 존재는 순수 물질 또는 ‘제일 질료’라고 한다). 이렇게 볼 때, 더 ‘존재하는’ 것은 더 존재 ‘다운’ 것이고, 그것은 더 (참된) 실체(實體)이다. ‘~이다’, ‘아니다’가 진위(眞僞), 참 거짓, 진짜 가짜, 바꿔 말해 ‘is’, ‘is not’이 ‘true’, ‘false’의 의미를 함께 함축하게 되는 것이다[스피노자와 라이프니츠는 존재도(存在度, degree of being), 실재도(實在度, degree of reality)라는 말을 쓰기도 하였다]. 나아가 ‘본질(本質, essentia, quidditas, essence)’은, 아리스토텔레스가 사용한 ‘to ti ên einai’(‘the what is being’, ‘the what is to be’ 정도로 억지로 직역할 수 있다)를 한 단어로 번역한 것으로서, 무언가에 대해서 “저것은 ~이다”라고 말할 수 있는 것, 즉 ‘~다움’이라는 뜻이다. 라틴어 ‘quidditas’에서 ‘quid’는 프랑스어의 ‘quoi’, 영어의 ‘what’에 해당하고, 따라서 프랑스어로 본질에 해당하는 ‘quiddité’는 영어로 ‘what-ness’ 정도로 번역할 수 있다. 요컨대, 실재(實在, to ontôs on, realitas, reality), 실체, 본질은 모두 그 앞에 ‘참된’이라는 말이 숨어 있는, ‘참된 존재’를 의미한다(독일어에서도 실재성은 Realität이자 Wirklichkeit이다). 이는 ‘마땅히 ~하여야 한다’는 당위의 뉘앙스도 은연중에 담는다. 이상은 주로 Aristoteles, 김진성 역주, 형이상학(이제이북스, 2007b)의 내용으로, 이정우, 개념-뿌리들(그린비, 2012), 169-212의 설명을 따랐다.

법인 본질론으로 돌아와서 생각해 보면, ‘擬인화 산물로서 자연인 ‘아닌’(혹은 덜 자연인 ‘이고’, 疑心스러운 자연인인), 그리하여 자연인보다 ‘덜 존재’하는 법인에서 ‘실체’나 ‘본질’을 찾으려다 보니[그 콤플렉스(?)를 배우려다 보니], 법인이 ‘실재’(하여야)한다는 결론을 취할 수밖에 없었던 것은 아닐까.

123) 星野英一, 民法論集(第4卷)(有斐閣, 1978), 134. 고상룡(2003), 174에서 재인용.

124) 우리나라에서는 종래 법인실재설이 압도적 다수설이었고, 와가쓰마(我妻 榮, 1897~1973)의 영향을 받은 사회적 가치설을 따르고 있었다. 我妻 榮, 新訂 民法總則(民法講義 I)(岩波書店, 1965), 126. 김용담(2010), 465; 송호영(2015), 47 등에서 재인용. 한편 我妻 榮, 日本 民法案內 II(民法總則)(一粒社, 1993)[조재석 번역, 일본 민법안내 II(민법총칙)(육법사, 2002)], 110-111]은, 왕년에는 법인학설 중 어떤 것이 다른 것보다 ‘다소 무리가 적은가’라는 식의 우열논의가 있기도 했지만, 그다지 우열을 말할 정도의 차이는 없다는 것이 점차 받아들여졌으며, 따라서 법인본질론은 독일이나 프랑스의 학설사적 의미를 탐구하는 점에서 유익할지 모르지만, 현재의 일본 민법을 이해하거나 해석하는 데는 거의 무용한 논의라 하여도 좋다고 한다. 각주 96을 다시 참조.

125) Rolf Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person* (Berlin: W. de Gruyter, 1955), 156. 송호영(2015), 56에서 재인용.

126) Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht, Band 2: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern* (München: C. H. Beck, 1989), 343, 송호영(2015), 56에서 재인용.

사람의 입장 차가 그리 크지 않다는 것이다. 사비니는 거래안전을 위하여 국가의 공시기능을 강조하였고, 기르케는 단체의 실재성을 인정함으로써 거래안전과 단체의 자율성을 확보하려 하였다. 그러나 기르케에게도 그와 같은 실재성을 확인하는 방식은 결국 사비니와 마찬가지로 법적 승인이었다. 사비니는 재단이나 사단과 같은 ‘인공적 또는 임의적 존재’를 설명하는 것에 초점을 맞추었고, 기르케는 민족혼(Volksseele)을 강조하기 위하여 관습법과, 부락 등 ‘존재 자체로 인격을 가지는 단체’에 중점을 두어 이론을 발전시키다 보니, 차이가 실제보다 과장되어 버렸다.<sup>127)</sup> 거울상(mirror image, ~像)인 두 학설을 가르는 거울을 치워놓고 보면, 어쩌면 둘은 같은 형상을 다른 편에서 바라본 것에 불과한 쌍생아일지도 모른다는 생각을 갖게 된다.<sup>128)</sup> 자연인마저 엄밀한 의미에서는 ‘법인(juristische Person)’ 아닌가.<sup>129)</sup>

법인 본질론 위에 얹은 먼지를 닦아내었을 때 나오는 것은, 법인의 에센스가 아니라 ‘법적 승인’이라고 하는 제도이고 정책적 태도이다.<sup>130)</sup>

127) 송호영(2006), 9.

128) Wieacker(1973), 339 이하는, 학설 간 차이를 법인 구성의 여러 국면 중에서 강조점이 다른 모델이라고 파악하여, 필요에 따라 조화로운 혼합모델을 개발할 것을 주장한다. 최병조(1997), 526에서 재인용.

129) Radbruch(2008), 181-185. 사비니가 말한 인간 개념과 권리주체 개념의 일치성은 근대에 와서부터야 비로소 ‘의식적으로’ 확보되기 시작하였다. 당장 노예제만 떠올려 보아도, 인간이지만 인간일 수 없었던 술한 생명들에 생각이 가닿게 된다. 그러한 견지에서 인류의 역사란, ‘유(類)적 존재로서 인간’과 ‘(법이 승인한) 권리주체로서 시민’ 간에, 그리고 ‘인간의 권리로서 인권’과 ‘국가공동체 안에 속한(속하는 것이 허용된) 법적 주체의 권리로서 시민권’ 간에, 또 자유와 평등 간에 무매개적 일치성을 확보하여 민주주의의 경계를 확장해나가는 과정이기도 하다. 1789. 8. 26. 프랑스 국민의회에 의하여 채택된 인권선언의 제목이 ‘인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen)’임을 유의. <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>(2016. 9. 17. 확인). Giorgio Agamben, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita* (Torino: G. Einaudi, 1995)[박진우 번역, 호모 사케르: 주권 권력과 벌거벗은 생명(새물결, 2008)]; Hana Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (New York: Harcourt, Brace and Co., 1951)[이진우, 박미애 공역, 전체주의의 기원(한길사, 2006)] 등 참조.

130) 영국의 역사법학자인 메인(Henry Sumner Maine, 1822~1896)은 법률이 법적 의제(Legal Fiction), 형평법(Equity), 입법(Legislation)의 단계를 거쳐 사회와 조화롭게 발전한다고 하면서, 사회의 변모양상을 “신분에서 계약으로(from Status to Contract)”라는 말로 정식화하였다. Henry Sumner Maine, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (London: Cockcroft, 1861)[정동호, 김은아, 강승묵 공역, 고대법(세창출판사, 2009)]<<https://archive.org/>

제도나 정책이라는 것은 역사적·사회적 산물로서, 어떤 본질로부터 논리적으로 자명하게 도출될 수 있는 것이 아니다. 현실을 초월한 본질주의는 언제나 구체적 사고를 가로막는다. 보편이론의 정초는 오히려 부차적이다. 중요한 것은 합목적적 고려에 의한 구체적 선택이다.<sup>131)</sup>

### 3. 회사법상 기업 본질론

#### 가. 기업의 본질(거래비용>조직비용)

기업은 생산요소를 결합하여 ‘생산을 조직하는 방법’이다.<sup>132)</sup>

신고전과 경제학자들은 ‘완전경쟁시장’을 가정한다. 어떤 개인이나 기업도 가격, 생산량, 그 밖의 거래조건을 일방적으로 결정할 수 없다(가격수용자로서 공급자와 수요자, 동질적 상품). ‘원자론적 세상’이다. 모두가 완전한 정보를 가지고, 거래비용도 들지 않기 때문에 이른바 ‘완전계약’을 체결할 수 있다(완전한 정보, 자원의 완전한 이동성). 마찰 없는 공간을 상정한 고전역학의 사고실험과도 같다. 그러한 가상의 시장(그래프上)에서, 소비자 효용을 극대화하려는 개인(예산제약 하의 효용극대화 함수)과, 이윤을 극대화하려는 기업(생산요소 제약 하의 이윤극대화 함수)의, 독립적이고 분산된 선택, 즉 수요-공급곡선이 만나, 사회적 후생을

---

[details/ancientlawitsco13maingoo](#)>(2016. 9. 17. 확인).

131) 최병조(1997), 524-544도 같은 취지.

132) ‘기업(firm)’은 생산(요소) 조직 방식, ‘회사(corporation)’는 자본조달 방식이다. 박세일(2000), 425. 이와 관련하여, Jesús Alfaro Águila-Real, “Corporations are not Firms”, Oxford Business Law Blog (2017. 5. 29.)<<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/05/corporations-are-not-firms>>(2017. 7. 20. 확인)의 서술이 명쾌하다. Águila-Real 교수는 다음과 같이 설명한다. ‘회사’가 법적 개념으로서, 다수인이 공동으로 재산을 소유함을 통하여 공동의 목적을 추구할 수 있게끔 법이 부여하는, 구성원과는 분리된 법인격 내지 의제된 주체성에 관한 것이라면, ‘기업’은 생산요소가 어떻게 조직되어야 효율적인가에 관한 (특히 신고전과 혹은 제도학과 경제학자들의) 경제학적 개념이다. 따라서 회사 내지 회사법은 재산법과 계약법의 영역에 속하고, 회사는 간단히 말해, 기업을 형성하는 (테 필요한) 계약의 다발이다 (Corporations are the nexus for all the contracts that form a firm). 그러나 국내 형사법 문헌에서는 회사(범죄)라는 용어보다는 기업(범죄)이라는 용어가 압도적으로 많이 사용되고 있고, 이 글에서도 그러한 일반적 용례를 따르거나 혼용된 상태 그대로 인용하였다(외국 형사법 문헌도 기업과 회사를 혼용하는 경우들이 보인다).

극대화한다(‘일반균형이론’).<sup>133)</sup> 기업은 소비자에 대응되는 하나의 ‘주어진’ 독자적 실체(entity)이다(이른바 ‘실체설’). 기업 자체가 분석의 기본 단위이자 출발점이기 때문에, 기업 ‘내부(black box)’에서 어떤 일이 벌어지는지에 무관심하다. 생산함수 혹은 생산기술은, 기업 내부(시장 외부)에서 미리 결정되는 외생변수가 된다(순수교환경제를 상정).<sup>134)135)</sup> 시장에서 완전계약이 가능하기 때문에, 기업은 계약형태, 조직, 구조로서는 독자적 의미가 없다. 기업의 의의는, 아담 스미스가 ‘핀 공장’ 사례를 든 것처럼, 인간의 교환본성이 점진적, 필연적으로 발달시킨 분업, 전문화, 그리고 그것에 따른 ‘규모의 경제’에 있다.<sup>136)</sup>

그러나 현실세계(frictional world)에서는 가격협상과 계약체결, 분쟁 해결 과정에 ‘거래비용’이 소요된다. 코즈는 기업의 본질을, 생산을 조직하여 개별 협상에 따르는 거래비용을 ‘내부화’(절감)한 것이라고 보았다. ‘대리인비용’을 포함한 조직 형성·유지·관리비용, 즉 ‘조직비용’이, 시장을 통할 경우의 거래비용보다 작은 한에서(거래비용>조직비용), 기업 규모는 지속적으로 커진다(수직적 통합).<sup>137)</sup>

노벨경제학상 수상자인 윌리엄슨은 기업조직 ‘내부’를 본격 분석한

133) “(모든 소비자의 선호체계가 강단조성을 가지고 경제에 외부성이 존재하지 않을 때) 일반경쟁균형의 배분은 파레토 효율적이다.”라는 ‘후생경제학 제1정리’로 정식화된다. 시장의 힘이 각 경제주체의 상충하는 욕구를 조정하여 균형이라는 질서를 부여하고, 그로써 사익 추구 행위가 공익에 부합하는 결과를 낳는다는 것이다. 그 점에서 제1정리를 ‘보이지 않는 손’ 명제의 현대적 해석이라고도 부른다. ‘후생경제학 제2정리’는 그 역(逆)으로, “(초기부존자원이 적절하게 분배된 상태에서, 모든 사람의 선호가 연속적이고 강단조적인 위에 볼록성을 가지면) 파레토 효율적인 배분은 일반경쟁균형이 된다.”는 것이다. 이는 재분배를 위해 가격체계에 인위적인 손질을 가하는 것이 비효율을 초래하게 됨을 시사한다. 이상은 이준구, *미시경제학(제6판)*(법문사, 2013), 581-589 참조.

134) 로버트 솔로우(Robert Solow, 1924~, 1987년 노벨경제학상 수상)의 경제성장모형에서도, 자본축적(저축률 증가), 인구성장률(노동력) 증가와 더불어 경제성장의 주된 요인으로 작용하는 기술진보는 외생변수이다. Robert M. Solow, “A Contribution to the Theory of Economic Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 70, No. 1 (1956); *Growth Theory: An Exposition* (Oxford: Clarendon Press, 1970). 솔로우 모형에 대한 해설은 David N. Weil, *Economic Growth (3rd ed.)* (Boston: Pearson Addison-Wesley, 2013)[백웅기, 김민성 번역, *경제성장론(제3판)*(시그마프레스, 2013)]를 참조.

135) 이상 신석훈, “기업의 본질과 경쟁 -경쟁개념의 범경제학 접근-”, *규제연구*, 제15권 제2호 (2006. 12.).

136) Smith(2007), 13-28 참조.

137) Ronald Coase, “The Nature of Firm”, *Economica*, Vol. 4, No. 16 (1937).

첫 번째 학자이다. 그는 세상을 ‘시장’과 ‘시장 아닌 것’으로 구분하였다. 인간의 ‘제한된 합리성(bounded rationality)’,<sup>138)</sup> 정보 비대칭과 기회주의(이기심이라는 전통적 가정을 확대한 것이다),<sup>139)</sup> 시장의 불확실성과 복잡성, 불완전 경쟁 등으로 인하여 ‘시장실패’ 내지 ‘불완전계약’이 발생하고, 이를 극복하기 위한 ‘수직결합’ 혹은 ‘위계조직’으로서 기업이 탄생한다고 보았다. 거래를 조직 내부로 집중시켜 ‘조정비용’으로 대체함으로써, 거래비용을 절감하고, 외부적 불확실성을 감소시키며, 기회주의와 도덕적 해이를 차단하는 데 유리하다고 한다. 그에게 조직이란 시장보다 비용이 저렴할 때에만 존재하는 것이었다.<sup>140)</sup>

오늘날 신제도학과(시카고학과)<sup>141)</sup> 경제학자들도 회사를 ‘다수 계약

138) Herbert A. Simon, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, (1955).

139) Armen A. Alchian & Harold Demsetz, “Production, Information Costs and Economic Organization”, *American Economic Association*, Vol. 62 (1972).

140) Oliver E. Williamson, “The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations”, *American Economic Review*, Vol. 61, No. 2 (1971); *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (New York: Free Press, 1975); *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York: Free Press, 1985). 윌리엄슨의 1985년 저서는 특히 ‘자산특수성(asset specificity)’, 즉 상대방 기업에 특별히 적합하도록 투자된 특수자산(specific asset)이 있어 상호독점관계(bilateral monopoly)에 놓이게 될 때 기회주의적 행동인 강탈(holdup)이 발생할 가능성이 높고(거래비용이 높고), 이를 피하기 위하여 장기계약, 나아가 수직결합을 피하게 된다고 주장하였는데, 다음 논문들은 이를 실증적으로 검증하였다. Paul L. Joskow, “Vertical Integration and Long Term Contracts: The Case of Coal-burning Electric Generating Stations” *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 1, No. 1 (1985); “Contract Duration and Relationship Specific Investments”, *American Economic Review*, Vol. 77, No. 1 (1987) (석탄채굴회사와 화력발전회사 간); Kirk Monteverde & David J. Teece, “Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry”, *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, No. 1 (1982) (자동차회사와 부품공급회사 간); Scott E. Masten, “The Organization of Production: Evidence from the Aerospace Industry”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 27, No. 2 (1984) (항공산업에서). 이상에 대한 전반적인 설명은 권명중, *신산업조직론: 기업과 경쟁*(시그마프레스, 2010), 23-53.

141) 구제도학파가 제도를 역사적·사회적으로 규정된 것으로서, 개인을 초월한 구조(=langue)로 보는 것에 비하여, 신제도학파는 제도 역시 효율성을 추구하는 개인들의 의도적 선택행위(=parole)로 만들어진 것이라 설명한다. 구제도학파에 따르면 제도는 외생적으로 부과된 제약(externally-imposed constraints)이 되어, 제도 자체에 대한 구체적 고찰이 어렵다. 구제도학파의 대표적 인물이 슈퍼스타 소스타인 베블렌과 미국경제학회 창립자 중 한 사람인 리처드 일리의 제자로 ‘위스콘신 학파’의 중심인물인 존 코먼즈이다. 대표적으로 Thorstein Veblen, *The Theory of the Leisure Class: And Economic Study of Institutions* (New York: Macmillan, 1899)[김성균 번역, 유

의 다발(nexus of contracts)’로 본다(이른바 ‘계약설’).<sup>142)</sup> 요컨대, “시장이 더 싸면 시장에서, 조직이 더 싸면 조직에서”이다.<sup>143)</sup>

조직이론에 관한 최근의 연구 흐름은 ① 윌리엄슨 이후 ‘거래비용’으로 조직위계를 설명하려는 ‘신제도학과’,<sup>144)</sup> ② 정보 흐름으로 파악하는 ‘정보경제학’,<sup>145)</sup> ③ 경제와 조직을 동태적 조정(coordination) 과정의 누적, 연속으로 보는 ‘진화경제학’,<sup>146)</sup> ④ 연관 산업 사이에 발생하는 자산

---

한계급론(우물이 있는 집, 2012)] 등. 신제도학과는 제도를, 제한된 합리성 때문에 생기는 제약을 극복하기 위하여 창출된 내생적 기제(endogenous mechanism)로 본다. 올리버 윌리엄슨 이후의 제도학과를 신제도학과라 부른다. 이상은 장하준, “사람은 시장만으로 살 수 없다: 제도경제학”, (박만섭 엮음), *경제학, 더 넓은 지평을 향하여*(이슈투데이, 2012). 박세일(2000), 위의 책 33은 법경제학을 제도(institution)와 시장(market)의 관계에 대한 연구라 정의할 때, 결국 법경제학 자체가 신제도학과를 의미하게 된다고 한다.

142) Alchian(1972); Michael C. Jensen & William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3 (1976)[대리인 비용 문제를 다룬 고전으로, 구분혁 번역, *기업은 누구를 위해 존재하는가*(라이프맵, 2011); 잘 나가는 기업의 조건(라이프맵, 2011)에 수록되어 있다.]; Frank Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991) [이문지 번역, *회사법의 경제학적 구조*(자유기업센터, 1999)]. Oliver Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 등.

143) 극단적으로, 무솔리니는 국가 전체를 12개의 법인으로 조직하여 ‘법인국가(corporate state)’를 탄생시켰다. Cameron(2008), 435.

144) 대표적으로, 경제성장의 원인을 제도와 조직에서 찾았던 더글러스 노스를 들 수 있다. 노스는 1993년 ‘계량경제사’의 창시자인 로버트 포겔과 함께 노벨경제학상을 수상하였다. Douglass Cecil North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990)[이병기 번역, *제도·제도 변화·경제적 성과*(한국경제연구원, 1996); *Transaction Costs, Institutions and Economic Performance* (San Francisco: International Center for Economic Growth, 1992) 등. 계량경제사, 경제발전단계론, 신제도학과 경제학, 비교역사제도분석으로 이어지는 ‘제도와 조직의 경제사’를 체계적으로 정리하고 주요 연구 흐름을 소개한 교과서로는, 岡崎 哲二, *コア・テキスト経済史(増補版)*(新世社, 2016)[이창민 번역, *제도와 조직의 경제사: 최신이론, 새로운 개념*(개정판)(한울아카데미, 2017).

145) George Akerlof, “The Markets for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (1970); Michael A. Spence, “Job Marketing Signaling”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 87, No. 3 (1973); Joseph E. Stiglitz, “The Theory of ‘Screening’, Education, and the Distribution of Income”, *American Economic Review*, Vol. 65, No. 3 (1975). 위의 3인은 정보 비대칭에 관한 연구로 2001년 노벨경제학상을 수상하였다. 그러나 선구는 Friedrich Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (1945); George J. Stigler, “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, Vol. 69, No. 3 (1961)로 거슬러 올라간다.

146) 신고전파 경제학(주류경제학)의 창시자, 알프레드 마셜(Alfred Marshall, 1842~



특수성 등 국민경제 틀 내에서 접근하는 ‘산업조직론’<sup>147)</sup> 등으로 대별된다.<sup>148)</sup>

기업 그 자체를 실체로 보는 이론은 조직이론의 맹목으로서, 회사법이나 경제학에서는 어느 정도 극복된 이론이라 할 수 있다.

#### 나. 주식회사의 특징

가장 많이 활용되는 회사 형태인 주식회사는 보편적으로 아래에서 열거하는 특징을 가진다. ‘표준계약(standard contract)’이라고도 할 수 있다. 아래와 같은 특징들 덕분에 기업은 구성원 변동에 관계없이 지속될 수 있다[‘계속 기업(going concern)’<sup>149)</sup>, ‘항구성(permanence)’, ‘지속성(sustainability)’].<sup>150)</sup> 각 특징은 긴밀하게 결합되어 있다.

---

1924)은, 자신의 교과서 『경제학원리』 제8판 서문에서, “경제학자의 메카는 (경제)역학보다는 오히려 (경제)생물학에 있다(The Mecca of the economist lies in economic biology rather than in economic dynamics).”고 한 바 있다. Alfred Marshall, *Principles of Economics, 8th ed.* (London: Macmillan, 1920), 19 [백영현 번역, 경제학원리(한길사, 2010), 35] <<http://www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>>(2017. 6. 8. 확인). 아담 스미스, 존 스튜어트 밀, 칼 마르크스와 토머스 맬서스 등 고전학과 경제학자들에서도 진화론적 요소가 발견되고, 베블렌(여러 저작에서 ‘유전학genetic theory’, ‘누적적 인과cumulative causation’, ‘연속적 과정theory of a process, of an unfolding sequence’과 같은 용어를 구사하였고, 직접 다윈을 언급하기도 하였다), 슈페터(‘창조적 파괴’), 하이에크(‘자생적 질서’) 역시 진화론적 접근을 도입하였다. 이러한 흐름에 이정표를 세운 것이 넬슨과 윈터이다. Richard R. Nelson & Sidney G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1982). 이상 이근, 김창욱, “경제는 기계보다는 생명체에 가깝다: 진화경제학”, (박만섭 엮음), *경제학, 더 넓은 지평을 향하여*(이슈투데이, 2012). 베블렌에 관하여는 Geoffrey M. Hodgson, “Vabelen and Darwinism”, *International Review of Sociology*, Vol. 14, No. 3 (2004).

147) 미국에서 산업조직론 발전의 흐름에 대한 간략한 소개는 고훈수, “경쟁법의 적용과 경제적 효율성: 거래비용의 문제”, *저스티스*, 통권 제112호 (2009. 7.), 325-330. 2014년 노벨경제학상을 수상한 장 티롤의 교과서가 저명하다. Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988).

148) 우석훈, *조직의 재발견: 한국 자본주의와 기업이 빠진 조직의 뒷(개정판)*(개마고원, 2009), 55.

149) 마셜이 『경제학원리』 제1판에서 처음 언급하였다. Marshall(1890), 517. <<https://archive.org/details/principlesecono00marsgoog>>(2017. 6. 8. 확인).

150) 이하는 김태진, 김현중, 송옥렬, 송웅순, “주식회사법의 법경제학”, (김일중, 김두열 편집), *법경제학 이론과 응용*(해남, 2011), 350-353; Richard Allen Posner, *Economic Analysis of Law(8th ed.)* (New York: Aspen Publishers, 2011) 535-539 [정기화 번

첫째, 법인격이다(상법 제169조). 주주, 채권자, 근로자, 고객 등 이해관계자들과의 계약을 묶는 매듭점이 된다. 회사 재산을 주주 재산으로부터 분리해 회사 채권자들을 주주 채권자들의 강제집행으로부터 보호한다(entity shielding).<sup>151)</sup>

둘째, 유한책임원칙이다(상법 제331조).<sup>152)</sup> 책임범위가 한정되기 때문에 주주들은 치명적 손실을 감수하지 않고도 위험사업에 투자할 수 있다.<sup>153)</sup> 법인격과 반대 방향의 재산 칸막이(asset partitioning)라 할 수 있다. 주주들이 경영실적을 감시·감독할 필요성이 줄어들어, (소유·경영 분리에 따른) 불완전정보로 인한 거래비용이 절감된다. 회사 입장에서도 주주가 누구인지가 중요하지 않게 되어 주식 양도시마다 새로운 주주의 자력을 일일이 평가할 필요가 없다. 이는 위험 일부를 주주들로부터 채권자에게 이전시키는 효과가 있다. 채권자는 사채금액을 조절하여 위험에 대한 노출 정도를 통제하고, 높은 이자율로 사전에 보상받을 수도 있지만, 계약 후 위험 변화는 계약조건(이자율)에 반영시킬 수 없다. 더욱이, 고위험 고수익 사업 성공에 따른 수익은 주주가 독점하는 반면, 실패의 비용은 주주와 채권자들이 분담한다. 주주들 위주의 경영은 주가상승에 도움이 되는 단기 실적 위주, 고위험 고수익 사업 위주로 흐를 우려가 있다. 유한책임원칙으로 인하여 주주는 좀 더 위험감수적, 낙관적 투자자가 되고, 채권자는 위험기피적, 비관적(보수적) 투자자가 된다.

셋째, 주식 양도성이다(상법 제335조 제1항).<sup>154)</sup> 주식 유통성이 증가하면 주주는 포트폴리오를 분산할 수 있다. 개별기업이 부담하는 위험과 관계없이 자신의 투자위험을 낮출 수 있다. 법인격, 유한책임원칙 덕분에 주식 양도에 따른 주주 변경에도 불구하고 회사의 신용이 유지된다. 그리하여 주식회사는 대규모 자본 조달이 가능해진다. 기업이 커질수록 위험이 증가하므로, 유한책임원칙을 선택할 가능성도 크다.<sup>155)</sup> 그러나 자본

---

역, 법경제학(제5판)(하)(자유기업원, 2004), 24-30을 참고하여 정리하였다.

151) Henry Hansmann, Reinier Kraakman & Richard Squire, "Law and the Rise of the Firm", *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 5 (2006).

152) **상법 제331조(주주의 책임)** 주주의 책임은 그가 가진 주식의 인수가액을 한도로 한다.

153) Henry G. Manne, "Our Two Corporation Systems: Law and Economics", *Virginia Law Review*, Vol. 53, No. 2 (1967).

154) **상법 제335조(주식의 양도성)** ① 주식은 타인에게 양도할 수 있다.

155) Alfred D. Chandler Jr., *The Visible Hand: The Managerial Revolution in*

충실원칙상 주주에 대한 자본 환급은 금지되기 때문에 주식양도는 투자금을 회수할 수 있는 사실상 유일한 방법이다. 따라서 주식양도가 자유로워야 유한책임원칙이 실질적으로 실현된다(반면 무한책임제 하에서 주식양도가 자유로워지면, 도산이 임박하였을 때 주주들은 모두 주식을 처분하고 떠날 것이고 자력 없는 주주들만이 남아 무한책임제의 실효성이 없어진다).

넷째, 이사회 구조에 의한 경영위임이다(‘소유와 경영의 분리’라고도 하나, 주주는 소유자라기보다는 ‘투자자’ 성격이 강하다).<sup>156)</sup> 주주는 숫자가 많고 늘 변동되기 때문에 주주에게 업무 전반에 대한 권한을 부여하는 것은 불리하다. 이사들은 주주에 의해 선임되지만, 주주 변동에 신경 쓰지 않고 기업가치 극대화에 전념할 수 있다. 단, 대리인 문제가 발생할 수 있다.<sup>157)</sup> 주주들은 경영진의 철학, 실적, 사익추구 행동이 마음에 들

---

*American Business* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1977)[신해경, 김두열, 임효정 공역, 보이는 손(지만지 (2014)]. 그러나 규모가 커진다 하여 반드시 기업을 공개하여야 하는 것은 아니다. 세계 최대 곡물기업 Cargill, 건설회사 Bechtel, 컨설팅회사 McKinsey, 미디어그룹 Bloomberg, IT 기업 Dell, 다국적회계법인 Pricewaterhouse Coopers, Ernst & Young 등은 상장하지 아니한 상태이고, Goldman Sachs는 1999년에야 상장하였다. 샤오미(小米), Uber도 비상장 기업이다. “25 Most Important Private Companies”, *Fortune* <<http://fortune.com/most-important-private-companies/>>(2016. 10. 20. 확인) 참조.

156) 주식소유가 불특정 다수 투자자들에 분산될수록 기업 지배권은 주주로부터 떨어져 나와 전문경영인에 집중된다. Adolph A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (New York: Macmillan, 1932); 박세일(2000), 433에서 재인용. Posner(2011), 556-557.

157) Jennifer Arlen, William Carney, “Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence”, *University of Illinois Law Review*, No. 3 (1992); Jonathan Macey, “Agency Theory and the Criminal Liability of Organizations”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, No. 2 (1991); Raymond Paternoster, Sally Simpson, “Sanctions Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime”, *Law and Society Review*, Vol. 30, No. 3 (1996)은 기업 범죄(불법)를 ‘대리인 비용’의 문제로 본다. ① 임원의 지분비율이 낮을수록, ② 회사 규모가 클수록, ③ 기업 내부 통제가 약할수록, ④ 보상체계가 단기 실적을 강조할수록 기업범죄가 발생할 가능성이 높다는 것을 경험적 증거로 뒷받침한 연구들이 있다. 차례대로, ① Cindy R. Alexander, Mark A. Cohen, “New Evidence on the Origins of Corporate Crime,” *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 4 (1996); ② Cindy R. Alexander, Mark A. Cohen, “Why Do Corporations Become Criminals? Ownership, Hidden Actions, and Crime as an Agency Cost”, *Journal of Corporate Finance*, Vol. 5, No. 1 (1999); ③ Barry D. Baysinger, “Organization Theory and the Criminal Liability of Organizations”, *Boston University Law Review*, Vol 71, No. 2 (1991); ④ Charles W. L. Hill, Patricia C. Kelley, Bradley R.

지 않을 때 언제든지 주식을 양도하고 회사를 떠난다. 이는 경영진에 대한 제재효과가 있다.

#### 다. 법인격 부인 법리

앞서 본 것처럼, 주주는 사업위험 일부를 채권자에게 이전할 수 있다. ‘법인격 부인 법리(piercing the corporate veil)’는 그러한 위험이전이 부당하다고 판단될 경우에 법인격 배후에 있는 주주에게 무한책임을 물을 수 있는 법리이다. 여기서 부인되는 것은 엄밀하게는 법인격이 아니라 ‘유한책임원칙’이다. 법인격은 주주 채권자들이 회사재산에 접근하는 것을 막는 장치이고, 유한책임원칙은 회사 채권자들이 주주 개인 재산에 접근하는 것을 막는 장치이기 때문이다.<sup>158)</sup>

대법원은 다음과 같은 요건을 제시한다. “회사가 외형상으로는 법인 형식을 갖추고 있으나 이는 법인 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에서는 완전히 그 법인격 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰이는 경우에는 비록 외견상으로는 회사 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자 책임을 부정하는 것은 신의성실 원칙에 위반되는 법인격 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없다. 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사 행위에 관한 책임을 물을 수 있다(대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결 등).”<sup>159)</sup>

---

Agle, Michael A. Hitt, Robert E. Hoskisson, “An Empirical Examination of the Causes of Corporate Wrongdoing in the United States” *Human Relations*, Vol. 45, No. 10 (1992). 이상 Arlen(2011), 194-195에서 재인용.

158) 김태진 외(2011), 390; Posner(2004), 46-51.

159) 모자회사에 관한 “친자회사는 상호간 상당 정도 인적·자본적 결합관계가 존재하는 것이 당연하므로, 자회사 임·직원이 모회사 임·직원 신분을 겸유하고 있었다는 사정이나, 모회사가 자회사 전 주식을 소유하여 그에 따른 주주권 행사로서 이사 및 임원 선임권을 지닌 결과 자회사에 대해 강한 지배력을 가진 사정, 그 밖에 자회사 사업 규모가 확장되었으나 자본금 규모가 그에 상응하여 증가되지 아니한 사정 등만으로는 모회사가 자회사의 독자적 법인격을 주장하는 것이 자회사 채권자에 대한 관계에서 법인격 남용에 해당한다고 보기에 부족하다. 적어도 자회사가 그 자체의 독자적 의사 또는 존재를 상실하고 모회사가 자신 사업의 일부로서 자회사를 운영한다고 할

이러한 법리를 회사 불법행위 피해자를 보호하는 수단으로 확장시키는 견해가 있다. 계약상 채권자는 ‘자발적 채권자’로서 회사 재무상황, 법인격 남용 가능성 등에 대한 충분한 정보를 가지고 이를 협상에 반영할 수 있다(계약하지 않을 수도 있다). 그러나 불법행위 피해자는 회사와 협상할 수 없었던 ‘비자발적 채권자(involuntary creditor)’이다. 법인격 부인 법리를 원용하면 회사에 사고 예방을 위한 인센티브를 제공할 수 있다는 것이다.<sup>160)</sup> 실제로는 계약책임 사건에서 법인격이 부인된 사례가 더 많고,<sup>161)</sup> 법인격 부인론조차 적용할 수 없는 제3자에 위험기능을 외부화시켜버릴 가능성이 있다(조직비용보다 거래비용이 더 낮아지기 때문이다).<sup>162)</sup>

#### 4. 소결론

기업 본질론은 회사를 의인화, 고정화된 ‘실체’로 보는 관념을 극복하여, 회사 내부의 실질, 다시 말해, 기업을 둘러싼 여러 이해관계자들의 동기가 어떻게 조직·조정되는지에 구체적으로 천착하고 있다. ‘시장실패’에 대한 대안으로 등장한 ‘조직이론’이 기업 내부의 메커니즘과, ‘조직실

---

수 있을 정도로 완전한 지배력을 행사하고 있을 것이 요구되며, 구체적으로는 모회사와 자회사 간 재산과 업무 및 대외적인 기업거래활동 등이 명확히 구분되어 있지 않고 양자가 서로 혼용되어 있다는 등의 객관적 징표가 있어야 할 것이며, 무엇보다 여기에 더하여 자회사의 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 사용되거나 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용하는 등의 주관적 의도 또는 목적이 인정되어야 한다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결 등).”

사해설립에 관한 “기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사 설립은 기존회사 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실 원칙상 허용될 수 없다. 기존회사 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무 이행을 청구할 수 있다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결 등).”

160) Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 7 (1991).

161) 그럼에도 불구하고, 1985년까지 미국 법원 1,600개 판결 중에서 불법행위책임이 문제된 경우 약 13% 판결이 법인격을 부인하였다고 한다(계약책임은 약 40%). 김태진 외(2011), 394-395.

162) Steven N. Wiggins & Al H. Ringleb, “Adverse Selection and Long-Term Hazards: The Choice between Contract and Mandatory Liability Rules”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1 (1992).

패'에까지 시선을 보내게 된 것이다. 회사는 더 이상 실체로 단혀있는 미지의 암실(black box)이 아니라, 만화경(kaleidoscope)이다. 추상화가 아니라 구상화(具象畵)이며, 그 다채로운 빛깔과 양상은 이를 구성하는 '구체적 관계들의 조합'이 만들어낸다. 게다가 그것은 멈춰 있는 정물화, 풍경화가 아닌, 생동하는 인간군상이 만들어내는 '인물화'이다. 법인도 마찬가지다.

법인 본질론을 재검토함으로써 법인을 주체로 예우하여야 한다는 강박으로부터 벗어날 수 있다.<sup>163)</sup> 나아가 여러 정책들을 상대화할 수 있는 원근법적 감각을 가질 수 있다. 이제 역사책을 덮고 지도책을 펼쳐보기로 하자.

---

163) 루만(Niklas Luhmann, 1927~1998)의 체계이론을 끌어들이어 대안을 제시하고 있는 토이브너(Gunther Teubner, 1944~)의 견해는 참고할 만하다. 토이브너에 따르면, 법인은 육체를 가지지 않는다는 점에서 자연인과 존재양식을 달리하고, 소통(Kommunikation)과 이를 통하여 형성되는 기대(Erwartung) 속에 존재한다고 한다. Gunther Teubner, "Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy und das 'Wesen' der Juristischen Person", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft(KritV), Neue Folge*, Vol. 2 [70] (1987), 61. 김재윤(2015), 69-70; 양천수, "법인의 범죄능력 -법이론과 형법정책의 측면에서-", *형사정책연구*, 제18권 제2호 (2007), 161, 167-169에서 재인용. 여기서 '소통'은 인간 외부에서, 인간 의사와 독립적으로 작동한다는 점에서 화자와 청자의 '의사'가 상호이해(합의)에 도달하는 과정을 의미하는 하버마스(Jurgen Habermas, 1929~) '의사소통(Kommunikation)'과는 다른 개념이다. 즉, 루만 이론에서는 인간이나 행위는 중심이 아니다. 국내 문헌은 '소통'으로 번역하는 경우와 '커뮤니케이션'으로 그대로 읽는 경우 등이 혼재되어 있다. 홍성수, "인간이 없는 인권이론? -루만의 체계이론과 인권-", *법철학연구*, 제13권 제3호 (2010), 251, 253.

루만의 체계이론을 '체계적으로' 정리하는 것은 이 글 범위와 필자의 역량을 벗어난다. 입문서로는 Niklas Luhmann & Dirk Baecker, *Einführung in die Systemtheorie*, 6. Aufl. (Heidelberg: Carl Auer, 2011)[윤재왕 번역, *체계이론 입문*(새물결, 2014)]; Niklas Luhmann & Dirk Baecker, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl. (Heidelberg: Carl Auer, 2009)[이철 번역, *사회이론 입문*(이론출판, 2015)]; Georg Kneer & Armin Nassehi, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: eine Einführung* (München: W. Fink, 1993)[정성훈 번역, *니클라스 루만의 이론의 초대*(갈무리, 2008)]; Margot Berghaus, *Luhmann leicht gemacht: eine Einführung in die Systemtheorie* (Tübingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 2003)[이철 번역, *쉽게 읽는 루만*(한울아카데미, 2012)] 등. 국내 문헌으로는 홍성수(2010) 외에도, 강희원, "루만의 체계이론과 현대법의 이해", *한국법철학회 편, 현대 법철학의 흐름*(법문사, 1996), 349; 이상돈, 홍성수, *법사회학*(박영사, 2000), 189; 정성훈, "법의 침식과 현대성의 위기 -루만의 체계이론을 통한 진단-", *법철학연구*, 제12권 제2호 (2009), 331 등.

## 제 3 장 외국의 기업불법 통제수단

### - 비교법적 고찰

#### 제1절 전사(前史) - 로마의 경우

로마에서는 원래, 사적 단체의 자유설립(혹은 법질서의 무관심 내지 방임에 의한 국가 간섭 없는 설립)이 인정되었다. 그러나 공화정 말기에는 단체의 난립이 정치적 혼란의 한 원인으로 여겨져, 제정(帝政)으로 넘어가면서부터는 원칙적으로 단체 설립을 금지하되, 다만 원로원이나, 이후에는 황제의 인가로 금지를 해제하는 형태의 ‘불허단체 금지’가 원칙적 모습이 되었다.<sup>164)</sup>

로마의 법인은 재산권의 주체가 될 수 있었다. 그러나 생각이나 의욕을 가진 주체가 아닌 ‘관념상 존재’에 불과하여 고의 또는 과실을 상정할 수 없다는 이유에서, 범죄 주체가 될 수는 없었다. 로마는 구성원의 범죄 행위는 법인 범죄가 아니라 개인의 행위이고, 형사책임도 행위자가 져야 한다는 원칙을 유지하였다.<sup>165)</sup> 이는 “단체는 죄를 범하지 못한다

164) 불허단체에 대해서는 반역죄, 불법단체결성죄(행정법) 혹은 범죄단체조직죄(형법) 등을 적용하였다. 단체해산 조치를 취하기도 하였다. 단체를 해산할 경우 구성원들 간 잔여재산 분배가 허용되었다. 이상 최병조(1999), 311-313; 최병조(1997), 526-528; 송오식(2015), 8-11; 조규창, 로마형법(고려대학교출판부, 1998)의 각 해당 부분.

165) 조규창(1998), 36-37; 이승준, 기업범죄론(충북대학교출판부, 2015), 249-250.

로마에서 법인이 범죄(및 불법행위) 주체가 될 수 없다고 한 문헌들과 달리, 최병조(1999), 315-317; 최병조(1997), 531은 다음 조문들을 소개하고 있다[원문은 <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest4.shtml>>, <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>>(각 2016. 9. 18. 확인)에서 인용하였고, 번역은 위 논문과 라틴어 사전 등을 참고하여 의역하였다]. 모두 행위자책임에 충실한 조문들이다. 로마법 사료의 번역과 관련하여 지난 2008년 국내 학계에서 논쟁이 오간 적이 있다[최병조, “로마법사료의 이해에 대한 총평 - 최자영, 『고대그리스법제사』(아카넷, 2007)의 출판에 즈음하여-”, 서양고전학연구, 제31집 (2008. 3.); 최자영, “『고대그리스법제사』(아카넷, 2007)에 대한 최병조 교수의 총평에 대하여”, 서양고전학연구, 제33집(2008. 9.), 최병조, “최자영, 『고대그리스법제사』(아카넷, 2007)의 로마법 관련 부분에 대한 재 총평: 저자의 반론에 대한 관견”, 서양고전학연구, 제35집(2009. 3.)]. 단지 이해를 돕겠다는 필자의 짧은 생각으로 고쳐 쓴 역어에 오류가 있을 수 있다. 오역은 모두 ‘행위자’인 필자의 몫이다. 너그러운 양해를 구한다.

**Digesta 4.3.15.1** Ulpianus 11 ad ed. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo

(Societas delinquere non potest).”는 법언으로 표현된다.

단, 자치시(自治市)가 반역하거나, 이적행위를 하거나, 로마시민을 살해하는 등 그 밖의 중대 범죄를 저지르는 경우에, 도시를 파괴하거나, 주민들을 강제이주시키거나, 자치권을 박탈하거나, 축제 및 공식행사를 불허하는 등 강제처분을 하기도 하였다.<sup>166)</sup> 반대로 자치권을 부여하거나, 도

---

facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandum. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. [자치시를 상대로 한 악의소권(actio de dolo)이 부여될 수 있는지는 의문이다. 적어도 도시 자신의 고의에 기하여서는 부여될 수 없다고 생각한다. 도시가 무엇을 고의로 행할 수 있겠는가? 그러나 만일 도시가 그 구성원의 악의에 기하여 **이익을 얻은 경우**에는(강조는 인용자), (이를 반환받기 위한 악의소권을 : 인용자 주) 부여하여야 할 것이다. 시참사회원(市參事會員)들의 악의에 관하여는 그들 자신들(자연인)을 상대로 한 악의소권이 부여될 것이다.] 로마형법상 사기 범죄, 악의소권에 관한 설명과 조규창(1998) 관련 부분에 대한 비판은 최병조, “로마형법상의 사기 범죄 -D.47.20 Stellionatus 역주-”, 서울대학교 법학, 제48권 제3호 (2007. 9.).

**Digesta 50.1.13.** Papinianus 2 quaest. Quid ergo, si alter ex magistratibus toto anno afuerit aut forte praesens per contumaciam sive ignaviam vel aegram valitudinem rei publicae negotia non gesserit et omnia collega solus administraverit, nec tamen tota res ab eo servari possit? talis ordo dabitur, ut in primis qui rei publicae negotia gessit et qui pro eo caverunt in solidum conveniantur, mox peractis omnibus periculum adgnoscat qui non idoneum nominavit, postremo alter ex magistratibus, qui rei publicae negotiis se non immiscuit. nec iuste qui nominavit universi periculum recusabit, cum scire deberet eum, qui nominaretur, individuum officium et commune periculum suscepturum. nam et cum duo gesserunt et ab altero servari quod debetur non potest, qui collegam nominavit, in universum convenitur. [정무관 2인 중 1인이 1년 내내 자리를 비웠거나, 혹은 그렇지 않더라도 고집이나 태만, 건강문제로 모든 사무를 그의 동료가 처리하였음에도, (잘못된 사무처리로 인한) 손해가 해당 사무처리자에 의하여 전보(填補)될 수 없는 경우에는 어떻게 되는가? 먼저, 해당 사무처리자(행위자 : 인용자 주)와 그 사람의 보증인이 전액에 대하여 일차적 책임을 부담한다(제소되어야 한다). 그로써도 피해가 모두 회복되지 아니하면, 다음으로 그(부적합한 자)를 선임한 자가 위험을 수인하여야 한다. 그렇게 해서도 피해가 남는 경우야 비로소 도시의 사무에 관여하지도 아니한 나머지 1인이 책임을 진다. 선임권자는 손해 전체에 대하여 책임을 부담한다. 해당 사무처리자를 선임하면서 직무가 분할 불가능하다는 것과, 그에 따른 공동 위험을 부담하게 되리라는 것을 알았어야 하기 때문이다. 2인이 행한 사무에 따른 손해를 1인이 전보할 수 없는 경우에, 나머지 1인이 전체 손해에 대하여 책임을 지는 것(제소되는 것)과 마찬가지로이다.]

166) 로마는 포에니 전쟁 중 한니발의 카르타고를 지원한 카푸아 자치시를 속주로 편입하고 자치권을 박탈하였다. 포에니 전쟁에 최종 승리한 뒤에는 카르타고를 철저히 파괴해 버렸다. 도시 전체가 17일간 불탔고, 참혹한 학살극이 펼쳐졌으며, 살아남은 주민들도 모두 노예로 팔려 나갔다. 사람이 살지 못하도록 말 그대로 “소금을 뿌려” 생명이 남지 않은 저주의 땅이 되었다. Theodor Mommsen, *Römische Geschichte, Bd. 2, Buch 3* (Leipzig: Reimer & Hirscl, 1854-1856)[김남우, 김동훈, 성중모 공역], *몸젠의 로마사 3: 이탈리아 통일에서 카르타고 복속까지*(푸른역사, 2014)<<https://books.g>



시민 전체에 시민권을 수여하는 등 포상을 하는 경우도 있었다. 그러나 이들 조치는 모두 대외정벌에 따른 식민정책의 일환으로 행해진 것으로서, 형법 문제가 아니라 정치적, 행정적 차원의 문제였다. 집단범죄도 범행을 선동하거나 교사한, 주모자 내지 주동자만을 찾아내어 처벌하였다.<sup>167)</sup>

## 제2절 영국<sup>168)</sup>

산업혁명 전까지 영국은 법인 범죄능력을 인정하지 않았다. 대법관 에드워드 코크 경(Sir Edward Coke, 1552~1634)은 판결문에서 다음과 같이 실시하였다.

“당초부터 이런 조직들은 엄벌의 대상이 될 수조차 없다. 영혼도 없고, 사람으로 현시할 수도 없기 때문이다.”<sup>169)</sup>

---

[oogole.co.kr/books?id=YU4PAAAAQAAJ&dq=theodor%20mommsen%20Ro%CC%88mische%20Geschichte&pg=PP6#v=onepage&q=theodor%20mommsen%20Ro%CC%88mische%20Geschichte&f=false](http://oogole.co.kr/books?id=YU4PAAAAQAAJ&dq=theodor%20mommsen%20Ro%CC%88mische%20Geschichte&pg=PP6#v=onepage&q=theodor%20mommsen%20Ro%CC%88mische%20Geschichte&f=false)>(2016. 10. 5. 확인). 기업불법 중에도 형사처벌하는 것이 아니라, 단지 ‘축제와 공식행사를 불허’하는 것에 그쳐야 하는 경우들이 있지 않을까.

167) 이상 조규창(1998), 37-39.

168) 제2절 영국부터 제8절 국제뇌물방지법 부분은 최근까지도 변화가 많은 주제이다. 이하에서는 대체적 흐름만을, 김재운(2015), 141-292; 권수진(2010), 69-188; 김호기, 김택수, 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구-(한국형사정책연구원, 2010); 이기현, 박기석(1996); 이천현 외(2014), 31-94 등을 기본으로, 개략적으로 제시하였다. 상세한 서술은 각 해당 부분 인용문헌을 참조. 각국 ‘환경범죄’ 규제체계를 개별환경행정법, 형법전, 형사특별법, 환경법전에 의한 경우로 구분하여 설명한 글로는 정성근, “환경범죄규제에 관한 비교법적 고찰”, 성균관대학교 법학, 제9호 (평성 임흥근 교수 화갑기념)(1998). 종래 서양 입법례에 대한 전반적 소개는 L. H. Leigh, “The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Comparative View”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 7, (1982), 1508-1528 등.

169) “Corporation itself is onely in abstracto, and resteth onely in intendment and consideration of the Law; for a Corporation aggregate of many is invisible, immortal, & resteth only in intendment and consideration of the Law; and therefore in 39 H. 6. 13b. 14 a. Dean and Chapter cannot have predecessor nor successor. 21 E. 4. 27. & 30 E. 3. 15. 6. They may not commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by Attorney 33 H. 8. Br. Fealty. A Corporation aggregate of many

범죄성립을 위한 주관적 요소(mens rea)는 물론 객관적 요소(actus reus)로서 ‘행위’라는 요건도 충족할 수 없다고 인식되었고, 형체가 없어 기소범죄(indictable offence)에서 신병을 확보(writs of capias)할 수도 없다고 여겨졌다.<sup>170)</sup>

그러나 점차 법인의 활동이 늘어나고, 그 과정에서 심각한 범죄들이 발생하자, 행위자 외에 법인 자체의 형사책임을 인정하기 위한 이론적 근거들이 만들어지기 시작했다. ‘대위책임이론’, ‘동일시이론’ 등이 그것이다. 그러나 대위책임이론에 의할 때는 주관적 불법요소가 필요한 대부분 범죄에서 법인의 형사책임을 인정할 수 없었다. 동일시이론은 최고위층 경영진의 주관적 요소를 법인의 그것과 동일시하여 난점을 해결하였으나, 동일시할 수 있는 경영진 범위가 좁다는 한계가 있었다.<sup>171)</sup>

최근에는 기업살인법(정식명칭은 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)이 통과되어 2008. 4. 6.부터 시행되고 있다.<sup>172)</sup> 기업 등 단체의, 사망자에 대한 중대한 주의의무위반으로 ‘사망’이라는 결과가 초래되었고, 고위경영진(senior management)의<sup>173)</sup> 운영·조직 방식이 그 주의의무위반의 상당한 요소를 이루고 있을 때, 해당 단체에 대하여 상한 없는 벌금형을 선고할 수 있고, 시정명령을 내릴 수도

---

cannot do fealty, for an invisible body cannot be in person, nor can swear, Plow. Com. 213, and The Lord Berkley’s Case 245, it is not subject to imbecilities, or death of the natural, body, and divers other cases.” Case of Sutton’s Hospital (1612) 10 Rep 32; 77 Eng Rep 960, 973; Sir Edward Coke, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, ed. Steve Sheppard, Vol. 1. (Indianapolis: Liberty Fund, 2003), 371-372 <<http://oll.libertyfund.org/titles/911>>(2016. 9. 19. 확인).

170) 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, *형사정책*, 제20권 제2호 (2008. 12.), 43-44(각주 5).

171) 1992년부터 2005년 사이에, 영국에서 산업재해와 관련하여 법인이 중과실 살인죄(manslaughter by gross negligence)로 기소된 건은 34건이지만, 유죄판결은 그 중 6건에 대해서만 선고되었고, 그마저 모두 일인기업이나 중소기업이 피고인이 된 사건이었을 뿐 대기업에 유죄가 선고된 경우는 없었다고 한다. Home Office, *Corporate Manslaughter: The Government’s Draft Bill for Reform* (2005), 8 <<https://www.gov.uk/government/publications/corporate-manslaughter-the-governments-draft-bill-for-reform>>(2016. 10. 22. 확인); 김호기(2010), 106에서 재인용. 동일시이론에 대한 주된 비판점은 권수진(2010), 76-77.

172) 기업살인법 <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19>>, 해설은 <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/notes/contents>>(각 2016. 10. 22. 확인) 참조.

173) 단체의 전반 내지 상당한 부분의 운영·조직 방식에 관한 의사결정상 또는 실제 운영·조직상 중요한 역할을 수행하는 자에 한정된다[위 법 section 1(4)(c)].

있다.<sup>174)</sup>

영국은 일견 법인 형사책임을 광범위하게 인정해나가고 있는 것으로도 보이나, 엄격한 요건 하에서 보수적으로만 인정범위를 확대한 일면도 있다. 기업살인법 도입 후에도 ‘원칙적 동일시이론 적용, 예외적 대위책임 이론 적용’ 방식이 가지는 불충분성과 한계를 지적하는 견해가 많다고 한다.<sup>175)</sup>

### 제3절 미국

미국도 영국처럼, 법인은 자연인과 달리 신체와 정신을 가질 수 없다 하여 전통적으로는 법인 형사책임을 부정하였다. 그러나 19세기 들어 법인 수와 역할이 증가하고 법인이 일으킨 여러 가지 폐해가 사회문제로 부각되자, 적극적 사법부를 가진 국가답게 연방대법원이 민사법상 대위책임 이론을 끌어들이어 법인 형사책임을 인정하게 되었다.<sup>176)</sup> 영국과 달리 주관적 요소(mens rea)가 필요한 범죄에 대해서도 법인의 범죄성립을 인정하는 등<sup>177)</sup> 다른 나라들에 비하여 법인의 형사책임을 넓게 인정한다.<sup>178)</sup> 이에 대해서는 의회 입법권 침해라는 비판, 민사법 이론을 형사책임에 채택함에 따른 실체법 요건 완화 및 적법절차(due process) 무시 등에 대한 비판, 기업에 사실상 무과실 결과책임을 지워 준법감시프로그램

174) 오스트레일리아, 캐나다 입법례를 소개한 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 -기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법-”, *형사법연구*, 제22권 제1호 (2010. 3.)도 참조.

175) 김재윤(2015), 168-173 등 참조.

176) 그 선구는 *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

177) *United States v. Dye Constr. Co.*, 510 F.2d 78 (10th Cir. 1975); *Tex.-Okla. Express, Inc. v. United States*, 429 F.2d 100 (10th Cir. 1975); *Riss and Co. v. United States*, 262 F.2d 245 (8th Cir. 1958); *United States v. George F. Fish, Inc.*, 154 F.2d 798 (2d Cir. 1946).

178) 직원이 회사가 아니라 자신의 이익을 위해 범행을 저질렀더라도 기업을 형사처벌한다. Andrew Weissmann, “A New Approach to Corporate Criminal Liability”, *American Criminal Law Review*, Vol. 44, No. 4 (2007), 1320. 프랑스 등과는 달리 행위자의 직급을 불문한다. Sara Sun Beale & Adam G. Safwat, “What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 8, No. 1 (2004), 155.

시행[및 연방양형지침 USSG §8C2.5(f)에 따른 책임점수 감경]의 유인을 거의 제공하지 못한다는 비판<sup>179)</sup> 등이 제기되었다.<sup>180)</sup>

미국 연방법전에는 약 4,000여 개의 범죄가 규정되어 있는 것으로 파악되나, 법인 소추·처벌에 사용되는 조문은 일부이다. 특히 선호되는 것은 이른바 ‘우편사기죄’이다(18 U.S.C. §§1341-1351). 적용범위가 광범하

---

179) 고위경영진이 종업원에게 범죄를 저지르지 말 것을 지시하였더라도 기업은 형사 책임을 면할 수 없다. *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660-1 (2d Cir. 1989); *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1973) 등.

180) 미국에서, 연방법률 위반으로 기소되어 연방양형지침에 따라 형을 선고받은 단체는 2011년(회계연도로 전년 10월 1일부터 그 해 9월 30일까지. 이하 같다) 160개, 2012년 187개, 2013년 172개, 2014년 162개, 2015년 181개, 2016년 132개였다. 이들 대부분은 개인 회사, 1인 회사, 조합, 유한책임회사 등이고 공개회사(publicly-held corporation)는 매년 10개가 채 되지 않으며, 직원이 50명 미만인 단체가 매년 70% 정도이다. 1990년대 전까지는 검사가 개인보다 단체를 기소하는 데 초점을 두었으나, (1980년대에) 기소된 단체 대부분은 소규모 폐쇄적 기업(small, closely-held firm)이었고, 공개회사는 8% 정도에 불과하였다는 연구는 Mark A. Cohen, “Corporate Crime and Punishment: An Update on Sentencing Practice in the Federal Courts, 1988-1990”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, No. 2 (1991), 268; “Theories of Punishment and Empirical Trends in Corporate Criminal Sanctions”, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 4 (1996), 402. 2006년부터 2009년까지 사이에도 공개기업은 2006년 217개 중 4개, 2007년 197개 중 7개, 2008년 199개 중 3개, 2009년 177개 중 14개였고, 대부분은 개인기업 또는 폐쇄적 기업(가족기업 등)이었다. Arlen(2012), 147.

벌금형 가이드라인이 적용된 사건(괄호 안에 표시) 중 효과적인 준법감시프로그램을 갖추고 있다는 이유로 책임감경을 받은 사례는 2011년 0건(74건), 2012년 0건(63건), 2013년 1건(1.5%, 65건), 2014년 2건(3.5%, 57건), 2015년 0건(60건), 2016년 1건(2.1%, 47건)이었다. 미국 양형위원회 홈페이지 <<http://www.ussc.gov/research/datafiles/commission-datafiles#organization>>(2017. 4. 27.) 참조. 기타 수사협조에 따른 책임감면에 관하여는 Arlen(2012), 151-153.

미국의 연방법원들은 1984년 양형개혁법(Sentencing Reform Act of 1984, SRA)에 따라 형이 선고된 피고인에 관한 자료를 양형위원회에 보내야 한다. 미국 양형위원회 통계는 이렇게 수합된 자료를 토대로 작성된 것이다. 앞서 본 통계는 위 법에 따른 단체양형기준(Organizational Sentencing Guideline)이 적용된 사건에 한정되고, 법원이 양형위원회에 자료를 보내는 과정에서 누락되는 사건이 있을 수 있다는 점에서 반드시 망라적인 것은 아니라고 한다. 예컨대, Brandon L. Garrett, “Globalized Corporate Prosecutions”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, No. 8 (2011)의 경우, 양형위원회 자료에 따를 때 2000년부터 2009년까지 10년 사이에 기소된 공개회사는 63개였으나, 저자는 2001년부터 2010년까지 10년 동안 기소된 공개회사 125개에 관한 자료를 수집하여 분석을 수행하였다. Cindy Alexander, Jennifer Arlen & Mark A. Cohen, “Evaluating Trends in Corporate Sentencing: How Reliable are the U.S. Sentencing Commission’s Data?”, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 13, No. 2 (2000)도 그와 같은 누락으로 인하여 분석이 왜곡될 가능성을 우려하고 있다. 이하의 미국 양형위원회 자료들도 이 점을 유의하여 보아야 한다.

고 입증의 쉽기 때문이다.<sup>181)</sup> 2002년에는 회계부정과 경제범죄에 강력하게 대처하기 위한 Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act[이른바 ‘사베인-옥슬리 법(Sarbanes-Oxley Act)’]가 제정되었고, 2004년 제정된 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act는 종래 셔먼법(Sherman Antitrust Act)상 벌금형 상한을 개인의 경우 종전 징역 3년, 벌금 35만 달러에서 10년, 100만 달러로, 회사는 벌금 1,000만 달러에서 1억 달러로 각 상향하였다.<sup>182)</sup>

법인에 대하여 보호관찰을 명하기도 한다. ① 피해배상 확보, 구제명령 실시, 사회봉사명령 이행을 위하여 필요한 경우, ② 법인에 대하여 벌금, 피해배상, 특별부과금 등 재산형이 선고되었으나 완납되지 않은 상태에서, 그 이행확보를 위해 일정한 활동을 제한할 필요가 있는 경우, ③ 법인이 준법감시 또는 윤리경영 프로그램을 갖추지 아니한 경우, ④ 법인이 과거 5년 내에 유사한 위법행위를 한 경우, ⑤ 고위임원 등이 가담하였고, 그 자가 과거 5년 내에 유사한 위법행위를 한 경우, ⑥ 장래 범죄 발생 가능성을 감소시키기 위하여 해당 법인 내 변화를 담보할 필요가 있는 경우, ⑦ 법인에 대하여 벌금형을 부과하지 아니한 경우, ⑧ 양형개혁법상 양형목적 달성을 위해 필요한 경우가 그 사유이다(USSG §8D ).<sup>183)</sup>

181) “화이트칼라 범죄를 수사하는 연방검사에게, 우편사기죄 조문은 스트라디바리우스 이자 콜트 45에, 루이스빌 슬러거이고, 퀴진아트이며, 우리의 진정한 사랑이다(To federal prosecutors of white collar crime, the mail fraud statute is our Stradivarius, our Colt 45, our Louisville Slugger, our Cuisinart—and our true love).” Jed S. Rakoff, “The Federal Mail Fraud State(Part I)”, *Duquesne Law Review*, Vol. 18, No. 4 (1980), 771. 단체가 기소된 사건에서, 2011년 160건 중 36건(22.5%, 다음이 수질오염범죄 30건, 18.8%), 2012년 187건 중 26건(13.9%, 수질오염범죄가 35건, 18.7%로 최다), 2013년 172건 중 34건(19.8%, 다음이 수질오염범죄 30건, 17.4%), 2014년 162건 중 42건(25.9%, 다음은 반독점법위반 22건, 13.6%이고, 수질오염범죄는 13건, 8.0%), 2015년 181건 중 38건(21.0%, 수질오염범죄가 42건, 23.2%로 최다), 2016년 132건 중 31건(23.5%, 다음이 수질오염범죄 20건, 15.2%)으로 가장 많이 적용되었다. 미국 양형위원회 홈페이지(각주 180) 참조.

182) 미국 법제도의 상세한 전개과정은 김호기(2010), 23-80(특히 44 이하 범죄 유형별 설명 부분); 이순욱(2016), 29-83[특히 사용자책임(대위책임) 법리와 모범형법전 기준을 비교한 37 이하]; 김재윤(2015), 174-212면[주(州)별로 유형화한 184-190] 등 참조.

183) 적어도 한 달 이상 보호관찰이 명해진 경우는 2011년 111건(69.4%), 2012년 135건(72.2%), 2013년 134건(77.9%), 2014년 113건(69.8%), 2015년 139건(76.8%), 2016년 80건(60.6%)으로 그 활용도는 상당히 높은 편이다. 미국 양형위원회 홈페이지(각주 180) 참조.

미국은 기업 등 단체범죄를 대단히 폭넓게 인정하는 것 같지만, 최근 까지도 기업범죄 처벌은 많지 않았고, 경영진에 대한 처벌 또는 제재 역시 마찬가지였다고 한다.<sup>184)</sup> 최근 2015. 9. 연방법무부 차관 Sally Quillian Yates는 법인보다 법인 내 개인을 기소하여야 한다는 ‘Yates Memo(random)’을 발령하였다.<sup>185)</sup> 금융위기에 책임이 있는 월 가(街)에서, 회사가 벌금을 납부하는 것에 그치고 직접 책임자들은 기소·처벌되지 아니한다는 비판에 따른 것이다.<sup>186)</sup>

184) Richard S. Gruner, “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities” in Henry N. Pontell & Gilbert Geis (ed.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime* (New York: Springer, 2007), 280. 단체 기소 사건 대부분은 유죄 판결을 받았지만, 벌금 또는 배상을 전혀 선고받지 않은 사건이 2011년 23건(14.4%), 2012년 29건(15.5%), 2013년 29건(16.9%), 2014년 18건(11.1%), 2015년 38건(21.0%), 2016년 21건(15.9%)이었다(배상 및 벌금을 모두 선고받은 사건들도 있다). 선고된 벌금액, 배상액, ‘벌금액 및 배상액 합계’의 평균과 중앙값(median, 괄호 안에 표시)은 다음과 같다(액수가 0인 경우는 제외한 통계이고, 피고인이 복수인 경우 합산하였기 때문에 실제보다 과장되었을 수 있다고 한다).

**[표 2] 미국 단체피고인 사건 벌금·배상 선고 현황(미국 양형위원회, 각주 180)**

	벌금액		배상액		벌금액 및 배상액 합계	
	평균	중앙값	평균	중앙값	평균	중앙값
2011년	\$12,712,222	\$100,000	\$2,289,575	\$233,125	\$11,354,299	\$240,000
2012년	\$11,207,081	\$200,000	\$447,440	\$138,802	\$10,327,325	\$235,090
2013년	\$21,057,499	\$200,000	\$3,236,012	\$494,268	\$18,043,195	\$500,000
2014년	\$27,501,125	\$300,000	\$1,152,721	\$215,423	\$22,346,944	\$460,000
2015년	\$22,955,664	\$325,000	\$19,471,980	\$407,541	\$26,407,298	\$500,000
2016년	\$12,616,605	\$200,000	\$4,982,025	\$174,778	\$13,367,976	\$250,000

배상액과 벌금액을 합한 전체 부담금이 점차 상향되는 편이나, 그 주된 부분은 배상액보다는 벌금액이 차지하고 있다고 보이고, 평균과 중앙값의 큰 격차에서 보듯, 고액 벌금형을 선고한 일부 사건이 평균을 많이 끌어올렸다고 추단할 수 있다. ‘단체 양형기준’이 적용되기 전에 기업에 부과되었던 벌금액 중앙값이 피해액의 12% 정도에 불과하였다는 Cohen(1996), 401, 벌금형과 다른 금전적 제재 사이에 대체관계가 있다(판사가 이미 부과된 높은 금액을 감안하여 벌금형을 산정한다)는 Cohen(1996), 406; Cindy Alexander, Jennifer Arlen, Mark A. Cohen, “Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, No. S1 (1999) 참조.

한편 벌금액을 완납할 수 없어 금액을 감면받은 단체는 2011년 45개, 2012년 57개, 2013년 74개, 2014년 60개, 2015년 63개, 2016년 29개였고, 2006년부터 2009년 사이에도 전체 36% 정도 단체가 벌금액을 완납하지 못하였다. Arlen(2012), 148.

185) 미국 연방법무부 홈페이지 <<https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>>(2016. 10. 10. 확인).

186) 이순욱(2016), 63 참조. 이전에도 법인범죄는 ‘의인화’에 불과하고, 형사책임은 이익

## 제4절 독일

독일은 책임비난은 자연인에 대해서만 할 수 있다는 전제에서 법인의 형사책임을 부정한다.<sup>187)</sup> 1968년 각 분야 법률에 흩어져있던 행정질서법 규정들을 모아 ‘질서위반행위규제법[Gesetz über Ordnungswidrigkeiten(OWiG)]’으로 통합하면서, 법인에 대해서는 범죄에 대한 형벌과 구별되는[윤리적으로 무색(無色)한] 질서위반금(Geldbuße, 과태료)을 부과한다.<sup>188)</sup> 법인불법을 일종의 ‘행정상 불복종’으로 이해한 것이다. 대표자 등 일정한 인적표지를 갖춘 구성원의 범죄행위 또는 질서위반행위와 관련하여, 고의범은 1,000만 유로 이하, 과실범은 500만 유로 이하 질서위반금이 부과된다(OWiG §30). 단, 그 금액은 당해 행위로 얻은 이익을 초과하여야 하고, 법률이 정한 위 상한을 초과할 수도 있다[OWiG §17(4)]. 형법은 법인에 대한 몰수·추징을 인정하나[StGB §73(3), 75] 질서위반금이 확정될 경우 같은 행위를 이유로 한 추징은 배제된다[OWiG §30(5)].<sup>189)</sup><sup>190)</sup>

---

을 위해 조직을 이용하는 자연인에게 물어야 한다는 주장이 있었다. Eliezer Lederman, “Criminal law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 76, No. 2 (1985); Donald R. Cressey, “The Poverty of Theory in Corporate Crime Research” in William S. Laufer & Freda Adler (ed.), *Advances in Criminological Theory*, Vol. 1 (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1989), 31-55 등. 1999년 ‘Holder Memo’와 2003년 ‘Thompson Memo’ 역시 “(기업체는 개인을 통하여 행위할 수밖에 없기 때문에) 개인에 대한 형사처벌은 기업불법에 대한 강력한 억지책이 된다.”는 점을 지적하였던바, ‘Yates Memo’가 완전히 새로운 것이라고 보기는 어렵다. Arlen(2012), 193.

187) Harro Otto, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden* (Berlin: De Gruyter, 1993); Friedrich von Freier, *Kritik der Verbandsstrafe* (Berlin: Duncker & Humblot, 1998); Thomas Weigend, “Societas delinquere non potest? A German Perspective”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 5 (2008), 927-945 등. Freier, 같은 글, 15는 독일에서 법인 범죄능력을 인정하여 형사처벌하는 것은 “루비콘 강을 건너는 것”으로 여겨진다고 한다. 김재윤(2015), 245에서 재인용. 오히려 18세기까지는 지방자치단체나 길드 등 단체에 대한 형벌이 인정되었다는 견해도 있다. 김재윤(2015), 214-215.

188) 조병선, *질서위반법*(한국형사정책연구원, 1990)은, 독일이 종래 행정관리에게 부과권이 있던 경미범죄영역의 경찰형벌을 범치국가적으로 ‘순화’시켜 사법심사가 가능한 질서위반행위규제법 영역으로 포함시켰고, 일반 형법과 질적으로 구별되지만 그 경계는 양적으로만 구별되는 독특한 범영역인 이러한 ‘광의의 형법’ 영역은 독일의 자란에 속한다고 평가한 바 있다.

## 제5절 프랑스

프랑스는 루이 14세의 1670년 형사대칙령(Ordonnance criminelle de 1670)에 근거하여 공동체, 마을, 촌락 등 집단의 형사책임을 인정한 적이 있었다. 그러나 1789년 프랑스혁명으로 촉발된 개인주의는 그와 같은 형태의 형사책임을 폐기하였다. 1810년 나폴레옹 형법전에도 법인처벌 규정은 없었다. 법인은 오직 민사책임과 행정법상 책임만 부담할 수 있는 것으로 이해되었다. 법인은 일정한 사회적 목적 때문에 민법이 인정하는 ‘법률상 허구’에 불과하여 의사능력이 없고, 형벌은 그 속성상 자연인에 대해서만 부과될 수 있으며, 법인을 처벌할 경우 그 구성원을 일괄 처벌하게 되어 책임주의에 반한다는 이유에서였다.<sup>191)</sup>

그러나 1994. 3. 1.부터 시행된 신형법(Le Nouveau Code Pénal)은 법인 형사책임을 전격 도입하였고, 일부범죄에 대하여만 법인 형사책임을 인정하였던(이른바 ‘특별원칙 principe de spécialité’) 종전 형법 제121-2조 제1항을 2004. 3. 9. 개정하여 2005. 12. 31.부터는 법인 형사책임을 모든 범죄에 대하여 일반적으로 인정하게 되었다. 법인에 대해서는 자연인 벌금 최고액의 5배까지 벌금을 부과할 수 있고, 자연인에 대하여 벌금형이 규정되지 아니한 중죄에 대해서도 최고 100만 유로 벌금을 선고할 수 있다(Article 131-38, 131-41). 특기할 만한 것은 다양한 형사제재 부과

189) 독일 질서위반행위규제법 및 형법 <[http://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/](http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/)>, <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>>(각 2016. 10. 22. 확인), 상세한 설명은 김호기(2010), 137-204 참조.

190) 체사레 베카리아(밀라노공국)의 나라, 이탈리아의 2001. 6. 8. 입법[Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, 원문은 이탈리아 하원 홈페이지 <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>>(2016. 10. 22. 확인)]에 관하여, 김유근(2014), 11은 법인에 대한 행정벌조치 인정하지 않던 이탈리아가 법인에 대한 행정제재를 새로이 도입한 것이라고 설명한다. (사실상) 법인 형사책임을 인정한 것으로 보는 견해가 있는가 하면, 형사책임과 행정법상 책임을 결합한 ‘제3의(tertium genus)’ 책임을 인정한 것이라는 견해도 있다. 예컨대, Cristina de Magile, “Societas Delinquere Potest? The Italian Solution” in Mark Pieth & Radha Ivory (ed.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk* (Dordrecht: Springer Netherlands, 2011), 255-270 등. 이탈리아 학설 상황은 Rosa Anna Ruggiero, “Cracking Down on Corporate Crime in Italy”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 15, No. 3 (2016), 407 참조.

191) 이천현 외(2014), 58면.



가능성이다. ① 법인해산, ② 영구적 또는 5년 이하 직업·사회활동 수행 금지, ③ 5년 이하 사법감시, ④ 영업소 중 하나, 수 개 또는 전부에 대한 영구적 또는 5년 이하 폐쇄, ⑤ 영구적 또는 5년 이하 공계약 참여 배제, ⑥ 영구적 또는 5년 이하 기업자금 공모금지, ⑦ 5년 이하 수표발행 또는 지불카드사용 금지, ⑧ 몰수, ⑨ 언론출판물, 전자적 방식 대중매체에 판결 게시·광고, ⑩ 영구적 또는 5년 이하 동물 보유 금지, ⑪ 동물 몰수, ⑫ 5년 이하 공적원조 수령금지 중 하나 또는 수 개 제재를 부과할 수 있다(Article 131-39). 2007. 3. 5. ‘징벌배상형(sanction-réparation)’을 도입하였는데, 경죄의 경우, 75,000 유로 또는 해당 경죄 벌금형 상한을 초과하지 않는 범위에서 벌금형에 대신하여 또는 동시에 법인에 대하여 징벌배상을 명할 수 있다(Article 131-39-1).<sup>192)</sup>

## 제6절 그 밖의 유럽국가

영국, 네덜란드를 제외한 유럽 대부분 국가들은 독일, 이탈리아와 마찬가지로 ‘단체는 죄를 범하지 못한다.’는 법언을 유지하면서 법인 형사책임 인정하지 아니하였다.<sup>193)</sup> 그러나 유럽평의회 각료이사회(Committee of Ministers of the Council of Europe)가 1988. 10. 20. 채택한 ‘법인격을 가진 기업 책임에 관한 권고[Recommendation No. R (88) 18 Concerning Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities]’ 등을 계기로 각국은 법인 형사책임 근거를 마련해나가는 추세이다.<sup>194)</sup>

192) 프랑스 형법 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006070719&dateTexte=20161022>>(2016. 10. 22. 확인), 상세한 설명은 김호기(2010), 207-249 참조.

193) 1946년 뉘른베르크 전범 재판 판결문은 다음과 같이 쓰고 있다. “국제법위반 범죄는 개인에 의하여 범해지고, 추상적 실체에 의하여 범해지지 않는다. 그러한 범죄를 범한 개인을 처벌함으로써만 국제법은 집행될 수 있다(Crimes against International Law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced).” International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment of 1 Oct 1946, 55 <[https://crimeofaggression.info/documents/6/1946\\_Nuremberg\\_Judgement.pdf](https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf)> (2017. 7. 23. 확인)

아이슬란드(1972), 포르투갈(1984), 스웨덴(1986), 노르웨이(1991), 프랑스(1994), 핀란드(1995), 벨기에(1999), 슬로베니아(1999), 에스토니아(2001), 몰타(2002), 스위스(2003),<sup>195)</sup> 리투아니아(2003), 크로아티아(2003), 폴란드(2003), 헝가리(2004), 마케도니아(2004), 라트비아(2005), 오스트리아(2006),<sup>196)</sup> 루마니아(2006), 룩셈부르크(2010), 스페인(2010), 리히텐슈타인(2011), 체첸공화국(2012), 체코(2012), 슬로바키아(2016) 등이 법인 형사책임을 도입하였다.<sup>197)</sup>

## 제7절 일본<sup>198)</sup>

일본은 종래 ‘대벌규정(전가벌규정)’ 형식을 취하였다가, 1932년 ‘자본도피방지법’ 이후 양벌규정이 입법되기 시작하였다. 중업원이 위반행위자

194) 위 권고는 기업에 대하여 (민사책임과는 별도로) 죄책성과 범죄역지를 고려한 형사처벌, 범죄화할 필요성이 없는 위법행위에 대한 행정제재를 적용할 것을 권고한다. 원문은 유럽평의회 홈페이지 <<http://www.coe.int/>>(2016. 10. 22. 확인)에서 확인할 수 있다.

195) 이주희, “스위스 형법상의 기업책임”, *한양대학교 법학논총*, 제23집 제3호(하) (2016. 12.) 참조.

196) 오스트리아 ‘단체책임법(Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG)’ <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004425>>(2016. 10. 22. 확인), 이를 소개한 김유근(2013) 등 참조.

197) 김유근(2014), 11; 김재운(2015), 280-292; 김재운, “법인의 형사처벌에 관한 유럽 국가의 입법동향”, *법제연구*, 제36호 (2009. 6.); Judith Seddon, “Corporate Criminal Liability”, *Clifford Chance Client Briefing* (2015. 3. 24.) <[https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/03/corporate\\_criminaliability.html](https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/03/corporate_criminaliability.html)>(2016. 10. 22. 확인); Pavel N. Biriukov, *Criminal Liability of Legal Persons in EU- Countries* (Voronezh: VSU Publishing House, 2015) 등 참조. 위 Clifford Chance 보고서는 독일 외에 러시아가 법인 형사책임을 인정하지 않고, 아시아에서는 아랍에미리트, 홍콩, 인도, 인도네시아, 일본, 중국, 싱가포르 등이 모두 법인 형사책임을 인정한다고 한다. 슬로바키아는 2010년 이미 형법전에 법인 형사책임 및 몰수 규정을 두었으나(김유근의 글도 슬로바키아가 2010년 법인 형사책임을 도입한 것으로 소개), 실제로 전혀 활용되지 아니하여 2016. 7. 1.부터 시행되는 ‘법인의 형사책임에 관한 특별법(Zákon o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o zmene a doplnení niektorých zákonov)’으로 비로소 실질적으로, 그리고 EU 회원국 중에서는 사실상 마지막으로 법인 (준)형사책임을 도입하였다고 보는 것이 대체적이다.

198) 상세는 이상천, “일본의 양벌규정론에 대한 비교법론적 고찰”, *국민대학교 법학논총*, 제27권 제2호 (2014. 10.); 김재운(2015), 247-279; 이순욱(2016), 9-28 등. 중국법제 소개는 김창준(2009) 169 이하 참조.

인 경우에 종업원, 법인 뿐 아니라 법인 대표자까지 처벌하는 ‘삼벌규정’이 채택된 법령도 등장하였지만 소수에 그쳤다. 현재는 우리나라와 마찬가지로 대부분 형벌규정이 자연인을 수범자로 전제하면서(“~한 자”), 양벌규정에 의하여 법인에 벌금형을 부과한다. 형법전에는 법인처벌에 관한 특별한 규정이 없지만 행정형법에는 대단히 많이 존재한다. 2003년 말 기준으로 벌칙이 부과되는 법령 중 2/3에 달하는 570여 개 법률에 양벌규정이 도입되어 있었다는 소개가 있다.<sup>199)</sup> 통설과 판례는 과실책임설 중 ‘과실추정설’을 취한다고 하고,<sup>200)</sup> 그에 따를 경우의 해석상 난점을 비판하면서 ‘법인행위책임설’, ‘기업조직체책임설’ 등이 주창된다.<sup>201)</sup> 최근 자연인과 법인에 대한 처벌을 분리하여 법인에 대한 벌금액을 높여가고 있다. 최고액은 금융상품거래법 제207조의 7억 엔이라고 한다.<sup>202)</sup> 그러나 양벌규정이 다수 법령에 규정되어 있음에도 불구하고 그 활용은 1980년 전후를 정점으로 감소하기 시작하여 90% 이상 사건이 약식절차로 처리되고 있다고 한다.<sup>203)</sup>

## 제8절 국제뇌물방지법

국제뇌물방지법은 ‘국제상거래에서 외국공무원에 대한 뇌물제공행위방지를 위한 협약(Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)’에 따라 제정되었다. 위 조약은 1997. 11. 21. 파리에서 채택되었고, 우리나라는 1997. 12. 17. 위 조약에 서명하여 1999. 2. 15. 조약 제1475로 발효되었다. 우리나라는 1998. 12. 28. 위 협약 이행에 필요한 사항을 정한 ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법’을 제정하였다. 국제뇌물방지법이 법인의 형사책임을 인정하는 세계적 추세를 보여주거나(특히 뇌물죄라는 일반

199) 川崎友巳, 企業の刑事責任(成文堂, 2004), 26-29; 김재윤(2015), 253에서 재인용.

200) 이천현 외(2014), 80 등.

201) 김호기(2010), 114-116; 이상천, “법인처벌론으로서 조직고의론”, 법조, 제64권 제4호(2015. 4.) 등.

202) 이순욱(2016), 24-25. 동조 제1항이다. 법 원문은 <<http://law.e-gov.go.jp/htmlldata/S23/S23HO025.html>>(2017. 7. 23. 확인) 참조

203) 川崎友巳(2004), 11; 김호기(2010), 109에서 재인용.

형사범에 대한 범죄능력 인정), 향후 양벌규정 해석론에 중요한 기준을 제시해줄 것이라는 소개가 되기도 한다.<sup>204)</sup> 그러나 아래에서 보는 것과 같이 법인을 형사처벌하지 않는 법제를 염두에 두고 있기도 하다(강조는 인용자).<sup>205)</sup>

**제2조 법인의 책임** 각 계약당사국은 자국법 원칙에 따라 외국공무원에 대한 증뢰죄와 관련하여 법인의 책임을 확립하는데 필요한 조치를 취하여야 한다.

**제3조 처벌**

1. 외국공무원에 대한 증뢰죄는 효과적이고 비례적이며 예방적인 형벌로써 처벌되어야 한다. 법정형은 자국의 공무원에 대한 증뢰죄의 법정형에 상응하는 것이어야 하며, 자연인의 경우 효과적인 사범공조 및 범죄인인도가 가능하도록 하는 데 충분한 자유형을 포함하여야 한다.
2. **계약당사국의 법체계상 법인에 대한 형사처벌이 가능하지 아니한 경우**, 당해국은 외국공무원에 대한 증뢰죄에 대하여, 금전적 제재 등 효과적이고 비례적이며 예방적인 효과를 갖는 **비형사적 제재**를 관련법인에게 부과하여야 한다.
3. 각 계약당사국은 당해 뇌물 및 외국공무원에 대한 증뢰죄로 인하여 취득한 수익 또는 이에 상응하는 가치의 재산이 **압수**. 몰수되거나 그에 상응하는 벌금이 부과될 수 있도록 규정하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.
4. 각 계약당사국은 외국공무원에 대한 증뢰죄에 대하여 추가적인 **민사적 또는 행정적 제재**를 부과하는 방안을 고려하여야 한다.

**제8조 회계**

1. 외국공무원에 대한 증뢰죄에 효과적으로 대처하기 위하여, 각 계약

204) 이순욱(206), 236-244 등.

205) 외교부 조약정보 <[http://www.mofa.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/multi\\_lateral/index.jsp?menu=m\\_30\\_50\\_40&tabmenu=t\\_2](http://www.mofa.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/multi_lateral/index.jsp?menu=m_30_50_40&tabmenu=t_2)>(2016. 10. 10. 확인). 그 밖에 UN Convention against Corruption의 제26조 <[https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf)>(2017. 7. 23. 확인), International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism 제5조 <<http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>>(2017. 7. 23. 확인)도 참조.

당사국은 장부·기록의 유지, 재무제표의 공개 및 회계·감사기준에 관한 자국의 법령 체제하에서, 그러한 법령의 적용을 받는 회사가 외국공무원에 대하여 뇌물을 제공하거나 이를 은닉할 목적으로 장부누락계정의 설정, 장부누락거래 또는 부적절한 내역의 거래, 실재하지 아니하는 지출의 기입, 채무대상에 대한 부정확한 채무내역기입 기타 허위문서 사용 등을 금지하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

2. 각 계약당사국은 위와 같은 회사에 의한 장부·기록·회계 및 재무제표와 관련하여 누락 및 허위기재에 대하여 효과적이고 비례적이며 예방적인 **민사적·행정적 또는 형사적 벌칙**을 부과하여야 한다.

## 제9절 소결론

최근 여러 나라들(특히 유럽)이 법인 형사책임을 새로이 인정하거나, 강화하는 방향으로 가고 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 경향을 소개한 여러 문헌들은 각국에서 새 법률이 실제로 어떻게 기능하고 있는지에 대하여는 분석하고 있지 않다. 제도 자체만 피상적으로 볼 것이 아니라, 각 나라들이 택한 제도로 인하여 기업불법이 어느 정도로 ‘효과적으로’ 통제되고 있는지를 보아야 한다. 이것은 해당 국가의 정치경제적 구조와 사회문화적 조건이 크게 작용하는 부분이다. ‘포폴리즘(인민주의)적 과잉범죄화’ 또한 세계적 흐름임을 감안하여야 한다.

가설적 문제제기이나, 법인 형사책임 문제는 법인 본질론이나, 법인 범죄능력 긍정 여부에 달린 문제라기보다는, 민사법 특히 불법행위법이 형사법과 얼마나 뚜렷하게 구분되어 있는가의 문제일 것 같다는 생각이 든다. 징벌적 손해배상을 인정하는 등 손해배상제도를 원래 ‘벌(罰)’처럼 운용하였던 국가들은 법인 형사책임을 인정하여 벌금형을 부과하는 데도 큰 괴리가 없을 것이다. 반면 우리와 같이 민사법과 형사법을 엄격하게 구분하고 있는 나라들에서는, 법인 형사책임을 인정한 최근 입법에도 불구하고 제도의 정착·활용이 쉽지 않을 것이라고 예측해볼 수 있다. 법인

은 기본적으로 민사법 문제이기 때문이다.<sup>206)207)</sup>

분명한 것은 나라들마다 저마다 실정에 맞추어 전면 인정, 부분 인정, 부정의 태도를 달리 취하고 있다는 것이다. 우리도 ‘우리의 법문화와 법 현실’에 맞는 방향이 무엇인지를 진지하게 고민하여야 한다.

---

206) 논문심사를 위한 요지 발표회를 마친 후 논문을 수정·보완하는 과정에서, 본문의 문제제기와 논지가 흡사한, 조병선 교수의 다음과 같은 언급을 발견하였다. “양벌규정은 (...) 엄격책임(strict liability)이나 대위책임(vicarious liability)의 법리가 통용되는 영미법계에 적합하다. 원래 영미법계에서는 민사책임과 형사책임의 구별이 상대적이고, 민사적 의무나 행정적 의무의 ‘이행강제(compliance)’를 위하여 형사적 제재가 동원되는 일이 흔하다. 형벌이 특정기준이나 국가의 규제를 이행강제하기 위한 여러 제재수단 중 하나라는 점이 바로 (공리적 특성을 지닌 영미법계의) 형벌의 목적에도 부합한다. 기업형사책임은 영미법계 형법과는 ‘찰떡궁합이다.” 조병선(2010), 6-8, 10-16. 즉, 양벌규정의 난점(위헌성)은 대륙법계 형법에 숨어들어온 ‘이질적 요소’, 즉 영미법적 요소와의 모순에서 기인하는 것으로서, 이것은 서양의 법제를 계수하(여 정착시키)는 과정에서 발생한 ‘비애(悲哀)’라는 것이다. 조병선 교수는 최근 기업형사책임의 국제화 경향으로 인하여, 다수의 대륙법계 국가들이 우리와 유사한 이론적 혼란에 봉착하게 되었다고 한다. Weigend(2008), 927 참조. 변종필, “형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의”, **헌법실무연구**, 제11권 (2010), 466-469도 같은 취지.

207) 때로는 극단적 제도변화를 겪은 각국 상황을 보면서, 나라별로나 세계적 규모로나, 법제도 변화의 어떤 ‘리듬’이 있는 것이 아닐까 하는 생각이 문득 들었다. 경제가 체계적 순환을 겪는다고 할 때, 법과 법이론(학설)은 그 토대 위에서 당대 사람들의 삶, 생각, 감정과 영향 주고받으며 이를 ‘뒤따르는’ 것이기 때문이다(경제가 선행변수이다). 특히 기업불법에 대한 규율은 경제적 상황과 시대적 요구의 영향을 가장 직접적으로 받는 분야이기에 더 그렇다. 사람은 만물을 둘 또는 셋으로 나누어 인식하는 것에 익숙하다. 2와 3이 가장 작은 소수(素數)이기 때문이다. 이를 통해 인간은 ‘변화’를 ‘반복의 형태’로 인식하려 한다. 인간이 변화를 ‘균형을 유지하려는 운동’으로 인식한다는 것이기도 하다. 그것이 바로 ‘리듬’이다. 봄, 여름, 가을, 겨울은 음양이라는 2박자의 겹박자이고, 하루는 낮밤 혹은 아침, 점심, 저녁으로 나눈다. 우리 몸에도, 우주에도, 역사에도 리듬이 있다. 토인비는 역사를 도전과 응전이라는 2박자로 이해했고, 헤겔은 정·반·합 3박자로 이해했다. 쿠르트 사크라는 음악학자는 음악사를 이성과 감성의 반복으로 정리하기도 하였다. 서양에서도 동양에서도 셋으로 분할되는 것은 완전한 것으로, 둘로 분할되는 것은 불완전한 것으로 여겨졌다. 서양에서 ‘3’이 삼위일체를 연상시켰다면, 동양에서는 국가의 굳건한 토대를 발이 세 개 달린 술(鼎)에 비유하는 식이다(예컨대, 제갈공명의 천하삼분지계). 그와 같은 예는 무수히 찾아볼 수 있다. 만일 각국이 전지구적 경제위기 속에 형벌의 낭만화를 겪고 있는 것이라면, 그 극단에서 새로운 합리성의 도래를 기대해볼 수도 있지 않을까.

## 제 4 장 범죄와 형벌의 법경제학<sup>208)</sup>

### 제1절 범죄란 무엇인가

#### 1. 의의

‘법’이 법인과, 법인을 경유한 불법에 대하여 어떤 태도를 보여 왔는지를 종적 횡적으로 검토함으로써, ‘법인의 형사책임’ 문제는 어떤 본질이나 법체계의 내적 논리에 따라 선형적(a priori), 사전적(ex ante)으로 정해지는 것이 아니라, 당대 입법정책에 따라 얼마든지 달리 선택할 수 있는 문제임을 보았다. 그 선택기준은 어떻게 얻을 수 있을까?

국내 문헌들은 법인, 그 중에서 특히 ‘기업의 형사책임’ 문제에 관하여, “현대사회에서 기업활동 과정에 발생하는 범익침해는 개인범죄와 달리 매우 심각한 피해를 야기하고 있다. 기업조직은 복잡하게 분화되어 있어서 구성원들의 파편화된 행위에 대해서는 책임을 묻기 어렵거나 특정 개인만의 책임으로 환원하기에 부적절한 경우가 있다[즉, (자연인) 책임주체가 불분명하다]. 기업은 불법행위로 수익을 얻었음에도 민사상 손해배상만으로는 이를 모두 환수할 수 없을 뿐만 아니라 응보감정에도 반한다. 행정제재 또한 매우 제한적으로만 활용되고 있다. 결국 기업(법인)에 대한 형사처벌은 ‘당연히’ 필요하고, 정당화된다.”는 당위론을 취하고 있는 경우가 많다. 그런데 법인에 대한 형사처벌은 기업불법을 억지하고, 응보감정을 충족시켜주는 효과적인 수단일까? ‘법인도 (엄연한 법적 주체이니까) 잘못을 했으면 마땅히 처벌을 받아야지’라는 의인화에 더 잡은 낭만적, 즉자적, 심정형법적 사고가 ‘법인에 정말 벌이 될 수 있는 길’이 무엇인가에 대한 고민을 가로막고 있는 것은 아닐까.<sup>209)</sup>

208) 이 장 논의 전체는 김일중, *과잉범죄화의 법경제학적 분석 -공정거래 분야를 중심으로-*(한국경제연구원, 2013)에 크게 빚지고 있다. 같은 책의 논리 전개를 큰 줄기 삼아 법학의 옷을 덧입힌 부분이 많다.

209) 안성조, “법인의 범죄능력에 관한 연구 -낭만주의모델과 조직모델의 비교검토-”, *한양법학*, 제29집 (2010. 2.) [같은 저자의 *현대 형법학(제1권): 이론과 방법*(경인문화사, 2011), 451-469에 다시 수록되었다]는 “모 대기업이 비윤리적으로 이윤을 추구하고 있다.”와 같이 단체에 대한 사회 윤리적 비난가능성은 일상 언어 관행에 의하더라도

이를 본격적으로 다루기에 앞서, ‘범죄란 무엇인가’, 바꾸어 말해 ‘(사회는) 어떤 행위들을 범죄화하고, 범죄화하여야 하는가’라는 우회로를 내어보기로 한다. 이 질문은 ‘무엇을, 얼마나 처벌할 것인가’와 연결되는 문제로, 기업이 행하는 여하한 활동들을 ‘나누어’ 생각하는 데도 도움을 줄 것이다.

## 2. 피비우스의 띠?

우리나라 형법 교과서들은 ‘범죄’ 개념을 ‘형식적 범죄개념’과 ‘실질적 범죄개념’으로 나누어 설명하고 있다. 형식적 범죄개념은 ‘법이 형벌을 과하는 행위’(강조는 인용자, 이하 같다)로 정의된다. 이러한 형식적 범죄개념이 ‘어떠한 행위를 범죄로 해야 할 것인가’에 대한 아무런 답을 주지 못한다는 이유로 제기된 것이 실질적 범죄개념이다. 학자들마다 다소 차이를 보이나, ‘**형법** 이외의 다른 제재수단으로 충분히 보호할 수 없는 중대한 사회유해적 법익위해행위’,<sup>210)</sup> ‘**형벌**을 과할 필요가 있는 불법을 요하고, 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위’,<sup>211)</sup> ‘사회의

---

받아들여지고 있고, 현대사회에는 어느 단체든지 ‘유기체적 집단성(organic collectivity)’를 가진다는 것을 충분히 관념할 수 있으므로, 낭만주의모델이나, (개인 행위자의 범법행위를 전제하지 않고도 ‘전체로서 법인의 조직적 구조 자체’에 책임을 묻는) 조직모델의 정당성이 인정된다고 한다.

그러나 과연 그러한가. 기업불법이 문제된 사건에서 대증은, “**책임자를 찾아**”, “엄하게” 처벌할 것을 요구하는 것이 일반적이지 않은가? 기업이라는 조직체 자체가 형사처벌된다는 관념에 과연 우리 (법)감정은 충분히 익숙해져 있을까? 비난은 성질상 인격과 그 고정점으로서 자연인 인격체에 가해지는 것이 아닐까? 법인격에 대한 비난이 가능할까? (비난해본들, 후련한가?) 기업체에 대한 비난도 따지고 들어가면, 결국 그것을 이루는 사람들에 대한 비난의 ‘집합적으로 간명화된 형태’가 아닐까? 대표자, 임원, 기업주는 책임지지 않고, ‘법인’만 대리인을 통하여 ‘우아하게’ 재판받은 뒤 조용히 벌금만 내고 끝나버리는 ‘의례’를 국민 법감정이 용납할까?

또, 기업체에만 한정하면, “잘못한 기업이 수백억 원대의 배상금을 물게 되었다, 혹은 과징금 폭탄을 맞았다.”하는 것에서도 사람들은 어느 정도 응보감정의 만족을 느끼지 않을까? 벌금형에만 ‘낙인효과’가 있고, 손해배상금이나 과징금에는 없다고 볼 근거가 있을까? 손해배상소송이나 과징금 부과절차와 별도로, (고작) 몇 백만 원, 몇 천만 원 벌금을 추가로 물리기 위한 형사재판이 ‘따로, 똑같이, 또’ 열린다는 사실을 과연 얼마나 많은 사람들이 정확하게 인지하고 있을까? 그렇게 나온 선고결과에 다시금 실망하면서 ‘유전무죄, 무전유죄’를 되뇌는 것이 현실 아닌가. 양벌규정에 의한 형사처벌, 그리고 벌금형 부과는 해당 기업이 아니라, 사법부와 우리 법체계 전반에 대한 실망과 낙인만 재생산하고 있는 것이 아닐까?

210) 김일수, 서보확(2015), 10.



공존·공영 조건을 확보하기 위하여 (필요한 사회윤리규범에 위배되고) **형벌**로써 보호해야 할 생활재(법익)를 침해하거나 위태롭게 하는 행위<sup>212)</sup>로 정의하거나, ‘타인 권리를 침해하는 행위, 민족공동체 의무를 위반하는 행위, 타인법익을 침해 또는 위태화하는 행위, 사회유해성이 있는 행위’<sup>213)</sup>라는 정의들을 나열하기도 하고, ‘범죄의 핵심은 법익침해 내지 법익위태화’라고 설명하기도 하고,<sup>214)</sup> ‘범죄의 실질적 개념을 정의하는 것은 아직까지는 불가능하나, 의무를 위반하여 법익을 침해하거나 위태화하는 행위’라는 견해<sup>215)</sup>도 제기된다. 이러한 정의들은 법익침해, 의무위반, 사회유해성(Sozialschädlichkeit), 권리침해라는 표지를 더하여 형식적 범죄개념을 보다 구체화하고 있다.<sup>216)</sup>

한편 ‘형벌’에 대하여는 ‘**범죄**에 대해 부과되는 형법상 법효과로서 국가가 범죄자에게 고통을 안겨주는 해악’<sup>217)</sup> ‘**범죄**행위에 대한 사회윤리적 비난이요 국가의 공식적 제재수단’<sup>218)</sup> ‘**범죄**행위에 대한 형사제재로서 해악을 내용으로 하는 국가적 강제수단’<sup>219)</sup> ‘**앞에서** 설명한 **범죄**라는 요건에 대한 효과적 형사제재’<sup>220)</sup> ‘**범죄**에 대한 가장 중요한 법률효과이며 형법이 규정하고 있는 유일한 제재’<sup>221)</sup> ‘**범죄**에 대한 법률효과로서 국가가 **범죄자**에 대하여 (그의 책임 범위 내에서) 과하는 법익박탈행위’<sup>222)</sup>라는 정의가 제시된다.<sup>223)</sup>

211) 이재상(2010), 68; 진계호, 이준걸(2007), 115. 정성근, 박광민(2012), 92; 천진호(2016), 4.

212) 임용(2015), 77-78.

213) 손동권, 김재운(2011), 6.

214) 배종대(2016), 9.

215) 오영근(2014), 57. 신동운(2015), 77은 “실질적 관점에서 범죄를 사회공동체 유지에 필수적인 법익을 침해하는 행위라고 볼 수 있으나, 범죄를 실질적 관점에서 포착하게 되면 접근방법의 다양성 때문에 통일적이고 일관된 범죄개념을 얻기가 어려워, 형사재판의 실제에서 균질하고 공정한 판단을 내릴 수가 없게 된다. 이 때문에 범죄개념을 형식적으로 통일해 놓을 필요가 있다.”고 한다.

216) 그러나 왜 그러한 행위에 대하여 도덕적 비난, 민사상 손해배상책임, 행정규제가 아닌 ‘형벌’이라는 차별적 제재수단이 동원되어야 하는지에 대하여는 여전히 만족스러운 답을 주지 못하고 있다고 판단된다.

217) 김성돈(2015), 779.

218) 김일수, 서보학(2015), 549.

219) 박상기(2012), 529.

220) 배종대(2016), 9.

221) 이재상(2010), 557.

222) 이정원(1999), 463; 정용석, 백승민(2014), 591; 진계호, 이준걸(2007), 691. 신동운

이렇게 써놓고 보니, ‘범죄’를 정의한다는 것이 막상 쉬운 일이 아니라는 것을 깨닫게 된다. 언어가 ‘의미의 그물망’이라고는 하지만, ‘범죄’ 개념과 ‘형벌’ 개념이 서로를 직접적으로 순환참조하고 있어 어느 쪽도 명쾌하게 독립적인 설명을 하여주지 못하기 때문이다. 형식적 범죄개념에 대한 비판으로 제기된 ‘실질적 범죄개념’도, ‘범죄는 형벌을 받는 행위’, ‘형벌은 범죄에 가하여지는 제재’라는 순환성(circularity)을 공유하는 한, ‘어떠한 행위를 범죄화하여 형사처벌할 것인가’에 대한 그럴 듯한 지침을 주지 못한다.<sup>224)225)</sup>

---

(2015), 5, 783; 임웅(2015), 625도 같은 취지. 정성근, 박광민(2012), 675는 ‘그의 책임 범위 내에서’라는 문구를 부가하였다.

223) 천진호(2016), 4는 ‘형벌은 가벌행위를 한 행위자에게 법적효과로서 부과되는 해악으로 행위와 행위자에 대한 사회의 의식적인 불승인’이라는 정의를 제시하고 있다. 여기서 가벌행위도 결국 ‘범죄’를 의미하는 것이라고 판단된다. 배종대(2016), 15.

224) 이러한 순환성은 실무상으로도 문제가 된다. 특히 ‘재산적 비행의 하수종말처리장’ [문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원, 박사학위논문 (2001), 2]이라고도 불리는 배임죄의 외연 확정을 둘러싸고 견해대립이 치열하다. ‘대물변제 예약’에 관한 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 이전에 나온 ‘동산 이중매매’에 관한 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결이 이러한 난관을 직접적으로 보여주고 있다고 생각된다(이 판결의 반대의견은 다수의견을 명시적으로 “순환논법”이라고 비판한다).

배임죄가 성립하여 형사처벌 대상이 되기 위하여서는 행위주체로 된 자가 맡은 사무가 ‘타인 사무’여서 구성요건에 해당하여야 한다. 그러나 많은 사례들은 사실상, 처벌할 필요성이 있으면 타인사무성을 인정하고, 처벌할 필요성이 없으면 타인사무성을 부정하는 방식으로 결론을 내리고 있는 것은 아닌가 하는 생각이 들기도 한다. 송희식, “배임죄의 불법과 치역”, **한양법학**, 제22권 제3집 (2011), 335 이하는 기호논리학의 개념을 차용하여, ‘치역’을 형성하는 ‘불법, 책임’ 문제를 ‘정의역’인 ‘구성요건’ 단계에서 논의하는 것은 범죄체계론을 도치한 것이라(역함수의 구조가 된다)고 한다. 이 글이 채택하고 있는 ‘죄책성이 커서 다른 제재수단보다 형벌로써 더욱 효율적으로 억제할 수 있는 행위’라는 범죄화/비범죄화 기준은 민사법(불법행위법)과의 경계확정에 어려움을 겪고 있는 배임죄론 재구성에도 도움을 줄 수 있을 것이라 생각한다.

225) 한편 ‘범죄는 x이다’라는 정의형식을 취할 경우 범죄 영역을 과도 또는 과소 확정하는 오류를 범할 수 있어, 차라리 순환방식이 절충적 대안이 될 수 있다는 견해도 있다. 개별적, 가변적 요소들에 의존하지 아니하고 대부분 형사절차에 적용될 수 있는 범죄 영역을 확정할 수 있기 때문에, 보편성을 확보할 수 있음은 물론, 시대별, 나라별로 다른 형사체제들이 갖는 특수성도 포괄할 수 있다는 것이다. Lindsay Farmer, *Criminal Law, Tradition, and Legal Order: Crime and the Genius of Scots Law 1747 to the Present* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997). 김일중(2013), 116-117에서 재인용.

## 제2절 형사처벌의 목적

### 1. 서설

개념법학의 닫힌 공리계에서는 순환성의 그물로부터 스스로 빠져나올 수 없다. 문제를 해결하기 위하여서는 ‘형벌 목적론’이라는 형법(학)의 외부, 형사정책(학)이 필요하다.<sup>226)</sup>

법학계에서는 ‘형벌을 어떻게 이해할 것인가’를 둘러싸고 전통적으로 응보형주의(Vergeltungstheorie)와 목적형주의(präventive Theorie)가 대립하였다. 이들은 각각 칸트(Immanuel Kant, 1724~1804) 의무론<sup>227)</sup>과 벤담(Jeremy Bentham, 1748~1832) 공리주의<sup>228)</sup>에 기원을 두고 있다. 전

---

226) ‘괴델 불완전성 정리’의, 법적 논의에 대한 적용가능성을 다룬 국내 문헌으로는 안성조, “괴델정리의 법이론적 함의”, 서울대학교 법학, 제49권 제4호 (2008)[안성조 (2011), 183-235에 다시 수록되었다].

227) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1785)[이원봉 번역, 도덕 형이상학을 위한 기초 논기(책세상, 2002)] <<http://gutenberg.spiegel.de/buch/grundlegung-zur-methaphysik-der-sitten-3510/1>>(2016. 9. 20. 확인) 등.

228) 대표적으로, Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781)[강준호 번역, 도덕과 입법의 원칙에 대한 서론(아카넷, 2013), 이하 『서론』이라 한다]<<https://archive.org/details/anintroductiont01bentgoog>>(2016. 9. 20. 확인) 등. 벤담의 저작은 종래 벤담의 친구로서 영국 정치가였던 존 보우링이 편집한 11권짜리 *The Works of Jeremy Bentham* (Edinburgh: Tait, 1843)을 참조하는 것이 일반적이었다. 그러나 최근에는 벤담의 저작 다수를 누락한 보우링 판 전집에 대한 대안으로(보우링의 아마추어적 편집 실력에 대해서는 악평이 무성하다), University College London ‘Bentham Project’에 기반하여 J. H. Burns(1961-79), J. R. Dinwiddy(1977-83), F. Rosen(1983-94), F. Rosen and P. Schofield(1995-2003), P. Schofield(2003-)가 편집자로 참여하고 있는 *The Collected Works of Jeremy Bentham* (London: Athlone Press/Oxford: Clarendon Press, 1968-)을 참조하는 것이 일반적이다. 1968년 1권을 시작으로, 현재까지 34권이 출간되었고, 총 80권 정도를 출간할 계획이라고 한다. 시간 낭비를 혐오하였던 벤담답게, 규모가 방대하다. 벤담은 20대 후반부터 생을 마감할 때까지 7만여 장, 하루 평균 15쪽 분량의 글을 썼다. 이들은 University College London 도서관에 상자 채로 보관되어 있다고 한다.

벤담은 자신의 이상을 실험하기 위하여, 프랑스 혁명으로 개방된 개혁의 가능성에 주목하였다. 그는 영국의 관습적 보수주의와는 대조되는 ‘거대한 전환’에 매혹되었다. 벤담은 다양한 주제에 관한 논평과 조인을 담아, 프랑스 제헌의회에 많은 편지를 보냈다[그러한 열정적 노력에 대한 응답으로, 벤담은 1792년 프랑스 명예시민으로 추대되기도 하였다. 그러나 벤담은 이내 프랑스혁명에 대한 지지를 거두게 된다. 벤담은 ‘자연적 정의’라는 것의 논리적 토대가 약하다고 보았다. 그는 ‘공리의 원칙’ 이외의 다른 어떤 원칙들, 예컨대 금욕주의, 공감(반감)의 원칙과 같은 것들은(벤담에 따르

자는 행위자에게 고통을 주어 정의를 실현하는 것을 목적으로 삼는 반면, 후자는 향후 범죄를 ‘억지’(감축)하는 것을 목적으로 한다.<sup>229)</sup> 오늘날

때, ‘정의’는 공감원칙의 변형에 불과하다), 자칫 ‘지배자 한 사람의 최대 행복, 혹은 지배계급의 최대 행복’에 복무하는 것이 되기 쉽다고 생각하였다.]. 벤담은 특히 감옥을 사회 개혁의 최전선이라고 생각하였다. 그는 1786년부터 1813년까지, 강박적이라 할 정도로 파놉티콘의 구상과 실현에 집착하였다. 아버지의 유산까지 모조리 쏟아 부었지만, 결국 사업은 실패하고 그는 파산하였다. 영국 정부까지 파놉티콘보다는 완벽한 개인별 분할 수용을 위주로 하는 미국 펜실베이니아 모델을 채택하기에 이르고, 벤담도 파놉티콘에서 손을 떼게 된다. “나는 더 이상 파놉티콘에 관한 서류에 눈을 돌리기가 싫다. 그것은 마치 악마가 숨겨놓은 서랍을 여는 것과 같다.” Bentham & Pierre Étienne Louis Dumont, *Le panoptique* (1791)[신진수 번역, 파놉티콘(책세상, 2007), 이는 벤담이 영어로 쓴 파놉티콘에 관한 여러 글들의 핵심을 그의 친구인 에티엔 뒤몽과 함께 축약·번역하여 프랑스 국민의회에 보낸 것이다.]. 보우링 판 전집 4권에 「Panopticon or the Inspection-House」(1787, 뒤에 설계, 건축 설비와 기술 등에 관한 대단히 상세한 내용을 담고 있는 두 편의 후속편이 실려 있다)가 수록되어 있고, 8권에 파놉티콘의 ‘학교’ 판 확장모델이라 할 수 있는 ‘크레스토마시아’에 관한 글 「Chrestomathia: Being a collection of papers, explanatory of the design of an institution proposed to be set on foot under the name of the Chrestomathic day school, or Chrestomathic school, for the extension of the new system of instruction to the higher branches of learning, for the use of the middling and higher ranks in life」(1816)가 실려 있다.

공리주의는 그것이 사상사에 미친 지대한 영향력에 비하여, 국내에서 큰 관심을 받지 못하였다. 서양 사상 전반에 대한 탐구가 고르게 진척되어 있지 않은 상태에서, 20세기 후반 들어 서양에서 공리주의에 대한 비판이 쏟아지자, 공리주의 자체에 대한 본격적 음미는 생략된 채 그에 대한 비판론만 유행처럼 잔뜩 소개되었다. 존 스튜어트 밀 쪽은 그나마 상황이 나은 편이었지만, 정작 공리주의의 본류인 벤담은 갖은 억측과 편견 속에 끊임없이 고통받아야 했다. 흔히 벤담과 밀을 양적/질적 공리주의자로 구분하는 교과서적 도식이 통용되고, 그리하여 벤담은 쳐다볼 가치도 없는 극단적이고 저급한 공리주의자로 치부되곤 한다. 하지만 냉정하게, 벤담의 공리주의(현실주의)와 곧잘 대비되는 칸트의 도덕률이 법제도 설계에까지 전면적으로 적용·응용될 수 있을까. 세상에는 훨씬 더 저열한 도구주의가 판치고 있다. 인간의 본성에 솔직하였던, 그리하여 (상대적으로 무너지기 쉬운) 서로와 인류에 대한 ‘신의(信義)’보다는, 시스템과 제도, 강렬한 이기심에 더 잡은 (그럼에도 불구하고) 안정적인 공공선의 체계를 구축하고자 하였던, 벤담의 개혁에 대한 이상과 열망을, 우리는 편견을 견어내고 들여다 볼 필요가 있지 않을까. 벤담주의는 어쩌면, 전 지구적 우경화와 인민주의의 파고를 헤쳐 나가는 한 무기가 될 수 있을 것이다. 벤담은 더 많이 번역되고, 더 많이 읽혀야 한다.

229) ① 일반예방이론, 특별예방이론은 모두 억지론에 해당한다고 볼 수 있다. 두 이론은 모두, 다른 조건이 일정할 때 처벌강도는 죄책성에 비례해야 한다는, ‘한계억지(marginal deterrence)’ 원리에 더 잡고 있다. (책임비례를 벗어난 중형주의를 택하는 등의 경우에) 만일 범죄에 따르는 추가적 처벌이 없다고 믿게 되면, 범죄자의 유인은 왜곡된다. 예컨대, 적은 오염물질만 방류한 자가 계속하여 더 많은 오염물질을 방류할 유인을 가지게 된다. 일반억지에 더 높은 비중을 둔다면, 언론보도가 집중되고 있는 사건에서는 처벌강도를 높여 동일한 사법비용으로 잠재적 범죄자들에게 보다 큰 억지효과를 주어야 한다는 논리가 정당화될 수 있다. 그동안 실증 연구에 의하면, 일

반역지효과는 어느 정도 인정할 수 있는 반면, 특별역지효과는 미미한 것으로 나타난다. 일반역지효과에 대해서는 Isaac Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Political Economy*, Vol. 81, No. 3 (1973), 521; Llad Phillips & Harold L. Votey Jr., *The Economics of Crime Control* (Beverly Hills: Sage Publications, Inc., 1981). 특별역지효과에 대해서는 Richard A. Wright, *In Defense of Prisons* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1994). 응보론자들은 사회적 관심을 일반역지라는 구실로 처벌강도에 반영할 경우, 무고한 사람이라도 대중이 그가 범죄를 저지른 것으로 '믿고' 있는 사건에서는 '죄를 뒤집어 씌워 중형을 선고'하여야 한다는 결론이 된다고 비판하기도 한다. 그러나 이러한 비판은 응보론에 대해서도 마찬가지로 적용될 것이다(아래 ⑥ 참조).

② 격리론(incapacitation)도 넓게 보아 억지론에 속한다. 자유형뿐 아니라 운전면허 취소, 단체해산도 무력화(원천 차단) 조치에 포함시켜 생각할 수 있다. 미래 범죄예방만을 격리 목적으로 상정한다면, 미수·기수 구분은 불필요하고, 범행을 기다릴 필요도 없이 예방적 차원에서 격리할 수 있다는 입론이 가능할 것이다(영화 <마이너리티 리포트>에서 보듯, 이른바 'pre-crime'의 문제). 물론 범죄전력이 재범가능성 높음을 나타낸다고 보아 범죄자만 격리하는 것을 뒷받침할 수는 있다. 반면, 아무리 큰 피해를 야기한 범죄자라도 다시 범행을 저지를 확률이 없다면 면책 가능하다는 논리도 가능하다(성기능을 상실한 성범죄자 등. 살인죄는 다른 범죄에 비하여 초범의 비중이 높은 범죄인데, 우발적으로 범행에 이르는 경우가 많기 때문이다). 미국에서는, 수감·격리를 통하여 실제 범죄 수준의 약 20% 정도에 해당하는 범죄감소 효과가 있다는 분석이 있다. William Spelman, *Criminal Incapacitation* (New York: Plenum Press, 1994).

③ 재활론(rehabilitation)도 일종의 억지론이다. 형사처벌의 재활기능에 대하여는 회의론을 가지는 시각도 있다. Richard D. Schwartz, "Rehabilitation" in Sanford H. Kadish (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice* (New York: Free Press, 1983); Wright(1994). 그러나 이러한 이념을 포기할 수는 없을 것이다. 극단적으로는 재활이 형사처벌의 유일한 목적이 될 경우, 재활 불가능하다고 판단되는 자는 처벌하지 않는다는 결론도 가능해진다.

④ 의무론적 응보론(deontological desert)이 있다. 도덕철학적 분석에 더 얽은 '도덕적 비난 정도(moral blameworthiness)'가 처벌, 즉 '공정한 응보(just desert)'의 기준이 된다.

⑤ 경험적 응보론(empirical desert)이 있다. 사회과학연구를 바탕으로, 평균적 일반인들은 각기 다른 범죄들에 부여하는 '상대적 비난정도'에 매우 강한 공통성을 보인다고 한다. 원점인 0부터 한 사회가 선택한 최고 중형(사형, 무기징역 등)을 끝으로 하는 수직선을 가정할 때, 사람들에게 다양한 범죄를 수직선에 배치시켜 보라고 하면 그 순서가 상당히 일치하여 '선형적'이라는 것이다. 양형위원회 '양형기준'은 이러한 전제를 공유한다고도 볼 수 있다. 손동권, 김재윤, *범행비례적 양형론에 관한 연구*(한국형사정책연구원, 2006) 등 참조.

⑥ 복수적 응보론(vengeful desert)은 함무라비 법전, 고조선 8조법금(八條法禁), 구약성경 탈출기(출애굽기, 21: 23-25) 등에도 등장하는 역사가 가장 긴 응보론이다. 윤일구, *함무라비 법전: 고대법의 기원*(한국학술정보, 2015) 참조. 사람들은 범죄자가 처벌되는 것을 확인하면서 안도하고 만족한다. 반대로 극히 반사회적 범죄를 저지른 자가 검거되지 않거나 강하게 처벌되지 않으면 정의가 실현되지 않고 있다는 느낌을 가진다. 보복·응징 욕구는 사람들에게 신고유인을 주어 범죄발생률을 줄이고 적발확률을 높여주기도 한다. Richard Allen Posner, "Retribution and Related Concepts of Punishment", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 1 (1980), 71-92.

형법 교과서들은 대체로 이들을 절충한 ‘결합설’을 취하고 있다. 양자 중 어느 쪽을 우선할 것인가에 대한 해답을 얻을 수 있다면, 처벌대상(및 정도)에 대한 생각을 다듬을 수 있을 것이다. 응보론에 의하면 ‘응보 받아야 할 행위’가 될 것이고, 억지론에 의하면 ‘형벌로써 억지시켜야 할 행위’가 형벌의 대상, 즉 ‘범죄’가 될 것이다.

## 2. 응보론

### 가. 의의

응보론은 도덕적 믿음이나 보편적 정의관념(“내 안의 도덕법칙”<sup>230</sup>) 이 필연적으로 정하여주는 죄책의 크기(“비난가능성” 정도)에 따라 처벌 여부 및 정도를 정한다. ‘행위 자체’에 초점을 두고, ‘공정성’의 관점에서 형벌의 수준을 정하게 된다. 범죄에 대한 처벌은 범죄자가 고통을 받아야 한다는 점에서 그 자체로 선(善)이라고 간주된다.<sup>231</sup> 그와 같은 위해 행위가 후생에 미치는 효과, 이를 처벌함으로써 얻어지는 결과에 대해서는 상대적으로 관심을 덜 가진다.

### 나. 배경

---

이상은 모두 Paul Robinson, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished, How Much?* (New York: Oxford University Press, 2008), 8-17; 김일중(2013), 93-104에서 재인용; 신도철, “범죄와 형벌의 법경제학”, (김일중, 김두얼 편집), *법경제학 이론과 응용*(해남, 2011) [법경제학연구, 제2권 (2005)], 311-346에 의지하였다.

230) “자주 그리고 계속 숙고하면 할수록, 점점 더 새롭고 큰 경탄과 외경으로 마음을 채우는 두 가지가 있다. 내 위의 별이 빛나는 하늘과 내 안의 도덕법칙이 그것이다 (Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir).” Immanuel Kant, *Critik der praktischen Vernunft* (Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1788)[백종현 번역, 실천이성비판(아카넷, 2009), 327]<<http://gutenberg.spiegel.de/buch/kritik-der-praktischen-vernunft-3512/1>>(2016. 9. 21. 확인)

231) Stanley I. Benn, “Punishment” in Paul Edwards (ed.) *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 7 (New York: Macmillan, 1967), 29-36; 김일중(2013), 165에서 재인용.

응보론은 최초의 형벌이론으로, 그 역사가 유구하다. 그러나 보복은 근대형법의 기초로서는 부적절하다는 이유로, 응보론이 시대착오적 이론으로 생각되던 시기도 있었다. 영미법학계에서는 응보론에 대신하여, 18세기 후반 등장한 벤담의 초기 억지론<sup>232)</sup>, 19세기 중후반부터는 ‘격리 및 재활을 통한 (특별)예방론’이 상당 기간 주류를 점하고 있었다. 그러나 재활이 재범방지에 그다지 효과적이지 않다는 경험적 관찰, 재활 중시에 따른 ‘불확정 형량’, ‘무고한 사람의 격리’ 등에 대한 비판과 더불어 1960년대에 ‘일반억지론’이 부활하기도 한다.<sup>233)</sup> 하지만 억지론 비판이 차츰 힘을 얻어, 1980년대 중후반부터 응보론이 처벌에 대한 가장 강력한 정당성을 부여하는 이론으로 다시 각광받는 ‘반전현상’이 일어났다. 위협사회에서 제기되는 안전에 대한 강력한 요청에 부응하여, 현재는 응보론이 오히려 법학이나 범죄학의 가장 유력한 위치를 차지하고 있는 것으로 보이기도 한다.<sup>234)</sup>

232) 공리주의에 입각한 초기 억지론에 대하여는, ‘억지만을 유일한 목적으로 한다면 어떤 중벌도 허용된다는 결론에 이른다’는 비판도 있었다. ‘억지론은 책임주의의 제한을 받아야 한다’는 주장도 동일한 맥락이다. 그러나, 흔히 오해받는 것처럼, 벤담은 결코 공공의 이익을 위하여 소수자의 인권이 얼마든지 무시되고 희생될 수 있다는 전체주의적인 결론을 낸 적이 없었다. 시대의 한계 탓인지, 벤담이 『서론』 제16장에 나열한 위법행위 목록은 오히려, 여전히, 상당히 도덕주의적 색채를 띠고 있다는 느낌마저 받는다. 벤담은 오해의 근원인 ‘최대 다수의 최대 행복’ 명제만으로 노예제와 사형제 철폐, 여성의 투표권과 이혼청구권, 동성애자에 대한 차별금지와 같은 진보적인 개혁안들을 이미 19세기 초에 도출해 냈다. 벤담은 언뜻 내 이익에 반하는 것처럼 보이는 정책이, 어떻게 나와 공동체 전체의 이익에 부합하는지를 숙고하게 하고, 설득하려 했다.

더욱이, 교과서들이 여전히 억지론의 약점으로 지적하고 있는 ‘형벌과 책임의 비례’라는 요청은, 현대사회에서 문제되는 맥락이 달라졌다고 판단된다. 오히려 오늘날에 더 필요한 책임주의는 과잉‘응보’ 요구에 대한 것이다. 억지론 입장에서 과잉억지는 자원 낭비일 뿐만 아니라 효과적이지도 않다.

233) 미국 연방 항소법원의 다음과 같은 판시는 참고할 만하다. “Indeed, **deterrence** is the surest ground for punishment, since **retributive** norms are so unsettled and since **incapacitation** may, by removing one offender from the pool of offenders, simply make a career in crime more attractive to someone else, who is balanced on the razor’s edge between criminal and legitimate activity and who now faces reduced competition in the crime ‘market.’”(강조는 인용자) U.S. v. Jackson, 835 F.2d 1195, 1197 (7th Cir, 1987). 위 판결은 Isaac Ehrlich, “On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence”, *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 3 (1981), 307을 인용하고 있다.

234) 이상 김일중(2013), 130-139.

## 다. 억지론 비판

응보론은 억지론을 다음과 같이 비판한다.

첫째, ‘왜 목적적 존재인 존엄한 개인이 다수 잠재적 범죄자들의 범죄를 억지하기 위한 수단으로 동원되어, 마땅히 받아야 할 형벌보다 과중한 처벌을 받아야 하는가’하는 점이다. 억지론 논리에 따르면 적발확률이 중요한데, 만약 적발확률이 매우 낮다면, 억지효과를 충분히 달성하기 위하여(본보기를 보여준답시고) 처벌강도를 무단히 높이게 되는 것이 아닌가 하는 의혹도 제기된다. 특별히 세간의 관심을 많이 받는 사건에서는 처벌비용(적발노력, 수감비용)이 증가하는 한이 있더라도 끝까지 검거해 강하게 처벌하려 할 유인이 생긴다.<sup>235)</sup>

---

235) 그러나 억지론은 예나 지금이나 최대 억지효과를 위해 무한정 형량을 높이자고 주장하지 않는다. 벤담은 “모든 형벌은 그 자체로 악이므로, 어쨌든 형벌이 허용되어야 한다면 그것은 오직 더 큰 악을 제거하리라고 보장하는 한에서만 허용되어야” 함을 명확히 했다. Bentham(2013), 331-332. 억지론자들에게 ‘최적제재 수준’은 범죄억지로 인한 후생증가효과와 제재로 인한 비용증가효과를 조화시키는 선에서 결정되고, 이는 당해행위로 기대할 수 있는 이익을 조금 상회하는 수준이 될 것이다[신도철(2011), 320]. 이로써 응보론이 강조하는 ‘행위 자체’에 대한 ‘비례성’을 응보론보다 더 구체적인 기준에 의하여, 자연스럽게 확보할 수 있다.

계몽주의 시대의 억지론자이자 공리주의자인 체사레 베카리아도 (오해와는 달리) 다음과 같이 말한다. “범죄를 억제할 수 있는 장애물 크기는 그 범죄가 공익(공공의 안전과 행복)에 반하는 정도에 비례하여, 그리고 범죄를 이끄는 유혹 강도에 비례하여 설정되어야 할 것이다. 요컨대, 형벌은 범죄에 비례하여야 한다.” “형벌이 목적을 달성하기 위해서는, 범죄자가 형벌을 통해 받은 해악이 범죄로부터 얻는 이익을 넘게 하는 정도로 충분하다. 그 정도를 넘어선 모든 처벌은 불필요한 것이고, 그 때문에 폭압적인 것이다. 인간은 자신이 ‘알지 못하는 고통’에 의해서가 아니라, ‘알고 있는 고통’에 대한 반복적 인상’에 의하여 자신의 행동을 통제한다.” Beccaria(2006), 27, 108.

베카리아는 “범죄를 예방하는 가장 효과적인 방법은 형벌의 잔혹성이 아니라 형벌의 확실성에 있다.”고 단언한다. “형벌은 비록 온건하더라도 확실하기만 하면, 처벌 회피의 희망이라는 요행수와 결부된 무시무시한 처벌의 공포감보다 강한 인상을 줄 수 있다(인용자 주: 대부분의 사람들은 위험기피적이다). 처벌이 확실할 때에는 최소한의 해악으로도 사람들 마음을 떨게 할 수 있다. 형벌이 잔혹해질수록 범죄자는 처벌을 피하기 위해 위험을 무릅쓰게 된다. 형벌을 통해 그가 받을 해악이 너무나 크기 때문에, 잔혹한 형벌이 범죄자를 더욱 대담하게 만들어, 그는 처벌을 피하기 위한 일념에서 여러 후속범죄들을 저지를 수 있다(인용자 주: 예컨대, 작은 범행을 감추기 위해 증인을 살해할 수도 있다). 형벌이 잔혹해질수록, 그에 비례하여 인간의 마음은 완강하고 무감각해진다. 액체(流體)가 그것을 둘러싼 물체와 같은 높이에 도달하려는 것처럼 말이다.” Beccaria(2006), 106-107.



둘째, 밑바닥에 깔린 ‘일벌백계주의’도 검증이 필요하다. 합리적 선택에 의하지 않은 충동적 범죄(우발적 살인)나 적발하기 어려운 범죄(마약, 뇌물)는 형벌 예고를 통한 일반억지가 매우 어렵다. 심지어 재산범죄의 경우 엄벌이 범행수법을 더 정교하고 은밀하게 다듬는 계기로 작용할 수 있다. 처음부터 비례성을 벗어난 처벌은 범행심화 내지 추가범죄의 유인이 될 수도 있다(예컨대, 어차피 중형을 받게 될 강도가 살인까지 하는 경우).<sup>236)</sup> 억지론에서 중시하는 ‘낙인효과’가 잠재적 범죄자의 범죄는 예

---

오늘날 실증 연구결과에 따르면, 범죄억지에 기여하는 ‘확실성(certainty)’, ‘엄중성(severity)’, ‘신속성(swiftness)’ 중에서 범죄를 확실하게 적발하여 처벌해낸다는 의미의 확실성은 범죄억지에 긍정적 영향을 미치지만, 처벌의 엄중성은 범죄억지에 미치는 영향이 불분명하다고 한다. Andrew von Hirsch et al., *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Oxford: Hart Publishing, 1999). Valerie Wright, “Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty v. Severity of Punishment”, *The Sentencing Project* (2010. 11. 19.) <<http://www.sentencingproject.org/publications/deterrence-in-criminal-justice-evaluating-certainty-vs-severity-of-punishment/>>(2016. 9. 27. 확인)에서 재인용. 체포나 구속에 대한 두려움은 범죄억지에 효과가 있지만, 장기구속에 대한 두려움은 그러한 효과를 갖지 않는다는 연구 결과도 있다. Robert L. O’Block & Joseph Donnermeyer, *Security and Crime Prevention(2nd ed.)* (St. Louis: Butter worth-Heinemann, 1991).

행동(법)경제학에 따르면, 범죄자가 자신의 검거확률을 과소평가하는 편향[‘낙관성 편향(optimism bias)’, 객관적 자료보다 입수하기 쉬운 정보에 의존하여 판단하는 경향[‘가용성 휴리스틱(availability heuristic)’, 범죄행위에 따르는 즉각적 만족을 높게 평가하는 반면 미래 상황인 처벌에 대해서는 그 확률과 그로 인한 고통을 과소평가하는 태도[‘비일관적 할인율(inconsistent discount rate)’] 등 심리적 편향(비합리성)을 가진다고 한다. 또한 재소자가 수감생활 초기에는 큰 고통을 느끼더라도 금방 새로운 생활에 적응하여 이전 수준 만족도를 회복하기 때문에[‘헤도닉 적응(hedonic adaptation)’, 형기가 늘어남으로 인한 처벌효과(범죄억지효과)는, 이혼 등 가정파괴, 질병 등 건강악화, 취업상 불이익 등 사회복지 과정에서의 어려움과 같은 다른 요인에 의한 부수적 고통을 떼어놓고 생각하면, 기존 이론들이 상정하는 것에 비하여 그리 크지 않을 수 있다고 한다. 요컨대 처벌 강도보다 적발확률을 높이는 것이 일반적으로 범죄억지에 도움이 된다. 이상의 내용은 고학수, “범죄 및 형사정책에 대한 행태법경제학적 접근”, *저스티스*, 통권 제116호 (2010. 4.), 277 이하 참조.

236) Bentham(2013), 353은 그 때문에, “형벌은 불법행위로 인한 해악의 각 부분에 대하여 범법자가 그것을 일으키지 않도록 억제할 동기를 부여할 수 있는 방식으로, 개별 행위와 단계별로 나누어 부과되어야 한다.”는 규칙을 제시하였다. 이를 한계효용학파의 창시자로 불리는 제본스(1835~1882), 멩거(1840~1921), 왈라스(1834~1910) 등의 ‘한계혁명(Marginal Revolution)’에 빗대어, ‘한계형벌이론’이라 이름할 수 있을까(제본스의 효용이론은 벤담과 밀의 공리주의 전통을 잇는 것이다). 경제분석에서 한계분석이 도입된 계기가 된 글들은 William Stanley Jevons, “Brief Account of a General Mathematical Theory of Political Economy”, *The Journal of the Royal Statistical Society*, Vol. 29 (1866) <<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/jevons/mathem.txt>>(2017. 6. 10. 확인); William Stanley Jevons, *The Theory of Political Economy* (London: Macmillan, 1871) <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/>

방하더라도 당해 범죄자의 재범을 부추길 우려도 있다.<sup>237)</sup>

셋째, 억지론은 시민들이 집단적으로 공유하고 있는 도덕적 믿음을 제대로 반영하지 못한다. 형벌조항이 평소 믿음으로부터 괴리되면 시민들은 이를 ‘정의로부터의 이탈(deviation from justice)’로 받아들이고, 법을 경시하게 된다. 무리한 형벌조항이 입법되었을 때에는 범집행자들(경찰, 검찰, 판사, 배심원)도 상식적 수준에 맞추어 법이 허용하는 재량을 행사한다.<sup>238)</sup> 이는 양형이 실제로는 도덕철학적 응보론에 따라 작동되고 있음을 보여준다.<sup>239)</sup> 잠재적 범죄자들 역시 법을 무시한다. 법이 자신들의 믿음과 괴리되어 있을 때에는 법이 규정한 형벌수준을 액면 그대로 받아들이지 않는다. 범집행자들이 그대로 집행하지 않을 것이라 믿기 때문이다. 억지를 위한 법이 실제로는 범죄자들의 유인을 바꾸기 어려울 수도 있다.<sup>240)</sup>

넷째, 억지 메커니즘을 파악하여 이를 설계하기 위하여서는 많은 양의 정보가 필요하다. 그러나 이를 달성하기 어렵고, 시시각각 변하는 상황에 맞추어 정보를 갱신하기도 어렵다.<sup>241)</sup> 게다가 그와 같이 수집한 정

---

[jevons/TheoryPoliticalEconomy.pdf](#)>(제5판, 2017. 6. 10. 확인); Carl Menger, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Wien: Wilhelm Braumüller, 1871) <[http://docs.mises.de/Menger/Menger\\_Grundsaeetze.pdf](http://docs.mises.de/Menger/Menger_Grundsaeetze.pdf)>(2017. 6. 10. 확인); Marie-Espirit-Léon Walras, *Éléments d'économie Politique Pure; ou, Théorie de la Richesse Sociale* (Lausanne, L. Corbaz & Cie, 1874) <<https://archive.org/details/lmentsdconomiemp00walrgoog>>(2017. 6. 10. 확인).

237) 그러나 이들은 억지의 ‘불완전성’을 지적한 비판일 뿐 ‘범행을 억지하려 해서 안 된다’는 주장은 아닐 것이다. 억지효과를 크게 고려하지 않는 응보론에 대해 오히려 더 강하게 제기할 수 있는 비판들이기도 하다.

238) 예컨대, 징역형과 (포탈 또는 공급가액등의 합계액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한) 세액의 2배 이상 5배 이하 벌금을 필요적으로 병과하도록 한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조(조세 포탈의 가중처벌), 제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌)를 적용할 때, 사안에 따라 징역형의 집행유예 또는 벌금형의 선고유예를 선고하는 경우 등.

239) Irwin Horowitz, “The Effect of Jury Nullification Instruction on verdicts and jury functioning in criminal trials”, *Law and Human Behavior*, Vol. 9, No. 1 (1985), 25 등.

240) 이상은 김일중(2013), 141-143을 정리한 것이다.

241) 범집행당국이 완전한 정보를 가지고 있다면, ① 사회적으로 바람직한 행위는 허용하고, ② 바람직하지 않은 행위는 충분한 크기의 제재위협으로 완전히 억지하고, ③ (행위자의 기대효용이 너무나 커서) 어떤 수단으로도 억지할 수 없는 행위는 처벌하지 않는 것이 효율적이므로(격리 등 무력화 조치를 취하면 범행가능성을 차단할 수 있을 것이다), 결국 실제로는 형벌이 부과되지 않는다는 결론이 된다. 바꾸어 말하면, ‘형벌 자체가 불완전 정보의 산물’일 수 있다. 신도철(2011), 316-320.

보를 반영하여 법을 집행하는 과정에서 오차가 발생할 수밖에 없다.

요컨대, 절차보장에 소홀할 우려가 있고, 억지 목적만을 고려하여 구축한 시스템이 역설적으로 그 억지 목적마저 달성하지 못할 수 있다는 것이다. 관건은 시민들로부터 ‘도덕적 신뢰’를 얻는 것이고, 이를 위하여서는 시민사회가 ‘정의로움’에 대하여 공유하는 직관에 부합하는 일관된 처벌수준을 견지하는 것이 필요하다고 한다.<sup>242)</sup>

### 3. 억지론

#### 가. 의의

억지론은 응보론이 기준을 두는 ‘정의’나 ‘공정성’ 개념은 모호하고, 시대에 따라, 가치관에 따라, 개별 사안에 따라 의미가 달라질 수 있는 불안정한 개념이라고 지적한다.<sup>243)</sup> 법제를 올바르게 평가하려면 모든 법 분야에 (응보론적 용어를 빌려) ‘보편타당하게’ 적용할 수 있는 지표가 필요한데, 그것은 바로 ‘후생(welfare)’이라고 한다.<sup>244)</sup> 최근 억지론은 사

---

242) Robinson(2008), 189-212 등.

243) “도덕적 개념은 언제나 헛갈리고 흔들린다(nozioni morali, fluttuanti sempre e confuse).” Beccaria (2006), 39.

244) “범죄를 처벌하는 것보다 예방하는 것이 더 바람직하다. 이것은 모든 훌륭한 입법의 근본 목적이다. 입법은, (만일 우리가 이런 수학적 표현을 선악의 문제에도 적용할 수 있다면) 인간의 행복을 극대화하고, 불행을 최소화하는 기술이다.” Beccaria(2006), 174. 즉, ‘최적화(optimization)’ [= 공학(engineering)]의 문제가 된다. 따라서 라그랑주 승수법(the Method of Lagrange Multipliers)을 사용할 수 있을 것이다. Alpha C. Chiang, *Fundamental Methods of Mathematical Economics (3rd ed.)* (New York: McGraw-Hill, 1984), 369-432. 위 기법은 원래 (해석)역학에 적용되었던 것으로, 원전은 Joseph Louis Lagrange, *Mécanique Analytique* (Paris: Ve Courcier, 1811) <<https://books.google.co.kr/books?id=CRQOAAAQAAJ&dq=m%C3%A9canique%20analytique%20vol.%201&pg=PP9#v=onepage&q&f=false>>(2017. 6. 10. 확인)이다.

한편 존 로크도 다음과 같이 말한다. “(그리하여) 자연상태에서는, 한 인간이 다른 인간에 대한 권력(필자 주: 자연법의 위반을 막기 위해 필요한 만큼 그 법의 위반자를 처벌할 권리)을 획득하게 된다. 그러나 그것은 격정적 충동이나, 자의에 따른 한없는 무절제에 따라 사용되는 절대적이거나 제멋대로인 권력이 아니라, 차분한 이성과 양심이 명령하는 바에 따라, 범죄자에게 그 침해에 비례하는 보복을 가할 수 있는 권력으로서, **배상(피해회복)**과 **억지**를 목적으로 하는 것이다. 그리고 이 두 가지 목적만이, 한 인간이 다른 인간에게 합법적으로 해악을 가할 수 있는 이유가 된다. 우리는 그것을 ‘처벌’이라고 부른다(And thus in the state of nature, one man comes by a power over another; but yet no absolute or arbitrary power, to use a criminal

회후생함수를 활용한 ‘후생경제학’ 분석의 도움을 받기도 한다. 억지론자들은 공정성에 대한 선호, 불공정성에 대한 반감과 같은 것들도 후생의 요소로 포함시킨다.<sup>245)</sup> 응보론자가 우려하는 과잉억지에 따른 부작용, 시민들의 도덕적 신뢰 역시 사회적 후생 요소로 충분히 포섭할 수 있는 항목들이다. 법집행자들의 사적유인 문제는 ‘행동(행태)경제학’이 정면으로 다루고 있다.<sup>246)</sup>

억지론은 응보론의 우려를 이미 대부분 인식하고 있고, 그조차 얼마든지 포괄할 수 있는 유연한 이론이다. 억지론에 의할 경우 범죄를 억지하기 어렵다는 비판은, 어떤 다른 방식이 범죄억지에 더 효율적인가를

---

when he has got him in his hands, according to the passionate heats, or boundless extravagancy of his own will, but only to retribute to him, so far as calm reason and conscience dictates, what is proportionate to his transgression, which is so much as may serve for **reparation and restraint**. For these two are the only reasons, why one man may lawfully do harm to another, which is that we call punishment).” (강조는 인용자) John Locke, *The Two Treatises of Government: The Second Treatise of Government - An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil-Government* [London, 1821(1689)], 192-193 [강정인 번역, 통치론: 시민정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론(가치, 1996), 14-15] <<https://books.google.co.kr/books?id=IpYIAAAAQAAJ&dq=the%20two%20treatises%20of%20government%20%3A%20the%20second%20treatise%20of%20government%20an%20essay%20concerning%20the%20ture%20original%2C%20extent&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>>(2016. 10. 7. 확인).

245) ‘의무론’ 대 ‘공리주의’는 ‘옳음(그림)’ 대 ‘좋음(나쁨)’의 구도이기도 하다. 그런데 그리스적 ‘선(善, agathon)’은 ‘좋음’을 의미한다. “정의로운 자는 행복하나, 정의롭지 못한 자는 불행하다. 즉, 정의로운 자는 이익을 얻지만, 정의롭지 못한 자는 불이익을 당한다.” Platon(2005), 118-119 (354a). 중세 기독교 문화에 가서야 ‘악(惡)’이 의무론적 색채를 띠게 된다. ‘공정성’을 공리주의 척도인 ‘효용’이나 ‘후생’으로 통약(通約)할 수 있다는 사고는 어쩌면 더 뿌리 깊은 인식틀일지도 모른다.

246) 행동경제학에 관해서는, Richard H. Thaler, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992)[최정규, 하승아 번역, 승자의 저주: 경제현상의 패러독스와 행동경제학(이음, 2007)]; *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics* (New York: W. W. Norton & Company, 2015)[박세연 번역, 똑똑한 사람들의 멍청한 선택(리더스북, 2016)]; & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (New York: Penguin, 2008)[안진환 번역, 넛지: 똑똑한 선택을 이끄는 힘(리더스북, 2008)]; Cass R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000); 고학수, “협상을 통한 분쟁해결: 행태주의 법경제학의 관점”, 법과 사회, 제31권 (2006); 고학수(2010); 박경래, 강우예, 고학수, 이종인, 이종한, 최성락, 김대근, 범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(I)(한국형사정책연구원, 2010); 이준구, “행태경제학의 등장과 경제학의 미래”, 서울대학교 경제연구소 경제논집, 제47권 제1호 (2008. 3.) 등.

고민해야 한다는 결론으로 이어질 수는 있어도 억지론 자체에 대한 비판이 되기는 어렵다.

#### 나. 응보론 비판

억지론의 응보론에 대한 비판은 다음과 같은 것들이다.<sup>247)</sup>

첫째, 응보론자들은 주로 살인, 강간 등 대표적 흉악범죄(이른바 ‘자연범’)를 논의의 기준으로 삼고 있다. 하지만 계약파기, 저녁약속을 지키지 않는 행위, 누군가를 놀리는 행위, 간통 중 ‘무엇이 형사처벌로 통제하여야 하는 잘못된 행위(wrongful behavior)인가’에 관해서는 거의 답을 주지 못한다.<sup>248)</sup> 후생을 기준으로 삼으면 처벌대상을 보다 명확하게 획정할 수 있다. 예컨대, ‘타인 후생을 감소시키는 행위 중 국가의 공적 제재로 가장 편리하게(인용자 주: **효율적으로**) 통제될 수 있는 행위[Acts (...) that reduce individuals’ well-being and that can be controlled **most usefully** by the threat or imposition of official punishment]’(강조는 인용자)라는 벤담의 기준에 의하면, 살인과 강간이 이에 해당함을 쉽게 판별할 수 있다.<sup>249)</sup> 다른 위해행위들에 대해서도 그와 같은 기준을

247) 이상과 이하의 내용은 대체로 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (Cambridge: Harvard University Press, 2002)의 것으로, 김일중(2013), 152-223을 참조하여 정리하였다.

248) 샤벨은 인류 역사에서 형사법과 불법행위법이 엄격하게 구분된 것은 비교적 최근 일이라고 한다. 살인, 강간 등 비난가능성이 매우 큰 범죄들도 과거에는 불법행위법에 따른 금전 배상방식으로 통제되었다는 것이다. 고도로 분화되고 익명성 짙은 현대 사회와 달리, 과거사회는 폐쇄된 사회였고, 지역적, 혈연적 연계성이 높았기 때문에, 범행이 쉽게 발각되어 소위 책임을 회피하기가 어려웠다. 범죄자 스스로 배상액을 감당하기 힘들 경우 친족 등에 공동배상을 명하기도 하여 ‘자산불충분성(asset insufficiency)’ 문제도 덜 발생하였을 것으로 추측된다. 나아가 공동책임 관행은 집단 구성원들에 대한 억지력을 일상적으로 강하게 작동시켰다. 감옥을 짓고 죄수들을 감둑하는 비용이 상대적으로 더 높았을 것이고, 노동력이 가장 중요한 생산요소였기 때문에 수감된 죄수들의 노동력이 매우 큰 기회비용으로 인식되기도 하였을 것이다. 요컨대, 비용이 많이 드는 형법에 의하여야만 하는 불가피성이 적었던 것이다. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2004), 540-550; 김일중(2013), 215-217에서 재인용. 게르만-프랑크 시대에도 형사책임과 민사책임, 불법행위 책임과 채무불이행 책임이 분화되지 않았다고 한다. 현승중, *게르만법(제3판)*(박영사, 2001), 442-448.

249) 벤담은 다음과 같은 경우에는 형벌을 허용하여서는 안 된다고 한다. ① 형벌의 근

적용할 수 있다.

둘째, 처벌대상으로 삼을 것인지에 관한 답을 얻었다고 하더라도, ‘잘못의 정도(degree of wrongfulness)’를 판단할 수 있는 실질적 지침을 제시하지 못한다. 범죄가 다층적 특성을 갖기 때문이다. 어떤 범죄가 다각적 영향을 미친다고 하더라도 이를 ‘후생’이라는, 표준화된 하나의 단위(metric)로 표현할 수 있다면, 범죄들 간 심각성 정도를 비교할 수 있다. 사회후생을 평균적으로 더 크게 손상시킬수록, ‘죄책성(culpability)’<sup>250</sup>이 더 큰 것으로 볼 수 있을 것이다.

셋째, 잘못의 정도를 안다고 해도, ‘처벌 수준’을 정하는 문제가 남아 있다. (의무론적) 응보론은 범죄와 정당한 형벌 사이에 1:1 관계가 성립한다고 보는 듯하다. 그러나 비난가능성 정도를 형벌 단위로 전환하는 구체적인 메커니즘에 관하여는 특별한 설명이 없다.<sup>251</sup> 경험적 응보론 관점에서, “계획적 살인, 폭행치사, 교통사고에 따른 과실치사 순으로 처벌강도가 낮아져야 한다는 정도는 누구라도 합의할 수 있다.”는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이는 범죄들 사이의 ‘상대적 서열’을 알려줄 뿐, 예

---

거가 없는(groundless) 경우: 피해자의 동의가 있는 등으로 아무런 해악이 없거나, 재난예방 등 해악을 능가하는 이익이 있거나, 적당한 보상으로 해악이 모두 치유될 수 있는 경우 등에는 전체적으로 그 행위가 해롭지 않아 방지할 해악이 없다. ② 형벌의 효과가 없는(inefficacious) 경우: 소급입법 등 형벌이 적용될 수 없는 경우, 신법이 공포되지 아니한 경우, 심신상실, 고의가 없는 경우, 절대적 강요에 의한 행위 등에는 형벌이 해악방지에 효과가 없다. ③ 형벌이 유익하지 않거나(unprofitable), 너무 많은 비용이 드는(expensive) 경우: 위법행위보다 형벌이 더 많은 악을 낳을 수 있다. ④ 형벌이 불필요한(needless) 경우: 행정지침 등 비용이 적게 드는 다른 수단으로도 해악을 막을 수 있다. Bentham(2013), 331-345.

250) 독일 문헌들 중에는 ‘culpability’를, 강학상 ‘규범적 책임론’에 따른 ‘비난가능성(Vorwerfbarkeit, blameworthiness)’ 개념과 구별 없이 사용하고 있는 문헌들도 발견된다. 영어 문헌들은 ‘비난가능성 정도(degree of one’s blameworthiness)’를 나타낸다거나(미국 모범형법전 MPC §2.02는 ‘culpability’를 ‘purposely, knowingly, recklessly, negligently’로 단계화하고 있다), ‘responsibility(귀책성?)’에 비하여 ‘행위자의 적극적 관여’라는 요소를 보다 많이 담는다고도 한다(그 어원은 잘못, 책임 등을 뜻하는 라틴어 ‘culpa’이다). ‘비난가능성’이라 번역하여도 의미상으로는 이 글이 범죄(형벌대상 행위) 요소로 삼고 있는 행위불법(행위반가치성, 고의성)과 결과불법(결과반가치성, 총피해)을 어느 정도 내포한다고 생각된다[특히 고의·과실의 이중적 지위를 인정하는 합일태적 범죄체계론(신복합적 책임개념)에 의할 때]. 그러나 응보론의 윤리적 색채가 지나치게 강하다고 생각되어, 책임 ‘정도(程度)’의 뉘앙스를 보다 많이 담고 있는 ‘죄책성’이라는 용어를 채택하기로 한다. 이념상 예방적 책임론자들이 사용하는 ‘답책성, 벌책성(Verantwortlichkeit)’과 친하다고도 볼 수 있을 것 같다.

251) 경제학설사에서는, 수요와 공급에 의해 외생적으로 정해진다고 하는 ‘가격’에서, ‘가치’라는 내재적 중심(중력의 중심)을 인정할 수 있는지에 관한 논쟁이 있기도 하였다.

컨대, ‘절도가 중한 범죄인지, 미성년자에 대한 술 판매가 중대한지’와 같이 가치관에 따라 다른 결론이 나올 수 있는 문제에 대해서는 답을 주지 못한다. 범죄 유형별로 어느 정도 응보를 하여야 하는지에 관하여 일관된 합의를 도출한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 특히 응보론자들이 잘 다루지 않는 신종 범죄에 대해서는 공감대를 도출하기가 매우 어렵다.<sup>252)</sup>

252) 예컨대, 유사수신행위를 한 자에 대하여 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 한 유사수신행위법의 법정형 상한은, 최근 문제된 많은 사건들에서 논란이 되었다.

그러나 ‘유사수신, 유사금융 사기범죄’는 현대 자본주의사회에서 다수 피해자들에게 가장 치명적인 타격을 끼칠 수 있는 경제적 살인죄라고 하여도 과언이 아니다. 다음과 같은 공통적인 특징이 나타난다. 첫째, 고이율, 화려한 수익률을 미끼로 금전을 예탁받는다. 정상적인 사업인 것처럼 가장하여 계약을 체결하지만, 그 실체는 처음부터 금전을 편취할 목적인 경우가 많고, 이러한 형태의 자금모집은 사기죄를 구성하는 경우가 대부분이다. 둘째, 행위자의 자금운용 내지 사업은 그 실체가 존재하지 않거나 실패에 그치는 경우가 많다. 셋째, 행위자는 유사한 전력이 있는 전과 보유자인 경우가 많다. 넷째, 반환시기가 도래하지 않거나 도래하더라도 다단계 피라미드 수법을 동원해 새로운 고객(‘후가입자’)으로부터 모집한 자금으로 먼저 입회한 회원(‘선가입자’)에게 배당이 이루어지는 ‘돌려막기’의 단계에서는 문제가 표면화하지 않다가 그 배당이 실패하는 단계에서 발각되는 경우가 많기 때문에 그 동안 피해는 더욱 막대해진다[경제학자 하이먼 민스키(Hyman P. Minsky)는 다단계 피라미드 수법의 금융사기범죄를 1920년대 미국에서 찰스 폰지(Charles Ponzi)가 벌인 금융다단계 사기행각에 착안하여 폰지금융(Ponzi finance) 혹은 폰지사기(Ponzi scheme)라 불렀다]. 다섯째, 피해자는 경제적 지식이 많지 않은 서민들인 경우가 많다. 여섯째, 불법 금융다단계 업체를 적발해 임원진을 처벌하더라도 다단계의 속성상 다음 직급의 사람들이 상호와 장소만을 변경해 계속 영업하는 경우가 대부분이다. 도중진, **금융사기범죄에 관한 연구 -특히 유사금융사기범죄를 중심으로-**(한국형사정책연구원, 2002); 박정선, 황지태, 양승돈, “국내외 투자사기의 유형별 실태 연구”, **형사정책연구**, 제22권 제4호, (2001); 이동임, “다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안”, **피해자학연구**, 제22권 제2호 (2014); 김민정, 김은미, “금융사기 유형과 피해 유형험자의 특성 -중고령 소비자를 중심으로-”, **소비자문제연구**, 제45권 제2호 (2014). 이상 서울중앙지방법원 2016. 4. 4. 선고 2015고합974 판결에서 재인용.

실무상으로는, 피해자가 다수이고 피해액이 클 경우에 현저히 정의와 형평에 반하는 결과를 피하기 위하여, 중형이 선고될 가능성이 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄로도 기소하여 양자의 실체적 경합범으로 구성하는 우회적인 방법을 취하기도 한다. 그러나 최근까지도 유사수신행위는 입증 곤란 등의 이유로 중한 범죄로 인식되지 못하였던 측면이 있다. 위 2015고합974 판결 및 서울중앙지방법원 2016. 7. 22. 선고 2016고합152 판결(이른바 ‘이슈투자자문 사건’)에서 비로소 피고인들에 대하여 가담정도에 따라 17년(13+4), 9년(7+2), 4년 등 기존 사건들에 비하여 높은 형이 선고되었다(먼저 선고된 앞 사건은 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도16347 판결로 동일한 형이 확정되었다. 다음과 같은 위 2015고합974 판결의 ‘양형의 이유’ 참조. “합법적인 금융기관의 외관을 만들어 해외선물거래를 내세우고 저지른 사기범행이 검거된 최초의 사례이다. 신뢰를 기반으로 작동하는 금융제도는 물론 사적자치에 더 얽은 거래의 자유와 질서 자체를 위협하는 심각한 범죄이다. 유사금융사기범죄는 피해자들이 대부분 경제적 약자들로서 이와 같은 범죄가 반복될 경우 국민경제에

하지만 후생이론을 응용하면, 후생손실을 금전적 가치로 환산할 수 있기 때문에 어느 정도 기준을 얻을 수 있다(처벌의 한계편익과 한계비용이 같아지는 수준).<sup>253)</sup>

넷째, 응보론은 적발확률,<sup>254)</sup> 오판 가능성 등 집행오류에 무관심하다. 응보론이 판단대상이 된 특정 행위에 대하여 어떤 결론을 내줄 수 있다고 하더라도, 그 과정에서 범망을 피해간 범죄자나 무고하게 처벌받은 자가 있다면, 응보론이 내세우는 ‘공정성’이라는 가치는 크게 훼손될 수밖에 없다. 응보론을 기계적으로 적용시킬 경우 자연적 정의감에 반하는 경우가 생길 수 있다. 반면 억지론은 그와 같은 측면들을 사회후생에 포괄하여 검토한다.

요컨대, 응보론은 내용이 불분명하고 추상적이어서 현실 적용력이

---

막대한 피해를 끼친다. 특히 피고인 송○○를 중심으로 조직화된 범죄단체는 인베스트컴퍼니, 에이블, 리치파트너, 이숨투자자문의 등의 순으로 점차로 더 큰 ‘돌려막기’ 범행을 기획·실행하고 있고, 새로운 범행을 통해 마련한 자금으로 이전 사건 일부 피해자들과 합의하여 가벼운 처벌을 받는 패턴을 반복하고 있다. 즉, 더 큰 추가범행으로 이전의 범행을 ‘돌려막기’하고 있다. 이들에 대한 지금까지의 형벌은 응보나 일반예방의 기능은 물론 특별예방의 기능을 하지 못하였다. 이러한 사건에서는, 다른 사건과의 형평이나 피해가 회복된 사정을 고려한 엄벌의 주저가 ‘연쇄범행’에 대한 유인과 기회를 제공하는 것이 되어서는 아니 된다. 더욱이 그 수법이 교묘하고 사안이 복잡하여 수사의 단서를 잡거나 증거를 확보해 적시에 검거하는 것이 대단히 어렵다는 사정 또한 고려되어야 한다. 피고인들은 저금리시대가 낳은 서민들의 기대를 악용하여 그들의 꿈과 희망을 짓밟았다(이하 생략).” 이후 유사 사건들에서도 형량이 점차 현실화되어 늘어나는 경향이 보인다. ‘이숨투자자문 사건’에서 중형이 선고됨으로써 배후 관련자들의 신뢰관계와 범행의 연쇄가 끊어질 수 있었고, 2016년 내내 사회적 파장을 일으킨 일련의 사건들이 세상에 드러나게 되는 한 단초가 되기도 하였다.

253) “각 범죄에 일반적으로 적합한 형벌은 무엇일까? 사형은 정녕 사회 안전과 선을 위해 유용하고 필요한 수단인가? 고문과 신체형은 정의에 부합하는가? 혹은 법의 목적을 달성할 수 있는가? 범죄를 예방하는 최선의 방법은 무엇인가? 같은 형벌은 언제나 똑같이 유용한 것인가? 형벌은 사람들의 행동에 어떤 영향을 미치는가? 이러한 문제들은 케번의 의문스러움, 화려한 언변의 유혹, 소심한 회의론으로는 도저히 토를 달 수 없을 정도의 ‘기하학적 정확성’을 가지고 풀어야 한다(‘기하학적 정확성’을 가지고 분석할 만한 가치가 있다). 나는 다른 나라들에서 이미 정리하고, 실천하고 있는 일들을, 단지 보다 강력한 증거들을 가지고 조국에 처음으로 제시한 것에 불과하고, 그 점에서 운이 좋다고 생각한다. 하지만 인류의 권리와 꺾을 수 없는 진리를 옹호함으로써, 폭정과 무지(이 둘은 동일하게 치명적이다)에 불운하게 희생된 이들 중 단 한 사람이라도 죽음의 고통으로부터 구해낼 수 있다면, 온 인류가 나를 멸시하는 한이 있더라도 그 무고한 사람의 은총과 눈물 한 방울만으로도 나에게서는 충분한 위로가 될 것이다.” Beccaria(2006), 47.

254) 범경제학에서는 적발, 체포, 처벌확률 등을 한꺼번에 ‘적발확률’, ‘제재확률’ 등으로 지칭하는 경우가 많다.



떨어질 뿐만 아니라, 범죄 발생 후 해당 범죄자 처벌에만 초점을 두는 사후적(ex post) 이론으로, 고려범위가 협소하다. 이에 비하여 억지론은 해당 범죄자는 물론이고 빠져나간 범죄자, 잠재적 범죄자, 다른 사회구성원의 유인과 효용까지 고려하여 처벌수준과 적발수준(확률) 등을 결정하므로, 보다 종합적이고 확장성이 큰 이론이라 할 수 있다. 경제학적 분석을 가능하게 하는 출발점으로서, 범죄발생으로 인한 비효용과 사법비용을 감축시킬 수 있고, 민사상 손해배상제도(불법행위법), 행정규제 등 다른 법제도를 통합적으로 사고하는 데도 유리하다. 즉, 정책들을 형량하여 최선의 대안을 모색할 수 있다. 비록 완전한 답이 될 순 없다고 하더라도, 억지론이 상대적으로 더 설득력 있고 유용한 이론이라고 판단된다.

### 제3절 법경제학적 억지론으로 재구성한 비/범죄화 이론

#### 1. 서설

오늘날의 억지론은 법경제학 방법론을 주요한 도구로 삼고 있다.<sup>255)</sup>

255) 20세기 미국 법학계(및 경제학계)를 무대로 비약적 발전을 거듭한 법경제학은, 간단히 말해 ‘법의 경제적 분석(economic analysis of law)’이다. 이는 ‘경제적 효율성(economic efficiency)’을 주된 전제로 삼는다. 20세기 초까지만 하더라도 독점규제법, 세법, 회사법 등 경제적 색채가 강한 특정 법분야에서 법적 규제가 시장에 미치는 영향이 무엇인가를 설명하는 데 그쳤다. 그러나 1960년대에 와서 Ronald Coase(1910~2013, 1991 노벨경제학상 수상)와 Guido Calabresi(1932~)가 재산법, 계약법, 불법행위법 등으로 영역을 넓히고, Gary Becker(1930~2014, 1992년 노벨경제학상 수상)가 가족제도, 인종차별, 범죄 등 인간의 행위 전반에 분석대상을 확장하면서, 이제 법경제학은 가족법, 노동법, 형법, 지적재산권법, 헌법, 환경법 등에까지 많은 영향을 미치게 되었다. 박경래(2010), 63-63; 박세일(2000) 등 참조.

범죄와 형사정책에 관한 법경제학 논의는 앞서 언급한 Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (1968), 169가 선구이다. 그에 따르면, 처벌은 범죄자에게 비용을 부과하는 것이다. 범죄로 인한 기대효용보다 높은 기대비용을 부과할 수 있다면 범행을 억지할 수 있다. 그는 응보, 예방, 보상, 재사회화라는 네 가지 형벌 목적을 모두 포함하는 사회손실함수를 가정할 때, 적발확률과 처벌강도가 증가함에 따라 범죄가 줄어든다고 하면서 사회적으로 효율적인 수준에서 범죄를 억제하면서도 집행비용이 가장 적게 드는 ‘최적형량’을 찾고자 한다. 그러나 베커의 논의도 실은 벤담으로부터 온 것이다. “형벌의

법경제학은 ‘현실은 어떤 행위들을 범죄화하고 있는가’라는 분석적 측면, ‘어떤 행위들을 범죄화하여야 하고, 어떤 행위들을 비범죄화하여 다른 수단으로 규율하여야 하는가’라는 규범적 측면 모두에서 현실적 유용성이 크다.

우리 사회에서는 타인의 행위로 피해를 입었을 때, 여러 가지 이유에서 ‘형사고소’를 처음부터 함께 고려하는 것이 일반적인 일로 되어 있다. 그러나 손해를 배상받기 위해서는 결국 민사소송에 의하여야 하고 그것이 기본이다. 여러 법경제학자들은 ‘어떤 행위들을, 왜 범죄화하여야 하는가’에 대한 해답을 얻기 위해, 특히 불법행위법과 형법의 경계를 찾고자 하였다. 법경제학자들에게 불법행위법의 목적은 (시장교환, 즉 계약을 통하지 않은) 부정적 외부효과의 하나인 불법행위가 야기한 비용을 ‘내부화’하는 데 있다. 불법행위는 대부분 ‘사고(incident)’ 형태로 발생한다. 그러나 미리 특정되지 아니한 사고 피해자와 가해자 사이에는 가해자가 피해자의 권리를 사거나, 피해발생 시 배상액을 정하는 등으로 사전에 일일이 계약을 체결하는 데 ‘거래비용’이 지나치게 많이 든다(보험에 가입할 수는 있다). 사회 적정수준보다 사고방지노력이 적게 투자될 우려가 크다. 손해배상제도를 통하여 경제적 유인구조에 변화를 주어 사고 총비용을 최소화하겠다는 것이다.<sup>256)257)</sup>

---

해악이 위법행위에서 얻는 이익을 능가해야 한다(The evil of the punishment must be made to exceed the advantage of the offense).”는 것은 벤담이 세운 형벌의 제1원칙이다. Bentham(2013), 348-349. Becker, 같은 글, 25.

256) Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1970).

257) 불법행위를 뜻하는 ‘tort’는 ‘비틀어져 있다(twisted)’는 뜻의 라틴어 tortus에서 나왔다. 불법행위란 평탄한 ‘무사고(無事故)’ 세상에 발생한 굴곡과 균열인데, 그것이 만들어낸 뒤틀린 평화의 상태가 고정되지 않도록, 이를 도로 뒤틀고 매워 다시금 매끄럽게 만드는 것이 불법행위법의 목적이라는 사고가 담겨 있는지도 모르겠다.

우리 관례와 학설은 불법행위법의 목적을 ‘교정적 정의(corrective justice)’에 기초한 이익조정에 두고 있다. “불법행위에 따른 형사책임은 사회 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적 제재(형벌)를 그 내용으로 함에 비하여, 민사책임은 타인 법익을 침해한 데 대하여 행위자 개인 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생된 손해 전보를 그 내용으로 하는 것이고 따라서 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 것이므로, 형사상 범죄를 구성하지 아니하는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지 여부는 형사책임과 별개 관점에서 검토되어야 할 것이다(대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다6713 판결).” 아리스토텔레스는 『니코마코스 윤리학』 제5권에서 배분적 정의, 교정적 정의, 교환적 정의를 다루고 있는데, 교정적 정의에 관한 장에서 그는 “재판관(dikastēs)은

그러나 형벌의 목적은 원칙적으로, 경제활동에서 불가피하게 발생하는 불법행위의 최적수준을 달성하고자 하는 ‘내부화’가 아니라, 지극히 비자발적 수용으로서 사회적으로 거의 부(負, -)의 순편익을 줄 것이 확실한 행위들을 가급적 완전히 억지 또는 ‘금지’하는 것이기 때문에 불법행위법은 여러모로 불충분한 통제장치가 된다.<sup>258)</sup> 결국 범죄 영역을 구

---

이등분하는 사람(dichastēs)”이라고 한다. 재판관이 잘못을 교정하기 위하여 가하는 제재 역시 폭력이지만, 폭력의 상태를 바로잡기 위한 불가피한 폭력이라고 볼 수 있다. Aristoteles(2007a), 168-181. 그런데 세상에 흩어진 위험과 손해의 ‘공평·타당한 부담(혹은 분배)’을 우선적으로 추구하다 보면, 손해 ‘진보’에는 경향적으로 미달하는 결과가 초래되는 것은 아닐까. “나는 사고를 당하기만 하였을 뿐인데, 왜 사고를 일으킨 사람과 손해를 ‘분담’해야 하는 것인가”하는 생각이 자연히 들 법하다.

불법행위법은 불행을 초래하는 무수한 행위들 중에서 법이 허용하는 것과 허용하지 않는 것의 경계를 나누고, 그 경계선을 넘었을 때 누가 어떤 책임을 져야 하는가 하는 문제를 다루는 모든 유해행위 규범의 ‘모법(母法)’이다. 우리 법운용에서 발생하는 많은 체증(과잉범죄화, 형사의 민사화, 규제만능주의)은 대부분, 불법행위법, 다시 말해 ‘손해배상제도의 불충분성과 운영 실패’ 때문에 발생한다고 해도 과언이 아니다. 피해를 입은 만큼 배상받지 못하기 때문에 시민들이 다른 수단-다른 ‘덜 근본적인’ 수단들에 의존하여야 하게 되는 것이고, 제도 위의 제도, 법 위의 법(특별법)이 자꾸만 더 필요하게 된다.

판데텐 체계를 따르는 우리 법 교육에서, 채권각론 끄트머리에 붙어 있는 불법행위 제도는 언제나 소외되어 왔다. ‘법률행위’ 개념을 바탕으로 정교하게 짜인 법도그마틱과 다른, 대단히 실무지향적인 규범이기 때문이다. “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제750조).”라는 대단히 포괄적인 규정은 불법행위 개념을 신축적으로 열어놓고 있다. 불법행위법의 토대가 되는 고의, 과실, 위법성, 인과관계, 손해와 같은 여러 불확정개념들은 다른 법분야에도 기본이 되는 것들로서, 불법행위법이 튼튼한 뿌리규범이 되어 끊임없는 생명력을 제공할 수 있어야 한다. 법이 남겨둔 의도적 여백을 판사가 법해석과 구체화를 통해 채워나가며 범형성작용을 분담한다는 견지에서, 불법행위법을 ‘판사가 만드는 법(judge-made law)’이라고도 한다. 그러나 우리 실무는 그 여백을 채우는 작업에는 아직 익숙하지 않은 것 같다. 이는 법학 외부의 도움을 받아야 한다. 이 글의 중심사고도 결국에는 ‘손해가 **전부, 확실하게** 배상될 수 있도록 손해배상제도를 다듬고 잘 운영하자’에 놓여 있다. 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스, 제109호 (2009. 2.); 양창수, 권영준, 권리변동과 구제(박영사, 2011), 525 이하 참조.

권영준(2009), 같은 글은 손해 ‘예방’과 ‘회복’을 두 축으로 불법행위법의 의의를 설명한다. 유럽 불법행위법 원칙(Principles of European Tort Law)도 불법행위법의 목적을 회복과 예방이라고 천명하였다. **Art. 10:101. (Nature and purpose of damages)** Damages are a money payment **to compensate the victim**, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

258) 김일중(2013), 241-242. 이러한 사고는 ‘형벌의 보충성’이라는 측면에서, 행정제재와 형벌의 경계를 사고하는 데도 중요하다. 가치를 창출하는(사회적으로 바람직한) 활동을 하는 과정에 발생하는 ‘규제적 위반행위(regulatory offenses)’에 대해서는, 과도한

획하기 위해서는 형사처벌의 ‘특성’ 또는 다른 통제방식들에 대한 ‘비교우위’가 무엇인지를 규명하여야 한다. 그리하여 형사처벌 대상이 되기에 적합한(?) 위해행위들을 범죄로 정의할 수 있을 것이다.

## 2. 기능주의적 접근<sup>259)</sup>

### 가. 사적집행에 대한 공적집행(행정제재와 형사처벌)의 비교우위

어떤 위해행위는 잠재적 피해자가 노력을 기울여 예방하고, 피해가 발생한 후에는 정당한 청구를 하게 하는 것이 효율적일 수 있다[이른바 ‘책임원리(liability rule)’에 따른 손해배상방식].<sup>260)</sup> 그러나 어떤 때는 국가가 개입하는 것이 효과적이다.<sup>261)</sup>

첫째, 피해가 널리 분산되어 발생하는 경우이다. 사회 전체가 입은 피해는 크지만 각 개인이 개별적으로 입은 피해가 작다면 피해자들은 비용을 들여 소송을 제기해 이를 배상받을 유인이 작아진다. 개인들이 입은 직접 피해를 전부 배상해주더라도 남는 손해가 있을 수도 있다[예컨대, ‘안전하다는 느낌의 상실(loss of a sense of security)’ 등 비금전적 피해, 환경오염에 따른 미래세대의 피해, 규범이 깨뜨려짐에 따른 불신과 불안감].<sup>262)</sup> 가해자는 피해를 일부만 배상해주고 초과이윤을 얻을 수 있

---

통제수단을 사용하여 합법적 행위를 위축시키는 결과를 초래해서는 안 될 것이다. 즉, 행정규제는 그러한 행위들을 바람직한 방향으로 유인하고 일정하게 조절하는 것이 목적이지만, 완전히 금지하려는 것이 아니다.

259) 이하는 Shavell(2004), 540-570과 Posner(2011), 273-278을 김일중(2013), 207-223면에서 재인용한 것이고, 이해를 돕기 위한 설명을 덧붙였다. Richard Allen Posner, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6 (1985); Robert Cooter, “Price and Sanctions”, *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 6 (1984) 등도 참조.

260) ‘재산원리(property rule)’와 ‘책임원리(liability rule)’의 구분은 Guido Calabresi & Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6 (1972)의 것으로 뒤에서 언급할 기회가 있을 것이다.

261) 이종인, **범죄와 형벌의 법경제학**(한울아카데미, 2013), 131은 범죄에 대한 사적 억지 수단(집집마다 고성능 감시카메라를 설치하는 경우 등)이 ‘범죄 재분배 효과’(카메라가 설치되지 않은 집을 범행대상으로 삼게 됨)를 초래할 가능성을 지적한다. 신도철(2011), 325-326은 법집행은 특정 범죄행위만 개별적으로 적발하는 것이 아니라 여러 범죄들을 ‘일반적으로’ 적발하기 때문에 범죄행위에 대한 적발확률은 서로 독립적이지 않고 높은 상관관계를 가진다고 한다.

고, 결과적으로 그 위해행위에 대한 억지력이 떨어진다.

둘째, 적발확률이 낮은 경우이다. 개인보다 공권력을 통하면 ‘규모의 경제’를 달성할 수 있다. 또한 피해를 입은 만큼만 배상하도록 하는 민사상 손해배상제도<sup>263)</sup>에 의할 경우에는, 항상 과소억지 우려가 있다. 어떤 권리(또는 물건)의 원래 주인은 대개는 대내한계구매자(intra-marginal buyer)로서 시장가격보다 높은 가치를 부여하였기 때문에 그 권리를 보유하고 있었을 가능성이 크다.<sup>264)</sup> 그런데 법원은 원래 소유주가 그 권리(또는 물건)에 부여하였던 주관적 가치를 평가하기 어렵고, 평가해주시도 않는다.<sup>265)</sup> 배상액을 시장가격에 준하여 결정하면,<sup>266)</sup> 낮은 가치를 부여

---

262) Cooter(2009), 583은 피해자의 (경제적) 손해는 배상(전보)할 수 있어도 이미 침해된 권리는 보상(회복)할 수 없다고 설명한다. 이종인(2013), 78도 같은 취지.

263) 이른바 ‘차액설’. “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었다라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존 이익이 상실되는 적극적 손해와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해로 구분된다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결 등 다수).” **독일 민법 제249조 제1항** 배상의무자는 가해사실이 발생하지 아니하였다라면 존재하였을 상태를 회복시켜야 한다(Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre). ‘But for Rule’이라고도 한다.

264) ‘판매자가 생각하는 가치 < 시장가격 < 구매자가 생각하는 가치’ 부등식이 성립할 때 시장에서 교환이 이루어진다. 그러나 이른바 ‘비실시기관(NPE: Non-Practicing Entity)’의 문제에서 보듯, 지식재산권은 반드시 그러하지는 아니다. 특허권과 관련하여 ‘버티기 위험(hold out risk)’을 다룬 책으로 Michael Heller, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives* (NY: Basic Books, 2010). 비실시기관(NPE)이 당사자가 된 분쟁의 비용을 추정한 글로 James E. Bessen & Michael J. Meurer, “The Direct Costs from NPE Disputes”, *Cornell Law Review*, Vol. 99, No. 2 (2014). 그 방법론에 대한 반박은 David L. Schwartz & Jay P. Kesan, “Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System”, *Cornell Law Review*, Vol. 99, No. 2 (2014).

265) 단, 최근에는 제한된 정보만을 가진 법원이, 당사자들이 가진 우월한 사적 정보를 현출, 활용하여 사후적으로 최적 자원배분(효율성)을 달성하는 수단으로 ‘책임원리(liability rule)’를 사고하는 견해가 등장하였다. 즉, 법원이 배상액을 적정한 한도로 상향하면, 해당 권리에 대하여 낮은 가치만 부여하는 자의 침해는 막고, 그 금액을 배상하고도 더 높은 효율을 달성할 수 있는 효율적 선택자(침해자)에게는 일종의 ‘콜 옵션(call option)’인 침해(선택)권을 주어 사회적 효율성을 높일 수 있다는 것이다. 이를 ‘Harnessing Effect’[‘harness’는 ‘마구(馬具)를 채우다’, ‘동력원 등으로’ 이용(활용)하다] 등의 뜻을 가진 단어로, 번역어가 마땅찮다. ‘활용효과’, ‘변통효과’ 등을 떠올려 볼 수 있겠는데, ‘끌어쓰 효과’는 어떨까 싶다]라 한다. 특히 거래비용이 높을 때 가능한 입론이라 생각되나, 디스커버리(증거개시) 제도와 같은 증거법적 뒷받침이 필요할 것이다. Madeline Morris, “The Structure of Entitlements”, *Cornell Law Review*, Vol. 78, No. 5 (1993); Louis Kaplow & Steven Shavell, “Property Rules v.

하는 쪽으로 부(富)가 이전된 결과를 승인하는 꼴이 되어 사회적으로 바람직하지 않은 결과를 초래하게 된다.<sup>267)</sup> 따라서 민사적 (제재)수단을 넘는 강력한 수단이 필요하다.

셋째, 피해규모가 커서 가해자의 지불능력이 부족한 경우이다. 범죄자는 기대되는 사적 편익이 기대제재수준(비용)을 초과할 때 범행을 감행한다고 가정된다.<sup>268)</sup> 그러나 현실에서 적발확률은 1보다 작고(제재확

---

Liability Rules”, *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 4 (1996); Ian Ayres, *Optional Law: The Structure of Legal Entitlements* (Chicago: University of Chicago Press, 2010) 등.

266) 일단 불법행위가 저질러져 부(富)가 강제적으로 이전되어버린 상황을 전제로 (‘status quo’), 처분권주의, 변론주의, 입증 곤란(위험사회에서의 과실, 인과관계, 손해 발생과 손해액), ‘손해 공평·타당한 분담’ 원리에 따른 과실상계 등 관문(법관의 현상 유지편향?)을 도장 깨듯 차례로 이겨내고(!) 시장가격에 준한 ‘전보배상’을 얻어낸다고 하더라도, 이를 쟁취하기 위하여 든 노력과 비용은 전보배상되지 않고(예컨대 변호사비용도 ‘변호사보수의소송비용산입에관한규칙’이 인정하는 범위에서만 보전된다), 배상액이 전부 ‘집행’된다는 보장도 없다.

재판이라는 수단이 갖는 근원적 보수성에 대해 조금 더 살펴보자면, 형사재판에서 ‘무죄’가 초기(default) 값인 것처럼, 민사소송에서는 ‘이미 불법행위는 저질러진 상황’을 전제로 ‘교정적’ 이동을 다시 허용할 것인가를 판단하게 된다. 그런데 법관은 많은 경우 현실에 ‘맞이’ 개입하기보다는 가급적 ‘덜’ 개입하고도 문제를 해결할 수 있는 ‘적당하고 안전한’ 길을 모색하려 하게 될 수 있다. 세상에 확실한 것은 없고, 법관이 모든 것을 알 수는 없기 때문이다(오관의 부담). 여기에 더해 우리 법에서 이러한 현상유지적 편향을 담고 있는 원리들, 예컨대 소유권존중 사상과 증거재판주의 원칙이 ‘잘못 이전된 소유권을 존중하고, 이미 잘못 이전된 부가 다시 부득이 복귀되어야 한다’는 확실한 증거가 없는 한 이를 인정하지 아니 한다’는 완고한 방식으로 운용되어 버리면, 위와 같은 원칙들은 가해자 보호 이념으로 전락한다. 손해액 ‘증액’에는 큰 부담을 느끼면서도, 과실상계는 상대적으로 쉽게 하는 경향도 그 한 단면이다. 즐고, “베이지안 통계학과 확률적 사실인정에 관한 연구노트”, 2016년도 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집: 특정 주제 연수(형사법 신증증거론, 법적 판단과 의사결정론, 재판의 본질 그리고 법관의 역할), 사법연수원 (2017), 416.

267) 피해를 염려한 소유주가 피해를 회피하기 위하여 취하는 각종 방어비용(금고, 담장과 방범용 덧창, 잠금장치, 경비원, 고성능 경보장치, 가스총, 경우에 따라서는 생산포기 등)까지 감안하면, 이러한 이전의 비효용성은 극명해진다. Posner(1985)는 형벌로 금지시켜야 할 ‘고의적 불법행위(intentional tort)’를 ‘시장거래를 우회하는 강제이전’이라는 측면에서 개념화하고 있다. 첫째, 살인, 강도, 절도, 폭행, 화폐위조 등 ‘순수한 강제이전(pure coercive transfer)’이다(강제수용 내지 박탈). 더욱이 그러한 범죄피해와 배상액의 관계는 비선형적이다. 예컨대, 피해자가 0.00001의 확률로 당하는 교통사고 사망피해에 대해서는 보상액  $w$ 를 수락한다고 하더라도,  $100,000w$ 라는 비례하는 보상액에도 불구하고 확률 1의 살인 대상이 되어 달라는 제안에는 응하지 않을 것이다. 둘째, 담합(소비자 후생으로 돌아가야 할 몫을 인위적으로 빼앗는다는 점에서), 조세포탈(다른 구성원들과 공유해야 할 세원을 자신만에게로 이전시켰다는 점에서) 등이다.

268) 그러나 법정제약은 사회피해가 절도의 사적 편익보다 항상 훨씬 크다고 본다. 형벌

률은 더 낮으며), 배상액은 사회가 입은 피해를 적발확률로 나눈(역수를 곱한) 값이 되어야 한다. 즉, 피해가 클수록, 적발확률이 낮을수록 배상액이 커져야 한다. 그런데 범죄자들은 높은 배상액을 감당할 능력이 없다[‘자산불충분성(asset insufficiency)’, ‘판결집행불능(judgment proof)’ 문제].<sup>269)</sup> 징역형 등은 이러한 한계점을 극복하고 억지력을 확보하는 수단이 될 수도 있다.

넷째, 피해자 스스로 자신이 당하거나 당할 피해에 관한 정확한 정보를 가질 수 없을 때, 검거와 증거확보를 위하여 상당한 ‘물리력’이 필요한 경우 등이다.<sup>270)</sup>

#### 나. 행정제재에 대한 형사처벌의 비교우위

##### 1) 고의성(행위불법, 행위반가치)

가) 공적집행 방식이 상대적으로 유력한 상황을 전제할 때, 그 중에서도 특히 형사처벌이 비교우위를 갖는 경우들이 있다. 우선 ‘고의성’이 큰 행위이다. 살인, 강간, 절도 등 ‘막대한’ 피해를 가하려고 처음부터 ‘의도된’ 행위들은,<sup>271)</sup> (결과 발생확률을 높일 것으로 믿는 방식으로 행동

---

의 목적도 내부화가 아니라 원천적인 ‘억지’이다.

269) 형벌이 갖는 ‘낙인효과(stigma effect)’를 고려하지 않는다면, 벌금형의 경우에도 마찬가지로 문제가 발생한다. 벌금형은 (자유형에 비하여) 집행비용이 대단히 저렴하고, 범죄자가 사회에서 경제활동을 영위하며 부가가치를 창출하는 데 제한이 없지만(어떤 범죄자들의 경우에는 자유형 집행비용을 고려하더라도, 격리되지 않음으로 인한 사회적 비용이 더 클 수도 있을 것이다), 자산이 많지 않은 자의 경우 자산불충분성 문제가, 자산이 많은 자에게는 과소억지 문제가 있다. 이병기, 신은기, **벌금형의 운용과 집행의 효율성 제고방안**(한국형사정책연구원, 1994); 이천현, “**벌금형 집행의 문제점과 그 제고방안**”, 제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의: 형사사법의 정비방안, 한국 비교형사법학회 (2006) 등 참조.

270) 막스 베버에 따르면, 국가는 물리적 폭력의 합법적 사용을 독점하는 조직이다 (“Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes - dies: das ‘Gebiet’ gehört zum Merkmal - das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht.”). Max Weber, *Politik als Beruf*, München (Leipzig: Duncker & Humboldt, 1919)[박상훈 번역, **소명으로서의 정치**(후마니타스, 2013)] <<http://gutenberg.spiegel.de/buch/politik-als-beruf-8139/2>>(2016. 9. 24. 확인).

271) 포스너 판사는 고의란 “(법으로) 금지된 목적을 자원을 투자하여(애써) 달성하고자 하는 의도(intent to bring about a certain (forbidden) object by investing resources

하기 때문에) 손해발생 확률을 높이고, 보다 심각한 손해가 발생할 개연성이 크며, 범죄자가 그로부터 얻는 기대효용이 일반적으로 큰 반면, 계획적으로 적발확률을 낮출 수 있으므로, 제재수준을 상당히 높여야 할 필요가 있다. 객관적 결과를 문제 삼는 행정상 제재와 달리, 계획적이고 고의적인 행위에 대해서는 설령 범죄가 미수에 그쳤더라도 강력한 처벌이 필요하다.

나) 억지론자들은 ‘범의(mens rea)’가 반드시 의무론적으로 구성될 필요가 없다고 주장한다.<sup>272)</sup> 형사처벌은, 시공간을 초월한, ‘범의’ 또는

---

in its attainment]”라고 해석한다. 미국의 핸드 판사(Laearned Hand)는 U.S. v. Carrol Towing Co., 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947) 사건에서 불법행위법상 과실인정 기준으로 ‘B[주의비용 혹은 사고회피비용(burden of adequate precautions)] < P(사고확률) × L[사고비용 혹은 피해 심각성 (gravity of the resulting injury)]’ 부등식이 성립되면 과실이 인정된다는 공식을 제시한 바 있다. 포스너 판사는 핸드 판사 공식(Hand Formula)에서, 경과실은 B가 양수이고, L이 작은 반면, 고의적인 범죄에서는 B가 음수이고(인용자 주: 범죄자가 그로부터 효용을 얻기 때문에), P가 매우 높다고 설명한다. Posner(2011), 294-295. 핸드 판사 공식은 박세일(2000), 290 이하; Cooter(2009), 410 이하; 이종인, *불법행위법의 경제학(개정증보판)*(한울아카데미, 2010), 114 이하 등 참조.

272) 칸트에게 의지(의사)의 자유는 두 측면으로 이루어진다. 하나는 ‘필연성으로부터 자유’이다. 여기서 필연성은 신의 예정 또는 자연의 인과법칙을 의미한다. 예정 또는 결정된 운명으로부터 벗어나 임의로 여러 대상 중에서 무차별하게 고를 수 있을 때, 이는 필연적 선택이 아니라 우연한 선택, 다시 말해 ‘자유로운 선택(freie Willkür)’이라 할 수 있다(소극적 측면에서의 자유, 선택의 자유). 다른 하나는 ‘강제로부터 자유’이다. 외적·물리적 강제는 신체 또는 행위를 제약할 수는 있지만 의지를 구속할 수는 없으므로, 의지의 자유에서 말하는 강제는 내적 강제, 즉 정념 또는 욕구를 의미한다. 의지가 정념이나 욕구의 강제로부터 독립한다는 것은 목적적 행위를 보편타당한 법칙에 따라서 숙고하고 결정한다는 의미이다. “의지가 자신의 준칙에 의하여 스스로를 동시에 보편적 입법자로 여길 수 있도록 행동하라[(Handle so) daß der Wille durch seine Maxime sich selbst zugleich als allgemein gesetzgebend betrachten könne].” 따라서 이는 ‘실천이성에 따르는 의지의 자유’ 혹은 ‘원칙에 따라 행할 능력’이다[각주 230의 문구를 ‘자연은 필연적 인과법칙이 지배하고 있으나, 동시에 인간은 자유로운 존재이다’라는 의미로 독해하여 자유(의지)와 필연(결정론)의 양립가능성을 천명한 문장으로 보기도 한다. 이렇게 본다면, 칸트에게 있어 의지의 자유란, 자연필연성에서 벗어나기 위하여 도덕필연성에 스스로 복종한다는 모순적 성격을 가지게 된다.] (2002), 92; 김도균, “칸트와 법치주의: 법, 법률, 이성”, *철학사상*, 제24권 (2007. 6.), 35, 49-59.

그런데 ‘법은 도덕의 최소한’이라는 말에서 보듯, 법은 기본적으로 ‘밖으로 드러난 행위’를 규율하는 규범이다. 형사책임 유무와 정도를 판단하면서도 ‘선택의 자유’, 즉 ‘다른 선택 가능성이 있었는지’를 따져보는 것으로 족하고(혹은 그것만을 보아야 하고), 행위자의 내적 동기가 의무법칙에 따른 것이었는가는 ‘법적 문제’를 넘어서는 것이다. 그 점에서, 인간의 행위와 의지결정은 원래 정념이나 욕구로부터 나오는 것이



‘악의’라는 어떤 절대적 도덕 개념이 선형적(a priori)으로 존재하여, 그것을 기준으로 결정되는 것이 아니다. 범의는 해당 행위의 경제적 속성에 서 도출할 수 있고, 그 크기도 법집행에 체계적으로 활용할 수 있다.<sup>273)</sup> ‘(위반자가 범죄 여부를 판단하는 데 드는) 정보비용(actor’s self-characterizing information cost)’이 적을수록 고의성 정도가 강한 것으로 볼 수 있다는 설명도 제시된다. 가령 위반자가 특정 행위가 범죄라는 것을 미리 알고 있어서 정보비용이 적거나 0에 가깝다면 범의 정도가 더

---

기 때문에, 내적 강제로부터 자유(혹은 liberty of indifference=negation from necessity and causes) 혹은 실천이성이란 존재하지 않고(혹은 이성도 도덕도 정념의 방향에 영향을 줄 따름이라고 한다), 의지의 결정에 따라서 원하는 대로 행동한 것인 한, 외적 강제(violence)로부터 자유롭게 행동한 것[‘자발성으로서 자유(liberty of spontaneity)’]이라고 하는 데이비드 흄(David Hume, 1711~1776)의 이론이 법문제에는 보다 적절한 참고가 될 수 있다고 생각한다. David Hume, *A Treatise of Human Nature* (London: John Noon, 1739-1740)[이준호 번역, *인간본성에 관한 논고 2: 정념에 관하여*(서광사, 1996), 153-158] <<https://archive.org/details/treatiseofhumann002393mbp>>(2016. 9. 21. 확인); 이상 서양근대철학회, *서양근대철학의 열 가지 쟁점*(창비, 2004), 310-313 참조.

체사레 베카리아도 정확하게 동일하게 말한다. “형벌이라는 ‘구체적 계기’가 필요하다고 말하는 이유는, 보통 사람들이 확립된 행위규범에 따라 움직이지 않는다는 것을, 우리가 경험으로 알 수 있기 때문이다. 감각에 직접 영향을 미칠 수 있는 계기에 의하지 아니하고서는, 물리적 세계에서든, 도덕의 세계에서든, 그것이 자연적으로 향하고 있는 해체 경향으로부터 벗어날 수 없을 것이다.” Beccaria(2006), 12.

273) 예컨대, 만취운전 등은 ‘항상 사회적으로 바람직하지 않은 행위’이고, 폭행 등은 ‘시장을 우회한 강제이전행위’로서(경제적 속성 파악) 완전히 억지하는 것이 바람직한데(형벌 부과 정당화), 죄책성 정도를 판단하기 위한 범의를 도출해보면, 전자는 ‘타인에게 막대한 위협을 끼칠 수 있음을 알고도 그러한 행위를 하는 무관심’, 후자는 ‘자발적 거래를 통하지 않고 타인 권리와 자산을 강제로 빼앗으려는 의도’를 도출할 수 있다는 식이다(범의 도출하여 죄책성 판단). Keith N. Hylton, “The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law”, *Review of Law and Economics*, Vol. 1, No. 2 (2005), 175. ‘위대한 반대자’ 홈즈 대법관(1841~1935)은 “고의는 법이 방지하고자 하는 특정한 미래의 행위들이 발생할 확률을 나타내는 지수(an index to the probability of certain future acts which the law seeks to prevent).”라고 하였다. Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1881), 74.

여기에는 고의성 정도를 ‘연속변수’로 보는 시각이 깔려 있다. Cooter(2009), 577, 584는 의도를 ‘careless, negligence, reckless, intentional, cruel’ 다섯 단계로 구분하고(MPC §2.02 참조), 고의성을 넘어 잔혹성을 띤 행위일수록 더 강하게 징벌해야 한다고 한다. 상습범도 마찬가지이다. 우리 형법 해석상으로도 주관적 구성요건요소를 경과실, 중과실, 미필적 고의(불확정적 고의), 확정적 고의(직접적 고의), 목적범(?)[목적범을 고의 내용에 포함시켜 ‘의도적 고의(제1급의 직접고의)’로 보고, ‘지정고의(제2급의 직접고의)’보다 높은 단계 고의라고 하는 견해로는 배종대(2016), 237-238. 혹은 연쇄살인범 등 이른바 ‘잔혹범’, ‘파렴치범’ 등으로 단계적으로 구분하는 것이 일반적이다. 고의인정에 필요한 인식 정도와 의욕 정도를 등급화한 김성돈(2015), 223도 참조.

강하다.<sup>274)</sup>

다) 행위자 고의·과실 여부에 따라 법률효과상 별다른 차이를 두지 않는 민사법<sup>275)</sup>이나 행정법<sup>276)</sup>과 달리, 형사법은 원칙적으로 구성요건적 고의가 있어야 범죄가 성립하여 처벌할 수 있다.<sup>277)</sup> 과실범은 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 한하여 예외적으로 처벌할 수 있고,<sup>278)</sup> 고의범

---

274) Jeffrey S. Parker, “The Economics of Mens Rea”, *Virginia Law Review*, Vol. 79, No. 4 (1993). 이는 행정형법의 비범죄화를 사고하는 데도 참고할 만한 기준이다. 규제가 너무 많고 복잡하면 지키기 어렵다.

275) **민법 제750조(불법행위의 내용)** 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

즉, 행위자에게는 과실이 있으면 족하고, 만일 상대방에게도 과실이 있는 경우에는 과실상계가 적용되어 배상액이 감경될 수 있다(민법 제763조, 제396조).

276) “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2012두1297 판결 등).” 한편, 과태료에 대하여는 2007. 12. 21. 법률 제8725호로 질서위반행위규제법을 제정하면서 책임주의 원칙이 도입되었다. 그러나 벌금형과 과태료 사이의 차별성을 잃어버리게 된 측면이 있다.

**질서위반행위규제법 제7조(고의 또는 과실)** 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

**제11조(법인의 처리 등)** ① 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.

277) **형법 제13조(범의)** 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

278) **형법 제14조(과실)** 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

**형법 제15조(사실의 착오)** ② 결과로 인하여 형이 중할 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 벌하지 아니한다.

이하에서 살펴보겠지만, 과실범이나 결과적 가중범은, ‘총피해(기대피해)’가 특히 크거나, 클 것이 거의 확실한 사태(상해, 사망, 화재, 폭발 등)를 가급적 억지하기 위하여, ‘특별한 규정’을 두어 예외적으로 처벌하는 것이라고 설명할 수 있을 것이다. 이때 ‘주의의무위반’은 고의성의 대리변수(proxy variable)가 된다. 사회생활상 지위에 기하여 더 높은 주의의무가 부과되거나(업무상 과실), 주의의무위반의 정도가 심한 경우(중과실)에는 죄책성이 더 크다. 형법에 규정된 과실범은 실화죄(제170조, 제171조), 과실폭발성물건파열/가스·전기·증기·방사선·방사성물질 방출·유출·살포/가스·전기·증기 공급·사용방해죄(제173조), 과실일수죄(제181조), 과실교통방해/기차·전차·자동차·선박·항공기 전복·매몰·추락·파괴죄(제189조), 과실치사상죄(제266조, 제267조, 제268조)와 과실장물취득죄(제364조)가 있다. 성격이 다른 과실장물취득죄에 대해서는, 적발확률이 낮은 경우(고의 입증이 어려운 경우)를 대비한 정책적 고려라는 설명이 가능할 것이다.

보다 법정형이 낮다. 이는 형사법만의 고유한 특성이기도 하다.

## 2) 총피해(결과불법, 결과반가치)

가) 피해가 널리 분산되어 발생하는 경우, 적발확률이 낮은 경우, 가해자 지불능력이 부족한 경우에 ‘불완전보상’ 문제가 발생한다는 것을 앞에서 보았다. 그러한 경우에는 ‘내부화’보다는 완전한 억지(금지)가 바람직하다. 경우에 따라서는, 어떤 행위로 인한 사적, 사회적 편익은 작은 반면 직접 피해, 불완전보상, 공적 피해 등 ‘피해 총계’가 매우 커서 사회 순편익이 마이너스 값일 것이 거의 확실하게 예상되는 경우가 있을 수 있다. 다시 말해, 피해가 매우 심각하고 압도적인 경우이다(공기 중에 매연을 배출한 경우와 상수원에 독극물을 방류한 경우를 비교해보자). 그와 같은 행위들도 형사적 개입을 통하여 완전 억지하여야 한다.

나) 확장피해와 관련해 범경제학에서 자주 제시되는 이론들은 ‘재산원리(property rule)’와 ‘책임원리(liability rule)’이다. 범경제학에서 많이 활용되는 분석들이므로, 기본개념을 간략히 살펴본 후 논의를 계속 이어가기로 한다.<sup>279)</sup>

재산원리는 교과서에 따라 ‘물권적 보호 원칙’<sup>280)</sup> 또는 ‘소유원

---

한편 신동운(2011)은 ‘행정상 단속을 주안으로 하는 법규라라도 명문규정이 있거나, 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 고의가 있어야 별할 수 있다.’고 판시한 2009도9807 판결과 관련하여, ‘명문규정이 없더라도 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우에, 형법 제14조에도 불구하고 과실범을 처벌할 수 있다’는 입장을 간접적으로 천명한 것이라고 한다. 모호한 문구가 자칫 죄형법정주의를 우회하는 데 사용될 수 있다는 우려에 대해서는 심분 공감한다. 그러나 모든 법해석은 법규정의 존재를 전제하고, 모든 법규정은 적용되기 앞서 해석작업을 거쳐야 하는 것이므로, 위 문구는 ‘해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 (규정이 있는) 경우에 (형법 제14조에 따라) 과실범을 처벌할 수 있다’는 뜻으로 볼 수 있다고 생각한다. 위 대법원 판결도 해석으로 과실범을 널리 인정하기 위하여 위와 같이 실시한 것이 아니었다. 대법원은 “검사가 공소를 제기한 이 사건 소방법 및 건축법위반의 공소사실과 적용법조를 살펴보면 그 법조에 과실범도 처벌한다는 명문규정으로 두고 있지 않을 뿐만 아니라 해석상도 고의를 요치 아니한다고는 보이지 아니하므로 결국 이 사건의 경우에는 피고인에게 고의가 있어야 별할 수 있다”고 하면서 피고인에 대한 소방법위반 및 건축법위반의 점을 무죄라고 보았다.

279) 이하는 Calabresi(1972)의 내용이다.

280) 박세일(2000), 144 이하.

칙<sup>281)</sup>으로 번역하기도 하는데, 권리자 본인 의사에 의하지 아니하고는 해당 권리(재산권)를 빼앗거나 사용할 수 없다는 것이다. 권리가 이전되기 위해서는 시장에서 본인의 자발적 의사에 따라 거래되어야 한다. 가격은 시장에서 이해당사자(수요자, 공급자)의 개인적 평가가 만나 형성된다. 본인 의사에 반한(시장거래를 우회한) 강제이전은 형사처벌될 수 있고, 물권적 청구권(반환청구권)과 그에 따른 인도집행도 문제된다. ① 거래비용이 낮을 경우에(∵ 권리자와 침해자. 대상권리가 특정되어 있다), ② 쌍방의 가치평가가 상호 연관성을 가지고(시장에서 가격에 합의하여 교환하기가 수월하다), ③ 상호침탈이 이어질 수 있는(얼마든지 뺏고 빼앗길 수 있다), 주로 유형물에 관한 권리를 보호하는 데 효과적이라고 설명된다.

책임원리는 ‘손해배상원칙<sup>282)</sup>이라고도 번역되는데, 권리자 본인 의사에 의하지 아니한(때로는 권리자 본인의 의사에 반하는) 권리 침해를 인정한다. 단, (당사자 간이 아닌) 집단적, 제도적 평가, 즉 국가가 객관적으로 결정하는 손해액을 배상하여야 한다. ① 거래비용이 높을 경우(예컨대, 피해자가 불특정 다수이거나, 그 중 누가 될 것인지를 미리 파악하기 어려운 경우, 사회적으로 필요한 공익사업에서 ‘버티기’와 ‘무임승차’가 발생하여 바람직한 권리이전이 발생하지 않는 경우<sup>283)</sup>)에, ② 사람마다 가치평가가 다를 수 있고(깨끗한 공기 등), ③ 상호침탈을 생각하기 어려운(오염된 토지를 물건을 되찾아오는 것과 같은 방식으로 되돌리기 어렵다), 주로 무형의 권리(공해 등 ‘부정적 외부효과’)를 보호하는 데 효과적이라고 설명된다. ‘사고(accident)’ 상황을 다루는 불법행위법이 책임원리에 따르는 대표적인 예이다(재산원리는 고의 불법행위에, 책임원리는 과실 불법행위에 적용된다고 설명하기도 한다).

한편 재산원리와 책임원리 외에 인신매매, 매혈 등을 원천적으로 금지하는 ‘불가양도 원리(Inalienability)’가 제시되기도 한다. 이는 일신전속권이나 미성년자 등 사회적 약자를 보호하기 위한 것이다.

281) 오정일, 송평근, 법경제학입문(박영사, 2014), 33 이하.

282) 박세일(2000), 144 이하.

283) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률이 정한 요건과 절차를 갖추어 ‘수용’한 뒤 손실을 ‘보상’하게 한다. 거래비용을 증가시키는 ‘알박기 행위’에 대한 제재방식을 법경제학적 시각으로 고찰한 글로는 조병구, “이른바 ‘알박기’에 대한 법경제학적 고찰”, 사법연수원 청연논총, 제9집 (2012). 각주 264도 참조.

다) 다시 돌아와서, 형벌은 먼저 ‘순전한 강제적 이전행위’와 같이 규범을 깨뜨리는 행위를 허용하지 않는다. 시장을 통한 건전한 거래질서, 즉 ‘사회적 시장경제질서’<sup>284)</sup>라는 시스템 자체를 보호하기 위함이다.<sup>285)</sup> 이는 사회의 가치체계, 즉 (형)법의 존립기반을 지키는 것이기도 하다. 가령 길을 가다가 마음에 드는 차를 발견했을 때 중고차 시세만큼의 돈을 그 자리에 놓고 차를 가져가버리는 행위(‘효율적 계약파기 efficient breach’에 대응한 이른바 ‘효율적 침해 efficient infringement’)와 같은 것은 용납되지 않는다. 이는 재산원리를 임의로 책임원리로 바꾸는 행위라 할 수 있다. 시장가격은 원래 권리자의 주관적 가치보다 과소평가된 것일 가능성이 높고, 그 가치를 객관적으로 평가할 수 없을 수도 있다. 그와 같은 행위가 허용되기 시작하면 구성원들은 안심하고 경제생활을 할 수 없어 사회적 후생이 감소한다. 얼마든지 낮은 거래비용으로 자발적 교환을 할 수 있는 경우에는 거래가 시장에서 이루어지는 것이 바람직하다는 것이다.

침해 또는 박탈 대상이 된 권리가 기본권 혹은 일신전속권에 해당할 경우, 그 피해가 대단히 크고 심각한 것일 수 있기 때문에 책임원리를 앞세운 침해(및 배상)는 금지되고, 경우에 따라서는 재산원리에 따른

284) “지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행한 사람이 그 수표 지급제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 경우 수표 발행인을 처벌하도록 한 부정수표단속법 제2조 제2항은, 사회적 시장경제질서를 채택하고 있는 우리 헌법의 경제적 기본질서에 위반되는 것이 아니라 오히려 합리적이고 건전한 경제질서를 확립하게 함으로써 헌법에 보장된 국민의 경제상 자유와 창의성을 실현할 수 있게 하는 조항”이라고 판시한 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정 등 다수.

285) Alvin K. Klevorick, “Legal Theory and the Economic Analysis of Torts and Crimes”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 5 (1985), 905는 (재산권법, 계약법, 불법행위법을 포함하는) ‘거래구조(transaction structure)’를 위반하여 부당한 이익을 얻는 것을 막(고 이를 준수하는 다른 구성원들의 신뢰를 보호)하기 위하여 형사처벌이 존재한다고 한다. 그에 따르면, 형법은 개인들이 재산원리, 불가양 원리를 책임원리로 전환하려는 시도를 막아야 하고, 나아가 불가양 원리를 재산원리로 전환하는 것도 막아야 한다.

이에 대한 탁월한 은유는 봉준호 감독의 영화 <괴물(The Host)>에 등장한다. 위 영화에서 괴물은, 사회적 인과응보의 ‘집행자’로 등장한다. 도산하여 자살하는 중소기업 사장, 철제 이동식 화장실 문을 잠가 안전한 공간을 독점하는 사람들, (주인을 찾아주지 않고) 길에서 돈을 주워 가지는 방역요원, 한강 매점을 서리하는 형제 등 시장과 소유권에 터 잡은 자본주의 국가의 법질서에 순응하지 않는 인물들을 어김없이 단죄한다. 정성일, “노골적이고 단호한 정치적 커밍아웃, 괴물”, 씨네21, 제565호 (2006. 8. 16.).

시장거래도 금지된다(예컨대 자신의 생명을 돈을 받고 판매하는 행위가 허용되어서는 안 된다). 불가양 원리는 말 그대로 권리의 절대적 양도불가능성을 의미하고, 그러한 권리 이전을 초래하는 행위는 형벌로써 억지되어야 한다.

라) 이렇게 볼 때, ‘어떤 행위들이 범죄인가’를 규정하여 주는 형법은, 코즈(Coase)적 의미에서<sup>286)</sup> 누가 (초기) 권리자인지, 재산권을 명확히 그리고 강하게 규정하여 처음부터 그러한 범죄행위를 통한 강제이전이 (되도록) 일어나지 않도록 억지하는 ‘재산권법’ 성질을 가진다고도 할 수 있다.<sup>287)</sup> 코즈가 예시한 생활방해(nuisance) 사안과 다른 점이 있다면, 갈등 국면에 ‘상호성(reciprocity)’이 전혀 없거나 거의 없어서[권리

286) 코즈의 정리(The Coase Theorem)는 다음과 같이 요약될 수 있다. “첫째, 특정 자원에 대한 재산권이 명확하게 확립되어 있고, 둘째, 거래비용(transaction cost)이 존재하지 않는다면, 해당 자원에 대한 재산권이 어떤 식으로 배분되어 있더라도(즉, 법이 누구에게 재산권을 인정하는가에 관계없이) 당사자들의 자발적 협상을 통하여 (그 자원을 가장 필요로 하는 쪽으로 재산권이 이전되어) 결과적으로 효율적인 자원배분이 달성된다.” 즉, 거래비용이 0이라면 재산권만 명확하게 확립하면 되고, 효율성을 달성할 수 있는 여타의 법제도가 어떤 것들인지를 고민할 필요가 없다. 그런데 만약 거래비용이 높아서 자발적 교환이 일어나지 않을 경우에는, 누구에게 재산권을 인정하는가에 따라서 자원배분의 효율성이 달라질 수 있다. 개인이 갖는 권리는 대체로 법에 의하여 부여되므로, 결국 법이 경제를 조정(control)하는 역할을 맡게 되는 것이다. Coase(1960); “Law and Economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, Vol 36, No. 1 (1993), 250-251.

287) Dean Lueck & Thomas J. Miceli, “Property Law”, *University of Connecticut Economics Working Papers*, Paper 200404 (2004), 1은 “사실상 거의 모든 법의 분야가 ‘재산권법’이다[(V)irtually all, if not all, branches of law are ‘property rights law’].”라고 말한다.

시민들이 ‘국가의 (물리적) 강제력 독점’을 허용하는 까닭은 그렇게 하는 것이 자신들의 생명과 재산, 또는 넓은 의미의 ‘재산권’을 보호하는 데 효율적이기 때문이다. 재산권 보호는 누가 권리자인지가 명확하게 규정되어 있음을 전제한다. 그러한 권리 획득은 (물리적) 강제력에 의하여 뒷받침되지 않을 경우 공허하다. “법은 단순한 사상이 아니라 살아 있는 힘이다. 그리하여 정의의 여신은 한 손에는 권리를 가늠하는 저울대를, 다른 손에는 권리를 지키는 칼을 들고 있는 것이다. 저울대 없는 칼은 그저 폭력에 지나지 않고, 칼 없는 저울대는 법의 무기력일 따름이다(Das Recht ist nicht blosser Gedanke, sondern lebendige Kraft. Darum führt die Gerechtigkeit, die in der einen Hand die Wagschale hält, mit der sie das Recht abwägt, in der andern das Schwert, mit dem sie es behauptet. Das Schwert ohne die Wage ist die nackte Gewalt, die Wage ohne das Schwert die Ohnmacht des Rechts).” Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht* (Wien: Manz, 1872)[정동호, 신영호 공역], 권리를 위한 투쟁(세창출판사, 2015), 29[<https://archive.org/details/derkampfumsrech00jherg>](2016. 9. 30. 확인).

속성 때문이기도 하지만, ‘게임의 법칙’을 깨뜨리는 일방의 고의성도 한 원인이다], 한 쪽 당사자가 절대적으로, 혹은 거의 언제나 ‘피해자’가 되고, 항상 또는 가급적 보호받아야 한다는 점이다. 생명권을 누가 보유하는지는 처음부터 너무나 명백하여 형법은 단지 이를 확인할 뿐이지만, 환경권 대 영업권의 구도에서는(이는 정확히 코즈의 사례이기도 하다) 형법이 만일 특정한 환경오염행위를 일종의 ‘생태적 강제수용’으로 보아 범죄로 규정한다면, 이는 환경권자에게 초기 권리를 부여하는 것이 된다. 이것이 정당화될 수 있으려면, 침해된 권리가 근본적 중요성을 갖는 권리라거나 확대손해로 인한 공적비용이 대단히 크다는 등으로 사회적 총피해(사회적 총비용 ‘Social Cost’)가 매우 큰 경우여야 할 것이다.

마) ‘연속변수’인 고의성과 마찬가지로, ‘총피해’ 역시 어느 정도 계량 가능하다. 적어도 ‘비난가능성’ 크기를 기준으로 삼는 응보론에 비해서는 계산이 용이할 것이다. 이 때 단위는 ‘(사회적) 후생’이다.<sup>288)</sup>

### 3) 소결론

고의성이 강하고, 총피해가 매우 커서 총편익이 그보다 작을 것이 거의 확실한 경우에는,<sup>289)</sup> ‘당사자 간 민사적 해결’, ‘과징금 등 행정제재’가 아닌 형사적 개입이 필요하다. 결국 억지론에 의할 때 범죄란, “(총피해, 고의성, 자산불충분성 등 측면에서) 죄책성이 커서 다른 제재수단보다 형벌로써 더욱 효율적으로 억지할 수 있는 행위”라고 정의할 수 있다.<sup>290)</sup>

---

288) 김일중(2013), 260은 “당신은 범죄가 발생한 결과에 대하여 얼마를 보상해주어야 이전과 동일한 효용 수준을 회복할 수 있겠습니까?”라는 질문에 대하여[이른바 ‘보상변량(compensating variation)'], 혹은 “당신은 그와 같은 범죄가 발생하지 않는 안전한 사회에서 사는 대가로 얼마를 지불할 용의가 있습니까?”라는 질문에 대하여[이른바 ‘균등변량(equivalent variation)'] 사회구성원의 대표 표본으로부터 답을 얻어 그 총계를 추정함으로써 ‘총피해’를 추산할 수 있다고 한다.

289) 샤벨은 뺑소니, 증거인멸 등 적극적 은폐행위와, 미성년자에 대한 술 판매 등 본래 속성상 적발하기 어려운 행위(희생자 없는 범죄로 해당 미성년자가 미래 알코올 중독 가능성 등을 근거로 손해배상소송을 하기 어렵다), 과속운전 등 (실제적 또는) 잠재적 위험성이 매우 큰 행위에 대해서도 국가의 형사적 개입이 필요하다고 주장하나, 특히 뒤의 둘에 대해서는 행정제재를 넘어 범죄화해야 하는 필연성에 대한 설명이 명쾌하지 않은 것 같다.

### 3. 종합: 범죄화의 필요조건과 범죄유형

#### 가. 김일중의 범죄경계선

김일중 교수는 형벌 목적을 억지에 두고, ‘고의성’과 ‘총피해규모’를 양대 변수로 하여 범죄유형을 [그림 2] 그래프와 같이 분류하였다. 각각은 형사법학에서 ‘불법하다는 부정적 가치평가의 내용, 즉 불법의 본질이 무엇인가’라는 물음에 대한 답으로 제시된 ‘행위불법(행위반가치)’, ‘결과불법(결과반가치)’에 대응한다.<sup>291)292)</sup> 죄책성은 일반적으로 우상향할수록 증가하지만, ‘불완전보상’, ‘확장피해’가 큰 유형은 음영에 차이를 두어 진

290) 김일중(2013), 261. 김용세, “행정의무위반의 비범죄화 방안에 관한 연구”, **비교형사법연구**, 제5권 제2호 (2003. 12.)는 ‘당벌성(Strafwudrigkeit, 특정한 불법행위에 대한 형벌부과의 가능성 내지 정당성 근거를 제시할 수 있는 행위특성)’과 ‘필벌성 [Strafbedurftigkeit, 당벌적 법익침해(위험성)로부터 사회를 보호하고 법질서를 유지하기 위하여 형벌이 불가결한 수단인 동시에 범죄에 대한 대응수단으로서 적합하고도 유효한 수단으로 평가되는 것]을 행정의무위반에 대한 비범죄화 기준으로 제시한다. 그러나 기준이 다소 추상적이라고 보인다.

291) 양자의 범죄체계상 위치에 관해서는 설명이 다소 엇갈린다. ‘불법’이라는 용어를 서로 다른 전제에서 사용하고 있다고도 보인다. 명시적으로 ‘구성요건’ 문제라고 보는 견해로, 김일수, 서보학(2014), 160-164(“행위반가치와 결과반가치가 존재하더라도 실질적 사회적 유해성이 별도로 판단되어야 한다.”); 이재상(2010), 110-117(“위법성의 실체에 관한 문제에 그쳐서는 안 되고 불법의 개념에 관한 문제로 보아야 한다.”)고 하면서도 강조점을 구성요건 평가에 두고 있다); 이정원(1999), 81-82 등.

구성요건에 해당하고 위법성이 조각되지 아니한다는 의미의 ‘불법성’ 내지 ‘실질적 위법성’의 문제로 보는 아래 견해로 김성돈(2015), 268-271(“결과불법론과 인적불법론의 대립을 구성요건론인 결과반가치론과 행위반가치론으로 전환시키는 것은 부당하다.”); 김성천, 김형준(2014), 173-178(“위법성은 행위반가치와 결과반가치로 평가되는 행위가 가지는 법질서 위반 속성을 가리키는 ‘형식적 개념’이고, 불법은 그 내용을 이루는 ‘실질적 개념’이다.”); 박상기(2012), 81-84; 배종대(2016), 185-192; 손동권, 김재운(2011), 165-166; 신동운(2015), 268-270[“불법은 실체이고, 위법 내지 반가치(unwert)는 관계개념이다.”]; 오영근(2014), 95-100(“위법성의 본질과 관련하여 발전된 이론이지만, 오늘날에는 구성요건해당성 판단에도 관련을 갖는 이론이다.”); 임웅(2015), 130-131, 188-201; 정성근, 박광민(2012), 154-158(“구성요건해당성 판단의 내용인 동시에 실질적 위법성의 내용이 된다.”); 진계호, 이준걸(2007), 166-171(“위법성 본질과 관련하여 발전된 이론이지만 불법의 개념에 관한 문제로 이해함이 타당하다.”); 천진호(2016), 188-190 등이 있으나, 이들도 김성돈(2015), 김성천, 김형준(2014), 손동권, 김재운(2011), 신동운(2015), 임웅(2015) 외에는 이 주제를 ‘위법성론’이 아니라 ‘구성요건론’에서 다루고 있어 입장이 불분명한 측면이 있다.

292) 단, ‘결과불법’ 평가에서, 기존 형법 이론과 달리 확률을 도입할 방안이 고민될 필요가 있다고 생각한다. 그런데 이는 결국에는 ‘행위불법’ 평가에까지 확장될 수 있다. 줄고(2017) 참조.



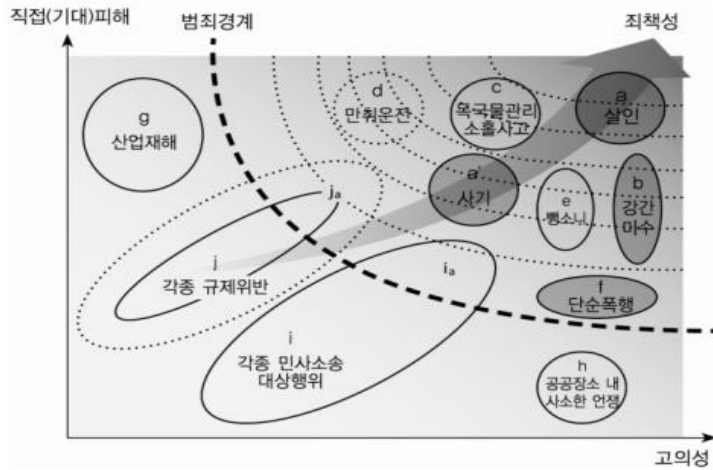
하게 표시되어 있다. 원점에 대하여 블록한 범죄경계선(등불법성곡선 혹은 등죄책성곡선이라고도 할 수 있을 것이다) 오른쪽 위편에 위치하면 형사처벌 대상이 되고, 아래쪽에 위치하면 비범죄화하여 민사소송이나 행정규제로 다루는 것이 효율적이다. 이는 추상적 수준에서 고려하던 양형요소들을 구체화한 것으로, 범죄와 범죄 아닌 행위의 경계를 찾는 작업은 물론, 처벌수준을 정함에도 실용적인 기준을 제시해주고 있다고 보인다.<sup>293)</sup> 단, 유형 구분과 예시는 대략의 것일 뿐, 구체적 사안에 따라 고의성, 총피해 등 죄책성이 얼마든지 다르게 평가될 수 있을 것이므로, 고정된 분류로 이해할 필요는 없을 것이다.<sup>294)</sup> 그리고 하나의 법, 예컨대 산업안전보건법 안에서도, 유해행위를 그 내용에 따라 ‘c 그룹’, ‘d 그룹’, ‘g 그룹’, ‘j 그룹’으로 다르게 분류할 수 있을 것이다(즉, 그래프에 표시된 것처럼 산업재해는 항상 ‘g 그룹’으로 분류된다고 이해할 필요는 없을 것이다).<sup>295)</sup>

293) 아래의 범죄유형 분류는 김일중(2013), 261-279에 고유한 것이나, 각각 유형에 대한 설명은 필자 나름대로 기존 법학이론을 재구성한 부분이 많다. 그래프는 같은 책, 272에서 전제하였다. 위 분류 및 그래프를 양형위원회 양형기준 및 위자료 등 손해배상액 수준과 입체적으로 비교함으로써 정교화할 여지가 있다고 생각한다.

294) “어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리 역사와 문화, 입법당시 시대적 상황과 국민일반 가치관 내지 법감정, 범죄 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 91헌바11 결정 등).”

295) 산업안전보건법 벌칙규정의 구분은 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 강원법학, 제34권 (2011. 10.), 2-4 등 참조.

[그림 2] 김일중(2013), 272. 행위 특성별 죄책성 수준 및 범죄경계



- 주) ○ : 피해가 발생한 행위, ○ : 피해가 발생하지 않은 행위; ● : 확장 피해가 큰 행위  
 - - - : 범죄를 결정하는 경계선
- a: 직접피해 및 확장피해의 규모가 매우 크고, 고의성도 매우 높은 행위 (강도, 강간, 방화, 반역 등)
  - a': 직접피해 및 확장피해의 규모가 크고, 고의성도 높은 행위 (사기, 횡령, 폭행 등)
  - b: 미수에 그친 a 유형 행위
  - c: 직접피해가 매우 크고, 합리적 주의의무로부터 과다 일탈하여 발생한 사고 (과속운전 중 치사, 중과실 장물취득, 실화, 승강기 관리부주의로 인한 인명사고와 같은 업무상 과실치사상 등)
  - d: 발생 가능한 직접피해가 매우 크고, 합리적 주의의무로부터 과다 일탈하여 규제를 위반한 행위 (유류배관용접 시 인화물질소지 등)
  - e: 직접피해가 크고, 피해발생 후 적극적으로 은폐노력을 기한 행위 (실화 후 도주 등)
  - f: 직접피해는 작지만 확장피해가 크고, 고의성이 매우 높은 행위 (좁도둑질, 단순주거침입, 재물손괴, 공문서위조, 동물학대, 마약판매, 사행성 도박, 기타 희생자 없는 범죄 등)
  - g: 직접피해가 클 수 있지만, 부득이하게 발생한 (고의성이 매우 낮은) 사고 (자연재해 인명사고 등)
  - h: 고의성은 높지만, 직접피해가 작은 행위 (대중교통 이용 시 음식섭취, 또는 트림, 경미한 소란, 단순낙서 등 상대방에게 고의적으로 불쾌감을 주는 행위)
  - i: 민사소송대상인 각종 행위 (계약불이행, 불법행위, 민사상의 명예훼손 등)
  - j: 발생 가능한 직접피해가 존재하는 규제위반행위 (안전, 화재, 환경, 위생 관련 규제위반행위, 담합기도, 증권거래법상 공시의무위반행위 등); 혹은 직접피해가 발생한 규제위반행위 (인근주민들에게 피해를 준 소음 규제위반행위, 소비자에게 피해를 야기한 담합행위, 주식투자자들에게 피해를 입힌 시세조정행위 등)
  - i<sub>a</sub>: i 유형의 행위들 중 제소확률이 낮은 행위
  - j<sub>a</sub>: j 유형의 행위들 중 적발확률이 낮은 행위

## 나. a 그룹

‘a 그룹’에 해당하는 살인, 강도, 강간, 방화 등은 죄책성이 매우 크다. 고의성이 확실하고 피해 정도가 심각하다. 확장피해도 크다. 기존 이론이 범죄의 대표적 형상으로 상정한 전통적 범죄로, 누구나 쉽게 범죄라고 받아들인다. ‘자연범’이라는 용어에서 보듯, 그 ‘자명성’이 형벌 대상에 대한 숙고를 늦춘 측면이 있다.

## 다. a' 그룹

어느 모로 보나 죄책성이 최대인 ‘a 그룹’에 속하지 않는 행위들은 가치관이나 입법정책에 따라 입장이 달라질 수 있다. 특히 ‘재산범죄’의 존재형식은 사회경제구조와 밀접한 관련을 가진다.<sup>296)</sup>

중세 (유럽) 사회는 농업생산과 물물교환에 기반을 둔 자급자족의 폐쇄적, 정태적 사회였고, 재산이라고 해봤자 토지, 가재도구 등이 전부였다. 그 중에서도 토지는 봉건제도에 결부된 영지(봉토)가 대부분이었고, 그에 대한 소유관념도 희박했기 때문에<sup>297)</sup> 재산죄는 동산 탈취를 중심으로 한 ‘절도죄’로 주로 관념되었다. 그러던 것이 근대에 이르러 산업혁명이 진행되고 자본주의 시장경제가 발전하면서 인간과 인간, 인간과 물건의 관계가 변하게 된다. 경제활동은 ‘계약’과 (기업 등) ‘조직’을 통해 대규모로 중첩되어 특정 자산을 두고 여러 사람이 관련되는 것이 일반적

296) “재산권의 형성과 발전은 재산권의 수익률(비용 대비 이익 비율) 증가와 밀접하게 연관된다.” Posner(2011), 43.

297) 토지소유권이 성립하기 위해서는 토지에 대한 타인 접근을 배제할 필요가 있을 만큼 토지 가치가 높아져야 한다. 농업기술이 진보하여 적어도 1~2년 정도만 땅을 묵히는 ‘단기휴경’ 단계에는 도달해야 토지 소유권이 의미 있다. 인구에 비하여 땅이 널려 있어 놓고 있는(?) 토지가 많고, 먼저 경작하는 사람이 임자인 상황에서는, 토지에 대한 재산권이 발달할 수 없다. 토지는 형식상 왕의 소유로 남아 있다가(토지공개념의 뿌리, 동양의 왕토사상도 같다), 관료제, 상비군 등으로 중앙집권화가 진전되면서, 국가가 점차 민간 토지 소유를 인정하는 대신 그로부터 세금을 징수하는 조세국가로 변모한다. 상속세 기원도 토지공개념에서 찾을 수 있다. 김재호, “[경제학자가 본 한 국사](11) 중세의 토지는 누구 소유였는가”, 한국경제 생글생글, 426호 (2014. 4. 28.) <<http://sgsg.hankyung.com/apps.popup/news.print?nkey=2014042800426000091>>(2016. 10. 22. 확인). 토지소유권을 종합적으로 다룬 문헌은 Robert C. Ellickson, “Property in Land”, *Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 6 (1993).

현상이 되었다. 타인에 대한 재산 대여·위탁, 사무 위임·위탁이 불가피해진 것이다. 이에 사기죄, 횡령죄, 배임죄와 같이 대리인 등의 태만, 부정을 감독하거나 배신행위를 방지하여 거래 신뢰를 확보하기 위한 범죄 유형이 생겨났다.<sup>298)</sup>

‘a’ 그룹은 고의성이나 피해 정도가 일정 수준 이상으로 높은 재산범죄를 포괄한다. 자연범 중 흉악범죄에 이르지 않는 정도의 범죄들도 여기에 포함시킬 수 있을 것이다. 이들은 형법전에 규정되어 있는 범죄들이다.

#### 라. b 그룹

‘b 그룹’은 ‘a 그룹’의 미수범이다. 형법 교과서들은 대체로 미수범 처벌근거에 관하여, 행위자의 ‘법적대적 의사’와 ‘결과발생 위험성’이라는 객관적 측면을 함께 고려하는 ‘절충설(혹은 인상설 Eindruckstheorie)’을 취한다.<sup>299)</sup> 범죄역지 관점에서도 미수범 처벌은 정당하다. 실제로 결과가 발생한 경우에만 처벌하는 경우에 비해 적발확률을 높이는 반면 사회적 비용은 적게 들기 때문이다. 특히 범죄의 준비단계에서부터 실행에 착수하여 기수에 이르기까지 시간이 오래 걸리는 경우, 원거리 저격범과 같이 성공확률이 낮은 경우 등 오히려 미수범으로 체포될 확률이 높은 범죄에 있어서는 미수범 처벌의 역지효과가 더 커진다. 미수범이 행위자의 장래 위험성에 관한 정보를 제공해준다는 측면에서도 처벌이나 격리가 정당화될 수 있다.<sup>300)</sup>

예비·음모와 미수의 구별기준으로서 ‘실행 착수시기’나 불능미수의 ‘위험성’<sup>301)</sup> 판단기준에 관해서는 고의성보다는 상대적으로 총피해(확률

---

298) 문형섭(2001), 5.

299) 김성돈(2015), 437; 김성천, 김형준(2014), 320-322; 김일수, 서보학(2014), 377-378; 박상기(2012), 353-354; 배종대(2016), 479-481; 손동권, 김재윤(2011), 430-431; 신동운(2015), 474-478(“우리 형법의 입법자는 인상설 관점을 떠나서 보다 객관적 색채가 강화된 절충설의 입장을 취하고 있다.”); 오영근(2014), 307-309; 이재상(2010), 358-360; 이정원(1999), 245-246; 임웅(2015), 363-364; 정성근, 박광민(2012), 389-391; 정웅석, 백승민(2014), 350-353; 진계호, 이준걸(2007), 485-487; 천진호(2016), 643-645 등 참조.

300) 이상 신도철(2011), 331-332; 박경래(2010), 111-113 참조.

301) 미수범 처벌근거와 불능미수 위험성 판단이 통일적으로 이해되어야 한다고 하는 천

적으로 계산한 기대피해를 포함한다) 관점이, 중지미수 특별취급근거와 ‘자의성’ 판단기준에 관해서는 억지라는 목적(형사정책설, 보상설, 형벌목적설)과 고의성(법률설, 책임이행설), 총피해(규범의 회복이라는 측면도 중요한 측면이다) 관점 모두가(결합설) 해석상 고려요소가 될 수 있을 것이다.

마. c 그룹 : g 그룹

경제활동 규모가 커지고 복잡해짐에 따라 확장피해를 야기하는 사고가 발생하기도 한다. ‘기업범죄’에 관한 논의가 주목하는 부분은 이 대목이다. 그런데 이들은 기본적으로 ‘플러스’ 순편익을 창출하는 활동들이다(물론 생태경제학<sup>302</sup> 등 세계관에 따라 차변과 대변에 올 항목들에 대한 가치평가가 달라질 수는 있을 것이다). 오늘부터라도 문명으로부터 철수하여 자연으로 돌아가겠다는 생태근본주의, 반기술주의 입장에 설 것이 아니라면, 이들이 야기하는 부정적 외부효과는 기본적으로 ‘내부화’하는 것이 현명하고 바람직하다. 불법행위법, 피구세(Pigouvian tax) 등을 통하여 기업 유인구조에 변화를 주면 생산활동을 바람직한 방향으로 유도할 수 있다. 선부른 범죄화는 가치를 생산하는 활동을 과잉금지(矯角殺牛)하는 부작용을 초래한다. 형사법을 무과실책임 혹은 엄격책임원리

---

진호(2016), 639-721의 주장은 경청할 만하다. 도그마틱적 측면도 있겠지만, 미수범에 관한 일관된 양형기준 수립(범죄화 기준을 포함한)이라는 측면에서 공감한다. 위 책은 미수범 본질론이 미수와 불가벌적 예비 사이의 한계설정, 불능미수 가벌성 문제, ‘미수범 처벌 정도’, 중지미수에서 착수미수와 실행미수의 객관적 성립조건 차이라는 측면에서 일관되게 견지되어야 한다고 한다.

302) 이상호, “성장의 그늘을 밝힌다: 생태경제학”, (박만섭 엮음), 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012); 우석훈, 디버블링: 신빈곤 시대의 정치경제학(생태경제학 시리즈 3)(개마고원, 2011) 등. 두 글 모두에 생태경제학 분야의 상세한 참고문헌 목록이 수록되어 있다. 선구는 Nicholas Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971)[유종일, 김학진 번역, 엔트로피와 경제(한울아카데미, 2017)]; Kenneth E. Boulding, “The Economics of the Coming Spaceship Earth”, Henry Jarrett (ed.), *Environmental Quality in a Growing Economy* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1966); Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jørgen Randers, William W. Behrens III, *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome’s Project on the Predicament of Mankind* (New York: Universe Books, 1972); *The Limits to Growth: The 30-Year Update* (White River Junction, Vt.: Chelsea Green Publishing, 2004)[김병순 번역, 성장의 한계: 30주년 기념 개정판(갈라파고스, 2012)].

(strict liability rule)에 따라 운용하여 결과책임을 묻는 것이 되어서도 아니 된다.<sup>303)</sup> 요컨대, ‘g 그룹’에 포함되는 고의성 낮은 불운한<sup>304)</sup> 사고에 대해서는 형벌 아닌 다른 수단, 우선 손해배상제도를 통하여 ‘피해 당사자’ 피해부터 완전히 전보하도록 하는 것이 타당하다.<sup>305)</sup> 그에 앞서 행

303) 법인 처벌근거 내지 양벌규정의 법적 성격에 관하여 ‘무과실책임설’이 주장되기도 한다. 그러나 후술하듯 피고인이 법인인 몇 안 되는 사건들에서도, 주관적 구성요건 요소에 대한 검사의 입증에 필요하다는 형법 제13조, 제14조, 제15조 제2항에 근거한 주장이 ‘언제나’ 제기된다. 무과실책임설은 입법론으로서는 별론으로 하더라도(그러나 사고방지노력을 이끌어내는 데 불리할 수 있다), 현행법 해석론으로 채택하기는 무리라고 생각한다. 대법원도 무과실책임설로 해석될 소지가 있는 1982년 도로교통법위반 사건 판결[“도로교통법 제81조의 양벌규정은 (...) 이른바 **질서벌** 성질을 갖는 규정인므로 비록 행위자에 대한 감독책임을 다하였다거나 또는 행위자의 위반사실을 몰랐다고 하더라도 적용이 배제된다고 할 수 없다.”(강조는 인용자, **대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1439 판결**)]. 그러나 고의를 요하지 않는다는 것을 넘어 반드시 과실조차 필요하지 않다는 의미인지는 재고를 요한다.] 등 일부 판결 외에는, 특히 1990년대 중반 이후에는 책임주의에 충실한 (진정)과실책임설에 따르고 있다. 헌법재판소도 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정 이래 “중업원 등이 업무와 관련하여 위반행위를 한 경우에, 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있는” 양벌규정에 대해 계속하여 위헌결정을 하고 있다. 이순욱(2016), 139-144 등 참조.

304) 물론 오늘날의 ‘불운(不運)’이라는 것은 ‘체계화, 제도화된 위험’이고, 경우에 따라서는 ‘신분’이다.

305) 개별 피해자들의 손해를 완전히 배상(보상)하고도 남는 편익이 있을 수 있다. 그런데 그 편익이 사회적 후생손실을 대가로 한 것이 아니라면, 즉, 어떤 행위로 인한 개인적, 사회적 손해를 모두 보상하고도 남는 이익이 있다면, 그것은 사회적으로 바람직한 활동이다. 이를 설명하는 개념이 ‘칼도- Hicks 효율성(Kaldor-Hicks efficiency)’이다. 이는 ‘파레토 효율성(Pareto efficiency)’에 대한 대안으로 제시된 기준이다. 일반적으로 ‘누군가의 효용(후생, 복지, 부)을 감소시키지 아니하고서도, 어떤 한 사람의 효용을 이전보다 증가시켜 사회적으로 바람직한 변화를 가져올 수 있는 경우’를 파레토 개선(Pareto improvement)이라 하고, 그와 같이 ‘누군가의 효용을 감소시키지 아니하고서는 더 이상 어떤 한 사람의 효용을 이전보다 증가시킬 수 없는 자원배분상태’를 ‘파레토 최적(Pareto optimal)’이라 한다. 즉, 파레토 최적이란 파레토 개선이 불가능한 상태이다. 그런데 이 파레토 효율성은 사실상 만장일치일 경우에만 현 상태를 변경할 수 있다는 결론(어떤 변화에도 누군가는 불만을 가질 것이므로)이 된다. 충족시키기가 대단히 어렵다. 예컨대 범죄자를 처벌하는 경우에도 그 범죄자는 손해를 보는 셈이 되기 때문에 파레토 효율적 변화라고 할 수 없다. 그런데 칼도- Hicks 효율성 개념에 의하면, 어떤 변화로 인한 이익 크기가 그로 인한 손실 크기보다 크기만 하면 된다. 그 점에서 이를 ‘잠재적 파레토 효율성’ 혹은 ‘부의 극대화(wealth maximization)’라고도 한다[후자는 포스너 판사의 개념이다. Posner(2011), 17.]. 어떤 의미에서 법과 정책의 모든 목표는, 칼도- Hicks 효율적인 변화를 도와 사회 전체적인 후생 수준을 증가시키고, 적절한 개입(재분배)을 통하여 형평성을 제고하는 데 있다고도 말할 수 있을 것이다(파레토 효율성, 칼도- Hicks 효율성 개념이 ‘생산적 효율성’ 개념이 아니라, ‘한정된’ 자원으로 효용을 극대화한다는 의미의 ‘배분적 효율’에 관한 개념이라는 것도 굳이 언급하여 둔다). 윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한

정규제를 통해 그와 같은 사고가 발생하기 쉬운 구조나 관행을 바꾸도록 유도하여 사고를 사전에 예방할 대책도 고민하여야 한다.

반면 그와 같은 대형사고가 무모하다고 할 정도로 고의에 가까운 중대한 과실로 발생한 것이라면, 죄책성 높은 그러한 행위들은 범죄경계선 안으로 들어올 수 있다. 치명적 유독물질을 함부로 관리하여 지역주민들에게 막대한 인명피해를 입힌 경우, 고속도로에서 시속 300km로 질주하다가 연쇄추돌사고를 일으켜 많은 사상자를 낸 경우 등이 그 예이다. 원칙적으로, 손해배상제도를 통하여 피해를 모두 회복시켜야 하는 것은 물론이고, 개별 피해자들의 직접 피해가 전보되고도 남는 사회적 손해가 큰 경우에는<sup>306)</sup> 국가가 사회를 대표하여 과징금 등을 통해 이를 환수하여야 한다(이로써 언제나 순편익을 0으로 만들 수 있다면<sup>307)</sup> 이론상 그러한 행위를 할 유인을 없앨 수 있다. 단, 그러한 환수를 논리필연적으로 ‘법인’에 ‘벌금형’을 부과하는 방식에 의하여야만 하는 것은 아니다.). 넓은 지역, 긴 시간대에 걸쳐 회복하기 어려운(불완전보상) 피해를 야기할 수 있는 이러한 행위들은 (최소한 그 부족 보상분을 초과하는 범위에서) 형사처벌하여 되도록 억지(금지)하여야 한다. 이들이 ‘c 그룹’에 속한다.

바꾸어 말하면, 가시적이고 쉽게 계량 가능하여 민사적으로 쉽게 회복 가능한 손해(대개는 직접 피해)를 배상받고 났을 때, 남는 확장피해가 미미하거나 편익보다는 확실하게 작은 경우는 ‘g 그룹’으로(이 부분 확장피해가 절차비용 등을 이유로 완전히 보상되지 아니할 경우 해당 기업 등은 사회의 자원을 자신에게로 일부나마 강제이전시킨 것이 된다), 그 확장 피해가 편익을 확실하게 초과하는 경우는 ‘c 그룹’으로 분류된다고 할 수 있을 것이다. 전자에 대해서는 이해조정이, 후자에 대해서는 억지가 필요하다.

#### 바. d 그룹

---

가”, (김일중, 김두일 편집), **법경제학 이론과 응용**(해남, 2011) [(고학수, 허성욱 편집), **경제적 효율성과 법의 지배**(박영사, 2009); 서울대학교 법학, 제50권 제1호(2009)] 등 참조.

306) 이는 피해가 분산된 탓에 ‘불완전보상’이 발생한 경우라고 보아야 할 것이다. 과학철학적 고찰이 필요한 문제이겠으나, 자연과 사회 어딘가로부터 강제로 이전한 부(富)라고 생각하자.

307) 그와 같은 활동으로 얻는 개별 이익보다 사회적 손해가 크다는 것이 전제된다.

주의의무위반 정도가 매우 중하지만('c 그룹'에 준한다고 평가될 수 있는 경우도 있을 것이다), 가시적 피해가 발생하지 않은 경우를 'd 그룹'으로 묶어볼 수 있다. 기대피해가 대단히 커서 반드시 준수해야 할 기준이 있는데, 이를 만연히 위반하여 요구되는 주의수준으로부터 심각하게 이탈한 경우이다. 결과가 발생하지 아니하였다는 점에서 점선으로 표시되었으나, 언제라도 심각한 피해로 이어질 수 있다. 만취운전 등 치명적 규제위반행위들이 여기에 해당한다('b 그룹'과도 비교).

#### 사. e 그룹

'e 그룹'에는 큰 고의성 없이 사고를 일으켰으나, 그 후에 적극적인 노력을 시도하여 고의성과 피해규모가 커진 경우이다. 이들은 적발을 어렵게(경우에 따라서는 불가능하게) 하므로 금지하여야 한다. 일단 피해가 발생하면 이를 줄이기 위하여 최대한 노력하여야 한다는 사회규범을 훼손한 것이라고 볼 수도 있다.

#### 아. f 그룹 : h 그룹

'f 그룹'과 'h 그룹'은 고의성은 뚜렷하지만 총피해규모가 미미하여 죄책성이 낮은 행위들이다. 그 중 'f 그룹'은 'h 그룹'에 비하여, 타인의 재산이나 기본권을 강제수용하였다는 점에서 기본규범 내지 시스템을 위협하는 행위이다. 그 점에서 확장피해가 크기 때문에 어둡게 표시되었다. 줌도둑, 재물손괴, 단손폭행의 경우, 피해가 아무리 작더라도 사회규범을 훼손하였다는 측면에서 형사처벌된다. 당대 문화에 따라 경계가 달라질 수 있다. 혼인빙자간음죄와 간통죄는 'f 그룹'에 속해 있다가 헌법재판소 위헌 결정<sup>308</sup>)으로 'h 그룹'에 속하여 범죄가 아니게 되었다고 할 수 있다. 경범죄처벌법의 처벌대상 행위들도 그 경계 근처에 놓여 있다. 때로는 i 그룹과 겹치기도 할 것이다.

308) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 결정(형법 제304조 위헌소원); 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17, 205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57, 255, 411, 2013헌바139, 161, 267, 276, 342, 365, 2014헌바53, 464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정(형법 제241조 위헌소원 등).



자. i 그룹 : j 그룹

‘i 그룹’은 재산법, 가족법에 따라 민사소송 대상이 되는 위해행위들이다. 그러나 어떤 이유에서 제소확률, 승소확률, 집행확률이 낮아 가해자가 받아들이는 역지력이 사회적으로 바람직한 수준보다 낮고, 그리하여 통제되기 힘든 행위들에 대해서는 국가가 개입하게 된다.<sup>309)</sup> 그 중 일부가 행정규제 대상이 되는 ‘j 그룹’으로 포함된다. 공법(公法)과 사법(私法) 구별기준에 관하여 행정법 교과서들은 대체로 ‘이익설’, ‘성질설(권력설, 종속설, 복종설)’, ‘주체설’을 든다.<sup>310)</sup> 그러나 양자가 엄격하게 분리되는 범영역이라기보다는, 개인에게 집중되어 있는 이익이 아닌 공중(公衆)에 분산되어 있는 이익을 공동으로 보호하기 위하여, 각자의 권리와 자유 중 일부씩을 떼어 하나의 중심으로 양도하고, 그렇게 (재)집중된 권력(국가)의 지배에 복종하기로 하는 특별한 ‘약속’에 관한 법을, 그(기능적) 독자성을 인정하여 사법의 연장선상에서, 혹은 사법의 특별법으로서 공법으로 발전시켜 나간 것으로도 볼 수 있을 것이다(‘사회계약’ 개념은 근대 정치철학의 핵심이기도 하다).<sup>311)</sup>

309) 노동법의 공법성, 회사법의 강행규범성은 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 김건식, 노혁준, 천경훈, *회사법(제2판)*(박영사, 2016), 30-32; 김화진, *상법강의*(박영사, 2013), 166-167; 김태진(2011), 353-362; John Armour et al.(2009).

310) 김남진, 김연태, *행정법 I(제19판)*(법문사, 2015), 79-85; 김동희, *행정법 I(제21판)*(박영사, 2015), 73-75; 박균성, *행정법론(상)(제13판)*(박영사, 2014), 11-15; 정하중, *행정법개론(제10판)*(법문사, 2016), 22-26; 홍정선, *행정법원론(상)(제24판)*(박영사, 2016), 29-35.

311) 행정상 법률관계도 결국 권리주체 상호간의 법률관계로 민법으로부터 분화과정을 거쳐 성립된 것이라거나, 공법과 사법은 서로 보충하고 중첩되는 ‘상호보완적 질서 (wechselseitige Auffangordnung)’라는 견해로는 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격-”, *행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1]*(박영사, 2005) [민사판례연구, 제25집 (2003)], 64-65, 221-224. 한편 한스 켈젠(Hans Kelsen, 1881~1973)과 그를 따르는 빈 학파는 공·사법 이원론의 이데올로기적 속성을 폭로하면서, 이를 해체해야 한다고 주장한다(이른바 ‘공·사법 구별부인론’). 공법과 사법 구별을 절대화하여 이를 (국가)권력 대 법의 대립이라고 보게 되면, 공법에는 법의 지배가 아니라 국익이나 공공복리에 의한 지배가 관철될 것이고, 입법기관이나 통치기관(또는 행정기관)은 법원과 달리 법률의 구속으로부터 벗어나, 심지어 법률에 반해서도, 국가목적이라는 이름으로 초법적 자유를 누리는 것이 정당화될 수 있다는 것이다. 한편 사권역시 우리가 흔히 ‘정치적 권리’라고 부르는 것과 마찬가지로의 의미에서 ‘정치적’ 권리라고 한다. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre(2nd ed.): Mit einem Anhang, “Das Problem der Gerechtigkeit”* (Wien: F. Deuticke, 1960)[변종필, 최희수 공역, *순수법학*(길안사, 1999), 422-427].

그런데 ‘i 그룹’과 ‘j 그룹’에서 ‘불완전보상’이 문제되는 행위들은 범  
죄화하여 형법으로 규율하게 된다. 예컨대, 임금체불을 처벌하는 이유는  
근로자와 사용자 간 종속노동관계와(낮은 제소확률), 임금체불이 일단 발  
생한 경우라면 사용자가 ‘지불능력’을 상실하였을 가능성이 크다는 것(자  
산불충분성)을 고려하여 추가 제재수단을 통해 이를 억지하려 한 것이라  
는 설명을 해볼 수 있다.<sup>312)</sup> ‘j 그룹’ 중 형사처벌 대상이 된 행위들은

**국가배상법 제8조(다른 법률과의 관계)** 국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하  
여는 이 법에 규정된 사항 외에는 「민법」에 따른다(후략).

**행정소송법 제8조(법적용례)** ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항  
에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

312) 관련하여, 사적자치 원칙과 형법의 최소성, 최후수단성이라는 관점에서 ‘배임죄’ 구  
성요건에 대한 엄격해석 및 면밀한 불법성 평가 노력이 필요하다고 생각한다.

형법 제355조 제2항은 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로  
써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해  
를 가한 (경우)”를 배임죄로 처벌하고 있다. 그런데 이 불명확한 구성요건을 해석할  
때 우리 실무는 ① 진정신분범인 배임죄 주체에 관하여, “타인사무를 처리하는 자란  
타인과 대내관계에서 신의성실원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다  
고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 대리  
권이 존재할 것을 요하지 않으며, 업무상 배임죄에서 업무의 근거는 법령, 계약, 관습  
의 어느 것에 의하건 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다.”고 하고, ② 행위태양인 배  
임행위에 대해서는, “임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에  
비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는  
행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인  
과 신임관계를 저버리는 일체 행위를 포함한다(이상 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도  
457 판결 등).”고 하며, ③ 특히 재산상 손해에 관하여, 형법 제359조 미수범 처벌규  
정에도 불구하고, “재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적 손해를 가한 경우뿐만 아  
니라 재산상 실해 발생 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해 유무에 대한 판  
단은 본인의 전 재산 상태와 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점  
에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도  
경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적 손해를 가하였거  
나 재산상 실해발생 위험을 초래한 경우에는 재산상 손해를 가한 때에 해당되어 배  
임죄를 구성한다(대법원 2012. 12. 27. 선고 2012도10822 판결 등).”고 하여 일관되  
게 침해범 아닌 위험범으로 보고 있고(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조  
가 이득액 크기에 따른 가중처벌을 하고 있다는 것도 유의), “일단 손해 위험성을 발  
생시킨 이상 사후에 담보를 취득하였거나 피해가 회복되었다 하여도 배임죄 성립에  
영향을 주는 것은 아니”라고 해석하고 있다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판  
결 등). ④ 주관적 구성요건으로서 고의에 관해서도, “배임의 범의는 배임행위 결과  
본인에게 재산상 손해가 발생하거나 발생할 염려가 있다는 인식과 자기 또는 제3자  
가 재산상 이득을 얻는다는 인식이 있으면 족하고 본인에게 재산상 손해를 가한다는  
의사나 자기 또는 제3자에게 재산상 이득을 얻게 하려는 목적은 요하지 아니하며, 이  
러한 인식은 미필적 인식으로도 족하다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결  
등).”고 본다.

‘신뢰’라는 사회적 규범을 보호하기 위한 것이라고는 하나(배임죄 성립범위를 가장

넓게 인정하는 이른바 ‘배신설’이 우리나라 다수설이자 판례이다), 위와 같은 ‘최대해석’에 따르면, 누군가의 재산상 손해를 발생시킬 위험이 있는 모든 행위(특히 채무불이행)는 잠재적으로 형사처벌 대상이 될 수 있다. 그러나 사회 구성원들의 경제활동이 씨줄 날줄로 복잡하게 얽여 있는 상황에서(그 점에서 모든 ‘자기사무’는 ‘타인사무’라고까지 할 수 있을 것 같다), 사적 이익을 추구하는 모든 활동은 사실은 누군가의 손해에 더 많은 활동이 아닐까. 구성요건을 엄격하게 해석하는 것에 더하여 손해배상 법리를 가다듬어 민사적 해결로 유도하는 것이 바람직하다고 생각한다. 더욱이 우리 배임죄에 상당하는 조문이 아예 없는 영국, 미국 뿐 아니라 독일법계 국가를 제외한 대부분 국가에서는 단순 배임행위를 형사문제로 ‘인식’하지 못하고 있고, 독일, 일본에서도 배임죄 해석에 실질적 기준을 가미하여 처벌범위를 축소해나가고 있다고 한다. 장기적으로는 죄책성이 큰 배임행위 유형을 가려내어, 그 구성요건을 명확하게 규정하여야 할 것이다(서베이 결과, 스페인 입법례가 특히 ‘회사법’상 배임행위의 수단과 방법을 매우 구체적으로 규정하고 있었다). 수많은 연구가 꾸준히 생산되었지만, 최근 논문으로는 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, *형사법연구*, 제27권 제1호 (2015. 3.), 3 등 참조.

한편, 10여 년 전 사건들에 대한 분석이기는 하나, 경제학자와 경영학자들이 공동 작업한 Hansoo Choi, Hyung-Goo Kang & Changmin Lee, “Too Big to Jail: Sentencing Bias for Business Groups”, Working Paper (2013)는, 2000년부터 2007년까지 지배주주(재벌 총수)와 기업 임원들에 의한 이득액 5억 원 이상 경제범죄 사건(대부분 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률이 적용된 업무상 배임·횡령 사건이고, 일부가 위 법률상 사기죄와 주식회사의외부감사에관한법률위반죄가 경합된 사건이다, 조사에 포함된 피고인 수는 252명)을 계량경제학적으로 분석하여, 구속부터 양형까지 절차 전반에 걸쳐 우리 형사사법시스템의 강한 ‘재벌 편향성’이 관찰되었음을 보이고 있다. 특히, ‘피고인이 지배주주인지 전문경영인인지 여부, 범죄피해액 크기, 피해액 변제 여부’나 ‘변호사의 질’(위 글은 피고인을 대리하는 변호사의 숫자와 그 중 지방 법원 부장 판검사 출신 변호사 비율, 10대 로펌 변호사 비율을 그에 대한 대리변수로 삼았다), ‘검사의 기소 편의’(위 글은 IMF 외환위기 직후 재산을 은닉하거나 해외로 빼돌린 기업인들에 대한 비판여론이 비등하게 됨에 따라 구성된 검찰, 감사원, 국제청, 금감원의 공적자금비리 합동단속반에 의하여 기소된 사건인지 여부를 대리변수로 삼았다)라는 요인을 통제하더라도 위와 같은 결론이 유지되었다고 한다. 위 글은 그 원인으로 두 가지 가설을 제시하고 있다. 첫째, ‘규모 가설’이다. 위 글에 따르면 ‘재벌 효과’는 10대 재벌에서 더 크게 나타났다(미국에서도 마찬가지로 편향이 확인된다고 한다). 둘째, 이른바 ‘대륙법 가설’인데, 우리 법원은 지배주주 일가의 사익추구를 위한 행위라도 그것이 그룹 살리기 명분하에 ‘내부거래’ 형식을 띠고 이루어진 경우, 이를 주주나 채권자가 아니라 ‘그룹 전체 이익’ 관점에서 불가피하다고 보아, 그에 대한 위법성을 낮게 평가하였다는 것이다[양형 이유에서 “편취한 금원과 이익이 거의 모두 회사의 기존 채무 변제나 기업운동을 위하여 쓰였고, 피고인 개인용도로 사용하거나 은닉하지 않았다”는 항변을 명시적으로 반영한 경우를 내부거래 변수로 만들어 기존 회귀방정식에 넣었다. 이는 상대적으로 개별 기업보다 시장(제도, 시스템)을 보호하는 보통법계 사법부와 다르다(법인실체설의 영향일까?). 페르낭 브로델이 『물질문명과 자본주의』(*Civilisation Matérielle, Économie et Capitalisme, XVe-XVIIIe siècle*)에서 자유경쟁과 교환원리가 지배하는 시장경제(그 자체로는 투명한 질서이다)와, 경쟁 배제와 독점화 속성이 지배하는 자본주의의 충위를 구별하였던 것처럼, 기업을 보호하는 것과 시장을 보호하는 것은 엄연히 다르다. 둘 중에 더 보호되어야 할 것이 있다면, 그것은 (불량, 부실)기업의 존속이 아니라 ‘시장의 신뢰 시스템’이라고 생각한다. 이는 ‘법적 안정성’과 ‘사적자치 원칙’의 한 부분을 이룬다. 몇몇 대기업에 ‘올 인

(All in)하는 산업구조는 특정기업의 리스크를 국가경제 전체가 떠안는 것이어서 위험성이 크다.] 위 글의 여러 버전이 확인되는데, 같은 공저자의 “What Constitutes Too-Big-To-Jail”, Working Paper (2014)에 대해서는 한국형사정책연구원과 같은 국책 연구기관인 한국조세재정연구원 정기간행물에 저자의 해설 글이 실렸다. 최한수, “왜 법원은 재벌(범죄)에 관대한가?”, **재정포럼**, 제231호 (2015. 9.).

연장선상의 논문이 외국 저널에 게재되기도 하였는데, Hansoo Choi et al., “Too Big to Jail? Company Status and Judicial Bias in an Emerging Market”, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 24, No. 2 (2016. 3.)에서는 2004년부터 2008년까지 사이 84개 기소 건과 78개 유죄 판결을 분석하였다. 중소기업들은 기소사실이 알려지면 기업가치를 25% 떨어뜨리고, 3/4의 경영진이 경영진에서 물러나게 되게 되었던 반면, 대기업들은 그와 같은 손실이나 경영진 교체가 발생하지 않았다고 한다(즉 대기업들에 대해서는 ‘낙인효과’가 작동하지 않을 가능성을 시사한다). 위 2016년 글은 미래에 변호사가 될 판사와 검사의 개인적 동기도 분석 요소로 포함시켰다. 저자들은 Changmin Lee, Hansoo Choi & Hyung-Goo Kang, “The Economic Effect of Court Decision for a Controlling Shareholder on Large Business Group: Owner Risk or Value Transfer?”, Working Paper (2014)에서, 역시 계량경제학 분석을 통하여, 첫째, 지배주주에 대한 유죄판결은 사법부의 ‘국가경제에 미치는 영향’에 대한 우려와는 달리, 기업가치 혹은 평판(주식의 초과수익률)에 유의미한 영향을 주지 않았음을 보인 바 있다. 둘째, 항소심 판결의 경우 집행유예 판결이 실행보다 기업가치에 오히려 부정적인 영향을 끼쳤다고 한다. 이는 최고경영자의 갑작스러운 이직이나[Jun-Koo Kang & Anil Shivdasani, “Firm Performance, Corporate Governance, and Top Executive Turnover in Japan”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 38, No. 1 (1995), 29], 실적 나쁜 최고경영자의 갑작스러운 사임[Michael S. Weisbach, “Outside directors and CEO turnover”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 20, No. 1 (1988), 431]이 일반적 예측과는 달리 오히려 기업가치를 상승시켰다는 선행연구들에 부합한다고 볼 수 있다. 엄격한 감시와 제재를 받지 않는 경영진을, 시장은 일종의 ‘불확실성’으로 받아들인다는 설명이 가능하다. 소유구조가 분산되어 경영이 투명하거나, 다양한 외부 자금시장을 통해 자본을 조달하는 기업이, 재벌과 같이 소유와 경영이 분리되지 아니하고 소유구조가 집중되거나, 은행 등 한정적인 자금시장을 통해 자본을 조달하는 기업보다 금융위기 상황을 보다 안정적으로 극복하였다는 Jae-Seung Baek, Jun-Koo Kang & Kyung Suh Park, “Corporate Governance and Firm Value: Evidence from the Korean Financial Crisis”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 71, No. 2 (2004), 265, 기업 설립자 사망 후 그와 혈연관계에 있는 후계자가 경영에 깊이 관여하는 경우 여러 후계자가 서로 경쟁하면서 발생하는 혼란, 영향력 및 경영권 약화 때문에 기업 성과가 하락한다는 Marianne Bertrand, Paras Mehta & Sendhil Mullainathan, “Ferretting Out Tunneling: An Application to Indian Business Groups”, *The Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, Vol. 117, No. 1 (2002), 121, 가족경영 형태 기업에서 지배주주가 자신들의 사적 이익을 위해 다른 주주들의 이익을 침해하여 기업가치가 하락하는 상황이 빈번히 발생한다는 Ronald C. Anderson & David M. Reeb, “Founding-Family Ownership and Firm Performance: Evidence from the S&P 500”, *The Journal of Finance*, Vol. 58, No. 3 (2003), 1301도 같은 맥락에서 볼 수 있다[이상 연구들은 Changmin Lee (2014)에서 재인용]. 끝으로, 지배주주에 대한 유죄판결은 그룹 내부 자원배분에는 유의미한 영향을 끼쳤다고 한다. 지배주주 지분율이 높고 자산규모가 큰 계열사에는 긍정적 영향을 끼쳤던 반면(불확실성 제거?), (지배주주의 의지로 키워나가야 할) 성장하는 계열사[MTB(Market To Book) ratio]가

‘적발확률’이 낮은 행위들이다. 전자가 ‘피해발생’이라는 ‘결과’에 초점을 둔다면, 후자는 ‘법규위반’이라는 ‘행위’에 초점을 두는 경우가 많을 것이다(단, 행정상 제재와 달리 형사처벌 시에는 주관적 구성요건에 대한 입증의 필요하다).<sup>313)</sup>

## 제4절 과잉범죄화 문제

### 1. 의의

범죄화 경계에 대한 고민은 ‘과잉범죄화 현상’에 대한 성찰로 이어진다. 오늘날 행정국가화 경향은 행정형법 인플레이션을 낳았다. 우리나라 15세 이상 인구 네 명 중 한 명(2010년 기준 26.5%)을 전과자로 만들었고, 행정범죄는 전체 범죄의 절반에 이른다.<sup>314)</sup> 이하에서 살펴보겠지만,

---

높은 기업]에는 부정적 영향을 끼쳤다고 한다. 즉, 계열사 간 가치이전이 발생하였다. 김재윤(2015), “고위경영자의 횡령·배임죄에 대한 형사책임 강화를 위한 형벌과 양형기준 개혁방안”, 492-515는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 법정형의 상향조정, 감경양형인자 및 집행유예 참작사유의 축소, 준법지원인제도 활용 등을 통하여 죄질에 비례한 형벌이 부과되어야만 사법부가 국민신뢰를 회복할 수 있을 것이라고 충언하고 있다. 천진호, “기업범죄에 대한 양형 실태와 개선방안 -횡령·배임범죄의 양형기준을 중심으로”, 사법, 제24호 (2013. 6.)는 기업범죄에 대하여 법원이 배푸는 “무한의 은전(恩典)”은 다른 어떤 범죄군과도 비교할 수 없을 정도로 형사처벌의 정당성에 의문을 초래하고 사법불신을 고착화시키고 있음을 지적한다. 모두 깊이 새겨들어야 할 주장이라고 생각한다. 단, 형사법원칙에 충실하게, 경영실패에 대한 결과책임을 형벌로 묻는 것이 되어서는 아니 될 것이다. 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 경영과 형법(법문사, 2011), 2-39; 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임을 판단기준”, 상사판례연구, 제6권 (2006. 3.), 83-100 등 참조.

313) 조병선, “우리나라의 환경범죄와 환경형법 -환경오염의 범죄성판단지침 및 그와 대비한 환경형법의 평가 및 제안-”, 형사법연구, 제5호 (1993), 132 이하는 환경침해행위의 범죄화 기준, 즉 범죄행위와 과태료 대상인 질서위반행위의 구별기준을 다음과 같이 제시한 바 있다. ① 쾌적(안전)한 환경이라는 사회 근본가치를 뒤흔드는 행위인지 여부, ② 고도의 해로운 결과나 위태화를 가져오는 행위인지 여부, ③ 형법의 책임원칙(고의·과실의 존재), ④ 형벌 및 형사절차의 검증(무죄추정원리, 엄격한 증명원칙 등 적법절차원리), ⑤ 최후 수단으로서 형법 개입의 유효성 검증. 선구적 연구라 생각된다.

314) ‘형사입건 건수’를 기준으로, 특별범죄죄 발생비율은 2005년 형법범죄(특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등에 의하여 기존 형법범죄를 가중처벌하는 경우를 포함) 발생비율을 넘어섰으나, 이

양벌규정 역시 행정형법 과잉현상의 한 단면이다. 이미 있는 법의 무게에 짓눌려 그것이 실제로 어떻게 작동되고 있는지, 어떤 행위들을 형사 처벌하여야만 하는지에 대한 숙고를 가로막은 채, 여러 행정규제법 도입시에 양벌규정을 여과 없이 복제 양산시키고 있다.

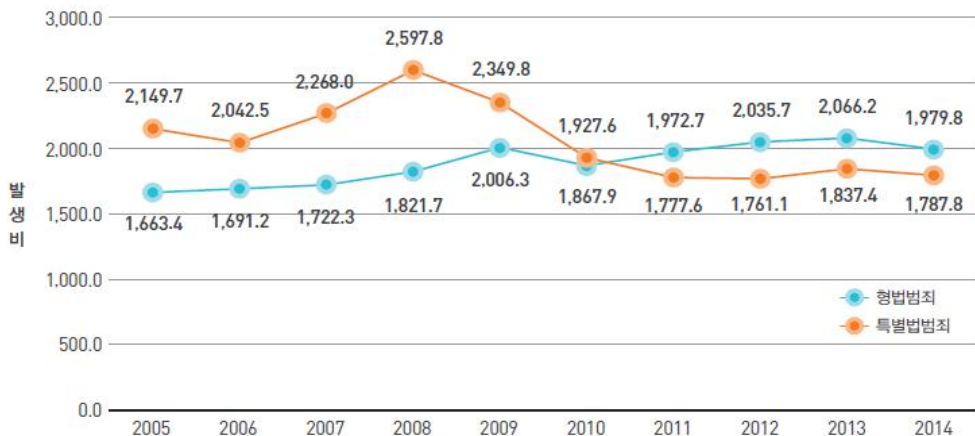
다른 제재수단으로 통제해왔거나 통제할 수 있는 행위를 형법이라는 최강의 무기로 대처하는 현상을 과잉범죄화라 할 수 있다. 경제학적으로는 ‘새로운 형벌조항의 한계편익이 없거나, 한계비용이 그보다 더 높은 경우’라고도 정의할 수 있다.<sup>315)</sup> 그런데 행위규범으로 기능하였던 형식법

후 조금씩 감소하여 2012년에는 형법범죄 발생비율보다 낮아졌고, 2013년과 2014년에는 다소 증가하였다고 한다. 대검찰청, 2015 범죄분석 (2015), 5-6.

〈표 2〉 형법범죄와 특별법범죄의 발생건수 및 발생비 추이(2005년~2014년)

(단위: 건, 발생비, %)

연도	형법범죄			특별법범죄		
	발생건수	발생비	증가율	발생건수	발생비	증가율
2005	811,443	1,663.4	-	1,048,676	2,149.7	-
2006	828,530	1,691.2	1.7	1,000,681	2,042.5	-5.0
2007	848,573	1,722.3	3.5	1,117,404	2,268.0	5.5
2008	902,501	1,821.7	9.5	1,286,951	2,597.8	20.8
2009	998,594	2,006.3	20.6	1,169,591	2,349.8	9.3
2010	943,585	1,867.9	12.3	973,715	1,927.6	-10.3
2011	1,000,849	1,972.7	18.6	901,871	1,777.6	-17.3
2012	1,037,166	2,035.7	22.4	897,244	1,761.1	-18.1
2013	1,056,704	2,066.2	24.2	939,685	1,837.4	-14.5
2014	1,016,209	1,979.8	19.0	917,626	1,787.8	-16.8



〔그림 3〕 대검찰청 2015 범죄분석, 6. 형법범죄와 특별법범죄 입건 건수 비교

(Formalrecht)으로서 형법이, 다양한 사회적 요구에 응답하기 위한 규제법(regulatorisches Recht)으로 변질·전락하게 되는 이러한 사태는 죄형법정주의, 책임원칙, 비례성원칙, 보충성원칙 등 근대 형사법원칙을 위협한다. 나아가 형법은 애초에 사회‘형성’을 위한 합목적적 도구로 창안된 것이 아니기 때문에, 때로는 변신의 목표가 되었던 정책적 과제들을 제대로 달성하지 못하는 결과가 초래되기도 한다.<sup>315)</sup> 이와 같은 상황인식을 바탕으로 ‘비범죄화’ 논의도 꾸준히 제기된다.<sup>317)</sup>

## 2. 원인

올리히 벡은 현대 후기산업사회를 ‘위험사회(Risikogesellschaft)’로 규정하는 바 있다.<sup>318)</sup> 근대화와 산업화, 과학기술 발전은 물질적 풍요를 가져다주었지만, 그 대가로 인류는 보이지도 않고 예측할 수도 없는 파멸적

315) Paul J. Larkin Jr. “Public Choice Theory and Overcriminalization”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, No. 715 (2013), 722.

316) 토이브너는 이를 ‘조종(操縱)의 트릴레마(regulatorisches Trilemma)’, 즉 법과 정책(사회)의 상호 무관심, 법에 의한 사회적 통합 와해, 사회에 의한 법적 통합 해체로 정식화하였다. 첫째, 법률화될 수 없는 사회적 요구를 해결하기 위한 도구로 법, 특히 가장 강력한 규제수단으로서 형법이 포퓰리즘적으로, 설 새 없이 소환될 경우[정책의 법(원칙)에 대한 무관심], 이는 상징적으로 개발되기는 했지만 실제로 집행은 되지 않는 실효성 없는 도구가 되고 만다(법의 정책에 대한 무관심). 이러한 상황이 반복되면서 시민사회의 냉소가 커진다. 둘째, 규제적 법이 ‘생활세계’에 지나치게 개입할 경우, 시민사회의 자율적 문제해결능력이 질식한다. 즉, 과도한 법제화가 사회적 통합을 와해시킨다[하버마스가 말한, 체계(법)의 생활세계에 대한 식민지화]. 셋째, 사회의 자율적 조절기제가 해체됨에 따라 법에 대한 의존성이 더욱 커지고, 시민사회는 더 많은 법, 더 많은 소송을 요구하게 된다. 법은 과부하에 걸리고, 법규범들은 하나의 정합적인 체계 속에 편입되어 자리 잡는 것이 아니라 수시로 변하는 상황에 맞추어 즉각적으로 동원되는 ‘정책적 기획의 편린’으로 떨어지고 만다. 법의 규범적 구조, 통합성이 해체된다. 형법의 확대, 형법의 전면화가 역설적으로 형사법의 위기를 낳는 것이다. Gunther Teubner, “Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege” in Freidrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (Baden-Baden: Nomos, 1984), 289-344 (이상돈 번역, 법제화 이론(한국법제연구원, 2004)]; 이상돈, 홍성수, *법사회학*(박영사, 2000), 227-246 이하에서 재인용.

317) 임웅, *비범죄화의 이론*(법문사, 2009); 조국, *절제의 형법학(제2판)*(박영사, 2015); 김일중, 정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구”, *저스티스*, 통권 제140호 (2014); 김창군, “비범죄화의 실현방안” *형사정책*, 제8호 (1996. 8.); 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, *저스티스*, 통권 제117호 (2010. 6.) 등

318) Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986)[홍성태 번역, *위험사회: 새로운 근대(성)를 향하여*(새물결, 1997)].

위험을 도처에서 끌어안고 살아가야 하게 되었다. 대중의 불안은 사회구성원들의 유인과 맞물려 형사제재수단에 대한 과잉의존을 초래했다. 공공선택이론은 이에 대한 한 설명을 제공한다. 이하는 주로 故 William Stuntz 교수(1958~2011)의 이론으로, 미국 사법현실에 대한 분석이나, 우리에게도 주는 의미가 있다고 생각한다.<sup>319)</sup>

먼저, 정치인들은 재선에 대한 유인이 있어 유권자들의 요구를 충족하려 한다. 대체로 유권자들은 형사법원칙에 대한 고려 없이, 직간접적 위험을 초래한 이들이 무조건 강하게 처벌받기를 원한다. 입법자들은 여론에 부응하여, 자신들이 ‘무언가 하고 있다’는 것을 보여주기 위한 무리한 입법을 강행한다. 대중의 관심을 받는 사건, 예컨대 대형사고가 발생하였을 때 이러한 경향은 심화된다. 대중의 관심 속에 새로운 법을 만드는 것은, 정치인들에게 비용은 낮고 효용은 확실한 수단이기 때문이다. 이 때 범죄가 성립할 수 있는 범위를 좁게 정하면 죄책성이 크다고 ‘보이는’ 피고인에 대하여 자칫 무죄판결이 선고될 가능성이 있고, 검찰은 그 책임을 입법부에 전가할 수 있다. 반면 범죄가 성립할 수 있는 범위를 넓게 정하여 두더라도 과잉기소 책임은 검찰에 돌릴 수 있다. 결국 입법자는 정치적 위험이 0이라 할 수 있는, 과잉입법의 길을 택한다(검사도 해당 조항을 적용한 사건에서 무죄판결이 선고되었을 때 그 비난의 화살을 법원에 돌릴 수 있다). 입법자 입장에서는 검찰의 ‘과소기소’ 또한 일종의 ‘대리인비용’으로 원하지 않았던 상황이므로, 그 점에서도 적용범위를 확장시킨 조항을 입법하게 된다. 빠르게 많은 실적을 얻기 위하여 검사에게 적용범위가 겹치는 여러 선택지들을 마련해주시기도 한다. 이와 같은 과잉입법으로 검찰의 자백협상력과 유죄율은 높아지는 반면

319) William Stuntz, “The Pathological Politics of Criminal Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 100, No. 3 (2001), 505. 김일중(2013), 303-315에서 재인용. 52세라는 젊은 나이에 암으로 세상을 떠난 William Stuntz 교수의 유작인 *The Collapse of American Criminal Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011)[김한균 번역, *미국형사사법의 위기*(W미디어, 2015)]는 세계에서 가장 가혹한 형벌을 구사하는 고비용의 미국형사사법이 어떻게 사회적 차별을 심화시켜 ‘빈곤과 범죄의 악순환’을 초래하였는지, 그리하여 안전(범죄억지)도 정의도 달성하지 못하는 원칙 없는 괴물이 되어버렸는지를 통렬하게 분석한다. 저자는 더 인간적이고, 더 ‘효율적인’ 형사사법을 달성하기 위해서는 법치주의와 더불어 ‘(지역) 민주주의’가 회복되어야 함을 강조한다. 계층 간 형량 불평등이 범죄억지력을 악화시킴을 그래프로 보인 박기석, “형벌의 범죄억지력과 국민의 자유와 권리 -법경제학적 분석-”, *형사정책연구*, 제8권 제4호 (1997), 228-232면도 참조.



(어떤 것이라도 걸려들게끔 입법하기 때문에), 피고인은 기대형량이 늘어나고 재판비용이 상승한다. 그런데 새 법은 실제로 범죄를 ‘해결’하기 위한 것이라기보다는 다분히 신호기능만을 노린 상징적 조치들이다(상징적 범죄화 symbolic criminalization). 숙고 없이 탄생한 법 중에는 적용되지 않은 채 잊히는 법들도 있다(우리 양벌규정 대부분이 그러하다).

미국의 선출직 검사들(주검찰총장, 카운티검사장)은 정치인들과 유사한 유인을 가진다. 그들은 대중들에게 단호한 모습을 보이는 것에 집착한다. 임명직인 연방검사(U.S. Attorney)들은 승진이나 향후 취업에 관심이 있다. 그들은 특별법범죄에 대한 기소가 자신의 경력에 도움이 된다고 여긴다. 대중들이 ‘매우 심각한 범죄’에 대한 법집행이라고 인식하기 때문이다(그러나 대부분 사실이 아니다. 우리 양벌규정도 그렇다). 주검찰청과 카운티검찰청에 속한 평검사들은 처리하는 사건 수에 관계없이 일정한 연봉을 받기 때문에 일을 줄이려는 유인, 상대적으로 쉬운 사건부터 처리하려는 유인을 가진다.<sup>320)</sup> 필벌(必罰)을 목표로 입증책임을 완화한 새로운 형벌조항들은 적은 비용으로 많은 실적을 내고 싶은 평검사들의 이해에 부합한다. 경찰들 또한 체포실적 극대화를 도모한다.

법원이 과잉범죄화를 견제하는 데도 한계가 있다. 법원은 입법자와 검사에 비하여 수동적 위치에 있다. 형사법원칙과 충돌하고, 구성요건이 모호하게 입법된 새로운 형벌조항이 적용되어 기소까지 된 경우에, 엄격한 해석을 통해 해당 조항의 입법의도 자체를 무력화하는 선택을 하기가 막상 쉽지 않다. 선례가 없는 사건들에서 조화로운 해석을 일단 시도해보게 된다.<sup>321)</sup> 상급법원에 의하여 판결이 번복될 가능성, 아예 입법부에

---

320) 이들 보조검사들은 보수가 낮고 격무에 시달린다고 한다. 일부 지역에서는 변호사 사무실을 운영하는 경우도 있다고 한다. 사법연수원, 검찰실무 I (2009), 43. 해당 부분은 이후 교재개정 과정에서 삭제되었다.

321) 체사레 베카리아는 형법 규범에 대한 법관의 자의적인 해석을 강한 목소리로 비판한다. “형사사건에서 법관은 형법을 해석할 권한이 없다. (...) 법관은 자신이 심리하는 모든 범죄에 대해 완벽한 삼단논법을 적용하여야 한다. 대전제는 법, 소전제는 행위, 결론은 유죄(처벌) 또는 무죄(자유)이다. 만일 법의 불완전성으로 인해 법관이 이와 다르거나 이를 넘는 삼단논법을 구사해야 한다면, 이 때 그 법은 불확실성을 향한 문을 열어버리는 셈이 된다. / ‘법의 정신을 고려하라’는 말처럼 위험한 명제가 없다. 그러한 원칙을 채택하는 것은, 제방을 허물고 법을 여론의 흐름에 내맡겨버리는 것이다. 눈앞의 사소한 무질서에는 큰 충격을 받으면서 한 나라에 잘못된 원칙이 뿌리내리는 경우에 닥쳐올 훨씬 치명적인 결과에는 둔감한 일반 사람들에게는, 이러한 것이 역설로 보일 것이다. / (...) 사람은 누구나 자기 나름대로의 관점을 가지고 있고, 같은

의하여 법률해석이 무효화될 가능성을 본능적으로 꺼리는 마찰회피 유인도 작용한다. 그와 같은 사태를 은연중에 ‘공개적으로 틀렸다는 지적을 받은 것(public declaration of error)’으로 여기기 때문이다.<sup>322)</sup> 신법은 법원이 무리한 형벌조항을 적응적으로 관대하게 해석할 여지를 미리 차단해버리는 경우도 많다.

결국 모든 구성원들의 유인은 과잉범죄화 방향으로 맞추어져 있다. 이 완강한 경향을 제어하는 목소리는 나오기 어렵고, 결집되지도 아니한다. 이로써 형사법의 기능변화가 강제된다. 법익침해가 현실화되기 전, 위험만이 불확실하게 추측되는 단계에서의 형법 개입이 정당화되고, 시민사회로부터 제기되는 안전에 대한 강력한 요구에 부응하기 위해 국가권력은 범죄에 대한 요란한 투쟁을 전개한다. 형법은 사회조정 및 통제

---

사람이라도 때에 따라 다른 관점을 가지기도 한다. ‘법의 정신’이라는 것도 그렇다면, 법관의 당시 논리와 이해도, 감정적 충동에 의존하는 것일 수밖에 없다. 또한 피고인의 지위와 상황, 법관과 관계, 그 밖에 인간의 갈팡질팡하는 마음에서 생겨나는 인상에 변화를 줄 수 있는 온갖 사소한 요인들이 ‘법의 정신’이라는 것에 대한 판단에 영향을 미친다. / 그리하여 한 시민의 운명이 재판부에 따라 몇 번이고 달라짐을, 그의 삶과 자유가 법관의 잘못된 추론이나 순간적 기분에 의해 희생됨을 우리는 본다. 법관은 그의 혼란스러운 추론 결과 얻어진 모호한 결론을 법에 대한 정당한 해석이라고 착각한다. 같은 범죄가 같은 법원에서도 때에 따라 다른 방식으로 처벌되는 경우도 본다. 고정불변인 ‘법’의 소리에 따르지 않고, 불안정하고 틀리게 마련인 법관의 재량에 따른 ‘법해석’에 따르기 때문이다. / 형법 자구의 엄격한 준수로 인해 생겨날 무질서는 그것을 ‘해석’함으로 인해 발생할 무질서와 비교할 때 사소한 것이다. (...) 법관은 법에 썬진 대로 판단하면 되고, 다른 여지는 없다. 정의의 기준은 철학자에게도 무지한 자에게도 똑같이 적용되어야 한다. 그것이 만일 사실의 문제가 아니라 논쟁의 영역에 남겨진다면, 시민들은 법관에게 예측된다. 이 다수 압제자(법관)의 폭정은 시민들과 거리가 가깝기 때문에 더 견디기가 힘들다. 그리고 그것은 1인의 폭정보다 더 파괴적이다. 시민들은 이를 타개하기 위하여 1인의 독재에 기대는 수밖에 없기 때문이다. / 문자 그대로 시행되는 형법이 있다면, 시민들은 자신의 범죄로부터 생겨날 불이익과 불편을 정확하게 계산할 수 있다. 그리고 그것이야말로 시민의 안전과 재산을 보호하여 사회를 통합하는 첩경이 된다. 그렇게 시민들은 자유와 독립의 정신을 획득한다.” Beccaria(2006), 19-23. 통렬한 지적이라고 생각되어 길게 인용하였다.

322) ‘평판(reputation)’에 대한 의식이 법관의 의사결정에 영향을 미칠 가능성에 관하여 Thomas J. Miceli & Metin M. Cosgel, “Reputation and Judicial Decision-Making”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 23, No. 1 (1994); 고학수, 최준규, “법경제학적 관점에서 본 판례의 변경”, *민사판례연구* 제36권(박영사, 2014), 1035에서 재인용. 통계적 검증과 함께 이 주제를 보다 포괄적으로 다룬 문헌들로 Lee Epstein, William M. Landes, Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013); Lawrence Baum, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008).

를 위한 최후의 보충적 수단이 아니라 최우선적 수단이 되고 만다.<sup>323)</sup>

### 3. 세 가지 유형

앞서 본 범죄유형 구분에서 어느 정도 논의되었지만, 과잉범죄화가 발생하는 유형을 크게 다음과 같은 세 가지로 구분해볼 수 있다(유형 구분은 김일중 교수의 분류에 따르되, 이 글의 서술 편의상 I, III, II의 순으로 서술한다).

#### 가. 무과실책임 범죄화(I 유형)

먼저 ‘g 그룹’에 속하는 사고성 피해에 대하여 무과실책임 내지 결과책임을 물어 ‘c 그룹’처럼 보는 경우이다. 법인이나 개인사업주에게 종업원 행위와 관련하여 대위책임 내지 전가책임을 지우는 경우도 마찬가지이다. 이는 범죄 성립에 고의나 적어도 과실이 있을 것을 요하는 형사법의 책임주의 원칙(책임 없으면 형벌 없다 *nulla poena sine culpa*, *keine Strafe ohne Schuld*)에 반한다. 더 이상 형법총칙 규정을 무시한

323) 박강우, “사회변화와 형사입법의 정당화조건”, 형사법연구, 제24권 제3호 (2012), 5.

안전이라는 지상과제를 달성하기 위한, 사전적 위험예방수단으로서 형법의 역할을 강조하는 주장이 이른바 ‘위험형법(Risikostrafrecht)’으로 제기된다. 김재윤, **현대형법의 위기와 과제**(전남대학교출판부, 2010); 박강우, **위험형법론**(한국학술정보, 2008); 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능: 독일에서의 논의와 그 시사점”, 2012년 하계 연합학술회의 자료집 (2012); 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, **법철학연구**, 제3권 제2호 (2000); 김학태, “현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, **비교형사법연구**, 제3권 제1호 (2001); 박광민, 이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, **성균관대학교 법학**, 제18권 제3호 (2006); 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, **비교형사법연구**, 제13권 제1호 (2011); 심재무, “위험사회와 환경형법”, **형사법연구**, 제11호 (1999); 이승준, “새로운 위험의 등장과 형법의 임무 변화?: 9·11 테러 이후 영국을 중심으로”, **형사정책**, 제24권 제2호 (2012); 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, **형사정책**, 제13권 제1호 (2001); 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, **비교형사법연구**, 제3권 제2호 (2003) 외 다수. 이상의 논문 목록은 윤지영, 이천현, 최민영, 민수홍, 김재윤, 이원상, **법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(V)**(한국형사정책연구원, 2014), 39 (김재윤 집필 부분)에서 인용.

법인의 범죄능력을 인정하는 것은, 형법을 기능주의적·예방지향적 위험형법으로 변모시켜 형법의 범치국가성을 파괴하고 형법의 보충성 원칙에도 합치하지 않는다는 견해로는 임철희, “경제체계의 기능보호와 형법의 효율성 지향”, **고려대학교 대학원, 박사학위논문** (1998). 김재윤(2015), 71-72에서 재인용.

해석을 하기는 어렵다.<sup>324)</sup>

이는 민사법과는 다르다. 민사법은 사인 간 이해조정(‘손해의 공평·타당한 분담’)이라는 목표를 달성하기 위하여 무과실책임, 보상책임, 위험책임<sup>325)</sup>을 널리 인정한다(‘민사책임의 객관화 현상’). 법인 대표기관이 저지른 불법행위에 대하여 별개 권리주체인 법인의 책임이 법률상 당연히 인정되고,<sup>326)</sup> 피용자 불법행위에 대한 사용자책임<sup>327)</sup>은 무과실책임으로 운용된다.<sup>328)</sup> 여러 특별법이 무과실책임<sup>329)</sup> 내지 과실추정(입증책임

324) **형법 제8조(총칙의 적용)** 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

위 규정 단서에 의한 예외를 둔 것으로 해석하기도 어렵다. 그러한 해석은 형법 아닌 다른 법률에 있는 형벌조항은 언제나 형법총칙을 상대화할 수 있다는 결론과 다르지 않다. 그 경우 형법은 자신 안에 ‘자살조항’을 둔 셈이 된다. 조세범처벌법 제20조와 같은 명문의 법률규정이 있는 경우만 위 단서에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

**조세범처벌법 제20조(「형법」 적용의 일부 배제)** 제3조부터 제6조까지, 제10조, 제12조부터 제14조까지의 범칙행위를 한 자에 대해서는 「형법」 제38조제1항제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정을 적용하지 아니한다.

325) 김형배, “위험책임론”, 한국민사법학회 편, 민법학의 회고와 전망: 민법전시행 30주년 기념 논문집 (1993), 773.

326) **민법 제35조(법인의 불법행위능력)** ① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.

327) **민법 제756조(사용자의 배상책임)** ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

328) 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구 -역사적·비교법적 접근”, 서울대학교 법학, 제53권 제3호 (2012)는 단서 규정에도 불구하고, 자기책임주의(추정된 과실책임)가 아닌 대위책임주의(무과실책임)에 의하는 실무 태도를, 결과에 있어서 수긍할 수 있다고 한다. 위 글은 각국 입법 및 실무의 압도적 다수가 무과실 대위책임주의를 채택하고 있고, 자기책임적 사용자책임을 정하는 독일, 스위스에서도 실무상 사용자면책의 결과를 회피하기 위해 노력하는 한편 그러한 방향의 개정시도를 하고 있음을 보여준다. 내부화를 통한 예방(억지), 피해자 보호, 민법 제35조와의 균형(통일적 기업책임 법리형성), 사회의 불가피한 손해비용을 충격 없이 사회적으로 분담할 수 있다는 측면 등 법정정책적으로도 대위책임주의가 타당하다고 한다.

329) **제조물책임법 제3조(제조물 책임)** ① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

② 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법으로 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간 내에 그 제조업자나 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 경우에는 제1항에 따른 손해를 배상하여야 한다.

전환)<sup>330</sup>을 인정한다.

그러나 ‘범죄 성립 여부’를 판단하면서 ‘손해배상책임’에 관하여 구체적 형평을 꾀하기 위하여 고안된 그와 같은 조항과 원리를 동원하여서는 아니 된다. 형사책임에는 책임주의가 관철되어야 한다(‘형사책임의 주관화현상’). 이를 놓치는 순간, 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2), ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro

---

**환경정책기본법 제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임)** ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 그 피해를 배상하여야 한다.

② 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 둘 이상인 경우에 어느 원인에 의하여 제1항에 따른 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 원인이자 연대하여 배상하여야 한다.

**토양환경보전법 제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임 등)** ① 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 경우 그 오염을 발생시킨 자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재지변이나 전쟁, 그 밖의 불가항력으로 인하여 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다.

② 토양오염을 발생시킨 자가 둘 이상인 경우에 어느 자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다.

**원자력 손해배상법 제3조(무과실책임 및 책임의 집중 등)** ① 원자로의 운전등으로 인하여 원자력손해가 생겼을 때에는 해당 원자력사업자가 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 그 손해가 국가 간의 무력 충돌, 적대 행위, 내란 또는 반란으로 인하여 발생한 경우에는 배상책임을 지지 아니한다.

330) **자동차손해배상보장법 제3조(자동차손해배상책임)** 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우

2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우

**특허법 제130조(과실의 추정)** 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다.

**디자인보호법 제116조(과실의 추정)** ① 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만, 제43조제1항에 따라 비밀디자인으로 설정등록된 디자인권 또는 전용실시권의 침해에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 디자인일부심사등록디자인의 디자인권자·전용실시권자 또는 통상실시권자가 그 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인과 관련하여 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 경우에는 제1항을 준용한다.

**상표법 제112조(고의의 추정)** 제222조에 따라 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다.

reo)’ 원칙에 따를 때 무죄가 되어야 할 피고인을, ‘누군가는 처벌을 받아야 한다는 이유로’ 희생양 삼는 것이 된다. 그것은 형법의 목적에 반하는 “끔찍하고, 잔혹한” 행위이다.<sup>331)</sup>

#### 나. 피해가 적은 행위들의 과잉범죄화(III유형)

다음은 ‘f 그룹’과 ‘h 그룹’ 사이의 불필요한 경계확장이다. 국가형벌권 행사는 중대한 법익에 대한 침해나 위험이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로 필요최소한의 범위에 그쳐야 한다.<sup>332)</sup> “절대적 필요로부터 도출되지 아니한 형벌은 모두 압제적이다.”<sup>333)</sup> 범인에 대해서도 마찬가지이다.

III유형에 해당하는 한 부류는 ‘사적 영역에 대한 과도한 개입’이다. 혼인빙자간음죄와 간통죄가 “성생활이라는 내밀한 사적 생활영역의 행위에 대한 제한으로서 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.”는 이유로 폐지되었음은 앞에서 본 것과 같다.

종래 간통죄는 사회 기본규범을 위배하는 것이라는 이유에서 정당화되었다(“선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도 유지, 가족생활 보장, 부부간 성적성실의무 수호”).<sup>334)</sup> 즉, 직접피해가 적더라도 ‘확장피해’가 크다는 것이다. 그러나 성표현물에 관한 범죄 등 소위 ‘사회의 도덕에 대한 죄’(형법상으로는 제12장 신앙에 관한 죄, 제22장 성풍속에 관한 죄 등)는 사회·경제적 환경, 법의식 변화에 따라 그 경계가 달라질 수 있고,

331) Francis Sayre, “Public Welfare Offences”, *Columbia Law Review*, Vol. 33, No. 1 (1933), 55; Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law* (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005); John Spencer “Criminal Liability for Accidental Death: Back to the Middle Ages?”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 68 (2009), 263 등. 이상 김일중(2013), 316-321에서 재인용.

332) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바 58, 2009헌바191 결정 등.

333) “Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique.” Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Geneve: Chez Barrillot & Fils., 1748)[권미영 번역, 법의 정신 I (일신서적, 1991), 368] <<https://books.google.co.kr/books?id=5nAHAAAAQAAJ&dq=montesquieu%20esprit%20des%20lois&pg=PP9#v=onepage&q=montesquieu%20esprit%20des%20lois&f=false>>(2016. 10. 1. 확인); Beccaria(2006), 13.

334) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정; 1993. 3. 11. 선고 90헌가70 결정; 2001. 10. 25. 선고 2000헌바60 결정; 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17, 21, 2008헌가7, 26, 2008헌바21, 47(병합) 결정.

때로는 사회의 규범확립을 오히려 저해할 수 있다.<sup>335)</sup> 대법원은 최근 들어 ‘음란’ 개념을 구체적이고 상세하게 판시함으로써 이를 가급적 축소해석하고자 하는 방향성을 분명히 하고 있다.<sup>336)</sup> 경범죄처벌법 제3조가 열거한 46가지 유형 경범죄에 대하여도 과잉범죄화라는 비판이 많다.<sup>337)</sup>

335) “밀수입은 군주와 국가에 대한 실질적인 범죄이다. 그런데 밀수입에 대한 처벌에는 불명예가 수반되지 않는다. 여론이 이를 수치스러운 일이라고 생각하지 않기 때문이다. 사람들이 과렴치범이라고 평가하지 않는 범죄에 대해 수치를 안겨주기 위한 형벌을 할당하는 입법자는, 진정으로 수치스러운 범죄에 대한 수치감을 제거해버린다. 예컨대 한 마리 꿩을 죽인 사람을 살인자나 중요 문서를 위조한 자와 똑같이 처벌한다면, 이들 범죄들 사이의 차이는 없어져버릴 것이다. 이러한 법 적용은 도덕 감정을 파괴한다. 도덕 감정은 일조일석에 쉽게 형성되는 것이 아니다. 그것은 수세기의 노고, 수많은 유혈 사태를 거처서 참으로 서서히, 그리고 어렵사리 인간 정신 속에 형성되어 온 것이다. 그러한 도덕감정을 만들어내기 위해서는 숭고한 동기와 엄숙한 의식(儀式)이 함께 요청되었다.” Beccaria(2006), 146.

336) “형사법이 도덕이나 윤리 문제에 함부로 관여하는 것은 바람직하지 않고 특히 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 개입하는 것은 필요 최소한의 범위 내로 제한함으로써 개인의 성적 자기결정권 또는 행복추구권이 부당하게 제한되지 않도록 해야 한다는 점, 개인의 다양한 개성과 독창적인 가치 실현을 존중하는 오늘날 우리 사회에서의 음란물에 대한 규제 필요성은 사회의 성윤리나 성도덕의 보호라는 측면을 넘어서 미성년자 보호 또는 성인의 원하지 않는 음란물에 접하지 않을 자유의 측면을 더욱 중점적으로 고려하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때, 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 ‘음란’이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호 되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결).” 이에 대한 해설은 박이규, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란의 의미 및 그 판단 기준”, 대법원판례해설, 제76호 (2008. 12.). 조국(2015), 131-178, 393-481; 임웅(1999), 66-109 등도 참조.

337) **경범죄 처벌법 제3조(경범죄의 종류)** ① 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료 1. (빈집 등への 침입) 2. (흥기의 은닉휴대) 3. (폭행 등 예비) 5. (시체 현장변경 등) 6. (도움이 필요한 사람 등의 신고불이행) 7. (관명사칭 등) 8. (물품강매·호객행위) 9. (광고물 무단부착 등) 10. (마시는 물 사용방해) 11. (쓰레기 등 투기) 12. (노상방뇨 등) 13. (의식방해) 14. (단체가입 강요) 15. (자연훼손) 16. (타인의 가축·기계 등 무단조작) 17. (물길의 흐름 방해) 18. (구걸행위 등) 19. (불안감조성) 20. (음주소란 등) 21. (인근소란 등) 22. (위험한 불씨 사용) 23. (물건 던지기 등 위험행위) 24. (인공구조물 등의 관리소홀) 25. (위험한 동물의 관리 소홀) 26. (동물 등에 의한 행패 등) 27. (무단소등) 28. (공중통로 안전관리소홀) 29. (공무원 원조불응) 30. (거짓 인적사항 사용)

사회규범에 대한 보호는 때로 사회적, 정치적 편향을 띠기도 하고 ('표현의 자유'가 문제되는 다양한 국면, 예컨대 공직선거법상 허위사실 공표죄, 사실적시 후보자비방죄, 공적 사안과 관련된 공인에 대한 사실적시 명예훼손죄, 국가보안법상 이적성 판단, 공무원의 집단적 의사표현행위, 쟁의행위나 소비자 불매운동에 대한 업무방해죄 적용 등이 문제된 사안에서),<sup>338)</sup> '피해자 없는 범죄'에 대한 처벌이 사회 보호라는 명목 하에 정당화되기도 한다. 동성군인 간 성행위 처벌에 대해서는<sup>339)</sup> '호모포비아'에 기초한 과잉범죄화라는 비판이 있다.<sup>340)</sup> 마약범죄,<sup>341)</sup> 낙태죄,<sup>342)</sup> 안락사,<sup>343)</sup> 도박죄(및 사행성 게임물 규제)<sup>344)</sup> 등에 관해서도 논란이 있다.

다. 민사사건 및 규제위반 행위들의 과잉범죄화, 과잉형사화(Ⅱ유형)

### 1) 의의

- 
31. (미신요법) 32. (야간통행제한 위반) 33. (과다노출) 34. (지문채취 불응) 35. (자릿세 징수 등) 36. (행렬방해) 37. (무단 출입) 출입이 금지된 구역이나 시설 또는 장소에 정당한 이유 없이 들어간 사람 38. (총포 등 조작장난) 39. (무임승차 및 무전취식) 40. (장난전화 등) 41. (지속적 괴롭힘) ② 20만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료 1. (출판물의 부당게재 등) 2. (거짓 광고) 3. (업무방해) 4. (암표매매) ③ 60만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료 1. (관공서에서의 주취소란) 2. (거짓신고). 이상에 대하여 임웅(1999), 34-65 등 참조.
- 338) 조국(2015), 209-390, 485-606; 임웅(1999), 110-140, 218-228 등.
- 339) **군형법 제92조의6(추행)** 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.  
헌법재판소는 위 조항에 대하여 두 차례 합헌 결정을 내렸다. 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70결정; 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.
- 340) 조국(2015), 179-206; 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권, 제5권 제1호 (2008), 65-99 등.
- 341) 문성호, 마약은 범죄가 아니다: 네덜란드 편/영국 편(한국학술정보, 2008) 등. 박기석, “우리나라 행정형법의 문제점과 정비방안”, 인권과 정의, 제341호 (2005)는 마약류 관리에 관한 법률이 행정형법 중 중형주의의 대표적 법률이라고 지목하였다. 사문화된 형법상 '아편에 관한 죄'도 정리할 것을 주장한다.
- 342) 조국(2015), 63-98 등.
- 343) Walter Jens & Hans Küng, Menschenwürdig sterben (München: Piper Verlag, 2009)[원당희 번역, 안락사 논쟁의 새 지평 -생의 마지막 선택, 품위 있는 죽음을 위하여-(세창미디어, 2010)]; 임웅(1999), 141-177 등. 박미숙, 강태경, 김현철, 일명 '웰다잉법(존엄사법) 시행에 따른 형사정책적 과제(한국형사정책연구원, 2016)도 참조.
- 344) 김잔디, “도박죄의 비범죄화에 관한 연구”, 건국대학교 대학원, 석사학위논문 (2008) 등.



끝으로 ‘i 그룹’, ‘j 그룹’ 내에서 형사처벌이 불가피하지 아니한 행위들에 대한 범죄화이다. 양벌규정이 물론 I, III 유형 과잉범죄화에 해당할 때도 있을 것이다. 그러나 헌법재판소 결정 이후 단서예나 면책규정을 도입하고 있는 점,<sup>345)</sup> 법인이나 기업이 행위 주체가 된 범죄 중에

345) 그러나 이는 증거책임을 전도한 것 같은 오해를 낳는 입법형식으로, 타당하지 않다. 더욱이 면책규정 내용 자체가 양벌규정 적용에서 실질적 불법성의 내용을 이루는 것이라는 점에서, 그와 같이 해석할 경우 이는 무죄추정원리에 정면으로 반하게 된다. 형사재판에서 ‘귀무가설’은 어디까지나 피고인이 무죄라는 것이다.

16~17세기 과학혁명기에 과학과 법률은 밀접한 영향을 주고받았다. ① 과학자들은 입법자로서 신(God as a Lawgiver) 관념과 자연법(natural law) 사상을 결합하여 ‘자연법칙(law of nature)’ 개념을 탄생시켰다. ② 또한 과학자들은 재판절차를 본떠 자연과학에서 실험을, ‘가설’이라는 ‘증인’을 과학법정에 세워 검정(인용/기각)하는 과정을 거쳐 ‘사실’을 발견하는 절차로 자리매김시켰다. ③ 법률가들은 과학의 ‘수학적 확실성’, ‘물리적 확실성’을 모델로 ‘도덕적 확실성(moral certainty)’ 개념을 주창하였고, 이는 후에 ‘합리적 의심 여지가 없을 정도의 증명(proof beyond reasonable doubt)’ 개념으로 발전하였다. 홍성욱, “과학사”, *과학기술과 법*(박영사, 2007), 10-13.

과학, 특히 ‘통계학’은 특히 재판절차로부터 차용한 가설검정 과정을 정교하게 다듬었다. Jerzy Neyman & Egon Pearson, “On the Problem of the Most Efficient Tests of Statistical Hypothesis”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, Vol. 231 (1933); Jerzy Neyman, “Outline of a Theory of Statistical Estimation Based on the Classical Theory of Probability”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, Vol. 236 (1937); Irving John Good, *Good Thinking the Foundations of Probability and its Applications* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983), 11-12; William E. Feinberg, “Teaching the Type I and Type II Errors: The Judicial Process”, *The American Statistician*, Vol. 25, No. 3 (1971), 30 등 참조. 오늘날 재판에서 요건사실, 범죄사실의 입증 정도와 여부에 대한 이견이 제기되기도 하고, 통계적 가설검정 형태를 띤 과학적 증거도 점차로 많이 제출되고 있다. “관심법” 혹은 “판사 마음대로”라는 비난을 넘어서 보다 신뢰받는 사법부가 되기 위하여서는, 과학발달 성과를 이제 다시 역으로 받아들여 재판에서의 판단기준을 정밀하게 버릴 필요가 있다.

‘확실한 근거가 있기 전에는 대립가설을 선택하지 않고 귀무가설을 유지한다’는 것이 네이만-피어슨 가설검정의 기본 아이디어이다. 귀무가설이 현재 알려져 있는 사실, 일반적으로 받아들여지고 있는 의견, 소극적·보수적·전통적 입장이라면, 대립가설은 기존 믿음과 다른 새로운 사실(믿음), 적극적·진취적·미래지향적 입장을 대변한다. 무죄추정원리에 더 얽은 형사재판은 빈도주의 가설검정(유의성 검정, significance test)과 대단히 유사한 구조를 가지고 있다. ‘피고인은 무죄’라는 귀무가설을 전제로, 범죄사실에 대한 ‘합리적 의심을 배제할 정도의’ 입증이 있어야만 ‘피고인이 유죄’라는 대립가설을 채택하기 때문이다.

유의수준(significance level,  $\alpha$ )이란, ‘제1종 오류’, 귀무가설이 참인데 귀무가설을 기각하게 되는 오류(false positive, false alarm), 예컨대, 무고한 사람을 유죄라고 판단하는 오류가 발생할 확률의 최대 허용한계를 말한다(통상 5% 또는 1%로 설정). 유의수준이 5%라는 것은 100번 검정을 시행했을 때, 귀무가설이 옳은데도 이를 기각하는 제1종 오류를 범하는 횟수가 5번을 넘어서는 안 된다는 것을 의미한다. 이 때  $100(1-\alpha)\%$ 를 신뢰수준(confidence level)이라고도 한다. 유의수준이 5%라면 신뢰수준

고의성이 크면서도 피해 정도가 미미한 경우는 그리 많지 않을 것이라는

은 95%이다.

유의확률(p-value, 관측된 유의수준)은 쉽게 말해, 수집된 데이터를 기준으로 계산한, 제1종 오류가 발생할 확률이라고 할 수 있다. ‘관측(계산)된 유의확률(p) < 유의수준( $\alpha$ )’이라는 것은, 주어진 귀무가설(피고인은 무죄)이 참이라는 가정 하에서는 거의 일어나기 힘든 대단히 희귀하고 터무니없는 사건이 발생하였다는 뜻으로, 이 때 ‘통계적으로 유의하다(의미 있다)’고 표현하고, 귀무가설을 기각한다. 무죄추정이 깨어진다(피고인을 도저히 유죄라고 보기 어려운 ‘알리바이’가 있을 때 무죄라고 판결하는 것은 입증책임을 전도한 것이다). 대립가설을 전제로 해야 더 자연스러운 사건이라는 것이고, 대립가설을 채택하더라도 애초 설정한 유의수준보다 제1종 오류를 범할 확률이 낮아, 즉 생사람 잡을 확률이 낮아 안전한 경우라고 볼 수 있다. ‘극단적인 결과를 단지 우연의 산물로 보기 어렵다’, ‘우연이라고 보기에는 너무 심하다’는 것이다. 유의성 검정은 기본적으로 ‘귀류법’과 논리구조가 같다.

‘제2종 오류’, 대립가설이 참이지만 귀무가설을 기각하지 못하게 되는 오류(false negative, miss)가 발생할 확률은  $\beta$ 로 표시하고,  $1-\beta$ 를 검정력이라고도 한다. 다시 말해, 틀린 귀무가설을 기각하여 귀무가설의 잘못을 찾아낼 확률, 진범을 올바르게 검거할(걸러 낼) 확률이다.

제1종 오류와 제2종 오류의 균형을 맞추면서 최소화하는 선에서 기각역을 설정한다. 일반적으로 제1종 오류를 보다 심각하고 치명적인 것으로 간주하여 그 최대 허용한계(마지노선)를 유의수준으로 정하고, 제1종 오류가 유의수준을 넘지 않는 범위에서 제2종 오류를 가장 작게 만드는 기각역을 선택한다.

그런데 제1종 오류와 제2종 오류는 상충관계에 있다. 신뢰수준은 높다고 해서 반드시 좋은 것은 아니고, 검정 목적에 맞게 설정하여야 한다. 형사재판은 유의수준을 낮추어(=신뢰수준을 높여) ‘열 사람 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람 죄 없는 사람을 벌하여서는 아니 된다(Better ten guilty escape than one innocent suffers)’는 이념에 더 잡고 있는 보수적 절차이다. 만약 유의수준을 높이게 되면[= 신뢰수준(증명의 정도)을 낮추게 되면, 제1종 오류 허용한도를 높이게 되면], 범망을 빠져나가는 범인은 줄어들겠지만, 무고한 사람도 더 많이 생겨나게 된다. 반면, 암 검진 시에는 멀쩡한 사람을 암 발생 가능성이 있다고 판정하여 걱정을 끼치고 정밀검사 비용을 들게 하는 한이 있더라도, 암세포가 자라고 있는 환자를 안심하고 집에 돌아가게 하여서는 아니 될 것이다. 유의수준(=주의수준)을 예컨대 10% 또는 그 이상으로 높여 검정력을 높여야 한다. 이상의 내용은 졸고(2017), 404-405에서 그대로 인용하였다[그러나 본 학위논문은 2016. 10. 15. 대법원 형사법연구회와 한국형사법학회의 공동학술대회에서, 졸고(2017)는 2016. 11. 30. 법관연수에서 발표하였던 글이 기초가 된 것으로, 출간 시기가 뒤바뀌었지만 실은 앞의 발표를 준비하면서 가지게 된 생각이 뒤의 글을 작성하는 계기가 되었다].

이 글의 주제와 관련지어 보면, 양벌규정은 형사재판의 대원칙과 달리, 신뢰수준을 상당히 낮출 것을 요구하는 규정들이다(혹은 법인범죄 사안은 형사재판원칙을 엄격히 적용하면 무죄가 선고되어야 하는 경우가 많다).

**[표 3] 제1종 오류(무고한 사람 처벌)와 제2종 오류(진범 방면(放免))**

		검정결과	
		H <sub>0</sub> 기각하지 않음	H <sub>0</sub> 기각
실제	H <sub>0</sub> 참	올바른 판단	제1종 오류 (유의수준)
	H <sub>1</sub> 참	제2종 오류	올바른 판단 (검정력)

점에서, I, III유형보다는 II유형의 과잉범죄화가 양벌규정과 가장 관련성이 깊다.<sup>346)</sup>

II유형 과잉범죄화는 형법의 보충성원칙이 보다 적극적으로 사고되어야 할 유형이다. ‘i 그룹’과 ‘j 그룹’은 원래가 각각 사적자치 원칙과 행정의 합목적성이 지배(하여야)하는 영역으로서, 민사소송과 행정소송이 ‘원칙적’ 분쟁해결 수단이고 형사제재는 ‘예외적’으로 가동되어야 하는 것임을 다시 한 번 상기할 필요가 있다. 그리고 각 해당영역의 개별문제는 오랜 세월 동안 시행착오를 거치면서 가다듬어진 ‘원칙적’ 해결수단에 의할 때 가장 잘 해결할 수 있다.<sup>347)</sup>

그런데 실제로는 형법이 부득이한 경우에 한하여 나서는 ‘끝판대장’이 아니라, 낄 곳 안 낄 곳 가리지 않는 ‘행동대장’처럼 전면에 동원되고 있는 것이 현실이다. 민사법과 행정법에 대한 ‘보충적’ 규범이 아니라 민사법과 행정법을 ‘보충하는’ 규범처럼 작동하는 것이다. ‘고소공화국’이라는 오명이나,<sup>348)</sup> 앞에서 본 것과 같은 행정형법 및 전과자 폭증 현상에서 보듯, 각종 분쟁에서 집행권원 선취(先取)를 위한 형사재판의 ‘전심화

346) 서론에서 본 ‘행정형법론’ 등에 관한 논의를 상기하라.

347) 조국(2007), 65-66은 “형법의 보충성원칙은 다른 법규범에 의한 통제가 충분한 경우 형법 개입을 자제하라는 원칙이며, 불법성이 중대·심각한 사회현상이 존재하지만 이에 대한 비형사적 통제가 취약한 상황에서 형법 개입을 봉쇄하라는 원칙은 아니”라고 하면서, ① 자연인에 대한 처벌만으로 일반예방 효과를 가지기 어려워 법인 자체를 처벌해야만 법인의 소유자인 ‘주주’에게 의미 있는 위하력을 발휘할 수 있고, ② 행정기관의 소극적인 태도에다, 주로 사용되는 수단이 경고, 시정명령, 과태료 등 가벼운 제재이며, 수사기관에 비하여 행정기관은 범인범죄를 밝힐 인적자원이거나 방법이 충분하지 않고, 행정기관과 당해 법인이 유착할 가능성마저 있어 행정제재에도 한계가 있고, ③ 우리나라에는 징벌적 손해배상이나 손해액 3배 배상제도가 도입되어 있지 않고, 집단소송도 활발하지 않아, 결국 현행 민사·행정 제재는 취약성이 있기 때문에, 양벌규정을 통한 형사처벌이 여전히 필요하다고 한다. 하지만 위 글도 현행 양벌 규정으로는 한계가 있어 보다 효과적인 형벌 또는 보안처분을 도입해야 한다는 입장인바, 어차피 형사제재 수단도 보완이 필요한 상황이라면, 쉽게 형벌에 의존하는 결론을 내기보다는 취약한 민사·행정 제재를 어떻게 더 잘 작동할 수 있도록 보완·강화할 것인가를 ‘먼저’ 고민하는 것 또한 ‘형법 보충성원칙’의 내용이 되어야 할 것이다.

348) 일본 등에 비하여 고소사건이 비정상적으로 많다는 사실은 익히 알려져 있다. 필자는 형사재판을 담당하면서 채무자가 채무를 이행하지 못한 경우에 뒤에 이를 ‘사기죄’로 고소하는 경우가 참 많다고 느꼈는데, 일본의 17배라고 한다. 허일태, “민사사건의 형사화에 대한 억제방안”, *비교형사법연구*, 제8권 제1호 (2006. 7.). 일본이 ‘민사불개입 원칙’을 확립하게 된 과정에 관해서는 심희기, “민사의 형사화” 현상의 명암: ‘민사의 형사화’와 ‘민지구스레’의 비교”, *형사재판의 제문제 제6권: 고현철 대법관 퇴임 기념 논문집* (2009). 독일의 대응은 김성룡, “민사사건의 형사화에 대한 독일적 대응의 효율성”, *경북대학교 법학논고*, 제27집 (2007. 12.).

(前審化) 경향’은 심각한 수준이다.

## 2) 민사의 형사화

‘i 그룹’과 ‘j 그룹’에서 범죄화되는 행위들은 ‘불완전보상’, ‘낮은 적발확률’이 문제되는 예외적 행위들이어야 한다. 그러나 불명확하고 포괄적인 구성요건 덕분에, 그러한 예외에 해당하지 않는 경우에도 사람들은 형사고소를 당연한 ‘카드’로 구사하고 있다(이는 지극히 합리적인 선택이라고 할 수밖에 없다). 국가의 수사력을 사적으로 활용할 수 있는 것은 물론 처벌 압박으로 협상력을 높여 분쟁에서 유리한 고지를 점할 수 있기 때문이다. 상대방이 징역형을 받기라도 하면, 이어지는 민사재판에서는 더 노력할 것도 없다. 이미 더 엄격한 입증에 성공했기 때문이다. 형벌 사용이 용이한 사회에서는 이와 같이 경제주체가 경쟁자를 축출해 지대(rent)를 창출하기 위하여 형사절차를 사유화(사적 도구로 유용)하려는 유인을 가지게 된다. 형사법정은 ‘떼인 돈 받아드리는’ 채권추심기구로 전략한다.

반면 기업 불법행위가 문제되는 사안에서는 다른 국면이 펼쳐진다. 기업은 ‘무죄추정을 받는’ 형사재판에 집중한다. 톨스토이의 표현을 빌려, “유죄판결은 (검사가 모든 난관을 뚫고 입증에 성공했다는) 한 가지 이유에서 선고되지만, 무죄판결은 각기 다른 이유로 선고될 수 있다.”<sup>349)</sup>

349) 『안나 카레니나』의 첫 문장 “Happy families are all alike; each unhappy family is unhappy in its own way(Все счастливые семьи похожи друг на друга, каждая несчастливая семья несчастлива по-своему).” Leo Tolstoy, 박형규 번역, 안나 카레니나(문학동네, 2010), 11은 위 문장을 “행복한 가정은 모두 고만고만하지만 무릇 불행한 가정은 나름나름으로 불행하다.”라고 옮겼다. 유죄판결문은 형식이 어느 정도 정형화되어 있지만, 무죄판결문을 어떻게 작성할 것인가는 상대적으로 열린 문제이다[그러나 이는 무죄추정원칙에 반하는 유인으로 작용할 수 있다(법관의 업무부담은 자칫, 법관들이 ‘오컴의 면도날’처럼 이유 작성이 간단한 방향으로 심증을 형성하려는 유혹에 취약하게 만들 수 있다). 요즈음은 오히려 유죄판단의 이유에서 당사자의 주장과 사실관계, 결론에 이르게 된 심증형성 경위 등을 자세히 쓰는 것이 일반적 작성방식으로 자리 잡았고, 거꾸로 무죄판결문은 이유 작성을 간이화하기 위한 연구와 노력이 1991년경부터 있었다. 이러한 과정에 대한 배경설명은 서울중앙지방법원, 새로 쓰는 형사판결서(사법발전재단, 2014), 3-18, 33-34, 81 참조].

다시 돌아와서, 양벌규정을 엄격하게 해석하면 무죄가 선고될 가능성이 높아 규정의 존재 이유가 상실되어버리는 경우가 많기 때문에, 실제로는 형사법원칙을 상대화하여 어떻게든 입법의의를 살리는 방향으로 해석할 수밖에 없게 되기도 한다. 아래의

무죄판결은 기업 입장에서는 (무죄판결을 선고한 형사재판부의 논리나 생각과는 무관하게) 압도적으로 유리한 방패가 된다. 유죄판결도 그리 나쁘지만은 않다. 절차를 이중으로 진행하면서 소송지연, 합의시점 선택 등 다양한 전략을 수립할 수 있다(기업운영에서 ‘시간’은 생명이다. 이는 모든 것을 바꿔 놓을 수 있다. 매는 김을 다 빼놓은 다음 늦게 맞는 것이 낫다.), 형사재판이 양쪽 절차를 모두 유리하게 이끄는 지렛대가 된다. 유죄판결이라 해도 법인이 선고받은 벌금형은 대개는 민사소송 청구 금액과는 ‘비교가 되지 않을 정도의’ 소액일 것이기 때문에(그렇다고 기업이 돈을 벌금으로 내는 경우와, 손해배상금, 과징금, 과태료로 내는 경우를 구분할까? ‘기업 회계장부’에, 이들을 구분하여 ‘벌금형’을 더 부끄러워할 수 있는 그런 ‘기특한’ 마음이 있거나 한 것일까? 회계장부는 돈을 얼마나 더 많이 냈는지를 오히려 오래 기억하지 않을까?), 민사재판부에 결정적으로 불리한 인상을 주게 되지는 않는다. 낮은 벌금액수가 무심결에 배상액 기준을 낮출 가능성도 있다[이른바 ‘거점효과(anchor effect)']. 이는 자연인 피고가 유죄판결을 받아온 경우와는 다르다(법인에 대한 형사처벌을 관념하는 데 오랜 세월이 걸렸던 것처럼, 형사처벌의 낙인효과는 자연인과 법인에게 비대칭적으로 작용한다). 결과적으로 양벌규정은 면죄부처럼 기능할 소지가 있다.<sup>350)</sup>

### 3) 행정사건의 형사사건화

행정기관 입장에서는 괜히 행정권을 적극적으로 발동하였다가 인심도 잃고 민원과 행정소송에 시달리기보다는, 한 발 떨어져서 강력한 공권력인 검찰권의 손을 빌리는 것이 여러모로 편리하고 깔끔하다. (“검찰 언니가 나보다 힘도 더 세고”<sup>351)</sup>) 직접 책임질 일이 없기 때문이다. 그러

‘행정사건의 형사사건화’ 부분에서 상술한다.

350) Posner(2011), 578도 기업에 대한 형사처벌은 순전히 금전적인 것에 불과함에도, 피고인의 방어권을 보장하기 위한 형사소송법상의 정교한 보호장치(각종 절차적 권리)가 과연 기업에도 모두 주어져야 하는 것인지에 대해서 의문을 표한다.

351) 문세영, *조선어사전*(조선어사전간행회, 1938)에는 “형과 같음”이라 풀이되어 있고, 한글학회, *큰사전*(을유문화사, 1957)에는 “형을 친근하게 부르는 말”이라고 쓰여 있다. 여남이 같이 쓰던 말이라는 설이 유력하다. 벽초 홍명희, 『*임꺽정*』에서도 “꺽정 언니”라는 호칭을 쓴다. 단, 단어 형성시기에 대해서는 견해대립이 있다.

나 형사절차는 그 어떤 법적 절차보다도 엄격한 절차이기 때문에<sup>352)</sup> ‘행정사건의 형사화’는 자칫 행정의 경직과 비효율을 초래할 수 있다. 형사재판에서의 결론은 유죄와 무죄 둘 뿐이다. 양자택일은 행정목적에 적합한 답 형식이라고 할 수 없다.

법인의 위법행위를 규제하는 데도 사실은 불리하다. 기업을 형사처벌할 가능성을 열어 두면 기업을 강하게 처벌할 수 있을 것 같지만, 현실은 정확히 그 반대이다. 오히려 유죄 입증이 어렵기 때문에 면죄부가 되기 십상이다.<sup>353)</sup>

특히 양벌규정이 담긴 법률은 대부분 행정단속 목적이 강한 법률들로서 그 세부적인 기준(전문적·기술적 사항)을 행정기관 고시 등에 위임하고 있는 경우가 많다.<sup>354)</sup> 개인정보보호법(제74조) 제73조 제1호 위반죄를 예로 들어보면, 다음과 같은 식이다. 미리 말해두지만, 아래 전부가 ‘하나의’ 구성요건이다.<sup>355)</sup>

---

352) **대한민국헌법 제12조** ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

적법절차원리는 헌법상 원칙이자 형사소송법의 대이념이다. 이와 대등한 목적이라고 이야기되는 ‘실체적 진실의 발견’이 형사소송법의 목적이 될 수 없다는 견해까지 제시된다. 김혜경, “실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가? -형사소송법의 제·개정 흐름을 중심으로-”, **형사법연구**, 제26권 제2호(2014).

민사소송법 제1조(민사소송의 이상과 신의성실의 원칙) 제1항은 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”고 규정하고, 행정법의 일반원칙으로는 ‘평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호원칙, 부당결부금지원칙’ 등이 거명된다. 박정훈, “행정법의 법원”, **행정법의 체계와 방법론**[행정법연구 1](박영사, 2005) [행정법연구, 제4호(1999)] 등 참조.

353) 각주 349 참조.

354) **행정규제기본법 제4조(규제법정주의)** ② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 **전문적·기술적 사항**이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다(강조는 인용자).

355) 게다가 같은 규정이 하나 더 있기까지 하다. 관련 논의는 생략한다.

**정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제73조(벌칙)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제28조 제1항 제2호부터 제5호까지(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 따른 기술적·관리적 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손한 자

## 개인정보 보호법

제73조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제23조제2항, 제24조제3항, 제25조제6항 또는 제29조를 위반하여 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 개인정보를 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손당한 자

### 제74조(양벌규정)

- ② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조부터 제73조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

### 제23조(민감정보의 처리 제한)

- ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다(각 호 생략).
- ② 개인정보처리자가 제1항 각 호에 따라 민감정보를 처리하는 경우에는 그 민감정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 제29조에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하여야 한다.

### 제24조(고유식별정보의 처리 제한)

- ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 경우를 제외하고는 법령에 따라 개인을 고유하게 구별하기 위하여 부여된 식별정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “고유식별정보”라 한다)를 처리할 수 없다(각 호 생략).

③ 개인정보처리자가 제1항 각 호에 따라 고유식별정보를 처리하는 경우에는 그 고유식별정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 대통령령으로 정하는 바에 따라 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하여야 한다.

제25조(영상정보처리기기의 설치·운영 제한)

⑥ 영상정보처리기기운영자는 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 제29조에 따라 안전성 확보에 필요한 조치를 하여야 한다.

제29조(안전조치의무) 개인정보처리자는 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 내부 관리계획 수립, 접속기록 보관 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 확보에 필요한 기술적·관리적 및 물리적 조치를 하여야 한다.

## 개인정보 보호법 시행령

제21조(고유식별정보의 안전성 확보 조치)

① 법 제24조제3항에 따른 고유식별정보의 안전성 확보 조치에 관하여는 제30조를 준용한다. 이 경우 “법 제29조”는 “법 제24조제3항”으로, “개인정보”는 “고유식별정보”로 본다.

제30조(개인정보의 안전성 확보 조치)

① 개인정보처리자는 법 제29조에 따라 다음 각 호의 안전성 확보 조치를 하여야 한다.

1. 개인정보의 안전한 처리를 위한 내부 관리계획의 수립·시행
2. 개인정보에 대한 접근 통제 및 접근 권한의 제한 조치
3. 개인정보를 안전하게 저장·전송할 수 있는 암호화 기술의 적용 또는 이에 상응하는 조치
4. 개인정보 침해사고 발생에 대응하기 위한 접속기록의 보관 및 위조·변조 방지를 위한 조치
5. 개인정보에 대한 보안프로그램의 설치 및 갱신
6. 개인정보의 안전한 보관을 위한 보관시설의 마련 또는 잠금장치의 설치 등 물리적 조치



③ 제1항에 따른 안전성 확보 조치에 관한 세부 기준은 행정자치부장관이 정하여 고시한다.

### **개인정보의 안전성 확보조치 기준(행정자치부고시 제2016-35호)**

제1조(목적) 이 기준은 「개인정보 보호법」(이하 “법”이라 한다) 제23조제2항, 제24조제3항 및 제29조와 같은 법 시행령(이하 “영”이라 한다) 제21조 및 제30조에 따라 개인정보처리자가 개인정보를 처리함에 있어서 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 기술적·관리적 및 물리적 안전조치에 관한 최소한의 기준을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 기준에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “정보주체”란 처리되는 정보에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람을 말한다.
2. “개인정보파일”이란 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물(集合物)을 말한다.
3. “개인정보처리자”란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.
4. “대기업”이란 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제14조에 따라 공정거래위원회가 지정한 기업집단을 말한다.
5. “중견기업”이란 「중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법」 제2조에 해당하는 기업을 말한다.
6. “중소기업”이란 「중소기업기본법」 제2조 및 동법 시행령 제3조에 해당하는 기업을 말한다.
7. “소상공인”이란 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」 제2조에 해당하는 자를 말한다.
8. “개인정보 보호책임자”란 개인정보처리자의 개인정보 처리에 관한 업무를 총괄해서 책임지는 자로서 영 제32조제2항에 해당하는 자를 말한다.

9. “개인정보취급자”란 개인정보처리자의 지휘·감독을 받아 개인정보를 처리하는 업무를 담당하는 자로서 임직원, 파견근로자, 시간제근로자 등을 말한다.
10. “개인정보처리시스템”이란 데이터베이스시스템 등 개인정보를 처리할 수 있도록 체계적으로 구성한 시스템을 말한다.
11. “위험도 분석”이란 개인정보 유출에 영향을 미칠 수 있는 다양한 위험요소를 식별·평가하고 해당 위험요소를 적절하게 통제할 수 있는 방안 마련을 위한 종합적으로 분석하는 행위를 말한다.
12. “비밀번호”란 정보주체 또는 개인정보취급자 등이 개인정보처리시스템, 업무용 컴퓨터 또는 정보통신망 등에 접속할 때 식별자와 함께 입력하여 정당한 접속 권한을 가진 자라는 것을 식별할 수 있도록 시스템에 전달해야 하는 고유의 문자열로서 타인에게 공개되지 않는 정보를 말한다.
13. “정보통신망”이란 「전기통신기본법」 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체계를 말한다.
14. “공개된 무선망”이란 불특정 다수가 무선접속장치(AP)를 통하여 인터넷을 이용할 수 있는 망을 말한다.
15. “모바일 기기”란 무선망을 이용할 수 있는 PDA, 스마트폰, 태블릿PC 등 개인정보 처리에 이용되는 휴대용 기기를 말한다.
16. “바이오정보”란 지문, 얼굴, 홍채, 정맥, 음성, 필적 등 개인을 식별할 수 있는 신체적 또는 행동적 특징에 관한 정보로서 그로부터 가공되거나 생성된 정보를 포함한다.
17. “보조저장매체”란 이동형 하드디스크, USB메모리, CD(Compact Disk), DVD(Digital Versatile Disk) 등 자료를 저장할 수 있는 매체로서 개인정보처리시스템 또는 개인용 컴퓨터 등과 용이하게 연결·분리할 수 있는 저장매체를 말한다.
18. “내부망”이란 물리적 망분리, 접근 통제시스템 등에 의해 인터넷 구간에서의 접근이 통제 또는 차단되는 구간을 말한다.
19. “접속기록”이란 개인정보취급자 등이 개인정보처리시스템에 접

속한 사실을 알 수 있는 계정, 접속일시, 접속자 정보, 수행업무 등을 전자적으로 기록한 것을 말한다. 이 경우 “접속”이란 개인정보처리시스템과 연결되어 데이터 송신 또는 수신이 가능한 상태를 말한다.

20. “관리용 단말기”란 개인정보처리시스템의 관리, 운영, 개발, 보안 등의 목적으로 개인정보처리시스템에 직접 접속하는 단말기를 말한다.

제3조(안전조치 기준 적용) 개인정보처리자가 개인정보의 안전성 확보에 필요한 조치를 하는 경우에는 [별표] 개인정보처리자 유형 및 개인정보 보유량에 따른 안전조치 기준을 적용하여야 한다. 이 경우 개인정보처리자가 어느 유형에 해당하는지에 대한 입증책임은 당해 개인정보처리자가 부담한다.

#### 제4조(내부 관리계획의 수립·시행)

① 개인정보처리자는 개인정보의 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 내부 의사결정 절차를 통하여 다음 각 호의 사항을 포함하는 내부 관리계획을 수립·시행하여야 한다.

1. 개인정보 보호책임자의 지정에 관한 사항
2. 개인정보 보호책임자 및 개인정보취급자의 역할 및 책임에 관한 사항
3. 개인정보취급자에 대한 교육에 관한 사항
4. 접근 권한의 관리에 관한 사항
5. 접근 통제에 관한 사항
6. 개인정보의 암호화 조치에 관한 사항
7. 접속기록 보관 및 점검에 관한 사항
8. 악성프로그램 등 방지에 관한 사항
9. 물리적 안전조치에 관한 사항
10. 개인정보 보호조직에 관한 구성 및 운영에 관한 사항
11. 개인정보 유출사고 대응 계획 수립·시행에 관한 사항
12. 위험도 분석 및 대응방안 마련에 관한 사항
13. 재해 및 재난 대비 개인정보처리시스템의 물리적 안전조치에 관한 사항

14. 개인정보 처리업무를 위탁하는 경우 수탁자에 대한 관리 및 감독에 관한 사항

15. 그 밖에 개인정보 보호를 위하여 필요한 사항

- ② [별표]의 유형1에 해당하는 개인정보처리자는 제1항에 따른 내부 관리계획을 수립하지 아니할 수 있고, [별표]의 유형2에 해당하는 개인정보처리자는 제1항제12호부터 제14호까지를 내부 관리계획에 포함하지 아니할 수 있다.
- ③ 개인정보처리자는 제1항 각 호의 사항에 중요한 변경이 있는 경우에는 이를 즉시 반영하여 내부 관리계획을 수정하여 시행하고, 그 수정 이력을 관리하여야 한다.
- ④ 개인정보 보호책임자는 연 1회 이상으로 내부 관리계획의 이행 실태를 점검·관리하여야 한다.

#### 제5조(접근 권한의 관리)

- ① 개인정보처리자는 개인정보처리시스템에 대한 접근 권한을 업무 수행에 필요한 최소한의 범위로 업무 담당자에 따라 차등 부여하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 전보 또는 퇴직 등 인사이동이 발생하여 개인정보취급자가 변경되었을 경우 지체 없이 개인정보처리시스템의 접근 권한을 변경 또는 말소하여야 한다.
- ③ 개인정보처리자는 제1항 및 제2항에 의한 권한 부여, 변경 또는 말소에 대한 내역을 기록하고, 그 기록을 최소 3년간 보관하여야 한다.
- ④ 개인정보처리자는 개인정보처리시스템에 접속할 수 있는 사용자계정을 발급하는 경우 개인정보취급자 별로 사용자계정을 발급하여야 하며, 다른 개인정보취급자와 공유되지 않도록 하여야 한다.
- ⑤ 개인정보처리자는 개인정보취급자 또는 정보주체가 안전한 비밀번호를 설정하여 이행할 수 있도록 비밀번호 작성규칙을 수립하여 적용하여야 한다.
- ⑥ 개인정보처리자는 권한 있는 개인정보취급자만이 개인정보처리시스템에 접근할 수 있도록 계정정보 또는 비밀번호를 일정 횟수 이상 잘못 입력한 경우 개인정보처리시스템에 대한 접근을 제한하는

등 필요한 기술적 조치를 하여야 한다.

- ⑦ [별표]의 유형1에 해당하는 개인정보처리자는 제1항 및 제6항을 아니할 수 있다.

#### 제6조(접근통제)

- ① 개인정보처리자는 정보통신망을 통한 불법적인 접근 및 침해사고 방지를 위해 다음 각 호의 기능을 포함한 조치를 하여야 한다.
1. 개인정보처리시스템에 대한 접속 권한을 IP(Internet Protocol) 주소 등으로 제한하여 허가받지 않은 접근을 제한
  2. 개인정보처리시스템에 접속한 IP (Internet Protocol)주소 등을 분석하여 불법적인 개인정보 유출 시도 탐지 및 대응
- ② 개인정보처리자는 개인정보취급자가 정보통신망을 통해 외부에서 개인정보처리시스템에 접속하려는 경우 가상사설망(VPN : Virtual Private Network) 또는 전용선 등 안전한 접속수단을 적용하거나 안전한 인증수단을 적용하여야 한다.
- ③ 개인정보처리자는 취급중인 개인정보가 인터넷 홈페이지, P2P, 공유설정, 공개된 무선망 이용 등을 통하여 열람권한이 없는 자에게 공개되거나 유출되지 않도록 개인정보처리시스템, 업무용 컴퓨터, 모바일 기기 및 관리용 단말기 등에 접근 통제 등에 관한 조치를 하여야 한다.
- ④ 고유식별정보를 처리하는 개인정보처리자는 인터넷 홈페이지를 통해 고유식별정보가 유출·변조·훼손되지 않도록 연 1회 이상 취약점을 점검하고 필요한 보완 조치를 하여야 한다.
- ⑤ 개인정보처리자는 개인정보처리시스템에 대한 불법적인 접근 및 침해사고 방지를 위하여 개인정보취급자가 일정시간 이상 업무처리를 하지 않는 경우에는 자동으로 시스템 접속이 차단되도록 하여야 한다.
- ⑥ 개인정보처리자가 별도의 개인정보처리시스템을 이용하지 아니하고 업무용 컴퓨터 또는 모바일 기기를 이용하여 개인정보를 처리하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니할 수 있으며, 이 경우 업무용 컴퓨터 또는 모바일 기기의 운영체제(OS : Operating System)나 보안프로그램 등에서 제공하는 접근 통제 기능을 이용할 수 있다.

- ⑦ 개인정보처리자는 업무용 모바일 기기의 분실·도난 등으로 개인정보가 유출되지 않도록 해당 모바일 기기에 비밀번호 설정 등의 보호조치를 하여야 한다.
- ⑧ [별표]의 유형1에 해당하는 개인정보처리자는 제2항, 제4항부터 제5항까지의 조치를 아니할 수 있다.

**제7조(개인정보의 암호화)**

- ① 개인정보처리자는 고유식별정보, 비밀번호, 바이오정보를 정보통신망을 통하여 송신하거나 보조저장매체 등을 통하여 전달하는 경우에는 이를 암호화하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 비밀번호 및 바이오정보는 암호화하여 저장하여야 한다. 다만, 비밀번호를 저장하는 경우에는 복호화되지 아니하도록 일방향 암호화하여 저장하여야 한다.
- ③ 개인정보처리자는 인터넷 구간 및 인터넷 구간과 내부망의 중간지점(DMZ : Demilitarized Zone)에 고유식별정보를 저장하는 경우에는 이를 암호화하여야 한다.
- ④ 개인정보처리자가 내부망에 고유식별정보를 저장하는 경우에는 다음 각 호의 기준에 따라 암호화의 적용여부 및 적용범위를 정하여 시행할 수 있다.
  - 1. 법 제33조에 따른 개인정보 영향평가의 대상이 되는 공공기관의 경우에는 해당 개인정보 영향평가의 결과
  - 2. 암호화 미적용시 위험도 분석에 따른 결과
- ⑤ 개인정보처리자는 제1항, 제2항, 제3항, 또는 제4항에 따라 개인정보를 암호화하는 경우 안전한 암호알고리즘으로 암호화하여 저장하여야 한다.
- ⑥ 개인정보처리자는 암호화된 개인정보를 안전하게 보관하기 위하여 안전한 암호 키 생성, 이용, 보관, 배포 및 파기 등에 관한 절차를 수립·시행하여야 한다.
- ⑦ 개인정보처리자는 업무용 컴퓨터 또는 모바일 기기에 고유식별정보를 저장하여 관리하는 경우 상용 암호화 소프트웨어 또는 안전한 암호화 알고리즘을 사용하여 암호화한 후 저장하여야 한다.
- ⑧ [별표]의 유형1 및 유형2에 해당하는 개인정보처리자는 제6항을 아

니할 수 있다.

#### 제8조(접속기록의 보관 및 점검)

- ① 개인정보처리자는 개인정보취급자가 개인정보처리시스템에 접속한 기록을 6개월 이상 보관·관리하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 개인정보의 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손 등에 대응하기 위하여 개인정보처리시스템의 접속기록 등을 반기별로 1회 이상 점검하여야 한다.
- ③ 개인정보처리자는 개인정보취급자의 접속기록이 위·변조 및 도난, 분실되지 않도록 해당 접속기록을 안전하게 보관하여야 한다.

제9조(악성프로그램 등 방지) 개인정보처리자는 악성프로그램 등을 방지·치료할 수 있는 백신 소프트웨어 등의 보안 프로그램을 설치·운영하여야 하며, 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 보안 프로그램의 자동 업데이트 기능을 사용하거나, 일 1회 이상 업데이트를 실시하여 최신의 상태로 유지
2. 악성프로그램 관련 정보가 발령된 경우 또는 사용 중인 응용 프로그램이나 운영체제 소프트웨어의 제작업체에서 보안 업데이트 공지가 있는 경우 즉시 이에 따른 업데이트를 실시
3. 발견된 악성프로그램 등에 대해 삭제 등 대응 조치

제10조(관리용 단말기의 안전조치) 개인정보처리자는 개인정보 유출 등 개인정보 침해사고 방지를 위하여 관리용 단말기에 대해 다음 각 호의 안전조치를 하여야 한다.

1. 인가 받지 않은 사람이 관리용 단말기에 접근하여 임의로 조작하지 못하도록 조치
2. 본래 목적 외로 사용되지 않도록 조치
3. 악성프로그램 감염 방지 등을 위한 보안조치 적용

#### 제11조(물리적 안전조치)

- ① 개인정보처리자는 전산실, 자료보관실 등 개인정보를 보관하고 있는 물리적 보관 장소를 별도로 두고 있는 경우에는 이에 대한 출입 통제 절차를 수립·운영하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 개인정보가 포함된 서류, 보조저장매체 등을 잠금장치가 있는 안전한 장소에 보관하여야 한다.

③ 개인정보처리자는 개인정보가 포함된 보조저장매체의 반출·입 통제를 위한 보안대책을 마련하여야 한다. 다만, 별도의 개인정보처리 시스템을 운영하지 아니하고 업무용 컴퓨터 또는 모바일 기기를 이용하여 개인정보를 처리하는 경우에는 이를 적용하지 아니할 수 있다.

#### 제12조(재해·재난 대비 안전조치)

- ① 개인정보처리자는 화재, 홍수, 단전 등의 재해·재난 발생 시 개인정보처리시스템 보호를 위한 위기대응 매뉴얼 등 대응절차를 마련하고 정기적으로 점검하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 재해·재난 발생 시 개인정보처리시스템 백업 및 복구를 위한 계획을 마련하여야 한다.
- ③ [별표]의 유형1 및 유형2에 해당하는 개인정보처리자는 제1항부터 제2항까지 조치를 이행하지 아니할 수 있다.

#### 제13조(개인정보의 파기)

- ① 개인정보처리자는 개인정보를 파기할 경우 다음 각 호 중 어느 하나의 조치를 하여야 한다.
  1. 완전파괴(소각·파쇄 등)
  2. 전용 소자장비를 이용하여 삭제
  3. 데이터가 복원되지 않도록 초기화 또는 덮어쓰기 수행
- ② 개인정보처리자가 개인정보의 일부만을 파기하는 경우, 제1항의 방법으로 파기하는 것이 어려울 때에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.
  1. 전자적 파일 형태인 경우 : 개인정보를 삭제한 후 복구 및 재생되지 않도록 관리 및 감독
  2. 제1호 외의 기록물, 인쇄물, 서면, 그 밖의 기록매체인 경우 : 해당 부분을 마스킹, 천공 등으로 삭제

(별표 생략)

여기서 끝이 아니다. 행정자치부 개인정보보호 포털(<https://www.privacy.go.kr/>)에 들어가면, 위 기준의 의미를 해설하고 세부기준을 제시하는 ‘개인정보의 안전성 확보조치 기준 해설서(2015. 2., 총 75쪽)’<sup>356)</sup>



‘개인정보 위험도 분석 기준 및 해설서(2012. 3., 총 34쪽),<sup>357)</sup> ‘개인정보 암호화 조치 안내서 Ver 1.0(2010. 10., 총 60쪽),<sup>358)</sup> ‘개인정보 비식별 조치 가이드라인 -비식별 조치 기준 및 지원·관리체계 안내-(총 80쪽)’ 등 수많은 지침, 해설서, 안내서, 기준, 가이드라인에다, 이것들을 또 해설하는 ‘개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설(2011. 12., 총 460쪽)’<sup>359)</sup>이 있다. 이들은 양벌규정에서 “법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리”하였는지를 판단하는 기준을 제시하고 있으며,<sup>360)</sup> 수시로 개정되고 있다.

356) 다음과 같은 설명이 있다. “본 기준 해설서는 ‘개인정보 보호법’에 따라 개인정보처리자가 개인정보의 안전성 확보를 위해 이행해야 할 기술적·관리적 보호조치 등의 **세부기준** 제시를 목적으로 합니다.”

357) “본 해설서는 ‘개인정보보호법’ 제29조 및 ‘개인정보의 안전성 확보조치 기준’에 따라 고유식별정보 내부망 저장 시 암호화의 적용여부 및 적용범위 결정을 위한 ‘위험도 분석’의 **세부기준** 제시를 목적으로 합니다.”

358) “본 안내서는 ‘개인정보보호법’에 따라 개인정보처리자가 개인정보의 안전성 확보를 위해 이행해야 할 기술적 보호조치 중 ‘암호화’에 대한 안내를 위해 마련되었습니다.”

359) “본 해설서는 개인정보 보호법, 동법 시행령·시행규칙 및 표준지침·고시의 **적용기준**을 제시하기 위한 용도로 제작되었습니다.”

360) 양벌규정은 “상당한 주의·와’ 감독을 게을리하지 아니한 경우(에는 해당 조문의 벌금형을 과하지 아니한다.)”라고 규정하고 있다. 즉 상당한 주의의무와 감독의무 모두(‘and’)를 다한 때에야 비로소 형사책임을 면할 수 있는 것처럼 규정되어 있다(앞에서 본 것처럼 이는 거증책임을 전도하여 과실을 추정하는 것 같은 오해를 야기하는 잘못된 입법형식이다). 대법원의 아래와 같은 판시는 따라서, 상당한 주의의무나 감독의무 중 어느 한 쪽이라도 게을리한 것이 인정되기만 하면 처벌된다는, 논리적으로는 아무런 문제가 없는 판시이다[∴ (A ∩ B)<sup>c</sup> = A<sup>c</sup> ∪ B<sup>c</sup>].

“형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면, 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌규정이 적용된다고 봄이 상당하며, 구체적인 사안에서 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌규정을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2009도6968 판결 등 다수).” 위 판결 뒤에는 다음과 같은 판시가 이어진다. “나아가 설사 피고인 2 재단법인이 ○○학교의 실질적인 사업주라고 하더라도 기본적으로 위 양벌규정에 기하여 피고인 2 재단법인의 책임을 추궁하기 위해서는, 피고인 2 재단법인의 ○○학교 직원들에 대한 지휘감독관계 등이 규명되어야 하고, 피고인 2 재단법인이 ○○학교 **직원들의 법규 위반행위를 예상하여 이를 방지하기 위한 상당한 주의**를 기울이거나, 컴퓨터프로그램 저작권, 불법복제 금지 등에 관한 교육 실시 및 컴퓨터 불법복제 프로그램을 설치하지 못하도록 시스템을 **관리, 감독하였는지 여부 등 주의의무 위반 여부** 등을 심리할 필요가 있다.”(강조는 인용자)

이것은 형법이 아니다.

형법 원칙을 다시 상기해보자. 대한민국헌법 제12조와 형법 제1조는 ‘죄형법정주의’를 규정하고 있다. 대법원은 다음과 같이 판시한다.

“헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 죄형법정주의 원칙은, 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정하더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하므로, 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있어야 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다(대법원 2003. 11. 14.

---

위와 같은 판시는 주의의무와 감독의무를 특별히 구별하지 않거나, 주의의무위반은 곧 감독의무위반이라고 본 것처럼 읽힐 소지가 있다. 그러나 ‘주의의무 위반’을 판단하는 기준과 ‘감독의무 위반’을 판단하는 기준은 다르다. 전자는 일반적인 과실범의 요건인 ‘주의의무 위반’에 해당하고(형법 제14조), 후자는 이와는 별개의 것이다. 공소 사실에도 누가 어떤 주의의무를 위반하였고, 누가 어떤 감독의무를 위반하였는지가 명시되어야 하고, 각각에 대한 입증이 달리 이루어져야 한다. 이 점은 현재 실무에서 명확하게 인식되고 있지 않고, 그것은 양벌규정이 (경우에 따라 징역형도 규정된) 본조의 적용을 받는 데 아무런 지장이 없는 개인사업주와, (본조의 수범자가 되는 것이 엄밀하지만 범죄능력이 없어 양벌규정에 의할 수밖에 없는) 법인을 한꺼번에 규율하고 있는 데서 비롯된 측면이 크다. 참고로 민법 제756조 사용자책임 규정에는 “사용자가 피용자의 **선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는** 그러하지 아니하다.”라고 기재되어 있다. 황만성, “의료법 등의 양벌규정과 책임원칙”, **의료법학**, 제11권 제2호 (2010. 12.), 165.

한편 양벌규정의 감독의무위반에 ‘선임상 과실’을 포함시켜 해석하는 견해가 있다(헌법재판소 결정들도 ‘선임·감독상의 주의의무위반’이라는 표현을 쓴다). 민법 제756조의 영향이 아닌가 생각된다. 물론 부적임자에게 특정한 역할을 맡긴 것이 어떤 법위반의 결정적 혹은 주요한 원인이 되는 경우(그러한 법위반의 결과를 막을 능력이 턱없이 부족하거나, 고의로 법위반을 자행할 가능성이 다분한 사람을, 부주의 때문에 알아보지 못하고 선임하여 법위반과 관련된 직위를 부여하는 바람에 기어이 법위반이 발생한 경우?)가 없다고는 할 수 없겠으나(전문성이 없는 사람을 개인정보 보호책임자로 선임한 경우 등), 과연 그러한 경우가 반드시 형사처벌까지 하여야 할 사안일지(혹은 형사처벌로써 법위반을 예방할 수 있을 사안일지)는 생각해 볼 필요가 있다.

선고 2003도3600 판결 등).”

“사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도1007 판결).”

즉, 형벌법규의 명확성 원칙이란, 수범자가 ‘무엇을 하거나 하지 않아야 범죄를 저지르지 않을 수 있는지, 무엇을 주의하면 처벌받지 않는지’를 명확하게 알 수 있어야 한다는 원칙이다. 500개에 가까운 법률에 규정된 양벌규정 구성요건의 실질적 불법성 표지는 “(종업원 등의 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관한) 상당한 주의와 감독을 게을리(하였다)”는 것이다.<sup>361)</sup> “복잡다기한 사회현상과 개별 범영역의 전문성·기술성”에도 불구하고, “상당한 주의와 감독”이라는 말 한마디가 모든 사연을 뭉뚱그릴 수 있을까. 단순성, 일반성은 사태를 악화시키고 있다. 주의의무의 내용을 하위 법령으로 구체화할 수밖에 없기 때문이다. 그런데 일상의 업무에서 기울여야 할 주의의 대상, 감독해야 할 대상은 수백 가지이다. 이를 특히 형벌로 대처하려 하면 구체화 수준이 매우 높아야 한다. 위와 같이 ‘백 가지 중 어느 것 하나라도 걸리면 처벌하겠다’는 ‘투망식 구성요건’이 탄생할 수밖에 없다.

---

361) 다시 한 번, 이를 단서에 규정한 것은 잘못이다. 반면 김성돈, “기업형법과 양벌규정의 도그마틱: 양벌규정상의 범인에 대한 형벌부과 요건을 중심으로”, **형사정책연구**, 제27권 제2호 (2016)는 위 단서가 형법 제13조와 같이 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우 가벌성이 탈락된다는 것을 입법기술상 ‘소극적 형식’으로 규정하여, 그러한 의무는 가벌성의 필요조건일 뿐 충분조건이 아님을(따라서 검사가 주의 및 감독의무위반을 적극적으로 입증하여야 함을) 선언하는 의미를 가진다고 한다. 이로써 양벌규정이 과실범, 고의범, 부작위범, 작위범을 모두 포섭할 수 있게 된다는 것이다.

구성요건이 무엇인지를 하위 법령의 세부적인 내용을 자세히 들여다보아야만 알 수 있다면(실은 그렇게 해도 알기 어렵다), 죄형법정주의의 명확성 원칙, 헌법상 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는 것이 아닐까. 그렇게 해서 행위유형이 구체적으로 특정되었다 하더라도, 행정기관의 고시 기타 세부기준을 ‘유무죄’를 판단하기 위한 형사재판의 재판규범으로 삼는 것은 타당한 것일까. 수많은 기준과 해설서를 직접 마련하였고, 이를 바탕으로 평소 해당 업무를 늘 고민하고, 밀착하여 다루고 있는 해당 행정기관이 직접 해당 분야의 규제업무를 맡아 상황에 맞는 적절한 행정처분을 할 수 있도록 해주는 것이 훨씬 바람직한 일 아닐까. 법원은 행정소송을 통하여 그 행정처분에 대한 ‘적법성’ 통제를 하는 것으로 족하지 않을까. 양벌규정이 입법된 법률 전부가 해당 분야의 업무와 사정에<sup>362)</sup> (사실은) 무지한 경찰, 검찰, 법원이 반드시 함께 동원되어야 할 불가피성이 있는 분야들일까.

다시 한 번 강조하지만, 양벌규정은 기업을 통제하는 데 불리하고 부적절한 규범이다. 유죄 인정에 ‘합리적 의심 여지가 없을 정도의 증명’을 요하고 ‘의심스러울 때는 피고인 이익으로’ 재판하는 형사재판에서, 구성요건이 불명확하거나 사건의 전문적 쟁점이 법관에게 이해되지 않는 상황은 많은 경우 피고인에게는 유리한 상황이다.<sup>363)</sup> 양벌규정의 법정형

362) ‘상당한 주의와 감독을 게을리하였는가’라는 불확정개념(그 자체로 명확성원칙에 반한다고도 할 수 있지 않을까)을 판단하기 위하여서는 해당 분야의 ‘실제’를 직접 보고, 듣고, 경험하면서 얻게 된 암묵지(暗黙知, tacit knowledge)가 대단히 중요한데, 수사기관과 사법기관이 ‘복잡다기한 사회분야’ 모두에 대해서 이를 가지기는 불가능하다. 특히 형사재판에서는 판사가 이를 얻기 위하여 따로 ‘직권탐지’ 노력을 하는 것이 피고인 방어권행사에 심각한 지장을 줄 수 있다.

반면, 행정기관에서는 원래 그 일을 하고 있어서 해당 분야를 가장 잘 아는 사람이 가장 적합한 규제방식을 선택하면 된다. 규범 해석이나 판단에서 막히는 점이 있으면 그 부서에서 함께 근무하는 ‘옆 사람’ 혹은 그 업무를 맡았던 조직 내의 다른 사람에게 ‘물어서’ 처리하면 된다. 때로는 ‘유권해석’을 할 수도 있다. 행정부가 사법부에 의존하거나 책임을 회피하지 않고 법령해석권을 적극적·능동적으로 해석하여야 한다는 견해를 담은 이성엽, (글로벌 경쟁시대 적극행정 실현을 위한) 행정부 법해석원의 재조명(경인문화사, 2012) 등 참조.

363) 법원이 전문적 방법론에 무지할수록 해당 전문가의 전문가증언을 소극적으로 활용하는 경향을 보인다는 연구로 Maxine D. Goodman, “A Hedgehog on the Witness Stand - What’s the Big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony”, *American University Law Review*, Vol. 59, No. 3 (2010), 648. 판사들은 제시된 과학적 증거의 타당성에 대해서는 의미 있는 검

이 낮기 때문에 그 효과는 극대화된다. 형사법정이, 행정기관과 기업 모두가 재판부의 손을 빌려 각자의 책임을 면제받는 은혜의 소도(蘇塗)가 되어버리는 것이다.<sup>364)</sup>

문제는 여기서 그치지 않는다. 양벌규정의 존재로 인하여 행정기관이 일반적 규제의 책임을 법원에 떠넘겨 버리게 되는 상황은, 개개 사건에서 선고되는 벌금액이 낮다는 것과는 비교할 수 없을 정도로 심대하고 치명적인 해악을 초래한다. 주지하다시피 오늘날 많은 기업불법(대형사고)은 규제당국의 크고 작은 무책임이 결합하여 발생한다.<sup>365)</sup> 지극히 세세한 사항까지 모두 형사처벌 대상으로 삼는 양벌규정은, 각 규제법에 따른 ‘법적 책임 추궁’의 역할을 오직 법원이 담당하여야 할 역할로 그릇 인식시킬 소지가 크다(“문제가 생기면 법원에서 알아서 판단하겠지”). 그러나 법원이 할 수 있는 역할은 개별 사건에서, 사후적 책임을, 법정형의 한도에서 물을 수 있는 것에 불과하다. 책임소재가 분명해야 행정권이 적극적으로 행사될 수 있다. 너도 나도 책임이 있다는 식의 불분명한 권한분장은, ‘일상적 규제와 과태료 부과’라는 호미로 막을 것을 ‘대형사고와 제의적 형사재판’이라는 가래로도 못 막는 사태를 자꾸 발생시킬 수밖에 없다.

결론적으로, II 유형의 ‘과잉형사화’는 처벌과잉도 문제지만, 절차중복(민사소송)과 책임회피(행정규제)로 각 영역 고유절차들을 ‘공동화(空洞化)’하는 결과를 낳는다.<sup>366)</sup> 자꾸 나서는 형법의 형틀에 간혀, 사회는

---

토를 하지 않고, 오히려 다른 판사가 그 전에 선고한 판결에 의존하거나, 검사에 우호적인 편향(pro-prosecution bias)을 보인다는 연구도 있다. Donald E. Shelton, *Forensic Science in Court: Challenges in the Twenty First Century*(Issues in Crime and Justice) (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2010), 136; 권영법, “과학적 증거의 허용성: 전문가증인의 허용성문제와 관련 쟁점의 검토를 중심으로”, 법조, 통권 667호 (2012), 96에서 재인용.

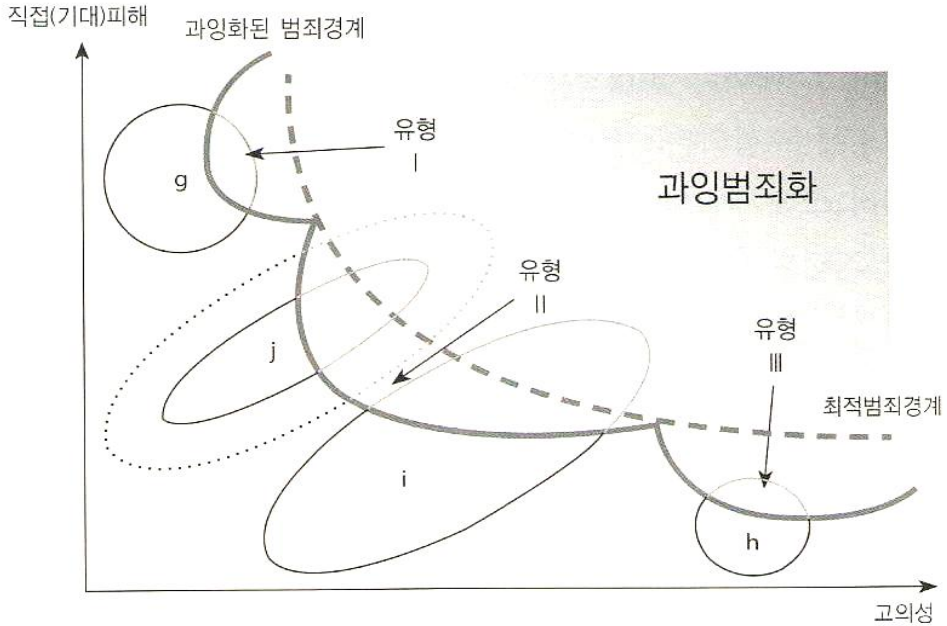
364) 반면, 지시에 따라 업무를 수행한 자는 불법행위로부터 작은 이익을, (대개는) 간접적으로만 얻을 수 있는 것에 불과함에도(小盜), 정작 큰 책임을 져야 하게 되는 경우가 생긴다.

365) 그러나 국가 시스템 실패에 대해서는 그 누구도 책임지지 않는다. 양벌규정을 통하여 특정 기업을 처벌하거나(그러나 그것만으로는 국민의 응보감정을 결코 만족시킬 수 없다), 국민적 공분이 큰 사건에서는 해당 기업 구성원 누군가를 번제(燔祭) 삼아 한을 푸는 ‘씻김굿 형사재판’을 여는 것이 최대한인 경우가 많다.

366) 박기석(2005)은 행정형법의 비범죄화가 문제라고 하면서도, 법인에 대해서는 유독 벌금형을 상향하고 다양한 형사 제재를 도입하여야 한다고 주장한다.

고유한 문제해결 역량들을 잃어간다.

[그림 4] 김일중(2013), 330. 과잉범죄화 유형



- 주) ————— : 과잉범죄화로 인해 확장된 범죄 경계선  
 I : 엄격책임범죄(strict liability crime)의 과도한 적용  
 II : 민사적 성격의 사건 및 행정규제 위반에 대한 과도한 형사처벌 부과  
 III : 정치적·사회적 편향에서 비롯된 특정행위들에 대한 과도한 탄압

#### 4. 폐해

##### 가. 법집행 기준 상실에 따른 법의 기능 저하

범죄와 형벌이 너무 많은 사회에서는 비례적 처벌이 어려워진다. 그저 원칙 없이 형사처벌이 이루어질 가능성이 높아진다. 사회 자체의 메커니즘으로 조정되고 해결되어야 할 문제들에 형벌이 무분별하게 동원됨에 따라 경제활동 전반을 과도하게 위축시킬 우려가 있다. 별지에 열거된, 사회의 지극히 세밀한 구석구석까지를 포괄하고 있는 500개에 가까운 양벌규정의 ‘양형’에 관하여, 과연 일관되고, 공감할 수 있는 양형기준

을 도출할 수 있을까. 많은 양벌규정들은 ‘양형’이란 것의 여지를 남기고 있는지조차 의문이다. 양벌규정의 법정형 상한은 대상이 된 행위들을 ‘범죄’로 본 것이라기에는 확고하게 낮은 경우가 많다. 그 범위 안에서 어떻게 불법성 차이를 반영해야 할까. 형평에 반하는 결과를 무수히 낳지 않을까. 이는 과태료의 경우 부과기준까지 함께 마련되어 있는 것과 큰 차이가 난다.<sup>367)</sup> 해당 분야를 잘 아는 기관에서는 위반행위의 종류와 그 경중을 수월하게 파악할 수 있다.

우리나라 15세 이상 인구 네 명 중 한 명이 전과자라는 사실을 앞에서 보았다. ‘전 국민의 범죄화’라는 비난을 받을 정도로 이는 매우 심각한 수치이다.<sup>368)</sup> 그 결과는 법에 대한 경시와 무시, 법의 권위 상실이다. 일상에서 부딪히는 법규가 상식에 어긋난다고 판단되고, 형사처벌이 불공정하게 이루어진다고 시민들이 생각하는 순간, 법은 무시되고, 형벌이 갖는 억지효과는 감퇴된다. 겉으로는 지키는 것 같아도 사실은 형식적으로만 준수하게 되는 것이다. 이러한 현상이 (형사)법 체계 전체로 확장되게 되면, 그 결과는 파국이다.<sup>369)</sup>

형사처벌의 ‘낙인효과’는 희소한 자원으로 남아 있을 때 기능할 수 있다. 범죄의 영역이 과도하게 확장되어 너도 나도 범죄자인 상황으로 가게 되면, 낭비된 낙인효과는 소진되어 버리고, 억지력과 신호기능은 사라지게 된다.<sup>370)</sup>

#### 나. 법집행자원의 비효율적 배분

법제상 과잉범죄화는 과다처벌의 충분조건이 아니다. 과다처벌은 과다집행이 동반되어야 이루어진다. 그런데 처벌규정 양산에 따른 처벌가능성 확대는 재량권 남용으로 이어질 수 있다. 형벌법제가 많을수록 이

367) 예컨대, 도로교통법 시행령 제88조 제4항 [별표 제6호] 등.

368) 이호용, 박수희, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, *한양법학*, 제24집 (2008. 10.), 359.

369) 김일중(2013), 332-335.

370) Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2008), 11-12; Roberto Galbiati & Nuno Garoupa, “Keeping Stigma Out of Administrative Law”, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 15, No. 1 (2007), 273-283; 모두 김일중(2013), 334-335에서 재인용.

를 검거하고 기소하는 수사자원에 대한 수요는 늘어날 수밖에 없다. 그러나 수사비용과 인력은 한정된 자원이다. 수요는 높는데 공급이 한정되어 있는 상황에서는, 수사기관의 선택 폭이 무한히 넓어진다. 자원배분이 적소에 효율적으로 이루어지지 않기 때문에, 공유재(communs)여야 할 공권력이 암시장에서 사사로이 불법적으로 거래될 가능성도 제기된다.<sup>371)</sup> 민사의 형사화는 그러한 우려를 부추긴다.

위와 같이 선택 폭이 넓어지면 업무부담과 책임을 회피하여, 법집행기관 입장에서 유리한 사건(예컨대 한정된 시간과 노력으로 실적을 채우면서도 부담이 적은 간단한 사건, 유죄율이 높은 사건, 승진에 도움이 되는 사건)부터 처리하려는 유인이 생길 수 있다. 법집행이 ‘부분적으로만’ 이루어지는 것이다. 김일중 교수는 이른바 행정범죄 증가가 구축효과를 일으켜 일반범죄(혹은 흉악범죄)에 대한 법집행 수준을 낮추었을 가능성을 제시한다.<sup>372)</sup> 상징적 과잉범죄화가 한편으로는 오히려 ‘과소처벌’을 야기하여 실제의 ‘범죄과잉’을 초래하는 것이다.

형사재판은 여러 국가기관이 겹겹이 개입된다는 측면에서도 그렇고, 절차적 적법성이 높은 수준으로 요구된다는 측면에서도 그렇고, 증인신문 등 실제의 진행 강도를 보더라도 대단히 비용이 많이 드는 ‘값비싼’ 절차이다(판사들 사이에서 형사재판을 기피하는 현상까지 생겨났다). 한 사람의 판사가 같은 시간과 노력을 들일 때 처리할 수 있는 민사사건, 형사사건, 행정사건의 양과 질이 다르다. 똑같은 액수를 벌금형으로 부과하는 경우와, 과태료로 부과하는 경우를 비교해도 ‘실질적으로’ 소요되는 시간과 비용의 크기가 다를 것이다. 양벌규정이 문제되는 사건들은 대부분 다른 민사, 행정사건과 중복되고, 그 다른 절차에서 더 효율적으로, 충분히, 최종적으로 처리될 수 있는 사건인 경우가 많다.

과잉범죄화는 우리 사회로 하여금 막대한 기회비용을 치르게 한다. 정작 필요하고 중요한 사건에 자원을 집중시킬 수 없게 되는 것이다.<sup>373)</sup>

---

371) Bruce L. Benson et al., “Deterrence and Public Policy: Trade-Offs in the Allocation of Police Resources”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 18, No. 1 (1998), 77, 80; 김일중(2013), 337-338에서 재인용.

372) 김일중(2013), 373-411.

373) 마약범죄에 대한 과잉범죄화가 법집행자원을 고갈시켜 재산범죄에 대한 억지력을 약화시켰고, 그리하여 재산범죄율을 증가시키는 결과가 초래되었음을 보인 Benson L. Benson et al., “Is Property Crimes Caused by Drug Use or by Drug



요컨대 과잉범죄화는 그 이외의 다른 모든 것들에 대한 ‘과소집행’이기도 하다. 이 ‘상충관계’를 진지하게 고민할 필요가 있다고 생각한다(그러한 견지에서, 기업불법의 대책으로 제시되는 ‘형사처벌의 다양화’에는 선뜻 찬성하기가 어렵다. 뒤에서 상술하겠다.).

#### 다. 소결론

[그림 4] 그래프에서 범죄경계선이 자꾸 원점 쪽으로 슬그머니 확장 되는 것을 틀어막는 것, 오히려 이를 묶어두고 점차 줄여나갈 수 있는 길을 모색하는 것, 그 바깥 영역은 민간의 자발적, 창의적인 지혜와 자치 역량,<sup>374)</sup> 일상의 행정에 양보하고, 법원은 이를 위한 질서만을 유지하면서 그와 같은 활동을 묵묵히 지원해주는 것, 그렇게 해서는 도저히 해결 되지 않는 최소한의 문제들에만 짜잔 하고 나타나서 추상(秋霜) 같이 엄 단한 뒤 언제 갔는지도 모르게 조용히 물러나는 것, 그러한 ‘적극적 자제’야 말로 형법의 겸억성(謙抑性)이고, ‘멋쟁이 형법’의 모습이 아닐까 생각한다.

다음과 같은 베카리아의 말로 이 장의 논의를 마무리 짓고자 한다.

“별 것 아닌 행위들에 대한 구구한 금지는 그러한 행위들로 인한 범죄를 예방하는 것이 아니라, 도리어 새로운 범죄를 창조한다. 그것은 흔히 영원불변이라고 이야기되는 선과 악의 경계를 자의로 흐트러뜨린다. 범죄로 이어질 가능성이 조금이라도 있는 모든

---

Enforcement Policy?”, *Applied Economics*, Vol. 24, No. 7 (1992), 679-692; 경범죄와 중범죄의 상충효과를 다룬 Hope Corman & H. Naci Mocan, “A Time-Series Analysis of Crime, Deterrence, and Drug Abuse in New York City”, *American Economic Review*, Vol. 90, No. 3 (2000), 584-604; 각 김일중(2013), 341-342에서 재인용.

374) 2009년 노벨경제학상 수상자인 엘리너 오스트롬 교수는 이른바 ‘공유의 비극’ 문제를 해결하는 길로, 정부 개입 혹은 시장주의라는 이분법에서 탈피하여 ‘공동체의 자치관리제도’라는 제3의 대안을 제시하였다. Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990)[윤홍근 번역, *공유의 비극을 넘어-공유자원관리를 위한 제도의 진화*(랜덤하우스코리아, 2010)].

행동을 완전히 금지할 경우 우리 인간들은 어떤 상태로 떨어지는가. 그것은 사람들로부터 모든 감각을 박탈하는 것이다. 범죄를 저지르게 되는 (악한: 필자 주) 동기는 하나뿐이지만, 나쁜 법 때문에 별 것도 아닌데 범죄로 규정된 그런 행위들을 하게 하는 동기는 수천 가지이다. 범죄 발생 가능성이 그 동기의 다과(多寡)에 달려 있다고 할 때, 범죄로 간주되는 영역을 확대하는 것은 곧 범죄의 발생가능성까지 높이는 것이다. 그렇게 되면 법 전체가 특권, 다시 말해 소수만의 이익과 안전을 위해 만인이 바치는 공물(貢物)로 전락하고 만다.

범죄를 예방하고 싶은가? 그렇다면 법률을 단순하고 명확하게 하라.”<sup>375)</sup>

---

375) Beccaria(2006), 175.

## 제 5 장 양벌규정 적용 사건 현황

### - 그 많은 고도는 다 어디로 갔을까?

#### 제1절 의의

이상의 논의를 바탕으로 필자는 ‘법인’을 형사재판이라는 무대에서 (가급적 완전히) 퇴장시킬 것을 제안하고자 한다. 별지 법률들을 개별 영역별로 면밀히 분석하여, 우선 쉽게 비범죄화할 수 있다고 판단되는 분야들(결과적으로는 선택형으로 과료를 규정하고 있는 법률, 벌금형이 낮은 법률들이 1순위가 될 것 같다), 불법성이 현저히 낮은 구성요건부터 과태료 부과대상으로 전환시켜 나가는 작업을 시작하여야 한다고 생각한다.

이것은 50년 이상 유지된 ‘유구한’ 제도를 하루아침에 없애자는 과격한 주장에 불과한 것일까. 필자는 양벌규정이 실제 재판에서 얼마나 많이, 어느 정도로 문제되고 있는지를 확인한 뒤, 양벌규정이 없더라도 큰 부작용이 발생하지 않을 것이라는 생각을 강하게 갖게 되었다.

양벌규정은 과연 기업불법 통제에 기여하고 있었던 것일까.

#### 제2절 문헌에 소개된 법인범죄 통계

아래 문헌들은 모두 『경찰청 범죄통계』를 인용하여 기업범죄 현황을 제시하고 있다. 그러나 결론부터 말해, 이러한 통계는 ‘착시’를 불러일으켜 법인범죄에 대한 정확한 인식을 심각하게 방해·왜곡하고 있다(문헌들도 아래 통계만으로는 기업범죄 실태를 정확히 파악하는 데 한계가 있다는 단서를 달고 있다).

1. 김재윤(2015), 42

김재운 교수가 작성한 아래 [표 4]에서 ‘전체 검거인원’ 중 ‘법인체 검거인원’ 차지 ‘비중’은 필자가 붙인 것이다. ‘전체 검거건수’ 대비 ‘법인체 범죄 검거건수’의 비율도 보아야 할 것이나, 검거건수와 검거인원은 별개로 집계된 것이어서 검거인원만을 기준으로 대략적인 비율만을 낸 것이다. 참고로 법원에서도 형사재판에서는 ‘피고인 수’를 기준으로 사건 수를 집계하고 있다. 각 해에 발간된 『경찰청 범죄통계』를 일일이 확인하여 보니, 2011년 이전의 발생건수와 검거건수, 검거인원은 2011년을 기준으로 범죄분류항목에 해당하지 않는 범죄유형을 제외하는 바람에 사후적으로 다소 줄어들었다.<sup>376)</sup>

그런데 매년 『경찰청 범죄통계』의 3장에서 등장하는 ‘법인체’라는 항목이 발생건수인지, 검거건수인지, 검거된 법인체의 개수인지, 법인체 범죄와 관련하여 검거된 자연인의 인원수인지는 불분명하다. 김재운(2015), 42는 표의 형식에서 보듯 ‘검거된 법인체 개수’로 보고 있는 것 같다. 그러나 노명선(2010), 11-12는 ‘(법인체 범죄의) 발생건수’로 보고 있다. 그리하여 ‘전체 범죄발생건수 중 법인체 범죄발생건수의 비율’이라는 통계량을 도출하고 있다. 예를 들어, 2003년은 1.89%(= 35,909 / 1,894,762 × 100)라는 식이다. 뒤에서 보겠지만, 이승준(2015), 23-25도 ‘발생건수’로 보고, 이천현 외(2010a), 70은 ‘검거건수’로 본다.

[표 4] 김재운(2015), 42에 ‘따른’ 경찰청 범죄통계

연도	발생건수	검거건수	검거인원		전체 인원 중 법인체 비중
			자연인	법인체	
2003	1,894,762	1,679,249	1,596,351	35,909	2.20%
2004	1,968,183	1,761,590	2,267,904	34,909	1.52%
2005	1,733,122	1,512,247	1,969,826	33,525	1.67%
2006	1,719,075	1,483,011	1,992,777	35,429	1.75%
2007	1,836,496	1,615,093	2,109,545	35,920	+ 1.67%

376) 경찰청 범죄통계 <<http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200197>>(2017. 6. 10. 확인). 그런데 자료를 열심히 보았지만, 경찰청에서 ‘검거’를 어떤 의미로 사용하였는지는 분명하지 않다. 수사기관으로서는 검찰에 송치하지 않거나 불기소 의견으로 송치한 사건까지 포함하여, 미제로 남지 않은 다양한 사건처리 형태 모두를 ‘검거’로 표현하였을 가능성이 있다고 보인다. 그 모두가 수사기관의 피와 땀이 들어간 결과물일 것이기 때문이다.

2008	2,063,737	1,812,379	2,333,120	34,872	1.47%
2009	2,020,209	1,811,917	2,333,715	32,624	1.38%
2010	1,784,953	1,514,098	1,986,319	21,469	1.07%
2011	1,752,598	1,382,463	1,902,722	10,327	0.54%
2012	1,793,400	1,370,121	1,928,795	11,024	0.57%

2. 이승준(2015), 23-25

가. 전체 범죄발생건수 대비 법인체 범죄발생건수

비율은 필자가 붙인 것이다. 노명선(2010), 11-12와 동일하게 『경찰청 범죄통계』 상 ‘법인체’ 항목을 ‘발생건수’로 보았다.

[표 5] 전체 범죄발생건수 대비 법인체 발생범죄건수

연도	전체	법인체	비율
2011	1,752,598	10,327	0.59%
2012	1,793,400	11,024	0.61%
2013	1,857,276	12,171	0.66%

나. 죄종별 법인체 범죄발생건수 및 비율

위 책의 원래 표에서 ‘비율’ 부분은 ‘법인체 전체 범죄’에서 ‘해당 분야(죄종별) 법인체 범죄’가 차지하는 비율을 표시하고 있다. 그러나 기재 위치상 오해 소지가 있어 이 부분은 따로 아래에 그래프 및 표로 정리하고([표 8]과 [그림 5]), 전체 발생건수 대비 법인체 범죄 발생건수의 비율을 [표 4, 5]와 마찬가지로 필자가 기재하였다. 위 책의 총계 계산 및 그에 따른 분야별 비중 계산이 잘못되어 있어 일부 바로 잡았다. 책과의 수치 차이는 그 때문에 발생한 것이다.

[표 6] 죄종별 법인체 범죄발생건수 및 전체 범죄발생건수 대비 비율

죄종별(1)	죄종별(2)	2013		비율
		전체	법인체	
폭력범죄	협박	4,661	2	0.04%
	폭력행위등	41,704	4	0.01%
	공갈	4,310	0	0.00%
지능범죄	증수뢰	253	7	2.77%
	문서·인장	15,385	93	0.60%
	유가증권인지	456	1	0.22%
	사기	269,082	615	0.23%
	횡령	34,892	77	0.22%
	배임	4,617	85	1.84%
풍속범죄		27,373	128	0.47%
특정경제범죄		71,019	4,111	5.79%
마약범죄		4,598	14	0.30%
보건범죄		20,383	663	3.25%
환경범죄		4,135	1,168	28.25%
교통범죄		573,453	266	0.05%
노동범죄		1,721	88	5.11%
선거범죄		398	3	0.75%
병역범죄		26,173	2	0.01%
기타범죄 <sup>377)</sup>		188,956	4,805	2.54%
총계		1,293,569	12,132	0.94%

[표 7] 법인체 주요범죄 발생건수 및 전체 발생건수 대비 비율

죄종		전체	법인체	비율
특정경제범죄	조세범처벌법	3,944	1,870	47.41%
	특가법(조세)	271	201	74.17%
	저작권법	27,217	1,378	5.06%
보건범죄	식품위생법	13,363	320	2.39%
환경범죄	대기환경보전법	754	446	59.15%
	폐기물관리법	1,917	283	14.76%

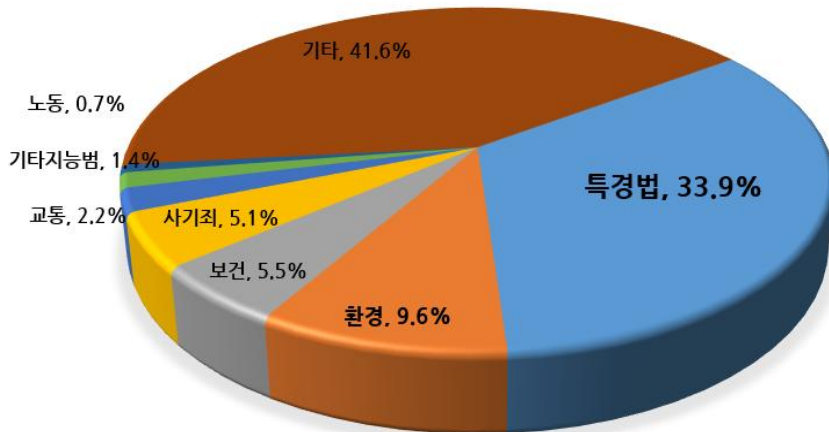
377) 건축법, 여객자동차운수사업법, 실화 및 업무상실화죄, 과실치사상죄 등 다양한 유형 포함.

	해양환경관리법	503	203	40.36%
교통범죄	도로법	654	182	27.83%
기타범죄	건설산업기본법	371	248	66.85%
	건축법	4,398	454	10.32%
	부정경쟁방지법	508	218	42.91%
	자동차관리법	11,522	706	6.13%
	출입국관리법	1,389	274	19.73%

[표 8] 전체 법인체 범죄 중 죄종별 법인체 범죄 차지 비중

죄종별	법인체 발생건수	비중
증수뢰죄	7	0.06%
사기죄	615	5.07%
배임죄	85	0.70%
기타 지능범죄	171	1.41%
특정경제범죄	4,111	33.89%
보건범죄	663	5.46%
환경범죄	1,168	9.63%
교통범죄	266	2.19%
노동범죄	88	0.73%
기타 범죄	4,958	40.87%
총계	12,132	100.00%

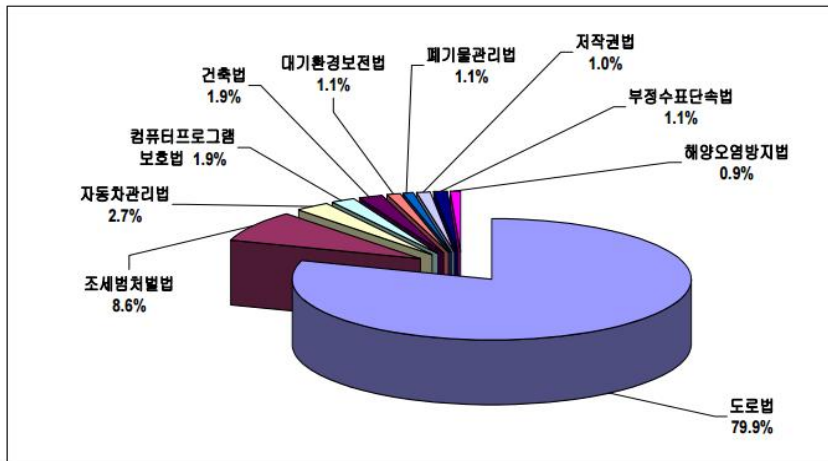
[그림 5] 2013년 전체 법인체 범죄 중 죄종별 법인체 범죄 차지 비중



3. 이천현, 임정호, 박기석, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(I)  
(한국형사정책연구원, 2010a), 70<sup>378)</sup>

[그림 6] 이천현(2010a), 70면, 2005~2007년 기업범죄 유형

<그림 1-2-4> 최근 3년간 기업범죄 가장 빈번한 범죄유형



<표 1-2-2> 최근 3년간 기업범죄 가장 빈번한 범죄유형

순위	구분	검거건수 (합계)	점유율 (%)
1	도로법	70,859	79.92
2	조세범처벌법	7,585	8.55
3	자동차관리법	2,377	2.68
4	컴퓨터프로그램보호법	1,659	1.87
5	건축법	1,674	1.89
6	대기환경보전법	983	1.11
7	폐기물관리법	932	1.05
8	저작권법	847	0.96
9	부정수표단속법	975	1.10
10	해양환경관리법	775	0.87

※ 검거건수는 3년간(2005-2007년)의 합계이며, 점유율은 10가지 항목 100%를 기준으로 한 수치임

378) 헌법재판소가 2007. 11. 29.부터 여러 양벌규정들에 대하여 위헌결정을 내리기 시작한 시점 이전의 상황을 보여준다는 점에서 이하에서 유용하게 참고가 될 것이다. 노명선(2010), 13도 2006년부터 2008년까지 3년간 법인체 범죄 29,754건 중 도로법위반죄가 24,215건으로 81.3%를 차지한다고 서술하고 있다.



### 제3절 실상 : 통계분석으로 본 양벌규정 적용 현황

#### 1. 조사방법

##### 가. 의의

기존 연구들이 『경찰청 범죄통계』를 인용하여 기업범죄 현황을 파악한 것과 달리,<sup>379)</sup> 필자는 법원 내부 ‘판결문 검색시스템’에 등록된 ‘1심 판결문’을 기준으로, 양벌규정이 적용되어 법인이 피고인이 된, ‘공판사건’을 추려보았다. 내부적으로도 비공개로 해야 할 극히 예외적인 사정이 없는 한, 판사가 작성한 판결문은 전부 위 시스템에서 검색 가능하다. 따라서 위 시스템을 통하면 공판사건 판결문을 모두 볼 수 있다. 판결문 자료는 원 자료(raw data)이자 일종의 ‘빅데이터’라고도 할 수 있다. 이하에서 행하는 분석은 통계분석 방법 중 디지털 텍스트 정보를 활용하는, 일종의 기초적인 ‘텍스트마이닝’에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>380)</sup>

379) 단, 연구자별로 경찰청 통계상 ‘법인체’ 항목의 의미를 달리 해석하고 있음은 앞에서 보았다.

380) 법원행정처에 문의하여 자료를 받았다면 더 정확했겠으나, 사법연감에 의할 때 평소 집계하고 있는 항목이 아니라고 보이고, 이 글 분석에서 필요한 것은 대략적 형세와 흐름이기 때문에 따로 요청하지 않았다. 판결문 데이터를 활용할 후속 연구들을 고려하면(인공지능 기술과 결합할 수도 있을 것이다), 다소간 오차가 있더라도 필자의 방법론과 시행착오 자체가 다양하고 창의적인 연구로 이어질 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 판단하여 자료 검색·가공과정을 그대로 소개하였다.

빅데이터 개념을 정보의 양, 속도, 형태 다양성이라는 측면에서 최초로 3V(Volume, Velocity), Variety)로 정식화한 글로는 Doug Laney, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety”, *Meta Group Technical Report* (2001. 2. 6.) <<http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>(2016. 9. 30. 확인). 빅데이터 시대의 기술과 비즈니스를 거시적 시각에서 상세하게 조망한 글로는 James Manyika, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh & Angela Hung Byers, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute (2011. 5.) <<http://www.mckinsey.com/business-functions/business-technology/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>>(2016. 9. 30. 확인). 일반적 통찰을 제공해주는 책으로는, Viktor Mayer-Schönberger & Kenneth Neil Cukier, *BIG DATA: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Co., 2013)[이지연 번역, 빅데이터가 만드는 세상(21세기북스, 2013)]가 현재로서는 가장 무난하고 추천할 만하다. 빅토르 마이어 쉰베르거 교수는

검사 입장에서, 사안이 중하여 함께 기소된 자연인을 징역형에 처하고자 할 때는 약식명령을 청구하지 않아 공판절차로 진행된다(형사소송법 제448조 제1항). 피고인 입장에서, 민사분쟁과 연결되어 있다는 등으로 치열한 다툼이 필요할 경우 정식재판을 청구할 것이다(형사소송법 제453조 제1항). 법원 입장에서도, 사안의 중대성 등에 비추어 (그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나) ‘약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정’될 경우 공판절차에 회부한다(형사소송법 제450조). 따라서 양벌규정이 우리 법현실에서 ‘실제로, 실질적으로’ 어떻게 기능하고 있는지를 보려면, 공판사건을 기준으로 보는 것이 타당하다고 생각하였다. 이것은 실무에서 양벌규정을 어떻게 ‘체감’하고 있는지를 보여주는 지표가 될 수 있을 것이다.<sup>381)</sup>

경찰청 통계상 ‘법인체’ 항목을 발생건수로 보든, 검거건수로 보든, 검거된 법인체 개수로 보든, 법인체 범죄와 관련하여 검거된 자연인의 인원수로 보든, 상당수는 우선 검찰 단계에서 (특히) 기소유예와 혐의없음, 죄가안됨 등 처분으로 걸러졌을 것이다(경찰 단계에서 송치도 되지 아니한 건까지 포함되었을 가능성도 있다). 법원에 기소된 사건도 공판절차로 진행되지 아니한 사건은 ‘약식절차’로 진행되었을 것이라고 생각할 수 있다.

그런데 약식명령이 그대로 확정되는 사건들은, 당사자 입장에서는 행정청이 ‘과태료’를 부과하는 경우와 실질적으로(돈을 내는 입장에서는 결과적으로) 큰 차이가 없다. 특별히 다툼 필요도 없다고 생각하여 ‘그냥 벌금을 내고 말았던’ 사건들이다.

오히려 (통념과 달리) 약식절차에 의하는 경우보다 행정청이 과태료를 부과하였을 경우에 당사자 참여권이 더 두텁게 보호되는 측면도 있다. 과태료 부과 통지를 받은 시점부터만 봐도, 통지 받은 날부터 60일의 이의제기기간이 부여되고(질서위반행위규제법 제20조), 당사자의 이의제

---

다음 책의 저자이기도 하다. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011)[구본권 번역, *잊혀질 권리*(지식의 날개, 2011)]. 효과적인 데이터 관리전략 체계를 갖춘 기업이 성과가 높다는 내용의 보고서로는 “Big Data: Lessons from the Leaders”, *Economist Intelligence Unit Report* (2012) <[https://www.sas.com/resources/asset/EIU\\_SAS\\_BigData\\_12082\\_2.pdf](https://www.sas.com/resources/asset/EIU_SAS_BigData_12082_2.pdf)>(2016. 9. 30. 확인). 사법부 등 공공기관도 마찬가지일 것이다.

381) 경찰청 통계상 ‘검거’의 의미가 불분명함은 앞에서 지적하였다. 각주 376 참조.

기를 받은 행정청은 이를 다시 14일 이내에 관할 법원에 통보하며(질서위반행위규제법 제21조), 관할법원은 이를 검사에게 통지한 뒤 ‘심문기일’을 열어 당사자 진술을 청취하고(질서위반행위규제법 제30조, 제31조),<sup>382)</sup> 때로는 직권에 의한 사실탐지와 증거조사를 하기도 하고(질서위반행위규제법 제33조), ‘이유를 붙인’ 결정으로 과태료 결정을 한다(질서위반행위규제법 제36조). 과태료 결정이 고지되면, 당사자는 그에 대한 항고, 재항고를 통해 과태료 재판을 거듭 다룰 수 있고(질서위반행위규제법 제38조, 제40조, 민사소송법 제442조), 항고법원의 과태료 재판에도 ‘이유’를 적어야 한다(질서위반행위규제법 제39조). 과태료 재판이 확정된 경우에도 민사소송법 제451조 제1항에 규정된 재심사유가 있으면 재심을 제기할 수 있다(민사소송법 제461조, 다수설과 실무례).

반면, 피고인이 ‘약식명령’을 고지받은 시점부터 보면, 피고인은 고지받은 날부터 ‘7일’ 이내에 정식재판을 청구할 수 있을 뿐이다(형사소송법 제453조). 정식재판 청구기간을 경과하거나 그 청구의 취하 또는 청구기각의 결정이 확정된 때에는 ‘범죄사실, 적용법령, 주형, 부수처분’ 등 필요한 최소한의 형식적 기재만 되어 있는 약식명령이 확정되어 확정판결과 동일한 효력을 갖게 된다(형사소송법 제451조, 제457조). 정식재판 청구가 적법한 때에는 공판절차에 의하여 심판하게 되나(형사소송법 제455조 제3항), 그 경우는 이 글의 통계에서 공판사건의 하나인 ‘고정 사건’<sup>383)</sup>으로 포착되므로, 과태료 부과처분과 비교할 때 고려할 대상은 아니다.

약식명령에 의하여 벌금형을 부과하는 경우가 과태료를 부과하는 경우보다 절차가 훨씬 간소화되어 있고 피고인이 다룰 수 있는 여지도 적다. 신속히 절차를 진행하여 벌금형을 빨리 확정시키고 이를 얼른 징수하는 것이 목적이 아니라면, 특히 질서위반행위규제법이 입법된 뒤에는, 과태료 처분에 대하여 벌금형의 우위를 고집할 필연적 이유는 없다고 보인다. 오히려 절차보장의 견지에서라면 과태료 쪽이 당사자에게 유리하

382) 질서위반행위규제법 제44조에 따라 심문절차를 생략할 수도 있지만, 당사자는 심문하지 않는 약식(과태료)재판의 고지를 받은 날부터 7일 내에 이의를 신청할 수 있고, 만약 이의신청이 적법하다고 인정될 때에는 심문을 거쳐 다시 재판하여야 한다(질서위반행위규제법 제45조, 제50조). 약식명령절차와는 원칙과 예외가 뒤바뀌어 있다고 할 수 있다.

383) 사건번호가 ‘2017고정1000’과 같은 식으로 붙는다.

다고도 할 수 있다.

## 나. 조사대상 추출방법

### 1) 당사자명

‘판결문 검색시스템’이 제공하고 있는 검색기능 한계로 양벌규정이 적용되어 법인이 피고인이 된 사건 ‘전수(全數)’를 조사하지는 못하였음을 미리 밝힌다. 이 글 논의에서 중요한 것은 ‘범죄주체로서 법인(의 범죄능력)’인데, 위 시스템은 다행히 ‘당사자명’으로 검색할 수 있는 기능을 제공하고 있다.<sup>384)</sup> 위 기능을 활용하여 ‘주식회사’가 피고인이 된 사건을 추렸다. 주식회사가 법인의 대표적 형태이기도 하고, ‘기업처벌 강화론’에서 주로 염두에 두고 있는 것도 주식회사라 보아도 무방할 것이다. 그리고 피고인이 주식회사라면, 양벌규정이 적용되었을 수밖에 없다.

위 시스템은 검색연산자로 절단연산자 ‘\*’를 사용할 수 있게 해주었으나, 위 연산자를 검색어 뒤에만 붙일 수 있도록 한정시켜두었다. ‘주식회사\*’로 검색할 경우, ‘주식회사 A’, ‘주식회사B’, ‘C 주식회사’ 세 가지 경우가 검색되고, ‘D주식회사’는 검색되지 않는다(띄어쓰기에 유의, 이하에서 위 세 유형을 포괄하여 ‘검색어~’로 표시하겠다).<sup>385)</sup> 여기에는 자연인이 함께 기소된 경우도 포함된다. 네 가지 유형 중 ‘D주식회사’인 한 가지 유형이 누락되지만, 주식회사 명칭을 앞에 두는지 뒤에 두는지는 특별히 선호에 차이가 있을 선택지가 아니고,<sup>386)</sup> 그로 인하여 별다른 차이가 발생할 문제로 보이지도 아니한다.<sup>387)</sup> 특히 ‘D주식회사’ 유형은 대

384) **상법 제19조(회사의 상호)** 회사의 상호에는 그 종류에 따라 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사 또는 유한회사의 문자를 사용하여야 한다.

385) 필자는 당초 판결문 검색시스템 ‘도움말’을 보고 ‘주식회사 A’와 ‘주식회사B’ 두 유형만 검색되는 것으로 잘못 알았으나, 확인 결과 ‘C 주식회사’ 유형도 검색결과에 포함된다. 논문 초안(발표문)을 읽고 직접 글의 논리를 따라 검색을 하여본 후, 위 사실을 발견·제보하여 준 지충현 판사에게 깊은 감사의 말씀을 드린다.

386) 삼성전자, 현대자동차, 에스케이, 엘지전자는 주식회사가 뒤에 붙고, 포스코, 지에스, 한화, 한진은 주식회사가 앞에 붙는다.

387) 판결 공보(대법원/하급심)에 실린 판례들을 검색할 수 있는 ‘대한민국 법원 종합법률정보’는 절단연산자를 검색어 앞에도 붙일 수 있게 허용한다. 공보에 실린 판례 전체(대법원, 고등법원, 하급심 등 심급 및 민사, 형사, 가사, 특허, 세무, 일반행정 등 사건종류 불문)를 검색해보니, ‘주식회사\*’로 검색할 경우 2,609건으로, ‘\*주식회사’로

개는 ‘C 주식회사’ 유형을 전산입력하는 과정에서 단순 착오로 생겨난 유형일 가능성이 크다고 생각된다. 결국 ‘주식회사\*’로 검색하면, 피고인이 주식회사인 사건 중 (가장 적게 잡더라도) 75% 이상을 망라할 것이라고 추단할 수 있다.

합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 유한회사, 사단법인, 재단법인, 학교법인 등 다른 형태 법인이 피고인인 사건도 물론 있었다. 그러나 아래 [표 9, 10]에서 보는 것과 같이 주식회사가 피고인인 사건에 비하여는 그 숫자가 많이 적었다. 법인 형태는 예시한 것 외에도 다양하여 일일이 검색하더라도 빠지는 부분이 일부 생겼을 것이다. 다만, 다른 법인 형태에 비하여는 ‘회사’가 압도적으로 많고, 상법은 또 다행히, 회사 종류를 다섯 가지만으로 한정하고 있다.<sup>388)</sup> 따라서 이하에 기재한 형태 외의 다른 법인 사건들이 설령 있다고 하더라도 그 수가 그리 많지는 않을 것이라고 추측해볼 수 있다. 즉 “대세에 영향을 주지 않는다.” 결국 주식회사 사건 수만을 집계하여, 그 수치를 1.5배 정도 하면 다른 종류 회사는 물론, 다른 형태 법인이 피고인이 된 사건까지 충분히 포괄한다고 보아도 무방하다. [표 10] 비율에서 보는 것처럼, 주식회사를 제외한 나머지 회사들과, 회사가 아닌 법인의 사건 수를 모두 합쳐도 주식회사 사건수의 30% 정도밖에 되지 않는다[2011년~2016년 평균 28.78%, 동일하게 검색어 뒤에 절단자를 붙였으므로, 주식회사와 사이에 대체로 동일한 조건이거나, 오히려 나머지 회사와 법인에 유리할 수도 있는 조건이다]. 따라서 1.5는 매우 높게 잡은 수치이다.<sup>389)</sup>

검색할 경우 2,020건보다 조금 더 많았다(2016. 9. 30. 현재). 검색기능은 종합법률정보가 더 좋지만, 공보에 수록하기 위하여 중요 판례들을 인위적으로 선별한 데이터셋(data set)이기 때문에 데이터 수 자체가 적음은 물론 내용상 편향도 발생할 수 있다고 판단하였다. ‘판결문 검색시스템’ 검색기능(재현율과 정확률)이 개선되기를 바란다.

388) **상법 제170조(회사의 종류)** 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사와 유한회사의 5종으로 한다.

389) 참고로, 국세청의 법인세 신고 현황을 보면[국가와 지방자치단체가 아닌 내국법인, 국내원천소득이 있는 외국법인은 법인세납부의무가 있고(법인세법 제2조 제1항, 제3항), 영리법인은 물론 비영리법인은도 일정한 수익사업에서 발생한 소득에 대해서는 법인세가 부과된다(법인세법 제3조 제3항, 제4항 단서). 법인 아닌 단체도 국세기본법 제13조 제1, 2항에 따라 세법상 법인으로 보는 단체는 비영리법인으로 취급하여 법인세를 부과한다(법인세법 제1조 제2호 다목, 국세기본법 제13조). 구도시재개발법상 주택개량재개발조합(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두7214 판결)이나 구주택건설촉진법에 의한 주택조합(대법원 2005. 6. 10. 선고 2003두2656 판결) 등이 이에 해당한다], 2015년 총 신고 법인 591,694개(영리법인 567,120개, 비영리법인 24,574개) 중 주식회

결국 ‘주식회사~’로 검색한 결과를 2배( $\times \frac{4}{3} \times 1.5$ ) 하면 법인이 피고인인 공판사건 규모를 대략 파악할 수 있을 것이라고 보았다(실제로는 그보다 적을 것이고, 느슨하게 많이 잡은 것이라고 생각된다). 당연히 ‘형사’사건 중 ‘1심 사건’, 즉 단독, 합의사건에 한정했다. 단독사건에는 약식명령을 고지받은 피고인이 정식재판을 청구하는 등의 이유로 공판절차로 진행하게 된 이른바 ‘고정 사건’이 포함된다. 일단 당사자명을 ‘주식회사\*’로 하여 판결 선고일자가 2011. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지인 1심 공판사건을 검색하면 다음과 같은 검색결과가 나온다(2010년 이전 사건을 제외한 것은 그 수치 등에 비추어 판결문이 전부 등록되지 않은 것으로 보였기 때문이다. 2011년, 2012년 사건 수가 다른 해에 비하여 특히 더 많은 것은 이하에서 보겠지만 헌법재판소 위헌결정에 따른 재심사건들 때문이고, 최근에는 사건 수가 해마다 급격하게 줄고 있다.).<sup>390)</sup>

**[표 9] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 수(?)**

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
25,246	35,725	15,118	10,245	5,007	3,114

**[표 10] 그 외 ‘회사~, 법인~’ 1심 공판사건 수(?)**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
합명회사*	129	330	62	38	17	2
합자회사*	2,723	3,394	1,748	719	421	208

사(Stock Company)가 560,639개로 94.8%, 유한회사(Limited Liability Company)가 26,858개로 4.5%, 합자회사(Limited Partnership)가 3,386개로 0.6%, 합명회사(General Partnership)가 811개로 0.1%였다(개수상 비영리법인도 위 4종 회사 중 어느 하나에 포함시킨 것으로 보이나, 이해는 잘 가지 않는다). 국세청, 2016년 국세통계연보(2016. 12.) <[http://stats.nts.go.kr/national/major\\_detail.asp?year=2016&catecode=A04002](http://stats.nts.go.kr/national/major_detail.asp?year=2016&catecode=A04002)>(2017. 6. 10. 확인). 결국 법인세 부과 대상이 되는 전체 법인(단체) 수가 주식회사 수의 1.055배 정도밖에 되지 않는 것이다.

390) ‘판결문 검색시스템’에는 1997. 1. 1. 선고된 판결문부터 등록이 되어 있다. 1997년 새해 첫날부터 적잖은 판결이 선고되어 등록되어 있는 것을 보고 적잖이 놀랐는데, 다행히(?) 전산 입력·처리상 오류에 기인한 것들이었다. 경험상 2009년까지의 사건은, ‘판결문 검색시스템’ 검색 결과를 신뢰하기 어려운 것 같다. 검색 결과에 ‘한글 파일’과 ‘PDF 파일’이 중복하여 집계되기도 하고, 판결서 전부가 등록되었는지도 확실하기 어렵다. 위와 같이 입력상 오류도 있다.

유한책임회사*	0	0	0	0	0	0
유한회사*	6,067	6,898	2,073	1,244	712	329
사단법인*	1	6	9	5	6	12
재단법인*	2	6	4	6	5	8
학교법인*	0	0	0	0	0	0
합계	8,922	10,634	3,896	2,012	1,161	559
주식회사 사건수 대비	35.34%	29.77%	25.77%	19.64%	23.19%	17.95%

## 2) 제외어 및 검색어

### 가) 재심사건 제외

그런데 판결문들을 들여다봤더니 이전에 도로범위반죄로 약식명령을 받았던 운수사업자들이 헌법재판소 위헌결정을 근거로 헌법재판소법 제47조 제4항, 제3항에 따라 재심을 청구한 사건이 아주 많았다. 헌법재판소는 보건범죄단속에 관한 특별조치법에 관한 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정에 이어 2009. 7. 30. 선고 2008헌가17, 2011. 12. 29. 선고 2011헌가20, 21, 24, 25, 2012. 2. 23. 선고 2012헌가2, 2012. 7. 26. 선고 2012헌가11, 2012. 10. 25. 선고 2012헌가18, 2013. 11. 28. 선고 2013헌가25, 2015. 1. 19. 선고 2014헌가24 결정 등에서, “(심판대상이 된 도로법 제86조 양벌규정은) 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다.”는 이유로 순차로 위헌결정을 내렸다. 운수사업자들은 이를 근거로 무죄판결을 받고 있다.

이러한 재심사건들은 세상에 ‘새로운’ 유해행위가 발생하여 새로이 사건화된 것이 아니기 때문에 제외할 필요가 있었다. 판결마다 실시방법이 다양하다보니, 제외어로 ‘헌법재판소’, ‘위헌’, ‘재심’을 함께(‘and’) 넣었을 때 비로소 위 사건들을 거의 배제할 수 있었다. 위 단어들은 헌법재판소 위헌결정을 이유로 한 재심사건이 아니면 형사판결문에서 거의 쓸

일이 없는 단어들이기 때문에 그로 인하여 재심무죄 사건 아닌 사건이 일부 잘못 제외되었다고 하더라도 큰 차이를 주지는 아니하였을 것이라 판단하였다. 헌법재판소는 도로법 뿐 아니라 다른 법률에 대하여도 면책 규정을 두지 아니한 양벌규정이 위헌이라고 결정하였는데,<sup>391)</sup> 위 제외어

391) 의료기사 등에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가24 결정; 청소년보호법에 대한 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가10, 2010. 10. 28. 선고 2010헌가23, 24, 36, 39, 47, 50(병합), 2011. 12. 29. 선고 2011헌가41 결정; 사행행위 등 규제 및 처벌특례법에 대한 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 결정; 의료법에 대한 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16, 2009. 10. 29. 선고 2009헌가6, 2010. 9. 30. 선고 2009헌가23, 31 결정; 건설산업기본법에 대한 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가18 결정; 도로교통법에 대한 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가14, 16, 35, 2010헌가4, 5, 9, 18, 34(병합), 2011. 9. 29. 선고 2011헌가17 결정, 2011. 11. 24. 선고 2011헌가30, 2014. 11. 27. 선고 2014헌가14 결정; 폐기물관리법에 대한 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가18, 33, 34, 2010헌가48, 58(병합) 결정; 농산물품질관리법에 대한 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25, 29, 36, 2010헌가6, 25(병합) 결정; 수산업법에 대한 헌법재판소 2010. 9. 2. 선고 2009헌가11 결정; 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가10, 31, 43, 45, 46, 49, 62, 68(병합) 결정; 산지관리법에 대한 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가19, 26, 75(병합) 결정; 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가3 결정; 양곡관리법에 대한 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가52, 57, 59, 60, 63, 69, 81(병합) 결정; 관세법에 대한 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2010헌가55, 64(병합) 결정; 조세범처벌법에 대한 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2010헌가14, 2011. 10. 25. 선고 2010헌가80, 2013. 10. 24. 선고 2013헌가18 결정; 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가88, 2011. 12. 29. 선고 2011헌가38, 2013. 7. 25. 선고 2011헌가26, 2013헌가14 결정; 자동차손해배상보장법에 대한 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2010헌가73, 92(병합) 결정; 아동복지법에 대한 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2010헌가94 결정; 증권거래법에 대한 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2010헌가66, 2013. 6. 27. 선고 2013헌가10 결정; 골재채취법에 대한 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌가98 결정; 산업안전보건법에 대한 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2011헌가7, 10(병합) 결정; 폐기물관리법에 대한 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가99, 2011헌가2, 11(병합) 결정; 환경정책기본법에 대한 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2011헌가12 결정; 관광진흥법에 대한 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바307 결정; 선박안전법에 대한 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2011헌가15 결정; 약사법에 대한 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2011헌가28 결정; 식품위생법에 대한 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2011헌가33 결정; 유사수신행위의 규제에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌가37 결정; 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 대한 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2012헌가15 결정 등.

위 목록은 공보에 실린 헌법재판소 결정례 중, 헌법재판소가 “다른 사람 범죄에 대하여 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 범치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다.”고 선고한 관련 위헌결정들을 최대한 추린 것이다. 오류나 누락이 있을 수 있다. 참 긴 목록을 굳이 정리하였다. 바꾸어 말하면, 그동안 얼마나 많은 법인과 사업주들이 책임도 없이, ‘억울하게’ 유죄판결을 받아왔다는 말인가. 필자는 위 목록을 정리하면서 ‘세상에 그런 법이 어디 있어’라고 외치는



조건으로 그로 인한 재심사건들을 함께 제외할 수 있었다. 여기에 더해 ‘경정결정’이 판결문으로 잘못 등록되어 있는 경우가 꽤 많이 있어서 제외어로 ‘경정한다’도 추가하였다. ‘(경정)한다’라는 종결형은 경정결정문의 주문에서만 쓰였을 것이다.

한편 제외어 기능은 검색어를 함께 지정해야 사용 가능한데[그렇지 않다면, 판결문의 우주(宇宙)에서 제외어가 등장하지 않는 ‘모든 나머지’ 판결문을 검색·노출하여야 할 것이고, 이는 의미 없는 검색이다.], 모든 형사 판결문들에서 공통적으로 쓰는 중립적 단어인 ‘피고인’을 넣었다. 이는 실질적 효용도 있었는데, 이로써 ‘헌법재판소 위헌결정 및 종전 약식명령에 대한 재심무죄판결에 이은 형사보상 사건’들을 제외하는 반사적 효과가 있었다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제2조 제2항, 제5조 제4항 참조). 형사보상 사건 결정문에서 당사자는 ‘피고인’이 아니라 ‘청구인’으로 표시하기 때문이다. 형사보상은 ‘결정’의 형태로 하는데도, 상당수가 표제의 ‘결정’이라는 문구와는 상관없이 ‘판결문’으로 등록되어 있었다(총 21,552건 중 1,501건은 판결문으로, 20,050건은 결정문으로 등록되어 있었고, 1건은 명령문으로 등록되어 있다).

이상을 종합하여, 검색조건을 “당사자명: ‘주식회사\*’, 제외어: ‘헌법재판소 + 위헌 + 재심 + 경정한다’, 검색어: ‘피고인’, 편별: 형사(단독, 합의), 선고일자: 2011. 1. 1. ~ 2016. 12. 31.”로 지정하여 검색한 결과, 2011년부터 2016년까지 6년 동안 1심 공판사건의 수는 [표 11]과 같이 정리되었다.

[표 11] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 현황(재심무죄판결 사건 제외)

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
111	57	82	70	82	92

나) 검토 : 도로법 문제 등

수치가 너무 많이 줄어든 것이 아닌가 하여 당사자가 ‘주식회사~’인 사건 중 도로법위반 사건에서 재심을 청구해 무죄를 받은 사건 수를

어떤 ‘울분’마저 느껴졌다.

가능해보았다. 검색조건은 “당사자명: ‘주식회사\*’, 사건명: ‘도로법위반’, 검색어: ‘재심, 무죄’, 편별: 형사(단독, 합의), 선고일자: 2011. 1. 1. ~ 2016. 12. 31.”이다.

**[표 12] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 도로법 재심무죄판결 사건 수(?)**

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
11,195	16,799	9,067	7,512	3,504	1,834

사건명을 제한하지 않고도 검색해보았다. 즉, “당사자명: ‘주식회사\*’, 검색어: ‘재심, 무죄’, 편별: 형사(단독, 합의), 선고일자: 2011. 1. 1. ~ 2016. 12. 31.”로 검색하였다.

**[표 13] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 재심무죄판결 사건 수(?)**

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
11,263	16,835	9,084	7,547	3,548	1,869

위 [표 12]와 비교하면 재심(무죄) 사건 중 도로법 사건이 압도적으로 많다는 것을 알 수 있다.

**[표 14] 전체 재심무죄판결 중 도로법 재심무죄판결 비중 추정**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
도로법사건	11,195	16,799	9,067	7,512	3,504	1,834
전체 사건	11,263	16,835	9,084	7,547	3,548	1,869
도로법 비중	99.40%	99.79%	99.81%	99.54%	98.76%	98.13%

이는 앞선 연구결과에서도 어느 정도 확인할 수 있었던 내용이다. 즉, 이천현 외(2010a), 70([그림 6])을 보면, 2005년부터 2007년까지 3년간 ‘도로법위반’ 사건이 전체 기업범죄 사건의 79.92%를 차지하고 있었고, 노명선(2010), 13에 따르면 81.3%였다(그러나 사건 수는 급격히 줄어들고 있다). 헌법재판소가 2007. 11. 29. 보건범죄단속에 관한 특별조치법상 양벌규정이 책임주의에 반한다고 결정한 이래 면책규정을 두지 않

있던 양벌규정에 대하여 지속적으로 위헌결정을 내리고 있고, 이전에 약식명령을 받았던 피고인들이 위 위헌결정을 이유로 재심을 청구하고 있기 때문에, 묻혀 있던 ‘과거’가 다시 호출된 것이다. 즉, 앞선 연구에서 범죄통계로 잡혔던 수치가 이제는 재심무죄판결의 통계로 잡히고 있는 것이다. 다만, 위 [표 14]의 도로법 사건 비중이 2005년~2008년에 비하여 조금 더 높게 나타나는 것은, [그림 6] 기업범죄 사건에 적용된 양벌 규정 모두가 면책규정이 없었던 것은 아닌 점, 도로법에 대해서는 헌법재판소가 이미 2009. 7. 30. 첫 위헌결정을 하여 2011년 즈음에는 이미 이전에 낸 벌금을 재심판결을 거쳐 돌려받는 것이 당연한 일이 되어 있었을 것이라는(즉 헌법재판소 위헌결정의 규범력이 사회에 수용·흡수되었다는) 점, 나머지 법들에 대해서는 앞에서 본 것과 같이 시차를 두고 위헌결정이 이루어진 점 때문일 것이라고 생각해 볼 수 있다. 그리고 이제는 재심무죄 대상 사건이 거의 처리되었다고 할 수 있다.

요컨대, 공판사건, 약식사건을 불문하고 전체 법인범죄, 기업범죄 사건의 대부분은 원래는 실은 ‘도로법위반 사건’이었다. 도로법은 양벌규정이 포함된 법 중에도 특히 행정목적성이 대단히 강한 법이다. 이것은 ‘기업범죄’를 처벌하자고 도입된 양벌규정이 실제로는 무엇을 위해 봉사하고 있는가에 대한 암시를 준다.

이를 조금 더 살펴보았다. 제정 도로법부터 2014. 1. 14. 법률 제 12248호로 전부개정되기 전까지 도로법상 벌칙 조항은 다음과 같은 것들이다.

**구 도로법 (제정 도로법 ~ 2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되기 전까지)**

제81조(벌칙) 정당한 사유 없이 도로(고속국도를 제외한다)를 손괴하여 도로의 효용을 해하게 하거나 교통의 위험을 발생하게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

제82조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제34조의 규정에 위반하여 허가 없이 도로공사를 시행한 자

2. 부정한 수단으로 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 명령에 의한 허가를 받은 자
4. 제40조제1항의 규정에 위반하여 허가 없이 도로를 점용한 자(물건 등을 도로에 일시 적치한 자를 제외한다)
5. 제47조의 규정에 위반한 자
6. 정당한 사유 없이 제49조의 규정에 의한 관리청의 처분에 항거하거나 이를 방해한 자
7. 제50조제4항의 규정에 위반한 자
8. 제50조의4제3항의 규정에 위반한 자
- 8의 2. 제53조의 규정에 의한 금지 또는 제한에 위반하여 도로를 통행한 자
- 8의 3. 제54조의2제1항의 규정을 위반하여 적재량 측정을 방해한 자
- 8의 4. 정당한 사유 없이 제54조의2제2항의 규정에 의한 관리청의 재측정요구에 응하지 아니한 자
9. 제54조의4제1항의 규정에 위반하여 자동차전용도로에 자동차를 사용하는 이외의 방법으로 통행하거나 출입한 자
10. 제54조의4제3항의 규정에 의한 관리청의 명령에 위반한 자
11. 제54조의6제2항의 규정에 의한 허가 없이 자동차전용도로 또는 대통령령이 정하는 도로에 다른 도로·통로 기타의 시설을 연결한 자
12. 정당한 사유 없이 도로의 부속물을 이전 또는 손괴한 자

#### 제83조(벌칙)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.
1. 정당한 사유 없이 제48조의 규정에 의한 관리청의 처분이나 행위에 항거하거나 이를 방해한 자
  2. 제54조제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반한 자
  - 2의 2. 제54조제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반하도록 지시 또는 요구한 자
  - 2의 3. 임차한 화물적재차량이 제54조제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반하여 운행된 경우에는 제54조제3항의 규정에 의한 관리를

하지 아니한 자

3. 정당한 사유 없이 제54조제4항의 규정에 의한 관리청의 요구에 불응한 자

4. 정당한 사유 없이 제54조제6항의 규정에 의한 관리청의 요구에 응하지 아니한 자

② 화주·화물자동차운송사업자·화물자동차운송주선사업자등의 지시 또는 요구에 의하여 제54조제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반한 운전자가 위반사실을 신고하는 경우 당해운전자에 대하여는 제1항제2호의 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 단속을 회피할 목적으로 신고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항제2호의3의 규정에 의하여 차량의 임차인을 처벌하는 경우에는 당해 차량의 운전자와 소유자에 대하여는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

제84조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제74조 또는 제75조의 규정에 의한 관리청의 명령에 위반한 자

제85조(벌칙) 제50조제6항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

**구 도로법 (법률 제8976호 ~ 2014. 1. 14. 법률 제12248호로 개정되기 전까지)**

제96조(벌칙) 종전 제81조와 동일

제97조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역이나 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제24조의3제1항에 따른 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 같은 항에 규정된 행위를 한 자

2. 제34조를 위반하여 허가 없이 도로공사를 시행한 자

3. 제38조제1항을 위반하여 허가 없이 도로를 점용한 자(물건 등을 도로에 일시 적치한 자는 제외한다)

4. 제45조를 위반한 자

5. 정당한 사유 없이 제47조에 따른 관리청의 처분에 항거하거나 처

분을 방해한 자

6. 제49조제3항을 위반한 자
7. 제52조제3항을 위반한 자
8. 제58조에 따른 금지나 제한을 위반하여 도로를 통행한 자
9. 제60조제1항을 위반하여 적재량 측정을 방해한 자
10. 정당한 사유 없이 제60조제2항에 따른 관리청의 재측정 요구에 따르지 아니한 자
11. 제62조제1항을 위반하여 자동차 전용도로에 자동차를 사용하는 방법 외의 방법으로 통행하거나 출입한 자
12. 제62조제3항에 따른 관리청의 명령을 위반한 자
13. 제64조제2항에 따른 허가 없이 자동차 전용도로나 대통령령으로 정하는 도로에 다른 도로·통로, 그 밖의 시설을 연결한 자
14. 정당한 사유 없이 도로의 부속물을 이전하거나 손괴한 자
15. 부정한 방법으로 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 의한 허가를 받은 자

#### 제98조(벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역이나 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 정당한 사유 없이 제46조에 따른 관리청의 처분 또는 행위에 항거하거나 이를 방해한 자
4. 임차한 화물적재 차량이 제59조제1항에 따른 운행제한을 위반하여 운행된 경우에는 제59조제3항에 따른 관리를 하지 아니한 자
6. 정당한 사유 없이 제59조제6항에 따른 관리청의 요구에 따르지 아니한 자

제99조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제49조제4항에 따른 명령을 위반한 자
2. 제83조나 제84조에 따른 관리청의 명령을 위반한 자

앞서 본 범죄경계선에 따른 범죄유형 분류에 따를 때 범죄로 남을 가능성이 있는 후보는 “정당한 사유 없이 도로를 손괴<sup>392</sup>)하여 도로의 효

용을 해하게 하거나(해치거나) 교통의(교통에) 위험을 발생하게 한(발생시킨) 자는 10년 이하의 징역 또는 1천만 원이하의 벌금에 처한다.”고 규정한 구 도로법 제81조(괄호 안은 개정 후 제96조) 정도라고 생각한다. 확장피해가 클 수 있기 때문이다. 그러나 “도로의 효용을 해치거나 교통의 위험을 발생시켰다”는 것은 지나치게 의미가 넓어 자칫 아주 사소한 것부터 매우 심각한 경우까지를 모두 포함할 수 있는, 전가의 보도가 될 우려가 큰 조항이다.<sup>393)</sup> 그리고 벌금형 상한이 1,000만 원인 것에서 보듯, 행위자인 자연인을 처벌하는 것으로 충분하고, 법인까지 굳이 처벌할 필요는 없는 조항이기도 하다. 사용자책임이 인정될 경우 손해배상책임을 지게 하면 된다.

재심으로 무죄판결을 받은 도로법위반 사건 중에 위 규정 위반 사건이 얼마나 되는지 궁금해졌다. 검색해보았더니 [표 12] 사건 중에 단 한 건도 없었다. 잘 일어나지 않는 사건인 탓도 있겠지만, 굳이 형법 제 185조 일반교통방해죄 등과 별도로 규정할 이유는 없는 조항이라고 생각된다. 형법의 법정형이 더 높기도 하다(10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금).

나머지 사건들이 어떤 사건들인지 보기로 했다. 다수를 차지하고 있는 것이 운행 폭 초과, 과적 등 과태료 부과로 충분한 운행제한 위반 사건들이었다. 당사자명 ‘주식회사\*’, 사건명 ‘도로법위반’, 검색어 ‘재심, 무죄, 운행제한’이다.<sup>394)</sup>

**[표 15] 전체 재심무죄판결 중 도로법상 운행제한 위반 사건 비중 추정**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
전체 도로법사건	11,195	16,799	9,067	7,512	3,504	1,834
운행제한 위반 사건	6,256	8,771	4,887	5,740	2,589	1,315
비중	55.88%	52.21%	53.90%	76.41%	73.89%	70.55%

392) 손케는 국어사전에 없는 말이다.

393) 현행법은 그래도 구성요건을 세분화하여 명확하게 규정하였다. 바람직한 방향이나, 형법 제15장 교통방해의 죄에 충분히 포섭할 수 있는 내용이라고 생각한다.

394) 조금 더 보태면, 측정 방해, 요구 불응, 명령 위반 등을 구성요건으로 하고 있는 행위들은 경미한 경우 과태료를 부과하고, 형법상 공무집행방해죄에 의하면 된다고 생각한다.

다시 돌아와서, 위 [표 9]와 [표 11] 사이에는 여전히 차이가 크지 않은가? 재심을 개시하거나, 재심청구를 기각하는 ‘결정문’ 등이 ‘판결문’으로 잘못 등록되어 있음을 발견하였다. [표 16]은 “당사자명: ‘주식회사\*’, 검색어: ‘재심, 결정’, 편별: 형사(단독, 합의), 선고일자: 2011. 1. 1. ~ 2016. 12. 31.”로 검색한 결과이다. 이는 위 [표 13]과 일부 겹치는 결과이다. 왜냐하면 재심판결문 작성 시에 서두 부분에 재심개시결정에 관한 경과사실을 설시하는 경우가 있기 때문이다. ‘[표 9] < [표 11] + [표 13] + [표 16]’인 것은 그 때문이다.

**[표 16] ‘주식회사~’ 1심 공판사건 중 “재심”, “결정” 포함 사건 수**

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
16,467	24,688	11,684	8,345	4,238	2,441

다) 소결론

이상에 비추어, 위 [표 11]은 진실을 담고 있을 가능성이 크다. 여기서 ‘D주식회사’인 경우와, 주식회사 아닌 다른 형태의 회사 또는 법인일 경우를 더한 값을 추정하기 위하여  $2(=\times\frac{4}{3}\times 1.5)$ 를 곱할 것이다. 이것이 실제 값보다 클 것임은 앞서 지적하였다.

2. 현황

가. 1심 공판사건 중 법인 피고인 사건 수

1) 전국 법원 1심 공판사건 수

법인이 피고인이 된 사건의 비중이 전체 사건에 대비하여 어느 정도인지를 보기 위하여 전국 법원에 1년 동안 접수되는 공판사건이 몇 건 정도 되는지를 찾아보았다. 2011년부터 2015년까지 5년간 전국 법원에 접수된 공판사건 수, 즉 1심 공판사건 수는 다음과 같다(형사사건 인원 수 기준).<sup>395)</sup>



**[표 17] 전국 법원 1심 공판사건 수**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년
합의	19,689	31,278	20,330	21,677	19,796
단독	258,477	261,775	250,512	247,400	239,877
합계	278,166	293,053	270,842	269,077	259,673

2) 법인 피고인 1심 공판사건 수 및 전체 사건 대비 비중 추정치

**[표 18] 법인 피고인 1심 공판사건 수 추정(재심무죄판결 사건 제외)**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년
주식회사~	111	57	82	70	82
법인(추정)	222	114	164	140	164
전체사건대비	0.080%	0.039%	0.061%	0.052%	0.063%

[표 11]에서 2배를 한 추정치이다. 5년을 평균하면, 전체 1심 공판사건의 0.059%가 피고인이 법인인 사건이다. 현대사회를 ‘기업사회(Corporate Society)’라고도 한데, 기업활동 폭과 규모에 비하여 전체 형사사건에서 차지하는 비중이 너무 적다고 느껴지지 않는가. 평소 느끼기에는 여러 기업들이 여기저기서 “나쁜 짓도 많이 하고 피해를 많이 일으키고 다닐 것만” 같은데, 왜 이렇게 된 것일까. 그 많던 고도는 다 어디로 갔을까? 물론 상당 부분은 약식절차로 종결되었을 것이다. 그리고 이들은 대개 과태료를 부과하여도 충분한 사건들이다. 그러한 사건들을 제외하고라도, 뭔가 잘못된 것이 아닐까?

3) 종전 사법연감 통계와 비교

395) 법원행정처, 2016 사법연감 (2016. 8.); 법원행정처, 2015 사법연감 (2015. 8.). 경위는 알 수 없으나, 두 연감의 수치가 다소 차이가 난다. 2016년 통계가 담길 2017년 사법연감이 아직 출간되지 아니한 관계로, 이하에서는 2011년부터 2015년까지의 자료를 분석한다.

필자의 집계 방식에 문제가 있지 않나 의심이 들 수도 있다. 그런데 법원행정처는 2001년까지 사법연감에서 법인 피고인 사건의 공판사건 접수현황을 제공한 바 있다. 이는 주식회사에 한정하지 않은, 있는 그대로의 수치이다.<sup>396)</sup>

법인이 피고인이 된 공판사건 수가 대체로 일정하고 유지되고 있음을 알 수 있다. 지난 2011년부터 2015년까지 5년 간 실제 사건 수도, 필자가 느슨하게 예측한 수치와 비슷하거나 그보다 적을 것임을 충분히 예상할 수 있다.

**[표 19] 1990~2000년 법인 피고인 1심 공판사건 수**

	전체 사건	특별법위반	법인 피고인 사건		
	접수건수	접수건수	접수건수	전체(%)	특별법(%)
1990	141,686	86,784	122	0.086	0.141
1991	147,016	95,819	144	0.098	0.150
1992	145,698	95,676	178	0.122	0.186
1993	165,835	105,961	167	0.101	0.158
1994	149,984	96,182	156	0.104	0.162
1995	164,681	105,260	153	0.093	0.145
1996	172,996	110,060	101	0.058	0.092
1997	175,165	109,876	84	0.048	0.076
1998	216,219	133,791	80	0.037	0.060
1999	195,374	118,612	100	0.051	0.084
2000	256,026	153,662	97	0.038	0.063
평균	175,516	110,153	126	0.072	0.114

나. 민사, 행정사건의 경우

민사사건이나 행정사건의 사정은 어떤지를 보자. 즉, 민사, 행정 분야에서 [표 18]에 해당하는 표를 도출하기로 한다.

396) 김창준(2009), 155-156.

## 1) 민사사건

민사 1심 본안 사건에 해당하는 민사 단독, 합의, 소액 사건의 2011. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지(2016년은 참고용) 사건 수이다. 전체 민사사건 수는 너무 많아 검색이 불가능하도록 막혀 있기에 사법연감을 참고하였다.<sup>397)</sup>

추정에 앞서, 민사사건에서는 주식회사 사건 수와, 다른 형태 법인 사건 수가 어느 정도로 차이가 나는지를 점검할 필요가 있다. 형사사건의 경우와 달리, 열거된 법인 외에도 훨씬 다양한 형태의 법인들이 권리주체로서 ‘실질적으로’ 활동하고 있을 것이기에 한정된 유형의 회사, 법인만 보아서는 누락이 많이 발생할 수 있다.

**[표 20] 법인 당사자 1심 민사본안(소액, 단독, 합의) 사건 수**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
합명회사*	61	114	121	88	75	66
합자회사*	695	718	791	824	649	571
유한책임회사*	0	3	3	11	8	7
유한회사*	23,320	31,089	30,016	32,178	28,149	31,088
사단법인*	475	569	691	681	653	652
재단법인*	1,084	2,372	3,249	5,484	2,269	1,278
학교법인*	568	656	748	768	740	686
합계	26,203	35,521	35,619	40,034	32,543	34,348
주식회사*	297,496	326,099	369,919	416,198	369,300	261,698
주식회사 사건수 대비	8.81%	10.89%	9.63%	9.62%	8.81%	13.13%

다른 회사, 법인들을 모두 합쳐도 주식회사 사건 수의 평균 10%밖에 되지 않는다. 주식회사가 오늘날 경제에서 얼마나 중심적인 위치를 차지하고 있는지, 왜 주식회사를 회사의 대표이자, 법인의 대표라고 할

397) 법원행정처, 2016 사법연감 (2016. 8.).

수 있는지를 이으로써 알 수 있다. 나머지 법인들을 포함시키면 그 수치가 조금 더 늘어날 수 있겠으나, 아주 큰 차이는 없을 것이다.<sup>398)</sup> 그렇다면, 형사사건의 경우와 달리 2배를 하여서는 안 되고, 네 유형 중 ‘D주식회사’ 유형이 빠진 것을 감안한  $\frac{4}{3}$ ( $\approx 1.33$ )배만 하여도 충분할 것이다. ‘주식회사 A’, ‘주식회사B’, ‘C 주식회사’인 경우들이 ‘D주식회사’인 경우보다 많음으로 인하여 발생하는 다소간의 과대평가 부분에, 나머지 법인사건도 어느 정도 포함될 것이라고 생각할 수도 있다[위 10%를 고려하여 더 정확히 계산하려면, ‘D주식회사’ 유형을 제외한 ‘주식회사 A’, ‘주식회사B’, ‘C 주식회사’ 유형이 전체의 80% 정도라 가정할 경우  $1.375(=\frac{5}{4} \times 1.1)$ 배, 85% 정도라 할 경우  $1.29(=\frac{100}{85} \times 1.1)$ 배 정도를 하여야 할 것이다. 따라서  $\frac{4}{3}$ ( $\approx 1.33$ )배를 하는 것은 어느 정도 타당성이 있다.]

**[표 21] 전체 민사 1심 사건 중 법인 당사자 사건 수(소수점 이하 반올림) 및 비중 추정**

		소액	단독	합의	합계
2011년	주식회사 ~	229,274	53,477	14,745	297,496
	법인(추정)	305,699	71,303	19,660	396,661
	전체	690,239	239,920	55,374	985,533
	비중	44.29%	29.72%	35.50%	40.25%
2012년	주식회사 ~	249,876	60,799	15,424	326,099
	법인(추정)	333,168	81,065	20,565	434,799
	전체	739,842	246,961	58,125	1,044,928
	비중	45.03%	32.83%	35.38%	41.61%
2013년	주식회사 ~	285,928	66,457	17,534	369,919
	법인(추정)	381,237	88,609	23,379	493,225
	전체	772,835	262,372	60,708	1,095,915
	비중	49.33%	33.77%	38.51%	45.01%
2014년	주식회사 ~	313,304	85,022	17,872	416,198

398) 법인세 신고 현황을 기준으로 하면, 주식회사 아닌 회사의 수는 주식회사 수의 5.54% 정도이다. 각주 389 참조.

	법인(추정)	417,739	113,363	23,829	554,931
	전체	798,215	277,156	61,564	1,136,935
	비중	<b>52.33%</b>	<b>40.90%</b>	<b>38.71%</b>	<b>48.81%</b>
<b>2015년</b>	주식회사 ~	277,726	76,486	15,088	369,300
	법인(추정)	370,301	101,981	20,117	492,400
	전체	702,273	262,730	41,589	1,006,592
	비중	<b>52.73%</b>	<b>38.82%</b>	<b>48.37%</b>	<b>48.92%</b>
<b>5년 전체 비중</b>		<b>48.82%</b>	<b>35.40%</b>	<b>38.78%</b>	<b>45.01%</b>

명실공히 ‘기업사회’라는 말에 부합하는 결과가 나왔다. 형사사건과는 비교가 되지 않는 비중이다. 양벌규정 사건이 대부분 약식절차로 진행된다는 점을 감안하여, 민사사건에서 그에 대응된다고 할 수 있는 소액사건 수치를 일부러 따로 표시하였다(단, 약식명령은 ‘판결문 검색시스템’에 등록되지 않아 그 정확한 수와 내용을 알 수 없는 반면, 민사소액사건은 판결문이 위 시스템에 등록되기 때문에 민사사건에서만 이와 같이 집계한 것이다). 법인세 신고 현황으로 본 법인 개수와 비교하여 보면(각주 389 참조), 법인 1개당 1년 평균 1건 정도의 민사소송을 겪는다고도 할 수 있다.

## 2) 행정사건

다음은 행정사건의 1심 본안사건, 즉 단독사건과 합의사건이다. 집계내용은 민사와 동일하다.

**[표 22] 법인 당사자 1심 행정본안(단독, 합의) 사건 수**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
합명회사*	1	1	0	2	1	0
합자회사*	8	10	17	19	13	12
유한책임회사*	0	0	0	0	0	0
유한회사*	24	39	43	108	90	134

사단법인*	37	37	40	43	40	38
재단법인*	34	40	33	37	49	54
학교법인*	74	49	72	102	110	85
합계	178	176	205	311	303	323
주식회사*	993	1,229	1,194	1,398	1,704	1,670
주식회사 사건수 대비	17.93%	14.32%	17.17%	22.25%	17.78%	19.34%

표를 보면, 학교법인 사건 수의 비중이 민사, 형사 사건에 비하여 크고, 주식회사를 제외한 나머지 회사 사건 수의 비중은 떨어짐을 알 수 있다. 학교법인 외의 비회사 법인 사건 수도 상당히 많을 것이라고 예상할 수 있다. 주식회사 아닌 다른 형태 법인들을 모두 합한 사건 수를 주식회사 사건 수의 20% 정도로 잡기로 하자(위 표의 평균은 18%. 주식회사 사건 수가 민사사건에 비하여 상당히 많은 편인데, 회사행정이 주식회사에 미치는 영향이 크다는 뜻으로도 볼 수 있을 것이다.). 데이터를 더 조사하면, 다른 결론이 나올 수도 있겠지만, 여기서는 형사사건과의 개략적 대비만 하면 되는 것이므로, 네 유형 중에서 'D주식회사' 유형이 전체의 20% 정도라고 생각하여('주식회사 A', '주식회사B', 'C 주식회사' 유형이 전체의 80%) 보수적으로  $1.5(= \frac{5}{4} \times 1.2)$ 배만 하겠다['D주식회사' 유형을 전체의 25%, 주식회사 아닌 법인 사건의 주식회사 사건 대비 비율을 25% 정도라고 볼 경우  $1.67(= \frac{4}{3} \times 1.25)$ 배 정도까지 하여야 할 수 있다]. 행정사건에서 단독, 합의사건을 나누어 볼 필요는 크지 않다고 판단되어, 전체를 함께 집계한다.

[표 23] 전체 행정 1심 사건 중 법인 당사자 사건 수(소수점 이하 반올림) 및 비중 추정

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년
주식회사 ~	993	1,229	1,194	1,398	1,704
법인(추정)	1,490	1,844	1,791	2,097	2,556
전체 사건	16,924	16,942	17,777	17,630	18,271
전체사건대비	8.80%	10.88%	10.07%	11.89%	13.99%

민사사건만큼은 아니지만, 역시 평균 11.17% 정도로 상당한 비중을 차지하고 있다(학교법인 외 비회사 법인 사건이 추가되면 더 늘어날 수 있다). 행정청 입장에서도 주식회사와 법인은 중요한 상대방이자 파트너(?)이고, 법인 입장에서도 행정정책은 상당한 영향력을 발휘한다(실은 형사재판보다 더 골치 아프고 고통스럽다).

내친 김에, 과징금부과처분취소 사건이 얼마나 되는지를 검색해 보았다. 사건명 ‘과징금’으로 검색하였다(2016년은 참고용).

**[표 24] 과징금부과처분취소소송 관련**

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
전체 과징금사건 수	241	287	277	340	274	225
주식회사~ 과징금사건	37	62	57	86	90	75
주식회사/법인(추정)	74	124	114	172	180	150
전체 과징금사건 대비	30.71%	43.21%	41.16%	50.59%	65.69%	66.67%

행정사건에서 일반적으로 주식회사(또는 법인)가 차지하는 비중이 11.17% 정도인 데 비하여, 과징금 사건에서는 그 비율이 평균 49.51%에 이른다. 즉, 행정청 입장에서 과징금이라는 수단은 특히 회사에 대한 부분이 중요한 비중을 차지하고 있는 것이다. 그 비중은 점차 높아지는 경향을 보이는데, 전체 과징금사건 수에 변화가 있는 것이 아님에 비추어 볼 때, 행정청에서 보다 적극적으로 과징금을 부과하였기 때문이라기보다는, 기업(법인) 입장에서 더 적극적으로 다투었기 때문이라고 보는 것이 타당하다. 그만큼 과징금은 기업 입장에서 큰 부담이 되는 것이다.

### 3) 소결론

이상의 결과는 법인에 관한 일은 형사재판보다는 민사소송이나, 행정소송에 의할 때 보다 자연스럽고 효과적으로 처리될 수 있음을 보여준다. 이미 사람들이 그렇게 하고 있고, 세상이 그렇게 돌아가고 있다. 그것이 회사나 법인으로부터 종국적으로 ‘돈’을 받아내는 데 목적이 있는

일이라면 더욱 그렇다. 반면, 형사재판에서 ‘법인’이라는 제도는, 기업활동의 폭과 비중에 비하여 여전히 생소한 장면이다. 법률가들 사이에서도 대표자 또는 종업원의 행위(및 그로 인한 결과)가 어떤 원리로 법인에 귀속되는지에 대한 합의가 아직 이루어지지 않고 있는 것처럼 말이다.<sup>399)</sup> 법인세 신고 현황으로 본 법인 개수와 비교하여 보면(각주 389 참조), 전체 법인들 중 1년에 0.02% 내외의 법인만이 공판사건의 피고인이 된다. 자연인의 경우는, 형사 성년자 또는 경제활동인구에 대비하여 볼 때 전체 인구 중 0.6% 정도가 매년 공판사건의 피고인이 되므로, 그 비율이 30배에 달한다.<sup>400)</sup> 민사소송과는 판이하다.

399) 수사기관은 ‘대위책임 이론’에 입각하여, 범위반사실이 발생하지만 하면(실제로는 어떤 유해한 결과가 발생하면 적용될 만한 법규를 찾아) 법인을 함께 기소하고, 법인의 누가 어떤 주의의무를 위반하였는지, 또 누가 감독의무를 위반하였는지를 구체적으로 수사·입증하지 않는 경우가 많은 것 같다(법인의 복잡한 조직체계상 대단히 어려운 일이기도 할 것이다). 그러나, 그와 같이 특정행위자의 구체적 주의의무위반 및 감독의무위반 사실이 다른 범죄에서와 같은 정도로 입증되지 아니하여도 법인을 처벌할 수 있는 것인지, 아니면 행위자의 주의의무위반과 대표자의 감독의무위반이 모두(‘and’) ‘합리적 의심이 없을 정도로’ 입증되어야 하는지, 대표자는 감독의무만 부담하는 것인지, 주의의무도 부담하는 것인지, 만일 대표자의 주의의무위반이 문제될 경우 대표자와 법인을 함께 처벌하는 것은 이중처벌이 아닌지[특히 개인기업에 가까운 소규모 회사일수록 이중처벌 문제는 더욱 심각하다. 벌금형의 경직된 기준도 문제지만, 이중처벌이라는 관점에서, 행위론에 입각한 형사법체계에서 양벌규정은, 조직이 행위자로부터 덜 분리된 작은 회사(조직)들에 대한 역차별 규정이 되기 쉽다. 비교법적으로 법인을 가장 적극적으로 처벌하는 편에 속하는 미국에서조차 기업의 기소·처벌 가능성은 주로 그와 같은 소규모 회사를 잡는 몽둥이로 기능한다(각주 180 참조)], 여러 사람의 주의의무위반이 모여 발생한 결과에 대해서는 주의의무위반의 내용이나 정도가 가장 심각한 한 사람이 처벌되어야 하는지(벨기에 형법의 태도), 과실 정도가 중한 여러 사람이 처벌되어야 하는지(그 범위와 기준은 어떻게 세울 것인지), 아주 사소한 과실을 보탠 사람이라도 행위자로서 함께 처벌되어야 하는지, 그런 경우 법인만 처벌되어야 하는지, ‘조직체 이론’에서 내세우는 이른바 ‘기업시스템상 과실’ 개념을 인정할 수 있는지(그 기준은 무엇인지), 대표기관이 종업원 전원의 업무를 일일이 구체적으로 파악하기 힘든 거대조직의 경우에, 대표자의 감독의무위반은 항상 인정되는 것인지, 항상 인정되지 않는 것인지, 아니면 어떻게 판단하여야 하는지, 대표자를 어느 범위로 볼 것인지, 언제나 대표자는 한 사람만인지, 임원들은 모두 대표자인지, 예컨대, 은행의 경우 은행장만인지, 지점장도 포함되는지, 개인정보보호법 제31조 ‘개인정보 보호책임자’ 등은 대표자로 볼 수 있는지, 계열사에서 발생한 일에 대해 모회사도 책임져야 하는지, 그리고 열거되지 아니한 무수한 문제에 관하여, 법률가들 사이에 확실하게 합의된 기준이 있는지 의문이다. 이러한 상황에서는 그 때 그 때 사건을 해결하기 위한 편의에 따라 매번 다른 결론이 나오지 않을까. 그럼에도 벌금 액수가 크지 않은 데다, 어차피 법인에 대한 재판은 자연인 재판과 연동되어 정해진다고 인식하는 때문인지, 위와 같이 먼저 대답되어야 할 문제들이 특별히 다투어지고 있지 아니하다.

400) 2015년 인구총조사 결과 전국 내국인 인구는 49,705,663명, 외국인 인구는 1,363,712



## 다. 구체적 분석

### 1) 서설

앞에서 2011년부터 2015년까지 5년간 피고인이 ‘주식회사~’인 1심 공판사건 총 402건(= 111건 + 57건 + 82건 + 70건 + 82건)을 추출한 바 있다([표 11], 2016년은 제외). 여기에 포함된 ‘주식회사 A’, ‘주식회사B’, ‘C 주식회사’ 유형은 ‘D주식회사’ 사건과 그 명칭에 따른 내용상 차이를 특별히 발생시키지는 않을 것이므로, 이는 피고인이 주식회사인 전체 1심 공판사건에서 ‘무작위로’ 추출된 표본이라고 보아도 무방하다. 그리고 전체 사건의 적어도 75% 이상을 포괄한다(이제까지의 분석과는 달리 법원 피고인 사건은 표본 자체가 매우 작다).

표본에 대한 구체적 분석에 들어가기에 앞서서, 적합하지 아니한 사건들을 제외하였다. 우선, 같은 사건의 공동피고인들에 대하여 판결이 분리 선고되어 중복하여 집계된 사건이 6건<sup>401)</sup> 있어 정리하였다. 판결이

---

명으로 인구는 총 51,069,375명이고, 그 중 형사미성년자인 만 14세까지의 인구를 제외하면, 내국인 42,798,956명, 외국인 1,316,106명으로 합계 44,115,062명이고, 15세~64세 인구는 내국인 36,229,874명, 외국인 1,267,810명으로 합계 37,497,684명이다. 이상은 국가통계포털(<http://kosis.kr/>) 인구·가구 통계 항목 중 인구총조사 자료 참조(2017. 6. 10. 확인). 한편 사법연감에 따른 2015년 접수 공판사건 인원수는 259,673명 이므로([표 17] 참조), 법인을 빼놓고 생각하더라도, 형사성년자 인구 기준으로는 전체 인구의 0.59% 정도, 15세~64세 인구 기준으로는 0.69% 정도가 매년 공판사건의 피고인이 된다(물론 한 사람이 여러 번 형사재판을 받는 경우도 있을 것이다). 앞에서 본 ‘인구 네 명당 한 명이 전과자’라는 통계는 약식명령에 의한 벌금형 전과를 포함하고, 시기를 1년에 한정하지 않은 저장(stock) 개념이므로 구별을 요한다.

401) 광주지방법원 2011. 10. 19.(법인) 및 2011. 11. 23.(자연인) 선고 2011고단1093 판결(조세범처벌법위반), 제주지방법원 각 2011. 10. 18. 선고 2011고정186 판결(여객자동차운수사업법위반, 같은 날 법인 3개 및 자연인 10명에 대한 판결과 자연인 1인에 대한 판결이 분리 선고되었는데, 아마도 뒤에 따로 판결을 선고받은 자연인 1인이 앞선 판결의 선고 당시에 범정에 도착하지 못하였기 때문인 것으로 보인다), 인천지방법원 2014. 11. 12.(법인과 자연인 1인) 및 2015. 10. 28.(남은 자연인 1인) 선고 2014고단1519 판결(조세범처벌법위반), 창원지방법원 거창지원 2014. 9. 3.(법인) 및 2014. 9. 17.(자연인) 선고 2014고단42 판결(대기환경보전법위반), 서울중앙지방법원 2015. 5. 1.(법인과 자연인 1인) 및 2015. 6. 12.(남은 자연인 1인) 선고 2014고단8939 판결(건설산업기본법위반), 서울남부지방법원 2015. 9. 24.(법인과 자연인 5명) 및 2015. 10. 22.(남은 자연인 피고인 1인) 선고 2015고단3028 판결(여신전문금융업법위반). 모두 법인에 대한 판결이 먼저 선고되었다.

아닌 결정도 제외하였다.<sup>402)</sup> 재심사건 1건이 다른 재심사건들과는 달리 섞여 들어와 제외하였다.<sup>403)</sup> 반면 어떤 연유에서인지 [표 11] 집계 시에 누락되었던 사건 일부를 검색조건을 여러모로 변경하는 과정에서 발견하여 추가하였다.<sup>404)</sup> 다만, 이러한 차이는 지금까지의 분석에는 영향을 주지 않는다. 비교대상이 된 데이터들도 그 정도의 오차가 있었을 것이기 때문이다. 즉, 비체계적 오차는 무시해도 무방하다. 데이터양이 많을 경우에는 더더욱 그러하다. 요컨대, “들쭉날쭉하지만, 많아서 괜찮다.”<sup>405)</sup> 이상의 과정을 통하여 [표 25]와 같이 409개 사건을 분석대상으로 최종 확정하였다.

[표 25] 분석대상 확정

2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	합계
114	59	84	70	82	409

## 2) 사건명 일람

402) 제주지방법원 2011. 3. 16.자 2011고단151 결정(이송결정), 창원지방법원 진주지원 2011. 7. 26.자 2010고정712 결정(공소취소로 공소기각 결정), 서울북부지방법원 2011. 12. 16.자 2011고단1197 결정(공소기각 결정), 전주지방법원 군산지원 2014. 8. 22.자 2014고정382 결정(정식재판 청구 기각 결정), 수원지방법원 안양지원 2014. 6. 20.자 2014고정67 결정(공소기각 결정)

403) 전주지방법원 2011. 1. 12. 선고 2010재고정10 판결(도로법위반).

404) 2011년 8건(광주지방법원 해남지원 2011. 2. 17. 선고 2010고단274 판결, 수원지방법원 2011. 2. 23. 선고 2010고단3273 판결, 대구지방법원 서부지원 2011. 4. 8. 선고 2011고단11 판결, 서울북부지방법원 2011. 8. 9. 선고 2011고단1126 판결, 서울서부지방법원 2011. 8. 18. 선고 2011고정1321 판결, 대전지방법원 서산지원 2011. 8. 26. 선고 2010고단4 판결, 서울동부지방법원 2011. 9. 30. 선고 2011고단1217 판결, 대전지방법원 천안지원 2011. 11. 11. 선고 2010고단827 판결), 2012년 4건(인천지방법원 2012. 4. 2. 선고 2012고단699 판결, 의정부지방법원 2012. 4. 18. 선고 2012고정356 판결, 수원지방법원 2012. 9. 13. 선고 2012고정619 판결, 대구지방법원 2012. 10. 10. 선고 2012고정1723 판결), 2013년 2건(춘천지방법원 2013. 8. 13. 선고 2011고정34 판결, 부산지방법원 2013. 10. 23. 선고 2012고단10349 판결), 2014년 2건(광주지방법원 2014. 4. 24. 선고 2013고단2489 판결, 수원지방법원 안양지원 2014. 10. 24. 선고 2014고정511 판결), 2015년 3건(광주지방법원 2015. 10. 7. 선고 2014고정1515판결, 인천지방법원 부천지원 2015. 10. 16. 선고 2015고정 576 판결, 수원지방법원 안양지원 2015. 12. 3. 선고 2014고정593 판결). 최근으로 올수록 그 수가 줄어든 것에 비추어 입력시스템의 개선과 관련이 있을 것 같기도 하다.

405) Mayer-Schönberger(2013).

409건에 적용된 법률(사건명)은 총 75가지이다. 산업안전보건법위반 사건이 16.14%를 차지한다.<sup>406)</sup> 그런데 별지에서 본 것과 같이 양벌규정이 규정된 법률은 총 512가지이다. 약식명령이 청구된 사건도 있을 것이고, 표본 추출 과정에서 빠진 법률도 있을 것이다. 그러나 80%를 넘는 양벌규정들은 공판절차에서는 5년간 아예 한 번도 사용되지 않았다. 약식기소조차 된 적 없는 법률이 많이 있을 것이다. 절실한 필요가 없이 그저 형식적으로만 입법된 조항들은 폐지하는 것이 타당하다.

**[표 26] 5년간 '주식회사~' 1심 공판사건 사건명 표**

사건명	사건 수	비중
산업안전보건법위반	66	16.1%
저작권법위반	48	11.7%
조세범처벌법위반	41	10.0%
도로법위반	37	9.0%
독점규제및공정거래에관한법률위반	19	4.6%
정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반	15	3.7%
대기환경보전법위반	10	2.4%
출입국관리법위반	10	2.4%
건설산업기본법위반	10	2.4%
자동차관리법위반	10	2.4%
건축법위반	8	2.0%
여객자동차운수사업법위반	8	2.0%
옥외광고물등관리법위반	7	1.7%
수질및수생태계보전에관한법률위반	7	1.7%
폐기물관리법위반	6	1.5%
방문판매등에관한법률위반	5	1.2%
상표법위반	5	1.2%
국토의계획및이용에관한법률위반, 식품위생법위반, 화물자동차운수사업법위반	각 4	각 1.0%
관세법위반, 디자인보호법위반, 부정경쟁방지및영업비밀보호에	각 3	각 0.7%

406) 산업안전보건법 처벌규정의 문제점에 대한 분석은 조흥학, “산업안전보건법의 위반과 처벌제도”, 동아법학, 제69호 (2015. 11.); 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론 -산업안전보건법상 양벌규정을 중심으로-”, 경북대학교 법학논고, 제40집 (2012. 10.).

관한법률위반, 실용신안법위반, 위험물안전관리법위반, 축산물 위생관리법위반, 특허법위반, 항만운송사업법위반, 해양환경관리법위반 (9개)		
건설기계관리법위반, 건설폐기물의재활용촉진에관한법률위반, 골재채취법위반, 국민연금법위반, 근로기준법위반, 대외무역법위반, 도로교통법위반, 소방시설설치·유지및안전관리에관한법률위반, 약사법위반, 여신전문금융업법위반, 자본시장과금융투자업에관한법률위반, 주택법위반 (12개)	각 2	각 0.5%
가축분뇨의관리및이용에관한법률위반, 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반, 건설기술관리법위반, 건축물의분양에 관한법률위반, 고압가스안전관리법위반, 공유수면관리및매립에 관한법률위반, 공중위생관리법위반, 관광진흥법위반, 국가기술자격법위반, 농수산물의원산지표시에관한법률위반, 담배사업법위반, 도시공원및녹지등에관한법률위반, 도시및주거환경정비법위반, 부정수표단속법위반, 산림자원의조성및관리에관한법률위반, 산지관리법위반, 석유및석유대체연료사업법위반, 선박안전법위반, 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포 등), 외국환거래법위반, 유사수신행위의규제에관한법률위반, 의료기기법위반, 전기사업법위반, 전파법위반, 정보통신공사업법위반, 주민등록법위반, 주차장법위반, 지방세기본법위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등), 하도급거래공정화에관한법률위반, 할부거래에관한법률위반, 해운법위반, 화장품법위반, 환경정책기본법위반 (34개)	각 1	각 0.2%

### 3) 소관부처별 분류

각 법률의 소관부처별로 비율을 정리하면 다음과 같다(농수산물의 원산지표시에 관한법률위반, 약사법위반, 전파법위반은 소관부처가 2개여서 부처별로 0.5건씩으로 계산하였다). 국토교통부 소관 법률이 가장 많다. 국토교통부 소관 법률은 도로법, 자동차관리법, 주택법, 주차장법 등 특히 행정목적성이 강한 법률로 형사처벌 아닌 방식을 충분히 고민할 수 있는 법률이라고 생각한다.

**[표 27] 법인피고인 사건 소관부처별 분류**

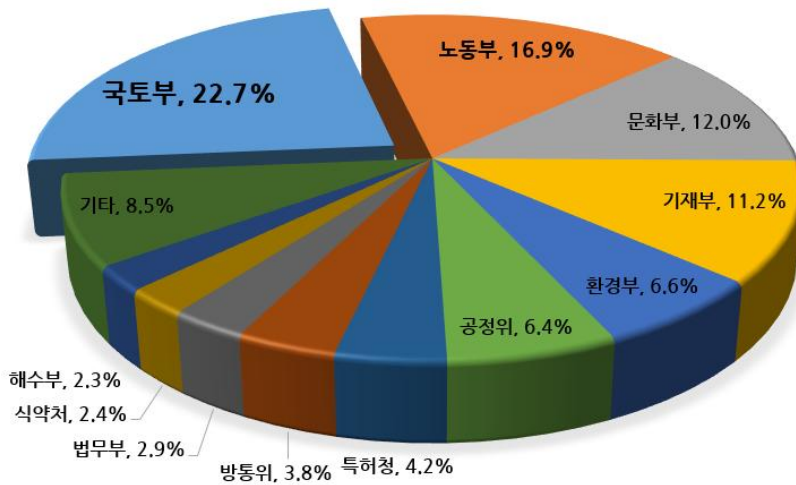
소관	사건명	사건수	합계	비율
----	-----	-----	----	----

경찰청	도로교통법위반	2	2	0.5%
공정위	독점규제및공정거래에관한법률위반	19	26	6.4%
	방문판매등에관한법률위반	5		
	하도급거래공정화에관한법률위반	1		
	할부거래에관한법률위반	1		
국토부	도로법위반	37	93	22.7%
	건설산업기본법위반	10		
	자동차관리법위반	10		
	건축법위반	8		
	여객자동차운수사업법위반	8		
	국토의계획및이용에관한법률위반	4		
	화물자동차운수사업법위반	4		
	골재채취법위반	2		
	건설기계관리법위반	2		
	주택법위반	2		
	개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반, 건설기술관리법위반, 건축물의분양에관한법률위반, 도시공원및녹지등에관한법률위반, 도시및주거환경정비법위반, 주차장법위반	각 1		
금융위	여신전문금융업법위반	2	5	1.2%
	자본시장과금융투자업에관한법률위반	2		
	유사수신행위의규제에관한법률위반	1		
기재부	조세범처벌법위반	41	46	11.2%
	관세법위반	3		
	담배사업법위반	1		
	외국환거래법위반	1		
노동부	산업안전보건법위반	66	69	16.9%
	근로기준법위반	2		
	국가기술자격법위반	1		
농림부	농수산물의원산지표시에관한법률위반	0.5	0.5	0.1%
문화부	저작권법위반	48	49	12.0%
	관광진흥법위반	1		
미래부	정보통신공사법위반	1	1.5	0.4%
	전파법위반	0.5		
방통위	정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법	15	15.5	3.8%

	룰위반			
	전파법위반	0.5		
법무부	출입국관리법위반	10	12	2.9%
	부정수표단속법위반	1		
	특정범죄가중처벌등에관한법률위반	1		
	국민연금법위반	2		
복지부	약사법위반	1	4	1.0%
	공중위생관리법위반	1		
	산림자원의조성및관리에관한법률위반	1		
산림청	산지관리법위반	1	2	0.5%
	대외무역법위반	2		
산자부	고압가스 안전관리법	1	5	1.2%
	석유및석유대체연료사업법위반	1		
	전기사업법위반	1		
	식품위생법위반	4		
식약처	축산물위생관리법위반	3	10	2.4%
	약사법위반	1		
	의료기기법위반	1		
	화장품법위반	1		
	위험물안전관리법위반	3		
안전처	소방시설설치·유지및안전관리에관한법률위반	2	5	1.2%
	아동·청소년의성보호에관한법률위반	1		
여성부			1	0.2%
특허청	상표법위반	5	17	4.2%
	디자인보호법위반	3		
	부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반	3		
	실용신안법위반	3		
	특허법위반	3		
해수부	항만운송사업법위반	3	9.5	2.3%
	해양환경관리법위반	3		
	공유수면관리및매립에관한법률위반	1		
	농수산물의원산지표시에관한법률위반	0.5		
	선박안전법위반	1		
	해운법위반	1		
행자부	옥외광고물등관리법위반	7	9	2.2%
	주민등록법위반	1		

	지방세기본법위반	1		
환경부	대기환경보전법위반	10	27	6.6%
	수질및수생태계보전에관한법률위반	7		
	폐기물관리법위반	6		
	건설폐기물의재활용촉진에관한법률위반	2		
	가축분뇨의관리및이용에관한법률위반	1		
	환경정책기본법위반	1		
합 계			409	100%

[그림 기] 기업범죄 적용법률 소관부처별 비율



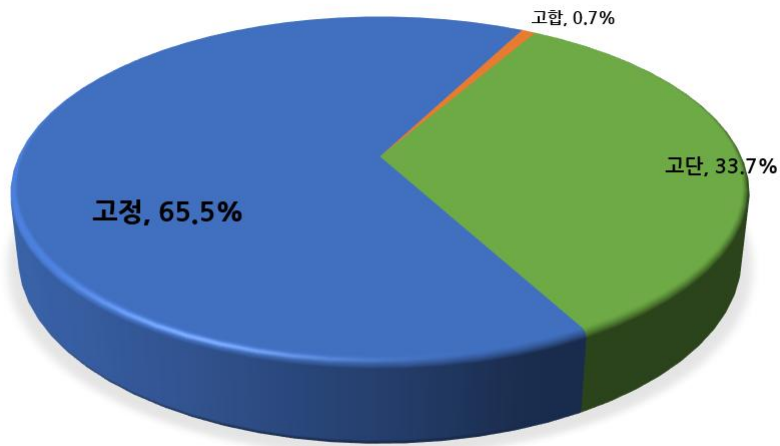
#### 4) 사물관할별 분류

409건은 대부분 단독사건이고, 합의부(고합) 사건은 3건(0.7%)에 불과하다. 법인에 대하여 과할 수 있는 법정형이 벌금형이기 때문이다(법원조직법 제7조 제4항). 자연인이 함께 기소된 경우에도 법정형이 사형, 무기 또는 단기 1년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건이어야 합의부에서 심판하므로(법원조직법 제32조 제1항 제3호), 합의부 사건이 많지 않다. 최근에는 중요 사건을, 재정합의결정(법원조직법 제32조 제1항 제1호)을 통하여 합의부에서 심판하기도 한다. 글 서두에서 우화로

본 ‘카드3사(농협은행 주식회사, 주식회사 케이비국민카드, 롯데카드 주식회사) 개인정보 유출 사건’도, 재정합의결정을 통하여 합의부에서 심판하였다. 필자는 위 사건의 주심판사로 관여하였는데, 공판검사는 세 회사 모두에 대하여 ‘법정 최고형’인<sup>407)</sup> 벌금 1,000만 원씩을 구형하였고, 농협은행과 케이비국민카드에 대해서는 두 차례 유출 사실이 인정되어 경합범가중한 형인 벌금 1,500만 원(형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조)이, 롯데카드에 대해서는 벌금 1,000만 원이 각 선고되었다.<sup>408)</sup>

나머지 단독사건도, 처음에 약식명령이 발령되었다가 정식재판을 청구한 사건인 ‘고정 사건’이 훨씬 많다. 409건 중 268건(65.5%)이 ‘고정 사건’이고, 138건(33.7%)이 ‘고단 사건’이다. 양벌규정이 적용되는 공판사건이란, 결국 약식명령을 다투기 위한 사건들인 것이다.

[그림 8] 사물관할별 비율



## 5) 판결 내용

407) 행위시법(형법 제1조 제1항)인 구 개인정보보호법(2015. 7. 24. 법률 제13423호로 개정되기 전의 것) 제74조 제2항, 제73조 제1호, 제24조 제3항, 제29조 적용. 위 사건 후인 2015. 7. 24. 법이 개정되어 벌금형 상한이 ‘2,000만 원’으로 상향되었다(!).

408) 서울중앙지방법원 2016. 7. 15. 선고 2015고합336 판결. 위 사건은 [표 11]의 2016년 92건 중에 포함된다.



가) 무죄, 면소, 공소기각 - 지식재산권 침해행위 범죄화 정책 재고

409건 중 법인에 대한 무죄판결이 30건(7.3%), 면소판결이 9건(2.2%), 공소기각 판결이 17건(4.2%) 있었다(공소기각 결정은 앞서 제외하였다). 총 56건으로, 전체 사건의 13.7%에 해당한다. 면소판결은 확정판결이 있음을 이유로 한 도로교통법위반 사건 8건(형사소송법 제326조 제1호),<sup>409)</sup> 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 때에 해당함을 이유로 한 대외무역법 사건 1건(형사소송법 제326조 제4호)<sup>410)</sup>이었다.

공소기각 판결은 모두 지적재산권 침해범죄로, 저작권법위반 14건, 특허법위반 2건, 디자인보호법위반 1건이었다(형사소송법 제327조 제2호, 제5호). 거듭 강조하지만, 모든 불법행위가 범죄인 것은 아니다. 지식재산권침해에 대하여는 침해금지가처분을 통해 신속하게 확대손해를 막은 뒤, 금지·폐기청구 및 손해배상청구를 통해 최종적, 직접적으로, 충분한 권리구제를 받을 수 있다.<sup>411)</sup> 형사처벌은 지식재산 권리자를 간접적으로

---

409) 대전지방법원 논산지원 2011. 5. 27. 선고 2011고단199 판결, 대구지방법원 2012. 1. 31. 선고 2012고단196 판결, 울산지방법원 2012. 4. 26. 선고 2011고단4788 판결, 서울중앙지방법원 2012. 5. 17. 선고 2011고단5315 판결, 서울중앙지방법원 2012. 7. 19. 선고 2012고단2732 판결, 수원지방법원 안산지원 2012. 8. 9. 선고 2012고단951 판결, 춘천지방법원 2014. 2. 3. 선고 2013고단1177 판결, 대구지방법원 경주지원 2015. 11. 선고 2015고단871 판결.

410) 부산지방법원 2015. 4. 22. 선고 2013고정6449 판결.

411) 지식재산권 법제의 발명촉진효과를 강력하게 옹호하는 리처드 엡스타인 교수는, 지식재산권법 분야에서는 책임원리에 따른 손해배상 방식보다, 재산원리에 따른 금지명령 등의 방식이 보다 효과적이라고 주장한다. Richard Epstein, "The Disintegration of Intellectual Property: A Classical Liberal Response to a Premature Obituary", *Stanford Law Review*, Vol. 62, No. 2 (2009); "A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules", *Yale Law Journal*, Vol. 106, No. 7 (1997). Robert P. Merges, "Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property", *Columbia Law Review*, Vol. 94, No. 8 (1994); F. Scott Kieff, "Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions", *Minnesota Law Review*, Vol. 85, No. 3 (2000)도 참조. 반면 특허를 사용할 의도가 없는 특허권자에게는 금지명령을 허용하지 말고, 손해만 배상해 주어야 한다는 Julie S. Turner, "The Nonmanufacturing Patent Owner", *California Law Review*, Vol. 86, No. 1 (1998), 효율적 침해를 허용해야 한다는 Ian Ayres, Paul Klemperer, "Limiting Patentees' Market Power without Reducing Innovation Incentives: The Perverse Benefits of Uncertainty and Non-Injunctive Remedies", *Michigan Law Review*, Vol. 97, No. 4 (1999), 금지명령은 정교한 도구가 되지 못한다는 Mark A. Lemley, Philip J. Weiser, "Should Property or Liability Rules Govern Information?", *Texas Law Review*, Vol. 85, No. 4 (2007) 등은 재산원리를 옹호한다. Daniel A. Crane, "Intellectual Liability", *Texas*

만족시켜주는 수단에 불과하다.

특히 저작권법은 형사처벌 대상이 되는 행위를 다양하게 규정하여 권리범위에 해당하는 거의 모든 행위를 형사처벌 대상으로 삼고 있다. 미국 저작권법이 영리목적 침해, \$1,000 이상에 해당하는 저작물 복제·배포에 한하여 형사처벌할 수 있도록 규정한 것(17 U.S.C. §506, 18 U.S.C. §2319)과 크게 대조된다.<sup>412)</sup> 친고죄로 규정함으로 인하여 권리자를 보호하기보다는 고소취하를 명목으로 한 법무법인의 ‘합의금 장사’에 악용되기도 한다. 지난 2007년 인터넷 소설을 무료로 다운로드하였다가 저작권 범위반협의로 고소당한 학생이 스스로 목숨을 끊어 세상을 안타깝게 하기도 하였다.<sup>413)</sup>

민사상 손해배상 청구를 통하여도 얼마든지 금전적 전보는 가능하다. 차이가 있다면, 형사절차에 의하면 국가의 수사력을 동원한 증거수집이 가능해진다는 정도일 것이다. 그러나 증거확보의 어려움을 민사절차 내에서 해결·극복할 방법이 정말 없을까? 지식재산권 침해행위의 범죄화 자체에 대하여도 논란이 많고,<sup>414)</sup> 양벌규정으로 법인까지 처벌할 질실한 필요성은 더더욱 없다고 생각한다(법인에 대해서 손해배상을 청구하는 것으로 족하다). 위 [표 27]에서도 각종 지식재산권침해죄가 65건, 15.9%를 차지하고 있으나, 실제로는 위와 같이 공소기각 판결로 종결되

---

*Law Review*, Vol. 88, No. 2 (2009)는 절충적 입장이고, Henry E. Smith, “Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, No. 8 (2007)은 ‘정보비용’ 관점에서 특허법은 재산원리, 저작권법은 책임원리에 더 의지한다고 한다. Daniel Krauspenhaar, *Liability Rules in Patent Law: A Legal and Economic Analysis* (Berlin: Springer, 2016)는 독일(유럽)의 상황을 분석하고 있다. 한편 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006) 판결은 법원이 금지명령을 발할 때 ① 금지명령이 아니면 손해가 회복 불가능한 것인지, ② 금전배상과 같은 적합한 구제책이 없는지, ③ 원고와 피고의 손해를 비교형량하여 보았을 때 금지명령이 필요한지, ④ 금지명령이 공익에 부합하는지를 따져 보아야 한다고 판시한 바 있다. 최승재, *미국특허법*(법문사, 2011), 361-365 등. 위 판결에 대한 비판은 Richard Epstein, “The Property Rights Movement and Intellectual Property”, *Regulation: The Cato Review of Business and Government* (2008).

412) 이상 정상조 외(2013), 39, 249-253, 531-538, 699-704 등 참조. 한편 상표권 침해범죄는 18 U.S.C. §2320에 규정되어 있다.

413) 김홍록, “고소 남발... 합의금 장사... ‘법폭’에 멍드는 사회”, *서울경제* (2016. 9. 26.).

414) 강동세, *지식재산권의 형사적 이해*(세창출판사, 2003), 17-21도 특허침해에 대한 구제수단으로서 형벌은 보충적으로만 활용되어야 하고, 특허침해죄 성립범위가 지나치게 확대되어서는 안 된다고 한다.

는 사건이 많고, 나머지도 지대추구행위에 악용만 될 우려가 매우 크다.

#### 나) 선고유예

남은 353건 중 34건은 법인이 선고유예 판결을 받았다. 유죄판결 중에서는 9.6%가 선고유예판결을 받은 것이다. 선고유예의 실효 요건은 형법 제61조에 규정되어 있는데, 제1항은 “형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “보호관찰을 명한 선고유예를 받은 자가 보호관찰기간 중에 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 유예한 형을 선고할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 적어도 현행법상으로는 법인에 대해 적용될 여지가 없는 내용들이다. 법인에 대해 선고할 수 있는 형이라고 하여 봤자 벌금형뿐인데, 이는 자격정지보다 가벼운 형벌이고(형법 제50조 제1항, 제41조), 법인에 대하여 보호관찰을 명할 근거도 없기 때문이다(보호관찰 등에 관한 법률 제1조, 제3조 등은 보호관찰 대상자를 ‘사람’으로 규정하고 있다). 결국 법인에 대한 선고유예 판결은, 실효될 가능성이 없기 때문에, ‘법 해석상 유죄라 하지 아니할 방도는 없으나, 처벌할 가치가 거의 없거나 미미하여 사실상 처벌을 하지 않겠다’는 내용의 판결이나 다름없다.

요컨대, 전체 사건 중에서 법인이 아무런 처벌을 받지 않은, 무죄, 면소, 공소기각, 선고유예 판결이 전체 사건의 22.0%에 이른다.

#### 다) 법인에 선고된 벌금 액수

법인이 벌금형을 선고받은 나머지 319건의 벌금액을 분석하여 보자. 이하에서는 통계분석 프로그램인 SPSS 24.0 버전을 주로 사용하여 자료를 분석하되, 경우에 따라 Excel 2013으로 보충하기도 하였다.

**[표 28] 법인 선고 벌금액 기술통계량(금액 소수점 이하 반올림)**

구분	벌금액
----	-----

사례 수	유효	319건
	결측	0건
평균		14,220,846원
중앙값		3,000,000원
최빈값		3,000,000원
표준편차		62,139,694원
왜도		13.062
왜도의 표준오차		0.137
첨도		201.109
첨도의 표준오차		0.272
최소값		100,000원
최대값		1,000,000,000원
백분위수	25	1,000,000원
	50	3,000,000원
	75	7,000,000원

벌금액 평균이 14,220,846원, 중앙값(median)이 3,000,000원이다. 그런데 위 표본은 최소값과 최대값 사이의 범위(range)가 대단히 넓다. 3사분위수와 최대값의 차이도 크다. 작은 벌금액 쪽에 데이터가 치우쳐 있다는 것인데, 평균이 중앙값보다 크고, 왜도(skewness)가 0보다 큰 것에서도 이를 확인할 수 있다.<sup>415)</sup> 왜도가 상당히 큰 편인데, 이런 경우 평균값은 의미 있는 통계량이 되기 어렵고, 중앙값을 보아야 한다. 평균값은 한 두 개의 특이점[아웃라이어(outlier), 예컨대 위 표에서 최대값인 1,000,000,000원]만으로도 민감하게 영향 받을 수밖에 없어 결과를 크게 왜곡할 소지가 있다. 양벌규정 사건 통계에서는 조세범처벌법위반 사건

415) 왜도는 확률변수  $X$ 의 3차 표준적률[적률(moment)은  $E(X^k)$ 로, 모집단의 주요 정보를 나타낸다. 2차 적률이 분산이고(2차 표준적률은 1), 4차 표준적률이 첨도이다]로,  $\gamma_1 = \frac{\mu_3}{\sigma^3} = \frac{E[(X-\mu)^3]}{(E[(X-\mu)^2])^{3/2}} = \frac{E[(X-\mu)^3]}{(\sigma^2)^{3/2}} = \frac{E[(X-\mu)^3]}{\sigma^3}$  으로 정의하는데, 정규 분포와 t 분포는 왜도가 0이지만, 「왜도 < 0」(음의 왜도)일 경우 봉우리가 오른쪽으로 치우치게 되고(왼쪽으로 긴 꼬리를 갖는 좌비대칭 분포), 「왜도 > 0」일 경우 봉우리가 왼쪽으로(오른쪽으로 긴 꼬리를 갖는 우비대칭 분포) 치우치게 된다.

[특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특가법’이라 한다)에 따라 가중처벌되는 경우 포함]과, 독점규제및공정거래에관한법률(이하 ‘독점규제법’이라 한다)위반 사건이 일종의 ‘아웃라이어’들이다(후술).<sup>416)</sup>

그럼에도 불구하고 중앙값과 최빈값이 같은 것이 눈에 띈다. 첨도(kurtosis)<sup>417)</sup>도 대단히 크다. 도수(frequency)를 보면 벌금 300만 원이 선고된 사건이 총 42건으로 13.2%였다. 대강의 도수분포표를 그리면 다음과 같다(각 구간의 크기가 다름에 유의).

**[표 29] 법인에 선고된 벌금액 도수분포표**

벌금 액수	사건 수(누적사건 수, 비율)
50만 원 이하	45건(45건, 14.1%)
50만 원 초과 100만 원 이하	42건(87건, 27.3%)
100만 원 초과 200만 원 이하	45건(132건, 41.4%)
200만 원 초과 300만 원 이하	45건(177건, 55.5%)
300만 원 초과 500만 원 이하	50건(227건, 71.2%)
500만 원 초과 1,000만 원 이하	44건(271건, 85.0%)
1,000만 원 초과 2,000만 원 이하	17건(288건, 90.3%)
2,000만 원 초과 5,000만 원 이하	15건(303건, 95.0%)
5,000만 원 초과 1억 원 이하	10건(313건, 98.1%)
1억 원 초과 10억 원 이하	6건(319건, 100%)

표본 전체인 409건에 대비하여 보면, 전체 사건의 88.3% [= (56건 + 34건 + 271건) / 409건 × 100]에서, 법인은 아예 처벌을 받지 않거나 1,000만 원 이하의 벌금형을 선고받는다. 기업범죄 억지라는 기치를 내걸기에는 겸연쩍은 수준이다. 위 [표 29]에서 벌금 액수가 커질수록 밀도가 현격히 성글어짐을 볼 수 있는데, 조세범처벌법위반 사건 39건과 독점규

416) 위 표의 최대값도 ‘조세범처벌법위반 사건’인 서울북부지방법원 2011. 4. 20. 선고 2010고합443 판결의 벌금액이다.

417) 4차 표준적률로,  $Kurt[X] = \frac{\mu_4}{\sigma^4} = \frac{E[(X-\mu)^4]}{(E[(X-\mu)^2])^2}$ 로 정의한다. 분포의 모양이 얼마나 뾰족한가를 나타내는 값인데 정규분포의 첨도가 3이고, 첨도가 3보다 크면 정규분포보다 정점이 높고 뾰족한 모양이 된다. 이를 ‘급첨(leptokurtic)’이라고도 한다.

제법위반 사건 18건을 제외하여 보았다.

**[표 30] 법인 신고 벌금액 기술통계량(조세법, 독점규제법 제외)**

구분		벌금액
사례 수	유효	262건
	결측	57건
평균		3,715,076원
중앙값		2,500,000원
최빈값		3,000,000원
표준편차		4,220,917원
왜도		2.472
왜도의 표준오차		0.150
첨도		8.065
첨도의 표준오차		0.300
최소값		100,000원
최대값		30,000,000원
백분위수	25	1,000,000원
	50	2,500,000원
	75	5,000,000원

평균, 표준편차, 왜도, 첨도가 모두 현격히 줄어들어 정규분포에 한결 가까워졌다. 평균과 중앙값의 차이도 줄어들었다. 하지만 여전히 봉우리가 왼쪽으로 치우친 모습이다.

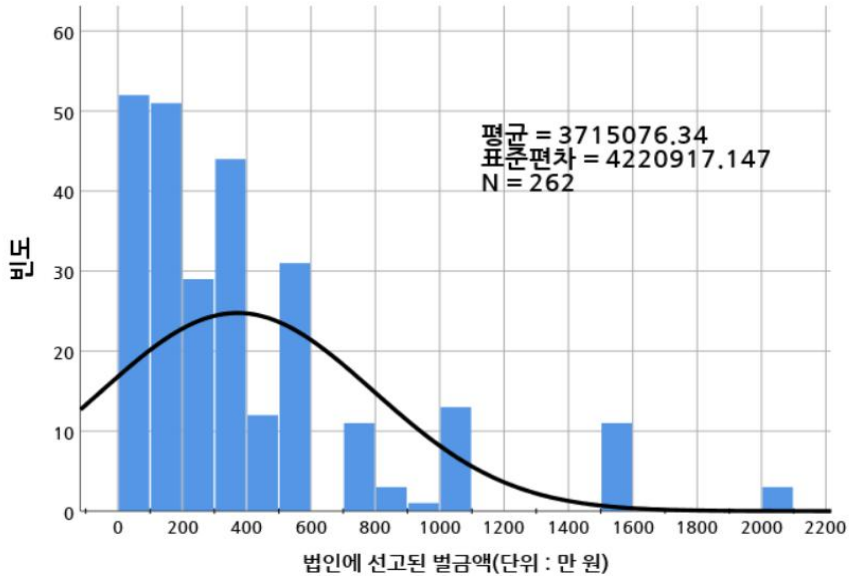
도수분포표와 히스토그램을 다시 그려보면 [표 31], [그림 9]와 같다. 그리고 이 장면이야말로 우리 법상 양벌규정의 실상에 가깝다.

**[표 31] 법인에 신고된 벌금액 도수분포표(조세법, 독점규제법위반 제외)**

벌금 액수	사건 수(누적사건 수, 비율)
50만 원 이하	45건(45건, 17.2%)

50만 원 초과 100만 원 이하	42건(87건, 33.2%)
100만 원 초과 200만 원 이하	43건(130건, 49.6%)
200만 원 초과 300만 원 이하	42건(172건, 65.6%)
300만 원 초과 500만 원 이하	47건(219건, 83.6%)
500만 원 초과 1,000만 원 이하	28건(247건, 94.3%)
1,000만 원 초과 2,000만 원 이하	14건(261건, 99.6%)
2,000만 원 초과 3,000만 원 이하	1건(262건, 100%)

[그림 9] 법인에 선고된 벌금액 분포(조세범, 독점규제법위반 제외)



라) 법인과 자연인 벌금 액수 비교

다음으로 자연인도 법인과 함께 벌금형을 선고받은 153건을 분석한다(대상사건들 중에는 복수의 법인이나 자연인이 벌금형을 선고받은 경우가 있는데, 각 가장 높은 벌금액수를 기준으로 하였다).

[표 32] 법인+자연인 선고 벌금액 기술통계량(금액 소수점 이하 반올림)

구분		법인 선고 벌금액	자연인 선고 벌금액
사례 수	유효	153건	153건
	결측	166건	166건
평균		14,533,660원	25,936,275원
중앙값		3,000,000원	3,000,000원
최빈값		3,000,000원	5,000,000원
표준편차		82,878,764원	191,829,152원
왜도		11.296	9.216
왜도의 표준오차		0.196	0.196
첨도		133.932	87.009
첨도의 표준오차		0.390	0.390
최소값		100,000원	200,000원
최대값		1,000,000,000원	2,000,000,000원
백분위수	25	1,500,000원	1,500,000원
	50	3,000,000원	3,000,000원
	75	6,250,000원	50,000,000원

표준편차, 3사분위수, 최대값을 각각 비교하여 보면, (고액의 벌금 형이 선고되는) 중한 사건일수록 자연인에 대해 법인에 비하여 더 높은 벌금액이 선고되고 있는 것으로 보이기도 한다(자연인에 대해서는 징역 형도 선고될 수 있다). 특히 자연인 벌금액의 최대값인 2,000,000,000원은 법인에 대하여 최대 벌금액인 1,000,000,000원이 선고되었던, 조세범처벌법위반 사건에서 선고된 것이다.<sup>418)</sup> 조세범처벌법위반 사건과 독점규제법위반 사건을 제외하고 나면 그와 같은 점이 더 명확해진다.

[표 33] 법인+자연인 선고 벌금액 기술통계량(조세범, 독점규제법 제외)

구분		법인 선고 벌금액	자연인 선고 벌금액
사례 수	유효	130건	130건

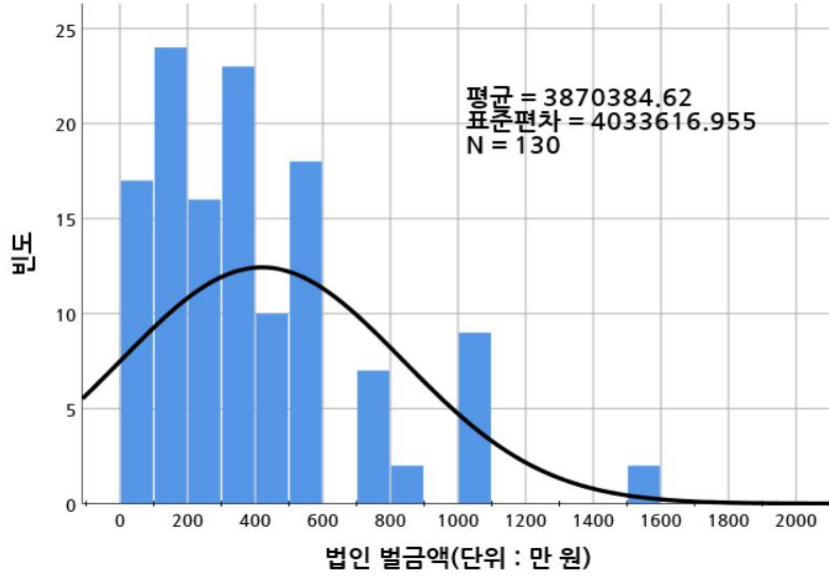
418) 서울북부지방법원 2011. 4. 20. 선고 2010고합433 판결. 각주 416 참조.



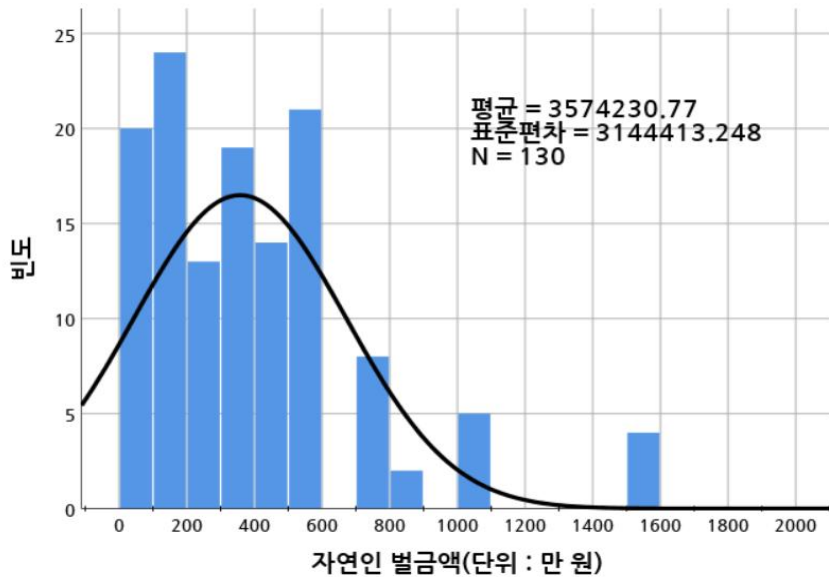
	결측	189건	189건
평균		3,870,385원	3,574,231원
중앙값		3,000,000원	3,000,000원
최빈값		3,000,000원	5,000,000원
표준편차		4,033,617원	3,144,413원
왜도		3.116	1.736
왜도의 표준오차		0.212	0.212
첨도		14.796	3.696
첨도의 표준오차		0.422	0.422
최소값		100,000원	200,000원
최대값		30,000,000원	15,000,000원
백분위수	25	1,475,000원	1,000,000원
	50	3,000,000원	3,000,000원
	75	5,000,000원	5,000,000원

조세범처벌법위반, 독점규제법위반 사건을 제외하고 나면, 자연인에 대한 벌금액 분포가 법인과 비슷하게(오히려 다소 낮게) 형성됨을 알 수 있다. 왜도와 첨도는 정규분포에 가까워졌다. 조세범처벌법위반, 독점규제법위반 사건을 제외하기 전의 기술통계량과 차이가 나는 것은, 중범죄일수록 자연인을 무겁게 처벌해야 범죄를 억지할 수 있다는 생각이 은연중에 작동하여 나타난 결과일 수 있다. 반면 상대적으로 가벼운 사안에서는, 법인에 벌금을 부과하는 것과 자연인에게 벌금을 부과하는 것 사이에 큰 차이가 없다. 법인에 벌금을 부과하더라도 특히 소규모 법인에서는 그것이 어차피 법인 주요 구성원들에게 실질적으로 전가되고(함께 기소된 자연인이 이중으로 부담하는 일도 많을 것이다), 자연인에게 벌금을 부과하더라도 자산불충분성 문제가 발생하지 않는다.

[그림 10] 법인 신고 벌금액 분포(자연인에 대해서도 벌금 함께 선고된 경우)



[그림 11] 자연인 신고 벌금액 분포(법인에 대해서도 벌금 함께 선고된 경우)



## 라) 법인 벌금액과 자연인 벌금액의 관련성

이제 법인에 대한 벌금액과 자연인에 대한 벌금액 사이의 관계를 본다. 대상 표본에서 법인과 자연인이 함께 벌금형을 선고받은 사건은 153건이고, 그 중 조세범처벌법위반 사건과 독점규제법위반 사건을 제외한 것이 130건이다. 특기할 만한 것은 법인에 선고된 벌금과 자연인에 선고된 벌금의 액수가 완전히 똑같은 경우가 153건 중 108건으로 약 70.6%에 달한다는 것이다. 위 130건 중에도 98건으로 75.4% 정도이다. 양벌규정이 적용될 경우에 죄책에 대하여 피고인별로 개별화된 심사가 거의 이루어지지 않고 있다는 방증이다(그러나 실은 구성요건, 다시 말해 불법성의 내용부터 다르다). 이는 책임주의에 반할 소지가 크다(실질은 2배 벌금제에 가깝다). 법인에 선고된 벌금액이 더 큰 경우가 153건 중 23건(15.0%), 자연인에 선고된 벌금액이 더 큰 경우가 153건 중 22건(14.4%)으로, 법인과 자연인 중 어느 쪽에 더 높은 벌금이 부과되는지는 사안에 따라 달라지는 것으로 나타났다[위 130건 중에서는 각각 16건씩(12.3%)으로 동일하였다].

법인에 대한 벌금액과 자연인에 대한 벌금액의 관련성을 더 구체적으로 살펴보기 위하여, 이들을 각각 독립변수( $x$ ) 및 종속변수( $y$ )로 놓고 단순선형 회귀모형을 상정하여 분석을 수행하기로 한다.<sup>419)</sup> 실무상 법인과 자연인 중 어느 쪽이 실질상의 '주된 피고인'으로 벌금액 산정의 기준이 되는지는 일의적으로 말하기 어렵다. 그러나 법문에 따를 때, 양벌규정은 자연인 범죄행위를 근거로 법인을 처벌하는 규정이기 때문에, 자연인 벌금액을 독립변수(independent variable,  $x$ 축에 표시), 법인 벌금액을 종속변수(dependent variable,  $y$ 축에 표시)로 놓는 것이 일단 논리적이다(단, 법인 책임과 구성원 책임의 관계에 대하여 견해대립이 있다).

150건에 대하여 회귀분석을 하면 [표 34]와 같은 결과가 우선 나온다. 회귀모형식이  $\hat{y}=0.395x+4,279,442.570$ 으로 추정되었고, F 통계량이 777.655, 유의확률이 0.000으로 매우 유의한 것처럼 보이지만(상관계수<sup>420)</sup>도 0.915에 달한다), [그림 12] 산점도에서 보는 것과 같이, 일부 테

419) 회귀분석(regression analysis)은 변수 간 함수적 관련성을 규명하기 위하여 수학적 모형을 가정해, 그 모형을 측정된 변수의 데이터로부터 추정하는 통계적 분석방법이다. 이 때 두 변수 간 관계를 나타내는 수학적 모형을 회귀식(regression)이라 한다.

이터들이 이른바 ‘지레점(high-leverage point)’ 내지 ‘영향점(influential data)’으로서 회귀식에 큰 영향을 미치고 있다. 다른 데이터들로부터 거리가 지나치게 많이 떨어져 있는 점들을 제외할 필요가 있다.

[표 34] 150건 자연인 벌금액(x), 법인 벌금액(y) 회귀분석(?) 표

**모형 요약<sup>1)</sup>**

모형	R	R 제곱	수정된 R 제곱	추정값의 표준 오차
1	.915 <sup>a</sup>	.837	.836	33530335.32

- a. 예측자: (상수), 자연인
- b. 종속변수: 법인

**분산분석(ANOVA)<sup>a</sup>**

모형	제공합	자유도	평균제공	F	유의확률	
1	회귀	8,743E+17	1	8,743E+17	777.655	.000 <sup>b</sup>
	잔차	1,698E+17	151	1,124E+15		
	전체	1,044E+18	152			

- a. 종속변수: 법인
- b. 예측자: (상수), 자연인

**계수<sup>a</sup>**

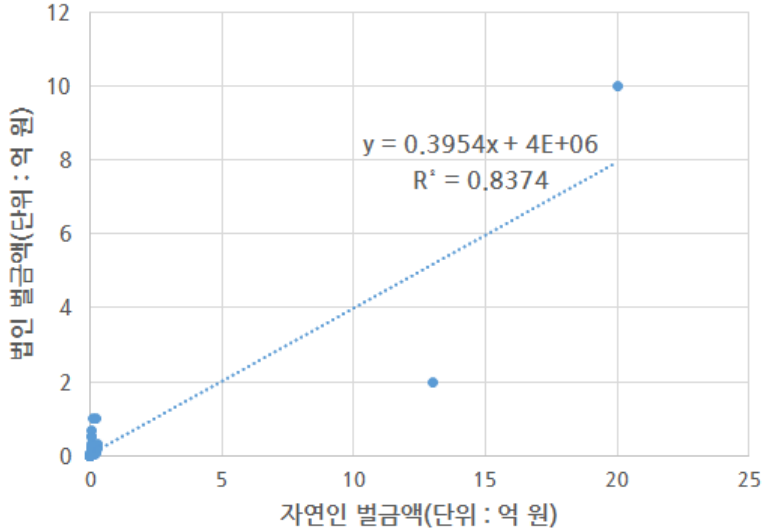
모형		비표준화 계수		표준화 계수	t	유의확률
		B	표준화 오류	베타		
1	(상수)	4279442,570	2735593,234		1,564	.120
	자연인	.395	.014	.915	27,886	.000

- a. 종속변수: 법인

420) 상관계수(correlation coefficient)는 두 변수의 선형관계를 파악하기 위한 통계량으로, 공분산을 표준화한 값이다(공분산은 두 변수가 같이 변하는 정도의 측도이다). 이를 ‘피어슨(Pearson) 상관계수’라고도 한다. 양(+)의 값을 가지면 두 변수가 같이 움직이는 경향이 있고, 음(-)의 값을 가지면 두 변수는 반대로 움직이는 경향이 있다고 판단한다. 공분산이 0이면 두 변수 사이에는 선형적 상관관계가 없다. 상관계수 값이 1이면 두 변수 간에는 완전한 양의 선형관계가 있다. 다음과 같은 식에 따라 계산한다.

$$Corr(X, Y) = E\left[\frac{X - E(X)}{\sqrt{Var(X)}}\right] \left[\frac{Y - E(Y)}{\sqrt{Var(Y)}}\right] = \frac{Cov(X, Y)}{\sqrt{Var(X)} \sqrt{Var(Y)}}$$

[그림 12] 150건 자연인 벌금액(x), 법인 벌금액(y) 회귀분석(?) 산점도



그런데 지금까지와 같이, 다른 사건들에 비하여 벌금액 단위가 큰 조세범처벌법위반 사건과 독점규제법위반 사건을 제외하면, 자의성을 개입시키지 않고도 효과적으로 영향점을 제거할 수 있다. 130건에 대한 회귀모형식은 아래 [표 35]와 같이  $\hat{y} = 0.860x + 795,264.442$ 로 추정되고, F 통계량이 104.656, 유의확률이 0.000으로 99% 신뢰수준에서 유의하다. 결정계수<sup>421)</sup>는 0.450이고, 상관계수<sup>422)</sup>는 0.671이다.

421) 결정계수( $R^2$ , coefficient of determination)는 추정된 회귀선이 관측값들을 얼마나 잘 설명하고 있는가를 나타내는 척도로서, 총변동 중에서 회귀식으로 설명할 수 있는 변동의 비율을  $R^2 = \frac{SSR}{SST} = 1 - \frac{SSE}{SST}$ 로 계산한다( $SST$ 는 총변동,  $SSR$ 은 회귀변동,  $SSE$ 는 오차변동). 0부터 1 사이의 값을 가지는데, 그 값이 1에 가까울수록 표본들이 회귀선 주위에 밀집되어 설명력이 높음을 뜻한다. 회귀선의 ‘기여율’이라고도 한다. 사회과학에서는 30% 설명력도 높은 수준이라고 보나, 민사소송에서의 청구금액과 인용금액 등은 직접적으로 연관될 수밖에 없는 변수들이기 때문에 설명력이 더 높게 나오는 것이 일반적일 것이다. 자연인 벌금액과 법인 벌금액도 상당한 연관성을 가지는 것이 당연할 텐데, 그 정도가 문제이다. 한편 독립변수가 여러 개일 때의 중회귀 모형에서, 독립변수가 추가되면 결정계수는 항상 증가하므로, 과다적합의 우려가 있다. 수정된 결정계수  $R_a^2 = 1 - \frac{SSE/(n-k-1)}{SST/(n-1)} = 1 - \frac{(n-1)}{(n-k-1)}(1-R^2)$ 는 설명력이 떨어지는 독립변수가 추가될 때에는 감소하는 성질이 있어 모형 선택의 관점에서 유용한 통계량이다( $n$ 은 표본의 크기,  $k$ 는 독립변수의 개수).

[표 35] 130건(조세법, 독점규제법위반 제외) 회귀분석 표

**모형 요약<sup>a</sup>**

모형	R	R 제곱	수정된 R 제곱	추정값의 표준오차
1	.671 <sup>a</sup>	.450	.446	3003535.472

- a. 예측자: (상수), 자연인
- b. 종속변수: 법인

**분산분석(ANOVA)<sup>a</sup>**

모형	제공합	자유도	평균제공	F	유의확률	
1	회귀	9.441E+14	1	9.441E+14	104.656	.000 <sup>b</sup>
	잔차	1.155E+15	128	9.021E+12		
	전체	2.099E+15	129			

- a. 종속변수: 법인
- b. 예측자: (상수), 자연인

**계수<sup>a</sup>**

모형		비표준화 계수		표준화 계수	t	유의확률
		B	표준화 오류	베타		
1	(상수)	795264.442	399688.670		1.990	.049
	자연인	.860	.084	.671	10.230	.000

- a. 종속변수: 법인

나아가, 영향력 진단(DFBETA, DFFIT)을 통하여 잔차가 가장 큰 '영향력 있는 관측값(influential observation)'인 담배사업법위반 사건과,<sup>423)</sup> 다음으로 큰 자본시장과금융투자업에 관한법률위반 사건<sup>424)</sup>까지

422) 단순회귀분석에서 상관계수  $r = \pm \sqrt{R^2}$  이다.

423) 대전지방법원 2011. 8. 24. 선고 2009고단634 판결(법인에 대하여 벌금 3,000만 원, 자연인에 대하여 벌금 500만 원이 선고되었다).

424) 수원지방법원 성남지원 2015. 1. 15. 선고 2014고단1907 판결(법인에 대하여 벌금 2,000만 원, 자연인에 대하여 벌금 700만 원이 선고되었다). 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상 형사제재의 한계와 비효율성을 분석한 글은 김대근, 자본시장법상 형사제재의 한계와 개선방안에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2011). 과징금제도 활용가

제외하고 나면,  $\hat{y} = 0.795x + 727,894.474$ 라는 회귀식을 최종적으로 도출할 수 있다. 이에 대한 F 통계량은 292.140, 유의확률은 0.000으로 99% 신뢰수준에서 유의하며, 결정계수가 0.699, 상관계수가 0.836으로 설명력도 상당히 높다. 절편에 대한 계수 역시 99% 신뢰수준에서 유의하다.

[표 36] 최종 128건에 대한 자연인 벌금액(x), 법인 벌금액(y) 회귀분석 표

**모형 요약<sup>b)</sup>**

모형	R	R 제곱	수정된 R 제곱	추정값의 표준오차
1	.836 <sup>a)</sup>	.699	.696	1652590.835

a. 예측자: (상수), 자연인

b. 종속변수: 법인

**분산분석(ANOVA)<sup>a)</sup>**

모형		제곱합	자유도	평균제곱	F	유의확률
1	회귀	7.979E+14	1	7.979E+14	292.140	.000 <sup>b)</sup>
	잔차	3.441E+14	126	2.731E+12		
	전체	1.142E+15	127			

a. 종속변수: 법인

b. 예측자: (상수), 자연인

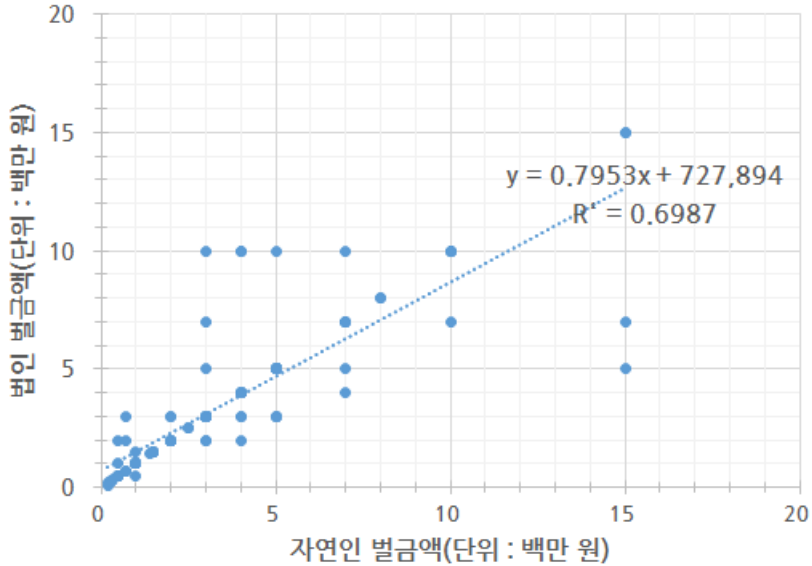
**계수<sup>a)</sup>**

모형		비표준화 계수		표준화 계수	t	유의확률
		B	표준화 오류	베타		
1	(상수)	727894.474	220022.373		3.308	.001
	자연인	.795	.047	.836	17.092	.000

a. 종속변수: 법인

능성을 모색한 글은 김병연, “자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입”, 상사법연구, 제32권 제4호 (2014 2.).

[그림 13] 최종 128건에 대한 자연인 벌금액(x), 법인 벌금액(y) 산점도



참고로, 같은 128건에 대하여, 법인 벌금액을 독립변수, 자연인 벌금액을 종속변수로 놓고 회귀식을 추정하면,  $\hat{y} = 0.879x + 426,142.632$ 라는 식이 나오는데, 나머지는 동일하나, 절편의 계수에 대한 유의확률이 0.076으로 유의하지 않은 것으로 나타났다.<sup>425)</sup>

#### 바) 실행 선고 건수

자연인이 징역형을 선고받은 경우를 본다. 조세범처벌법위반,<sup>426)</sup>

425) 조병선(2009a), 357-358; 조병선(2009b), 604-605는 ‘자연인(종업원 등)→법인(또는 업무주)’의 순차적용 방식을 ‘다운업(down-up)’ 방식, 그 역을 ‘탑다운(top-down)’ 방식이라 표현한다.

426) (총 17건) 대전지방법원 2011. 1. 28. 선고 2010고단3746 판결(징역 8월, 집행유예 2년), 서울북부지방법원 2011. 4. 20. 선고 2010고합443 판결(징역 1년 6월), 서울서부지방법원 2011. 5. 12. 선고 2011고단311 판결(징역 1년, 집행유예 2년), 광주지방법원 2011. 10. 19. 선고 2011고단1093 판결(징역 6월), 수원지방법원 2013. 1. 25. 선고 2012고단4967 판결(징역 1년, 집행유예 2년), 대구지방법원 2013. 12. 12. 선고 2012고단8818 판결(징역 4월, 집행유예 2년), 대구지방법원 포항지원 2013. 12. 26. 선고 2013고단1166 판결(징역 8월, 집행유예 2년), 대구지방법원 안동지원 2014. 2. 19. 선고 2013고단814 판결(징역 1년, 집행유예 2년), 수원지방법원 2014. 7. 3. 선고 2014고합169 판결(징역 2년, 집행유예 3년), 인천지방법원 2014. 10. 22. 선고 2014고단2918



특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등),<sup>427)</sup> 독점규제법위반<sup>428)</sup> 사건을 제외하면 19건이다.<sup>429)</sup> 그 중 실형이 선고된 것은 건설산업기본법위반 사건 단 1건이었는데, 그마저 이미 재판 당시 다른 사건 징역형이 확정된 기결수인 상태에서, 건설산업기본법위반에 더하여 공문서위조 및 행사죄가 추가로 인정되었기 때문이었다.<sup>430)</sup> 나머지는 모두 징역 4~12월(평균 7.37월)에 특이하게도 모두 똑같이 집행유예 2년씩을 받았다. 요컨대, 대상표본 409건 중에서 최종적으로 실형이 선고된 건은 조세범처벌법위반 사건 5건, 독점규제법위반 사건 1건, 건설산업기본법위반 1건 등 7건이었는데, 특히 뒤의 사건은 실형이 선고된 이유가 양벌규정에서 문제된 해당 범죄 때문이라고 보기는 어려운 사안이었다.

---

판결(징역 1년, 집행유예 2년), 인천지방법원 2014. 11. 12. 선고 2014고단1519 판결(징역 10월), 인천지방법원 부천지원 2015. 2. 6. 선고 2014고단3024 판결(징역 6월, 집행유예 1년), 수원지방법원 안산지원 2015. 7. 17. 선고 2015고단1604 판결(징역 6월, 집행유예 2년), 수원지방법원 2015. 10. 21. 선고 2015고단2839 판결(징역 8월), 수원지방법원 성남지원 2015. 10. 23. 선고 2015고단294 판결(징역 8월), 부산지방법원 2015. 12. 15. 선고 2015고단4861 판결(징역 8월, 집행유예 2년).

427) (1건) 수원지방법원 2015. 5. 28. 선고 2014고합660 판결(징역 10월, 집행유예 2년). 결국 대상 표본의 409건 중에서 합의부 사건은 모두 조세범죄 사건이었고(위 각주 426 참조), 징역형이 선고되었으나, 2건은 집행유예 판결이었다.

428) (2건) 대전지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3311 판결(징역 8월, 집행유예 2년), 서울중앙지방법원 2015. 6. 3. 선고 2013고단6904 판결(징역 6월).

429) 산업안전보건법위반 6건(제주지방법원 2011. 9. 22. 선고 2011고단606 판결, 전주지방법원 2012. 9. 26. 선고 2012고단841 판결, 서울중앙지방법원 2012. 12. 4. 선고 2012고단4758 판결, 청주지방법원 제천지원 2013. 4. 4. 선고 2012고단550 판결, 수원지방법원 2013. 6. 19. 선고 2013고단537 판결, 청주지방법원 충주지원 2015. 3. 27. 선고 2013고단921 판결), 부정수표단속법위반 1건(수원지방법원 2012. 3. 14. 선고 2011고단5947 판결), 저작권법위반(방조) 2건(서울중앙지방법원 2012. 5. 31. 선고 2011고단7614 판결, 서울남부지방법원 2013. 10. 2. 선고 2013고단1208 판결), 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반 2건(수원지방법원 안산지원 2012. 6. 7. 선고 2012고단872 판결, 대구지방법원 2012. 12. 14. 선고 2012고단4008 판결), 수질및수생태계보전에관한법률위반 1건(청주지방법원 충주지원 2012. 9. 18. 선고 2012고단796 판결), 건설산업기본법위반 2건(대전지방법원 논산지원 2013. 8. 30. 선고 2013고단203 판결, 창원지방법원 밀양지원 2014. 7. 17. 선고 2013고단362 판결), 국토의계획및이용에관한법률위반 1건(전주지방법원 정읍지원 2013. 10. 22. 선고 2013고단480 판결), 방문판매등에관한법률위반 1건(대전지방법원 2014. 9. 4. 선고 2014고단1181 판결), 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등) 1건(수원지방법원 성남지원 2014. 10. 8. 선고 2013고단2711 판결), 출입국관리법위반 1건(수원지방법원 안산지원 2015. 9. 10. 선고 2015고단2157 판결), 여신전문금융업법위반 1건(서울남부지방법원 2015. 9. 24. 선고 2015고단3028 판결).

430) 대전지방법원 논산지원 2013. 8. 30. 선고 2013고단203 판결.

사) 조세범처벌법위반 사건

마지막으로, 분석에서 곤잘 예외적 취급을 하였던 조세범처벌법위반 사건과 독점규제법위반 사건에 대하여 본다.

조세범처벌법위반 사건 41건(특가법위반사건 포함)을 보면, 무죄가 1건, 선고유예가 2건이다. 법인에 대한 벌금형은 200만 원부터 10억 원까지 선고되었는데, 그 분포는 [표 37]과 같다. 평균이 약 5,777만 원, 중앙값이 1,000만 원이다. 조세범처벌법 사건도 벌금액이 다소 높은 수준에서 형성되기는 하지만 절반이 1,000만 원 이하의 벌금형을 선고받은 것이다.

[표 37] 조세범 법인 벌금액(금액 소수점 이하 반올림)

구분		벌금액
사례 수	유효	39건
	결측	0건
평균		57,771,795원
중앙값		10,000,000원
최빈값		10,000,000원(7건)
표준편차		163,601,496원
왜도		5.334
왜도의 표준오차		0.378
첨도		30.716
첨도의 표준오차		0.741
최소값		2,000,000원
최대값		1,000,000,000원
백분위수	25	6,000,000원
	50	10,000,000원
	75	30,000,000원

자연인도 벌금형을 선고받은 18건 중 법인과 동일한 벌금형을 선고받은 것이 10건(55.6%)이었고, 그 분포는 [표 38]과 같다. 조세범죄에

서 법인의 죄책보다 자연인의 죄책을 중하게 평가하고 있음이 드러난다. 그러나 전체적으로는 다른 사건들과 마찬가지로 개별화된 양형심사가 거의 이루어지지 않고 있다. 자연인 벌금액과 법인 벌금액의 상관계수는 0.921에 이르고, 회귀식은  $\hat{y} = 0.398x - 1,451,925.242$ 로 추정되었다. F값이 88.964, 유의확률이 0.000, 결정계수가 0.848이었다.

[표 38] 법인+자연인 조세범 벌금액 기술통계량(금액 소수점 이하 반올림)

구분		법인 선고 벌금액	자연인 선고 벌금액
사례 수	유효	18건	18건
	결측	0건	0건
평균		75,027,778원	192,033,333원
중앙값		7,000,000원	7,000,000원
최빈값		7,000,000원	5,000,000원 <sup>431)</sup>
표준편차		235,286,776원	543,894,688원
왜도		4.007	2.950
왜도의 표준오차		0.536	0.536
첨도		16.424	8.083
첨도의 표준오차		1.038	1.038
최소값		2,000,000원	2,500,000원
최대값		1,000,000,000원	2,000,000,000원
백분위수	25	4,625,000원	4,625,000원
	50	7,000,000원	7,000,000원
	75	21,250,000원	22,575,000원

자연인이 징역형을 선고받은 건은 앞에서 본 것처럼 17건이다. 그 중 2건<sup>432)</sup>은 벌금형이 병과되었고, 실형은 5건이며 나머지는 집행유예 판결을 받았다.

431) 복수의 최빈값 중 작은 값. 10,000,000원도 동일하게 3건 있었다.

432) 서울북부지방법원 2011. 4. 20. 선고 2010고합443 판결(징역 1년 6월, 벌금 20억 원), 수원지방법원 2014. 7. 3. 선고 2014고합169 판결(징역 2년, 집행유예 3년, 벌금 13억 원).

자연인 처벌에 집중하고, 법인에 대해서는 가산세를 부과·징수하는 것으로 충분하지 않을까 생각한다. 전통적으로 조세범이 행정범인지 형사범인지에 대한 논의가 있었다.<sup>433)</sup> 그러나 “납세의무는 헌법상 기본 의무이고, 조세포탈행위는 공평과세원칙을 저해하여 조세부담 왜곡을 가져오는 반사회적·비윤리적 범죄에 해당한다.”는 시각이 유력하였고,<sup>434)</sup> 위와 같은 이분법적 구별이 절대적일 수 없다는 반성에서 ‘국고주의’ 대 ‘책임주의’로 초점이 이동하였다.

국고설은 국가과세권 보호라는 관점에서, 조세형벌이 손해배상을 통하여 국가재정 확보를 위한 ‘담보적 기능’을 한다고 본다. 근대에 이르러까지 지배적인 조세형벌 이념이었고, 조세범죄가 그 자체로 윤리적 비난대상이 되지 않는다고 본다.<sup>435)</sup> 책임설은 조세를 포탈하여 재산상 이익을 취득하는 자의 악성이 일반 형사범과 다를 바 없다고 본다. 조세범죄를 일반 형사범죄와 동일하게 본다면, 배수벌금제도, 형법총칙배제규정, 고발제도는 폐지되어야 하고,<sup>436)</sup> 가산세와 같은 행정제재는 지양되어야 할 것이다.<sup>437)</sup> 나아가 행위자 고의가 엄격심사되어야 하고, 입법기술상 불가피한 측면이 있더라도 구성요건을 명확하게 규정하려는 노력이 필요하다.

역지론 관점에서는 법인에 대해서까지 반드시 벌금형을 부과할 필요가 없다. 배수벌금제도, 형법총칙배제규정도 실은 책임주의 관점보다는 적발확률이 낮다는 점을 감안한 역지론적 사고가 녹아 있는 것이 아닌가 생각한다. 특히 위 배수벌금제도는 국고가 피해자가 된 일종의 ‘징벌적

433) 이하는 고성춘, *조세형사법*(삼일인포마인, 2013), 227-243을 많이 참고하였다. 안대희, *조세형사법 -조세포탈의 성립과 처벌-*(법문사, 2010); 임승순, *조세법*(박영사, 2013), 137-144 등도 참조.

434) 이천현, “조세형벌의 합리화 방안에 관한 논문”, 한양대학교 대학원, 박사학위논문(2000. 6.) 등.

435) 오영근, 조현지, *조세범죄의 유형과 대처방안*(한국형사정책연구원, 1996), 26; 한현주, *조세형사법에 관한 연구*(조세문제연구소, 1990), 7-8; 각 고성춘(2013), 233에서 재인용.

436) 김진원, “조세포탈의 구성요건에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 석사학위논문(2011. 6.), 10.

437) 가산세 부과요건과 조세범 구성요건이 일치하거나 중복되고, 특히 조세범은 많은 경우 벌금형으로 처벌되기 때문에 중첩의 금전 제재인 가산세가 헌법상 일사부재리 원칙, 이중처벌금지원칙(대한민국헌법 제13조 제1항 후단)에 위배되는 것이 아닌가 하는 문제가 있다. 일본 最高裁 昭和 45. 9. 11. 판결은 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

손해배상제도’로 볼 수 있다. 가산세나 과태료에 의할 경우라면, 징벌적 손해배상승수(징벌승수)는 ‘집행오류의 역수’( $\delta = \frac{1}{e}$ )가 되어야 할 것이다.<sup>438)</sup> 대법원은 “세법상 가산세는 과세권 행사 및 조세채권 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상 제재로서 납세자 고의, 과실은 고려되지 아니하는 것이며 법령의 부지 따위는 그 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1995. 11. 7. 선고 95누92 판결)”고 판시하였다. 고의, 과실이 없고 법령의 착오가 문제될 수도 없는 법인에 대해서는 가산세에 의하는 것이 논리 일관적이다. 조세형법 자체가 가지는 합목적성, 기술성, 정책성을 감안하면 더욱 그렇다.<sup>439)</sup> 조세채권에 대한 침해 위험성이 적은 유형은 과태료나 가산세 부과대상으로 ‘비범죄화’하여야 한다는 의견도 함께 숙고하여야 한다.<sup>440)</sup>

아) 독점규제법위반 사건

끝으로 독점규제법위반 사건 19건을 본다. 무죄가 1건 선고되었다. 법인에 대한 벌금형은 1,000만 원부터 최대 2억 원까지 선고되었다. 그 분포는 다음과 같다. 법인에 선고된 벌금액 평균은 8,444만 원, 중앙값은 1,000만 원이다.

**[표 39] 독점규제법위반 법인 벌금액(금액 소수점 이하 반올림)**

구분		벌금액
사례 수	유효	18건
	결측	0건
평균		72,777.778원
중앙값		65,000,000원
최빈값		100,000,000원

438) 징벌적 손해배상에 관한 간략한 범경제학 논의는 Cooter(2009), 464-469 등.

439) 김용준, “조세범처벌법상 조세범죄의 형사법적 성격과 그 개선방안에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 석사학위논문(2005. 12.), 12면.

440) 이천현, “조세범죄의 보호법익과 비범죄화 유형”, 형사법연구, 제23호 (2005. 6.).

표준편차		49,444.628원
왜도		0.969
왜도의 표준오차		0.536
첨도		1.296
첨도의 표준오차		1.038
최소값		10,000,000원
최대값		200,000,000원
백분위수	25	40,000,000원
	50	65,000,000원
	75	100,000,000원

자연인에 대해서도 벌금형이 선고된 건은 5건이다. 자연인에 선고된 벌금액 평균은 940만 원, 중앙값은 700만 원이다. 특히 위 5건 중 4건은 법인이 자연인 벌금액의 10배, 1건은 5배를 선고받았다. 독점규제법위반 사건은 자연인보다는 법인이라는 조직체 자체의 범죄로 보는 경향이 크다는 것을 시사한다. 2건은 자연인에 대하여 징역형이 선고되었는데 하나는 징역 8월에 집행유예 2년, 다른 하나는 징역 6월에 집행유예 2년(벌금 700만 원 병과)이었다.

독점규제법이 형사처벌 조항을 도입한 것에 대해서도 많은 비판이 제기된다. 규제대상인 모든 경쟁제한행위를 구성요건화한 것은 형사정책적으로나 경쟁정책 관점에서 타당하지 않다는 주장,<sup>441)</sup> 형벌 강화보다는 과징금을 합리적으로 운용하여 사회적 비용에 근사시키는 것이 타당하다는 주장이 있다.<sup>442)</sup> 특히 형사처벌 대상이 되는 행위는 과징금부과 대상 행위와 내용상 거의 일치하면서도, 두 수단 간 기능분담이 이루어져 있지 않아 이중처벌 문제를 항상 야기한다. 공정거래위원회가 전속고발 및 과징금부과에 광범위한 재량을 가지기 때문에 사실상 자의적 선택에 따라 선택적 내지 병렬적 사용을 결정하게 된다는 비판이 있다. 더욱이 기업집단 총수나 사업주가 구속됨에 따른 심리적 효과를 제외하고는 양벌규정에 의한 벌금형의 억지효과는 거의 없다는 견해가 대체적이다. 실효

441) 최승재, 형사벌에 의한 공정거래법 집행, 한국공정거래조정원 연구보고서 (2011).

442) 이인권, 부당공동행위에 대한 합리적 규제의 틀과 대안 모색(한국경제연구원, 2006).

성은 없이 법치국가 원리를 저해할 우려만 크게 열어두고 있다는 것이다.<sup>443)</sup>

공정거래위원회는 심사 및 심판절차를 거쳐 위반행위 중지, 가격 인하, 주식처분, 계약조항 삭제, 시정명령 받은 사실의 공표 등 시정조치를 명하고, 과징금이나 이행강제금을 부과·징수하며, 표시광고사건에서는 긴급중지명령도 내릴 수 있다.<sup>444)</sup> 공정거래위원회 조사나 심의를 받고 있는 사업자가 경쟁제한상태 등의 해소, 소비자 피해구제, 거래질서 개선 등을 위한 자발적 시정방안을 제출하고, 그것이 “시정조치 그 밖의 제재와 균형을 이루고, 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정될 경우” 관련 심의절차를 중단하고 ‘동의의결’을 내릴 수도 있다(독점규제법 제51조의 2). 이미 형벌 아닌 충분한 수단이 마련되어 있는 것이다.

## 제4절 소결론

우리 법제상 양벌규정이 예상하고 있는 법인범죄는 대부분 경미한 행정법규 위반 사건이다. ‘낙인효과’라는 말이 무색하게 실제로는 많은 경우 약식절차에 의하여 ‘조용히’ 벌금형만 납부하고 끝나고 있다. 공판절차로 진행하여야 할 정도로 중요한(중요하다고 받아들여진) 사건은 전국 법원의 전체 형사사건 수에 비추어 볼 때, 거의 무시해도 좋을 정도로 그 숫자가 적다(약 0.059%).<sup>445)</sup> 그런데 그마저 이 글에서 분석한 것처럼 무죄, 면소, 공소기각 혹은 선고유예로 처벌을 받지 않거나 대부분 경미한 벌금형을 선고받는 데 그치고 있다. 요컨대, 양벌규정은 형식적으로만 적용되고 있다. 오늘날 기업활동 폭과 규모를 생각해볼 때, 무척 허망한 결론이다.

---

443) 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, *경쟁법연구*, 제10권 (2004. 3.). 김일중(2013),

445) 이하도 실증분석을 통하여 비범죄화의 대책을 제시하고 있다.

444) 사법연수원, *공정거래법* (2014), 14.

445) 그동안의 연구들에서 이러한 점이 고려될 수 없었던 데에는 세부적인 문제의식을 갖고 통계자료를 활용할 수 있는 시스템이 제공되지 않았던 탓이 크다고 생각한다. 지금까지의 통계학(statistics)은 말 그대로 ‘국가학(science of state)’이었다. 빅데이터 시대에 걸맞은 공공기관의 인식 전환과 대응이 필요하다고 본다.

‘기업이 많은 범죄를 저지르고, 또 많이 처벌될 것’이라는 일반적 기대와 현실 사이에 이토록 격차가 발생한 까닭은 무엇일까. 여러 가지로 분석할 수 있겠지만, 우리의 솔직한 관념과 법체계가 ‘법인을 죄인으로 보고 형사처벌한다’는 사고 자체를 자연스럽게 받아들이기 어려웠던 때문은 아니었을까 생각한다.<sup>446)</sup> 법인도 의제인데, 법인처벌은 행위형법원칙 하에서 그것을 한 단계 넘는 의제가 필요하다. 그럼에도 ‘기업에 대해서도 책임을 형사책임으로 물어야 한다’는 경직된 사고가 우리 형사법원칙과 끊임없이 충돌을 일으키고 있다. 법인에 대해서는 형사절차상 독자적 방어권이 거의 보장되지 않고 있고, 법인은 단지 행위자에 대한 수

446) 구체적 상황들을 하나하나 깊이 따져보진 못하였지만 예컨대 다음과 같은 것들이 다. 우선, 특정 자연인 기준의 개별심사를 전제하는 형법총론상의 대부분 문제들을 일관되게 해결하기가 쉽지 않다. 주관적·초주관적 구성요건요소, 착오(사실의 착오, 오상방위, 오상긴급피난, 위법성조각사유 전제조건에 대한 착오, 법률의 착오), 작위/부작위, 위법성조각사유(부존재), 책임조각사유(부존재), 인적 처벌조각사유, 중지미수 자의성, 공동가공의사 등 공범론의 여러 문제, 상습성(행위자인 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원의 습벽 유무에 따라 상습성을 판단하여야 하는데, 대표이사에게 상습성이 인정되므로 상습범을 친고죄에서 배제한 제140조 제1호가 적용되어 고소가 없었더라도 법인을 처벌할 수 있다는 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도14475 판결), 자수 감경 등 양형사유(법인의 이사 기타 대표자가 자수하여야 하고, 위반행위를 한 직원 또는 사용인이 자수한 것만으로는 자수감경할 수 없다는 대법원 1995. 7. 25. 선고 95도391 판결이 있으나, ‘이사 기타 대표자’의 범위를 놓고 또 다툼이 있을 수 있다. 반면 대표자의 징역형을 작량감경하고 벌금형을 선고유예하였더라도, 회사에 대하여 같은 조치를 취하여야 한다고 볼 수 없다는 대법원 1995. 12. 12. 선고 95도1893 판결도 있다)와 같은 것들이다.

절차 측면에서도, 대표자에게 법인을 대표하여 소송행위를 하게 한 형사소송법 제 27조와 관련하여 대표자와 법인의 이해가 충돌하는 경우에 발생하는 여러 가지 문제(별도 대리인 선임 가부 및 선임 주체, 기소 전까지 사실상 방어권이 박탈되는 문제, 진술거부권 고지 대상 등), 수사단계에서 많은 경우 대표자 아닌 종업원에 대해서만 조사가 이루어져 피의자신문조서가 없는 점, 종업원은 참고인이기 때문에 진술조서 작성 시 진술거부권이 고지되지 않는다는 점, 증거능력과 관련하여 법인, 대표자, 종업원을 ‘공범인 공동피고인’으로 볼 것인지의 문제, 고소 고발 문제(친고죄에 대해 행위자에 대한 고소가 있으면 족하다는 대법원 1996. 3. 12. 선고 94도2423 판결, 고발 구비 여부는 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 보아야 한다는 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4066 판결), 반대신문권과 피고인신문 형해화, 공소시효 완성 여부 판단 기준, 형사소송법 제328조 제1항 제2호(법인이 존속하지 아니하게 되었을 때 공소기각 결정)와 관련하여 회사가 합병·분할되는 경우 동일한 회사로 볼 것인지의 문제(형사책임은 합병 후 존속하는 법인에 승계되지 않는다는 대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도4471 판결이 있으나 형사소송법 제479조는 벌금형을 합병 후 존속하거나 설립된 법인에 대하여 집행할 수 있다고 한다), 벌금 대납 또는 구상의 문제 등이 있다. 쟁점에 따라 대법원 판례 결론이 엇갈리는 것처럼 보이는 이유도 이와 같은 어려움 때문이라고 생각한다. 이상 이순욱(2016), 205-221; 김유근(2007) 등 참조.



사, 재판, 처벌에 부대한 ‘이중 피고인’, 혹은 ‘없는 셈 쳐도 족한, 이류 피고인’ 정도의 취급을 받는다. 법인이 한 쪽 당사자인 민사·행정사건의 경우를 비교해보면 더욱 명확해진다.

그렇지만, 그럼에도 불구하고, ‘조직화된 무관심’, ‘조직화된 무책임’이라고까지 불리는, 때로는 사회적으로 커다란 피해와 해악을 끼치기도 하는 기업불법을 억지하기 위하여 통제수단 또는 제재조치가 필요하다는 점에 대해서는 이견이 있을 수 없을 것이다. 필자는 이 글을 작성하면서, 외면적 ‘형사처벌(만능)주의’와 그에 필연적으로 따라온 실질적 ‘규율 방지주의’, 다시 말해, 투박하기 이를 데 없는 ‘면피성·보험성 양벌규정’의 존재야말로 기업불법 통제에 가장 큰 해악이 되는 완고한 장애물이라는 생각을 가지게 되었다. 표준화된 양벌규정의 존재 ‘탓에’ 입법과정에서는 개별 영역별로 가장 효율적인 집행수단이 무엇인지에 대한 고민이 생략되는 효과가 있다고 보인다. “이러이러한 이슈에 대하여 형사처벌 조항을 도입하였다.”는 ‘입법적 선언’ 내지 ‘입법 실적’ 정도의 의미밖에 없는 것이다(상징적 범죄화).<sup>447)</sup> 법집행자들에게도 “법이 그런 걸 어떻게 해. 이것만 적용하면 나는 할 일을 다 했어.”라고 자족하게 만드는 은신처가 되고 있다. 실상을 알고 났을 때 시민사회가 이를 납득할 수 있을까. 무엇을 할 것인가. 기업이 두려워하는 것은 따로 있다고 생각한다.

“인간의 문제를 해결하는 것은 세 가지를 결합하는 데 있다. 그것은 경제적 효율성, 사회정의, 개인의 자유이다. ‘경제적 효율성’은 비판적 사고, 예방수단(인용자 주: 억지수단, 내부화 수단), 기술적 지식을 필요로 한다. ‘사회정의’는 보통의 평범한 사람들을 사랑하는 이기적이지 않은 마음, 열정을 요청한다. ‘개인의 자유’를 달성하기 위해서는 관용과 여유, 그리고 다양성과 독립성이 성취하는 탁월함을 감사할 줄 아는 마음이 필요하다. 그것은 무엇보다 예외적이고 특출한 것, 높은 포부를 갖는 정신에 대하여 아낌없는 기회를 제공하는 것이다.”<sup>448)</sup>

---

447) 김한균 외(2016) 참조.

448) John Maynard Keynes, *Essays in Persuasion* (London: Macmillan (1931), 348. <<http://gutenberg.ca/ebooks/keynes-essaysinpersuasion/keynes-essaysinpersuasion-00-h.html>>(2016. 10. 9. 확인).

## 제 6 장 제언

### 제1절 죄책성 평가와 비범죄화

#### 1. (법인) 비범죄화

현행 양벌규정들에 대한 전면적 재검토가 필요하다. 반드시 형벌에 의하여야 할 불가피성이 없는 양벌규정들을 과감하게 과태료 부과대상으로 전환하는 것이 타당하다.<sup>449)</sup> 별지 512개 법률 대부분의 양벌규정은 폐지해도 무방하다. 양벌규정이 아주 많은 법률에 들어가 있지만, 모든 법률에 일관되게 들어가 있는 것은 아니다. 즉, 우리 법은 지금도 법인 처벌가능성을 제한된 국면에서만 인정한다. 바꾸어 말해 현재 있는 양벌규정들에 대하여 모두 다시 생각할 여지가 충분하다. 적용 현황을 본 것처럼 ‘자신 있게’ 폐지하여도 된다고 생각한다. 과태료 부과대상으로 전환하더라도 지금까지 규율상황과 아주 큰 차이가 발생하지 않을 것이다. 대안적 수단을 잘 활용하면 결코 ‘처벌공백’이 발생하지 않는다. 벌금형의 과태료 전환에 대한 연구가 많이 있었다.<sup>450)</sup> 더 심각한 부작용, 우리 사법시스템 전체에 대한 신뢰를 흔드는 폐해가 나타나고 있는데, 유독

449) 강동범, “경제범죄와 그에 대한 형법적 대응”, **형사정책**, 제7호 (1995. 8.), 32-33; 배종대(2016), 192-210; 손동권, “양벌규정에 의한 법인(개인영업주) 처벌의 특수문제 - 최근 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제6조에 대한 헌법재판소 판시내용과 양벌규정에 대한 전면적 법 개정 작업을 중심으로-”, **한국형사법학의 오늘: 정은 이영란 교수 화갑기념논문집**(2008), 208-209; 이재상(2010), 101; 이정원(1999), 73-79; 조병선, “법인의 형사책임”, **청주대학교 법학회 법학논고**, 제19호 (1992. 2.); 천진호(2016), 323-331; 최봉석, “행정제재와 형벌의 관계에 관한 소고”, **법제연구**, 제40호 (2011) 등도 같은 취지. 이상돈(2010), 103은 경제, 환경, 보건 등 영역에서 법인의 일탈행위에 대한 제재로는 공법과 사법, 그리고 형법의 중간영역에 존재하는 과금이나 징벌적 손해배상과 같은 중간법(middle law)적 제재가 적합하다고 주장한다.

최봉석, 같은 글은 질서위반행위규제법이 원칙적으로 객관책임이어야 할 행정질서벌을 행정형벌과 다를 바 없게 만들었다고 비판한다. 경정할 만한 주장이라고 생각한다. 필자도 형사법의 어정쩡한 태도가 중간법(징벌적 손해배상, 과징금, 질서위반행위규제법 등)의 요구로 이어지고 있다고 생각한다. 양벌규정이 없었다면, 과태료부과규정이 종래 무과실책임설에 입각한 양벌규정처럼 운용되었을 것이고, 무과실 ‘형사책임’을 지우는 경우와 달리 위험이라 보기 어려웠을 것이다.

450) 오영근, 진희권, **벌금형의 과태료 전환방향에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 1996. 12.) 등.

법인불법에 대해서만 과태료로 전환할 수 없다는 것은 이해하기 어렵다. “형사처벌 규정을 더 많이 마련하고, 더 강하게 처벌할 수 있게 해둘수록 불법이 효율적으로 억지된다.”는 논리는 단편적이다. 형벌의 효과와 법의 규범력만 떨어뜨릴 뿐이다(이는 희소성과 집행의 확실성으로 얻어진다).

쫄끔쫄끔 없애기보다는 ‘관성화된 방향’을 완전히 트는 것이 전략적이라고 생각한다. 지금까지 다양한 영역에서 비범죄화 논의가 있었다. 그러나 대법원과 헌법재판소에 의하여 간헐적으로 이루어진 ‘사법적 비범죄화’ 방식 외에 ‘입법적 비범죄화’가 이루어지는 경우는 드물었다. 정치인들의 인기를 떨어뜨릴 수 있는 조치이기 때문이다. 강력한 방향전환이 아니면 ‘과잉범죄화’ 흐름을 결코 돌려놓을 수 없을 것이다. 양벌규정의 존재가 ‘기업불법 통제를 더 실효적으로 할 수 있는 수단이 무엇인가’에 대한 강구를 가로막는 걸림돌이 되고 있음을 명확하게 인식하여야 한다. 법률가들이 먼저 원칙을 확고하게 세워 입법자들을 추동하여야 한다.

## 2. 사람의 것은 사람에게

그리고 형사벌은 자연인에 집중하여야 한다. 그것이 자연스럽고, 우리 법체계에도 부합한다. 낙인효과, 억지효과 측면에서도 훨씬 실효적이다. 대법원은 “법인의 형사처벌은 형법상 행위자 책임 원칙에 대한 예외로서 현행 형법도 법인의 처벌은 법률상 특별규정이 있는 경우에 한하여 정책적으로 이를 인정하는 입장에 입각하고 있음에 비추어 손해의 공평한 분담이라고 하는 이념을 실현하기 위하여 인정되는 민사상의 사용자 책임의 경우와는 달리 이를 엄격하게 해석함이 타당하다(대법원 1983. 3. 22. 선고 80도1591 판결).”고 판시한 바 있다. 그런데 그 ‘예외’에 불과한 규정의의를 살리려다 보니 자꾸 예외의 예외를 인정하여야 하게 된다. 그것이 우리 형사법원칙을 근간에서 무너뜨리고 있다.

이 글 앞에서 본 것처럼, 법인은 사람의 ‘경제적 필요’가 만들어낸 것이고, 거래안전과 행정목적을 위해 국가의 법적 승인이 가미된 법기술에 불과하다.<sup>451)</sup> 사람의 편리와 경제적 필요를 위해 만들었고, 행정관리를

위해 국가가 등록하도록 한 자동차가,<sup>452)</sup> 아무리 길에 많이 돌아다니고, 사람을 죽이고, 재산적 피해를 입힌다고 하여 자동차를 처벌할 것인가. 자동차도 법인 이상으로, 사람에 준한 이름이 붙기도 하고, 사랑받고, 아낌받고, 일상에서 늘 함께 생활하지 않는가. 로봇이 스스로 돌아다니고 사람들에게 피해를 입히게 되었을 때 이를 만들거나 관리하는 사람을 처벌할 것인가, 로봇을 처벌할 것인가.<sup>453)</sup>

“형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 의무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고, 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄 주체가 된다(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결 등).”

“법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없다. 구 건축법(1995. 1. 5. 법률 제4919호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항의 규정에 의하여 건축물의 유지·관리

---

451) **민법 제33조(법인설립의 등기)** 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

**상법 제172조(회사의 성립)** 회사는 본점소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

452) **자동차관리법 제5조(등록)** 자동차(이륜자동차는 제외한다)는 자동차등록원부에 등록한 후가 아니면 이를 운행할 수 없다.

453) 인공지능에 대하여 형사책임을 귀속시킬 수 있는지는 별도의 상론을 요하는 문제이다. 일단 임석순, “형법상 인공지능의 책임귀속”, **형사정책연구**, 제27권 제4호(2016. 12.) 참조.

의무를 지는 ‘소유자 또는 관리자’가 법인격 없는 사단인 경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인격 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다(대법원 1997. 1. 24. 선고 96도524 판결 등).”<sup>454)</sup>

다음은 형법이 사람의 행위를 대상으로 하여야 한다는 것을 솔직하게 고백한 판결이기도 하다고 생각한다.

“구 산업안전보건법(2002. 12. 30. 법률 제6847호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제70조 제1호, 제13조 제1항, 구 산업안전보건법 제68조 제1호, 제43조 제1항, 제70조 제1호, 제31조 제1항에 각각 정하여진 벌칙 규정의 적용 대상은 사업자임이 규정 자체에 의하여 명백하나, 한편, 구 산업안전보건법 제71조는 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다), 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반 행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌칙 규정을 적용하도록 양벌규정을 두고 있고, 이 규정의 취지는 각 본조의 위반 행위를 사업자 인 법인이나 개인이 직접 하지 아니하는 경우에는 그 행위자나 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙 규정의 적용 대상이 된다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결).”<sup>455)</sup>

---

454) 오늘날 법인과 비법인의 엄격한 구별은 불가능하다. 단체범죄에서 법인과 법인격 없는 사단을 달리 취급할 이유가 없다는 점에서도 법인처벌론은 일관성이 없다. 나아가, 법인처벌론의 논리대로라면, 민사재판 당사자가 되고 불법행위능력도 인정되는, ‘국가나 지방자치단체’도 형사법정에 세울 수 있어야 할 것이다. 그러나 무고한 사람들을 학살한 나치친범과 두 전직 대통령을 형사법정에 세우지 않았다면, 과연 역사를 바로 세울 수 있었을까. 상처 입은 사회가 충분한 ‘에도(Travail du deuil)’를 할 수 있었을까. 단체 아닌 ‘책임자’를 처벌하고, 단체에 대해서는 피해자들에 대한 배상책임을 지우는 것이(행위자도 부진정연대채무를 진다) 우리 가슴이 말하는 자연스러운 제재방식 아닐까. 조병선(2009b), 596은 단체책임을 인정하면, 결과적으로 개인책임이 경감되는 효과가 발생할 수 있음을 지적하였다.

양벌규정에서 법인에 대한 부분을 걷어내고 나면, 양벌규정의 의의란 공범규정이 적용되지 않을 경우에 자연인 사업주를 처벌할 수 있는 조항으로서 의미 정도가 남는다. 법인에 비하여 개인사업주를 차별하는 결과가 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 먼저 지적하고 싶은 것은, 지금까지의 양벌규정은 이미 충분히 개인사업주를 차별하고 있었다는 것이다. 법인은 언제나 가벼운 벌금형만 선고받는데,<sup>456)</sup> 개인사업주는 징역형을 선고받을 수 있다. 벌금형을 선고받는 경우에도 자산규모에 비추어 부담 정도가 현격히 다르다. 양벌규정은 법인사업과 개인사업을 고르게 담고 있는 것 같지만 실은 ‘바로 그 때문에’ 역차별 조항이다.

개인사업주들이 법인화하지 않는 것은 여러 가지 이유 때문이다. 개인사업주를 종업원 행위에 기하여 처벌하는 조항이 있다고 할 때, 그 개인사업주가 숙고를 거친 사업상의 경제적 판단에도 불구하고 막연한 형사책임 위험 때문에 법인화를 할까, 아니면 종업원을 잘 감독하여 범위반을 막으려 할까. 법인조직의 책임소재가 불분명해지는 것은 법인제도 자체의 본질이자 탄생 이유이기도 하다. 그런데 이를 해결하려고 법인 자체를 처벌하면 되겠다는 생각은 일면적이다. 차라리 독일 형법 제14조와 같은 규정을 두어 기관책임을 인정하는 것이 바람직하다.<sup>457)</sup>

455) 양벌규정의 “그 행위자를 벌하는 외에”라는 문구로 실제 행위자도 처벌할 수 있다고 본 것이다. 양벌규정의 창설적 효력을 인정하는 이러한 해석론을 이른바 ‘양벌규정의 수범자 확대기능’이라 한다. 그러나 자연인에 대한 처벌조항이 마련되었어야 하고, 명시적 처벌규정이 없다면 죄도 없다고 보는 것이 죄형법정주의에 부합한다고 생각한다. 명확하지 않는 범문을 근거로 실제 행위자를 처벌하는 것이 죄형법정주의에 상응하지는 않지만 기관책임을 인정하는 독일 형법 제14조와 같은 규정이 입법되기 전까지는 불가피하다고 보는 견해로는 손동권(2008) 및 “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학, 제3집 (1995) 등.

456) 벌금형 법정형이 낮은 하나의 이유는 “**형법 제50조(형의 경중)** ① 형의 경중은 제41조 기재의 순서에 의한다.”, “**제41조(형의 종류)** 형의 종류는 다음과 같다. 2. 징역 6. 벌금”이 징역형을 벌금형보다 중한 것으로 못 막아 두었기 때문이기도 할 것이다. 즉, 벌금형은 기본적으로 가벼운 형벌이라는 것이 입법자들의 전제였다.

457) **독일형법[Strafgesetzbuch (StGB)] 제14조(타인을 위한 행위)** [번역은 법무부, 독일형법(2008)에 따랐다]

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자격으로 행위한 경우, 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황(특별한 인적 요소)이 가벌성의 기초를 이루는 법률은 그와 같은 요소가 대리인에게에는 존재하지 아니하고 본인에게만 존재하는 경우에도 그 대리인에 대하여 이를 준용한다.

1. 법인의 대표기관 또는 그 기관의 구성원
2. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권이 있는 사원
3. 타인의 법정대리인

나아가, 물수는 소유 및 점유를 박탈하는 처분이고, 법인도 재산권 주체가 될 수 있는 만큼, 법인 구성원의 범죄행위와 관련된 물건 중 법인에 귀속되어 있는 물건을 몰수할 수 있어야 할 것이다. 형법 제48조 제1항 “범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서”라는 부분을 법인에도 적용시키는 것은 형벌법규 해석원칙상 타당하지 아니하므로, 입법적 해결이 필요하다. 이 때 법인격 부인 법리를 명시하는 방안도 생각해봄직하다.

## 제2절 불법행위는 손해배상으로

손해배상제도를 정비하는 것이 무엇보다 중요하다. 비범죄화는 사면한다는 뜻이 아니라, 형사벌에 의하지 않는다는 뜻일 뿐이다. 불법행위에 대한 원칙적 구제수단은 ‘손해배상제도’라는 연결고리의 확보가 시급하다 (불법행위⇒손해배상).

우리 사회에 만연한 ‘무언가 잘못된 것처럼 보임 → 감옥 보내야지(혹은 사형해야지) → 혹시라도 무죄 또는 집행유예? → 그럼 그렇지, 유전무죄 무전유죄, 판사가 돈 먹었네, 헬조선 클래스 ㅋㅋ’ 식의 형사만능 사고는 매우 심각한 상황이다. 그 끈질긴 관념을 끊어내고 근본적 인식 전환을 이끌어내는 데 모두가 힘을 모아야 한다. 원칙은 무죄추정(無罪推定)이고 입증책임은 국가기관인 검사에게 있다는 것, 유전무죄(有錢無罪)가 아니라 유전(有錢)으로는 ‘배상(賠償)’부터 하는 것이라는 사회적 공감대를 만들어내야 한다.

이를 위해선 법원에서 먼저 ‘손해배상제도가 피해를 충분히 회복시켜

---

② 사업주 또는 기타 사업권한을 가진 자로부터 다음 각 호의 1에 해당하는 위임을 받고 그 위임에 근거하여 행위한 경우에는 특별한 인적 요소가 가벌성의 기초를 이루는 법률은 그와 같은 요소가 수임자에게는 존재하지 아니하고 사업주에게만 존재하는 경우에도 그 수임자에 대하여 이를 준용한다.

1. 사업소의 전부 또는 일부의 경영에 관한 위임

2. 사업주의 책임에 속한 임무를 자기 책임으로 임무를 담당하도록 하기 위한 명시적 위임,

기업은 제1문에 의한 사업소로 본다. 위와 같은 위임에 근거하여 공공행정의 임무를 담당하는 기관의 경우에는 제1문을 준용한다.

③ 제1항과 제2항은 대리권 또는 위임관계에 기초하여 이루어진 법률행위가 무효로 된 경우에도 준용된다.

주고, 또 그로써 벌이 된다’는 것을 충분히 보여주어야 한다.<sup>458)</sup> 특히 비재산적 ‘현실적’ 손해를 모자람 없이 배상(塡補)할 수 있는 방안을 강구해야 한다.<sup>459)</sup> 형벌조항에 법정형이 엄격하게 정해져 있는 것과 달리,<sup>460)</sup> 손해배상제도에는 이미 배상액 상한이 없다(행위자의 고의·과실도 원칙상 구별하지 아니한다). 그런데 실제 사건에서는 완고한 상한이 설정되어 있는 것 같다. 형사재판에서는 무죄추정원칙이 곧잘 상대화되는데도, 민사재판은 ‘의심스러울 때는 배상하지 않는 방향으로’, ‘의심스러울 때는 피고의 이익으로’ 원칙에 따라 재판이 이루어진다(자연히 원고 청구를 기각한다는 결론이 된다).<sup>461)</sup> 손해배상제도 운영 과정에서, 원고에게는

458) 법인에 대한 형사제재를 모두 민사벌(civil penalty)로 대체하여야 한다는 견해로 Harvard University Law School, “Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions”, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 6 (1979), 1227-1375.

459) **민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상)** ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

**민법 제752조(생명침해로 인한 위자료)** 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.

이창현, 위자료에 관한 연구(경인문화사, 2010) 등도 참조.

460) 법인에 대한 벌금형 상한 또한 그렇다. 그 점에서도 벌금형을 사회변화에 쫓아 거듭 상향하는 방식은 끊임없이 시대에 뒤떨어질 수밖에 없다.

461) “과학자들이 ‘잠재적 부수효과’ 또는 ‘입증되지 않은 연관(인과관계)’이라고 부르는 것이, 부모들에게는 ‘새파랗게 질린 채 껌 껌 가쁜 숨을 헐떡거리면서 밤새도록 기침하는 자녀들’로 나타난다. 그들에게 ‘부수효과’는 목소리와 얼굴과 슬픈 눈동자와 눈물을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 그들은 ‘과학적으로 입증’될 때까지 자신들의 진술과 경험이 아무런 가치가 없다는 것을 이내 깨달아야 하게 된다. (중략) 허용기준은 그 범위 내에서 유독물질 배출을 허용하고 정당화한다. 오염의 한계를 설정하는 사람들은 동시에 오염에 협력도 하는 것이다. 참을 만한 것이라면(인용자 주: 몰살당할 정도로 못 참을 상황이 아니라면) 사회적으로는 ‘무해한 것’(인용자 주: ‘위험이 입증되지 않은 것’)으로 규정된다. 허용치는 자연과 인간에게 미량일지라도 해를 끼칠 수 있는 ‘백지수표’이기도 하다. 이 ‘미량’이 얼마나 되는가는 여기서 중요하지 않다. 중요한 것은 동식물과 인간이 얼마나 많은 양 또는 적은 양의 유독물질을 ‘견딜 수 있는가’이다. (중략) 더 중요한 것은 법이 허용치를 정하고 있지 않은 부분이다. 법에 포괄되지 않은 물질은 독성이 없는 것으로 간주되어 제한 없이 자유롭게 유통될 수 있다. 법이 침묵하고 있는 부분, 그 ‘공백지대’가 가장 위협적이다. (중략) 사람들에게 대한 효과는, 궁극적으로 사람들을 통해서만 믿을 만한 연구결과를 얻을 수 있다. 사람들에게 대한 실험은 행해지지 않는 것처럼 행해진다. 정확히 말해 그 실험은, 연구용 동물들에 대한 실험과 마찬가지로, 물질을 사람들에게 조금씩 공급(판매)하는 방식으로 행하여진다. 사람들의 반응이 체계적으로 조사·기록되지 않는다는 의미에서라면, 실험은 행해지지 않는다. 그러나 사람들에게 대한 실험은 보이지 않게, 분명히, 행해지고 있다. 과학적 점검 없이, 조사 없이, 통계 없이, 상관적 분석 없이, 피해자들에게 알려지지 않은 채, 그리고 피해자들이 역전된 입증책임을 부담하여야 하는 방식으로.”



엄격한 입증을 요구하면서 피고에 대해서는 은연중에 (‘확실히 책임이 입증되는 만큼만’이라는) 응보론적 책임주의를 작동시키고 있는 것은 아닐까. 형사처벌 아닌 것은 형사범처럼, 형사처벌은 형사범 아닌 것처럼 운영되다 보니, 법도 사회도 그에 대한 분별을 잃어가고 있다. 이도 저도 아닌 양벌규정의 존재가 이를 심화시키는 측면도 크다.

마음속의 손해배상액 상한, 민사재판 입증정도를 형사재판에 비하여 험겁게 하여야 한다. 법원에 보이지 않는 손해를 평가할 방법과 능력이 없다는 것이 피해자에게 손해를 감수하게 하는 핑계가 되어서는 아니 된다.<sup>462)</sup> 법원의 계산이 자꾸 모자라게 나오니까, 법원 계산에서 아예 3배를 하자는 주장까지 나오고 있지 않는가.<sup>463)</sup> 그러나 부정확한, 혹은 틀린

Beck(1997), 115-127.

462) 과학적 증거와 관련한 것이지만, 법원이 전문적 방법론에 무지할수록 해당 전문가의 전문가증언을 소극적으로 활용하는 경향을 보인다는 연구로 Maxine D. Goodman, “A Hedgehog on the Witness Stand - What’s the Big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony”, *American University Law Review*, Vol. 59, No. 3 (2010), 648. 판사들은 제시된 과학적 증거의 타당성에 대해서는 의미 있는 검토를 하지 않고, 오히려 다른 판사가 그 전에 선고한 판결에 의존하거나, 검사에 우호적인 편향(pro-prosecution bias)을 보인다는 연구도 있다. Donald E. Shelton, *Forensic Science in Court: Challenges in the Twenty First Century(Issues in Crime and Justice)* (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2010), 136; 권영법, “과학적 증거의 허용성: 전문가증인의 허용성문제와 관련 쟁점의 검토를 중심으로”, 법조, 통권 667호 (2012), 96에서 재인용.

463) **하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조(손해배상 책임)**

① 원사업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항 및 제12조의3제3항을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. <신설 2011.3.29. 개정 2013.5.28>

③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해규모
3. 위반행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 원사업자의 재산상태
7. 원사업자의 피해구제 노력의 정도

지난 2017. 4. 18. 제조물책임법에도 이른바 ‘징벌적 손해배상’ 규정이 도입되어 2018. 4. 19. 시행될 예정이다.

**제조물 책임법 제3조(제조물 책임)** ① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또

답에 일괄적으로 3배를 한다고 하여 정답이 튀어나오지는 않는다. 판사들의 마음속에 손해배상제도를 형사책임주의적으로 운영하는 경향이 남아 있는 한, 실제로는 나중에 3배할 것을 무의식중에 염두에 두고 처음에는 1/3 정도로 낮추어 소극적으로 계산하는 식으로 적용될 가능성도 배제하기 어렵다. 발생한 손해는 남김없이 계산해서 배상시키는 ‘전보배상’ 원칙부터 확립하는 것이 우선이다. 불법행위법은 ‘판사가 만드는 열린 법’이다. 손해배상제도가 원칙에 따라 운영될 수 있는 길을 다각도로 찾아야 한다.<sup>464)</sup>

민법에 의한 억지력이 불충분하니 법인 벌금형 상한을 높이자는 주장이 있다. 그러나 이는 근본적 해결책이라고 보기 어렵다. 법인이 잘못을

---

는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2017.4.18.>

1. 고의성의 정도
2. 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도
3. 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익
4. 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도
5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모
6. 제조업자의 재산상태
7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도

464) 구체적 손해액의 증명을 완화하는 내용의 민사소송법 제202조의2가 2016. 3. 29. 공포되어 2016. 9. 30.부터 시행을 맞게 되었다. 바람직한 방향이라고 생각한다.

**민사소송법 제202조의2(손해배상 액수의 산정)** 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해액의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제57조, 특허법 제128조, 상표법 제110조, 저작권법 제126조, 콘텐츠산업 진흥법 제38조 제2항, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제14조의2, 증권관련 집단소송법 제34조 제2항 등에는 이미 유사한 조문이 도입되어 있었는데, 일반규정을 도입한 것이다.

또한, 대법원은 지난 2016년 전국민사법관포럼, 사법발전을 위한 법관세미나(민사), 위자료연구반의 연구와 토론을 거쳐, 위자료 산정의 1단계 기준금액을 교통사고 1억 원, 대형재난사고 2억 원, 영리적 불법행위 3억 원, 일반피해 명예훼손 5,000만 원, 중대피해 명예훼손 1억 원으로 정하고, 불법행위 정상에 따라 특별가중(2단계) 및 일반증액·감액(3단계)을 거쳐 최대 3배까지 증액할 수 있는 것을 내용으로 하는 불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안(2017. 1.)을 발간하였다.

이유로 무언가 돈을 내놓아야 하는 상황이라면 그것은 (가뜩이나 피해회복도 불충분한 마당에) 최우선적으로 피해자에게 배상되어야 한다. 국가가 이를 벌금 형태로, 그것도 아주 높은 벌금액으로 가로채어 가는 것은 정당성을 갖기 어렵다. 피해자들에 대한 배상이 부족함으로 인하여 발생하는 문제는, 피해자에게 어떻게 하면 ‘충분히’ 배상할까라는 정면대응에 의하여 해결하여야 한다. 다른 법이 할 일을 충분히 하고 있지 못하면 그 법이 그 일을 잘 할 수 있도록 격려하고 응원해주면 된다. ‘네가 못하니 내가 나서서 기업한테서 돈을 뜯어줄게’라는 것은 효과보다는 폐단이 더 크다.

손해배상액이나 과태료는 원가계산에 포함되어 결국 주주나 소비자, 직원들에게 그 피해가 전가되므로, 회사 자체를 처벌하는 것만이 효과적이라는 취지의 주장도 있다. 그러나 법인에 대한 처벌도 그것이 벌금형에 의하는 것인 한 정확히 똑같은 문제가 발생한다. 게다가 손해배상과 과태료로 인한 기업운영상 부담은, 부과할 때부터 예정하고 심지어 의도된 효과이다. 기업에 대한 모든 제재수단은 결국 따지고 보면 기업에 경제적 부담을 주려는 생각을 바탕으로 깔고 있다. 그것이야말로 최선의 억지력이기 때문이다. 기업에 이를 전가할 방법이 있다는 것은 다른 어떤 제재수단에 의하더라도 항상 마찬가지이다.

불법행위법은 잠재력이 무한한 법이다. 그 잠재력에 날개를 다는 것은 법원 몫이다.

### 제3절 행정규제

그러나 어떤 경우에는 손해배상제도만으로는 불법행위로 인한 사회적 비용이 충분히 내부화되지 않는 경우가 있다. 본문에서 살펴본 것처럼 피해가 널리 분산되어 발생하는 경우, 위해행위의 적발확률이 낮은 경우 등이다. 이 때 행정상 규제수단을 활용하여야 한다.

법인체 불법이 많이 문제되는 환경법 분야를 예로 들면, ‘계획 및 사전 배려수단(Planungen und Vorsorgliche)’으로 환경계획(장단기, 종합·분야별), 환경기준 설정, 환경영향평가, 토지이용규제(지역·지구·구역 등의 지

정), ‘직접적 규제수단(directe Verhaltenssteuerung)’으로 신고·등록·표시 등 의무부과, 인·허가제, 배출시설 및 오염방지시설 규제, 공표제, 공법상 계약, 특정행위 금지·제한, 경제적 유인을 이용하는 ‘간접적 유인수단(indirecte Steuerung)’으로 부담금, 배출부과금, 환경세, 세제혜택, 보조금, 배출권거래 등 오염권 판매·면허제, 쓰레기종량제 등 일일이 열거할 수 없을 정도로 다양한 정책수단이 개발되고 있다. 여기에 더하여 자가 측정제도, 환경경영체제인증제도, 환경마크제도, 녹색기업지정제도 등과 같은 ‘자율적 환경관리제도’도 최근 주목을 받고 있다.<sup>465)</sup> 환경비용의 ‘내부화’를 도모하는 시장유인적 규제수단은 비용-경제적이고, 혁신기술 도입을 촉진하며, 해당오염원에 경제원리에 기초하여 스스로의 판단에 따라 최선의 선택을 할 수 있는 기회를 줄 수 있다. 유연성과 재원 조달효과도 장점으로 거론된다.<sup>466)</sup> 환경피해를 배상한 뒤에도 남는 불법수익이 있다면, 과징금으로 환수할 수 있다.<sup>467)</sup>

형벌에 의하여야 할 불가피성이 없거나 적은 행위들은 행정법규가 마련한 위와 같은 다면적 수단을 적재적소에 활용하는 것이 효과적이다. 오늘날 환경보호는 환경문제의 다양성·복잡성, 과학기술 관련성 등으로 행정종속성이 더욱 강해지고 있다. 개별 환경법에는 벌금 최고 한도가 1억 원으로 정해져 있다. 법인도 그 기준의 적용을 받는다. 그러나 환경범죄로 막대한 이익을 보면서도 적발확률이 낮기 때문에, 고의로 법규를 위반하고 오염물질을 방치하는 등 형벌이 억지기능을 거의 하지 못하고 있다.<sup>468)</sup> 환경오염의 ‘범죄화전략’ 자체에 의문을 표하는 견해도 있다.<sup>469)</sup>

465) 박군성, 함태성, **환경법(제7판)**(박영사, 2015), 83-146; 김홍균, **환경법(제3판)**(홍문사, 2014), 853-904; 홍준형, **환경법(제2판)**(박영사, 2005), 132-340 등.

466) 김홍균(2014), 위의 책 874-875.

467) “구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 **부당내부거래 억지**라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 **행정상의 제재금**으로서 기본적 성격에 **부당이득 환수적 요소**도 부가되어 있다(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정).” 참조.

468) 김홍균(2014), 873-874.

469) 경찰법에서 공해방지법, 환경법으로 변천을 거치면서, 환경보전은 제복을 입은 경찰관의 임무가 아니라 환경전문가를 대동한 전문행정가의 규제행정적 과제라는 인식이 확산되었다. 그러나 집행결함이 문제되는 사례들이 발생하면서 국가형벌권의 전통적 위하력에 호소하려는 경향이 최근 고개를 들고 있다. 우리나라 국민들은 수원지 오염으로 사람이 사망한 경우 방화나 상해보다 심각성이 높은 범죄라고 인식한다는 실증 연구 결과가 있다. 김익기, 김성연, **한국의 환경오염 및 환경범죄의 실태에 관한 연구**

규제정책을 통하여 적발확률을 높이고, 불법수익을 확실히 환수하여 환경불법 유인을 차단하여야 한다. 이는 다른 규제법 영역에서도 마찬가지이다.

다양한 규제수단, 예컨대 법인해산, 영업정지, 영업소 폐쇄, 전화·전기·수도 공급거부, 공적 계약에서 배제, 기업자금 공모금지, 수표발행 금지 또는 신용카드 사용금지, 인·허가 제한, 개선명령 등 행정법적 규제수단을 형사법에 도입하여, 법인에 맞는 형벌을 찾아야 한다는 견해가 있다. 특히 행정법 전통이 강한 프랑스의 경우를 중심으로 외국 사례들을 취합한 것으로 보인다.<sup>470)</sup> 그러나 그러한 수단들은 이미 행정기관에서 더 다양하게 개발하여 활용하고 있는 수단들이다. 불충분하게나마 문제없이 돌아가고 있는 제도들의 옥상옥(屋上屋)이기도 하거니와, 형사재판의 현실을 간과한 이상주의적 견해라고 생각한다.

형사재판은 기본적으로 ‘OX 재판’이다. 검사도, 피고인도, 재판부도 범죄사실이 입증되는지 안 되는지에 일차적 관심이 쏠려 있다. 그리고 그 결론은 ‘신속하게’ 나야 한다. 그런데 위와 같은 새로운 제재방식을 형사재판의 결론으로 삼기 위해서는 범죄사실에 관한 증거들 외에, 제재수단을 선택하는 데 필요한 ‘내밀하고 깊은’ 사정들이 별도로 심리되어야 한다. 그러한 자료들은 형사재판에서 거증책임이 없는 피고인으로부터 제출되어야 한다(특히 이하에서 언급할 보호관찰을 명하려면 피고인의 주의·감독의무위반 판단에 영향을 줄 수 있는 불리한 증거를 제출받아야 할 것이다). ‘손해액 산정’은 법원이 늘 해오던, 매우 익숙한 업무에 속한다. 그럼에도 신속한 피해회복을 위해 도입된 ‘배상명령제도’조차 전체 사건 약 84.6% 정도가 구체적 심리에 들어가지 않은 채 각하되고 있다

---

(한국형사정책연구원, 1993), 169; 이상 홍준형(2005), 264-265에서 재인용.

470) 프랑스에서는 시민혁명으로 절대왕정이 폐지된 후, 귀족적 색채가 남아 있던 사법권에 대한 불신을 배경으로 ‘사법권으로부터 행정권의 독립’을 강조하는 특유의 권력분립원리와, 국가목적 수행을 위한 공적 권위의 승인이라는 전통을 가지게 되었다. 행정이 발동한 ‘권위행위 또는 공권력행위(les actes d'autorité ou de puissance publique)’에 대해서는 사법부에 속한 일반법원이 아닌 행정부 소속의 국참사원(Conseil d'Etat)이 재판한다. Hans D. Jarass, “Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich”, *Die Öffentliche Verwaltung* (1981)[박정훈 번역, “독일 행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성”, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1](박영사, 2005) [행정법연구, 제5호 (1999)]] 등 참조.

(사건부호 ‘초기’, 사건명 ‘배상’으로 검색 시, 2016. 9. 30. 현재까지 주문이 ‘각하한다’인 경우가 711건, ‘지급하라’인 경우가 129건). 피해금액이 특정되지 아니하거나, 피고인의 배상책임 (유무 또는) 범위가 명백하지 않거나, 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송 절차에서 배상명령을 하는 것이 타당하지 아니하다고 인정되는 경우라는 이유에서다(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조 제3항 제2, 3, 4호).<sup>471)</sup>

기업에 대한 보호관찰제도 도입을 주장하는 견해도 있다. 기업에 일정한 제재 또는 의무를 부과하고 그 준수여부를 보호관찰관이 감독하여 ‘체질개선’을 도모한다는 내용이다. 그러나 그 역시 실효성은 없거나 적으면서 국가기관의 한정된 인력과 자원에 대단히 큰 부담만 주는 대책이 될 가능성이 매우 크다고 생각한다. 기업의 내부적인 사정(black box)은 기본적으로 그 조직에서 ‘시간을 오래 보내야’ 알 수 있다(경제학에서도 ‘조직 내부’에 대한 인식을 갖게 되기까지, ‘경영학’이 탄생하기까지 얼마나 오랜 세월이 걸렸는가). 각종 행정감독·감사에서, 피감조직은 피감조직대로 그에 대비하여 많은 힘을 쏟아야 하고, 감독·감사 주체는 피감조직 측에서 제출하는 자료를 열심히 들여다보고 조직을 둘러보더라도 막상 특별히 알 수 있는 내용이 없는 경우를 많이 본다. 자연인에 대한 보호관찰제도는 보호관찰법이 1988. 12. 31. 제정되어 1989. 7. 1.부터 시행된 이래 자리 잡아 가고 있는 제도이다. 그러나 형사재판에서 보호관찰을 명하면서도, 피고인이 구체적으로 어떤 관리를 받고 그것이 어떤 효과가 있는지에 대해서는 형사법관들이 속속들이 알고 있다고 자신할 수 없을 것이다. 기업에 대한 보호관찰을 검사에게 맡긴다는 등 여러 대책이 제시되고 있으나, 그 누가 새로이 기업 보호관찰 업무를 맡더라도 전문성의 한계 등으로 그것이 실효적인 방식으로 수행되기는 어렵다고 생각한다. 상법 제542조의13은 준법지원인 제도를 두고 있다.<sup>472)</sup> 문제가 있

471) 그럼에도, 절차 중복을 피하기 위하여 보다 적극적으로 활용하는 것이 바람직하다고 생각한다.

472) **상법 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)**

- ① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 법령을 준수하고 회사 경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 “준법통제기준”이라 한다)를 마련하여야 한다.
- ② 제1항의 상장회사는 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(이하 “준

을 때마다 새 제도를 만들기보다는 이미 있는 제도를 더 잘 활용할 방안을 모색하는 것이 우선이다. 그리고 기업의 체질개선은 이윤동기를 활용하는 방식이 가장 효과적이다.

법인에 맞는 형사제재수단을 고민하는 과정에서 등장한 위와 같은 대책들은, 실은 ‘법인제도 자체’에 행정관리 속성이 강함을 인식한 견해이다(그리고 벌금형을 상향하자는 견해는, 법인도 기업도 결국 경제적 동기에 의하여 결성된 조직임을 염두에 둔 견해이다). 더욱이 양벌규정이 들어간 법률 대부분은 행정법규이다. 원래 그 일을 하고 있던, 더 전문성을 갖춘 각 소관부서들이 관련 업무를 맡게 하는 것이 정석이다. 과징금, 보조금 등 경제적 제재·유인 수단까지 갖춘(벌금형은 이와 실질적으로 다르지 않다), 목적에 맞게 다양한 수단을 구사할 수 있고, 불법 발생 전에 예방활동도 할 수 있는, 그 일을 더 잘 할 수 있는 기관이 본연의 역할을 할 수 있도록 도와주면 된다. 법원은 행정소송을 통하여 행정처분의 적법성을 판단하는 것으로 족하다. 사법기관이 잘 모르고 평소 안 하

---

법지원인"이라 한다)을 1명 이상 두어야 한다.

- ③ 준법지원인은 준법통제기준의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 한다.
- ④ 제1항의 상장회사는 준법지원인을 임명하려면 이사회 결의를 거쳐야 한다.
- ⑤ 준법지원인은 다음 각 호의 사람 중에서 임명하여야 한다.
  - 1. 변호사 자격을 가진 사람
  - 2. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 법률학을 가르치는 조교수 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람
  - 3. 그 밖에 법률적 지식과 경험이 풍부한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람
- ⑥ 준법지원인의 임기는 3년으로 하고, 준법지원인은 상근으로 한다.
- ⑦ 준법지원인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다.
- ⑧ 준법지원인은 재임 중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다.
- ⑨ 제1항의 상장회사는 준법지원인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 하여야 하고, 제1항의 상장회사의 임직원은 준법지원인이 그 직무를 수행할 때 자료나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실하게 응하여야 한다.
- ⑩ 제1항의 상장회사는 준법지원인이었던 사람에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 된다.
- ⑪ 준법지원인에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. 다만, 다른 법률의 규정이 준법지원인의 임기를 제6항보다 단기로 정하고 있는 경우에는 제6항을 다른 법률에 우선하여 적용한다.
- ⑫ 그 밖의 준법통제기준 및 준법지원인에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

던 일까지 다 맡다 보면 원래 하던 일까지 제대로 못하게 된다. 권한배분이 불분명하면 행정기관이 행정권 행사에 소극적으로 될 수밖에 없다. 규제당국이 할 일이 무엇인지를 모르고 할 일을 하지 않는 상황은 지극히 위험하다.

## 제4절 마치며

세상 모든 문제를 형사법으로 끌고 들어오려 해서는 안 된다. 그것은 ‘형법제국주의’이다. 형사법은 다른 모든 규범을 과잉결정할 수 있는 강력한 규범이기 때문에, 적극적 형법은 그것에만 그치는 것이 아니라 다른 규범들을 모조리 밀어내고 주변화시킨다. 세상에는 형법의 개입 없이도 잘 돌아가고 있는 부분들이 많이 있다. 형법은 꼭 필요한 순간에만 나서는 최후수단성, 보충성, 검약성을 미덕으로 삼는다. 기업불법에 관하여 제시되는 많은 처방들은, 이미 있고 오랜 세월 발달되어 온 더 적합한 민·상법, 행정법상의 제도를 어떻게 잘 활용할 것인가를 미루어 둔 채, 많은 새로운 제도들을 만들고, 그것을 체계상 맞지도 않는 형사법제로 모두 편입시키려 하고 있다. ‘기업도 잘못하면 처벌받아야 한다’는 것은 어찌면 당연한 생각일 수 있다. 그러나 기업을 달래고 다스리는 방책이 꼭 형벌이어야 할 이유는 없다. 혹시 기업범죄를 억지하기 위해 기업을 형사처벌하고야 말겠다는 그 생각이, 목적달성에 오히려 장애가 되고 있는 것은 아닐지, 한 번 생각해보아야 하는 것이 아닐까.



별지

양별규정 입법 현황 (2017. 5. 1. 기준)

순번	법률명	번호	공포	시행	상태	소관부처
1	2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법	14622	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
2	6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률	14416	16.12.20	16.12.20	일부	국방부
3	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	14454	16.12.20	17.03.21	일부	공정위
4	가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률	14058	16.03.02	16.09.03	일부	여성부
5	가족관계의 등록 등에 관한 법률	14169	16.05.29	16.11.30	일부	법무부
6	가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률	12813	14.10.15	15.01.16	일부	농림부
7	가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률	14481	16.12.27	17.01.01	타법	환경부
8	가축전염병 예방법	14113	16.03.29	17.03.30	타법	농림부
9	간선급행버스체계의 건설 및 운영에 관한 특별법	13797	16.01.19	17.01.20	타법	국토부
10	간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률	14481	16.12.27	17.01.01	타법	농림부
11	감염병의 예방 및 관리에 관한 법률	13639	15.12.29	16.06.30	일부	복지부
12	감정평가 및 감정평가사에 관한 법률	14091	16.03.22	16.09.01	타법	국토부
13	개발이익 환수에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
14	개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법	14086	16.03.22	16.09.23	일부	국토부
15	개인정보 보호법	14107	16.03.29	16.09.30	일부	행자부
16	건강기능식품에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	식약처
17	건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률	13895	16.01.27	16.07.28	일부	노동부
18	건설기계관리법	14707	17.03.21	17.04.22	일부	국토부
19	건설기술 진흥법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
20	건설산업기본법	14015	16.02.03	16.08.04	일부	국토부
21	건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
22	건축물의 분양에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
23	건축법	14016	16.02.03	16.08.04	일부	국토부
24	건축사법	13472	15.08.11	16.02.12	일부	국토부
25	검역법	13980	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
26	게임산업진흥에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	문화부
27	결혼중개업의 관리에 관한 법률	14441	16.12.20	16.12.20	일부	여성부
28	경비업법	13814	16.01.26	16.01.26	일부	경찰청
29	경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	산자부
30	경찰제복 및 경찰장비의 규제에 관한 법률	12914	14.12.30	15.12.31	제정	경찰청
31	계량에 관한 법률	12694	14.05.28	15.01.01	전부	산자부
32	고도 보존 및 육성에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	문화재청 문화부
33	고압가스 안전관리법	14079	16.03.22	16.09.23	타법	산자부
34	고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률	14495	16.12.27	16.12.27	일부	노동부
35	고용보험법	14233	16.05.29	16.08.01	일부	노동부
36	고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률	13897	16.01.27	16.07.28	일부	노동부
37	골재채취법	14605	17.03.21	17.03.21	타법	국토부
38	공간정보산업 진흥법	14087	16.03.22	16.03.22	일부	국토부
39	공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률	13796	16.01.19	16.09.01	타법	국토부 해수부

40	공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
41	공공단체등 위탁선거에 관한 법률	14523	16.12.27	16.12.27	일부	선관위
42	공공주택 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
43	공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률	10569	11.04.08	11.04.08	일부	기재부
44	공동주택관리법	14093	16.03.22	16.08.12	타법	국토부
45	공사채 등록법	12834	14.10.15	14.10.15	일부	금융위
46	공연법	13957	16.02.03	16.05.04	일부	문화부
47	공유수면 관리 및 매립에 관한 법률	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
48	공익법인의 설립·운영에 관한 법률	14171	16.05.29	16.11.30	일부	법무부
49	공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률	14711	17.03.21	17.03.21	일부	국토부
50	공익신고자 보호법	13443	15.07.24	16.01.25	일부	권익위
51	공익신탁법	12420	14.03.18	15.03.19	제정	법무부
52	공인노무사법	13898	16.01.27	16.04.28	일부	노동부
53	공인중개사법	14334	16.12.02	16.12.02	일부	국토부
54	공장 및 광업재단 저당법	11690	13.03.23	13.03.23	타법	법무부
55	공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률	14116	16.03.29	17.03.30	타법	금융위
56	공중위생관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	복지부
57	공증인법	11823	13.05.28	13.11.29	일부	법무부
58	공직선거법	14571	17.03.09	17.03.09	일부	선관위
59	공항시설법	14342	16.12.02	17.03.30	타법	국토부
60	관광진흥법	14623	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
61	관세법	14379	16.12.20	17.01.01	일부	기재부
62	관세사법	14462	16.12.27	17.01.01	일부	기재부
63	광산안전법	13729	16.01.06	17.01.07	일부	산자부
64	광업법	13730	16.01.06	16.07.07	일부	산자부
65	교통사고처리 특례법	13829	16.01.27	16.07.28	타법	경찰청 법무부
66	교통안전법	14116	16.03.29	17.03.30	타법	국토부
67	교통약자의 이동편의 증진법	14116	16.03.29	17.03.30	타법	국토부
68	국가공간정보 기본법	12736	14.06.03	15.06.04	일부	국토부
69	국가기술회사법	14497	16.12.27	17.03.28	일부	노동부
70	국가통합교통체계효율화법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
71	국내재산 도피 방지법	10213	10.03.31	10.03.31	일부	법무부
72	국민건강보험법	14557	17.02.08	17.02.08	일부	복지부
73	국민건강증진법	14777	17.04.18	17.04.18	일부	복지부
74	국민기초생활 보장법	13987	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
75	국민연금법	14438	16.12.20	16.12.20	타법	복지부
76	국민체육진흥법	14624	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
77	국제과학비즈니스벨트 조성 및 지원에 관한 특별법	13854	16.01.27	16.07.28	타법	미래부
78	국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법	12775	14.10.15	14.10.15	일부	법무부
79	국제조세조정에 관한 법률	14474	16.12.27	17.03.28	타법	기재부
80	국제항해선박 및 항만시설의 보안에 관한 법률	12844	14.11.19	14.11.19	타법	해수부
81	국토의 계획 및 이용에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
82	군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률	13772	16.01.19	16.01.19	일부	국방부
83	군용전기통신법	10793	11.06.09	11.06.09	일부	국방부
84	궤도운송법	14088	16.03.22	16.06.23	일부	국토부

85	근로기준법	12527	14.03.24	14.03.24	일부	노동부
86	근로복지기본법	13900	16.01.27	16.07.28	일부	노동부
87	근로자퇴직급여 보장법	10967	11.07.25	12.07.26	전부	노동부
88	금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
89	금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
90	금융지주회사법	14121	16.03.29	16.07.30	일부	금융위
91	금융회사의 지배구조에 관한 법률	14271	16.05.29	16.08.01	타법	금융위
92	급경사지 재해예방에 관한 법률	13474	15.08.11	16.08.12	타법	안전처
93	기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률	12469	14.03.18	14.09.19	일부	노동부
94	기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률	13999	16.02.03	17.02.04	타법	행자부
95	기상법	14116	16.03.29	17.03.30	타법	기상청
96	기상산업진흥법	14787	17.04.18	17.04.18	일부	기상청
97	기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률	12844	14.11.19	14.11.19	타법	산자부
98	기업구조조정투자회사법	14819	17.04.18	17.04.18	일부	금융위
99	기업도시개발 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
100	기초연금법	14474	16.12.27	17.03.28	타법	복지부
101	낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
102	낙시 관리 및 육성법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	해수부
103	남극활동 및 환경보호에 관한 법률	12768	14.10.15	14.10.15	일부	외교부 해수부 환경부
104	남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률	13932	16.01.28	16.01.28	일부	노동부
105	남북교류협력에 관한 법률	12396	14.03.11	14.06.12	일부	통일부
106	노동위원회법	13904	16.01.27	16.01.27	일부	노동부
107	노동조합 및 노동관계조정법	12630	14.05.20	14.05.20	일부	노동부
108	노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률	13645	15.12.29	15.12.29	일부	복지부
109	노인복지법	13646	15.12.29	16.12.30	일부	복지부
110	노인장기요양보험법	13647	15.12.29	16.12.30	일부	복지부
111	농림수산물식품과학기술 육성법	13383	15.06.22	15.12.23	타법	농림부 해수부
112	농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률	13385	15.06.22	16.06.23	타법	농림부 해수부
113	농수산물 품질관리법	14035	16.02.29	17.03.01	타법	농림부 식약처 해수부
114	농수산물의 원산지 표시에 관한 법률	14207	16.05.29	16.11.30	일부	농림부 해수부
115	농수산자조금의 조성 및 운용에 관한 법률	13383	15.06.22	15.12.23	타법	농림부 해수부
116	농약관리법	13403	15.07.20	15.07.20	일부	농림부
117	농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률	14208	16.05.29	16.08.30	일부	농림부 해수부
118	농어업인의 안전보험 및 안전재해예방에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	농림부
119	농어업재해보험법	14586	17.03.14	17.03.14	일부	농림부 해수부
120	농어촌도로 정비법	13828	16.01.27	16.01.27	일부	행자부
121	농어촌마을 주거환경 개선 및 리모델링 촉진을 위한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	농림부 해수부
122	농어촌정비법	14480	16.12.27	16.12.27	일부	농림부 해수부

123	농업생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률	14605	17.03.21	17.03.21	타법	농림부
124	농업생산기반시설 및 주변지역 활용에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	농림부
125	농업협동조합의 구조개선에 관한 법률	14481	16.12.27	17.01.01	타법	농림부
126	농지법	14242	16.05.29	16.12.01	타법	농림부
127	농촌융복합산업 육성 및 지원에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	농림부
128	뉴스통신 진흥에 관한 법률	14628	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
129	다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법	13914	16.01.27	16.07.28	일부	안전처
130	담배사업법	14042	16.03.02	17.03.03	일부	기재부
131	대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률	14529	17.01.17	17.04.18	일부	산자부 중기청
132	대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	14455	16.12.20	16.12.20	일부	공정위
133	대기환경보전법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
134	대리점거래의 공정화에 관한 법률	13614	15.12.22	16.12.23	제정	공정위
135	대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률	14072	16.03.03	16.03.03	일부	금융위
136	대외무역법	13838	16.01.27	16.07.28	일부	산자부
137	대중교통의 육성 및 이용촉진에 관한 법률	13682	15.12.29	16.06.30	일부	국토부
138	대중문화예술산업발전법	12349	14.01.28	14.07.29	제정	문화부
139	댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
140	도로교통법	14266	16.05.29	16.11.30	일부	경찰청
141	도로법	14338	16.12.02	16.12.02	일부	국토부
142	도시 및 주거환경정비법	14113	16.03.29	17.03.30	타법	국토부
143	도시가스사업법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	산자부
144	도시개발법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
145	도시공원 및 녹지 등에 관한 법률	14239	16.05.29	16.05.29	일부	국토부
146	도시교통정비 촉진법	13433	15.07.24	16.01.25	일부	국토부
147	도시철도법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	국토부
148	도청이전을 위한 도시건설 및 지원에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
149	독도 등 도서지역의 생태계 보전에 관한 특별법	12458	14.03.18	14.03.18	일부	환경부
150	독점규제 및 공정거래에 관한 법률	14137	16.03.29	16.03.29	일부	공정위
151	동·서·남해안 및 내륙권 발전 특별법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
152	디자인보호법	14032	16.02.29	16.02.29	일부	특허청
153	마리나항만의 조성 및 관리 등에 관한 법률	14730	17.03.21	17.04.22	일부	해수부
154	마약류 관리에 관한 법률	14019	16.02.03	16.02.03	일부	식약처
155	마약류 불법거래 방지에 관한 특별법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	법무부
156	매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률	14605	17.03.21	17.03.21	타법	문화재청
157	먹는물관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
158	모자보건법	13597	15.12.22	16.06.23	일부	복지부
159	목재의 지속가능한 이용에 관한 법률	11690	13.03.23	13.05.24	타법	산림청
160	무인도서의 보전 및 관리에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	해수부
161	문화재보호법	14640	17.03.21	17.03.21	일부	문화재청
162	문화재수리 등에 관한 법률	14437	16.12.20	16.12.20	일부	문화재청
163	물가안정에 관한 법률	10623	11.05.02	11.05.02	일부	기재부
164	물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률	14713	17.03.21	17.04.22	일부	국토부
165	물류정책기본법	14541	17.01.17	17.01.17	일부	국토부 해수부
166	민간임대주택에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부

167	민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률	9522	09.03.25	09.03.25	일부	법무부
168	반도체 집적회로의 배치설계에 관한 법률	13150	15.02.03	15.08.04	일부	특허청
169	발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률	13664	15.12.29	16.12.30	타법	복지부
170	방문판매 등에 관한 법률	14138	16.03.29	16.09.30	일부	공정위
171	방사성폐기물 관리법	13735	16.01.06	16.01.06	일부	산자부
172	방송광고판매대행 등에 관한 법률	13930	16.01.27	16.01.27	일부	방통위
173	방송법	13978	16.02.03	16.08.04	타법	미래부 방통위
174	방송통신발전 기본법	13581	15.12.22	16.06.23	일부	미래부 방통위
175	방어해면법	12558	14.05.09	14.08.10	일부	국방부
176	방위사업법	14182	16.05.29	16.11.30	일부	국방부
177	방위산업기술 보호법	13632	15.12.29	16.06.30	제정	국방부
178	배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
179	백두대간 보호에 관한 법률	12414	14.03.11	14.09.12	일부	산림청 환경부
180	범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률	12842	14.11.19	14.11.19	일부	법무부
181	범죄피해자 보호법	14583	17.03.14	17.03.14	일부	법무부
182	범죄피해자보호기금법	12778	14.10.15	15.01.01	일부	법무부
183	법무사법	13953	16.02.03	16.08.04	일부	법무부
184	변리사법	13843	16.01.27	16.07.28	일부	특허청
185	변호사법	14056	16.03.02	16.07.01	타법	법무부
186	병역법	14184	16.05.29	16.11.30	타법	국방부 병무청
187	병원체자원의 수집·관리 및 활용 촉진에 관한 법률	13992	16.02.03	17.02.04	제정	복지부
188	보건범죄 단속에 관한 특별조치법	11690	13.03.23	13.03.23	타법	법무부
189	보조금 관리에 관한 법률	14524	17.01.04	17.01.04	일부	기재부
190	보험업법	14124	16.03.29	16.06.30	일부	금융위
191	보호관찰 등에 관한 법률	13712	16.01.06	16.01.06	일부	법무부
192	복권 및 복권기금법	14097	16.03.29	16.03.29	일부	기재부
193	부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
194	부동산 거래신고 등에 관한 법률	13797	16.01.19	17.01.20	제정	국토부
195	부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률	13713	16.01.06	17.01.07	일부	국토부
196	부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	법무부
197	부동산등기 특별조치법	12844	14.11.19	14.11.19	타법	법무부
198	부동산투자회사법	13798	16.01.19	16.07.20	일부	국토부
199	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률	14033	16.02.29	16.09.01	타법	특허청
200	부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률	14183	16.05.29	16.11.30	타법	권익위
201	불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률	14109	16.03.29	16.03.29	타법	산자부
202	비료관리법	13135	15.02.03	15.02.03	일부	농림부
203	비파괴검사기술의 진흥 및 관리에 관한 법률	12759	14.10.15	14.10.15	일부	미래부
204	사격 및 사격장 안전관리에 관한 법률	13832	16.01.27	16.07.28	일부	경찰청
205	사료관리법	14481	16.12.27	17.01.01	타법	농림부
206	사행행위 등 규제 및 처벌 특별법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	경찰청
207	사회기반시설에 대한 민간투자법	14242	16.05.29	16.12.01	타법	기재부
208	사회복지공동모금회법	13995	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
209	사회복지사업법	14325	16.12.02	16.12.02	일부	복지부
210	사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법	14326	16.12.02	16.12.02	일부	복지부

	률					
211	산림교육의 활성화에 관한 법률	12430	14.03.18	14.03.18	일부	산림청
212	산림문화·휴양에 관한 법률	14268	16.05.29	16.08.30	일부	산림청
213	산림보호법	13406	15.07.20	16.01.21	일부	산림청
214	산림복지 진흥에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	산림청
215	산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률	14269	16.05.29	16.07.30	일부	산림청
216	산림조합의 구조개선에 관한 법률	13140	15.02.03	15.02.03	일부	산림청
217	산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률	14108	16.03.29	16.06.30	일부	산자부
218	산업기술혁신 촉진법	13736	16.01.06	16.04.07	일부	산자부
219	산업안전보건법	13906	16.01.27	16.10.28	일부	노동부
220	산업임지 및 개발에 관한 법률	14797	17.04.18	17.04.18	일부	국토부
221	산업재해보상보험법	14499	16.12.27	16.12.27	일부	노동부
222	산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	산자부
223	산업표준화법	14116	16.03.29	17.03.30	타법	산자부
224	산지관리법	13796	16.01.19	16.09.01	타법	산림청
225	상법	13523	15.12.01	16.03.02	일부	법무부
226	상표법	14033	16.02.29	16.09.01	전부	특허청
227	상호저축은행법	14125	16.03.29	16.06.30	일부	금융위
228	새마을금고법	13725	16.01.06	16.07.07	일부	행자부
229	새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
230	생명윤리 및 안전에 관한 법률	14438	16.12.20	16.12.20	타법	복지부
231	생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률	12459	14.03.18	14.03.18	일부	환경부
232	생활주변방사선 안전관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	원자력위
233	석면안전관리법	13877	16.01.27	16.07.28	일부	환경부
234	석유 및 석유대체연료 사업법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	산자부
235	석탄산업법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	산자부
236	선박관리산업발전법	11690	13.03.23	13.03.23	타법	해수부
237	선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률	9833	09.12.29	09.12.29	일부	법무부
238	선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률	13186	15.02.03	15.08.04	제정	해수부
239	선박직원법	13267	15.03.27	15.03.27	일부	해수부
240	선박투자회사법	13453	15.07.31	16.08.01	타법	해수부
241	선박평형수(船舶平衡水) 관리법	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
242	선원법	14508	16.12.27	17.01.18	일부	해수부
243	성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률	14062	16.03.02	16.09.03	일부	여성부
244	성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률	12421	14.03.18	14.06.19	타법	법무부
245	성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률	14235	16.05.29	16.11.30	일부	여성부
246	성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	14412	16.12.20	16.12.20	일부	법무부
247	세무사법	14045	16.03.02	16.03.02	일부	기재부
248	소규모 공공시설 안전관리 등에 관한 법률	13437	15.07.24	16.07.25	제정	안전처
249	소금산업 진흥법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	해수부
250	소나무재선충병 방제특별법	13358	15.06.22	15.06.22	일부	산림청
251	소방기본법	14079	16.03.22	16.09.23	타법	안전처
252	소방시설공사업법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	안전처
253	소비자기본법	14139	16.03.29	16.09.30	일부	공정위
254	소비자생활협동조합법	14140	16.03.29	16.09.30	일부	공정위
255	소음·진동관리법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	환경부
256	소하천정비법	13919	16.01.27	16.07.28	일부	안전처
257	송유관 안전관리법	13362	15.06.22	15.09.23	일부	산자부
258	수도권 대기환경개선에 관한 특별법	13410	15.07.20	15.10.21	일부	환경부
259	수도법	13878	16.01.27	16.07.28	일부	환경부

260	수산물 유통의 관리 및 지원에 관한 법률	13383	15.06.22	16.03.28	타법	해수부
261	수산생물질병 관리법	14736	17.03.21	17.03.21	일부	해수부
262	수산업법	13385	15.06.22	16.06.23	타법	해수부
263	수산업협동조합의 구조개선에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	해수부
264	수산자원관리법	13495	15.08.11	15.11.12	일부	해수부
265	수산종자산업육성법	13426	15.07.24	16.06.23	타법	해수부
266	수입식품안전관리 특별법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	식약처
267	수질 및 수생태계 보전에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
268	수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법	14466	16.12.27	17.01.01	일부	기재부
269	습지보전법	13880	16.01.27	16.07.28	일부	해수부 환경부
270	승강기시설 안전관리법	13921	16.01.27	16.01.27	일부	안전처
271	시설물의 안전관리에 관한 특별법	13799	16.01.19	16.07.20	일부	국토부
272	식물방역법	13383	15.06.22	15.12.23	타법	농림부
273	식물신품종 보호법	14300	16.12.02	16.12.02	일부	농림부 해수부
274	식품·의약품분야 시험·검사 등에 관한 법률	14020	16.02.03	16.02.03	일부	식약처
275	식품등 기부 활성화에 관한 법률	13999	16.02.03	17.02.04	일부	복지부
276	식품산업진흥법	14302	16.12.02	17.03.03	일부	농림부 해수부
277	식품위생법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	식약처
278	신발전지역 육성을 위한 투자촉진 특별법	12844	14.11.19	14.11.19	타법	국토부
279	신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법	14079	16.03.22	16.09.23	타법	산자부
280	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	14122	16.03.29	16.09.30	타법	금융위
281	신용협동조합법	14457	16.12.20	16.12.20	일부	금융위
282	신항만건설 촉진법	13433	15.07.24	16.01.25	타법	해수부
283	신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
284	실내공기질 관리법	14113	16.03.29	17.03.30	타법	환경부
285	실용신안법	14112	16.03.29	16.06.30	타법	특허청
286	실험동물에 관한 법률	14023	16.02.03	16.02.03	일부	식약처
287	아동·청소년의 성보호에 관한 법률	14236	16.05.29	16.11.30	일부	여성부
288	아동복지법	14085	16.03.22	16.09.23	일부	복지부
289	아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	문화부
290	아이돌봄 지원법	14064	16.03.02	16.09.03	일부	여성부
291	약취방지법	13881	16.01.27	16.07.28	일부	환경부
292	액화석유가스의 안전관리 및 사업법	14671	17.03.21	17.03.21	일부	산자부
293	야생생물 보호 및 관리에 관한 법률	13882	16.01.27	16.01.27	일부	환경부
294	약관의 규제에 관한 법률	14141	16.03.29	16.03.29	일부	공정위
295	약사법	14328	16.12.02	16.12.02	일부	복지부 식약처
296	양곡관리법	12964	15.01.06	15.07.07	일부	농림부
297	어린이놀이시설 안전관리법	13750	16.01.07	16.07.08	일부	안전처
298	어린이제품 안전 특별법	13859	16.01.27	17.01.28	타법	산자부
299	어선법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	해수부
300	어장관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	해수부
301	어촌·어항법	14244	16.05.29	16.05.29	일부	해수부
302	에너지이용 합리화법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	산자부
303	엔지니어링산업 진흥법	13852	16.01.27	16.07.28	일부	산자부

304	여객자동차 운수사업법	14716	17.03.21	17.04.22	일부	국토부
305	여성기업지원에 관한 법률	14122	16.03.29	16.09.30	타법	중기청
306	여신전문금융업법	14127	16.03.29	16.09.30	일부	금융위
307	역세권의 개발 및 이용에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
308	연구개발특구의 육성에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	미래부
309	연구실 안전환경 조성에 관한 법률	14079	16.03.22	16.09.23	타법	미래부
310	연안관리법	14740	17.03.21	17.04.22	일부	해수부
311	연안사고 예방에 관한 법률	12844	14.11.19	14.11.19	타법	안전처
312	영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
313	영유아보육법	14001	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
314	영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	문화부
315	예금자보호법	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
316	오존층 보호를 위한 특정물질의 제조규제 등에 관한 법률	12858	14.12.23	15.01.01	타법	산자부
317	옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률	13726	16.01.06	16.07.07	일부	행자부
318	온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률	11690	13.03.23	13.03.23	타법	국조실 기재부
319	온천법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	행자부
320	외국인근로자의 고용 등에 관한 법률	13908	16.01.27	16.07.28	일부	노동부
321	외국인투자 촉진법	13854	16.01.27	16.07.28	일부	산자부
322	외국환거래법	14047	16.03.02	16.06.03	일부	기재부
323	용산공원 조성 특별법	14798	17.04.18	17.04.18	일부	국토부
324	우주개발 진흥법	13009	15.01.20	15.07.21	일부	미래부
325	우편법	13584	15.12.22	15.12.22	일부	미래부
326	원양산업발전법	14741	17.03.21	17.04.22	일부	해수부
327	원자력 손해배상법	13543	15.12.01	16.06.02	일부	원자력위
328	원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법	13544	15.12.01	16.06.02	일부	원자력위
329	원자력안전법	13616	15.12.22	15.12.22	일부	원자력위
330	위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률	13540	15.12.01	16.06.02	일부	방통위
331	위험물안전관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	안전처
332	유료도로법	14717	17.03.21	17.03.21	일부	국토부
333	유류오염손해배상 보장법	12829	14.10.15	14.10.15	일부	해수부
334	유사수신행위의 규제에 관한 법률	10045	10.02.04	10.02.04	일부	금융위
335	유선 및 도선 사업법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	안전처
336	유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률	12844	14.11.19	14.11.19	타법	산자부
337	유통산업발전법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	산자부
338	은행법	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
339	음악산업진흥에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	문화부
340	응급의료에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	복지부
341	의료 해외진출 및 외국인환자 유치 지원에 관한 법률	13599	15.12.22	16.06.23	제정	복지부
342	의료급여법	14003	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
343	의료기기법	13698	15.12.29	15.12.29	일부	식약처
344	의료기사 등에 관한 법률	14331	16.12.02	16.12.02	일부	복지부
345	의료법	14438	16.12.20	16.12.20	일부	복지부
346	이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률	12679	14.05.28	14.10.01	제정	미래부 방통위
347	이중상환청구권부 채권 발행에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위



348	인삼산업법	13360	15.06.22	15.10.01	일부	농림부
349	인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률	14029	16.02.04	16.05.05	일부	복지부 식약처
350	인터넷 멀티미디어 방송사업법	13708	16.01.06	16.07.07	일부	미래부
351	임금채권보장법	13909	16.01.27	16.01.27	일부	노동부
352	입양특례법	13322	15.05.18	15.05.18	일부	복지부
353	자격기본법	11722	13.04.05	13.10.06	일부	노동부 교육부
354	자동차관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	국토부
355	자동차손해배상 보장법	14450	16.12.20	17.01.01	일부	국토부
356	자본시장과 금융투자업에 관한 법률	14458	16.12.20	17.01.01	일부	금융위
357	자산유동화에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
358	자연공원법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
359	자연재해대책법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	안전처
360	자연환경보전법	13885	16.01.27	16.01.27	일부	환경부
361	자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률	14230	16.05.29	16.05.29	일부	환경부
362	자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률	14113	16.03.29	17.03.30	타법	산자부
363	자유무역협정의 이행을 위한 관세법의 특례에 관한 법률	13625	15.12.29	16.07.01	전부	기재부
364	잔류성유기오염물질 관리법	12464	14.03.18	14.03.18	일부	환경부
365	잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률	14633	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
366	장기등 이식에 관한 법률	11976	13.07.30	14.01.31	일부	복지부
367	장사 등에 관한 법률	13660	15.12.29	16.08.30	일부	복지부
368	장애아동 복지지원법	14004	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
369	장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
370	장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률	14005	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
371	장애인고용촉진 및 직업재활법	14500	16.12.27	17.01.01	일부	노동부
372	장애인복지법	14222	16.05.29	16.11.30	일부	복지부
373	장애인연금법	14223	16.05.29	16.11.30	일부	복지부
374	장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률	13978	16.02.03	16.08.04	타법	복지부
375	장애인활동 지원에 관한 법률	14564	17.02.08	17.02.08	일부	복지부
376	재건축초과이익 환수에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
377	재난 및 안전관리 기본법	14079	16.03.22	16.09.23	타법	안전처
378	재해구호법	13753	16.01.07	16.07.07	일부	안전처
379	재해위험 개선사업 및 이주대책에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	안전처
380	저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률	13925	16.01.27	16.01.27	일부	안전처
381	저작권법	14634	17.03.21	17.03.21	일부	문화부
382	전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
383	전기공사사업법	12303	14.01.21	14.01.21	일부	산자부
384	전기사업법	13858	16.01.27	16.07.28	일부	산자부
385	전기용품 및 생활용품 안전관리법	14593	17.03.14	17.03.14	일부	산자부
386	전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
387	전기통신사업법	14113	16.03.29	17.03.30	타법	미래부 방통위
388	전력기술관리법	13860	16.01.27	16.07.28	일부	산자부
389	전자금융거래법	14132	16.03.29	16.06.30	일부	금융위
390	전자단기사채등의 발행 및 유통에 관한 법률	10855	11.07.14	13.01.15	제정	금융위

391	전자무역 촉진에 관한 법률	13155	15.02.03	15.08.04	일부	산자부
392	전자문서 및 전자거래 기본법	13768	16.01.19	16.02.04	일부	미래부 법무부
393	전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률	14142	16.03.29	16.09.30	일부	공정위
394	전자서명법	14577	17.03.14	17.03.14	일부	미래부
395	전자정부법	14474	16.12.27	17.03.28	타법	행자부
396	전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률	13626	15.12.29	16.03.30	일부	기재부 조달청
397	전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법	14365	16.12.02	16.12.02	일부	중기청
398	전통주 등의 산업진흥에 관한 법률	14770	17.04.18	17.04.18	일부	농림부
399	전파법	14578	17.03.14	17.03.14	일부	미래부 방통위
400	정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법	13016	15.01.20	15.01.20	일부	미래부
401	정보통신공사업법	13589	15.12.22	16.06.23	일부	미래부
402	정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	14580	17.03.14	17.03.14	일부	방통위
403	정보통신산업 진흥법	13345	15.06.22	15.12.23	일부	미래부
404	정신보건법	13323	15.05.18	15.11.19	타법	복지부
405	정치자금법	14074	16.03.03	16.03.03	일부	선관위
406	제대혈 관리 및 연구에 관한 법률	10130	10.03.17	11.07.01	제정	복지부
407	제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법	14767	17.04.18	17.04.18	일부	행자부
408	조세범 처벌법	14049	16.03.02	16.03.02	일부	기재부
409	종자산업법	13385	15.06.22	16.06.23	타법	농림부 해수부
410	주거급여법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
411	주민등록법	12844	14.11.19	14.11.19	타법	행자부
412	주식회사의 외부감사에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위
413	주차장법	13804	16.01.19	16.07.20	일부	국토부
414	주택법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
415	중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률	13866	16.01.27	16.04.28	일부	중기청
416	중소기업진흥에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	중기청
417	중소기업창업 지원법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	중기청
418	지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법	13744	16.01.06	16.01.06	일부	산자부
419	지방세기본법	14524	17.01.04	17.03.28	타법	행자부
420	지방재정법	14619	17.03.21	17.03.21	일부	행자부
421	지역 개발 및 지원에 관한 법률	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
422	지역농산물 이용촉진 등 농산물 직거래 활성화에 관한 법률	13361	15.06.22	16.06.23	제정	농림부
423	지역보건법	14197	16.05.29	16.11.30	타법	복지부
424	지적재조사에 관한 특별법	13796	16.01.19	16.09.01	타법	국토부
425	지진·지진해일·화산의 관측 및 경보에 관한 법률	14079	16.03.22	16.09.23	타법	기상청
426	지하수법	14801	17.04.18	17.04.18	일부	국토부
427	직업안정법	13049	15.01.20	15.07.21	일부	노동부
428	진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률	13911	16.01.27	16.07.28	일부	노동부
429	집단에너지사업법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	산자부
430	채권의 공정한 추심에 관한 법률	12594	14.05.20	14.11.21	일부	법무부
431	철도건설법	13797	16.01.19	17.01.20	타법	국토부

432	철도사업법	13806	16.01.19	16.04.20	일부	국토부
433	철도산업발전기본법	11690	13.03.23	13.03.23	타법	국토부
434	철도안전법	13807	16.01.19	17.01.20	일부	국토부
435	청소년 기본법	14066	16.03.02	16.03.02	일부	여성부
436	청소년 보호법	14067	16.03.02	16.03.02	일부	여성부
437	청소년복지 지원법	14237	16.05.29	16.11.30	일부	여성부
438	청소년활동 진흥법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	여성부
439	체육시설의 설치·이용에 관한 법률	14635	17.03.21	17.04.22	일부	문화부
440	초지법	14303	16.12.02	16.12.02	일부	농림부
441	총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률	14621	17.03.21	17.03.21	일부	경찰청
442	최저임금법	11278	12.02.01	12.07.01	일부	노동부
443	축산물 위생관리법	14026	16.02.03	17.02.04	타법	식약처
444	축산법	14481	16.12.27	17.01.01	타법	농림부
445	축산자조금의 조성 및 운용에 관한 법률	12950	14.12.31	14.12.31	타법	농림부
446	출입국관리법	14585	17.03.14	17.03.14	일부	법무부
447	출판문화산업 진흥법	14636	17.03.21	17.04.22	일부	문화부
448	친수구역 활용에 관한 특별법	14480	16.12.27	16.12.27	타법	국토부
449	친환경농어업 육성 및 유기식품 등의 관리·지원에 관한 법률	13383	15.06.22	15.12.23	타법	농림부 해수부
450	콘텐츠산업 진흥법	13821	16.01.27	16.07.28	타법	문화부
451	클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률	13234	15.03.27	15.09.28	제정	미래부
452	택지개발촉진법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	국토부
453	토양환경보전법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
454	통계법	14467	16.12.27	16.12.27	일부	기재부 통계청
455	특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	금융위 법무부
456	특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률	14242	16.05.29	16.12.01	타법	법무부
457	특허법	14112	16.03.29	16.06.30	일부	특허청
458	파견근로자보호 등에 관한 법률	14790	17.04.18	17.04.18	일부	노동부
459	폐기물관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
460	폐기물의 국가 간 이동 및 그 처리에 관한 법률	13887	16.01.27	16.01.27	일부	환경부
461	폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
462	표시·광고의 공정화에 관한 법률	12380	14.01.28	14.04.29	일부	공정위
463	풍속영업의 규제에 관한 법률	14267	16.05.29	16.05.29	일부	경찰청
464	풍수해보험법	14755	17.03.21	17.03.21	일부	안전처
465	하도급거래 공정화에 관한 법률	14456	16.12.20	17.03.21	일부	공정위
466	하수도법	13888	16.01.27	16.07.28	일부	환경부
467	하천법	14722	17.03.21	17.03.21	일부	국토부
468	학교급식법	11771	13.05.22	13.11.23	일부	교육부
469	한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	환경부
470	한부모가족지원법	14448	16.12.20	16.12.20	일부	여성부
471	할부거래에 관한 법률	14144	16.03.29	16.03.29	일부	공정위
472	항공·철도 사고조사에 관한 법률	14723	17.03.21	17.03.21	일부	국토부
473	항공보안법	14724	17.03.21	17.03.21	일부	국토부
474	항공사업법	14346	16.12.02	17.03.30	일부	국토부
475	항공안전법	14551	17.01.17	17.03.30	일부	국토부

476	항공우주산업개발 촉진법	14116	16.03.29	17.03.30	타법	산자부
477	항만법	13805	16.01.19	16.08.12	타법	해수부
478	항만운송사업법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	해수부
479	해사안전법	13386	15.06.22	15.12.23	일부	해수부
480	해수욕장의 이용 및 관리에 관한 법률	14512	16.12.27	16.12.27	일부	해수부
481	해양과학조사법	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
482	해양산업클러스터의 지정 및 육성 등에 관한 특별법	14247	16.05.29	16.11.30	제정	해수부
483	해양생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
484	해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률	13383	15.06.22	15.12.23	타법	해수부
485	해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률	14480	16.12.27	16.12.27	타법	해수부
486	해양환경관리법	14605	17.03.21	17.03.21	타법	해수부
487	해외건설 촉진법	13494	15.08.11	16.02.12	일부	국토부
488	해외농업·산림자원 개발협력법	14656	17.03.21	17.03.21	일부	농림부
489	해외이주법	13629	15.12.29	15.12.29	일부	외교부
490	해외자원개발 사업법	13448	15.07.24	15.10.25	타법	산자부
491	해외진출기업의 국내복귀 지원에 관한 법률	110	13.08.06	13.12.07	제정	산자부
492	해운법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	해수부
493	행정사법	14287	16.12.02	16.12.02	일부	행자부
494	향교재산법	9215	08.12.26	08.12.26	일부	문화부
495	혈액관리법	14012	16.02.03	16.08.04	일부	복지부
496	협동조합 기본법	14053	16.03.02	16.03.02	일부	기재부
497	화물자동차 운수사업법	14725	17.03.21	17.04.22	일부	국토부
498	화장품법	14264	16.05.29	16.05.29	일부	식약처
499	화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	안전처
500	화학무기·생물무기의 금지와 특정화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입 규제 등에 관한 법률	12317	14.01.21	14.01.21	일부	산자부
501	화학물질관리법	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
502	화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률	13891	16.01.27	17.01.28	일부	환경부
503	환경기술 및 환경산업 지원법	13892	16.01.27	17.01.28	일부	환경부
504	환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률	13603	15.12.22	17.01.01	타법	환경부
505	환경보건법	13893	16.01.27	16.07.28	일부	환경부
506	환경분야 시험·검사 등에 관한 법률	13601	15.12.22	16.12.23	타법	환경부
507	환경영향평가법	13879	16.01.27	17.01.28	타법	환경부
508	환경오염시설의 통합관리에 관한 법률	14476	16.12.27	17.03.28	타법	환경부
509	환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률	12949	14.12.31	16.01.01	제정	환경부
510	환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률	13870	16.01.27	16.01.27	일부	산자부
511	후견등기에 관한 법률	11732	13.04.05	13.07.01	제정	법무부
512	후천성면역결핍증 예방법	14780	17.04.18	17.04.18	일부	복지부

# 참 고 문 헌

## 단행본

### 형사법

- 김성돈, 형법총론(제4판)(성균관대학교출판부, 2015)
- 김성천, 김형준, 형법총론(제6판)(소진, 2014)
- 김일수, 서보학, 새로 쓴 형법총론(박영사, 2014)
- 박상기, 형법총론(제9판)(박영사, 2012)
- 배종대, 형법총론(제12판)(홍문사, 2016)
- 손동권, 김재윤, 새로운 형법총론(율곡출판사, 2011)
- 서거석, 송문호, 신 형법총론(전북대학교출판문화원, 2017)
- 신동운, 형법총론(제8판 보정판)(법문사, 2015)
- 오영근, 형법총론(제3판)(박영사, 2014)
- 이상돈, 형법강의(법문사, 2010)
- 이재상, 형법총론(제6신판)(박영사, 2010)
- 이정원, 형법총론(법지사, 1999)
- 임웅, 형법총론(제7정판)(법문사, 2015)
- 정성근, 박광민, 형법총론(전정판)(성균관대학교출판부, 2012)
- 정영일, 형법강의[총론](제3판)(학림, 2017)
- 정웅석, 백승민, 형법강의(개정제4판)(대명출판사, 2014)
- 진계호, 이준걸, 형법총론(제8판)(대왕사, 2007)
- 천진호, 형법총론(준커뮤니케이션즈, 2016)
- 고성춘, 조세형사법(삼일인포마인, 2013)
- 권수진, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(Ⅱ) -기업처벌론-(한국형사정책연구원, 2010)
- 김대근, 자본시장법상 형사제재의 한계와 개선방안에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2011)
- 김익기, 김성언, 한국의 환경오염 및 환경범죄의 실태에 관한 연구(한국

- 형사정책연구원, 1993)
- 김재윤, 기업의 형사책임(마인드맵, 2015)
- 김호기, 김택수, 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구-(한국형사정책연구원, 2010)
- 김한균, 임정호, 김정연, 형사사법 분야 의원입법의 성과와 한계(한국형사정책연구원, 2016)
- 도중진, 금융사기범죄에 관한 연구 -특히 유사금융사기범죄를 중심으로 -(한국형사정책연구원, 2002)
- 문성호, 마약은 범죄가 아니다: 네덜란드 편/영국 편(한국학술정보, 2008)
- 박강우, 위험형법론(한국학술정보, 2008)
- 박경래, 강우예, 고학수, 이종인, 이종한, 최성락, 김대근, 범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(I)(한국형사정책연구원, 2010)
- 박미숙, 강태경, 김현철, 일명 '웰다잉법'(존엄사법) 시행에 따른 형사정책적 과제(한국형사정책연구원, 2016)
- 법무부, 독일형법 (2008)
- 사법연수원, 검찰실무 I (2009)
- 손동권, 김재윤, 범행비례적 양형론에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2006)
- 서울중앙지방법원, 새로 쓰는 형사판결서(사법발전재단, 2014)
- 안대회, 조세형사법 -조세포탈의 성립과 처벌-(법문사, 2010)
- 안성조, 현대 형법학(제1권): 이론과 방법(경인문화사, 2011)
- 윤지영, 이천현, 최민영, 민수홍, 김재윤, 이원상, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(V)(한국형사정책연구원, 2014)
- 오영근, 조현지, 조세범죄의 유형과 대처방안(한국형사정책연구원, 1996)
- 오영근, 진희권, 벌금형의 과태료 전환방향에 관한 연구(한국형사정책연구원, 1996. 12.)
- 이기현, 박기석, 법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구(한국형사정책연구원, 1996)
- \_\_\_\_\_, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안(한국형사정책연구원, 1997)
- 이병기, 이기현, 벌금형의 운용과 집행의 효율성 제고방안(한국형사정책

연구원, 1994)

이상돈, **경영과 형법**(법문사, 2011)

이승준, **기업범죄론**(충북대학교출판부, 2015)

이정민, **기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업범죄에 대한 새로운 제재 도입방안 연구-**(한국형사정책연구원, 2010)

이천현, 임정호, 박기석, **기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(I)**(한국형사정책연구원, 2010a)

이천현, 송효중, **기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) -기업범죄에 대한 제재체계의 현황과 개선방향-**(한국형사정책연구원, 2010b)

이천현, 윤지영, 임정호, **불법행위로 이득을 취득한 기업의 형사책임에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 2014)

임웅, **비범죄화의 이론**(법문사, 2009)

조국, **절제의 형법학(제2판)**(박영사, 2015)

조병선, **질서위반법**(한국형사정책연구원, 1990)

한현주, **조세형사법에 관한 연구**(조세문제연구소, 1990)

경찰청, **2013 경찰통계연보** (2014. 11.)

\_\_\_\_\_, **2014 경찰통계연보** (2015. 11.)

\_\_\_\_\_, **범죄통계 (2002~2015)**

대검찰청, **2015 범죄분석** (2015)

#### 민사법, 상사법

고상룡, **민법총칙(제3판)**(법문사, 2003)

곽윤직 편집대표, **민법주해 (I)**(박영사, 1992)

곽윤직, **민법총칙(제7판)**(박영사, 2002)

김상용, **민법총칙(제3판)**(화산미디어, 2014)

김용담 편집대표, **주석 민법[총칙(1)](제4판)**(한국사법행정학회, 2010)

김용한, **민법총칙론(재전정판)**(박영사, 1992)

김주수, 김상용, **민법총칙(제7판)**(삼영사, 2013)

김증한, 김학동, **민법총칙(제9판)**(박영사, 1994)

김형배, 김규완, 김명숙, **민법학강의(제15판)**(신조사, 2016)

명순구, 민법총칙(법문사, 2005)  
백태승, 민법총칙(제7판)(집현재, 2016)  
서광민, 박주영, 민법총칙(제2판)(신론사, 2014)  
송덕수, 민법총칙(박영사, 2011)  
양창수, 권영준, 권리변동과 구제(박영사, 2011)  
이은영, 민법총칙(제5판)(박영사, 2009)  
이영준, 새로운 체계에 의한 한국민법론[총칙편](박영사, 2003)  
정기웅, 민법총칙(제4판)(법문사, 2015)  
정환담, 민법총칙(수정증보판)(형설출판사, 2003)  
지원림, 민법강의(제12판)(홍문사, 2013)  
한삼인, 민법총칙(개정판)(화산미디어, 2015)  
송오식, 단체법: 민법상 사단을 중심으로(전남대학교출판부, 2015)  
송호영, 법인론(제2판)(신론사, 2015)

김건식, 노혁준, 천경훈, 회사법(제2판)(박영사, 2016)  
김화진, 상법강의(박영사, 2013)

## 행정법

김남진, 김연태, 행정법 I(제19판)(법문사, 2015)  
김동희, 행정법 I(제21판)(박영사, 2015)  
김홍균, 환경법(제3판)(홍문사, 2014)  
박균성, 행정법론(상)(제13판)(박영사, 2014)  
박균성, 함태성, 환경법(제7판)(박영사, 2015)  
정하중, 행정법개론(제10판)(법문사, 2016)  
홍정선, 행정법원론(상)(제24판)(박영사, 2016)  
홍준형, 환경법(제2판)(박영사, 2005)  
박정훈, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1](박영사, 2005)  
이성엽, (글로벌 경쟁시대 적극행정 실현을 위한) 행정부 법해석원의 재조명(경인문화사, 2012)  
국세청, 2016년 국세통계연보 (2016. 12.)



## 기초법학 등

- 강동세, 지식재산권의 형사적 이해(세창출판사, 2003)
- 고학수, 허성욱 편집, 경제적 효율성과 법의 지배(박영사, 2009)
- 곽차섭, 마키아벨리즘과 근대 국가의 이념(현상과 인식, 1996)
- 권명중, 신산업조직론: 기업과 경쟁(시그마프레스, 2010)
- 김일중, 김두얼 편집, 법경제학 이론과 응용(해남, 2011)
- 김일중, 과잉범죄화의 법경제학적 분석 -공정거래 분야를 중심으로-(한국경제연구원, 2013)
- 김종현, 경제사(경문사, 2007)
- 박만섭 엮음, 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012)
- 박세일, 법경제학(개정판)(박영사, 2000)
- 백승욱, 자본주의 역사 강의(개정판)(그린비, 2006)
- 법원행정처, 2016 사법연감 (2016. 8.)
- \_\_\_\_\_, 2015 사법연감 (2015. 8.)
- \_\_\_\_\_, 불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안 (2017. 1.)
- 사법연수원, 공정거래법 (2014)
- 서양근대철학회, 서양근대철학의 열 가지 쟁점(창비, 2004)
- 서울대학교 기술과 법 센터, 과학기술과 법(박영사, 2007)
- 서울대학교 사회과학연구원 기획, 김세균 엮음, 사회과학 명저 재발견 1 (서울대학교출판문화원, 2012)
- 세일러, 불편한 경제학(위즈덤하우스, 2010)
- 안인희, 게르만 신화 바그너 히틀러(민음사, 2003)
- 오세혁, 법철학사(세창출판사, 2004)
- 오정일, 송평근, 법경제학입문(박영사, 2014)
- 윤일구, 함무라비 법전: 고대법의 기원(한국학술정보, 2015)
- 우석훈, 조직의 재발견: 한국 자본주의와 기업이 빠진 조직의 뒷(개정판) (개마고원, 2009)
- \_\_\_\_\_, 디버블링: 신빈곤 시대의 정치경제학(생태경제학 시리즈 3)(개마고원, 2011)

이상돈, 홍성수, 법사회학(박영사, 2000)

이인권, 부당공동행위에 대한 합리적 규제의 틀과 대안 모색(한국경제연구원, 2006)

이재규, 기업과 경영의 역사(사과나무, 2006)

이정우, 개념-뿌리들(그린비, 2012)

이종인, 불법행위법의 경제학(개정증보판)(한울아카데미, 2010)

——, 범죄와 형벌의 법경제학(한울아카데미, 2013)

이준구, 미시경제학(제6판)(법문사, 2013)

임승순, 조세법(박영사, 2013)

정상조, 박준석, 지식재산권법(제3판)(홍문사, 2013)

조규창, 로마형법(고려대학교출판부, 1998)

조순 외, 아담스미스 연구(민음사, 1989)

주정철, 네덜란드: 툴립의 땅, 모든 자유가 당연한 나라(산치림, 2003)

——, 대항해시대: 해상 팽창과 근대 세계의 형성(서울대학교출판부, 2008)

최병조, 로마법강의(박영사, 1999)

최승재, 미국특허법(법문사, 2011)

——, 형사벌에 의한 공정거래법 집행, 한국공정거래조정원 연구보고서(2011)

최종고, 위대한 법사상가들 (I)(학연사, 1984)

한현주, 조세형사법에 관한 연구(조세문제연구소, 1990)

현승중, 조규창, 로마법(법문사, 1996)

현승중, 게르만법(제3판)(박영사, 2001)

#### 외국 단행본

星野英一, 民法論集(第4卷)(有斐閣, 1978)

岡崎 哲二, コア・テキスト経済史(増補版)(新世社, 2016)[이창민 번역, 제도  
도와 조직의 경제사: 최신이론, 새로운 개념(개정판)(한울아카데미, 2017)

我妻 榮, 新訂 民法總則(民法講義 I)(岩波書店, 1965)

\_\_\_\_\_, 日本 民法案內 Ⅱ(民法總則)(一粒社, 1993)[조재석 번역, 일본 민  
법안내 Ⅱ(민법총칙)(육법사, 2002)]

莊周, 김갑수 번역, 장자(글항아리, 2015)

Agamben, Giorgio, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*  
(Torino: G. Einaudi, 1995)[박진우 번역, 호모 사케르: 주권 권력  
과 벗어났은 생명(새물결, 2008)]

Aiden, Erez & Jean-Baptiste Michel, *Uncharted: Big Data as a Lens  
on Human Culture* (New York: Riverhead Books, 2013)[김재중  
번역, 빅데이터 인문학: 진격의 서막(사계절, 2015)]

Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie  
des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrü-  
ndung* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976)[변종필,  
최희수, 박달현 공역, 법적 논증 이론(고려대학교출판부, 2007)]

Alighieri, Dante, *The Divine Comedy, trans. by Henry Wadsworth  
Longfellow, Vol. 1* [Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1867(1308-  
1320)][최민순 번역, 단테의 신곡(상)(가톨릭출판사, 2013)]

Arendt, Hana, *The Origins of Totalitarianism* (New York: Harcourt,  
Brace and Co., 1951)[이진우, 박미애 공역, 전체주의의 기원(한  
길사, 2006)]

Aristoteles, 천병희 번역, 정치학(숲, 2013)

\_\_\_\_\_, 이창우, 김재홍, 강상진 공역, 니코마코스 윤리학(이제이북스,  
2007a)

\_\_\_\_\_, 김진성 역주, 형이상학(이제이북스, 2007b)

Arrighi, Giovanni, *The Long Twentieth Century (2nd ed.)* (New York:  
Verso, 2010)[백승욱 번역, 장기 20세기(개정판)(그린비, 2014)]

Ayres, Ian, *Optional Law: The Structure of Legal Entitlements*  
(Chicago: University of Chicago Press, 2010)

Badiou, Alain & Slavoj Žižek, Susan Spitzer, *Five Lessons on  
Wagner* (London: Verso, 2010)[김성호 번역, 바그너는 위험한

- 가: 현대 철학과 바그너의 대결(북인더갭, 2012)]
- Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008)
- Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (Monaco, 1764)[한인섭 번역, 범죄와 형벌(박영사, 2006)]
- Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986)[홍성태 번역, 위험사회: 새로운 근대(성)를 향하여(새물결, 1997)]
- Beckett, Samuel, *En attendant Godot* (Paris: Editions de Minuit, 1952) / *Waiting for Godot: A tragicomedy in two acts* (New York: Grove Press, 1954)[오증자 번역, 고도를 기다리며(민음사, 2000)]
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781)[강준호 번역, 도덕과 입법의 원칙에 대한 서론(아카넷, 2013)]
- Bentham, Jeremy & Pierre Étienne Louis Dumont, *Le panoptique* (1791)[신건수 번역, 파놉티콘(책세상, 2007)]
- Berghaus, Margot, *Luhmann leicht gemacht: eine Einführung in die Systemtheorie* (Tübingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 2003)[이철 번역, 쉽게 읽는 루만(한울아카데미, 2012)]
- Berle, Adolph A. & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (New York: Macmillan, 1932)
- Biriukov, Pavel N., *Criminal Liability of Legal Persons in EU-Countries* (Voronezh: VSU Publishing House, 2015)
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765-1769)
- Braudel, Fernand, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIIe siècle. Tome 2: Les Jeux de l'échange* (Paris: Armand Colin, 1979)[주경철 번역, 물질문명과 자본주의 II-2: 교환의 세계 下(까치, 1996)]

- Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1970)
- Cameron, Rondo & Larry Neal, *A Concise Economic History of the World: From Paleolithic Times to the Present, 4th ed.* (Oxford: Oxford University Press, Inc., 2003)[이현대 번역, 간결한 세계 경제사(에코피아, 2008)]
- Carswell, John, *The South Sea Bubble* (London: Cresset Press, 1960)
- Chandler Jr., Alfred D., *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1977)[신해경, 김두열, 임효정 공역, 보이는 손(지만지, 2014)].
- Chiang, Alpha C., *Fundamental Methods of Mathematical Economics (3rd ed.)* (New York: McGraw-Hill, 1984)
- Coke, Edward, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, ed. Steve Sheppard, Vol. 1.* (Indianapolis: Liberty Fund, 2003)
- Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht, Band 2: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern* (München: C. H. Beck, 1989)
- Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law and Economics (5th ed.)* (Boston: Pearson Addison Wesley, 2008)[한순구 번역, 법경제학(제5판)(경문사, 2009)]
- Dash, Mike, *Tulipomania: The Story of the World's Most Coveted Flower & the Extraordinary Passions It Aroused* (New York: Three Rivers Press, 2000)[정주연 번역, 튤립, 그 아름다움과 투기의 역사(지호, 2002)]
- Doyle, Arthur Conan, "A Scandal in Bohemia", *Strand Magazine* (1891. 7.)
- \_\_\_\_\_, "The Adventure of the Copper Beeches", *The Complete Sherlock Holmes Vol. 1* (New York: Barnes & Noble

- Classics, 2004)
- Easterbrook, Frank H. & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991)[이문지 번역, *회사법의 경제학적 구조*(자유기업센터, 1999)]
- Epstein, Lee, William M. Landes, Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013)
- Farmer, Lindsay, *Criminal Law, Tradition, and Legal Order: Crime and the Genius of Scots Law 1747 to the Present* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997)
- Fletcher, George P., *Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002)
- Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 2, Die juristischen Person* (Berlin: Springer-Verlag, 1983)
- Freier, Friedrich von, *Kritik der Verbandsstrafe* (Berlin: Duncker & Humblot, 1998)
- Galilei, Galileo, *Discorsi e dimostrazioni matematiche: intorno à due nuoue scienze attenenti alla mecanica i movimenti locali, Leida: Appresso gli Elsevirii* (1638)[이무현 번역, *새로운 두 과학* (사이언스북스, 2016)]
- Georgescu-Roegen, Nicholas, *The Entropy Law and the Economic Process* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971)  
[유종일, 김학진 번역, *엔트로피와 경제*(한울아카데미, 2017)]
- Gierke, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* (Berlin: Weidmann, 1868)
- \_\_\_\_\_, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* (Berlin: Weidmann, 1887)

- \_\_\_\_\_, *Deutsches Privatrecht, Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1895)
- Good, Irving John, *Good Thinking the Foundations of Probability and its Applications* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983)
- Hall, Jerome, *General Principles of Criminal Law* (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005)
- Hart, Oliver, *Firms, Contracts, and Financial Structure* (Oxford: Clarendon Press, 1995)
- Heller, Michael, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives* (NY: Basic Books, 2010)
- Heise, Arnold, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* (Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1807)
- Hibbert, Christopher, *The House of Medici: Its Rise and Fall* (New York: Morrow, 1975)[한은경 번역, 메디치 스토리(생각의 나무, 2001)]
- Hirsch, Andrew von, Anthony E. Bottoms, Elizabeth Burnety & P-O Wikstrom, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Oxford: Hart Publishing, 1999)
- Hobbes, Thomas, *Leviathan, or, The Matter, Forme, and Power of a Common-wealth, Ecclesiasticall and Civil* (London, 1651)[진석용 번역, 리바이어던(나남출판, 2008)]
- Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1881)
- Home Office, *Corporate Manslaughter: The Government's Draft Bill for Reform* (2005)
- Hugo, Gustav, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privat-Rechts* (Berlin: August Mylius, 1798)

- Huizinga, Johan, *Herfsttij der Middeleeuwen: Studie over levens- en gedachtenvormen der veertiende en vijftiende eeuw in Frankrijk en de Nederlanden* (Leiden, 1919)[이종인 번역, 중세의 가을(연암서가, 2012)]
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature* (London: John Noon, 1739-1740)[이준호 번역, 인간본성에 관한 논고 2: 정념에 관하여(서광사, 1996)]
- Husak, Douglas, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2008)
- Innocentius IV(Sinibaldo dei Fieschi), *Apparatus in quinque libros Decretalium* (1245)
- Jens, Walter & Hans Küng, *Menschenwürdig sterben* (München: Piper Verlag, 2009[원당희 번역, 안락사 논쟁의 새 지평 -생의 마지막 선택, 품위 있는 죽음을 위하여-(세창미디어, 2010)]
- Jevons, William Stanley, *The Theory of Political Economy* (London: Macmillan, 1871)
- Jhering, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht* (Wien: Manz, 1872)[정동호, 신영호 공역, 권리를 위한 투쟁(세창출판사, 2015)]
- Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1785)[이원봉 번역, 도덕 형이상학을 위한 기초 논기(책세상, 2002)]
- \_\_\_\_\_, *Critik der practischen Vernunft* (Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1788)[백중현 번역, 실천이성비판(아카넷, 2009)]
- Kaplow, Louis & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (Cambridge: Harvard University Press, 2002)
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre(2nd ed.): Mit einem Anhang, "Das Problem der Gerechtigkeit"* (Wien: F. Deuticke, 1960)[변종필, 최희수 공역, 순수법학(길안사, 1999)]
- Keynes, John Maynard, *Essays in Persuasion* (London: Macmillan, 1931)
- Kindleberger, Charles Poor & Robert Zelwin Aliber, *Manias, Panics*



- and Crashes: A History of Financial Crises*(7th ed.)/Basingstoke, NY: Palgrave Macmillan, 2015(1978)[김홍식 번역, 광기, 패닉, 붕괴: 금융위기의 역사(굿모닝북스, 2006)]
- Kneer, Georg & Armin Nassehi, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: eine Einführung* (München: W. Fink, 1993)[정성훈 번역, 니클라스 루만으로의 초대(갈무리, 2008)]
- Lagrange, Joseph Louis, *Mécanique Analytique* (Paris: Ve Courcier, 1811)
- Locke, John, *The Two Treatises of Government: The Second Treatise of Government - An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil-Government* [London, 1821(1689)][강정인 번역, 통치론: 시민정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론(까치, 1996)]
- Luhmann, Niklas & Dirk Baecker, *Einführung in die Systemtheorie, 6. Aufl.* [Heidelberg: Carl Auer, 2011(2002)][윤재왕 번역, 체계이론 입문(새물결, 2014)]
- , *Einführung in die Theorie der Gesellschaft, 2. Aufl.* [Heidelberg: Carl Auer, 2009(2005)][이철 번역, 사회이론 입문(이론출판, 2015)]
- Maine, Henry Sumner, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (London: Cockcroft, 1861)[정동호, 김은아, 강승묵 공역, 고대법(세창출판사, 2009)]
- Maitland, Frederic William, "Trust und Korporation" in C. S. Grünhut (Hrsg.), *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht, Band 32* (1905)[현병철, 최현태 공역, 신탁과 법인의 역사(세창출판사, 2007)]
- Manyika, James Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh & Angela Hung Byers, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute (2011. 5.)

- Marshall, Alfred, *Principles of Economics* (London: Macmillan, 1890, 1920)[백영현 번역, 경제학원리(한길사, 2010)]
- Mayer-Schönberger, Viktor & Kenneth Neil Cukier, *BIG DATA: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Co., 2013)[이지연 번역, 빅데이터가 만드는 세상(21세기북스 (2013)]
- Mayer-Schönberger, Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011) [구본권 번역, 잊혀질 권리(지식의 날개, 2011)]
- Meadows, Donella H., Dennis L. Meadows, Jørgen Randers, William W. Behrens III, *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind* (New York: Universe Books, 1972)
- Meadows, Donella H., Dennis L. Meadows, Jørgen Randers, *The Limits to Growth: The 30-Year Update* (White River Junction, Vt.: Chelsea Green Publishing, 2004)[김병순 번역, 성장의 한계: 30주년 기념 개정판(갈라파고스, 2012)].
- Menger, Carl, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Wien: Wilhelm Braumüller, 1871)
- Micklethwait, John & Adrian Wooldridge, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea* (New York: Modern Library, 2004)[유경찬 번역, 기업, 인류 최고의 발명품(을유문화사, 2011)]
- Mommsen, Theodor, *Römische Geschichte, Bd. 2, Buch 3* (Leipzig: Reimer & Hirscl, 1854-1856)[김남우, 김동훈, 성중모 공역, 몸젠의 로마사 3: 이탈리아 통일에서 카르타고 복속까지(푸른역사, 2014)]
- Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Geneve: Chez Barrillot & Fils, 1748)[권미영 번역, 법의 정신 I(일신서적, 1991)]
- Nelson, Richard R. & Sidney G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1982)

- North, Douglass Cecil, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990)[이병기 번역, 제도·제도변화·경제적 성과(한국경제연구원, 1996)]
- , *Transaction Costs, Institutions and Economic Performance* (San Francisco: International Center for Economic Growth, 1992)
- O’Block, Robert L. & Joseph Donnermeyer, *Security and Crime Prevention(2nd ed.)* (St. Louis: Butter worth-Heinemann, 1991)
- Ostrom, Elinor, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990)[윤홍근 번역, 공유의 비극을 넘어-공유 자원관리를 위한 제도의 진화(랜덤하우스코리아, 2010)]
- Otto, Harro, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden* (Berlin: De Gruyter, 1993)
- Parks, Tim, *Medici Money: Banking, Metaphysics, and Art in Fifteenth-Century Florence* (New York: W. W. Norton & Co., 2005)[황소연 번역, 메디치 머니(청림출판, 2008)]
- Petram, Lodewijk, *De bakermat van de beurs: hoe in zeventiende-eeuws Amsterdam de moderne aandelenhandel ontstond* (Amsterdam: Atlas, 2011)[조진서 번역, 세계 최초의 증권거래소: 가장 유용하고 공정하며 고귀한 사업의 역사(이콘, 2016)]
- Phillips, Llad & Harold L. Votey Jr., *The Economics of Crime Control* (Beverly Hills: Sage Publications, Inc., 1981)
- Platon, 박종현 번역, 국가(서광사, 2005)
- Polanyi, Karl, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (New York: Farrar & Rinehart, 1944)[홍기빈 번역, 거대한 전환: 우리 시대의 정치·경제적 기원(길, 2009)]

- Posner, Richard Allen, *Economic Analysis of Law*(8th ed.) (New York: Aspen Publishers, 2011)[정기화 번역, 법경제학(제5판)(상·하)(자유기업원, 2004)]
- Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie* (Leipzig: Quelle & Meyer, 1932) [최종고 번역, 법철학(제3판)(삼영사, 2008)]
- Rao, Calyampudi Radhakrishna, *Statistics and Truth: Putting Chance to Work*, 2nd ed. (River Edge, NJ: World Scientific, 1997)[이재창, 송일성 역, 혼돈과 질서의 만남: 확률법칙의 다리를 넘어(나남출판, 2003)]
- Rawls, John, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971)[황경식 번역, 정의론(이학사, 2003)]
- Rittner, Fritz, *Die werdende juristische Person: Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht* (Tübingen: Mohr, 1973)
- Robinson, Paul, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished, How Much?* (New York: Oxford University Press, 2008)
- Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814)
- \_\_\_\_\_, *System des heutigen Römischen Rechts, Band 1* (Berlin: Veit und Comp., 1840)
- \_\_\_\_\_, *System des heutigen Römischen Rechts, Band 2* (Berlin: Veit und Comp., 1840)
- Serick, Rolf, *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person* (Berlin: W. de Gruyter (1955)
- Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University

- Press, 2004)
- Shelton, Donald E., *Forensic Science in Court: Challenges in the Twenty First Century(Issues in Crime and Justice)* (New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2010)
- Smelser, Neil & Richard Swedberg, *The Handbook of Economic Sociology* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994)
- Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments* (London, 1759)[박세일 번역, 도덕감정론(개역판)(비봉출판사, 2009)]
- \_\_\_\_\_, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (London, 1776)[김수행 번역, 국부론(비봉출판사, 2007)]
- \_\_\_\_\_, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms, delivered in the University of Glasgow, reported by a student in 1763, and ed. with an Introduction and notes by Edwin Cannan* (Oxford: Clarendon Press, 1869)[정명진 번역, 정의에 대하여(부글북스, 2016)]
- Soll, Jacob, *The Reckoning : Financial Accountability and the Making and Breaking of Nations* (London: Allen Lane, 2014)[정해영 번역, 회계는 어떻게 역사를 지배해왔는가(메멘토, 2016)]
- Solow, Robert M., *Growth Theory: An Exposition* (Oxford: Clarendon Press, 1970)
- Spelman, William, *Criminal Incapacitation* (New York: Plenum Press, 1994)
- Stuntz, William, *The Collapse of American Criminal Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011)[김한균 번역, 미국형사사법의 위기(W미디어, 2015)]
- Sunstein, Cass R. (ed.), *Behavioral Law and Economics* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000)
- Swedberg, Richard (ed.), *Max Weber Essays in Economic Sociology* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999)
- Thaler, Richard H., *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* (Princeton, NJ: Princeton University Press,

- 1992)[최정규, 하승아 번역, 승자의 저주: 경제현상의 패러독스와 행동경제학(이음, 2007)]
- , *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics* (New York: W. W. Norton & Company, 2015)[박세연 번역, 똑똑한 사람들의 멍청한 선택(리더스북, 2016)]
- Thaler, Richard H. & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (New York: Penguin, 2008)[안진환 번역, 넛지: 똑똑한 선택을 이끄는 힘(리더스북, 2008)]
- Tirole, Jean, *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988)
- Tolstoy, Leo, 박형규 번역, *안나 카레니나*(문학동네, 2010)
- Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen* (Leipzig: Fues's, 1887)
- Veblen, Thorstein, *The Theory of the Leisure Class: And Economic Study of Institutions* (New York: Macmillan, 1899)[김성균 번역, 유한계급론(우물이 있는 집, 2012)]
- Walras, Marie-Esprit-Léon, *Éléments d'économie Politique Pure; ou, Théorie de la Richesse Sociale* (Lausanne, L. Corbaz & Cie, 1874)
- Weber, Max, *Politik als Beruf* (München, Leipzig: Duncker & Humboldt (1919)[박상훈 번역, 소명으로서의 정치(후마니타스, 2013)]
- , *Grundriss der Socialökonomik III. Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft* (hrsg. von Mariannes Weber) [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922]
- , *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., Studienausgabe, besorgt von Johannes Winckelmann* [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1972] [박성환 번역, 경제와 사회 1(문학과지성사, 2003)]

- \_\_\_\_\_, *Wirtschaft und Gesellschaft: Die Wirtschaft und die gesellschaftliche Ordnung und Mächte. Nachlaß, Teilband 1, Gemeinschaften, hrsg. von Wolfgang J. Mommsen mit Michael Meyer*(Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 22-1) [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2001][박성환 번역, 경제와 사회: 공동체들(나남출판, 2009)]
- Weil, David N., *Economic Growth (3rd ed.)* (Boston: Pearson Addison-Wesley, 2013)[백웅기, 김민성 번역, 경제성장론(제3판)(시그마프레스, 2013)]
- Williamson, Oliver E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (New York: Free Press, 1975)
- \_\_\_\_\_, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York: Free Press, 1985)
- Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862)
- Wright, Richard A., *In Defense of Prisons* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1994)
- Xenophon, 오유석 번역, *경영론·향연* (부북스, 2015)
- Young, George Frederick, *The Medici* (London: J. Murray, 1909)[이길상 번역, 메디치(현대지성사, 2001)]

## 논문

### 국내논문

- 고학수, “협상을 통한 분쟁해결: 행태주의 법경제학의 관점”, 법과 사회, 제31권 (2006)
- \_\_\_\_\_, “경쟁법의 적용과 경제적 효율성: 거래비용의 문제”, 저스티스, 통권 제112호 (2009. 7.)
- \_\_\_\_\_, “범죄 및 형사정책에 대한 행태법경제학적 접근”, 저스티스, 통권 제116호 (2010. 4.)

- 고학수, 최준규, “법경제학적 관점에서 본 판례의 변경”, 민사판례연구 제36권(박영사, 2014)
- 강동범, “경제범죄와 그에 대한 형법적 대응”, 형사정책, 제7호 (1995. 8.)
- 강희원, “루만의 체계이론과 현대법의 이해”, 한국법철학회 편, 현대 법철학의 흐름(법문사, 2006)
- 권보원, “베이지안 통계학과 확률적 사실인정에 관한 연구노트”, 2016년도 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집: 특정 주제 연수(형사법 신종증거론, 법적 판단과 의사결정론, 재판의 본질 그리고 법관의 역할), 사법연수원 (2017)
- 권영범, “과학적 증거의 허용성: 전문가증인의 허용성문제와 관련 쟁점의 검토를 중심으로”, 법조, 통권 667호 (2012)
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스, 제109호 (2009. 2.)
- 권순현, “양벌규정에 대한 책임원칙과 입법론”, 홍익법학, 제15권 제3호 (2014)
- 김대휘, “양벌규정의 해석”, 형사판례의 연구: 지송 이재상 교수 화갑기념 논문집(박영사, 2004)
- 김도균, “칸트와 법치주의: 법, 법률, 이성”, 철학사상, 제24권 (2007. 6.)
- 김민정, 김은미, “금융사기 유형과 피해 유형험자의 특성 -중고령 소비자를 중심으로-”, 소비자문제연구, 제45권 제2호 (2014)
- 김병연, “자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입”, 상사법연구, 제32권 제4호 (2014)
- 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능: 독일에서의 논의와 그 시사점”, 2012년 하계 연합학술회의 자료집 (2012)
- 김성돈, “기업형법과 양벌규정의 도그마틱: 양벌규정상의 법인에 대한 형벌부과 요건을 중심으로”, 형사정책연구, 제27권 제2호 (2016)
- 김성룡, “민사사건의 형사화에 대한 독일적 대응의 효율성”, 경북대학교 법학논고, 제27집 (2007. 12.)
- 김성룡, 권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 형사법의 신동향, 통권 제46호 (2015. 3.)
- 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 법철학연구, 제3권 제2호



(2000)

- 김용세, “행정의무위반의 비범죄화 방안에 관한 연구”, *비교형사법연구*, 제5권 제2호 (2003. 12.)
- 김용섭, “양벌규정의 문제점 및 개선방안”, *행정법연구*, 제17호 (2007. 5.)
- \_\_\_\_\_, “양벌규정의 입법유형에 관한 법적 검토”, *인권과 정의*, 통권 제375호 (2007. 11.)
- 김용준, “조세범처벌법상 조세범죄의 형사법적 성격과 그 개선방안에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 석사학위논문 (2005)
- 김운곤, “환경범죄에서 형사책임의 주체”, *한국법학회 법학연구*, 제41집 (2011. 2.)
- 김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, *비교형사법연구*, 제9권 제1호 (2007. 7.)
- \_\_\_\_\_, “양벌규정에 정한 개별적인 범죄방지(선임감독)의무의 위반행위의 범죄유형에 대하여”, *형사법연구*, 제23권 제2호 (2011)
- \_\_\_\_\_, “기업의 형사법적 책임 -책임귀속상의 문제점”, *한양법학*, 제24권 제3호 (2013. 8.)
- \_\_\_\_\_, “법인의 형사책임: 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로”, *형사정책연구*, 제25권 제3호 (2014. 9.)
- 김일중, 정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구”, *저스티스*, 통권 제140호 (2014)
- 김재윤, “법인의 형사처벌에 관한 유럽 국가의 입법동향”, *법제연구*, 제36호 (2009. 6.)
- \_\_\_\_\_, “기업 경영진의 형사책임에 관한 연구”, *법제연구*, 제40호 (2012)
- \_\_\_\_\_, “고위경영자의 횡령·배임죄에 대한 형사책임 강화를 위한 형벌과 양형기준 개혁방안”, *기업의 형사책임*(마인드맵, 2015)
- 김잔디, “도박죄의 비범죄화에 관한 연구”, 건국대학교 대학원, 석사학위논문 (2008)
- 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, *인권과 정의*, 통권 제383호 (2008. 7.)
- 김진원, “조세포탈의 구성요건에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 석사학

- 위논문 (2011)
- 김창균, “비범죄화의 실현방안”, **형사정책**, 제8호 (1996. 8.)
- 김창성, “로마 공화정 후기 청부회사의 조직과 위상”, **서양고대사연구**, 제37집 (2014. 4.)
- 김창준, “기업범죄에 있어서 벌금형제도에 관한 비교법적 고찰 -한국과 중국의 제도를 중심으로-”, 전북대학교 대학원, 박사학위논문 (2009)
- 김태진, 김현중, 송옥렬, 송웅순, “주식회사법의 법경제학”, (김일중, 김두얼 편집), **법경제학 이론과 응용**(해남, 2011)
- 김학태, “현대위험사회에서의 형범상 귀속구조의 변화”, **비교형사법연구**, 제3권 제1호 (2001)
- 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구 -역사적·비교법적 접근”, **서울대학교 법학**, 제53권 제3호 (2012)
- 김형배, “위험책임론”, **한국민사법학회 편, 민법학의 회고와 전망: 민법전 시행 30주년 기념 논문집** (1993)
- 김혜경, “‘실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가? -형사소송법의 체·개정 흐름을 중심으로-”, **형사법연구**, 제26권 제2호 (2014)
- 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 -기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법-”, **형사법연구**, 제22권 제1호 (2010. 3.)
- \_\_\_\_\_, “법익적대적 법인문화, 위험관리 실패와 법인의 형사책임”, **형사정책연구**, 제22권 제4호 (2011)
- 남기윤, “사법상 법인개념의 새로운 구성 -새로운 법인이론의 제안-”, **저스티스**, 통권 제70호 (2002. 12.)
- 남효순, “프랑스법에서의 법인의 역사 -법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사-”, **서울대학교 법학**, 제40권 제3호 (1999. 12.)
- 노명선, “기업범죄에 대한 제재방안 및 검찰의 대응 방안 연구”, **대검찰청, 연구보고서** (2010)
- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, **호남대학교 대학원, 박사학위논문** (2001)
- 박강우, “기업범죄에 대한 형사제재”, **한일형사법의 과제와 전망** (2000. 8.)

- \_\_\_\_\_, “사회변화와 형사입법의 정당화조건”, *형사법연구*, 제24권 제3호 (2012)
- 박광민, 이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, *성균관대학교 법학*, 제18권 제3호 (2006)
- 박기석, “형벌의 범죄억지력과 국민의 자유와 권리 -법경제학적 분석-”, *형사정책연구*, 제8권 제4호 (1997)
- \_\_\_\_\_, “우리나라 행정형법의 문제점과 정비방안”, *인권과 정의*, 제341호 (2005)
- 박미숙, “법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안”, *형사정책연구*, 제20권 제1호 (2009. 3.)
- 박상용, “기업의 준법활동 활성화를 위한 제도개선 방안 고찰”, *송실대학교 법학논총* (2012. 7.)
- 박세일, “아담 스미스의 도덕철학체계 -신학, 윤리학, 법학, 경제학의 내적 연관성에 대한 통일적 파악을 위하여-”, 조순 외, *아담 스미스 연구*(민음사, 1989)
- 박은정, “‘있는 법’과 ‘있어야 할 법’의 연관성”, *법철학연구*, 제12권 제1호 (2009)
- 박이규, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란의 의미 및 그 판단 기준”, *대법원판례해설*, 제76호 (2008. 12.)
- 박정선, 황지태, 양승돈, “국내외 투자사기의 유형별 실태 연구”, *형사정책연구*, 제22권 제4호, (2001)
- 박정훈, “행정법에 있어서의 이론과 실제”, *행정법의 체계와 방법론*[행정법연구 1](박영사, 2005)
- \_\_\_\_\_, “행정법의 법원”, *행정법의 체계와 방법론*[행정법연구 1](박영사, 2005) [행정법연구, 제4호 (1999)]
- \_\_\_\_\_, “공법과 사법의 구별 -행정조달계약의 법적 성격-”, *행정법의 체계와 방법론*[행정법연구 1](박영사, 2005) [민사판례연구, 제25집 (2003)]
- \_\_\_\_\_, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌 -행정상 통제수단과 법치주의적 안전장치”, *행정법의 체계와 방법론*[행정법연구 1](박영사, 2005) [서울대학교 법학, 제41권 제4호 (2001)]

- 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, 저스티스, 통권 제117호 (2010. 6.)
- 백상진, “위험형범의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 비교형사법연구, 제13권 제1호 (2011)
- 백승욱, “역사적 자본주의와 자본주의의 역사 -세계체계분석을 중심으로”, 경제와사회, 제52권 (2001. 12.)
- 변종필, “형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의”, 헌법실무연구, 제11권 (2010)
- 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자”, 형사판례연구(1)(박영사, 1993)
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 안암법학, 제3집 (1995)
- \_\_\_\_\_, “양벌규정에 의한 법인(개인영업주) 처벌의 특수문제 -최근 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제6조에 대한 헌법재판소 판시 내용과 양벌규정에 대한 전면적 법 개정 작업을 중심으로-”, 한국형사법학의 오늘: 정은 이영란 교수 화갑기념논문집 (2008)
- 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책, 제20권 제2호 (2008)
- 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구, 제6권 (2006. 3.)
- 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제 -법인본질논쟁 극복을 위한 하나의 시론-”, 민사법학, 제31호 (2006. 3.)
- 송희식, “배임죄의 불법과 지역”, 한양법학, 제22권 제3집 (2011)
- 서이중, “경제와 사회의 현대적 의미”, (서울대학교 사회과학연구원 기획, 김세균 위음), 사회과학 명저 재발견 1(서울대학교출판문화원, 2012)
- 신도철, “범죄와 형벌의 법경제학”, (김일중, 김두얼 편집), 법경제학 이론과 응용(해남, 2011) [법경제학연구, 제2권 (2005)]
- 신동운, “행정형법과 과실범의 처벌 -2010. 2. 11. 2009도9807 판례를 계기로-”, 서울대학교 법학, 제52권 제1호 (2011)
- 신석훈, “기업의 본질과 경쟁 -경쟁개념의 법경제학 접근-”, 규제연구, 제15권 제2호 (2006. 12.)
- 심희기, “민사의 형사화’ 현상의 명암: ‘민사의 형사화’와 ‘민지구스레’의

- 비교”, 형사재판의 제문제 제6권: 고현철 대법관 퇴임기념 논문  
집 (2009)
- 안성조, “피텔정리의 법이론적 함의”, 서울대학교 법학, 제49권 제4호  
(2008)
- \_\_\_\_\_, “법인의 범죄능력에 관한 연구 -낭만주의모델과 조직모델의 비  
교검토-”, 한양법학, 제29집 (2010. 2.)
- 양천수, “법인의 범죄능력 -법이론과 형법정책의 측면에서-”, 형사정책연  
구, 제18권 제2호 (2007)
- 옥필훈, “경제범죄의 실태와 대책에 관한 연구”, 전북대학교 대학원, 박  
사학위논문 (2006)
- \_\_\_\_\_, “경제범죄에 있어서 법인에 대한 효율적인 제재방안에 관한 연  
구”, 한국법학회 법학연구, 제27집 (2007)
- 윤장근, “양벌규정의 입법례에 관한 연구”, 법제, 제438호 (1994. 6.)
- 윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가”, (김일  
중, 김두열 편집), 법경제학 이론과 응용(해남, 2011) [(고학수,  
허성욱 편집), 경제적 효율성과 법의 지배(박영사, 2009); 서울대  
학교 법학, 제50권 제1호 (2009)]
- 우희숙, “양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론 -산업안전보건법  
상 양벌규정을 중심으로-”, 경북대학교 법학논고, 제40집 (2012.  
10.)
- 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권, 제5권 제1  
호 (2008)
- 이근, 김창욱, “경제는 기계보다는 생명체에 가깝다: 진화경제학”, (박만  
섭 엮음), 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012)
- 이근우, “행정형법의 재구성 -개념, 구조, 절차”, 고려대학교 대학원, 박  
사학위논문 (2008)
- \_\_\_\_\_, “행정형법론의 비판적 검토”, 형사법연구, 제21권 제3호 (2009)
- 이기수, “법인의 본질 -Savigny 이론의 올바른 해석을 위하여-”, 상법은  
총(인산 정희철 선생 정년기념논문집)(박영사, 1985)
- 이동임, “다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안”, 피해자학연구, 제22권  
제2호 (2014)

- 이보영, “기업범죄의 문제점과 형사법적 규제 방안”, 한국 형사법학의 이론과 실천: 정암 정성진 박사 고희기념 논문집 (2010)
- 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, 경쟁법연구, 제10권 (2004. 3.)
- 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 경영과 형법(법문사, 2011)
- 이상천, “일본의 양벌규정론에 대한 비교법론적 고찰”, 국민대학교 법학논총, 제27권 제2호 (2014. 10.)
- \_\_\_\_\_, “법인처벌론으로서의 조직고의론”, 법조, 제64권 제4호 (2015. 4.)
- 이상호, “성장의 그늘을 밝힌다: 생태경제학”, (박만섭 엮음), 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012)
- 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 경상대학교 법학연구, 제23권 제2호 (2015. 4.)
- 이순욱, “법인의 양벌규정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (2016)
- 이승준, “새로운 위협의 등장과 형법의 임무 변화?: 9·11 테러 이후 영국을 중심으로”, 형사정책, 제24권 제2호 (2012)
- 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책, 제13권 제1호 (2001)
- 이주희, “기업에 대한 제재가능성과 제재수단”, 한양법학, 제23집 (2008. 6.)
- \_\_\_\_\_, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰: 법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로”, 한국법학회 법학연구, 제47집 (2012. 8.)
- \_\_\_\_\_, “스위스 형법상의 기업책임”, 한양대학교 법학논총, 제23집 제3호(하) (2016. 12.)
- 이준구, “행태경제학의 등장과 경제학의 미래”, 서울대학교 경제연구소 경제논집, 제47권 제1호 (2008. 3.)
- 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구, 제21권 제1호 (2010)
- 이천현, “조세형법의 합리화 방안에 관한 논문”, 한양대학교 대학원, 박사학위논문 (2000)
- \_\_\_\_\_, “조세범죄의 보호법익과 비범죄화 유형”, 형사법연구, 제23호 (2005. 6.)

- \_\_\_\_\_, “벌금형 집행의 문제점과 그 제고방안”, 제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의: 형사사법의 정비방안, 한국비교형사법학회 (2006)
- 이호용, 박수희, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, 한양법학, 제24집 (2008. 10.)
- 임석순, “형법상 인공지능의 책임귀속”, 형사정책연구, 제27권 제4호 (2016. 12.)
- 임석원, “법인의 범죄능력인정을 위한 새로운 해석의 필요성 -기업의 생명침해에 대한 대응을 중심으로-”, 형사정책연구, 제18권 제3호 (2007)
- 임정호, “형법상 법인처벌규정 도입가능성 검토를 위한 대륙법 국가법제 비교연구 -자연인 행위의 총합과 책임주의 원칙간 간극을 중심으로-”, 강원법학, 제44권 (2015. 2.)
- 임철희, “경제체계의 기능보호와 형법의 효율성 지향”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문 (1998)
- 장하준, “사람은 시장만으로 살 수 없다: 제도경제학”, (박만섭 엮음), 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012)
- 전형배, “산업안전보건법 벌칙규정의 현황과 과제”, 강원법학, 제34권 (2011. 10.)
- 정금천, “양벌규정과 법인의 형사책임: 부수형법의 구성요건적 특징을 중심으로”, 형사판례의 연구: 지송 이재상 교수 화갑기념 논문집 (박영사, 2004)
- 정성근, “환경범죄규제에 관한 비교법적 고찰”, 성균관대학교 법학, 제9호 (평성 임홍근 교수 화갑기념) (1998)
- \_\_\_\_\_, “법인의 범죄능력 재론”, 한국형사법의 새로운 지평: 유일당 오선주 교수 정년기념논문집 (2001)
- 정성훈, “법의 침식과 현대성의 위기 -루만의 체계이론을 통한 진단-”, 법철학연구, 제12권 제2호 (2009)
- 정주연, “경제보다 더 넓은 경제의 분석: 사회경제학”, (박만섭 엮음), 경제학, 더 넓은 지평을 향하여(이슈투데이, 2012)
- 제철웅, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로

- 로”, 중앙대학교 법학논문집, 제24집 제1호 (2000. 2.)
- \_\_\_\_\_, “단체와 법인: 사회적 기능의 유사성과 적용법리의 상이의 합리적 조정을 위한 시론”, 민사법학, 제36호 (2007. 5.)
- 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학, 제48권 제3호 (2007. 9.)
- 조병구, “이른바 ‘알박기’에 대한 범경제학적 고찰”, 사법연수원 청연논총, 제9집 (2012)
- 조병선, “법인의 형사책임”, 청주대학교 법학회 법학논고, 제19호 (1992. 2.)
- \_\_\_\_\_, “우리나라의 환경범죄와 환경형법 -환경오염의 범죄성판단지침 및 그와 대비한 환경형법의 평가 및 제안-”, 형사법연구, 제5호 (1993)
- \_\_\_\_\_, “형벌과 행정벌의 구별과 정비”, 형사법연구, 제22호 특집호 (2004. 12.)
- \_\_\_\_\_, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책, 제21권 제1호(2009a)
- \_\_\_\_\_, “형법에서 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 서울대학교 법학, 제50권 제2호(2009b)
- \_\_\_\_\_, “기업형사책임과 책임원칙: 양벌규정에 대한 위헌결정의 과장과 책임원칙의 재조명”, 형사법연구, 제22권 제1호 (2010)
- 조흥학, “산업안전보건법의 위반과 처벌제도”, 동아법학, 제69호 (2015. 11.)
- 천진호, “경제범죄에 대한 정책적 대응방안”, 형사정책, 제18권 제1호 (2006. 6.)
- \_\_\_\_\_, “기업범죄에 대한 양형 실태와 개선방안 -횡령·배임범죄의 양형 기준을 중심으로”, 사법, 제24호 (2013. 6.)
- 최병조, “사법상 단체에 관한 일반론 -단체법론의 역사적 발전과정을 중심으로-”, 민사판례연구, 제19집 (1997)
- \_\_\_\_\_, “로마형법상의 사기 범죄 -D.47.20 Stellionatus 역주-”, 서울대학교 법학, 제48권 제3호 (2007. 9.)
- \_\_\_\_\_, “로마법사료의 이해에 대한 총평 -최자영, 『고대그리스법제사』



- (아카넷, 2007)의 출판에 즈음하여-”, 서양고전학연구, 제31집 (2008. 3.)
- \_\_\_\_\_, “최자영, 『고대그리스법제사』 (아카넷, 2007)의 로마법 관련 부분에 대한 재 총평: 저자의 반론에 대한 관건”, 서양고전학연구, 제35집(2009. 3.)
- 최자영, “『고대그리스법제사』 (아카넷, 2007)에 대한 최병조 교수의 총평에 대하여”, 서양고전학연구, 제33집(2008. 9.)
- 최한수, “왜 법원은 재벌(범죄)에 관대한가?”, 재정포럼, 제231호 (2015. 9.)
- 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 비교형사법연구, 제3권 제2호 (2003)
- \_\_\_\_\_, 민사사건의 형사화에 대한 억제방안, 비교형사법연구, 제8권 제1호 (2006. 7.)
- \_\_\_\_\_, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구, 제27권 제1호 (2015. 3.)
- 황만성, “의료법 등의 양벌규정과 책임원칙”, 의료법학, 제11권 제2호 (2010. 12.)

#### 외국논문

- Akerlof, George, “The Markets for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (1970)
- Alchian, Armen A. & Harold Demsetz, “Production, Information Costs and Economic Organization”, *American Economic Association*, Vol. 62 (1972)
- Alexander, Cindy, Jennifer Arlen & Mark A. Cohen, “Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, No. S1 (1999)
- \_\_\_\_\_, “Evaluating Trends in Corporate Sentencing: How Reliable

- are the U.S. Sentencing Commission's Data?", *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 13, No. 2 (2000)
- Alexander, Cindy R. & Mark A. Cohen, "New Evidence on the Origins of Corporate Crime," *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 4 (1996)
- \_\_\_\_\_, "Why Do Corporations Become Criminals? Ownership, Hidden Actions, and Crime as an Agency Cost", *Journal of Corporate Finance*, Vol. 5, No. 1 (1999)
- Anderson, Ronald C. & David M. Reeb, "Founding-Family Ownership and Firm Performance: Evidence from the S&P 500", *The Journal of Finance*, Vol. 58, No. 3 (2003)
- Arlen, Jennifer, "Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence", A. Harel & K. Hylton (ed.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (Northampton, MA: Edward Elgar, 2012)
- Arlen, Jennifer, William Carney, "Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence", *University of Illinois Law Review*, No. 3 (1992)
- Armour, John, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "What is Corporate Law" in Reinier Kraakman (ed.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (2nd ed.) (Oxford: Oxford University Press, 2009)[김건식 번역, "회사법이란 무엇인가", *회사법의 해부*(소화, 2015)]
- Ayres, Ian & Paul Klemperer, "Limiting Patentees' Market Power without Reducing Innovation Incentives: The Perverse Benefits of Uncertainty and Non-Injunctive Remedies", *Michigan Law Review*, Vol. 97, No. 4 (1999)
- Baek, Jae-Seung, Jun-Koo Kang & Kyung Suh Park, "Corporate Governance and Firm Value: Evidence from the Korean Financial Crisis", *Journal of Financial Economics*, Vol. 71, No. 2 (2004)

- Baysinger, Barry D., "Organization Theory and the Criminal Liability of Organizations", *Boston University Law Review*, Vol 71, No. 2 (1991)
- Beale, Sara Sun & Adam G. Safwat, "What Developments is Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability", *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 8, No. 1 (2004)
- Becker, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (1968)
- Benn, Stanley I., "Punishment" in Paul Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 7 (New York: Macmillan (1967)
- Benson, Bruce L., Iljoong Kim & David W. Rasmussen, "Deterrence and Public Policy: Trade-Offs in the Allocation of Police Resources", *International Review of Law and Economics*, Vol. 18, No. 1 (1998)
- Benson, Bruce L., Iljoong Kim, David W. Rasmussen & Thomas W. Zhehlke, "Is Property Crimes Caused by Drug Use or by Drug Enforcement Policy?", *Applied Economics*, Vol. 24, No. 7 (1992)
- Bertrand, Marianne, Paras Mehta & Sendhil Mullainathan, "Ferretting Out Tunneling: An Application to Indian Business Groups", *The Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, Vol. 117, No. 1 (2002)
- Bessen, James E. & Michael J. Meurer, "The Direct Costs from NPE Disputes", *Cornell Law Review*, Vol. 99, No. 2 (2014)
- Boulding, Kenneth E., "The Economics of the Coming Spaceship Earth", Henry Jarrett (ed.), *Environmental Quality in a Growing Economy* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1966)
- Calabresi, Guido & Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules

- and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6 (1972)
- Choi, Hansoo, Hyung-Goo Kang & Changmin Lee, “Too Big to Jail: Sentencing Bias for Business Groups”, Working Paper (2013)
- \_\_\_\_\_, “Too Big to Jail? Company Status and Judicial Bias in an Emerging Market”, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 24, No. 2 (2016. 3.)
- Coase, Ronald, “The Nature of Firm”, *Economica*, Vol. 4, No. 16 (1937)
- \_\_\_\_\_, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (1960)
- \_\_\_\_\_, “Law and Economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, Vol 36, No. 1 (1993)
- Coffee Jr., John C., “No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (1981)
- Cohen, Mark A., “Corporate Crime and Punishment: An Update on Sentencing Practice in the Federal Courts, 1988–1990”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, No. 2 (1991)
- \_\_\_\_\_, “Theories of Punishment and Empirical Trends in Corporate Criminal Sanctions”, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 4 (1996)
- Cooter, Robert, “Price and Sanctions”, *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 6 (1984)
- Corman, Hope & H. Naci Mocan, “A Time-Series Analysis of Crime, Deterrence, and Drug Abuse in New York City”, *American Economic Review*, Vol. 90, No. 3 (2000)
- Crane, Daniel A., “Intellectual Liability”, *Texas Law Review*, Vol. 88, No. 2 (2009)
- Dewey, John, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, *Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 6 (1926)

- Donald R. Cressey, "The Poverty of Theory in Corporate Crime Research" in William S. Laufer & Freda Adler (ed.), *Advances in Criminological Theory, Vol. 1* (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1989)
- Ehrlich, Isaac, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Political Economy*, Vol. 81, No. 3 (1973)
- \_\_\_\_\_, "On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence", *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 3 (1981)
- Ellickson, Robert C., "Property in Land", *Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 6 (1993)
- Epstein, Richard, "A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules", *Yale Law Journal*, Vol. 106, No. 7 (1997)
- \_\_\_\_\_, "The Property Rights Movement and Intellectual Property", *Regulation: The Cato Review of Business and Government* (2008)
- \_\_\_\_\_, "The Disintegration of Intellectual Property: A Classical Liberal Response to a Premature Obituary", *Stanford Law Review*, Vol. 62, No. 2 (2009)
- Eschmann, Ignatius Theodore, "Studies on the Notion of Society in St. Thomas Aquinas I. St. Thomas and the Decretal of Innocent IV Romana Ecclesia: Centrum", *Mediaeval Studies*, Vol. 8 (1946)
- Feinberg, William E., "Teaching the Type I and Type II Errors: The Judicial Process", *The American Statistician*, Vol. 25, No. 3 (1971)
- Fletcher, George P., "The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt", *Yale Law Journal*, Vol. 111, No. 7 (2002)
- Flume, Werner, "Savigny und die Lehre von der juristischen Person"

- in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1978)
- Galbiati, Roberto & Nuno Garoupa, “Keeping Stigma Out of Administrative Law”, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 15, No. 1 (2007)
- Garrett, Brandon L., “Globalized Corporate Prosecutions”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, No. 8 (2011)
- Goodman, Maxine D., “A Hedgehog on the Witness Stand—What’s the Big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony”, *American University Law Review*, Vol. 59, No. 3 (2010)
- Gruner, Richard S., “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities” in Henry N. Pontell & Gilbert Geis (ed.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime* (New York: Springer, 2007)
- Hansmann, Henry & Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 7 (1991)
- Henry Hansmann, Reinier Kraakman & Richard Squire, “Law and the Rise of the Firm”, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 5 (2006)
- Harsanyi, John C., “Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking”, *Journal of Political Economy*, Vol. 61, No. 5 (1953)
- Harvard University Law School, “Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions”, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 6 (1979)
- Hayek, Friedrich, “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (1945)
- Hill, Charles W. L., Patricia C. Kelley, Bradley R. Agle, Michael A.

- Hitt, Robert E. Hoskisson, “An Empirical Examination of the Causes of Corporate Wrongdoing in the United States” *Human Relations*, Vol. 45, No. 10 (1992)
- Hodgson, Geoffrey M., “Vabelen and Darwinism”, *International Review of Sociology*, Vol. 14, No. 3 (2004)
- Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8 (1897)
- Horowitz, Irwin, “The Effect of Jury Nullification Instruction on verdicts and jury functioning in criminal trials”, *Law and Human Behavior*, Vol. 9, No. 1 (1985)
- Hylton, Keith N., “The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law”, *Review of Law and Economics*, Vol. 1, No. 2 (2005)
- Jarass, Hans D., “Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich”, *Die Öffentliche Verwaltung* (1981)[박정훈 번역, “독일 행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성”, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1](박영사, 2005)[행정법연구, 제5호 (1999)]]
- Jensen, Michael C. & William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3 (1976)[구본혁 역, 기업은 누구를 위해 존재하는가(라이프맵, 2011); 잘 나가는 기업의 조건(라이프맵, 2011)]
- Jevons, William Stanley, “Brief Account of a General Mathematical Theory of Political Economy”, *The Journal of the Royal Statistical Society*, Vol. 29 (1866)
- Joskow, Paul L., “Vertical Integration and Long Term Contracts: The Case of Coal-burning Electric Generating Stations” *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 1, No. 1 (1985)
- \_\_\_\_\_, “Contract Duration and Relationship Specific Investments”, *American Economic Review*, Vol. 77, No. 1 (1987)

- Kang, Jun-Koo & Anil Shivdasani, "Firm Performance, Corporate Governance, and Top Executive Turnover in Japan", *Journal of Financial Economics*, Vol. 38, No. 1 (1995)
- Kaplow, Louis & Steven Shavell, "Property Rules v. Liability Rules", *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 4 (1996)
- Kieff, F. Scott, "Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions", *Minnesota Law Review*, Vol. 85, No. 3 (2000)
- Klevorick, Alvin K., "Legal Theory and the Economic Analysis of Torts and Crimes", *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 5 (1985)
- Krauspenhaar, Daniel, *Liability Rules in Patent Law: A Legal and Economic Analysis* (Berlin: Springer, 2016)
- Larkin Jr., Paul J., "Public Choice Theory and Overcriminalization", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, No. 715 (2013)
- Lederman, Eliezer, "Criminal law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 76, No. 2 (1985)
- Lee, Changmin, Hansoo Choi & Hyoung-Goo Kang, "The Economic Effect of Court Decision for a Controlling Shareholder on Large Business Group: Owner Risk or Value Transfer?", Working Paper (2014)
- Leigh, L. H., "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Comparative View", *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 7, (1982)
- Lemley, Mark A. & Philip J. Weiser, "Should Property or Liability Rules Govern Information?", *Texas Law Review*, Vol. 85, No. 4 (2007)
- Lueck, Dean & Thomas J. Miceli, "Property Law", *University of Connecticut Economics Working Papers*, Paper 200404 (2004)



- Macey, Jonathan, “Agency Theory and the Criminal Liability of Organizations”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, No. 2 (1991)
- Manne, Henry G., “Our Two Corporation Systems: Law and Economics”, *Virginia Law Review*, Vol. 53, No. 2 (1967)
- Masten, Scott E., “The Organization of Production: Evidence from the Aerospace Industry”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 27, No. 2 (1984)
- Merges, Robert P., “Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property”, *Columbia Law Review*, Vol. 94, No. 8 (1994)
- Miceli, Thomas J. & Metin M. Cosgel, “Reputation and Judicial Decision-Making”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 23, No. 1 (1994)
- Michel, Jean-Baptiste, Yuan Kui Shen, Aviva Presser Aiden, Adrian Veres & Matthew K. Gray, “Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books”, *Science*, Vol. 331 (2011) (Published online ahead of print: 12/16/2010)
- Monteverde, Kirk & David J. Teece, “Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry”, *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, No. 1 (1982)
- Morris, Madeline, “The Structure of Entitlements”, *Cornell Law Review*, Vol. 78, No. 5 (1993)
- Neyman, Jerzy & Egon Pearson, “On the Problem of the Most Efficient Tests of Statistical Hypothesis”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, Vol. 231 (1933)
- Neyman, Jerzy, “Outline of a Theory of Statistical Estimation Based on the Classical Theory of Probability”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, Vol. 236 (1937)
- Parker, Jeffrey S., “The Economics of Mens Rea”, *Virginia Law Review*, Vol. 79, No. 4 (1993)
- Paternoster, Raymond & Sally Simpson, “Sanctions Threats and

- Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime”, *Law and Society Review*, Vol. 30, No. 3 (1996)
- Posner, Richard Allen, “Retribution and Related Concepts of Punishment”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 1 (1980)
- \_\_\_\_\_, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6 (1985)
- Rakoff, Jed S., “The Federal Mail Fraud State(Part I)”, *Duquesne Law Review*, Vol. 18, No. 4 (1980)
- Ruggiero, Rosa Anna, “Cracking Down on Corporate Crime in Italy”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 15, No. 3 (2016)
- Sayre, Francis, “Public Welfare Offences”, *Columbia Law Review*, Vol. 33, No. 1 (1933)
- Schwartz, David L. & Jay P. Kesan, “Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System”, *Cornell Law Review*, Vol. 99, No. 2 (2014)
- Schwartz, Richard D., “Rehabilitation” in Sanford H. Kadish (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice* (New York: Free Press, 1983)
- Shavell, Steven, “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6 (1985)
- Simon, Herbert A., “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, (1955)
- Smith, Henry E., “Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, No. 8 (2007)
- Solow, Robert M., “A Contribution to the Theory of Economic Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 70, No. 1 (1956)

- Spence, Michael A., “Job Marketing Signaling”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 87, No. 3 (1973)
- Spencer, John, “Criminal Liability for Accidental Death: Back to the Middle Ages?”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 68 (2009)
- Stigler, George J., “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, Vol. 69, No. 3 (1961)
- Stiglitz, Joseph E., “The Theory of ‘Screening’, Education, and the Distribution of Income”, *American Economic Review*, Vol. 65, No. 3 (1975)
- Stuntz, William, “The Pathological Politics of Criminal Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 100, No. 3 (2001)
- Tamen, Miguel, “Kinds of Persons, Kinds of Rights, Kinds of Bodies”, *Cardozo Studies in Law and Literature*, Vol. 10, No. 1 (1998)
- Teubner, Gunther, “Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege” in Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (Baden-Baden: Nomos, 1984)[이상돈 번역, 법제화 이론(한국법제연구원, 2004)]
- \_\_\_\_\_, “Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy und das ‘Wesen’ der Juristischen Person”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Neue Folge, Vol. 2 [70] (1987)
- Turner, Julie S., “The Nonmanufacturing Patent Owner”, *California Law Review*, Vol. 86, No. 1 (1998)
- Wallerstein, Immanuel, “The Three Instances of the Hegemony in the History of the Capitalist World-Economy”, *International Journal of Comparative Sociology*, Vol. 24, No. 1-2 (1983)
- Weigend, Thomas, “Societas delinquere non potest? A German Perspective”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 5 (2008)
- Weisbach, Michael S., “Outside directors and CEO turnover”, *Journal*

- of Financial Economics*, Vol. 20, No. 1 (1988)
- Weissmann, Andrew, “A New Approach to Corporate Criminal Liability”, *American Criminal Law Review*, Vol. 44, No. 4 (2007)
- Wieacker, Franz, “Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts”, *Festschrift für Ernst Rudolf Huber: zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973* (Göttingen: O. Schwartz, 1973)
- Wiggins, Steven N. & Al H. Ringleb, “Adverse Selection and Long-Term Hazards: The Choice between Contract and Mandatory Liability Rules”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1 (1992)
- Williamson, Oliver E., “The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations”, *American Economic Review*, Vol. 61, No. 2 (1971)

## 기사

- 김재호, “[경제학자가 본 한국사](11) 중세의 토지는 누구 소유였는가”, *한국경제 생글생글*, 426호 (2014. 4. 28.)
- 김홍록, “고소 남발... 합의금 장사... ‘법폭’에 멎드는 사회”, *서울경제* (2016. 9. 26.).
- 정성일, “노골적이고 단호한 정치적 커밍아웃, 괴물”, *씨네21*, 제565호 (2006. 8. 16.)
- Águila-Real, Jesús Alfaro, “Corporations are not Firms”, *Oxford Business Law Blog* (2017. 5. 29.)
- Economist, “Big Data: Lessons from the Leaders”, *Economist Intelligence Unit Report* (2012)
- Gittleson, Kim, “Can a company live forever?”, *BBC News*, New York (2012. 1. 19.)
- Laney, Doug, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety”, *Meta Group Technical Report* (2001.

2. 6.)

Seddon, Judith, “Corporate Criminal Liability”, *Clifford Chance Client Briefing* (2015. 3. 24.)

Wright, Valerie, “Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty v. Severity of Punishment”, *The Sentencing Project* (2010. 11. 19.)

Abstract

# Are Joint Penal Provisions Effective Measures to Deter Corporate Misconducts?

- An Empirical Analysis on Implementation of  
Joint Penal Provisions -

Kwon, Bowon

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Korean legal system imposes criminal sanctions on both individual wrongdoers and corporations for corporate crimes (illegalities) by joint penal provisions. It is estimated that about 35~40% of all laws(mostly administrative laws) include joint penal provisions and the number of laws with joint penal provisions is increasing sharply. Many argue (and seem to be forced to confess) that corporate criminal liability should be intensified and diversified to enhance the deterrence effect.

But in fact, those joint penal provisions are rarely applied or

enforced in criminal cases. Legal persons are still blocked from entering the criminal courts. It is because the joint penal provisions do not accord with the principle of culpability of Korean criminal law based on the continental legal system. This paper adopts 'text mining' method to empirically analyse corporate crime case data.

Through historical, comparative review and the law and economics approach, this thesis will show that the joint penal provisions are inappropriate, disadvantageous and inefficient measures to prevent and deter corporate misconducts(they are rather functioning as major obstacles to other methods of deterrence) and that the explosion of joint penal provisions is one aspect of the 'overcriminalization' phenomenon.

Then how can we design the structure of individual and corporate civil and criminal liability to optimally deter such misconducts? This thesis suggests that we exempt corporations from criminal liability and, above all, impose civil damages on the corporations to sufficiently compensate the victims. The residual benefit should be restituted by other administrative means. Administrative regulations can also be applied to monitor and prevent such misconducts ex ante. The criminal procedure should concentrate on the individual wrongdoers.

**keywords : joint penal provisions, corporate crimes(misconducts),  
corporate criminal liability, economic analysis of  
law(law and economics), overcriminalization, empirical  
analysis, text mining**

***Student Number : 2009-21322***